

Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI

Tema: “As Dimensões da Personalidade na Contemporaneidade”

02, 03 e 04 de julho de 2009 - Maringá – PR

Membros da Diretoria:

Presidente

Prof. *Marcelo Campos Galuppo*

Vice-Presidente

Prof. *Aires José Rover*

Secretário Executivo

Prof. *Vladimir Oliveira da Silveira*

Secretária-Adjunta

Profª. *Eneá de Stutz e Almeida*

Conselho Fiscal

Prof. *Edvaldo Britto*

Prof. *Marcelo Varella*

Prof. *Jaime Wandederley Gasparotto*

Prof. *José Luiz Bolzan (Suplente)*

Profª. *Juliana Neuenschwander Magalhães (Suplente)*

Representante Discente

Prof. *André Guilherme Lemos Jorge*

Colaboradores:

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

Mestre em Direito – UFSC

Doutoranda em Direito - PUC/SP

Heloisa Simon

Graduanda em Ciência da Computação – UFSC

Elisangela Pruenicio

Graduanda em Administração – ASSESC

Claudia Wagner Fritzke

Graduanda em Administração – Estácio de Sá

Graduanda em Serviço Social – UFSC

Leonardo Farage Freitas

Desenvolvedor do programa dos Anais em CD-Room - e-mail: leorafage@msn.com

Graduando em Ciência da Computação – UFSC

E56a Encontro Nacional do CONPEDI (18. : 2009 : Maringá, PR)

Anais do [Recurso eletrônico] / XVIII Encontro Nacional do CONPEDI;

Organização: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e
Centro Universitário de Maringá. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

1 CD-ROM

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-7840-023-1

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos.

2. Direito – Filosofia. I. Título.

CDU: 34

Catálogo na publicação por: *Onélia Silva Guimarães CRB-14/071*

FUNDAÇÃO BOITEUX
2009

ÍNDICE

Apresentação Institucional do Centro Universitário De Maringá	34
Jorge Eduardo Douglas Price - LOS DOS LADOS DE LA RAZÓN.....	36
CARTA DE MARINGÁ.....	57
Marcos Augusto Maliska - EDUCAÇÃO E INTEGRAÇÃO REGIONAL: Análise do Acordo de Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul.....	59

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

Ana Maria D'Ávila Lopes; Christianny Diógenes Maia - A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E O PÓS-POSITIVISMO.....	74
Bruno Meneses Lorenzetto - DIREITO E COERÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO.....	100
Fausto Santos de Moraes - A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A (IN)DEVIDA ABERTURA DO DIREITO.....	123
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém - O CARÁTER EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS DIREITOS SOCIAIS SOB A ÓTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	140
Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista; Jânia Maria Lopes Saldanha - HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEMPOS MODERNOS: UMA METÁFORA PARA MELHOR COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICA NACIONAL E DA CRISE DO POSITIVISMO ATRAVÉS DA OBRA DE CHAPLIN.....	160
João Carlos Peruque Júnior - CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISÃO: SOBERANIA E O POSITIVISMO JURÍDICO.....	177
Lizana Leal Lima; Fabiana Marion Spengler - A CRISE DA RACIONALIDADE POSITIVISTA E AS TRANSFORMAÇÕES NO PAPEL DO JUIZ: UMA ANÁLISE SOBRE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO ATUAL.....	191
Luciano Picoli Gagno; José Roberto dos Santos Bedaque - A TÉCNICA PROCESSUAL E A INSTRUMENTALIDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	216
Luiz Claudio Possatto Lyra - O SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL ABERTO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	235
Marcel Moraes Mota - RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: TEORIAS DO DIREITO NATURAL, POSITIVISTAS E PÓS-POSITIVISTAS.....	259

Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo - APONTAMENTOS SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO, SUA SUPERAÇÃO E O PAPEL DO JUIZ DIANTE DOS PRINCÍPIOS NO MODELO PÓS-POSITIVISTA.....276

Rodrigo de Almeida Leite; Mário Sérgio Falcão Maia - ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA AOS PAÍSES DA MODERNIDADE TARDIA.....298

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches; Edinilson Donizete Machado - A CIÊNCIA JURÍDICA E A CRÍTICA AO SEU PARADIGMA DOGMÁTICO.....322

Yanko Marcius de Alencar Xavier; Helena Telino Monteiro - A PROBLEMÁTICA DO REGULAMENTO AUTÔNOMO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM ÊNFASE NO PENSAMENTO DE Kelsen E LOURIVAL VILANOVA.....343

AÇÕES AFIRMATIVAS, INCLUSÃO E CIDADANIA

Alvaro dos Santos Maciel - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO ATRAVÉS DE RESERVA DE VAGAS.....362

Ana Izabel Modena - OS DIREITOS HUMANOS, A PROTEÇÃO JURÍDICA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS DIRIGIDAS AOS IDOSOS.....385

Ana Manuela dos Reis Rampazzo; Ana Cleusa Delben - DIREITO À EDUCAÇÃO DOS PORTADORES DE DISLEXIA.....405

Arthur Laércio Homci da Costa Silva - O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO TRABALHADOR RURAL BRASILEIRO. ASPECTOS DE UMA POLÍTICA DE REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA NÃO ASSUMIDA.....432

Claudine Freire Rodembush / Jefferson Dall'Agnol - FILHOS DE APENADOS: CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM BUSCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL QUE RESGATEM O SIGNIFICADO DO INSTITUTO DA CIDADANIA.....446

Fernando de Brito Alves - AS MINORIAS E OS NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA.....466

Germana de Oliveira Moraes; Martha Priscylla Monteiro Joca Martins - A DIGNIDADE DO SER FEMININO: DO RETRATO EM PRETO E BRANCO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À VIRADA CULTURAL EMANCIPATÓRIA DAS MULHERES POR MEIO DE AÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS AFIRMATIVAS E PROMOCIONAIS DE SEUS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....481

Janaína Rigo Santin - O ESTATUTO DO IDOSO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA UMA VIDA DIGNA NA VELHICE.....	510
Jane Felipe Beltrão; Assis da Costa Oliveira - IDENTIDADE INDÍGENA E AÇÕES AFIRMATIVAS: PERCEPÇÕES DE ESTUDANTES AUTODECLARADOS INDÍGENAS.....	532
Juliana Cristine Diniz Campos - REFORMA AGRÁRIA E EDUCAÇÃO NO CAMPO: DA REDISTRIBUIÇÃO DA PROPRIEDADE DA TERRA À CIDADANIA DO TRABALHADOR RURAL.....	558
Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla; Fernando Heitor Raphael Silveira - A OBESIDADE MÓRBIDA CONSIDERADA COMO DEFICIÊNCIA PARA FINS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.....	571
Leda Maria Messias da Silva; Jalane Tansin Kloster - IDADE X DIGNIDADE NO MERCADO DE TRABALHO.....	600
Marciele Berger Bernardes; Santiago Artur Berger Sito - CIDADANIA EM CRISE: MODELOS E DISCURSOS.....	628
Marli Marlene Moraes da Costa; Quelen Brondani de Aquino - JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEDIDA PARA PROMOVER A CIDADANIA E A IGUALDADE NAS RELAÇÕES DE GÊNERO: UMA ABORDAGEM A VIOLENCIA CONTRA A MULHER.....	642
Miguel Belinati Piccirillo - A PESSOA COM DEFICIÊNCIA, O IDOSO E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	661
Renata Ovenhausen Albernaz; Camila Salgueiro da Purificação Marques - A DESIGUALDADE E O PODER NAS ORIGENS DAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS NO BRASIL E O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS GRUPOS MARGINALIZADOS.....	682
Sávio de Aguiar Soares - TUTELA DO CONSUMIDOR PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAS À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL..	706
Silma Maria Augusto - TUTELA PROCESSUAL E INCLUSÃO SOCIAL.....	722
Telma Aparecida Rostelato / Dirceu Pereira Siqueira - O PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS ENQUADRA-SE AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA?.....	747
Vivianne Rigoldi Boechat - EDUCAÇÃO INCLUSIVA E O DIREITO À DIVERSIDADE SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	773

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Adreana Dulcina Platt - A REFORMA CONSTITUCIONAL PARA A ADEQUAÇÃO AO MODELO DE PRODUÇÃO - O ESTADO LIBERAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	791
Afonso de Paula Pinheiro Rocha - PRIMEIRAS INFERÊNCIAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	805
Caleb Salomão Pereira - A INSUSTENTÁVEL LEVEZA DO CAPITALISMO E O "FOCO NA EFICIENCIA" DO PODER JUDICIARIO: SIMETRIAS DE UMA ATUACAO PELA VIOLENCIA SIMBOLICA.....	829
Clélio Gomes dos Santos Júnior - TEORIA DA EMPRESA EM DIREITO E ECONOMIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA EMPRESA.....	856
Fábio Gabriel de Oliveira; Eduardo Goulart Pimenta - A AUTONOMIA PRIVADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM UMA VISÃO DE DIREITO & ECONOMIA.....	877
Gustavo Valeriano Moraes; André Luís Moraes - INDIFERENÇAS DA DIFERENÇA: AS VÍTIMAS E A ALEGORIA DO PROGRESSO.....	899
Ivan Guimarães Pompeu - DIREITO E ECONOMIA ESTUDO INTERDISCIPLINAR.....	913
José Júlio da Ponte Neto; Nathalie de Paula Carvalho - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A MODERNA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	935
Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo - OS DANOS PROVOCADOS NA ECONOMIA EM VIRTUDE DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: "LAVAGEM" DE DINHEIRO.....	949
Michel Pinheiro; Francisco Alexandre De Paiva Forte - O MERCADO E SEUS VÁRIOS SIGNIFICADOS: A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITO E ECONOMIA.....	965

BIOÉTICA, BIODIREITO E BIOTECNOLOGIA

Amélia Soares da Rocha; Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire - O TRABALHADOR COMO CONSUMIDOR E A SOCIEDADE DE RISCO.....	985
Ana Paula Myszczyk; Frederico Glitz - O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A LIBERAÇÃO DA SOJA TRANSGÊNICA NO BRASIL: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO.....	1001
Anna Kleine Neves Pereira; Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori - A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES CONGELADOS NA PRÁTICA DA CLONAGEM HUMANA: UMA ANÁLISE À LUZ DA ATUAL LEI DE BIOSSEGURANÇA	

BRASILEIRA COM ENFOQUE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	1028
Carolina Altoé Velasco - APLICABILIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DIRECIONADAS A PORTADORES DO VÍRUS HIV – AIDS NO ÂMBITO BRASILEIRO.....	1059
Diego Augusto Diehl - ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E AS ESTRATÉGIAS DE PRIVATIZAÇÃO DA VIDA.....	1090
Dirceu Pereira Siqueira; Henry Atique - O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DE INCLUSÃO SOCIAL.....	1115
Heron José de Santana Gordilho - VIVISSECÇÃO, CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS E A NOVA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	1139
Ivana de Oliveira Fraga; Mônica Neves Aguiar da Silva - NEO-EUGENIA: O LIMITE ENTRE A MANIPULAÇÃO GÊNICA TERAPÊUTICA OU REPRODUTIVA E AS PRÁTICAS BIOTECNOLÓGICAS SELETIVAS DA ESPÉCIE HUMANA.....	1168
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega; Helga Maria Martins de Paula - INSTRUMENTOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS (CTA) E DO ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS.....	1190
Maurício Requião - DO PRINCIPALISMO AOS PRINCÍPIOS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BIOÉTICO.....	1209
Mery Chalfun; Fabio Corrêa Souza de Oliveira - EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL: POR UM TRATAMENTO ÉTICO E PELO BIODIREITO.....	1228
Paulo André de Souza - A TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO GENÉTICO.....	1258
Raul Murad Ribeiro de Castro; Vitor de Azevedo Almeida Junior - AUTONOMIA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO E DA ELEGIBILIDADE INDIVIDUAL.....	1275
Roberta Lemos - O DIREITO DOS PACIENTES TRANSEXUAIS À REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	1304
Victor Hugo Tejerina Velázquez; Renato Franco Pacanaro - BIOPIRATARIA: FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	1320

CRIMINALIDADE E CRIMINALIZAÇÃO

Diego Pereira Machado - SISTEMA PREVENTIVO NACIONAL DE COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....	1343
Érika Mendes de Carvalho; Tiago Freire dos Santos - DELITOS DE PERIGO E MEIO AMBIENTE: UM EXAME DA LEGITIMIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	1363
Janaína Rigo Santin - JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ALTERNATIVA PARA SUPERAR A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL	1388
Leonardo Costa de Paula - TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	1405
Lucas Soares e Silva - GLOBALIZAÇÃO: A MUDANÇA DO CONCEITO DE CIDADÃO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.....	1425
Luiz Fernando Kazmierczak - POR UM SISTEMA PENAL INCLUDENTE.....	1444
Luiz Regis Prado; Bruna Azevedo de Castro - O CRIME ORGANIZADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ALGUNS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS.....	1467
Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo - O USO DE CELULAR “PERMITIDO” NAS DEPENDÊNCIAS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE PROVAS.....	1497
Nestor Eduardo Araruna Santiago; José Donato de Araújo Neto - INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 AOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE: VIOLAÇÃO DO IMPERATIVO DE TUTELA PENAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	1514
Patrícia Carraro Rossetto; Douglas Bonaldi Maranhão - A GRADUAÇÃO DA MAGNITUDE DO INJUSTO E DA CULPABILIDADE NA TUTELA JURÍDICO-PENAL DA ORDEM ECONÔMICA, TRIBUTÁRIA E FINANCEIRA.....	1529
Rafael Cavinato Sanchez - PRINCÍPIOS E GARANTISMO NA EXECUÇÃO PENAL.....	1552
Robson Antonio Galvão da Silva - DA PROTEÇÃO PENAL DE BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS À PROTEÇÃO PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: IMPACTOS GERADOS NA TEORIA DO CRIME E PROBLEMAS QUE NECESSITAM SER SOLUCIONADOS PARA QUE NÃO HAJA REDUÇÃO DE GARANTIAS.....	1565
Taiguara Libano Soares e Souza; Roberta Duboc Pedrinha - BIOPOLÍTICA E MILITARIZAÇÃO DA VIDA SOCIAL: UMA ANÁLISE DA OPERAÇÃO RIO À MEGA-OPERAÇÃO POLICIAL DO COMPLEXO DO ALEMÃO.....	1596

Taís Nader Marta; Claudio José Amaral Bahia - MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E COMBATE ÀS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO.....1615

DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO

Allan Weston de Lima Wanderley - MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS: A “RESERVA DO POSSÍVEL”.....1635

Carolina Fatima de Souza Alves; Claudia Maria Barbosa - A DESAFIADORA FUNÇÃO DISCIPLINAR EXERCIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....1669

Cintia Maria Scheid - A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO: O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PARÂMETRO.....1694

Claudia Karina Ladeia Batista - CELERIDADE PROCESSUAL X SEGURANÇA JURÍDICA: UM ESTUDO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....1719

Emmanuel Teófilo Furtado; Carlos Henrique de Aragão Cavalcante - O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....1747

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém - NATUREZA MANDAMENTAL DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO E TUTELA ESPECÍFICA EM CONSONÂNCIA COM O MICROSSISTEMA PROCESSUAL SOB A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DAS AÇÕES CONSITUCIONAIS.....1769

Gustavo Raposo Pereira Feitosa; Bruna Malveira Ary - VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO, ACESSO À JUSTIÇA E MISÉRIA: LIMITES DO MODELO DE JUSTIÇA INFORMAL.....1795

José Roberto dos Santos Bedaque; Juliana Justo Botelho Castello - A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TÉCNICA PROCESSUAL: A QUESTÃO DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SOB UMA PERSPECTIVA COMPARADA.....1822

Larissa Maria Melo Souza; Ariane Costa Guimarães - O TRATAMENTO DA HOMOAFETIVIDADE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....1848

Leonardo Augusto Gonçalves - O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....1867

Luciana da Silva Costa - CONSTITUIÇÃO, SISTEMA POLÍTICO E SISTEMA JURÍDICO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ANALISADA À LUZ DA TEORIA SISTÊMICA.....1897

Marcio Sampaio Mesquita Martins - POSSÍVEIS RISCOS ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NOS JUIZADOS ESPECIAIS: NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO.....	1919
Martha Priscylla Monteiro Joca Martins; Luciana Nogueira Nóbrega - O PODER JUDICIÁRIO COMO UM LOCUS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES.....	1935
Rafaela Benevides Ferreira - ADPF: CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL PERANTE O STF.....	1955
Tathiana Laiz Guzella - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO NA ORDEM TRIBUTÁRIA-PENAL.....	1975
Têmis Limberger; Hector Cury Soares - POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE: DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI.....	2007

DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO

Ana Cecília Parodi ; Carlyle Popp - INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 12 DA RESOLUÇÃO 35 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DIGNIDADE HUMANA DO ADVOGADO	2028
David Barbosa de Oliveira - DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO: TRANSCENDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELA VINCULAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PELO CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO ORÇAMENTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	2053
Diogo Frantz; Marli Marlene Moraes da Costa - A CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DO LEGISLATIVO: UMA PERSPECTIVA HUMANISTA.....	2074
Elias Evangelista de Souza - OS REFLEXOS DA TUTELA COLETIVA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS ANTE O PROJETO LEI QUE DISCIPLINA AS AÇÕES COLETIVAS.....	2101
Erika Maeoka - OS DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	2115
Karla Cristina da Costa e Silva Matos Ferragi - A ARBITRAGEM COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS USUÁRIOS DO SECOND LIFE.....	2142

Leda Lúcia Soares; Marinella Machado Araujo - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....2152

Santiago Artur Berger Sito; Carolina Salbego Lisowski - CIDADANIA PROCEDIMENTAL: A IDEALIZAÇÃO HABERMASIANA NO BRASIL.....2181

DIREITO AMBIENTAL: DIREITOS, SUJEITOS, TITULARIDADE E RELAÇÕES

Alessandro Marcos Kobayashi - AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E A RESERVA LEGAL COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....2196

Clodomiro José Bannwart Júnior; Valéria Martins Oliveira - A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO ESTADO DO AMBIENTE: ESTUDO A PARTIR DO PROCESSO DE JURIDIFICAÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS.....2215

Daniel Santos Prado - O MEIO AMBIENTE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....2240

Fernando de Brito Alves; Thiago Freitas Hansen - DIFERENÇA E SUBJETIVIDADE: OS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO.....2270

Germana Parente Neiva Belchior; João Luis Nogueira Matias - FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....2284

Juliana Ferreira Mointenegro - A DIMENSÃO INTERNACIONAL DA TEMÁTICA AMBIENTAL E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS.....2315

Karlo Messa Vettorazzi; José Raul Cubas Júnior - DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: RELAÇÕES E SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO INDIVÍDUOS PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO.....2332

Luiz Carlos Herde - O DIREITO AMBIENTAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA.....2356

Marcelo de Vargas Estrella; Arilúcio Bastos Lobato - A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DO FLUVIÁRIO NO ESTADO DO AMAZONAS: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....2382

Marilucia Flenik; Katya Kozicki - AS GUERRAS, O MEIO AMBIENTE, E A IMPORTÂNCIA DO SUJEITO POLÍTICO VOLTADO AOS INTERESSES COLETIVOS.....2409

Nanci de Mello e Silva; Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia Assumpção - GEOPARQUE EM ÁREA DE MINERAÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	2427
Norma Sueli Padilha; Maiara Cristina Lima Massine - O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PRÁTICAS QUE SUBMETAM OS ANIMAIS A CRUELDADE: UMA ANÁLISE DA RAZÃO ANTROPOCÊNTRICA DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA NA IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES.....	2448
Rosendo Freitas de Amorim; Lícia Fernandes Campos - A EFETIVIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	2475
Tais Martins; Marta Marília Tonin - O EU AMBIENTAL – UMA BREVE ANÁLISE DA RELAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....	2492
Thaísa Rodrigues Lustosa - GREVE AMBIENTAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DOS TRABALHADORES.....	2518
Vladimir Passos de Freitas; Fabiano Augusto Piazza Baracat - INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....	2541

DIREITO E GESTÃO EMPRESARIAL

Daniella Bernucci Paulino - DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADES ANÔNIMAS E O PRINCÍPIO DO CAPITAL LOCK-IN.....	2560
Evelise Simone de Melo - RESPONSABILIDADE SOCIAL.....	2571
Fábio Gabriel de Oliveira - A CONTROVERTIDA NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	2592
Marco Antônio César Villatore; Cinthia O. de A. Freitas - PALAVRAS E EXPRESSÕES DICIONARIZADAS PODEM COIBIR, NO TRABALHO, PROVÁVEL ASSÉDIO MORAL NAS MENSAGENS ELETRÔNICAS.....	2615
Rosíris Paula Cerizze Vogas; Bernardo Araújo Costa - A GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO ATIVO INTANGÍVEL E INSTRUMENTO DE CAPITALIZAÇÃO.....	2630

DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE

Andrine Oliveira Nunes - DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE: ENTRE A POLÍTICA NEOLIBERAL E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA....	2648
Antônio Carlos Efig; Leonel Vinicius Jaeger Betti Junior - DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE: A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL E A RESIGNIFICAÇÃO REFLEXIVA DO DIREITO À INFORMAÇÃO PARA O CONSUMO.....	2663
Erica Ludmila Cruz Barros - A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	2687
Érika Mendes de Carvalho; Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira - DIREITO PENAL ECONÔMICO E TUTELA DE INTERESSES SUPRAINDIVIDUAIS: UMA ANÁLISE DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....	2705
Everton das Neves Gonçalves; Joana Stelzer - O DIREITO ECONÔMICO: EXTRAORDINÁRIO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO.....	2727
Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa; Saulo de Tarso Silvestre Sanhueza Manriquez - REGULAÇÃO JURÍDICA MUNICIPAL, LIVRE CONCORRÊNCIA E RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS.....	2762
Fabiano Gomes de Oliveira; Giovani Clark - AÇÃO ECONÔMICA ESTATAL E O DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	2785
Francisco Carlos Duarte; José Osório do Nascimento Neto - REGULAÇÃO SETORIAL, INFRAESTRUTURA E MODERNIDADE: BREVES APONTAMENTOS SOB O ENFOQUE DO DIREITO ECONÔMICO.....	2803
Gina Vidal Marcilio Pompeu; Nathalie De Paula Carvalho - A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E DO CONSUMIDOR: NOVO PERFIL.....	2817
Jailson de Souza Araújo - FINANCIAMENTO BANCÁRIO E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL.....	2836
João Luis Nogueira Matias ; Ana Stela Vieira Mendes - POLÍTICAS ECONÔMICO-TRIBUTÁRIAS E CIDADANIA ECONÔMICA: PELA NECESSIDADE DE AÇÕES CONJUNTAS DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE.....	2848
Kátia Alessandra Pastori Terrin; Lourival José de Oliveira - A GARANTIA INSTITUCIONAL DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO ECONÔMICO MODERNO: ANÁLISE DA POSIÇÃO DOMINANTE E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	2870
Leandro Konzen Stein; Aline Swarovsky - ATIVIDADE REGULATÓRIA NA TUTELA DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	2886

Matheus Felipe de Castro - ESTADO NACIONAL E DESENVOLVIMENTO: CONSTRUINDO UM SISTEMA FINANCEIRO A SERVIÇO DO PROJETO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL.....	2909
Rafael Lazzarotto Simioni - PROPRIEDADE, DINHEIRO E AUTOPOIESE DA ECONOMIA: O PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO DA APROPRIAÇÃO PRIVADA DE BENS ESCASSOS.....	2930
Thábata Biazzuz Veronese - DUMPING ECOLÓGICO: UM MITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REVELADO PELA SOCIEDADE DE RISCO.....	2946
Túlio Augusto Tayano Afonso; Lauro Ishikawa - A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA E OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.....	2962

DIREITO INTERNACIONAL: INTEGRAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO

Andre Vitorino Alencar Brayner - À PAZ PERPÉTUA DE I. KANT: A POSSIBILIDADE DE UM DIREITO CAPAZ DE GARANTIR UMA PAZ DOURADORA ENTRE AS NAÇÕES.....	2977
Antonio de Moura Borges; Carolina de Paiva Queiroz Machado - A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO NO PROCEDIMENTO DAS CARTAS ROGATÓRIAS: A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	2996
Carlos Henrique Bezerra Leite; Thaiz da Silva Vescovi - O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO ESTRANGEIRO E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPÉIAS: UM ESTUDO COMPARATIVO FRENTE AO MODELO LATINO-AMERICANO.....	3008
Christine Oliveira Peter da Silva, Larissa Maria Melo Souza - A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CONCEITO DE SOBERANIA À LUZ DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	3031
Cristiano José Martins de Oliveira - OS CRIMES INTERNACIONAIS E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ANÁLISE DO CONCEITO DOS TIPOS PENAS DO ESTATUTO DE ROMA.....	3054
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro - A FORMAÇÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA: CRISTIANISMO E DEMOCRACIA NA DECLARAÇÃO DE ROBERT SCHUMAN.....	3072
Eduardo Pires; Neiva Cristina Araújo - LEX MERCATORIA E ARBITRAGEM INTERNACIONAL: ALTERNATIVAS PARA REGULAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	3095

Ivo Jose Kunzleer - O PRINCIPIO HUMANITÁRIO DA PAZ ENTRE OS POVOS E O ESTADO NACIONAL. A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	3120
João Carlos Jarochinski Silva - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO IMIGRANTE ILEGAL NOS ESTADOS UNIDOS.....	3142
José Péricles Pereira de Sousa; Pedro Rafael Malveira Deocleciano - O PENSAMENTO CEPALINO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA.....	3154
Juliana Kiyosen Nakayama; Maria de Fatima Ribeiro - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE NAS CONSTITUIÇÕES DO MERCOSUL.....	3171
Luis Alexandre Carta Winter; Juliana Ferreira Mointenegro - O SISTEMA PRESIDENCIALISTA E O MERCADO COMUM PARA O MERCOSUL.....	3193
Maite Preuilh Piedade; Denise De Souza Ribeiro - FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO.....	3213
Roberto Lima Santos - A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS PELA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DA DITADURA MILITAR (1964 A 1985).....	3229
Valesca Raizer Borges Moschen - DEROGATIO FORI, POSSIBILIDADES E LIMITES NO SISTEMA BRASILEIRO, CONTORNOS ATUALIZADOS COM A RECENTE DECISÃO DO STJ PROLATADA NO RESP Nº 804.306-SP. PESQUISA ENRIQUECIDA COM UMA BREVE ANÁLISE COMPARADA DO INSTITUTO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO DE COMMON LAW.....	3246
Vladimir da Rocha França; Claudomiro Batista de Oliveira Junior - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO NAS DECLARAÇÕES UNIVERSAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	3266

DIREITO, ARTE, LITERATURA E INTERDISCIPLINARIDADE

Ana Paula Canoza Caldeira - A DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA NOVA “REVOLUÇÃO DOS BICHOS”?.....	3287
Bernardo Costa Couto de Albuquerque Maranhão - FORÇA DE LEI E FUNDAMENTO DA AUTORIDADE EM FREUD.....	3304
Carolina Salbego Lisowski - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL E A HETEROGENEIDADE DOS DISCURSOS.....	3320

Ernane Salles da Costa Junior - A FORÇA NORMATIVA DA MEMÓRIA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA TRIVIALIZAÇÃO DAS REFORMAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 A PARTIR DA OBRA "REVOLUÇÃO DOS BICHOS" DE GEORGE ORWELL.....	3333
Fayga Silveira Bede - CAOS E SENTIDO: A MORTE DA SEGURANÇA JURÍDICA, ENTERRO E CORTEJO.....	3347
Francisco Humberto Cunha Filho - CONTRIBUTO À ARQUITETURA JURÍDICO-POLÍTICA DO SISTEMA NACIONAL DE CULTURA – SNC.....	3369
Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab; Rogério Da Silva E Souza - A PEDAGOGIA DA AUTONOMIA: A INTERDISCIPLINARIDADE E O ENSINO JURÍDICO EM PAULO FREIRE.....	3390
Ivan Dias da Motta; Cássio Marcelo Mochi - SUBSIDIOS FILOSÓFICO-LITERÁRIOS PARA CONSTRUÇÃO DE EIXOS TEÓRICOS NO CAMPO JURÍDICO: O PROBLEMA DA VERDADE, DA OBJETIVIDADE E DA NEUTRALIDADE CIENTÍFICAS.....	3403
Juliana Terezinha da Silva Medeiros - A AMAZÔNIA DE DJALMA BATISTA: REFLEXÕES SOBRE A OBRA AMAZÔNIA - CULTURA E SOCIEDADE.....	3426
Letícia Garcia Rieiro Dyniewicz - A TEORIA PURA DO DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DA CATEGORIA LITERÁRIA DA NARRATIVA FUNDADORA.....	3437
Lucas Piccinin Lazzaretti - O AGENTE DO DIREITO EM LIMA BARRETO.....	3458
Marilucia Flenik; Katya Kozicki - O SUJEITO POLÍTICO NA DEMOCRACIA E O JUÍZO POLÍTICO.....	3472
Nestor Eduardo Araruna Santiago; Francisco Alexandre De Paiva Forte - ANÁLISE DA OBRA “O ESTRANGEIRO” DE ALBERT CAMUS SOB A ÓTICA DA TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	3497
Paula Maria Nasser Cury - O PROCESSO DE INSTITUIÇÃO E DE DESTITUIÇÃO DO DIREITO VIGENTE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA OBRA LITERÁRIA LAVOURA ARCAICA.....	3509
Rafael Mario Iorio Filho - ANÁLISE DO DISCURSO DE BOLOGNA DE BENITO MUSSOLINI: O CORPO POLÍTICO FASCISTA.....	3521
Rogério José da Silva - O ACESSO À JUSTIÇA POR EXCEÇÃO AO JUDICIÁRIO: DOS SERTANEJOS DE CANUDOS AOS EXCLUÍDOS DO SÉCULO XXI, PERSONAGENS REAIS NA TEORIA DE JOHN RAWLS.....	3540

DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Clovis Renato Costa Farias - A INFLUÊNCIA DANOSA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NOS INDIVÍDUOS E A EFETIVA PROTEÇÃO PELO ESTADO.....	3556
Edna Raquel Hogmann; Luciana da Silva Freitas - UM OLHAR REFLEXIVO SOBRE O DIREITO PERSONALÍSSIMO À IMAGEM.....	3594
Joyceane Bezerra de Menezes - A AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE DEPENDENTE QUÍMICO NO BRASIL E A DISCUSSÃO SOBRE A INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA: INSTRUMENTOS DE CONTROLE.....	3614
Karlo Messa Vettorazzi - COMERCIALIZAÇÃO E PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS: O USO DA “EMPURROTERAPIA” COMO AFRONTA AO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DOS PACIENTES/CONSUMIDORES.....	3634
Valéria Silva Galdino Cardin / Andryelle Vanessa Camilo - DA EUTANÁSIA – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE.....	3652
Zulmar Fachin; Clara Heinzmann - APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PARA A SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE.....	3674

DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEU ALCANCE NA CONTEMPORANEIDADE

Armando Canali Filho - ASPECTOS LEGAIS DA PREVIDENCIA PRIVADA.....	3707
Carlos Malta Leite; Jacira Gonçalves Marques dos Santos - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE PELO ESTADO EM CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DESDOBRAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	3719
Edilaine Aparecida Pelincer - SUJEITO E OBJETO DAS RELAÇÕES DE DIREITOS DA PERSONALIDADE: A HIPÓTESE DOS INVOLUNTÁRIOS EM EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS.....	3734
Edna Raquel Hogmann - O DIREITO PERSONALÍSSIMO AO NOME E A QUESTÃO DO SUB-REGISTRO.....	3761
Francisco Lisboa Rodrigues; Renata Maria Lopes de Brito - UNIÃO HOMOAFETIVA E A ADOÇÃO BILATERAL POR HOMOSSEXUAIS.....	3776
Giseli Valezi Raymundo - CRITÉRIOS PARA O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE.....	3789

José Sebastião de Oliveira; João Batista Garcia dos Santos - GARANTISMO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS PROTAGONISTAS PENAIS.....	3819
Leda Maria Messias da Silva; Lory Kurahashi - OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO.....	3842
Lissa Cristina Pimentel Nazareth; Clayton Reis - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EDUCADOR E IMPLICAÇÕES NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EDUCANDO.....	3881
Nilton Carlos de Almeida Coutinho - A PROTEÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE...	3905
Olivia Pinto de Oliveira Bayas Queiroz; Caroline Satiro de Holanda - PARTO ANÔNIMO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	3922
Paulo Roberto Monteiro do Prado - ASPECTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM FACE DA MULHER VÍTIMA DA VIOLÊNCIA NA VIDA FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA GARANTIA DA TUTELA DO SEU PATRIMÔNIO MÍNIMO.....	3941
Rosiris Paula Cerizze Vogas; Rafael Neumayr - A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE HOSPEDAGEM POR “PERFIS FALSOS” NA INTERNET...	3959
Valéria Silva Galdino Cardin; Maíra de Paula Barreto - DA PEDOFILIA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA.....	3983
Viviane Cristina Rodrigues Cavallini - PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	4013

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

Alba Paulo de Azevedo; Maria dos Remédios Fontes Silva - O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO – ABORDAGEM SOB UMA PERSPECTIVA GARANTISTA DO PROCESSO PENAL.....	4039
Alex Ferreira Batista; Rodolfo Grellet Teixeira da Costa - DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO	4060
Caleb Salomão Pereira; Paula Castello Miguel - ADMINISTRAÇÃO INCONSTITUCIONAL, ÉTICA DO EXPLÍCITO E PODER ECONÔMICO: O INFANTE COMO O OUTRO SUJEITO CONSTITUCIONAL VULNERÁVEL.....	4104
Camila Castanhato; Thiago Lopes Matsushita - EMENDAS CONSTITUCIONAIS E A CONSULTA POPULAR PARA GARANTIA DO DIREITO NATURAL À AUTODETERMINAÇÃO E DEMOCRACIA.....	4133

Claudinei Jacob Gottens; Thiago de Barros Rocha - A EFETIVIDADE DO DIREITO À CULTURA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	4154
Ilton Norberto Robl Filho - CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DO SUBSTANCIALISMO E DO PROCEDIMENTALISMO NO BRASIL OU DEMOCRACIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO SÉCULO XXI: APRESENTAÇÃO DO MODELO PARADIGMÁTICO DE JÜRGEN HABERMAS E PONDERAÇÕES CRÍTICAS DE MICHEL ROSENFELD.....	4167
Isabelle de Baptista - A DESCONSTRUÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO APLICÁVEL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPOSTO POR ROBERT ALEXY: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA FILOSOFIA DE JACQUES DERRIDA.....	4195
Janaina Machado Sturza; Charlise Paula Colet - CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE PARTICIPATIVA: DEMOCRACIA E CIDADANIA COMO PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A CONCRETUDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL.....	4216
José Antonio Capelli - O ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO NAS CAMPANHAS ELEITORAIS E O RESPEITO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....	4234
José Marcos Miné Vanzella - CONCEPÇÕES DE PESSOA HUMANA, PLURALIDADE POLÍTICA E DEMOCRACIA.....	4248
José Ribas Vieira; Vanice Regina Lírio do Valle - SAÍDAS INSTITUCIONAIS OU A FORÇA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO NA PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO?.....	4273
Larissa Benez Laraya - O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA FALTA DE EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA.....	4295
Lauro Ishikawa; Érica Taís Ferrara Giardulli - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ANCORADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	4314
Newton de Menezes Albuquerque - TRADIÇÃO AUTOCRÁTICA, RAZÃO DUALISTA E A CONSTRUÇÃO RETÓRICA DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	4325
Oswaldo Ferreira de Carvalho - A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	4348
Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques - A INDISPENSABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA.....	4374

Rodrigo de Camargo Cavalcanti - CAPITAL SOCIAL E DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DA ESCOLA DO CAPITALISMO HUMANISTA.....4392

ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E EXPERIÊNCIAS

Adriana Barbosa da Silva; Cesar Floriano de Camargo - ENSINO DO DIREITO NO BRASIL.....4414

André Luís Luengo - ENSINAR DIREITO DIREITO.....4429

Andrine Oliveira Nunes - A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO.....4446

David Hermes Depiné - O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO EFETIVADO PELO METODO DEDUTIVO E EM CONFRONTO COM O MÉTODO SOCRÁTICO.....4458

Eliezer Gomes da Silva; Laura Jane Ribeiro Garbini Both - A INTERDISCIPLINARIDADE NOS CONCURSOS DE INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS NOVOS DESAFIOS PARA O ENSINO JURÍDICO.....4470

Giovani Clark; Samuel Pontes do Nascimento - A PRIVATIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR E OS OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL.....4498

Guilherme Perez Cabral - DO MANUALISMO AO ENSINO JURÍDICO CRÍTICO.....4516

Isabelle de Baptista - A DESCONSTRUÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS PARA UMA REFLEXÃO A RESPEITO DO MERCADO DE TRABALHO OPORTUNIZADO PELOS CONCURSOS PÚBLICOS NO BRASIL.....4528

Jamila de Souza Gomes; Cristiane Winckler - O ENSINO JURÍDICO A DISTÂNCIA NO BRASIL NESTE NOVO MILÊNIO: SONHO OU REALIDADE?.....4547

Maurício Gonçalves Pereira; Marcio Fernando Candéo Dos Santos - AS DEFICIÊNCIAS DO ENSINO JURÍDICO NAS INSTITUIÇÕES UNIVERSITÁRIAS E NA FORMAÇÃO DO PROFESSOR E DO ACADÊMICO.....4566

Rosalice Fidalgo Pinheiro - DISSIPANDO O “MAL CONSTRUÍDO” NO DIREITO: A PESQUISA COMO PRINCÍPIO EDUCATIVO NO ENSINO JURÍDICO.....4587

Rosendo Freitas de Amorim; Olivia Pinto De Oliveira Bayas Queiroz - ESTRATÉGIAS DE AVALIAÇÃO NO ENSINO JURÍDICO.....4608

Thaísa Haber Faleiros; Marcelo Campos Galuppo - A FORMAÇÃO DO DOCENTE DE DIREITO: UMA IDENTIDADE DESEJADA.....4626

HERMENÊUTICA E TRANSFORMAÇÃO DO MÉTODO JURÍDICO NA CONTEMPORANEIDADE

Alberto Nogueira Júnior - ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS CANDIDATOS A CARGOS PÚBLICOS COM MAUS ANTECEDENTES E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....4651

Alessandro Martins Prado - PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: PODER JUDICIÁRIO, O RECONHECIMENTO DO TERCEIRO GIGANTE , DE “BOCA DA LEI” A “BOCA DO DIREITO”.....4667

André Pires Gontijo - ENTRE O TEMPO & O ESPAÇO: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS ESTUDOS JURÍDICOS COMPARATIVOS E O MÉTODO COMPARATIVO NO APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO.....4687

Cleyson de Moraes Mello - A ESSÊNCIA DO DIREITO: OS CAMINHOS DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....4718

Edilaine Aparecida Pelincer; Lysian Carolina Valdes - A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....4728

Francisco Carlos Duarte; Luiz Henrique Urquhart Cademartori - O JULGAMENTO DISCRICIONÁRIO NA TEORIA DE DWORKIN E A POLÊMICA COM AS CONCEPÇÕES ATIENZA E ALÉXY.....4749

João Henrique Vasconcelos Arouck - A VALIDADE HERMENÊUTICA DAS CONVICÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO: OS FUNDAMENTOS POSSÍVEIS EM GADAMER E DWORKIN.....4759

José Albenes Bezerra Júnior - INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE.....4781

Marcel Vitor de Magalhães e Guerra; Valesca Raizer Borges Moschen - PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL: A CAMINHO DE UMA SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL: REFLEXOS DE UM NOVO PARADIGMA AXIOLÓGICO FACE À CRISE METODOLÓGICA POSITIVISTA.....4797

Marcos Antônio Striquer Soares - ELEMENTOS DA TEORIA DE CHARLES SANDERS PEIRCE PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA.....4816

Paulo Antônio De Menezes Albuquerque; Roberta Laena Costa Jucá - “SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES” OU NÚCLEOS DEMOCRÁTICOS DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO? UMA ABORDAGEM CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DE PETER HÄBERLE.....	4830
Raquel de Freitas Manna - A CONSTRUÇÃO DO NORMATIVISMO JURÍDICO NA BUSCA DA EFICÁCIA DO DIREITO: DO PROGRESSO DA ABSTRAÇÃO DAS NORMAS.....	4838
Ricardo Araujo Dib Taxi - CÍRCULO HERMENÊUTICO E INTEGRIDADE – A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO COM BASE EM HANS-GEORG GADAMER E RONALD DWORKIN.....	4855
Ricardo Motta Vaz de Carvalho - UM NOVO ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO COM UM CARÁTER PRAGMÁTICO-SISTÊMICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	4870
Viviany Almeida Loureiro - A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA DIVERSIDADE CULTURAL.....	4885

HISTÓRIA DO DIREITO E DO PENSAMENTO JURÍDICO

Bernardo Brasil Campinho - A COMPREENSÃO DAS RAÍZES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS DA CATEGORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE A PARTIR DA FORMAÇÃO DA SUBJETIVDADE MODERNA.....	4902
Éder Ferreira; Alaerte José Barbosa Júnior - O FENÔMENO JURÍDICO NA CRÍTICA DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL.....	4932
Edson Medeiros Branco Luiz - AS ELEIÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - 1974 A 1979.....	4951
Fabio Resende Leal - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	4971
Fernanda Cristina Covolan - PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-SOCIAIS DA CIDADANIA OCIDENTAL.....	4998
Guilherme Perez Cabral - A LIBERDADE EDUCACIONAL CONFERIDA ÀS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR NO REGIME MILITAR.....	5015
Gustavo Silveira Siqueira - BREVES APONTAMENTOS SOBRE A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA NO BRASIL.....	5034
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz; Gustavo César Machado Cabral - AS CORTES E A LEGITIMIDADE DO PODER EM PORTUGAL (SÉCULOS XII-XVII).....	5054

Maria Clara Oliveira Santos; Adamo Dias Alves - A CONCEPÇÃO DE ESTADO, SUAS DIMENSÕES E SEUS DESAFIOS NO PENSAMENTO DE HEGEL.....5082

Paula Maria Nasser Cury - O CONCEITO DE LIBERDADE E SUA COMPREENSÃO AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO DO PENSAMENTO JURÍDICO OCIDENTAL.....5101

Pedro Luis Piedade Novaes - DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER CONSTITUINTE E SUA APLICABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....5113

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior - DA DINASTIA DE AVIZ A MIGUEL REALE: ENSAIO SOBRE A FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA CONTEMPORANEIDADE.....5133

INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Anderson Alex Vanoni; Vitor Eduardo Frosi - EFICÁCIA E EFETIVIDADE NO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RESERVA DO POSSÍVEL.....5160

Danyelle Bezerra Terhorst; Wanderlei de Paula Barreto - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....5174

Giseli Valezi Raymundo - MEDICAMENTOS NO BRASIL: ACESSO À JUSTIÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....5189

Ivan Aparecido Ruiz; Belmiro Jorge Patto - A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO DA FAMÍLIA: AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS HIPÓTESES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO LITIGIOSOS.....5214

Juliana de Camargo Maltinti - TUTELA INIBITÓRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....5244

Luciane da Silva Onça - O DANO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL.....5270

Paulo Sergio Vianna; Marllon Beraldo - DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL E A PROVA DOS ILÍCITOS AMBIENTAIS.....5296

Rogério Irineu de Oliveira - A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM PROCESSOS SELETIVOS DE EMPREGADOS.....5324

Roseli Borin Ramadan Ahmad - DIREITOS DA PERSONALIDADE E COLISÃO DE DIREITO FUNDAMENTAIS EM AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE.....5343

Tito Livio Barichello - O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE HUMANA.....5380

MATRIZES DOS CONCEITOS DE JUSTIÇA

David Barbosa de Oliveira - O “CONCEITO”[1] DE JUSTIÇA EM KANT: A COAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO JUSTO.....5415

Éder Ferreira; Maysa Rodrigues Cunha - MARXISMO & DIREITO: O FENÔMENO JURÍDICO N’A QUESTÃO JUDAICA.....5431

Érico Marques de Mello - ENTRE A JUSTIÇA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....5442

Felipe Cavaliere Tavares - THICK AND THIN: A TEORIA DA JUSTIÇA DE MICHAEL WALZER.....5462

Lucas Piccinin Lazzaretti - O LUGAR DA JUSTIÇA NO ESTADO DE EXCEÇÃO.....5472

Newton de Menezes Albuquerque; Sérgio Borges Nery - A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES.....5485

Pedro Henrique Cordeiro Lima - O ESTADO HEGELIANO, PELA VISÃO DE BERNARD BOURGEOIS.....5498

Telma Aparecida Rostelato - JUSTIÇA RESTAURATIVA: O OLHAR REFLEXIVO SOBRE A DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – UMA FORMA DE APLICAÇÃO DA ‘JUSTIÇA’ EM SEU AMPLO SENTIDO.....5511

MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Alex Ferreira Batista; Rodolfo Grellet Teixeira Da Costa - TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO EMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.....5527

Antônio Carlos Diniz Murta - O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO A LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO OBJETIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....5542

Antonio Roberto Winter de Carvalho - O TRIBUTO COMO ENCARGO SOLIDÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E A IGUALDADE SOCIAL.....5562

Carlos Roberto Martins Rodrigues; Marcio Rodrigues Melo - A LEGALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE ENERGIA.....5583

Érico Marques de Mello - IPTU E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	5597
Fábio Presoti Passos; Bruno José de Castro Andrade - DA TRIBUTAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DECORRENTE DA CONSEQUÊNCIA ECONÔMICA DO ILÍCITO PENAL.....	5617
Marcel Moraes Mota - ANÁLISE JUSFUNDAMENTAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE.....	5638
Maria de Fatima Ribeiro - OS INCENTIVOS FISCAIS E OS IMPACTOS DA FUNÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DOS TRIBUTOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	5654
Pedro Luis Piedade Novaes - A LEI COMPLEMENTAR E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	5677
Plínio Antônio Britto Gentil; Ana Paula Jorge - A AÇÃO PENAL POR CRIME TRIBUTÁRIO: NATUREZA JURÍDICA DA REPRESENTAÇÃO FISCAL E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS.....	5698
Rafael Sérgio Lima de Oliveira; Mário Lúcio Garcez Calil - NOTAS SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA SOBRE A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL: UM ESTUDO SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 3089.....	5715
Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior - A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELOS ESTADOS.....	5737
Renato Alexandre da Silva Freitas; Priscila Simões Garcia Oliveira - A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL.....	5756
Vladimir da Rocha França; Fernanda Estima Borba - PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA PARA O CIDADÃO CONTRIBUINTE.....	5784

MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ana Paula Vasconcellos da Silva - O DIREITO AMBIENTAL E OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O CASO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL LAGOS SÃO JOÃO.....	5807
Cristiano da Silva Sielichow - A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DA GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA.....	5822

Fabiano Augusto Piazza Baracat - MEIO AMBIENTE URBANO: IMPORTÂNCIA DO PLANO DIRETOR E DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA.....5835

Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista; Jânia Maria Lopes Saldanha - A INTERNET COMO MEIO DE AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO DE INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO: UMA ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA?.....5851

Leonardo Alves Correa; Elpídio Paiva Luz Segundo - O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: INTERLOCUÇÃO ENTRE A GESTÃO PÚBLICA AMPLIADA E O NOVO PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....5865

Leonardo Carvalho Ladeira; Raphael Moreira Maia - TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES ESTADO-SOCIEDADE POR MEIO DO LEGISLATIVO: PARTICIPAÇÃO, AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O CASO DO PPAG EM MINAS GERAIS.....5879

Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães - A EXPERIÊNCIA DA ANEEL NA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTE DE CONDOTA E NA REALIZAÇÃO DE REUNIÕES PÚBLICAS DE DIRETORIA.....5899

Luciane Moessa de Souza - AUTONOMIA INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA E FUNCIONAL DE SEUS MEMBROS: INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....5918

Manoel Messias Peixinho - AS ORDENS PROFISSIONAIS NA FRANÇA E NO BRASIL: UM ESTUDO COMPARADO.....5949

Ricardo Gorette Santos; Igor Rodrigues Britto - O PAPEL DO PROCON NA DEFESA QUALIFICADA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES: O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO.....5967

Ricardo Hermany; Diogo Frantz - AUDIÊNCIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS E NOVAS TECNOLOGIAS: NOVAS POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS DE PARTICIPAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....5992

Rodrigo André Radin - ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ESPAÇO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE UMA GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA.....6010

ORIGEM, FUNDAMENTOS E EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Alba Paulo de Azevedo; José Albenes Bezerra Júnior - A EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AO

POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A FORMAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM JURÍDICA?	6025
Alberto de Magalhães Franco Filho - ESTUDO CRÍTICO DA TERMINOLOGIA DESIGNATIVA DOS DIREITOS AFETOS AO SER HUMANO.....	6038
André Pires Gontijo - O PAPEL DO SUJEITO PERANTE OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO DE UMA ESFERA PÚBLICA POR MEIO DO ACESSO UNIVERSAL COMO INSTRUMENTO NA LUTA CONTRA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	6062
Carla Caldas Fontenele Brizzi; Michel Pinheiro - AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E NO BRASIL.....	6105
Cintia Maria Scheid - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO À MORADIA.....	6127
Danielle Annoni; Marcia Marcondes Diniz de Freitas - A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM ESTUDO, A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS E AS DIFICULDADES NA DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE PRIORIDADE.....	6152
Erika Maeoka - OS DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AO TERCEIRO PREJUDICADO.....	6175
Marcos Leite Garcia - CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO CONCEITO INTEGRAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	6199
Marizélia Peglow da Rosa; Antonio Walber Matias Muniz - A PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E A CARTA DA TERRA: BALANÇOS E PERSPECTIVAS.....	6221
Paulo Francisco de Oliveira - DIREITOS HUMANOS: LIBERDADE E IGUALDADE NUMA VISÃO KANTIANA.....	6241
Pietro de Jesús Lora Alarcón - DIREITOS HUMANOS E DIREITO DOS REFUGIADOS: OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA, A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTOS PARA SUPERAR A DISCRICIONARIEDADE ESTATAL NA CONCESSÃO DO REFÚGIO.....	6267
Sérgio de Oliveira Santos - A IMPOSSIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTADOS EM VALORES HUMANOS, DEMASIADAMENTE HUMANOS: A NECESSÁRIA TRANSVALORAÇÃO DOS VALORES	

MODERNOS PARA A DIGNIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....6295

Wilson Engelmann - A ORIGEM JUSNATURALISTA DOS DIREITOS HUMANOS: O HORIZONTE HISTÓRICO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948.....6309

PROCESSO E DEMOCRACIA

Alessandro Martins Prado - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL REPRESSIVA E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: REPÚBLICA INACABADA?6329

Andréia Garcia Martin - A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ALCANCE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL.....6359

Delton R. S. Meirelles; Fernando Gama de Miranda Netto - MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....6385

Flávio Couto Bernardes; Henrique Machado Rodrigues de Azevedo - EFEITO SUSPENSIVO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE DA ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....6419

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho - VERDADE, DIREITO E PROCESSO.....6443

Iara Rodrigues De Toledo - FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA: UM TEMA DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....6469

Ivan Aparecido Ruiz; Viviane Cristina Rodrigues Cavallini - NOTAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UMA EVOLUÇÃO HERMENÊUTICA.....6485

José Sebastião de Oliveira; Juliana Maria Simão Somagin - TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA.....6511

Leonardo Augusto Marinho Marque; Christiano Rodrigo Gomes de Freitas - PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA: JUSTIFICAÇÃO PELO BINÔMIO INCLUSÃO DOS INTERESSADOS – PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....6535

Nereu José Giacomolli; André Machado Maya - A INCONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCESSO PENAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....6550

Paulo Roberto Pegoraro Junior; José Laurindo de Souza Netto - O NEOPROCESSUALISMO E A PUBLICIZAÇÃO NORMATIVA COMO COROLÁRIO DA UNIDADE PROCESSUAL SISTÊMICA: UMA AFIRMATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	6567
Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E PRÁTICAS JUDICIÁRIAS BRASILEIRAS.....	6586
Reinaldo Luís Tadeu Rondina Mandaliti - A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO MECANISMO DE ACESSO Á JUSTIÇA.....	6603
Tatiane de Abreu Fuin - A MOTIVAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FUNÇÕES SOCIAIS, POLÍTICAS E PROCESSUAIS.....	6623
Thiago Caversan Antunes; Luiz Fernando Bellinetti - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS LIMITES DA DEMOCRACIA.....	6645
Vitor Burgo - AS AÇÕES COLETIVAS COMO VIA INSTITUCIONAL DISPONÍVEL PARA EXPANSÃO DA PARTICIPAÇÃO E INFLUÊNCIA DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO DEMOCRÁTICO.....	6664
Willians Franklin Lira dos Santos - O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO COMO ALTERNATIVA DE EFETIVIDADE E TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	6689
Zoraide Sabaini dos Santos Amaro - SENTENÇA DECLARATÓRIA COMO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL NA ORDEM PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEA – UMA MODALIDADE QUE ABRE CAMINHO PARA UMA NOVA FASE PROCESSUAL DESTINADA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO RECONHECIDO.....	6711

PROPRIEDADE INTELECTUAL, POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

Afonso de Paula Pinheiro Rocha - PROPRIEDADE INTELECTUAL E AMBIENTALISMO CULTURAL.....	6734
Alberto Vizzotto - O PROFESSOR E OS DIREITOS AUTORAIS SOBRE SUAS AULAS.....	6761
Armando Zanin Neto - DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL: O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE MEDICAMENTOS.....	6776

Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza; Nivaldo dos Santos - DAS ALIANÇAS EMPRESAS-UNIVERSIDADES NO CONTEXTO DO ARCABOUÇO LEGAL DAS LEIS DE INOVAÇÃO.....	6797
Claudio José Amaral Bahia; Ana Carolina Peduti Abujamra - DA NECESSIDADE DE (RE)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA NACIONAL EM FACE DA LEI DE PATENTES: UMA ANÁLISE DAS PATENTES PIPELINE.....	6817
Fábio Luparelli Magajewski; André Luís de Marchi Costa Curcio - DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL: UMA PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO ESPECIAL ÀS PATENTES DE MEDICAMENTOS.....	6844
Fernanda Heloisa Macedo Soares - PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS.....	6857
Jussara Seixas Conselvan - ACORDOS DE PARCERIA PARA PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO.....	6883
Marcos Vinício Chein Feres; Ronan Ferreira Figueiredo - DOENÇAS NEGLIGENCIADAS COMO UMA QUESTÃO DE DIREITO: UMA ANÁLISE DO MODELO DE PATENTES FARMACÊUTICAS SOB O PRISMA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	6901
Marcos Wachowicz; Alexandre Pesserl - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE SERVIÇOS P2P NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	6912
Nirson Medeiros da Silva Neto - SABERES TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: ENTRE DOIS SISTEMAS DE MUNDO.....	6925
Patrícia de Oliveira Áreas - AUTORIA E TITULARIDADE DO SOFTWARE E DESENVOLVIMENTO.....	6951
Sávio de Aguiar Soares; Roberto Henrique Porto Nogueira - DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, TECNOLOGIA E INTEROPERABILIDADE: ESTUDO À LUZ DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR.....	6972

RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS

Alessandro Marcos Kobayashi - O CONTRATO EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	6989
Ana Manuela dos Reis Rampazzo; Ana Cleusa Delben - INVASÃO À PRIVACIDADE E USO INDEVIDO DA IMAGEM ATRAVÉS DA INTERNET E O DEVER DE REPARAÇÃO.....	7012

Cleber Affonso Angeluci - A RELEVÂNCIA DO VALOR NAS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS.....	7041
Daniella Bernucci Paulino - O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, A TUTELA DA MINORIA NAS FUSÕES E INCORPORAÇÕES E O DIREITO DE RECESSO NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.....	7065
Elida de Cássia Mamede da Costa; Glaucia Fernanda Oliveira Martins - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO SOLIDARISMO JURÍDICO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS E OS CONTRATOS CIVIS.....	7085
Francisco Emílio Baleotti; Thais Aranda Barrozo - AS TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS À SATISFAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS DE CONTRATAR E OBTER DECLARAÇÃO DE VONTADE (ARTS. 466-A, 466-B E 466-C).....	7103
Gilberto Fachetti Silvestre; Guilherme Fernandes de Oliveira - REFLEXÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	7122
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; Iliane Rosa Pagliarini - NEGÓCIO JURÍDICO E CRISE ECONÔMICA INTERNACIONAL: CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	7147
Marcelo Benacchio - AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DE FAMÍLIA: CONTRATUALIZAÇÃO DA FAMÍLIA?	7174
Marcelo Piazzetta Antunes - TEORIA DA CAUSA: RELEITURA EM FACE DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA.....	7200
Matheus Ferreira Bezerra - O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO À PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES.....	7217
Meire Cristina Queiroz; Cibele Rister de Sousa Lima - FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: UMA NOVA REALIDADE.....	7234
Ricardo Goretti Santos; Paula Castello Miguel - IRRADIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO: A APROXIMAÇÃO DE PÓLOS DICOTÔMICOS.....	7259
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior - DESIGUALDADE SOCIAL, SOLIDARIEDADE JURÍDICA E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO.....	7278
Thiago Penido Martins - EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	7294

TRABALHO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE

Andre Vitorino Alencar Brayner - O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO PROLETÁRIO SOB UM ENFOQUE CRÍTICO DA E À TEORIA MARXISTA.....	7322
Flávio Bento; Marisa Rossinholi - CRISE ECONÔMICA E RELAÇÕES DE TRABALHO: A HIPÓTESE DO TRABALHO COOPERADO LÍCITO E IRREGULAR.....	7336
Ivan Dias da Motta, Marco Antonio Bosio - DIREITO É EDUCAÇÃO DO TRABALHADOR: DIREITO DE TORNAR-SE PRÍNCIPE.....	7350
Janaina Tatiana Araujo - TRABALHO LABORTERÁPICO – EXPLORAÇÃO OU REEDUCAÇÃO?.....	7362
Joyceane Bezerra de Menezes; Laura Anísia Moreira de Sousa Pinto - PATRIMÔNIO MÍNIMO E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - UMA ANÁLISE GARANTISTA DOS SALÁRIOS COMO MEIO DE PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	7372
Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes - CONTRATO DE TRABALHO A TERMO: EMPREGABILIDADE OU PRECARIZAÇÃO?.....	7393
Marcelo de Vargas Estrella; Arilúcio Bastos Lobato - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DO FLUVIÁRIO NO ESTADO DO AMAZONAS: O RUÍDO COMO PRINCIPAL AGENTE NOCIVO.....	7405
Marcus Augustus Saboia Rattacaso - COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O VALOR DO TRABALHO HUMANO E A LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA.....	7428
Mariana de Siqueira - O FOMENTO AOS CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO, O PLENO EMPREGO E O DESENVOLVIMENTO SÓCIO-ECONÔMICO.....	7443
Oswaldo Ferreira de Carvalho - OS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO PARA O TRABALHADOR MIGRANTE.....	7471
Priscila Campana - O FINANCIAMENTO DA ESTRUTURA SINDICAL E A LIBERDADE SINDICAL: PARA QUEM TEM SENTIDO O IMPOSTO SINDICAL?.....	7484
Ricardo Motta Vaz de Carvalho - A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DA NOVA REALIDADE IMPOSTA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27/2005 DO C.TST.....	7508
Ronald Silka de Almeida - O TRABALHADOR, O MERCADO DE TRABALHO E A QUESTÃO SOCIAL.....	7523

Tito Livio Barichello - REFLEXÕES ACERCA DO LABOR DO DETENTO.....7540

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NO SÉCULO XXI

Adriano Stanley Rocha Souza; Aurea Lucia Chaves Castro - A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....7570

Deilton Ribeiro Brasil - RECONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA DISREGARD DOCTRINE: UMA NOVA LEITURA DAS PREMISSAS BÁSICAS.....7586

Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez; Sérgio de Oliveira Santos - O VALOR DO DIREITO NO SÉCULO XXI – VIDA, TRANSFORMAÇÕES E TRANSVALORAÇÕES DO DIREITO POR NIETZSCHE E FOUCAULT.....7609

Everton das Neves Gonçalves; Joana Stelzer - AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO MERCADO EUROPEU À LUZ DA TRANSNACIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO.....7626

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire - CIBERESPAÇO E SMART MOBS: A RESIGNIFICAÇÃO DE LUGARES E CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA PLANETÁRIA.....7647

José Bittencourt Filho; Eneá de Stutz e Almeida - MUNDIALIZAÇÃO E INTOLERÂNCIA: UM BREVE ENSAIO.....7666

Leonardo D'Avila de Oliveira - A INFLAÇÃO NORMATIVA E A ABERTURA DO DIREITO.....7680

Maria Alice Castilho Dos Reis - A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....7699

Patrícia Borba Vilar Guimarães; Karolina dos Anjos Fontes - O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO, ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....7731

Roberto Henrique Porto Nogueira; Rodrigo Almeida Magalhães - NOVOS MODELOS TECNOLÓGICOS PARA O ACONTECIMENTO DO CONTRATO ELETRÔNICO: ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO DIGITAIS.....7765

Rogério José da Silva - ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL: POSSIBILIDADES E INCOERÊNCIAS.....7777

Rubens Beçak - GOVERNABILIDADE E SISTEMA DE GOVERNO: A EXPERIÊNCIA PRESIDENCIAL BRASILEIRA PÓS-1988.....7788

Tânia Lobo Muniz; Ivan Martins Tristão - ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO: INOVAÇÕES E ASPECTOS CONTROVERTIDOS.....7799

Thiago Gomes Luiz de Paula; Bruno Prisinzano Pereira Creado - A PRIVACIDADE DO E-MAIL NO AMBIENTE DE TRABALHO.....7828

Vilson Aparecido Disposti - CRIMINOLOGIA: TRANSTORNOS NEUROPSÍQUICOS E IMPUTABILIDADE PENAL.....7839

APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ

O Centro Universitário de Maringá foi fundado em 1990 com apenas 2 cursos, o de Administração e o de Processamento de Dados.

Atualmente oferece os cursos de Administração, Agronomia, Arquitetura e Urbanismo, Artes Visuais, Artes Visuais, Biomedicina, Ciências Biológicas, Ciências Biológicas, Ciências Contábeis, Comunicação Social – Jornalismo, Comunicação Social - Publicidade e Propaganda, Agronegócio, Análise e Desenvolvimento de Sistemas, Automação Industrial, Design de Interiores, Estética e Cosmética, Gastronomia, Gestão Comercial, Gestão de Comércio Exterior, Gestão de Marketing, Gestão de Recursos Humanos, Redes de Computadores, Produção Sucroalcooleiro, Sistemas para Internet - Web Design, Direito, Educação Física, Enfermagem, Engenharia Civil, Engenharia Mecatrônica, Engenharia Elétrica, Farmácia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Letras - Português – Espanhol, Letras - Português – Inglês, Medicina Veterinária, Moda, Nutrição, Odontologia, Pedagogia, Psicologia e Formação de Psicólogo, Serviço Social, Sistemas de Informação, Teologia, Turismo e Hotelaria.

Também oferece 29 cursos de pós-graduação *lato sensu*, além da manutenção de cinco grupos de pesquisa cadastrados no CNPq, 115 projetos de iniciação científica, 35 acadêmicos bolsistas de iniciação científica e 17 projetos de pesquisa docente.

A integração do Centro Universitário com a sociedade ocorre por meio projetos de extensão, eventos, cursos de extensão, cooperação interinstitucional e prestação de serviços.

Possui uma infra-estrutura capaz de atender 15 mil alunos, em 90 mil m² de área construída distribuída em 14 blocos composto de salas de aula, laboratórios, clínicas de fonoaudiologia, fisioterapia, nutrição, odontologia e psicologia. Há 04 anfiteatros, núcleo de Prática Jurídica, hospital veterinário, biblioteca, centro de hospitalidade (hotel e restaurante), rádio universitária, 02 restaurantes, 03 cantinas, 03 ginásios de esportes cobertos (o maior com capacidade para acomodar 3.000 pessoas), 02 quadras de tênis, pista de atletismo, campo de futebol suíço, fazenda escola experimental, bem como estacionamentos estruturados para acomodar até 2.800 veículos.

Além dos espaços para as atividades de ensino, pesquisa e extensão disponibiliza ainda uma área total de 15.939m² para a convivência de alunos, professores e técnicos administrativos.

Presta serviços de atendimento para a comunidade acadêmica, tais como agências bancárias do Banco Real e do Banco do Brasil, farmácia, 06 postos de reprografia, livraria e papelaria e terminais de consultas on-line.

Para garantir a excelência de ensino e a qualidade na pesquisa e extensão, a Instituição possui um corpo docente formado por 55% de doutores e mestres.

A criação do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em nível de Mestrado em Direito foi autorizado pelo Conselho Nacional de Educação por meio da Portaria 3.116/2005, de 09/09/2005 em maio de 2005 e foi avaliado com parecer favorável para a sua aprovação.

O corpo docente do programa conta com 11(onze) professores doutores permanentes, sendo eles Alessandro Severino Valler Zenni, Clayton Reis, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, Danielle Annoni, Ivan Aparecido Ruiz, Ivan Dias da Motta, José Sebastião de Oliveira, Leda Maria Messias da Silva, Valéria Silva Galdino Cardin, Wanderlei de Paula Barreto e Zulmar Antonio Fachin.

Estes profissionais do Direito realizam orientação científica de qualidade, possibilitando aos mestrandos, como futuros mestres e operadores do Direito, o exercício de suas atividades profissionais através do raciocínio lógico, da argumentação dialética, e do pensamento crítico-reflexivo.

O programa abre anualmente 20(vinte) vagas para ingresso no curso, e atualmente está na 5ª Turma, tendo formado 56 mestres na área de Direitos da Personalidade.

A coordenação do programa desenvolve trabalho de orientação de produção científica em Direitos da Personalidade que possibilitem exercer o senso crítico, o pensamento reflexivo voltado para a modernidade do Direito.

O Curso tem também como objetivo contribuir diretamente para a melhoria dos padrões de qualidade de ensino do Direito, e, proporcionar a habilitação de operadores do Direito à prática do exercício das atividades de pesquisa e da docência de terceiro grau, especialmente na esfera dos Direitos da Personalidade, para a valorização da pessoa humana.

O Curso tem área de concentração em “Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional” e duas linhas de pesquisas sendo elas “Os Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade” e “Instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade”.

LOS DOS LADOS DE LA RAZÓN

Jorge Eduardo Douglas Price¹

Bajo las premisas de este sistema se formulan respuestas a los enigmas ante los cuales se estrella el humano deseo de saber, enigmas como la creación del mundo y la relación entre el cuerpo y el alma. (Sigmund Freud, El Porvenir de una ilusión.)

1 Introducción:

El tema del congreso: “*Las dimensiones de la personalidad en la contemporaneidad*”, es particularmente fascinante, lo que incluye una paradoja, que deseo referir primero: una sociedad es siempre contemporánea de sí misma, en el sentido de que ella está siempre presente consigo misma, pero como el presente no tiene duración, sucede que ella no puede observarse a sí misma en la contemporaneidad, porque cuando se observa ya no es contemporánea.

Como consecuencia “la contemporaneidad” es inobservable.

Claro, ésta podría ser la conclusión de esta intervención, con lo que vuestro generoso gesto quedaría completamente desairado por tan pedante actitud.

Por fortuna, hay otro aspecto de la contemporaneidad que podemos observar: cada teoría, cada reflexión sobre la sociedad, puede ser sólo teoría de la sociedad contemporánea, en efecto: una teoría no puede ver el pasado porque ya no es más, y no puede ver el futuro porque todavía no es.

Lo que significa que toda descripción de la sociedad es descripción contemporánea, aún cuando el objeto de la descripción sea una sociedad que llamamos del pasado, o antigua, como pudo ser la sociedad romana, que produjo el derecho romano, que, a su vez, ha sido objeto incesante de la observación de los juristas.

Por eso, si se trata de describir la sociedad en la que practicamos estas comunicaciones, solo podremos hablar de la sociedad moderna. No otra cosa hacía Savigny cuando desarrollaba su gigantesco “Sistema de Derecho Romano Actual”, no

¹ Profesor Titular de Teoría General del Derecho y Director del Centro de Estudios Institucionales Patagónico, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

otra cosa, según advierto en el fascinante y diverso programa de este Encuentro, hacéis vosotros.

2 La modernidad.

Pensemos ahora que cosa es la modernidad.

Comparto con otros muchos que la modernidad es un concepto filosófico y sociológico, por derivación jurídico, que puede enunciarse como el proyecto de imponer la razón como parámetro trascendental de la sociedad; a la razón como principio de orientación de la acción (en términos que podríamos llamar weberianos), bien que no podamos definir con exactitud a qué llamamos razón, ni que queda fuera de ella; del otro lado de la distinción, es decir lo que no es racional.

La paradoja de la razón es que, con su autofundación, funda también lo que no es razonable. Lo que significa que NO ES lo no razonable lo que funda a la razón.

La razón comienza consigo misma.

Pero la razón de la modernidad es UNA razón, aunque haya pretendido y aún pretenda, ser LA razón.

Sin embargo, cuando esta razón opera se ve inmediatamente que es una entre tantas.

La paradoja constitutiva de la razón es que la razón dice lo que NO ES la razón, ella se constituye a sí misma, indicando la otra parte de ella misma, como algo que está afuera de ella, esto es: como su negación.

2 Polisemias.

De esta manera, podemos ahora observar que la función que tenía (tiene) la razón en esta sociedad, la moderna, era la de universalizar el ejercicio de sí misma, en el sentido de que todos podían tener acceso a la razón, o, como lo afirmaba Kant en la *Metafísica de las costumbres*, ser portadores todos de la misma razón.

Paradójicamente, esta posibilidad de acceso universal de la razón, abre el camino, abre el espacio a una multiplicidad de razones y a su inevitable discrepancia, sin que exista una meta-razón que pueda dirimir la razón entre las razones.

Si ahora queremos indicar lo que observamos, cuando observamos la “modernidad”, entonces podemos afirmar que moderna es la sociedad en la cual múltiples, infinitas y diversas razones se presentan con la legítima pretensión de ser reconocidas como razones.

Podemos ensayar algunos ejemplos, que varían según el problema y el contexto: podemos hablar de una razón jurídica, de una razón económica, de una razón de los homosexuales, de una razón política, de una razón de los cristianos, así como de los judíos o de los musulmanes, o de los agnósticos (como lo pudo demostrar Bertrand Russell en su célebre *Porqué no soy cristiano*), y la lista, apenas comienza, y, como he dicho, podría continuar infinitamente.

Lo que estamos experimentando ahora son las primeras manifestaciones de esta específica complejidad moderna.

Otra paradoja es que todas las sociedades están “presentes” consigo mismas, pero la moderna es la única que se considera a sí misma *moderna*, con lo que se da la paradoja de que al hablar hoy de modernidad podemos estar hablando de pasado, pero de un pasado que se reclama moderno. Algo análogo al contrasentido que plantea, al menos semióticamente, hablar de posmodernidad.

No obstante, y contra aquella idea del supuesto “pasado” de la modernidad, Niklas Luhmann decía que ahora estamos experimentando las primeras manifestaciones de la modernidad.

Por ejemplo es recién ahora cuando vemos cuál era la perversión que estaba presente en “la” razón, porque ahora vemos que hay otras razones fuera de “la” razón presentada por la modernidad. Razones tantas y tan diferentes, sin embargo todas “razonables”.

Así cuando a la razón heterosexual se opone la homosexual, el pasmo sacude todo el terreno de lo conocido, la tranquilidad que nos provee la idea de normalidad, a la que ha sido tan afecta la modernidad; así por ejemplo, el descanso, el reposo, que nos proveen las clasificaciones “bien establecidas”, como aquél *Emporio celestial de conocimientos benévolos* que describe el relato de Jorge Luis Borges denominado *El Idioma Analítico de John Wilkins*², que tanto hiciera reír a Foucault y que lo incitara, según su propia confesión, a escribir una de sus obras fundamentales³.

Es que si la historia de la cultura humana es esa larga distinción de lo Uno y de lo Mismo como dice el mismo Foucault en esa obra, la pregunta por la razón de la modernidad nos lleva a pensar qué operaciones se hicieron en la Modernidad para distinguir a la Modernidad de lo que no es moderno, por ejemplo cómo es que la

² Borges, Jorge Luis. En *Ficciones*, Emecé, Buenos Aires, 1960, pags.139/144.

³ En referencia *Las Palabras y las Cosas*, Siglo XXI, México D.F., 1985.

Modernidad pide para sí la exclusividad de la razón ó, mejor aún, cuál razón es la razón que la Modernidad acepta como su razón.

O, como diría Raffaele De Giorgi⁴, cuál es la razón de la razón, ó, mejor aún que razón tiene la razón?.

Personalidad.

Nos resta ahora para completar el cuadro de presentación, intentar observar qué cosa es aquello que llamamos personalidad.

Una de las funciones que tiene esta referencia universal, que llamamos razón, era aquella de hacer posible la organización de la acción, la estructura de expectativas consecuentes y, entonces, hacer posible el cálculo y la economía de la acción humana. Esto es: permitir las múltiples coordinaciones, a partir de comunicaciones, que pusieran a cubierto el infinito devenir de la contingencia.

Por ejemplo: si quiero obtener una propiedad es más racional intentar comprarla y llevar la situación a títulos representativos de esa misma situación o posición que llamo propiedad, títulos que pueda presentar ante unos tribunales que podrán disponer de la fuerza para permitirme el goce de la propiedad, en lugar de verme obligado a matar o aniquilar a quien me disputa la propiedad.

Es decir: la razón moderna nos proveyó de la técnica de imputación, esto es de aquella técnica que permite establecer un sistema de atribución de consecuencias a las acciones, mediante lo que creamos una cadena de relaciones que permiten tratar los riesgos que toda sociedad produce.

Entonces, si miramos sólo un poco más atrás, veremos que Weber, preocupado por la fenomenología de la acción humana, decía que la personalidad eran las constantes e intrínsecas relaciones, con ciertos valores y sentidos últimos de la vida, con aquellos sentidos que proveían “motivos” a nuestras decisiones.

Por eso mismo es que la clave de la fase inicial de la Modernidad será que la personalidad se define por la elección o adhesión a ciertos valores y sentidos últimos en la vida, lo que no significa, en los propios términos Weber, que las sociedades más antiguas carecieran de ellos, sino que el modo de adopción de los mismos no estaba

⁴ Profesor Titular de Teoría General del Derecho de la Universidad del Salento (Lecce, Italia) y coautor con Niklas Luhmann, de *Teoría de la Sociedad*, Univ.

fundado en una decisión calificada como “racional”, bien que nuevamente he de advertir que racional significa aquí lo que la modernidad designa como racional.

La cadena o vínculo que tenían (y aún tienen) todas estas acciones en la tradición occidental, era el tejido o red conceptual que permitía a través del concepto de persona imputar consecuencias a un individuo; así como la máscara en el teatro servía para cubrir el rostro del actor e “imponerle” el personaje (tanto al actor como al espectador).

Al sujeto se le atribuía una personalidad y esa personalidad era “racional” en el sentido que “racional” tiene en la modernidad: el del cálculo de los resultados de las acciones, en mayor grado el cálculo de costo/beneficio, que es el cálculo que gobierna el aspecto más resaltado del hombre moderno: el económico.

El hombre moderno posee una facultad, o, mejor dicho, al hombre de su época, la modernidad le asigna una dimensión central en su personalidad: la de poder calcular. Dimensión que tiene la misma potencialidad revolucionaria que en el medioevo tuvo el descubrimiento o invención del libre albedrío, invenciones ambas que están profundamente entrelazadas.

La sociedad moderna, entonces, asigna consecuencias como si los entes psíquicos que componen las comunicaciones que constituyen la misma sociedad, actuaran racionalmente.

Esta técnica se denomina riesgo y esta categoría, el riesgo, es lo que caracteriza la sociedad moderna, como afirma Luhmann, una técnica del operar social como afirma su compañero intelectual, Raffaele De Giorgi.

Pero Luhmann advertía, que si bien a las teorías estadísticas se le han agregado aplicaciones de la teoría de la decisión y la teoría de los juegos que se ocupan, por ejemplo, del grado de subjetivación razonable de las expectativas y preferencias, con el objeto de calcular las acciones y sus riesgos; de la otra parte los psicólogos en general y los psicólogos sociales, en particular, han comprobado que el ser humano no calcula en absoluto como “debería hacerlo” si se guiara por la lógica weberiana de la acción; por el contrario, el ser humano comete errores desde este punto, que no pueden encontrar justificaciones, sino apenas explicaciones, en el contexto de lo cotidiano.

Ello al menos, claro, que admitamos que existe otro lado de la razón.

Dice expresamente Luhmann: *“Como sea, es de notar que hay una estructura y una tendencia a la desviación. La separación se hace cada vez más grande y profunda. Las disciplinas se alejan entre sí, en forma similar a lo que ocurre con un*

desplazamiento continental. Se sabe ahora que tanto las amas de casa en el supermercado, como los niños de la calle en Brasil, son capaces de calcular de una manera completamente exitosa, y aunque no tal y como aprendieron, o no aprendieron, en la escuela. Se sabe que los valores pueden ser objeto de una cuantificación, con el resultado de que ya no es posible reconocer lo que se pretendía. Y no se crea que son sólo las personas privadas las que son incapaces (de calcular weberenamente) o no quieren tomarse la molestia: los riesgos no son cuantitativamente calculados tampoco allí donde la racionalidad forma parte del prontuario de obligaciones de un rol y den donde se espera especial prudencia y responsabilidad en el manejo de riesgos, esto es, en la administración de las organizaciones. Por lo menos esto no ocurre de la manera prevista por la teoría convencional de las decisiones⁵”.

Pensemos, por ejemplo, en el caso más emblemático sobre el que las organizaciones de salud de todos los países tienen que atacar hoy: la gripe porcina (H1N1). La contradicción en el modo de atacarla entre los distintos países, los efectos paradójales de ciertas medidas (como el del difundido uso de barbijos que se ha revelado contraproducente en la mayor parte de los casos), las reacciones de los otros subsistemas de la sociedad interesados en las comunicaciones que produce el sistema de salud, como por ejemplo las organizaciones de turismo, el de la política de partidos, pueden servir de campo efectivo de investigación a esto que decimos (vgr: el retraso de información sobre el avance la pandemia en la Argentina es adjudicado por muchos al interés gubernamental de no demostrar ineficiencia frente a la crisis, en vísperas de las elecciones de Junio de 2009 puede ser un perfecto ejemplo de ello)

El no comprender a la sociedad como sus comunicaciones y en el sistema de las comunicaciones la vigencia del principio de doble contingencia⁶ que indica que – básicamente – toda comunicación puede ser (es) decodificada por un Alter respecto de un Ego en forma diversa al sentido que éste procuraba; produce efectos paradójales, muestra porqué las políticas tantas veces fracasan y producen desilusiones que el sistema vuelve a tratar con la misma torpeza.

Por ello es que, desde las mismas ciencias sociales se ha terminado por admitir, tanto por los antropólogos culturales como los sociales, que la evaluación del riesgo y la disposición a aceptarlo no es sólo un problema psíquico, sino, fundamentalmente un

⁵ Luhmann, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, México D.F., 1991, pag.44.

⁶ Ver, Giancarlo y Otros *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Universidad Iberoamericana, Barcelona-Guadalajara, 1996.

problema social; uno se comporta tal como lo esperan los grupos de referencia relevantes, o tal como ha sido socializado, tal como afirmaba Luhmann.

Individuo aislado o comunitario?.

Por eso propongo hacer aparecer aquí otra dimensión de la personalidad que la modernidad obliteró, obliteración que la marca y que nos obliga a pensar sobre el obrar actual.

En efecto: en la modernidad la sociedad es un agregado de individuos, de individuos vinculados por contratos de los que participan “racionalmente” según la misma noción de “razón que calcula” de la que venimos hablando. Esta fue la razón hobbesiana, tanto como la roussoniana, apenas Hume parecía rechazar la idea, hasta como idea reguladora.

Aún más, también en la tesis de Hegel, que en esto no diferirá de Kant, la razón humana es una, y como es una es universal; pero para Hegel la realización de la razón se da en una comunidad y en el desenvolvimiento de la historia, por ello el espíritu absoluto, por definición, es también uno y habita en cada oportunidad histórica en UN pueblo, de donde se sigue que la razón de ese pueblo es, en su oportunidad histórica, la razón del mundo.

Por eso es que en la visión de Hegel, la comunidad cobre un sentido, para la realización del individuo, que no tiene en Kant, pero es un sentido, a su vez, con pretensión universal.

Esta dialéctica está, si se quiere, presente en la lógica de Pablo que vence a la de Pedro cuando proclama que el evangelio también es para los gentiles, no solo para los judíos.

Tenemos entonces que recordar que la máscara del teatro griego, era la que atribuía “personalidad” al personaje, que por eso poseía enormes dimensiones, para hacerla más visible al público y para que, junto con los zancos, el actor pudiera representarse como “proporcional” ante las diferentes filas de asientos, las que colocadas en distintos puntos cardinales y alturas producía, como es obvio, diferentes puntos de vista.

Más aún, las máscaras podían servir de "megáfono" aumentando la voz del actor, para “hacerse escuchar”.

Por último, last but not least, las máscaras permitían al actor interpretar varios personajes.

Personalidad es entonces un concepto asociado al de representación, un concepto que es un tiempo psicológico, jurídico y teatral, porque es ficcional y como diría Hans Vahinger en su teoría del “como si”, es decir, *ficcional* porque es conscientemente falso⁷.

En la sociedad moderna todos los actores son individuos.

No se tiene como en **Fuenteovejuna o en Antígona** un coro al cual imputar el entorno, la comunidad, lo colectivo.

Y la falta de público hace olvidar que todo es ficción. El aislamiento, el ensimismamiento, dota de una cierta ontologización a la personalidad. La persona “es” la “personalidad” que el sistema social le atribuye, especialmente el derecho.

Eso que el teatro griego atribuía al coro con la función de hacer vivir lo colectivo y lo democrático en el teatro, confiriéndole “personalidad al pueblo”, es decir a un sujeto colectivo, desaparece en la modernidad. Es una dimensión de la personalidad, que queda ausente, bloqueada, interceptada, por “esta” razón, la razón de la modernidad.

En el coro griego encontramos algunos típicos ausentes de la escena general de la antigüedad, como las mujeres, por ejemplo; aunque no lleguen tan lejos como dejarlas estar en las Asambleas o Jurados.

En la época moderna el actor se debe diferenciar del público, o más bien olvidarlo, aquí no hay coro que establezca un puente entre el que porta la máscara y los que se sientan en las gradas.

Una pregunta para formular a los investigadores hoy sería: cuáles aspectos de la construcción del derecho deja afuera la noción de sujeto centrada en el individuo, pensado siempre y sólo como individuo racional y a la acción siempre y sólo como acción racional.

Las razones de la emoción.

Es que otra dimensión de la personalidad moderna, la hemos de hallar en la oposición entre esta razón que pretende ser universal, o sea única y otras razones que no pueden ser admitidas porque no calculan.

Es una razón que no deja entrar las razones del cuerpo, las del goce, las del deseo.

⁷ En 1911, Hans Vahinger, de la Universidad de Halle, publicó "Die Philosophie des Als Ob" ("La Filosofía del Como Si"). Según Vahinger el conocimiento es resultado del esfuerzo humano para adaptarse al medio: es una función creada para la supervivencia. El pensamiento, trabaja con "ficciones", pero el hombre es consciente de que son "ficciones", que utiliza como instrumentos para sus fines; por eso las usa como si fueran reales. Se trata de un paso indispensable en la construcción del conocimiento.

También ellas deben ser sublimadas y dirigidas a la única acción productiva, la del mercado, así como en la sociedad antigua, se sublimaba en la acción religiosa o en la contemplación.

Ayer nomás, en pleno siglo XXI, un obispo italiano recomendaba a sacerdotes y fieles volver a las virtudes del ascetismo, abandonar el hedonismo y dirigir las energías hacia actividades productivas, dirigir la libido como diría Freud a la productividad. Una tecnología del poder puesta de manifiesto, respondería Foucault.

El hombre moderno es así escindido de su propio cuerpo y su alma es sólo una mente que calcula.

Esta unidad de la diferencia entre cuerpo y alma, que en otras culturas se ha realizado de manera comunitaria, se opone al modo en que la razón de la sociedad moderna impuso el modo de atribución de responsabilidades o de derechos, es decir de manera individualista.

La separación de la comunidad en individuos es una operación necesaria para la sujeción del mercado.

La posibilidad de asignar a todos y cada uno la responsabilidad por sus actos, como si hubiesen sido “racionalmente” decididos (según esa razón que calcula), es básica para poder “calcular” al mercado mismo. Aún si los hombres y las mujeres no calculan como se dice que calculan, aún si toman decisiones que no responden al cálculo racional de costos y beneficios.

Es apenas una de las escisiones, una de las separaciones que padecemos hasta hoy.

Es por eso que el concepto de persona que veremos aparecer en el siglo XX, de modo consistente en el congruente positivismo de Kelsen, sea el de “centro de imputación de normas”⁸.

Y, no hay duda que es congruente. Cómo decir, en clave de ese positivismo, qué cosa es la personalidad sino una “máscara”, una representación arbitraria, a la que se le imputan de modo no menos arbitrario las consecuencias que prevén las normas, pensándola siempre como un entidad que calcula?.

Un viejo tango de la Argentina dice más o menos así:

“Con sombras de cárcel lavé mi pecado
si acaso la cárcel lo puede lavar,

⁸ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*,

los jueces de mármol nunca comprendieron,
que a veces la vida te obliga a matar⁹.”

Es que del otro lado de la razón individual que calcula, está la razón de la emoción, la razón del amor, como diría Maturana, que vincula a la comunidad mediante valores que desprecian el cálculo, es decir que prefieren la lógica del coro.

Otro debate de la contemporaneidad: Universalismo vs Comunitarismo

Es que la modernidad comenzó por disolver el sentido de comunidad.

Así lo vemos en las leyes de la revolución francesa que procuran la desaparición de las corporaciones, tanto de maestros artesanos como municipales, cuanto que en la Inglaterra de los siglos XVIII y XIX, los señores privatizan mediante “encierros”, las tierras comunes¹⁰.

El modo de disolver la resistencia es “individualizar” a los sujetos, solos actores, no coro.

La atribución de deberes y derechos deberá ser siempre singular.

Las comunidades no serán tenidas en cuenta (a menos que se haga necesario masacrarlas). Todo lo que cuenta es el Estado, el mismo una UNIDAD, un punto de referencia, UNO en suma porque es el “centro total de imputación de las normas”, porque él está en todas partes y hacia él todas las partes llegan. La referencia teológica se hace inevitable, al despecho de su consistente escepticismo, Kelsen no puede evitar la referencia cultural.

No hay intermediarios. O sólo hay un intermediario que se pretende omnipresente y excluyente, y apenas puede reconocerse como Ausente¹¹.

⁹ El título, sugestivo, es “Volvamos a empezar”, la letra pertenece a E. Maradei y la música a D. Alvarez.

¹⁰ Las "Enclosures" o cercado de campos abiertos fueron puestas en práctica en Inglaterra tras la aplicación de las "Leyes de cercamiento" (Enclosure Acts), dictadas entre 1760 y 1840, las que establecían la división, reparto y cercamiento de los campos, praderas y dehesas abiertas y comunes y de las tierras baldías y comunes. Los campesinos fueron desposeídos y desplazados a las ciudades. A partir de allí, la actividad agrícola dejó de ser una actividad de subsistencia y se convirtió en una actividad más del mercado.

¹¹ En efecto: la dimensión teológica de esta idea es también bastante obvia y de ella hoy el Estado moderno paga el precio de no poder responder porque, como es sabido (valga la ironía) ni es omnisciente, ni es omnipotente, atributos mediante los cuales la Iglesia pudo contener las sociedades del pasado.

Razón y orientación de la acción.

Quizás no sea paradójico, que un epígono de la modernidad como fuera el mismo Weber, haya tenido una visión pesimista de esta sociedad, a la que vio dominada por el incremento constante de las ciencias racionales, que contribuyen – decía – a la dominación burocrática.

Aparece en su postulación la conocida contradicción entre una ética orientada burocráticamente a intereses y una ética basada en fines últimos. Por un lado la ética burocrática no insume valores, se describe a sí misma como una racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*); al mismo tiempo, del otro lado, aparece una ética inspirada en valores dogmáticos que se describe a sí misma como racionalidad valorativa (*Wertrationalität*), que, sin embargo, se niega a considerar las consecuencias de la acción como éticamente significativas. Esto fue lo que lo llevó a proponer su “ética de la responsabilidad” que implicaba reunir sendas formas de orientación de la acción.

Pero ha vencido la racionalidad instrumental.

Desde las guerras de religión en el siglo XVI, pasando por las guerras civiles entre conservadores y liberales en el siglo XIX, descritas bajo la oposición “civilización y barbarie” (en sintonía con el duelo entre el racionalismo y el romanticismo, que podría estar presente en el debate entre Kant y Hegel), hasta la exaltación del maquinismo y de la fuerza bruta que estarán presentes en el manifiesto del futurismo de Marinetti (con su exaltación del fascismo), en los albores del siglo XX, la historia no ha dejado de repetirse.

Concuerdo, en suma, con aquella tesis de Albert Camus, volcada en *El hombre rebelde*, que afirmaba que el siglo XX fue el siglo de los crímenes de la razón. Y el siglo XXI no ha comenzado mejor, el crimen del 11-9 en Nueva York, así como las guerras no menos criminales que desató el imperio como respuesta, no son sino una abyecta proyección de lo mismo.

La despersonalización de la persona. El hombre que calculaba.

Así un hilo puede recorrer esta historia, que vista con ojos hegelianos se despliega sin fin porque no puede resolverse, sino para retornar bajo nuevas producciones.

Por eso el título de estas Jornadas invita a pensar qué resta de estas distinciones hoy.

Qué es personalidad en la modernidad? Qué concepto ha construido?.

Se trata, parece ser, de un concepto de personalidad *despersonalizada* (permítaseme el juego de palabras que constituye – paradójicamente – una sinécdoque, es decir una metáfora incompleta).

Pues si la personalidad son los atributos de la persona, preguntemos qué queda de nuestro prójimo concreto, visto como sus atributos jurídicos (veamos, de lo contrario, que queda de la persona si se atiende a lo que dice el Código Civil).

Reduciéndolos a ellos y eliminando (o pretendiendo eliminar) toda alusión a los sentidos, todo vestigio del cuerpo, salvo por aquello de “rasgos indudables de humanidad” (rasgos que, por otra parte, vienen definidos por el mismo Código), no nos dejan más que el domicilio y el nombre, tal vez se les asocie con los modernos métodos informáticos, una fotografía y unas huellas digitales escaneadas, apenas los datos para sujetarlo no a una identidad sino a una identificación que lo haga sujetable, porque es identificable.

Por eso tiene razón, paradójicamente, Kelsen cuando afirma que no existe diferencia entre persona jurídica de existencia física y persona jurídica de existencia ideal.

Así, a toda persona (física o ideal) le pertenece una personalidad, mientras que el primer término (persona) se refiere al sujeto de derecho, el segundo (personalidad) se refiere al conjunto de atributos de índole jurídico, esto es su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ahora bien, para la psicología la personalidad es una combinación de rasgos que definen el comportamiento de un individuo y existen diferentes rasgos o dimensiones de la personalidad: capacidad emocional, escrúpulos, empatía, ajuste y apertura a la experiencia.

Qué recoge el derecho de esto?

La respuesta más directa es: nada.

Para el derecho la personalidad es la unidad de la distinción entre cuerpo y alma.

Una distinción que ha tenido una larga historia, desde la propia teoría del conocimiento de Platón hasta nuestros días, pero que, como toda distinción no permanece igual a sí misma en el tiempo.

Lo que a nosotros puede interesarnos es qué ha hecho la modernidad, más precisamente el derecho de la modernidad, con esta distinción que se conserva, si quieren Uds. hasta este momento, que no podemos ver, porque es “contemporáneo”.

3 El punto de arranque.

Un elemento central de la escisión del pensamiento moderno con el antiguo, podemos encontrarlo en una de las tesis expresadas por Lutero, aquella según la cual el derecho no debe ser preguntado a Cristo (es decir a las Escrituras o a la Iglesia) sino al propio derecho del país y del Imperio.

Lutero marca la continuidad de una ruptura con el iusnaturalismo que insinúa el surgimiento de un primer positivismo, que podríamos definir como “ideológico”, en el sentido contemporáneo.

Es una continuidad porque Lutero fue educado en el nominalismo de Ockam, un nominalismo que cuestiona tanto la autoridad papal como la imperial; un nominalismo que refutando la existencia de los universales, esto es de las esencias, permite introducir una crítica subversiva del orden medieval y antiguo: a partir de Lutero ya no existe un acceso privilegiado a la verdad, el Papa ya no es infalible, y aquello que podríamos llamar la naturaleza humana es algo azaroso que está “haciéndose”.

El cristiano debe deshacerse de toda autoridad, y con ello expande la propia esfera de acción. El cristiano está liberado de toda sujeción a la ley, salvo si se trata de la Ley de Cristo, lo que no configura una contradicción pues esta ley se halla informada (esto es: no formulada, no desarrollada) en el interior de cada cristiano, es pura subjetividad.

De este modo Lutero libera a los sujetos de la ley canónica, los des-sujeta, y esto contribuye a conformar la nueva sociedad. Una sociedad de individuos, operación que vuelve necesario el sujetarlos con nuevos lazos: los lazos del derecho moderno, que hacen de cada persona precisamente eso: un “sujeto”.

Así, la libertad del hombre moderno se opera sólo en el plano religioso, plano en el que no existe propiamente derecho, bien que esa libertad comienza por marcar un límite al Estado, una “marca” o distinción que define a la Modernidad.

Pero una marca, como dice Spencer Brown, tiene dos lados¹². Del otro lado de la marca de la libertad, queda el inmenso territorio de la sujeción que demanda el Moloch moderno, el Leviathan. Por eso el hombre moderno es también menos libre porque se lo declara libre.

¹² Spencer Brown, G. “Laws of Form”, E.P.Dutton, New York, 1979, pag.3.

Es la marca de la modernidad que atisbara como nadie Shakespeare en el Mercader de Venecia, enfrentando, con su maestría de demiurgo, la lógica de la Torá y de la Biblia, una de cara a la otra, en el instante del nacimiento del capitalismo¹³.

Esta marca que divide, invisibiliza, bajo la dimensión de una razón, aquello que no es razonable, aquello que proviene de lo sepultado en el inconciente, aquello que emerge apenas en los sueños o en los actos fallidos.

He dicho en un estudio sobre el Mercader de Venecia¹⁴, que el Vate inglés nos cuenta una historia *sin tiempo*, una *historia inmortal*, como aquella de Orson Welles, cómo la tríada indispensable de eso que llamamos *humanidad: deuda, culpa y crueldad*, se renueva en los lazos de Antonio y Shylock quienes, marcados desde siempre por la culpa simbólica de la cruz, tienen ahora oportunidad de disputarse toda culpa a partir de una deuda tan prosaica como emblemática: la deuda de un contrato de mutuo, de un vulgar préstamo de dinero, garantizado grosera y a la vez sublimemente, por una libra de carne.

Es que toda deuda genera un interés y hay interés en generar una deuda. La creación de la relación de deuda, del sentimiento de culpa, del remordimiento, está en la base de la creación simbólica de la obligación, en suma, en la base de la creación simbólica del poder. Es el otro lado de una razón que del otro lado dice que me viene a liberar.

¹³ En el tardo medioevo aún subsiste la prohibición de la *usura*, que la religión judía la prohíbe entre los miembros de su comunidad, lo que fue interpretada como una permisión para con los extranjeros, en tanto el Concilio de Nicea (325) lo había prohibido en todo sentido para los cristianos, pero, como he mostrado en *El interés de la deuda* "...las prohibiciones y las penas se vuelven deliberadamente ineficaces porque las ciudades cristianas, tienen *sus propios judíos*, reclusos en su *borghetto*, para cumplir con la función del capitalismo incipiente, con el mismo cinismo con el que la moral victoriana recluirá en los prostíbulos la función del sexo. Al tiempo que los excluyen de la agricultura, de la industria y del comercio, los *confinan* al comercio del dinero, función de la cual luego los harán *irremediamente culpables*. Sin embargo, debemos señalar que ya en las postrimerías del medioevo las casas italianas fueron grandes prestamistas a interés y se refugiaban en las leyes de sus ciudades estado para ignorar las leyes canónicas y continuar con esta práctica necesaria al incipiente comercio de la época. La reforma señaló el inicio de la aceptación cristiana de la usura. Según relatan los historiadores, pocas décadas después de la exhibición de las célebres 95 tesis de Lutero(31/10/1517), es decir bastante antes de que Shakespeare concibiera su Mercader, se abandonaba de modo generalizado en Europa la prohibición contra la usura; considerada por los reformistas como un rezago del pasado; para ellos el hombre moderno no tenía obligación de mantener las reglas obsoletas de la Ley Mosaica y los Evangelios, códigos del pasado que no podían reemplazar a la ley civil o a las autoridades existentes.

¹⁴ Douglas Price, Jorge E. *El interés de la deuda en Direito e Psicanálise. Interseções a partir de «O Mercador do Venezia» de William Shakespeare*, Giacinto Miranda Coutinho, Coordinador, Ed. Lumen-Iuris, Río de Janeiro, 2008, pags.131 y ss.

La estructuración del par acreedor-deudor configura la trama de toda historia y la misma trama del derecho y de la psiquis; que se crean, también, a imagen y semejanza el uno de la otra, la una del otro.

Dice el mismo Nietzsche: *“El sentimiento de culpa o de estar en deuda, el sentimiento de obligación personal, para retomar el hilo de nuestra investigación, ha tenido su origen, como ya dijimos, en la más vieja y primigenia relación personal que existe: en la relación entre comprador y vendedor, acreedor y deudor; aquí es donde compareció frente a frente por primera vez una persona contra otra persona, aquí se midió por primera vez una persona con otra...La compra y la venta, junto con sus accesorios psicológicos, son más viejos incluso que los comienzos de cualquier forma de organización o grupo social: desde la forma más rudimentaria del Derecho de personas al sentimiento germinal de trueque, contrato, deuda, derecho, obligación, compensación, fue transferido a los complejos de comunidad más toscos e iniciales (en sus relaciones con complejos similares), junto con la costumbre de comparar, medir y calcular un poder respecto de otros poderes...La justicia, en este primer nivel, es la buena voluntad que existe entre quienes son más o menos igual de poderosos, de acomodar cada uno sus exigencias para que sean compatibles con las del otro, de llegar a «entenderse» mediante el equilibrio, y, en lo que respecta a quienes son menos poderosos, de forzarles a que lleguen a un equilibrio caracterizado por el sometimiento.¹⁵”*

Shakespeare, por su parte, crea un personaje insondablemente humano, un personaje que da un grito de alerta: entre los pliegues de Shylock, el bardo inglés profiere una lección que lejos está de la superficial acusación de antisemitismo de la que, de tanto en tanto, es objeto esta obra.

Mirada desde esta perspectiva, la historia de *El Mercader de Venecia* muestra implacablemente como un «perro judío» es humillado, estafado, despojado, por una argucia tan innoble como astutamente “sofística”, dirían los platónicos, desde del poder constituido por los nobles cristianos. De un poder que se está volviendo moderno, en tanto expropia el conflicto y lucra con él.

Su autor es así el primer dramaturgo moderno en descubrir al individuo, dando a su historia la hondura de un personaje complejo y contradictorio, lleno de heroicidad y de miseria.

¹⁵ Nietzsche, F. Op.cit.pag.115.

Para mayor acierto, concluye la historia en aquél modo irónico en que, la mayoría cristiana de sus espectadores podía tolerar: con la derrota del judío para forcluir *aquella* otra deuda que se les hace impagable y eterna: le deben su dios.

Al resolverlo así, Shakespeare acierta doblemente: por un lado, permite ver cómo la venganza de Shylock al pretender mutar una deuda simbólica, en el sentido lacaniano del término, por una libra de carne, gestiona un pago a cuenta de toda la humillación, del escupitajo, del desasosiego, del *ghetto*, que la cultura “más humana de todas, la más universal”, la cristiana, le procura desde siempre a los judíos, su pueblo fundador y por el otro, de qué modo esa deuda es impagable.

Shakespeare introduce, entre los sutiles pliegues y repliegues de la obra, el grito desesperado del pueblo judío; pero lo hace sin los límites grotescos del teatro de máscaras, en donde cada *personaje* debe cumplir con un papel obsesivamente congruente. O, en todo caso, Shylock muestra como Jano, las dos caras de su personalidad, las dos caras de la razón.

El personaje de Shylock revela todos los pliegues de la psicología de cualquier humano, por eso su grito es más desgarrador, por eso su deseo de venganza puede ser comprendido desde la perspectiva del siglo XXI, aún cuando haya que entenderla, al propio tiempo, en términos de la cultura europea del siglo XVI.

Shakespeare coloca aún lado a lado, la razón y la emoción. La venganza de Shylock, no es la de uno que calcula.

La sociedad que llamamos moderna, desplaza la emoción, la razón de la emoción, por la razón que calcula.

Es con la reducción del hombre a *animal racional*, obliterado que le ha sido el reconocimiento a la emoción, que se separa al hombre moderno de los restantes animales, incluidos los otros hombres, para poder sujetarlo.

Paradójicamente, es por eso mismo que el hombre moderno pudo pensar en cambiar la sociedad, revolucionarla, hacerla distinta.

Pero no hay en la sociedad que observamos como moderna espacio para lo Otro, para lo reprimido, para el principio del placer. No hay lugar para otra razón, para la “razón de la emoción”.

Solo la razón que calcula. A la postre la razón del mercado. Así los hombres dice Natalio Irty asumen las posiciones del mercado (inversionistas, compradores, vendedores), los hombres “imprecisos”, como diría el poeta francés Paul Valery, no son admitidos, de hecho son excluidos, de esta suerte, afirma el escritor italiano, perdida la

identidad de los lugares y la de los hombres, reducida su personalidad a ser “funcionarios del mercado”, unidades operacionales del mercado, el mundo deviene uno, pero este mundo no es ni como el “imperio” romano, ni como la *res publica cristiana*, sino uno mundo que designa un ámbito abstracto de relaciones que licua los lugares de identidad e historicidad¹⁶.

Aquí no hay lugar para el coro, no hay lugar para la emoción, no hay lugar para otra razón que no sea la razón mercantil.

4 Sociedad y Modernidad.

La sociedad moderna se caracteriza entonces por un modo de reproducción de sí misma basada en la dimensión política e institucional de sus mecanismos de regulación, basados a su vez en el supuesto de que está constituida por una suma de individuos “deslocalizados”, apenas identificados por el nombre y alguna propiedad; ello por oposición a la tradición, en la que el modo de reproducción del conjunto y el sentido de las acciones que cumplían, era regulado por dimensiones culturales y simbólicas a la vez locales y plurales.

La modernidad altera el modo de regular la transformación social, alterando el sentido temporal de la legitimidad.

En la modernidad el futuro sustituye al pasado como fuente de legitimidad y racionaliza el juicio decisorio, no ya en base a reglas fundadas en valores rígidos, sino en un supuesto cálculo de las consecuencias, aún si las consecuencias no pueden ser calculadas cuando las decisiones son adoptadas.

Esto produce enormes cambios al interior del derecho, afectando profundamente las teorías de la decisión judicial y del método.

El mismo derecho civil, no puede sustraerse a los efectos de esta operación que separa a los individuos y al mundo¹⁷.

Pero, a su vez, la modernidad también ha instalado, ha hecho “ver” la posibilidad política de cambiar las reglas del juego de la vida social.

¹⁶ Irti, Natalio. *Nichilismo e metodo giuridico*. Ed. Laterza, Bari, 2005, pag.10.

¹⁷ Irti, N. Op.cit.pag.11.

Es también el espectro de condiciones históricas materiales que permitieron pensar la emancipación conjunta de las tradiciones, las doctrinas o las ideologías heredadas de la cultura tradicional.

En suma, la modernidad es una razón de dos lados: de una parte la emancipación de la tradición, de la otra la autorización de la barbarie (las guerras preventivas, los campos de concentración, los sin tierra, los condenados de la tierra).

De una parte la globalización de los derechos humanos, de la otra la del mercado.

El malestar de la modernidad, es el “malestar en la cultura” como diría Freud en *El Porvenir de una Ilusión*, pero en esa sujeción consiste su misma capacidad de incorporación de nuevos sentidos, nuevas orientaciones del obrar, dice el mismo Freud: “*Ya en estas renunciaciones de pulsión, las más antiguas, interviene un factor psicológico que conserva su vigencia en todas las posteriores. No es cierto que el alma humana no haya experimentado evolución alguna desde las épocas más antiguas y que, a diferencia de lo que ocurre con los progresos de la ciencia y de la técnica, permanezca hoy idéntica a lo que fue en el comienzo de la historia. Aquí podemos pesquisar uno de esos progresos anímicos. Está en la línea de nuestra evolución interiorizar poco a poco la compulsión externa, así: una instancia anímica particular, el superyó del ser humano, la acoge entre sus mandamientos*¹⁸”. Esta es la raíz de la cultura.

Agrega Freud que al tiempo que el hombre descubre que los fenómenos naturales discurren por sí solos, que los dioses lo han normado así y que solo intervienen excepcionalmente mediante milagros (para seguir manifestando su poder), pero en lo que atañe a la dirección de los destinos hasta ellos mismos (los dioses) están sujetos al azar; por eso ahora la moral será su trabajo, su “genuino dominio”, donde deberán compensar los perjuicios y las deficiencias de la cultura. El núcleo principal de las religiones, sintéticamente, podría enunciarse así: “*La vida en este mundo sirve a un fin superior; no es fácil colegir este, pero sin duda significa un perfeccionamiento del ser humano. Es probable que el objeto de esta elevación y exaltación sea lo espiritual del hombre, su alma, que tan lenta y trabajosamente se ha ido separando del cuerpo en el curso de las edades*¹⁹”.

¹⁸ Freud, Sigmund. *El porvenir de una ilusión*, en Obras Completas, Amorrortu Editores, Volumen 21 (1927-31), Buenos Aires, 2001, pag.11.

¹⁹ Freud, S. Op.cit.pags.18/19.

Esta claro el señalamiento de Freud, esta lógica es la lógica de la modernidad: la sujeción del deseo, para sujetar al cuerpo, hacerlo útil a la maquinaria del mercado; es la misma distinción: cuerpo y alma, que fue funcional a la lógica medieval, ahora renovada, resulta funcional a la lógica de acumulación capitalista. Antes había que olvidarse del cuerpo para dedicar el tiempo a Dios, ahora hay que olvidarse del alma para dedicar el cuerpo al trabajo.

La escisión es la misma, el objetivo también: la sujeción al poder.

A modo de final

La modernidad ha entendido que las personas se orientan por fines racionalmente elegidos, bien que no se pueda dar cuenta estrictamente de qué cosa sea la racionalidad, y que las ciencias experimentales que la misma modernidad ha desarrollado nos digan que nuestras acciones no resultan decididas por los cálculos que se suponen son la condición de posibilidad de toda decisión.

Existe alrededor de esa idea un núcleo duro: la racionalidad implica que, de manera conciente, selecciono entre opciones posibles una que determina mi obrar. Se supone que esa elección es “deliberada”, producto de un cálculo de costo beneficio.

Pero Shakespeare nos ha enseñado, allí en el comienzo de la modernidad, que no sólo el cálculo costo/beneficio guía nuestro obrar.

Hay una “lado oscuro de la razón”, que es el otro lado de la distinción. Allí donde está lo irracional, donde existen *otras razones que la razón no conoce* parafraseando a Blaise Pascal²⁰.

Es más, recordando el maravilloso Hojas de Hierba de Walt Whitman podría preguntarnos: “Y si el cuerpo no es el alma que es el cuerpo? Y si el alma no es el cuerpo que es el alma?”.

Por eso, para terminar esta relación que sólo pretende ser una introducción a vuestra fértil discusión, quisiera proponer para ella, algunas de estas preguntas:

Cuáles dimensiones de lo que consideramos humano no hemos recogido en el derecho moderno?

Cuáles de las que sí hemos recogido, siguen negando la posibilidad de la realización de los gozos?

²⁰ El propio Pascal sostenía que existían dos vías del conocimiento: el *esprit geometrique* (o la razón), afín al pensamiento científico y el *esprit de finesse* (o el corazón), en el que se dan las formas de la intuición, y pueden encontrarse los principios básicos para la comprensión de la vida e incluso os principios fundamentales de la ciencia.

Cuáles niegan el acceso apenas a los gozos que otros tienen, a esos prójimos cercanos como decía el mismo Camus, o sea como es que el discurso de la inclusión es utilizado como discurso universal de la exclusión?. Qué decimos cuándo decimos, por ejemplo “ciudadanía”?

Qué distinciones debemos aún hacer sobre las mismas operaciones de distinción, aún cuando sepamos, como dice Raffaele De Giorgi, que el no ver es una condición del ver, y que no podremos ver la unidad de la distinción, esto es: el punto desde donde la distinción es formulada?.

Qué nuevas invenciones podemos agregar a la invención general de la sociedad?

Para concluir déjenme hacerles una cita de la Sociología del Riesgo de Niklas Luhmann: *“Actualmente nos interesa tan sólo un punto de vista abstracto: que no se puede conocer el futuro (de lo contrario no sería futuro) y no se puede describir la sociedad en la que uno vive²¹ debido a su novedad estructural, y que llega a haber una simbiosis singular entre futuro y sociedad, es decir, entre determinadas indeterminaciones en la dimensión temporal y la dimensión social. El resultado es que parece ser que el futuro sólo puede ser percibido en el medio de la probabilidad, es decir, sólo puede ser percibido en sus características como más o menos probable o más o menos improbable²².”*

El problema es que no podemos conocer el futuro, sino apenas intentar comprender qué estamos decidiendo cuando hacemos las distinciones que hacemos; y aunque no se trata de recurrir, como diría Luhmann, como en las filosofías adivinatorias, a la narración de mitos que muestren como el destino vaticinado se provoca precisamente mediante las decisiones que tomamos para evitarlo (como paradójales profecías autocumplidas), se trata sí de complejizar el análisis de este presente que nunca es, sabiendo que todo nos es permitido, menos no decidir porque, parafraseando a Watzlawick y su célebre primer axioma de la comunicación, aquél que dice que “es imposible no comunicar²³”, me permito proponerles como primer axioma de la decisión uno análogo: es imposible no decidir, porque no decidir significa decidir mantener el *status quo*.

²¹ Justamente aquello a lo que llamaríamos contemporaneidad.

²² Luhmann, Niklas. *Sociología del Riesgo*, Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, México, 1992.

²³ Watzlawick, Paul et al. *Teoría de la Comunicación Humana*, Herder, Barcelona, 1997, pags.49 y ss.

Estamos, pues, obligados a decidir a tientas, sabiendo que nuestras intenciones podrán ser desilusionadas.

Apenas sabemos que sólo incrementando el universo de las posibilidades y del conocimiento de la diversidad es como la democracia podría funcionar como sistema general de la inclusión y no seguir generando el universal proceso de exclusión al que asistimos perplejos, pero ese sería ya otro tema y aquí debo concluir. Muchas Gracias.-

CARTA DE MARINGÁ

Os membros do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI e representantes dos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, reunidos em Maringá nos dias 02, 03 e 04 de julho de 2009, por ocasião do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, resolvem registrar nesta “Carta de Maringá” as principais preocupações e diretrizes que devem orientar as estratégias e as ações em prol da construção de uma política democrática e legítima de constante evolução da qualidade da pós-graduação em Direito.

Com este fim recomendam e sugerem:

- a) Ressaltar a preocupação com a falta de estabilidade docente de alguns programas, o que pode comprometer o desenvolvimento e qualidade das suas pesquisas e exigir da Capes que, por meio do aprimoramento da ficha de avaliação, iniba a demissão de professores por motivos políticos ou ideológicos;
- b) Incentivar a criação de um indexador próprio para a grande área de ciências sociais aplicadas e/ou área de Direito;
- c) Reivindicar uma política mais democrática e solidária de financiamento com editais de fomento específicos para os programas com conceitos 3 e 4;
- d) Conclamar as IES a buscarem financiamentos e incentivos para suas próprias pesquisas, integrando a graduação e pós-graduação;
- e) Solicitar que as agências nacionais retomem a política de apoio aos programas novos, principalmente em relação às bolsas;
- f) Reivindicar a abertura de prazo para recursos ou solicitações de análise dos periódicos da área do Direito frente a CAPES/MEC, tendo em vista que a classificação *qualis* não permitiu uma avaliação qualitativa das revistas, especialmente das recém submetidas;
- g) Reconhecer que até a presente data a área não havia compreendido adequadamente os critérios pelos quais as outras áreas estabeleciam parâmetros para a avaliação bibliográfica e, a partir de novos fundamentos, empenhar-se na construção de indicadores que auxiliem na elaboração de um *qualis* de periódicos e de livros mais próximos das demais ciências.
- h) Advertir a comunidade jurídica que a revalidação de títulos no Brasil não é automática, mesmo em relação aos países do MERCOSUL e que a análise se submete a critérios definidos pela área do Direito na CAPES/MEC, uma vez que as condições materiais estabelecidas, como condicionantes para aplicação integral do respectivo Acordo firmado pelos países-membros do referido bloco, não foram ainda alcançadas, a exigir um aprofundamento na integração regional neste setor;
- i) Reiterar a preocupação dos programas com a falta de informações relativas à avaliação deste triênio na CAPES/MEC;
- j) Manifestar sua preocupação com a interrupção do acompanhamento anual realizado pela Capes e solicitar sua retomada imediata, tendo em vista sua imprescindibilidade para que os coordenadores possam ajustar as condições de oferta de seus programas ao longo do triênio e para que os comitês possam preparar-se para a avaliação trienal;

- k) Instar ao CTC/CAPES a, caso não ocorra a avaliação trienal, estabelecer algum tipo de avaliação para os programas que envidaram esforços para alcançarem maior patamar;
- l) Postular um auxílio efetivo das agencias nacionais e estaduais ao CONPEDI para a elaboração de uma revista no estrato A1 e a criação de um fator de impacto para a área do Direito, que permita uma fotografia da área;

Conclamado os termos acima em reunião geral, assinam em nome de todos.

Marcelo Campos Galuppo
Presidente do CONPEDI

Vladmir Oliveira da Silveira
Secretário-Executivo do CONPEDI

EDUCAÇÃO E INTEGRAÇÃO REGIONAL.

Análise do Acordo de Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul.¹

Marcos Augusto Maliska²

Introdução

O processo de integração do Mercosul, além de contemplar a dimensão econômica, tem outras pretensões de cunho social e cultural. A educação é um elemento importante na discussão sobre desenvolvimento, qualidade de vida, valores democráticos, enfim, as mais diversas dimensões da vida em sociedade. Desta forma, o tema aqui discutido não é simples. Nele enreda-se uma complexa realidade que não pode ser vista unilateralmente. As dificuldades de se contemplar os diversos aspectos que as políticas públicas regionais trazem, nos exigem reflexão e um constante debate sobre as alternativas, visto que a abertura, a cooperação e a integração regional ao mesmo tempo em que abrem oportunidades, também expõem as fragilidades nacionais.

O objeto da reflexão promovida no presente artigo é o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados

¹ O autor agradece a oportunidade de ter debatido o assunto tratado no presente texto tanto no II Encontro do Fórum de Procuradores Federais Chefes de IFES da Procuradoria Geral Federal da Advocacia Geral da União, realizado no Rio de Janeiro em Novembro de 2008, em especial a interlocução com o colega José Tavares dos Santos, Procurador Federal Chefe da CAPES, como no XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na cidade de Maringá-PR, em julho de 2009. O autor agradece a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para as conclusões aqui apresentadas. O entendimento esboçado no presente artigo constitui-se em opinião pessoal do autor.

² Procurador Federal Chefe da Procuradoria Federal junto a Universidade Federal do Paraná (PF-UFPR); Doutor em Direito Constitucional e Professor do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da *UniBrasil*, em Curitiba; Membro da Comissão sobre Diplomas do Mercosul do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Autor, dentre outros, dos seguintes livros: *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001; *Estado e Século XXI. A integração regional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Possui diversos artigos publicados no Brasil e no exterior.

Partes do Mercosul, assinado na cidade de Assunção em 14 de junho de 1999, tendo sido, no Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 800, de 23 de Outubro de 2003 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 5.518, de 23 de Agosto de 2005.

A reflexão centra-se no procedimento especial criado pelo Acordo no tocante à validade dos Diplomas Universitários para o exercício de atividades de docência e pesquisa nos Estados Partes. Em síntese, a discussão está mediada, por um lado, pela pretensão da norma em estabelecer procedimento diferenciado para as atividades de docência e pesquisa, visando promover a educação no plano da integração regional e, por outro, pela necessidade de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada país. Procurando abordar o tema contemplando esses dois vetores, o texto inicialmente reflete sobre o papel da integração regional, passando pela abordagem constitucional brasileira do tema integração regional, para em um terceiro momento discutir propriamente os termos do Acordo. O texto não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas de dar uma pequena contribuição ao debate, visto se tratar de tema que merece reflexão e discussão.

1. A Integração Regional como nova forma de organização política.

A modernidade conheceu no Estado Nacional a forma de organização política por excelência. A Constituição se apresentou como o documento jurídico destinado a regular o exercício do poder político, que tomou forma no texto do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na limitação do poder estatal mediante o Princípio da Separação dos Poderes e o respeito aos Direitos Fundamentais.

A construção de uma comunidade política nos limites do território do Estado Nação ganhou força e se desenvolveu de forma consistente até a primeira guerra mundial. O advento da Liga das Nações se constituiu em um ensaio de que mudanças haveriam de ocorrer. O fracasso da Liga³ e o desastre da Segunda Guerra Mundial

³ Eugen Ehrlich, em texto de 1919, foi cético quanto as possibilidade da Liga enquanto instrumento internacional pautado na igualdade dos Estados. Em sua opinião, a Liga seria um instrumento das políticas externas do Império Britânico e dos Estados Unidos da América. EHRlich, Eugen. Von der Zukunft des Völkerbundes. In. *Politische Schriften*. Org. Manfred Rehbinder. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, p. 183 e seg.

apontaram para novas formas de organização política⁴. A Europa, preocupada com a paz, saiu na frente e no imediato pós-guerra criou instituições supranacionais para conter a produção de material bélico, nuclear e por fim avançou também para questões de ordem econômica, visando um mercado comum interno. A América Latina também encontrou nesse cenário a possibilidade de uma integração continental, historicamente sonhada pelos seus grandes líderes, e criou a ALALC e depois a ALADI.⁵

A experiência brasileira e latino-americana com os regimes militares, conseqüência, por certo, do momento histórico da guerra fria⁶, adiou o sonho da integração. A redemocratização da região e o forte compromisso integracionista de Brasil e Argentina⁷ trouxeram à luz o Mercosul, o mais ambicioso projeto de integração regional conhecido na América Latina.

⁴ Segundo escreve von Bernstorff, citando Joseph Kunz, a ficção do Estado Nacional foi um amargo adversário do moderno Processo de Direito Internacional de proteção das minorias no período entre guerras. Como conseqüência do chauvinismo nacional teve-se a transformação do Estado Nacional em um dogma dos Estados, os quais correspondem muito pouco às suas realidades plurais tanto culturais como étnicas. VON BERNSTORFF, Jochen. *Der Glaube na das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 51.

⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29 e seg.

⁶ Entendida como o confronto entre duas superpotências, a guerra fria produziu na América Latina, área de influência americana, o fortalecimento do militarismo sob o argumento da ameaça comunista. Segundo escreve Eric Hobsbawm, “as forças armadas tomaram o poder no Brasil em 1964 contra um inimigo bastante semelhante: os herdeiros do grande líder populista brasileiro Getúlio Vargas (1883-1954), que se deslocavam para a esquerda no início da década de 1960 e ofereciam democratização, reforma agrária e ceticismo em relação à política americana. As pequenas tentativas de guerrilha de fins da década, que proporcionaram uma desculpa para a implacável repressão do regime, jamais representaram um verdadeiro desafio a ele; mas deve-se dizer que após o início da década de 1970 o regime começou a relaxar e devolveu o país a um governo civil em 1985”. HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos. O breve século XX 1914-1991*. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 429.

⁷ O Mercosul e os laços de amizade e cooperação entre Brasil e Argentina se afastam, e muito, da tradicional animosidade entre os dois países. Um capítulo interessante dessa rivalidade encontra-se na especulação quanto à vitória nazista na Segunda Guerra Mundial, em especial uma aliança entre a Argentina, na época governada por Juan Domingo Perón, e a Alemanha de Hitler, com vistas ao domínio da América do Sul. Nas palavras de Perón, “uma vez caído o Brasil, o continente sul-americano será nosso”, escreveu o líder argentino em manifesto ao Grupo de Oficiais Unidos, em 1943, poucas semanas antes de assumir o governo. E acrescentou: “A luta de Hitler, na paz e na guerra, nos servirá de guia”.

Movido em um primeiro momento pelos interesses econômicos de ampliação dos mercados os processos integracionistas dão lugar também a outras formas de cooperação, em especial, o intercâmbio educacional.

É importante aqui registrar que as ambições da integração regional são grandes, pois se traduzem em mecanismos de ensaio de novas formas de organização política. O declínio ou a não ampliação do domínio do Estado Nação como historicamente se apresentou até a década de sessenta do século XX⁸ nos exigem pensar novas formas de disciplina da vida política. A globalização e a relativização dos conceitos de tempo e espaço⁹ nos mostram, no mínimo, a insuficiência da vida política limitada ao Estado Nação. De outro modo, a Constituição Nacional e o Estado Nação são atores ainda importantes, pois como lembra Udo di Fabio, a democracia se realizou em pequenos espaços¹⁰, e os processos de integração ainda que necessários geram dúvidas quanto à possibilidade de se manter a democracia em ambientes maiores.¹¹

2. A Integração Regional e a Constituição Federal brasileira.

Não obstante a Constituição brasileira ter surgido em um momento de indefinição política, visto que ainda tínhamos o Muro de Berlim, ela procurou contemplar a pluralidade que marca a sociedade brasileira e não deixou de inscrever em

Ver: COSTA, Sergio Correia da. *Crônica de uma Guerra Secreta. Nazismo na America: A conexão Argentina*. São Paulo: Record, 2004.

⁸ HOBBSAWM, Eric. *O Novo Século. Entrevista a Antonio Polito*. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 38.

⁹ Ver, entre outros, BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999 e SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

¹⁰ Aqui, por certo, visualize-se a realidade da comunidade e o sentimento de pertencimento de seus membros. Nas palavras de Simone Goyard-Fabre, “no pluralismo do mundo democrático, governar os indivíduos que reivindicam o tempo todo, com direitos cada vez mais numerosos, sua igualdade com qualquer outro e sua liberdade sem limites, é uma tarefa das mais delicadas”. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 344.

¹¹ DI FABIO, Udo. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 32.

seu texto a tradição pacífica do país em suas relações internacionais. Assim, em seu art. 4º, constam os princípios das relações internacionais, onde se apresentam, entre outros, a “prevalência dos direitos humanos”, a “solução pacífica das controvérsias”, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” e a formação da comunidade latino-americana de nações.

Esse dispositivo constitucional é muito importante para identificar as características fundamentais do Estado Brasileiro. E nesse aspecto, não há dúvidas, em minha opinião, de que a Constituição optou pelo conceito de Estado Constitucional Cooperativo, que nas palavras de Peter Häberle, consiste na “*abertura* para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização ‘cooperativa’; (...) *potencial constitucional ativo*, voltado ao objetivo de realização internacional ‘conjunta’ das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material; (...) *solidariedade estatal de prestação*, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (cruz vermelha, anistia internacional)”.¹²

Desta forma, a Constituição se afastou do chamado *Estado Constitucional Nacional* para adotar o *Estado Constitucional Cooperativo*, que deve ser um conceito importante para referenciar a interpretação constitucional. No contexto do tema discutido nesse artigo, a implicação do conceito *Estado Constitucional Cooperativo* está na incorporação das políticas públicas sobre educação para além das fronteiras nacionais, procurando estimular uma política regional de educação, pautada na cooperação entre os países com a troca de experiências, tecnologias, metodologias, enfim, para usar as palavras de Häberle, solidariedade.

A disposição do Constituinte originário de dar status diferenciado à integração do Brasil na América Latina coloca desafios à interpretação da Constituição. O caráter ambicioso da integração, não reduzido apenas à questão econômica, mas alcançando também as dimensões política, social e cultural, nos mostram que os movimentos no âmbito educacional do Mercosul necessitam de especial atenção, não se podendo dar

¹² HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 70 e 71.

margem a interpretações reducionistas, que procurem negar efetividade ao dispositivo constitucional.¹³

3. O Acordo de Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul

No contexto, portanto, de uma interpretação constitucionalmente comprometida com a integração social e cultural do Brasil com as outras nações do continente, o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários deve ser concretizado levando-se em consideração dois aspectos centrais, quais sejam, a disposição para a cooperação e a garantia de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País.

3.1. Da disposição para a Cooperação

Em face do marco constitucional referenciado anteriormente tem-se que a posição da República Federativa do Brasil é a de fomentar a cooperação no campo do ensino universitário visando atender o contido no preâmbulo do Acordo, a saber, (i) que a educação tem papel central para que o processo de integração regional se consolide; (ii) que a promoção do desenvolvimento harmônico da Região, nos campos científico e tecnológico, é fundamental para responder aos desafios impostos pela nova realidade sócio-econômica do continente e (iii) que o intercâmbio de acadêmicos entre as instituições de ensino superior da Região apresenta-se como mecanismo eficaz para a melhoria da formação e da capacitação científica, tecnológica e cultural e para a modernização dos Estados partes.

Buscando esses objetivos, o texto do Acordo é preciso quanto àquilo que poderia se afirmar como eficácia mínima do texto legal, ou seja, de que os cursos universitários reconhecidos e credenciados como tais pelo país de origem sejam em nível de graduação ou pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado), habilitariam os titulares a validarem tais títulos em outro país membro para fins de docência e pesquisa, desde que correspondessem às cargas horárias definidas no artigo segundo do Acordo, bem como fossem instruídos com os documentos necessários que comprovassem essa condição, nos termos do artigo sexto do diploma legal aqui em referência.

¹³ Ver MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI*, p. 182 e seg.

No contexto do disposto literalmente no Acordo, a Universidade iria apenas cumprir exigências formais de “validação” do diploma, sem adentrar no mérito do estudo. O mérito, segundo o Acordo, seria contemplado quando do reconhecimento e credenciamento do título no país de origem.

Questão pertinente quanto aos propósitos do Acordo seria o de saber, no caso brasileiro, quais seriam as instituições competentes para operarem a chamada “validação” dos títulos. Seria o caso de aplicar, por analogia, o disposto no art. 48 da LDB, que confere às Universidades a competência para revalidar/reconhecer título expedido por instituição estrangeira:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

§ 3º Os diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.

Outro ponto de discussão quanto ao conteúdo do Acordo, é a interpretação da extensão do sentido “atividades de docência e pesquisa”. Não há como prosperar o entendimento que reduz as atividades de docência e pesquisa, núcleo essencial do Acordo aqui discutido, à mera condição de atividades de “natureza temporária”. As objeções a esse entendimento provêm de campos distintos. Primeiro, em razão de que esse entendimento, por analogia, deveria ser aplicado aos países que não integram o

Mercosul, de modo que, qualquer professor estrangeiro convidado para participar de Banca de Doutorado no Brasil, por exemplo, para poder ser aceito, deveria validar o título no País antes da participação na Banca. De igual modo para os casos de co-orientação e outros decorrentes de acordos de cooperação internacional. Esse entendimento levaria a uma burocratização dos procedimentos que, na prática, criaria inúmeros empecilhos ao desenvolvimento do intercâmbio acadêmico. Segundo, em razão de que a norma não foi editada para criar mais obstáculos ao processo de intercâmbio acadêmico, visto que em seu preâmbulo consta que a finalidade do Acordo é facilitar a cooperação universitária. Terceiro, que a integração do Mercosul é uma determinação constitucional brasileira, de modo que os procedimentos em nível regional não devem ter seus alcances reduzidos de tal forma. Quarto, por fim, uma restrição de tal magnitude deveria constar do próprio texto.

3.2. A garantia de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País

Se, por um lado, o Acordo facilita a mobilidade e o intercâmbio acadêmico ele, por outro, exige condições materiais de nivelamento para a sua plena eficácia, quando expressamente ressalva no preâmbulo a salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País. Esse aspecto do processo de cooperação e integração não pode e não deve ser desconsiderado, visto que o processo de integração deve ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições, de modo que os níveis mais elevados de desenvolvimento prevaleçam. Aqui há que se contrapor à disposição para a cooperação o interesse nacional, sob pena de o processo integracionista implicar em um retrocesso dos níveis de exigência já alcançados no plano nacional.

O interesse nacional está tanto presente na salvaguarda dos padrões de qualidade, quanto no Princípio da Territorialidade. Quanto a esse, os cursos certificados em outros países, mas realizados no Brasil em cooperação com instituições brasileiras necessitam de manifestação favorável do órgão de regulação brasileiro.¹⁴

¹⁴ Nesse sentido, por exemplo, a Resolução nº 02/2001 do Conselho Nacional da Educação que trata do tema. Dispõe a Resolução, em seu art. 1º, que “os cursos de pós-graduação *stricto sensu* oferecidos no Brasil por instituições estrangeiras, diretamente ou mediante convênio com instituições nacionais, deverão imediatamente cessar o processo de admissão de novos alunos”.

Quanto à salvaguarda dos padrões de qualidade, a interpretação do Acordo deve inicialmente pautar-se pela consideração de que a norma aqui analisada possui, em sua origem, uma natureza contratual, ou seja, foi objeto de ajuste entre Estados Soberanos.¹⁵ A natureza contratual da norma estabelece uma “relação de Estado a Estado”¹⁶, podendo-se falar em “direito dos Estados”¹⁷ no plano das relações internacionais. Sob essa ótica é possível, sem propriamente romper com o Tratado, interpretá-lo à luz do preâmbulo que o compõe, operando uma interpretação no plano interno, ou seja, unilateral, por um dos contratantes.¹⁸

Consta do preâmbulo do Acordo aqui analisado a “preocupação constante em salvaguardar os padrões de qualidade vigente em cada País”. Levando-se em conta que os critérios de qualidade estão na alçada dos órgãos administrativos nacionais, é perfeitamente possível o estabelecimento de restrições ao acordado quando a aplicação do Tratado possa estar ofendendo esse princípio que o orienta.

Desta forma, informações oficiais dos países partes do Acordo no sentido de que há dúvida sobre a qualidade dos estudos realizados em determinado país ou determinada Universidade em específico, que demonstram sensível desnível entre os sistemas nacionais, situação que claramente atenta contra os padrões de qualidade vigentes no plano interno dos países, podem desencadear medidas internas de restrição à plena eficácia do Acordo, com a inserção de mecanismos de salvaguarda da qualidade dos Diplomas a serem validados.

Não obstante o Acordo prever procedimento diferenciado quanto à admissão do título no País, ou seja, mediante processo de “validação” sem análise de mérito, a ressalva quanto à salvaguarda dos padrões de qualidade acaba por retirar do Acordo a

¹⁵ A doutrina internacionalista define o “Acordo” como uma modalidade de “Tratado”, definindo que o Acordo “é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 158.

¹⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*, p. 166.

¹⁷ SCHAUMANN, Wilfried. *Die Gleichheit der Staaten. Ein Beitrag zu den Grundprinzipien des Völkerrechts*. Wien: Springer Verlag, 1957, p. 2.

¹⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*, p. 199-200. A Convenção de Viena apresenta normas de interpretação dos tratados, quais sejam, (i) deve ser interpretado de boa-fé e (ii) deve-se levar em consideração o preâmbulo. No caso brasileiro, a Lei Complementar nº 73, em seu art. 4º, inciso X, atribui ao Advogado Geral da União a competência para fixar a interpretação dos tratados internacionais, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

sua eficácia jurídica principal e condicioná-lo a aferição de mérito que, na prática, acaba por igualá-lo ao procedimento comum de re-validação.¹⁹

Aqui se faz necessário apartar a interpretação literal da interpretação sistemática. Partindo-se de uma interpretação literal irá se concluir que o procedimento adequado é o da “validação” sem análise de mérito. No entanto, partindo-se de uma interpretação sistemática, que leva em consideração o preâmbulo do texto legal e a finalidade do mesmo, a análise de mérito se faz necessária, até mesmo para se constituir em mecanismo de cooperação e ajuste para que se possa alcançar o nivelamento adequado de modo a dar plena eficácia ao texto.

Nesse sentido, os “procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo” podem se constituírem em mecanismos de cooperação entre os países visando o aperfeiçoamento das condições materiais necessárias à plena eficácia do Tratado. Um acordo internacional dessa natureza, mais do que produzir efeitos jurídicos sob a ótica individual, constitui-se em alavanca para diversos níveis e tipos de cooperação visando fomentar uma efetiva integração no campo da educação universitária.

Note-se, nesse aspecto, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 971962/RS, entendeu que a referência, no art. 1º do texto legal, aos procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo, teria o condão de remeter essa legislação especial à regra geral da revalidação. Essa interpretação não encontra fundamento quando se aponta para o objetivo do texto normativo. Qual seria a finalidade da norma ao estabelecer procedimento específico para exercício de atividades de docência e pesquisa? Se inclusive para tal finalidade se faz necessário revalidar o título, então ele passa a valer no país para todas as finalidades legais, não apenas para o exercício de atividades de docência e pesquisa. Desta forma, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acaba por retirar do texto a sua força normativa essencial, que se constitui no procedimento diferenciado. A interpretação da norma deve levar em consideração seu contexto e a sua finalidade.²⁰

¹⁹ Essa conclusão é compartilhada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar Recurso Especial 971962/RS, não obstante ter como referência outros fundamentos, entendeu que “o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul (promulgado pelo Decreto Legislativo 5.518/2005) não afasta a obediência ao processo de revalidação previsto na Lei 9.394/1996”.

²⁰ Aqui merece referência tanto a interpretação sistemática, ou seja, de que a norma “seja entendida dentro do contexto legal e não observada isoladamente”, quanto à interpretação teleológica, que

Importante ressaltar a distinção entre o (i) entendimento de que a plena eficácia do Acordo está submetido a condições materiais de nivelamento de modo a efetivar o procedimento diferenciado (validação), do (ii) entendimento que dá à ressalva dos “procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo” a força normativa de restringir, por vontade própria dos Estados partes, a eficácia essencial do texto, que se constitui em estabelecer um procedimento diferenciado quanto a finalidade buscada, ou seja, o exercício de “atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior” dos Estados partes. Ao submeter a plena eficácia do acordo às condições materiais de nivelamento de modo a salvaguardar os padrões de qualidade nacionais, a interpretação do Acordo não retira dele a sua finalidade essencial, qual seja, o procedimento diferenciado para atividades de docência e pesquisa, mas o condiciona a outra exigência do próprio texto, os padrões de qualidade. A interpretação que entende que a regulamentação quanto aos procedimentos e critérios poderia retirar a força normativa essencial da norma confere ao poder regulamentar uma atribuição que ele não tem. O regulamento pode detalhar, mas não confrontar o texto normativo.

Nesse sentido, a salvaguarda dos padrões de qualidade não implica em interpretação que afaste por completo a “validação” sem análise de mérito. A cooperação nessa matéria pode apontar para mecanismos de cooperação entre instituições que, com base no presente Acordo, estabeleçam procedimentos de validação dos títulos. Aqui não se pode perder de vista o respeito à autonomia universitária, visto que a Universidade tanto pode submeter o interessado a uma avaliação quanto atestar que os estudos realizados em tal Universidade estrangeira atende os padrões de qualidade exigidos no país. Note-se que a Universidade que “valida” os títulos realizados no exterior, assume a responsabilidade por eles como se seus fosse.

De igual forma não há que se falar em ofensa a direito subjetivo do interessado ao procedimento por “validação” sem análise de mérito, visto que o Acordo ao mesmo tempo em que confere esse direito o submete aos padrões nacionais de qualidade. Aqueles que querem validar títulos universitários em países distintos de onde os obtiveram, devem comprovar que atendem aos padrões nacionais de qualidade.

Por fim, como reflexão sobre o presente texto normativo internacional pondera-se o fato de que previamente a procedimentos como o estabelecido no presente Acordo,

busca a finalidade legal da norma jurídica. HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris. 2005, p. 190-191.

a cooperação internacional exige a promoção de intercâmbio efetivo entre os Estados membros de modo a se ter uma integração prévia dos sistemas educacionais, sem a criação de falsas expectativas por parte daqueles que, ao se prenderem à interpretação literal da norma a interpretam como autorização de que o título operaria validação automática. A pouca precisão do texto em definir o seu alcance normativo enfraquece a cooperação internacional desacreditando-a, cria insegurança jurídica, faz das tratativas internacionais textos legais desprovidos de eficácia e geram inúmeras demandas judiciais. Aqui cabe perfeitamente o alerta já feito há algum tempo por Marcelo Neves: “Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica”.²¹

Considerações Finais

A título de considerações finais enumeram-se os principais aspectos abordados ao longo do texto:

a) A integração regional busca novas formas de organização política, propiciando a abertura dos Estados e fomentando políticas públicas além das fronteiras nacionais;

b) A Constituição Brasileira de 1988 recepciona o conceito *Estado Constitucional Cooperativo* e dá ao processo de integração regional latino-americano um status diferenciado no plano das relações internacionais, que deve ser levado em consideração pela hermenêutica constitucional;

c) O Acordo de Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul deve ser concretizado levando-se em consideração dois aspectos centrais, quais sejam, a disposição para a cooperação e a garantia de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País;

d) A disposição para a cooperação, resultado tanto da autorização constitucional, quanto dos elementos intrínsecos ao Acordo, autoriza se falar que o Acordo dispõe sobre procedimento diferenciado, consistente em “validação” de Diplomas, sem análise

²¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31.

propriamente individual de mérito dos trabalhos, para o exercício das atividades de docência e pesquisa;

e) Por outro lado, a imposição quanto à salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País, exige condições materiais de nivelamento para a plena eficácia do Acordo, visto que o processo de integração deve ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições, de modo que os níveis mais elevados de desenvolvimento prevaleçam. Aqui há que se contrapor à disposição para a cooperação o interesse nacional, sob pena de o processo integracionista implicar em um retrocesso dos níveis de exigência já alcançados no plano nacional.

Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

COSTA, Sergio Correia da. *Crônica de uma Guerra Secreta. Nazismo na America: A conexão Argentina*. São Paulo: Record, 2004.

DI FABIO, Udo. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

EHRlich, Eugen. Von der Zukunft des Völkerbundes. In. *Politische Schriften*. Org. Manfred Rehbinder. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos. O breve século XX 1914-1991*. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. *O Novo Século. Entrevista a Antonio Polito*. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris. 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHAUMANN, Wilfried. *Die Gleichheit der Staaten. Ein Beitrag zu den Grundprinzipien des Völkerrechts*. Wien: Springer Verlag, 1957.

VON BERNSTORFF, Jochen. *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

LA ASESORÍA JURÍDICA POPULAR Y EL POST-POSITIVISMO

**Ana Maria D'Ávila Lopes
Christianny Diógenes Maia**

RESUMO

Em uma sociedade cada vez mais marcada pelas desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais, bem como pelas constantes violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, percebemos a necessidade de organizações sociais que lutem pela garantia de tais direitos e por uma sociedade mais justa e igual para todos. Desse modo, é inquestionável a responsabilidade social dos operadores do Direito na transformação da realidade através de ações organizadas em conjunto com os movimentos populares. Nesse contexto, surge o movimento de Assessoria Jurídica Popular, compreendendo o Direito como um instrumento de transformação social e emancipação humana e colocando-se a serviço da luta das classes oprimidas por uma vida digna para todos. Possuindo como referenciais teóricos a Teoria Crítica do Direito e o Direito Alternativo, que surgiram em meio à crise do Positivismo Jurídico, a Assessoria Jurídica Popular encontra no atual período Pós-positivista e Neoconstitucional um espaço favorável para o desenvolvimento de suas ações junto aos movimentos populares na luta por direitos. Nesse sentido, desenvolvemos o presente trabalho, que tem como objetivo contribuir para o amadurecimento teórico e consolidação de tão importante prática jurídica e social.

PALAVRAS-CHAVES: ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR; POSITIVISMO JURÍDICO; TEORIA CRÍTICA DO DIREITO; DIREITO ALTERNATIVO; PÓS-POSITIVISMO; NEOCONSTITUCIONALISMO

RESUMEN

En una sociedad cada vez más marcada por las desigualdades sociales, económicas y culturales, así como por las constates violaciones a la dignidad humana, percibimos la necesidad de organizaciones sociales que luchen por la garantía de estos derechos y por una sociedad más justa e igualitaria para todos. De esta manera, es indiscutible la responsabilidad social de los operadores del Derecho en la transformación de la realidad a través de acciones organizadas en el conjunto con los movimientos populares. Ante este contexto, surge el movimiento de Asesoría Jurídica Popular, comprendiendo el Derecho como un instrumento de transformación social y emancipación humana y colocándose a servicio de la lucha de las clases oprimidas por una vida digna para todos. Al detener referenciales teóricos tales como la Teoría Crítica del Derecho y el Derecho Alternativo, que surgieron en medio a la crisis del Positivismo Jurídico, la Asesoría Jurídica Popular encuentra en el actual período Post-positivista y Neoconstitucional un espacio favorable para el desarrollo de sus acciones junto a los movimientos populares en la lucha por los derechos. En ese sentido, desarrollamos el presente trabajo, que tiene

como objetivo contribuir para el madurecimiento teórico y consolidación de tan importante práctica jurídica y social.

PALAVRAS-CLAVE: ASESORIA JURÍDICA POPULAR; POSITIVISMO JURÍDICO; TEORIA CRÍTICA DEL DERECHO; DERECHO ALTERNATIVO; POST-POSITIVISMO; NEOCONSTITUCIONALISMO

INTRODUÇÃO

A atuação jurídica tradicional, de cunho positivista e formalista, mostra-se incapaz de oferecer soluções satisfatórias e eficientes às atuais necessidades decorrentes dos novos tipos de conflitos sociais e dos novos sujeitos coletivos de direito. Com efeito, essas necessidades também geram novas práticas e saberes que, conseqüentemente, demandam operadores jurídicos com outro padrão ético, político e ideológico, o que reforça a necessidade de construção de uma prática inovadora.

Diante de tal realidade, surge a Assessoria Jurídica Popular - AJP, movimento jurídico recente, que se coloca a serviço da luta das classes oprimidas por uma vida digna para todos, compreendendo o Direito como um instrumento de transformação social e emancipação humana.

A Assessoria Jurídica Popular se desenvolve nas universidades através de projetos de extensão e na sociedade através da assessoria a movimentos populares, sindicatos ou organizações não governamentais, sempre ligada à temática dos direitos humanos.

No entanto, o movimento ainda carece de uma produção doutrinária específica, sendo raros, mas valiosos, os estudos que abordam diretamente a Assessoria Jurídica Popular.

O presente artigo, fruto de uma pesquisa desenvolvida para nossa dissertação de mestrado e conseqüência de uma experiência prática em Assessoria Jurídica Popular, tem como objetivo contribuir para o amadurecimento teórico e consolidação de tão importante prática jurídica e social.

Inicialmente, apresentaremos o movimento de Assessoria Jurídica Popular, em seguida, discutiremos sobre seus referenciais teóricos, que surgem em meio à crise do Positivismo Jurídico e por fim teceremos considerações sobre o atual momento Pós-positivista e Neoconstitucional favorável às lutas populares por direitos instrumentalizados pela Assessoria Jurídica Popular.

1 ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

Tendo como referenciais teóricos as Teorias Críticas Jurídicas e o Direito Alternativo, surge a Assessoria Jurídica Popular – AJP, um movimento jurídico, de estudantes e operadores do direito, que há poucos anos, vem se consolidando como uma alternativa à prática jurídica tradicional, demonstrando que é possível operar o Direito em uma perspectiva emancipatória^[1] e transformadora.

Ao entender o Direito como um instrumento de transformação social[2], a Assessoria Jurídica Popular assume o compromisso com um projeto emancipatório das classes populares. Pois, se o Direito pode ser opressor quando a serviço dos interesses das elites, também pode ser libertário, se utilizado pelos setores excluídos em suas lutas por conquistas e efetivação de direitos. Dessa forma, paulatinamente, a sociedade vai se transformando em um ambiente mais justo e democrático.

A Assessoria Jurídica Popular vem sendo construída, sobretudo, na prática das entidades que defendem e promovem dos direitos humanos e fundamentais dos novos sujeitos coletivos de direito.

A expressão “novos sujeitos coletivos de Direito” surge da necessidade de identificar os atores sociais que, sobretudo a partir do processo de redemocratização do Estado brasileiro, impulsionaram as mudanças sociais e as lutas pelo reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais.

Com a Constituição de 1988, inauguram-se as condições para construir uma sociedade aberta à participação dos cidadãos, suscitando o surgimento de “novos” movimentos sociais, como protagonistas das mudanças sócio-históricas do Brasil.

É notória a relação entre o movimento de Assessoria Jurídica Popular e a defesa e promoção dos Direitos Humanos e Fundamentais. Pois, é exatamente nesses espaços de luta que atuam os serviços legais inovadores, assessorando os movimentos e as camadas populares na busca pela efetivação de seus direitos. Sobre isso, Vladimir Luz ressalta que:

A ampliação do “cardápio” de direitos e de garantias fundamentais, como exposto na descrição do marco constitucional, no final da década de 80, a nova legitimação processual coletiva, a crescente institucionalização dos Novos Movimentos Sociais, na década de 80, ao lado do surgimento de correntes críticas na magistratura e na academia, podem ser destacados como fatores que contribuíram fortemente para a abertura de alguns canais de atuação de entidades especificamente voltadas à questão do apoio jurídico popular[3].

Segundo Antônio Carlos Wolkmer, “o ‘novo sujeito coletivo’ é um sujeito vivo, atuante e livre, que se autodetermina, participa e modifica a mundialidade do processo histórico-social”. Para o professor da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, a expressão “sujeito coletivo” pode ser identificada, também, através dos termos: “sujeito histórico”, “sujeito popular”, “povo”, “novos movimentos sociais”, entre outros, compreendendo os setores sociais participativos e geradores de produção jurídica[4].

Os novos sujeitos coletivos representam a população oprimida, “o povo”, os trabalhadores, os desempregados, os camponeses, as mulheres, as crianças e adolescentes, os índios, os negros, os homossexuais, enfim, os excluídos econômica, política, social ou culturalmente.

Reconhecer esses novos personagens políticos como sujeitos de Direito, segundo Mauro Noleto, exige:

[...] uma compreensão do fenômeno jurídico para além de suas enunciações legais, reencontrando sua matriz política e social, para entendê-lo como processo histórico de legítima organização social da liberdade [...]. Somente em tal perspectiva não legalista é que se pode pensar a experiência social instaurada pelos novos movimentos sociais como momentos instituintes de novos direitos, derivados das lutas empreendidas por estes para a superação das circunstâncias injustas do seu cotidiano de produção e reprodução social, que se interpõem aos novos padrões de uma sociabilidade que deseja libertar-se de tais condicionamentos[5].

Sobre esse assunto, Antonio Carlos Wolkmer leciona, ainda, que:

Ora, a cultura jurídica centralizadora e individualista produzida pelo desenvolvimento burguês-capitalista acaba favorecendo a produção legislativa e a aplicação jurisdicional, formalizada e ritualizada em proposições genéricas e em regras tecno-estáticas impositivas quase sempre dissociadas dos interesses, exigências e necessidades reais de grande parcela da população. Deste modo, a cultura instituinte dos movimentos sociais introjeta, com seus “valores” (identidade, autonomia, satisfação das necessidades fundamentais, participação democrática de base, expressão cultural do “novo”), a influência norteadora e libertária para a reconceitualização da Lei, do Direito e da Justiça[6]. (grifo nosso)

Entender os novos sujeitos coletivos de direito é essencial para a compreensão da Assessoria Jurídica Popular que, não por acaso, possui o caracterizador “popular”, termo identificado com “o povo” excluído, que pauta sua história na luta por direitos.

Esse amplo processo coletivo de lutas, impulsionou o surgimento de novos atores sociais, que passaram a se organizar em torno de demandas também novas, como a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

O direito à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à terra para produzir etc. passam a ser as principais reivindicações desse povo que, mais que tudo, luta por uma vida digna e pelo pleno exercício de sua cidadania. Constituem, também, pautas desses novos movimentos sociais, o respeito à diferença contra qualquer ordem de discriminação.

Tais sujeitos coletivos são identificados com os movimentos sociais rurais e urbanos, como o MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra e os movimentos de luta por moradia, com o movimento negro, o indígena, as organizações de defesa e promoção dos direitos das crianças e adolescentes, o movimento de mulheres etc.

A partir dessas recentes demandas sociais, exige-se um maior engajamento sócio-político por parte dos operadores jurídicos. Assim, surgem as Assessorias Jurídicas Populares, como alternativa à prática jurídica tradicional, dogmática e formalista, que não corresponde às novas necessidades decorrentes dos atuais conflitos sociais.

A Assessoria Jurídica Popular, portanto, se contrapõe ao modelo liberal e individualista, de estudar e operar o Direito, que se desenvolve no meio acadêmico e profissional, como mero reproduzidor de dogmas, marcado pelo fetichismo da lei, sem criticidade e sem compromisso com a transformação da sociedade.

A idéia de criticidade ao Direito está associada ao combate aos dogmas do positivismo jurídico. O dogmatismo traduz-se na existência de conceitos e princípios rígidos e inquestionáveis, que pretende tornar o Direito uma ciência pura, objetiva e neutra. Sobre a superação dos dogmas do Direito, Antonio Wolkmer leciona que:

As verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram, durante séculos, as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana. Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornam-se insatisfatórios e limitados[7].

Para a AJP, o Direito não é objetivo, embora se deva buscar um mínimo de objetividade, pois, cada caso é único e, em cada situação, produz-se ciência e se constroem direitos. Logo, o Direito deve ser interpretado e atualizado de acordo com os interesses da sociedade, da “comunidade de intérpretes”, até mesmo porque o fenômeno jurídico não se esgota nas leis. O Direito é algo que está sendo construído no dia-a-dia pelo povo, pelas lutas populares, pelos costumes, pela sociedade como um todo, que, sem dúvida alguma, muda com maior rapidez do que as leis possam alcançar.

O Direito também não é uma ciência pura, para a Assessoria Jurídica Popular que compreende o fenômeno jurídico a partir de uma visão interdisciplinar. Para uma ação transformadora, não basta, simplesmente, operar o Direito, mais que isso, é necessário um conhecimento amplo e plural dos problemas sociais, dos conflitos, da situação econômica, cultural, social e histórica das comunidades que serão assessoradas. Além do mais, deve-se valorizar os saberes populares, já que os assessorados devem ser tratados como sujeitos de direitos e não como simples “clientes” de um serviço jurisdicional. Dessa maneira, a interdisciplinaridade consiste em uma das características desse movimento que critica o Ensino Jurídico tradicional voltado somente para o estudo dos códigos.

Ainda sobre a compreensão que se tem do Direito, a AJP não o entende como uma ciência neutra, pois, além de ser fruto das relações sociais, de uma sociedade dividida em classes, a sociedade capitalista, é também um espaço de disputa de interesses, de poder.

Desse modo, o Direito constitui-se como um espaço de disputa de interesses sociais, estando sempre a serviço de uma classe, ou de um grupo e, na maioria das vezes, a serviço dos setores dominantes. No entanto, embora se parta de uma análise marxista da sociedade[8] e da crítica ao Direito, como um instrumento opressor, compreende-se que o Direito pode ser libertário, à medida que as classes populares organizadas possam conquistar direitos, através das suas lutas. Afinal, como afirma Alayde Sant’anna: “A práxis sócio-política revela que o Direito nasce das lutas sociais, do desejo permanente de libertação. Manifesta-se, pois, ao longo da história, como liberdade conquistada em permanente transformação”[9].

Nesse sentido, destacamos o inestimável significado atribuído por Lyra Filho ao Direito:

Direito é processo, dentro do processo histórico, não é coisa feita, perfeita e acabada: é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas[10].

Coube, então, ao advogado do movimento popular: “utilizar o regramento estatal até os limites máximos de suas contradições” e “romper a própria rigidez do dogmatismo positivista e formalista”[11] para alcançar uma atuação jurídica que atendesse aos interesses dos novos atores sociais, delimitando a noção de assessoria jurídica popular.

Ressaltamos que, embora tal prática seja desenvolvida por advogados ou advogadas, professores e estudantes de direito, os pressupostos da AJP podem orientar outras profissões jurídicas, como de fato vem ocorrendo com alguns ex-membros dos projetos de assessoria jurídica popular universitária, que, atualmente, ocupam cargos na Magistratura, no Ministério Público ou na Advocacia Pública, pautando seus trabalhos nos ideais de uma sociedade digna e justa para todos, trazidos das vivências na Assessoria Jurídica Popular.

São necessárias algumas explicações sobre as terminologias relacionadas ao tema em estudo. Inicialmente, lembramos que é comum encontrarmos na literatura jurídica, especialmente na estrangeira, o termo serviços legais para designar práticas de auxílio jurídico gratuito, englobando as entidades públicas (como os serviços prestados pela Defensoria Pública) ou privadas, originários de contextos e locais distintos e, não raro, com práticas e objetivos políticos diversos e contraditórios entre si[12].

O Instituto Latino Americano de Serviços Legais Alternativos – ILSA, da Colômbia, utiliza-se do termo serviços legais alternativos para se referir ao que aqui chamamos de Assessoria Jurídica Popular. Ressaltamos a contribuição do ILSA, sobretudo, através da revista *El Otro Derecho*, importante veículo de divulgação das idéias críticas do Direito e das práticas jurídicas alternativas. Encontra-se, em tal revista, a definição que o Instituto atribui aos “serviços legais alternativos”, como sendo: “aqueles grupos de apoio jurídico popular que buscam defender interesses coletivos mediante a organização comunitária e a capacitação legal orientada até a mobilização e a auto-organização”[13].

O professor Celso Campilongo[14] em texto clássico para a Assessoria Jurídica Popular, apresentado em umas das excelentes publicações do já extinto Instituto Apoio Jurídico Popular – AJUP, intitulado: *Assistência Jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais*, expõe as características e as diferenças entre os serviços legais tradicionais e os serviços legais inovadores, que podem ser identificados, respectivamente, com a Assistência Judiciária Gratuita e a Assessoria Jurídica Popular. O eminente professor, portanto, refere-se à Assessoria Jurídica Popular como sendo uma espécie do gênero serviços legais. Mas, conforme lembra Vladimir Luz:

Até mesmo a gratuidade de tais serviços, elemento aparentemente unificador das diversas entidades identificadas por essa denominação, não se apresenta, por si só, como fator capaz de definir um “modelo paradigmático”, a partir do qual o fenômeno da Assessoria Jurídica Popular possa ser identificado. Outrossim, sendo aderido à expressão genérica “serviço legal” o qualitativo “popular”, cresce ainda mais a indeterminação do fenômeno que, aparentemente, estaria apenas circunscrito numa

ampla área de atuação forense “pro bono”, voltada para a ajuda altruísta e desinteressada de litigantes necessitados[15].

Por isso, há a necessidade de consolidarmos na literatura jurídica o termo Assessoria Jurídica Popular, já que a referida expressão possui um significado próprio, ao passo que a terminologia dos serviços legais é bem genérica e está longe de esgotar todo o conteúdo da AJP.

Ademais, a dogmática jurídica tradicional analisa o tema dos serviços legais em uma perspectiva mais processual, ligada a uma discussão do acesso formal à Justiça, concentrando-se apenas no estudo dos meios jurídicos de postulação, em sentido estrito, operando no campo estrito da exegese do Direito Positivo, na maioria das vezes sob a ótica monista[16]. Tais estudos se referem, muitas vezes, somente aos serviços de assistência judiciária que prestam seu auxílio à população sem condições de pagar um advogado particular, dessa forma, não adentram no campo da Sociologia Jurídica Crítica, na qual se insere o âmbito de atuação da Assessoria Jurídica Popular, tampouco investigam o movimento em outros ramos das ciências, como a Educação Popular, a Ciência Política ou a própria Filosofia do Direito, estudos necessários para a compreensão da AJP.

Apesar de incipiente a bibliografia sobre o movimento de Assessoria Jurídica Popular, é possível identificarmos algumas de suas características, dentre as quais destacamos: a) a opção por atuar em demandas coletivas, ou que possuam uma repercussão social; b) a “desmistificação” do Direito e a perspectiva emancipatória e participativa com que o litígio é trabalhado, envolvendo os sujeitos de Direito no processo; e, c) a interdisciplinaridade.

Podemos também estabelecer alguns pressupostos desta prática jurídica inovadora, tais como: a) a compreensão do Direito como um instrumento de transformação social; b) um amplo acesso à justiça, encarado não apenas como o acesso ao Judiciário, mas sim abrangendo todos os meios legítimos para se alcançar a Justiça; c) um pluralismo jurídico comunitário-participativo, como projeto emancipatório dos “novos sujeitos coletivos de Direito”, baseado nos valores de legitimidade, democracia, descentralização, participação, justiça, satisfação das necessidades, entre outros; e, d) a educação jurídica popular em direitos humanos, como abordagem pedagógica para um processo libertador de conscientização.

Certamente, para um melhor entendimento sobre a AJP, é fundamental conhecermos os seus fundamentos, as suas justificativas e os seus pressupostos[17], no entanto, para o presente trabalho é impossível abranger tantos aspectos, de modo que, o nosso objetivo, com este artigo, é destacar os referenciais teóricos da AJP, ou seja, as Teorias Críticas do Direito e o Direito Alternativo, que surgem em meio à crise do Positivismo Jurídico, bem como ressaltar a importância do Pós-Positivismo para a Assessoria Jurídica Popular.

2 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E OS REFERENCIAIS TEÓRICOS DA ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

As tradicionais escolas filosóficas jusnaturalistas ou juspositivistas não respondem mais aos novos paradigmas que se apresentam ao estudo da Ciência Jurídica. Suplantando o

Jusnaturalismo e o Juspositivismo, surge o Pós-positivismo apresentando novos paradigmas à Ciência Jurídica, na qual o Direito Constitucional ocupa um espaço privilegiado.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso leciona que:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade[18].

O Jusnaturalismo faleceu com o apogeu do Juspositivismo, pois aquele não foi capaz de fornecer a segurança jurídica desejada. Por outro lado, este último foi incapaz de incorporar valores como justiça e dignidade da pessoa humana às normas, que friamente regiam a sociedade, distante da realidade social. Segundo, Mauro Noleto, “o formalismo positivista cumpriu a estranha tarefa de isolar o Direito dos conflitos sociais, arrancando-o da História”[19].

As críticas às referidas correntes de pensamento foram tantas, que não faltaram fundadores de escolas, teorias e movimentos contra a hegemonia jusnaturalista e juspositivista, a exemplo das escolas sociológicas, bem como, da Teoria Crítica, do Direito Alternativo e do próprio movimento de Assessoria Jurídica Popular.

A seguir discorreremos sobre os referenciais teóricos da AJP, ou seja, sobre a Teoria Crítica do Direito e o movimento do Direito Alternativo.

2.1 Teoria Crítica do Direito

O positivismo foi incapaz de corresponder aos anseios da coletividade, mostrando-se conservador, elitista e injusto para a maioria da população. Contra esse pensamento científico hegemônico, surge a Teoria Crítica que fundamenta-se em aspectos antidogmáticos e emancipatórios. Conforme afirma Vladimir Luz:

O pensamento crítico se traduz numa postura epistemológica, ética, política e teórico-prática, na qual a questão fundamental está na assunção de uma visão de mundo antidogmática, que possibilita um agir qualificado pela tomada de consciência dos sujeitos históricos de sua realidade humana, individual ou coletiva, para além da alienação (coisificação) de sua existência, proporcionada principalmente pelo mundo moderno capitalista[20].

Por sua vez, Antonio Carlos Wolkmer ensina que:

A intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do

homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado[21].

A Teoria Crítica do Direito denunciava a função ideológica do Direito e o fato de que, em nome de uma pretensa razão científica, encobrem-se as relações de poder[22]. Assim, é falsa a idéia de neutralidade do Direito, que, na realidade, representa, muitas vezes, os interesses de grupos dominantes. Durante a 2ª Guerra Mundial, o Direito posto (estatal, formal) foi um grande aliado dos nazi-fascistas, que justificavam suas ações na letra lei. Isso demonstra o quanto pode ser perigoso identificar o Direito tão somente com a lei e o quanto o positivismo jurídico restrito se mostrou incapaz de responder aos conflitos sociais.

Luís Roberto Barroso explica que:

A teoria crítica do direito questiona: o caráter científico do direito, por faltar-lhe a pretendida objetividade que decorreria de uma irreal aplicação mecânica da norma ao fato, com base em princípios e conceitos genericamente válidos; a alegada neutralidade política, ao denunciar sua função ideológica de reforçador e reproduzidor das relações sociais estabelecidas; a pureza científica, ao preconizar a interdisciplinariedade como instrumental indispensável à formação do saber jurídico. Trata-se, no entanto, de uma teoria crítica, e não de uma dogmática substitutiva ou alternativa[23].

O professor da UERJ - Universidade Estadual do Rio de Janeiro lembra ainda que, além de não ser neutro, o Direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma; portanto não é absoluto, exato, ao contrário, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do Direito, que pode dar margem a variadas interpretações, com diversas finalidades (que muitas vezes não é a justiça), de acordo com os interesses dos grupos conflitantes[24].

A Teoria Crítica do Direito, nascida no seio das universidades, preocupou-se, acima de tudo, em desmistificar o fenômeno jurídico e em introduzir novos elementos valorativos na sua discussão[25]. Para a melhor compreensão dessa proposta, destacam-se os valiosos ensinamentos de Antonio Carlos Wolkmer:

O processo de pensar criticamente o Direito implica refletir e questionar a legalidade tradicional mistificada, atinente à época ou a determinado momento da cultura de um país. O imaginário jurídico crítico tenta redefinir os horizontes, constituído da linguagem normativa repressora e ritualizada, objetivando propiciar meios instrumentais para a conscientização e emancipação dos sujeitos históricos na sua condição de dominados e excluídos[26].

A partir do legado da Teoria Crítica, que sustentou a possibilidade do uso da razão como instrumento de libertação do homem, é que o pensamento jurídico crítico passou a entender o Direito também como instrumento dessa mesma libertação, em oposição a todas as formas de injustiça e opressão geradas no seio da sociedade capitalista. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer defende que:

Os discursos críticos do Direito desvinculam-se “do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica”. Pretendia-se, desse modo, revelar como, através do ensino dessas doutrinas idealistas e

formalistas, eram “encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado na reprodução das sociedades capitalistas”[27].

Principal expressão intelectual do pensamento crítico dialético no Brasil, Lyra Filho, criador da revista *Direito e Avesso*, fundou a Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), que, nas palavras de Mauro Noleto:

Nasce na perspectiva de romper com os limites dogmáticos de um positivismo estreito e burocrático, assim como procura escapar às armadilhas do idealismo conservador contido nas teses jusnaturalistas, lançando novas luzes dialéticas sobre a busca de um fundamento na afirmação de que sua teoria crítica cumpre uma função de esclarecimento, posto que vem iluminar o debate jurídico revelando suas contradições e deformações ideológicas[28].

Lyra Filho propôs uma ciência jurídica sem dogmas, analítica e crítica ao mesmo tempo, sob o impulso da práxis libertadora. Em seu último trabalho, o autor apresentou uma proposta teórico-prática de uma filosofia jurídica denominada “humanismo dialético”, que tinha como objetivo a refundamentação dos Direitos Humanos, conforme o processo concreto da libertação humana[29]. O humanismo dialético segundo Lyra Filho estava ligado, antes de tudo, à práxis jurídica, na luta de povos, classes, grupos e indivíduos espoliados e vítimas da opressão[30].

Toda a base teórica difundida pelo pensamento crítico do Direito no Brasil se apresenta como alicerce para a prática da Assessoria Jurídica Popular, que também constitui um movimento jurídico crítico, pois, como afirmou Lyra Filho: “Somos todos uma bela mistura de espírito científico, filosófico, artístico, técnico, lúdico e até místico – ainda quando a fé não se volta para Deus, mas, para uma libertação exclusivamente humana”[31].

Percebemos, portanto, a importância da Teoria Crítica do Direito para o avanço de um entendimento menos dogmático da Ciência Jurídica e para a compreensão da necessidade de se construir um Direito mais humano, mais social e mais justo; que esteja em todo lugar, nas ruas, nas favelas, nos movimentos sociais, nas lutas, e não somente nas leis; que tenha como finalidade a Justiça, a justiça social, estando a serviço da maioria oprimida. Isso é o que propõe também o Direito Alternativo, que, inspirado na Teoria Crítica, avançou na construção de um Direito emancipatório, deslocando suas propostas do meio acadêmico para as ruas. Sobre esse movimento, discorreremos adiante.

2. 2 Direito Alternativo

A Teoria Crítica Jurídica, como vimos, denunciou os efeitos do Direito como instrumento de dominação, permanecendo, no entanto, mais na esfera teórica e no mundo acadêmico, com um mínimo de inserção social. Na realidade, a Teoria Crítica do Direito foi uma tentativa de desconstrução teórica dos dogmas jurídicos, de desmistificação do Direito. Já o Direito Alternativo deslocou-se do acadêmico para as ruas, buscando resgatar a possibilidade transformadora do Direito, colocando-o a serviço da emancipação do povo oprimido. A proposta do Direito Alternativo, embora se servindo da experiência crítica, procurou contribuir para a emergência de um novo Direito[32].

A Crítica Jurídica e o Direito Alternativo não são processos dissociados, ao contrário, são desencadeados de um mesmo processo teórico-prático que vai avançando, superando-se e redefinindo-se permanentemente. Então, na seqüência histórica da Teoria Crítica, fundado nos mesmos pressupostos ideológicos, articulou-se, em diversos países do mundo, entre as décadas de 1970 e de 1990, inclusive no Brasil, o movimento conhecido como Direito Alternativo.

O Direito Alternativo, em relação à maioria dos movimentos críticos anteriores, inovou, ao fazer uma opção pelos pobres – uma opção prática e não retórica como se via anteriormente. Tal vertente do pensamento jurídico propôs uma franca ruptura com o modelo jurídico liberal/positivista, que estrutura o Direito burguês.

Sobre os propósitos do Direito Alternativo, Lédio Andrade leciona que: “Com seus erros e acertos, o movimento do Direito Alternativo é uma possibilidade de exercitar a combatividade pessoal e de classe, em prol de propósitos comuns, como os de erradicar a miséria, combater a violência, a exploração e lutar por democracia”[33].

O Direito Alternativo, assim como a Teoria Crítica do Direito, identifica a superação do paradigma positivista da Ciência Jurídica, rejeitando o mito da neutralidade no Direito, que, na realidade, ao se colocar distante dos conflitos sociais, reproduz os interesses das classes dominantes, geralmente consolidados na norma jurídica.

Para o movimento, o Direito não assume somente a função de controle social, mantenedor da ordem e do *status quo*, pois acredita que, a partir de uma relação dialética entre a norma e a realidade social, o Direito é capaz de agir como um instrumento de emancipação humana.

Um dos pressupostos do Direito Alternativo é a concepção pluralista do Direito. A lei é apenas uma das expressões do Direito, o qual não se confunde com o Direito Estatal, defendem os alternativistas jurídicos que reconhecem outros espaços de produção de direitos, para além dos estatais.

Afirmam os alternativistas brasileiros que o verdadeiro direito alternativo é um *direito achado na rua*, um “direito comunitário”, “vivo” ou mesmo um “direito insurgente” e “rebelde”, que resulta do “poder popular” e exprime valores libertários.

Sobre essa concepção pluralista do Direito Alternativo, reivindica-se a legitimidade de novos sujeitos coletivos, que surgem dos movimentos sociais e poderiam atuar na solução de conflitos, fora e além do direito do Estado.

Em sua obra, Amilton Bueno de Carvalho, um dos principais formuladores do pensamento jurídico alternativo no Brasil, leciona sobre esse movimento, o que passaremos a transcrever:

Alguns dizem que o Direito Alternativo caracteriza-se pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. A lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não). [...] A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva. O que a alternatividade não

reconhece é a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, o que é diverso da negativa à lei. [...] O que a alternatvidade busca é o novo paradigma, com a superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade[34].

Amilton Bueno de Carvalho afirma, ainda, que o movimento do Direito Alternativo, em sentido abrangente, compreende as seguintes frentes de luta ou estratégias de atuação:

1. Uso Alternativo do Direito: trata-se da utilização, via interpretação diferenciada, das contradições, ambigüidades e lacunas do Direito legislado numa ótica democratizante.
2. Positivismo de Combate: uso e reconhecimento do Direito positivo como arma de combate, é a luta para a efetivação concreta dos direitos que já estão nos textos jurídicos mas não vêm sendo aplicados.
3. Direito Alternativo em sentido estrito: é o direito paralelo, emergente, insurgente, achado na rua, não oficial, que coexiste com aquele emergente do Estado. É um direito vivo, atuante, que está em permanente formação/transformação[35].

Tais frentes de luta explicam bem a amplitude do movimento aqui no Brasil que se manifestou através das formas acima citadas. Quanto à primeira estratégia de atuação, ou seja, o *uso alternativo do direito*, o Direito Alternativo propõe a interpretação e aplicação das normas que conduza à realização da justiça social, privilegiando os direitos e interesses das classes populares. Trata-se de um processo hermenêutico através do qual se buscará nas contradições, ambigüidades e lacunas nas normas utilizar os princípios gerais de Direito para julgar a favor dos grupos socialmente excluídos. Essa estratégia foi principalmente utilizada pela magistratura alternativa, especialmente pelo grupo de juízes alternativos do Rio Grande do Sul, onde o movimento brasileiro alcançou maior destaque na construção de uma justiça social igualitária e de um Direito “novo”[36].

Ao lado da Magistratura Alternativa, Antonio Carlos Wolkmer destaca a experiência de advogados também não alinhados com a cultura jurídica dominante, ou seja, a advocacia popular[37].

A segunda estratégia de atuação acima apresentada, o *positivismo de combate*, consiste na luta pela efetivação das normas postas que expressam os interesses das classes populares, as quais, na maioria das vezes, permanecem apenas no plano retórico do ordenamento jurídico. Essa estratégia se reflete principalmente nas ações da Advocacia Popular que, na prática forense cotidiana, travam essa batalha pela efetivação dos direitos fundamentais dos setores populares que assessoram.

Já a atuação do Direito Alternativo, em sentido estrito, refere-se ao pluralismo jurídico, ou seja, o reconhecimento da existência de manifestações jurídicas à margem do ordenamento jurídico estatal, especialmente no seio de grupos e movimentos sociais, em luta pela inclusão e pela transformação de relações socialmente injustas. Ressaltamos que é principalmente nesse âmbito de atuação que se constitui a relação da Assessoria Jurídica Popular com os movimentos populares.

Em suma, os alternativistas jurídicos almejavam uma sociedade mais justa e igual. Sonhavam ser possível fazer justiça social, diminuindo as desigualdades entre as classes através do Direito, por meio de uma interpretação e aplicação, que objetivasse a efetivação das normas justas, em benefício dos interesses das classes exploradas, a partir de um Direito construído na sociedade, no seio dos movimentos populares.

Acreditavam os juristas alternativos em um Direito que representasse, verdadeiramente, o interesse do povo, principalmente, dos setores oprimidos, ou seja, um Direito libertário, emancipatório. Trata-se de um movimento que valorizava os espaços alternativos de construção de direitos, quais sejam, os espaços sociais e comunitários. Logo, esses ideais de justiça social também inspiraram o movimento de Assessoria Jurídica Popular, que caminha lado a lado com o povo.

Talvez seja incorreto, impreciso, afirmar que o movimento do Direito Alternativo não existe mais, pois, certamente, suas concepções, suas propostas continuam vivas. No entanto, é notório o fim do Positivismo Jurídico estreito, contra o qual se opuseram as ações dos alternativistas jurídicos. Portanto, pensamos ser mais estratégico, atualmente, que a construção dos ideais das práticas alternativas ocorra a partir das novas bases jurídicas lançadas pelo Pós-positivismo e pelo Neoconstitucionalismo, conforme veremos a seguir.

3 PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

No atual período, pós-moderno, surge uma corrente de pensamento jus-filosófico caracterizada pela reverência à Constituição e aos direitos fundamentais, assim como pela incorporação dos valores às normas, por meio da normatividade dos princípios, designada de Pós-positivismo.

O Pós-positivismo representa, pois, o atual momento da Ciência Jurídica, ainda em maturação é certo, mas, já consolidando o fim do positivismo estreito, formalista e dogmático, que se mostrou incapaz de responder às demandas sociais, além de ter significado um forte aliado dos regimes nazi-fascistas.

Segundo a definição lecionada por Luís Roberto Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte deste ambiente de reaproximação do Direito e Ética[38].

Uma das principais características desta época pós-positivista é a inserção dos valores no Direito através da normatividade dos princípios, aproximando o Direito da Ética. Fortalecendo, com isso, a busca por um ideal de justiça, através da luta pela efetividade dos direitos fundamentais.

Os princípios, ao conquistarem o *status* de norma jurídica, suplantam a tese de que possuem apenas dimensão axiológica, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e

imediate, passando, inclusive, a ocuparem um espaço privilegiado no ordenamento jurídico. Os princípios, uma vez constitucionalizados, são a chave de todo sistema normativo, assegura Paulo Bonavides, que afirma ainda:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. [...] Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmo, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento[39].

Por sua vez, Luís Barroso lembra que: “o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”[40]. Esses valores materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados pela constituição, explícita ou implicitamente.

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Na primeira fase, os princípios possuem normatividade quase nula, compreendendo uma dimensão ético-valorativa de idéias que inspiram os postulados de justiça. No juspositivismo, os princípios configuram meras normas programáticas supralegais, carentes de normatividade e, portanto, irrelevantes juridicamente[41]. Sobre a terceira fase, a do pós-positivismo, discorre ilustre professor cearense:

A terceira fase, enfim, é a dos pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. [...] É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como o do velho positivismo ortodoxo vem abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada, sobretudo por Dworkin[42].

Em decorrência da normatividade dos princípios, a moderna doutrina afirma que as normas jurídicas são divididas em regras e princípios[43]. Nesse sentido, Luís Barroso lembra que: “a distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cinjam às regras jurídicas”[44].

Destacamos também a importância dos princípios para a hermenêutica jurídica, já que vão funcionar, muitas vezes, como norteadores da interpretação. Assim, a hermenêutica constitucional assume um relevante papel para o Pós-positivismo.

É nesse contexto pós-positivista que se desenvolvem os atuais estudos de Direito Constitucional no Brasil, compreendidos à luz de novos paradigmas que estão surgindo com o Neoconstitucionalismo, os quais apresentaremos a seguir.

3.1 A Constitucionalização do Direito

Uma das principais características do Pós-Positivismo Jurídico, bem como do Neoconstitucionalismo, consiste no fenômeno de Constitucionalização do Direito.

Hoje, no Brasil, é raro uma discussão jurídica não envolver, em alguma medida, questões constitucionais e, apesar de ainda carecer de uma maior concretização, é inegável que a Constituição de 1988 se tornou uma norma jurídica forte, presente nas ações cotidianas dos operadores jurídicos.

Nesse sentido, lembramos novamente os ensinamentos de Luís Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor[45].

Os seguintes resultados do Constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX são apresentados por Paulo Bonavides:

A criação científica de um novo Direito Constitucional, ou pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista [...]; a inauguração no Direito Público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido da proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico; a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais [...]; a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do Direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política[46].

Observamos, a partir desses resultados, que os estudos de Direito Constitucional tornam-se imprescindíveis aos estudos jurídicos como todo, e o fenômeno da constitucionalização do Direito é uma marca do Neoconstitucionalismo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “o direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso [...] toda a ordem jurídica vigente deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”[47], evidenciando, assim, a força normativa da Constituição. No mesmo raciocínio, Canotilho e Moreira lecionam que: “a

principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”[48].

Nesse sentido, constrói-se uma cultura constitucional, na medida em que os valores inseridos na Constituição passam a condicionar a validade e o sentido das normas infraconstitucionais, repercutindo diretamente nas ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como nas relações destes com os particulares e, mais ainda, nas relações entre particulares, conforme leciona Luís Roberto Barroso:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais[49]. (grifo nosso)

Ressaltamos que a Constituição assume, ainda, um papel de orientação na interpretação jurídica, fornecendo os princípios instrumentais da nova Hermenêutica Constitucional e funcionando como vetor de interpretação das normas infraconstitucionais que devem ser lidas e apreendidas sob a luz da Carta Magna.

Assim, a Constituição deixa de ser uma promessa vazia e abandona o papel coadjuvante, para assumir um protagonismo, sem precedentes, no mundo jurídico.

3.2 A Constituição Aberta e a Sociedade de Intérpretes

Na fase pós-positivista, a Hermenêutica se torna ainda mais indispensável para uma compreensão do Direito, sobretudo, a nova Hermenêutica Constitucional. Sob essa ótica, Luís Roberto Barroso leciona que:

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo[50].

Esse processo interpretativo, ao qual se refere o autor, corresponde ao método de interpretação aberto da Constituição, como ensina Peter Häberle:

A interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade[51].

Nesse sentido, entendemos que a Constituição deixa de ser algo abstrato para interagir com a realidade, dialogando, através do método de interpretação aberto, com a *sociedade de intérpretes*, que Peter Häberle identifica com os próprios destinatários da norma, tornando a atividade interpretativa uma ação plural e mais democrática, conforme dispõe o autor alemão:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente[52].

Por sua vez, Paulo Bonavides afirma que a revolução metodológica no campo do Direito Constitucional, e com ela a teoria material da Constituição, na qual está inserido o método concretista da Constituição aberta, converteu-se definitivamente na Hermenêutica do Estado Social Democrático de Direito[53].

Segundo Luís Roberto Barroso: “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”[54]. Esses valores jurídicos não estão prontos e acabados, ao contrário, por fazerem parte de um sistema aberto, são construídos historicamente pela sociedade, principalmente pelos setores organizados que, através das suas lutas cotidianas, provocam mudanças sociais, bem como transformações no Direito.

A Constituição, pois, ocupa um lugar de destaque no mundo jurídico e político de nosso país. É ela que fornece as bases para uma interpretação jurídica, aberta ao debate com sociedade.

Nesse contexto, é fundamental o papel da Assessoria Jurídica Popular na formação da “comunidade de intérpretes”, ao desenvolver seus trabalhos de educação em direitos humanos, organizando o povo para a autodefesa de seus direitos, potencializando os espaços de participação popular e fortalecendo a democracia.

Assim, pensamos que o processo de interpretação aberta da Constituição, talvez ainda não seja o método ideal para o atual estágio da sociedade em que vivemos, mas, certamente, é essencial para uma aproximação da Constituição ao povo e à realidade e para a consolidação de uma sociedade plural e verdadeiramente democrática.

3.3 A Expansão da Jurisdição Constitucional e o Fenômeno da Constitucionalização e Judicialização das Relações Sociais

O sentimento constitucional fortalece a cidadania e potencializa a participação dos brasileiros nos espaços de poder, inclusive no Judiciário.

A luta por garantia e efetividade de direitos torna-se prioridade nas ações dos setores organizados da sociedade. Novas demandas são levadas ao Judiciário, não mais envolvendo somente interesses individuais e privatistas, mas, principalmente, direitos difusos e coletivos.

Mesmo considerando outras instâncias como espaços de luta para a conquista de direitos, o Poder Judiciário continua sendo a esfera preferencial para as demandas da Assessoria Jurídica Popular, que tratam essencialmente de direitos públicos, muitas vezes negados pelo próprio Estado.

Ademais, o acesso ao Judiciário consiste em uma estratégia de luta da AJP, ao provocar o referido poder a se posicionar diante das novas demandas apresentadas pelos movimentos sociais, instigando-o a reconhecer novos direitos, gerando, assim, possibilidades de mudança na sociedade através e a partir do Direito.

A Constituição de 1988 traz um rol amplo de direitos fundamentais, das mais diversas dimensões, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Tais direitos são complementares e interdependentes entre si, de modo que a dignidade humana só se concretiza com a efetividade das variadas dimensões dos direitos fundamentais.

No entanto, os direitos fundamentais ainda carecem de efetivação, na maioria das vezes, por inércia dos poderes públicos. Nesse contexto, a luta por direitos transfere-se para o Poder Judiciário, que ao longo dos últimos anos, tem se transformado em um palco de grandes discussões políticas e jurídicas.

Nesse sentido, leciona Lenio Streck:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse “sensível deslocamento” antes especificado. Com todos os cuidados que isso implica[55].

Além do relevante papel do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, temos um forte modelo de controle de constitucionalidade, típicos dos países neoconstitucionalistas, que possuem uma Corte Constitucional. No Brasil, esse papel é desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que tem como principal tarefa a defesa da Constituição formal e material.

Na esteira desse raciocínio, Luís Roberto Barroso afirma que:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. [...] Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes^[56].

Com um dos melhores sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, o Brasil tem presenciado uma relevante atuação do Supremo em defesa da Constituição. Decidindo questões polêmicas e importantes para a sociedade, o STF tem confirmado a força normativa da Constituição e a supremacia dos direitos fundamentais, fortalecendo, portanto, os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Como exemplo desse novo paradigma neoconstitucional, ou seja, dessa força que o Judiciário, sobretudo o Supremo, assumiu nos últimos anos em importantes decisões pra sociedade, temos os julgamentos do STF sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias e sobre a interrupção da gravidez de feto anencefálico^[57].

Em tais julgamentos, independente do mérito de tais questões, presenciamos uma relevante participação de diversos setores da sociedade, como jamais vimos na história de nosso país. Através de pareceres técnicos e, principalmente, das audiências públicas, o Supremo abriu a casa para o povo (especialmente para os grupos organizados e diretamente interessados em tais questões) interagir com o processo, ouvir e ser ouvido. Assim, o Judiciário legitima cada vez mais suas decisões. Nesse sentido Rafael Amaral afirma que:

A participação da sociedade aberta no processo hermenêutico constitucional confere à jurisdição constitucional uma maior legitimidade. As decisões serão mais legítimas à medida que se aumente a participação dos interessados no procedimento que, porém, deve se dar de forma racional e organizada^[58].

É dessa forma, na prática, que se materializa a sociedade de interpretes teorizada por Peter Häberle. É nesse contexto, neoconstitucional, que estão lançadas as bases para a concretização da Constituição.

Assim, os novos paradigmas da Ciência Jurídica referendados pelo Pós-positivismo são importantes para a prática da Assessoria Jurídica Popular, na medida em que também fundamentam uma das atuações da AJP na luta pela efetivação do direito positivado favorável às demandas populares, a exemplo das normas de direitos fundamentais. Tal

atuação provoca o Poder Judiciário, que muitas vezes não reconhece a aplicabilidade imediata dessas normas, a se posicionar em favor desses direitos supremos.

Além disso, ressalte-se que a Assessoria Jurídica Popular labuta, principalmente, pela defesa e promoção dos direitos fundamentais, contribuindo, dessa forma para uma valoração jurídica voltada para os mais importantes interesses sociais.

O movimento de Assessoria Jurídica Popular se constrói na luta cotidiana pela efetivação dos direitos fundamentais das classes oprimidas, utilizando como principal arma dessa luta a Constituição Federal de 1988, sobretudo os princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais. Os objetivos da AJP se identificam com os da República Federativa do Brasil presentes no art. 3º da CF/88, entre os quais está o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Um dos principais fundamentos da AJP é a dignidade da pessoa humana, também destacada no art. 1º da CF/88 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Logo, com a Constituição Federal de 1988 e o fenômeno da Constitucionalização, característica própria do Pós-positivismo, a AJP encontra um campo propício para o seu desenvolvimento e para as suas conquistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Assessoria Jurídica Popular surge perante a falsa neutralidade do Direito proclamada pelo Positivismo, que, na maioria das vezes, tem assumido um caráter conservador, constituindo-se um instrumento de manutenção do *status quo* da classe dominante, situação denunciada pelas teorias jurídicas críticas.

Assim como a Teoria Crítica do Direito e o movimento do Direito Alternativo, a Assessoria Jurídica Popular questiona os dogmas jurídicos, pois, também para esse movimento, o Direito não é neutro, puro ou objetivo. Ao contrário, o Direito pode desenvolver um papel transformador, já que se trata de um espaço de disputa de interesses. Se o Direito, por vezes, é opressor, em sua fisionomia natural, também pode ser libertador, desde que seja operado com este objetivo, conforme o defendido pelo movimento do Direito Alternativo e também pela Assessoria Jurídica Popular.

A essência da Assessoria Jurídica Popular está na abordagem emancipatória em que baseia suas ações e no fundamento do Direito entendido como instrumento de transformação social, bem como no compromisso do assessor jurídico popular com a luta das classes populares em defesa e promoção dos direitos humanos e fundamentais, por uma sociedade mais justa, mais igual e mais humana.

O amplo rol de direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito proclamados pela Constituição Federal de 1988, legitimam a busca dos objetivos propostos pela Assessoria Jurídica Popular. Contudo, muito ainda há que ser feito para que a proposta constitucional se concretize. Nesse sentido a Assessoria Jurídica Popular assume um papel fundamental na formação da *comunidade de intérpretes*, na provocação ao Judiciário com as “novas” demandas sociais, enfim, na luta em defesa e garantia dos valores constitucionais.

Portanto, a partir das teses pós-positivistas, vivemos um período favorável à consolidação da Assessoria Jurídica Popular, que por sua vez assume um importante papel na maturação dessa atual fase da Ciência Jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional alcance doutrinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular. *Discutindo a assessoria popular*. Rio de Janeiro: FASE, 1991. (Seminários, n. 15)

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: *DIREITO ALTERNATIVO - SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO*. Rio de Janeiro, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil*. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2005. Dissertação de mestrado.

LYRA, Doreodó Araújo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB, 1980.

_____. *O que é direito*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982.

MAIA, Christianny Diógenes. *Assessoria Jurídica Popular: teoria e prática emancipatória*. Universidade Federal do Ceará - UFC, 2007. Dissertação de mestrado.

NOLETO, Almeida Mauro, *A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

PRESSBURGER, Miguel. [Apresentação]. *Um trabalhador que fala: o direito, a lei e a justiça*. Rio de Janeiro: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1988. (Socializando conhecimentos, n. 5).

_____. A construção do estado de direito e as assessorias jurídicas populares. *Discutindo a assessoria popular*. Rio de Janeiro: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991. (Seminários, n. 15).

SANT'ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1)

SCHERER-WARREN, Ilse. *Rede de movimentos sociais*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001b.

[1] A palavra emancipação ou emancipatória aparecerá diversas vezes neste artigo caracterizando a abordagem utilizada pela AJP ao trabalhar o Direito, utilizando a Educação Popular como método pedagógico para uma Educação Jurídica em Direitos Humanos junto aos movimentos assessorados. Neste sentido, significa que a AJP atua envolvendo as pessoas assessoradas como os verdadeiros protagonistas da luta por

direitos, e não como clientes ou assistidos, propiciando um empoderamento desses sujeitos.

[2] Historicamente, o Direito reflete um caráter conservador, mantenedor do *status quo*. Na realidade, porém, o Direito se relaciona de forma dialógica com a sociedade, ou seja, ao mesmo tempo em que é produto de um contexto sócio-cultural, também influi na situação social, exercendo, assim, um duplo papel dentro da sociedade: ativo e passivo. Assume, dessa maneira, uma função reformadora, podendo agir como um instrumento de mudanças sociais.

[3] LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil*. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2005. Dissertação de mestrado, p. 134.

[4] WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001b, p. 235-236.

[5] NOLETO, Almeida Mauro, *A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 140.

[6] WOLKMER, op. cit. 2001b, p. 336.

[7] WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001a, p. 1

[8] Quanto à análise marxista da sociedade, referimos-nos ao método dialético marxista, a história da luta de classes, bem como seus estudos sobre a sociedade capitalista, que é opressora, e a idéia que Marx tem do Direito como um instrumento de manutenção do *status quo* da classe burguesa.

[9] SANT'ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1, p. 27)

[10] LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982, p. 86.

[11] PRESSBURGER, Miguel. A construção do estado de direito e as assessorias jurídicas populares. *Discutindo a assessoria popular*. Rio de Janeiro: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991. (Seminários, n. 15), p. 36.

[12] LUZ, op.cit. 2005, p. 22.

[13] ROJAS HURTADO, 1989 apud WOLKMER, op. cit. 2001a, p. 69.

[14] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: AJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular. *Discutindo a assessoria popular*. Rio de Janeiro: FASE, 1991. (Seminários, n. 15)

[15] LUZ, op. cit. 2005, p. 22.

[16] Ibidem, p. 25.

[17] Os fundamentos, referenciais teóricos, características e pressupostos da AJP, encontram-se desenvolvidos em: MAIA, Christianny Diógenes. *Assessoria Jurídica Popular: teoria e prática emancipatória*. Universidade Federal do Ceará - UFC, 2007. Dissertação de mestrado.

[18] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 325-326

[19] NOLETO, op.cit. 1998, p. 72.

[20] LUZ, op. cit. 2005, p. 128.

[21] WOLKMER, op. cit. 2001a, p. 9.

[22] BARROSO, op. cit. 2003a, p. 279

[23] Ibidem, p. 281.

[24] Ibidem, p. 280.

[25] Ibidem, p. 282.

[26] WOLMER, op. cit. 2001a, p. 79

[27] Ibidem, p. 17

[28] NOLETO, op. cit. 1998, p. 68

[29] LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB, 1980, p. 42.

[30] LYRA, Doreodó Araújo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 295-299.

[31] Ibidem, p. 299.

[32] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: *DIREITO ALTERNATIVO - SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO*. Rio de Janeiro, 1993, p. 46.

[33] ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18.

[34] CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 10-11.

[35] *Ibidem*, p. 11-15.

[36] WOLKMER, op. cit. 2001a, p. 137.

[37] *Ibidem*, p. 139.

[38] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. 291.

[39] BONAVIDES, op. cit. 2003, p.289.

[40] BARROSO, op. cit. 2003a, p. 326.

[41] BONAVIDES, op. cit. 2003, p. 259-263

[42] *Ibidem*, p. 264-265.

[43] Sobre a diferença entre regras e princípios ver na doutrina estrangeira: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002 e na doutrina brasileira: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

[44] BARROSO, op. cit. 2003a, p. 328

[45] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 207.

[46] BONAVIDES, op. cit. 2003, p. 583-584

[47] BARROSO, op. cit. 2003a, p.339-340

[48] CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 45.

[49] BARROSO, op. cit. 2007, p. 218

[50] BARROSO, op. cit. 2003a, p. 332

[51] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

[52] *Ibidem*, p. 15.

[53] BONAVIDES, op. cit. 2003, p. 517

[54] BARROSO, op. cit. 2003a, p. 328

[55] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54-55

[56] BARROSO, op. cit. 2007, p. 242-243.

[57] Estas ações podem ser acompanhadas no site do STF (www.stf.gov.br) através dos seguintes números, respectivamente: ADI 3.510 e ADPF 54.

[58] AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional alcance doutrinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 126-127.

DIREITO E COERÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO.

RIGHT AND COERCION: AND ANALYSIS FROM THE THEORY OF LAW.

Bruno Meneses Lorenzetto

RESUMO

Resumo: O artigo busca refletir sobre a questão da coerção e sua centralidade na fundamentação dos sistemas jurídicos. Procede-se uma análise histórica dos plurais discursos de fundamentação e legitimação do uso da coerção, como meio do direito ou como seu objeto. De modo sintético versa-se sobre as seguintes perspectivas: a fundamentação do uso da violência pelo Estado soberano de Hobbes; a noção jusnaturalista de Grócio, Thomasius e Kant; as perspectivas de Austin e Ihering, com as respectivas noções de comando e finalidade; a guinada de perspectiva promovida pelo juspositivismo em relação às demais teorias, bem como as críticas que a interpretação kelseniana da relação entre direito e coerção sofreu por meio de Hart e Bobbio, além de seu desenvolvimento posterior formulado por Alchourrón e Bulygin.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO; COERÇÃO; JUSPOSITIVISMO; JUSNATURALISMO.

ABSTRACT

Abstract: The article aims to reflect on the question of coercion and its centrality in the grounds of legal systems. Making a historical analysis of the plural discourses of justification and legitimization of the use of coercion as a means of law or as its object. Briefly talks about of the following perspectives: the foundations of the use of violence by the sovereign of Hobbes; the jusnaturalist notion of Grócio, Thomasius and Kant; the prospects of Ihering and Austin, as notions of command and purpose; the shift of perspective promoted by juspositivism in relation to the other theories as well as the criticism that Kelsen's interpretation of the relationship between law and coercion experienced by Hart and Bobbio, and its further development made by Alchourrón and Bulygin.

KEYWORDS: KEY-WORDS: LAW; COERCION; JUSPOSITIVISM; JUSNATURALISM.

1 – Introdução.

A vinculação imperativa que se realiza, muitas vezes, de modo puramente mimético entre direito e coação ou direito e força foi construída sob diferentes perspectivas e mediante a compreensão de díspares conceitos tanto de direito como de coação. Uma leitura superficial e equivocada, que pode ser encontrada em um senso comum jurídico, acaba por afirmar a necessidade da vinculação entre o direito e a força sem perscrutar as raízes que levaram à construção de tal amálgama.

Face ao silêncio do senso comum teórico dos juristas neste campo, realiza-se uma leitura histórica crítica que possibilite a emergência das diferentes nuances e intelecções decorrentes de cada contexto histórico em sua singularidade, entre os plurais discursos que definem a relação entre direito e coerção; a qual se insere nos fundamentos de qualquer busca de conceitualização do direito, mesmo nos casos em que o conceito negue a formação de um vínculo a partir da referida articulação.

A priori, pode-se afirmar que o positivismo jurídico se caracteriza, segundo Bobbio, pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito.

Uma definição coercitiva do direito faz remissão a uma organização social que possua a força de modo eminente e exclusivo, ou seja, o Estado. Assim, uma definição que almeje considerar a coerção como vinculativa ao direito deve manter no horizonte a figura do Estado. “A definição coercitiva se funda, portanto, numa concepção estatal do direito.”. Tal concepção está relacionada ao modelo moderno de Estado, teorizado por Thomas Hobbes, a qual passa-se a analisar.

2 – Direito e coerção na sombra do Leviatã.

Para Hobbes todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido, derivam do Estado. Este, por sua vez, é constituído quando uma multidão concorda e pactua que uma pessoa (o soberano) ou uma assembléia possui o direito de representação de todos os homens e o *pacto representativo* tem por finalidade possibilitar um convívio pacífico e a proteção dos outros dos homens, pois a *condição humana* hobbesiana é da “Guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria Razão...”, motivo pelo qual leva à justificação da necessidade da figura do soberano.

Nesse sentido, Hobbes entende que o maior poder que os seres humanos podem ter é o *poder integrado* de vários homens reunidos com o consentimento de uma pessoa Natural ou Civil, aquilo que o filósofo chama de “Poder do Estado”. Por isso, não bastam pactos para a constituição do poder, para a elevação de alguém à condição de *soberania* ou *soberano*, pois os pactos não possuem força de obrigar, dominar, constranger ou proteger ninguém.

Nesse ponto Hobbes acrescenta uma categoria que interessa ao questionamento das origens da coerção, ou seja, que a *força pública* e não apenas um *pacto* – palavras ao vento, segundo o filósofo – possui a verdadeira e legítima força para a coerção, domínio, proteção, etc., pois advém da liberdade de ação do soberano ou da assembléia,

cujas ações possuem o respaldo de *todos*, e por tal motivo é a manifestação de da *força de todos* que se encontram unidos – no corpo do Leviatã – ou representados.

Ao soberano compete também o direito da *judicatura*, julgar os conflitos que possam surgir com respeito às leis, civis ou naturais, ou que dizem respeito a fatos. Tal papel do soberano-juiz é fundamentado também em prol da *proteção* dos súditos das injúrias de um outro. Por tal motivo Hobbes afirma:

“E isto sem considerar que a condição do homem nunca pode deixar de ter um ou outro incômodo, e que o maior que é possível cair sobre o povo em geral, em qualquer forma de Governo, é irrelevante se comparada com as misérias e terríveis calamidades que acompanham a Guerra Civil, ou aquela condição dissoluta de homens sem senhor, sem sujeição às Leis e a um Poder coercitivo capaz de atar suas mãos, impedindo a rapina e a vingança.”

Contudo, Hobbes entende os comandos do soberano como formulações que não dispõe, necessariamente, mandados ou proibições, mas como regras que indicam aos cidadãos aquilo que podem, devem ou não devem fazer.

Além da teoria dos comandos Hobbes também pode ser considerado um juspositivista, pois, nega que princípios gerais de justiça, moral ou racionalidade por si só são critérios de validade do direito. Nega, assim, de modo explícito, o fato de as leis necessitarem de qualquer critério moral como bondade ou justiça para pertencerem ao direito.

Hobbes ainda guarda uma peculiaridade em sua teoria, pois entende que a sanção ou a ameaça da aplicação de uma pena não são características essenciais do direito. De acordo com Goldsmith: “... Hobbes não sustenta que a existência de uma sanção constitui parte do significado de um ‘direito’”. Mas deve-se lembrar que ao Hobbes defender que a força não é constitutiva de um direito, isto não abre margem para se pensar que o filósofo dispensava a *força da lei* ou a necessidade de uso da força pelo soberano. Pois o uso da força é fundamental para as engrenagens do sistema jurídico hobbesiano e, um sistema legal sem coerção seria carente de uma das principais características de uma *commonwealth*, ou seja, o poder de impor obrigações.

3 – O Jusnaturalismo e suas sementes.

Ainda que não se possa estabelecer de modo categórico a origem da definição coercitiva do direito, o jurista Christian Thomasius, pertencente ao jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, é tido como um dos marcos principais da concepção moderna da relação entre direito e coação.

De acordo com Thomasius o termo *direito* deveria limitar-se ao *jus perfectum*, por constituir-se apenas por normas que são feitas valer de forma coativa, o *jus*

relacionar-se-ia com as normas fora do âmbito jurídico, com a normatividade ética.

Os romanos já haviam estabelecido, a seu modo, a distinção entre as *leges perfectae* das *leges imperfectae*, de modo que as *leges imperfectae* eram assim chamadas por não incluírem uma sanção em sua descrição normativa. A idéia de perfeição relacionava-se, assim, com a existência manifesta de uma sanção de maneira tal que o preceito legal colocasse à disposição os meios para sua atuação sobre casos de indecisão.

Hugo Grócio, seguidor desta perspectiva romanística também se manifesta em sua obra “Sobre os direitos de guerra e paz”, quanto à divisão existente em entre um *jus perfectum* e um *jus imperfectum*, a partir da qual afirma a existência de duas justiças distintas, uma justiça atribuidora e outra executora.

Um ato de caridade seria o exemplo de uma justiça atribuidora, um *jus imperfectum*, pois na caridade há obrigação apenas de uma das partes em dar determinado bem a outrem, de modo que aquele que recebe não se obriga em qualquer contraprestação, não há a possibilidade de poder exigir com a força seu cumprimento. Um exemplo de justiça de justiça executora, segundo Grócio, estaria no contrato, um *jus perfectum*. A bilateralidade contratual impõe a um sujeito certo dever, ao mesmo tempo em que atribui a outro a faculdade e o poder de obter o bem negociado mediante a força.

Bobbio explica a diferença estabelecida por Grócio:

“O uso da força por parte do sujeito em favor do qual é estabelecido um dever, no caso *jus imperfectum*, é ilícito, constitui, um ato de violência; no caso do *jus perfectum*, o uso da força é, ao contrário, lícito porque tem uma função reparadora e representa não um ato de violência, mas de coerção.”

Uma centelha da futura formulação de Thomasius podia ser observada no pensamento de Grócio no que tange ao *jus perfectum* ou *imperfectum*, mas, em outro sentido era o pensamento deste quanto à vinculação entre direito e força, pois, defendia que direito, *Jus*, significaria apenas aquilo que é certo, ou seja, *justo*. Afirmava que os direitos, mesmo quando não apoiados pela força, não estariam desprovidos de efeitos no mundo, pois a “consciência dos homens honestos” aprovaria a justiça e condenaria a injustiça.

Quanto à relação entre súditos e o Estado, Grócio faz ainda outra distinção entre os tipos de direito, o “Vulgar”, que se destinaria ao uso privado, e o “Eminente”, direito da comunidade sobre as pessoas a coisas que tem por finalidade o bem comum. Por essa fundamentação Grócio afirma: “Todo o mundo está mais obrigado para com o Estado em relação aos usos públicos do que para com seu credor particular...”.

Nesse sentido, sobre a questão do *jus perfectum/imperfectum*, o Estado poderia exigir, segundo Grócio, o pagamento de impostos com base em um *jus perfectum* e o

uso da força para tal propósito seria lícito, enquanto que uma manifestação de *jus imperfectum* do Estado levaria a uma violência ilícita.

Thomasius, em outro sentido, foi o primeiro a eliminar da esfera do direito o direito *imperfecto* e a definir como *verdadeiro* apenas o direito *perfeito*. Relacionou, portanto, de modo inovador o direito e a coação ao afastar a presença da moral. Fundou a distinção moderna entre o direito e a moral ao refletir, precisamente, sobre a questão da presença ou ausência da coação.

A inovação trazida por Thomasius quanto à relação entre direito e força foi realizar não apenas a separação em direito e moral – o direito coativo e a ética – mas apresentar ainda uma bipartição no plano moral entre *honestum* e *decorum*.

Enquanto o *justum* se circunscrevia à esfera do direito, o *honestum* referia-se às regras de comportamento do indivíduo para consigo mesmo enquanto o *decorum* tratava dos deveres relacionados aos outros sujeitos. Bobbio explica que, segundo Thomasius: “O que distingue o direito das outras duas categorias de normas é que só o direito pode se valer mediante a força, a qual, pelo contrário, não é compatível com as ações referentes ao *honestum* e o *decorum*...”.

O fundamento da limitação das normas jurídicas àquelas com caráter coercitivo deve-se à perspectiva liberal de Thomasius, pois ao deixar de fora do judiciário os atos relativos à vida particular do sujeito tinha por finalidade abrir campo para a liberdade de pensamento e religiosa.

Após a formulação da distinção entre direito e moral por Thomasius, além do entrelaçar entre as categorias do direito e coerção, Immanuel Kant dá continuidade ao pensamento jusnaturalista e define o direito como o meio *necessário* para se garantir aos indivíduos a coexistência entre suas respectivas liberdades externas.

Essa idéia é expressa da seguinte maneira: o ato ilícito praticado por uma pessoa representa um *abuso*, que é contrário à *liberdade*, com a invasão da esfera da liberdade de outrem; com a finalidade de restituição ao outro de sua *esfera de liberdade violada*, a solução seria a *coação*, de modo a fazer com que aquele que pratica o ilícito desista de sua ação; a coação constitui-se a *não-liberdade* que repele as invasões da liberdade alheia. Bobbio explica esta idéia de Kant:

“É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém *transgrida os limites* que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera de liberdade do outro, torno-me uma *não-liberdade* para o outro. Exatamente porque “o outro é livre como eu, ainda que com uma liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade”. Pelo fato que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta apresenta-se como *um ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro*, e portanto, – uma vez que duas negações afirmam –, como um ato restaurador de liberdade. A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é negação da negação e, então, afirmação. Portanto,

ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade.

Enquanto moral e coação são incompatíveis dentro da percepção kantiana, direito e coação são, ao contrário, co-complementares, no sentido de que não haveria qualquer objeção no conceito de coerção ou o uso da força para a execução de uma obrigação jurídica ou de um dever jurídico.

De tal modo a coação torna-se compatível com a compreensão kantiana do direito como fundamento das liberdades exteriores. Observa-se assim a tensão do dilema entre a liberdade, como um atributo da dignidade das pessoas (autonomia), e a disciplina, *voltada* para a liberdade – o que leva a uma autoridade coercitiva e uma política tutelatória –, na teoria e prática do desenvolvimento político.

Por isso George A. Kelly afirma que, para Kant:

“O conceito de um direito, derivado da lei da liberdade, é a capacidade de obrigar os outros a uma dever. Escolhas morais são exclusivamente auto-coercitivas, uma vez que atos legais (assumindo a retidão deles) podem carregar uma noção de compulsão estranha à estrutura moral da máxima.”

A idéia de direito kantiana é de um *direito puro*, que não se misture com quaisquer prescrições da *virtude*. O direito puro baseia-se no princípio da possibilidade de uma *coerção externa*, do mesmo modo pelo qual pode coexistir com a liberdade de cada indivíduo de acordo com leis universais. A conformidade a uma lei universal das ações em geral é a seguinte: “... devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torna uma lei universal*.”

Kant define o direito natural como *direito não estatutário*, logo, simplesmente o direito que pode ser conhecido *a priori* pela razão de todos e de cada um; ou seja, os direitos naturais baseiam-se em princípios *a priori* opostos ao direito positivo ou estatutário que é emanado da vontade de um legislador.

No tocante ao direito das gentes, Kant propõe que este se fundamente na vontade geral, em um contrato que não se funde em leis coativas, mas o contrato de uma associação livre como o caso de uma Federação de Estados.

Surge, assim, um conflito sobre a política e a moral (enquanto teoria do direito) no qual se tem um contrato que une os Estados com a finalidade de manterem a paz – esta perspectiva se coloca dentro do projeto do filósofo para uma *Paz perpétua* de Kant e pode ser lida como um dos marcos iniciais do Federalismo.

Segundo Kant, os homens, nem em suas relações privadas nem em suas relações públicas, podem escapar ao *conceito do direito* e não ousam fundar a política

abertamente só nas manobras da sagacidade e, por conseguinte recusar obediência ao conceito de um direito público.

O direito privado, por outro lado, preocupado principalmente com a validação da propriedade, estrutura direitos, mas não relações jurídicas, apenas descreve um *estado de natureza*. Por isso, apenas o direito público, um produto da sociedade civil, pode atualizar os direitos *a priori* inerentes à natureza, os quais foram deduzidos de modo analítico do direito de liberdade. Nos termos de Kant:

“Sendo assim, então, quando se diz que um Credor tem o direito de exigir do Devedor o pagamento do seu débito, isto não significa apenas que ele pode convencê-lo em sua mente de que a Razão o obriga a fazê-lo; mas significa que pode aplicar uma coerção externa para obrigar qualquer um a pagar, e que essa coerção é bastante compatível com a liberdade de todos, inclusive das partes em questão, de acordo com uma Lei Universal.”.

Outra importante distinção realizada por Kant trata da diferença entre direito e moral. O critério de distinção entre direito e moral seria precisamente o fato de o primeiro ser coercitivo enquanto o segundo não é.

Enquanto o ato jurídico consiste na conformação do sujeito à norma, o ato moral consiste na adesão à norma por respeito à própria norma, motivo que impediria o uso da força pois não teria a adesão interna necessária para a moralidade do ato. Nesse sentido Bobbio explica que para Kant: “... a coação se concilia com a norma jurídica porque esta é heterônoma, mas não com a norma moral, porque esta é autônoma.”.

Dessa forma, no lugar de um conjunto de normas atemporais extraídas da natureza do homem, restou ao jusnaturalismo apenas a pessoa, o indivíduo que de modo autônomo cria a moral e o direito, que não conhece nenhuma limitação à sua liberdade que não provenha dele mesmo, do que ele pactuou ou da estrutura de sua razão, condicionada apenas pelo princípio da não contradição.

Kant não apenas concebeu o mundo humano como constituído pela liberdade, ou seja, pela dimensão do homem que não está submetido ao acontecer causal, mas entendeu que tudo aquilo que se refere à liberdade constitui exclusivamente a matéria da moral e, portanto, a moral só pode ter como objeto seu e de seu campo de atuação ações possíveis, regulando a liberdade humana.

Por isso, o ser humano é caracterizado como uma *essência livre*, e tal liberdade foi contemplada como o componente essencial e último da humanidade, de tal modo que, dizer *racional* seria para Kant o mesmo que dizer *livre*.

O filósofo Wilhelm Traugott Krug em seus aforismos sobre a filosofia do direito, na esteira do pensamento kantiano expõe que:

“O conceito de direito não deve ser considerado como prático simplesmente em um sentido amplo, mas também em um sentido estrito, e por isso é um conceito moral. ‘Prático’, em sentido estrito, se chama àquilo que se refere aos fins de uma essência racional, na medida em que tais fins sejam realizados através da liberdade, ou segundo as leis da liberdade. Pois tudo aquilo que se refere à liberdade é chamado de moral e, assim, por exemplo, ‘filosofia prática’ é o mesmo que filosofia moral.”

Ainda se fazem necessários dois apontamentos sobre a perspectiva kantiana: a primeira é que Kant entende que apenas a lei possui a capacidade de trazer consigo o conceito de uma *necessidade incondicionada*, objetiva e conseqüentemente, de validade geral – no tocante à formulação dos imperativos categóricos; a segunda se refere ao fato de Kant defender a idéia de que quando qualquer dever é transgredido, descobre-se que tal conduta não possui as condições de se tornar uma *máxima universal*. Esta impossibilidade se apresenta, pois, o cumprimento deveria continuar como o atendimento natural do preceito legal. Não obstante, Kant reconhece a possibilidade de se realizar exceções ao cumprimento do dever (moral) sempre que tal situação beneficie a pessoa que viola a regra.

4 – Comando, finalidade e algumas críticas.

John Austin em suas “Aulas sobre direito” expõe quatro tipos de modalidades de leis: as leis divinas, as leis positivas, a moralidade positiva e as leis metafóricas ou figurativas. Segundo o filósofo do direito, as leis divinas e as leis positivas seriam leis propriamente ditas e, a matéria que o direito se ocupa são as leis positivas, a lei, simples e estritamente considerada.

Para Austin as *leis propriamente ditas* são uma espécie de *comando* e este pode ser a expressão ou intimação de um *desejo*, mas o comando se diferencia dos outros significados de desejo pelo poder e pelo propósito da parte que comanda, pois esta ameaça um mal ou um sofrimento caso o desejo seja desconsiderado, ou seja, há uma coerção implícita para a efetivação do comando. Por isso entende que, no caso de uma pessoa expressar um comando mas não desejar ou possuir o poder de causar um dano em decorrência do não atendimento à ordem, a manifestação do desejo desta pessoa não constituiria um verdadeiro comando, ainda que declarado em tom imperativo. John Austin afirma que: “Estando sujeito a que você me faça mal se não obedecer ao desejo que você expressa, sou *obrigado* ou *forçado* por seu comando, ou tenho o *dever* de obedecê-lo.”.

Nesse sentido, o mal que se incorre no caso do não atendimento a um comando é nomeado de *sanção* ou *imposição de obediência*. Em continuidade, o filósofo do direito sustenta, de modo aritmético, que quanto maior for o mal, maior é a possibilidade de que o comando seja obedecido e de que o dever não seja rompido. Assim, em qualquer lugar onde haja a mínima possibilidade de incorrer o menor mal, a expressão de um *desejo* equivaleria a um comando e, portanto, seria um vetor de imposição de um dever.

Quanto ao estabelecimento de leis por superiores políticos, Austin afirma que a *superioridade* remete-se a *poder*, ou seja, a possibilidade de afetar os cidadãos com um mal ou um sofrimento e de forçá-los por meio do medo da aplicação do mal a moldar a conduta deles de acordo com a ordem estatal. Tal categorização possui relevância se for considerada a distinção entre *lei* e *comando*.

Austin responde a Blackstone e afirma que as leis e comandos não podem ser distinguidos como se a lei possuísse uma obrigação geral para a comunidade, enquanto o comando seria uma ordem específica para uma pessoa. A posição de John Austin é de que, embora o comando não seja igual a uma regra, este possui o poder de obrigar de maneira geral os membros de toda a comunidade mas, contudo, obriga a atos que designa de modo específico.

O filósofo do direito ilustra tal questão do seguinte modo: “Se o soberano mandasse que a roupa de seus súditos fosse *preta*, seu comando equivaleria a uma lei. Mas, se ele mandasse que os súditos a usassem numa ocasião específica, seu comando seria apenas particular.”.

Há ainda que se frisar que Austin já trata, em sentido inverso, de tipos de leis sem comando. Assim, atos de parte de legislaturas para *explicar* a lei positiva, leis para revogar leis e desobrigar deveres existentes, bem como, leis imperfeitas ou de obrigação imperfeita constam em seu rol de matérias impropriamente chamadas lei, mas que fazem parte do direito. As leis consuetudinárias também seriam enquadradas como leis positivas, mas estas não seriam leis nem regras em seu sentido próprio.

Outra importante perspectiva relacionada à questão da vinculação entre direito e coerção é a de Rudolf von Ihering, que afirma como categoria fundamental para interpretar o mundo das ações humanas a *finalidade*, enquanto a *causa* seria a categoria fundamental para interpretar o mundo da natureza.

Existiriam, segundo Ihering, quatro categorias fundamentais de ações humanas: o *ganho*, a *coação*, o *sentimento de dever* e o *amor*. As duas primeiras categorias se alocariam respectivamente na esfera econômica e jurídica enquanto as duas últimas tratariam das esferas das atividades éticas.

A coação e o senso de dever teriam em comum a perspectiva da obediência a uma determinada regra mas, o fator diferencial, se inscreve justamente na finalidade, pois, enquanto a coação leva ao temor da sanção contida na regra o senso de dever levaria ao *amor* à própria regra.

A coação define, portanto, o mundo do direito e tem sua existência garantida pelo Estado. Direito, coação e Estado seriam, neste sentido, três elementos ligados de maneira indissolúvel na doutrina de Ihering. Nos termos deste: “A coerção faz o Estado e o direito...”.

Nesse sentido, a força imporá um limite para si, motivo que fundaria o reconhecimento de uma norma à qual tencionaria a subordinar-se, esta norma *aprovada por si* seria o direito. Assim, a força produziria, para Austin, o direito a partir de si mesma e, como consequência o direito desenvolve-se como a *política da força*. A

coação, de acordo com a referida compreensão, se exerceria por meio da *Gewalt*, “... termo que em alemão indica o *poder* que se manifesta na força...”.

Pois, desde a visão de Ihering, o “Direito sem força é um nome vazio...”. Seria algo *sem realidade*, pelo fato de a força ser aquilo que *constitui* o direito. Ao realizar normas jurídicas, a força conferiria ao direito o caráter que ele deveria possuir. Esta questão relaciona-se com a visão de Ihering sobre a da humanidade, a qual teria se acostumado a reconhecer superiores e, apenas com este *aprendizado* (ou subordinação, poder-se-ia dizer), que a lei teria aberto espaço e passado a substituir o uso indiscriminado da força.

Em termos conceituais e históricos, para Ihering, a sociedade teria feito a transição de uma forma não regulada da força individual para uma regulamentação ordenada pelo Estado. A sociedade pode ser por isso, designada como o “... mecanismo de *auto-regulação da força de acordo com a medida do direito*...”.

No Estado o direito encontra o domínio da força, mas apenas pode atingi-la dentro da ordem estatal. O Estado seria a representação da sociedade na condição de portadora da força coercitiva regulada e disciplinada, enquanto que a lei seria, para Ihering a soma de dos princípios que coordenam o funcionamento da força social.

Nesse sentido, explana Bobbio que: “O Estado é definido por Ihering como a organização definitiva do uso do poder para as finalidades humanas, isto é, como a organização social detentora do poder coativo (*Zwangsgewalt*) regulado e disciplinado. Tal disciplina da *Zwangsgewalt* é precisamente o direito...”.

Ihering entende que o Estado é o único portador da força coercitiva social, ou seja, o direito à coerção constitui-se em um monopólio absoluto do Estado. Também cabe ao ente estatal a produção legislativa de modo exclusivo, posto que as normas que não podem ser *impostas* – só cabe ao Estado a imposição legal – por aquele que as formula não são *regras legais*.

Sobre o direito é significativa a afirmação de que este: “... é a soma das *regras compulsórias* em vigor num Estado e, em minha opinião, com isso atingiu a verdade...”. A coerção é, portanto, um requisito essencial do direito ao passo que, toda norma constitui um imperativo e um imperativo só faz sentido se parte de alguém que possa limitar a vontade de outrem.

Aponta Ihering que o direito, enquanto soma das normas coercitivas válidas de um Estado, tem seu sentido pleno quando trata da força obrigatória *bilateral* da norma, da auto-subordinação de parte da autoridade do Estado à legislação confeccionada por ela. Assim, expõe que: “No momento em que a força pede ao direito para anunciar suas ordens, ela abre sua própria casa para o direito, e ali começa de imediato uma reação do direito sobre a força...”

Pode-se perceber, portanto, como há uma busca explícita tanto de Austin como de Ihering para o afastamento do jusnaturalismo. Por parte de Austin ao diferenciar as leis divinas e positivas, e dizer que o papel do direito é de se ocupar com as últimas, enquanto Ihering faz um interessante manifesto crítico do jusnaturalismo ao dizer que o direito precisa adaptar os regulamentos às condições do povo e que um direito universal

para todas nações e épocas “... está na mesma linha que um remédio universal para todas as pessoas doentes...”.

Depois da consistente definição de Ihering a coação se tornou, de modo consensual, uma opinião comum da filosofia do direito. Poucas oposições foram antepostas a esta compreensão. Das poucas críticas e resistências que foram manifestadas, relata-se aquelas formuladas por Jellinek e August Thon, as quais são ser resumidas em três objeções.

A primeira seria ligado ao fato de a coação não se apresentar no costume, que representaria a potencial adesão espontânea da sociedade a uma norma jurídica. Contudo, tal oposição não é consistente, pois não lida com o ordenamento jurídico em sua totalidade, além de ser omissa quanto a apresentação de outra perspectiva além da coação amalgamada ao direito.

A segunda trata do direito público e constitucional, pois muitas normas que regulam atribuições e atividades de órgãos supremos do Estado não se garantem pela coação. Neste caso, infere-se uma confusão da crítica entre as relações de poder e o uso da força.

A terceira objeção trata do âmbito do direito internacional, o qual parece que não possui efetivamente meios para impor de modo coercitivo suas normas. Não obstante, a resposta à objeção deriva-se do esquecimento na elaboração desta crítica da genealogia do Direito Internacional em conjunto com uma tentativa de regulamentação da guerra, a qual, por sua vez, seria a resposta coercitiva implícita (ao lado de embargos e outras intervenções) emanada na esfera internacional.

5 – Juspositivismo e guinada de perspectiva.

Uma inicial diferença entre uma perspectiva *clássica* e *moderna* da doutrina da coerção pode ser observada no fato de que, para a teoria clássica, a coerção seria o *meio* através do qual se faz valer as normas jurídicas ou, o direito em si, seria o conjunto de normas que dependem da coação para sua validade; enquanto que a teoria *moderna* percebe a coerção como *objeto* das próprias normas jurídicas ou, o direito seria um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.

Kelsen, expressão maior da construção da perspectiva moderna-juspositivista, não considerava mais a sanção como o meio pelo qual se realizaria a norma jurídica, mas como elemento fundante da estrutura da norma. Em oposição à teoria tradicional da coerção formulou a objeção ao *regresso ao infinito*, ou seja, a idéia segundo a qual deveria haver uma postulação infinita de normas coativas ou a admissão de que as *últimas normas* que compõe a estrutura do ordenamento não são externalizadas de modo coativo. A resposta kelseniana se coloca no sentido de esclarecer a objeção:

“É correta a asserção de que, a fim de assegurar a eficácia de uma regra de enésimo grau, é necessária uma regra de grau $n + 1$ e que, portanto, é impossível assegurar a

eficácia de todas as regras jurídicas através de regras que prevêm uma sanção, mesmo que a eficácia dessa regra não seja assegurada por outra regra. Uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção. O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o de assegurar a eficácia das regras, mas sim o do conteúdo das regras. O fato de ser impossível assegurar a eficácia de todas as regras de uma ordem jurídica através de regras prevendo sanções não exclui a possibilidade de se considerar apenas as regras prevendo sanções como regras jurídicas.”

Pelo exposto, Kelsen entende que todas as normas de uma ordem jurídica são normas coercitivas como as normas que prevêm sanções, mas, entre tais normas existiriam algumas que não teriam a eficácia garantida por normas coercitivas.

Seguindo pela esteira de Kelsen, denota-se que a característica comum aos diversos tipos de Direito é o fato de serem *ordens coativas*, ou seja, ordenamentos que reagem contra as situações consideradas indesejáveis por meio de uma resposta coativa. Opõe-se um mal, como a privação da liberdade ou de bens econômicos, ao destinatário mesmo contra sua *vontade*.

O ato coativo, na perspectiva kelseniana, funciona como uma sanção e é, normalmente, recebido pelo destinatário como um mal. Nesse sentido, o direito exige uma determinada conduta humana, pois a conduta oposta fica vinculada à aplicação de uma coação. Ainda, deve-se notar que as sanções devem estar estatuídas, normatizadas em um determinado ordenamento, pois: “... são – diferentemente das sanções transcendentais – sanções socialmente imanentes e – diversamente daquelas, que consistem em simples aprovação ou desaprovação – socialmente organizadas.”. Por isso, o direito enquanto *ordem coativa* distingue-se dos demais ordenamentos sociais – como a moral.

Contudo, ao afirmar o direito como ordem coativa, Kelsen entende que isto não significa que está na essência do direito o uso da força para que as normas sejam cumpridas. O uso da força pelo direito se efetiva quando a conduta prescrita não é cumprida. Destarte, a função essencial do direito não seria a normatização de sanções que busquem a conformação do comportamento dos indivíduos conforme a norma. Esta seria uma função *possível*, mas não *necessária* ao direito.

A *coação psíquica* – o motivo de cumprimento das regras – se manifesta nas mais variadas ordens sociais com algum nível de eficácia. Inobstante, tal característica não é capaz de promover uma cisão entre um dispositivo jurídico e outro moral. Nos termos de Kelsen: “O Direito é uma ordem coativa (...) no sentido de que estatui atos da coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.”.

Assim, fica aberta a questão sobre quais motivações levam às pessoas a cumprir regras – inclusive as jurídicas. Haveria uma pluralidade inesgotável de motivações que se esboçam nos planos mais variados – jurídico, moral, político – que levam às pessoas a cumprir as leis. Limitar tal questão à *coação psíquica* exercida pelo ordenamento é com certeza de uma pobreza cognitiva singular. Kelsen restringe-se, portanto, a

observar se uma ordem jurídica é eficaz através da adequação das condutas sociais às normas estabelecidas no ordenamento, ainda que as origens de tal adequação sejam inesgotáveis.

Para Kelsen, o elemento comum que justificaria o uso do termo direito nas mais variadas culturas e nos mais distintos tempos históricos seria a *técnica social* específica de uma *ordem coercitiva*, qual seja: "... a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.”.

Uma aparente antinomia é apresentada por Kelsen: a força seria empregada para evitar o uso da força. Nesse sentido, o anarquismo ao rejeitar a técnica da uma ordem coercitiva, refutaria o direito em si como meio de organização do uso da força.

Contudo, a antinomia se resolve pelo direito em sua relação com a força. Assim, direito e força são atrelados pelo fato daquele ser uma forma de organização desta. Tal relação estaria condicionada pelos limites ao uso da força estabelecidos pelo direito nas relações inter-subjetivas.

Haveria, para Kelsen, autorização para o uso da força por pessoas certas em circunstâncias prescritas. Por isso, o indivíduo autorizado pela ordem jurídica pode, ao contrário do resto da comunidade, aplicar a medida coercitiva. O direito, com este movimento, faz do uso da força um “monopólio da comunidade” e tem por finalidade a pacificação social. O monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica se expressaria da seguinte maneira: a coação exercida por uma pessoa a outra ou é um delito ou uma sanção.

Ainda que tal monopólio da coerção pelo direito se apresente em certo grau como um aspecto totalizante da sociedade, Kelsen entende que há um mínimo de liberdade resguardado aos indivíduos, um campo isento da vinculação jurídica, uma esfera da vida humana não perpassada por comando ou proibições. Haveria, assim, mesmo sob a vigência da uma ordem jurídica totalitária uma liberdade inalienável, como uma consequência da limitação técnica que atinge a ordenação da conduta humana.

Outra importante diferenciação foi estabelecida por Hans Kelsen. Ela trata do sentido *subjetivo* e *objetivo* de um comando através do exemplo do *bando de salteadores*. Destarte, um grupo de bandidos que profere uma ordem para que uma pessoa lhes entregue o seu dinheiro e uma ordem do Estado, como um tributo, não possuiriam uma forte distinção subjetiva. A diferença se apresentaria quando se observasse a descrição do sentido objetivo de um comando, pois, atribuir-se-ia o comando ao órgão judiciário, capaz de elaborar um sentido objetivo de uma norma que seria vinculante para o destinatário, (atribuição que não poderia pertencer a um grupo de bandidos). Em resumo, o comando dos salteadores seria falho no aspecto objetivo por não ser uma norma válida de forma objetiva. Tal questão pode ser também pensado quanto ao que caracterizaria a aplicação de uma sanção (pelo Estado de modo legitimado) e a prática de um delito.

Outra característica suscitada pela doutrina kelseniana refere-se à norma fundamental, a qual representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica e refere-se apenas a uma Constituição, que é a base de uma ordem de coerção eficaz.”.

Também de grande contribuição para o debate acerca da relação entre direito e coerção é a doutrina de Hart, a qual inicia uma abordagem um pouco diferenciada da kelseniana nesta discussão – ainda que guarde profundas influências da perspectiva juspositivista de Kelsen em outras temáticas.

Para Hart nem todas as regras dão origem a obrigações ou deveres, eis que as regras que impõe obrigações ou deveres exigem sacrifícios de interesses privados. Defende, portanto, uma libertação da análise do direito como se este fosse essencialmente uma ordem baseada em ameaças, de tal modo que não existiriam motivos para limitar, restringir a idéia normativa de obrigações apenas às regras fundadas em sanções organizadas.

A postura de Hart não recai em um retorno ao jusnaturalismo, pelo contrário, identifica um problema na perspectiva de Kelsen e dá continuidade ao pensamento deste. É sob esta óptica a afirmação de Hart de que:

“O céptico pode apontar que há num sistema interno, como nós próprios acentuámos, certas disposições que são justificadamente designadas como necessárias; entre estas, acham-se as regras primárias de obrigação que proíbem a livre utilização da violência e as regras que dispõem sobre o uso oficial da força como sanção para aquelas e outras regras.”

A resposta de Hart a este questionamento é a de que nas sociedades de indivíduos aproximadamente iguais na força física e na vulnerabilidade, há uma relação simultânea entre necessidade e possibilidade das sanções. Esta perspectiva possui fulcro no fato de proteger as pessoas que se submetem voluntariamente às restrições legais de possíveis malfeitores.

Para Hart, haveria nas relações inter-subjetivas uma grande possibilidade de ataque aos indivíduos como da fuga do malfeitor e, tais atos não seriam limitados através da simples dissuasão. Por isso, as sanções deveriam ser usadas no direito interno contra tais malfeitores para reforçar a dissuasão natural através da possibilidade de sanção.

Tal questão seria diferente de um debate que se colocasse no âmbito internacional pois o uso da violência entre os Estados é público. Por isso, enquanto que haveria uma necessidade consistente de uma *repressão organizada* para a ordem interna, para a relação internacional tal regra não se aplica, pois como afirma Hart: “... têm decorrido longos anos de paz entre guerras desastrosas.”.

Pelos referidos motivos, Hart entende que não se deve fazer uma dedução simples a partir de uma perspectiva do direito interno projetada no plano internacional no sentido de negar a existência de um direito internacional pela ausência de coerção. Haveria um

enquadramento diferente do direito internacional que, apesar não impor obrigações não deixaria de ser *vinculativo* e continuaria a merecer o título de direito.

Em suas reflexões sobre o direito interno, Hart responde à teoria formulada por Austin ao afirmar que existem inúmeras formas pelas quais as pessoas se dirigem umas às outras através do uso do imperativo e que tal conduta não necessariamente leva a um *comando*. Assim, quando se emite um comando, não sucede necessariamente que haja uma ameaça latente de um possível mal, no caso de não atendimento ao comando. Para Hart: “Comandar é caracteristicamente exercer autoridade sobre homens, não o poder de lhes infligir um mal (...) um comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade.”.

Hart dá continuidade à sua perspectiva ao reconhecer que há uma conexão muito forte da idéia de comando e sua autoridade com a idéia de direito e que, por isso, há uma dificuldade em qualquer busca simplista de definição do direito.

Em suma, Hart defende que para a existência de um sistema jurídico devem existir pessoas ou corpos de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que via de regra são atendidas, em conjunto com a idéia de que as ameaças potencialmente serão executadas se as ordens forem infringidas. Requer-se ainda que esta pessoa ou corpo possuam soberania interna e independência externa.

Em sintonia com as observações de Hart, uma guinada mais considerável para a idéia de vinculação de direito e coerção de Kelsen foi formulada por Norberto Bobbio. O jurista italiano expõe de maneira preliminar que o caráter das normas jurídicas está no fato de serem normas com *eficácia reforçada*, questão que as distinguiria das normas morais e sociais. Neste sentido, as normas jurídicas por excelência seriam as estatais, distintas de todas as outras normas reguladoras da vida social. Mas, em seqüência manifesta que o argumento mais recorrente contra a sanção como um dos elementos constitutivos do ordenamento é aquele que trata das normas não garantidas por sanção.

Bobbio afirma que tal anteposição é auto-evidente, pois, tanto a doutrina como os legisladores conhecem e lidam com a existência de normas não sancionadas. Por isso, a presença de normas sem sanção em qualquer ordenamento é um fato de pouca controvérsia e, não seria a saída para qualquer doutrina negar o caráter de jurídicas para as normas sem sanção.

Por isso, a questão recai sobre a perspectiva da *validade* e não da sanção, para se determinar se dada norma pertence ou não a um ordenamento jurídico. Destarte, há a *referibilidade* da norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção possui, para Bobbio, relação com a *eficácia* e não com a *legitimidade* das normas, questão que possibilita a existência de normas válidas sem eficácia.

A aplicação da sanção pressupõe um aparato coercitivo, enquanto o referido aparato demanda um poder, uma força imperativa que atue uma autoridade, entre aquele que estabelece a norma e seu destinatário. Por isso, quando se reflete sobre as normas superiores a relação destas com a sanção passa a atenuar, pois a carga de autoridade é diminuída como, por exemplo, das normas constitucionais. O que ocorre, porém não é nenhuma antinomia, mas uma inversão das relações entre direito e força, pois, nos

planos mais baixos, a força se coloca a serviço do direito enquanto que nos planos mais elevados, o direito fica a serviço da força. Nos termos de Bobbio:

“... olhando um ordenamento jurídico de baixo para cima (e é este o ponto de vista mais genuinamente jurídico, isto é, próprio do jurista), vemos um poder coercitivo voltado a fazer com que um conjunto de regras seja obedecido; olhando de cima para baixo (e é este o ponto de vista mais propriamente político), vemos um conjunto de regras destinadas a fazer com que um poder possa exercitar-se.”.

A relevância se coloca não mais sobre o fato de que a generalidade das normas possua sanção, mas sua maior parte, ou seja, que o ordenamento possa recorrer à técnica da sanção institucionalizada, mesmo que ela esteja ausente em certas circunstâncias. Pois a juridicidade das normas não é averiguada através de seu conteúdo, mas através de seu pertencimento ao ordenamento, fato que pode ser determinado ao se remontar da norma inferior à superior até a norma fundamental.

Em resposta a outra objeção dos não-sancionistas quanto ao fato de que todos os ordenamentos em si, não apenas as regras, podem se estabelecer sem a institucionalização da sanção, como no plano do ordenamento internacional, Bobbio alude à história da formação do direito internacional, o qual nasceu ao mesmo tempo em que se buscava o estabelecimento de uma regulamentação para a guerra.

Estava implícito, portanto, que a sanção da comunidade internacional poderia ser manifestada de diversas formas, inclusive por meio da guerra. Por isso, ante a afirmação de ausência da sanção no âmbito internacional, não prospera qualquer manifestação que busque tirar a função jurídica do ordenamento internacional que possui, ainda que de modo diverso da aplicação interna, sanções reguladas. Sobre a questão disserta Bobbio: “Se considerarmos, por exemplo, a represália como exercício de uma sanção, não há dúvida de que se trata de resposta à violação dada pelo mesmo Estado que sofreu as consequências de um ato ilícito de um outro Estado, ou seja, de um ato de autotutela.”.

6 – Considerações finais.

Consideradas as plurais perspectivas históricas e a análise do desenrolar da articulação entre direito e coerção, faz-se alusão a uma última perspectiva a qual considera-se como a formulação que até então melhor contemplaria a vinculação da tensão entre direito e coerção.

Situada dentro ainda da perspectiva juspositivista passa-se a tratar, por fim, da visão dos autores argentinos Alchourrón e Bulygin e, em seguida, de Santiago Nino sobre a relação entre direito e coerção.

Alchourrón e Bulygin buscaram precisar o conceito do que consistiria um *sistema normativo* criaram um conceito desde a noção de Tarski de *sistema dedutivo de*

, o qual compreende que um sistema dedutivo seria um conjunto qualquer de enunciados com suas conseqüências lógicas. Na esteira de Tarski, Alchourrón e Bulygin definem os sistemas normativos como aqueles sistemas dedutivos de enunciados entre cujas as conseqüências lógicas há, pelo menos, uma norma, ou seja, um enunciado que correlacione um caso determinado com uma solução normativa, seja esta a permissão, a proibição ou a obrigatoriedade de determinada ação.

Desde o referido entendimento, um sistema normativo não exige que em seu corpo se encontrem apenas normas, seria suficiente que no conjunto de enunciados apareça ao menos uma norma, para que esta possa qualificar como normativo o sistema.

Santiago Nino, por sua vez, retoma a distinção de Kelsen ante outros sistemas de normas (que as normas jurídicas se distinguiam pela sanção), e a ataca por entender que a referida noção obscurece uma grande variedade de regras que constituem um sistema jurídico moderno, bem como, o fato de parecer um auto-engano a busca por uma distinção de uma norma jurídica através de certa *estrutura* ou *conteúdo* característicos e não pelo seu pertencimento a um sistema jurídico.

A reflexão de Nino, em consonância com a de Bobbio defende que o procedimento correto seria definir como *norma jurídica* derivando-a do conceito de sistema jurídico e não seu contrário, delimitar o significado de *sistema jurídico* por meio de uma noção restrita de norma jurídica. Por isso afirma Nino em consonância com Alchourrón e Bulygin que:

“Se poderia dizer que, assim como para que um sistema de enunciados seja um sistema normativo é necessário que inclua ao menos uma norma, sem que seja necessário que todos seus enunciados sejam normas, do mesmo modo um sistema normativo não é um sistema jurídico se não inclui normas que prescrevem atos coativos, ainda que nem todas suas normas tenham que estipular atos coativos.”.

Pelo exposto, constata-se, em sintonia com Nino, que a coerção não perdeu sua importância para a fundamentação dos sistemas jurídicos, aquilo que mudou sensivelmente foi sua posição e sua *leitura*, a qual deixou de ser o fundamento da distinção do direito para se tornar *objeto* das normas dentro do sistema jurídico. Manteve-se, a coação como uma propriedade relevante para a significação mais singular de direito. Não se perdeu do horizonte, portanto, que uma caracterização plausível para um conceito de direito deve refletir o fato de que suas normas regulam, de forma direta ou indireta o exercício dos atos de coação, fundamento primeiro que é motivo de reflexões desde Hobbes até filósofos contemporâneos (pertencentes ou não ao direito) e que está na raiz de um dos debates que ainda não perde seu vigor: a relação em diversos níveis que pode existir na articulação entre direito e coerção.

BIBLIOGRAFIA:

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción A La Metodología De Las Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

ALEXY, Robert. "The Nature of Arguments about the Nature of Law". In: MEYER, L. H.; PAULSON, S. L.; POGGE, T. W. (orgs.). *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural: un ensayo*. 1ª ed. México D.F.: UNAM, 1999.

BOBBIO. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 3ª ed. rev., 2005.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

GOLDSMITH, M. M. "Hobbes on law." In: SORELL, Tom. *The Cambridge Companion to Hobbes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

GROCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid, Reus, 1925.

GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, s/d.

_____. "Fundamentação da metafísica dos costumes." In: *Textos selecionados*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELLY, George Armstrong. "The structure and spirit of legality in Kant." In: *The Journal of Politics*, Vol. 31, N. 2, 1969, pp. 513-527.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA; Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORRIS, Clarence. (org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

RIBEIRO, Renato Janine. *A marca do Leviatã*. São Paulo: Ática, 1978.

_____. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1953

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 147.

BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 147.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000. p. 128.

HOBBS, Thomas. *Op. Cit.* p. 99.

HOBBS, Thomas. *Op. Cit.* p. 70.

Vale ressaltar que Hobbes não se importa com as minorias derrotadas no momento de escolha do soberano ou da assembléia, pois todos são considerados representados: "... todos sem exceção, tanto os que *Votaram a favor dele* como os que *Votaram contra ele, deverão Autorizar* todos os Atos e Decisões desse homem ou Assembléia de homens, como se fossem seus próprios Atos e Decisões...". Cf. HOBBS, Thomas. *Op. Cit.* pp. 128-129.

HOBBS, Thomas. *Op. Cit.* p. 135.

(Tradução livre). GOLDSMITH, M. M. "Hobbes on law." In: SORELL, Tom. *The Cambridge Companion to Hobbes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 275.

BOBBIO. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 76.

GRÓCIO, Hugo. “Sobre os direitos de guerra e paz”. In: MORRIS, Clarence. (org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 148.

GRÓCIO, Hugo. *Op. Cit.* p. 78.

Não deixam de ser interessantes os fundamentos jusnaturalistas de Grócio para o Direito como: “Porque a Mãe do Direito, isto é, do Direito Natural, é a Natureza Humana; porque isso nos levaria a desejar a sociedade mútua, mesmo que isso não fosse exigido para o suprimento de outras necessidades; e a Mãe do Direito Civil é a Obrigação por pacto mútuo; e como o pacto mútuo deriva sua força do Direito Natural, pode-se dizer que a Natureza é a Avó do Direito Civil...” GRÓCIO, Hugo. “Sobre os direitos de guerra e paz”... *Op. cit.* p. 77.

GRÓCIO, Hugo. *Op. cit.* p. 80.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 150.

Nos termos de Kant: “Ora, tudo aquilo que é injusto é um impedimento à liberdade, enquanto esta é submetida a leis universais, e a própria resistência é um obstáculo que se faz à liberdade. Por conseguinte, quando um certo uso da própria liberdade é um impedimento à liberdade, segundo leis universais (quer dizer, é injusto), então a resistência oposta a tal uso, na medida em que serve para impedir um obstáculo feito à liberdade segundo leis universais, o que é justo. Daí que ao direito se une, de acordo com o princípio da contradição, a faculdade de obrigar quem o ofende.” KANT, Immanuel “Escritos políticos”. In: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 150.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant...* p. 78.

KELLY, George Armstrong. “The structure and spirit of legality in Kant.” In: *The Journal of Politics*, Vol. 31, N. 2, 1969, p. 513.

(Tradução livre). KELLY, George Armstrong. “The structure and spirit of legality in Kant.”... p. 515.

KANT, Immanuel. “Fundamentação da metafísica dos costumes.” In: *Textos selecionados*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 115.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, s/d.

KELLY, George Armstrong. *Op. Cit.* p. 521.

KANT, Immanuel. “Introdução à doutrina do direito: definições gerais e divisões”. In: MORRIS, Clarence. (org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 241.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...*p. 152.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural: un ensayo*. 1ª ed. México D.F.: UNAM, 1999. p. 298.

“Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade, seja por que razão for, se não tivermos também razão suficiente para a atribuirmos a todos os seres racionais. Pois como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos *seres racionais*, tem ela que valer também para todos os seres racionais; e como não pode derivar-se senão da propriedade da vontade de todos os seres racionais, e não basta verificá-la por certas supostas experiências da natureza humana (se bem que isto seja absolutamente impossível e só possa ser demonstrado *a priori*), mas sim temos que demonstrá-la como pertencente à atividade de seres racionais em geral e dotados de uma vontade.” KANT, Immanuel. “Fundamentação da metafísica dos costumes.”... p. 150.

(Tradução livre). KRUG, Wilhelm Traugott. “Aphorismen zur Philophie des Rechts”. In: BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural...* p. 301.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural...* p. 126.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Op. Cit.* p. 132.

AUSTIN, John. “Aulas sobre direito”. In: MORRIS, Clarence. (org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 336.

AUSTIN, John. “Aulas sobre direito”... p. 337.

AUSTIN, John. *Op. Cit.* p. 339.

AUSTIN, John. *Op. Cit.* p. 339.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 153.

IHERING, Rudolf von. “A finalidade no direito”. In: MORRIS, Clarence. (org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 336.

BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 154.

IHERING, Rudolf von. *Op. Cit.* p. 409.

“Se concebermos o povo nesse estágio como estando equipado com o sentimento que hoje nutrimos pelo direito e pela humanidade, será de fato um mistério para nós compreender como puderam permitir a seus governantes feitos tão cruéis como os que a história relata em inesgotável abundância.”. IHERING, Rudolf von. “A finalidade no direito”... p. 409.

IHERING, Rudolf von. *Op. Cit.* p. 411.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 154.

IHERING, Rudolf von. *Op. Cit.* p. 412.

IHERING, Rudolf von. “A finalidade no direito”... p. 414.

IHERING, Rudolf von. *Op. Cit.* p. 417.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 154.

A resposta ou o desenvolvimento das objeções será formulada no tópico seguinte.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 155.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1990. p. 34.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 35.

KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 36.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 38.

Kelsen expõe um exemplo interessante: “Um homem muitas vezes cumpre o dever legal de saldar suas dívidas, não porque deseje evitar as sanções estabelecidas pela lei contra o indivíduo que não o faz, mas porque sabe que, se pagar suas dívidas escrupulosamente, seu crédito aumentará; ao passo que, se não saldar suas dívidas, perderá seu crédito. A vantagem do crédito não é estabelecida pela ordem jurídica como uma recompensa pelo cumprimento de deveres. Na verdade, é um benefício relacionado com a conduta humana lícita, e, freqüentemente, o desejo de obter tal benefício funciona como motivação para a conduta lícita.”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado...* p. 30.

KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 26.

KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 28.

Importante salientar que para Kelsen: “A paz do Direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força, isto é, a coação física exercida por um indivíduo contra outro. Não constitui uma ordem isenta de coação, tal como exige um anarquismo utópico. O Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é – conforme o seu grau de evolução – uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz.”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 41.

KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 48.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 49.

KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 52.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 234.

HART, H. L. A. *Op. Cit.* p. 235.

HART, H. L. A. *Op. Cit.* p. 236.

HART, H. L. A. *Op. Cit.* p. 25.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito...* p. 31.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* Bauru: EDIPRO, 3ª ed. rev., 2005. p. 161.

BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 166.

BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 167.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica...* p. 169.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999. p. 69.

Note-se que apesar de mudar algumas perspectivas de Kelsen, Bobbio não rompe com o positivismo.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica...* p. 173.

CF. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción A La Metodología De Las Ciências Jurídicas Y Sociales.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho.* 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. p. 103.

(Tradução livre). NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho...* p. 103.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A (IN)DEVIDA ABERTURA DO DIREITO

THE LEGAL REASONS AND THE (IM)PROPER OPENING OF THE LAW

Fausto Santos de Morais

RESUMO

A presente pesquisa pretende estabelecer o caminho percorrido pela argumentação no direito. Para tanto, o direito marcado pelo positivismo metódico reconhece apenas um espaço argumentativo reduzido. Todavia, o início do Século XX reservou à recuperação da retórica ou argumentação como uma maneira de abrir o sistema formalmente fechado, na concepção positivista, permitindo que a decisão judicial se sensibilizasse por questões políticas e morais através da contemplação de princípios pelo sistema jurídico. Em que pese a evolução proporcionada pelos princípios, atualmente, percebe-se uma hipertrofia dos argumentos com base em razões extrajurídicas, enfraquecendo a referência oferecida pelo direito às condutas sociais, acabando por exigir um esforço da hermenêutica jurídica no enfrentamento deste desafio.

PALAVRAS-CHAVES: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. POSITIVISMO JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

ABSTRACT

This search intends to establish the accomplished path by the legal reasoning. Furthermore, law marked by the methodical positivism recognizes a unique reduced argumentative space. Yet, the beginning of the Twentieth Century to the rhetorical recuperation or arguments as a way of opening the system closed formally, in the positive conception, allowing that adjudication got sensibilised by moral and political issues through the contemplating of principles by legal system. Despite the proportioned evolution by the principles, at present, it is realizable hypertrophy of the arguments based on Extra Legal, weakening the reference offered by Law to the social behavior, resulting in demanding an hermeneutics legal effort at facing this challenge.

KEYWORDS: LEGAL REASONING. LEGAL POSITIVISM. LEGAL INTERPRETATION.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal apresentar a forma como a argumentação jurídica foi concebida entre as mais variadas teorias do direito que marcaram época, para ao final, introduzir algumas críticas quanto ao problema da argumentação em tempos neoconstitucionalistas. Deve-se, ainda, apontar que o trabalho ficou limitado a introduzir alguns questionamentos, tendo consciência de que a teoria da argumentação tratada não encerra todas as correntes sobre a matéria, bem como, que as restrições impostas ao uso da argumentação não buscam a completude, havendo um vasto universo a ser explorado, e, portanto, delegado a um futuro trabalho de maior fôlego.

Assim, o presente trabalho está dividido em três partes, adotando o seguinte esquema: a primeira parte do trabalho (secção 2) abordará os argumentos utilizados na concepção do positivismo clássico. Procurando dar um desenvolvimento gradual, apresenta-se na segunda parte (secção 3) a abertura do sistema jurídico pela recuperação da retórica e argumentação clássica. Na terceira parte (secção 4) mostra-se, brevemente, como os princípios jurídicos surgiram como espaços argumentativos, principalmente, na concepção de Alexy, como pontes entre o sistema jurídico e a moral.

2 Argumentos do positivismo jurídico

O positivismo jurídico tem sido nos últimos tempos um alvo fácil de ataque para aqueles que acreditam na deficiência da (ir)racionalidade instrumental que ele proporcionar através de um ato de vontade legislativa. Vê-se aproximadamente nos últimos duzentos anos a sustentação do direito sobre o signo de leis, cada vez mais especializadas em tratar dos mínimos detalhes das relações humanas.

Falar em positivismo jurídico obriga necessariamente a (re)visitação da escola da Exegese do Direito. Essa corrente de pensamento pode ser identificada logo após a Revolução Francesa, tendo como emblema esquemas de codificação do direito para restringir, porventura, qualquer possibilidade de interpretação jurídica. Essa postura se mostra influenciada pela maneira como o corpo de juízes do Antigo Regime Francês utilizou poderes interpretativos para assegurar aqueles direitos que entendiam mais convenientes com os seus interesses. [1]

A desconfiança na interpretação do direito fazia com que a atividade do juiz fosse resignada ao estabelecimento dos fatos normativamente relevantes, condição que forneceria o material necessário para a operação do silogismo judicial. A premissa maior do silogismo fornecida pelo legislador permitiria o encaixe dos fatos jurídicos, e a conclusão legal seria a síntese de uma operação dedutiva. O juiz teria o único compromisso de verificar se a sua decisão estaria de acordo com o Direito, andando sobre o âmbito significativo proporcionado pelo sistema jurídico.

Em movimento similar de restrição a atividade interpretativa do direito é possível identificar a construção de uma teoria que um sistema de conceitos, fazendo com que uma atitude interpretativa fosse anulada mediante esquemas deducionistas, ligando, através dessa técnica, conceitos de caráter geral e abstrato localizadas ao vértice do

sistema às significações presentes na base. Pensando assim, Puchta advoga pela genealogia dos conceitos.^[2] Seria possível, assim, fazer com que o direito fosse objeto de uma conceituação matriz, geral e abstrata, da qual os demais conceitos para a resolução dos problemas jurídicos pudessem ser legitimamente deduzidos. A identificação do direito dar-se-ia, portanto, somente daquelas significações subordinadas ao conceito fundamental abstrato.^[3]

A adoção de um método formalístico como o dedutivo, utilizado, por exemplo, pela jurisprudência dos conceitos, teria aberto caminho para a identificação do positivismo jurídico com a sua idealização mais formal, conhecida como o positivismo metodológico de Hans Kelsen. O autor firmava que o direito deveria ser conhecido como uma ciência da mesma magnitude das ciências naturais. Para tanto, idealizou um esquema de interpretação normativo do direito. Quer dizer, o direito deveria preocupar-se tão somente com as normas.

Aqueles fatos relevantes seriam qualificados normativamente e a partir de então seriam objeto de deduções numa cadeia lógica normativa. A primeira distinção necessária que deveria ser feita era estabelecer um esquema que diferenciasse o direito das demais ciências, tornando-o puro. Para tanto, Kelsen utilizou-se da imperatividade para transformar os fatos relevantes em fatos jurídicos. Haveria, assim, uma tradução do “mundo da vida” para o direito mediante um esquema de designação lógico-conceitual.^[4]

A norma como um produto da vontade do legislador daria as diretrizes para o encaixe do direito ao caso concreto. Quer dizer, mediante esquemas dedutivos seria possível estabelecer uma relação causal interna no sistema jurídico que remetia a validade da produção normativa a uma norma hierarquicamente superior até aquela fundamental do ordenamento positivo. O sistema jurídico seria por excelência uma cadeia normativa, que através de um esquema de verificação deducionista permitiria aferir o seu código de validade.

Esse conjunto normativo traria consigo problemas como a identificação das suas fontes, coerência entre elas e se todos os casos apreciados pelo direito encontrariam respostas no sistema jurídico. Assim, Bobbio apresenta um estudo concluindo pelos três dogmas necessários de um ordenamento jurídico: a unidade das fontes – cuja produção normativa estaria regulada pela norma fundamental positiva;^[5] coerência – onde se estabeleceria esquemas de solução de antinomias normativas;^[6] e completude – estabelecendo a possibilidade subsidiária, e somente em casos excepcionais, de recurso ao poder criativo do juiz.^[7]

A doutrina do positivismo jurídico se apóia sobre a tentativa de conduzir os argumentos jurídicos a um sistema fechado de significações, do qual seria possível extrair a norma jurídica aplicável as demandas judiciais. A contribuição dessa forma de ser do direito seria a potência de valores como a certeza e segurança jurídica. Sempre que o intérprete necessitasse resolver uma questão seria possível consultar o sistema que lhe forneceria a resposta prevista, deixando num segundo plano a análise interpretativa do direito.

O dogma sustentado pelo positivismo jurídico seria o destaque da atuação do legislador para a construção do sistema fechado. Seria ele quem deveria primar para que o sistema fosse dotado de normas mais claras possíveis, confiando na sua capacidade de

racionalização. O legislador, portanto, era considerado um ser onipotente,[8] salvando a sociedade de interpretações através das estipulações de regras claras e unívocas, que dariam operacionalidade do sistema.[9]

Sobre esse quadro de culto a lei ao intérprete ficava delegada a função de verificar a retidão da aplicação da norma jurídica, servindo-se, como sua garantia a jurisdição no caso de desconformidade com ela. No processo jurisdicional a competência do juiz seria a simples verificação da ordem. Quer dizer, deveria analisar se o sistema estaria sendo efetivamente respeitado.

Pode-se cogitar que a grande máxima produzida no senso comum teórico do positivismo jurídico é a isenção de qualquer atividade de interpretação no direito, deixando de reconhecer a existência de qualquer margem de inovação para o intérprete. A concepção de um direito seco, sem necessidades interpretativas, deu azo, paradoxalmente, ao método de interpretação literal. Ora, se direito não pode ser interpretado, porque pensar num método de interpretação? Quer dizer, o jurista estaria obrigado com a literalidade do texto, não podendo interpretar o direito equiparando o ato interpretativo a uma criação arbitrária do direito. Existe, portanto, a concepção de que o direito é o produto da lei, sendo esta, a norma jurídica na sua excelência.

Todavia, o pensamento baseado no positivismo jurídico é acusado por falhar, pois a idéia de autonomia legislativa não pode ser seriamente sustentada quando o processo de aplicação do direito demanda a atuação de uma pessoa que faça os “ajustes” necessários para o encaixe da norma geral e abstrata ao caso concreto. Mesmo havendo a intenção de tornar isomorfa a relação entre texto e norma, o direito dependeria da intervenção intelectual do intérprete.[10]

Em outras palavras, interpretar seria preciso. Mas quando se fala numa teoria da interpretação é possível notar o deserto deixado pelo positivismo jurídico. Tanto que ao se reconhecer o limite do sistema jurídico – mediante a existência de ambigüidades, contrariedades ou lacunas, por exemplo, a forma de se revolver o problema tem como práxis a outorga de poderes interpretativos para o juiz.[11]

Ao calar no momento da interpretação do direito o positivismo jurídico deixa uma brecha capaz de ruir toda a sua empresa, pois no momento da interpretação, etapa onde o direito mais necessitaria da sua afirmação diante, por exemplo, da moral e da política, permite-se que o juiz venha a preencher o sistema através do seu ato de vontade, esquecendo os ideais de certeza e previsibilidade cotidianamente buscados pelo positivismo.

Nesta primeira fase, portanto, a construção argumentativa do positivismo jurídico procura transmitir a sociedade uma idéia de segurança jurídica, considerando a certeza e a previsibilidade como suas bandeiras maiores, acreditando que a lei na sua condição rígida, literal, serviria para alcançar os fins almejados. O espaço argumentativo estaria, assim, destinado a comprovar o encaixe dos fatos a premissa normativa, onde o processo deducionista seria o encarregado em dizer o direito.

3 A recuperação do espaço argumentativo no direito

Viu-se que a crença na construção de um sistema normativo fechado não se sustentou quando questionado sobre o seu limite – existência de ambigüidades ou lacunas nas suas previsões. Aliado a isso, surgiu com força no segundo pós guerra vozes que combatem a total exclusão do direito de esferas éticas-morais, minando a filiação do direito a um modelo de regras neutras, sem apego a conteúdos.

É sobre esse contexto que o sistema jurídico deixa de ser visto como legítimo em razão da obra neutral do legislador, procurando assumir um compromisso diante da sociedade. Esse compromisso demandaria que a aplicação do direito se preocupasse não só com a sua racionalidade – que proporcionaria certeza, como na sua condição razoável.

A aproximação da aplicação do direito a esfera do razoável ou do aceitável, pode ser explorado sobre duas perspectivas: a primeira, leva em conta a recuperação da tópica e da retórica/argumentação *no* direito; a segunda, pode ser identificada com o pós-positivismo, colocando o direito diante de posturas pragmáticas de seu reconhecimento. Imediatamente interesse a primeira.

Ao início da década de cinquenta setores do direito passam a questionar o tipo de racionalidade proporcionado pelo positivismo jurídico toda fundada numa idéia deducionista de sua aplicação.[12] Essa corrente questiona principalmente a incapacidade do legislador de prever *a priori*, por preposições normativas, a determinação de todas as condutas possíveis. Apresenta-se como questionamento relevante o fato de que ao se pensar num sistema fechado de normas estar-se-ia diante de uma eterna remissão as normas previamente postas pelo legislador, deixando a margem do pensamento o anacronismo do posicionamento legal em contraposição com o movimento dinâmico das relações sociais.

O direito deveria assim não se preocupar somente com as suas condições sistemáticas, mas efetivamente empenhar-se com a resolução de problemas práticos. Para tanto, a tópica seria a maneira de salvar o direito da sua condição de simples ciência lógica-sistemática. Parte-se então, de um sistema fechado como uma base de dados que fornecesse *topois* para que a argumentação das partes se desenvolvesse, procurando, através do dialogismo proporcionado, encontrar uma solução ao mesmo tempo válida – eis que fundada no sistema jurídico, e reconhecida pelas partes.

Além disso, a argumentação jurídica passe a ser um produto do poder retórico das partes. Não seria possível manter um alinhamento das razões aos critérios estritamente jurídicos, mas utilizando a argumentação de forma performativa, procurando persuadir o juiz do que o direito que deveria ser aplicado era o privilégio de uma parte ou de outra. A época houve juristas que se empenharam em inventariar os argumentos que poderiam ser utilizados para conduzir a interpretação do direito, desenvolvendo um catálogo de possibilidades. [13]

Concomitantemente, é possível traçar paralelamente a revitalização da argumentação jurídica a implosão do positivismo jurídico clássico ou metodológico,[14] através do surgimento de tensão proporcionada pelo questionamento sobre as virtudes e demérito proporcionados pelas regras jurídicas. Um positivista que assumiu papel paradigmático foi Herbert Hart. Indagando sobre o conceito de direito Hart traz a tona questionamentos

envolvendo as relações entre direito e moral, e mais, as conseqüências que a composição lingüística do direito proporciona à sua aplicação.

No que diz respeito à esfera moral do direito Hart apresentou a ordem jurídica constituída por dois padrões de regras. Existiriam regras que determinariam as condutas das pessoas, do tipo permitido/proibido, denominadas como normas primárias; e outras normas que serviriam para reconhecer a validade das normas primárias, conhecidas como normas secundárias ou de reconhecimento, proporcionando critérios que certificariam a validade do direito (*rules of recognition*), a sua forma de modificação (*rules of change*) e adjudicação – validade na aplicação das normas (*rule of adjudication*).^[15] As normas de reconhecimento gozariam de um conteúdo moral, considerado como fonte social do direito, fazendo, de certa forma, uma aproximação entre o direito e a moral, fazendo com que o intérprete, na sua aceitação da regra, posicione-se no ponto de vista interno do sistema.^[16]

Hart entende que o direito como um conjunto de regras primárias por vários aspectos, mas principalmente pela sua constituição lingüística,^[17] não estaria livre de ambigüidades, vaguezas e incertezas. Assim, o sistema jurídico demandaria sempre um processo interpretativo, colocando em prova a validade da norma através da regra de reconhecimento. Nesse processo de aplicação do direito seria possível identificar dois tipos de situações: a) numa situação onde as regras jurídicas seriam claras o bastante para que não houvesse qualquer dúvida sobre a sua aplicação, consistindo numa idéia de casos fáceis (*easy cases*); b) de outro lado, haveria casos onde não seria possível o reconhecimento da regra aplicável, condição que colocaria o resultado numa zona de penumbra ou num âmbito de textura aberta da linguagem. Estes casos passaram a ser reconhecidos como casos difíceis (*hard cases*).^[18] Quando o intérprete/jurista se deparasse com os casos difíceis ele estaria jogado numa zona de penumbra, não sendo possível estabelecer apenas uma interpretação – a correta, para a norma, variando, assim, de acordo com a contingência proporcionada pelas circunstâncias próprias do caso concreto. Assim, quando o intérprete, e Hart se refere mais especificamente ao juiz, se depara com esse tipo de casos a solução dada por ele seria de acordo com as suas próprias crenças e valores,^[19] exercendo um juízo discricionário no sentido forte.^[20]

A teoria do direito contemporânea, tanto aquela denominada como pós-positivista^[21] ou neoconstitucionalista^[22], vem adotando, com pequenas modificações, o entendimento esposado por Hart. Isso implicaria no reconhecimento de uma discricionarieidade no sentido forte para o jurista – principalmente o juiz, quando ele viesse a se deparar com os chamados casos difíceis.

A assunção da postura discricionária na interpretação do direito tem como principal conseqüência o desenvolvimento das chamadas teorias da argumentação jurídica ou do discurso, procurando estabelecer critérios argumentativos ao exercício do juízo discricionário do juiz. Quer dizer, sobre a chamada textura aberta do direito ou zona de penumbra, tese inicial de Hart, é possível constatar a proliferação das teorias argumentativas no direito, tentando, de uma maneira ou de outra, estabelecer critérios para o exercício do poder discricionário. Ressalva-se: todas as teorias da argumentação/do discurso retomaram a sua força doutrinária apostando numa idéia de poder discricionário. Isso implicaria na conclusão de que o argumento jurídico no século XX e XXI estaria legado ao problema proporcionado pelos casos difíceis.^[23]

A abertura do direito pelo seu contexto de incerteza permitira que a decisão final sobre um determinado caso concreto – difícil - se daria através de um recurso argumentativo que condicionaria a interpretação. Em determinados casos o intérprete deveria valer-se de outras razões, migrando do sistema jurídico para outros espaços como a moral e a política. É fácil perceber a aposta numa concepção interpretativa negativa. Quer dizer, existiriam certos casos – os fáceis – nos quais não seria necessário valer-se da interpretação, bastando para a sua solução um processo dedutivo de ligação das premissas. Doutra lado, haveria casos – os difíceis – em que o julgador deveria lançar mão de um processo interpretativo para solucionar a lide, condicionando essa possibilidade a critérios argumentativos. Ao apelar a esses critérios argumentativos é que a discussão passaria de um âmbito estritamente jurídico para outro mais amplo, onde também entrariam em jogo razões morais e políticas.

Definitivamente a utilização dos argumentos dependeria de dois tipos de situações: numa onde o ordenamento jurídico daria conta do caso, estabelecendo *a priori* as situações de aplicação, condição típica de um sistema fechado. Em outra, quando o caso concreto levaria o sistema ao seu limite, demandando do intérprete a busca de outros fundamentos para a construção normativa da resposta. Na verdade o que é colocado em evidência seria o fato de que o direito reservaria um espaço à sua interpretação, mesmo que tal possibilidade ficasse confiada estritamente aos “casos difíceis”, situando-se o positivismo jurídico na liberdade do intérprete em determinar uma das respostas para o caso concreto.

4 A hipertrofia dos princípios como argumento

A postura de Hart sobre a discricionariedade do intérprete ao encontro com os casos difíceis foi fonte de grande discussão doutrinária, destacando-se o debate proporcionado por seu interlocutor Dworkin. Em síntese Dworkin sustenta que o sistema jurídico é composto por mais do que regras. Ele comportaria também princípios. A diferenciação entre essas espécies normativas seria possível principalmente em duas oportunidades: a forma de aplicação de cada uma das espécies normativas e a forma de resolução dos conflitos normativos entre diferentes espécies.

As regras demandariam uma aplicação rígida. Verificado os fatos a regra incidiria ou não (*all or nothing fashion*). [24] Noutra perspectiva, no que se refere ao conflito normativo, as regras solveriam tal problema mediante a adoção de critérios estabelecidos pelo sistema jurídico. [25] Assim, para que uma regra prepondere sobre outra, uma delas deveria ser retirada do sistema jurídico mediante a utilização de critérios de solução de antinomias ou controle de constitucionalidade, considerando a especificidade do sistema jurídico brasileiro, por exemplo.

A outra espécie normativa, os princípios não poderiam ser aplicados do modo tudo ou nada. O esforço aplicativo dos princípios envolveria uma forma gradual de aplicação. Os princípios serviriam para direcionar a argumentação, [26] podendo ser satisfeito de forma aproximada. Quando ao caso de conflito normativo, os princípios exigiriam a atribuição de peso [27] a um deles e exclusão ao outro de acordo com o caso concreto,

sem a necessidade de retirada do sistema jurídico o princípio conflitante que, em virtude das circunstâncias de outro caso concreto, poderia preponderar.

Pautando-se sobre a análise da diferenciação entre as duas espécies normativas Dworkin entende que a regra possui a sua base sempre depositada sobre um princípio.^[28] Ou seja, a regra serviria a explicitar o conteúdo normativo do princípio. Expõe, sinteticamente e de uma maneira geral, a distinção realizada por Dworkin. O autor procura enfrentar o desafio proporcionado pelos casos difíceis, *como caracterizado por Hart*, apostando na idéia de prestabilidade dos princípios para a resolução deles. Isto é, nos casos difíceis o juiz deveria pautar-se por uma argumentação principiológica, buscando estabelecer como o fundamento da sua decisão aquele princípio que de melhor forma justificasse a decisão.^[29]

Ao autor segue com a idéia de que a argumentação principiológica seria uma forma de limitação da discricionariedade judicial, obrigando que a decisão judicial particular sempre busque razões em direitos institucionalizados, identificados por princípios. Reformulando: Dworkin entende que os casos difíceis não poderiam ser álibis para que o juiz viesse a exercer um poder discricionário no seu sentido forte, decidindo de acordo com as suas próprias convicções, mas teria uma responsabilidade de consistência ou equidade (*fairness*). Isto é o direito forneceria princípios, cujos argumentos conformariam a decisão, numa atitude holística do intérprete, colocando em relação o argumento com base num princípio com uma concepção de consistência histórico-institucional do direito.

O direito como uma instituição forneceria elementos para o reconhecimento de princípios. Com base em tais princípios seria possível desenvolver um esforço argumentativo hábil para encontrar uma resposta consistente com a história-institucional do direito. Seria possível, assim, lançar-se na busca da resposta correta como uma atitude responsável (*fairness*). Essa responsabilidade poderia ser traduzida por um dever do intérprete em encontrar argumentos que sejam condizentes com a noção de integridade e coerência do sistema jurídico.^[30]

No âmbito da discussão sobre o papel da argumentação desenvolvida sobre princípios Robert Alexy procura estabelecer uma metodologia própria para a resolução dos ditos casos difíceis. Antes de tudo, ele (re)elabora a teoria das normas, demonstrando comparadamente como regras e princípios respondem no caso de aplicação e de conflito.^[31] Cabe ater-se ao fato de que o conflito entre princípios demandaria do intérprete a utilização de um método especial para a sua resolução, levando em consideração a similitude que os princípios apresentam com os valores. Portanto, quando o intérprete se deparasse com um caso difícil poderia lançar mão da ponderação (*Abwägung*),^[32] elegendo qual dos princípios deveria preponderar sobre o outro considerando as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto.

A colisão de dois princípios que apontassem para lados diversos permitiria que o intérprete, de olho nas condições do caso concreto, criasse uma regra de preferência entre os princípios, apresentada pelo autor como norma aditiva.^[33] A regra criada pela ponderação procurava se blindar das críticas de arbitrária ao se submeter à máxima da proporcionalidade.^[34] Esta seria responsável em demonstrar que a interpretação feita seria racionalmente proporcional e, portanto, justificada.

A argumentação jurídica defendida pelo autor, articulada pelo caminho da máxima da proporcionalidade, permite que o direito abra mão das suas razões institucionalizadas (por exemplo, com a utilização de princípios) passando a depender de razões morais. Sendo mais claro: a argumentação jurídica poderia ser cindida em duas partes: num primeiro momento seria possível resolver os casos – tidos como fáceis – mediante o recurso as razões institucionalizadas pelo direito; todavia, em outros tipos de casos – difíceis – o interprete teria que apelar para razões advindas da moral.[35]

Portanto, o discurso jurídico acabaria por se tornar um caso especial de discurso moral, sendo que quando as suas razões não dessem mais conta dos casos, seria possível que o interprete lançasse mão de outras razões, de cunho moral,[36] integráveis ao sistema jurídico mediante a observância de um determinado procedimento judicial.[37] Em outras palavras: os procedimentos estabelecidos pelo direito seriam a comporta pela qual as razões morais escoariam para o direito, tornando-se, a partir de então, jurídicas.

Vê-se, então, que a teoria do direito manteve-se no âmbito de discussão de como seria possível agregar razões para se decidir os problemas jurídicos reservados aos casos difíceis. A discussão sobre o espaço argumentativo no direito ascende quando nos países ocidentais democráticos coloca-se em evidência a concretização de Direitos Fundamentais pelo movimento que surge no pós segunda guerra, conhecido como neoconstitucionalismo, implicando numa nova concepção teórica, ideológica e metodológica. [38] Teoricamente foi possível perceber um movimento que passou a caracterizar a Constituição de estrutura e funcional diferenciada. Ela caracterizou-se por descrever as regras fundamentais e superiores do ordenamento jurídico, cujo conteúdo axiológico apresentaria um valor especial.[39] Ideologicamente, procurou garantir a concretização dos Direitos Fundamentais como seu principal objetivo, servindo de direção para das atividades legislativas, executivas e judiciárias, além de assegurar mecanismos de tutela para tanto.[40]E, na sua perspectiva metodológica o neoconstitucionalismo sustenta a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais.[41]

Como visto acima a equiparação entre os princípios – tratados aqui como princípios constitucionais e Direitos Fundamentais – com valores fez com que a teoria do direito contemporânea passasse a utilizar a ponderação como o método típico para dar conta da nova tarefa interpretativa. Ocorre que a tentação proporcionada pela ponderação ultrapassou os limites estritamente concebidos a resolução dos casos difíceis,[42] passando a orientar todo o tipo interpretação do direito. A argumentação jurídica que se propunha a reservar espaço à institucionalização do direito abriu mão desses argumentos, lançando frente a uma argumentação completamente livre. É possível, assim afirmar, que os princípios acabaram por provocar uma hipertrofia argumentativa, transformando o direito em um produto de retórica do julgador ao justificar a sua decisão devidamente ponderada. A preocupação faz sentido quando se pensa na importância que a institucionalização de normas possui para que uma sociedade possa nutrir expectativas plausíveis sobre seus direitos e deveres.

5 Considerações finais

O presente trabalho mostrou como que a argumentação é concebida nas diversas perspectivas da teoria do direito, partindo do positivismo jurídico até o neoconstitucionalismo. O principal desafio a que se propunha o positivismo jurídico era a construção de um sistema de regras independentes de qualquer conteúdo moral, ético ou sociológico, a exemplo do pensamento do direito como uma ciência pura de acordo com Kelsen. Para tanto, utilizava-se de um esquema de normatização dos fatos relevantes proporcionava a inclusão de elementos ao sistema jurídico, sendo possível resolver qualquer problema pelo simples operar silogístico concatenado de normas jurídicas. A argumentação seria restrita a demonstrar que os fatos poderiam ser subsumidos às normas, e assim, contemplados pelo sistema jurídico. O grande questionamento seria a comprovação das premissas estipuladas pela ordem jurídica. Mesmo assim, o caráter jusracional encontrava seus limites nas lacunas, momento em que a norma jurídica seria o produto da vontade do julgador.

Pode-se então identificar no segundo pós guerra o surgimento de duas idéias paralelas. Uma delas postulando a recuperação da retórica, tópica e da argumentação como forma de condicionar o sistema jurídico a conteúdos ético-morais, não podendo prevalecer um direito formalmente perfeito, mas moralmente corrupto. A tópica, retórica e a argumentação serviriam para demonstrar que o sistema fechado postulado pelo positivismo não se sustentava mais e que não seria possível estabelecer a priori todas as possibilidades de aplicação do direito, pois, mesmo assim, existiriam casos onde o direito deveria acompanhar a mudança social. A perspectiva do pensamento jurídico é retirada de um sistema normativo fechado, para se desenvolver de maneira problemática, tópica, angariando argumentações que convencessem a decisão do juiz no caso concreto.

Além disso, o questionamento figurou quanto à forma de reconhecimento do direito, condicionando-o as idéias de uma fonte social proporcionada pela regra de reconhecimento. A teoria de Hart traz a regra secundária como forma de identificação, modificação e adjudicação do direito. O próprio sistema jurídico muitas das vezes poderia fornecer o critério para o reconhecimento da identificação e modificação do direito, contudo, na adjudicação existiriam casos onde o direito não ofereceria respostas seguras (considerando a característica ambígua e vaga da linguagem – também vistos como casos difíceis), constituindo uma zona de penumbra ou cinza, na qual, o juiz teria a possibilidade de decidir de acordo com as suas livres convicções.

Criticando a concepção de direito como um sistema duplo de regras, Dworkin entende que existiram outros padrões normativos, não podendo reduzi-los apenas as regras. Esses padrões seriam os princípios, sendo-lhes atribuída a função de direcionar a decisão do juiz. Pode-se especular, portanto, que para Dworkin os princípios auxiliariam a compreensão das regras e orientariam o julgador para a resolução de um caso difícil. A teoria de Dworkin avança quando condiciona a aplicação dos princípios a uma (re)construção da institucionalização do direito como um todo, a ponto de exigir o dever de coerência e integridade nesse processo.

No âmbito de discussão sobre o papel dos princípios Alexy procura estabelecê-los como mandados de otimização, cuja realização se dá aproximativamente de acordo com as condições fáticas e jurídicas que permeiam o caso concreto. Para Alexy os casos difíceis

remeteriam a uma colisão entre princípios, situação que obrigaria o intérprete a lançar mão de um juízo ponderativo. A decisão seria o resultado de uma ponderação – hierarquização entre os princípios – produzindo uma decisão que respondesse a limitação da máxima da proporcionalidade. Com a ponderação Alexy abre mão de uma institucionalização do direito, confiando na possibilidade subsidiária de recurso à moral, enxertada ao direito mediante um procedimento que controle a argumentação dos envolvidos.

Ainda sobre os efeitos do segundo pós guerra o constitucionalismo moderno avança às instituições democráticas, provocando rupturas na forma de pensar o direito ao estabelecer o neoconstitucionalismo. Essa corrente trouxe consigo novas concepções teóricas, ideológicas e metodológicas, sendo importante referir, mesmo que resumidamente, o lançamento da Constituição como fonte principal do direito, onde os Direitos Fundamentais e as normas constitucionais inundam o sistema jurídico. Com isso, os princípios tem o seu reconhecimento normativo hipertrofiado, passando a representar o grande fundamento para a jurisdição. Aliás, é da jurisdição constitucional que o “método” de aplicação dos princípios – ponderação – passa a ser copiado e serve de guia às decisões judiciais também aos casos fáceis, exigindo, o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica que enfrente estes desafios.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

. La tesis del caso especial. In. **Isegoría**. n. 21. 1999. p. 23-35.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 22. Alicante, 1998, p. 209-220.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In. **Isonomía**. n. 16. 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006

. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In. **UNED. Teoría y realidad constitucional**. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

GUASTINI, Riccardo. La costituzione come limite alla legislazione. **Analisi e diritto 1998**, a cura di P. Comanducci e R. Guastini.<http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1998/Guastini1.pdf> Acesso em: 01 de jan. 2009.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado de argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. 5. ed. Alemã. Rev. e Amp. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

[1] PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 33: “[...] é necessário que a justiça tenha os olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz: *dura lex, sed lex*. Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranqüilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime.”

[2] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.25: “A <<genealogia dos conceitos>> ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo.”

[3] Id., p.28.

[4] KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.3: “O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.”

[5] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 59.

[6] Id., p. 110.

[7] Id., p. 149.

[8] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 38.

[9] WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 44: “De qualquer modo, o processo de verificação kelseniano implica em um processo de coisificação dos conteúdos das normas, não sendo, na verdade, mais que uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de fetichização das normas.”

[10] Tratando da falácia sobre a idealização da aplicação do direito independente da atividade interpretativa na tradição da *Civil Law*, condição que pode ser associada a doutrina positivista diz MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 86-87: “Por una parte, la ilusión del estatuto que se aplica solo, de la norma legislativa tan clara que su aplicación es un proceso automático, quedó despejada hace mucho tiempo por la exposición a los hechos. Desde el período revolucionario, los

tribunales de derecho civil han conocido y decidido disputas cuya resolución depende del significado que se impute a una disposición legislativa.”

[11] Nota-se que a doutrina positivista tradicional sucumbe ao poder do juiz, como se pode ver em KELSEN, **Teoria pura do direito**, Op. Cit., p. 249: “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”. De forma parecida BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, Op. Cit., p. 123: “Os sustentadores da nova escola afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos caos que as relações sociais suscitam, além e forma de toda a regra pré-constituída.”

[12] Pode-se destacar aqui a busca de um raciocínio tópico-argumentativo inspirado na civilização grego-romana como é o caso de VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. 5. ed. Alemã. rev. e amp. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[13] A argumentação ou retórica desenvolvida por Perelman procura utilizar-se de elementos que persuadam determinado auditório, revelando, por assim dizer, um uso performativo de razões. Noutras palavras: Perelman procurou construir uma teoria que orientasse os usos de argumentos para o convencimento. Juridicamente, é possível especular que os argumentos utilizados deveriam persuadir o auditório composto pelas convicções do juiz. Como exemplo: PERELMAN, Chaïm. **Tratado de argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[14] Principalmente, considerando a sua tentativa de construir um ordenamento jurídico puro, dependente exclusivamente de critérios normativos construídos pelo próprio sistema, evitando qualquer relação com a moral e a política, por exemplo.

[15] HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 91.

[16] O autor utiliza-se da diferenciação entre ponto de vista interno e externo, fazendo com que aquele que aceita a regra como um padrão de comportamento importante para a vida em sociedade coloque-se numa posição de internalização moral da regra. Nesse sentido: HART, **O conceito de direito**, Op. Cit., p. 95.

[17] Id., p. 139.

[18] HART, **O conceito de direito**, Op. Cit., p. 143.

[19] Id., p. 336.

[20] No chamado ataque ao positivismo (do modelo de Hart), Dworkin passou a cunhar a expressão juízo de discricionariedade em sentido fraco e forte, apresentando severas críticas ao modelo de discricionariedade reconhecida ao juiz por Hart nos chamados

hard cases. Para tanto ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.

[21] O pós-positivismo pode ser considerado parte da doutrina que trava discussões acerca de alguns aspectos relegados pelo positivismo jurídico na sua concepção tradicional, trazendo a discussão aspectos como o direito indeterminado e a necessidade ou não de relação entre o direito, moral e política. Nesse sentido ver: CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 22. Alicante, 1998, p. 209.

[22] O neoconstitucionalismo pode ser definido como uma revisão da teoria do direito colocando a Constituição como a fonte material do direito no centro de debate. Essa postura implica numa revisão de vários aspectos do direito e da hermenêutica jurídica, tendo como grande conseqüência o reconhecimento do poder contramajoritário dos juízes, principalmente os constitucionais, para a produção jurídica. A base desse pensamento pode ser buscada em PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101-135.

[23] Como refere ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 18: “Pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões – os casos difíceis – relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça.”

[24] DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, Op. cit., p. 39.

[25] Id., p. 43.

[26] Id., p. 41.

[27] Id., p. 43.

[28] Id., p. 106.

[29] Id., p. 177.

[30] Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15: “Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.” Da mesma forma: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272: “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

[31] Alexy promove a cisão estrutural entre regras e princípios, estabelecendo distinções na sua forma de aplicação e resolução de conflitos. Nesse sentido, as regras estariam caracterizadas por incidiriam se os seus pressupostos fáticos preenchessem a hipótese normativa ou seriam afastadas no caso de verificação de uma exceção. No caso de conflito entre regras elas seriam resolvidas mediante o critério de solução de antinomias. Os princípios de outra forma, seriam mandatos de otimização, implicando que a sua incidência se desse de forma gradual de acordo com as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. No que se refere ao conflito entre os princípios, a sua forma de resolução demandaria um juízo de ponderação, considerando a correspondência estrutural deles com os valores. Melhor dizendo: os princípios jurídicos teriam a mesma estrutura de valores e por serem assim, somente seriam realizados de maneira gradual. Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 81-110.

[32] Os tribunais nos Estados Unidos fizeram uso do balanceamento, condição que colocava em evidencia o realismo jurídico como maneira de adaptar o direito as modificações econômicas e sociais. Na Alemanha condição parecida foi realizada, todavia, denominada como ponderação (*Abwägung*). Demonstrando as controvérsias geradas na doutrina pela utilização desse “instrumento” ver: GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In. **UNED. Teoría y realidad constitucional**. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

[33] ALEXY, **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Op. Cit., p. 95.

[34] A máxima da proporcionalidade estabelece que a ponderação deve observar necessariamente três passos. Cf. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. in. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 83: “Essa fórmula (máxima da proporcionalidade ou a ponderação lato sensu) deixa reconhecer que a ponderação compõe-se de três passos. Em um primeiro passo, deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Isto é, quando se trata da dimensão defesa, a intensidade de intervenção. A isso tem de seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, finalmente, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.”

[35] ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 46-47: “Esta cuestión no puede responderse únicamente sobre la base de criterios jurídicos, pues si esto fuese posible no estaríamos en el ámbito de apertura. Por tanto, queda únicamente el recurso a criterios no jurídicos. Entran en juego consideraciones generales de conveniencia, concepciones transmitidas y extendidas sobre lo bueno y malo, y consideraciones de justicia; en suma: conveniencia, costumbre y moral. [...] Y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Con ello, la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral.”

[36] A consideração do direito como um caso especial de discurso mantém a sua base na concepção de que está vinculado, na sua grande parte, a um discurso ou razões

institucionalizadas (como as leis e os precedentes). Seguindo a análise a parte não institucionalizada – casos difíceis – permitiria lançar mão de recursos do discurso prático geral que envolveria razões éticas, políticas e pragmáticas, consideradas por Alexy como razões morais. Nesse sentido: ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. In. **Isegoría**. n. 21. 1999, p. 27-28.

[37] ALEXY, La tesis del caso especial, p. 34: “La razón práctica justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; tiene que estar presente en los procedimientos de formación de la opinión – y voluntad – democrática para que sus resultados sean legítimos y debe ser empleada en la argumentación jurídica para satisfacer la pretensión de corrección que en ella surge.”

[38] COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In. **Isonomía**. n. 16. 2002.

[39] Id., p. 98.

[40] Id., p. 100.

[41] Id., p. 101.

[42] Veja-se, por exemplo, a postura apresentada por Susanna Pozzolo de que o processo de aplicação direta do direito constitucional, proporcionado pela assunção conteudística do neoconstitucionalismo, permitira estender o balanceamento a legislação infraconstitucional, fazendo com que a norma – regra – não fosse aplicada no caso concreto, sem a necessidade de sua retirada do sistema jurídico. Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 120.

O CARÁTER EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS DIREITOS SOCIAIS SOB A ÓTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

THE EFICACIAL CHARACTER OF CONSTITUTIONAL STANDARDS FOR SOCIAL RIGHTS UNDER THE LEGAL VIEW OF DOGMATICS

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém

RESUMO

O presente estudo pretende fazer uma análise da eficácia das normas constitucionais relativas aos Direitos Sociais, dimensão dos Direitos Fundamentais, sob a ótica da Dogmática Jurídica. A problemática consiste em verificar se a positivação constitucional dos referidos direitos, inseridos no título dos Direitos e Garantias Fundamentais constituem garantias de efetividade. Considerada a norma constitucional sob o prisma da Dogmática Jurídica, perquire-se se a força normativa da Constituição é suficiente para dar concretude, ou seja, para que os direitos sociais possam sair do plano formal para o plano material. Não se pode olvidar que a discussão em torno da efetividade dos direitos fundamentais sociais, considerados obrigações prestacionais do Estado não escapa da discussão acerca das limitações orçamentárias para implementação das políticas públicas direcionadas para concretização de tais direitos. Porém, o corte epistemológico do presente estudo, diante da abrangência do tema, restringe-se a investigação acerca da suficiência da positivação constitucional dos direitos fundamentais sociais sob a ótica da Dogmática Jurídica para efetivação destes mesmos direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS; EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS; DOGMÁTICA JURÍDICA.

ABSTRACT

This study aims to analyze the efficacy of constitutional rules on social rights, size of Fundamental Rights, from the viewpoint of Legal Dogmatics. The problem is to verify that the positive constitutional rights of those entered in respect of fundamental rights and guarantees are guarantees of effectiveness. Considered the constitutional standard under the prism of Legal Dogmatics, investigate whether the normative force of the Constitution is sufficient to give concreteness, in other words, that social rights can leave the formal plan for the material. We cannot forget that the discussion around the effectiveness of fundamental social rights, considered prestaciones obligations of the State does not escape the discussion about the budgetary constraints for implementation of public policies directed to realization of these rights. But the epistemological cut of this study, given the scope of the topic and is restricted to research about the sufficiency of the positive constitutional social fundamental rights from the perspective of Legal Dogmatics for realization of these rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS, EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL NORMS; LEGAL DOGMATICS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende fazer uma análise da eficácia social (efetividade) das normas constitucionais relativas aos Direitos Fundamentais Sociais, sob a ótica da Dogmática Jurídica. A problemática consiste em verificar se a positivação constitucional dos referidos direitos, inseridos no título dos Direitos e Garantias Fundamentais constituem garantias de efetividade. Considerada a norma constitucional sob o prisma da Dogmática Jurídica, perquire-se se a força normativa da Constituição é suficiente para dar concretude, ou seja, para que os direitos sociais possam sair do plano formal para o plano material.

A atual Constituição brasileira inaugurou o “Estado Social e Democrático de Direito” [1] cujo fundamento está sedimentado na igualdade material, na justiça social, via promoção de direitos sociais e na execução de políticas públicas incumbidas de reduzir progressivamente as desigualdades.

Diante deste quadro, chama a atenção da comunidade jurídica a existência de um hiato entre as normas insertas na Constituição Federal, formalmente “garantidoras” dos direitos ditos fundamentais, além da previsão dos mecanismos para a sua implementação e uma sociedade destinatária carente de tais direitos, posto que não concretizados materialmente [2].

Esta disritmia é ainda mais acentuada no campo dos direitos sociais, visto que acerca deles, a Constituição estabelece um comando de obrigação de fazer estatal e, portanto, têm suscitado incontáveis debates e embates acerca de sua efetividade, inclusive quanto “à problemática da eficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização” (KRELL, 2002:17).

Registre-se que existe certo discurso de que a maior dificuldade para efetivação dos direitos sociais demanda a realização de ações positivas do Poder Público competente, as quais implicariam em gastos, que por sua vez esbarrariam em limitações orçamentárias. Sobre o tema, interessante observação faz Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2008:94):

A dificuldade de implementação dos direitos sociais no país tem sido ainda o surrado discurso liberal de que os mesmos, como têm uma dimensão prestacional, seriam direitos que “custariam dinheiro” e que, por conseguinte, não poderiam ser efetivados com a mesma facilidade dos direitos da primeira geração. (...) O primeiro passo a ser dado pela doutrina é a difusão de que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão negativa e uma prestacional e que todos, sem exceção “custam recursos do erário”. A perspectiva de que os direitos de primeira geração estariam isentos de um aspecto prestacional é uma herança típica do paradigma liberal e que deve ser afastado.

Sem olvidar deste entrave, importa em reconhecer que segundo os ditames da nova ordem constitucional, há um novo fundamento de validade e conseqüente forma de produção do Direito, decorrentes do denominado Estado Democrático de Direito. Assim questiona-se a quebra do paradigma criado pela Dogmática Jurídica consistente, principalmente na autonomia do Direito enquanto norma, ou seja, da auto-suficiência do sistema jurídico para a efetividade dos direitos sociais.

Neste novo panorama, há de se ter em mente, que o drama vivenciado pelo sistema jurídico não é mais positivar ou fundamentar as novas relações jurídicas ou conflitos de interesses, mas sim proteger e garantir aquelas já sedimentadas na ordem jurídica, notadamente no texto da Constituição Federal, levando-se em conta que esta possui essência principiológica, deontológica, dirigente e vinculativa.

Concebidas as premissas iniciais, vale observar que o corte epistemológico do presente estudo, diante da abrangência do tema, restringe-se a investigação acerca da suficiência da positivação constitucional dos direitos fundamentais sociais sob a ótica da Dogmática Jurídica para efetivação destes mesmos direitos.

O ponto de partida para desenvolver o tema proposto será no conceito de Direitos Sociais situando-o no contexto dos direitos e garantias fundamentais. Isto porque referidos direitos, concebidos como elementos essenciais para uma existência digna, além de concretizadores do princípio da dignidade da pessoa humana, constituem ponto nevrálgico nas mudanças paradigmáticas da Dogmática Jurídica.

Posto o conceito e natureza jurídica dos direitos sociais, buscar-se-á estabelecer um elo entre a positivação de tais direitos e sua efetivação, verificando se há intercâmbio entre a eficácia jurídica (o dever ser) e a eficácia social (o ser) e não apenas aquele ser pressuposto deste.

Quanto à Dogmática Jurídica, não há pretensão de esgotar o tema dissertando acerca de seu objeto, premissas e fundamentos como ciência. Importa em verificar sua funcionalidade e suficiência, considerados seus pilares de univocidade, ausência de lacunas, inexistência de antinomias, racionalidade formal e coerência sistêmica herdadas do positivismo, diante da crescente complexidade das tensões, antagonismos sociais e conflitos coletivos decorrentes das grandes transformações do mundo moderno e que se modificam com uma velocidade impressionante.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No que diz respeito ao conceito dos direitos sociais, não há dissenso digno de nota na doutrina.

José Afonso da Silva (2000:289) conceitua os direitos sociais “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado

direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos (...).”

De seu turno, Alexandre de Moraes (2009:195) leciona:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2006:57) destaca que os direitos sociais

(...) caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

A partir dos conceitos acima, é possível observar que o núcleo básico do conceito extrai-se da expressão “prestações positivas do Estado”, não exprimindo contraponto com as ditas “liberdades negativas”, direitos de primeira dimensão, mas no sentido de complementariedade, na medida em tendem a criar condições materiais propícias à realização da igualdade real, equilibrando as situações de desigualdade e proporcionando condições de exercício efetivo do direito de liberdade (SILVA: 2000 290).

A idéia de complementariedade[3], sob a ótica da dignidade da pessoa humana, significa que “tantos os direitos de defesa quanto os direitos sociais formam o sistema unitário e materialmente aberto dos direitos fundamentais na nossa Constituição” (SARLET, 2001:21) e, portanto, o alcance da eficácia plena de um direito depende diretamente da realização de alguns ou todos os outros direitos humanos, independente de sua dimensão. A respeito do assunto, Norberto Bobbio (2004:226), posiciona-se:

A mais fundamentada razão de sua aparente contradição, mas real complementariedade, com relação aos direitos de liberdade é a que vê nesses direitos uma integração dos direitos de liberdade, no sentido de que eles são a própria condição do seu exercício efetivo. Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna.

Por outro lado, não há unanimidade na doutrina acerca da “natureza fundamental” dos direitos sociais.

Cláudio Ari Mello (2004:281) ensina que “a doutrina constitucional dos países cujas constituições prevêm direitos sociais não têm posições homogêneas sobre a natureza, a eficácia e a garantia desses direitos”. Isto porque as teorias dos direitos fundamentais não são unânimes no que atine às características e atributos dos direitos de defesa e dos direitos a prestações. E ainda quando admitem regime jurídico similar, fazem ressalvas que reduzem a garantia judicial reservada aos direitos sociais.

Acerca desta dicotomia, José Afonso da Silva (2007:151), afirma que “certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”. Isto porque dependeriam de planejamento e execução de políticas públicas por parte do Poder Público.

No entanto, apesar da tese contrária, o ilustre doutrinador posiciona-se ao lado da corrente que reconhece nos direitos sociais “uma dimensão dos direitos fundamentais do homem”. E o ilustre doutrinador ainda afirma, em outra obra (2000:187)

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. (...) O certo é que Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias de direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.

Corroborando o entendimento, Ricardo Lobo Torres (2008:315) afirma que os direitos fundamentais sociais “são os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana, e que transformaram em condições da liberdade”.

Importante corrente doutrinária acerca do tema é a do Garantismo social [4] que propõe um olhar abrangente dos direitos fundamentais. Cláudio Ari Mello (2004:282) sintetiza a idéia:

Mais do que a supremacia da constituição, o garantismo social estabelece a premissa da supremacia dos direitos fundamentais em uma ordem constitucional democrática, da qual deduz um mandado geral a todos os poderes do Estado para tornar efetiva, na maior medida possível, a totalidade do sistema de direitos. (...) a jurisdição constitucional deve oferecer proteção idêntica ou muito semelhante para todos os direitos fundamentais das constituições, independentemente da sua natureza liberal ou social.

Segundo Andreas J. Krell (2000:27), “os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais”. E arremata:

O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Acerca da necessidade da prestação estatal para efetivação dos direitos fundamentais, esta regra não foge quando diz respeito aos direitos de defesa, quando o cidadão busca uma abstenção do Estado. É o que afirma Canotilho (2008: 77-78):

(...) nos direitos de defesa, existe um direito a prestações do Estado: conformação e ordenação das relações jurídicas privadas, de modo a evita a violação de direitos, e criação de instrumentos processuais ou procedimentais adequados à defesa e garantia desses direitos (...) o dever de abstenção do Estado não dispensa este de criar órgãos, agentes, procedimentos e processos para o cidadão assegurar e garantir, perante o próprio Estado, o seu espaço de autodeterminação e de liberdade de decisão.

Robert Alexy (2008:499) refere-se a tais direitos como “direitos a prestação em sentido estrito” do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. E acrescenta que “quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.

De qualquer modo, não desprezando a importância das diferentes teorias acerca da existência da dicotomia entre os “direitos de defesa” ou “direito a prestações”, importa o reconhecimento de que os Direitos Sociais têm índole de Direitos Fundamentais e que esta constatação parte do *princípio da dignidade da pessoa humana*, ainda que tenham dimensões, características ou objetos diferentes.

Esta constatação parte do próprio texto da Constituição brasileira que é permeada de valores e de compromissos direcionados para transformação de estruturas sociais e econômicas, redução de desigualdades, como também traz em seu bojo os mecanismos para implementação de políticas públicas próprias de um Estado Social moderno, comprometido com a dignidade da pessoa humana [5].

Sobre referido princípio, José Afonso da Silva (2000:109) disserta:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-los para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

3. POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA

Os Direitos Fundamentais Sociais estão apontados especificamente no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988 (direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados) e no Título VIII, que trata da Ordem Social, estabelece o desenvolvimento de conteúdo desses direitos.

Não se olvida que antes da promulgação da atual Constituição brasileira, outros documentos normativos já tratavam dos referidos direitos, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo XXV [6].

Contudo, no Estado brasileiro, os direitos fundamentais assumem especial relevância no texto da Constituição de 1988, que os destacou em título próprio (Título II), conferindo-lhes aplicação imediata, e eficácia jurídica de suas normas, conforme se depreende do artigo 5º, § 1º, tema que será abordado com maior ênfase mais adiante.

Sobre este aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet (2006:79) ressalta:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social (...)

Outro fator digno de nota trata da ampliação do rol dos direitos fundamentais protegidos no texto da Constituição, considerando que apenas para o artigo 5º foram colacionados 78 incisos, além de outros arrolados nos artigos subsequentes no mesmo Título II.

Além da expressa previsão constitucional, há uma vasta gama de normas infraconstitucionais concernentes aos direitos sociais, caracterização a positivação dos mesmos [7].

Repisando o entendimento aqui já esposado de que os direitos e garantias constitucionais negativos ou positivos possuem índole de direito fundamental, apesar das diferentes características e objetos, vale também colocar em pauta a distinção quanto à forma de positivação entre eles.

Importa, destarte, analisar a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais não apenas e tão somente sob o prisma da possibilidade de controle judicial [8], mas também, de postulados de cunho dogmático, para que se compreendam quais os reais fundamentos de ordem prática que esteiam o debate acerca da aplicabilidade desses direitos.

No que tange a esta distinção, Ingo Wolfgang Sarlet (2001:24), tece o seguinte entendimento:

Enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam - assim sustenta boa parte da doutrina - de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático.

Corroborando este entendimento Carlos Bernal Pulido (2008:151) afirma:

Em uma célebre conferência, Häberle fez ver que os direitos prestacionais exigem um momento ativo de configuração. Esta configuração está atribuída em primeiro lugar ao legislador. As disposições de direitos sociais somente podem ser realizadas com o concurso de leis de ajuda, de subsídio, de garantia, de organização, de impostos, de procedimento, de direção, de planificação e de fomento. Por sua vez, estas leis devem ser executadas pela administração. O problema que dá lugar às diferentes concepções sobre os direitos sociais consiste em estabelecer se a partir das disposições constitucionais sobre os direitos sociais se podem derivar verdadeiros deveres legislativos e administrativos que se concretizem em posições subjetivas exigíveis judicialmente; ou se pelo contrário, em nenhum caso podem-se determinar estes deveres e então se deve concluir que os direitos sociais têm unicamente um sentido político, não vinculante para o legislador e para a administração.

Andréas J. Krell (2002:37) tem uma visão mais arrojada acerca da aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Entende que o dispositivo em comento apenas tem uma conotação diferente na medida em que impõe aos órgãos estatais a missão de criar condições materiais para realização destes mesmos direitos.

Colocadas estas premissas, verifica-se que a aplicabilidade das normas, está intimamente ligada à sua eficácia. Para tanto, importa esclarecer que é comum confundir eficácia jurídica de eficácia social. Seguindo a concepção clássica, José Afonso da Silva (2007:66) esclarece:

(...) a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. (...) tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

A partir de tal escólio, é possível afirmar que a eficácia social e a efetividade da norma se confundem. Destarte, Luiz Roberto Barroso (2009:82) afirma: que “a efetividade significa realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, (...) a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

Assim, pode-se considerar a “eficácia” como dois lados de uma mesma moeda: a eficácia jurídica (o do “dever ser”) e a eficácia social (o do “ser”) em situações de complementariedade para a plena efetivação do direito, mormente dos direitos fundamentais.

Conforme dito alhures, e consideradas as limitações deste breve estudo, será dado prioridade ao enfrentamento da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional sob olhar da Dogmática Jurídica.

Antes, porém, importa abordar, ainda que sucintamente a questão do alcance e significado do dispositivo constitucional contido no artigo 5º, § 1º. Seria especialmente relevante para este estudo, a interpretação precisa do referido preceito, que traz o seguinte enunciado: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ocorre, entretanto, que a doutrina não chegou a um consenso quanto ao alcance e significado deste dispositivo constitucional, razão pela qual, têm sido tema de diversos estudos embricados de acirradas polêmicas na seara do direito constitucional. Corroborando a assertiva, Ingo Wolfgang Sarlet (2001:32) afirma:

Tendo em vista as distinções traçadas entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações, há que se ter em mente que o problema da eficácia e aplicabilidade suscita questionamentos diversos na seara desta categoria dos direitos sociais. Constituindo, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, direito imediatamente aplicável, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (mesmo quando eminentemente programáticos ou impositivos), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade.

Defensor da corrente que entende que os direitos fundamentais são de aplicação imediata, conforme infirmado no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, Andrés J. Krell (2002:37) afirma que “esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei”. E a respeito dos direitos fundamentais sociais, assinala:

Em relação aos direitos sociais, o dispositivo da aplicação imediata ganha uma outra função, visto que estes devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal. Nesse contexto, o artigo 5º, §1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de “maximizar a eficácia” dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização. (destaque do autor)

Corroborando com este entendimento, Enzo Bello (2008:183), faz importante esclarecimento:

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 1º) admite a eficácia jurídica direta das normas que dispõem sobre direitos fundamentais, inclusive os sociais. Desta maneira, evidenciada omissão por parte do Executivo e/ou do Legislativo, viabiliza-se o pleito de prestações positivas junto ao Judiciário, como forma de concretização direta dessas normas constitucionais, independentemente de mediação legislativa. Tal feito representou um grande avanço diante da inércia legislativa em relação a temas de interesse social. Entretanto, criou um grave impasse jurídico-político, representado pelos entendimentos que tais medidas seriam contrárias, ou não, à separação dos poderes. Ingo Sarlet, defende a fundamentalidade dos direitos reconhecidos nos demais dispositivos da Constituição, desde que tenham como referencial a dignidade humana. (destaquei)

Conforme já mencionado, o entendimento acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, esposado pelos ilustres doutrinadores acima não comporta unanimidade. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008:105-106) posicionam de forma diversa afirmando que referidos direitos não podem ser exercidos de forma imediata na medida em que consistem em pretensões dos indivíduos diante do Estado e, portanto, o § 1º do artigo 5º apenas “define” direitos. E, ainda, que:

As normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis na realidade social – não porque isto não é desejável, mas porque é simplesmente impossível ‘aplicar’ um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício. (...) Sua aplicação imediata consiste na obrigação do legislador de cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação e também no dever dos tribunais de obrigá-los a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade por omissão legislativa) e das demais garantias fundamentais (...).

Retomando a polêmica, Andréas J. Krell (2002:38), é categórico ao afirmar que regulação legislativa nada acrescentará de essencial, apenas podendo ser útil pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.

Colocadas as questões sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, passa-se a versar sobre o papel da Dogmática Jurídica em face dos direitos sociais. É bem verdade que não se esgotou o tema, mas tão somente buscou-se traçar algumas premissas para futura posição, o que será feito adiante.

De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, interessa-nos, verificar se há necessidade de mediação legislativa, intervenção do Poder Executivo (via políticas públicas) ou os preceitos constitucionais são bastantes em si, considerada sua eficácia jurídica ou posituação, notadamente no que tange aos direitos fundamentais sociais.

Assim, o tema será tratado sob o prisma das normas programáticas.

4. DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS PROGRAMÁTICAS

Antes de adentrar ao mérito da questão, importa trazer o significado, ainda que de forma sintética, a definição que se atribui à expressão “normas programáticas” sob a ótica do direito constitucional positivo, o que não constitui tarefa simplória [9].

Pontes de Miranda, citado por José Afonso da Silva (2007:137) assim conceitua:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

De seu turno, o próprio mestre José Afonso da Silva (2007:138) traz o seu próprio conceito, concebendo normas programáticas como

(...) aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (...), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Quanto à eficácia jurídica das referidas normas programáticas constitucionais parece não haver grande dissenso, nos dias atuais, notadamente porque elas impõem limites à autonomia de determinados sujeitos, ditam comportamentos públicos em razão dos interesses protegidos. Entretanto, a eficácia social não tem o mesmo alcance, eis que o caráter jurídico e positivo de tais normas não é suficiente para dar a efetividade material almejada pelos seus destinatários (SILVA, 2007:139).

Não se olvida que as normas programáticas têm imensurável importância, eis de traçam as metas e fins do Estado, estabelecendo as diretrizes “para onde e como se vai”, atribuindo “fins” (SILVA, 2007:140). E no caso da Constituição de 1988, estes fins têm por parâmetro um regime de justiça social, buscando a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza, assegurando uma existência digna a todos os seres.

Desta assertiva, é inevitável a seguinte indagação: existem mecanismos constitucionais para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, concebidos estes como programáticos e, portanto, possibilitar sua concretização?

José Afonso da Silva (2007:141) traz algumas indagações similares, propostas pelo mestre CANOTILHO e que vale a pena transcrever, posto que inerente ao tema: “em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em *programa normativo* do Estado e da sociedade?” ou, ainda: “como pode uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômicos-sociais*, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”

De seu turno, para Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da tarefa do legislador, eis que despojados do *status negativus*, não gerando por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecendo, portanto, de eficácia *erga omnes* e subordinam-se à idéia de justiça social e sujeitam-se à *iterpositio legislatoris* (2004:282).

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008:105), o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal se refere a normas “definidoras” de direitos, e por isso, “o efeito imediato dos direitos e garantias fundamentais não se manifesta plenamente no caso dos direitos sociais que consistem em pretensões dos indivíduos diante o Estado e não podem ser exercidos de forma imediata, tal como estabelece a referida norma”. E, ainda, chamam a atenção para duas situações que consideram distintas:

Por um lado, temos o imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo dos direitos e garantias. Por outro lado, temos o problema das condições impostas para o exercício de um direito ou de uma garantia pelo seu titular (...) o próprio texto constitucional estabelece condições e requisitos para o exercício de certos direitos e, em particular, prevê a necessidade de “interposição” do legislador.

É justamente em torno da característica altamente genérica das normas que consagram direitos sociais, que perpetua a discussão. Em razão da relativa falta de densidade, especificação e excesso de abstração de tais normas é que grande parcela da doutrina entende que há necessidade de “especificação normativa”.

Assim, tem-se questionado se todas as normas que consagram direitos fundamentais sociais são normas programáticas e se todas as normas programáticas têm sua eficácia condicionada a situações externas à Constituição, como a regulamentação legislativa e a disponibilidade orçamentária.

Interessante apontamento faz Norberto Bobbio (2004:86-87) a respeito da distinção entre a teoria e à prática dos direitos sociais, afirmando que a proteção destes direitos “requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social”.

De todo o exposto, viu-se que a doutrina tem preocupado em buscar soluções teóricas acerca da efetividade das normas fundamentais sociais previstas no texto constitucional; se têm ou não aplicabilidade imediata e qual o alcance deste possível imediatismo. Além disso, juristas e cientistas políticos debatem a cerca da discricionariedade dos órgãos públicos para implementar políticas públicas para a realização dos referidos direitos. A questão que se propôs neste estudo é compreender o papel da Dogmática Jurídica diante do caráter eficaz das normas em comento.

5. A DOGMÁTICA JURÍDICA E A FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

Não é unânime na doutrina conceito e alcance da Dogmática Jurídica. Alguns a compreendem como o estudo sistemático dos preceitos jurídicos, despidos de qualquer valor sociológico, moral, político ou econômico, confundindo-se, destarte com a própria Ciência do Direito (REALE, 1995:318). Neste sentido, o entendimento de André Franco Montoro (1995: 108):

A dogmática jurídica é o estudo do sistema de normas jurídicas vigentes em determinada época e local. Seu objetivo é conhecer as normas, interpretá-las, integrá-las no sistema, aplicá-las aos casos concretos. É chamada “dogmática” porque a situação do

jurista perante a norma jurídica, é semelhante à do fiel diante dos dogmas. Deve aceitar a norma vigente como ponto de partida inatacável.

De seu turno, José Eduardo Faria (1986:40), ao fazer uma análise crítica acerca da Dogmática Jurídica, pugnou pela necessidade de abandonar os “limites estreitos” desta ciência, pois ao estudar o direito, ela não constrói juízos de valor, partindo de um conhecimento ideologicamente neutro e desvinculado de caráter econômico, político, sociológico e antropológico. E, ainda, peca por socorrer-se de conceitos[10] dotados de “aparente precisão, univocidade e universalidade”. Destarte, segundo entendimento do referido jurista:

À Dogmática interessa, apenas, uma teoria geral acrítica e formalista que lhe sirva de suporte para descrever o sistema jurídico sem qualquer interferência ideológica. Ela concentra toda atenção nas fontes formais do direito, de modo a permitir que a reconstrução imparcial do ordenamento jurídico, por parte do analista, sirva para socializar o conjunto de valores aceitos pelo Estado.

Diante deste entendimento, José Eduardo Faria (1986:41) tal ciência ao projetar uma racionalidade formal que não dialetiza com a prática social, torna-se crescentemente disfuncional na medida em que totalmente contaminada de ideologismos e divorciada da práxis política, incapaz de lidar com a crescente flexibilidade dos sistemas políticos e com os crescentes conflitos sociais, restando a ela a limitada tarefa de “reconstrução dos aspectos lógico-formais do raciocínio do legislador”.

Esta crítica justifica-se porque “ao reduzir todos os conceitos jurídicos a âmbitos de validade formal, ela deixa perceber como a dinâmica do processo sócio-econômico e político-cultural implica uma permanente redefinição conceitual normativa (...)”.

Considerando a crescente complexidade das tensões sociais, como os conflitos coletivos na atual sociedade de massas em oposição ao caráter individualista do positivismo jurídico, a Dogmática Jurídica não estaria preparada para solucioná-los e na visão de José Eduardo Faria,

A dogmática passa a enfrentar dificuldades insuperáveis para lidar com a crescente flexibilidade dos sistemas jurídicos e com sua progressiva capacidade de adaptação a tensões e conflitos de natureza coletiva. Porque tais tensões e conflitos já não se encaixam nos estreitos limites das soluções individualizadoras forjadas a partir das codificações do século XIX (1986:43)

Retomando o conceito da referida ciência, importa em trazer o entendimento de Miguel Reale (1995:317), para quem a Ciência do Direito é denominada Dogmática Jurídica, “quando se destina ao estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios, e tendo em vista a sua aplicação”. Para este jurista, trata-se de uma ciência complexa, pois “estuda o fato jurídico desde as suas manifestações iniciais até aquelas em que a forma se aperfeiçoa”. E arremata:

Dogmática Jurídica corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico.

Neste ponto, percebe-se que a visão de José Eduardo Faria destoa do entendimento de mestre Miguel Reale (1995:319) quando este afirma que “o Direito não é construído apenas com fins explicativos”. Segundo o mestre, diferentemente das ciências físico-matemáticas, no campo das ciências sociais e, mais notadamente, na seara do Direito, a pesquisa visa sempre a um momento de aplicação. E faz a seguinte assertiva:

O jurista, porém, como cientista do Direito, não poderá jamais parar ou suspender a sua pesquisa, no plano meramente compreensivo, porquanto, no mundo jurídico, a compreensão se converte necessariamente em normação. (...) Toda colocação teórica de um princípio jurídico representa momento condicionante da colocação de um princípio prático de ação.(...) O jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visa ao problema da aplica. É nesse trabalho que consiste principalmente a Dogmática Jurídica.

Percebe-se, portanto, que para Miguel Reale a Dogmática Jurídica não se resume à idéia de ciência pronta e acabada, sem possibilidade de discussão, consideradas as regras como absolutas e infalíveis [11]. Para Miguel Reale, trata-se de um equívoco considerar o termo “dogma” (no caso da Ciência Jurídica) como uma “imposição à inteligência e uma violentação aos valores da consciência...” (1995:320). E explica:

O emprego do termo “Dogmática Jurídica” tem a sua explicação no seguinte fato: para nós juristas, o Código Civil ou o Código Penal são posições normativas das quais temos de partir para nossa atividade prática. (...) As regras jurídicas, nesse sentido, são dogmas, porquanto não podem ser contestadas na sua existência, se formalmente válidas. Pode haver discussões quanto ao seu alcance e eficácia, mas ninguém poderá excusar-se alegando ignorar o texto da lei ou por ser contrário aos seus objetivos.

Colocadas estas idéias, volta-se à questão principal: basta a validade formal da norma jurídica (no caso em apreço, norma constitucional) para que esta cumpra sua finalidade, tenha efetividade social? Sob a ótica da Dogmática Jurídica clássica, despida de qualquer juízo de valor e de interdisciplinabilidade, sem qualquer relação com outras ciências tais como a Sociologia, a Economia, a Política, dentre outras e ainda, afastada da realidade sócio-cultural e, principalmente divorciada da consciência coletiva, afastada estaria apta a surtir efeitos práticos?

Se as respostas forem negativas, seria o caso de desprezar de todo a Dogmática Jurídica, posto que esta perderia sua razão de ser, restando ciência inútil, de objeto sem prestígio, meramente de cunho histórico?

Robert Alexy (2008:28) ao lançar sua teoria acerca dos direitos fundamentais, colocou diversas situações a serem enfrentadas pelos juristas e argumentou que “diante dessa situação, a ciência dos direitos fundamentais impõe-se como tarefa dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a estes direitos”.

Segundo Alexy, a teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição Alemã é dogmática e orienta-se, inicialmente pela Dogmática Jurídica em três dimensões: analítica, empírica e normativa (2008:33).

A dimensão analítica ocupa-se da análise sistemático-conceitual do direito válido, percorrendo desde a análise de conceitos fundamentais, passando pela construção jurídica, até a investigação da estrutura do sistema e da fundamentação das normas (ALEXY, 2008:34).

A dimensão empírica da dogmática jurídica, por sua vez, é verificável em um duplo sentido. Primeiro, como conhecimento do Direito positivamente válido; segundo, como utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica. Ela não se esgota com a descrição das leis, incluindo a jurisprudência, abarcando, assim, mais do que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico.

Por sua vez, a dimensão normativa ultrapassa o mero conhecimento do direito positivo válido, inserindo-se as questões axiológicas, ou seja, à dogmática clássica acrescentam-se as questões valorativas e juízos de valor à práxis jurídica e sobretudo jurisprudencial.

Percebe-se, portanto, que Robert Alexy propõe uma dogmática multidimensional e integradora, otimizando-a, a partir desta três dimensões para que se revele seu caráter prático de Ciência do Direito. E assim ter-se-á a seguinte fórmula:

Para se ter uma resposta a uma questão sobre o que dever ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos, o material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de dever-ser. Isso leva à necessidade de juízos de valor adicionais e, com isso, à dimensão normativa. (ALEXY, 2008:38-39).

Segundo o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho (2003:18), a Dogmática possui a finalidade de auxiliar o jurista na elaboração de esquemas, “regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à solução ou decisão, justa e fundamentada dos casos ou problemas jurídico-constitucionais”.

Assim, percebe-se que a suposta crise da Dogmática Jurídica, parece estar associada ao apego dos velhos conceitos, à negação dos princípios desta Ciência, sem se cogitar a possibilidade de uma visão inovadora de suas dimensões e utilização de suas ferramentas de forma otimizada a fim de que se possa buscar a efetividade almejada dos direitos sociais fundamentais insertos na Nova Ordem Constitucional.

6. CONCLUSÃO

Consoante já mencionado no decorrer desta pesquisa, os direitos sociais possuem natureza de direitos fundamentais e cumprem na ordem constitucional brasileira a função de complementariedade aos direitos de defesa, na medida em aqueles possuem cunho prestacional, imprescindíveis à efetivação destes.

É inegável a existência de algumas diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. A despeito de diferentes entendimentos, verifica-

se que a distinção mais acentuada entre tais direitos situa-se no seu grau de efetivação, ainda que se afirme que a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal é aplicável a todos os direitos fundamentais. A este respeito, o comando em comento, quando diz respeito aos direitos sociais, impõe a todos os órgãos estatais a missão de maximizar sua eficácia, promovendo condições para a realização destes mesmos direitos.

É inegável que a Constituição brasileira reconhece literalmente a existência dos direitos fundamentais sociais e estabelece mecanismos de efetivação, mas ainda assim, também é inegável que há uma imensa lacuna entre a teoria e a prática, causando na comunidade jurídica perplexidade e levantando questionamento acerca da força normativa da Constituição.

Diante deste quadro, buscou-se neste trabalho verificar o papel da Dogmática Jurídica acerca dos grandes embates acerca da (in)efetividade das normas constitucionais no que concerne aos direitos fundamentais sociais.

Não se pode desprezar o valor da Dogmática Jurídica desde a interpretação das normas constitucionais, perpassando pela sua integração e até mesmo no que concerne à sua efetivação.

Sem desprezo ao entendimento dos críticos da Dogmática Jurídica, alegando seus “estritos limites” [12], bem como sua disfuncionalidade para possíveis soluções para crise da inefetividade dos direitos fundamentais sociais, verificou-se que tal ciência possui imensa serventia para a compreensão deste.

Trata-se ferramenta indispensável para os estudiosos do tema, posto que a Dogmática Jurídica fornece conceitos e teorias (ainda que aqueles sejam universais e ideológicos e estas possuem índole acrítica e formal) que auxiliam o trabalho do jurista na elaboração de regras e argumentação indispensáveis à solução de problemas jurídico-constitucionais (CANOTILHO, 2003:18).

Ademais disto, seguindo proposta de ALEXY, vale lançar mão de uma dogmática multidimensional e integradora, otimizando-a, a partir de suas múltiplas dimensões, o que propiciará aos diversos órgãos estatais, juristas e cidadãos compreender as normas constitucionais, sua força normativa, seus mecanismos de efetividades e possíveis soluções.

Portanto, a compreensão da força normativa da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais sociais nela inseridos é perfeitamente possível a partir da Dogmática Jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um enfoque Político e Social**. *In* SARMENTO, Daniel e outro (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Iuris, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito**. *In* SARMENTO, Daniel e outro (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Iuris, 2008.

DIMITRI, Dimoulis e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

FARIA, José Eduardo. **Paradigma jurídico e senso comum**. *In*: LYRA, Doreodó Araújo. (Org.). **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60.º aniversário**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RS Editora, 2007.

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

KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org). **A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado:2000.

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: RT, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais. Uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria**. In SARMENTO, Daniel e outro (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Iuris, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Iuris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de março de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos Sociais na Constituinte**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In SARMENTO, Daniel e outro (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Iuris, 2008.

[1] A este respeito, SARLET, Ingo Wolfgang in Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-INGO-SARLET.pdf - acesso em 27/03/09.

[2] Acerca da carência de efetividade dos direitos sociais constitucionalmente previstos, Paulo Lúcio Nogueira no prefácio de sua obra “Instrumentos de Tutela e Direitos

Constitucionais” – Editora Saraiva, 1994, critica severamente a inércia dos poderes constituídos diante da má distribuição de rendas, a miséria, o desleixo em relação à saúde, a educação, ao trabalho, à segurança, à assistência aos desamparados. Afirma que por serem direitos sociais reconhecidos e contemplados constitucionalmente (art. 6º) deveriam ter prioridades em qualquer programa governamental.

[3] O termo complementariedade é usado por Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais” (Editora Livraria dos Advogados), ao referir-se acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Segundo o ilustre doutrinador, o melhor termo seria “dimensões” e não “gerações” pois o reconhecimento de novos direitos tem o caráter cumulativo de complementariedade e não de alternância.

[4] A teoria do Garantismo foi criada por Luigi Ferrajoli na obra *Diritto i Ragione* em 1989 na Itália e, embora tenha sido desenvolvida originalmente com foco no Direito Penal, tem servido de fundamento para diversos trabalhos, teses e outras teorias na área da Administração Pública, pois ela se adapta em outros campos do ordenamento jurídico. Para este estudioso, o Estado Garantista tem origem na construção do Estado Constitucional. Trata-se de um modelo que extrapola os limites da legalidade formal, ingressando nas tendas da legalidade substancial cuja condição é que todos os poderes estejam sempre a serviço da garantia dos direitos fundamentais.

[5] Sobre a importância do princípio da dignidade humana, vale esclarecer que também a teoria geral do “garantismo” de Luigi Ferrajoli, acima referida, está baseada no respeito à dignidade humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material** Rio de Janeiro: Editora Lumens Iuris, 2005).

[6] Vale a transcrição do ensino de Norberto Bobbio em “A era dos direitos” (4º tiragem, Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p. 226): “Os direitos Sociais sob forma de instituição pública e de medidas a favor do trabalho para os pobres válidos que não puderam consegui-lo”, fazem a sua primeira aparição no título I da Constituição Francesa de 1791 e são reafirmados solenemente nos artigos 21 e 22 da Declaração dos Direitos de junho de 1793. (...) Em sua dimensão mais ampla, os direitos sociais entram na história do constitucionalismo moderno com a constituição de Weimar”.

[7] São exemplos a Lei 9.394/96 que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação; a Lei 8.080/90 que estabelece a universalidade e igualdade nos serviços de saúde (SUS); O Dec.-Lei 5.452/43 (CLT) que é a principal norma legislativa brasileira referente ao direito do trabalho e processual do trabalho; a Lei 6.938/81, a mais importante lei ambiental, que determina que o poluidor é obrigado a indenizar danos ambientais que causar, independente de culpa; a Lei 8.742, LOAS que dispõe sobre a assistência social.

[8] O tema da possibilidade de controle constitucional da efetividade das normas constitucionais tem sido palco fértil de diversos estudos, sob diversos ângulos, teorias e correntes. Merece destaque as seguintes obras: APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Editora Juruá, 2007; DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Método: 2007; KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os*

(des)caminhos de um direito constitucional comparado. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

[9] Canotilho divide as formas de positivação dos direitos fundamentais em normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais ou direitos subjetivos públicos. Assim, se as normas sociais forem consideradas como normas programáticas, pode-se dizer que são princípios definidores dos fins do Estado, com relevância política apenas e servindo para pressionar os órgãos competentes. Mas, sob o ponto de vista jurídico, se os direitos sociais forem vistos como normas programáticas, ter-se-á o “fundamento constitucional da regulação das prestações sociais” e ainda, se as normas programáticas transportam princípios, “são suscetíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 464-465.

[10] Segundo palavras de José Eduardo Faria, op. cit., pag. 46, “Conceitos como os direitos humanos, igualdade perante a lei, autonomia da vontade, sujeito de direito, liberdades públicas, garantias processuais e decisão judicial transitada em julgado têm o condão de servir para uma construção aparentemente harmonizante das relações sociais, nas quais todos os antagonismos são conciliáveis pela ordem jurídica”.

[11] De acordo com a teoria de Kelsen, não cabe ao jurista indagar das causas sociais ou políticas que dão origem a determinado ordenamento jurídico. Este obriga, do ponto de vista jurídico, pelo simples fato de ter *vigência* e possuir o mínimo de *eficácia* bastante para assegurar a sua aplicação. A validade jurídica é apreciada de um ponto de vista puramente formal, de tal modo que as regras jurídicas se ordenariam hierárquica e logicamente, como degraus escalonados. In REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 193.

[12] O termo “limites estreitos” da Dogmática Jurídica é utilizado por José Eduardo Faria na já mencionada obra.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEMPOS MODERNOS: UMA METÁFORA PARA MELHOR COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICA NACIONAL E DA CRISE DO POSITIVISMO ATRAVÉS DA OBRA DE CHAPLIN.

HERMENEUTICS AND MODERN TIMES: A METAPHOR FOR BETTER UNDERSTANDING OF THE LEGAL REALITY AND THE NATIONAL CRISIS OF POSITIVISM THROUGH THE WORK OF CHAPLIN.

**Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista
Jânia Maria Lopes Saldanha**

RESUMO

O presente trabalho se situa no âmbito de uma reflexão sobre a crise que assola o direito, o estado e a todo o staff jurídico correspondente a um posicionamento dogmático concernente ao modo de interpretar o direito vinculado ao positivismo. Tal como a crítica de Charles Chaplin, no filme Tempos Modernos ao modo de produção econômica do início do século passado, se denuncia no presente trabalho um comportamento apressado e irrefletido dos operários do direito que acabam por alimentar um sistema voltado unicamente para uma lógica de produção econômica. O filme de Chaplin é o condutor desta jornada, pois se adapta perfeitamente a este tipo de metáfora, e por traduzir o que Heidegger chamou de Ge-stell- essência da técnica, disposição. Não surpreende, portanto, que a sensibilidade demonstrada por Chaplin traduza com perfeita clareza o espírito da modernidade, e que a trajetória da personagem se mostre tão familiarizada com os caminhos em que o direito perseguiu em terrae brasilis.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA. PARADIGMA INTERPRETATIVO.

ABSTRACT

This work is in part a reflection on the crisis that devastated the law, the state and the entire legal staff of a dogmatic position regarding how to interpret the law linked to positivism. As the criticism of Charles Chaplin, the film Modern Times to the mode of economic production to the start of the last century, is denounced in this work a hasty and reckless behavior of the workers the right to end up feeding a system geared solely to a logic of economic production. Chaplin's film is the driver of this journey, because it adapts well to this type of metaphor, and translate what Heidegger called Ge-Stell-essence of the technique. Not surprisingly, therefore, that the sensitivity shown by Chaplin lead with perfect clarity the spirit of modernity, and that the trajectory of the character is shown as familiar with the ways in which the right chased in terrae brasilis.

KEYWORDS: POSITIVISM. PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS.
INTERPRETIVE PARADIGM.

Ninguém pode servir a dois senhores, porque ou há de odiar um e amar o outro ou se dedicará a um e desprezará o outro.

Mateus 6, 24.

1 Introdução

O presente trabalho se situa no âmbito de uma reflexão sobre a crise que assola o direito, o estado e a todo o *staff* jurídico correspondente a um posicionamento dogmático concernente ao modo de interpretar o direito vinculado à filosofia da consciência e ao esquema sujeito-objeto.

Ocorre que as teorias jurídicas tradicionais foram moldadas de acordo com as necessidades de uma sociedade pré-industrial, do início do século XIX, carregando consigo uma idéia de “pureza” e “completude”. Tais matrizes teóricas colocam o juiz diante de uma tarefa operativa (subsunção), dado que a lei possui em si toda a medida da necessidade.

Tal como a crítica de Charles Chaplin no filme Tempos Modernos[1] ao modo de produção do início do século passado, através da fenomenologia hermenêutica, se denuncia no presente trabalho um comportamento apressado e irrefletido dos operários do direito, pois de tão preocupados e envoltos com as suas próprias necessidades, acabam por alimentar um sistema voltado unicamente para uma lógica de produção econômica.

O filme de Chaplin foi escolhido como o condutor desta jornada, eis que se mostra semanticamente adaptável a este tipo de metáfora, e por traduzir perfeitamente aquilo que Heidegger chamou de *Ge-stell*[2] - essência da técnica, disposição. Não surpreende, portanto, que a sensibilidade demonstrada por Chaplin traduza com perfeita clareza o espírito da modernidade, e que a trajetória da personagem se mostre tão familiarizada com os caminhos em que o direito perseguiu em *terrae brasiliis*.

2 Positivism, massificação e tecnicismo no cenário jurídico brasileiro

Ao se assistir o filme Tempos Modernos, de Charles Chaplin, logo se percebe sua genialidade e como a sua mente, através do filme, soube captar o espírito da modernidade. Seria óbvio afirmar que o filme é um retrato do período que passou os Estados Unidos chamado a Grande Depressão, nos anos de 1929 a 1941, onde em função da quebra da bolsa de Nova Iorque se desencadeou o pior e mais longo período

de recessão da história americana, com quedas drásticas do produto interno bruto, desemprego em massa e aumento expressivo da pobreza naquele país e no mundo inteiro. Contudo, como o próprio autor afirma no início do filme, Tempos Modernos é “uma história sobre a indústria, a iniciativa privada e a cruzada da humanidade em busca da felicidade”.

E por se tratar de uma história sobre a humanidade, a película é uma severa crítica ao tecnicismo e à massificação social, se assim for necessário reduzi-la a apenas uma frase. No entanto, tendo bem presente que o ser-aí constitui uma compreensão “existencial fundamental”, o que nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira significa dizer que o “eis-aí-ser sempre se movimenta numa compreensão de seu próprio ser e dos outros seres”[3], ou, nas palavras de Gadamer, referindo-se a Heidegger, que o ser é “determinado a partir do horizonte do tempo”[4], muito do que é retratado no filme pode servir de metáfora à dogmática jurídica, que agonizantemente claudica no Brasil.

Dentre as possibilidades interpretativas que se desvelam, e neste trabalho o compreender é o que Gadamer designa como a “forma originária de realização da presença, que é ser-no-mundo”, e a compreensão “é o modo de ser da presença, na medida em que é poder-ser e possibilidade”[5], pode-se dizer que a primeira cena apresentada possui um conteúdo emblemático. Para aqueles que não lembram ou não tiveram a oportunidade de assistir este filme, o que é altamente recomendável, a primeira imagem, após a cena do relógio, projeta na tela do espectador um estouro de um rebanho de ovelhas que logo, no mesmo plano, é substituída por outra imagem de um grupo de trabalhadores que sobem uma escada e correm apressados e irrefletidamente para os seus postos de trabalho.

Antes, porém, uma pequena confissão. Na medida em que era necessário traduzir o evento para o texto ora apresentado, foi necessário revisar a cena por diversas vezes, pois a primeira impressão era de que se apresentavam gados na tela, e este foi o primeiro ímpeto em função de uma compreensão inautêntica. No entanto, para evitar incorreção, com auxílio de pessoas mais familiarizadas com o campo e com animais mamíferos domesticáveis, restou convencido de que era na verdade um rebanho de ovelhas, o que bem demonstra que o conhecimento carece de uma especificidade, que no dizer de Gadamer, é a “característica consistente em que nem o conhecedor nem o conhecido estão simplesmente dados “onticamente”. Eles se dão “historicamente”, isto é, possuem o modo de ser da historicidade”[6].

Neste sentido, Lenio Luiz Streck:

Desse modo, aquele que intenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que, como projetos, são antecipações que devem confirmar-se nas coisas, é a tarefa constante da compreensão. A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais inicia não são arbitrarias.[7]

Ademais, não se pode sair por aí trocando os nomes das coisas, “porque é o correto uso da palavra que é aceito como tal na comunidade lingüística que a emprega, pois é, precisamente, este acordo entre os membros de uma comunidade que torna a comunicação possível”, conforme assenta Lenio Luiz Streck[8].

2.1 O modo de interpretar o direito do Positivismo e processo fabril de Chaplin

Justamente, Tempos Modernos pode servir como uma metáfora para uma melhor compreensão da realidade dos juristas, pois cada vez mais a dogmática constrói “uma espécie de adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito”[9], assevera Lênio Luiz Streck.

Gisele Cittadino, discorrendo a respeito da ausência de uma tradição de constitucionalismo comunitário no Brasil, afirma peremptoriamente que, ressaltando as raras exceções, “o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos”[10].

Este posicionamento dogmático corresponde exatamente o modo de interpretar o direito por parte destes juristas, que, umbilicalmente vinculados à filosofia da consciência e do esquema sujeito-objeto, reproduzem o mesmo comportamento apressado e irrefletido dos operários de Chaplin, pois de tão preocupados e envoltos com as suas próprias necessidades, acabam por alimentar um sistema voltado unicamente para uma lógica de produção econômica.

Todavia, as teorias jurídicas tradicionais, e sobre as quais a dogmática jurídica brasileira está enraizada, de cariz positivo-normativas, foram moldadas de acordo com as necessidades de uma sociedade pré-industrial, do início do século XIX. Como base filosófica deste modelo está a filosofia da consciência de Immanuel Kant, que considerou a possibilidade da razão organizar e apreender as esferas de conhecimento “a priori”.

Immanuel Kant, a respeito da possibilidade de se apreender as coisas, profere:

Se se atende a que dito sistema tem por objeto, não a natureza das coisas, que é infinita, mas o entendimento que julga sobre a natureza das coisas, e ainda esse entendimento considerado somente em relação aos seus conhecimentos “a priori”, podemos presumir que o sistema não é impossível, nem tão vasto, que se não possa esperar o seu termo.[11]

Tal matriz teórica influenciou profundamente a obra de Hans Kelsen, que esse, na sua teoria, fundado na metafísica kantiana, concebeu um direito puro, separado dos fatos - idealizado. Na verdade se pode dizer que tal proposição é anterior a Kant – a de um mundo idealizado, pois como afirma Gadamer, “isso se articula com uma tradição que

remonta, enquanto distinção entre filosofia teórica e filosofia prática, a Aristóteles, mas que obteve um outro caráter com o surgimento da ciência moderna”[12].

Este fenômeno, no que concerne à incompletude na aplicação e interpretação das normas jurídicas, para os positivistas, é relativamente novo, pois estes sempre compreenderam o mundo a partir de uma suposta completude do ordenamento jurídico, porque o viam estático e mercê das suas disposições de vontade – caráter solipcista. No entanto, a partir do pós-positivismo e da virada lingüística, se percebe que a realidade se apresenta muito mais rica que se pressupunha, e que o direito não está alheio à faticidade e à invasão da linguagem ocorrida na filosofia.

Até recentemente se tinha a idéia de que os problemas das antinomias do ordenamento jurídico se resolviam a partir de critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade[13], ficando o juiz vinculado à “vontade da lei”. E justamente sobre tal pretensão, de esgotamento do sentido das coisas, que o positivismo jurídico se assentou e manteve- a sua impossibilidade de compreender os fenômenos e relações do novo tipo de sociedade, porque fundamentado em ideais de busca pela segurança e certeza – caráter iluminista.

Para tal sistema, ao se prescrever a norma jurídica reguladora dos comportamentos sociais, o Estado-legislador estaria arbitrando o futuro, ou seja: prescrevendo antecipadamente qual o único tipo de comportamento possível ou aceitável. Estar-se-ia, desta forma, cristalizando o futuro e “impedindo” qualquer característica de mudança que não fosse efetivada através da alteração da norma jurídica, pois esta, em si mesma, possuiria uma propriedade valorativa natural e imanente.

Neste estado de coisas, o papel do processo seria a busca pela “verdade”. Como o sentido da lei sempre foi pensado de forma unívoco, segundo Ovídio A. Baptista da Silva[14] caberia à sentença “revelar” essa verdade e prolatá-la. Para isso, segundo o citado autor, o racionalismo contribuiu fortemente para vincular a impossibilidade de estabelecer critérios valorativos a partir de realidades fáticas diferentes, pois na Lei estaria, segundo a lógica das ciências explicativas, toda a medida da necessidade.

A norma jurídica, ainda, seria um pressuposto “tão evidente como qualquer operação matemática”[15]. O juiz e as partes saberiam, antecipadamente, o resultado do cálculo, o que justificaria “a responsabilidade do sucumbente pelas despesas processuais”, segundo Ovídio A. Baptista[16], pois resistiu a um “direito sempre evidente”.

Ignora-se assim não ser a ciência jurídica uma ciência exata. Pelo contrário, sacraliza-se o método em detrimento de sua substancialidade, para fins de melhor enquadrar suas abstrações. Não se percebe que “o direito será sempre um "problema"[17], não um teorema; não assimila que o litígio brota da incerteza do direito, que a lei é, por sua natureza, uma norma carente de compreensão hermenêutica. Os fatos, neste sentido, são objetos de investigação hermenêutica, que serão lidos de acordo com as circunstâncias de sua existência, a fim de produzir um correto entendimento da narrativa, e não podem ser isolados ou afastado da produção do próprio direito.

Inobstante às hipóteses de alargamento, os sistemas tradicionais continuam baseados em ideais de previsão de segurança, certeza e previsibilidade, mesmo não sendo mais possível arbitrar segurança jurídica nas novas relações e por ser incompatível com esse

novo tipo de sociedade. Não há mais como se calcular causa e efeitos. Esta idéia de cálculo, que prioriza mais o valor *segurança* em detrimento do valor *justiça*, segundo Ovídio A. Baptista da Silva[18], é resultado de uma “completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática”.

Ovídio A. Baptista da Silva[19], discorrendo a respeito do tema, afirma que “ a crise é da modernidade e de seus sonhos, dentro da qual tem curso a chamada crise do Poder Judiciário. [...] essa crise não decorre de um inadequado ou insuficiente desempenho funcional da jurisdição”. Mais adiante, se pronunciando especificamente sobre o sistema processual, conclui que “o que está em crise é o sistema. Certamente não apenas o sistema processual. A crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas.”

Na medida em que os conflitos são metaindividuais, ou, por assim dizer, coletivos, de interesse de toda a sociedade, operar com um sistema que contribuiu para a arbitrariedade e um processo de perfil privado e individualista, é ignorar as conseqüências dos graves problemas diagnosticados.

Ocorre que essa necessidade e procura pela prestação jurisdicional, conforme sustenta Lenio Luiz Streck, decorre das promessas contidas no texto constitucional, mais precisamente ao atribuir-se ao Estado, agora adjetivado com a expressão “Democrático de Direito”, a função de transformador social[20]. Neste modelo, o modo de produção do direito não deve se limitar à “resolver disputas interindividuais” [21].

E aqui marcamos o desenvolvimento do personagem de Charles Chaplin. Primeiramente ele é engolido pelo sistema, que representa a primeira fase do constitucionalismo, o de matiz liberal-burguês, para o qual o positivismo foi moldado, e que, na figura do personagem Carlitos, absorve para o seu cotidiano, para sua vida pessoal, as características repetitivas, especializadas e de alienação que faz parte das suas tarefas desenvolvidas. A personagem não tem uma percepção do todo, mas apenas da tarefa que desempenha. Trata-se do modelo taylorista-fordista de produção[22].

A tarefa de apertar porcas[23], diante da estafa da personagem, é aplicada em todas as esferas das suas relações, numa reprodução repetitiva e irreflexiva, baseada tão somente num julgamento individual de similaridade. Os botões da saia da secretária do dono da fábrica ou da senhora que passava desavisadamente pelo local, bem demonstram que o condicionamento da personagem era extremo, o que lhe impedia de cumprir uma tarefa autêntica de compreensão, bem como suspender os seus pré-juízos.

Esta mesma incompreensão vai se demonstrar mais tarde quando, trabalhando na indústria naval, numa clara crítica à especialização do trabalho, procura por um calço de madeira e acaba por encontrar justamente um que servia de trava do navio que estava sendo construído.

Esta realidade, no entanto, não parece distante do cenário jurídico brasileiro. A subversão na aplicação dos princípios, súmulas vinculantes, os recursos especiais repetitivos, a supressão de revisores nas instâncias superiores da Justiça do Trabalho, as decisões unânimes nas câmaras dos Tribunais de Justiça e etc., tudo isso está a revelar esta faceta.

O relatório do Banco Mundial[24], publicado em 2004, pretendeu estabelecer uma radiografia do sistema judiciário brasileiro, a fim de identificar os gargalos do sistema. Deste modo, constatou que um dos fatores que impulsionava a crise do judiciário, dentre muitos, era o aumento da procura dos serviços judiciais. Para isso, apontou uma solução: restringir a demanda[25]. Também sugeriu a utilização de parâmetros claros de interpretação e aplicação das leis, impondo sanções a quem violasse, bem como se diminuísse as possibilidades recursais. Não é de se estranhar, portanto, em 2006 termos sido presenteados com as súmulas vinculantes, Lei 11.417, e também com a repercussão geral, Lei 11.418.

Soma-se a isto um sistema misto de controle da constitucionalidade (difuso e concentrado), prestigiando-se mais o controle concentrado, as paulatinas reformas no código de processo civil, que mais parecem privilegiar às demandas com características patrimoniais, como por exemplo as reformas no processo de execução para o cumprimento da sentença, sem que igual tratamento se vislumbre às demandas com cariz social, e os recursos especiais repetitivos. Enfim, todas estas reformas e alterações atendem mais a um modelo de linha de produção econômica do direito, do que propriamente uma preocupação com efetividade da jurisdição. O judiciário passa a ser uma indústria de serviços, preocupado com os seus índices de produtividade e estatísticos, muito aquém das tarefas interpretativas que deveria se ocupar.

O judiciário, nesta perspectiva, deve resignar-se à tarefa de aplicação da lei e enquadramento das situações fáticas às hipóteses de incidência da norma jurídica. Tudo tem que estar de acordo com esse modelo pré-programado, e se os juízes excederem-se na sua tarefa interpretativa no processo, está lá a súmula vinculante para devolver-lhe o “sentido”.

Lenio Luiz Streck[26], trabalhando com a obra de Luis Alberto Warat, mais precisamente com o que chama de “sentido comum teórico dos juristas”, afirma que o direito “se sustenta em um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas [...] que são legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais”. Este emaranhado constituiria um conjunto de saberes acumulados, o que por sua vez representaria o que chamamos de dogmática jurídica[27].

E quanto ao sentido comum teórico sentença:

O sentido comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções lingüísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à “consumação” das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a realidade jurídica dominante. *É o local “dos segredos”*. [28]

O sentido comum teórico, segundo Lenio Streck, serviria aos seguintes propósitos: normativo, ideológico, retórico e político. Tais propósitos se prestariam para adestramento, homogeneização e manutenção das relações de poder, através de “um conjunto unívoco e bem ordenado aos fins propostos”[29]. Citando, ainda, Modesto Carvalhosa e Boaventura de Souza Santos, sustenta que o intervencionismo estatal ou o comumente chamado Estado Social são subterfúgios da sociedade capitalista para aplacar a rebeldia e para “compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista”[30].

3 A necessidade de se implantar um novo paradigma interpretativo para superação do positivismo

Não duvidamos do protagonismo que os tribunais possam exercer, principalmente quanto à concretização dos direitos sociais e à emancipação da cidadania. Porém, como afirma Lenio Streck, no Brasil, o poder judiciário “não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito”.

Não está preparado, não porque não o deseje. Não está preparado porque, como afirma Álvaro Felipe Oxley da Rocha, está neutralizado por “uma rede de dependências”[31]. A primeira delas é o subsunção lógico formal, que o confina à microlitigação, e a outra, pelo sistema recursal, que é a fórmula de controle das decisões dos juízes por parte das instâncias superiores. Noutro sentido, não se encontra apta, também, porque os seus agentes foram treinados somente para dirimir conflitos individuais e não tiveram a formação[32] adequada para ter “um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas”[33].

Outro aspecto que bem demonstra a crise do modelo é a cisão entre a normatividade e a faticidade. Nesta ordem, interessa imensamente “ao jurista comprometido com o processo é o “significado” dos fatos, que se transforma, conforme o contexto em que são empregados; e transforma-se ainda mais profundamente quando as condições históricas e culturais se transformam”[34]. Pois, para Ovídio A. Batista da Silva[35], é esta a tarefa para a qual o processo deve ser colocado à serviço. Uma tarefa essencialmente hermenêutica. Contudo, tudo o que se vê é o privilegiamento da fórmula (procedimento), em detrimento do conteúdo.

3.1 A hermenêutica jurídica a partir da virada lingüística-ontológica na filosofia: uma realidade a ser construída

Neste sentido podemos dizer que a grande massa de juristas nacionais foi inoculada por aquilo que Heidegger chama de *Ge-Stell* – passando da época da objetividade para a época da disponibilidade, pois “a essência da ciência moderna fundamenta-se na

essência da técnica”, e a “a essência da técnica é dispositivo, porque o dispositivo é que converte sempre em objeto a coisa” [36]. Estes operadores do direito foram impelidos pelo método a transformar o direito em objeto. Objetificando o direito, este deixou de ser uma construção humana advinda de sua condição histórica mediado pela lingüisticidade.

Ocorre que, como bem afirma Manfredo Araújo de Oliveira, “o ser não é objeto; por essa razão, é aquele espaço em que toda a representação e práxis são possíveis”[37]. Outrossim, é a partir da linguagem que se tem condição de possibilidade e esta não pode reduzir-se a mero instrumento, “pois, em todo saber de nós mesmos, como em todo saber do mundo, já sempre estamos envolvidos pela linguagem, em que se dá a clareira do ser, onde se manifesta a compreensão do ser e onde fala a “voz do ser””[38].

Logo, a superação do positivismo, que resiste injustificadamente nesta quadra da história, é condição necessária para a implantação e consolidação de um modelo de constitucionalismo compromissório, valorativo e principiológico, fundado em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, os princípios devem ocupar um papel essencial na construção deste modelo, o que não vem ocorrendo. Segundo Lenio Luiz Streck, os princípios que “deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los “regras” ou “proto-regras” (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas, etc.)”[39]. Exatamente por ter o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) – “que sempre chega tarde, porque o *dasein* já se pronunciou há muito”[40] – ocultado a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, e o ente, é sempre o ente de um ser, se está colocando vinho novo em odres velhos[41].

Assim, deve-se ingressar e abraçar o novo constitucionalismo, despertados do sono do velho dogmatismo, assim como o personagem de Chaplin, que após conhecer sua amada, decide resistir bravamente às dificuldades que se lhe apresentam ao longo da sua jornada. Na verdade o filme inteiro é uma prova de resistência da personagem, que passa por todos os tipos de situações, desde clínicas de reabilitação, prisão, pobreza extrema e momentos de resignação: como aquele em que mesmo tendo sido sua liberdade assegurada, prefere continuar enclausurado em face dos graves problemas pelos quais se passavam fora da prisão e sobre os quais se informa a partir da leitura do jornal. Contudo não é essa atitude final da personagem, e nem deve ser a do hermeneuta.

O filme, assim como inicia, termina também com uma cena emblemática belíssima, cheia de conteúdo semântico. Na verdade o filme inteiro é repleto de conteúdos simbólicos bastante significativos. Mas na cena final, Carlitos e a amada, após sofrerem com todos os seus desajustes sociais, decidem compartilhar a jornada e vão de braços dados em direção ao horizonte, numa viagem sem qualquer indicação de destino ou certeza, munidos apenas da esperança do amanhecer.

Tal esperança pode ser traduzida por uma necessária mudança de paradigma. Mas esta mudança, como sustenta Ernildo Stein[42], “quando hoje temos ocasião de constatar uma “virada” na forma filosófica de estilo e na situação da discussão”, não ocorre simplesmente por uma imposição da vontade. Ocorre porque “a mudança de paradigma

que se anuncia em determinado grupo de filósofos ou em determinada obra fundamental deve-se muito a certas inércias históricas”, e as contribuições de mentes privilegiadas.

Sendo assim, em face da absoluta obsolescência do velho positivismo, um novo paradigma filosófico deve orientar as ciências jurídicas, e que deve ser construído a partir da viragem lingüístico-ontológica, pois este giro lingüístico-hermenêutico “proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo”, conforme leciona Lenio Luiz Streck[43].

Não há mais como sustentar posições que proponham regras (método) ou cânones para o processo interpretativo, pois todos estes, como bem demonstrou Gadamer[44], não passam de argumentos arbitrários sob o predomínio da objetividade ou da subjetividade. Como ensina Lenio Luiz Streck, “não resistem às teses da viragem lingüístico-ontológica, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica”[45]. Com o *ontologische wendung* há a superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista – filosofia da consciência.

Resta perfeitamente explicável a partir de tais explicitações do *Dasein* – um aí antes do ser, uma clareira no ser – que a interpretação não pode ser cindida, assim como sustenta a dogmática jurídica tradicional. Não há como se sustentar que o processo interpretativo é dividido ou especializado, tal como apresentado no sistema de produção taylorista-fordista. Não se compreende (*subtilitas intelligendi*), para depois explicar (*subtilitas explicandi*), e para, por fim, aplicar (*subtilitas applicandi*).

Neste sentido Wálber Araújo Carneiro:

A fenomenologia hermenêutica se mostra, assim, como a analítica de um processo inevitável no qual o ser se desvela. Esse desvelamento só é possível se algo se põe a aquele que compreende; àquele que carrega os ser velado, ou seja, quando algo se mostra ao *Dasein* [é um termo da língua alemã decorrente de dois outros signos (*da+sein*). “*Sein*” significa ser, enquanto o “*da*” estaria próximo da nossa preposição “*ai*”. O ser-aí (*Dasein*) é o ser que se coloca em meio à linguagem, que a compreende por estar imerso no local onde as expectativas comunicativas se dão]. Esse algo que se mostra ao *Dasein* é o ente, aquilo que será nomeado, valorado, estigmatizado, enfim, humanizado. Esse ente, portanto, não entra no *Dasein*, nem tampouco é reproduzido na consciência do sujeito do conhecimento. Esse ente apenas toca o sujeito provocando nele a compreensão, o desvelamento do ser. Vê-se, assim, que não há uma reprodução, mas um bombardeio ôntico no *Dasein* que provoca uma reação no mundo da linguagem provocando compreensão.[46]

Ademais, para Gadamer, não há nenhum ideal existencial, pois a existência humana está sustentada por algo extra-histórico, natural; o conhecimento histórico é uma adequação à coisa, uma *mensuratio ad rem*, e a coisa não é um *factum brutum*. Fazemos história na medida em que somos “históricos” – significa que a historicidade do *Dasein* (pre-sença

humana) em toda a sua mobilidade do lembrar e do esquecer é a condição de possibilidade de atualização do passado em geral. A partir do que ele desenvolve como “pertença”, esta se configura como uma condição para o sentido originário do interesse histórico, porque a pertença a tradições faz parte da finitude histórica do *Dasein* tão originária e essencialmente como seu estar-projetado para possibilidades futuras de si mesmo.

Por isso, como afirma Lenio Luiz Streck[47], “compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer”, compreender é “um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão”. Noutras palavras, o processo de compreensão parte de uma compreensão prévia, constituída de estrutura prévia do sentido. Funda-se em uma posição prévia (*vorhabe*), uma visão prévia (*vorsichti*) e em uma concepção prévia (*vorgriff*). Por isso estamos condenados a interpretar, e o horizonte de sentido, que no sentido gadameriano é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto, nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial.

A partir do círculo hermenêutico, uma interação ontológico-dialético entre a consciência histórica e a abertura interpretativa permitida pelo objeto, em seu próprio ambiente, Gadamer faz uso, em sua fundamentação, da existência destes dois horizontes, concluindo que interpreta-se a partir da “fusão de horizontes”, ou seja: a interação entre aquilo que se conhece e aquilo que se propõe a conhecer, incluído aí também uma ação circular entre passado e presente, este em constante mutação, o que por sua vez produz uma verdadeira compreensão. Por tal decorrência, aquelas características concebidas distintamente se fundem. Compreensão, interpretação e aplicação ocorrem conjunta e instantaneamente - *applicatio*. Compreende-se porque se aplica, e se aplica porque se compreendeu. Não há cisão. Aplicação compreende e integra o ato de compreender, pois interpretar é explicitar o compreendido.

Poderia se seguir sustentando a respeito da fenomenologia hermenêutica, mas isto é tarefa para vida toda. Mesmo assim, os conceitos aqui apresentados e ainda outros, tais como a mediação, o diálogo, o distanciamento temporal e a lingüisticidade, não explorados no presente trabalho, atentam para o fato de que o intérprete é finito, e seu horizonte de conhecimento limitado, o que demanda uma atitude sempre reflexiva e contínua de convicções e de aprendizado, não podendo se cristalizar posições, especialmente no âmbito jurídico, o que parece ter sido a posição reinante na dogmática jurídica brasileira.

A cena final do filme de Chaplin pode ter terminado com uma caminhada numa estrada em direção ao amanhecer. Mas aquele horizonte, se imaginarmos uma continua caminhada das personagens, não é estático, assim como o de cada um de nós. Na medida em que avançamos, nossos horizontes se modificam e novas revelações e desafios se nos apresentam.

Por isso, se comunga do pensamento de Lenio Luiz Streck:

[...] a força normativa da Constituição – compreendida “como” (etwas als etwas) Constituição que nasce da revolução copernicana que institui o neoconstitucionalismo –

dependerá de uma adequada interpretação, uma vez que esta – a interpretação – que se constitui como condição de possibilidade para o acontecer de uma nova teoria das fontes e de uma nova teoria da norma jurídica, completando-se, assim, a superação do positivismo a partir dessa batalha travada nessas três frentes (teoria das fontes, teoria da norma e a hermenêutica).[48]

Sendo assim, a caminhada em direção ao horizonte, é uma caminhada em direção ao um novo constitucionalismo, que inexorável, assim como amanhecer, impõe os seus raios para iluminar o árduo dia de trabalho que se apresenta os juristas.

4 Considerações finais

As transformações sociais são inevitáveis, e fazem parte da nossa realidade cotidiana. No entanto, grande parte da comunidade jurídica ainda não atentou para contundente transformação por que passa a sociedade, especialmente a que se caracteriza pela invasão da linguagem na filosofia, e porque não, no direito também.

Não percebe a impossibilidade de se apreender integralmente a realidade social através de um ordenamento linear. Continua refratária e resistente às mudanças, mesmo que previsível o esgotamento e o esfacelamento de um modelo estrutural concebido para a sociedade do início do século XIX.

O enfrentamento e a denúncia em relação a conceitos objetificantes são prioritários, na medida em que a reprodução de modelos já esgotados – como se estes pudessem responder satisfatoriamente às necessidades do tempo presente, plural, dinâmico e complexo – já não se tornam mais plausíveis de sustentação.

De outra banda é preciso enfrentar os desafios que nos cercam, combatendo o desperdício das experiências e a funcionalidade do direito, sob pena de se perder o rumo. Para isso, as razões e as ideologias que trouxeram a ciência jurídica até esta quadra da história não podem ser esquecidas, mas não devem ser reproduzidas como modelo, especialmente àquelas apresentadas com clara intenção de encobrir os mecanismos de dominação.

Desvelar esses sentidos é tarefa dos juristas, bem como, responsabilmente, apontar e discutir soluções que representem avanço, progresso da democracia e uma adequada interpretação constitucional.

Como afirmamos anteriormente, caminhamos em direção ao horizonte, e esta caminhada não traz qualquer antecipação de sentido, pois é caminhando que se faz o caminho, é caminhando que se avança para o futuro, é caminhando que se mostram novos horizontes.

Obras consultadas

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento Jurídico. (Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. – Brasília: Editora. Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997.

CARNEIRO, Walber Araújo. Hermenêutica Jurídico-Filosófica: a produção do direito como compreensão no processo jurisdicional. Artigo cedido diretamente pelo autor.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

DICIONÁRIO de Filosofia. Verbetes Hermenêutica jurídica.

DICIONÁRIO de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em Retrospectiva, Vol. III. Tradução Marco Antonio Casanova, Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

_____. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Revisão e Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora vozes, 2008.

KANT, Immanuel. Versão eletrônica do livro Crítica da Razão Pura. Tradução: J. Rodrigues de Merege. Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia). <http://br.egroups.com/group/acropolis>. p. 12.

NEVES, Antônio Castanheira. O Direito hoje e com Que sentido? Lisboa : Instituto Piaget, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo, Edições Loyola, 1996.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Sociologia do direito: a magistratura no espelho. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, Ernildo. Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas, 2ª Edição, Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A Atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica col. 1, nº 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005, anuário 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Sítios consultados

RELATÓRIO do Banco Mundial. Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>> Acesso em: 03 ago 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>> Acesso em: 03 ago 2008.

[1] O título original é “Modern Times”, de 1936, escrito, produzido, dirigido e interpretado por Charles Chaplin.

[2] O assunto será melhor analisado posteriormente no sub-capítulo 3.1 do presente trabalho.

[3] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo, Edições Loyola, 1996, p. 210.

[4] GADAMER, Hans-georg. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Revisão e Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora vozes, 2008, p. 345.

[5] Ibid., p. 347.

[6] Ibid., p., 350.

[7] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 208

[8] Ibid, p. 170.

[9] STRECK, Lenio Luis. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 174.

[10] CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 14.

[11] KANT, Immanuel. Versão eletrônica do livro Crítica da Razão Pura. Tradução: J. Rodrigues de Meringe. Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) Disponível em: <<http://br.egroups.com/group/acropolis>> p. 12. Acesso em 03 ago 2008.

[12] GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em Retrospectiva, Vol. III. Tradução Marco Antonio Casanova, Petrópolis: Editora Vozes, 2007, p. 16.

[13] BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento Jurídico. Tradução Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª Edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 91-97.

[14] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99.

[15] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116.

[16] Ibid. p. 116.

[17] Ibid. p. 117.

[18] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

[19] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>> Acesso em: 03 ago 2008.

[20] Neste sentido ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 33-37.

[21] *Ibid.*, p. 33.

[22] Modelo de administração de produção baseado em critérios científicos de Frederick W. Taylor. Este, em 1911, propôs a intensificação da divisão do trabalho com o fracionamento das etapas do processo produtivo de modo que o trabalhador desenvolvesse tarefas ultra-especializadas e repetitivas e fazendo um controle sobre o tempo gasto em cada tarefa e um constante esforço de racionalização, para que a tarefa seja executada num prazo mínimo. Este modelo de produção foi implantado primeiramente por Henry Ford na sua empresa Ford Motor Company, que absorvendo as idéias de Taylor, instituiu três princípios básicos no seu modelo produtivo: o da intensificação, o da economia e o da produtividade.

[23] Aqui, segundo o Dicionário Aurélio, no sentido de “pequena peça de ferro, em geral sextavada ou quadrada, munida de furo em espiral que se atarraxa na extremidade de parafuso cilíndrico”.

[24] RELATÓRIO do Banco Mundial. Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>> Acesso em: 03 ago 2008.

[25] *Ibid.*, p. 134.

[26] STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 67.

[27] *Ibid.*, p. 67.

[28] *Ibid.*, p. 67.

[29] *Ibid.*, p. 68.

[30] *Ibid.*, p. 22.

[31] ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002, p. 33.

[32] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 66-78.

[33] STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Op. cit., p. 36.

[34] SILVA. *Jurisdição, direito material e processo*. p. 115.

[35] *Ibid.*, p. 115.

[36] STRECK. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Op. Cit., p. 205.

[37] OLIVEIRA. Op. cit., p. 217.

[38] Ibid., p. 216.

[39] STRECK. Verdade e Consenso, Op, Cit., p. 174.

[40] DICIONÁRIO de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos, p. 432.

[41] "Ninguém costura remendo de pano novo em veste velha; porque o remendo novo tira parte da veste velha, e fica maior a rotura. Ninguém põe vinho novo em odres velhos; do contrário, o vinho romperá os odres; e tanto se perde o vinho como os odres. Mas põe-se vinho novo em odres novos" (Evangelho de Marcos 2:21-22).

[42] STEIN, Ernildo. Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas, 2ª Edição, Ijuí: Ed. Unijuí, 2008, p. 126.

[43] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. anuário 2004, p.159

[44] GADAMER. Verdade e Método.

[45] STRECK, Lenio Luiz. A Atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica col. 1, nº 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 242.

[46] CARNEIRO, Walber Araújo. Hermenêutica Jurídico-Filosófica: a produção do direito como compreensão no processo jurisdicional. Artigo cedido diretamente pelo autor. p. 6-7.

[47] DICIONÁRIO de Filosofia. Verbetes Hermenêutica jurídica, p. 433.

[48] STRECK. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. Op. Cit., p. 164.

CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISÃO: SOBERANIA E O POSITIVISMO JURÍDICO

CONSIDERATIONS DECISION: SOVEREIGNTY AND LEGAL POSITIVISM

João Carlos Peruque Júnior

RESUMO

Este artigo tem por finalidade fazer uma breve reflexão a respeito da soberania, desde os atributos clássicos, como o poder originário ou ainda os advindo de um contrato, que tem dentre os seus defensores Thomas Robbes, até a conjuntura atual da sociedade, onde notamos, mesmo sempre tendo existido, um poder disseminado na sociedade, ou em outras palavras, estar às regras de conduta difundidas em todo o espaço social. Para embasar esse pensamento, mesmo sabendo da conjuntura em que o autor escreve o texto, fazemos uma releitura do conceito de soberania, principalmente com as idéias de Carl Schmitt e Giorgio Agamben. E este esforço de saber quem é o soberano se faz principalmente para saber se a lei é mesmo definidora da conduta humana como muito se vê difundida, pois para nós a lei é utilizada muitas vezes (quase todas) para justificar uma conduta a ser feita pelo agente soberano. Ou seja, o detentor do poder impõe sua posição e justifica na legislação. Como ilustração do raciocínio podemos citar um fato onde a pessoa foi estuprada e deste ato adveio um feto e ela pretende praticar um aborto. Procura-se um advogado para sua defesa e este em sua tese coloca que em caso de estupro pode ser retirado o filho baseado no Código Penal. Mas levada à decisão do Juiz, é indeferida a autorização, motivo; todos têm direito à vida. E essa convicção, e tem que ficar claro, é muito provável que seja segundo os valores pessoais (pode até coincidir com o pensamento da massa). Mude agora a posição. Se no mesmo caso a Juíza fosse uma feminista, mesmo com toda a tese da defesa colocada na proteção Constitucional pelo direito à vida, a magistrada provavelmente terá, como convicção pessoal, que a ré no processo tem direito a fazer o aborto. Assim, nesta perspectiva, importante para a regra de conduta, não a lei, mas principalmente a persuasão, retórica, e isso somado com 'imparcialidade', ética e valores teremos uma decisão mais JUSTA! E só a Justiça dos que decidem as regras de conduta teremos uma melhor efetividade nos direitos dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVES: SOBERANIA; REGRA DE CONDUTA; DECISÃO

ABSTRACT

This article has for purpose to do an abbreviation reflection regarding the sovereignty, from the classic attributes, as the original power or still happening them of a contract, that has among your defenders Thomas Robbes, until the current conjuncture of the society, where we noticed, same having always existed, a power disseminated in the society, or in other words, to be to the rules of conduct spread in whole the social space. To base that thought, same knowing about the conjuncture in that the author writes the text, we make a releitura of the sovereignty concept, mainly with Carl Schmitt's ideas

and Giorgio Agamben. And this effort of to know who is the sovereign is made mainly to know the law it is same definidora of the human conduct as a lot he/she sees himself spread, because for us the law is used a lot of times (almost all) to justify a conduct to be done by the sovereign agent. In other words, the detainer of the power imposes your position and it justifies in the legislation. As illustration of the reasoning can mention a fact where the person was raped and of this act you/he/she occurred a fetus and she intend to practice an abortion. A lawyer is sought for your defense and this in your thesis places that in case of rape can be retired the son based on the penal code. But mischievous to the Judge's decision, the authorization, reason is rejected; all are entitled to the life. And that conviction, and he/she has to be clear, it is very probable that is according to the personal values (until it can coincide with the thought of the mass). it Changes the position now. If in the same in case the Judge roots a feminist, even with the whole thesis of the defense placed in the Constitutional protection by the right to the life, the magistrada will probably have, as personal conviction, that the ré in the process is entitled to do the abortion. Like this, in this perspective, important for the rule of conduct, not the law, but mainly the persuasion, rhetoric, and that added with 'imparcialidade', ethics, values will have a FAIRER decision! And alone the Justice of the ones that decides the rules of conduct we will have a better effectiveness in the citizens' rights.

KEYWORDS: SOVEREIGNTY; RULE OF CONDUCT; DECISION

INTRODUÇÃO

As regras de conduta pairam sobre o ser humano, (seja como cidadão ou massa). E essa imposição de norma é feita por quem tem poder, ou seja, o soberano.

Assim, no século XVI, começa-se a utilizar esta semântica, soberania, para denominar quem detém o poder sobre algo ou alguém. Poder este colocado como originário (sem derivar) num primeiro momento, e derivado num segundo. Idéia esta utilizada pelos teóricos contratualistas para justificar a soberania do Estado.

No entanto, apesar de sempre ter existido, notamos que o poder não pode ser originário, uno, incindível apenas, ou em outras palavras, há um poder disseminado na sociedade que pode não estar necessariamente no Estado.

Deste modo, o poder está disseminado na sociedade, ou seja, não está apenas no Estado e sim em todo tecido social e quem decide as regras no meio social denominamos agente da soberania, pois este é o soberano daquela decisão. Isto posto, a efetividade dos direitos frente aos cidadãos necessariamente passará nas mãos de quem detém o poder.

E essa é a preocupação do texto, fazer algumas considerações sobre a soberania, nos seus diferentes aspectos, pela importância em saber quem nos impõe regras de conduta. Seriam as tão difundidas leis? Ou teriam outras imposições que não vêm necessariamente delas.

1. SOBERANIA

Soberania, do latim *super omnia ou de superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus) significa, vulgarmente, o poder incontrastável do Estado, acima do qual nenhum poder se encontra.[1]

Para Aristóteles, no que tange à soberania, as leis verdadeiramente boas, ou seja, aquelas corretamente instituídas, devem ser soberanas, e o Magistrado somente exercerá a soberania nas situações em que as leis não sejam aplicáveis de modo claro. Ademais, faz uma observação ainda atual: não se sabe que leis devem ser tidas como verdadeiramente boas e, pois, úteis, questão que, para ele, permanece sempre indecisa.[2]

Há convergência de pensamento entre a leitura aristotélica e Santo Tomás de Aquino[3], no que diz respeito a noção de autoridade, pois para os pensadores, o governo deve ser de homens livres, capazes de dirigirem a si mesmos. Assim atribuem ao povo (*populus*) a capacidade legislativa: na multidão repousava a fonte última de autoridade.[4]

Para alguns autores, é artificiosa a noção de personalidade do Estado. Pressutti, por exemplo, defende a teoria de que o Estado constitui uma organização e não uma pessoa jurídica, pelo simples fato de o conceito de pessoa ser inseparável do de sujeito de direitos, naturalmente limitados, e de, contrariamente, pertencer ao Estado a soberania, que é abstratamente ilimitada.

Ao mestre italiano, muitos objetam que tal qualidade do Estado não é, em si, essencial, nem essencialmente ilimitada.

Considerando o Estado como titular de direitos patrimoniais, não se pode negar-lhe o caráter de pessoa distinta da dos seus órgãos. Em vista de tal dificuldade, faz ressurgir, porém, a noção romana do *fisco*, verdadeira pessoa separada. Nessa qualidade de *fisco*, passa a ser o Estado *pessoa* credora de direitos próprios patrimoniais, mas em qualquer outra qualidade, política ou pública, os direitos, que porventura lhe cabem, são direitos, a rigor, próprios da pessoa física dos seus órgãos.

Mais moderado é, sem dúvida, Berthélemy, que, admitindo a personalidade moral do Estado, entende que isso não implica em admitir ser ele titular de direitos ativos ou passivos, próprio de uma pessoa.

Aceitando a personalidade do Estado como uma ficção assimilação, em relação a pessoa natural, defende Berthélemy, que o Estado é apenas pessoa na esfera das relações que pertencem a todas as outras pessoas privadas, entende que a soberania não lhe pertence em virtude de sua personalidade. Para o autor, nada mais errado que ver no exercício do poder o uso de um direito. A explicação da autoridade pública prescinde da idéia de

personalidade, pois fora do Estado, nenhuma pessoa natural pode exercer o poder de coação.

E continua o teórico francês; é um dos assuntos dos mais candentes em Direito, cumpre então assinalar um fato observável em todas as organizações sociais, dignas do nome de Estado: a soberania.[5]

O termo soberania, porém, apesar de muito utilizado para designar o poder do Estado, não deve se empregar apenas neste sentido, pois reconhecemos dissipado no tecido social também o poder, seja uma soberania familiar (que se observa, por exemplo, na educação e orientação das crianças), religiosa, de trabalho e etc. Ou seja, todos aqueles que de qualquer forma contribuem para a regra de conduta individual ou social. A estes, denomina-se agentes da soberania, tema de relevância neste texto, será mais bem explicado nos próximos capítulos.

1.2 Considerações sobre a Soberania e a Escola Contratualista

Para Hobbes (1588-1679), os homens viviam em estado de guerra constante.

Ao contrário do que afirmava Aristóteles[6], Hobbes conceituava o homem como, por natureza, insocial e inimigo de sua espécie.

Os apetites humanos, ao satisfazer-se, chocam-se, nascendo daí, constantemente, a hostilidade e a guerra. De tal posição não é possível sair, a não ser criando um poder capaz de elaborar e de impor a lei. Nasce daí um pacto chamado *pacto de sujeição*. E cada indivíduo diria então a cada um dos outros:

... autorizo e cedo meu direito de governar-me a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de cederes teu direito a ele, autorizando todas as suas ações da mesma maneira. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado.[7]

Reúnem-se então os homens, estabelecendo um governo, a fim de gozarem de um convívio pacífico.

É pelo pacto que os homens passam a integrar um povo, uma comunidade: antes existe a multidão, a massa.

Caracteriza o aparecimento do povo a instituição de um poder absoluto. Daí a noção de soberania.[8]

Observa-se que, nesse “pacto” há uma total renúncia de todos os seres humanos em favor do idealizado “homem artificial”, que acaba por concentrar todas as forças, poderes e vontades de cada ser humano. Transforma-se, assim, em uma só força, poder e vontade, inseridos num único corpo artificial, qual seja, o corpo político, isto é, o Estado, que exerce o poder absoluto do soberano.[9]

Locke, (1632-1704), afirma que primitivamente, os homens viviam no estado de natureza, livres e iguais entre si, usufruindo certos direitos: liberdade de consciência, propriedade, direito de fazer justiça com as próprias mãos etc. foi a dificuldade, sobretudo, de exercer esse último direito que levou os homens à união, em sociedade política, que nasceu para melhor defender os direitos individuais.

Para a escola de Direito natural e as doutrinas inspiradas na Revolução Francesa, a *soberania* pertence ao povo.

O povo é o sujeito juridicamente primário do poder estatal, e o Príncipe é só um delegado, um órgão, o primeiro magistrado do poder servidor do Estado.[10]

No entanto, vale lembrar que o príncipe para Hobbes era onipotente, como prescreve Villey: “... inquietos, inseguros, infelizes na anarquia do ‘estado de natureza’, que é a violência de todos contra todos, a guerra civil e as misérias, os homens dispõem racionalmente de apenas uma via para escapar de tal destino: entregar-se, pelo pacto, à onipotência do príncipe”.[11]

Cabe ainda destacar, para um melhor entendimento do importante pensamento do autor de *Leviatã*, a seguinte afirmação:

De modo que aparece bem claro em meu entendimento, tanto a partir da que o poder soberano, quer resida num homem, como numa monarquia, quer numa assembleia, como nos Estados populares aristocráticos, é o maior que é possível imaginar que os homens possam criar.

E embora seja possível imaginar muitas más conseqüências de um poder tão ilimitado, apesar disso as conseqüências de falta dele, isto é, a guerra perpétua de todos os homens com seus vizinhos, são muito piores.[12]

Já Rosseau (1712 – 1778), defende em seu pensamento a indisponibilidade dos direitos considerados essenciais ao ser humano. Ou dito com outras palavras, para o autor *Do Contrato Social*, no estado de natureza, retirados de toda autoridade, gozam de igualdade, liberdade, direitos naturais e inalienáveis de que não é possível despojar-se. Criando, porém pelo Contrato Social, “... a sociedade, a esta abandonam aquelas prerrogativas, que alienam, assim com todos os seus direitos, de maneira total”.[13]

A dificuldade, como adverte Rosseau, está em “...encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”.[14]

O pacto cria um corpo novo. Esse pacto, porém, deve ser unanimemente acordado. Mas, estabelecido no contrato, o princípio das maiorias, passou a ser suficiente para estabelecer a *vontade geral*, segundo Paupério, a metade mais uma das vontades individuais.

“O sacrifício da vontade individual cria, assim, um *Eu* comum, dotado de vontade própria, *vontade geral*, que não é a soma das vontades dos indivíduos-membros, mas algo de superior, cuja expressão é a Lei”.^[15]

Assim, define Rosseau no livro *Do Contrato Social*, como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e este poder é o que, dirigido pela vontade geral, recebe o nome de soberania.^[16]

Kant (1724 – 1804) entende o Estado como a coexistência da liberdade, fundada sob o contrato social e tutelada pelo direito.

Como Rosseau, baseia-se Kant na noção de um *estado de natureza*, que se transforma em estado *civil*, pelo contrato. Ou seja, é adepto do *pacto original*, e filia-se a Montesquieu^[17], pelo princípio da separação de poderes.

Para ele, o poder legislativo não pode pertencer senão a vontade coletiva do povo.

No entanto, cabe dizer, em breve análise, que é contraditória a teoria, pois ainda que a soberania corresponda ao povo, depois de constituído o Estado, surge o soberano diante do povo. E esse povo passaria a ser soberano daquele a quem está submetido.

Por fim, Bentham (1748 – 1832) entende que os homens agrupam-se em sociedade e em Estado porque isso para eles é mais interessante e útil. Segundo autor inglês, portanto, o que gera, o que provoca a vida social e política é a *utilidade*, e não a *vontade*. Da utilidade é que nasce a submissão dos homens à ordem política, que pressupõe a soberania, o poder de uns sobre os outros.^[18]

1.3 Atributos Clássicos da Soberania

A soberania tem características, objeto e conteúdo próprio. Antes de tudo, é um poder, *não de fato*, mas *jurídico*. Mas este não é ainda um caráter distintivo da soberania. São caracteres da soberania, verdadeiramente distintivos, assim proclamados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, pela Constituição posterior de 3 - 4 de setembro de 1791 e repetidos, invariavelmente, daí por diante, em quase todas as constituições. Eis as principais:

- a) a unidade – não pode ser múltipla a soberania. Assim como na teologia não se pode conceber mais de um Deus, do mesmo modo não podemos aceitar mais de uma soberania
- b) a indivisibilidade – mas para se exercer se divide, desmembrando poderes distintos

c) a inalienabilidade – é a qualidade pela qual a soberania exclui o conceito de transferência

d) a imprescritibilidade – compreende-se a impossibilidade de decadência, de caducidade da soberania. Conserva-se permanentemente o supremo poder.[19]

Estas considerações sobre a soberania servem de esteio para um conceito na atual conjuntura do mundo do significado de soberania, que como mencionado melhor a denominação de agente da soberania, pois não tem como delimitar apenas uma pessoa ou órgão como por exemplo defendiam os contratualistas. Assim, nos dias de hoje, quando decidir uma regra de conduta para determinada pessoa, família, empresa, país ou até da humanidade. Este poder será o de um agente soberano.

E saber, mesmo consciente da difícil tarefa, de quem seja na sociedade os agentes da soberania é crucial para definir o propósito do presente texto, pois são estes, como mencionado, quem decidem as regras de conduta da sociedade como um todo.

O momento em que vivemos é o do normativo que toma corpo na sociedade atual em detrimento da lei. Em outras palavras a lei, exaustivamente, difundida no meio social como regra de conduta pelo senso comum parece-nos um mito, porque não é a lei definidora da conduta humana como em primeira análise de pensamento entende. É sim o agente soberano para aquela decisão.

Foucault utiliza-se da semântica poder e diz que a unidade e incidibilidade do poder é quebrada. Embora sempre tenha ocorrido na sociedade, o autor Francês abre os olhos para análise de outras formas de poder, comando e autoridade que não esteja necessariamente no Estado. Ou seja, a intenção é deslocar a análise que sempre centrou na gênese do soberano para a fabricação de sujeitos. Ao invés de privilegiar a unidade da lei, perceber a heterogeneidade das técnicas. (1999, p. 52)

Como ilustração do poder não necessariamente advindo do Estado cita o poder religioso, pois é o agente da soberania dita às regras de conduta dos adeptos a essas entidades. Ou ainda uma decisão corriqueiramente levada aos tribunais onde o magistrado numa decisão faz uma sistematização da doutrina, jurisprudência e legislação existente e seleciona, segundo seus valores definidos, os argumentos mais benéficos a sua tese jurídica.

Nesse mesmo pensamento analise um fato onde a pessoa foi estuprada e deste ato adveio um feto e ela pretende praticar um aborto. Procura um advogado para sua defesa e este em sua tese coloca que em caso de estupro pode ser retirado o filho baseado no código penal[20]. Mas levada à decisão do Juiz, é indeferida a autorização, motivo; todos têm direito à vida[21]. E essa convicção parece ser segundo os valores pessoais (pode até coincidir com o pensamento da sociedade). Mude agora a posição. Se no caso a Juíza fosse uma feminista, mesmo com toda a tese da defesa colocada na proteção Constitucional pelo direito à vida, a magistrada provavelmente teria como convicção pessoal que a ré no processo tem direito a fazer o aborto.

E de uma maneira mais manipulada acontece com advogados para defender os interesses do cliente (e os seus), pois muitas vezes as opiniões de um parecer (seu

critério de justiça, sem qualquer ‘interesse’ ou ‘influência’) são diferentes da contida no processo por questão muito provavelmente e primordialmente de ordem econômica.

Outro exemplo seria o Supremo Tribunal Federal, que dentre as suas decisões dificilmente encontramos unanimidade, fato este constatado no acórdão proferido por 6 votos a 5 onde ficou decidido que o crime de estupro não é crime hediondo. Pode-se então tirar como conclusão que Ministros têm “conceitos de justiça” diferentes para solucionar a pena ao autor de um crime de estupro.

Assim exemplificado, será colocado, mesmo de maneira singela, de alguns autores que entendemos embasar este pensamento.

1.4 Doutrina da soberania em Carl Shmitt

Para Shmitt[22], a principal característica do Estado é a capacidade de decisão com respeito aos casos excepcionais ou a de produzir a exceção suprimindo os princípios legais e vigentes. Entende o autor que decisão e soberania são termos que se interpenetram.

Para esse filósofo alemão há íntima e direta relação entre direito e soberania. Isto porque é o soberano quem determina o que é o direito. Daí sua idéia de que não é uma simples norma ou disposição legal que exerce a função de efetivar a teoria da soberania. Surge, então, a concepção schmittiana de “*nomos*”. [23]

Mas assim como law, *nomos* não significa lei, regra ou norma, mas o direito, que tanto é norma, quanto decisão, bem como sobretudo ordenamento; e conceitos como rei, senhor, defensor ou governador, mas também juiz e tribunal, transportam-nos de imediato a ordenamentos institucionais concretos que não são mais meras regras (Estevão apud Macedo Jr., 2001, p. 21).

Assim descreve de maneira genial e de uma contemporaneidade ímpar, mesmo, ciente do contexto épico em que foi escrito: diz: **“a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”**. [24] (grifado)

Ou ainda, prescreve o autor: “A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real”. E, todo direito é situacional. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão. Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório. [25]

1.5. A soberania na perspectiva de Giorgio Agamben

Sustenta o Jusfilósofo (nascido em 1942) ser a exceção a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem potência externa ao direito, como sustenta Schmitt. Ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.[26]

Para o autor de *homo sacer* "...a relação entre soberania e estado de exceção apresenta-se sob a forma de uma identidade entre soberano e anomia. O soberano, enquanto uma lei viva, é intimamente *anomos*.[27]

O soberano exerce o biopoder numa zona de indeterminação em relação à norma (anomia), declarando-se fora da lei e, ao mesmo tempo, estipulando que ninguém pode ser colocado fora do ordenamento.

Este caso é visualizado contemporaneamente nas inúmeras medidas provisórias elaboradas pelo órgão do executivo, sendo que a elaboração de leis são atributos do legislativo. No entanto, nota-se o grande uso de medidas provisórias também com o fim de amoldar a lei ao 'gosto' do executivo. Ou seja, faz-se uma lei pelas vias normais e após a publicação faz-se uma medida provisória mudando alguns de seus aspectos. Exemplo disso foi o Estatuto de desarmamento que após sancionado fez-se uma medida provisória alterando seu conteúdo.

Este quadro, retirado da própria casa civil da presidência da república, visualiza bem a utilização desse mecanismo de poder denominado medida provisória:

MEDIDAS PROVISÓRIAS.

	Jose Sarney	Fernando Collor	Itamar Franco	FHC – 1º Mandato	FHC – 2º Mandato
Governo					
<i>Originária</i>	125	89	142	160	103
<i>Reeditadas</i>	22	70	363	2.449	2.587
<i>Aprovadas ou convertidas em lei</i>	96	74	71	130	98
<i>Rejeitada</i>	9	11	0	1	1
<i>Revogada</i>	2	5	5	12	2
<i>Sem eficácia</i>	6	8	15	3	2

E no governo atual não é diferente pois se utiliza deste mecanismo de exceção a regra com muita intensidade e eficácia para o interesse dos agentes da soberania.

Cabe dizer que este mecanismo se fosse realmente utilizado segundo o que prescreve a lei seria radicalmente diminuído, pois entre outros atributos não pode ser reeditado mais de uma vez, por força da Emenda Constitucional nº 32. Mas o que poderia o legislativo, se realmente tivesse interesse em aplicar a legislação Constitucional, seria aplicar o art. 62 da Constituição Federal, onde prescreve:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Ou seja, o legislativo através do Presidente da Câmara, tem poder de nem apreciar a medida se entender que não há o requisito explícito no texto da lei, são eles: relevância e urgência.

Deste tópico também se pode extrair não ser a lei utilizada e sim uma interpretação, uma adaptação da lei aos mais diferentes e sutis interesses do poder.

Por fim, a última de muitos outros exemplos nesta perspectiva de pensamento foi a liberação pela empresa Petrobrás de 34 bilhões sem licitação (corresponde a 38% de todos os contratos), apenas na gestão Lula. E questionado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) que afirmou ser ilegal por não estar sendo utilizado a lei de licitações, a empresa recorre a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), baseadas no decreto nº 2.745, assinado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em 1998;^[28] que por se tratar de uma sociedade de economia mista, a estatal diz necessitar de agilidade para fechar compras e serviços e fazer frente à concorrência. A lei 8.666/93, contudo, prevê que as sociedades desse tipo também sejam subordinadas a referida lei.

Neste último exemplo ilustra bem a dificuldade de delimitar o poder para saber quem é o agente soberano. Porque o poder 'paira' no decreto do Executivo, na empresa ou nos beneficiários desta tomada de decisão. Parece ser, nesse fato concreto, as empresas favorecidas pelo contrato as detentoras da soberania.

CONCLUSÃO

Como se presenciou nesse trabalho, nos dias atuais é muito importante encontrar ou ao menos delimitar o que é soberania, pois parece ser esse quem impõem regras de conduta nos mais diferentes tecidos sociais.

E se o pensamento acima estiver correto será importante refletir sobre a legislação através da sua conhecida expressão: Está positivado! Não pode fazer isso, a lei não deixa! Estaria essa indagação mitigada pela decisão dos agentes da soberania? Parece que sim, porque o que se presencia, ao menos no direito brasileiro, é a utilização da legislação para justificar sua decisão e não o contrário.

E esse foi, mesmo sabendo da dificuldade do tema, o ponto central do presente estudo, fornecer uma reflexão sobre o soberano e a lei positivada frente à decisão. A lei, como já mencionado, parece ser utilizada, na maioria das vezes, para justificar uma conduta a ser feita pelo agente soberano. Ou dito com outras palavras, o detentor do poder tem primeiramente a posição a ser adotada e a justifica na legislação. Dito isso, o positivismo não é o centro do direito como muito vem difundido, e sim quem decide no caso *in concreto*.

Como ilustração final, para uma melhor análise, visualize o Juiz em uma decisão. Primeiro toma conhecimento do fato e dali muitas vezes por *heurística*, já detém a decisão em sua mente e provavelmente será esta a decisão a ser respeitada. E para justificar sua determinação (que pode até ser justa) menciona a lei, mas na verdade é um ato de vontade do magistrado.

Assim, a grande questão a ser respondida é se a lei, mesmo positivada, deixa margem a discricionariedade? Porque se sempre tiver essa margem não será o primordial para a decisão a lei e sim a vontade de quem tem o poder naquele ato. E este sim é quem poderá conceder a decisão mais plausível não só para o cidadão mas para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARISTOTELES. **A Política**. Tradução de Terezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão, in “Os pensadores” São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo; Malheiros, 1998.

Casa Civil da Presidência da Republica, Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 de out. 2002

CHIMENTI, Carlo. **Droit Constitutionnel Italien**, traduit de l’italien par James E. Grâa, Paris, 1932.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Direitos Humanos Fundamentais, Soberania e biopoder: algumas concepções e considerações históricas**. Artigo (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Hermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRITSCH, Raquel. **Soberania: A construção de um conceito**. São Paulo: Imprensa Oficial SP, 2002.

Macedo Jr, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. Rio de Janeiro: editora Max Limonad, 2001.

Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2^a ed., Forense; 1958.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Os pensadores - 6, 1991.

Schmitt, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del rey, 2006.

ULLMAN, W. **História del pensamento político en la Edad Media**. Barcelona: Ariel, 1983.

[1] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2^a ed., Forense; 1958, p. 15.

[2] ARISTOTELES. **A Política**. Tradução de Terezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão, in “Os pensadores” São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 233-234.

[3] O grande feito de Santo Tomás e Aquino, escreve Ullmann, foi realizar uma síntese entre a filosofia pagã aristotélica e cosmologia cristã, despojando a primeira daqueles elementos inaceitáveis a um crente. (1983, p. 167). Pode haver, é claro, algum exagero na formulação. Mas a ordenação conceitual produzida por São Tomás de Aquino, que incluía não apenas autores pagãos como Aristóteles, mas também as Escrituras e boa parte da tradição medieval cristã acumulada ao longo dos séculos, permitiria pôr num novo patamar de fundamentação filosófica natural, do pensamento político, da jurisprudência e da própria teologia. Mais do que cristianizar os antigos, Tomás de Aquino conferiu à filosofia clássica greco-romana uma nova roupagem, apropriando-a aqui, transformando-a acolá, à moda dos mais respeitáveis pensadores medievais. (KRITSCH, 2002, p. 263)

[4] KRITSCH, Raquel. **Soberania: A construção de um conceito**. São Paulo: Imprensa Oficial SP, 2002, p. 306.

[5] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2^a ed., Forense; 1958, pp. 17-18

[6] Para Aristóteles o bem do indivíduo e o bem do Estado são da mesma natureza. Para ele o bem do Estado é mais importante, mais perfeito e mais divino.

[7] HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 112

[8] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2^a ed., Forense; 1958, p. 77.

[9] ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Direitos Humanos Fundamentais, Soberania e biopoder: algumas concepções e considerações históricas.** Artigo (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2005, p. 12.

[10] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania.** 2ª ed., Forense; 1958, p. 15.

[11] MICHEL, Villey. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 679-680.

[12] HOBBS, Thomas. *Leviatã.* São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 173.

[13] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania.** 2ª ed., Forense; 1958, p. 86.

[14] ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Os pensadores - 6, 1991, p. 23.

[15] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania.** 2ª ed., Forense; 1958, pp. 86-87.

[16] ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Os pensadores - 6, 1991, p. 55

[17] Assim como a Inglaterra conheceu *Locke*, o pensador contra o absolutismo, a França vai conhecer, com o gênio Montesquieu, a criação na obra *Do Espírito das Leis* da técnica de separação de poderes, que resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal.

Essa obra foi criada em 1748, no qual elabora aquilo que o torna mais conhecido nos dias de hoje, as teorias sobre a separação de poderes numa sociedade livre e viável. Sem poderes legislativos, executivos e judiciários limitados e equilibrados não existe liberdade e não há proteção contra os abusos de poder.

Montesquieu afirma em seu livro que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes (legislativo, executivo e judiciário).

A obra de Montesquieu foi ratificada e adaptada por Hamilton, Madison e Jay, foi a essência da doutrina exposta no “O Federalista” de contenção do poder pelo poder, ou seja, o ato de um limitado pelo poder do outro, que os norte-americanos chamaram sistema de freios e contrapesos que foi desenvolvida por *Bolingbroke*, na Inglaterra, durante o século XVIII. E significa, “*Checks & Balances*” no Direito Americano, são os controles exercidos sobre cada um dos três poderes do Estado, para que haja entre eles equilíbrio, sem atingir a sua autonomia. (BONAVIDES, 1998, pp. 137 – 147)

[18] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania.** 2ª ed., Forense; 1958, pp. 93-107.

[19] Paupério, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2ª ed., Forense; 1958, pp. 30-31.

[20] Art. 128 – “Não se pune o Aborto praticado por médico:

(...)

II - se a gravidez resulta de estupro e o Aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

[21] Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...”

[22] Schmitt nasceu em Plettenberg, na Alemanha, em julho de 1888. Seus pais eram católicos fervorosos, pelo que recebeu uma firme educação religiosa que bastante o influenciou em seus escritos.

Suas produções também sofreram muitas influências do quadro político de Weimar, marcado por séria divisão das forças políticas no parlamento alemão. Essa influência se verifica em especial nos estudos por ele desenvolvidos a respeito do uso dos poderes de exceção pelo governante.

Carl Schmitt foi tido como o mais notável constitucionalista alemão a aderir ao nazismo; todavia, como jamais aquiesceu à teoria nazista do racismo biológico, sempre ficou vulnerável em face de seus opositores no partido nacional-socialista. Até por isto estes advogavam sua expulsão do mencionado partido, o que exigiu de Schmitt um aprofundamento com o nazismo. (Macedo jr., 2001, pp. 26-31)

[22] ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Direitos Humanos Fundamentais, Soberania e biopoder: algumas concepções e considerações históricas**. Artigo (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2005, p. 15.

[24] Schmitt, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del rey, 2006, p. 11.

[25] Schmitt, C., *op. cit.*, 2006, p. 13-14.

[26] AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.35.

[27] AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.107.

[28] VALENTE, Rubens. Petrobras já liberou R\$ 34 bi sem licitação na gestão Lula. **Folha S. Paulo**, São Paulo, 10 de setembro 2007, A, 6)

**A CRISE DA RACIONALIDADE POSITIVISTA E AS TRANSFORMAÇÕES
NO PAPEL DO JUIZ: UMA ANÁLISE SOBRE A PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL DO ESTADO ATUAL**

**THE POSITIVIST RATIONALITY CRISIS AND THE JUDGE'S ROLE
TRANSFORMATIONS: AN ANALYSIS ON THE JURISDICTIONAL
RESPONSE IN THE PRESENT STATE**

**Lizana Leal Lima
Fabiana Marion Spengler**

RESUMO

A Constituição Brasileira, na sua construção tinha como finalidade desvincular-se do antigo modelo liberal-individualista vigente até então. Deste modo, nasce o Estado Democrático de Direito, no qual, presentes as garantias jurídico-legais e a preocupação social, presumia-se a lei como instrumento de transformação da sociedade. O Poder Judiciário tem exercido tarefa essencial para a concretização dos anseios sociais no tratamento de seus conflitos. Todavia, tal tarefa tem esbarrado na tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, especialmente no que diz respeito a compreensão da racionalidade instrumental/positivista de aplicação do direito, e, à funcionalidade da esfera judiciária, o que instiga o clamor por mudanças. Neste sentido, o presente artigo visa discutir a crise do Poder Judiciário após a Emenda Constitucional 45, levando em conta o paradigma da cultura jurídica atual traduzido na busca pela certeza e pela segurança face as insuficiências do positivismo jurídico que emergem salientando a necessidade de uma interpretação hermenêutica do texto legal.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO; JURISDIÇÃO; POSITIVISMO; CRISE;
SÚMULA VINCULANTE; INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution, on its construction, aimed to remove the old liberal individualist model active. On this way, it is born the Legal Democratic State, in which is presented the legal-juridical guarantees and the social concern, the reason why it is presumed the law as an instrument of society transformation. The Judiciary Power has performed an essential work on the concreteness of the society wills in the conflicts' treatment. However, this work has faced obstacles on the jurisdiction crisis through the State crisis, especially towards the comprehension of the instrumental/positive rationality of law applicability and to the functionality of the judiciary sphere, which instigates the public claiming. In this context, the present paper aims to discuss about the Judiciary crisis after the Constitutional Amendment n. 45, considering the present paradigm of juridical culture visualized on the search for certainty and security due to

the insufficiencies of the juridical positivism that emerge and ask for a hermeneutic interpretation of the legal text.

KEYWORDS: STATE; JURISDICTION; POSITIVISM; CRISIS; COMPULSORY DOCKET; HERMENEUTIC INTERPRETATION.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são conseqüências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submetido à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente (FARIA, 2001, p. 8-9).

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. Todavia, a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatividade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. As demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitado de forma ampla.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo discutir a crise do Poder Judiciário, centrada em suas duas vertentes principais: a) a transformação do papel do juiz especialmente depois da Emenda Constitucional 45 e da implementação das súmulas

vinculantes; b) o paradigma da cultura jurídica atual traduzido na busca pela certeza e pela segurança face as insuficiências do positivismo jurídico que emergem salientando a necessidade de uma interpretação hermenêutica do texto legal. Nessa esteira, as dificuldades de narrar os fatos processuais e gerar, por conseguinte, uma interpretação adequada também será objeto de estudo.

Esse é, pois, o texto que agora se apresenta.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO PAPEL DO JUIZ E AS LIMITAÇÕES DE SUAS POSSIBILIDADES INTERPRETATIVAS: A VINCULAÇÃO POLÍTICO-JUDICIAL DAS SÚMULAS

Diante das crises pelas quais passa o Poder Judiciário, também os juízes vêem o seu papel transformado. Todavia, o aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas como uma transformação do paradigma filosófico. O aumento do poder da justiça é mais um prenúncio de uma mudança profunda em nossa democracia do que uma realidade concreta. Falar do juiz no singular como uma categoria especial só tem sentido se virmos nele um tipo ideal ao qual sua existência concreta jamais se adapta totalmente. Em outras palavras, se o vemos como sujeito que assujeita o objeto. [1]

Baseado no formalismo, o Judiciário pôde garantir independência estabelecendo sua estrita vinculação à legalidade. Essa independência judicial pode ser classificada em independência da magistratura e do juiz. A primeira diz respeito aos órgãos judiciários e ao ministério público e que corresponde à função de autogoverno do Judiciário, significando o exercício do poder de disciplinar. Já a segunda importa na garantia de que o magistrado não esteja submetido às pressões de poderes externos ou internos. Desse modo, o juiz independente não pode ser concebido como um empregado do Executivo ou do Legislativo, da corte ou do supremo tribunal. Em síntese, a independência (interna ou externa) do juiz existe como um espaço capaz de dotá-lo de independência moral para que possa decidir sem a pressão do Executivo, do Legislativo, do próprio Judiciário ou de pressões externas. [2]

As pressões internas e externas mostram-se prejudiciais àquilo que Piero Calamandrei chama de "gosto pelo sossego" e que envolve a figura dos juízes, assim como a de todos os homens. Por outro lado, conhecendo seus deveres, eles procuram diminuir os tormentos que lhes causam. "Se para cada decisão o juiz tivesse de recomeçar a vencer a angústia da sua tremenda responsabilidade, não viveria mais: o hábito, para os juízes, é condição de trabalho tranqüilo". Justamente por isso, qualquer um que se arrisque a recordar-lhes que da sua sentença depende a vida dos homens que penam, ficam ofendidos como se tratasse de uma indiscrição. Mas, reforça o autor, "os juízes, que mantêm com indiferença aqueles autos à espera em sua mesa, parecem não se lembrar de que entre aquelas páginas se encontram, esmagados e ressecados, os restos de tantos pobres insetinhos humanos, que ficaram presos no pesado livro da justiça" (CALAMANDREI, 2000, p. 264).

Contudo, o sistema de legalidade, se entendido de maneira demasiada acadêmica, com a engenhosa mecânica do silogismo judicial, parece feito justamente para dar tranqüilidade aos juízes, tirando deles a terrível responsabilidade que possuem e ajudando-os a dormir sem pesadelos. Nesse contexto, se um corpo pende da força executada por uma sentença injusta, quem é o responsável pelo assassinato de um inocente? O legislador que estabeleceu a pena de morte em abstrato ou o juiz que a aplicou em concreto? O legislador argumenta: não tenho culpa por aquela morte; a sentença é um silogismo do qual construí apenas a premissa maior, uma fórmula hipotética, geral e abstrata, que ameaçava a todos, mas não atingia ninguém. O assassino é o juiz, porque foi ele quem, a partir de premissas inócuas, tirou a conclusão homicida, a *lex specialis* que ordenou a morte do inocente. O juiz, por sua vez, argumenta: não sou culpado, posso dormir tranqüilo, a sentença é um silogismo do qual não fiz nada mais que extrair a conclusão a partir da premissa imposta pelo legislador. Quem assassinou foi o legislador com a sua lei, a qual já era uma *sententia generalis* em que estava encerrada a condenação do inocente. Legislador e juiz remetem um ao outro a responsabilidade e ambos podem dormir tranqüilos (CALAMANDREI, 2000, p. 271-272)...

Questiona-se então: os juízes devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos? Na visão de quase todos os juízes, advogados, juristas e professores, não, mas Griffiths acha que é inevitável o Judiciário desempenhar um papel político em um Estado capitalista ou semicapitalista. Entretanto, não considera isso uma virtude do capitalismo; pelo contrário, trata o papel político dos juízes como deplorável. Nos Estados Unidos, a opinião profissional sobre o papel político dos juízes está mais dividida. Um grande número de professores e estudiosos do Direito, e mesmo alguns juízes de tribunais prestigiados, sustentam que as decisões judiciais são inevitáveis e corretamente políticas. Quando fazem tal afirmação, têm em mente não apenas as grandes decisões constitucionais do Supremo Tribunal, mas também as grandes decisões civis mais comuns, de tribunais estaduais que aplicam o *Common Law* referente a contratos. Pensam que os juízes atuam como legisladores, embora apenas no que denominam "interstícios" de decisões já tomadas pelo legislativo. Porém, essa não é uma visão unânime nem mesmo entre juristas norte-americanos refinados, e não é a visão que o público em geral tem aceitado plenamente. Pelo contrário, os políticos às vezes fazem campanha para cargos prometendo controlar os juízes que assumiram poder político erroneamente. Mas uma parcela muito maior do público aceita a doutrina política agora mais do que há alguns anos atrás (DWORKIN, 2005, p. 4-6).

Nessa mesma linha de raciocínio, Dworkin se posiciona dizendo que o vocabulário desse debate sobre a política judicial é muito primário e que tanto a visão britânica oficial quanto a visão norte-americana "progressiva" estão erradas. O debate negligencia uma distinção entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, os quais exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. "A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial" (DWORKIN, 2005, p. 6).

Discorrendo sobre a responsabilidade dos juízes, Mauro Cappelletti (1989, p. 91) salienta a existência de um novo modelo que reflete a tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos modernos, cujo sentido busca "ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional - a concepção 'oficial' dos que criam o direito, governam, julgam, administram -, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça". Por conseguinte, afirma que a responsabilidade judicial deve ser vista "em função dos usuários, e assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade - e aquele tanto de separação ou de isolamento político social que é exigido pela imparcialidade - com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o Sistema Judiciário".

Se a interpretação do texto legal objetivar a visão democrática que prima pelos "consumidores do direito", há de se falar em interpretação que poderá "chegar a esvaziar de sentido ou reduzir a importância das disposições legais progressistas, ou mesmo dar a um texto um efeito diametralmente oposto ao objetivo que lhe conferia o legislador, ou mesmo fazer fracassar uma lei reacionária ou refrear sua aplicação, ou ainda, talvez - como no caso da obra do 'bom juiz' Magnaud -, ter um papel criador" (ARNAUD, 1991, p. 199-200).

Nesse sentido, se propõe a discussão a interrogar: a "interpretação" e a "criação do direito" são modelos contrapostos? Quando se diz que a expansão do Direito legislativo, estendida, no Estado da modernidade, a muitos lugares antes ignorados pela lei, acarretou e ainda acarreta a paralela expansão do Direito judiciário, subentende-se a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Desse modo, encontra-se implícito "o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade" (CAPPELLETTI, 1993, p. 20).

Porém, essa interpretação criativa do Direito, que vai além da análise da simples "intenção do autor da norma" ou da "vontade do legislador", possui aspectos e limites que devem ser observados. De fato, se pode reconhecer um certo grau de criatividade em todo o ato de interpretação, o que não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete (CAPPELLETTI, 1993, p. 23). [3]

No entanto, não só o juiz, mas o jurista como um todo, pode ser considerado um "artista da linguagem". Sabendo seus meandros pela "prática dos textos literários, ele é consciente do caráter construtivo e fictício das interpretações que propõe: uma opinião judiciária, uma defesa de causa, uma sentença, são sempre construções de possíveis jurídicos que envolvem a responsabilidade de seus autores". Ao invés de deduzir-se de premissas formais e *a priori*, o Direito deve ser imaginado no meio mesmo das relações de interlocução e das demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social (OST, 2004, p. 51-52). A responsabilidade por uma visão democrática da justiça, especialmente quanto ao tratamento de conflitos, deve ser objetivo de todos os operadores do Direito envolvidos, direta ou indiretamente, com o litígio.

No Brasil, atualmente, a interpretação judicial se depara com uma alteração polêmica introduzida pela EC/45 que atribuiu efeito vinculante às súmulas[4], objetivando gerar segurança jurídica e diminuir o número de processos que tramitam junto ao Judiciário[5]. Essas tentativas de contenção de processos judiciais e de "aceleração" na

resposta aos mesmos (ainda que a eficiência seja apenas quantitativa e não qualitativa) podem ser reconhecidas em alterações legislativas anteriores, cujo golpe derradeiro acontece pelas súmulas vinculantes. Pode-se apontar como exemplos os artigos 38 da Lei 8.038/90, o art. 557 do CPC alterado pela Lei 9.756/98, o art. 285A, introduzido no CPC pela Lei 11.277/06, art. 518, § 1º do CPC, alterado pela Lei 11.276/06.

Desse modo, a opção encontrada no texto da emenda constitucional em vigor aponta a súmula vinculante como contribuição para a solução da crise do Judiciário brasileiro apenas como ratificação das tentativas legislativas anteriores. Fica esquecido o problema da efetividade das decisões judiciais, partindo-se do pressuposto de que a morosidade da justiça se resolverá com um "ataque de funcionalidade" do ordenamento ou do sistema. Isso somente pode se dar partindo de uma profunda mudança na estrutura do Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina o imaginário dos juristas (STRECK, 2005b, p. 107-131).

Procedendo em uma análise minuciosa dos argumentos utilizados para instituição e defesa da súmula vinculante, é possível verificar que possuem forte viés weberiano, especialmente quanto à concepção de dominação legal e de estrutura burocrática. Além da alegada eficiência que seria resultante das súmulas vinculantes (talvez quantitativa, jamais qualitativa), serviriam para a redução da subjetividade judicial no momento do julgamento, "engessando a decisão" e livrando-a de todo e qualquer sentimento que "é muito pouco apropriado para dar apoio a normas que se mantêm estáveis. Pelo contrário, é uma das diversas fontes de aplicação irracional do direito" (WEBER, 1999, p. 72). Afastando a subjetividade, acontece um incremento da previsibilidade[6], valorizada especialmente pelo mercado, dando origem a "um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável" (WEBER, 1999, p. 129).

Essa calculabilidade/previsibilidade prevista nas súmulas vinculantes, festejada pelo mercado que busca segurança ao investir, constitui-se aspecto da inspiração burocrática weberiana, uma vez que sua concepção prevê uma administração burocratizada, sinônimo de administração racional, sendo que é nesse sentido que a padronização de procedimentos pode se tornar um instrumento de eficiência. Porém, não se pode perder de vista que a súmula não exsurge para resolver um caso, mas sim para resolver "todos os casos futuros", como se fosse uma super-norma. Ora, como é impossível um texto (e a norma que dele se extrai) abarcar/prever múltiplas hipóteses de aplicação, o prejuízo é a singularidade de cada uma dessas múltiplas hipóteses que fica "subsumida". No fundo, é a isso que chamamos metafísica jurídica (STRECK, 2006b, p.16). Por conseguinte, as súmulas podem ser consideradas formas racionais de exercício de dominação, pois nelas "se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade - isto é, calculabilidade - intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas" (WEBER, 1999, p. 145).

É justamente nesse contexto que se insere o "paradigma metafísico-objetificante", no interior do qual os verbetes, as súmulas e os denominados "entendimentos jurisprudenciais dominantes" nada mais são do que tentativas metafísicas de

universalização/generalização conceitual, como se fosse possível alcançar essências, desconsiderando, assim, o parecer da singularidade dos casos. A aplicação efetivada pelos juristas se resume a um mero ato de subsunção, produzindo uma simetria perfeita entre o dito universal e o fato singular a ser subsumido (STRECK, 2005b, p. 107-131, passim). Justamente por isso que a instituição de súmulas vinculantes é um problema também de ordem hermenêutica, uma vez que elas representam um retrocesso à metafísica[7] clássica, já que na súmula estaria "condensada a substância", a "essência" de cada "coisa" jurídica, como se as súmulas fossem "juízos assertórios" e uma "preposição" pudesse mostrar o seu sentido. Assim, é preciso ter claro que a "substância" que estaria contida no verbete sumular *destemporaliza o sentido pelo seqüestro da temporalidade* (STRECK, 2005b, p. 107-131, passim).

Portanto, aprovada a súmula vinculante, as sentenças de oito ministros do Supremo tornam-se intangíveis, inexoráveis, implacáveis, valendo mais do que a lei e mais do que a Constituição, pois estas ficam sempre submetidas à crítica judiciária. A súmula não, ela não pode ser criticada, deve, sim, ser aplicada. Mas se a lei não pode impedir que o juiz aprecie questão de ofensa a direito (art. 5º, XXXV, CF), como pode impedir-lo uma simples súmula? Que poder extraordinário e supra constitucional é esse, derivado de norma não elaborada pelo legislador? O fato é que não pode uma súmula pretoriana alcançar o que a lei não alcança. Em resumo, impedir que determinada questão de direito seja livremente apreciada pelo julgador, obrigando o juiz a decidir em um determinado sentido, equivale a excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça ao direito. Ainda, a súmula fará tábula rasa do direito à ampla defesa, porque estará restringindo a defesa com a exclusão do campo ou tese que ela prejudicou (REBOUÇAS, 2004, p. 82-83).

Conseqüentemente, o juiz de primeiro grau deixa de ser a "boca da lei" para se tornar a "boca dos tribunais superiores", com a agravante de que essa constatação acontece ao mesmo tempo em que se pode verificar a introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: "os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas". Nesse caso, conforme a Emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição*" (STRECK, 2005b, p. 114).

Nesses termos, a súmula vinculante sofre pesadas críticas uma vez que fere a independência dos juízes ao vincular as decisões apontando para um autoritarismo judicial, coloca em xeque a especialização de funções, pressupostos do Estado Liberal de Direito e muito disseminada no mundo jurídico atual. [8] Ainda, restam dúvidas quanto à sua real importância no desafio da máquina judiciária, tendo em vista que se vislumbra a eficiência quantitativa, mas não qualitativa. Talvez os articuladores das teses estejam demasiadamente "preocupados com a solução do problema da funcionalidade do sistema, *deixando de lado a discussão dos problemas de solução*, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes aristotélico-tomista e da filosofia da consciência em um plano, e, em outro - embora tais planos não sejam separáveis -, ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista[9]".

Todavia, não obstante as oposições, a súmula vinculante encontra adeptos que a defendem como solução para a morosidade do Poder Judiciário, surgindo como mecanismo concebido para a agilização de julgamentos, em decorrência do óbice às reproduções de demandas cujas teses jurídicas já se encontram pacificadas e garantindo, ao mesmo tempo, segurança e certeza jurídicas no julgamento de processos com características semelhantes. É claro que o tratamento dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os "remédios" a serem aplicados a cada momento, e, por isso, não podem ser engessados; a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, muito além das dificuldades estruturais e funcionais, o Judiciário precisa vencer as dificuldades impostas pela crescente judicialização da política cujo berço é a incapacidade estatal de cumprir com seu papel, fomentada pelas transformações culturais, sociais e econômicas para as quais o Estado não consegue oferecer respostas. Esse tema se abordará adiante.

3 OS PARADIGMAS DA CULTURA JURÍDICA: O SUBSTRATO SOCIAL DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO ESQUECIDO PELO RACIONALISMO

O Judiciário, enquanto instituição estatal que visa o tratamento de conflitos, sempre teve por base o paradigma^[10] liberal-individualista-normativista que já não atende a complexidade socioeconômica crescente dos dias atuais. Inseridos nesse modelo encontram-se uma série de outras características importantes que merecem apreciação para que se possa compreender a crise que a jurisdição atualmente atravessa. Tais características têm como berço o Estado Liberal no qual estão localizados os primeiros esforços para limitar o poder do soberano, tomando por base a lei como ponto central, formadora de um sistema coerente e hierarquizado de normas, cuja principal atribuição é articular relações igualitárias entre os sujeitos de Direito, garantindo a segurança e a certeza jurídica, tornando previsíveis e controláveis os atos das autoridades. Dessas características principais tantas outras decorrem e, na sua maioria, são reconhecidas a partir de Max Weber, que concebe o Direito como algo central na sociedade capitalista e, portanto, na economia moderna^[11].

Por conseguinte, o pensamento weberiano pode ser sintetizado nestes termos: o formalismo^[12] jurídico ocidental, e em particular o continental, é uma característica da produção-interpretação-(re)elaboração de normas que procuram fazê-la o mais abstrata e impessoal possível, indiferentes às considerações humanas. E isso como premissa fundamental para uma aplicação-interpretação das normas ao caso singular o mais objetivamente possível, sem atenção à pessoa, de modo formalmente igual para quem se acha na mesma situação fática. Mais exatamente, na reconstrução histórica weberiana, o formalismo se delineia como condição essencial à edificação de uma nova forma de poder: o domínio por meio de normas jurídicas abstratas nos confrontos de massa dos dominados (súditos ou homens livres). ^[13]

O racionalismo, que pretende determinar a produção do Direito pelo legislador, encarregado de tal tarefa e sua aplicação pelo Judiciário, que tem como único labor alcançar o sentido unívoco da lei, "dizendo-a" conforme a "vontade do legislador", vê o

Direito como uma ciência lógica, exata, matemática. Assim, nesse mundo técnico e mecânico, a qualidade se quantifica e o juízo é substituído pelo cálculo. Tudo se desenvolve em função de mecanismos operatórios e "os resultados se admitem apenas em termos de produção, em que a redução formalizante é a estrutura procurada do racional, em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de auto-regulação, neste mundo assim decerto que aquilo que é humano no homem já não tem lugar" (NEVES, 1995, p. 15).

Esse é, atualmente, o "recheio" da crise do Direito e da jurisdição, o velho paradigma, ainda mantido e cultuado, objetifica o ser, ignora sua historicidade e faticidade, sistematiza o Direito, transforma em técnica e embalada a individualização do homem, interpretando de forma simplesmente literal o texto legal. Partindo desse racionalismo exacerbado, os operadores jurídicos vêem o Direito como uma ciência jurídica, altamente sistemática, da qual se reconhece um grande "interese por las definiciones y las clasificaciones". [14] No embalo da sistematização, do aprendizado mecânico e acrítico desenvolvido nas universidades [15], e o modelo de Direito que hoje predomina no Brasil é aquele da "cultura manuelesca". Desse modo, se construiu um imaginário jurídico produzido a partir de manuais, a maioria de duvidosa qualidade. Com efeito, simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado d'arte da crise. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, através dos manuais, estão desconectados com a complexidade social. Além disso, essa cultura estandarizada procura explicar o Direito através de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social (STRECK, 2006a, p.223-262). [16] Por conseguinte, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos e idealistas, o *déficit* de realidade aumenta dia-a-dia.

Assim, mais do que a superação da crise jurisdicional, é necessário superar a crise do Direito, que vem baseada numa crise de paradigmas com dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstacularizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, uma crise de cunho hermenêutico, que mantém os juristas imersos num imaginário metafísico-objetificante, no qual ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem lingüística ocorrida no século XX. Conseqüentemente, no momento em que o imaginário dos operadores do Direito esquece a diferença ontológica, torna-se possível "separar o direito da sociedade, enfim de sua função social" (STRECK, 2003 p. 134). "Dito de outro modo, o formalismo tecnicista 'esqueceu-se' do substrato social do direito e do Estado". Justamente por isso o Direito deixou de ser um instrumento de transformação da realidade social e a norma legal precisou (mais do que nunca) gerar certeza e segurança, de modo que fica vedada a interpretação e a criação judicial.

É por isso que o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional mecânica foi fomentado, por séculos, objetivando preservar a certeza e a segurança nas decisões. O ideal de certeza e a necessidade de garantia da segurança vêm sendo utilizados com vários propósitos, dentre eles a fixação de limites ao arbítrio dos juízes. No entanto, "su aplicación más importante es un reflejo de la desconfianza en los jueces" de modo que "los jueces tienen prohibido legislar en bien de la certeza. La legislación debe ser clara, completa y coherente en nombre de la certeza". [17] Conseqüentemente, "el proceso de

interpretación y aplicación del derecho debe ser automático hasta donde sea posible igualmente e bien de la certeza." Então, observa-se que a acentuação da certeza "es una expresión de un deseo de crear un derecho a prueba de jueces." (MERRYMAN, 1979, p. 88-89).

Portanto, mais uma vez o juiz se reporta à concepção montesquiana "al suo ruolo originario di 'bocca della legge', perché, infine, 'la legge si applica e non si interpreta'." Por conseguinte, existe previsão legal para o caso concreto que deve apenas ser aplicada. Entretanto, "le valenze creative dell'interpretazione sono inevitabili, essendo necessario scegliere tra diverse opinioni possibili in base al testo della norma e al sistema in cui essa si inserisce: e scegliere significa privilegiare alcuni o altri elementi di valutazione" (CASELLI; PEPINO, 2005, p. 57). Isto se evidencia quando o legislador confia ao magistrado a utilização de conceitos gerais e indeterminados, transformáveis com o decorrer do tempo, tornando-se uma constante em toda a atividade interpretativa. Esse fenômeno conquista dimensões particularmente agudas em um ordenamento caracterizado por uma produção legislativa muito intensa e contraditória. O resultado é, em todo o caso, um sistema no qual a certeza do Direito é, inevitavelmente, um mito.[18]

Uma das bases de sustentação da segurança e da certeza do Direito (além de todos aqueles pressupostos do Estado Liberal) é o clamor social pela previsibilidade da decisão, uma vez que ambos são requisitos típicos do serviço público em um sistema democrático que respeite os direitos do cidadão.[19] Trata-se, na verdade, de alcançar um equilíbrio satisfatório entre a exigência legal e a função judiciária específica (interpretação de uma legislação muitas vezes obscura, tutela de necessidades emergentes e novos direitos em uma sociedade em transformação), que não precisa, no entanto, de engessamento (seja através do culto ao positivismo jurídico, nesse caso, mais geral ou através de emendas à constituição - EC 45/04 - com suas súmulas vinculantes, especificamente sobre a legislação brasileira).[20] A segurança e a certeza jurídica poderiam ser alcançadas, quem sabe, mediante o confronto jurisprudencial e a rigorosa motivação da decisão, uma vez que a necessidade de certeza não se refere à norma legislada abstratamente considerada, prescindindo da *applicatio*, mas da norma interpretada hermeneuticamente.

Na busca de segurança e certeza jurídicas, nasceu o Direito positivo, cuja origem é ligada à formação do Estado da modernidade surgido com a dissolução da sociedade medieval, notavelmente pluralista.[21] Nesse momento, a sociedade assume uma estrutura monista, na qual o Estado concentra em si todos os poderes, monopolizando, inclusive, a produção jurídica. Nesses termos, o Direito passa a ser definido como um conjunto de regras que são consideradas como obrigatórias em uma determinada sociedade, cuja violação dará lugar à intervenção de um terceiro que tem papel delimitado: dirimir o conflito através de uma decisão judicial na qual está contida a sanção a ser aplicada àquele que violou a norma. O positivismo jurídico também contribuiu para a afirmação da crise pela qual passa a jurisdição, sendo o tema agora abordado.

4 O POSITIVISMO JURÍDICO E A INTERPRETAÇÃO NEGADA: A *APPLICATIO* EM PERIGO

O diferencial histórico delimitador do Direito positivo dizia respeito ao período anterior à formação do Estado da modernidade, quando, de fato, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do legislativo, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, podendo utilizar os costumes ou a equidade. Todas se encontravam no mesmo nível de importância, podendo ser aplicadas e constituídas em fontes de Direito. Isso permitia aos juristas tratarem de duas espécies de Direito: o Direito natural e o Direito positivo. Todavia, com a formação do Estado da modernidade, o juiz de livre órgão da sociedade se torna órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário estatal. Conseqüentemente, todas as regras não positivadas passaram a ser vistas como regras de menor importância e seu uso arrefeceu. Em resumo, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a ser aplicada nos costumes ou na equidade. Posteriormente, à função judiciária foi adicionada àquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz. Com a formação do Estado da modernidade, é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar nos costumes ou na equidade, lhe impondo a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, se tornando, assim, o único criador do Direito. (BOBBIO, 1995, p. 26).

Conseqüentemente, o positivismo foi um movimento jusfilosófico nascido no Estado Liberal, no século XIX, que via o Direito como um sistema de normas dispostas hierarquicamente, criadas pela vontade humana em conformidade com outras normas, o qual caracteriza-se pela persecução de um objetivo bastante específico: a segurança e a certeza nas relações sociais.[22] Justamente por isso o positivismo não adota como critério identificador do jurídico "aquilo que é justo", pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça. Exclui-se também "aquilo que é eficaz", pelo risco do arbítrio e a conseqüente imprevisibilidade que segue a este.[23] Então, se a justiça e a eficácia não servem de critério de juridicidade, o positivismo elabora seu próprio critério: a validade.[24] Desse modo, a norma jurídica não é necessariamente justa ou eficaz, e sim válida. (BARZOTTO, 1999, p. 20).

Por conseguinte, para que o projeto positivista seja exitoso, é necessário que a validade e a norma suprema cumpram o papel a que foram destinadas, que é o de possibilitar a autofundamentação do Direito, isolando-o de qualquer valoração moral e do poder político. Todavia, a norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas que formam o sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos das autoridades a quem a norma fundamental confere competência e às outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência estabelecendo as normas positivas deste sistema. Do mesmo modo, uma norma não vale porque tem um determinado conteúdo, ou seja, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada, em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental. (KELSEN, 1984, p. 273).

O positivismo propõe uma análise avaliativa do contexto social, procurando alcançar um conhecimento puramente objetivo da realidade. Por conseguinte, assume uma atitude científica, propondo o estudo do Direito como fato e não como valor. Desse modo, para os positivistas, validade e valor são conceitos nem sempre inseridos num

mesmo contexto, sendo que a primeira indica a qualidade da norma, segundo a qual ela existe na esfera do Direito, como norma jurídica. Ela é válida se faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente. Já o valor de uma norma jurídica indica uma qualidade dessa norma mediante a qual ela é válida conforme o Direito ideal. Segundo o positivismo, distingue-se e separa-se o conceito de validade daquele de valor, considerando que a possibilidade de formular um juízo sobre valor do Direito sustenta que tal juízo se afasta do campo da ciência jurídica.[25]

É nesse sentido que ainda se mantém a procura desenfreada pela busca de um método que possa proporcionar uma interpretação que alcance a vontade da norma ou a intenção do legislador, sem a interferência de qualquer outro fator externo às partes. Assim, pode-se verificar que o "pensamento dogmático do Direito acredita na possibilidade de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo". Ainda se busca auferir o exato "espírito do legislador", sem que se saiba o que isso significa, "a vontade do legislador", como se fosse possível descobri-la quando por ventura "o legislador" troca de partido político ou já morreu, o "espírito da lei" (*sic*), para que se esteja diante de um adepto da corrente subjetivista; afirma que a invocação da "vontade da norma", como se norma pudesse ter algum sentimento volitivo, ou a da "intenção da lei", deveria acompanhar o processo da formação das leis no parlamento, para verificar a existência de intenção (*sic*) da lei, o que é um indício da presença de um "objetivista" (STRECK, 2004, p. 39-41).

Nesse momento, a hermenêutica assume real importância como meio de realizar as condições de possibilidade de compreensão no sentido geral[26], de modo que uma "situação hermenêutica é uma espécie de 'lugar' que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer uma avaliação do campo temático" (STEIN, 1996, p. 53). Para a hermenêutica filosófica, o compreender sempre é ao mesmo tempo, algo que se pode explicitar na linguagem, mas também é algo que faz parte no modo de ser no mundo (STEIN, 1996, p. 60). A compreensão ocorre quanto àquilo que faz parte no nosso mundo sentido. Isso gera a certeza de que primeiro se compreende aquilo que possui sentido[27], através de certos pré-juízos, legados pela faticidade e pela historicidade[28] imbricadas no sujeito.[29]

Então, não se pode falar simplesmente, em "textos jurídicos". "O texto não existe em si mesmo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá, sempre, uma norma. A norma será sempre o produto da interpretação do texto" (STRECK, 2004a, p. 310). Assim, a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que não está contida no texto. No entanto, isto não significa uma separação (ou "independência") entre texto e norma. Desse modo, a função normativa do Direito encontra-se associada à atribuição de sentido que se dá a ela, ao seu conhecimento interpretativo. Conseqüentemente, "interpretar normas es regular comportamientos. Ha sido frecuente, en cambio, la distinción entre una dimensión reguladora del derecho, se ala jurisdiccional o se ala ordinaria y la actividad del jurista como comprensor de sentido y referencias de la norma jurídica (...)" No entanto, essa interpretação acontece sempre baseada na historicidade do intérprete, pois "accede motivado al texto, pues es portador de toda la problemática de lo real, histórico y concreto. No es alguien que se olvida de si mismo para que se escuche solo el texto" (FERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p. 86-87).

Posto que inexistente a "separação" entre texto e norma, ainda é importante salientar uma "diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*" Assim, no plano da hermenêutica jurídica, pode-se afirmar que "a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto "desnudo"*. Ela é, sim, *a construção hermenêutica do sentido do texto*. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*". Justamente por isso que a afirmação "a norma é (sempre) produto da interpretação do texto", ou que o "intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto", nem de longe pode significar a possibilidade deste - o intérprete - poder "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa", atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma) (STRECK, 2004a, p. 312-313).

Discorrendo sobre a interpretação da norma jurídica, observa-se que ela "não está pronta nem substancialmente concluída" (MULLER, 2000, p. 201). Assim, não há que se falar em vontade da lei e vontade do legislador, não se pode conceber a lei simplesmente como um texto e entender que ele encerra em si o sentido da lei. Desse modo, "o sentido já vem antes do texto, na medida em que a lei se projeta no mundo da vida como uma tentativa de resolver casos futuros a partir de situações passadas carentes de regulação adequada, o sentido não aparece só depois, como se tratasse da aplicação de um texto" (SCHAPP, 1985, p. 111-113).

Portanto, não se pode negar que a norma sempre será produto da interpretação de um texto e, nesse sentido, interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*).^[30] A *applicatio* no Direito significa, antes de mais nada, respeitar a experiência concreta levando em consideração as circunstâncias particulares do próprio processo interpretativo (LAMEGO, 1990, p. 169). Conseqüentemente, existe uma unidade entre interpretação e aplicação semelhante entre o conhecimento e a ação, visto que o intérprete sempre pensará a norma jurídica a partir de um caso concreto, independentemente se real ou fictício.

Negar a interpretação como ato aplicativo significaria negar a temporalidade. "Os sentidos são temporais."^[31] A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo" (STRECK, 2006c, p. 327-399). Daí resulta a "impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc)". Por isso, "os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete."^[32] Não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar.^[33] Gadamer vem ao encontro de tal afirmação ao escrever que cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. A compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente* (STRECK, 2004a, p. 392).

Aqui entra a importância da historicidade do jurista que, a partir de sua pré-compreensão, interpreta o texto e o aplica. Porém, nem todos, senão poucos juristas, têm consciência exata do papel que desempenham. Os magistrados, por exemplo, ao julgar, escondem-se sob o texto exato da lei, ou seja, o texto na sua textitude, sendo que, deixando de interpretá-lo, agem como máquinas, as quais o caso concreto é exposto e depois de processado recebe a resposta exata, embasada na norma legal, sem qualquer interpretação. Esse posicionamento encontra respaldo no positivismo jurídico que não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do Direito.

Entretanto (e para tornar tudo mais difícil), arraigada ao positivismo jurídico vem a "discricionariedade positivista" que - muito embora "limitada" pelo ordenamento jurídico - gera, de forma inexorável, uma espécie de mundo da natureza, em que viceja a liberdade interpretativa na qual, queiramos ou não, "cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade".^[34] Isso ocorre porque as "limitações textuais" que deveriam fazer a contenção da discricionariedade, confinando-a aos marcos do ordenamento, acabam sendo ultrapassadas por um "aprimoramento genético" do positivismo: não satisfeito com uma "discricionariedade contida nos marcos do ordenamento", o positivismo, partindo do esquema sujeito-objeto, constrói diversas maneiras de ultrapassar estas limitações (STRECK, 2005a, p. 300).^[35]

É nesse sentido que reside a proposta de examinar a problemática da discricionariedade (ausência de controle na interpretação e nas decisões judiciais) e a sua conseqüente multiplicidade de respostas^[36], partindo de um câmbio de paradigmas que envolve certamente um salto da subsunção à compreensão, do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da regra para o princípio, e, fundamentalmente, do positivismo para o (neo)constitucionalismo. Esse novo paradigma aponta a incindibilidade entre aplicar e interpretar rompendo com o modelo representacional-metodológico atual. Nesse momento, o círculo hermenêutico torna-se condição de ruptura do esquema sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático (faticidade), que serve para cimentar essa travessia (STRECK, Lênio Luiz. 2005b, p. 311-312).

Sendo assim, a hermenêutica propõe a superação do paradigma positivista, indo além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas para a solução do problema da subjetividade judicial. Porém, mais do que fundamentar, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado: "fundamentar a fundamentação". Assim, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas, faz com que nela - na fundamentação do compreendido - o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo (STRECK, 2006a, p. 317).

Nestes termos, negar a interpretação como ato aplicativo é negar o tempo, uma vez que a atribuição de sentidos não foge à temporalidade. Temporalidade essa que é construída e que constrói o Direito e a sociedade, que pode ser diferenciada em duas linhas: o tempo "de-ser-no-mundo" - e aqui a referência é explícita a Heidegger com o seu "Dasein" -, numa exata dimensão de temporalidade autêntica, e o tempo "ordinário", cronológico, previsto na duração da conduta humana.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Tradução de Ángeles Ródenas. In: *Revista Doxa*. Filosofia del Derecho n. 21 - I, 1998, p. 212. Disponible em:).

CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005.

DINAMARCO, Cândico Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenéutica Jurídica: en torno de la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. I. 1992.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução e Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

INWOOD, Michael *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LINS E SILVA, Evandro. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 5, maio, 1997.

MARAFIOTI, Domenico. *Metamorfosi del giudice*. Riflessioni su giustizia e potere. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2004.

MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002.

MARRA, Realino. Max Weber: razionalità formal e razionalità material del diritto. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Milano: Franco Ageli, XXXII/2005/2-3.

MARRAMAIO, Giacomo. *Kairós*. Apologia del tempo debito. Roma- Bari: Laterza, 2005.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

MORENO, Fernando Sainz. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos: 2004.

MULLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do "controle externo" e da "súmula vinculadora" do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, n. 826, ago. 2004.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985.

SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *Exercício de Fenomenologia limites de um paradigma*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. LXXXII. n. 82. Coimbra: 2006b.

_____. Concretização de direitos e interpretação da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. IXXXI. n. 81. Coimbra, 2005a.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

_____. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do Positismo Jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. *Olhares hermenêuticos sobre o Direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006c.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004b.

_____. Quinze anos de constituição - análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Constitucionalizando D.I.R.E.I.T.O.S. - 15 anos de Constituição Brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (Org.). Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. v. 1. t. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005b.

_____. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006a.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Tradução de Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro/São Paulo: UFRJ/Beca Produções Culturais, 2005.

[1] Nesse sentido, ver STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[2] No entanto, Domenico Marafioti, discutindo as metamorfoses dos juízes, aponta para uma característica dessa metamorfose: "che consiste nel predominio di centri di poteri e gruppi di pressione non solo verso l'esterno, ma all'interno, nei confronti della base, sin dall'inizio del reclutamento, secondo cui i novizi, giovani uditori, vengono indottrinati al verbo del potere del giudice, come nelle scuole di partito. Alla soggezione di un tempo allo spirito autoritario e gerarchico, di sapore castale, dell'alta magistratura, è subentrata una nuova condizione umana e professionale del magistrato che - dietro gli orpelli di visioni democratiche ed egualitarie - soggiace piuttosto alla volontà di un élite. È questa che si avvale del fattore organizzativo per diffondere, ed imporre, al corpo giudiziario i valori socio-politici sottesi all'ideologia della magistratura, di cui i magistrati-guida si rendono tutori e garanti" (MARAFIOTI, 2004, p. 06).

[3] Si tratta, in altri termini, di un lavoro creativo - necessariamente creativo - e quindi un'arte. Ma poiché questa attività non si riversa nel mondo dell'estetica, ma nel mondo del diritto, in cui convergono e si scontrano interessi politici, economici, sociali, morali, egoistici, quest'arte non può essere libera; essa deve svolgersi entro canoni, limiti, garanzie: i suoi destinatari non sono i frequentatori di mostre, esposizioni, aste, mercati, più o meno frettolosi, più o meno competenti, ma sono singoli individui, gruppi, collettività, e la decisione è diretta ad incidere i loro interessi e quindi la loro vita (ALPA, 1996, p. 05).

[4] A palavra súmula tem origem latina (*summula*), significa resumo e possui um sentido de sumário ou de índice de alguma coisa. Na verdade, é um modo abreviadíssimo de explicar o teor ou o conteúdo integral de alguma coisa. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem a idêntica interpretação de preceito jurídico em tese e sem caráter obrigatório (SILVA, 2005, p. 1336). Assim consideradas, as súmulas possuem apenas caráter orientativo. No entanto, as súmulas tratadas na EC/45 passam a ter cunho obrigatório, por isso vinculantes, aplicando-se a ações repetidas, que possuam as mesmas características.

Segundo Evandro Lins e Silva, "súmula foi a expressão de que se valeu Vitor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo

reiterado acerca de temas que se repetiam amiudamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juizes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais freqüentes" (LINS E SILVA, 1997, p. 5).

[5] É certo que a sucessão de leis e a EC/45 jamais objetivou uma efetividade qualitativa, mas apenas uma efetividade quantitativa. Com ela busca-se a construção de conceitos com a tarefa de "unificar" a interpretação do direito a partir de uma espécie de "antecipação de diversas hipóteses de aplicação". Em síntese, um texto que contém a(s) própria(s) norma(s) (STRECK, 2006b, p. 16).

[6] Sobre estos presupuestos de predecibilidad se sustenta el derecho. Para cada ciudadano y, también, para cada poder público, "adivinar" lo que puede suceder es un ejercicio constante de intuición y de racionalidad. Las normas se dictan con base al pronóstico de cuál va a ser su eficacia - ¿se van a respetar?, ¿en qué medida? -, y de cuáles van a ser sus efectos directos sobre el comportamiento de aquellos a los que van dirigidas, y sus efectos indirectos sobre los bienes que se pretenden proteger o estimular. Esa predicción la hace quien dicta la norma pero, con frecuencia, traslada a quien debe cumplirla y aplicarla, tarea de concretarla. Y esa predicción tiene que hacerla también el ciudadano no solo de las normas que directa o indirectamente, le van a vincular o afectar, sino también de la valoración que sus actos van a recibir al aplicarse esas normas. La predecibilidad tiene, pues, varias caras conectadas entre sí. Esta ponencia pretende exponer esas conexiones. ¿Como operan para los titulares del poder público? ¿Qué valor tienen para los ciudadanos? (MORENO, 2004, p. 139).

[7] "metafísica vem de uma expressão grega que significa "as coisas depois (meta) da física", atribuída pelos editores a Aristóteles à obra em que trata da "primeira filosofia"... O "meta" em "metafísica" significava originalmente "depois", argumenta Heidegger, mas logo passou a significar "através de", "além", "ultra". Por isso, metafísica passou a significar "ir além das coisas físicas, i.e., naturais, i.e., dos entes" (INWOOD, 2002, p. 111).

[8] Segundo as queixas dos magistrados que compõem o STF e o STJ, o principal fator de obstrução do andamento dos seus trabalhos é o imenso recebimento de feitos repetitivos. Foi justamente essa abundância de causas iguais que inspirou a feitura de Súmulas. A Súmula resolve com toda a rapidez os casos que sejam repetição de outros julgados, por simples despacho de poucas palavras do relator. Faz muito tempo que o Supremo não edita novas súmulas, talvez há mais de doze anos. A ausência de súmulas retira do julgador o instrumento para solucionar, de imediato, o recurso interposto ou a ação proposta. Por outro lado, os tribunais e juizes inferiores, que, de regra e geralmente, utilizam as súmulas como fundamento de suas decisões, não têm como se valer delas, inclusive para a celeridade de seus pronunciamentos. É muito difícil, devem ser raríssimos os casos de rebeldia contra as súmulas. Ao contrário, os juizes de segunda e primeira instância não apenas as respeitam, mas as utilizam como uma orientação que muito os ajuda em suas decisões. Todos sentem falta das Súmulas, que se tornaram instrumentos utilíssimos a todos os juizes e aos advogados. Elas, na prática, já são quase vinculantes, pela tendência natural dos juizes em acompanhar os julgados dos tribunais superiores. *Torná-las obrigatórias é que não me parece ortodoxo do ponto de vista da*

harmonia, independência e separação de poderes. Todos os juízes devem ter a independência para julgar de acordo com a sua consciência e o seu convencimento, inclusive para divergir da Súmula e pleitear a sua revogação (LINS E SILVA, 1997. p. 58-59).

[9] Na medida em que a preocupação da ciência jurídica deve fincar raízes na *efetividade qualitativa*, calcada em problematizações interdisciplinares que apontem para a construção das condições de possibilidade de uma aplicação do Direito naquilo que ele tem de possibilidades prospectivas dirigidas ao resgate das promessas da modernidade, circunstâncias implicam na denúncia de toda e qualquer tentativa de inibir o acesso à justiça e a realização dos direitos fundamentais previstos e instituídos pelo constituir da Constituição, *tornando-se necessário apontar e denunciar todos os obstáculos que se contrapõem a esse desiderato*. (STRECK, 2005b, p. 121-123).

[10] É necessário dizer que a palavra "paradigma" vem utilizada aqui como algo concebido à imagem de uma matriz disciplinar, significando uma teoria básica, uma tradição científica aceita a ponto de suspender o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas. Assim, para fins de construir o presente item, o paradigma significa a expressão uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, determinando os problemas investigados, os dados considerados pertinentes, bem como as técnicas de investigação a serem utilizadas e os tipos de solução admitidos. Desse modo, um paradigma impede que uma discussão se torne interminável em torno de problemas improdutivos e insolúveis. Nesse sentido, ver KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

[11] Aqui é importante a leitura de SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Tradução de Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro/São Paulo: UFRJ/Beca Produções Culturais, 2005. p. 155 et seq.

[12] O formalismo, de fato, não é simplesmente uma doutrina lingüística, mas uma doutrina indissolúvelmente ligada a elementos centrais da tradição liberal. Isso envolve o específico modelo antropológico, as específicas noções de comunidade, de racionalidade, de prática e de política apropriadas pelo liberalismo (SANTORO, 2005, p. 44).

[13] Da questo punto di vista le esigenze formalistiche del detentore del potere s'incontrano con le istanze universitarie, impegnati da secoli nella costruzione di un diritto razionale, sistematizzato, tecnicamente più evoluto, e per questo meglio utilizzabile nella pratica e più facilmente trasmissibile con l'insegnamento. Solo una burocrazia razionalizzata in senso prevalentemente formale può combattere il privilegio, giacché afferma un'uguaglianza giuridica in senso oggettivo e rifiuta in linea di massima le soluzioni "caso per caso". (MARRA, 2005, p. 49).

[14] Tudo isso porque "gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica e acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una

definición no se ve como algo convencional, válido solo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad" (MERRYMANN, 1979, p. 113).

[15] "as faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a "sabedoria" codificada e a conviver "respeitosamente" com as instituições que aplicam (e interpretam) o Direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos" (FARIA, 1987, p. 24).

[16] O mesmo autor vai além, exemplificando sua afirmativa: alguns exemplos beiram o folclórico, como no caso da explicação do "estado de necessidade", constante no art. 24 do CP, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) utilizando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) "sobem em uma tábua" e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade...!) A pergunta fica mais "sofisticada" quando o professor resolve discutir o "foro de julgamento" de Caio (entra, então, o relevantíssimo debate acerca da origem da referida tábua, como se pudesse haver outra flutuando em alto-mar, além daquela que, com certeza, despregou-se do navio naufragado...!) No exemplo, devem existir muitas tábuas, talvez milhares - em alto-mar, para que um dos personagens, nascidos para servirem de exemplo no direito penal, agarre-se a ela. Interessante também o exemplo utilizado para explicar as concausas constantes nos artigos 13, do CP.

[17] Mas "il fatto é che il sistema legislativo non è una realtà preesistente all'interpretazione, qualcosa di perfetto, di cristallizzato, di formalmente definito rispetto a cui è possibile un'unica lettura. C'è sempre necessità di un bilanciamento, di una sottile attività tesa a soppesare i valori che la stessa Costituzione esprime" (CASELLI, 2005, p. 63-64).

[18] "Sia nel quadro istituzionale e culturale della common law, fondata sull'efficacia vincolativa dei precedenti, sia in quello dei sistemi continentali, la certezza del diritto è apparsa ad alcuni valori in tutto o in parte tramontato, della 'società in trasformazione', oppure, più radicalmente, non un valore ma un mito, un'idea ed un'aspirazione illusorie" (MARINELLI, 2002, p. 137).

[19] Na Europa, foram invocadas em particular duas medidas profiláticas a fim de garantir um grau satisfatório de certeza. Alguns pensaram resolver o problema da certeza redigindo os textos normativos de modo rigoroso, utilizando termos técnicos e precisos que não deixam espaço para a ambigüidade. Naturalmente, dado que nenhuma formulação lingüística pode determinar como o juiz interpretará a norma, esta estratégia foi contraproducente: produziu normativas minuciosas e incompreensíveis que terminaram por aumentar a incerteza do Direito. A maior parte dos juristas europeus, para restituir a certeza às disposições normativas individualizadas, voltou, então, a enfatizar a importância da estrutura do Direito (SANTORO, 2005, p. 48).

[20] Segundo Vincenzo Marinelli, "un minimo di certezza del diritto è comunque necessario: se la certezza mancasse del tutto, non si potrebbe nemmeno più parlare di diritto. Dove infatti le regole non sono certe, e i relativi meccanismi di controllo e di sanzione non sono affidabili, c'è crisi della legalità, senz'altro, anomia. In qualsiasi

società bisogna poter contare un'adeguata stabilità di significato delle norme giuridiche, sul sicuro o probabile raggiungimento di determinati effetti se le si osserva, sulla reazione alla loro inosservanza" (MARINELLI, 2002, p. 134).

[21] Aqui, o termo "pluralista" vem utilizado para definir uma sociedade constituída por uma pluralidade de grupos sociais, cada um dispendo de um ordenamento específico, nos quais o Direito acontecia como um fenômeno produzido pela sociedade civil e não pelo Estado.

[22] O positivismo foi, também, uma resposta à necessidade de frear o poder do Leviatã estatal submetendo-o ao controle dos juízes. É por isso que a trajetória do Estado de Direito na Europa continental foi, nesse momento, uma grande tentativa de juridicizar o poder, enfatizando os aspectos substanciais mais do que os formais na tentativa de fazer sobreviver o poder soberano e a liberdade individual (SANTORO, 2005, p. 29).

[23] La idea del derecho positivo es la idea de una disposición que ha llegado a ser derecho de manera arbitraria, que es considerada como fuente de derecho en virtud de algún hecho o acción que no tiene ninguna conexión intrínseca con el contenido, sustancia o cualidad de la disposición misma. Ha sido establecida, y esto es lo importante; por lo tanto aquí está, y nuestra obligación como jueces o académico es hacer algo jurídico de esto, y no de cualquier otra cosa que pudo haber sido establecida en su lugar (WALDRON, 2005, p. 113).

[24] En nuestra teoría del derecho, la validez jurídica remite al hecho y al momento de la aprobación más que al proceso parlamentario en su conjunto, precisamente porque muchos de los elementos que forman parte de la deliberación que precede a la aprobación no pueden ser considerados como parte integrante de una ley aprobada (WALDRON, 2005, p. 52).

[25] É nesse sentido que o positivismo sofre críticas importantes: "no deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque como deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotiva, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite" (CASAMIGLIA, 1998, p. 212).

[26] L'ermeneutica giudiziaria si caratterizza come un'ermeneutica 'regionale' e rimanda, ut sic, ad un quadro più allargato: quello dell'ermeneutica generale. La concezione ermeneutica rifugge dalle assolutizzazioni del sapere, considerandolo essenzialmente come rete di precedenti, stratificazione e collegamento di significati, catena di interpretazioni, e assegnando importanza cruciale al rapporto tra presente e passato, in entrambi le possibili direzioni: influenza e condizionamento del passato sul presente, ma altresì del presente sul passato. (MARINELLI, 2002, p. 25).

[27] Heidegger analisa o sentido sob dois pontos de vista: descreve a *estrutura do sentido*, que é a descrição dos objetos estruturados no mundo, mas nisso também perguntamos sobre *o sentido da estrutura*. Por que o ser humano tende sempre a estruturar o sentido e não sustentar o sentido puro? É impossível sustentar o sentido puro; por isso, para Heidegger, nunca se dá uma compreensão pura; sempre se dá uma compreensão ligada às condições e ao modo de ser-no-mundo. Aqui, evidentemente, não poderemos entrar em muitos detalhes, mas se situa o núcleo de todo o processo hermenêutico (STEIN, 1996, p. 70).

[28] Grondin diz que "nós pertencemos à história mais do que ela nos pertenceria. Esta historicidade da aplicação exclui a representação de um ponto zero da compreensão. A compreensão é sempre a continuidade de uma conversação já iniciada antes de nós. Projetados para dentro de uma determinada interpretação, nós continuamos essa conversação. Dessa forma, nós assumimos e modificamos, por nossos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e no seu presente em nós" (GRONDIN, 1999, p. 194).

Ao falar sobre Historicidade, Ernildo Stein se remete a Gadamer e acrescenta que sua dimensão serve para "mostrar como todas as manifestações culturais são sustentadas por um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e que nunca conseguiremos trazer totalmente à tona. As formações culturais, sejam elas manifestações na Arte, na Ciência ou na Literatura, são acompanhadas de um processo de pré-compreensão cuja explicitação passa a se tornar tarefa de uma hermenêutica que o filósofo chamará de filosófica." (STEIN, 2004, p. 163).

[29] Si è qui, come è agevole rilevare, agli antipodi rispetto all'utopia intellettualistica della *tabula rasa*. Peraltro l'affermato condizionamento da parte della tradizione non significa determinismo meccanico: fra la tradizione e l'uomo non vi è un rapporto di causalità, ma di reciproca progressiva formazione. L'uomo, nel suo esistere, è costituito dal retaggio spirituale ricevuto dai padri, ed egli concorre con gli altri uomini, a modificarlo grazie alla sua libertà di scelta (MARINELLI, 2002, p. 28-29).

[30] "A íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a *aplicação*. (...) pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação" (GADAMER, 2003, p. 406-407).

[31] Sobre o assunto, é importante a leitura de MARRAMAIO, Giacomo. *Kairós*. Apología del tempo debito. Roma- Bari: Laterza, 2005. p. 73 et seq.

[32] As relações entre temporalidade e a interpretação refletem, sem sombra de dúvidas, a influência de condicionamentos do passado sobre o futuro, o que não significa que a legislação positivista do passado deva ser sempre interpretada da mesma maneira, ignorando a complexidade e as transformações sociais do presente. Por isso, a hermenêutica aponta para dois aspectos possibilitadores de tal relação: Il primo aspetto riguarda tanto il conoscere che il fare. La comprensione no superficiale del presente può avvenire solo mediante il passato. Non soltanto in grandi eventi storici, ma anche la quotidianità, dai processi formativi medesimi ad ogni sorta di attività umane e di loro prodotto, reca l'impronta del passato e non può essere oggetto di approfondita

conoscenza senza l'approccio diacronico, senza il proposito e la capacità di non appagarsi di una visione temporalmente appiattita. Il secondo aspetto, il condizionamento del presente sul passato, riguarda invece solo il conoscere. La comprensione del passato avviene, e non potrebbe essere altrimenti, attraverso il presente. Si richiede quindi consapevolezza dell'influenza che sui processi mentali rivolti alla conoscenza degli accadimenti è esercitata dal nostro modo di essere, da quello che facciamo, dalle teorie nei cui termini siamo abituati a pensare o di cui accettiamo i modelli.

La ragione per cui l'incidenza del presente sul passato riguarda solo la sfera ha un nome ben preciso: imm modificabilità del passato, contrapposta al continuo modificarsi della sua conoscenza, che sottolinea il carattere attivo di essa e il ruolo fondamentali svolto al riguardo dalla soggettività interpretante.

Occorre aver chiara, in linea di principio e nelle concrete esperienze di vita, l'interdipendenza tra passato e presente, sia ontogenica (radici biologiche) sia filogenetica (cultura, intesa come apprendimento anche di ciò che è accaduto prima apprendimento abbreviato e necessariamente trasformato, rispetto alla percezione di chi ha direttamente vissuto quelle vicende). (MARINELLI, 2002, p. 25-26).

[33] (...) A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão (STRECK, 2004a, p. 406).

[34] No entanto, é difícil contestar a discricionarietà do juiz quando um dos princípios do processo civil é justamente o "livre convencimento do juiz". Isto pode ser evidenciado por autores brasileiros conhecidos, cuja "cultura manuelesca" disseminam: "O juiz é livre na apreciação da prova. Vigorando o princípio do livre convencimento, não está o juiz adstrito a nenhuma prova, nem tem qualquer delas, em razão de sua peculiaridade, mais valor do que outra. Pode o juiz, por exemplo, dar prevalência à prova testemunhal sobre a pericial e vice-versa". Com base nessa afirmação, o autor tratar do princípio da livre apreciação da prova e na sua seqüência, embasa o princípio do livre convencimento, salientando o poder do juiz de decidir como quer, muitas vezes com base nas suas experiências de vida, contrariando a necessidade das partes (e portanto social) (SANTOS, 2006, p. 180). Nessa mesma linha, Candido Rangel Dinamarco afirma: "... o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhes apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça." Completa afirmando que o juiz não pode alterar "... os desígnios positivados pelo estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas ..." E vai além ao dispor de quando o juiz pode "influenciar" a decisão: no processo de "conhecimento ele tem condições de influir no teor da decisão que virá: no executivo, pode influir no bom ou no mau êxito dos resultados práticos visados, maior ou menor sacrifício para o devedor, em ambos depende dele em boa parte a presteza na obtenção dos resultados" (DINAMARCO, 1999, p. 200). Pasmem, na concepção desses e de muitos outros autores, cujas obras são indicadas e utilizadas nas Uem, s: Vozes, 1994. (Coleção universidades, o juiz é um deus todo poderoso que influencia, conforme seus princípios

(ou sua discricionariedade?) a prestação jurisdicional. Portanto, torna-se cada vez mais difícil falar de câmbio paradigmático e de hermenêutica filosófica quando o paradigma positivista e a discricionariedade encontram-se assim tão arraigados na cultura jurídica brasileira, sendo revisitados, cotidianamente, pelos futuros operadores do Direito.

[35] Ver nesse sentido também STRECK (2006a, p. 165-166): "O direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja" [...] Se os juízes podem "dizer o que querem" sobre o sentido das leis ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história - na medida quem o Legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação - não significando uma queda na irracionalidade e tampouco uma delegação em favor dos decisionismos. Nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc) está autorizado a fazer interpretações discricionárias.

[36] A discussão quanto à possibilidade de encontrar "a resposta correta" é consequência da abordagem feita anteriormente. Porém, devido aos recortes feitos na delimitação do texto, ela não será aqui entabulada. No entanto, é importante fazer referência, em nota explicativa, sobre como ela vem sendo tratada no cenário brasileiro: "negar a possibilidade de que possa existir (sempre) - para cada caso - uma resposta conformada à Constituição - portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) -, pode significar a admissão de discricionariedades/arbitrariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado de Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas. É possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta (STRECK, 2006a, p. 273).

A TÉCNICA PROCESSUAL E A INSTRUMENTALIDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA

LA TECNICA PROCESSUALE E LA STRUMENTALITA NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO UMANO DI ACESSO A GIUSTIZA

**Luciano Picoli Gagno
José Roberto dos Santos Bedaque**

RESUMO

O trabalho em foco tem por objetivo propor resposta ao problema concernente à possibilidade de os magistrados se libertarem do legalismo rígido, que ainda impregna a praxe, principalmente no que tange a idéia de técnica processual, a fim de que eles se orientem por uma razão humanística na prática de atos processuais não previstos em lei, mas indispensáveis a efetividade da promessa constitucional de justiça. Nesse contexto, coloca-se como questão secundária, o problema relativo à preponderância dos escopos do processo sobre a legalidade estrita, que, respondida, influenciará a idéia de instrumentalidade processual. Assim sendo, em busca de respostas a tais questões, a pesquisa desenvolvida transitará não só pela evolução das idéias de Estado de Direito e devido processo legal, mas principalmente pela constatação da ruína positivista, marcada pelo ingresso de valores humanísticos no âmbito jurídico, materializados por inúmeras convenções globais sobre direitos humanos, que proporcionam aos operadores do direito uma razão crítica e o questionamento de inúmeros preceitos fixados pela dogmática.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TÉCNICA PROCESSUAL – INSTRUMENTALIDADE – DIREITOS HUMANOS

RIASSUNTO

Il lavoro in fuoco ha per obiettivo proporre risposta al problema concernente alla possibilità dei magistrati si liberarsono del legalismo rigido, che ancora impregna la prassi, principalmente nel che tocca l'idea di tecnica processuale, affinché loro si orientano per una ragione umanistica nella pratica di atti processuali non previsti in legge, ma indispensabili alla effettività della promessa costituzionale di giustizia. In tale contesto, si colloca come questione secondaria, il problema relativo alla predominanza degli scopi del processo sulla legalità stretta, che, risolvita, va influenzare l'idea di strumentalità processuale. In questo modo, in busca di risposte a tali questioni, la ricerca sviluppata va transitare non solo per la evoluzione delle nozioni di Stato di Diritto e dovuto processo legale, ma principalmente per la constatazione della rovina positivista, marcata per l'ingresso di valori umanistici nell'ambito giuridico, materializzati per diverse trattati globali sui diritti umani, che propiziano agli

operatori del diritto una ragione critica e il questionamento di vari precetti fissato per la dogmatica.

PAROLE CHIAVE: PAROLE-CHIAVE: TECNICA PROCESSUALE –
STRUMENTALITA – DIRITTI UMANI

1 INTRODUÇÃO

A evolução da ciência processual desencadeada no século XIX foi vítima de um natural processo de amadurecimento, que a conduziu para um isolamento dos demais seguimentos do direito e desaguou num formalismo acrítico, fechado em si mesmo e alheio aos escopos jurisdicionais[1], ou melhor, aos escopos humanísticos que devem permear toda cultura humana.[2]

No século XX, principalmente com o advento do Estado Social, pôde-se presenciar o início de uma virada metodológica no trato dos institutos processuais, já que a concepção liberal, individualista e burguesa de Estado fora cedendo espaço por outra mais engajada, que tem o Estado como um ente responsável pela prestação de serviços básicos e indispensáveis à existência coletiva harmoniosa, encaixando-se entre tais serviços a tutela jurisdicional de monopólio estatal.[3]

Era o início da idéia de instrumentalidade, que, entretanto, ainda não possuía objetivos éticos homogêneos e bem definidos, ou seja, o processo começou a ser visto como instrumento, mas ainda era um mero instrumento da ordem positivada, sendo muito incipiente a conscientização dos seus escopos puramente social e político.

Nesse novo contexto, inerente ao Estado Social de Direito, que teve como força motriz as mazelas criadas pelo paradigma anterior[4], sentiu-se, após um vasto e cinzento período de vigor de uma falaciosa neutralidade, a influência incontestável de uma nova perspectiva do direito como um todo, ou seja, de uma nova forma de se enxergá-lo, detentora de uma preocupação mais contundente com o homem ao invés dos velhos anseios por neutralidade[5], perspectiva esta, que apesar de não poder ser rigidamente compartimentada – como também não o pode a idéia de Estado Social, pode muito bem ser contextualizada, já que emergiu com maior força após a Segunda Guerra Mundial[6], através de um equilíbrio entre as razões do positivismo e do direito natural[7], o que por muitos ficou conhecido como pós-positivismo e deu origem a teoria crítica do direito, termo genérico que identifica inúmeros movimentos de reconstrução do direito a partir dos novos contornos por ele adquiridos.[8]

Com o influxo de tais transformações, construiu-se aos poucos, nas décadas seguintes, uma nova visão do processo, que ao invés de ser discernido apenas como uma relação jurídica, ou um instrumento a serviço da ordem posta, começou a ser pensado como um genuíno instrumento de pacificação social com justiça, ou seja, sob um panorama axiológico e ético, momento, que com o passar dos anos, ficou emblematicamente conhecido como o paradigma da instrumentalidade[9], uma instrumentalidade que já havia sido descoberta, mas, que desse momento em diante não se prestava mais a

qualquer fim determinado pela ordem positiva, senão ao alcance de um processo justo, amplamente modelado pelos princípios constitucionais e que proporcionasse maior chance de obtenção de decisões justas também.[10]

Dentre as boas novas trazidas por essa mudança, aperfeiçoada ao longo do tempo, a doutrina se ocupou de dicotomizá-las em aspectos negativos, que exigem o desapego ao formalismo exacerbado e inútil, desprovido de propósitos relevantes para o direito material, o que dá substância ao princípio da instrumentalidade das formas, visto agora com uma incidência muito mais amplificada[11], e aspectos positivos, que exigem uma mudança não só de postura por parte de todos aqueles que de alguma forma lidam com o processo, mas também de uma repaginação da conformação tradicional do processo, principalmente com a superação de dogmas anacrônicos e inconvenientes, que tornam excessivamente custosos os litígios, olvidam a tutela de direitos coletivos e a possibilidade de composições extrajudiciais, castram a curiosidade do magistrado e renegam o princípio da adaptabilidade.[12]

Tais aspectos são a tradução dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, que se desdobram na busca pela harmonização e educação da sociedade, pela proteção das liberdades, da estrutura política e do direito de participação nos rumos do Estado, bem como pela integridade do ordenamento jurídico, através da aplicação do direito, que não deve ser reduzido à lei, numa visão exclusivamente jurídica do fenômeno normativo, indiferente com os valores sociais a serem protegidos por ele.[13]

Dessa maneira, pensando que a emersão dessa lógica humanística do direito como um todo, provavelmente gerou conseqüências que vão além das explicitamente identificadas pelo paradigma instrumentalista até o momento, mas, que, entretanto, se alicerçam também nos seus fundamentos justificadores e nos escopos que o direciona, agora nos cabe revelar o problema a ser enfrentado por esta pesquisa, qual seja: seria possível extrair, através do pós-positivismo e das novas visões sobre o direito e os princípios por ele trazidas, alguma conseqüência no que tange a idéia de técnica processual e instrumentalidade, que, por via de conseqüência, transforme o próprio modelo de condução dos processos, ainda estritamente legalista e apegado a tipicidade das formas na prática?

Na busca pela resposta ao problema acima, nos encaminharemos, também, rumo à resposta ao seguinte questionamento secundário, concernente a idéia de instrumentalidade: os escopos do processo, bem delimitados pelo paradigma instrumentalista no atual contexto, se submeteriam ao legalismo ou permitiriam a superação dele, o que possibilitaria conhecê-lo como uma instrumentalidade humanística, já que o isolamento do termo instrumentalidade nada diz quanto aos fins que expressamente norteiam o processo justo, mas que nem por isto deixou de ser instrumento?

Mirando em respostas a tal questionamento, nos valeremos do método dedutivo de pesquisa, a fim de alcançá-las a partir de premissas gerais já fixadas pela teoria da instrumentalidade do processo, dos direitos humanos e fundamentais e do processo justo.

2 TÉCNICA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE: SEUS SIGNIFICADOS E SUAS EVOLUÇÕES

A técnica em geral denota a “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”[14], o que permite concluir que a técnica processual compartilha do mesmo conceito, porém, com determinados resultados almejados, já que a Jurisdição e, por isto, o Processo possuem ambições próprias e específicas a serem alcançadas[15], principalmente nessa nova quadra pós-positivista, como dito acima.

Nesse contexto, percebe-se que a idéia de técnica está intrinsecamente ligada à existência de objetivos que a norteiam, sendo certo que, inexistindo-os, torna-se insubsistente também qualquer razão que justifique a idealização de uma técnica, pois “é cega toda técnica construída sem a visão clara dos propósitos a serem atuados”. [16]

Em virtude disto, podemos fazer um corte epistemológico que evite o estudo da técnica processual em períodos anteriores ao século XIX, haja vista, que se antes de tal data sequer tínhamos a consciência da existência de uma ciência processual e dos seus objetivos particulares, *a fortiori* não haveria como se ter consciência de uma técnica relacionada a eles.

Havia em tal época o chamado sincretismo ou imanentismo, que misturava em um só plano o direito material com o processual[17] e impedia uma compreensão aprofundada deste fenômeno, a ponto de obstaculizar, por consectário, a identificação de seus fins para o aprimoramento de seus meios; a ação era vista como mero consectário da violação do direito e não como um direito autônomo.

Apesar de se pensar na finalidade da ação, que serviria para a tutela dos direitos, não se discernia que o procedimento instaurado a partir dela era muito importante, ainda que inexistisse direito a ser tutelado, por ele ser um reflexo da cultura que permeia a respectiva sociedade e ter singular influência na qualidade do resultado final, tendo inúmeros reflexos sobre a esfera jurídica dos indivíduos e da coletividade, devendo corresponder, por isto, aos anseios e valores por ela estabelecidos, ignorância esta, que acarretava o completo menosprezo ao estudo dos meios que possibilitavam o alcance de tal fim.

A partir do momento em que se identificou a existência de um direito de ação exercido contra o Estado e do conseqüente surgimento de uma relação autônoma em cotejo com a de direito material, que reclamava um disciplinamento próprio por ter pressupostos e objetos próprios, passa-se então a fase autonomista do processo[18], sendo assim, mais pertinente a preocupação com a técnica, apesar de em tal época se compartilhar de uma concepção privatista do processo, ou seja, fundada na existência de uma relação processual autônoma sim, mas também no fato de tal relação ter por escopo somente a resolução do problema das partes, o que, por isto, sujeitava-a aos desígnios delas, assim como as demais relações jurídicas, orientação que era fornecida pelo princípio dispositivo.[19]

Nesse panorama, a técnica era orientada por tal cunho privatista, ou seja, pelo interesse das partes, além do próprio anseio autonomista, razão pela qual fora sobre tais interesses

que ela se estruturou, o que traz reflexos ainda hoje, mesmo com a percepção já antiga dos contornos publicistas e instrumental do processo e seus escopos.

Com a transformação metodológica sofrida pela ciência processual de maneira contínua em todo o século XX – muito por influência da nova concepção de Estado, não houve como a técnica processual passar imune, razão pela qual ela teve de se adaptar a concepção instrumentalista do processo, que aos poucos evoluiu e se substancializou, conformando-a com contornos mais altruísticos, de atuação do direito objetivo, de garantia das liberdades, de manutenção da ordem política, de promoção da participação democrática nos processos de decisão, de educação da sociedade e de pacificação social, pretensão que vai além da resolução do litígio em espécie.[20]

Apesar de no início a instrumentalidade conviver pacificamente com os preceitos do positivismo, pois a idéia do processo como instrumento, conforme dito, por si só não pressupõe necessariamente uma visão humanística do fenômeno, a partir da ruína positivista ela adquiriu um teor axiológico homogêneo, se desenvolvendo com mais vigor, auxiliado pela nova concepção de processo justo e pelos novos escopos do processo, que carregou de conteúdo este instrumento, substancialmente ético e focado em uma justiça procedimental.

Corroborando essa fala, Comoglio ensina que:

Poiché, dunque, tra questi *inviolabili diritti* si colloca, con grande rilievo, anche lo stesso *diritto ad un processo <<giusto>>* ed all'inderrogabile rispetto delle sue garanzie <<minime>> (ossia, in altre parole, il diritto ad una *giustizia procedurale* in senso lato), l'*ética* che lo anima è, appunto, l'insieme di quei *valori* fondamentali di civiltà e di democrazia, daí quali traggono origine, secondo le premesse giusnaturalistiche del moderno Stato di diritto, il riconoscimento e la inderrogabile protezione dei *diritti inviolabili dell'uomo*.[21] (grifo do original)

Em português, tais palavras significam que:

Um vez que, portanto, entre estes invioláveis direitos se coloca, com grande relevo, também o próprio direito a um processo justo e ao inderrogável respeito de suas garantias mínimas (ou seja, em outras palavras, o direito a uma justiça procedimental em sentido amplo), a ética que o anima é, de fato, o conjunto de valores fundamentais de civilidade e de democracia, dos quais se originam, segundo a premissa jusnaturalística do moderno Estado de Direito, o reconhecimento e a inderrogável proteção dos direitos invioláveis do homem.

Destarte, não há como se refutar, hodiernamente, com o aparecimento de convenções mundiais e continentais sobre direitos humanos, que estabelecem global e claramente as diretrizes a serem seguidas pelos procedimentos judiciais em busca de efetividade e proteção da liberdade, a existência de uma técnica permeada por preceitos éticos[22], que coloca a dignidade humana no centro das preocupações e, assim, alia-se a novos objetivos a serem alcançados, diferentes do mero e simples cumprimento do direito posto (objetivos como o de proteção das liberdades e de participação social nas decisões estatais ilustram bem essa atual perspectiva valorativa).

Não obstante, ainda assim a técnica processual continua a ser entendida por muitos como o conjunto de regras que disciplina o processo jurisdicional e a instrumentalidade, para muitos, ainda denota um instrumento a serviço principalmente do direito positivo, o que constitui o cerne do presente trabalho, já que, sobre tais concepções, sua possível evolução e seus reflexos é que se assentará a ambicionada resposta aos problemas iniciais, quais sejam: técnica processual e legalismo seriam sinônimos, ou ela teria um sentido substancial nessa nova quadra do direito, desgarrada do positivismo que reinou solidamente durante muito tempo e que fora superado, ou conjugado, com valores éticos expressos nos direitos humanos, a fim de que o direito e o processo sirvam à humanidade e não o inverso? Nesse rumo, a obediência ao direito positivo se sobreporia aos escopos do processo, sendo ela, então o maior dos escopos?

3 O INGRESSO DE IDÉIAS HUMANISTAS NA SEARA JURIDICA A PARTIR DO SÉCULO XX E O GIRO EPISTEMOLÓGICO DO DIREITO: O PÓS-POSITIVISMO COMO A EXPRESSÃO DA VALORIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO E A POSITIVAÇÃO DE ALGUNS DE SEUS VALORES

Inicialmente é preciso esclarecer que o fato de idéias humanistas permearem o direito não é algo novo, muito pelo contrário, tal contato esteve presente durante a maior parte da civilização humana solidamente compreendida.[23]

Na idade média essas idéias ganharam o nome de direito natural, ou seja, se tratava de um direito pré-estatal, identificado a partir de uma análise da essência das pessoas e das coisas, devendo, por isto, ser reconhecidos pelos operadores do direito no exercício de suas atribuições; em tal momento, a maior influência para os doutrinadores de tais direitos era o criacionismo e os dogmas eclesiásticos, o que emprestava a eles um caráter divino.[24]

Tal perspectiva, entretanto, começou a ser superada no século XVI por um direito natural fundado na razão, ou seja, na racionalidade humana, o que, por óbvio, era consequência das novas formatações social e científica que vinham sendo construídas e influenciadas pelas novas conformações mercantilistas, as grandes navegações, o desenvolvimento artístico e empírico, chegando a sua plenitude no século XVII.[25]

Por mais irônico que pareça, a doutrina denomina como o ponto alto do direito natural o início das codificações legais, já que, em busca de uma maior uniformidade e segurança os preceitos jurídicos passaram a ser escritos, processo este, que passou a sofrer deturpações positivistas desde o seu início, final do século XVIII e limiar do século XIX, com o apego radical da escola exegeta a literalidade dos textos legais[26], criando, com isto, uma inversão de absolutos, que passou a ter no legislativo o ponto de desequilíbrio, o que fica muito claro quando examinado o instituto francês do recurso de caráter geral, que determinava o envio de uma causa ao legislativo para que ele fornecesse o correto significado da norma.[27]

Aos poucos esse radicalismo foi sendo superado, originando, então, a escola sociológica, funcional ou teleológica, que tinha como norte interpretativo a finalidade

da lei ou do direito, momento caracterizado pelo reconhecimento de maior latitude interpretativa ao juiz, que, ainda assim, não podia reconhecer direitos não positivados ou refutar a aplicação das regras, nem quando elas parecessem totalmente contrárias aos valores éticos subjacentes ao comportamento social, o que era efetivamente mais raro, dada à uniformidade de tais valores, a homogeneidade das classes dominantes e a baixa complexidade que envolvia as relações jurídicas como um todo, não só no comércio, como no trabalho, na família e perante o Estado, conforme bem explica Perelman, da seguinte forma:

Enquanto a prática jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista de direito podia expressar de modo satisfatório a realidade do fenômeno jurídico. Mas, com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que “Lei é lei”, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela.[28]

Durante o domínio dessa concepção positivista, oriunda do positivismo filosófico, o direito fora reduzido a lei, criando-se, então, a idéia de que só haveria uma ciência puramente jurídica se o seu objeto de análise se restringisse às leis postas, existentes, criadas pelo Estado mediante o procedimento adequado, o que relegou para âmbito exterior ao científico toda e qualquer preocupação com a justiça e a legitimidade das normas, por revelarem conteúdos axiológicos não empíricos, sobre os quais jamais seria possível se obter conclusões objetivas.[29]

Essa bandeira da neutralidade, que na verdade apenas camufla uma ideologia conservadora, de resignação, que ignora as carências dos oprimidos e prestigia a cômoda posição dos opressores, sendo completamente parcial em virtude disto, foi mais vulgarmente representada pelos ensinamentos de Hans Kelsen, que admitia o criacionismo judicial quando da interpretação do direito, mas restrito ao âmbito das normas jurídicas positivadas, que jamais poderiam ser questionadas como injustas ou ilegítimas, podendo, no máximo, serem consideradas inválidas ou revogadas.[30]

Por ironia do destino, o próprio Kelsen foi um dos maiores prejudicados por essa falaciosa neutralidade, já que era judeu e abandonou a Europa na época do nazismo[31], regime legalmente alçado ao poder e que legislava dentro dos rigores formais preconizados pelos positivistas, apesar de alicerçar-se em valores totalmente avessos ao humanismo.[32]

Aliás, a queda dos regimes fascista e nazista marca o início do declínio positivista, pois com o término da Segunda Guerra, houve um quase consenso sobre a impossibilidade de se estudar e aplicar o direito norteados pela famosa neutralidade, que impedia uma análise crítica do ordenamento existente de fato.

Nesse sentido, Barroso ensina que:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de

legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.[\[33\]](#)

Percebe-se assim, que a derrocada do positivismo se deu num processo de amadurecimento, que teve como gatilho mais significativo os resultados da Segunda Guerra Mundial. Apesar de não ter havido um decreto impondo o fim do positivismo, o cenário jurídico se deu conta de que suas idéias não eram suficientes para a construção do melhor direito, ou da melhor concepção do que seria o direito.

Como um dos maiores símbolos dos novos tempos, fora editada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que teve seus preceitos ratificados posteriormente em inúmeras convenções de âmbito mundial e continental para a satisfação dos resquícios positivistas, já que tais convenções, ao contrário da referida Declaração, possuem expressa eficácia normativa e, por isto, submetem os Estados signatários aos seus preceitos[\[34\]](#), situação que traduz o pensamento de uma nova era, da era pós-positivista, que não infirma a maior facilidade e segurança decorrentes da aplicação de normas positivadas, mas que também reconhece um conteúdo axiológico humanístico inerente ao direito, do qual o mesmo não pode se afastar, sob pena de se distanciar do anseio social por justiça e ser reduzido a um mero instrumento “legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”.[\[35\]](#)

Não se pode ignorar, que apesar da marca acima mencionada, causada pelos horrores da Segunda Guerra e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi a partir dos anos 70, que, principalmente na Europa e nos E.U.A., se desenvolveu com sagacidade esse novo semblante humanista do direito, abrigado pela denominação de Teoria Crítica e capitaneado por escolas como a francesa, a alemã e a americana[\[36\]](#), de pensadores incansáveis e irredimidos com as incongruências do dogmatismo estabelecido.

A partir de então, o direito perde a estrita identidade de lei criada por um Estado e se aproxima de valores eleitos como universais e inerentes a todo ser humano indistintamente, e somente a eles, tais como: liberdade, igualdade e dignidade, sem, no entanto, regressar a obscuridade do jusnaturalismo e olvidar todos os avanços sociais e científicos presenciados até então.[\[37\]](#)

Nesse contexto, de parcial ruptura com o positivismo e de re-aproximação com a ética, os princípios exercem o singular papel de veiculação dos valores humanísticos eleitos como a nova razão guia, propiciadora das diretrizes fundamentais para resolução dos problemas judiciais, mote pelo qual as constituições e demais diplomas legais passam a sofrer o influxo principiológico, sendo certo ainda, que até a existência de princípios não escritos passa a ser mais bem admitida, inclusive pela constituição pátria.[\[38\]](#)

Apesar dos princípios em si não serem uma inovação, o poder de coerção emprestado a eles modernamente é[\[39\]](#), o que, entretanto, parece não ter sido muito bem compreendido pelos operadores do direito em geral, que em muitos casos reduzem sua função à de orientação interpretativa, negando eficácia plena e imediata a eles nos casos

em que inexista regra regulamentadora específica, em total descompasso com o texto constitucional.[40]

Não obstante a tal relutância, podemos afirmar, com base em todos os acontecimentos que se sucederam e foram acima enfocados, que estamos agora situados em um novo paradigma jurídico, ou melhor, em um novo ambiente, que insatisfeito com os resultados da legalidade absoluta, mas ambicionando a preservação do sistema normativo escrito em concomitância com os valores humanos eleitos expressamente como uma nova razão guia, se utiliza de princípios, ainda que implícitos, mas desde que coerentes com os explícitos, para permitir a inserção de um conteúdo axiológico homogêneo no mundo jurídico e, com isto, gera mudanças na forma de ser de todos os seus ramos.

No âmbito processual essa mudança não parece ter sido tão sentida pelos operadores do direito, entretanto, já é hora de se enxergar essa nova realidade e libertar o processo das amarras da legalidade estrita, assim como ele fora libertado das nulidades processuais irrelevantes – ao menos no âmbito doutrinário, desafio que passa a ser enfrentado no tópico seguinte, dedicado justamente a decifrar os efeitos das transformações aqui anunciadas.

4 OS REFLEXOS DESSA NOVA PERSPECTIVA PARA A TÉCNICA PROCESSUAL: O USO DE NORMAS ABERTAS NA CONDUÇÃO DO PROCESSO E O DESAPEGO AO LEGALISMO NA ERA DA INSTRUMENTALIDADE HUMANÍSTICA.

A partir das idéias desenvolvidas nos dois tópicos acima, que abordaram o significado e a evolução da técnica e da instrumentalidade, bem como a ruptura paradigmática sofrida pela teoria do direito, já podemos perceber que aquelas não podem ter passado imune a esta, ou seja, que a técnica processual e a instrumentalidade não estão alheias ao pós-positivismo hodiernamente vivenciado, o que nos permite começar a construir uma resposta para os problemas, principal e secundário, inicialmente colocados.

De plano, antes de qualquer outra coisa, é preciso registrar que a incursão de normas abertas como resultado de uma técnica legislativa adaptada aos tempos atuais, de pluralismo e dinamismo, que denotam constantes transformações sociais e complexidade ímpar não é uma constatação nova[41], contudo, a preocupação lançada nesse estudo não tem por foco esta percepção, conforme se pode perceber, mas sim a sua causa e a amplitude dos seus reflexos sobre o âmbito do processo, vertente que segue dominada por dogmas conservadores, os quais pensavam traduzir os valores segurança e liberdade, que dominaram os desejos predominantemente burgueses do século XIX.[42]

Dessa maneira, esclarecemos que mediante a expressão normas cingimos tanto a idéia de princípios como a de regras, e pela expressão abertas abrangemos ainda a idéia de termos vagos ou indeterminados, e de cláusulas gerais[43], e isto, porque parece, ao menos hoje, ser plenamente possível que existam tanto princípios como regras que

possuam termos vagos ou cláusulas gerais em seu bojo, não obstante tais idéias remetam normalmente a um archetipo principiológico[44].

Feitas essas primeiras considerações, nos cabe agora observar quais os resultados causados pelo surgimento de um pós-positivismo para o direito processual, que apesar de já estar consciente do seu caráter instrumental, tradicionalmente esteve apegado à tipicidade da forma, o que era sustentado, repita-se, com o intuito de se prestigiar a segurança e a liberdade, como afirma Marinoni, ao lecionar que:

Na época do Estado Liberal clássico, vigorava no processo civil o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, que tinha o significado de impedir a utilização, por parte das partes e do juiz, de meios executivos não expressamente previstos na lei. Esse princípio objetivava garantir a liberdade dos litigantes diante da jurisdição. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos tipificados.[45]

É imprescindível destacar, que ainda hoje é possível se observar posturas de magistrados e professores consentâneas com o padrão do Estado Liberal, de mínima atuação e conseqüente mínima intervenção na esfera jurídica particular.

A presença de tal comportamento nas academias e na prática forense pode ser facilmente ilustrada por alguns exemplos clássicos, como: o incansável debate sobre a possibilidade de imposição de multa pelo inadimplemento de obrigação de pagar quantia certa em casos de urgência[46], sobre a possibilidade de se ampliar as hipóteses de inversão do ônus da prova para além dos limites consumeristas[47], e sobre a utilização de outros mecanismos, que não estão previstos legalmente, mas que estão em total confluência com o anseio por justiça contido em nosso Diploma Político e materializado não só pelo inciso I, do seu art. 3º, como também pelos princípios da dignidade da pessoa humana, democracia, solidariedade, cooperação, liberdade, igualdade, inafastabilidade da tutela jurisdicional e pelo direito de petição[48], na compreensão mais moderna de tais termos.

Essa base axiológica é indispensável não só para a interpretação de regras, mas também para a conformação do método que o processo constitui, já que este nada mais é do que o resultado do nosso caldo de cultura e, portanto, não pode destoar dos valores humanos conquistados[49], nem por vontade expressa, nem pela omissão do legislador, que, como visto, possui restrições impostas pela Constituição Federal, que deverão orientar não só a forma, mas principalmente o conteúdo dos atos legislativos.

Nesse contexto é que se justifica e se mostra a relevância do presente debate, ou seja, o tema em questão não está em descompasso com a realidade vivida, sendo certo, ainda, que os exemplos acima não esgotam todo o arsenal de casos em que um magistrado se esconde atrás do formalismo ilógico, indeferindo medidas processuais importantíssimas para o deslinde mais justo e efetivo da causa, sob o argumento de inexistir previsão legal.

Aliás, esses tipos de profissionais demonstram não só total indiferença com a Constituição pátria e os valores humanos nela contidos, como também desconhecimento

de dispositivos legais, como os artigos 154 do CPC[50] e 765 da CLT[51], que impõem o regime da liberdade de formas, e o artigo 126 do CPC[52], que impõe o exame de pleitos ainda que não haja disposição legal específica para tanto – diga-se de passagem, desde muito antes de nossa Constituição Federal, o que será feito com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito (alguns deles constitucionalmente previstos) e deverá abranger não só o exame de mérito, como também o exame de questões processuais.

Nesse sentido, percebe-se que a caminhada pós-positivista, iniciada na segunda metade do século XX, não está desacompanhada do processo civil, apesar de haver uma significativa resistência a essa visão, não somente na esfera de aplicação do direito, como também no campo acadêmico.

Aliás, para esses resistentes, nem mesmo a Constituição tem qualquer significado, pois suas normas seriam meramente programáticas, ou seja, imporiam apenas objetivos, que, apesar disto, não teriam como ser exigidos ou aplicados coercitivamente.[53]

Não obstante, parece mais lógico e mais razoável entender, que o fato de o constituinte ter consignado expressamente em nosso Diploma Político valores como justiça e democracia, e princípios como o devido processo legal em concomitância com o direito de petição e com a cláusula de inafastabilidade do Poder Judiciário, já externa com clareza o seu desejo de oferecer ao povo brasileiro um instrumento profícuo de emancipação e pacificação social com justiça, que, para vingar, não pode depender exclusivamente de regulamentações legislativas, seja porque é impossível ao legislativo prever técnicas para todas as situações hipotéticas que possam existir conforme a evolução social, seja porque, se isto ocorresse, se admitiria também, que o direito de ação, na sua acepção mais substancial[54], ficasse completamente inviabilizado diante da inércia legislativa, tornando-se meramente ornamental o texto constitucional e o *status* de cláusula pétreia inerente a todos os direitos fundamentais[55], que impede o legislador não só de modificá-los para restringi-los, mas também de se omitir para cerceá-los, bem como ao juiz de ignorá-los por ausência de regra infra-constitucional regulamentadora.

É nessa tensão gerada pelo enfrentamento de uma visão liberal, conservadora e individualista contra um novo contexto altamente valorativo e ético[56], que tem nos direitos humanos um norte a ser seguido por imposição constitucional[57], insatisfeito com uma concepção estática e legalista do direito, e ciente do dinamismo que envolve a sociedade moderna, que surgem com importância singular as normas abertas, escritas ou não, mas sempre congruentes com o sistema.

Aproveitando algumas vantagens do positivismo, mas sem desprezar a necessária humanização e maleabilidade do direito, elas surgem carregadas com todo um conteúdo axiológico, compostas tanto por princípios como por regras explícitas ou não, mas sempre coerentes, que propositadamente possuem tanto termos vagos (que gozam de uma abertura semântica, ou seja, de uma indeterminação de significados), como cláusulas gerais (que gozam de uma abertura estrutural, ou seja, de uma indeterminação de suas conseqüências)[58] em sua arquitetura.

É nesse mesmo contexto, que surge com vital importância os princípios constitucionais e os direitos humanos, insista-se, previstos ou não em diplomas escritos[59], que

servirão para libertar e guiar o operador do direito nessa nova quadra pós-positivista, que exige dos magistrados uma postura mais comprometida com os valores humanísticos e com os fins propostos por eles, que compõem a atual razão guia, no sentido de não se aceitar os defeitos e as omissões do sistema como algo que deva ser digerido, algo com que nós devêssemos nos conformar.

Mostra-se totalmente incompatível com a razão humanística, eleita pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial e ratificada pelo Brasil com a Constituição de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica, um pensamento que sobreponha o apego as regras positivadas à necessidade de resolução dos problemas (muitas vezes inéditos) do homem com justiça e preocupado com a sua dignidade, ou seja, aos escopos do processo, inclusive ao jurídico.

Diante de tal digressão, parece impossível refutarmos, que hoje, a idéia de técnica processual compreende não só o conjunto de regras predispostas ao direcionamento da atividade processual em atenção aos seus fins, mas também todo o arsenal de atos processuais que podem se mostrar necessários em uma demanda a fim de se alcançar em maior medida a satisfação do nosso anseio constitucional por justiça, ainda que não haja previsão legal para os mesmos, o que estende a possibilidade de interferência em seu modo de ser para a seara judicial, ou seja, para além do âmbito legislativo, sem que se perda de vista os marcos cravados pelo constituinte, que incutem uma meta explícita para essa técnica processual, qual seja: a de resolver com justiça os problemas do homem, através de uma preocupação central com a sua dignidade, ao invés da velha postura legalista.

Isso acarreta não uma modificação, mas um aprimoramento de seu significado tradicional; os meios que constituem a técnica processual deixam de se restringir a legalidade estrita e rumam em sentido a sua superação, quando esta for exigida pelas situações específicas de um caso, ou pelos novos contornos que permeiam muitas das relações sociais, ou seja, quando não houver disciplina sobre novas situações que decorram não só da especificidade habitual dos casos, mas também do surgimento de novas situações de massa decorrentes da transformação da sociedade e de seus hábitos.

No mesmo rumo, podemos acrescer à concepção instrumentalista do processo, nessa perspectiva humanista e pós-positivista, a idéia de obediência a valores não só para que sejam interpretadas as regras estabelecidas, como também para permitir, ou melhor, obrigar, que atos processuais, ainda que desprovidos de previsão legal expressa e específica, sejam praticados quando o objetivo almejado com tal prática confluir com os anseios humanísticos eleitos como idéia-guia pelo constitucionalismo pátrio, o que, obviamente, jamais deverá dispensar o contraditório, a fundamentação e o acesso a revisão da decisão por um órgão colegiado.

Cumprido esclarecer no ensejo, que a conclusão acima erigida parece já estar abrangida pelos argumentos que sustentam a idéia de instrumentalidade do processo e de existência de escopos éticos perseguidos por este, pois em momento algum se fala que a satisfação de tais anseios dependeria de previsão legal expressa, questão, que, entretanto, não parece ter figurado como centro das atenções daqueles que se dedicaram a compreensão da instrumentalidade, estando apenas nas entrelinhas de algumas palavras de Dinamarco, principalmente quando este fala dos aspectos positivos dela, o que se dá nos seguintes termos:

Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição a superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar os pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerado o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo.[60]

Percebe-se que o presente debate não envolve uma mudança dos valores que desde muito tempo estão reconhecidos nos escopos do processo, mas apenas de uma preocupação com a irradiação de tais valores sobre a aplicação do direito na condução do processo, já que, não se mostra razoável, falarmos de uma nova fase pós-positivista, dos objetivos sociais e políticos a serem alcançados pelo processo, se continuarmos apegados a estrita legalidade para a prática dos atos processuais; se assim for, todo o discurso sobre os escopos do processo e sobre a ligação do direito com os valores humanos será pura falácia.

Nem mesmo um argumento fundado no devido processo legal, parece poder impedir a prática de atos processuais não previstos expressa e exaustivamente na lei, já que tal preceito não infirma a aplicabilidade plena e imediata dos princípios, nem significa uma total sintonia com o positivismo, recebendo hoje, aliás, uma conotação muito mais humanista, com o objetivo de se impedir julgamentos contrários aos valores humanos universais, que devem permear todos os processos judiciais, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade e fundamentação dos atos, e efetividade das decisões judiciais, conforme se extrai das palavras de Comoglio, no magistério que segue:

- il *due process of law* non è clausola dal contenuto rígido, preconstituito e preciso, ma, al contrario, contiene aperture flessibile verso una verifica in concreto della *fairness* di ciascun procedimento;

- il diritto di agire e di difendersi, da esso garantito, va inteso come possibilità effettiva di svolgere nel giudizio un *minimo* di attività processuali, instaurando e partecipando al contraddittorio;

- il processo, dunque, è *due* (od, a seconda delle versioni linguistiche, <<dovuto>>, *devido*, *devido*), non perché sai compiutamente regolato da norme di legge rigide e preconstituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di um <<diritto naturale>> del singolo ad um processo <<informato a principi superiori di giustizia>>. [61]

Em português, tal lição pode se compreendida da seguinte forma:

- o *due process of law* não é cláusula de conteúdo rígido, pré-constituído e preciso, mas, ao contrário, contém abertura flexível para uma observância em concreto da *fairness* de cada procedimento;

- o direito de agir e de defender-se, por ele garantido, é entendido como possibilidade efetiva de desempenhar em juízo um mínimo de atividades processuais, instaurando e participando em contraditório;

- o processo, então, é *due* (ou segundo cada idioma, *dovuto, debido, devido*), não porque seja completamente regulado por norma legal rígida e pré-constituída, mas pelo contrário em quanto representa a garantia positiva de um direito natural do indivíduo a um processo informado pelos princípios superiores de justiça.

Concluí-se assim, que o magistrado situado na era pós-positivista e instrumentalista, tem não só a possibilidade, mas sim o dever de praticar atos processuais aptos a resolução de problemas práticos, oriundos não só da peculiaridade de cada caso em espécie, como também da evolução das relações jurídicas modernas como um todo – o que dá um tom que diferencia esse discurso do que é articulado pelo princípio da adaptabilidade, devendo, contudo, observar na sua fundamentação uma argumentação coerente com a razão humanística que norteia essa nova perspectiva do direito, a fim de que sua decisão não seja arbitrária e exclusivamente subjetiva[62], apesar desta constituir uma difícil tarefa.

Extraí-se, por fim, dos argumentos acima lançados, que esse prisma sob o qual a instrumentalidade do processo deve ser vista, não pode ser ignorado, já que ele é obtido através de sua amálgama com a teoria pós-positivista do direito moderno, com efeitos originariamente não observados em toda a sua amplitude ou não tratados com a devida importância, o que permite conceituarmos ela como uma instrumentalidade humanística, não podendo ser chamada de pós-instrumentalidade, pois os seus preceitos, felizmente, ainda não foram superados, nem mesmo parcialmente, tendo recebido apenas, insista-se, um sentido mais amplificado ou claro.

Assim sendo, o Processo se revelará como um genuíno método estatal de solução de conflitos com justiça, instrumento de uma Jurisdição preocupada mais com a pacificação social alicerçada sobre valores humanos, do que com a subsunção do caso concreto à regra expressamente prevista para ele.

5 CONCLUSÃO

Sobre as assertivas elaboradas no bojo do presente estudo, elas podem ser resumidas e enumeradas da seguinte forma, de maneira a permitir que sistematizemos e melhor compreendamos as respectivas conclusões:

1 – O Estado Social e a perspectiva humanista do direito são coisas distintas e, que, por isto, influenciam distintamente o direito, inclusive o direito processual.

2 – A compreensão da instrumentalidade do processo iniciou-se, de certa forma, em concomitância com o discernimento de um Estado Social, que passou a ser incumbido da prestação de serviços indispensáveis a sociedade, o que, entretanto, não teve, por si só, o cunho de carregar axiologicamente tal instrumento, que permaneceu exclusivamente neutro até meados do século XX.

3 – Com a escalada dos direitos humanos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, surge também uma tendência pós-positivista de se encarar o direito, que tem como razão guia a dignidade da pessoa humana.

4 – Sob os influxos dessa nova tendência, o paradigma da instrumentalidade começa a se consolidar e a se preencher de valores, ou seja, o instrumento passa a servir para a realização de justiça e demais escopos do processo, que deverão se sobrepor ao legalismo, apesar desta questão não ter sido o objeto central de preocupação da teoria da instrumentalidade.

5 – No âmbito processual se percebe até hoje que a idéia de justiça ainda se vincula muito a realização do direito positivado e a observância da tipicidade das formas, tanto pelos argumentos dos quais muitos operadores e estudiosos do direito se utilizam, como pela falta de explicitude e clareza na defesa da eficácia plena e imediata dos direitos humanos, ainda que subjacentes ao sistema vigente.

6 – Contudo, a importância dessa lógica jurídica, movida pelo humanismo, não pode ser ignorada, devendo refletir-se sobre uma nova idéia da técnica processual, que não deverá ser compreendida como conjunto de regras que disciplinam o processo, mas sim como conjunto de meios, expressos ou implícitos no sistema, que permitem o deslinde processual tendo por foco a preocupação com a dignidade humana - e não qualquer foco, o que obviamente não significa uma sub-valorização da efetividade ou da liberdade, impondo ao juiz uma atividade difícil, mas, ao mesmo tempo, indispensável à adequação do processo à complexidade e maturidade atingidas pela nossa civilização.

7 – No bojo da resposta supra, resplandece a consciência de que a instrumentalidade do processo não pode servir a qualquer fim, nem somente aos fins positivados, mas a um sistema jurídico parcial e tendente a proteção do homem e não da legislação, sendo certo que o alcance dos escopos do processo não pode ser submetido ao legalismo, já que eles são conformados pelos valores constitucionais e humanos conquistado pela sociedade, que materializam a cláusula do devido processo legal.

6 REFERÊNCIAS

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. **O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”**. Almedina: Coimbra, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, ...** 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional ... In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova**

ponderação, ... 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade mecum saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo, Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e tecnica del giusto processo**. Torino: G. Giappichelli, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[1] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

[2] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

[3] DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 34-35.

[4] *Ibid.*, p. 33-34.

[5] BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 11.

[6] COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del giusto processo**. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 1-2.

[7] PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 94-95.

[8] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, ...** 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13-14.

[9] DINAMARCO, op. cit. p. 21, nota 3.

[10] COMOGLIO, op. cit. p. 3-5, nota 6.

[11] BEDAQUE, op. cit. p. 416-417, nota 1.

[12] DINAMARCO, op. cit. p. 451, nota 3.

[13] *Ibid.*, p. 447.

[14] *Ibid.*, p. 317.

[15] *Ibid.*, p. 319.

[16] *Ibid.*, p. 318.

[17] *Ibid.*, p. 13-14.

[18] BEDAQUE, op. cit. p. 19, nota 1.

[19] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

[20] DINAMARCO, op. cit. p. 447, nota 3.

- [21] COMOGLIO, op. cit. p. 7, nota 6.
- [22] Ibid., p. 48-49.
- [23] COMPARATO, op. cit. p. 40, nota 2.
- [24] BARROSO, op. cit. p. 19, nota 8.
- [25] Ibid., p. 19-20.
- [26] BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional ... In: BARROSO, Luis Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, ...** 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 334-335.
- [27] PERELMAN, op. cit. p. 23, nota 7.
- [28] Ibid., p. 94-95.
- [29] BARROSO, op. cit. p. 335, nota 26.
- [30] Ibid., p. 335.
- [31] GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 254.
- [32] BARROSO, op. cit. p. 335, nota 26.
- [33] BARROSO, op. cit. p. 26, nota 8.
- [34] COMAPARATO, op. cot. p. 55-57, nota 2.
- [35] BARROSO, op. cit. p. 26, nota 8.
- [36] BARROSO, op. cit. p. 15-16, nota 8.
- [37] Ibid., p. 28.
- [38] BRASIL. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.
- [39] BARROSO, op. cit. p. 29, nota 8.
- [40] BRASIL, op. cit. p. 15, nota 38.
- [41] BUENO, op. cit. p. 19, nota 5.
- [42] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23-25.

- [43] BUENO, op. cit. p. 19-24, nota 5.
- [44] BARROSO, op. cit. p. 343, nota 26.
- [45] MARINONI, op. cit. p. 117, nota 42.
- [46] ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. **O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira:** a caminho de um “devido processo proporcional”. Almedina: Coimbra, 2006, p. 432.
- [47] CAMBI, Eduardo. **A prova civil:** admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 422-426.
- [48] BRASIL, op. cit. p. 9-12, nota 38.
- [49] DINAMARCO, op. cit. p. 33, nota 3.
- [50] BRASIL. Código de Processo Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 628.
- [51] BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade mecum saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 943.
- [52] BRASIL, op. cit. p. 625, nota 50.
- [53] BARROSO, op. cit. p. 43, nota 8.
- [54] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79.
- [55] BRASIL, op. cit. p. 44, nota 38.
- [56] COMOGLIO, op. cit. p. 49.
- [57] BRASIL, op. cit. p. 15, nota 38.
- [58] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70-71.
- [59] BRASIL, op. cit. p. 15, nota 38.
- [60] DINAMARCO, op. cit. p. 388, nota 3.
- [61] COMOGLIO, op. cit. 48-49, nota 6.
- [62] ALEXY, op. cit. p. 74, nota 58.

O SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL ABERTO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

THE CONSTITUTIONAL LEGAL SYSTEM OPENED AND THE CONSTITUCIONALIZAÇÃO OF THE CIVIL LAW

Luiz Claudio Possatto Lyra

RESUMO

A vertente constitucional do sistema jurídico aberto abre possibilidades a todo o sistema jurídico interno e externo à recepção dos princípios constitucionais, formadores das regras normativas positivas ou negativas na Constituição Federal. Assim, também no Direito Civil, houve essa inserção. Do ponto de vista material, as regras gerais têm um condão de abertura hermenêutica por parte do julgador e de quem as mesmas podem ser observadas, sendo que tais regras gerais, não poderiam ter sido recepcionadas de outra forma, a não ser por um sistema que se mostra apto a ser influenciado pelo meio ambiente que em exercício constante de adequação vai se moldando, sem necessariamente ter que se revogar ou publicar vigência de novas normas tendentes a adequar-se aos novos comportamentos. O próprio sistema aberto permite tais modificações, observando, é claro, a rigidez de algumas regras consideradas fundamentais à estrutura sólida como ponto de partida a dar estabilidade e segurança a todo o resto do sistema.

PALAVRAS-CHAVES: NEOCONSTITUCIONALISMO, PRINCÍPIOS, REGRAS, CONSTITUCIONALIZAÇÃO

ABSTRACT

The constitutional source of the opened legal system opens possibilities for all the internal and external legal system to the reception of the constitutional principles, which make the positive or negative normative rules in the Federal Constitution. Thus, also in the Civil Law, this insertion has happened. From the material point of view, the general rules have an aspect of hermeneutic opening through judge and through whom the same ones can be observed, where such general rules, could not have been accepted by another form, unless by a system that shows it is all right to be influenced by the environment that is in a constant exercise of adequacy and goes molding itself, without necessarily having the obligation to revoke or to publish the validity of new tending norms adjusting itself to the new behaviors. The own opened system allows such modifications, observing, of course, the strict of some rules considered basic to the solid structure as a beginning to give stability and security to all the rest of the system.

KEYWORDS: NEOCONSTITUTIONALISM, PRINCIPLES, RULES, CONSTITUTIONALIZATION

1- INTRODUÇÃO

Em um sistema jurídico temos as normas dispostas a atender as necessidades individuais, sociais, políticas e de organização econômica, do ponto de vista público e do ponto de vista privado. Em qualquer sistema jurídico observamos, mesmo naqueles que derivam de uma autocracia, desde que aceitos e cumpridos por quem deva os obedecer, ou, ainda, no regime democrático, este derivando diretamente da vontade do povo, que o fim perseguido por ambos os modelos políticos é transmitir segurança jurídica, não só ao povo como elemento que constitui e observa tais regimes jurídicos, como também, estabilidade nas relações públicas e privadas, tendo as primeiras garantidas pelas Instituições e princípios informadores do restante do ordenamento e a segunda, uma ordem normativa necessária a refletir a vontade explícita pelo regime político, do ponto de vista privado.

Um sistema jurídico constitucional se forma a partir do meio ambiente circundante à região, ao povo e à cultura do mesmo a que se destina, não devendo, tal ordem ser adotada como regra, uma vez que podemos encontrar sistemas que não transparecem tais elementos, mas, seja em qual caso for, a realidade é que mesmo não refletindo, em sendo cumprido, reconhecido e respeitado como ordenamento balisar a todo o sistema inferior normativo, com objetivo de integração e observância, sua função é única, a unificação de tal ordenamento.

Na Constituição brasileira de 1988, encontramos o sistema jurídico definido e normatizado através de princípios e regras que norteiam o ordenamento circundando à mesma, sendo que a legislação derivada da norma constitucional tem em razão de tal sistema ter por característica, ser aberto, permitindo inserções de natureza interna e externa, não só pela própria legislação constitucional com a interpretação dos princípios informadores que permitem uma atualização constante com as modificações proposta pelo meio ambiente, como também pelo próprio meio ambiente que ao inverso do primeiro, traduz à luz dos mesmos princípios a vontade expressa do povo que ao modificar seu comportamento propõe tal mudança jurídica, que é perfeitamente adequada e recepcionada por tal sistema aberto.

No campo do direito privado, por ser considerado a lei informativa do comportamento civil, tanto do aspecto da personalidade, como do aspecto obrigacional, pessoal e patrimonial, o direito civil, objeto dessa análise à luz do sistema jurídico constitucional, após um longo e exaustivo debate sobre a reforma do Código Civil brasileiro, encontrou ponto final em 2002, quando da entrada em vigor da lei nº que institui o novo código civil brasileiro. Ponto final? Não, ponto inicial. Como a rica doutrina brasileira, tem a capacidade de transformar, ou de dar forma à legislação, sendo inclusive usada como fonte informativa da hermenêutica jurídica, com o Código Civil, assumindo sua constitucionalidade com claras regras abertas, que pactuam com o ordenamento superior e maior no nosso Estado, surgiu à corrente do constitucionalismo do Código Civil que se dedica a interpretar a legislação civil à luz da constituição. Tal proposta, só é possível devido ao sistema jurídico constitucional ser aberto, e ainda, pelo fato de haver uma sintonia constante entre os princípios informadores da norma e do comportamento estar em simetria com as regras de ambas as instruções normativas, Constituição e Código Civil.

Tal entrosamento só é possível devido à abertura do sistema jurídico, onde princípios e regras convivem em constante evolução com o meio interno e externo, onde tal permissão se mostra como ferramenta eficaz à sobrevivência de tal sistema. A falta de atualização das normas, mesmo em um sistema aberto o torna fadado a uma reforma, pois mesmo os princípios permitindo tal transformação pela interpretação dada às regras, a inércia das regras levaria à sua falta de aplicabilidade, pois o meio ambiente em que as mesmas são aplicadas irão se transformar e sem atualização tornam-se ineficazes.

Ao final desse estudo pretendemos demonstrar onde e porque ocorrem tais transformações no código civil e pretendemos ainda estabelecer os meios e benefícios utilizados pelo sistema constitucional aberto que permitem, podemos dizer uma cada vez maior modernidade legal jurídica, o que faz com que constantemente e cada vez mais o comportamento esteja sempre amparado legalmente, permitindo e trazendo consigo estabilidade ao sistema normativo e segurança jurídica nas relações pessoais.

2- SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL

Por sistema jurídico, podemos denotar uma compreensão adotada em forma de regramento em uma determinada Constituição de escolhas, resumidas de forma sucinta a agrupar elementos de história, cultura, ideologias, garantias, organização, etc. de um determinado povo, que sob o comando de um governo soberano em limites territoriais reconhecidos e legitimados tem por escopo proporcionar uma convivência pacífica entre esses cidadãos e mesmo com outros povos e Estados. Conforme conceitua apropriada e academicamente bem a Dra. Lilian Emerique:

A noção de sistema serve apenas de suporte para este estudo consiste em

todo composto de partes que integrarem entre si, onde as partes autonomamente tomadas atuam sem se desprenderem do todo e o todo tomado em suas partes compõe uma unidade que não deve ser observada apenas em sua unilateralidade, mas também, como membro do todo e postas em mutua dependência.[1]

Adotar um sistema jurídico uníssono, capaz de atender a todas as necessidades internas e externas é o principal objetivo perseguido por qualquer Estado, mesmo os autocráticos, que por sua aceitação também tem o mesmo objetivo. A posição política adotada pelo instrumento constitucional sugere que tal instrumento esteja voltado a atender as necessidades do meio externo ao qual ela vai se submeter, porém, não devendo se afastar da idéia de ser suficiente em si mesmo, quando se torna inoperante devido a carência de contemporização do mesmo. Esse fenômeno de atualização é o que permite um avanço do direito adequado à política do ponto de vista *lato*, quando em concretude análise circunstanciada, abstrai-se da flexibilidade desse sistema soluções pacíficas e modernas destinadas a promover sempre a paz social.

Mas, nem sempre foi assim, e até hoje, nem em todo lugar é assim. A idéia de sistema jurídico pode ser entendida como um conjunto de regras que se destinam a associar-se, não só a outras regras de menos importância em tal ordenamento, como também, de integrar-se ao meio ambiente. Essa fórmula, não é matemática, pois, em regimes políticos autoritários ocorre o mesmo fenômeno, porém advindo de fontes distintas, mas com a mesma finalidade. Em regimes democráticos, de forma mais transparente ocorre tal fenômeno, até mesmo, pelo sistema político ser mais propício a essa flexibilidade.

Esse fenômeno é uma reação imediata do sistema ao que se pode chamar de insurgência interna ou externa ao mesmo, pois, a distinção em *abertos* ou *fechados*, determina a maior ou menor possibilidade de adaptação do sistema ao meio ambiente, conforme sua capacidade de absorção interativa com os demais regramentos ou mesmo com a complexidade de regras sociais. A maior ou menor insuficiência a que se subordina o sistema jurídico em sua função interdisciplinadora vai determinar a vida útil do mesmo do ponto de vista organizacional. Quando um sistema tem por característica ser fechado, fadado está ao estrangulamento, não só pelo meio, como também pela sua trajetória cada vez menor em confrontar-se e interagir-se com outros sistemas. Porém, de tudo, mesmo o sistema fechado, tem suas nuances de abertura, na medida em que não pode ser inviolável, pois certamente seria insuficiente ao meio. Ao contrário, em sistemas abertos, também encontramos algo de fechado, sólido, estável, que não permitem inserções por determinado tempo, nem internas e nem externas, uma vez que tal espaço necessita ter um grau de solidificação, destinado a dar segurança política jurídica necessária a consolidar os demais sistemas que se relacionam com este e ao meio ambiente, que clama por essa obrigação estatal imperativa.

Encerrado em uma Constituição o sistema jurídico dá um sentido material ao conjunto de normas que vão externar a visão política de um povo, essencialmente organizadas pelo Estado com objetivo de regular elementos “considerados” objetiva e subjetivamente fundamentais à estabilidade normativa constitucional, quais sejam: reconhecimento de participação do povo no poder, divisão interna ou não do Estado e grau de autonomia dessas unidades, se houver, direitos e obrigações do Estado e do povo e direitos e garantias fundamentais subjetivamente observados como um mínimo de garantia formal e material às pessoas que se submetem aos auspícios de tal Estado. Carl Schimidt analisa a Constituição em seu sentido político definindo-a como

a decisão política fundamental (linha decisionista) que trata da participação do povo no governo, da estrutura e órgãos do Estado, dos seus Poderes e dos direitos e garantias individuais, dentre outras questões de alta relevância. Nesse conceito político, Constituição não se confunde com Leis Constitucionais, sendo esta última denominação reservada àqueles dispositivos que, embora inseridos em uma Lei Maior, não expressam decisões políticas fundamentais de um Estado.[2]

Em análise estrita, tal proposição versa sobre a compreensão em normas formalmente constitucionais e materialmente constitucionais, dependendo de sua relevância. A complexidade a ser analisada da materialidade ou formalidade da norma constitucional, indica o grau de abertura ou não do sistema jurídico constitucional, sendo que, as relevantemente constitucionais podemos considerar como sendo aquelas

que trazem consigo a rigidez estável que mesmo o sistema aberto clama à sua estabilidade como regra.

Um sistema constitucional aberto não está livre de crises, pois ao contrário do que podemos acreditar ser o sistema fechado, suficiente e esgotado em si, o aberto, é exatamente o desejável, por ser incompleto e insuficiente em si, já que crises são peculiares de sociedades organizadas coletivas. Conforme Konrad Hesse:

O fato de o sistema constitucional ser do tipo aberto não o livra das crises; estas persistem, pois são inerentes às sociedades plurais. Também não se quer com isso afirmar que o sistema viva sob ameaça de interrupção do seu ciclo vital frente a cada nova crise deflagrada. Mas, tão-somente mostrar que a crise, de certo modo, testa o sistema quanto à sua capacidade de oferecer respostas aos problemas suscitados no seu meio ambiente, ou seja, quanto mais preparado um sistema estiver para fazer os ajustes e modificar certos aspectos para resgatar a estabilidade ameaçada, tanto mais ficará comprovada a força que ele possui para enfrentar as crises, ao invés de sucumbir frente às mesmas.[3]

É com esse raciocínio que desenvolveremos nosso próximo item, pois uma Constituição de sistema jurídico aberto é formada por regras e princípios que se destinam exatamente a proporcionar tal interação com objetivos de alcançar soluções anteriormente demonstradas.

É um sistema jurídico porque é um sistema de normas. É aberto porque tem uma estrutura de diálogo com disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para absorverem a mudança da realidade e estarem abertas às visões cambiantes da verdade e da justiça. É normativo, porque as expectativas em relação aos valores, programas, funções e pessoas são estruturadas por meio de normas. E, por fim, é composto por regras e princípios, visto serem as normas do sistema reveladas, seja sob a forma de princípios, seja sob a forma de regras.[4]

Princípios e regras são relevantemente considerados no sistema aberto, posto a sua proporção de elasticidade e flexibilidade que derivam do próprio sistema jurídico constitucional. Do ponto de vista interno o sistema aberto proporciona a recepção por outros sistemas estranhos à constituição, não perdendo sua posição de Lei Maior, refletindo sobre tais sistemas tanto regras, materialmente constitucionais, como princípios informadores, basilares, formalmente constitucionais.

3- PRINCÍPIOS E REGRAS

Princípios e regras. Não necessariamente a disposição vem por acaso. Por princípios podemos nortear desde um simples comportamento ensinado de geração a

geração de uma família, como até mesmo constituições costumeiras, que são exatamente a reflexão dos costumes de um povo, com a solidez de uma norma. Por regra, externaliza-se uma formatação positivada derivada por força normativa de um ordenamento superior, ou, no mínimo, obedecendo à hierarquia de tal ordenamento com objetivo de não haver confrontação entre regras de mesma posição hierárquica ou mesmo de posição superior.

Em um ordenamento jurídico aberto, princípios e regras têm que estar em sintonia, até mesmo porque tal sintonia traz consigo a unidade do sistema normativo. Por unidade não se deve entender sistema único, mas sim por um sistema uníssono no sentido de não haver quebra da hierarquia da norma jurídica, tendo todas as regras que compõem o sistema, sua posição estabilizada e não ameaçada nem pelo meio interno nem pelo meio externo. Ao contrário, a observância a essa estabilidade de regras é que traz essa unidade, voltada a uma norma superior que dita por força da vontade do povo representada, o norte balizar para o alcance de tal unidade.

3.1 – PRINCÍPIOS

Por acepção poderíamos dizer que é o início, o ponto de partida, o começo de tudo, já por sentido de fonte de direito, poderíamos dizer que é o pilar a estrutura fundamental que dissemina base a todo ordenamento jurídico norteando toda e qualquer proposição jurídica tendente a regular comportamento. O curioso é que os princípios hoje são tão difundidos externamente ao meio jurídico que as pessoas já dirigem seus comportamentos com base em princípios que sustentam o ordenamento, até porque isso é consequência de uma estabilidade jurídica alcançada por cientistas jurídicos durante vários séculos. Sabemos que mesmo imposto coercitivamente na forma de direito positivo, o princípio assumiu uma posição abstrata no dia a dia das pessoas, mas alcançou seu ápice na normatização.

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica.^[5]

Pela posição do nosso mestre português, insere-se a perspectiva de que os princípios otimizam tanto um direito, que podemos dizer são externos às normas, mas ao mesmo tempo internalizam-se em normas quando essa otimização transparece em bens jurídicos. Assim, do abstrato ao concreto, podemos passar pela aceitação dos princípios como regras de conduta social, originariamente variando de sociedade a sociedade, individualizando, é claro aqueles que são considerados universais, como os direitos humanos, e em sua concretude, aparecem abstraídos dessa conduta social, quando transformados, para dar estabilidade ao ordenamento jurídico em regras de conduta impostas por poderes legítimos.

Ainda, como retrata Celso Ribeiro Bastos em seu conceito de princípios sob o aspecto funcional.

Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se se preferir, o verdadeiro alicerce dele. Trata-se de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. O princípio, ao definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, acaba por lhe conferir a tônica e lhe dar sentido harmônico.[6]

A harmonia retratada pelo ilustre constitucionalista reflete o verdadeiro motivo da existência do princípio nas normas, pois, sem ele, a unidade normativa praticamente inexistiria, ou tornaria quase impossível uma estabilidade jurídica, tanto do ponto de vista interno, como do ponto de vista externo. Assim, podemos voltar ao início e confirmar a base de todo o ordenamento jurídico, mesmo quando abstratos são os princípios, consagrando um pensamento jusnaturalista.

3.2 REGRAS

Em sentido objetivo, podemos estabelecer regras na nossa própria vida, mesmo sendo essas regras inobservadas pelo ordenamento jurídico. Uma pessoa quando vive sob auspícios de regras, sendo essas derivadas do poder público ou mesmo de convicções próprias, essas, mesmo quando não ferem aquelas, em momento algum podem ser desconsideradas no sentido objetivo de regras.

Em uma visão mais restrita, podemos considerar como sendo, na visão de Canotilho “são normas que, verificamos determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”. (Cfr. R. Alexy apud CANOTILHO. *Theorie der Grundrechte*. p. 1123).

Por óbvio podemos tomar a concretude dos princípios em normas, porém a materialização daquelas por vezes deriva não somente de princípios e sim de estabelecer uma estabilidade perseguida pelo Estado.

A tradução normativa de regras se dá em termos de organização por parte do Estado e da normatização materializada, sendo aquelas as que refletem uma estrutura política ordenada e essas estabelecem os limites de atuação definidos pela estrutura e sua aplicação aos cidadãos que vivem sob a sombra do Estado. Classificar a atuação das regras no ordenamento jurídico *stricto sensu* seria divagar no objeto do tema tratado, mas podemos dar em linhas gerais a divisão terminológica, sem adentrar aos aspectos formadores de cada uma. Assim, podemos classificar as regras da seguinte forma: Regras jurídico-organizadas (Regras de competência, Regras de criação de órgãos, Regras de procedimento); Regras jurídico-materiais (Regras de direitos fundamentais, Regras de garantias institucionais, Regras determinadoras de fins e tarefas do Estado,

Regras institucionais impositivas). Tal classificação nos dá a verdadeira dimensão de regras e complexidão que se dá em seu entorno.

3.3 – CONVIVÊNCIA ENTRE NORMAS E PRINCÍPIOS

A convivência entre regras e princípios é o que leva a unidade do sistema jurídico. Assim, pois, um sistema jurídico composto apenas de regras proporcionaria uma limitação inadequada e estagnada do sistema jurídico. Em contra-senso, também um sistema exclusivamente principiológico, é tão vago e abstrato sem regras que a dimensão de insegurança jurídica levaria a uma incompreensão do próprio sistema. Canotilho nos esta dimensão da necessidade destes dois tipos de normas atuando lado a lado no sistema jurídico.

Qualquer sistema jurídico carece de *regras* jurídicas; a constituição por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não maior de 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão só pode ter direito à vida. Contudo o sistema jurídico necessita de *princípios* (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.^[7]

Tal aceitação em mesmo *habitat* deve insurgir-se da necessidade de se satisfazer não só a operacionalidade do sistema jurídico, do ponto de vista de sua adequação ao meio interno e externo, como do ponto de vista de sua adequação à concretização dos casos submetidos à avaliação desse sistema, levando a uma necessidade de procedimentos e processos que transfiram para a prática a unidade perseguida pelo sistema, sempre, por ser aberto, destinados à mudanças e adequações que se façam necessárias às necessidades dos cidadãos que por iniciativa buscam satisfazer seus interesses por meio de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos.

Tal perspectiva teórico-jurídica permite uma extensão compreensiva de problemas metódicos, determinando uma lacuna, no sentido de espaço à integração de todo o sistema pelos princípios, e ao mesmo tempo, não sendo essa lacuna, um buraco negro, que não tem fim, pois a regra dá essa dimensão, ou estabelece parâmetros mínimos a serem seguidos, com o objetivo de estabilizar todo o sistema. Assim, conclui Celso Ribeiro Bastos sobre a convivência pacífica entre regras e princípios:

Fica claro, pois que, nada obstante as singularidades que cercam os princípios das regras, aqueles não se colocam, na verdade, além ou acima destas. Juntamente com as regras, fazem os princípios parte do ordenamento jurídico. O que nos leva a concluir que todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico. Ainda assim, contudo, é possível identificar o fato de que certas normas, as principiológicas, na medida em que perdem o seu carácter de precisão de conteúdo, isto é, perdem densidade semântica, ascendem para

uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa ganham como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas. No fundo, são normas tanto as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos.[8]

4- Breve histórico da reforma do Código Civil brasileiro

A Lei 10.406 de 2002, o nosso Código Civil, não teve sua reforma, se é que se pode chamar de reforma, feita em alerta a toda a mudança de comportamento contemporâneo em período pós constitucional de 1988. Datando de 1975 o projeto de Lei nº 634-D, apresentado no governo do Presidente Geisel, tendo como coordenador geral o ilustre jurista Miguel Reale e mais sete renomes de notável saber jurídico, a reforma do Código Civil vem se arrastando desde então.

O grande desafio para a época, foi o de reformar preservando, uma vez que pela magnitude como se comportou o Código de Bevilacqua, não poderia se desprezar seus méritos intrínsecos, como também deveria se adequar o novo código aos conhecimentos e conquistas desvendados pelos cientistas jurídicos contemporâneos. Tamanha foi a dificuldade em operacionalizar e integrar o clássico, fruto de estudos teóricos de séculos ao moderno, que contemporaneamente deveria estar adequado à realidade.

Assim, três princípios fundamentais foram observados: a eticidade conquistada nos secs. XIX e XX, do tradicional direito português e germânico pela escola dos pandectistas, balizado na experiência do Direito romano; a socialidade, que seria objeto do novo código, com manifesto propósito em superar a individualidade do seu antecessor, onde deveria predominar o socialismo sobre o individual e a operabilidade, tendente a facilitação da interpretação e aplicação do novo código pelo operador jurídico. Esta, por sua vez, talvez a mais árdua missão, posto à vigência de uma nova constituição federal liberalista fundada em princípios que disseminam normas a todo o sistema.

Assim foi concebido o novo Código Civil, com linguagem precisa, e atual, sem distar do classismo que é fundamental ao caminhar da ordem jurídica, mas ao mesmo tempo moderno atual e principalmente atento ao caminhar social.

5- O Sistema Jurídico no Direito Privado

Em breves relatos no exposto em itens 2 e 3, demos a noção de sistema jurídico aberto, necessário pois à construção de normas que privilegiam princípios e regras capazes de adequar-se à modernização social, sem distoar-se do que legitimamente outrora foi considerado como perfeito à segurança jurídica.

O sistema jurídico privado em momentos históricos distintos apresentou-se como fechado, impermeável e impenetrável à intervenção da realidade jurisprudencial, fato este que, como exemplo o Código Francês, tentava exaurir-se por si só como suficiente às necessidades sociais, quando na verdade era apenas um reflexo da imprecisão como que eram tratados os casos concretos, levando a julgamentos ultrapassados à realidade momentânea. Assim, um Código não tem, porém, caráter absoluto e imutável. (IRTI, Natalino apud MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson L. C. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo. Saraiva 2002).

A codificação, por ser um fenômeno histórico, deve refletir as necessidades de um povo, deve observar formas jurídicas que se põe em favor da sociedade. É claro, que nem sempre foi assim, ou, quando foi assim, atendeu aos anseios sociais, mesmo que particulares, como o caso da burguesia, classe hegemônica do sec. XIX. As precisões dos códigos oitocentistas refletiam o casuísmo com que os mesmos tratavam a realidade local, expressando assim, um sistema de normas fechadas à concretude casuística.

Diz-se que expressam um sistema fechado justamente porque, empregando a técnica da casuística, centrada em modelos cerrados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas conseqüências, sua linguagem dificilmente permite comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados “elementos metajurídicos”, tais como valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos, elementos de ordem social etc. Por esta razão para a regulação dos novos problemas, faz-se necessária a constante intervenção legislativa.[9]

O modelo de sistema jurídico ideal a ser adotado, em oposição aos do sec. XIX, nos secs. XX e XXI são os abertos, que por sua essência, tem tendências normativas em princípios e regras integrados e permitindo interdisciplinaridade entre eles e o meio circundante a eles. Em um sistema moderno como este, o código é um eixo central, destinado a promover a unidade de outros subsistemas, sendo que tem por base conceitos genéricos, ligados a valores, que traduzem uma realidade em constante mutação, acompanhando assim, a evolução social.

O direito privado, tem se mostrado tendente a um repensar ante às modernas concepções principiológicas adotadas pelas cláusulas gerais que fazem parte do novo Código Civil Brasileiro. O classismo de outrora, não foi abolido, mas, uma nova roupagem, um novo enfoque não pode deixar de ser debatido, discutido à luz da doutrina atual, que por sua vez, mais uma, diga-se de passagem, com brilhantismo tende a contribuir de forma fundamental às novas tendências de decisões judiciais cada vez mais voltadas ao publicismo refletido internamente nas relações privadas.

“O direito privado atual vai modificando seu enfoque”.

“ Em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo não é indiferente ao que respeita aos demais indivíduos e aos bens públicos. A consciência desta inter-relação nos obriga a focar o problema do direito privado de outra maneira”. Além disso, “ a teoria do contrato não está fundada na vontade como única fonte de regulação jurídica. A aparição da ordem pública de proteção de grupos contratantes, das disposições imperativas nos contratos de consumo, dos contratos ditados, das que estabelecem uma diretriz na economia, tem mudado substancialmente o panorama. Em realidade, há um acúmulo de regras institucionais, criadas pelo legislador, que atuam de modo similar a uma partitura, que o contratante interpreta em cada caso.[10]

O sistema jurídico privado tem embasamento sustentado basicamente por três objetos que trazem consigo, uma carga de limites e dimensões de proteção, fundadas em vota do individualismo, claro que falando da teoria clássica do direito privado. São eles: o contrato, a família e as formas de apropriação. Sozinhos, em lugar algum chegaremos contemporaneamente falando, a evoluir, não os conceitos, solidificados pela doutrina tradicional, mas a evoluir no sentido de abertura de possibilidades. Tais hipóteses, vão nos levar a caminhos, onde certamente não cabem em um mesmo espaço o individualismo, o patrimonialismo e nem o formalismo ditado pelos ensinamentos difundidos na segunda metade do século XX. O que se quer e o que é propenso hoje é um sistema completamente adequado ao publicismo principialista e personalista do ponto de vista social operacional e ético respectivamente ao tratarmos de modernização da aplicação e porque não dizer das regras do código civil. Nos dias de hoje, em que vivemos um re-pensar do Direito Privado, mais vocacionado aos superiores princípios constitucionais, e influenciado por valores de solidarismo social. (GAGLIANO, Sotolze Pablo. FILHO, Rodolpho Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Saraiva 2003). Oportunas, pois, nesse ponto, as poéticas e verdadeiras palavras de Luiz Edson Fachin:

“Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, os princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem consideradas tendências mundiais da percepção bem concreta dessa coisa que se chama solidariedade social que, nas modernas sociedades, já penetrou profundamente na área do direito privado”.^[11]

A modernidade hermenêutica contemporânea chegou e a ela não podemos nos furtar, assim como também não podemos abandonar o tradicional que tanto contribuiu, até mesmo para alcançarmos essa atual evolução através do sistema jurídico.

5.1 – PRESSUPOSTOS DO SISTEMA ABERTO NO CÓDIGO CIVIL

Os críticos ao sistema aberto *contra sensu*, o fechado, optam por uma rigidez que acreditam ser possivelmente o que deverá trazer consigo a segurança jurídica

necessária ao desenvolver de todas as relações jurídicas, sejam elas internas, envolvendo somente as partes participantes de ditas relações, sejam elas externas, quando a regra não permitindo nem a participação de estranhos à ditas relações jurídicas, mesmo que por solidariedade social, e, ainda, vedando qualquer possibilidade de que essas relações produzam efeitos que se externalizem ao seu próprio meio, proporcionando com isso, uma constante modificação das regras para que se adaptem ao social e, na visão aberta do sistema desestabilizando por ineficácia a segurança jurídica sempre buscada.

A unidade lógica e de conceitos existentes no código civil, visa buscar a segurança jurídica sempre almejada nas relações jurídicas desenvolvidas entre os particulares e até mesmo entre esses e o Estado, por vezes despidido de seu poder imperativo quando se permite participar de relações privadas. Assim, a fim de que tal segurança seja alcançada, primaz se faz que um sistema aberto, pela semântica da expressão, permita uma constante evolução e adequação, não por reforma, mas por interpretação fundada em princípios que corroboram com essa unidade peculiar codificada, e mais, a incorporação de novos casos concretos que surgem à vigência de uma norma em um determinado espaço, a construção de uma ordem jurisprudencial moderna, capaz de acompanhar e utilizar essa abertura propiciada pelo sistema com objetivo de estabilizar tais relações. Ressalta-se, ainda, que não deve tal sistema, quando ativado pela construção jurisprudencial, assumir o papel do legislador. A esse último, cabe a tarefa de oportunamente e progressivamente atualizá-lo ou complementá-lo, com vistas ao objetivo maior que é a estabilidade das relações sociais.

Tais vácuos ou aberturas se dão através de regras gerais, que por vezes até podem ser confundidas com uma estrutura constitucional, mas que por necessitarem, muitas dessas vezes de complementação perdem tal caráter. Não é concebido um sistema rígido e inflexível, pois este, ao menor abalo sísmico, tende a ruir.

Cláusulas gerais, não podem ser confundidas e nem tem caráter constitucional, apenas vem interligar-se ao modelo aberto para dar mobilidade e unidade ao mesmo.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, preventivamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter ao juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características, essa técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas notas específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.^[12]

Cláusulas gerais são por si só dotadas da capacidade da absorção de problemas externos ao ordenamento, ou estranhos ao mesmo, por não estarem previstos, mas por sua própria essência e seu comportamento de unidade perante o ordenamento jurídico maior, se abre ao entendimento, a adequação e ao modernismo do comportamento social, capaz de atualizar-se, sem necessariamente permitir que haja uma mudança

substancial no corpo normativo de que faz parte. Assim, também no Código Civil, as cláusulas gerais, tem como função a de acompanhar os princípios constitucionais em sua generalidade a fim de que acompanhado do sistema aberto, vá se permitindo atualização jurisprudencial por cada caso concreto apresentado, sem perder seu poder, sem estar atrás de seu tempo e de seu lugar, vez que códigos, são um conjunto de normas e regras que refletem o seu lugar e o seu tempo, e compõem um sistema jurídico e dele não deve distoçar. Sem acompanhar por evolução que se adéqüe aos casos surgidos de tempos em tempos há um comprometimento na base do ordenamento, o que leva a tais cláusulas gerais deixarem de ter grau de abstratividade e ocuparem espaços cada vez mais concretos que a levarão certamente a ineficácia e inoperância futura.

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, temos uma diversidade muito grande de culturas, mesmo tendo a mesma nacionalidade, pois nossas raízes e nossa colonização vieram de diversas partes distintas, principalmente da Europa. Também no meio jurídico sofremos com essa influência. Não por termos legislações diferentes em diversas partes do Brasil, até porque em contrário teríamos um sistema não unitário. Mas, pelo fato de que ao tempo em que o sistema aberto, permitindo que cláusulas gerais, como as do Código Civil se coloquem à disposição e a serviço da modernidade e evolução social, não deixando com isso que a lei fique cristalizada, estagnada, com essa possibilidade, até que os novos julgamentos de casos que são submetidos à apreciação do poder judiciário, que por sua vez, para proferir decisão por vezes deve recorrer à interpretação pela permissão dessas mesmas cláusulas gerais, até que se encontre um consenso jurisprudencial que indique a direção a ser tomada daí por diante, incorremos em uma instabilidade, mesmo que momentânea, mas capaz de possivelmente criar e trazer certa insegurança jurídica às relações interpessoais. Não é concebível exclusivamente um código composto somente de cláusulas gerais, por isso mesmo eles servem somente de parâmetros e estabelecem limites de a partir de quando e até quando podem ser utilizadas. Um Código moderno deve conter variações de casuísmo e vagueza, donde ao momento certo e oportuno ambas podem conviver pacificamente com o mesmo objetivo, a solidariedade social da primeira e a segurança jurídica da segunda.

Assim, acontece no novo Código Civil brasileiro, sobre o qual seu Relator no Senado Federal, Senador Josaphat Marinho, já nas primeiras linhas do parecer pela aprovação assinalava: "...o projeto de Código Civil em elaboração no ocaso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em *fórmulas genéricas e flexíveis*, em condições de resistir ao embate de novas idéias".[13]

O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro, foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País.(...) O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém "cláusulas gerais", um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus júris* vigente com novos princípios e normas.[14]

Não devemos entender como um sentido vago a proposição das cláusulas gerais no Código Civil brasileiro, mas como a situação por parte do legislador em buscar localizar o indivíduo em seu tempo, vez que não há alteração literal do regramento codificado, mas sim a busca do operacional, do dinâmico, do evolutivo. Tal dinamicidade encontrou na parte geral do Código possibilitando uma abertura semântica, remontando a princípios ou direcionando o juiz à pesquisa de elementos alheios externos ao Código, dando margem à sua adequação à permissividade do próprio sistema. Princípios, como o da dignidade da pessoa humana são lembrados nas cláusulas gerais dentro do Código Civil, impactando relevantemente sua evolução à interpretação constitucional aberta.

6- As Tendências Contemporâneas do Direito Civil

Por tendências, se transfere um caminho a ser seguido e este caminho, iluminado pela constituição federal foi o seguido pelo direito civil brasileiro. A constituição de 1988 tratou de indicar, por sua natureza jurídica a forma de condução com que deveria ser tratado o novo código civil brasileiro, e, mesmo que o projeto tenha sido anterior a ela, o fato de se mostrar juridicamente aberta, possibilitou uma adaptação do novo sistema de regras civis codificado. A modernidade sugerida por alguns, críticos ao modelo adotado pelo código, nada mais é do que, no nosso entender do que uma tendência necessária, até mesmo hierarquicamente a se adaptar ao neoconstitucionalismo alcançado pela constituição.

O direito civil contemporâneo atravessa uma fase de transformação nos seus valores e nos seus aspectos formais e materiais, perdendo a nitidez e a clareza da sua construção inicial e gerando as incertezas que marcam a chamada crise do direito. Esta é uma crise de paradigmas, que se revela na inadequação dos institutos jurídicos herdados do direito moderno (sec. XIX) para a solução dos problemas da sociedade contemporânea.^[15]

Direito e sociedade, tem tentado conviver harmonicamente durante vários séculos. As formas e meios de adaptação do primeiro ao segundo se dão mediante interpretação, aplicações analógicas, jurisprudências e outras admissíveis e desenvolvidas por vários doutrinadores. Falar em crise, não é estabelecer uma incoerência entra a regra e a sua aplicabilidade, ou ainda, dizer que o direito não tem acompanhado de forma satisfatória a evolução social. O que podemos classificar como crise, é, sim, um marco do repensar em determinadas teorias civilistas, que ao contrário da evolução social tendem a desaparecer, não por completo, pois as clássicas teorias do direito privado, tem tido muita valia e aplicação ao direito contemporâneo, o caso é que paradigmas foram feitos para serem quebrados, e essa quebra não é proposital, é uma consequência da evolução social, característica da sociedade moderna que é globalizada e mutante a cada dia.

Analisando Amaral Neto, podemos transferir aos princípios, como referido anteriormente a maneira de traduzir tais modernidades, onde encontramos o da

liberdade e o da igualdade, bases sólidas amparadas constitucionalmente com objetivo de trazer segurança jurídica a toda a sociedade. E, quando em casos concretos analisados pelo poder judiciário, não é alcançado o verdadeiro objetivo da justiça, devido a ausência na lei, entra em cena o princípio, aspergindo seu verdadeiro sentido objetivo que é o de dar maior segurança nas relações jurídicas, tendenciosamente o de consolidar cada vez mais a aplicabilidade do principal objetivo do Estado, quando chamado a cumprir seu papel de estabilizador da ordem social, quando por meio da atividade judicial promover o bem comum.

Tal intervenção, nem sempre aconteceu dessa forma. Anteriormente falado, o direito civil individualista, deu lugar ao publicista, ante a necessidade iminente de esclarecer e solucionar casos que a regra civil não alcançava. Assim, de modo a suprir tal necessidade, o Estado passou a interferir nas relações privadas.

Desde o início do século, com as exigências de mudança impostas pela revolução industrial, que mostrava a diferença cada vez maior entre a igualdade formal, de todos perante a lei, e a desigualdade material, que afastava as classes menos favorecidas, vem o Estado servindo-se do direito não mais para garantir a ordem e a segurança, mas, principalmente, para promover as reformas sociais.^[16]

Garantias de liberdade e igualdade são extremamente abertas, e quando encontram em uma lei superior, constitucionalmente falando, respaldo a adaptarem-se ao comportamento social, tendem a se compor em qualquer caso, com sustentação jurisprudencial encarregando-se de dar validade e solidez à persecução constante dos princípios constitucionais.

Esta tendência moderna não é uma decadência do modelo individualista privado, e nem sua limitação, é apenas uma evolução, ou podemos afirmar um aperfeiçoamento que tem por objeto as relações privadas cada vez mais em obrigações nas sociedades massificadas. Assim, a estagnação no individualismo, predominante no sec. XIX, levaria o direito civil a uma falência de eficácia, pois não haveria como nos dias contemporâneos alcançar a satisfação de tais princípios constitucionais, em respeito ao individualismo, mas em contra-senso às evoluções modernas constitucionais, como liberdade e igualdade.

A diversidade alcançada pelo direito, após a percepção e prática de determinados comportamento alcança outros ramos de direito, não podendo ficar restrito este ao ramo do direito civil privado.

A evolução do cenário econômico e social passou a exigir do legislador uma intervenção que não se limita à tipificação de novas figuras do direito privado (antes consideradas como de direito especial), abrangendo, ao revés, em legislação própria, toda uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito.^[17]

Como se estabelece a ligação entra uma necessidade de evolução jurídica e a regra, fortemente se mostram presentes os princípios capazes de acompanhar tais

evoluções em um sistema jurídico aberto, é claro, desde que permitam e realmente acompanhem tais evoluções.

Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou, em doutrina, “ a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema jurídico aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”. A análise serve de base para ulterior conclusão: “a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional”.^[18]

Assim, contemporaneamente falando, cabe ainda o individualismo, desde que não haja uma inobservância de normas de ordem pública, ou, ainda, que o interesse público não seja alijado das relações privadas por completo, com objetivo de satisfazer a desejos e necessidades próprias e que objetivem prejudicar os relacionamentos jurídicos nas sociedades massificadas. Na observância de modelos surgidos e desenvolvidos a analisar a evolução contemporânea do direito podemos enumerar como tendências modernas do direito civil: *Interpretação do Direito Civil com o Constitucional; Personalização do Direito Civil; Desagregação do Direito Civil e Surgimento de microssistemas jurídicos*. Em todos os casos a evolução do direito civil, continuou a basilar-se na pessoa humana, em sua proteção, e com vistas ao alcance do modelo social ideal, porém amparado juridicamente.

O direito civil acompanha, assim, as transformações da sociedade contemporânea, superando o modelo do liberalismo clássico, mas conservando, como objetivo básico, a tutela de uma esfera de autonomia reconhecida ao particular, como expressão de seu valor como pessoa.^[19]

Assim, temos o direito civil na modernidade como um agente integrador de uma regra superior e legal, mas, ao mesmo tempo, um agente reconhecendo autonomia à dignidade humana como um ser personificado, que tem vontades, que devem ser respeitadas, desde que tais, não objetivem práticas não condizentes com a sociedade que indiretamente sofrerá os reflexos de manifestações individualizadas que não respeitem ao convívio jurídico social.

7- DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL OU CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL?

A pergunta polêmica aos ouvidos de muitos doutrinadores e juristas, gira em torno da entrada em vigor do novo código civil brasileiro, a partir de 2002. Em real, o

que houve não foi uma mudança no foco do direito civil, deixando-se levar em conta pela modernidade atribuída por muitos à constituição de 1988. O que houve nada mais foi do que uma construção interpretativa, vista hoje a olho nu, do ponto de vista a explorar o máximo da norma jurídica civil, obviamente não deixando de lado a Constituição federal, que por sua vez dissemina princípios consagrados e solidificados mundo à fora como uma base estável a despejar estabilidade jurídica à sociedade. Tais valores, consagrados constitucionalmente, não servem de imposição ao direito civil, a fim de que se perca este em seus próprios valores, também sólidos e revestidos de concretude. O problema é que o grau de abstração dado aos princípios constitucionais vão guiar a norma civil codificada, com tendência a nunca perder a linha interpretativa com a ordem constitucional. O fenômeno não acontece somente com o direito civil. A Constituição Federal coube o papel de reunificar o sistema jurídico brasileiro, pois, este advindo de uma era militar, trazia consigo reflexos de tal regime político que por si, se dispunham em regras muitas vezes inócuas e insuficientes aos objetivos sociais. O que se vislumbrava com a nova constituição eram uma releitura do sistema ordinário e sua adequação ao novo modelo de constituição. A inserção de normas descritivas de valores em ordenamentos infra-constitucionais foi determinante ao desenvolvimento de tais ordenamentos, vislumbrando sempre como parâmetro axiológico a Constituição, que abandonara o arquétipo militar e abraçara o modelo neoconstitucional. Exemplos claros podemos encontrar no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor, dentre outros. No Código Civil, as cláusulas gerais inserem no texto codificado um cauteloso cuidado que deve ter o intérprete ao atualizar seu dispositivo ao conteúdo casuístico a que se propõe submeter, dado o grau não de modificação de conteúdo pragmático, mas sim definição de parâmetros hermenêuticos limitados.

Cuida-se de normas que não prescrevem certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.^[20]

Nesse mister, se faz tão necessária a presença da ordem constitucional em tela analítica de casos concretos que estabeleçam axiológicamente ligação com a ordem normativa ordinária, ou em microsistemas, que por mais que alguns entendam que interpretar cláusulas gerais é ficar a mercê de interpretadores, os limites constitucionais são exatamente o fim da interpretação, que nem por quem interpreta, pode fugir à regra geral do objetivo primaz que é a ordem social como um todo.

Torna-se imprescindível, por isso mesmo que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade de fontes interpretativas do Código Civil de 1916.^[21]

8- COLISÃO ENTRE DIREITO FUNDAMENTAIS E INTERESSES PÚBLICOS.

Não nos é muito peculiar, principalmente nas discussões em salas de graduação, estabelecer um confronto entre normas jurídicas, pois o aluno graduando já entende que pela própria regra hierárquica, a resposta é imediata. Mas o que dizer então de confrontos entre os direitos fundamentais? E, ainda pior, o que dizer do conflito entre tais direitos e os interesses públicos. Parece-nos um conflito inaplicável na prática, já que se são fundamentais, como podem conflitar-se com interesses públicos?

A resposta não é simples, mas também nem tão complicada assim. Como fundamentais os direitos devem proteger ao ser humano e dirigir por normas os direitos do homem enquanto cidadão. E por interesses públicos, além dos conceituados e já consagrados princípios constitucionais, que protegem os interesses coletivos até mesmo quando o privado tenta prevalecer-se quando incluem-se a eles as cláusulas gerais do Código Civil, que ao externarem-se em seus reflexos, não podem e nem devem conflitar-se com os direitos fundamentais.

Essa premissa que tem por missão evitar tal confronto está amparada nos limites que o próprio Estado estabelece ao seu poder, limitando-se a cumprir sua principal função que é a de estabelecimento do equilíbrio social. De outro lado, para alcançar tal equilíbrio o conflito é inevitável, porém o interesse público deve sempre imperar na observância de que a paz social só poderá ser atingida se os interesses públicos da coletividade estiverem devidamente protegidos.

8.1- Individualismo e Publicismo

De acordo com Protágoras “ a visão personalista continua vindo na pessoa humana, e não no Estado, *“a medida de todas as coisas”*. É uma visão que enxerga uma necessidade quase que constante de proteção por parte dos direitos humanos, que em capítulo anterior já discutiremos, consagra também o Estado, a partir do pós-segunda guerra, consagrando de vez a posição dele como responsável por essa proteção. Sua função nessa nova concepção de proteção ao indivíduo desencarnado do objeto e encarnado no ser digno da mais alta proteção, é a de orientar cada vez mais tais indivíduos a uma convivência social e não àquela que ele mesmo entenda ser a mais necessária a esse convívio, mas sim à orientação dos valores sociais, direcionada aos interesses gerais da coletividade. Estabelecida aí está a diferença entre o personalismo e o organicismo. Enquanto o primeiro, tem na plena liberdade a escolha de seu próprio destino, o segundo pode e deve orientar, dar norte, não indicando o melhor a ser feito, mas indicando que o caminho é o da perseguição contínua a objetivos sociais previamente determinados a partir de estereótipos variáveis coletivamente de acordo com o espaço e com o tempo, característica essa fundamental ao regime constitucional aberto permissível de variáveis que ao contrário de uma desestabilização, cria uma adequação através de princípios e normas gerais que adaptam constantemente a norma ao comportamento social. Assim, tem observado Daniel Sarmiento:

Dá a diferença essencial entre o personalismo e o organicismo: enquanto, para aquele, a autonomia individual é salvaguardada e fomentada, reconhecendo-se em cada mulher ou homem um ser racional e responsável, com a competência moral necessária para escolher o norte da própria existência, para este último, as vidas humanas podem e devem ser planejadas “de cima para baixo”, para que se ajustem a objetivos sociais prefigurados. O personalismo parte de uma visão mais realista da autonomia do que o individualismo clássico, pois reconhece os múltiplos obstáculos materiais para o seu exercício, que devem ser removidos, com o auxílio do Estado, para que a liberdade saia do plano metafísico e ganhe concretude na vida de seres humanos de carne e osso. Mas, diferentemente do organicismo, ele se norteia pelo profundo respeito a esta autonomia individual, recusando-se a instrumentalizá-la em proveito de objetivos coletivos.[22]

É a demonstração da forma como modernamente o Estado se comporta, quando ocorre a necessidade em ter que definir entre o individualismo e o publicismo. Não que o primeiro não exista mais tendo sido suprimido pelo segundo, mas o imperativo coletivo deve sempre prevalecer todas as vezes que o “interesse exclusivamente privado” tenta a critério próprio obter vantagens consideradas previamente como contrárias ao interesse coletivo. Porém, leia-se que esse interesse coletivo não é o que o Estado entende ser o melhor, privilegiando determinadas classes como ocorreu entre os séculos XVI a XIX, mas sim, um privilégio não classista com objetivos claros de proteção cercadas dos princípios de legalidade, igualdade e fraternidade, inicialmente disseminados na França e que ganhou força mundo afora a partir da declaração universal dos direitos humanos.

Os direitos humanos tiveram um papel fundamental ao desenvolvimento das funções contemporâneas do Estado em relação ao comportamento dos indivíduos.

No plano de direitos fundamentais, podemos afirmar que os direitos humanos têm evoluído consideravelmente, tanto na esfera constitucional, quanto na esfera supra-constitucional. Devidamente consagrado na maior parte das constituições, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana tem fundamentado regras e princípios norteadores de vários ordenamentos jurídicos. Para Bobbio, sem direitos humanos garantidos, não há como alcançar efetivamente a democracia. Em um mundo contemporâneo globalizado onde a força normativa tem alcançado níveis principialistas cada vez mais sólidos a dignidade da pessoa humana se fortalece e é disseminada juridicamente, ganhando força não só como princípio fundamental constitucional, mas aparece também fundeando regras ordinárias que baseadas em sistemas jurídicos abertos possibilitam a aplicabilidade na prática de tal princípio, consequentemente acompanhando a evolução social.

A proteção plena do ser humano sempre é preocupação fundamental de qualquer ordenamento jurídico. Diante disso, para se obter uma tutela efetiva do ser humano, torna-se indispensável uma reflexão quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem dúvida nenhuma o marco da proteção aos direitos humanos foi a Declaração Universal dos direitos do homem, confirme afirma Bobbio:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. OS jusnaturalistas teriam falado de *consensus animus gentium* ou *humani generis*.^[23]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Determinando, desse modo, que os direitos e garantias fundamentais seriam inafastáveis, devendo a dignidade de pessoa humana ser entendida como um fim, e não como meio para se alcançar outros objetivos.

O dispositivo Constitucional colocou o ser humano como objeto central do ordenamento jurídico, fundamentando e orientando todo o sistema para que estejam direcionados à sua proteção. Pois, a proteção da dignidade humana deve prevalecer sobre toda e qualquer relação jurídica.

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, teve efeito na responsabilidade civil, gerando uma forma de tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objeto anterior de punição do responsável.

Sabemos que o respeito à dignidade da pessoa humana revela de forma fundamental na colocação de limites, pois em toda e qualquer decisão devemos respeitá-la. Não podendo ser diferente nas situações que lidam diretamente com a vida e a qualidade de vida das pessoas.

Toda a extensão dos direitos humanos deve por sua natureza ser inesgotável, vez que o ideal é a evolução de tais direitos. A restrição ou o estabelecimento de parâmetros à dignidade do homem são pontos de estagnação que provavelmente levarão ao Estado a insurgir-se contra uma espécie de direito que foi consagrada como sendo a base e a estrutura para todo Estado desenvolver-se internamente e externamente. A dignidade da pessoa humana possui um conceito muito amplo, podendo dizer que tal expressão significa o valor da pessoa humana, sendo ela o bem, e a dignidade, a projeção de seu valor. Apesar de a dignidade ser considerada valor inerente ao ser humano, o seu reconhecimento jurídico é recente, pois somente depois da inclusão do princípio na Declaração Universal dos Direitos do Homem é que foi reconhecido em vários ordenamentos jurídicos. Ingo Wolfgang Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de todo o respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos de sua própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.^[24]

Em um sistema jurídico aberto, conforme já demonstrado, não há lugar para modelos ou regras rígidas e inflexíveis, excetuando-se, é claro, aquelas que servem de base sustentáculo ao mínimo à determinar a solidez do Estado e garantir a dignidade primordial à existência do indivíduo à convivência nesse Estado. No Brasil, chamamos de “Cláusulas *Pétreas*”. Assim, e com base nesse modelo jurídico constitucional aberto, podem surgir conflitos entre as garantias mínimas estabelecidas por esses direitos fundamentais e os interesses públicos. Demonstramos acima a diferença entre o liberalismo e o organicismo. Mesmo provido de mínimos de garantias ou de máximo dependendo da ótica analisada, os direitos fundamentais também sofrem limitações no que diz respeito ao interesse público. Tem-se entendido, que mesmo o caráter principiológico que cerca os direitos fundamentais, dependendo da situação dos interesses a serem protegidos em jogo, tais direitos sofrem restrições. Ou seja, doutrinariamente e jurisprudencialmente, tem-se admitido através de ponderações feitas pelo Poder Judiciário e vezes pelo Poder Legislativo, e até mesmo pela Administração Pública, os direitos fundamentais sofrem de limitações, muitas vezes com o mesmo objetivo, a estabilização do interesse coletivo. Por isso, o quadro que temos é muito mais de convergência do que propriamente de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos. Inúmeras são as oportunidades de discussão em que surgem as possibilidades de conflitos, mas, sempre prevalecendo a interpretação do interesse público e não a adequação do interesse privado ao público, pois ao mesmo tempo temos a visão interpretativa do que possa ser o exercício, por exemplo do que seja direito à liberdade e interesse público, conflitantes em uma manifestação pública aos interesses de determinada classe. Por vezes alguns podem entender que o Estado deve garantir o direito à livre circulação por vias públicas, mas por outro, o próprio Estado pode garantir tal direito, tendo por base o direito à liberdade. Não se pode confundir direitos fundamentais, como direitos individuais garantidos, pois estes o são, porém sob uma ótica pública coletiva.

Em síntese uma discussão que por incrível que pareça, tem por objetivo salutar o inesgotamento, vez que a saúde do sistema jurídico constitucional aberto se dá exatamente no fato de ser o mesmo aberto e possibilitar interpretações ao instrumento normativo sempre voltado aos interesses públicos, pois estão aí presentes o Estado e o Privado.

9- CONCLUSÃO

Negar a supremacia dos interesses públicos é negar a própria existência do Estado do ponto de vista de organização desde a queda do Império Romano tendeu a cada vez mais se aperfeiçoar, assim como negar uma condição de inexistência dos direitos fundamentais não do ponto de vista de sua valoração social, mas do ponto de vista da sua aplicabilidade no que tange ao comportamento relativo entre o individualismo e o publicismo é negar uma evolução de direitos conquistados há vários séculos, com muito suor, muita luta e muito sangue.

A ideal convivência entre um sistema constitucional jurídico com normas ordinárias, especificamente as de direito civil, no campo privado, tem uma missão

inesgotável do aspecto do comportamento social, que por vezes esbarra na magnitude e na sua não primaz característica de imperatividade, mas que, para se mostrar eficaz realmente, deve se curvar às incertezas, vulneráveis e mutáveis comportamentais da sociedade como um todo. O individualismo não morreu, foi moldado ao interesse social, não sofre interferência estatal, suportou o ônus de uma adaptação que o tornou absolutamente capaz, pois assume com a postura objetivada em negócios jurídicos cada vez mais uma maturidade que leva as partes a desenvolverem seus negócios voltados a interesses privados, porém que devem comportar uma responsabilidade objetiva externalizada aos interesses sociais.

Tais objetivos só podem ser alcançados e tais propósitos atingidos a partir de um sistema jurídico sólido, maduro, estabilizado e apto a suportar as variáveis sociais, sem perder sua essência imperativa sobre todas as outras normas e sobre a vontade dos particulares. Assim deve se comportar um sistema jurídico moderno, rígido do ponto de vista da estabilização social, mas ao mesmo tempo, materno, com a alma capaz de suportar as mudanças que a vida proporciona, sem perder seu poder de determinar o caminho certo a seguir, preservando o individualismo de seus entes, mas mantendo-se uno e indivisível.

Em sociedades cada vez mais massificadas, do ponto de vista obrigacional, a convivência pacífica de normas é fundamental ao livre exercício de direitos conquistados e que não podem se perder ao arbítrio de pensamentos retrógrados baseados em teorias que por muito se mostraram imutáveis, mas que não precisaram de outras teorias para sucumbir, e sim de simples gestos e atos comportamentais que levaram ao repensar de tais teorias e a concluir que as mesmas foram fundamentais ao desenvolvimento do Estado e das sociedades, servindo de base a qualquer pensamento voltado a analisar a aplicação de normas ao concreto, mas que levam consigo hoje, o *status* de clássicas, ou seja, nunca devem ser inobservadas, porém deve curvar-se ao modernismo comportamental que a faz sucumbir diante do concreto o comportamento.

No mundo moderno e globalizado o julgador e o intérprete da norma jurídica dispõe de uma arma, que é o sistema jurídico constitucional aberto, considerada fundamental ao desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais justa e a uma perseguição interminável de ajustamento da norma ao comportamento.

[1] ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas apud EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Direito Fundamental como Oposição Política**. 1.ed. Curitiba-PR: Juruá. 2006. P. 16.

[2] AYALA, Francisco. Tradução de Teoria de La Constitución. Apud CHIMENTI, Ricardo Cunha. CAPEZ, Fernando. ROSA, Márcio F. Elias. SANTOS, F. Marisa, **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo. Saraiva 2004 p. 2

[3] HESSE apud EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Op. Cit.*, p. 19

[4] CANOTILHO apud EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Op. Cit.*, p. 21

- [5] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedida. 2ª Ed. Coimbra. 1998. p. 1123.
- [6] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Celso Bastos, São Paulo 2002. p.80.
- [7] CANOTILHO, J.J. Gomes.1998.Op. cit p. 1036 a 1037.
- [8] BASTOS, Celso Ribeiro.2002. Op cit p.75.76.
- [9] MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson L.C. **DIRETRIZES TEÓRICAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.**, São Paulo, Saraiva 2002. p.116, 117.
- [10] LORENZETTI, Ricardo Luis. Apud FACHIN, Luiz Edson, **Teoria Crítica do Direito Civil**, Renovar, São Paulo, 2003, p. 5
- [11] FACHIN, Luis Edson, apud. GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolpho Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Ed. Saraiva. São Paulo. 2006. V. III p. 119
- [12] MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson L.C. **DIRETRIZES TEÓRICAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.**, op. Cit. p.119.
- [13] Projeto de Código Civil. apud. MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson L.C. in **O projeto de Código Civil no Senado Federal**, v.1, p. 302
- [14] COUTO e SILVA, Clovis. apud. MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson L.C. em **O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. Op. Cit. p. 121.
- [15] AMARAL NETO, Francisco dos Santos **Direito Civil Brasileiro: Introdução**. Renovar. RJ, p. 151, 2004.
- [16] AMARAL NETO, Francisco dos Santos.op. cit, p. 151, 152
- [17] TEPEDINO, Gustavo, **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Renovar, Rio de Janeiro. 2000, p. 4.
- [18] MORAES, Maria Celina Bodin de. apud TEPEDINO, Gustavo, **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Renovar, Rio de Janeiro. 2000, p. 14
- [19] AMARAL NETO, Francisco dos Santos.op. cit, p. 156
- [20] TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Renovar 2002, Rio de Janeiro, p. XIX
- [21] TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. op, cit. p. XIX

[22] SARMENTO, Daniel; **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. p. 289**

[23] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 26.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang apud GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant, **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial**, Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, nº 9, p. 382. Campos dos Goitacazes – RJ. 2006.

RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: TEORIAS DO DIREITO NATURAL, POSITIVISTAS E PÓS-POSITIVISTAS.

RELATIONS BETWEEN LAW AND MORALITY: NATURAL LAW , POSITIVIST AND POST-POSITIVIST THEORIES

Marcel Moraes Mota

RESUMO

Este artigo tem por objetivo discutir que relações possuem direito e moral, analisando-se interpretações de diferentes teorias do direito, nomeadamente teorias do direito natural, teorias positivistas e teorias pós-positivistas. É importante examinar esse problema, não somente por sua relevância teórica para compreender a ontologia jurídica, mas também porque há consequências práticas que não podem ser ignoradas. Em ordem a atingir o propósito desta pesquisa, descrevem-se quais principais características possuem as teorias do direito natural: tese da subordinação e tese metafísica. Então, explica-se uma discordância interna envolvendo positivistas jurídicos, já que há positivistas inclusivos e positivistas exclusivos. De acordo com os positivistas exclusivos, a moralidade é irrelevante tanto para o conceito de direito como para a prática. Por outro lado, positivistas inclusivos afirmam que elementos morais podem ser importantes para a interpretação jurídica a depender de circunstâncias históricas. Depois disso, oferece-se uma compreensão do pós-positivismo, a qual torna claro que a discussão teórica sobre direito exige mais do que a clássica controvérsia entre teorias do direito natural e teorias positivistas. Um pós-positivista diz que há conexão conceitual entre direito e moral, contudo essa conexão não é entendida em termos de subordinação. Descobre-se que a compreensão pós-positivista oferece uma melhor explicação tanto para a teoria do direito como para a prática jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E MORAL. TEORIAS DO DIREITO NATURAL. TEORIAS POSITIVISTAS. TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS.

ABSTRACT

This article seeks to discuss which relations have law and morality, by analyzing interpretations from different theories of law, namely natural law theories, positivist theories and post-positivist theories. It is important to exam this problem, not only for its theoretical relevance to understand juridical ontology, but also because there are practical consequences which can not be ignored. In order to achieve the purpose of this research, it is described what main characteristics have natural law theories: subordination thesis and metaphysical thesis. Then, it is explained an internal disagreement involving juridical positivists, since there are inclusive positivists and exclusive positivists. According exclusive positivists, morality is irrelevant both to the concept of law and to the practice. On the other hand, inclusive positivists assert that

moral elements can be important to law interpretation depending on historical circumstances. After that, it is offered an account on post-positivisms, which makes clear theoretical discussion about law demands more than classical controversy between natural law theories and positivist theories. A post-positivist say that there is conceptual connection between law and morality, however that connection is not understood in terms of subordination. It is found that post-positivist account offers a better explanation both to law theory and law practice.

KEYWORDS: LAW AND MORALITY. NATURAL LAW THEORIES. POSITIVIST THEORIES. POST-POSITIVIST THEORIES.

Considerações iniciais.

O estudo da relação entre direito positivo e moralidade está situado no contexto mais amplo das discussões relativas ao conceito de direito, que envolvem o problema do relacionamento entre direito e moral.

Saber se, v.g., de acordo com o direito constitucional, elementos de moralidade política podem ou devem ser utilizados na determinação de direitos fundamentais pressupõe uma tomada de posição no debate realizado no âmbito da ontologia jurídica referente à conexão, ou ausência de conexão, entre direito e moral.

Cuida-se, então, de investigar se, do ponto de vista teórico, é admissível a afirmação do relacionamento entre direito e moral no conhecimento das normas jurídicas válidas. Ademais, caso se reconheça a conexão entre direito e moral, que redunde na afirmação da possível importância de elementos morais na definição do direito aplicável, cumpre perquirir se esse relacionamento é apenas contingente, ou conceitualmente necessário.

A busca de uma compreensão adequada da ontologia jurídica, para além de sua manifesta relevância teórica, tem importantes reflexos práticos, na medida em que é preciso saber se os juristas podem ou devem levar em consideração elementos morais para a reconstrução do direito válido a partir dos textos normativos.

Em particular, na seara do direito constitucional, convém esclarecer se parâmetros de moralidade política são relevantes para a argumentação jurídica concernente aos direitos fundamentais, os quais devem ser assegurados pela garantia fundamental da proporcionalidade.

A respeito da indagação acerca da relação entre direito e moral podem ser distinguidas diversas respostas, a depender da teoria do direito adotada.

Classicamente, dividem-se as teorias do direito em jusnaturalistas e juspositivistas. Todavia, a contraposição dessas teorias tem cedido espaço a novas formulações, cenário no qual se incluem as teorias pós-positivistas.

Por essa razão, a seguir, será analisada a relação entre direito e moral sob o prisma das doutrinas jusnaturalistas. Posteriormente, considerar-se-ão as propostas do juspositivismo, que pode ser subdividido em positivismo jurídico exclusivo e

positivismo jurídico inclusivo. Por fim, impende examinar a contribuição das teorias pós-positivistas sobre a conexão entre direito e moral.

Posteriormente, importa realizar uma avaliação crítica das teorias do direito apresentadas, firmando-se posição por aquela que permita a melhor compreensão da relação entre direito e moral.

Ao final, apresentam-se conclusões, que sintetizam os resultados alcançados nesta pesquisa.

1. Perspectivas jusnaturalistas

Para os que seguem uma abordagem jusnaturalista, uma teoria sobre o direito natural, é imprescindível que pelo menos algumas afirmações sejam feitas.

Em primeiro lugar, é necessário que se predique a existência de duas ordens jurídicas, o direito natural e o direito positivo, o que vem a ser a tese do dualismo jurídico.

O direito natural decorre de natureza de algo, razão pela qual se pode falar, por exemplo, em direito natural de origem divina ou em direito natural fundado na essência do ser humano. Em todo caso, as doutrinas jusnaturalistas partem da ideia de que o direito natural possui normas imutáveis no tempo e no espaço, ao passo que as normas do direito positivo são caracteristicamente cambiantes nas dimensões espacial e temporal. Compreendem-se as diferenças entre direito natural e direito positivo, tendo em vista que o direito natural reside na natureza de algo, não resulta de criação do homem, precisamente o contrário do que ocorre em relação ao direito positivo.

Além disso, as distintas teorias acerca do direito natural têm em comum a afirmação da superioridade do direito natural sobre o direito positivo. Trata-se da crença de que existe um direito transcendente, que serve de modelo para o direito positivo, de modo que o conhecimento deste não permitiria, portanto, a compreensão do direito em toda sua completude.

Detalhes sobre o conteúdo do direito natural, assim como sobre as consequências da relação de superioridade do direito natural em face do direito positivo, respondem pela variedade de doutrinas jusnaturalistas.

Santo Tomás de Aquino elaborou uma doutrina jusnaturalista, segundo a qual podem ser distinguidos três tipos de leis: lei eterna, lei natural e lei humana.

A lei eterna seria expressão da razão divina, que rege o mundo de um modo que não se concebe no tempo, porque eterno.[1] Por sua vez, a lei natural consistiria na “participação da lei eterna na criatura racional”[2], de maneira que o ser humano, por ser dotado de racionalidade, tem a capacidade de conhecer a lei natural. Já a lei humana, o direito positivo, seria o produto da razão humana, que deve proceder a partir da lei natural.[3]

O direito natural serve como critério de correção moral, ou de justiça, em relação ao direito positivo. Conforme Santo Tomás de Aquino sustenta, “algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão”[4]. Dessa maneira, o direito natural seria o direito

justo, ou o direito racional, de modo que o direito positivo não pode dele discordar. Caso a lei humana esteja em desacordo com o direito natural, “já não será lei, mas corrupção de lei”[5].

Na teoria do direito natural de Santo Tomás de Aquino, duas são as formas pelas quais o direito positivo deriva do direito natural: através de conclusões semelhantes a demonstrações e através de determinações.[6]

Exemplo da primeira forma é a proibição de matar uma pessoa inocente, que deriva de maneira lógica do direito natural. Contudo, a maior parte do direito positivo não deriva do direito natural dessa maneira, mas pressupõe uma colaboração criativa do legislador humano, a exemplo do arquiteto que deve projetar uma forma determinada e específica para a figura de uma casa.

Assim, afasta-se a objeção segundo a qual o direito positivo seria supérfluo em face da perfeição do direito natural,[7] já que caberia à lei humana não somente declarar as conclusões semelhantes a demonstrações advindas do direito natural, como também realizar a função de determinação, especificação ou concretização do direito natural.

Convém mencionar que destacadas teorias do direito natural engendradas contemporaneamente seguem os influxos tomistas, a exemplo das contribuições de John Finnis e Robert George.

O jusnaturalismo de John Finnis pretende identificar alguns bens humanos básicos (vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, razoabilidade prática e “religião”),[8] que seriam indispensáveis para o florescimento humano em todas as épocas e todos os lugares.

A razoabilidade prática, ela mesma um bem humano básico, é a forma de racionalidade prática identificada por Finnis, baseada nas noções anteriores de racionalidade prática em Aristóteles (*phrónesis*) e em Tomás de Aquino (*prudentia*), que permitira o acesso a uma boa vida, mediante a concretização dos bens humanos básicos. Considerando que a missão do legislador é elaborar leis justas, para o bem comum, resulta claro que as leis positivas devem ser elaboradas de acordo com as exigências da racionalidade prática.

A influência do tomismo na doutrina jusnaturalista de John Finnis manifesta-se também, v.g., em suas análises sobre a derivação da lei positiva da lei natural,[9] assim como da lei natural como participação da lei eterna[10].

A seu turno, Robert George compreende o direito natural como um conjunto de três tipos de princípios: princípios básicos práticos, princípios morais intermediários e normas morais específicas.[11]

Os princípios práticos básicos são aqueles que dirigem a escolha e a ação do homem no sentido dos bens humanos básicos. Constituem razões para agir não-instrumentais, na medida em que não tomam como pressuposto outras razões. Cabe aos princípios intermediários especificar o mais básico princípio prático, que dirige a escolha e ação humanas rumo à realização humana integral, através de normas morais como a regra de ouro, ou como o princípio paulino, que proíbe que o mal seja feito como meio para

causar boas consequências. A função das normas morais específicas reside em restringir as possibilidades de escolhas, através de imposições ou proibições.

Observa-se que Robert George concebe a derivação do direito positivo a partir do direito natural nos mesmos termos descritos por Santo Tomás de Aquino, ao valer-se dos conceitos de conclusões semelhantes a demonstrações e de *determinationes*, os quais guardam relações com o pensamento aristotélico.[12]

Para as teorias jusnaturalistas, portanto, aponta-se para a relação de subordinação do direito positivo em relação ao direito natural, o que traduz a exigência de que o direito criado pelo homem se submeta a padrões morais superiores, os quais seriam eternos, porque decorrentes da natureza de alguma coisa. Nessa perspectiva, integraria o conceito de direito o elemento da correção moral, compreendido como subordinação dos padrões jurídicos positivos a normas morais superiores naturais.

O significado dessa abordagem justeórica para a compreensão do direito constitucional em face da moralidade política consistiria em fazer derivar dos bens humanos básicos normas morais de escalão intermediário ou até mais específicas, que justificariam imposições ao poder do Estado, às quais se ligam direitos fundamentais das pessoas.

2. Perspectivas juspositivistas

As teorias jurídicas positivistas, em linhas gerais, rejeitam a dualidade de ordens jurídicas, de modo que, nessa perspectiva, não há que se falar em direito natural e direito positivo, já que todo o direito é direito positivo, tendo em vista que toda ordem jurídica é resultado da criação humana, não havendo razões convincentes para que se possa afirmar a existência de normas jurídicas situadas fora da história, porque produtos da natureza de algo.

Com isso, evidencia-se que as doutrinas do positivismo jurídico, de um modo geral, abrem mão de elementos metafísicos, na elaboração de suas construções teóricas.[13] Segue-se a tese do fato social (*social fact thesis*), de acordo com a qual a legalidade é uma questão de fato, de correspondência a determinados fatos sociais, logo a validade jurídica não seria uma questão de valor.[14]

O acordo positivista em relação à adoção de alguma tese do fato social não é acompanhado, todavia, pela uniformidade de entendimento com respeito à importância da correção moral para a validade das normas jurídicas. A partir desse critério, extremam-se as doutrinas do positivismo jurídico exclusivo e do positivismo jurídico inclusivo.

2.1 Positivismo jurídico exclusivo

Consoante a teoria do positivismo jurídico exclusivo, são feitas duas afirmações com referência à relação entre direito e moral.

Em primeiro lugar, assevera-se a tese da separação conceitual entre direito e moral, de modo que a correção moral não integra o conceito de direito, não havendo que se confundir o direito como ele é e o direito como deve ser.

Ademais, seguindo-se essa versão forte do positivismo jurídico, aduz-se que há razões normativas, que indicam o que é melhor ou o que é preferível, segundo as quais princípios morais e argumentos morais não desempenham nenhum papel na definição das normas jurídicas válidas, logo também na interpretação do direito.

A tese da separação conceitual entre direito e moral implica a tese da separabilidade das normas jurídicas das normas morais, mas não a separação de fato entre direito e moral. Já a tese da separação normativa entre direito e moral, ou simplesmente tese da separação, vai mais além, ao afirmar que em nenhum caso parâmetros morais são relevantes no estabelecimento das normas jurídicas válidas ou na interpretação do direito.^[15]

Verifica-se que a teoria do direito de Joseph Raz se baseia na tese da separação normativa entre direito e moral, de modo que todos os elementos morais são excluídos na identificação do direito válido ou na interpretação do direito.

Raz refere-se à sua doutrina como *strong social thesis*,^[16] segundo a qual a validade das normas jurídicas depende tão-somente de elementos empíricos, fatos sociais, descartados, portanto, critérios de justiça ou de correção moral.

O importante para a identificação do direito válido, no positivismo jurídico de Raz, é que ele provenha de quem tem autoridade, seja para o exercício do poder legislativo, seja para decidir em um processo judicial. Assim, o direito é compreendido como correspondência a um fato social praticado por uma fonte autorizada pelo direito.

Consequentemente, não se estabelecem critérios materiais de validade da norma jurídica, somente critérios formais, de maneira que nenhum conteúdo pode deixar de ser considerado jurídico em razão de argumentos morais.^[17]

Se um juiz deve decidir um caso que recai na textura aberta do direito,^[18] sua decisão será válida não em razão de sua conformidade com princípios e argumentos morais, mas por que é considerado pelo sistema jurídico como a autoridade competente para aplicar o direito naquela circunstância. O conceito de autoridade está presente, no positivismo jurídico de Raz, quando o destinatário age de acordo com uma norma jurídica porque tem confiança na autoridade, ou dela tem medo, o que se relaciona ao elemento de eficácia social do direito.

Observa-se, portanto, que o conceito de autoridade examinado por Raz de algum modo desloca da teoria do direito o exame das condições de racionalidade prática da argumentação judicial, ao privilegiar critérios empíricos, nos termos de sua tese forte do fato social.

Não resta dúvida, então, que na linha do positivismo jurídico exclusivo é rejeitada a tese da conexão entre direito e moral. Se se nega que o direito incorpora elementos morais em sua prática, resta também negada a relação entre direito constitucional e parâmetros de moralidade política.

Nessa perspectiva, então, convém exemplificar, somente seriam relevantes para a interpretação dos direitos fundamentais negativos as normas constitucionais positivas que cuidassem de algum aspecto da relação entre indivíduo e Estado. Havendo uma

questão moralmente relevante nessa relação jurídica que se encaixasse na textura aberta do direito, o juiz não estaria vinculado a quaisquer parâmetros morais para decidir como fonte autorizada a resolver o conflito deduzido judicialmente.

2.2 *Positivismo jurídico inclusivo*

Para os teóricos do positivismo jurídico inclusivo, a rejeição da tese da conexão entre direito e moral é de ordem analítica, ou conceitual, mas nada impede que, em uma contingência histórica, critérios morais sejam incorporados a um ordenamento jurídico específico, de maneira que o estabelecimento do direito válido e a realização de sua interpretação passem a depender não apenas de elementos formais de validade, como também de parâmetros substanciais de justiça.

Desse modo, é acertado dizer que o positivismo jurídico inclusivo, como qualquer teoria positivista, pressupõe a tese da separabilidade conceitual entre direito e moral, mas admite a conexão eventual entre direito e moral, a depender de questões de natureza fática, diferenciando-se, por conseguinte, do positivismo jurídico exclusivo, que, conforme anteriormente salientado, não admite qualquer papel desempenhado por normas morais no exame da validade jurídica das normas de um dado ordenamento jurídico.

Jules Coleman oferece uma teoria do direito bastante representativa do juspositivismo inclusivo, ao desenvolver a tese da prática social convencional (*conventional social practice*).

Como positivista, Jules Coleman não abre mão da tese do fato social e da separação conceitual entre direito e moral. Influenciado por Hart,^[19] procura reafirmar a doutrina da regra de reconhecimento, que é alvo de pesadas críticas levantadas por Ronald Dworkin^[20]. Diferencia-se do juspositivismo exclusivo de Raz, ao admitir a possibilidade de que princípios morais sejam incorporados ao ordenamento jurídico, de modo a serem juridicamente vinculantes, razão pela qual sua visão teórica, o juspositivismo inclusivo, também pode ser chamada de incorporacionismo.

Verifica-se, assim, que a teoria do direito formulada por Coleman está situada em uma posição intermediária entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e a doutrina do positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz.^[21]

A tese da convenção social de Coleman é construída na tentativa de fornecer uma resposta adequada para uma das questões mais importantes da filosofia do direito, que é a de saber em que se baseia a autoridade do direito.

A proposta do juspositivismo inclusivo se diferencia das vertentes jusnaturalistas, ao rejeitar a subordinação do direito positivo a normas morais naturais. Extrema-se do positivismo jurídico exclusivo, ao não reduzir a autoridade do direito à mera correspondência de fatos sociais. O elemento distintivo do incorporacionismo jurídico se encontra na inclusão de critérios de moralidade como fundamentos circunstanciais da normatividade do direito positivo.

Dessa maneira, mediante a exploração do conceito prática social convencional,^[22] Coleman esclarece que parâmetros morais podem ser reconhecidos na perspectiva

interna do direito, precisamente daqueles que se encarregam de interpretar e aplicar o direito institucionalmente, como integrantes da regra de reconhecimento.

Com isso, seria possível a manutenção da tese do fato social, mas sem incorrer em uma versão por demais forte dessa tese, que culmina por excluir a importância de critérios morais para a identificação das normas jurídicas válidas, bem como para a interpretação do direito. Afinal, a autoridade do direito depende de fatos sociais, mas não somente de fatos sociais.

Para a compreensão do relacionamento entre direito constitucional e moralidade política, a contribuição do juspositivismo inclusivo representa um avanço em relação à doutrina juspositivismo exclusivo, na medida em que admite, como uma questão de fato, a fundamentação de posições jurídicas a partir de critérios de justiça, ou de moralidade política.

Isso não quer dizer, na perspectiva em análise, que todo ordenamento jurídico deva estabelecer certas limitações ao poder do Estado e um rol de direitos fundamentais, mas resta claro que, uma vez integrantes da prática social normativa de uma comunidade jurídica, o que se relaciona à construção de normas constitucionais a respeito, parâmetros de moralidade política são vinculantes para a solução de questões jurídicas complexas envolvendo direitos fundamentais.

3. Perspectivas pós-positivistas

Há boas razões para sustentar que o espectro das teorias do direito não se circunscreve à antiga dicotomia entre jusnaturalismos e juspositivismos. O exame dessas razões deve permitir, então, que se estabeleça por que uma teoria do direito não se enquadra no âmbito do jusnaturalismo, tampouco no conjunto de doutrinas juspositivistas.

Afirma-se que, com o advento teórico do pós-positivismo, “tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante”[23], verifica-se “a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”[24], observa-se a formação de “um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras”[25].

É interessante apontar que a denominação “pós-positivismo” tem alcançado maior desenvolvimento entre os juristas brasileiros do que em relação à doutrina estrangeira. Naturalmente, o nome “pós-positivismo” não deve ser interpretado no sentido cronológico, já que atualmente se desenvolvem teorias juspositivistas, mas no sentido de superação teórica da doutrina juspositivista. Além disso, a rearticulação entre direito e moral no pós-positivismo não representa um retorno à metafísica, já que não se trata de uma teoria jusnaturalista, mantendo em comum com o jusnaturalismo apenas o jusmoralismo.[26]

Em busca de um critério para a caracterização mais precisa do pensamento teórico pós-positivista, esclarece-se que a “relação entre o direito e a moral é um traço teórico significativo, com o auxílio do qual se podem estabelecer diferenças entre positivismo, jusnaturalismo e pós-positivismo”[27].

Conforme discutido anteriormente, a tese da separação conceitual entre direito e moral é comum às doutrinas jurídicas positivistas, que abrangem o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo. Sob o prisma jusnaturalista, sustenta-se a subordinação do direito positivo a normas morais naturais.

Na perspectiva do pós-positivismo, da mesma forma como acontece nas doutrinas jusnaturalistas, rejeita-se a tese da separação conceitual entre direito e moral. Ocorre que a relação entre direito e moral não pressupõe a crença na subordinação do direito positivo a normas naturais superiores. Para as teorias pós-positivistas, é prescindível a tese metafísica sobre a existência de normas jurídicas imutáveis, válidas para todos os tempos e todos os lugares. Diferenciam-se, portanto, as teorias do pós-positivismo das doutrinas do jusnaturalismo.

As contribuições do pós-positivismo e do positivismo jurídico inclusivo têm em comum a afirmação de que elementos morais podem ser juridicamente exigíveis para o estabelecimento de normas jurídicas válidas, assim como para a interpretação judicial do direito. O que distingue a orientação pós-positivista da proposta teórica do positivismo inclusivo é o caráter que se dá à conexão entre direito e moral, no que diz respeito à argumentação relativa às normas válidas e ao processo de aplicação do direito.

Como se destacou anteriormente, a doutrina do positivismo jurídico inclusivo admite apenas que a conexão entre direito e moral é contingente, variável de acordo com circunstâncias empíricas, de modo que esse interrelacionamento pode ocorrer em alguns ordenamentos jurídicos, mas em outros não. O pós-positivismo dá um passo a mais, na medida em que considera que a relação entre direito e moral é conceitualmente necessária, verificando-se em qualquer sistema jurídico.

Desse modo, seguindo-se a linha teórica do pós-positivismo, a correção moral é um dos elementos do conceito de direito, o que implica afirmar que toda norma jurídica moralmente relevante deve ser justificável com base em critérios de racionalidade prática. Assim, a exigência de justiça é considerada como inafastável no âmbito da argumentação jurídica, o que sem dúvida envolve a interpretação judicial do direito. Descarta-se nessa perspectiva, é bom sempre salientar, a relação de subordinação ao suposto direito natural.

Robert Alexy refere-se à contraposição entre teorias positivistas e não-positivistas.^[28] Adotando-se a classificação entre teorias positivistas e não-positivistas, a teoria do direito de Alexy se caracteriza como não-positivista. Como sua teoria não pressupõe a subordinação do direito positivo a normas de direito natural, é correto dizer que se trata de um representante da corrente pós-positivista.

Na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, explica-se a abertura do direito em relação à moral proporcionada pelas normas jusfundamentais.^[29] Ademais, o referido autor sustenta que a correção moral é um dos elementos do conceito de direito.^[30] Justifica a tese da conexão conceitual entre direito e moral com o argumento da pretensão de correção do direito.^[31]

A exemplo de Alexy, Ronald Dworkin também pode ser classificado como representante da perspectiva teórica pós-positivista, por não ser jusnaturalista e defender

a abertura do direito em relação à moral do ponto de vista conceitual, o que se justifica com base em sua teoria dos princípios, de maneira que Coleman e Raz não escapam de suas críticas.[32]

Os influxos do pós-positivismo para a compreensão da relação entre direito constitucional e moralidade política são claros, já que se trata de uma abordagem teórica que fundamenta a tese da conexão conceitual entre direito e moral.

Importa destacar que as normas constitucionais servem de arcabouço para a construção de uma concepção de justiça constitucional. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com a moralidade constitucional. Caso haja normas que afrontem as exigências de justiça constitucional, é possível que seja reconhecida a invalidade dessas normas jurídicas, embora não se possa sustentar que toda norma jurídica injusta seja juridicamente inválida, por razões de segurança jurídica.

4. Avaliação crítica das perspectivas jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas.

O exame das teorias do direito jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas permitiu constatar que a importância dos elementos morais para a construção das normas jurídicas válidas é objeto de acesa disputa teórica.

Jusnaturalistas e pós-positivistas seguem uma posição moralista, tendo em vista que defendem a tese da conexão conceitual entre direito e moral. Entre os juspositivistas, há consenso quanto à rejeição da tese da conexão conceitual entre direito e moral, todavia os representantes do juspositivismo inclusivo destoam dos consecutórios do juspositivismo exclusivo, porque admitem a incorporação de parâmetros morais pelo sistema jurídico, que são relevantes para a validade das normas jurídicas.

É preciso saber qual teoria do direito oferece a explicação mais adequada em relação ao papel desempenhado pela moralidade no direito positivo, a fim de que se possa, por exemplo, investigar as relações entre direito constitucional e moralidade política, as quais são pertinentes aos direitos fundamentais.

A aceitação das doutrinas jusnaturalistas é bastante problemática, em razão da assunção metafísica da existência de normas jurídicas que sejam imutáveis no tempo e no espaço, às quais se deve subordinar o direito positivo.

De acordo com a discussão ética atual, encontra-se superado o modelo de legitimação do direito positivo a partir de um suposto direito natural substantivo. O conteúdo de quaisquer normas jurídicas e morais só será legítimo, caso decorra de um discurso regido por regras racionais.

Substitui-se, dessa maneira, o recurso a normas morais substantivas naturais pela legitimação derivada da interação racional balizada pelas regras do discurso, o que se coaduna com o pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas.[33]

Além disso, as teorias do direito natural falham ao oferecer um modelo de explicação da relação entre direito positivo e argumentos morais, porque sustentam a subordinação do direito positivo a normas morais.

No âmbito do pós-positivismo, ocorre a revalorização da racionalidade prática, o que dá lugar ao desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica. Observa-se que uma das funções de uma teoria da argumentação jurídica é precisamente oferecer explicação adequada sobre a relação entre argumentos jurídicos e argumentos morais.

Robert Alexy esclarece que a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação moral admite três interpretações possíveis: tese da secundariedade (*Sekundaritätsthese*), tese da adição (*Additionsthese*) e tese da integração (*Integrationsthese*).^[34]

De acordo com a tese da secundariedade, ou tese da subsidiariedade, a argumentação jurídica serve apenas como legitimação secundária dos resultados obtidos pelo discurso prático geral, ou discurso moral. Nesse modelo, portanto, o decisivo é o discurso moral, ocupando posição meramente subsidiária a argumentação jurídica, o que equivale afirmar a subordinação da argumentação jurídica à argumentação moral, em termos que se assemelham a uma proposta jusnaturalista.

Pela tese da adição, rejeita-se o papel secundário da argumentação jurídica. Nos termos dessa tese, recorrer-se-ia à argumentação moral somente naqueles casos em que a argumentação jurídica não estivesse disponível. Assim, a argumentação jurídica ocuparia posição central no discurso jurídico, já os argumentos morais serviriam de mera adição, com função de complementação.

Na verdade, a tese mais adequada para explicar a relação entre argumentos jurídicos e argumentos morais é a tese da integração, segundo a qual no discurso jurídico os argumentos jurídicos estão entrelaçados com argumentos morais. Dessa maneira, não há que se falar em subordinação, tampouco em mera complementação.

A superação das doutrinas jurídicas positivistas ocorre pela afirmação de posições teóricas jusmoralistas, que não se confundem com as perspectivas jusnaturalistas. Em conformidade com o moralismo jurídico, que se enquadra na perspectiva pós-positivista, a correção moral é um dos elementos do conceito de direito.

Para que se fundamente a superioridade teórica de uma teoria do direito pós-positivista em face das doutrinas juspositivistas, é necessário que se desenvolva uma argumentação capaz de evidenciar o caráter necessário da conexão entre direito e moral.

Em consonância com uma ontologia jurídica não-positivista, identificam-se três elementos que compõe o conceito de direito: legalidade conforme ao ordenamento (*ordnungsgemäße Gesetztheit*), eficácia social (*soziale Wirksamkeit*) e correção material (*inhaltliche Richtigkeit*).^[35] Positivistas e não-positivistas estão de acordo quanto à necessidade dos dois primeiros elementos, ainda que sejam possíveis diversas interpretações, verificando-se a controvérsia quanto ao caráter necessário do último elemento.

A pesquisa sobre os elementos do conceito de direito está associada à investigação acerca dos conceitos de validade do direito. Corresponde ao elemento da legalidade conforme ao ordenamento o conceito jurídico de validade. A eficácia social do direito relaciona-se ao conceito de validade social do direito. A correção material serve de

critério para aferir a validade moral de uma norma jurídica, o que conduz ao problema da justiça das normas jurídicas.

Caso se reconheça como necessária a conexão conceitual entre direito e moral, está claro que uma norma jurídica injusta será uma norma jurídica defeituosa. A questão mais relevante reside em saber se uma norma jurídica moralmente incorreta, ou simplesmente injusta, será juridicamente inválida.

Gustav Radbruch sustenta que o direito apresenta os valores da segurança jurídica, da justiça e da utilidade (*Zweckmäßigkeit*). Com isso, critica-se a ideia sustentada por alguns juspositivistas, segundo a qual o valor da segurança jurídica seria o único ou o mais importante dos valores jurídicos. Na verdade, o valor da segurança jurídica não deve ser considerado isoladamente, porquanto serve de meio para o atendimento dos valores da justiça e da utilidade para o bem comum. [36]

Com relação ao conflito entre segurança jurídica e justiça, Radbruch estabelece uma fórmula que visa a preservar ambos os valores envolvidos. Uma norma jurídica injusta, ou que não servisse ao bem comum, em princípio não perderia sua validade jurídica. Apenas nos casos em que a injustiça de uma norma jurídica fosse insuportável (*unerträglich*), é que a norma em questão deixaria de ser juridicamente válida.[37]

Alexy ressalta que a fórmula de Radbruch deve ser compreendida na perspectiva do participante (*Teilnehmerperspective*) do sistema jurídico, daquele que nele atua, a exemplo do juiz.[38]

Examinando-se a pretensão de correção levantada pelos participantes do sistema jurídico, é possível sustentar a tese da conexão conceitual entre direito e moral. Uma vez que fique evidenciado o caráter necessário da correção material do direito, supera-se a doutrina do juspositivismo inclusivo, pela qual a incorporação de elementos morais pelo sistema jurídico é uma questão meramente empírica. Se o argumento da pretensão for bom o bastante, não restará dúvida sobre a melhor capacidade do pós-positivismo de oferecer uma compreensão adequada da ontologia jurídica em comparação às tentativas de cunho juspositivista.

O argumento de Alexy sobre a pretensão de correção do direito é de natureza pragmático-transcendental. Sua estratégia consiste em identificar algo que é necessário, para posteriormente explicitar-lhe as implicações. Qualquer afirmação que seja contraditória com essas implicações será absurda, já que contrariam aquilo que decorre do que é necessário.

Constata-se que a ação linguística de afirmar algo é um elemento inseparável da existência humana, pelo menos em condições normais de civilização. Em condições racionais, o ato de afirmar algo requer do sujeito que seja capaz de fundamentar sua afirmação, bem como faz-se acompanhar pela expectativa de que os destinatários reconheçam que aquilo que se disse é correto.

Alexy sustenta precisamente que o direito, através de pessoas, formula uma pretensão de correção. O exemplo do juiz é paradigmático, já que levanta uma pretensão de correção objetiva, que não depende de sua vontade, mas decorre da função que exerce.[39]

Considere-se, por exemplo, uma sentença que afirme que o acusado, em razão de uma interpretação equivocada do direito vigente, resulta condenado a cumprir determinada pena. Claramente, trata-se de uma sentença absurda.[40]

O motivo para esse absurdo, conforme esclarece Alexy, não é meramente convencional, mas é de ordem conceitual. Todas as sentenças, como as ações linguísticas de afirmação, possuem pretensão de correção, garantia de fundamentação e expectativa de reconhecimento pelos destinatários. Caso uma sentença vá de encontro a esses elementos, surge uma contradição performativa.

Seguindo-se essa linha de raciocínio, seria absurda uma disposição constitucional nos seguintes termos: “A República tal constitui-se em um Estado em que a tributação injusta é permitida”. O absurdo consiste, como é claro, na contradição performativa com a pretensão de correção que é levantada pelos textos normativos.

Levando-se em consideração que a correção jurídica inclui a correção moral,[41] a pretensão de justiça se incorpora ao conceito de direito. Conseqüentemente, as perspectivas juspositivistas não se revelam adequadas para abarcar todos os elementos que integram o conceito de direito.

Dessa maneira, a perspectiva pós-positivista possui vantagens teóricas e práticas. Possui vantagens do ponto de vista teórico, porque faz compreender de um modo adequado a relação conceitual entre direito e moral. Sob o prisma prática, trata-se de perspectiva superior, porque evidencia corretamente a importância da utilização de elementos morais na argumentação jurídica desenvolvida pelos participantes do sistema jurídico.

Considerações finais

1. A relação entre direito e moral, tema fundamental para a compreensão da ontologia jurídica, dá lugar a diversas contribuições teóricas, que podem ser agrupadas em teorias do direito natural, teorias positivistas e pós-positivistas.
2. De acordo com as teorias jusnaturalistas, predicam-se duas ordens jurídicas, a natural e a positiva. O direito natural seria uma ordem jurídica transcendente, metafísica, que serviria de parâmetro moral, ao qual deve subordinar-se o direito positivo.
3. As teorias juspositivistas rejeitam a tese do dualismo jurídico, vez que sustentam que todo o direito é direito positivo. Contudo, há discordâncias internas sobre o papel da moralidade na reconstrução do direito válido, o que enseja a classificação entre positivismo exclusivo e positivismo inclusivo.
4. Consoante a doutrina do positivismo jurídico exclusivo, rejeita-se a relação conceitualmente necessária entre direito e moral. Além disso, afirma-se que a interpretação e aplicação do direito não incorporam elementos morais. Destaca-se a noção de autoridade, deslocando-se o problema da racionalidade prática da argumentação jurídica.
5. Para os representantes do positivismo jurídico inclusivo, a separação conceitual entre direito e moral não se faz acompanhar da afirmação de que os elementos morais, do ponto de vista fático, não são relevantes para a reconstrução do direito válido. Sustenta-

se, nessa perspectiva, a tese incorporacionista, conforme a qual a moralidade poderá, de maneira contingente, ser relevante para a determinação das posições jurídicas.

6. Verifica-se que o espectro de teorias do direito não se resume às vertentes jusnaturalistas e juspositivistas. Devem ser mencionadas as teorias pós-positivistas.

7. Em comum com as perspectivas jusnaturalistas, as teses pós-positivistas afirmam a importância da moralidade para a compreensão do conceito de direito. Rejeita-se, porém, a tese da subordinação conceitual, bem como a afirmação metafísica do direito natural.

8. Pós-positivistas aproximam-se dos positivistas pela rejeição da dualidade de ordens jurídicas. Seguidores do positivismo jurídico inclusivo sustentam que é possível a incorporação de elementos morais no sistema jurídico. Na perspectiva pós-positivista, essa afirmação é tomada como insuficiente, já que se afirma a conexão conceitual entre direito e moral.

9. Com base no argumento da pretensão de correção, encontra-se arcabouço teórico consistente de fundamentação da preferência pela perspectiva pós-positivista.

Referências.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005.

. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.

. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (Org). *The reasonable as rational?: on legal argumentation and justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.

. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COLEMAN, Jules. . Authority and reason. In: GEORGE, Robert P. (Org). *The autonomy of law: essays on legal positivism*. New York: Oxford, 2005.

. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1978.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GEORGE, Robert P. *In defense of natural law*. New York: Oxford, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

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

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

. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

OTT, Walter. *Der rechtspositivismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

[1] AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005. p. 529, I-II, q. 91, a. 1.

[2] *Ibid.*, 2005. p. 531, I-II, q. 91, a. 2.

[3] *Ibid.*, 2005. p. 533, I-II, q. 91, a.3.

[4] *Ibid.*, 2005. p. 576, I-II, q. 95, a. 2.

[5] *Ibid.*, 2005. p. 576, I-II, q. 95, a. 2.

[6] *Ibid.*, 2005. p. 576-577, I-II, q. 95, a. 2.

- [7] KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 142.
- [8] FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 87 e ss.
- [9] *Ibid.*, 2007. p. 274 e ss.
- [10] *Ibid.*, 2007. p. 376 e ss.
- [11] GEORGE, Robert P. *In defense of natural law*. New York: Oxford, 2004. p. 102 e ss.
- [12] *Ibid.*, 2004. p. 108-109.
- [13] OTT, Walter. *Der rechtspositivismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. p. 108.
- [14] COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford, 2003. p. 153.
- [15] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005. p. 18.
- [16] RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 39-40.
- [17] Nesse sentido, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221, “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.
- [18] HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford, 1997. p. 128.
- [19] HART, H. L. A. *ob. cit.*, 1997. p. 100 e ss.
- [20] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1978. p. 14 e ss.
- [21] COLEMAN, Jules. Authority and reason. In: GEORGE, Robert P. (Org). *The autonomy of law: essays on legal positivism*. New York: Oxford, 2005. p. 288.
- [22] COLEMAN, Jules. *ob. cit.*, 2003. p. 77 e ss.
- [23] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 265.
- [24] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001. p. 52-53.
- [25] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In:

BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

[26] Com isso, afastam-se as incompreensões que dão origem à discussão dos supostos equívocos do pós-positivismo, conduzida por DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 47 e ss.

[27] MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 18.

[28] ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005. p. 15.

[29] Id. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994. p. 494.

[30] Id. ob. cit., 2005. p. 201.

[31] Id. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (Org). *The reasonable as rational?: on legal argumentation and justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000. p. 3 e ss.

[32] DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 234 e ss.

[33] HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 340.

[34] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 38.

[35] ALEXY, Robert. ob. cit., 2005. p. 29.

[36] RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. p. 215-216.

[37] Ibid., 2003. p. 216.

[38] ALEXY, Robert. ob. cit., 2005. p. 63 e ss.

[39] ALEXY, Robert. ob. cit., 2000. p. 4-5.

[40] Ibid., 2000. p. 10.

[41] ALEXY, Robert. ob. cit., 2000. p. 14.

APONTAMENTOS SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO, SUA SUPERAÇÃO E O PAPEL DO JUIZ DIANTE DOS PRINCÍPIOS NO MODELO PÓS-POSITIVISTA

APONTAMIENTOS SOBRE EL POSITIVISMO JURIDICO, SU SUPERACIÓN Y EL PAPEL DEL JUEZ DELANTE DE LOS PRINCIPIOS EN EL MODELO POS-POSITIVISTA

Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo

RESUMO

Analisa o modelo positivista, principalmente a partir do pensamento kelseniano, fazendo referência às suas características e contribuições ao Direito, além das críticas sofridas em razão da neutralidade axiológica marcante daquele movimento, iniciado no século XIX. Com a finalidade de atribuir cientificidade ao Direito, o positivismo apregoava o primado da lei e, por consequência, reduzia os princípios jurídicos à condição de subsidiariedade, limitando a atividade do juiz à aplicação rígida da lei. Aborda o declínio do modelo positivista no século XIX, relacionando-o à necessidade de sua superação, situação que fez florescer o movimento chamado pós-positivismo. A característica principal do novo modelo está no retorno do Direito às suas raízes humanistas e axiológicas, o que faz com que os princípios jurídicos – cuja importância foi mitigada no positivismo – ganhem relevância e são alçados ao status de norma, ao lado das regras. Por fim, analisa o papel do juiz na interpretação, aplicação e concretização dos princípios jurídicos expostos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito, e coteja a atuação jurisdicional no período positivista e a nova postura que o modelo pós-positivista.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO, SUPERAÇÃO, PRINCÍPIO, NORMA, JUIZ, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RESUMEN

Analiza el modelo positivista, principalmente a partir del pensamiento kelseniano, haciendo referencias a sus características y contribuciones al Derecho, además de las críticas sufridas debido a la neutralidad axiológica característica de aquel momento, iniciado en el siglo XIX. Con la finalidad de donar cientificidad al Derecho, el positivismo enseñaba la superioridad de la ley, por consecuencia, reducía los principios jurídicos a la condición de subsidiariedad, limitando la actividad del juez a la aplicación rígida de la ley. Trata sobre el declinio del modelo positivista en el siglo XIX, relacionando-lo a la necesidad de su superación, situación que hizo florecer el movimiento llamado pos-positivismo. La característica principal del nuevo modelo está en la vuelta del Derecho a sus raíces humanistas y axiológicas, lo que hace con que los principios jurídicos – cuya importancia fué reducida en el positivismo – ganen

rellevancia y son alzados al statusde norma, al lado de las reglas. Por fin, analiza el papel del juez en la interpretación, aplicación y concretización de los principios jurídicos expuestos, en especial en la Constitución del Estado Democrático de Derecho, y hace la comparación entre la actuación jurisdiccional en el período positivista y la nueva postura del modelo pos-positivista.

PALAVRAS-CLAVE: POSITIVISMO, SUPERACIÓN, PRINCIPIO, NORMA, JUEZ, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

INTRODUÇÃO

Como ciência dinâmica que é, o Direito caminha em sentido de evoluir para melhor atender à sua finalidade primordial de distribuir Justiça, pacificar e organizar o convívio da sociedade.

Neste caminhar, muitas escolas e modelos jurídicos surgiram, tiveram seu auge e declinaram, num processo natural de evolução do Direito e do próprio homem e do paradigma estatal por ele adotado. Assim, entender o fenômeno jurídico para pensá-lo, entendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo corretamente passa pela compreensão dos modelos jurídicos que se apresentam em determinado período da sociedade.

Esta é uma exigência que se coloca a qualquer profissional do Direito, mas de modo sobremaneira importante ao juiz, a quem é dado decidir, pacificar. Importante dizer que o exercício da função jurisdiccional sofre inegável impacto decorrente do modelo estatal e jurídico que se adota.

Preferiu-se, aqui, analisar o Direito e a atuação jurisdiccional a partir do modelo positivista - especialmente a concepção kelseniana de positivismo jurídico - e, em seguida, à vista do pós-positivismo, como movimento de superação do positivismo.

Assim, é correto afirmar que o positivismo refletia não apenas características jurídicas, mas também sociais e políticas da época. E do mesmo modo acontece com o pós-positivismo. Embora não seja este o foco central do trabalho, não se pode deixar de dizer que a compreensão do Direito em determinado espaço de tempo reflete os anseios da sociedade em que se insere.

Num primeiro momento, propõe-se a análise das características marcantes do positivismo jurídico, bem como suas contribuições ao Direito, muitas das quais permanecem atualmente. Busca-se, na realidade, situar o juspositivismo - e conseqüentemente a obra de Hans Kelsen - no cenário jurídico da época em que vigorou, sem negar-lhe os méritos que teve e sem impregne-lo do preconceito com o qual é comumente abordado, como se fosse o responsável pelas mazelas de uma época.

Desta forma, apresentam-se também as críticas sofridas pelo movimento e que mais tarde levariam à necessidade de sua superação, nascendo, então, o modelo pós-positivista como forma de reação à formalidade do juspositivismo. Também nesta fase

do trabalho se busca contextualizar o pós-positivismo dando o seu significado e contornos.

De relevantíssima importância para a compreensão do pós-positivismo, os princípios ganham nova conotação, pois estruturam o sistema jurídico e encerram os valores que o permeiam. Em razão disso, parte do último tópico é dedicada à exposição sobre o papel dos princípios como elementos axiológicos e normativos do sistema.

E, por fim, diante deste novo contexto social e político (representado pelo Estado Democrático de Direito) e jurídico (representado pelo modelo pós-positivista) a atuação do juiz modifica-se sobremaneira, exigindo-se dele nova postura, adequada à carga principiológica do paradigma atual.

Trabalhar com princípios e valores exige do magistrado não apenas conhecimento jurídico, mas também mentalidade e afinidade com os objetivos traçados pelo Estado Democrático de Direito e indispensáveis à sua realização e contínua formação.

1. ASPECTOS SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO, SUAS CARACTERÍSTICAS E CONTRIBUIÇÕES

Para explorar o tema da superação do positivismo - que deu origem ao movimento chamado pelos autores de pós-positivismo - é necessário estabelecer, ainda que em rápidas palavras, algumas premissas sobre o positivismo, bem como destacar suas principais características e contribuições ao Direito.

A começar pelo significado da expressão "positivismo". Para Norberto Bobbio o vocábulo pode ser entendido da seguinte maneira:

A expressão "positivismo jurídico" não deriva daquela de "positivismo" em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico - tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. (BOBBIO, 1995, p. 15).

Mais adiante, refere-se o mesmo autor:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-

matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outra a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (BOBBIO, 1995, p. 135).

Foi exatamente no intuito de dar cientificidade ao Direito que o positivismo jurídico se desenvolveu nos idos do século XIX, e permaneceu até o século XX, quando teve início o seu declínio, ou melhor dizendo, ocasião em que se mostrou necessária a sua superação.

De fundamental importância para o positivismo foi a obra de Hans Kelsen, especialmente a sua "Teoria Pura do Direito", em que pregava o caráter científico (ou seja, avaliativo e formalista) do Direito. Convém, neste ponto, reproduzir as palavras do próprio Hans Kelsen, a fim de captar com maior fidelidade a intenção e objetivo da sua teoria:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa com "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objetivo, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

(...). De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. (...). (KELSEN, 2003, p. xviii).

A esse respeito, também faz Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao prefaciar a obra "Para entender Kelsen", de Fábio Ulhoa Coelho, faz as seguintes observações:

O grande objetivo da obra foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Suas preocupações, neste sentido, se inseriam no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do século XIX e que repercutiam intensamente no começo do século XX. A presença avassaladora do positivismo jurídico de várias tendências, somada à reação dos teóricos da *livre interpretação do direito*, punha em questão a própria autonomia da ciência jurídica. Para alguns, o caminho dessa metodologia indicava para um acoplamento com outras ciências humanas, como a sociologia, a psicologia e até com princípios das ciências naturais. Para outros, a liberação da ciência jurídica deveria desembocar em critérios de livre valoração, não faltando os que recomendavam uma volta aos parâmetros do direito natural. Nesta discussão, o pensamento de Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista uma autonomia científica.

Foi com este propósito que Kelsen propôs o que denominou *princípio da pureza*, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método. (COELHO, 2001, p. xv, Prefácio).

No mesmo sentido explica o próprio Fábio Ulhoa Coelho:

A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. É, desse modo, um trabalho de epistemologia jurídica, a parte da filosofia do direito voltada exatamente para o estudo do conhecimento das normas jurídicas. (...).

O princípio fundamental do método proposto, isto é, a condição primeira para que a doutrina se torne ciência, diz respeito ao objeto do conhecimento. (ULHOA, 2001, p. 1-2).

Para Hans Kelsen, portanto, o Direito deveria ocupar-se e preocupar-se tão somente com a norma posta. Trata-se, portanto, de concepção normativista do Direito, que exigia do jurista uma postura puramente científica, despida de impressões subjetivas, próprias de outros ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a filosofia ou a psicologia.

Neste ponto é conveniente abrir parênteses para explicar em rápidas palavras que a concepção kelseniana não é a única manifestação do positivismo jurídico, apesar de, acredita-se, ter sido a mais difundida dentre os estudiosos brasileiros. Todavia, não se

pode esquecer de outra manifestação também importante, materializada no pensamento de Herbert Hart.

Sobre o positivismo concebido pelo filósofo britânico, explica Sérgio Alves Gomes:

Herbert Hart, após longa discussão sobre a obra de John Austin, que concebia o Direito como um conjunto de comandos do soberano, concluiu que, ao invés de "*comandos*", o que se tem como Direito é "*uma união de regras primárias e secundárias*"^[1].

Portanto, embora com argumentação distinta, ambos os representantes do positivismo jurídico mencionados^[2] reduzem o Direito apenas a seu aspecto normativo e expulsam do âmbito das preocupações jurídicas todo campo axiológico. (GOMES, 2008, p. 215).

Por outro lado, Norberto Bobbio, ao destacar os pontos por ele considerados fundamentais da doutrina juspositivista observa o seguinte:

(...) o positivismo jurídico responde a este problema considerando *o direito como um fato e não como um valor*. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. (BOBBIO, 1995, p. 131).

Feito este registro, importa dizer que por questões didáticas, de construção deste estudo, optou-se pela concepção positivista kelseniana^[3], o que não implica que características próprias de outras manifestações do positivismo não possam ser mencionadas.

Assim, retornando a Hans Kelsen, distingue-se claramente os campos do "ser" e do "dever ser", permanecendo a norma nesta última seara. O autor esclarece em sua obra:

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito que constitui objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo "norma" se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem *deve* se conduzir de determinada maneira. (...). Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. (...).

Portanto, a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. (...). (KELSEN, 2003, p. 5-7).

Prosseguindo, tem-se que o conjunto normativo de que se compõe o Direito é estruturado, segundo Hans Kelsen, de modo hierarquizado. E aí se acha o campo da validade dessas mesmas normas, em que uma específica retira sua validade de outra que lhe é hierarquicamente superior, de maneira que numa atividade regressiva, o jurista chegasse à norma fundamental (*Grundnorm*).

Sobre isso, Sérgio Alves Gomes explica o seguinte:

O modelo de ciência do direito pensado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito (...) é formalista (...). Para a elaboração de normas válidas é suficiente a observância da forma prevista em norma hierarquicamente superior. Em outras palavras: basta a observância formal do procedimento legislativo para que as normas dele resultantes sejam válidas. (...). De acordo com ele, é juridicamente possível converter qualquer conteúdo em norma válida, sem preocupação com a justiça ou injustiça de tal conteúdo. Desde que, é claro, sejam observadas as formalidades previstas legalmente para a elaboração daquela norma. O procedimento normativo é suficiente para legitimar as normas dele oriundas. (GOMES, 2008, 136-137).

De modo semelhante, Luis Fernando Barzotto faz referência à norma fundamental como pressuposto de validade das normas integrantes do ordenamento jurídico. O autor ressalta, inclusive, a sua característica ficcional, tal como Hans Kelsen a concebeu em sua obra póstuma, "Teoria Geral das Normas". Diz o jurista brasileiro:

A verificação de validade de uma norma passa, portanto, por um recondução à norma fundamental. (...).

Para estabelecer a validade da última norma positiva da cadeia de validação, Kelsen recusa as alternativas da tradição jusnaturalista. Ele afasta uma fundamentação metafísica que coloque o fundamento da validade do direito positivo na vontade de Deus ou da natureza. (...).

Kelsen não pode recorrer a uma instância moral para alcançar uma fundamentação do direito positivo, uma vez que, para ele, recorrer a uma norma moral acarretaria uma "moralização" do fenômeno jurídico. (...).

A norma fundamental não é uma norma posta, positiva. É uma norma meramente pensada, uma norma pressuposta. (...).

A norma fundamental é um dos mais importantes conceitos kelsenianos. Ela tem uma dupla função em Kelsen. A primeira, de ordem epistemológica: ela é a condição lógico-transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico. É uma hipótese necessária ciência do direito de corte positivista. A Segunda, ontológica: a norma fundamental é necessária para fundar a validade do ordenamento jurídico. (...). (BARZOTTO, 2007, p. 37-39).

Assim, se todo e qualquer conteúdo pode se tornar norma jurídica válida, é certo inferir que não há, para Hans Kelsen, valores absolutos. Segundo Manuel Atienza, citado por Sérgio Alves Gomes:

(...). os únicos valores que podem considerar-se internos ao Direito são de caráter formal: a ordem (que protege os indivíduos do uso da força por parte dos outros), a segurança coletiva e a paz (que, de todas as formas, é só relativa, pois o Direito não assegura a ausência do uso da força). (GOMES, 2008, 136-137).

Como se percebe, permanece o caráter normativo-formalista, seja em qualquer dos pontos de vista através dos quais se analise o juspositivismo kelseniano, o que lhe garantiu severas críticas por se considerar como pretensão de Hans Kelsen reduzir o Direito à norma[4].

Entretanto, não se pode negar as contribuições do positivismo jurídico de Hans Kelsen, muitas das quais ainda se fazem presentes.

Academicamente representou, indubitavelmente, grande salto à doutrina jurídica, bem como ao seu enquadramento no mundo científico, o que certamente elevou o Direito (seu ensino e sua prática), dando-lhe maior respeitabilidade como ramo do conhecimento estruturado e social que é.

Além disso, como é próprio das grandes revoluções de pensamento, desenvolveram-se conceitos importantes ao Direito (especialmente aqueles ligados à teoria da norma, do ordenamento jurídico), bem como criou-se o ambiente favorável ao ensino jurídico setorizado, fazendo surgir os vários ramos do Direito[5], que paulatinamente se desenvolveram com seus conceitos e institutos próprios, ou seja, fazendo com que o Direito alçasse autonomia científica.

2. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO E O SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO

O sistema de validade normativo baseado tão somente no procedimento legislativo e na estrutura hierarquizada do ordenamento transformou-se em um dos motivos que levou o pensamento juspositivista ao declínio, vez que não se aceitava - especialmente no cenário da época, em que se deu a II Guerra Mundial e o terror do holocausto - que qualquer conteúdo pudesse ser convertido em norma, independentemente de sua conexão com o sentido do Justo, e da Moral[6].

A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em prefácio da obra de Fábio Ulhoa Coelho afirma o seguinte:

A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de *reducionista*, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico. (ULHOA, 2001, p. xvi, Prefácio).

Nunca foi intenção de Hans Kelsen, tampouco de qualquer outro doutrinador positivista, reduzir o ordenamento jurídico a apenas um conjunto normativo, sem qualquer ligação com a realidade dos jurisdicionados, ou então, apartado do sentido de justiça. Igualmente não havia intenção, nem se podia prever efeitos nefastos que muitas vezes são atribuídos ao positivismo, com alguma dose de injustiça ou desconhecimento.

Pelo contrário, o filósofo austríaco pretendia com sua teoria pura resguardar o Direito daqueles que pudessem deturpá-lo a partir de elementos subjetivos e axiológicos que aparentemente fossem legitimados pelo sistema, mas que, na realidade, servissem apenas a arbitrariedades[7].

Logo no início de sua "Teoria Pura do Direito", Hans Kelsen esclarece essa situação:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 2003, p. 2).

Tércio Sampaio Ferraz Junior também faz referência a este assunto:

A obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. (ULHOA, 2001, p. xx, Prefácio).

Entretanto, ao estudar o tema, Sérgio Alves Gomes chama a atenção para conseqüências negativas do positivismo jurídico (sem, contudo, renegar suas contribuições), no que pertine ao ensino jurídico. Trata-se de enriquecedora análise, cujos termos ora se transcreve:

A concepção kelseniana do Direito foi modelo para a estruturação do conhecimento jurídico desde a primeira metade do século XX, estimulando uma educação jurídica fundada tão-somente no estudo das normas e de suas mútuas inter-relações, compondo o sistema normativo hierarquicamente organizado. Tal modelo ainda se faz presente, apesar de relativamente superado, em muitos cursos de formação de profissionais do Direito. (GOMES, 2008, 135).

Chegou-se a acreditar que com o declínio do modelo positivista kelseniano o Direito retornaria ao modelo jusnaturalista, ou buscaria abeberar-se dele. É o que defende Edgar Bodenheimer (1966, p. 149-65), pois para ele o ressurgimento do Direito Natural e a fundamentação da Ciência do Direito em valores éticos surgiu em reação ao pensamento positivista predominante nos séculos XIX e início do XX.

Assim como acontece em todas as áreas do conhecimento, a exacerbação de apenas um único enfoque da ciência - no elemento normativo, no caso da visão positivista do Direito - leva à constatação da sua insuficiência. O mencionado autor ressalta a necessidade de uma compreensão integrada do Direito, unindo jurisprudência, realidade social e as contribuições do Direito Natural. O que se percebe no decorrer do texto é um caminhar contínuo, iniciado desde o declínio do pensamento positivista, em direção contínua a essa propalada integração.

Sem renegar o que de contribuição agregou à Ciência do Direito, o modelo positivista foi cético relativamente aos valores finais da ordem jurídica, o que certamente foi determinante ao seu declínio. Parece adequado pensar-se impossível dissociar o Direito de suas raízes sociológicas, econômicas, políticas, históricas, culturais, sob pena de apartá-lo do alcance de uma sociedade menos injusta.

Com o declínio do pensamento positivista formou-se o cenário ideal ao surgimento de um novo paradigma filosófico-jurídico, através do qual se buscou superar o modelo antigo, aperfeiçoando-o e, assim, aproximando o Direito novamente dos seus valores fundantes e de uma perspectiva cada vez mais ligada ao homem.

Margarida Maria Lacombe Camargo traduz bem a questão ora posta, reconhecendo a existência de tensão constante entre segurança e justiça, durante o século XIX, no auge

do modelo positivista. Foi no século XX, porém, que dessa tensão, aliada ao natural declínio do positivismo, fez-se o cenário propício à construção de outro modelo jurídico. Para a autora:

Verifica-se uma variação entre extremos radicalmente opostos durante todo o século XIX: de um lado a Escola da Exegese, com todo o seu rigor, como forma de transmitir segurança ao direito, e de outro o Movimento para o Direito Livre, muito menos rigoroso, cuja preocupação era principalmente com relação à justiça. O despertar do século XX dá ensejo a um movimento crítico, que questiona as reais contribuições da dogmática jurídica tradicional para a sociedade, ganhando força a sociologia. A filosofia dos valores veio também compor este quadro, ocupando-se da questão da justiça. (CAMARGO, 2001, p. 139).

A propósito também ensina Sérgio Alves Gomes:

Todavia, a perspectiva humanista do estudo do Direito revela cada vez mais que, sem a inclusão dos valores no âmbito jurídico, o Direito se resumiria a um arcabouço de normas passíveis de qualquer conteúdo, inclusive daqueles que ao invés de dignificar o ser humano poderiam convertê-lo em mera "coisa", como foi típico dos tempos de escravidão oficial sempre disciplinada e "legitimada" pelo ordenamento jurídico.

Também não basta dizer que o Direito envolve valores, para que este seja um direito justo. Há que se verificar qual a pauta de valores com a qual o Direito se compromete. No Estado Democrático de Direito, tais valores estão explicitados no texto constitucional e todos eles - segundo a consciência ético-jurídica que os selecionou - são fundamentais ao pleno desenvolvimento e expressão democrática de todo ser humano. (GOMES, 2008, p. 216).

Eis o pós-positivismo.

O termo, de acordo com o jusfilósofo Willis Santiago Guerra Filho, tem significado relevante, pois não se trata de negar o positivismo jurídico, tampouco implica desprezo ao legado que referido modelo deixou à Ciência do Direito e que não podem ser extirpados. Aquilo que se conquistou com o positivismo e a cientificidade do Direito é definitivo. Ou seja, os benefícios do árduo caminho trilhado não podem ser esquecidos; não há volta. Por outro lado, é preciso ir além. Buscar novos horizontes. E daí a importância etimológica - quase sempre despercebida - do termo *pós-positivismo*. É assim que o mencionado autor apresenta o novo modelo do pensamento jurídico. Para ele:

Inicialmente, cabe frisar que não se pretende aqui expor idéias que sejam "antimodernas" ou "antipositivistas". Fazer isso seria colocarmo-nos em uma posição anterior àquelas defendidas na modernidade e pelo positivismo, quando na verdade se pretende buscar o que está mais para além de ambos. (GUERRA FILHO, 1998, p. 61).

Além do jusfilósofo brasileiro, Albert Calsamiglia apresenta o pós-positivismo como movimento de superação do modelo positivista em seu formalismo. Assevera o autor:

Me parece que más que la superación del positivismo estamos ante um *desplazamiento* de la agenda de problemas que interesan y, em algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eram sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas. Algunos autores han llegado a defender que el positivismo es autodestructivo porque si se llevan sus tesis hasta sus últimas consecuencias se desemboca en el antipositivismo (Tuori, 1997 y Goldsworthy, 1990, Shiner, 1992). (...).

El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos.

(...).

Ahora bien, el post positivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. (...). (CALSAMIGLIA, ?, p. 210-212).

Portanto, o pós-positivismo não pretende senão aperfeiçoar a Ciência do Direito - em quaisquer de seus campos de atuação - sem, contudo, desprender-se das contribuições positivistas. Mesmo porque elas integram a estrutura do ordenamento jurídico atual. Quer-se, repita-se, aprimorá-las a fim de que atendam o máximo possível às exigências do paradigma estatal do Estado Democrático de Direito.

Assim, o pós-positivismo traz em si a crença no Direito como realizador do ser humano em sua plenitude, e para isso pretende afastar-se da concepção formalista da Ciência do Direito. Ou seja, busca superar os primados anteriores, da dogmática tradicional, a saber: o primado da lei e a atuação autômata do juiz, como mero aplicador das disposições normativas contidas no ordenamento. Segundo Margarida Maria Lacombe Camargo:

(...) as correntes que vêem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se em opor severas críticas ao positivismo kelseniano, apontando para a falibilidade do modelo lógico-dedutivo. Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma

virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial. Este movimento, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, é denominado *pós-positivismo*. (CAMARGO, 2001, p. 140).

Embora não se trate do foco deste trabalho, é importante frisar que as mudanças de paradigmas estatais, até que se chegasse no modelo atual tem toda relevância no estabelecimento e desenvolvimento do pós-positivismo. Cada vez mais o Estado Democrático de Direito se identifica com as características pós-positivistas.

Neste sentido se manifesta Sérgio Alves Gomes:

Se o Estado Democrático de Direito for considerado um novo paradigma estatal e se o papel do Estado for o de orientar a convivência com base em valores considerados fundamentais à convivência, surge a necessidade de um aprendizado a respeito de como lidar com valores - tais como: vida, justiça, liberdade, igualdade, dignidade, propriedade, segurança... - contemplados no texto constitucional como basilares à vida democrática. Para tanto, há de se desenvolver um conhecimento jurídico capaz de trabalhar adequadamente com tais componentes axiológicas.

(...).

A expressão "novo-antigo" é empregada para se chamar atenção sobre algo que a consciência que vem se formando à luz de um novo modelo jurídico-epistemológico em construção, denominado *pós-positivismo*, percebe como fundamental: o resgate de uma racionalidade adequada a se lidar com as questões humanas, como são aquelas adjetivadas de "jurídicas". (...). (GOMES, 2008, p. 212).

Assim, na condição de movimento de reação ao modelo positivista, o pós-positivismo apresenta-se como alternativa viável de superação do formalismo daquela forma de conceber o Direito sem, contudo, negá-lo. Ao contrário, o pós-positivismo reconhece e otimiza as contribuições positivistas.

Entretanto, não despreza as suas raízes sociais, humanísticas e axiológicas, que foram a tônica do positivismo jurídico. Retira, pois, a frieza e o formalismo da lei deixada - não intencionalmente - pelos positivistas, como forma permitir a concretização do Direito como instrumento viabilizador de Justiça.

3. SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O PAPEL DO JUIZ NO CENÁRIO PÓS-POSITIVISTA

O surgimento do pós-positivismo é marcado pelo retorno do Direito à sua matriz axiológica, antes extirpada pela doutrina positivista, pois pensava-se que a supressão de elementos subjetivos e valorativos pudesse resguardar o Direito do cometimento de arbitrariedades, além de atribuir-lhe cientificidade tão almejada àquele tempo.

Após o declínio do modelo positivista, tornou-se insustentável - ou talvez seja mais adequado dizer insuficiente - manter o formalismo exacerbado do sistema, bem assim do apego excessivo à lei.

Neste contexto, os princípios jurídicos retomam sua força, e adquirem *status* próprio e papel importante no pós-positivismo. Pode-se dizer, então, que uma das características marcantes dessa fase metodológica do Direito é o recurso aos princípios de uma maneira muito específica, conforme se verá nas linhas a seguir.

Para Paulo Bonavides "a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista" (BONAVIDES, 2003, p. 259). Com isso percebe-se que os princípios sempre acompanharam o Direito, inclusive no período de domínio do positivismo. Ocorre que, em cada uma dessas fases tiveram papéis e importâncias distintos. Ao discorrer sobre as fases de juridicidade dos princípios, o autor afirma:

A primeira - a mais antiga e tradicional - é a fase jusnaturalista; aqui os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

(...).

Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdés, em forma de "axiomas jurídicos" ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, "um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana".

O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de Direito. (BONAVIDES, 2003, p. 259-261).

Mais adiante, prossegue o mesmo autor:

A Segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como "válvula de segurança", que "garante o reinado absoluto da lei".

(...).

A concepção positivista ou histórica - escreve Flórez-Valdés - sustenta basicamente que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento.

(...).

Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas sepralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica. (BONAVIDES, 2003, p. 262-263).

Todavia, é na fase pós-positivista que os princípios alçam *status* de norma jurídica, capaz de ser fonte de direito e de obrigações. Deixam de ter papel secundário e subsidiário para assumir importância inegável na estrutura do ordenamento jurídico e na adequada interpretação e aplicação do Direito.

Ensina, por fim, Paulo Bonavides a respeito da importância dos princípios no cenário pós-positivista:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDES, 2003, p. 264).

Semelhante é o entendimento de Ruy Samuel Espíndola, em obra específica sobre o tema. Para ele, no pós-positivismo, os princípios:

(...) que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de escalão constitucional (...). Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 64).

Como se nota, os princípios passam a ser, juntamente com as regras, espécie do gênero norma. Essa diferenciação é fruto especialmente da obra de Ronald Dworkin e Robert Alexy, tomadas como fonte do estudo dos princípios. Citado por Sérgio Alves Gomes, o jurista alemão entende que:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. (GOMES, 2008, p. 220, nota de rodapé n. 444).

Ainda com base na obra de Robert Alexy, Sérgio Alves Gomes destaca os elementos diferenciadores entre regras e princípios:

(...) los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...). En cambio, las reglas son normas que sólo podem ser cumplidas o no. (...). Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (GOMES, 2008, p. 221, nota de rodapé n. 445).

De acordo com Ronald Dworkin:

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

(...).

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata (...).

As regras não têm essa dimensão. (DWORKIN, 2002, p. 39 e 42-43).

Desse modo, os princípios têm a dimensão de peso, ou seja, podem subsistir concomitantemente, assim como podem ceder diante de outro princípio de maior relevância no caso concreto, sem que com isso um deles seja invalidado. A sua aplicação requer, portanto, um juízo de ponderação.

Ao contrário, as regras "...determinam as conseqüências normativas de forma direta..." (ÁVILA, 2004, p. 29), razão pela qual Ronald Dworkin se refere ao juízo de tudo-ou-nada. Significa dizer que as antinomias entre regras implica descarte daquela que venha a ser considerada inválida.

Feitas essas considerações a respeito da relevância dos princípios no contexto do pós-positivismo jurídico, é possível concluir que o retorno do Direito à sua essência axiológica exige postura diversa do juiz - seja no campo da interpretação, seja na aplicação do Direito - em relação àquela própria do modelo positivista.

Ora, se os princípios encerram valores, e são normas capazes de gerar direitos e obrigações, apesar de sua abstração, é certo que o trabalho do jurista - especialmente do juiz - não pode se limitar à aplicação pura e simples da lei. O Direito (e por que não dizer a própria sociedade?) não se contenta mais com o juiz "boca da lei", para lembrar a expressão célebre de Montesquieu.

Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, analisando o tema sob a ótica de magistrado, faz a seguinte observação:

Cabe ao juiz e às partes, destarte, uma atuação sempre dentro da razoabilidade -sem exageros ou posicionamentos radicais-, propugnando soluções que possam levar à modernidade do processo e a decisões que mais se amoldem aos fins sociais e às exigências do bem comum. Com isso terá o cidadão não só maior e melhor acesso à Justiça, fortalecida pela segurança de critérios humanistas adotados no exame da lei, processual ou civil".(NOGUEIRA, 2001, p. 34-35).

Logo, na aplicação dos princípios o juiz encontrará orientação, bem como limitações à sua atuação. É de se perceber a preocupação com a atuação do juiz, razão pela qual deve ele estar atento e conectado ao sentido e alcance dos princípios. Sobre o tema, Sérgio Alves Gomes explica com clareza o seguinte:

O Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma superador de outros tipos de Estado que o antecederam, requer não apenas uma nova hermenêutica constitucional, mas também, um "novo juiz" cujo modo de interpretar e aplicar o Direito supere a figura do juiz que poderia servir no Estado absolutista ou no Estado Liberal, mas não, no Estado Democrático de Direito. Este, em razão de sua Constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com *regras*, mas também com *princípios*. (GOMES, 2008, p. 363).

Sendo assim, o juiz que o pós-positivismo requer é aquele não mais compromissado apenas em ser "a boca da lei", escravo do formalismo excessivo, e apartado dos valores sociais, éticos e morais da sociedade onde se insere. Requer-se, sim, um juiz capaz de

interpretar e aplicar o Direito da forma mais adequada ao alcance e realização, tanto quanto possível, da Justiça ao caso concreto, como se espera no Estado Democrático de Direito. É o que apregoa ainda Sérgio Alves Gomes:

Este "novo juiz" caracteriza-se não em razão da idade mas da mentalidade, isto é, do *pensamento* que orienta suas ações. Trata-se do *juiz intérprete* preocupado com a concretização dos valores constitucionais, por meio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais. (...).

Diante disso, o intérprete-juiz há de estar em sintonia com tais premissas. Está ele jurídica, ética e politicamente comprometido com a sociedade democrática, com o paradigma de Estado e o modelo jurídico por esta engendrados a fim de *ordenar*, segundo princípios constitucionais que a todos vinculam, o *convívio social*.

(...).

O "novo juiz" tem a capacidade de renovar-se, de recusar a carcaça do *formalismo jurídico positivista*. Este insiste em amarrar as mãos e a mente do magistrado. Atá-las pelo cansaço produzido mediante o entulhar de autos de processos sobre a mesa do julgador. (...).

A propósito do impacto do modelo positivista, cujo formalismo exacerbado tolhia sobremaneira a atuação jurisdicional, ensina Margarida Maria Lacombe Camargo:

Como vimos, a idéia era a de que a atividade jurisdicional ficasse circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feitas pelo Estado, capaz de gerar uma norma individual como sentença para cada caso concreto. (CAMARGO, 2001, p. 140).

Ao contrário disso, o modelo pós-positivista - como expressão do Estado Democrático de Direito - combate a noção de um juiz cujo trabalho se resume a solucionar conflitos a partir do conhecimento e aplicação da lei. E assim o é porque se trata de paradigma estatal altamente principiológico, que permite conferir ao sistema a maleabilidade necessária à sua realização (do paradigma), e que por isso requer do juiz capacitação intelectual e humanista para tal mister^[8]. Observe-se o que afirma Sérgio Alves Gomes:

O novo paradigma estatal engendra um Direito que é, antes de tudo principiológico. E, no âmbito de tal Direito, o intérprete participa da construção do *sentido do Direito*. Deve fazê-lo mediante uma *argumentação* desenvolvida a partir dos *princípios*

constitucionais fundamentais, de modo a atribuir aos textos normativos o significado mais justo, razoável e adequado aos valores por estes salvaguardados. (GOMES, 2008, p. 361-362).

Longe de ser um autômato, o juiz tem papel e importância fundamentais à contínua construção do Estado Democrático de Direito, pois através dele o Direito - entendido como instrumento de realização de Justiça e, ainda, de realização do próprio homem - é capaz de ampliar horizontes daqueles que o buscam.

CONCLUSÃO

O positivismo jurídico se desenvolveu nos idos do século XIX, e permaneceu até o século XX, época em que entrou em processo de declínio, até que fosse superado por outro modelo jurídico.

Apesar de não ser a única manifestação do positivismo jurídico, a concepção de Hans Kelsen foi de extrema importância para o desenvolvimento jurídico da época e ainda permanece viva em sua obra.

O objetivo central do pensamento kelseniano é atribuir cientificidade ao Direito através da preocupação apenas com seu objeto de conhecimento: a norma posta, despidida de impressões subjetivas, próprias de outros ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a filosofia ou a psicologia.

Assim, as principais características do seu pensamento, no âmbito normativo, são: (a) a distinção evidente entre o campo do "ser" e do "dever ser", permanecendo a norma nesta última seara; (b) estrutura hierarquizada das normas, materializada pela conhecida "pirâmide de Kelsen", em que a Constituição aparece no ápice, acima da qual há apenas a norma fundamental (*Grundnorm*); (c) dentro de referida estrutura uma norma retira sua validade de outra que lhe é hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até que se chegue à norma fundamental; (d) todo e qualquer conteúdo pode se tornar norma jurídica válida. Logo, a ordem jurídica não comporta valores absolutos, a não ser aqueles de caráter formal (ordem, segurança coletiva e paz).

Apesar das severas críticas sofridas pelo positivismo kelseniano - especialmente por ser considerado reducionista - não se pode negar suas contribuições ao Direito. Academicamente alcançou o *status* de ciência, além de desenvolver os vários ramos do Direito, estruturados com seus próprios institutos. Por outro lado, o formalismo característico da cientificidade alcançada pelo Direito contribuiu em grande parte para a sua setorização (perda da visão integral do Direito) inclusive no campo do ensino jurídico, e ainda, levou o exercício da judicatura a apenas raciocínios lógicos-dedutivos.

Neste contexto, pareceu inevitável o declínio do pensamento positivista, que deu lugar a um novo paradigma filosófico-jurídico que pretende senão aperfeiçoar a Ciência do Direito sem, contudo, desprezar as contribuições do positivismo.

O surgimento do pós-positivismo é marcado pelo retorno do Direito à sua matriz axiológica, antes extirpada pela doutrina positivista. Neste contexto, os princípios jurídicos retomam sua força, e adquirem *status* próprio e papel importante, muito embora tenham sempre acompanhado o Direito, desde o jusnaturalismo (quando tinham caráter metafísico) e no positivismo (quando tinham função subsidiária à lei, como forma de garantir sua fiel aplicação).

Mas é no pós-positivismo que os princípios passam a ser, juntamente com as regras, espécie do gênero norma, conforme diferenciam Ronald Dworkin e Robert Alexy. Enquanto as regras trazem conseqüências normativas específicas e são aplicadas em termos de "tudo-ou-nada", os princípios são dotados de maior abstração e, portanto, têm maior flexibilidade, adaptabilidade às situações mais diversas. Por isso, não têm a dimensão específica das regras, mas dimensionam-se pelo peso, razão pela qual sua aplicação no caso concreto não implica a invalidação de outro princípios que, naquele caso, tenha menor importância. Diferentemente, as normas são válidas ou inválidas (novamente o "tudo-ou-nada") e, em caso de antinomias, uma delas é desconsiderada (inválida) em face da outra.

No Estado Democrático de Direito, eminentemente principiológico, expressão do pós-positivismo, é na Constituição que se concentram os princípios que formam e estruturam todo o ordenamento jurídico. Ademais, os valores característicos do paradigma estatal se introduzem no ordenamento jurídico através dos princípios que o compõem.

Diante disso, a atuação do juiz precisa estar conectada a esta nova mentalidade pós-positivista e, principalmente, aos objetivos do Estado Democrático de Direito. Sua atuação, portanto, deixa de ser tão apegada ao formalismo frio da lei para dar lugar ao manejo e aplicação de princípios.

A atividade jurisdicional deixa de ser apenas um raciocínio lógico-dedutivo, autômato, para ser ativa, comprometida com valores e com o homem como destinatário do Direito.

É imprescindível, portanto, que o juiz pós-positivista repense o seu papel na sociedade e tome consciência da importância de cada uma das decisões que profere, e de um modo muito consciente tenha o Estado Democrático de Direito, seus princípios e valores como orientadores e cuja realização seja meta a concretizar.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Filosofia e metodologia jurídicas. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Revista eletrônica Doxa**, Alicante, n. 21, p. 209-220 Disponível em www.cervantesvirtual.com. Acesso em 01.08.07.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Uma contribuição ao estudo do Direito, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**, 4 ed, rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como filosofia. In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (org.) **O Poder nas matéforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**, 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58., nov./2000, p. 183-202.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Questões controvertidas de processo civil e de direito material**. Doutrina, jurisprudência e anteprojetos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003.

[1] Sobre isso, ver a obra de Herbert Hart, **O conceito de Direito**, em que o autor expõe suas críticas ao modelo positivista de John Austin e propõe sua própria concepção de ordenamento jurídico.

[2] O autor faz comparação entre Herbert Hart e Hans Kelsen.

[3] Nada obstante, ressalte-se que o positivismo encontra também suas raízes na Escola Analítica do Direito ou Escola Analítica de Jurisprudência, cujo representante de destaque foi John Austin. De acordo com o jusfilósofo brasileiro João Baptista Herkenhoff (2004, p. 38), tal movimento de interpretação do Direito concebia o ordenamento jurídico sob a perspectiva normativa, eis que "... o Direito tinha por objeto apenas as leis positivas, não lhe interessando os valores ou conteúdo ético das normas legais".

[4] Conforme se verá no tópico a seguir, a identificação de Hans Kelsen como reducionista lhe garantiu severas críticas, as quais contribuiriam, mais tarde, para o declínio do modelo positivista.

[5] Mais adiante essa questão será objeto de crítica neste trabalho, apresentando-se como um dos indicativos de superação do modelo positivista, no sentido de sua rigidez formal.

[6] Essa situação será abordada com mais vagar, em tópico específico, quando se falar a respeito do declínio do positivismo jurídico, que deu lugar ao pós-positivismo.

[7] A esse respeito, vide texto **Judiciário como superego da sociedade - o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**, de Ingeborg Maus, autora alemã que analisando o papel do Judiciário naquele país, se reporta aos impactos do positivismo ali.

[8] Diante do que se expôs, é perceptível a importância que ganha o processo de preparação desse "novo juiz". Não apenas intelectualmente, mas também para lidar com o destinatário de seu exercício, que é o próprio homem. Para aprofundamento do assunto vide Lúcia Reis de Almeida Prado, em sua obra **O juiz e a emoção - aspectos da lógica da decisão judicial**, especialmente capítulos II e VIII.

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE
ADEQUADA AOS PAÍSES DA MODERNIDADE TARDIA**

**ELEMENTS FOR AN ADEQUATE CONSTITUTIONAL'S THEORY TO THE
COUNTRIES OF LATE DEVELOPMENT**

**Rodrigo de Almeida Leite
Mário Sérgio Falcão Maia**

RESUMO

Resumo: Parte-se da constatação da necessidade de elaboração de um paradigma teórico constitucional adequado à realidade constitucional dos países de modernidade tardia como o Brasil. O trabalho tenta contribuir para a formulação desse novo modelo teórico-filosófico, partindo de reflexões de um ambiente pós-positivista. Trata-se, em verdade, da tentativa de listar e analisar alguns elementos necessários para a formação do paradigma adequado. É, portanto, um trabalho essencialmente bibliográfico, construído a partir da reflexão crítica do plano de modernidade iluminista e da consideração da realidade social, marcada pela desigualdade dos países da periferia mundial. Assim, busca-se no chamado constitucionalismo contemporâneo, na sua vertente pós-positivista (neoconstitucionalismo), as bases teóricas capazes de alicerçar esse paradigma adequado.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE. TEORIA
CONSTITUCIONAL. PÓS-POSITIVISMO. PAÍSES DA MODERNIDADE TARDIA.

ABSTRACT

Abstract: This work begins with the verification of the need to elaborate a theoretical and constitutional model adequate to the constitutional reality of countries of late development like Brazil. It tries to contribute to the formulations of this new theoretical-philosophical model, beginning with reflections from a post-positivist environment. It is actually an effort to describe and analyze some of the elements necessary to the construction of the adequate model. Therefore, it is an essentially bibliographical work built from the critical reflection of the illuminist plan of modernity and the consideration of the social reality, marked by the inequality in marginal countries. So, we seek in the contemporary constitutionalism in its post-positivist version (neo-constitutionalism), the theoretical basis for the construction of this adequate model.

KEYWORDS: DIRIGENTE'S CONSTITUTION. CONSTITUTIONAL THEORY.
POST-POSITIVISM. COUNTRIES OF LATE DEVELOPMENT.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria do direito moderno, e mais especificamente no espaço da Teoria Constitucional, falou-se bastante na possibilidade de elaboração de paradigmas gerais e abstratos.

De fato, o próprio direito moderno, de bases jusnaturalistas e iluministas, tentou traduzir essa idéia na positivação de direitos fundamentais com pretensões universais, a exemplo da famosa declaração francesa. Tem início, então, a chamada era dos direitos, o constitucionalismo liberal clássico.

Diga-se, ainda, que durante todo o século XIX, o direito se afasta do paradigma jusnaturalista, formulado pela escola de direito natural, ao ponto de se verificar – na primeira metade do século passado – uma quase simbiose entre os elementos liberal e positivista. De outro modo: a teoria do direito (e da Constituição) durante mais de um século trilha um caminho que levará ao positivismo jurídico forte. Caminho entrecortado, é verdade, que vai da escola da exegese ao normativismo kelseniano.

Já se verifica, há algum tempo, que não existe esse ser humano em abstrato, assim como também não existe uma sociedade em abstrato, nem, muito menos, um Estado em abstrato. Foi “descoberta” a História[1].

Assim, se se concentra no âmbito da chamada teoria constitucional, nesse contexto, parece mais adequado se falar em teorias e não em teoria. Se, por exemplo, parte-se da constatação evidente da falta de efetividade dos textos constitucionais de países periféricos como o Brasil, deve-se concluir pela necessidade de uma teoria adequada a esse contexto social.

A saber, trata-se da formulação de paradigmas teóricos capazes de equacionar as complexas questões sociais enfrentadas por países (e regiões) assolados pela desigualdade social e carentes de uma democracia material. Ou, para usar expressão já conhecida da doutrina, trata-se de pensar a teoria a partir da realidade de países que não cumpriram as “promessas de modernidade” positivadas nos pactos sociais fundantes da modernidade.

Outro fato que torna evidente essa necessidade de reformulação teórica é a constatação da “importação” acrítica dos aportes teóricos estrangeiros, formulados à luz de realidades diferentes. Quando se trata de direito constitucional, não há como negar a influência da doutrina alemã, por exemplo.

Portanto, deve-se refletir sobre quais são os elementos (ou alguns dos) capazes de orientar esse referencial teórico adequado. Trata-se buscar, portanto, os elementos capazes de embasar uma Teoria Constitucional adequada à nossa realidade constitucional, ou, para usar a expressão de Lenio Streck[2], trata-se da elaboração de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia.

Este estudo se propõe a listar e analisar alguns desses elementos, elaborados a partir de ambiente filosófico e intelectual ainda novo: pós-positivismo. Tenta, assim, ser uma

contribuição na elaboração desse paradigma (TCDAPMT) a ser construído, principalmente, a partir da análise crítica da modernidade jurídica liberal e do positivismo ainda bastante vivo nas práticas cotidianas do direito.

Assim, o plano de trabalho inclui necessariamente a reflexão em torno dos pilares liberais e positivistas[3], sobre os quais se tentou construir uma Teoria Constitucional moderna. Devem-se listar, então, os seguintes temas: pós-positivismo; abstração; individualismo; racionalidade e, para a construção desse modelo adequado, o papel e legitimidade da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade.

2 EM BUSCA DE UM NOVO REFERENCIAL TEÓRICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PÓS-POSITIVISTA

Pode-se apontar, com Barroso[4], o pós-positivismo como sendo o marco filosófico a fundar a construção do paradigma teórico constitucional contemporâneo.

Sob o rótulo de pós-positivismo está o movimento crítico (e heterogêneo) que vai questionar e tentar ultrapassar a dogmática jurídica tradicional, buscando ser uma espécie de alternativa às maneiras tradicionais de se entender o direito: jusnaturalista e juspositivista. Tenta-se ultrapassar o modelo legalista umbilicalmente ligado ao positivismo sem desprezar o direito posto, num desenvolvimento que se irradia principalmente a partir da Constituição.

Note-se desde já que não se está a afirmar a mera derivação desta nova corrente de pensamento do positivismo, o que está em jogo é uma verdadeira “superação” do positivismo[5].

Nas palavras de Lacombe, o pós-positivismo pode ser entendido como “o pensamento jusfilosófico que enfrenta mais de perto as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas.”[6].

Portanto, pode-se afirmar que os desenvolvimentos teóricos que chamamos de pós-positivismo são, na verdade, uma resposta crítica ao positivismo em seus dois aspectos sucessivos[7]: primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito e, depois, também da escola sociológica.

Apesar de sua base heterogênea e em construção, o pós-positivismo pode ser caracterizado[8] pelo (1) entendimento do direito como sendo um todo composto de regras e princípios, sendo que estes últimos são os responsáveis pelo “arejamento” da pirâmide normativa; (2) pela formação de uma nova hermenêutica, agora com laços estreitos com as teorias da argumentação[9]; (3) pela busca de uma razão “possível” que corresponde ao resgate da razão prática e (4) pelo desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais lastreada na idéia da dignidade da pessoa humana.

É a partir desse ambiente teórico-filosófico que se ergue o chamado neoconstitucionalismo. Esse “novo” constitucionalismo tem sido tema de debates

doutrinários nacionais e internacionais, sendo apontados como autores representativos dessa corrente, dentre outros, Zagrebeky, Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Barroso e Streck.

Apesar da discussão doutrinária e da falta de consenso no que se refere a uma conceituação exata, pode-se dizer que sob o rótulo de neoconstitucionalismo estão agrupados os desenvolvimentos teórico-filosóficos^[10] nascidos a partir e para o Estado Democrático de Direito desenhado pelas Constituições materiais do segundo pós-guerra.

Portanto o que se tem chamado de neoconstitucionalismo, na verdade são os desenvolvimentos no âmbito teórico-filosófico que surgem com a intenção de concretizar as cláusulas do novo contrato material contemporâneo, a partir de um ambiente de crítica ao positivismo (pós-positivismo).

Então, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo se caracteriza pelo reconhecimento da materialidade das Constituições e pelo esforço de concretização (garantia) das cláusulas do novo contrato social que define os contornos do Estado Democrático de Direito.

Resta, então, afirmar que se se reflete sobre uma Teoria Constitucional adequada a países de modernidade tardia, não se pode ficar alheio às reflexões e desenvolvimentos ocorridos no eixo gravitacional do Estado Democrático de Direito, ou seja, essa Teoria Adequada deve ser formulada a partir e para a realização material das promessas de modernidade plasmadas nos textos Constitucionais modernos das sociedades periféricas, assim, deve-se atentar para a realização das promessas liberais, sociais e democráticas, entendendo-as como um todo indivisível e interdependente.

Em síntese, a Teoria Adequada aqui tratada tem como base teórica o neoconstitucionalismo. Trata-se, justamente, de se refletir sobre esse paradigma na tentativa de se construir um referencial capaz de traduzir essas idéias para a realidade constitucional dos países periféricos.

3 FRAGMENTOS DE UMA TEORIA EM CONSTRUÇÃO

Como dito, essa Teoria Constitucional Adequada vai se fundamentar na superação das insuficiências teóricas liberais e positivistas que representaram por mais de um século o plano iluminado de modernidade.

Em termos mais concretos, em nome de uma adequada delimitação do campo de trabalho, deve-se dizer que a análise dos fragmentos teóricos proposta nesse estudo se limita a busca de elementos relativos aos pontos 3 e 4 listados acima quando se caracterizou o pós-positivismo, além deles, diga-se, ainda, que é extremamente necessária a reflexão sobre o papel, a legitimidade e os limites da atuação do judiciário na realização das promessas constitucionalizadas nos países periféricos.

Esclarecendo: o desenvolvimento dos fragmentos teóricos aqui pretendido para a maturação de uma teoria constitucional adequada aos países de modernidade tardia,

serão desenvolvidos a partir da idéia de ressaltar-se a importância da dimensão social/coletiva dos direitos fundamentais (item 4) na busca de uma “razão possível” na construção e, principalmente, concretização da TCDAPMT (item 3) e na questão da legitimidade e limites da atuação do judiciário.

Pode-se dizer, em síntese, que a análise dos elementos teóricos aqui pretendida orienta-se pela crítica ao individualismo, à abstração e à razão instrumental modernas e iluminista; além disso, essa análise se preocupa também com a garantia dos direitos constitucionalmente postos e com a conseqüente legitimidade da atuação do judiciário na concretização desses direitos.

Acredita-se, então, que para a concretização Constitucional nos chamados países periféricos é necessário o desenvolvimento de uma Teoria Adequada que ressalte o caráter social/coletivo dos direitos fundamentais, abrindo as portas do direito contemporâneo à realidade social concreta da periferia mundial.

3.1 PRIMEIRO ELEMENTO TEÓRICO: DO LIBERAL/INDIVIDUAL/SUBJETIVO AO SOCIAL/COLETIVO/OBJETIVO

Deve-se começar afirmando que, a partir do constitucionalismo surgido na segunda metade do século passado, fez-se necessária uma revisão completa da teoria do direito que estava adaptada ao modelo liberal.

A insuficiência da teoria liberal já é percebida claramente desde o início do século passado quando as Constituições sociais positivaram o compromisso firmado entre a burguesia e o proletariado. Não é sem motivo então que as normas que positivaram constitucionalmente os direitos sociais foram (e em grande parte ainda são) consideradas meros programas endereçados ao legislador. Assim, pode-se dizer que o problema a ser enfrentado na contemporaneidade é o de adaptação da(s) Teoria(s) de direitos fundamentais aos desafios impostos em época social caracterizada pela complexidade.

Visualiza-se melhor essa dificuldade principalmente a partir da análise dos desafios impostos à concretização e justiciabilidade dos direitos sociais constitucionais entendidos como coletivos *latu sensu* – difusos e coletivos. Nesse contexto, pode-se dizer que existe uma necessidade urgente de se criarem categorias para se pensar os direitos sociais, adequadas à nossa realidade [11].

Quando se lê a produção teórica atual sobre uma teoria de direitos fundamentais e, mais especificamente, sobre uma teoria de direitos fundamentais sociais, percebe-se que a ênfase ainda gravita em torno da idéia de direito subjetivo.

Veja-se, por exemplo, a construção formulada por Arango[12], que, baseado em uma perspectiva sul-americana, vai enfatizar o caráter de urgência da proteção dos direitos sociais em um quadro caracterizado ainda por várias omissões estatais absolutas.

Apoiado nisso, vai propor um modelo dos casos extremos, em que pode haver um prejuízo grave aos princípios da separação de poderes e da democracia[13].

O autor vai identificar um direito (subjetivo) como sendo “uma posição normativa fundamentada em argumentos válidos e suficientes, cujo não-reconhecimento injustificado causa dano àquele que é detentor do direito”. Por último, o autor ainda vai tratar do caráter de urgência, afirmando que:

Na maioria das vezes, senão sempre, a importância de um indivíduo, de uma situação ou de um objeto só pode ser estimada em situações extremas. [...] esse fenômeno, além de ser culturalmente real, é crucial no estabelecimento da objetividade de um juízo baseado em valores, que entende as perdas e danos como uma situação contrária ao que era esperado e só pode acontecer sob pena de violação da Constituição. (ARANGO, 2005, 96).

Entende-se, desse modo, que é a idéia de necessidades básicas (em decorrência do princípio da dignidade humana) aliada à situação de urgência ocasionada, principalmente por uma omissão do Estado, que justifica a existência de direitos sociais subjetivos – mediante a análise de um caso concreto – e sua conseqüente justiciabilidade.

Também Garcia[14], como base nas lições de Weber, assevera que a ambígua expressão “direitos sociais” pode ser enquadrada como direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores e que, nessa ordem, essa escala vai indicar uma ordem decrescente em termos de densidade normativa e de potencial de exigibilidade.

Porém, ainda que se trate de mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores, é possível que, à luz do caso concreto, origine-se um direito subjetivo, devido à força do princípio da dignidade humana.

Os pensamentos expostos até aqui têm o objetivo de mostrar a ênfase teórica que ainda se dá sobre os direitos sociais subjetivos – talvez, seja esse o principal problema a ser enfrentado quando se trata de pensar um modelo teórico adequado aos direitos sociais.

É natural que assim seja, uma vez que é necessário ultrapassar o individualismo característico do direito liberal, cujas respostas não se aplicam aos questionamentos sociais atuais. Esse individualismo está entranhado na idéia mesma de direito subjetivo, entendido como uma faculdade da pessoa, que na modernidade possibilitou uma análise do direito privilegiando o ponto de vista dos governados e não dos governantes, indo de Hobbes, com seu Leviatã, a Rousseau, com sua vontade geral.

Deve-se lembrar, entretanto, que a idéia moderna de direito subjetivo só foi possível por meio da oposição deste ao direito objetivo já existente, ou seja, a partir do surgimento de uma dicotomia.

Assim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência tradicionais, existe uma relação íntima e necessária entre direito subjetivo e direito objetivo. São as duas faces de uma mesma moeda. O direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém, e um fenômeno subjetivo, que está nas mãos dos indivíduos. Essa dicotomia moderna foi possibilitada por uma idéia moderna de liberdade que, de acordo com Ferraz Jr.:

[...] servirá à defesa da propriedade privada identificada com a riqueza, à defesa da economia de mercado livre e à concepção de Estado como um guardião (ameaçador) das liberdades fundamentais garantidas por um documento: a Constituição [liberal]. É com base nessa liberdade, que funciona como limite à atividade legiferante do Estado que irá configurar-se a noção de direito subjetivo em oposição ao direito objetivo. (1990, p. 144).

Destarte, não se pode estranhar a dificuldade encontrada quando se trata de concretizar os direitos sociais. Atualmente, tenta-se construir um modelo de direitos sociais adequado ao modelo estatal e à complexidade contemporânea, visando ultrapassar o paradigma liberal e buscando novas formas de entender e construir o direito, capazes de ressaltar também o seu aspecto coletivo (difuso e coletivo *stricto sensu*). Nesse contexto, há quem exclua até a possibilidade de se falar em direitos subjetivos sociais^[15].

É, nesse sentido, que ganha importância redobrada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual irá tornar-se possível a partir da irradiação da (Neo)Constituição. No que diz respeito aos direitos sociais mais especificamente, é a partir do fortalecimento da dimensão objetiva que podem surgir alternativas de cobrança, principalmente contra a omissão estatal – total e parcial –, em grande parte responsável pela falta de efetividade dos direitos sociais.

Somente por meio desse reencontro contemporâneo com o direito objetivo, pode-se falar em uma justiciabilidade de direitos sociais que ultrapassa a lógica liberal e permite a cobrança da realização das promessas constitucionais, positivadas desde o constitucionalismo social no início do século passado, a partir de uma lógica coletiva em que se tenta garantir o direito de um grupo (que não se beneficia da lógica liberal) ou, mais importante ainda, de toda a sociedade.

Como resultado desse *reencontro*, tem-se, em verdade, a reconstrução da idéia de “era dos direitos (subjetivos)”;

com maior propriedade, deve-se falar em uma era dos “direitos e deveres”.

Isso é verdade, principalmente se se atenta para o fato de vários dos direitos fundamentais atuais não permitirem, inclusive, uma proteção calcada na defesa de um direito individual apenas. Veja-se como exemplo o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88. art. 225). Como garantir um ambiente ecologicamente equilibrado a um indivíduo sem garantir o do seu vizinho?

Assim, o que se busca, a partir do fortalecimento da dimensão objetiva dos direitos sociais fundamentais, é “articular novas estratégias e abordagens para o enfrentamento dos mesmos problemas de justiça social que o capitalismo liberal não equacionou, nem jamais equacionará” [16].

Essa valorização do direito objetivo é particularmente importante nos Estados que nunca conseguiram desenvolver um Estado de Bem-estar nos moldes do europeu, pois ela permite que se ultrapasse a programaticidade dos direitos sociais imposta pela ideologia liberal que se escondia atrás de afirmações como a da “diferente estrutura normativa”, “dos custos altos dos direitos sociais em oposição aos liberais”, “reserva do possível”, dentre outras. Vai, portanto, ampliar as possibilidades de luta pela concretização dos direitos sociais permitindo que existam efeitos jurídicos concretos diretos, mesmo a partir de normas anteriormente consideradas programáticas, ou seja, aquelas que carecem de integração legislativa para a criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares.

Abre-se caminho, assim, para que a luta encampada pela sociedade não termine na positivação dos direitos, posto que essa positivação pode ser, muitas vezes, simbólica[17], ou, como se diz no Brasil, “para inglês ver”. Dessa forma, é possível se falar numa luta pela concretização do direito.

Ainda sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais Bonavides[18] vai afirmar:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’ [...] que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.

Não se trata, obviamente, de negar a importância dos direitos subjetivos ou de abrir mão dos direitos subjetivos sociais, mas sim de uma reflexão cuidadosa a respeito da dupla dimensão dos direitos fundamentais, com o intuito de potencializar as possibilidades de realização dos direitos sociais, fortalecendo seu caráter coletivo.

Lembra, então, com Canotilho[19], que, quando se fala na fundamentação objetiva de uma norma positivadora de direitos fundamentais, está-se a ressaltar o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Atento a essa realidade, Alexy [20] vai asseverar que, por intermédio da apresentação do seu modelo, poder-se-ia imaginar uma diminuição da importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em favor do direito subjetivo. Porém, trata o autor de, em seguida, afirmar a importância do direito objetivo. Vai defender que o direito objetivo possui um espaço mais amplo que o subjetivo, mas, nem assim, deixa de ser um direito vinculante.

Por fim, ressalte-se, ainda, que se trata, aqui, dos direitos sociais a partir de uma perspectiva lata, ou seja, para além da proteção vinculada ao salário, que, muitas vezes, caracterizam esses direitos (veja-se o exemplo do direito do trabalho e suas garantias constitucionais e infraconstitucionais). Trata-se, portanto, de entender os direitos sociais a partir de uma perspectiva ampla, não excludente, desvinculado da capacidade e da possibilidade dos indivíduos em conquistar o seu lugar no mercado de trabalho, como já ressaltado por Telles[21].

Essa ênfase no social-coletivo justifica-se, também, pelo grau de amadurecimento já alcançado pelos direitos liberal-individuais. Estes, que, inicialmente também foram criticados pelo seu alto grau de abstração, atualmente já estão estabelecidos na dogmática tradicional e possuem instrumentos jurídicos de cobrança efetivos (cite-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, ou as próprias ações no âmbito do direito do trabalho).

Assim, fica claro que se busca, com a tese da dupla dimensão dos direitos fundamentais, reconhecer sua eficácia objetiva, que irá fundamentar a construção teórica capaz de fortalecer o conteúdo e ampliar o alcance dos direitos sociais, para além daquele já conhecido na tradicional concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa frente ao Estado, característico do modelo liberal.

3.2 SEGUNDO ELEMENTO: DO ABSTRATO AO CONCRETO

Depara-se, então, com a necessária construção de um modelo de direitos fundamentais, adequado ao constitucionalismo contemporâneo, ou seja, deve-se considerar a abertura dos textos que positivam os direitos fundamentais (especialmente os sociais) e, além disso, a passagem da teoria “abstrata” de direito liberal para a teoria aberta ao concreto dos direitos sociais.

De fato, percebe-se que a abstração que caracterizava os direitos individuais expressos nas Constituições revolucionárias modernas não foi capaz de integrar a idéia de que os seres humanos são indivíduos concretos, situados na história[22], assim, a idéia de lei genérica e abstrata iluminista, que tinha como fundamento a suposição de uma sociedade homogênea, formada por homens “livres e iguais”, não faz mais sentido quando se percebe os seres humanos e seus complexos e concretos problemas sociais.

Portanto, uma adequada teoria dos direitos fundamentais vai necessariamente ter que se preocupar com a análise dos casos concretos a partir dos quais serão entendidas as questões relativas a esse ser humano historicamente localizado. Portanto, para muitos[23] torna-se relevante o pensar sobre a ponderação.

Trata-se de atentar para a abertura do direito contemporâneo ao concreto. Explica-se melhor: com a atual consciência pós-positivista da não existência de fronteira rígida entre a teoria e a filosofia do direito[24], volta a ser um tema “jurídico” a questão da justiça. Nesse contexto, não se acredita mais na existência de uma justiça em abstrato já totalmente delimitada pelo texto normativo. De fato, como definir em

abstrato a dignidade da pessoa humana? O que pode ser considerado como mínimo material?

A variedade possível de respostas as perguntas formuladas acima demonstram a necessidade da análise concreta para – obviamente – “concretizar” o direito. Enfim, basta um bom dicionário para perceber que não se “concretiza” algo em abstrato.

Essa constatação gera um problema a ser enfrentado se se pensa em modelos; paradigmas teóricos: a questão da racionalidade do processo de concretização do direito. Como evitar que diante da abertura dos textos jurídicos na contemporaneidade (principalmente a NeoConstituição) a realização das promessas de modernidade seja refém da total subjetividade dos juízes?

O correto equacionamento dessa questão é ainda mais importante no âmbito de Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia já que tradicionalmente o judiciário atua de maneira conservadora[25], refratária as mudanças apontadas pela teoria. Veja-se abaixo então.

3.2.1 Em busca de uma razão possível

A busca do direito positivo pode ser descrita também como a procura da segurança (jurídica)[26]. Assim, é possível se entender todo o movimento de codificação do direito que se dá a partir da França pós-revolução.

Ao transpor os direitos naturais constitucionalmente declarados para os códigos, estava-se, em verdade, em busca de uma segurança que se acreditava ser possível somente a partir do trabalho de um legislador racional, capaz de reunir todo o direito (o direito passará mais adiante a ser entendido como sinônimo de lei) em um corpo legislativo simples e unitário. Através do código, então, se superaria a situação de desordem causada pelo acúmulo de normas jurídicas produzidas no decorrer do desenvolvimento histórico.

Lembre-se, ainda, que a burguesia revolucionária, rapidamente, transforma-se em conservadora e pretende proteger e fixar a liberdade (formal) conquistada. Nesse contexto, abrem-se as portas para o surgimento do positivismo jurídico, entendido como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito que não o positivo”[27], que, entre críticas e elogios, reinará até meados do século passado e ainda hoje influencia fortemente as decisões jurídicas.

Esse positivismo caracteriza-se, dentre outras coisas, pela construção de modelos de aplicação do direito (dogmática) imunes ao questionamento e, conseqüentemente, à mudança. Qualquer mudança a ser inserida no sistema deve, necessariamente, partir do legislador. Em outras palavras, trata-se do dogma da onipotência do legislador.

Vê-se que essa realidade muda a partir do surgimento do Estado Constitucional de Direito, principalmente, no que se refere ao rompimento da separação rígida entre o

jurídico e o político, no âmbito constitucional, e a conseqüente reconfiguração da atividade do Judiciário através da jurisdição constitucional. O destaque já não será mais o legislador (ordinário principalmente), passa a ser, em verdade, a própria Constituição e seus direitos fundamentais.

Certamente essa mudança gera alguma insegurança no âmbito da teoria “geral” do direito construída em época positivista e que associa o Direito e a interpretação jurídica à idéia de subsunção, de dedução.

Assim, a atribuição dessa tarefa transformadora da jurisdição constitucional traz consigo também a necessidade de uma justificação/explicação/fundamentação mais completa e racional das decisões judiciais. Efetivamente, pode-se falar na existência de um constitucionalismo discursivo, que tenta encontrar uma razão possível na argumentação, ou seja, na fundamentação das decisões jurídicas e não mais apenas no “processo interpretativo”, como buscou Savigny.

Em síntese: considera-se a insuficiência dos métodos e técnicas da hermenêutica jurídica moderna no enfrentamento das complexas questões contemporâneas e a conseqüente ligação, atualmente verificada, entre hermenêutica e teoria da argumentação[28]. Desta forma é possível afirmar que o esforço de racionalização transfere-se do “interpretar” para o “explicar”.

Logo, para que o Judiciário possa fazer uso desse poder de interpretação e realização dos direitos fundamentais, garantidos pela (neo)Constituição, deve explicar muito bem a sua maneira de agir, de preferência utilizando-se de argumentos racionais.

Então, com a abertura neoconstitucionalista a contribuições de base tópico-retórica, a reflexão e a conseqüente decisão em torno dos direitos fundamentais dão-se a partir da análise do caso concreto, ou seja, para muitos é a partir da ponderação que se pode decidir.

3.2.2 Ponderação e racionalidade

A ponderação tem papel de destaque dentro do modelo neoconstitucionalista. A partir dessa técnica de interpretação constitucional, realizam-se os direitos fundamentais.

A grande crítica que se faz à ponderação diz respeito à racionalidade do processo, ou melhor, a uma falta de racionalidade[29], que, em última análise, deixaria a realização constitucional nas mãos dos juízes chamados a analisar o caso concreto. Por conseguinte, de acordo com essa crítica, os direitos fundamentais seriam reféns da subjetividade dos julgadores.

Na realidade, eliminar toda a discricionariedade das decisões judiciais seria uma tarefa impossível. Contudo, isso não diminui a importância da busca de uma racionalidade possível em torno da ponderação.

Toda a construção teórica em redor da controvérsia baseia-se na utilização de idéias que possam ser aceitas mediante a análise do caso concreto. Esse processo de argumentação deve ser “tão racional quanto possível”[30] e tem o objetivo de formar um consenso racional. Deve-se dizer, ainda, que outra maneira de rebater essa crítica é taxar os próprios críticos de hiper-rationais, incapazes de reconhecer o limite da racionalidade mesma[31].

Alexy[32], buscando definir parâmetros para a ponderação, afirma que esse procedimento racional realiza-se a partir de um fundamento, por ele chamado de “lei da ponderação”, que pode ser posto da seguinte maneira: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.”.

Como consequência lógica dessa lei, tem-se que o processo de ponderação pode ser dividido em três passos parciais: no primeiro momento, deve-se comprovar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e, finalmente, comprovar se a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Esse procedimento racional de ponderação permite que a Constituição, com as suas normas de redação aberta e com forte carga axiológica, seja concretizada. Na impossibilidade de se definir um catálogo de direitos totalmente delineados *prima facie*, busca-se esse delineamento a partir de um caso concreto.

3.2.3 Concretização da Constituição segundo a teoria estruturante de Fr. Müller

Fr. Müller[33] é mais um autor pós-positivista que se preocupa com o desenvolvimento teórico a partir e para o Estado Democrático de Direito. Além disso, a teoria estruturante do direito, desenvolvida pelo autor, (re)afirma a validade direta e completa de todos os textos de norma através da Constituição e baseia-se na análise do caso concreto. Então, nesse sentido, o autor pode ser classificado como um neoconstitucionalista.

No entanto, distancia-se desse paradigma quando afirma que as críticas feitas até aqui ao positivismo permanecem ainda no mundo positivista; isso se deve ao fato de compartilharem “a ilusão de que os textos nas leis, nas constituições, sejam já as normas”. Assim, os críticos do velho positivismo ainda estão presos ao “antagonismo abstrato entre ser e dever-ser” [34].

Adeodato[35], ao analisar a teoria de Müller, percebe que o autor afasta-se da teoria da argumentação (nos moldes da proposta de Alexy, por exemplo), ao declarar que a concretização é diferente de silogismo, aplicação, subsunção, efetivação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral. De acordo com o autor alemão, esses critérios seriam heranças do positivismo legalista exegético.

Assim sendo, assumindo o pensamento de Müller, pode-se tentar encontrar indícios dessa insuficiência teórica no conceito de efetividade exposto por Barroso (neoconstitucionalista brasileiro). Conforme este último, a efetividade representa a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”[36]. Percebe-se, então, que ainda persiste a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, a dicotomia ser-dever-ser, uma vez que esses elementos não formam um todo único.

Também encontramos indícios dessa dicotomia ainda existente nas palavras de Sanchís[37], quando diz que a ponderação tem o objetivo de construir uma regra para subsumir o caso e “el ideal de la ponderación es la subsunción”.

De fato, concretizar a constituição significa encarar um processo de densificação das regras e princípios constitucionais; tal densificação, por sua vez, tem o objetivo de tornar possível a solução de problemas concretos a partir da observação de preceitos constitucionais carentes de significado completo em abstrato[38].

O que o autor alemão vai fazer é desenvolver uma nova concepção de efetivação do direito que abrange, simultaneamente, os fatores da realidade e da norma, por meio de uma estruturação segundo o âmbito da norma e da idéia normativa orientadora (programa da norma).

É, a partir desses elementos, que o jurista vai “conhecer” a norma. Desse modo, pode-se falar em uma teoria da geração do direito[39]. Nota-se, portanto, que enquanto tradicionalmente os autores neoconstitucionalistas, a exemplo de Alexy, buscam a solução para a dicotomia moderna no âmbito da filosofia (principalmente através da relação direito-moral), Müller, com a sua teoria estruturante, tenta ultrapassar essa dicotomia de maneira mais pragmática, transportando a discussão para o campo da teoria (estrutura) da norma.

3.3 TERCEIRO ELEMENTO: LEGITIMIDADE E LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Tratar da legitimidade e dos limites da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade é tema caro e fundamental no âmbito de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia, pois, no contexto social caracterizado pela desigualdade real, apesar da existência de uma igualdade jurídica constitucional já formulada há quase um século[40], tem destaque a reflexão sobre o papel do Estado.

Diga-se, ainda, que nos países de modernidade tardia existe uma democracia apenas formal. O que se verifica é um “divórcio” entre povo e seus representantes, ou seja, esses últimos não se sentem representados. É no âmbito da ciência política, então, que se percebe essa distorção, já que existe uma cisão entre o discurso jurídico e a realidade social e política.

Esse aspecto negativo pode ser ainda visualizado, numa perspectiva brasileira, se se atenta para a inoperância do Legislativo que, mesmo depois de 20 anos de existência da Constituição cidadã, ainda se mantém omissa (total ou parcialmente) em questões relevantes (num país marcado pela desigualdade, não se pode negar a importância de regulamentar o imposto sobre as grandes fortunas, por exemplo).

Desenhado esse quadro, pergunta-se: tem o judiciário (não eleito) a legitimidade necessária para atuar de maneira mais incisiva na realização das promessas há muito positivadas? Veja-se a seguir.

3.3.1 Fundamentos para a atuação do Judiciário

Parte-se da situação dessa urgência, ou seja, da constatação de que, nos países de modernidade tardia, ainda não foram garantidas as condições mínimas para uma existência digna^[41] a uma expressiva parcela da população. Isso parece bastante claro. Ou será que alguém poderia afirmar que não existem, por exemplo, no Brasil, milhões de pessoas sem acesso à alimentação adequada, à moradia, a um sistema de saúde eficiente etc.?

A partir desse reconhecimento, defende-se o fortalecimento de um judicialismo de defesa dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, da defesa de um Judiciário ativo, que, amparado no conteúdo dirigente da Lei Maior brasileira atual^[42], aja através da justiça constitucional, buscando sempre “a concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irrealdade”^[43].

Trata-se de uma “novidade”^[44] do constitucionalismo moderno, que visa concretizar as normas da Constituição, considerando inaceitável um Estado social e democrático permanecer cego diante das situações de discriminação, marginalização e desvantagem material^[45]. Desse modo, o Judiciário dos países de modernidade tardia devem encontrar nas NeoConstituições e nos números da realidade social as bases para essa atuação. É, assim, um trabalho bem localizado no tempo e no espaço: contemporaneidade, países de modernidade tardia.

Sem dúvida, não é sem problemas que se dá essa atuação judicial. O primeiro deles diz respeito ao princípio da separação dos poderes inicialmente posto por Locke e aprofundado por Montesquieu, que foi fundamental para o amadurecimento e sucesso do Estado liberal.

Para alguns, ao prevalecer a tese de um Judiciário ativo, estar-se-ia diante de um desrespeito ao referido princípio. O Judiciário, por essa via, estaria atuando numa esfera política reservada ao legislativo.

Certamente não cabe nesse espaço uma longa discussão sobre o tema, porém se deve dizer que vários autores^[46] propõem uma releitura desse princípio que perderia a

rigidez inicial. Assim, seria possível uma oscilação política para a igualdade, característica dos Estados sociais e democráticos.

Para Bonavides[47], a superação dessa visão tradicional do referido princípio deve ocorrer em nossos dias para evitar que seja a “contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia [...]”.

De acordo com Emerson Garcia[48], essa visão tradicional do referido princípio não se mostra mais adequada considerando as mudanças de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder, em especial em decorrência da própria produção normativa pós-positivista que passa a reconhecer o caráter normativo dos princípios jurídicos.

Pode-se ir mais longe e assegurar que a atuação dos Tribunais na América Latina na concretização dos direitos sociais seria legitimada por certo desencantamento com a política presente, decorrente da existência, ainda na atualidade, da pobreza em larga escala na região.

Essa decepção, que legitimaria o Judiciário a atuar na concretização de direitos sociais, é semelhante à verificada na Alemanha depois das barbaridades da II Segunda Guerra, que, por sua vez, garantiu a legitimidade da própria justiça constitucional materialmente considerada naquele país[49].

Assim, a atuação mais incisiva do judiciário latino-americano na realização das promessas sociais positivadas encontraria fundamentação na realidade social de extrema desigualdade e pobreza.

Assim, afirma-se que se busca nas NeoConstituições e na realidade social desses países a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Lembrando que, se os tribunais não possuem uma legitimidade democrática formal, têm uma legitimidade democrática substancial, já que asseguram direitos fundamentais^[50].

No Brasil, por exemplo, essa releitura teria como pilar a Constituição cidadã de 1988, que, por sua vez, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 1) e, como objetivos, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (Art. 3).

Pode-se dizer, ainda, que a nova leitura do princípio é, portanto, fruto da chamada “eticização”[51] da Constituição, característica do modelo neoconstitucionalista, ou, pelo menos, é uma idéia aceita por boa parte dos autores neoconstitucionalistas.

Nesse contexto, a Constituição – que é uma lei positiva – atuaria como uma ponte entre os valores ético-políticos da coletividade nacional e internacional expressos pelo direito internacional dos direitos humanos e o direito positivo dos Estados.

Por fim lembra-se que contribui para a aceitação dessa nova leitura do princípio da separação dos poderes, em época de constitucionalismo social e democrático, o entendimento da função republicana da Jurisdição Constitucional. Significa resgatar o

conceito clássico de república como sendo algo de todo o povo, não podendo ser de uma de suas partes, nem mesmo se essa for a maioria. Essa concepção clássica opõe-se àquela característica dos séculos XVII e XVIII, que vai entendê-la como o oposto da monarquia.

Portanto, é um termo que “indica una concepción de la vida colectiva”, enquanto que a democracia “es una especificación que se refiere a la concepción del gobierno”[52]. Dessa maneira, é possível entender a atuação do judiciário como republicana, e, portanto, em nome de todos. Assim, é possível conciliar a idéia de democracia, ligada, principalmente, ao parlamento e à idéia republicana, dentro de um mesmo sistema constitucional.

Desse modo, ao atuar na fiscalização da constitucionalidade, os Tribunais estariam atuando em nome de todos. Defender a atuação dos tribunais na defesa e concretização de direitos fundamentais não significa, pois, sustentar que o poder judiciário seja superior ao legislativo, mas sim – como disse Hamilton[53] – que o poder do povo é superior a ambos (*the power of people is superior to both*).

A conclusão que se chega ao seguir a idéia republicana é a de que, por mais que se deva questionar os limites da atuação do Judiciário, ela, em teoria, é sempre legítima quando o Judiciário atua na defesa e concretização dos direitos fundamentais positivados nas Constituições contemporâneas em nome do aumento da densidade do princípio da dignidade humana.

3.3.2 Limites

Seguindo a linha de raciocínio já delineada acima, diz-se que o direito na atualidade se abre ao concreto, superando a abstração que o caracterizou na modernidade. Assim, deve-se reconhecer que teorizar em abstrato sobre os limites dessa atuação do judiciário é tarefa bastante difícil. Certamente isso não significa dizer que esses limites não existam, afinal de contas uma completa judicialização da vida representaria um retrocesso se se considera todas as conquistas modernas ligadas, principalmente, à liberdade.

Porém, não se pode deixar de perceber que a atuação do judiciário nos chamados países de modernidade tardia deva seguir um caminho diferente daquele a ser trilhado nos países que não estão na periferia da ordem internacional, ou seja, os países que conseguiram fechar os ciclos históricos constitucionais modernos: liberal e social.

Em síntese, significa dizer que as respostas sobre o papel do judiciário na realização constitucional podem e devem variar de acordo com a realidade social que funda e justifica o ordenamento jurídico. Portanto, se na Europa se fala inclusive no rebaixamento dos direitos sociais que seriam considerados “serviços sociais”[54], essa mesma afirmação nos países de modernidade tardia se mostra absurda.

Nada disso, porém, justifica uma não reflexão sobre os limites da atuação do judiciário, para se evitar o chamado “governo dos juízes”, temido principalmente em épocas de positivismo forte (veja-se, por exemplo, Kelsen vs. o movimento para o direito livre no início do século passado).

A proposta a ser formulada no âmbito de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia para a construção de parâmetros norteadores da atuação do judiciário deve passar pelo reconhecimento da satisfação das necessidades básicas. Ou seja, seria legítima toda a atuação Estatal (também do judiciário) que encontre respaldo constitucional e tenha como objetivo a satisfação das necessidades básicas.

Aqui, prefere-se a expressão “necessidades básicas” a “mínimo existencial”, em decorrência da lição de Potyara[55] ao afirmar que enquanto o básico “expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta”, o mínimo “nega o ‘ótimo’ de atendimento”.

Portanto, “o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo.” Além disso, afirma que as necessidades básicas “estão na base da concretização de direitos fundamentais por meio das políticas sociais”.

Ainda no que diz respeito à legitimidade da atuação do judiciário, deve-se lembrar que ela resta fortalecida, nos termos acima colocados, se se considera que a justiciabilidade é mais restrita do que a exigibilidade. Ou seja, se se entende a justiciabilidade de direitos como a cobrança pela efetividade de direitos via judiciário, pode-se concluir que ela representa uma das maneiras de se exigir essa efetividade/concretização. Ou seja, a justiciabilidade é a espécie da qual a exigibilidade é o gênero. Significa reconhecer, mais uma vez, os limites da atuação do judiciário na concretização de direitos, lembrando que se está diante de um problema que não se contém no âmbito exclusivo do judiciário.

Porém, e para finalizar, deve-se dizer que se é difícil teorizar em abstrato sobre os limites da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade nos países de modernidade tardia, deve-se reconhecer, a partir da observação da realidade social desses países, que essa atuação ainda encontra um espaço aberto, longe ainda de atingir esse limite de prudência.

Por esse motivo, nunca é demais afirmar que se busca, na Constituição e na realidade social nacional e regional, a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Essa atuação busca legitimidade na idéia de uma democracia substancial capaz de garantir uma igualdade material.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, atualmente, a necessidade de se pensar paradigmas teóricos adequados à realidade dos países da periferia mundial. No que diz respeito ao

constitucionalismo e, especialmente, à Teoria Constitucional, verifica-se que se deve buscar um modelo adequado capaz de realizar as promessas já desde muito tempo constitucionalizadas.

Nesse contexto, tem importância perceber a insuficiência do referencial teórico positivista para o equacionamento dos problemas sociais e complexos da sociedade contemporânea, especialmente nos países de modernidade tardia que nunca cumpriram os ciclos do constitucionalismo moderno.

Assim, pode-se afirmar que não existe um mundo político totalmente apartado do mundo jurídico e a formulação teórica que se preocupa com a concretização das promessas de modernidade deve, necessariamente, atentar para essa realidade.

Pode-se apontar como fundamento dessa necessária reformulação filosófico-teórica, a crítica ao plano de modernidade liberal, fundado na filosofia das luzes e, posteriormente, umbilicalmente ligado ao positivismo.

Apontam-se então, como fragmentos de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia, alguns elementos na tentativa de contribuir para a formação desse paradigma. São eles construídos a partir das seguintes constatações:

a. Da necessidade da abertura do direito ao concreto, superando a abstração do direito de bases iluministas. Isso é verdade, principalmente se se entende como tema importante da teoria-filosofia do direito a questão da justiça, que se materializa nos casos concretos;

b. Da necessidade de se ressaltar a dimensão objetiva na teoria de direitos fundamentais, especialmente se se considera a nova realidade dos direitos sociais, que muitas vezes não podem ser traduzidos em termos de direitos subjetivos. Trata-se, muitas vezes, do reencontro moderno com os “deveres” ou, ainda, de avançar no sentido de fundar uma era “dos direitos e deveres”. Ainda se pode dizer que essa mudança significa uma tentativa de superação do individualismo moderno;

c. Da necessidade de se reconhecer a impossibilidade de existência de uma razão “absoluta” no direito nos moldes da razão instrumental iluminista e nos moldes da razão buscada pelo positivismo quando, por exemplo, tentou buscar no âmbito da hermenêutica jurídica métodos e técnicas “objetivos” de interpretação.

É nesse contexto que tem destaque toda a teorização acerca da racionalidade no processo de ponderação, das técnicas argumentativas e outras reflexões, como a de Muller, que tem o objetivo de buscar uma razão possível a partir do ambiente pós-positivista;

d. Nessa tarefa de fomentar uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia não se pode ficar alheio também as questões relativas ao papel a aos limites da atuação do judiciário na realização desse paradigma, principalmente

porque, nesses países, existe uma democracia apenas formal que gera um divórcio entre o povo e seus representantes, além de uma inoperância crônica do legislativo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. A concretização normativa: um estudo crítico. In: _____. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y protestos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PORTINARO, Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? **Problemata**, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Del Rey, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado de sociología**. V.2. Rio de Janeiro: Globo, 1965.

STRAUSS, Leo. **Derecho natural e historia**. Espanha: Circulo de Lectores, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.) **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAREJÃO, Marcela. As sentenças sobre a ocupação de terra no Brasil de 1985 a 2003. In: **Verba Júris**. Ano 6. Número 6. 2007, p. 87 – 146.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Revista internacional de direitos humanos**, v. 6, p. 66, 2007. Disponível em: <www.surjournal.org>. Acesso em: 14 set. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

[1] STRAUSS, Leo. **Derecho natural e historia**. Espanha: Circulo de Lectores, 2000.

[2] Para uma introdução recente a essa teoria ver: STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[3] É verdade que não se pode confundir as idéias liberais com o positivismo jurídico, porém tampouco se pode negar a simbiose existente entre essas duas idéias até meados do século passado.

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247

[5] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 336.

[6] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141.

[7] PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91

[8] Para uma sistematização nesse sentido, ver Barroso, 2009, 249.

[9] Nesse sentido, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BARROSO. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[10] Para uma ausência de rigidez na fronteira entre a teoria e filosofia jurídica ver: RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? **Problemata**, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

[11] COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 189.

[12] ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.93.

[13] Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

[14] GARCIA, Emerson O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 981.

[15] ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46.

[16] SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 253.

[17] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 567.

[18] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 567.

[19] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1216.

[20] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 499.

[21] TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais: Afinal, do que se trata?** Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 94.

[22] MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 133.

[23] Alguns exemplos: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

[24] Ver RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? **Problemata**, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

[25] Ver, por exemplo, o estudo feito por Marcela Varejão que demonstra o formalismo e conservadorismos das decisões do judiciário. VAREJÃO, Marcela. As sentenças sobre a ocupação de terra no Brasil de 1985 a 2003. In **Verba Júris**. Ano 6. Número 6. 2007, p. 87 – 146.

[26] SICHES, Luis Recaséns. **Tratado de sociologia**. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v.2. p. 702-704.

[27] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 119.

[28] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 10.

- [29] AMADO, Juan Antonio García. Derechos y protestos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 255.
- [30] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.
- [31] PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 317.
- [32] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68.
- [33] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- [34] MÜLLER, Friedrich.. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.270.
- [35] ADEODATO, João Maurício. A concretização normativa: um estudo crítico. In: _____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.
- [36] BARROSO, Luis Roberto. _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.
- [37] SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 278.
- [38] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1165.
- [39] CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.
- [40] No Brasil a Constituição de 1934 inaugura o constitucionalismo social.
- [41] Refere-se ao núcleo básico de direitos sociais descrito em CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 504.
- [42] Sobre o conteúdo dirigente da Constituição brasileira na atualidade ver debate em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[43] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 131.

[44] Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.

[45] ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari. **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 95.

[46] Dentre outros, PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168; BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66-73 e CANOTILHO, **Op. cit.**, p. 114.

[47] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64.

[48] GARCIA, Emerson O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 965.

[49] ROSENFELD, Michael. O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: TAVARES, André Ramos. **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 261.

[50] Cf. YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Revista internacional de direitos humanos**, v. 6, p. 66, 2007. Disponível em: <www.surjournal.org>. Acesso em: 14 set. 2007.

[51] PORTINARO, Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 482-483.

[52] ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 101.

[53] Apud BITTENCOURT, Lúcio C. A. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 69.

[54] BARBALET, Jacques. Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Note-se que essa construção foi pensada antes da atual crise financeira internacional que afeta os países desenvolvidos na atualidade.

[55] POTYARA, A. P. Pereira. **Necessidades humanas: subsidio à crítica dos mínimos sociais**, p. 26-27.

A CIÊNCIA JURÍDICA E A CRÍTICA AO SEU PARADIGMA DOGMÁTICO

THE SCIENCE AND CRITICAL TO YOUR LEGAL PARADIGMA DOGMATICS

**Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches
Edinilson Donizete Machado**

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a crítica dirigida à Dogmática Jurídica enquanto paradigma científico do Direito, com o objetivo de demonstrar que esta cumpre outras funções que não a de segurança jurídica declarada em seu discurso oficial. Para tanto discorre sobre a trajetória do pensamento crítico do Direito, passa pela problematização da Dogmática Jurídica e conclui com a crítica aos seus principais pressupostos, principalmente os elaborados pelo positivismo jurídico. O método utilizado para a pesquisa é o indutivo, e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: CIÊNCIA DO DIREITO; POSITIVISMO JURÍDICO; CRÍTICA À DOGMÁTICA JURÍDICA.

ABSTRACT

This articles is subject to criticism addressed to the Legal Dogmatics as a scientific paradigm of law, aimed at demonstrating that this fulfills other functions than the Legal security official declared in his speech. For this is about the trajectory of critical thinking of the law, is the problematization of Legal Dogmatics and concludes with Their critical principals assumptions, especially those made by legal positivism. The method used for the research is inductive, and the technical research literature.

KEYWORDS: JURISPRUDENCE; LEGAL POSITIVISM; CRITICISM TO THE LEGAL DOGMATICS

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga algumas críticas dirigidas à Dogmática Jurídica enquanto paradigma científico do Direito, com o objetivo de demonstrar que esta cumpre outras funções que não a de segurança jurídica declarada em seu discurso oficial.

O paradigma dogmático aqui considerado situa-se na circunscrição específica do Direito ocidental de tradição romanística. Este paradigma confere à Ciência Jurídica características especiais em relação a outros campos do saber, condicionando a forma de conhecer e apreender o Direito, uma vez que determina até mesmo o que deve ser entendido como “Direito”.

No que se refere à crítica à Dogmática Jurídica faz-se necessário esclarecer que não se trata de “uma” teoria monolítica e unitária a qual se poderia denominar de Teoria Crítica do Direito, mas, sim, de várias reflexões que questionam o paradigma dogmático da Ciência Jurídica, principalmente no que se refere aos pressupostos das teorias juspositivistas. Em importante obra que traça o panorama histórico do pensamento jurídico crítico no Brasil e em outros países da Europa, América do Norte e América Latina, Antonio Carlos Wolkmer esclarece que “não se pode desconhecer e negar a existência de um pensamento crítico, representado por diversas correntes e tendências. Que buscam questionar, repensar e superar o modelo jurídico tradicional.”^[1]

A expressão “crítica” não é unívoca, e tem sido empregada distintamente na filosofia ocidental moderna. No presente artigo será empregado o termo “crítica” no sentido de indicar um conhecimento que não é dogmático, nem permanente, e que existe num contínuo processo de fazer-se e refazer-se a si próprio.^[2]

O método utilizado para a pesquisa será o indutivo, e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

1 O Paradigma Dogmático da Ciência do Direito

A Dogmática Jurídica é uma forma de conhecimento teórico e prático acerca do “Direito” predominante no mundo europeu e espalhado pelo mundo em virtude do colonialismo e após o advento do Estado Moderno. Caracteriza-se pela “aceitação da normatividade revelada nas expressões semiológicas do direito, em especial no discurso normativo da legislação, como ponto de partida e núcleo de convergência dos respectivos atos de conhecimento.”^[3]

Em suma, trata-se de um saber que irá eleger a norma jurídica como o seu objeto de estudo científico, e não irá além dela. Consubstancia-se num tipo de conhecimento que tem por objeto o direito identificado nas normas jurídicas.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz JR., quando hoje se fala em Dogmática Jurídica, a tendência é identificá-la com uma técnica utilizada por profissionais do Direito no desempenho imediato de suas funções ou, então, com o conteúdo dos livros didáticos e Manuais dirigidos para o consumo cada vez mais massificante do Ensino Jurídico.^[4]

Porém, segundo este autor, o processo de definição dos contornos da Dogmática Jurídica é antigo, iniciando-se com a *jurisprudencia* dos romanos, caracterizada por uma forma de solução de conflitos a partir de fórmulas generalizadoras a serem adotadas por decisão de autoridade nos casos concretos. Depois, na idade média, sobretudo com os

glosadores, a esta técnica romana é acrescentada uma forma de pensar específica com a interpretação eminentemente exegética dos textos romanos. Já nos séculos XVII e XVIII os jusnaturalistas racionalistas irão substituir a crença nos textos romanos pelos princípios da razão que deveriam ser investigados e sistematizados para a sua correta aplicação. No entanto, para Tércio:

foi no século XIX que as grandes linhas mestras da Dogmática Jurídica se definiram. A herança jurisprudencial, a herança exegética e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual erigiu-se a Dogmática Jurídica, tal qual a conhecemos hoje, à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social. [5]

A concepção dogmática de Direito configura-se, assim, paulatinamente, na Europa continental do século XIX, como convergência de um conjunto de processos parciais e conseqüentes que estão na base da modernidade, dentre os quais Luis Fernando Coelho destaca uma forma específica de organização social: o Estado Moderno, um sistema econômico: o capitalismo, e uma filosofia: o positivismo.[6] Neste sentido também José Eduardo Faria considera um conjunto de fatores importantes: a) a consolidação de um conceito moderno de ciência; b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direito e sistema conceitual de ciência, num segundo momento; c) a separação entre teoria e práxis, e a conseqüente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva; d) a superação das antigas doutrinas de direito natural; e) a ênfase à segurança jurídica como certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma.[7]

Assim, segundo Vera Andrade:

No paradigma dogmático convergem, pois, uma matriz epistemológica (saber) e uma matriz política (poder) e diversos processos a ambas relativos, de forma que ele é tributário tanto do discurso cientificista quanto do discurso estatalista-legalista do século XIX, encontrando-se geneticamente vinculado à promessa epistemológica de edificação de uma Ciência do Direito e, na culminação de seu desenvolvimento, à promessa funcional de racionalização da práxis jurídica típica do Estado Moderno.[8]

O termo “paradigma” é aqui utilizado no sentido que lhe imprimiu Thomas Kuhn: “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma”. [9]

Neste sentido, a autoridade de um enunciado científico para se afirmar como verdadeiro, está, na realidade, em sua capacidade de gerar consenso no âmbito de uma dada comunidade. O consenso sobre um enunciado científico obtido dentro da comunidade científica depende do fato de que sua elaboração tenha seguido os critérios de demarcação estabelecidos no âmbito desta comunidade.

Em suma: um determinado raciocínio ou argumento não é considerado como ‘científico’ por ser resultante da aplicação global de um método qualquer, mas sim por ser produto da aplicação de modelos e enfoques consensualmente aceitos, o que o singulariza como evidente, verdadeiro e certo.[10]

Um paradigma implica uma visão de mundo articulado sob a forma de explicações científicas, eles determinam quais problemas serão investigados, quais dados deverão ser considerados, quais técnicas de pesquisa deverão ser utilizadas e que tipos de soluções são admitidos. “Os paradigmas impedem as discussões intermináveis em torno de problemas improdutivos e insolúveis, razão pela qual acabam estabelecendo o sentido do limite e o limite do sentido das atividades científicas. [11]

Neste sentido, a Dogmática Jurídica, ainda que tenha seu estatuto de cientificidade questionado até os nossos dias, “ao aparecer como uma espécie de catálogo, de supostos de fatos típicos destinados a servir de base à tarefa construtiva da Ciência do Direito, a dogmática jurídica certamente constituiu o que há de mais paradigmático no âmbito do pensamento normativo moderno.”[12]

2 O Pensamento Crítico do Direito e sua Evolução

O início das críticas ao Direito deu-se no final dos anos 60 e consolidou-se ao longo dos anos 70. Segundo Antonio Carlos Wolkmer, isto ocorreu pela influência, sobre juristas europeus, de idéias provindas do economicismo jurídico soviético, da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Louis Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses de Michel Foucault sobre o poder.[13] Essas idéias projetavam para o campo do Direito investigações interdisciplinares que “desmistificavam a legalidade dogmática tradicional e introduziam análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais.”[14]

O pensamento crítico encontra-se, segundo Luis Alberto Warat, integrado por uma linguagem, ou contralinguagem, que, mesmo sem constituir um corpo sistemático de categorias, “forma um conglomerado de significações, de esboços políticos e teóricos, em ordem de produzir um conhecimento do Direito e do Estado, entendidos como elementos constituintes e constituídos pelas relações sociais.”[15]

A manifestação das críticas não se deu de forma única, mas por várias tendências ou correntes. Na Europa destaca-se o “Uso alternativo do Direito” na Itália e Espanha e a “*Association Critique du Droit*” na França. Nos Estados Unidos o movimento crítico foi denominado de “*Critical Legal Studies*”[16].

O “Uso Alternativo do Direito” constituiu-se na Itália como um movimento teórico-prático formado por professores universitários, advogados e magistrados; logo após difundiu-se entre os juristas e magistrados espanhóis. A idéia central do movimento é de uma aplicação diferente do direito positivo vigente, explorando as contradições e crises do próprio sistema para um uso mais democrático do Direito, voltado para uma prática judicial emancipadora dirigida às classes sociais menos favorecidas.[17] Considerando o Direito como um instrumento social e político entendiam que ele poderia ser utilizado contra as finalidades do próprio sistema que o instituiu.[18]

No pensamento francês, a *Association Critique du Droit*, formada principalmente por professores universitários de Direito, irá propor uma teoria jurídica de referencial metodológico baseado no materialismo histórico, aproximando-a da ciência política e opondo-a ao individualismo formalista e ao positivismo normativista.[19] O movimento, além de buscar introduzir um novo discurso a partir de uma nova teoria jurídica, também se preocupou com a questão do ensino e a pesquisa jurídica, voltando-se contra o ensino dogmático das Faculdades de Direito tradicionais.[20]

Nos Estados Unidos, o pensamento crítico destacou-se por meio do movimento *Critical Legal Studies*, marcado pelas características típicas das especificidades do direito americano. Foi fundado em 1977 por um grupo de professores e especialistas nas diversas áreas das ciências humanas[21] com o objetivo de, submetendo o direito à investigação histórica, filosófica, política e sociológica, revelar as contradições lingüísticas e axiológicas da doutrina e da prática jurídicas, demonstrando o seu grau de envolvimento com as relações de poder e com as ideologias dominantes. Denunciam, também, a falácia da neutralidade e imparcialidade dos juizes na prática judicial.[22]

Na década de 80, o pensamento crítico alcançou a América Latina, principalmente a Argentina, o México, o Chile, a Colômbia e o Brasil. Por sua importante influência no pensamento crítico latino americano, cabe destacar a ALMED (Associação Latino Americana de Metodologia e Ensino do Direito), criada em 1974 por juristas argentinos e brasileiros. A associação congregou juristas e professores universitários preocupados em desmistificar todo o sistema de ensino e pesquisa jurídicos. Buscam, a partir daí, a denúncia e redefinição das formas de produção da ciência jurídica.[23]

No Brasil, dentre os pensadores críticos, destacam-se, sem prejuízo de outros, os trabalhos de Roberto Lyra Filho, em conjunto com José Geraldo de Souza Jr, da Universidade de Brasília com o *Direito Achado na Rua*. As pesquisas de Cláudio Souto na área de sociologia jurídica e também de José Eduardo Faria, da Universidade de São Paulo e os trabalhos iniciados na Universidade Federal de Santa Catarina, por Luiz Fernando Coelho e Luis Alberto Warat. Principalmente no campo jurisdicional ganhou destaque a corrente chamada “Direito Alternativo” iniciada pelo Juiz Amilton Bueno de Cravalho no Rio Grande do Sul.

É importante ressaltar também o trabalho de Miguel Reale na Universidade de São Paulo, que apesar de não ser considerado crítico, desenvolveu importante teoria que transcende a visão parcial do Direito realizada pelo positivismo jurídico estrito. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, considera como componentes do jurídico além da norma jurídica, o fato e o valor.

3 A Problematização da Dogmática Jurídica

Como já afirmado, o pensamento crítico não se apresenta como uma corrente unitária, porém como discursos aproximados, que compartilham alguns postulados fundamentais, ou seja, “desvinculavam-se do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica”[24]. Assim,

Ainda que se reconheça a impropriedade e/ou inexistência de uma “teoria crítica jurídica” geral, acabada e científica, não se poderá mormente desconsiderar a significação do “pensamento crítico” como expressão mais autêntica da insatisfação de grandes parcelas de juristas e doutrinadores acerca da predominante formulação científica do Direito e de suas formas de legitimação dogmática.[25]

Para realizar a crítica à concepção dogmática da ciência Jurídica, será utilizado aqui a expressão cunhada por Warat que, ao voltar seus estudos críticos para a Ciência Jurídica e sua epistemologia, bem como observando o Ensino Jurídico no Brasil e o tipo de ciência praticado em nossas Faculdades, criou a expressão “*sentido comum teórico dos juristas*” ou, como mais tarde ficou conhecida: “*senso comum teórico dos juristas*”. [26] Segundo a sua definição,

Os juristas de profissão sempre se encontram ‘condicionados’, em suas práticas cotidianas, por um conjunto de representações, imagens, noções baseadas em costumes, metáforas e preconceitos valorativos e teóricos, que governam seus atos, suas decisões e suas atividades. A esse conjunto dou o nome de ‘sentido comum teórico dos juristas’, lembrando que ele funciona como um arsenal ideológico para a prática cotidiana do direito. Em outras palavras, trata-se de um complexo de saberes éticos vividos como diretrizes – ou seja, como pautas que disciplinam o trabalho profissional dos juristas, regulando sua atividade advocatícia, judicial e teórica. [27]

No campo epistemológico do sentido comum teórico dos juristas, Warat coloca as teorias jurídicas positivistas, considerando-as um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais que, em conjunto com “representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades diárias”, [28] irão formar o sentido comum teórico dos juristas.

Assim, as teorias jurídicas positivistas serão criticadas aqui como uma das partes que compõem o *senso comum teórico dos juristas*, na medida em que, a dogmática jurídica acolhe, em suas formulações, o repertório das teorias juspositivistas para, a partir delas, elaborar uma dupla racionalização: do ordenamento jurídico abstratamente considerado e de sua aplicação. [29]

A racionalidade do ordenamento jurídico é fundamentada exatamente pelas teorias juspositivistas da norma jurídica, de sua fonte e do ordenamento jurídico. Enquanto que a racionalidade da sua aplicação é obtida mediante as teorias positivistas sobre hermenêutica jurídica.

Apesar de não constituírem objeto desta análise, é importante destacar as críticas que têm sido elaboradas pela análise semiológica dos signos que compõem o discurso da Ciência Jurídica, com objetivo de revelar a sua carga valorativa. [30] Outra importante crítica ao Direito vem das correntes psicanalíticas que analisam as relações entre os homens e a lei. [31]

O limite do presente trabalho circunscreve-se à crítica dirigida às teorias juspositivistas que buscam racionalizar o ordenamento jurídico na sua concepção abstrata idealizada pela Ciência Jurídica em seu paradigma dogmático. Neste sentido, a crítica será dirigida

à teoria kelseniana, no que se refere à sua concepção do objeto da Ciência Jurídica, e às teorias da norma jurídica e do ordenamento jurídico desenvolvidas por Kelsen, uma vez que, conforme lembra Vieira, ele “está consciente de que as decisões individuais não são uma pura aplicação dos preceitos gerais e abstratos da lei.”[32]

O que ocorreu foi que, no campo epistemológico, a tese juspositivista de que o único objeto da Ciência Jurídica são as normas jurídicas emanadas do Estado, foi incorporada pelo paradigma dogmático e, segundo Andrade, “a partir deste axioma fundamental (Direito = Lei) se desenvolvem as suas crenças teóricas básicas sobre os conceitos de Direito, norma, fontes de Direito, ordenamento jurídico e atividade científica e judicial.”[33]

A Dogmática Jurídica acrescenta às teorias positivistas a postura de acatamento irrestrito das normas jurídicas, o que limita o jurista à interpretação neutra e objetiva destas normas, e o juiz à aplicá-la neutra e imparcialmente. Tudo dentro de um processo lógico-dedutivo que garantiria a previsibilidade das decisões judiciais e a conseqüente segurança jurídica.

Neste sentido, a corrente que tem sido denominada na atualidade de pós-positivista, e que trabalha com a idéia de superação do Direito como um modelo de regras, como querem as teorias juspositivistas, para um modelo de regras e princípios, tem fornecido importante material para uma nova Hermenêutica Jurídica[34], na medida em que considera os princípios que norteiam os ordenamentos jurídicos, evidenciando o fator moralidade que todo fenômeno jurídico possui. Por outro lado, para a análise da aplicação dos princípios é necessário estudar cada caso concreto, com todas as suas implicações, fazendo com que a tarefa de aplicação do Direito não seja tão abstrata quanto no modelo de regras.

O modelo de Direito como regras e princípios pode se revelar como proposta interessante e viável no sentido da superação do paradigma dogmático de Ciência Jurídica, porém este estudo ultrapassa os limites do presente trabalho.

4 A Crítica aos Principais Pressupostos da Dogmática Jurídica

O Direito e a Dogmática Jurídica na sociedade moderna foram abordados por Coelho em sua Teoria Crítica como ideologias. Para o autor, a ideologia foi considerada em dois estratos de manifestação, como ideologia interna, e como ideologia externa. [35]

A ideologia interna do Direito diz respeito às concepções jurídicas desenvolvidas no mundo ocidental a partir do modelo europeu e que foram absorvidas pelo senso comum teórico dos juristas. Trata-se do estatuto científico do direito, como dogmática, e do próprio fenômeno jurídico considerado como direito positivo.[36]

Nesse sentido os dogmas do direito, enquanto apresentados pela ciência jurídica tradicional de maneira objetiva, isto é, enquanto objetos separados do sujeito cognoscente, que é o intérprete e aplicador da lei, não passam de mitos.[37]

A primeira crítica, portanto, dirigida neste trabalho à dogmática jurídica, diz respeito à sua cientificidade, o que conduz à questão da própria crítica à noção moderna de ciência.

Em relação ao conhecimento científico, o pensamento crítico, ou melhor dizendo, a epistemologia crítica, revela que este não pode ser puro reflexo do objeto real que está sendo conhecido, como afirmam os positivistas, uma vez que “toda pesquisa criadora é um trabalho de construção de conhecimentos novos, mas uma construção ativa, engajada, e não uma simples captação passiva da realidade.”[38]

Assim, o ato de conhecer um objeto é um ato de construir, de forma que o “dado não é dado: é construído.”[39] Ele não é simplesmente *verificado*, pois é impossível reduzir a realidade aos modelos que a interpretam. Segundo Bachelard, o dado é reconstruído e o processo de conhecimento é sempre um processo de reconstrução que exige sempre a constante retificação dos erros do passado.[40]

Isto ocorre porque a relação sujeito cognoscente e objeto cognoscível não é uma relação neutra e objetiva, com também afirmam os positivistas. O sujeito, quando se dirige a um objeto, fá-lo levando consigo todo um conhecimento acumulado, todo o seu referencial valorativo, teórico e metodológico. Desta forma, é o “sujeito que constrói o seu próprio objeto.”[41]

Por tais razões, Popper entende que a teoria científica é sempre provisória, ou seja, é aceita provisoriamente, estando destinada a ser permanentemente superada e retificada.[42]

Nesta linha de raciocínio, Agostinho Marques Neto afirma que o grau de maturidade de uma ciência será proporcional à sua capacidade de autoquestionar-se, colocando sempre em xeque seus próprios princípios, pois o que caracteriza a ciência é a provisoriade e refutabilidade de suas asserções. “As asserções ‘inabaláveis’ e ‘irrefutáveis’ não são proposições científicas, mas dogmáticas.”[43]

De qualquer forma, o principal defeito das diversas correntes positivistas é a crença de que o sujeito simplesmente capta as características do objeto “quando na realidade elas só são encontráveis neste objeto por efeito da ideologia que as nomeia em seu discursos.”[44]

Quando procurou elaborar uma Ciência para o Direito que fosse “pura”, neutra e objetiva, Kelsen “escolheu” a norma jurídica como seu objeto. A partir da construção de um método próprio – imputação – Kelsen definiu, inclusive, o que se deveria entender por norma jurídica e, a partir dele, esboçou um sistema de conceitos elaborados a partir de enunciados sobre o material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna. Construiu, desta forma, o seu objeto “Direito” a partir do conceito de “norma jurídica”, identificando-os.

Saliente-se aqui que Kelsen efetuou uma “escolha” de seu objeto e, por este motivo, Warat direciona sua crítica ao princípio da pureza metódica, que é o núcleo do pensamento kelseniano, na medida em que este é absorvido pelo senso comum teórico dos juristas, denunciando as suas implicações epistemológicas e conseqüências práticas para a vida do Direito.[45]

Para Warat a teoria Pura do Direito buscou utilizar-se dos critérios epistemológicos do positivismo científico por acreditar “exageradamente que o ideal das ciências sociais se cumpre quando elas aproximam tanto quanto possível, os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.”[46] Devido a isto, Kelsen deu tamanha importância à pureza metodológica, cujo postulado fundamental constitui o ponto de partida e a coluna vertebral de sua teoria.

Além da problemática sobre o termo “ciência” que a acompanha desde o seu início, outra crítica direcionada à dogmática jurídica diz respeito ao seu estatuto de cientificidade. Este foi-lhe negado várias vezes durante o seu processo de consolidação. Dentre as críticas que recebeu cabe destacar aqui a que se referiu especificamente ao seu objeto, desqualificando-a como teoria científica devido a sua mutabilidade e contingência.

Neste sentido, é emblemática a famosa conferência de Kirchmann intitulada “A Jurisprudência não é Ciência” proferida em Berlim em 1847. Segundo Kirchmann, “enquanto a ciência faz do contingente seu objeto, ela mesma se faz contingências: três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo.”[47]

A Dogmática encontrou, portanto, dificuldades para se consagrar como conhecimento científico dentro da concepção positivista de ciência, uma vez que aquela não se baseia no princípio da causalidade que rege as ciências da natureza e as sociais explicativas.

A saída para este dilema epistemológico da Ciência Jurídica foi apontada por Kelsen, o que o levou a consagrar-se, segundo Coelho como “o mais importante marco de referência do dogmatismo positivista e logicista do saber jurídico contemporâneo.”[48]

Para Kelsen a pureza metódica é o que garante as condições de positividade de uma Ciência Jurídica em sentido estrito e, desta forma, a Teoria Pura se apresenta “como um programa para a elaboração de um saber jurídico autônomo e autosuficiente, um conhecimento baseado em uma análise metodologicamente imanente, que exclui a referência de fatores e saberes extrajurídicos.”[49] Conseqüentemente, segundo os limites metodológicos da Teoria Pura, carece de sentido para a Ciência Jurídica toda e qualquer questão que não possa ser situada a partir das normas jurídicas válidas.[50]

A partir de Kelsen, a Ciência do Direito passou a ter por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e, devido à conjunção da dogmática jurídica com o positivismo jurídico, a dogmática jurídica passou a se identificar com a Ciência do Direito.

Assim, o jurista já encontra o seu objeto de estudo construído e o acata dogmaticamente. O dogmatismo da Ciência Jurídica significa, portanto, uma atitude de aceitação e submetimento acrítico do jurista ao estabelecido como Direito Positivo, independentemente do seu conteúdo material.[51] A esta dogmatização do material

normativo Ferraz JR. denomina de “princípio da proibição da negação” ou da “inegabilidade dos pontos de partida das cadeias argumentativas.”[52]

A inegabilidade dos pontos de partida significa que um argumento só será juridicamente aceitável se estiver baseado em uma norma do ordenamento jurídico, uma vez que é esta que constitui o dogma. Adeodato lembra que isto não significa que não se pode rejeitar esta ou aquela norma jurídica, porém só se pode fazê-lo com base em outra norma jurídica.[53]

A objetividade e a neutralidade são valores fundamentais para a metodologia kelseniana, que lhes nega o caráter ideológico, conforme denunciado pela epistemologia crítica. Porém “a partir desta negativa, Kelsen pretende situar a ciência como um conjunto de enunciados sem enunciadores, em uma relação fatal de alienação.”[54]

Outra importante crítica dirigida à Dogmática Jurídica diz respeito à sua excessiva abstração. Na verdade o que ocorre com a Dogmática jurídica é uma dupla abstração; a primeira ocorre quando a norma jurídica nasce a partir de uma realidade social para, em seguida, abstrair-se desta; a segunda ocorre quando a Dogmática elabora uma teoria desta norma, mas não da norma em sua aplicação no mundo dos fatos, mas da norma enquanto objeto de sua ciência, ou seja, elabora sua teoria sobre um material abstrato, num grau de abstração ainda maior. “A Dogmática, transformando-se assim em abstração da abstração, vai preocupar-se, por exemplo, com a função das classificações, com a natureza dos conceitos, etc.”[55]

A tentativa de desideologizar a sua ciência mediante a objetividade, a abstração e a neutralidade axiológica, levaram Kelsen a buscar condições objetivas de validade para o Direito Positivo, negando a possibilidade de subordiná-la a elementos valorativos. Isto o levou ao rechaçamento peremptório das doutrinas de Direito Natural que fundamentam a validade do Direito em critérios metafísicos.

Buscando encontrar um critério anti-metafísico de validade para o Direito Positivo dentro da sua própria positividade, Kelsen criou o postulado da norma fundamental gnoseológica. Ela estabelece, com exclusividade, as condições para a validade objetiva das normas jurídicas e para o reconhecimento dos enunciados da Ciência Jurídica.[56]

Segundo Warat, por trás desta máscara purificadora há uma mensagem de confiança na neutralidade das normas estatais. “Assim, frente às relações de força conflitivas da sociedade, o Estado surge na Teoria Pura como vigia imparcial que salvaguarda a paz social.”[57]

Na verdade, ao fundamentar a validade do ordenamento jurídico na norma fundamental, identificando legalidade com legitimidade, Kelsen impõe à teoria jurídica uma idéia de legitimidade aparentemente neutra e utilitária mas que, em realidade, “fundamenta a obrigação de obediência à ordem jurídica e política” [58], seja ela qual for.

Silencia, desta forma, quanto a aspectos importantes do dualismo Política-Direito e sobre o papel que ambos os domínios cumprem como fatores co-determinantes da organização da sociedade.[59]

Esta questão remete à outra manifestação ideológica do Direito e da Dogmática Jurídica apontada por Coelho, a ideologia externa. Do ponto de vista desta ideologia, a manifestação do Direito e da Ciência Jurídica no âmbito social se “cristaliza num conjunto mais ou menos articulado de crenças, ou numa filosofia, religião e mesmo num sistema pretensamente científico” [60] Esta manifestação revela-se como ideológica na medida em que se fundamenta em dois pressupostos básicos, por sua vez também ideológicos: a exclusão, como não-jurídicas, de outras ordens normativas que não sejam o Direito Positivo e a atribuição ao estado do monopólio da elaboração e aplicação das leis.[61]

Para as teorias juspositivistas o Estado é a única fonte do Direito válido. Este monismo[62] das fontes do Direito, no entendimento de Warat, serve para organizar o consenso em torno do monopólio da força, emprestando-lhe um caráter racional. O monopólio da coerção, legitimado pela lei, sustenta, permanentemente, as técnicas do poder. Por outro lado, o Direito positivo, racionalmente concebido, é condição da existência de um determinado tipo de organização da sociedade. Ora, estes dois efeitos são obtidos, por sua vez, mediante o efeito de racionalidade que o saber das normas lhes empresta. O saber jurídico deve, assim, ser visto como um fator co-constituente da instância jurídica da sociedade.[63]

Assim, o Direito Positivo, mediante a legitimação que lhe dá a Dogmática Jurídica, se mantém como instrumento de ocultação da estrutura real da sociedade, na medida em que manipula o imaginário social no sentido de manter como legítima a distribuição de quotas de poder na sociedade, evidentemente, assegurando os privilégios dos segmentos que detêm os instrumentos de produção e distribuição das riquezas sociais, bem como de gozo dos respectivos benefícios.”[64]

Portanto, difundir a ideologia adotada pelos grupos detentores do poder é uma das funções da Dogmática Jurídica[65], uma vez que “na atividade dogmática está implícita uma adesão formal ao sistema legislado que se expressa mediante a recomendação de que o Direito seja aplicado e obedecido tal como é.”[66]

Outro dogma sustentado pela Ciência Jurídica, é o da sistematicidade do ordenamento jurídico que o concebe como um sistema lógico-analítico, composto por normas jurídicas hierarquicamente dispostas a partir da norma fundamental, com características de coerência e completude.

As críticas a estas características fundamentais do ordenamento jurídico têm apontado que elas são ideológicas, uma vez que o ordenamento jurídico não forma um sistema fechado e coerente como afirmam as teorias positivistas, mas sim, está cheio de lacunas e de antinomias.[67]

A afirmação sobre a não-existência de lacunas no ordenamento jurídico baseia-se no princípio positivista de que “o que não está proibido está permitido”. Ocorre que nas sociedades modernas e complexas existe uma série de condutas que não estão previstas pela ordem jurídica, colocando em xeque a completude do ordenamento. Devido à exigência de que o juiz emita uma decisão para o caso concreto – princípio do *non liquet* – os profissionais que trabalham com a aplicação do Direito deparam-se com lacunas constantemente.

Por outro lado, normas contraditórias existem no ordenamento em grande número. Em um ordenamento jurídico como o brasileiro, por exemplo, onde se pode encontrar inúmeras normas jurídicas, as antinomias também são lugar comum.

Conclui Coelho que a ideologia interna e externa cumpre duas funções primordiais:

a primeira, é a de fundamentar, com a aparência de cientificidade, a imagem do direito como algo que existe e que deve ser aceito porque está aí, pois sempre existiu e sempre existirá; a segunda, é fundamentar a idéia de que o direito é intrinsecamente bom no plano ético.[68]

Por fim, resta analisar criticamente a idéia difundida de que a Dogmática é uma ciência prática e que serviria para impor a ordem dentro da sociedade, a partir da resolução dos conflitos nos casos concretos.

A questão de ser a Dogmática uma ciência prática tem remetido muitos autores a qualificá-la como uma “técnica”. Porém, concordo com Coelho quando afirma que “a distinção entre a ciência e a técnica do direito, (...) é tão somente para discernir entre os atos de pura cognição, dos de pura execução, os quais configuram a atividade prática do jurista.” Na verdade, esta fronteira é muito tênue, pois “toda atividade prática definida como técnica se apóia num conjunto de princípios definidos como ciência, e toda ciência desemboca numa técnica, em algo útil para o homem.” No caso particular do Direito os “aspectos científico e técnico se entrelaçam sob a equívoca denominação de dogmática jurídica.” [69]

Feitos os devidos esclarecimentos, cumpre destacar que, de fato, a função precípua que a Dogmática Jurídica se auto-atribui é a de desenvolver um sistema de conceitos sobre as normas, com a finalidade de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária do Direito que garantiria a segurança jurídica.[70] Neste sentido, “a Dogmática exerce a tarefa de (re)conhecimento e delimitação das possibilidades do próprio Direito Positivo”[71]

Segundo Adeodato, estimular a crença na racionalidade de seu sistema decisório é uma das principais tarefas da Dogmática Jurídica: “para isso, camufla eficientemente seu aspecto necessariamente arbitrário através de princípios prefixados – pela própria dogmática escolhidos e manipulados – dos quais a decisão parece fluir racionalmente, sem ser opressiva.”[72]

Para tanto, a Dogmática abstrai os conflitos da problemática social, econômica e política na qual estão inseridos e tenta neutralizá-los, tornado-os “abstratos, interpretáveis, definíveis e decidíveis juridicamente”[73]

Desta forma, a Dogmática Jurídica não elimina o conflito com a sua decisão, apenas o neutraliza do ponto de vista jurídico, ou seja, ela “apenas trabalha os meios para que a lide (decidida como coisa julgada, por exemplo) perca sua plausibilidade jurídica: o conflito permanece (...) mas não pode mais ser alegado em termos jurídico-dogmáticos.”[74]

Ao transformar relações sociais determinadas em relações imaginárias e neutralizar os conflitos sociais mediante uma estratégia de “individualização, atomização e dispersão das clivagens”, a Dogmática tem-se julgado eximida de discutir questões socioeconômicas, políticas e culturais dos modelos e instrumentos que utiliza.[75]

Nesta linha de raciocínio, a sua neutralidade ideológica é, de fato, um efeito das teorias juspositivistas que lhe permitirá situar-se como “instância orientadora das decisões do judiciário mas, como Ciência neutra e distanciada dos conflitos reais”[76] Com esta idéia a Dogmática acaba “apresentando como descrição o que na verdade é prescrição” [77] Ou seja, na realidade a Dogmática não se limita somente a um enfoque sistemático, neutro, objetivo e determinado das questões fundamentais da Ciência do Direito, “ela também representa uma atitude ideológica que lhe serve de base e um ethos cultural específico.”[78] Segundo o entendimento de Faria,

O resultado desse conhecimento alienante é conhecido: a formação de uma conjunto de idéias gerais, proposições falsamente científicas, juízos éticos e pontos de vista hegemônicos, todos contribuindo para a consolidação de um discurso aparentemente objetivo e técnico, ideologicamente depurado e capaz de provocar efeitos de realidade e coerência, de projetar uma dimensão harmoniosa das relações sociais e de justificar a imposição de um padrão específico de dominação com base na “natureza das coisas” [79].

A Dogmática também influi decisivamente na definição dos “verdadeiros” problemas da Ciência do Direito e nos seus possíveis equacionamentos,[80] não se resumindo a descrever o Direito Positivo, mas sim “prescrever o que há de ser considerado como direito.”[81]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal escopo do presente estudo foi o de demonstrar o quanto a Ciência Jurídica reduz o seu objeto de estudo ao identificar o Direito com a norma válida. O pensamento crítico e as correntes utilizadas, ainda que desenvolvidas nas décadas de setenta e oitenta, permanecem válidos para desconstruir o edifício dogmático da Ciência Jurídica.

A crítica da Dogmática Jurídica, enquanto ideologia demonstrou que se trata de uma ciência comprometida com o cumprimento e a obediência do Direito vigente, visto como um Direito justo independentemente de seu conteúdo, ou seja, é justo porque é legal.

Por sua vez a análise funcional demonstrou que a Dogmática Jurídica não se limita a uma atividade de conhecimento descritiva e nem ideologicamente neutra, como defende Kelsen, mas realiza uma atividade prescritiva.

Por fim, conclui-se que a dogmática jurídica não realiza a sua promessa de segurança jurídica, mas sim reveste de legalidade a decisão judicial que põem termo ao processo e não ao conflito social.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

COELHO, Luis Fernando. Apresentação. IN: WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

_____. *Teoria crítica do direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. IN: FARIA, José Eduardo (org). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Unb, 1988.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2 ed. Tradução por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

KIRCHMANN, J.H. Von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Tradução por Antonio Truyol Serra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução por Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1979.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Tradução por Aluísio Menezes, Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Aoutra Editora, 1983

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise”. IN: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (org) *O Direito no terceiro milênio*. Canoas: Ulbra, 2000.

_____. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

POPPER, Karl. *A Lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística geral*. Tradução por Antonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix; 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

_____. A produção crítica do saber jurídico. IN: PLASTINO, Carlos Alberto (org). *Crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. O sentido comum teórico dos juristas. IN: FARIA, José Eduardo. (org). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988. P. 31 – 42.

_____. *O Direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto. PÊPE, Albano Marcos bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Pluralismojurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

[1] WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21.

[2] WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 04.

[3] COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177.

- [4] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 07.
- [5] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 10 – 11.
- [6] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 195.
- [7] FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. IN: FARIA, José Eduardo (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: Unb, 1988. p. 17.
- [8] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 26.
- [9] KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Tradução por Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 219.
- [10] FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. IN: FARIA, José Eduardo (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: Unb, 1988. p. 22.
- [11] FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. IN: FARIA, José Eduardo (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: Unb, 1988. p. 21.
- [12] FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. IN: FARIA, José Eduardo (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: Unb, 1988. p. 22.
- [13] Ver a respeito: FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 2 ed. Tradução por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- [14] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 16
- [15] WARAT, Luis Alberto. A Produção Crítica do Saber Jurídico. IN: PLASTINO, Carlos Alberto (org). Crítica do Direito e do Estado. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- [16] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 308 e segs.
- [17] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.
- [18] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 309.

- [19] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 36.
- [20] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 311.
- [21] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 36.
- [22] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 315.
- [23] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75.
- [24] WARAT, Luis Alberto. PÊPE, Albano Marcos bastos. Filosofia do Direito: uma introdução crítica. São Paulo: Editora Moderna, 1996. p. 65.
- [25] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. XIV.
- [26] WARAT, Luís Alberto. O Sentido Comum Teórico dos Juristas. IN: FARIA, José Eduardo. (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: UnB, 1988. p. 31 – 42.
- [27] WARAT, Luís Alberto. O Sentido Comum Teórico dos Juristas. IN: FARIA, José Eduardo. (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: UnB, 1988. p. 31.
- [28] WARAT, Luís Alberto. O Sentido Comum Teórico dos Juristas. IN: FARIA, José Eduardo. (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: UnB, 1988. p. 39.
- [29] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1996. p 69.
- [30] Ver a respeito: SAUSSURE, Ferdinand. Curso de Lingüística Geral. Tradução por Antonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix; WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua Linguagem. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1995.
- [31] Ver a respeito: LEGENDRE, Pierre. O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática. Tradução por Aluísio Menezes, Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Aoutra Editora, 1983.; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Neoliberalismo: o direito na infância. IN: Trata-se uma Criança. Rio de janeiro: Companhia Freud, 1999. E também ____ “Subsídios para Pensar a Possibilidade de Articular Direito e Psicanálise”. IN: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (org) O Direito no Terceiro Milênio. Canoas: Ulbra, 2000; PHILIPPI, Jeanine N.Elementos para a Compreensão da Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- [32] VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 189.
- [33] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1996. p 67.
- [34] Ver a respeito: DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p 197 e ss. ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2002. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- [35] COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 341.
- [36] COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 349
- [37] COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 351.
- [38] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.
- [39] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 15.
- [40] Ver a respeito: BACHELARD, Gaston. A Epistemologia. Lisboa: Edições 70, 2001.
- [41] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14.
- [42] POPPER, Karl. A Lógica da pesquisa Científica. São Paulo: Cultrix, 2001.
- [43] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49.
- [44] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19.
- [45] COELHO, Luis Fernando. Apresentação. IN: WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 13.
- [46] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 31.
- [47] KIRCHMANN, J.H. Von. La Jurisprudencia no es Ciencia. Tradução por Antonio Truyol Serra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p 29.

- [48] COELHO, Luis Fernando. Apresentação. IN: WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 13.
- [49] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 32.
- [50] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 118.
- [51] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1996. p 74.
- [52] FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 96.
- [53] ADEODAO, João Maurício. Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 215.
- [54] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 44.
- [55] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998.p. 13.
- [56] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 59.
- [57] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 90.
- [58] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 91.
- [59] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 43.
- [60] COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 341.
- [61] COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 344.
- [62] Ver a respeito: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.
- [63] WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder: uma crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 45.
- [64] COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 343

[65] ADEODAO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

[66] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 73.

[67] COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 402.

[68] COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 359.

[69] COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

[70] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79.

[71] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 80.

[72] ADEODAO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34..

[73] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 82.

[74] ADEODAO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33..

[75] FARIA, José Eduardo. *A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*. IN: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: UnB, 1988. pp. 13 – 30. p. 18.

[76] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 85.

[77] FARIA, José Eduardo. *A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*. IN: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: UnB, 1988. p. 13 – 30. p. 17.

[78] FARIA, José Eduardo. *A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*. IN: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: UnB, 1988. p. 13 – 30. p. 17.

[79] FARIA, José Eduardo. *A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*. IN: FARIA, José Eduardo (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Unb, 1988. p. 26.

[80] FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. IN: FARIA, José Eduardo (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: Unb, 1988. p. 26.

[81] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 83.

**A PROBLEMÁTICA DO REGULAMENTO AUTÔNOMO À LUZ DO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE COM ÊNFASE NO PENSAMENTO DE Kelsen E
LOURIVAL VILANOVA**

**THE PROBLEM OF AUTONOMOUS REGULATION UNDER THE
PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE POSSIBILITY OF
CONSTITUTIONALITY CONTROL WITH EMPHASIS ON Kelsen AND
LOURIVAL VILANOVA THOUGHT**

**Yanko Marcius de Alencar Xavier
Helena Telino Monteiro**

RESUMO

Analisar a possibilidade de edição de decretos autônomos à luz da legislação constitucional brasileira e do pensamento de Hans Kelsen e Lourival Vilanova é o objetivo central do trabalho. Um estudo dessa natureza requer aprofundamento na história da evolução da constitucionalização das regras da Administração Pública, com especial análise para o princípio da legalidade num universo de crise do positivismo jurídico. Para enfrentar o problema, imprescindível o estudo da teoria da separação de poderes, bem como do conceito e natureza do decreto autônomo. Faz-se importante, ainda, definir a teoria da validade da norma jurídica aplicável na concretização do princípio da legalidade na administração pública, bem como definir as conseqüências de eventual declaração de inconstitucionalidade do decreto discutido para uma análise séria e detida do problema e das soluções com viabilidade de implementação.

PALAVRAS-CHAVES: DECRETO AUTÔNOMO. LEGALIDADE. SEPARAÇÃO DOS PODERES. CRISE POSITIVISMO.

ABSTRACT

The possibility of publishing an autonomous decree in light of the Brazilian constitutional law focuses on the thought of Hans Kelsen and Lourival Vilanova is the central objective of the work. A study of this nature requires further developments in the history of the constitution of the rules of government, with particular analysis for the principle of legality in a world crisis of legal positivism. To address the problem, essential to study the theory of separation of powers, and the concept and nature of the autonomous decree. It is also important to define the validity of the theory of law applicable in implementing the principle of legality in public administration and to define the consequences of any declaration of unconstitutionality of the decree discussed for a serious analysis of the problem and held the solutions with feasibility of implementation.

KEYWORDS: AUTONOMOUS DECREE. LEGALITY. SEPARATION OF POWERS. POSITIVISM CRISIS.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, seja ela exercida direta ou indiretamente, rege-se segundo princípios constitucionais pré-estabelecidos, fixados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esses princípios que norteiam a conduta daqueles que gerem recursos públicos visam à obtenção de condutas objetivamente direcionadas à persecução da finalidade pública, evitando a malversação do erário, e direcionando a atividade estatal à obtenção do bem comum.

Ainda que o Estado esteja no exercício da exploração de atividade econômica, no uso do poder que lhe foi conferido pelo art. 173 da Constituição Federal, para o atendimento dos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deve obediência aos princípios constitucionais supracitados.

A edição de Decretos Autônomos pelo Poder Executivo passa, assim, por questionamentos no tocante à preservação dos princípios aplicáveis à Administração Pública, em especial, o princípio da legalidade, e ainda, dúvidas quanto ao malferimento do princípio da separação dos poderes.

Tem-se assistido, recentemente, ao fenômeno da crise da legalidade e deslegalização, bem como da constitucionalização das regras da Administração Pública com a criação de uma vinculação direta ao princípio da juridicidade, mais até do que ao princípio da legalidade. A Teoria da Separação de Poderes sofre severas críticas no que concerne aos fatores reais de poder e à subserviência do Parlamento (ou Legislativo) ao Chefe do Executivo como condição de governabilidade.

A partir da análise do pensamento de Kelsen e Lourival Vilanova, buscar-se-á definir a possibilidade de surgimento de Decretos do Executivo com fundamento de validade diretamente na norma constitucional e, também, de seu controle de constitucionalidade em virtude do princípio da separação dos poderes e da legalidade.

A análise perpassa, ainda, pela vertente da reserva de lei e pelas possibilidades de produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* em virtude da concretização no mundo dos fatos dos desdobramentos de um Decreto porventura inconstitucional.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS REGRAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na análise da história do constitucionalismo, pode-se perceber a evolução do perfil constitucional das regras da Administração Pública no Direito Brasileiro. A constitucionalização do Direito Administrativo, como de resto, todo o direito, representa a tentativa do legislador constituinte em perenizar ideais que, por serem considerados importantes, devem ser protegidos das intempéries legislativas e da maioria ocasional, sempre presente no risco democrático[1].

Com a constitucionalização do direito, e assim também do direito administrativo, a lei passa a ser mais um fundamento da atividade administrativa, e não o último ou único. A Constituição (sistema aberto de regras e princípios[2]) é o vértice último da vinculação administrativa à juridicidade, conformando a atuação do administrador ao direito como um todo e não somente à lei.

Na mesma linha, afirma Canotilho: "A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição[3]". Desse modo, e com a aproximação das regras e princípios constitucionais retratada por alguns como características do neoconstitucionalismo[4], ganha força uma nova interpretação constitucional baseada em princípios.

As conseqüências da constitucionalização dessas regras podem ser pensadas à luz do pensamento de Kelsen e sua pirâmide normativa, uma vez que o referido autor teorizou o direito a partir de um escalonamento de normas, em que a norma de escalão inferior busca seu fundamento de validade na norma superior, e assim sucessivamente, até que a Constituição sirva de base de fundamento para todo o sistema positivo. Acima dela, e como seu fundamento, tem-se a norma fundamental que não é posta, mas pressuposta, e possui sentido lógico-formal.

Do exposto, é possível concluir que "talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores[5]".

Olhando a pirâmide de cima para baixo tem-se, ainda, que a norma superior determina a forma de elaboração da norma inferior e, eventualmente, o seu conteúdo. Entretanto, haverá sempre um grau de indeterminação nos sucessivos atos de aplicação do direito e toda norma que tenha uma significação possível estará em conformidade com o direito. Ressalte-se: "O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível[6]"

- Importante ressaltar que, para Kelsen, o sistema de normas é dinâmico. Isso porque, uma norma deriva de outra hierarquicamente superior por meio de uma autoridade que as criou e, não, pelo seu conteúdo[7].
- No mesmo sentido, Lourival Vilanova:[8]
- O critério de pertinência, para seguir a teoria Kelseniana - não oferta critério material algum. Uma norma não deriva necessariamente de outra pelo conteúdo de significação. Ainda se derivar o conteúdo de outra - lei ordinária que complementa norma constitucional, decreto que complementa lei ordinária - ainda assim, o que faz a norma derivada valer é ter sido construída de acordo com o método ou processo estatuído. A porção material obtida por inferência

vale porque a norma foi criada em conformidade com o procedimento fixado pelo sistema e o sistema, em seu todo, de acordo com a norma fundamental respectiva. Relativamente ao conteúdo de significação da norma subordinada, a norma procedimental, digamos, é formal: prescreve apenas a forma (não necessariamente o conteúdo mínimo, que deve apresentar, atendendo a certos valores consagrados no sistema).

- Mas, ainda que não se obtenha a norma de outra norma pelo conteúdo (o Direito é sistema dinâmico, não estático), a coordenação dentro de um conjunto requer compatibilidade: compatibilidade lógica, pois o conjunto é sistema de proposições, onde os elementos se interligam por nexos formais. As proposições, por serem proposições, não se reúnem segundo relações causais, ou relações normativo-gramaticais - sintaxe empírica de cada linguagem - mas consoante relações lógico-formais. A forma de sistema coerente (sem contradições) é, todavia, forma lógica limite, não um fato empírico.

A Administração Pública, na aplicação do direito, acaba por interpretar a norma e, realizando conduta dentro da moldura das condutas possíveis estabelecidas em lei, atua segundo o direito. O ente administrativo, por vezes, na aplicação da norma superior, acaba por criar a norma inferior, que pode se revestir de características inclusive normativas e, desse modo, submeter-se diretamente ao controle de constitucionalidade. Cite-se Kelsen:

É o caso dos decretos de necessidade. O controle de sua constitucionalidade é tanto mais importante porque qualquer violação à Constituição significa aqui um atentado ao limite, tão importante politicamente que se estende entre a esfera do governo e parlamento. Quanto mais estritas as condições em que a Constituição os autoriza, tanto maior o perigo de uma aplicação inconstitucional dessas disposições, e tanto mais necessário um controle jurisdicional de sua regularidade[9].

A atividade administrativa encontrará limites, como ressaltado, na teoria da separação (ou tripartição) dos poderes, e da necessidade de freios e contrapesos, para que o Poder Executivo não retome os erros e falhas ocorridas nos Estados Absolutistas e Nacionalistas, em que o Chefe do Executivo não conhecia limites para sua atuação.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da legalidade, por muito tempo, foi visto como vinculação positiva da Administração Pública à lei. Tornou-se célebre a assertiva de que, enquanto o particular pode fazer tudo quanto a lei não proíba, o Administrador só pode fazer o que a lei determina[10]. Entretanto, a dinâmica do dia-a-dia desta Administração demonstrou que a lei não consegue acompanhar as vicissitudes e problemas enfrentados pela mesma que, por vezes, precisa atuar rapidamente em busca da solução de seus problemas e preservação do interesse público. Gustavo Binembojm realça o problema nos seguintes termos:

Ademais a própria lei parece furtar-se muitas vezes à tarefa de regular pormenorizadamente determinadas matérias, deixando ao regulamento, tanto do Presidente da República (art. 84, IV, CF) quanto de autoridades Administrativas

independentes, largo campo de conformação, sendo paradigmática dessa "quase delegação" legislativa, a doutrina da deslegalização que vem ganhando destaque no Brasil[11].

As soluções dessa deslegalização visam contornar os problemas de um processo legislativo moroso para fazer frente às necessidades de celeridade e eficiência, especialmente no campo do direito administrativo econômico. O princípio da legalidade, na perspectiva do presente trabalho, ganha relevo na temática da reserva de lei e da possibilidade de deslegalização no cenário de crise da legalidade.

A reserva de lei estabelece que determinadas matérias só poderão ser tratadas por lei, em sentido material ou formal, a depender do que estabelece a Constituição. Quanto às reservas de lei estabelecidas constitucionalmente, destacam-se seis espécies, sobre três perspectivas: a) de acordo com o órgão responsável (formal ou material); b) de acordo com o grau de densificação normativa (absoluta ou relativa); c) de acordo com a finalidade (qualificada ou não qualificada)[12].

Na reserva formal de lei, uma matéria só pode ser tratada por lei, em sentido formal. Já na reserva material, pode ser tratada por medida provisória ou lei delegada. A validade dependerá sempre de *standards* mínimos fixados em lei (mesmo na reserva relativa). É de se esclarecer que:

Embora os regulamentos possam ser vistos como lei em sentido material, na medida em que são atos gerais quanto aos seus destinatários e abstratos quanto às hipóteses em que são aplicáveis, jamais terão eles a eficácia normativa e a estrutura hierárquica própria de um ato com força de lei[13].

Na análise do princípio da legalidade, Odete Medauar, de forma mais conservadora, ressalta a reserva de lei em sentido formal:

Deve-se lembrar também que, para muitas matérias, a Constituição Federal, as Constituições estaduais e as leis orgânicas de municípios exigem a disciplina por lei formal, ou seja, por lei que deverá necessariamente resultar de tramitação no Legislativo. É a chamada reserva de lei - por exemplo o art. 68, §1º, inc. II, da CF veda que o Legislativo delegue nas matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais[14].

Por outro lado, Gustavo Binembojm, citando Eros Grau, e de forma mais arrojada observa:

É assim que, conforme Eros Roberto Grau, 'a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo'. Nesse sentido, a própria Constituição: (i) cria amplo espaço normativo primário para o Poder Executivo, que poderá legislar através de medidas provisórias ou leis delegadas (arts. 62 e 68); (ii) estabelece campo regulamentar autônomo no que se refere à organização e funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, a)[15].

Há um apelo para a mudança dos parâmetros de controle do ato administrativo, uma vez que a legalidade cede espaço à invocação de outros princípios, igualmente importantes, e à vinculação direta à juridicidade e à Constituição da República[16].

Desse modo, apesar de ser possível imaginar a edição de Decretos submetidos diretamente à Constituição e ao direito como um todo (vinculação à ampla juridicidade) e a justificativa prática para esse procedimento (omissão legislativa e necessidades reais do cotidiano da Administração Pública), resta indagar se a edição de tais medidas podem ser submetidas diretamente à Corte Constitucional de controle concentrado e mais, se fere o princípio da tripartição dos poderes ou funções.

3. DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE DECRETOS E REGULAMENTOS

No decorrer de sua obra, Kelsen analisou a possibilidade de submeter à jurisdição constitucional o controle de Decretos, tendo em vista que em um primeiro momento, só se poderia pensar em ilegalidade, na gradação normativa imposta por sua pirâmide, e concluiu que, caso estejam diretamente subordinados à Constituição e, não à lei, podem ser submetidos ao controle concentrado:

Mas seria o caso de atribuir igualmente à jurisdição constitucional o controle da constitucionalidade dos simples decretos regulamentares. Sem dúvida esses decretos, conforme já dissemos, não são atos imediatamente subordinados à Constituição; sua irregularidade consiste imediatamente em sua ilegalidade, e apenas de forma mediata em sua inconstitucionalidade. Se, apesar disso, propomos estender a eles a competência da jurisdição constitucional, não é tanto em relação à relatividade precedentemente assinalada da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta, quanto em consideração ao limite natural entre atos jurídicos gerais e atos jurídicos individuais[17].

No mesmo sentido, Kelsen destaca:

Nas Constituições modernas - e assim era na Constituição Austríaca pré-federativa - o direito de pelo menos examinar decretos não é retirado ao juízo ordinário. Tinha este a obrigação de não aplicar ao caso concreto, submetido a sua decisão, um decreto que considerasse contrário à lei[18].

O referido autor afirma ainda que a possibilidade de impugnar Decretos junto à Corte Constitucional oferece uma proteção eficaz, uma vez que os Estados tem particular interesse na limitação dos atos regulamentares da União, por vezes considerados ilegais.

Lourival Vilanova, compartilhando do mesmo posicionamento, assevera:

A invalidade pode alcançar normas de diversas espécies: leis inconstitucionais de emenda à Constituição (conflitos intraconstitucionais *in thesis*), leis complementares à Constituição, leis ordinárias e outros atos geradores de normas (atos normativos) e atos em execução de normas[19].

O Min. Carlos Ayres Brito argumenta sobre a possibilidade de Decretos com características de normas serem objeto de controle concentrado de constitucionalidade, com fincas nos ensinamentos de Lourival Vilanova. Segue trecho da fundamentação de seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2950-AgR/RJ:

Como dizia Lourival Vilanova, as normas jurídicas têm uma estrutura lógica binária; elas se compõem de um descritor e de um prescriptor; o descritor é a hipótese de incidência; o prescriptor é a consequência, o mandamento. Todas as vezes que a hipótese de incidência mantiver, com o mandamento, uma relação de vinculabilidade senão incessante, porém duradoura, está-se diante de uma norma abstrata e essa abstratividade da norma não significa outra coisa senão que norma detém conteúdo normativo; é uma norma em sentido material, e que, portanto, pode ser adversada pela via da ação direta de inconstitucionalidade[20].

Lourival Vilanova, citando Osvaldo Bandeira de Melo, não vislumbra diferenças ontológicas entre lei e decreto. Cite-se: "Observa Osvaldo Bandeira de Melo que 'Os regulamentos independentes ou autônomos, na verdade são verdadeiras leis, e assim chamados tão-somente porque emanados pelo Poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária"[21].

- O autor pernambucano vai além, ao esclarecer que, diante da contradição entre um decreto e uma lei, não é a lógica, mas o direito, que trará a solução para o conflito, por critérios extralógicos. Veja-se:

Agora, uma vez o direito positivo, através de ato de decisão política, inserido na Constituição, reserve certas matérias à lei formal, certas outras a regulamento, e limite os regulamentos (de execução) a desenvolver o conteúdo da lei, uma vez que o direito positivo estabeleça a gradação, começa a estratificação sob o ângulo lógico. Se a lei é superior ao regulamento, o regulamento contraditório com a lei carece de validade. Dar-se-á, todavia, critério extralógico para decidir qual das duas proposições contraditórias prevalecerá.

A lógica, por si só, apenas declara que duas proposições normativas contraditórias não podem ser ambas formalmente válidas. Mas não prescreve que o direito positivo, contendo contradições, as solucione de tal ou qual maneira. É o próprio direito positivo que estatui o modo de solucionar as antinomias internas. A lógica, por si só, não tem critério para decidir, ante duas proposições descritivas contraditórias, qual a verdadeira e qual a falsa. Nem tampouco qual a válida e qual a não-válida entre duas proposições normativas. A é tão contraditório de não-A, quanto não-A de A. Apenas a lógica é potente para dizer que nem ambas proposições podem ser válidas, nem ambas não-válidas. Se uma é válida, a outra é não-válida. E reciprocamente. Isso e somente isso é que a lógica pode informar[22].

É doutrina e jurisprudência já uniforme que é possível o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade de Decretos, seja pela possibilidade de violação ao princípio da

tripartição dos poderes (ou funções), seja por revestir-se de generalidade e abstração análoga à lei e, cada vez mais, vinculados ao princípio da juridicidade e princípios constitucionais.

4. ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DO EXECUTIVO EDITAR REGULAMENTO PARA SUPRIR A OMISSÃO DO LEGISLATIVO

4.1. REFLEXÃO ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dimitri Dimoulis define o Princípio da Separação dos Poderes como: "Princípio que impõe a divisão do poder estatal entre grupos de autoridades estatais e a especialização de cada um deles em determinado tipo de competência. Objetiva evitar abusos decorrentes da concentração de poder que comprometeria a liberdade individual"[23].

Na mesma obra ressalta a idéia de que:

A separação dos poderes pretende, ao mesmo tempo, limitar e legitimar o poder estatal. Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder (tendência absolutista) de duas maneiras: primeiro, impondo a colaboração (e o consenso) de várias autoridades estatais na tomada de decisões e, segundo, criando e prevendo mecanismos de fiscalização recíproca dos poderes estatais (freios e contrapesos)[24].

Na mesma esteira Lourival Vilanova demonstra as conseqüências funcionais trazidas pela teoria da separação dos poderes:

A divisão de poderes importa numa repartição de funções a órgãos diferentes. Os órgãos se tornam, em centros parciais de imputação, pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes fácticos). Os órgãos carecem de personalidade própria: a personalidade total do Estado sobrepõe-se-lhes. Mas a cada órgão é distribuído um feixe de atribuições, de faculdades, de deveres e de meios disponíveis, para a execução de suas funções. Esse plexo de direitos/deveres (para dizer numa fórmula abreviada) é competência repartida. Há uma individualidade em cada órgão, uma diferenciação formal e material, indispensável para demarcar as relações jurídicas interorgânicas[25].

No Brasil, atualmente, a Constituição da República, influenciada pelo pensamento iluminista francês, em seu art. 2º, menciona: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". A consagração do princípio da Separação dos Poderes (ou tripartição de funções) foi alçado inclusive à categoria de cláusula pétreia, no art. 60, § 4º, II, não sendo possível sequer sua reforma pelo Poder Constituinte Derivado.

A partir do Título IV, a Constituição Federal traz à tona as regras atinentes à organização dos poderes, normas estas materialmente constitucionais, ao lado dos

direitos e garantias fundamentais. Neste prisma, estabelece-se, pormenorizadamente, as funções de cada poder: executar, legislar e julgar.

No entanto, dois pontos basilares são de extrema importância: o primeiro é o fato de que, normalmente, as três funções não se limitam a uma atribuição macro, pois é cediço que o Legislativo administra e julga, o Executivo legisla e julga, e o Judiciário legisla e administra. Em um segundo momento, tem-se a Teoria dos Freios e Contrapesos, permitindo que haja uma "colaboração" entre os poderes, como o veto do Chefe do Executivo a uma lei, a declaração de inconstitucionalidade do Poder Executivo admitida em doutrina por vezes, a fiscalização e julgamento de contas do Executivo pelo Poder Legislativo, entre outras.

Nos dizeres de José Afonso da Silva:

*Hoje, o princípio da **separação de poderes** não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar colaboração de poderes, que é a característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes[26].*

Diante desta realidade, discute-se acerca das limitações que devem existir quando da atuação de um Poder em relação a outro, de modo que não haja a violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, especialmente em matéria de controle de constitucionalidade. Sobre este tema, ressalta Kelsen, que no que se refere ao Decreto é importante o controle concentrado porque qualquer violação à Constituição significa um atentado ao limite de atuação do Executivo em face do Legislativo[27].

Por outro lado, diante da realidade fática descortinada, alguns já apontam que as ingerências do Poder Executivo no Poder Legislativo tem minimizado, e muito, o princípio da separação dos poderes, bem como diminuído o interesse nesse estabelecimento em razão da unidade do poder político gerada com a governabilidade necessária:

É interessante anotar que Karl Loewenstein já asseverava a seu tempo que "nada mostra mais claramente a superação da tradicional 'separação dos poderes' que a posição do governo no processo legislativo (...) em lugar de estar excluído do processo legislativo, o governo está inseparavelmente unido a ele". Ressalte-se que é universal o fenômeno da participação ativa do Executivo no processo legislativo, sendo que quase todas as Constituições conferem à Chefia daquele Poder atribuição para iniciativa de lei e, quando não há atribuição formal, o Executivo o faz indiretamente, como nos Estados Unidos[28].

Em outras palavras, Paulo Otero, tratando da realidade portuguesa, porém aplicável ao sistema brasileiro, esclarece que:

A unidade do poder político gerada por uma maioria parlamentar fiel ao Chefe do Executivo torna nominais todas as normas constitucionais definidoras de esferas de repartição do poder legislativo ou de responsabilidade política governamental perante o parlamento: o sentido resultante das leis de autorização legislativa do parlamento visando vincular o executivo no exercício do poder legislativo delegado, é uma mera formalidade, tal como a própria existência de matérias reservadas à decisão da maioria parlamentar apenas se configura como uma regra de distribuição de funções dentro do único bloco político-decisório, observando-se que mesmo a sorte das moções de censura a um executivo maioritário se encontra sempre antecipadamente determinada. (...) A legalidade administrativa vinculativa da Administração Pública é, cada vez mais, o simples produto da vontade política do executivo que é imposta ao parlamento pela sua maioria partidária ou, em alternativa, é emanada pelo próprio executivo no exercício de poderes legislativos[29]

Tem-se assim uma reflexão que, embora importante, diante da necessidade de limitação de poderes e da implementação do sistema de freios e contrapesos, a tripartição de funções, na prática, perde relevo num sistema em que há um único bloco político-decisório comandado pelo Chefe do Poder Executivo. Desse modo, mesmo diante da reserva de lei, o Executivo consegue aprovar as normas que deseja.

4.2. CONCEITO E NATUREZA DO DECRETO AUTÔNOMO

O art. 84, IV, da Constituição da República, estabelece competência privativa do Presidente da República para editar Decretos e regulamentos para a fiel execução de leis, bem como permite a delegação para elaboração de leis pelo Chefe do Executivo, nos casos em que este solicita a delegação e que não tenha por objeto atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, bem como não seja matéria reservada à lei complementar, entre outras especificações do art. 68, §1º da Constituição Federal.

Para entender melhor a temática, mister lembrar que regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para sua emanção. Ressaltem-se suas origens francesas e evolução:

É no direito Francês que esta espécie normativa tem maior destaque. Assim, primeiro pela Lei de 17 de agosto de 1958, estabeleceu-se naquele país a existência de dois domínios normativos: *o domínio da lei* e *o domínio do regulamento*. A partir da Constituição de 1958, "lei não se estende mais ao infinito" havendo matérias pertencentes ao domínio do regulamento

(...)

É de se anotar, todavia, que a jurisprudência e a doutrina francesas acabaram por relativizar essa rígida separação entre os domínios da lei e do regulamento, após o derradeiro posicionamento do Conselho Constitucional. De fato, competindo ao

Conselho Constitucional decidir soberanamente a que domínio pertence determinada matéria (art. 41, Constituição francesa de 1958) e havendo este assentado o entendimento de que a lei permanecia dotada do atributo da universalidade temática, a discussão perdeu interesse em França[30].

A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, parece ter, portanto, sofrido influência dessa doutrina francesa[31] ao admitir a possibilidade de edição de Decreto autônomo e especificar a sua área de atuação[32], limitando, assim, as matérias que podem ser objeto de Decreto Presidencial.

Parte da doutrina aponta a possibilidade de edição de Decretos diante da omissão legislativa[33], por entender que a nova redação dada ao art. 84, VI, "a" da CF com a Emenda Constitucional 32/2001 comporta uma interpretação no sentido de haver instituído, apenas, uma hipótese de admissibilidade expressa do regulamento autônomo, e não uma reserva de poder regulamentar, desde que se trate de campo não sujeito à reserva de lei (formal ou material), pois desse modo, a lacuna seria suprida sem malferimento as garantias fundamentais, destaque-se:

É que a preferência ou precedência de lei apresenta-se tanto como uma garantia fundamental dos cidadãos - subtraída do âmbito material de atuação do poder reformador, por força do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República - como um desdobramento necessário da lógica de separação e controles recíprocos entre os Poderes do Estado - também posta fora do alcance do poder de emenda pelo art. 60, § 4º, inciso III. Tais normas exercem não apenas uma eficácia de bloqueio em relação a propostas de emenda constitucional, como também uma eficácia conformadora de dispositivos de emenda que comportem uma interpretação conforme[34].

Falar sobre a edição de regulamentos presidenciais autônomos enquanto atuação do executivo em omissão legislativa, passa pela linha tênue da violação ao princípio da separação de poderes e pela necessidade sempre presente de implementação de direitos e garantias asseguradas na Constituição sem regulamentação pelo órgão competente.

CANOTILHO, a despeito de concluir pela inexistência desse tipo de regulamento na ordem constitucional portuguesa, argumenta que sua edição (em qualquer país) deverá observar sempre dois limites, quais sejam: o bloco da constitucionalidade e os princípios gerais do direito. Reproduz-se:

A pretensão de regulamentos autônomos caracterizados como (1) regulamentos não carecidos de lei prévia para intervir (2) não complementares ou executivos de qualquer lei, parte de uma dupla ordem de considerações. Em primeiro lugar, os regulamentos autônomos não são regulamentos livres, dado estarem sujeitos a uma dupla série de limitações: (i) o bloco da constitucionalidade, porque a constituição é sempre uma lei superior heteronomamente impositiva da conformidade material e da compatibilidade formal dos regulamentos com as normas constitucionais (o princípio da legalidade é substituído aqui pelo princípio da constitucionalidade, funcionando a constituição como lei); (ii) os princípios gerais do direito (princípio da igualdade, da não retroactividade, princípio do contraditório, da fundamentação, princípio da publicidade, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da boa fé) conformam sempre, da forma positiva,

qualquer disciplinar regulamentar. Em segundo lugar, existem domínios de administração - a administração econômica e de prestações - onde uma exigência da precedência da lei não é compatível com a necessidade de prossecução eficiente e justa dos interesses públicos[35].

Ora, se por um lado não é papel principal do Executivo a elaboração de leis, por outro a omissão do legislador não poderá ser o empecilho à implementação de garantias ou direitos assegurados constitucionalmente. Por isso, deve o Executivo utilizar com a parcimônia necessária a edição de Decretos Autônomos, especialmente porque, em casos de reserva de lei, não haverá brechas para regulamentação e, por isso, a criação autônoma da norma jurídica estaria em confronto diretamente com a Constituição e com a teoria da dinâmica jurídica bem definida por Kelsen, segundo o qual uma norma encontra seu fundamento de validade em outra, não pelo conteúdo, mas pela definição da forma de criação[36].

5. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO AUTÔNOMO: EFICÁCIA DA DECISÃO PROFERIDA

No Brasil aponta-se, com freqüência, pela adoção da tese da nulidade da norma inconstitucional[37], motivo pelo qual, provavelmente, a doutrina majoritária caminha no sentido da impossibilidade de produção de efeitos e eficácia retroativa da declaração de nulidade.

Gilmar Mendes sugere que a aceitação retumbante dessa doutrina deveu-se, na verdade, a algumas dificuldades encontradas pelos doutrinadores em virtude do panorama constitucional de meados do século passado, pois, sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, quando menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais (a exemplo do *stare decisis* americano), resignava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Pretório Excelso.

- Outro fator apontado como relevante na declaração ampla de inconstitucionalidade, reside no déficit de legitimidade apontado por parcela dos doutrinadores para os Tribunais Jurisdicionais, órgãos não eleitos pelo povo e que podem ir contra o princípio democrático.[38]
- Entretanto, talvez diante das sucessivas reformas constitucionais no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, chega o momento de repensar a teoria da validade da norma adotada pelo Brasil. Isso porque, desde o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, é possível a modulação de efeitos *pro futuro* em virtude da declaração de inconstitucionalidade.
- A tese da anulabilidade, por sua vez, é interessante porque atende, em certa medida, ao mundo real (ao plano dos fatos), uma vez que no cotidiano jurídico é possível a existência de normas contraditórias entre si e, ainda, a produção de

efeitos jurídicos por ambas as normas. Não é possível ao direito ignorar a realidade.

- Sendo assim, haverá normas inconstitucionais que fatalmente produzirão efeitos. Tanto é verdade que a alteração legislativa para modulação de efeitos *pro futuro* veio para corrigir, na prática, a teoria da norma jurídica nula, que é, em tese, incapaz de produzir efeitos. De mais a mais, quando advém a declaração de inconstitucionalidade da lei ou Decreto muitas relações jurídicas já se consolidaram no tempo e tornaram-se estáveis pela presunção de constitucionalidade de que gozam as normas.

Há que se lembrar, outrossim, a existência de outros princípios constitucionais que devem ser levados em conta no sopesamento da modulação de efeitos decorrentes de uma tal anulação da norma, especialmente o da segurança jurídica, tão necessário à manutenção do Estado de Direito.

É sempre importante lembrar a lição de Robert Alexy, segundo a qual os princípios são comandos que apontam para uma finalidade a ser alcançada, mas que admitem concretização em graus. Não serve a lógica do tudo ou nada (aplicável às regras), pois se servem de juízos de ponderação em face do caso concreto[39].

Nada obstante, a despeito do vício de legalidade, reconhece-se a juridicidade dos efeitos do ato administrativo (ou a convalidação do próprio ato de origem) por motivos ligados normalmente à segurança jurídica e à boa-fé objetiva, as quais, numa equação de ponderação, devam prevalecer sobre a legalidade estrita[40].

É defensável, portanto, a manutenção dos atos passados baseados em Decreto, ainda que declarada ou constituída sua inconstitucionalidade, pois tal atitude visa a preservar a segurança jurídica das relações até então estabelecidas, bem como a proteção das legítimas expectativas (princípio da proteção da confiança) nutridas em relação à leis e aos atos da Administração Pública, mormente diante de uma inconstitucionalidade nem sempre flagrante.

É possível mesmo manter o Decreto ilegal que possua fincas na legislação constitucional, a chamada juridicidade *contra legem*, defendida por BINEMBOJM:

Vale consignar, por oportuno, que seria também possível encontrar hipóteses de juridicidade *contra legem* por ponderações entre os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência. O Tribunal de Contas da União - TCU já proferiu decisões nas quais constatou a necessidade de, diante do caso concreto, legitimar determinados contratos celebrados por entidades sujeitas a seu controle por força do princípio da eficiência em sua vertente da economicidade[41].

Há, ainda, a argumentação e o apelo a princípios outros, tão importantes quanto o da legalidade e que não podem ser desconsiderados na análise da constitucionalidade de um Decreto e de uma lei.

Sendo assim, não é correto imaginar que a inconstitucionalidade de um Decreto, quando declarada, produzirá efeitos retroativos. O Supremo Tribunal Federal, na análise do caso em concreto, poderá modular efeitos *pro futuro* ou mesmo sustentar a juridicidade

contra legem, nos casos em que, a despeito da ilegalidade do Decreto, seu fundamento constitucional superar seu déficit de legalidade.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

Com a constitucionalização das regras da Administração Pública houve uma mudança de parâmetro no controle dos atos administrativos, cada vez menos baseados na legalidade (reserva vertical de lei) e cada vez mais arrimados na juridicidade (reserva vertical de Constituição).

O princípio da legalidade, durante muito tempo visto como vinculação positiva da Administração à lei, vem passando por uma crise de deslegalização em virtude da dinâmica da atuação administrativa, nem sempre acompanhada pelo Legislativo. Por outro lado, na evolução do conceito de legalidade, já se amplia a vinculação da Administração ao Direito como um todo e não somente à lei.

O sistema de normas definido por Kelsen e, encampado por Lourival Vilanova, é dinâmico (uma norma deriva da outra não pelo seu conteúdo, mas pela forma de elaboração). Entretanto, isso não significa que um Decreto Presidencial não possa passar por controle de constitucionalidade (e apenas de legalidade), pois uma inconstitucionalidade dessa norma violaria inclusive o princípio da Separação de Poderes, tão estimado no constitucionalismo moderno.

A análise acerca da possibilidade do Executivo editar regulamento para suprir a omissão do Legislativo requer necessariamente uma reflexão acerca da tripartição de funções, tendo em vista a vinculação do Decreto autônomo diretamente à Constituição, independentemente da autorização legal.

Parece correto afirmar que se por um lado não é papel principal do Executivo a elaboração de leis, por outro a omissão do legislador não poderá ser o empecilho à implementação de garantias ou direitos assegurados constitucionalmente, o que não dispensa a cautela do Executivo no momento da elaboração de Decretos, mormente diante de reserva de lei formal ou material, onde não haverá brechas para regulamentação e a criação autônoma.

De toda sorte, ainda que declarada a inconstitucionalidade de um Decreto, há de analisar o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de modulação de efeitos *pro futuro* diante da mitigação do princípio da legalidade com outros princípios igualmente importantes, como a segurança e jurídica e, mais, se há possibilidade de manutenção de um Decreto com fins na juridicidade *contra legem*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales* (Trad. De Ernesto Garzón Valdez). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA, Pedro de Vega. Prólogo. In: VEGA, Antonio Cabo de la. *Constitución Española*. 4. ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

-
- [1] BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54.
- [2]. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1157 e ss.
- [3] Idem. Ibidem, p. 840
- [4] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: . Acesso em: 01 set. 2008.
- [5] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143
- [6] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.
- [7] Idem. Ibidem., p. 221.
- [8] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. São Paulo: Noeses, 2005, p. 274/275.
- [9] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Trad. Maria Ermantina Galvão. Martins Fontes: São Paulo, 2003, p. 156
- [10] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82-83.
- [11] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134
- [12] Idem, Ibidem, p. 149
- [13] Idem, Ibidem, p. 153
- [14] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 124
- [15] BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 134
- [16] Idem. Ibidem., p. 207
- [17] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 157
- [18] Idem. Ibidem, p. 26

[19] VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 4 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 311

[20] ADI-AgR 2950/RJ-RIO DE JANEIRO. AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 06/10/2004 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 09-02-2007 PP-00016 EMENT VOL-02263-01 PP-00093

[21] Osvaldo Bandeira de Melo apud Lourival Vilanova. Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo, São Paulo: Noeses, 2005, p. 290.

[22] VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. São Paulo: Noeses, 2005, p. 290/291

[23] DIMOULIS, Dimitri. Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 347

[24] Idem, Ibidem.

[25] VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 273

[26] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 113

[27] KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 156

[28] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136

[29] OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2003, p. 146

[30] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 160-162

[31] Idem, Ibidem. p. 163

[32] Art. 84, VI, CF: Compete privativamente ao Presidente da República - VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

[33] BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 169

[34] BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 170

[35] CANOTILHO, Op. Cit. p. 838.

[36] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 221

[37] Para Gilmar Mendes, esse dogma da nulidade já pertence à tradição do Direito brasileiro. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 288

[38] Para maior aprofundamento, ver BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54.

[39] ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales (Trad. De Ernesto Garzón Valdez). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86

[40] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 176

[41] Idem Ibidem, p. 189.

**AÇÕES AFIRMATIVAS, INCLUSÃO E
CIDADANIA**

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO ATRAVÉS DE RESERVA DE VAGAS

THE BEGINNING OF THE EQUALITY AND THE INCLUSION OF THE DISABLE PEOPLE IN THE JOB MARKET THROUGH RESERVATION OF VACANCIES

Alvaro dos Santos Maciel

RESUMO

O artigo percorre um viés crítico e direcionado à temática abordada. Demonstra o alijamento a que se estão submetidas as pessoas com deficiência e dispõe acerca da política de ação afirmativa e o sistema de cotas para reserva de vagas no mercado de trabalho. Para tanto, traz o histórico do princípio da igualdade e a sua evolução mundial bem como suas transformações no bojo das Constituições do Brasil. A problemática é atual, haja vista que conforme os dados das Instituições Governamentais, há um número significativo de deficientes que estão excluídos da convivência em sociedade. São apresentadas as leis que tratam sobre o tema bem como a evolução das mesmas com as respectivas eficácias de ordem constitucional e infraconstitucional. O objetivo é propor a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho enquanto direito garantido para que assim estes indivíduos possam democraticamente gozar do convívio social.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE, RESERVA DE VAGAS NO MERCADO DE TRABALHO.

ABSTRACT

The article approaches with critical focus and addressed to the thematic approached. It demonstrates the exclusion the one that the disable people are submitted and it disposes concerning the politics of affirmative action and the system of quotas for reservation of vacancies in the job market. For so much, brings the report of the beginning of the equality and your world evolution as well as your transformations in the Constitutions of Brazil. The problem is current, have seen that it conforms the data of the Government Institutions, there is a significant number of disable people that are excluded of the coexistence of the society. They are presented the laws that treat on the theme as well as the evolution of the same ones with the respective effectiveness of constitutional order and ordinaries laws. The objective is to propose the inclusion of the disable people in the job market while guaranteed right so that these individuals can like this in a democratic way to enjoy of the social conviviality.

KEYWORDS: DISABLE PEOPLE, BEGINNING OF THE EQUALITY, RESERVES OF VACANCIES IN THE JOB MARKET.

2. INTRODUÇÃO

O conceito de libertação e inclusão social está no pensamento crítico da realidade latino americana que visa à concretização de políticas que envolva a parte mais carente e oprimida desta sociedade marcada por contrastes.

É pensando na inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira que se desenvolve este trabalho. Verifica-se através de dados estatísticos coletados junto a Institutos de Pesquisa que esta classe não tem sido integrada na sociedade de modo a atingir a isonomia formal e material.

Apontam-se artigos constitucionais e legislação infraconstitucional revelando que os ditames jurídicos têm, gradativamente, deflagrado um avanço em prol da inclusão da classe das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e em toda a sociedade.

Leciona o filósofo Enrique Dussel através do princípio '*Liberte hic et nunc o oprimido!*' que se traduz em '*Faça com que o atingido/excluído também participe!*' que há a demanda de um procedimento em prol da coletividade.^[1]

Neste diapasão revela-se que a política de reserva de vagas, inclusive com abrigo pelo Direito do Trabalho, para as pessoas com deficiência, através de cotas, tem sido o instrumento mais eficaz para a tentativa de concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

3. UMA RÁPIDA ANÁLISE DO PROGRESSO DO ESTADO SOCIAL E INTEGRAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A doutrina consensualmente elege a Primeira Guerra Mundial como um marco expressivo que deflagrou o Estado Social. O quadro sócio-político da época foi dividido do seguinte modo: o primeiro, pré-existente, que apresentou o Estado como exclusivo protagonista da atividade econômica, sobrepondo-se à figura dos indivíduos e da coletividade; e o segundo, que possibilitava ao Estado a intervenção na ordem social ao controlar de modo efetivo a vida em sociedade.

Decorrentes destas mudanças, Paulo Roberto Lyrio Pimenta^[2] explica a transformação do Estado Liberal pelo Estado Social, em que o Estado deixa de ser inerte e passa a ser um Estado intervencionista.

O Estado Social surgiu no século XX como resposta às aspirações sociais que visavam ao reconhecimento da importância da classe proletária enquanto camada integrada à sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet ao definir o Estado Social expõe que:

(...) a respeito da terminologia "Estado Social de Direito", que aqui utilizaremos ao invés de outras expressões, tais como "Estado-Providência", "Estado de Bem-Estar

Social", "Estado Social", "Estado Social e Democrático de Direito", "Estado de Bem-Estar" ("*Welfare State*"). Todas, porém, apresentam, como pontos em comum, as noções de certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. Neste contexto, para justificarmos a nossa opção dentre as variantes apontadas, entendemos que o assim denominado "Estado Social de Direito" constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.^[3]

A história demonstra de maneira incontestável que era imprescindível um Estado que garantisse aos indivíduos prestações positivas e tutelas.

O constitucionalismo clássico, que detinha como escopo a garantia dos direitos civis bem como as liberdades individuais e políticas, cedeu espaço ao constitucionalismo social, que à época, representava um compromisso entre os grupos sociais em choque (progressistas e conservadores)[4].

Destarte, analisando-se dados históricos, percebe-se que o Estado Social produziu três documentos importantes: a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia socialista de 1918.

Tais diplomas inovaram o mundo jurídico ao definir a necessidade do Estado proteger constitucionalmente os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa humana.

A doutrina é uníssona ao pontuar que os direitos sociais, nomeados como de "Direitos de Segunda Geração" ou "Direitos de Segunda Dimensão", detêm a finalidade de permitir aos indivíduos a possibilidade de inserção plena na vida em sociedade.

Na Europa e nos Estados Unidos, visando à integração das pessoas com deficiência foram criadas diversas organizações. A Organização Internacional do trabalho (OIT) destinou ao tema as Recomendações nº. 99/55 e 168/83 e também a Convenção n. 159/83.

O progresso industrial no Brasil se deu de forma lenta e somente se notou a partir da década de cinquenta. Dessa forma, políticas concretas sobre o tema, em que pese programáticas, somente surgiram na segunda metade do século XX. Em 17.10.78 o tema adquiriu *status* constitucional, através da Emenda n. 12, de autoria do Deputado Thales Ramalho, *in verbis*:

"É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos"

4. O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA O DIREITO DO TRABALHO

No âmbito laboral, consoante já aludido, o OIT através da Convenção 159/83, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 51/89, conceitua a pessoa com deficiência da seguinte forma:

Art. 11 - Para efeitos da presente Convenção, entende-se por 'pessoa deficiente' todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida.

A Lei brasileira 7.853/89, regulamentada pelo Decreto 914/93, instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e a definiu como:

Art. 3 - (...) Aquela que apresenta, em caráter permanente, perda ou anormalidade de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Entretanto, face a generalidade da definição acima, esta restou revogada pelo Decreto 3.298/99, que adotou a conceituação da Organização Mundial de Saúde (OMS), estabelecendo um conceito para deficiência, deficiência permanente e incapacidade.

O art. 3º considera deficiência como:

(...) toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

E incapacidade como:

(...) uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

No Brasil, a lei 8.742/93, em seu art. 20, § 2º, preceitua que "(...) a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho".

Depreende-se que são vários os entendimentos acerca do conceito de pessoa com deficiência. Contudo, é válido destacar o posicionamento de Maria Aparecida Gugel, ao afirmar que:

com base nos citados instrumentos normativos, que pessoa portadora de deficiência é toda aquela que sofreu perda, ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual, mental, quer permanente, quer temporária.[5]

5. A EVOLUÇÃO MUNDIAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

"A igualdade constitui o signo fundamental da democracia"^[6]. Pode-se afirmar ainda, que é o tronco, a espinha dorsal de uma sociedade democrática. O princípio da isonomia, por sua vez, é advento do cotidiano humano e, portanto, reflexo dos valores costumeticamente construídos pelos grupos sociais no transcorrer da existência humana. Em verdade, as sociedades estão em sucessivos processos de transformações, tornando, assim, mutável o conceito de igualdade tanto em relação à época, ou em relação a determinado grupo.

O Direito, como se constata, se utiliza dos critérios isonômicos para atingir a justiça, determinando o equilíbrio, ou mesmo o desequilíbrio, uma vez que há desigualdades provenientes de divergências políticas, econômicas, geográficas, culturais, dentre outras que privam muitos até de ter as suas necessidades básicas supridas.

Para se entender a noção exata do princípio da igualdade deve-se, inicialmente, compreender a sua evolução histórica, com destaque das principais contribuições dos povos que influenciaram a construção deste princípio.

O progresso da isonomia divide-se em três etapas: a primeira em que a regra era a desigualdade; a segunda, a idéia de que todos eram iguais perante a lei, denotando que a

lei deve ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social; e na terceira, de que a lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais.^[7]

O primeiro momento é definido da seguinte forma:

(...) a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades.^[8]

Como se observa o entendimento supra-destacado, a sociedade antiga legitimava a diferenciação entre ricos e pobres e não se preocupava em igualar os desiguais.

Apesar do pensamento de Aristóteles: "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", não houve concretização nos povos antigos para deflagração do processo de igualdade, uma vez que a igualdade não era absoluta. Pode-se citar como exceção "a Lei das XII das Tábuas, pela qual consagra a igualdade entre patrícios e plebeus, o *Edito Perpétuo* que estende a igualdade às populações de outras etnias e o *Edito de Caracalla* ou *Constitutio Antoniniana*, que concede direito da cidadania de todos os habitantes do império."^[9]

A desigualdade atinge o seu ápice no período da Idade Média, haja vista que a sociedade cada vez mais cristalizava as diferenças, além de que o pensamento filosófico também as legitimavam. Este é o intervalo histórico em que os grupos sociais eram erigidos pelos suseranos e vassalos.

Neste sentido, bem ressalta Cláudio Vicentino ao expor que:

(...) a sociedade feudal era composta por dois estamentos, ou seja, dois grupos sociais com status fixo: os senhores feudais e os servos. Os servos eram constituídos pela maior parte da população camponesa, vivendo como os antigos colonos romanos - presos à terra e sofrendo intensa exploração. Eram obrigados a prestar serviços ao senhor e a pagar-lhe diversos tributos em troca de permissão de uso da terra e proteção militar.^[10]

Em um segundo momento histórico há o progresso da igualdade e transformações sociais desencadeiam a gênese do Estado moderno. Surge a moeda, o comércio, por isso o sistema feudal entra em declínio, e, no mesmo compasso, há o aparecimento das cidades, e a burguesia surge como a nova classe social, que por sua vez, acumula riquezas através do comércio de mercadorias. Logo sobrevém a Revolução Industrial e os burgueses, enriquecidos culturalmente, reivindicam ainda que de uma forma conveniente à classe, tratamento igualitário a todos. Este momento histórico pode ser assim resumido:

(...) a sociedade estatal ressent-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.^[11]

Todavia, "quando surge a sociedade de classes, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade de todos os cidadãos, este, contudo não logra nem pretende a anulação completa das desigualdades. Apenas não a contempla, firmando assim uma igualdade formal que se limita a desconhecer as desigualdades reais".^[12]

Aqui, cabe também destacar José Afonso da Silva:

(...) a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.^[13]

É cabível admitir a veracidade do pensamento de Antonio Luís Machado Neto e José Afonso da Silva, posto que as desigualdades originadas no regime combatido pela burguesia demandavam um combate por meio da proclamação da igualdade, ainda que incompleta, o que desencadeou um grande avanço.

Rousseau, filósofo iluminista, defendia que os homens eram iguais posto que pertenciam ao gênero do ser humano diferenciando-se apenas pelas condições físicas e psíquicas de cada um, sendo que outros tipos de diferenças deveriam ser rejeitadas pela sociedade.^[14]

(...) o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as idéias propugnadas por John Locke, especialmente na obra Segundo Tratado do Governo Civil, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade.^[15]

É o que retrata Jean-Jacques Chevallier, ao exprimir o pensamento de Locke:

(...) o estado de natureza é um estado de perfeita liberdade e também um estado de igualdade [...] a razão natural ensina a todos os homens, se quiserem consultá-la, sendo todos iguais e independentes, nenhum deve prejudicar o outro(...).^[16]

A França e as colônias inglesas, no final do século XVIII, foram influenciadas pelos ideários de igualdade. Deste modo, houve a difusão das idéias e diversas Constituições normatizaram o princípio da isonomia.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art.1º cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Tal reflexo tornou-se a base do Estado moderno exercendo influência sobre todas as constituições posteriores.

Ocorre, entretanto, que este engatinhar do princípio da igualdade que levou a erigi-lo como norma constitucional, não foi o suficiente para garantir que as necessárias mutações que se sucedem na evolução da história dos povos fosse exteriorizada de modo igualitário, uma vez que o Estado liberal se pôs alheio a intervenções e designou aos operadores do direito a tarefa de tentativa de efetivação da isonomia. Não obstante, ainda que de forma lenta e gradativa, tendo por base a realidade de cada grupo social, em cada época, o princípio da isonomia começa a ter desdobramentos cada vez mais significativos e concretos.

Em 10 de dezembro de 1948, com o intuito de promover grandes transformações sociais, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que difunde seus preceitos a inúmeras nações desde o preâmbulo até o bojo de seus artigos. Importante destacar na Declaração, o que se tem também como objeto deste estudo, a igualdade:

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação;

Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país;

Art. 23, inciso I - Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II - Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Constata-se, que já em meados do século passado, era preocupação dos povos a legitimação da igualdade inclusive na seara trabalhista.

Ao explorar as Constituições brasileiras desde sua gênese, verifica-se a presença constante do princípio da isonomia. Entretanto, houve momentos em que a igualdade não ocorreu nem tampouco em sua acepção formal, porquanto na Carta de 1824 o referido princípio coexistia com a legitimação da escravatura. Há que se apontar também que nesta Carta, envolvida pela tendência mundial da época, a distinção era fundamentada nos méritos individuais.

Com o fim do regime monárquico e advento da República, na Constituição de 1891, visando concretizar o princípio da isonomia, todos os privilégios de classes superiores foram extintos ou vedados. Todavia, com o decurso temporal, viu-se que o autoritarismo, os privilégios e os títulos, ainda que não escritos, foram mantidas sob a imposição das classes superiores.

Na Constituição de 1934 mantém-se a igualdade perante a lei, porém traz em seu bojo um novo elemento, que descaracteriza as distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas, ou seja, assume que existem questões tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade e formalmente as recrimina.

Contudo, com a Constituição de 1937, o elemento supracitado, que outrora era inovação, foi excluído. Neste ínterim, destaca-se a Consolidação das Leis do Trabalho, a qual tornou defesa a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade.

Por sua vez, a Constituição de 1946 consolidou o princípio da igualdade e houve a proibição da propaganda de preconceitos de raça ou classe.

Sobre a Constituição de 1964, pertine relatar que o Brasil tornou-se signatário da Convenção nº111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual definiu a discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão".

No que alude à Carta Política de 1967, há que se mencionar que se deu a constitucionalização da punição do preconceito de raça. Um ano após, o Brasil ratifica a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Racismo, ao dispor que "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais", admitindo a necessidade e a validade de ações para o progresso de determinados grupos.

A Constituição de 1969, em sua emenda nº1, proclamou apenas que não seria tolerada a discriminação.

Finalmente, a Constituição promulgada em 1988, no que pertine à igualdade, inovou desde o seu preâmbulo ao eleger a igualdade como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

No art. 3º, IV, há uma determinação para se mudar a realidade juntamente com os valores de um Estado do bem estar social. Objetiva-se "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".^[17]

Há que se destacar o caput do art. 5º, que encampa direitos e garantias individuais, o qual se inicia com a previsão de que "todos são iguais perante a lei [...] garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] a igualdade [...]".^[18]

Em verdade, a noção de igualdade não se apresenta apenas no bojo dos dispositivos supra mencionados. A igualdade permeia toda a Constituição, quer igualando ou desigualando para se garantir a todos a igualdade de oportunidades.

O legislador, portanto, sob pena de criar uma norma inconstitucional, ao elaborar uma norma não pode criar situações que discriminem sem motivo. Deste modo, leciona o Mello:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada;

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo - que não descansa no objeto - como critério diferencial;

III - A norma atribui tratamento jurídicos diferentes em atenção ao fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.^[19]

5.1 A Incidência do Princípio Isonômico e a Reserva de Vagas às Pessoas com Deficiência

Conforme enfatizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, a extensão jurídica do referido princípio demanda que as desigualdades decorram exclusivamente da diferença de aptidões pessoais e não de critérios individuais que sejam personalíssimos.

Logo, nas relações de trabalho, para que a pessoa com deficiência possa requerer os ditames da regra isonômica, deve estar capacitada para o desempenho da atividade pretendida.

Deste modo corrobora Luiz Cláudio Portinho Dias, que defende a aplicação das normas compensatórias, desde que haja fundamento para tanto:

O fundamental e que haja uma correlação entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida, a justificar o tratamento jurídico discriminatório. Assim, nas relações laborais, pode-se dizer que a PPD (pessoa com deficiência) deve estar habilitada e capacitada para o desempenho daquela atividade pretendida, para que possa pleitear a incidência da regra isonômica.^[20]

O princípio da igualdade deve ser interpretado de forma ampla, como descreve Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, e exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...)^[21]

No caso dos direitos protetivos da pessoa com deficiência, evidente que não conteúdo discriminatório, uma vez que há total compatibilidade com os interesses constitucionalmente tutelados.

Ademais, o próprio Direito do Trabalho tem a característica de proteção à parte hipossuficiente na relação contratual de modo a concretizar a redução das desigualdades existentes entre os detentores de capital e trabalhadores.

A igualdade entre as castas sociais, perante a lei, é conhecida na doutrina como igualdade formal.

Guilherme Machado Dray doutrina que:

O princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, suscetíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis.^[22]

Conclui-se que o princípio da igualdade formal permite que as pessoas, cada qual com seus próprios meios e condições construam as oportunidades de crescimento, seja ele pessoal, profissional ou financeiro, uma vez que todos nascem iguais, são humanos e dotados do mesmo potencial e condições. Frisa-se que o Estado não deve intervir na sociedade.

Todavia, a história mundial apresenta que a tentativa de abstenção estatal, não ensejou à igualdade entre os cidadãos. Diante disso, compreendeu-se que não bastava que a Constituição trouxesse formalmente descrito que todos são iguais perante a lei, proibindo tratamentos diferenciados, observou-se a necessidade de que a Constituição obrigasse o Estado a discriminar (positivamente) as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.

Neste sentido, o supracitado autor acrescenta que:

A concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.^[23]

Destarte há o fim do Estado Liberal e nasce o Estado do Bem-estar Social, que se inaugura expressamente em 1917 na Constituição do México, e em 1919 na Lei Fundamental de Weimar. Este novo modelo, por sua vez, procurou reduzir as desigualdades ocorrentes na sociedade. O constitucionalismo com relação ao princípio da igualdade não deve estar limitado à igualdade perante a lei. Se antes, com o Estado Liberal, não se vislumbrava como realizar a igualdade, a norma agora, com o Estado Assistencialista, desiguala os desiguais para atingir a igualdade implicando em dinamicidade e flexibilidade ao princípio da isonomia.

É notável a especificação de Paulo Lucena de Menezes:

(...) o ponto comum dessas tendências foi o de abstrair o conteúdo negativo do princípio da igualdade. O Estado, a partir de então, passa a ser reconhecido como a instituição, legítima e adequada, para nivelar as desigualdades sociais.^[24]

Neste diapasão, José Joaquim Canotilho preleciona que:

[...] a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações.^[25]

Com o desenvolvimento dos conceitos e das exigências da sociedade, surge a demanda de uma igualdade efetiva/real que vise à abolição das desigualdades pela adoção de políticas sociais positivas. Estas recebem a nome de ação afirmativa (nomenclatura do direito americano) ou discriminação positiva/reversa (direito europeu).

Cumprе esclarecer que os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar as ações afirmativas, inicialmente numa tentativa de solucionar as diferenças sociais entre brancos e negros e, posteriormente, para promover a inclusão de outras minorias marginalizadas (pessoas com deficiência, mulheres e índios) dentro do chamado *Welfare State*.

As ações afirmativas representam uma idéia de Estado promovente e atuante, mas sem conotação de autoritarismo. Justifica-se a interferência do Estado como forma de se concretizar a paz social e o desenvolvimento econômico do país que são, inegavelmente, obstados quando a discriminação marginaliza um ou mais grupos do processo produtivo. Atualmente, o que se pode constatar é que Estado Democrático de Direito e a proteção contra práticas discriminatórias são conceitos indissociáveis.^[26]

Para muitos doutrinadores, as ações afirmativas são consideradas uma evolução do próprio modelo repressor, eis que contém um comando no sentido de proibir a discriminação e outro no sentido de minorar os efeitos gerados por esta discriminação.^[27]

A Constituição Federal de 1988 demonstrou a clara opção do Estado brasileiro de adotar medidas que efetivamente implementassem a igualdade substancial. Carmen Lúcia Antunes Rocha notou que:

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: (...) o princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. E guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da Constituição da República). (...) Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa - construir, erradicar, reduzir, promover - são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo.^[28]

A proteção do trabalho das pessoas com deficiência denota o intuito de concretizar a promoção da igualdade dos legisladores constituintes e ordinários. A Constituição brasileira bem como a legislação ordinária adotaram a ação afirmativa em relação às pessoas com deficiência, consoante será demonstrado a seguir.

6. RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS

6.1 No Serviço Público

O inciso VIII do artigo 37 da Carta Constitucional, estabelece acerca da reserva vagas a serem preenchidas através de concurso público:

A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Em 11.12.90 surgiu a Lei 8.112, que dispôs sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União, que em seu artigo 5º, §2º, previu:

Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Importante destacar as ponderações de Luiz Claudio Portinho Dias ao enfatizar que a pessoa com deficiência que se candidata em concurso público devem ser asseguradas todas as condições para que realize a prova em igualdade de condições com os demais candidatos, não só em relação às facilidades necessárias, de acordo com o grau e tipo de deficiência física, como também àquelas relativas à acessibilidade.[\[29\]](#)

O supracitado autor ainda observa que não havendo tal providência por parte do administrador encarregado, a pessoa com deficiência pode, inclusive, pleitear a anulação da etapa do certame, sem prejuízo de restituição dos cofres públicos contra eventuais despesas efetuadas (art. 37, §6º, da CF/88). Da mesma forma, o Poder Público poderá buscar, em ação regressiva, a restituição dos gastos efetuados na etapa anulada do certame, contra o administrador responsável pelo ato omissivo, desde que haja comprovação de dolo ou culpa (art. 37, §6º, da CF/88, "*in fine*").

6.2 Na Iniciativa Privada

A Lei 8.213, de 24.07.1991, que dispõe acerca dos benefícios da previdência social introduziu o sistema de quotas no preenchimento de cargos.

O artigo 93 destaca que:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados: 2%;

II - de 201 a 500: 3%;

III - de 501 a 1.000: 4%;

IV - de 1.001 em diante: 5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Sob a ótica de Luiz Cláudio Portinho Dias, denota-se que o valor principal da norma é a abertura de postos de trabalho para as pessoas com deficiência, uma vez que mesmo aqueles empresários que tiverem alguma espécie de preconceito em relação às pessoas com deficiência terão de garantir seus postos de trabalho, já que a norma é cogente. O desrespeito ao programa sujeitará o infrator a penalização de multa, em procedimento a cargo do Ministério Público do Trabalho. Além disso, há também o incentivo para que a pessoa com deficiência seja reintroduzida na sociedade, de propiciar o seu aperfeiçoamento sócio-cultural.^[30]

7. DA EFICÁCIA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Jaime José Bilek Iantas frisa que a Constituição de 1988, na esteira da Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Assembléia Geral da ONU, introduziu na Constituição da República vários dispositivos de proteção à pessoa com deficiência.^[31]

O artigo 7º em seu inciso XXXI veda qualquer discriminação salarial e no critério de admissão do trabalhador com deficiência.

Já o artigo 23, II, dispõe que compete a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência.

Conforme o artigo 24, XIV, compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e integração das pessoas com deficiência.

O artigo 37, inciso VIII, já expresso alhures, prevê a reserva de vagas para cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência. Importante destacar que este inciso estipula a discriminação positiva na esfera da administração direta e indireta.

Por sua vez, o artigo 40, § 4º, veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadorias aos servidores de que trata o artigo, ressalvados, nos termos de lei complementar, os casos de servidores com deficiência.

O artigo 203 dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e os seus incisos III, IV e V estabelecem os seguintes objetivos: a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração a vida comunitária; a garantia de um salário mínimo mensal a essas pessoas e ao idoso que comprovem não ter meios de se manter, ou que sejam mantidos por sua família, conforme dispuser a lei.

Há também o artigo 208, inciso III, que disciplina acerca do dever do Estado com a educação que será efetivada pela garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Finalmente o inciso II do §1º do art. 227 elenca que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais obedecendo a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Quanto às normas infraconstitucionais, há diversas leis, senão vejamos:

A Lei n. 7.853, de 24.10.89, dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social. Estabelece ainda a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e as responsabilidades do Ministério Público. Ademais, define como crime, punível com reclusão, obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público por causa de sua deficiência, bem como negar-lhe, pelo mesmo motivo, emprego ou trabalho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069, de 13.07.90 - assegura ao adolescente portador de deficiência o trabalho protegido, garantindo o seu treinamento e colocação no mercado de trabalho, além do incentivo a criação de oficinas abrigadas.

A Lei n. 8.112, de 11.12.90, já aludida, em seu art. 5º, § 2º, assegura às pessoas com deficiência o direito de se inscreverem em concurso público com reserva de vagas de até 20% do total oferecido.

O artigo 93 da Lei n. 8.213, de 24.07.91, também já mencionado, obriga a empresa com mais de cem empregados a preencher de 2 a 5% de seus cargos com beneficiários

reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, sob pena de multa. A dispensa de trabalhador reabilitado ou de pessoa com deficiência habilitada, no contrato por prazo determinado de mais de noventa dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

A Lei n. 7.853/89, regulamentada pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, por sua vez, elencou as diversas formas de deficiência. Apontou sobre as formas de contratação competitiva, seletiva e promoção por conta própria. Definiu oficinas de produção e terapêuticas, e atribuiu a fiscalização da reserva de vagas ao Ministério do Trabalho. Inovou os concursos públicos, inserindo três integrantes da carreira na comissão multiprofissional que avalia a compatibilidade do candidato com a carreira pretendida.

A Lei n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, da prioridade de atendimento as pessoas portadoras de deficiência.

A Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para promover a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei n. 10.690, de 16 de junho de 2003, que concede isenção de imposto sobre produtos industrializados aos automóveis de passageiros de fabricação nacional adquiridos por pessoas com deficiência.

O Decreto n. 5.296/04, que regulamenta as Leis ns. 10.048, de 8 de novembro de 2000, que da prioridade de atendimento as pessoas com deficiência, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, e da outras providências, cujo artigo 70 altera o artigo 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Ainda há a Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre no transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que fixa normas e critérios básicos para a promoção de acessibilidade de pessoas que tenham mobilidade reduzida; a Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001, que fixa a proteção da pessoa com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental; a Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002 (LIBRAS - Lei Brasileira de Sinais).

Atualmente, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 tem como pilar o Estado Democrático de Direito, visando a realizar o princípio democrático como garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, elencando a cidadania, a dignidade e os valores sociais do trabalho, entre os seus fundamentos.

A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, sem dúvida, representa o exercício pleno da cidadania, para os atingidos, uma vez que a cidadania social tem no trabalho seu principal substrato. Não há outra relação social de tanta importância.^[321]

Portanto, o legislador constituinte de 1988, como dito, procedeu à positivação de vários direitos fundamentais com o intuito de dotá-los de maior efetividade. Por exemplo, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, 1º, III); o objetivo de promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, cor, idade e toda e qualquer forma de discriminação (CF, 3º, IV); a liberdade e a igualdade entre todos, inclusive entre homens e mulheres (CF, 5º, caput e I); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, 7º, XXX); justiça social assegurada pela redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (CF, 170, VII e VIII).^[33]

8. ALGUNS DADOS ESTATÍSTICOS

De acordo com a OMS, 80% das pessoas com deficiência vivem em países em desenvolvimento.

Em abril de 2003 a OIT identificou que 80% das pessoas com deficiência estavam desempregadas.

A Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 37/52, em dezembro de 1982, criando o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, e consta que, no mundo, pelo menos uma a cada dez pessoas é portadora de alguma deficiência e a presença da deficiência repercute pelo menos 25% de toda a população. Esse mesmo documento ressalta que, em países em desenvolvimento, o percentual estimado das pessoas com deficiência vai para 20%, e, se incluídos famílias e parentes, os efeitos adversos da deficiência podem afetar 50% da população.^[34]

Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), em 2001, havia no Brasil, 24,6 milhões de pessoas com deficiência, o que equivale a 14,5% do total da população. Destas, 9 milhões encontram-se em idade de trabalhar, mas apenas 1 milhão delas trabalham formal ou informalmente.

Ainda houve o apontamento de que apenas 2,05% das pessoas com deficiência estão em empregos formais, sendo que 65,76% estão ocupados por homens.

Segundo estimativa da OMS, o número de pessoas com deficiência, por tipo de deficiência, apresenta-se da seguinte forma: 1) Deficientes Mentais: 5% da população, o que equivale a 8.000.000 de pessoas; 2) Deficientes Físicos: 2% da população, o que equivale a 3.200.000 pessoas; 3) Deficientes Auditivos: 1,5% da população, o que equivale a 2.400.000 pessoas; 4) Deficientes Múltiplos: 1,0% da população, o que equivale a 1.600.000 pessoas; 5) Deficientes Visuais: 0,5% da população, o que equivale a 800.000 pessoas. Total: 10% da população, o que equivale a 16.000.000 de pessoas.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que houve diversos avanços legislativos e culturais no Brasil, em especial nas duas últimas décadas.

Entretanto, ainda há desafios para que haja a inclusão maciça das pessoas com deficiência na sociedade, tais como a concretização efetiva de programas e transformação das idéias em realidade. Afinal, de acordo com dados estatísticos milhares de pessoas continuam alijadas do pleno convívio social.

Como bem observa Luiz Cláudio Portinho Dias ao destacar o ensinamento de Walküre Lopes Ribeiro da Silva, "o problema que enfrenta o portador de deficiência não é a ausência de leis. Sob o ponto de vista da validade temos leis que seriam perfeitamente aplicáveis aos casos concretos. O grande problema é o da eficácia das normas existentes".^[35]

Revela-se importante o envolvimento prático interdisciplinar de diversas áreas governamentais, sociais e empresariais, para a criação, manutenção e fiscalização de políticas que minimizem a exclusão visando à gradativa extinção e a implantação concreta da igualdade de oportunidades para a totalidade dos indivíduos o que por certo atingirá o escopo máximo do que é ser democracia.

O desafio, em síntese, é de toda a coletividade.

10. Referências Bibliográficas

ADCOAS. Disponível em http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_lcpd01.htm . Acesso em maio/2009.

ARAÚJO, Luiz A. D. e Prado, Adriana R. A. *Defesa dos direitos das pessoal portadores de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Org Antonio Luiz de Toledo Pinto. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COSTA, Sandra Morais de Brito. *Inserção no mercado de trabalho da pessoa com deficiência: eficácia normativa*. Obra: Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência: Aspectos Legais e Trabalhistas, LTR, São Paulo: 2000.

DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Temas Atuais de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho*. São Paulo, IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública & Editora Esplanada .

GUGEL, Maria Aparecida et. al. *O Trabalho...* Disponível em www.pgt.mpt.gov.br. Acesso em maio/2009.

IANTAS, Jaime Jose Bilek. *O Ministério Público do Trabalho e a proteção de interesses do trabalhador portador de deficiência*. Disponível em: Acesso em: maio/2009.

LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *Proteção dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e o Princípio da Igualdade. Obra: A Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: A efetividade das Leis Brasileiras*, LTR, São Paulo: 2005.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIMENTA, Paulo Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

REIMANN, Marcos Francisco. *Cidadania e contratos atípicos de trabalho: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In: Revista Trimestral de Direito Público, n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1.998*. Disponível em <www.direitopublico.com.br> Acesso em janeiro/2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997.

[1] DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 117.

[2] PIMENTA, Paulo Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 134.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1.998*. Disponível em <www.direitopublico.com.br> Acesso em janeiro/2008.

[4] PIMENTA, op.cit., p. 135.

[5] GUGEL, Maria Aparecida et. al. *O Trabalho...* Disponível em www.pgt.mpt.gov.br. Acesso em maio/2009.

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214.

[7] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 32 et seq.

[8] Ibid., p. 35.

[9] Ibid., p. 30.

[10] VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997. p. 109.

[11] ROCHA, op. cit., p. 35.

[12] MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

[13] SILVA, loc. cit.

[14] CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8ª ed.

Rio de Janeiro: Agir, 1998. p.162-195 passim.

[15] Frederick M. Watkins e Isaac Kramnic. *A Idade da Ideologia: pensamento político de 1750 até o presente*, p. 11-12 apud MENZES, Paulo Lucena de., *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 16.

[16] CHEVALLIER, op. cit., p. 108.

[17] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Org Antonio Luiz de Toledo Pinto. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 03.

[18] *Ibid.*, p. 05.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.47.

[20] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Temas Atuais de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho*. São Paulo, IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública & Editora Esplanada. Disponível em http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_lcpd01.htm Acesso em maio/2009.

[21] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 62/63.

[22] DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 332.

[23] *Ibid.*, p. 326.

[24] MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 24.

[25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.306.

[26] LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *Proteção dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e o Princípio da Igualdade. Obra: A Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: A efetividade das Leis Brasileiras*, LTR, São Paulo: 2005, p.83 a 92.

[27] *Ibid.*

[28] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In: Revista Trimestral de Direito Público, n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 85.

[29] FIGUEIREDO. *Idem*. Disponível em http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_lcpd01.htm Acesso em maio/2009.

[30] *Ibid.*

[31] IANTAS, Jaime Jose Bilek. *O Ministério Público do Trabalho e a proteção de interesses do trabalhador portador de deficiência*. Disponível em: Acesso em: maio/2009.

[32] REIMANN, Marcos Francisco. *Cidadania e contratos atípicos de trabalho: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 97.

[33] COSTA, Sandra Morais de Brito. *Inserção no mercado de trabalho da pessoa com deficiência: eficácia normativa*. Obra: Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência: Aspectos Legais e Trabalhistas, LTR, São Paulo: 2000, p. 73 a 89.

[34] ARAÚJO, Luiz A. D. e Prado, Adriana R. A. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 26.

[35] FIGUEIREDO. Idem. Disponível em http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_1cpd01.htm Acesso em maio/2009.

OS DIREITOS HUMANOS, A PROTEÇÃO JURÍDICA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS DIRIGIDAS AOS IDOSOS

HUMAN RIGHTS, LEGAL PROTECTION AND AFFIRMATIVE ACTION TARGETING ELDERLY

Ana Isabel Modena

RESUMO

No plano internacional, apesar de não existir uma norma ou Convenção da ONU que confira proteção jurídica específica ao idoso, existe a previsão de que toda pessoa tenha uma condição de vida que lhe assegure determinados direitos e a segurança em caso de velhice. No Brasil, o idoso, como sujeito de direitos, recebe a proteção jurídica da Constituição e do Estatuto do Idoso de forma específica, além de outros instrumentos que complementam essa proteção. Esses instrumentos se mostram importantes quando invocados diante dos casos de discriminação e violação dos direitos humanos a que são submetidos os idosos, cotidianamente. Para minimizar essas violações, ações afirmativas têm sido dirigidas a categoria no intuito de atingir a inclusão social e o reconhecimento de que os idosos são merecedores.

PALAVRAS-CHAVES: IDOSO. DIREITOS. PROTEÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. AÇÕES AFIRMATIVAS.

ABSTRACT

At international level, although there is no standard or UN Convention which provides specific legal protection to the elderly, there is a provision that every person has a condition of life which ensures certain rights and security in the event of old age. In Brazil, the elderly, as a subject of rights, receive legal protection of the Constitution and the Statute of the Elderly in a specific way, and other tools that complement this protection. These instruments become important when faced with cases of alleged discrimination and human rights violations are submitted to the elderly, daily. To minimize these violations, affirmative actions have been directed to the category in order to achieve social inclusion and recognition that the elderly are deserving.

KEYWORDS: ELDERLY. RIGHTS. PROTECTION. STATUS OF THE ELDERLY. DISCRIMINATION. AFFIRMATIVE ACTION.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, percebe-se um discreto aumento do interesse pelos idosos. Algumas obras sobre o assunto se viram publicar, porém, no campo jurídico, esse interesse não tem tido a expressão merecida, uma vez que inúmeros fatores se interrelacionam na construção dessa normatização.

O poder público, através das três esferas de governo vem buscando viabilizar instrumentos e diplomas legais que tratem dos direitos dos idosos, mas o que se percebe é que há uma demora na implementação do que fora proposto, o que dificulta sobremaneira uma integração maior da sociedade nesse sentido.

A própria Organização das Nações Unidas (ONU), ainda não editou uma normatização que tratasse dos direitos dos idosos de forma unificada e internacionalizada. O que se encontra instrumentalizado é uma Proposta de Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas idosas.

Pretende-se, neste trabalho, fazer uma análise dos aspectos que norteiam a questão dos direitos humanos do grupo vulnerável dos idosos, da contextualização e da proteção jurídica conferida ao idoso no plano interno, bem como das ações afirmativas propostas pelas políticas públicas que tratam do tema.

A abordagem aqui pretendida envolve uma pesquisa que procura enfocar esses aspectos num momento em que o desenvolvimento tecnológico experimentado nos últimos anos tem levado os idosos a se restringirem ainda mais e a sentirem sua participação social diminuída frente aos impulsos da modernidade num mundo multicultural.

Nesse sentido, o presente artigo busca suscitar como os idosos, a sociedade civil e o governo têm se mobilizado no sentido de promover políticas públicas que consigam conferir ao idoso a garantia da prioridade absoluta que está disposta no Estatuto do Idoso, no intuito de reconhecer o importante papel por eles desempenhado na sociedade brasileira.

1 DIREITOS HUMANOS DO GRUPO VULNERÁVEL DOS IDOSOS

O interesse pelo estudo da velhice, ou mesmo do idoso como sujeito de direitos, tem aumentado nos últimos anos, não só no aspecto jurídico, mas também nas ciências sociais. Até os anos 80, o tema não despertava maior interesse. A partir de então, quando se percebe que a população mundial está vivenciando um processo de envelhecimento, surge a necessidade de se averiguar quais os direitos humanos que podem ser invocados para a proteção dessa categoria. Afinal, como coloca o autor Raul Granillo Ocampo (2008, p. 388):

El mundo está enfrentando un crecimiento sin precedentes en la población mundial, que en la actualidad se acerca rápidamente a los 5.800 millones de habitantes y que en

los próximos veinte años puede alcanzar los 8.000 millones, con la particularidad que más del 96% de ese crecimiento se registrará en las comunidades más pobres.

Admitindo-se que o envelhecimento não passou despercebido no processo histórico vivido pela humanidade, uma vez que a expectativa de vida tem aumentado significativamente como consequência dos progressos da medicina, não se pode dizer que houve a devida atenção ao tema. Norberto Bobbio (1997, p. 20) traz uma passagem que em muito auxilia a ilustrar o que aqui se quer evidenciar:

Entendamo-nos, a marginalização dos velhos em uma época em que a marcha da história esta cada vez mais acelerada é um dado de fato que é impossível ignorar. Nas sociedades tradicionais e estáticas, que evoluem lentamente, o velho reúne em si o patrimônio cultural da comunidade, destacando-se em relação a todos os outros membros do grupo. O velho sabe por experiência aquilo que os outros ainda não sabem e precisam aprender com ele, seja na esfera da ética, seja na dos costumes, seja na das técnicas de sobrevivência. Não apenas não se alteram as regras fundamentais que regem a vida do grupo e dizem respeito à família, ao trabalho, aos momentos lúdicos, à cura das doenças, à atitude em relação ao mundo do além, ao relacionamento com os outros grupos, como também não se alteram, e passam de pai para filho, as habilidades. Nas sociedades evoluídas, as transformações cada vez mais rápidas, quer dos costumes, quer das artes, viraram de cabeça para baixo o relacionamento entre quem sabe e quem não sabe. Cada vez mais, o velho passa a ser aquele que não sabe em relação aos jovens que sabem, e estes sabem, entre outras razões, também porque têm mais facilidade para aprender.

Há algum tempo, o conhecimento era transmitido de geração em geração através da dedicação dos mais velhos às gerações mais novas. Nos últimos anos, com o avanço tecnológico experimentado, que a tudo dinamiza, houve certo desprezo à experiência acumulada pelos idosos ao longo de décadas de vida e de trabalho.

Enfim, o progresso tecnológico vivenciado nos dias de hoje, deixa o idoso ainda mais à margem da sociedade, o que acarreta certa discriminação quanto a sua condição, não apenas no convívio social, mas no seio da própria estrutura familiar. Porém, não se trata do único fator. Bobbio (1997, p. 21) ainda cita o “envelhecimento cultural”, entendido como uma natural resistência às mudanças, como um fenômeno que contribui para aumentar a marginalização do idoso.

Porém, conforme Giovanni Sartori (1995, p. 115), uma sociedade pluralista deve absorver as dessemelhanças para uma melhor construção social: “Una cultura pluralista implica una visión del mundo basada, en esencia, en la creencia de que la diferencia, y no la semejanza, el disenso, y no la unanimidad, el cambio y no la inmutabilidad, contribuyen a la buena vida.”

Com o objetivo de buscar um melhor entendimento quanto a esses aspectos apontados, passa-se a estudar: os direitos humanos dos idosos, os princípios mais relevantes que podem ser invocados para a promoção da dignidade humana do idoso e os aspectos relativos à inclusão social que se mostrarem relevantes para o bom deslinde do tema.

1.1 Direitos humanos dos idosos

Ao se buscar uma conceituação de direitos humanos é imprescindível observar o contexto histórico. Nesse aspecto, tais direitos se mostram como um produto desse contexto, o que denota a dificuldade de atribuir-lhes uma definição específica. Inegável, porém, é o fato de apresentarem a característica da universalidade e serem inerentes ao ser humano, independentemente de seu reconhecimento explícito. Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 60) comenta:

A universalização dos direitos, fenômeno característico de nossa época, está ligado à internacionalização política e jurídica da matéria, já que os direitos do homem têm deixado de ser um assunto que atrai a atenção apenas do ponto de vista histórico, filosófico ou doutrinário, transformando-se em um tema que, política e juridicamente interessa a toda a comunidade internacional.

Hannah Arendt entende que os direitos humanos não precisam de uma justificação abstrata, pois nela os homens são concebidos como mudos, incapazes de escolher e agir. É a capacidade de julgar, por si mesmo, que dá aos homens um teor de dignidade imanente que não se verifica em nenhum outro ser e dispensa o atrelamento a qualquer outra dimensão ou critério para justificar a dignidade humana. Atrelados à concepção de juízo político, os direitos humanos passam a ser de homens-cidadãos, seres dotados de autonomia, e não de animais humanos, meros seres de necessidade (AGUIAR, 2008).

Reconhecer a universalidade dos direitos humanos significa entender que os mesmos não podem ser relativizados ou limitados por qualquer tipo de particularidades. Também a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos aliados à promoção da dignidade da pessoa humana, são de fundamental importância para a defesa e proteção dos direitos do idoso.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são universalistas e a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual não poderá ser invocada para justificar a violação de direitos humanos nem para subordinar uma cultura a outra. Houve uma mudança de consciência das pessoas que hoje demandam igualdade. Will Kymlicka (2008, p. 223) assim se manifesta:

Esse tipo de consciência de direitos tornou-se uma estrutura tão penetrante na modernidade que nós temos problemas em imaginar que ele nem sempre existiu. Mas se examinarmos os registros históricos, nos perceberemos que, no passado, as minorias não justificaram tipicamente suas demandas em apelos aos direitos humanos ou à igualdade, mas em apelos à generosidade dos elaboradores das regras, a fim de pactuar “privilégios”, normalmente como recompensa pela lealdade ou por serviços pretéritos. Hoje, em contraste, os grupos possuem uma poderosa noção do direito à igualdade como um direito humano básico, não como um favor ou uma caridade [...].

Internamente, o Brasil possui um Programa Nacional de Direitos Humanos, articulado pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, criada em 1997. O Programa, que surgiu de um compromisso que o governo federal assumiu na Conferência das Nações Unidas para os Direitos Humanos, foi discutido em diversos encontros reunindo representantes das três esferas de governo e da sociedade civil.

Dentro da Secretaria Nacional de Direitos Humanos não existe um departamento exclusivo dos direitos dos idosos, mas o Departamento dos Direitos Humanos é o responsável pelas atividades com a terceira idade, que tem recebido prioridade, principalmente, em virtude da constatação de casos de discriminação e violência contra o idoso e de negligência quanto ao cumprimento da legislação protetiva existente representada, principalmente, pelo Estatuto do Idoso.

Apesar de não existirem pesquisas técnicas oficiais a respeito, sabe-se que é no ambiente doméstico que ocorrem a maioria dos casos de discriminação e agressões físicas contra idosos. De qualquer forma não se pode desprezar a violência e a discriminação sofridas fora de casa.

Em alguns Estados brasileiros já foram criadas promotorias especializadas na área, como é o caso de São Paulo. Assim, o Ministério Público, atuando como fiscalizador da lei pode exigir que as políticas públicas previstas em instrumentos normativos sejam concretizadas com o objetivo de propiciar o efetivo acesso dos idosos aos direitos humanos que lhes são inerentes.

Concluindo, pode-se destacar que a promoção dos direitos humanos dos idosos deve ser resultado de um empenho da sociedade civil, dos poderes constituídos e do próprio idoso, porém, imprescindível se faz conceder condições para que o mesmo possa reivindicar o que atenda as suas necessidades mais prementes concedendo-lhe a dignidade merecida.

1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana do idoso

A concepção do pensamento ocidental sobre a dignidade da pessoa humana tem seu germen nos primórdios da filosofia grega. Os gregos acreditavam que os homens se distinguiam dos demais animais pelo uso da razão, pela capacidade de compreender o mundo e de utilizar à lógica.

Entretanto, para os gregos, a dignidade não se manifestava da mesma maneira em todos os indivíduos. Mulheres, escravos e estrangeiros eram considerados seres inferiores e não participavam da vida pública. A dignidade (*dignitas*) tinha relação com a posição social ocupada pelo indivíduo, sendo possível sua quantificação, portanto, alguns homens eram mais dignos do que outros (SARLET, 2007, p.30).

A doutrina cristã representa um importante marco no conceito de dignidade, ao difundir a idéia de que o homem foi concebido à imagem e semelhança de Deus. Neste aspecto, todos os homens são iguais, portadores de um valor próprio que lhes é intrínseco. O

cristianismo apresenta, ainda, a idéia de uma salvação pessoal baseada na liberdade e no livre-arbítrio.

Após percorrer esse breve caminho histórico, é fácil ver a dificuldade em se conceituar de maneira categórica o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Entretanto, acredita-se que, com relativa segurança, se pode utilizar a formulação de SARLET (2007, p.62) para quem a dignidade humana é:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, ao utilizar a expressão dignidade da pessoa humana, o constituinte originário quis dar-lhe um sentido de limitador das ações das majorias e de princípio garantidor, um verdadeiro mandado de otimização dos direitos mínimos inerentes a qualquer ser humano. No tocante às pessoas idosas, esse princípio pode ser efetivado mediante a promoção de políticas públicas previstas em instrumentos jurídicos próprios.

É dever das três esferas de governo dar assistência ao idoso, permitindo condições dignas de vida, atendendo as suas necessidades individuais e coletivas, propiciando locais para sua moradia, cuidados com a sua saúde e atendendo a outras peculiaridades que lhes são próprias.

A ONU declarou o ano de 1999 como o Ano Internacional do Idoso. No Brasil, a partir de 2007, a comemoração do Dia do Idoso também passou a ser no dia 1 de outubro, de acordo com Lei 11.433/2006, assinada pelo Presidente da República.

Através dessa declaração, a ONU tentou estimular a aceitação pelos Estados de alguns princípios que devem nortear as políticas dirigidas aos idosos, quais sejam: a dignidade, a independência, a participação e a auto-realização.

A previsão do princípio da prioridade absoluta no art. 3º do Estatuto do Idoso, inova não apenas no sentido de reunir uma normatização relativa à proteção da pessoa idosa, mas também no sentido de que exige que todos, governo e sociedade, tenham um efetivo envolvimento no sentido de buscar o primado da dignidade do idoso no mais amplo aspecto possível de ser concretizado.

Nessa esteira, o que se percebe, é que, onde não há respeito pela vida, pela integridade física e moral do idoso, quando não existe limitação do poder estatal, liberdade, autonomia, igualdade e os direitos fundamentais não são reconhecidos e minimamente assegurados, não se tem espaço para a dignidade da pessoa humana do idoso. Citam-se esses aspectos, pois, no tocante aos idosos, cotidianamente, toma-se conhecimento de fatos que atentem contra sua dignidade, quer seja por discriminação, por indiferença

quanto a sua peculiar situação, quer seja por simples descaso ou falta de reconhecimento.

Neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico. No caso específico dos idosos, esse valor funciona como critério de orientação da interpretação e compreensão do sistema constitucional de proteção da pessoa humana do idoso, como também serve para fundamentar os instrumentos de políticas públicas a eles dirigidas.

1.3 Inclusão social do idoso

O envelhecimento da população de um país, altera o perfil de políticas públicas sociais que devem ser nele empreendidas. Novas estratégias são exigidas e a implementação de benefícios, serviços, programas e projetos relacionados à promoção dos direitos humanos dos idosos se fazem necessárias.

Ao verificar-se que significativa parcela desse grupo de sujeitos de direitos encontra-se em situação de abandono, de marginalização e sendo vítima de maus-tratos praticados, na maioria das vezes, justamente por aqueles que deveriam estar os protegendo, percebe-se a necessidade de mudança de paradigmas.

Em artigo científico na área da saúde que trata da Agenda 21 Global e a Agenda 21 Brasileira: desafios para a inclusão social dos idosos^[1], fica mencionado o descaso com que é tratado o idoso no cenário nacional no campo da saúde pública.

O citado artigo coloca que, entre os grupos vulneráveis, crianças, mulheres, jovens e populações indígenas são contemplados com atividades que reforcem o atendimento sanitário, a capacitação e o oferecimento de programas. Mas, quanto aos idosos, inexistem uma atividade específica dirigida a esse grupo. Ainda o mesmo artigo menciona:

[...] No entanto, a realidade nacional acerca das condições socioeconômicas dos idosos não são as mais otimistas. Pesquisa realizada tendo por base de dados a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) do ano de 1998, constatou que os idosos com renda mais baixa apresentaram as piores condições de saúde (pior percepção da saúde, interrupção de atividades por problemas de saúde, ter estado acamado e relato de algumas doenças crônicas), pior função física (avaliada por meio de seis indicadores) e reduzido uso de serviços de saúde (menos procura e menos visitas a médicos e dentistas). A conjugação do envelhecimento com a pobreza demonstra a necessidade premente de mais valorização dos idosos, convergindo para mais equidade da distribuição de renda no sentido da busca de um desenvolvimento sustentável.

Observa-se que a questão específica do idoso não é abordada com o mesmo cuidado que é dispensado aos demais grupos vulneráveis estudados por não se reconhecer neles

efetivos sujeitos ativos participativos, o que é decorrente de uma concepção particularmente ocidental a respeito do tema.

Importante destacar que, quanto a inclusão social dos idosos, o movimento patrocinado pelas universidades da terceira idade, por ser interdisciplinar, em muito contribui para a inserção do idoso como cidadão ativo na sociedade, porém, não se pode aceitar que tal inclusão se resuma a esses aspectos. Há muito mais que pode e deve ser feito por essa categoria que compõe um considerável grupo vulnerável.

Concluindo, há que buscar o rompimento desse paradigma cristalizado numa visão negativa e passiva do idoso. As questões relativas ao processo de envelhecimento devem ser amplamente discutidas e a busca de novas possibilidades de inclusão do idoso como partícipe ativo de decisões devem estudadas e implementadas.

2 A CONTEXTUALIZAÇÃO E OS INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO DOS IDOSOS NO BRASIL

Observa-se ao longo do século XX uma maior preocupação da sociedade mundial com os indivíduos que ingressam na terceira idade, seja no aspecto físico, psíquico ou emocional. Poderia se dizer que a sociedade começa a perceber a importância de mudar o comportamento frente a um aspecto que a todos, de uma forma ou de outra, atinge.

A população idosa, por muito tempo, ficou a mercê de qualquer tipo de reconhecimento, seja no âmbito familiar, seja no âmbito social, seja no âmbito político ou jurídico. O mais comum e noticiado na imprensa eram casos de discriminação, violência, maus-tratos e negligência.

A sociedade rotulava seus idosos como um “peso”, no sentido pejorativo da palavra, como sujeitos dependentes e que, no máximo, poderiam contribuir com a renda da família, através das aposentadorias e pensões, isto se não consumissem o valor das mesmas em medicamentos.

Porém, nos últimos anos, essa visão tem sido mitigada e o idoso passa a ser tido como um sujeito de direitos que enseja toda uma proteção especial do Estado e da sociedade, justamente em respeito a sua peculiar condição. Para melhor análise desses aspectos, passa-se a estudar a definição do idoso e a proteção conferida ao mesmo no âmbito jurídico interno.

2.1 Definição de idoso no direito pátrio

A Organização Mundial de Saúde (OMS) determina que a terceira idade seja considerada a partir de sessenta e cinco anos. Da mesma forma, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), através da Convenção 102, adotando o chamado critério cronológico, considera idoso o maior de 65 anos. Alda Britto da Motta (2007, p. 227) comenta:

É difícil definir velhice, inclusive com delimitação referida ao biológico, por sua inseparabilidade do social. [...]

O ponto central de dificuldade dessa definição forçada reside no fato de os indivíduos serem, ao mesmo tempo, semelhantes e diferentes.

No Brasil, com todas as particularidades que afetam um país de tamanha dimensão geográfica, as desigualdades sociais e regionais, o deficiente sistema de saúde, o baixo nível de desenvolvimento humano e as precárias condições sócio-econômicas, promovem o fenômeno do envelhecimento precoce. Oportuno apontar que, conforme Paulo Roberto Barbosa Ramos (2005, p. 12):

Importante observar que no início o século XX a expectativa de vida da população brasileira era apenas de 33 anos. Nesse contexto, portanto, a velhice não se colocava como questão social relevante, até mesmo porque o número de velhos era pequeno e a velhice era tratada como questão doméstica, do mundo privado.

Com o aumento da expectativa de vida da população e com a intensificação na busca de uma maior proteção jurídica para a categoria dos idosos, principalmente no tocante a previdência e assistência social, o envelhecimento transformou-se em questão de ordem pública social, apesar de a própria Constituição Federal de 1988 não determinar uma idade específica para o idoso no seu texto.

No ano de 1994, através da Lei nº 8.842, que dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso, pelo seu artigo 2º, trouxe como definição de idoso a pessoa maior de sessenta anos de idade. Dispositivo esse corroborado pelo art. 1º do Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003, considerada um importante instrumento de proteção a esse novo perfil populacional que se apresenta no país.

Poderia se indagar neste momento qual seria o melhor critério para definir a condição de idoso e porque seria importante defini-la. Em relação a esse segundo questionamento é necessário frisar que, a partir do momento em que se confere proteção jurídica a uma categoria, faz-se necessário defini-la com a maior precisão possível.

Nos últimos anos, tem-se observado que os termos utilizados para definir essa categoria sofreram significativa amenização. Paulatinamente, termos de significado pejorativo substituíram outros, o que denota uma mudança na forma de se observar o idoso. Isso

acontece justamente pela proteção jurídica conferida e pelo interesse que essa categoria tem despertado na sociedade.

De qualquer forma, o tradicional conceito de idoso tem sido determinado pelo critério cronológico, que evidencia estar a pessoa com tantos ou mais anos de vida. Trata-se de uma aferição objetiva, facilmente verificável e adotada por algumas legislações como a da previdência, a tributária e a de políticas públicas e que se mostra relevante neste estudo.

2.2 Idoso como sujeito de direitos

O envelhecimento, apesar de ser um fenômeno natural, desperta sentimentos de piedade, de constrangimento, de solidão, de abandono e de medo. Atinge a todos, indistintamente, e é encontrado em todos os países. Por isso, a busca de mecanismos de proteção jurídica do idoso nos organismos internacionais se mostra importante.

Existem alguns documentos aos quais se possa mencionar como portadores de direitos e garantias aos idosos, mesmo que indiretamente, e que o Brasil se comprometeu a seguir. Veja-se a lição de Denise Gasparini Moreno (2007, p. 160):

Há vários documentos, nem todos falando diretamente em velhice ou senilidade, que o Brasil firmou e se comprometeu a seguir. São eles: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Declaração de Estocolmo (1972), Declaração da Filadélfia (1944), Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, Convenções 36, 26 e 37 da OIT, Recomendação 67 da OIT. De toda forma, são documentos que mostram uma tendência programática, que levam em consideração uma condição peculiar e que podem, em razão da existência de dispositivo que dá força a outros direitos e garantias, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ter a força de norma de direito positivo da República Federativa do Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu art. XXV, fala que toda pessoa tem direito a uma condição de vida que lhe assegure determinados direitos e a segurança em caso de velhice. Mas, não existe uma norma ou Convenção da ONU que trate do idoso especificamente. Em relação à Declaração Universal dos Direitos do Homem, Denise Gasparini Moreno (2007, p. 161) acrescenta:

Porém, o supracitado documento, ao ditar capacidade de gozo dos direitos e das liberdades, diz não poderem os homens ser distinguidos por seis razões, entre outras, nenhuma delas falando de idade. A Declaração de Estocolmo diz que “o homem tem direitos fundamentais à igualdade e a condições de vida adequadas num meio ambiente que permita uma vida com dignidade e bem estar”. A Declaração da Filadélfia, embora fale em raça, crença e sexo, nada diz da velhice. O mesmo se passa com a Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948, estatuindo também sobre a nacionalidade ou condição social. Já a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do

Homem refere-se à velhice. Há menção também na Carta Internacional Americana de Garantias Sociais.

No Brasil, o reconhecimento de qualquer direito ao cidadão geralmente acontece de forma lenta, atribulada e, até mesmo, desgastante. Quanto ao idoso não se pode dizer que tenha sido diferente. Assim, o efetivo exercício de sua cidadania, que, aqui, poderia se expressar pelo direito a aceitabilidade social, ao efetivo exercício de seus direitos mediante contraprestação estatal nem sempre acontecem de forma natural.

Oportuno salientar que a proteção ao idoso foi contemplada, inicialmente, no direito pátrio e de uma forma mais ampla, na Lei n° 8.842/94, que trata da política nacional do idoso através da criação do Conselho Nacional do idoso, envolvendo os três entes federativos nesta proteção e objetivando garantir o bem-estar físico, emocional e social dos idosos em todo o território nacional.

A Constituição Federal de 1988, se contrapondo as Constituições anteriores de 1946 e 1967, disciplinando a proteção do idoso, no art. 230, determina que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 2008).

Assim, não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 trouxe importante avanço no sentido de se perceber o idoso como um legítimo sujeito de direitos potencial e efetivo, capaz de exigir do Estado maior empenho no desenvolvimento de políticas públicas que atendam às suas necessidades individuais e coletivas.

2.3 A proteção constitucional e infraconstitucional do idoso

O idoso, como autêntico sujeito de direitos que é, dispõe de normas que o abriga no âmbito interno. Constitucionalmente, de muita importância foi a previsão do direito a uma velhice digna, mesmo que indiretamente, uma vez que a dignidade da pessoa humana está expressa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

No corpo constitucional, o art. 3°, IV, determina a não discriminação em razão da idade e no art. 5°, inciso XLVIII, determina que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, sendo um dos critérios de distinção a idade.

Já no Capítulo II, dos Direitos Sociais, mesmo que não haja menção expressa da idade, pode-se entender, pela proteção aos desamparados, que o idoso está amparado naquele capítulo pelo art. 6°.

No art. 7°, inciso XXX, há a expressa proibição de que haja diferença de salários, exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de idade. Mesmo que este dispositivo possa ser dirigido aos menores de idade, importante se faz ser invocado também para a proteção do idoso.

Outra forma de promover o direito dos idosos está prevista no art. 14, § 1º, inciso II, letra “b”, o qual prevê a facultatividade do voto aos maiores de setenta anos, premiando a liberdade do idoso de escolher entre participar ou não do sufrágio, que, de qualquer forma, exige atenção e certo envolvimento no sentido de promover uma escolha sensata.

É a partir do Título VIII, Da Ordem Social, disposto na Constituição Federal de 1988, que começam a ser, expressamente, previstas normas que mencionem a idade avançada (art. 201, I) e idoso (art. 203, V). Basicamente, estes dispositivos tratam da Previdência e da Assistência Social.

No Capítulo VII, Da Família, Da Criança, Do Adolescente e do Idoso, a Constituição Federal trouxe especial destaque ao papel da família e no título do capítulo, bem como em alguns de seus artigos, fez a menção expressa aos direitos dos idosos como o dever de ajuda e amparo que os filhos são obrigados a prestar aos pais na “velhice”. Também no art. 230, §§ 1º e 2º, há menção expressa do dever da família, da sociedade e do Estado de amparo às “pessoas idosas”, preferencialmente em seus lares, assim como, a garantia de gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

No tocante a proteção infraconstitucional, como já mencionado anteriormente, foi a Lei 8.842/94 a que, de forma pioneira e mais abrangente, tratou de estabelecer uma série de políticas públicas para a proteção ao idoso.

Sem dúvida, trata-se de um instrumento de ordem social que visa ao estabelecimento de normas gerais, de princípios e diretrizes capazes de promover ações governamentais. Mas, não há como negar o caráter de privatização dos cuidados do idoso que essa norma quis trazer no tocante ao determinar à família a responsabilidade de cuidá-lo.

A finalidade da referida norma parece ser assegurar aos idosos o acesso aos direitos sociais, criando condições para os mesmos de integração, participação ativa e autonomia. Também se percebe que o legislador quis promover a participação dos idosos na vida sócio-econômica do país e, para isso, obrigou todos os entes federativos a participarem efetivamente da promoção destas políticas.

A Lei ainda menciona a necessidade de estar o idoso inserido na comunidade, convivendo e sendo acolhido pela mesma em respeito a sua dignidade, independência e auto-realização. Há o interesse do legislador de promover a troca de experiências entre gerações como forma de melhor aproveitamento dos programas e políticas públicas que são oferecidas. Todos esses aspectos aliados podem promover o pleno exercício da cidadania e, conforme a lição de Denise Gasparini Moreno (2007, p. 163):

Essa política representa reconhecimento oficial de que o Brasil está envelhecendo rapidamente. Há, porém, duas conseqüências, como já analisadas: a expectativa de vida esta aumentando, gerando a preocupação dos gastos com a saúde.

A Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, também criou o Conselho Nacional do Idoso. Referido Conselho, instituído pelo Decreto nº 4.227, de 13.05.2002, tem como finalidade, de acordo com o artigo 3º, supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso; elaborar proposições, objetivando aperfeiçoar a legislação pertinente à Política Nacional do Idoso; estimular e apoiar tecnicamente a criação de conselhos de direitos do idoso; propiciar assessoramento aos conselhos Estaduais, do Distrito Federal e

Municipais, no sentido de tornar efetiva a aplicação dos princípios e diretrizes estabelecidos pela Política Nacional do Idoso; zelar pela efetiva descentralização político-administrativa e pela participação de organizações representativas dos idosos na implementação de política, planos, programas e projetos de atendimento ao idoso; zelar pela implementação dos instrumentos internacionais relativos ao envelhecimento das pessoas, dos quais o Brasil seja signatário e elaborar o seu regimento interno.

Logicamente que uma norma com esse escopo exige um acolhimento de toda a sociedade para ser implementada, mas muito mais a sua efetividade dependerá da vontade estatal. Trata-se de disciplinamento de políticas públicas que exigem a contraprestação do Estado.

Outro diploma legal importante que se pode mencionar trata-se da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, a LOAS, que dispõe sobre a Organização da Assistência Social e que configura a garantia de recebimento de um salário mínimo ao idoso com 70 anos ou mais, desde que o mesmo comprove que não possui meios de prover a própria subsistência e não encontra na família esse amparo.

Em novembro de 2000, foi editada a Lei nº 10.048, a qual dispõe sobre a prioridade no atendimento do idoso, maior de 65 anos, em todos os bancos, órgãos públicos e concessionários de serviço público.

Também a Lei nº 10.173, de 08 de janeiro de 2001 promoveu significativa mudança no Código de Processo Civil permitindo a prioridade na tramitação de processos judiciais de idosos, maiores de 65 anos, em qualquer instância ou tribunal. Trata-se de uma norma extremamente lógica, que permite maior efetividade na busca da justiça, uma vez que o idoso não dispõe de muito tempo para esperar a tutela judicial. E, se esta não for prestada a tempo, nem precisa ser prestada.

Ressalta-se, ainda, que cabe ao Ministério Público atuar quanto à defesa das pessoas idosas na esfera civil ou penal e fiscalizar o fiel cumprimento da legislação específica de proteção individual ou coletiva.

Pelo exposto, percebe-se que, internamente, vários instrumentos foram criados no sentido de se buscar o efetivo gozo de direitos por parte dessa categoria. O que se tem visto na prática, porém, é uma precária divulgação e efetivação desses dispositivos previstos, o que torna o idoso uma categoria vulnerável porque desconhece seus direitos e, assim, não exerce sua cidadania.

2.4 O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003)

O Estatuto do Idoso, aprovado em outubro de 2003, corresponde a um conjunto de regras específicas, dirigidas a buscar a efetiva proteção do idoso, com idade igual ou

superior a 60 anos, reforçando a tutela constitucionalmente prevista. Caroline Fockink Ritt e Eduardo Ritt (2008, p. 106), assim se manifestam na sua obra:

Há muito tempo, essa camada social composta por cerca de 16 milhões de pessoas necessitava de um microsistema jurídico que lhe desse maior atenção, como ocorreu com as crianças e os adolescentes, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ressalta-se que o merecido tratamento ao idoso deveria estar fundamentado nas questões éticas, morais e familiares da sociedade. Porém, na realidade atual, onde a discriminação se faz presente, foi necessária a criação de uma legislação, para que o merecido respeito a essa camada da população brasileira fosse efetivamente realizado.

Observa-se, pela interpretação dos seus dispositivos, que o principal escopo desse microsistema visou a proteção e a valorização social do idoso. Busca a construção e estruturação de uma consciência política e social que confira ao sujeito de direitos, maior de 60 anos, a possibilidade do efetivo usufruto dos seus direitos e garantias fundamentais.

O art. 3º, parágrafo único, do referido diploma legal, prevê o princípio da prioridade absoluta. Essa garantia de prioridade, segundo Marco Antonio Vilas Boas (2005, p.8), tem analogia com as metas da Política Nacional do Idoso, estipulada pela Lei nº 8.842/1994.

A garantia de prioridade significa, pela interpretação da norma legal, que o idoso tem o direito ao atendimento preferencial, imediato e individualizado dos órgãos públicos e privados, que prestem algum serviço à população. E essa prioridade lhe deve ser conferida pela sociedade, pelo Estado, enfim, por todos que de alguma forma estejam envolvidos com a proteção jurídica desses sujeitos de direitos. Caroline Fockink Ritt e Eduard Ritt (2008, p. 109), colocam que:

A explicação é no sentido de que o Estatuto do Idoso quer assegurar o direito aos idosos, como também pretende educar a população, para que dê o devido valor àqueles que o temo e a experiência tornam importantes. O Estatuto não pede compaixão, mas, sim, ordena respeito ao idoso, assegurando seu merecido espaço na vida social.

A prioridade absoluta, também prevista em outros dispositivos ao longo do texto da norma, enfatiza no inciso IV e V do artigo 3º, que deverá ser viabilizado forma alternativa de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações, bem como que o mesmo tenha o atendimento necessário prestado pela própria família, em detrimento do atendimento asilar.

Esses dispositivos denotam a preocupação do legislador com a acolhida ao idoso que deve ser prestada por toda sociedade, mas, principalmente, pela própria família, afinal, sabe-se que é nela também que ocorrem os casos mais agressivos de violência e abandono ao idoso.

Ainda em face do princípio da prioridade absoluta e como consequência dele, no art. 71, é assegurada a prioridade de acesso à justiça e tramitação dos processos, assim como, a

criação de varas judiciais especializadas e exclusivas para o idoso, corroborando as inovações introduzidas no Código de Processo Civil, vistas acima.

No art. 14 do Estatuto, interessante imposição fora determinada ao ente estatal. Trata-se da disposição de que se os familiares do idoso não possuem condições econômicas de prover o sustento do mesmo, ao Poder Público caberá esse provimento, no âmbito da assistência social. Esse dispositivo corrobora a determinação expressa na LOAS e, num país carente como o Brasil, se mostra um importante mecanismo de proteção das necessidades básicas e de busca da dignidade humana do idoso.

Inegável o fato de que o Estatuto do Idoso constitui um microsistema legal que conclama a sociedade em geral e o ente estatal a buscar uma consciência coletiva de respeito e proteção ao idoso, aos direitos que lhe são inerentes, bem como, abre a possibilidade de implantação de uma série de políticas públicas, que correspondem a instrumentos capazes de promover o bem-estar e a integração social do idoso.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS CONSTANTES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS AOS IDOSOS

Com a redemocratização do Estado brasileiro, direitos sociais e coletivos começam a ser destinados aos cidadãos através das prestações estatais. Assim, algumas iniciativas públicas dirigidas aos grupos vulneráveis têm tentado reconhecer esses grupos sociais e suas identidades culturais e diminuir as desvantagens sociais e a exclusão experimentadas por esses grupos.

Outra questão importante que se pode citar é a busca pela promoção da identidade individual, mesmo que esse indivíduo se encontre inserido em um grupo, como é o caso dos idosos. E aqui se faz imprescindível a participação da sociedade civil organizada, através do respeito à dignidade humana e à pluralidade. Sobre pluralidade, assim se manifesta Hanna Arendt (2008, p. 188):

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, e cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. Ser diferente não equivale a ser outro – ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade de <<alteridade>>, comum a tudo o que existe e que, para a filosofia medieval, é uma das quatro características básicas e universais que transcendem todas as qualidades particulares. A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é razão pela qual não podemos dizer o que uma coisa é sem distingui-la de outra. Em sua forma mais abstrata, a alteridade está presente somente na mera multiplicação de objetos inorgânicos, ao passo que toda vida orgânica já exhibe variações e diferença, inclusive entre indivíduos da mesma espécie. Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa

diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa – como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.

O sujeito individualizado, mas pertencente a um grupo será destinatário de políticas públicas que serão prestadas através de ações afirmativas governamentais. Essas políticas públicas, no caso brasileiro, têm sido destinadas a promover a inclusão social e a cidadania dos grupos sociais minoritários. No caso dos idosos, especificamente, o Estatuto do Idoso representou um importante marco no planejamento dessas ações.

A busca pela cidadania dos idosos é uma necessidade premente. Não se pode mais querer delegá-la às gerações futuras, como também não se pode querer a solução simplista do asilamento, até porque o próprio Estatuto impõe à família a obrigação da prioridade absoluta nos cuidados com os idosos.

Outro importante aspecto é o reconhecimento da discriminação em relação ao idoso. A partir do momento que se reconhece sua existência pode-se tentar buscar a solução dos problemas sociais que essa discriminação acarreta para a categoria. Caroline Fockink Ritt e Eduardo Ritt (2008, p. 36) escrevem sobre o tema:

Para Agustini, foi justamente a sociedade capitalista e o modelo liberal que prepondera em nossos dias, que contribuíram para que ocorresse a exclusão social e a conformação dos idosos, atualmente considerados como sendo uma minoria, sendo essa concepção a fonte principal do processo de preconceito e discriminação existente contra os idosos.

Robert Castel, (2008, p 14), no seu livro, comenta que a discriminação negativa marca o seu portador com um “defeito quase indelével” que o associa a um destino embasado numa característica que ele próprio não escolheu, mas que os outros o estigmatizaram. E ainda que a discriminação negativa é a “instrumentalização da alteridade, constituída em fator de exclusão”. Nessa mesma linha, Flávia Piovesan (2008, p. 57), em artigo intitulado “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional” manifesta que:

[...] Vale dizer, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

O direito à igualdade, constitucionalmente previsto, não impediu que alguns mecanismos de segregação social ocorressem naturalmente. No caso dos idosos a desigualdade de acesso e de oportunidades, mesmo que justificada por razões de natureza biológica, não podem fomentar a discriminação no que ela traz de mais

agressivo, que é promover a exclusão social. Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 86-87), em artigo científico, assim se manifesta:

Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo, Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. [...] Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica.

Dessa forma, o direito à igualdade, quanto ao conteúdo, pode ser entendido de forma mais ampla. Ou seja, pode-se admitir, e convém que assim se faça, que esse princípio tenha uma aplicabilidade na realidade social através de mecanismos práticos, representados pelas ações afirmativas, que favoreçam ou compensem juridicamente o grupo afetado.

Eduardo Ruiz Vieitez, (2007, p. 189-190), em artigo científico, assim discorre sobre ações afirmativas: “Por otro lado, considerando que uma vez que se adoptam programas de financiación de acciones positivas em favor de los grupos minoritários, la norma que no ofrece a todos los grupos iguales oportunidades pueda entenderse estimarse discriminatória (76).”

No ano de 1997, houve a criação do Plano de Ação Governamental para Integração da Política Nacional do Idoso que congrega a participação de vários Ministérios. O objetivo desse plano de ação é de estimular a criação de locais de atendimento aos idosos, centros de lazer e convivência, casas-lar, oficinas de trabalho, atendimentos específicos e criação da universidade aberta para a terceira idade.

No tocante à criação de universidades abertas, como já citado anteriormente, esse fato em muito contribui para a inclusão do idoso na sociedade. Cabe destacar aqui a importância do aspecto cultural na vida social como um promotor da individualidade e da integração social.

A Política Nacional do Idoso prevê normas jurídicas protetivas aos idosos garantindo-lhes autonomia, integração social e cidadania. Precisa-se, agora, uma maior dinamicidade dessas políticas, precisa-se que sejam, de fato, implementadas.

CONCLUSÃO

Por muito tempo o idoso teve que esperar por uma proteção jurídica que lhe concedesse o merecido reconhecimento. A Constituição Federal de 1988, oportunamente, conferiu a essa categoria alguns dispositivos nesse sentido, assim como, o Estatuto do Idoso em 2003, também tentou conferir uma proteção especial.

Identificando o idoso como sujeito de direitos especiais, esses instrumentos impuseram à família, à sociedade e aos entes estatais a obrigação de garantir dignidade e reconhecimento a essa categoria como prioridade absoluta.

É inegável que a idade vem acompanhada de vulnerabilidades e redução da capacidade física do indivíduo. Nesse sentido, ações afirmativas devem ser implementadas para minimizar os efeitos negativos decorrentes de tal vulnerabilidade e como instrumentos de busca da igualdade material numa sociedade intercultural.

Ao Estado cabe promover essa igualdade no intuito de propiciar oportunidades e efetivar direitos que, potencialmente positivados, não atingem o fim último da norma, qual seja, conferir cidadania e dignidade a todo cidadão brasileiro, mas de forma especial ao idoso, pela situação de vulnerabilidade em que se encontra.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Odílio Alves. **Juízo, Gosto e Legitimidade em Hannah Arendt.** *Philosophos* 8 (2) : 251-271, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.iphi.com.br/pdfs/Juizo%20gosto%20e%20legitimidade%20em%20Hanna%20Arendt.pdf>>. Acesso em 28 out. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3 ed. Coimbra: Edições Coimbra, 2006.

ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOAS, Marco Antonio Vilas. **Estatuto do Idoso comentado.** Rio de Janeiro: forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória:** De senectute e outros escritos autobiográficos. Trad. Daniela Versiani. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 out. 2008.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa**: cidadãos ou autóctones? Trad. Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos idosos**. São Paulo: LTr, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.4.

MORENO, Denise Gasparini. **O Estatuto do idoso**: o idoso e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOTTA, Alda Britto da. Chegando pra idade. In: BARROS, Myriam Moraes Lins de. (org.). **Velhice ou terceira idade?** Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política. Reimp. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

OCAMPO, Raúl Granillo. La Globalizacion em Nuestro Tiempo. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**. Fortaleza: Ano 12, n. 23, jan/jun 2008, p. 378-397.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Disposições Preliminares. In: _____(Org.). **Estatuto do Idoso comentado pelos Promotores de Justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005, p.11-16.

RITT, Caroline Fockink, RITT, Eduardo. **O estatuto do idoso**: aspectos sociais, criminológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**. Belo Horizonte: n. 15, p. 85-99, jun.1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTORI, Giovanni. **Homo Videns**. Alianza Editorial, Madrid, 1995.

SOUZA JÚNIOR, Dinei Gazoni de, KULLOK, Alcione Távora, TELLES, José Luiz. A agenda 21 global e a agenda 21 brasileira: desafios para a inclusão social dos idosos. **Comunicação em ciências da saúde**. Brasília, v. 17, n. 4, p. 291-302, abr. 2007.

VIEYTEZ, Eduardo Ruiz. Constitución y Multiculturalismo – Una valoración Del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. **Revista Española de Derecho Constitucional**. N. 80, mayo-agosto, 2007, p. 169-197.

[1] A Agenda 21 trata de um plano de ação aprovado na Rio-92. Apresenta-se como um guia participativo, no sentido de envolver governos, sociedades, setor privado e organizações para a busca de um modelo de desenvolvimento sustentável. Visto que o envelhecimento populacional tem se tornado fenômeno cada vez mais presente, inclusive no Brasil, acredita-se ser de fundamental importância a inclusão desse segmento social nos processos decisórios, uma vez que é possível uma visão positiva, com elevado status e papel social da pessoa idosa.

DIREITO À EDUCAÇÃO DOS PORTADORES DE DISLEXIA

EDUCATION'S RIGHT FROM THE DYSLEXIA'S BEARERS

**Ana Manuela dos Reis Rampazzo
Ana Cleusa Delben**

RESUMO

A dislexia afeta uma parcela expressiva da população mundial e brasileira. Com origem desconhecida e de difícil diagnóstico no início da vida escolar, em sua grande maioria, os disléxicos de início são taxados de preguiçosos e deixados a margem da sociedade, não recebendo os cuidados educacionais dignos. Por isso, se historicamente essa parcela da população foi negligenciada resultando na ausência de retorno produtivo que teriam condições de oferecer, chegou a hora de modificar esse paradigma, não só através de políticas públicas, mas também de privadas, visto integrarem o rol dos direitos da personalidade. Restringe-se o presente estudo à efetivação do direito à educação aos portadores de dislexia.

PALAVRAS-CHAVES: PORTADORES DE DISLEXIA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIAGNÓSTICO.

ABSTRACT

The dyslexia affects only one parcel expressive from world population and brazilian. With obscure origin and of difficult diagnostic into the beginning from life scholastic in it sweats big majority, the person that have dyslexia of beginning are rate of idlers and let the margin from society, it doesn't receiving the cautions educational worthy. By it, if historically this quota from population was treated without attention resulting in an absence of return productive what they should be conditions of offering, walked up to hour of modifying this paradigm, will not only from one side to the other public polities, but also of privy, it wear integrate the roll from the rights from personality. Confines - if the gift I study on the effective of the right on the education to the bearers of dyslexia.

KEYWORDS: DYSLEXIA'S BEARERS. EDUCATION'S RIGHT. DIAGNOSTIC.

INTRODUÇÃO

Longe de ser um tema aleatório, a preocupação com a educação dos portadores de dislexia veio sendo refletida e amadurecida, face a realidade que estes vivem de

discriminação e descaso e as vitórias que podem conquistar, sendo ótimos profissionais nas áreas ligadas à capacidade intelectual, criatividade, produtividade, liderança e talentos para artes como: música, desenho e teatro, quando não negligenciados. Como exemplo de famosos disléxicos lembra-se de Agatha Christie, Albert Einstein, Alexander Graham Bell, Beethoven, Bill Gates, Franklin Roosevelt, Leonardo da Vinci, John Lennon, Walt Disney , Van Gogh e Pablo Picasso.

A perplexidade e discriminação que sofrem de professores, amigos e até no âmbito familiar trás a tona a discussão de se saber quais são os direitos educacionais dessa parcela da população bem como se eles encontram-se efetivados.

Tem-se conhecimento de inúmeros e excelentes estudos sobre o tema nas mais variadas áreas, como medicina, pedagogia, psicologia, história, porém no campo jurídico as iniciativas ainda se mostram tímidas.

Apesar do fato, a busca e disseminação do conhecimento nos balizou, movendo-nos a trazer alguma contribuição àqueles relegados ainda por muito e à margem da sociedade, sem muitos investimentos no desenvolvimento de suas capacidades e da força de trabalho.

Não se olvide que o direito à educação é direito fundamental e como tal deve ser respeitado e fornecido dignamente a todos. Assim, se pretendeu responder as seguintes indagações: qual o tratamento dispensado aos disléxicos no aspecto da educação? Como pode ser classificado tal direito? E quais as políticas voltadas a sua efetivação?

Para tanto, desenvolveu-se três capítulos, introduzindo o leitor ao tema e conduzindo-o ao ponto que se encontra hoje em nossa sociedade.

Certamente é incorreto afirmar que as conclusões apresentadas estão prontas e são imutáveis, até porque esta não foi a pretensão, mas sim apresentar uma singela contribuição para a compreensão da dislexia e permitir o questionamento do tema educação dos disléxicos na órbita do direito. Busca-se, portanto uma mobilização que certamente produzirá bons frutos.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 O que é pessoa a luz do Direito

Como estabelece o art. 1º do Código Civil, todo homem é dotado de capacidade para ser sujeito ativo ou passivo de direito, na ordem civil[1], ainda que representado, de modo individual ou coletivo, sendo ele titular “de direitos e obrigações[2]”, e seus “interesses e os valores necessários”[3], são garantidos por lei.

No tocante à personalidade, Clayton Reis esclarece que é o: “caráter ou qualidade do que é pessoal; personalidade; o que determina a individualidade de uma pessoa moral; o elemento estável da conduta de uma pessoa; sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue de outra”^[4].

Na legislação pátria a personalidade encontra guarida no art. 2º do Novo Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”^[5]

Assim, temos que a personalidade, que é um atributo jurídico^[6], compreende a “capacidade de direito, capacidade de fato e de um patrimônio (material e moral). Integram o patrimônio moral os chamados direitos imateriais ou direitos da personalidade.”^[7]

Semelhante é o raciocínio de Paulo Nader sobre o tema: “Personalidade jurídica, atributo essencial ao ser humano, é a aptidão para possuir direitos e deveres, que a ordem jurídica reconhece a todas as pessoas”.^[8] Assim, o ser humano “a quem cabe o dever a cumprir ou o poder de exigir, ou ambos, é que se denomina sujeito de direito.”^[9]

Superada a idéia de pessoa e personalidade, distingue-se o que venha a ser o deficiente mental, e em seguida o disléxico, titular de direitos analisado em nosso estudo.

1.2. A deficiência mental

A deficiência mental refere-se a um funcionamento intelectual, menor que a média da população, dando os sinais de manifestação antes mesmo dos dezoito anos de idade e é associado a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas^[10] ou mesmo ligado a capacidade de “responder, adequadamente, às demandas da sociedade, nos seguintes aspectos: comunicação; cuidados pessoais; habilidades sociais; desempenho na família e comunidade; independência na locomoção; saúde e segurança; desempenho escolar; lazer e trabalho”^[11] sendo, portanto, uma carência de inteligência^[12], tratado como um desenvolvimento psicomotor retardado em relação à média do adulto^[13].

1.3 Doença mental e incapacidade

A doença mental por seu turno desenvolve-se posteriormente, na adolescência ou mesmo na fase adulta, sendo que, é uma variação no comportamento da pessoa, prejudicando-a no desempenho das normais atividades, tais como no convívio social, profissional, familiar e mesmo pessoal^[14].

Já a incapacidade é um termo diferente da deficiência mental, posto que esta se refere à pessoa em “razão do meio social e cultural que a cerca”,^[15] sendo ela um conceito

jurídico regulamentado na legislação brasileira através dos arts. 3º e 4º do Código de 2002, onde se trata dos absolutamente e dos relativamente incapazes de reger-se por si só na prática dos atos da vida civil.

1.4 Portador de Necessidades Especiais

Trata-se sob esta alcunha dos educandos que possuam algum tipo de dificuldade de aprendizagem, não necessariamente enquadrada como deficiência, posto que podem estar vinculadas à condutas típicas ou altas habilidades[16], como os superdotados. Estas crianças necessitam de respostas adequadas e específicas.[17]

Dentre as limitações que possuem estes infantes enquadram-se as relativas a déficits “visuais, auditivos, mentais ou motores, bem como de condições ambientais desfavoráveis”[18]. Assim seriam:

- crianças com condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais e sensoriais diferenciadas;
- crianças com deficiência e bem dotadas;
- crianças trabalhadoras ou que vivem nas ruas;
- crianças de populações distantes ou nômades;
- crianças de minorias lingüísticas, étnicas ou culturais;
- crianças de grupos desfavorecidos ou marginalizados.[19]

Enquadra-se nessa os disléxicos, que ora analisados.

1.4.1. Dislexia

O disléxico não é um aluno com deficiência e sim com dificuldades “não vinculadas a uma causa orgânica específica”, posto que estes educandos têm embaraços no campo da leitura, o que afeta a “soletração (decodificação textual) e a compreensão textual.”[20] Assim tem a criança outras “dificuldades de linguagem como a disgrafia (dificuldade no traçado gráfico) e a disortografia (inversões, omissões e alterações da palavra)”.[21] Deste modo:

A dislexia é um tipo de distúrbio de leitura que apresenta uma dificuldade específica na aprendizagem da identificação dos símbolos gráficos. Embora a criança apresente inteligência normal, integridade sensorial e receba estimulação e ensino adequados, é uma dificuldade que faz vítimas em todas as classes sociais e em todos os países do mundo.

Devido à falta de informação dos pais e dos professores da pré-escola e à dificuldade de identificar os “sintomas” antes da entrada da criança na escola, a dislexia só vai ser diagnosticada quando a criança estiver no primeiro ou segundo ano do Ensino Fundamental.

Em geral, a criança disléxica é considerada relapsa, desatenta, preguiçosa, sem vontade de aprender, o que cria uma situação emocional que tende a se agravar, especialmente em função da injustiça que possa vir a sofrer.[22]

A Internacional Dyslexia Association a define como sendo:

uma dificuldade de aprendizagem de origem neurológica. É caracterizada pela dificuldade no reconhecimento e fluência corretos e por dificuldade na decodificação e soletração. Essas dificuldades resultam tipicamente do déficit no componente fonológico da linguagem que é inesperada em relação a outras habilidades cognitivas consideradas no grupo (faixa etária)[23].

Desta maneira, conseqüências secundárias auxiliam na compreensão da leitura e na redução das experiências acumulada, o que resulta no conhecimento de um pequeno vocabulário. Por isso, muitas vezes são rotuladas de doente mental ou preguiçoso quando na verdade trata-se de um aluno que precisa de maior atenção por parte da comunidade familiar e escolar, implicando com isso aptidão e integração entre aqueles que lidam com o infante, no sentido de que este se desenvolva e possa prosperar no campo da aprendizagem, sendo, portanto, imprescindível que ocorra um trabalho multidisciplinar com a criança, devendo ser ele acompanhado por fonoaudiólogos, psicólogos e psicopedagogos e, se necessário, por outros profissionais que possam auxiliar na eliminação de fatores diversos, fechando um diagnóstico preciso. Para tanto, leva-se em consideração o desenvolvimento da criança, histórico familiar, desempenho escolar métodos de ensino, repertório adquirido e informações sobre os métodos de ensino pelos quais as crianças foram submetidas.

O diagnóstico correto é de grande valia, visto eliminar suspeitas de déficit educacional, bem como de que se trata de uma criança desatenta ou bagunceira, permitindo a adoção de técnicas mais adequadas para a reintegração do aluno.

Segundo Elena Border, a dislexia é diagnosticada dos seguintes modos: a) por processo de exclusão; b) indiretamente, à base de elementos neurológicos; c) diretamente, à base da frequência e persistência de certos erros na escrita e na leitura.[24]

Pelo exposto, vê-se que o dislético nada mais é que o aluno que possui dificuldades para entender o que lê, para decodificar o texto e interpretá-lo, para reconhecer e orientar-se no espaço visual, levando, portanto, a dificuldade de aprendizado.

2 OS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS NO CONTEXTO INTERNACIONAL

2.1 Evolução histórica do tratamento dispensado aos portadores de necessidades especiais

A história e a literatura demonstram o pensamento discriminatório da humanidade, que volta sua atenção com maior facilidade às dificuldades, defeitos e impedimentos que às potencialidades e capacidades das pessoas. Nesse contexto, os disléticos não passaram despercebidos, sendo que a falta de conhecimento levou e ainda leva a sociedade a considerá-los uma sobrecarga, portadores de uma doença mental, portanto, incapazes, indefesos e, sem direitos, relegados a segundo plano, de preferência segregados.

Com exceção de Brooner e Hollingworth, os psicólogos e educadores do início do século não se preocuparam com os distúrbios específicos de linguagem, concentrando-se no aspecto pedagógico da questão. Também a classe médica negligenciou o problema, o que contribuiu para estabelecer e aumentar a lacuna entre a identificação do distúrbio e a recuperação das crianças. [25] Nesse contexto, os disléticos eram tratados pelos professores como um aluno com dificuldade de aprendizado, não lhe sendo oportunizado desenvolver suas capacidades.

Somente no século XX, após as duas grandes guerras, a educação para portadores de deficiência deixa de ser tratada somente no plano médico, para ser assumida por outras áreas, incluindo o direito, que não poderia mais se manter afastado da realidade. Em verdade, a questão é muito mais econômica que humanitária, visto que cada um que reintegrava à sociedade deixava de ser despesa para o Estado, tornando-se contribuinte.

Sendo o direito à educação, um direito subjetivo, segundo Vicente Raó, enxerga-se uma humanização dos direitos, ligando-os às tendências individuais e sociais da natureza humana^[26]. Assim o direito à educação, está previsto nas legislações e ordenamentos internacionais da seguinte maneira:

[...] na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948, art. 26), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966, art. 13), no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Protocolo de São Salvador (1988, art. 13), entre outros instrumentos normativos internacionais.[27]

Mais especificamente sobre nosso objeto de estudo, destaca-se a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; a Carta Social Européia, de 1961, o Projeto de Carta dos Direitos Humanos e dos Povos do Mundo Árabe, de 1971 e o Protocolo de San Salvador, de 1988, todas, de alguma forma, protetiva dos direitos das crianças mentalmente diminuídas, primando para que estas alcancem o máximo desenvolvimento de sua personalidade.

Por fim, tutelando exclusivamente o direito dos portadores de necessidades especiais, consolidando a idéia que estes não são uma sobrecarga, mas sim úteis a sociedade, podendo contribuir para o desenvolvimento da nação, aparece a Declaração dos Direitos dos Deficientes, de 1975, que tem como um dos fundamentos “(...) a necessidade de evitar incapacidades físicas e mentais e de ajudar os incapacitados a desenvolverem suas aptidões nos diversos campos de atividade, e a promover sua integração numa vida social normal, (...)” e estabelece em seu artigo 3º que “o deficiente tem os mesmos direitos fundamentais de seus concidadãos da mesma idade, o que supõe em primeiro lugar o direito de desfrutar de uma vida digna e o mais possível normal e plena”. No âmbito nacional essa legislação foi de grande impacto, motivando, inclusive, emenda à Constituição vigente, como será adiante analisado.

Em 1981, celebrou-se o Ano Internacional da Pessoa Portadora de Deficiência, sendo no ano seguinte aprovado, pela Organização das Nações Unidas, o Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, que elenca as dificuldades e soluções enfrentadas nessa área, deixando a critério dos Estados membros a promoção de medidas para concretizá-lo. O Programa reafirma a necessidade do portador de deficiência não ser separado de sua família e respectiva comunidade, levando em conta as suas necessidades especiais. No âmbito legislativo salienta a necessidade dos Estados assumirem a responsabilidade de ofertar a todos as mesmas oportunidades, coibindo as práticas discriminatórias. Sob o aspecto educacional, cabe ao poder público viabilizar a inserção do deficiente no ensino regular, representando um grande passo.

Onze anos depois, realiza-se, em Cartagena, Índia a Conferência Intergovernamental Ibero-Americana sobre Políticas para Pessoas Idosas e Portadoras de Deficiência, que resulta na elaboração da Declaração de Cartagena de Índias sobre Políticas Integrais para Pessoas com Deficiência na Região Ibero-Americana, recomendando aos governos participantes a adoção de medidas para elaborar políticas e programas de prevenção e de assistência integral aos portadores de deficiência em diversas áreas, bem como incentiva os estados a promoverem a ampla divulgação do tema, quer nos meios públicos, quer nos privados. Da mesma reunião, surge ainda a Declaração de Manágua, assinada pelos representantes das três organizações colaboradoras, quais sejam: Juan López, Presidente de CILPEDIN; Paulette Berthiaume, Presidente da CACL e Eugenio M. Zamora, Diretora Geral de IIN, e testemunhada pela, então, Presidente da Nicarágua, Violeta de Chamorro. Por este documento, os trinta e seis países participantes, aliados à sociedade como um todo, representada por profissionais, membros de famílias de crianças com deficiência e, até mesmo, algumas crianças e jovens nicaragüenses portadores de deficiência, comprometeram-se a trabalhar para o desenvolvimento de políticas sociais em favor das crianças e jovens portadores de deficiência, bem como suas respectivas famílias, visando uma melhor qualidade de vida e integração social dos mesmos. Além disto, se dispuseram a realiza políticas governamentais, de legislação e promoção de

defesa dos direitos, buscando despertar a consciência pública para estes assuntos e desenvolver sistemas de informação e pesquisa, demonstrando a conscientização de todos da necessidade de extirpar a discriminação, visto o potencial que muitos portadores de necessidades especiais, como os disléxicos, tem a oferecer, se não negligenciados.

Movimentos nacionais e internacionais buscam o consenso para a formação de uma política de integração e de educação inclusiva, sendo que em 1994, o governo espanhol organizou na cidade de Salamanca, uma conferência objetivando, com a cooperação da UNESCO, a promoção de “Educação para Todos”. Participaram do evento representantes de noventa e dois países e de vinte e cinco organizações internacionais que elaboraram a Declaração Salamanca, bem como uma “Linha de Ação”. Sobre Necessidades Educativas Especiais, dispõe o item 2 que “(...) as pessoas com necessidades educativas especiais devem ter acesso às escolas comuns que deverão integrá-las numa pedagogia centralizada na criança, capaz de atender essas necessidades:” Para tanto, necessário a adoção de novos métodos, estratégias e opções curriculares que se adéqüem às crianças com capacidades e interesse distintos resultando em igualdade de oportunidades. Entretanto como ressaltado no próprio Documento, para que as escolas se tornem integradoras, importante é a conscientização e boa vontade de toda sociedade, incluindo as instituições de ensino superior que deve fomentar a pesquisa, avaliação, preparação de professores, elaboração de programas e métodos pedagógicos.

Como último documento de caráter universal, aparece as Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidade Para Pessoas com Deficiência, aprovada pela ONU em 1996, tendo por finalidade assegurar aos portadores de deficiência a igualdade de direitos e deveres, cabendo ao Estado adotar medidas que eliminem os obstáculos existentes. Objetiva a implantação de um único sistema de ensino, regular e dirigido a todos, somente admitindo o ensino especial em caráter excepcional e tendo por objetivo preparar estudantes para que se possa, no futuro, ser educado no mesmo sistema de ensino regular.

Após esse passeio através da história na seara internacional, analisa-se a legislação brasileira referente ao tema.

2.2 Os portadores de deficiência mental no Contexto Brasileiro

2.2.1 Plano Constitucional

Em decorrência do próprio contexto social, econômico e político vivenciado de 1824, data da promulgação da primeira Constituição até a Emenda Constitucional n.º 01, de 1969, não se observa preocupação específica com os portadores de necessidades especiais ou com qualquer outro grupo social, como crianças e idosos, mas sim com os

direitos humanos de forma geral, que apresenta como um dos princípios básicos a isonomia de todos os cidadãos brasileiros.

Com a promulgação da nova Carta em 1934, inaugurou-se nova fase, principalmente no campo dos direitos sociais, que passa a ser melhor cuidado. Sobre a transição afirma Bernardo Colho: “a passagem do direito de índole liberal, marcado pelo absteísmo do Estado nas relações sociais, para a democracia social, na qual o Estado se imiscui nos problemas relativos ao bem estar da população.”[28] A educação mereceu um capítulo próprio, onde foi taxativamente reconhecido ser direito de todos e dever da família e dos órgãos públicos provê-la. Ainda, instituiu-se o sistema público de ensino, porém as necessidades dos disléxicos ainda eram negligenciadas, sendo estes, na maioria das vezes, considerados preguiçosos e bagunceiros e, portanto, não merecedores de atenção especial por parte dos professores.

No âmbito dos direitos sociais, progresso também adveio com o golpe de Estado de 1937 e a instituição de nova ordem. Nesta foi estabelecido, nos arts. 15, IX e 16 respectivamente, a competência privativa da União para a fixação das bases e quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a serem observadas para a formação física, intelectual e moral da criança e dos jovens, assim como competência legislativa privativa da União no tocante às diretrizes da educação nacional.

A Carta Política de 1946, em seu art. 145, institui como pilares da justiça social a ordem econômica e social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, o que demonstra que também “(...) não ficou alheia ao movimento de evolução dos direitos sociais que adquiri, assim, foros de constitucionalidade. Aprofundou-se o exame dos direitos sociais e nos problemas referentes à educação”.[29]

Em 1964, apesar de o golpe militar provocar mudanças nas regras políticas brasileiras, manteve-se os termos da Constituição anterior no tocante aos demais assuntos. O mesmo não ocorre em 1967 com a introdução de um novo texto constitucional. Para os portadores de deficiência esta Emenda, ou nova Constituição, como considera alguns doutrinadores, representou uma conquista, a primeira no plano legislativo, pois fez constar expressamente do texto constitucional, pela primeira vez, a educação dos portadores de deficiência, a ser regulamentada por lei especial (art.175, §4º). Segundo o Ministério da Educação, o objetivo era “(...) torná-los, quanto possível, participantes de atividades produtivas. E, nesse caso, o interesse fala mais baixo que os reclamos da equidade e da justiça.”[30] Em que pese os esforços do Constituinte, viu-se, por uma década, a inexistência de lei ordinária regulamentar do assunto.

Novo impulso aparece com a Emenda Constitucional n. ° 12 de 17 de outubro de 1978 que assegura aos portadores de deficiência a melhoria de condições social e econômica, especialmente através da educação especial gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país, proibindo a discriminação e facilitando o acesso a edifícios logradouros públicos.

Com a Constituição de 1988, os portadores de deficiência são brindados com uma intensa proteção legislativa, tanto no âmbito constitucional, quanto no infraconstitucional. A Constituição Cidadã estabeleceu normas de direito individual e de aplicação geral, normas de direito social de aplicação geral e normas de direito social de aplicação a grupos específicos.

No que tange a educação, veio a compor o rol dos direitos da personalidade, posto ser um direito público subjetivo absoluto e real, conforme dispõe o art. 208, parágrafo primeiro da Constituição Federal^[31]. É inalienável e também “dotado das características principais destes: generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade e, pessoalidade^[32],” bem como é indisponível, irrenunciável, inexpropriável e ilimitado^[33]. Sendo ele um direito subjetivo, uma prerrogativa do ser humano, uma faculdade deste^[34], que lhe é atribuída por “lei e que lhe permite realizar determinados atos, é a faculdade que, para o particular, deriva da norma (*jus est facultas agendi*)”.^[35]

Miguel Reale estabelece que o direito subjetivo nasce com as situações subjetivas que implicam a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou ato de outrem. Existe, pois, pretensão por um sujeito ativo (educando) e o dever de realizar o que é devido, pelo sujeito passivo (Estado e família), tudo dentro de uma proporcionalidade compatível com o que está sob pretensão. Considera a pretensão como vínculo entre o modelo normativo e a experiência concreta, ligada a uma existência social, podendo inclusive, socorrer-se da tutela jurisdicional para consagrar o direito subjetivo, para se obter algo que está sendo pretendido. É, a um só tempo, a pretensão material, voltada contra o devedor, como a pretensão processual, endereçada ao Estado.^[36]

Paulo Nader, conclui que: “O direito subjetivo consiste, assim, na possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio”^[37].

Pontes de Miranda, como pioneiro, foi quem primeiramente conceituou “o direito à educação como um direito público subjetivo”^[38], sendo que, Anísio Teixeira o vê como um “direito de interesse público”^[39] ligado à “formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo com a modificação do tipo de trabalho e do tipo de relações humanas”^[40], sendo assim:

O direito a educação, como direito subjetivo público, é um direito social fundamental (art. 6º c/c art. 205 CF), com três objetivos definidos na Constituição Federal, que estão diretamente relacionados com os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º c/c art.; 3º da CF): a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa, para o trabalho. Além disso, por um lado, o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito é um direito subjetivo; por outro lado, é um dever jurídico do Estado oferecer o referido ensino, caso contrário, ou seja, o não-oferecimento ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208 § 2º da CF; art. 5º § 4º da LDB; art. 54 § 1º e § 2º do ECA). Contudo, o direito à educação, como direito subjetivo privado, apresenta características dos direitos da personalidade (art. 11 do Código Civil). A propósito, quando ele é violado poderá acarretar danos irreparáveis para pessoa, o Estado e a sociedade. E aqui, segundo Eduardo Bittar, o direito à educação carrega em si as características dos direitos da personalidade, pois é um direito natural, imanente, absoluto, oponível erga omnes, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável, não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois se trata de algo ínsito à personalidade humana desenvolver, conforme a própria estrutura e constituição humana.^[41]

É um direito garantido constitucionalmente a todos os seres humanos tendo como marca “a vitaliciedade, à medida que acompanha o sujeito, desde o seu nascimento, até o fim de sua vida” ^[42], sendo um direito da personalidade, enquadrado como social de terceiro ramo.^[43] O direito à educação especializada, de preferência na rede de ensino regular, é disciplinado no art. 208, inciso III^[44], entre tantos outros artigos que protege essa categoria.

2.2.2 Legislação ordinária

As importantes conquistas no plano constitucional tornaram imperiosa a necessidade de regulamentação no plano ordinário.

A legislação civil pátria, na contramão do princípio da igualdade, instituído pela Lei Maior, demonstra descaso em relação aos interesses dos portadores de necessidades especiais, regulamentando apenas situações de restrições, principalmente dos deficientes mentais que eram considerados total ou parcialmente incapazes para a prática de atos civis.

Os primeiros registros de políticas educacionais para alunos especiais datam do final da década de 50, início da de 60, ocasião em que começaram a ser organizados serviços para o atendimento de cegos, surdos e deficientes físicos, que recebiam educação em separado do sistema regular de ensino, pois os educandos especiais eram considerados não aptos a freqüentar uma classe regular. Assim, deficientes físicos e mentais, independente do grau da debilidade e da idade, eram separados dos demais alunos. Já os disléxicos freqüentavam as salas de aula “normais”, porém não recebiam o tratamento especial que necessitavam.

Em 20 de dezembro de 1961, foi promulgada a Lei n.º 4024, que fixou as diretrizes e bases da educação nacional, determinando a integração dos excepcionais à comunidade. Após, em 11 de agosto de 1971, novas diretrizes para o ensino de 1º e 2º graus são instituídas, flexibilizando o sistema educacional, como objetivo de atender as necessidades individuais dos educandos. No mesmo ano, o Ministério da Educação e Cultura criou, através da Portaria n.º 86, um grupo para proceder a avaliação da educação especial no Brasil, que em seu relatório final, opinou pela criação de um órgão especializado para tratar do tema, além de fornecer sugestões, diretrizes e propostas.^[45]

No ano seguinte, o parecer n.º 848 do Conselho Federal de Educação definiu a natureza do tratamento especial e enfatizou a necessidade de instalação de serviço especializado junto aos sistemas de ensino e de formação de recursos humanos para a área^[46] e o I Plano Setorial de Educação garantiu o atendimento pedagógico na área de educação especial. Esta passou a ser vista como área prioritária pelo Governo, que criou o Centro de Educação Especial (CENESP). Entretanto, o MEC entendia a educação especial como uma linha de escolarização de atendimento assistencial e terapêutico, ao ponto de alguns documentos afirmarem o caráter preventivo e corretivo do atendimento aos portadores de necessidades especiais^[47].

Na década de 90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8069, apesar de não inovar, contribuiu para a consolidação do direito à educação dos portadores de necessidades especiais, na medida em que assegurou a todos indistintamente este direito, de preferência na rede regular de ensino.[48]

Por fim, em 1996, face a influência da Conferência de Salamanca, estabeleceu-se a nova Lei de Diretrizes e Bases (n.º 9394, de 20 de dezembro), que em no inciso III do artigo 4º, estabelece ser dever do Estado a efetivação da educação em escola pública especializada e gratuita aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino. Também dedicou um capítulo todo aos portadores de deficiência, identificando o significado de educação especial, priorizando o atendimento nas escolas regulares, transformando em exceção o encaminhamento de alunos as escolas especializadas[49]. Importante destacar que o quadro das dificuldades de aprendizagem absorve uma diversidade de necessidades educacionais, destacadamente associadas a: problemas psicolinguísticos (dislexia e disfunções correlatas), psicomotores, motores, cognitivos (atenção, concentração, percepção, memória) hiperatividade e ainda a fatores ambientais e socio-econômicos, como as privações de caráter sociocultural e nutricional.

Cita-se também outros diplomas legais que regulam o assunto, não menos importantes, como a Lei nº 7.853, de 1989, que garante a oferta obrigatória e gratuita da Educação Especial em estabelecimentos públicos (art. 2º, alínea c) e a matrícula compulsória em cursos regulares (art. 2º, alínea f). Lei n.º 8.028, de 1990; Decreto n.º 3.298, de 1999; Decreto n.º 3.298, de 1999; Lei n.º 10.098, de 2000; o Decreto n.º 5.296, de 2000 e a Lei n.º 10172, de 2001, que estabelece o Plano Nacional da Educação Especial.

No âmbito estadual destaca-se a Lei paranaense n.º 7875, de 02 de julho de 1984, que dispõe sobre a ação social estatal quanto à educação, habilitação, reabilitação e integração dos portadores de deficiência, criando o Conselho Estadual de Educação Habilitação ou Reabilitação e Integração Social, atendendo a área educacional (art. 7º). Já no Estado de São Paulo o projeto de lei de autoria do vereador Juscelino Gadelha (PSDB) reabre a discussão sobre a dislexia. O texto, já aprovado em primeira instância, objetiva criar um programa para diagnosticar crianças com dislexia na rede municipal de ensino e conta com o apoio da ABD (Associação Brasileira de Dislexia). Como reação, especialistas de instituições como o CRP (Conselho Regional de Psicologia), a USP (Universidade de São Paulo) e a Unicamp (Universidade Estadual de Campinas) criaram um manifesto contrário.[50]

No campo das políticas públicas, a partir de 1993 a Educação Especial é reformulada o que resulta na adoção da Educação Inclusiva, que até então era dedicada a atender de forma individualizada o deficiente mental, visual, auditivo, físico e motor, além dos que apresentavam comportamentos característicos de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e psiquiátricos, incluindo-se nessa categoria, também os alunos dotados de altas habilidades, passa a ser tratada com uma maior complexidade. Além dos casos acima citados, têm necessidade de serem incluídos, de forma globalizada, os alunos que apresentam problemas de atenção ou emocionais, dislexia, problemas de memória e também os que são frutos dos fatores sócio econômicos, encaixando-se aí os desnutridos, por exemplo. Dessa forma, é possível dizer que toda sala de aula é ambiente de inclusão. É necessário realçar que o tema “Educação Inclusiva” está em maior ênfase atualmente, em virtude da campanha maciça nos meios de radiodifusões

do atual Governo Federal, convocando a todos os alunos com necessidades especiais a se matriculem na rede pública de ensino.[51]

Como acentua Rosa Florenzano: “a educação dos deficientes mentais não difere em seus fundamentos da educação de qualquer grupo de indivíduos: educar para viver melhor, usar suas capacidades e tornar um membro útil do grupo social”.[52]

Entretanto, a principal tendência da educação especial é o atendimento segregado. Daí porque, no aspecto educacional, deve-se buscar, “a valorização das diferenças individuais, físicas e psicológicas, desmistificando a dicotomização das categorias normal e especial”.[53]

Portanto, “oferecer, indistintamente, oportunidades de acesso, ingresso, permanência e terminalidade escolar a esse numeroso alunado portador de deficiência é preceito democrático e que precisa ser consentido como direito de cidadania.”[54]

Nos últimos anos, ações isoladas de educadores e de pais têm promovido e implementado a inclusão, nas escolas, de pessoas com algum tipo de deficiência ou necessidade especial, visando resgatar o respeito humano e a dignidade, no sentido de possibilitar o pleno desenvolvimento e o acesso a todos os recursos da sociedade por parte desse segmento, entretanto, analisando-se a situação geral, verifica-se resultados apenas regionais e atingindo um pequeno número de disléxicos.

Justamente em razão da importância e dimensão que assume o direito à educação dos portadores de dificuldades de aprendizagem, em especial o disléxico, impõe-se questionar a efetivação dessa regra.

3. DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1 A educação e a formação para a cidadania e Princípios Educacionais

Com as garantias do direito à educação^[55], o aluno tem assegurado o ingresso, à permanência e ao sucesso[56]. Além disso, tanto o art. 206 da Constituição Federal, quanto o art. 3º da LDB[57], prevê que os princípios regentes da educação, com base na igualdade, da liberdade de aprender e ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber, dentro de um nível satisfatório de qualidade. Com base nisto abstraem os seguintes princípios mestres, eis que a educação deve ter em mente a “formação de personalidades humanas independentes[58]”:

a) Princípio da educação inclusiva – prevê que a educação seja ofertada a todos, sendo que neste ponto, as crianças com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular.[59]

b) Universalidade do acesso e da permanência: Ante a imposição constitucional, da igualdade de tratamento à criança e ao adolescente, que deverá ter direito à educação, seja esta fornecida pela rede pública ou particular de ensino, não poderá haver qualquer “discriminação para a matrícula ou para a permanência na escola.” [60]

Além destes, para a inclusão social deste educando, busca-se também sua integração através da preservação da dignidade humana, visando sua identidade, para que ele possa exercer a cidadania^[61], tendo uma convivência humana harmônica, onde se pretende uma “maior cooperação entre os povos.[62]”

Assim, o movimento que visa a integração do aluno portador de necessidade especial com os demais procura um ambiente escolar que atenda todas as necessidades, onde todos aprendam a lidar com as diferenças.[63]

O atendimento educacional da educação inclusiva visa garantir “o direito público e subjetivo de cidadania das pessoas com necessidades especiais”, eis que a educação é berço para aquela, por isso a preocupação do Governo Federal assegurar a universalização da educação escolar básica. [64]

Nesse sentido, o art. 208, III, da Constituição Federal esclarece que, entre as atribuições do Estado, isto é, do Poder Público, o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. [65]

Mesmo que de forma tacanha, a legislação que tratou os portadores de necessidades especiais como portadores de deficiência, enquadrou os disléxicos no rol de educandos amparados, portanto protegidos pela Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que, conforme já mencionado, tenta buscar a inserção social de todos os alunos.

3.2 O Direito à Educação dos portadores de dislexia

Apesar de sempre existirem disléxicos nas escolas, estas certamente não foram criadas para eles, sendo que os objetivos, conteúdos, metodologias, organização, funcionamento e avaliação não se voltam a atender suas necessidades e dificuldades. Por isso, não é raro que muitos portadores de dislexia não sobrevivem à escola e são por ela preteridos, sendo que os que conseguem diplomar-se certamente utilizaram meios e artifícios que lhes permitiram driblar o tempo, os modelos, as exigências burocráticas, as cobranças dos professores, as humilhações sofridas e, principalmente, as notas.

A Educação Especial é um meio de instrução escolar, analisada por uma proposta pedagógica, que compreenderá “recursos, apoios e serviços educacionais especiais, organizados para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentam necessidades educacionais especiais, em todos os níveis, etapas e modalidades da educação.” [66]

Usa-se a expressão necessidade educacional especial para que não ocorram segregações, com relação às condições de cada educando, e assim, qualquer interferência no ensino e apreensão da disciplina é mutilada, levando assim o “às respostas educativas que ele requer.” [67]

As necessidades educacionais especiais são definidas pelos problemas de desenvolvimento da aprendizagem apresentados pelo aluno, em caráter temporário (dificuldades de aprendizagem, problemas de linguagem, problemas emocionais, evasão escolar) ou permanentes (cegueira, surdez, seqüela de paralisia cerebral, deficiência mental), bem como pelos recursos e apoios que a escola deverá proporcionar, objetivando a remoção das barreiras para a aprendizagem.[68]

A Constituição Federal em seu art. 205 estabelece que a educação é dever do Estado e da família e um direito de todo cidadão. Por ser direito de todos “não há como se pensar uma sociedade evoluída sem a educação. É ela a peça fundamental para que o direito à igualdade, a dignidade humana e o próprio direito à vida seja alcançado.”^[69] Ela é o pilar do país, tanto que “guarda a responsabilidade de formar um cidadão ético e capaz de cultivar a moralidade a fim de preservar e garantir a manutenção dos direitos fundamentais prescritos na Carta Magna.” ^[70]

3.3 A obrigação do Estado perante a educação do disléxico

Embora “todas as leis, legislação e diretrizes educacionais, não são específicas para disléxicos, apenas engloba o que tange a inclusão escolar, como direito de qualquer cidadão”^[71], algumas medidas que deve ser tomadas para ampará-los, eis que estes alunos não são enquadrados como doentes ou deficientes mentais, eles possuem, sim, algumas limitações na aprendizagem, sendo que “os canais sensorio-motores (visual, auditivo, cinésico-motor, fala), não trabalham em harmonia e o efeito é a incapacidade de produzir uma resposta automática para o estímulo”^[72].

Estas crianças “têm muito a oferecer para os colegas e muito a receber deles. Essa troca de humores e de saberes, além de afetos, competências e habilidades só faz crescer a amizade, a cooperação e a solidariedade”^[73].

No plano da Política Nacional de Educação Especial, quando do amparo do educando com dificuldades de aprendizagem são observados os fatores como o plano individual onde ele é visto como pessoa que se desenvolve sem a ajuda de terceiros, como, por exemplo, quando se alimenta, quando se locomove. Já no campo da família verifica-se a integração entre esta e a criança. Passando também à análise no plano social, examinando o seu rendimento escolar e junto à sociedade em que vive.^[74] Porém:

A obrigação, no entanto, de velar pelo integral asseguramento do direito de ser educado envolve um conjunto de ações, para cujo desenvolvimento exige-se a participação dos pais, do professor, da direção da escola e também dos titulares das atribuições de atendimento à criança e ao adolescente em situação de dificuldade, como proposto, pelo

sistema de proteção especial, com suas medidas e programas de proteção especial, no Estatuto da Criança e do Adolescente.^[75]

Assim, o Estado protege o disléxico quando dá amparo para a formação de profissionais aptos a assegurar e conferir a educação inclusiva, com base no programa “Educação Inclusiva: Direito a Diversidade”, que é cultivado pelo Ministério da Educação Especial por meio da Secretaria de Educação Especial, para a formação de gestores e educadores com intuito de sedimentá-la.^[76]

Também quando busca a integração que por seu turno é a inserção do aluno com necessidade especial em toda a sociedade, garantindo a ele o direito à educação e receber a educação comum a todas as pessoas.^[77]

No nosso caso, o Estado e a Sociedade devem conhecer a dislexia, diagnosticá-la, avaliá-la e tratá-la, por ser direito da criança a educação^[78]. Assim:

A inclusão do aluno disléxico na escola, como pessoa portadora de necessidade educacional, está garantida e orientada por diversos textos legais e normativos. A Lei 9.394, de 20/12/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), por exemplo, prevê que a escola o faça a partir do artigo 12, inciso I, no que diz respeito à elaboração e à execução da sua Proposta Pedagógica; o inciso V, do mesmo artigo, diz que a escola deve prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento; o artigo 23 permite à escola organizar a educação básica em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização; o artigo 24, inciso V, alínea a), prevê que a avaliação seja contínua e cumulativa, com a prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período.^[79]

Assim, como Marcos José Silveira Mazzotta que prefere o termo “alunos com necessidades especiais”, temos que estas crianças deverão ser integradas a escola, qualquer que seja suas “condições físicas, emocionais, intelectuais e lingüísticas, entre outras, abarcando desde as superdotadas, as pertencentes as minorias que estão em desvantagem ou em grupos marginalizados”^[80] que requerem para o seu desenvolvimento “recursos pedagógicos e metodologias educacionais específicas.”

Entendemos que segregar os disléxicos às salas de aulas especiais seria o mesmo que lhes negar o acesso a toda uma gama de informações, ao desenvolvimento de sua potencialidade através da riqueza que o intercâmbio com os demais alunos pode lhe oferecer. Além de ser uma negativa de efetivação de um direito já garantido a todo cidadão indiscriminadamente.

4 CONCLUSÃO

O disléxico como vimos não é um deficiente mental ou uma pessoa que é incapaz para gerir os atos da vida civil por si só. Ele é sim um aluno com necessidades especiais de aprendizagem, que requer cuidados dos professores e pais, para que lhe seja facilitada a aprendizagem e os obstáculos com a leitura e decodificação textual sejam transpassados.

Muito embora, a legislação nacional tanto em sede constitucional como infraconstitucional preveja normas e diretrizes para a educação especial, afirmando que esta é dever do Estado, buscando a inserção do educando em ensino regular e público, muitas vezes tal instrução é barrada até mesmo por falta de capacitação do professor que em sala de aula, demora tempos para observar o problema que o aluno vem enfrentando, chamando o de preguiçoso, relapso ou desatento.

O tema dislexia ainda é pouco tratado até mesmo juridicamente, dificultando assim, o direito à inclusão do aluno disléxico, sendo que nas escolas tanto do setor público como do privado, não vêm lidando positivamente com ele, tanto que são poucas as vagas ofertadas.

A falta de inclusão torna complicada a possibilidade de o infante vir a se tornar uma pessoa normal, que viva bem, que usufrua de suas capacidades intelectuais e culturais dentro do grupo social a que pertence.

Assim, os familiares e a comunidade acadêmica devem ser orientados para tratar o transtorno com normalidade e naturalidade, e com o apoio do Governo, que deve capacitar os profissionais, sejam eles, pedagogos, psicólogos, fonoaudiólogos, que lidam com o aluno, bem como prestando as devidas orientações para a sociedade, para que não tratem o menor como um doente mental, e assim, os preconceitos sejam superados.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Educação Especial No Paraná. Disponível em: A EDUCAÇÃO ESPECIAL NO PARANÁ>. Acesso em: 08 abr. 2009.

A educação Pré-Escolar para Crianças com Necessidades Especiais. Disponível em: <<http://www.centrorefeducacional.com.br/edunespc.html>>. Acesso em: 10/04/2009.

AVELINO, Viviane. Legislação que regulamenta a educação especial no Brasil. Disponível em: .Acesso em: 10/04/2009.

BIGIO, Luiz Renato Junqueira. A pessoa com deficiência, o princípio da igualdade e as políticas públicas no setor de transporte coletivo urbano no município do Rio de

Janeiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12170>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

BRAGGIO, Mario Ângelo. **A inclusão do disléxico na escola.** Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 04 abr. 2009.

_____. **Lei n.º 9394 de 20 de dezembro de 1996.** Disponível em: Acesso em: 04 abr. 2009.

_____. **Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. **Secretaria da Educação Especial. Ministério da Educação e do Desporto, Política Especial de Educação Especial.** Brasília: a Secretaria, 1994, Livro 1.

_____. **Secretaria de Educação Especial. Diretrizes de atuação e ações prioritárias.** Brasília: a Secretaria. 1994, Revista Integração, n. 11.

CARVALHO, Rosita Edler. **Panorama internacional da integração – enfoque nacional.** Revista Integração. Brasília ano 5, n. 11.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Direito à Educação e o Ministério Público.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/textos/a_pdf/wiecko_direito_ed_mp.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2009.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção das crianças nas constituições brasileiras.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 35, n. 139.

Doenças Mentais. Disponível em: Acesso em: 08 abr. 2009.

FRANZOI, Jackeline Guimarães Almeida. **O direito à educação como direito da personalidade e a responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino.** 2006. Dissertação. (Mestrado em Direito da Personalidade nas Relações Privadas) CESUMAR - Centro de Ensino Superior de Maringá.

GALDINO, Valéria Silva e BARRETO, Máira de Paula. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade.** Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/maira_de_paula_barreto.pdf> Acesso em: 31 out. 2008.

GIUSTI, Mirian Petri Lima de Jesus. **Sumário de direito civil**. 1.ed. São Paulo: Rideel, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KONZEN, Afonso Armando. **O direito à educação escolar**. Disponível em: Acesso em: 23 mar. 2009.

KRYNSKI, Stanislaw. **Aspectos gerais da deficiência mental**. In KRYNSKI, Stanislaw (coord.). Deficiência mental. Rio de Janeiro: Atheneu, 1969.

Legislação. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

MACHADO, Fabíola Vilela. **Os direitos à saúde e à educação da criança portadora de deficiência mental no direito brasileiro à luz da teoria dos direitos da personalidade**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Maringá.

MAGALHÃES. José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Conceito e evolução dos direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, nº 5.

MARTINS, Vicente. **Dislexia: Uma Doença da Classe Média**. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

_____. **O direito dos portadores de dislexia ao atendimento educacional especial. Apresenta as bases legais para a garantia de atendimento educacional aos portadores de dislexia, dificuldade específica de leitura**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1626/O-direito-dos-portadores-de-dislexia-ao-atendimento-educacional-especial>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. **O direito dos portadores de dislexia ao atendimento educacional especial**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1626/O-direito-dos-portadores-de-dislexia-ao-atendimento-educacional-especial>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

MAZZOTTA, MARCOS J. S.. **IDENTIDADE DOS ALUNOS COM NECESSIDADES EDUCACIONAIS ESPECIAIS NO CONTEXTO DA POLÍTICA EDUCACIONAL BRASILEIRA. DISPONÍVEL EM: . ACESSO EM: 03 ABR. 2009.**

MEC – Ministério da Educação e Cultura CFE – Conselho Federal de Educação. **Plano nacional de desenvolvimento**. Documenta n. 127, Brasília, Ministério da Educação e Cultura, junho, 971.

MEDEIROS, Ana Maria Lopes. **Educação inclusiva: Alunos com necessidades especiais, uma questão de respeito ao direito à educação**. Disponível em:

<http://rg.atlanticosul.edu.br/programasinst/Revistas/revistas2006/pdf_anuario/020.pdf>
Acesso em: 24 mar. 2009.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. "**Necessidades educacionais especiais**" (verbetes). *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil*. São Paulo: Midiamix Editora, 2002, . Acesso em 10 abr. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Guilherme Braga Peña. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral**. São Paulo: LTr, 1997.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI – com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília: UNESCO, 1997.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 4.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1987.

NICO, Maria Ângela Nogueira. **Dislexia**. Disponível em: <<http://www.dislexia.org.br/material/artigos/artigo003.html>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

NUNES, Leira Regina D'Oliveira de Paula e FERREIRA, Júlio Romero. **Deficiência mental: o que as pesquisas brasileiras tem revelado**. Em aberto, n. ° 60.

O Direito Educacional E Imunidade Psíquica. Disponível em: <http://www.ronaldoandrade.com.br/doctos/juris_artigos/de_imun_lidia.htm>. Acesso em: 18 mar. 2009.

OLIVEIRA, Rita de Cássia Cartelli de. **A eficácia educacional sob a égide dos direitos da personalidade na lei de diretrizes e bases da educação nacional**. 2008. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas). CESUMAR - Centro de Ensino Superior de Maringá.

ORLANDINI, Ghyslène Rodrigues. **A deficiência mental: um conceito em construção**. 1991. Monografia (Especialização em Psicanálise e Materialismo Histórico) – Universidade Estadual de Maringá.

PESSOTTI, Isaías. **Deficiência mental: da superstição à ciência**. São Paulo: Editora da USP, 1984.

Promotora quer alunos portadores de deficiência na rede pública. Disponível em: <<http://blig.ig.com.br/acessivelparatodos/2009/02/13/promotora-quer-alunos-portadores-de-deficiencia-na-rede-publica/>>. Acesso em: 29 mar. 2009.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo, RT, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REIS, Clayton. **A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro.** Revista Jurídica CESUMAR, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

SANTOS, Benedito Beni dos e AGNELLO, Geraldo Majella (coord.). **Direitos Humanos.** São Paulo: Paulinas, 1978.

TAVARES, Hermínia Vicente. **Apoio pedagógico às crianças com necessidades educacionais especiais - DISLEXIA e TDAH.** Disponível em: <<http://www.crda.com.br/tccdoc/43.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

[1] BRASIL. **Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

[2] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 347.

[3] Idem.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda *apud* REIS, Clayton. **A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro.** Revista Jurídica CESUMAR, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

[5] BRASIL. **Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

[6] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141.

[7] BARRETO, Wanderlei de Paula *apud* GALDINO, Valéria Silva e BARRETO, Máira de Paula. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade.** Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/maira_de_paula_barreto.pdf> Acesso em: 31/03/2009.

[8] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 348.

[9] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 223.

[10] BIGIO, Luiz Renato Junqueira. **A pessoa com deficiência, o princípio da igualdade e as políticas públicas no setor de transporte coletivo urbano no município do Rio de Janeiro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12170>. Acesso em: 23 mar. 2009.

[11] MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. "**Deficiência mental**" (verbetes). *Dicionário Interativo da Educação Brasileira* - EducaBrasil. São Paulo: Midiamix Editora, 2002, <<http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=33>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

[12] MACHADO, Fabíola Vilela. **Os direitos à saúde e à educação da criança portadora de deficiência mental no direito brasileiro à luz da teoria dos direitos da personalidade**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Maringá. p. 13.

[13] OPITZ, John M. *apud* MACHADO, Fabíola Vilela. Ob.cit., p. 17.

[14] **Doenças Mentais**. Disponível em: Acesso em: 08 abr. 2009.

[15] MACHADO, Fabíola Vilela. Ob.cit., p. 21.

[16] MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI – com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília: UNESCO, 1997. p. 401.

[17] MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. "**Necessidades educacionais especiais**" (verbetes). *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil*. São Paulo: Midiamix Editora, 2002, <http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=67>> Acesso em: 10 abr. 2009.

[18] **A educação Pré-Escolar para Crianças com Necessidades Especiais**. Disponível em: <<http://www.centrorefeducacional.com.br/edunespc.html>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

[19] AVELINO, Viviane. **Legislação que regulamenta a educação especial no Brasil**. Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2009.

[20] MARTINS, Vicente. **O direito dos portadores de dislexia ao atendimento educacional especial. Apresenta as bases legais para a garantia de atendimento educacional aos portadores de dislexia, dificuldade específica de leitura**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1626/O-direito-dos-portadores-de-dislexia-ao-atendimento-educacional-especial>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

[21] MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. "**Dislexia**" (verbetes). *Dicionário Interativo da Educação Brasileira* - EducaBrasil. São Paulo: Midiamix Editora, 2002, Disponível em: <<http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=101>> Acesso em: 08 abr. 2009.

[22] TAVARES, Hermínia Vicente. **Apoio pedagógico às crianças com necessidades educacionais especiais - DISLEXIA e TDAH**. Disponível em: <<http://www.crda.com.br/tccdoc/43.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

- [23] **Internacional Dyslexia Association.** Disponível em: <http://www.dislexia.org.br/abd/imprensa/dislexia_definicao.html>. Acesso em: 01 abr. 2009.
- [24] BONDER, Elena *apud* NICO, Maria Ângela Nogueira. **Dislexia.** Disponível em: <<http://www.dislexia.org.br/material/artigos/artigo003.html>>. Acesso em: 01 abr. 2009.
- [25] **Anexo IDEAIS: Conversando sobre... dislexia.** Disponível em: <<http://nte-dislexia.blogspot.com/2008/02/dislexia-afeta-leitura-escrita-e-auto.html>>. Acesso em 01 abr. 2009.
- [26] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. São Paulo, RT, 1999. p. 545.
- [27] CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Direito à Educação e o Ministério Público.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/textos/a_pdf/wiecko_direito_ed_mp.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2009.
- [28] COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção das crianças nas constituições brasileiras. Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 35, n. 139, p. 98.
- [29] COELHO, Bernardo Leôncio Moura. Ob. cit. p.105.
- [30] MEC – Ministério da Educação e Cultura CFE – Conselho Federal de Educação. **Plano nacional de desenvolvimento. Documenta n. 127,** Brasília, Ministério da Educação e Cultura, junho, 971, p. 4.
- [31] KONZEN, Afonso Armando. **O direito à educação escolar.** Disponível em: Acesso em: 23 mar. 2009.
- [32] FRANZOI, Jackeline Guimarães Almeida. **O direito à educação como direito da personalidade e a responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino.** 2006. Dissertação. (Mestrado em Direito da Personalidade nas Relações Privadas) CESUMAR - Centro de Ensino Superior de Maringá. p.58
- [33] MATTIA, Fabio Maria de *apud* MACHADO, Fabíola Vilela. Ob.cit., p. 203.
- [34] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.
- [35] MONTEIRO, Washington de Barros. Ob.cit., p. 3.
- [36] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 257.
- [37] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 4.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1987.p.372.
- [38] MIRANDA, Pontes de *apud* OLIVEIRA, Rita de Cássia Cartelli de. **A eficácia educacional sob a égide dos direitos da personalidade na lei de diretrizes e bases da**

educação nacional. 2008. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas). CESUMAR - Centro de Ensino Superior de Maringá. p. 157.

[39] *Idem*.

[40] OLIVEIRA, Rita de Cássia Cartelli de. *Ob.cit.*, p. 157-158.

[41] JOAQUIM, Nelson *apud* OLIVEIRA, Rita de Cássia Cartelli de. *Ob.cit.*, p. 158.

[42] FRANZOI, Jackeline Guimarães Almeida. *Ob.cit.*, p. 58.

[43] SZANIAWSKI, Elimar *apud* MACHADO, Fabíola Vilela. *Ob.cit.*, p. 209.

[44] CF, art. 208, III: “O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializada aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, *in* **BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2009.**

[45] **BRASIL. Secretaria da Educação Especial. Ministério da Educação e do Desporto, Política Especial de Educação Especial. Brasília: a Secretaria. 1994. p. 28.**

[46] NUNES, Leira Regina D’Oliveira de Paula e FERREIRA, Júlio Romero. **Deficiência mental: o que as pesquisas brasileiras tem revelado**. Em aberto, n. ° 60. p. 53.

[47] PRIMO, Rodrigo Sampaio. **Como ocorre o atendimento educacional ao portador de necessidade especial na cidade de São Paulo**. Disponível:<http://intra.vila.com.br/sites_2002a/urbana/rodrigo_s/monografia.doc>. Acesso em 01 abr. 2009.

[48] Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA) - artigo 53, incisos I, II e III: “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – direito de ser respeitado pelos seus educadores; III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores” *in* **BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 04 abr. 2009.**

[49] Lei n.º 9394 de 20 de dezembro de 1996.

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular **in BRASIL. Lei n.º 9394 de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: Acesso em: 04 abr. 2009.

[50] MANTOVANI, Flávia. **Projeto de Lei reabre debate sobre dislexia**. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/crp/midia/noticias/folhadislexia.aspx>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

[51] MEDEIROS, Ana Maria Lopes. **Educação inclusiva: Alunos com necessidades especiais, uma questão de respeito ao direito à educação**. Disponível em: <http://rg.atlanticosul.edu.br/programasinst/Revistas/revistas2006/pdf_anuario/020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2009.

[52] FLORENZANO, Rosa. *apud* KRYNSKI, Stanislau. **Aspectos gerais da deficiência mental**. In KRYNSKI, Stanislau (coord.). Deficiência mental. Rio de Janeiro: Atheneu, 1969. p. 495.

[53] CARVALHO, Rosita Edler. **Panorama internacional da integração – enfoque nacional**. *Revista Integração*. N. 11, p. 10.

[54] BRASIL. **Secretaria de Educação Especial. Diretrizes de atuação e ações prioritárias**. *Revista Integração*, n. 11. p. 28.

[55] Pesquisa eletrônica: www.inep.gov.br, Educação Especial *in* MEDEIROS, Ana Maria Lopes. **Educação inclusiva: Alunos com necessidades especiais, uma questão de respeito ao direito à educação.** Disponível em: <http://rg.atlanticosul.edu.br/programasinst/Revistas/revistas2006/pdf_anuario/020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2009.

[56] KONZEN, Afonso Armando. Ob.cit.

[57] MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI – com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Brasília: UNESCO, 1997. p. 171 e p. 217.

[58] MOTTA, Elias de Oliveira. Ob.cit., p. 218.

[59] **Promotora quer alunos portadores de deficiência na rede pública.** Disponível em: <<http://blig.ig.com.br/acessivelparatodos/2009/02/13/promotora-quer-alunos-portadores-de-deficiencia-na-rede-publica/>>. Acesso em: 29 mar. 2009.

[60] KONZEN, Afonso Armando. **O direito à educação escolar.** Disponível em: Acesso em: 23 mar. 2009.

[61] MEDEIROS, Ana Maria Lopes. Ob.cit..

[62] MOTTA, Elias de Oliveira. Ob.cit., p. 218.

[63] MEDEIROS, Ana Maria Lopes. Ob.cit.

[64] Pesquisa eletrônica: www.inep.gov.br, *Educação Especial in* MEDEIROS, Ana Maria Lopes. Ob.cit.

[65] **BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.**

[66] **A Educação Especial No Paraná.** Disponível em: A EDUCAÇÃO ESPECIAL NO PARANÁ>. Acesso em: 08 abr. 2009.

[67] Idem.

[68] Ibidem.

[69] **O Direito Educacional E Imunidade Psíquica.** Disponível em: <http://www.ronaldoandrade.com.br/doctos/juris_artigos/de_imun_lidia.htm>. Acesso em: 18 mar. 2009.

[70] GALLINDO, Lidia Pereira *apud* **O Direito Educacional E Imunidade Psíquica.** Disponível em: <http://www.ronaldoandrade.com.br/doctos/juris_artigos/de_imun_lidia.htm>. Acesso em: 18 mar. 2009.

[71] **Legislação.** Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

[72] TAVARES, Hermínia Vicente. **Apoio pedagógico às crianças com necessidades educacionais especiais - DISLEXIA e TDAH.** Disponível em: <<http://www.crda.com.br/tccdoc/43.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

[73] BRAGGIO, Mario Ângelo. **A inclusão do disléxico na escola.** Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

[74] MACHADO, Fabíola Vilela. Ob.cit., p. 18.

[75] KONZEN, Afonso Armando. Ob.cit.

[76] Pesquisa eletrônica: www.inep.gov.br, Educação Especial *in* MEDEIROS, Ana Maria Lopes. Ob. cit.

[77] MAZZOTTA, MARCOS J. S.. **IDENTIDADE DOS ALUNOS COM NECESSIDADES EDUCACIONAIS ESPECIAIS NO CONTEXTO DA POLÍTICA EDUCACIONAL BRASILEIRA. DISPONÍVEL EM: . ACESSO EM: 03 ABR. 2009.**

[78] MARTINS, Vicente. **Dislexia: Uma Doença da Classe Média.** Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

[79] BRAGGIO, Mario Ângelo. **A inclusão do disléxico na escola.** Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2009.

[80] MEDEIROS, Ana Maria Lopes. **Educação inclusiva: Alunos com necessidades especiais, uma questão de respeito ao direito à educação.** Disponível em: <http://rg.atlanticosul.edu.br/programasinst/Revistas/revistas2006/pdf_anuario/020.pdf> . Acesso em: 24 mar. 2009.

O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO TRABALHADOR RURAL BRASILEIRO. ASPECTOS DE UMA POLÍTICA DE REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA NÃO ASSUMIDA

THE EQUALITY RIGHT IN THE SOCIAL SECURITY SYSTEM OF BRAZILIAN RURAL WORKER'S CLASS. A POLICY OF INCOME DISTRIBUTION NOT COGNIZED YET

Arthur Laércio Homci da Costa Silva^[1]

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir o fundamento do Sistema de Previdência Social brasileiro, especificamente destinado ao trabalhador rural, a partir de indagações ao modelo posto, visualizando esse sistema a partir de uma política de redistribuição de renda que garanta o direito à igualdade, já sendo implantada pelo Estado, embora ainda não reconhecida legislativamente.

PALAVRAS-CHAVES: PREVIDÊNCIA SOCIAL; TRABALHADORES RURAIS; DIREITOS FUNDAMENTAIS; AÇÕES AFIRMATIVAS; INCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

This article has the object of discussing the basis of the Brazilian social security system, specifically destined to the rural worker's class, questioning the existent model, visualizing this system form a policy of income distribution that really assures the right to equality, already being implanted by the state, although not legally recognized yet.

KEYWORDS: SOCIAL SECURITY; RURAL WORKERS; FUNDAMENTAL RIGHTS; PUBLIC POLICIES; AFFIRMATIVE ACTIONS; SOCIAL INCLUSION.

1. INTRODUÇÃO: A IGUALDADE EM LINHAS GERAIS

Os direitos fundamentais^[2] constituem-se como arcabouço estruturante da proposta de Estado brasileira, expressando-se primordialmente por meio da dignidade da pessoa humana e da igualdade concreta entre os indivíduos. A igualdade é pressuposto para a realização de todos os demais direitos fundamentais consagrados no Estado brasileiro, com finalidades sociais preestabelecidas.

Em breve digressão histórica não datada^[3], pode-se perceber que esta igualdade, encarada como direito fundamental elementar, assumiu, no decorrer do tempo, diversas configurações.

Inicialmente, o direito à igualdade assumiu a feição meramente formal do pós-revoluções burguesas, a qual pode ser resumida pelo jargão constitucionalmente consagrado no Brasil (art. 5º, caput, CF/1988) de que "todos são iguais perante a lei", a impedir que o Estado estabeleça qualquer distinção entre os seus cidadãos. Em suma, havia uma igualdade de condições, até então não traduzida por uma igualdade de oportunidades (GOMES, 2000).

Com o passar do tempo, tornou-se palpável a percepção de que o direito à igualdade *de direitos*, em sua versão negativa (impedir a discriminação pelo Estado) não era suficiente para contemplar os grupos menos favorecidos, de modo que a igualdade tomou novos contornos, no sentido de propiciar *oportunidades* aos grupos vulneráveis existentes em determinada sociedade, para a fruição dos direitos sociais que vinham sendo implementados pelo Estado (DRAY, 1999, *apud* GOMES, 2000).

Desta maneira, a concepção de igualdade passou por um desenvolvimento, partindo da concepção estática e negativa, a uma igualdade de feição dinâmica e positiva, no sentido de fomentar oportunidades paritárias entre todos os segmentos da sociedade. A igualdade passou a ser considerada tanto como meio para o alcance de uma dignidade mínima entre os cidadãos, tal como fim em si mesmo, estabilizando as pretensões comunitárias.

Da evolução procedida na configuração do direito à igualdade surgiu a idéia das políticas públicas[4] de inclusão social[5], a serem implementadas pelo Estado e pela sociedade para concretizar o direito à igualdade material, neutralizando os efeitos das desigualdades fáticas existentes no seio de determinada sociedade (ROCHA, 1996), por meio da promoção de "desigualdades includentes", em favor dos grupos desfavorecidos da sociedade.

Neste passo, a promoção de políticas de inclusão social significa - além da erradicação das desigualdades - a busca a respostas concretas às demandas da sociedade, a partir da implementação, dentre outros, de direitos fundamentais de caráter social, de forma diferenciada aos grupos considerados vulneráveis (BRITO FILHO, 2002).

Na medida da estreita relação entre as políticas de inclusão social (como meios de busca à igualdade material) e os direitos sociais, percebe-se que estes últimos jamais podem prestar-se a fundamentar desigualdades excludentes, cabendo ao Estado (mas não somente a este), no plano de sua atuação *positiva*, implementar medidas de materialização da igualdade, tendo em conta que os objetivos sociais estão sempre subordinados aos princípios (neste caso a igualdade) que os fundamentam.

Estabelecidas tais idéias básicas, o presente artigo objetiva discutir a possibilidade de compreensão do sistema de Previdência Social brasileiro destinado ao trabalhador rural como uma política pública de redistribuição de renda, em descompasso com o teor securitário que caracteriza dos sistemas previdenciários modernos. Esta análise só será viável a partir da visualização do direito à igualdade como pano de fundo para garantir uma redistribuição de renda.

2. O DIREITO À PREVIDÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A POSIÇÃO DO TRABALHADOR RURAL

O direito à previdência social foi consagrado no texto constitucional de 1988 como um direito fundamental.^[6] Nos mesmos moldes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos^[7] também consagrou o direito à previdência como um direito fundamental.^[8] Por outra, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais^[9] também reconhece um direito à previdência como direito fundamental.^[10]

Como se pode perceber, há forte consenso normativo em proclamar o direito à previdência social como direito fundamental. A Constituição Federal de 1988 especificou a configuração fundamental do direito à previdência no título relativo à ordem social (art. 193 e seguintes), garantindo um capítulo genérico à seguridade social e uma seção específica à previdência social.^[11]

Além da questão normativa, há outras razões para que o direito à previdência seja encarado com direito fundamental, ratificando os termos da Constituição Federal.

O direito à previdência decorre, ao menos no Estado brasileiro, de outro direito fundamental: o direito ao trabalho, que, "pelo seu conteúdo genérico, desdobra-se em uma série de outros" (BRITO FILHO, 2004, p. 47), entre os quais o direito à previdência social.

Por outra, cabe assinalar que o direito à previdência possui como finalidade essencial garantir um mínimo de dignidade aos trabalhadores e dependentes, em momentos denominados de risco, como a morte, doença, gravidez, velhice, prisão, quando o exercício do direito ao trabalho fique, por alguma das razões acima, prejudicado.

Por isso, pode-se compreender, em linhas básicas, a disposição do texto constitucional, consagrando o direito à previdência como um direito fundamental, ainda que o sistema normativo (legislação infraconstitucional) brasileiro, neste ponto, objetive contrariar esta disposição, por meio de uma estrutura previdenciária calcado num modelo contributivo mal estruturado, que acaba maculando a imagem do trabalhador rural, como o grande "vilão" da previdência social brasileira.

O Estado brasileiro estabeleceu, entre os objetivos do Poder Público no campo previdenciário, a "uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais" (art. 194, inciso II).

Entretanto, a concretização desta igualdade propugnada pela Constituição Federal, no tratamento previdenciário dos trabalhadores rurais e urbanos, depende da avaliação de diversos fatores, que merecem atenção pontuada.

Uma disposição preliminar demonstra quão complexo é o problema.

Os trabalhadores rurais obtiveram uma inclusão tardia no sistema previdenciário brasileiro, cabendo aqui expor a idéia de Clóvis Zimmermann, a fim de sintetizar tal posição^[12]:

No Brasil, a inclusão dos trabalhadores rurais no sistema previdenciário foi tardia em relação às outras categorias profissionais e a inclusão das mulheres rurais trabalhadoras ocorreu ainda muito mais tarde, principalmente pelo fato do benefício somente ser restituído após o reconhecimento enquanto trabalhadoras rurais. (ZIMMERMANN, 2005)

O que se pôde perceber no passado, e ainda é perceptível no presente, é que a legislação infraconstitucional não acompanhou a Constituição Federal no tocante à implementação do direito à previdência como um direito fundamental. Tal divergência tem influência direta nas políticas públicas previdenciárias, que nem sempre estão direcionadas à inclusão dos grupos menos favorecidos, por meio de um sistema de redistribuição de renda bem definido.

Embora haja quem diga que o direito à previdência social, no que se resume aos trabalhadores rurais, possui um caráter de universalização[13], o que se pode constatar na prática é que este sistema previdenciário é incompleto, gerando exclusão social e insegurança ao trabalhador.

Acerca da atual conjuntura da previdência social no Brasil, dados de 2007/2008 evidenciam que os trabalhadores rurais brasileiros representam 18,27% da População Economicamente Ativa (PEA), e os benefícios a eles concedidos acumulam 19,94% do total de gastos da Previdência Social (com benefícios). Em contrapartida, os trabalhadores rurais são responsáveis por apenas 3,04% do total de arrecadações do Regime Geral de Previdência Social.[14]

Tais dados, preliminarmente levantados, são suficientes para embasar importantes objeções ao sistema contributivo que é proclamado no Brasil: Os trabalhadores rurais estão inseridos no sistema previdenciário nacional no mesmo patamar de igualdade dos trabalhadores urbanos ou recebem um tratamento diferenciado? Este tratamento é favorável ou desfavorável?

As respostas a estas questões são fundamentais para uma visualização concreta da possibilidade do desenvolvimento de políticas públicas na seara previdenciária, no intuito de promover a inclusão social dos trabalhadores rurais, mediante uma redistribuição de renda. Mas não é só.

Algumas questões ainda precisam ser respondidas: já existem políticas públicas especificamente direcionadas aos trabalhadores rurais em prática dentro do sistema previdenciário brasileiro? Eis outra questão que merece análise, tendo em conta algumas diferenciações feitas em relação aos trabalhadores rurais no sistema de previdência, que os colocam, *em tese*, em uma situação de vantagem jurídica em relação aos trabalhadores urbanos.[15]

Desde já, evidencia-se que o objetivo do presente artigo passa distante da busca por respostas às indagações até então formuladas. O que se pretende é deixar claro que há uma série de contradições entre o tratamento destinado aos trabalhadores rurais no sistema de Previdência Social brasileiro, que evidenciam que o tratamento dado a este grupo configura-se numa importante política pública de redistribuição de

renda, que embora venha sendo executada pelo Estado, não é por este assumida como tal. Como direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado, o direito à previdência deve ir além de um mero sistema contributivo, que mais se preocupa com o seu controle atuarial e financeiro. No Brasil, isso parece evidente em termos constitucionais, embora não o seja na realidade da legislação infraconstitucional.

3. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA CONSTRUÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA

A Constituição de um Estado, para que obtenha êxito, necessariamente há de estar conectada à realidade na qual foi proposta. Isso de maneira alguma quer dizer que a Constituição deva reduzir-se a uma mera comentadora da realidade. Pelo contrário, a Constituição é elemento de coercibilidade para a efetivação das pretensões da sociedade, estabelecidas em um determinado contexto, que não podem ser abandonadas "ao sabor do vento". Entre a norma^[16] e a realidade deve haver uma relação de coordenação. (HESSE, 1991).

A vontade da Constituição (HESSE, 1991) reside exatamente no respeito às suas proposições, sem limitações ocorrentes ao talante das relações dominantes de poder.

A Constituição Federal, ao proclamar direitos sociais, busca força em seus próprios preceitos para determinar a realização de seus ditames, influenciando a realidade (sociedade) positivamente, para o cumprimento dos seus desideratos. "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade" (HESSE, 1991, p. 14). Em outras palavras: "A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas, elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas" (HESSE, 1991, p. 15).

Assim sendo, a Constituição tem sim a possibilidade de impor tarefas à sociedade, desde que devidamente concatenada à realidade na qual está inserida. Mais: a Constituição necessita de formas de oxigenação, a fim de ser devidamente amoldada a situações específicas, não perdendo o seu caráter geral. Conforme aduz Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas [normas programáticas (CANOTILHO, 1997)] forem efetivamente realizadas, e existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se poder identificar a **vontade** de concretizar essa ordem (HESSE, 1991, p. 19).

O desafio, então, é determinar como a Constituição poderá impor tarefas; nas palavras do autor, como a Norma Máxima poderá impor a sua *vontade*. Isso depende da normatividade que o texto constitucional alcança em determinado contexto,

a partir da consciência acerca de determinados fatores, devidamente explicitados por Hesse:

- a) valor de uma ordem normativa inquebrável;
- b) compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos;
- c) compreensão de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

É necessário, portanto, que a sociedade tenha plena consciência dos valores constitucionais, a fim de que a ordem instituída pela Lei Maior seja inquebrável e defendida por todos.

Faz imperioso, por outro lado, que essa ordem seja compreendida dentro de um contexto fático, no qual as expectativas da sociedade, proclamadas no texto constitucional, não sejam abandonadas por influências que contrariem os termos da Lei Maior.

Por fim, a vontade da sociedade é fundamental para que a *vontade da Constituição* possa prevalecer, a partir da idéia concreta de respeito a uma Norma calcada nos interesses gerais da sociedade, convergindo para a garantia dos direitos fundamentais.

Esta base argumentativa apresentada por Konrad Hesse amolda-se perfeitamente à percepção de garantia irrestrita dos direitos fundamentais, especialmente os de caráter social, que necessitam da compreensão, por parte da sociedade, da sua função primordial de garantir a igualdade material entre os cidadãos.

Portanto, se o direito à previdência consta no texto constitucional como direito fundamental, esta designação foi fruto da vontade política da sociedade em determinado momento, e esta vontade política, agora traduzida na vontade da Constituição, não pode ser abandonada em razão de fatores reais de poder (economia, preconceito, *controle financeiro do sistema*, etc.), devendo ser defendida pelo Estado e pela sociedade.

Cabe, portanto, uma reafirmação do sistema previdenciário brasileiro, visualizando as suas incompletudes e vislumbrando as possíveis alterações necessárias para que este se preste ao fim de *também* garantir o mínimo de dignidade^[17] aos trabalhadores rurais (e seus dependentes) que se encontram em situação de risco, num claro e assumido modelo de previdência que privilegie a redistribuição de renda, em detrimento da assunção e um sistema de seguro individualista, que de social só possui o nome, e nada mais.

4. RETORNANDO À QUESTÃO DA IGUALDADE

Conforme ficou estabelecido preliminarmente na introdução, a idéia de políticas públicas direcionadas surgiu a partir do desenvolvimento da configuração do direito à igualdade, encarado de forma positiva, a fomentar a atuação do Estado e da sociedade em sua aplicação concreta. Na medida em que a igualdade deixou de ser percebida apenas como um direito de "não intervenção" do Estado, passando a ser visualizada como uma política a ser fomentada, as políticas públicas de inclusão social começaram a ganhar corpo.

Essa diferença entre o direito negativo à igualdade e um direito positivo à igualdade ganha força nas palavras de Ronald Dworkin (*Levando os Direitos à Sério*), que estabelece a distinção entre a igualdade como "tratamento igual" (*equal treatment*) da igualdade como "tratamento como igual" (*treatment as equal*). Em suas palavras, o "tratamento igual" nada mais é do que um "direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo" (DWORKIN, 2002, p. 349).

Já o "tratamento como igual" é um "direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa" (DWORKIN, 2002, p. 350).

Nesse sentido, arremata o autor:

O direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da comunidade como um todo. (DWORKIN, 2002, p. 351).

Nestas palavras, Dworkin estabelece-se uma distinção que é crucial para a possibilidade de argumentação em favor das políticas discriminatórias de inclusão social. A partir de então, inicia-se a discussão acerca dos parâmetros para a compreensão das vantagens de uma política discriminatória positiva:

Em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em desvantagem pode, mesmo assim, ser justificada porque dá melhores condições à comunidade como um todo.

(...)

Há dois sentidos em que se pode afirmar que uma comunidade está melhor como um todo (...). O sentido utilitarista, ou seja, porque o nível médio ou coletivo de bem-estar comunitário aumentou, apesar de o bem-estar de alguns indivíduos ter diminuído; o sentido ideal, ou seja, porque é mais justo, ou, de algum outro modo mais próximo de uma sociedade ideal, quer o bem-estar seja ou não aumentado. (DWORKIN, 2002, p. 357-358).

Essas idéias de Ronald Dworkin são elementares para a discussão acerca das políticas públicas especificamente direcionadas. Aliás, trazendo esta fundamentação

dworkiana para a situação analisada no presente artigo, pode-se chegar a afirmar, sem maiores problemas, que a assunção de uma política de redistribuição de renda em favor dos trabalhadores rurais, por meio de um sistema previdenciário, é sim uma ação afirmativa, já que distingue esse grupo dentro de um âmbito específico (Previdência Social) para garantir-lhe melhores condições de tratamento, por conta da desigualdade fática que lhes é inerente em relação aos segurados urbanos.

5. AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

No Brasil, Joaquim Barbosa Gomes, a partir da idéia de igualdade como política, traçada previamente por Dworkin, descreve as ações afirmativas como políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material (GOMES, 2000, p. 3):

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. (GOMES, 2000, p. 3)

As ações afirmativas têm o condão, em determinado contexto, de promover transformações sociais, a partir do proporcionamento de uma igualdade de recursos e oportunidades entre os membros de uma sociedade. As ações afirmativas são *meios* para garantir esta igualdade de oportunidades. Não são fins em si mesmo, vez que a finalidade destas discriminações positivas é justamente proporcionar a igualdade de recursos àqueles grupos menos favorecidos na sociedade. Essas políticas de focalização (SEN, 2000) são instrumentos para a concretização da igualdade.

A idéia de desigualar um determinado grupo juridicamente para lhe proporcionar uma igualdade fática é bem sintetizada nos dizeres de Carmén Lúcia Antunes Rocha:

"Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático." (ROCHA, 1996).

Conforme previamente estabelecido, os direitos sociais estão intimamente ligados à idéia de ações afirmativas, pois é por meio de políticas públicas direcionadas nas suas áreas que se objetiva desenvolver estas discriminações positivas.

Conforme dispõe Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui o seu objeto. Conforme assinala José Eduardo Faria (FARIA, 2000): "os direitos sociais não configuram um direito à igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósito compensatório" (SARLET, 2007, p. 302).

Aliás, firme-se que estes direitos sociais (humanos) devem dar fundamento à idéia de igualdade material, por meio da inclusão social, jamais podendo ser afirmados como meios para a exclusão, para a desigualdade.

As políticas públicas previdenciárias a serem possivelmente desenvolvidas têm o condão de induzir a transformações sociais profundas, mediante a garantia do direito à dignidade aos trabalhadores rurais, que deixam a posição secundária na qual se encontram e passam a ser encarados como marco fundamental do desenvolvimento social e econômico brasileiro.

As eventuais ações afirmativas (sempre como instrumentos de políticas públicas) objetivam, neste campo, acabar com a má imagem disposta em desfavor dos trabalhadores rurais, que são encarados como os responsáveis pelos prejuízos da previdência social, em razão da baixa contributividade. A clarificação destas políticas públicas especificamente direcionadas poderá deixar cristalina qual a proposta do Estado brasileiro, por meio do sistema de previdência, em relação aos trabalhadores rurais.

Ademais, a possibilidade de crescimento social e econômico deste grupo, e do contexto no qual ele está inserido, fica mais concreta, ante a facilitação do acesso ao sistema de previdência.

Postos esses pontos de análise, há de se constatar que a idéia de políticas públicas no campo da previdência social é amplamente viável, se amoldada a partir de estudos concretos e específicos, que levem em consideração a vulnerabilidade dos trabalhadores rurais.

6. CONCLUSÕES

Como se pode perceber, o presente artigo apresenta mais indagações do que respostas ao tema proposto. Entretanto, vale frisar que é exatamente esse o seu intento: o de chamar atenção para um problema que vem sendo relegado pelos doutrinadores e cientistas que se ocupam com o Sistema Previdenciário brasileiro.

A partir das propostas até aqui trazidas, algumas conclusões são possíveis, embora se reconheça que muitas outras questões ainda precisam ser amadurecidas, inclusive as tratadas no presente trabalho:

- 1) É cabível o debate acerca da possibilidade de desenvolvimento de políticas públicas especificamente direcionadas (inclusive de ações afirmativas) na seara do direito à previdência, para garantir a inclusão social e a igualização material do trabalhador rural brasileiro;
- 2) O sistema previdenciário brasileiro, embora normativamente calcado em bases contributivas, funciona na prática como um sistema solidarista, beirando a assistencialidade, o que macula a imagem do trabalhador rural como provocador dos prejuízos financeiros previdenciários;
- 3) As desigualdades jurídicas já implementadas em favor dos trabalhadores rurais brasileiros, no que tange aos serviços da previdência social, constituem-se em um avanço significativo para a inclusão social do grupo, mas ainda não suficientes para garantir a igualização aceitável destes em seus contextos;
- 4) O direito à previdência, tal como disposto no texto constitucional, é direito fundamental, de caráter social, de modo que o Estado tem o dever de promover-lhe integralmente, inclusive com discriminações positivas tendentes a minorar as desigualdades fáticas entre os trabalhadores rurais e os demais sujeitos de convivência contextualizada;
- 5) A legislação infraconstitucional brasileira não reconhece o direito à previdência como direito fundamental.
- 6) Há, na atualidade brasileira, uma verdadeira política de redistribuição de renda, operada por meio do Sistema previdenciário, que não é reconhecida legislativamente pelo Estado, maculando a imagem do trabalhador rural perante a Previdência Social nacional.

7. BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio. **Discriminação positiva**. Disponível em: <http://www.mail-archive.com/trabalhista@grupos.com.br/msg02017.html>. Acesso em 30 out. 2008.

ADAS, Melhem. **A Fome: Crise ou Escândalo?** 29 ed. São Paulo: Moderna, 1988.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de; PINHEIRO, Sonoê Sugahara. **A população rural e a previdência social no Brasil: uma análise com ênfase nas mudanças constitucionais**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td0759.pdf. Acesso em 01 nov. 2008.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos, cidadania e trabalho.** Belém, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Alberto Pereira de Castro; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 7 ed. São Paulo: LTr, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos à sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em Direito Constitucional e Internacional.** Disponível em: <http://www.Lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0095.pdf>. Acesso em 30 out. 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 12 ed. Niterói: Impetus, 2008.

LONGO, Moacir; TORRES, David. **Reformas para desenvolver o Brasil.** São Paulo: Nobel, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Fundamentos de direito previdenciário.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **O direito dos cidadãos à verdade perante o poder público.** São Paulo: Metodo/CESUPA, 2008.

PINTO, João Moreira Batista. **Direito e Novos Movimentos Sociais.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, 131: 283-295, jul./set. 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo. Para uma nova cultura políticas.** São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury (coord.). **Ordem Econômica e Social.** São Paulo: LTr, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** Trad.: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza; DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso. **Ensaio Sobre Direito Constitucional.** Belém: CESUPA, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica ao Direito.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZIMMERMANN, Clóvis. **A previdência rural brasileira no contexto das políticas públicas.** Revista Espaço Acadêmico, nº. 48, maio/2005. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/048/48czimmermann.htm>. Acesso em 02 nov. 2008.

[1] Bolsista-CAPES do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direitos Humanos do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará - UFPA.

[2] Nesta proposta, são sinônimos os termos *direitos fundamentais* ou *direitos humanos*.

[3] Ressalte-se que o caminhar histórico, mesmo do direito à igualdade, não foi igual em todos os contextos. Ademais, a explanação histórica aqui exposta tem o condão de demonstrar a evolução do conceito de igualdade, e não as razões que levaram a tanto.

[4] Políticas de focalização (SEN, 2000), políticas especificamente direcionadas.

[5] Importante destacar que a idéia de inclusão/exclusão social aqui proposta está ligada ao conceito de igualdade/desigualdade material. O debate desenvolve-se mais precisamente no campo sócio-econômico. A igualdade/desigualdade material pela inclusão/exclusão social é descrita por meio de um sistema hierarquizado que não afasta por completo os grupos porventura desprivilegiados; pelo contrário, estes são fundamentais em um determinado processo, mas assumem uma posição subalterna neste sistema de hierarquia (SANTOS, 2006).

[6] Art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

[7] Celebrada pela Resolução n.º 217, durante a 3ª Assembléia Geral da ONU, em Paris, França, em 10.12.1948.

[8] Art. 25. I) "Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle."

[9] Adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992

[10] "Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social" (art. 9º).

[11] Cabe aqui estabelecer a diferenciação entre os termos *seguridade social* e *previdência social*, existente no Direito brasileiro: a Seguridade Social é gênero, da qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. "A Previdência Social vai abranger, em suma, a cobertura de contingências decorrentes de saúde, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, *mediante contribuição* [?], concedendo aposentadorias, pensões etc." (MARTINS, 2004).

[12] Tendo em conta que o objetivo central do presente trabalho é discutir a possibilidade das ações afirmativas no campo do direito à previdência, e não apenas analisar a previdência do trabalhador rural brasileiro.

[13] Clóvis Zimmermann arremata seu artigo com a seguinte posição, sobre a qual cabe discussão: "A previdência rural brasileira é inovadora ao universalizar o acesso da população rural brasileira ao benefício, sem que os beneficiários necessitem provar uma contribuição, mas apenas o exercício da atividade agrícola, aproximando-se assim do modelo Beveridgiano. Indiretamente, no entanto, a previdência rural arrecada uma contribuição advinda da porcentagem sobre o valor da produção comercializada. Mesmo assim, essa porcentagem não consegue e nem deve financiar todos os gastos com a aposentadoria dos segurados especiais por idade no âmbito rural." (ZIMMERMANN, 2005).

[14] Todos os dados apresentados foram levantados a partir do cruzamento de dados obtidos no Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa - IBGE (www.ibge.gov.br) e no Ministério da Previdência Social - MPS (www.mps.gov.br). Acessados em 04 nov. 2008.

[15] Apenas a título de exemplo das diferenciações feitas em relação aos requisitos para a utilização do sistema de previdência pelos trabalhadores rurais, vale citar o disposto no art. 195, §8º da CF/1988. O tempo de contribuição para a aposentadoria do trabalhador rural em reduzido em cinco anos, de acordo com o art. 48, §1º da Lei n.º 8.213/1991.

[16] Aqui em sentido genérico.

[17] Vale estabelecer que, para a presente proposta, a dignidade pode ser encarada como um valor moral, a mover a atuação do indivíduo inserido em uma coletividade, bem como uma força material de concretização dos direitos mínimos (SARLET, 2006), variáveis de acordo com o contexto de implementação.

**FILHOS DE APENADOS: CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM BUSCA DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL QUE RESGATEM O
SIGNIFICADO DO INSTITUTO DA CIDADANIA**

**SONS OF CONVICTS: INFANTS AND ADOLESCENTS IN SEARCH OF
PUBLIC POLITICS OF SOCIAL ENCLOSURE THAT RESCUE THE
MEANING OF THE INSTITUTE OF THE CITIZENSHIP**

**Claudine Freire Rodembush
Jefferson Dall'Agnol**

RESUMO

O presente artigo versa sobre a importância da atuação do Poder Público em conjunto com uma sociedade participante na elaboração e execução de políticas que assegurem os direitos e garantias fundamentais previstos na atual Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, aos infantes filhos de apenados e as suas famílias. A participação da sociedade na realização de projetos sociais traz um fortalecimento da cidadania, fazendo com que o cidadão tenha possibilidades de escolhas junto ao Poder Público. Desta forma, em um primeiro momento serão analisadas algumas considerações sobre a cidadania, sua origem e conceitos, demonstrando que a idéia de cidadania plena deve ser aplicada à sociedade como um todo, caracterizando assim uma nova concepção de cidadania, governante e ativa. Por fim, discorre-se sobre os problemas originados a partir dos estabelecimentos penais e, principalmente, da desatenção aos familiares dos apenados, e a conseqüente relação de vulnerabilidade de seus filhos, cidadãos, na grande maioria, em fase de formação.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA, CRIANÇAS E ADOLESCENTES, GESTÃO COMPARTIDA E POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

The present article is about the importance of the action of the Public Power in assembly with a participant society at the elaboration and execution of politics that assure the rights and predicted fundamental guarantees in the present Federal Constitution and in the Statute of the Infant and of the Adolescent, to the infants sons of the convicts and its families. The participation of the society in the achievement of social projects brings a strengthening of the citizenship, offering to the citizen have the possibilities of choices next to the Public Power. In this way, in a first moment will be analyzed some considerations about the citizenship, his origin and concepts, showing the idea of full citizenship should be applied for all society segmentation, characterizing a new conception of citizenship, ruler and active. Finally, it's shown the problems originated from the penal establishments and, mainly, of the convicts family inattention

and a consequent relation of vulnerability of his sons, citizen, in its majority, at formation phase.

KEYWORDS: CITIZENSHIP, INFANTS AND ADOLESCENTS, MANAGEMENT SHARED; POLITICAL PUBLIC.

INTRODUÇÃO

Este estudo procura adentrar a discussão acerca do significado do instituto da cidadania, seus contornos e abrangências, bem como da dicotomia verificada a partir das mais diversas realidades culturais, sociais e econômicas do cenário brasileiro, demonstrando a importância da atuação da sociedade civil na elaboração e execução de políticas públicas, tendentes a solucionar as demandas sociais existentes. Neste sentido examinar-se-á a participação de atores sociais em meio a redes de atuação voltadas ao processo de solidariedade, através da materialização de políticas públicas marcadas pela atenção e proteção a filhos de apenados segregados aos estabelecimentos prisionais, com o viés de resgate ao conceito de cidadania, valorização do ser humano, respeito aos direitos fundamentais e aos ditames e reclames de ressocialização dos próprios reeducandos.

Destacadas algumas características da cidadania, importante tecer algumas considerações referentes às políticas públicas como estratégia de inserção dos indivíduos nos mecanismos de criação de uma sociedade mais justa e preocupada com seus integrantes como atores sociais voltados à consecução de fins de interesse comum, trazendo-se como exemplo o modelo estabelecido na favela da Mangueira, na Cidade do Rio de Janeiro.

Na seqüência será realizada breve investigação acerca das mazelas determinadas pela imposição da pena privativa de liberdade, decorrentes da inabilidade do Estado frente aos problemas originados a partir dos estabelecimentos penais e, principalmente, da desatenção a familiares dos apenados, e a conseqüente relação de vulnerabilidade de seus filhos, cidadãos, na grande maioria, em fase de formação.

Por fim, será carreado exemplo de atividade inclusiva entabulada através da atuação conjunta de setores organizados da sociedade, do Estado e de todos aqueles que, de uma forma ou outra, vivenciam o dia-a-dia das casas prisionais e acompanham, com sua visão singular, a possibilidade de alteração do quadro negativamente estigmatizado das prisões brasileiras.

1 AS DIFERENTES CONCEITUAÇÕES DO INSTITUTO DA CIDADANIA E SUA EVOLUÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA: A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO REQUISITO PRIMORDIAL PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO SER HUMANO

A conceituação do termo cidadania varia no tempo e no espaço. Na antiguidade encontram-se resquícios de lutas sociais que demonstram a busca por cidadania. Bem tratado por Emiliano José[1], por volta do século VIII a.c. os Profetas Isaías e Amós pregavam em favor do povo e contra os opressores:

[...] cessai de fazer o mal, aprendei a fazer o bem. Respeitai o direito, protegei o oprimido. Fazei justiça ao órfão, defendei a viúva. Portanto, já que explorais o pobre e lhe exigis tributo de trigo, edificareis casas de pedra, porém não habitareis nelas, plantareis as mais excelentes vinhas, porém não bebereis de seu vinho. Porque eu conheço as vossas inúmeras transgressões e os vossos grandes pecados: atacaís o justo, aceitais subornos e rejeitais os pobres à sua porta.

Bernardes[2] demonstra que no princípio da evolução ateniense apenas uma classe de cidadãos desempenhava a plenitude da cidadania (existia uma divisão censitária da sociedade); apenas a partir das reformas de Clístenes (509 a. c.), essa cidadania foi ampliada a todo cidadão ateniense, que poderia até mesmo exercer qualquer cargo de governo.

O instituto da cidadania já foi objeto das mais diversas abordagens e discussões, sendo, por muitos, inclusive, questionado na sua própria existência plena, levando-se em consideração o grau de exigência e o nível de pensamento/conhecimento de cada povo, o momento histórico em que inserida sua definição, as raízes culturais, econômicas e políticas de cada comunidade.

Derivada do latim *civitas*, expressava a idéia do habitante da cidade, pessoa pertencente à *polis*. Neto,[3] ao abordar o tema do nascimento da cidadania, assevera que:

É difícil datar com precisão o aparecimento do conceito de cidadania. Sabemos que seu significado clássico associava-se à participação política. O próprio adjetivo “político”, por sua vez, já nos remete à idéia de polis (Cidade-Estado Antiga). Podemos concluir, então, que foi justamente esse tipo de organização urbana que se assentaram as bases do conceito tradicional de cidadania e de uma considerável parte de seu significado atual.

Para Platão, somente poderia ser considerado cidadão, um seleto grupo que excluía mulheres, escravos e estrangeiros, aquele que estava em condições de opinar sobre os rumos da sociedade, participando das escolhas que asseguravam os interesses da coletividade. . Sendo assim, o número de pessoas consideradas como cidadãos era ínfimo, levando-se em consideração que dentre os requisitos da cidadania era necessário a de que o homem fosse livre, ou seja, não tivesse a necessidade de trabalhar para sobreviver, portanto, praticamente apenas os proprietários de terras eram livres para ter o direito de decidir sobre o governo. A cidadania grega era compreendida apenas por direitos políticos, referentes à participação nas decisões sobre a coletividade.

Segundo Santana[4]:

A cidadania era para os gregos um bem inestimável. Para eles a plena realização do homem se fazia na sua participação integral na vida social e política da Cidade-Estado.

Só possuía significação se todos os cidadãos participassem integralmente da vida política e social e isso só era possível em comunidades pequenas.

Na Roma Antiga, também existiu a clássica divisão entre pessoas livres e escravas, e as que podiam ou não exercer os chamados direitos políticos e civis. A cidadania somente era atribuída aos homens livres, mas apenas alguns indivíduos integravam a categoria de cidadãos. Em regra, a distinção era estribada entre Patrícios (fundadores de Roma e, portanto, considerados nobres) e Plebeus (pessoas comuns), distinguindo-se os grupos pela possibilidade de exercício de cargos públicos importantes, como o de Magistrado e Senador. Apesar de serem considerados homens livres os plebeus não eram considerados cidadãos e somente após a reforma do Rei Sérvio Túlio é que os mesmos tiveram acesso ao serviço militar e lhes foram assegurados alguns direitos políticos. Com a elaboração da famosa Lei das Doze Tábuas, foi assegurada aos plebeus uma maior participação política.

As diferenças entre cidadãos e não-cidadãos eram reguladas pelo Direito Romano, sendo que o direito civil (*jus civile*) regulamentava a vida do cidadão e o direito estrangeiro (*ius gentium*) era aplicado a todos os habitantes do império que não eram considerados cidadãos.

Quintão menciona[5], que o Direito Romano, apesar de proteger as liberdades individuais e reconhecer a autonomia da família com o pátrio poder, não assegurava a perfeita igualdade entre os homens, admitindo a escravidão e discriminando os despossuídos. Ao lado da imensa desigualdade existente entre homens livres e escravos, o Direito Romano admitia a desigualdade entre os próprios indivíduos livres, institucionalizando a exclusão social.

Dallari[6], adentrando discussão acerca do uso da palavra cidadania, em Roma, bem assevera que a mesma era utilizada “para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer”.

Adentrando a Idade Média, inúmeras alterações ocorrem nas estruturas sociais. Caracteriza-se pela sociedade caracteristicamente estamental, com rígida hierarquia de classes. As relações cidadão-Estado, antes reguladas pelo Império, passam a ser controladas pelos ditames da Igreja Cristã. Neste período, em razão dessa índole hierarquizada das estruturas das classes sociais, dilui-se o princípio da cidadania, porém o relacionamento entre senhores e vassalos dificultava bastante à definição desse conceito. Idéias de fidelidade tomam o espaço do conceito de cidadania, desencadeadas pelo início da formação do feudalismo e da nova concepção e estruturação da sociedade. Neto[7], em tal contexto, refere-se ao período ao asseverar que:

As questões relativas à política cederam espaço à preocupação com outras questões, como, por exemplo, o plano religioso. Era, portanto, uma sociedade de ordens, diferenciadas tanto política quanto juridicamente. Clero e Nobreza detinham, respectivamente, saber e poder e, conseqüentemente, os direitos advindos do termo cidadania. Servos permaneciam alheios aos privilégios dos “cidadãos”, não podendo acessar o poder público, sem a mediação de outro estamento detentor de maior poder. Submissos à justiça e à ordem estabelecida, poucos eram os que podiam ver na justiça fonte de direitos.

Apenas no final da Baixa Idade Média é que reaparecem, timidamente, “lampejos” acerca do conceito de cidadania, a partir do surgimento dos chamados Estados Nacionais e de uma burguesia mercantil, que passa a reivindicar direitos exercidos apenas pelos mais privilegiados, em meio a um forte processo de urbanização.

A partir de então, e diante das incontáveis revoluções sociais que se seguiram, a busca do conhecimento e da liberdade do pensamento passa a ditar a existência de novos comportamentos e reivindicações. A necessidade pelo conhecimento e autonomia do pensamento propaga a contestação de valores, influenciando os ideais de democracia liberal, base do Iluminismo. Dessa forma, muito embora o quadro de esmagadora miséria da maioria dos indivíduos, e as sérias diferenças entre o discurso pregado e a realidade verificada, o conceito de cidadania passa a ser reforçado no cenário da época, sendo a questão social elevada ao centro do debate político, com o objetivo de emancipação do homem em relação à subordinação social.

O conceito de cidadania passa a ganhar cores mais acentuadas a partir dos ideais do Liberalismo, representados pelo triunfo das liberdades individuais, base da democracia. As propostas liberais determinaram à separação dos negócios públicos (concernentes ao Estado) dos privados (de dedicação exclusiva dos particulares), o que propiciou o fortalecimento do Parlamento, diante da necessidade de criação de mecanismos de defesa dos interesses de particulares em face aos excessos do Poder Central, enfatizando-se, conseqüentemente, a necessidade do voto e da democracia representativa.

Há de ser frisado que as Revoluções Liberais ocorridas, respectivamente, na Inglaterra, através da Declaração de Direitos, e na França, pela Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, corresponderam a ações de inquestionável importância no cenário histórico, e contribuíram extraordinariamente ao restabelecimento do conceito mínimo de cidadania. Segundo Olivieri[8]:

Essas declarações estabelecem a garantia das liberdades individuais de pensamento, crença, expressão, reunião e ação, desde que não sejam prejudicados os direitos de outros cidadãos. Deriva daí a concepção tradicional de liberdade, segundo a qual "a liberdade de cada um vai até onde o permite a liberdade do outro".

A Revolução Industrial, ao lado do Liberalismo, caracterizaram quadro de incessante busca do crescimento e do desenvolvimento de novas formas de obtenção do lucro, política de menosprezo e de injustiça às relações sociais e trabalhistas, fato que culminou com a união da classe operária (em busca da reivindicação de direitos), e com o surgimento do socialismo, derivando o conseqüente intervencionismo do Estado. Os ideais do Liberalismo, portanto, passaram a ceder espaço à atuação do Estado como protetor do cidadão, mormente no pós-Segunda Guerra, trilhando-se caminho para o estado do bem-estar social (*welfare state*), notadamente à expansão do assistencialismo às classes menos afortunadas.

Em tal cenário, e diante das dificuldades enfrentadas pelo Estado na condução e satisfação dos interesses apresentados, à época, movimentos sociais passaram a desencadear a valorização da luta pela cidadania, que abarcou a igualdade de fato e o respeito às diferenças, a ausência de preconceito e de discriminação, entre outros. Para Luiz[9]:

Os novos movimentos sociais, grosso modo, levam esta denominação por se diferenciarem dos movimentos tradicionais (movimento dos trabalhadores, seja sindical, seja partidário) nos objetivos, nos procedimentos e na sua forma de organização. Além disso, fazem parte de um outro contexto sócio-econômico-cultural. Nesses termos, as profundas mudanças ocorridas na sociedade, pós 2ª guerra, condicionaram o surgimento dos referidos movimentos sociais. Estes foram os principais agentes sociais que procuraram elaborar novos procedimentos na luta por cidadania, assim como objetivaram responder às inúmeras demandas surgidas no seio da sociedade. Os novos movimentos sociais procuram focar novos temas, fazendo com que a cidadania tenha novos contornos: questões ligadas ao meio-ambiente; contra o racismo, questões de gênero; a favor da paz, entre outros. Ademais, há ainda os movimentos populares que têm como pauta enfoques tradicionais atinentes à sobrevivência material, juntamente com àquelas que procuram melhorar a qualidade de vida: educação, habitação, terra e muito mais.

A atuação estatal centralizada perdurou até a criação de ideário neoliberal, quando introduzida, nas palavras de Schmidt[10], “a pregação contra o ‘gigantismo’ e o ‘intervencionismo’ do Estado”. Tal linha de pensamento se sustentou no pressuposto do livre mercado, estabelecido a partir da crise do *welfare state*, principalmente em países desenvolvidos, já no final da década de 1970. Na época, o cenário propiciou espaço à atuação de ícones do neoliberalismo em países de grande porte econômico e político, como Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha, e que vieram a ser reconhecidos mundialmente como detentores do pensamento de atuação mínima do Estado. Margareth Thatcher, Ronald Reagan e Helmut Kohl, entre outros, impulsionaram a adoção de ideais contrários ao “Estado inchado” e fortalecido, e se notabilizaram pela difusão de furor propagandista de suas pregações.

Com o neoliberalismo e as atenções voltadas ao capital, recai sobre a economia mundial o modelo da globalização, que atinge, principalmente, países em desenvolvimento, vulneráveis aos mandamentos dos estatutos do sistema financeiro. O quadro, muito embora caótico sob diversos ângulos, passa a oportunizar o surgimento de organizações internacionais não-governamentais (ONGs), voltadas à luta em prol da cidadania e a ações concentradas, na concepção de Luiz[11], a “uma diversidade de questões visando pleitear direitos a partir de diferentes procedimentos, tais como a denúncia e o protesto por meio de ações solidárias atinentes às questões sociais, através da elaboração de projetos alternativos, entre outros”.

Em suma, as definições dadas à cidadania se diferenciaram no tempo e no espaço em decorrência da mudança de paradigmas, pensamentos e política de cada povo, apresentando-se, como detalhado, nas mais diversas formas e “etiquetas”, com maior ou menor ênfase à consideração propiciada aos cidadãos.

Para parte da doutrina, cidadania está relacionada, na atualidade, ao “direito a ter direitos”; outra leva a define como a condição de ser cidadão, ou a gozar dos direitos civis e políticos e desempenhar seus deveres perante o Estado. Vieira[12] aborda o tema da cidadania sob a perspectiva de Thomas H. Marshall, ao aduzir que:

O conceito de cidadania, enquanto direito a ter direitos, foi abordado de várias perspectivas. Entre elas, tornou-se clássica, como referência, a concepção de Thomas H. Marshall, que, em 1949, propôs a primeira teoria sociológica de cidadania ao

desenvolver os direitos e obrigações inerentes à condição de cidadão. Centrado na realidade britânica da época, em especial o conflito frontal entre capitalismo e igualdade, Marshall estabeleceu uma tipologia dos direitos de cidadania. Seriam direitos civis, conquistados no Século XVIII, os direitos políticos, alcançados no Século XIX, ambos chamados direitos de primeira geração – e os direitos sociais, conquistados no Século XX, chamados direitos de segunda geração.

Segundo Janoski (1998), citado por Vieira[13], “Cidadania é a pertença passiva e ativa de indivíduos em um Estado-nação com certos direitos e obrigações universais em um específico nível de igualdade”. Para Turner, também citado por Vieira[14], cidadania pode ser considerada “um conjunto de práticas políticas, econômicas, jurídicas e culturais que definem uma pessoa como membro competente da sociedade”.

Desde o descobrimento do Brasil, percebe-se um contraste de desigualdade de oportunidades da vida em sociedade. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, inúmeros direitos e garantias individuais em face do Estado, emergindo daí as concepções do “Estado Democrático de Direito”, que em termos gerais é a limitação do exercício dos poderes de soberania (do Estado) sobre o cidadão.

Encontra-se positivado, no art 1º da Carta Magna, a cidadania como fundamento da Republica Federativa do Brasil; encontra-se também como fundamento, a dignidade da pessoa humana, concluindo-se que a Constituição Brasileira não trata tais termos como sinônimos. Para Silva[15], a cidadania possui um sentido mais amplo do que ser apenas titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significando também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular.

De acordo com Carvalho[16], o conceito de cidadania possui três enfoques distintos, cada um representando uma corrente do pensamento político ocidental. A primeira vertente é a liberal, que define a cidadania enquanto titularidade de direitos ao indivíduo, formando, assim, uma redoma protetora dos abusos do poder do Estado. A segunda corrente é a do republicanismo clássico, e distingue – se da anterior na medida em que enfatiza a preocupação com a *res publica*, com o bem coletivo, mesmo que isto exija o sacrifício de interesse individual. Por fim, a terceira corrente é a visão comunitária da cidadania que vem de Aristóteles e tem sua função moderna em Rousseau e Comte. Menos que a titularidade de direitos, importa, aqui, o sentimento de pertencimento a uma comunidade política.

Para Marshall[17], sua visão de cidadania engloba as três versões, uma vez que envolve elementos das três. Nela, a titularidade de direitos básicos se une à preocupação com a justiça social e com a identidade coletiva.

No dizer de Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá á pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social[18].

Perquirindo-se a atual realidade brasileira, em cotejo a tais considerações, pode-se admitir que a amplitude do significado proposto à cidadania esbarra em diversos óbices solidificados historicamente. A sociedade local se desenvolve diante das notícias de corrupção, de desrespeito a direitos fundamentais, e de uma política marcada por célebres atos de clientelismo, distantes de medidas públicas centradas à resolução de infindáveis problemas de ordem social e econômica. Uma gama extraordinária de indivíduos sobrevive excluída dos bens destinados ao consumo, da correta e adequada educação, do direito à saúde e à digna alimentação, sofrendo o descaso do Poder Público e da sociedade da qual faz parte.

Campos[19] fornece informações importantes:

A pobreza e a desigualdade social foram duas constantes na América Latina durante todo o século XX e permanecem no cenário latino-americano neste começo do século XXI. Conforme relatório do PNUD sobre democracia na América Latina (2004), 42,9% da população da região é pobre, ou seja, 218 milhões de pessoas estão abaixo da linha da pobreza. Mais de um terço da população do subcontinente não consegue suprir suas necessidades básicas. No Brasil, 31,7% de sua população é classificada como pobre e a desigualdades de renda aumentou em 3.654 municípios na década de 90. Vive-se em uma perversa assimetria social em que os 10% mais ricos se apropriam de 46% do total da renda das famílias e os 50% mais pobres possuem cerca de 13%.

Os baixos índices de escolaridade e de cultura política do povo brasileiro, e as minguadas capacidades de exercício das liberdades individuais e de verdadeiro pertencimento ao grupo social, também estabelecem a exclusão de larga parcela da sociedade. Schmidt,[20] ao avaliar o tema da cultura política democrática e capital social, menciona que:

No caso dos jovens brasileiros, enquanto uma minoria de 5% se caracteriza pela alta sofisticação política e uma maioria de 60% por média sofisticação, há um preocupante contingente de 35% (aproximadamente 1/3 dos cidadãos) que apresentam atitudes de desinformação, senso de ineficácia pessoal e rejeição à política, às suas instituições e a seus agentes.

Dulce[21] trata do tema ao coroa-lo como a “passividade da cidadania”, traduzida pela perda da consciência crítica coletiva e a vulgarização do pensamento social, resultando no surgimento de personagem que denomina “**autista social**”. Em tal senda, novamente se estampa a reedição do velho e enfraquecido conceito de cidadania, com seus requisitos e proibições; repetido nos moldes da definição dada pelos gregos e romanos, ou na condição de subserviência aos senhores feudais, traduz realidade na qual parte da população figura como cidadã, enquanto a outra transita em um mundo conceituado pela indefinição. Tal afirmativa, muito embora pessimista, bem define o quadro verificado na grande maioria das cidades que ocupam o território nacional. Marcada pela pobreza, violência, ignorância, falta disso, daquilo ou daquele outro, parcela gigantesca da sociedade brasileira, há muito excluída, apenas assiste a seus pares desfrutarem de garantias constitucionais das quais se vê afastada. Sartre, citado por Gauer[22], apresenta questionamento que bem se enquadra à moldura daí resultante: **o que significa a literatura num mundo que passa fome?**

Deplorável exemplo foi recentemente revelado em uma favela do Rio de Janeiro, onde candidatos a um assento no Poder Executivo carioca tiveram barrado o ingresso, às ruas do respectivo bairro, por integrantes do tráfico local, os quais, pelos instrumentos de poder já conhecidos, estreitaram relações com os eleitores através do uso da força e coação, na mais nova forma do “voto de cabresto”, impossibilitando qualquer espécie de propaganda política que não fosse a do candidato da preferência do crime organizado.

Segundo Olivieri[23], “já em julho e agosto de 2008, apareceram denúncias da intimidação de eleitores nas favelas do Rio de Janeiro para votarem a favor de candidatos ligados ao narcotráfico e ao crime organizado”. Braga[24], no Jornal O Globo, também noticia que “A ação de milícias e traficantes contra os candidatos tem sido um dos pontos mais polêmicos na campanha no Rio de Janeiro. No sábado, Gabeira, Chico Alencar e o candidato do PT, Alessandro Molon, foram coagidos por traficantes em visitas a favelas do Rio”.

E os cenários se multiplicam nas mais diversas plagas brasileiras. Os fatos, inclusive, estampam realidade que mais parece uma regra: onde o Estado não impõe suas normas, poder paralelo implementa “políticas” voltadas exclusivamente a seus interesses, impondo o caos em detrimento de direitos fundamentais e de requisitos e expectativas ao real significado da cidadania.

Em tal seara, questiona-se quais seriam, enfim, as atividades determinantes destinadas a amenizar o quadro ainda perverso verificado pelas diferenças brasileiras. Além da redução dos índices de pobreza, políticas públicas sérias e condizentes com as efetivas necessidades apresentadas devem ser elaboradas, voltadas às diferentes classes culturais, econômicas e sociais verificadas nas mais distantes comunidades brasileiras, mediante a atuação solidária do Poder Público e sociedade organizada, e com norte focalizado nos ideais de cidadania e valorização do ser humano.

Segundo Sen, citado por Campos[25]:

Pessoas com o mesmo nível de renda e formação educacional podem apresentar níveis de desempenho diferentes no cuidado e atenção às suas vidas e de ação cooperativa à comunidade, de forma a denotar margens maiores e menores de liberdade e realização de um projeto de vida desejado. De outra maneira, o fenômeno da pobreza precisa ser entendido como privação das capacidades básicas para o agir mais amplo, e não somente baixo nível de renda, que é indicativa de um nível de privação no sentido instrumental.

Isto faz que a relação entre baixa renda e baixa capacidade seja variável entre comunidades, famílias e indivíduos.

Assim, políticas e ações públicas voltadas à redução das desigualdades e mesma da pobreza precisam atinar para aspectos condicionadores de resultados e novos patamares facilitadores da vida.

A cidadania, portanto, deve ser buscada em processo de contínua construção, e a atuação planejada de governança solidária, atrelada à prática de políticas públicas sérias e voltadas à consecução de duradouro e dedicado trabalho de reconstrução social afiguram-se como alicerces de obra-mestra a ser operada na busca de mudança.

Nas transformações da sociedade brasileira, marcadas pela exclusão social, demandas e domínios das minorias, há a ingerência de novos atores, de ordem coletiva, despertando a consciência do direito a ter direitos. A cidadania passa a ser buscada com um novo sentido.

Ocorre que a própria cidadania, não mais se presta à condição de expectadora, porque boa parte dela encontra-se exaurida diante de tantos desmandos e silêncios frente às demandas que se avolumam, deixando pouca margem de escolha, senão comportamentos de autopreservação e autotutela que beiram mesmo a cenários e instâncias de ilicitude[26].

Exemplo adequado de mobilização de atores diversos da sociedade (diametralmente oposto à dura realidade nacional) vem sendo demonstrado no processo ocorrido na favelada da Mangueira, Cidade do Rio de Janeiro. Na década de 80, foi dado início a projeto de política social por meio de parceria que hoje é considerada modelo no cenário nacional, em razão do alcance dos objetivos traçados, e, sobretudo, pela forma de atuação e engajamento da própria comunidade carioca no processo de modificação do quadro até então verificado. Conhecido como Programa Social da Mangueira, o projeto foi entabulado por meio de gestão descentralizada de política pública, como empreendimento de sinergia entre vários atores da sociedade, que impulsionaram a criação e implementação de diversos projetos de cunho social voltados ao enriquecimento e à valorização da cidadania.

As atividades de fomentação e desenvolvimento dos projetos atenderam aos novos desafios de responsabilidade social, em correspondência ao compartilhamento democrático dos interesses dos cidadãos. Costa[27], ao aprofundar análise do assunto, assevera que:

De acordo com essa concepção de solidariedade, considera-se que a participação ativa dos agentes sociais é capaz de potencializar as relações de cooperação entre os membros da sociedade, contribuindo para o seu desenvolvimento e compondo o chamado ‘capital social’.

Diante da enormidade de problemas sociais do recuo do Estado em relação à questão social, os cidadãos e a sociedade são conclamados a compartilhar responsabilidades na resolução desses problemas. O desafio atual está em encontrar um consenso sobre o quê, quem e como se responder aos anseios da sociedade em relação ao bem-estar, como coletividade. A questão é: que devemos fazer coletivamente – e não individualmente – para que as ações sociais resultem no envolvimento tanto da motivação individual para uma ética solidária constitutiva da coesão social, quanto da garantia da ‘responsividade’ do Estado face aos cidadãos.

O processo desencadeado na esfera da favela da Mangueira engloba a denominada “governança como forma de gestão”, ao proporcionar à comunidade, em atuação conjunta com empresas, entidades e governo, a identificação dos problemas sociais que afligem os cidadãos que participam da escolha e que serão beneficiados com a implementação das medidas voltadas à alteração do *status quo*.

Além disso, o programa desenvolvido pela comunidade da Mangueira abarca indiscutível afirmação do modelo de capital social, já que o processo de identificação e

implementação das políticas sociais ali traduzidas conta com a presença das variantes indissociáveis da confiança, do compromisso, de vínculos de reciprocidade, cooperação e solidariedade, atadas em prol do desenvolvimento local. Mostra-se a confluência das forças individuais que se destinam à realização do bem comum.

Neste sentido, Rodembusch[28] defende uma articulação entre Poder Público e sociedade, na elaboração de políticas públicas destinadas a garantir o amparo e proteção social aos mais fracos, dando ênfase ao princípio da solidariedade.

O princípio de solidariedade é um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho e somente se pode pensar o indivíduo inserido na sociedade. Nesse sentido, pensar no ser humano inserido na sociedade é não excluí-lo, é proporcionar condições para que viva em uma sociedade de iguais. Uma vez que, um dos argumentos para a relação de causalidade entre distribuição de renda e crescimento econômico se encontra na idéia de que a desigualdade e a pobreza geram estruturas de governança ineficientes, que afetam não somente a eficiência dos pobres, mas também da sociedade como um todo.

O Programa Social da Mangueira desenvolve cerca de 30 projetos na área de educação, saúde, desportos, lazer, cultura, artes, música, dança, formação profissional e assistência jurídica, propiciando o atendimento gratuito aos moradores da favela e comunidades vizinhas. As empresas Xerox do Brasil, por meio do Instituto Xerox, e a BR Distribuidora Petrobrás, entre outras, tornaram-se parceiras do programa, com a realização de investimentos de larga monta; em consonância, os governos estadual e municipal incrementaram a lista de ativos participantes, adentrando a “movimentada” rede através de convênios por meio da Secretaria Estadual de Educação e Secretarias Municipais de Saúde, Educação, Cultura e Desenvolvimento Social.

Qualifica-se como iniciativa exemplar que merece o reconhecimento de todos, servindo, inclusive, de modelo para novas e mais ousadas experiências Brasil afora, na medida em que serve de demonstrativo fidedigno a respeito de como a sociedade, em união de esforços com o Poder Público, pode encaminhar o país a novos e mais saudáveis rumos.

Serve de modelo à demonstração de como medidas bem calculadas, calcadas na participação do cidadão no espaço local, e alicerçada na correta aplicação de valores e capital humano, de acordo com as qualidades e características peculiares de cada comunidade, podem determinar a construção de cenário que se diferencie dos quadros costumeiramente verificados em nosso país.

Inúmeros são os argumentos que confirmam a necessidade de uma participação ampla e efetiva da sociedade civil na formulação e implementação das ações de governo, não apenas para produzir melhores programas e projetos, mas também como instrumento para a construção de uma sociedade mais dinâmica, mais justa e mais democrática.

2 A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO MESMO FRENTE AOS DIREITOS QUE RESGUARDAM CRIANÇAS E ADOLESCENTES FILHOS DOS APENADOS

O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em crise, dada a total inabilidade estatal na condução dos propósitos de aplicação da pena privativa de liberdade, mormente as condizentes com os reclames de ressocialização dos reeducandos. A total disparidade entre os mandamentos constitucionais e a realidade posta em funcionamento atrela a recuperação do indivíduo recolhido à mera utopia.

É sabido, em especial pelas manchetes televisivas e jornais de todo o território nacional, que onda avassaladora de crimes vem sendo verificada a partir da ação organizada no interior dos estabelecimentos de reclusão, não apenas na sua modalidade mais simples e cordial, consubstanciada pelo uso de aparelhos celulares pelos chefes de quadrilhas, ordenadores e mandantes das práticas delitivas mais hediondas e temidas, mas - e esta parece ser a categoria mais preocupante, através da subserviência de apenados que, esquecidos pelo Estado em meio a galerias de um presídio, adentram facções criminosas como forma única de evitar o mal pior no cumprimento de suas penas.

As falhas se apresentam desde o frágil (ou quase inexistente) processo de individualização da pena; o que deveria ser essencial à adequada distribuição de apenados, em consideração ao grau de periculosidade, número de práticas delitivas, reincidência ou primariedade, pertencimento a grupos criminosos, facções distribuídas por bairros ou bandos, acaba sendo menosprezado devido ao excessivo número de presos que compõe a massa carcerária. Nesse desordenado quadrante, quantidades enormes de recolhidos passam a formar grupos desprovidos de identidade, e integram população absolutamente mesclada, não mais submissa aos dizeres legais, até pouco tempo corporificados pela sociedade organizada, mas a ordens e planos de vida estabelecidos pelos que exercem a força intramuros.

A desídia estatal também fere direitos fundamentais quando o apenado deixa de receber a devida assistência educacional, correspondente à instrução escolar e à formação profissional. Se a realidade do encarcerado já se estriba no semi-analfabetismo e em dissabores nas mais frustradas atividades de cunho laboral, o dia-a-dia dos estabelecimentos prisionais, a serviço dos mais fortes, transmite cultura acentuada do crime e agudização na deturpação de valores éticos e morais, fato que distancia o preso do indivíduo produtivo, e o estigmatiza como despreparado para o retorno ao convívio social. Nesse diapasão, Sá[29] bem traduz a problemática estabelecida quando afirma que:

A vida carcerária é uma vida em massa. Sobretudo para os presos, evidentemente. Como consequência, ela lhes acarreta uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionização. Entre os efeitos da prisionização, que marcam, profundamente, essa desorganização da personalidade, cumpre destacar: a perda da identidade e a aquisição de nova identidade; o sentimento de inferioridade; o empobrecimento psíquico; a infantilização, a regressão. O empobrecimento psíquico acarreta, entre outras coisas: **o estreitamento do horizonte psicológico, a pobreza de experiências, as dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazos.** A infantilização e a regressão manifestam-se, entre outras coisas, através de: dependência, busca de proteção, busca de soluções fáceis, projeção da culpa no outro e dificuldade de elaboração de planos. (grifo nosso)

A subserviência ao sistema estabelecido intramuros atinge não apenas o apenado (quando inserido ou já fora do estabelecimento penal), mas, também, seus familiares, muitas vezes obrigados à satisfação de mandamentos oriundos dos grupos que ditam as regras do jogo: o ingresso de drogas, aparelhos celulares e armas no interior dos estabelecimentos, por vezes, é franqueado por mães, esposas e filhos de presos, em medo à represália que, possivelmente, será estabelecida caso descumprida a ordem. Estabelece-se a chamada sobre-pena ao recolhido, a qual se estende ao seio familiar; integrantes da prole, além da impossibilidade de convívio diário com o pai ou a mãe, então recolhidos (processo de resultados danosos aos vínculos sócio-familiares), são obrigados a compartilhar as mazelas dos presídios. Nas palavras de Costa[30], “as crianças são vítimas da violência estrutural”. Pela existência de estrutura física falha e antiquada, compartilham o espaço de visitas com outros segregados, presenciando cenas típicas somente verificadas no interior de penitenciárias.

Para Rodembusch[31] a violência estrutural

[...] pode ser vista como um fenômeno condicionado ao modo de organização social, que é historicamente construído. A chamada violência estrutural é constitutiva da condição de ser humano – condição essa que tem nas relações sociais o próprio espaço das relações de poder. Relacionando-se à violência entre classes sociais, resultante do modo de produção das sociedades desiguais, – chamada de violência estrutural.

Não há programas específicos que tratem do acolhimento das crianças em esfera tão degradada e insalubre, o que motiva o desencadeamento de paradigma também deturpado em relação à realidade, visão de presente e futuro voltada à criminalidade, ao convívio com um sistema oposto às virtudes de uma sociedade organizada, e a formação de estrutura psíquica sedimentada em regras oriundas de comandos absolutamente ilegítimos.

A partir de realidade tão inquietante, deve ser questionado: quantas dessas crianças poderão se tornar, em futuro próximo, alvos de sistema corporificado que obriga ou, ao menos, induz os mais fracos a também trilharem o caminho do crime? Ou quantas dessas crianças poderão, de alguma forma, ser afetadas negativamente na construção e coordenação de suas vidas?

A definição às respostas do problema traduz-se em tarefa árdua, mormente quando inexistentes dados que possam ilustrar corretamente índices verdadeiros a respeito do assunto. Contudo, deve-se estabelecer como inequívoco o fato de que o atuar solidário, baseado na atividade conjunta entre atores da sociedade e o Estado, com o fito de engendrar caminhos à inclusão dessas crianças em dias melhores, deve basilar o pensamento daqueles que fomentam e propugnam realidade mais digna à sociedade brasileira. Costa[32] explica que:

A reconstrução da solidariedade deve ser explorada e articulada entre os atores sociais, para que, como princípio constitucional juntamente com o princípio da cidadania, não continue a desempenhar uma mera função simbólica. Associada a essa idéia está também a de reconstrução do sujeito enquanto ator social, pois entende-se como ator social o sujeito liberto que concebe a si mesmo a possibilidade de agir comunicativamente, e com isso transformando o seu entorno social.

Em tal linha de pensamento, imprescindível a lembrança de que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a proteção à criança como prioridade absoluta, não apenas como um dever do Estado e da família, mas como uma obrigação da própria sociedade, justamente em razão da condição do infante como ser em desenvolvimento. Costa[33] novamente traz importantes considerações ao afirmar que:

Para reforçar tal normativa constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 86 faz referência sobre a política de atendimento mencionando a articulação conjunta de ações em rede que deverão ser desenvolvidas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Logo, pode-se também frisar que o Estado tem por tarefa principal estabelecer, como garantia final, o cumprimento do bem comum e da solidariedade.

Para Moraes[34], o texto constitucional, ao imputar ao Estado e a todos os cidadãos o encargo de construir uma “sociedade solidária”, através da distribuição de justiça social, agregou um novo valor aos já existentes. Referencia ainda a autora, que a disposição não se trata, apenas, de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social. Para ela, o princípio cardinal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.

O atuar conjunto, portanto, tem o poder de integrar a sociedade em busca de soluções mais adequadas às apresentadas até o presente momento, e a conexão em redes traduz forma imprescindível de comando das ações voltadas à alteração do quadro. Nessa senda, crível que o estabelecimento penal possa ser reconhecido como micro espaço destinado, nas palavras de Hermany e Costa[35], à “interlocução dialógica entre os atores sociais envolvidos no processo paradigmático de criação emancipatória das comunidades abrangidas”.

O exemplo da favela da Mangueira, na Cidade do Rio de Janeiro, espelha modelo a ser seguido nas questões que envolvem a relação entre apenados e seus familiares. A realidade dos infantes que convivem no interior dos presídios, na qualidade de visitantes de seus ascendentes, poderá ser alterada através do forte envolvimento dos Municípios, Estados e Governo Federal, por meio dos Conselhos Municipal, Estadual e Federal dos Direitos da Criança e do Adolescente, na forma de implementação de projetos dedicados a causas ligadas à infância e à juventude, e com a participação da comunidade empresarial, Conselho da Comunidade, Ministério Público, Juízo das Execuções, Administração Prisional e sociedade em geral.

O Presídio Regional de Santa Cruz do Sul, nos moldes dos demais estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Sul e do Brasil, não dispõe de programas destinados ao acolhimento de crianças, filhos de apenados, nos dias de visitas. Recentemente, e por força do enfrentamento da matéria pelos integrantes do Conselho da Comunidade local, da cidade de Santa Cruz do Sul/RS, formado por pessoas da sociedade, juiz da Vara de Execuções Criminais, funcionário do Município de Santa Cruz do Sul, representante da OAB, Promotor de Justiça, representante da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, diretor da casa prisional, entre outros, trabalho vem sendo desenvolvido no sentido de propiciar alteração à situação verificada. Utilizando-se de projeto arquitetado pela Assistente Social Isabel Cristina França Krug Alves, atual Presidente do Conselho da Comunidade, discussão vem sendo mantida com o fulcro de

criar, no interior do estabelecimento penal, espaço destinado a atividades lúdicas, de recreação e de lazer orientado, visando à transformação de momentos de visitação em recordações mais amenas, diante da minimização dos efeitos negativos do ambiente carcerário.

O projeto, de título **“Brinquedoteca: brincar é educar”**, visa a atender crianças na faixa de 03 a 12 anos incompletos, filhos de apenados em regime fechado e semi-aberto, carentes de espaço que lhes permita a integração entre si, a estimulação de manifestações de auto-estima, manutenção de seus vínculos familiares, a prática de brincadeiras, o incentivo à leitura e à criatividade, e o desenvolvimento de hábitos de responsabilidade e cooperação.

Pequena amostra da sua viabilidade foi verificada recentemente, quando da comemoração do Dia da Criança, oportunidade em que diversas atividades, incluindo a participação de grupo musical e a atuação de recreacionistas, vieram a ser implementadas em prol de filhos de apenados na faixa etária visada. A experiência, ainda tímida, redundou em resultados altamente positivos, e pode sinalizar, dentro do conceito de resgate à cidadania, a possibilidade de dias melhores.

Caberá aos responsáveis pela cogitação do projeto unirem esforços no sentido de pôr em prática trabalho sem precedentes na seara da execução penal gaúcha, estabelecendo caminho norteador para futuros empreendimentos em prol de frágeis integrantes de nossa comunidade. Espera-se que a representação de uma utopia, para muitos, possa se estribar em princípio orientador a diversas experiências positivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Filósofo Jean Jacques Rousseau já definia, com maestria, que **“O homem nasce bom e a sociedade o corrompe”**. Barros[36], adentrando estudo acerca do que foi considerado, pelo pensador, como seu projeto de cidadania, afirma que:

Não é possível, ensina Rousseau, conservar em sociedade a mesma condição do estado natural. A desnaturação gesta um novo homem, que passa a *viver com* os outros e, nessa nova condição, sofrerá mudanças, virtualmente possíveis em seu estado natural. Serão benéficas se favorecerem a conservação da integridade de sua natureza. Na base dessas mudanças está a necessidade primária de criação de um artifício, o espírito social, assentado sobre uma condição existencial básica. Que condição é essa? Que idéia a traduz? É a condição de homem ao mesmo tempo “integrado” (súdito) e “integrante” (cidadão). A idéia que a traduz? A de *ser parte*.

Em tal sentido, resta clara a conclusão de que o homem, um ser maleável, adere às condições propiciadas pela sociedade, e a sua inclusão dependerá das ofertas que lhe forem permitidas, seja pela convivência familiar na qual estiver inserido, seja pelo que sente em profundidade no seu cotidiano. O papel da sociedade organizada é o de alcançar, ao ser em formação, oportunidades à criação de estrutura recheada de valores positivos, que o orientem no decorrer de sua vida como exemplo de cidadão; não nos

moldes edificados na Grécia ou Roma Antiga, onde alguns a exerciam na plenitude, enquanto outros apresentavam-se “etiquetados” na condição de *res*; não, também, como nos tempos dos Senhores Feudais, quando parte majoritária da sociedade assistia e servia a poucos privilegiados; mas, sim, de forma mais justa, humana, condizente com o modelo de sociedade que todos almejam.

Nessa esteira, em meio às mazelas do sistema penitenciário, atenção especial deverá ser despendida aos filhos de recolhidos, mediante a atuação em conjunto de vários atores sociais, com vistas à inclusão de seres em formação através da realização de políticas sociais condizentes com as especiais qualidades dos infantes, sendo necessário arquitetar meios de recuperar a auto estima dos mesmos, bem como, lhes proporcionar um futuro digno, trabalhando com políticas de inclusão social. O rumo a novos e mais iluminados caminhos dependerá do processo bem delineado de governança solidária, seja a exemplo do ocorrido na Favela da Mangueira, onde a gestão de valores e idéias, desenhada em compromisso de legítimo capital social, proporcionou à comunidade local a implementação de inúmeros benefícios, seja no tímido, mas atrevido e promissor, projeto em incubação denominado “Brinquedoteca: brincar é educar”, que se desenvolve na cidade de Santa Cruz do Sul/RS.

REFERÊNCIAS

BARROS, Gilda Naécia Maciel. *Rousseau e a questão da cidadania*. Disponível em . Acessado em: 10 nov 2008.

BERNARDES, W. L. M. *Da nacionalidade: Brasileiros natos e naturalizados*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BRAGA, Isabel. Currais: Ayres Britto recebe “Pacto contra voto de cabresto” em encontro em Chico e Gabeira. Disponível em: . Acessado em: 21 out 2008.

CAMPOS, Rosana. Desigualdades sociais e pobreza: buscando novos enquadramentos. In: Baquero, Marcello. (Org.). *Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania da encruzilhada*. In: BIGNOTO, N. (org.) *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editor UFMG, 2002.

COSTA, Maria Alice Nunes. *Sinergia e capital social na construção de políticas sociais: a favela da Mangueira no Rio de Janeiro*. Revista Sociol. Polít. Curitiba, 2003.

COSTA, Marli M. M. O espaço público e a formação de redes de gestão local para a implementação de políticas de proteção à infância. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

DALLARI, D. A. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Dalmo. *A cidadania e sua história*. Disponível em . Acessado em 19 out 2008.

DULCE. M^a José Farinas. *Mercado sin ciudadanía: Las falácias de la globalización neoliberal*. Editorial Biblioteca Nueva. S.L, Madrid: 2005.

EMILIANO JOSÉ. *História da Cidadania: uma trilha de lágrimas*. Disponível em: . Acesso em: 01 dez 2003.

GAUER, Ruth M. Chittó. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá Editora. 199.

HERMANY, Ricardo; COSTA, Dartagnan Limberger. Os novos paradigmas da governança solidária local na construção de um direito social condensado. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUIZ, Lindomar Teixeira. A origem e evolução da cidadania. *Colloquium Humanarum*, v. 4, n. 1, Jun, 2007.

MARSHALL, Thomas. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MORAES, M.C.B. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: . Acesso em: 28 ago 2008.

NETO, Isnard de Albuquerque. *A evolução do conceito de cidadania*. Disponível em <http://www.unitau.br/scripts/prppg/humanas/download/aevolucao-N2-2001.pdf>. Acessado em: 19 out 2008.

OLIVIERI, Antonio Carlos. Liberalismo e Democracia. As bases filosóficas da democracia. Disponível em . Acessado em: 20 out 2008.

OLIVIERI, Antonio Carlos. *Voto de cabresto: uma herança do tempo dos coronéis*. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/atualidades/voto-de-cabresto.jhtm>>. Acessado em: 21 out 2008.

QUINTÃO, S. M. L. *Teoria do Estado*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODEMBUSCH, Claudine Freire. *A implementação de políticas públicas a partir do poder local em direção à prevenção e ao combate da violência intrafamiliar de que são vítimas as crianças e os adolescentes no município de Rio Pardo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008

SÁ, Matilde Maria Gonçalves de. *O egresso do sistema prisional no Brasil*. São Paulo: Paulis Tanajur, 2004.

SANTANA, Marcos Sílvio de. O que é cidadania. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoossilviodesantana/cidadania.htm>. Acessado em: 19 out 2008.

SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Direitos Sociais e Políticas Públicas, p. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

VIEIRA, Listz. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[1] EMILIANO JOSÉ. *História da Cidadania: uma trilha de lágrimas*. Disponível em: Acesso em: 01 dez 2003.

[2] BERNARDES, W. L. M. *Da nacionalidade: Brasileiros natos e naturalizados*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

[3] NETO, Isnard de Albuquerque. *A evolução do conceito de cidadania*. Disponível em <http://www.unitau.br/scripts/prppg/humanas/download/aevolucao-N2-2001.pdf>. Acessado em: 19 out 2008.

[4] SANTANA, Marcos Sílvio de. O que é cidadania. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoossilviodesantana/cidadania.htm>. Acessado em: 19 out 2008.

[5] QUINTÃO, S. M. L. *Teoria do Estado*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

[6] DALLARI, Dalmo. A cidadania e sua história. Disponível em . Acessado em 19 out 2008.

[7] NETO, Isnard de Albuquerque. *A evolução do conceito de cidadania*. Disponível em . Acessado em: 19 out 2008.

[8] OLIVIERI, Antonio Carlos. Liberalismo e Democracia. As bases filosóficas da democracia. Disponível em . Acessado em: 20 out 2008.

[9] LUIZ, Lindomar Teixeira. A origem e evolução da cidadania. *Colloquium Humanarum*, v. 4, n. 1, Jun, 2007, p. 99.

[10] SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Direitos Sociais e Políticas Públicas, p. 2002, 2006.

- [11] LUIZ, Lindomar Teixeira. A origem e evolução da cidadania. *Colloquium Humanarum*, v. 4, n. 1, Jun, 2007, p. 100.
- [12] VIEIRA, Listz. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 33.
- [13] VIEIRA, Listz. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 34.
- [14] VIEIRA, op. cit., p. 34.
- [15] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- [16] CARVALHO, José Murilo de. Cidadania da encruzilhada. In: BIGNOTO, N. (org.) *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editor UFMG, 2002.
- [17] MARSHALL, Thomas. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- [18] DALLARI, D. A. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 14.
- [19] CAMPOS, Rosana. Desigualdades sociais e pobreza: buscando novos enquadramentos. In: Baquero, Marcello. (Org.). *Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 58.
- [20] SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Direitos Sociais e Políticas Públicas, 2006, p. 2023.
- [21] DULCE. M^a José Farinas. *Mercado sin ciudadanía: Las falácias de la globalización neoliberal*. Editorial Biblioteca Nueva. S.L, Madrid: 2005, p. 161.
- [22] GAUER, Ruth M. Chittó. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá Editora. 199, p. 23.
- [23] OLIVIERI, Antonio Carlos. *Voto de cabresto: uma herança do tempo dos coronéis*. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/atualidades/voto-de-cabresto.jhtm>>. Acessado em: 21 out 2008.
- [24] BRAGA, Isabel. Currais: Ayres Britto recebe “Pacto contra voto de cabresto” em encontro em Chico e Gabeira. Disponível em: . Acessado em: 21 out 2008.
- [25] CAMPOS, Rosana. Desigualdades sociais e pobreza: buscando novos enquadramentos. In: Baquero, Marcello (Org.). *Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 66.
- [26] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

[27] COSTA, Maria Alice Nunes. *Sinergia e capital social na construção de políticas sociais: a favela da Mangueira no Rio de Janeiro*. Revista Sociol. Polít. Curitiba, 2003, p. 148.

[28] RODEMBUSCH, Claudine Freire. *A implementação de políticas públicas a partir do poder local em direção à prevenção e ao combate da violência intrafamiliar de que são vítimas as crianças e os adolescentes no município de Rio Pardo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008, p. 123.

[29] SÁ, Matilde Maria Gonçalves de. *O egresso do sistema prisional no Brasil*. São Paulo: Paulis Tanajur, 2004, p. 25.

[30] COSTA, Marli M. M. O espaço público e a formação de redes de gestão local para a implementação de políticas de proteção à infância. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2334.

[31] RODEMBUSCH, Claudine Freire. *A implementação de políticas públicas a partir do poder local em direção à prevenção e ao combate da violência intrafamiliar de que são vítimas as crianças e os adolescentes no município de Rio Pardo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008, p. 41.

[32] COSTA, Marli M. M. O espaço público e a formação de redes de gestão local para a implementação de políticas de proteção à infância. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2338.

[33] COSTA, Marli M. M. O espaço público e a formação de redes de gestão local para a implementação de políticas de proteção à infância. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 3340.

[34] MORAES, M.C.B. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: . Acesso em: 28 ago. 2008.

[35] HERMANY, Ricardo; COSTA, Dartagnan Limberger. Os novos paradigmas da governança solidária local na construção de um direito social condensado. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2397.

[36] BARROS, Gilda Naécia Maciel. *Rousseau e a questão da cidadania*. Disponível em . Acessado em: 10 nov 2008.

AS MINORIAS E OS NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

MINORITIES AND THE NEW SUBJECTS OF RIGHTS IN TIMES OF PARADIGMATIC TRANSITIONS

Fernando de Brito Alves

RESUMO

Este texto tem por objetivo estabelecer uma proposta de fundamentação dos direitos das minorias adequada a países de modernidade tardia no contexto da transição paradigmática hodierna. Propondo um diálogo da filosofia da diferença com a idéia transmodernidade, o texto sugere que para a efetiva inclusão das minorias é necessário um giro moderno e a reproposição da igualdade como valor absoluto. Isso porque o conceito de minorias é dado de forma qualitativa, a minoria encarna a diferença, sem reduzi-la à mera representação.

PALAVRAS-CHAVES: MINORIAS; NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS;
TRANSMODERNIDADE

ABSTRACT

This text aims to establish a proposal for reasons of minority rights proper to countries in late modernity in today's context of paradigmatics transition. Proposing a dialogue of difference's philosophy with the idea "trans-modernity", the text suggests that for the effective inclusion of minorities is a necessary and modern spin new proposition as absolute equality. This is because the concept of minorities is given in a qualitative, the minority embodies the difference, not reduce it to mere representation.

KEYWORDS: MINORITIES; NEW SUBJECTS OF RIGHTS; TRANSMODERNITY

1. O ESTATUTO ONTOLÓGICO DAS MINORIAS

O grande desafio da teoria do direito ao tentar incorporar os temas relacionados com a diferença, e dentre eles, o direito das minorias, é que a idéia de diferença é inimiga do pensamento e do próprio direito, inimiga do pensamento como representação e do direito como mantenedor de relações de poder.

Diferença e minorias acabam por traduzir um mesmo rizoma. Rizoma é um conceito filosófico bastante específico e serve para designar um modelo descritivo ou epistemológico na filosofia de Deleuze e Guatarri. É necessário esclarecer que o conceito é polissêmico podendo tomar contornos distintos relacionados com o uso pretendido. Na obra *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia* (1995) os autores sugerem que rizomas são hastes subterrâneas que se distinguem das raízes e das radículas. Bulbos, tubérculos seriam rizomas. Até animais o seriam na forma de matilha. O rizoma é nesse sentido ao mesmo tempo habitat, deslocamento, evasão e ruptura. Rizoma é um sistema a-centrado, não possui hierarquia, não é estruturado, não é significante, não possui uma memória organizacional. A afirmação de que minorias e diferenças traduzem um mesmo rizoma, implica em que direitos de diferença sejam direitos de minorias e o contrário. Isso significa também que os direitos da maioria, em sentido próprio talvez não pudessem ser invocados como direitos legitimamente atribuídos às majorias, em um recorte epistemológico ou modelo descritivo que pensa o direito em seu caráter contra-fático, garantista e inclusivo.

Isso porque como afirmou Paul Valéry em “A política do espírito” (apud NOVAES, 2004, p. 11):

O mundo moderno em toda a sua potência, de posse de um capital técnico prodigioso, inteiramente penetrado de métodos positivos, não soube, entretanto, estabelecer uma política, uma moral, um ideal, nem leis civis ou penais que estivessem em harmonia com os modos de vida que criou e mesmo com os modos de pensamento que a difusão universal e o desenvolvimento de certo espírito científico impõem pouco a pouco a todos os homens

Na obra “As Palavras de Freud”, Paulo Cezar de Souza atribui a Freud a seguinte afirmação:

Quem na sua própria juventude provou as misérias da pobreza, experimentou a insensibilidade e o orgulho dos ricos, encontra-se certamente ao abrigo da suspeita de incompreensão e de falta de boa vontade ante os esforços tentados para combater a desigualdade das riquezas e tudo quanto dela decorre. Na verdade, se esta luta invocar o princípio abstrato, e baseado na justiça, da igualdade de todos os homens entre si, será demasiado fácil objetar que a natureza foi à primeira, através da soberana desigualdade das capacidades físicas e mentais repartidas pelos seres humanos, a cometer injustiças contra as quais não há remédio. (1999, p. 57)

Freud apresenta o clássico discurso de manutenção da desigualdade como algo de irremediável, de inevitável, ou de natural. Tal noção é antiga na história do pensamento ocidental e pode ser encontrada nas páginas dos mais eloquentes iluministas, notadamente conhecidos pelo combate das desigualdades; luta, inclusive, consagrada pelo primeiro artigo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, ou mais antigamente, remontando a tradição que tem origens no pensamento de Aristóteles.

É o caso de Hobbes, ainda que alguns o prefiram no contexto da filosofia moderna, do ponto de vista da filosofia política, ele é inegavelmente iluminista, tendo em vista o teor

de sua proposta. Ele afirmara que os pressupostos que fundamentam a construção do Estado são dois: 1 – embora todos os bens sejam relativos, há entre eles um bem primeiro e originário, que é a vida e sua conservação (e sobretudo um mal primeiro, que é a morte). 2 – ele nega que existam justiças e injustiças naturais, já que não existem valores absolutos. Para ele, os valores são frutos de convenções estabelecidas por nós mesmos. Hobbes criticava profundamente a noção aristotélica de que os homens são animais políticos por natureza. Para ele cada homem é profundamente diferente dos outros homens e, portanto, deles separado – é um átomo egoísta. Assim, cada homem não é de modo algum ligado aos outros homens por consenso espontâneo como os animais. Existem entre os homens motivo de contenda, inveja, ódios, sedições. No caso do homem o bem privado difere do bem público, isso não ocorre com os animais. Os homens percebem os defeitos em sua sociedade. Os homens não têm palavra, os homens se censuram, ainda nos homens o consenso não é natural. As diferenças dos homens são, em outros termos, naturais, e só podem ser superadas pela construção de um Estado Totalitário, em cujo, Soberano, acima do pacto fundante, é o garantidor de sua estabilidade, e em última instância da justiça para os súditos.

Rousseau caminha em outro sentido. No "Discurso sobre as ciências e as artes" (1750), articulou o tema fundamental da sua filosofia social: o conflito entre as sociedades modernas e a natureza humana e ressalta o paradoxo da superioridade do estado selvagem, proclamando a "volta à natureza". Ao mesmo tempo denuncia as artes e as ciências como corruptoras do homem.

Foi característico do Iluminismo, o pensamento de que a sociedade havia pervertido o homem natural, o "selvagem nobre" que havia vivido harmoniosamente com a natureza, livre de egoísmo, cobiça, possessividade e ciúme. Este pensamento já está nos Ensaio de Montaigne.

Em seu *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), ele dá uma descrição hipotética do estado natural do homem, propondo que, apesar de desigualmente dotado pela natureza, os homens em uma dada época eram de fato iguais: eles viviam isolados um do outros e não estavam subordinados a ninguém; eles evitavam uns aos outros como fazem os animais selvagens. De acordo ainda com Rousseau, cataclismos geológicos reuniram os homens para a "idade de ouro" descrita em vários mitos, uma idade de vida comunal primitiva na qual o homem aprendia o bem junto com o mal nos prazeres do amor, amizade, canções, e danças e no sofrimento da inveja, ódio e guerra. A descoberta do ferro e do trigo iniciou o terceiro estágio da evolução humana por criar a necessidade da propriedade privada.

Rousseau não pretendia que o homem retornasse à primitiva igualdade, ao estado natural, mas, em um artigo encomendado por Diderot para a "Enciclopédia" e publicado separadamente em 1755 como *Le Citoyen: Ou Discours sur l'economie politique*, ele busca meios de minimizar as injustiças que resultam da desigualdade social. Ele recomendou três caminhos: primeiro, igualdade de direitos e deveres políticos, ou o respeito por uma "vontade geral" de acordo com o qual a vontade particular dos ricos não desprezita a liberdade ou a vida de ninguém; segundo, educação pública para todas as crianças baseada na devoção pela pátria e em austeridade moral de acordo com o modelo da antiga Esparta; terceiro, um sistema econômico e financeiro combinando os recursos da propriedade pública com taxas sobre as heranças e o fausto. (Cf. Rousseau.

Disponível em <http://www.culturabrasil.org/rousseau.htm>, acesso 06 de setembro de 2006)

Ainda que a igualdade ali proclamada fosse meramente formal, já que o referido artigo em seguida, na sua parte final, justificasse a manutenção de desigualdades utilitárias, ela pode ser tomada como marco, pelo menos no Ocidente, de luta pela promoção de certa igualdade. Ademais, não se tem justificado uma leitura acrítica do que representou a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, isso porque já no título, topograficamente, materializava uma distinção entre homens e cidadãos, o que ficaria mais evidente nas disputas ocorridas no parlamento francês no período pós-revolucionário, e na conformação burguesa dada ao Estado.

Ora, a despeito desse movimento da história no sentido da tentativa promoção da igualdade, a questão permanece: a natureza foi a primeira a distribuir de forma desigualitária as capacidades, e contra isso não há remédio natural.

A igualdade é por isso um artifício, algo intencional, produzido em determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contra-majoritários.

Esse projeto, fundamentalmente, se afirmou teoricamente de várias formas, tendo encontrado dois tipos distintos de proposta, sendo que a primeira expressa uma preocupação fenomenológica, meramente descritiva e a segunda, uma preocupação crítica.

Preocupação crítica, e crítica de um modo geral, no contexto desse trabalho, não se refere à teoria crítica moderna que não é autoreflexiva.

Ao identificar e denunciar as opacidades, falsidades, manipulações do que critica, a teoria crítica moderna assume acriticamente a transparência, a verdade e genuinidade do que diz respeito de si própria. Não se questiona no acto de questionar nem aplica a si própria o grau de exigência com que critica. Em suma, a teoria moderna não se vê ao espelho da crítica com que critica. Ao contrário, a teoria crítica [proposta é diferente da moderna e] parte do pressuposto de que o que dizemos acerca do que dizemos é sempre mais do que o que sabemos acerca do que dizemos. Neste excesso resiste o limite da crítica. Quanto menos se reconhece este limite, maior ele se torna. A dificuldade deste reconhecimento reside em que algumas linhas que separam a crítica do objecto da crítica são também as que a unem a ele. Não é fácil aceitar que na crítica há sempre algo de autocrítica. (SANTOS, 2000, p. 17)

Do ponto de vista fenomenológico é possível observar com Ortega y Gasset (1987, p. 37-41 *passim*) que a sociedade é sempre a unidade dinâmica de dois fatores: “minorias e massas”. Massa é todo aquele grupo que não atribui a si mesmo um valor por razões especiais, mas que se sente “como todo mundo”, não se angustia com isso, e sente-se

bem por ser idêntico aos demais. Minoria é todo aquele (grupo) que se distingue pela atribuição (auto-referente ou extrínseca) de um valor. O problema contemporâneo da relação minoria/massa é o que Ortega y Gasset denominou de hiperdemocracia, na qual a massa atua diretamente sem lei, por meio de pressões materiais, impondo gostos e aspirações.

O autor em comentário afirma:

A característica do momento é que a alma vulgar, sabendo que é vulgar, tem a coragem de afirmar o direito da vulgaridade e o impõe em toda parte. Como se diz nos Estados Unidos: ser diferente é indecente. A massa faz sucumbir tudo o que é diferente, egrégio, individual, qualificado e especial. Quem não for como todo mundo, quem não pensar como todo mundo, correrá o risco de ser eliminado. E é claro que esse “todo mundo” não é “todo mundo”. “Todo mundo” era, normalmente, a unidade complexa de massa e minorias discrepantes, especiais. Agora, todo mundo é apenas a massa. (Op. cit., p. 41 – grifo no original)

Na fronteira da abordagem fenomenológica e do enfrentamento crítico da questão, é possível se deparar com a ocorrência de um fenômeno comum da hodiernidade: “a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; isto é, a anulação da espontaneidade histórica [...]” (Op. cit., p. 131). A estatização da vida é uma espécie de subproduto da “politização das massas”, que frequentemente implica no estabelecimento de estratégias de bloqueio do reconhecimento dos espaços de convivência das minorias, ou na criação de guetos como espaços segregados (CALDEIRA, 2000).

A idéia da “politização das massas” precisa ser esclarecida. Significa simplesmente que

[...] quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco -, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina. A massa diz para si mesma: “O Estado sou eu”, o que é um erro completo. O Estado só é a massa no sentido que se pode dizer que dois homens são idênticos porque nenhum deles se chama João. O Estado contemporâneo e a massa só coincidem em ser anônimos. Mas acontece que o homem-massa pensa, de fato, que ele é o Estado, e tenderá cada vez mais a fazê-lo funcionar a qualquer pretexto, a esmagar com ele qualquer minoria criadora que o perturbe – o que perturbe em qualquer campo: na política, nas idéias, na indústria. (ORTEGA Y GASSET, 1987, p. 132)

Do ponto de vista crítico a questão das minorias se desenvolve por vários vieses, desde os projetos de afirmação histórica e produção de subjetividade às estratégias de bloqueio alhures mencionadas.

Cumprе salientar que projetos históricos de afirmação de subjetividade e reconhecimento de espaços de convivência são diferentes de projetos de emancipação e dos meta-relatos da autonomia como foram propostos pelo burguês-iluminista.

2 DIÁLOGOS TRANSMODERNOS: O DIREITO À DIFERENÇA (DIREITO DAS MINORIAS) EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

A proposta da filosofia da diferença, pelo que já foi exposto, é pertinente ao tema dos direitos de minoria, ou dos direitos de diferença. Todavia as categorias da filosofia da diferença podem soar demasiado européias para serem aplicadas na análise de realidades sociais periféricas.

Quando se fala em direitos de diferença não se esquece a advertência de Boaventura de Sousa Santos no segundo volume da obra *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática* (2000). O autor afirma que “a emancipação não assenta nem no reconhecimento da diferença nem no reconhecimento da igualdade e antes no reconhecimento de ambas” (SANTOS, 2000, p. 19). Embora seja pertinente a advertência é preciso duas ressalvas: primeiro que a categoria “emancipação” permanece vinculada aos meta-relatos metafísicos da modernidade, as promessas incumpridas e a crença no progresso da moral da humanidade; segundo que a afirmação simultânea da igualdade e da diferença pressupõe que nenhum dos termos tenha sido negado. A afirmação histórica do mesmo, da identidade, da igualdade assentou-se na negação da diferença. Por isso, pensar a diferença é construir uma filosofia da ausência, do sonegado, do não-dito. É a discussão própria da periferia.

Boaventura de Sousa Santos, ao se referir à idéia de filosofia da ausência (mais propriamente epistemologia da ausência como pressuposto de uma sociologia da ausência), afirma que

[...] Para identificar o que falta e porque razão falta, temos de recorrer a uma forma de conhecimento que não reduz a realidade àquilo que existe. Quero eu dizer, uma forma de conhecimento que aspire a uma concepção alargada de realismo, que incluía realidades suprimidas, silenciadas, ou marginalizadas, bem como realidades emergentes ou imaginadas. De novo nos pode ocorrer perguntar, num gesto auto-reflexivo, se o conhecimento que identifica as ausências não é afinal o mesmo que antes legitimara as condições que levaram à supressão da possibilidade de realidades alternativas, agora identificadas como ausências. A minha resposta é dupla. Em primeiro lugar, não o saberemos enquanto as conseqüências deste conhecimento não forem avaliadas de acordo com o capital de solidariedade que consigam criar. Em segundo lugar, haverá sempre ausências que não serão notadas. São estas que constituem o vazio que, em vez de ser estigmatizado pelo nosso *horror vacui*, deveria ser encarado com a nossa inteira benevolência. (2001, p. 247)

A filosofia da ausência é decorrente de uma demanda específica das “*subjetividades desestabilizadoras, [...] que se rebelam contra práticas sociais conformistas, rotinizadas e repetitivas, e se deixam estimular por experiências de limiar, ou seja, por formas de sociabilidade excêntricas ou marginais*” (SANTOS, 2001, p. 249). Nesse contexto, a reflexão sobre o direito das minorias, ou direitos de diferença, por sua referencialidade à ausência, acaba se produzindo nas margens do direito, na fronteira, onde as subjetividades que reivindicam esses direitos acontecem.

A questão da transição paradigmática foi amplamente discutida por Boaventura de Sousa Santos, na obra *A crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência* (2000). Esta seção tem por objetivo demonstrar que o direito à diferença como direito das minorias é um fenômeno típico da hodiernidade que é caracterizada pela crise da *Weltanschauung* moderna.

Boaventura, ao identificar o projeto da modernidade com o desenvolvimento do capitalismo e como ele se transformar em unidade privilegiada de análise (2000, p. 169-170), afirma que

[...] a crise final da modernidade é mais visível como crise epistemológica (uma crise da ciência moderna) do que como crise societal (uma crise do mundo capitalista). A ligação historicamente contingente entre modernidade e capitalismo subjaz às quatro grandes interpretações da transformação social do nosso tempo. De acordo com a primeira, o capitalismo e o liberalismo triunfaram e esse triunfo constitui a maior realização possível da modernidade (o fim da história à Fukuyama; a democracia social centrada. De acordo com a segunda interpretação, a modernidade é, ainda hoje, um projeto inacabado, com capacidade intelectual e política para conceber e pôr em prática um futuro não-capitalista (Habermas, eventualmente Jameson, o marxismo convencional do Ocidente, uma democracia social de esquerda). De acordo com a terceira interpretação, a modernidade soçobrou aos pés do capitalismo, cuja expansão e reprodução sócio-cultural irá, daqui para a frente assumir uma forma pós-moderna (pós-modernismo conservador, Daniel Bell, Lyotard, Baudillard, Vattimo, Lipovetsky). Finalmente, de acordo com a quarta interpretação, a modernidade entrou em colapso como projeto epistemológico e cultural, o que vem abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista e eco-socialista (o pós-moderno de oposição). (op. cit., p. 166-167)

A transição paradigmática é diferente dos tempos de crise do paradigma (KUHN, 1987) por várias razões, mas a principal é que nos momentos de crise existe pouca flutuação sistêmica, enquanto nos momentos de transição paradigmática, como são os períodos de bifurcação de Prigogine, pequenas alterações podem causar grandes flutuações sistêmicas.

O grande historiador francês Fernand Braudel escreveu: "Eventos são poeira". Isso é verdade? O que é um evento? Uma analogia com "bifurcações", estudadas na física do

não equilíbrio, surge imediatamente. Essas bifurcações aparecem em pontos especiais nos quais a trajetória seguida por um sistema se subdivide em ramos". Todos os ramos são possíveis, mas só um deles será seguido. No geral não se vê apenas uma bifurcação. Elas tendem a surgir em sucessão. Isso significa que até mesmo nas ciências fundamentais há um elemento temporal, narrativo, e isso constitui o "fim da certeza", [...] As ciências da complexidade, assim, conduzem a uma metáfora que pode ser aplicada à sociedade: um evento é a aparição de uma nova estrutura social depois de uma bifurcação; flutuações são o resultado de ações individuais. [...] Desse ponto de vista, a história é uma sucessão de bifurcações. Um exemplo fascinante de como isso transcorre é a transição da era paleolítica para a neolítica, que aconteceu praticamente no mesmo período em todo o mundo (esse fato é ainda mais surpreendente dada a longa duração da era paleolítica). A transição parece ter sido uma bifurcação ligada a uma exploração mais sistemática dos recursos minerais e vegetais. Muitos ramos emergiram dessa bifurcação: o período neolítico chinês, com sua visão cósmica, por exemplo, o neolítico egípcio, com sua confiança nos deuses, ou o ansioso período neolítico do mundo pré-colombiano. [...] No geral, bifurcações são a um só tempo um sinal de instabilidade e um sinal de vitalidade em uma dada sociedade. Elas expressam também o desejo por uma sociedade mais justa. (PRIGOGINE, 2000)

Como é demanda específica da transição paradigmática a construção de uma *sociedade mais justa*, na expressão de Prigogine, as lutas pelo reconhecimento de direitos das minorias podem ser melhor compreendidas no seu contexto histórico de produção, sem, contudo, olvidar que a própria questão da transição paradigmática é controversa.

O tempo de transição paradigmática é um tempo muito contestado, sobretudo por englobar múltiplas temporalidades. Dado que os conflitos paradigmáticos (as contradições internas) coexistem com os conflitos subparadigmáticos (os excessos e os défices), a própria transição é, em si mesma, um fenômeno intrinsecamente contestado (SANTOS, 2000, p. 168)

A modernidade enquanto paradigma é bastante complexa e se constrói sobre dois pilares: o da emancipação e o da regulação (SANTOS, 2000, p. 50). O pilar da regulação pode ser identificado a três princípios: o do Estado, o do mercado e o da comunidade, respectivamente desenvolvidos por Hobbes, Locke/Adam Smith e Rousseau. O pilar da emancipação é constituído por três racionalidades: a estética, a instrumental e a prática.

Para compreender-se o pilar da regulação, faz-se necessária breve análise do pensamento político moderno que torna claras a complexidade dos projetos regulatórios e emancipatórios da modernidade. Embora os pensadores acima relacionados tenham simetrias abrangentes como, por exemplo: estado de natureza/ sociedade civil, soberano/ cidadãos, liberdade/ igualdade, direito natural/ direito civil, consentimento/ coerção, as teorias propostas por eles encerram inúmeras contradições e discrepâncias quando comparadas.

Esta diversidade, que evidencia a riqueza e a complexidade das energias emancipatórias da modernidade, mostra também a tensão entre objetivos eventualmente conflitantes. Por exemplo, Hobbes procura positividade e o caráter incontroverso de um conhecimento superior, Rousseau delicia-se a dramatizar a indignação moral perante a injustiça e a estupidez, advertindo que uma excessiva confiança no conhecimento científico pode redundar numa perda de sabedoria. Locke, por seu lado, procura reconstruir a sabedoria a partir do senso comum, combinando positividade com convencionalidade e acessibilidade. Enquanto Hobbes e, até certo ponto Locke distinguem entre política e moral, Rousseau recusa aceitar tal distinção. Enquanto para Rousseau a comunidade é indispensável para assegurar a via moral do indivíduo. Estas tensões só podem ser plenamente entendidas enquanto lutas entre diferentes dimensões de uma mesma constelação intelectual. (SANTOS, 2000, p. 137-138)

Sem dúvida as grandes teorias do Estado se iniciam a partir das proposições de Thomas Hobbes. Ele propõe uma teoria do Estado no *Leviatã*, todavia, antes de pensar o Estado, o autor elabora uma teoria da sociedade civil na obra *De Cive*. Isso é um indício de que para Hobbes é impossível pensar o Estado sem antes pensar a Sociedade Civil. O Estado, portanto, tem uma configuração atomística. Embora o pacto que o constitua não possa ser revisto, e o soberano, como guardião do pacto, não se submeta a ele, o Estado que nasce dele é a soma positiva de todos os cidadãos, de todos os pactuantes.

O *Leviatã* não é imagem do Estado, mas do Soberano. O Estado é um mosaico, que tem uma tendência intrínseca a se desagregar, e retornar ao estado de natureza. A solução hobbesiana para que o retorno a desregulação não ocorra é sacrificar a liberdade, para que haja alguma igualdade.

Locke e Adam Smith embora se distanciem de Hobbes quanto ao papel do Soberano, não abandonam a idéia de que alguma regulação é necessária, apenas deslocando a regulação para o trabalho. Vale dizer, que para esses autores, não existe problema na desregulação da sociedade, se houver uma racionalização na distribuição e na divisão social do trabalho.

O estado de natureza tem uma inegável potência de repetição no mercado, espaço em que a irracionalidade do sistema se manifesta, tendo em vista que qualquer regulação não produziria efeitos positivos.

Na proposta de Locke e Adam Smith sacrifica-se a igualdade por uma maior liberdade, dentro do paradoxo da regulação/desregulação do trabalho e do mercado.

Rousseau, dentro desse mesmo contexto, introduz uma inovação que consiste na noção de comunidade. É como se houvesse uma inversão da perspectiva hobbesiana, atribuindo papel preponderante a comunidade, e submetendo o interesse individual ao interesse coletivo, que o autor denomina vontade geral. A vontade geral é expressão da vontade soberana do Estado, embora muitas vezes possa ser diferente da vontade de todos ou da vontade da maioria. Isso porque a vontade geral é uma vontade juridicamente qualificada capaz de vincular as outras vontades, de acordo com as regras do contrato social.

Nessa perspectiva não existe espaço para discussão de direitos de minoria. As minorias devem ser submetidas ao controle da comunidade.

De acordo com Ernest Cassirer:

[...] O contrato social anuncia e glorifica um absolutismo totalmente livre da vontade estatal. Toda vontade individual e particular se quebra diante do poder da renúncia a todos os desejos particulares. Não nos entregamos inteiramente ao Estado e à sociedade sem nos entregarmos inteiramente a ambos. Só se pode falar de uma verdadeira unidade do Estado se os indivíduos se integram nessa unidade e desaparecem nela. Neste caso não há ressalva possível: *‘l’aliénation se faisant sans réserve, l’union est aussi parfaite qu’elle pert l’être, et nul associe n’a plus rien à réclamer’*. E essa onipotência do Estado de modo algum se detém diante das ações dos homens; ela reivindica para si também as convicções deles revestindo-as com a coação mais implacável [...] (1999, p. 53)

Invariavelmente, as Revoluções Burguesas do século XVIII estavam imbuídas de um ideal eudemonista. A felicidade geral estava em jogo e impulsionava os ideais revolucionários, isso é, além de bastante evidente nos textos filosóficos do período, é referência explícita tanto na Declaração de Independência dos Estados Unidos, quanto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. A felicidade geral, nessa perspectiva comunitarista, seria obtida por meio de um cálculo utilitário, que equacionasse o maior índice das felicidades particulares.

A felicidade geral é também funcionalista, na medida em que para que haja a maior felicidade possível cada um em particular deve estar desempenhando sua função social de forma adequada. Essa postura tem um caráter dúplice de justificação e legitimação da desigualdade: pela função e pela utilidade. Dai a necessidade da regulação cada vez maior regulação da vida privada, e das relações sociais, do âmbito político da vida, e a desatenção cada vez maior a economia, que seria auto-regulamentadora.

Conceitualmente a modernidade poderia ser reduzida a idéia de emancipação, e a três conceitos distintos de racionalidade: racionalidade ética, racionalidade instrumental e racionalidade pragmática.

As principais razões da crise da modernidade estão ligadas ao fato de que ela não consegue cumprir as promessas que faz, promessas relacionadas à redução conceitual acima, principalmente nos países de modernidade tardia. Apenas para exemplificar, a prometida emancipação é incompleta, do ponto de vista econômico, a maior parcela da humanidade ainda sofre uma espécie de *capitis diminutio*.

Atualmente vive-se em tempos de transição paradigmática. Embora o paradigma moderno em colapso tenha uma potência de repetição difícil de calcular. Com ele, atualmente convivem novas propostas, que são chamadas de hiper-modernidade, trans-modernidade ou pós-modernidade.

Jean-François Lyotard, Boaventura de Sousa Santos e David Harvey, entendem que o paradigma moderno foi *superado*, ou que a transição paradigmática nos leva por esse caminho. (LYOTARD, 1998; SANTOS, 2000.; HARVEY, 2004) a isso denomina-se

pós-modernidade. A idéia de transmodernidade é conceito de Enrique Dussel que Ana Letícia Medeiros explica da seguinte forma: “Proposta por Enrique Dussel, a transmodernidade, metodologicamente também é conhecida como paradigma “da vida concreta de cada sujeito”, apresenta-se como uma alternativa à crise paradigmática acima narrada, como uma quarta referência teórica, para além da pré-modernidade, da modernidade e da pósmodernidade. Contudo, enfatiza-se que não há aqui uma ruptura epistemológica radical, mas sim uma subsunção dialética dos paradigmas anteriores.” (MEDEIROS, 2007, p. 43. DUSSEL, 2002). Já a hipermodernidade é conceito cunhado por Gilles Lepovetsky para afirmar que vive-se em um tempo em que os valores da modernidade são exacerbados, são elevados a sua enésima potência (LIPOVETSKY, 2006).

Como essa pesquisa sobre a fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática, parte de um referencial teórico catalogado como pós-moderno, algumas linhas sobre o que vem a ser pós-modernidade são necessárias, antes da apresentação da proposta perfilada.

O projeto moderno ganhou força inigualável com os avanços da ciência e no projeto comum de luta contra o dogmatismo religioso e o antigo regime, todavia quando na medida em que as realizações práticas foram substituindo as promessas, o prestígio do projeto moderno começou a erodir. Alguns autores, ainda no século XIX (dentre os quais os fundadores da sociologia), eram bastantes críticos com relação ao projeto moderno, chegando Weber a afirmar que o resultado final do projeto moderno seria uma “jaula de ferro” capaz de conduzir a uma sociedade inflexível, onde não haveria espaço para o sonho humano (cf. VILLA, 2000).

No contexto de evidente crise da modernidade surgem posturas teóricas contrastantes. Alguns autores como Habermas chegam a afirmar que o projeto da modernidade é inacabado, mas com futuro, ainda que seja necessário determinar seus rumos, ele deve sobreviver.

Segundo Rouanet:

O projeto civilizatório da modernidade tem como ingredientes principais os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia. A universalidade significa que ele visa todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais. A individualidade significa que esses seres humanos são considerados como pessoas concretas e não como integrantes de uma coletividade e que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização. A autonomia significa que esses seres humanos individualizados são aptos a pensarem por si mesmos, sem a tutela da religião ou da ideologia, a agirem no espaço público e adquirirem pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material. (ROUANET, 1993, p. 9).

A interpretação de Rouanet tem forte inspiração no posicionamento Iluminista. Ainda sobre a questão expõe Medeiros:

Na modernidade (a partir de meados do século XVIII), a subjetividade passa a ser tematizada na ordem da fundamentação. O sujeito (razão transcendental/ consciência) se torna a condição de factibilidade do restante. As características marcantes desse paradigma são: individualidade (o indivíduo, visto de forma ético-positiva, é a referência central, o que caracterizou a ideologia liberal do *laissez-faire*); autonomia (há a emancipação do intelecto do indivíduo, que não mais necessita da tutela do Estado e da Igreja, o que leva a um rompimento com a tradição e a autoridade) e universalidade (pretende a inclusão de todos sob um ponto de vista idealista, isto é, o projeto de emancipação encontra o universal do humano, que se configura como base da episteme iluminista). Este projeto teve início com Descartes, passando por Kant, Hegel, entre tantos outros. (MEDEIROS, 2007, p. 36-37).

Outros mais pessimistas como Michel Leiris chegam a proclamar a derrocada definitiva da modernidade como proposta e a sua substituição por outra, que seria a pós-modernidade.

É certo, contudo, que a racionalidade trinomial da modernidade vem sofrendo transformações profundas, por exemplo, ante a impossibilidade de construção de uma “história universal”, a racionalidade ética, vem sendo substituída por uma racionalidade estética. Vattimo afirmará, por exemplo, que a filosofia não pode nem deve ensinar para onde nos dirigimos, e sim a viver na condição de quem não se dirige a parte alguma (1986). A racionalidade instrumental e pragmática perde lugar para o retorno da mística como alternativa de forma de explicação da vida e organização da sociedade, de sorte que os movimentos religiosos, segundo Gilles Kepel, tanto no discurso quanto na prática, são produtos de uma desordem na razão que as nossas categorias tradicionais não podem explicar, e ocupam um papel tão importante quando o movimento operário de outrora (cf. VILLA, 2000).

Embora seja possível discordar de Habermas, da idéia de que a modernidade é um “projeto inacabado”, mas com futuro, verifica-se que ela, tanto como projeto quanto como ideologia, tem se instalado na periferia do sistema capitalista, de forma que as espacialidades outrora insignificantes têm assumido (tardamente) o projeto moderno na esperança da emancipação, que ela já provou não ser capaz de garantir.

Todavia, a proposta apresentada, nessa dissertação, traduz de forma genuína o conceito de transmodernidade em pelo menos um aspecto: sem abandonar a tradição cultural pós-moderna, em grande medida já assimilada pelo direito, principalmente no reconhecimento de que direitos são acordos político-culturais; quer-se na construção de uma teoria geral dos direitos das minorias propor um giro moderno para a afirmação da igualdade como princípio de caráter absoluto, sem, contudo, abandonar as reflexões da ontologia críticas propostas pela filosofia da diferença.

O objetivo não é a transposição das idéias modernas associadas à igualdade de forma acrítica e descontextualizada. Em *As idéias fora do lugar* (1977), Schwartz cuida da noção de Sérgio Buarque de que somos os brasileiros “desterrados em nossa terra”, porque transplantamos nossas formas de vida e nossa cosmovisão de países distantes. A

incompatibilidade oriunda do confronto de dois planos de imanência diversos (o que deu origem às idéias dominantes e o que efetivamente se impunha) poderia ser percebida tanto no plano das convicções quanto no plano prático. A escravidão para Schwartz indicaria, por sua mera presença, a impropriedade das idéias liberais, de tal sorte que o *favor* se constituía a mediação quase universal, ou o termo aglutinador da própria brasilidade. E conclui que, ao longo de sua reprodução social, o Brasil põe e repõe sempre, em sentido impróprio, as idéias européias. Nesse sentido, a própria discussão sobre cidadania, e sobre direitos fundamentais, se os argumentos de Schwartz forem levados às últimas conseqüências, é infundada, justamente por ser ela uma construção européia, tipicamente burguesa e oitocentista. A questão da cidadania e dos direitos fundamentais é nos países de modernidade tardia problema absolutamente típico. Enquanto, hoje, na Europa, a questão dos direitos de minorias se polariza em torno da migração, na periferia do sistema, as questões predominantes estão associadas ao pleno exercício dos direitos civis e sociais, por isso a necessidade de uma nova fundamentação, construída a partir do mundo da vida daqueles que são os destinatários principais desses direitos na contemporaneidade.

De sorte que o diálogo entre os referenciais é necessário para a construção de um espaço de discussão e proposição de alternativas que considerem as novas subjetividades (minorias) como sujeitos de direitos, quer pelo reconhecimento de novos direitos, ou pela ampliação de direitos antigos atualmente a elas negados, com fundamento no princípio da igualdade que tem um conteúdo metajurídico capaz de traduzir, sobretudo na busca da igualdade material, as diferenças específicas e multifacetárias que caracterizam as conformações sociais complexas da contemporaneidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de considerações finais é de se ressaltar que uma fundamentação dos direitos de minorias, quer em tempos de transição paradigmática, quer na modernidade tardia, deve partir do referencial teórico consolidado a partir da crise da modernidade para estabelecer uma proposta teórico-pragmática que seja assimétrica em favor do *Outro* e dos *outros*.

Abandonar a vulgaridade das massas, como diria Ortega y Gasset, é algo tão necessário no projeto de afirmação das minorias, quanto abandonar o paradigma moderno, que só reflete a solidariedade como justificação moral da ditadura das maiorias, para mascarar posturas opressoras e totalitárias.

Nesse sentido a proposta de fundamentação dos direitos de minorias, no contexto deste trabalho, é construída sobre três pilares: o filosófico, o dogmático-crítico e o pragmático.

Do ponto de vista filosófico, considera as diferenças específicas e se afasta das ficções metafísicas e das pretensões de verdade absoluta típicas da modernidade (com exceção da igualdade como valor preponderante) para possibilitar o surgimento de espaços reais de diálogo (material) com as novas subjetividades, para que elas possam reivindicar e

ver efetivados direitos que lhe são peculiares, ou para ver reconhecidos novos usos de direitos atribuídos às majorias sem que tenham para o exercício dos mesmos, que se descaracterizarem, ou abandonarem sua identidade.

Na verdade, em última medida, a ética da alteridade preconizada pela filosofia da diferença pode ser encarada como ampliação da máxima moral que impõe como valor totalizante o “amor ao próximo”, para propor, como segunda etapa, o desafio do “amor ao distante”, como suplantação de modelos éticos identitários, por outros que encaram a realidade de forma não invertida, aberta e comprometida com a construção de comunidades multiculturais, em sentido lato.

A tradição clássica foi denominada pensamento de sobrevôo porque não é desencarnado da realidade, e por ser demasiado abstrato, antiteticamente perde sua capacidade de transcender o “eu-substância” para ir ao encontro do outro, de forma a respeitá-lo em sua ipseidade, e não com projetos de reduzi-lo, por processos de representação, a formas e pré-concepções cristalizadas no eu.

As minorias, anteriormente às margens do direito, apenas possuíam direitos reconhecidos quando degeneravam suas identidades para atender a modelos culturais herméticos e egoístas. Atualmente, como nota visível da transição paradigmática enfrentada pelo direito, cada vez mais vêm reconhecidas suas ipseidades, e num esforço de auto-afirmação aparecem para um mundo com uma proposta de sociedade como uma multidão de fragmentos, cada um com sua própria cor, mas ligados por um cimento (a igualdade como respeito às diferenças), quando observados de perto parecem sem organização, às vezes até em conflito, mas quando observados de longe, descortinam desenhos e estruturas complexas, mas organizadas de forma absolutamente harmônica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSIRER, Ernest. *A questão Jean-Jacques Rousseau*. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: Capitalismo e Esquizofrenia*. Rio de Janeiro: Editora 34. 1995-1997

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

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

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. *A inquietude do futuro: o tempo hipermoderno*. (DVD) Curador: Jorge Forbes: Long On/ Cultura Marcas, 2006.

MEDEIROS, Ana Letícia B. D. *Direito internacional dos direitos humanos na América latina: uma reflexão filosófica da negação da alteridade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PRIGOGINE, Ilya. *Carta as futuras gerações*. Caderno Mais!, da Folha de São Paulo, de 30/01/2000

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, Boaventura Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHWARZ, Roberto. *As Idéias Fora do Lugar*. In: *Ao Vencedor as Batatas*. São Paulo, Livraria Duas Cidades, 1981, p. 13-28.

SHÖPKE, R. *Por uma filosofia da diferença: Gilles Deleuze, o pensador nômade*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Edusp, 2004.

SOUZA, Paulo Cezar de. *As palavras de Freud*. São Paulo, Ática, 1999.

VILLA, Mariano Moreno (org). *Dicionário de pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 2000.

A DIGNIDADE DO SER FEMININO: DO RETRATO EM PRETO E BRANCO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À VIRADA CULTURAL EMANCIPATÓRIA DAS MULHERES POR MEIO DE AÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS AFIRMATIVAS E PROMOCIONAIS DE SEUS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

THE FEMININE BEING DIGNITY: FROM THE BLACK AND WHITE PORTRAIT OF DOMESTIC VIOLENCE TO EMANCIPATORY AND CULTURAL CHANGE THOUGHT POLITICAL AND LEGAL AFFIRMATIVE ACTIONS FOR THE PROMOTION OF THEIR HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

**Germana de Oliveira Moraes
Martha Priscylla Monteiro Joca Martins**

RESUMO

O presente artigo trata das ações afirmativas e promocionais dos direitos humanos e fundamentais das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, em uma perspectiva de mudança paradigmática no campo político-jurídico. Descreve a realidade dessas mulheres; informa e analisa as normas internacionais e nacionais, e as políticas públicas brasileiras, que tem por objetivo a afirmação e a promoção dos direitos das mulheres nessa situação. Busca-se demonstrar e avaliar a influência das políticas e ações afirmativas e promocionais de seus direitos humanos e fundamentais, sobre a virada cultural emancipatória das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, com suporte nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e no direito a uma vida livre de violência, sedimentadora de uma cultura de paz.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITOS DAS MULHERES; VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR; AÇÕES AFIRMATIVAS; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; IGUALDADE; DIREITO A UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA; DIGNIDADE DO SER FEMININO; EMANCIPAÇÃO.

ABSTRACT

This article presents the affirmative actions of human and fundamental right of women in a domestic violence situation, under a perspective of paradigm change in the political and legal field. Describe these women's reality; informs and analyses international and Brazilian rules and Brazilian public policies that has as objective the promotion of women rights under this situation. The article seek to demonstrate and evaluate the influence of affirmative actions and policies of hers human and fundamental rights over the emancipatory and cultural change of women in domestic violence situation, based

on the principles of human person dignity and equality and on the right to a violence-free life, establishing a culture of peace.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; FUNDAMENTAL RIGHTS; WOMEN RIGHTS, DOMESTIC VIOLENCE, AFFIRMATIVE ACTIONS; HUMAN PERSON DIGNITY; EQUALITY; RIGHT TO A VIOLENCE-FREE LIFE; FEMININE BEING DIGNITY; EMANCIPATION.

1. INTRODUÇÃO

Uma das variadas faces da violência social vem sendo silenciosamente gestada e nutrida a portas fechadas, entre quatro paredes, pela violência contra as mulheres.

Diversas formas de violência contra as mulheres nascem e ocorrem nos lares e permeiam diversos espaços, ocorrendo de outras formas, tais como, o tráfico internacional de meninas e de mulheres para fins de exploração sexual. Como pano de fundo aparece a violência de gênero, repetindo padrões de tratamento desigual, indigno e agressivo em relação às meninas e mulheres envolvidas.

Tais manifestações de violência vêm desvelando-se através das denúncias do fenômeno em si e de suas principais causas, por meio de estudos, pesquisas e atuações político-jurídicas e acadêmicas. Agora, as agressões começam a aparecer nas ruas e nas praças de outra forma - como um grito sufocado que pretende ser ouvido e soltar-se em busca da passagem da cultura da violência para a cultura da paz, a qual depende, dentre outros fatores, do respeito à dignidade do SER feminino e da convivência igualitária entre homens e mulheres.

A violência contra mulheres, sob qualquer veste, representa violação a seus direitos humanos e fundamentais. Hoje, muitos desses direitos são expressos em diversas normas internacionais e contemplados no sistema jurídico nacional na Constituição Federal Brasileira e em leis específicas.

No Brasil, historicamente, diversas instituições públicas e a sociedade civil vêm se articulando e mobilizando em defesa dos direitos das mulheres. Como exemplos de fruto dessas articulações citam-se a instalação, a partir da década de 80 do século passado, das Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM) e, em 2003, no âmbito da Presidência da República, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Em 2006, importante marco: a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha) cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

As ações jurídico-políticas, organizadas em torno da afirmação e promoção dos direitos das mulheres, são propulsoras de uma virada cultural emancipatória desses sujeitos, e, ao tempo em que desconstruem a cultura da violência, lançam as sementes da cultura da paz.

2. UM RETRATO EM PRETO E BRANCO DE DORES VISÍVEIS E SILENCIOSAS DE MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Agressões físicas, morais, sexuais, ameaças, instigação ao suicídio, inculcar terror ou medo constante, cárcere privado ou restrição de liberdade. Várias são as faces da violência doméstica e familiar contra a mulher, sintetizadas na perda de autonomia, da capacidade de autodeterminação, sem falar de outras formas liberticidas. As falas de violência atingem, além das mulheres, as crianças e adolescentes e outros membros da família. E, em geral, o rosto de quem agride é adulto e tem gênero masculino.

Pesquisas[1] apontam dados contundentes[2]: Um bilhão de mulheres, ou uma em cada três do planeta, já foi espancada, forçada a ter relações sexuais ou submetida a algum outro tipo de abuso. 25,4% dos homens afirmaram ter usado violência física pelo menos uma vez e quase 40% disseram já praticado violência psicológica contra sua parceira íntima; incluindo insultos, humilhação ou ameaças verbais.

Números são importantes para soar o alarme de que a violência doméstica contra a mulher transcende a relação íntima entre um casal. O imaginário construído em torno da violência pinta uma tela em que aparece uma família pobre, um homem mau e ciumento sob efeito de alguma substância psicoativa, uma mulher submissa, porque apaixonada e dependente economicamente do companheiro, e crianças sofridas e passivas.

No entanto, as notícias publicadas na mídia, os relatos de mulheres que sofreram algum tipo de violência, e o cruzamento desses dados com outros pesquisados ajudam a desmistificar esse tipo de violência e estampam em preto e branco a realidade crua e cruel. No que concerne às mulheres, há um mapa de significados que expande nossas percepções para o fenômeno da violência advinda de uma relação afetiva.

Primordialmente, a violência contra as mulheres constitui-se em um fenômeno global[3]. Não se trata de um fenômeno localizado apenas em países pobres ou emergentes.

As mulheres, em geral, submetem-se às relações de violência durante um longo tempo e denunciam apenas quando a situação passa a atingir os (as) filhos (as). O maior número de casos ocorre em ambientes privados, muitos dentro de casa, constituindo-se essas relações como algo silencioso e ignorado pelos que lhes circundam.

A violência não ocorre dentro da perspectiva da vitimologia, em que há dois pólos: um agressor-ativo e uma vítima-passiva; acontece dentro de uma complexidade-sistêmica, onde se constitui um ciclo de violência. Este tem início com palavras de agressões na forma de insultos e humilhações, que se agravam com ameaças e culminam em episódios de violência. Tais episódios são seguidos de uma fase denominada de "lua-de-mel", na qual o agressor compromete-se a não mais praticar a violência e a pessoa agredida acredita no episódio como algo isolado e desculpável por algum motivo, como o uso de álcool, por exemplo. No paradigma da abordagem sistêmica familiar compreende-se que o agressor e a agredida imergem em uma relação mutuamente

violenta, e que essa relação traz conseqüências psíquicas graves para toda a família envolvida.

É preciso desconstruir o mito de que as mulheres são agredidas exclusivamente por culpa sua ou por conta de seus comportamentos "nervosos", "histéricos", "amorais". Tais estereótipos criam um véu cinzento sob a visão social desse fenômeno e não permitem a percepção de que: ainda que a mulher esteja imersa em uma relação de violência, ela ocupa a posição de maior fragilidade, subserviência e agressões contundentes; a liberdade sexual feminina não pode mais ser considerada como um "comportamento amoral", tampouco servir de justificativa para o sofrimento de agressões; e, por último, as mulheres em situação de violência estão mais propensas a desenvolver doenças ligadas à saúde mental, essas doenças, portanto, podem aparecer como seqüelas da violência e não como causa desta.

A violência contra a mulher não tem cor, posição social ou econômica. Ainda que grande parte das denúncias advenha de mulheres pobres há de se considerar que um enorme contingente populacional do mundo é destituído de recursos econômicos dignos[4], e que a maioria da pobreza do mundo é constituída por mulheres.

(...) o conceito 'feminização da pobreza' representa a idéia de que as mulheres vêm se tornando, ao longo do tempo, mais pobres do que os homens. De acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano 1995 [da Organização das Nações Unidas], 'a pobreza tem o rosto de uma mulher - de 1.3 bilhão de pessoas na pobreza, 70% são mulheres'. (NOVELINO, 2004)

Contudo, a violência atinge mulheres de diferentes níveis sócio-econômicos. Recente pesquisa divulgada pelo Jornal da Tarde de São Paulo[5] revela que a violência doméstica contra as mulheres da classe média e alta teria aumentado. A leitura crítica desses indicadores aponta que a quantidade de denúncias e o rompimento com anos de violência silenciosa estimulados pela promulgação e divulgação da Lei Maria da Penha é que estariam no fundamento desse aumento quantitativo de agressões entre esse grupo.

Ainda que a violência acometa mulheres de diferentes perfis, no caso das mulheres pobres a violência de gênero agrega-se a outras violações de direitos que dificultam, ainda mais, o rompimento com o ciclo de violência, tais como o não acesso digno a direitos sociais e a maior dificuldade de efetivação do direito à justiça. Tais fatores agregam à violência de gênero outros tipos de violência, como a estrutural.

Ainda que grande quantidade de agressões apresente como pano de fundo o consumo de álcool e/ou drogas por parte do agressor, é de se considerar que há casos em que se relatam agressões não ligadas a esse consumo, ou em momentos de sobriedade por parte do agressor.

Quase metade das mulheres em situação de violência é dependente economicamente de seus/suas agressores (as). No entanto, tal condição também não explica por completo a violência contra a mulher, haja vista que uma parcela considerável apresenta total ou relativa autonomia financeira. Percebe-se que a situação de violência dificulta o

empoderamento econômico e emocional das mulheres e que os agressores contribuem de diversas maneiras para a manutenção dessa dependência.

As crianças e os adolescentes não se colocam como sujeitos passivos no ciclo de violência contra a mulher. Sofrem com os acontecimentos como contínuos expectadores e, por isso, são submetidos, no mínimo, a violências psíquicas. Em diversos casos o agressor passa a cometer violência contra seus (as) filhos (as), física ou sexual. Muitas vezes a prole se coloca na defesa da mãe. Uma parte das pessoas que se encontram em situação de violência na vida adulta foi assistente e/ou co-participe de tais situações em suas famílias de origem. As mulheres podem passar a reproduzir comportamentos de violência diante de seus (as) filhos (as), e estes (as) podem vir a estabelecer uma relação agressiva com a mãe.

As mulheres imersas em ciclos de violência têm dificuldades em conscientizar-se do processo de violência; mantém uma relação afetiva não-saudável com o agressor, constituindo vínculos de subordinação e dependência e não de troca de respeito e afeto. Essas mulheres, alimentadas por sonhos de um amor romântico e subordinadas a relações desiguais de gênero desde a infância, alternam momentos de reação frente ao parceiro com momentos de reconciliação.

Muitos agressores apresentam comportamentos de ciúme e posse frente às mulheres, conjugando isso a agressões verbais e morais que contribuem para que as mulheres tenham de si uma auto-imagem e auto-estima depreciativas.

As mulheres tentam, em geral, romper várias vezes com o ciclo, e, posteriormente, retornam para seus agressores. Ao perceber que as mulheres podem efetivar a denúncia ou abandoná-los, os agressores cometem atos de ameaça ou recrudescem as agressões. A maior parte dos feminicídios[6] ocorre no momento da ruptura com este ciclo e com a separação da mulher e filhos (as) do agressor.

O momento do rompimento com o ciclo de violência sempre é o mais difícil e o que apresenta mais riscos para a mulher. As mulheres, em geral, estão afastadas de seus familiares e amigos (as), encontrando-se sem rede psico-emocional de apoio e proteção; muitas estão sob forte temor de que seus parceiros efetivem as constantes ameaças de morte ou agressão em caso de rompimento; há a expectativa de que o companheiro passe a se comportar de modo amoroso e não-violento; muitos homens ameaçam isolar os (as) filhos (as) de suas mães; as mulheres ainda temem que sua conduta possa ser enquadrada como abandono do lar passível de punição; muitas mulheres dependem economicamente de seus companheiros.

Todos os fatores aqui apresentados contribuem para o fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher. Daí porque ser de extrema importância perceber seus muitos matizes. Simplificá-lo causa uma acrítica miopia social no exercício de se vislumbrar que a violência contra as mulheres tem como causa primordial a violência contra o feminino, constituindo-se em uma violência de gênero, portanto.

O exercício de poder como mando, autoritarismo por parte dos homens e os rituais de afirmação do patriarcado são a causa primeira de comportamentos do masculino de opressão e dominação do feminino.

Therborn (2006, p. 30) assim define o patriarcado:

Com relação às relações entre marido e mulher, os principais aspectos são: a presença ou ausência da assimetria sexual institucionalizada, tal como na poliginia e nas regras diferenciadas para o adultério; a hierarquia do poder marital, expressa pelas normas de chefia marital e de representação familiar; e a heteronomia, ou seja, o dever de obediência da mulher e o controle do marido sobre sua mobilidade, suas decisões e seu trabalho.

Na lição de Santos (2000, p.267):

[...] poder é qualquer relação social regulada por uma troca desigual. (...). As relações entre um casal de trabalhadores, um do sexo masculino, e outro do sexo feminino, pertencentes a uma mesma minoria étnica, são iguais (ou mais iguais) enquanto membros da mesma minoria étnica e enquanto trabalhadores; mas são desiguais (ou menos iguais) na medida em que pertencem a sexos diferentes.

Por fim, o estudo da violência contra a mulher há de ocorrer em conexão a outras formas de violação dos direitos humanos das mulheres. Não se devem considerar, dentro de uma perspectiva reducionista, os direitos humanos das mulheres somente na perspectiva do direito a não violência. E a efetivação do direito a não-violência ocorre em consonância à concretização do direito a uma vida digna, livre e igualitária.

A defesa dos direitos das mulheres passa, fundamentalmente, pelo reconhecimento das relações desiguais entre os sexos e de outras faces da opressão feminina: as mulheres constituem a maioria dos (as) analfabetos[7]; contabilizam mais da metade da população pobre no mundo; ganham menos que os homens ocupando as mesmas funções[8]; constituem a maioria de pessoas no mundo, contudo, ocupam uma quantidade inexpressiva dos cargos de chefia políticos[9] etc.

Urgem, pois, práticas que contribuam para uma real emancipação feminina, para além do acesso aos bens de produção ou a altos níveis de escolaridade. Uma prática emancipatória através de ações jurídico-políticas afirmativas e promocionais dos direitos humanos e fundamentais das mulheres, que contemple uma vida sem violência e a respectiva concretização daqueles direitos em todas as suas dimensões.

3. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

O primeiro momento da luta pelos direitos das mulheres, a "primeira onda do feminismo", mobilizou-se em torno das questões sufragistas, que diziam respeito ao direito de participação na vida civil e política do Estado, restringindo-se ao direito ao

voto. A "segunda onda" aparece como um momento de afirmação frente aos direitos dos homens, passando as mulheres a lutar por uma igualdade mais efetiva, em que elas tivessem reconhecidos os mesmos direitos que os homens.

Nos anos de 1990 ("terceira onda"), os movimentos feministas e de mulheres pautavam em suas discussões a insuficiência da igualdade na lei para o alcance de uma igualdade material entre homens e mulheres. Percebeu-se que as relações de gênero instauradas, em inter-relação com outros fatores, embasavam diferenças entre a condição masculina e a feminina e geravam desigualdades entre os sexos; e, a fim de se alcançar uma igualdade material, é preciso tratar de forma diferente as pessoas que vivem sob condições desiguais, sem perder de vista uma igualdade que respeite as diferenças, que as coloque em âmbito plural e não discriminatório.

O feminismo [aparece] como uma voz de resistência [contra a unificação e universalização do social] e de crítica, [colocando] como centro de seu projeto a multiplicidade, a pluralidade do político e a impossibilidade tanto da unificação quanto da hegemonia do universal nas sociedades divididas pelas relações sociais de sexo e gênero, entre outras. (BANDEIRA; In: SALES; AMARAL; ESMERALDO, 2000, p.15).

Para Piovesan (2005):

(...) as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Santos (2003a, p. 156) complementa esse pensamento ao tratar da questão dizendo:

(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Tais diferenças e desigualdades ensejam uma legislação e políticas públicas que possibilitem criar modos de efetivação de uma igualdade material entre os sexos^[10]. Há uma íntima relação entre o princípio da igualdade material e o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se infere do conceito lecionado por Sarlet (2006, p. 60):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo

e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

E pontifica Rocha (2009, p.15-16) sobre o princípio da dignidade:

(...) precisamos, portanto, fortalecer a idéia da dignidade da espécie humana. Homens e mulheres são igualmente dignos. Então, neste ponto, lembro que o artigo mais importante da Constituição Brasileira é o primeiro, no inciso III (...) o princípio da dignidade humana. Mas, quem pode se dignificar é a própria pessoa. O que o Direito pode fazer é que as pessoas tenham condições para se imporem na sua dignidade. Mas dignidade é conquista de cada um. (...) Então, é preciso que a mulher assuma o seu compromisso consigo de não apenas valer o seu auto-respeito, mas se fazer respeitar para atingir a dignidade.

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é considerada hoje como uma violação aos direitos humanos das mulheres, sendo atentatória à dignidade humana das mulheres. E sua prática e conseqüências constituem-se em um dos principais óbices a liberdade e ao desenvolvimento pleno das mulheres, à sua autonomia e emancipação e à construção de uma igualdade material entre homens e mulheres.

Fleiner (2003, p.11; *Apud* CAMPOS; CORRÊA, 2007, p. 73) ao discorrer sobre a significância da liberdade como um direito humano ilumina essa discussão acerca da construção de uma autonomia e emancipação feminina:

A dignidade humana pressupõe o respeito do âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana. A liberdade de decisão (autodeterminação) faz parte do núcleo essencial do ser humano.

Nessa perspectiva, passa-se a analisar a disciplina normativa, em âmbito internacional e no ordenamento jurídico nacional conducente à efetivação dos direitos humanos das mulheres à dignidade, à igualdade e à liberdade, e a uma vida livre de violência.

3.1. Os direitos humanos das mulheres na ordem jurídica internacional

Uma das principais reivindicações dos movimentos de mulheres na década de 1990 era pelo reconhecimento por parte da Organização das Nações Unidas - ONU que os Direitos das Mulheres são Direitos Humanos.

Importante conquista foi alcançada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, em junho de 1993. O artigo 18 de sua Declaração reconheceu que:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher[11] é um dos primeiros documentos internacionais a reconhecer os aspectos atentatórios dos direitos humanos das mulheres nascidos no âmbito da discriminação e da violência contra a mulher. Recomendam aos Estados-Partes que adotem uma legislação nacional e políticas públicas que modifiquem:

(...) os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres (art. 5º).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará[12]), afirma que:

(...) a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades (...).

Em seu artigo 1º diz que se deve entender por violência contra a mulher "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado". E, no artigo 7º estabelece que:

Os Estados-Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

(...) incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (...).

Esses documentos trazem a compreensão de que a violência contra as mulheres constitui uma violação aos seus direitos e liberdades fundamentais, e representam um marco

pioneiro na defesa do direito das mulheres a uma vida digna, igualitária e sem-violência. Estes valores irradiaram-se para várias ordens jurídicas nacionais, inclusive para a brasileira.

3.2. Os direitos humanos das mulheres na ordem jurídica brasileira

Paralelamente ao movimento de luta pelos direitos das mulheres, ocorre a história dos direitos fundamentais e suas diversas dimensões. Houve a constitucionalização de valores e aspirações enunciadas nas cartas de direitos humanos no âmbito de diversos países.

Mendes (2008), apoiada nas idéias de Jelin (2006, p. 253-280), Ferrajoli (2007), e Pisarello (2005), professa que:

(...) duas histórias correm paralelas. A primeira é a história da luta das mulheres para sua liberação e pelos seus direitos (...). E a segunda é a história do desenvolvimento e da expansão da reivindicação dos direitos humanos na qual as mulheres desempenham um papel-chave. Por outro lado, também a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública reivindicadora de direitos fundamentais. História esta que não é teórica, mas política e social, dado que nenhum direito fundamental 'caiu do céu'. Mas, pelo contrário, foi conquistado mediante rupturas institucionais que vão desde a revolução americana e francesa, até as lutas operárias, pacifistas, ecologistas e, obviamente, feministas.

No processo de redemocratização pós-ditadura militar, a sociedade brasileira reuniu-se em diversas organizações populares e sociais. Os movimentos em torno da defesa dos direitos das mulheres inserem-se nas "Diretas Já" e, posteriormente, nas discussões acerca do processo constituinte de 1988.

A Constituição Federal Brasileira (CF/88), pois, em seu artigo 5º, inciso I, trouxe originariamente que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações". Bem como em seu artigo 226, parágrafo 8º, instituiu que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações**" (grifos nossos).

Surgida da convergência de diversas reivindicações e conquistas no âmbito dos direitos das mulheres, no ano de 2006 é promulgada a Lei 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Esta lei foi exarada nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; e do artigo 226, §8º da Constituição Brasileira de 1988.

A trágica e inspiradora história de Maria da Penha inicia-se nos idos de 1983, quando o seu então esposo tentou matá-la através de um assalto simulado enquanto ela dormia.

Tendo atirado em suas costas deixou-a paraplégica e, por não conseguir assassiná-la na ocasião, tentou matá-la uma segunda vez eletrocutada. Oito anos depois, seu ex-esposo foi condenado a oito anos de prisão, tendo recorrido da decisão.

Penha sobreviveu, transmutou a dor em força de participação e construção, após reconhecer que milhares de mulheres partilhavam e compartilham de sua mesma experiência, e vem devotando sua vida à luta pela erradicação desse tipo de violência. Apelou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual responsabilizou o Brasil por negligência e omissão pela demora de quase 19 anos para julgar o processo e, pela primeira vez, reconheceu um caso punível criminalmente como sendo de violência doméstica. Em 2006, como decorrência da responsabilização do Estado brasileiro por esse caso, foi promulgada a Lei Maria da Penha.

Ressalta-se que, após o julgamento pela Comissão seu agressor foi preso em 28 de outubro de 2002 e cumpriu dois anos de prisão. No entanto, hoje está em liberdade.

A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) introduz importantes inovações no intuito de aperfeiçoar os meios de combate a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Além de tipificar essa conduta como crime, prevê a criação de Juizados especializados e a aplicação de medidas inéditas de proteção a mulher em situação de violência, como a saída do agressor do domicílio e a possibilidade da prisão em flagrante ou preventiva do agressor.

Campos e Corrêa (2007, p. 117) aferem que:

Para a devida reconstrução cultural dos espaços femininos e masculinos, estrutura a lei [1.340/2006] uma dinâmica a ser implementada. A integração sistêmica e a simplificação dos procedimentos judiciais à universalidade e integralidade de mecanismos hábeis de proteção, são alguns dos aparatos da novel disciplina normativa.

Referida norma jurídica, contudo, tem suscitado resistências a sua aplicação, muito embora recentes pesquisas^[13] afirmem que sua edição tem contribuído para aumentar o número de denúncias, chamar a atenção para essa forma de violência e suscitar debates na sociedade em seus diversos âmbitos, entre outras conquistas.

A cultura da violência contra as mulheres tem se projetado também no campo da interpretação da Lei Maria da Penha, conforme se observa pelas discussões em torno de sua constitucionalidade.

Para afastar dúvidas quanto à compatibilidade da Lei Maria da Penha com a Constituição Federal de 1988, em 19 de dezembro de 2007, a Presidência da República ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 (ADC/19), a qual ainda está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Destacamos que ADC cita que um dos argumentos de juízas e juizes e Tribunais em todo o país para afastar a aplicação desta lei é o princípio da igualdade, dizendo que não deve haver diferenciações entre homens e mulheres, ou seja, o que está em discussão não é se as

mulheres sofrem violência, ou se a violência deve ser punida, e sim, principalmente, se esta lei é uma afronta ao direito à igualdade entre os sexos.

"Trata-se, agora", segundo alerta Barsted (2008):

(...) de vencer as resistências ainda existentes a essa nova Lei que expressa uma nova cultura jurídica afinada com os princípios e valores dos direitos humanos. Há, também, que se verificar a eficácia prática e simbólica da Lei 11.340/2006 na vida das mulheres e no imaginário social. (...) Uma correta interpretação do espírito da Lei através da concretização de uma política de fato integral e articulada que possibilite às mulheres romper com a cultura de desvalorização do feminino é um passo importante na superação dessas discriminações. Os exemplos das experiências de atuação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Mato Grosso, Rio de Janeiro e Pernambuco revelam como a atuação dos magistrados pode propiciar a mudança de mentalidades e comportamentos.

Nada obstante as resistências a esta mudança cultural e os questionamentos jurídicos à constitucionalidade da Lei Maria da Penha, as inovações nela inseridas vêm sendo implementadas pelos órgãos públicos e pela sociedade civil brasileira, notadamente no que se refere à formação de uma rede de atendimento integral às mulheres acometidas por violência, por intermédio de políticas públicas e ações que promovam e afirmem os direitos humanos de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS E PROMOCIONAIS DOS DIREITOS DAS MULHERES E A LEI MARIA DA PENHA

No Brasil, os Poderes da República; Legislativo, Executivo e Judiciário; em progressiva percepção desta dramática realidade de violação aos direitos humanos das mulheres, geradora e retro-alimentadora de violência social, vêm desenvolvendo políticas e ações conjuntas. Dentre estas se destacam a consolidação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres^[14] e a implementação da Lei Maria da Penha.

Na II Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, em agosto de 2007, foi lançado o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.

Importa, ainda, destacar que a própria Lei Maria da Penha prevê que:

Art. 3º (...)

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, não se pode olvidar a profunda importância dos movimentos sociais organizados de mulheres e feministas, e a participação de outros segmentos e organizações sociais, na construção de políticas públicas e na promulgação de normas jurídicas que visam à efetivação dos direitos humanos e fundamentais femininos.

Gordon (1988, p. 3) aponta que:

O nível e as formas da violência familiar concebidos como aceitáveis tem variado historicamente com o contexto político[...]. As mulheres ativas nos movimentos de defesa dos direitos das mulheres e em outros movimentos de reforma, igualmente presentes no trabalho social, eram líderes na definição do grau de inaceitabilidade da violência doméstica e reclamavam ações contra ela (tradução nossa).

Verifica-se que em todos esses processos de discussão: da Política Nacional, do Pacto Nacional e da Lei Maria da Penha; a concepção desses documentos deu-se por meio de espaços de discussão onde se fizeram presentes representantes das várias esferas do Poder Público e da sociedade civil organizada.

4.1. A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher

A Política Nacional[15] adota como paradigma o aspecto multidimensional da violência contra a mulher, sendo exigidas, para o seu enfrentamento efetivo, ações no âmbito da família, da sociedade civil e do Poder Público em mais diversas áreas (segurança pública, educação, saúde etc.).

A fim de que se possa dar conta dessa complexidade, designa a efetivação de uma rede de atendimento formada por instituições governamentais e não-governamentais e pela comunidade, sendo o funcionamento dessa rede orientado por ações articuladas e interligadas complementarmente.

Além de explicitar a percepção de que a violência deve ser compreendida em interconexão com diversos aspectos como raça, etnia, análise econômica, trabalho, dentre outros. Entre as dimensões da política tem-se a garantia de direitos, definida por esta como o "exercício da cidadania e iniciativas para o empoderamento das mulheres; [e o] cumprimento dos tratados internacionais".

O Pacto Nacional pelo Enfrentamento a Violência contra a Mulher institui que:

(...) é preciso, sobretudo, evitar que a violência aconteça. Essa conjunção de esforços compreende não apenas a dimensão do combate aos efeitos da violência contra as mulheres, mas também as dimensões da prevenção, atenção, proteção e garantia dos

direitos daquelas em situação de violência, bem como o combate à impunidade dos agressores.

E, o citado Pacto enuncia também que:

A Política Nacional se baseia na estruturação e na ampliação da rede de serviços especializados (delegacias da mulher, casas-abrigo, centros de referência, serviços de apoio jurídico, defensorias públicas, serviços policiais e serviços da rede pública de saúde, entre outros) para garantir o atendimento integral às mulheres em situação de violência; na conscientização e capacitação dos agentes públicos para atendimento e prevenção; na ampliação do acesso das mulheres à justiça; e no apoio a projetos educativos e culturais.

A definição dessas políticas e ações no Pacto Nacional pelo Enfrentamento a Violência contra a Mulher e a Lei Maria da Penha constituem-se em marcos importantes no que diz respeito à mudança paradigmática que vem ocorrendo na efetivação dos direitos humanos e fundamentais das mulheres em situação de violência.

Uma breve digressão histórica^[16] proporciona um panorama geral acerca do redimensionamento do direito a não-violência como um direito humano.

No Brasil, antes da Proclamação da República, em caso de adultério o marido poderia matar sua esposa e o "amante". O Código Criminal de 1830 atenuava o homicídio praticado pelo marido quando houvesse adultério.

Nas décadas de 1920 e 1930 alguns promotores públicos (como Roberto Lyra e Carlos Sussekind de Mendonça), o juiz Nelson Hungria e alguns grupos de mulheres e feministas mobilizaram-se em torno da violência contra a mulher, no entanto, tal mobilização dava mais enfoque a família do que a violência contra a condição feminina.

Na década de 1970 ressurgiu uma forte mobilização social em torno do assassinato de mulheres e pela punição de seus assassinos, sendo seu auge em 1976 após a morte de Angela Diniz por Doca Street, sob o slogan "quem ama não mata". Nesse período levanta-se no seio social a discussão acerca da possibilidade ou não de se escusar crimes passionais masculinos contra o feminino, provocados por "legítima defesa da honra" ou por "comportamentos da mulher capazes de levar os homens a cometer loucuras". As proposições feministas e de outras vertentes sociais propugnavam pelo reconhecimento da violência contra a mulher como uma violência de gênero, e buscavam defender na sociedade a idéia de que tais crimes devem ser responsabilizados sem escusas advindas de uma cultura androcêntrica e de desvalorização e submissão da mulher.

A primeira Delegacia de Atendimento à Mulher foi criada em São Paulo, em agosto de 1985. Durante a década de 1980 as políticas voltadas ao enfrentamento da violência doméstica contra a mulher giravam em torno na repressão policial, punição do agressor e reparação da mulher, vista, nesta época, simplesmente como vítima. A implementação desta e de outras delegacias especializadas deram uma maior visibilidade aos inúmeros

casos de violência contra a mulher. No entanto, a ação da delegacia dava-se de forma isolada e, muitas vezes, a denúncia desprovida de uma rede de proteção causava a perseguição e até mesmo a morte dessas mulheres por parte de seus agressores.

Na década de 1990 outras áreas disciplinares, como a Saúde e a Assistência Social, passaram a atuar junto a esse tipo de violência, e as primeiras Casas-Abrigo foram criadas, originalmente, trabalhando em conexão com as delegacias especializadas e tendo o intuito de servir apenas como meio de proteção da mulher contra possíveis ações homicidas de seu agressor.

Vêm-se aí algumas das sementes que germinaram no recente alvorecer da institucionalização no Brasil de políticas públicas e ações jurídico-políticas constituídas em torno das seguintes percepções: a violência contra a mulher é uma violação à sua dignidade e aos seus direitos; as ações em torno do enfrentamento dessa violência devem ser concretizadas em redes de atendimento integral, sendo as mulheres contempladas nos mais variados aspectos de proteção (delegacias e casas abrigo, por exemplo) promoção (como os centros de referência, as ações educativas, postos de saúde, defensorias públicas especializadas) e responsabilização (Juizados e Varas especializadas); e todas as políticas devem constituir-se tendo em vista a construção de uma autonomia feminina livre de violência, reconhecida em sua dignidade humana, e concretizada como sujeito de direitos humanos e fundamentais em suas diversas dimensões.

A Secretaria de Reforma do Judiciário incluiu no programa do Ministério da Justiça, intitulado Pronasci - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Lei 11.530/2007), uma ação para conferir maior efetividade à Lei Maria da Penha, consistente, basicamente, em apoio financeiro à implementação e ao fortalecimento dos órgãos públicos aplicadores da mencionada lei, bem como aos cursos de formação e de capacitação de seus agentes executores e à criação de banco de dados unificados para diagnosticar a implementação da lei e possibilitar a parametrização dos procedimentos. Referida ação visa contemplar uma das áreas estruturantes do Pacto Nacional.

Essa Secretaria, ainda, em parceria com a Secretaria da Presidência da República e com o Judiciário, vem apoiando financeiramente os Juizados especializados em violência doméstica contra as mulheres, os Núcleos Especializados das Defensorias Públicas e das Promotorias Especializadas, como também Centros de Referência, delegacias especializadas de atendimento à mulher e Casas Abrigo e tem participado das Jornadas de Trabalho sobre a Lei Maria da Penha e dos cursos nacional e estaduais de formação e capacitação dos agentes executores da lei.

4.2. As políticas e ações do Sistema Judicial

Também o Sistema Judicial vem atuando dentro desse novo paradigma emancipatório dos direitos de mulheres. Suas ações, voltadas hoje para além da criminalização do agressor e reparação da vítima, se concretizam por meio de diversos fios constituintes de uma teia que se redimensiona continuamente.

O Conselho Nacional de Justiça, ao eleger, durante a gestão da Presidente Ellen Gracie, como política prioritária, o apoio às mulheres que sofrem violência doméstica, vêm atuando como agente de articulação e de integração de políticas e ações públicas e privadas afirmativas dos direitos humanos das mulheres. Tem, desde então, mobilizado os representantes dos diversos segmentos judiciais, de outras instituições públicas e de variadas organizações da sociedade civil, no intuito de formular, estimular e realizar políticas e ações que tornem efetiva a Lei 11.340/2006. Para este fim, promoveu três Jornadas de Trabalho sobre a Lei Maria da Penha, juntamente com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, a Secretaria Especial de Política para Mulheres, a Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, a Associação dos Magistrados do Brasil e dos Tribunais de Justiça.

A primeira ocorreu logo após a edição da Lei 11.340, em novembro de 2006, durante a Campanha Internacional de 16 dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres. Houve ampla participação dos representantes do sistema judicial, de diversas instituições públicas e da sociedade civil. Dela resultou o documento intitulado "Carta da Jornada", a qual, em apertada síntese, encaminha as sugestões aprovadas para implementação nacional da mencionada Lei, na expectativa de que sejam devidamente instrumentalizadas, de forma a conferir efetividade aos dispositivos legais nela contidos em tempo adequado à importância e urgência que a questão demanda. Além de ratificar o compromisso dos participantes quanto à criação de uma rede interinstitucional de erradicação e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, e à realização de outras Jornadas anuais.

Posteriormente, realizou-se em março de 2007, a II Jornada de Trabalhos da Lei Maria da Penha, com a denominação "Superando a violência contra a mulher", destinada prioritariamente aos magistrados das varas e juizados especializados em violência doméstica e familiar. As juízas e juízes reunidos, mais uma vez, debateram o tema em seus aspectos constitucionais e sociais e, na condição de protagonistas da busca de realização de uma justiça mais igualitária, prestaram contas das propostas assumidas na Jornada anterior, em especial, com o relato de experiências efetivas da aplicação da Lei.

Em março de 2008, importante ação se consolidou durante a III Jornada de Trabalhos da Lei Maria da Penha, intitulada "Fazer Justiça é Construir a Paz", a saber, a criação do Fórum Nacional Permanente para discussão das questões referentes ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem procurando implementar, desde o início de 2007, a maioria das propostas resultantes da I Jornada Lei Maria da Penha com vistas à efetividade desta lei, acrescidas daquelas feitas durante as duas jornadas subsequentes. Editou, em 08.03.2007, a Recomendação nº 9, por meio da qual se vem estimulando e acompanhando a instalação, em quase todas as unidades da Federação, dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres; e se tem fomentado, em parceria com outros órgãos judiciais e públicos, a formação e capacitação dos agentes executores da Lei Maria da Penha. Registre-se ainda a divulgação nacional e internacional que o CNJ e os Tribunais de Justiça, em vários estados do país, vêm promovendo, por meio de campanhas e publicação de cartilhas informadoras e educativas, sobre a Lei Maria da Penha.

A Lei 11.340/2006, conforme já dito, contemplou a criação de Varas e Juizados especializados em casos de violência doméstica contra mulheres, onde além de profissionais da carreira jurídica como juízes(as), promotores(as), delegados(as), defensores(as) públicos(as), atua uma equipe multidisciplinar composta por psicólogos(as), assistentes sociais e outros profissionais. A Lei Maria da Penha não apenas recrudescer a punição do agressor, como também viabilizou a oportunidade de transformação e de superação dos conflitos e de restauração da vida saudável para a mulher em situação de violência e toda a família, com vistas à promoção da pacificação social, instaurando uma Justiça mais humanizada.

Entretanto é importante observar a profunda necessidade de se conectar as ações no campo da sociedade civil, as políticas públicas nas três esferas da Federação e as políticas e práticas judiciais. A Ministra Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida no "Seminário Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios - a intervenção criminal e multidisciplinar", organizado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), no período de 7 a 9 de novembro de 2007, realizou a seguinte fala, ao sistematizar a sua conferência em torno dos eixos cultura-violência-mulher-justiça:

Vivemos em uma sociedade onde as pessoas são capazes de assistir à violência sem se deixarem afetar por ela. (...) a violência doméstica manifesta-se não apenas ostensivamente, mas também de forma silenciosa, despertando vergonha e o medo, duas emoções que fragilizam profundamente o ser humano, e fazendo com que as mulheres entrem em situação de desvantagem em todos os relacionamentos, inclusive os pessoais. [Nesse contexto] o Ministério Público e o Judiciário são instituições fundamentais, mas não substituem o exercício da cidadania: é dever de todos lutar por seus direitos. A ideia de justiça só se concretiza quando a solidariedade domina as relações sociais.[17]

5. A virada cultural emancipatória das mulheres e a dignidade do ser feminino

Longa é a estrada percorrida da trajetória vivenciada por movimentos de mulheres, sociais e feministas no decorrer das construções e redimensionamentos em torno dos direitos humanos e fundamentais de mulheres.

Desde as várias ondas do feminismo e suas lutas por reconhecimento de uma dignidade humana das mulheres, por direitos iguais entre os sexos e por uma igualdade material que contemple as diferenças entre homens e mulheres; vêm se redimensionando a concepção em torno da autonomia e da emancipação feminina.

A conquista do direito ao voto, de direitos trabalhistas, de acesso igualitário à educação, do direito à participação na vida pública e política e outros, sem desmerecer a importância ou pressupô-los já concretizados, agregam-se a percepção da inter-relação entre as questões de gênero e outras condições, como classe sócio-econômica e raça e etnia.

Além de ter acesso aos mesmos direitos que os homens, de serem contempladas em suas multiplicidades, as mulheres buscam autonomia econômica, laboral, política e uma condição feminina que as permitam ser-estar no mundo em uma perspectiva emancipatória.

A emancipação, por sua vez, não é um conceito estático; muda com a concepção do que seja um ser humano livre e autônomo e com a ampliação das dimensões consideradas como direitos.

Santos (2003b, p. 277) afere que:

A emancipação não é mais do que um conjunto de lutas processuais, sem fim definido. O que a distingue de outros conjuntos de lutas é o sentido político das processualidades das lutas. Esse sentido é, para o campo social da emancipação, a ampliação e o aprofundamento das lutas democráticas em todos os espaços estruturais da prática social.

O pensamento de Freire (1997, p. 100) lança luz sobre essa processualidade na construção da emancipação humana:

Libertação e opressão, porém, não se acham inscritas, uma e outra, na história, como algo inexorável. (...). Homens e mulheres, ao longo da história, vimo-nos tornando animais deveras especiais: inventamos a possibilidade de nos libertar na medida em que nos tornamos capazes de nos perceber como seres inconclusos, limitados, condicionados, históricos. Percebendo, sobretudo, também, que a pura percepção da inconclusão, da limitação, da possibilidade, não basta. É preciso juntar a ela a luta política pela transformação do mundo. A libertação dos indivíduos só ganha profunda significação quando se alcança a transformação da sociedade.

Nessa perspectiva, reconhece-se a violência contra a mulher como uma forma de violação a seus direitos humanos, e sua prática como inibitória da construção da liberdade e igualdade real entre os sexos e da concretização da dignidade das mulheres. Como uma violação aos direitos de mulheres que obstaculiza a construção da autonomia feminina dentro de um paradigma emancipatório, portanto.

Dias (2008, p. 32) lembra que:

A violência frequentemente está ligada ao uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não quer. Constranger, impedir que o outro manifeste sua vontade, tolhendo sua liberdade, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano. A relação de desigualdade entre homem e mulher (...) é terreno fértil à afronta do direito à liberdade.

Adorno (1995, p. 181) nos diz que:

Se não quisermos aplicar a palavra 'emancipação' num sentido meramente retórico [...] é preciso começar a ver efetivamente as enormes dificuldades que se opõem à emancipação nesta organização do mundo. O motivo evidentemente é a contradição social; é que a organização social em que vivemos continua sendo heterônoma, isto é, nenhuma pessoa pode existir na sociedade atual realmente conforme suas próprias determinações.

E, se em um primeiro momento, o reconhecimento da existência de violência contra a mulher por parte do Poder Público, e a criação de delegacias especializadas e da criminalização do agressor/reparação da vítima no Poder Judiciário representou uma conquista; o tempo e os novos olhares sobre essa problemática, dentro de vários contextos históricos, levaram a reflexões no âmbito da sociedade e dos Poderes Estatais; que vem culminando com uma mudança paradigmática da vitimologia/assistencialismo para autonomia/emancipação no que tange as ações em torno do enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

O enfrentamento a violência doméstica passa a ensejar ações que se voltem para além da responsabilização criminal. Necessário se faz meios de desconstrução/reconstrução do patriarcado.

Além de políticas que ensejem a construção de uma autonomia real e multidimensional (contemplada em seus mais variados aspectos), que obedeçam a uma organização em rede de atendimento e promoção de direitos, e que possibilitem às mulheres a imersão em processos educativos e reflexivos acerca de sua própria condição de sujeitos de direitos, de liberdade, dignidade e igualdade. Dentro de um paradigma emancipatório.

No esteio de Santos (2003b, p.277-278) compreende-se emancipação como:

(...) tal concepção de emancipação implica a criação de um novo senso comum político. (...). A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre cidadãos. Com isso, revaloriza-se o princípio da comunidade e, com ele, a idéia de igualdade sem mesmice, a idéia da autonomia e a idéia de solidariedade.

É necessário, ainda, que se constituam relações solidárias entre homens e mulheres. A solidariedade é "o conhecimento obtido no processo, sempre inacabado, de nos tornarmos capazes de reciprocidade através da construção e do reconhecimento da intersubjetividade" e a "ênfase na solidariedade converte a comunidade no campo privilegiado do conhecimento emancipatório" (SANTOS, 2000, p.81).

Quando o Estado e a sociedade procuram, além de responsabilizar; inserir as mulheres em uma rede de atendimento e promoção de seus direitos fundamentais; desenvolver projetos e ações voltados ao desenvolvimento, à construção da autonomia feminina e à auto-percepção das mulheres como sujeitos iguais em direitos e dignidade em relação a toda a humanidade; estimular novas formas de inter-relações entre os gêneros e familiares; proteger e cuidar das pessoas e das famílias envolvidas; fincam-se os

alicerces de uma nova cultura de paz. Centros de Referências, Casas Abrigo, serviços de atendimento às mulheres, Varas e Juizados de Violência Doméstica, Núcleos Especializados das Promotorias e das Defensorias Públicas, são alguns exemplos de espaços onde se efetivam as ações jurídico-políticas afirmativas e promocionais dos direitos humanos e fundamentais das mulheres, sintetizados no direito a uma vida digna em meio a uma convivência igualitária entre homens e mulheres e livre de violência.

Através deste prisma, por exemplo, as Casas Abrigo, de acordo com o "Protocolo: orientações e estratégias para a implementação das Casas Abrigo", publicado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres em 2007, passaram a organizar-se em torno dos seguintes conceitos:

As Casas-abrigo são locais seguros que oferecem moradia protegida e atendimento integral a mulheres em situação de risco de vida iminente, em razão de violência doméstica.

O atendimento deve pautar-se no questionamento das relações de gênero enquanto construção histórica-cultural dos papéis femininos e masculinos, que têm legitimado as desigualdades e a violência contra as mulheres.

Elencam-se, com base nesse documento, os seguintes objetivos específicos das Casas Abrigo: promover atendimento integral e interdisciplinar às mulheres e seus filhos; promover condições objetivas de inserção social da mulher, conjugando as ações da casa-abrigo a programas de saúde, emprego e renda, moradia, creches, profissionalização, entre outros; prover suporte informativo e acesso a serviços, instruindo as mulheres para reconhecerem seus direitos como cidadãs e os meios para efetivá-los; proporcionar ambiente e atividades propícios para que as mulheres possam exercitar sua autonomia e para recuperar sua auto-estima.

Estes objetivos encontram-se dentro do que já se analisou acerca desse novo paradigma emancipatório como guia das ações de enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres.

A violência tem se desenvolvido no campo fértil da arena dos embates de poder, da competitividade e da lógica da dominação. Diante da predominância destes valores na sociedade atual, destaca Victoria Camps, num mundo caracterizado pela prepotência e indiferença, só há lugar para a dúvida quanto à eficiência de valores femininos como cooperação, responsabilidade, pragmatismo e ternura. (CAMPS, 2003).

Noutro passo, para Riane Esleir (1994) nossa época há de ser lembrada "como um ponto de viragem na evolução de nosso planeta e de nossa cultura: a época em que o Feminino Consciente rompeu os grilhões, não apenas na mentes e corações das mulheres, mas também nos dos homens", explicando que a reintegração das mulheres e dos chamados valores femininos como compaixão, não-violência e importar-se com todas as áreas da vida são componentes centrais para a saída de um sistema dominador de organização social para um sistema de parceria.

Importante, neste ponto, ressaltar que segundo o referencial teórico da psicologia analítica de Carl Jung, o princípio feminino integra a dualidade física inerente a cada ser humano - seja mulher, seja homem, entre uma força ativadora, que é masculina, e uma força feminina que é receptiva e geradora. Independentemente de termos um corpo masculino ou feminino essas duas forças que são opostas e complementares se manifestam em nós. Cada ser humano busca a integração saudável e a unidade dos princípios masculino/feminino em sua diversidade. Neste momento, contudo, o que se evidencia premente - para que se alcance esse fim, é a necessidade de resgate e de valorização do princípio feminino, em virtude do excesso da força ativadora na nossa cultura, inclusive por parte das mulheres. Como diz a socióloga Rosiska Darcy de Oliveira (1993), "as mulheres passaram a fronteira do mundo dos homens escamoteando o lado feminino da vida (...), enfrentaram a concorrência no espaço público, carregando consigo, escondidas as raízes do espaço privado".

Muito embora a estrutura psíquica da mulher esteja ligada ao cuidado do outro, à emoção, à intuição e ao altruísmo, muitas mulheres, sem que se dêem conta, pautadas por uma civilização patriarcal numa sociedade excessivamente racionalista, competitiva e hierarquizada, por vezes assumem o modelo patriarcal masculino de conduta, negam e desqualificam seus atributos femininos, e seguem, assim, perpetuando, inconscientemente, o modelo do autoritarismo e da dominação, o que, em certa medida, pode retroalimentar o quadro de violência.

Na busca de solução para as questões de violência contra as mulheres não se pode ignorar que as bases do modelo patriarcal de desvalorização cultural e de repressão do feminino contribuem para a formatação e perpetuação deste triste quadro. "Ter relegado o 'feminino', para as profundezas de uma superstição, de uma sacralidade desfigurada e mal compreendida", explica Fátima Tolentino (2007), "nos levou a todos ao abismo, a uma situação insustentável de destruição do meio em que vivemos e, principalmente, para a destruição de nós mesmos e de nossos semelhantes".

É preciso, como dizem Maria da Penha Fernandes e Maria Dolores de Brito Mota (2008):

(...) que toda a sociedade se mobilize para desmontar os valores e as práticas que sustentam essa dominação masculina, transformando mentalidades, desmontando as estruturas profundas que persistem no imaginário social apesar das mudanças que já praticamos na realidade cotidiana.

O resgate e a valorização do feminino significam feminizar as relações humanas, inclusive as de poder. "Feminizar o poder é fazer público o mundo do intimismo privado, suavizar a vida pública, transformando-a em mais ecológica, integrada, respeitosa e civilizada." (SANABRIA, 2007). A feminização do poder e do público levam, segundo a autora citada, à reflexão de valores, à estruturação de uma nova ética e à construção "de um novo paradigma de consciência imprescindível neste momento não somente para as mulheres senão para a humanidade" (SANABRIA, 2003).

"A consciência está tentando mudar do poder para o amor", profetiza, com esperança, Marion Woodman. (1994). Em sintonia com esta proposta, ao discorrer sobre a situação da mulher de hoje, observa Marisa Sanabria (2003, p. 26):

"Um dos desafios da mulher de hoje é o resgate do feminino na vida cotidiana, o abandono do modelo patriarcal dualista(...) Abandonamos os gestos de acolhida, as formas redondas, a taça, o graal. Estamos submetidas a uma estrutura desigual em relação à natureza, ao trabalho, às relações afetivas nas quais os gestos solidários e cooperativos não aparecem.(...) Nessa perspectiva, o feminino sempre ocupou um espaço da segregação, assumindo uma conotação de submissão e vergonha. Resgatá-lo diz respeito a uma atitude de auto-estima da mulher e de reconhecimento no homem como uma parte também construtiva de seu ser"

Ainda que se observe que, em inúmeras vezes, o Estado Brasileiro ainda atue como um dos violadores dos direitos das mulheres, este, ao desenvolver políticas e ações para as mulheres, numa atuação conjunta, articulada e integrada dos Poderes da República, tem sido, por outro lado, um dos principais atores da restauração e do fortalecimento da dignidade do ser feminino, promovendo e facilitando a virada cultural emancipatória das mulheres, de modo a reverter o cinzento retrato da violência de nosso país.

O discurso das mulheres que se aproximam ou solicitam os serviços públicos, amparadas na Lei Maria da Penha, é reveladora da estrutura de poder subjacente e da permanência, na sociedade e nas instituições, da mulher em um lugar de segunda categoria, sem espaço e sem reconhecimento. Estar no lugar de "vítima" quer dizer ocupar esse espaço do silêncio, do abandono, da sordidez. Escutar essas pessoas, ouvir seus discursos e dar-lhes voz é um gesto institucional, que pode ajudar a retirá-las desse espaço, inspirar e fortalecer uma práxis emancipatória.

Consoante afirma Riane Eisler (1994), "a verdadeira alternativa ao patriarcado não é o matriarcado; porque este é apenas o outro lado da moeda dominadora, mantendo-se o princípio das hierarquias." A alternativa estaria no modelo solidário, de sociedades de respeito, de igualdade, de parceria e de conexão, em que os valores da tolerância, partilha e receptividade são prioritários, caracterizado "pelo princípio de vinculação em oposição ao princípio de hierarquia que utiliza a violência social e bélica e define o modelo patriarcal".

Alerta Göran Therborn (2006, p. 196) que a despeito das tremendas e marcantes mudanças, é pesada a carga de dominação paterna e marital trazida para o século XXI. "A longa noite patriarcal da humanidade" - assevera - "está chegando ao fim". "Está alvorecendo, mas o sol é visível para uma minoria."

É preciso dissipar as nuvens que escondem o sol que nasce e brilha para todas e para todos... Depois de um céu nebuloso, cinzento e chuvoso, o arco-íris desponta no horizonte, trazendo alegria e esperança com suas belas cores. Com a virada cultural emancipatória das mulheres, sustentada principalmente na revalorização e no fortalecimento da dignidade do ser feminino, o descolorido e triste retrato da violência doméstica começa a se apagar, dando lugar à aquarela dos direitos humanos e fundamentais das mulheres, que, estimuladas e apoiadas por ações político-jurídicas

articuladas do poder público e da sociedade civil, resgatam e fortalecem sua genuína e pura expressão livre, espontânea, cooperativa, suave, bela e colorida como são elas e as belas e coloridas flores nos campos da Mãe-Terra...

6. CONCLUSÃO

A desconstrução da cultura da violência contra as mulheres permite a edificação dos alicerces para a construção de uma sociedade pautada mais na solidariedade do que na repressão e na competitividade, e mais no cuidado do que na dominação e no uso da força, com conseqüente arrefecimento da violência social e desejável fortalecimento da cultura da paz.

A revalorização do feminino, em suas múltiplas formas de expressão, é um caminho que pode levar à substituição da dominação pelo respeito mútuo, da competição pela parceria e cooperação, e do poder pelo serviço amoroso.

A efetividade do direito das mulheres e a dignidade do ser feminino, do direito a uma vida digna em meio a uma convivência igualitária e livre de violência, interessam não apenas às mulheres, tampouco somente às suas famílias, mas a toda a sociedade.

Na construção de relações sociais emancipatórias, que realizem a liberdade e a igualdade material, matizes de uma cultura humana pacífica, não se pode ignorar que mais da metade da humanidade, as mulheres, vivem sob diferentes formas de violência causadas por uma cultura sexista, androcêntrica, de submissão, de desvalorização e de repressão do feminino, portanto.

Em meio a esse processo, não se pode fechar os olhos para a abissal diferença ente a realidade e as políticas e legislação existentes, e suas dificuldades de concretização. Há a necessidade de mudança de razão e sensibilidade dos que aplicam a lei e a política e dos destinatários dessas.

No entanto, a mudança paradigmática em curso, aqui descrita, constitui-se em uma conquista em si, ainda que não se possa igualmente considerar tais conquistas como o final de um processo. Em verdade, este é apenas mais um começo, pois, à medida que se reconhece a necessidade de se construir uma autonomia feminina dentro de um paradigma emancipatório, inaugura-se um momento de construções e reflexões em torno da real significância desse paradigma para as mulheres e a humanidade.

Com a processual substituição, no âmbito familiar, das relações conflituosas de poder para as relações pacíficas de amor, há respeito mútuo e convivência igualitária, e, assim, o amor pode florescer. Onde há amor, a paz viceja naturalmente. Dita a sabedoria popular que costume de casa vai à praça. É nos lares que se semeia e se cultiva a paz. Se há paz em casa, haverá paz na praça...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Educação e Emancipação**. Tradução Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Feminismo: memória e história. In: SALES, Celecina de Maria Veras; AMARAL, Célia Chaves Gurgel do; ESMERALDO, Gema Galgani Silveira Leite (Orgs.). **Feminismo: Memória, História e Luta**. NEGIF - Núcleo de Estudos e pesquisas sobre Gênero, Idade e Família - Universidade Federal do Ceará (UFC). Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

BARSTED, Leila Linhares. **Aspectos Sociais da Lei Maria da Penha**. 2008. Disponível em http://www.cnj.jus.br/siteantigocnj/images/imprensa/leila_linhares_barsted.pdf. Acesso em: 10/04/2009

BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas**. 2003, p. 87-98. Disponível em http://www.cfemea.org.br/pdf/violenciacontraamulher_evablay.pdf. Acesso em 20/04/2009.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAMPS, Victoria. **El siglo de las Mujeres**. Madrid. Ediciones Cátedra Universitat de Valencia. 2003.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

EISLER, Riane. Transformação social e o feminino: da dominação à parceria. In: ZWEIG, Connie (organizadora). **Mulher: em busca da feminilidade perdida**. São Paulo: Editora Gente, 1994, p. 49-63.

FERNANDES, Maria da Penha; MOTA, Maria Dolores de Brito Mota. **Femicídio ao vivo: o que nos clama Eloá**. 2008. <http://www.adital.com.br/SITE/noticia.asp?lang=PT&cod=35583>. Acesso em 30/03/2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. 2008. Disponível em <http://www.direitos.org.br>. Acesso em 10/12/2008.

FLEINER, Thomas. O que são Direitos Humanos? São Paulo: Max Limonad, 2003. In: CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GORDON, Linda. **Heroes of their own lives**: The politics and history of family violence, 1880-1960. New York: Viking, 1988.

GROSSI, Patricia Krieger; TAVARES, Fabrício André; OLIVEIRA, Simone Barros de. **A rede de proteção à mulher em situação de violência doméstica**: avanços e desafios Athenea Digital. Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social. ISSN: 1578-8946. 2008, p. 267-280. Disponível em: <<http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/article/viewDownloadInterstitial/538/444>>. Acesso em: 15/04/09.

JELIN, Elizabeth. Mulheres, Gênero e Direitos Humanos. In: JELIN, Elizabeth. HERSHBERG, Eric. Construindo da Democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina. São Paulo: Edusp, 2006. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. 2008. Disponível em <<http://www.direitos.org.br>>. Acesso em 10/12/2008

LIMA ROCHA, Rita de Cássia. **Violência de gênero intrafamiliar nos juizados especiais criminais**. 2006. Dissertação (Mestrado do Programa do CEUB - Violência de Gênero Intra-familiar nos Juizados Especiais Criminais) - Universidade Católica de Brasília, Brasília.

MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. 2008. Disponível em <<http://www.direitos.org.br>>. Acesso em 10/12/2008.

NOVELINO, Maria Salet Ferreira. **Os Estudos Sobre Feminização da Pobreza e Políticas Públicas para Mulheres**. 2004. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br>>. Acesso em: 12/12/2008.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **Elogio da diferença**: o feminino emergente. São Paulo: Brasiliense, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. 2005. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf> >. Acesso em: 13/12/2008.

PISARELLO, Gerardo. CABO, Antonio de. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales Luigi Ferrajoli: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madri: Editorial Trotta, 2005. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. Disponível em <<http://www.direitos.org.br>>. Acesso em 10/12/2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Direito a uma vida sem violência, In: **Violência Doméstica**: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SANABRIA, Marisa. **A procura do feminino**. Belo Horizonte: Ed. da autora, 2003.

_____. **O feminino agente de transformação**. Curso de extensão universitária: Despertando guardiãs de círculo das mulheres. Módulo I. Faculdade Metropolitana de Minas Gerais e Instituto Renascer da Consciência. Minas Gerais, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____ (org). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003a.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2003b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SEGATO, Rita Laura. **Território, soberania e crimes de segundo Estado**: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. Revista Estudos Feministas. Florianópolis. 13(2): 265-285, maio-agosto/2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v13n2/26882.pdf>>. Acesso em: 13/04/2009.

THERBORN, Göran. **Sexo e Poder**: a família no mundo - 1900-2000. São Paulo: Editora Contexto, 2006.

TOLENTINO, Fátima. **Arquétipos do feminino**. Curso de extensão universitária: Despertando guardiãs de círculo das mulheres. Módulo I. Faculdade Metropolitana de Minas Gerais e Instituto Renascer da Consciência. Minas Gerais, 2007.

WOODMANN, Marion. A feminilidade consciente: mãe, virgem e anciã. In: ZWEIG, Connie (organizadora). **Mulher**: em busca da feminilidade perdida. São Paulo: Editora Gente, 1994, p.151-169.

[1] Dados coletados no site <[http://www.cfemea.org.br/artigos_e_textos/dados estatísticos/dados sobre violência contra as mulheres no Brasil e no mundo](http://www.cfemea.org.br/artigos_e_textos/dados_estatisticos/dados_sobre_violencia_contra_as_mulheres_no_brasil_e_no_mundo)>, acesso em 07/04/09. Estes dados coincidiram com os coletados na vigência da pesquisa "Violência contra a Mulher" realizada pela Fundação Perseu Abramo, em 2001, e disponível no site <http://200.130.7.5/spmu/docs/pesq_Violenciacontraamulher.pdf>, acesso em 07/04/09.

[2] "Segundo os dados da Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180, dos 269.977 atendimentos realizados em 2008: 94,1% dos registros de relatos de violência são casos de doméstica e familiar contra as mulheres; 63% dos registros trazem o cônjuge como autor das agressões; (...) 37,1% das mulheres relatam correr risco de morte e 27,6% relatam risco de espancamento; em 57% dos relatos o agressor é usuário de drogas e/ou

álcool; 47% das mulheres que registram o relato de violência alegam ser dependentes financeiras dos agressores (...)". BRASIL. **Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília, 2009. Subsecretaria de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Governo Federal do Brasil. Disponível em: <http://www.portalfederativo.gov.br/pub/Inicio/ViolenciaMulher/Violencia_Mulher_Nilceia_Freire.pdf>. Acesso em: 09/04/09. Segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS, metade dos crimes cometidos contra a mulher em todo o mundo é de autoria dos maridos. Informação disponível em: <<http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=62>>. Acesso em: 08/04/09.

[3] Dados da OMS que tratam da proporção de mulheres que já foram agredidas fisicamente por um parceiro íntimo (%) em cada país aferem que, exemplificativamente, no Canadá, 29% das mulheres relatam esse tipo de violência; no Egito, 34%; nos Estados Unidos 22%; e na Suíça, 21%. Disponíveis em: <<http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml>>. Acesso em: 07/04/09.

[4] De acordo com o documento "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio", da Organização das Nações Unidas, a proporção de pessoas que vivem com o equivalente a US\$ 1 por dia caiu de 23,4% para 19,2% da população mundial entre 1999 e 2004. No entanto, em 2004, contabilizava-se quase um bilhão de miseráveis no Planeta. Informação disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0MUL62461-9356,00.htm>. Acesso em: 09/04/09. Em contraposição a esses dados, o Banco Mundial divulgou [em 26/03/09] os resultados de uma pesquisa que mostra que a pobreza é maior do que se estimava no mundo em desenvolvimento. Usando um novo método para definir a linha da pobreza - renda individual inferior a US\$ 1,25 ao dia -, a instituição concluiu que existiam 1,4 bilhões de pessoas pobres em 2005, ou 25% da população mundial, abaixo da linha da pobreza. Com a revisão dos conceitos - que antes consideravam miseráveis as pessoas vivendo com menos de US\$ 1 ao dia, o número de homens e mulheres em extrema pobreza no mundo aumentou em 400 milhões, de acordo com o Banco Mundial. Informação disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=801987&tit=Um-quarto-do-planeta-vive-abaixo-da-linha-da-pobreza>>. Acesso em 09/04/09.

[5] Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/s/26032009/25/entretenimento-mulheres-das-classes-media-alta.html>>. Acesso em: 07/04/09.

[6] "(...) o feminicídio (...) é o assassinato da uma mulher genérica, de um tipo de mulher somente por ser mulher e por pertencer a esse tipo, da mesma forma que o genocídio é uma agressão genérica e letal a todos aqueles que pertencem ao mesmo grupo étnico, racial, lingüístico, religioso ou ideológico. Ambos os crimes se dirigem a uma categoria e não a um sujeito específico." (SEGATO, 2005, p.279). No caso da violência doméstica e familiar considera-se que as agressões praticadas contra a mulher transcendem as relações conjugais e encarnam uma violência de gênero, agregando diversos fatores que configuram os assassinatos decorrentes desse tipo de violência como um ato contra as mulheres consideradas como categoria, contra o gênero feminino.

[7] Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano, do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), divulgado em 1995 pela ONU, dois terços dos analfabetos do mundo são mulheres. Informação disponível em: <www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/mulher.html>. Acesso em: 07/04/09.

[8] A última Síntese dos Indicadores Sociais, elaborada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mostra que as trabalhadoras com até 4 (quatro) anos de estudo recebiam, por hora, em média, 80,8% do rendimento dos homens com esse nível de escolaridade, enquanto que aquelas com 12 anos ou mais de estudo recebiam 61,6% do rendimento-hora masculino. Dentro de casa, elas trabalhavam 4,4 horas a mais por dia em afazeres domésticos. A Síntese de Indicadores Sociais tem como base os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2004). Dados disponíveis em: <[www.cfemea.org.br/temas_e_dados/trabalho/dados estatísticos](http://www.cfemea.org.br/temas_e_dados/trabalho/dados_estatisticos)>. Acesso em: 07/09/04.

[9] Os resultados do pleito brasileiro municipal de 2008, bem como os das eleições anteriores (municipais e federais), apontam que as mulheres são sub-representadas no campo da política. Essa situação não é exclusiva do Brasil. Há somente 18,2% de mulheres legisladoras no mundo. Segundo a ONU, no atual ritmo, a igualdade de participação entre os sexos em casas legislativas só será concretizada em cem anos. Informações disponíveis em: <[www.cfemea.org.br/noticias/eleições 2008: mulheres na política](http://www.cfemea.org.br/noticias/eleicoes_2008_mulheres_na_politica)>. Acesso em: 09/04/09.

[10] O conceito de igualdade substancial ou material foi plenamente acolhido na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, na China, no ano de 1995. Esta conferência teve como fruto a Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação de Beijing. No processo de construção da Plataforma foi indispensável o desenvolvimento do conceito da paridade, que reflete o fato de que pessoas de um e outro sexo são diferentes e, no entanto, iguais em direitos.

[11] "Mais conhecida como CEDAW (sua sigla em inglês), a carta magna dos Direitos da Mulher tirada nesta convenção, é de caráter bastante amplo. Ela trata da discriminação contra a mulher em todos os campos: saúde, trabalho, violência, poder. A Convenção foi aprovada pela ONU em 1979, ratificada pelo Brasil em 1984".
Informação disponível em:
<http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao/internacionais/>.
Acesso em: 09/04/09.

[12] "Em termos regionais destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos - OEA em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto 1.973, de 1º de outubro de 1996. Esta Convenção define a violência contra a mulher".
Informação disponível em:
<http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao/internacionais/>.
Acesso em: 09/04/09.

[13] "Após a promulgação da lei Maria da Penha (11.340/06), as denúncias de violência contra mulher aumentaram em quase 50% no Rio Grande do Sul. Em Pernambuco, estado líder em casos de morte de mulheres por companheiros, em cinco dias foram registrados 13 flagrantes. O Judiciário também se movimentou (...). (Fonte dos dados

acima: Correio Brasiliense)". Informação disponível em: <www.cfemea.org.br/violencia>temas e dados>violência>dados estatísticos>. Acesso em 17/04/29. "Dados parciais da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) revelam que, durante os primeiros oito meses de vigência da Lei Maria da Penha (out/2006 a maio/2007), foram instaurados 32.630 inquéritos policiais, 10.450 processos criminais, 864 prisões em flagrante e 77 preventivas e mais de 5 mil medidas protetivas de urgência foram aplicadas". BRASIL. **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher**. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/docs/pacto_violencia.pdf>. Acesso em: 17/04/09. De acordo com um balanço divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 30 de março de 2009 acerca do funcionamento das Varas de Violência Doméstica e Familiar, no Brasil, de julho a novembro de 2008 "o número de processos em tramitação por violência doméstica contra mulheres chegou a 150.532. Ao todo, são 41.957 ações penais e 19.803 ações cíveis, além de 19.400 medidas protetivas concedidas e 11.175 agressores presos em flagrante". Notícia disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/03/30/materia.2009-03-30.8692494457/view>>. Acesso em: 17/04/09.

[14] "Em 2004, convocada pelo governo federal e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), foi realizada a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (CNPM) que envolveu em seu processo, diretamente, mais de 120 mil mulheres de todos os 26 estados e Distrito Federal e mais de dois mil municípios do país. Desta, resultou o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM) que vem sendo colocado em prática sob a Coordenação da SPM [Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres]". BRASIL. Balanços das Ações 2003/2005. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/docs/balanco_violencia.pdf>. Acesso em 17/04/09.

[15] O conceito de violência contra as mulheres adotada pela Política Nacional de Enfrentamento a Violência contra as Mulheres é o mesmo do art. 1º da Convenção de Belém do Pará.

[16] Informações colhidas junto a BLAY (2003, p.87-98) e GROSSI; TAVARES; OLIVEIRA (2008, p. 267-280).

[17] Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/noticias/exibirnoticia.asp?id=816>>. Acesso em: 12/04/09.

O ESTATUTO DO IDOSO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA UMA VIDA DIGNA NA VELHICE

THE ELDERLY STATUTE AND THE AFFIRMATIVE ACTION FOR A DIGNIFIED LIFE IN OLD AGE

Janaína Rigo Santin

RESUMO

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) foi editado visando garantir uma existência mais digna às pessoas acima de sessenta anos. Para tanto, traz dispositivos de proteção aos direitos fundamentais dos idosos, muitos deles já afirmados na Constituição Federal de 1988. Porém, desde sua vigência, encontra dificuldades para efetivação. A pesquisa aborda as mudanças previstas no novo diploma legal e a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando o dever do Estado em editar leis e em realizar políticas públicas visando à satisfação das necessidades básicas da população idosa, assim como o dever da sociedade na sua efetivação.

PALAVRAS-CHAVES: ESTATUTO DO IDOSO. DIREITOS SOCIAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

The Elderly Statute (Federal Law n. 10.741/2003) has been wrote aiming to ensure a dignified life to 60 or more years old people. In this order, it brings rules to protect elderly's fundamental rights, being that some of them has already been written in the 1988's Federal Constitution. However, since its enforcement, there are some difficulties on turning such Law effective. This research makes an approach on the predicted changes in the new Law and its relation with de Person's Dignity Principle, stressing the State's duty on editing Laws and creating public policies aiming to satisfy the elderly population's basic needs, as well as the society's duty on granting effectiveness to such rules.

KEYWORDS: ELDERLY'S STATUTE. SOCIAL RIGHTS. PERSON'S DIGNITY PRINCIPLE. PUBLIC POLICIES.

1. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 é qualificada como a mais democrática da história Constitucional Brasileira, intitulada de “a Constituição Cidadã” pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulisses Guimarães. Em seu ato de promulgação ressaltou ser ela o documento da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da cidadania e da justiça social. A luta pela redemocratização do país e reafirmação dos anseios populares consolida-se formalmente pela sua promulgação.

Pacto que consolida a “Nova República” – uma república verdadeiramente pública, baseada no respeito à pessoa, nos direitos fundamentais e nos princípios do Estado constitucional moderno – confere primazia ao homem e subordina o poder público à ordem democrática constitucional – fato que o povo não presenciava desde o início da formação do Estado brasileiro.

Representa um grande marco nas lutas pelos direitos fundamentais no Brasil, já que a sociedade civil estava amordaçada por mais de vinte anos de forte autoritarismo (característico da ditadura militar). Acaba-se com o regime autoritário, declarando-se o regime democrático como normalidade legítima da convivência nacional.

O resultado desses anos de arbítrio extravasa-se na Constituição, em que, pela primeira vez, a sociedade civil participa ativamente da sua elaboração. O canal efetiva-se por meio da imprensa, agora livre, partidos políticos e movimentos sociais organizados, num amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país, numa plena realização da cidadania. Para Ingo Wolfgang Sarlet, não se conhece, no mundo, outro país que tenha mobilizado tanto entusiasmo e participação direta do povo num processo constituinte.[1]

Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo Deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva, mas ainda assim significativa por tratar-se do exercício de modalidade de democracia participativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores.[2]

A Constituição brasileira de 1988 é classificada como uma das mais avançadas do mundo. Representa formalmente um Estado democrático, com grande inclinação social, conferindo maior destaque ao elenco de direitos fundamentais que ostenta e que haviam sido cortados nos períodos ditatoriais; incorpora, inclusive, aqueles direitos de última geração – os direitos de solidariedade. É excessivamente minuciosa e detalhista, o que, com certeza, demonstra o anseio da sociedade civil em inscrever, na Carta Magna, os direitos que lhe foram sistematicamente sonegados pela elite dominante; engloba, no texto, todos os temas de interesse nacional e lhes assegura perenidade e certeza, com a eleição, inclusive, de cláusulas pétreas.[3]

Dentre as conquistas acima elencadas, o presente capítulo destaca a novidade teórica introduzida por essa Carta: a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da própria existência da Constituição e do Estado Democrático de Direito, exposto no artigo 1, inciso III da Constituição Federal de 1988[4].

Este dado normativo revela o caráter de centralidade da dignidade da pessoa humana diante de outros conceitos, formulações ou idéias jurídicas; trata-se da valorização superlativa do princípio, eleito como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada. Deste modo, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se, simultaneamente, postulada da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e, particularmente, do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dado normativo central para a compreensão e equacionamento dos problemas jurídicos. Sendo assim, a afirmação da dignidade da pessoa humana no Direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração.[5]

Entende-se que a dignidade é uma qualidade inerente ao ser humano, sendo que a autonomia, para Immanuel Kant, é “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”[6]. E continuando a idéia do autor[7], no meio social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Coisas, bens, têm um preço, enquanto o homem tem dignidade, um valor intrínseco e moral. No momento em que se atribui um preço ao homem, ele passa a ser visto como objeto, vindo a perder sua dignidade, sua essência enquanto humano, bem como sua moralidade.[8]

Essa noção importa concluir que a dignidade da pessoa humana não está na dependência de suas características externas, da classe social em que ela pertence, de seu gênero, idade ou cor, do cargo que ocupa, dos bens materiais que ostenta, de sua popularidade ou utilidade para os demais. Logo, não é possível classificar que uma pessoa terá mais dignidade que a outra. Afinal, conforme afirma Immanuel Kant, a dignidade não tem preço, não pode ser mensurada, e é atributo de todos os seres humanos.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.[9]

Para Immanuel Kant, o ser humano jamais deverá ser visto ou usado como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre será considerado como um fim em si mesmo.[10] É isso o que lhe conferirá a dignidade. No mesmo sentido são as conclusões de Roger Raupp Rios,

o princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins.[11]

A dignidade tem duplo sentido: individual e geral. Enquanto sentimento individual, a dignidade é singular, particular a cada ser humano, aproximando-se do conceito de necessidade. Nesse sentido, discutem-se quais as condições suficientes e necessárias para averiguar se uma pessoa é passível da atribuição de dignidade, tendo em vista que o próprio conceito de necessidade é variável.^[12] Tendo em vista o sentido geral, a noção de dignidade assume outra dimensão, a qual vai além do sentido de necessidade. Pode-se visualizar um indivíduo cujas necessidades materiais encontram-se plenamente supridas, mas que vê seus direitos de personalidade ou sua autonomia atacados e, portanto, a sua dignidade afrontada. Da mesma maneira, um indivíduo que detenha poucas condições materiais pode estar satisfeito com sua vida e com a satisfação de suas necessidades, considerando ser detentor de uma existência digna.

Porém, é importante analisar a definição da dignidade humana a partir da observância dos direitos fundamentais, da obtenção de mínimas condições para uma vida autônoma e saudável. Nesse sentido, traz-se à baila o conceito de dignidade apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet, que assim o definiu:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos^[13].

Já o uso jurídico da expressão “dignidade da pessoa humana” é um acontecimento recente. Analisada sob um ângulo semântico, a expressão é tomada como um conceito jurídico indeterminado, carente de determinação e valoração. A partir de sua normatização constitucional, passa a ser enquadrada como princípio jurídico fundamental, norma que orienta a interpretação e aplicação das demais normas pertencentes ao ordenamento jurídico. No entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, “o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida”^[14]. Assim, para atingir seu tônus jurídico e ser elevada a princípio, a dignidade da pessoa humana pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, dando origem, hierarquicamente, aos seguintes preceitos: a) respeito à integridade física e psíquica do sujeito (condições naturais); b) gozo dos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida (condições materiais); c) fruição das condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária (condições culturais).^[15]

Observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo reconhecido internacionalmente. Está expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim dispõe:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; (...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no

valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; (...) A Assembléia Geral proclama (...) Art. 1. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.[16]

E ainda, além da Constituição brasileira, o princípio da dignidade humana pode ser encontrado na Constituição da República Italiana, na Lei Fundamental da Alemanha, na Constituição Portuguesa e na Constituição Espanhola. Neste novo ambiente de renovado humanismo, tutela-se a vulnerabilidade humana conferindo-lhe um rol de direitos e garantias fundamentais a serem reconhecidas tanto por parte do Estado como pela sociedade. Nas palavras de Alexandre de Moraes

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração *da dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil.[17]

Como se percebe, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um grau de proteção da pessoa humana frente ao Estado e às demais pessoas humanas ou pessoas jurídicas públicas ou privadas, além de impor a satisfação de condições existenciais básicas a tornar capaz ao ser humano realmente viver e não só sobreviver.

O valor da dignidade humana atinge todos os setores da ordem jurídico-política brasileira, sendo dever do Estado editar leis e realizar políticas públicas visando à satisfação das necessidades vitais básicas de seus cidadãos, velando por sua existência digna. Da mesma maneira, é dever da sociedade agir em conjunto para a efetivação concreta de tais leis e políticas públicas.

Nesse sentido, nas conclusões de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é um limite e também uma tarefa estatal. Pertence a cada indivíduo isoladamente, não podendo ser alienada, violada ou perdida. Como prestação ativa imposta ao Estado, o respeito à dignidade humana reclama que as ações estatais estejam guiadas no sentido da preservação das condições de dignidade já existentes, bem como na promoção da dignidade ainda por conquistar, criando condições possibilitadoras de seu pleno exercício e fruição pelos indivíduos. Afinal, em muitas situações não se torna possível ao indivíduo, isoladamente, obter as condições para a realização de suas necessidades existenciais básicas, necessitando-se aí do concurso de ações do Estado e da sociedade como um todo.[18]

Salienta-se que o Tribunal Constitucional Alemão já vem de longa data reconhecendo o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais como decorrência do princípio da dignidade humana. Trata-se de medida necessária para preservar os valores essenciais que se encontram na base do preceito de direito fundamental, sendo um “limite específico à restrição de um direito fundamental”[19]. É

um critério genérico e abstrato, a ser discernido na Corte Constitucional. Assim, para o ordenamento jurídico alemão os direitos fundamentais são categorias constitucionais analisadas abstratamente, valores superiores do ordenamento jurídico, devendo ser declarados nulos de pleno direito atos administrativos ou legislativos que infrinjam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, com todas as importantes conseqüências dali derivadas.[20]

No mesmo sentido, Norberto Bobbio afirma que no atual estado da humanidade o reconhecimento da dignidade da pessoa humana tende a reconhecer ao indivíduo não apenas o direito à vida, o qual configura-se um direito elementar, primordial do homem, mas também

o direito de ter o mínimo indispensável para viver. O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do Estado um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política econômica inspiradas em algum princípio de justiça distributiva.[21]

Logo, o princípio da dignidade humana pretende reconhecer ao indivíduo não apenas o direito de não ser morto (pena de morte) como deverá ser assegurado o direito de não morrer de fome, dando-se relevo à questão social nos Estados e na ordem internacional.

2. O princípio da dignidade humana e os direitos sociais

No caso brasileiro, no dizer de Gláucia Correa Retamozo Barcelos Alves, a condição do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional

lhe assegura uma posição topográfica ambivalente: ela se mantém no topo do ordenamento, fundamentando, mas se esparge por todo o texto constitucional – e, via de conseqüência, por todo o ordenamento jurídico. Assim é que são direitos independentes, ao mesmo tempo que são instanciações da dignidade da pessoa humana, formando o amplo espectro abarcado por ela, uma série de direitos constitucionalmente garantidos.[22]

Neste espectro de direitos constitucionalmente garantidos encontram-se os direitos fundamentais. São eles divididos, pela maioria dos doutrinadores, em gerações de direitos[23], conforme o bem a que se visa tutelar.

A partir da classificação de Norberto Bobbio[24], os direitos de primeira geração, denominados direitos civis ou de liberdade, foram conquistados mediante as declarações de direitos de 1776 (americana) e 1789 (francesa). São também considerados direitos negativos – por serem direitos estabelecidos contra o Estado – dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos. Tendem a limitar o poder do Estado, reservando aos indivíduos uma esfera de liberdade, entendida como de não-impedimento.[25] Constituem-se num elenco de liberdades atribuídas aos indivíduos

frente aos demais e, sobretudo, frente às possíveis ingerências indevidas dos poderes públicos (seus órgãos e agentes).

Na segunda geração têm-se os direitos políticos, surgidos no decorrer do século XIX. São entendidos como o direito de participar do Estado, na formação do poder político. A liberdade passa a ser vista não apenas de forma negativa, mas, sobretudo, sob a forma positiva, como autonomia. Com o reconhecimento desta segunda geração, há uma expansão da democracia moderna para a participação, cada vez mais ampla e generalizada, dos membros de uma comunidade no poder político (direito ao sufrágio universal, de constituir partidos políticos, de plebiscito, referendo e iniciativa popular).[26]

Já os direitos sociais enquadram-se, para Norberto Bobbio, dentre os direitos de terceira geração. Corporificam o direito de exigir a intervenção do Estado na sociedade e no mercado a fim de as desigualdades sejam reduzidas e a justiça social promovida e garantida. Nas palavras do autor, “são direitos que tendem, senão a eliminar, a corrigir desigualdades que nascem das condições de partida, econômicas e sociais, mas também, em parte, das condições naturais de inferioridade física”[27], como as leis que protegem os deficientes, trabalhadores, sem-teto ou os idosos. Objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e uma igualdade real e efetiva. Pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, mas deve ser devidamente implementada, através de uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.[28] Como preleciona Gilmar Bedin, são

os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Esses direitos, portanto, não são direitos estabelecidos ‘contra o Estado’ ou direitos de ‘participar do Estado’, mas sim direitos garantidos ‘através ou por meio do Estado’ (...) que é chamado a organizar a sociedade e, em consequência, é ele que passa a estabelecer os critérios para a distribuição de renda, fugindo, assim, da esperteza e da sorte individuais, critérios predominantes em uma sociedade baseada exclusivamente no mercado livre.[29]

Segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos sociais têm a natureza de direitos subjetivos e onde existe um direito subjetivo significa que há um dever jurídico por parte de outrem. Ou seja,

não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral - mas sim poderes de exigir. (...) O sujeito passivo desses direitos é o Estado. É este posto como responsável pelo atendimento aos direitos sociais. (...) O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço. O serviço escolar, quanto ao direito à educação, o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto à saúde, (...) etc. (...) A garantia que o Estado, como expressão da coletividade organizada, dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto. [30]

Autores mais modernos atentam para novas gerações de direitos, além daquelas descritas por Norberto Bobbio. Na quarta geração de direitos – advinda a partir da

metade do século XX – incluem-se os chamados direitos de solidariedade, ou seja, os direitos do homem, no âmbito internacional, de titularidade difusa ou coletiva. Considerados direitos sobre o Estado, têm caráter supranacional (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, à paz e à autodeterminação dos povos).[31] Já José Alcebíades de Oliveira Júnior amplia esta classificação, incluindo ainda os direitos de manipulação genética, “relacionados à biotecnologia e à bioengenharia” e, por fim, a geração de direitos advinda da denominada “realidade virtual” ou “cibernética”[32].

Para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, prelecionado como princípio fundamental do Estado de Direito Brasileiro será preciso concretizar os direitos fundamentais acima relacionados, conforme analisado no item anterior. Porém, negar as prestações materiais indispensáveis para uma vida digna impede, em grande parte, o exercício dos demais direitos fundamentais. Nas palavras de José Afonso da Silva,

não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, *existência digna conforme os ditames da justiça social como fum da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome (...).[33]

Dessa forma, e enfocando no objeto do presente trabalho, como um dos principais modos de se concretizar o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, a Magna Carta de 1988 inseriu no título dedicado aos “Direitos e Garantias Fundamentais” os direitos sociais, contrariando a tradição brasileira de colocá-los num capítulo à parte, “da Ordem Econômica e Social”. Aumenta o elenco desses direitos, o que se observa nos Artigos 6º a 11 (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados), bem como pela Emenda Constitucional n. 26/2000, a qual inseriu no rol dos direitos fundamentais o direito social à moradia.

Para garantia da plena efetividade dos direitos fundamentais são positivados pelo Constituinte preciosos instrumentos: a) o artigo 5. parágrafo 1, o qual conferiu o status de normas de aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, afastando o seu cunho programático; b) o artigo 60, parágrafo 4., que inseriu os direitos e garantias fundamentais no rol das “cláusulas pétreas” (ou garantias de eternidade), “impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado”. [34] Segundo Kátia Magalhães Arruda

é difícil imaginar um Estado com pretensões democráticas sem a existência de direitos sociais, sobretudo porque os grandes desestabilizadores constitucionais da atualidade residem na inaplicabilidade desses direitos.[35]

Deve, portanto, o Estado, ser um “compatibilizador do valor da liberdade com o valor da igualdade,”[36] pois de nada adianta a liberdade se esta só é usufruída por aqueles poucos que se igualam. É necessário, portanto “buscar não só a democratização do Estado, mas também a da sociedade” [37], numa verdadeira justiça distributiva.

Assim, aquele sonho de redemocratização formal do país consolida-se com a promulgação da nova Constituição. Todavia, ainda não se pode dizer que o Brasil tenha atingido uma democracia efetiva, em sentido amplo do termo. Imperioso percorrer longo caminho, para que possa atingir o ideal de uma sociedade solidária, justa, com erradicação da pobreza e da marginalização, com distribuição de renda e redução das desigualdades sociais e regionais, atendendo assim ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Ao vincular a interpretação das normas constitucionais e daquelas hierarquicamente inferiores ao crivo da função social à asseguaração de uma existência com dignidade, espelha a ideologia de cunho altamente social do texto constitucional.

Há liberdade, sim, mas a igualdade e a justiça sociais ainda estão longe de ser atingidas.[38] O texto constitucional representa o caminho, tudo aquilo que deve ser observado, formalmente, para atingir esse ideal. E o caminho passa necessariamente pela efetivação dos direitos sociais positivados na Carta Magna.

3. As ações afirmativas para garantia da dignidade humana na velhice

Como se pôde observar, a Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade humana ao centro do ordenamento jurídico, dando ensejo à efetivação de uma ampla esfera de direitos fundamentais como condição *sine qua non* para a concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos fundamentais encontram-se os direitos sociais, os quais exigem prestações positivas para se tornarem efetivos. Nos direitos sociais está elencada a assistência aos desamparados, com a proteção à velhice, tratada com maior detalhamento no Capítulo VII (da família, da criança, do adolescente e do idoso), do Título VIII (da ordem social), artigo 230 da Magna Carta de 1988. Nesse capítulo, o constituinte atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, assistindo-lhes preferencialmente em seus lares, assegurando-lhes a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, seu direito à vida, bem se reconheceu às pessoas maiores de 65 anos a gratuidade nos transportes coletivos urbanos. E ainda, tem-se a proteção aos idosos na Constituição no seu artigo 3., inc. IV, o qual traz como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já no capítulo que trata da seguridade social, encontra-se como risco a ser protegido pelo sistema previdenciário brasileiro a idade avançada (art. 201, inc. I). Da mesma forma, há uma série de leis esparsas que versam sobre o tema da dignidade da pessoa humana, como é o caso do Estatuto do Idoso, o qual veio para concretizar o disposto no artigo 230 supra-citado. Afinal, adotando-se as palavras de Paulo Roberto Barbosa Ramos, a velhice é um direito humano fundamental porque “ser velho significa ter direito à vida, significa dar continuidade a esse fluxo, que deve ser vivido com dignidade”[39].

Para garantir a dignidade humana também na velhice, é necessário que tanto Estado quanto sociedade promovam ações afirmativas capazes de efetivar os direitos

fundamentais dos idosos no Brasil. Nas palavras de Joaquim B. Barbosa Gomes, ações afirmativas “consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, **de idade**, de origem nacional e de compleição física” (GOMES, 2001, p. 20).

Conforme entende Alexandre Vitorino Silva (2009), a experiência do constitucionalismo ocidental demonstrou a necessidade de positivação de normas jurídicas que possibilitassem a certos grupos de indivíduos “atingir padrões aceitáveis de igualdade material, de oportunidades, ou de ocupação de espaços públicos relevantes”. Ou seja, é preciso que o direito trate desigualmente aos desiguais, pelas suas desigualdades de gênero, idade, credo, compleição física ou etnia. Surge a partir disso a idéia de especialização do direito, na qual Norberto Bobbio destaca que

com relação ao abstrato sujeito ‘homem’, que já encontrara uma primeira especificação no ‘cidadão’ (no sentido de que podiam ser atribuídos aos cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão? Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. (...) Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais a doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc. (...) No que se refere aos direitos do velho, há vários documentos internacionais, que se sucederam após a Assembléia mundial ocorrida em Viena, de 26 de julho a 6 de agosto de 1982, a qual pôs na ordem do dia o tema de novos programas internacionais para garantir segurança econômica e social aos velhos, cujo número está em contínuo aumento.” (BOBBIO, p. 62-63)

Logo, não há como negar a tendência mundial e também brasileira de positivação de normas constitucionais e também ordinárias de proteção aos idosos, sendo que o conhecimento de tais normas é de extrema importância para a disseminação de uma nova racionalidade da velhice, destinada a valorizar esta fase da vida do ser humano, na qual também o respeito à dignidade humana deverá também estar presente.

O envelhecimento da população mundial já é fato que não pode mais ser desconsiderado, tanto pelas conquistas da tecnologia médica – as quais aumentaram a expectativa de vida da população e reduziram o risco de mortes prematuras – quanto pelos baixos índices de natalidade em âmbito mundial. Assim, visões negativas da velhice ou mesmo o descaso com o idoso devem ser superadas, sob pena de se excluir grande contingente da população no planeta dos grandes debates acerca dos direitos fundamentais. Nas conclusões de Paulo Roberto Barbosa Ramos, é preciso superar a visão capitalista que dá valor apenas ao ser humano enquanto este for capaz de produzir e reproduzir o capital. Associa-se a velhice à noção de decadência do ser humano e de inutilidade, devendo ser tratada a partir de conceitos como filantropia e piedade. É preciso superar a situação de exclusão dos velhos, encarando-se a velhice “não só como questão fundamental ao desenvolvimento, mas, principalmente, como direito humano fundamental.”[40]

A proteção à velhice é reconhecida na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo XXV, o qual assim dispõe: “art. 25 – I) Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, **velhice** ou outros casos de perda de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Está reconhecida em inúmeras constituições modernas, como na China, Cuba, Venezuela, Espanha, Guiné-Bissau, Itália, México, Peru, Suíça, Portugal, Uruguai e Brasil.

Porém, assim como os demais direitos sociais, inscrever a proteção aos idosos na constituição ou legislação infraconstitucional não é garantia de sua eficácia concreta. Antes de tudo, é preciso que o ordenamento jurídico tenha força normativa,

que os agentes responsáveis pelo seu cumprimento efetivamente a levem a sério, orientando suas ações e decisões pelos princípios e objetivos constitucionais, todos incumbidos de fazer com que todos os seres humanos tenham direitos iguais a uma vida digna.[41]

Nas palavras de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk[42], o direito é um instrumento para uma racionalidade que lhe é precedente, a dimensão ética, a qual lhe dá fundamento. Porém, há limites factuais que vão além do campo jurídico. Tais limites devem ser reconhecidos, para que “não se tenha a ilusão de que o direito é capaz, por si só, de solucionar os problemas que emergem da negação concreta da dignidade da pessoa humana”, muitas vezes decorrente de um ordenamento servil ao sistema capitalista, o qual apenas valoriza o ser humano na medida em que ele é produtivo e útil para a reprodução do capital e da riqueza. Nessa situação de exclusão e preconceito,

há que se ter em conta que, no campo de atuação do jurídico, há espaço para ações que, dialeticamente, possam alterar, pontual e continuamente, essas mesmas condições concretas de factibilidade. A capitulação a um modelo de direito excludente, meramente reprodutivo de uma racionalidade sistêmica excludente, é, por certo, a pior das alternativas.[43]

Logo, para que haja força normativa ao ordenamento jurídico é preciso vontade dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo muito mais uma questão política do que jurídica. Nesse sentido, “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e limites impostos à força normativa da Constituição” [44]

Não há dúvidas de que a Constituição Federal brasileira de 1988 visou, com os dispositivos acima citados, a proteção do idoso, visando com isso garantir a sua dignidade enquanto pessoa humana, a qual deve ser preservada em todas as fases de vida do indivíduo. Afinal, trata-se de condição a que todo o indivíduo, salvo vicissitudes que interrompam o fluxo contínuo de sua vida, irá alcançar em algum dia. Cabe aos detentores do poder político e a própria sociedade não fecharem os olhos para essa realidade, negando efetividade aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais

protectivos dos idosos, visto que tal comportamento poderá reverter, num futuro, contra si próprios.

4. O Estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice

O Estatuto do Idoso, após tramitar durante sete anos no Congresso Nacional, finalmente foi aprovado através da Lei n. 10.741, de 2 de outubro de 2003. No ato de sua sanção, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva proferiu o seguinte discurso:

A partir deste Dia Internacional do Idoso de 2003, envelhecer neste país é mais do que sobreviver, é mais do que resistir, é mais do que ficar olhando a porta à espera da visita que não vem. A partir de hoje a dignidade do idoso passa a ser um compromisso civilizatório do povo brasileiro.^[45]

A contar de sua vigência, o Estatuto do Idoso passa a garantir direitos capazes de melhorar a qualidade de vida das pessoas com mais de sessenta anos no Brasil. Traz consigo, ao longo dos seus 118 artigos, uma legislação capaz de ensejar profundas mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas, visando o bem-estar das pessoas idosas no Brasil.

Dentre as mudanças presentes no Estatuto do Idoso, nota-se o predomínio de disposições concretizadoras de direitos sociais à população idosa, voltadas, por exemplo, à saúde, previdência e assistência social, renda mínima, educação, trabalho e moradia.

No que tange à saúde, o artigo 15 e seguintes do Estatuto do Idoso estabelecem o acesso universal do idoso à saúde plena, garantida pelo Sistema Único de Saúde mediante prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde. Prevê que planos de saúde não poderão tarifar valores diferenciados em razão da idade. Na rede hospitalar, os idosos internados poderão exigir a permanência de acompanhantes em tempo integral, podendo o idoso optar pelo tratamento mais favorável a sua saúde. Deverá o Estado fornecer a todos medicação gratuita, especialmente as de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. Dá-se prioridade ao atendimento para os idosos portadores de deficiência ou limitação incapacitante, prevendo da critérios mínimos de atendimento às necessidades do idoso, bem como a obrigatoriedade de treinamento e capacitação dos profissionais da saúde para tratarem com este segmento da população.

No que tange ao direito de moradia, o novel diploma legal prevê que o idoso tem “direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada” (art. 37, *caput*). A assistência integral em entidade pública de longa permanência se dará sempre que for “verificada a inexistência de grupo familiar, casa-lar ou abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família (art. 37, parágrafo 1.), sendo que estas instituições têm a obrigatoriedade de manter padrões de habitação compatíveis

com as necessidades dos idosos, provendo-os de alimentação e higiene, sob as penas da lei (art. 37, parágrafo 3.).

Salienta-se que o artigo 38 do Estatuto do Idoso determina a obrigatoriedade do governo rever sua política habitacional, dando prioridade aos idosos na aquisição da casa própria. Para tanto deverá haver nos programas habitacionais uma reserva de 3% de todas as unidades residenciais destinadas a esta fatia da população. Está prevista, ainda, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários voltados aos idosos, eliminando barreiras arquitetônicas e urbanísticas, além de critérios de financiamento da casa própria compatíveis com os rendimentos de aposentados ou pensionistas.

A previsão de acolhimento dos idosos em entidades públicas ou privadas faz parte da política de assistência social brasileira. Neste aspecto, a nova legislação, em seus artigos 48 a 51 disciplina as obrigações das entidades de assistência ao idoso, governamentais ou não. Entre essas estão as de celebrar contrato escrito de prestação do serviço, proporcionar cuidados à saúde, oferecer vestuário adequado e alimentação suficiente, bem como instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade e proceder a estudo social e pessoal de cada caso. Deverão ainda promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer aos idosos, propiciando assistência religiosa àqueles que assim o desejarem. Essas entidades ficarão sujeitas à inscrição de seus programas junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e ao Conselho do Idoso. Além das penalidades civis e administrativas, as entidades de atendimento que descumprirem as determinações da lei ficarão sujeitas a penas que variam de advertência a fechamento da unidade, se governamental, e de advertência a proibição de atendimento, passando por multa e suspensão parcial ou total do repasse de verbas públicas, no caso das não governamentais.[46] Interessante também analisar a disposição do artigo 36 do Estatuto do Idoso, o qual dispõe que acolher idosos em situação de risco social caracteriza a dependência econômica perante o beneficiário, podendo este abater de seu Imposto de Renda as despesas decorrentes.

Para a previdência social, observa-se que o Estatuto do Idoso limitou-se a repetir algumas regras já previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu artigo 29 o Estatuto do Idoso visa garantir a manutenção do valor real do benefício previdenciário, a fim de que ele não perca seu poder aquisitivo. Trata-se de disposição que repete o artigo 201 da Magna Carta, o qual, adotando-se as palavras de Juliano Sarmiento Barra, “vem sendo vilipendiada ano após ano, recebendo o benefício um ‘achatamento’ de forma a não expressar seu efetivo valor de compra.”[47] Espera-se que o Poder Executivo implemente tais dispositivos na aplicação dos reajustes das aposentadorias, com a aplicação de índices que efetivamente preservem o poder aquisitivo dos benefícios.

Tem-se no artigo 30 do Estatuto do Idoso a disposição de que a “perda da condição de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade, desde que a pessoa conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data de requerimento do benefício.” Aqui repete-se disposição prevista na Lei 10.666/2003. Nas palavras de Marco Aurélio Serau Júnior, trata-se de medida que visa combater nos prejuízos da informalidade e do desemprego no país, problemas que afetam a garantia previdenciária do cidadão, cujo sistema ainda é pautado no critério do trabalho formal.[48]

Por fim, importante ressaltar o disposto no artigo 28, inciso II, o qual prevê que deverão ser desenvolvidas políticas que preparem os trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de um ano, as quais se darão mediante estímulo a projetos sociais e de esclarecimento sobre direitos sociais e de cidadania dos idosos.

Na área da educação, os artigos 21 e 25 prevêm que os currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal deverão apresentar conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, a fim de contribuir para a eliminação do preconceito e produzir conhecimentos sobre a matéria. O poder público deverá criar oportunidades de acesso do idoso à educação, apoiando a criação de universidade aberta para idosos, com métodos e materiais didáticos que intentem integrá-los à vida moderna, em especial no que tange aos recursos tecnológicos e informáticos, e incentivará a publicação de livros e periódicos em padrão editorial que facilitem a leitura.

Relativo ao direito ao trabalho e à profissionalização é importante ressaltar que não se trata de um direito subjetivo a um posto de trabalho, mas sim da obrigatoriedade do Estado em definir políticas de criação de postos de trabalho, bem como uma satisfação àqueles que não conseguirem se inserir no mercado, com políticas de renda mínima.

Dessa forma, para garantir as condições mínimas de existência e como política de assistência social, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 34, assegura a toda pessoa acima de sessenta e cinco anos cuja renda comprovadamente não baste para a sua subsistência a percepção do benefício de um salário mínimo mensal, independentemente de anterior contribuição. Nas palavras de Marco Aurélio Serau Júnior, ao comentar o artigo 26 a 28 do Estatuto do Idoso,

em relação ao idoso, o direito de trabalhar ou de encontrar trabalho deve ser especialmente considerado em relação a sua peculiar condição, qual seja a de uma certa limitação física e intelectual, decorrente da idade (art. 26). Assim, é vedada a discriminação em razão da idade, ressalvados os casos, unicamente, em que a natureza do cargo o exigir. Ademais, nos concursos públicos o primeiro critério de desempate deverá ser a idade mais elevada (art. 27. (...)) Finalizando o comentário acerca do direito do trabalho, verifica-se que o Estatuto determina a criação e estímulo de programas de profissionalização especializada para os idosos, bem como o incentivo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho (art. 28, incisos I a III). Essa previsão de estímulo à contratação de idosos encontra similitude com os já bem sucedidos programas de incentivo à admissão de portadores de deficiências ao mercado de trabalho, podendo ocorrer nos mesmos moldes, mediante a aplicação de subsídios tributário-fiscais, esperando-se que alcancem êxito semelhante. [49]

Conclui-se, portanto, que o Estatuto do Idoso veio como mais um diploma jurídico destinado a concretizar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, aqui em particular voltado àqueles acima de sessenta anos de idade. Nota-se que, na maioria de seus dispositivos, o novo diploma legal tratou de direitos sociais, os quais demandam prestações positivas por parte do Estado e da sociedade para a sua plena efetivação.

Em verdade, a efetividade das normas protectivas dos direitos dos idosos e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana são um processo, pois a simples elaboração de textos legais, mesmo que contemplem todos os direitos, não é suficiente para que o ideário que os inspirou introduza-se efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político, jurídico, econômico, cultural e social de seus integrantes. Trata-se de uma luta diária de conquista efetiva desses direitos, a qual passa não apenas pelos poderes constituídos, mas por cada cidadão.

5. Considerações Finais

Pelo estudo realizado infere-se que o Estatuto do Idoso é, sem dúvida, um poderoso instrumento colocado à disposição da sociedade para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana àqueles que já passaram dos sessenta anos de idade. Entretanto, conforme bem aponta B. Subires,

o estatuto não é o fim, é o meio. O fim é a defesa constante dos direitos do idoso. É a fiscalização para assegurar a preservação de sua saúde física e mental, além de seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.^[50]

Percebe-se, portanto, exatamente em que ponto reside a maior importância do Estatuto do Idoso: no reconhecimento e respeito à dignidade das pessoas idosas. Trata-se de uma obrigatoriedade não apenas para o Poder Executivo, o qual deverá programar políticas públicas voltadas a este segmento da população, como também da própria sociedade, que deve superar a visão economicista decorrente de uma racionalidade capitalista, para a qual só tem valor quem puder dar lucros, produzir e reproduzir o capital.

Garantir uma vida digna ao ser humano também na terceira idade é coroar aqueles que ajudaram a construir as condições sociais, políticas e econômicas atuais, com seu trabalho e dedicação. Afinal, nas palavras de Ramos, “a velhice traduz a própria força do direito à vida, que precisa ser vivida com dignidade”^[51] em todas as suas etapas. E é também permitir que a geração produtiva, que hoje detém o poder, tenha a segurança de que no futuro não será simplesmente “descartada”, mas encontrará um cabedal de políticas públicas e privadas, bem como o próprio ordenamento jurídico voltados à sua proteção, em tempos em que seu corpo físico já não responderá com o mesmo vigor de antes.

As populações, em âmbito mundial, estão envelhecendo. Trata-se de uma realidade com a qual não se pode olvidar. Logo, é preciso preparar a sociedade para a velhice, tratando-a como um direito fundamental,

levando-a, enquanto tal, efetivamente a sério, respeitando-a, porque, dessa forma, as demais fases da vida também estarão protegidas, uma vez que uma velhice digna e longa representa o coroamento de uma vida na qual o homem foi respeitado enquanto ser humano.^[52]

Dessa forma, o Estatuto do Idoso configura-se como um grande passo dado pelo legislador brasileiro no caminho da concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, bem como no desenvolvimento e no respeito à dignidade da pessoa humana. Tem como maior escopo melhorar as condições de vida e bem-estar daqueles que tanto já contribuíram para com o país, sendo, por isso, mercedores de todo respeito e admiração desta e das gerações vindouras.

6. Referências Bibliográficas:

AGÊNCIA CÂMARA. Estatuto do Idoso já está em vigor. 8. jan. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/65/09/6509/p.shtml>>. Acesso em 14 abr. 2004.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a Dignidade da Pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 9, jan/mar. 2002.

BARRA, Juliano Sarmento. O Estatuto do Idoso sob a Óptica do Sistema de Seguridade Social. **Revista de Direito Social**, n. 14, Porto Alegre: Notadez, mar./abr. 2004.

BEDIN, Gilmar. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. Ijuí: UNIJUÍ, 1997.

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Organização Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230-264.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 02/02/2005.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitucion como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia Hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001.

MINISTRO DA SAÚDE critica artigo de lei sancionada ontem pelo presidente Lula. **Jornal do Comércio**, out. 2003. Disponível em: <<http://www.jornaldocomercio.com.br/edicoes/031002/economia/eco1.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Cidadania e Novos Direitos. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.) **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.191-200.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A Velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 8, n. 30., São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000.

Revista da OAB/RS. O que Mudou na Vida Brasileira nos Dez Anos da Nova Constituição. Porto Alegre: OAB/RS, ano I, n. 3, set./out. 1998. p. 05-07; e LACERDA, Antônia Denise. **Os Direitos Sociais e o Direito Constitucional Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1995.

RIOS, Roger Raupp. Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. O Estatuto do Idoso e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Social**, n. 13, ano 4, Porto Alegre: Notadez, jan./fev. 2004.

SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 13 maio 2009.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.

SUBIRES, B. **Estatuto do Idoso é discutido na Justiça**. 2003. Disponível em : <<http://www.justica.sp.gov.br/noticias/noticias374.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2004.

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 65-66.

[2] *Idem*, p. 66.

[3] **Revista da OAB/RS**. O que Mudou na Vida Brasileira nos Dez Anos da Nova Constituição. Porto Alegre: OAB/RS, ano I, n. 3, set./out. 1998. p. 05-07; e LACERDA, Antônia Denise. **Os Direitos Sociais e o Direito Constitucional Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. p. 79-80.

[4] Art. 1º CF/88 – A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

[5] RIOS, Roger Raupp. Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 487.

[6] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960. p. 79.

[7] Idem, p. 77-78.

[8] Sobre a indisponibilidade do corpo humano ver estudo de CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230-264.

[9] DÜRIG apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 40-41.

[10] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960. p. 68-70.

[11] RIOS, Roger Raupp. Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 484-485

[12] Para o aprofundamento da idéia da mensuração da dignidade humana a partir do conceito de necessidade, a qual é variável e, portanto, condicional, ver KANT, op. cit.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

[14] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 9, jan/mar. 2002. p. 13.

[15] Idem, p. 3-23.

[16] Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 02/02/2005.

[17] MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60. (grifos do autor)

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46-47.

[19] LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia Hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 43.

[20] ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitucion como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. p. 248-256; LOPES, Ana Maria D'Ávila.

Democracia Hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 49

[21] BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Organização Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 500.

[22] ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a Dignidade da Pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 226.

[23] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32 e ss. Segundo Ingo Sarlet, importa ressaltar as “fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra”, contrariando o que na verdade ocorre, ou seja, que tais direitos encontram-se em permanente processo de expansão, transformação, cumulação e ampliação, cujo processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços e retrocessos, constituindo-se categoria materialmente aberta e mutável, “razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 47.

[24] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[25] BEDIN, Gilmar. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo.** Ijuí: UNIJUÍ, 1997. p. 46-47.

[26] BEDIN, Gilmar. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo.** Ijuí: UNIJUÍ, 1997. p. 60-61; BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-33.

[27] BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Organização Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 508.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 49-50, 257-259.

[29] BEDIN, Gilmar. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo.** Ijuí: UNIJUÍ, 1997. p. 66 e 87.

[30] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1998. p. 49-51.

[31] Classificação atribuída a BEDIN, Gilmar. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. Ijuí: UNIJUÍ, 1997. p. 43-46. Ver também BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-6.

[32] OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes. Cidadania e Novos Direitos. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes (Org.) **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.191-200.

[33] SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998, p. 93.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 69.

[35] ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 37.

[36] Idem. p. 37.

[37] Idem. p. 37-38.

[38] Segundo Norberto Bobbio, “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 29.

[39] RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A Velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 8, n. 30., São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000. p. 193.

[40] Idem, p. 191.

[41] Idem, p. 201.

[42] FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

[43] Idem, p. 103.

[44] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 24-25.

[45] MINISTRO DA SAÚDE critica artigo de lei sancionada ontem pelo presidente Lula. **Jornal do Comércio**, out. 2003. Disponível em: <<http://www.jornaldocomercio.com.br/edicoes/031002/economia/eco1.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2004.

[46] AGÊNCIA CÂMARA. Estatuto do Idoso já está em vigor. 8. jan. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/65/09/6509/p.shtml>>. Acesso em 14 abr. 2004.

[47] BARRA, Juliano Sarmiento. O Estatuto do Idoso sob a Óptica do Sistema de Seguridade Social. **Revista de Direito Social**, n. 14, Porto Alegre: Notadez, mar./abr. 2004, p. 117

[48] SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. O Estatuto do Idoso e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Social**, n. 13, ano 4, Porto Alegre: Notadez, jan./fev. 2004. p. 55.

[49] Idem, p. 53-54.

[50] SUBIRES, B. **Estatuto do Idoso é discutido na Justiça**. 2003. Disponível em : <<http://www.justica.sp.gov.br/noticias/noticias374.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2004.

[51] RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A Velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 8, n. 30,, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000. p. 194.

[52] Idem, p. 193.

IDENTIDADE INDÍGENA E AÇÕES AFIRMATIVAS: PERCEPÇÕES DE ESTUDANTES AUTODECLARADOS INDÍGENAS

IDENTIDAD INDÍGENA Y ACCIONES AFIRMATIVAS: PERCEPCIONES DE ESTUDIANTES QUE SE DICEN INDÍGENAS

Jane Felipe Beltrão
Assis da Costa Oliveira

RESUMO

Neste trabalho, procura-se analisar a lógica da constituição identitária e percepção sobre as ações afirmativas de 19 estudantes universitários autodeclarados indígenas não integrantes de povos indígenas vinculados a Universidade Federal do Pará. Este “outro” pertencimento étnico configura-se numa intensidade variada da afirmação do ser indígena condicionada a determinados aspectos genealógicos, simbólicos e territoriais. Por outro lado, a passagem do eixo da identidade para a dos direitos indígenas, mediada pela questão das ações afirmativas, revelou certos efeitos da consideração do ser indígena que desembocam na ampliação da repercussão das ações afirmativas pelo ingresso na relação de alteridade com o “outro” que é contemplado pelas cotas, de tal modo complexa e, por vezes, contraditória, que torna a ligação entre constituição identitária e ações afirmativas uma necessidade acessória, condicionada a aspectos sociais e políticos direcionados para a relação entre igualdade e identidade.

PALAVRAS-CHAVES: IDENTIDADE INDÍGENA, POLÍTICAS EDUCACIONAIS, AÇÕES AFIRMATIVAS, UFPA.

RESUMEN

Resumen: En este trabajo, analizamos la lógica de formación de la identidad y las percepciones acerca de las acciones afirmativa de 19 estudiantes de Universidade Federal do Pará que se dicen indígenas pero no son miembros directos de los pueblos indígenas. Esta "otra" afirmación étnica se ha convertido en una construcción con distintas intensidades sujetas a aspectos de la manada, simbólica y territorial. Además, el paso del eje de la identidad para de los derechos indígenas, con la mediación de las acciones afirmativas, mostró algunos efectos sobre la consideración del pensarse indígena con la expansión del impacto de las acciones afirmativas mediante la introducción de la relación de alteridad a ser indígena, tan compleja y, en ocasiones, contradictorio, que haz con que la conexión entre la formación de la identidad y acciones afirmativas sea una necesidad incidental, sin perjuicio de otras prestaciones sociales y políticos que se involucran en la relación entre igualdad y identidad.

PALAVRAS-CLAVE: IDENTIDAD INDÍGENA, POLÍTICAS EDUCACIONALES, ACCIONES AFIRMATIVAS, UFPA.

1. Direitos indígenas, ações afirmativas e identidade indígena: introdução

Três décadas de lutas dos povos indígenas trouxeram largos saldos políticos, jurídicos e sociais ao cenário brasileiro. Desde a emergência do movimento indígena e das organizações indígenas, na década de 70 do século passado, as articulações levaram para o debate público, nacional e internacional, os interesses e os direitos reivindicados diretamente pelos indígenas, e não mais por intermediários estatais ou não-estatais, tendo como auge jurídico a promulgação da *Constituição Federal* de 1988, complementada pela ratificação, em 2002, da *Convenção n.º 169* da Organização Internacional do Trabalho e da *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, aprovada em 2007.

O recente corpo jurídico traz no bojo regramentos que passam a reconhecer a diversidade cultural e a organização política indígena, compreendendo seus indivíduos e povos (entre outros grupos pertencentes às chamadas minorias vulnerabilizadas) como sujeitos (individuais e coletivos) de direitos, garantindo-lhes a redefinição da cidadania diferenciada: etnia indígena e brasileira – importante meio de reconfiguração da arena política e afirmação da sociedade democrática.

O direito à identidade indígena se converte no reconhecimento do pertencimento de indivíduos à povos etnicamente diferenciados e o respeito à autonomia e autodeterminação de suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, representando a “... concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como dos princípios da igualdade e liberdade, traduzindo [a identidade indígena num] autêntico direito fundamental no contexto da ordem constitucional brasileira.” (Mota, 2008, p. 51)

A identificação étnica supõe a valorização das capacidades indígenas, mas também a confrontação ideológica às estereotipadas configurações historicamente simbolizadas sobre tais sujeitos. Na verdade, dupla configuração: de um lado, a visão “romântica” do índio ingênuo, ligado eternamente a natureza, “...percebido sempre como uma vítima e um coitado que precisa de tutor para protegê-lo e sustentá-lo...” (Luciano, 2006, p. 35); de outro, a visão diabólica (bárbara ou selvagem) do indígena, tendo-o por sujeito cruel, preguiçoso e/ou traiçoeiro. Em ambos os casos, construindo a história indígena retirando os indígenas do papel de agentes de sua história, dando-lhes, quando muito, a alcunha de vítimas da colonização, desmerecendo o fato “... de que os índios foram atores políticos importantes de sua própria história e de que, nos interstícios da política indigenista, se vislumbra algo do que foi a política indígena.” (Carneiro da Cunha, 1992, p. 18)

Na conjuntura atual o *ser índio* ganha contornos de instrumento político para afirmação dos direitos indígenas pelos sujeitos, movimento e organizações indígenas. Ser índio transforma-se, a partir da década de 70, em sinônimo de orgulho identitário, uma identidade política e simbólica que articula, viabiliza e acentua as identidades étnicas de fato de cada povo etnicamente diferenciado habitante do território do Estado brasileiro – contribuindo à renovação gradativa de sua imagem pública, manipuladas durante séculos pelas políticas intervencionistas e assimiladoras do Estado e da sociedade nacional.

A sustentação prática da “onda” normativa está correlacionada à crescente pressão política para que o Estado brasileiro assumira postura proativa no enfrentamento das desigualdades e discriminações, no sentido de incumbi-lo à tarefa de dar efetividade material aos direitos positivados por meio da criação e gerenciamento de políticas públicas que possibilitem aos sujeitos e povos indígenas, dentre outros grupos vulnerabilizados da sociedade, o exercício pleno das igualdades e liberdades fundamentais.

Entram assim em discussão as ações afirmativas como mecanismos compensatórios de inclusão social desenvolvidas pela postura proativa do Estado visando diminuir os índices de desigualdade socioeconômica e discriminação sociocultural. Estas políticas se constituem num leque de medidas adotadas por instituições públicas objetivando a reparação da igualdade material, a efetivação dos valores democráticos e, observa Ronald Dworkin (2005), a possibilidade de construção de outros projetos de vida para o público assistido, proporcionando um futuro que seja melhor para todos.

De fato, as ações afirmativas constituem-se num amplo leque de medidas cujas primeiras experiências institucionais com os povos indígenas remontam ao início da década de 90 do século passado, envolvendo estudantes indígenas que, por meio de convênios entre a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e algumas universidades públicas e privadas, tiveram acesso às instituições de ensino superior.

É certo, porém, que a questão ganhou maior peso público após a intensificação das ações afirmativas para ingresso no ensino superior através da oferta de cotas sociais e étnico-raciais por universidades públicas a partir de 2002.

O sistema de cotas tem por propósito amenizar e corrigir, em parte, a gritante desigualdade e exclusão preconizada pelas práticas tradicionais de seleção adotadas nas universidades brasileiras, que não levam em conta as disparidades da formação básica dos estudantes em escolas públicas e em escolas privadas, além da exclusão percentual do ingresso de estudantes negros, indígenas e portadores de necessidades especiais.

Quanto ao segmento das cotas étnico-raciais, um dos principais debates é a questão da validade da auto-declaração ou auto-classificação como critério de reconhecimento institucional da identidade étnica ou racial, no sentido de quem tem o direito de pleitear as vagas ao afirmar-se como indígena ou negro.

No âmbito estritamente indígena, Vilmar Martins Moura (2006) analisou a polêmica que a auto-identificação – assumida como único critério de reconhecimento de pertencimento a um povo indígena para acesso diferenciado via políticas de cotas – gerou no ano de 2005, devido a não obrigatoriedade do acompanhamento de algum documento probatório, quer fosse expedido pela FUNAI, quer fosse apresentado pelas lideranças comunitárias ou as associações indígenas, legitimando a auto-identificação.

Diversos estudantes que se afirmaram indígenas acabaram entrando nos vestibulares de universidades públicas e privadas – no último caso, pelo Pró-Uni – devido inexistência da contrapartida comprobatória, o que levou ao déficit de ingressos de indígenas no ensino superior naquele ano, além da violação da autodeterminação dos povos indígenas, pois “... quem decide sobre a nacionalidade de seus integrantes são os

próprios povos interessados e não um terceiro [universidade].” (Moura, 2006, p. 154)

Ainda assim, seria interessante investigar os argumentos dos estudantes que se pensavam indígenas. Não para recriminá-los, porém para compreender como eles constroem seu pertencimento identitário indígena.

O mesmo ocorre na Universidade Federal do Pará (UFPA), onde diversos estudantes têm, ao longo dos últimos anos, ingressado nos cursos de graduação se auto-identificando indígenas, sem qualquer contrapartida de benefício via apoio de políticas de assistência estudantil e sem a necessidade de comprovarem vínculo com quaisquer povos indígenas.

A oportunidade de entrevistar 19 estudantes autodeclarados indígenas possibilita abertura privilegiada para entender como a diversidade cultural tem se manifestado dentro da Universidade e quais as possíveis articulações que se pode estabelecer entre a percepção identitária e questões políticas prementes na atualidade, como as ações afirmativas.

Além disso, o material traz contribuições para futuras ações administrativas de formulações de políticas afirmativas voltadas para povos indígenas.

2. Entre ferramentas e ferreiros: critérios de coleta e análise das entrevistas

Para a condução das entrevistas e sistematização do material optamos pela realização de pesquisa qualitativa tomando por base os referenciais de Cecília Minayo (2000).

Como o campo teórico no qual a pesquisa se insere é o das Ciências Sociais há de entender seu objeto como sendo essencialmente qualitativo. A realidade social, na qual os entrevistados se inserem, só é apreendida pelo pesquisador por meio de sucessivas aproximações, de idas-e-vindas, onde o diálogo dialético entre teoria e prática é marcado pela pré-constatação de que a realidade é sempre mais ampla do que qualquer redução teórica que tente explicá-la.

Além disso, o referencial das ciências sociais esgota qualquer possibilidade de neutralidade científica. A parcialidade do objeto é condição de direito, não ocorrendo só pela impossibilidade de apreensão de sua totalidade, mas também pelos recortes teóricos do pesquisador que estruturam as marcas de sua subjetividade e historicidade na análise.

“A rigor qualquer investigação social deveria contemplar uma característica básica de seu objeto: o aspecto qualitativo. Isso implica considerar sujeito de estudo: gente, em determinada condição social, pertencente a determinado grupo social ou classe com suas crenças, valores e significados.” (Minayo, 2000, p. 22)

Num primeiro momento, a tarefa tomou por base a obtenção de informações relativas à quantidade de estudantes autodeclarados indígenas presentes na UFPA. O Centro de Registro e Indicadores Acadêmicos (CIAC) da UFPA disponibilizou a lista completa dos estudantes, a partir do referencial de quais tinham, nos últimos vestibulares, se auto-

identificado como indígenas no espaço referente ao item “etnia” existente na Ficha de Cadastro.

No total, foram computados 142 estudantes que preencheram a opção “etnia” assinalando-a no indígena. As matrículas estão compreendidas no período de 1999 até 2008, com variações no número de ingressantes por ano.

Devido o caráter qualitativo, a pesquisa reviu a ambição de esgotar o total de 142 estudantes incluídos na lista. Na verdade, após a realização de 19 entrevistas, houve a decisão de passarmos à análise das entrevistas, ante a avaliação satisfatória do material obtido.

É necessário dizer que utilizamos roteiro com perguntas abertas que serviam de estímulo ao diálogo e recurso para novas interrogações provocadas nas entrevistas.

Em seguida, procedemos à transcrição e análise dos depoimentos gravados, para os quais também foi necessária metodologia que possibilitasse estruturar critérios e formas de compreensão e interpretação. Para tanto, utilizamos os aportes da Antropologia Estrutural (AE) de Claude Lévi-Strauss e da Análise de Discurso (AD).

Para Lévi-Strauss (1974), toda cultura pode ser compreendida como um conjunto de sistemas simbólicos (religião, regras matrimoniais, relações econômicas etc.) que visam exprimir certos aspectos da realidade física e social.

A eficácia simbólica da cultura ocorreria ao fazer com que seus símbolos – por exemplo, indígena e ações afirmativas – passem a fazer e a dar sentido aos sujeitos, de tal modo que estes tomem os símbolos como instrumentos de integração social, logo, fazendo da linguagem não só elemento de comunicação, mas condicionante estrutural do corpo (biológico) e das idéias (social).

No entanto, a questão mais importante de Lévi-Strauss para a pesquisa está no modo como ele analisa os mitos, fundando, assim, a metodologia de análise estrutural. Com base nos aportes da lingüística de Sausurre, Lévi-Strauss (2003) estabelece organização bidimensional dos textos míticos, possibilitando a análise comparativa.

Esta organização bidimensional está amparada na condição do mito como algo presente na linguagem e além dela, ou seja, de algo histórico e não-histórico com funcionalidade sincro-diacrônica. Para Lévi-Strauss o mito é uma “... *seqüência* de acontecimentos passados, mas também *esquema* dotado de eficácia permanente...” (2003, p. 241, Grifos nossos) As seqüências representam o conteúdo aparente dos mitos, a sucessão cronológica dos acontecimentos. Os esquemas são os níveis de profundidades que organizam as seqüências, de modo superposto e simultâneo.

A interpretação dos mitos é apreendida pela reunião de seqüências dentro de um mesmo esquema, e reunião seqüencial de cada esquema para se descobrir tanto as variações entre as diferentes versões do mito, ou seja, o modo pelo qual os sujeitos/povos se apropriam da unidade da linguagem do mito, quanto para descobrir a unidade das leis da linguagem que transpassam as versões, permitindo a elaboração de *feixes de relações* entre elas, é dizer, combinações entre determinados trechos das versões estabelecidos a partir da apreensão de laços identitários entre eles.

Luiza de Nazaré Mastop-Lima (2002) explica que para analisar estruturalmente o mito, ou suas versões, Lévi-Strauss parte de um mito, proveniente de uma sociedade e o analisa inicialmente em relação ao contexto etnográfico e a outros mitos da mesma sociedade; em seguida parte para mitos da sociedade vizinha, situando-os em seus respectivos contextos etnográficos; a partir disso chega a mitos de sociedades mais afastadas, a fim de compará-los e isolar noções abstratas que podem ser encadeadas em proposições. Em outras palavras, parte da análise do mito de um contexto particular e chegar ao universal, mostrando características gerais presentes em todas as sociedades.

As contribuições da metodologia da AE de Lévi-Strauss para a análise dos depoimentos coletados se deram nos seguintes aspectos: a) recorrer ao contexto para explicar o texto partindo do particular para chegar ao universal; b) organizar, de forma bidimensional, os textos (no caso, os depoimentos dos estudantes), possibilitando sua interpretação tendo em vista o conteúdo aparente de seqüências (linhas) de enunciados individuais, e os *feixes de relações* possíveis de serem apreendidos através do agrupamento de determinadas proposições de cada texto (ou depoimento) em colunas, ante a presença de traços comuns/regularidades entre elas.

Pela ótica da AD, a atenção para o contexto do texto é reforçada. A AD procura descrever, explicar e avaliar criticamente os processos de produção, circulação e consumo de sentidos vinculados aos textos (produtos culturais) da e na sociedade, abordando-os como parte de práticas sociais inseridas em contextos determinados, que passam a ser analisados como *discursos*. (Pinto, 1999)

Nas práticas sociais os participantes assumem o papel de sujeitos, “... no duplo sentido de assujeitados às determinações do contexto e de agentes das ações de produção, circulação e consumo.” (Pinto, 1999, p. 8) Para a AD, a noção de linguagem enquanto condicionante da realidade remete necessariamente a formação ideológica nela inserida. Helena Brandão explica que o discurso é uma das instâncias em que a materialidade ideológica se concretiza para constituir o sujeito e o sentido dentro de formações discursivas que “... determinam ‘o que pode e deve ser dito’ a partir de uma posição dada em uma conjuntura dada.” (2002, p. 38)

As formações discursivas sobredeterminam a liberdade dos enunciados, permitindo dar conta do fato de que sujeitos falantes, situados numa determinada conjuntura histórica, possam concordar ou não sobre o sentido a dar às palavras, ou melhor, sobre as várias linguagens possíveis em uma única linguagem. A circunscrição da zona do dizível legítimo (e do não-dizível), definindo o conjunto de enunciados possíveis de serem atualizados em uma enunciação, ocorre a partir de um lugar determinado, produzindo a constituição (da unidade) do sentido e identificação do sujeito. Para a AD, as formações discursivas são plurais, se inscrevem em cadeias, como fronteiras que se deslocam em função dos embates das lutas ideológicas. Em um texto pode existir mais de uma formação discursiva cobrando-lhe o preço da homogeneidade/unidade discursiva e das contradições ideológicas.

Para Cecília Minayo (2000) a AD entende a semântica das palavras a partir das posições ideológicas em jogo no processo sócio-histórico no qual as palavras e proposições são produzidas, com a dissimulação da dependência do ideológico. Toda palavra/proposição é polifônica – múltipla de sentidos por pré-constituição – mas a operação que lhe “captura” um sentido, tornando-o hegemônico, pressupõe um jogo estratégico de ações

e reações, de perguntas e respostas que fazem do discurso o espaço de articulação do saber com o poder, legitimado pela e legitimador de uma ideologia. Não há discurso sem sujeito e nem sujeito sem ideologia.

O sujeito assume várias posições em seu texto. Na verdade, para a AD “... o discurso é uma dispersão de textos e o texto é uma dispersão do sujeito.” (Orlandi, 1999, p. 53) A dispersão é regida por regras que determinam uma formação discursiva na caracterização de sua singularidade e passagem para a regularidade. Todavia, estes regramentos não são percebidos pelo sujeito em sua fala, haja vista que um dos efeitos da ideologia é constituir-lhe uma realidade discursiva ilusória provocadora de duas impressões fundamentais: a) de o sujeito acreditar ser a fonte/origem exclusiva do sentido do que diz, quando na verdade retoma e reelabora sentidos preexistentes; b) da crença na realidade objetiva do seu pensamento, de que o que diz só poderia ser dito do modo como diz, mesmo se tratando de escolhas de ditos em relações de ocultamento/esquecimento de outros não-ditos, no interior de uma formação discursiva. (Orlandi, 1999; Brandão, 2002)

A AD estabelece o sujeito pela sua heterogeneidade, ou melhor, pela recepção de seu texto na heterogeneidade de sua enunciação, ciente de que ele é sempre um tecido de “outras vozes” ou citações anteriores e exteriores, de entrelaçamento no texto presente de vestígios de outros textos preexistentes segundo restrições sócio-histórico-culturais sobre as quais o sujeito não tem controle. (Pinto, 1999) Eni Orlandi (1999) complementa a questão da heterogeneidade ao indicar que o sujeito ocupa posições diferentes no interior do mesmo texto, correspondente as diferentes formações discursivas por ele assumidas, configuradas pelas diferentes relações estabelecidas com a(s) ideologia(s). O sujeito é ideologicamente heterogêneo, no entanto, a formação discursiva dominante que rege as diferentes posições do sujeito no texto propicia-lhe a impressão de unidade.

As contribuições da metodologia da AD para a análise dos depoimentos coletados se deram nos seguintes aspectos: a) na constituição dúplice do sujeito como assujeitado a determinadas formações discursivas (contexto) que lhe condicionam e possibilitam a qualidade de produtor de enunciados (textos); b) pela referência a apreensão da semântica das palavras dentro do processo sócio-histórico existente, operada pela dissimulação e atuação das formações ideológicas; c) nas contradições ideológicas e pluralidade das formações discursivas existentes em todo texto; d) na atenção ao conjunto de domínios semânticos posto em jogo no discurso e as relações de dependência/conflito entre eles.

3. Ser ou se pensar indígena: caminhos da ins/constituição identitária

O recorte do *ser indígena* é bastante complexo, envolve questões relativas à própria representação identitária dos indivíduos.

Em termos antropológicos e políticos, pensar a identidade indígena remete a consideração de duas dimensões interconectadas: coletiva e individual.

No plano coletivo, a identidade indígena – e de forma mais abrangente a identidade étnica – envolve a noção de grupo, particularmente de grupo social. Os grupos étnicos passam a ser vistos como formas de organização social, sendo o aspecto cultural encarado apenas como consequência da ação destes grupos, e não mais por aspecto primário e definidor de sua estrutura. Com isso, tem-se a compreensão de que os grupos étnicos formam-se “... quando os atores, tendo como finalidade a interação, usam identidades étnicas para se categorizar e categorizar os outros.” (Barth, 2000, p. 32)

No plano individual, a questão identitária envolve o “... exame dos elementos que fazem com que alguém seja considerado parte de um grupo étnico, compartilhando de seus valores e de sua organização sociocultural específica.” (Mota, 2008, p. 10) Trata-se da presença do sentimento individual de pertencimento a determinado grupo étnico que provoca, em contrapartida, o reconhecimento deste sujeito pelo grupo, como membro.

Logo, explica Moura (2006) que a definição sobre quem são os índios brasileiros depende da manifestação conjunta de vontades, tanto do grupo étnico quanto do indivíduo interessado. Assim, os povos indígenas passam a ter o direito identificar seus membros, devendo ser considerado indígena aquele que, mesmo não tendo ascendência pré-colombiana (critério da consanguinidade), foi ou não criado por pais índios, geralmente no interior de uma comunidade, seja um indivíduo indígena, se assim deliberar o povo indígena em sua autonomia.

No trabalho realizado com os 19 estudantes que se afirmam indígenas, nenhum dos depoimentos fez menção a relação direta com povos indígenas. Apesar do discurso científico e político tomarem a condição como obrigatória para o reconhecimento da identidade indígena, sua inexistência indica-nos certa autonomia dos entrevistados em se compreenderem pertencentes à determinada identidade étnica em decorrência de outros atributos recepcionantes do indígena como categoria simbólica que organiza suas realidades e historicidades.

Diante da pergunta sobre porque se identificavam como indígenas, os entrevistados justificavam suas opções ora por entenderem possuir traços fisionômicos indígenas (dois estudantes), ora por critérios genealógicos (dez estudantes), o mesmo levando em conta ambos os aspectos (sete estudantes).

As razões que sustentam as origens genealógicas do pertencimento identitário – de forma única ou coligada com a identificação de traços fisionômicos – trazem a definição do grau de parentesco dos parentes originários de povos indígenas. No geral, o parente indígena mais próximo se encontra na terceira geração da família, ou seja, nos avós (11 estudantes), mas há também incidências genealógicas de indígenas a partir das bisavós (quatro estudantes) e tataravós (dois estudantes).

A análise dos depoimentos possibilitou a obtenção de regularidades discursivas aptas ao estabelecimento de modelos/padrões de estratégias de constituição identitária. As principais questões giram em torno do resgate dos vínculos genealógicos distantes, bisavós na maioria das vezes, mas também avós e tataravós, em outros casos, com os quais não foi possível o contato direto, mas cuja presença é revitalizada pelo relato obtido de outros familiares ou pela constatação de traços fisionômicos em si.

“Bom, minha identificação por indígena é devido minha descendência. Que é de, sem dúvida, a maioria é indígena na minha família. Os meus bisavós (sic), que eu não cheguei a conhecê-los, mas pelo que me falam, a maioria deles era indígena, desde índios peruanos, até índios da Amazônia. Com raras exceções, que são dois bisavós que são de descendência portuguesa, e um descendência de escravo. O resto são todos indígenas.” (Alisson, entrevistado em 13/07/08)

O fato de haver transmissão indireta da identidade indígena – na maioria dos depoimentos dos estudantes que se afirmam indígenas por genealogia – por meio de relatos de terceiros (pais, tios, avós etc.) evidencia a indeterminação/desconhecimento quanto à etnia específica da qual fazia parte seu parente indígena, com exceção de Charles, Maria e Ivete que apontaram a etnia indígena de seus parentes originários como *Tembé*, *Nuarurakes* e *Urubus*, respectivamente. No entanto, o simples aspecto de se perceber como indígena parece ser, de regra, o bastante para saber sua identidade.

Outro resultado importante foi a constatação da referência às ancestralidades indígenas concomitantemente ao reconhecimento de outras influências culturais – portuguesa, espanhola, nordestina e “negra” (africana) – que, mesmo assim, são suplantadas ante a primazia hierárquica com a qual procuram estabelecer as influências dos vínculos indígenas.

Estas incidências genealógicas são complementadas pela percepção de traços fisionômicos e/ou culturais, utilizados como recursos adicionais para a diferenciação/demarcação identitária.

Os aspectos fisionômicos – olhos negros, cabelo liso, formação do rosto, cor da pele amorenada e baixa estatura – são reconhecidos em si mesmo, enquanto que os costumes – “... tipo fazer o fogo, bem na sua origem, com carvãozinho ...” (Melina, entrevistada em 14/08/08), cultivar plantas, fazer chá ou “... remédio com ervas ...” (Everton, entrevistado em 14/07/08), viver “... no campo, ou melhor, numa fazenda ...” (Tiago, entrevistado em 10/05/08), “... andar descalço, de andar com a calça dobrada ...” (Ester, entrevistada em 25/08/08); e uso de artefatos: arco, flecha e pilão – são atribuídos aos parentes indígenas.

Observemos a interessante relação que se estabelece entre aspectos físicos e culturais. Ambos estão condicionados a recepção de determinadas ideologias (ou referências simbólicas) do que se pode entender por *ser indígena*. Talvez pela não necessidade de recorrer a demarcações étnicas mais específicas, contentando-se em *ser índio por ser índio*, contempla-se uma visão “romântica” do indígena ao estabelecer como padrão de comparação e adequação dos parentes o tratamento diferenciado com a natureza.

Isto implica numa dupla imersão do cultural no biológico, seja porque os entrevistados espelham seus traços fisionômicos em certa reciprocidade automática com o que se pode entender por “padrão natural” de fisionomia indígena, ou, ainda quando dialogam na perspectiva dos costumes, não realizam a separação entre cultura e natureza, preservando/evidenciando o *ser indígena* (quase) sempre naquilo que ele contém de naturalmente específico, ou seja, a intrínseca ligação com a natureza.

Por outro lado, em alguns depoimentos constatamos a afirmação do *ser indígena* envolvido na adjetivação do *orgulho de ser indígena*, ou seja, de reconhecer a presença

marcante de ancestrais indígenas que transmitiram valores e costumes culturais ou histórias de vida que servem de substrato para justificar a importância da sua constituição identitária.

“Bem, eu me identifiquei como indígena em função de que minha quarta geração atrás era índia e a partir de lá, moravam em Altamira, em uma parte de floresta, e lá foi onde começou a, digamos assim, raiz da família, então a gente tem bem consciente que viemos dessa raiz e não temos porque dizer que não somos, que não temos essa raiz, quando na verdade é um orgulho dizer que nossas raízes são indígenas. Eu morei em Altamira em 10 anos (sic), na cidade já, já não foi nem na ilha nem na floresta, e lá nós tínhamos costumes indígenas, nos tínhamos artefatos indígenas nas casas, arco e flecha e pilão, coisas tradicionais, então isso é motivo de orgulho, por isso eu me caracterizo como indígena.” (Henrique, entrevistado em 30/06/08)

Por mais que Henrique não soubesse dizer de qual etnia descendia, informou, todavia, a história de seus parentes indígenas repassada por seus familiares mais próximos, uma história que possui efeitos permanentes na compreensão do presente e do futuro do grupo familiar de Henrique.

“A história que eu sei em função dessa etnia é que eles eram, faziam parte lá de uma comunidade indígena, eu não entendia muito bem, mas que foi perdendo sua cultura com o avanço dos seringueiros naquela área e aí ocorreu até um certo conflito em que a comunidade em que esses meus familiares viviam foi segregada da grande maioria dos indígenas, na verdade foi um conflito que ocorreu em que essa comunidade que meus familiares participavam acabou morando nas ilhas, foram expulsas digamos da parte continental, e foram morar na parte insular, enquanto os outros que em função desse conflito ficaram na parte continental, mas eu não sei ao certo qual é a etnia ou qual é a tribo.”

Trata-se de história marcada por relações interétnicas cuja ênfase está no caráter da aculturação sofrida pelos seus parentes indígenas devido “o avanço dos seringueiros” na região, resultando na expulsão de seus territórios. A “perda”, porém, é relativizada pela valorização que Henrique e seus familiares têm do passado e dos artefatos indígena. Com isso, o passado e os artefatos funcionam como elementos de manutenção da identidade, cujos critérios para determinação do pertencimento estão entrelaçados nos critérios de reconhecimento do outro – parente – como indígena. Também, a “expulsão” legitima sua condição atual de índio na cidade, além da não necessidade de vínculo direito com algum povo indígena.

Com perspectivas similares ao depoimento de Henrique, têm-se os depoimentos de Charles, Everton e Maria. Estas quatro entrevistas destoam dos modelos definidos anteriormente, principalmente pela importância que a relação com os parentes indígenas têm em suas vidas, ou melhor, o modo como marcam as posições de *ser indígena*.

Da análise dos quatro depoimentos, e posterior retomada dos demais depoimentos, foi possível estruturar um modelo geral de modalização do pertencimento identitário indígena. Está na proximidade, distanciamento e/ou inexistência histórica da experiência com o “outro” indígena familiar, deste contato com aquele (tataravó, bisavó ou avó) que traz em si as marcas do pertencimento originário e, de forma complementar, nas relações que estes estudantes (ou seus familiares) mantêm com as localidades ou

regiões onde seus povos e/ou parentes indígenas viviam, as possíveis razões para certa modulação do discurso da identidade indígena, que confere impactos distintos à constituição identitária dos entrevistados.

Tal teorização só ocorreu porque cruzamos a pergunta relativa às justificações de suas identidades como indígenas com algumas posteriores do roteiro que buscam informações mais detalhadas sobre as origens e sociabilidade.

Há de se levar em conta, na percepção da identidade indígena dos estudantes entrevistados, as influências externas (contexto) de duas situações: a) localização dos estudantes na região amazônica, remetendo a necessária presença intensa de povos indígenas que, de um modo ou de outro, permitem conexões identitárias diversas, como as estabelecidas pelos estudantes, ocasionado, inclusive, pelo imaginário da miscigenação; b) processo de resignificação pelo qual passou a imagem do indígena nas três últimas décadas, fruto do reconhecimento da sua cidadania diferenciada e, conseqüentemente, da valorização das culturas e organizações indígenas.

Especialmente quanto ao aspecto “b”, estamos sugerindo que as identificações individuais do *se pensar indígena* feitas pelos entrevistados podem ser apreendidas como efeitos da valorização pela qual passou a imagem/cidadania do *ser índio* nas últimas décadas.

Isto implicaria, entre outras coisas, na referência demográfica dos indígenas no Brasil. Pacheco de Oliveira e Rocha Freire abordam a questão do aumento exponencial da população indígena no Censo/2000 do IBGE, em comparação com os dados do Censo/1991, baseados na auto-declaração dos entrevistados. Dentre os fatores indicados pelos antropólogos para a ocorrência do fenômeno está “... a contagem de indígenas residentes (no momento do censo ou em caráter permanente) em cidades...” (2006: 161). Não se pode restringir a inserção, no fato indicado, tão somente dos estudantes universitários entrevistados, pois se trata de toda uma lógica de constituição identitária da qual não sabemos ao certo a dimensão de sua abrangência, ante a existência de poucas pesquisas auxiliares, mas que se pode visionar como tendo algum peso de influência no aumento demográfico da população indígena brasileira.

4. Alteridade indígena nas ações afirmativas

Assumir o indígena como categoria simbólica de estruturação da realidade de estudantes universitários permite a transição desta significação e dos discursos de legitimação produzidos para o encontro com questões que transcendem o cunho puramente identitário, carregadas que são de elementos políticos e ideológicos.

Uma das questões são as ações afirmativas, ponto de intercalação entre identidade e direitos indígenas, remetendo a atual conjuntura social e institucional que não poderia deixar de ser problematizada com os estudantes pesquisados, tendo em vista a repercussão que sua implementação teve (e ainda tem) na instituição a qual pertencem.

De fato, a UFPA se integrou, em 2008, ao leque de instituições públicas de ensino superior que oferecem algum tipo de políticas afirmativas para o ingresso

estudantil. No processo seletivo, houve a separação de 50% das vagas de todos os cursos de graduação da capital e do interior para serem preenchidas por estudantes que cursaram todo o ensino médio em escola pública, sendo que desse total de vagas houve outra separação de 40% para estudantes autodeclarados pretos ou pardos, que devem ser, também, egressos do ensino médio público.

As cotas encontram justificção político-institucional na prerrogativa da diminuição/compensação das desigualdades socioeconômicas e exclusões socioculturais.

Ensina Boaventura de Sousa Santos (2006) que desigualdade e exclusão não se estabelecem com conceitos sinônimos, mas sim como sistemas de pertenças hierarquizadas. No primeiro, assentado paradoxalmente no essencialismo da igualdade, a integração ocorre pelas vias da subordinação; no segundo, assentado no essencialismo da diferença, a integração advém pela segregação, a exemplo do que ocorreu historicamente com os povos indígenas, cuja ideologia da integração nacional conduziu à situação de vulnerabilidade.

Esta divisão é-nos relevante, porque há diferentes justificções para a defesa/implantação das ações afirmativas sociais, voltadas para uma compensação das desigualdades, especialmente econômicas, e as ações afirmativas étnico-racial, centradas na compensação das exclusões culturais e raciais, cujo alinhamento com a causa negra e indígena tem forte preponderância no Brasil, em decorrência da desproporção entre seus segmentos populacionais e o número de estudantes destes segmentos inseridos em instituições públicas de ensino superior.

Os depoimentos obtidos informam que os posicionamentos com maior quantidade de adeptos são os referentes à reprovação do sistema de cotas (nove estudantes) e de aceitação exclusiva da variante social (quatro estudantes).

Além disso, há incidências minoritárias de aceitação exclusiva das cotas étnico-raciais (dois estudantes); apenas cotas raciais (um estudante); apenas cotas étnicas (um estudante); e, por fim, concordando com cotas sociais e étnicas (um estudante).

Os estudantes que defendem as cotas para indígenas reforçam suas posições procurando demarcar *quem* dentre os indígenas poderia ser abarcado por elas. Desse modo, diferenciam os indígenas considerados “legítimos” dos demais indígenas – dentre os quais eles próprios – que, apesar de se reconhecerem enquanto indígenas, não estariam legitimados a pleitear os respectivos direitos indígenas.

“Eu acho que sim, assim como tem para outros povos, né!, negro, eu acho que é muito importante, porque é um povo talvez assim que, principalmente aqueles que são realmente indígena, ainda vivem aquela cultura ainda indígena, é muito importante isso, porque é um povo discriminado um pouco...”(Carlos, entrevistado em 20/06/08)

Quando questionados sobre os critérios de suas classificações dos indígenas que poderiam ser abarcados pelas cotas, os entrevistados fazem menção ao obrigatório vínculo social direto com o parentesco/povo indígena, cuja aceitação e legitimação torna-se dependente de limites quanto ao grau de parentesco, como no relato de Ivete, que aduz: “...o máximo deveria ser os avós, pra poder participar. A partir dos bisavôs,

eu acho que não poderia participar...”, isto levando-se em conta que ela também se afirma descendente de indígenas, porém de quarta geração (bisavós).

Não é só a relação de pertencimento que interessa para o estabelecimento dos legitimados a concorrerem às cotas, pois, para os entrevistados, a visibilidade dos costumes da cultura indígena é requisito relevante, ponto de apoio para a percepção de quais são os “indígenas legítimos” e quais as “outras pessoas com etnia indígena”, conforme distingue Charles.

Mas talvez seja a fala de Tiago a que melhor sintetize o eixo ideológico dos discursos, recorrendo, por outras vias, a antiga tensão entre integração do indígena a sociedade nacional e a avaliação (da permanência) de sua pureza cultural, quando questionado sobre o que seria ser indígena: “seria ter na essência... quero dizer, seria não ter muita influência da sociedade moderna.”

Resulta disto que os critérios estabelecidos pelos estudantes conduzem à necessária formação identitária coletiva do “estudante indígena legitimado”, forma de conceder o direito às cotas pressupondo-o num dever de vinculação direta e visibilidade cultural. Conseqüentemente, destituindo indiretamente a autodeclaração como requisito preponderante para a inclusão diferenciada, possibilitando uma tênue ligação com o discurso do movimento indígena da necessidade de vínculo sociopolítico com as coletividades étnicas para o exercício do direito.

Porém, o discurso da distinção entre indígenas *mais* indígenas e indígenas *menos* indígenas se apresenta, entre os entrevistados, justamente no momento da discussão sobre políticas afirmativas e não quando se procura entender os meandros de suas identidades. Naqueles idos era necessário procurar formas de aproximações – físicas, genealógicas e culturais –, agora, passasse a estabelecer distinções, principalmente através do uso de pronomes na terceira pessoa, expressando frases impessoais cuja retórica axiológica aplicada não deixa de transparecer os valores ideológicos que lhe embasam as estratégias de discurso.

Em suma, a questão do *ser indígena* possui percepções distintas quando a relação passa da consideração do outro em mim para o outro como “outro”, quando a situação envolve a necessária outorga de direitos diferenciados a estes “outros” e, desse modo, de deslocamento da identidade (do idêntico a mim) para a alteridade (o diverso de mim), não mais circunscrita aos emaranhados familiares e seus decorrentes assemelhamentos (fenotípicos, genealógicos ou culturais) e, sim, atrelada aos “outros” na/da sociedade (indígenas, negros e estudantes de escolas públicas), estranhos por natureza (política) ao eu.

A passagem da identidade indígena para os direitos indígenas é mediada pela relação de alteridade que se instaura diante da questão das ações afirmativas. Nesta mediação não há reciprocidade entre identidade e direitos indígenas nos entrevistados, somente critérios de qualificação tanto dos direitos quanto dos destinatários legitimados, fragmentando ainda mais a complexa questão de suas constituições identitárias.

Por outro lado, os que desaprovam o sistema de cotas para ingresso na Universidade procedem pela ponderação com outra opção que acreditam ter melhor eficácia e conseqüências menos danosas para as relações humanas na instituição.

Tal opção, abordada como “a ideal” para a resolução do problema da educação no Brasil, é o investimento na educação básica, centrado no referencial da escola pública brasileira, forma de não delimitar um segmento racial ou étnico específico a ser privilegiado, reunindo os problemas da exclusão e da desigualdade no mesmo enfoque, é dizer, na questão da (falta ou déficit de) intervenção do poder público no tocante a melhoria da educação.

“Olha eu sou totalmente contra a qualquer tipo de cota. Não só pra indígena assim, mas negro. Pelo menos eu acho que a questão não seria reservar um número de vagas só pra eles, mas seria oferecer educação igual para todo mundo. Acho muito injusto qualquer sistema de cotas.” (Tânia, entrevistada em 12/08/08)

O investimento na educação básica, centrado no referencial da escola pública brasileira, é uma forma de não delimitar um segmento racial ou étnico específico a ser privilegiado, reunindo os problemas da exclusão e da desigualdade no mesmo enfoque, é dizer, na questão da (falta ou déficit de) intervenção do poder público na melhoria da educação.

A sustentação ideológica está no apego à igualdade entre todos, de competirem às vagas como iguais perante a lei. Mas que lei? A lei do ingresso tradicional no vestibular, sem discrepâncias que outorguem “privilégios” a determinados segmentos da sociedade.

Em termos jurídicos, o plano ideológico da igualdade formal é compreendido pela aplicação de “...leis e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.” (Moraes, 2005, p. 32) Trata-se de limitação ao poder público (legislador e interprete/autoridade pública) e ao particular com a finalidade específica de evitar a discriminação abusiva e assegurar o que Ronald Dworkin denomina de “direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo.” (2002, p. 349)

Nos depoimentos, a universalização da igualdade formal à educação de qualidade serviria para suprimir as “desigualdades” que se apresentam entre os grupos sociais, ou melhor, entre as escolas públicas e particulares. No entanto, a negação das “diferenças” encontra guarida na afirmação das conseqüências que a implantação das cotas traria para o convívio entre cotistas e não-cotistas no meio acadêmico, misto de injustiça – contra os “normais”, ou seja, os estudantes que passam pelo tramite de ingresso não cotista – e discriminação cognitiva – contra os cotistas; espécie de *saber menos*, dificuldade na aprendizagem ou falta de recursos/oportunidades para terem tido melhor preparo, o que lhes coloca um degrau (ou muitos degraus) abaixo dos não-cotistas e, deste modo, não preparados para ingressarem na universidade ou, caso ingressem, comprometendo o nível/qualidade desta.

“Então, se nós temos um aluno negro ou indígena que recebe tal cota e não consegue acompanhar, o desenvolvimento educacional dele não consegue acompanhar o dos demais alunos, ele vai ser discriminado e vai acabar colaborando pra evasão da universidade...” (Elza, entrevistada em 16/06/08)

A ênfase no rigor do desempenho e do acesso cria, por outras vias, relações discriminatórias contra indígenas e negros. O estereótipo não se liga a visibilidade da

raça ou da etnia, mas com aquilo que Jessé Souza (2006) denomina de “*habitus precário*”. A pertença de hierarquização moral nas sociedades modernas dispõe raça e etnia como índices relativos de solidariedade ou discriminação tendo em vista uma escala de valores que existe, por assim dizer, *por trás* da raça/etnia, centrada numa ética do desempenho e da competitividade, permitindo separar entre os negros/indígenas dignos de reconhecimento social – no presente estudo, os que não entram pelas cotas e conseguem acompanhar o ritmo acadêmico – dos indignos do mesmo reconhecimento – igualmente, os que entram pelas cotas e/ou não conseguem acompanhar o ritmo acadêmico.

Tem-se a presença de um código social que sobredetermina a discriminação racial/étnica ao tangenciá-las como efeito da naturalização/opacidade de certa hierarquia valorativa, de cunho político e social, desenvolvida para obter a manutenção de padrões de desigualdade aceitáveis (e justificáveis) – no contexto da igualdade formal entre negros, indígenas e brancos – “percebidos” como resultado do “mérito” e, portanto, como produto da qualidade/liberdade individual.

Se assim o for, estamos diante de uma metamorfose do sistema de exclusão em sistema de desigualdade. (Santos, 2006) Não se trata mais de excluir os indígenas do ingresso na universidade, mas de permitir a inclusão desde que condicionada a internalização de determinados padrões valorativos/comportamentais, assentados na ética do desempenho e da concorrência capitalista – difusores de um perfil de acadêmico apto a ingressar na universidade. Violado estes, pelas ações afirmativas, a pertença da inclusão passa a não se comungar com a integração social, mas sim com a permanência de estereótipos.

Porém, a situação se diversifica quando se problematiza a possibilidade dos entrevistados de se pensarem enquanto beneficiados diretos das cotas, ainda que de modo hipotético. Henrique e Maria, estudantes autodeclarados indígenas e, pela mobilidade classificatória, negros, trouxeram novas ponderações sobre a relação entre identidade e direitos indígenas, a partir de seus depoimentos com relação às atuais cotas raciais vigentes na Universidade, e se eles, caso estivessem se preparando agora para o vestibular, iriam ou não pleiteá-la.

“Eu acho delicado falar destas coisas, até porque eu não tenho bases para ter uma opinião formada sobre isso, uma opinião fechada sobre isso. Até porque eu não sei como é a situação, o que eles precisam? O que este grupo étnico precisa? Quais são as dificuldades que eles passam? Então, eu dou uma opinião de quem está por fora vendo... Eu não sei se eu me colocando como negro, talvez eu me colocasse diferente.” (Maria)

A posição de *onde se fala* é uma nova consideração no plano dos depoimentos colhidos. Nesse ponto, Maria se coloca como alguém que reconhece tanto o local de onde parte quanto que mais do que informação lhe falta formação sobre a questão.

A transição do *falar sobre* para o *se situar como* interfere, basicamente, na correlação feita entre identidade e direitos. A ênfase na situação concreta, no atendimento de suas demandas e interesses, quebra a lógica abstrata e generalizante dos discursos feitos, até então, sobre as ações afirmativas, e as cotas em particular.

Na medida em que não se trata mais de falar sobre o “outro” negro/indígena como alguém distante, e sim enquanto este negro/indígena que está reivindicando a

materialização de seus interesses, por mais hipotéticos que sejam, há certa transição do pólo da igualdade formal para o da igualdade material.

“Henrique – A minha dúvida é que, digamos, se eu tivesse participando desse período em que nós negros e indígenas fossemos beneficiados por essas cotas, eu penso qual seria a minha ... [lapso temporal]

Entrevistador – Minha melhor maneira de entrar?

Henrique – Isso! Eu não entendo, não sei se por discordar, essa minha visão de que negros e indígenas são pessoas que não estudam, aí eu vou participar dessa cota, já eu tenho mais chance de entrar, porque sou uma pessoa dedicada, eu não sei se eu teria esse pensamento, acredito que eu acabaria participando da massa, eu acabaria participando da massa, porque eu não faço relação em discriminação, em dizer que o negro é burro, então, vou aproveitar por aqui, porque eles não vão passar, eu sei que eles não vão passar, eu to estudando, estou fazendo por onde, eu vou passar. Eu acho que não é assim, eu acho que acabaria participando da massa, mas realmente é bem difícil pra descobrir, somente eu estando na situação.”

É possível acompanhar os tempos da argumentação de Henrique só pelos pronomes empregados, invocando distintas conjunturas de posicionamento políticos frente às cotas.

Henrique inicia sua fala com um categórico “nós” para contextualizar o eixo de sua dúvida e a entronização dos direitos raciais e étnicos. O “nós” aqui funciona da mesma maneira que o “se colocar na situação” de Maria, elementos semânticos de recepção de novas relações ideológicas. Mais do que uma forma de pertencimento, o “nós” é o reconhecimento do “outro” indígena e/ou negro pelo viés da identidade, ao invés da alteridade; da coletividade, e não da individualidade.

No entanto, a força dos estereótipos *por trás* da raça/etnia logo ganha espaço pela crença de que os destinatários das cotas “são pessoas que não estudam”. A impessoalidade no discurso retorna com tamanha intensidade que mesmo a perspectiva do benefício individual – pela chance de passar com mais facilidade via cotas – não é capaz de suplantar a avaliação negativa e abstrata que se funda na presunção de inferioridade alcunhada aos grupos sociais pouco antes acolhidos identitariamente.

Por isso mesmo, é necessário que Henrique deixe nítida a diferenciação para com os outros de seus grupos, porque ao se perceber como “pessoa estudiosa” escapa dos estereótipos sobredeterminados aos seus pertencimentos racial/étnico e, ao mesmo tempo, se insere no perfil “apto” a ingressar na universidade e “digno” de reconhecimento social, em consonância com o código social, analisado há pouco.

O uso da “massa” aparece, assim, como expressão de transição da relação fundamental com o “outro” negro/indígena cotista para a com os “outros normais”; da prevalência da alteridade no trato dos direitos diferenciados e da igualdade material. A relação com as origens é suplantada pela relação com as ideologias, pois não se está confrontando os

estereótipos, mas sim deslocando o “eu” para um local menos favorável individualmente, porém pretensamente mais benéfico socialmente.

De qualquer forma, o trecho final de sua fala é marcado pela sustentação de contradições ideológicas que fazem do *falar sobre* e do *se situar como* dois marcadores polarizados, marcas que para a AD representam a evidência da heterogeneidade do sujeito e para a pesquisa significam a ampliação da repercussão das ações afirmativas sobre os sujeitos, de tal modo complexa e, por vezes, contraditória, que tornam a percepção da ligação com o reconhecimento identitário uma necessidade acessória, condicionada a outros aspectos sociais e políticos.

5. Arremates (não) conclusivos

A possibilidade de estudar e refletir sobre a complexidade da questão identitária indígena demonstrou que a relação entre sujeito/pensamento, no tocante a referência indígena, está muito além das discussões antropológicas e políticas atuais.

A lógica da apreensão identitária dos estudantes desloca-se da consideração “oficial” de sua aceitação bidimensional, mas nem por isso deixa de produzir efeitos para estudantes, familiares e para os próprios povos indígenas, se levarmos em conta a possível influência no “aumento demográfico” e, sobretudo, na discussão sobre políticas afirmativas.

Assim, o indígena é reconhecido como um símbolo cuja eficácia simbólica está condicionada a determinadas definições ideológicas de pertencimento social, político e cultural.

Apesar disso, os efeitos do se pensar indígena parecem estar restritos a funcionalidade do binômio identidade/alteridade, não enveredando para outras direções que demonstrassem a reciprocidade com os direitos indígenas.

Especificamente quanto a isso, um ponto interessante que surgiu no decorrer da análise dos depoimentos foi a problemática da atuação estatal na efetivação do direito à educação.

Como a educação é um direito tipificado como social – apesar de alguns, como Richard Pierre Claude (2005), tipificá-lo como direito social, econômico e cultural, na qual também nos filiamos pela sua designação de direitos humanos com múltiplas dimensões – na Constituição Federal brasileira, sua sistemática político-administrativa é de atuação positiva do Estado na prestação, o que acaba colocando em conflito a relação entre igualdade e liberdade, e, especialmente, entre igualdade formal e material.

Robert Alexy (1997) nos possibilita auferir a educação como direito fundamental social que aponta à obrigatória prestação estatal. Para ele, a polêmica teria como uma de suas razões o fato dos direitos a ações positivas compartilharem problemas que não pesam em absoluto ou não pesam com a mesma intensidade sobre os direitos a prestações negativas.

“Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado em la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tienen que perseguir. Em cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, em todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en qué medida se puede y se debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos.” (1997, p. 429-430)

Se assim o for, é sobre os “se”, “a possibilidade de” e “em que medida” que a questão da igualdade nas ações afirmativas se desenvolve, entre os depoimentos colhidos. Isso porque a questão de fundo é saber qual concepção ideológica de Estado se produz, e como é possível compatibilizar os conflitos de interesses que a educação, e, em particular, as ações afirmativas educacionais, determinam.

A situação se torna mais complexa, pois junto com o direito social à educação estão também os direitos culturais indígenas, para qual uma importante consideração à partida é informada por Rosinaldo Silva de Sousa (2001): saber qual definição de cultura se tem, dado a introdução da esfera cultural como objeto de disputa, validação e reconhecimento de direitos.

Observamos anteriormente a prevalência da visão “romântica” sobre os indígenas no tocante a relação identitária, mantida na esfera das ações afirmativas, especialmente entre os estudantes que defendem cotas para indígenas “legítimos”.

A cultura é, então, tomada como algo estático, onde as relações entre “branco” e “indígena” são marcadas, nos depoimentos, pela ênfase na perda da condição original indígena (aculturação). Logo, os direitos culturais estariam limitados por este “muro invisível” da perda cultural, onde qualquer avanço na efetivação de direitos, dentre os quais os educacionais, seriam medidos e permitidos, pelos “brancos”, tendo em vista a preservação da essência indígena, modo sutil de *negar afirmando* os direitos.

Com isso, é interessante notar o desenvolvimento da relação entre identidade e igualdade no trato das diferenças socioculturais dentro do contexto das ações afirmativas e das concepções ideológicas de Estado. A idéia mais difundida, principalmente pelos estudantes contrários as cotas ou a favor somente das cotas sociais, é de que a identidade não pode se converter em elemento de privilégio de oportunidades que desestremem as relações de igualdade (formal) pré-estabelecidas.

A identidade é incluída na igualdade e a diferença na desigualdade, pela proposição da solução “ideal” para a educação brasileira: melhoria da escola pública fundamental e média. O inverso, é dizer, a inclusão da igualdade na identidade, e da desigualdade na diferença, resulta, na maioria dos depoimentos, na situação insustentável de concessão de mecanismos de ingresso na universidade – as cotas – que provocariam injustiça, contra os “normais”, e discriminação, contra os cotistas.

Por outro lado, discutir as ações afirmativas educacionais sem problematizar a universidade se torna uma ausência considerável diante das exigências cada vez maiores por parte da sociedade – e dos movimentos sociais, em particular – na consagração de desafios que apontam para transformações mais do que conjunturais, mas propriamente estruturais na Universidade.

Mais do que teorizar “sobre”, o intuito é proceder a recomendações com base em idéias obtidas das falas dos estudantes entrevistados e também de reflexões desenvolvidas ao longo da escrita do presente documento.

Em primeiro lugar, a atuação proativa da Universidade, no sentido de dar efetividade a inclusão social e a igualdade material pelas ações afirmativas, precisa se apropriar com cautela das diferenças evidenciadas ao longo do trabalho entre demandas oriundas dos autodeclarados indígenas e dos indígenas estudantes, pois elas podem entrar em conflito quando houver a formulação de políticas afirmativas para este segmento da população.

Portanto, os critérios de tais políticas tornam-se tão ou mais importantes que a própria política em si, porque deles dependem não só a inclusão de indígenas estudantes oriundos de povos indígenas, mas também o respeito à autonomia dos povos indígenas no reconhecimento de quem são seus membros.

Em segundo lugar, a Universidade carece de estudos sobre a trajetória de pessoas oriundas do interior do estado do Pará e de outros estados da federação que estudam no *campus* de Belém. A compreensão de suas identidades e historicidades contribuiria para direcionar a atuação dos órgãos político-administrativos da Instituição, no sentido de empoderá-los de informações indispensáveis para a formulação de políticas de assistência estudantil voltadas para este segmento estudantil.

Em terceiro lugar, está a premente necessidade da Universidade promover espaços de debate sobre as ações afirmativas, por meio do fomento a eventos acadêmicos voltados para tal temática, via parceria com Centros Acadêmicos, Diretório Central dos Estudantes, Faculdades e Institutos.

Em quarto lugar, a recomendação de discutir e efetivar outras modalidades de entradas diferenciadas na Instituição, para além das cotas. As modalidades de vagas reservadas e turmas especiais propiciam, por exemplo, não somente melhores mecanismos de ingresso diferenciados, mas também impedem, ao menos teoricamente, o acirramento da discriminação contra o público alvo, visto não haver concorrência direta pelas vagas existentes, mas sim a criação de novas vagas ofertadas em processo seletivo separado do vestibular tradicional.

Por fim, é preciso compreender a lógica da constituição identitária dos diferentes grupos sociais que compõe a Universidade. Não pode restar dúvida de que todos são educáveis, independente da forma como se acessa a Instituição, pois as diferenças não estão em quem pode ser educado, mas sim no como e para que fins educar.

O cerne da proposta defendida é o respeito à diversidade cultural como parâmetro de estruturação epistemológica e social. Pensar a democratização da ciência é promover a diversidade *na* ciência; pensar a democratização da sociedade é promover a inclusão social de grupos vulnerabilizados.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas no Brasil – estado da arte. *In* ARAÚJO, Ana Valeria (org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito a diferença**. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006, pp.45-83.

BARTH, Frederik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. *In* BARTH, Frederik (org.). **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000, pp.25-67.

BEVILAQUA, Ciméa Barbató. **O primeiro vestibular indígena da UFPR**. Disponível em: <<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/campos/article/view/1627/1369>>>. Acesso em: 16 mar. 2008.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004

CLAUDE, Richard Pierre. Derecho a la Educación y Educación para los Derechos Humanos. *In* SUR. **Revista Internacional de Derechos Humanos**. Ano 2, n.02. São Paulo: Gráfica, 2005, pp. 38-65.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Introdução a uma História Indígena *In* CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1992, pp.09-24.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução. Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e ideologia**. São Paulo: Ática, 1995.

IBGE. **Tendências demográficas: uma análise dos indígenas com base nos resultados da amostra dos censos demográficos 1991 e 2000**. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução a obra de Marcel Mauss. *In* MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: EPU, volume I, 1974, pp. 01-36.

_____. **Antropologia Estrutural**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível

em: <<<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>>. Acesso em: 08 out. 2008.

MARQUES SANTOS, Maria Cristina Elyote. **A universidade pública e o sistema de cotas para afro-descentes: a experiência da UNEB e da UFRJ.** Disponível em: <<<http://www.fsba.edu.br/semanaacademica2006/TEXTOS/MARIA%20CRISTINA%20ELYOTE.pdf>>>. Acesso em: 16 mar. 2008.

MASTOP-LIMA, Luiza de Nazaré. **O tempo antigo entre os Suruí/Aikewára: um estudo sobre mito e identidade étnica.** Belém: dissertação apresentada ao mestrado em Antropologia da Universidade Federal do Pará, 2002.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.** São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Amabel Crysthina Mesquisa. **A efetividade do direito fundamental à identidade indígena no Ceará.** Fortaleza: monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Ceará, 2008.

MOURA, Vilmar Martins. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154567POR.pdf>>>. Acesso em: 10 out. 2008.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Discurso e leitura.** São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

PACHECO de OLIVEIRA, João e FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na formação do Brasil.** Brasília: MEC/SECAD; LACED/MUSEU Nacional, 2006. Disponível, também, em: <<http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/arquivos/CoLET13_Vias02WEB.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2008.

PINTO, Milton José. **Comunicação e Discurso: introdução à análise de discursos.** São Paulo: Hacker Editores, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.** Cadernos de Pesquisa, v.35, n.124, jan./abr. 2005, pp.43-55.

ROSEMBERG, Fúlvia. **Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro: Pontos para Reflexão.** São Carlos, UFSCAR, Setembro, 2006. Disponível em: <<www.acoesafirmativas.ufscar.br>>. Acesso em: 22 mar. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

SOUSA, Rosinaldo Silva de. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In NOVAES, Regina Reyes; KANT de LIMA, Roberto (org.). **Antropologia e direitos humanos – prêmio ABA/FORD**. Niterói: EdUFF, 2001, pp. 47-79.

SOUZA, Jessé. A visibilidade da raça e a invisibilidade da classe: contra as evidências do conhecimento imediato. In SOUZA, Jessé (org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte> Editora UFMG, 2006, pp. 71-95.

Cf. MOTA, Amabel Crysthina Mesquisa. **A efetividade do direito fundamental à identidade indígena no Ceará**. Fortaleza: monografia apresentada ao curso de bacharelado em Direito da Universidade Federal do Ceará, 2008.

Cf. LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2008.

Cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Introdução a uma História Indígena In CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, pp. 09-24.

Cf. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Quanto às ações afirmativas voltadas ao acesso de egressos do ensino médio público, negros e indígenas na educação superior, adotamos a compreensão das modalidades estabelecidas por Fulvia Rosemberg de: "...a) aulas ou cursos preparatórios para acesso ao ensino superior e de reforço (melhoria do desempenho acadêmico); b) financiamento dos custos para acesso (inclusive no pagamento a taxas para o vestibular) e permanência no ensino superior; c) mudanças no sistema de ingresso nas instituições de ensino superior via metas, cotas, pontuação complementar etc; d) criação de cursos específicos para estes segmentos raciais, tais como a licenciatura para professores indígenas da Universidade Federal de Roraima." (ROSEMBERG, 2006, p.04) Conferir: ROSEMBERG, Fúlvia. **Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro: Pontos para Reflexão**. São Carlos, UFSCAR, Setembro, 2006. Disponível em: <<www.acoesafirmativas.ufscar.br>>. Acesso em: 22 mar. 2008.

Sobre o assunto, alguns autores apontam o pioneirismo acadêmico associado, inicialmente, a pouquíssimas instituições estaduais da Bahia, Rio de Janeiro e Paraná que passaram a adotar entre 2002 e 2003 o sistema de cotas. Somente a partir de 2004 houve a adoção das cotas pelas universidades federais em Brasília, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Conferir: MARQUES SANTOS, Maria Cristina Elyote. **A universidade pública e o sistema de cotas para afro-descendentes: a experiência da UNEB e da UFRJ**. Disponível em:

<<<http://www.fsba.edu.br/semanaacademica2006/TEXTOS/MARIA%20CRISTINA%20ELYOTE.pdf>>>. Acesso em: 16 mar. 2008; e, BEVILAQUA, Ciméa Barbato. **O primeiro vestibular indígena da UFPR**. Disponível em:

<<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/campos/article/view/1627/1369>>>. Acesso em: 16 mar. 2008.

Cf. MOURA, Vilmar Martins. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154567POR.pdf>>>. Acesso em: 10 out. 2008.

Cf. MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 2000.

Trata-se de documento que todo discente que ingressa na Universidade tem de preencher obrigatoriamente, a fim de efetivar seu cadastro.

Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução a obra de Marcel Mauss. In MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: EPU, volume I, 1974, pp. 01-36.

Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Cf. MASTOP-LIMA, Luiza de Nazaré. **O tempo antigo entre os Suruí/Aikewára: um estudo sobre mito e identidade étnica**. Belém: dissertação apresentada ao mestrado em Antropologia da Universidade Federal do Pará, 2002.

Texto e discurso se distinguem na AD, pois enquanto o último é tomado como conceito teórico-metodológico, o primeiro é tomado como conceito analítico. “O *Discurso* é a linguagem em interação, ou seja, é o efeito de superfície de relações estabelecidas e do contexto da linguagem. O *Texto* é o discurso acabado para fins de análise... Enquanto objeto teórico, porém, o texto é infinitamente inacabado: a análise lhe devolve sua incompletude, acenando para um jogo de múltiplas possibilidades interpretativas.” (Minayo, 2000, p. 213)

Cf. PINTO, Milton José. **Comunicação e Discurso: introdução à análise de discursos**. São Paulo: Hacker Editores, 1999.

Na AD, o conceito de ideologia é apreendido no sentido marxista-gramsciano de conjunto de idéias ou representações que servem para explicar a ordem social, as condições de vida dos seres humanos e as relações que ele mantém com os outros sujeitos. Para explicações mais detalhadas, conferir: FIORIN, José Luiz. **Linguagem e ideologia**. São Paulo: Ática, 1995.

Cf. BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2002.

Cf. ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Discurso e leitura**. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

Cf. BARTH, Frederik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In BARTH, Frederik (org.). **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000, pp. 25-67.

As respostas daqueles que estabeleciam dois ou mais parentescos no mesmo grau foram incluídas uma única vez na contagem.

Para resguardar a identidade dos entrevistados os nomes utilizados são fictícios, por razões óbvias.

Termos retirados dos depoimentos.

Para Ana Valéria Araújo, os índios que vivem na cidade são, dentre outros motivos, parte de um fenômeno "... que resulta, em geral, de processos de expulsão, o que levou grupos inteiros, ou parte deles, a migrarem, inicialmente, das terras tradicionais para as cidades próximas, descolando-se posteriormente para as cidades maiores ..." (2006, p. 70). Conferir: ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas no Brasil – estado da arte. In ARAUJO, Ana Valeria (org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito a diferença**. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006, pp. 45-83. Disponível em: <<<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154567POR.pdf>>>. Acesso em: 10 out. 2008.

O Censo/2000 revelou total de 734.127 indígenas no Brasil, mais do dobro identificado em 1991, de 294.131 índios. De acordo com o IBGE (2005), isto representa uma taxa de crescimento anual de 10,8%, o que significa quase sete vezes mais do que o crescimento anual de toda população brasileira (brancos, negros, pardos, amarelos e indígenas), da ordem de 1,6%, no mesmo período. Conferir: IBGE. **Tendências demográficas: uma análise dos indígenas com base nos resultados da amostra dos censos demográficos 1991 e 2000**. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

Conferir: PACHECO de OLIVEIRA, João; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na formação do Brasil**. Brasília: MEC/SECAD; LACED/MUSEU Nacional, 2006. Disponível, também, em: <<http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/arquivos/CoLET13_Vias02WEB.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2008.

De acordo com Renato Ferreira (2008), atualmente existem 72 instituições públicas de ensino superior que promovem ações afirmativas, correspondendo a 32% do total de 224 instituições públicas cadastradas no Ministério da Educação (MEC). Destas, 53 instituições que aplicam a modalidade cotas ou bônus, sendo que: "... 34 instituições possuem medidas afirmativas para negros, sendo que destas, 31 se desenvolvem pelo sistema de cotas e 3 através do sistema de bonificação por pontos. O Estado de São Paulo é que possui mais universidades adotando esse tipo de medida, são 7 no total. No caso dos indígenas, já são 37 instituições que adotam ações afirmativas para este grupo. O Estado do Paraná possui a maioria das instituições que aplicam esta forma de política, são 18 ao todo." (Ferreira, 2008: 02). Cf. FERREIRA, Renato. **O mapa das ações afirmativas na educação superior**. Disponível em: <<http://www.forolatino.org/flape/boletines/boletin_referencias/boletin_23/pdf/brasil/Mapa%20das%20a%C3%A7%C3%B5es%20afirm%20na%20Educ%20Sup%20-%20RENATO.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

Em atendimento a Resolução n.º 3361 de 5 de agosto de 2005 do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE), cuja aprovação gerou diversas manifestações públicas de desacordo por parte de colégios privados de Belém e do interior do Pará, ocasionando a revisão do prazo de aplicação da Resolução para três anos após sua aprovação, no caso, aplicada por ocasião do vestibular de 2008.

Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

Mais conhecida por desigualdade social, o conceito de desigualdade está historicamente atrelado a distribuição de renda, portanto, à desigualdade econômica que assola o mundo desde antes da instauração do sistema capitalista de produção e circulação de riquezas, mas que, a partir do qual, sofreu (e vêm sofrendo) intensificação, devido a concentração do capital e exploração das diversas classes sociais.

Santos utiliza o conceito de exclusão social inserido no sistema de desigualdade, porém visando deslocar o debate da desigualdade centrado no conceito da pobreza “... para os conceitos de capital social, de comunidades activas, de políticas activas. Atendendo às condições estruturais da exclusão social, procura[ando] capacitar os indivíduos para as novas exigências do sistema produtivo (flexibilidade; mobilidade; aprendizagem ao longo da vida, etc.)” (2006, p. 280)

Especificamente quanto às reivindicações do movimento indígena para a estruturação de critérios de ingresso na universidade que respeitem a autonomia de povos indígenas, Gersem Luciano enfatiza que “... [n]este caso, as coletividades (aldeias, comunidades, povos e organizações indígenas) deveriam ser referenciais para a identificação dos estudantes, com toda a complexidade que isso implica. Interessante neste caso é que não são os não-indígenas (mesmo com representação indígena) que decidem pelos índios, mas os próprios índios.” (2006, p. 167)

Alteridade ou outridade é a concepção que parte do pressuposto da obrigatória interação e interdependência de todo ser para com o outro. O sujeito constrói sua identidade na interação com o outro. A alteridade seria o espaço da interação onde o outro se coloca como alguém impossível de ser apreendido em sua totalidade, um estranho por disposição ontológica. A alteridade é a exterioridade não assimilada, apesar de tolerada ou mesmo respeitada, condição assimétrica de apreensão do outro pelo sujeito, mesmo que, na prática, a sustentação ocorra pela relação dinâmica entre identidade e alteridade. Para Lévi-Strauss esta dinâmica é condição de possibilidade da diversidade cultural, pois “... toda a verdadeira criação implica uma certa surdez ao apelo de outros valores, podendo ir até à sua recusa, senão mesmo até à sua negação.” (1983, p. 48)

Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Cf. SOUZA, Jessé. A visibilidade da raça e a invisibilidade da classe: contra as evidências do conhecimento imediato. In SOUZA, Jessé (org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte> Editora UFMG, 2006, pp. 71-95.

Entendemos a igualdade material por um misto de justiça social e reconhecimento identitário. Estamos, assim, em acordo com Flavia Piovesan, para quem a igualdade material “... correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico)... [e] ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios.” (Piovesan, 2005, p. 47) Com isso, a atuação proativa dos Estados Democráticos de Direito tem que ocorrer simultaneamente pela redistribuição socioeconômica e reconhecimento de identidades de maneira equilibrada, a fim de efetivar o valor bidimensional da justiça. Conferir: PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v.35, n.124, jan./abr. 2005, pp. 43-55.

Cf. CLAUDE, Richard Pierre. Derecho a la Educación y Educación para los Derechos Humanos. *In* **SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos**. Ano 2, n.02. São Paulo: Gráfica, 2005, p. 38-65.

Explica Richard Claude que a educação é um “...derecho social porque, en el contexto de la comunidad, promueve el pleno desarrollo de la personalidad humana. Un derecho económico, pues favorece La autosuficiencia económica por médio del empleo o del trabajo. Y es um derecho cultural, ya que la comunidad internacional orientó la educación em el sentido de construir uma cultura universal de derechos humanos.” (2005, p. 39)

De forma expressa, tem-se: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Conferir: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Cf. SOUSA, Rosinaldo Silva de. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. *In* NOVAES, Regina Reyes; KANT de LIMA, Roberto (org.). **Antropologia e direitos humanos – prêmio ABA/FORD**. Niterói: EdUFF, 2001, pp. 47-79.

REFORMA AGRÁRIA E EDUCAÇÃO NO CAMPO: DA REDISTRIBUIÇÃO DA PROPRIEDADE DA TERRA À CIDADANIA DO TRABALHADOR RURAL

REFORME AGRAIRE ET EDUCATION DANS LA CAMPAGNE: DE LA REDISTRIBUTION DE LA PROPRIETE DE LA TERRE A LA CITOYENNETE DU TRAVAILLEUR RURAL

Juliana Cristine Diniz Campos

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar as especificidades da educação especial para reforma agrária, como instrumento de inclusão social do trabalhador rural. Busca-se demonstrar que o sistema fundiário brasileiro foi estruturado a partir de três elementos básicos: o latifúndio, a monocultura para exportação e a exploração do trabalho do camponês. Essa forma de organização gerou profundas desigualdades socioeconômicas, especialmente a exclusão de grande parte dos trabalhadores rurais ao acesso da terra. Como forma de superar o paradigma liberal-individualista, surge o novo regime do direito de propriedade, que prevê, além dos atributos básicos de garantia, deveres de funcionalização. Nesse contexto, foi a reforma agrária institucionalizada como exigência política e jurídica básica, por meio de sua previsão na legislação agrária e nas cartas constitucionais. A reforma deve ser realizada em duas fases, sendo a distribuição da propriedade apenas o início. É seguida pelo assentamento, onde as políticas de assistência têm a função primordial de garantir o êxito da ampla reestruturação. Entre as ações afirmativas relacionadas à inclusão do trabalhador rural, tem-se a mediação educacional como elemento básico de emancipação, possibilitando a conquista de sua cidadania. O direito à propriedade da terra assume uma função complexa de garantir não apenas o meio de produção econômica, mas a própria dignidade humana como núcleo axiológico da ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE. REFORMA AGRÁRIA. EDUCAÇÃO ESPECIAL. CIDADANIA.

RESUME

Ce travail analyse les caractéristiques de l'éducation spéciale pour la réforme agraire, comme moyen d'inclusion sociale du travailleur rural. On démontre que le système de distribution de la terre brésilien a été structuré sur trois éléments: vaste propriété rurale, monoculture pour l'exportation et l'exploration du travail. Cette forme d'organisation a produit des inégalités sociales et économiques, spécialement l'exclusion d'une grande partie des travailleurs ruraux à la terre. Comme moyen de surmonter le paradigme libéral-individualiste, il surgit le nouveau régime du droit de propriété, qui prévoit des devoirs de fonction sociale outre que des attributs basiques de garantie. Dans ce contexte, la réforme agraire a été instituée comme exigence politique et juridique, par sa prévision

dans la législation agraire et les constitutions. La réforme doit être réalisée en deux phases, tant que la distribution de la propriété soit le début. Elle est suivie par “l’assentamento”, où les politiques d’assistance ont la fonction primordiale de garantir le succès de la restructuration. Entre les actions affirmatives relationées à l’inclusion du travailleur rural, on a l’éducation comme moyen basique d’émancipation, qui permet la conquête de sa citoyenneté. Le droit à la propriété de la terre gagne une fonction complexe d’assurer non seulement le moyen de production économique, mais la dignité humaine comme la base axiologique de l’ordre constitutionnelle.

MOT-CLES: PROPRIETE. REFORME AGRAIRE. EDUCATION SPECIALE. CITOYENNETE.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a educação para reforma agrária como medida de inclusão social do trabalhador rural, condicionante da conquista de sua autonomia individual e de sua cidadania. A fim de investigar as especificidades da educação especial no campo como ação afirmativa, faz-se necessária a compreensão histórica da formação do sistema fundiário brasileiro, uma vez que a reforma agrária se qualifica como processo de divisão igualitária da terra como unidade produtiva básica, a partir da consolidação do novo regime jurídico da propriedade, que a associa a um dever fundamental de funcionalização.

A exploração predatória da propriedade rural no Brasil – identificada pela concentração da titularidade do direito à terra durante séculos – determinou a constitucionalização da reforma agrária no Brasil, através da previsão de capítulo específico para política agrícola, inserido no título referente à ordem financeira e econômica. Através de dispositivos específicos, estabelece-se um novo regramento para propriedade, enquanto dimensão de valor fundamental das relações sócio-econômicas no campo.

A disciplina jurídico-constitucional do direito de propriedade alcança, na realidade pós-1988, restrições às dimensões do uso, gozo e disposição da terra, relativamente à realidade rural. Nesse aspecto, pode-se afirmar que a propriedade é compreendida como fator de desenvolvimento, condicionada não apenas pela pretensão individual de uso de seu titular, mas também pelas pretensões da coletividade relacionadas à sua utilização funcional e proveitosa.

A partir de tal disciplina, já delineada como dever fundamental no artigo 5º da constituição e especificada nos capítulos da ordem econômica, tem-se a reforma agrária como o conjunto de medidas tendentes a assegurar a redistribuição da terra, concebida como meio de produção primordial, garantindo-se, em última análise, a efetividade da nova disciplina da propriedade a que se referiu.

A reforma agrária, como política em ato, inicia-se com a identificação dos imóveis mal utilizados seguida da expropriação pelo Estado, para o fim de redistribuição entre os trabalhadores rurais destituídos de acesso à terra. Realizada essa fase inicial, introdutória por viabilizar a reorganização da titularidade do direito à propriedade imóvel rural, segue-se o período mais complexo, em que se busca

assegurar, através de políticas diversas, a permanência no campo da família assentada, motivada por seu desenvolvimento social, econômico e cultural.

O sucesso da reforma depende, primordialmente, do êxito das políticas públicas posteriores ao assentamento, por determinarem a transformação das estruturas – não apenas institucionais, mas também ideológicas – de exclusão do trabalhador rural da condução do desenvolvimento do campo, em suas múltiplas dimensões. Pode-se afirmar que tais políticas de apoio ao assentado, ao garantirem a conquista da autonomia, permitem a reforma desde sua base, em face da transmutação de valores operada entre a comunidade rural.

Nesse aspecto, há falar em formas de “apoio” e de “incentivo” que vão além da esfera fiscal, creditícia ou de técnica agrícola, alcançando a prática educacional como meio privilegiado de reforma, possível através da inclusão – no sentido de alcance da liberdade de pensamento e de escolha – do trabalhador rural. Paulo Freire esclarece: *incidindo sobre a estrutura do latifúndio, transformando-a noutra, transitória, a do “asentamiento”, a reforma agrária exige um permanente pensar crítico em torno da ação transformadora mesma e dos resultados que dela se obtenham.*[1]

Associada à reestruturação fundiária, mediada pela ordem jurídica, a educação no campo é identificada como meio de reflexão sobre o novo sentido que se pretende dar à terra, enquanto elemento complexo de desenvolvimento e liberdade, a ser explorado de forma sustentável, ambientalmente correta e socialmente relevante. O reconhecimento do dever do proprietário do imóvel rural passa, necessariamente, pelo resgate da cidadania através educação, especialmente conduzida junto às comunidades assentadas, tendo em vista suas particularidades sócio-econômicas e culturais.

Neste estudo, busca-se apresentar e interpretar as principais especificidades da educação no campo no Brasil – nomeada pela União Federal como “educação para reforma agrária” –, a partir de sua inserção no contexto jurídico-político brevemente delineado. É o objetivo, portanto, compreender os processos de mudança estrutural mediados pela educação especial, como modalidade de ação afirmativa, relacionados à cidadania do trabalhador rural.

1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA: REESTRUTURAÇÃO FUNDIÁRIA E GARANTIA DO DIREITO À TERRA

Os vícios estruturais relacionados à propriedade da terra são fruto da precária empresa rural instalada no Brasil a partir do século XVI. O processo histórico de formação do sistema fundiário brasileiro teve por base a hipertrofia do latifúndio, fundada na exploração de monoculturas para exportação, através do emprego da mão-de-obra escrava.

Ainda no período colonial, com marco inicial em 1531, a organização da produção agrícola se deu a partir do regime sesmarial, já experimentado em Portugal desde o século XIV. As sesmarias se caracterizavam como grandes extensões de terra

conferidas a indivíduos a quem competia investir na economia rural. A empresa agrícola era fundada no latifúndio, dada a enorme quantidade de terra sem exploração e a ausência de pessoas interessadas em empreender. A elaboração da lei se deu em 1345, quando Portugal se recuperava de uma peste, os campos esvaziados e um déficit considerável de produtos alimentícios [2].

Desse modo, como esclarece Holanda, a *exploração dos trópicos não se processou, em verdade, por um empreendimento metódico e racional, não emanou de uma vontade construtora e enérgica: fez-se antes com desleixo e certo abandono.* [3] O modelo de colonização escolhido pelos portugueses não foi resultado de uma intenção desenvolvimentista preocupada com a sustentabilidade da empresa implantada, buscou-se, em verdade, usufruir imediatamente os proveitos da colônia recém-descoberta. Nesse sentido:

Não é certo que a forma particular assumida entre nós pelo latifúndio agrário fosse uma espécie de manipulação original, fruto da vontade criadora um pouco arbitrária dos colonos portugueses. Surgiu, em grande parte, de elementos adventícios e ao sabor das conveniências da produção e do mercado. Nem se pode afirmar que o sistema de lavoura, estabelecido, aliás, com estranha uniformidade de organização, em quase todos os territórios tropicais e subtropicais da América, tenha sido, aqui, o resultado de condições intrínsecas e específicas do meio. Foi a circunstância de não se achar a Europa industrializada ao tempo dos descobrimentos, de modo que produzia gêneros agrícolas em quantidade suficiente para seu próprio consumo, só carecendo efetivamente de produtos naturais dos climas quentes, que tornou possível e fomentou a expansão desse sistema agrário. [4]

Ao contrário do que comumente se atribui a uma “natural” forma de organização, a escolha do latifúndio como unidade de produção fundamental foi decorrente de um complexo de fatores econômicos e culturais relacionados à falta de interesse inicial do português em desenvolver empresa agrícola duradoura, à ausência de uma agricultura já avançada em Portugal e à imensa extensão territorial da colônia, quase que inteiramente desbravada à época.

Com economia fundada na empresa agrícola, sem a instalação de uma dinâmica cooperativa entre diversas atividades produtoras, observou-se, na história econômica nacional, o suceder de ciclos de produção concentrados na monocultura (cana-de-açúcar, café, algodão, etc), sempre fundados na concentração da propriedade e na exploração predatória da terra como meio de produção.

Tem-se a compreensão de que a organização da propriedade em latifúndios não é determinante para a alta produtividade nem medida indispensável para o desenvolvimento da economia agrícola. A desmistificação dessa realidade motivou a constitucionalização da reforma agrária, como imperativo ético, mas igualmente técnico, relacionado à necessidade de alcançar níveis mais satisfatórios de produtividade para o fim de promover o desenvolvimento nacional.

1.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL: A TERRA COMO MEIO FUNDAMENTAL DE PRODUÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

É possível afirmar que a institucionalização da reforma fundiária deve-se ao novo regime do direito de propriedade experimentado no Ocidente e, também no Brasil, que a compreende para além da concepção liberal-individualista. Se antes vista como direito individual absoluto e perpétuo, tutelado por diversos mecanismos processuais, com a nova ordem constitucional tem-se uma transformação do conceito, que associa a propriedade não apenas à dimensão da garantia, mas igualmente à dimensão do dever de funcionalização. Apesar de tardia, a transformação da disciplina jurídica da propriedade encontra-se como um dos paradigmas básicos da nova constituição.

A mudança estrutural da estrutura fundiária se dá, portanto, através da mediação do estado, que institucionaliza a reforma como programa constitucional. Observa-se que, mesmo em países de organização tipicamente socialista, os processos de reestruturação são efetivados pela atuação do poder institucionalizado, que detém os mecanismos de estabilização das relações jurídicas de propriedade. Assim, é possível identificar dois métodos fundamentais de reforma agrária: o método coletivista e método privatista, ambos dependentes do poder estatal, sendo aquele caracterizado pela reversão da propriedade privada em favor do estado, que distribui a terra como posse, não como domínio.

O método brasileiro de reforma agrária é necessariamente privatista, tendo em vista os dispositivos constitucionais que garantem, entre as liberdades públicas fundamentais, o direito à propriedade. No mesmo sentido, o artigo 170 da constituição federal estabelece, como um dos princípios gerais da atividade econômica, a propriedade privada (inciso II), inexistindo a possibilidade de uma reestruturação fundiária que implique: *a*) o combate ao domínio particular da terra, como forma de organização fundamental; *b*) a expropriação do direito de propriedade sem uma indenização correspondente.

Esses dois elementos são importantíssimos quando se organiza a reforma agrária, uma vez que o estado tem uma função primordialmente regulatória e assistencial. É sua função elaborar a normatividade infraconstitucional que exija a obediência ao dever de funcionalização da propriedade, ao mesmo tempo em que possibilita, com a criação de instituições especializadas em atender o trabalhador, a transformação da realidade no campo. Apesar de ter uma função interventiva bastante notória na primeira fase da reforma, referente à desapropriação, o desenvolvimento da atividade econômica do campo, a partir de uma política agrícola, é atividade eminentemente privada. O estado atua, em relação ao trabalhador assentado, como uma fonte provisória de auxílio, para que ele possa tornar-se autônomo e desenvolver sua própria produção, daí o teor assistencial[5].

A disciplina normativa da reforma agrária foi realizada, no Brasil, pela lei federal nº 8.629/1993, já de acordo com a nova ordem constitucional. É possível identificar mecanismos frágeis de reestruturação já na lei nº 4.504/1964, que institui o Estatuto da Terra e define a reforma agrária como “o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade” (artigo 1º, §2º). Apesar de prevista, a mudança da organização fundiária no Brasil não

alcançou níveis satisfatórios de efetividade até a promulgação da nova constituição, em 1988.

O processo de reforma compreende duas fases principais, a desapropriação por interesse social, que arrecada as propriedades improdutivas por não atenderem a sua função social, e o assentamento, como estrutura provisória, organizada pelo estado juntamente com os trabalhadores rurais. Através de políticas assistenciais, o poder público auxilia o agricultor assentado a se desenvolver, a partir do assessoramento técnico e do incentivo creditício e fiscal. Essa organização, marcada pela forte presença do estado, é necessária, pois restaria inviabilizado o direito à terra, como fonte de produção, sem os meios de desenvolvimento, até então inacessíveis ao agricultor.

É possível afirmar que a função da reforma é possibilitar o acesso à terra, como fator de inclusão social. Essa atuação não se limita à distribuição dos imóveis rurais, decorrente dos processos de desapropriação. O projeto de assentamento, como meio de organização básica da unidade rural recém-implantada, é fundamental no processo de desenvolvimento da economia do campo e da concretização da dignidade do trabalhador. É justamente nesse momento que a educação especial assume um papel relevante: pela mediação educativa, o sujeito resgata a sua autonomia, superando a exclusão – sobretudo simbólica e ideológica – a que estava submetido.

Para Alfonsin:

À rigidez do espaço terra adquirido como bem próprio, portanto, não corresponde rigidez dos direitos humanos fundamentais alheios aos do proprietário que, pelo exercício que for imposto ao direito dele, descumpra a função social da qual dependam, quando menos parcialmente, a eficácia dos primeiros. Isso significa que a validade “erga omnes” dos direitos reais não é invariável. É ela que tem de se adaptar e deixar interpelar pelos “interesses alheios” que explicam e justificam a função social daqueles direitos e não o contrário [6].

A propriedade rural tem, nesse contexto, o papel de possibilitar a inclusão social do agricultor, na medida em que é a partir dela que as relações sociais no campo irão se desenvolver. A construção da autonomia pelo trabalho livre e a conquista do direito à terra como meio de produção garante, ao trabalhador rural, o resgate de sua condição cidadã, através da concretização do imperativo da justiça social. A terra tem, assim, uma função social imprescindível, e é por essa razão que a divisão igualitária da propriedade rural é medida inaugural da reforma agrária.

A construção da cidadania do trabalhador rural, é possível, assim, através do processo de reforma do sistema fundiário, a partir da garantia do direito à terra, complementado pelas políticas de assistência posteriores à distribuição das propriedades, dentro da estrutura do assentamento. Entre as políticas, destacam-se: assessoramento técnico-científico; seguro agrícola; crédito rural; tributação e incentivos fiscais; formação profissional e educação rural [7].

É preciso compreender, portanto, as especificidades da educação contextualizada no âmbito da reforma agrária, para se tenha uma maior efetividade na reorganização da estrutura fundiária no Brasil. Associa-se essa tarefa à exigência constitucional de

garantir a dignidade humana, por meio do combate às desigualdades econômicas e sociais características da sociedade nacional.

EDUCAÇÃO ESPECIAL: INTENCIONALIDADE E POLITICIDADE DA PRÁTICA PEDAGÓGICA COMO MEDIDA DE INCLUSÃO SOCIAL

O ato educativo apresenta-se como prática social, através da qual é possível não apenas transmitir o conhecimento acumulado por determinada civilização, mas inserir o indivíduo no mundo de significados de sua comunidade. A educação tem, assim, uma dimensão de permanência das estruturas, ao mesmo tempo em que possibilita a construção da autonomia individual, abrindo o caminho para a mudança. Por essa razão, Federico Mayor[8] a define como um *processo que, ao longo de toda a vida, confere a capacidade de dirigi-la de acordo com a nossa reflexão, pensamento e escolhas. A educação liberta. Ela nos concede a soberania pessoal.*

Reconhecer a dupla função aparentemente contraditória da prática educativa traz algumas consequências teóricas. A primeira delas é relacionada ao reconhecimento da intencionalidade da atividade educacional: educa-se para determinado fim, ainda que o sentido desse educar não seja explícito ou refletido. A segunda consequência fundamental refere-se à politicidade da práxis: educação é formação em valores, para o bem ou para o mal; tem-se a referência, portanto, à eticidade da função educativa.

Nesse sentido, é possível sustentar que toda concepção de processo educativo *sempre expressa uma doutrina pedagógica, a qual implícita ou explicitamente se baseia em uma filosofia de vida, concepção de homem e sociedade* [9]. Refere-se, portanto, a um quadro valorativo responsável pela coesão e permanência do corpo social conforme determinada identidade, desenvolvida na história. O direito à educação, como institucionalização da pretensão social ao ensino, não está dissociado dessa discussão propriamente filosófica e necessariamente histórica.

Por que educar? Para que educar? São perguntas cujas respostas condicionam necessariamente o modo de concretizar a prática educativa e constituem o fundamento material do direito à educação. Desse modo, é possível afirmar que toda ação educacional que tenha por finalidade construir a autonomia do educando deve ser necessariamente contextualizada social e historicamente. A educação especial para reforma agrária surge, nesse contexto, como ação afirmativa, por possibilitar, a partir das especificidades da realidade do campo, a inclusão do trabalhador através da crítica de sua condição de excluído.

Tem-se o conceito de ação afirmativa como medida inclusiva, que garante a igualdade material em um contexto de profundo desequilíbrio de forças. Apesar de tradicionalmente associadas à proteção de minorias étnicas e de gênero[10], é possível sustentar uma noção de ação afirmativa mais ampla: tratam-se, em última análise, de medidas interventivas relacionadas ao reconhecimento da diversidade e da possibilidade de participação social, econômica e política de minorias marginalizadas.

Para Capelo:

A discussão em torno da diversidade cultural faz parte desse paradoxo contemporâneo que engendra tanto a possibilidade de padronização cultural e de massificação, quanto uma perspectiva comunitarista erigida em torno da mobilização de grupos sociais que reivindicam o reconhecimento de suas especificidades socioculturais: índios, *trabalhadores rurais*, terceira idade, punks, negros, índios, gays, mulheres, jovens, etc [11].

Desse modo, tem-se que a educação para reforma agrária, ao dirigir-se a uma categoria social específica, excluída do ponto de vista econômico, pode ser conceituada como ação afirmativa, na medida em que tem como função a conquista da autonomia desse grupo, por meio do reconhecimento de suas especificidades culturais.

Sobre a especificidade da educação especial como medida de inclusão, tem-se que *as políticas devem atentar para a questão central da diversidade*. Implica reconhecer que os trabalhadores rurais *carregam consigo múltiplas aprendizagens obtidas enquanto compartilham espaços sociais e geográficos diferentes* [12]. Desse modo, é preciso empreender: *a)* medidas de formação educacional da comunidade camponesa, instalada nos assentamentos, como política pública inserida na reforma agrária e como ação afirmativa básica; *b)* o desenvolvimento de uma metodologia de ensino apropriada às condições culturais do grupo, para que possibilite uma inclusão respeitadora da diferença. Para Candau:

A consciência do caráter homogeneizador e monocultural da escola é cada vez mais forte, assim como a consciência da necessidade de romper com esta e construir práticas educativas em que a questão da diferença e do multiculturalismo se façam cada vez mais presentes.[13]

A execução de programas educacionais específicos para reforma agrária surge, então, como medida relacionada à reestruturação fundiária, decorrente do processo de redistribuição da terra. As ações educativas especiais permitem, assim, a inclusão social dos camponeses assentados, sendo, por essa razão, identificadas como ações afirmativas, a partir de uma definição ampliada do conceito. É indispensável que se compreenda que essa prática educacional está referenciada à sua intencionalidade – a inclusão e a conquista da cidadania – de que modo que deve ser conduzida de forma especial, atentando-se para as diferenças culturais do grupo atingido.

EDUCAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA E REESTRUTURAÇÃO DAS RELAÇÕES DE PRODUÇÃO

A educação para reforma agrária não se destina a uma simples transmissão de conhecimentos nos mesmos moldes da educação escolar tradicional, efetuada nos espaços urbanos. É uma educação especial, por duas razões fundamentais: em geral a comunidade camponesa assentada, beneficiada pela ação educacional, demanda um processo prévio de alfabetização, especialmente direcionado a jovens e adultos, em um

espaço de tempo menor relativamente ao alfabetizar de crianças; a ação educacional tem a função de possibilitar a reestruturação fundiária, a partir da compreensão da terra como unidade de produção, a ser explorada pela comunidade de forma sustentável e em regime cooperativo.

Tem-se, portanto, um público-alvo bastante específico, com condições de aprendizado diferenciadas em razão de idade e de tempo disponível. Além disso, demanda-se uma formação que integre o conhecimento à ação e ao trabalho, pois o agricultor conquista sua autonomia pela reflexão da estrutura de exclusão social que ele deve superar, através do assentamento e do amparo estatal. Como esclarece Freire, *faltando aos homens uma compreensão crítica da totalidade em que estão, captando-a em pedaços nos quais não reconhecem a interação constituinte da mesma totalidade, não podem conhecê-la* [14]. Sem conhecê-la, permanecem num estado de dominação que impede a transformação do latifúndio em unidade produtiva explorada de forma familiar, através do desenvolvimento do assentamento.

Desse modo, o êxito da reforma agrária como mudança estrutural depende, primordialmente, das políticas educacionais específicas para a comunidade camponesa, para que se estabeleça um diálogo entre educador e agricultor, mediador do processo inclusivo. O método da educação para reforma agrária é, portanto, dialógico e problematizador, fundado no conceito de “temas geradores”, também nominado de “universo temático” [15].

A formação do trabalhador rural está referenciada ao seu horizonte de compreensão, sendo ineficaz a aplicação irrefletida da mesma metodologia de ensino escolar tradicional ao público dessa forma especial de educação. Como esclarece Freire:

Isso significa, então, que não é possível desconhecer o *back-ground* cultural que explica os procedimentos técnico-empíricos dos camponeses. Sobre essa base cultural – em que se constituem suas formas de proceder, sua percepção da realidade – devem trabalhar todos os que tenham esta ou aquela responsabilidade no processo da reforma agrária [16].

O educador trabalha, assim, com o universo temático do agricultor, a partir da discussão de situações-problema enfrentadas pelo educando no fazer diário de sua atividade laboral. Discute-se, fundamentalmente, a partir da compreensão da terra como elemento complexo de desenvolvimento, daí porque uma nova concepção de propriedade faz-se imprescindível a uma política especial de educação para reforma agrária.

A transformação da estrutura fundiária não se dá pela simples distribuição da terra, possibilitada pela fase inicial da reforma. Isso porque, muitas vezes, as relações de domínio (determinantes da exclusão social) são reproduzidas no assentamento, devendo a educação trabalhar o novo conceito de propriedade como instrumento de aproveitamento racional e efetivo, responsável pelo desenvolvimento econômico e humano do campo, a partir de moldes isonômicos. A reforma deve ser acompanhada, portanto, pela mudança da consciência camponesa em relação à terra e do papel do agricultor como sujeito de transformação social.

Assim sendo, a compreensão de reforma não busca, simplesmente, tornar um latifúndio improdutivo em unidade bem aproveitada com a transmissão de técnicas avançadas de produção. A educação para reforma agrária não tem a única finalidade de apresentar ao trabalhador a tecnologia agropecuária. É preciso trabalhar a conquista da autonomia, que se converte em prática cidadã quando o camponês compreende a si mesmo como agente titular de direitos e deveres relacionados à comunidade de que faz parte.

Desse modo, é possível afirmar que a reforma agrária, relacionada, pelo artigo primeiro da lei 4.504/1993, à justiça social, depende do desenvolvimento de uma compreensão crítica da realidade, através da qual o agricultor se percebe como sujeito digno em si mesmo, titular de direitos fundamentais. O acesso à terra é, assim, apenas uma dessas pretensões constitucionalmente tuteladas, na qualidade de instrumento-base que possibilita a concretização da autonomia individual.

Sendo a dignidade humana um dos princípios fundamentais da república brasileira, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III, da constituição, a reforma agrária aparece como política pública específica que concretiza a norma principiológica em referência, especialmente no que se refere ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I). Para Landa:

A dignidade não é apenas um valor e princípio constitucional, mas igualmente o motor dos direitos fundamentais; pois ela serve tanto de parâmetro fundamental da atividade do estado e da sociedade, como também de fonte dos direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana se projeta não apenas defensiva ou negativamente ante as autoridades e os particulares, mas também como um princípio de ações positivas para o livre desenvolvimento do homem.[17] [tradução nossa]

A educação para reforma agrária se insere nesse contexto, em que a exigência normativa de concretização da dignidade humana impõe a realização de ações positivas de enfrentamento das desigualdades sociais e econômicas. Realiza-se, assim, pela mediação educacional, a mudança das estruturas ideológicas de exclusão, através da crítica da estrutura superada como incapaz de atender aos postulados de igualdade e bem-estar amparados pelo projeto constitucional.

CONCLUSÕES

Este trabalho buscou analisar as especificidades da educação especial para reforma agrária, enquanto categoria de ação afirmativa realizada no contexto da redistribuição do direito à terra. Para tanto relacionou-se o processo de formação do sistema fundiário brasileiro ao surgimento do novo regime do direito de propriedade, na medida em que o histórico de concentração das unidades de produção em latifúndios provocou imensas desigualdades sociais e econômicas que demandaram, com o surgimento do estado social, uma nova concepção de propriedade.

A partir da compreensão de que a terra assume uma função social complexa de promover a produção econômica no campo, ao mesmo tempo em que garante o desenvolvimento humano e a concretização da dignidade, tem-se a redistribuição das propriedades imóveis rurais como o primeiro passo de transformação. O processo de divisão mais igualitário deve ser seguido da estrutura do assentamento, onde o auxílio do estado permite que o camponês tenha acesso aos meios de desenvolver-se, que envolvem incentivos fiscais, creditícios e a formação profissional e educativa.

Nesse contexto, conforme se demonstrou, a educação assume o papel primordial de garantir a autonomia do trabalhador, através de um processo reflexivo, que reconhece criticamente a anterior situação de excluído a ser necessariamente transposta pelo trabalho da terra. Mostra-se imprescindível que essas políticas educacionais considerem o universo cultural específico da comunidade camponesa, a fim de que a transformação da estrutura preconizada pela legislação e pela carta constitucional tenha sucesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: SAFE, 2003.

CAPELO, Maria Regina Clivati. *Diversidade Sociocultural na Escola e a Dialética da Exclusão/Inclusão*. In: GUSMÃO, Neusa Maria M. de. **Diversidade, Cultura e Educação: Olhares Cruzados**. São Paulo: Editora Biruta, 2003.

CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e Educação: Desafios para a Prática Pedagógica*. In: MOREIRA, Antônio Flávio; CANDAU, Vera Maria (orgs.). **Multiculturalismo: Diferenças Culturais e Práticas Pedagógicas**. Petrópolis: Vozes, 2008, pg. 13-37.

FREIRE, Paulo. *Ação Cultural e Reforma Agrária*. In: _____. **Ação Cultural para Liberdade e outros Escritos**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Pedagogia do Oprimido**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

FREITAG, Barbara. **Educação, Escola e Sociedade**. São Paulo: Centauro, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas*. Disponível em: <www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Companhia das Letras: 2006.

LANDA, César. *Dignidad de la Persona Humana*. In: Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre, n. 7, Universidade Autónoma de México. México: 2002, pg. 109-138.

KONINCK, Thomas de. **Filosofia da Educação: Ensaio sobre o Devir Humano**. São Paulo: Paulus, 2007.

PEREIRA, Luciene Maria Pires. *Portugal e Brasil: Um Estudo Comparado acerca da Distribuição das Terras*. In: Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão. ANPUH/SP – USP. São Paulo: 2008.

[1] FREIRE, Paulo. *Ação Cultural e Reforma Agrária*. In: FREIRE, Paulo. **Ação Cultural para Liberdade e outros Escritos**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

[2] PEREIRA, Luciene Maria Pires. *Portugal e Brasil: Um Estudo Comparado acerca da Distribuição das Terras*. In: Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão. ANPUH/SP – USP. São Paulo: 2008.

[3] HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pg. 33-34.

[4] *Op. cit.*, pg. 38-39

[5] É preciso distinguir o assistencialismo, como retórica política de cunho negativo, da assistência social. Esta está relacionada ao reconhecimento jurídico das desigualdades sociais e tem como consequência a institucionalização de medidas de apoio e de inclusão a categorias sociais específicas, como mulheres, idosos, pobres, crianças, etc. A garantia de medidas assistenciais está prevista na constituição, a partir do artigo 203 e tem como objetivos a “proteção”, o “amparo” e a “promoção da integração ao mercado de trabalho. O apoio estatal ao trabalhador rural assentado tem um teor claramente assistencial, e decorre da compreensão de que, sem o auxílio, o agricultor não terá meios de tornar a propriedade recebida produtiva.

[6] ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: SAFE, 2003, pg. 204.

[7] Medidas previstas no artigo 4º da lei federal 8.171/1991, que dispõe sobre a Política Agrícola.

[8] MAYOR, Federico. Prefácio. In: KONINCK, Thomas de. **Filosofia da Educação: Ensaio sobre o Devir Humano**. São Paulo: Paulus, 2007, pg. 7.

[9] FREITAG, Barbara. **Educação, Escola e Sociedade**. São Paulo: Centauro, 2005, pg. 33.

[10] Sobre o conceito tradicional e mais restritivo de ações afirmativas, conferir: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas*. Disponível em: <www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. *Último acesso em: 1 de maio de 2008*.

[11] CAPELO, Maria Regina Clivati. *Diversidade Sociocultural na Escola e a Dialética da Exclusão/Inclusão*. In: GUSMÃO, Neusa Maria M. de (org.). **Diversidade, Cultura e Educação: Olhares Cruzados**. São Paulo: Editora Biruta, 2003, pg. 115.

[12] CAPELO, Maria Regina Clivati. *Op. cit.*, pg. 121.

[13] CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e Educação: Desafios para a Prática Pedagógica*. In: MOREIRA, Antônio Flávio; CANDAU, Vera Maria (orgs.). **Multiculturalismo: Diferenças Culturais e Práticas Pedagógicas**. Petrópolis: Vozes, 2008, pg. 15.

[14] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. São Paulo: Paz e Terra, 2008, pg. 111.

[15] FREIRE, Paulo. *Op. cit.*, pg. 101.

[16] FREIRE, Paulo. *Reforma Agrária, Transformação Cultural e o Papel do Agrônomo Educador*. In: SOUSA, Inês Ana (org.). **Paulo Freire: Vida e Obra**. São Paulo: Expressão Popular, 2001, pg. 308.

[17] LANDA, César. *Dignidad de la Persona Humana*. In: Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre, n. 7, Universidade Autónoma de México. México: 2002, pg. 112. No original: *Pero la dignidade no solo es un valor y principio constitucional, sino también es una dínamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como um principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre.*

A OBESIDADE MÓRBIDA CONSIDERADA COMO DEFICIÊNCIA PARA FINS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

MORBID OBESITY REGARDED AS A DISABILITY IN SEARCH FOR CONSTITUTIONAL PROTECTION

**Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla
Fernando Heitor Raphael Silveira**

RESUMO

No presente estudo desenvolve-se a idéia de que o indivíduo portador de obesidade mórbida necessita ser considerado como pessoa com deficiência, a fim de receber a proteção constitucional e infraconstitucional de nosso ordenamento jurídico, já que integra um grupo à margem da sociedade. Aponta-se, então, o desenvolvimento histórico acerca da visão social sobre obesidade, bem como uma breve menção aos conceitos médicos referentes ao tema. Observando a inclusão social da pessoa com deficiência como concretização do princípio da igualdade, assegurado em nossa Constituição, prestigia-se um dos fundamentos de nossa República: a dignidade da pessoa humana. A efetivação da promoção do bem de TODOS, sem quaisquer preconceitos ou discriminações é o que se busca incentivar neste artigo.

PALAVRAS-CHAVES: OBESIDADE. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCLUSÃO SOCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

Within the present work we explore the idea that the individual who suffers from morbid obesity needs to be regarded as a person with disability, in order to receive the full constitutional protection from our legal system since he/she is part of a group severely excluded from plain social life. Our study continues, pointing to the historical development of the social view about obesity, as well as a brief mention of medical concepts regarding the subject. Observing the social inclusion of the person with some disability as fulfillment of the basic principle of equality, upheld by our Constitution, we preserve one of the foundations of our Republic : dignity of the human person. The effective promotion of common good, without any prejudice or discrimination, is what we sought to emphasize in this article.

KEYWORDS: MORBID OBESITY. PERSON WITH DISABILITY. SOCIAL INCLUSION. CONSTITUTIONAL PROTECTION.

INTRODUÇÃO

Como é sabido, as pessoas com deficiência são objeto de proteção constitucional, vez que formam um grupo cuja dificuldade de inclusão social mereceu a atenção do Constituinte Originário. No entanto, para que não seja subvertida a vontade da Constituição, é necessário que o conceito de pessoa com deficiência seja abrangente – e não apenas restrito às formas de deficiência comumente conhecidas.

As pessoas portadoras de deficiência são parcela significativa de nossa população. Da mesma forma, não se pode desconsiderar que a obesidade é uma realidade cada vez mais presente em nosso meio de maneira que, hoje, milhões de brasileiros estão acima de seu peso ideal, e milhares são portadores de obesidade mórbida, conforme dados recentes do IBGE.

A obesidade é atualmente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como um problema grave de saúde pública. A classificação desse tipo de patologia é feita de acordo com o Índice de Massa Corporal do indivíduo e, dentro dessa escala, fica claro que a obesidade severa deve ser entendida também como deficiência física (indubitável que o obeso mórbido e o “superobeso” apresentam dificuldades motoras latentes, necessitando de acomodações especiais em razão de sua condição).

É certo que além das dificuldades físicas, a sociedade impõe aos obesos um constrangimento moral, na medida em que não são vistos como portadores de patologia e sim como pessoas responsáveis por suas mazelas. O preconceito em relação a pessoas obesas, em nosso círculo social, é “justificado e perdoado”.

Dessarte, entendemos que o portador de obesidade mórbida encontra-se amparado pela Lei Maior no que tange à proteção daqueles que têm deficiência, já que encontra limitações e enfrenta inúmeras dificuldades em razão de seu estado físico.

Impossível deixar de observar que nossa Constituição Federal é inclusiva, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, na medida em que estabelece como um dos objetivos de nossa República a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações. Assim, nas próximas linhas pretende-se demonstrar que a valorização de todos os seres humanos e a construção de uma sociedade inclusiva são a concretização da vontade constitucional e do princípio da igualdade.

Por fim, registre-se que o estudo foi ilustrado com algumas informações médicas, todavia sem qualquer pretensão de esgotar o tema. O intuito é tão somente trazermos à discussão o assunto da inclusão social das pessoas com obesidade severa, bem como sua proteção em nosso ordenamento jurídico.

1. A OBESIDADE MÓRBIDA: CONCEITO E PRECONCEITOS

Patamar Histórico e Conceito

Por milhares de anos, a obesidade apresentou-se como uma doença rara[1], sendo que sua origem pode ser datada de cerca de 30.000 anos atrás, dentre nossos ancestrais pré-históricos. A famosa estátua da Vênus de Willendorf, cuja idade estimada é de 22.000 anos, retrata o corpo de uma mulher obesa, como uma idealização do corpo feminino, vista por alguns até mesmo como um símbolo de fertilidade.

Dentre o povo judeu, durante as diásporas cristã e muçulmana, a obesidade era tida como um sinal de falta de autodisciplina, não apropriada para um homem de verdade, passível até mesmo de punição. O homem gordo “é incapaz de se tornar honrado”[2].

Para os cristãos, da mesma forma, o excesso de peso é tratado de forma pecaminosa, como defluiu, por exemplo, do texto Bíblico de Provérbios 23:20-21. Indicação semelhante aparece no Alcorão, na 7ª Surata, verso 31, também condenando a obesidade dentre os muçulmanos.

Todavia, a obesidade deixou de ser vista somente como sinal de falta de autocontrole ou marca de pecado para ser progressivamente reconhecida como doença.

A mudança nos hábitos alimentares de todos os povos, ocorrida em função da constante evolução da indústria alimentícia mundial – hoje totalmente globalizada, provocou a gradativa disseminação da obesidade dentre os povos. As interferências culturais suscitaram mudanças drásticas na gastronomia de praticamente todos os Países, e com a prevalência de alimentos mais ricos em açúcares e gorduras, em sociedades cada vez mais tendentes ao sedentarismo, o número de casos de pessoas obesas sofreu um aumento significativo, sobretudo no final do século 20.

A situação agravou-se de tal forma, que em 1997 a Organização Mundial de Saúde elevou a obesidade ao patamar das mais graves questões de saúde pública – verdadeira epidemia – dentre os países desenvolvidos, e até mesmo nas regiões em desenvolvimento.

Segundo dados de 2005, a única região do mundo em que a obesidade ainda não se faz presente é na África, nos países localizados abaixo do deserto do Saara[3]. E a projeção da OMS para a população mundial de 2015 é assustadora: 2.3 bilhões de adultos acima do peso, e mais de 700 milhões de obesos[4].

Em termos médicos, atualmente a obesidade é mensurada através do cálculo aferidor do Índice de Massa Corporal (IMC) do indivíduo, que é feito através da seguinte fórmula:

$$IMC = kg / m^2$$

O peso do indivíduo é dividido por sua altura ao quadrado, em metros, obtendo-se o referido índice. Quanto à classificação, são os seguintes os graus de obesidade:

IMC	Classificação
Abaixo de 18.5	Subpeso
18.5–24.9	Peso Normal
25.0–29.9	Sobrepeso
30.0–34.9	Obesidade Grau I
35.0–39.9	Obesidade Grau II
Acima de 40.0	Obesidade Grau III

Algumas modificações foram feitas, contudo, à classificação dada pela Organização Mundial de Saúde; a literatura médica atual divide a Obesidade Grau III em outras categorias[5]:

- Qualquer índice acima de 40 é considerado como obesidade severa;
- Índices entre 40 e 49,9 são considerados como obesidade mórbida;
- Qualquer índice acima de 50 é tido como “superobeso”.

Além do Índice de Massa Corporal, também são considerados, na avaliação da obesidade, a medida da circunferência absoluta da cintura e o índice cintura-quadril, ou alternativamente a medição de gordura corpórea.

Em linhas gerais, obesidade pode ser definida como sendo uma condição em que o excesso de gordura corporal acumula-se em uma proporção em que a saúde do indivíduo é seriamente afetada e, a partir de um determinado grau, pode levar o obeso à morte.

As conseqüências à saúde são extremamente danosas, e aumentam proporcionalmente ao aumento do IMC. Segundo o mesmo relatório da Organização Mundial de Saúde, o excesso de massa corporal é um alto fator de risco para doenças crônicas como:

- Doenças cardiovasculares, principalmente infartos e outros males do coração, atualmente uma das principais causas de morte no mundo – cerca de 17 milhões cada ano;
- Diabetes – que também caminha para se tornar uma epidemia, com uma projeção de crescimento de 50% nos próximos 10 anos;
- Problemas relacionados à musculatura e esqueleto;
- Alguns tipos de câncer – como câncer no seio, cólon e endométrio.

No presente artigo, nosso objetivo é tratar sobre os pacientes com obesidade em nível III ou superior; pretendemos demonstrar ao término do deste estudo, ainda que não de forma exaustiva, que o indivíduo acometido de obesidade em grau III ou superior há que ser considerado como pessoa com deficiência, digna da plena proteção que lhe confere nosso ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição.

Para tanto, reunimos alguns casos ocorridos no Brasil e no exterior, que denotam uma clara tendência de se reconhecer na pessoa obesa, ao invés de um indivíduo desleixado e destituído de domínio próprio, alguém que merece ser tratado com absoluta dignidade, na plena extensão prevista no art. 3º de nossa Constituição Federal.

A Discriminação Contra os Obesos

O Dicionário Houaiss assim define o preconceito:

§ tratamento pior ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais; intolerância;

§ ato que quebra o princípio de igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas

Segundo Alice Monteiro de Barros[6], a palavra discriminação, do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção.

De acordo com a Convenção 111 da OIT, em seu artigo 1º, o termo discriminação compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência, com base na cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

Oportuno trazermos, também, a definição de Maurício Godinho Delgado[7]:

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.). Mas pode, é óbvio, também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.

Como consequência do aumento significativo dos casos de obesidade dentre todas as classes sociais, bem como nas várias faixas etárias, sem distinção de sexo, vários movimentos surgiram contra o preconceito de que são vítimas os obesos.

Segundo uma pesquisa realizada pelo instituto Jaime Troiano – Estratégias de Consumidor[8], sobre a imagem que têm de si as mulheres entre 20 e 45 anos, das classes A e B de São Paulo, de cada dez entrevistadas, nove declaram profunda insatisfação com o próprio corpo.

A pergunta feita às mulheres era: “Se a senhora pudesse mudar alguma coisa em sua aparência, o que mudaria?” Mais da metade das entrevistadas respondeu que desejaria encontrar no espelho uma imagem mais esguia do que a atual.

São sobremaneira rigorosos os padrões estéticos impostos por nossa sociedade e pelos meios de comunicação como um todo. Quanto mais afastado dos estratos subordinados, e mais próximo dos padrões da elite, melhor. “Inacessível à maioria, o belo é um signo de distinção social para poucos”, afirma a historiadora Maria Angélica Soler, da PUC de São Paulo.

A feminista americana Naomi Wolf (autora de *O Mito da Beleza*) notou um traço peculiar da mulher de antes da Revolução Industrial, confinada aos trabalhos domésticos e à vida social limitada ao bairro, que possivelmente nunca experimentou o sentimento da mulher moderna em relação à beleza. “Esta vive o mito da beleza como uma contínua comparação com um ideal físico amplamente difundido.” Wolf explica: “Antes da invenção de tecnologias de produção em massa - daguerreótipos, fotografias, filmes etc. –, uma mulher comum era exposta a poucas imagens dos tipos ideais de beleza feminina fora da igreja”. O bombardeio de imagens dos dias atuais, somado à exuberância e variedade dos alimentos disponíveis nas prateleiras dos supermercados, congestionam as mulheres de complexos e desejos voltados para a conquista do corpo perfeito.

Mesmo as crianças obesas já sofrem com a discriminação, dentro e fora do ambiente familiar. Anedotas sobre pessoas extremamente obesas são comuns nos meios escolares, às vezes até mesmo dentre os professores e funcionários.

A discriminação diante da obesidade infantil pode chegar a níveis extremos. Nos Estados Unidos da América, Gina Score, uma jovem de 14 anos de Dakota do Sul foi enviada a um campo de detenção juvenil por compulsivamente roubar dinheiro de seus pais – para comprar comida[9].

O campo de detenção, administrado por um fuzileiro naval aposentado, tinha por objetivo subjugar os jovens pelo medo e ansiedade. Em 21 de julho de 1999, um dia quente de verão, Gina viu-se forçada a iniciar uma corrida de 4.3 km. Gina tinha 1,65m de altura, e pesava mais de 100 kg, incapaz de realizar atividades físicas tão simples quanto flexionar as próprias pernas.

Por não conseguir acompanhar o ritmo dos outros adolescentes, Gina caiu a poucos metros da linha de chegada; foi ‘cutucada’ pelos instrutores, que não se impressionaram quando a jovem desfaleceu ofegante, já pálida e com lábios escurecidos. Os instrutores permaneceram ao redor, admirados com a capacidade de Gina em ‘simular’ um mal-

estar físico. Após quatro horas deitada ao sol, um médico chegou ao local e chamou imediatamente uma ambulância. Os órgãos de Gina já não respondiam, e ela faleceu antes mesmo de chegar ao hospital.

Ainda que extremada, a situação narrada nos mostra o quanto a obesidade desperta em todos o sentimento de dúvida quanto ao real esforço do obeso em mudar de vida; muitos sustentam que se uma pessoa realmente desejar, pode emagrecer. Infelizmente para os que se encontram muito acima do peso, a resposta está longe de ser tão simples assim.

Inaugurado em 11/04/2005, o Ambulatório de Obesidade Infantil do Hospital das Clínicas da Unicamp, tendo em vista o novo modelo de vida oferecido a crianças e adolescentes – que preocupa pediatras, endocrinologistas e outros profissionais da área médica – iniciou o atendimento a crianças e adolescentes obesos, com uma equipe especializada, formada por pediatras, nutrólogo, nutricionista, educador físico e psicólogo.

Dois anos após a criação do ambulatório especializado[10], haviam sido atendidos 150 crianças e adolescentes, com idades de 01 a 19 anos, sendo 77 pacientes do sexo masculino (53%), 92 deles da região de Campinas, São Paulo.

Segundo o estudo, a maior dificuldade dos médicos e profissionais envolvidos no atendimento das crianças e adolescentes obesos é a forte tendência ao abandono do tratamento. Para se ter uma idéia, de um grupo de 128 pacientes, 114 retornaram uma primeira vez. O número de pacientes que retornou entre duas e oito vezes foi diminuindo progressivamente, sendo que somente 18 pacientes realizaram os oito atendimentos.

Nos retornos, fazia-se avaliação médica, verificava-se o resultado dos exames, realizava-se consulta com educador físico que programava um teste físico e dava-se início a orientação alimentar por nutricionista; quando necessário, solicitava-se avaliação da psicologia.

Desde a primeira consulta, externava-se a grande preocupação com o risco de evolução para complicações cardiovasculares, pois os pacientes apresentavam IMC bastante elevado, presença de *acantose nigricans* e alterações laboratoriais que caracterizam resistência à insulina sem descompensação diabética, além de alterações do metabolismo lipídico.

O estudo concluiu pela necessidade de esquemas de conscientização para mudanças duradouras nos hábitos de vida, ressaltando a dificuldade em manter o tratamento dos pacientes diante dos altos índices de abandono, tendo-se em vista a dificuldade de obtenção de resultados, pois se exige uma brusca mudança no ambiente propício ao desenvolvimento da obesidade.

Uma das áreas em que o preconceito contra o obeso mais se mostra presente é no mercado de trabalho.

A Revista Veja publicou, em 22 de novembro de 2000, reportagem intitulada “Minoria da Pesada”[11]. Segundo a reportagem em questão, a Universidade de Michigan realizou uma pesquisa nos Estados Unidos, coordenada pelo professor de administração

Mark Roehling, e concluiu que a probabilidade de uma pessoa ser preterida na hora da contratação por estar muito acima do peso considerado ideal pela medicina pode ser maior que a de um negro e até de um ex-presidiário, dois segmentos historicamente colocados à margem da sociedade.

A Associação para o Avanço da Aceitação da Obesidade, uma organização não-governamental com sede em San Francisco, chegou a fazer cálculos sobre os prejuízos financeiros. Os executivos em postos de alta gerência com 20% de excesso de peso ganham 4.000 dólares a menos por ano que os profissionais enquadrados no manequim esbelto. No caso de mulheres muito gordas, a diferença de salários pode chegar a 24% para a ocupação de cargos equivalentes.

No Brasil, a ditadura da balança também faz suas vítimas no mercado de trabalho, atingindo aqueles que se enquadram na classificação de obesos, baseada em uma equação simples que leva em conta o peso e a altura de cada indivíduo. Em um levantamento da consultoria Catho, foi apresentada a 1 400 executivos uma lista de razões que podem barrar um pretendente a emprego. Nada menos do que 73% dos presidentes e diretores e 68% dos gerentes cravaram um "x" na alternativa "ser gordo". O índice foi superior ao de outros tradicionais motivos de rejeição, como "estar desempregado há mais de seis meses", "ser mulher com filhos pequenos" e "ter mais de 50 anos".

Para Christiani Marques[12], o preconceito tem em si uma predisposição hostil em face de outro ser humano. Segundo essa autora:

O preconceito está arraigado no inconsciente popular. Interfere, diretamente, no ato da discriminação, visto que consiste em prévio julgamento mediante generalização ou mistificação, sem distinguir as dimensões do indivíduo ou grupo social.

A discriminação tem, basicamente, duas formas de se manifestar, quais sejam: direta e indireta. A discriminação direta pressupõe um tratamento desigual, fundado em razões proibidas por nosso ordenamento jurídico. Já a discriminação indireta se dá a partir de um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos.

Infelizmente a discriminação está presente em nosso cotidiano (até mais do que conseguimos perceber), mas deve ser combatida a todo custo. Existe aparato na legislação brasileira (tanto constitucional quanto infraconstitucional, e.g., Lei 9029/95) para que se busque uma tutela jurisdicional quando de uma situação discriminatória.

Contudo, é necessário que sejam tomadas atitudes educativas com o objetivo de contribuir-se para a erradicação do preconceito, como estabelece nossa Constituição, além de medidas judiciais para coibir as práticas discriminatórias. Nesse sentido, concordamos com as palavras de Maurício Godinho Delgado[13]:

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis de exclusão social e individual.

Estudo de Alguns Casos, no Brasil e no Exterior

A discussão acerca da obesidade mórbida como deficiência física já não é novidade. Já se faz presente tanto no meio jurídico quando nas universidades ao redor do mundo. Mesmo países que, como a França, historicamente, apresentam um dos índices de obesidade mais baixos do mundo, discutem da inclusão ou não dos obesos mórbidos dentre o rol de deficientes físicos.

Selecionamos alguns casos de julgamentos que são representativos da gravidade do problema, e das duras batalhas travadas nos Juízos e Tribunais ao redor do mundo.

No primeiro caso, a Corte Superior de New Jersey[14] julgou procedente o pedido de Regina Viscik, uma funcionária da empresa Fowler Equipment Co., que trabalhava como caixa na referida empresa, de considerar sua demissão como violação da Lei Contra Discriminação (*Law Against Discrimination*). Regina tinha 1,70m de altura, e pesava acima de 180 kg à época da demissão.

Ela foi demitida quatro dias após ser contratada. A razão alegada para a demissão foi que a empresa desejava alguém que poderia se mover melhor através do escritório. Regina propôs a ação, sustentando que sua demissão ocorreu por razão de discriminação.

Apesar de ganhar a ação em primeira instância, a Corte Superior de Nova Jersey houve por bem alterar o resultado do primeiro julgamento, por uma deficiência na instrução do júri; contudo, a Corte foi unânime em afirmar que Regina preenchia os requisitos exigidos pela legislação para ser considerada como deficiente. A Corte entendeu que a artrite causada pela obesidade, bem como seus problemas cardíacos e pulmonares também relacionados à obesidade são considerados como enfermidades físicas, e que tais enfermidades foram causadas por lesão corporal, problemas de nascença ou doença, por reconhecerem que a condição metabólica que causava sua obesidade era genética.

Também nos Estados Unidos, o professor de matemática Michael Frank[15] foi demitido da escola Lawrence Union, do condado de Nassau, NY, por ser 'grande e desleixado'. Sua aparência não era condizente com a educação dos alunos.

Michael resolveu lutar, alegando discriminação e perseguição, com violação do Ato de proteção aos Americanos portadores de deficiência (Americans with Disabilities Act – ADA) e a outros dispositivos, e em 11 de Maio de 2004 moveu ação objetivando compensação e indenização por perdas e danos.

O histórico do professor, diga-se impecável tanto nas presenças quanto nas demais atividades, foi desconsiderado, sendo-lhe negada a cadeira de professor simplesmente por sua obesidade.

Atualmente não existe previsão legal nos Estados Unidos que estabeleça a obesidade mórbida como deficiência. Entretanto, um parecer da Comissão para Iguais

Oportunidades de Emprego (Equal Employment Opportunities Commission) de 1991 estabeleceu que a obesidade não se encaixa na definição de deficiente do Ato de proteção aos deficientes (ADA), exceto em casos de obesidade mórbida que venha a limitar substancialmente alguma atividade essencial à vida.

A partir desse parecer, os advogados passaram a encontrar formas de interpor ações com base no ADA, especialmente nos casos em que o peso do empregado não configura, de per si, um problema ou um impedimento ao desempenho de suas funções.

No caso de Michael Frank, verifica-se o inverso: uma pessoa obesa, perfeitamente capaz de desempenhar suas funções, mas que é demitida por ser tida como inapta ao trabalho. Nesse ponto, a legislação norte-americana já encontra previsão, pois o ADA considera, para efeito de proteção aos deficientes, aqueles que são vistos como portadores de deficiência, nos termos do Parágrafo 1, item 'C' do referido ato.[\[16\]](#)

O Estado de Michigan, bem como os Municípios de San Francisco e Santa Cruz na Califórnia já promulgaram estatutos que proíbem a discriminação no emprego somente com base no peso do empregado, e as cortes de New York e New Jersey reconhecem a obesidade como uma deficiência, em suas versões estaduais do ADA[\[17\]](#)

No Canadá, a advogada e professora Linda McKay-Panos[\[18\]](#) processou a companhia aérea Air Canada em um caso que se tornou emblemático.

Linda não fora obesa a vida toda, adquirindo essa condição por conta de uma Síndrome de Ovário Policístico – que somente no Canadá atinge 400 mil mulheres. Por conta de sua obesidade, tornou-se tímida, e raramente arriscava viajar. Preferia evitar espaços pequenos e com muitas pessoas. Mas em 1998, por razões profissionais, Linda viu-se obrigada a viajar de avião, de Calgary para Ottawa. Ela descreve sua viagem como um total desastre.

Em virtude de o assento do avião ser muito pequeno, Linda experimentou hematomas nas laterais dos quadris, e dores que a impossibilitaram de levantar-se no dia seguinte, perdendo inclusive a reunião para a qual havia viajado. Na volta, teve que adquirir um bilhete extra.

Apesar de muitos considerarem remotas as possibilidades de procedência do pedido, Linda obteve uma importante vitória em 2001: A Agência de Transportes do Canadá julgou que a obesidade, apesar de não ser considerada como uma deficiência por si só, para algumas pessoas pode representar um obstáculo injusto à possibilidade de viajar.

Todavia, em outubro de 2002 a Agência rejeitou pedido formulado por Linda para reconhecimento de violação à seção 172 do Ato regulatório de Transportes do Canadá (Canadian Transportation Act), por considerar que Linda não era deficiente, e portanto não fazia jus aos benefícios do citado dispositivo. O questionamento foi levado à Suprema Corte do Canadá[\[19\]](#), cujo julgamento foi publicado em 13 de janeiro de 2006.

A decisão da Corte canadense é digna de destaque; no decorrer do julgado consideram-se os mais variados aspectos inerentes às limitações das pessoas em situação de obesidade mórbida, bem como das pessoas com deficiência em geral. Não podemos deixar de transcrever alguns trechos do acórdão (tradução livre):

Um indivíduo pode sofrer severas limitações que não o impedem de exercer uma profissão. Beethoven estava surdo quando compôs algumas de suas obras mais duradouras. Franklin Delano Roosevelt, confinado a uma cadeira de rodas como resultado da pólio, foi o único presidente dos Estados Unidos a ser eleito quatro vezes. (...) O fato de eles terem trabalho fixo não significa necessariamente que esses indivíduos estão livres da discriminação no ambiente de trabalho.

O conceito de deficiência deve então acomodar uma multiplicidade de limitações, tanto físicas quanto mentais, distribuídas em uma gama de limitações funcionais, reais ou consideradas, entrelaçadas com o reconhecimento de que em muitos aspectos da vida os assim chamados indivíduos 'deficientes' podem não estar limitados ou tolhidos de modo algum.

A Suprema Corte canadense decidiu então por modificar a decisão da Agência de Transportes do Canadá, concluindo que a única decisão possível à Agência seria a de considerar Linda como pessoa com deficiência, em vista das severas limitações decorrentes de sua condição de obesa mórbida.

Na União Européia, o Regulamento nº 1107/2006 do Parlamento Europeu[20] estabelece as regras para o transporte aéreo de passageiros com deficiência e limitações de mobilidade. O art. 1º, itens 1 e 2 do referido Regulamento assim dispõem:

1. O presente regulamento estabelece regras para a protecção e a prestação de assistência às pessoas com deficiência e às pessoas com mobilidade reduzida que viajam por via aérea, quer para as proteger contra discriminações quer para garantir que recebem assistência.

2. As disposições do presente regulamento aplicam-se às pessoas com deficiência e às pessoas com mobilidade reduzida que utilizem ou pretendam utilizar serviços aéreos comerciais de passageiros, com partida, destino ou trânsito num aeroporto situado no território de um Estado-Membro a que se aplique o Tratado.”

No art. 2º, item 'a', encontra-se a definição de pessoa com deficiência, para efeito do referido Regulamento:

a) “«Pessoa com deficiência» ou «pessoa com mobilidade reduzida», qualquer pessoa que se encontre limitada na sua mobilidade quando utiliza um meio de transporte devido a qualquer incapacidade física (sensorial ou locomotora, permanente ou temporária), incapacidade ou deficiência intelectual, ou a qualquer outra causa de incapacidade, ou idade, e cuja situação exija uma atenção adequada e a adaptação do serviço disponibilizado a todos os passageiros às suas necessidades específicas;”

Apesar da evidente tendência mundial, algumas situações mostram-se preocupantes. Conforme reportagem da revista eletrônica Aero-News.net[21], de 16 de abril de 2009, a companhia aérea United Airlines está planejando unir-se às outras empresas aéreas impondo uma política agressiva, tendo como alvo os passageiros que não conseguem

encaixar-se em um só assento na classe econômica, ou aqueles que não conseguem afivelar o cinto de segurança usando um só extensor e/ou são incapazes de baixar os descansos de braço quando assentados.

Conforme a política planejada pela empresa, aqueles que se enquadrarem na descrição terão de pagar por uma poltrona extra, e se não houver poltronas extras disponíveis no voo, eles serão deslocados para o próximo voo.

Parece-nos evidente, mesmo em se tratando de direito norte-americano, que tal política é, além de injusta, ferina ao conceito elementar de dignidade humana. Não se pode admitir um tratamento veementemente discriminatório por parte de uma empresa, que visa o lucro somente, em detrimento da dignidade e qualidade de vida de seus próprios clientes.

A seguir, analisaremos a conceituação de pessoa com deficiência vigente no sistema jurídico brasileiro.

2 QUEM É A PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Num primeiro momento, importante é aclarar a noção de pessoa com deficiência, para que possamos, então, trabalhar para a sua efetiva inclusão e proteção.

Interessante observar que, quando falamos em pessoa com deficiência, não encontramos uma sociedade preparada para o tema. A tendência de muitos (talvez da maioria das pessoas), quando estão diante de uma pessoa que tem deficiência, é de sentir pena, associando deficiência a perda e/ou incapacidade.

O portador de deficiência não deve ser relacionado à ideia de incapacidade, mas sim de adaptação, de atendimento às suas necessidades especiais.

Indubitável a urgência de uma conscientização em relação ao assunto, uma vez que os indivíduos que possuem deficiência são parcela expressiva de nossa população. A Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que 10% da população mundial seja portadora de deficiência. Esse número deve aumentar nos países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, em que as boas condições de saúde, alimentação, higiene e educação são “privilégios de alguns” (segundo dados do IBGE[22], no Brasil, cerca de 14,5% da população apresenta alguma deficiência).

Gomes Ribeiro e do Val Ribeiro[23] relatam a estimativa da OMS na qual, em países como o nosso, apenas 2% de pessoas com deficiência “recebem alguma assistência, enquanto as 98% restantes são totalmente negligenciadas”.

Disse Hannah Arendt: “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, **sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir**”[24]. (grifo nosso)

Entendemos a deficiência como uma característica, uma diferença que pode gerar alguma dificuldade de relacionamento e integração social.

É certo que a diversidade faz parte da natureza humana e a deficiência é mais uma possibilidade de diferença entre os seres humanos. As pessoas com deficiência talvez sejam um pouco mais diferentes, ou melhor, talvez tenham suas diferenças mais perceptíveis, já que podem possuir sinais externos ou seqüelas mais notáveis.

Ao falarmos de pessoa com deficiência, temos de levar em consideração nosso histórico social que, infelizmente, mostra grande segregação. Como já mencionamos, não estamos acostumados com essas diferenças. Quantos conviveram na infância com pessoas portadoras de deficiência? Quantos tiveram a oportunidade de relacionamento com portadores de deficiência num ambiente de naturalidade?

Existem duas formas de pensar a deficiência: uma baseada no modelo médico (mais antiga) e outra baseada no modelo social (tendência atual).

A principal característica do modelo médico é a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente isolado. Infelizmente, há tempos esse modelo tem influenciado documentos legais e ações protetivas no mundo inteiro (no Brasil não é diferente). É de bom alvitre colocar que, segundo Claudia Werneck[25], o modelo médico tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se “normalizar” perante os olhos da sociedade.

O modelo social da deficiência valoriza a diversidade. Surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência, reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 1960.

Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência é resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações de cada indivíduo.

Importante colacionar a posição trazida no Manual de Desenvolvimento Inclusivo, por Werneck[26]:

De acordo com o modelo social, **a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas.** Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade. (grifo nosso)

Sem dúvida, o modelo social é o mais adequado para se focar a deficiência, já que analisa o “todo”, valorizando a importância do ambiente na vida das pessoas. Portanto, é mister que se propague a ótica desse modelo, para que se tenha um perfeito entendimento acerca da deficiência.

Em termos de reconhecimento legal, embora na Constituição Brasileira de 1988 o Legislador Constituinte tenha tratado da proteção das pessoas portadoras de deficiência em vários artigos, não definiu quem são as pessoas com deficiência. Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli[27] ressaltam: “Vale anotar que as normas constitucionais são

genéricas, muitas vezes não excepcionam, porque pretendem contemplar ao gênero e não apenas a determinada espécie de deficiência.”

Então, a tarefa de dizer quem são as pessoas com deficiência, para fins de proteção legal, ficou para o legislador infraconstitucional. Entretanto, assim como a Constituição Federal, a Lei 7.853/89 também não definiu quem eram as pessoas com deficiência, o que somente veio a ser feito por seu Decreto regulamentar - Decreto 3298/99, com redação modificada pelo Decreto 5296/04, que assim considera pessoa portadora de deficiência:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;

- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Esse Decreto merece uma leitura crítica, já que hoje é o instrumento normativo mais utilizado, em nosso país, para definição de quem é a pessoa com deficiência.

Indubitável que essa legislação é falha, pois é restritiva e deixa de considerar grupos de pessoas que apresentam deficiência e merecem proteção, como, por exemplo, os portadores de deficiência metabólica, os fenilcetonúricos, dentre outros. Não podemos admitir que o conceito de pessoa com deficiência seja restrito às causas comumente conhecidas! A deficiência deve ser reconhecida, sobretudo, pela dificuldade de inclusão social que traz ao seu portador. Existem outras deficiências que, embora não tão frequentes, merecem a mesma atenção, o mesmo respeito e, principalmente, a mesma proteção.

Nesse sentido, cabem aqui as palavras de David Araujo[28]:

[...] Evidentemente que uma pessoa com paralisia cerebral, por exemplo, estaria contida na idéia central deste trabalho. Há hipóteses, porém, que serão apresentadas e que poderão causar dúvidas, seja porque desconhecidas, seja porque limítrofes, exigindo cuidados na conceituação.

Em sua obra “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência”, Araujo enaltece uma nova visão acerca das deficiências, trazendo um rol bem mais amplo do que aquele utilizado costumeiramente. O próprio autor ressalta que o seu rol é exemplificativo, pois, para caracterização do “portador de deficiência” é necessário atentar para o grau de integração social do indivíduo[29].

Não se olvide que, quando a legislação é muito específica ou circunstanciada, apresenta-se o risco de excluir da definição algumas situações que deveriam ser contempladas. Isso é o que acontece com o Decreto 3.298/99.

Nesse sentido, ensina Luiz Alberto David Araujo[30] que “se o Decreto regulamentar trouxe uma certa segurança jurídica ao sistema, de outro lado, amesquinhou o conceito constitucional, trazendo a idéia que não permite uma interpretação ampliada”.

Há que se questionar, também, se o Decreto é o instrumento adequado para definição de pessoa com deficiência, principalmente considerando a forma taxativa como o fez. Vejamos:

Alude o artigo 84, IV, da Constituição Federal, que compete privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como **expedir decretos para sua fiel execução**” (grifo nosso). Logo, a função do Decreto regulamentar é a de dar operacionalidade a Lei, trazendo em seu bojo disposições para sua fiel execução. Não pode, portanto, o Decreto alargar, restringir ou alterar direitos trazidos pela Lei que regulamenta, existindo apenas para viabilizá-la.

Oportuno trazer o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello[31], que diz que o regulamento é ato “de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias **à execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (grifos no original). Esse autor também afirma que “só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica”[32], lembrando que o regulamento é fonte secundária do Direito, enquanto a lei é fonte primária[33].

Resta incontroverso que o Decreto regulamentar ora em comento extrapolou sua função, pois restringiu a definição de pessoa com deficiência ao rol trazido em seu artigo 4º. No entanto, não se pode negar que esse Decreto possibilitou uma série de ações da Administração Pública referentes às pessoas com deficiência, ainda que algumas dessas pessoas não tenham sido abrangidas por essas ações. Sem o Decreto os Poderes Públicos poderiam eximir-se, por exemplo, da reserva de vagas para pessoas com deficiência em Concurso Público, sob a justificativa de que não havia norma regulamentar da Lei 7.853/89, não podendo ser atendida a vontade do Constituinte de 1988; certamente o Poder Executivo, sob o mesmo argumento, não viabilizaria o Benefício da Prestação Continuada, previsto na Lei Orgânica de Assistência Social, já que isso significaria custo financeiro. Conclui-se, então, que se é “ruim com ele, pior sem ele”.

A proposta que fazemos, em face de tudo que se expôs, para que não se inviabilizem atos Executivos referentes à pessoa com deficiência, é que a definição dada pelo Decreto 3.298/99 seja apenas uma diretriz, interpretando o rol trazido no artigo 4º como sendo exemplificativo e que se utilize também de outra definição legal que faz parte de nossa ordem jurídica, dada pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº. 3956, de 8 de outubro de 2001 (Convenção da Guatemala).

Indispensável, portanto, o registro do conceito dado pelo artigo I da Convenção da Guatemala, ressaltando sua importância como instrumento normativo do sistema jurídico brasileiro:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Como se pode verificar, essa definição é mais abrangente, vez que não exige para adequação ao termo "deficiência" a especificação da gravidade da limitação (bastando apenas que ela exista). Em razão dessa maior abrangência e tendo em vista que ela é parte do nosso ordenamento jurídico, ressalta-se a possibilidade (e o dever) do aplicador do direito de utilizá-la.

3 A INCLUSÃO SOCIAL E O DIREITO À IGUALDADE

A Constituição Federal Brasileira assegura em seu artigo 5º, *caput*, que "todos são iguais perante a lei", assim como outras Constituições no mundo (como, *v.g.*, a da Alemanha, de Portugal, da Espanha, da Itália, etc.), consagrando o princípio da igualdade.

Tal princípio, como é cediço, deve ser utilizado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador da lei.

A igualdade prevista em nossa Constituição determina, logicamente, a redução das desigualdades. Vale dizer, então, que o Estado tem o dever de agir positivamente no sentido de reduzir as desigualdades sociais.

Nos dizeres de Maria Aparecida Gugel[34]:

O 'direito à igualdade' consigna uma aspiração mais ampla, um valor assegurado pelo Estado, para uma sociedade caracterizada no Preâmbulo da Constituição como fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias. Esse direito de ser igual necessita alcançar as desigualdades de fato e, para que isso ocorra efetivamente, exige que se concretizem os devidos acertos.

Destarte, o princípio da igualdade, para José Joaquim Gomes Canotilho[35], não pode ser interpretado como um "*princípio estático indiferente à eliminação das desigualdades*".

Ressaltamos a definição aristotélica, na qual *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. Logo, claro está que o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto tratamentos diferenciados, o que veda tal princípio são diferenciações arbitrárias, injustificadas, infundadas (é preciso estar atento ao *discrimen*, o qual deve estar obrigatoriamente em consonância com a Constituição, devendo haver uma correlação lógica entre esse fator discriminatório e a desequiparação protegida). Destarte, quando a Constituição permite um tratamento diferenciado, tem como objetivo atingir uma igualdade real.

Ensina-nos, ainda, Bandeira de Mello[36]:

...as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula da igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (grifos originais)

No sentido da discriminação legítima, mister colacionarmos as palavras de Luiz Alberto David Araujo[37], que considera a igualdade como regra mestra de todo o direito à inclusão das pessoas com deficiência:

A igualdade, desta forma, deve ser a regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência.

Assim sendo, o princípio da igualdade incidirá, permitindo a quebra da isonomia e protegendo a pessoa portadora de deficiência, desde que a situação logicamente o autorize. Seria, portanto, lógico afirmar que a pessoa portadora de deficiência tem direito a um tratamento especial dos serviços de saúde ou à criação de uma escola especial ou, ainda, a um local de trabalho protegido. Todas as situações quebram a igualdade (inicialmente entendida), mas apresentam autorização lógica para tanto.

A igualdade, há tempos buscada pelo ser humano, é relacionada ao reconhecimento do seu valor como pessoa humana (ou seja, todas as pessoas têm igual valor!), pois é indubitável que a diversidade faz parte de nossa espécie e a homogeneidade, neste caso, é empobrecedora e não reflete a realidade. Frise-se: o que deve ser considerado igual é o valor de cada pessoa humana e não suas características, que são naturalmente individualizadas (é o que chamamos de “ética da diversidade”[38]).

Assim, a inclusão social das pessoas com deficiência nada mais é do que a concretização do princípio da igualdade na realidade fática. TODAS as pessoas devem estar incluídas socialmente.

É cediço que a pessoa humana é um ser naturalmente social. Mais que isso, ela necessita de conviver com seus pares para atingir sua plenitude. Disse Aristóteles[39]: “... nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou é um bruto”. Indubitável, portanto, que a vida em sociedade é uma inclinação natural do ser humano.

Cabe, também, registrar aqui o pensamento de Leonardo Boff[40]: “*Construímos o mundo a partir de laços afetivos. Esses laços tornam as pessoas e as situações preciosas, portadoras de valor e infinitamente adoráveis*”.

A espécie humana, como todas as demais da natureza, apresenta a diversidade e a individualidade de cada ser. No entanto, apesar da referida inclinação natural para vida em sociedade e da diversidade que é própria de cada espécie, muitos humanos são excluídos do círculo de convivência por causa de suas diferenças. Ensina Anísio Teixeira que “tanto o homem é um ser social, que nada o faz mais inumano do que essa falta de integração social, essa falta de uma sociedade inteiriça a que possa servir e em que possa se apoiar”[41]. Daí a necessidade da luta pela INCLUSÃO.

Para Roberto Francisco Daniel[42],

O ser estranho, o diferente é um sinal da liberdade humana. A aceitação do ser diferente do outro significa seu reconhecimento como pessoa. Assim **surge uma enriquecedora ambivalência antropológica: através de sua personalidade e socialização o ser humano possui o direito de ser diferente**, este direito, por sua vez, se fundamenta no que há de semelhante entre os seres humanos, ou seja, no ser pessoa. (grifos nossos)

A inclusão é um processo dinâmico pelo qual a sociedade tende a melhorar, a refletir a realidade da raça humana, através da “ética da diversidade” [43]. Felizmente estamos avançando e a divulgação do conceito de sociedade inclusiva vem aumentando de forma significativa. Muitos são os autores que têm tratado do tema. No entanto, não basta “estudar a inclusão”, “ler e escrever sobre inclusão”, “divulgar a inclusão”: é preciso PRATICAR a inclusão. E isso é um exercício diário.

Importante, neste lanço, trazer a conceituação de Romeu Kazumi Sassaki[44], no que tange à inclusão social:

Conceitua-se a inclusão social como um processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos.

Muito adequada a afirmação de Claudia Werneck[45], de que “*incluir é humanizar caminhos*”. Sem dúvida, a inclusão reflete a “humanização da sociedade”, a valorização de todos os seres humanos. Werneck, ainda, brilhantemente afirma[46]:

A sociedade para todos, consciente da diversidade da raça humana, estaria estruturada para atender às necessidades de cada cidadão, das maiorias às minorias, dos privilegiados aos marginalizados. Crianças, jovens e adultos com deficiência seriam naturalmente incorporados à sociedade inclusiva, definida pelo princípio: todas as pessoas têm o mesmo valor. E assim trabalhariam juntas, com papéis diferenciados, dividindo igual responsabilidade por mudanças desejadas para atingir o bem comum.

Torço pela sociedade inclusiva porque nela **não há lugar para atitudes como “abrir espaço para o deficiente” ou “aceitá-lo”**, num gesto de solidariedade, e depois bater no peito ou mesmo ir dormir com a sensação de ter sido muito bonzinho.

Na sociedade inclusiva ninguém é bonzinho. Ao contrário. Somos apenas – e isto é o suficiente – cidadãos responsáveis pela qualidade de vida do nosso semelhante, por mais diferente que ele seja ou nos pareça ser.

Inclusão é, primordialmente, uma questão de ética.

(grifos nossos)

Impossível deixar de fazer menção à Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[47], para quem, “...” *INCLUIR, significa, antes de tudo, “deixar de excluir”*. *Pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. Assim, para “deixar de excluir”, a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos.*” (grifos originais).

A sociedade trata as palavras “perfeição” e “deficiência” como se fossem antagônicas. Observamos isso no cotidiano, em frases como, por exemplo, quando uma mulher está grávida: “Não importa o sexo do bebê, o importante é que tenha saúde, que seja perfeito”. Perfeição? Perguntamos: Quem é perfeito? Será que por ter “mais visível” sua diferença, as pessoas com deficiência são as únicas que podem ser chamadas de imperfeitas? Com a devida vênia, entendemos que o conceito de perfeição é absolutamente relativo.

Com precisão afirma Balestreri[48]

Uma verdadeira sociedade democrática faz mais do que aceitar a diferença: celebra-a com verdadeira admiração e reverência, sabendo que ela é a responsável pela maturidade nos planos pessoal e coletivo, pela riqueza econômica e estética e também pela graça da vida!

Normalidade não é um conceito que exclua as pessoas com deficiência, uma vez que são grande parcela da população mundial (como visto, a Organização Mundial de Saúde estima que sejam 10%, ou seja, quase 650 milhões de pessoas). Já dizia o poeta Caetano que “*de perto ninguém é normal*”[49].

Logo, incluir socialmente significa estar atento para vontade do Constituinte Originário, que elegeu, em seu artigo 3º, como objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**. Inclusão social também significa refletir e concretizar o princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º e na sistemática de nossa Lei Maior.

4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A OBESIDADE MÓRBIDA

É interessante verificar que em vários artigos e diversos incisos da Constituição Federal pode-se encontrar tratamento determinado aos portadores de deficiência. Alguns

exemplos de proteção específica à pessoa com deficiência em nossa Carta Magna são: artigo 7º XXXI, que trata da proibição de discriminação em razão da deficiência nas relações de trabalho; artigos 23, II e 24, XIV, os quais dispõem sobre a repartição de competências; artigo 37, VIII, que prevê a reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência; artigo 203, IV e V, sobre a assistência social, para a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; artigo 208, III, que garante atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; artigo 227, § 1º, II, que trata da assistência à saúde da criança e do adolescente portador de deficiência, criando programas de prevenção e atendimento especializados; e artigo 244, o qual dispõe sobre a adaptação de logradouros, dos edifícios de uso público e dos transportes coletivos, de modo que sejam acessíveis às pessoas com deficiência.

Como afirma José Pastore[50]:

No que tange a garantias constitucionais, o Brasil possui uma aparelhagem legal das mais abrangentes do mundo. Ao estabelecer inúmeros direitos, ela cria, evidentemente, um grande número de obrigações que, se não forem obedecidas, inviabilizam os direitos.

Observa-se, então, que o Constituinte de 1988 demonstrou bastante preocupação com as pessoas portadoras de deficiência, garantindo-lhes uma série de direitos na Lei Maior. O tratamento específico dado aos portadores de deficiência é de cunho didático, ou seja, para que se ressalte a idéia da inclusão de todas as pessoas numa sociedade sem preconceitos ou discriminação, pois assim já afirmara seu artigo 3º, além da previsão expressa do *caput* do artigo 5º de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. No entanto, o grande desafio está na efetivação desses direitos, como forma de atingir uma sociedade livre, *justa e solidária*.

Roborando o assunto, cabem aqui os ensinamentos de Ragazzi e Araujo[51], ressaltando a idéia de Constituição inclusiva: “A preocupação do constituinte de 1988 não se limitou à inserção de princípios inclusivos. Em todo o texto, houve a preocupação de cuidar de minorias, de excluídos, enfim, **tentando, por regras, evitar que grupos ficassem à margem do processo social**”. Indubitável, portanto, que “a **inclusão faz parte da filosofia do texto** [constitucional], sendo explicitada em diversos temas...”[52](grifos nossos).

Não há dúvidas de que o Constituinte Originário, ao elaborar uma série de normas protetivas às pessoas com deficiência, objetivou cuidar de uma minoria excluída, da qual fazem parte as pessoas com obesidade mórbida. Então, o obeso mórbido encontra amparo na Lei Maior para não ser discriminado (não se permite, pela sistemática da Constituição, nem a discriminação direta nem a indireta). Na busca pela concretização da igualdade constitucional, não se pode negar que os direitos das pessoas com deficiência são também direitos daqueles que possuem obesidade mórbida, pois como já demonstrado, essa patologia deve ser encarada como deficiência.

No Brasil, segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica[53], 3,7 milhões de indivíduos são obesos mórbidos. Logo, nota-se que, em nosso país, são muitas as

peças que padecem pela dificuldade de inclusão social gerada por essa condição física.

Em análise última, já fora visto que uma das maiores dificuldades para quem está acima do peso é o ingresso e permanência no mercado de trabalho. Por isso, registramos aqui as palavras de Eliana Franco Neme:

Não há a menor possibilidade de integração se retirarmos dos portadores de deficiência a capacidade de autodeterminação. Não há como falar em dignidade humana ou em igualdade se não oferecermos condições para que essas pessoas possam ganhar honestamente o seu próprio sustento.[54]

Em face disso, é preciso observar a vontade do Constituinte quando da criação da reserva de vagas em concursos públicos para pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII), qual seja, a inclusão delas no mercado de trabalho, pois inegavelmente têm maior dificuldade de serem inseridas. Nota-se, também, que essa vontade se estende aos obesos mórbidos. Entendemos que um portador de obesidade mórbida pode se beneficiar com o disposto no art. 37, VIII, uma vez que apresenta limitações e enfrenta inúmeras dificuldades e preconceitos em razão de seu estado físico. Para a operacionalização dessa previsão, remetemo-nos ao tópico anterior, no qual sugerimos que o Decreto 3298/99 seja apenas uma diretriz no que tange ao conceito de pessoa com deficiência, devendo ser utilizado o conceito da Convenção da Guatemala, que é abrangente e também faz parte do nosso sistema jurídico.

Importante ressaltar que as normas constitucionais, sem distinção, são dotadas de uma eficácia superior as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional e que a vontade do Constituinte Originário, bem como a efetividade da Constituição, devem ser sempre buscadas. Destarte, em face de todo o exposto, clara está a proteção constitucional do obeso mórbido e, portanto, a interpretação das normas infraconstitucionais deve ser nesse sentido, a fim de que se prestigie um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA e ainda, para que se atinja um de seus objetivos fundamentais, estabelecido no art. 3, IV da Carta Magna: “a promoção do bem de **todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

CONCLUSÕES

1) A obesidade é hoje um grave problema de saúde pública, que atinge cada vez mais pessoas ao redor do mundo. Essa patologia apresenta níveis de grande variação, sendo que pode apresentar-se nos graus I, II ou III, de acordo com o Índice de Massa Corporal do indivíduo. Para calcular tal índice, o peso da pessoa é dividido por sua altura ao quadrado, em metros. Resultados iguais ou superiores a 40 são considerados como obesidade severa, que traz inúmeros problemas e limitações aos seus portadores. Além das dificuldades físicas, o obeso enfrenta um desconcertante preconceito e muita discriminação. Uma breve análise histórica permite constatar de forma inquestionável que constituem um grupo fortemente excluído da sociedade.

2) Entendemos a deficiência como uma característica, uma diferença que pode gerar alguma dificuldade de relacionamento e integração social. O texto constitucional não esgota a definição de pessoa com deficiência, deixando essa tarefa a cargo da doutrina e da legislação infraconstitucional. O decreto 3298/99 é o instrumento mais utilizado em nosso sistema para enquadrar tal definição; no entanto, por ser restritivo e amesquinhar a vontade do Constituinte Originário, deve ser utilizado apenas como uma diretriz, um rol exemplificativo. Temos em vigor, em nosso ordenamento, o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da Guatemala. Tal definição pode e deve ser utilizada pelos operadores do direito já que é mais abrangente e reflete o conceito social da deficiência (analisa-se o todo e não apenas as seqüelas físicas, mas também as barreiras sócio-ambientais enfrentadas por quem as têm).

3) A inclusão social daqueles que apresentam deficiência é simplesmente a concretização do princípio da igualdade, amplamente consagrado pela Constituição Federal.

4) As pessoas com obesidade severa (obesos mórbidos e superobesos) necessitam ser consideradas portadoras de deficiência para fins de proteção legal, já que se enquadram no conceito de deficiência adotado pela Convenção da Guatemala, recebida por nosso ordenamento jurídico. Sem dúvida, o grande obeso apresenta limitações físicas e enfrenta inúmeras dificuldades sócio-ambientais, sendo objeto de preconceitos e discriminações. A Constituição, ao proteger as pessoas com deficiência em vários artigos, protege também os obesos mórbidos. Por fim, como uma das grandes dificuldades enfrentadas por quem é obeso ou tem outro tipo de deficiência é o ingresso no mercado de trabalho, não se pode negar, por exemplo, que a reserva de vagas em concursos públicos trazida pela Constituição em seu artigo 37, VIII, é garantia das pessoas com obesidade severa também. Assim, prestigia-se a dignidade da pessoa humana, bem como se busca a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos e discriminações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília, DF: CORDE, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias.** 2 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. **Cidadania e direitos humanos: um sentido para a educação.** Passo Fundo, RS: CAPEC, Pater Ed., 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 22. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. Discriminação no emprego por motivo de sexo, *in* Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

BOFF, Leonardo. **A força da ternura.** Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

D. Haslam - Obesity: A Medical History – Publicado na Revista Wiley InterScience, Vol. 8, Edição s1, fevereiro de 2007.

DANIEL, Roberto Francisco. Ser pessoa: a base ontológica do direito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord). **Efetivando direitos constitucionais.** Bauru: Edite, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. *in* Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

Gilman, Sander L. Obesidade como deficiência: o caso dos judeus. Cad. Pagu, Dez 2004, no.23, p.329-353. ISSN 0104-8333.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público.** Goiania: UCG, 2006.

Haslam DW, James WP. Obesity. Revista Lancet Vol. 366, Ed. 9492, outubro de 2005, Págs. 1197–209.

MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: LTr, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: RT, 2006.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência.** São Paulo: LTr, 2000.

RAGAZZI, José Luiz; ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 27, n. 95, p. 43-44, dez. 2007.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; RIBEIRO, Juliana do Val. Aspectos gerais da proteção constitucional das pessoas com deficiência. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. **Estudos de direito constitucional**: homenagem à professora Maria Garcia. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 6. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

TEIXEIRA, Anísio Spinola. **Educação é um direito**. São Paulo: Nacional, 1968.

WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000.

WERNECK, Claudia. **Você é gente? O direito de nunca ser questionado sobre o seu valor humano**. Rio de Janeiro: WVA, 2003.

[1] D. Haslam - Obesity: A Medical History – Publicado na Revista Wiley InterScience, Vol. 8, Edição s1, fevereiro de 2007.

[2] Gilman, Sander L. Obesidade como deficiência: o caso dos judeus. Cad. Pagu, Dez 2004, no.23, p.329-353. ISSN 0104-8333

[3] Haslam DW, James WP. Obesity. *Revista Lancet* Vol. 366, Ed. 9492, outubro de 2005, Págs. 1197-209..

[4] Informações obtidas da Página Eletrônica da Organização Mundial de Saúde:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/en/index.html>. - Acesso em 15.abr.2009.

[5] UWAIFO, Gabriel I. "Obesity". Publicado em www.emedicine.com, - Acesso em 15.jun .2006. <http://www.emedicine.com/med/TOPIC1653.HTM>. - Acesso em 15.abr.2009.

[6] BARROS, Alice Monteiro. Discriminação no emprego por motivo de sexo, *in* Discriminação. São Paulo: LTr, 2000, p. 39.

[7] DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. *in* Discriminação. São Paulo: LTr, 2000, p. 97.

[8] Conforme reportagem veiculada pela Revista Veja, em 04 de fevereiro de 1998.

http://veja.abril.uol.com.br/040298/p_062.html. Acesso em 15.abr.2009.

[9] Informações obtidas do Jornal *Obesity*, uma publicação da Revista Eletrônica Nature.com.

<http://www.nature.com/oby/journal/v9/n12/full/oby2001108a.html>. Acesso em 14.abr.2009.

[10] ZAMBON, Mariana Porto et al . Crianças e adolescentes obesos: dois anos de acompanhamento interdisciplinar. **Rev. paul. pediatr.**, São Paulo, v. 26, n. 2, Junho 2008 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822008000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15.abr.2009.

[11] Reportagem disponível em http://veja.abril.com.br/221100/p_096.html. - c. - Acesso em 15.abr.2009

[12] MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: LTr, 2002, p. 179.

[13] DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 97.

[14] *Viscik v. Fowler Equipment Co.*, No. A-38-01, 2002 WL 464508 (N.J. Mar. 28, 2002).

[15] Nicholas, Adele. 2006. "Super-Sized Liabilities." *InsideCounsel* 16, no. 178: 18-20. *Legal Collection*, EBSCOhost - Acesso em 22.abr.2009.

[16] Fonte: <http://www.eeoc.gov/policy/ada.html>. Acesso em 20.abr.2009.

[17] Nicholas, Adele. 2006. "Super-Sized Liabilities." *InsideCounsel* 16, no. 178: 18-20. *Legal Collection*, EBSCOhost - Acesso em 22.abr.2009.

[18] Fonte: Canadian Broadcast Corporation – cbc.com – Endereço Eletrônico: <http://www.cbc.ca/consumers/market/files/travel/fairflying/> - Acesso em 22.abr.2009.

[19] Conforme página eletrônica da Suprema Corte do Canadá. Endereço Eletrônico: <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2006/2006fca8/2006fca8.html>. Acesso em 22.abr.2009.

[20] Conforme base eletrônica de legislação europeia – eur-lex.europa.eu. Endereço eletrônico: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0001:01:PT:HTML>. Acesso em 22.abr.2009.

[21] Endereço eletrônico: <http://www.aero-news.net/index.cfm?contentBlockId=b0f2a941-33ed-4ee2-a93b-8984ce28916c>. Acesso em 22.abr.2009.

[22] IBGE. Sistema IBGE de Recuperação Automática (SIDRA). Censo demográfico 2000. **Banco de Dados Agregados**. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/popul/default.asp?t=3&z=t&o=21&u1=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1>>. Acesso em: 08 jan. 08

[23] RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; RIBEIRO, Juliana do Val. Aspectos gerais da proteção constitucional das pessoas com deficiência. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**. São Paulo: IOB-Thomson, 2007. p. 250.

[24] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.16.

[25] WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005. p.33.

[26] Idem, p. 27.

[27] ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. p. 238.

[28] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília, DF: CORDE, 2001, p. 11.

[29] Idem, p. 33.

[30] ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 417.

[31] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 327.

[32] Idem, p. 328.

[33] Idem, Ibidem.

[34] GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público**. Goiania: UCG, 2006. p. 46.

[35] CANOTILHO, José Joaquim GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 338.

[36] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 17.

[37] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília, DF: CORDE, 2001. p. 36.

[38] Cf. WERNECK, Claudia. **Você é gente? O direito de nunca ser questionado sobre o seu valor humano.** Rio de Janeiro: WVA, 2003. p. 29.

[39] ARISTÓTELES. **A política.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5.

[40] BOFF, Leonardo. **A força da ternura.** Rio de Janeiro: Sextante, 2006. p. 19.

[41] TEIXEIRA, Anísio Spinola. **Educação é um direito.** São Paulo: Nacional, 1968. p.33.

[42] DANIEL, Roberto Francisco. Ser pessoa: a base ontológica do direito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord). **Efetivando direitos constitucionais.** Bauru: Edite, 2003. p. 561.

[43] Segundo WERNECK a ética da diversidade é “uma nova ética, fundamentada na igualdade de valor entre TODAS as diferenças...” e se apóia “na certeza de que a humanidade encontra infinitas formas de se manifestar, não admite a comparação entre diferentes condições humanas, nem privilegia uma delas em detrimento de outras”. - *Você é gente?... p. 29.*

[44] SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** 6. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2005, p. 40.

[45] WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva.** 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000. p. 19

[46] *Idem.* p. 21

[47] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007, p.38.

[48] BALESTRERI, Ricardo Brisolla. **Cidadania e direitos humanos: um sentido para a educação.** Passo Fundo, RS: CAPEC, Pater Ed., 1999, p. 79.

[49] Caetano Veloso, em sua música “Vaca Profana”, afirma algo que é de sabedoria popular: “de perto ninguém é normal”. – VELOSO, Caetano. *Vaca profana.* In: _____. **Totalmente demais ao vivo.** NovaYork: Polygram, 1986. Disponível em:

<http://www.caetanoveloso.com.br/sec_busca_obra.php?language=pt_BR&id=105& >. Acesso em: 30 ago. 2007.

[50] PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência.** São Paulo: LTr, 2000, p. 44.

[51] RAGAZZI, José Luiz; ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. **Revista do Advogado,** São Paulo, v. 27, n. 95, p. 43-44, dez. 2007.

[52] *Idem.*

[53] Pesquisa disponível em:
http://www.scbm.org.br/pesquisa_ppt/index_arquivos/frame.htm - Acesso em
22.abr.2009.

[54] NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: RT, 2006. p. 143.

IDADE X DIGNIDADE NO MERCADO DE TRABALHO

AGE X DIGNITY IN THE WORKING MARKET

**Leda Maria Messias da Silva
Jalane Tansin Kloster**

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho é desenvolver o tema discriminação no mercado de trabalho e em especial demonstrar que apesar da legislação de proteção ao trabalhador e o princípio da igualdade, ainda existe a discriminação de determinadas classes de trabalhadores e em especial aqueles profissionais com idade mais avançada. Esta classe encontra dificuldades na (re)inserção no mercado de trabalho às vezes por fatores tais quais a diminuição do ritmo físico em razão do avanço da idade, mas por se tornarem profissionais mais caros em virtude da experiência, ou por puro preconceito num meio onde há grande oferta de trabalhadores mais jovens que podem se sujeitar a salários inferiores e que supostamente, em razão do preconceito, teriam mais vitalidade para o trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE; TRABALHO; IDADE.

ABSTRACT

The main objective of this work is to develop the theme discrimination in employment and in particular demonstrate that despite legislation to protect the worker and the principle of equality, there is still discrimination against certain classes of workers and professionals especially those with older age. This class has difficulty in (re) integration into the labor market due to, no ether, factors such as the pace of physical decline due to the advancement of age but to become more expensive professionals by virtue of experience, or just because of expertise in an environment where there are large supply of younger workers who may be subject to lower wages.

KEYWORDS: DIGNITY; WORK; AGE.

1.INTRODUÇÃO

O tema dignidade do trabalhador objeto desta pesquisa, no tocante do trabalhador envelhecete[1], entendido como aquele que conta com idade de 40 anos ou mais, até atingir idade suficiente para a aposentadoria, é de grande importância. Existe a

preocupação com esta classe uma vez que apesar de economicamente ativa para o trabalho, é discriminada, quando ainda é o responsável pelo seu sustento e de sua família. Pesquisas apontam que o mercado de trabalho se mostra um local onde é fácil a ocorrência de discriminação, e pode-se constatar a existência de classes marginalizadas como as pessoas de cor, sexo feminino, com orientação sexual diferente, e também em razão da idade, tanto para os profissionais mais jovens e inexperientes como também para aqueles que beiram a época da aposentadoria. Desta feita, deve-se buscar a inserção destas classes no mercado de trabalho em respeito ao princípio da igualdade, em especial o respeito e a preocupação ao trabalho da pessoa mais velha, que contribuiu durante anos com sua força de trabalho ou sua colaboração intelectual para a sociedade. Isto pode acontecer por meio das políticas públicas que vem sendo implantadas cada vez mais, tendo em vista a preocupação com o próprio futuro como profissionais e pessoas economicamente ativas numa sociedade capitalista.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR

Na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, a idéia de dignidade da pessoa humana é antiga, remete a tempos Bíblicos, com a idéia de dignidade do homem, uma vez que ele foi criado à imagem e semelhança de Deus, onde “o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.^[2]

A dignidade da pessoa humana decorre dos princípios Constitucionais, mais especificamente, dos Direitos Fundamentais, estes como direitos supremos, entendidos como mínimo necessário para a vida do homem com dignidade e respeito à sua pessoa e essência. O autor Zulmar Fachin afirma que: “Os direitos fundamentais [...] são direitos que valem em todos os lugares, em todos os tempos e são aplicáveis à todas as pessoas.”^[3]

Há quem defenda a idéia de que os direitos fundamentais foram politicamente impostos, resultado de lutas, guerras e revoluções, motivo pelo qual são ligados à política. Neste sentido, é indispensável a presença de três elementos, quais sejam, o Estado, o indivíduo e o texto normativo, que regula a relação entre Estado e indivíduo.^[4]

Os direitos fundamentais são indispensáveis para a garantia da dignidade do homem, uma vez que são meios de proteção deste em face às ingerências do Estado. E foi com a evolução destes direitos no âmbito nacional e internacional, que o conceito de dignidade foi moldado conforme a necessidade da sociedade a cada época.

Por estar alocada no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, a dignidade é considerada como um princípio, fonte dos direitos fundamentais, uma vez que todos os princípios constitucionais possuem como escopo a observância da dignidade da pessoa humana. Sobre isso, Edson Luiz Fachin, assevera que:

A dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. [...], a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170). Da mesma forma, na ordem social busca a realização da sonhada justiça social (art. 193), na educação e no desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205).[5]

Neste sentido, Dinaura Godinho Gomes, entende o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor comum a todos os direitos fundamentais, referencial para sua aplicação e interpretação, tanto nas normas constitucionais como infraconstitucionais.[6]

Pode-se, assim, entender a definição do que seria a dignidade da pessoa humana, complementada pelos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, que afirma que a dignidade da pessoa é uma obrigação a todos os demais, resultando em direitos e deveres, indispensáveis ao “florescimento humano”. [7]

A Declaração Universal da ONU de 1948, em seu artigo 1º institui que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade.” Apesar da redação, que institui a dignidade a todos os seres humanos, fica evidente que tal preceito não possui seu alcance real, haja vista que nem todos podem usufruir de uma vida digna. E a vida digna, para que exista, imprescindível a presença de todos os direitos fundamentais garantidos, quais sejam, a liberdade, a igualdade, saúde, educação, moradia trabalho e segurança.

Assim sintetiza a dignidade Celso Ribeiro Bastos (2000-1, p. 425), “o princípio da dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam individuais, quer sejam os de fundo econômico e social”. [8]

Pela necessidade da observância da dignidade nos demais âmbitos jurídicos, passou-se também a ser aplicada nas relações socioeconômicas, como por exemplo, nas relações particulares entre empregadores e trabalhadores.

Em se tratando de Direito do Trabalho, há que se admitir que em determinadas situações alguns dos Direitos Fundamentais, em especial a dignidade do empregado é violada. Isso não é difícil acontecer, vez que o contrato de trabalho é caracterizado pela subordinação do empregado ao empregador, pois labora seguindo às ordens deste, mediante remuneração, situação esta que decorre da própria lei. [9]

Outro fator que facilitaria a prática de atos que maculem a integridade do empregado seria a sua necessidade financeira, ou seja, o trabalho é meio hábil para o sujeito auferir dinheiro, fator determinante numa sociedade capitalista, onde o consumo está em voga. O bem estar pessoal e o sucesso profissional estão intimamente ligados ao crescimento econômico e ao consumo, que acabou por se tornar o objetivo das pessoas e consequentemente da sociedade.

Tendo em vista este fator, ainda existem casos em que o empregado se sujeita a trabalhos pesados, excessivos, insalubres e humilhantes para que seja garantida sua subsistência e de sua família.

Pode-se afirmar que respeitar a dignidade do trabalhador é a observância do princípio da igualdade, nas suas justas proporções, o qual faz com que, mesmo em situações de desigualdade, todos os empregados tenham condições de estar num mesmo patamar de oportunidades e de respeito, ou seja, quando há desigualdade, por exemplo, tratar um trabalhador portador de deficiência, de maneira a igualá-lo em condições de dignidade com os demais empregados.

2.1 O Trabalho como um Mínimo Existencial e Reflexos do Desemprego

Ana Paula Barcellos afirma que existem condições básicas de dignidade, aquelas, indispensáveis ao ser humano e a violação a tais condições implicaria na violação do princípio da dignidade.[10]

Benizete Ramos de Medeiros em sua obra, afirma que:

O trabalho recebe instantaneamente o influxo das modificações sociais, da flexibilidade, da globalização, gerando instabilidade e pondo em xeque a teoria de que o trabalho é o responsável pela estabilidade familiar e aumento de riqueza, de integridade moral do homem como timoneiro de sua firme e segura existência, e, o afastamento do papel do Estado, promove e estimula a violação ao princípio da dignidade, quer pela falta de políticas públicas que sugerem pelas condições de trabalho digno, quer pela ausência de intervenção e fiscalização efetiva no relacionamento direto entre capital e trabalho.[11]

Daniela Lustoza, em sua obra aponta a pesquisa realizada pelo DIEESE, em 2001, onde pessoas desempregadas falaram acerca de seus sentimentos com relação à situação de desempregados, a maioria, cerca de 90% atribui apenas sentimentos negativos, como “ruim, péssimo, desesperado, horrível” “sentimentos de angustia e dor”, sentimentos estes que se relacionam com o lado emocional dos desempregados.[12]

O desemprego assim faz com que o trabalhador busque desesperadamente uma nova vaga, talvez até mesmo fazendo com que este se submeta a trabalhos equivalentes por um salário inferior, isto, quando o consegue. Outro reflexo seria a procura pelas oportunidades de trabalhos informais, para manter-se durante a fase de desemprego.[13]

Assim, para aquelas pessoas cuja vida foi dedicada ao trabalho, quando da demissão, o empregado que estava acostumado ao labor diário se vê com os dias livres, ociosos, sentem-se inúteis, humilhados, um verdadeiro atentado contra a sua própria dignidade.

O trabalhador só consegue se encontrar, só se identifica nesse mundo como ator social, como personagem das relações sociais quando vestido com o seu trabalho. Seu trabalho faz com que mire diante de si mesmo e seja alcançado. Seu trabalho faz com que encontre seu lugar em uma sociedade de trabalhadores, mas com alto índice de desempregados, de pessoas em busca do seu lugar.[14]

O trabalho, além de dignificar, de acrescentar experiências, faz com que a pessoa se relacione com os demais, seja do meio ambiente do seu trabalho, seja no meio social, bem como permite que o empregado tenha acesso aos bens de consumo, tanto para ele como para a sua família.

3 A Discriminação NO âmbito do TRABALHO E OS GRUPOS CONSIDERADOS À MARGEM DO MERCADO DE TRABALHO

Em razão das inúmeras diferenças que existem entre pessoas, seja pelo fator cultural, racial, social, etário, existem grupos que acabam por excluir ou discriminar os demais. Fábio Konder Comparato menciona a realidade histórica dos direitos humanos destacados por este autor:

[...] a parte mais bela e importante de toda a história é revelação de que dos seres humanos, apesar de inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.[15]

E, Daniela Lustoza, sobre a não-discriminação no trabalho:

[...] constitui-se em reflexo do princípio da igualdade, assegurado por normatização internacional, conforme conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reconhecendo, em seu preâmbulo, que o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo encontra-se na

dignidade inerente a todos os membros da família humana, assim como em seus direitos iguais e inalienáveis.[16]

Deve-se observar o princípio da igualdade, no entanto, é devido às distinções entre as pessoas que se faz necessário a diferença de tratamento, do contrário, se estaria cometendo injustiça, sendo importante colocar as pessoas em situação de equilíbrio. Justamente por isto a aplicação da máxima Aristotélica, de tratar os iguais, igualmente e os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Apesar de tais esforços, das disposições legais acerca do assunto, além das discussões de cunho social e filosófico, ainda se verificam em nosso meio social, a existência de discriminação à determinadas pessoas ou classes específicas.

Há, no âmbito do trabalho, a discriminação em razão de diversos fatores, seja pelo sexo, pelo estado civil, credo, idade. No entanto nossa Carta Magna tolhe qualquer tipo discriminação ao declarar que todos são iguais perante a lei, não havendo distinção entre as pessoas.[17]

Tal preceito serve de fundamento para as demais leis, como uma igualdade real diante dos bens da vida.

O Artigo 7º, XXX da Constituição que prevê a “proibição de diferença de salários, de exercício e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”[18] e, assim, assegura a igualdade de tratamento entre os trabalhadores.

Porém a própria Constituição Federal prevê algumas situações em que pode haver diferenciações, como no caso de aposentadoria por idade entre homens e mulheres, aos sessenta e cinco e sessenta anos, respectivamente. [19]

A Constituição de 1934 estabelecia no artigo 121, § 1, “a”, a “proibição de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.”.

A Constituição Federal de 1937 por sua vez, não abordou o tema, que voltou com a Constituição de 1946, com a mesma redação da Constituição de 1934, desta vez, tratada no artigo 157, II. A Constituição de 1967 não tratou da discriminação em sede de idade.

A lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995, estabelece em seu artigo 1º que é vedada a prática de ato discriminatório para efeito de ingresso em emprego ou sua manutenção, pelos motivos de raça, origem, sexo, cor, estado civil ou idade.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) em âmbito internacional combateu a discriminação no trabalho, primeiro, proibindo a diferenciação da remuneração entre homens e mulheres, com a Convenção n. 100 da OIT de 1951. Após, em 1958, proibiu a prática de discriminação no trabalho, pela Convenção n. 111 da OIT.

A discriminação no emprego, ao ver de José Claudio Monteiro seria:

Discriminar, em matéria de trabalho, desta feita, é negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e manutenção de emprego, pela criação de desigualdade entre as pessoas.[20]

O professor Otavio Brito Lopes ainda afirma que a discriminação reflete-se também na organização do Estado, da seguinte maneira:

Não se pode falar em democracia, justiça ou estado de direito sem que o princípio da igualdade seja lembrado e observado. Um Estado nunca será democrático, justo ou de direito se os cidadãos forem tratados desigualmente. Os privilégios de castas, grupos e classes e a discriminação por sexo, raça, cor, origem, crença religiosa, idade etc, além de macular os ideais mais elevados de qualquer sociedade, não raro põe em risco a própria sobrevivência do Estado, pela conflituosidade que gera.[21]

Assim, o princípio da igualdade deve ser aplicado como combate à discriminação e o preconceito, em especial nas relações de emprego.

Existem grupos que são discriminados no mercado de trabalho, em razão de idade, cor, sexo, credo e até mesmo orientação sexual. Daniela Lustoza prefere chamá-los de “grupos vulneráveis”. [22]

A mulher sempre foi colocada à margem do mercado de trabalho. Pelo fator cultural, ela sempre teve que cuidar da prole enquanto era o marido o provedor da casa.[23] Quando ela começou a disputar o trabalho com o homem (mesmo assim, continuando com as obrigações domésticas), foi vista como mão de obra barata, vez que o homem é quem possuía a força física que era tão necessária antes da Revolução Industrial.

Esta nova cultura apresentou reflexos na família, onde as mulheres que trabalhavam, possuíam menos tempo disponível em casa, o que as obrigou a também diminuir o número de filhos, que por sua vez resultou na baixa natalidade.[24]

Com base na pesquisa formulada pelo DIEESE, apresentada por Daniela Lustoza:

O contingente feminino no mercado de trabalho do Brasil vem, pois, evoluindo substancialmente. Em 1973 existiam cerca de 11 milhões de mulheres no conjunto da população economicamente ativa, representando, assim 30,9% da PEA. Em 1999, esse número havia triplicado, passando as mulheres a constituir 33 milhões ou 41,4% das pessoas no mercado de trabalho no Brasil.[25]

Além do sexo, há outro tipo de discriminação que ainda atinge parte da sociedade, é a discriminação por raça. Ainda há quem determine caráter e competência pela cor da pele. Isso se dá por reflexos da cultura Européia que trouxe para nosso continente a utilização do trabalho escravo, realizado pelos negros africanos.

As consequências desta discriminação racial são puníveis pelo crime de racismo, com base no inciso XLII do artigo 5. da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

Também, em concursos públicos e disputas por vagas em vestibulares, existem as quotas reservadas aos afro-descendentes, como uma maneira de diminuir a desigualdade cultural e econômica, como oportunidade de crescimento profissional.

Existe ainda, a discriminação pela crença e opção religiosa do trabalhador, casos em que o empregador não aceita o comportamento religioso de seu empregado.

A discriminação em razão da fé atenta contra os princípios Constitucionais, uma vez que o Brasil é um país laico e ninguém pode obrigar ou coagir a outrem a seguir sua crença religiosa, ou seja, a religião em hipótese alguma pode ser imposta.

Em artigo da Folha de São Paulo, publicado em 08 de abril de 2007, o Juiz do Tribunal da 2ª Região, Nelson Nazar se posiciona frente ao assunto:

[...] pode ocorrer ainda discriminação indireta na contratação, nos casos em que a firma rejeita um candidato em razão de suas crenças.

Do outro lado, o empregador não é obrigado a aceitar que o profissional falte em datas que não sejam feriados oficiais.

Nesses casos, podem ser estabelecidos regimes de compensação de comum acordo. O empregado pode explicitar no contrato que, pela religião, não trabalha aos sábados.

O contrato é precedente, e o pacto é válido caso o empregado se negue a trabalhar aos sábados. A demissão é possível -já que essa cláusula não gera estabilidade-, mas não por justa causa.^[26]

Assim, deve haver comum acordo entre empregado e empregador, caso o empregado tenha que se ausentar de seu trabalho em razão do culto religioso, no entanto, em não sendo conveniente para o empregador, o empregado pode sim ser dispensado, no entanto sem justa causa.

Com relação ao assunto orientação sexual, ainda nos deparamos com casos em que o preconceito é evidente, tanto na sociedade, como no mercado de trabalho. A homossexualidade ainda não é bem vista em nossa sociedade, em razão da cultura religiosa, um exemplo, a Bíblia Sagrada, onde o Criador assim ordena a Adão “crescei e multiplicai-vos”.

A discriminação da pessoa homossexual começa ainda em casa, com a dificuldade da aceitação de sua opção sexual pela própria família, motivo pelo qual tendem a ocultar a sua sexualidade, o que acontece posteriormente perante a sociedade.[27]

É certo que a orientação sexual, assim como a opção religiosa, ou a cor da pessoa não interferem na sua capacidade e produtividade como trabalhador. No entanto tais classes sofrem discriminação, esta, muitas vezes de maneira velada, o que dificulta a sua comprovação e assim, impede que o trabalhador que se sinta prejudicado em sua situação possa provar sua lesão perante a justiça.

Existem casos ainda em que empresas trocam informações acerca de trabalhadores que constam da “lista negra”, ou seja, trabalhadores que já foram representantes de sua classe, que já entraram com alguma reclamatória trabalhista ou qualquer outra atividade ou fator que pudesse vir a prejudicar a empresa empregadora.[28]

3.1 Discriminação no Trabalho em Razão da Idade

A idade pode ser considerada como fator determinante na busca pelo emprego. Empresas buscam trabalhadores com perfis diferentes de acordo com a sua necessidade.

Atividades, como o comércio, visam empregados mais dinâmicos, capazes de suportar o corre-corre e possuem mais competitividade em vendas. Empresas cujo objetivo seja trabalho intelectual, buscam empregados experientes e competentes, especialmente em cargos de chefia e administração.

No entanto, há certas faixas etárias que possuem dificuldades quando da procura em uma vaga no mercado de trabalho, são estas faixas que compreendem os jovens em busca de um primeiro emprego, que ainda não possuem um currículo à altura do considerado adequado para as empresas e também as pessoas mais velhas, à beira da aposentadoria.

Não obstante, a proteção Constitucional, do princípio da isonomia, presenciou e tem notícia de diversos casos em que a idade é fator importante, seja na seleção de concurso, seja no âmbito do trabalho, seja no ceio da sociedade, embora de maneira velada.

Apesar da abordagem do assunto em diversas doutrinas, a sua real importância ainda não foi valorizada na prática, uma vez que os homens são os responsáveis pela discriminação e marginalização da pessoa mais velha, os envelhecidos, ou seja, a pessoa apta ao trabalho após os quarenta anos. Talvez, por não parar para pensar que estão preparando o próprio fado, mais cedo ou mais tarde.

Daniela Lustoza cita o trecho da obra da matéria de Frank Schirrmacher, “A ditadura dos jovens” da Revista Veja, edição 1867 de agosto de 2004:

[...] temos que revolucionar o modo como os idosos são vistos e tratados. Nossas sociedades não vão sobreviver se o seu maior grupo populacional for colocado à margem, como ocorre hoje. Tiramos dos velhos sua dignidade, seu posto de trabalho e sua biografia. São tratados como um estorvo, como seres improdutivos, sem memória, maçantes e fracos. Imagine uma sociedade em que metade da população sofre esses preconceitos. Esse será o mundo em que viveremos, se não mudarmos o conceito do envelhecimento a partir de agora. Será um mundo em que a metade mais jovem vai rechaçar a metade mais velha.[29]

Assim, a situação do profissional mais velho deve ser repensada desde já a fim de que os reflexos sejam os mais positivos possíveis num futuro próximo.

3.1.1 A discriminação do profissional mais jovem

O trabalho do jovem e da criança ganhou maior proporção com a Revolução Industrial, onde os trabalhos pesados passaram a diminuir pela utilização das máquinas a vapor, o que acarretou o aumento de emprego de mão de obra mais frágil, no entanto mais barata, como a utilização do trabalho da criança e da mulher.

A globalização também, devido à concorrência, exige maior produção com um preço mais baixo, o que levou os empregadores a buscar mão de obra mais barata, ou seja, o trabalho do jovem.[30] Tais comportamentos quando abusivos passaram a ser reprovados, surgindo os mecanismos de defesa do trabalho.

Ao se falar em trabalho do jovem, há de se observar a proteção da criança e adolescente na prestação de serviços, respeitando-as e afastando-as de qualquer trabalho que atente contra a sua dignidade. Assim se manifesta Regina Carvalho:

A criança e o adolescente têm direito à proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração. Esse direito à proteção especial autoriza, portanto, a limitação da idade para o ingresso no mercado em razão de sua maturidade física e mental.[31]

No Brasil, o adolescente somente pode iniciar o trabalho aos quatorze anos, idade fixada pelo artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal, sendo quatorze anos para o aprendiz e a partir dos dezesseis anos para o labor normal. Por sua vez, o trabalho que apresentem atividades insalubres, em horário noturno ou perigosas fica permitido somente a partir dos dezoito anos de idade.

Esta proteção à criança e ao adolescente visa seu o crescimento com saúde tanto física como mental, respeitando sua integridade, possibilitando que crianças e adolescentes possam frequentar escolas sem prejuízo.

A situação dos jovens trabalhadores deve ser motivo de preocupação, isto em razão da crescente pobreza, razão pela qual o jovem se vê obrigado a deixar os bancos escolares para a atividade profissional, nem sempre bem-remunerada para ajudar com as despesas de casa.[32] No Brasil, a média de idade dos jovens que ajudam nas despesas é de 14 ou 15 anos, obrigando-os a abandonar os estudos antes mesmo do ensino médio, para melhorar a renda mensal das famílias mais carentes.[33]

O trabalho do jovem está associado a um menor custo, uma vantagem para os empregadores, conveniente também por ser associado a um menor investimento em treinamentos e cursos. Outro proveito seria no tocante de propositura de Ações Trabalhistas, uma vez que possuem menor pressão reivindicatória.[34]

A educação representa um degrau para a qualificação no mercado de trabalho, mas a pobreza dificulta tal conquista, pois os alunos, ao se afastarem dos bancos escolares tendem a render menos na escola, vindos a repetir de ano e assim, acabam por se afastar das instituições de ensino.

Assim explica Daniela Lustoza, acerca dos reflexos da educação do jovem trabalhador:

O alto índice de repetência, principalmente nas camadas populares e de maior pobreza, faz com que o aluno se afaste da escola gradativamente, culminando com o abandono dos estudos e sua conseqüente incorporação à força de trabalho, ou mesmo à inatividade. A inatividade apresenta-se como um desagregador social estimulado pelo ócio no qual se encontra mergulhado o jovem ausente da escola e do mercado de trabalho.[35]

Os jovens também possuem dificuldade quanto à conquista do novo emprego, por serem considerados como inexperientes, num mercado de trabalho onde os anúncios de empregos que exijam experiência é a praxe. Se por um lado existe essa dificuldade na conquista de um emprego, o emprego para o jovem lhe garantiria independência desde nas relações de consumir, quando não há a necessidade de trazer renda para o sustento da casa.

Em estudo publicado na internet, a Fundação Getulio Vargas (FGV) apresenta resultados acerca da miserabilidade dos trabalhadores brasileiros, onde a maioria dos menos favorecidos são as crianças e adolescentes, representando 45% (quarenta e cinco por cento) da população economicamente ativa.[36]

A solução seria, o trabalho do jovem ser visto não apenas como mão de obra barata e pacata (com relação às Reclamações Trabalhistas), mas sim como uma oportunidade para seu crescimento profissional e intelectual, uma vez que se estará investindo no futuro de nossa sociedade.

A oportunidade ao primeiro emprego é fundamental para a inserção do jovem no mercado de trabalho, apesar se sua inexperiência, o que políticas públicas poderiam contribuir para uma nova visão nesse mercado de trabalho.

3.1.2 A discriminação da pessoa mais velha

Para a abordagem deste tópico, é necessário que se tenha em mente duas realidades distintas: o antigo empregado, cujo currículo é farto, com muita experiência e por este motivo, se torna um empregado “caro” e aquele desempregado, acima de quarenta anos que busca a reinserção no mercado, no entanto, não é interessante para o empregador, uma vez que este gastaria com treinamento e cursos com uma pessoa que teria “vida útil” curta na empresa, pois estaria buscando logo a aposentadoria.

Se por um lado, é necessário que se valorize os jovens que são o futuro da sociedade, é necessário que ainda encontre espaço para os profissionais que tanto contribuíram para a sua construção.

É evidente que a pessoa mais velha encontra-se em outro patamar da existência, até motivo pelo qual lhe são asseguradas algumas vantagens em relação às pessoas mais novas. No entanto, importante é observar até que ponto essa distinção fere ou não a dignidade da pessoa. É o que Maria Caramuto explicou:

Por ello quizás no sea osado afirmar que, em el contexto del ordenamiento normativo, la vejez puede ser plenamente considerada um principio general de diferenciación. Principio que, siguiendo palabras del proprio Tribunal Constitucional Español funciona como criterio de interpretación preferente, em aras de poder determinar cuándo una desigualdad jurídica entraña o no discriminación ilegítima.[37]

Assim, na prática, percebe-se que não se aplica integralmente o princípio da igualdade em se tratando da relação idoso e sociedade, no entanto, deve-se respeito e proteção à esta classe.

3.1.2.1 A discriminação da pessoa mais velha em concursos públicos

A Constituição Federal dispõe sobre concursos públicos, ao tratar da Administração Pública, em seu artigo 37 e seguintes.

Aos servidores públicos, são aplicados alguns dos preceitos elencados no artigo 7º da Constituição Federal. Dentre eles, pode-se citar a vedação à diferença de salários, de exercício de funções bem como a utilização de critérios que levem em conta o sexo, a idade, a cor ou estado civil do trabalhador. É o que dispõe o parágrafo terceiro do artigo 39 da Carta Magna:

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no Art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.[38]

E do artigo 7º do mesmo diploma legal, destaca-se:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.[39]

A jurisprudência nestes casos é no sentido da não discriminação pelo fator idade:

EMENTA - CONCURSO PÚBLICO - LIMITE DE IDADE INCABÍVEL O ESTABELECIMENTO DE LIMITE DE IDADE PARA CONCORRENTES DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS, EIS QUE O ART. 7, INÍCIO XXX, DA CF DE 1988 PROÍBE QUALQUER DISCRIMINAÇÃO A RESPEITO. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. não consta DECISÃO - POR MAIORIA.[40]

Há a exceção, em casos de permissão para a lei estabelecer diferentes requisitos para a admissão de serviços públicos, quando a natureza do cargo assim o exigir. Assim, não basta a mera vontade do legislador infraconstitucional, mas sim a necessidade posta pela natureza do cargo.[41] Importante assim a observância de tais requisitos, se atentam ou não ao princípio da isonomia.

É certo que há outros dispositivos na Carta Magna que asseveram que apenas a Lei impõe os requisitos necessários para o exercício de determinada profissão, o que se observa no artigo 5º, XIII da Constituição Federal: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”[42]

Verifica-se também no Artigo 37, o disposto: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso publico de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.”[43]

Tais preceitos remetem ao princípio da legalidade, assim, na elaboração de um edital de concurso público, é vedada a exigência de determinada idade, tanto para a inscrição quanto para o provimento do cargo, uma vez que se trata de um ato administrativo.

O STF editou a súmula n. 14 que dispôs que “não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público”.

O ingresso na carreira de magistrado, por exemplo, estabelece os seguintes requisitos: “ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”^[44], sem estabelecer uma idade mínima ou máxima para seu ingresso.

No entanto, para a investidura em determinados cargos, a própria Constituição Federal fixa idade mínima, haja vista seu grau de responsabilidade e complexidade. São os casos de cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Senador, Governador, Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Prefeito, Vice-Prefeito, juiz de paz e vereador.^[45]

Com relação à razoabilidade da idade de ingresso, Hely Lopes Meirelles manifesta:

[...] a jurisprudência tem admitido como válidas, com base no princípio da razoabilidade, exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da isonomia, tais como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão da idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental e outros requisitos de adequação ao cargo.^[46]

Assim, somente quando o cargo, por sua peculiaridade exigir, poderá haver um controle com relação à idade de seus ocupantes.

A Lei 10.741 de 2003, Estatuto do Idoso prevê amparo, tanto para o trabalho como para ingresso em concursos:

Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.^[47]

Tanto que há a proteção em caso de desempate, onde o aprovado com mais idade possui vantagem em relação ao mais novo.

Com relação à discriminação por idade, se manifesta Péricles Ferreira de Almeida em seu artigo:

Como todos sabem, o saber é adquirido pelo estudo, trabalho e reflexão no decorrer da vida estudantil e profissional. Nessa também, ousamos dizer, em igual tempo, são adquiridas as qualidades anteriormente mencionadas. Portanto, a avaliação do preparo técnico do candidato é suficiente para que, por via reflexa, sejam também avaliados todos os outros requisitos para o exercício da profissão, mormente tendo em vista a necessária rigurosidade dos concursos de provas e provas e títulos.

Por derradeiro, com relação à apreciação do caso concreto pelo Poder Judiciário, devem os julgadores levar em conta também a situação do candidato e sua faixa etária, o que evita que a aplicação fria do texto legal guie a injustiças. [48]

Desta maneira, se não há limitações por idade impostas por lei, nem em razão de desempenho das funções, é vedada qualquer tipo de discriminação de pessoas mais velhas seja no momento de ingresso em concurso, seja no processo seletivo ou durante sua investidura, ou seja não poderá haver a discriminação a qualquer momento.

2.1.2.2 A discriminação da pessoa mais velha em anúncios de emprego

Existem vários casos em que para o ingresso em determinado trabalho, a pessoa parece possuir prazo de validade, haja vista a discriminação já nos anúncios de emprego, onde requerem características determinadas como idade e aparência.

Em matéria da revista VOCÊ S/A, Silveira, em análise da questão da discriminação por idade, afirma que:

As empresas não assumem, mas o preconceito de idade tem vigorado nos últimos anos, sim, como um critério velado em seus processos de seleção [...]. Na prática, o que o mercado tem visto, porém, é que cada profissional é avaliado como se tivesse uma data de validade, um prazo limitado para a utilização de seu pacote de competências. [49]

A OIT – Organização Internacional do Trabalho, no art. 1 da Convenção n. 111, sobre a Discriminação em Matéria de Emprego ou Profissão:

Artigo 1.º

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:

a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

(2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.

(3) Para fins da presente Convenção as palavras «emprego» e «profissão» incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.^[50]

No entanto, ainda observa-se a discriminação no trabalho, que pode ser classificada de diferentes modalidades. Uma destas formas seriam os anúncios de emprego, em que, dentre as características exigidas, estão sexo e idade, quando a natureza do emprego assim não o exigir.

Existem ainda casos em que a discriminação é feita de maneira mais discreta, onde é possível a candidatura de concorrentes de varias faixas etárias, no entanto, durante o processo seletivo para preenchimento das vagas, são selecionados candidatos de determinadas faixas etárias e com determinadas características.

Assim, José Cláudio Monteiro, classifica a primeira hipótese como discriminação direta, onde fica explícita sua ocorrência e a segunda hipótese, de maneira discreta e velada, classifica como discriminação indireta.^[51]

Desta feita, pode-se constatar a discriminação em qualquer momento, antes da contratação, durante a seleção dos candidatos e até mesmo após a contratação.

Há divergências quanto à limitação por idade, vez que empresas necessitam de empregados com determinadas características. É o caso trazido pela ACP n. 01/2003^[52] em que uma loja de grife limitou em anúncio de jornal a idade de seus vendedores entre 20 e 25 anos, alegando que suas clientes eram jovens, motivo pelo qual se relacionariam melhor e comprariam mais caso fossem atendidas por pessoas com a mesma “linguagem” e gostos para roupas.

Este é um de vários exemplos que ocorrem dia a dia na vida de profissionais mais velhos ao tentar a reinserção no mercado de trabalho.

3.1.2.3 Discriminação da pessoa mais velha no trabalho

A importância da preocupação da pessoa enquanto envelhecendo ou idosa é de grande relevância, uma vez que as pesquisas do IBGE apontam a realidade da idade da população no Brasil, em estatísticas, explicita que a cada ano há um aumento significativo da população com faixa etária mais elevada, ao passo que também aponta que a natalidade vem baixando em proporção quase igual.[\[53\]](#)

Para a elevação da expectativa de vida, são apontados como motivadores a melhora da qualidade de vida em termos de saúde e os avanços da medicina. Conseqüentemente houve uma grande mudança, a expectativa de vida do brasileiro, no início do século XX era de, no máximo 34 anos. Após cem anos, a média pulou para os 68 anos.[\[54\]](#)

Pesquisas revelam que as faixas etárias mais elevadas vêm perdendo a participação da população ocupada.

De acordo com o censo de 2000, para aqueles que contam com 40 a 49 anos de idade, foram perdidos 5.000 postos de trabalho, enquanto para aqueles que contam com idade entre 50 e 64 anos de idade, as perdas somam 12.000. Para aqueles com idade de 65 anos ou mais, este número parte para 3.000 vagas.[\[55\]](#)

O desemprego e a inatividade levam a uma desvalorização da pessoa, uma vez que ela não participa tão ativamente no mercado consumista.

Em 2003, foi o julgamento, pelo TST, do primeiro caso de discriminação por idade, no trabalho. O artigo publicado na internet, assevera:

A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve a decisão de segunda instância que determinou a reintegração de um técnico industrial demitido após completar 60 anos. A Equitel S/A – Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações - empresa do grupo alemão de telecomunicações Siemens Ltda. - negou que tenha por norma interna a dispensa de empregados que atinjam essa idade e apontou funcionários sexagenários na ativa. [\[56\]](#)

Assim, verifica-se que em caso de não haver justificativa, não há motivos para dispensa de pessoas que contam com idade mais avançada de seus empregos.

Outro caso de discriminação, por idade, este de forma velada foi a ociosidade imposta ao empregado, para que este tomasse a iniciativa de deixar a empresa. É o que demonstra o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, a seguir transcrito:

EMENTA - DISCRIMINAÇÃO POR IDADE. OCIOSIDADE IMPOSTA. RESCISÃO INDIRETA. DANOS MORAIS. A ociosidade imposta é uma das mais graves ofensas ao trabalhador. Ainda mais ao intelectual que por longos anos contribuiu para o engrandecimento do nome da empresa. Não bastasse tal situação humilhante, a ela fora levada a autora por motivos discriminatórios em razão de sua **idade**. Superaram-se os limites do poder potestativo da empresa, ferindo-se, não somente a dignidade da trabalhadora, mas princípios constitucionais, éticos e sociais. A ociosidade imposta à autora se dera com a finalidade de esta deixar a empresa e se firmara em bases discriminatórias, infringindo normas expressas na Constituição Federal e na Lei 9029/95. Devida a indenização por danos morais. **DECISÃO** - por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade arguida; no mérito, por maioria de votos, com voto de desempate proferido pela Juíza Sandra Curi de Almeida na multa do art. 477 da CLT, vencidos o Juiz Wilson Fernandes quanto aos danos morais e multa do art. 477 da CLT, a Juíza Lizete Belido Barreto Rocha quanto à prescrição do FGTS e a Juíza Maria da Conceição Batista, que condiciona o pagamento da multa do art. 477 da CLT, dar provimento parcial a ambos os recursos. Ao da reclamada para declarar a prescrição quinquenal dos depósitos do FGTS. Ao da reclamante para acrescer à condenação a integração da parcela variável da remuneração nos repousos semanais, bem como o pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 100.000,00. Rearbitrada a condenação em R\$ 100.000,00.[57]

Plausível a fundamentação da decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no ano de 2006, no processo nº 00159-2006-135-03-00-3, que explica a dificuldade de ingresso no mercado de trabalho, das pessoas que contam entre 18 e 26 anos e daquelas que contam com mais de 40 anos de idade:

EMENTA: DISCRIMINAÇÃO - DISPENSA EM RAZÃO DA IDADE - PROVA PERICIAL- PERFIL DO MERCADO DE TRABALHO E PERFIL EMPRESARIAL - Discriminação, [...] é toda e qualquer distinção, separação, exclusão ou preferência estabelecida sobre a raça, a cor, a nacionalidade, a convicção filosófica ou política, a crença religiosa, o sexo, a **idade**, o estado civil, a necessidade especial, a opinião, a origem e a classe social, que têm por finalidade explícita, direta e imediata, eliminar ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento relacionado com o trabalho ou a profissão, quer quanto à admissão ou permanência. [...] Se a intenção é a correção da desigualdade, a **discriminação** é tolerada e muitas vezes até incentivada pela via legislativa. Com atos desta natureza, procura-se fixar um tratamento diferenciado entre os desiguais, na medida da desigualdade existente entre eles, proporcionando certo equilíbrio social. [...] Na sociedade pós-moderna, info-info (baseada na informática e na informação), perante a qual o trabalho do homem vem sofrendo enormes transformações, estatísticas têm mostrado a prática de certas discriminações no mercado de trabalho relacionadas com a cor, o sexo e a **idade**, sendo certo que, quanto a este último aspecto, o mercado está praticamente fechado para o ingresso de jovens entre dezoito e vinte e seis anos e adultos com mais de quarenta anos. [...]

É certo que um profissional que conta com idade mais avançada apresente dificuldades de inserir-se novamente no mercado de trabalho, haja vista que muitos empregadores sem prévio teste julgam que estes candidatos ao emprego estejam “ultrapassados” ou então, porque um funcionário mais experiente torna-se, geralmente, um profissional mais caro, julgando o empregador, ser mais vantajoso o emprego de um trabalhador mais jovem, ágil, por um salário mais interessante para a empresa.[58]

Camila Micheletti ao fazer uma análise sobre o assunto, discorre que:

O ideal, [...] é um equilíbrio entre pessoas de todos os sexos, idades e credos, para assim haver a tão falada Diversidade no ambiente de trabalho, que contribui e muito para a cultura organizacional. Na época que explodiu a onda das empresas virtuais na Internet, o mercado saiu em busca de jovens profissionais, que tinham o conhecimento e a garra para entrar neste novo tipo de negócio. Não durou muito para as empresas começarem a quebrar e as pessoas perceberem que os executivos mais experientes estavam fazendo falta. Foi nessa época que vários empresários conceituados da velha economia migraram para as pontocom. [59]

O erro destes empregadores é não perceber que um profissional pode ser mais caro, mas ao mesmo tempo, mais produtivo. Seria o mesmo que julgar que um candidato ao primeiro emprego não é viável por faltar-lhe experiência.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INCLUSÃO DO ENVELHECENTE NO MERCADO DO TRABALHO

Tendo em vista àquelas pessoas com idade acima de quarenta anos que ainda participam do mercado de trabalho, imprescindível a criação de políticas e principalmente a conscientização da sociedade como um todo para que seja possível a atuação dos envelhecidos como trabalhadores.

É certo que se deve buscar meios tanto legislativos quanto culturais para acabar com a discriminação do envelhecido enquanto trabalhador. Pérola Melissa afirma que “continuar trabalhando é um direito de todo cidadão e este direito no (sic) termina com a idade.”[60]

O Ministério do Trabalho e Emprego – MTE vem desenvolvendo programas de incentivo para a contratação daquelas pessoas que contam com idade superior a 40 anos. Estes projetos de qualificação profissional PlanTeQs visam a qualificação do profissional para que os trabalhadores possam se manter no mercado de trabalho, concorrendo com profissionais mais jovens e atualizados profissionalmente.

O SINE – Sistema Nacional de Emprego é instrumento eficaz na seleção e levantamento de profissionais compatíveis com as vagas disponíveis no mercado de trabalho, por meio de cruzamento de informações.[61]

Como já afirmado anteriormente, o trabalho dignifica a pessoa. Faz com que ela se sinta inserido numa sociedade capitalista, consumista. Também é capaz de manter a pessoa ativa, tanto fisicamente como intelectualmente, garante liberdade e autonomia além da valorização pessoal do trabalhador ao sentir-se útil.[62]

Se por um lado, as limitações decorrentes da idade avançada, por outro lado há que se levar em conta a experiência profissional e de vida.

Não é apenas na economia do país que o envelhecete se apresenta importante para o mercado do trabalho, mas sim como profissional experiente, capaz de passar o que aprendeu ao longo da vida aos profissionais mais jovens profissionais que ingressam no mercado de trabalho.

Ao tratar do programa de preparação para a aposentadoria, a matéria do Jornal Bom Dia Brasil, que foi ao ar em 18 de setembro de 2008, e publicado no endereço eletrônico no mesmo dia, afirma que existem empresas que buscam preparar seus funcionários para a aposentadoria, uma maneira de valorizar o profissional que dedicou tantos anos de sua vida na empresa e preparar os mais novos e ainda inexperientes que ingressam em seus quadros de funcionários.

Nos últimos anos, várias empresas perceberam que, na hora de passar pela última vez pela roleta de saída ou na hora da aposentadoria, junto com o funcionário estava indo também um tesouro valioso. São anos de experiência profissional que não podiam ir embora assim tão facilmente.

Por enquanto, esse tipo de preocupação ainda está restrita às empresas maiores, às que têm grandes interesses estratégicos e às que sabem quanto vale o conhecimento de um ex-funcionário, mesmo que ele esteja indo para a aposentadoria. Ganham a empresa e o ser humano.[63]

Assim, dar continuidade ao trabalho pode significar além de subsistência a propagação da experiência e pela valorização do profissional como pessoa inserida na sociedade.

5 CONCLUSÕES

Apesar da existência de vasta legislação tratando do assunto igualdade, bem como os princípios protetivos do Direito do Trabalho, ainda há muito que evoluir em se tratando do trabalho da pessoa envelhecete.

O mercado de trabalho ainda se mostra receptivo aos profissionais jovens devido à agilidade, à mão de obra menos especializada e por isso mesmo mais barata, àqueles profissionais que contam com mais experiência.

Empresas que buscam lucro não se dão conta de que economizam em mão de obra, no entanto acabam perdendo em experiência.

É por esta dificuldade na hora de conseguir emprego, por aquelas pessoas que contam com mais de quarenta anos, que se deve parar e repensar, onde colocar ou recolocar estes profissionais experientes, que apesar de estarem beirando a aposentadoria ainda se mostram como trabalhadores capacitados.

A criação de Políticas Públicas, no sentido da capacitação destes profissionais e de incentivos para as empresas que contratam pessoas acima de certa idade parece eficaz para a criação de uma nova consciência, vez que não basta apenas a contratação destes profissionais, sendo necessária a valorização destes, como profissionais, como pessoas com acesso aos bens de consumo e como seres integradas à sociedade.

REFERÊNCIAS

Ação Civil Pública nº 01/2003 da Vara do Trabalho da Comarca de Maringá, Paraná.

AGÊNCIA DE NOTÍCIA DOS DIREITOS DA INFÂNCIA. Disponível em: <www.andi.org.br/numeros/index.html>. Acesso em: 17 maio 2008.

ALMEIDA, Pércles Ferreira. *Discriminação em Concurso Público por Motivo de Idade*. Elaborado em: abr. 2004. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=34340>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000-1.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *O idoso tem direito a continuar trabalhando*. Disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/pdf/Artigo12_continuartrabalhando.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2008. p. 01.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452 de 1 de maio de 1943.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Estatuto do Idoso, Lei 10. 741 de 2003.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CARVALHO, Regina Coelli Batista de Moura. *Idade e Trabalho – Abordagem Sócio-Jurídica sobre a Limitação de Idade para o Trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

CARAMUTO, Maria Isolina Dabove. *Los Derechos de los Ancianos*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2002.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de Trabalho e Discriminação Etária*. A Vulnerabilidade dos Trabalhadores “Envelhecentes”. São Paulo: LTR, 2006.

DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Direito Net. *TST julga primeiro caso de discriminação por idade 11/set/2003*. Fonte: TST - Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/6022/TST-julga-primeiro-caso-de-discriminacao-por-idade>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

Discriminação no trabalho dá rescisão por justa causa. *Folha de São Paulo*. Artigo publicado em: 08 abr. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/classificados/dos_empregos/ult1671u2698.shtml>. Acesso em: 03 jan. 2009.

FACHIN, Edson Luiz. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <www.ibge.org.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

Jornal Bom dia Brasil Reportagem. *Experiência e Juventude se encontram no Mercado de Trabalho*. Adicionada em: 18 set. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bomdiabrasil/0,,MULT764393-16020,00-EXPERIENCIA+E+JUVENTUDE+SE+ENCONTRAM+NO+MERCADO+DE+TRABALHO.html>>. Acesso em: 18 set. 2008.

LOPES, Otávio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista?Rev_17/Artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 02 jan. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATÉRIA. *Revista Justilex* – Ano III, n. 25 – jan. 2004.

MEDEIROS, Benizete Ramos de. *Trabalho com Dignidade*. Biblioteca LTR digital, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MICHELETTI, Camila. Disponível em:

<http://carreiras.empregos.com.br/carreira/administracao/ge/busca/dilemas/160903-discriminacao_idade.shtm>. Acesso em: 27 nov. 2008.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 111. Sobre a Discriminação em Matéria de Emprego ou Profissão. De 25 jun. 1958. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/pd-conv-oit-111-emprego.html>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

Órgão Julgador - Primeira Turma. Fonte DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 13/12/2005 PG: Recorrente(s): Royal e Sunnliance CIA de Seguros, Mirna Picosse de Mattos. Redatora: Lizete Belido Barreto Rocha. Revisora: Lizete Belido Barreto Rocha. Fonte: TST – Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>.

Ouvidoria MTE – Ministério do Trabalho e Emprego. Mensagem pessoal enviada por resposta.ouvidoria@mte.gov.br e recebida por: jalane_81@hotmail.com. Recebido em: 08 abr. 2009.

ROSA, Rodrigo.; VILELLA, Janaína. *Um Brasil de “jovens” aposentados*. Artigo elaborado em 10 jun. 2003. Disponível em: <<http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo002.html>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

SANCHES, Vanessa Karan de Chueiri. *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVEIRA, M. Qual a sua data de validade? *Revista VOCÊ S/A*. n. 35, maio 2001.

TRIBUNAL: 1ª Região. ACÓRDÃO NUM: DECISÃO: 20 04 1989. TIPO: MS. NUM: 00341. ANO: 1988. NÚMERO ÚNICO PROC: MS - TURMA: TRIBUNAL PLENODORJ, III, DE 16-05-1989. JUIZ HAROLDO DE BARROS COLLARES CHAVES.

Universidade Terceira Idade. Disponível em:

<http://virtual.epm.br/uati/seminarios/trabalho_aposentadoria/1.htm>. Acesso em: 16 jan. 2008.

[1] Ao designar os trabalhadores que contam com idade de 40 anos ou mais, que apesar de economicamente ativos, têm sofrido com a discriminação em razão da idade, por serem mais qualificados e também mais caros, ou então por não apresentarem a disposição física de uma pessoa mais jovem. Assim como a adolescência é a transição entre infância e juventude, a envelhecimento seria a transição entre a idade adulta e a velhice. CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de Trabalho e Discriminação Etária. A Vulnerabilidade dos Trabalhadores “Envelhecetes”*. São Paulo: LTR, 2006.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-30.

[3] FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 212.

⁶ DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

[5] FACHIN, Edson Luiz. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 193.

[6] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005. p.32.

[7] SARLET, op. cit., p. 38.

[8] BASTOS, Celso Ribeiro.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000-1, p. 425.

[9] BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452 de 1 de maio de 1943. Artigo 3. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

[10] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67.

[11] MEDEIROS, op. cit., p. 14.

[12] CHAVES, op. cit., p. 159.

[13] CHAVES, op. cit., p. 163.

[14] CHAVES, op. cit., p. 172.

- [15] COMPARATO, Fábio Konder apud BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 42.
- [16] CHAVES, op. cit., p. 129.
- [17] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 5º.
- [18] BRASIL. Art. 7º, XXX. *ibid*.
- [19] MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 103.
- [20] BRITO FILHO, op. cit., p. 43.
- [21] LOPES, Otávio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista?Rev_17/Artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 02 jan. 2009.
- [22] CHAVES, op. cit., p. 90.
- [23] CHAVES, op. cit., p. 91.
- [24] IBGE. Disponível em: <www.ibge.org.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.
- [25] CHAVES, op. cit., p. 92.
- [26] Discriminação no trabalho dá rescisão por justa causa. *Folha de São Paulo*. Artigo publicado em: 08 abr. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/classificados/dos_empregos/ult1671u2698.shtml>. Acesso em: 03 jan. 2009.
- [27] SANCHES, Vanessa Karan de Chueiri. *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba, 2006.
- [28] BRITO FILHO, op. cit., p. 46.
- [29] SCHIRRMACHER, Frank apud CHAVES, op. cit., p. 106.
- [30] CARVALHO, Regina Coelli Batista de Moura. *Idade e Trabalho – Abordagem Sócio-Jurídica sobre a Limitação de Idade para o Trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 50-53 *passim*.
- [31] CARVALHO, op. cit., p. 41.
- [32] CHAVES, op. cit., p. 98-99.

[33] ROSA, Rodrigo.; VILELLA, Janaína. *Um Brasil de “jovens” aposentados*. Artigo elaborado em 10 jun. 2003. Disponível em: <<http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo002.html>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

[34] CHAVES, op. cit., p. 101.

[35] CHAVES, op. cit., p. 102.

[36] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – FGV apud AGÊNCIA DE NOTÍCIA DOS DIREITOS DA INFÂNCIA. Disponível em: <www.andi.org.br/numeros/index.html>. Acesso em: 17 maio 2008.

[37] “Não seria ousado afirmar que no contexto do ordenamento normativo, a velhice pode ser plenamente considerada um princípio geral de diferenciação. Princípio que, seguindo as palavras do próprio Tribunal Constitucional Espanhol funciona como critério de interpretação preferencial, a se determinar quando uma desigualdade jurídica pode ou não ser uma discriminação ilegítima”. CARAMUTO, Maria Isolina Dabove. *Los Derechos de los Ancianos*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2002. p. 109.

[38] BRASIL. Art. 39, § 3º. *ibid.*

[39] BRASIL. Art. 7º, XXX. *ibid.*

[40] TRIBUNAL: 1ª Região. ACÓRDÃO NUM: DECISÃO: 20 04 1989. TIPO: MS. NUM: 00341. ANO: 1988. NÚMERO ÚNICO PROC: MS - TURMA: TRIBUNAL PLENODORJ, III, DE 16-05-1989. JUIZ HAROLDO DE BARROS COLLARES CHAVES.

[41] BRASIL. Art. 39, § 3º. *ibid.*

[42] BRASIL. Art. 5, XIII. *ibid.*

[43] BRASIL. Art. 37, II. *ibid.*

[44] BRASIL. Art. 93, I. *ibid.*

[45] BRASIL. Art. 14, VI. *ibid.*

[46] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 404.

[47] BRASIL. Estatuto do Idoso, Lei 10. 741 de 2003. Art.18.

[48] ALMEIDA, Péricles Ferreira. *Discriminação em Concurso Público por Motivo de Idade*. Elaborado em: abr. 2004. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=34340>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

[49] SILVEIRA, M. Qual a sua data de validade? *Revista VOCÊ S/A*. n. 35, maio 2001.

[50] OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 111. Sobre a Discriminação em Matéria de Emprego ou Profissão. De 25 jun. 1958. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-oit-111-emprego.html>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

[51] BRITO FILHO, op. cit., p. 44-45.

[52] Ação Civil Pública nº 01/2003 da Vara do Trabalho da Comarca de Maringá, Paraná.

[53] IBGE. *ibid.*

[54] MATÉRIA. *Revista Justilex* – Ano III, n. 25 – jan. 2004. p. 18.

[55] Universidade Terceira Idade. Disponível em:

<http://virtual.epm.br/uati/seminarios/trabalho_aposentadoria/1.htm>. Acesso em: 16 jan. 2008.

[56] Direito Net. *TST julga primeiro caso de discriminação por idade* 11/set/2003. Fonte: TST - Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/6022/TST-julga-primeiro-caso-de-discriminacao-por-idade>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

[57] Órgão Julgador - Primeira Turma. Fonte DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 13/12/2005 PG: Recorrente(s): Royal e Sunnliance CIA de Seguros, Mirna Picosse de Mattos. Redatora: Lizete Belido Barreto Rocha. Revisora: Lizete Belido Barreto Rocha. Fonte: TST – Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>.

[58] CHAVES, op. cit., p. 97.

[59] MICHELETTI, Camila. Disponível em:

<http://carreiras.empregos.com.br/carreira/administracao/ge/busca/dilemas/160903-discriminacao_idade.shtm>. Acesso em: 27 nov. 2008.

[60] BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *O idoso tem direito a continuar trabalhando*. Disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/pdf/Artigo12_continuartrabalhando.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2008. p. 01.

[61] Ouvidoria MTE – Ministério do Trabalho e Emprego. Mensagem pessoal enviada por resposta.ouvidoria@mte.gov.br e recebida por: jalane_81@hotmail.com. Recebido em: 08 abr. 2009.

[62] BRAGA, op. cit., p. 2.

[63] Jornal Bom dia Brasil Reportagem. Experiência e Juventude se encontram no Mercado de Trabalho. Adicionada em: 18 set. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bomdiabrasil/0,,MULT764393-16020,00->

EXPERIENCIA+E+JUVENTUDE+SE+ENCONTRAM+NO+MERCADO+DE
+TRABALHO.html>. Acesso em: 18 set. 2008.

CIDADANIA EM CRISE: MODELOS E DISCURSOS
CITIZENSHIP IN CRISIS: MODELS AND SPEECHES

Marciele Berger Bernardes
Santiago Artur Berger Sito

RESUMO

O presente ensaio visa apontar algumas diferenças entre os modelos teóricos clássicos de cidadania e a cidadania existente no Brasil. A tentativa de resgatar tal conceito passeia por um duto maior: o remontar próprio da ciência jurídica, em sua totalidade, regatando-se parte a parte de contexto contingentes. Compreender como a cidadania foi concebida e sua importância para absorver o que é como funciona e quem exerce o direito é crucial. Além disso, como poder e soberania tornam-se contrapontos a serem postos de frente com a cidadania, buscar-se-á, ainda, assinalar alguns obstáculos que, historicamente, impediram a implantação dos direitos de cidadania no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA NO BRASIL, CRISE, THOMAS MARSHALL, DIREITO PENAL DO INIMIGO.

ABSTRACT

This test is to point out some differences between the traditional theoretical models of citizenship and citizenship in the Brazil. The attempt to rescue this concept involves a more product: the back of legal science itself, in its entirety, the races are part of the quotas. Understand how citizenship is designed to absorb and importance that is how it works and who exercises the right is crucial. Moreover, as power and sovereignty become counterpoints to be put in front of the citizenship, it will get, still some obstacles noted that historically, prevented the implementation of citizenship rights in Brazil.

KEYWORDS: CITIZENSHIP IN BRAZIL, CRISIS, THOMAS MARSHALL, CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

INTRODUÇÃO

A palavra crise está começando a perder seu significado. Vivemos em uma constante crise do sistema democrático, crise do Estado, crise do sistema de representação, crise

da cidadania, crise econômica e social. Alguns buscando retomar esse sentido distinguem as verdadeiras crises das situações “dramáticas, mas não sérias”.

No entanto, quando se trata da crise da cidadania, a necessidade de superá-la se torna impostergável, principalmente quando seus resultados revelam uma fragilidade dos modelos institucionais e põem em risco o Estado Democrático de Direito.

Embora não possa ser considerado um assunto original, a questão da cidadania, quando correlacionada a temas como sociedade civil, esfera pública e movimentos sociais, passa a ser (re)desenhada.

Dentro do contexto de crise e (re)emergência da cidadania, o objetivo principal no presente artigo é assinalar alguns contrastes entre os modelos clássicos de cidadania e o modelo vigente no Brasil, e, a partir disso apontar alguns fatores que, historicamente, impediram ou dificultaram a implantação dos direitos de cidadania no Brasil.

Algumas das dificuldades podem ser sentidas a partir da análise feita por Zaffaroni (2007, p.19) sobre o assunto:

(...) é inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da *máscara* acredita encontrar um *inimigo*, retira-lhe a *máscara* e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso). Certamente o Estado **pode privá-lo de sua cidadania**, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação. (grifo nosso)

Para uma abordagem dos modelos clássicos de cidadania, utilizar-se-á , sobretudo, a Teoria de Thomas H. Marshall, autor que desenvolveu a distinção entre as várias dimensões da cidadania.

Ademais, buscar-se-á evidenciar que mais interessante que se tentar configurar, especificamente, a forma de cada uma dessas cidadanias é, justamente, perceber o quão amorfa e, por isso, complexa de ser compreendida dentro de um aspecto estático e definitivo. A partir dessas definições, percebe-se que delimitar cidadania como a qualidade de um sujeito dotado de direitos políticos e sociais obsta, em grande parte, a carga que “ser cidadão” tem consigo. A cada forma e processo de constituição, a cidadania constrói-se de maneira particular e carrega consigo toda carga ideológica que a fez emergir, a qual, em nenhum momento, pode ser desconsiderada.

1. Marshall: do resgate ao redimensionamento do conceito de cidadania

Apesar da existência de uma multiplicidade de estudos sobre o tema da cidadania, com destaque para três vertentes teóricas: a teoria de Marshall sobre os direitos de cidadania; a abordagem de Tocqueville/Durkheim acerca da cultura cívica; e a teoria Marxista/Gramsciana sobre a sociedade civil, o presente ensaio trabalhará a análises feitas por Thomas H. Marshall que, em 1949, propôs a primeira teoria sociológica da cidadania, ressaltando que a concepção de cidadania é dada a partir do mínimo.

Marshall evidencia que a cidadania se insere dentro de uma sociedade e ela não se dispõe a regular a sociedade, mas sim equilibrá-la. Assim, resalta que a desigualdade social até certo ponto é saudável. Dessa forma, ele pode ser situado de forma ambígua entre Estado Liberal e Social, mas é ideologicamente um Socialdemocrata com percepção da desigualdade social estrutural, discutindo um sistema político de cidadania como regulador dessa desigualdade de classe. Comunga os ideais de uma sociedade focada na infra estrutura (direitos sociais), por isso Marshall está além dos liberais e aquém dos socialistas, pois acredita que a liberdade, economia e política são o eixo chave para o desenvolvimento da cidadania. Apesar disso, reconhece como incorrigível a diferença de classes, segundo Marshall não são as condições que definirão o destino dos cidadãos, mas a capacidade de luta, é a luta de cada um por si e ninguém por todos.

Imperioso referir ainda que, em sua obra *Cidadania, classe social e status*, Marshall divide o conceito de cidadania em três partes ou elementos: civil, político e social ressaltando que a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Tendo em vista que se trata de uma tripartição clássica no pensamento jurídico e sociológico, convém citá-la na íntegra:

O **elemento civil** é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por **elemento político** se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O **elemento social** se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais (1967, p. 63-64) (grifo nosso).

Marshall (1967) explica que, inicialmente, esses três direitos estavam unidos e se confundiam, porque as instituições estavam amalgamadas.

Quando os três elementos da cidadania se distanciaram uns dos outros, logo passaram a parecer elementos estranhos entre si. O divórcio entre eles era tão completo que é possível, sem distorcer os fatos históricos, atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente – os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX (1967, p.66).

Ligia Coelho (1990) em seu estudo sobre o conceito de cidadania diverge do modelo linear e evolucionista traçado por Marshall. A autora explica que, na verdade, a cidadania não é construída linearmente, mas sim de contradição, não é um “status”, mas sim resultado de um processo de luta, nas palavras da autora: “cidadania é algo que se conquista através de luta. Alguns já são cidadãos; cabe aos demais resgatar a parcela que lhes cabe nesse latifúndio” (COELHO,1990, p. 20) e, com isso, a autora traz a tona os sujeitos silenciados por Marshall, a história da cidadania é uma história de derramamento de suor sangue (...). Desse modo, a noção de sociedade que estava ausente no discurso de Marshall é reconstruída de nova maneira dando voz aos silenciados no discurso de Marshall.

José Murilo de Carvalho (2003), após fazer uma breve síntese da teoria de Marshall, observa que o surgimento seqüencial dos direitos sugere que a cidadania é um fenômeno histórico e que o ponto de chegada – ou seja, o ideal de cidadania plena – pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental. Mas acrescenta que os caminhos são distintos e que nem sempre seguem linha reta. Ademais, podem existir desvios e retrocessos não previstos por Marshall. Carvalho explica que o percurso inglês – que serviu de base para a teoria de Marshall – foi apenas um entre outros, ressaltando que a França, a Alemanha e os Estados Unidos seguiram seus próprios caminhos.

Ao avaliar o caso específico da cidadania brasileira, o professor José Murilo explica que, no Brasil, também não é possível a aplicação do modelo inglês, que pode ser utilizado aqui apenas em uma perspectiva comparativa. Ele ressalta que existiriam ao menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se a uma maior ênfase dos direitos sociais em detrimento dos dois outros. A segunda refere-se à alteração na seqüência em que os direitos foram adquiridos: o social precedeu os outros (CARVALHO, 2003).

Ao final do estudo, José Murilo de Carvalho acaba por concluir que, na história do Brasil, teria havido uma completa inversão da seqüência de Marshall:

Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide de direitos foi colocada de cabeça para baixo (2003, p. 219-220).

A história mostra que não existe apenas um caminho para a cidadania. No entanto, isso não desmerece a teoria de Marshall, principalmente pelo fato de que, ele fala da Inglaterra de seu tempo, na narrativa inglesa, sendo que a sua fala não é universal e nem se pretende universal, pois não visa se adequar a todas as realidades.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (1997), um dos principais méritos de sua análise consiste na articulação que ele opera entre cidadania e classe social e nas conseqüências que dela retira para caracterizar as relações entre cidadania e capitalismo.

Em seqüência será analisado sucintamente o modelo do direito penal do inimigo que pode ser apontado, como uma das dificuldades para a universalização e efetivação no Brasil dos direitos de cidadania, tais como teorizados por Marshall, sendo uma das principais causas de sua crise. Como visto na passagem acima, houve uma total inversão do modelo. O direito penal do inimigo, ou *hostis*, é apenas um dos temas possíveis de estudo.

2. Direito Penal do Inimigo no Brasil como um obstáculo à cidadania.

A teoria do doutrinador Günter Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo vem, há mais de 20 anos, tomando forma e sendo disseminada pelo mundo, conseguindo fazer adeptos e chamando a atenção de muitos.

Resumidamente, Jakobs pretende a prática de um Direito Penal que separaria os delinqüentes e criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a ter o *status* de cidadão e, uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido e a voltar a ajustar-se à sociedade; os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado e seriam adversários, representantes do mal, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado.

Os inimigos perderiam o direito às garantias legais. Não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deverão ser afastados, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o *status* de cidadão.

Jakobs vale-se dos pensamentos de grandes filósofos como Rosseau, Hobbes, Kant, entre outros para sustentar suas teorias, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo (JAKOBS; MELIÁ; 2003, p. 39).

E como devem ser tratados os inimigos? De acordo com essa teoria o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um *sujeito processual*, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo, o de se comunicar com seu

advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente ordenado” (JAKOBS; MELIÁ; 2003, p. 45).

Portanto, a partir dessa teoria o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal, bem como toda a carga axiológica e histórica de construção de um órgão judicante apartado de um órgão acusatório; o outro é o direito penal do inimigo este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas, sua simples condição de inimigo o exclui das esferas de titularidade jurídica, pois o sujeito é despido de qualquer garantia constitucional. Em termos mais diretos: ele passa a ser um *locus* de não-constituição.

Destarte, o Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra.

2.1 Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo

Em reação ao movimento do direito penal do inimigo Zaffaroni (2007) sublinha que:(a) para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em estado de polícia (que se opõe, claro, ao estado de direito); (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.;(e) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo Satã; (f) durante a Revolução Industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se); (g) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (h) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (i) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos EUA, até 1980 os EUA contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (j) com Reagan começa a indústria da prisionização; (k) o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (l) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.).

Destarte, procura-se apartar a sociedade, excluindo o selecionado inimigo do contexto social, para considerá-lo “aberração”, dando aporte à maior das atrocidades possíveis em um Estado Democrático de Direito: a sua exceção. Neste cenário, a mídia ganha um importante papel, torna-se uma instância de triagem, que antecipa julgamentos, e incendeia os casos concretos conforme melhor lhe aprouver, valendo-se para tanto do senso comum.

Pode-se observar, portanto, que, apesar de em alguns momentos o Estado esteja legitimado a privar o “inimigo” de sua cidadania, isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. E o tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação.

Disso depreende-se que a aceitação do termo cidadania, ainda nos dias de hoje, é muito precária *v.g.* o tratamento disposto pelo modelo penal que priva os inimigos da condição de pessoas que nada mais são que concessões do Estado Liberal ao Estado Absoluto que acaba por debilitar o modo orientador do Estado de Direito.

Analisando a teoria, percebe-se alguns fatos inegáveis: o direito penal do cidadão tem finalidades e mecanismos diferentes do direito penal do inimigo, o sujeito desviante não fornece garantias de seu comportamento – logo há uma autorização tácita para lhe suspender a condição de cidadão e de pessoa –, há uma incorporação das tendências polarizantes do direito penal no direito processual penal, mais vale delimitar bem um direito penal do inimigo do que aplicá-lo acidentalmente aos cidadãos, e por fim imperioso lembrar que os Tribunais Internacionais que julgam crimes que atentam contra os direitos humanos, não gozam de legitimidade pré concebida – e nem por isso são questionados como o Direito Penal do Inimigo.

Sobre este último ponto, Günter Jakobs se manifesta:

como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial “comunitário legal”, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito penal do inimigo (2007. p. 48).

No entanto, Manuel Cancio Meliá (2007) elenca uma série de críticas ao sistema do direito penal do inimigo. A primeira se encontra na própria definição. Direito penal do cidadão é um pleonasma, pois todas as garantias constitucionais relativas ao direito penal são condizentes com um direito penal, que só pode ser do cidadão. Quem mais é titular de direitos? Melhor seria dizer: quem não é cidadão? *Mutatis mutandis*, o direito penal do inimigo é uma contradição em seus próprios termos. Se o termo “inimigo” for trazido, então o vocábulo “direito” precisa ser retirado, sob pena da expressão, como um todo, nada dizer.

Como pensar um ramo jurídico, um segmento da ciência direito, que não envolva direitos, ou que somente envolva a exclusão deles? Mesmo o código penal pátrio é repleto de garantias, prerrogativas, mandamentos que visam a proteção do indiciado-réu-condenado.

É absolutamente insensato considerar um direito penal que recorte sujeitos da sociedade civil, e pinçando-os, acabe por lançá-los numa ilha de não-direito, podendo o Estado

exercer um *ius puniendi* desmedido e alucinado, sem reconhecer qualquer horizonte limítrofe.

Para além de uma crítica de bases epistemológicas, considerar-se-á um Estado com a vigência de um direito penal do inimigo, institucionalizado. O próximo efeito contraditório emergirá da necessidade de instrumentos para se identificar um inimigo no seio social. Jakobs traz Fichte para esclarecer que:

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos (2007. p. 26).

Resta compreender – se é que há possibilidade – que tipo de *pacta sum servanda* é tão severo ao ponto de retirar do sujeito todos os seus direitos, esvaziando sua cidadania, e o tornando num vazio jurídico. Dentro de uma mão que adere ao princípio da democracia, que constitui um baluarte em termos de defesa internacional dos direitos humanos, não há espaço para exceções ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, não existe locais de não constituição. Negar-lhe eficácia é negar vigência, sendo que suprimir titularidade é estratégia própria de regimes tirânicos, alheios a qualquer valor jurídico. Institucionalizar tal conteúdo é flagrantemente inconstitucional.

Além do mais, estudos não faltam para comprovar a ineficácia dos regimes de recrudescimento dos mecanismos penais. Combater criminalidade não é, nem nunca foi, papel do direito penal. É sim da política criminal. O pormenorizado estudo de Loïc Wacquant (2001) faz um panorama completo, com dados estatísticos inclusive, de que sistemas da linha do *Law and order* estadunidense em nada contribuíram para a redução dos níveis de criminalidade.

Fatos como esse, que o próprio Wacquant exclama serem tentáculos de uma onda neoliberal global, reforçam o surgimento de teorias desta natureza: maximização da punitividade (direito penal máximo) em contraposição de um recuo máximo no setor produtivo (liberalismo econômico). Por certo o encaixe seria ainda mais eficiente em países de desigualdade sociais acirradas, onde a cidadania encontra-se em crise, pois carente de exercício.

Diante desse cenário, passa a ser defendido por diversos doutrinadores, tendo como um dos principais expoentes o professor Alessandro Baratta, que a criação de um direito penal terrorista e militarizado, não cumpre suas promessas de garantir a paz social, de evitar lesões de direitos fundamentais, antes pelo contrario, esse modelo reproduz o círculo da violência legitimando a opressão social, ao que Sabadell (2000) chamou de: “dupla violação dos direitos humanos”. E o pior, a criminologia crítica demonstra que o autoritarismo desse círculo vicioso é mantido e financiado por Estados supostamente “democráticos”. É a partir dessas constatações que se buscará apontar soluções, indicar novos caminhos, mas sob um novo olhar, que perpassa pela compreensão da

complexidade desse fenômeno e pela desconstrução do senso comum. Essa é a abordagem do item seguinte.

3. Uma análise crítica sobre a questão: as alternativas possíveis

Em um Estado bem governado, há poucas punições, não porque haja muita tolerância e sim porque haja poucos criminosos.

- Jean Jacques Rousseau

Como se pode observar, a citação do filósofo guarda estreita relação com o cenário atual de inchaço do sistema penal, que passou a ser visto com o único meio de contenção contra os “maus” cidadãos. Assim, após a constatação da falência do sistema penal clássico em promover a segurança jurídica e assegurar o pleno exercício da cidadania, esse capítulo visa apresentar novos caminhos para a reversão desse processo.

Para tanto, faz-se necessário analisar, quais os novos caminhos que vem sendo apresentados para a solução dessa problemática. Segundo Andrade (2003), a saída perpassa pela mudança de paradigmas, pela desconstrução do senso comum, da criminalidade, da cidadania, bem como das falsas soluções.

O primeiro passo consiste na compreensão da complexidade desse fenômeno. Segundo Streck (1999, p. 85) passa pelo reconhecimento de que dois fatores contribuem para o agravamento dessa problemática: o excesso de individualismo e de formalismo. O individualismo “se traduz na convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade”, em contrapartida o formalismo “decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma de certeza jurídica e da ‘segurança do processo’”.

De acordo com Streck (1999) isso ocorre porque ainda prevalece como paradigma jurídico a tentativa hobbesiana de esquematizar um contexto jurídico legitimado subjetivamente – o contratualismo. Dito de outro modo, isso ocorre porque: “ao instituir a lei como uma técnica disciplinar exclusiva das relações sociais, concebe o direito como um instrumento de cessação da guerra ‘subjacente’ ao ‘Estado de natureza’ e de afirmação da paz civil típica do ‘Estado de Direito’ e de afirmação da paz civil” (STRECK, 1999, p. 86).

Por essa razão, é necessário ter em mente que a problemática da relação entre Direito e Sistema Penal devem ser examinados no contexto de crise do direito, Estado e cidadania e, no meio, a dogmática jurídica. Destaque-se que esse modelo não alcança apenas os “inimigos”, mas todos os demais setores oprimidos da sociedade.

Jürgen Habermas perpassa um caminho paralelo. Dentro de seu ideário para reconstruir um direito procedimental (ou seja, uma via evidentemente contrária à proposta de

Streck – mas seguramente embrenhada em fortalecer processos participativos e as garantias constitucionais), o jurista alemão acaba por sentir a necessidade de um pilar firme de participação social, num sistema de razão comunicativa. Seu desiderato se vê cumprido quando ele formula o princípio da autolegislação.

Uma comunidade jurídica que é autora e destinatária de seu próprio conteúdo legislativo é um povo com pleno exercício de cidadania. Mas para se atingir tal desiderato, é imprescindível adimplir condições pelas quais se atingirá uma cooperação protegida, de fato. A primeira trata da reciprocidade. Os sujeitos precisariam compreender “a assumir a perspectiva de um outro e a considerar-se a si mesmos na perspectiva de uma segunda pessoa” (HABERMAS, 2003, p.124). Em segundo lugar, os contratos deveriam poder ser parciais, fechados entre sujeitos e partidos, para estes, num segundo momento, repassar liberalidades naturais. Ou seja, deveria haver espaço para a negação, isso é democracia.

Portanto, pode-se observar que a problemática não será resolvida somente pelo Direito, embora a questão passe necessariamente pelo direito. Streck trabalha com a idéia de que a legitimação do direito e do estado provêm de fora ou de baixo (1999, p. 102).

Segundo Andrade a mudança de paradigmas, e da ideologia penal, passa “não apenas na Ciência e na academia, mas no senso comum e na práxis do controle social informal e formal” (2003, p.29).

Além disso, ressalta a doutrina signatária da criminologia crítica que é necessária a desconstrução do senso comum, da criminalidade, da cidadania, bem como das falsas soluções. E o que é necessário desconstruir?

Exatamente o senso comum de que existem de um lado cidadãos e de outro lado os “não cidadãos” como bem observada Andrade:

Existe uma representação simbólica profunda, que acompanha a história da civilização e do controle social, e que subjaz a estruturas e organizações culturais do nosso tempo (como belicismo, capitalismo, patriarcalismo, racismo) e através delas se materializa, potencializando, com seu tecido bélico, específicas bipolaridades: esta representação é o maniqueísmo, uma visão de mundo e de sociedade dividida entre o bem e o mal, e talvez em nenhum outro senso comum, como aquele relativo à criminalidade e à cidadania, este maniqueísmo se expresse tão nítida e intensamente. (2003, p. 20).

A crise da cidadania reside exatamente nessa espécie de encontro de extremos, pois enquanto a cidadania defendida por Marshall simboliza a luta pela emancipação humana, pela construção de direitos, pela necessidade de inclusão e afirmação da igualdade; no âmbito do imaginário dos juristas, do “senso comum” e da sociedade como um todo, há uma tendência de fortalecimento de discursos e de técnicas de guerra contra o crime e da segurança pública e da ilusão (bem difundida pelos meios midiáticos) de que a solução para todos os males está no decadente sistema penal. Como se a solução estivesse em uma única instância – sistema penal – que nega a cidadania.

Como bem assevera Andrade, a solução perpassa pela: “primazia do direito constitucional sobre o direito penal, da Constituição e seus potenciais simbólicos para a efetivação da cidadania sobre o código penal, da constitucionalização sobre a criminalização” (2003, p. 29).

Enfim, a reconceituação critica a cidadania que passa a ser uma dimensão política ambígua, que tem como fim a emancipação humana e no centro dessa luta está a luta dos Direitos Humanos (viés constitucional). Entra aqui a dimensão de participação e de inclusão na vida social e política e de responsabilização do sujeito pelo seu destino na sociedade.

4. Considerações Finais

O presente trabalho teve por escopo apresentar alguns modelos clássicos de cidadania, demonstrando que não é possível aplicá-los à realidade brasileira. Isso porque as singularidades da história do Brasil não permitem uma simples importação de teorias européias e norte-americanas.

No caso da teoria de Marshall, conforme foi observado, houve uma total inversão do modelo.

Outras formas marcantes desse desvio também são encontradas no momento de caracterizar o tipo de cidadania existente, dentro da tradicional Sistema Penal. Embora a Constituição de 1988 – muitas vezes chamada de “Constituição Cidadã” – tenha ampliado os direitos de cidadania, preocupando-se, por exemplo, em assegurar o Devido Processo Legal aos brasileiros, o que se evidenciou é que na prática não se segue o processo democrático, mas sim um verdadeiro procedimento de guerra (de intolerância, de “vale tudo” contra o inimigo) que não se coaduna com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Apesar dos avanços, inexistente no Brasil um modelo de cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade dando margem a modelos como o Direito Penal do Inimigo que cria a figura dos cidadãos e dos “não cidadãos”.

Do lado dos “não cidadãos”, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, tais como: flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; aumento desproporcional de penas; criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); endurecimento sem causa da execução penal; exagerada antecipação da tutela penal; corte de direitos e garantias processuais fundamentais; concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); infiltração de agentes policiais; uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei).

Portanto, os “não cidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os “não cidadãos”, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade.

Existem, portanto, dois problemas fundamentais ao que se denominou outrora de crise da cidadania no Brasil. Em primeiro lugar, o fato de que algumas pessoas são mais cidadãs do que outras. Em segundo, a existência de uma espécie de “meia cidadania”, que cobra dos indivíduos os deveres inerentes ao *status* de cidadão, mas, em contrapartida, não lhes atribui os direitos devidos, como é o caso do Sistema Penal que a pretexto de normatizar (no sentido de encapsular, contra “arbitrariedades”) chega ao absurdo de aceitar um ser humano seja tratado como não-pessoa.

A crise da cidadania não deixa de ser paradoxal, pois se revela no exato momento em que se obtiveram conquistas plausíveis, nunca na histórica da humanidade se conheceu uma extensão tão ampla de regras e mecanismos de representação plural, de participação, de garantias processuais (devido processo legal) que historicamente tem conformado o conceito de cidadania moderna. E, no entanto, continua existindo uma insatisfação crescente quanto ao seu funcionamento.

A incapacidade do sistema penal em ofertar respostas adequadas ao conflito em tela, aliada à falta de instâncias alternativas capacitadas para evitar esta escalada de violência é uma constatação decorrente da vários fatores elencados ao longo deste estudo.

A partir dessas constatações, emerge a necessidade de busca de caminhos alternativos e aptos a redimensionarem e resgatarem o conceito de cidadania. Significa, como afirmado no terceiro capítulo, a primazia do direito constitucional sobre o direito penal, e, portanto da Constituição e seus potenciais simbólicos para a efetivação da cidadania.

Nesse viés, alguns caminhos parecem oportunos para esse caso, trata-se da mudança de paradigmas, da desconstrução do senso comum: da criminalidade e da cidadania, bem como das falsas soluções.

Certamente essa não será uma conquista instantânea, antes se faz necessário atentar-se aos paradoxos dos processos de previsão da cidadania, visto que esses representam um caminho inverso ao que vem sendo trilhado pelo sistema penal que não promove segurança jurídica nem assegurar o pleno exercício da cidadania, mas sim reproduz o círculo da violência legitimando a opressão social.

Nesse sentido, a cidadania que academicamente atingiu um *status* inquestionável, precisa ganhar o reconhecimento jurídico constitucional de Direitos Humanos. A pauta de trabalho é intensa e muito longa e perpassa inclusive pelo reconhecimento da legitimidade da sociedade civil em acender o debate, num processo de transformação complexo que precisa ser operado em todas as frentes simultaneamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal Máximo x cidadania Mínima. Códigos de violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** São Paulo. Ed. Cultrix, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COELHO, Ligia Martha. **Cidadania emancipação.** Rio de Janeiro: Rev. TB, 100:5/8, jan., mar., 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MARSHALL, Thomas Humprey. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.** Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS Carmem Hein (org.) **Criminologia e Feminismo.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

O modelo linear aparece na obra de Marshall quando pressupõe uma relação de dependência no construir da cidadania em relação ao Estado dando a idéia de que a cidadania só emerge a partir dos direitos concedidos pelo Estado.

Pode-se citar, de pronto, os arts. 1º e 2º, que guarnecem princípios do direito penal.

Segundo Capra paradigma pode ser definido como: “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhadas por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular de realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza” (2006,p.24;25).

Vera Regina Pereira de Andrade chama esses oprimidos e minorias de: “os movimentos que vem de baixo” (2003).

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEDIDA PARA PROMOVER A CIDADANIA E A IGUALDADE NAS RELAÇÕES DE GÊNERO: UMA ABORDAGEM A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

RESTORATIVE JUSTICE AS A MEASURE TO PROMOTE CITIZENSHIP AND EQUALITY IN GENDER RELATIONS: AN APPROACH THE VIOLENCE AGAINST WOMEN

**Marli Marlene Moraes da Costa
Quelen Brondani de Aquino**

RESUMO

O presente artigo versa sobre a violência contra a mulher na perspectiva de gênero, como verdadeira afronta aos direitos humanos da mulher. Para tanto, buscar-se-á abordar as relações de gênero diante de um mundo com fortes marcas de uma sociedade patriarcal, em que a dominação masculina se faz presente nos conflitos entre homens e mulheres, e as relações de poder estabelecem o modo de viver em sociedade, onde as práticas de violência cometidas contra mulheres são aceitas e naturalizadas por essa sociedade. Nesse contexto, a violência doméstica está ligada, frequentemente, tanto ao uso da força física ou psicológica no sentido de obrigar outra pessoa a fazer algo que não quer. Assim, verifica-se a violação de vários direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, como o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, entre outros. Com a inserção da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se uma nova possibilidade para restabelecer esses direitos suprimidos com o ato de violência. Através da aplicação das práticas de Justiça Restaurativa, que podem ser empregadas tanto às mulheres, como aos homens, será possível a reabilitação e inclusão desses agentes. Essas experiências possibilitarão um exame detalhado das atitudes e sentimentos nutridos pela vítima e pelo agressor, permitindo que um conjunto de medidas reparatórias sejam adotadas pelos agentes, proporcionando a promoção da cidadania nas relações de gênero e a diminuição das desigualdades entre homens e mulheres.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA – IGUALDADE DE GÊNERO - JUSTIÇA RESTAURATIVA – VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

ABSTRACT

This article is about the violence against women in a gender perspective, as real affront to the human rights of women. Thus, it will seek to address the gender relations in front of a world with strong marks of a patriarchal society, where male domination is present in the conflicts between men and women, and relationships to establish the mode of living in society, where the practice of violence committed against women are accepted and naturalized by the company. In this context, domestic violence is linked, often, both

the use of physical or psychological force to compel another person to do something or not. Thus, there is a violation of several fundamental rights brought by the Magna Carta, as the right to freedom, equality, human dignity, among others. With the insertion of Law 11340/06 - Lei Maria da Penha - the Brazilian legal system, there is a new possibility to restore those rights removed with the act of violence. By applying the practices of Restorative Justice, which can be used both to women as to men, can be the rehabilitation and inclusion of these agents. These experiments allow a detailed examination of attitudes and feelings nourished by the victim and the offender, allowing a number of measures are adopted by reparatórias agents, providing the promotion of citizenship in gender relations and the reduction of inequalities between men and women.

KEYWORDS: CITIZENSHIP - GENDER EQUALITY - RESTORATIVE JUSTICE - VIOLENCE AGAINST WOMEN

1. Considerações Iniciais

Na sociedade moderna discute-se a questão de gênero, enfatizando que esta categoria é de conotação ampla e não está exclusivamente vinculada apenas ao âmbito sexual ou biológico como homem e mulher. O seu significado rompe com eufemismos ou sentidos restritos a isso. O que conduz o pesquisador jurídico e os demais estudiosos da área a romper com o acabado e desvelar os mitos e ritos assentados em determinadas sociedades que mesmo com o discurso da contemporaneidade e da Democracia continuam reproduzindo desigualdades sociais e empregando estratégias de dominação pela linguagem.

Neste viés, exemplifica-se a dicotomia que impera a respeito do feminismo ou igualdade de gênero no regime de Democracia. Observa-se a violência com as suas várias facetas, como uma imposição de vontades e mecanismo de invisibilidade a sua condição de agente de direitos e pessoa com direito a dignidade. Esse exemplo serve de maneira pontual para demonstrar que se faz presente nas relações sociais o poder simbólico, pois a socialização e a maneira de disposição dos indivíduos, seja por classe, cultura e sexo denota de trocas sociais, que no seu bojo se dão por simbologias.

Assim, o artigo pretende analisar a ótica da mulher nas relações humanas em que se vislumbra um campo social que refletem as diferenças de gênero, naturalmente aceitas pelos seus agentes, em que se aprende, involuntariamente, ser homem e ser mulher, nesse contexto social. Busca-se avaliar a dominação masculina a partir dos fundamentos de Pierre Bourdieu, bem como os efeitos causados na sociedade moderna e nas relações conjugais, em que se acabam tornando o campo para a prática de violência contra a mulher. Demonstrando o estigma da mulher agredida como um ato de violência simbólica nas relações de poder.

Far-se-á, considerações a cerca da aplicabilidade da Justiça Restaurativa nas relações de gênero, questionando-se a sua execução como recurso adicional para a promoção da cidadania e da inclusão social das mulheres em situação de violência doméstica,

considerando as questões étnico-raciais, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional; a fim de promover a redução dos índices de violência contra a mulher, proporcionando um novo olhar para a efetivação da Lei Maria da Penha.

O fundamento principal é demonstrar que a partir da utilização dos conceitos de Justiça Restaurativa nos conflitos domésticos, poder-se-á promover um atendimento humanizado, integral e qualificado para as vítimas de violência familiar, garantindo, portanto, a efetivação dos direitos das mulheres, em especial a aplicabilidade da Lei Maria da Penha que motiva a prática de novas políticas em defesa dos direitos e garantias da mulher.

O trabalho que ora se apresenta será desenvolvido, via método de abordagem - hipotético dedutivo, partindo-se da construção de noções e apropriando-se da revisão bibliográfica, para encontrar possíveis soluções para o problema proposto.

2. A mulher na perspectiva das relações de gênero,

Independentemente do termo gênero não estar adstrito ao sexo ou a categoria social mulher, denota-se que a mesma juntamente a outras terminologias referenciam o grito de dor e a incessante busca pelo reconhecimento enquanto agentes portadores de desejos e de direitos que longinquamente delimitam seus espaços existenciais.[1] A partir da idéia de que 'sexo' é uma construção social e inacabada, as feministas substituíram em seu lugar o termo "gênero", que em inglês é *gender*. O uso de tal expressão permite a análise das identidades, feminino e masculino, sem, no entanto, reduzi-las ao plano biológico, indicando que essas identidades estão sujeitas a variações que são determinadas pelos valores dominantes em cada período histórico.[2]

Em meados de 90 as pesquisas da historiadora americana Joan Scott influenciariam os estudos brasileiros a respeito das questões de gênero, a partir de críticas acerca do saber produzido pelas diferenças sexuais e dos sentidos dados nos diversos espaços de socialização, destacando as instituições educacionais[3]. Por conseguinte, considera-se que:

O espaço social é construído de tal modo que os agentes ou os grupos são ali distribuídos em função de sua posição nas distribuições estatísticas de acordo com os *dois princípios de diferenciação* que, em sociedades mais desenvolvidas, (...), são, sem dúvida, os mais eficientes – o capital econômico e o cultural. Segue-se que os agentes têm tanto mais em comum quanto mais próximos estejam nessas duas dimensões, e tanto menos quanto mais distantes estejam nelas. As distâncias espaciais no papel equivalem a distâncias sociais. (...)"[4]

Preponderantemente, a retomada de categorias com pré-questionamentos a partir de uma resignificação na escala social, valorando a sua posição, advém, de explorar e possibilitar ao ser interior, o id, o despertar para uma existência avessa a que é imposta pela dominação, o que estrategicamente e pelo próprio *habitus* social emana ainda mais

o aniquilamento psíquico, social e cultural do indivíduo. Ao encontro de tal assertiva, Bourdieu[5] explica:

A divisão entre os sexos parece estar “na ordem das coisas, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas “sexuadas”), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação.

A naturalidade que se é dada a ordem social vela e oprime com a mulher, quando esta não retira de si o “véu” da submissão[6]. Ao refletir a respeito da posição que ocupa no campo das relações, seja no trabalho, no lar, bem como seu papel na procriação e enquanto sujeito de vontades, o que se denota é a profundidade e a essência de autoafirmar seus desejos e ter reconhecido com isto, a sua existência. Portanto, a liberação sexual não representa um devaneio pelo profano, ao contrário, seu sentido é expressamente existencial e de poder exercitar suas capacidades de escolhas e de viver com liberdade e autonomia seus sentimentos.

No entanto, o sistema social como um emaranhado de tentáculos está predisposto em campos constituídos por capitais de ordem social, econômica, política, cultural formando entre si o capital simbólico e, devido a influência que estes exercem como signos e figuras simbólicas nas relações pessoais, de tal maneira que proporcionam para que haja as trocas entre os agentes, a dominação masculina se ratifica delimitando e estabelecendo posições ou papéis. Com isso:

[...]A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembléia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo da vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos.[7]

A relação entre a mulher e o homem é rodeada de paradoxos constituídos pelo processo cultural, e que, na contemporaneidade, se luta pela mudança estrutural e igualdade de gênero. Mas o que se tem constatado é a resistência masculina em dominar[8], mesmo que pelo emprego da violência doméstica. Não se quer aqui, colocar a mulher exclusivamente no papel de vitimização, ao revés, existem mulheres que também são responsáveis pelo desencadeamento desta circunstância oprimente, pois em um primeiro momento não se reconhecem como sujeito de direitos ou, que poderia ser o segundo momento, incorporam o papel masculino, vislumbrando a dominação.

Mas quando se fala nesse papel de aceitação e reconhecimento adotado pela mulher, observa-se o fenômeno cultural que se instaura nesse processo, as diferenças de sexo masculino e feminino são, por exemplo, formas específicas de vivências, as distinções são biológicas, mas ultrapassam esse entender quando se tem uma cultura com fortes traços de um mundo patriarcal.

No começo da história todas as sociedades eram patriarcais. O mundo, entretanto, não era igualmente patriarcal, as mudanças culturais foram acontecendo muito lentamente, e de maneira diferenciada, devido as diversas formas culturais que se observava em várias partes do mundo. Mas, no entanto, o poder do homem (pais, irmãos, filhos e maridos) era predominante em todas as partes.

Nas relações de gênero, o patriarcado, de acordo com Therborn[9], tem duas dimensões básicas, a dominação do pai e a dominação do marido. Embora essa regra se refira as relações entre pai e filho ou entre sogra e nora, o núcleo do poder patriarcal demonstrase, principalmente, no poder do pai sobre a filha e do marido sobre a mulher. O poder do pai sobre o filho homem representava uma versão suavizada daquele sobre a filha. Verifica-se, então, a dominação masculina e a submissão da mulher, na relação pai-filha, marido-mulher.

No último século, mudanças fundamentais levaram a transformação de uma cultura totalmente patriarcal para o que hoje pode-se chamar pós-patriarcal ou fenômeno de despatriarcalização. As mutações que se instauraram foram imprescindíveis para a evolução de direitos e garantias fundamentais, inerentes principalmente às mulheres, que até meados do século XX pouco se questionava. Os desafios ao patriarcado europeu, por exemplo, deu-se, num primeiro instante, com o radicalismo protestante, através do tratado de John Stuart Mill sobre *A Sujeição das Mulheres*, revelando que “a subordinação de gênero tinha se tornado um dos principais obstáculos ao progresso humano”. [10]

Ocorre que, mesmo patriarcal ou dominado pelos homens, no fim do século XIX, observavam-se míseras mudanças, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) incluiu definições avançadas sobre gênero e família. Homens e mulheres adquiriram o direito de se casar e de constituir uma família sem limitações de raça, nacionalidade ou religião, só podendo se realizar com o livre consentimento dos pretendentes.

No final dos anos 60, a corrida para a investida nos direitos das mulheres ganhou velocidade, o clímax internacional deu-se no ano de 1975, continuando um processo global de mudanças por mais duas décadas. Em 1975, na assembléia geral da ONU, foi instituído o Ano Internacional da Mulher, originando uma série de relatórios investigativos em diversas partes do mundo e o estabelecimento de agências nacionais públicas preocupadas com as relações de gênero. Em todas as partes dos continentes novas iniciativas legislativas começaram a surgir em defesa dos direitos das mulheres.[11]

O Ano Internacional da Mulher, seguiu-se com a Década da Mulher, de 1975 a 1985, o envolvimento das Nações Unidas promoveu a preocupação dos governos para com a desigualdade de gênero, os movimentos feministas foram fundamentais para as conquistas que sobrevieram. Essas conquistas foram produto dos trabalhos realizados sobre direitos humanos, que começou logo após a Segunda Guerra Mundial, e incluiu os direitos das mulheres.[12]

A Década da Mulher representou o entrelaçamento global de organizações e movimentos internacionais, os direitos das mulheres geraram discussões e estudos no mundo todo. A Constituição Brasileira de 1988 aboliu as cláusulas sobre a chefia

masculina do Código Civil que foi reescrito em 2001. O ato de despatriarcalização “significou o descrédito oficial global do patriarcado, sobretudo nas relações entre marido e mulher e entre pais e filhas”.^[13]

As mudanças são marcantes, mas ainda é pesada a carga patriarcal e a dominação paterna que se observa no século XXI. “A longa noite patriarcal da humanidade está chegando ao fim. Está alvorecendo, mas o sol é visível apenas para a minoria”.^[14]

Nesse contexto, as mulheres assumiram uma condição de aceitação legítima da dominação e do abuso por parte do homem que ainda veste a roupagem do patriarcado. Assim, o sexo feminino vive na apropriação e age como se fosse legítimo estabelecer, pelo uso da força, limites que restringem seus direitos e garantias. Essa forma sutil de violência faz com que as mulheres vivam nessa hierarquia que exige a obediência, que requer autoridade e subordinação, poder e submissão.^[15]

3. A violência contra a mulher como um ato de violência simbólica nas relações de poder

Não há novidade a menção de que as mulheres que sofrem de violência das mais diversas maneiras são rotuladas por alguns, se não a sua maioria, membros da comunidade. O entendimento discriminador é que estar nestas condições é uma escolha pessoal, que se caso assim a mulher o desejasse poderia deixar de sofrer, nas “mãos” do seu agressor. Certas expressões pejorativas como: “apanha porque quer” demonstra o “machismo” e a indiferença que se dá a violência doméstica. É preocupante, pois se sabe que nesta relação que além de estar no imaginário das pessoas o amor associado a submissão do sexo feminino, verifica-se na sua concretude uma das piores violências enraizadas nas relações de dominação masculina: a violência simbólica. Nas palavras de Bourdieu^[16]:

Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento.

A dominação masculina é vista como um *habitus* aceito por todos os integrantes do campo social como algo natural, inclusive a mulher acaba reconhecendo essa superioridade, mas a entende normal. Essa visão de normalidade que se organiza nas diferenças de gênero, masculino e feminino, instituindo o que cabe ao homem e aquilo que pertence a mulher, fazem com que os dominados compactuem com essa sutil violência, construindo-se dois mundos sociais hierarquizados.

A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de

instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem essa relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro etc.), resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto.[17]

Mas quando se fala nesse papel de aceitação e reconhecimento adotado pela mulher, não se está querendo minimizar a ação da violência física, esquecendo, como bem disse Bourdieu[18] que “há mulheres espancadas, violentadas, exploradas”, ou na pior das hipóteses, centrar-se nessa idéia para “tentar desculpar os homens por essa forma de violência”. Dessa forma, tem-se que entender “simbólico” com o contrário de real, supondo-se que a violência simbólica é “meramente espiritual e, indiscutivelmente, sem efeitos reais”.

Entretanto, os efeitos desse tipo de dominação se exercem através da percepção e da avaliação do que constituem o *habitus*, assim, a lógica da dominação masculina e da submissão feminina, tornam-se espontâneas e extorquidas ao mesmo tempo, podendo ser compreendida, somente permanecendo-se atento aos efeitos duradouros que essa ordem social acaba exercendo nas mulheres e nos homens, harmônicas nessa invisível imposição.[19]

Observa-se que as condições sociais que reproduzem essas tendências, fazem com que os dominados adotem o ponto de vista dos dominantes, efetivando-se alheio a vontade, demonstrando um poder também simbólico nas suas manifestações. Verifica-se que a dominação só se perpetua através dessa cumplicidade e que as mulheres acabam sendo excluídas do sistema social. Mas também são reprodutores dessas exclusões sociais a própria família, a escola, a igreja, na divisão do trabalho, nas disposições ditas femininas e masculinas.

É, sem dúvida, no encontro com as “expectativas objetivas” que estão inscritas, sobretudo implicitamente, nas posições oferecidas às mulheres pela estrutura, ainda fortemente sexuada, da divisão de trabalho, que as disposições ditas “femininas”, inculcadas pela família e por toda a ordem social, podem se realizar, ou mesmo se expandir, e se ver, no mesmo ato, recompensadas, contribuindo assim para reforçar a dicotomia sexual fundamental, tanto nos cargos, que parecem exigir a submissão e a necessidade de segurança, quanto em seus ocupantes, identificados com posições nas quais, encantados ou alienados, eles simultaneamente se encontram e se perdem.[20]

Parece que essa lógica acaba por produzir efeitos “harmoniosos”, fazendo com que as vítimas dessa dominação simbólica cumpram felizes as tarefas a elas atribuídas.[21] Mas é dentro da família que se verifica uma ação psicossomática que se reflete na prática de violência. É o exercício do poder dos dominantes que não se encerra na vida pública. Pelo contrário, na vida privada que ocorrem as grandes barbáries. E como dizia o ditado “em briga de marido e mulher não se mete a colher” aquilo que acontecia entre as quatro paredes do ambiente familiar não diziam respeito à polícia, à justiça, aos vizinhos ou até a outros familiares.

A violência doméstica, que somente na última década passou a ser problematizada, começou a destacar-se entre os temas sociais de maior relevância, ampliando-se de tal

maneira que já não se admite a prática de atitudes que até pouco tempo eram aceitas e toleradas pela sociedade. O drama vivenciado pelas mulheres vítimas de violência faz parte das do dia-a-dia das cidades, estados e países. Sendo, muitas vezes, banalizado e tratado como algo que já faz parte da existência humana. De tal sorte trata-se de “um fenômeno antigo que foi silenciado ao longo da história, e passou a ser desvendado há menos de 20 anos. A mídia busca fatos novos, e quando se fala de violência contra a mulher, nada é novo.”[22] Nesse contexto, o mundo privado deixa de ser um assunto de interesse apenas dos integrantes da família, cabendo ao Estado interferir quando atos de violência são praticados. Soares[23] complementa dizendo:

O lar, o casal e a família deixam de funcionar como mônadas impenetráveis, como núcleos decisórios, auto-referidos e possuidores de direitos próprios, para se desmembrarem em novas unidades socialmente significativas, competindo legitimamente e em igualdade de condições pelo acesso aos direitos civis – para usar a imagem do liberalismo apropriada à ocasião. Mulheres, homens, crianças, idosos; pais, filhos, netos, avós, empregados, e no limite, até os animais da casa terão seus “direitos” garantido por uma lógica universalizante, que não se confunde com a lógica ou lógicas (muitas vezes obscuras e tirânicas) que regem os arranjos e dinâmicas familiares.

Para tanto, vários documentos internacionais buscaram restabelecer os direitos humanos das mulheres, de todo esse aparato, relevante destacar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher[24] e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[25]. No Brasil, a Convenção para Eliminar todas as Formas de Discriminação contra Mulher (ONU, 1979) ganhou força com o advento da Constituição Federal de 1988, pois o art 226, § 8º determina que o Estado crie mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar.

Todo esse sistema de proteção criado, com fundamento nas normas que regem os direitos humanos, bem como o conteúdo da própria carta constitucional do Brasil, possibilitam uma interpretação que busque dar garantia e efetividade aos direitos humanos das mulheres, representando do início de uma revolução para a inclusão da mulher. Nesse contexto, será viável pensar e efetivar a dignidade da pessoa humana para homens e mulheres igualmente. Será possível, sobretudo, exigir dos poderes públicos a implementação desses direitos constitucionais, garantindo a mulher, uma vida digna, igualitária e livre de violência.

4. Novas Políticas de Inclusão Motivadas pela Lei Maria da Penha

O problema da violência, observado a partir das diferenças de gênero, denotam que pouco importa se ela é praticada no meio público ou privado, pois a mulher é vítima majoritária de excessos praticados pelo sexo masculino e esse tipo de violência faz com que se atravessem todas as dimensões da experiência feminina.[26]

Os números da violência contra a mulher são alarmantes, além de enfrentarem as brutalidades ocorridas nas ruas, as mulheres brasileiras deparam-se com a violência que ocorre no interior de seus lares. De acordo com uma pesquisa realizada pelo

DataSenado[27], seis meses após a aprovação da Lei 11.340/06, verificou-se que apenas 15 % das entrevistadas declararam espontaneamente que já sofreram algum tipo de violência. O baixo índice dá-se pelo fato da resistência que as mulheres enfrentam para denunciar os seus agressores, na prática, verifica-se o efeito da violência simbólica, até que se sintam encorajadas a denunciar, agem como se aceitassem os excessos e que tais aparentam um cunho natural nas relações domésticas, oriundas do papel da mulher na sociedade.

Os baixos índices de denúncia demonstram a dificuldade da sociedade e do próprio Estado em lidar com essas questões que ainda estão muito ligadas ao ambiente privado. Faz-se necessário a quebra de paradigmas, para que a mulher sinta-se incentivada a denunciar seu agressor. Para tanto, a intensificação da promoção de campanhas que divulguem os direitos das mulheres, tornar-se-ão fortes aliados para encorajamento às vítimas de abusos domésticos. Para corroborar com essa solução, a mesma pesquisa constatou que 76 % das entrevistas consideraram que a mídia tem um papel fundamental para o combate à prática de violência contra a mulher.

Não se pode, no entanto, concluir que o ato da denúncia, torna-se o marco definitivo para o processo da violência. Pensando dessa forma, de acordo com Soares[28], se estaria negando a existência do ciclo da violência:

(...) a violência tem seu ritmo próprio e, dentre os inúmeros motivos que levam uma queixante a retirar a queixa contra o acusado, figura em um particular: romper o ciclo da violência é um processo prolongado e, por natureza, cheio de hesitações. (...) Supor que o ato da denúncia seja o momento definitivo desse processo é não conhecer o “ciclo da violência”. É ignorar a dinâmica das relações abusivas. É imaginar que, para a vítima, seu casamento, sua família e sua história tenham o mesmo significado de um assalto sofrido na esquina por um ladrão qualquer.

Os números de denúncia não são as únicas barreiras que se tem enfrentar para aprofundar-se verdadeiramente os índices da violência doméstica contra a mulher. A precariedade nas condições de funcionamento vislumbrados nas Delegacias Especiais de Atendimento às Mulheres (DEAMs), fazem com que insiram algumas frustrações quanto ao serviços prestados as vítimas.

É importante trazer à baila que as DEAMs foram criadas, na década de 80, com o intuito de fornecer às mulheres vítimas de violência, um atendimento digno e respeitoso, raramente encontrados nas delegacias tradicionais.[29] Nesses ambientes, as mulheres encontrariam, não apenas um tratamento melhor, mas um atendimento especializado, que deveria proporcionar um espaço humanizado e acolhedor para as vítimas dos abusos intra-familiares.

Diante desse contexto predominante, é necessário que as DEAMs sejam melhores instaladas e se disponham de mais recursos humanos e materiais, para que estes órgãos consigam efetivar o seu objetivo fundamental. Podendo, mais adiante, tornar-se um lugar para a restauração das seqüelas deixadas pela violência. Em que se oportunize, não só a vítima, mas também aos agressores, possibilidades de mediação para os conflitos em que se inserem os fundamentos da Justiça Restaurativa.

A aprovação da Lei 11.340/06, batizada de Lei Maria da Penha representa um marco histórico para o estudo da violência contra a mulher, a própria pesquisa DataSenado constatou que 95 % das entrevistadas desejavam a criação de uma lei específica para proteger as vítimas de violência doméstica.[30]

De acordo com Azevedo[31], a Lei 11.340/06 foi elaborada, a partir de uma perspectiva crítica, com os resultados obtidos pela Juizados Especiais Criminais (JECrim) para o equacionamento da violência de gênero. Nas palavras do autor:

Os problemas normativos e as dificuldades de implantação de um novo modelo para lidar com conflitos de gênero levaram diversos setores do campo jurídico e do movimento de mulheres a adotar um discurso de confrontação e crítica aos Juizados, especialmente direcionado contra a chamada banalização da violência que por via deles estaria ocorrendo, explicitada na prática corriqueira da aplicação de uma medida alternativa correspondente ao pagamento de uma cesta básica pelo acusado, ao invés de investir na mediação e na aplicação de medida mais adequada para o equacionamento do problema sem o recurso à punição.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 22 de Setembro de 2006, foi criada com o objetivo de coibir todas as situações de violência cometidas contra a mulher, fundamentada pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988, pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Trouxe uma série de inovações, não só no âmbito penal e processual penal, alterando dispositivos do Código Penal Brasileiro, como também em questões relacionadas ao direito civil e direito de família, lançando perante a sociedade um novo conceito de família. Conforme Dias[32], “pela primeira vez o legislador de forma corajosa, define o que é família trazendo um conceito que corresponde ao formato atual dos vínculos afetivos”. Interpreta-se, assim, que ao conceito de família, se dá independente do sexo dos parceiros.

A nova legislação reconheceu, principalmente, a violação de vários direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, a começar pelo direito à liberdade, o qual é violado quando o homem submete a mulher ao seu domínio. Vislumbra-se ainda afronta ao direito da igualdade, cidadania e solidariedade. Daí a necessidade da intervenção estatal nos assuntos referentes ao domínio privado e que geram conflitos conjugais.

A Lei Maria da Penha traz em seu conteúdo uma série de medidas protetivas que tem por finalidade absoluta assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência, essas medidas são imediatas, cabendo a vítima, no momento em que realiza o registro do delito, que deixou de ser de menor potencial ofensivo, solicitar a adoção das medidas de proteção que sejam pertinentes ao caso concreto.

A nova legislação possibilitou ainda, a criação de Juizados Especiais de atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar e promoveu o incentivo à pesquisa e estudos com perspectivas de gênero, raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica. Trouxe, também, com a sua efetivação a garantia de um atendimento e assistência à mulher em situação de violência doméstica, humanizado, qualificado e que possibilite a retomada da cidadania e da dignidade, perdidas com os atos de violência, através do incentivo à criação de centros de

atendimento integral e multidisciplinar de atendimento às vítimas e de educação e reabilitação para os agressores.

Assim, com a implementação desses centros será possível a aplicação de uma nova política pública, onde o atendimento pauta-se no exercício da práxis da escuta e do diálogo, em que agentes da comunidade como pesquisadores, educadores e assistentes sociais constituirão uma equipe multidisciplinar para possibilitar as vítimas e ao agressor o momento da escuta, proporcionando a reabilitação de todos os envolvidos.

5 A Justiça Restaurativa como Políticas de Inclusão, proporcionando o restabelecimento da cidadania das mulheres vítimas de violência

A abordagem restaurativa nas relações de gênero requer a proposição de se articular estratégias de diálogo, que avancem para os círculos de convívio interpessoal. Com efeito, se objetiva a pacificação de conflitos[33], pois quando uma mulher sofre de violência doméstica, constata-se que sua voz fora silenciada pela dor e o seu direito de lamentar tal perda, juntamente com outras reivindicações também fora subtraído ou violado pelo ato violento. Embora a Justiça Restaurativa seja a possibilidade de aproximar a vítima, o ofensor e a sua comunidade[34] para exercitarem o seu direito de lamentação, de informação e de sobrevivência ao dano sofrido, sabe-se da complexidade e inclusive, a dificuldade de transformar esse cenário em realidade, quando a violência é de natureza doméstica. Como esclarece Zehr[35]:

Mesmo que as perdas materiais sejam importantes, pesquisas feitas entre vítimas de crimes mostram que elas em geral dão prioridade a outras necessidades. Uma delas é a sede de respostas e de informações. Por que eu? Essa pessoa tinha alguma coisa pessoal contra mim? Ele ou ela vão voltar? O que aconteceu com minha propriedade? O que eu poderia ter feito para não me tornar uma vítima? As informações precisam ser fornecidas e as respostas dadas. [...].

Porém, as práticas restaurativas não são definições ou modelos prontos, em que as pessoas tenham que se adequar aos mesmos. Significa dizer, que o campo é amplo ou o sentido adotado é abrangente. De acordo com Ferreira[36]:

A Justiça Restaurativa não deve ser entendida como uma forma privada de realização da justiça – ao lado da *vindicta privata* ou da negociação direta entre as partes envolvidas num conflito, mesmo quando também estas se mostrem regradas, controladas e não brutais –, nem como uma justiça pública ou “oficial”, tal como a que resulta do funcionamento do sistema judicial, mas como uma justiça tendencialmente comunitária, menos punitiva, mais equilibrada e humana.

Portanto, não existe um conceito acabado de Justiça Restaurativa, ela pode ser definida de acordo com as necessidades de cada espaço social. Assim, compreender que a mulher e o homem (seu agressor) são vítimas da violência merecendo a escuta e a devida responsabilização, quando de um crime[37]. E a garantia dos direitos fundamentais, do devido processo legal, do cumprimento da Lei Maria da Penha, na sua

efetividade sinaliza para uma justiça da experiência, transformadora, e que devolve principalmente a vítima o empoderamento. Como bem explica Zher: “Um fio condutor que une tudo isto pode ser descrito como a necessidade de uma experiência de justiça. [...] Com efeito, a experiência de justiça é tão básica que sem ela a cura poderá ser inviável”[38].

De tal sorte, cabe salientar que a Justiça Restaurativa oferece recursos completamente adaptáveis e flexíveis aos modelos e categorias que se dispõem a aplica-los. Por exemplo, oferece práticas da comunicação não violenta para a resolução dos conflitos por meio do diálogo.[39]

Através da escuta e do diálogo, e orientados pelos fundamentos da Justiça Restaurativa, será possível, não apenas resolver os conflitos, mas auxiliar as partes a criarem um espaço mental e emocional, em que as resoluções acabem por emergir, naturalmente.[40]

Explorar o espaço construído pela Lei Maria da Penha, ou seja, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher[41], representa um avanço e ao mesmo tempo um desafio, pois ainda as relações que coabitam o campo doméstico são veladas, exigindo melhor preparação dos profissionais quanto ao emprego das práticas restaurativas ou mediação com os envolvidos do processo; além da colaboração da vítima e do agressor.

A partir daí, torna-se importante a realização de trabalhos comunitários para a construção de redes sociais[42], pois os laços que se formam fortalecem programas sociais desta natureza.

Para que as ações de prevenção se tornem mais eficientes, faz-se necessário que se forme uma rede social interativa, que sejam integradas e integradoras, para que os agentes envolvidos estejam conscientes do seu papel preventivo. O principal objetivo desse tipo de atuação é integrar pessoas de diferentes visões, para que se busque melhores soluções ao problema da violência doméstica, sem o qual não encontrariam outra maneira de refletirem e agirem juntas. Através de parcerias com instituições acadêmicas, órgãos públicos, governamentais e não-governamentais e outras comunidades promovem o fortalecimento da experiência local com fundamentação teórica e novas idéias para a prevenção da violência doméstica.[43]

Esse novo contexto que a Lei Maria da Penha inseriu no campo social faz com que, evidentemente se busque a reparação, a reconciliação e a segurança nas relações conjugais. Não se quer dizer que elas devam ser restabelecidas e que o vínculo conjugal não seja rompido. Pretende-se sim, que a relação entre vítima e agressor sejam restauradas, permitindo-se que aflore em seus agentes um arrependimento e um perdão, estabelecendo um relacionamento positivo entre vítima e agressor.

Essa medida torna-se possível com a Justiça Restaurativa, embora não se espere o sucesso em todos os casos em que for aplicada, na maioria será possível a evolução para um relacionar-se satisfatório.[44] De acordo com Zehr, “os participantes jamais devem sentir que estão sendo coagidos a se reconciliarem”. Do contrário, poderia se estar prejudicando a retomada da justiça.

A restauração da justiça possibilita que não apenas à vítima seja proporcionada a reparação dos traumas causados pelos atos de violência, mas que alcancem também ao

agressor. Zehr[45] enfatiza, “também ofensores precisam de cura. É claro, eles devem ser responsabilizados pelo que fizeram. (...) Mas essa responsabilização pode ser em si um passo em direção à mudança e à cura”.

Essas experiências possibilitarão um exame minucioso das atitudes e sentimentos nutridos tanto pela vítima como pelo agressor, permitindo que o *self* seja reconstruído e que um conjunto de medidas reparatórias sejam adotadas pelos agentes.[46]

Novos tecidos devem crescer para preencher o espaço daquele que foi dilacerado. As condições e nutrientes adequados precisam estar disponíveis para que o novo cresça. São necessários segurança, higiene e tempo. Algumas vezes ficam cicatrizes, às vezes incapacidades. Mas quando a ferida sara é possível novamente mover-se, recuperar as funções e crescer. Através da vivência da lesão e da cura, é possível compreender as condições que levaram àquela lesão e as condições que trouxeram a cura. [Então] podemos trabalhar para mudar a lesão e oferecer a cura a outros que foram feridos.[47]

Esse modelo de restauração da justiça possibilitará que seja instaurada a reinserção da cidadania e da dignidade humana, calada pelo ciclo da violência, pelas diferenças de gênero e pela dominação masculina. A mobilização em torno desse tema fará com que alterações imprescindíveis se instalem no comportamento social, transformando-se, dessa maneira, a prática da justiça, produzindo, nesse viés, mudanças profundas nas relações interpessoais.

6. Considerações Finais

No mundo moderno, torna-se imprescindível o combate à violência em todas as suas formas. Os índices de violência que são praticados contra a mulher no interior dos lares, bem como os efeitos desastrosos e negativos são alarmantes, pois atingem não só a dignidade da mulher como também os sujeitos de direitos. Não só a lesão corporal, mas a mais invisível das formas de violência, como aquelas que são inclusive desprezadas e aceitas pelas vítimas e originam-se, principalmente, em virtude da predominância da dominação masculina, culmina na desestruturação do núcleo familiar, ou seja, acaba com qualquer possibilidade de afeto e respeito dentro da família.

Muitas vezes, o ambiente doméstico, torna-se escola de agressores, num futuro bem próximo, causando um inevitável círculo vicioso, que precisa ser combatido pelo Direito, como também por políticas públicas amplas, voltadas à vítima, ao agressor e àquelas pessoas que estão inseridas neste campo de violência. Para tanto, é fundamental a participação do Estado para que, em parceria com a sociedade, e todas as organizações que formam um Estado Democrático de Direito, o quanto antes, se criem e se estruturarem eficazes redes de atendimento multidisciplinar às vítimas de violência doméstica.

A aplicação das práticas de Justiça Restaurativa, que podem ser empregadas tanto às mulheres, como aos homens, demonstram poderosos aliados para a reabilitação desses agentes. Essas experiências possibilitarão um exame detalhado das atitudes e

sentimentos nutridos pela vítima e pelo agressor, permitindo que o *self* seja reconstruído e que um conjunto de medidas reparatorias sejam adotadas pelos agentes.[48]

Esse modelo de restauração da justiça possibilitará a reinserção da cidadania e da dignidade humana, rompida pelo ciclo da violência. A mobilização em torno dessa temática deve causar alterações expressivas no comportamento social, transformando a prática da justiça e produzindo mudanças fundamentais nas relações de gênero.

Daí, a importância da participação imprescindível do Estado perante a proteção da família. Para que de fato sejam aplicados os direitos humanos, valores fundamentais da República Federativa do Brasil e que representam a razão de ser do Estado, nas questões referentes aos direitos das mulheres, dentre eles o de viver sem violência; garantindo, dessa maneira, a efetivação da dignidade da mulher.

Referenciais

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06*. In. Sociedade e Estado. Brasília, v. 23, n. 1, p. 113-135, jan/abr2008, p. 125.

BALESTRERI, Ricardo Brissolla. *Prevenção ao uso indevido de drogas: Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional Antidrogas, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Campinas: Papyrus, 1996.

_____. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

COLE, Susan. *Mulheres de Atenas. O Nascimento da Democracia*. História viva. Ano V - nº 58. Duetto, São Paulo.

COSTA, Marli M. M.; PORTO, Rosane T. C.; FRIEDRICH, Dalvo Werner. *Justiça Restaurativa na Práxis das Polícias Militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no município de Santa Cruz do Sul*. In. FRIEDRICH, Dalvo Werner; COSTA, Marli M. M.; DA SILVA, Gedeon Pinto. *Justiça Restaurativa na Práxis das Polícias Militares: uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas em situação de violência*. Curitiba: Multideia, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Francisco de Amando. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006.

FINCO, Daniela; VIANNA Cláudia Consuelo. *Meninas e meninos*. In: PINTO, Graziela Pinto (coord). *A mente do bebê: o fascinante processo de formação do cérebro e da personalidade*. Revista. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Duetto, 2008.

HOFFMAN, Gene Knidsen. *Escuta Compasiva*. Editado por e com uma introdução de Dennis Rivers - - The Institute for Cooperative Communication Skills, Santa Barbara, Califórnia, janeiro 2006. Disponível em: . Tradução para o português: Márcia Gama, Mediadora e Facilitadora de Aprendizagem do Recife/ PE – Brasil.

MILLER, Jean - Marie. *O princípio de não-violência*. Lisboa: Instituto Piaget.

Pesquisa DataSenado sobre Violência Doméstica contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.violenciamulher.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/index.shtml>> Acesso em 29Out08.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

TELES, Maria Amélia de Almeida; TELES, Mônica de Melo. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 314, 2003.

THERBORN, Göran. *SEXO E PODER: a família no mundo 1900-2000*. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

[1]FINCO, Daniela; VIANNA Cláudia Consuelo. *Meninas e meninos*. In: PINTO, Graziela Pinto (coord). *A mente do bebê: o fascinante processo de formação do cérebro e da personalidade*. Revista. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Duetto, 2008, p.17-23. Nos dicionários brasileiros, o termo *gênero* é definido como uma forma de classificação e como o modo de expressão, real ou imaginário, dos seres. A partir da década de 80, o conceito de gênero foi incorporado pela sociologia como referência à organização social da relação entre os sexos. A elaboração desse conceito ainda recebe forte influência de áreas como lingüística, psicanálise, psicologia, história e antropologia, responsáveis por demonstrar a variabilidade cultural dos comportamentos, aquisições e habilidades considerados femininos e masculinos. Isso significa que masculinidade e feminilidades plurais são configuradas fundamentalmente pela cultura.

[2]SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 234.

[3]FINCO, Op. Cit, p.17-23.

[4]BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Campinas: Papirus, 1996, p. 19.

[5]BOURDIEU, Pierre; tradução Maria Helena Kühner. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p.17.

[6]COLE, Susan. *Mulheres de Atenas. O Nascimento da Democracia*. História viva. Ano V - nº 58. Duetto, São Paulo, p.41. A assimetria entre homens e mulheres na vida política e pública da cidade se repetia na assimetria de autoridade na vida familiar. O casamento era resultado de um acordo entre dois homens sem a participação da mulher. O pai da noiva prometia a filha e um dote a um potencial marido com uma metáfora agrícola: ‘ Eu te concedo esta garota para lavar crianças legítimas’. Essa metáfora reflete a terminologia grega para verbos referentes a relações sexuais, usados na voz ativa pelo homem e na passiva pela mulher. Um gesto significativo das noivas sugere a mesma relação. No momento do casamento, a noiva oferecia seu corpo a seu novo marido pela primeira vez levando o véu e mostrando o seu rosto, um gesto de submissão chamado *anacalypteria* (*anakalypteria*, revelação). Xenofonte descreve o casamento ateniense como uma parceria, mas as relações entre marido e mulher nunca eram uma relação de iguais. A relação de casados era algumas vezes descrita como afeição mútua (*philia*), mas a primeira experiência sexual da noiva era frequentemente relatada em textos literários como dominação e submissão, com a mesma linguagem usada para domar animais. Zeus era mantida no Partenon para simbolizar harmonia do casamento, mas também a relação desigual entre o marido-deus e sua esposa.

[7] BOURDIEU, 1999, Op. Cit., p.18.

[8] *Ibidem*, p.22. Quando os dominados aplicam àquilo que os domina esquemas que são produto da dominação ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação de dominação que lhes é imposta, seus atos de *conhecimento* são, inevitavelmente, atos de *reconhecimento*, de submissão.

[9] THERBORN, Göran. *SEXO E PODER: a família no mundo 1900-2000*. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006, p. 29-30.

[10] *Ibidem*, p. 45.

[11] *Ibidem*, p. 117.

[12] *Ibidem*, p. 118.

[13] *Ibidem*, p. 159.

[14] *Ibidem*, p. 195.

[15] *Ibidem*, p. 38.

[16]BOURDIEU, 1999, Op. Cit., p.7- 8.

[17]*Ibidem*, p. 47.

[18] *Ibidem*, p. 46.

[19] *Ibidem*, p. 49-50.

[20] *Ibidem*, p. 72.

[21] *Ibidem*, p. 73.

[22] TELES, Maria Amélia de Almeida; TELES, Mônica de Melo. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 314, 2003, p. 11.

[23] SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 33.

[24] A CEDAW – Convention in the Elimination of All Forms of Discrimination against Women foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução 34/180, de 18 de dezembro de 1979.

[25] Aprovada em 6 de junho de 1994, na Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), ocorrida em Belém do Pará, por isso conhecida como “Convenção de Belém do Pará”.

[26] SOARES, Op. Cit., p. 39.

[27] Pesquisa DataSenado sobre Violência Doméstica contra a Mulher. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/index.shtml>

[28] SOARES, Op. Cit., p. 224.

[29] *Ibidem*, p. 49.

[30] Pesquisa DataSenado, Op. Cit.

[31] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06*. In. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 23, n. 1, p. 113-135, jan/abr2008, p. 125.

[32] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

[33] MILLER, Jean - Marie. *O princípio de não-violência*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.16. “No começo, é o conflito. A nossa relação com os outros é constitutiva da nossa personalidade. A existência humana do homem não é estar no mundo, mas sim estar com os outros. O homem é essencialmente ser de relação. Só existo em relação com o outrem. Todavia, a maior parte das vezes, experimento inicialmente o meu encontro com o outro como uma adversidade, como um confronto.

[34] ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.169-170 [...] O crime é

uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

[35] *Ibidem*, p.26.

[36] FERREIRA, Francisco de Amando. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 24-25.

[37] *Ibidem*, p.27-28. Aquilo que a vítima vivencia com a experiência de justiça é algo que tem muitas dimensões[...] As vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto, imerecido. Precisam oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento. Necessitam ser ouvidas e receber confirmação. Profissionais que trabalham com mulheres vítimas de violência doméstica sintetizam as necessidades delas usando termos como “dizer a verdade”, “romper o silêncio”, “tornar público” e “deixar de minimizar”.

[38] *Ibidem*, p. 176-177.

[39] COSTA, Marli M. M.; PORTO, Rosane T. C.; FRIEDRICH, Dalvo Werner. *Justiça Restaurativa na Práxis das Polícias Militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no município de Santa Cruz do Sul*. In. FRIEDRICH, Dalvo Werner; COSTA, Marli M. M.; DA SILVA, Gedeon Pinto. *Justiça Restaurativa na Práxis das Polícias Militares: uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas em situação de violência*. Curitiba: Multideia, 2009, p. 15.

[40] HOFFMAN, Gene Knidsen. *Escuta Compasiva*. Editado por e com uma introdução de Dennis Rivers - - The Institute for Cooperative Communication Skills, Santa Barbara, Califórnia, janeiro 2006. Disponível em: . Tradução para o português: Márcia Gama, Mediadora e Facilitadora de Aprendizagem do Recife/ PE – Brasil.

[41] Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

[42] BALESTRERI, Ricardo Brissolla. *Prevenção ao uso indevido de drogas: Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional Antidrogas, 2008, p. 132. O conceito de rede social como um conjunto de relações interpessoais que vinculam indivíduos a outros indivíduos vem se ampliando dia-a-dia, à medida que se percebe o poder de cooperação como atitude que enfatiza pontos comuns em um grupo para gerar solidariedade e parceria.

[43] *Ibidem*, p. 146.

[44] ZEHR, Op. Cit., p. 176.

[45] *Ibidem*, p. 177.

[46] SOARES, Op. Cit., p. 274.

[47] ZEHR, Op. Cit., p. 178.

[48] SOARES, Op. Cit., p. 274.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA, O IDOSO E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

THE PROTECTION GRANTED TO PERSONS WITH DISABILITIES AND TO THE ELDERLY THROUGH THE ASSISTENCIAL BENEFIT OF CONTINUED CONTRIBUTION

Miguel Belinati Piccirillo

RESUMO

Cuida-se de estudo sobre a proteção concedida à pessoa com deficiência e ao idoso através do Benefício Assistencial de Prestação Continuada previsto no Art. 203, inc. V, da Constituição Federal. Analisou-se o Benefício Assistencial de Prestação Continuada, verificando quem são seus beneficiários, quais são os critérios para sua concessão, seu tratamento na Carta Magna e sua regulamentação ordinária. Entendeu-se por essencial uma postura crítica em relação à regulamentação dada pelo legislador infraconstitucional ao tema proposto.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: ESTADO, ASSISTÊNCIA SOCIAL, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA, BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

ABSTRACT

It is a study about the protection granted to persons with disabilities and to the elderly through the Assistencial Benefit of Continued Contribution due to Art 203, inc. V of the Federal Constitution. It examined the Assistencial Benefit of Continued Contribution, checking who its beneficiaries are, what are the criteria for its concession and treatment in the Magna Charta and its ordinary rules. It was essential, for the proposed subject, a critical position regarding to the regulation by the infraconstitutional legislator.

KEYWORDS: KEY-WORDS: STATE, SOCIAL WELFARE, ELDERLY, DISABLED PERSON, ASSISTENCIAL BENEFIT OF CONTINUED CONTRIBUTION.

1. Introdução

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada encontra-se explicitado no inc. V do Art. 203 da Constituição Federal de 1988 que está localizado no Título VII –

Da Ordem Social, no Capítulo II – Da Seguridade Social e Seção IV – Da Assistência Social.

Trata-se de um importante direito fundamental da pessoa humana assegurado pela nova ordem constitucional. Deve-se ressaltar, que nem todos os direitos fundamentais encontram-se no Título II da Constituição Federal, ou seja, outros direitos com tais características integram o rol de direitos fundamentais, pois protegem o ser humano, sua vida, sua dignidade, sua liberdade e sua igualdade.

Ressalta-se ainda que tal direito consiste em cláusula pétrea, não podendo ser alterado por emendas na Constituição, nem ver prejudicada sua concretização por lei ordinária, lei complementar, medida provisória ou qualquer outro instrumento normativo.

Far-se-á uma breve análise do benefício em comento nas próximas páginas, sendo abordada a questão histórica, seus requisitos, a interpretação dos tribunais e sua aplicabilidade atual.

2. O Benefício Assistencial de Prestação Continuada e a Legislação Infraconstitucional

A Lei nº. 8.742/93 regulamentou o Art. 203, inc. V da Constituição prevendo o pagamento do Benefício Mensal de Prestação Continuada em seus Arts. 20 e 21. O Art. 40 da mesma lei determinou que com sua implantação ficava extinta a renda mensal vitalícia, entretanto o mesmo artigo em seu § 2º assegurou o direito de o interessado requerer a renda mensal vitalícia até 31 de dezembro de 1995, atendendo os pressupostos do Art. 139 da Lei 8.213/91.

O primeiro decreto a regular o Benefício Assistencial de Prestação Continuada foi o Decreto nº 1.330/94, revogado pelo Decreto nº 1.744/95, posteriormente foi elaborado o Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003.

O decreto atualmente em vigor é o de nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

A implantação do Benefício Assistencial do Art. 203, inc. V da Magna Carta, ocorreria a partir de 1º de janeiro de 1996, deixando de existir o renda mínima. Segundo Rodrigo Zacharias (2002, p. 175): “[...] até 31 de dezembro de 1995, o idoso ou a pessoa portadora de deficiência poderia pleitear o benefício assistencial perante a União Federal, ou pleitear a renda mínima vitalícia perante o INSS”.

Deve-se ressaltar que a lei não transformou a renda mensal vitalícia em benefício assistencial, de forma que, após o período de coexistência cada beneficiário continua recebendo sua própria espécie de benefício.

Embora alguns julgados concedessem aplicabilidade imediata ao disposto no Art. 203, inc. V, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Benefício Assistencial de

Prestação Continuada apenas pode ser exigido a partir da edição de lei que o regulamentasse.

A própria decisão liminar do Ministro Maurício Correa, que serviu de base para o voto vencedor do Mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1, afirmou que: “[...] a norma constitucional não é auto-aplicável porque depende de lei regulamentadora”.

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada poderá ser requerido em qualquer unidade de atendimento do INSS. Caso o benefício seja negado administrativamente, pode-se recorrer ao poder judiciário, sendo competência do Juizado Especial Federal. Caso não exista em determinada comarca, o órgão competente é a Justiça Federal e, caso ela não exista será competente a Justiça Estadual.

3. O Benefício Assistencial de Prestação Continuada e os Critérios para sua Concessão

Para uma melhor compreensão do Art. 203, inc. V da Constituição Federal, mister se faz uma análise sobre os critérios para concessão do benefício nele previsto, assim como das pessoas às quais ele é dirigido. Necessário se faz ainda saber se ele conseguiu cumprir com os objetivos pelos quais ele foi criado.

O benefício no valor de um salário mínimo será devido às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovarem não possuir meios para seu próprio sustento, através de esforço próprio ou da atuação de suas famílias.

Deve-se observar que o deficiente ou o idoso, podem nunca ter ingressado no mercado de trabalho, nunca ter contribuído, mas mesmo assim terão direito a recebimento do benefício, pois ele se encontra dentro da assistência social e ela não exige qualquer contribuição.

3.1 Da pessoa com deficiência

Em relação à pessoa com deficiência a pobreza consiste em um agravante que dificulta a sua interação com a sociedade ainda mais do que faz em relação a outras pessoas, pois muitas, além de viverem na mais profunda necessidade material ainda sofrem ao perceberem que nada poderão fazer para melhorar sua situação, restando-lhes apenas abandonar-se nos braços de seus semelhantes.

3.1.1 Questão terminológica

Encontrar uma terminologia correta para designar as pessoas com deficiência é de fundamental importância para sua adequada proteção. As palavras e expressões escolhidas para designar um determinado grupo de pessoas carregam em si o sentimento que a sociedade tem por elas.

Em sociedades onde tais pessoas portadoras eram excluídas, discriminadas, consideradas um ônus para os demais, escolhiam-se algumas denominações pejorativas para se referir a elas, como por exemplo, imprestáveis, defeituosos, termos que, em tese, deveriam referir-se a coisas, não a seres humanos.

A Lei das XII Tábuas, autorizava os pais matarem os filhos *deformados*, negando o direito à vida a tais pessoas. Quando alguém cometia um crime, a penalidade imposta poderia ser arrancar-lhe algum membro, ou seja, a penalidade imposta era tornar o ser humano deficiente.

Da mesma forma, o Código de Hamurabi estabelecia uma série de penas que se concluíam na mutilação dos infratores, ofendendo a integridade física dos criminosos. Por exemplo, se um filho bater em seu pai, ele terá suas mãos cortadas, se um homem arrancar os olhos de outro homem, seus olhos também deveriam ser arrancados.

A deficiência era vista como algo tão ruim, tão desprezível que aquelas pessoas que cometiam um ato contrário à lei deveriam ser punidas com penas que as tornariam uma pessoa com deficiência.

Entre os povos antigos o tratamento destinado às pessoas com deficiência assumiu dois extremos. Alguns as exterminavam por considerá-las um grande empecilho. Outros as protegiam e sustentavam para buscar a simpatia dos deuses, ou como gratidão por aqueles que se mutilaram na guerra. Os hindus sempre consideraram os cegos como pessoas de sensibilidade mais aguçada e estimulavam o seu ingresso nas ordens religiosas (SILVA, 2002, p. 11).

Em Esparta, na Grécia antiga, os recém nascidos deficientes eram lançados do alto de um abismo com mais de 2.400 metros de profundidade.

Platão, em sua obra *A República*, chegou a defender que os filhos dos homens superiores deveriam ser levados para o aprisco e, os dos homens inferiores e quaisquer outros que fossem disformes, deveriam ser escondidos em lugar interdito e oculto.

Aristóteles, em sua obra *A Política*, afirmava que deveria existir uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme pudesse ser criada.

Com o surgimento do cristianismo, as pessoas com deficiência passaram a ser caracterizadas como filhos de Deus, recebendo ajuda dos demais grupos sociais, através da caridade, entretanto, a inclusão ainda não era regra.

No início da era moderna passa-se a encarar a deficiência como algo tratável surgindo os hospitais psiquiátricos, asilos e conventos. Nos dois séculos posteriores surgem as primeiras tentativas de se comunicar com as pessoas com deficiência auditiva, ocorre a criação do código *Braille*, desenvolvem-se as cadeiras de roda, bengalas, muletas, próteses, entre outros (GUGEL, 2006, p. 26).

Após os horrores produzidos pelas duas grandes guerras, principalmente pela segunda, é que se intensificam as medidas de proteção à pessoa com deficiência.

Muitas vezes prefere-se utilizar certos termos que possuem um conteúdo pejorativo para se referir a esse grupo de pessoas, tais como mongolóide, maneta, manco, retardado, débil mental, entre vários outros. O termo inválido, por exemplo, significava indivíduos sem valor, pois socialmente, se considerava a pessoa com deficiência, como um inútil.

Através dos exemplos acima citados, verifica-se que a utilização de uma terminologia correta é de fundamental importância para a criação de um ambiente de adequada proteção à pessoa, surgindo o “com deficiência”, pois demonstra a percepção da sociedade, ou da maior parte dela com relação a esse grupo.

Embora exista uma pluralidade de termos, prefere-se comentar apenas os mais comuns utilizados pela legislação e por doutrinadores brasileiros, pois este não é o verdadeiro objetivo de tal trabalho.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, utilizou-se do termo excepcional para designar as pessoas com deficiência, entretanto, tal termo expressa apenas aquelas pessoas que possuem uma deficiência mental, não sendo adequada para designar problemas físicos ou de metabolismo, por exemplo.

A Emenda nº 12, de 1978, passou a utilizar o termo deficiente para designar este grupo de pessoas. Entretanto, tal escolha não foi a mais apropriada, pois ressalta a deficiência em detrimento do ser humano.

Outro termo bastante utilizado é pessoa portadora de necessidade especial, entretanto tal expressão é muito ampla, pois não apenas as pessoas com deficiência possuem algumas necessidades especiais, outros grupos como idosos, gestantes, índios e crianças também as possuem. Pode-se dizer que existe uma relação de gênero e espécie entre as duas expressões.

A Constituição Federal de 1988 utilizou-se da expressão *pessoa portadora de deficiência* realizando um grande avanço em relação às anteriores, pois além de ser mais leve e mais suave, retira o foco da deficiência e o passa para a pessoa.

Entretanto, entende-se que seria melhor a exclusão da palavra *portador*, designando este grupo apenas como pessoas com deficiência, pois:

[...] a expressão portador cai muito bem para coisas que a pessoa carrega e/ou pode deixar de lado, não para características físicas, sensoriais ou mentais do ser humano. Ainda, que a palavra ‘portador’ traz um peso frequentemente associado a doenças, já que também é usada, aí corretamente, para designar uma situação em que alguém, em

determinado momento, está portando um vírus, por exemplo [...] (FÁVERO, 2004, p. 22).

Não se defende a necessidade de uma Emenda Constitucional para adequar a terminologia, mas seria melhor ter optado pela exclusão do termo portador utilizando apenas pessoa com deficiência.

Ademais, o Decreto nº 6.214/07, que regulamenta a concessão do benefício em estudo, já utilizou a expressão *pessoa com deficiência* demonstrando o fato de que o direito deve acompanhar a realidade social. De qualquer forma, qualquer expressão, desde que respeitosa, ou seja, que não ofenda e que leve a sério tal situação, poderá ser utilizada.

3.1.2 Conceito de pessoa com deficiência

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 muito inovou na proteção às pessoas portadoras de deficiência garantindo-lhes o direito à igualdade, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, o direito de reserva de vagas em concursos públicos, o direito à educação especial, direito a programas especializados de educação e esporte, o direito à acessibilidade, o direito de um salário mínimo para aqueles que não conseguem se manter e o direito à inclusão.

Embora tenha concedido todos os direitos acima citados, a Constituição Federal não definiu quem é pessoa portadora de deficiência, ou seja, não afirmou quais pessoas se enquadrariam neste perfil, deixando a questão em aberto, sendo necessário, portanto a busca de um conceito baseado nos princípios constitucionais.

Geralmente, o termo deficiência tem sido conceituado como uma falta, uma falha, considerando-se que pessoa portadora de deficiência é aquela que não possui uma capacidade do corpo completa, aquela pessoa que possui uma imperfeição genética ou adquirida (CALAIS, 2003, p. 11).

Segundo Resolução nº 3.447, que conforma a Declaração da ONU, o termo pessoa deficiente refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Afirma-se que deficiência é uma limitação significativa, mental, física ou sensorial, não se confundindo com incapacidade. Esta última pode ser uma consequência da deficiência, devendo ser vista de forma localizada, pois não implica em incapacidade para outras atividades (FÁVERO, 2004, p. 24-25).

Não se pode confundir deficiência com incapacidade, inclusive a legislação brasileira desfaz tal confusão no Decreto nº 3.298 relatando deficiência como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Já a incapacidade significa uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O decreto dispõe ainda sobre a deficiência permanente que seria aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência, mais conhecida como Convenção da Guatemala, internalizada pelo Decreto nº 3.956/01 diz que o termo *deficiência* significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

A definição acima é um pouco ampla, pois não entra em questões específicas e pormenores, nem explica o quão grave deve ser considerada uma determinada restrição para que se caracterize a deficiência.

A Convenção da Guatemala, entretanto, representa um papel importante na inclusão da pessoa com deficiência, ao afirmar que tais pessoas possuem os mesmos direitos fundamentais que todos, inclusive o de não serem submetidos à discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a qualquer ser humano.

Luiz Alberto David de Araujo (2003, p. 23-24) alerta para o fato de que o principal elemento para identificar a pessoa portadora de deficiência não é a falta, ou a falha, mas sim sua dificuldade de integração no meio social e o grau desta dificuldade, segundo as palavras do próprio autor:

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência (ARAÚJO, 2003, p. 24).

Baseando-se neste entendimento, os superdotados, ou seja, aqueles que possuem um grau de inteligência acima da média, pelo fato de não receberem assistência e educação adequadas, dificultando sua integração social, poderão ser considerados como pessoas portadoras de deficiência.

Durante muito tempo a questão da deficiência foi abordada apenas como um problema do indivíduo, sem se considerar sua relação com o seu meio. Não se deve considerar apenas a deficiência em si, mas que conseqüências ela acarreta no meio social, se o indivíduo que a possui consegue realizar normalmente todas as atividades diárias, se ele consegue realizar a maioria delas, se ele consegue realizar apenas algumas, ou se ele não consegue realizar nenhuma atividade, sem contar com a colaboração de alguém.

A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconheceu que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras que impedem sua participação na sociedade, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

A legislação brasileira, entretanto restringiu o conceito de pessoa portadora de deficiência a apenas alguns grupos, os rols estabelecidos na Lei nº 10.690/03 e nos Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/04, com o objetivo de desonerar os cofres públicos apenas mencionam os casos aparentes, os casos mais óbvios sem proteger integralmente este grupo de pessoas. Colocam o sistema financeiro e o sistema orçamentário antes do ser humano, numa atitude absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com uma sociedade inclusiva.

3.1.3 A pessoa com deficiência na Constituição da República Federativa do Brasil

O Texto Magno de 1988 estabelece no Art. 23, inc. II, a competência comum da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, da assistência pública, assim como da proteção e da garantia às pessoas portadoras de deficiência.

No Art. 24, inc. XIV atribui a competência concorrente para legislar sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

No Art. 7, inc. XXXI, proíbe-se discriminação no tocante a salário e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Pode-se pensar que tal dispositivo é redundante já que a norma do Art. 5º, *caput*, abrangeria também tal situação, entretanto devido a problemas enfrentados em que exercendo um mesmo cargo, com uma mesma qualificação, com uma mesma carga horária, a pessoa com deficiência recebia menos que outra pessoa sem deficiência, para que tal tipo de situação não ocorra, o legislador precisou ser específico.

A Constituição garante também a reserva de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência no Art. 37, inc. VII.

Embora a Constituição não traga a previsão da lei ordinária dentro dos limites traçados pela Constituição e com o objetivo de dar efetividade aos direitos

constitucionais, reservou percentual de vagas em empresas privadas para as pessoas com deficiência.

O Art. 203, inc. IV, garante o direito à habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência. A primeira endereçada para aqueles que nascem com alguma forma de deficiência. Já a segunda para aquela pessoa que possuía uma vida normal e depois, devido as mais diversas circunstâncias, vem a adquirir uma forma de deficiência.

Garante-se o direito à educação da pessoa com deficiência, no Art. 208, inc. III, preferencialmente na rede regular de ensino. Pode-se dizer que existe um direito da criança com deficiência de estudar com colega sem deficiência, assim como existe o direito da maioria conviver com a minoria aprendendo desde pequeno a aceitar as diferenças.

No Art. 227, § 2º, se estabelece que a lei disponha sobre normas de construção dos logradouros, dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

No Art. 244, a lei está preocupada com a adaptação de logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existente. Percebe-se que edifícios anteriores à Constituição que tenham circulação do público, devem estar adaptados para atender às pessoas com deficiência.

Não se trata apenas de prédios públicos, do governo, mas de qualquer local em que exista a circulação de um grande número de pessoas como shoppings, teatros, cinema e vários outros.

3.1.4 O Benefício Assistencial de Prestação Continuada e a pessoa com deficiência

Embora todo o preconceito e toda a desinformação persistentes até os dias atuais, verifica-se uma melhora em relação à pessoa com deficiência que hoje já é vista realizando as mais diversas atividades no mercado de trabalho, já é encontrada nos shoppings, nas lojas, nas praças públicas, nas escolas regulares, enfim, nos mais diversos locais.

Não se tem mais a idéia de que a pessoa com deficiência deva ficar apenas em casa recebendo cuidado, carinho e atenção da sua família, nem que apenas deva estudar nas escolas especiais, mas sim interagir, participar, conhecer colegas diferentes, para que um possa interagir com o outro.

Nesse sentido é de fundamental importância o conteúdo da Declaração de Madri afirmando que as pessoas com deficiência querem oportunidades iguais e não caridade. A exemplo de muitas outras regiões do mundo, a União Européia percorreu um longo caminho nas últimas décadas, partindo da filosofia do paternalismo em relação às pessoas com deficiência e chegando à filosofia do empoderamento a fim de que elas

exercem controle sobre sua vida. As velhas abordagens, baseadas largamente na piedade e no perceptível desamparo das pessoas com deficiência, são agora consideradas inaceitáveis. As ações estão deixando de dar ênfase em reabilitar pessoas para se enquadrarem na sociedade e adotando uma filosofia mundial de modificação da sociedade a fim de incluir e acomodar as necessidades de todas as pessoas, inclusive das pessoas com deficiência. As pessoas com deficiência estão exigindo oportunidades iguais e acesso a todos os recursos da sociedade, ou seja, educação inclusiva, novas tecnologias, serviços sociais e de saúde, atividades esportivas e de lazer, bens e serviços ao consumidor.

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada é um importante direito na proteção da pessoa com deficiência, entretanto deve-se ressaltar que ele não deve ser concedido a todas as pessoas com deficiência, apenas por possuírem tal qualidade.

Caso ele fosse entregue a todas as pessoas com deficiência, tal norma provocaria não inclusão, mas exclusão, pois o que se deseja é que todos possam realizar as mais diversas atividades de vida social, todos possam encontrar um trabalho, colaborar com a sociedade, manter-se com sua própria renda e com a de sua família.

O benefício, portanto, deve possuir alguns requisitos para sua concessão caso contrário estimularia a pessoa com deficiência a ficar em sua casa sem procurar trabalho e sem procurar interagir com a sociedade.

Algumas indagações são levantadas. Porque conceder um tratamento diferenciado à pessoa com deficiência? Será lícito um benefício mensal à pessoa com deficiência? Quais são os motivos que levaram o constituinte a garantir tal benefício?

Já foi visto que a Constituição garante o direito à igualdade. Da mesma forma já se analisou que a igualdade formal pode ser quebrada em determinadas circunstâncias, desde que atendidos certos requisitos. Verifica-se em relação a tal grupo que tais requisitos estão presentes.

Nas palavras de Eliana Franco Neme (2006, p. 142): “A pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações nas quais participe com pessoas sem deficiência”.

De tal forma pode-se verificar que a concessão de um benefício mensal à pessoa com deficiência que atender a tais requisitos é totalmente lícita estando de acordo com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e também com os objetivos fundamentais da República.

O constituinte verificando a situação de muitas pessoas com deficiência que não conseguem realizar sozinhas atividades da vida cotidiana e, além disso, não podem ser sustentadas pela sua família, resolve conceder tal benefício, justamente, para proteger este grupo outrora tão esquecido, outrora tão estigmatizado, outrora tão excluído.

A Lei nº 8.742/93 que regulamentou os critérios para a concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, em seu Art. 20, § 2º, restringiu ainda mais o conceito de pessoa com deficiência para efeitos de concessão de tal benefício, ao definir

que para recebê-lo a pessoa deve ser incapaz para o exercício do trabalho e da vida independente.

Para que seja constatada a incapacidade para o trabalho e para a vida independente será necessário um exame médico pericial, assim como laudos realizados pelo serviço de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

Tal tratamento não é adequado diante da realidade brasileira já que em torno de 15% da população possui alguma forma de deficiência e necessitam da proteção do Estado para satisfazer suas necessidades imediatas.

3.2 O idoso

A população idosa no Brasil cresceu mais de 200% nos últimos vinte anos. O censo realizado em 2000 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) afirma que 6% da população brasileira possuem entre 60 e 74 anos e 2% têm 75 anos ou mais. Em 2002 durante o recenseamento a população idosa foi estimada em treze milhões de pessoas.

Este envelhecimento da população brasileira e, também mundial, possui diversos fatores, tais como: a melhoria da qualidade de vida, os avanços da medicina, melhoria nas condições de saúde, a relativa paz vivida pelo mundo atual, desta forma tem-se um núcleo maior de pessoas idosas.

Chega-se até a afirmar que a tendência é de que em alguns anos o número de idosos seja maior do que o número de jovens. Em vista dessa realidade, há a necessidade de uma conscientização visando priorizar a instalação de políticas de reeducação da população em relação ao seu novo perfil (PEREIRA, 2006, p. 291).

Desde a nossa concepção começamos a envelhecer, sendo este o ciclo natural para todos que poderá ser interrompido, por diversas causas, levando ao fim da vida.

3.2.1 Questão terminológica

Na língua portuguesa, assim como em outras línguas, existem inúmeras palavras que possuem um significado semelhante, muitas vezes, variando apenas em pormenores, ou ainda, palavras que se referem a um mesmo objeto, entretanto uma com sentido pejorativo e a outra não, assim, quando se trata da idade do ser humano, existem algumas palavras com significados parecidos, mas que possuem pequenas diferenças entre si, tais como velhice, velho, idoso, sênior, ou ainda algumas expressões como terceira idade ou, melhor idade.

Velhice, de acordo com o Dicionário Aurélio (2004, p. 1543) significa: “[...] estado ou condição de velho, idade avançada, antiguidade, as pessoas velhas”.

A palavra *veterano* segundo o dicionário possui o significado de “[...] velho, antigo, indivíduo antigo, tarimbado em qualquer atividade, profissão, por exerce-la desde muito tempo” (FERREIRA, 2004, p. 1545).

O vocábulo *idoso* tem sua origem latina no substantivo *aetas*, *aetatis* (substantivo feminino que corresponde à idade). O vocábulo é composto por duas partes: idade aliada ao sufixo *oso* que significa abundância, ou seja, tal palavra significa cheio de idade, em abundância de idade (SIQUEIRA, 2007, p. 172).

Segundo o dicionário, a palavra *idoso* significa “[...] indivíduo velho, que tem bastante idade” (FERREIRA, 2004, p. 326).

Parece que algumas dentre essas expressões possuem um sentido pejorativo, como velho, que passa uma idéia de algo inútil, em péssimo estado de conservação, senil, decrepto.

O constituinte foi feliz ao escolher a palavra *idoso* para se referir a tal grupo de pessoas e esta também foi a palavra escolhida pela organização mundial da saúde.

Ressalte-se que a discussão terminológica é de fundamental importância, pois a busca por um termo correto é reflexo do sentimento que uma pessoa, um grupo, ou a sociedade, como um todo, possui em referência a um determinado grupo social, de tal forma, se busca uma palavra que seja compatível com a dignidade de tal grupo, é um sinal que se busca respeitá-los enquanto cidadãos.

Interessantes são as observações de Anita Liberalesso Neri e Sueli Aparecida Freire (2000, p. 14) de que se não houvesse preconceito, não seria necessário disfarçar nada por meio de palavras. Se as palavras parecem assumir conotação negativa ou pejorativa, o problema não está nelas, mas nas razões pelas quais elas tiveram seu significado modificado.

3.2.2 Conceito de idoso

Para chegar a um consenso sobre a pessoa idosa são geralmente utilizados três critérios. O cronológico, o psicobiológico e o econômico-social.

No primeiro critério será considerado como idoso aquele que atingir tantos ou mais anos de vida. Esse critério objetivo é muito utilizado nas legislações ao longo do globo, entretanto ele não leva em consideração as diferenças previstas em cada indivíduo.

O segundo critério refere-se às condições psicológicas e fisiológicas do indivíduo, não considerando sua faixa etária, mas sim suas condições físicas e mentais. Tal critério, portanto, é subjetivo e de difícil configuração.

O terceiro critério verifica a condição econômica do idoso afirmando que os hipossuficientes merecem uma melhor proteção do que os auto-suficientes.

O envelhecimento é um processo biológico, pois é natural e universal, acontece com todos os seres vivos e por consequência com todos os seres humanos. É um processo social porque não acontece isolado, mas sim, inserido em uma determinada cultura, em um determinado tempo. É psíquico, pois as mudanças biológicas e sociais afetam cada indivíduo de maneira particular (SOUZA, 2002, p. 99).

Não se pode confundir idade senil com idoso. Na senilidade ocorre um incidente biológico que implica na diminuição da capacidade física-mental, enquanto que no caso do idoso, o que ocorre é simplesmente uma partida teórico-temporal.

Pode-se perceber que a atuação da sociedade e do Estado é de grande importância na questão do idoso, pois este apenas poderá ser considerado como tal dentro de uma sociedade e é ela quem determinara se tal grupo será acolhido ou não.

A questão dos idosos recebeu diferentes tratamentos ao longo da história da humanidade, tratamentos estes que variavam de acordo com a época e com a cultura de um determinado povo. O que antes era um privilégio de poucos, hoje passa a acontecer com, praticamente, toda a população de forma sistemática.

3.2.3 O idoso e a Constituição

A Constituição de 1988 demonstrou necessária preocupação com o ser humano, buscando de toda forma garantir direitos fundamentais respeitando sua dignidade, sem qualquer forma de discriminação, independente de raça, cor, sexo, idade ou qualquer outra característica.

A dignidade à pessoa humana não é privilégio da vida em determinada fase, com a delimitação de uma faixa etária, como equivocadamente poder-se-ia concluir. A proteção positivada constitucionalmente engloba a vida do ser humana desde sua concepção até a morte (SOUZA, 2002, p. 107).

As Constituições brasileiras nunca deram muita importância à questão do idoso. As anteriores a de 1934 não trabalharam com a questão, já as posteriores a ela, apenas abordavam a proteção previdenciária do idoso.

A Constituição atual deu real proteção à figura do idoso, tratando a matéria como um direito fundamental, afinal como seria possível tratar com desprezo aqueles que construíram o Estado brasileiro.

No Art. 201 se estabelece que os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão nos termos da lei a cobertura de eventos como a doença, invalidez, morte, incluídos os resultados de acidentes de trabalho, reclusão e velhice, garantindo, portanto, a proteção às pessoas idosas que já contribuíram.

Entretanto, pelos próprios objetivos da Constituição, pelo próprio contexto em que ela foi elaborada, não se poderia realizar a exclusão daquelas pessoas idosas que nunca contribuíram, ou seja, devemos lhes garantir algum direito.

O Art. 203, inc. I, estabelece que a assistência social é um direito das pessoas idosas, independentemente de qualquer forma de contribuição, sinalizando que o Estado deve cuidar de todas as pessoas idosas.

O Art. 229 dispõe que os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade. De fato não é concebível a idéia de que os filhos possam simplesmente abandonar seus pais à caridade particular ou aos poderes públicos, sem prestar qualquer socorro. Os filhos maiores de idade têm o dever de cuidar de seus pais.

O Art. 230 da Carta Maior estabelece ser um dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e seu bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Pode-se perceber na Constituição brasileira atual a preocupação do legislador constituinte com o ser humano como um todo, ou seja, em todas as fases da sua vida. Em relação às pessoas idosas, tal cuidado é de fundamental importância.

Após uma certa idade, até há poucos anos atrás, era comum a pessoa viver reclusa em sua casa, sem amigos, sem desempenhar qualquer atividade, aguardando o momento da morte.

Agora, devido a uma mudança de mentalidade, conquistada pela tentativa de concretização de direitos constitucionalmente previstos, pode-se verificar que boa parte das pessoas idosas conseguem ter uma vida digna, praticando diversas atividades, abandonando aquela idéia anterior, de que o idoso deveria ficar apenas em sua casa, aguardando o momento da despedida final.

Muito propícia foi a consideração do legislador de que a família deve cuidar da pessoa idosa, infelizmente, embora muitas assumam o seu papel, pode-se verificar que algumas famílias simplesmente abandonam seus genitores em instituições de caridade, sem prestar qualquer assistência.

Também a proteção à pessoa idosa é um dever de toda a sociedade, pois foram eles que construíram o Brasil, de forma que, a atitude de entidades filantrópicas, religiosas, organizações não governamentais que cuidam das pessoas idosas são de grande importância para a inclusão de tais pessoas na comunidade.

Os poderes públicos também devem zelar por esses seres humanos, não é possível deixá-los apenas para a proteção da família, de instituições beneficentes, é preciso que existam leis protegendo as pessoas idosas, políticas públicas que possam efetivar direitos previstos para tais pessoas e, além disso, projetos para garantir direitos básicos a tais pessoas, mesmo quando a família e a sociedade não conseguirem garantir tais direitos.

Assegurar sua participação na comunidade reflete o desejo de inclusão da pessoa idosa, para que ela possa participar da vida social, dando sua colaboração e, se sinta acolhida pelo seu meio.

São interessantes os comentários da Irmã Gema Destéfani (2000, p. 52) sobre o papel da família e da comunidade em relação às pessoas idosas:

A família ou a comunidade pode prestar uma valiosa ajuda tanto para facilitar essa tomada de consciência, como para cultivar uma serena aceitação dos limites que a idade impõe. Um motivo que muitas vezes deprime o idoso é a convicção de ser inútil e peso para os outros. É necessário fazer com que ele entenda que pode continuar a 'dar', buscando recursos na própria sabedoria amadurecida durante a vida, na visão ponderada e equilibrada dos verdadeiros problemas, na riqueza espiritual que vai se purificando e se aprofundando com a idade.

O § 1º do supracitado artigo estabelece que os programas de amparo às pessoas idosas serão executados, preferencialmente, em seus lares, de fato, embora um asilo, uma casa de idosos, possa oferecer todo conforto e segurança, a acolhida em casa será sempre melhor.

De uma forma preferencial os programas devem ser realizados nas casas dos próprios idosos, para que seja possível facilitar a sua aprovação. Isso não significa que eles deverão ficar trancados em seus lares.

No § 2º do Art. 230 tem-se a garantia de que os idosos maiores de sessenta e cinco anos possuem direito à gratuidade nos transportes coletivos urbanos, norma de fundamental importância, justamente, para possibilitar a inclusão da pessoa idosa na comunidade, viabilizando os deslocamentos para onde desejarem.

No ano de dois mil e três as pessoas idosas obtiveram uma importante conquista, ao serem promulgada a Lei nº. 10.741 instituindo o chamado Estatuto do Idoso, sendo, portanto necessárias breves considerações sobre tal assunto.

A norma de definição da pessoa idosa no Brasil não imprimiu a diferença de sexo, a desigualdade econômica, a desigualdade social, ou qualquer outra variante da individualidade humana, mas preferiu o critério cronológico como definidor de quem será possuidor de tal qualidade.

Legalmente considera-se como idoso o sexagenário, independentemente de qualquer condição, física, mental ou social. Tal disposto está no Art. 1º do Estatuto do Idoso que possui a seguinte redação: "É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a

regular os direitos assegurados às pessoas idosas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos)”.
A Organização das Nações Unidas também considera a pessoa idosa como aquela que possui 60 (sessenta) anos ou mais.

Entretanto para a concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada não basta ao idoso a idade de sessenta anos, mas sim de sessenta e cinco anos sendo este um dos maiores impropérios da legislação brasileira, pois faz uma distinção desnecessária entre as próprias pessoas idosas.

Tal diferenciação não atende àqueles requisitos estudados para que se possa realizar uma determinada discriminação dentro da legislação brasileira, sendo necessário ao Supremo Tribunal Federal decretar sua inconstitucionalidade.

O § 2º do referido artigo declara que as pessoas idosas gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Pode-se criticar a redundância de tal dispositivo, já que a igualdade é um direito constitucionalmente previsto, entretanto é preciso muitas vezes especificar para que se evite que a norma fique meramente na abstração e não se realize na vida diária. É sempre bom prevenir para que se evite o cometimento de algumas injustiças.

3.3 O critério da renda familiar

Já foi visto que o Benefício Assistencial de Prestação Continuada é devido ao idoso e à pessoa com deficiência, entretanto, em ambos os casos o beneficiário deve demonstrar que não possui meios para se manter, nem de ser mantido por sua família.

O §º 3º do Art. 20 da LOAS criou duas condições para o recebimento do benefício. A primeira, exclusiva para as pessoas com deficiência, exigiu que comprovassem a incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

A comprovação não pode ser vexatória, não se pode humilhar a pessoa, investigar minuciosamente a sua vida, seus gostos e suas preferências.

O interessado será submetido a uma avaliação realizada por equipe médica, da qual deverá resultar um laudo que comprove a deficiência.

Alvo de inúmeras discussões tem sido a exigência da lei infraconstitucional de uma renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, como requisito indispensável para a concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada.

Será que o valor proposto a título de amparo assistencial é suficiente para que a pessoa tenha uma vida que corresponda com a sua dignidade?

Verifica-se que o valor de um salário mínimo é insuficiente para suprir as necessidades básicas do indivíduo, então o valor de $\frac{1}{4}$ (um quarto) é insignificante diante da real necessidade do ser humano.

Imagine-se a situação de um pai de família que resida com seus dois filhos, um deles portador de alguma deficiência. Ele trabalha e recebe o valor de um salário mínimo, única renda da família. Dividindo a renda per capita pelos membros da família teríamos uma renda superior àquela prevista na legislação, não existindo então direito ao benefício. Entretanto, não parece ser esse o desejo constitucional, já que o objetivo de tal norma é assegurar às pessoas com deficiência, o básico.

Segundo Luiz Alberto David Araujo (2004, p. 377):

A lei ordinária, portanto, não deu seguimento ao comando constitucional. Tratou de amesquinhar o direito assegurado pelo Art. 203, inc. V. Condicionar o recebimento do salário mínimo constitucional à renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo é, no mínimo, ultrajante. E estamos falando de idosos e de pessoas portadoras de deficiência, ambos carentes.

O legislador ordinário não está concedendo o tratamento adequado à norma constitucional, pois ela não consegue resolver o problema a que se propôs solucionar.

Verifica-se ainda que o cidadão amparado pelo benefício não tem direito ao 13º (décimo terceiro) salário, o que agrava mais a situação da pessoa, que recebendo o benefício ainda pode passar por inúmeras necessidades, tendo muitas vezes que recorrer à ajuda de conhecidos para suprir suas necessidades.

Entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. O conceito do Art. 20 da LOAS remete as pessoas elencadas no Art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991. Tais pessoas são o cônjuge, o companheiro, a companheira e o filho menor de 21 anos ou inválido, os pais, o irmão de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Também poderá ser incluída outra pessoa que viva sobre o mesmo teto, desde que tenha sido designada pelo responsável pela residência, como dependente e também que seja menor de 21 anos, maior de sessenta anos, ou ainda inválido.

São essas as pessoas que serão computadas para o fim de se dividir a renda familiar, para saber se ultrapassa, ou não, o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. Os valores por elas recebidos também serão somados à renda familiar antes de se fazer a divisão.

Uma indagação interessante é se caso uma ou mais pessoas da casa já receba o Benefício Assistencial de Prestação Continuada um outro poderá recebê-lo? Acredita-se que essa foi uma das principais alterações do Estatuto do Idoso, pois até sua implementação, o recebimento do citado benefício por um membro da família impedia aos demais de terem o mesmo direito, caso a renda chegasse a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Com o Estatuto do Idoso a situação se alterou para melhor, pois no parágrafo único do Art. 34, verifica-se que o benefício concedido a outro membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita*.

Entretanto o INSS vem entendendo que o benefício que não será computado no cálculo de renda familiar é aquele recebido por pessoa idosa da família, ou seja, se for recebido por pessoa com deficiência, será considerado para efeito do cálculo.

A solução do INSS é totalmente contrária à Constituição Federal, a quebra do princípio da igualdade apenas pode ocorrer através de determinados requisitos de ordem fática, tal *discrimen* feito pelo órgão público é totalmente injustificado.

Caso tal situação ocorra, o cidadão deve recorrer à justiça para que tenha seu direito garantido. Verifica-se novamente a atuação dos poderes públicos impedindo a concretização de um direito constitucionalmente protegido.

A natureza jurídica do Benefício Assistencial de Prestação Continuada pressupõe que o titular não tenha direito a benefício previdenciário e, em caso de seu falecimento, não haverá direito à pensão por morte, ou auxílio funeral.

CONCLUSÃO

É certo que as restrições da legislação ordinária não podem prevalecer diante dos preceitos constitucionais. Se a Constituição garante ao idoso e à pessoa com deficiência direito à assistência social, assim como ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada, é a norma superior que deve prevalecer e é o direito, por ela concedido, que deve ser protegido.

A própria doutrina colabora com esta questão. Vários autores identificam o Benefício Assistencial de Prestação Continuada como um direito disponível ao cidadão de acordo com a Lei Orgânica da Assistência Social. Entretanto sua fonte original é a Constituição Federal e é nela que estão assegurados seus limites e possibilidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003. *In*: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. Brasília: Corde, 2003.

_____. **A jurisprudência na proteção das minorias:** dois casos diferentes. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, Antônio José Avelãs. **Diálogos constitucionais:** Brasil / Portugal. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Os fissurados palatais e o direito das pessoas portadoras de deficiência. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAES, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARISTÓTELES. **A ética.** São Paulo: Edipro, 1996.

_____. **A política.** São Paulo: Nova Cultural, 2004.

ASSIS, Olney; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência:** direitos e garantias. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BOLONHINI JUNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais:** as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: Arx, 2004.

CALAIS, Camila Leal. A proteção internacional da pessoa portadora de deficiência mental. *In:* ARAUJO, Luiz Alberto David. **Direito da pessoa portadora de deficiência:** uma tarefa a ser completada. Bauru: Edipro, 2003.

CANELLA, Jussara Piazzentin Nabuco de Araújo; MARTINS, Lilia Cristina de Oliveira. A política de assistência social e o Sistema Único da assistência social: contextualização de uma nova perspectiva. *In:* **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos:** construindo o serviço social, nº 16. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 1997.

CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil:** ficção ou realidade? São Paulo: Atlas, 1994.

CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência e saúde:** o não trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 1990.

DESTÉFANI, Irmã. **Envelhecer com dignidade.** São Paulo: Loyola, 2000.

DICIONÁRIO AURÉLIO. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

DONADON, José. O sistema previdenciário brasileiro e os desafios impostos pela demografia e pelas alterações das relações de trabalho. *In:* KASNAR, Istvan Karoly; OLIVEIRA, Fátima Bayama de. **Saúde:** previdência e assistência social – políticas públicas integradas. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência:** garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

FREIRE, Sueli Aparecida; NERI, Anita Liberalesso. **Qual é a idade da velhice?** Campinas: Papyrus, 2000.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta.** Goiânia: UCG, 2006.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Edgar Francisco Dias. **O Estado, os direitos fundamentais e o benefício de prestação continuada do Art. 203, inc. V, da Constituição Federal.** Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Previdência social.** São Paulo: LTr, 1998. tomo II.

_____. **A seguridade social na Constituição Federal.** São Paulo: LTr, 1992.

_____. **Princípios de direito previdenciário.** São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Curso de direito previdenciário: noções de direito previdenciário.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001. tomo I.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental.** Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Valéria de Andrade. **Os objetivos da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988.** Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2001.

NETTO, José Oliveira. **Dicionário jurídico: terminologia jurídica e latim forense.** São Paulo: EDIJUR, 2005.

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Nova Cultural, 2004.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular.** 2ª ed. rev. e atual. Brasília: Procuradoria Geral dos Direitos do Cidadão, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *In*: **Direito e democracia**, vol. 03, nº 01. São Paulo: Revista de Ciências Jurídicas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 212. Rio de Janeiro: WVA, abr./jul. 1998.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Comentário contextual à Constituição Brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Lucia Peres Amorim Oliveira da. **A proteção constitucional do idoso**. Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2001.

SILVA, Silvia Araujo. **A pessoa portadora de deficiência e o seu direito de locomoção**. Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002.

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Seguridade social e a pessoa portadora de deficiência. *In: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, nº 87. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SIQUEIRA, Simone Maciel Saqueto. **Por uma compreensão constitucional da assistência social**. Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2007.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira [*et al.*]. **Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão de análise**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1992.

_____. **A menina Loas: um processo de construção da assistência social**. São Paulo: Cortez, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZACHARIAS, Rodrigo. **A seguridade social e o benefício assistencial de prestação continuada do Art. 203, inc. V da Constituição Federal de 1988**. Dissertação de Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002.

**A DESIGUALDADE E O PODER NAS ORIGENS DAS INSTITUIÇÕES
ESTATAIS NO BRASIL E O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS
GRUPOS MARGINALIZADOS**

**THE INEQUALITY AND THE POWER IN THE ORIGIN OF STATE
INSTITUTIONS IN BRAZIL AND THE PROBLEM OF ACCESS TO JUSTICE
FOR MARGINALIZED GROUPS**

**Renata Ovenhausen Albernaz
Camila Salgueiro da Purificação Marques**

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo evidenciar as raízes históricas e as manifestações da organização das instituições estatais nas esferas da legalidade e, principalmente, do Judiciário brasileiro, com o intento de evidenciar os reflexos desta organização na consolidação dos problemas de acesso à justiça de grupos minoritários sociais, culturais e autóctones neste país. Tais grupos suportam obstáculos como os econômicos, a possibilidade das partes de reconhecerem seus direitos e propor ações, e o problema dos interesses difusos relacionados com a legitimação e a própria organização dos grupos na sociedade. Ele se desenvolveu a partir de uma abordagem histórica e crítica, de cunho sócio-jurídico, sobre os reflexos dos modelos de configuração do Estado Brasileiro na criação e efetividade de direitos de grupos vulneráveis. A pesquisa foi dedutiva, valendo-se de fontes bibliográficas e documentais.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO BRASILEIRO, EXCLUSÃO SOCIAL E POLÍTICA, GRUPOS VULNERÁVEIS, FORMAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO, ACESSO À JUSTIÇA.

ABSTRACT

This paper aims to evidence the historical events and the organization of state institutions in the spheres of legality and mainly of the Brazilian Judiciary, claiming to attest the consequences of this organization in the consolidation of the problems of access to justice for minority groups, social, cultural and indigenous in this country. These groups support obstacles, as economics problems, ability of the parties to recognize their rights and propose actions, and the problem of diffuse interests related to the legitimacy and the organization of groups in society. He has developed from a historical and critical approach of socio-legal seal on the reflexes of the model configuration of the Brazilian State in the creation and effectiveness of rights of vulnerable groups. The research was deductive, using documents and bibliographical source.

KEYWORDS: BRAZILIAN STATE, SOCIAL EXCLUSION AND POLITIC, VULNERABLE GROUPS, THE CONSTRUCTION OF THE BRAZILIAN JUDICIARY, ACCESS TO JUSTICE.

Introdução

Muito já se discutiu, na sociologia jurídica nacional, acerca do enviesamento do direito brasileiro aos interesses das elites dominantes, seja no contexto atual, seja em uma análise histórica das instituições jurídicas. Fala-se, várias vezes, dos reflexos desses interesses na estrutura jurídica positiva e na sua justificação promovida pelas principais correntes teóricas e ideológicas que se instalaram no país por meio das escolas de direito e das instituições de pesquisa em geral. Em contraponto, denuncia-se a marginalidade de vários grupos sociais a este direito positivo e às instituições estatais, pugnando-se por um olhar crítico ao direito e ao estado, capaz de desvelar esses enviesamentos, e por um novo paradigma jurídico que melhor acolha à diversidade cultural e traga saídas à gritante desigualdade social no país. Este trabalho se insere dentro dessas discussões, procurando apresentar as raízes históricas e as manifestações de uma organização das instituições estatais que sustenta a desigualdade social através dos privilégios e marginalidades que ela opera, e seus reflexos no acesso à justiça de grupos vulneráveis. Ele se desenvolveu a partir de uma abordagem histórica e crítica sobre a formação do Estado Brasileiro, nos aspectos da legalidade e da organização judiciária, em relação aos interesses e necessidades de grupos tidos como vulneráveis no Brasil em o seu acesso à justiça.

No decorrer da história brasileira, da colonização até a República, verifica-se que políticas excludentes e sustentadoras da desigualdade social, mormente no âmbito do Judiciário brasileiro, fizeram com que vários grupos ficassem marginalizados do direito e do Estado. E quando as conquistas de direitos legalizados passaram a ocorrer (a partir de meados do século XX), a forma de institucionalização do acesso à justiça acabava por entrar muitos de seus efeitos práticos na transformação efetiva da vida destes grupos. Os obstáculos ao acesso à justiça descritos, persistentemente, na doutrina são de vários tipos. Os mais discutidos são os entraves econômicos, na inadequação dos sistemas das custas judiciais e extrajudiciais, dos honorários de advogado, de assistentes técnicos e de peritos, das despesas na produção das provas justamente para aqueles que mal conseguem manter sua sobrevivência material e de sua família, apesar da tentativa, ainda tímida, de resolver este problema com os mecanismos de justiça gratuita.[1] Os entraves relativos a grupos referem-se às limitações a sua capacidade de ser parte, principalmente face os novos atores sociais contemporâneos que se apresentam como identidades coletivas, mas que não se constituem como um tipo que se enquadre na figura fictícia admitida como pessoa jurídica. Também se apresentam como obstáculos ao acesso à justiça uma série de problemas operacionais e estruturais, consolidados no percurso histórico da formação das instituições estatais brasileiras, e que eivavam a jurisdição estatal de ranços da exclusão e da desigualdade, problemas entre os quais se destacavam: 1) a falta de legitimidade da justiça, face sua incapacidade ou despreparo histórico para julgar os grandes problemas sociais; 2) O fato de o poder jurisdicional ainda não ser totalmente independente, estando muito relacionado com o poder político (o clientelismo político ainda é abundante); 3) A configuração da magistratura como uma casta fechada e elitizada; e 4) a burocratização e a lentidão dos processos, que dificultam sua eficiência e afastam de seu acesso aqueles que mais precisam de respostas céleres.[2]

Desta dura constatação adveio a tematização do acesso à justiça, que se refletiu em mudanças importantes na resignificação do processo, na afirmação de seu compromisso com a justiça social e no questionamento da eficácia da neutralidade do judiciário e da ciência jurídica em vistas das desigualdades de poder social e econômico. No impulso do acesso à justiça também emergiram importantes movimentos, sejam internos ao próprio judiciário, como foi o movimento do direito alternativo, sejam externos e autônomos ao Estado, como foram os sistemas de justiça comunitária e de balcão de direitos. Apesar de ainda apenas mitigarem esses problemas historicamente constituídos no acesso aos direitos e à justiça de grupos que foram lançados à marginalidade e vulnerabilidade, tais conquistas e movimentos já denotam uma mudança importante no cenário estatal brasileiro que deve persistir e se ampliar para que tais ranços históricos possam, de vez, ser superados.

•1. A formação do Estado Brasileiro: Entre o estado centralizador e as elites locais, o predomínio da exclusão e da desigualdade

A tão grande influência da colonização portuguesa no configurar de nosso Estado e de nossa Sociedade torna necessário, para entender a gênese destas, uma recuperação do modelo de Estado português e de alguns elementos da cultura ibérica que eivaram nossa formação social, à época. Uma das características deste modelo de Estado era a mescla, muitas vezes paradoxal, entre a busca do formalismo e do racionalismo legal e burocrático e o exercício concreto do personalismo social ibérico. No que tange ao Direito, Keith [3] afirma que esse paradoxo foi influenciado por impulsos dos mais variados, decorrentes seja do ímpeto racionalizador e especializante da juridicidade verificado no movimento de recepção do Direito Romano, seja na persistência do pluralismo legal medieval ibérico, seja na forte presença do dogmatismo e do conservadorismo da Igreja Católica na direção do Estado e do Direito em Portugal e Espanha da época. Esta mescla, somando aspectos de racionalização e de dogmatismo extremos com uma cultura ainda personalista, restou, nos países colonizados, paralelamente às soluções legalistas, burocráticas e racionais, a criação de uma "cultura do jeito" como parte integrante da operacionalidade institucional e jurídica do Brasil, cultura que ficou tão presente a ponto de, muitas vezes, o jeito se tornar a regra e a norma jurídica, a exceção, diz o autor. A força desta "cultura do jeito", assim, imunizou a eficácia do ideal de igualdade formal, ditado desde os primórdios da formação da racionalidade jurídica moderna do ocidente, e possibilitou a vigência institucional de fatores opostos a tal igualdade, tais como o nepotismo, a política de favores, o patrimonialismo e o clientelismo.

Além dessa mescla paradoxal entre fatores racionais e pessoais na institucionalidade cultural do Estado e do Direito, o formato de estado centralizador português também cooperava para imunizar as premissas modernas das liberdades privadas e da livre iniciativa, fatos que dificultaram a ascensão social dos não nobres ou dos não vinculados ao Estado - ascensão esta que ocorreu em países cujos primórdios do capitalismo foram dirigidos, mais pelo poder econômico privado, do que pelo poder público, como o fora os casos da Inglaterra e da França. Faoro,[4] neste sentido, destaca que, por não ter passado pelo feudalismo europeu, Portugal desenvolveu o denominado "capitalismo comercial" e, desde muito cedo (1147), estava ligado ao comércio marítimo e à navegação internacional, exportando produtos de base como o sal, o

pescado, o vinho, o azeite, as frutas, o couro, a cortiça; neste desenvolvimento, foi, eminentemente, o Estado Português, firmando seu cunho patrimonial e centralizador, quem financiou e, muitas vezes, operou, esta atividade comercial, tornando-se o elemento fomentador do mercantilismo, além de comandar as mais diversas atividades correlatas que dependiam de concessão régia (concessão para a colonização e exploração de colônias, a cobrança do "quinto", etc.). Desta forma, o confronto com tal "monopólio comercial real" fragilizava, quando não corrompia, pela cooptação, a ação dos agentes que poderiam ser os propagadores das liberdades e das igualdades públicas, tornando o movimento social em direção a ambas (liberdades e igualdade públicas) muito mais fraco na península ibérica do que o fora em outros países na época da colonização das Américas.

A "burguesia" acabava, assim, sendo a de servidores do Estado, e foi constituída a partir da própria nobreza em declínio, pagando o rei por todos os abusos, roubos, contratos fraudados, que eram comuns nesta nobreza até então, mas que passaram a ser cometidos, também, na seara das funções estatais;^[5] ela era, ainda, uma aristocracia "habituada à inércia", avessa ao trabalho, pois que para os portugueses da época, assevera Faoro, era mais louvável "ser uma aristocracia de pobres ociosos, a ser uma democracia próspera de trabalhadores".^[6] Tal aversão ao trabalho manual (na exploração agrícola, mineira ou industrial) teve como conseqüência não só a formação de uma aristocracia estatal viciada em regalias e no pouco compromisso público, como também um certo atraso no desenvolvimento industrial seja em Portugal, seja em suas colônias. Toda a riqueza, por isso, vinha do comércio, mas o rei o comandava quase que por inteiro, sendo que os lucros dessa atividade eram destinados aos confortos do rei e de tal aristocracia, ao arrepio das necessidades de todo o resto da população. O único segmento da nação que, à época, poderia ensejar o renascimento econômico por ter sido excluído dos poderes públicos e por ser rebelde à tutela estatal, eram os judeus, mas estes foram esmagados por uma "fúria purificadora" quase sem igual na história^[7], o que demonstra que, além de centralizador, o Estado Português e o colonial era intolerante e combatia, ferozmente, as resistências civis.^[8]

Também em virtude da formação desta "falsa burguesia", a ciência - que nos países de capitalismo mais emergente nos séculos XV e XVI estava no alvor de seu florescimento, muito em função de atender às necessidades desse capitalismo -, esta fora, em Portugal e no Brasil, quando muito, importada, de tal modo que a ciência não brotou das necessidades práticas do país e não se estruturou para resolver seus problemas.^[9] Do mesmo modo, o direito português serviu, à época, mais à organização política do que ao comércio, ou seja, foi mais um dos instrumentos para esta centralização promovida pelo Estado.

Nas colônias, a finalidade de exploração de riquezas deste capitalismo comercial as fez serem representadas como meras fontes de riqueza e de bens comercializáveis, de tal modo que o povoamento só se deu em virtude da necessidade de proteção contra as invasões estrangeiras e ao preço de o povoador aceitar vir ao Brasil apenas para angariar privilégios, terras e status concedidos pelo rei. O colonizador vinha desacompanhado da família porque tinha o intento de retornar a Portugal logo que conseguisse enriquecer, de modo que não se instalava com o intuito de firmar uma "nova nação" e pouco se importava com os desígnios da colônia. Foi uma colonização, assim, diferente da processada na América do Norte, pois, nesta última, o colonizador inglês, buscando liberdades e fugindo das perseguições, principalmente religiosas, na Inglaterra, "fundou

na América uma pátria", ao passo que "o português formou um prolongamento do Estado".[10]

O intento de exploração da colônia Brasil, segundo observa Paulilo[11], foi ainda agravado pela característica da exclusão da riqueza (terra) à grande massa da população, ambas (exploração e exclusão) advindas da combinação do binômio "terra vasta e pouco valorizada", por um lado, e rígido controle, pelas classes dominantes, sobre as fontes de riqueza, de outro. Este binômio se observava pois, no Brasil da época, a terra, sendo muita, acabava pouco valorizada se nela não houvesse gado ou se seu proprietário não dispusesse, primeiro de escravos, depois de mão de obra barata, para fazê-la produzir - sem esses dois usos a terra não gerava valor e, assim, não tinha valor. Tanto foi assim que instituiu o Rei, por meio da Carta Régia de 20 de janeiro de 1699, que as terras não cultivadas ou ocupadas passassem a ser consideradas devolutas, podendo ser repassadas pela Coroa, novamente, em sesmaria, àqueles que denunciasses a existência e a localização dessas terras incultas. Daí a importância da escravidão de índios e, depois de negros africanos para manter a produção de riqueza pela terra, pois, assevera Martins, "ser senhor de escravos era condição para ser senhor da terra e senhor das gentes".[12] O regime de exclusão ainda se afirmava sobre os povos nativos, desde o início, completamente desconsiderados pelos colonizadores, pois as terras dos índios eram consideradas livres, podendo ser ocupadas por qualquer posseiro branco ou pessoa que alcançasse uma concessão régia.

Portanto, no Brasil, a capitania e a sesmaria também eram sistemas de controle da metrópole, estabelecimentos militares e econômicos, no qual o capitão e o governador representavam os poderes absolutos do rei, com jurisdição sobre o colono, português ou estrangeiro, desde que católicos:

Sobre as capitanias avultava o protetorado do soberano, pronto, ao menor sinal de desvio, a anular com uma penada, o contrato escrito e a palavra empenhada (...). Prática que é modelo da ação do estamento, repetida no Império e na República: a criação da realidade pelo rei, pelo regulamento. A economia e a sociedade se amoldaram ao abstrato império das ordens régias - em lugar do ajustamento, em troca de concessões, o soberano corrigirá as distorções com a espada, a sentença e a punição. A América seria um reino a moldar, na forma dos padrões ultramarinos, não um mundo a criar. A inflexibilidade dos capitães da Índia será o modelo da dureza dos funcionários reinóis no Brasil, com a mão direita na espada e a outra no chapéu, pronto este para a zumbaia ao superior, dono em Portugal das masmorras e dos castigos.[13]

No entanto, quando a Coroa percebeu que tal sistema de capitanias dava poderes e autonomias incontroláveis aos donatários das localidades coloniais e que causava dispersão territorial e de poder, resolveu criar, também na colônia, uma centralização política - o sistema de Governadores-Gerais, tendo sido nomeado Tomé de Souza para ocupar tal cargo. Era, novamente, a centralização da metrópole agora espelhada na Colônia, onde os agentes coloniais deveriam prestar contas de seus encargos, pois Portugal visava manter, adverte Faoro,[14] o prolongamento passivo de suas ordens e instituições à vida política e social das colônias, principalmente no que economicamente lhe era rentável.

Mas, o paradoxo entre a busca de regulação estatal e a vigência de um poder pessoal desregulado também aí se revelava, pois, apesar dessa intervenção política, a Metrópole permitia, por sua omissão, um poder social quase sem limites ao colonizador nos assuntos restritos às terras do novo mundo. Souza,[15] mesmo contrariando o pressuposto, neste texto sustentado, da influência decisiva portuguesa na formação das instituições estatais e da conseqüente desigualdade brasileiras, por conta deste autor defender a tese da singularidade da formação social no Brasil em virtude da peculiar instituição da escravidão neste país em relação a ausência dessa experiência em Portugal e no resto da Europa da época, apóia a afirmação de que este poder do colonizador era praticamente ilimitado. Este autor enfatiza que, na obra de Freyre, o componente sadomasoquista era constitutivo deste poder, na medida em que as inclinações pessoais do patriarca decidiam, em última instância, o tamanho do núcleo familiar e a proporção de proteção a cada qual; não havia praticamente nenhuma limitação externa a este arbítrio do senhor de escravos, pois, no que se refere a estes, os preceitos de dignidade humana, já presentes no direito natural e na fé cristã, na Europa, tiveram pouca eficácia no Brasil. O componente de "proximidade" social entre desiguais que Freyre enfatiza, ao lado do componente violento e segregador, revelam o caráter instável, imprevisível e particularista das relações sociais no Brasil. A total dependência dos escravos ao senhor, sem nenhum costume ou tradição a proteger seus direitos, como o era em outros povos, abalava suas auto-estimas e os faziam projetar e idealizar a vida do colonizador, inclusive com o mestiço pretendendo ser reconhecido como branco e não como negro. A proteção era discricionária, e, possibilitada pela influência árabe da família poligâmica, era aberta a todos aqueles que aderissem aos valores do pai e fossem, por conta disso, por ele reconhecidos. Esta relação, conclui Souza,[16] contaminou todos os demais tipos de relações de dependência, mesmo as que envolviam pessoas livres, formando uma "ralé", que, sendo dispensável, vivia na dependência das franjas ou margens do sistema.

Tal estrutura, ao mesmo tempo centralizadora estatal e descentralizadora pessoal, criou, assim, um abismo entre a elite governante - estatal e colonizadora - e a massa da população - alijada do poder e entregue aos arbítrios do rei e desta elite. No que se refere aos direitos desta massa, Cesar amplia a perspectiva ao dizer que, neste contexto,

Além do negro e do índio, alijados da e pela legalidade colonial em razão da escravidão, outros setores da sociedade também tinham o mesmo destino: judeus, muçulmanos, europeus miseráveis perseguidos por dívidas, hereges, e todos aqueles excluídos da empresa colonial não compartilhavam de mínimos direitos e prerrogativas. Decorre daí uma distinção entre o Direito do Estado Colonial e o Direito do povo excluído da Colônia, (...).[17]

As instâncias de poder também não se preocupavam com uma identidade nacional, nem com qualquer legitimidade local, de tal modo que, assevera Wolkmer, [18] tais instâncias se consolidavam apenas com base na aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais, formando um modelo agrário de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos das propriedades e dos meios de produção. Do mesmo modo, as legislações não indicavam esta identidade nacional, mas uma plena subordinação eurocêntrica, haja vista a vigência tardia (até 1916) das ordenações portuguesas a regular as relações civis no

Brasil. Não se pode negar, porém, que as primeiras escolas de Direito tinham como metas a elaboração de um código único e desvinculado da tutela colonial e a formação de uma elite intelectual autônoma em face da independência política brasileira, em 1822. Mas, mesmo estas escolas eram elitistas, vinculadas ao Estado ou às idéias naturalitas européias, e pouco afetas aos problemas da massa da população.

Na República, a busca de instauração de uma ordem liberal-burguesa propiciou a cultura jurídica positivista, extremamente dogmática. Mesmo porque, segundo assevera Wolkmer,^[19] o liberalismo que as inspirava e que se instalou no Brasil dos séculos XVIII e XIX era, paradoxalmente, de tendência conservadora, "praticado por minorias hegemônicas, antidemocráticas, apegadas às práticas do 'favor, do clientelismo e da patronagem", restando um liberalismo elitista, antipopular e que acabou marcado por uma cultura jurídico-institucional formalista, centralizadora, retórica e ornamental. Foi por conta desta opção política de um certo abstracionismo legal em relação às reais questões sociais no Brasil, adverte Cavalcanti Filho,^[20] que as Constituições de 1824 e 1891, além do Código Criminal do Império (1830), do Código de Processo Criminal (1832), e dos posteriores Código Civil (1916), Código Penal (1940), Código de Processo Civil (1939) e Código de Processo Penal (1941) eram nitidamente inspirados nos ideais jusnaturalistas europeus; e do mesmo modo, a mentalidade positivista exercia forte presença no Brasil das décadas de 30 e 40 do século XX, principalmente na doutrina, sob a regência de autores da Escola de Recife e de São Paulo, também contribuiu, com seu legalismo, na desconsideração das necessidades reais da população.

Tal abstracionismo firmado consolidou ainda mais a distância entre o direito estatal, eivado pelos interesses das elites econômicas, e as aspirações e necessidades de grupos e classes populares. Além disso, tal distância foi agravada por conta da própria noção de ideário liberal adotada no Brasil. Assevera Villegas, neste ponto, que o ideário revolucionário adotado na América Latina foi diferente daquele adotado, por exemplo, na América do Norte.^[21] Deste modo, enquanto na América Latina o ideário francês propunha uma noção de cidadania como participação na vontade geral e no ato constituinte da lei, havendo a submissão a ela, após consolidada, o constitucionalismo inglês, adotado na América do Norte, propunha a primordialidade dos direitos individuais, de defesa e dos direitos civis, antes mesmo dos direitos políticos. A lei, assim, na América Latina, representou mais submissão do que potencialidade de direitos efetivos, pois de sua administração e interpretação o cidadão já não mais participava - uma vez instituída ela não mais poderia ser questionada.

Ainda no que se refere a esta consolidação liberal, na formação da legislação civil brasileira, segundo Orlando Gomes^[22], em tendo se permanecido a separação entre a elite letrada e a massa inculta ao tempo de sua elaboração e promulgação, e em sendo esta elite ainda marcada por um teor patriarcalista, tradicional e privatista, vigente no poder dominante dos latifundiários, o Código Civil de 1916 incorporou esse teor quando assumiu os interesses dessa elite letrada e deixou à margem "as condições de vida, os sentimentos e as necessidades das outras partes da população, mantidas em um estado de completa ou meia escravidão". O autor^[23] declara, ainda, em outro texto, que o caráter impessoal do Direito civil de 1916 acabou por representar um dos sinais mais evidentes da vinculação do direito a uma sociedade de classes, e, em específico, um compromisso para assegurar as condições de posse de todos os meios necessários para a classe dominante continuar a explorar a classe oprimida. Isto porque, o direito privado acabou vendo todos os indivíduos em um mesmo plano, sem se indagar das diferenças

reais que construía a forma piramidal da estrutura de poder da sociedade brasileira; além disso, ao focar o estabelecimento de direitos sobre a propriedade, acabou por excluir de seu sistema a imensa massa de homens e mulheres que não eram proprietários; a ênfase principiológica do direito privado sobre a liberdade e autonomia contratual, e ainda, os princípios da sucessão hereditária e do casamento monogâmico perpetuaram, juntos, tal situação de exclusividade da propriedade, e, portanto, dos direitos civis. A Constituição Brasileira de 1946, influenciada pelo pós-guerra, e no contexto da criação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, mesmo que de perfil moderado, pois que ela era ainda comprometida com um liberalismo conservador apenas nominalmente democratizante, trouxe algumas conquistas democráticas às classes populares: ela afirmava que todos eram iguais perante a lei (art. 141, § 1º), vedando à União, aos Estados e aos Municípios criar distinções entre brasileiros (art. 31, inciso 7), proibia a propaganda de preconceitos de raça e de cor (art. 141, inciso 5), garantia a liberdade de culto (art. 141, § 7º), declarava os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros (art. 184); além disso, consagrava, no título de suas Garantias Individuais, que ninguém poderia ser perseguido por motivos de raça e de religião e proibiu a diferença salarial, para um mesmo trabalho, em virtude de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. Ainda, a partir dessa carta magna, a legislação tornou o ensino primário gratuito, e o ginasial gratuito, aos que provassem necessidade, nas escolas de educação oficial, a todos os brasileiros, algo que importava muito às classes populares privadas desse direito até então.

Outro agravante desta formação excludente das instituições estatais brasileiras se verificava no tratamento dispensado às diferenças raciais e étnicas da época. Em termos de exclusão racial, Schwarcz atenta para o fato de que também as teorias raciais européias foram introduzidas no Brasil para justificar as idéias de uma oligarquia, que além de proprietária, deveria ser branca:

(...) No caso o pensamento racial europeu adotado no Brasil não parece fruto da sorte. Introduzido de forma crítica e seletiva, transforma-se em instrumento conservador e mesmo autoritário na definição de uma identidade nacional (Ventura; 188: 7) e no respaldo a hierarquias sociais já bastante cristalizadas. [24]

Aliás, adverte a autora[25] que por se ter adotado no Brasil abolicionista uma noção de raça e de distinção racial construída pelos homens de ciência das Faculdades de Direito e de Medicina, dos Museus Etnográficos e dos Institutos Históricos Nacionais, noção esta baseada em teses naturalistas de determinismos e evolucionismos raciais de origem européia, fortemente negatórias à miscigenação e às raças não brancas, a questão da cidadania e da igualdade dos negros, que poderia ter sido oportunizada àquela época, foi abortada, no entendimento de que a igualdade jurídica não poderia superar uma desigualdade natural. Isto espelhou efeitos de negação da cidadania aos homens e mulheres de cor em todas as dimensões de sua vida social. Na esfera econômica, as políticas imigratórias surgidas para prover de mão de obra livre as atividades antes realizadas sob o regime escravocrata, sugeriam uma forte conotação racista ao negro, haja vista não apenas os expressos impedimentos do ingresso no país de mão de obra vinda da África, e também da Ásia (Decreto n. 528 de 28. 06. 1890), com o intuito de "embranquecer" a população, como também pelo fato de ter sido descartada a previsão de ocupar a massa de escravos libertos existentes como trabalhadores livres, o que os

deixou na mais absoluta condição de marginalidade econômica. Marginais, também, eram os negros em relação à política, haja vista que as Constituições de 1824, de 1891, de 1934, de 1937 e de 1946, impediam estes direitos políticos a mendigos e analfabetos, situação na qual se enquadravam a maioria dos escravos libertos e seus descendentes até aquele tempo; e ainda, as Posturas Municipais, entre a abolição e o início do século XX, impunham uma condição de marginalidade cultural e social aos negros, proibindo seus cantos, danças e bailes, além de pugnarem medidas nitidamente segregatórias[26] de espaços sociais; a capoeira, por exemplo, foi incluída como crime no art. 402 do Código Penal de 1890, vigente até 1940.

Assim não é de se estranhar, conforme observa Machado Neto[27] no que se refere às raízes culturais originárias do direito brasileiro, que esta se remetia apenas à cultura lusa, haja vista a consideração de que o direito nativo indígena não compunha um sistema jurídico diferenciado, estando ainda sua regulação social baseada nas formas de *folkways* e tabus, e de que ao negro por "sua própria condição servil e a desintegração cultural a que lhe impelia a imigração forçada a que se via sujeito, não lhe permitiu, também, pudesse competir com o luso na elaboração do direito brasileiro

A exclusão e desigualdade também perpassaram toda a organização fundiária no país. Segundo Silva[28], a Lei de Terras de 1850, que substituiu o regime das sesmarias, fez com que o Brasil fosse tomado por uma territorialidade latifundiária que, ao invés de resolver a questão agrária pela ocupação e posse, destinando-a às culturas indígenas, negras e colonas que as ocupavam livremente, estipulou que as terras deveriam ser adquiridas pela compra e pelo pagamento de impostos e taxas, algo que tornou a propriedade fundiária ou um monopólio estatal - em terras devolutas não sujeitas a usucapião - ou uma apropriação capitalista, dependente do poder de compra e de manutenção da terra. A proibição da posse como legitimadora da propriedade era também "dirigida contra os camponeses da época, aqueles que se deslocavam para áreas ainda não concedidas em sesmarias aos fazendeiros e ali abriam suas posses".[29] A solução adotada pela Lei de Terras acabou, do mesmo modo, sendo uma saída para evitar que os estrangeiros que vieram para o Brasil, a fim de substituir a mão de obra escrava, tomassem posse das terras, e assim, se recusassem a se sujeitar aos preços e condições de trabalho pouco compensadores nas grandes fazendas da época. Assim, todos aqueles que não tiveram suas posses legitimadas em sesmarias até 1850, em sendo todas as terras desocupadas consideradas terras devolutas do Estado, não tinham outra saída de obter subsistência senão trabalhando como mão de obra para as grandes fazendas de café e cana.

A questão fundiária também se espelhou na questão política, pois a Constituição Republicana de 1891, transferiu as terras devolutas para os estados federados, estes marcados, à época, por uma forte oligarquia regional que administrou o direito de concessão dessas terras estatais ao seu bel prazer. Na República, a situação da estrutura de poder pessoal eminentemente territorial do país em nada mudou. A Guarda Nacional era formada por integrantes graduados por uma hierarquia militar, onde os chefes políticos municipais ou regionais eram considerados como "coronéis", daí o fenômeno do "coronelismo". Esses coronéis, geralmente grandes proprietários de terra, tinham um rígido controle sobre os votos do eleitorado composto pelos agricultores, agregados, jagunços e também comerciantes a eles sujeitos economicamente. No início do século XX, inaugura-se, no Governo de Campos Sales, a "política dos governadores" - por meio da qual a sustentação dos poderes do presidente e dos governadores se dava em

um sistema de troca de favores políticos de um para com o outro e para com os poderes locais - sistema que acabava dando muita força a esses chefes políticos locais e que favoreceu, ainda mais, a subjugação dos camponeses, na época, fechados em "currais eleitorais" e sujeitos ao "voto de cabresto". Somando-se a essas denúncias, Rosenn afirma que, não só na política, como também na aplicação da legalidade liberal, esta estrutura oligárquica e patrimonialista de poder afetava, negativamente, as classes populares:

Essa profunda desigualdade sócio-econômica tem sido acompanhada pela desigualdade jurídica de fato. O Brasil sempre teve uma regra para a elite e outra, muito diferente, para a massa popular. Apesar da retórica constitucional de igualdade no Brasil, assim como em muitos outros países do mundo, o 'status' e as ligações pessoais são variáveis críticas na determinação de uma efetiva aplicação da lei. Especialmente em se tratando da burocracia e da polícia, as normas aplicadas às classes altas e médias diferem acentuadamente daquelas aplicadas à classe baixa. Para a elite, com raras exceções, aplica-se a lei da impunidade.[30]

Desta forma, a desigualdade atingiu todas as instituições estatais e sociais brasileiras. No que tange à legislação, pensou-se que tal cenário poderia receber modificações com a Constituição de 1934 que introduziu pela primeira vez um Constitucionalismo Social no país. Entretanto, o que houve foi uma manobra política para impor um Estado oligárquico-patrimonialista, uma vez que agradava ao trabalhador dando-lhes alguns direitos. Já as Constituições de 1937 (Estado Novo), 1946 (que restabeleceu a democracia formal representativa e polarizou as principais forças políticas da época: forças conservadoras e grupos liberais reformistas), de 1967 e de 1969 (as duas últimas foram centralizadoras, arbitrárias e antidemocráticas), representaram um Constitucionalismo de base não-democrática. Foi somente com a Constituição de 1988, que alguns avanços relativos a conquistas democráticas da legalidade e ao acesso à justiça passaram a assumir posição central na pauta de organização destas instituições estatais, apesar de algumas persistências históricas nelas ainda estarem ativas.

•2. A exclusão na formação da função judiciária no Brasil

A formação do judiciário também perpassou esta política centralizadora (da Metrópole, e depois do Estado) e personalista (afetada pelo poder das elites locais), ficando alheia, praticamente, de todos os problemas dos grupos marginalizados - não proprietário, não brancos, não homens. Aliás, segundo adverte Schwartz,[31] a burocracia do Império tinha como um dos principais núcleos de seu controle centralizador, justamente, a organização judicial. Esta organização judiciária, continua o autor, do mesmo modo que as demais instituições estatais portuguesas e depois brasileiras, apesar de organizada para ser burocrática, impessoal e legalista, acabou eivada dos laços de interesse e de parentesco, ranços do paternalismo da cultura ibérica. Desta forma, em 1603, houve a criação do Tribunal da Relação da Bahia, com a finalidade de aplicação da lei real, de fortalecimento contra o ataque de invasores, de defesa dos índios, e do controle à fraude ao fisco real e ao contrabando. Segundo Schwartz, o tribunal possuía características como a lealdade à Coroa, a imparcialidade local, a competência profissional, a autonomia nas deliberações; ele era composto por letrados profissionais formados na Universidade de Coimbra, coincidindo a sua chegada com a prosperidade econômica

açucareira; seus cargos eram distribuídos entre a nobreza tradicional e os letrados, firmando-se a cultura do terceiro nível da burocracia (tabeliães, escrevães e fiscais). Para se tornarem magistrados, os bacharéis eram submetidos às investigações de sua vida familiar e conduta, porém, como recompensa, eles recebiam inúmeros privilégios reais, status local e riqueza material. Assim, apesar dessa tentativa de burocratização do poder judiciário nas colônias, as normas que objetivavam proibir um maior relacionamento do magistrado com a vida local eram constantemente desrespeitadas, pois eles acabam se compondo não só como autoridades da metrópole, mas também, como autoridades locais não só em termos jurídicos, mas também econômicos:

o magistrado da Relação do Rio de Janeiro, além das funções de natureza judicial, acumulava-se com outras, como o ministério público e as 'atividades políticas e administrativas que o tornavam de fato um membro do governo colonial. (...) É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. [32]

E, consoante opinião de Silveira,[33] para o português, uma correta administração da justiça refletia a idéia de bom governo, apto a assegurar o bem-estar dos súditos e a estabelecer o progresso do Reino. Este sistema de aplicação da justiça era legitimado por um arcabouço legislativo, como foram as Ordenações Filipinas, e a Magistratura era tida como a aliada indissociável da Coroa para manutenção deste poder político na colônia, sendo detentora de poder, prestígio e status.[34] Assim, apesar do rigor no processo seletivo dos juízes,[35] ser juiz, no sistema colonial, indicava um mecanismo de satisfazer os interesses pessoais, sendo a Universidade e a Magistratura os caminhos para os não nobres ascenderem socialmente e alçarem valorização social e participação no poder político. Esta sedução de poder fez com que se verificassem fortes relações pessoais e sociais, em detrimento das noções de impessoalidade burocrática apregoadas pelo governo central em sua legislação.[36]

Houve algumas mudanças somente com as reformas do Marquês de Pombal no século XVIII, quando Portugal se reconciliou com as idéias iluministas. Estas reformas limitaram a jurisdição do clero, restringiram os benefícios da nobreza, incrementaram o poder econômico da burguesia e impulsionaram a reformulação do ensino e do modelo universitário. Tal movimento favoreceu a emergência do liberalismo português; também modificou a legislação com a "Lei da Boa Razão" (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, nos casos de omissão, imprecisão ou lacuna. Devia-se interpretar a legislação de acordo com a lei natural e com as leis das Nações Cristãs iluminadas; mas, adverte Keith, sendo o estar acorde com as "leis da boa razão" definido de modo muito vago, o judiciário supria estas lacunas legais, fomentando a sua "a liberdade doutrinária e arbítrio".[37]

Na Constituição da Monarquia, de 1824, pós-independência, havia previsão da independência funcional e de crimes como peculato, a prevaricação e o suborno; os futuros juízes deveriam ser bacharéis em Direito, maiores de 22 anos e terem reputação ilibada, e tinham possibilidade de ascender profissionalmente pela antiguidade no cargo ou pelos serviços prestados à causa pública. No entanto, em suas atividades ainda não se via a separação entre a coisa pública e a privada, a magistratura, ainda era usada como moeda de troca para privilegiar aliados políticos ou famílias.[38]

A esperança de se mudar toda esta prática do Judiciário veio com a República, e com a nova forma constitucional, na qual se previa maiores garantias necessárias ao correto e autônomo exercício da jurisdição, quais sejam: a descentralização, com o princípio federativo assumido como forma de governo; o presidencialismo, caracterizado pela rotatividade do mandato e pela responsabilidade; o equilíbrio efetivo entre os poderes, tendo o Judiciário a função de controle das ações das outras esferas políticas; a competência bem delineada entre magistratura estadual e federal. Além disso, havia o procedimento legal específico para ingresso na magistratura, que incluía distinto conhecimento jurídico, experiência nas funções públicas, e reputação ilibada; os magistrados possuíam vencimentos próprios e remuneração condigna; na teoria existia também a divisão entre a coisa pública e privada, submissão ao Império da lei e, conseqüentemente, relação mando-obeidência mais abstrata e impessoal. A alta elite republicana, no entanto, ainda preenchia os cursos de Direito e os cargos públicos e, ao contrário das promessas da legislação da República, havia realizações a favor de interesses particularistas e setoriais da sociedade. Não foi a toa que o Judiciário na República Velha funcionava de acordo com um sistema de compromissos vigentes na esfera política, isto é, a política dos governadores e a dominação coronelista. Deste modo, verifica-se que os sistemas judiciários da Colônia, Monarquia e República perseveraram estruturas legais e jurisdicionais excludentes e elitistas.

•3. As críticas e as conquistas no acesso à justiça a partir da década de 1980

Este cenário que alimentava desigualdades sociais, com destaque aqui, aquelas que se refletiam na desigualdade na conquista de direitos e no acesso à justiça que os garantiriam, perpetuou por vários séculos e só passou a representar uma questão social de destaque e a produzir efeitos sociais após o final da ditadura militar, nos primórdios da década de oitenta.[39] A partir desta nova carta política, a jurisdição passou a visar à realização dos fins do Estado Democrático de Direito, sendo este constituído pelos princípios da justiça social e do pluralismo. Portanto, ensina Marinoni, a questão do acesso à justiça começou a tematizar a superação das desigualdades que impediam o acesso e a participação no processo, suscitando a paridade de condições na gestão do bem comum e na defesa do direito individual:

A questão do acesso à justiça, embora já se fizesse sentir no começo deste século, tanto na Alemanha como na Áustria, somente se fez perceber, de forma definitiva, no pós-guerra. É que com a consagração, a nível constitucional, dos chamados "novos direitos", o direito de acesso à justiça passou a ser um direito garantidor de todos os outros. Realmente, como explica Boaventura de Sousa Santos, "uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores". Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo se investigar as funções sociais por ela desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (interesses de patrões ou operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens ou mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos, etc, etc.).[40]

E, como o acesso à justiça era o tema ponte a interligar o processo civil com a justiça social, a neutralidade ideológica do juiz e do jurista, imposta pela dogmática liberal, foram postas em questão. Análises advindas de abordagens sociológicas, neste impulso, começaram a destacar, inclusive, a conotação ideológica do "direito puro e estatal", e a pugnar por uma *teoria crítica*, não mais separadora, mas, justamente, reveladora das relações de determinação real entre o direito e a os demais fatores da estrutura social (a economia, a política, a estrutura de poder, de legitimidade e de cidadania, etc.).^[41] Em termos da América Latina, tal posição crítica foi, inclusive, epistemologicamente desveladora, pondo a nu a condição colonizada e alienada em que se originaram as referências de conhecimento, de política, de teoria social, de direito, em relação aos ditames de países cêntricos europeus e norte americanos, fazendo, assim, emergir a resistência contra tal colonização em pleitos por uma filosofia, uma teoria social, um direito, um Estado, uma racionalidade, todas comprometidas com a emancipação e com a afirmação latino-americana.^[42] No âmbito do próprio poder jurisdicional, esta tematização do acesso à justiça gerou um importante movimento brasileiro - movimento do direito alternativo. Este que, segundo observa Carvalho,^[43] incluía: (1) o *Uso Alternativo do Direito*, que consistia em utilizar as contradições, ambigüidades e lacunas do direito legislado em uma ótica democratizante, e ainda, em buscar, pela via da interpretação, a abertura de espaços que possibilitassem o avanço das lutas e das conquistas de direitos populares; (2) o *Positivismo de Combate*, que se empenhava em fazer com que as normas que já haviam sido conquistadas democraticamente como lei se tornassem efetivas de fato, envolvendo a atuação do operador jurídico, mas também as mobilizações populares; e, por fim, o (3) *Direito Alternativo em sentido estrito*, ou aquela juridicidade paralela, não oficial, insurgente, que existia independentemente do direito estatal. Este movimento do direito alternativo suscitou um olhar crítico ao poder judiciário que lhe permitia perceber o enviesamento do direito e do processo judicial aos interesses dos grupos dominantes e, ao mesmo tempo, desvelar a fragilidade da eficácia e a ausência das leis e dos procedimentos adequados a dar respostas aos amplos e persistentes problemas sociais populares, sendo tal tomada de consciência deveras importante no momento de interpretação e aplicação do direito aos casos concretos.

Foi a partir deste cenário, que algumas conquistas jurídicas já foram alcançadas na América Latina, e merecem destaque. Entre elas, Wolkmer^[44] menciona as práticas que emergem como alternativas, seja no bojo do próprio sistema oficial e de juridicidade - tais como são as convenções coletivas de trabalho, as ações propostas por sujeitos coletivos, as instituições da arbitragem, da mediação, da conciliação e dos juizados especiais - seja de modo marginal e paralelo a ele - como "novas modalidade não-institucionais de negociação, mediação, conciliação, juízos arbitrais e júri popular; formas não-convencionais, ampliadas e socializadas de juizados especiais de pequenas causas (justiça de mínima quantia); extensão e fragmentação de comitês ou conselhos populares de justiça; criação de tribunais de bairros e de vizinhança; justiça distrital, juizados e juntas itinerantes"; além de novas fontes de produção jurídica por acordos, negociações consensuais, acertos comunitários, entre outros.

Há, no entanto, alguns problemas que persistem ou que foram suscitados pela nova conjuntura social na questão do acesso à justiça. Fontainha^[45] destaca que o obstáculo econômico (custas judiciais e extrajudiciais, honorários de advogado, de assistentes técnicos e de peritos, todos incompatíveis com as rendas de uma parcela significativa da população), ainda faz com que as pessoas desistam de buscar solução para as suas controvérsias na justiça, mesmo em países onde a administração judiciária é bem

estruturada; além disso, ele atenta para o fato de que as conclusões da pesquisa do Projeto Florença, de Mauro Cappelletti, que afirmavam que os custos enfrentados cresciam, proporcionalmente, a medida em que se reduzia o valor da causa, continuam verdadeiras, causando o que Santos[46] identificou como a "dupla vitimização" das classes populares - justiça mais cara para os cidadãos mais débeis, protagonistas das ações de pequeno valor. As delongas do processo, consumidas pela burocracia, pelo abuso do direito de defesa, ou até mesmo pela morosidade dos julgadores ou pela falta de preenchimento dos cargos necessários ao atendimento da população, também são responsáveis, mesmo na atualidade, por inúmeros abandonos processuais no caso de autores mais carentes. E, colaborando para o mesmo efeito de exclusão à justiça, o destaque que Cappelletti[47] fazia de que os sistemas jurídicos sempre foram mais adaptados aos litigantes organizacionais, afetos ao uso habitual do sistema judiciário no provimento de seus interesses, do que aos litigantes individuais, na tutela de suas pequenas causas, ainda possibilita avaliar, criticamente, o visível desequilíbrio nas ações em que indivíduos enfrentam grandes organizações.

Além deste obstáculo econômico, a versão individualista da figura de Sujeito de Direito, predominante na modernidade, também tem se apresentado como um obstáculo ao acesso à justiça de grupos populares e vulneráveis, principalmente tendo-se em conta a forma de ator social que eles têm composto na contemporaneidade - a forma de "Novos Movimentos Sociais".[48] Neste sentido, Souza Jr. pugnava para que se reconhecesse nos movimentos sociais a figura de um "*sujeito coletivo de direito*" (em alternativa à exclusividade do "sujeito individual de direito" moderno), pois sua emergência decorria da percepção de uma carência social entendida como negação de direitos, e, assim, como uma injustiça social a ser reparada, e não simplesmente tida pela sociedade como uma fatalidade do cotidiano para suas vítimas. Seriam tais movimentos, portanto, novos sujeitos de juridicidade..[49]

Mas esta propositura ainda não foi recepcionada pelo direito e pelo judiciário. Exemplos disto são as ações que envolvem o MST, um dos mais organizados movimentos nacionais brasileiros, que não é considerado, pelo Estado brasileiro, como um sujeito de direito completo, haja vista ele não se enquadrar nos requisitos de uma pessoa jurídica, mas sim como uma associação de fato. E esta questão é importante no que tange ao acesso à justiça, ou seja, à legitimidade processual desse movimento. A subjetividade jurídica processual do MST, na jurisprudência nacional, tem sido tratada da seguinte forma. Nas ações em que o Movimento é réu, está suprida a legitimidade de parte pela simples representação deste pelos seus líderes estaduais ou do acampamento, mesmo que a ordem judicial venha a ser cumprida contra todos os do grupo.[50] Isto se dá porque, exigir a identificação de todos os membros de um movimento coletivo, como o MST, inviabilizaria qualquer possibilidade de ação pelo proprietário ou possuidor esbulhado ou turbado. Em segundo lugar, por serem associações de fato, e não de direito, sua "composição irregular não pode ser oposta como defesa quando citadas para apresentar-se em juízo".[51] Por fim, mesmo podendo ser réus em todas as ações, há certas restrições ao Movimento, por conta de sua situação de associação de fato, ao seu direito de ser autora de certas ações e pedidos.[52] O MST, portanto, não é um sujeito de direito pleno reconhecido pelo Direito Estatal brasileiro e as regras de individualização do direito material e da pena não são adequadas para tratar suas ações coletivas.

Como resposta a estes obstáculos percebidos pela população mais carente e vulnerável, surgiram várias experiências de solução de conflitos alternativas, promovidas no seio da própria sociedade civil, dentre as quais, aqui, destacam-se as experiências de Justiça Comunitária e a de Balcão de Direitos.

As experiências de justiça comunitária (que incluem justiça indígena, campesina, de grupos nativos, de associações de bairro) são um direito alternativo para a solução de conflitos em face da jurisdição estatal, nas quais se destacam aspectos como a organização comunitária, a criação e a aplicação de sistemas normativos próprios e a informalização, ou formalização apenas básica, nos mecanismos de solução dos litígios. Geralmente desenvolvidas por líderes ou autoridades nessas comunidades marginalizadas e grupos étnicos isolados, tais experiências envolvem, em sua maioria, formas típicas de jurisprudência, com um forte apelo aos valores comuns (justo local) e aos recursos comunicativos (consensual e conciliatório). Seu modelo tem sido implementado em países como a Colômbia, o Peru, a Bolívia, o Chile e o Brasil, entre outros, sendo uma experiência de juridicidade que tem se multiplicado no cenário latino-americano ao longo dos anos. Esse modo de solução dos problemas a partir da sociedade civil, aliás, têm se dado, entre outras coisas, porque, segundo observa Telles[53], em sociedades tão heterogêneas como desiguais na distribuição e acesso de bens e recursos, e em que as diferenças se acentuam pela acumulação temporal de carências, tal qual a brasileira (e também a latino-americana), vê-se surgir um novo estilo de conflituosidade que reclama novos direitos de cidadania e inspira a consciência do "direito a ter direitos", e isto, não na forma de direitos *apriorísticos*, mas de novos direitos que surgem e que se inventam à medida que se desvelam novas necessidades e que emergem novos sujeitos a exigí-las.

De forma similar, o projeto "Balcão de Direitos", segundo Ribeiro & Strozenberg[54], procura integrar-se às vidas das comunidades, influenciando positivamente a conquista dos direitos individuais e coletivos, por meio de uma leitura do Direito como instrumento político-social de transformação e adequação aos anseios e necessidades da população; ele foi o resultado da solicitação de 25 líderes comunitários junto ao movimento "Viva Rio", em 1996, e a primeira destas experiências surgiu em 1997 nas comunidades do Chapéu Mangueira e Babilônia, experiências estas apoiadas pelo Ministério da Justiça e pela Fundação Ford. Em 2001, o Rio de Janeiro contava com mais de dez núcleos, envolvendo mais de oitenta pessoas (advogados, estagiários, voluntários e outros) que trabalham nas 17 comunidades que já tinham uma unidade do Balcão. Nestas unidades, a busca é por tenta resolver problemas crônicos das comunidades, como a violência do tráfico de drogas, a ausência de infra-estrutura mínima para se viver com dignidade e a morosidade do sistema judiciário, por meio da mediação para resolução de conflitos; nessa mediação, os diálogos entre os grupos sociais provocam reformulações de discursos e de práticas sociais, rompendo os preconceitos ainda existentes na cidade do Rio de Janeiro.[55]

Críticas a estas soluções alternativas, no entanto, também se destacam. Amaya admite que o reconhecimento dessas experiências de justiça alternativa pelo Estado tem sido feito de maneira controlada, ou seja, "*el Estado regula los alcances de la capacidad de gestión que tiene la comunidad sobre si misma*",[56] e neste controle a estrutura estatal acaba se apropriando das estruturas comunitárias, maculando-as em suas identidades e autonomia; desta maneira, não é vã, mas sim preocupante, adverte o autor, a denúncia de que tais sistemas de justiça comunitária têm se convertido em uma forma de acesso

precária nos sistemas de solução de conflitos estatais. Neves[57] chega a afirmar que as formas alternativas de solução de conflitos, como as que se fazem, por exemplo, nas favelas cariocas, não passam de formas instáveis e difusas de reação à falta de acesso à justiça oficial, não sendo uma real alternativa à jurisdição oficial.

Apesar disto, a somatória entre as conquistas no âmbito da reorganização das funções jurisdicionais do estado e o impulso ativo e mediativo destas experiências mobilizadas na própria sociedade civil tem resultado efeitos muito mais produtivos à superação das desigualdades de acesso à justiça e ao direito no Brasil do que a concentração sobre uma ou outra destas duas estratégias isoladamente. Estas experiências enunciam também um novo cenário social, denotando o que Dagnino[58] afirma como sendo algumas conquistas importantes em termos de cidadania, entre elas: 1) o registro de uma sociedade civil emergente, na qual as relações sociais são mediadas pelo reconhecimento e pela representação de interesses de modo a legitimar as medidas de equidade e as regras de justiça; 2) a pluralização da noção de bem público; 3) a extensão da noção de cidadania para além da relação entre Estado e indivíduo, e do reconhecimento daquele de direitos a este, envolvendo as complexas relações de reconhecimento de direitos que envolvem o Estado, a Sociedade Civil, os Atores sociais e os indivíduos. De tal modo que o persistir deste movimento duplo é, a nosso ver, o melhor caminho para a superação das históricas desigualdades sociais e institucionais brasileiras e para a ampliação e universalização do acesso à justiça.

•4. Conclusões

Destas discussões, até aqui estabelecidas, pode-se chegar a algumas constatações. Primeiramente, pode-se perceber que a política colonial centralizadora e personalista implantada por Portugal neste país, somada à formação de uma elite local, alheia a qualquer ideal nacional ou mesmo de dignidade humana, que ocupou as funções públicas para receber benesses e privilégios por conta de sua fidelidade ou graça do rei, acabou por originar uma cultura de organização do estado no qual suas funções eram mais moedas de troca de favores e fontes de poder social para os que as exerciam, do que atendimento de necessidades reais públicas. Isto não foi diferente na formação do judiciário brasileiro. De tal modo que esta organização acabou gerando uma demarcada cisão entre tais elites e a massa da população em termos de interesses sociais tutelados ou não pela legalidade e pela função judiciária. Nesta cisão, percebeu-se que grupos como os negros, os índios, os não possuidores de terras, os proletários, foram alijados de participarem da formação do direito e da jurisdição nacional, o que resultou não só na carência de direitos para atender as necessidades destes grupos, como também em vácuos em seu acesso à justiça. Tal cenário que alimentava desigualdades sociais, mormente, aquelas que se refletiam na desigualdade na conquista de direitos e no acesso à justiça que os garantiriam, se perpetuou por vários séculos, passando pelo Império e pela República. Hodiernamente, eles ainda se manifestam nos obstáculos ao acesso à justiça e ao direito ainda não plenamente resolvidos, como são os obstáculos econômicos, a visão individualista dos Sujeitos de Direitos e disfunções organizacionais no judiciário (morosidade, juízes ainda como uma casta elitista e pouco preparada para lidar com grandes questões sociais, comprometimento da justiça com a política, etc.). Mas também não é a toa, que nos processos de redemocratização pelos quais tem passado o Brasil, e os demais países da América Latina, o foco destes processos têm se concentrado, entre outras coisas, no incremento da participação política para a constituição de "novos direitos" e na busca de ampliação e adequação do acesso à

justiça a estes grupos historicamente marginalizados. E, nas respostas a esta exclusão histórica aos direitos e ao acesso à justiça, a estratégia têm tido mão dupla - a reforma na organização do estado e as ações autônomas da sociedade civil. As conquistas jurisdicionais em direção ao acesso à justiça e os movimentos da justiça comunitária e do balcão de direitos são indícios desta dupla estratégia de ação para superar estas desigualdades históricas aqui relatadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAYA, E. A Justicia Comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas. In. TORRE RANGEL, J. A. de la.(org.) **Pluralismo Jurídico**. Teoria y Experiências. San Luis Potosi - México: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2007, pp. 75-106.

_____. *Hacia un modelo de justicia desde la comunidad*. **Justicia y desarrollo**. Debates. Paz e democracia: el aporte de la justicia comunitária. ISSN 0123-3726. Bogotá. Ano II, n. 10, diciembre/1999, pp. 54-64.

ANDRADE, V. R. P. de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BERTULIO, D. L. de L.. 1989. **Direito e relações raciais**. Uma introdução crítica ao racismo. (Dissertação). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina.

BOBBIO, N. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998.

CAPPELLETTI, M. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, A. B. de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CAVALCANTI FILHO, T. 1972. Introdução. In. REALE, M. **Fundamentos do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

COELHO, L. F. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

CESAR, A. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

DAGNINO, E. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In. DAGNINO, E. (org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994, pp. 103-115.

Faoro, R. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, J. E. **A crise do direito em uma sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988.

FONTAINHA, F. de C. **Acesso à Justiça: Da Contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GARCIA, M. Del P. V. Justicia embera, identidad y cambio cultural (reflexiones em torno a una experiencia). **El otro derecho**. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. N. 26-27, abril/2002.

GARCIA, R. Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. **El otro derecho**. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. N. 26-27, abril/2002, pp. 160-161.

GOMES, O. Conteúdo de Classe no Direito Civil. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp. 141-146.

GOMES, O. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958.

ROSENN, K. S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, J. de S. **Os camponeses e a política no Brasil**. As lutas sociais no campo e seu lugar no processo político. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

NEVES, M. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: O problema da falta de identidade da(s) Esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**. Universidade de Ijuí, v. 1. n. 1. 1991, pp. 7-27, p.17.

PAOLI, Maria Célia. Movimentos Sociais no Brasil: em busca de um estatuto político. In. HELLMANN, Michaela. **Movimentos sociais e democracia no Brasil**. "Sem a gente não tem jeito". São Paulo: Marco Zero - ILDEFES LABOR, 1995. pp. 24-55.

PAULILO, M. I. S. **Terra à vista ... e ao longe**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.

RIBEIRO, P. J. e STROZENBERG, P. **Balcão de Direitos: resolução de conflitos em favelas do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

SALAS, H. R. *La justicia comunitaria y la construcción de consensos em las comunas de Medellín. Caso del barrio Moravia*. **Justicia y desarrollo**. Debates. Paz e democracia: el aporte de la justicia comunitaria. ISSN 0123-3726. Bogotá. Ano II, n. 10, diciembre/1999, pp. 86-101.

SCHERER-WARREN, I. **Redes de Movimentos Sociais**. São Paulo: Loyola, 1993.

SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870- 1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e Sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SEGURADO, M. D. **História resumida do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982.

SILVA, J. A. **Ação Popular Constitucional** - Doutrina e Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007

SILVA, M. A. de M. **Errantes do fim do século**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

SILVEIRA, D. B. da. **Patrimonialismo e Burocracia: Uma Análise Sobre o Poder Judiciário na Formação do Estado Brasileiro**. (Dissertação). Brasília: Universidade de Brasília, 01/12/2006. Orientador(es): Terrie Ralph Groth.

SLEMIAN, A. & PIMENTA, J. P. G. **O "nascimento político do Brasil": as origens do Estado e da nação (1808-1852)**, Rio de Janeiro: DPCA, 2003.

SOUZA, J. **A construção social da subcidadania**. Para uma sociologia política da modernidade periférica. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

TELLES, V. da S. Sociedade Civil e a Construção de espaços públicos. In. DAGNINO, Evelina (org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994. pp. 91-102.

VILLEGAS, M. G. *Notas preliminares para la caracterización Del derecho em América Latina. El otro derecho. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. n. 26-27, abril/2002, pp. 13-48.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[1] Consoante o disposto no artigo 5º da Constituição da República, inciso LXXIV, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Os requisitos para a Justiça gratuita podem ser encontrados na Lei nº 1.060/50, como em seus artigos 2º e 10:

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Art. 10. São individuais e concedidos em cada caso ocorrente os benefícios de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem

pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda e que necessitarem de tais favores, na forma estabelecida nesta Lei.

[2] GARCIA, R. Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. **El otro derecho**. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. n. 26-27, abril/2002, pp. 162-177, pp. 160-161.

[3] KEITH, R. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 17 a 22.

[4] Faoro, R. **Os Donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª edição. São Paulo: Globo, 2001, p. 24.

[5] Ibidem, p. 24 a 36.

[6] Ibidem, p. 105 e 106.

[7] Segundo FAORO (2001, p. 104) tal "fúria purificadora" se constituiu no fato dos judeus terem que abandonar o país, forçados por obscuros brios nacionalistas ou de monopólio do poder político. "A inquisitorial fúria purificadora expulsou, esmagou e acabou com o judeu, abrindo um vácuo que o inglês preencheria - o judeu, no caso, foi apenas um símbolo, menos que uma realidade, do burguês moderno, flexível e permeável aos novos tempos."

[8] Exemplo deste modo de agir do estado português violento para com as resistências sociais advém da própria formação do Estado Brasileiro. Segundo apontam SLEMIAN & PIMENTA (2003), a formação do Estado brasileiro se deu por uma contingência - a vinda da família real para o país e a necessidade de compor aqui todo o aparato burocrático da colônia - e foi promovido com atos de violência, diante da resistência de boa parte daqueles que aqui residiam em criar um Estado separado da capital portuguesa. O Estado brasileiro, assim, fora instalado de modo coercitivo, para fins de atender interesses prioritariamente da metrópole, e ao alvedrio dos interesses da maioria dos grupos de poder locais.

[9] FAORO, R. Op. cit. p. 82.

[10] FAORO, R. Op. cit. p. 145.

[11] PAULILO, M. I. S. **Terra à vista ... e ao longe**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.

[12] MARTINS, J. de S.. **Os camponeses e a política no Brasil**. As lutas sociais no campo e seu lugar no processo político. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p.110.

[13] Faoro, R. Op. cit., p. 143.

[14] FAORO, R.. Op. cit. p. 173.

[15] SOUZA, J. **A construção social da subcidadania**. Para uma sociologia política da modernidade periférica. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006. p. 126.

[16] Ibidem, p. 120-121.

[17] CESAR, A.. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002, p. 116.

[18] WOLKMER, A. C.. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

[19] Ibidem, p. 77-78.

[20] CAVALCANTI FILHO, T. 1972. Introdução. In. REALE, M. **Fundamentos do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. XL a XLIV.

[21] VILLEGAS, M. G.. *Notas preliminares para la caracterización Del derecho em América Latina. El otro derecho. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. n. 26-27, abril/2002, pp. 13-48

[22] GOMES, O. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958, pp. 34-35.

[23] GOMES, O.. Conteúdo de Classe no Direito Civil. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp. 141-146.

[24] SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870- 1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 23 a 25.

[25] Ibidem, p.147-185.

[26] BERTULIO (1989, p. 56) exemplifica uma norma constante na Portaria Municipal de São João da Boa Vista (SP), segundo a qual "É proibido ao negociante de molhados consentir em seus negócios, pretos e cativos sem que estejam comprando. O negociante sofrerá multa".

[27] MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 310.

[28] SILVA, M. A. de M. **Errantes do fim do século**. São Paulo: Editora da UNESP, 1999, pp. 32-34.

[29] MARTINS, J. de S.. Op. cit., p. 42.

[30] ROSENN, K. Op. cit., p. 45.

[31] SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e Sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 73.

[32] Ibidem, p. 73.

[33] SILVEIRA, D. B. da. **Patrimonialismo e Burocracia: Uma Análise Sobre o Poder Judiciário na Formação do Estado Brasileiro.** (Dissertação). Brasília: Universidade de Brasília, 01/12/2006. Orientador(es): Terrie Ralph Groth. pp. 94-98.

[34] SILVEIRA, D. B. da. Op. cit., p. 108.

[35] O processo de seleção dos magistrados era rigorosamente controlado pelo poder estatal, a fim de garantir certa homogeneidade ideológica para o cumprimento de suas tarefas. Embora muitos dos cargos servissem como moeda de troca em situações específicas, podendo ser comprados com facilidade, o ingresso dos magistrados seguia um procedimento oficial bastante específico, denominado à época de "a Leitura dos Bacharéis", no qual o primeiro requisito era ser formado em Direito Civil ou Canônico pela Universidade de Coimbra. Esta exigência perdurou até 1827, quando houve a criação das duas primeiras faculdades de Direito no Brasil - em Recife e em São Paulo. Outro requisito era a aprovação em concurso público, desenvolvido pelo Desembargo do Paço em Portugal; este incluía a análise de sua origem social e comungação pela religião católica, não sendo aceitos, por exemplo, os que tinham ascendência moura, judaica ou negra, além de se exigir alguns anos de experiência jurídica para se poder ingressar nos Tribunais de Relação do Reino.

[36] Ibidem, p. 112 a 120.

[37] KEITH, Rosenn. Op. cit., p. 36 a 38.

[38] Ibidem, p. 243 a 249.

[39] CESAR, A.. **Acesso à justiça e cidadania.** Cuiabá: EdUFMT, 2002, p. 69 e 70.

[40] MARINONI, L. G.. Op. cit., p. 16 a 21.

[41] Em termos dessa postura crítica de análise jurídica, encontram-se, no Brasil, as propostas de WOLKMER (2002); COELHO (1991); FARIA (1988); ANDRADE (2003), entre outros autores.

[42] No rol dos autores desse movimento de resistência latino-americano podemos citar várias teorias, movimentos e autores. Entre elas, WOLKMER (2001, p. 269.) destaca, a Teoria da Dependência (Rui Marini, Theotônio dos Santos, Celso Furtado, Franz Hinkelammert), a Teoria Teológica para a Libertação (Gustavo Gutierrez, Hugo Assmann, Clodovis e Leonardo Boff), as Filosofias da Libertação (Enrique Dussel, Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Zea) e Latino-Americana (Alejandro Serrano Caldeira, Raul Fornet-Betancourte), a Pedagogia do Oprimido (Paulo Freire), a Teoria Social baseada em uma Redução Sociológica (Guerreiro Ramos), A Ética da Alteridade (Enrique Dussel), as proposições de uma filosofia crítica para a política e para o direito (Torre Rangel, David Sanches Rubio, Celso Ludwig).

[43] CARVALHO, A. B. de. **Magistratura e direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1992, pp. 88-90

[44] WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 309.

[45] FONTAINHA, F. de C. **Acesso à Justiça**: Da Contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 38 a 42.

[46] Citado por FONTAINHA, F. de C. Op. cit. p. 42 a 57.

[47] CAPPELLETTI, M. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15 a 27.

[48] PAOLI (1995, p. 27) esclarece que a noção "novos movimentos sociais", no Brasil, serviu para representar os movimentos sociais surgidos (ou reinventados) nas décadas de 70 e 80 - grupos de operários que fizeram greves de maneira independente de seus sindicatos, movimentos populares urbanos (grupos de moradores de bairros desprivilegiados e desatendidos em políticas e ações públicas), movimento de mulheres, movimento negro, movimentos sociais do campo, movimento dos povos indígenas. - e se referia "ao aparecimento político de atores sociais organizados que não se referenciavam diretamente às estruturas institucionais de poder e representação políticas - partidos, governos, Estado -, nem aos atores "clássicos" do sistema social - grupos de interesses e classes sociais". Pugnavam por outra esfera de poder, para além do poder político - um poder civil e cidadão, ligado à conquista e ao gozo da cidadania e à busca e consolidação de novos direitos, tendo surgido no momento do fim da ditadura e da restauração do Estado de Direito no país, com a dicção da necessidade de uma reinvenção radical da democracia. Se, por alguns, esses movimentos foram entendidos, em substituição ao conceito de classe, como os novos sujeitos coletivos de transformação histórica, para outros, o destaque era para o espontaneísmo dessas massas e a virtude popular de suas mobilizações para além de qualquer sentido de revolução política e social. Segundo SCHERER-WARREN (1993, p. 60), "as lutas pela redefinição da cidadania (num sentido mais pleno: econômico, político e social), a deslegitimação de decisões tomadas autoritariamente pelo Estado, o fortalecimento das relações comunitárias em seu sentido político, a forma de agir pela resistência ativa não violenta, a tentativa de democratização das práticas cotidianas e a busca de autonomias relativas são espaços que os NMS estão abrindo para a construção de uma sociedade mais democrática".

[49] SOUZA Jr., J. G. de. Movimentos Sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In. ARRUDA jr. (org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, 131-142, pp. 138.

[50] Ver, neste sentido, Apelação Cível 98.013461-7, de 22/05/2001, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Apelação Cível nº 7.130.729-8, decidida em 24 de agosto de 2007, e em Apelação Cível nº 7037670-6, decidida em 14/06/2007, ambas da 24ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[51] Ver, para esta sustentação, Agravo de Instrumento n. 32622, da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, de 18/06/2002.

[52] Ver, aqui, Agravo de Instrumento nº 70000186833, da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 29/12/1999.

[53] TELLES, V. da S.. Sociedade Civil e a Construção de espaços públicos. In. DAGNINO, Evelina (org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo:Brasiliense, 1994. pp. 91-102. p. 94

[54] RIBEIRO, P. J.; STROZENBERG, P. Mais do que um acerto de contas - Teorias, práticas e avaliações na trajetória do Balcão de Direitos. In. RIBEIRO, P. J.; STROZENBERG, P. (orgs.). **Balcão de Direitos**. Resolução de conflitos em favelas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, pp. 9-16, p. 12.

[55] RIBEIRO, P. J.; STROZENBERG, P.. Op. cit. p. 9 a 25.

[56] AMAYA, E. A.. Justicia Comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas. In. TORRE RANGEL, J. A. de la.(org.) **Pluralismo Jurídico**. Teoria y Experiências. San Luis Potosi - México: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2007, pp. 75-106, p. 85.

[57] NEVES, M. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: O problema da falta de identidade da(s) Esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**. Universidade de Ijuí, v. 1. n. 1. 1991, pp. 7-27, p.17

[58] DAGNINO, E. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In. DAGNINO, E. (org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo:Brasiliense, 1994, pp. 103-115.

TUTELA DO CONSUMIDOR PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAS À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

TUTELA DEL DIRITTO DEL CONSUMATORE DELLA PERSONA CON NECESSITÀ SPECIALE PER DIRITTO CIVILE COSTITUZIONALE

Sávio de Aguiar Soares

RESUMO

O trabalho tem o objetivo de delinear um estudo do direito constitucional do consumidor especial, analisando os avanços da tutela jurídica desse grupo especial de cidadãos que diante das suas particularidades exigem um tratamento mais específico em matéria de direito do consumidor. Diante da fragilidade do consumidor especial insta estudar as regras jurídicas aptas a coibir qualquer forma de discriminação ou exclusão em conformidade com a legislação de regência sobremaneira em virtude das constantes violações aos princípios da isonomia, da boa-fé contratual e da justiça contratual que foram elevados a postulados civilísticos a partir do Código de Defesa do Consumidor. Busca-se justificar a imperiosa necessidade da adoção de ações afirmativas no sentido de reconhecer neste segmento social uma situação histórica e presente de marginalização, empreendendo a chamada discriminação positiva a fim de atribuir reservas e direitos especiais com o objetivo de restabelecer as condições da igualdade de tratamento e oportunidades, da Justiça Social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar. O propósito é denunciar a cidadania aparente a fim de resultar numa situação de isonomia para vencer os incontáveis óbices materiais e imateriais que as pessoas portadoras de necessidades especiais enfrentam. Portanto, é necessário empreender muitos esforços e embates para a devida tutela dos portadores de necessidades especiais na realização de seus direitos básicos, especialmente no respeitante aos direitos do consumidor.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS CONSTITUCIONAIS; DIREITO DO CONSUMIDOR; INCLUSÃO; PESSOA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS.

RIASSUNTO

Questo lavoro ha come obiettivo delineare lo studio del diritto costituzionale del consumatore speciale, analizando l'avanzzi della tutela giuridica di questo gruppo speciale di cittadini che davanti le particolarità vogliono un trattamento più specifico quando se parla di diritto del consumatore. Davanti la fragilità del consumatore speciale è necessario studiare i regole giuridici per vietare qualche forma di discriminazione o esclusione d'accordo con legislazione particolare soprattutto in ragione di violazione di principi della isonomia, di buona fede contrattuale e giustizia contrattuale che sono stato elevate come fondamento di norma civile com il Codice di difesa di consumatore. Cerca

anche la imperiosa necessità di adottare azioni affermativi nel senso di riconoscere in questo gruppo sociale una situazione storica e attuale di esclusione, facendo una discriminazione positiva con obiettivo di dare diritti speciali per ricostituire condizioni di uguaglianza di trattamento e opportunità, di giustizia sociale, rispetto alla dignità della persona umana e benessere. L'obiettivo è denunciare la cittadinanza apparente con il desiderio di risultare nella situazione di uguaglianza per vincere i numerosi ostacoli materiali e immateriali che le persone con necessità speciale affrontano. Pertanto, è necessario fare molti sforzi e battaglie per la tutela delle persone con necessità speciali nella realizzazione dei diritti basici in speciale nei diritti del consumatore.

PAROLE CHIAVE: DIRITTI COSTITUZIONALE, DIRITTI DEL CONSUMATORE; INCLUSIONE; PERSONA CON NECESSITÀ SPECIALE.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ordenamento jurídico pátrio apresenta dentre seus objetivos a implementação de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem comum sem quaisquer formas de preconceito ou discriminação. Vale dizer, a normativa constitucional é fulcrada sob a égide principiológica incontestada pela qual se depreende a supremacia dos princípios e valores constitucionais.

Nesse passo, torna-se essencial perquirir a fundamentação constitucional e infraconstitucional no sentido de mensurar a observância dos direitos e garantias fundamentais no que tange ao grupo particular merecedor de tutela específica que constitui objeto do presente estudo com ênfase para a proteção na ótica do direito consumerista.

Em outras palavras, no limiar do século XXI, diante da amplitude das transformações nos diversos planos da sociedade (político, econômico, social, jurídico) ainda sucedem práticas iníquas e desarrazoadas em desfavor de vários grupos sociais sistematicamente marginalizados.

Em que pese a evolução legislativa voltada à regulamentação e efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados das pessoas portadoras de necessidades especiais ainda se afiguram enormes disparidades e omissões dos Poderes Públicos e da própria sociedade civil arraigada a uma cultura tacanha e manifestamente obtusa que se evidencia na dinâmica do cotidiano no qual aqueles indivíduos que merecem uma atenção especial são impedidos de ter acesso a direitos básicos diante da inércia das instituições públicas responsáveis em operacionalizar eficazmente os meios para o exercício das prerrogativas e garantias que lhes são asseguradas na Constituição da República e nas leis especiais.

A título de compreensão do objeto de estudo compete elucidar o que se entende por portador de necessidades especiais. Luciana Niess afirma que as deficiências classificam-se em três grupos abaixo aludidos. Isto é, pessoa portadora de deficiência é toda aquela que sofreu perda ou possui anormalidade, de uma estrutura ou função

psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual ou mental, quer permanentemente, quer temporária.[1] Assim, entende que se trata do ser humano que sofre limitação (em patamar considerável) nas funções naturais do físico, da mente ou dos sentidos, para a realização das atividades do cotidiano.

Nos moldes da conceituação mais acolhida na seara internacional, adotar-se-á a definição emanada da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência pela qual o termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Destarte, convém apresentar os delineamentos teóricos empregados na consecução dos resultados visados ao final, quais sejam, o esclarecimento da legislação aplicável (normas internacionais e nacionais) relativamente às pessoas portadoras de necessidades especiais, destacando o direito à educação especializada, direito de acesso, prestação de assistência social do Estado, direito à saúde, dentre outros, e sobremaneira no tocante aos direitos do consumidor e suas singularidades.

Por conseguinte, impende ressaltar os pontos nevrálgicos no que concerne às controvérsias quanto à materialização dos direitos sobreditos. Além dos desafios a serem transpostos pelos próprios destinatários das normas existentes, bem como às autoridades dos Poderes da República, em todas as suas esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), intentando contribuir para a discussão da matéria.

Outrossim, cuida-se de pugnar por um tratamento inclusivo e pleno na valorização da vida humana, no exercício da cidadania, eliminação das barreiras físicas e sociais, da equalização substancial e possibilidade de ingresso efetivo na vida comunitária.

II – BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na Grécia e Roma antiga os deficientes eram tratados com absoluta intolerância, sendo que recebiam um tratamento impiedoso já que eram sumariamente mortos ou rechaçados da comunidade em que viviam.

Posteriormente, o sistema foi sendo alterado e os deficientes passaram a receber algum tipo de assistência que gradativamente foi sendo consolidada.

Na Idade Média por influência do Cristianismo os senhores feudais promoviam certo amparo às pessoas deficientes e doentes.

No Renascimento o deficiente veio a ter reconhecida sua condição humana. Em 1789 foram criadas condições instrumentais para a integração dos deficientes na área produtiva com a invenção de cadeiras de rodas, muletas, macas etc.

Em 1824, Louis Braille quando tinha 15 anos, cego desde os três anos, criou o Código batizado com seu sobrenome, a partir do código de pontos e traços perfurados em cartões que o Capitão do Exército *Charles Barbier* utilizava para ser usado no escuro, denominado *night-writing*.

A Revolução Industrial em razão de numerosas deficiências provocadas por acidentes mutiladores no trabalho e pelas doenças profissionais impulsionou a reflexão para que maior atenção fosse dedicada à habilitação e reabilitação do deficiente para o trabalho. As duas grandes guerras no séc. XX favoreceram o interesse pela reabilitação dos deficientes.

Maria de Lourdes Canziani destaca que a partir dos anos 70 iniciou-se movimento denominado “vida-independente” com o escopo de afirmar a possibilidade de autonomia pela qual as pessoas com deficiência seriam sujeitos das próprias decisões, sendo que nos anos 80 foram intensificadas essas transformações no modo de pensar a deficiência. [2]

A dimensão sociopolítica na abordagem da deficiência resultou da participação dos interessados e também de organismos nacionais e internacionais de defesa desse segmento social dirigidos a fomentar políticas, programas e ações em relação às suas necessidades específicas.

No Brasil em 1978 foi editada Emenda Constitucional que fixou a assistência social aos deficientes. Anteriormente, a Lei nº 6.179, de 11/12/1974 instituiu o amparo previdenciário para os maiores de 70 anos e para os inválidos definitivamente incapacitados para o trabalho em valor equivalente a 50% do salário mínimo vigente no País, sob a responsabilidade do INSS e FUNRURAL.

Desta feita, no Brasil, a partir da década de 80 a abordagem do tema da deficiência passou a ter nova dimensão no sentido de promoção e reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto cidadão de pleno direito.

Neste cenário, a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999, trouxe à lume a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em conformidade com o Programa Nacional de Direitos Humanos cuja orientação central funda-se no estabelecimento de princípios, diretrizes, objetivos e instrumentos que concorram para a genuína integração deste segmento social mediante políticas de capacitação para a vida laboral, educacional, gerando bem-estar, sem assistencialismo ou privilégios, dirigindo-se a garantia de acesso ao trabalho, a cultura, saúde, educação, lazer, previdência social, transporte, habitação, desporto, à edificação pública (eliminação de barreiras arquitetônicas), dentre outros elementos fundamentais no processo de inclusão social ora visado.

No plano jurídico internacional diversos instrumentos foram elaborados amplamente com o desiderato de tutelar os direitos humanos aos poucos incorporados na ordem jurídica interna das nações signatárias dos tratados, convenções e atos internacionais dos quais pertine arrolar os seguintes em face da importância histórica intrínseca ao próprio progresso da humanidade no tocante à preocupação com a integridade da pessoa

humana em todos as órbitas seja do ponto de vista, psicofísico, sociocultural, econômico, entre outros.

Destacam-se os documentos inframencionados, em ordem cronológica, relacionados com a normatização internacional: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Declaração dos Direitos das Pessoas com retardamento mental; Declaração dos Direitos das Pessoas Surda e Cega (1971); Resoluções da Organização Mundial de Saúde para a Prevenção de Deficiências e Reabilitação (1976); Declaração dos Direitos da Criança (1979); Carta dos anos 80; Recomendações da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Declaração da I Conferência de Ministérios de Saúde e Bem-Estar Social dos Países da América e Espanha (1981); Recomendações dos Congressos e Seminários Interamericanos sobre Retardamento Mental organizados pelo *Instituto Americano del Nino* (1966-1975 e 1986); Declaração Mundial sobre Educação para Todos, no Programa de Ação Mundial de Saúde, no Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) etc.

Além de outros mais específicos tais como as Recomendações nº 99 de 1955 e nº 168 de 1983 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); Convenção nº 159 de 1983; Declaração dos Direitos dos Deficientes da ONU (Resolução nº 3.447 de 1975) e mais recentemente a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadores de deficiência (internalizada na ordem jurídica pátria pelo Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001), fixando aos Estados-partes a necessidade de adotar medidas que facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência.

A sobredita Convenção estrutura-se na linha tradicional, dispondo acerca dos conceitos básicos e definições específicas, versando sobre seus objetivos na prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação e das medidas necessárias para favorecer a integração plena das pessoas portadoras de deficiência à sociedade. Além do que elenca as medidas a serem adotadas pelos Estados e as respectivas obrigações de cooperação entre as nações.

A doutrina assevera que as normas legais de proteção e garantia dos direitos humanos têm aplicação imediata desde a entrada em vigor da Convenção em 14/09/2001.

III – DIREITOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS

A partir da Constituição da República de 1988 houve uma mudança percuciente no panorama jurídico relativamente à proteção dos portadores de deficiência. A elevação da dignidade humana a fundamento da ordem jurídica pátria decisivamente refletiu no comando principiológico de promoção da pessoa sem qualquer forma de discriminação, exclusão social ou preconceito.

Os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional e demais garantias insculpidas no teor da Lei Maior edificam o arcabouço protetivo desse segmento social

que fora demasiadamente repelido na consecução dos objetivos e projetos governamentais e da sociedade em geral.

Com efeito, por razões didáticas, é relevante identificar os dispositivos constitucionais que se destinam a salvaguardar os portadores de necessidades especiais, para mais adiante, enfatizar a proteção constitucional do consumidor especial.

De antemão, sobreleva apontar que a responsabilidade pelo amparo aos portadores de necessidades especiais compreende a todos os entes da Federação na proporção delineada pela Carta Política. Por sua vez, é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de cuidar da saúde, da assistência pública e tratar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência de forma genérica. Assim como, atribui-se à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre defesa da saúde e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse diapasão, reveste-se de suma importância o mandamento constitucional na dicção do art. 227, §1º, CR/88 o qual determina a criação de programas de prevenção e atendimento especializado àquele grupo de pessoas que se enquadre em qualquer das três classes: deficiência física, sensorial e mental ou em mais de uma categoria numa mesma classe.

O dispositivo supracitado equivale a uma diretriz constitucional que se corporifica nos deveres assumidos pelos sujeitos das relações jurídicas de direito público no sentido de conferir os direitos conforme as particularidades dos beneficiários de uma tutela especializada.

Dessume-se um rol de imposições dirigidas aos Poderes Públicos no fito de adoção de políticas públicas direcionadas à concreção de tratamento constitucional isonômico. Vale dizer, com o objetivo de reparar as desigualdades fáticas de oportunidades e condições por intermédio do procedimento de discriminação positiva (lógica das ações afirmativas) realizam-se os ditames constitucionais, em última instância, vislumbrados na busca pela efetiva e decantada inclusão social.

Nesses termos, é pertinente ressaltar o direito à educação especializada preconizada no art. 208, III, CF/88[3], de sorte que o deficiente tem direito não somente à própria educação, mas também a educação dos outros voltada à sua deficiência.

É cediço que os portadores de deficiência não constituem um conjunto à parte, comportando a imposição da educação especializada na rede regular de ensino a não ser quando por motivo justificado, a juízo dos especialistas, não o recomendar a situação ou excepcionalmente não for viável atingir o ideal perseguido por esse meio, que a educação especial ocorra separadamente.

Demais disso, recomenda-se a criação de centros profissionalizantes a fim de assegurar a integração social das pessoas portadoras de deficiência no que se refere ao mercado de trabalho.

A propósito, a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, prevê numerosos direitos relativos à educação, dentre os quais, a inclusão,

no sistema educacional, da educação especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais; a oferta, obrigatória e gratuita, da educação especial em estabelecimento público de ensino; o oferecimento obrigatório de programas de educação especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência; o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo, bem como a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino.

No aspecto da proteção à saúde, o art. 196 e ss. e a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90) apregoam a universalidade do acesso às ações e serviços em todos os níveis de assistência; a integralidade da assistência; preservação da autonomia do paciente na defesa de sua integridade física e moral; igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; direito à informação sobre a saúde da pessoa assistida e participação da comunidade.

A Lei nº 7.853/89 supramencionada no referente à matéria da saúde dispõe acerca da necessidade de promover ações preventivas, quanto ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência; do desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito e de tratamento adequado a suas vítimas; da criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação; da garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado e, por fim, do desenvolvimento de programas de saúde para as pessoas portadoras de deficiência com a participação da sociedade e que lhes ensejem a desejada integração social. [4]

A Constituição Federal firmou no âmbito da prestação de assistência social do Estado uma política de seguridade social não contributiva destinada a garantir o atendimento às necessidades básicas (habitação, educação, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social).

Nos termos do art. 203, V, CF/88 e da Lei nº 8.792/93, o direito ao benefício para o portador de deficiência deve suceder quando este for incapaz de prover a própria manutenção, pertencente a uma família cuja renda não fosse suficiente para empregar um salário mínimo no atendimento exclusivo das despesas dele que o necessita só para si, por inteiro, como reconhece a Constituição Federal.

Veio à baila a Portaria interministerial n 003/2001 que para fins da concessão do benefício sob exame assim considera a pessoa portadora de deficiência como sendo “aquela que comprove renda familiar mensal *per capita* igual ou inferior a um salário mínimo estipulado pelo Governo Federal.”

O art. 227, §2º, CF/88 trata da questão da acessibilidade ao dispor sobre a elaboração de normas de construção de logradouros, de edifícios de uso público e de fabricação de

veículos de transporte, além de vislumbrar a melhoria do sistema de transporte coletivo (implementação de políticas públicas de valorização do transporte público).

O direito de acesso configura-se na criação e adaptação dos ambientes a fim de eliminar os constrangimentos e dificuldades que retardam a inclusão dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Inclusive o art. 244, CF prescreve ao Poder Público a obrigação de adaptação das obras e veículos já existentes

Consoante o dispositivo constitucional emergiu a Lei nº 10.098/2000 (Lei de acesso), que estabelece normas gerais e critérios básicos voltados à promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, é fundamental garantir o direito de locomoção (direito de ir e vir), bem como a eliminação de barreiras arquitetônicas (rebaixamento das guias, adaptação das edificações, do mobiliário urbano, sanitários, hospitais, escolas, universidades, logradouros destinados ao lazer etc).

A propósito, a Secretaria de Estado de Direitos Humanos do Ministério da Justiça criou o Programa Nacional de Acessibilidade para fomentar programas com vistas às pesquisas científicas voltadas à prevenção e ao tratamento de deficiências, ao desenvolvimento tecnológico dirigido à ampliação de ajudas técnicas e à especialização, de pessoas, em acessibilidade.

No plano infraconstitucional inúmeros diplomas legais são pertinentes à matéria em foco. Por exemplo, a Lei nº 8.899/94 que dispõe sobre o transporte de pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, regulamentada pelo Decreto nº 3.691/2000 e Portaria Interministerial nº 003, de 10 de abril de 2001 (alusiva à concessão de passe livre às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes).

A defesa judicial dos direitos dos portadores de necessidades especiais está englobada na função promocional do direito em vista da pessoa humana cujos principais instrumentos processuais envolvem o direito de petição, a ação civil pública, o mandado de segurança individual ou coletivo, mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade e também ação declaratória de constitucionalidade.

Indubitavelmente, a luta pelos direitos acima enumerados é incessante e descomunal pelo fato de demandar diversas ações a fim de operacionalizar as conquistas legislativas e verdadeiramente realizar as aspirações e necessidades desse grupo marginalizado socialmente.

Nesse processo de concretização dos direitos a Constituição Federal constitui inafastável parâmetro que exige do legislador ordinário uma atividade legiferante mais efetiva e sobretudo que as normas infralegais sejam observadas com proficiência para que a regulamentação não fique apenas adstrita à letra da lei.

Justamente sobrevém proeminente a cautela de examinar os direitos e garantias emanadas da Carta Política e o desdobramento disso na legislação infraconstitucional com o escopo de situar o tema na compreensão do cotidiano o qual se convive com

peças portadores de necessidades especiais e muitas vezes não é propiciada a atenção devida a estes indivíduos dignos e merecedores de respeito.

IV – DIREITOS DO CONSUMIDOR ESPECIAL

O Código de Defesa do Consumidor trouxe a estrutura jurídica que deve nortear as relações de consumo, ligando-se à idéia de justiça na medida em que veio suprir a necessidade de promoção da defesa do consumidor, tendo em vista o reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

Notadamente, a defesa do consumidor foi erigida a princípio limitador da atividade econômica sem destoar da normativa constitucional que pugna pela coerência e harmonia dos princípios constitucionais. A liberdade econômica (livre iniciativa) deve se coadunar com a proteção da parte mais frágil da relação de consumo.

Por seu turno, a Lei nº 8.078/1990 trouxe inúmeros direitos tais como a proteção da saúde, informação clara e adequada sobre os produtos e serviços, proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, assim como contra práticas e cláusulas contratuais abusivas no tocante à prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais sofridos e facilitação da defesa de direitos.

A proteção prevista pelo Estatuto Consumerista e a sua compreensão perpassa pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de equilíbrio nas relações de consumo, afigurando-se na fixação do princípio da igualdade material que pode ser resumido na locução de “tratar desigualmente os desiguais na medida da desigualdade” como decorrência do direito fundamental do cidadão à proteção de seus direitos como consumidor.

Nessa esteira, impõe-se distinguir os conceitos jurídicos de vulnerabilidade e hipossuficiência, posto que ambas as expressões são empregadas profusamente de modo a ser adequado mencionar as diferenças existentes entre as duas definições.

A vulnerabilidade é uma qualidade ínsita ao consumidor, resultante de presunção legal, independentemente de condição social, cultural ou econômica seja em relação ao consumidor pessoa jurídica ou consumidor pessoa física. Embora não haja entendimento uníssono acerca do caráter da presunção legal se absoluta ou relativa, as relações contratuais são analisadas com esse viés que pode representar a expansão da normativa consumerista (eminentemente principiológica) para outras esferas do ordenamento jurídico pátrio. [5]

A hipossuficiência diz respeito à insuficiência das condições culturais, materiais, psicofísicas e técnicas relativamente ao consumidor que enseja óbices na esfera judicial. Conforme apregoa Cláudia Lima Marques a hipossuficiência constitui a visão processual da vulnerabilidade fática atinente à fragilidade do consumidor no momento da construção do provimento jurisdicional de tutela dos seus direitos. [6]

A condição dos portadores de necessidades especiais coloca-se de modo particular diante das peculiaridades em vista das dificuldades intrínsecas desse grupo no mercado de consumo que se encontra duplamente afetado pelas práticas comerciais desleais e abusivas, bem como na questão do desrespeito aos direitos básicos em matéria de relações de consumo. Por exemplo, no campo da educação e saúde pública em que se ocasiona flagrante afronta ao sistema jurídico vigente.

Ante a fragilidade do consumidor especial insta a observância das regras jurídicas aptas a coibir qualquer forma de discriminação ou exclusão (em conformidade com o disposto no art. 1º, §2º, da Lei nº 7.853/1989) sobremaneira em virtude das constantes violações aos princípios da isonomia, da boa-fé contratual e da justiça contratual que foram elevados a postulados civilísticos a partir do Código de Defesa do Consumidor.

A título de exemplificação, pode-se citar a Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998) concernente ao direito de acesso do consumidor a plano ou seguro de saúde sem qualquer entrave em razão de idade ou deficiência. Em contrapartida, verificam-se várias limitações ao acesso, aos serviços e ações de saúde aos portadores de deficiência.

Andréa Salazar, Karina Grau e Vidal Junior [7] ressaltam que as principais restrições são relacionadas com exclusão e/ou limitação de cobertura assistencial em consideráveis situações inclusive de urgência e emergência e para transtornos psiquiátricos.

Nesse sentido, entende-se a inadequação da Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre uma série de hipóteses de exclusão de cobertura relativas a tratamentos, fornecimento de medicamentos e ajudas técnicas (equipamentos, próteses e órteses) essenciais para que a pessoa portadora de necessidades especiais adquira sua plena integração social.

Nos termos do diploma legal supracitado o portador de deficiência ao firmar contrato de plano privado de assistência à saúde é considerado portador de doença ou lesão preexistente. Esse conceito de doença ou lesão preexistente foi definido por Resolução do Conselho Superior da Agência Nacional de Saúde Suplementar[8] que importa amplamente na exclusão descabida de procedimentos e tratamentos vitais para o portador de necessidades especiais.

Ocorre que existe a limitação no prazo de 24 meses contados da contratação do plano de saúde no que se refere à cobertura de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e de procedimentos de alta complexidade diretamente relacionados à doença ou lesão. [9] Evidentemente esse quadro é abusivo, posto que representa enorme contrariedade aos fundamentos constitucionais de proteção à saúde e defesa do consumidor.

As restrições de atendimento constituem drástica inobservância da principiologia constitucional inclusive no âmbito do direito consumerista, além da manifesta violação da legislação protetiva. Aliás, afigura-se uma situação grave a série de critérios desarrazoados que tratam de limitar período de internação hospitalar, ambulatorial ou tratamento dos pacientes que estejam nessa condição.

Constata-se, portanto, que a operacionalização da Lei dos Planos de Saúde trouxe inúmeros gravames aos portadores de necessidades especiais, em razão das inconstitucionalidades identificadas nos atos normativos expedidos pelas autoridades competentes. Sem dúvida, essas práticas merecem reavaliação e uma maior atuação dos

órgãos de defesa, tais como das Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União nas respectivas esferas de atribuições institucionais.

Os problemas não são adstritos ao campo da saúde, mas também sucede nas órbitas alusivas à educação, trabalho, profissionalização, cultura, previdência social, acessibilidade, entre outros.

No campo das relações de consumo *lato sensu* no setor público quanto ao aspecto relacionado com o atendimento prioritário que se perfaz, nos termos da Lei nº 10.048/2000 regulamentada pelo Decreto nº 5.296/2004, perante os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras é conveniente apurar a aplicação dos dispositivos consentânea com a ordem constitucional.

Isto é, deve ser fornecido tratamento diferenciado e atendimento imediato^[10] aos portadores de necessidades especiais, bem como às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, gestantes, lactantes e pessoas com criança de colo. Depreende-se que a violação a esses direitos está inserida na seara dos direitos básicos do consumidor em consonância com a legislação de regência do tema sob exame.

No âmbito das instituições financeiras é pertinente frisar os deveres destas na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público, em especial, aos portadores de deficiência. As Resoluções do Conselho Monetário Nacional afirmam que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem adotar medidas específicas que objetivem assegurar garantia de lugar privilegiado em filas; distribuição de senhas com numeração adequada ao atendimento preferencial; guichê de caixa para atendimento exclusivo; facilidade de acesso para pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, temporária ou definitiva, observado o sistema de segurança previsto na legislação e regulamentação em vigor; acessibilidade aos guichês de caixa e aos terminais de auto-atendimento, bem como facilidade de circulação; prestação de informações sobre os procedimentos operacionais aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos).

Ademais, os dados constantes dos cartões magnéticos emitidos pelas instituições referidas devem ser obrigatoriamente impressos em alto relevo para portadores de deficiência visual desde que o mesmo solicite na sua agência bancária.

Indubitavelmente, as instituições supracitadas não podem impor aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos) exigências diversas das estabelecidas para as pessoas não portadoras de deficiência, na contratação de operações e de prestação de serviços. Para assegurar o conhecimento pleno dos termos dos contratos, as instituições devem providenciar, na assinatura de contratos com portadores de deficiência visual, a não ser quando por eles dispensadas, a leitura do inteiro teor do referido instrumento, em voz alta, exigindo, mesmo no caso de dispensa da leitura, declaração do contratante de que tomou conhecimento dos direitos e deveres das partes envolvidas, certificada por duas testemunhas, sem prejuízo da adoção, a seu critério, de outras medidas com a mesma finalidade. No caso dos deficientes auditivos, deve requerer a leitura, pelos mesmos, do inteiro teor do contrato, antes de sua assinatura. ^[11]

Isso posto, corrobora-se com a doutrina jurídica especializada que propugna pela realização de vontade política e consciência social para o efetivo cumprimento das disposições normativas (constitucionais e legais), considerando o exercício dos direitos individuais e sociais, os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do bem-estar pessoal, social e econômico, entre outros.

V - SITUAÇÃO ATUAL DOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, editada para consolidar a proteção às pessoas portadoras de deficiência reforçou o dever do Poder Público de empenhar-se na promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privados, dessas pessoas especiais.

Deveras restou imperiosa a adoção de ações afirmativas no sentido de reconhecer neste segmento social uma situação histórica e presente de marginalização, empreendendo a chamada discriminação positiva a fim de atribuir reservas e direitos especiais com o objetivo de restabelecer as condições já bastante ressaltadas da igualdade de tratamento e oportunidades, da Justiça Social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar.

Diante disso, foi instituído o Sistema de Informações da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (SICORDE), da Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH da Presidência da República, com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD/ONU e da Agência Brasileira de Cooperação - ABC, Ministério das Relações Exteriores.

O SICORDE ensejou a criação de sistemas de informações na forma de base de dados concernentes a pessoas portadoras de deficiência. Após o advento do Decreto nº 3.298/99, o SICORDE assumiu o papel de disseminador de informações sobre políticas e ações na área da deficiência por intermédio do acesso a bases de dados de outras organizações nacionais como de países estrangeiros.

Atualmente, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE desenvolve várias ações junto à Anatel e ao Ministério das Comunicações no sentido de elaborar atos normativos com o objetivo para ser utilizada no âmbito da televisão por assinatura e de outros meios de comunicação como na telefonia celular, por exemplo.

No plano internacional a CORDE trabalha na instituição de Comitê de Monitoramento da Convenção da OEA (Organização dos Estados Americanos) de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, bem como a participação na Comissão Permanente da Rede Intergovernamental Ibero-americana de Cooperação Técnica – RIICOTEC por meio da presença em reuniões, participação em cursos e indicação de representantes para eventos da Rede.

Nesse prisma, a CORDE atua no Programa de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência mediante a capacitação de recursos humanos para defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência; investe na publicidade de

utilidade pública (campanhas e publicações); gestão e administração do Programa (passagens, diárias e eventos); implantação e manutenção do Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência; estudos e pesquisas na área da Pessoa com Deficiência; apoio à implantação de Conselhos de Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência em Estados e Municípios. Assim como, no Programa Nacional de Acessibilidade, executando principalmente a capacitação e especialização de Técnicos e Agentes Sociais em acessibilidade.

É objeto de muita expectativa pelos portadores de necessidades especiais, organizações e grupos de defesa das pessoas especiais, a discussão e votação do Projeto de Lei nº 429 de 2003 de autoria do Senador Paulo Paim que trata do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência destinado a assegurar a integração, a inclusão social e o pleno exercício dos direitos individuais e coletivos das pessoas que apresentam limitação em suas atividades devido à sua deficiência.

Dentre outras finalidades o Estatuto da Pessoa Deficiente propõe compilar os direitos já preceituados na legislação existente. Dentre os quais o acesso, ingresso e permanência da pessoa com deficiência, acompanhada pelas pessoas e animais que lhe servem de apoio, portando os produtos que utiliza como ajudas técnicas, em todos os ambientes de uso coletivo; a participação das pessoas com deficiência em todas as fases de implantação das políticas públicas; a realização de estudos epidemiológicos e clínicos, de modo a produzir informações sobre a ocorrência de deficiências e incapacidades; a criação, no âmbito do SUS, de Centros de Biologia Genética como referência para a informação e prevenção de deficiências etc.

Em vista disso, a situação atual dos portadores de necessidades especiais é de luta pela efetivação dos direitos e garantias contra as desigualdades e precariedades em face das resistências dos administradores públicos e particulares que desrespeitam as normas e regulamentos aplicáveis.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a ONU existem 450 milhões de pessoas portadoras de deficiência no mundo. No Brasil são aproximadamente 12 milhões, sendo uma em cada 10 pessoas da população nacional. O censo demográfico de 2000 informa que 14,5% da população brasileira é portadora de algum tipo de deficiência.

Nesse panorama, conclui-se que os deveres do Estado, em matéria de oferta de bens e serviços sociais e econômicos, devem incluir as pessoas portadoras de deficiência, respeitando-se suas peculiaridades. A família, a sociedade e o Estado têm deveres para com as pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes uma existência condigna.

As pessoas portadoras de deficiência têm o direito de participar efetivamente na sociedade, contribuindo para o alcance dos objetivos nacionais e locais, no desenvolvimento de suas potencialidades para atingirem a auto-realização cultural e socioeconômica.

As ações para promover a inclusão da pessoa portadora de deficiência exigem articulação entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Sem sombra de dúvidas, a efetividade na prestação de serviços deve ser garantida pela maior cooperação entre o setor público e a iniciativa privada, sendo que os meios de comunicação devem estimular atitudes receptivas na sociedade pela promoção dessas pessoas.

Destarte, confere-se a incipiência da inclusão social que se persegue. Os portadores de deficiência sujeitam-se a segregação, ao isolamento social, de tal modo que obsta o elementar direito de ir e vir. Deve-se promover a autodeterminação; oportunidade de participação no desenvolvimento de seus próprios sistemas de apoio, além do acesso e exercício do poder na construção de uma imagem positiva das pessoas portadoras de deficiência com o reconhecimento do direito de exercerem mobilização por adequados recursos e serviços.

Em verdade, a preservação do direito à igualdade está implícita no direito à integração da pessoa portadora de deficiência. Diante da existência de indivíduos que se encontram em situação de desvantagem por determinação física ou psíquica é necessário intervir para assegurar igualdade de condições, vale dizer, equiparação de oportunidades.

Por fim, a despeito dos avanços na legislação, cuida-se de uma cidadania aparente, porquanto não resultou numa situação de isonomia em face dos incontáveis óbices materiais e imateriais que as pessoas portadoras de deficiência enfrentam. Desta sorte, será necessário empreender muitos esforços e embates para a devida tutela dos portadores de necessidades especiais na consecução de seus direitos básicos, inclusive, no tocante aos direitos de consumo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO. Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos dos portadores de deficiência**. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25.10.1989.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 21.12.1999.

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de

deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006.

CANZIANI, Maria de Lourdes. Direitos humanos e os novos paradigmas das pessoas com deficiência. IN: ARAUJO. Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos dos portadores de deficiência**. São Paulo: RT, 2006.

JUNIOR, Roberto Bolonhini. **Portadores de necessidades especiais**. São Paulo: Editora ARX, 2004.

MARCIA, Danielle; ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida (Coord). **O direito do deficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. **Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Antônio Carlos Tadeu Borges dos. A defesa do consumidor em juízo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4489>>. Acesso em: 24 nov. 2006.

[1] NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. **Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. A autora acrescenta outras definições de pessoa portadora de deficiência, tais como, sendo aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho ou aquela que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo.

[2] CANZIANI, Maria de Lourdes. Direitos humanos e os novos paradigmas das pessoas com deficiência. IN: ARAUJO. Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos dos portadores de deficiência**. São Paulo: RT, 2006.

[3] Assim dispõe o art. 208, III, CF/88: Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

[4] Art.2, II, “a” a “f”, Lei Federal nº 7.853/1989.

[5] Consoante Gustavo Ribeiro a vulnerabilidade ocorre em três modalidades: técnica quando o consumidor não detém conhecimentos específicos sobre o objeto que adquire ou sobre o serviço que contrata; a vulnerabilidade jurídica ou científica alusiva à falta de conhecimentos jurídicos específicos, além da vulnerabilidade fática ou socioeconômica

referente ao poder econômico no elemento da essencialidade do serviço. IN: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O conceito jurídico de consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 18, abr/jun 2004 p. 27-28

[6] MARQUES, Cláudia Lima. Apud RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O conceito jurídico de consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 18, abr/jun 2004 p. 27-28.

[7] SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina B.; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Direitos do consumidor portador de deficiência. IN: ARAUJO. Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos dos portadores de deficiência**. São Paulo: RT, 2006.

[8] A Resolução 2 de 1998 assim expressa doença ou lesão preexistente como aquela que o consumidor ou seu responsável saiba ser portador ou sofredor à época da contratação de planos ou seguros privados de assistência à saúde

[9] Andréa Salazar, Karina Grau e Vidal Junior asseveram que os procedimentos de alta complexidade são tratados, na verdade, como aqueles que apresentam alto custo, nos termos da Resolução nº 68 da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Entende-se pela inadmissibilidade de limitações de período de internação e tratamentos baseados em critérios econômicos. IN: Idem, ibidem, p. 53.

[10] Compreende-se na conceituação de tratamento diferenciado, dentre outros, nos termos do art.6º, §1º, do Decreto nº 5296/2004: assentos de uso preferencial sinalizados, espaços e instalações acessíveis; mobiliário de recepção e atendimento obrigatoriamente adaptado à altura e à condição física de pessoas em cadeira de rodas, conforme normas técnicas de acessibilidade da ABNT; serviços de atendimento para pessoas com deficiência auditiva, prestado por intérpretes ou pessoas capacitadas em Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS e no trato com aquelas que não se comuniquem em LIBRAS; pessoal capacitado para prestar atendimento às pessoas com deficiência visual, mental e múltipla, bem como às pessoas idosas; disponibilidade de área especial para embarque e desembarque de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida; sinalização ambiental para orientação dessas pessoas; divulgação, em lugar visível, do direito de atendimento prioritário das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; admissão de entrada e permanência de cão-guia ou cão-guia de acompanhamento junto de pessoa portadora de deficiência ou de treinador nos locais permitidos, bem como nas demais edificações de uso público e naquelas de uso coletivo mediante apresentação da carteira de vacina atualizada do animal. Nesse passo, o atendimento imediato é entendido como o atendimento prestado às pessoas referidas, antes de qualquer outra, depois de concluído o atendimento que estiver em andamento.

[11] CONFORME RESOLUÇÃO Nº 2878 DE 26 DE JULHO DE 2001, EDITADA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL, QUE DISPÕE SOBRE PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DEMAIS INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL NA CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÕES E NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AOS CLIENTES E AO PÚBLICO EM GERAL.

TUTELA PROCESSUAL E INCLUSÃO SOCIAL
TRUSTEESHIP PROCEDURAL AND SOCIAL INCLUSION

Silma Maria Augusto

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo fazer uma análise da tutela jurisdicional brasileira como instrumento de acesso à justiça e mecanismo de inclusão de minorias no que tange aos direitos sociais. A doutrina atual tem defendido que o Estado brasileiro precisa criar novas técnicas processuais para que os direitos fundamentais sociais tenham efetividade no plano material. No entanto, existe entendimento de que o modelo do direito processual, ainda não se livrou das amarras do direito clássico e que a edição da Constituição Federal de 1988 trouxe outra perspectiva à aplicação do processo civil. Essas inovações exigem do legislador ordinário, principalmente dos julgadores, nova leitura no sentido de buscar a integração do direito material e direito processual para melhor concretizar os direitos sociais e contribuir para a inclusão de minorias.

PALAVRAS-CHAVES: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS, INCLUSÃO DE MINORIAS, TUTELA PROCESSUAL, JURISDIÇÃO

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the Brazilian judicial protection as a means of access to justice and mechanism for inclusion of minorities in regard to social rights. The current doctrine has argued that the Brazilian state must create new procedural techniques for the fundamental social rights are effective in the material. However there is understanding that the model of procedural law, yet, not got rid of the right design classic. And the issue of the Federal Constitution of 1988 brought another perspective to the application of civil procedure. These developments require the legislature and above the ordinary judges new reading to get the integration right material and procedural law to better achieve the social rights and contribute to the inclusion of minorities.

KEYWORDS: REALIZATION OF RIGHTS, INCLUSION OF MINORITIES, GUARDIANSHIP PROCEEDINGS, JURISDICTION.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento histórico do processo civil tem sido objeto de estudo por processualistas e juristas brasileiros. A formação clássica do processo parece não atender mais a realidade social do Estado brasileiro.

Com a edição da Carta de 1988, novos objetivos foram estabelecidos e, com isso, a exigência de um sistema processual efetivo passou a ser o enfoque de parte significativa da doutrina brasileira.

Definir tão somente o direito material em diversos diplomas, sem adequar as técnicas processuais para concretizar o direito, não responde mais à exigência de justiça social. É necessário colocar à disposição do julgador, técnicas processuais capazes de dar efetividade à norma no momento da aplicação do caso concreto.

No curso histórico do direito processual civil o direito material *era pensado em uma dimensão autônoma em relação ao processo*. O processo não era visto como uma técnica, mas como “mero instrumento” e pensar o processo enquanto técnica, consiste em adequá-lo à realidade do direito material com o fim de proporcionar sua efetiva realização.

A autonomia do direito processual, defendida na era clássica, sofreu grande influência do Estado Liberal Clássico porque tinha como uma das finalidades do processo garantir a “liberdade dos cidadãos”. A lei era formal e definia os poderes de intervenção do Estado na esfera jurídica privada.

Processualistas atuais fazem crítica severa à forma com que a autonomia processual era defendida pela teoria clássica. Acredita-se que o processo deva ser visto na perspectiva de uma relação de integração com o direito material para atender a sua finalidade.

Se o objetivo do processo é permitir a realização do direito material, não deve ser considerado apenas como instrumento de efetivação do direito material, mas também pensado enquanto técnica processual, de acordo com cada caso concreto, principalmente, em se tratando da realização dos direitos fundamentais sociais.

2 Breves Comentários sobre a Evolução Histórica do Processo Civil

O processo civil teve origem em Roma. Para compreender a dinâmica do processo civil no direito pátrio recomenda-se um olhar na trajetória histórica das primeiras fontes de sua formação.

O objetivo desse trabalho não consiste em fazer análise profunda da evolução histórica do processo civil, mas compreender a forma com que foram produzidas as teorias, bem como o reflexo dessas ideias no nosso sistema jurídico processual atual.

No direito pátrio a tutela jurisdicional tornou-se um dos pontos mais estudados e discutidos por processualistas e juristas. O motivo da efervescência do estudo está relacionado ao leque de normas constitucionais e infraconstitucionais que assegura à população, direitos fundamentais individuais e coletivos e que, na maioria dos casos, não se tornam efetivos.

O processo civil brasileiro ainda está revestido de um formalismo que, muitas vezes, na aplicação do caso concreto, tem um fim em si mesmo, pois no momento de concretizar o direito muitos julgadores não atribuem ligação entre direito processual e direito material, sendo assim acaba por ressaltar a forma em detrimento do direito material a ser resguardado.

Considerando que o direito processual brasileiro sofreu grande influência do direito europeu, especialmente do direito romano, nota-se que ainda existe muita semelhança entre eles.

De acordo com Moacyr Amaral Santos a história do direito processual começa em Roma e mesmo que o modelo brasileiro tenha passado por profundas transformações ainda assim mantém “*estreito contacto com as suas origens*.”[1]

O procedimento no direito romano era formalista e, portanto, dotado de ritos solenes e rigorosos.

No mesmo sentido Alvim afirma que na época em que surgiu o processo comum, surgiram também as universidades onde se iniciaram os estudos científicos sobre direito, cujos objetos das pesquisas jurídicas eram os textos romanos.[2]

O direito romano influenciou o direito processual de diversos países, tais como Espanha, Itália e Portugal.

O Brasil, no período colonial, era regido pelas leis portuguesas. Em 1822 tornou-se politicamente independente de Portugal e nessa época as Ordenações Filipinas eram vigentes por lá.[3]

O processo civil brasileiro, a partir de 1823, passou a ser regido pelas Ordenações Filipinas com a edição do Decreto de 20/10/1823.[4]

Em 1832, o processo civil brasileiro passou por reformas em decorrência da reforma da administração da justiça civil, *anexa ao Código de Processo Criminal do Império, de 29 de novembro daquele ano*.

Embora tenham sido articuladas essas reformas, os princípios fundamentais das Ordenações permaneceram e o conteúdo processual manteve a *essência de fundo romano-canônico*.[5]

No período da República até a edição da Carta de 1934 as causas cíveis, em matéria de processo, continuaram sendo regidas pelas *Ordenações, pelo Regulamento nº 737, de 1850 e leis complementares, consolidadas por Ribas*. Houve avanço e inovações com a *simplificação dos atos processuais, redução de prazos, disciplina dos recursos*.[6] no entanto, as bases do formalismo processual ainda se mantiveram.

A Carta da República de 1891 criou a *dualidade de justiça* e também a *dualidade de processos*, sendo que a legislação Federal da época determinou que cada unidade da Federação legislasse sobre a sua organização judiciária e lei processual.

Nesse período, mediante o Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898, foi estabelecida a Justiça Federal e as normas processuais pertinentes, bem como o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 que instituiu o Supremo Tribunal Federal.[7]

Por volta de 1915, começaram a edição dos códigos processuais das Unidades da Federação, sendo a Bahia o primeiro estado a criar seu Código de Processo Civil, logo após, em 1916, Minas Gerais instituiu o seu. Destaca-se que São Paulo ficou entre as últimas Unidades da Federação a criar uma lei processual própria.

Outros fatos históricos, como a Revolução de 1930, também influenciaram na formação da lei processual. A Assembléia Constituinte instituída para edição da Constituição Republicana de 1934 teve forte inspiração na teoria processual francesa que também teve suas origens na doutrina italiana.

Com a edição da Carta de 1934, o sistema processual retornou à competência legislativa da União, apenas garantindo às Unidades da Federação competência supletiva. O Código de Processo Civil foi promulgado em 18 de setembro de 1939 – Decreto nº 1.608 que entrou em vigor em 1º de março do ano de sua criação.

Sendo que esse Código de 1939 não trouxe grandes inovações, outras normas foram necessárias para complementá-lo e suprir as lacunas do diploma. Porém é importante destacar-se que nesse período surgiram processualistas brasileiros de renome que passaram a publicar obras discutindo a modernização do processo civil. Tais obras tiveram inspiração no direito alemão e austríaco, bem como em autores como Chiovenda.[8]

O Código de Processo Civil atual foi publicado em 17 de janeiro de 1973 e começou a vigorar em 1º de janeiro de 1974. Suscitou muito interesse por parte de estudiosos do processo e grandes obras foram publicadas sobre o novo diploma. Destacamos as obras de Pontes de Miranda, Celso A. Barbi, José Calmon de Passos e outros.[9]

3 Tutela Jurisdicional Efetiva: Perspectiva da Nova Ordem Constitucional

Prioritariamente cumpre fazer algumas considerações sobre o que significa o termo tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional se relaciona com o meio para realizar a tutela de direito, ou seja, o direito material. Portanto não deve se confundir tutela de direitos com o modo de aplicação desse mesmo direito – a tutela jurídica.[10]

A tutela jurídica refere-se aos diversos meios utilizados pelo Estado para exigir a observância da tutela de direitos (direito material garantido na Constituição ou em leis ordinárias).

Partindo desse pressuposto é que se discute a melhor técnica processual para efetivar a norma prevista formalmente.[11]

O direito processual civil brasileiro, em períodos recentes vem operando mudanças e alterando, ideologicamente, sua formação histórica, formalista e clássica.

Isso se deve ao fato, principalmente, da nova ordem constitucional (1988) que traz expresso no texto várias garantias de ordem social, de direito material e processual; ou seja, direitos eleitos no ordenamento constitucional como fundamentais à dignidade da pessoa humana.

O problema de ordem social ganhou relevância e a finalidade do processo passa a ser social e não meramente tecnicista.[12]

Processualistas acreditam que a Constituição Federal, ao trazer no próprio texto diversos princípios processuais, passou a ser o norte do processo civil. O sistema processual atual precisa ter como principal fonte a Constituição Federal. O Código de Processo Civil e a lei infraconstitucional que trata de normas processuais urgem adequar-se à nova ordem e eliminar as amarras de origem clássica que não atendem mais a realidade contemporânea.

Defendem *um instrumentalismo mais efetivo do processo*, ou seja, um processo que tenha utilidade e solidez no momento da concretização do direito material.[13]

Algumas inovações vêm sendo editadas no Direito Processual Civil e um novo paradigma parece surgir tanto na esfera normativa quanto no campo doutrinário.

Os institutos novos tendem *ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal*. [14]

Isso quer dizer outro olhar na perspectiva do processo enquanto instrumento de efetivação e proteção dos direitos materiais, especialmente os direitos fundamentais, individuais e sociais.

Para atender a essa realidade será necessário a edição de procedimentos adequados.

Nos dizeres de Oliveira, procedimento adequado é:

[...] aquele apto a proporcionar o provimento mais justo, em um tempo razoável com o menor custo possível e que entregue ao postulante o bem da vida pretendido (ou o mais próximo possível). Para isso não podemos ter um procedimento padrão adotado para ‘todos os tipos de direito’. Dependendo da natureza jurídica do bem protegido, o rito deverá ser diferente.[15]

De acordo com Watanabe duas perspectivas, ou dois métodos de pensamentos são desenvolvidos: por um lado a perspectiva de direito material que trabalha com a ideia de:

[...] estudo do direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material, conduzindo à conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material corresponde, de ordinário, ‘ação’ de direito processual e uma pretensão processual.[16]

Dentre os adeptos dessa corrente, Pontes de Miranda é o autor desse pensamento, que também foi adotado por Celso Neves e pelo professor Ovídio Baptista da Silva.[17]

A outra perspectiva tem enfoque no direito processual, voltada às lições da teoria clássica de Chiovenda.

O processo precisa dar uma resposta para o direito material no caso concreto e para isso será preciso analisar as melhores técnicas processuais e criar novos tipos de procedimentos, priorizar a aceleração e simplificação de procedimento, o que facilitará o acesso à justiça de forma mais eficaz e a realização do direito material.

As duas tendências têm pesos iguais no debate doutrinário e são fundamentais para que a tutela processual seja, de fato, efetiva na realização do direito material. Os pontos de *confluências* entre as duas visões estão relacionados às normas constitucionais do processo civil, ou seja, os diversos princípios de natureza processual expressos na Carta da República são defendidos por ambas as correntes.[18]

Inovações relevantes trazidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), mais precisamente o artigo 83, parece ser outra fonte de inspiração de processualistas atualizados na defesa da abertura processual e adequação da tutela processual a cada caso concreto. Ou seja, buscam outras modalidades de tutela processual além das tutelas tradicionais de ações (condenatória, constitutiva e declaratória).[19]

Outro dispositivo muito discutido pelos processualistas brasileiros é o artigo 5º, XXXV – (CF) – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos* – princípio denominado de inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio da proteção judiciária, dos quais podem derivar os princípios de garantia de direito de ação e do processo, bem como o princípio do juiz natural.

Juristas brasileiros asseguram que o estudo do Direito processual civil assumiu novos horizontes a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 (CF).

A esse fato, a doutrina contemporânea tem denominado de constitucionalização do processo civil. Entretanto não se trata de uma nova disciplina jurídica, mas de um novo paradigma para compreender o direito processual civil. Nesse sentido a Constituição Federal inaugurou novo modelo à aplicação do processo civil ao caso concreto.[20]

A tendência que se ascende no campo normativo e doutrinário parece mostrar claramente que a concepção formalista do processo precisa ser abandonada, ou seja, a atenção desmedida às formas, por partes de julgadores, em detrimento do próprio objetivo que consiste na realização do direito material.[21]

Esse novo paradigma persegue uma compreensão de que o direito processual se afirma quando possibilita a efetivação do direito material. Em outras palavras quer dizer o princípio da efetividade em harmonia com o princípio da instrumentalidade.

Segundo Zollinger o processo civil vive um *paradoxo* por ser considerado o ramo do direito mais próximo da realidade e dos fatos e, ao mesmo tempo, o que mais se distancia da realidade social.[22]

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva que é a dimensão *organizatória e procedimental*. Isso quer dizer que os direitos fundamentais exigem uma estrutura de organização e procedimento para sua efetivação no plano substancial.[23]

No mesmo sentido, Sarlet afirma que os direitos fundamentais pela *dupla fundamentalidade formal e material* – e por ser considerado “cláusula pétrea” constante no rol do artigo 60, § 4º da Constituição Federal – exige tratamento diferenciado da ordem jurídica.[24]

Com tese similar, Oliveira defende que a concretização dos direitos fundamentais sociais, nesse novo paradigma, *exige alterações nas funções clássicas dos juízes*. Porque o Judiciário passa a ser *corresponsável pela política pública quando os outros poderes* estatais falham no momento da concretização. O que exige uma nova visão de pensar o processo e uma atuação judicial correspondente.[25]

Os Poderes do Estado precisam agir dentro desse novo *contexto jurídico-social* para que se concretize o Estado Democrático de Direito e a democratização da administração da justiça.[26]

O professor Marinoni destaca dois pontos como relevantes e necessários para possibilitar a integração direito processual – direito material. O primeiro trata-se da redefinição da classificação das tutelas que a doutrina tradicional classifica de forma trinária, (sentenças constitutiva, declaratória e condenatória). Essa redefinição significa permitir ao juízo a adequação da tutela processual ao caso concreto.

O segundo consiste no desenvolvimento de novo pensamento em relação ao direito de ação. Que a ação seja pensada na perspectiva de direito fundamental.

Importante abrir um parêntese e lembrar as inovações de Pontes de Miranda ao classificar as ações em cinco classes de sentenças: *constitutivas, condenatórias, executivas, declaratórias e mandamentais*. Segundo as lições de Pontes cada uma dessas modalidades de ações contém os elementos uma das outras em pesos variados.[27] A exemplo: uma ação declaratória, para se afirmar como tal, exige uma carga maior do elemento declarativo, porém, sem deixar de possuir elementos das demais classes de ações.

Esse fato nos mostra que a técnica processual pode ser flexível para atender a realidade do direito material e não apenas adotar modelos únicos e fixos de ações.

Ainda com base nas lições do professor Marinoni, a técnica processual tinha conteúdo patrimonial devido a origem no direito clássico. O Código de Processo Civil Brasileiro, até a reforma de 1994, não assumiu, de forma ampla, os valores da Constituição Federal (CF) tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º), a inviolabilidade dos direitos de personalidade (CF, artigo 5º) e o direito de acesso à justiça (CF, artigo 5º, inciso X), entre outros.

Somente após a edição das alterações no Código de Processo Civil, artigo 273, § 7º: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providências de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Entende-se que esse artigo conferindo ao juiz o deferimento da medida cautelar em caráter incidental abriu possibilidade para a adequação de novas técnicas processuais.

Uma leitura cautelosa dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil (CPC) e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) pode verificar que tais normas têm o mesmo fundamento da teoria da fungibilidade dos recursos adotada pelo Código Civil.

Na essência, esses dispositivos remetem a idéia de conceder ao juiz o poder de adequação da melhor técnica ao direito material posto porque o legislador não tem como prever todas as situações possíveis no caso concreto.

Artigo 461 do CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 5º – Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

A nova redação do artigo 461 do Código de Processo Civil que acrescentou o § 5º concede ao juiz maiores poderes de adequação da técnica processual ao caso concreto. Sendo assim, essa abertura *inaugura o princípio da concretização dos poderes de execução nas mãos do juiz* e supera o *princípio da tipicidade das formas executivas* até então vigentes na norma processualista brasileira.[28]

Posição compartilhada pelo processualista Bedaque que assegura que a realidade social:

[...] na medida em que se reconhece a necessidade de o instrumento se adequar ao objeto, o processo e seus institutos fundamentais devem ser moldados à luz das necessidades sociais, que fazem surgir novas relações jurídicas.[29]

O ordenamento jurídico brasileiro já conta com vários exemplos de normas que facilitam o uso da melhor técnica processual pelo juiz. Como é o caso da defesa ambiental na ação civil pública – Lei nº 7.347/85, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11/09/1990, o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, Lei nº 7.853/89 que tutela pessoas com deficiência, Lei nº 7.913/89 que aborda a questão de investidores, dentre outros casos expressos no próprio CPC.[30]

Argumentos revelam que a adequação da melhor técnica não deve ser julgada como faculdade e sim dever do juiz para buscar a efetividade do direito material no caso concreto.

Compartilha desse entendimento o processualista Watanabe que defende ser possível a combinação de modalidades de cognição^[31] porque o legislador permite procedimentos diferenciados e adaptáveis às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.

A própria Constituição Federal trouxe alguns meios processuais para garantir direito materiais, os chamados, doutrinariamente, de remédios constitucionais (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, *habeas data*, ação popular).

Por outro lado, tutelar inúmeros direitos materiais não teria sentido sem que a ordem jurídica criasse mecanismo e instrumento para a sua concretização.^[32]

Verificamos também que o estudo sobre a adequação da modalidade de tutela à aplicação do caso concreto foi defendido pelo processualista Armelin no artigo que publicou no ano de 1992, antes da reforma do Código de Processo Civil. No estudo o processualista já advertia que a Constituição Federal facultou ao legislador estadual *não apenas a opção por normas procedimentais diferenciadas*, mas também, *impôs a criação de órgãos judicantes* e concedeu abertura para a implantação de novas técnicas processuais para atingir o objetivo do direito material.^[33]

4 Acesso à Justiça e Concretização do Direito à Educação: Inclusão de Minorias Mediante a Tutela Jurisdicional

Na atualidade brasileira muito se discute sobre a inclusão social, o acesso à justiça e a realização dos direitos fundamentais sociais, especialmente, o direito à educação.

A Constituição Federal (CF) no título VIII dedica à Ordem Social, sendo que parte do capítulo III está dedicada à educação. Precisamente, o artigo 205 da CF dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, da família e requer a colaboração da sociedade.

O mesmo artigo da CF preconiza que o objetivo da educação consiste em garantir o pleno desenvolvimento de todas as pessoas, bem como o preparo para o exercício da cidadania e do trabalho.

Portanto, é nesse sentido que abordaremos aqui o termo inclusão social mediante a educação. Porque a educação mantém relação estreita com o conceito de cidadania.

De acordo com Souza:

[...] a cidadania implica a possibilidade de o indivíduo desenvolver a personalidade e a auto-estima [sic] (ser), de estabelecer laços solidários e construtivos de pertencimento

social e de participação pró-ativa [sic] nos seus espaços de convívio social (estar), bem como de participar do sistema produtivo ao realizar tarefas socialmente reconhecidas (fazer).[34]

Não há outro caminho a conduzir o exercício pleno da cidadania senão o acesso à educação de forma plena. A educação deve ser considerada o motor que impulsiona a realização plena da pessoa humana, que lhe ofereça condições de criar, interpretar, gerenciar a própria vida e contribuir para o seu desenvolvimento social.[35]

A positivação de inúmeros direitos sociais, ainda não reflete o exercício pleno dos titulares desse direito, pois muitos continuam formalmente no texto. O direito à educação é um deles.

O direito à educação no plano normativo carece de instrumentos para ser materializado. É por isso que no âmbito da ciência jurídica e social muito se discute sobre como efetivar tal direito.

Nessa linha de pensamento será preciso perceber a jurisdição como meio de inclusão social.

No campo jurídico, acredita-se que a Jurisdição pode ser considerada um dos meios de inclusão social quando os demais poderes (Executivo e Legislativo) faltarem com seus deveres.

Antes de discutir esse assunto, primeiramente, teceremos algumas notas sobre o significado do termo jurisdição. A expressão jurisdição teve origem no latim, *ius* = direito e *dicere* = dizer.

A palavra jurisdição significa *declarar ou proclamar direito*, mas não deve ser entendida somente dessa forma.

O objetivo maior da jurisdição é a resolução do conflito de um caso concreto. É conseguir pacificar a situação conflituosa.

A jurisdição, em tempos remotos, já foi *função do rei*, a ele era atribuído o poder jurisdicional.

Também na Idade Média tinham poderes de jurisdição os senhores feudais e a Igreja que se associava ao Estado para *negócios eclesiásticos e a assuntos vinculados à matéria espiritual*. Com o surgimento do Estado de Direito foi consolidada a atividade jurisdicional.[36]

A doutrina tradicional defendia a jurisdição como monopólio do Poder Judiciário, entretanto, no nosso ordenamento jurídico atual, o poder de julgar não está restrito de forma absoluta ao Poder Judiciário, porque em certos casos a Constituição Federal confere poder de jurisdição ao Legislativo (artigo 52 da CF/88), em outros, leis infraconstitucionais como é o caso da arbitragem (arbitragem Lei nº 9.303/96, artigos 1º e 18). Alguns processualistas defendem que existe tendência de ampliação do conceito de jurisdição.[37]

Nossa Carta Magna assegura o direito à jurisdição, que está inserido no rol dos direitos fundamentais, tal conclusão pode ser extraída do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.[38]

O direito à jurisdição compreende o direito ao acesso de instrumentos processuais adequados para a efetivação do direito material.[39]

Às vezes, os direitos sociais exigem das pessoas e do próprio Estado uma postura coletiva e não individualizada como aquela tradicionalmente oriunda do direito clássico.[40]

O processualista Paula busca fazer uma ligação de um instituto de direito civil com o sistema social eleito pela Constituição Federal e garante que existe a possibilidade de ser aplicado na esfera pública. Defende ainda que o jurista moderno tem um papel importante para alterar conceitos tradicionais da ciência jurídica.[41]

Aborda a obrigação de fazer, prevista no artigo 632 e a obrigação de não fazer, no artigo 642 do Código de Processo Civil como meio para exigir do Estado a realização da justiça social. Mesmo sendo a obrigação de fazer e não fazer de natureza civil e aplicada a relação entre particulares, esse instituto pode ser aplicado ao Estado com objetivo de exigir a realização da justiça social.

Defende que, para isso, será preciso transcender conceitos atribuídos à teoria do direito civil e extrair novos conceitos e leituras, com base na teoria geral do Direito.

Não se pode simplesmente transpor a estrutura civilista da relação jurídica obrigacional de fazer e não fazer à esfera pública, a despeito de os verbos fazer e não fazer apresentarem a mesma atividade comissiva – agir – ou comissiva por omissão – não fazer – e tais condutas são exigíveis do Estado.[42]

Nessa perspectiva o conceito de obrigação de fazer e não fazer pode ser aplicado também à esfera pública quando não forem cumpridas as normas de direitos sociais estabelecidas pela Constituição Federal.

O artigo 3º da Constituição Federal vincula o Estado a criar instrumentos para a efetivação de políticas públicas que concretizem a justiça social e nesse aspecto pode ser visto como uma obrigação de fazer ou não fazer.[43]

A prestação de *fazer* e de *não fazer* a ser cumprida pelo Estado difere da relação entre particulares, pois na esfera pública a obrigação de fazer ou não fazer tem por objetivo proteger os interesses sociais e coletivos, enquanto na relação entre particulares tutela interesses individuais.

Mesmo assim, a obrigação de fazer e não fazer imposta em uma relação jurídica privada pode ser relacionada com o dever do Estado em criar e manter políticas públicas para a inclusão social, tais como: políticas específicas para pessoas com necessidades especiais, cotas para negros em universidades, programas para inserção da mulher no mercado de trabalho, de apoio à família, etc.

Essa leitura é que permite transcender a visão sobre a obrigação de fazer e não fazer – instituto típico do direito privado (direito civil) a uma transposição para o campo do direito público.

A partir dessa linha de pensamento, abre-se a possibilidade para acionar o Poder Judiciário a impelir ao Estado uma atuação positiva (fazer) ou negativa (não fazer) em detrimento dos direitos sociais.

A obrigação de não fazer visa justamente evitar a inércia do Estado. No entanto, o momento está a exigir que o Estado saia de sua conduta inercial, sobretudo a atividade jurisdicional, a fim de realmente cumprir com as funções definidas pelo artigo 3º da Constituição Federal.[44]

O fundamento para adotar essa postura pode ser extraído do artigo 3º da Constituição Federal que define os objetivos da República Federativa, pois nos leva a estabelecer uma conexão simultânea das obrigações de fazer e não fazer como os objetivos eleitos pelo Estado brasileiro em prol da justiça social.

Caso sejam descumpridos esses enunciados constitucionais, as pessoas podem se valer do instituto civil para exigir do Estado a realização dos direitos fundamentais sociais.[45]

Ao Judiciário sugere se revestir de novos valores diferentes do modelo clássico, que adote uma cultura de valorização dos direitos sociais. Mas para isso se faz necessário certo ativismo judicial,[46] de forma que uma atuação ativa do Judiciário contribua para fortalecer ou despertar uma consciência política das pessoas à exigir do Poder Legislativo, a criação e do Executivo, a efetivação dos direitos sociais.[47]

Há entendimento, por parte da doutrina, no sentido de que a *intervenção judicial* que tenha por objetivo materializar um direito social não deve ser compreendida como viola o ao princípio da separa o dos poderes. Porque os juízes também são atores do Estado Democrático de Direito e cabe a eles proporcionar a realiza o dos direitos e garantias constitucionais que enseja a justiça social.

Gargarella, no estudo sobre direitos sociais, aborda a questão da *interven o judicial* na esfera dos poderes (Executivo e Legislativo) para que se cumpra a efetiva o dos direitos sociais.[48] Esses direitos têm natureza prestacionais e por isso exigem uma postura diferente por parte do Estado, daquela buscada pelas pessoas no plano dos direitos individuais.[49]

Entende-se também que a atua o exigida do Estado para concretizar os direitos sociais deve perpassar por todos os órgãos públicos,[50] porque os direitos sociais exigem do Estado uma postura efetiva e positiva, no sentido de criar instrumento para a realiza o.[51]

Portanto, cumpre ao Estado ser o ator principal para atingir tal finalidade, o que requer adequa o e edi o de instrumentos processuais que os tornem reais.[52]

Nesse aspecto   que se busca uma integra o do direito material com o direito processual. Cumpre aqui mencionar a importância de romper a visão do direito

processual estanque e estabelecer uma abertura nas leis para que a tutela processual seja adotada, enquanto gênero, a possibilitar ao juiz a escolha da melhor técnica para realizar o direito no caso concreto.

5 Pequena Amostra da Jurisprudência dos Tribunais Superiores em Matéria de Direitos Sociais e a Inclusão de Minorias

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5 – como agravante o Município de Santo André/SP e agravado o Ministério Público do Estado de São Paulo – discutiu-se dentre outras matérias, a educação infantil como garantia constitucional; a competência do município para assegurar tal direito; a reserva do possível e questões relativas à intervenção do Judiciário para a concretização de um direito social.

Nesse julgado a Ementa retrata a indisponibilidade do direito à educação infantil frente à inércia estatal.[53] O Supremo Tribunal Federal (STF) defende a efetividade do direito a educação infantil e condena a inércia do Poder Público.

De acordo com o STF constitui dever do Estado o *integral adimplemento* com a prestação do direito social, nesse caso, a educação infantil.

Partindo para uma análise mais atenta, as expressões empregadas pelo STF, verifica-se que o termo *adimplemento* se vincula à obrigação de fazer – instituto do Direito Civil. Caso em que o Supremo Tribunal Federal exige o *adimplemento integral* do Estado para garantir um direito social.

Partindo dessa premissa, a falta na prestação estatal da garantia da educação infantil gerou o inadimplemento – surge aí a situação de Estado-devedor. Extrai-se desse fato a possibilidade de uma ação de obrigação de fazer por parte do interessado em face do Estado objetivando a efetivação desse direito.

Verifica-se também que o STF faz menção à separação dos poderes ao afirmar que o dever de formular as políticas públicas estão afetos aos Poderes Legislativo e Executivo, ao Judiciário cabe agir em casos *excepcionais*, em termos de concretização de políticas públicas.[54]

Nota-se que a Corte refere-se que a intervenção judicial somente poderá ser realizada em casos *excepcionais* e em políticas públicas, asseguradas pela Constituição Federal.

Sendo assim, a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a Carta atual admite, apenas *excepcionalmente*, a intervenção do Judiciário nos demais poderes do Estado, quando existir omissão ou não realização de políticas públicas.

Conforme descrito no desenvolvimento de nosso trabalho, alguns juristas advogam que tal intervenção precisa ser mais frequente, porque a jurisdição deve ser considerada instrumento de realização dos direitos e, por isso, aquela ideia de justiça formalista, da

inércia do Poder Judiciário inspirada no direito clássico, perdeu o sentido no Estado Social e Democrático de Direito.

Acredito que, com o papel primeiro de zelar pelo cumprimento das normas constitucionais, o STF, nessa decisão,^[55] não apenas cumpre com seu dever de guardião da Constituição Federal como também fortalece o pacto federativo em torno das realizações dos direitos sociais.

O Ministro Celso de Mello, no seu voto, afirma que se existe na Constituição, mandado de realização de *encargos político-jurídicos*, em casos excepcionais, deve se atribuir ao Judiciário a medida interventiva para a implantação da política pública.^[56]

Esse mesmo Ministro tem entendimento de que o Estado depende de recursos financeiros para realização das políticas públicas – destaca que o princípio da reserva do possível não poderá ser desconsiderado.^[57] Mas admite que a natureza fundamental do direito à educação infantil permite ao Judiciário buscar até mesmo outras *medidas extraordinárias* com a finalidade de materialização de tal direito.^[58]

Cabe aqui sugerir que essas medidas extraordinárias podem ser consideradas a adequação de técnicas processuais conforme inovações processuais já discutidas nesse trabalho.

Volta-se ao debate sobre ausência de procedimentos e técnicas adequadas para fazer valer um direito social. Os direitos sociais estão positivados no texto da Constituição e leis ordinárias e os instrumentos processuais de realização ainda são insuficientes.

A deficiência no campo normativo, em matéria de processo civil, acaba por impedir a realização de muitos direitos que são buscados através da jurisdição.^[59] Isso devido à omissão legislativa em criar leis processuais em harmonia com o sistema constitucional.

Neste resumido artigo, não temos como apresentar a dimensão qualitativa e quantitativa das demandas judiciais que são propostas e frustradas, por inexistirem procedimentos adequados, técnicas processuais e até mesmo falta de visão global do sistema constitucional por parte de julgadores e operadores do Direito.

Em uma decisão judicial do Tribunal Regional Federal (TRF 1ª Região) sobre as cotas raciais no Estado da Bahia, o Relator assegura que existe crescente demanda judicial das *minorias* objetivando a efetiva prestação dos direitos sociais e que o formalismo procedimental não pode ser obstáculo:

A adoção das diretrizes de proteção a minorias e observância a disposições de proteção aos direitos humanos, tem sido objeto de crescentes ações promovidas por órgãos governamentais e privados com o objetivo de reduzir desigualdades e propiciar condições de competitividade entre os cidadãos de forma efetiva, abandonando a plataforma formal e preconizada em diplomas legislativos e adotando medidas concretas para a obtenção de efetiva mitigação das dessemelhanças existentes entre os diversos atores do cenário.^[60]

Outros trabalhos realizados em matéria de concretização do direito à educação revelam situações similares a essa.[61]

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo direitos sociais de minorias – Ag. Reg. no RE nº 241.757-2 – cujo Agravante foi a Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão e o Agravado o Município de São Luís; o assunto sobre modalidade de tutela processual ocupou grande parte do debate entre os Ministros.

A ação (Mandado de Segurança) foi impetrada pela referida Associação contra o Município de São Luís – Maranhão. Tinha por objetivo requerer ao Judiciário que determinasse ao Município a abertura de vagas para alunos especiais (deficientes auditivos) da Associação. Ou caso não tivesse condições para cumprir a ordem judicial, fosse obrigado a repassar os recursos mensais à entidade.

Advertimos que não se pretende aqui analisar todo teor da decisão, enfatizaremos nossa análise no debate dos Ministros sobre aspectos processuais tais como modalidade de ação (tutela processual), procedimento e técnica processual.

O Ministro Maurício Corrêa (Relator), nessa decisão, descreve que o mandado de segurança é via imprópria para responsabilizar o Município em caso de não oferecimento ou oferecimento irregular de ensino obrigatório para alunos especiais.[62]

Fundamenta seu voto afirmando que a natureza da ação constitucional (Mandado de Segurança – artigo 5º, inciso LXIX) não comporta produção de prova após o ajuizamento e que a matéria trazida ao Judiciário mediante essa modalidade de ação torna-se impossível de ser acatada.

Adotando posição similar o Ministro Nelson Jobim profere seu voto:

[...] ao fim e ao cabo, o que o mandado de segurança deseja é que essa entidade privada receba verba pública sem dotações orçamentárias, sem convênio e sem as devidas e necessárias cautelas [...] transferir ao Poder Judiciário, através desse expediente, a forma pela qual pudesse interferir na formulação das políticas públicas [...].

O Ministro Néri da Silveira reconhece a fundamentalidade do direito à educação, mas contesta a ideia de esse que os direitos fundamentais sociais são autoaplicáveis e defende tais direitos como de caráter programático.

No relato de seu voto, a expressão “*parece-me*” deixa a ideia de dúvida quanto à modalidade de tutela processual para esse caso: “Mas, parece-me que o mandado de segurança não é, de fato, a via adequada para a fruição desses direitos contemplados no texto constitucional. Não tenho essas normas, desde logo, como autoaplicáveis”.[63] [sic].

Em sentido contrário o Ministro Marco Aurélio assegura que mesmo a matéria sendo dotada de complexidade, o mandado de segurança não pode ser julgado como via imprópria. Isso porque, nesse caso, o que está em jogo é um direito fundamental, portanto autoaplicável.

Mesmo sendo utilizada a ação mandado de segurança pela natureza do direito o Judiciário poderá acolher o pedido. Afirma que o Mandado de Segurança: “[...] tem força suficiente a compelir a pessoa jurídica de direito público a viabilizar o acolhimento desses eficientes na rede pública”.^[64]

Assegura que para a eficácia de um direito fundamental deve se considerar todas as modalidades de tutela, inclusive a ação constitucional (mandado de segurança). Principalmente, quando o interessado não conta com providência jurisdicional capaz de cobrar do Estado o cumprimento da garantia constitucional.^[65]

A via do Judiciário abre-se, até mesmo, mediante a ação constitucional do mandado de segurança. Há o direito líquido e certo dos deficientes físicos a essa educação, porque previsto na lei da República, na Constituição Federal.^[66]

Piovesan num estudo sobre a *justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos nas Cortes brasileiras faz análise de* decisões judiciais referentes aos direitos à saúde e à educação. Assegura que o Supremo Tribunal Federal (STF) em diversas decisões confirma a natureza indisponível desses direitos.^[67]

Adverte que ainda é muito pequeno o número de provocação da Jurisdição como instrumento de realização desses direitos.

Considerando os casos relativos à justiciabilidade dos direitos à saúde e à educação nas Cortes superiores brasileiras, conclui-se ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. Observa-se também que as demandas judiciais são, em sua vasta maioria, de cunho individual e não coletivo.^[68]

Os estudos recentes sobre a eficácia dos direitos sociais têm demonstrado que, para além da falta de previsão orçamentária ou má gestão dos recursos públicos, o sistema processual vigente constitui um dos maiores obstáculos para a busca da efetivação de um direito social e, conseqüentemente, a uma intervenção mais incisiva do Judiciário.

No âmbito jurídico temos, por um lado, a ausência de técnicas processuais e procedimentos adequados à tipologia dos direitos sociais fundamentais e por outro, a morosidade e o excesso de forma que se constituem na ineficácia geral do sistema processual.

Tal realidade exige inovações por parte dos julgadores bem como situa suas posições no contexto constitucional. Parafraseando Streck, construir um Estado Social no Brasil destinando ao Judiciário tão-somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania parece ser muito pouco para que se aconteça o Estado Social no plano substancial.^[69]

Ou seja, a fundamentação das decisões judiciais exige muito mais do que meras justificações de aspectos formais.^[70]

Discorrida essas poucas linhas sobre a tutela jurisdicional e a inclusão social de minorias, acredito que o Judiciário, no modelo de Estado adotado por nosso sistema

constitucional atual, passa de simples julgador de lei a uma atuação política transformador-garantidora do Estado Social.

6 Considerações Finais

O que se extrai desse breve trabalho se relaciona com a nova visão de processualistas a cerca da integração direito material – direito processual.

Conclui que nosso sistema processual civil ainda se coloca como um dos principais obstáculos para a realização dos direitos fundamentais sociais. Sendo que esse assunto está presente, tanto no debate doutrinário quanto nossos tribunais. Isto pôde ser observado na pequena amostra jurisprudencial de nosso artigo.

Urge a criação de leis processuais em harmonia com a Constituição Federal.

Sendo que a Constituição Federal, bem como as inovações criadas através da reforma do Código de Processo Civil e outras leis infraconstitucionais poderão ser o norte em busca da harmonia entre direito material e direito processual.

Relevante destacar que as decisões interventivas do judiciário na esfera dos poderes Executivo e Legislativo aliados à construção doutrinária inovadora hão de contribuir para a criação de leis mais flexíveis à adoção da melhor técnica processual e procedimento à proteção de direitos de natureza social.

A tendência contemporânea sugere que a função dos julgadores não se atenha apenas à conformidade estrita da lei, mas que tome a dimensão de ator político transformador-garantidor do Estado social.

Assim, o acesso à jurisdição deve ser compreendido como garantia de instrumentos processuais capazes de realizarem o direito material e o sentido tradicional da jurisdição deve ceder espaço à uma nova concepção no mundo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Cotas Raciais No Sistema Jurídico Brasileiro. V Congresso Brasileiro de Pesquisadores(as) negros(as). Goiânia, 2008.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. **O Princípio da Eficiência como Valor Apto a Contribuir para a Eficácia dos Direitos Sociais a Prestações Concretizadas**: análise das funções do princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 09, p. 227-278. Rio de Janeiro: s.e., jan./mar. 2008.

GARGARELLA, Roberto. **Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais**. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 09, p. 03-24. Rio de Janeiro: s.e., jan./mar. 2008.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição**. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coords.). **Constituição e Processo**. Salvador: Podium, 2007.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O Papel do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nº 18, vol. 09, p. 98-111. São Paulo: OAB, 2006.

_____. **O Direito Fundamental ao Procedimento Adequado**: o procedimento interdital como garantia de inclusão social. *In*: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; NUNES, Lydia Basto Telles (orgs.). **Constituição e Inclusão Social**. Bauru: Edite, 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil**: desafios e perspectivas. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 09, p. 55-69. Rio de Janeiro: s.e., jan./mar. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”**. In: Revista Interesse Público, nº 17, p 56-74. Porto Alegre: s.e., 2003.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado**. In: Revista do Direito do Consumidor, nº 61, p. 90-125. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007.

SOUZA, Luciano Simões de. **A Educação pela Comunicação como Estratégia de Inclusão Social: o caso da escola interativa**. In: GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; PINTO PAHIM, Regina (orgs.). **Educação**. São Paulo: Contexto, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michele. **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Curitiba: IBEJ, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[1] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 37-39.

[2] Na Itália ou, mais precisamente, no lugar onde viria a ser a Itália, desenvolveu-se o chamado processo comum, manifestação de fenômeno maior, que foi o direito comum (ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39).

[3] Ordenações Filipinas que tiveram importância extraordinária, inclusive para o novo Direito foram baixadas por D. Filipe II da Espanha e D. Filipe I de Portugal (Ibidem, mesma página).

[4] Enquanto colônia de Portugal ou erigido em reino unido ao de Portugal e Algarves, o Brasil se regulara pelas leis portuguesas e conforme elas se disciplinara o seu processo civil (SANTOS, 1980, p. 51-52).

[5] Ibidem, p. 52.

[6] Ibidem, p. 52-53.

[7] A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, estabelecendo a forma federativa, instituiu não só a *dualidade de justiça* – a da União e a dos Estados (artigo 34, nº 26), como também a *dualidade de processos* (artigo 34, nº 23), ficando cada Estado autorizado a organizar a sua justiça e a legislar sobre processo (Ibidem, p. 53).

[8] *Ibidem*, p. 57-61.

[9] *Ibidem*, p. 59-61.

[10] Não se deve confundir, todavia, a tutela de direitos no plano substancial com a forma de atuação prática dos remédios judiciais. O ordenamento jurídico material prevê a tutela de direitos, que serão atuados consensualmente ou pelos meios jurisdicionais. Tutela jurídica verifica-se com a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a atuação das normas jurídicas (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42).

[11] A técnica processual deve adequar-se, portanto, àquelas situações abstratamente previstas pelo legislador material, para cuja efetivação seja necessária a intervenção jurisdicional (*Ibidem*, p. 42).

[12] LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 37.

[13] Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos. Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 22).

[14] *Ibidem*, p. 23.

[15] OLIVEIRA, Flávio Luís de. **O Direito Fundamental ao Procedimento Adequado**: o procedimento interdital como garantia de inclusão social. *In*: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; NUNES, Lydia Basto Telles (orgs.). **Constituição e Inclusão Social**. Bauru: Edite, 2007, p. 31-51.

[16] WATANABE, 2005, p. 23-26.

[17] *Ibidem*, p. 24-25.

[18] O ponto de confluência das duas correntes é alcançado pela pesquisa dos aspectos constitucionais do processo civil. A importância desses estudos é ressaltada por Liebman, que observa que os diversos ramos do direito são partes constitutivas de uma unidade, encontrando-se ligados entre si por um princípio de coerência que torna essa unidade um todo indivisível, cujo centro é representado pelo direito constitucional (*Ibidem*, p. 28).

[19] Sob a influência dessas ponderações o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), inscreveu no artigo 83 a asserção de que para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código não são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (*Ibidem*, p. 27-28).

- [20] LOPES, 2005, p. 37.
- [21] ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13.
- [22] Ibidem, mesma página.
- [23] Ibidem, p. 37-38.
- [24] SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”**. In: Revista Interesse Público, nº 17, p 56-74. Porto Alegre: s.e., 2003, p. 56.
- [25] OLIVEIRA, Flávio Luís de. O Papel do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nº 18, vol. 09, p. 98-111. São Paulo: OAB, 2006, p. 98-111.
- [26] Ibidem, mesmas páginas.
- [27] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 28.
- [28] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 155-174.
- [29] BEDAQUE, 2003, p. 54.
- [30] Ibidem, p. 54-55.
- [31] A Cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consiste em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo (WATANABE, 2005, p. 67).
- [32] Tudo isso visa a proporcionar acesso efetivo e eficiente à ordem jurídica, para proteção de novos direitos substanciais. Aliás, de nada adiantaria o reconhecimento da titularidade desses direitos sem que houvessem mecanismos apropriados para sua efetivação (BEDAQUE, 2003, p. 55).
- [33] ARMELIN, Donald. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, passim.
- [34] SOUZA, Luciano Simões de. **A Educação pela Comunicação como Estratégia de Inclusão Social: o caso da escola interativa**. In: GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; PINTO PAHIM, Regina (orgs.). **Educação**. São Paulo: Contexto, 2007, p. 168.
- [35] Ser cidadão significa ter possibilidade de criar e empreender ações socialmente relevantes (criar), ter acesso às informações e conhecimento, ser capaz de interpretá-los

e utilizá-los no ambiente que envolve (saber) e ter poder de compra e acesso a níveis médios de consumo (ter) (Ibidem, p. 167).

[36] SANTOS, 1980, p. 67.

[37] LOPES, 2005, p. 67.

[38] Feitas essas considerações, podemos então descrever a norma jurídica consagradora do direito fundamental à jurisdição, inserida no enunciado normativo do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, dentro da perspectiva dogmática assumida: dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, dever ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a tutela jurisdicional (Se H, então deve-ser S RS) (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coords.). **Constituição e Processo**. Salvador: Podium, 2007, p. 558).

[39] Deve a atividade jurisdicional ter em conta o seu conceito e a sua missão no terceiro milênio; deve a atividade jurisdicional levar em conta que o descumprimento de um programa social ou a ausência de lei infra-constitucional [sic] que regulamente um direito constitucional são lesões/ameaças ao direito material e que ela está apta a reparar a lesão/ameaça em face ao princípio do acesso da justiça (CF, artigo 5º, inciso XXXV) (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002, p. 82).

[40] A tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige a renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver as novas questões que certamente irão surgir. Foi esta, exatamente, a razão para a retirada do termo *individual* do dispositivo constitucional que assegura a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV). Percebeu o legislador as profundas alterações verificadas no campo dos direitos, hoje mais voltadas para o social e o coletivo do que para o individual (BEDAQUE, 2003, p. 55).

[41] A função do jurista moderno, inspirado numa filosofia crítica, com a ampliação de sua epistemologia – o jurista moderno é ao mesmo tempo causa e resultado de sua ciência –, é a de buscar no Direito, a re-construção [sic] social, a interação das classes sociais, a promoção do bem estar comum (PAULA, 2002, p. 162).

[42] Ibidem, p. 171.

[43] O Estado possui uma “relação política” com a sociedade e com o cidadão, fundado no contrato social, onde se obrigou, mediante leis, normas e políticas públicas, a realizar atividades consistentes em busca da justiça social. Portanto, inegável o caráter de “devedor” do Estado na relação política que mantém com a sociedade politicamente organizada, esta vista como credora das atividades estatais. Tanto que, para fomento da realização da “relação política”, o Estado autoriza o governo a tributar os fatos sociais (Ibidem, p. 173).

[44] Ibidem, p. 175.

[45] *Ibidem*, p. 184.

[46] O controle judicial pode ser um instrumento crucial para enriquecer a deliberação pública a respeito dos direitos sociais. Ademais, o ativismo judicial na área dos direitos sociais pode ser especialmente relevante, dada a íntima relação existente entre os direitos sociais e a participação política (GARGARELLA, Roberto. **Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais**. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 09, p. 03-24. Rio de Janeiro: s.e., jan./mar. 2008, p. 15).

[47] Em poucas palavras, poderíamos afirmar que ausência de políticas públicas destinadas a por em prática os direitos sociais pode dificultar o envolvimento político de pessoas em maior desvantagem e, portanto, enfraquecer o valor total do processo democrático (*Ibidem*, mesma página).

[48] *Ibidem*, p.16.

[49] FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. **O Princípio da Eficiência como Valor Apto a Contribuir para a Eficácia dos Direitos Sociais a Prestações Concretizadas**: análise das funções do princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 09, p. 227-278. Rio de Janeiro: s.e., jan./mar. 2008, p. 232.

[50] Os deveres de atuação se dirigem a todos os órgãos públicos, o que significa que os mesmos se encontram vinculados à realização positiva dos direitos sociais (*Ibidem*, mesma página).

[51] *Ibidem*, p. 235.

[52] *Ibidem*, mesma página.

[53] A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível [...]. Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de maneira concreta, **em favor das** crianças de zero a seis anos de idade (CF, artigo 208, inciso IV) o **efetivo** acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, **sob pena de** configurar-se inaceitável omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal **que lhe impõe** o próprio texto da Constituição Federal (Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5).

[54] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à *reserva do possível*. Doutrina (Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5).

[55] **Os Municípios** – que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, artigo 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais (Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5).

[56] Impede assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame (Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5).

[57] Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5).

[58] Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem (Ag. Reg. no REsp nº 410.715- 5).

[59] O Constituinte acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 95).

[60] Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.33.00.004733-6/BA – TRF 1ª Região).

[61] **Cotas Raciais No Sistema Jurídico Brasileiro.** V Congresso Brasileiro de Pesquisadores(as) negros(as). Goiânia, 2008.

[62] Assinalo que a norma constitucional, no que se refere ao ensino obrigatório, preceitua que o seu “não-oferecimento pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (CF, artigo 208, § 2º). A apuração dessa responsabilidade torna-se impossível pela via do mandado de segurança, em face da necessidade de produção de provas para averiguação dos complexos fatos em que se fundamenta o pleito (Ag. Reg. no RE nº 241.757-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 abr. 2009).

[63] Não há dúvida nenhuma de que essas disposições postas na Constituição têm um sentido social de extraordinária abrangência. O constituinte inseriu num avanço significativo neste plano. Mas, parece-me que o mandado de segurança não é, de fato, a via adequada para a fruição desses direitos contemplados no texto constitucional. Não

tenho essas normas, desde logo, como auto-aplicáveis [sic]. Penso que elas possuem um conteúdo predominantemente programático e dependeriam de procedimentos de integração (Ag. Reg. no RE nº 241.757-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 abr. 2009).

[64] Ag. Reg. No RE nº 241.757-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 abr. 2009.

[65] Não se conta com qualquer providência jurisdicional capaz de compelir o Estado a obedecer a esse dispositivo constitucional (Ag. Reg. no RE nº 241.757-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 abr. 2009).

[66] Ag. Reg. No RE nº 241.757-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14 abr. 2009.

[67] PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil**: desafios e perspectivas. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 09, p. 55-69. Rio de Janeiro: s.e., jan./mar. 2008, p. 55- 69.

[68] *Ibidem*, p. 64.

[69] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

[70] A justificação da decisão judiciária não pode ser reduzida a uma sequência de passagens formais e muito menos a uma simples concatenação de silogismos, porque o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e aberto ao emprego de elementos persuasivos, dos tópicos da ciência jurídica e dos precedentes judiciais, mas também ao uso das noções de senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens (TARUFFO, Michele. **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 17).

O PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS ENQUADRA-SE AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

THE BEARER OF THE AIDS VIRUS IT CONCEPT OF THE DISABLED PERSON?

**Telma Aparecida Rostelato
Dirceu Pereira Siqueira**

RESUMO

O artigo ocupa-se em conceituar a aids, indicar suas causas, formas de transmissão e sintomas, que se traduzem em comprometimento do sistema imunológico, de maneira que uma corriqueira infecção, pode-se tornar fatal para a pessoa portadora do vírus da aids, o HIV. Ao considerar o grandioso número de brasileiros que já faleceram, em decorrência das conseqüências da doença, bem como da enorme parcela da população contaminada pelo vírus, embora muitos demorem anos para ter manifestado em seu organismo os sintomas da doença, pretende-se salientar a necessidade de uma convivência social amistosa por estas pessoas, enfim a usufruição do direito constitucional à existência digna, embutidos o rechaçamento a quaisquer formas de marginalização e preconceito na prática de seus intentos diários. Com a finalidade de exigir que reflexões sejam feitas, estabelecem como contra-ponto do estudo o questionamento acerca da possibilidade do enquadramento destas pessoas ao conceito de pessoa com deficiência, com o fim precípua de verificar se os diversos direitos assegurados à estes podem ter sua aplicação estendida àquelas e então, após recorrer à averiguação dos diversos conceitos atribuídos, considerados os aspectos: filosófico, jurídico e social, destacada a celeuma travada por legisladores e doutrinadores, acerca da questão, concluem positivamente, pois os aidéticos igualmente deparam-se com dificuldades para incluir-se, portanto a atuação estatal é fator preponderante à diminuição das dificuldades na vida destas pessoas, concedendo-lhes sobretudo o direito à saúde, que para os mesmos tem como significado o direito à própria existência.

PALAVRAS-CHAVES: AIDS, DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, DIGNIDADE HUMANA, PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

ABSTRACT

The article deals with is in conceptualizing AIDS, indicate its causes, ways of transmission and symptoms, resulting in impairment of the immune system, so that a junk infection, can become fatal to the person carrying the virus of AIDS, HIV. When considering the great number of Brazilians who have died as a result of the consequences of the disease and the huge portion of the population infected by the virus, although many take years to be manifested in your body symptoms of the disease is to emphasize the need of social coexistence by these friendly people, finally

usufruição of the constitutional right to dignified existence, the embedded rejecting any form of marginalization and prejudice in the practice of their own day. In order to claim that thoughts are made, how to set-point of the study question about the possibility of the framework of these people to the concept of disabled person, precípua in order to ascertain whether the various rights guaranteed to them may have extended its application those and then, after investigating the use of different concepts attributed considered aspects: philosophical, legal and social, highlighted the fussabout stopped by legislators and doctrine, on the question, concludes positively, as aidéticos also face difficulties in including It is therefore the state action is the dominant factor reducing the difficulties in the life of these people, providing them on the right to health, which has the same meaning as the right to own existence.

KEYWORDS: AIDS, FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH, HUMAN DIGNITY, PERSON WITH DISABILITIES.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo propor uma reflexão a respeito das dificuldades com as quais se deparam as pessoas portadoras do vírus HIV para a prática de suas atividades rotineiras, ocasionadas pelo tratamento preconceituoso e pela marginalização social, que lhes é dispensada diuturnamente, o que vem ferir de morte os desígnios traçados pelo princípio constitucional da dignidade humana.

Assim, com o fim de justificar a necessidade do estudo, pretende recorrer às estimativas oficiais, registradoras do número de brasileiros infectados pelo vírus HIV e que com ele vivem por diversos anos, período este em que o respeito à sua dignidade deve sobressair, para que alcancem o gozo do bem clamado por todos, a felicidade sob todos os aspectos.

Na seqüência, procederá a análise do possível enquadramento destas pessoas ao conceito de pessoa com deficiência, objetivando com tal identificação, verificar se esta categoria de pessoas pode usufruir do imenso rol de direitos assegurados às pessoas deficientes.

Da conclusão a ser obtida, anseiam destacar a responsabilidade estatal para com a efetivação dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV, os quais subsumem o exercício do direito de sua dignidade humana, mormente pela concessão de meios aptos à usufruição do direito à saúde, englobados os tratamentos terapêuticos, que correspondem para estas pessoas, nada mais, nada menos, que ao direito de continuar vivas.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES – PREMISSAS NECESSÁRIAS

A síndrome da imunodeficiência adquirida, conhecida popularmente como aids (nos países de origem espanhola, em Portugal e na França, também é nominada como SIDA), é uma doença que afeta o sistema imunológico das pessoas infectadas. A sigla em inglês, HIV, tem como significado: vírus da imunodeficiência humana, que é o vírus causador da aids.

A infecção se dá pelo vírus HIV-1 e HIV-2, através de fluidos corporais. Os sintomas do infectado retratam um quadro de imunossupressão progressiva, sobretudo da imunidade celular, além de uma completa desregulação no sistema imunológico.

Esta fragilidade causada pela doença resulta em infecções, já que a pessoa fica propensa a não produzir respostas, através de seu organismo, para defender-se da doença, como ocorre com os infectados por este vírus.

As infecções não são as únicas conseqüências, pois neoplasias[1], juntamente ou alternativamente à manifestações de demência, caquexia e trombocitopenia são constatadas no portador do vírus.

A ciência esclarece que a doença, quando totalmente manifestada é caracterizada por contagens de linfócitos T CD4+ abaixo de 200/mm³, sendo frequentemente associada a doenças vistas especificamente em pacientes com grave disfunção imune celular.

A aids geralmente subdivide-se em dois estágios, o primeiro deles compreende a doença do HIV sintomática tardia, que consiste em complicações infecciosas secundárias usualmente tratáveis, como a reativação de tuberculose, pneumocistose pulmonar, candidíase esofágica, toxoplasmose e outras; o segundo estágio apresenta-se pela doença avançada do HIV, a qual caracteriza-se por desenvolver doenças mais refratárias, como retinite citomegálica, micobacteriose do complexo avium-intracelulare, leucoencefalopatia multifocal progressiva, linfomas e outras.

É notório que o portador do vírus da aids torna-se refém da doença, e não morre por causa dela, mas em conseqüência da mesma, pois uma infecção comum, que numa pessoa sem aids, possa ser curada facilmente, pode mesmo tornar-se fatal para aquela contaminada pelo vírus HIV.

Consideradas as conseqüências geradas pela doença, mister se faz a indicação dos métodos preventivos. Pois bem, a doença é transmitida invariavelmente por contato direto da corrente sanguínea com determinados fluidos corporais, onde circulam os linfócitos da pessoa infectada.

Os fluidos corporais que contêm o HIV em quantidades suficientes para a transmissão do vírus são portanto, o sangue, o esperma, a secreção vaginal e o leite materno. O contágio dá-se com a passagem direta para a corrente sanguínea, destes fluidos.

Portanto, na relação sexual (inclusive oral) deve-se usar preservativo, os quais devem ser feitos de látex (borracha), já que há risco de romper-se, durante o ato sexual, devendo ainda, dar-se preferência àqueles já lubrificados. Da mesma forma, deve-se evitar o compartilhamento de objetos perfuro-cortantes que entrem em contato direto

com sangue, principalmente as seringas, por isso a recomendação para a utilização de seringas descartáveis.

Igualmente, as doações de sangue e seus derivados, de esperma ou órgãos, devem ser precedidas de testes para o HIV.

Importa asseverar que a mulher grávida, portadora do vírus HIV, pode transmiti-lo ao seu filho, no momento do parto ou na amamentação, razão pela qual a mulher soropositiva, em querendo engravidar deve procurar orientação médica especializada, a fim de estabelecer redução de risco de transmissão da doença para o bebê.

Finalmente, o HIV é um vírus denominado cientificamente, anorexígeno, ou seja, não sobrevive fora da célula, em contato com o ar, portanto não é transmitido através de beijos, carícias, talheres, copos, tosse, lágrima, suor, picada de insetos, animais domésticos, piscinas, contato cotidiano ou quaisquer outras práticas que não envolvam trocas dos fluidos corporais mencionados.

Portanto, diversas atividades podem ser praticadas pelos portadores do vírus HIV, sem que possam vir a colocar em risco a vida das outras pessoas que os rodeiam, logo é necessário advertir-se para o fato de que as aludidas pessoas não podem ser rechaçadas do convívio social, devendo constituir-se dever de todos a conscientização a este respeito, sob pena de incidirmos em discriminação de nosso semelhante.

2.1 A AIDS NO BRASIL

No período compreendido entre os anos de 1980 e 2007, o Brasil registrou 474.273 (quatrocentos e setenta e quatro mil, duzentos e setenta e três) casos de aids, distribuídos de acordo com as regiões: 289.074 (duzentos e oitenta e nove mil e setenta e quatro), no Sudeste; 89.250 (oitenta e nove mil, duzentos e cinqüenta), no Sul; 53.089 (cinquenta e três mil e oitenta e nove), no Nordeste; 26.757 (vinte e seis mil, setecentos e cinqüenta e sete), no Centro-Oeste e 16.103 (dezesesseis mil, cento e três), no Norte.

Os dados da OMS – Organização Mundial de Saúde[2] apontam para o crescimento da doença, nas regiões Norte e Nordeste e nas demais, indica a ocorrência da estabilização; podendo-se afirmar que o Brasil tem uma epidemia concentrada, prevalecendo a taxa de infecção de 0,6% na população de 15 a 49 anos de idade.

O Boletim Epidemiológico trouxe, pela primeira vez, dados sobre a proporção de pessoas que continuaram vivendo com aids em até cinco anos após o diagnóstico, tendo sido utilizado como parâmetro o número de pessoas identificadas com a doença em 2000, dentre as quais 90% das pessoas com aids, da região Sudeste, estavam vivas, sendo que nas demais regiões: 82%, no Sul, 81%, no Nordeste e 80%, no Centro-Oeste.

Mostra a pesquisa, que 20,5% dos indivíduos diagnosticados com aids no Norte haviam morrido em até um ano após a descoberta da doença; no Centro-Oeste o percentual foi de 19,2%; no Nordeste, de 18,3% e no Sudeste, de 16,8%, enquanto no Sul, de 13,5%.

Dessa forma, em números absolutos o Brasil registrou 192.709 óbitos por aids, de 1980 a 2006, sendo que, do total de 192.709 óbitos identificados no Brasil, no período mencionado, a maioria deu-se no Sudeste, dentre as quais, 131.840 mortes deveu-se à aids.

Pesquisa de abrangência nacional, realizada em 2004, no País, estimou que de 593 mil pessoas (entre 15 e 49 anos de idade), vivem com HIV, sendo cerca de 208 mil mulheres, ou seja, 0,42%.

No último Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde, divulgado no dia Mundial de Luta contra a Aids, em 01/12/2008, demonstrou-se que 0,5% da população brasileira está infectada pelo vírus HIV e que desde o início da epidemia, há 20 anos, foram contaminados cerca de 590 mil brasileiros, dentre os quais, aproximadamente 150 mil faleceram, em virtude da doença.[3]

Ao proceder-se a análise dos dados supra apontados, que indicam grandioso número de pessoas infectadas no território nacional, e que dia-a-dia aumentam, não se pode esquecer que estas pessoas, como já restou mencionado, podem levar anos e anos para que seu organismo manifeste os sintomas da doença.

Para estas pessoas e mesmo para as que já têm os sintomas demonstrados conclui-se ser inolvidável que esforços devem ser envidados para que as suas vidas possam ser vividas sem quaisquer obstáculos para incluir-se socialmente, objetivando resguardar-lhes diversos direitos constitucionalmente contemplados, conforme verificaremos adiante.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA INFECTADA PELO VÍRUS HIV

As pessoas infectadas pelo vírus HIV, que representam hodiernamente 0,5% da população brasileira, enfrentam enormes dificuldades para prosseguir com seus intentos diários, sobretudo quando a doença apresenta seus sinais[4], que restam comprometendo o sistema imunológico, situações em que é verificada a necessidade de intervenção estatal, apoio dos familiares e amigos, para que não gerem estigmatizações no convívio social.

Nesta seara, deve-se recorrer ao ordenamento jurídico brasileiro, objetivando averiguar os instrumentos disponibilizados para rechaçar quaisquer espécies de discriminações a estas pessoas, que têm o direito de ver sacramentado o respeito à sua dignidade.

Reduzir o estigma e a discriminação é ainda uma das principais medidas para a eficaz e eficiente resposta à epidemia de aids.

Desde os primeiros casos detectados da doença, organizações da sociedade civil lutam para ver garantidos e implantados os direitos destas pessoas, por isso vem pressionando o governo e a própria sociedade, neste sentido. Em 1995, foi criada a denominada Rede

Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS - RNP+/Brasil, através da qual reuniu-se lideranças e ativistas, portadores da doença, objetivando somar forças para lutar.

Com o mesmo intuito, em 2005 foi realizado o I Encontro Nacional da RNP+/Brasil, fato que marcou os dez anos de existência da Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS - RNP+/Brasil[5].

Ora, encontra-se severamente expressado no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana, o qual vem se justapor aos outros tantos princípios constitucionais, destacando-se este por constituir o alicerce dos demais e, ainda, por representar um dos baluartes do Estado Democrático de Direito.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, este princípio:

[...] além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais [...].[6]

Desde o nascimento, as pessoas têm assegurado o direito à dignidade, independentemente de sua cor de pele, lugar que nasce, atributos físicos, conta bancária ou doença que porte.

A proteção da pessoa humana não se completa se não lhe for garantida a preservação de sua dignidade. E esta preservação à dignidade da pessoa humana implica na preservação e respeito à integridade física e moral, bem como à individualidade e espiritualidade do ser humano.

Neste viés, depreende-se que, o que deve preponderar é a concepção de que todos têm direito a um tratamento igualitário e digno, saliente-se que o Estado tem o dever de atuar para o alcance desta finalidade; pois a dignidade humana é revestida de previsão constitucional.

Além disso, verifica-se nos ensinamentos de Lafayette Pozzoli[7] que o cristianismo ao retomar o ensinamento judaico e grego, procura aclimatar no mundo, pela evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou *a todos* para a salvação.

Desse modo, há muito tempo, a preservação da dignidade da pessoa humana vem sendo tratada, incutida nos direitos humanos, inclusive verifica-se na obra de Roberto Bolonhini Júnior, no item intitulado: *A Dignidade Humana como Fonte de 'Mater' dos Direitos*,[8] que após as grandes guerras mundiais houve a inserção valorativa que aplicou características que enfocam mais a existência, que o patrimônio.

O resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, visa alcançar a felicidade, como ensina Antonio Rulli Neto:

[...] a formação da idéia de Estado moderno agrega a felicidade como um dos objetivos a serem alcançados, dentro da afirmação da dignidade eminente da pessoa humana e na liberdade consistente na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.^[9]

Desse modo, pode-se afirmar que o direito fundamental da dignidade da pessoa portadora do vírus HIV é circundado pelo anseio de conseguir a felicidade plena, felicidade como ser humano, no exercício de suas funções.

Assim, a dignidade humana constitui-se princípio geral, rechaçando qualquer espécie de discriminação, não obstante o amplo rol protetivo da dignidade humana, faz-se necessária atuação estatal para sua efetivação.

O princípio da dignidade humana, nesta busca incessante da inclusão, merece destaque especial, já que incluir é eliminar as dificuldades encontradas no exercício de uma atividade cotidiana, afastando o constrangimento, o sofrimento e exaltando a dignidade da pessoa humana.

A dignidade, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet,^[10] mantém estreita relação com as manifestações da personalidade humana.

Então, a preservação dos mais íntimos sentimentos deve ser respeitada, pois esses sentimentos transcendem a pessoa, atingem o *eu* de cada ser humano e, se o fim buscado é o de respeitar a igualdade entre os seres humanos, nada pode ocorrer que estremeça a proteção deste direito.

As eventuais limitações da pessoa portadora do vírus HIV não podem ser utilizadas como meios para justificação de tratamento diferenciado a estas pessoas, o que deve haver é o apoio do Poder Público e da própria sociedade, para que se atinja a inclusão.

Já, como pondera Fladimir Jerônimo Belinati Martins,^[11] o valor da dignidade da pessoa humana foi positivado na Constituição Federal de 1988 como fórmula principiológica, não sendo propriamente criação constitucional, mas valor ao qual a Constituição decidiu atribuir máxima relevância jurídica, inclusive encontrando-se inserido como princípio fundamental.

Assim, em todos os aspectos, sob todos os ângulos de análise, encontram-se dispositivos legais, impondo a atuação estatal, visando o resguardo do tratamento igualitário, preservador da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, em pleno século XXI, apesar dos diversos preceitos legais assecuratórios dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV, são comuns as afrontas ao princípio da dignidade das mesmas, como comprova o interessante julgado que enfatiza a dignidade da pessoa contaminada pelo vírus da aids, cujo trecho da ementa transcreve-se:

STJ RECURSO ESPECIAL 1026899 – DF (2008/0019040-7), DE 17/04/2008.

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Tramitação prioritária. Decisão interlocutória. Portador do vírus HIV. - Mostra-se imprescindível que se conceda a pessoas que se encontrem em condições especiais de saúde, o direito à tramitação processual prioritária, assegurando-lhes a entrega da prestação jurisdicional em tempo não apenas hábil, mas sob regime de prioridade, máxime quando o prognóstico denuncia alto grau de morbidez. - **Negar o direito subjetivo de tramitação prioritária do processo em que figura como parte uma pessoa com o vírus HIV, seria, em última análise, suprimir, em relação a um ser humano, o princípio da dignidade da pessoa humana**, previsto constitucionalmente como um dos fundamentos balizadores do Estado Democrático de Direito que compõe a República Federativa do Brasil, no art. 1º, inc. III, da CF. (...) Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade como o portador do vírus HIV, tudo isso pela particular condição do recorrente, em decorrência de sua moléstia. Recurso especial conhecido e provido.[12] **grifos nossos**

Preciosos são os fundamentos que integram o acórdão que reproduzimos parcialmente:

TRT 3ª. REGIÃO RO 00864-2007-072-03-00-3, publicado em 12/04/2008.[13]

EMENTA: AIDS - EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV - DISPENSA – DISCRIMINAÇÃO - CONSTITUICAO FEDERAL E CONVENCÃO N. 111 DA OIT - PROVA INDICIÁRIA. REINTEGRACÃO - O MAIS-ALÉM DO TEXTO DA LEI: O DIREITO E A JUSTIÇA - O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1º, o caput e incisos X e XLI do art. 5º, o art. 6º, o caput do art. 170 e 193, da Constituição Federal. (...) Dessa forma, a empregadora enfeixa em suas mãos o poder de rescisão contratual, por intermédio do qual pode dispensar o empregado sem justa causa, pagando-lhe os direitos inerentes à rescisão sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa; outra é preencher este vazio - falta de justa causa - com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregadora, empresa privada, ou de empregador, pessoa física, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da

ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) que, segundo Pedrotti, é "o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi" (Pedrotti, Irineu Antônio, "Da AIDS e do Direito", Revista dos Tribunais, 1982, abril de 1993, vol. 690, pág. 295), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, **a ocupação de um posto de trabalho, que muito lhe será proveitoso para fins de integração social.** Muito embora a empregadora não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. (...) **Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade.** (...) Essa aglutinação, normativa-estrutural, permite a constante atualização do texto legal, conduzindo o intérprete por horizontes para os quais a realidade o conduz. Essa é uma atribuição transferida pelo legislador ao intérprete e exigida pela sociedade, que não podem ficar parados no tempo, enquanto os fatos sociais avançam numa velocidade jamais imaginada. **A questão do portador do vírus HIV é um problema que precisa ser também enfrentado pelas empresas, que têm importantíssima função social. No plano interno, o estado brasileiro tem tradicionalmente tomado medidas efetivas de inclusão social do aidético, seja através de programas educativos, de distribuição de medicamentos** ou até mesmo mediante a possibilidade de movimentação da conta vinculada do FGTS, conforme art. 20, inciso XIII, da Lei 8036/90, regra esta desveladora da intenção do legislador quanto à manutenção do contrato de trabalho. No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus HIV, quando a distinção injustificada provoca a exclusão, que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego, a mais importante forma de subsistência do ser humano. O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos sempre lutar: a realização da Justiça. (...) **grifos nossos**

Corroborar-se, desde logo, a clemência ao Estado para que atue, não em favor das pessoas portadoras do vírus HIV, mas que cumpra o seu papel, em obediência às determinações constitucionais.

É fato que o Estado tem o dever de oferecer os mais diversos meios que possibilitem a inclusão, esta é a atuação estatal adequada, destinada à preservação da dignidade da pessoa humana, aí incluídas por óbvio as portadoras do vírus HIV.

4. ENQUADRAMENTO AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A história mostra-nos que diversas discussões já foram travadas entre os doutrinadores e os legisladores, para estabelecer-se a definição de pessoa portadora de deficiência[14], algumas enfocam a falha, a imperfeição das pessoas, outras restringem-se a comentar a deficiência física, mental e sensorial que portam estas pessoas.

Ao se recorrer aos dicionários de língua portuguesa, verifica-se que o termo *pessoa portadora de deficiência* não é encontrado e, com o objetivo de centrar a pesquisa, ao buscar pelo vocábulo deficiente, face à proximidade com aquele, vê-se que tem como definição aquilo que carece de algo, que é falho, incompleto.

Veja a definição de Francisco Fernandes: “*Deficiente* – sin. imperfeito, falho, incompleto, insuficiente [...]”,[15] cujos sinônimos compõem ainda a obra elaborada em conjunto com os autores Celso Pedro Luft e F. Marques Guimarães,[16] de maneira idêntica Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[17] conceitua, acrescentando-lhes os termos: *falto* e *carente*, sendo da mesma forma definido aquele termo por Maria Tereza Biderman,[18] Francisco da Silveira Bueno[19] e Caldas Aulete,[20] ora excetuando-se um ou outro sinônimo.

E mais: segundo conceito filosófico, José Ferrater Mora explicita o aludido termo:

Deficiente. Uma entidade é deficiente quando se acha privada de algo que lhe pertence; nesse sentido, a deficiência é equiparável à privação [...]. Os escolásticos usaram os termos *defectivus*, *deficiens* e *defectibilis* referindo-se a certas causas ou a certosefeitos. Santo Tomás (S. Theol. I, XLIX, 01 ob. 03 ad. 03)

fala da causa defectiva *sive deficiens sive defectibilis* (causa deficiente). Um efeito deficiente, como o mal, só pode proceder de semelhante causa. O deficiente é o mal, e a causa do mal é o próprio mal [...]. [21]

No dicionário jurídico de Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves,[22] é encontrado o termo *deficiente físico*, para o qual não consta definição, somente é elencado em generalidades, a competência dos entes federativos para a salvaguarda dos vários direitos destas pessoas, como a reserva de vagas para cargos e empregos públicos; assistência social para habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária, bem

como garantia de um salário mínimo de benefício mensal; promoção de criação de programas de prevenção e atendimento especializado.

Ainda: para compreender a ênfase atribuída para cada posicionamento, passaremos a analisar as disposições legais, afetas à matéria.

Pois bem, no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, a qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências, em seu Art. 3º é conceituada *deficiência*, como sendo toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gera incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Já, o Decreto nº 5.296/04, que regulamenta as Leis nº 10.048, de 08 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica e a de nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nas alíneas do Art. 5º, § 1º, inc. I, considera como pessoas portadoras de deficiência, as que possuem limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadram nas categorias de deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla, especificando cada uma delas.

Saliente-se ainda, que a Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a qual promoveu alterações no texto da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, define que pessoa portadora de deficiência, para obter o benefício de isenção do pagamento do imposto sobre produtos industrializados, precisa se enquadrar às regras entabuladas no Art. 1º, §§ 1º e 2º da lei referenciada, quais sejam:

Art. 1º: [...].

[...]

§ 1º – [...] considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

§ 2º – [...] é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

A Organização das Nações Unidas, através da Resolução nº 3.447, de 09 de dezembro de 1975, definiu *pessoa portadora de deficiência*, da seguinte maneira:

Qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mental.

Portanto, não há um consenso a respeito da conceituação, já que se condiciona a finalidades específicas, para que então acresçam-se palavras à atribuição do significado do termo.

Não obstante, se utilizando os conceitos anteriores, em linhas gerais pode-se sedimentar a afirmação de que as pessoas que têm falha ou imperfeição em determinado *sentido* estariam enquadradas como sendo pessoa portadora de deficiência.

Entretanto, como bem assevera Luiz Alberto David Araujo,^[23] a questão não é tão singela, pois há circunstâncias em que muito embora enquadrada como sendo pessoa portadora de deficiência, a mesma não tem falha alguma, como é o caso dos superdotados, que na realidade portam um *plus*, algo que se acresce às pessoas intituladas *normais*.

Não obstante o louvor aos seus adeptos e respeito às suas conceituações, a mais completa das definições é a de Luiz Alberto David Araujo, vejamos:

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência. ^[24]

Importa salientar que a mencionada falha não estaria no indivíduo, mas no seu relacionamento com a sociedade, uma vez que, no dizer de Sebastião Vila Nova^[25] é imprescindível a socialização não apenas para a integração do indivíduo na sociedade, mas para a continuidade dos sistemas sociais.

Em suma, enfatiza-se a dificuldade do convívio social destas pessoas, o sofrimento enfrentado para a prática de atos corriqueiros, como ir à escola, ter acesso a um emprego, ter tratamento de saúde, etc.

E é exatamente sob este aspecto que entendemos existir correspondência entre esta definição, àquilo vivenciado pelas pessoas portadoras do vírus HIV.

Com isso, o enquadramento das pessoas portadoras do vírus HIV ao conceito de pessoa com deficiência, torna-se viável.

4.1 A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO

Uma vez procedida a análise da conceituação: pessoas portadoras de deficiência ou pessoas com deficiência, e concluído pela adequação das pessoas portadoras do vírus HIV à mesma, sobressai a indagação que concerne no porquê, na importância desta conclusão.

À indagação resulta, além da assertiva que recai sobre o respeito à dignidade, igualdade e proteção contra a discriminação desta categoria de pessoas, a busca pela efetivação do imenso rol de direitos contemplados à aludida categoria, que se estende então às pessoas portadoras do vírus HIV.

Nos termos expressos da Constituição Federal, todo e qualquer cidadão e cidadã, brasileiro e brasileira têm assegurados o exercício de seus direitos, é de se compreender que os portadores do vírus HIV encontram-se abarcados pela proteção constitucional.

É de se ver então, que o direito à saúde, insculpido no art. 196: direito de todos e dever do Estado, para o caso dos portadores do vírus HIV, tal dispositivo adquire o significado de direito à própria existência, a vida vivida com dignidade e pleno acesso a uma saúde pública de qualidade.

Assim, o aspecto da proteção à saúde, englobados os tratamentos terapêuticos e medicamentosos, a realização de pesquisas e experimentos científicos que se voltem à descoberta de medicamentos que possam retardar ou aniquilar o aparecimento dos sintomas nas pessoas portadoras do vírus HIV constituem-se atuações estatais, preconizadas em âmbito constitucional.

Mesmo porque, há que se destacar que mais de 20 anos depois da identificação do HIV, período em que se registrou em torno de 28 milhões de mortes[26], tendo esta sido a causadora, a vacina contra o vírus ainda não foi descoberta, mas a expectativa de vida dos portadores de HIV cresceu significativamente, graças à nova geração de medicamentos usados no combate à Aids, portanto a atuação estatal, sob este aspecto deve permanecer, objetivando efetivar os direitos das pessoas portadoras do vírus HIV.

Atuações estas, todas rumo à diminuição das dificuldades para a prática dos intentos diários, sem quaisquer marginalizações, incluindo estas pessoas no seio da sociedade, de forma ampla e irrestrita.

Ainda que engatinhando, o nosso País vem demonstrando preocupação com o tema, a qual se dá expressamente, sem carecer recorrer à interpretação sistemática, para que se viabilize a extensão dos direitos constitucionalmente resguardados, também a esta categoria de pessoas, é o caso de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, que teve a elaboração, pelos representantes da Assembléia Legislativa (em 1989, durante o Encontro Nacional de ONGs que trabalham com aids), tendo resultado na aprovação da “Declaração dos direitos fundamentais da pessoa portadora do vírus da Aids”, a qual transcrevemos adiante:

I - Todas as pessoas têm direito à informação clara, exata, sobre a aids. Os portadores do vírus têm direitos a informações específicas sobre sua condição.

II - Todo portador do vírus da aids tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.

III - Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena ou qualquer tipo de discriminação.

IV - Ninguém tem o direito de restringir a liberdade ou os direitos das pessoas pelo único motivo de serem portadoras do HIV/aids, qualquer que seja sua raça, nacionalidade, religião, sexo ou orientação sexual.

V - Todo portador do vírus da aids tem direito à participação em todos os aspectos da vida social. Toda ação que tende a recusar aos portadores do HIV/Aids um emprego, um alojamento, uma assistência ou a privá-los disso, ou que tenda a restringi-los à participação nas atividades coletivas, escolares e militares, deve ser considerada discriminatória e ser punida por lei.

VI - Todas as pessoas têm direito de receber sangue e hemoderivados, órgãos ou tecidos que tenham sido rigorosamente testados para o HIV.

VII - Ninguém poderá fazer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes para o HIV/aids sem o consentimento da pessoa envolvida. A privacidade do portador do vírus deverá ser assegurada por todos os serviços médicos e assistenciais.

VIII - Ninguém será submetido aos testes de HIV/aids compulsoriamente, em caso algum. Os testes de aids deverão ser usados exclusivamente para fins diagnósticos, para controle de transfusões e transplantes, e estudos epidemiológicos e nunca qualquer tipo de controle de pessoas ou populações. Em todos os casos de testes, os interessados deverão ser informados. Os resultados deverão ser informados por um profissional competente.

IX - Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde e o resultado dos seus testes.

X - Toda pessoa com HIV/aids tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania.

Há que se debruçar diante desta iniciativa, que em suma, simboliza a atenção que se teve com a preservação da existência digna das pessoas portadoras do vírus HIV.

5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO: PREVISÃO DO DIREITO À SAÚDE NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

A Constituição de 1988, já em seu preâmbulo, dá ensejo à previsão do direito à saúde, vez que apresenta, de maneira inicial, que estamos sob os auspícios de um Estado democrático social de direito, sendo que neste momento fixa a existência de direitos sociais, assegurando ainda o bem-estar da sociedade.[27]

Desta maneira, observamos que o preâmbulo do texto constitucional de 1988, já ensejou a existência de direitos sociais inseridos no texto, vez que ao tratar deste de maneira inicial, já acena para um texto que atende às questões sociais, daí não há como se eximir ao cumprimento destes direitos, pois cristalina se demonstra a intenção de nosso Poder Constituinte Originário por meio do qual foi promulgada a Constituição de 1988.

Ainda nesta esteira teremos no Título I da Constituição de 1988, que trata dos princípios fundamentais, sendo que a previsão ínsita no Art. 1º, estabelece, primeiramente, que o Brasil estará sob uma República Federativa, sendo que dentre seus fundamentos traz, devemos ressaltar, em face de nosso estudo, a previsão quanto à cidadania e à dignidade da pessoa humana, as quais estão expressas de maneira clara em seus incisos.[28]

No Art. 3º da Constituição de 1988, encontramos a previsão quanto aos objetivos da República Federativa do Brasil, sendo que neste contexto devemos destacar o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sendo que desta maneira, demonstra mais uma vez o caráter social do texto, conforme dispõe quando dos objetivos da República Federativa.[29]

Após destacarmos os dois dispositivos constitucionais acima, devemos ressaltar que a tarefa de identificar os princípios constitucionais que norteiam determinadas normas, nem sempre é uma tarefa fácil, como ocorre com os Arts. 1º e 3º da Constituição de 1988, afinal ambos encontram-se presentes, dentro do mesmo Título no texto constitucional, sendo que na maioria das vezes, esta não é uma tarefa fácil, mas que compete unicamente ao jurista, o qual tem o dever de fazê-la de maneira técnica, visando interpretar corretamente o texto constitucional, com base em seus princípios.

Adentrando no Título II da Constituição de 1988, teremos as previsões quanto aos direitos e garantias fundamentais, sendo que no Capítulo I deste título, teremos a previsão dos direitos e deveres individuais e coletivos, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, sendo que desta maneira garante a prevalência dos direitos aos meios de vida, sendo que assim dispõe o Art. 5º, em seu *caput*:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

[...]

§ 1º – As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Os dispositivos acima, demonstram a preocupação do constituinte originário em valorizar os direitos e garantias fundamentais.

Quanto à aplicabilidade, como dispõe o § 1º do Art. 5º da Constituição de 1988 atente-se que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, “[...] a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do Art. 5º, § 1º”.^[30]

Outro dispositivo que merece destaque, está previsto no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, do Título II, da Constituição de 1988, mais precisamente no Art. 6º, o qual trata diretamente de prever a saúde, sendo que assim dispõe:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nota-se a importância do dispositivo, pois o direito à saúde está dentre os direitos sociais, visto como direito social.

No Título VIII da Constituição de 1988, que trata da ordem social, o Capítulo I, traz a disposição geral, no Art. 193, prevendo o bem-estar e da justiça social, da seguinte forma: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

O Título VIII da Constituição de 1988, trata da ordem social, e o Capítulo I, traz a disposição geral, sendo que na Seção II, prevê o direito à saúde, elencando de forma clara a finalidade do direito à saúde, conferindo ainda responsabilidades, assim dispõe:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Observa-se, pelo Art. 196 da Constituição de 1988, à previsão constitucional do direito à saúde, sendo que este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob uma Constituição dirigente, a qual não representa um mero estatuto.

O dispositivo apresenta um caráter imperativo, impondo ao Estado a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social, que vise o bem estar de todos aqueles que estiverem no território nacional, contemplando o princípio da isonomia, sendo que desta maneira, torna-se

evidente a função precípua do Estado atuar visando o bem estar da população, no que tange ao direito, constitucionalmente, consagrado à saúde.

Portanto, é inolvidável que incumbe ao poder público cumprir as normas constitucionais estabelecidas, visando conferir efetividade ao direito à saúde, como forma de atuar na efetividade dos direitos sociais, contemplando a dignidade da pessoa humana.

5.1 DEVER DE CONCEDER SAÚDE

5.1.1 Competência legislativa

A competência legislativa, refere-se à competência para produzir Leis atinentes à saúde, sendo que neste contexto, teremos que condensar alguns dispositivos constitucionais, afim de aferirmos a competência atribuída pela Constituição de 1988 ao legislador infraconstitucional, afinal, legislar acerca de saúde, implica em legislar acerca de direitos fundamentais.

No que tange à competência legislativa ao direito à saúde, todos os entes federativos encontram-se competentes para legislar, portanto a competência legislativa é concorrente^[31] entre todos os entes legislativos (União, Estados e Distrito Federal) conforme demonstrado pelo inc. XII, do Art. 24 da Constituição de 1988, o qual assim dispõe:

Art. 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde.

Assim, não há dúvida quanto à competência concorrente no contexto federalista brasileiro, uma vez que o texto constitucional de 1988 apresenta-se eminentemente claro quanto a este aspecto.

Conforme destaca Dallari:

Expressamente, no Brasil, apenas a Constituição promulgada em 1988 esclareceu o critério hierárquico subjacente às competências concorrentes, prevendo que ‘no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais’, que poderão ser suplementadas pelos estados (Art. 24, § 1º e 2º).^[32]

Consideremos ainda que o Sistema Único de Saúde (SUS), cujo fundamento de validade encontra-se previsto no texto constitucional de 1988, instituiu um sistema único no território brasileiro com competência para gerir e administrar a saúde, sendo que este sistema atua de maneira participativa com Estados, Municípios e Distrito Federal, atribuindo-lhes primeiramente condições econômicas e financeiras e ainda obrigações no que tange a competências materiais.

Sendo que algumas dúvidas atinentes à questão da competência legislativa ainda são presentes no meio jurídico, assim como destaca Wichert:

No que diz respeito à distribuição da competência legislativa, a Constituição peca pela falta de precisão. Isso porque, a tutela da saúde nos termos do Art. 194, é ação que integra a seguridade social, ao lado da assistência e da previdência social. Dessa forma há uma aparente contradição entre a conferência de competência privativa para a União legislar sobre seguridade social (Art. 22, inc. XIII) e a atribuição de competência concorrente para a União e Estados dispor sobre previdência social e saúde (Art. 24, inc. XII).^[33]

Porém, utilizamos ainda o posicionamento de Weichert, que ao concluir acerca da competência legislativa em matéria de saúde assim leciona:

Logo, em matéria de saúde, a competência legislativa é compartilhada entre todos os entes federativos, segundo a técnica vertical limitada. Compete à União editar normas gerais sobre o tema, aos Estados editar as normas complementares necessárias ao funcionamento dos seus serviços e à sua função de direção estadual do SUS, e aos Municípios a edição de normas complementares necessárias à sua esfera de atuação.^[34]

5.1.2 Competência material

A competência material referente ao direito à saúde, apresenta-se como uma competência material comum,^[35] destinada à execução dos serviços atinentes à saúde.

Pois bem, competência material, dentro do âmbito nacional, em nosso ordenamento jurídico, não está adstrita a um único ente federativo, mas sim a todos os entes da federação, logo, todos estes entes têm a competência material no que se refere ao direito fundamental à saúde. Assim, efetivar o direito à saúde é obrigação tanto da União, como do Estado, Distrito Federal e dos Municípios.

Para corroborar com este posicionamento, vejamos a previsão do Art. 23 da Constituição de 1988:

Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

[...]

Parágrafo único – Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Desta maneira, não há dúvidas quanto ao fato de que todos os entes da federação têm competência material quanto ao direito à saúde,^[36] devendo prestar assistência à saúde de maneira imediata, vê-se ainda que o parágrafo único, apenas fixa a necessidade de que leis complementares fixem normas para a cooperação, mas em momento algum traz qualquer obstáculo para a efetividade do disposto no Art. 23, inc. II, portanto trata-se de norma plenamente aplicável, em face de qualquer dos entes federados.

Nesta seara destaca Almeida:

A competência material do Art. 23 foi designada como competência ‘comum’, termo que, no caso tem o mesmo sentido de ‘concorrente’. Haverá uma concorrência de atuação nas matérias que o dispositivo arrola. O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados.^[37]

Ainda outro dispositivo constitucional, está expresso no bojo da Constituição de 1988, de forma a corroborar com o disposto no Art. 23, cujo teor encontra-se no Art. 30, inc. VII da Constituição de 1988, que dispõe competir aos Municípios, prestar, com a

cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Mais um dispositivo, que trata de maneira específica, o que já se encontrava previsto no Art. 23, de maneira genérica, porém, tem-se que o disposto no Art. 30, inc. VII, acaba por ser redundante no que se refere à competência material, sendo que nesta seara talvez tenha o constituinte tentado realmente corroborar com o disposto no Art. 23, de forma a efetivar verdadeiramente o direito à saúde, pois mesmo que agindo de maneira redundante exclui-se qualquer obstáculo quanto à competência concorrente por parte do município que talvez pudesse tentar criar obstáculo em face de sua competência material. Oportuno nesta seara o posicionamento de Weichert:

Aliás, o Art. 30, inc. VII, acaba por ser redundante, pois é dispositivo que confere aos Municípios a missão de prestar serviços de atendimento à saúde da população, já genericamente prevista no Art. 23. Sabe-se, no entanto, que a Constituição é um texto normativo originado de especial momento político, no qual cabem normas de reforço. Nesse contexto, a norma do Art. 30, inc. VII, reafirma e detalha o comando do Art. 23 [...].^[38]

Os dispositivos acima transcritos vêm “[...] antecipando o que novamente será tratado nos Arts. 196 a 200 – confere aos Municípios a função principal dos serviços de atendimento à saúde”,^[39] sendo que desta forma, teremos tais previsões, quanto à competência material concorrente a todos os entes da federação reafirmada por todos estes dispositivos constitucionais, o que ao menos em tese tende a garantir maior efetividade ao direito à saúde.

Assim, a competência material concorrente em relação à saúde na Constituição de 1988, é fato, mesmo que haja alguma divergência doutrinária acerca do tema, podemos considerar que assim foi acolhido pelo constituinte, incumbindo a nós, enquanto sociedade exigir o cumprimento por parte do poder estatal, do direito fundamental a saúde.

Forçoso, portanto concluirmos que a Constituição de 1988, não teve temor em atribuir a todos os entes federados a incumbência de efetivar o direito à saúde, não isentando nenhum deles desta obrigação. Neste sentido, leciona Dallari:

A conclusão inevitável do exame da atribuição de competência em matéria sanitária é que a Constituição federal vigente não isentou qualquer esfera de poder político da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Assim, a saúde – ‘dever do Estado’ (Art. 196) – é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.^[40]

E, uma vez que a saúde é direito de todos, os portadores do vírus HIV, enquadrados ao conceito de pessoas com deficiência como estão, podem usufruir do imenso rol protetivo, consagrado constitucionalmente (dever estatal de todos os entes federativos de concessão da saúde pública com qualidade), que para os mesmos acaba adquirindo um significado diferenciado: continuar vivos.

6. CONCLUSÕES

1) As pessoas portadoras do vírus HIV, que representam hoje, aproximadamente 0,5% da população brasileira, carecem de tratamento digno e respeitoso, clamado pelo Estado Democrático de Direito, que se alicerça, dentre outros objetivos da República Federativa do Brasil, na promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza (Art. 3º, inc. IV da Constituição Federal).

2) Muitas destas pessoas contaminadas pelo vírus HIV, demoram anos para que tenham os primeiros sintomas manifestados pelo seu organismo, mas é justamente neste período que necessitam de atenção redobradas, pois como dito, continuam vivendo e esta existência deve ser circundada pelo respeito aos seus direitos, sob todos os aspectos, exterminando-se o preconceito e a marginalização social.

3) Para que este ideal seja alcançado, é necessária então, a atuação estatal, do interlocutor da efetivação dos direitos, no nosso ordenamento, concedendo-lhes meios aptos à usufruição de seus direitos.

4) Pode-se dizer que este dever estatal tem a função de amenizar a dor das pessoas infectadas pelo vírus, bem como de seus familiares. A mencionada dor não se restringe ao aspecto físico, adentra no mais íntimo dos sentimentos de cada ser, reveste-se mesmo, da impossibilidade descritiva, isto porque pertence à “cada um”, abordado no ordenamento jurídico brasileiro, pelo denominado princípio constitucional da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III.

5) A identificação destas pessoas como sendo pessoas deficientes autorizar-lhes-ia o gozo dos direitos assegurados à estas, razão pela qual procedeu-se a averiguação dos diversos conceitos atribuídos à pessoa deficiente e, uma vez considerados os aspectos: filosófico, jurídico e social, bem como destacada a celeuma travada por legisladores e doutrinadores, acerca da questão, conclui-se pela possibilidade do enquadramento das pessoas portadoras do vírus HIV à conceituação de pessoas deficientes, por encontrarem, tal qual estas, dificuldades para praticar suas atividades, presente portanto a inviabilidade para a fruição dos seus direitos.

6) Os obstáculos com os quais se deparam estas pessoas, para a prática de seus atos cotidianos contrapõem-se aos planos da almejada inclusão social, portanto as pessoas portadoras do vírus HIV podem buscar os direitos assegurados às pessoas deficientes, os quais integram imenso rol no ordenamento, tanto no âmbito constitucional, quanto infraconstitucional.

7) Para estas pessoas, dentre o aludido rol de direitos, destaca-se o necessário acesso à saúde pública, de forma ampla e irrestrita, na qual embutem-se os tratamentos terapêuticos e medicamentosos, que traduzem-se para estas, no direito de continuar vivas, a vida vivida com dignidade, para alcançar o bem maior, clamado por todos, que é a felicidade.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de Direito: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Acesso ao emprego: discriminação em razão de deficiência – o acesso ao emprego e a proteção processual em defesa da igualdade. *In*: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (coords.). **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis: Vozes, 1992.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani**. 2ª tirag. São Paulo: Saraiva, 1968. 2 vol.

CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1967. 2 vol.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **O Estado – desconhecimento ou descaso?: portadores de necessidades especiais – as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: ARX, 2004.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa: de acordo com a ortografia oficial brasileira**. 41ª ed. rev. e ampl. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 2002.

FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33ª ed. São Paulo: Globo, s.d.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo: Loyola, 2000. tomo I.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. *In*: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à sociologia**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 1999.

Sites

<<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS12F4F21PTBRIE.htm>>. Acesso em 17 mar.2009.

<<http://boasaude.uol.com.br/lib/emailorprint.html>>. Acesso em 23 mar.2009

<<http://saude.terra.com.br/interna.html>>. Acesso em 23 mar.2009.

<<http://jusbrasil.com.br/noticias.html>>. Acesso em 23 mar.2009.

[1] Conforme Dra. Joana D'Arc S. Souza (Universidade Federal de Viçosa): neoplasia é uma massa anormal de tecido cujo crescimento excede e não está coordenado ao crescimento dos tecidos normais e que persiste mesmo cessada a causa que a provocou. Disponível em: < <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/ac12.htm>> Acesso em: 19 abr. 2009.

[2] Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS12F4F21PTBRIE.htm>>. Acesso em 17 mar.2009.

[3] Os dados foram coletados do site: <http://boasaude.uol.com.br/lib/emailorprint.html>. Acesso em 23. mar 2009

[4] Antecedendo a manifestação dos sintomas, no organismo infectado, há o período da incubação, que vai do momento em que pessoa entra em contato com o vírus até o aparecimento destes primeiros sintomas.

[5] O lema do Encontro foi: “Antes nos escondíamos para morrer, hoje nos mostramos para viver.”

[6] SARLET, 1998, p. 97-98.

[7] POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185.

[8] BOLONHINI JÚNIOR, 2004, p. 40.

[9] RULLI NETO, 2002, p. 65.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-14.

[11] MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 98.

[12] REsp. n. 1026899 – DF (2008/001940-7) – 17/04/2009. Recurso especial conhecido e provido. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603446/recurso-especial-resp-1026899-df-2008-001940-7-stj>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

STJ RECURSO ESPECIAL 1026899 – DF (2008/0019040-7), DE 17/04/2008.

TRT 3ª. REGIÃO RO 00864-2007-072-03-00-3, publicado em 12/04/2008

[13] TRT 3ª. Região RO 00864-2007-072-03-00-3, publicado em 12 abr. 2008. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaprocessual/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO%20%2008%20%20274&idAndamento=RO%20%2008%20%20274PAC020080411%20%202010404300>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

[14] A nomenclatura pessoa portadora de deficiência não é a única, outras já foram empregadas, a Constituição de 1967 utilizava a expressão *excepcional* ao tratar desta categoria de pessoas, enquanto com a Emenda nº 12, de 1978, utilizou-se o termo *deficiente*; e esta, ora adotada pela Constituição Federal de 1988.

[15] FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**: de acordo com a ortografia oficial brasileira. 41ª ed. rev. e ampl. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 2002, p. 264.

[16] FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33ª ed. São Paulo: Globo, s.d., p. 130

[17] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 528.

[18] BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 267.

[19] BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani. 2ª tirag. São Paulo: Saraiva, 1968, 2 vol., p. 884.

[20] CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1967, 2 vol., p. 1070.

[21] MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo: Loyola, 2000, tomo I, p. 651.

[22] ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de Direito**: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 335.

[23] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003, p. 23.

[24] *Ibidem*, p. 23-24.

[25] VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à sociologia**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 1999, p. 44.

[26] Estimativa encontrada em <<http://saúde.terra.com.br/interna.html>> Acesso em: 23 mar.2009.

[27] Preâmbulo da CF/88: “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifos nossos).

[28] Art. 1º da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III –

a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

[29] Art. 3º da CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sócias e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

[30] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002-b, p. 59.

[31] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 141: “Das matérias relacionadas no Art. 24, algumas já integravam a competência legislativa concorrente limitada na Constituição anterior. Com efeito nos termos daquela Constituição, já competia à União editar normas gerais e aos Estados normas específicas sobre os seguintes temas: direito tributário; direito financeiro; orçamento; custas dos serviços forenses; educação; desporto; previdência social e **proteção e defesa da saúde**” (grifo nosso).

[32] DALLARI, 1995, p. 38.

[33] WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139.

[34] *Ibidem*, p. 141.

[35] ALMEIDA, 2000, p. 133: “É certo que o exercício das competências materiais comuns deverá ser presidido pelo ideal de **colaboração entre as pessoas político-administrativas**. É certo também que as normas que se editarem com vistas a proporcionar a cooperação desejada obrigarão também a União [...]” (grifo nosso).

[36] Neste sentido: ALMEIDA, 2000, p. 133: “Assim, por exemplo, tarefas como cuidar da saúde e da proteção dos deficientes [...] pressupõe a observância de normas gerais da União, com base nos disposto nos incs. VI; VII; VIII; IX; **XII**; e XIV do Art. 24” (grifo nosso).

[37] *Ibidem*, p. 131.

[38] WEICHERT, 2004, p. 138.

[39] *Ibidem*, mesma página.

[40] *Ibidem*, p. 42.

EDUCAÇÃO INCLUSIVA E O DIREITO À DIVERSIDADE SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

INCLUSIVE EDUCATION AND THE RIGHT OF DIVERSITY IN THE FOCUS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Vivianne Rigoldi Boechat

RESUMO

O presente artigo aborda o direito à educação especial conferido pela Constituição Federal de 1988 a todos os portadores de necessidades especiais. O problema revela-se na implantação da proposta nacional de educação inclusiva e concentra-se na necessidade de proteção do direito à educação especial do portador de deficiência, enquanto indivíduo com necessidades especiais, garantindo-lhe desta forma a concretização de todos os demais direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. Para tanto, a análise parte da construção dos direitos humanos, enfoca o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um valor intrínseco do ser humano por meio do qual todos os demais direitos se concretizam. Aborda o Princípio da Igualdade em suas diferentes formas de interpretação e adequação à especificação dos sujeitos e finalmente, trata o tema da educação inclusiva a partir de reflexões a respeito do direito à educação especial, sob o enfoque do direito à diversidade como garantidor da igualdade conforme prevista constitucionalmente. Conclui em síntese que, a inclusão dos portadores de necessidades especiais em escolas regulares – educação inclusiva – deve ser precedida de medidas efetivas de adequação do meio (escola regular) ao fim (educação especial inclusiva), preparando as escolas regulares para receberem os educandos especiais, garantindo-lhes orientação especializada e de qualidade, que possibilite efetivamente seu desenvolvimento intelectual e respeite seus direitos constitucionais, em especial o direito de serem tratados de forma desigual em razão de suas especificidades.

PALAVRAS-CHAVES: INCLUSÃO; EDUCAÇÃO ESPECIAL; IGUALDADE; DIVERSIDADE

ABSTRACT

This article discusses the right to special education conferred by the Constitution of 1988 to all individuals with special needs. The problem shows up in the implementation of the national proposed of inclusive education and focuses on the need to protect the right to special education of the disabled as individuals with special needs, thus ensuring him the realization of all other fundamental rights constitutionally recognized. Thus, the analysis part of the construction of human rights, focuses on the principle of human dignity as an intrinsic value of human beings through which all other rights are realized. Addresses the principle of equality in its various forms of interpretation and

adaptation to the specification of the subject and finally, treats the theme of inclusive education about the right to special education, in the right approach to diversity as a guarantor of equality as constitutionally previewed. In summary concludes that the inclusion of individuals with special needs in regular schools - inclusive education - must be preceded by effective measures of adequacy of the means (regular school) to the end (special education inclusive), preparing the regular school to receive special needs students and guaranteeing their expertise and quality orientation, effectively allowing their intellectual development and respect their constitutional rights, in particular the right to be treated as unequal because of their peculiarities.

KEYWORDS: INCLUSION; SPECIAL EDUCATION; EQUALITY; DIVERSITY

INTRODUÇÃO

Dentre as etapas em que a doutrina dividiu a construção do Estado Democrático de Direito, a quarta etapa marcou a passagem do plano abstrato do destinatário genérico para o plano da categorização, ligada ao gênero, ao grau de desenvolvimento biológico (criança, adolescente, idoso), ao estado ou condição da vida humana (deficientes físicos e mentais). Nesta etapa da *especificação* dos sujeitos, a proteção aos direitos humanos assinalou um aprimoramento em função da categorização dos sujeitos que até então eram genéricos (ser humano, cidadão) e passaram a ser considerados segundo suas especificidades e necessidades especiais.

Neste contexto, o processo de democratização do Brasil possibilitou sua reinserção no campo internacional de proteção dos direitos humanos e permitiu o fortalecimento do processo democrático por meio da ampliação dos direitos fundamentais por essa mesma democratização assegurados.

A proteção constitucional dos portadores de deficiência, por sua vez, encontrou amparo nos princípios fundamentais explícitos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988 e em outras importantes previsões constitucionais aplicáveis, que o presente artigo tem por intuito analisar.

O primeiro a ser abordado é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana por ser a dignidade um valor intrínseco da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, devendo ser respeitada, promovida e protegida.

Em seguida é abordado o Princípio da Igualdade expresso no artigo 5º da Constituição Federal, sendo de grande relevância a distinção de suas diferentes formas de interpretação para a compreensão de sua aplicabilidade aos direitos dos portadores de deficiência.

A partir de tal análise, a especificação surge como uma forma de garantia de direitos. O reconhecimento da desigualdade entre sujeitos é mostrado como um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade

anterior. Em outras palavras, a igualdade entre desiguais deriva do reconhecimento e equiparação das desigualdades.

Finalmente, a educação inclusiva é avaliada sob o enfoque das diferentes concepções de igualdade e do direito à educação especial. Considerada como meio de inclusão social, a educação inclusiva é posta em discussão.

Revela-se então que, no Brasil, a educação inclusiva enquanto instrumento de inclusão social dos portadores de necessidades especiais, pode representar um afastamento dos portadores de deficiência do direito constitucional à educação especial, caso represente um desrespeito ao tratamento especializado às pessoas às quais a Constituição Federal garante o *direito de serem tratadas de forma desigual em razão de suas especificidades*.

Conclui-se que, a educação inclusiva para atingir os fins sociais e jurídicos a que se propõe, depende da implantação **efetiva e prévia** dos instrumentos específicos e eficazes de adequação do meio ao fim (cabe dizer, adequação da escola regular à educação especial), o que implica na efetivação de uma nova política educacional, contratação e especialização de educadores, preparação de gestores, readequação de conteúdos, flexibilização dos regulamentos escolares, reforma da estrutura física das escolas, para concretização da equalização que o *Princípio da Educação Inclusiva* propõe, sob pena de, a curto prazo, violar o direito constitucional a educação especializada e, a longo prazo, eliminar as chances reais de inclusão social dos portadores de necessidades especiais em razão da ausência de desenvolvimento intelectual adequado.

1. CONSTRUÇÃO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, os direitos humanos foram dispostos em etapas na construção do estado democrático de direito.

Segundo Celso Lafer, apresentando a obra de Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, estas etapas aparecem nítidas na Constituição Federal Brasileira de 1988 e são definidas como: *positivação*: a etapa do reconhecimento através do Direito Positivo do valor da pessoa humana, é a etapa das declarações de direitos; *generalização*: a etapa do surgimento do princípio da igualdade e seu correspondente, o da não discriminação; *internacionalização*: a etapa caracterizada pelo apoio da comunidade internacional e normatização no Direito Internacional Público desses direitos reconhecidos e marcada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e por fim, *especificação*: a etapa em que a tutela aos direitos humanos assinala um aprofundamento em função da especificação dos destinatários que até então eram genéricos (ser humano, cidadão) e que passam, nesta etapa, a serem categorizados segundo suas especificidades e necessidades especiais.

Trata-se da passagem do plano abstrato do destinatário genérico para o plano da categorização, por sua vez ligada ao gênero, ao grau de desenvolvimento biológico

(criança, adolescente, idoso), ao estado ou condição da vida humana (deficientes físicos e mentais).

Assim, com relação ao destinatário genérico, seja como homem, seja como cidadão, que neste segundo caso já corresponde a certa forma de especificação, surge a exigência de responder como nova especificação à seguinte indagação: *que homem, que cidadão ?*

Emanam respostas distintivas dos gêneros, das fases da vida e dos estados físicos e psíquicos da existência humana.

Esta transformação evidencia-se juridicamente tanto no âmbito da legislação infra-constitucional e da Constituição Brasileira quanto das declarações internacionais de direitos.

É uma tendência mundial de determinação dos sujeitos de direito que, somada à internacionalização dos direitos, deveria apontar para maiores possibilidades de realização e efetivação dos direitos humanos.

No interior do contexto histórico, sob o ângulo de cada uma das doutrinas nascidas em cada uma das gerações de direitos, o liberalismo representa uma doutrina parcialmente igualitária visto que entre as liberdades protegidas estão todas aquelas das quais resultam as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas.[1]

Portanto, se as sociedades hoje existentes são inquestionavelmente sociedades de desiguais, doutrinas não igualitárias tendem a manter o *status quo* existente, enquanto que, neste sentido, as doutrinas igualitárias tornam-se reformadoras.

Tal como as doutrinas igualitárias, também as doutrinas não-igualitárias pressupõem não tanto a consideração da insuperável desigualdade humana, mas a avaliação positiva dessa ou daquela forma de desigualdade, seja entre indivíduos mais ou menos favorecidos pela natureza, seja entre raças, estirpes ou nações; elas pressupõem um juízo de valor oposto ao das doutrinas igualitárias, ou seja, o juízo segundo o qual a desigualdade é vista como favorável ou necessária à ordem social e ao progresso, devendo-se, portanto, respeitar e não abolir tais desigualdades.[2]

No Brasil, somente com o início do processo de democratização do país, a partir de 1985, é que o Estado passa a recepcionar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

Sob a égide da Constituição Brasileira de 1988 e seu primado de prevalência dos direitos humanos como norteador das relações internacionais, inúmeros instrumentos supra-nacionais de direitos humanos foram incorporados pelo Direito Brasileiro.

Na verdade, o Estado brasileiro passava por uma necessidade latente de reorganização de sua agenda internacional de forma condizente com as transformações internas oriundas do recente processo de democratização. Havia, naquele momento, a necessidade de se passar uma imagem internacional positiva de país respeitador dos direitos humanos dado o elevado grau de universalidade desses instrumentos que

contam desde aquela época com a adesão de vários Estados integrantes da ordem internacional.[3]

Sendo assim, o processo de democratização do Brasil possibilitou sua reinserção no campo internacional de proteção dos direitos humanos, pela ratificação constitucional de tratados internacionais e, por sua vez, essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático através da ampliação da gama de direitos fundamentais por essa mesma democratização assegurados.

Neste contexto a proteção constitucional dos portadores de deficiência encontra amparo já nos princípios fundamentais explícitos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988 que são cidadania, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer preconceitos.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os princípios fundamentais dispostos nos artigos iniciais da Constituição brasileira remetem à preocupação do legislador pátrio em, objetivando garantir a não marginalização social das pessoas portadoras de deficiência, determinar em seu artigo 203, inciso IV, a habilitação, reabilitação e a integração à vida comunitária de pessoas com necessidades especiais.

Este e outros dispositivos constitucionais fundamentais revelam a preocupação do constituinte pela concepção de liberdade, igualdade e novos valores ligados a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 é um conjunto de princípios e regras destinadas à realização de um sistema aberto de valores. Dentre eles está o princípio da dignidade da pessoa humana, que ainda passa por um momento de elaboração doutrinária tanto no Brasil quanto no mundo, mas que de forma geral é aquele que assegura a todas as pessoas um espaço de integridade moral pela única razão de sua existência no mundo.

A dignidade humana relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. "O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais"[4]

A dignidade da pessoa humana está expressamente estabelecida na Carta Magna de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa brasileira. Em várias passagens, o constituinte proíbe que a vida seja extinta ou que seja submetida a padrões inadmissíveis, da perspectiva do que se compreenda por vida digna.

Para Ingo Wolfgang Sarlet é indissociável a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Bem salienta que a dignidade é um valor intrínseco da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, devendo ser respeitada, promovida e protegida. Existindo como algo intrínseco ao ser humano, não pode ser criada, concedida ou retirada. Neste sentido, existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. O Direito exerce, assim, papel crucial na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.[5]

"Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade" [6], especialmente criando condições de exercício e fruição dessa dignidade.

Para tanto é essencial que se estabeleça a exata compreensão do sentido e conteúdo da dignidade da pessoa humana, que pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio passou a integrar a carta magna estatal, elevada a valor fundante do estado democrático de direito.

O constituinte de 1988 não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais e sim, frisou-a como princípio fundamental, ou seja, é a positivação da dignidade na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental.

Portanto, não há que se cogitar a existência de um direito à dignidade, mas tão somente se entendido como um direito ao respeito à dignidade, direito à proteção da dignidade, à promoção e desenvolvimento, uma vez que, como já dito, a dignidade constituiu uma qualidade inerente ao ser humano e que por isso não poderá ser concedida pelo ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental em si mesma. Não se pode reconhecer que exista um direito fundamental à dignidade, sob pena de reduzir a amplitude e magnitude da noção de dignidade com que o legislador constituinte premiou-a em 1988 ao invocá-la como princípio fundamental do Estado-democrático de Direito.

Vale frisar que, é do grau de reconhecimento e proteção concedido à dignidade por cada ordem de Estado-nação e pela ordem internacional que depende sua concretização.

Neste ponto, nem mesmo a positivação constitucional da dignidade em princípio fundamental tem tido força suficiente para promover sua efetivação real e tão pouco impedir violações concretas à dignidade das pessoas.

Como apontado por Oscar Vilhena Vieira, na vida real do cidadão brasileiro saltam aos olhos as diferenças no campo econômico, social, cultural e político de nosso país, ora em razão da etnia, ora em razão da classe social, da condição física e psíquica ou até mesmo do sexo.

As desigualdades, sejam por qualquer motivo determinadas, são imensas, surgindo assim a necessidade de invocar o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que se deve a cada pessoa em razão de diferenças específicas.[7]

Ainda que não se possa falar em um conceito universal de dignidade da pessoa humana, em última análise, onde há desrespeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana constituiu, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet uma qualidade intrínseca e distintiva existente em cada ser humano e que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, assim, um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (critério da OMS), além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável no próprio destino e da vida em comum com os demais seres humanos, uma vez que não se pode descartar a dimensão social ou comunitária da dignidade, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos.

Portanto, somado ao princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se o princípio da igualdade, expresso no artigo 5º da Constituição Federal, sendo de suma importância para a compreensão de sua aplicabilidade aos portadores de necessidades especiais, a distinção entre suas diferentes formas de interpretação.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A liberdade indica um estado da pessoa, enquanto indivíduo em sua singularidade, um ser humano livre. A igualdade, uma relação, um ser social que deve estar numa relação de igualdade com os demais indivíduos sociais.

Tanto a liberdade quanto a igualdade são valores fundantes de um estado democrático, não obstante uma sociedade de absolutamente livres e iguais possa parecer uma utopia.

Na verdade, a liberdade e a igualdade pretendidas devem regular uma sociedade de tal modo que os indivíduos que nela coexistam sejam o mais livre e o mais igual possível do que em qualquer outra forma de regime de convivência.

A igualdade, como valor supremo ideário de uma sociedade ordenada, feliz e civilizada aparece acoplada à liberdade. Ambas têm na linguagem política um significado emotivo predominantemente positivo, mas o significado descritivo dos termos se torna impreciso face a ambigüidade e indeterminação.

No que tange a igualdade, a dificuldade em estabelecer seu significado descritivo está em sua indeterminação, posto que, dizer que dois indivíduos são iguais sem nenhuma outra especificação concreta nada representa na linguagem política. Neste sentido, a determinação da igualdade deve estar atrelada ao conteúdo informativo da igualdade entre quem e a igualdade em quê.

Isto porque, enquanto a liberdade é uma qualidade do indivíduo, a igualdade é uma relação formal que pode ser preenchida por diversos conteúdos.

Assim, a igualdade é considerada para os indivíduos de uma totalidade como um bem ou fim na medida em que esses indivíduos se encontrem num determinado tipo de relação entre si.

Em outras palavras, "o conceito e o valor da igualdade pressupõem, para sua aplicação, a presença de uma pluralidade de entes, cabendo estabelecer que tipo de relação existe entre eles (...) a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade".[8]

Diferentemente da clara distinção entre a igualdade e a liberdade, não raro a igualdade vem substituída por outra expressão utilizada como seu equivalente, a justiça.

É que a igualdade entre as partes, ou melhor, entes, como se utiliza Bobbio, deve ser instaurada acompanhada do respeito à legalidade para a instituição e conservação da ordem e da harmonia como um todo. Essas duas condições por sua vez, igualdade e legalidade, são indissociavelmente necessárias para a realização da justiça.

Cumprir dizer, a alteração das relações de igualdade podem introduzir injustiça, quando não observadas as leis, assim como a não observância das leis é uma ruptura do princípio de igualdade no qual a lei se inspira.

Este, aliás, é o clássico ensinamento de Aristóteles segundo o qual "evidentemente todos os atos conforme à lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei e dizemos que cada um deles é justo"[9]

A igualdade é uma meta buscada na medida em que é considerada um ideal de harmonia entre os indivíduos de uma sociedade, ou seja, é justa.

Segundo Norberto Bobbio, conjugar os dois valores supremos da vida civil é usar a expressão liberdade e justiça, já que a igualdade é então um valor buscado somente quando seja condição necessária para a harmonia, a ordem e o equilíbrio das partes e de um sistema que se pretenda seja justo.

Ocorre que, conforme exposto, a justiça é um ideal enquanto que a igualdade é um fato. A igualdade envolver-se-á então em um problema de identificação do quê se torna desejável que dois indivíduos sejam iguais.

A fim de que a igualdade entre dois indivíduos seja considerada justa é que surgem critérios de justiça em que pretende-se estabelecer caso a caso, situação por situação, em que duas pessoas devem ser iguais. Estabelece-se quais aspectos deverão

ser considerados relevantes para o fim de distinguir se aquela específica igualdade é desejável ou indesejável. Comumente os vários critérios são coordenados entre si e mérito, necessidade, antiguidade, dentre outros se unem em uma mesma situação concreta.

Uma vez sanadas as dificuldades inerentes à escolha dos critérios para se estabelecer quando duas pessoas devem ser consideradas iguais surge a regra de justiça, segundo a qual os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, ou seja, a regra de justiça intervém para determinar que sejam tratados do mesmo modo os indivíduos que se encontrem em uma mesma categoria.

Como em Aristóteles, "se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais"[10].

Em síntese, primeiro estabelece-se como um determinado indivíduo deve ser tratado para o ser de forma justa e somente depois de se estabelecer o tratamento justo, em um segundo momento, surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja reservado a todos os indivíduos que se encontrem em uma mesma situação. Este segundo momento é chamado de justiça na aplicação.

A regra de justiça é considerada justiça formal posto que não diz qual seja o melhor tratamento limitando-se somente a exigir sua aplicação igualitária, prescindindo de qualquer consideração sobre o conteúdo.

3.1 AS DIFERENTES MANIFESTAÇÕES DE IGUALDADE E A ESPECIFICIDADE DOS SUJEITOS

Uma das máximas políticas mais repetidas desde o final do século XVIII até os dias de hoje, expressa em forma de regra jurídica é a de que *todos os homens são iguais*.

Dizer que *todos* são iguais responde somente à primeira das duas perguntas formuladas anteriormente para dar conteúdo ao significado descritivo da igualdade: *igualdade entre quem ? Todos*.

Já quanto à segunda questão, '*igualdade em que ?*' encontraremos a insuperável ambigüidade dos diversos significados dados à igualdade tantas quantas forem as respostas à questão.

Mas, nem mesmo Jean-Jacques Rousseau, defensor do igualitarismo defendeu um dia a possibilidade de que todos os homens fossem iguais em tudo. Para Rousseau, a espécie humana tem dois tipos de desigualdades: uma a que ele chama de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e a outra a que chama de desigualdade social, por depender de uma espécie de convenção a ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens e produzidas por relações de domínio econômico, espiritual e político. "Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns

usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles"[11].

Rousseau tem como fim a substituição desta segunda forma de desigualdade por uma igualdade moral e legítima.

Desta máxima que proclama que *todos os homens são iguais*, somente uma determinação pode-se dizer que seja acolhida universalmente: a de que *todos são iguais perante a lei*. No entanto, problemas de clareza também circundam este princípio de que a lei é igual para todos. Isto porque a igualdade perante a lei ora faz entender uma vinculação do juiz ao princípio, ora uma vinculação ou subordinação do legislador ao princípio, quando este toma a forma então de igualdade *na lei*, tornando-se um princípio diverso e bem mais significativo.

A dificuldade aumenta quando o enunciado da igualdade vem acompanhado de especificações de conteúdo os quais acabam por aceitar de forma tácita ou expressa formas de discriminação que permaneceram fora da mencionada prescrição legal.

Fato é que, existem entre os indivíduos diferenças relevantes e irrelevantes estabelecidas com base em opções de valor, o que faz com que o momento histórico interfira na inclusão ou exclusão de certas categorias de pessoas em determinadas formas de direitos, admitindo-se desta forma que a igualdade perante a lei seja entendida como o impedimento legal de qualquer discriminação não justificada.

É importante ainda distinguir a igualdade perante a lei da *igualdade nos direitos* e da *igualdade de direito*.

A *igualdade nos direitos* significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Neste sentido é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) ao proclamar que *todos os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos*. Assim, a igualdade nos direitos compreende, além do direito de igualdade perante a lei, todos os demais direitos fundamentais como direitos políticos, direitos civis, direitos sociais, proclamados na maior parte das constituições modernas.

Já a *igualdade de direito*, também chamada de igualdade jurídica é aquela que está em contraposição à *igualdade de fato*. É a igualdade que faz de todo indivíduo de uma determinada sociedade um sujeito de direito, um sujeito jurídico, mesmo os relativa ou absolutamente incapazes, sejam crianças, adolescentes, doentes mentais dentre outros.

Considerado um dos pilares da democracia, o *princípio da igualdade de oportunidades* tem como objetivo colocar os indivíduos de uma mesma sociedade em situação de igualdade para participar das disputas sociais e busca dos anseios mais significativos da vida em condições equilibradas, equitativas, ou seja, a partir de posições iguais. Como todas as outras formas de igualdade, esta também aponta para dificuldades oriundas principalmente das desigualdades de nascimento que somente são sanáveis caso se favoreça, por exemplo, o mais pobre em detrimento do mais rico, o fisicamente mais fraco em detrimento do mais forte, assegurando-se ao inicialmente

menos favorecido certa vantagem em relação ao mais favorecido a fim de colocá-los em igual ponto de partida, promovendo a *igualdade de condições*.

"Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades"[12]

A *igualdade de fato* por sua vez, constitui uma exigência ou um ideal de concretização da igualdade. Também conhecida como igualdade material ou substancial, levanta questões de alta controvérsia a respeito das formas e dos modos específicos através dos quais se supõe que essa igualdade possa ser pretendida e realizada. É desta discussão que nasceram fórmulas como *a cada um segundo suas necessidades*, o critério da *utilidade social*, o vago critério da *correspondência à natureza, a cada um na proporção de, a cada um em partes iguais*, dentre outras tantas que serviram e servem até hoje de fundamento para diferentes ideologias igualitárias.

Neste ponto cumpre consignar que, ainda que o fundamento das doutrinas igualitárias seja a consideração da natureza comum de todos os homens, isto por si só não é suficiente para justificar o princípio fundamental do igualitarismo, ou seja, igualdade face a igualdade de *genus*, mas sim do juízo de valor segundo o qual *a maior igualdade possível entre os homens é desejável*.

Assim, a igualdade natural entre os homens não é suficiente, nem mesmo necessária, para fundamentar qualquer das formas de igualdade entre os indivíduos, mas pelo contrário, "a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização".[13]

Como nunca antes na história da civilização, a discriminação étnica, de sexo, de condição física ou psíquica ou de classe social tem sido vista como uma infâmia.

Pelas razões apontadas, a Constituição Federal Brasileira de 1988 introduziu a *igualdade* como um princípio fundamental de nossa ordem jurídica, com o reconhecimento normativo do direito à igualdade.

4. A EDUCAÇÃO INCLUSIVA E O DIREITO À EDUCAÇÃO ESPECIAL: O DESAFIO

Os direitos humanos se constituem em base dos direitos das pessoas portadoras de deficiências. Estes, portanto, se enquadram plena e totalmente nos princípios da dignidade e da igualdade. Qualquer trabalho de estudo dos direitos da pessoa portadora de deficiência deve considerar como ponto de partida as normas relativas aos direitos humanos.[14]

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência estão entrelaçados e são interdependentes, de modo que um determinado conjunto normativo envolve todos os demais.

O direito à educação repercute nos direitos à saúde, ao trabalho, ao transporte, à prevenção de acidentes, à habilitação e à reabilitação, posto que corresponde à forma de aprimoramento intelectual que prepara o indivíduo para o exercício de uma profissão, para a integração de uma vida familiar e social[15].

O reconhecimento constitucional explícito dos direitos dos portadores de deficiência ocorreu em 1978, por meio da Emenda Constitucional nº 12 de 17 de outubro, em um único artigo que dispôs ser assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibição de discriminação inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários e possibilidade de acesso a edifício e logradouros públicos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família.

O dever do Estado em relação às pessoas portadoras de deficiência está especificamente consignado no artigo 23, inciso II da Constituição Federal que é repetido no artigo 208 no que diz respeito ao direito à educação.

Nos termos do artigo 208 da Constituição Federal, o Estado, visando garantir o direito à educação, prevê atendimento educacional especializado gratuito a educandos com necessidades especiais, preferencialmente nas redes regulares de ensino.

Em junho de 1994, foi aprovada a Declaração de Salamanca sobre educação especial, por representantes de 88 países, incluindo o Brasil e de 25 organizações internacionais, em assembléia da Conferência Mundial de Educação Especial, que reconhece a educação especial como forma de equalização de oportunidades e de inclusão de pessoas com deficiência, razão pela qual deve ser parte integrante do sistema regular de ensino dos países signatários.

Note-se que os destinatários das normas acima citadas são, em primeiro plano, as pessoas jurídicas de Direito Público, não dependendo da intervenção do Poder Legislativo a viabilização das mesmas por parte do Poder Executivo, que deve implementá-las por meio de ações concretas e Programas de Educação Inclusiva a fim de dar cumprimento ao texto constitucional e à declaração internacional a qual aderiu.

Experiências em vários países demonstram que a integração de pessoas com necessidades educacionais especiais é mais efetiva dentro de escolas inclusivas, que servem a todas as crianças dentro da comunidade.[16]

Por outro lado, a implantação inadequada dos programas de inclusão dos portadores de necessidades especiais em escolas regulares pode, e não raro é o que resulta do panorama atual das escolas públicas do país, na contramão da *mens legis*, provocar uma verdadeira exclusão pela ausência do respeito à diversidade e portanto, pela ausência de tratamento especializado às pessoas às quais a Constituição Federal

garante o **direito de serem tratadas de forma desigual em razão de suas especificidades**, o que nada tem de contraditório com o princípio da igualdade, mas pelo contrário, é uma de suas formas de manifestação conforme já esclarecido.

A legislação infraconstitucional pátria, ao tratar do tema da educação dos portadores de deficiência, confirma o direito de ser tratado prioritariamente e de modo adequado, constituindo obrigação nacional a cargo do Poder Público o oferecimento de educação especializada aos sujeitos de direitos que dela necessitem.

Sinaliza de forma clara a necessidade de alguns portadores de necessidades especiais precisarem, ainda que por período determinando, de ensino especializado para ter acesso aos cursos regulares, especialmente aqueles com deficiências mentais, auditivas ou com limitações físicas acentuadas.

Corroborando o entendimento de que a educação especial é a única maneira de o Estado assegurar ao portador de deficiência o direito à educação, uma vez que, para cumprir os preceitos constitucionais relativos ao direito à cidadania (que se traduz pelo direito à educação), é necessário que a rede pública de ensino mantenha classes especiais em suas unidades de ensino dotadas de recursos materiais e humanos voltados para educar e preparar o deficiente objetivando sua integração, se adequado, na rede regular de ensino.

Portanto, cumpre esclarecer que a partir da avaliação jurídico-constitucional do tema, em especial dos princípios fundamentais expostos, dois pontos são bem distintos para o cumprimento das normas legais de inclusão social dos portadores de deficiência: primeiro, a *escola* é que deve ser *regular*, ou seja, a expressão 'escola regular' corresponde tão somente a um ambiente físico em que se deve interagir e segundo, a *educação* continua sendo a *especializada*.

Em síntese, para que o Poder Público possa concretizar a inclusão social dos portadores de deficiência por meio de uma política educacional inclusiva, com respeito aos princípios fundamentais do Estado e aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de direitos e proteção dos portadores de necessidades especiais, é imprescindível que as escolas regulares estejam efetivamente dotadas de pedagogia capaz de satisfazer tais necessidades e que os educadores que ali atuam sejam pessoas preparadas tanto do ponto de vista técnico quanto psicológico, aptos ao exercício da docência no acolhimento da diversidade, gestores comprometidos com a busca da qualidade e do respeito aos direitos constitucionais dos alunos com necessidades especiais, o que somente se realizará a partir de medidas governamentais de preparação e adequação das escolas regulares e seus educadores para o acolhimento dos portadores de deficiência, o que demanda, em última análise, tempo e dinheiro dos órgãos públicos responsáveis pelo ensino no país.

Em outras palavras, o verdadeiro desrespeito ao princípio da igualdade não está em deixar de incluir o portador de deficiência nas escolas regulares, mas sim, e com imensuráveis prejuízos, incluí-lo em escola regular sob a égide de métodos pedagógicos inapropriados, professores sem orientação específica, instalações físicas inadequadas ao acesso e movimentação dos alunos especiais, ausência de material didático específico para cada forma de deficiência.

Cabe ressaltar que, visto por este ângulo, e somente por este, a educação inclusiva pode representar, a curto prazo, a violação do direito constitucional a educação especializada e a longo prazo, a eliminação das chances reais de inclusão social pela carência de desenvolvimento intelectual adequado à profissionalização, ao convívio familiar e social.

Neste sentido é que a Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Prática em Educação Especial proclama que somente as escolas regulares, que possuem 'orientação inclusiva' (em sentido técnico), constituem meios eficazes de combater atitudes discriminatórias, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos, o que em última instância direciona para a eficácia de todo o sistema educacional.

CONCLUSÃO

As considerações do presente artigo têm por finalidade motivar um olhar mais atento do Poder Público e das autoridades responsáveis pela proteção dos direitos dos portadores de necessidades especiais, apontando uma visão mais crítica e menos idealista a respeito da sistemática que vem sendo adotada no Brasil de cumprimento dos preceitos de inclusão social dos portadores de deficiência, em especial a educação inclusiva no ensino regular.

Considera-se que, muito distante do que se propaga no meio educacional, igualdade e diversidade não são realidades antagônicas, pelo menos não do ponto de vista jurídico, onde a criação de mecanismos de respeito e consideração à desigualdade dos desiguais é uma das formas de concretização do princípio da igualdade conforme previsto constitucionalmente.

Conclui-se que, as estruturas de ação propostas pelo governo e expressas por meio dos Programas de Educação Inclusiva, para que respeitem os direitos constitucionais dos alunos especiais, conforme exposto, devem ser precedidas de imediata adequação do meio ao fim, o que implica na efetivação de uma nova política educacional, inclusive com a contratação e especialização de educadores, preparação de gestores para as escolas públicas afinados com o novo pensamento em educação especial, readequação de conteúdos, flexibilização dos regulamentos escolares de modo que não afetem a criança portadora de deficiência, disponibilização de equipamentos, mobiliários, material pedagógico específico, enfim, a promoção de um ambiente favorável, com procedimentos e agentes aptos a efetivar a genuína equalização que o *Princípio da Educação Inclusiva* propõe, por meio de prévio planejamento e com a intervenção de todas as partes envolvidas e interessadas.

Cumprir frisar que, destacando-se os diferentes aspectos da educação inclusiva, básicos e imprescindíveis para a realização da educação especial é que se efetivem os direitos constitucionais dos portadores de deficiência que em sua plenitude são essências à dignidade humana e ao exercício dos Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Lígia Assumpção. **Pensar a Diferença-Deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, tradução de Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência: direitos e garantias**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **Pessoa Deficiente: direitos e garantias**. São Paulo: Edipro, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 231p. Título original: L'età dei Diritti.

_____. **Igualdade e liberdade**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 39ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006. (Série Legislação Brasileira).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ªed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. 577 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ªed. rev. ampl. at. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 2ªed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROUSSEAU.J-J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais - Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

[1] BOBBIO. Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.41.

[2] BOBBIO. Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.39-40.

[3] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.43.

[4] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação dos Direitos Fundamentais*. p.38.

[5] SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2007.

[6] SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2007, p.48.

[7] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais - Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.285.

[8] BOBBIO. Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.13

[9] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.104.

[10] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.p.108-109.

[11] ROUSSEAU.J-J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 143.

[12] BOBBIO. Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.32.

[13] BOBBIO. Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.43.

[14] ASSIS, Olney Queiroz. POZZOLI, Lafayette. *Pessoa Deficiente: direitos e garantias*. São Paulo: Edipro, 1992, p. 76,77

[15] ASSIS, Olney Queiroz. POZZOLI, Lafayette. *Pessoa Portadora de Deficiência: direitos e garantias*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

[16] ASSIS, Olney Queiroz. POZZOLI, Lafayette. *Pessoa Portadora de Deficiência: direitos e garantias*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, pg 313.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A REFORMA CONSTITUCIONAL PARA A ADEQUAÇÃO AO MODELO DE PRODUÇÃO - O ESTADO LIBERAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE CONSTITUTIONAL REFORMATION FOR THE ADEQUACY TO THE PRODUCTION MODEL - THE LIBERAL AND DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

Adreana Dulcina Platt

RESUMO

Este estudo pretende analisar criticamente as relações existentes entre a produção econômica e a organização político-jurídica no Brasil, a partir da década de noventa. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental nos propusemos a fundamentar as principais alterações encontradas na Constituição Federal de 1988 – exarada pela legitimidade que oferece a nova ordem interna que se institui -, juntamente com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 – que corresponde ao centro nevrálgico de disseminação aos novos códigos de produtividade e ordem social que se opera a todos os indivíduos e em diferentes faixas etárias. Justificam-se tais alterações enquanto decorrentes ao modelo de reestruturação da produção que se desenvolve no país na década investigada. Os dados aqui analisados tiveram como referência os estudos de cientistas sociais, pesquisadores das áreas da Educação e da Economia, doutrinadores e constitucionalistas que se debruçam na investigação criteriosa ao eixo que descortina o liame na objetividade das categorias aqui definidas. O devido trato aos elementos destacados neste estudo se propõe crítico, uma vez que questiona a condição humana, a partir de uma produção de cunho capitalista enquanto pressuposto ao nexo entre os objetos aqui recortados. A pesquisa considera, a partir das análises produzidas, que há uma aguda relação entre o modelo de produção e as alterações que visam o restabelecimento da economia interna e externa do país por meio dos institutos político-jurídicos do Estado, que respaldam tanto a nova ordem que surge, quanto justificam a formação continuada de quadros sociais adequados ao novo consumo e sua reprodução.

PALAVRAS-CHAVES: REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA - CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL - DIREITOS SOCIAIS

ABSTRACT

This study it intends to critically analyze the existing relations between the economic production and the politician-legal organization in Brazil, from the decade of ninety. Through one it searches bibliographical and documentary we considered in them to base the main found alterations on the Federal Constitution of 1988 - engraved for the legitimacy that offers the new internal order that if it institutes -, together with the Law of Lines of direction and Bases of the Education of 1996 - that it corresponds to the center of dissemination to the new codes of productivity and social order that if it

operates to all the individuals and in different age bands. Such decurrently alterations while to the model of reorganization of the production are justified that if develops in the country in the investigated decade. The data analyzed here had as reference the studies of social, searching scientists of the areas of the Education and the Economy, doctrines and constitutionalists who if lean over in the criterions inquiry to the axle that discloses in the objective of the categories defined here. The had treatment to the elements detached in this study if considers critic, a time that questions the condition human being, from a production of capitalist matrix while estimated to the nexus enters cut objects here. The research considers, from the produced analyses, that an acute relation has enters the production model and the alterations that they aim at reestablishment of economy internal and external of country by means of Justinian codes politician-legal of State, that in such a way endorses the new order that appears, how much justifies the continued formation of social pictures adjusted to the new consumption and its reproduction.

KEYWORDS: PRODUCTIVE REORGANIZATION - FEDERATIVE CONSTITUTION OF BRAZIL - SOCIAL RIGHTS

TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais
CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**

§ 3º **Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados**, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifos nossos).

INTRODUÇÃO

Nossa intenção no presente estudo, será a reflexão junto às adequações constitucionais que ocorreram desde o período compreendido entre final da década de oitenta e início da década de noventa. Esta abordagem tem por finalidade verificar as mudanças que na Carta Magna brasileira precisaram ser feitas, na perspectiva de

realinhar o país ao novo panorama político-econômico ventilado pelas diretrizes da Aliança da Nova Direita, e que são postuladas em acordos já sustentados pelos grandes impérios financeiros (Estados Unidos, Canadá, Alemanha, entre outros, cf. ANDERSON, 2000).

a. O que representa a Constituição para um país?

Dentre os conceitos postulados por importantes estudiosos do Direito Constitucional^[1] (denominados "constitucionalistas", pelo zelo dedicado em resguardar aquilo que versa a Constituição, seu sentido formal, mas também em sua objetividade material), queremos destacar aquele conceito de "Constituição" que melhor coaduna com o propósito de nossos estudos, a saber, que detenha em seu cerne o entroncamento histórico a partir do apanágio da revolução dos povos contra a tirania dos Estados Absolutistas, assim como a conquista das garantias individuais e coletivas dos sujeitos aos mais amplos aspectos de condição de existência humana e sua reprodução. Deste modo, nos apoiamos nas assertivas de DALLARI (2003, p. 198) de que a construção do texto constitucional deve versar por três grandes elementos: "*a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade da limitação do poder dos governantes e a racionalização do poder*".

Em outros termos: a *afirmação da supremacia do indivíduo* significaria o direito a autodeterminação que os sujeitos exercitariam, diante da coletividade humana, ao afirmarem os aspectos que os organizam por sobre as questões que lhes são colocadas e nas respostas que demandam à sua existência (seriam os direitos fundamentais que se consolidam por serem essenciais à existência humana).

A necessidade da *limitação do poder dos governantes* seria o aspecto redutor ao *ius puniendi* enquanto atributo particular do Estado na vigília à ordem social estabelecida. Finalmente, a Constituição deve preceituar toda uma racionalidade, que oriente o organismo interno da gestão do Estado se comporte com tal lógica, que determine os elementos de uso e distribuição do volume arrecadado (pelos tributos; principalmente em bens, serviços e outros) a todo sujeito vivente no país, assim como na composição lógica desta estrutura, com vistas, também, no acesso aos elementos intrínsecos a uma vida cidadã, à justiça, na preconização daquilo que será o ordenamento legítimo à toda coletividade, compondo-se mais da racionalidade do que dos usos e costumes locais (os quais poderiam ferir o princípio de amplitude que uma Constituição possui), entre outros.

DALLARI (2003, p. 200), citando Loewenstein, também elenca os quesitos que um texto constitucional deve minimamente conter em seu conteúdo material e formal, resguardando os elementos acima descritos enquanto garantias fundamentais:

- a) A diferenciação das diversas tarefas estatais e sua atribuição a diferentes órgãos ou detentores do poder, para evitar a concentração do poder nas mãos de um só indivíduo;
 - b) Um mecanismo (planejado) que estabeleça a cooperação dos diversos detentores do poder, significando, ao mesmo tempo, uma limitação e uma distribuição do exercício do poder;
 - c) Um mecanismo (planejado), para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de parcelas autônomas do poder, a fim de evitar que qualquer deles, numa hipótese de conflito, resolva o embaraço sobrepondo-se aos demais;
 - d) Um mecanismo (planejado), para adaptação pacífica da ordem fundamental às mutáveis condições sociais e políticas, ou seja, um método racional de reforma para evitar recurso à ilegalidade, à força e a revolução;
- e) A Constituição deve conter o reconhecimento expresso de certas esferas de autodeterminação individual, isto é, dos direitos individuais e das liberdades fundamentais, prevendo sua proteção contra a interferência de um ou de todos os detentores do poder.

Finalmente, o mais importante a assinalar dentre os elementos fundamentais de uma constituição representativa à nação que a desenvolve, é a característica de ser vinculada à "realidade histórico-concreta de seu tempo" sendo uma "entidade viva, que interage com a situação histórica, com o desenvolvimento da cidade, e só assim é que cumpre seu papel regulador" (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 33).

b. E o que representa a Constituição para o Brasil?

DALLARI (1985, p. 113), em texto produzido em plena efervescência da abertura democrática (1985) - período das "Diretas Já" e na pulsação da queda dos Atos Institucionais que vigoravam no país desde idos de 1969 -, pondera quanto à eficácia da Carta Magna de uma nação. Para o autor este será o instituto legítimo e adequado à realidade social requerida, com vistas a assegurar "a permanente possibilidade de mudança social e a revisão periódica (de seus preceitos), bem como a reinterpretção das normas para que elas sejam aplicadas de acordo com os valores vigentes", consolidando assim, as conquistas sociais de modo que "se tornem irreversíveis" a todo o povo, ou justificando sua alteração na garantia da ampliação aos direitos humanos e à dignidade da pessoa.

Segundo MARINI (1985, p. 19 a 21) as modificações que se fizeram necessárias à Constituição brasileira a partir da segunda metade da década de oitenta, não se devem apenas aos auspícios da queda da ditadura no país, mas, ainda, enquanto reformulação ao necessário desenvolvimento social e institucional que se planifica internacionalmente, pois "qualquer processo de mudança e renovação tem como condição *sine qua non* a supressão dos pontos de amarre dessa ordem opressiva".

As alterações necessárias, as quais o autor se refere, destina-se àquelas que coadunam com o desenvolvimento político-econômico ventilado principalmente pelas "frações burguesas mais dinâmicas e por isso com maior capacidade de pressão sobre o aparelho estatal" que, prostituído do capital multinacional desde o decênio anterior ao período do "Milagre Econômico", não mediu esforços no que concerne ao espaço que representa a Carta Constitucional para a consolidação do projeto neoliberal e da sustentação ao modelo de produção capitalista (COUTINHO, 2000, p. 96-98).

A composição do texto constituinte se faz por meio do embate de classes que se organizam a partir de interesses antagônicos. São forças políticas e econômicas que, conforme MARINI (*idem*, p. 30), com voraz apetite, por um lado perseguem o ideal capitalista (elite hegemônica), assim como por outro, buscam ideais sociais, populares, para as questões nacionais e da produção.

No período da "abertura política", o capital nacional ainda se ressentia diante das grandes corporações internacionais, uma vez que o Estado as protegia e não as ameaçava, porquanto não oportunizava ao capital interno, por meio de políticas protecionistas, pelo contrário, aliançava-se cada vez mais principalmente com o novo formato de colonialismo moderno: submeter-se a pesados empréstimos oriundos do Fundo Monetário Internacional (FMI) e demais organismos multilaterais. Hoje se vê que a internacionalização dos mercados, que desponta de forma maciça, tem promovido internamente às nações, exatamente a fuga de capitais que, segundo TAVARES (1997) tem como principal característica a volatilidade, permitindo que "ao se teclar o 'enter' dos computadores, milhares de dólares se esvaíam dos cofres nacionais, promovendo rombos desproporcionais na economia interna".

É necessário explicitar estes dados da política-econômica, uma vez que os interesses conflitantes na construção da nova Constituição brasileira se deram num período em que não estava em jogo unicamente o elemento da repressão política, mas também do alijamento econômico oriundo da "nababesca" festa com os recursos públicos, oportunizado pela permissividade dos governantes nacionais em silenciar as oposições e as devidas prestações de conta de seus atos e que ainda possui seu rescaldo na atualidade (FARENZENA, 2006).

Conforme FARENZENA (*idem*, p 32 e 33):

(...) na primeira metade da década de 80 fica manifesta uma potencial instabilidade institucional posta pelos limites da estratégia de repressão e da exclusão política, incapaz de absorver demandas e pressões e resolvê-las ou canalizá-las pela tradicional combinação clientelismos-anel burocráticos do Estado numa sociedade relativamente modernizada. (...). Com o esgotamento do modelo coercitivo, inicia-se a reengenharia institucional da transição negociada do regime, cunhada de 'transição democrática', projetada ainda no curso dos últimos governos militares, que conduziram a 'abertura lenta, gradual e segura'. (...). (Cf. Moisés (1989)) as negociações para a entrega de poder, pelos dirigentes do 'antigo regime' à 'oposição confiável', envolveram acordos sobre quem ocuparia a chefia do Estado, o uso da instituição do Colégio Eleitoral para escolher o presidente civil, garantias de intocabilidade e manutenção dos direitos dos militares, a manutenção de quadros do 'antigo regime' na coalizão governista e o formato da futura Constituinte. Com isto, estabeleceu-se um pacto de não-competição entre as elites dominantes. (grifos nossos)

Tão desastroso quanto os acordos que velam as atrocidades de um período nefasto da história brasileira, será o concerto que se propaga ao longo das duas últimas décadas para "compensar" uma memória intranquila pelos assombros que não se resolveram anteriormente - e no tempo que deveria ser próprio para tal[2].

A cultura de não enfrentamento às questões que urgem no espaço social e institucional será uma marca de nosso processo civilizatório, como asserta HOLANDA (1989), uma vez que o baixo grau de organicidade institucional no espaço público brasileiro, já no período imperial, apresenta três conseqüências:

- a. **Formação da Personalidade Social:** a gestão política apresenta-se como assunto de interesse particular;
- b. **A escolha dos indivíduos** aos cargos públicos faz-se **de acordo com a confiança pessoal** e não por capacidades próprias;
- c. **A racionalização da atividade pública:** falta da ordenação lógica pessoal, sem o devido rigor da burocracia estatal.

Neste mesmo vetor, FERNANDES (1974) destaca quanto à formação da "*res publica*" no Brasil:

1. Há uma herança do Modelo Escravocrata e Senhorial;
2. Instituições políticas de dominação patrimonialista;
3. Concepção de liderança que convertia a Educação Sistemática em um símbolo social de Privilégios e de Poder dos membros e da camada dominante;
4. Ausência de um "espírito público constitutivo";
5. País de estrutura econômica dependente;
6. Devastação com empobrecimento econômico-demográfico das áreas férteis;
7. Expansão desordenada de centros circunstancialmente ativos de produção.

Com a exposição desta geografia que denuncia o histórico de um original descomprometimento com a organização racional do Estado brasileiro, que ocorre assentado em privilégios e hábitos indelévels ao caminho de um conceito de desenvolvimento mais ampliado, e que se desse em fruição às diversas forças sociais coexistentes, não causa surpresa as análises de FARENZENA (2006) sobre os pactos oriundos da "transição democrática" e que reverberam na confecção da Nova Carta Constitucional.

A autora pondera que a "troca" do governo militar pelo civil, trouxe, na verdade, mais do que "ventos da democracia" que se espraiam pelo país: notabiliza, também, as contradições existentes nos porões do Estado, principalmente pela desarticulação partidária ("com indiferenciação ideológica") que se observa à época, enquanto causa de um grave "vácuo político" (*idem*, p. 34).

SADER (1985, p. 131), a partir de Gramsci, conceitua que neste período ocorre a denominada "crise de representação política" onde as representações conservadoras perdem sua legitimidade enquanto "expressão própria (de) sua classe ou sua fração de classe" e na "incapacidade do regime ditatorial para reproduzir-se". O agudizamento nas relações é gerado uma vez que "o velho morre, mas o novo não pode nascer" (*idem, ibidem*).

O Brasil tem tradição deste elemento sintomático que eclode a partir das crises que se unificam (questões de ordem política, da troca do modelo de produção, administrativa, defesa e na "cobertura" ao corpo dirigente anterior - "antigo regime"). Segundo CURY (1988) a transição, daquilo que poderíamos denominar de um movimento típico da "modernização conservadora"[3], se instala exatamente num recorte de tempo que se caracteriza pelo fenômeno que acima descrevíamos: o vazio político. Um clássico exemplo disto será a transição que ocorre entre o modelo econômico agro-cafeeiro para o industrial[4].

Quando a conjuntura político-econômica não favoreceu a continuidade do modelo de produção agro-cafeeiro (década de 20/30), ocasionado, principalmente, pelo patrolamento de um massivo investimento industrial que desponta pelas "correntes do Pacífico", ocorre uma dispersão das forças conservadoras. Diante disto, não se levantam quadros políticos significativos para compor diligentemente o espaço político-estatal, de tal sorte que proporciona, oportunamente, um atraso na nova recomposição econômico-produtiva que se quer promover e, se abre "ocasião" a uma ocupação não esperada, que tem como consequência, o aparecimento de "forças especuladoras" que interpretam esta transição produtiva - entre a tensão "modernização e conservação" -, em benefício privado.

Significativamente, a Constituição Federal brasileira é um importante elemento emblemático para a caracterização das práticas nas democracias hodiernas com vistas à acomodação dos programas econômicos e projetos de nível internacional. E em nome desta "democracia" legitimam-se os atos de vilipêndio às diferentes nações.

Como colocado na referência (à Constituição Federal de 1988) que abre este terceiro item, é depositado no interior do texto constitucional - assim como ocorre hodiernamente nas Constituições de todos os países que se regulam por preceitos democráticos -, uma especial consideração aos tratados internacionais e acordos sobre direitos humanos que receberão, inclusive, *status* de Emenda Constitucional.

Este dado declara o movimento irreversível da internacionalização da economia (globalização), e sugere a possibilidade de que outras adequações desta natureza - que ocorrem enquanto resultados de negociações que ultrapassam a competência das nações -, venham a perfilar nossa conjuntura presente e futura.

c. O "duplo movimento" constitucional de forças em oposição: sociais e liberais

Constituinte, sim, mas em termos, sem rupturas e sem radicalismos. (FAORO, Raymundo 1985, p. 11)

Por impulsos liberalizantes, no princípio, e de democratização política, em seguida, com a interveniência da crise econômica e da política econômica do governo central, a partir da segunda metade dos anos 70, a hierarquia federalista que caracterizou a ordem autoritária foi sendo superada.

(FARENZENA, Nalu, 2006, p. 55).

A grande virada que se procurava alcançar com a elaboração de uma nova Constituição Federal (CF) brasileira será entendida neste texto, como um esforço que se debruçava em dois principais eixos, o social e o econômico.

O primeiro dizia respeito ao necessário rol de garantias que precisavam ser resgatadas pela expressiva quantidade de brasileiros abatidos que compunham uma oposição combativa frente à ditadura instalada no país por mais de 20 anos, o que alargou um conceito amargo de impunidade e desvalor ao produto humano, coletivo e histórico. Sobre esta questão, ponderava DALLARI (1985, p. 113) à época:

O espírito que vigora no Brasil como Constituição é essencialmente autoritário e demasiadamente preso aos ideais do capitalismo. Por isso o conjunto das normas constitucionais procura de um lado, centralizar o poder político e armá-lo de instrumentos de repressão, reduzindo a meras formalidades as práticas que, teoricamente, deveriam ser garantias democráticas.

O segundo eixo se expressa pelo esforço concentrado que se opera orquestradamente pelas classes dominantes e seus formadores de opinião, com vistas à garantia de um projeto de Estado, em perspectiva a uma economia dirigida pela sorte do capital financeiro.

Pelo grau de particularidade e conflitos que as perspectivas sociais e as econômicas possuem, fazem-se pertinente tecer as devidas observações sobre ambos os eixos.

Quanto aos dispositivos que justificam o rol de direitos dos indivíduos expresso na Carta Magna, observa FAORO (1985, p. 10):

A Constituinte com idéia, reivindicação e movimento, visava, no seu esboço inicial, reconquistar a democracia pela instauração da soberania popular.

É certo que ao ser deflagrada a abertura democrática no país - a qual foi possível pelas inúmeras forças presentes e pulsantes em confronto à descontinuidade do regime ditatorial e opressivo no país -, foi mister que se configurasse um novo mapeamento político-estatal que proporcionasse a devida garantia aos direitos humanos fundamentais e a legitimidade de um Estado democrático. Desta forma, nossas representações constituintes, reunidas em Assembléia Originária, descrevem ao longo do artigo 5º da Constituição Federal (CF), de 1988, todo um rol de garantias fundamentais cujo lastro seria de caráter "pétreo", ou seja, tornou-se um direito, um valor, inegociável.

Para COUTINHO (2000, p. 90), essas garantias foram necessariamente expressas para que a patrula militar recuasse do cenário político imediato, achatando-se numa parede de princípios humanitários que seriam superiores a possibilidade de novas investidas. O autor relata ainda que para a materialidade deste, forma-se uma frente coletiva, em contraposição ao regime militar, desde idos de 60/70, denominada "frente política de oposição" por onde (..)

(..) os principais sindicatos (..) ganharam autonomia efetiva ao romper na prática com o corporativismo estatal legalmente estabelecido, surgiram novos partidos criados diretamente a partir da sociedade civil, (..); os parlamentos se tornaram mais abertos às pressões 'de baixo', ganhando um peso efetivo na condução da vida política nacional, etc.

Porém, entendemos que, uma vez expressas estas garantias que se fazem presentes enquanto direitos constantes no corpo dos artigos iniciais da CF, tanto as individuais quanto as coletivas, a manifestação das elites conservadoras - que historicamente fazem oposição ao levante de modificações que se pronunciem amplamente democráticas -, ainda concentraram seu esforço na promoção de um projeto de Estado, em perspectiva a uma economia dirigida pela sorte do capital financeiro. Este será o segundo eixo ao qual nos referimos anteriormente: a transição da organização do Estado brasileiro em volta à rearticulação política interna e a adequação desta aos novos princípios do mercado neoliberal (SADER, 1985, p. 139-141).

Deste período de "transição democrática", é sabido que sua organização demandará da tradição instalada no Brasil da denominada "democracia delegativa". A "democracia delegativa", segundo WEFFORT (1992) diz respeito a:

(...) uma espécie particular de democracia representativa, na qual há uma preponderância de comportamentos e relações delegativas no interior de um padrão institucional definido pelo sistema representativo. Evidencia uma preeminência geral de, por exemplo, lideranças personalistas, eleições plebiscitárias, votos clientelísticos, etc., sobre relações parlamentares, partidárias, etc.(...) (cujos) melhores exemplos disponíveis são o Brasil e o Peru.

Na composição de um perfil de alcunha "democrática", o que importa é a presença de ícones que personalizam a alcunha de "redentores", num sentido "preguiçoso" de garantir, ou manter, conquistas. O autor quer chamar a atenção, na

verdade, para a análise de que, engana-se aquele que supõe que a superação de um regime ditatorial signifique uma imediata substituição (ou transposição deste) para o processo democrático. Esta composição fragiliza substancialmente as bases democráticas que se quer instalar, uma vez que há um perfilamento da rotina burocrática que engessa ações que se projetam em direção ao enfrentamento das questões. A distância promovida pelo tipo nocivo de representatividade política que se dispõe a garantir "a partir de si mesmo", os direitos sociais mais caros a expressão dos sujeitos, nega a efetiva participação dos mesmos na construção e reconstrução e, por fim a conquista da plena autonomia.

Conforme SADER (1985, p. 139), uma das mais influentes características que se denuncia na história da organização estatal para que este movimento se dê, ocorre pelo oportunismo das elites de seu tempo, que se instalam insidiosamente no aparelho estatal e, desta forma, "consolidam posições, fortalecendo-se economicamente e tece(ndo) relações mais estreitas com o capital monopólico financeiro internacional" (grifos nossos). Portanto, este será o segundo eixo que compõe a estrutura constitucional, que anteriormente citamos: os princípios econômicos e a adequação aos ditames do modelo de produção vigente.

A Constituição se apresenta, assim, como central elemento para que se empreenda no país "o leme da governabilidade", a partir da lógica do processo de reforma do Estado "(..) e de suas elites técnicas (..) de conceber e pôr em prática estratégias de mudança, ao abrigo das pressões dos interesses estabelecidos, (que) tem sido percebida como a variável decisiva nos processos de mudança econômica (..)" (ALMEIDA; MOYA, 2007, p. 1 - grifos nossos); ou como ALMEIDA (citada por COUTO, 1997, p. 34) analisa de forma mais contundente e sucinta:

(no caso da transição democrática, ocorria) a substituição do autoritarismo por um regime democrático, (no caso da transição econômica), iniciava-se uma mudança que deve desembocar numa nova relação entre Estado e Mercado (grifos do autor).

No campo social, BEDIN (2002, p. 175-179) alude que a empreitada neoliberal, na organização dos preceitos constitucionais, esbarrou com o movimento que veio se readequando ao longo da história, denominado de "liberalismo social".

Este movimento será pontuado pelos ideais socialistas que marcaram a determinação de alguns povos frente às ditaduras e governos despóticos (como a Revolução Russa em 1917, por exemplo), tornando os regimes capitalistas modernos numa pulsão entre os princípios do *laissez-faire* e a conotação de princípios sociais para o rearranjo de um pacto político que permitisse a "sobrevida ao sistema capitalista e que conduziu a uma era de grande crescimento econômico, a um período de relativa distribuição da riqueza e à adoção de políticas sociais compensatórias e de pleno emprego".

E, finalmente, no campo econômico, COUTO (1997, p.46) lembra que as reformas neoliberais apresentam-se de forma contundente no governo Collor que, aproveitando-se do rescaldo que os perfumes emblemáticos da transição democrática ainda exalavam, aplicou uma dinâmica de "dirigismo" no país por meio do "decretismos das medidas provisórias" impingindo reformas econômicas para dar partida ao programa de "liberalização comercial e aprofundamento substancial às privatizações iniciadas no governo Sarney".

Para o autor, naquele momento, este seria um importante trunfo para as devidas reformas orientadas ao mercado neoliberal, caso o processo denominado de "Emenda", não tivesse naufragado por um conjunto de motivadores: "a) pouca destreza política do chefe do Executivo; b) a fragmentação congressual; c) o empenho das oposições; d) a inexistência (ainda) de um consenso acerca das reformas; e) o fato de estar prevista para 1993 uma revisão constitucional".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pontuou questões que nos dão possibilidades de considerar a aguda relação que há entre as adequações do Estado Democrático de Direito e o movimento de reestruturação produtiva, e os elementos condicionantes que o modelo de produção capitalista impõe enquanto objetividades aplicadas ao reequilíbrio das contradições internas do próprio sistema.

Assim, partimos do pressuposto de que a possível análise crítica das categorias aqui apresentadas devem se voltar ao campo das reformulações jurídico-políticas, que "acolchoam" relevantes aspectos do comportamento produtivo.

O reequilíbrio que as contradições do modelo de produção demanda, principalmente no alargamento do fosso entre a riqueza produzida e a renda distribuída, também sugere que no esteio do corpo social sejam diluídas uma perspectiva de propulsão ideológica que cautelosamente ampara o movimento de reestruturação por novos signos de convivência (ou códigos). Tais códigos são plasmados na rotina social por meio dos aparelhos estatais que servem tanto à incorporação ideológica quanto à repressão dos conflitos mais emergentes.

Ao longo das décadas de 80 e 90, os Estados Nacionais apresentaram uma nova recomposição de seus núcleos jurídico-institucionais, com vistas à readequação de seus programas de gestão junto aos ditames de cunho internacional. Desta forma, apresentaram-se projetos de governabilidade que alteraria o cerne da legislação constitucional e infraconstitucional em direção a nova realidade econômica: a gestão neoliberal.

No Brasil, a adequação promovida entre o modelo de produção sugere o necessário realinhamento da Constituição Federal para a legitimidade das reformas exigidas pelos princípios neoliberais. Neste sentido, o Estado brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, apresenta um rol de emendas que afina os discursos do capital financeiro internacional, do "corpo especulativo" interno e da efetiva execução à uma ampla agenda política a ser conduzida pelo Estado.

Com o realinhamento do Estado Nacional junto à agenda da economia neoliberal, o passo seguinte será a adequação que os aparelhos de disseminação ideológica devem sofrer em promoção dos princípios a serem seguidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA Maria Hermínia T. de; MOYA, Maurício. **ANPOCS**. A Reforma Negociada: o Congresso e a política de privatização. Disponível em . Acesso em: 02. jul. 2008.
- ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 5 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 9-23.
- BEDIN, Gilmar A. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 3 ed. Ijuí, RS: Unijuí, 2002.
- BRASIL**. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/CF. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- COUTINHO, Carlos N. *Contra a Corrente: ensaios sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2000.
- COUTO, Claudio G. (A agenda constituinte e a difícil governabilidade). *Lua Nova: governo e direitos*. São Paulo: CEDEC, n. 39, p.33-52, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CURY, Carlos R. J. *Ideologia e Educação Brasileira: católicos e liberais*. 4 ed., São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1988.
- DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Constituição para um Brasil novo. In: SADER, Emir (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 110-127.
- FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e a sofisma. In: SADER, Emir (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 7-16.
- FARENZENA, Nalú. *A Política de Financiamento da Educação Básica: rumos da legislação brasileira*. Porto Alegre, RS: Ed. da UFRGS, 2006.
- FERNANDES, Florestan. Os Dilemas Educacionais Brasileiros. In: FORACCHI, Marialice M; PEREIRA, Luiz. *Educação e Sociedade: leituras de sociologia da educação*. 6 ed., São Paulo: Nacional, 1974, p. 414-441.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 21 ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

MARINI, Ruy M. Possibilidades e Limites da Assembléia Constituinte. In: SADER, Emir (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SADER, Emir. Constituinte, Democracia e Poder. In: SADER, Emir (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 128-146.

TAVARES, Maria da Conceição. "Globalitarismo e Neobobismo". *Folha de São Paulo*. Publicado em 30.03.97.

WEFFORT, Francisco. *Qual Democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

[1] Dentre estes podemos citar José Afonso da Silva, Dalmo Dallari, entre outros.

[2] Referimo-nos aos atuais decretos e leis que concedem pensões e indenizações aos sujeitos que uma vez vítimas de tortura e outras, ocorridas durante o período militar, obtiveram, em um momento bem recente, respostas em suas reivindicações como a **Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002 que regulamenta o art. 8º** da Constituição Federal/88: "É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos".

[3] Conforme FARENZENA (2006, p. 31) expressão "modernização conservadora" diz respeito "(...) a um conceito utilizado por Barrington Moore para designar o modelo de capitalismo tardio do século XIX, que inclui as experiências alemã e japonesa, onde o avanço e sucesso da economia capitalista foram alcançados pelo desenvolvimento da indústria pesada. Apoiado por um Estado autoritário e um projeto nacionalista". FAORO (1985, p. 8-10) possui uma particular leitura deste mesmo movimento: "Cultivou-se a convicção, em outros tempos, de que o conservadorismo 'limitava-se ao papel inglório de incubar no poder os ovos, que são as reformas, depositadas em seu ninho' pelos liberais. Um grupo planta, outro colhe".

[4] A Revolução de Trinta: abriu perspectivas para a concretização deste modelo (lembrar: esta revolução favoreceu o rompimento do país com o modelo oligárquico, e a renovação política da classe dominante, declínio da hegemonia agro-cafeeira e garantia da hegemonia industrial, lembrar da pressão estrangeira em difundir a crise, no BR há um "vazio no poder" por grandes estratos "atrapalhados" no comando, por problemas de

legitimidade). Problema: o declínio da atividade agro não significou a passagem da cultura mecânica para o modo de produção capitalista urbano industrial (CURY, 1988).

PRIMEIRAS INFERÊNCIAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL

FIRST INFERENCIES FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF INTELLECTUAL PROPERTY

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

RESUMO

O estudo objetiva utilizar o aparato metodológico da análise econômica do direito para analisar características econômicas dos bens imateriais. Dessa análise espera-se obter algumas inferências sobre como deve ser a formatação mais eficiente do sistema de propriedade intelectual. Apresentam-se algumas noções gerais sobre a propriedade intelectual, especialmente quanto a sua natureza jurídica, de propriedade ou de monopólio legal. Após são identificados alguns dos elementos básicos da análise econômica do direito e como sua metodologia pode ser útil na determinação dos efeitos e conseqüências das normas jurídicas. Realiza-se uma análise crítica da forma de proteção intelectual existente frente às peculiaridades econômicas de produção e difusão dos bens imateriais. O trabalho conclui que o sistema de propriedade intelectual deve manter um constante equilíbrio entre a proteção e o acesso da coletividade, sob pena de violar sua destinação constitucional. Na obtenção deste equilíbrio as limitações aos direitos intelectuais devem ser vislumbradas não só como exceções a uma regra de propriedade absoluta, mas como ferramentas a serem utilizadas sempre que necessário para corrigir distorções no sistema.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; PROPRIEDADE INTELLECTUAL; BENS IMATERIAIS

ABSTRACT

The study attempts to use the methodological apparatus from the economic analysis of law to analyze the economic characteristics from immaterial assets. Of that analysis it is expected to obtain some inferences on how to format the most efficient intellectual property system. It presents some general notions on intellectual property, especially regarding its nature, as property or as legal monopoly. After it identifies some basic elements of the economic analysis of law and how its methodology is useful in determining the effects and consequences of legal norms. It makes a critical analysis of the system in light of the economic characteristics of the production and diffusion of immaterial assets. The study concludes that the intellectual property system must maintain a constant balance between protection and access, or otherwise it would violate its constitutional objective. In the pursuit of this balance, the limitations of intellectual property must be seen not as mere exceptions to an absolute property rule, but as tools to be used whenever necessary to correct systems distortions.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW; INTELLECTUAL PROPERTY; IMMATERIAL ASSETS

INTRODUÇÃO

O trabalho busca traçar primeiras inferências decorrentes da utilização da análise econômica do direito sobre bens imateriais para substanciar um melhor e mais aprofundado debate sobre qual deve ser o formato mais eficiente de um sistema de propriedade intelectual para que este cumpra seu desiderato constitucional de propiciar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A utilização da análise econômica do direito justifica-se por se tratar de importante aparato metodológico-científico para a análise e verificação dos efeitos das normas jurídicas no meio social.

Além disso, a temática da propriedade intelectual se mostra uma seara não só de profunda relevância para diversos segmentos econômicos, como possui um objeto muito peculiar, que são informações e conhecimentos com valor econômico. O sistema jurídico de tutela da propriedade, por sua vez, desenvolveu-se tradicionalmente para a propriedade material, com um grande destaque para a propriedade imobiliária.

Assim, uma análise dessa nota peculiar de imaterialidade pode oferecer subsídios para um aprimoramento do sistema atual para que este possa promover o desenvolvimento econômico e social.

O trabalho irá apresentar noções gerais sobre a natureza jurídica dos objetos tutelados pelo sistema de propriedade intelectual, bem como traçar algumas premissas teóricas sobre a análise econômica do direito. Num terceiro momento, buscar-se-á a análise específica dos bens imateriais e de suas características econômicas.

Por fim, o estudo irá apontar primeiras inferências decorrentes desta análise quanto a possíveis formas de utilização do sistema de propriedade intelectual atual bem como apontar a necessidade de uma percepção mais refinada de que uma proteção mais alargada não é necessariamente a mais desejável do ponto de vista social.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A expressão propriedade intelectual pode ser classificada como uma expressão genérica, correspondendo ao direito de apropriação sobre criações, obras e produções do intelecto, talento e engenho humanos, englobando uma série de diferentes doutrinas, todas, porém, relacionadas com atividades intelectuais ou com a implementação de idéias, dados e conhecimento em atividades práticas.

Numa lição que já se reputa clássica de Denis Borges Barbosa, compreende-se a noção de Propriedade Intelectual: “(...) *como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, dos direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros*”.^[1]

Bettina Bulzico possui visão ainda mais abrangente, entendendo que a Propriedade Intelectual “(...) *envolve toda atividade humana de caráter intelectual, que seja passível de agregar valores e que necessite de proteção jurídica*”.^[2]

A expressão consagrou-se a partir da “Convenção de Estocolmo”, de 14 de julho de 1967, com a constituição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (*World Intellectual Property Organization – WIPO*), que, posteriormente, veio a se tornar uma agência especializada dentro do sistema das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 1974. No Brasil, a convenção de constituição da OMPI foi promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975.^[3]

Apesar da diversidade de doutrinas, existem elementos comuns a permitir não só a sua classificação, como o estudo conjunto. Para Robert Sherwood, por exemplo, existem oito elementos comuns aos diversos regimes de proteção: o conceito de um direito exclusivo; o mecanismo para a criação do direito exclusivo; a duração do direito exclusivo; o interesse público correlato ao direito exclusivo; a negociabilidade desse direito; os acordos informais e entendimentos entre as nações; a vigência do direito exclusivo; e os arranjos de transação para efeitos de mercado.^[4]

Luis Otávio Pimentel, por sua vez, indica os elementos fundamentais de tais direitos: “(...) *entre os elementos comuns, ou nucleares, de toda a propriedade intelectual a imaterialidade do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção* (...)”.^[5]

Existe controvérsia na doutrina sobre a natureza jurídica dos direitos de propriedade intelectual. Para Orlando Gomes, por exemplo, os direitos intelectuais não podem ser confundidos com a propriedade comum, embora possuam caracteres similares:

O fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, emprestado pela persistente concepção burguesa do mundo. Embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, por isso que também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam, contudo, enquadrar-se numa categoria à parte, que, alhures, denominamos, quase-propriedade, submetida a regras próprias.^[6]

Carlos Alberto Bittar também aponta para um caráter *sui generis* dos direitos intelectuais ao tratar do direito autoral:

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.^[7]

Por outro lado, existem doutrinadores que indicam que as características peculiares dos bens imateriais não desnaturam a possibilidade de configuração de um direito de propriedade dentro da ordem jurídica. Túlio Ascarelli, tratando dos direitos de patente, argumenta que é possível sustentar, não obstante o caráter resolúvel, que se trata de um direito absoluto sobre um bem imaterial.^[8]

No mesmo sentido, a posição de Luiz Leonardos, para quem o direito de propriedade industrial “(...) é um direito absoluto, patrimonial, oponível erga omnes, ou seja, o seu titular dispõe do usus, do fructus e do abusus sobre os bens que constituem o seu objeto”. Conclui ao final “(...) afirmando que o titular do direito de uma invenção patenteada é titular de um direito de propriedade, idêntico a qualquer outra propriedade do direito comum, como regulada no Código Civil”.^[9]

Nesse mesmo viés, Gama Cerqueira caracteriza os direitos de propriedade intelectual como direitos reais:

(...) o direito do autor e do inventor é um direito privado patrimonial, de caráter real, constituindo uma propriedade móvel, em regra temporária e resolúvel, que tem por objeto uma coisa ou bem imaterial; denomina-se, por isto, propriedade imaterial, para indicar a natureza de seu objeto.^[10]

A idéia de que a propriedade intelectual é uma forma de propriedade é recorrente na doutrina. Contudo, existem doutrinadores que apontam o caráter estritamente de privilégio que possuem os direitos de propriedade intelectual, buscando fundamento na natureza histórica de tais direitos, que asseguravam tão somente favores reais para a exploração de tecnologias úteis e a reprodução de livros.

Assim, direitos de propriedade intelectual se aproximariam de um monopólio artificial que é criado em favor de autores e inventores. Para tal corrente, a outorga de direitos de propriedade intelectual, em qualquer de suas doutrinas específicas, nada mais seria que a tolerância de um monopólio, de uma exclusividade por parte do Estado em favor do indivíduo.

Digno de nota é essa noção de que a propriedade intelectual possui a natureza de um monopólio legal já se fez presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Eros Grau, tratando exatamente dos limites do monopólio estatal sobre hidrocarbonetos, na ADI 3273/DF:

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada propriedade industrial: da e na proteção dos patentes, marcas, know-how etc. emerge autêntico monopólio privado, ao detentor do direito de sua exploração.

Logo, a natureza da propriedade industrial, e por extensão, da propriedade intelectual seria de um monopólio legal não constante daqueles expressamente previstos na constituição federal.

Cumprido, contudo, consignar o posicionamento de autores como Robert Sherwood, para quem a propriedade intelectual deve ser entendida de forma diversa de um monopólio, pois esta deve ser percebida como uma proteção, um estímulo ao desenvolvimento humano.

Na visão deste autor, o foco da noção de monopólio é a exclusividade na própria atividade a ser desempenhada. Já para a propriedade intelectual o foco é exclusividade de aproveitamento de uma criação intelectual, nos limites do necessário, para promover a inovação. Nesse sentido:

A propriedade intelectual pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio. Num monopólio, especialmente quando for criado por iniciativa governamental, como é freqüente em muitos países comunistas e em desenvolvimento, a empresa, na verdade, não fracassa porque ela é protegida. A propriedade intelectual protege a idéia, a invenção, a expressão criativa, mas não a empresa. No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado. No caso de um monopólio, é a própria empresa o objeto de proteção.^[11]

Consubstanciando tal entendimento, segue a posição do ilustre Richard Posner, para quem:

(...) a patent or copyright confers a legal "monopoly" on the patent or copyright holder. This usage, though common, is unfortunate, because it confuses an exclusive right with an economic monopoly. I have the exclusive right to the use of my house, but I am not a monopolist and would not be even if the house were very valuable. A patent or copyright does carve out an area of exclusive rights, but whether the rights holder can use his rights to obtain a monopoly return depends on whether there are good substitutes for his product (...)^[12]

Tais considerações são precisas, porém, estão baseadas na premissa de um correto equilíbrio, tanto no escopo como no prazo de proteção, que a legislação confere à propriedade intelectual.

Com efeito, das lições acima, verifica-se que a decorrência ou não de uma situação de efetivo monopólio no mercado será verificada se existir ou não no mercado um substitutivo apropriado – seja uma tecnologia ou produto – àquele particularmente protegido.

Assim, a discussão relativa ao sistema de propriedade intelectual deve-se centrar na identificação do correto limite da exclusividade conferida aos particulares, seja em escopo ou em duração.

É nesse ponto que a análise econômica do direito é uma ferramenta fundamental para identificar as corretas balizas de formatação da tutela jurídica desses bens imateriais.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito pode ser identificada com um movimento, um conjunto de diferentes doutrinas que giram em torno da idéia de estudar o Direito tendo como base a racionalidade individual e a utilização do aparato instrumental microeconômico. Pode ainda ser definida como a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto social das instituições jurídicas.[13]

Elucidando a pluralidade de expressões muitas vezes utilizadas para identificar o movimento, é precisa a lição de Bruno Salama:

A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “Law and Economics”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise Econômica do Direito*. Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*).[14]

Outro elemento comumente associado a este movimento é “(...) a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando torná-las cada vez mais eficientes”. [15]

Consolida-se, portanto, a utilidade prática do aparato conceitual e instrumental metodológico próprio dos estudos da econômica (teorias de preço e custo, *market failure*, teoria dos jogos, dentre outros) para o estudo não só da elaboração legislativa, mas do próprio direito amplamente considerado – jurisprudência, hermenêutica, etc.

A Análise Econômica do Direito veio a ganhar corpo como área de pesquisa acadêmica, inicialmente nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, com os trabalhos de

grandes economistas e juristas como Ronald H. Coase, Richard A. Posner, Guido Calabresi, Thomas Ullen, Robert Cooter, dentre outros. Existem, porém, diversos antecessores já atentos para a interface do direito com a economia que contribuíram para a princiologia hoje adotada para o estudo da matéria.

Logo, esta percepção econômica é apropriada para delinear os contornos e formular um modelo explicativo crítico do direito e da legislação, possibilitando-se uma melhor previsão dos efeitos dos institutos jurídicos sobre as relações sociais.

Eli M. Salzberger aponta que o aparato instrumental do movimento *Law & Economics* volta-se prioritariamente aos modelos de justificação utilitarista em contraste com outros modelos baseados em direito natural ou personalidade:

The two major normative paradigms to analyze intellectual property are the natural law paradigm (which is dominant in the Continental European legal world) and the positivist one (which is dominant in the Anglo-American legal tradition). The natural law paradigm is outside the reach of law and economics, as it is deontological rather than teleological; it judges whether a law, decision or action, is right or wrong on the basis of its intrinsic moral value without regard to its consequences. Thus, a Lockean type of natural law justification to property rights, including intellectual property rights, is outside the scope of law and economics, as is the Kant-Hegel self-fulfilling or self-flourishing justification for the protection of intellectual property.^[16]

Fabio Ulhoa, por sua vez, aponta que a análise econômica é uma ferramenta auxiliar da interpretação jurídica teleológica e “(...) *pode ser considerada – ao lado da teoria pura do direito, a lógica deontica, o marxismo e o realismo – também uma tentativa de cientificamente conhecer os padrões de comportamento socialmente produzidos*”.^[17]

Exatamente para evitar exageros, convém destacar que a utilização de uma abordagem de análise econômica do direito justifica-se, para os propósitos deste trabalho, pela necessidade de ressaltar que os bens imateriais apresentam características econômicas peculiares e demandam uma racionalidade diferenciada que deve informar a regulação legal e, até mesmo, a interpretação jurisdicional.

Importante consignar que não se pretende a utilização da teoria como uma explicativa absoluta de toda a ordem jurídica. Adota-se a visão de Paula Forgione, para quem a análise econômica é um instrumental teórico, uma ferramenta de análise lógica que permite trazer à tona os impactos que determinado dispositivo normativo ou decisão jurídica acarretam e qual política pública é mais conveniente ou adequada ou se a mesma está em sintonia com padrões de eficiência estabelecidos pela ordem jurídica, socorrendo assim os operadores jurídicos na resolução de conflitos concretos.^[18]

O foco, portanto, da presente análise econômica volta-se para os modelos de justificação utilitarista das às repercussões econômicas que o sistema de propriedade intelectual acarreta na sociedade.

3 CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS DOS BENS INTELECTUAIS

Os bens imateriais possuem algumas características peculiares. As informações, conhecimentos e expressões idealmente consideradas não possuem as mesmas restrições físicas dos bens materiais, podendo ser utilizadas por uma miríade de indivíduos ao mesmo tempo, sem que o consumo de um, diminua o recurso que está sendo utilizado por outrem.

Idéias, informações e conhecimentos, em virtude de sua intangibilidade, também podem ser multiplicados irrestritamente sem nenhuma diminuição do seu conteúdo em virtude da diversidade de detentores.

Uma elucidativa analogia é possível em relação à utilidade social de uma determinada linguagem ou dialeto. Perceba-se que o valor ou utilidade social dos idiomas é diretamente proporcional ao número de indivíduos que dele se utilizam.

Um dialeto de uma tribo no interior da Amazônia pode ser incrivelmente belo, com uma sonoridade ímpar em cada palavra, porém, do ponto de vista de operabilidade prática, não é tão útil para a sociedade como um todo, pois se trata de uma linguagem restrita a poucos indivíduos. Sua utilização não permite a interação necessária ao convívio social.

Línguas como o inglês e o espanhol, por sua vez, são extremamente úteis, exatamente por serem largamente utilizadas. São “convenções” que permitem uma interação entre vários indivíduos com alto grau de estabilidade (os sentidos das palavras são conhecidos, o que gera confiança das partes sobre a existência de entendimento mútuo). Necessárias, portanto, para a realização das atividades inerentes à vida em sociedade.

Logo, faz sentido que, determinados tipos de recursos imateriais talvez sejam mais bem manejados através de um sistema jurídico que garanta um maior nível de acesso à coletividade.

O ilustre professor Lawrence Lessig demonstra de forma inequívoca que a ponderação entre alocação de recursos, de forma privada ou em comum, é central no debate envolvendo políticas públicas destinadas ao desenvolvimento da tecnologia e da cultura. Na prática, a própria noção de que existem outras formas de alocação de recursos, que não através de propriedade privada, é pouco debatida:

The very idea that nonexclusive rights might be more efficient than exclusive rights rarely enters the debate. The assumption is control, and public policy is dedicated to maximizing control. But there is another view: not that property is evil, or that markets are corrupt, or that the government is the best regime for allocating resources, but that free resources, or resources held in common, sometimes create more wealth and opportunity for society than those same resources held privately.^[19]

Não obstante o intrínseco apelo às idéias de direito natural e do impulso de dividir os recursos em lotes apropriáveis, os diferentes tipos de recursos econômicos apresentam diferentes dinâmicas de produção e de distribuição na sociedade.

Existem, portanto, razões econômicas pelas quais alguns recursos devem ser colocados sob o controle individual exclusivo e outras pelas quais não se necessita de tal exclusividade, sendo, os bens, passíveis de serem disseminados de uma forma mais livre.[20]

Tratando da natureza dos bens imateriais e de seu papel na sociedade, a leitura de Thomas Jefferson é referência obrigatória:

It has been pretended by some, (and in England especially,) that inventors have a natural and exclusive right to their inventions, and not merely for their own lives, but inheritable to their heirs.

[...]

Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property.

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.

Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.

[...]

(...) it may be observed that the nations which refuse monopolies of invention, are as fruitful as England in new and useful devices.[21] (negrito)

Não obstante o texto possuir quase duzentos anos, as ponderações são atuais e os argumentos apresentados são possivelmente até mais lúcidos que os produzidos hodiernamente. Tratando originalmente de patentes de invenção, as razões podem ser facilmente estendidas aos demais campos da propriedade intelectual.

Jefferson, de forma concisa, tanto desmistifica a noção de que exista qualquer direito natural e imutável em relação aos bens intelectuais, como claramente expressa que a propriedade é um benefício da ordem jurídica social.

Outro ponto central do texto é que Jefferson discrimina os direitos exclusivos concedidos aos titulares de patentes não como direitos de propriedade, mas sim de monopólios legalmente permitidos, com fundamento último no benefício social.

Por fim, Jefferson coloca em xeque a própria concepção de que um sistema de propriedade intelectual é necessário para promoção do desenvolvimento tecnológico de uma nação, já antecipando uma acirrada discussão que se mantém atual sobre o custo social de um sistema de direitos exclusivos sobre bens intelectuais e possíveis alternativas mais eficientes.

O ponto principal a ser compreendido parece ser a idéia de que o regime de propriedade intelectual deveria ter o foco no interesse público. O fundamento de validade de tais normas é a aptidão das mesmas para encorajar indivíduos a perseguir idéias que pudessem promover utilidade social, só se justificando a atribuição de direitos exclusivos nessa medida.

Duas características econômicas essenciais dos bens intangíveis são particularmente relevantes para a compreensão dessa dinâmica de atribuição: a não-rivalidade e não-exclusividade dos mesmos.

3.1 Rivalidade, Exclusividade e *Public Goods*

Recursos rivais ou competitivos são aqueles em que o consumo realizado por um indivíduo afeta o consumo dos outros. Exemplos clássicos são os recursos naturais.

A exclusividade é uma característica independente do elemento de rivalidade e é influenciada pelo sistema jurídico e pelas limitações físicas, jurídicas ou tecnológicas capazes de serem impostas a terceiros. A exclusividade é inerente à propriedade material, pois a própria posse pressupõe uma exclusividade sobre determinado bem.^[22]

Os bens intelectuais, por sua vez, não são capazes de exclusão. São tidos, nos termos econômicos como “imperfeitamente exclusivos”^[23], pois é possível excluir terceiros de determinada informação ou conhecimento enquanto estes forem mantidos em segredo. Uma vez comunicados, não podem mais ser removidos daquele indivíduo.

Os direitos intelectuais criam, artificialmente, exclusividades de utilização sobre bens imateriais e intangíveis que, de outra sorte, seriam recursos, uma vez comunicados, de fácil acesso e de utilização inesgotável em virtude de seu caráter não rival.

As questões da rivalidade e exclusividade são relevantes na análise do tipo de ordem jurídica que irá ser utilizada para regular a gestão dos recursos econômicos imateriais, os privatizando ou os mantendo em comum, de utilização ampla de todos.

Lessig explica de forma clara as implicações da rivalidade na definição de um sistema de controle sobre a utilização do recurso:

1. *If the resource is rivalrous, then a system of control is needed to assure that the resource is not depleted which means the system must assure the resource is both produced and not overused;*
2. *If the resource is nonrivalrous, then a system of control is needed simply to assure the resource is created – a provisioning problem, (...). Once it is created, there is no danger that the resource will be depleted. By definition, a nonrivalrous resource cannot be used up.*[\[24\]](#)

O autor então apresenta a lógica conclusão de que o sistema de controle a ser desenvolvido para cada tipo de recurso deve levar em consideração tais peculiaridades:

What follows then is critical: The system of control that we erect for rivalrous resources (land, cars, computers) is not necessarily appropriate for nonrivalrous resources (ideas, music, expression). Indeed, the same system for both kinds of resources may do real harm. Thus a legal system, or a society generally, must be careful to tailor the kind of control to the kind of resource. One size won't fit all.[\[25\]](#)

Logo, o sistema de propriedade intelectual não deveria ter, *a priori*, a mesma formatação de um sistema de propriedade para bens materiais. De fato, a preocupação do sistema de propriedade intelectual não é com a sobre-utilização ou esgotamento dos bens imateriais, mas sim com a quantidade de incentivos necessários à produção dos mesmos.

3.2 Deadweight Loss, Free Riding e Public Goods

Traduzidos em termos econômicos, a não rivalidade dos bens imateriais implica que, uma vez produzidos, os recursos podem ser disponibilizados a outros com um custo marginal zero ou muito pequeno.

Tal constatação se torna ainda mais perceptível em razão do avanço nas tecnologias de comunicação e informática, onde a disponibilização de conteúdo – música, filmes, informações – é possível a um custo ínfimo. A Internet, por exemplo, é uma ampla infra-estrutura de distribuição direta ao usuário, cujo custo de acesso é mínimo se comparado ao volume de negócios conduzidos.

Tratando dessa questão sob o ponto de vista do consumo de informações, François Lévéque e Yann Ménière, assim expõe o problema: “(...) *the marginal cost of serving an additional consumer is zero. Consequently, when a producer charge for his service, consumption of the good is needlessly rationed. (...) Social welfare is not maximized.*”^[26]

Reitere-se que o direito de propriedade intelectual acarreta uma possibilidade do titular cobrar um preço supracompetitivo com a reprodução de cada bem imaterial. Do ponto de vista do interesse social, esse preço monopolístico é ineficiente, pois há uma massa de pessoas que poderiam consumir o produto se distribuído ao custo marginal.

Em virtude da discriminação de preço que pode ser realizada pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, há como resultado uma massa de consumo não atendido, comumente referenciada em linguagem econômica como *deadweight loss*. Essa dinâmica é assim sintetizada por David Lindsey:

As information goods have relatively high fixed costs of production, to recover the costs of production a information producer, such as a copyright owner, must charge more than the marginal cost of reproduction. If a single price is set above marginal cost, consumers who value the good at more than marginal cost but less than the price will not be able to purchase the product. According to conventional micro-economic theory, a good should be supplied to all consumers prepared to pay more than marginal cost. Thus to the extent that the price for an information good is set above marginal cost there is said to be a net social cost, which is known as the deadweight loss.^[27]

Entretanto, a lógica de uma distribuição livre em virtude do custo marginal de reprodução ser próximo a zero, está baseada na premissa de que o bem imaterial já foi produzido, ou seja, trata-se de uma lógica *ex post* a existência do produto.

Tal lógica apresenta um problema, pois um produto produzido a custo marginal zero, teria o próprio preço zero e por sua vez, sequer seria produzido em primeiro lugar. Logo, o problema associado a este tipo de recursos é a necessidade de se garantir sua produção.

Além do exemplo dos bens intelectuais, existem outros recursos que são tidos por não rivais e não exclusivos e são parte essencial da convivência em sociedade. São

normalmente os bens identificados na ordem jurídica como bens públicos ou bens de uso comum do povo.

Bens físicos como as estradas, praias, praças possuem as distintas características de serem capazes de atender um número razoavelmente grande pessoas sem discriminar ou impor exclusões predeterminadas.[28] Além desses, é possível imaginar exemplos ainda mais marcantes, como a defesa nacional, a infra-estrutura do país, além de serviços como educação, saúde e segurança ofertados ao público, mesmo para aqueles que não contribuem diretamente para seu custeio.

Não obstante os poderes públicos poderem impor restrições com fundamento no poder de polícia, a nota característica de tais bens é exatamente a sua abertura de acesso ao público. Com efeito, os bens tidos por não rivais e não exclusivos são caracterizados economicamente como *Public Goods*. De acordo com Adão Carvalho:

Um bem público tem duas características fundamentais:

(i) não-rivalidade – isto é, o seu consumo por alguém não afecta a quantidade disponível para outros.

(ii) não-exclusividade – isto é, uma vez disponível, não é possível impedir o seu acesso a outros.

O conhecimento científico e tecnológico associado a uma inovação tem estas duas propriedades.[29]

Não obstante a essencialidade dos bens públicos para a vida em sociedade, os mesmos estão sujeitos a um problema econômico conhecido como *free-riding*, que decorre da assimetria entre os custos de produção e a internalização dos benefícios.

Para os bens intelectuais são possíveis várias formas de *free-riding*. Por exemplo, é inegável que os custos com pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias são muito expressivos em relação ao valor necessário para a simples reprodução da mesma.

Logo, num ambiente sem direitos de propriedade industrial, as empresas agiriam de forma a aguardar que as competidoras produzissem a tecnologia para simplesmente copiá-la. Internalizar-se-ia todos os benefícios, sem o custo com o desenvolvimento.

A estratégia racional individual seria simplesmente não contribuir e “pegar carona” no desforço de outros indivíduos. Todas as empresas agindo de forma a minimizar seus custos, todavia, tendem a manter o *status quo* e nenhuma tecnologia seria produzida.

No direito autoral, a ausência de exclusividade sobre os direitos de reprodução das obras artísticas e literárias inviabilizaria o dispêndio do primeiro editor com a remuneração do autor, na medida em que outros editores poderiam simplesmente copiar a obra,

aproveitando-se do valor do trabalho, sem, contudo, incorrer em qualquer custo para a sua criação.

No direito marcário, a possibilidade de *free-riding* está associada também a uma indução do consumidor a erro. Se diversas empresas pudessem simplesmente utilizar a marca de outras já conhecidas e com clientela desenvolvida, estariam a internalizar os benefícios da marca, sem, contudo, ter incorrido em qualquer custo para a construção do valor da mesma.

Assim, no tocante aos bens intelectuais, na ausência de um sistema de exclusividade – por exemplo, direitos de propriedade intelectual – há uma grande possibilidade dos bens sequer serem produzidos, em virtude dos problemas de *free-riding*.

Há, portanto, necessidade de uma lógica diferenciada *ex ante*, que deverá tratar de incentivos para a criação inicial do produto intelectual. Reiterando a análise de Lessig, trata-se de um problema de provisionamento e não de esgotamento.

O sistema de propriedade intelectual se pretende uma forma de atacar os dois problemas, ou seja, incentivos para a produção e garantia de distribuição eficiente. Consoante Lévêque e Ménière,

By offering an exclusive right for a limited period, intellectual property law addresses these two problems sequentially. Initially, the legal mechanism of protection makes the good excludable. Users are required to pay for the services offered, through royalties. Subsequently when the work passes into the public domain, all consumers can access it free of charge. Intellectual property law thus attempts to strike a balance between the incentive to create and innovate and use translates into economic language as a trade-off between dynamic and static efficiency.[30]

A exclusividade artificialmente criada pela ordem jurídica através de direitos de propriedade intelectual é uma forma de eliminar o problema de *free-riding*, contudo, não é a única forma de criação de incentivos para a produção de conhecimento, cultura e tecnologia.

Em verdade, a propriedade intelectual, por si só, já carrega uma série de problemas que devem ser equacionados antes que se possa garantir que este sistema de normas é o mais eficiente para a promoção do desenvolvimento humano.

A estrutura do sistema de propriedade intelectual deve estar apta a resolver questões como: A exclusividade deve incidir sobre quais usos e aproveitamentos econômicos? Que tipos de exceção devem ser conferidos a essa exclusividade em razão do interesse social? Qual o tempo de duração ótimo? Deve existir algum sistema paralelo de promoção de incentivos para criações intelectuais? Existem outros incentivos além da exclusividade econômica? Quais conhecimentos devem ser colocados no domínio público para a utilização irrestrita?

Tais indagações ainda servem para demonstrar que o ponto mais crítico do debate é como atingir o equilíbrio econômico entre o estímulo ao interesse privado para a produção e o interesse social na ampla distribuição de conhecimento, informação e cultura. Fora desse equilíbrio ideal, estar-se-á ou perdendo novas idéias ou se privando desnecessariamente a sociedade de um conhecimento útil.

O instrumental da análise econômica aqui delineado é útil para uma análise crítica do sistema de propriedade intelectual e seus custos para a sociedade.

Para a correta compreensão do impacto de um sistema de propriedade intelectual na sociedade, é preciso entender que seus contornos não são uma decorrência lógica da natureza das coisas ou de algum direito natural. Trata-se de uma opção social, de uma política pública onde os delineamentos são essencialmente normativos e podem ser alterados dentro do processo democrático.

Pensar o sistema de propriedade intelectual como uma escolha também é interessante para trazer à tona o debate sobre os custos a ela inerentes. Não só custos com órgãos públicos e agências especializadas, nem os custos gerais relativos à atuação pública na efetivação dos direitos e correção das infrações, mas os custos que o próprio sistema impõe à sociedade.

Relacionando os custos sociais que raramente são debatidos quando das discussões sobre o sistema de patentes, Stuart McDonald demonstra que há uma contradição entre o propósito do sistema e a alocação do seu ônus:

Those who reap most benefits from the patent system are not those who incur most costs, and while benefits are finely focused, costs are much more widely distributed. The greatest cost of all would seem to be borne by society as a whole in terms of damage done to innovation, which is curious given that the fundamental purpose of the patent system is to encourage innovation for the benefit of society as a whole.

[...]

Discussion of the costs and benefits of the patent system tends to emphasize the benefits. The costs of the patent system are usually ignored altogether, or are presented as trivial. Those most commonly acknowledge are fees paid to the patent office and patent attorneys. But there are other costs. There are serious costs.[31]

Macdonald prossegue com a análise de que o sistema de patentes – bem como o sistema de propriedade intelectual – deveria se adequar à sociedade e não o contrário.

O autor utiliza exemplos de pesquisas feitas em pequenas empresas de tecnologia. Tais empresas possuíam elevados custos com consultas em arquivos de patentes. As consultas, contudo, não eram realizadas para promover novas pesquisas, mas para certificar que as tecnologias desenvolvidas não estariam a violar patentes existentes ou conhecimentos protegidos, evitando-se, assim, eventuais demandas e litígios judiciais.

Nesse caso, portanto, o sistema de propriedade intelectual não reduziu os custos de transação, em violação à sua própria *raison d'être*.

Um raciocínio similar pode ser utilizado para a seara do direito autoral e do *copyright*. A proteção excessiva pode impactar severamente no processo artístico e no desenvolvimento e difusão da cultura.

É possível inferir que a ordem normativa criou uma proteção excessiva que causou distorções severas que comprometeram o processo produtivo de novos bens intelectuais. Uma atribuição excessiva de direitos exclusivos que redundou num cenário de *tragedy of anticommons*.

3.3 Proteção excessiva e *tragedy of anticommons*

Michael Heller apresenta define *anticommons* como: “... a property regime in which multiple owners hold formal or informal rights of exclusion in a scarce resource.”^[32]

A tragédia, por sua vez, “(...) ocorre quando vários indivíduos agindo separadamente, porém num contexto coletivo, desperdiçam um recurso natural não o sobre-utilizando, mas sim o sub-utilizando”.^[33]

Aqui também se está diante de um problema de internalização de custos. Cada indivíduo, ao exercer seu direito de exclusão, ou seja, um direito de veto à utilização do recurso, não está a internalizar efetivamente todos os custos que a ausência do uso do recurso impõe sobre o grupo social.

Nessa situação, cada agente econômico agindo em uma racionalidade individual de competição tenderá a exercer esse direito até que a definição do grupo seja a que melhor lhe beneficia. Contudo, é provável que as utilizações desejadas por cada um sejam contraditórias, o que determinaria um impasse e a não utilização do bem. Essa tragédia evoca o problema dos custos de transação relativos ao consenso que é diretamente proporcional a dimensão do grupo de agentes econômicos.

CONCLUSÕES RELEVANTES DA ANÁLISE ECONÔMICA

Os direitos de propriedade intelectual se inserem na categoria de bens públicos, que são particularmente importantes para o convívio social e que demandam uma intervenção estatal para corrigir a ausência natural de incentivos econômicos para sua constituição e manutenção eficiente.

Os bens imateriais apresentam uma assimetria entre os custos necessários à sua constituição e os custos relacionados à sua reprodução e distribuição. Logo, demandam um tratamento normativo que deve atender a duas lógicas distintas, *ex ante* e *ex post* à constituição do bem intelectual.

A ordem jurídica atua criando incentivos iniciais para a produção de trabalhos intelectuais ao garantir a exclusividade temporária sobre o bem imaterial. Tal expediente ainda evita problemas de *free-riding* por parte dos outros agentes econômicos.

A limitação da exclusividade em razão do decurso de um lapso temporal é elemento que efetivamente atende ao interesse social de difusão da cultura e do conhecimento.

O ingresso no domínio público permite que o conhecimento possa ser livremente utilizado, magnificando seu valor social, pois permite uma multiplicidade de utilizações e aplicações que não seriam permitidas pelo detentor da exclusividade ou seriam frustradas em virtude dos elevados custos de transação que o sistema impõe durante o período de proteção.

O domínio público, portanto, tem um papel tão relevante (possivelmente até mais) para a sociedade do que a idéia de proteção exclusiva e recompensa aos criadores, argumento este alardeado pelos que advogam um modelo proprietário absoluto para os bens intelectuais.

Logo, as limitações aos direitos de propriedade intelectual devem ser vistas como formas eficientes de corrigir desequilíbrios e não apenas como exceções à regra de uma proteção absoluta fundada em uma idéia de propriedade em moldes clássicos.

Com efeito, da análise econômica realizada é possível identificar algumas importantes inferências sobre a formatação do sistema de propriedade intelectual. Talvez a maior delas é a de que dadas as características peculiares dos bens econômicos, o nível de proteção deve ser tão somente aquele necessário a estimular a criação de novos bens, sob pena do retorno social da criação ser inferior ao benefício individual.

Logo, para a dosimetria correta do sistema, meios como limitações do direito autoral, licenciamentos compulsórios de patentes e padrões mais estritos para a concessão da proteção patentária devem se tornar mais presentes seja na prática administrativa, seja no reconhecimento de sua licitude no plano jurisprudencial.

Estas exceções à proteção são exatamente os mecanismos que permitem que proteção intelectual não se desvirtue do desiderato constitucional do sistema, ou seja, a promoção do desenvolvimento e difusão do conhecimento.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Panorama de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual**. Documento de Trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora - Departamento de Economia. Disponível em: <<http://www.decon.uevora.pt>>. Acesso em: 17/06/08.

CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: **DIREITO nº 2 – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 154-170.

COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 242-256. jul/set 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962.

HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998.

LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006.

LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002.

LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004.

LINDSAY, David. **The law and economics of copyright, contract and mass market licences**. Sydney: Centre for Copyright Studies – Australian Copyright Council, 2002.

MACDONALD, Stuart. Exploring the Hidden Costs of Patents. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual** – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60.

POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**. John Marshall Review of Intellectual Property. Vol. 4. Iss. 3. 2005.

ROCHA, Afonso P. P.; MATIAS, João Luis Nogueira. **Repensando o Direito de Propriedade**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis : Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. In: MERCURO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-173.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em “Direito e Economia”. In **Caderno Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 4-58, 2008.

SALZBERGER, Eli M. Economic Analysis of the Public Domain. In: **The Future of the Public Domain**. GUIBAULT, L.; HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). Amsterdam: Kluwer Law International. 2006. p. 27–58.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.) **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

[1] BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 5.

[2] BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrazil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

[3] O art. 2º da Convenção indica de forma exemplificativa e ampliativa uma série de direitos que estariam englobados pela noção de propriedade intelectual. No texto do Decreto 75.541/75: “(...)Para os fins da presente Convenção, entende-se por: (...) viii “propriedade intelectual”, os direitos relativos: às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

[4] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 37.

[5] PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual** – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60. p. 46.

[6] GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 318

[7] BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 11.

[8] ASCARELLI, Tullio. **Panorama de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 200.

[9] LEONARDOS, Luiz. *Apud*. LABRUNIE, Jacques. **Direito de Patentes**. São Paulo: Manole, 2006. p. 11.

[10] CERQUEIRA, João Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1. p. 130.

[11] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p.61.

[12] POSNER, Richard A., **Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property**. John Marshall Review of Intellectual Property. Vol. 4. Iss. 3. 2005. p. 329. Tradução livre: “(...) uma patente ou um copyright conferem um “monopólio” legal para os seus detentores. Esta prática, apesar de comum, é um tanto infeliz, pois confunde a idéia de um direito exclusivo com a idéia de um monopólio econômico. Eu tenho o direito exclusivo ao uso de minha casa, porém não sou um monopolista, nem mesmo se a casa fosse extremamente valiosa. Uma patente ou um copyright efetivamente cria uma área de direitos exclusivos, porém se o titular será ou não capaz de usar esses direitos para obter um monopólio depende da existência ou não de bons substitutos para o seu produto (...)”.

[13] ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. In: MERCURO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-173. p. 125.

[14] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em “Direito e Economia”. In **Caderno Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 4-58, 2008. p. 9.

[15] SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.) **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83. p. 75.

[16] SALZBERGER, Eli M. Economic Analysis of the Public Domain. In: **The Future of the Public Domain**. GUIBAULT, L.; HUGENHOLTZ, P.B. (eds.). Amsterdam: Kluwer Law International. 2006. p. 27–58. p. 29. Tradução livre: “Os dois maiores paradigmas que analisam a propriedade intelectual são o paradigma do direito natural (dominante nos modelos legais Continental-Europeus) e o paradigma positivista (que é dominante na tradição anglo-americana). O paradigma do direito natural está fora do alcance da análise econômica do direito, por ser deontológico ao invés de teleológico; este julga se uma lei, decisão ou ação é certa ou errada com base num valor moral intrínseco, independentemente de suas conseqüências. Portanto, uma justificação lockeana de direito natural sobre direitos de propriedade, incluindo direitos de propriedade intelectual, está fora do escopo da análise econômica do direito, assim como, a justificação de auto realização de Kant-Hegel para a proteção da propriedade intelectual.”

[17] COELHO, Fábio Ulhoa. A Análise Econômica do Direito. In: **DIREITO nº 2 – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 154-170. p. 170.

[18] FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 139. p. 242-256. jul/set 2005. p. 252.

[19] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 86. Tradução livre: “A própria idéia de que direitos não exclusivos podem ser mais eficientes que direitos exclusivos raramente aparece no debate. A pressuposição é controle, e a política pública é dedicada a maximizar este controle. Mas existe uma outra perspectiva: não que propriedade seja ruim, ou que mercados sejam corruptos, ou que o governo é o melhor regime para alocar recursos, mas que recursos livres ou recursos tidos em comum algumas vezes criam mais riqueza e oportunidade para a sociedade que se os mesmos recursos fossem tidos de forma privada”.

[20] LESSIG, Lawrence. *Op cit.* p. 94.

[21] Carta de Thomas Jefferson à Isaac McPherson em 13 de agosto de 1813. MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. **Foundations of Intellectual Property**. New York: Foundation Press, 2004. p. 17-21. Tradução livre: “Tem sido pretendido por alguns, (especialmente na Inglaterra) que inventores possuem um direito natural e exclusivo sobre suas invenções, não só por suas vidas, mas integrando a herança dos herdeiros. (...) A titularidade estável é um presente da lei social, e é dado tarde no progresso da sociedade. Seria então curioso se uma idéia, o fermento fugaz do cérebro de um indivíduo pudesse, por direito natural, ser objeto de propriedade exclusiva. Se a natureza fez alguma coisa menos suscetível do que todas as outras de propriedade

exclusiva, é o poder mental denominado idéia, que qualquer indivíduo pode possuir exclusivamente, enquanto reserva para si mesmo; mas no momento em que é divulgada ela se força na posse de todos e aquele que a recebe não pode mais abandoná-la. Sua característica peculiar é que ninguém possui menos, pois todos a possuem por inteiro. Aquele que recebe uma idéia de mim recebe instrução para si mesmo sem diminuir a minha; tal qual aquele que acende uma vela com a minha, recebe luz sem me escurecer. Que idéias devam espalhar-se livremente de um para o outro ao redor do globo, para a mútua instrução moral da humanidade e melhora da sua condição parece ter sido assim designado de forma benevolente pela natureza quando fez idéia tal qual o fogo, expansível sobre todo o espaço sem perder densidade em qualquer dos pontos, e como o ar que respiramos incapaz de ser confinado ou apropriado de forma exclusiva. Assim as invenções não podem em natureza ser objeto de propriedade. A sociedade pode assegurar um direito exclusivo sobre os lucros que derivam dela, como forma de encorajamento para que os indivíduos persigam idéias que se podem provar úteis, mas isto pode ou não ser feito, de acordo com a vontade e conveniência da sociedade sem qualquer contestação ou reclamação de ninguém. [...] (...) pode ser observado que nações que recusam monopólio sobre invenções são tão frutíferas quanto à Inglaterra em novos e úteis inventos”.

[22] COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004. Roma. 2004. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/public/patent%20pool.pdf>>. Acesso em: 16/06/08.

[23] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 94.

[24] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 95. Tradução livre: “1. se o recurso é rival, então o sistema de controle é necessário para assegurar que o recurso não será esgotado, o que significa que o sistema deve assegurar que o recurso será tanto produzido como não sobre-utilizado; 2. se o recurso é não rival, então o sistema de controle é necessário simplesmente criado – um problema de provisionamento. Uma vez criado não há qualquer perigo de que o recurso seja esgotado. Por definição um recurso não rival não pode ser exaurido.”

[25] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 95. Tradução livre: “O que se segue é crucial: O sistema de controle criado para recursos rivais (terra, carros, computadores) não é necessariamente apropriado para recursos não rivais (idéias, música, expressões). De fato, o mesmo regime para os dois tipos de recursos pode ocasionar um dano real. Portanto, o sistema legal ou a sociedade em geral, deve cuidadosamente delinear o tipo de controle ao tipo de recurso. Um só tipo não serve para todos.”

[26] LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. Tradução livre: “O custo marginal de servir um consumidor adicional é zero. Conseqüentemente, quando um produtor cobra por seu serviço, o consumo do bem é racionada de forma desnecessária. (...) O bem estar social não é maximizado”.

[27] LINDSAY, David. **The law and economics of copyright, contract and mass market licences**. Sydney: Centre for Copyright Studies – Australian Copyright Council, 2002. p. 24. Tradução livre: “Como os bens de informação possuem custos de produção relativamente altos, para recuperar o investimento o produtor, a exemplo de um titular de copyrights, deve cobrar acima do custo marginal de reprodução. Se um preço é colocado acima do custo marginal, consumidores que valorizam o bem além do custo marginal, porém aquém do preço, não poderão comprar o produto. De acordo com a teoria micro-econômica, um produto deveria ser produzido a todos os consumidores dispostos a pagar mais que o custo marginal. Assim, no que se relaciona com o estabelecimento de um preço de um produto informacional além do preço marginal, diz-se que há um custo social, identificado como “peso morto”.”

[28] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

[29] CARVALHO, Adão. **Racionalidade econômica dos direitos de propriedade intelectual**. Documento de Trabalho nº 2004/10. Universidade de Évora - Departamento de Economia. Disponível em: <<http://www.decon.uevora.pt>>. Acesso em: 17/06/08.

[30] LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. Tradução livre: “Através da oferta de direitos exclusivos por um período de tempo limitado, a propriedade intelectual trata desses dois problemas de forma seqüencial. Inicialmente, o mecanismo legal de proteção torna o produto exclusivo. Usuários devem pagar pelos serviços oferecidos, através de royalties. Seqüencialmente, quando o trabalho passa para o domínio público, todos os consumidores podem acessá-lo de forma gratuita. Propriedade Intelectual procura encontrar um equilíbrio entre incentivos para a criação e inovação e usos, traduzindo-se em linguagem econômica como uma troca entre eficiências dinâmica e estática.”

[31] MACDONALD, Stuart. Exploring the Hidden Costs of Patents. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (ed.). **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development**. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 13 *et seq.* Tradução livre: “Aqueles que recebem mais benefícios do sistema de patentes não são aqueles que incorrem nos maiores custos, e enquanto os benefícios são bem focados, custos são muito mais distribuídos. O maior dos custos parece ser arcado pela sociedade como um todo em termo de danos à inovação, o que é curioso, levando em consideração que o propósito fundamental do sistema de patentes é encorajar a inovação para o benefício da sociedade. [...] Discussão sobre custos e benefícios do sistema de patentes tende a enfatizar os benefícios. Os custos do sistema de patentes são usualmente ignorados ou apresentados como triviais. Os comumente reconhecidos são as taxas dos escritórios de patente e os advogados. Mas existem outros custos. Existem custos sérios”.

[32] HELLER, Michael A. The Tragedy of Anticommons – Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*. Vol. 111. nº. 3. p. 621-688. 1998. p. 668. Tradução livre: “*Um regime de propriedade no qual titulares múltiplos possuem formalmente ou informalmente direitos de exclusão sobre um recurso escasso.*”

[33] ROCHA, Afonso P. P.; MATIAS, João Luis Nogueira. **Repensando o Direito de Propriedade**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV

Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus. Florianópolis : Fundação José Arthur Boiteux. 2006.

A INSUSTENTÁVEL LEVEZA DO CAPITALISMO E O "FOCO NA EFICIENCIA" DO PODER JUDICIÁRIO: SIMETRIAS DE UMA ATUAÇÃO PELA VIOLENCIA SIMBOLICA

LA INSUSTENTABLE LEVISA DEL CAPITALISMO Y EL FOCO EN LA EFICIENCIA DEL PODER JUDICIARIO: SIMETRÍAS DE UNA ACTUACIÓN POR LA VIOLENCIA SIMBÓLICA.

Caleb Salomão Pereira

RESUMO

A retórica do poder objetiva neutralizar resistências, naturalizando as distorções de seus projetos. O discurso da filantropia corporativa incorpora argumentos que se concentram nos efeitos, ignorando as causas dos males que diz combater. O Estado não coíbe o exercício irresponsável do poder econômico; torna-se sócio dessa prática, discursando positivamente sobre a hiperlitigiosidade que tem o capital como causa. Sem elidir práticas corporativas que lesam Direitos, o Poder Judiciário serve-se de uma estatística enganosa para se justificar. Dessas circunstâncias exsurge notável simetria de condutas, marcadas por uma tentativa de convencimento que aposta na naturalização das distorções por meio de um discurso que, assentado em dados quantitativos, cobre com o manto da omissão as suas causas.

PALAVRAS-CHAVES: PODER E VIOLENCIA SIMBÓLICOS. FILANTROPIA CORPORATIVA. ESTADO. CAPITALISMO. CRISES. ARGUMENTO DE AUTORIDADE.

RESUMEN

La retórica del poder objetiva neutralizar resistencias, naturalizando las distorsiones de sus proyectos. El discurso de la filantropía corporativa incorpora argumentos que si concentran en los efectos, ignorando las causas de los males que dice combatir. El Estado no cohibe el ejercicio irresponsable del poder económico; tornase socio de esta práctica, discursando positivamente sobre la hiperlitigiosidad que tiene el capital como causa. Sin elidir prácticas corporativas que defraudan Derechos, el Poder Judicial sirviese de una estadística engañosa para justificarse. De esas circunstancias surge notable simetría de conductas, marcadas por una tentativa de convencimiento que apuesta en la naturalización de las distorsiones por medio de un discurso que, asentado en datos cuantitativos, cubre con el manto de la omisión sus causas.

PALAVRAS-CLAVE: PODER Y VIOLENCIA SIMBÓLICOS. FILANTROPÍA CORPORATIVA. ESTADO. CAPITALISMO. CRISIS. ARGUMENTO DE AUTORIDAD.

Introdução

As idiosincrasias do Estado Moderno deixam entrever finalidades exclusivas, perceptíveis na baixa pluralidade dos protagonistas na titularidade do poder. Em sua versão absolutista, o Estado centralizava o poder nas mãos do soberano; contudo, no século XVIII, a burguesia não se contentou em controlar o poder econômico e exigiu para si o poder político, até então nas mãos da aristocracia (STRECK e MORAIS, 2006, p. 51). Essa transição da titularidade do poder determinaria os rumos dos Estados e das sociedades que lhes deram origem, pois – uma vez cooptado o poder político – as estruturas estatais passariam a servir com maior liberdade aos credos dos novos protagonistas, os mentores da ordem mercantil.

Nova geometria do poder foi desenhada pelos ideais liberais que demandavam limitação e divisão do poder, simples meios para se garantir a consolidação de direitos já conquistados, tais como a propriedade, liberdades, direitos humanos, ordenamento jurídico, governo representativo, legitimação da mobilidade social etc. (STRECK e MORAIS, 2006, p. 56). A preservação dessa geometria do poder se deu sem que suas interações impedissem a eclosão de crises que revelam corrosão interna e externa desse modelo. Dentre as várias crises identificáveis, uma, que a doutrina denomina *funcional*, permite essa leitura bifronte.

No aspecto externo, essa crise deve ser entendida como a perda de exclusividade, pelo aparelho oficial, no desempenho das funções estatais, decorrência da “fragilização do Estado em suas diversas expressões, quando perde concorrencialmente diante de outros setores (...) a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos” (STRECK e MORAIS, 2006, p. 155). O Estado, de fato, tem perdido sua capacidade de arbitrar os dilemas que caracterizam as sociedades complexas. No aspecto interno, a clássica teoria da especialização de funções do Estado vem sendo superada no bojo das relações entre seus Poderes. Em crise, a tripartição do poder e suas respectivas funções têm se esborado na confusão gerada pela usurpação de atribuições que cresce proporcionalmente à desconfiança institucional que uma nutre por outra, bem como à percepção que cada uma desenvolve quanto ao definhamento de sua relevância institucional e capacidade operacional. Desse fato derivam tanto a politização de questões cujo conteúdo é eminentemente judicial, quanto a judicialização das questões sociopolíticas, efeito típico de países cuja Constituição permite maior ativismo de sua Corte Suprema.

O referido aspecto externo da crise funcional vincula-se a outra crise, denominável *constitucional-institucional*. A sub-repção contida no discurso jurídico-dogmático que, ideologicamente, pregava uma inexistente desideologização do Direito, negando a obviedade ontológica de que o Direito é a política encapsulada em enunciados normativos, tem permitido, mesmo pelas vias institucionais, a corrosão do “instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade” (STRECK e MORAIS, 2006, p. 153). Do âmago dessas crises surgem dois fenômenos que serão objeto deste

trabalho, assim tratados em razão do entendimento de que ambos possuem uma interface sociológica, o que permitirá a construção de uma ponte analógica possivelmente útil às reflexões acerca do Direito e seu ambiente contemporâneo.

O primeiro desses fenômenos é o nominado *filantropo-capitalismo*, neologismo bem-apanhado para traduzir atividades que ganham a mídia comum e especializada sob o rótulo de *responsabilidade social empresarial*, como gênero que pode ser, sinteticamente, caracterizado como o esforço das sociedades empresariais de, direta ou indiretamente, promoverem ações organizacionais visando ao atendimento de demandas – sociais, ambientais, profissionais, culturais, desportivas etc. – colhidas entre seus *stakeholders*[1] com o fito de melhorar sua imagem perante os próprios e também perante os seus *shareholders*[2].

É apropriado registrar a reflexão sobre uma manifesta incompatibilidade etimológica, ontológica e teleológica entre os conceitos que formam a inesperada conjunção. A suposta incompatibilidade desses vocábulos é objeto deste artigo. O vocábulo português *filantropia* derivou dos vernáculos grego, latino e francês para receber o sentido de *profundo amor à humanidade* e também *desprendimento, generosidade para com outrem* e, ainda, *caridade*. Fundam o conceito, portanto, idéias essenciais à constituição das sociedades humanas: amor, generosidade, caridade. Noutra consideração, a cognação latina do substantivo *capitalismo* inclui, primitivamente, acepção daquilo *que traz consigo a morte, de inimigo da vida*. Por essa via, chegamos a substantivos como *criminoso, malvado, celerado, fatal* e *pernicioso*. Por razões compreensíveis, foi esse vocábulo, carregado de um simbolismo nefasto, que denominou o “sistema econômico baseado na legitimidade dos bens privados e na irrestrita liberdade de comércio e indústria, com o principal objetivo de adquirir lucro.”[3] E este sistema, o capitalismo, foi convertido na *cabeça, na parte superior e principal* das sociedades.

O segundo fenômeno será denominado *desnaturação* ou *corruptela teleológica da função judiciária*, cuja manifestação é identificável na prática e no discurso do Poder Judiciário. Os aspectos interno e externo da crise funcional do Estado abalroaram o Poder Judiciário, órgão estatal dos mais despreparados para erguer-se com altivez diante dos ataques desferidos contra a entidade da qual faz parte pelos *potentes* da nova configuração de forças apresentada pela ordem econômica globalizada.

Sendo a função-fim deste Poder do Estado “a solução em específico dos conflitos surgidos e regulados pelas regras gerais, interpretando e aplicando a lei” (STRECK e MORAIS, 2006, p. 181), é correto considerar teleologicamente o exercício dessa atividade, se bem que de modo a superar o *em específico* anotado pelos autores. Nesse sentido, para que as instituições do Poder Judiciário não se convertam em mero departamento de queixas que se repetem difusamente na sociedade, sua atuação deve ter dois objetivos: (i) interpretar e aplicar o Direito e (ii) fazê-lo de tal modo que suas decisões funcionem como elementos promotores de ajustamento de conduta, esperando-se, com isso, que a reiteração dos mesmos atos ilícitos seja coibida, exercendo função inibitória da conduta ilícita.

Esses dois fenômenos se manifestam simbolicamente a partir da atuação de seus protagonistas sobre uma circunstância material e também a partir de um estrato psíquico que implicam no que pode ser denominado de *violência invisível* ou *simbólica*,

que opera silente e eficientemente na contenção e, ao mesmo tempo, criação da percepção, tendo como pano de fundo realidades que, se percebidas na sua integridade, no mínimo suscitariam irresponsáveis indagações. Esta assertiva se sustentará na demonstração, no primeiro caso, de um efeito que pode ser denominado *esnobismo corporativo*: o poder econômico que corrói o Estado sob o discurso da imperatividade de um Estado minimalista e que degenera as relações sociais por meio da mercantilização da convivência, é o mesmo que organiza e profissionaliza exércitos para a prática do filantropo-capitalismo como uma alternativa ao tratamento de algo que é, também, o subproduto de sua própria atividade-fim, a produção e acumulação de riquezas. Afinal, pode-se perguntar, quantos dos males hoje combatidos por práticas de gestão corporativa abrigadas sob a rubrica contábil *responsabilidade social* têm sua gênese direta em práticas como *downsizing*, terceirização, reengenharia e deslocamento de investimentos em busca de *mercados* desregulamentados e origem indireta na imperatividade da maximização do retorno sobre o capital investido sob a forma de lucro?

A *violência* real promovida pelo exercício irresponsável de um *direito fundamental* tem sido ignorada por discursos – por vezes muito mais disso do que qualquer ação concreta – construídos para naturalizar o efeito nefasto, o que se constitui numa segunda violência, desta feita envolvida num simbolismo sedutor que tem o condão de inibir a reflexão crítica.

No segundo caso, a assertiva será sustentada a partir da demonstração de uma prática que pode ser denominada *esquizofrenia funcional do Poder Judiciário*. O uso do jargão psiquiátrico não é aviltante, limitando-se seu caráter pejorativo à desaprovação, expressada neste artigo, ante um discurso dogmático e uma prática institucional inteiramente dissociados do caráter teleológico da função estatal. Essa dissociação se revela, *v.g.*, nas repetidas comemorações protagonizadas por autoridades do Poder Judiciário diante do incremento das demandas judiciais, fato que é visto como avanço institucional benéfico à sociedade, pois traduziria maior *acesso à justiça*, realçando unicamente *elementos quantitativos*.

Formula-se, a partir daí, um discurso de autoridade que ignora as razões pelas quais o jurisdicionado submete-se ao Judiciário. Em certas jurisdições esse movimento ao Judiciário se dá pela reiteração de condutas lesivas praticadas pelos mesmos agentes, que chegam mesmo a *cativar* certas varas da Justiça; ou seja, aquele comemorado incremento se dá (i) pelo acintoso modo com que certos agentes econômicos tratam, com contumácia, direitos erigidos claramente em enunciados estatais e (ii) pela incapacidade funcional do Poder Judiciário de inibir a prática lesiva.

1 A dimensão simbólica do discurso e seu caráter *catequizador*

Ao desenvolver seu conceito de *violência simbólica*, Pierre Bourdieu reconheceu ao Estado a titularidade do monopólio da violência absoluta legítima (BOURDIEU, 2004, p. 146) e reconheceu sua derivação de outro, mais abrangente, por ele denominado de *poder simbólico*, “poder invisível o qual só pode ser exercido com a

cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 2004, p. 8).

O uso da expressão demanda o reconhecimento de que se está transitando no *campo* dos sistemas simbólicos, no qual o discurso há de ser considerado como instrumento de indução e transformação na proporção em que media o conhecimento e a própria comunicação. Daí decorre a compreensão do *poder simbólico* como “um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo”, em particular do mundo social (BOURDIEU, 2004, p. 9). O autor cita seu colega tedesco Ernst Cassirer para afirmar que esse *sentido imediato do mundo* social supõe o denominado *conformismo lógico*, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências (BOURDIEU, 2004, p. 9).

Durkheim, também sublinhado por Pierre Bourdieu (2004, p. 10), destaca a *função social* do simbolismo, denominada pelo segundo de autêntica “função política”, que afirma:

Os símbolos são os instrumentos por excelência da “integração social”: enquanto instrumento de conhecimento e de comunicação (cf. análise durkheimiana de festa), eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração “lógica” é a condição da integração “moral”.

É categórico o pensamento: o discurso argumentativo, logicamente articulado sobre símbolos mediadores da comunicação e da transmissão de compreensões particularistas, viabiliza a nução moral. Referindo esses *símbolos*, Bourdieu denomina de *violência simbólica* o processo comunicativo arbitrário por meio do qual alguém, em posição dominante, impõe sua cultura visando ao *consensus*, sobre outrem, em posição dominada (BOURDIEU e PASSERON, 1982). O processo evolui dentro de sociedades cujas instituições de transmissão de saber e cultura curvam-se ao determinismo de legitimar significados e bens simbólicos *dominantes* (BOURDIEU, 1992, p. 121). Na linguagem de Bourdieu, o dominado não se opõe a quem o oprime, pois não se reconhece vítima de um processo de dominação. O discurso dominante manipula argumentos de modo a induzir o dominado a naturalizar seus infortúnios.

Esse processo, denominado *ação pedagógica* por Bourdieu e Passeron (1982, p. 20), é impulsionado por uma autoridade que, exercendo seu poder com o objetivo de impor uma idéia – denominada *arbitrário cultural* –, naturalizando-a para fins de obtenção do *conformismo lógico* acima referido. O aspecto alienante do processo foi bem capturado por Jurandir Freire Costa (1986, p. 75) ao expressar seu entendimento sobre o referido conceito, que seria toda imposição de enunciados sobre o real que leva o alvo do discurso dominante a adotar como referencial exclusivo de sua orientação no mundo a interpretação fornecida pelo detentor do saber. Nesse caso, nota o autor, o indivíduo submete-se à posição de dependência “e perde ou amputa a capacidade de criar seu próprio elenco de significados”.

O argumento de autoridade tem a potência necessária para obnubilar o campo relacional em que a realidade dominada pelo emissor interage com a realidade percebida pelo destinatário do discurso. Partindo do *campo econômico* – o substantivo é empregado no sentido que lhe empresta Pierre Bourdieu (2004, p. 27): campo como espaço relacional, idéia que “funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objecto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades” – e do *campo jurídico-político*, lócus do discurso de autoridade nos casos propostos, o argumento contido no discurso deve ser considerado *relacionalmente* e não *realisticamente* ou *substancialmente*, pois sua *raison d’être* está na utilização de símbolos para, estabelecendo interações nos espaços sociais relacionais, naturalizar no outro as impressões do emissor. O verbo cria e a *realidade* se transmuta.

Postas essas considerações teóricas sobre o conceito de *poder simbólico* e *violência simbólica*, e modulado código lingüístico fundamental à expressão do raciocínio que se pretende construir, é-nos factível formular os argumentos envolvendo os discursos supra referidos e os seus respectivos *campos*.

2 A era dos deveres do capital

Resultado de um discurso sustentado por políticas globais destinadas às nações cujas economias estão *em* desenvolvimento, o fortalecimento da crença de que o liberalismo econômico é pressuposto de liberdade política tem determinado a configuração política, social e econômica dessas nações. A standardização do receituário dos organismos financeiros internacionais, administrado ao longo da década de 1990 sob o rótulo de *globalização econômica*, vinha acompanhada de promessas – discurso argumentativo como embalagem de *violência simbólica* – jamais cumpridas.

Para constituir as condições de crescimento econômico e combate à miséria, os países em desenvolvimento deveriam aceitar os *standards* da globalização (STIGLITZ, 2002, p. 31). Este discurso do capitalismo global é quase uma representação *teológica* do pensamento econômico dogmatizante: os sacrifícios no presente assegurarão o paraíso econômico. Entretanto, como reconhece o próprio Stiglitz (2002, p. 32), para muitos no mundo em desenvolvimento a globalização não trouxe os benefícios econômicos prometidos.

De fato, a bula da globalização, mesmo seguida à risca, não reduziu a pobreza e tampouco promoveu a estabilização, econômica ou política. Em inúmeros países sentem-se os efeitos colaterais mesmo quando a boa-intenção orienta a ação de organismos internacionais. Em muitos casos, os benefícios da globalização têm permanecido aquém do que seus promotores apregoavam, e o preço pago tem sido maior, com o meio ambiente destruído e os processos políticos corrompidos – além de o ritmo acelerado das mudanças não ter dado aos países tempo suficiente para uma adaptação cultural (STIGLITZ, 2002, p. 35).

Para Bernardo Kliksberg (2003, p. 32), a constatação de um abissal desnível sócio-econômico entre os pobres e os ricos refuta a presunção de mera deficiência de recursos econômicos. E nesse contexto de absoluta desigualdade constata-se a ocorrência de permanentes violações de direitos fundamentais, pelas quais se sonega a parcela expressiva da população o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança, à constituição de família, à cultura e ao lazer, bem como, por tudo isso, à efetiva participação na vida democrática.

A sociedade capitalista contemporânea continua a produzir *elementos indesejáveis*, tanto sob a forma de ideologias ameaçadoras à manutenção do *status quo*, quanto sob a forma de seres humanos mantidos na periferia do sistema social. É essa eclosão de formas indesejáveis de existência, que *contaminam* o ambiente que se deseja puro e assentado sob o emblema da ordem e do progresso, que inspira Bauman (1997, p.14) a discorrer amargamente sobre o *mal estar da pós-modernidade*, era na qual – segundo sua análise inspirada por Lévi-Strauss – o Estado se mostra o implementador das estratégias de controle social: uma *antropofágica*, destinada à assimilação pelo aniquilamento das diferenças, e outra *antropoêmica*, promotora da exclusão pelo confinamento e segregação social. A alternativa a estas duas, dirá Bauman (1998, p. 29), é a simples destruição física dos não-enquadrados.

Esse estado de *horror econômico* se instalou no rastro da globalização econômica e das crises do Estado das quais se tratou acima. A crise institucional, irmã siamesa da crise de soberania, apequenou o Estado em sua capacidade de atuação mesmo social e o curvou ante o poder econômico. Deprimido, o Estado tem cada vez mais reduzido o seu espaço de atuação.

Uma vez *demitido* o Estado (BOURDIEU, 1997, p. 215), o Poder Estatal foi compelido à omissão regulatória sobre as estruturas da produção, administração e distribuição de riqueza, adotando política de simples correção dos efeitos da desigual distribuição dos recursos do capital econômico e cultural. Com isso, inaugurou-se a era da *caridade de Estado* (BOURDIEU, 1997, p. 219), que tem como sujeitos aqueles mesmos que, antes, eram alcançados pela *filantropia religiosa*.

A perda de competências do Estado, efeito das crises que o assolam, implicou no fortalecimento do *poder econômico*, seja aquele com musculatura e neurônios compatíveis com a arena global, seja aqueles moldado para operar localmente. Agentes do capital têm sido chamados a fazer uso de seu poder consolidado numa linha auxiliar daquela *caridade de Estado*, expressa numa espécie de *caridade do capital*. A institucionalização das atividades filantropo-capitalistas tem sido determinada pelo agravamento das crises socioambientais, que tem feito ressoar as lamentações dos *excluídos* e põe na ribalta o grande capital.

É fato que a questão da restrição de renda fez surgir, tanto o *mercado dos pobres*[4] – marcado pelo surgimento de empresas e produtos voltados ao atendimento das demandas da parcela social de menor poder aquisitivo –, quanto as tecnologias de gestão da filantropia corporativa, esforço que tem sido empreendido dentro dos métodos peculiares da atuação do capital marcados por *controle e governança*. Esse *know-how* corporativo já se tornou mantra dos manuais de administração e tem contribuído no mutirão pela inclusão social cujos apelos, extrapolando os muros religiosos e da caridade estatal, se espraiam pela sociedade despertando sentimentos de culpa em uns e

espírito solidário em outros; revelando o senso de oportunidade para o exercício de princípios cristãos e, também, o senso de oportunidade para realização de novos negócios, que agora atende também pelo nome de *terceiro setor*.

A novas tecnologias de gestão corporativa têm recebido atenção especial, em especial quando consideramos novos conceitos, a exemplo daquele que pugna pela superação de certas limitações sistêmicas da gestão do capital e que vem sendo denominado *governança corporativa*. Esse conceito receberá consideração no próximo tópico, após a inserção do seguinte excerto, extraído por Andrade e Rosseti (2004, p. 19) da obra *Cannibals with Forks*, de John Elkington, que situa o tema no âmbito do que se denomina *capitalismo sustentável*:

A transição para o capitalismo sustentável será uma das mais complexas revoluções que a nossa espécie já vivenciou. Estamos embarcando em uma revolução cultural global, que tem como epicentro a sustentabilidade. Ela tem a ver com valores, mercados, transparência, ciclos de vida de tecnologias e produtos e tensões entre o longo e o curto prazo. E as empresas, mais que governos e outras organizações, estarão no comando destas revoluções. *Um comando que se exercerá pelos princípios da governança corporativa*. (Grifos inexistentes no original)

Certos agentes do capital têm se comportado como missionários na implementação de uma terceira estratégia de influência para fins de controle sociopolítico – vindo a somar-se àquelas identificadas por Lévi-Strauss e referidas por Baumann: antropofágica e antropeômica – consistente na adoção de uma política de investimento orientada para a responsabilidade no exercício das prerrogativas daquela tríade fundadora: patrimônio-gestão-retorno, e também para a valorização de *políticas socialmente inclusivas* abrigadas sob o discurso da sustentabilidade e da responsabilidade social corporativa institucionalizada, manifestação de um pensamento crescente no meio empresarial e que vem sendo celebrado como um *capitalismo consciencioso* (ABURDENE, 2006, p. 25). O discurso dos agentes do capitalismo responsável quer inspirar crenças de que, antes daquela alternativa imaginada por Baumann às duas referidas estratégias – a simples destruição física dos não-enquadrados –, uma outra via está sendo aberta. Essa via seria justamente aquela imaginada por John Elkington e referida linhas acima: *canibalismo com garfos* pode significar perpetuação menos penosa do modelo, o que dá em *sustentabilidade*.

A proposta está feita e vem sendo praticada por empresas dos mais diversos setores. Razões para ceticismo derivam da própria lógica interna do capitalismo. Pode-se perceber, nesta proposição, mera e tradicional inclinação à preservação e constituição de mercados consumidores, cujo perfil tem se transformado pelo advento de um *consumidor movido por valores*, também qualificado como *consumidor consciencioso* (ABURDENE, 2006, p. 107). É notório que o marketing corporativo já está desenvolvendo estratégias de *branding*[5] para capturar os sentimentos desse consumidor, mais exigente e que orienta suas aquisições pela relação que o fornecedor estabelece com o seu *entorno*.

2.1 Filantropo-capitalismo: a insustentável leveza do capitalismo

O despertar da sensibilidade do capital para o que se pode chamar de *era dos deveres*, não é bem uma novidade, exceto pela quantidade e pelo *profissionalismo* que se observa na concepção e na implementação de políticas corporativas que privilegiam incursões nos campos social e ambiental sob o discurso da *responsabilidade sócio-ambiental*. Entrevê-se a crise ética do próprio capitalismo, que vai desembocar numa crise de lógica interna. Sendo criação e instrumento das relações do homem com o seu ambiente, natural e social, compreende-se essa crise do *instrumento* econômico como conseqüente lógico das próprias contradições humanas. Pode ser uma chave para ilustrar essa crise, não do capital, mas do capitalista, a reflexão de Parmênides sobre os dois “contraditórios supremos”, o ser e o não-ser: “havendo o ser, é necessário que não haja o *não ser*” (REALI, 1990, p. 51). Sem temor de ser infiel ao modelo analítico de Parmênides, é aceitável utilizar a essência de seu pensamento sobre o *ser*, para notar que o *ser* do capitalismo pode representar simbolicamente um *não-ser* humano, uma forma racionalmente desenvolvida para promover interesses exclusivistas e que abala a *unidade ontológica* da humanidade.

Por essa via, o capitalismo – sistema econômico de raízes e funções sociopolíticas – tem buscado um modelo racional que se desdobra num *não-ser* da humanidade capaz de desencadear crises em seus atores. *Exempli gratia*, o sistema exige desenvoltura a ser propiciada pela *leveza* liberal-institucional nos espaços públicos, o que se revela no discurso da liberdade, da desregulamentação, da pura ausência de normas-controle, na realização do homem por uma suposta liberdade, na não-intervenção do Estado, na auto-regulação e na crença na *mão invisível*. Essa *leveza*, todavia, assentada num discurso do progresso, tem causado deletérios efeitos sociais, assimetrias econômicas enrubescentes, exarcebção perigosa da exploração humana, tem inviabilizado sociedades humanas e desumanizado o ser humano. Essa *leveza*, assim, tem se tornado *insustentável*[6] na medida em que violenta o *ser* da humanidade pela sua própria negação. Talvez daí derivem as raízes dessa *sensibilidade* do selvagem: há contradição suficiente entre o *ser* reconhecido em si no *homo faber et mercator* e o *não-ser* exigido pelo projeto capitalista que ele concebeu e executa.

Antecede os nossos dias o debate sobre *legalidade* e *moralidade* no ambiente corporativo. Com efeito, nas sociedades de capitalismo avançado, mas não exclusivamente, nas quais as estruturas societárias de maior envergadura se organizam sob a forma de sociedades anônimas e se capitalizam por meio de abertura de capital e IPO[7], é corrente a superação daquele debate, com o abandono da tradicional postura de que a empresa deve se preocupar unicamente com o cumprimento das leis, já que a moralidade ou a justiça de sua *performance* não serão objeto de avaliação pelas agências de regulação e nem pelos *indiretamente relacionados*, os *stakeholders*. Esse pensamento, aliás, orientava o discurso de um dos totens do liberalismo econômico, Milton Friedman, Nobel de Economia, que afirmava ser ganhar dinheiro para os acionistas a única responsabilidade dos negócios (*apud* PORTER e KRAMER, 2005, p. 135 e ABURDENE, 2006, p. 26).

Esforços têm sido feitos para superar o paradigma de Friedman e estabelecer um tipo novo de relação com seus investidores e também com o seu entorno socioeconômico. Locus desses esforços, em determinados tipos de sociedade empresarial, é o *Conselho de Administração*, órgão deliberativo representante dos interesses dos acionistas, cuja missão consiste em zelar pela segurança e evolução favorável dos valores patrimoniais da sociedade e das empresas controladas e coligadas (LODI, 2000, p. 77). Bússola do agir desse Conselho, e de órgãos símiles, é o sistema – de relações, mas também de governo, de estrutura de poder e de valores e padrões de comportamento (ANDRADE e ROSSETTI, 2004, p. 23) – denominado *governança corporativa*. Suas definições pela teoria da administração[8] têm variado de conteúdo de acordo com o perfil da sociedade empresarial, de seus *shareholders* e de seus administradores e também do *cenário sóciocompetitivo*, tudo considerado no tempo.

O deslocamento do eixo da responsabilidade corporativa, tributária dos interesses do proprietário-investidor, para um modelo que valoriza *também* a gestão baseada em *valores* não-financeiros e ampliadora dos interesses do capital, não significa que foi relativizada a atuação empresarial que privilegia a geração de riquezas e a maximização da rentabilidade dos investimentos. A tônica da gestão segue no trinômio *propriedade-gestão-retorno* e, para além da súbita sensibilidade do capital e seu ingresso numa era de deveres mais amplos, objetiva e subjetivamente considerados, sua preservação ainda é o objeto central da gestão.

Nesse contexto corporativo, o mediador de interesses é a referida instituição societária nominada Conselho de Administração, que foi chamada por Peter Drucker de *a consciência da empresa*[9] (*apud* LODI, 2000, p. 115). Tem-se, então, um espaço corporativo que permite aos agentes do autodenominado *capitalismo com responsabilidade* apoiarem formas de *investimento socialmente responsável* (ABURDENE, 2006, p. 163), o que inclui aporte de capital em empresas praticantes do *capitalismo consciencioso e sustentável* e também adeptas de formas modernas e potencializadas de filantropia corporativa.

Realmente, tem havido uma ampliação da área de interação entre os campos – aqui no sentido que lhe confere Pierre Bourdieu – econômico e social. A área de interface tem sido dimensionada pela inclusão, no campo econômico corporativo, de partes tradicionalmente desconsideradas no desenvolvimento das atividades empresariais. Num modelo inclusivo máximo, a governança corporativa comprometida, v.g., com investimentos socialmente responsáveis e com práticas filantropo-capitalistas, abarca (i) o público interno: empregados, fundações privadas de assistência e seguridade; (ii) o público externo: que inclui credores, entre os quais estão os investidores, fornecedores, clientes e consumidores e (iii) o entorno: comunidade, sociedade, governo e meio ambiente (ANDRADE e ROSSETTI, 2004, p. 35).

Note-se o argumento: a sensibilidade desenvolvida pela *consciência da empresa* se manifesta como decorrência de um sentimento próprio do ser humano, o senso de sobrevivência, visto por alguns autores como “inato, incondicionado e de natureza biológica, sendo a fonte, a causa primeira e última de todo o nosso comportamento individual e social” (MORAES, 1996, p. 104). Esse *senso* tem inspirado os negócios empresariais, que dependem de humanos aptos ao exercício do consumo, quando seus gestores assistem, em todas as partes do mundo, a “multidões de seres lutando, sozinhos ou em família, para não deteriorar-se, nem demais, nem muito

depressa. Sem contar inúmeros outros [...] vivendo com o temor e o risco de cair nesse mesmo estado.” (FORRESTER, 1997, p. 10).

Diante do clamor, pacífico ou violento, que emerge nas ruas e desce dos morros, a *consciência das empresas* tem se apercebido de que as opções históricas do capital, que vê a miséria humana simplesmente como importante resultante do lucro, geram efeitos colaterais que não se limitam à redução do mercado consumidor por meio do achatamento do poder aquisitivo aos níveis de sobrevivência, mas passaram a colocar em dúvida a própria viabilidade de uma existência segura.

Tem-se, desse modo, uma realidade: o capital – especialmente aquele de grande expressão econômica, independentemente do (i) setor econômico em que atua, (ii) de sua configuração jurídico-societária e (iii) de sua origem geográfica – ingressou maciçamente numa era de *ação social*, na qual o investimento socialmente responsável é celebrado como moralmente recomendável e onde ganham destaque as atividades voltadas à filantropia e à ação social em campos historicamente marcados pela intervenção do Estado ou da Igreja.

2.2 Exercício do filantropo-capitalismo: intenções equívocas, efeitos incertos

É tentador pensar que a geometria corporativa, desenhada pelas sociedades empresariais contemporâneas, visa ao desenvolvimento da cultura organizacional ética, que se guiaria por três princípios de *ética organizacional*: (i) respeito pelos valores humanos essenciais, que determina o limiar moral absoluto para todas as atividades de negócios, (ii) respeito pelas tradições locais e (iii) crença em que o contexto é importante nas decisões sobre o que é certo e o que é errado (DONALDSON, 2005, p. 27).

Esse doutrinamento ético-organizacional certamente é uma resposta à “ampla expectativa de que as empresas de hoje pautem sua conduta por um mínimo de responsabilidade social” (MARTIN, 2005, p. 115), o que se traduz em esforços que estão “revolucionando a filantropia, fazendo com que as organizações sem fins lucrativos operem como negócios, e criando novos mercados para produtos e serviços que beneficiam a sociedade”, nas palavras de M. Edwards, diretor de governança e sociedade civil da *Fundação Ford*, que reconhece o vigor do capital para produzir riqueza como fato que o torna causa dos problemas globais e também parte essencial de sua solução (EDWARDS, 2008, p. 20).

Economistas de renome declaram não haver dúvidas “de que as políticas do Fundo Monetário Internacional e do Tesouro dos Estados Unidos contribuíram para um ambiente que intensificou a probabilidade de uma crise ao encorajar – em alguns casos, insistir – um ritmo injustificadamente veloz em direção à liberalização financeira e do mercado de capitais” (STIGLITZ, 2002, p. 141).^[10] Deve-se notar que o filantropo-capitalismo é um *derivativo* do anarco-capitalismo, de feições hayekianas, que debilita os países envoltos nessa névoa ética do neoliberalismo e que origina a matéria-prima – a desigualdade social, os danos ao meio ambiente, a miséria humana, a mercantilização das relações sociais, o minimalismo estatal etc. – de que se nutrem as mais celebradas práticas filantrópicas corporativas.

Para preparar a superfície global à atuação do capital, governos e investidores tiveram de, por meio de organismos multilaterais, imiscuir-se em questões soberanas dos respectivos países (alvo de seus interesses). Essa imiscuição foi possível pela flexibilização da soberania dos Estados e pela administração de medidas padronizadas cujos efeitos, no mais das vezes, foram nefastos para esses países, tendo sua população sido submetida a privações que esgarçaram o tecido social e criaram *sociedades de risco*, nas quais a natureza e a tradição – que podem simbolizar *segurança* – são esvaziadas de suas potencialidades ordenadoras e passam a depender de ações e decisões humanas (BECK, 2003, p. 113,114), que vêm sendo condicionadas por interesses institucionalizados nas estruturas da sociedade moderna.

Nessa mesma superfície, portanto, é que o filantropo-capitalismo opera utilizando paradigmas de gestão que são característicos de suas operações econômicas habituais, o que implica em considerar a hipótese de que a *filantropia corporativa* está se convertendo em mais um *item* produzido pelo sistema capitalista. Ao se tornar rentável, como sói acontecer com artigos produzidos em escala global, as sociedades se verão reféns de uma conduta que, para se perpetuar e manter-se *rentável*, precisará sonegar o tratamento que deveria ser destinado às suas próprias causas. É dizer: estamos diante de um *subproduto* do capitalismo que está recebendo, dos conceitos que atualmente pautam as práticas filantrópicas corporativas, valorização equivocada, que terminará por converter aquilo que é *problema* em *solução* à moda neoliberal: se é rentável e dinamiza a economia de mercado considerada em sentido lato, deve ser mantido, sem avaliações de natureza moral e sem entraves de natureza ética, pois a relativização cultural, moral e ética é parte do ideário capitalista.

É inevitável notar que o capitalismo promove a retroalimentação – em sentido semântico-figurativo: *qualquer processo por intermédio do qual uma ação é controlada pelo conhecimento do efeito de suas respostas* – da filantropia corporativa. Tal se dá quando o subproduto do sistema capitalista atinge níveis de alerta capazes de inspirar esforços de autopreservação nos próprios agentes do sistema, que passam a adotar medidas profiláticas com três objetivos: (i) naturalizar as circunstâncias socioeconômicas resultantes do modo de produção capitalista, em especial as decorrentes da *financeirização*, objetivo este perseguido por uma retórica determinista, anti-estatal e louvadora dos aspectos positivos do capitalismo; (ii) constituir imagem simbolicamente positiva do capital, que será devidamente explorada, tanto pelas ações de marketing destinadas a alavancar o valor da marca do produto ou do serviço, quanto por instituições especializadas em administrar recursos destinados à filantropia corporativa, que já se constituiu em *novo negócio* dentro do sistema e (iii) auxiliar outras entidades, inclusive o Estado, no combate aos efeitos colaterais historicamente conhecidos e, por isso mesmo, social e economicamente previstos, que vulneram as potenciais virtudes da vida em sociedade por meio de uma desenfreada mercantilização das relações.

A violência simbólica se manifesta em discursos e práticas que objetificam e tratam como solitário fator relevante unicamente os *efeitos* de algo que eles próprios, os agentes do capitalismo e do filantropo-capitalismo, *não ousam dizer o nome*. Evidentemente, há um diabolismo ambíguo neste cenário que projeta a atuação filantrópica do capital. O que, entretanto, não deve servir para acirrar críticas desqualificantes ou rejeitar iniciativas que podem contribuir para a construção de uma sociedade menos injusta. Trata-se, afinal de contas, de um poder economicamente

expressivo entranhado dentro de outro ainda mais forte, e o fato de este primeiro estar sendo gestado no ventre do capitalismo, e vir se fortalecendo ao longo dos anos de maior agravamento das crises sociais com genética capitalista, aponta para a criação de um *Leviatã* privado e de vocação filantrópica que não pode ser desconsiderado e nem deixado livre de amarras, pois há, realmente, o risco de que, ao se tornar um negócio rentável, ele se torne uma grande fomentador de práticas retroalimentantes.

Michael Edwards considera errado ignorar um *sistema* ação social que deverá gerar uma quantidade de recursos filantrópicos estimada em US\$ 55 trilhões nos próximos 40 anos, somente nos Estados Unidos da América. Dados assim, considerados à luz das reflexões acima, ensejam a pergunta: “Vamos usar esses imensos recursos na busca de transformações sociais ou apenas desperdiçá-los nos tratamento dos sintomas?” (EDWARDS, 2008, p. 21).

3. Estado: crises e problemática incompleta

Dentre os dogmas do liberalismo político na França setecentista estava aquele resumido no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual *qualquer sociedade que não assegure a garantia dos direitos, nem promova a separação dos poderes, não tem Constituição*. Está inserto nesta dicção liberal o *princípio da legalidade*, reconhecido como um dado fundamental para a construção do Estado de direito, em sua noção meramente formal (GRAU, 2002, p. 172). Concebido para *frenar* o exercício arbitrário do poder que vulnerava as pretensões políticas da burguesia, o modelo organizativo do Estado que inclui a tripartição do poder vive crises de diferentes configurações e origens.

A doutrina político-jurídica declara, sem titubeio, que esse modelo “representou seu papel histórico”, que se trata de “técnica em declínio” (BONAVIDES, 1996, p. 64)[11] e também que, no dizer de Louis Althusser, “não passa de um mito” (*apud* GRAU, 2002, p. 234). Noutro diapasão crítico, há o entendimento de que *separação* jamais foi proposição teórica de Montesquieu, pois a interpenetração inevitável das funções estatais em seu exercício evidenciariam *equilíbrio*, antes de separação de poderes (GRAU, 2002, p. 255). Essas assertivas evidenciam que as crises do Estado, no que derivam da geometria institucional do Poder, têm sido anunciadas. As funções do Estado, além de internamente terem esboroadas suas fronteiras, numa visão que incorpora fenômenos externos, têm sido objeto de processos de transferência de titularidade, o que se verifica na medida em que a organismos internacionais se têm reconhecido competência para o desempenho de certas funções anteriormente exclusivas da *soberania* e do *poder do Estado*.

É fato que a concepção do projeto iluminista de institucionalização do Poder não contemplou a capacidade de inclusão de *outros* poderes cujo controle não estava na esfera de interesses dos patrocinadores da *limitação do poder*. O problema da limitação e controle do *poder*, se tratado por Montesquieu sob a ótica do *equilíbrio* e por Locke sob a ótica da *separação*, foi percebida por Thomas Hobbes como um falso e perigoso problema ao argumentar que, pela divisão, uma parte poderia se tornar mais poderosa

do que as outras, prejudicando a própria finalidade da divisão (2003, p. 233). A razão hobbesiana para a crítica a este método de limitação do poder é intrinsecamente falha porque o *poder* nela contemplado era aquele de natureza eminentemente política.

A grande questão a envolver o *poder* e seu *exercício* refere diretamente formas e manifestações de poder que não se situam no âmbito dos órgãos estatais, mas, antes, em expressões de força que estão na gênese do Estado e que, historicamente – exceções observadas em momentos de ruptura institucional –, lhe têm dado sustentação, nem sempre legítima quando considerado o ideário liberal-constitucional, mas, de todo modo, sustentação que o preserva e, por vezes, o perpetua.

A separação, para fins de controle, do *poder* está assentada, então, em pressupostos autonomistas que impedem até mesmo que a interação destes poderes possa preencher as fendas políticas por onde aquelas *outras formas de poder* se infiltram, corrompendo o ideário de que o poder teria, numa razão finalística, a vocação para a promoção dos interesses de caráter público. Essa constatação confirma que o obsoletismo do modelo se revela na análise do papel e respectivo desempenho de qualquer dos três poderes.

Em diversos momentos da história e por inúmeros exemplos reiterados pela *prática processual* oficial, que tem lugar no âmbito do Poder Judiciário, o arcaísmo do modelo se exhibe aos cidadãos, estupefatos com o modo de produção normativa próprio deste *poder da República*. É correto, pois, afirmar que a produção normativa dos juízes não tem contribuído para a realização do Direito do modo como estabelecido nas justificativas filosóficas da constituição e manutenção do Poder Judiciário.

Não se afirma, aqui, que a produção normativa que camufla o efetivo ativismo judicial capaz de – partindo da Constituição da República e seus princípios fundantes – catalisar vontades republicanas e espíritos cidadãos, seja tímida em decorrência do fato de que os juízes ou provêm ou aspiram pertencer às camadas mais altas da sociedade, e nem que, conformados pelas suas origens ou aspirações, atuem de modo relativamente conformista (SCHNEIDER e SCHROTH, 2002, p. 513). Contudo, há um grande descompasso entre o modo de atuação do Poder Judiciário por seus pressupostos, razões teleológicas e argumentação técnica e a resultante desta atuação, a própria decisão judicial.

O problema posto pelos representantes do Poder Judiciário – atrelado à idéia de *acesso à justiça* – escamoteia que o *iter* da produção normativo-judicial, resultante de aplicação das normas jurídicas, revela opções ideológicas e corporativistas determinantes da argumentação-base da decisão formadora da norma, derivada do enunciado legal e das circunstâncias fáticas, que envolveu os interesses conflitantes do caso concreto. Essa argumentação está ancorada num viés processualístico que se traduziria no que a doutrina denomina *efetividade do processo* (BEDAQUE, 2006, p. 49), efeito a ser alcançado pelo desenvolvimento da *técnica processual*, da qual fazem parte conceitos como *instrumentalidade das formas*, *processo civil de resultados justos* e outros igualmente erigidos a dogmas da disciplina jurídica denominada *direito processual civil*.

Sob esse discurso formalístico e dogmático, o Poder Judiciário se exaure como um *quixote* que, incapaz ou não-desejoso de identificar os reais inimigos, se dedica ao

esforço de atacar as inofensivas e aparentes estruturas viciadoras que consegue compreender. Há, portanto, um decerto não-inocente equívoco na problemática em que se debate o Poder Judiciário, equívoco este que se manifesta na determinação justificadora, na argumentação e na sua razão de ser, nas decisões produtoras de normas destinadas às partes litigantes. E ao reduzir seu *problema* ao interesse das partes litigantes, o único efeito obtido pelo Poder Judiciário é a potencialização da litigiosidade, que redundará na causa de grande orgulho de seus representantes: o aumento da procura pelos serviços deste Poder, o que atende pelo nome de *incremento do acesso à justiça*.

3.1 Corruptela teleológica do Poder Judiciário: o discurso e sua eficiência

Entre os interesses particularmente considerados numa ação individual e aqueles coletivos ou difusos, tratados em ações plurais ou de legitimação plural, há uma litigiosidade crescente que não recebe combate por nenhuma dessas vias; ao contrário, o exercício da jurisdição pelo Estado tem tido o efeito de estimulá-la. Aquele conceito de *individualidade* determinante de toda a teoria do Estado e do Direito que marcou os áureos tempos do juspositivismo petrificou-se na epistemologia do instrumento estatal manejado pelo Poder Judiciário para cumprir seu mister. Daí vem a clara vocação do sistema processual para *individualizar* a argumentação teórica e a produção normativa.

Ao pender para esse *individualismo* ritualístico e defender a efetividade do processo – entendida como aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperado, como explica Bedaque (2006, p. 32) –, sem considerar o impacto das decisões na litigiosidade latente estabelecida no *campo social* e no *campo econômico* como reflexo de métodos de administração de interesses empresariais, que contam com uma específica interpretação do direito, o Poder Judiciário frustra a expectativa quanto à sua capacidade, e de seu instrumento, de “veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (*apud* BEDAQUE, 2006, p. 32).

Essa frustração tem exemplo no efeito reducente da função jurisdicional quando, sublinhando em toda a teoria do processo civil a luta particular entre as partes, consolida práticas processuais que, longe de desdobrar a idéia de *acesso à justiça*, limitam-na como se fora um direito fundamental de *acesso à Justiça*, isto é: às instâncias do Poder Judiciário, numa sugestão de fundo teológico que avoca para si o caminho único para a realização do *direito* e da *justiça*. A *raison d'être* do Estado certamente está em que suas estruturas sirvam de vias de acesso à justiça – e não apenas de acesso formal ao Poder Judiciário. Este, como titular da *jurisdição*, do procedimento administrativo interno de *dizer o direito*, deve atuar de modo a ampliar os efeitos de suas decisões para o campo da materialidade jurídica.

A reflexão proposta pode ser extraída de Cappelletti e Garth, para quem “embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico, nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 15). Dentre os *obstáculos a serem*

superados para desobstruir o acesso efetivo à justiça, Cappelletti e Garth incluem o que denominam *possibilidades das partes* (1988, p. 21), o qual subdividem em (i) recursos financeiros, (ii) aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa e (iii) litigantes ‘eventuais’ e litigantes ‘habituais’.

Essa classificação de litigantes – *eventuais* e *habituais* – foi desenvolvida pelo pesquisador Marc Galanter, da Universidade de Wisconsin, e se baseia na frequência de encontros destes litigantes com o sistema judicial. Ou seja, no número de vezes que o litigante maneja o processo e submete seus interesses aos órgãos do Poder Judiciário. Utilizado com referencial teórico e de pesquisa por Cappelletti e Garth, o professor Galanter elenca numerosas vantagens dos *litigantes habituais*, cuja experiência judicial é mais extensa: (i) maior experiência com o Direito lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (ii) uso de economia de escala, consistente no uso de uma mesma estrutura para atender a um maior número de casos; (iii) oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; (iv) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e (v) a possibilidade de testar estratégias em casos específicos de modo a garantir expectativa mais favorável nos casos futuros (1988, p. 25). Naturalmente, que a *habitualidade* denota a presença daqueles outros dois aspectos: posse de recursos financeiros e aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa.

Os autores concluem, com Galanter, que essas vantagens próprias dos litigantes organizacionais lhes conferem maior *eficiência* quando comparados com os litigantes individuais. Concluem, também, que “essa desigualdade relativamente ao acesso pode ser atacada com maior eficiência [...] se os indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar.” (1988, p. 26). Aqui se vê a sugestão de assunção, pelos litigantes eventuais, de estratégias para combater a litigiosidade habitual. Ao que parece, ao Estado – que disponibiliza suas estruturas para plena ocupação por parte dos *litigantes organizacionais* que se habilitam como contumazes agressores de Direitos – não reconhecem, os autores, a necessidade de adotar medidas de inibição das causas do incremento do *acesso à Justiça*. Não, ao menos, medidas de natureza judicial.

Justamente desse tipo de enfrentamento judicial exsurge situação fática reveladora do discurso simbolicamente violento emitido por autoridades representantes do Poder Judiciário. Loas são pronunciadas alardeando os méritos das sucessivas *reformas processuais*, que serão capazes de dar *efetividade ao processo* e de ampliar o *acesso à justiça*; iguais discursos elogiosos são elaborados quando se anunciam as estatísticas demonstrativas do incremento do número de processos desta ou daquela categoria, fato comemorado como comprovação incontestável da capacidade do sistema de promover o tão propalado *acesso à justiça*.

São louváveis os esforços doutrinários para aperfeiçoar o sistema, combatendo seus nódulos que impedem o fluxo adequado do Direito material. Entretanto, ainda que se valorize o labor intelectual dos doutrinadores do *processo civil*, é dever notar que, além das editoras especializadas e do *establishment* judicial, poucos jurisdicionados recebem os benefícios das sucessivas reformas, o que torna apropriada a remissão às palavras do pesquisador Galanter, aplicadas por Cappelletti e Garth (1988, p. 68):

O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível de ordenamento, sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.

Os esforços dos doutrinadores têm, no entanto, esbarrado na própria práxis da aplicação da norma jurídica. Por razões multifacetadas, espelhando ora ideologias, ora limitações de mundividência determinadas por uma educação jurídica dogmática e redutora das possibilidades do Direito, por um lado as reformas provocam transformações tensoativas entre os exercedores das *funções essenciais à Justiça*, e por outro, os titulares de órgãos judiciais, tímidos no mais das vezes, limitam-se a perseguir a efetividade processual formal e deixam de contemplar a imperativa necessidade de promover, justamente por meio do processo, a efetividade material que todo Direito possui e que todo jurisdicionado espera.

A litigiosidade crescente, antes de indiciar verdadeiro *acesso à justiça*, verdadeiramente revela o incremento do fracasso das relações jurídicas cujas partes dependem do *tour de force* estatal para assegurar o acesso ao seu direito. Entretanto, esse incremento do contencioso judicial no Brasil tem seus efeitos submetidos a uma *refração cognitiva*, pois os intérpretes do fenômeno consideram-no como algo positivo para a cidadania uma vez que representaria a crença da população no Poder Judiciário.

Assim, *exempli gratia*, pensa Gilmar Mender, ministro do Supremo Tribunal Federal, que, ao comentar os efeitos da *súmula vinculante* e da *cláusula de repercussão geral* – de resto, instrumentos outorgantes de poder ao STF cujo uso pode atentar contra a democracia e o verdadeiro acesso à justiça –, após ratificar seu entendimento de que esses instrumentos serão promotores do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e do direito fundamental a um processo com duração razoável, declara que é preciso ter a visão de que o Poder Judiciário é um *prestador de serviço* e que a crise processual, em estatísticos, é um dado positivo, pois mostra que as pessoas estão recorrendo à Justiça. E “se elas recorrem ao Judiciário é porque acreditam nele”. A entrevista tem como título “Foco na Eficiência”.^[12]

Essa exemplificativa opinião, qualificada pela fonte, ecoa no Poder Judiciário, para cujas lideranças o aumento do número de processos é sintoma de crença na Justiça e, logo, de acesso à justiça. É um pensamento da mesma qualidade referida – com Cappelletti e Garth – e que sugere àquela imensa massa de seres excluídos e destituídos de condições de organização a adoção de *estratégias de longo prazo* para enfrentar as vantagens dos litigantes organizacionais. São pensamentos reveladores de uma percepção descolada da realidade que constitui o pano de fundo das relações jurídicas frustradas no plano material, e cuja solução se busca por meio do uso de outras esferas do Direito, no caso o direito processual. São idéias que enviesam a lógica e sustentam um discurso facilmente posto no contexto da violência simbólica da qual se tratou linhas acima.

Esse pensamento nos trouxe uma prática judiciária orientada pelo formalismo e pelo corporativismo que, entranhada nas estruturas estatais brasileiras, com especial ênfase nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive como efeito da obsoleta educação jurídica praticada nas instituições de ensino superior, impede diagnósticos mais precisos que considerem as causas dos males e não apenas a sintomatologia e a prescrição de paliativos. O discurso institucional parece formulado para diagnosticar a crise, quantificar seus efeitos e apontar soluções tensoativas sem, contudo aprofundar-se em algumas de suas causas, que têm raízes no *modus operandi* da Justiça. Esse modo de atuar se projeta no imaginário social, todavia, muito mais pelo conteúdo simbólico do discurso das autoridades do que pela realidade mal interpretada.

Dirigido aos cidadãos reduzidos ora a *administrados*, ora a *jurisdicionados*, aquele discurso ganha tons justificadores e explicativos; soa como a voz da autoridade que demonstra quão eficiente são os serviços prestados, a voz do poder que, desnudo, tenta naturalizar circunstancialmente uma lamentável realidade que é reveladora da incapacidade de gestão de tão relevante função política. Ao mesmo tempo, as razões articuladas no discurso justificam o gigantesco orçamento e também a necessidade de incrementá-lo anualmente, pois os *jurisdicionados* têm demandado mais acesso ao Judiciário e isso implica em atender à necessidade de uma maior estrutura, afinal, o Poder Judiciário deve *prestar um bom serviço*.

Sobrepostos, o duo constituído pelo Poder Judiciário e pela dogmática do Direito Processual cria uma sedutora versão da realidade: o Estado brasileiro aprova leis processuais por meio de um Poder Legislativo sensível aos apelos da Academia jurídica, e esse mesmo Estado promove os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e a um processo com duração razoável. Contudo, é desafinado o coro que se ouve: enquanto números são exibidos pelas autoridades, a Justiça atua de modo a sombrear, *exempli gratia*, descabros promovidos por contendores que Galanter chamou de *litigantes habituais*, talvez os maiores, e mais impunes, tomadores dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

3.2 A aritmética desconstruindo o Discurso

Embora capaz de arrebanhar mentes e corações sequiosos por um Estado presente e atuante, e por isso mesmo sujeitos à ação impiedosa e arrogante do *poder simbólico*, a tonitruância do discurso das autoridades do Poder Judiciário sofre arrefecimento inescapável diante da aritmética aplicada ao real desempenho das atividades deste Poder.

A estatística é auxiliar na compreensão da crise: a taxa de congestionamento da Justiça brasileira – esse índice é representado pela relação numérica entre os processos julgados por ano e os processos em tramitação – alcançava 59,26% em 2003. Essa média, que tem subido, era composta por: 58,67% no STF, 31,12% no STJ, 69,10% nos Tribunais Regionais Federais, 81,37% na Justiça Federal, 57,84% nos Tribunais de Justiça e 75,45% na Justiça Estadual de primeira instância. Quando presidente do STF, o ministro Nelson Jobim comentava esses números reconhecendo-os como calamitosos

e afirmando ser necessário analisar a eficiência do Judiciário sem, entretanto, eleger culpados[13].

Contudo, aquele discurso *focado na eficiência*, que apregoa o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, também chamado *acesso à justiça* e, do mesmo modo, o direito fundamental a um processo com duração razoável, tende a invisibilizar resultados tangíveis. Ao comentar o congestionamento de processos na máquina estatal judiciária, há quem repare que tal não se dá por falta de juízes, uma vez que o Brasil – em números de 2003 – tinha 13.474 juízes, o que gerava média de 7,6 magistrados por 100mil habitantes, superior até à média recomendada pela Organização das Nações Unidas, de 7/100mil habitantes[14].

Se, entretanto, o número de magistrados está alinhado com as boas práticas administrativas internacionalmente recomendadas, a estrutura do Poder Judiciário guarda dimensões denunciadoras de circunstância que sublinha aquele *modus operandi* e seu caráter corporativista: em 2003, o Poder Judiciário empregava 246.632 servidores – o que resulta numa média de 139,44/100mil habitantes. A média mundial é de 50/100mil habitantes.[15] As dimensões dessa máquina burocrática só podem ser justificadas pelo discurso *focado em eficiência* que diagnostica uma crise, recomenda e administra tratamentos, mas não enfrenta as suas causas, num conveniente *procedimento* de retroalimentação da crise.

Veja-se o incremento da litigiosidade reconhecida na 4ª edição da pesquisa *Justiça em Números – Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário*[16], que é espantosa: 43 milhões de processos esperam julgamento pelo Poder Judiciário brasileiro; desses, 33 milhões estão na primeira instância, sendo que 32 milhões são processos pendentes de julgamento pela Justiça Estadual de primeiro grau. A taxa média de crescimento anual das demandas submetidas ao Poder Judiciário foi de 9,6% nos últimos três anos – contra um crescimento de 12% das sentenças prolatadas. No mesmo período, a dinâmica do crescimento nos Juizados Especiais foi 14%. Esses números resultam numa *taxa geral de congestionamento do Judiciário*, considerando-se todas as instâncias de todos ramos da Justiça, de 69% em 2006, contra 59,26% em 2003, o que implica em que de cada 10 processos nas prateleiras do Judiciário, apenas três são julgados no ano.

Destaque-se os números relativos aos Juizados Especiais, que se tornaram protagonistas da juridicização dos conflitos surgidos aos borbotões entre o capital que investiu em setores supostamente regulamentados – como aqueles de serviços prestados por concessionárias – e os cidadãos que recebem o *status* de consumidores, titulares de interesses difusos e coletivos e sobre os quais Roger Perrot afirmou “o consumidor é tudo e não é nada.” (*apud* CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 26). Em razão da competência *ratione materiae*, esta Justiça termina por ser a foz em que deságuam as torrentes das lides entre produtores e prestadores de serviços e seus consumidores.

Esse crescimento diferenciado da litigiosidade que tem lugar nos Juizados Especiais está diretamente ligado ao *litigante organizacional*, classificado também por Galanter como *litigante habitual*. Nega-se validade ao entendimento de que a inflação de ações nascentes nos Juizados Especiais tenha origem em uma *demanda reprimida* por cidadania que encontrou espaço aberto para seu exercício após a abertura política; igualmente *incredible dictu* é o argumento de que os *departamentos de reclamação*

consumerista em que se converteu a Justiça, nos Juizados Especiais, representem a materialização de um maior *acesso à justiça*.

Ao contrário, invocando o paralelismo ou simetria de gênese, é correto afirmar que aquele *desmonte estatal* imposto por organismos multilaterais referido por Stiglitz – cujos subprodutos têm sido tratados pelo filantropo-capitalismo como uma declaração de reconhecimento da incapacidade estatal de fazê-lo – propiciou o surgimento de deformidades no campo socioeconômico e no campo jurídico-político que têm ensejado o exercício do capitalismo irresponsável. O canal constituído pelos Juizados Especiais mostrou-se mais acessível, é vero, o que impeliu muitos cidadãos a reclamarem judicialmente contra a lesão a seus direitos, mas a explosão da litigiosidade está vinculada à omissão do Estado, no exercício do seu poder por qualquer de suas funções, na regulamentação de certas atividades.

Exempli gratia, em praticamente todos os Estados da Federação o topo do ranking de reclamações registradas nos órgãos de orientação e defesa do consumidor pertence a empresas concessionárias de serviços públicos, tais como concessionárias de serviços de telecomunicações, de fornecimento de energia e também instituições financeiras, considerando-se que instituições bancárias também são consideradas como concessionárias.

Refletindo essa contumácia de avalanche de condutas lesivas aos interesses jurídicos de expressiva parcela da população, também nos registros de alguns Tribunais o topo da lista dos fornecedores de produtos e serviços pertence àquelas empresas concessionárias. No site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é possível conhecer os fornecedores de produtos e serviços mais ajuizados desde 1996[17].

Essa coincidência tem origem na ausência gritante de regulação e fiscalização por parte do rol de agências reguladoras federais, que constituem um modelo regulatório concebido, ao que parece, para dar *aparências* de regulação e controle de atividades tão relevantes economicamente. Não é por acaso que muitas das empresas que lideram o ranking dos Juizados Especiais ocupem posição símile nas listas das agências reguladoras.

Há um nivelamento ideológico das funções estatais cuja motivação é a concessão de espaços desregulamentados para a atuação do capital. Associados no que parece ser objetivo comum, capital e Estado promovem verdadeiro ataque aos direitos do cidadão, com efeitos material e *processualmente* percebidos nos números acima.

4 CONCLUSÃO

Do paralelismo à analogia, os dois fenômenos tratados acima guardam semelhanças cuja gênese pode ser identificada nas ranhuras que dão ao capitalismo a feição que ele tem. Há paralelismo na origem dos fenômenos quando vemos, nos efeitos da *hiperlitigiosidade* que debilita quantitativa e qualitativamente o Poder Judiciário, as

mesmas causas que ensejam o exercício do capitalismo consciencioso e sustentável por meio do filantropo-capitalismo.

Tratando das mudanças econômicas a que o mundo assiste há duas décadas, Joseph Stiglitz diz que os responsáveis pelos erros do passado continuam a repetir os mantras relativos à estabilização, privatização e liberalização (2002, p. 233). Ao fazê-lo, induz-nos a lembrar: um dos efeitos deste receituário neoliberal, nas sociedades ditas *em desenvolvimento*, foi o que se chamou acima de *judicialização* ou *juridicização* das questões sociopolíticas.

Esquecendo-se de que a “ideologia predominante do livre mercado obscurece o pensamento claro sobre a melhor maneira de tratar os males de uma economia” (STIGLITZ, 2002, p. 242), o Brasil aplicou em sua Administração o receituário dito neoliberal e o resultado pode ser observado, num corte analítico bastante modesto, primeiro nas relações de poder que emergiram dessas mudanças no que diz respeito, *verbi gratia*, às relações jurídicas de perfil consumerista, e depois nos efeitos sociais daquela liberalização, com ênfase nos privilégios do capital especulativo-financeiro.

Efeitos colaterais do minimalismo estatal imposto por organismos multilaterais, e sem qualquer discussão acatado pelas autoridades brasileiras, podem ser citados abundantemente. Considere-se, exemplificativamente a estatística da litigiosidade acima demonstrada, que deve ser entendida como reflexo de uma dupla inoperância do Estado: (i) sua função legiferante, exatamente como sua função administradora, omite-se e atende ao apelo do capital por uma tripla liberdade: *laissez-faire*, *laissez-aller* e *laissez-passer*; (ii) refletindo aquela submissão administrativa e ecoando afinidades ideológicas, o Poder Judiciário se porta permissivamente e se debruça sobre a efetividade do processo, repetindo a tendência isolacionista do Direito, *a ilha das ciências sociais*. Os números acima apresentados são de uma triste eloquência, mas ainda mais desesperançoso é o conformismo percebido nos discursos oficiais ante o quadro aterrador.

Porém, é desse quadro caótico, absolutamente atacável sob o ponto de vista dos Direitos e Garantias Fundamentais, que se apropria o Poder Judiciário para elaborar um discurso que enaltece a *forma* e os esforços para garantir a efetividade dos postulados normativos processuais. O Estado que se omite na regulação econômica por meio de suas funções Legislativa e Executiva, apropria-se do caos surgido na esteira de sua inoperância e emite discursos fundados no *foco na eficiência* e no *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* e, seduzindo pela autoridade, convence os *jurisdicionados* de uma anormalidade naturalizada, pois os esforços vêm sendo feitos e exibidos para debelar os males. Enquanto o discurso ecoa no vazio das expectativas, a realidade se impõe e se traduz nos números farsescos e na justificativa para o constante crescimento da máquina pública. Trata-se de um exemplo apurado da atuação do *poder simbólico* que, por meio da *ação pedagógica*, naturaliza uma idéia, chamada por Bourdieu de *arbitrário cultural*, e obtém da massa de *administrados* senão o *conformismo lógico*, uma passividade que vem sendo mantida por meio daquele discurso de autoridade refletido, também, nas condenações judiciais irrisórias que, fingindo punir litigantes organizacionais cujos balanços provisionam despesas processuais, são depositados como compensação nos bolsos dos litigantes eventuais.

Justamente aqui as paralelas se tocam e a analogia se torna admissível entre este movimento empreendido pelo Estado judicial inoperante, mas vaidoso, e aquele elaborado profissionalmente pelo capitalismo sequioso por lucro, mas autodenominado *responsável*. O modelo capitalista humanística e mercadologicamente funcional, ao qual se chama *sustentável, responsável* ou *conscienzoso*, é aquele cuja argumentação sedutora profere o discurso segundo o qual – para além de ocupar-se dos reflexos de sua operacionalização em escala global – ele está apto a identificar, em escala local, as causas próximas do dano e do risco social, e também a atuar de modo a erradicar as práticas que os estimulam.

A dúvida que se impõe, lastreada na historicidade do capitalismo, traduz a descrença na capacidade, destes capitalistas conscienciosos, de promover um encantamento sistêmico indutor de mudanças filosóficas que constituem o próprio *ser* do capitalismo. O risco que eclode do balanço histórico das realizações capitalistas sugere que estamos diante de um discurso destinado a promover autêntica violência simbólica: o mundo range os dentes sob a opressão da desigualdade enquanto o *capitalismo responsável* segue multiplicando seus ganhos sob o discurso da *responsabilidade* que impõe uma *ordem gnoseológica* geradora de um conformismo lógico, conveniente e enganoso. E para além disso, já está em curso a mercantilização das promessas e métodos de identificação e tratamento das condições degradantes a que foi lançado o ser humano no movimento centrífugo implementado pelo capitalismo globalizado. O know-how de tratamento dos efeitos colaterais do exercício irresponsável do *poder econômico* foi transformado em commodity.

Esses dois movimentos – um eminentemente privado, o filantropo-capitalismo e outro estatal-judiciário, o *foco na eficiência* do Poder Judicial – se desenvolvem sob a mesma superfície, criada que tem sido pelo exercício desregulamentado e irresponsável do direito à livre iniciativa. Num caso, o próprio agente causador desenvolve intrinsecamente uma metodologia de *empreendedorismo social* que visa atenuar – esse é o verbo – os efeitos de seu afoito protagonismo. Noutro, o Estado, vítima direta das imposições do capital, que o exige minimalista, e vítima indireta da degradação sociocultural e humanística que a dissolução dos valores causa no tecido social, se omite ao não exercer eficazmente seu mister ontológico. Permitindo aquele exercício desregulamentado e irresponsável, a sociedade arqueia ante contumazes ilicitudes organizacionais e, sem alternativa, recorre ao Poder Judiciário desencadeando a referida hiperlitigiosidade. Lá, esse efeito perverso é comemorado e permite calibrar o discurso sobre *foco na eficiência*, que nunca se realiza, nem no aspecto processual e nem no aspecto material.

Assim, erigem discursos formatados para atingir *violentamente* a psique de seus destinatários quase sempre já sem a *capacidade de criar seu próprio elenco de significados*. A filantropia corporativa sonega a origem dos males que pretende combater; o Poder Judiciário enaltece sua suposta *eficiência* e escamoteia sua inapetência para também olhar para as causas da hiperlitigiosidade. Em ambos os casos, facilmente se identifica o esforço quase metafísico para a promoção do conformismo lógico que silencia as críticas e exige a nução moral. O Poder real se vale, então, do poder simbólico e o verbo reconstrói a realidade. O poder econômico, no caso, constrói um dado e o transforma pelo discurso. E a ele faz coro o Estado por meio da inoperância de seus *poderes*.

É correto considerar que a superação parcial daquelas deficiências listadas ao se tratar do Poder Judiciário poderia se dar pela ampliação do arco teleológico daquela função estatal para alcançar a efetividade material a ser promovida difusa e indiretamente mesmo fazendo uso de ações individuais, o que se daria por meio da imposição de sanções desestimuladoras dos atos lesivos dos direitos do cidadão. Igualmente correto pensar, também que se Estados e capitalistas responsáveis conjugarem políticas públicas e corporativas visando ao tratamento, não apenas dos efeitos, mas das causas que alimentam o filantropo-capitalismo, uma solução poderia estar sendo ensaiada. Ler Spinoza (1994, p. 26) pode revestir de esperança a necessidade:

Um Estado cuja salvação depende da lealdade de algumas pessoas e cujos negócios, para serem bem dirigidos, exigem que aqueles que os conduzem queiram agir lealmente, não terá qualquer estabilidade. Para poder subsistir será necessário ordenar as coisas de tal modo que os administradores do Estado, quer guiados pela razão ou movidos por uma paixão, não possam ser levados a agir de maneira desleal ou contrária ao interesse geral. Pouco importa, à segurança do Estado, o motivo interior que tenham os homens para administrar os negócios, e se de fato os administrarem bem. Com efeito, a liberdade da alma, quer dizer, a coragem, é virtude privada; a virtude necessária ao Estado é a segurança.

Do Estado espera-se, então, a instituição coercitiva de condutas – suas e dos ditos *administrados*, inclusive *organizacionais* – que induzam à elisão das práticas que hoje recebem tratamento tensoativo tanto do Estado quanto dos capitalistas responsáveis. O discurso simbolicamente violador de consciências deve dar lugar a um que incorpore reflexões e ações sobre as *causas*, e não apenas sobre os *efeitos* de comportamentos nocivos à cidadania e, portanto, situados no campo das *inconstitucionalidades* que erodem a legitimação do Poder Político.

Referências

ABURDENE, Patricia. **Megatrends 2010** – O poder do capitalismo responsável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ANDRADE, Adriana e ROSSETI, José Paschoal. **Governança corporativa** – Fundamentos, Desenvolvimento, Tendências. São Paulo: Atlas, 2004.

ATTALI, Jacques. **Uma breve história do futuro**. Osasco/SP: Novo Século, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

_____, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

- BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: Unesp, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- _____. **A miséria do mundo**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.
- _____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- _____; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: elementos para uma teoria do ensino**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- COSTA, Jurandir Freire. **Violência e psicanálise**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- CREVELD, Martin van. **Ascensão e Declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DONALDSON, Thomas. Valores sob tensão: Ética longe de casa. In: **Ética e responsabilidade social nas empresas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 (Harvard Business Review). p. 22-44.
- DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**. Um passeio pelas teorias. São Paulo: 2006, <http://dowbor.org>.
- DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**. São Paulo: Unesp, 2006.
- EDWARDS, Michael. Os mitos e realidades do filantropo-capitalismo. **Fórum: Outro mundo em debate**. São Paulo, n. 65, p. 20, 21, ago. 2008.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. São Paulo: Unesp, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil. São Paulo: Ícone, 2000.
- KLIKSBERG, Bernardo. **Por uma economia com face mais humana**. Brasília: Unesco, 2003.

LODI, João Bosco. **Governança corporativa** – O governo da empresa e o conselho de administração. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

MARTIN, Roger L. A matriz da virtude: Cálculo do retorno sobre a responsabilidade social das empresas. In: **Ética e responsabilidade social nas empresas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 (Harvard Business Review). p. 99-117.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. A vantagem competitiva da filantropia corporativa. In: **Ética e responsabilidade social nas empresas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 (Harvard Business Review). p. 134-166.

REALI, Giovanni. **História da Filosofia**. Antigüidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: **Introdução à filosofia do Direito e à filosofia do Direito contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

SENNET, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SINGER, Paul. **Curso de introdução à Economia Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

SPINOSA, Benedictus de. **Tratado político**. São Paulo: Ícone, 1994.

STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios**. A promessa não-cumprida de benefícios globais. São Paulo: Futura, 2002.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WOOD JR., Thomaz. A vida como extensão da empresa – Gerencialismo: uma centenária invenção ianque ganhou o mundo corporativo, prosperou na década de 1990 e transformou cidadãos em S.As. **CartaCapital**: Política, Economia e Cultura. São Paulo, n. 500, p. 84 a 89, jun. 2008.

[1] “A primeira e fundamental questão é se a empresa existe para atender aos seus acionistas ou para atender a seus *stakeholders*, um grupo de interesses mais amplo composto de empregados, fornecedores, clientes, cidadãos etc. A palavra *stakeholder* ainda não tem tradução para o português.” (LODI, 2000, p. 11). A expressão engloba todas as pessoas e instituições que recebam, direta ou indiretamente, os impactos das atividades necessárias ao desenvolvimento do negócio. O *stakeholder* está em posição distinta do *shareholder*. A terminologia empregada será a própria do ambiente corporativo, pois é por ela que se operam as reflexões e ações do capitalismo.

[2] *Shareholder* é o titular de participação societária, o acionista investidor que tem direitos em face da investida, a sociedade empresária.

[3] *Dicionário Eletrônico Houaiss*. Editora Objetiva, 2002.

[4] Interessante o relato de Gilbert Dupas (2006, p. 162) sobre esse mercado *emergente*: “Um bom exemplo de inclusão dos miseráveis [...] é a maneira como se está incorporando [...] os miseráveis de regiões africanas, ao mercado de telefonia celular. [...] Bekowe Skhakhane, de 36 anos, foi convencida pela propaganda que precisa ter a possibilidade de falar com seu marido, que trabalha numa siderúrgica em Johannesburgo, utilizando um telefone celular. [...] Skhakhane, muito pobre, gasta 1,96 dólar por mês para comprar cinco minutos de crédito. [...] Como a grande maioria dos africanos vive com menos de dois dólares por dia, as operadoras só conseguem vender quotas irrisórias, convencendo o miserável local que ele também tem direito ao progresso, a ser feliz. [...] As empresas, que vendem o progresso e felicidade para os pobres, anunciam boas razões mercadológicas para seu produto: como eles não têm refrigerador, conservam os peixes vivos nos rios, amarrados a um barbante, e os levam quando recebem uma chamada no celular. [...] Mas como carregar as baterias, sem eletricidade? Carregadores movidos a pedal de bicicleta estão sendo desenvolvidos; o que, segundo o *The New York Times*, exigiria uma bicicleta, propriedade rara na África rural. A solução foi utilizar baterias de automóvel carregadas em postos de gasolina por indivíduos que se locomovem de ônibus e que nunca poderão ter um carro; mas cobram 0,80 centavos de dólar para carregar um celular. Por essas e outras, o capitalismo global mostra mais uma vez sua imensa capacidade de adaptação.”

[5] Vocábulo da língua inglesa para expressar a atividade conhecida como *gestão de marca* de serviço ou produto. Trata-se de atividade extremamente valorizada no meio empresarial, pois a marca – desde sempre, porém com maior intensidade após o ingresso no que se denomina era da informação – representa um dos mais importantes ativos de uma empresa. Segundo alguns teóricos da administração, é o mais importantes dos ativos intangíveis.

[6] Explícita referência à criativa obra de Milan Kundera, *A insustentável leveza do Ser*, no qual faz interessante releitura do pensamento desse filósofo pré-socrático considerando o universo social e político da cidade de Praga nos fins dos anos 1960.

[7] IPO – Sigla composta pelas iniciais de *initial public offering*, procedimento financeiro-societário de capitalização de uma sociedade empresarial por meio da abertura de seu capital no mercado mobiliário. Os humores do chamado *mercado* afetam diretamente, portanto, o desempenho econômico-financeiro dessas empresas.

[8] O.E. Williamson entende o conceito um *sistema de valores e padrão de comportamento*: “A governança corporativa trata de justiça, da transparência e da responsabilidade das empresas no trato de questões que envolvem interesses do negócio e da sociedade como um todo.” . A. Shleifer e R.W. Vishny vêem-na como *sistema de direitos e relações*: “[...] é o campo da administração que trata do conjunto de relações entre a direção das empresas, seus conselhos de administração, seus acionistas e outras partes interessadas. Ela estabelece os caminhos pelos quais os supridores de capital das corporações são assegurados do retorno de seus investimentos.” (*Apud ANDRADE e ROSSETI*, 2004, p. 24).

[9] Objetivo intrínseco à existência dessa *consciência corporativa* é dar efetividade, nas atividades organizacionais, a três valores que devem pautar os atos da administração e promover a transparência da gestão: (i) *Fairness*, que se traduz como *senso de justiça* e de *equidade* para com os acionistas minoritário contra transgressões dos majoritários e dos gestores; (ii) *Disclosure*, referida como *transparência* a ser obtida por meio da confecção tempestiva de relatórios confiáveis contendo dados financeiros, contábeis e outros; (iii) *Accountability*, ou responsabilidade pela prestação de contas por parte dos tomadores de decisão e (iv) *Compliance*, que o sentido de obediência e cumprimento da leis em vigor. A utilização das expressões no idioma inglês pode ser explicada pelo fato de que, depois de concebidos em países anglo-saxões, esses conceitos têm sido aplicados no ambiente corporativo no idioma original.

[10] Ladislau Dowbor relata eloqüente experiência a respeito dessa *financeirização*: “Recentemente um canal de TV pediu-me uma entrevista sobre como eu achava que as bolsas abririam depois de um fim de semana prolongado. Expliquei à entrevistadora que aplicações financeiras não eram a minha área. Reagiu surpresa: ‘Mas o senhor não é economista? Então o senhor entende de quê?’ É muito significativo um grande órgão de imprensa achar que economia se resume à análise de aplicações financeiras ou de mecanismos especulativos. O próprio termo ‘mercado’ hoje adquiriu esta conotação.” (2006, p. 12)

[11] Paulo Bonavides enfatiza sua opinião acerca do obsoletismo político-ideológico do modelo: “ Quando cuidamos dever abandona-lo no museu da Teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como tecnica dificultosa e obstrucionista, autentico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.” (1996, p. 64)

[12] Entrevista publicada em *RT Informa* Ed. Especial n. 52 – novembro 2007 a abril 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 5.

[13] *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 12 de maio de 2005, p. E1.

[14] *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 7 de maio de 2005, p. A6.

[15] *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 12 de maio de 2005, p. A10.

[16] Os dados, que se referem ao ano de 2006, podem ser encontrados no site www.cnj.jus.br, especificamente no endereço http://serpensp2.cnj.gov.br/justica_numeros_4ed/RELATORIO_JN_2006.pdf. O relatório é fruto do trabalho da Comissão de Estatística e Gestão Estratégica do Conselho Nacional de Justiça, presidida pelo Conselheiro Mairan Maia.

[17] O endereço específico é: www.tj.rj.gov.br. Acessar sucessivamente os ícones “Institucional”, “Juizados Especiais” e “Empresas mais acionadas”.

**TEORIA DA EMPRESA EM DIREITO E ECONOMIA: UMA ANÁLISE
ECONÔMICA DA EMPRESA**

**THEORY OF THE FIRM IN LAW AND ECONOMICS: AN ECONOMIC
ANALYSIS OF THE FIRM**

Clélio Gomes dos Santos Júnior

RESUMO

RESUMO: O direito comercial sempre sofreu influência do mercado. Surgiu da prática reiterada e uniforme dos mercadores matriculados nas corporações de ofício. Por ocasião da Revolução Francesa e de seu ideal de liberdade profissional, desenvolveu-se para a teoria dos atos de comércio. E a partir da revolução industrial, evoluiu para a teoria da empresa. Em todos os períodos, o direito acompanhou a atividade econômica, sempre observando o modo como ela se desenvolvia no mercado. Assim, o estudo do direito comercial coloca o intérprete em contato com inúmeros fatos econômicos. A empresa é um deles e, por tal razão, em seu estudo torna-se imprescindível a apreensão de alguns conceitos econômicos fornecidos pelo Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMERCIAL, DIREITO EMPRESARIAL, TEORIA DA EMPRESA, DIREITO E ECONOMIA, ANÁLISE ECONÔMICA, CUSTOS DE TRANSAÇÃO.

ABSTRACT

ABSTRACT: The commercial law always suffered influences from the market. Arose from the repeated and uniform practice of merchants involved in corporations. Because of the French Revolution and its ideal of freedom of profession, has developed to the theory of acts of trade. And from the industrial revolution, has evolved into the theory of the firm. At all periods, the law followed the economic activity, always observing how it has developed in the market. Thus, the study of commercial law brings the interpreter to a contact with many economic facts. The firm is one of them, and that is the reason why in their study it is essential to understand some economic concepts, provided by the Law and Economics or Economic Analysis of Law.

KEYWORDS: KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, FIRM LAW, THEORY OF THE FIRM, LAW AND ECONOMICS, ECONOMIC ANALYSIS, TRANSACTION COSTS.

1 - Introdução

A atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços tem sido tratada pelo direito por diferentes abordagens, conforme o estágio do desenvolvimento humano considerado.

Entre os séculos XII e XVIII, havia uma nítida separação entre a atividade de produção, regulada pelo direito romano, e a circulação de mercadorias, regulada pelo direito comercial. Esse período é conhecido como direito comercial subjetivo, aquele direito criado pela e para determinada classe social - a classe dos comerciantes. Com a revolução francesa e a adoção da teoria dos atos de comércio, aquele direito de classe se transformou no direito objetivo, mantida a separação entre as atividades de produção e circulação de mercadorias. Finalmente, evoluiu para o direito de empresa, o direito comercial subjetivo moderno, que rompe com a tradição e supera a velha dicotomia. A história demonstra, definitivamente, que o direito comercial encontra seu suporte fático no fato econômico ligado ao *abastecimento do mercado*. A evolução do fato econômico, e também do mercado, tem sido acompanhada pelo direito.

No primeiro estágio, o medieval, o próprio mercado[1] dá origem ao direito comercial. No segundo estágio, o moderno, o direito sofre adequações há todo momento, sob influência do ideal de liberdade profissional da revolução francesa - o grito da iniciativa privada no mercado. No terceiro estágio, a partir da revolução industrial, a produção artesanal cede lugar a um novo modo de produção surgido no mercado - *empresa* - e absorvido pelo direito sob diversos enfoques ou perfis.

Esse fenômeno econômico - *empresa* - tratado pelo direito italiano desde 1942, só recentemente foi adotado no Brasil, como paradigma do Direito de Empresa.

ASQUINI (*Profili dell'impresa*, 1943)[2] considera que "(...) a empresa é a célula fundamental de qualquer tipo de economia organizada." De suas lições, retira-se a necessidade de uma abordagem interdisciplinar da matéria, que reúna não só os conhecimentos dos vários ramos do direito, mas, e principalmente, da economia.

BARRETO FILHO (*RDM*, 1973)[3] percebeu isso há décadas, ao lecionar que "Sem nos deter no exame dos pressupostos metodológicos, qualquer que seja a posição adotada, verifica-se que o conteúdo ou substrato do Direito Mercantil é essencialmente econômico."

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a noção de empresa na perspectiva do Direito e Economia - *Law and Economics* - ou Análise Econômica do Direito. Para tanto, é imprescindível uma incursão na história do direito comercial, para explicar o fato econômico que lhe deu origem, as influências do mercado sobre a sua formação e sua gradual evolução para o direito de empresa.

2 - O direito comercial e o mercado: uma evolução gradual e de recíproca influência;

A história do direito comercial costuma ser dividida em três períodos.

O primeiro período tem início no século XII e fim no século XVIII. O direito comercial surge como um conjunto de normas consuetudinárias aplicáveis apenas aos comerciantes matriculados nas corporações de artes e ofícios - guildas. Neste período, o direito comercial é o direito de uma classe social, ou melhor, profissional. Criado pelos comerciantes e para reger as suas relações nos mercados e nas feiras[4], esta primeira fase é chamada pela doutrina de direito comercial subjetivo[5]. O interesse em criá-lo foi essencialmente econômico, para afastar o direito romano e a jurisdição comum do mercado. Para tanto, era necessário forjar um conjunto de regras próprias, especiais ao comércio, aplicadas por uma jurisdição também própria - *cônsul*.

Como a matéria comercial foi definida em razão da pessoa do comerciante, só compreendia os mercadores matriculados nas corporações de ofício. Com isso, controlava-se (ou evitava-se) a *concorrência*, pois a matrícula nas corporações era burocrática, dependia da relação duradoura entre mestre e aprendiz.[6]

Com efeito, esse direito de classe vigorou até a eclosão do ideal de liberdade profissional da Revolução Francesa, que teve início em junho de 1791, com a promulgação da Lei *Le Chapelier*, que extinguiu as corporações de ofício e proibiu a formação de qualquer associação ou corporação profissional. Trata-se do surgimento da *livre iniciativa privada*, que, mais tarde, se tornaria o pilar do capitalismo de mercado.

O segundo período tem início em 1807, com a promulgação do *Code de Commerce* francês, de Napoleão Bonaparte, e se estende até o ano de 1942. O direito comercial deste período passa a ser o conjunto - legislado - de normas aplicáveis aos atos de comércio. A partir do Código Comercial de Napoleão, o direito comercial deixa de ser o direito da classe dos comerciantes associados às corporações de artes e ofícios, e passa a reger todas as relações daqueles que fazem da prática dos atos de comércio a sua profissão habitual. Por isso esta fase é conhecida como direito comercial objetivo[7].

A matéria comercial passou a ser definida pelo rol de atos trazido no art. 632 do *Code de Commerce*, e no Brasil reproduzido no art. 19 do Reg. 737 de 1850[8].

Desde sua adoção no Brasil, a teoria dos atos de comércio foi taxada de artificial, desprovida de cunho científico, principalmente por manter uma dicotomia que não mais existia no mercado, entre ato de comércio e ato civil. JOÃO EUNÁPIO BORGES comenta que, já na redação do Código, os comerciantes convidados pelo Imperador preferiram não incluir o rol de atos de comércio, relegando-o para o Regulamento 737, promulgado no mesmo ano de 1850. Assim, o direito material ficaria imutável no Código, uma aspiração oitocentista, enquanto que o direito processual poderia evoluir, o que de fato ocorreu, pois o Reg. 737 foi revogado logo em 1875.[9]

Não obstante, a filiação doutrinária à teoria dos atos de comércio mantinha os negócios imobiliários, a prestação de serviços e o agronegócio, como atos civis, à margem do âmbito de incidência do direito comercial.

Em verdade, nunca houve razão jurídica alguma para a exclusão daquelas atividades do âmbito do direito comercial. A exclusão dos negócios imobiliários, operada pelo art. 121 do Código Comercial e pelo art. 19, §1º, do Regulamento 737, e explicada com base na noção de que os atos de comércio promoviam a circulação física de mercadorias (coisas móveis), nunca convenceu. A exclusão do agronegócio, explicada com base no conceito de ROCCO[10] e na idéia de que o comerciante só praticava atos de intermediação entre a produção e o consumo, destinados ao mercado e não ao seu consumo próprio, também não demonstrava nenhuma coerência científica.

Tanto que a doutrina precisou construir a teoria da *vis attractiva* do direito comercial, tão artificial quanto a teoria dos atos de comércio, para defender que a prática de um ato civil (produção) aliada a um ato de comércio preponderante (intermediação), atraía aquelas atividades para o seu âmbito de incidência[11]. Mais plausível é a explicação de ULHOA COELHO, que vislumbra uma verdadeira luta de classes - nobreza feudal VS. burguesia - na formação da teoria dos atos de comércio.[12]

Quanto à prestação de serviços, a exclusão era fundamentada na idéia de que a intermediação da força de trabalho[13] não configurava ato de comércio, porque o trabalho não é mercadoria. A explicação histórica também é a única que convence, além de ser mais simples. É que o rol de atos de comércio foi desenvolvido em 1807, e a prestação de serviços surgiu bem depois, com a abolição da escravatura[14]. No Brasil, o rol do Regulamento 737 data de 1850, enquanto que a abolição da escravatura só ocorreu em 1888. *Data venia*, esta é a única explicação plausível para a ausência de previsão expressa da prestação de serviços no rol dos atos de comércio dos códigos oitocentistas, não obstante a corretagem, a comissão e o transporte serem previstos, haja vista que tais atividades já eram desenvolvidas nos mercados das comunas italianas.

Em suma, pela teoria dos atos de comércio, a matéria mercantil passou a ser definida pela legislação. O direito comercial incidia sobre os atos de comércio arrolados no art. 632 do Código francês, no Brasil no art. 19 do Regulamento 737.

No sistema objetivo, as sociedades que tinham por objeto social a compra e venda e/ou locação de imóveis, a construção civil ou a incorporação imobiliária, bem como a prestação de quaisquer serviços, ficavam à margem do direito comercial. Seu registro era civil, sua escrituração informal e sua condição não lhe atribuía direitos como o nome comercial, o ponto e a renovatória da locação, a falência e a concordata.

É claro que a adoção da teoria dos atos de comércio representou uma ampliação do campo de incidência do direito comercial, pois admitiu o acesso de qualquer pessoa ao mercado, não apenas daqueles matriculados nas antigas corporações.

Contudo, já nasceu divorciada da realidade econômica do século XIX.

Isto porque a atividade econômica privada sofreu o grande impacto da Revolução Industrial[15]. O modo de produção artesanal cedeu lugar às *organizações*.

Tal processo deu origem, do século XIX em diante, à sociedade de massa, urbana e consumista, que demandava uma produção em escala cada vez mais organizada, ao estilo do *fordismo*. Esta organização precisava ser apreendida e regulada pelo direito comercial, pois o modelo varejista dos atos de comércio[16] não atendia mais.

Nesse ambiente econômico se desenvolve a teoria da empresa, acompanhada de uma nova tentativa de adequação do direito comercial, agora ao novo modo de produção, à nova economia de mercado - a economia das organizações, o que só seria possível por meio de uma ampliação ainda maior do seu âmbito de incidência.

Com a positivação da teoria da empresa no *Codice Civile* de 1942, a teoria dos atos de comércio foi abandonada e o comerciante superado por um sujeito mais amplo e abrangente, o empresário. O empresário foi tratado no art. 2.082 e a atividade empresarial no art. 2.195, ambos do Código Civil italiano. O primeiro traz um conceito geral e o segundo prevê um rol das atividades desenvolvidas pelo empresário[17].

Sob forte influência do diploma italiano, a teoria da empresa foi consolidada no Brasil pelo Código Civil de 2002, não obstante tenha sido ela já bastante difundida na legislação e na doutrina pátrias, que merecem destaque no presente artigo.

Em verdade, a teoria dos atos de comércio começou a perder o prestígio no Brasil, se é que já o teve, em 1875, quando o Decreto Imperial 2.662 revogou o Regulamento 737 de 1850, que passou a valer apenas como referência doutrinária. A partir daí, o desenvolvimento da atividade econômica privada provocou, aos poucos e de forma quase que silenciosa, a derrogação gradual do Código Comercial de 1850.

São exemplos do extermínio gradual da autonomia do direito comercial: o Decreto 434 de 1891, que tratou da sociedade anônima, considerada comercial qualquer que seja o seu objeto; a promulgação do Código Civil de 1916, que dispôs exaustivamente sobre os prazos de prescrição, as obrigações e os contratos, relegando o Código Comercial às matérias não reguladas naquele, em exemplo vivo de *dessuetude*; o Decreto 3.708 de 1919, que trouxe a sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, tipo utilizado para atos de comércio e civis, em outro exemplo vivo de *dessuetude*, pois os tipos previstos no Código Comercial de 1850 foram completamente abandonados; o Decreto 1.608 de 1939, que promulgou o Código de Processo Civil e unificou o direito processual e a jurisdição civil e comercial em uma jurisdição comum; as sucessivas leis sobre os títulos de crédito (Decreto 2.044/1908, revogado pela Lei Uniforme de Genebra - Decreto 57.663/66; Lei 5.474/68, alterada em 1969, para prever a duplicata de prestação de serviços; Lei 7.357/85), com a revogação das respectivas disposições do Código Comercial; a inclusão da Incorporação Imobiliária no regime do direito comercial, operada pela Lei 4.591/64; a extensão da ação renovatória, idealizada apenas para a proteção do ponto comercial, para a indústria e as sociedades civis, pela Lei de Locações - Lei 8.245/91; a alteração do Registro do Comércio para o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, operada pela Lei 8.934/94, com a previsão do nome empresarial, cuja proteção já se estendia às sociedades civis; a Lei de Franquia Empresarial - Lei 8.955/94; a Propriedade Industrial, regulada pela Lei 9.279/96, sem distinção da sua proteção para comerciantes e não comerciantes; o Estatuto da

Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, inaugurado pela Lei 9.317/96 e pela Lei 9.841/99, hoje revogadas pela Lei Complementar 123/2006, que nunca distinguiu entre comerciantes e não comerciantes, para efeitos de enquadramento ou desenquadramento na sua disciplina.

Toda essa evolução gradual já apontava para o abandono da teoria dos atos de comércio e adoção da teoria da empresa, para abarcar atividades econômicas desenvolvidas por organizações, que antes ficavam à margem do direito comercial objetivo, como a atividade imobiliária, a prestação de serviços e até a atividade rural, caso opte pelo regime do direito de empresa. Exemplo disso foi a concessão de concordata preventiva a pecuaristas na década de 80, pelo antigo Tribunal de Justiça mineiro, em adoção expressa à tese do saudoso Professor WILLIE DUARTE COSTA.

Mas a verdadeira importância desta evolução está na adoção de um novo paradigma de regulamentação da atividade econômica privada, pouquíssimo divulgado na doutrina. É que, sob a égide do Código Comercial de 1850, a matéria comercial era descrita na lei, especificamente no rol de atos de comércio promulgado pelo Regulamento 737. E todos os atos não descritos nesse rol constituíam a matéria civil.

Atualmente, sob a égide do Código Civil de 2002, a matéria empresarial abrange toda a atividade econômica privada, exceto a atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística, desde que não constituam elemento de empresa. Toda atividade econômica é empresária, fora as exceções feitas de forma expressa no Código.

Portanto, o âmbito de incidência do direito de empresa é substancialmente mais amplo e abrangente que aquele do direito comercial anterior.

Tal fato é de extrema importância para o sistema jurídico, pois o legislador brasileiro não impôs balizas à caracterização da atividade econômica privada como empresária. Antes, respeitou o critério econômico da *organização* dos fatores de produção, como *unidade técnica*, constituída com a finalidade de fornecer bens e serviços no mercado. Ficaram excluídas apenas as atividades desenvolvidas de forma artesanal, reguladas por leis específicas e subordinadas a instituições de classe especial[18], que não podem seguir a lógica do mercado e a ética empresarial - lucro[19].

Importa ressaltar que nosso Código Civil não previu nenhum rol de atividades empresárias, nem sequer exemplificativo, como fez o legislador italiano no art. 2.195 do *Códice Civile*, o que reforça a tese da abrangência de toda a atividade econômica privada. Conclusão: antes a matéria comercial era definida em lei e a matéria civil era residual; hoje a matéria empresarial engloba toda a atividade econômica privada, com exceção das atividades expressamente afastadas pelo art. 966, parágrafo único, do Código Civil, de natureza intelectual, e desde que sejam desenvolvidas de forma artesanal, pois, se absorvidas como elemento de empresa, voltam para a regra.

A evolução observada na economia de mercado e nas organizações influenciou a adoção da teoria da empresa no Brasil e significou não só a mudança de teoria, mas, com efeito, a adoção de um novo paradigma na disciplina privada da atividade econômica. Diante da constatação de que a realidade econômica influencia o direito, simplesmente porque fornece o conteúdo da norma jurídica, torna-se indispensável o conhecimento econômico alcançado pelo Direito e Economia (AED)[20].

3 - A teoria jurídica da empresa

O vocábulo *empresa* deriva do latim - *prehensus* - e significa empreender, praticar, atividade dirigida à realização de um objetivo.[21] A sua origem é geralmente identificada com a época das grandes navegações - mercantilismo - em que era corrente a idéia do lucro como prêmio pelos riscos enfrentados naquelas *empresas*.

A primeira apreensão do termo pelo direito se deu com a introdução das empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água, de fornecimento e outras, no rol dos atos de comércio enunciado no art. 632 do *Code de Commerce*.

Por influência do código napoleônico, o Regulamento 737 previu que: "*Considera-se mercancia: (...) §3º as **empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;***"

Com base na teoria dos atos de comércio, a doutrina entendia empresa como a prática de atos de comércio coordenados - em massa. Esta concepção ainda pode ser encontrada na doutrina francesa, do que é exemplo JEAN ESCARRA, citado por REQUIÃO, visto que na França ainda está em vigor o vetusto *Code de Commerce*.

No entanto, o uso da palavra empresa tornou-se corrente a partir do século XIX - revolução industrial - com o desenvolvimento do capitalismo de mercado.

Em 1909 - antes mesmo do *Codice Civile*, escrevendo sobre os atos objetivos de comércio, VIVANTE já demonstra certa atualização da noção de empresa:

"Negócios sobre o trabalho. - Estes negócios assumem um caráter mercantil quando são exercidos por **empresas, que coordenam sistematicamente as forças de produção humanas, mecânicas e animais a fim de transformarem as matérias primas, ou as já elaboradas, em novos produtos**, assumindo o risco de que a própria atividade e as despesas não encontrem uma compensação adequada (...)"[22]

Nesta linha, VIVANTE já admitia que "(...) as especulações comerciais sobre imóveis (por ex., as empresas construtoras de casas) (...)" e os "Negócios sobre trabalho." constituíam matéria mercantil, disciplinada pelo direito comercial objetivo.

Vislumbra-se que, inegavelmente, a alteração da realidade econômica ocasionou a evolução do direito comercial objetivo para o direito de empresa. Essa evolução gradual culminou na adoção da teoria da empresa pelo *Codice Civile* de 1942.

REQUIÃO noticia que a exposição de motivos (*Relazione*) do código italiano explicava que "o Código não dá a definição de empresa, mas a sua noção resulta da definição do empresário."

Coube à doutrina desenvolver a noção de empresa, buscando-a sempre a partir do conceito de empresário lançado nos Códigos, o que representa um grave equívoco, pois a noção de empresa é bem mais ampla e abrangente que a de empresário.

REQUIÃO cita que GIUSEPPE VALERI decompõe a empresa em quatro elementos: organização, atividade econômica, fim lucrativo e profissionalidade, para lançar o feliz conceito: "(...) *empresa é a organização da atividade econômica destinada à produção de bens ou de serviços, realizada profissionalmente.*" [23]

Essa noção não é bem compreendida pela doutrina, que busca definir a *organização* - dos fatores ou meios de produção - como atividade exercida pelo empresário, e não como *organismo* ou *unidade técnica de produção*, conceito utilizado pelos economistas. Com efeito, a noção de *organização* ou *unidade de produção* se refere ao novo modo de produção, que congrega os fatores de produção de forma *coesa*, e não *dispersa* no mercado, como o modo anterior individual, artesanal, manufatureiro.

Para desconstruir o equívoco, é indispensável a menção ao artigo de ALBERTO ASQUINI, intitulado *Profili dell'impresa* e publicado na Itália, em 1943.

Neste artigo, ASQUINI sustenta que a empresa é um fenômeno *econômico* poliédrico, apreendido pelo direito sob diversos perfis. No campo econômico, este fenômeno é conceituado como "(...) *toda organização* de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca." [24] No campo do direito, o fenômeno econômico pode assumir quatro perfis: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo. No aspecto subjetivo, a empresa identifica-se com o empresário. No aspecto funcional, a empresa é vista como a atividade exercida pelo empresário. No aspecto objetivo, a empresa confunde-se com o estabelecimento. E no corporativo, a empresa é vista como instituição - organização especial de pessoas, com fim comum.

Os perfis de ASQUINI foram inspirados na observação da legislação italiana, que menciona a palavra empresa em vários textos de lei, ora num perfil, ora em outro, de acordo com o interesse tutelado (o empresário, a atividade, o estabelecimento ou a corporação). A observação de ASQUINI é plenamente válida e aplicável no Brasil.

É o que ocorre no art. 2º da CLT, ao dispor que "(...) *empregador é a empresa, individual e coletiva* (...), na intenção de possibilitar a responsabilização direta de qualquer pessoa, física ou jurídica, que venha a exercer, como titular, a empresa.

O perfil subjetivo é claramente apreendido pela CLT nos artigos 10º e 448, que tratam da sucessão trabalhista. A interpretação sistemática da CLT liga as relações de trabalho à organização, independentemente de quem seja o seu titular, a fim de tutelar os direitos dos trabalhadores, numa opção legislativa deliberada. [25]

E para não limitá-lo ao direito do trabalho, é importante observar que o perfil subjetivo é apreendido pela Constituição da República de 1988, ao tratar, no art. 173, do regime jurídico da empresa pública; bem como pela Lei de Proteção da Concorrência (Lei nº 8.884/94), ao tratar, nos artigos 17 e 23, da responsabilidade solidária e da aplicação de penas à empresa, respectivamente.

O perfil funcional, defendido por toda a doutrina em direito empresarial, é visto a partir do conceito de empresário lançado no art. 966 do Código Civil de 2002. Data vênua, a noção é limitada, parcial, capaz de explicar apenas um dos lados deste fenômeno poliédrico que é a empresa. Por isso deve ser evitada, sob pena de incorrer na mesma artificialidade já vista na teoria dos atos de comércio e que, crê-se indesejável.

Exemplo do perfil funcional está no art. 974 do Código Civil, que trata da possibilidade do incapaz "(...) *continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança.*" O artigo tem por fim a proteção da empresa enquanto atividade do empresário, que por fato superveniente da vida se tornou incapaz, ou faleceu deixando herdeiros que possam dar continuidade à organização.

O perfil objetivo - ou patrimonial - aparece no art. 677 e seguintes do Código de Processo Civil, na figura "Da Penhora, do depósito e da administração de *empresa* e de *outros estabelecimentos*", que tem por fim o recebimento de um crédito por meio da administração judicial do estabelecimento empresarial ou não empresarial, conforme o executado seja empresário ou não, sem cessar a sua atividade econômica.[26]

O perfil corporativo, que deve ser entendido como institucional, parece previsto no art. 7º, inc. XI, que trata da participação dos empregados nos lucros e na gestão da empresa, bem como no art. 11, que trata da eleição de representante para promover o entendimento direto dos empregados com os empregadores, ambos da Constituição da República de 1988. Neste perfil, a empresa se mostra como uma organização especial de pessoas, que trabalham em prol de um fim comum - organização - capaz de beneficiar a todos - empresário e seus colaboradores.

O ponto fulcral da exposição de ASQUINI está no reconhecimento da verdadeira noção de empresa, como *organismo econômico*. ASQUINI reconhece que o suporte fático - hipótese de incidência - do direito empresarial é um fato econômico.

Assim é que, no sentido econômico, a empresa é definida como o *organismo* que decorre da organização dos fatores de produção[27]. Desta feita, apesar de todas as implicações jurídicas - os perfis de ASQUINI acima mencionados - o conhecimento pleno da empresa, como fato econômico que é, só pode ser alcançado pelo estudo interdisciplinar de Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito.

4 - Por uma teoria econômica da empresa

Na economia, é corrente a noção de empresa como "Firma: *unidade de produção* que atua racionalmente, procurando maximizar seus resultados relativos à produção e lucro." [28] Aqui se faz necessária uma distinção: firma para o direito comercial é espécie de nome empresarial, formado pelo nome do empresário individual ou pelos nomes patronímicos dos sócios da sociedade empresária, conforme seja uma firma individual ou social[29]. Neste último caso, firma social é sinônima de razão social. Desta forma, reputa-se mais correta a tradução de *firm* por *empresa* ou *organização*.

A partir daí, é possível o estudo da empresa, como o novo modo de produção que influenciou a transformação do direito comercial no direito de empresa.

Com efeito, o estudo deve partir da natureza econômica da empresa, da explicação da verdadeira razão pela qual ela surgiu no mercado. Neste passo, adquire enorme importância o artigo de COASE, intitulado *The nature of the firm*, de 1937.

COASE explica que o agente econômico, atuando direta e individualmente no mercado, para buscar nele todos os elementos necessários ao desenvolvimento de sua atividade econômica, enfrentava vários custos, denominados de custos de transação.[30] Ao congrega os fatores de produção em uma *organização - firm* é melhor traduzida como *organização* ou *empresa* - seja por meio da propriedade ou dos contratos relacionais[31], o mesmo agente econômico evita os custos de transação.

Com isso, fica claro que a empresa surgiu como um novo modo de produção capaz de minimizar custos de transação e, conseqüentemente, maximizar o lucro perseguido por seu titular.

É nesse sentido que COASE defende que a empresa - *firm* - é um modo de produção mais eficiente que o mercado, considerando o modo anterior, individual e artesanal do comerciante. Nesse modo anterior, o comerciante ou produtor manufatureiro, deveria buscar todos os fatores de produção (bens, capital, trabalho) que estavam dispersos no mercado, para viabilizar sua atividade, o que incluía imenso risco e insegurança. Na empresa, o empresário congrega os fatores de produção - que passam a ser chamados de *insumos*, formando um organismo, uma *unidade técnica* coesa, mais eficiente na medida em que dispensa todo o trabalho de busca direta daqueles meios no mercado e, assim, proporciona uma redução nos custos de transação, com a maximização do lucro. Daí a razão para o surgimento da *organização* ou *empresa*.

Nesta perspectiva, o empresário cria outra ordem de custos, que procuram substituir os custos de transação acima mencionados: os custos de produção[32].

Em suma, a noção de empresa como *organização - unidade técnica de produção* - remete a dois aspectos. O primeiro é o estático, a visão das relações interiores da empresa, derivadas da reunião dos fatores de produção, seja pelo direito de propriedade ou pelos contratos relacionais. O segundo é o dinâmico, a visão da empresa como feixe de transações - contratos, celebrados para viabilizar a oferta de produtos ou serviços no mercado.[33]

No aspecto estático da empresa compreendem-se os custos de produção, enquanto que no aspecto dinâmico da empresa encerram-se os custos de transação.

Nesse sentido, é interessante observar que a função da empresa - função e finalidade são sinônimas - não é outra senão a de reduzir custos de transação. Poder-se-ia argumentar que esta é a sua função econômica, indagando qual a sua função social. Ora, na esteira do entendimento demonstrado, sua função social não é outra senão a de produção e comercialização de bens e serviços - abastecimento do mercado.

Entretanto, não se pode olvidar que fatores extra-econômicos influem na atividade econômica exercida sob a forma de *empresa - firm*[34], criando, aumentando ou

diminuindo os custos de transação. Dentre os vários fatores, aqui importam os jurídicos - legislação e decisões judiciais - que sem dúvida influem nas *organizações*.

Tais fatores também adquirem o nome de *externalidades*, que podem ser positivas ou negativas. PINHEIRO e SADDI[35] apresentam a discussão numa comparação metafórica, ensinando que as externalidades negativas são como o atrito entre materiais, na física. Se há atrito, a atividade fica prejudicada. Se não há atrito, a atividade se torna possível. Se há lubrificante, a atividade é facilitada. O atrito pode ser comparado, grosso modo, aos custos de transação, entendidos como externalidades negativas, enquanto que o lubrificante pode ser utilizado para representar os incentivos.

É interessante observar que as normas jurídicas influenciam a atividade econômica, para prejudicar ou facilitar a composição dos custos de produção e de transação, que certamente influem na formação dos preços e no próprio desempenho da atividade no mercado. O direito não pode se furtar a essa discussão, sob pena de ignorar a função econômica e social da empresa, acima ventiladas, e tornar-se ineficaz ou ineficiente. No primeiro caso - ineficácia - não produzirá efeito algum - letra morta. No segundo - ineficiência - produzirá efeitos, mas, não aqueles desejados pelo legislador ou juiz, no momento da elaboração da norma, *in abstrato* ou *in concreto*. [36]

É óbvio que qualquer empresário ou sociedade empresária, em suma, todo agente econômico leva em conta os custos incorridos na atividade de produção ou circulação, tanto para o cálculo do preço dos bens e serviços oferecidos no mercado, quanto para a definição da forma de atuação no mercado, de organização dos fatores de produção. Conforme a composição dos custos de produção e de transação, a empresa poderá apresentar uma estrutura organizacional horizontal ou vertical. No primeiro caso, o processo de produção é descentralizado em várias unidades de produção, como ocorre nas montadoras de veículos. No segundo caso, o processo é centralizado numa única unidade de produção, que "fabrica" todos os componentes do produto, como ocorre com empresas de *fast food*, que até anunciam a verticalização como um atrativo.

Sendo assim, a presença de externalidades influencia diretamente as organizações, desde a formação da sua estrutura até o mecanismo de preços praticados.

Há inúmeros exemplos de externalidades positivas - *incentivos* - operadas pelo direito no tratamento da empresa: a proteção à concorrência pela Lei nº 8.884/94; a ação renovatória prevista no art. 51 da Lei de Locações; a proteção à propriedade intelectual, pela Lei de Propriedade Industrial e pela Lei de Direitos Autorais; o novo Estatuto da Microempresa e a tributação do supersimples; a própria responsabilidade limitada dos sócios, na sociedade limitada e na anônima; a possibilidade jurídica de recuperação da empresa, judicial e extrajudicial, e a maior celeridade e eficiência imprimidas ao processo de falência pela Lei nº 11.101/2005.

As decisões judiciais também podem contribuir como externalidades positivas, do que é exemplo o seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

"A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República." (RE nº 407.688, Min. CEZAR PELUSO, DJ 06/10/2006)

Ao reconhecer a admissibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação, a decisão do STF gera segurança jurídica no mercado imobiliário. Consequentemente, facilita as transações, pois reduz custos, desde a análise do cadastro do locatário e do fiador, até a dispensa do seguro-fiança bancário, mais dispendioso. Para ilustrar, basta considerar que o posicionamento contrário, no sentido de proteger o bem de família do fiador em contrato de locação, geraria consequências nefastas no mercado imobiliário, com a redução na oferta de imóveis e o aumento dos encargos locatícios (fiador com pelo menos dois imóveis ou seguro fiança), em desprestígio do próprio direito constitucional à moradia. Vê-se que a pretensão de proteger o direito à moradia é melhor atendida pela não aplicação do princípio constitucional no caso do fiador em contrato de locação. Eis um exemplo de decisão eficiente, que negou a proteção no caso concreto e individual e elegeu a proteção do mercado imobiliário, para, de forma reflexa ou consequencial, proteger toda uma coletividade que busca na locação a sua moradia. No caso mencionado, foi observado o princípio insculpido no art. 5º da LICC, que preceitua: "**Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.**".

Em contrapartida, também há exemplos de externalidades negativas - *custos de transação* - oferecidas pelo direito, como que criando um atrito ao bom funcionamento da empresa: a desconsideração da personalidade das sociedades e até a responsabilização direta dos sócios, operados como regra pela Justiça do Trabalho; a morosidade do processo judicial de cobrança de créditos; a revisão judicial de contratos com base em princípios, em detrimento de regras já definidas por cláusulas contratuais; a imposição de custos sociais - dignidade da pessoa humana, patrimônio mínimo, tabelamento ou imposição de preços - à empresa, que geram problemas como a imposição de cobertura integral ao plano de saúde básico, o passe livre para estudantes no transporte coletivo urbano, a meia-entrada em espetáculos públicos e shows etc.

Podem ser citados três casos interessantes como exemplos concretos.

O primeiro é o conhecido caso da soja verde, descrito por Christiane Leles Rezende e Décio Zylberstajn no artigo "PACTA SUNT SERVANDA? O caso dos contratos de soja verde."^[37] Trata-se de uma relação interempresarial, na qual a autonomia privada sofreu grande abalo por decisões do Tribunal de Justiça de Goiás, que quebrou contratos de venda antecipada celebrados entre agricultores e instituições financeiras, em razão de um aumento superveniente da saca de soja. A pesquisa citada demonstra que as decisões judiciais causaram impacto negativo no mercado, reduzindo o acesso de agricultores a financiamentos nos anos seguintes e aumentando os custos dos contratos celebrados. Felizmente, aquelas decisões foram reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que privilegiou a autonomia privada e reconheceu a validade dos contratos, saneando o mercado, gerando segurança jurídica e beneficiando a todos os agricultores que buscam na venda antecipada da soja um financiamento sem riscos.

O segundo caso é de direito do consumidor e trata da aplicação, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais^[38], do direito constitucional à saúde de forma irrestrita aos planos de saúde privados, em decisões que atribuem cobertura integral ao plano-referência, em detrimento da interpretação da Lei nº 9.656/98, incluindo nele procedimentos expressamente excluídos pela lei e pelo contrato. A questão é: Será que o direito à saúde deve ser garantido pela concessão, em casos particulares, de procedimentos excluídos pela lei e pelo contrato? Tomando por paradigma o art. 5º da LICC, já citado, a resposta

é negativa, já que estas decisões implicam num aumento dos encargos das empresas que operam planos privados, que aumentam o preço do plano de saúde básico, que se torna menos acessível à população. A resposta não parece, é óbvia.

O terceiro caso trata de direito coletivo do trabalho, o caso da demissão em massa ocorrido na EMBRAER e já julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região - Campinas[39]. Em resumo, a EMBRAER demitiu 4.200 empregados, o que equivale a 20% da sua força de trabalho, em razão de uma retração no mercado de aviões ocasionada pela crise econômica mundial. Inconformados com a demissão em massa, os sindicatos dos metalúrgicos instauraram um dissídio coletivo de natureza jurídica, pleiteando a nulidade da dispensa coletiva. Em decisão liminar, o relator do dissídio suspendeu os efeitos da demissão em massa, mantendo os vínculos de todos os empregados, com todos os direitos trabalhistas previstos na legislação. No julgamento colegiado do dissídio, o Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região - Campinas declarou a abusividade da dispensa coletiva, considerando que foi efetuada "(...) sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada (...)" e condenou a EMBRAER a pagar a cada empregado demitido uma compensação financeira equivalente a dois meses de aviso prévio e manter os planos de saúde por doze meses, a contar do julgamento. Da leitura do acórdão retira-se que as entidades sindicais negaram, com radicalismo, qualquer negociação com a empresa, mas, este foi o principal argumento da condenação. Apenas para ilustrar as possíveis conseqüências desta decisão, pode-se fazer um cálculo da condenação: A) valor da condenação para cada empregado limitado a R\$ 7.000,00 (sete mil reais) X B) 4.200 empregados demitidos = R) a condenação pode chegar a R\$ 29.400.000,00 (vinte e nove milhões e quatrocentos mil reais).

O valor parece alto, porém, é interessante observar que o lucro líquido da EMBRAER em 2008 foi de R\$ 429 milhões[40]. Portanto, a condenação não chega a 7% (sete por cento) do lucro líquido da empresa. Diante da crise, o pagamento da indenização se mostra mais interessante que a manutenção dos vínculos. A questão é: Será que a dignidade dos trabalhadores foi garantida? A resposta é negativa. No senso comum diz-se que "o trabalho dignifica o homem". Uma boa medida de incentivo fiscal, que reduzisse os custos de transação na venda de aeronaves ao exterior, certamente causaria uma reação da empresa, com a preservação de postos de trabalho.

Assim, demonstra-se que a condenação judicial em indenização nem sempre é eficiente. A hipótese pode ser analisada também sob o enfoque da teoria do *efficient breach* exposta por TIMM:

"*Efficient breach* significa que um dos contratantes poderá descumprir propositadamente o contrato, caso apareça uma segunda melhor opção, de modo que a parte inadimplente poderia compensar o outro contratante e ainda assim gerar um saldo positivo (Pareto Eficiente)"

Diante da crise econômico-financeira e da iminência de quebra de vários contratos, o empresário geralmente opta por descumprir aqueles que geram o menor custo para a empresa. Diante de várias possibilidades, a opção racional e deliberada foi a da demissão em massa, obviamente por envolver menores custos do que as demais (fornecedores, acionistas, fisco etc). Assim, o direito é um custo no cálculo empresarial.

Os exemplos não param por aí, mas o intuito do texto é apenas demonstrar a necessidade de uma abordagem interdisciplinar no estudo da empresa, que deve partir de sua própria natureza, de fato econômico, para a posterior verificação do interesse tutelado na previsão normativa, isto é, o perfil de ASQUINI. É imprescindível a análise interdisciplinar, não só dos vários ramos do direito (empresarial, civil, consumidor, trabalhista, constitucional etc), mas principalmente de Direito e Economia.

Do contrário, partindo de uma visão parcial e limitada da empresa, corre-se o risco de não produzir qualquer efeito ou, o que é pior, produzir efeitos indesejados.

5 - Conclusão

O direito comercial nasceu da prática reiterada e uniforme dos mercadores, matriculados nas corporações de ofício da baixa idade média - nasceu no mercado. O próprio mercado - pelo ideal de liberdade profissional da burguesia, embrião da livre iniciativa privada - influenciou a adoção da teoria dos atos de comércio. A partir do século XIX, com a revolução industrial e o surgimento de um novo modo de produção no mercado, iniciou-se a formação da teoria da empresa. O direito tentou, em todos os períodos de evolução, regular a atividade econômica, sempre observando o modo como ela se desenvolveu no mercado - primeiramente de forma individual e anti-competitiva; num segundo momento de forma livre, mas, ainda manufatureira; e num terceiro momento, o atual, de forma técnica e mais organizada.

Não é por outro motivo que se busca uma análise econômica da empresa, senão pela observação de que a sua natureza é de fato econômico, mas, com implicações jurídicas, que sofrem a influência do direito. Portanto, é imprescindível a apreensão de conceitos econômicos como o de custos de produção e custos de transação, bem como a compreensão de que as normas jurídicas podem funcionar como externalidades positivas ou negativas, que sempre influenciam o desempenho da atividade econômica e vice-versa. Somente por meio de um estudo interdisciplinar é possível uma compreensão completa deste fenômeno poliédrico que é a empresa.

Por todo o exposto, são plenamente congruentes, e mesmo complementares, as teorias de RONALD H. COASE e de ALBERTO ASQUINI. Ficou demonstrado, por meio de uma interpretação sistemática, não isolada no direito de empresa disposto no Código Civil de 2002, que ambas têm aplicabilidade no Brasil.

Partindo desse estudo sistemático, a conclusão é de que o conceito de empresário é que deriva da noção de empresa, não o contrário, como a doutrina em direito empresarial tem amplamente divulgado. Isto porque a noção de empresa é mais ampla e abrangente que o conceito legal de empresário e/ou de sociedade empresária.

6 - Bibliografia

- ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *RDM*, ano XII, v. 11/11-21, 1973.
- BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University Chicago Press, 1992.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 1.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 2.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 3.
- COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *RDM*. nº 104. out/dez. 1996.
- GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no código civil brasileiro. *RDM*: ano XLIII, nº 135, jul./set 2004, p. 76/87.
- COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Noções Práticas de Direito Comercial*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- FERNANDES, Jean Carlos. *Direito empresarial aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- FIÚZA, César. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 27ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *RDM*: nº 29, p. 39/56, 1978.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de Empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Vol. I.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do Novo Direito Comercial*. São Paulo: Dialética, 2006.
- ROSSETI, Jose Paschoal. *Introdução à economia*. 18ª ed. reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29ª ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. São Paulo: IOB Thompson, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 2ª ed. Sorocaba-SP: Editora Minelli, 2007.

- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV : livro II, do direito de empresa / Arnaldo Wald ; coordenador : Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense , 2005.

[1] "Em sua acepção primitiva, a palavra mercado dizia respeito a um lugar determinado onde os agentes econômicos realizavam suas transações." (...) "Cidades interioranas tradicionais que têm, pelo menos, porte médio, ostentam a igreja, a praça pública, o coreto, a prefeitura e o mercado: aí estão os elementos essenciais da vida em sociedade." ROSSETI, Jose Paschoal. *Introdução à economia*. 18^a ed. reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000. p. 395. Atualmente, o mercado é uma abstração, um espaço, não necessariamente físico (como o mercado de capitais, a internet), destinado às trocas relacionais. Nas palavras de COASE o mercado "é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas" Cf. COASE, Ronald H. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University Chicago Press. 1992. p. 8.

[2] COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *RDM*. n° 104. out/dez. 1996. p. 109/126.

[3] BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *RDM*, ano XII, v. 11/11-21, 1973.

[4] Esta é a origem da dicotomia entre a atividade de produção e a circulação de mercadorias. A atividade ligada à terra, propriedade da nobreza feudal, regia-se pelo direito romano e pelo sistema de vassalagem. Os comerciantes, egressos do regime feudal e fundadores das comunas e dos burgos, precisavam de um novo estatuto, mais ágil e eficiente. Nele, incluíram apenas suas atividades - a circulação de mercadorias. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2^a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

[5] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

[6] Cf. SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

[7] REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* p. 12.

[8] É interessante observar que, tanto na França quanto no Brasil, foram comerciantes convidados pelo Imperador que redigiram o rol de atos de comércio dos Códigos. Por óbvio, este rol só poderia conter os atos por eles já praticados no mercado. Daí a razão para a exclusão da produção, das atividades ligadas à terra e da prestação de serviços do

rol de atos de comércio. Cf. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 32 e p. 36.

[9] "Nosso Código, afastando deliberadamente a própria expressão *atos de comércio*, timbrou em ser exclusivamente um código dos comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil." in BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 97.

[10] Cf. BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29. "Referido autor conclui que 'é ato de comércio todo ato que realiza ou facilita um interposição na troca'."

[11] Cf. COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.

[12] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

[13] BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

[14] O primeiro país a proibir o tráfico de escravos foi a Inglaterra, em 1806.

[15] Alguns fatos importantes, como a abolição da escravatura (1806) e a invenção da máquina a vapor (1807) na Inglaterra, a invenção do navio a vapor (1819) e do motor elétrico (1821) nos EUA, sem dúvida alguma influenciaram o surgimento do novo modo de produção - empresa.

[16] BORGES, op. cit., p. 34, comentando sobre o *Code de Commerce*: "Direito do passado, codificado no limiar da grande revolução econômica e industrial do século XIX, aquêlo código já nasceu velho, incapaz de reger as relações do grande comércio, que iria assinalar-se pelo desenvolvimento da navegação a vapor, das estradas de ferro, da mobilização da riqueza através dos títulos de crédito, das sociedades anônimas, dos bancos, etc." Em nota de rodapé desta página remata que "Assim, pôde-se dizer que, em sua redação de 1807, o Código de Comércio era um *code de boutiquiers* (...), expressão que poderíamos traduzir por um *código de vendedores*, uma vez que 'código de varejistas', que seria a tradução mais adequada, não tem, em nossa língua, o caráter pejorativo que se encontra no francês *code de boutiquiers*."

[17] Cf. PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *RDM*: nº 29, p. 39/56, 1978.

[18] Do que são exemplo os profissionais liberais: advogado, médico, dentista, músico, escritor etc, desde que a atividade seja desenvolvida como atividade-fim, pois, se for desenvolvida como atividade-meio, ou seja, se absorvidas como um dos fatores da produção, caracteriza o empresário ou a sociedade empresária.

[19] Para uma melhor compreensão das atividades excluídas do conceito de empresário, remete-se o leitor ao artigo do Prof. GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no código civil brasileiro. *RDM*: ano XLIII, nº 135, jul./set 2004, p. 76/87.

[20] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 64. ensina que "O conhecimento econômico, dirigido no sentido de garantir ao conteúdo econômico do Direito aqueles dados e juízos de valor indispensáveis ao tratamento jurídico, apresenta-se, hoje, e cada vez mais, como o objeto de estudos desta ciência-fronteira que toma corpo sob a forma de *Economia Aplicada ao Direito*. Esta é a disciplina capaz de exercer a tarefa de funcionar como fonte auxiliar do Direito, porque voltada para a realidade econômica enquanto conteúdo da norma jurídica."

[21] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 303.

[22] VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 2ª ed. Sorocaba-SP: Editora Minelli, 2007. p. 43.

[23] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

[24] COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *RDM*. nº 104. out/dez. 1996.

[25] "Na verdade, empregador não é a empresa - ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento. A eleição do termo *empresa*, pela CLT, para designar a figura do empregador apenas denuncia, mais uma vez, a forte influência institucionalista e da teoria da relação de trabalho que se fez presente no contexto histórico de elaboração desse diploma justabalhista. (...) De fato, a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato (...)" DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 391/380.

[26] "A preocupação do legislador aqui é com a continuidade da exploração econômica, que não deve ser tolhida pela penhora, em face da função social que desempenham as empresas comerciais, industriais e agropastoris." (...) "O sistema depositário-administrador visa a impedir a ruína total e a paralisação da empresa, evitando prejuízos desnecessários e resguardando o interesse coletivo de preservar quanto possível as fontes de produção e comércio e de manter a regularidade do abastecimento." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29ª ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 193.

[27] Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º volume. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49; e SZTAJN, Raquel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 175.

[28] Conceito apresentado por PINHO, Diva Benevides. VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. *Manual de Economia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 161; e

por ROSSETI, Jose Paschoal. *Introdução à economia*. 18 ed. reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000. p. 144.

[29] Cf. art. 1.155 do Código Civil de 2002.

[30] "Custos de transação são os custos de realização e cumprimento de transações ou trocas de titularidade. Ou seja, na realização de qualquer negócio jurídico, os agentes considerarão os custos embutidos naquele negócio para parametrizar suas ações em busca de um melhor e mais eficiente resultado econômico." CATEB, Alexandre B. *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. p. 265 in TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Nas palavras do próprio Ronald H. Coase "search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs" in COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University Chicago Press. 1992. p. 6.

[31] Contratos relacionais são os contratos de trato sucessivo ou de longa duração, que pressupõem um jogo cooperativo entre os agentes, que encontra respaldo jurídico na boa-fé objetiva e na função social previstas no Código Civil de 2002 (artigos 420 e 422).

[32] Custos de produção se resumem ao "Custo total: quantia que a empresa paga para comprar os insumos usados na produção.", p. 270, e incluem "(...) o custo de oportunidade de alguma coisa é tudo aquilo de que se abre mão para adquiri-la.", p. 271, enfim "A empresa incorre em custos quando compra insumos para produzir os bens e serviços que planeja vender." p. 273, ambas in MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

[33] "Pode-se tomar a empresa tanto como um complexo organizado de recursos economicamente relevantes (os fatores de produção ou insumos) quanto como o conjunto de transações ou relações jurídicas contratuais destinadas ao constante agrupamento e organização destes mesmos fatores de produção. Na primeira apreensão, têm-se uma visão estática da empresa. Sob a segunda perspectiva, a empresa é vista em funcionamento, em atividade, sendo, por isso, uma visão dinâmica." PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de Empresas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 41.

[34] "O *fato econômico* apresenta-se, na realidade, condicionado por uma multiplicidade de fatores extra-econômicos." ROSSETI, Jose Paschoal. *Introdução à economia*. 18 ed. reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42.

[35] PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 61.

[36] "Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos." in

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81.

[37] Disponível em:
www.pensa.org.br/anexos/biblioteca/182007111522_Alacde_ChristianeLRBrasilia07pdf.pdf

[38] Exemplo disso é o entendimento, uníssono no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto à ilegalidade da exclusão dos "stents" da cobertura do plano de saúde, vide Processo nº 1.0317.05.054929-2/001(1), DJ 24/03/2009.

[39] Vide PROC. TRT/CAMPINAS 15ª REGIÃO Nº 00309-2009-000-15-00-4 DC.

[40] Dados disponíveis em:
http://www.embraer.com.br/portugues/content/imprensa/embraer_numeros.asp

A AUTONOMIA PRIVADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM UMA VISÃO DE DIREITO & ECONOMIA

THE PRIVATE AUTONOMY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN A VISION OF LAW & ECONOMICS

**Fábio Gabriel de Oliveira
Eduardo Goulart Pimenta**

RESUMO

Artigo acadêmico sobre o papel da autonomia privada no Estado Democrático de Direito em uma visão de Direito & Economia ou de Análise Econômica do Direito. Apresenta ao leitor um resumo sobre a evolução da autonomia da vontade. Começa sua evolução desde os ensinamentos de Kant, passando pela sua concepção no liberalismo e nos Estados Sociais. Explica a distinção entre autonomia da vontade e a autonomia privada e a sua relação com o mercado e a livre iniciativa. Neste ponto, discorre sobre o atual contexto jurídico privado que às vezes não compreende a importância do mercado e da livre iniciativa no contexto do Estado Democrático de Direito. Posteriormente, discorre sobre a importância da valorização do empreendedorismo para o exercício digno da liberdade.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; AUTONOMIA DA VONTADE; MERCADO; LIVRE INICIATIVA; AUTONOMIA PRIVADA.

ABSTRACT

Academic article about the private autonomy in the Democratic State of Law, in a vision of Law & Economics or Economic Analysis of Law. Presents the reader an overview on the development of freedom of choice. Begins its evolution from the teachings of Kant, to the conception in liberalism and in the Social State. Explains the distinction between freedom of choice and private autonomy and what their relationship with the market and with the free enterprise is. At this point, discusses the current legal context private that sometimes does not understand the importance of the market and free enterprise in the context of the Democratic State of Law. Subsequently, talks about the importance of entrepreneurship to the valuation exercise worthy of freedom.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, FREEDOM OF CHOICE, MARKET, FREE ENTERPRISE, PRIVATE AUTONOMY.

Nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais

quanto situa-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de “Direito e Economia” (Law and Economics), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law). (POSNER, 2007, p. 473)

Introdução

O direito privado passa por um processo de *crise*[1]. A interpretação, os institutos e o sistema privado ainda não se acomodaram com as modificações impostas pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002. Assim, tentaremos contribuir com a interpretação do Direito Privado apresentando, resumidamente, uma visão de Estado Democrático de Direito da autonomia privada, sob a perspectiva da análise econômica do direito.

A autonomia privada é a evolução conceitual da autonomia da vontade da doutrina liberal clássica, essa que, por sua vez, foi baseada nos estudos e conclusões de Kant sobre a autonomia da vontade. Para Kant, a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade, conclusão do seu livro: *Fundamentação da metafísica dos costumes*.

Contudo, a autonomia das pessoas, hoje em dia, não pode ser confundida com a autonomia da vontade pregada pelo liberalismo, nem tão pouco, com a autonomia da vontade kantiana.

Assim, o objetivo do presente estudo é apresentar a autonomia da vontade em Kant e um resumo da sua evolução até a autonomia privada do Estado Democrático de Direito, reforçando o seu fundamento filosófico e ressaltando a sua importância.

Para tanto analisaremos também o exercício da autonomia no mercado e a importância do fomento à livre iniciativa. Utilizaremos, para alcançar os objetivos deste estudo, parte do ferramental da doutrina do Direito & Economia, ou Análise Econômica do Direito.

Afinal, tanto para o Direito quanto para a Economia, a autonomia é, sem dúvidas, um instituto extremamente relevante. A autonomia é a expressão do exercício da nossa liberdade e a força motriz da geração e recursos em um verdadeiro Estado democrático.

I - A Autonomia da Vontade em Kant.

Não há como falar em autonomia privada na modernidade sem antes compreender o que é a autonomia vontade para o seu mais importante marco teórico, quem seja, Immanuel Kant.

A autonomia vontade é, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o princípio supremo da moralidade (KANT, 2005, p. 85). Para chegar a essa conclusão o filósofo alemão partiu inicialmente do conceito de boa vontade.

A boa vontade é oriunda da razão pura, independe de inclinações ou interesses. É uma boa vontade, em si mesma boa. Isto é, boa *a priori*, independente de inclinações do mundo empírico.

Com o fim de facilitar a compreensão, é preciso compreender a distinção entre as ações *por dever* e as ações *conforme ao dever*. (KANT, 2005, p. 27) As ações *por dever* são motivadas *a priori* e se fundamentam na razão pura e na boa vontade em si mesma, são isentas de interesses e móbeis sensíveis e, somente elas, possuem valor moral e ético. Já as ações *conforme ao dever* são as ações baseadas em racionalidade de meio e fim, são baseadas em inclinações para a satisfação mediata ou imediata dos desejos e necessidades do agente. Sua motivação é *a posteriori*, portanto utilitarista.

Assim, a boa vontade em si mesma é somente a ação praticada *por dever* correspondente a uma “lei *a priori* que a determina, isto é, o dever pressupõe um princípio do querer *a priori* como determinante da ação.” (HERRERO, 2006, p.212) No mesmo sentido Höffe destaca que a diferença entre a moralidade e a legalidade de uma ação “não pode ser constatada na ação mesma, mas somente em seu fundamento determinante, **no querer**” [2]. (2005, p. 194)

Contudo, “os homens conservam a sua vida *conforme ao dever*, sem dúvida, mas não *por dever*.” (KANT, 2005, p. 27) Na verdade, como salienta Kant, é impossível na experiência empírica afirmar, com absoluta certeza, que a máxima de qualquer ação é baseada puramente *por dever* (KANT, 2005, p. 40). Isso porque, a maioria das nossas ações tem em vista o mundo sensível, uma racionalidade pragmática, finalística e utilitarista.

Sendo assim, a aplicabilidade prática da boa vontade no mundo empírico deve levar em conta também as ações utilitaristas e, portanto, o conceito de dever pressupõe duas necessidades: “A) um princípio ou uma lei *a priori*. B) o respeito a esta lei para que ela possa ser determinante da ação.” (HERRERO, 2006, p.212). Assim, o dever também impõe a “necessidade de uma ação por respeito à lei.” (KANT, 2005, p. 31).

Conforme ensina Marcelo Campos Galuppo (2002, p.77), Immanuel Kant foi “o maior filósofo do século XVIII, já que toda filosofia moderna converge para a sua obra e toda filosofia contemporânea parte dela.” Realmente, o filósofo alemão, mesmo sem o aparato da Análise Econômica do Direito, já desenvolve o seu raciocínio baseado na idéia do ser racional utilitarista, ou, para a linha do *Law and Economics*, ser racional maximizador dos seus interesses.

Economists usually assume that each economic actor maximizes something: consumers maximize utility (i.e., happiness or satisfaction); firms maximize profits, politicians maximize votes, bureaucracies maximize revenues, charities maximize social welfare, and so forth. Economists often say that models assuming maximizing behavior work

because most people are rational, and rationality requires maximization[3]. (COOTER; ULEN, 2000, p. 10 e 11)

As ações humanas não possuem a racionalidade metafísica de Kant, são, como ele mesmo destaca, *conforme ao dever*, baseado em móveis sensíveis do mundo empírico, portanto, a lei objetiva impõe uma *obrigação*. A lei então seria um instrumento de incentivo ou de desestímulo à prática das ações, ou seja, servindo para ligar, subjetivamente, a vontade das pessoas auto-interessadas com as leis formuladas objetiva e racionalmente para serem universalizadas em vista do bem comum.

A possibilidade de universalização das ações é à base do imperativo categórico que é “a ação como objetivamente necessária por si mesma.” (HERRERO, 2006, p.215) O imperativo categórico também pode ser chamado de imperativo da moralidade ou um mandamento, posto que praticamente, necessário. (KANT, 2005, p. 52-53) Ele “resulta imediatamente do conceito de moralidade como do simplesmente bom, por isso referido ‘categoricamente’ a entes racionais finitos, por isso um ‘imperativo’.” (HÖFFE 2005, p. 198)

Diante disso, Kant sintetiza assim o imperativo categórico: “o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (2005, p. 59) O imperativo categórico não pode ser confundido com o imperativo hipotético. Os imperativos hipotéticos se baseiam em determinados fins subjetivos, portanto, são materiais e relativos. (KANT, 2005, p.67)

Neste ínterim, cabe agora entender o que é a autonomia da vontade então para Kant. Como a maioria das ações é *conforme ao dever* ou baseadas em *obrigações*, na tentativa de maximização utilitarista, livre só pode ser a ação que não é influenciada por nada, exceto a razão. “Livre é aquele que não é determinado por algo externo.” (HERRERO, 2006, p.219) Livre é aquele que age abstraído de impulsos sensíveis do mundo empírico, livre é aquele que não maximiza o seu interesse.

Essa liberdade pura é denominada por Kant como *autonomia da vontade* que não se confunde com *heteronomia da vontade*. A primeira Kant caracteriza assim:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. [...] teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*. (KANT, 2005, p. 85)

Realmente, só é possível entender a autonomia da vontade em Kant, percebendo a sua inserção dentro da argumentação da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ora, a autonomia da vontade, segundo a caracterização supra, é o princípio supremo da moralidade porque indica o caminho das escolhas autônomas privadas através de uma fórmula genérica e formal que, ao mesmo tempo, expressa uma vontade boa em si mesma, atinge a universalidade, além dos conhecimentos empíricos e penetra na crítica do sujeito. Isto é razão prática pura, pois advém da razão moral, é também sintética, posto que independe de conteúdo e advém de uma experiência possível. Esta é a autonomia que permite escolher agir “*segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal.*” (KANT, 2005, p.80)

Já a heteronomia da vontade é a escolha que não possui a aptidão de ultrapassar o teste da universalidade. Busca determinado resultado e o objeto da sua vontade se assenta em inclinações do mundo sensível. (KANT, 2005, p. 86) Pode ser identificada nas ações *conforme ao dever* baseadas em imperativos hipotéticos e na maximização de utilidades. Ou seja, a maioria das ações do cotidiano é heterônoma e não são baseadas na autonomia da vontade, pois nós não possuímos a liberdade idealizada por Kant.

II – A evolução do princípio da autonomia.

Segundo Fiuza, a exaltação kantiana da vontade enquanto produtora de efeitos jurídicos influenciou tanto o código civil napoleônico de 1804, quanto os pandectistas alemães, que, passaram a adotar o consenso como forma de transmissão da propriedade privada. (2003, p.84) Realmente, foi no âmbito do direito privado, ou seja, na regulação das situações entre os particulares que a noção de autonomia das escolhas se mostrou mais útil para os liberalistas do sec. XVIII e XIX. Era uma conclusão óbvia que a vontade livre do agente deveria ser capaz de gerar os efeitos jurídicos dela decorrentes.

Na *Metafísica dos costumes*, Kant explica a dedução transcendental do conceito de aquisição indireta, via contrato, como o meio socialmente desejável de viabilizar as trocas voluntárias. (KANT, 2003, p. 116-117)

Naquela época, existia uma enorme confiança na autodeterminação humana e na idéia kantiana do agir racional. Todos deveriam ser tratados isonomicamente facultando-lhes o direito de exercer a sua autonomia de forma plena segundo máximas universalizáveis. Os pilares do Direito eram a isonomia formal e a liberdade, ou seja, os homens que eram iguais perante a lei, eram também livres para constituir direitos e assumir obrigações. Assim, as relações privadas não podiam sofrer qualquer intervenção de terceiros, posto que, oriundas da própria vontade livre e esclarecida do agente racional.

Surge então, Direito Contratual Clássico, a autonomia da vontade como “o mais importante princípio.” (FIUZA, 2003, p. 306). Era exercido em quatro planos: A) na escolha de contratar ou não contratar; B) na escolha do que e com quem contratar; C) na escolha das cláusulas do contrato, limitado pela legalidade; D) na escolha de mobilizar ou não o judiciário para executar o contrato, afinal, concluído o contrato, este se tornava fonte formal de Direito. (FIUZA, 2003, p. 307)

O princípio da autonomia da vontade se desdobrou em dois outros princípios basilares dos contratos: o princípio da obrigatoriedade e o princípio do consensualismo. O contrato era então: “lei” entre as partes, poderia ser exigido coercitivamente e não poderia ser modificado (obrigatoriedade), isto era justificado, pela celebração através da expressão da vontade livre e autônoma de pessoas capazes e racionais (consensualismo).

Era a exaltação do *laissez-faire*, do Estado mínimo. O homem e a razão eram os valores supremos da sociedade. Era o liberalismo puro. Realmente, seus idealizadores estavam imaginando que as pessoas, ao contratar, exerceriam a autonomia da vontade kantiana. Estariam imbuídos de uma vontade boa em si mesma e, agindo racionalmente, poderiam querer que a máxima das suas escolhas pudessem ser universalizadas.

Contudo, com o processo de produção em massa, surge o capitalismo mercantilista e a urbanização. Para minimizar custos e acelerar o aperfeiçoamento dos negócios surge também a outra face da produção em massa, a massificação dos contratos. “O modelo tradicional de contrato estava morrendo, para ceder lugar às novas formas: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários etc.” (FIUZA, 2003, p. 310)

Então fica claro que no liberalismo, apesar da nítida influência, a ação negocial, não detinha todas as características da autonomia da vontade kantiana. Os contratos não eram expressões volitivas universalizáveis. Ao contrário, devido a necessidades econômicas e conjunturais, as pessoas firmavam os contratos sempre pautados por necessidades do mundo sensível. A maioria das escolhas nos negócios jurídicos era, portanto, visivelmente heterônomas.

Ora, com a expansão da sociedade e a maior divisão do trabalho, as pessoas passam a necessitar do mercado para suprir suas necessidades de sobrevivência. Do outro lado, aqueles que oferecem os bens no mercado visam o lucro, agem de forma a maximizar seus próprios interesses.

Com o poder econômico, as grandes corporações mercantilistas abusavam da idéia do consenso e da obrigatoriedade. As pessoas viam-se exigidas por contratos firmados pela necessidade e não pela vontade. Gerando desigualdades intransponíveis, o liberalismo cada vez mais se afastava do ideal de justiça distributiva, isso porque, a estrutura real do mercado era afastada do modelo de concorrência perfeita em que foi concebida a teoria liberal. Fora da concorrência perfeita a mão invisível, mecanismo regulador do mercado, sugerido por Adam Smith, não existe.

Os próprios agentes econômicos forçam o distanciamento do modelo de concorrência perfeita, pois é mais lucrativo agir em um modelo de mercado oligopolista.

III – O Estado Social comandado pelas centrais de planificação.

No final do sec. XIX e no sec. XX nasce o chamado Estado Social. O seu maior intento é acabar com as desigualdades e impor maior justiça distributiva. Tomou força a

ideologia que o liberalismo era inexoravelmente autodestrutivo, assim, foram concebidas novas teorias de regulação estatal, sendo as mais radicais delas o socialismo e o comunismo.

Eles eram baseados na propriedade comum e no comando central da atividade econômica pelo Estado. A autonomia individual, a livre iniciativa e a propriedade privada cedem lugar à necessidade de maior igualdade entre os concidadãos. Era a economia coletivista baseada em um comando central planejado.

A economia passa a ser ordenada verticalmente. O maior intento do Estado é promover a justiça social assumindo a propriedade dos meios de produção. As centrais de planificação assumem a soberania do planejamento econômico e impõem medidas compulsórias de gestão às atividades produtivas. (ROSSETTI, 2006, p. 327)

Contudo, esse ideal de igualdade para todos logo se mostrou extremamente ineficiente em termos econômico-sociais. Rossetti aponta alguns vícios deste modelo estatal que, resumidamente, tentaremos descrever abaixo. (2006, p. 323-352)

Existia uma excessiva burocratização na realização da atividade econômica, isto por que, o processo econômico de produção e circulação de bens e serviços era determinado verticalmente. Erros estratégicos eram propagados na cadeia vertical e, para piorar, aqueles que estavam na linha de frente das fábricas e indústrias não tinham autonomia para efetuar correções no modelo de produção preestabelecido. Fato que gerava ineficiência alocativa e perda progressiva da produção.

O Estado não possuía nem meios nem recursos para atender a toda a complexa demanda antes suprida pela iniciativa privada. Isso implica, conseqüentemente, em uma flagrante escassez de recursos, pois o mercado legal só oferecia os produtos que, no entendimento das centrais de planejamento, eram de primeira necessidade. Os recursos estatais eram alocados quase que exclusivamente em vista a um ideal coletivo de “*vida boa*” imposto coercitivamente via argumentos legalistas de autoridade.

Esse ideal de “*vida boa*”, muitas vezes, estava desalinhado com as aspirações sociais, principalmente no congelamento de padrões de consumo que impediam a autonomia de escolher: o que, com quem e como contratar. Criava-se com isso, incentivo para atividades produtivas à margem do Estado, mercados paralelos de produtos não oferecidos legalmente. Aliadas a isso, as atividades primárias rurais e também as atividades terciárias de pequeno volume, nos centros urbanos, não se submetiam facilmente ao rigorismo do comando central.

Essa ausência de autonomia privada na escolha econômica gera o aumento da violência. Afinal, a insubordinação é uma conseqüência lógica da perda da liberdade individual.

Na economia ordenada por comando central, as atividades voltadas às satisfações privadas se retraem por falta de incentivo econômico para sua manutenção. Algumas das atividades que mais sentem isso são as atividades artísticas, jornalísticas e culturais. Estas que passam a ser controladas pelo Estado que determina o “*padrão*” e a forma como devem ser desenvolvidas, sempre em busca do ideal coletivo de “*vida boa*”.

Os recursos, ditos comuns, passam a ser utilizados sem critério pela população. Acontecia como Harold Demsetz (2007, p.8) descrevia no seu seminal artigo[4]:

Si alguien procura maximizar el valor de sus derechos comunales, tenderá a cazar en exceso o trabajar de más la tierra porque algunos de sus costos serán compartidos por otros[5].

Os recursos eram utilizados de forma subversiva, em um jogo de captura de ganhos individuais.

As externalidades negativas não eram internalizadas pelos agentes diretamente responsáveis pela exploração[6]. Na verdade, ninguém penalizava o Estado pelas externalidades negativas.

Além disso, o ideal de igualdade não era alcançado. Aqueles que detinham altos cargos na pirâmide estatal tornavam-se os algozes no luxo de um povo miserável. Uma nova nobreza estatal. Sangue sugas atuando em jogos não cooperativos se beneficiando individualmente do poder conferido à eles pelo Estado.

O Povo só se mantinha submetido a tal comando via imposição da força, da censura e da propaganda estatal.

A Publicidade que se torna ferramenta ideológica de submissão.

Clovis Bevilacqua (1902, p.22 a 24), antes mesmo da concretização do Estado Social, já profetizava a mais de cem anos atrás:

Infelizmente suas doutrinas parece que têm mais um caracter revolucionário do que constructor. (...)

As diversas hypotheses socialistas sempre me impressionaram de um modo desconsolador. Arrastado pelo vigor da argumentação, pelo tom de sinceridade, não raro pelas scintillações de estylo e, mais ainda, por uma necessidade mental insaciada, deixava-me levar á procura da preconizada solução, mas, chegando ao termo da jornada, meu espírito convolava para seu retrahimento, levando uma decepção de mais.

Reconhecia que todas se nutriam de uma ambição nobre, mas nenhuma dellas me parecia acertar no ponto vulneravel, nenhuma dellas me parecia engendrar uma solução tranquillizadora, attendendo os diversos interesses em antinomia.

O próton-pseudos, o pecado original do socialismo é querer nivelar as classes sociaes, quando é certo que é de sua desigualdade, da diversidade de suas funções que resulta a harmonia e o progresso humano.[7]

A autonomia contratual no modelo coletivista não é a autonomia da vontade universalizável de Kant. As pessoas não tinham liberdade nas suas escolhas econômicas individuais e a “idéia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade.” (KANT, 2005, p. 102) Neste mesmo sentido, “a moralidade é a lei da liberdade e ela tem de valer para todo ser racional, então para acabar de provar a validade da moralidade teremos de poder atribuir liberdade a todo ser racional.” (HERRERO, 2006, p.220)

Enfim, qualquer modelo estatal que não possibilite a autonomia nas escolhas individuais se torna um Estado arbitrário e antidemocrático. Sua legitimidade repousa no argumento de autoridade imposto via coerção. É um estado imoral.

Tendo em vista que neste modelo estatal há um aumento da escassez, uma perda progressiva da liberdade e igualdade não é atingida, o padrão de bem-estar almejado inicialmente não é alcançado. Diante disso, atualmente, todos os países coletivistas que ainda se mantêm, de alguma forma, controlados por comando central, estão ou desejam estar no mercado global.

Além disso, em certa medida, todos os países relativizaram a premissa de propriedade estatal e da centralização da iniciativa. (ROSSETTI, 2006, p. 345) Mais liberdades foram conquistadas, pois não há argumento que se sustente na ausência da liberdade.

Hoje em dia, tanto o Direito quanto a Economia, aprenderam com os desacertos liberalismo e do estado social igualitário. Os defeitos dos ordenamentos institucionais extremados sedimentaram o entendimento que um sistema híbrido é o mais justo. Desse sistema, no Direito Público, surge o Estado Democrático de Direito, no Direito Privado, o princípio da autonomia privada.

IV – O princípio da autonomia privada no Estado Democrático de Direito.

Na Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa são fundamentos da República[8]. A erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais são objetivos fundamentais, tanto quanto, a garantia do desenvolvimento nacional[9]. Portanto, trata-se de um modelo institucional convergente.

No seu contexto não prevalece qualquer dos modelos ortodoxos expostos acima. No liberalismo vimos que o princípio da autonomia da vontade pregava que “o contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo.” (FIUZA, 2003, p. 311) Por outro lado, no Estado coletivista vimos que a autonomia da vontade cede lugar para a tentativa de promover uma sociedade igualitária.

Hoje em dia, como destaca César Fiuza, (2003, p. 312) as pessoas quando celebram os contratos não o fazem somente porque desejam. A obrigatoriedade dos seus efeitos não

repousa na vontade e sim no anseio de garantir, através do contrato, os efeitos desejados de uma troca voluntária movida pelos desejos e necessidades.

Sendo assim, direito contratual não poderia mais ser regido pelo princípio da autonomia vontade. Surge então o princípio da autonomia privada, ou seja, o princípio da liberdade das pessoas em contratar. Liberdade que é “impulsionada para a realização de uma necessidade, seja real ou fictícia”. (FIUZA, 2003, p. 311)

Neste ponto cabe enfatizar a diferenciação entre autonomia da vontade e a autonomia privada. Conforme ensina Roberta Elzy Simiqueli de Faria, “não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio” (2007, p.60). Na autonomia da vontade o agente atua de forma exclusivamente volitiva e seu consenso gera obrigatoriedade imutável. O contrato fazia lei entre as partes. Na autonomia privada existe um claro reconhecimento das necessidades como motivadoras dos negócios e, por isso, a obrigatoriedade também é mitigada.

Como a manifestação da vontade não é livre e esclarecida, não pode ser a obrigatoriedade, consequência lógica da liberdade, ser inatacável, inexorável, imutável.

Como a autonomia privada nem sempre reflete uma escolha da razão pura e boa em si mesma, o princípio da obrigatoriedade e do consenso também se modificaram. Não são mais absolutos. Tiveram que se atualizar e hoje são limitados pelos princípios da justiça contratual, da função social e da boa fé objetiva.

Realmente, em situações de desigualdade flagrante entre as partes, cumulada com um desequilíbrio desproporcional das prestações pode ser mais adequado, respeitando a integridade do Direito, fornecer a tutela capaz de relativizar a obrigatoriedade do pacto.

O Estado Democrático de Direito intervém nas relações econômicas privadas. Em termos econômicos, segundo Rossetti, (2006, p. 439) as intervenções regulatórias de mercado privado visam, de maneira genérica, reprimir os abusos do poder econômico, implantar mecanismos redistributivos e fazer o controle das externalidades negativas.

Essa intervenção é desejável para uma economia mais justa, contudo, a doutrina civilista pátria tem demonstrado enorme interesse nos novos princípios do Direito Contratual. O interesse exagerado aliado à interpretação axiológica do Direito faz surgir julgados e leis que são verdadeiras aberrações econômicas[10].

A interpretação do Direito é argumentativa, é dialética, busca seus fundamentos mais importantes na Constituição. Quando há um choque entre princípios, não se deve utilizar a ponderação, pois ela implica na axiologização do direito, hierarquiza os valores, além de transparecer uma idéia de preferência. (GALUPPO, 1999, p. 196) As normas jurídicas são conceitos deontológicos que devem ser ou não adequados à determinada situação concreta

Alguns julgadores se esquecem de que o crescimento econômico do País é condição para a melhoria do bem-estar coletivo da sua população.

Ora, o Direito Privado é movido essencialmente por interesses próprios. Quando ele passa a ser responsável pela distribuição de renda em uma interpretação retrógrada e

anacrônica de aversão à burguesia mercantil as conseqüências são indesejáveis. O empreendedorismo possibilita as trocas voluntárias aumentando a riqueza da nação. Viabiliza a liberdade de escolha econômica e possibilita a alocação de recursos em atividades de interesse eminentemente privados como música, lazer, artes etc. Gera empregos formais e aumenta a arrecadação tributária. Preserva a nossa autonomia privada que é um direito irrenunciável e um princípio geral da moralidade.

Para entender isso melhor, é preciso conhecer e respeitar, a importância do mercado e do empreendedorismo, para o livre exercício da autonomia privada.

V – A estimulação do mercado como estímulo à liberdade.

Alguns doutrinadores entendem que atualmente o mercado é inviável, veja-se:

Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis – cenário assaz distante do que imaginara a ideologia liberal no século anterior, ou seja, riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia -, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. (TEPEDINO, 2003, p.117)

Data vênua, esta posição não é sustentável. Trata-se de uma afirmativa destituída de qualquer fundamento social ou jurídico. Uma assertiva infeliz e distante da realidade.

Em termos econômico-sociais, o mercado é “uma abstração definida pela existência e entrelaçamento de forças aparentemente antagônicas, as da oferta e as da procura”. (ROSSETTI, 2006, p. 439). Luciano Benetti Timm defende que o mercado é uma fato social, existe. Afinal “ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços”. (2008, p. 84)

O mercado é qualquer local, abstrato ou físico, em que trocamos bens ou serviços. Existem mercados lícitos e ilícitos. Há mercado de ações, mercado de trabalho, mercado de alimentos, mercado de drogas, etc. Sempre que houver oferta e procura de qualquer bem ou serviço, há mercado.

Nenhum ocidental, hoje, concebe como ideal qualquer modelo de Estado em que não seja preservada sua liberdade de escolha econômica. Essa liberdade é exercida em dois planos, no plano da aquisição de recursos e no plano da disposição de recursos. Esta é a verdadeira importância da autonomia no Direito Patrimonial Privado. Ser livre para escolher em que empreender seus fatores de produção ou sua força de trabalho. E também, ser livre para escolher, de acordo com as suas necessidades e desejos, como alocar os recursos percebidos com o seu trabalho e (ou) investimento.

Pois, havendo interesses e demandas de determinado recurso, haverá sempre um empreendedor disposto a produzi-los e a oferecê-los.

A pessoa humana possui os mais diversos interesses e vontades, através da livre iniciativa, podemos buscar as nossas satisfações pessoais no mercado, isentos de imposições de um pseudo-ideal de “*vida boa*” estabelecido em uma central de planejamento estratégico estatal.

Conforme ensina Richard Posner:

O que é verdade é que o estudo da economia instila na maioria dos alunos uma apreciação dos benefícios sociais dos mercados, apreciação não compartilhada pelos que nunca estudaram economia e que, portanto, têm dificuldade de compreender como uma instituição tão descentralizada como o mercado pode regular uma complexa atividade econômica de modo eficiente. Mas nem todos os que apreciam os benefícios dos mercados são de direita: no momento, a maioria do mundo comunista é pró-mercado. (POSNER, 2007, 582)

Segundo Rossetti (2006, p. 438), são várias as virtudes do mercado: Ele gera índices de escassez orientando a sociedade a conservar os recursos escassos, ele é um centro de estimulação à qualificação dos produtos e serviços, possibilita as trocas voluntárias e também viabiliza a liberdade de escolha econômica.

O Direito deve maximizar as virtudes do mercado e criar mecanismos para corrigir ou minimizar seus defeitos, mas sempre respeitando e conhecendo seus benefícios. Não basta somente criticar ou gerar decisões e leis contrárias ao mercado, pois nenhum país do mundo se sustenta dignamente sem ele.

O mercado deve ser usado como um instrumento facilitador do desenvolvimento nacional, paralelamente, o Direito e a Economia devem assumir um papel convergente nesse objetivo. Não é possível ainda existir no País um pensamento retrógrado a ponto de se estabelecer um paradigma de “Justiça X Mercado” “Justiça X Burguesia”. Ao contrário, a justiça deve conhecer e promover o mercado, respeitando e valorizando os empreendedores, verdadeiros provedores do Estado.

Enfim, o mercado é o local aonde exercemos nossa liberdade de escolha econômica. Exatamente pela existência de um mercado é que podemos, hoje, exercer de forma democrática a nossa autonomia privada.

No plano existencial e no plano patrimonial, a autonomia privada é um princípio de moralidade e não há como conceber um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem o seu devido respeito.

Assim, a valorização do mercado é, sem dúvidas, um mecanismo de valorização da moral. Além disso, abrir mercados gera riquezas, afinal ele é o pólo central das trocas

eficientes e do aumento das riquezas em circulação. Somente através dele é que há crescimento sócio-econômico.

Neste ponto é preciso conhecer a noção de trocas eficientes na versão de superioridade e otimização de Vilfredo Pareto e a correção dessa teoria feita por Kaldor-Hicks.

A situação é superior em termos paretianos, quando o implemento da condição do agente não traz como contrapartida a diminuição da condição de outrem. O estado das coisas é ótimo, quando nenhum outro estado pode ser superior. (ROEMER, 2001, p. 27)

Vejamos um exemplo de eficiência em termos paretianos: Uma determinada pessoa **A** pretende adquirir uma coleção de selos pertencente a **B**. **A** está disposto a pagar até R\$ 100,00 (cem reais) pela coleção de **B**, este que está disposto a vender sua coleção por qualquer valor superior a R\$ 90,00 (noventa reais). Temos então uma pessoa com R\$ 100,00 (cem reais) em moeda corrente e outra com um bem que vale para ele R\$ 90,00 (noventa reais), totalizando uma riqueza de R\$ 190,00 (cento e noventa reais). A transação é concluída por R\$100,00 (cem reais). Agora, temos **B** com R\$ 100,00 (cem reais) em moeda corrente e **A** com um bem que, para ele, vale R\$ 100,00 (cem reais), totalizando R\$ 200,00 (duzentos reais). Trata-se de um acréscimo de R\$ 10,00 (dez reais) à riqueza social. (Posner, 2007, p. 477 e 478) Uma transação eficiente e superior em termos de Pareto, pois após a conclusão do contrato **B** melhorou sua situação em R\$ 10,00 (dez reais) sem diminuir a condição de **A**.

O bem foi transferido “de quem o valoriza menos para quem lhes dá mais valor”. (SZTAJN, 2005, p. 76) Em outras palavras, uma situação só pode ser considerada superior quando ao menos uma pessoa melhora seu bem estar, sem que nenhum outro diminua o seu próprio bem estar. Diz-se bem estar, pois a eficiência não está compreendida somente nas atividades monetárias. O crescimento econômico é pautado principalmente em função das trocas eficientes, portanto, essa teoria é relevante. Contudo foi amplamente criticada pela sua pouca aplicabilidade prática. Afinal, várias situações vividas no mundo real produzem ganhadores e perdedores, e, o critério de Pareto não é suficiente para avaliá-los.

Diante deste contexto, foi desenvolvida a teoria de Kaldor-Hicks a partir de uma idéia de **compensação potencial**. Um estado de coisas modifica-se eficientemente em termos de Kaldor-Hicks, quando o beneficiário da alteração é capaz de compensar as perdas dos outros agentes envolvidos. Portanto, é eficiente uma medida que produz ganho para algum agente, mesmo levando-se em consideração devida compensação dos perdedores. (ROEMER, 2001, p. 27) Vamos a um exemplo de troca eficiente em termos de Kaldor-Hicks[11]:

Determinada pessoa **A** firma um contrato com **B** para o fornecimento de 100.000 (cem mil) peças para sua indústria de eletrodomésticos a R\$ 0,10 (dez centavos) por peça. **B** fornecerá as peças em 90 (noventa) dias. Um mês depois, **C** entra em contato com **B** explicando que necessita desesperadamente de 25.000 (vinte e cinco mil) peças, pois senão terá enormes prejuízos e está disposto a pagar R\$ 0,15 (quinze centavos) por unidade. **B** fecha o negócio com **C**, atrasa o envio da peças de **A** e, por conta disso, o primeiro contratante tem um prejuízo de R\$ 1.000,00 (mil reais). Mesmo assim, a troca é eficiente, pois o ganho de **B** foi de R\$ 1.250, (hum mil duzentos e cinquenta reais). Ou

seja, **C** está em uma situação melhor, **B** também e as perdas de **A** podem ser devidamente compensadas pelos beneficiários da troca. (POSNER, 1998, p.118)

Trata-se de uma teoria que valoriza as trocas eficientes e, além disso, já prevê a internalização das externalidades negativas. As trocas eficientes são o pressuposto básico do crescimento econômico. Este crescimento deve ser motivado, e as externalidades negativas, ou seja, perdas sofridas por terceiros, devem ser internalizadas pelo seu causador, através da abordagem interdisciplinar da análise econômica do direito. Assim, é possível que identificar os mecanismos que podem converter o direito em um instrumento para promover a eficiência. (POSNER, 2002, p.72)

A eficiência é a “aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”. (SZTAJN, 2005, p. 81) Responde à pergunta de como necessidades sociais ilimitadas são melhor satisfeitas diante da escassez de recursos.

A eficiência é tão importante para o desenvolvimento sócio-econômico que passou também a fazer parte do rol dos princípios que norteiam a administração pública no *caput* do Art. 37[12], após a Emenda Constitucional nº 19.

Contudo, assumindo um viés antieconômico e antidemocrático o Direito Pátrio vêm assumindo uma postura de aversão à burguesia. Uma visão contrária ao exercício pleno da autonomia. Essa aversão reflete como desestímulo a empresariedade[13], energia mobilizadora dos fatores de produção.

A empresa é a atividade geradora de crescimento econômico, provedora real do Estado. Somente através proteção a ela, poderemos alcançar um modelo de mercado que favoreça o crescimento sócio-econômico. Que distribua para todos mais bens e serviços, tornando-nos ainda mais livres.

VI - A livre iniciativa como pressuposto da autonomia privada.

A livre iniciativa “expressa desdobramento da liberdade.” (GRAU, 2000, p. 227) Em uma de suas faces se expõe como “liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa.” (GRAU, 2000, p.228)

Contudo, a liberdade em escolher o empreendedorismo como objetivo de vida é cada vez mais desestimulada no país.

O excesso no dirigismo contratual, na desconsideração da personalidade jurídica e na imputação de deveres oriundos do “risco integral”, traz como consequência uma diminuição da autonomia privada. A autonomia de escolher o empreendedorismo como meio de vida; de escolher com quem e como comprar. Isso porque, o excesso de publicização cria enormes custos de transação, dificultando a entrada de novas empresas no mercado o que gera como consequência, um incentivo indireto à formação de cartéis e de preços monopólicos. (POSNER, 1998, p.274)

Desestimulam a concorrência que é imprescindível para a expansão do mercado de consumo interno, para o barateamento e melhoria dos produtos e serviços, para o desenvolvimento econômico-social do País e também para o exercício da autonomia privada.

Ser empresário no Brasil não é tarefa fácil. Aqueles que possuem uma boa idéia e disponibilidade de recursos percebem, desde o momento em que começam a formalizar seu empreendimento, que há elevados custos de transação nessa empreitada e, além disso, que os riscos patrimoniais envolvidos na constituição de uma sociedade empresarial são enormes.

Isso acontece por vários motivos. Um deles é o excesso de burocracia existente no País. Fábio Tokars informa que, no Estado de São Paulo, o tempo médio para a formalização de uma empresa é de 152 dias. Nos outros países desenvolvidos, a média é entre 3 e 8 dias. Na China, a média é de 13, na Argentina, 32 e, só para alertar, informa que, na Namíbia, indesejável padrão de comparação, a média é de 95 dias, muito inferior à média nacional. (TOKARS, 2007, p.33)

O mínimo exigível para o início da atividade é uma romaria em busca dos mais diversos tipos de licenças, alvarás e autorizações em órgãos como Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, Receita Federal, Receita Estadual, etc., sendo que tais documentos dependem de vistorias dos órgãos administrativos, cujas agendas sempre estão cheias. Tais dificuldades “soam como piada de mau gosto”. (TOKARS, 2007, p.34)

Isso acontece porque a legislação presume fazer um serviço social ao proteger o mercado de eventuais aventureiros. Sendo assim, impõe diversos mecanismos de controle da atividade empresarial, custeadas pelo empreendedor, mostrando-se, na verdade, como um obstáculo ao empreendedorismo.

O custo não pára por aí. Após formalizar a empresa, as obrigações são tantas e tão complexas, que todo empresário necessita de assessoria contábil e jurídica.

Enfim, o custo de transação envolvido na formalização da atividade produtiva é muito alto, sendo certo que, sempre que os custos de transação são baixos, os mercados tendem a ser mais eficientes. Conforme ensina o Teorema de Coase. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p.97)

Quanto ao risco, é cediço que hoje a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil tornou-se vulgar. O sócio-empresário responde de forma **direta** por todas as dívidas trabalhistas, pelas dívidas tributárias (CTN, art. 135)[14](afinal, está pacífico na jurisprudência que, ao fechar o estabelecimento, “o simples fato de haver débitos tributários não pagos constitui-se em ilegalidade genérica” (TOKARS, 2007, p.47)) e pelas dívidas previdenciárias (lei 8.620/93, art. 13.)[15]. Além disso, **caso a sociedade se torne insolvente**, seu patrimônio pessoal também responde pelas dívidas com os consumidores (CDC, art. 28)[16], pelas infrações à ordem econômica (lei 8.884/94, art. 18)[17] e pelos danos ao meio ambiente (lei 9.605/98, art. 4)[18]. Trata-se da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Somente nas relações reguladas pelo Código Civil, no art. 50[19], é necessário demonstrar algum tipo de confusão patrimonial ou desvio de finalidade para se

configurar uma ilegalidade que penaliza os administradores e sócios em seu patrimônio pessoal, sendo certo que as relações de crédito não estão aí incluídas, pois normalmente os contratos de mútuo, junto às instituições financeiras, exigem garantias reais. Assim, tal instituto está completamente esvaziado.

De qualquer forma, o patrimônio pessoal do sócio-empresário é posto em risco constantemente. A desconsideração da personalidade jurídica tornou-se a regra e não pode mais ser estudada nem compreendida como exceção. O risco de envolver o patrimônio pessoal desestimula o empresário, que não quer perder nada além do investimento previsto naquele negócio.

Alguns simplesmente não querem arriscar todo seu patrimônio pessoal em um empreendimento, por mais que seja tentador.

Esse é um fato tão aberrante, que hoje se postula a reconsideração da personalidade jurídica das sociedades limitadas. Afinal, a desconsideração afeta, principalmente, ao pequeno e médio empresário, justamente aqueles que ainda não possuem estabilidade e renda suficiente para enfrentar as adversidades, afetando, dessa forma, a economia de base, elemento importantíssimo para o desenvolvimento econômico-social das classes menos favorecidas.

Sendo assim, o Direito está gerando uma externalidade negativa custeada por toda a sociedade. Em primeiro lugar, incentiva indiretamente a proliferação de empresas informais e irregulares que não cumprem a sua função social de pagar tributos, pois o custo de transação para a formalização é muito alto e, mesmo quando formalizadas ele não se isenta do “risco integral”.

Transforma o empreendedorismo num negócio extremamente arriscado, em que o patrimônio pessoal do empreendedor é diretamente vinculado à sua sociedade, fatos que dificultam a entrada de novos empresários no mercado e que geram como consequência, incentivos indiretos à formação de cartéis e preços monopólicos, consequência direta dos mercados com alto custo de transação, como dito. (POSNER, 1998, p.274)

Tais situações desestimulam a concorrência, que é imprescindível para a expansão do mercado de consumo interno e a geração de empregos formais. Por consequência, desestimulam o desenvolvimento econômico-social do Brasil. Afinal, a convergência entre Direito e Economia é essencial para o País e a livre iniciativa, neste ínterim, deve ser fomentada. O Estado deve estimular os seus provedores não deve marginalizá-los em uma visão de repugnância face à burguesia mercantil.

Afinal, não é novidade que a atividade produtiva deve ser descentralizada.

Tais medidas de imputação de “risco integral” são vendidas para os juristas, que não conhecem nem entendem a economia, como “mecanismo de efetivação dos direitos”, mas na verdade somente aumentam os desníveis sociais e privilegiam os grandes grupos econômicos.

O pequeno empreendedor paga a conta dos custos destes pseudo-direitos enquanto as grandes corporações cada vez mais se solidificam atuando em grandes fatias do

mercado, via preços monopólicos e prática reiterada de danos economicamente eficientes.

É preciso entender que vários agentes econômicos atuam no mercado e em uma “disfunção oportunista” que, segundo Fernando Araújo, “consiste essencialmente no facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte”. (2008, p.114)

Na verdade, trata-se de atuação em um jogo não cooperativo ou de soma zero, quando o que ganha de um jogador é exatamente o que o outro jogador perde. A “disfunção oportunista” é reiteradamente praticada pelas grandes forças econômicas privadas.

Porém, a visão paternalista de aversão a burguesia não é economicamente desejado no âmbito do Direito Contratual Privado afinal, “qualquer supervisão “justiceira” tem custos sociais não negligenciáveis (...), não há justiça distributiva que não demova e inviabilize algumas transações, que não trave a promoção livre e espontânea de riqueza, que não diminua o volume de transações, que não empobreça”. (ARAÚJO, 2008, p. 109)

Isto acontece porque a dita supervisão “justiceira”, só reflete face ao demandante, individualmente considerado, por outro lado, produz externalidade negativa para a coletividade.

Diminui as trocas eficientes, pois o custo da empresariedade só pode ser arcado por aqueles que possuem muitos recursos disponíveis.

Os grandes agentes econômicos transferem esse custo para a coletividade e os pequenos empreendedores, que deveriam ser estimulados; são dizimados pelo Direito.

Assim, o caráter distributivo em vista da função social do Direito tem a sua trincheira de atuação no Direito Público punindo de forma eficiente as ilegalidades, investindo em políticas públicas sociais e tributando de acordo com possibilidades dos contribuintes, sobretaxando os lucros.

E, além disso, e, principalmente, para se alcançar um melhor nível econômico-social para a coletividade, o Direito Privado deve viabilizar e fomentar a entrada de novos agentes no mercado, dito pequenos agentes. Afinal, são eles que irão concorrer em pequena escala incomodando os grandes agentes econômicos já estabelecidos. São eles que forçam a diminuição dos custos dos bens e dos serviços, pois só com eles é que se vislumbra um mercado de concorrência perfeita, o qual é sonho de um exercício pleno dos nossos direitos e liberdades fundamentais.

Conclusão

Diante de tudo que foi exposto concluímos que o Direito Civil deve continuar sendo o núcleo do exercício da autonomia privada. O Direito Civil e Empresarial não pode assumir o compromisso de dar tratamentos desiguais sem conhecer as conseqüências econômicas e sociais das suas decisões.

O homem probo e leal nas suas relações patrimoniais age maximizando os seus interesses e eles devem ser respeitados, principalmente o lucro, pois a perspectiva de lucro incentivará à concorrência aumentando a oferta de bens e serviços ampliando a nossa autonomia de escolher com quem e como contratar. O Direito deve viabilizar na maior medida possível a liberdade. Afinal, “qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos” (KANT, 2003, p. 76)

A obrigatoriedade baseada no consenso deve ser a regra, as revisões baseadas na nova principiologia contratual nunca podem ser usadas, no Direito Civil e no Direito Empresarial, em uma visão de aversão injustificada face à burguesia mercantil.

A distribuição de renda é dever do Direito Tributário e das políticas públicas. Já o abuso do poder econômico e o controle das externalidades negativas são de responsabilidade do Direito Penal e do Direito Administrativo, estes que devem ser eficientes.

A intervenção Estatal no domínio privado deve fomentar o empreendedorismo. Deve incentivar a concorrência. Deve garantir o desenvolvimento nacional. Deve preservar a nossa liberdade. Deve possibilitar e ampliar o exercício da nossa autonomia privada, exigência de uma sociedade moralmente aceitável.

O excesso na publicização do Direito possui um custo social não negligenciável. Pois, ao invés de contribuir com o social, oferecem benefícios individuais e impõe reflexo de desestímulo à economia de base.

O pequeno e médio empreendedor deve ser protegido pelo Direito, algo muito além dos poucos incentivos vigentes.

Diante disso, o operador do Direito deve ficar atento à importância social e econômica do mercado e da livre iniciativa, buscando assim, a convergência eficiente entre o liberalismo e o socialismo.

Em direção centrípeta o Estado Democrático de Direito poderá nos oferecer, em maior escala, o exercício da nossa autonomia privada, pressuposto basilar da moral.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. Apud: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97 – 174.

BEVILAQUA, Clovis. *Estudos de direito e economia política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3º ed. Addison Wesley, 2000.

DEMSETZ, Harold. *Hacia una teoría de los derechos de propiedad*. Disponível em <http://www.cse.ufsc.br/~cale/10mais/pontes/03.pdf>. Acesso em 25 nov. 2007.

FARIA, Roberta Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 55 -71, 2007.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 6ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Por uma redefinição da contratualidade. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 253 – 265. 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 143, p. 191 – 209, jul./set. 1999.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5º ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

HERRERO, Francisco Javier. *Estudos de ética e filosofia da religião*. São Paulo: Loyola, 2006.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*; trad. Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*; trad, Edson Bini, Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*; trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9 – 28, jul./set. 2007.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução: Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1998.

_____. Usos y abusos de la teoría económica em el derecho. Tradução: Manett Vargas e Mônica Macías. Apud: Andrés Roemer (comp.) *Derecho Y Economía: Una Revisión*

de La Literatura. 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 66 – 90.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis econômico del derecho*. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74 – 83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84 – 101

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 115 – 130, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 29 – 66, jul./set. 2007.

[1] A “crise” do direito civil deve ser entendida como uma etapa de superação de antigos paradigmas do direito privado. Pode ser dividida entre a crise das instituições, crise da sistematização e crise da interpretação. (FIUZA, 2003, p 83 – 107).

[2] Grifo nosso

[3] Economistas normalmente assumem que cada agente econômico maximiza uma coisa: os consumidores maximizam utilidade (ou seja, felicidade ou satisfação); as

empresas maximizam lucros, os políticos maximizam votos, a fazenda pública maximizar receitas, as instituições de caridade maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem que, muitas vezes, os modelos que assumem a maximização do comportamento funcionam porque as pessoas são racionais, e racionalidade exige maximização. (tradução nossa)

[4] “*Toward a Theory of Property Rights*” de Harold Demsetz foi publicado no periódico “*The American Economic Review*” em maio de 1967.

[5] Se alguém procura maximizar o valor dos seus direitos comuns, tenderá a caçar em excesso ou trabalhar a terra demais porque alguns dos seus custos serão compartilhados por outros. (tradução nossa)

[6] Externalidade é “a conseqüência que o ato de uma pessoa física ou jurídica provoca sobre os direitos de terceiros naqueles casos em que não o agente, mas os terceiros afetados pelo ato em questão, arcam com os custos advindos desta conduta ou auferem os ganhos dela decorrentes.” (PIMENTA, 2007, p. 17)

[7] Citação conforme o texto original.

[8] Art. 1º, II e IV da Constituição de 1988 respectivamente.

[9] Art. 3º, III e II da Constituição de 1988 respectivamente.

[10] Somente a título de exemplo, dos julgados antieconômicos, veja-se: ZYLBERSZTAJN, Décio; REZENDE, Christiane Leles. *Pacta Sunt Servanda? O caso dos contratos de soja verde*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/ alacde/>> ou TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. *A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/>>.

[11] Exemplo retirado, com pequenas alterações, de POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Tradução: Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 118.

[12] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

[13] Fator de produção responsável por organizar os outros fatores, conforme ensina ROSSETTI (2006, p. 139 e seguintes)

[14] Código Tributário Nacional: Art. 135. **São pessoalmente responsáveis** pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou **infração de lei**, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

[15] Lei 8.620/93: Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada **respondem solidariamente**, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

[16] Lei 8.078/90: Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, **estado de insolvência**, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[17] Lei 8.884/94: Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, **estado de insolvência**, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[18] Lei 9.605/98: Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica **sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente**.

[19] Lei 10.406/02: Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

INDIFERENÇAS DA DIFERENÇA: AS VÍTIMAS E A ALEGORIA DO PROGRESSO

INDIFFERENCES OF DIFFERENCE: THE VICTIMS AND THE ALLEGORIES OF THE PROGRESS

**Gustavo Valeriano Moraes
André Luís Moraes**

RESUMO

Diante das grandes mazelas vivenciadas por parte da população brasileira, a prática para a libertação dos dominados mostra-se ainda distante. O reconhecimento do “outro”, não passa de aspirações idealizadas por um pseudo “Estado Democrático”, sobrepujando o verdadeiro sentido de dignidade. A opacidade das relações sociais dominantes demonstra que os ideais de progresso, são descaracterizados pela própria constatação da realidade, não há como se abstrair o progresso científico, no entanto, utópico se mostra o progresso social, seja pela falácia da atuação estatal, seja pelas próprias imposições e aceitação do “status quo” arraigado em ideais conservadores, bem como nos oriundos da nova ordem global, aumentando ainda mais as desigualdades, sobrepujando os conceitos éticos e morais, ampliando, assim, o sentimento de revolta. O próprio sentido de Justiça se perfaz em um mecanismo ideológico, resguardando os valores e anseios da minoria dominante, contrariando seu real papel. Pois somente a partir das “vítimas”, sua imagem figurativa, a deusa Themis, poderia ter os olhos vendados para o alcance da real equidade, a espada para combater as diferenças e arbítrios, bem como a balança para sopesar sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: EXCLUSÃO SOCIAL; VÍTIMAS; PROGRESSO; JUSTIÇA.

ABSTRACT

Front major problems experienced by the much brazilian people, the practice for the release of repressed it is far from done. The recognition of "other", it is idealized aspirations of an alleged "Democratic State", overwhelm the true meaning of dignity. The opacity of the dominant social relations shows that the ideals of progress, are weakened by the finding of reality, there's no denying the scientific progress, however, appears utopian social progress, is the fallacy of state action, either by themselves taxes and acceptance of the status quo entrenched in conservative ideals, as well as from the new global order, increasing the inequalities, ruining the ethical and moral concepts, expanding, then, the sense of rebellion. The true meaning of justice is an ideological mechanism, safeguarding the values and aspirations of the dominant minority, against their real function. Because only from the "victims", the figurative image, of the goddess Themis, could be blindfolded for the real scope of the equity, the sword to

combat the differences and the balance to poise their application.

KEYWORDS: SOCIAL EXCLUSION; VICTIMS; PROGRESS; JUSTICE.

INTRODUÇÃO

As relações sociais dominantes dão ensejo à crise que podemos observar no contexto atual da sociedade. Assim sendo, mostra-se ainda distante a prática para a libertação dos dominados, que são representados por uma população excluída de todas as formas possíveis, vítimas encobertas pelo ceticismo dos que supostamente se preocupam e que são dizimados pelos interesses alheios dos que nem ao menos os reconhecem como seres humanos.

Na verdade, ainda não há que se falar em crítica sem que exista a verdadeira norteadora: as vítimas. A sociedade, por maior que seja o seu progresso científico, ainda se estagna diante do verdadeiro progresso, que é o reconhecimento e valoração do ser, do "próximo".

A justiça poderia dar novos rumos à atual situação, ao menos ser fonte apaziguadora das imensuráveis desigualdades que observamos corriqueiramente, de forma até banal. Mas o que vemos é que, ainda, ela se vislumbra a privilégios da minoria que dita os certames, os quais são acatados como uma "grande verdade", ou a única a ser seguida.

Como se não bastasse todo o contexto cíclico da chamada "evolução social", as vítimas ganham as atenções quando são invocadas suas "culpas" como responsáveis por todas as ações malevolentes da atualidade, sem que sejam vistas as reais ações e a proveniência das conseqüências desagradáveis ao "corpo social".

As contribuições para as crescentes injustiças evoluem constantemente e suas conseqüências atingem ainda mais rápido a grande parcela excluída, seja pela chamada "Indústria Cultural", que estende seus tentáculos a todos, seja pelas práticas cada vez mais cruentas da economia neoliberal, que dá fôlego cada vez maior ao capitalismo sem fronteiras, impulsionado pela globalização. Isso faz com que aumentem os sentimentos de revolta que afetam todas as classes sociais bem como a indiferença e a banalidade do valor da vida humana, aniquilando valores morais, éticos e mesmo os apregoados em lei.

1 OS IDEAIS PARADOXAIS DA SOCIEDADE

Anualmente, é publicada pela revista Forbes a lista das duzentas pessoas mais ricas do mundo. Interessante não nos chocarmos ao vermos cifras estrondosas detidas nas mãos

de poucos. Ao contrário, são endeusados e colocados como exemplos de triunfo. Como defesa de seus admiradores alguma frase pronta: "Algum mérito deve ter para se chegar até onde chegou" ou "Trabalhou muito para chegar até lá".

Infelizmente, ainda vivemos em um mundo onde as extremas desigualdades não são sinônimas de vergonha, de desprezo ou incômodo. Pelo contrário, quanto mais elevado o patamar econômico, ostentação há, mais méritos são reconhecidos e devem ser tomados como modelos a serem perseguidos.

Agora, se os indivíduos detiverem a ponta contrária, não só são tidos como fracassados, desinteressados, muitas vezes taxados de vagabundos, como também são vistos como algo pernicioso à sociedade, mesmo que os detentores dessas características, alicerçadas no preconceito, não possuam reais oportunidades de prosperar, mesmo que se alimentem da sobra de animais, mesmo que percorram de 15 a 30 km por dia recolhendo lixo, "não se esforçaram o suficiente para ser alguém na vida".

Obviamente que aos olhos preconceituosos e alienados "ser alguém", em uma sociedade disléxica, represente a capacidade de acumular riquezas, de possuir mais recursos econômicos, não importando se alguém é prejudicado para que se alcance o fim objetivado.

A valorização do ser humano ocupa segundo plano na ótica social, os preconceitos se transformam com a sociedade, que supostamente diz tentar superá-los, no entanto, apenas os transferem a outra esfera ou forma.

As marcas da pobreza acompanharam essas transformações, principalmente no que diz respeito à posição socioeconômica. A pobreza, hoje em dia, é relacionada diretamente ao crime, assim como no início do século passado era relacionada a epidemias, e está fundamentada apenas no preconceito, sendo este mais um agravante de uma sociedade que diz buscar a ética, mas que a denigre sob variadas formas.

Diante de todo o contexto, podemos afirmar que o significado de pobreza é bem mais amplo. Pedro Demo diz que a "Pobreza não pode ser definida apenas como carência material."^[1]

Em 1980, propunha uma definição de pobreza como "repressão do acesso às vantagens sociais", sugerindo que faz parte da dinâmica dialética desta sociedade, partida entre a minoria que concentra privilégios e a maioria condenada a trabalhar para sustentar tais privilégios. Ser pobre não é somente não ter, mas ser coibido de ter.^[2]

Além da própria carência e da proibição do "conseguir" a pobreza acoberta preconceitos, descaso: "Pobreza é, em sua essência, repressão, ou seja, resultado da discriminação sobre o terreno das vantagens e oportunidades sociais".^[3] Ou seja, o conceito ampliado de pobreza coliga-se ao sentido de "indiferença", no que tange às oportunidades negadas aos indivíduos.

A indiferença se mostra presente nas relações entre os membros da sociedade e do próprio Estado, originado e protecionista de interesses de poucos. Para Richard Quinney:

[...] o Estado é criado por aquela classe da sociedade que tem o poder para impor sua vontade sobre o resto da sociedade. O Estado é, assim, uma organização política real, mas artificial, criada pela força e pela coerção. O Estado é estabelecido por aqueles que desejam proteger sua base material e têm o poder (por causa dos meios materiais) para manter o Estado. O direito, na sociedade capitalista, dá reconhecimento político aos interesses privados poderosos.[4]

As bases sólidas de uma sociedade, que prega o mínimo de justiça são esfaceladas pelo poder de uma instituição maior que deveria ao mínimo proteger ou assegurar o que apregoa, mas que não passam de clichês, assegurando apenas o detrimento da segurança da minoria privilegiada.

Alba Zaluar, no mesmo sentido, diz:

Por isso muitos estudiosos do assunto dizem que o Estado tem uma dupla face: uma para servir e para garantir direitos a todos os cidadãos, possibilitando a crítica, o diálogo e a negociação, outra para dominar e controlar os subalternos que não têm a mesma capacidade de se defender que os poderosos, assim como sugar os contribuintes, ou seja, os que pagam impostos que mantêm o Estado em funcionamento. De um lado, o Estado democrático, instância da lei e da justiça; de outro, o Estado burocrático, instância de controle e do poder policial.[5]

Complementando as idéias, com a colocação de Bauman de que:

O desenvolvimento do Estado moderno conduziu inexoravelmente à instauração de um Estado social cujo núcleo era a protecção em sentido estrito (quer dizer, a prevenção colectiva destinada a evitar os danos particulares) e não a redistribuição de riqueza, ao contrário do que admitia uma crença generalizada. Para as pessoas desprovidas de meios de fortuna, de cultura ou de influências (ou de qualquer outro capital que não fosse a sua capacidade de trabalho) [...] [6]

A sociedade minoritária dominante, então, distancia-se do que pode e fecha os olhos ao que se pode evitar. Diante disso, questionamo-nos se seria isso uma atitude mecânica, ou até que ponto cômoda, já que está longe de ser ética, quanto mais "justa". A ética deveria ser entendida como um estado de zelo para com a moral, para com valores que se agregam a uma vida digna, mas infelizmente nada mais antiético que a indiferença para com as vítimas que se acumulam no seio social.

Conforme aponta Edgar Morin:

Certo, a política nem sempre obedecia à ética. Mas, desde Maquiavel, a ética e a política acham-se oficialmente separadas, visto que o príncipe (o governante) deve obedecer à lógica da utilidade e da eficácia, não à moral. A economia [...] obedece aos imperativos do lucro, o que leva à instrumentalização e à exploração de outros seres humanos.[7]

Do esfacelamento dos conceitos éticos e morais, as relações entre os membros de uma sociedade - principalmente dos detentores dos privilégios para com os necessitados - mostram-se oriundas apenas do preconceito, e este sim pode ser considerado como mais um agravante, originando a revolta.

Os elementos descritos até agora possuem uma base alicerçada na dominação e esta, por sua vez, é herança da própria "evolução", não sendo elementos dissociados, mas concatenados, sobrepujados principalmente pelo aspecto econômico.

2 PARADIGMAS DA NOVA DIALÉTICA E A FALSA IDÉIA DE PROGRESSO

A primeira característica substancial da crise socioeconômica brasileira possui arraigo na perda da própria identidade nacional, em todos os aspectos (desde cultural até políticos), alicerçada nas premissas liberais dos países desenvolvidos, moldando fragmentariamente os valores pertencentes a um falso silogismo pela busca do "bem comum".

Desde que a civilização ocidental passou a predominar nos quatro cantos do mundo, a idéia de modernização passou a ser o emblema do desenvolvimento, crescimento, evolução ou progresso. As mais diversas formas de sociedade, compreendendo tribos e nações, culturas e civilizações, passaram a ser influenciadas ou desafiadas pelos padrões e valores sócio-culturais característicos da ocidentalidade, principalmente sob suas formas européia e norte-americana.[8]

Os ideais iluministas desmistificam-se pelas características paradoxais a floradas pelo próprio desmoronamento dos seus supostos anseios, demonstrando que o progresso apresentado pelos seus moldes não passou de uma grande ilusão, dando novos ares à economia capitalista sem fronteiras, responsável complacência ao desrespeito do valor humano, subsidiada pela soberania dos ideais burgueses da elite minoritária dominante.

Essa idéia do progresso, que muitos pregam, é desmistificada pelo pensamento de John Gray:

"Os humanos não podem viver sem ilusão. Para os homens e mulheres de hoje, uma fé irracional no progresso pode ser o único antídoto contra o niilismo. Sem a esperança de que o futuro seja melhor do que o passado, não teriam como prosseguir".[9]

Atribuindo, então, ao mercado livre, forma de "progresso" no pensamento ocidental; um incremento dos problemas sociais nunca antes visto, acompanhados de políticas criminais inconcebíveis para sua contenção:

"Os mercados livres, a devastação de famílias e comunidades inteiras e o uso das sanções das leis criminais como último recurso contra o colapso social caminham juntos."[10]

Reforçando a constatação do uso de políticas criminais, a serviço dos mercados desregulamentados, temos como exemplo o que ocorre nos Estados Unidos, não sendo este uma mera exceção:

"Os índices de criminalidade sempre foram mais altos na América do que na maioria dos países europeus. O que é novo nos Estados Unidos é a adoção da política de

encarceramento em massa como substituto para o controle das comunidades que as forças do mercado desregulamentado debilitaram ou destruíram. Ao mesmo tempo, os americanos ricos retiram-se, em número cada vez maior, de suas atuais residências e da convivência com os vizinhos, para os condomínios fechados."[11]

Ainda quanto ao pensamento do autor, ao citar Michael Lind, utiliza o termo "*brasilianização*" da América, como a horrenda distinção das raças por classe, que faz com que essas políticas criminais preconceituosas sejam utilizadas para encobrir os estragos causados pela enorme diferença social, principalmente no Brasil, de onde se origina o termo:

"O maior perigo que os Estados Unidos vão enfrentar no século 21 não é a balcanização, e sim o que pode ser chamado de brasilianização. Por, brasilianização eu entendo não a separação de culturas pela raça, mas a separação das raças por classe."[12]

Através da perda do real valor do "ser", originado pelas diferenças sociais, pela separação de classe, o conceito ético para com a vida esfacela-se, originando o que costumeiramente chamamos de "indiferença", portanto, os valores dão lugar à indiferença. Podemos dizer que não há nada mais antiético que a indiferença. A indiferença aceita condiz com a banalização da própria pessoa, fazendo com que os membros de uma sociedade desqualifiquem uns aos outros, desconsiderando-os como se fossem objetos. Diante disso, podemos nos ater à idéia de que a perspectiva de ser indiferente é abandonar todas as tentativas de mudanças e por conseqüente, de melhoras; é aceitar aquilo de ruim que nos é imposto, sem que nada se faça.

A forma como se dá a exclusão se assemelha com os elementos presentes no conceito de anti-raça, mesmo que de forma menos (ou supostamente) minimizada dos elementos anti-semitas existentes nas justificativas nazistas. "Para os fascistas, os judeus não são uma minoria, mas a anti-raça, o princípio negativo enquanto tal; de sua extinção dependeria a felicidade do mundo."[13]

Além de desqualificados e descartáveis, os excluídos são instigados pelo consumo imposto pelo capitalismo, o que ocasiona o aumento da revolta, já que não fazem parte do seleto grupo consumista. Com isso inevitavelmente o aumento da criminalidade é visto na sociedade, pois por não possuir o respeito e dignidade merecidos, acabam por perdê-los para com os favorecidos.

A indústria atual funciona cada vez mais para a produção de atrações e tentações. E é da natureza das atrações tentar seduzir apenas quando acenam daquela distância que chamamos de futuro, uma vez que a tentação não pode sobreviver muito tempo à rendição do tentado, assim como o desejo nunca sobrevive a sua satisfação.[14]

A imposição da "Indústria Cultural", termo originariamente apresentado por Adorno e Horkheimer no livro "A dialética do esclarecimento", substituiu a antiga expressão "cultura de massas", sendo que esta pode ser empregada de forma nascente das próprias massas, da arte popular, diferente do que ocorre com aquela, em que o "tudo" imposto é artificial, elaborado para o consumo das massas, determinado por um sistema que exclui e impõe regras de todas as formas possíveis .

Ao estudarmos qualquer problema da história universal, o produto da moderna civilização européia estará sujeito à indagação sobre a que combinações de circunstâncias se pode atribuir o fato de na civilização ocidental, e só nela, terem aparecido fenômenos culturais que, como queremos crer, apresentam uma linha de desenvolvimento de significado e valor universais:[15]

O consumidor passa a ser o objeto dessa "indústria" afinal é alcançado involuntariamente. Ocasionalmente pela própria instrumentalização da cultura, originada pela expansão da racionalidade instrumental, perdendo, portanto, forças a crítica libertadora.

Desde que se formou o moderno capitalismo, o mundo passou a ser influenciado pelo padrão de racionalidade gerado com cultura desse capitalismo. A administração das coisas, gentes e idéias, a calculabilidade do dever-e-haver, a definição jurídica dos direitos e das responsabilidades, a codificação do que é privado e do que é público, tudo isso passa a constituir a trama das relações sociais, o padrão dominante de organização das ações sociais. A racionalidade originada com o mercado, a empresa, a cidade, o Estado e o direito tende a organizar progressivamente os mais diversos círculos de relações sociais [...] [16]

A "indústria" não aplica apenas os ideais vigentes em determinada época, os padrões a serem utilizados, mas implicam também no oferecimento dos próprios comportamentos a serem adotados, principalmente impostos pela mídia televisiva.

A alegoria de Platão sobre o mito da caverna, extraído do livro "A República", pode ser referência a esta alienação, à interpretação errônea da realidade. Imaginou-se uma caverna subterrânea onde existiam homens aprisionados, inclusive passando por algumas gerações. Havia apenas luzes que passavam por um orifício, o que possibilitava reflexos de imagens nas paredes, de figuras transportadas, mas que não permitiam saber a realidade operante do mundo externo. A respeito da soltura de tais prisioneiros, chega-se à conclusão que em um primeiro momento ficariam cegos pela luminosidade, posteriormente veriam a realidade com os próprios olhos. Em sua volta e ao contar a real experiência, os outros cétricos teriam as mais diversas atitudes, podendo até mesmo matar, uma vez que não entendiam a realidade operante.[17]

E na atualidade, qual a distinção entre sombras e realidade?

Infelizmente a sociedade, principalmente sob os anseios burgueses, continua sem olhar a realidade. Além do mais, mesmo as influências mínimas para uma sustentabilidade da melhora não se concretiza, justamente pelas vítimas serem vistas como terceiras pessoas, sem um olhar pragmático de alcance dos próprios olhos dos excluídos, ideais já presentes na chamada Escola de Frankfurt.

3 A PRIMEIRA GERAÇÃO DA ESCOLA DE FRANKFURT E A NOVA CONCEPÇÃO NILISTA DA CONTEMPORANEIDADE: PROGRESSO, PODER E JUSTIÇA

A Escola de Frankfurt é um movimento crítico com base no Marxismo Ocidental, podendo-se ser considerado antecedente da Filosofia da Libertação de Enrique Dussel, tendo como base a negatividade da crítica social, nascendo a partir das vítimas. "Isto é, a partir das vítimas abre-se um campo de exterioridade que situa a totalidade do mundo como "não-verdade".[18]

A abordagem de Adorno e Horkheimer no livro "Dialética do Esclarecimento", diz respeito à predominância da razão, libertada pelo esfacelamento do misticismo oriundo do pensamento iluminista.

O mito converte-se em esclarecimento, e a natureza em mera objetividade. O preço que os homens pagam pelo aumento de seu poder é a alienação daquilo sobre o que exercem o poder. O esclarecimento comporta-se na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las. É assim que seu em-si torna para-ele. Nessa metamorfose, a essência das coisas revela-se como sempre a mesma, como substrato da dominação.[19]

Hobsbawm, mostra-nos a predominância da influência iluminista, principalmente das ideologias adotadas pela Revolução Francesa:

Se a economia do mundo do Século XIX foi constituída principalmente sob a influência da Revolução Industrial britânica, sua política e ideologia foram constituídas fundamentalmente pela Revolução Francesa.[20]

Portanto, a análise sobre o prisma da racionalidade era identificada ao mito, originado pela reconstrução genérica da história ocidental, suprimindo os próprios processos históricos.

O poder representa o princípio correlato das relações humanas, principalmente as impostas, o que ocasiona insensibilidade do mundo moderno, diante da apatia burguesa.

Quanto mais louco o antagonismo, mais rígido os blocos. É só quando a total identificação com essas potências monstruosas é impressa nas pessoas concernidas como uma segunda natureza e quando todos os poros da consciência são tapados, que as massas são levadas a esse estado de absoluta apatia que as torna capazes de realizações fantásticas. Quando ainda se deixa uma aparência de decisão ao indivíduo, esta já encontra essencialmente predeterminada. A incompatibilidade das ideologias, trombetada pelos políticos dos dois blocos, não passa ela própria da ideologia de uma cega constelação de poder.[21]

O próprio sistema legal se faz perante os ideais de poucos, na concepção positivistas de alcance restrito, nas idéias de Otfried Hoffe:

O produzir pode ser visto sob dois pontos de vista, no Leviatã e na discussão teórico-jurídica com o positivismo, na discussão teórico-jurídica produzir deve ser compreendido do ponto de vista da teoria da vigência, a razão de sua vigência, e não historicamente. Na discussão jurídica e na contraposição à autoridade, é subsumida sob verdade também a justiça política, por não se ater a simples opinião e sim por apresentar uma pretensão de objetividade. [22]

O niilismo da utópica sociedade calcada no progresso mostra-se ainda mais real. "[...] O progresso é um fato. Mesmo assim, a fé ao progresso é uma superstição." [23]

[...] Salienta-o Theodor W. Adorno num artigo, Fortschritt, de 1964: o conceito de Progresso não se resolve na sociedade, mas, nascido de uma raiz social, reclama o confronto crítico com a sociedade que lhe serve de conteúdo; a impossibilidade de o reduzirmos, tanto à fatualidade como à idéia, é um indício de contradição que lhe é própria; na realidade, o Progresso não é uma categoria de caráter conclusivo; quer impedir o triunfo do mal radical, não triunfar em si mesmo; mais que entrega do homem ao progresso do desenvolvimento, é corretivo do perigo sempre presente do retrocesso, oposição ao risco da recaída. [24]

Isso se dá principalmente quando o alicerce da justiça é calcado em terreno de ideais arenosos, além de movediços, por uma formação de resguardo de uma sociedade de maioria desqualificada pela imposição de uma minoria dominante.

Zaluar deixa claro, quando diz que:

No Brasil, essa desigualdade social se dá não apenas pela péssima distribuição de renda do país, mas também pela distribuição desigual de conhecimentos sobre os direitos do cidadão e de acesso à Justiça. [25]

A crise vivenciada pelo Judiciário pode ser vista de forma clara na afirmação de Lédio Rosa de Andrade:

O judiciário sempre comportou-se como uma instituição neutra, alheia aos problemas da população, sob o argumento de se sua função tão-só aplicar a lei, ignorando as dificuldades e conflitos existentes na sociedade e, até mesmo, o resultado dessa aplicação. Por corolário, a atividade de julgar foi burocratizada e circunscreveu-se, ressalvadas raras exceções, a resolver problemas setoriais da classe média e rica na área cível e a condenar pobres no âmbito criminal. Além disso, os julgadores deparavam-se, e seguem deparando-se, com o anacronismo da legislação, com a rigidez processual e sua conseqüente ineficácia social da prestação jurisdicional e com o caráter meramente exegético da cultura jurídica dominante. O resultado é a formação de julgadores completamente vinculados à lei, ou melhor, a algumas leis eleitas como prioritárias, e à jurisprudência dos tribunais. É curioso, mas os legalistas defendem e interpretam de forma extensiva as leis repressivas (Código Penal) e as protetoras de Direito privados (Códigos Civil e Comercial), ao mesmo tempo que negam, não aplicam ou interpretam restritivamente as leis em vigor com conteúdo social ou as que estabelecem direitos coletivos (Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor e Lei de Execuções Penais). Isto gera uma grande dissintonia entre o discurso hegemônico e a realidade socioeconômica do país. [26]

Portanto, o Direito, que até então, não se adéqua como meio de se chegar à "Justiça", é mecanismo de poucos, servindo de liame aos interesses destes, usurpando, assim, possíveis ideologias ou realizações em favor de todos, mas sim, meio de consubstanciar ou resguardar o poder de quem já o detém.

O certo é que nos horizontes da cultura jurídica positivista e dogmática; predominantemente nas instituições políticas brasileiras, o Poder Judiciário,

historicamente não tem sido a instância marcada por uma postura independente, criativa e avançada, em relação aos graves problemas de ordem política e social. Pelo contrário, trata-se de um órgão elitista que, quase sempre, ocultado pelo "pseudoneutralismo" e pelo formalismo pomposo, age com demasiada submissão aos ditames da ordem dominante e move-se através de mecanismos burocrático-procedimentais onerosos, inviabilizando, pelos seus custos, o acesso da imensa maioria da população de baixa renda.[27]

É justamente isso que ocorre - o que ainda parece um absurdo a nosso ver - mas representa a mais pura realidade quando nos deparamos com a arrogância e prepotência de um julgador ao privar o direito de um trabalhador por usar o que a desigualdade social lhe proporciona: um chinelo de dedos ao invés de um polido sapato de couro.

Talvez, assim o aplicador do direito o fez, além de desprezar o real papel da "Justiça", no intuito de defender a imagem quase intocada de um tribunal, por certamente não conhecer as necessidades oriundas da maioria necessitada, também, desconhece a realidade da qual faça parte, ou seja, se desfaz das necessidades do povo, este já esquecido em todos os âmbitos; que não chega a ter acesso mais uma vez ao injusto, sendo que isto já fora acoplado em seu ser, como um organismo simbiote, o qual se alimenta de todas as suas necessidades e expectativas frustradas por algo melhor, minando sua personalidade, seus desejos e sonhos, e retribuindo, mais uma vez com frustração e revolta.

Eis que o próprio conceito de justiça deriva da relação de troca e fora dela não tem sentido. No fundo, o conceito de justiça não contém, essencialmente, nada de novo com relação ao conceito de igualdade de todos os homens [...]. Eis a razão por que é ridículo ver contido na idéia de justiça qualquer critério autônomo e absoluto. Porém, esta idéia, se habilmente utilizada, permite interpretar a desigualdade como igualdade e é também conveniente para camuflar a ambigüidade da forma ética. Por outro lado, a justiça é a via de conduta entre a ética e o direito. A conduta moral deve ser "livre", enquanto a justiça pode ser obtida pela força. A coação que impele à conduta moral tenta negar a própria realidade desta; a justiça, ao contrário, "cabe" abertamente em partilha ao homem. Ela autoriza a realização externa e uma atividade egoísta interessada. Nisso consistem os mais importantes pontos de contato e de discordância entre a forma ética e a forma jurídica.[28]

O antagonismo oriundo dos desejos de quem "pode" realmente dá vazão àquilo que não querem presenciar, e, talvez, essa visão se resuma pela violência de quem primeiro a sofre, do "alguém" ou "ninguém" que nunca aparecerá na lista da Forbes ou, por aquele que nunca terá um sapato de couro. Eis o "falso esclarecimento" dos "esclarecidos", do "regresso" ao invés do "progresso", e da perda da real identidade de um povo, remanescente das migalhas e interesses de culturas usurpadoras.

O sol da liberdade brilha a colosso de poucos, de um povo de maioria heróica que sobrevive, em que a literal liberdade ainda não se atina ao seio da chamada mãe gentil, que perdeu seus instintos maternos há muito, de qualidades inexoráveis, trasladadas de outros ideais.

CONCLUSÃO

As noções falsas de esclarecimento, a sobreposição da razão originada no período iluminista bem como a influência da chamada "Indústria Cultural", vendaram os "olhos" à verdadeira concepção da realidade. O progresso clamado mostra-se utópico quando relacionado aos excluídos, que de minorias, transformaram-se em maiorias, "vítimas" das relações de poder.

A desigualdade social imperante em nosso sistema capitalista dá forças à desestrutura cada vez maior, seja pelo oportunismo gerado pela política insalubre da atualidade, seja por um Estado omissivo para com os que possuem estigmas do preconceito.

O que vemos então é o retrocesso e a continuidade quase cíclica dos problemas vistos. A ideologia constante nos ideais burgueses aprofunda mais os valores individualistas, descartando o "próximo" e o colocando, muitas vezes, como o responsável pelos problemas da caótica atualidade, fazendo com que sejam esfacelados os conceitos éticos e morais que seriam os substratos para efetivação da disparidade vigente.

As necessidades básicas dos indivíduos - para que se cheguem ao mínimo da dignidade da pessoa humana, resguardada por nossa Constituição Federal - foram substituídas pelas supérfluas necessidades do sistema imperante.

Para que se incite a mudança, necessário se faz o reconhecimento das vítimas; caso contrário, o homem continuará sobrepujando a sua própria essência e padecerá nas conseqüências de seus próprios atos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Reimp. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Lisboa: Relógio D'Água, 2005

_____. *Globalização - As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13 ed. Vol. 2. Brasília: Unb, 2007.

DEMO, Pedro. *Pobreza Política : a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Armazém do Ipê, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: 2000.

GRAY, John. *Cachorros de Palha. Reflexões sobre Humanos e Outros Animais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

_____. *Falso Amanhecer, os equívocos do capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

HOBBSAWM, Eric J. . *A Revolução Francesa*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política - Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MORIN, Edgar. *O Método 6. Ética*. Porto Alegre: 2005.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PLATÃO. *A República*. 6 ed. São Paulo: Atena, 1956.

QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*. In: Young, Jock et al. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentação de uma nova cultura no Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZALUAR, Alba. *Da revolta ao crime S.A.* 2 ed. São Paulo: Moderna, 1996.

[1] DEMO, Pedro. *Pobreza Política : a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Armazém do Ipê, 2006. p.05.

[2] DEMO, Pedro. *Pobreza Política : a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Armazém do Ipê, 2006. p.05.

[3] DEMO, Pedro. *Pobreza Política : a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Armazém do Ipê, 2006. p.06.

- [4] QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*. In: Young, Jock et al. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 236.
- [5] ZALUAR, Alba. *Da revolta ao crime S.A.* 2 ed. São Paulo: Moderna, 1996. p. 45.
- [6] BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Lisboa: Relógio D'Água, 2005. p. 14-15.
- [7] MORIN, Edgar. *O Método 6. Ética*. Porto Alegre: 2005. p. 25.
- [8] IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 97.
- [9] GRAY, John. *Cachorros de Palha. Reflexões sobre Humanos e Outros Animais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 46.
- [10] GRAY, John. *Falso Amanhecer, os equívocos do capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 11.
- [11] GRAY, John. *Falso Amanhecer, os equívocos do capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 153.
- [12] GRAY, John. *Falso Amanhecer, os equívocos do capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 154
- [13] GRAY, John. *Falso Amanhecer, os equívocos do capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.139.
- [14] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização - As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 86.
- [15] WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 22.
- [16] IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 145-146.
- [17] PLATÃO. *A República*. 6 ed. São Paulo: Atena, 1956. p. 287-291.
- [18] DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: 2000. p. 330.
- [19] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Reimp. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.p. 21.
- [20] HOBBSAWM, Eric J. . *A Revolução Francesa*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 09

- [21] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Reimp. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 168.
- [22] HÖFFE, Otfried. *Justiça Política - Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 110.
- [23] GRAY, John. *Cachorros de Palha. Reflexões sobre Humanos e Outros Animais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 169.
- [24] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13 ed. Vol. 2. Brasília: Unb, 2007. p. 1014.
- [25] ZALUAR, Alba. *Da revolta ao crime S.A.* 2 ed. São Paulo: Moderna, 1996. p. 50.
- [26] ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 22-23.
- [27] WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentação de uma nova cultura no Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 89-90.
- [28] PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 112-113.

DIREITO E ECONOMIA ESTUDO INTERDISCIPLINAR

LAW AND ECONOMICS INTERDISCIPLINARY STUDY

Ivan Guimarães Pompeu

RESUMO

O presente trabalho pretendeu explicitar as evidentes relações epistemológicas entre o Direito e Economia, destacando a importância de se interpretar e aplicar o Direito conforme técnicas essencialmente econômicas. Em tempos atuais, torna-se ainda mais pertinente avaliar as consequências, especialmente econômicas, das formulações e aplicações das normas. Apontando os principais pressupostos econômicos adotados e expondo seus contornos, intentou-se demonstrar a complementaridade do método econômico associado ao método jurídico. As razões aqui apresentadas não têm a presunção de afirmar que a ciência econômica se sobrepõe à jurídica, tão pouco convalidar o contrário. Sem desprender os olhos da Justiça e, ao mesmo tempo, sem negligenciar as repercussões econômicas do Direito, a pesquisa em Direito e Economia discutida nesse ensaio se propõe a ser uma poderosa ferramenta hermenêutica na busca pela eficiência, Justiça e pelo bem estar social.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO – ECONOMIA – ESCASSEZ – NECESSIDADE – RACIONALIDADE – EFICIÊNCIA – JUSTIÇA – CRISE

ABSTRACT

This study sought to explain the evident epistemological relations between the law and economics, highlighting the importance of interpreting and applying the law as essentially economic techniques. In current times, it becomes even more relevant to evaluate the consequences, especially economic, of the formulations and applications of the rules. Pointing the main economic assumptions adopted and exposing its contours, brought to demonstrate the complementarity of economic method associated with the legal method. The reasons presented here do not have the presumption to say that economic science overrides the law and not to confirm the opposite. Without loosen the eyes of Justice and at the same time, without forgetting the economic impact of the law, research in law and economics, discussed in this essay, is to be a powerful tool in the hermeneutics to quest for efficiency, justice and social welfare.

KEYWORDS: LAW – ECONOMICS – SCARCITY – NECESSITY – RATIONALITY – EFFICIENCY – JUSTICE – CRISIS

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente estudo pretende, em que pese às limitações que lhe são próprias, analisar um dos temas mais presentes na atualidade acerca do estudo e hermenêutica dos institutos jurídicos: a influência, importância e a inter-relação entre Direito e Economia.

Inicialmente, pretende-se apresentar o leitor à Economia enquanto ramo das ciências sociais, esboçando sua conceituação. Propõe-se, ainda, um indispensável esclarecimento sobre alguns dos principais pressupostos econômicos de valoração e concepção da realidade social.

Posteriormente, intenta-se destacar, alicerçado nas premissas econômicas mencionadas, a relevância e o conceito dessa “disciplina acadêmica” (SALAMA, 2008, P. 5) intitulada Direito e Economia, esboçando suas principais características, além de buscar iluminar a importância de se analisar o Direito conforme critérios econômicos.

2. A ECONOMIA ENQUANTO RAMO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS: CONCEITUAÇÃO E PRESSUPOSTOS

A Economia pode ser, em linhas gerais, compreendida como a ciência destinada a investigar como a sociedade e as pessoas geram, organizam e usufruem dos recursos escassos existentes[1], a fim de satisfazer as suas necessidades ilimitadas. Em outras palavras, é a ciência que estuda as formas de comportamento humano resultantes da relação existente entre as ilimitadas necessidades a satisfazer e os recursos materiais disponíveis[2].

A atividade econômica, então, é compreendida como aquela destinada a melhor aplicação dos recursos disponíveis para o atendimento das necessidades humanas, ou seja, é a atividade de administração da escassez.

A limitação dos recursos existentes é um dos pilares que orienta os estudos econômicos. Em oposição ao que ocorrem com as necessidades humanas, os recursos disponíveis apresentam-se severamente finitos. Para os economistas essa limitação é insuperável[3]. O exaurimento dos recursos sempre esteve presente na sociedade, desde as épocas primitivas até os dias atuais, sendo o homem já obrigado a se organizar e a criar uma vida sustentável.

Tal pressuposto econômico pode parecer, na moderna sociedade de consumo, absurdo e já superado, tendo conseguido o milagre de eliminar a escassez, haja vista a enxurrada de produtos e serviços que nos são postos à disposição. Contudo, não é plausível tal concepção. A sociedade moderna, voltada para o consumo em massa, pode até transmitir a falsa impressão de que dispomos de recursos ilimitados, todavia, é importante observar a pequena parcela da população que tem acesso a todos esses bens e serviços, além do fato da plena possibilidade dos recursos naturais do planeta se

esgotarem. “A sociedade altamente consumista dos dias atuais, ainda quando pela tecnologia consiga aproveitar-se de uma grande gama de recursos, já esbarra no problema da saturação ou exaurimento do meio ambiente, que passa a se revelar, ele também, limitado e impotente para absorver ou reciclar os resíduos da civilização industrial. Afora o fato de os elevados padrões de consumo referirem-se, ainda, a uma parcela bastante reduzida da população mundial a qual, certamente, não supera os seus vinte por cento, e, em grande número de países do chamado Terceiro Mundo não chega a um ou dois por cento”. (NUSDEO, 2007, p. 28)

Isso implica uma organização social orientada para a melhor utilização ou para a maximização dos recursos materiais disponíveis, e o desafio se torna então, saber como a sociedade deve administrar essa limitação, cabendo à Economia, enquanto ciência social, estudar a otimização de sua alocação. Nesse nível, já é possível identificar que os institutos e as normas jurídicas se tornam ferramentas eficientes capazes de possibilitar a adequada alocação desses recursos.

Em relação às necessidades humanas retoma-se o seu contorno ilimitado[4]. Tratamos aqui da idéia de que o homem tem inúmeras necessidades que precisam ser atendidas para garantir não só a sua sobrevivência como seu equilíbrio emocional, realização e crescimento. Todavia, quando estas necessidades são satisfeitas (e mesmo quando não são preenchidas) outras novas são criadas, gerando essa infinidade ou ilimitação.

Certamente, essa concepção encontra resistência, críticas morais, éticas e até filosóficas. Entretanto, entendemos que os seres humanos, desde as épocas primitivas até os dias atuais, sempre imaginaram e criaram novas necessidades e desejos. Na sociedade moderna, face ao exarcebado crescimento do consumismo, se torna mais nítida a proliferação e a aceleração das necessidades, sem que isso signifique que elas não existissem no decorrer da história da humanidade. “Sempre o homem experimentou novas necessidades ou descobriu maneiras diferentes de atender as necessidades antigas. A diferença reside apenas no ritmo.(...) Quando duas comunidades diferentes se encontravam e passavam a se conhecer, assistia-se a uma explosão de novas necessidades e à diversificação dos meios para atender as já existentes. Absorvidas porém as inovações, elas tendiam a se consolidar até novo surto provocado por uma guerra ou por uma corrente comercial. Mas o processo em si não parava, variando apenas quanto ao seu ritmo e à sua intensidade. E isto não apenas, quanto às puramente materiais, como as relativas à alimentação e ao vestuário, mas em qualquer outro campo, até mesmo no espiritual. (...) Pode-se concordar que aquela simples tendência natural transformou-se agora numa compulsão com aceleração constante do ritmo secularmente lento”. (NUSDEO, 2007, p. 26). Assim, os estudiosos, tanto da Economia quanto do Direito, devem estar atentos a esse relevante comportamento humano, na medida em que o mesmo pode influenciar, decisivamente, as políticas econômicas e a formulação e aplicação dos institutos jurídicos.

Feito esses primeiros esclarecimentos, passemos agora a elucidar um relevante pressuposto econômico, fundamental àqueles que se dedicam à pesquisa em Direito e Economia[5]. Trata-se da maximização racional atribuída aos agentes econômicos. Obviamente, essa premissa econômica é imperfeita e são inúmeras as críticas ao conceito e compreensão de comportamento racional, contudo tentaremos indicar sua importância e seu valor aos estudos jurídicos orientados pelo viés econômico.[6]

Os economistas, balizados no legado de Adam Smith[7], supõem que cada indivíduo tem preferências, e que as maximiza racionalmente[8], ou seja, agem, em uma avaliação de custo/benefício, visando, a cada escolha, atender ao seu auto-interesse[9], ou como costumam empregar os economistas, que lhe proporcione maior utilidade[10].

Aqui defendemos a idéia de que o método econômico aplicado ao comportamento humano implica que os indivíduos normalmente agem de forma racional, buscando maximizar o seu bem-estar, avaliando as suas escolhas através de uma relação de custos e benefícios. Frisa-se, por oportuno, que este bem-estar ou utilidade do indivíduo não se restringe a aspectos monetários, abrangendo também os interesses não monetários[11], e que tais decisões dos agentes não precisam ser bem e previamente pensadas[12]. Assim, se para uma pessoa sua satisfação aumenta ajudando o próximo, ou se para determinado agente seu bem-estar se materializa com o dever moral cumprido, este buscará sua otimização.

Sem estarmos alheios às críticas ao comportamento racional, sugere-se que essa premissa pode (sem ser perfeita[13]) simplificar e esclarecer a postura e o atuar da grande parte dos indivíduos, pois acreditamos que “a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório” (SALAMA, 2008, p. 18)

Feito isso, já é possível vislumbrar a importância dos institutos jurídicos em relação à racionalidade dos agentes econômicos, uma vez que aqueles são capazes de induzir e influenciar o comportamento[14], em outras palavras, podem promover incentivos aos agentes para agir em conformidade ao legalmente estabelecido.

Lado outro, pode-se perceber que a escolha racional está na avaliação que cada agente econômico faz, individualmente, da utilidade de cada opção, diante da informação e cognição que o mesmo dispõe[15]. A simetria de informação se torna, igualmente, requisito fundamental na tomada de decisão dos indivíduos.

Diante desses pressupostos, a Economia adota a eficiência como critério para verificar a ótima alocação dos recursos disponíveis, ou seja, o principal referencial desenvolvido pela Economia é a eficiência, aqui expressada pela otimização, numa relação custo/benefício, na geração, utilização e distribuição dos recursos escassos[16] (ou, ainda, na maximização das riquezas). Na verificação e anseio pela eficiência econômica, deve-se estar atento à racionalidade do agente e que este, normalmente, vai delimitar sua conduta a “partir da comparação entre os custos (aquilo de que se teve de abrir mão para a realização da conduta em questão) e os seus benefícios (aquilo que foi obtido com efeito da ação levada a cabo).” (PIMENTA, 2006, p.12)

Percebe-se assim nos institutos jurídicos uma eficaz ferramenta na busca pela eficiência econômica, sendo, ao mesmo tempo, uma variável importante a ser considerada pelos economistas na ótima alocação dos recursos existentes ou na maximização das riquezas. Desta forma, então, indispensável se torna uma melhor e profunda abordagem, para o adequado entendimento e definição de eficiência econômica, como premissa fundamental aos estudos voltados ao Direito e a Economia.

3. EFICIÊNCIA ECONÔMICA

3.1. O ótimo de Pareto

Passaremos, então, a identificar o padrão de eficiência adotado pela Economia, sendo que este, normalmente, vem orientado pelos estudos do italiano Vilfredo Pareto[17]. O economista acreditava que, em uma determinada circunstância, se não fosse possível melhorar a situação de um agente sem degradar a de qualquer outro estaria alcançada a eficiência econômica[18]. O “ótimo de Pareto” como ficou conhecido, nessa concepção, somente será atingido, “se e somente se impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra pessoa” (SEN, 2008, p. 47).

Nessa mesma linha, o espanhol Albert Calsamiglia declarou que “segundo Pareto una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente” (CALSAMIGLIA, 1987, p. 273). Ademais: “O bem estar máximo, disse Pareto, ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Isso implica que a sociedade não pode reorganizar a alocação de recursos ou a distribuição de bens e serviços de modo a ajudar uma pessoa sem prejudicar outra. Assim, o estado Pareto implica (1) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores, (2) uma alocação técnica ideal de recursos e (3) quantidades ideais de produção”. (BRUE, 2005, *apud* PIMENTA, 2006, p. 18).

Para esclarecer o entendimento da posição de Pareto, é comum entre os economistas se valerem de hipóteses práticas. Destarte, tomaremos o exemplo elaborado por Robert Cooter e Thomas Ulen: “For simplicity’s sake, assume that there are only two consumers, Smith and Jones, and two goods, umbrellas and bread. Initially, the goods are distributed between them. Is the allocation Pareto efficient? Yes, if it is impossible to reallocate the bread and umbrellas so as to make either Smith or Jones Better off without making the other person worse off” (COOTER, ULEN, 2007, P. 17/18)

Outra situação esclarecedora foi apresentada por Richard Posner, que destaca a maximização da riqueza, num acontecimento “ótimo de Pareto”: “A “riqueza” em “maximização da riqueza” refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se predispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). Se A estiver disposto a pagar até R\$ 100 pela coleção de selos de B, ela vale R\$ 100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de R\$ 90, ela vale R\$ 90 para B. Portanto, se B vender a coleção de selos para A (digamos por R\$ 100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre R\$ 90 e R\$ 100 – e é somente dentro desses limites de variação que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade aumentará em R\$ 10. Antes da transação, A tinha R\$ 100 em espécie, e B tinha uma coleção de selos valendo R\$ 90 (um total de R\$ 190); depois da transação, A tem uma coleção de selos que vale R\$ 100 e B tem R\$ 100 em espécie (um total de R\$ 200). A transação não vai aumentar a riqueza calculada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisa do gênero – em R\$ 10; (...) Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no

incremento de R\$ 10 em satisfação não-pecuniária que A extrai da compra, comparado ao de B.” (POSNER , 2007, p. 477/478)

É possível, então, perceber, que os institutos jurídicos serão eficientes, no modelo paretiano, se induzirem os agentes na ótima distribuição dos recursos, ou seja, em uma determinada situação, uma alteração legislativa pode auxiliar e incentivar os agentes econômicos a alocar os recursos na propriedade daqueles que mais os valorizam (resultando uma melhora a um dos agentes, sem piorar a situação de outro[19]), maximizando, assim, a riqueza total.

Queremos, desde já, deixar assentada a existência de críticas[20] à concepção paretiana de eficiência econômica, especialmente quando associada aos institutos jurídicos e distante da concepção de Justiça, e a elas não estamos alheios. Todavia, acreditamos que as idéias de Pareto têm uma significativa contribuição nos estudos econômicos.

Por outro lado, entendemos que os conceitos de Pareto se mostraram insuficientes para delimitar, de forma precisa, a eficiência econômica. Primeiro, porque situações em que é possível beneficiar alguém sem prejudicar outrem são raras, o que torna pouco aplicáveis as idéias de Pareto. Segundo, porque não é possível dizer que um ótimo de Pareto é inequivocamente superior a uma situação não ótima, o que nada contribui para a resolução prática de problemas de alocação de recursos. Por fim, os conceitos de Pareto se limitavam aos efeitos individuais, ainda que coletivamente existam benefícios que superem as perdas[21].

Assim, uma vez que o critério de Pareto, apesar de invocado pelos economistas e juristas, se mostrou insatisfatório, outra concepção direcionada à eficiência econômica, desenvolvida a partir das idéias de Kaldor e Hicks, passou então a ser adotada.

3.2. O modelo de Kaldor e Hicks

O conceito desenvolvido por Kaldor e Hicks (Kaldor-Hicks), também chamado de “maximização da riqueza”[22], ou ainda de “superioridade potencial de Pareto” baseava-se na idéia de que a eficiência econômica seria atingida se, em uma alteração de determinada situação, os que dela se beneficiassem estivessem dispostos, para concretizar tal alteração, a compensar os prejudicados por ela, desde que seja admitida, ainda, a existência de determinada compensação suficiente para que estes prejudicados dêem seu assentimento à mudança.

Avaliando esse conceito, duas considerações se fazem importantes. Primeiro, ressalta-se que “em essência, trata-se de um padrão de eficiência econômica que também parte do princípio de que os bens e serviços devem ser atribuídos àqueles que mais os valorizam” (PIMENTA, 2006, p. 20) Segundo, é interessante perceber que o critério de Kaldor-Hicks, diferentemente do “ótimo de Pareto”, possibilita a existência de prejudicados, contudo é imperioso que os ganhos sejam maiores que as perdas[23] e aqueles “perdedores” tenham a possibilidade de serem compensados suficientemente pelas perdas, mesmo que efetivamente não o sejam[24].

Assim, entendemos que o critério de Kaldor-Hicks busca aprimorar as limitações das idéias paretianas, uma vez que não se restringe ao pensamento de que a mudança somente será eficiente se nenhum agente ficar em pior situação, isto é, visualiza a eficiência ainda que existam perdedores (que podem ou não serem compensados), desde que as perdas sejam inferiores aos ganhos.

Para ilustrar, tomemos um novo exemplo. Há alguns anos em Belo Horizonte existiam inúmeros transportes “alternativos” para população. Os chamados “perueiros” transportavam a população em veículos tipo Kombi, sem qualquer autorização ou registro junto à prefeitura. O Município então restringiu o transporte “alternativo” imputando a necessidade de registro aos transportadores, exigindo, inclusive itens que garantisse a segurança dos passageiros. Destaca-se ainda que tal transporte, quando realizado clandestinamente, havia aumentado o fluxo de veículos na cidade, além de uma evidente restrição no recolhimento de tributos pela prefeitura.

Assim, a restrição do Município gerou “perdedores”, pois vários perderam seus “empregos”. Contudo o ganho para a população com um transporte seguro, registrado, eficaz e com menor prejuízo ao tráfego, excederam as perdas do grupo dito “perdedores”.

È claro que existem aspectos e ganhos econômicos nessa legalização em virtude do recolhimento de tributos pelos transportadores (devidamente registrados), mas percebe-se, como dito, que a solução não está restrita a estes. Pelo critério de Pareto os “perdedores” teriam de ser recompensados, ou seja, não poderiam ficar em pior situação. Contudo, no modelo de Kaldor-Hicks é assumida a existência dos “perdedores”, sendo a compensação possível, mesmo que de fato não ocorra. Assim, a eficiência econômica estaria na verificação do fato da conduta, ou alteração de determinada situação, gerar benefícios a determinado agente quantitativamente superior ao prejuízo acarretado.

Igualmente, oposições existem ao modelo de Kaldor-Hicks[25] e a elas devemos estar atentos, entretanto, entendemos serem relevantes às contribuições econômicas trazidas por este critério, que, acreditamos, não podem ser desprezadas.

O que se quer destacar é que os institutos jurídicos, enquanto variáveis econômicas devem possibilitar a busca pela eficiência[26], ou seja, devem, nesse sentido, procurar incentivar e influenciar os agentes econômicos para que os bens, numa relação custo/benefício, sejam alocados na propriedade daqueles que mais os valorizam e que não estariam dispostos a cedê-los, nem se recebesse uma compensação por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro. Visto de outro ângulo, este padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, o soluciona de forma que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente. (PIMENTA, 2006, p. 21)

Cumpramos ressaltar, todavia, que o critério de eficiência não deve ser o único quando se propõe uma análise da legislação. Muito pelo contrário, existirão situações e momentos em que será necessário abdicar da eficiência em prol de valores sociais mais relevantes. Entretanto, esta constatação vem solidificar o estudo da análise econômica do direito na

medida em que ao escolher por um valor social relevante em detrimento da eficiência, estar-se-á realizando a opção mais adequada e eficiente, diante da situação existente.

Esta constatação, porém, ao invés de desacreditar a Análise Econômica do Direito, vem reforçá-la, na medida em que para abdicarmos da eficiência em prol de outros valores socialmente mais relevantes diante da situação concreta precisamos saber qual seria a opção mais eficiente. (PIMENTA, 2006, p. 29)

Feito os necessários esclarecimentos acerca dos pressupostos econômicos, sua plena adequação à realidade social e sua íntima relação com os institutos jurídicos, passemos agora a elucidar o que se convencionou como Direito e Economia, ressaltando sua importância como uma ferramenta hermenêutica na formulação e aplicação das normas e institutos jurídicos.

4. O ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

Os estudos envolvendo Direito e Economia, até recentemente, se restringiam a algumas áreas específicas do conhecimento jurídico, tais como regulamentação e fiscalização dos monopólios e oligopólios, concorrência, leis antitrustes dentre outras. Contudo, é a partir da década de 60, que o diálogo entre Direito e Economia torna-se frutífero, expandindo-se a campos mais tradicionais do Direito, como o contratual, o dos direitos reais, o criminal e o constitucional. Surge, então, uma teoria voltada a uma inter-relação entre estas duas ciências, intitulada *Law and Economics*, ou Direito e Economia, como a trataremos aqui[27].

Tal disciplina tem sua origem nos estudos dos juristas e economistas americanos, com destaque para Ronald Coase e Guido Calabresi[28], cujas diretrizes contribuíram decisivamente para a aplicação de princípios econômicos ao Direito. (PIMENTA, 2006, p. 168). Os trabalhos pioneiros de Coase e Calabresi trouxeram à comunidade jurídica um novo recurso hermenêutico, sob um enfoque primordialmente econômico. A referida disciplina parece ter se tornado, ao longo do tempo, uma ferramenta de interpretação jurídica com especial relevo no cenário mundial, sendo, inclusive, classificada como um notável desenvolvimento dessa ciência no Século XX[29].

Deve ser esclarecido que o estudo de Direito e Economia tem o propósito de rejeitar o Direito como um ramo científico autônomo em relação às demais disciplinas sociais, ou seja, aspira à utilização de idéias e conceitos da Economia, principalmente aqueles já abordados no presente ensaio, na análise da realidade jurídica. O Direito deixa de ser visto como uma ciência isolada, podendo ser interpretado e compreendido também mediante critérios e princípios essencialmente econômicos.

Com apoio nas premissas econômicas aqui estabelecidas, acreditamos que o estudo em Direito e Economia propõe que os institutos jurídicos sejam, também, estabelecidos e empregados em prol da eficiência econômica, visando a maximização da riqueza e a ótima alocação dos recursos escassos, satisfazendo as necessidades humanas.

Em outras palavras, analisar o Direito através de princípios econômicos significa “procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade” (PIMENTA, 2006, p. 167).[30]

Não se defende aqui a idéia de que a relação entre Direito e Economia traga todas as respostas para a melhor e justa aplicação dos institutos jurídicos. Entretanto, a disciplina se justifica como uma ferramenta hermenêutica relevante a ser considerada no mundo jurídico, uma vez que as repercussões econômicas de uma decisão judicial, de uma nova norma legal ou de uma nova regra contratual, por exemplo, não podem ser desprezadas.

Metodologicamente, a análise econômica do direito apresenta uma abordagem positiva e uma normativa. A primeira pretende prever qual o comportamento dos agentes para a formulação e aplicação dos institutos jurídicos. Aqui estamos diante de uma análise entre meios e fins, ou seja, pretende-se, diante das opções jurídicas que se dispõe (meios), investigar e antecipar a possibilidade de ocorrência dos objetivos pretendidos (fins), avaliando, inclusive, as possíveis conseqüências, primordialmente econômicas, na sociedade[31].

Por outro lado, em linhas gerais, a abordagem normativa analisa valorativamente o impacto do direito em termos de eficiência e de bem estar social. Trata-se, pois, de avaliar e analisar empiricamente os institutos jurídicos, sob os olhos da Economia.

Para uma melhor compreensão de nossas idéias, tomemos um exemplo apontado por Ronald Dworkin[32], diga-se, severo crítico das idéias de Direito e Economia: “Examinemos um tipo de acidente que costumava ocupar os tribunais. Um trem que passa por dentro de uma fazenda lança faíscas que incendeiam e destroem as plantações nas proximidades da linha do trem. O agricultor deve arcar com os prejuízos? Ou deve ser indenizado pela empresa ferroviária? Que regra estabeleceria um legislador bem informado, ansioso por aumentar a riqueza total da comunidade? Imaginemos que os fatos econômicos são os seguintes (daremos a esses fatos a designação geral de Caso 1). Se a empresa reduzir a velocidade do trem ao ponto em que este não solte faíscas, seus lucros serão reduzidos em mil dólares. Se o trem correr à velocidade mais lucrativa para a empresa, o agricultor perderá a colheita que lhe renderiam mil e cem dólares. Nessas circunstâncias, a comunidade será mais rica (segundo a definição estipulada de riqueza da comunidade) se a velocidade do trem for reduzida. Suponhamos agora (Caso 2) que os fatos econômicos sejam invertidos. Se o trem reduzir sua velocidade, a empresa perderá mil e cem dólares, e, se não houver redução da velocidade, o agricultor perderá apenas mil dólares. Agora, a comunidade será mais rica em seu conjunto se o trem correr mais e as colheitas forem queimadas. Parece, portanto, que uma pessoa desejosa de aumentar a riqueza da comunidade estabeleceria diferentes regras de responsabilidade para os dois casos. Tornaria a empresa ferroviária responsável pelo prejuízo no primeiro caso, o que obrigaria o trem a reduzir sua marcha, e, no segundo caso, obrigaria o agricultor a arcar com a perda para que o trem pudesse manter a velocidade.” (DWORKIN, 2007, 335)

Diferentemente das conclusões de Dworkin, entendemos que o citado exemplo deve ser analisado sobre outra ótica, sob o efetivo viés do Direito e Economia. Primeiramente, é importante destacar que os envolvidos, a empresa ferroviária e os agricultores,

maximizam seus bem-estar, ou seja, irão agir, em uma avaliação custo/benefício, visando seus próprios interesses.

A empresa ferroviária somente alterará sua conduta se os custos forem maiores que os benefícios, e o agricultor, uma vez que sua plantação foi queimada, buscará maximizar seu próprio interesse, ou seja, uma indenização junto a companhia ferroviária. Assim, como deverá agir o legislador e os aplicadores do direito em face da situação descrita?

Se a norma estabelecer (ou o próprio julgador imputar) uma indenização menor do que os benefícios obtidos pela empresa ferroviária mantendo o trem em alta velocidade, esta assim agira, suportando a indenização. Contudo, se a indenização, ou os custos, superarem os benefícios a companhia agirá alterando a velocidade do trem, ou , estabelecerá meios para evitar o dano.

A idéia central aqui é demonstrar que não basta tão somente imputar responsabilidade a empresa ferroviária, estipulando um valor aleatório para indenização, ou deixar que o agricultor arque com os custos, mas sim, que a elaboração da regra e sua aplicação estejam, também, orientadas por esses componentes econômicos, que inegavelmente, influenciaram na tomada de decisões das partes envolvidas.

É interessante também observar que uma regra elaborada e aplicada sem o conhecimento dessa concepção econômica, pode inviabilizar as atividades desenvolvidas pelos litigantes. Se a indenização for ínfima, a empresa continuará queimando a plantação e, conseqüentemente, o agricultor poderá até desistir de sua produção, o que, inegavelmente, traria repercussões em toda a sociedade, ainda mais se pensarmos em uma relação ampla, com vários agricultores envolvidos. Por outro lado, se o montante indenizatório for exarcebado, acarretando uma penalidade excessiva, a qual a empresa não terá condições de suportar, essa poderá, em uma conseqüência limite, encerrar suas atividades.

Diante disso é que se sugere a articulação do Direito e da Economia como um recurso hermenêutica indispensável na formulação e aplicação dos institutos jurídicos[33]. Neste contexto, é possível aponta outro exemplo sobre a relevância da Análise Econômica do Direito[34].

Trata-se de uma interessante decisão proferida nos autos da ação ordinária de nº 1999.001.141054-2 pela Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Nessa demanda, os autores pleitearam ressarcimento por danos materiais e morais em razão da perda de 95% do valor por eles aplicado em derivativos junto a uma determinada corretora.

Destaca-se que os autores já tinham experiência em investimentos variáveis e foram devidamente informados sobre a oportunidade de rendimento que poderia alcançar (112% ao ano), bem como sobre os riscos, que incluíam a possibilidade de perda significativa do valor investido. Todavia, mesmo assim o pedido foi julgado procedente para devolver aos autores todo o dinheiro perdido, bem como para lhes conferir o dano moral pleiteado no valor de R\$ 10.000, 00 para cada litigante.

Analisando a situação descrita, sob o viés do Direito e Economia, é possível verificar a ineficiência da decisão judicial apontada. A sentença pode até ter apresentado o fundamento legal devido, todavia, a questão não deve ser tratada de forma tão restrita e

limitada. Primeiro, cumpre-se atentar ao fato dos autores serem investidores experientes, além de deterem uma vasta informação dos benefícios e dos riscos do investimento. Há, portanto, uma simetria de informações.

Lado outro, é importante destacar que todos os envolvidos estão buscando maximizar seus interesses: os autores visam os benefícios no investimento e a corretora, por sua vez, aumentar o seu lucro (de forma bem genérica). Mas, uma decisão como essa foi além dos interesses das partes envolvidas[35]. Esse precedente jurídico poderá acarretar em conseqüências indesejadas para a sociedade e para a maximização da riqueza. Não há como negar que diante dessa decisão outros investidores, em prol de seu auto-interesse, poderão demandar judicialmente suas corretoras para receber alguma compensação por perdas em investimentos.

As corretoras, por outro lado, podem até ter sua atividade comprometida, pois podem não estar preparadas para suportar indenizações como a ocorrida. Assim, as corretoras agirão visando seus próprios interesses, ou seja, poderão tornar mais custosas as relações com investidores (aumentando as taxas para realizar investimentos, por exemplo), ou até limitar as atividades de maior risco. A maximização da riqueza restará comprometida e a sociedade arcará com as conseqüências da decisão ineficiente.

Torna-se clara a relevância das idéias trazidas pelo Direito e Economia, que, certamente, tem a contribuir nas relações jurídicas, entretanto, reafirma-se, não acreditamos que essa disciplina apontará todas as melhores e justas respostas na elaboração e no emprego dos institutos jurídicos. Trata-se sim, de uma poderosa ferramenta hermenêutica.

Frise-se o conhecimento das críticas às idéias sistematizadas pelo Direito e Economia[36], face às, muitas vezes, polêmicas conclusões por elas indicadas[37]. Porém, entende-se que as oposições apontadas revelam-se cientificamente limitadas e superficiais guardando pouquíssima relação com as importantes contribuições da pesquisa em Direito e Economia.

Acreditar que o aspecto econômico não é um valor para sociedade, pois se afastaria o bem social e da concepção de Justiça (sem influência nas decisões dos agentes econômicos) é inconcebível no mundo moderno. “A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça, pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações praticas, são, em termos práticos, incompletas (...) O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formuladora da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum” (SALAMA, 2008, P. 36)

Reafirma-se assim que a Análise Econômica do Direito pode contribuir para o “o avanço na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação por meio de critérios e métodos particulares à ciência econômica” (PIMENTA, 2006, p. 169).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho tentou-se esclarecer o leitor da relevância da hermenêutica em caráter interdisciplinar: Direito e Economia. Para tanto, foram apresentados conceitos e pressupostos econômicos que servem de suporte para essa disciplina jurídica.

Ao apresentar modelos e conceitos econômicos transformando-os em instrumentos metodológicos, é possível antecipar e adequar a aplicação dos institutos jurídicos. A Análise Econômica do Direito amplia o universo de referências interpretativas auxiliando a efetividade jurídica.

Aqui concebemos que ao Direito cumpre a busca pela Justiça e pelo bem-estar social e, ao adentrar o arcabouço empirista e realista da economia, vislumbramos um horizonte diverso, enriquecedor do campo jurídico. Diferentemente das críticas apresentadas, orientadas, exclusivamente, pelo caráter monetário da Economia, os estudos que privilegiam a utilização de métodos econômicos ao Direito se propõem a materializar os institutos jurídicos dentro do possível, trazendo-os à realidade e com esta conferindo as conseqüências de sua formulação, interpretação e aplicação.

Acredita-se que a pesquisa em Direito e Economia não se opõe às tradicionais concepções jurídicas, não se tratando, pois, de uma análise exclusiva, mas sim complementar auxiliando na difícil tarefa de se alcançar a Justiça. “O operador do Direito, ao se deparar com a AED e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranóia, nem pela mistificação: a relação entre o método jurídico e o método juseconômico deve ser de complementaridade e não de substituição ou oposição”. (FORGIONI, 2005, p. 256)

6. REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v.9, n.29, p.49-68, jul/dez. 2006.

ARAÚJO, Fernando. *Análise Econômica do Direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almeida, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almeida, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Estudos de Direito e Economia Política*. Rio de Janeiro: Livreiro-Editor, 1903.

CASAMIGLIA, Albert. Eficiência y Derecho. *Doxa*, Alicante, n. 4, p.267-287, jan./dez. 1987.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico*. Disponível em: www.repositorios.cdlib.org/bple/alacde/050107-10. Acesso em: 25 de julho de 2008.

COOTER, Robert e ULEN Thomas. *Law and Economics*. 5.ed. Califórnia: Addison-Wesley Longman, 2007.

COASE, Ronald H. *The New Institutional Economics*. Disponível em <http://links.jstor.org/sici=sici=002282%199805%2988%3A2%3C72%3ATNIE%3E2.0.CO%3B2-M>. Acesso em 28/07/2008.

COASE, Ronald H. *The Firm, The Market and The Law*. Chicago/London: Chicago University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FERNANDES, Jean Carlos. *Direito Empresarial Aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n 139, p. 242-256, jul./ set. 2005.

GAROUPA, Nuno. *Análise Económica do Direito*. Cadernos de Ciência de Legislação, Coimbra, n 32, p. 23-38, dez. 2002.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 2007.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Almeida, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de Empresas: um estudo sistematizado da nova Lei de Falências*. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, Economia e relações patrimoniais privadas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 43, n. 170, p.159-173, abr./jun. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Elsevier Campus, 2005.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

POSNER, Richard A. *Maximización de la Riqueza y Tort Law: una investigación filosófica*. Disponível em: www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf. Acesso em: 25 de julho de 2008.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Coimbra. Almeida, 2007.

ROEMER, Andrés. Réplica a los Comentarios de Rodolfo Vázquez. In ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 211-220.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia*. Revista Direito GV, São Paulo, n. 2, v.5, p. 5-58, mar. 2008.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 111, p. 9-29, 1998.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito Mercado e Função Social*. Disponível em: [www.viadesignlabs.com/lawandeconomics/Direito Mercado Funcao Social.pdf](http://www.viadesignlabs.com/lawandeconomics/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf). Acesso em: 25 de julho de 2008

VÁZQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuesto filosóficos del Análisis Económico del Derecho. In ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 201-210.

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[1]Recursos não serão aqui tratados como sinônimo de riqueza. O conceito de riqueza adotado nesse trabalho será aquele elaborado por Richard Posner: “Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y

serviços “econômicos” usuais) o (em o caso de bens e serviços “no-econômicos”, como a vida, a recreação, a família e a liberdade de dor e sofrimento) que não se comercien em tais mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo - cualquiera de los dos sea mayor.² La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “econômicos” y “no-econômicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, em la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.” (POSNER, Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica, p. 01). Desta forma, em ultima análise, entendemos que é possível estabelecer, também, que a ciência econômica se dedica à maximização das riquezas existentes.

[2] Nesse mesmo sentido: “la economía es la ciência de la elección racional en un mundo – nuestro mundo – donde los recursos son limitados en relacion con las necesidades humanas” (POSNER, 2007, p. 25); “o conceito de Economia, surge, exatamente, quando se conjugam essas duas observações cruciais, decorrentes, como foi dito, da vivência cotidiana de cada um: a) necessidades, além de serem em grande número, expandem-se indefinidamente; b) os recursos para o seu atendimento são, em maior ou menor grau, limitados, finitos, em uma palavra, escassos” (NUSDEO, 2007, p. 30); “é o estudo de como a sociedade escolhe entre suas necessidades e seus desejos de forma a adequá-los aos recursos materiais de que dispõe e de como a sociedade procura aperfeiçoar a utilização destes mesmos recursos materiais”. (PIMENTA, 2006, p. 12).

[3] Nesse sentido: “A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e a estabelecerem entre si relações específicas a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade.” (NUSDEO, 2007, p.27).

[4] Já no inicio do século passado, Clovis Beviláqua expressava que “o essencial à vida nunca satisfará o menos ambicioso dos homens. O homem é um animal cujos desejos são um abysmo sem fundo”. (BEVILAQUA, 1903, p. 17); Modernamente, Fábio Nusdeo também esclarece que “não é possível estabelecer ou antever um limite para as necessidades humanas. Ou seja, elas podem ser vistas como tendentes a se multiplicarem ao infinito. Vale dizer: podem ser tidas como ilimitadas. (NUSDEO, 2007, p. 25)

[5] “O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de sua satisfação”. (POSNER, 2007, p. 473)

[6] Para uma melhor compreensão das críticas à concepção de racionalidade adotada pela economia moderna sugerimos a leitura do livro “Sobre Ética e Economia” (SEN, Amartya, 1999, ed. Companhia das Letras). Igualmente salientamos:” The theory or rational choice (or the rational actor model) is one of the great glories of modern social science. However, there is an increasing amount of criticism of some of the assumptions of rational choice theory. Indeed, the psychologist Daniel Kahneman won the Nobel Prize in Economics in October 2002, for his work showing that consumers sometimes violate the assumptions of rational choice theory. For more on these criticisms of rational choice theory, see www.cooter-ulen.com under Chapter 2” (COOTER; ULEN, 2007, p. 16)

[7] É importante estabelecer que grande parte dos economistas vêm nos estudos de Adam Smith a compreensão do comportamento racional, todavia deve-se atentar às pesquisas que fazem diferente interpretação do legado smithiano, para tanto, remetemos novamente o leitor à obra de Amartya Sen.

[8] Nesse contexto: “O pensamento econômico funda-se no pressuposto de que os agentes econômicos são racionais e, portanto, agem racionalmente, e que os recursos são escassos e tem valor, a busca da melhor, mais eficiente alocação, a maximização de seu uso deve produzir o máximo de bem-estar. Da combinação desses pressupostos resulta que os agentes, de forma racional, visando a maximizar sua satisfação individual, transferindo seus recursos para aquelas posições e/ou situação que lhes ofereçam o máximo bem-estar, ou o mínimo de prejuízo.” (SZTAJN, 1998, p.09). Ademais, indicamos a abordagem feita por N. Gregory Mankiw à maximização racional em sua obra “Introdução á Economia”

[9] Nesse sentido: “A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar.” (SALAMA, 2008, p.16)

[10] “Uma segunda forma de descrever racionalidade é dizer que as conseqüências de cada escolha proporcionam ao agente econômica uma determinada utilidade e que ele é capaz de ordenar as diversas alternativas em função da utilidade que lhe proporcionam. Tendo que escolher entre duas alternativas, o indivíduo racional escolhe a que lhe proporciona mais utilidade.; diz-se que maximiza a sua utilidade. (...) A necessidade de escolhe decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta. A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico, dadas estas restrições (RODRIGUES, 2007, p. 13 / 14). Ademais, sobre o termo utilidade usado pelos economistas recomendamos a abordagem feita por N. Gregory Mankiw (MAKINW, 2008. p. 462)

[11] “Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio e não um fim)” (POSNER, 2007, p. 474) e mais: “es fundamental el supuesto adicional de que el hombre se esfuerza para aumentar racionalmente al máximo la utilidad en todo as las áreas de la vida, no sólo en sus asuntos “económicos”; es decir; no solo cuando se ocupa de la compra y la venta en mercados explícitos” (POSNER , 2007, p. 26) Ainda: “O conceito econômico de utilidade é bastante abrangente, refletindo não só bens materiais ou de consumo, mas também o grau de altruísmo de um individuo tem para com terceiros e incluindo bens não materiais (ou não mercantis) com a alegria, o amor ou a desilusão. Não há uma medida exacta da utilidade individual, mas antes um conjunto axiomático que estabelece uma ordem ou hierarquização nas escolhas” (GAROUPA, 2002, p. 25)

[12] “A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso do processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela

noção mais flexível de “racionalidade limitada”. Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima (ou simplesmente não terão acesso a todas as informações pertinentes), os mesmos passam a ser vistos como “intencionalmente racionais” ainda que limitados por aptidões cognitivas” (SALAMA, 208, p. 18)

[13] “A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (ela é obviamente imperfeita), mas sim se essa premissa consegue captar o suficiente para tornar inteligível e previsível uma realidade complexa.” (SALAMA, 2008, p. 22)

[14] “El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así.” (POSNER, 2007, p. 26); “Os formuladores de políticas públicas nunca devem esquecer-se dos incentivos, já que muitas políticas alteram os custos e os benefícios para as pessoas e, portanto, alteram seu comportamento. Um imposto sobre a gasolina, por exemplo, é um incentivo para que as pessoas usem carros menores e que consomem menos gasolina. Também é um incentivo para que prefiram o transporte público ao carro particular e para que vivam mais perto de seu local de trabalho. Se o imposto fosse elevado o bastante, as pessoas começariam a usar carros elétricos” (MANKIWI, 2008, p. 07)

[15] “Note-se que o princípio da escolha racional assenta na avaliação que cada indivíduo faz da utilidade que retira de cada situação, com a informação e a capacidade cognitiva de que dispõe.” (RODRIGUES, 2007, p. 15)

[16] “El término de “eficiencia”, cuando se emplea como en este libro para denotar la asignación de recursos en la que se maximiza el valor” (POSNER, 2007, p. 37)

[17] “O padrão de eficiência normalmente invocado em análise econômica – e mesmo jurídicas – é o concebido pelo economista italiano Vilfredo Pareto e por isso denominado Ótimo de Pareto. Tal concepção se refere tanto à produção de bens ou serviços - e principalmente – ao modo pelo qual são alocados.” (PIMENTA, 2006, p.18)

[18] “A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficiency if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation)” (COOTER, ULEN, 2007, p. 17) “Na concepção de Pareto, eficiência é estaticamente definida como sendo um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico.” (COELHO, 2007, p. 12); No mesmo sentido: “Um ótimo de Pareto é aquela situação em que há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente. Uma dada situação não é eficiente, neste sentido, se houver algo que possa ser feito para beneficiar alguém, sem gerar prejuízos para ninguém.” (PINHEIRO, 2006, p. 120/121); A propósito: “No que diz respeito à eficiente circulação de riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anteriores, sem que ninguém fique pior.” (SZTAJN, 2005, p. 76).

[19] “Suponhamos a possibilidade de alterar uma determinada situação, por exemplo, modificando a legislação em vigor. Essa alteração constitui uma melhoria de Pareto se beneficia, pelo menos, uma pessoa e não prejudica ninguém. Quando isso acontece, os economistas dizem que a situação resultante da alteração é superior à situação inicial ou mais eficiente do que essa situação.” (RODRIGUES, 2007, p.26)

[20] Segundo Amartya Sen: “Esse é um tipo muito limitado de êxito e, em si mesmo, pode não garantir grande coisa. Um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos. A otimalidade de Pareto, como “o espírito de César” pode “vir quente do inferno”.” (SEN, 2008, p. 47/48). Conforme já destacado sugerimos a leitura da obra de Amartya Sen face seus consistentes esclarecimentos acerca da Ética na Economia.

[21] “Sin embargo, há sido objeto de muchas criticas por três razones fundamentales. En primer lugar porque se concede a cada uno de los individuos de la sociedad el derecho de veto a cualquier medida o decisión social. En efecto, una definición alternativa, pero equivalente, del óptimo de Pareto sería la siguiente: una situación es óptimo de Pareto si dada cualquier otra alternativa siempre haya alguien que la veta. La consecuencia es que típicamente hay muchas situaciones distintas que son – todas ellas – óptimo de Pareto. En segundo lugar porque no se pone en cuestión el punto de partida y por tanto se conserva el statu quo. En tercer lugar porque es escasamente sensible a los problemas de justicia distributiva. Una sociedad ideal que asignara todos los recursos a X y ninguno a Y es tan óptimo de Pareto como otra sociedad en la cual a cada uno se le asignara el 50 por ciento. Una sociedad en la cual se asignaran el 30 por ciento a cada uno de ellos y tirara el resto no cumple las condiciones del óptimo de Pareto. Pero en este último caso existe la posibilidad de llegar a un acuerdo en que todos mejoren y sea por unanimidad.” (CALSAMIGLIA, 1987, 273); Nessa mesma linha: “Outra objeción contra la superioridad del criterio de Pareto es que tiene pocas aplicaciones em el mundo real porque la mayoría de las transacciones (y si no una sola transacción, entoces una serie de transacciones semejantes) tiene efectos sobre terceros” (POSNER, 2007, p. 39)

[22] Nesse sentido ver POSNER, 2007, p. 40.

[23] “Face a uma determinada alteração, deveríamos proceder da seguinte forma: estimar o montante que cada pessoa potencialmente beneficiada pela alteração estaria disposta a pagar para obter o correspondente benefício; estima o montante que cada pessoa prejudicada pela alteração estaria disposta a pagar para não ter que suportar esse sacrifício; depois, comparar o total de benefícios com o total de custos; se o primeiro exceder o segundo, a alteração proposta é uma melhoria e deve ser concretizada. Dito de outra forma: uma melhoria é uma alteração que gera mais benefícios que custos.” (RODRIGUES, 2007, p.29)

[24] “A eficiência de Kaldor-Hicks se baseia, portanto, na possibilidade de compensação – em que os custos com o pagamento do premio são inferiores aos benefícios gerados, o que explica por que todos podem se encontrar em melhor posição.” (PINHEIRO, 2005, p. 121) Na mesma linha: “Según este criterio el estado social X es superior al estado social Y, si los que ganan con ello pueden compensar a los

que pierden. Conello se permite comparar situaciones alternativas en las que alguien sale perjudicado.” (CALSAMIGLIA, 1987, p. 272)

[25] Amartya Sen destaca: “Já se aventou que a possibilidade de os ganhadores mais do que compensarem os perdedores pode ser vista como uma melhora social (ver KALDOR, 1939 e HICKS, 1939). Esses critérios de melhora social geram inconsistência (sobre este aspecto ver SCITOVSKI, 1942, SAMUELSON, 1950, GORMAN, 1955). Mas esse é apenas um dos problemas dos critérios de compensação. Outro problema – que se poderia afirmar mais básico – relaciona-se à questão de por que a mera possibilidade de compensar os perdedores deveria ser adequada para estabelecer uma melhora social mesmo se a compensação não fosse de fato paga. Entre os perdedores poderiam incluir-se as pessoas menos favorecidas e mais miseráveis da sociedade, e não é nenhum consolo para eles ouvir que é possível compensá-las plenamente, mas (“Deus do céu!”) não há nenhum plano para fazê-lo. Se, por outro lado, os perdedores forem efetivamente compensados, o resultado geral – após a compensação – é uma melhora paretiana, portanto não há necessidade do teste de compensação como suplemento do princípio de Pareto. Assim, os critérios de compensação ou não são convincentes ou são supérfluos.” (SEN, 2008, p. 49) Bruno Salama esclarece: “A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, com por exemplo o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, “R\$ 1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico”) e o fato de que a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.” (SALAMA, 2008, p. 24/25)

[26] Merece destaque a definição de Rachel Sztajn, que formula um conceito bastante apropriado e de fácil compreensão, estabelecendo que “Eficiência significa é a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou menor dispêndio de esforços” (SZTAJN, 2005, p. 83)

[27] “El análisis económico del derecho antimonopólico, y de otras regulaciones legales de los mercados económicos explícitos, sigue siendo un campo próspero. Sin embargo, la marca distintiva del “nuevo derecho y economía” – el derecho y la economía que han surgido desde 1960 – es la aplicación del análisis económico al sistema legal en su conjunto; a campo del derecho común; como los cuasidelitos, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación de la ley y la administración judicial, e incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho del almirantazgo, el derecho familiar y la jurisprudencia” (POSNER, 2007, p. 55); Nessa mesma linha: “This limited interaction changed dramatically beginning in the early 1960s when the economic analysis of law expanded into the more traditional areas of the law, such as property, contracts, torts, criminal law and procedure, and constitutional law” (COOTER; ULEN, 2007, p. 02) E ainda podemos destacar Roger van den Bergh citado por Rodolfo Vázquez: “El movimiento del derecho y economía representa el mayor reto intelectual dentro del saber jurídico em las últimas décadas. Los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no

solo respecto al derecho mercantil, a la ley antimonopólica y al derecho fiscal, em los que el vínculo entre las disciplinas jurídicas y econômica es obvia, sino también respecto a una amplia gama de actividades ajenas al mercado que van desde los asuntos de responsabilidad civil hasta los asuntos familiares y penales” (VÁZQUEZ, 2002, p.202)

[28] Os notórios artigos: “The Problem of Social Cost” (COASE, 1960) e “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts” (CALABRESI, 1961). Nesse sentido: “El nuevo derecho y economía se inició con el artículo de Guido Calabresi sobre los cuasidelitos y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social.” (POSNER, 2007, p.55); E ainda: “The modern field is said to have begun with the publication of two landmark articles – Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ. 1 (1960) and Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale L. J. 499 (1961).” (COOTER; ULEN, 2007, p. 02)

[29] “Fato é que a aplicação do instrumental da Economia à análise do Direito é considerada, entre os juristas americanos, o maior avanço da ciência jurídica no século XX, tendo se tornado a mais robusta e moderna corrente de estudo do Direito nos Estados Unidos da América, além de mostrar em franca expansão em outros relevantes ordenamentos.” (PIMENTA, 2006, p.168) No mesmo sentido: “Nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como “Análise Econômica do Direito”, ou simplesmente como “Law and Economics”, deixou de ser um pequeno e alternativo programa de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia, para estabelecer-se como uma das principais escolas jurídicas dessa época. Seu desenvolvimento e aplicação resultaram em profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americana.” (COELHO, 2007, p.01)

[30] A propósito: “Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* é um movimento contemporâneo que combina as ciências econômica e jurídica numa tentativa de estudo interdisciplinar, tendo como característica comum, sem distinguir tendências e escolas, a aplicação de teorias microeconômicas neoclássicas do bem-estar para analisar e reformular tanto das instituições particulares como do sistema jurídico em seu conjunto”. (PACHECO, 1994, P. 25 *apud* ALVAREZ, 2006, P. 50); Para Vasco Rodrigues a Análise Econômica do Direito “consiste, como a designação sugere, na aplicação dos princípios da análise econômica aos problemas do direito” (RODRIGUES, 2007, p.7). E continua o autor esclarecendo que “a Análise Econômica do Direito consiste na aplicação destes princípios (econômicos) ao estudo de questões que se prendem com a concepção, aplicação e efeitos das normas jurídicas” (RODRIGUES, 2007, p.39); “Quando se pensa em análise econômica do direito imagina-se, por vezes, que se estará no campo do direito econômico ou do direito comercial, ou ainda, naquele em que preponderam os modelos econométricos sobre as regras jurídicas. Nada mais enganoso. A análise econômica do direito pretende aferir a maior ou menor eficiência das operações negociais” (SZTAJN, 1998, 10)

[31] Bruno Salama trás um interessante exemplo que bem ilustra a análise positiva: “Em março de 2006, a Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE) apresentou Projeto de Lei n 45/06, cuja intenção seria a de acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor – CDC um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores.

Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. O intuito da medida seria, naturalmente, o de proteger os consumidores. Mas a verdade é que, se o projeto for aprovado, dificilmente atenderá seus muitos louváveis fins de proteger os consumidores, e o ferramental teórico da disciplina de Direito e Economia nos ajuda a entender o porquê. Se os consumidores antigos tivessem a possibilidade de exigir os benefícios concedidos em promoções destinadas a atrair novos clientes, tais promoções ficariam muito mais custosas para as empresas e, dessa forma, bem menos atrativas. Se este Projeto de Lei for aprovado, as empresas serão induzidas a competir de outras formas (por exemplo, realizando campanhas publicitárias) ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Tudo isso, naturalmente, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores” (SALAMA, 2008, p. 25/26)

[32] Exemplo extraído da obra “O império do Direito” de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2007, 335/336)

[33] Pietro Perlingieri posiciona-se com reservas ao Direito e Economia afirmando que “não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para “escrutinar o direito” e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica”. (PERLINGIERI, 2002, p. 64). Contudo, Andrés Roemer salienta que “nunca se há afirmado que el AED deba erigirse como una disciplina autónoma tomando el lugar del derecho” (ROEMER, 2004, p. 216).

[34] Conforme já mencionado optamos pela terminologia “Direito e Economia”, contudo é muito utilizada a expressão “Análise Econômica do Direito” para referir-se a corrente de pensamento aqui estudada.

[35] Na mesma linha, Richard Posner: “ X es baleado por um cazador descuidado, Y y demanda. Lo único que interesa a las partes y a sus abogados, y lo único que el juez y el jurado decidirán, es si el costo de la lesión debiera desplazarse de X a Y; es decir, si es “justo” o “equitativo” que X reciba una compensación. El abogado de X alegará que es justo que X sea compensado, puesto que Y incurrió em falta y X no tuvo ninguna culpa. El abogado de Y podría alegar que X también fue descuidado, de modo que sería justo que la perdida permaneciera sobre X. (...) Al economista lê interesa la prevención de los accidentes futuros que no se justifiquen por los costos y, por lo tanto, la reducción de la suma de los costos de los accidentes y de su prevención. Las partes del litigio pueden no tener ningún interés por el futuro. Su único interés puede ser el de las consecuencias financieras de un accidente pasado. Sin embargo, esta dicotomía es exagerada. La decisión de este caso afectará al futuro, de modo que deberá interesar al economista porque establecerá o confirmará una regla para la orientación de los individuos que realizan actividades peligrosas. La decisión es una prevención en el sentido de que si nos comportamos de cierto modo y se produce um accidente, tendremos que pagar una compensación (o no podremos obtener una compensación, si somos la víctima). Al modificar así el precio de sombra (del comportamiento riesgoso) que afronta la gente, la prevención podría afectar su comportamiento y, por ende, los costos de los accidentes.

Em cambio, el juez y, por ende, los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será um precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden orginar la clase de accidentes que está conociendo. (...) Por lo tanto, una vez que se expande el marco de referencia más allá de las partes inmediatas del caso, la justicia y la equidad asumen significados más amplios de lo que es simplemente justo y equitativo entre este demandante y este demandado.” (POSNER, 2007, p. 58/59)

[36] “A Análise Econômica do Direito suscita, muitas vezes, relutância e resistência entre os que não estão treinados para olhar para estas questões de outra perspectiva. Frequentemente, os juristas consideram as premissas em que assenta a análise controversas, para não dizer outra coisa, e as conclusões polêmicas e, por vezes, até contrarias à noção de “justiça” (RODRIGUES, 2007, p.09)

[37] Ronald Dworkin trás a seguinte crítica: “Não é tão difícil imaginar mudanças no contexto econômico, social ou psicológico que fariam de nossas intuições conhecidas não o melhor que um utilitarista pudesse inculcar. Os sádicos radicais poderiam tornar-se tão numerosos entre nós, sua capacidade de prazer tão profunda, e seus gostos tão irredutíveis que, mesmo no primeiro nível – quando examinamos as regras que poderiam aumentar a felicidade a longo prazo – seríamos forçados a fazer exceções a nossas regras gerais e permitir somente a tortura dos negros. Não é uma boa resposta dizer que, felizmente, não existe nenhuma possibilidade verdadeira de que tal situação venha a verificar-se. Na verdade, uma vez mais o objetivo dessas hipóteses terríveis não é fazer uma advertência prática – a de que, se nos deixarmos seduzir pelo utilitarismo, poderemos nos flagrar defendendo a tortura – mas sim expor os defeitos do tratamento acadêmico da teoria ao chamar a atenção para as convicções morais que continuam poderosas, ainda que de forma hipotética. Se acreditamos que seria injusto torturar negros mesmo nas circunstâncias (extremamente improváveis) em que tal procedimento pudesse aumentar a felicidade geral, se achamos que essa prática não trataria as pessoas como iguais, devemos então rejeitar o segundo passo do argumento utilitarista” (DWORKIN, 2007,p. 350/351)

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A MODERNA ATIVIDADE EMPRESARIAL

THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND MODERN BUSINESS ACTIVITY

**José Júlio da Ponte Neto
Nathalie de Paula Carvalho**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar como se manifesta o comportamento das empresas frente ao mercado consumidor nos ditames da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como Escola de Chicago. Verificar-se-á algumas considerações sobre a AED, passando-se ao estudo da moderna atividade empresarial, sob a ótica da teoria dos custos de transação, do mercado consumidor que a alimenta, concluindo-se pela relação direta e significativa entre o Direito Empresarial e a ordem econômica como balizadores da atuação do empresariado atual.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. EMPRESAS. CONSUMIDOR.

ABSTRACT

This article aims to analyze as principal expresses the behavior of firms facing the consumer market dictates of the Economic Analysis of Law (AED), also known as the Chicago school. There will be some considerations about the EDA, through to the study of modern business activity, from the viewpoint of the theory of transaction costs, the consumer market that feeds, that there is a significant relationship between the Law and Business and economic order marked as the role of business today.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. COMPANIES. CONSUMER.

INTRODUÇÃO

A escola da Análise Econômica do Direito, também conhecida como Escola de Chicago, procura implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de paradigmas jurídicos, com a meta de aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações econômicas, sociais e jurídicas.

Os principais pontos desta escola são condensados na rejeição da posição que analisa o Direito apartado das realidades sociais e econômicas, estimulando a utilização das idéias

e métodos de outras disciplinas no estudo conjunto com a economia e a política, enaltecendo a interdisciplinariedade.

O presente artigo tem a função de definir e modelar a moderna atividade empresarial frente à Análise Econômica do Direito e a teoria dos custos de transação, direcionando principalmente para a questão da proteção do consumidor e investigar como a concorrência se materializa na atual conjuntura econômica.

1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida por Escola de Chicago, tem como principal objetivo de aplicar os postulados econômicos na interpretação de conceitos jurídicos, buscando aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações inerentes ao ordenamento jurídico. Embora no século XVIII Adam Smith já discutisse o efeito econômico da legislação mercantilista, foi apenas recentemente que se aplicou a economia para analisar atividades não diretamente relacionadas ao mercado. Ronald Coase, Richard Posner (1998) e Guido Calabresi são os principais nomes da Análise Econômica do Direito.

Posner (1998, p.26) observa que as origens da AED estão ligadas ao *Common Law*, cuja prevalência é pelo direito jurisprudencial, ou seja, baseado em precedentes judiciais, sendo apontado por ele como o campo por excelência da maximização da riqueza de uma sociedade. Sobre o assunto, Fernando Herren Aguillar assevera que:

Nos últimos anos, em que há um claro predomínio de políticas liberalizantes, é notável como as escolas de pensamento no Direito Econômico são progressivamente influenciadas por metodologias que prestigiam o econômico mais do que o jurídico. Assim como no século XIX se ensinava Economia Política e se tratava a medida econômica como mera questão de acerto ou erro científico, as correntes contemporâneas do *Law and Economics* colocam em primeiro plano a economia para aplicar o Direito. (AGUILLAR, 2006, p.36-37).

O foco da AED é unir a Economia ao Direito para estudar as regras legais e instituições, usando o pressuposto de comportamento racional por parte dos indivíduos como principal instrumento de raciocínio: “empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre o direito e a economia.” (SZTAJN, 2004, p.27).

Para isso, usa a análise econômica para prever os efeitos das leis, v.g. quais as consequências econômicas da responsabilidade subjetiva em comparação com a responsabilidade objetiva, além de dedicar-se a explicar o desenvolvimento das leis em termos de eficiência econômica, o que seria a AED normativa por meios dos conceitos de otimização de Vilfredo Pareto ou Kaldor-Hicks como critérios de eficiência (FORGIONI, 2005). Por este, uma mudança em que alguns indivíduos sejam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganham mais do que perdem aqueles que pioram de situação. Por aquele, uma sociedade não se encontra em uma situação ótima se não houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outra.

As principais obras de Coase são “*The Problems of Social Cost*” (1960) e “*The nature of the firm*” (1937), por meio das quais foca no desenvolvimento da economia dos

Custos de Transação na moderna AED e na Teoria das Organizações. Estuda-se, pois, conjuntamente, o Direito, a Economia, as instituições e as organizações, haja vista que o Direito influencia e é influenciado pela Economia, refletindo nas organizações e instituições. Nessa linha de raciocínio, Rachel Sztajn afirma que:

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. (SZTAJN, 2005, p.03).

O principal papel das instituições seria interferir diretamente na performance econômica. Com a tecnologia empregada, determinam os custos de transação. Em 1960, emerge o Teorema de Coase, na obra *“The Problems of Social Cost”*. Prega que, em um mundo hipotético, ou seja, sem custos de transação, os agentes econômicos negociariam os direitos, independentemente de uma alocação eficiente e não interfeririam no desempenho econômico.

Essa visão (a neoclássica) foi criticada por Coase, uma vez que, para ele, no mundo real os custos de transação são positivos e o impacto das instituições legais são marcantes: para realizar-se uma transação no mercado é fundamental descobrir com quem transacionar, fornecer informações, redigir um contrato e monitorar o seu cumprimento.

2 A MODERNA ATIVIDADE EMPRESARIAL

“Empresários são os propulsores da atividade econômica, são os agentes que organizam a produção”: é assim que Rachel Sztajn (2004, p.13) define o papel do empresariado à luz da Análise Econômica do Direito, valorizando-se, além da iniciativa privada, a cooperação interempresarial de modo a facilitar a organização das atividades empresariais, o que é interessante para o sistema produtivo. Assim, depreende-se que os mercados e as empresas se complementam, estão na fronteira entre o Direito e a Economia, na medida em que aqueles incentivam a produção de bens em qualidades e quantidades correspondentes à demanda existente.

Destaca-se também a importância dos contratos, da livre iniciativa, livre concorrência (art. 170 da Constituição Federal) e da propriedade privada: “contratos facilitam a circulação de propriedade; empresas organizam a produção para os mercados estes tornam eficiente a troca econômica.” (SZTAJN, 2004, p.29). Vai mais além:

Além de jurídico, o contrato é uma instituição social cuja função serve para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham a ajustar. Essa função não encontra paralelo em qualquer outro instituto jurídico, nem pode ser absorvida por qualquer deles. Seria possível, sem contratos, promover a regular e segura circulação de bens em uma dada sociedade? Sem contratos, a liberdade para dispor, livremente, dos próprios interesses ficaria prejudicada. (SZTAJN, 2005, p.29).

O conceito de empresa, segundo Francesco Galgano (1976, p.193), foi mencionado pela primeira vez no Código Francês de 1808, no século XIX. Em 1942, o Código civil italiano trata a empresa como uma atividade produtiva. A empresa, com o desenvolvimento das relações mercadológicas, passa a ser vista como “organização” e sua atuação é assim elucidada:

A intensidade do tráfico negocial imposto pela industrialização incipiente requer regras que contemplem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial. (SZTAJN, 2004, p.22).

A empresa é uma categoria de produção, porque este processo supera o da circulação de mercadorias e a atividade vai sendo paulatinamente organizada. A importância dessa nova visão tem duas razões: a primeira é o aspecto socialmente útil da atividade sobre o especulativo e a segunda é a necessidade de se trabalhar com um conceito funcional para adequar-se a uma economia controlada. O empresário criava riquezas, mas dentro de um ordenamento jurídico positivado. Para Fábio Ulhôa Coelho:

Certamente, o dirigismo econômico importou a restrição da margem de livre atuação da vontade particular. A anarquia do mercado, se não podia ser de todo eliminada, como pretendido pelo fracassado ideal socialista de planificação estatal da economia, devia ser pelo menos controlada, e isto, no plano jurídico, representou o aumento da regulação dos interesses econômicos pela interferência da ordem positivada, externa à vontade das pessoas diretamente envolvidas. (COELHO, 2006, p.09).

O art. 966 do Código Civil brasileiro define o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Adotou-se, pois, a Teoria da Empresa, herança do direito italiano. O legislador não se orientou, portanto, pela Teoria da firma, pela qual a entidade empresarial teria uma meta de reduzir os custos de transação por meio de contratos, visão esta que se coaduna com a escola neo-institucionalista. Essa formulação pertence a Ronald Coase, para quem as empresas são feixes de contratos.

Faz-se necessário, neste momento, apresentar-se uma explanação sobre a Teoria da Firma. Rachel Sztajn (2004, p.17) observa que as organizações econômicas visam, de forma eficiente, reduzir os custos de produção mediante a utilização de mecanismos que gerem o máximo de benefícios líquidos e, para Ronald Coase, as firmas são uma forma de desenvolvimento de atividades econômicas, superior aos mercados.

As empresas são consideradas instituições sociais, pois são organizações mediante as quais são ordenadas, providas e estruturadas para ligar os fatores de produção, bem como facilitar a coordenação das suas atividades para os mercados.

Para Rachel Sztajn (2004, p.68), as instituições “são caracterizadas pelo liame que estabelecem entre os indivíduos que as organizam, pela estrutura que as conforma, pelas regras que as definem e que elas aceitam.” Pela Teoria da Firma, a empresa é vista com uma unidade técnica de produção, em que se utilizam dos fatores de produção para a geração de bens e serviços. Segundo essa teoria, as firmas trabalham diretamente com a

oferta de mercado e são de extrema importância, tendo em vista que reúnem o capital e o trabalho para realizar a produção e são as responsáveis por agregar ao valor as matérias-primas utilizadas nesse processo, por meio da tecnologia.

Outro ponto de destaque é a flexibilidade que deve existir entre as modernas relações empresariais, principalmente no cumprimento dos contratos, devendo esta atividade ser assim desempenhada:

‘Flexibilidade’ é a chave nos contratos empresariais que, aliás, precisam ser flexíveis para permitir adaptação das regras previstas pelos contratantes no início do negócio às cambiantes condições econômicas, de suprimento, demanda, concorrência, que se apresentam durante o período de execução do contrato, ou mesmo naquele interregno entre a celebração e a execução, quando diferida, evitando-se que as operações sofram e que parecia ser interessante e vantajoso se transforme em pesadelo. (SZTAJN, 2004, p.18).

Deve-se ainda mencionar quando da análise da moderna atividade empresarial a questão da responsabilidade social e ambiental das empresas, destacando-se o seu aspecto socialmente útil de modo a apontar a funcionalidade do conceito.

Amartya Sen menciona a ética empresarial (2000, p.137), ao asseverar que “a economia do bem-estar pode ser substancialmente enriquecida atentando-se mais para a ética, e que o estudo da ética também pode beneficiar-se de um contato mais estreito com a economia.” (SEN, 1999, p.105). Faz uma análise sobre o papel dos mercados no desenvolvimento do meio social, considerando que as pessoas podem interagir e dedicar-se a atividades mutuamente vantajosas, enaltecendo a complementaridade. Discorrendo sobre esse aspecto no contexto dos países em desenvolvimento, categoria em que se insere o Brasil, afirma que:

A necessidade de iniciativa da política pública na criação de oportunidades sociais tem importância crucial. Como já discutido, no passado dos atuais países ricos encontramos uma história notável de ação pública por educação, serviços de saúde, reformas agrárias, etc. O amplo compartilhamento dessas oportunidades sociais possibilitou que o grosso da população participasse diretamente do processo de expansão econômica. (SEN, 2000, p.170).

A população possui um papel fundamental no fortalecimento da responsabilidade social das empresas (OLIVEIRA, 2008), uma vez que seleciona, no ato do consumo, aqueles produtos ou serviços que foram postos à disposição de forma responsável. Segundo Andrew Savitz, a empresa sustentável é aquela que:

[...] conduz seus negócios, de modo a gerar naturalmente um flux de benefícios para todos os seus *stakeholders*, inclusive para empregados, para empregados, para os clientes, para os parceiros de negócios, para as comunidades em que opera e, obviamente, para os acionistas. (SAVITZ, 2007, p.28).

Muhammad Yunus (2008, p.31) fala em responsabilidade social corporativa, ao mencionar as empresas que exercem suas atividades de maneira sustentável, v.g. evitando a venda de bens defeituosos, sem lançar resíduos tóxicos no meio ambiente.

Atenta ainda para que os lucros de uma empresa responsável permaneçam nela mesmo e que essa atuação é uma forma de mudar o panorama empresarial (YUNUS, 2008, p.37), enaltecendo a importância da lucratividade para o seu desempenho normal. Para isso, esclarece que:

Primeiro, a empresa social criada é auto-sustentável. Não há necessidade de se injetar capital adicional nela todos os anos. É uma empresa que caminha, mantém-se e desenvolve-se por si só. Uma vez estabelecida, ela cresce por conta própria. E assim o investidor obtém mais benefícios sociais para seu dinheiro. Segundo, os investidores de uma empresa social recebem seu dinheiro de volta. Depois disso, eles podem reinvestir na empresa original ou em uma empresa social diferente. Assim, o mesmo dinheiro pode trazer mais benefícios sociais. (YUNUS, 2008, p.39).

Robert Reich (2008, p.174), na obra “Supercapitalismo”, faz uma leitura crítica da idéia de responsabilidade social das empresas, na medida em que a identifica com problemas relacionados à democracia, comprando referida atuação com um “algodão-doce”. A transição para o Supercapitalismo se deu a partir do momento em que as grandes empresas se tornaram mais competitivas, globais e inovadoras, passando a interferir nas decisões políticas. Confira-se o referido posicionamento:

A onda de interesse pela ‘responsabilidade social das empresas’ se relaciona com a diminuição da confiança na democracia. Hoje em dia os reformadores não raro afirmam que é mais fácil convencer executivos de empresas do que políticos; também argumentam que podem ser mais eficazes levando grandes empresas a mudar seu estilo tentando alterar políticas públicas. (REICH, 2008, p.174).

As mudanças de paradigmas nas empresas brasileiras são objetos de pesquisas realizadas pela FIESP, demonstrando que há um crescente esforço das empresas na abertura para a coletividade. Porém, conforme tais dados, as empresas ainda não levam em conta em suas estratégias a responsabilidade social, o balanço social ainda não parece estar organicamente inserido em um processo de planejamento estratégico e de desenvolvimento progressivo das práticas de responsabilidade social empresarial.

3 O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

Parte-se do pressuposto de que o consumidor elenca suas preferências e conseqüentemente, suas escolhas através do medidor “função utilidade”, apreendendo-se o seu nível de satisfação. A restrição orçamentária também está presente nessa análise, haja vista que cada consumidor dispõe de determinado montante para alocar na compra de uma “cesta de consumo”. Sobre o assunto, veja-se o que afirma Fábio Ulhôa Coelho:

Nas relações de consumo, a interpretação jurisprudencial das normas jurídico-consumeiristas pode identificar uma margem maior de atuação da autonomia privada, mas permanecerão vigentes normas de coibição a práticas comerciais abusivas, e assim por diante. O ramo jurídico mais sensível a esse processo de mudanças será, claro, o da disciplina das atividades econômicas. Dependendo das nuances das relações sociais, talvez se inverta a tendência antiprivativista que marcou o pensamento jurídico ao longo do século, e o direito comercial deixe de ser cada vez mais direito econômico. (COELHO, 2006, p.07).

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) define no seu art. 2º que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. No art. 3º, versa que o fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O consumidor contemporâneo é bem-informado, consciente, exigente e está acostumado a solicitar alta qualidade nos serviços que lhe são prestados e produtos oferecidos. Sobre os reflexos do comportamento do consumidor na determinação de atividades de uma empresa, registra-se que:

Esse tipo de comportamento é fruto da mescla de valores sociais aos individuais, acabando por conformá-los, de sorte que as manifestações das partes que levam ao processo decisório refletem muito das instituições e normas sociais que o grupo preza. Preocupadas com a avaliação social das pessoas com quem convive, nem sempre as decisões individuais vão no sentido de maximizar o resultado econômico próprio, o lucro, mas visam muitas vezes, a maximizar ou a não diminuir a estima que os membros da comunidade conferem ou estendem aquele agente. (SZTAJN, 2004, p.15).

Paulo Sandroni (2008, p. 182) menciona a “soberania do consumidor”, ao afirmar que esta é a peça-chave do mercado, ou seja, identifica o consumidor como um elemento orientador da produção, quantidade. Registra que essa soberania existiria relacionada à concorrência. Fábio Ulhôa Coelho (2006, p.11), raciocinando nesta mesma linha, considera que os principais atores que se relacionam com a atividade empresarial não se encontram no mercado em igualdade de condições, e, assim, a ordem jurídica, reinterpreta o princípio da isonomia, tem criado mecanismos de desigualdade formal entre os agentes econômicos, de modo a atenuar as diferenças sociais.

4 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A teoria Neoclássica estuda a empresa pela tecnologia que utiliza para transformar o trabalho, o capital e os insumos em bens e serviços. A principal função do mercado, neste contexto, é fixar preços, sendo este o principal elemento utilizado pelos agentes econômicos para tomar suas decisões sobre consumo e produção. Por seu turno, a teoria

Neo-institucionalista define as empresas pelas transações que são realizadas no seu interior, sendo o medidor dos feixes de contratos movimentados em determinada atividade o custo relativo de transacionar hierarquicamente, dentro de uma empresa ou por intermédio do mercado.

O mercado, nesta oportunidade, deve ser entendido como uma instituição que facilita as trocas entre os agentes econômicos, reduzindo os custos de busca, informação, negociação, garantia do cumprimento dos contratos. Para Ronald Coase (1988, p.08), para se realizar uma transação mercadológica faz-se necessário descobrir com quem se quer relacionar, informar aos entes com sobre os termos segundo os quais se deseja negociar, redigir um contrato, cujo conteúdo reflete essa vontade e monitorar o seu cumprimento.

Mas o que são custos de transação? Paulo Sandroni apresenta a seguinte definição:

Conceito relacionado com os custos necessários para a realização de contratos de compra e venda de fatores num mercado composto por agentes formalmente independentes. Esses custos são comparados com aqueles necessários à internalização dessas atividades no âmbito da própria empresa e constituem um critério importante na tomada de decisão nas empresas modernas. O conceito tem relevância também nas teorias desenvolvidas por Ronald Coase que, mediante suas formulações, denominadas Teorema de Coase, estabeleceu que as externalidades (economias externas) não determinam uma alocação imperfeita de recursos desde que os custos de transação sejam nulos. (SANDRONI, 2008, p.218).

Embora seja um conceito que comporta as mais variadas visões, pode-se afirmar que os custos de transação são as atividades e custos necessários para a concretização de uma negociação, a saber: a busca pela informação por partes dos agentes econômicos das circunstâncias em que operam; a atividade de negociação, as quais determinarão as verdadeiras intenções dos compradores e vendedores; a realização e a formalização dos contratos de acordo com o Direito vigente, bem como o monitoramento do cumprimento e, por fim, a correta aplicação desses contratos, de forma a garantir a cobrança de indenização por prejuízos às partes que não seguirem as obrigações pactuadas. (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.62). Sobre o assunto, Rachel Sztajn considera que:

As relações são socioeconômicas, devendo-se reconhecer não só a presença da economia, como também o espaço por ela ocupado no desenvolvimento de novas relações, de estruturas sociais, de negócios predispostos para atender às novas exigências das pessoas. (SZTAJN, 2004, p.11).

A teoria dos custos de transação (TCT) trabalha com o conceito de racionalidade limitada ou imperfeita, segundo a qual as pessoas tentam maximizar as suas utilidades, pontuadas pelos limites impostos e pela capacidade de absorver e processar informações. Sobre essa aplicação, Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro asseveram que:

Na TCT, o comportamento humano é marcado pelo oportunismo, definido como uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar. Em especial, o oportunismo pode levar

as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros em benefício próprio. Um agente econômico oportunista só respeita as regras do jogo se isso lhe convier. (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.65).

Assim, a principal meta da Teoria dos Custos de Transação é entender como as leis e o Poder Judiciário vão ser balizadores para uma melhor alocação dos recursos, pois a capacidade de economizar os custos de transação dentro de uma determinada empresa é decisiva para aferir quais operações serão feitas dentro desta ou fora, via mercado.

5 A CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS MODERNAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

O maior interesse do empresariado é maximizar o lucro com uma alocação de recursos eficiente. Para o consumidor é busca do menor preço possível. Nesse sentido, “a competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes.” (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.355). Partindo dessa constatação, as manifestações de mercado podem ser agrupadas em três categorias principais: concorrência, monopólio e oligopólio.

Em primeiro lugar, tem-se que a concorrência é a disputa entre produtores de um mesmo bem ou serviço com vistas a angariar a maior parcela do mercado possível, a disputa que se pauta pelo preço, pela qualidade do produto, pela disponibilidade nos pontos de venda e a imagem de que o produto goza junto aos consumidores; as atividades relacionadas à imagem do produto; a publicidade; a programação visual, *etc.*

O pressuposto para a configuração da concorrência é a existência de grande número de produtores atuando livremente no mercado de um mesmo bem ou serviço, de modo que tanto a oferta quanto a procura se originem em condições de razoável equidade, sem influência ilegítima principalmente sobre o preço do produto. Esta é a concorrência positiva, quando se processa dentro do respeito às regras jurídicas e aos direitos do consumidor, promovendo a qualidade do produto e às vezes influi na baixa dos preços. Além disso, não se deve olvidar o aperfeiçoamento tecnológico e a produtividade, que são incrementados pela concorrência.

A concorrência pode ser: perfeita ou pura, imperfeita ou impura, predatória e monopolista.

A concorrência perfeita, que não existe na prática, é aquela pautada pela enorme quantidade de vendedores, todos em uma mesma condição econômica, a informação para o consumidor é a máxima possível, quanto a preços, condições de pagamento; impossibilidade de qualquer vendedor dominar os mercados. A concorrência imperfeita é aquela que se caracteriza pela possibilidade de os vendedores influenciarem na demanda e nos preços, sendo a situação intermediária entre a concorrência perfeita e o monopólio absoluto. A concorrência predatória é situação na qual as empresas entram em um tipo de concorrência cujo resultado são perdas para o conjunto de concorrentes,

é uma realidade que não tem vida longa, culminando com acordos de não-agressão ou pela falência das empresas mais fracas. A concorrência monopolista se materializa quando duas ou mais empresas com produtos semelhantes, mas que não necessariamente são substitutos uns dos outros, controlam os preços ao congregarem elementos tanto da concorrência perfeita quanto do monopólio.

Por sua vez, o monopólio representa, em poucas palavras, a ausência de concorrência e a existência de um único fornecedor, oportunidade em que o este pode impor qualquer preço a suas mercadorias prevalecendo o que lhe dá maior lucro, tendo em vista a relação entre custo e produção, já que é exclusivo. Paulo Sandroni (2008, p.574) assim define os monopólios: “forma de organização de mercado, nas economias capitalistas, em que uma empresa domina a oferta de determinado produto ou serviço que não tem substituto”.

Já os oligopólios combinam as características do monopólio e da concorrência, onde há poucos fornecedores e cada um detém uma parcela grande do mercado, de forma que qualquer mudança em sua política de vendas afeta a participação de seus concorrentes e os induz a reagir. Paulo Sandroni (2008, p.574) identifica essa realidade com a concorrência imperfeita. É comum a elaboração de um "acordo de cavalheiros", mais conhecido como cartel, de forma que fixam os mesmos preços como se fosse um monopólio, a exemplo do que ocorre com os postos de combustíveis:

Um cartel, simplificado, é um acordo entre empresas participantes de um mesmo mercado para agir conjuntamente com o objetivo de reduzir a concorrência. Quando as empresas formam um cartel, aumentam seu poder de mercado via preço ou via lucro, diminuindo, por outro lado, a eficiência alocativa e o excedente do consumidor. Um cartel é semelhante a uma fusão, mas sem a integração das atividades produtivas, de distribuição ou de marketing das empresas. (PINHEIRO, SADDI, 2008, p.360).

Para Túlio Ascarelli (1952, p.223), “a concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do seu preço de custo”. O principal objetivo da defesa da concorrência é a busca do bem-estar social, “expressão que dá idéia de comodidade, tranquilidade, sossego e segurança pública” (SILVA, 2008, p.202), além de promover benefícios ou utilidades que serão direcionados para o uso e gozo de uma coletividade, sempre respeitando as regras balizadoras do comportamento empresarial.

A Lei nº 8.884/94 regulamenta a defesa da concorrência e estabelece no seu art. 54 a chamada “regra da razão”, segundo a qual a operação é aprovada se o benefício líquido para a sociedade for positivo e reprovada em caso contrário. Confirma-se o texto legal:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Como se vê, existe regulamentação legal que tem a função de coibir práticas mercadológicas que prejudiquem a livre concorrência, sendo a atuação do CADE significativa nesse ponto. As forças do mercado, por vezes, “esquecem” a letra da lei, mas a defesa de uma ordem econômica legítima é o principal alvo.

CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito moldou com suas ferramentas a moderna atividade empresarial, coadunando-a com a proteção do consumidor e a defesa da concorrência, com a finalidade precípua de inserir a atuação do empresariado em um contexto normatizado.

Resta, desta feita, constatado que os postulados da AED são utilizados decisivamente em diversos ramos do Direito e que a moderna atividade das empresas é fortemente influenciada pelo jogo da Economia, na medida em que as diretrizes para a aplicação, formulação e interpretação das normas jurídicas têm por função precípua aumentar o grau de segurança, previsibilidade e eficiência das relações jurídicas.

Assim, as relações entre o Direito e a Economia são cada vez mais estreitas, de modo que a influência é dinâmica e recíproca. As forças do mercado são constantemente balizadas pelas normas jurídicas, que têm como principal papel normatizar e orientar as modernas práticas empresárias, focando principalmente em uma eficiente alocação dos recursos e na proteção do consumidor. Trata-se, portanto, de uma atuação mais funcional e orientada.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do Direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ASCARELLI, Túlio. Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro. **Ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1952.

- COASE, Ronald. **The firm, the market and the Law**. Chicago: University press, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. rev. atual. v. I, São Paulo: Saraiva, 2006.
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.
- GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bolonha: Il mulino, 1976.
- OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen, 1998.
- REICH, Robert. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- SADDI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do século XXI**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. Função social do contrato e direito de empresa. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, v. 44, n. 139, jul./set., 2005, p. 29-49
- _____. ZYBERSZTAJN, Decio. **Direito e economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008.

OS DANOS PROVOCADOS NA ECONOMIA EM VIRTUDE DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: “LAVAGEM” DE DINHEIRO

LOS DAÑOS PROVOCADOS EN LA ECONOMÍA EN VIRTUD DE CRÍMENES PRACTICADOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES: “BLANQUEO”

Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo

RESUMO

Os crimes de “lavagem” de dinheiro, normalmente, são caracterizados por um conjunto de operações, comerciais ou financeiras, as quais incorporam bens ou valores de origem ilícita na economia de um país. O objetivo deste artigo é descrever os danos provocados na economia, bem como uma breve análise econômica do crime de “lavagem” de dinheiro. As fontes bibliográficas foram obtidas em livros e artigos de revistas especializadas. A análise dessas fontes indica a necessidade de o Estado repensar as formas de prevenção e direcionamento de recursos para as políticas de combate a essas atividades ilícitas. Pois, não resta dúvida que o criminoso faz uma análise (custos x benefícios) de sua atividade criminosa. No mesmo sentido, o Estado também tem que fazer a mesma análise (custo x benefício para o combate da atividade criminosa).

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRA-CHAVES: ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA; “LAVAGEM” DE DINHEIRO; DANOS NA ECONOMIA; ANÁLISE ECONÔMICA.

RESUMEN

Los crímenes de blanqueo, normalmente, son caracterizados por un conjunto de operaciones, comerciales o financieras, en las cuales incorporan bienes o valores de origen ilícito en la economía de un país. El objetivo de este artículo es describir los daños provocados en la economía, bien como un breve análisis económico del crimen de blanqueo. Las fuentes bibliográficas fueron obtenidas en libros y artículos de revistas especializadas. El análisis de esas fuentes indica la necesidad de que el Estado repiense las formas de prevención y direccionamiento de recursos para las políticas de combate a esas actividades ilícitas. Pues, no quedan dudas que el criminoso hace un análisis (costos x beneficios) de su actividad criminal. En el mismo sentido, el Estado también tiene que hacer el mismo análisis (costo x beneficio para el combate de la actividad criminal).

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS CLAVE: ORGANIZACIÓN DELICTIVA; BLANQUEO DE CAPITALES; DAÑOS EM LA ECONOMÍA; ANÁLISIS

ECONÓMICA. ORGANIZACIÓN DELICTIVA; BLANQUEO DE CAPITALES; DAÑOS EM LA ECONOMÍA; ANÁLISIS ECONÓMICA.

INTRODUÇÃO

As organizações criminosas espalhadas pelo mundo atuam nos mais variados segmentos e os ilícitos penais cometidos variam desde comercialização de drogas, armas, exploração de jogos de azar, pornografia até prostituição. Nesse rol de atividades ilícitas está inclusa a “lavagem” de dinheiro, capaz de movimentar bilhões de dólares diariamente no mercado financeiro internacional.

Atividades ilícitas, como a “lavagem” de dinheiro, exigem a existência de informações atualizadas e pessoal estrategicamente organizado para idealizar e executar os ilícitos de modo a não levantar suspeitas das autoridades competentes, transformando o lucro ilícito em lícito, reaplicando-o novamente na atividade ilegal como um círculo vicioso.

Combater e reprimir as atividades ilegais do crime organizado tem sido uma luta global e constante, principalmente a partir de acordos de ajuda mútua firmados entre os países. Hoje, estes já contam com troca de informações entre si e com entidades financeiras internacionais, mas o caminho a ser percorrido ainda é muito longo e está apenas no começo.

Tendo em vista esses fatos, este estudo tem como objetivo descrever os danos provocados na economia, bem como fazer uma breve análise econômica do crime de “lavagem” de dinheiro.

CRIME ORGANIZADO E DELINQUENCIA ECONÔMICA

“A primeira idéia que surge quando se fala em crime organizado, são as facções criminosas dentro dos presídios, com estatuto próprio, compartimentação e hierarquia” (GOMES, R., 2008, p. 1). De fato em parte assiste razão ao autor, pois basta ligar o aparelho de televisão, ou abrir um jornal, para logo se deparar com notícias sobre os mais variados tipos de delitos praticados por essas facções tidas como organizações criminosas, [Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho], entre outras. Certo é que o crime organizado tem diversas faces, e nem sempre a organização criminosa se encontra dentro dos presídios, hoje ela ultrapassa as fronteiras.

A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, em seu artigo 2, traz a seguinte terminologia:

a) “Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (BRASIL, 2004).

O Brasil, ainda não tem uma definição clara do que vem a ser crime organizado, existe um Projeto de Lei do Senado n. 150, de 2006, que define o crime organizado e os instrumentos legais para combatê-lo (ICASSATTI, 2009). Projeto esse que deverá

adequar a legislação brasileira ao texto da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional.

Lherena (2001 apud MONTOYA, 2007, p. 187) diz que há necessidade de diferenciar crime organizado da chamada “delinquência econômica” explicando o seguinte:

No caso do crime econômico organizado, o dano à economia formal ou legal é resultado de atos deliberados, cometidos sistematicamente por grupos de delinquentes organizados que agem de modo permanente e que alteram o mercado com manifestações de violência.

Por sua vez, o crime organizado possui características transnacionais, podendo ser dividido em duas modalidades. A primeira diz respeito ao modelo mafioso de caráter internacional, que constitui basicamente o poder hierárquico hereditário, controle social, conexão com poderes constituídos, rede parasitária de intermediação. A segunda tem dimensão regional, possuindo as mesmas características hierárquicas, igualmente mantém vínculos com a população por meio de favores e/ou proteções prestadas, funcionando como um modelo empresarial, no qual cada um dos integrantes possui uma atividade previamente definida com o objetivo principal de lucratividade máxima para a organização, praticam igualmente os mais variados tipos de crimes com o objetivo de gerar lucros. Com relação ao Estado, a organização criminosa mantém uma relação de simbiose – caracterizada na forma de corrupção política e policial – para que obtenha influência em locais determinados, corrompendo o aparelho repressivo, acarretando enormes danos sociais.

Toda essa infra-estrutura montada pelas organizações criminosas possibilita a prática de inúmeras atividades ilícitas tais como: jogos ilegais, prostituição, venda de “proteção”, empréstimos usurários, drogas, pornografia infantil, bens oriundos de crimes, extorsão, aquisição e/ou constituição de empresas legítimas para “lavar dinheiro”, criminalidade corporativa, crimes do “colarinho branco”, abertura de firmas fictícias, enriquecimento ilícito, grupos de extermínio formados por agentes das forças da ordem, corrupção de agentes e servidores públicos, financiamento de campanhas políticas, entre outras.

A existência dessas atividades decorre não só de uma necessidade escassa do indivíduo, mas muito mais por ganância, e é aí que o crime organizado cria condições para disponibilizar para o consumidor todo produto ou serviço proibido legalmente de ser comercializado. Com isso, gera riquezas ilícitas para a organização e desestrutura o controle repressivo do Estado.

Esse tipo de criminalidade, normalmente, tem preferência por paraísos fiscais para “lavar” o dinheiro “sujo” conseguido com a atividade criminosa, e essa preferência se dá em virtude de que, além de oferecerem altas vantagens tributárias, oferecem ainda um alto padrão de sigilo e desregulamentação, facilitando assim a prática da ocultação do patrimônio obtido ilicitamente.

E como o Brasil é geograficamente cercado por países produtores de droga, também se tornou um lugar propício para abrigar esse tipo de delinquência econômica, ainda mais em virtude de possuir um sistema financeiro bem desenvolvido, embora tenha muito ainda a caminhar no que diz respeito à identidade dos usuários e ao controle das operações financeiras, e outros.

Em função desses fatores, surgiu à necessidade premente de se criar uma tipificação para a “lavagem” de dinheiro cuja definição determinaria a extensão e os limites desses delitos, pois havia prática comprovada dessa modalidade criminosa e seu crescimento era rápido no país, causando efeitos lesivos à área econômica nacional e transnacional, e colocando em risco o equilíbrio, a paz e a segurança da ordem social. Surgiu então, a Lei n. 9.613, em 3 de março de 1998.

O CONCEITO DE “LAVAGEM DE DINHEIRO”

Deve-se ter em conta que essa modalidade criminosa é muito recente, Aránguez Sánchez (2000, p. 21) assenta que:

El blanqueo de capitales uma realidade económica relativamente novedosa, no pude hablarse de una terminología universalmente aceptada, aunque existen neologismos em las principales lenguas para referirse a este delito.

Por sua vez, no direito estrangeiro encontram-se diversas denominações para a expressão, “lavagem” de dinheiro tais como: “money laundering”, “riciclaggio del denaro”, “le blanchiment de l’argent”, “geldwache”, “blanqueo de capitales”, “lavado de dinero”, “branqueamento de capitais”.

Barros (2007, p. 92) explica que a “lavagem” de dinheiro:

É o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, “lavagem” de capitais consiste na operação financeira ou na transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultados de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência.

Costa (2001, p. 132) conceitua a “lavagem” de dinheiro, como:

O conjunto de operações financeiras e/ou comerciais que tratam da incorporação, na economia de um Estado de recursos, bens e serviços originados ou ligados a atos ilícitos. É, pois, legitimar produtos de crimes. Do que se vê e como alhures já afirmado, tal prática permite que traficantes, corruptos, entre outros agentes criminosos, continuem suas atividades, pois facilita o seu lucro a referida operação. Requer, portanto, a vigilância necessária das principais instituições vulneráveis à atividade criminosa em tela. Para tal desiderato, essa prática envolve múltiplas transações usadas para ocultar a origem dos ativos financeiros, o que permite o seu uso pelos criminosos sem nenhum comprometimento. Eis, portanto, a base de qualquer operação de “lavagem” de capital: a dissimulação, ou seja, na medida mais rápida possível, o distanciamento do produto do crime que o originou.

Lilley (2001, p. 55), entretanto, considera que a “lavagem” de dinheiro é

O método por meio do qual os recursos provenientes do crime são integrados aos sistemas bancários e ao ambiente de negócios do mundo todo: o dinheiro ‘negro’ é lavado até ficar mais branco que o branco (de onde decorre a esclarecedora

denominação francesa *blanchiment d'argent* – alvejamento do dinheiro). É através deste processo que a identidade do dinheiro sujo, ou seja, a procedência criminosa e a verdadeira identidade dos proprietários desses ativos - é transformada de tal forma que os recursos parecem ter origem em uma fonte legítima. As fortunas criminosamente amealhadas, mantidas em locais e/ou moedas instáveis, são metamorfoseadas em ativos legítimos que passam a ser mantidos em respeitáveis centros financeiros. Dessa forma, as origens dos recursos desaparecem para sempre e os criminosos envolvidos podem colher os frutos de seu (des) honrado esforço. O dinheiro é o sangue vital de todas as atividades criminosas; o processo de “lavagem” pode ser encarado como o coração e os pulmões de todo o sistema, já que permitem que o dinheiro seja depurado e colocado em circulação pelo organismo todo, garantindo assim sua saúde e sobrevivência.

De Carli (2008, p. 116) diz que o crime de “lavagem” de dinheiro é

Um processo de depuração. O crime, muitas vezes, é um negócio – tem objetivo de lucro. O crime econômico certamente deve ser visto assim. Como todo negócio, tem custos. Poderíamos encarar a lavagem de dinheiro como um processo produtivo que se destina a transformar dinheiro “sujo” em dinheiro “limpo”. Os custos dessa produção são as perdas necessárias acima referidas, e que ficam evidentes ao analisar casos concretos (sendo, inclusive, um dos sinais que ajudam a reconhecê-la).

Lavagem de dinheiro, por conseguinte pode ser definida, como a transformação de todos os tipos de recursos, bens e serviços, economicamente valorável, adquiridos por meio de uma atividade criminosa, em recursos, bens e serviços que fiquem de tal forma com aparência lícita que sejam capazes de retornar ao mercado como tendo sido obtidos de forma legítima. E como bem salientado por De Carli (2008, p. 117), “[...] a essência do processo, portanto, é separar o dinheiro de sua fonte (o delito antecedente)”.

A ORDEM SOCIOECONÔMICA COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Embora ainda seja bastante controvertido o conceito de bem jurídico protegido nos crimes de lavagem de dinheiro, a maioria dos autores tem optado por considerá-lo como um delito pluriofensivo, e não há como negar que essa modalidade criminosa afeta sobremaneira a ordem socioeconômica, nesse sentido Oliveira, W. (1998, p. 321) relata que:

Em razão das graves conseqüências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção ECT), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a “segurança da ordem econômico-financeira”. Com a criação de tipos penais especiais direcionados a combater os procedimentos de lavagem de capitais, busca-se fundamentalmente proteger a normalidade do tráfego jurídico no mundo da economia.

Para Zaragoza Aguado (1993 apud ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 92), o delito de lavagem de dinheiro

[...] es um delito pluriofensivo, pero em su opinión los bienes jurídicos que se vem afectados son el ordem socioeconômico, de modo imendiato, y El próprio sistema democrático, de modo indirecto.

Posição esta também defendida por Brandão (2002, p. 21), quando diz que “O branqueamento de capitais em si mesmo, de forma autônoma, é idôneo a produzir efeitos nefastos a nível econômico, político e social”.

No entendimento de Castellar (2004, p. 39), o bem jurídico protegido é supraindividual, pois,

[...] muitos autores consideram que o crime de ‘lavagem de dinheiro’ se insere entre os delitos econômicos, e se inserem na categoria dos chamados interesses coletivos difusos, cuja defesa deve partir da necessidade de proteção à função social, exemplificando: a propriedade (CF, art. 5º, XXII e XIII), a família (CF, 226) e o meio ambiente (CF, 225), e as relações de consumo (CF, art. 5º, XXXXII).

Certamente que essa criminalidade moderna não obtém seus lucros somente com a prática de crimes graves, tais como o tráfico de drogas e armas. Ela pode vir também de outros tipos de crimes, por exemplo, crimes econômicos, que são também capazes de gerar altas somas para as organizações, bem como de atividades tidas como lícitas, mas que de alguma forma fogem ao controle fiscal do Estado.

E não resta dúvida de que uma das distorções econômico-financeiras é ocasionada em parte pelos chamados “narcodólares”, pois os valores conseguidos com a venda dos produtos ilegais, ou de outros crimes, não podem circular livremente pela economia. Assim faz nascer uma economia clandestina, gerando distorções em diversas áreas, tanto na micro quanto na macroeconomia.

Quando os criminosos procuram os paraísos fiscais para aplicação dos ativos ilícitos, o intuito é esconder a verdadeira origem ilícita do dinheiro conseguido com as atividades criminosas. Com isso geram enormes distorções econômicas ao país de origem, uma vez que esse tipo de atividade ou aplicações financeiras de origem ilegal não visa só a lucros (retorno financeiro e/ou aumento de capital), mas também esconder a verdadeira fonte da renda que provém de uma atividade ilícita e fazer com que retornem com a aparência de dinheiro lícito.

Desta forma, todo o dinheiro “sujo”, conseguido, não precisará ser reinvestido em atividades lucrativas, ou no mercado formal que gera crescimento da economia. Por isso, na maioria das vezes, reinvestem esse dinheiro em empresas de fachada que se sustentam por si só, apenas para misturar o dinheiro “sujo” ao dinheiro “limpo”, prejudicando sobremaneira a economia, e em alguns casos a livre concorrência. Isto causa descrédito no mercado financeiro nacional, gera instabilidade monetária, o que provoca efeitos negativos no desenvolvimento da economia interna, levando ao descrédito a Administração Pública. Todavia, quem mais sofre com isso é o setor privado, que tem que arcar com altas taxas tributárias sobre os lucros obtidos com as suas atividades lícitas.

Para os autores que defendem ser a livre concorrência um dos bens jurídicos tutelado pela lei de “lavagem” de dinheiro, está Cordero (1997 apud CASTELLAR, 2004, p. 163).

El intento de alcanzar posiciones monopolísticas en el mercado y de suprimir los competidores son factores potenciales generadores de corrupción, que irá en aumento tanto de la economía como El de La sociedad. [...] lãs organizaciones criminales llegan a emplear hasta um 40% de SUS ganancias em corrupción y subornos. Esta es outra forma de hacerse respectar em el mercado, que alberga um amplio potencial destructivo que, si se generaliza, puede llegar incluso a uma corrupción massiva de La economía a través Del recurso a médios ilícitos, tales como amenazas, lo que supone um peligro adicional derivado Del dinero sucio.

Disto infere-se que as organizações criminosas contam com algumas vantagens sobre o Estado, são elas: a) as facilidades propiciadas pelo sistema financeiro nacional e internacional para a “lavagem” de dinheiro, tendo em vista a multiplicidade de operações que podem ser realizadas para fragmentar o dinheiro de origem ilícita e desviar a atenção dos órgãos fiscalizadores; b) o alto nível de aparatos tecnológicos e de comunicação que facilitam a realização das operações e interligam rapidamente toda a organização criminosa e suas prováveis ramificações no exterior; c) a fácil corruptibilidade da estrutura estatal.

O CRIME E SUAS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS

Nas palavras de Wald (1998), os negócios são a mais nova fronteira da criminalidade planetária. Eles devem ser enfrentados com instrumentos novos que incluam bancos e sociedades financeiras. É preciso criar uma barreira capaz de impedir que o dinheiro mafioso seja “lavado” e aplicado na economia sadia.

Para Mayarin (1996 apud CERVINI, 1998, p. 37):

El primer factor que obstacula La localizacion de los ativos críticos es el crecimiento vertiginoso, durante La dos últimas décadas, Del volumen relativo de La proporción de actividade classificada como sumergida, negra, o fuera de La contabilidad em diversos sectores de lãs economias nacionales. Este segmento comprende El conjunto de actividades econômicas que no encuentran reflejo em lãs estadísticas oficiales.

Salienta Cervini (1998, p. 38) que:

Aunque la economia oculta está alcanzando cotas alarmantes em todos los países, incluso aquellos industrializados, de ningún modo puede admirtisse que constituya solución aceptable para los problemas econômicos de uma sociedade concreta, es más, su crecimiento debe generar legítima inquietude ya que hay logros evolutivos irrenunciables como los relativos a La Seguridade Social, protección del médio ambiente, protección de La salud e integridad personal de los trabajadores etc., objetivos todos que devienen imposibles com um dessrrollo exagerado de La economia oculta [...]. La economia oculta o sumergida impossibilita la tarea pública de La organización de La economia, ya que destruye La fiabilidad de lãs estadísticas sobre ahorro y consumo, actividade produtiva, etc., de ahí que todos los programas político-

econômicos traten de dissuadir El desarrollo de La economia sumergida com distintos médios.

Esse tipo de ação traz enormes prejuízos para o setor econômico-financeiro. Os especialistas no assunto estimam que cerca de US\$ 500 bilhões em “dinheiro sujo” – cerca de 2% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial – transitam anualmente na economia (BRASIL, 2002).

No Relatório de 2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento (2005, p. 254), consta que “Segundo estimativas, a lavagem de dinheiro representa de 2% a 5% do produto interno bruto (PIB) global, cerca de US\$ 1,5 a US\$ 2 trilhões anuais (FMI 2001a)”. E ainda de acordo com o relatório, “[...] se aplicar a mesma metodologia para a America Latina, chega-se a 2,5% a 6,3% do PIB anual da região”.

Apresenta ainda o relatório, as quatro implicações principais ocasionadas pelo delito de lavagem de dinheiro, quais sejam:

a) a distorção econômica, já que os lavadores de dinheiro não estão preocupados com os lucros, mas somente com a ocultação de sua origem ilícita; o que pode prejudicar o desenvolvimento do setor privado, uma vez que misturam dinheiro ilícito com recursos legítimos, e ainda por oferecer produtos a preços inferiores ao custo de fabricação, dificultando a concorrência, gerando efeitos macro-econômicos negativos a longo prazo, bem como instabilidade monetária, gerando distorções nos preços dos ativos e dos produtos básicos, nas taxas de juros, câmbios e dificultando a implementação de políticas econômicas; (USAID, 2003).

b) a integridade financeira e o risco reputacional, em virtude da entrada ou retiradas repentinas de altas somas, o que pode ocasionar até mesmo problemas de liquidez ou corridas bancárias, reduzir oportunidades lícitas, atrair atividades criminosas, atrair efeitos negativos para a economia do país, afetando inclusive a economia global; (Bartlett; Bair, 2003).

c) os recursos do governo, dificulta a arrecadação de impostos por parte do governo em virtude das transações dos lavadores de dinheiro se dar na economia clandestina, o que prejudica os contribuintes honestos, sem falar que desviam recursos públicos em detrimento de aplicações em outras áreas importantes; (Nações Unidas, 1998; James, 2002).

d) as graves repercussões socioeconômicas: a lavagem de dinheiro se não for combatida, permite que prosperem as atividades ilícitas, ocasionando maiores danos sociais, corrupção, custo implícito ou explícito na aplicação das leis, facilita os mercados informais, podendo gerar mais pobreza; aumento de fluxo de dinheiro “sujo para mercados com sistemas financeiros mais débeis, gera efeitos socioeconômicos negativos afetando os mercados emergentes”. (Dowers e Palmreuther, 2003; Dayton, 2002).

Sem falar que esses prejuízos refletem diretamente em todos os setores da economia. Para se ter uma idéia, no Relatório Anual 2006, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) – Unidade de Inteligência Financeira – atua na prevenção e auxilia responsáveis pela persecução criminal, traz um total de 831.374 comunicações de

operações atípicas, nos mais diversos segmentos, quais sejam: bingos, bolsa de mercadorias, cartões de crédito, compra e venda de imóveis, factoring; jóias, pedras e metais preciosos, loterias e sorteios, objetos de arte e antiguidades, transferências de numerários, sistema financeiro (Banco Central do Brasil – BACEN), seguros (Superintendência de Seguros Privados – SUSEP), bolsas (Comissão de Valores Mobiliários – CVM), fundos de pensão (Serviço de Proteção ao Crédito – SPC), operações em espécie, entre outros (BRASIL, 2007). Estes são apenas dados fornecidos por empresas credenciadas no órgão e obrigadas a encaminhar operações tidas como atípicas. Isto, certamente, não define o total definitivo, que deve ser bem mais alarmante, uma vez que a “lavagem” de dinheiro pode também ocorrer em pequenas empresas independentes ou por pessoas que trabalham por conta própria na economia informal ou clandestina.

Conforme tem sido noticiado nos meios de comunicação, são realizadas constantemente diversas operações pela Polícia Federal com o intuito de combater o crime organizado e a prática dos crimes de lavagem de dinheiro, na tentativa de minimizar os prejuízos causados que são devastadores para a saúde socioeconômica do país.

Salienta Brandão (2002, p. 21) que em termos macroeconômicos:

Aponta-se aos movimentos de branqueamento de capitais a irracionalidade que podem introduzir no sistema, pondo em causa as políticas estabelecidas, dando sinais errados aos mercados e decisões e podendo afectar seriamente a estabilidade das vulneráveis economias dos chamados mercados emergentes. [...]. Dados os enormes montantes envolvidos nas operações de reciclagem e a velocidade a que esses valores circulam, este critério de decisão confunde os operadores e pode originar situações de instabilidade monetária pelos efeitos que produz nas taxas de câmbio e de juro.

Só para se ter uma idéia do tamanho dos prejuízos causados pelo crime organizado, recentemente o Ministério Público de Minas Gerais denunciou uma organização criminosa que causou um prejuízo de mais de “R\$ 1 bilhão aos cofres públicos”, por crimes de falsidade ideológica, sonegação fiscal, sonegação de contribuição previdenciária, estelionato, evasão de divisas, manutenção de depósitos não-declarados no exterior e lavagem de dinheiro (OLIVEIRA, M., 2007).

Em outra recente operação da Polícia Federal denominada de “Operação Vulcano”, foi presa uma quadrilha suspeita de crimes de fraudes (exportação fictícia de insumos de cerveja) e de lavagem de dinheiro. Segundo relata a Redação TV Morena (2008), “A Receita Federal estima que os prejuízos causados aos cofres públicos pela quadrilha que fraudava exportação em Mato Grosso do Sul e mais oito Estados chegam a R\$ 600 milhões”.

O Relatório Anual 2007, do COAF, traz ainda várias iniciativas de sucesso na recuperação de ativos, conforme alguns exemplos a seguir:

a) [Operação Hurricane] Em 13 de abril, a Polícia Federal deflagrou a operação no Distrito Federal e nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Bahia. O objetivo era desarticular uma organização criminosa que atuava na exploração do jogo ilegal e cometia crimes contra a administração pública. Foram cumpridos 70 Mandados de Busca e Apreensão e 25 Mandados de Prisão contra chefes de grupos ligados a jogos

ilegais, empresários, advogados, policiais civis e federais, magistrados e um membro do Ministério Público Federal. Dos 25 presos na operação, 14 já haviam sido comunicadas pelo COAF às autoridades competentes, por meio de 7 Relatórios de Inteligência Financeira, no período de 2001 a 2006. Os RIFs encaminhados pelo COAF para a Procuradoria-Geral da República, Ministério Público Federal no Rio de Janeiro e em São Paulo, Ministério Público.

b) Estado do Rio de Janeiro e para o próprio Departamento de Polícia Federal, relacionavam 87 pessoas e um montante de R\$ 217 milhões movimentados no período. Decorrentes da deflagração da operação, ações de gestão do COAF junto às autoridades competentes resultaram no bloqueio de R\$ 3,7 milhões, além de carros, barcos e outros ativos apreendidos pela Polícia durante a operação, avaliados em cerca de R\$ 20 milhões. Após a deflagração da operação, foi encaminhado novo RIF às autoridades contendo 102 envolvidos e movimentações financeiras da ordem de R\$ 75 milhões.

c) A Operação Aquarela, realizada pelo Ministério Público e pela Polícia Civil do Distrito Federal, em junho de 2007, resultou na prisão de 19 pessoas, em São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Paraná, suspeitas de participarem de uma quadrilha que desviava recursos públicos. Dos 19 presos, 8 já haviam constado de RIFs encaminhados pelo COAF ao Ministério Público Federal, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Departamento de Polícia Federal e Polícia Civil do Distrito Federal. No período de julho de 2004 a maio de 2007, foram enviados 7 RIFs às autoridades, contemplando informações acerca de movimentações financeiras no montante aproximado **de R\$ 118 milhões** e relacionando 299 pessoas envolvidas direta ou indiretamente com a referida operação (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

Ainda segundo dados do Relatório Anual 2007, em decorrência das atividades do COAF, o Poder Judiciário realizou os seguintes bloqueios:

No período entre janeiro de 2003 e dezembro de 2007, o Poder Judiciário bloqueou cerca de R\$ 61,6 milhões em contas correntes e previdências privadas pertencentes a pessoas investigadas por crimes de lavagem de dinheiro ou outros crimes conexos (BRASIL, 2008a).

Segundo dados do Departamento do Sistema Penitenciário Federal (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, foram gastos mais de 5 milhões, no ano de 2007, para a manutenção do Sistema Penitenciário Federal, que tem por objetivo custodiar presos de alta periculosidade, bem como desarticular o crime organizado e coibir a ocorrência de rebeliões nos estabelecimentos prisionais estaduais. Esses custos de operacionalização envolvem: material de consumo, material de apoio administrativo, pagamento de atividades de manutenção água, luz, remédios, e outros (BRASIL, 2008b).

E ainda conforme os dados do DEPEN,

[...] um custodiado custa aos cofres públicos da União quase dez salários mínimo/mês, R\$ 4.150,00, e na reportagem do Correio do Estado de Mato Grosso, o Presídio de Campo Grande abriga hoje uma população de aproximadamente 170 internos, e o custo médio mensal está na casa dos R\$ 680 mil mensais (GOMES, T., 2009, p. 14a).

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO CRIMINAL

Para Rodrigues (2007, p. 34), “Os economistas admitem que as pessoas ao fazerem suas escolhas, são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis”. Na mesma linha de raciocínio, o autor explica que:

O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo – benefício torna-se menos atractiva do que se não o é.

“Um dos objetivos da análise econômica é saber porque a lei proíbe certas condutas, trazendo o seguinte exemplo: proíbe-se o furto, para proteger a propriedade privada” (RODRIGUES, 2007, p. 218). Como é cediço, algumas modalidades criminosas geram riqueza ilícita, no exemplo do crime de furto há uma consequente inversão da propriedade, onde o criminoso ganha e a sociedade perde.

Segundo Becker (1968 apud FURTADO, 2007, p. 14), “[...] comete-se um crime se a utilidade esperada do ato criminoso for maior do que a utilidade que se teria se o tempo e os recursos fossem usados em outras atividades”. Continuando ainda na linha de raciocínio, a autora afirma que:

[..] alguns indivíduos se tornam criminosos não por motivos de caráter meramente psicológicos, mas porque o resultado de sua análise econômica de custos e benefícios mostra que o crime é mais vantajoso. Supõe-se que os criminosos potenciais atribuam um valor monetário ao crime e comparam esse valor ao custo monetário envolvido em sua realização [...] (FURTADO, 2007, p. 14).

Não resta dúvida que o criminoso faz essa análise (custos x benefícios) de sua atividade criminosa. No mesmo sentido, o Estado também tem que fazer a mesma análise (custo x benefício para o combate da atividade criminosa). Segundo Guimarães (2008), é

[...] imprescindível que se enalteça a importância atribuída aos custos que podem acarretar a prática de uma conduta tipificada como delituosa. A relação de custo-benefício é, portanto, uma constante a ser levada em consideração tanto pelo indivíduo – potencial infrator –, como pelo Estado, na elaboração e aplicação de políticas criminais.

Pereira e Fernandes (2000 apud BORILLI; SHIKIDA, 2002), ao falarem sobre a economia do crime, destacam as principais correntes de pensamento econômico, quais sejam:

a) uma corrente de origem marxista, que acredita que o aumento da criminalidade, principalmente aquela ligada à prática de crimes lucrativos, está relacionada às características do processo capitalista e é resultado direto das alterações do comportamento empresarial no período pós-industrial;

b) uma segunda corrente sustenta que o aumento da criminalidade está associado a problemas estruturais e conjunturais (altos índices de desemprego e concentração de

renda, baixo nível de escolaridade e renda, descaso nas atividades de policiamento e justiça, etc.); e

c) uma terceira reconhece que a prática de crimes lucrativos é uma atividade ou setor da economia, como qualquer outra atividade econômica tradicional.

Esses exemplos dão conta de que realmente se o criminoso econômico ao fazer essa análise, qual seja, custo x benefício, de sua atividade criminosa, chegará logicamente à conclusão de que quanto maiores forem suas atividades ilícitas, maiores serão seus lucros. E de outro lado, o Estado tem que analisar suas políticas públicas (custo da prevenção x repressão) e o custo da penalidade que será aplicada.

Logicamente que para os criminosos se os lucros superarem a penalidade, então o crime será extremamente compensatório, e como para prevenir o crime tem um alto custo, eles contam com a ineficiência do Estado, para continuarem aferindo lucros ilícitos. Ainda nos dizeres de Rodrigues (2007, p. 219), o combate ao crime:

Tem um custo de oportunidade. Para evitar todos os crimes, teríamos que aplicar parte muito substancial dos recursos da sociedade para esse efeito: teríamos que contratar polícias, treiná-los, dotá-los de meios, colocar sistemas de vigilância por toda a parte, etc. fazê-lo implica não dar outras utilizações aos mesmos recursos: construir hospitais, escolas ou estradas, treinar médicos ou professores, pagar subsídios de doença ou desemprego.

Carvalho (2007) afirma que para fazer uma análise econômica do crime há de se levar em consideração os seguintes dados:

p = probabilidade de o infrator ser punido; Note que p depende dos gastos públicos com prevenção de crime, identificação, indiciamento, julgamento e punição do criminoso;

B = benefício para o infrator;

$E(B)$ = valor esperado do ganho da ação ilegal = $(1 - p) B$;

P = punição, isto é, custo para o infrator.

Segundo a fórmula desse mesmo autor, quanto maior a probabilidade de o infrator ser punido, ou seja, quanto mais o governo investir em políticas de segurança pública, menor será o valor esperado do ganho da ação ilegal. Logicamente, esse valor tem que chegar a 100% de chances de o criminoso ser punido, assim o valor esperado da ação ilegal será igual a zero.

Analogamente, a probabilidade de o criminoso ser preso e condenado (P) e o tamanho ou a severidade da multa ou de outra penalidade mais adequada para delitos mais violentos (f) também são variáveis dependentes que representam o crime. Eide (1997 apud BRENNER, 2003), em estudos realizados na Europa e América do Norte, chegou à conclusão que se houvesse um aumento de 100% de probabilidade de o criminoso ser preso (P), a criminalidade reduziria em torno de 70%, e se houvesse um aumento de 100% no tamanho da pena, (f), seja ela de multa ou de reclusão, a criminalidade reduziria em apenas 40%.

Trazendo os estudos econométricos (regressões múltiplas) de Erling (1997), para a análise econômica dos crimes de “lavagem” de dinheiro, tem-se que, o lavador de dinheiro ao ocultar ou dissimular a origem ou a localização dos bens teme, na realidade, ser preso e condenado: [P=prisão e condenação]; e não em perder os lucros auferidos com a criminalidade: [f= qualidade e quantidade da pena].

Rodrigues (2007, p. 220) compara que os esforços despendidos para a prevenção do crime teriam que ser os mesmos utilizados para analisar as decisões de produção de uma empresa, assim exemplificando:

No exemplo típico da “teoria da produção”, a empresa pretende produzir um determinado produto ou serviço, utilizando como fatores de produção o capital e o trabalho. O problema que se lhe coloca é o de escolher a quantidade a produzir e a combinação ideal daqueles factores de produção para ter o máximo de lucro. Essa escolha é determinada pela ponderação do custo inerente à utilização de cada um dos factores[...] No caso a empresa é substituída pelo Estado. O serviço a produzir é a “prevenção do crime”. [...] os fatores de produção utilizáveis para prevenir o crime são a pena aplicada aos criminosos e a probabilidade de penalização. O problema que se coloca ao Estado é o de determinar o nível de prevenção a produzir e a combinação dos factores a utilizar para maximizar o bem-estar social, tendo em conta que os factores de produção têm custos e que a prevenção do crime gera benefícios.

Portanto, o Estado precisa investir muito mais em política de segurança pública para o combate à criminalidade, partindo do princípio de que não adianta só endurecer a lei, torná-la mais severa, e sim fazer com que as leis já existentes sejam elevadas ao maior nível possível de probabilidade de serem realmente respeitadas. Isso só será possível com mais investimento nas políticas públicas de segurança, para que o cidadão possa chegar à conclusão de que o crime não compensa, pois a probabilidade de ser preso é de 100%.

BREVES CONSIDERAÇÕES

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de fazer um panorama geral dos danos provocados pela criminalidade organizada e dessa prática largamente utilizada, especialmente no que diz respeito ao crime de “lavagem” de dinheiro, que é uma das modalidades criminosas mais praticadas atualmente, nacional e transnacionalmente, e por diferentes camadas da sociedade. Observa-se que é necessária uma análise econômica por parte do Estado para o efetivo combate a essa modalidade criminoso, o custo da prevenção–repressão e o custo da penalidade que será aplicada, pois o criminoso primeiro faz a análise de custo x benefício, ou seja: quanto maiores suas atividades criminosas, maiores serão os seus lucros. Portanto, o Estado tem que repensar em suas políticas de combate à criminalidade, porque não adianta somente criar leis de emergência, leis mais severas, ou aumentar a quantidade das penas. Desses fundamentos, a questão das políticas públicas de combate ao crime tem que ser o fator preponderante, e quanto maior for a probabilidade de o criminoso ser preso, maior serão as chances de serem reduzidas as atividades criminosas. Nesse mister, resta, ao Estado, compreender que possui em mãos excelentes normas punitivas e que, para conseguir o efetivo combate à criminalidade, é preciso investir em políticas de segurança pública, educação da sociedade, no sentido de conhecer e respeitar as leis, comunicação rápida, diminuição da burocracia, fortalecimento das estruturas permanentes. Ao contrário,

ficará a impressão de que trata a criminalidade como uma banalidade, e que o Estado parece ser obsoleto, estagnado e incapaz de punir.

REFERÊNCIAS

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Libertar o crédito: como aprofundar e estabilizar o financiamento bancário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 2. ed. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BORILLI, S. P.; SHIKIDA, P. F. A. Apontamentos acerca das organizações criminosas a partir de um estudo exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz do Iguaçu (PR). *Revista de Ciências Empresariais da UNIPAR*, Umuarama, v. 3, n. 2, p. 191-210, 2002. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/empresarial/article/viewFile/1479/1300>>. Acesso em: 14 jan. 20089.

BRANDÃO, N. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra, 2002.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de atividades 2007*. Brasília, 2008a. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/relatorios-coaf/RelatorioAtividades2007.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento do Sistema Penitenciário Federal. *Relatório de gestão 2007*. Brasília, 2008b. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ01A851E7PTBRIE.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de atividades 2006*. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/relatorios-coaf/Relatorio%20de%20Atividades%202006.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Cartilha – lavagem de dinheiro – um problema mundial*. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/cartilha.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 17 abr. 2008.

BRENNER, G. A teoria econômica do crime. *Leader*, Porto Alegre, n. 35, fev. 2003. Disponível em: <http://www.revistaleader.com.br/leader/edicao_35/artigo_02.asp>. Acesso em: 28 fev. 2009.

CARVALHO, J. L. *Organização social e violência*. Instituto Liberal, 2007. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/conteudo/download.asp?cdc=1879>>. Acesso em: 28 fev. 2009.

CASTELLAR, J. C. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CERVINI, R. Factores estructurales (economicos y sociales) que facilitam el proceso de lavado de dinero. Necesidad y caracter de la intervencion penal. In: CERVINI, R.; OLIVEIRA, W. T.; GOMES, L. F. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 37-79.

COSTA, H. B. V. Lavagem de dinheiro: lei nº 9.613/98. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 150, p. 121-143, abr./jun. 2001.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

FURTADO, G. M. *Aplicação da economia do crime no Brasil*. 2007. 79 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade Ibmec São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, L. F.; CERVINI, R. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, R. C. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, T. Preso federal custa R\$ 4 mil por mês. *Correio do Estado*, Campo Grande, p. 14a, 18 jan. 2009.

GUIMARÃES, C. A. G. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. *Revista Jurídica Online*, Santiago de Guayaquil, p. 775-802, 2008. Disponível em:

<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b_analise_critica_as_teorias_economicas.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2009.

ICASSATTI, R. *Nova lei de combate ao crime organizado aguarda votação*. Agência Senado, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/Agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=84635&codAplicativo=2>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

LILLEY, P. *Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais*. São Paulo: Futura, 2001.

MONTOYA, M. D. *Máfia e crime organizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, M. C. N. MPF/MG denuncia organização criminosa que causou prejuízo de mais de R\$ 1 bilhão aos cofres públicos. *Notícias do Ministério Público*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/criminal/mpf-mg-denuncia-organizacao-criminosa-que-causou-prejuizo-de-mais-de-um-bilhao-de-reais-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

OLIVEIRA, W. T. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, R.; OLIVEIRA, W. T.; GOMES, L. F. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 314-339.

REDAÇÃO TV MORENA. *Operação Vulcano: fraude causou prejuízo de R\$ 600 milhões*. Campo Grande, 2008. Disponível em: <<http://rmtonline.globo.com/noticias.asp?em=3&n=416017&p=2>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

WALD, A. A legislação sobre “lavagem de dinheiro”. *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 5, 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/146/233>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

O MERCADO E SEUS VÁRIOS SIGNIFICADOS: A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITO E ECONOMIA.

MARKET AND ITS SEVERAL MEANINGS: THE INTERDEPENDENCE BETWEEN LAW AND ECONOMICS

**Michel Pinheiro
Francisco Alexandre de Paiva Forte**

RESUMO

O presente artigo trata da instituição mercado, analisando a evolução conceitual no plano da realidade econômica e da ordem jurídica, a fim de iluminar a compreensão do papel que cabe ao jurista. Longe de alhear-se da realidade econômica o operador do Direito deve ter a exata noção de onde e como pode intervir para orientar as forças econômicas, inseridas dentre os fatores reais de poder, à consecução de objetivos sociais, constitucionalmente impostos, especialmente no tocante aos direitos fundamentais. O conceito de mercado é mais usado entre os economistas, ao passo que nas demais ciências humanas não se tributa a devida atenção a esse conceito, embora o uso do termo também seja freqüente. A institucionalização do mercado não pode desconsiderar o plano do ser (sein), sob pena de a normatização acabar esvaziada e deslegitimada. Nesse sentido, partimos do conceito de mercado como local ao conceito jurídico de mercado. O mercado é indissociável das normas jurídicas, mesmo num contexto normativo aparentemente desregulado, com o mínimo de interferência estatal.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: MERCADO; ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; KARL POLANYI; LIBERDADE ECONÔMICA; INTERVENÇÃO ESTATAL.

ABSTRACT

The present articles treats of the market institution, analyzing conceptual evolution at plane of the economic reality and of legal order aiming to bright understanding of the role that sets the jurist. Far away to be mindlessly of the economic reality law operator must have the exact notion of where and how can to intervene in order to direct economic forces inserted among actual power factors to the obtainment of constitutional imposed social goals relating to fundamental rights (civil rights). The market concept it is more used between economists, while in the other human sciences it is not tributed the due attention to such concept, however its use it is too frequent. The market institutionalization can not disregard the being plane (sein), under penalty of the normatization to end voidadable and delegitimized. In this sense we depart from the concept of market as local to the legal concept. The market it is undissociated of legal norms even at a normative context apparently deregulated with a minimally statal

interference.

KEYWORDS: KEY-WORDS: MARKET; ANALYSIS OF LAW AND ECONOMICS; KARL POLANYI; ECONOMIC FREEDOM; STATAL INTERVENTION.

Introdução

Tomamos como fontes principais as obras de Ferrarese (1992), Torre-Schaub (2002) e Polanyi (2000).

O conceito de mercado, segundo a definição do Aurélio é o “conjunto de atividades de compra e venda de determinado bem ou serviço, em certa região; comércio”.

Assim, a primeira noção de mercado está estreitamente relacionada a um local físico. Entretanto, com a evolução do sistema capitalista, a noção do mercado como local de trocas, embora não tenha sido de todo superada, já não é suficiente para entender a instituição que ora se comporta como algo controlável, ora como uma espécie de ente demiúrgico a determinar as condutas humanas e a ditar o destino de povos e nações.

À exceção de Polanyi poucos autores dedicam uma atenção analítica à noção de mercado. (FERRARESE, *op. cit.*, p. 17), de tal sorte que resulta numa polissemia. A diversidade de significados ocorre também em função das diversas perspectivas disciplinares.

A necessidade e conveniência de uma definição de mercado decorre dos variados mecanismos que o constituem e que reclamam a participação de autoridades, inclusive judiciárias (TORRE-SCHAUB, *op. cit.*, p. 6).

Os mercados têm três funções principais: 1) propiciar o encontro entre vendedores e consumidores; 2) facilitar o intercâmbio de informações, bens, serviços e a contabilização das transações; e 3) estabelecer uma infra-estrutura institucional como um domínio periférico regulativo a fim de tornar eficiente o funcionamento dos mercados. Esta última função diz respeito à área de domínio do direito (HARTERT, 2002, p. 58). A meta do mercado é a alocação eficiente de recursos. O conceito de eficiência diz respeito à obtenção de um resultado desejado pelo menor custo possível (HARRISON, 2003, p. 28).

1. A civilização do século XIX e as origens do mercado

Karl Polanyi (2000, p. 17) em sua obra clássica, a Grande Transformação, começa afirmando que a civilização do século XIX se firmava em quatro instituições: 1) o sistema de equilíbrio de poder entre as Grandes Potências; 2) o padrão internacional do ouro; 3) o mercado auto-regulável; e 4) o estado liberal.

O mercado auto-regulável era a fonte e matriz do sistema, a ponto de as leis do mercado constituírem “a chave para o sistema institucional do século XIX” (*op. cit.*, p. 17).

A tese fundamental de Polanyi na obra em comento é a de que a idéia de um mercado auto-regulável “implicava uma rematada utopia” (p. 18). Não obstante, essa rematada utopia constituía um mecanismo institucional definido que fez da civilização do século XIX singular em relação aos períodos históricos anteriores: ela baseava-se no lucro. E desse motivo ou princípio derivou o sistema de mercado auto-regulável (*op. cit.*, p. 47).

Os preços mundiais das mercadorias “constituíam a realidade principal da vida de milhões de camponeses continentais” (*op. cit.*, p. 33), de modo que os orçamentos, armamentos, comércio exterior, matérias-primas, independência nacional e soberania “eram funções da moeda e do crédito”.

“ A economia de mercado, o livre comércio e o padrão-ouro foram inventos ingleses” (POLANYI, *op. cit.*, p. 47).

Resgatando a história dos cercamentos de terras na Inglaterra, Polanyi afirma que “as leis de mercado só são relevantes no cenário institucional de uma economia de mercado” (*op. cit.*, p. 56), fato que os economistas modernos esqueceram, o que distanciou-os da realidade. A atuação da Coroa foi decisiva para permitir uma transição e reduzir o impacto das novas mudanças, diminuindo o ritmo do processo de desenvolvimento e socorrendo as vítimas.

De acordo com Brennan e Buchanan (2000, p. xvi) a grande descoberta intelectual do século XVIII foi a da ordem espontânea do mercado – onde as regras substituem a moral –, no sentido de que numa estrutura apropriada de regras (leis e instituições, segundo a terminologia de Smith) os indivíduos ao seguirem seus próprios interesses acabam realizando os interesses da coletividade, numa grande rede de coordenação social além dos limites da divisão do trabalho. Tudo quanto é necessário é um contexto constitucional apropriado com regras adequadas. A economia política trata dessa questão de maneira central, muito embora o economista atualmente seja definido como aquele que sabe como o mercado funciona.

Os modelos formais de mercado derivados de exercícios matemáticos dos economistas desconsideram as restrições institucionais, como se fossem totalmente irrelevantes a forma como os indivíduos interagem dentro das estruturas de mercado (BRENNAN E BUCHANAN, 2000, p. 16). Um exemplo comum, segundo Brennan e Buchanan (*op. cit.*, p. 17), podem existir mercados de pesca que funcionam muito bem no qual as forças da demanda e da oferta operam de modo a gerar resultados inteiramente satisfatórios na alocação e distribuição, sob determinados recursos e parâmetros institucionais, ao passo que ante a ausência de direitos de propriedade relacionados à área de pesca provavelmente haveria o fracasso na definição de um conjunto de regras que seriam ideais do ponto de vista normativo.

Num sistema de mercado, diz Polanyi (*op. cit.*, p. 60) “qualquer que seja a verdadeira fonte de renda de uma pessoa, ela deve ser vista como resultante de uma venda”. Eis o significado do termo “sistema de mercado”, o qual se caracteriza ainda pela peculiar exigência de que deva funcionar sem qualquer ingerência externa, de modo que os preços e nada além dos preços livres dirigem a economia. Sendo o mercado “um local de encontro para a finalidade da permuta ou da compra e venda” (POLANYI, *op. cit.*, p. 62 e p. 76).

“A permuta, a barganha e a troca constituem um princípio de comportamento econômico que depende do padrão de mercado para sua efetivação” (POLANYI, 2000, p. 76). Polanyi explica as diferenças entre três tipos de comércio: o do mercado local, como ocorre entre campo e cidade de forma complementar, que não serviu de ponto de partida para os mercados interno e externo; o comércio interno, essencialmente competitivo; e o comércio externo, também complementar, o qual originalmente “sempre esteve ligado à aventura, exploração, caça, pirataria e guerra”, baseando-se muito mais na reciprocidade do que no princípio da permuta que caracteriza o mercado.

O comércio, segundo Polanyi (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, P. 18), é uma função do mercado, onde este é dominante. E o dinheiro é mero símbolo do poder de compra que adquire vida através do “mecanismo dos bancos e das finanças estatais” (POLANYI, 2000, p. 94).

A contribuição de Polanyi no entendimento de Ferrarese (*op. cit.*, p. 34 e ss.) está primeiramente no plano histórico à medida que ele contestou a idéia liberal de que o mercado auto-regulado seria produto de uma evolução espontânea da sociedade. Ao contrário, o *laissez-faire* foi resultado de uma deliberada ação do Estado. Em segundo lugar, a contribuição de Polanyi ocorre no plano ideológico, no ponto em que ele destaca o potencial devorador das relações sociais que o mecanismo de mercado pode desencadear.

Sob uma perspectiva jurídica, Santini (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 70 e ss.) concebe o mercado de forma institucional, como lugar destinado ao comércio institucionalizado mediante uma série de estruturas econômicas, sociais e jurídicas permanentes. Há uma correspondência e intercambialidade entre o mercado como local e o mercado como instituição, esta última entendida como área social circunscrita e com regra, sendo o local concebido como o espaço no qual impera a regra (de mercado). Assim, parte-se da idéia de mercado como espaço físico para a idéia de mercado como espaço social. Do ponto de vista ideológico, o mercado também pode ser significado como expressão da liberdade ou de opressão; assim como pode ser visto como paradigma específico de ação social.

2. Os quatro significados de mercado segundo Ferrarese

Ferrarese (*op. cit.*, p. 20) numa perspectiva analítica aponta a existência de quatro significados de mercado: 1) mercado como local; 2) mercado como ideologia; 3) mercado como paradigma de ação social; e 4) mercado como instituição. Entretanto, no

plano prático a separação não é absoluta. Na perspectiva sociológica, o mercado caracteriza específica modalidade de ação social. No sentido ideológico, o mercado, como garantia da liberdade, induz a considerar caracteres que se encontram no próprio mercado como paradigma de ação social ou como lugar. Ainda no sentido ideológico, o mercado aponta indiretamente para as ações estruturadas dos indivíduos.

2.1. O mercado como local

Ferrarese (*op. cit.*, p. 21) observa inicialmente o paradoxal desenvolvimento da história do mercado. À identificação do mercado como lugar corresponde também uma impossibilidade de identificação espacial do mercado. Este é concebido como cidade imaginária onde está presente a propriedade privada, a concorrência, a tendência à maximização da utilidade, etc. (p. 21).

O mercado pode ser um lugar fisicamente determinado ou um lugar ideal, simbólico, uma área da vida social dedicada às trocas e transações econômicas.

W. Neale (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 19) concebe o mercado como lugar onde dois grupos de sujeitos se encontram para a troca de bens.

Nesse sentido, Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 3) faz referência a definições de mercado como lugar teórico, abstrato, em vez de um lugar preciso onde se cruza a oferta e a procura. Ainda pode ser entendido como o conjunto das operações econômicas e igualmente como um modelo de trocas.

As feiras medievais constituem as primeiras formas de localização física do mercado. Com o desenvolvimento, a identidade de lugar cedeu a uma identidade periódica, de tempo. Nas sociedades antigas os pequenos mercados locais apresentavam um caráter acessório em relação à rede de relações sociais existentes (FERRARESE, *op. cit.*, p. 22).

Weber (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 23) identifica na estabilidade do mercado um dos traços característicos do nascimento das cidades. E mais importante é que a cidade exprime uma política econômica cidadina, fixando através da regulamentação as condições da economia local, tornando mais estreita a ligação entre lugar e atividade econômica.

Polanyi (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 80), analisando a relação existente entre desenvolvimento da civilidade urbana e o desenvolvimento do mercado, observa que a espacialidade do mercado tendia a ser contida e represada nos confins urbanos em virtude de um desenvolvimento paradoxal, de modo que a cidade, sendo originada do mercado era também o meio de impedir a sua expansão.

De acordo com Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 3) o mercado na visão da escola neoclássica é tido como lugar teórico de cruzamento e adequação da oferta e da procura, bem como uma rede relações entre agentes econômicos que estão em estreita comunicação. Ante a

idéia do mercado natural a escola neoclássica propõe uma teoria do mercado baseada no preço justo e equilibrado. Para Jevons, citado por Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 3), o mercado envolve todo grupo de pessoas que estão em estreitas relações de negócios e efetuam importantes transações em torno de um produto. É assim, diz Torre-Schaub, que do fim do século XVIII em diante, consolida-se o ideário liberal e passamos de uma definição concreta de mercado para uma definição cada vez mais abstrata, onde o mercado torna-se uma idéia, uma lógica que “reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos” (*op. cit.*, p. 3-4).

No século XX o mercado ultrapassa as fronteiras da Economia com a institucionalização de transferências sociais na ordem da economia. O projeto intelectual do mercado torna-se mais abstrato e requer a intervenção do direito para estabelecer a liberdade e sua regulamentação simultânea. A regulamentação requerida ultrapassa as relações de produtores/comerciantes, consumidores e municipalidades. A liberdade de comércio encontra na livre concorrência a sua expressão mais eficaz (TORRE-SCHAUB, *op. cit.*, p. 4). A partir daí o conceito de mercado no pensamento liberal ultrapassa o discurso da comercialidade e transforma-se num jogo político, calcado numa construção racional, política e jurídica da livre concorrência. Entretanto, não parece nada original, sob um ponto de vista construtivista, considerar o mercado como fruto de uma ação voluntária. Colbert, segundo Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 4), já definia o mercado como um espaço unificado organizado pelo Rei. Na concepção liberal, por outro lado, o mercado se destaca da feira, sua referência institucional, e passa a existir por si mesmo onde a concorrência entre comerciantes se manifesta ao lado das regulações, do poder de polícia, para coibir os abusos. O comércio é exercido nos pontos mais diversos, em mercados dispersos, mas que respondem ao mesmo funcionamento: “concorrência, liberdade e diversidade” (TORRE-SCHAUB, *op. cit.*, p. 5).

A tese de Polanyi é que ao fim do período marcado pelo nascimento do mercado auto-regulado da época liberal, todas as formas de mercado conhecidas mantiveram um caráter de importância secundária na vida econômica, sendo muito mais um lugar de expressão e de potencialidade da lógica social existente em vez de uma autonomia da vida econômica que tendia a invadir e influenciar a esfera das relações sociais (FERRARESE, *op. cit.*, p. 24).

Na visão de Polanyi o mercado sai de uma importância secundária para tornar-se num mecanismo que acaba por condicionar e tornar-se perversivo à lógica de funcionamento das relações sociais (FERRARESE, *op. cit.*, p. 24). A mesma compreensão é esposada por Walzer (2003, p. 487).

A institucionalização do mercado corresponde a um processo de desenraizamento do mercado de uma localidade física e de sua crescente influência no espaço das relações sociais, acabando por constituir-se como espaço autônomo relacional, dotado de regras e características próprias (FERRARESE, *op. cit.*, p. 25).

A antropologia econômica cunhou o termo “diáspora comercial” para o comércio intercultural e às instituições relativas no âmbito das sociedades tradicionais. Polanyi estabelece como ponto de partida do revés do mercado o comércio de longa distância, resultado da localização geográfica dos bens e da divisão do trabalho.

A tendência do mercado de dissorciar-se de um lugar físico é acompanhada paradoxalmente da progressiva constituição da cidade (ou de bairros) dedicada exclusivamente a atividades econômicas. Ressalte-se que, como recorda Weber (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 25 e ss.), uma parte predominante dos bens das empresas circula em lugares diversos daquele em que a empresa tem sede.

A significação do mercado como “não-lugar” encontra um epílogo significativo próprio na realidade atual do mercado dito glogal, que representa o grau extremo de dispersão da localização física do mercado. O mercado financeiro internacional é o caso mais evidente de perda de importância da espacialidade do mercado ante o fluxo de informações econômicas, cuja rede representa um mercado sem pátria. (FERRARESE, *op. cit.*, p. 30).

Montesquieu, segundo Ferrarese (*op. cit.*, p. 25 e ss.) entendia que a riqueza, sobretudo a mobiliária, pertencia a todo o mundo e não apenas a um Estado particular. Hayek, por sua vez, também citado por Ferrarese (*op. cit.*, p. 25-29; e 68-69) fala da Grande sociedade a congregar todos os homens em face da interdependência.

É crescente a relevância simbólica da sociedade que condiciona e informa um número sempre mais relevante de ações sociais. Os locais físicos não passam de terminais de uma rede de relações e de informações do tamanho do mundo inteiro (FERRARESE, *op. cit.*, p. 29)

2.2. O mercado como ideologia

Caracterizada por uma certa tendência de absolutização do mercado, Weber (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 31) definiu a liberdade de mercado como “o grau de autonomia dos indivíduos participantes do comércio na sua luta de preço e de concorrência”. Em suma, o *laissez-faire* traduz bem o conceito de mercado como ideologia, à medida que ao indivíduo é dado o arbítrio de seus interesses econômicos, tanto quanto de sua consciência religiosa.

Friedman (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 34) postula uma dura separação entre os aspectos científicos e os não-científicos da análise econômica. O mercado livre funciona para os indivíduos como um mecanismo onde a unanimidade é sempre possível porque toda pessoa pode escolher livremente.

A liberdade é funcional à realização dos escopos econômicos do mercado. Smith considerava a liberdade imprescindível a fim de que o preço de mercado correspondesse ao preço natural (FERRARESE, *op. cit.*, p. 32).

O mercado assume um caráter constitucional na defesa da liberdade pessoal, valorizando a igualdade filosófica sem qualquer consideração das circunstâncias particulares. O aspecto político da liberdade de mercado está em encarar o indivíduo como protagonista e medida do mercado, sob as seguintes variantes: 1) comportamento dos atores sobre o mercado em termos de racionalidade; e 2) espontaneísmo das

relações de mercado numa perspectiva evolucionista. Nesse ideário liberal clássico cada qual é o guardião da própria saúde, seja física, seja mental e espiritual. Os indivíduos buscam as próprias conveniências e interesses. (FERRARESE, *op. cit.*, p. 34). Ferrarese aponta a retórica da onisciência do consumidor que identifica a liberdade com o mercado (FERRARESE, *op. cit.*, p. 20 e ss.). Aliás, nesse ponto lembramos de um episódio que aconteceu com o autor deste artigo durante a campanha política do Referendo do Desarmamento. Na calçada de um *shopping* de Fortaleza o autor distribuía alguns panfletos – e pouco importa se contra ou a favor do desarmamento – quando foi abordado pelos seguranças. Mesmo diante das explicações de que se tratava de matéria absolutamente estranho ao comércio e de algo legítimo, além disso, fora das dependências do *shopping*, o autor teve que retirar-se para não ser levado preso. De modo que o mercado, localizado no *shopping*, ao menos simbolicamente, não compactua com manifestação política nem na calçada que se diz pública. A liberdade é apenas a de consumir.

A assimilação do mercado à arena política, na qual o consumidor teoricamente é detentor de poder, segundo Ferrarese (*op. cit.*, p. 33 e ss.), pode ser exemplificada com a máxima “um dólar, um voto”.

Marx, a seu turno, destacou a desigualdade como limite à liberdade de mercado e apontou que esta última acaba por colocar a dignidade pessoal como simples valor de troca, expondo os sujeitos ao desfrute e não à liberdade (FERRARESE, *op. cit.*, p. 34 e ss.).

A idealização do mercado como coexistência pacífica entre liberdade e uma subvalorização do aspecto conflitual que incide no mercado é também uma forma de absolutização da liberdade de mercado. A concorrência é expressão de uma tensão institucional entre liberdade e conflito. Weber concebe a concorrência como luta pacífica. A concepção weberiana de concorrência remete o mercado aos seus aspectos conflituais, que reclama uma regulação para garantir o normal funcionamento das relações de mercado. A redução do conflito a forma pacífica requer uma constrição do âmbito de liberdade, sob forma de regulamentação no interesse mesmo de funcionamento do mercado. Eis o papel desempenhado pelo contrato. Não por acaso Buchanan (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 40) chegou a dizer que a economia mais do que uma ciência da escolha é a ciência do contrato.

Macpherson (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 41 e ss.) critica a hipótese de que a liberdade seja o ingrediente fundamental do mercado. Ele observa o exasperado conflito entre poderes individuais que resulta na concorrência. A mercantilização infinita e o conflito institucionalizado são as marcas da ideologia oposta ao mercado livre.

Um aspecto importante da ideologia do mercado é a relação entre liberdade de mercado e democracia. Os teóricos da democracia, segundo Ferrarese (*op. cit.*, p. 43) são propensos a supor que a liberdade de mercado não deve ser absoluta e que os conflitos possam determinar-se entre mercado livre e processo político.

A tendência da força econômica a alimentar a idéia de um nexos inscindível entre o papel do desenvolvimento do mercado e a preservação da liberdade constitui uma prova da circularidade da poliarquia, fazendo coincidir os objetivos da classe política e os

objetivos do empresariado, o que torna vã o funcionamento da poliarquia sob base exclusivamente política (FERRARESE, *op. cit.*, p. 44).

Robert Dahl, segundo Ferrarese (*op. cit.*, p. 44) destaca a potencial contradição entre a razão da propriedade e a razão da democracia. Do ponto de vista liberal a liberdade econômica tem um valor intrínseco que não pode ser manipulada pela política (*op. cit.*, p. 45).

Friedman, colocando a liberdade econômica como integrante da liberdade, sublinha que ela é um fim em si mesma, além de ser um meio indispensável para a realização da liberdade política. Assim, resolve-se a questão da interdependência entre democracia e liberdade de mercado, a favor desta última (FERRARESE, *op. cit.*, p. 45).

Montesquieu, ainda que de maneira estática, vislumbrou um balanceamento entre economia e política. Numa visão mais moderna pode-se entender o mercado e a política como parceiros, de sorte que o balanceamento pode fornecer um corretivo à visão ideológica do mercado (FERRARESE, *op. cit.*, p. 46-47).

2.2. O mercado como paradigma de ação social

Sob tal significado sobressai o caráter individualístico da ação social, considerando o indivíduo como a medida da ação social típica do mercado. Nesse sentido constata-se o favorecimento do individualismo metodológico. A abordagem liberal que considera os sujeitos como capazes de um perfeito cálculo da própria utilidade baseia-se na convenção de uma perfeita racionalidade. Nesse sentido Pareto sustenta que a única norma escolhida pela economia pura seria a satisfação do indivíduo, sendo ele o único juiz (FERRARESE, *op. cit.*, p. 48-49).

Entretanto o modelo da racionalidade absoluta não é o único. Hayek desenvolve a idéia de uma racionalidade orgânica, que seria produto não planejado dos sujeitos econômicos singulares. Outros como Simon, preferem adotar o modelo da racionalidade limitada no qual os atores atuam sob a ilusão de comportarem-se racionalmente, mas só limitadamente alcançam uma situação de racionalidade (FERRARESE, *op. cit.*, p. 49). E Knight defende que a complexidade dos fenômenos econômicos impede que os atores econômicos atuem sob uma idéia simplista de uma racionalidade perfeita (FERRARESE, *op. cit.*, p. 51).

Williamson, com seu neo-institucionalismo econômico entende que a racionalidade limitada permite conciliar a intenção de racionalidade dos sujeitos com os limites inevitáveis da racionalidade. Os cálculos de conveniência feitos pelos atores do mercado acabam sendo falácias porque não levam em conta – como faz apropriadamente R. Coase (1994, p. 10-11) – os custos ulteriores, tais como a exequibilidade de um contrato ou a efetivação do direito de propriedade (FERRARESE, *op. cit.*, p. 50).

As características das ações sociais no âmbito do mercado são basicamente as seguintes: 1) interdependência das relações de mercado; 2) competitividade, como consequência

do caráter aberto do mercado (FERRARESE, *op. cit.*, p. 56), a qual consiste num mecanismo refreador da subjetividade, corrigindo-a com uma dimensão de caráter social estampada na substituibilidade das pessoas e na precariedade e mutabilidade das situações; e 3) a previsibilidade.

De acordo com Ferrarese (*op. cit.*, p. 56) Schumpeter chega a destacar a permanente ameaça da concorrência ainda que o mercado pareça sujeito a um feitiço monopolístico ou oligopolístico. Hirsch (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 63) considera que o consumo diante do crescimento da economia acaba respondendo a uma lógica incontrolável na perspectiva do indivíduo. E Polanyi[1] afirma que o desenvolvimento tecnológico nascido da iniciativa individual, tornou-se uma autônoma fonte de organização social capaz de colocar em risco a própria liberdade.

Por outro lado a competitividade é um reflexo da liberdade de mercado. A concorrência do mercado é parte da ideologia do mercado livre, seja como salvaguarda contra o risco de jogos de maioria contra minorias débeis, seja enquanto consequência da liberdade (FERRARESE, *op. cit.*, p. 56).

Acerca do caráter da previsibilidade, esta representa paradoxalmente a outra face da liberdade de mercado. É o que implica no automatismo do mercado, a mão invisível (FERRARESE, *op. cit.*, p. 58-59).

A visão do mercado de Hayek desloca-se da fé otimista na plena racionalidade dos sujeitos e abre-se à perspectiva do risco e da incerteza (p. 60), de sorte que o equilíbrio do mercado coincide com uma situação de previsibilidade do comportamento (p. 61). Deparamo-nos com um paradoxo do mercado, uma vez que este é “um universo extremamente móvel, frequentado por atores sujeitos à incerteza”, e não obstante revela uma inesperada capacidade de orientação do comportamento (p. 61). Mas, como observa Durkheim (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 66), em que pese o comportamento egoístico e conflitual ter como resultado a cooperação, esta não significa necessariamente solidariedade. O dinheiro, observam Simmel e Weber (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 67), despersonaliza as relações sociais, de sorte que o mercado minimiza a necessidade de recorrer às restrições éticas internas e/ou jurídico-políticas externas impostas ao comportamento humano (BUCHANAN)[2].

De todo modo, a característica marcante do mercado sob um perfil social está na estrutura de descentralização, promovendo flexibilidade e diversificação dos comportamentos (FERRARESE, *op. cit.*, p. 68). É Weber (1994, p. 420) ainda quem vai dizer no capítulo inacabado sobre o mercado que quando este é deixado “à sua legalidade intrínseca, leva apenas em consideração a coisa, não a pessoa, inexistindo para ele deveres de fraternidade e devoção ou qualquer das relações originárias sustentadas pelas comunidades pessoais”.

2.3. O mercado como instituição

Os mercados são instituições que têm por objetivo reduzir os custos de transação das trocas, facilitando-as (COASE, 1994, p. 7).

Para as ciências sociais a instituição é um modelo complexo de comportamento, compreendendo normas e papéis respectivos, dotado de alta regularidade e submetido a uma difusa aceitação social (FERRARESE, *op. cit.*, p. 61). Desse modo, a significação do mercado como instituição implica em atribuir-lhe um elevado valor tanto de regulador do comportamento quanto de expectativas de comportamentos. A sociedade de mercado, para além da alocação de recursos, pressupõe uma eficaz organização das relações sociais a partir do mercado (p. 61).

Sob uma perspectiva evolucionista a institucionalização do mercado aparece caracterizada na sociedade moderna com o elemento contratual (p. 62), constituindo o motor essencial do mercado como instituição na perspectiva traçada por Polanyi que, segundo Ferrarese (*op. cit.*, p. 62), é o autor que mais insiste no aspecto institucional do mercado, como modo fundamental de regulação da sociedade ao lado da reciprocidade (típica da sociedade tradicional) e da redistribuição (própria da política).

Para outros autores, segundo Ferrarese (*op. cit.*, p. 62) a institucionalidade do mercado limita a subjetividade dos atores e se traduz em uma poderosa estrutura de conformação dos comportamentos. O mercado apresentaria ainda a “dimensão e aparência da subjetividade, compreendida como capacidade de escolha, liberdade de ação, afirmação do gosto, etc” (FERRARESE, *op. cit.*, p. 62-63).

Em Marx um certo determinismo econômico estrutural torna possível a modificação e limitação da subjetividade (FERRARESE, *op. cit.*, p. 63). Hirsch, por sua vez, também citado por Ferrarese (*op. cit.*, p. 63) anota que à medida que a economia cresce o consumo acaba por responder a uma lógica social que o indivíduo não tem como controlar (p. 63).

O desenvolvimento tecnológico, nascido da iniciativa individual, tornou-se uma autônoma fonte de organização social capaz de colocar em risco a própria liberdade, segundo Polanyi, citado por Ferrarese (*op. cit.*, p. 63).

Assim como a política assimilou elementos do mercado, o mercado adquiriu “uma capacidade de planificação que tradicionalmente pertencia à política e os grandes grupos econômicos se configuram como estruturas de ‘governo privado’ da sociedade” (FERRARESE, *op. cit.*, p. 64).

O mercado como instituição parece caracterizar-se como uma específica capacidade de fazer coexistente a dimensão subjetiva (que respeita a escolha individual) e a dimensão objetiva (não controlável pelo indivíduo). Assim, a estrutura de funcionamento do mercado não corresponde a uma somatória de comportamentos econômicos independentes (FERRARESE, *op. cit.*, p. 64).

Constata-se no mercado uma não coincidência entre intencionalidade dos sujeitos e objetividade dos resultados. Ainda que os atores se comportem de maneira reciprocamente egoística e conflitual o resultado é uma cooperação socialmente útil na

visão de Durkheim. Mas, cooperação não se confunde como solidariedade (FERRARESE, *op. cit.*, p. 66).

Na compreensão de Simmel o comércio mediante o dinheiro torna-se o instrumento de objetivação da realidade e ajuda as relações sociais a perderem o componente personalístico (FERRARESE, *op. cit.*, p. 67).

As fronteiras do mercado jamais foram definidas claramente. O regime de mercado fundado sobre o modelo da livre concorrência parece preceder a definição mesma de seu objeto. A natureza do mercado não é evidente nem estável. O mercado é mais do que um lugar de reencontro e de trocas, de oferta, de demanda, dos atores, dos comerciantes, dos objetos. O regime de mercado tende a extrapolar as fronteiras do direito econômico (TORRE-SCHAUB, *op. cit.*).

A fratura entre o mercado e a pessoa é maior do que a que existe entre o mercado e o Estado. “O comércio abre a porta à patrimonialização da pessoa” (TORRE-SCHAUB, *op. cit.*, p. 12). É preciso, portanto, ficar atento às interferências do mercado sobre os direitos da pessoa. Em que pese o caráter merceológico da sociedade capitalista, por outro lado, é inegável que o mercado incorporou outros critérios de caráter ético e político, como diz Ferrarese (*op. cit.*, p. 74).

3. O conceito jurídico de mercado

Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 1) afirma que a onipresença de práticas de mercado nas sociedades contemporâneas favorece o desenvolvimento de ideologias que consideram os sistemas de troca como fenômenos naturais ou espontâneos. A mão invisível é uma possante metáfora representativa do caráter espontâneo e bem sucedido do regime de trocas em contrapartida ao processo de institucionalização. É mesmo impensável um mercado que tenha sido formado à margem da elaboração jurídica de nossas sociedades. O mercado é indissociável das normas jurídicas, ainda que não tenha sido integrado de forma evidente pelo direito, uma vez que não reproduz com exatidão o sistema de mercado liberal. A autora chama a atenção para a transversalidade da categoria mercado, de sorte que a dialética permanente entre o direito e a economia “permite aferir a autonomia jurídica” (*op. cit.*, p. 3) dessa categoria.

Torre-Schaub, diferentemente de Ferrarese (*op. cit.*), cuida mais da elaboração jurídica do conceito de mercado, destacando as diferentes definições de mercado, a evolução do mercado e as conexões indissolúveis entre o mercado e a livre concorrência. Do ponto de vista jurídico, a definição mais frequente, segundo a mesma autora é a de mercado como local onde se efetuam as vendas de mercadorias; o mercado como conjunto de contratos, de convenções e de transações relativas aos bens e às operações dadas. Para M. Lyon-Caen, citado por Torre-Schaub (*op. cit.*, p.8), o mercado é uma utopia, um projeto político, mas também um “objeto jurídico” a ser construído pelo direito, de sorte que há uma intercambialidade constante entre direito e economia. E o núcleo do direito econômico concerne às regras de regulação da concorrência.

O modelo concorrencial de mercado é o preferido dos economistas. E vários são os modelos concorrenciais possíveis, o que fornece uma pista à fronteira entre a economia e o direito, diz Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 5). O econômico e o jurídico formam um todo: a categoria do mercado, dotada do regime de concorrência. “O mercado construído pelo direito da concorrência se apresenta como um conjunto de objetivos que nos remete ao modelo concorrencial, firmando-se desta forma sobre si mesmo” (TORRE-SCHAUB, *op. cit.*, p. 5).

Joseph William Singer (2008, p. 4) afirma que a regulação é apenas outra palavra para o princípio da legalidade, a “*rule of law*”. E sem lei o “livre mercado” seria substituído pela guerra de todos contra todos. A regulação de mercado na concepção de Max Weber (1994, p. 50) é caracterizada pela situação em que estão “*materialmente* limitadas, por determinadas ordens, a mercabilidade de possíveis objetos de troca e a liberdade de mercado para possíveis interessados na troca”. Esse condicionamento do mercado, ainda segundo Weber, pode decorrer de limitações tradicionais da troca, desaprovabilidade social em relação a determinadas mercadorias, de modo jurídico pela normatização da troca ou da liberdade de preços e concorrência, ou de forma voluntária, cujo exemplo mais patente é o da formação de monopólios e oligopólios.

Segundo Weber (1994, p. 225) A extensão dos resultados que podem ser obtidos com a coercibilidade que acompanha a ordem jurídica, especialmente, na área econômica, depende da peculiaridade da própria ação coercitiva. Os limites da capacidade econômica influem decisivamente e a tendência a “desprezar oportunidades econômicas somente para agir conforme as leis é naturalmente pequena, a não ser que uma convenção muito viva desaprove fortemente a evasão do direito formal...” Não raro os agentes econômicos podem inverter o fim pretendido pela prescrição legal, diz Weber.

E sem lei o “livre mercado” seria substituído pela guerra de todos contra todos. A escola democrática do direito de propriedade, segundo Singer (*op. cit.*, p. 48) reconhece que as relações de mercado são legítimas somente quando conformam-se a padrões mínimos de regulação de modo que os indivíduos atuem segundo uma ética comum. A proteção ao consumidor e a legislação anti-truste tem essa finalidade. Os mercados, diz Singer (*op. cit.*, p. 50), na esteira do pensamento de Polanyi e Torre-Schaub, não são estados da natureza[3], mas decorrem das regras legais, a principal delas concernente ao direito de propriedade. “A teoria política suporta a idéia de criar uma democracia que respeita os direitos fundamentais. Esse modelo institucional forma a estrutura básica dentro da qual o mercado pode operar, não o inverso” (SINGER, *op. cit.*, p. 50). E mais adiante diz o mesmo autor que “o caráter qualitativo das relações sociais, mais do que a mera maximização do valor de mercado, deve estar no cerne de nossa preocupação” (*op. cit.*, p. 51)

Max Weber (1996), no seu clássico “A ética protestante e o espírito do capitalismo” afirma que o interesse capitalista contribuiu para preparar o caminho à predominância do direito porque o racionalismo econômico é parcialmente dependente da técnica e do direito racionais. Os fracassos de governos de países pobres em promover uma infraestrutura legal de uma economia capitalista, com um aparato burocrático judicial qualificado, inclusive em termos éticos, capaz de proteger a propriedade e os contratos, explica em grande parte a razão pela qual eles permaneceram pobres (POSNER, 2003, p. 258). Na mesma linha de pensamento Arruñada e Andonova (2005, p. 197) sustentam que a efetiva tutela da liberdade de contratar é requisito para o adequado funcionamento

de uma economia de mercado. A expansão do mercado favorece “a monopolização e regulamentação de todo poder coativo ‘legítimo’ por uma instituição coativa universal” (WEBER, 1994, p. 227). É por isso que a tradição já não encontra a importância que teve em outras épocas e sistemas econômicos, dadas as divergências de interesses entre classes, bem como a velocidade das transações econômicas modernas. O direito é imprescindível ao mercado.

Em consonância com Singer e Weber, Torre-Schaub (*op. cit.*, p. 4) afirma que a idéia construtivista da categoria de mercado, ao afastar a naturalidade do fenômeno de mercado implica numa atuação maior das autoridades e do legislador, ou seja, na participação voluntária ou política.

Gauthier (2003, p. 35) ensina que a função primária do mercado é a troca de propriedade. Ele conceitua o mercado como o “fórum social primário para os membros de uma sociedade de apropriadores”. A organização eficiente do mercado permite aos apropriadores uma reciprocidade nas contratações a fim de maximizar a produção e determinar a alocação de seus bens.

Anthony Giddens (1991, p. 145) observa que a tentativa de regular os mercados no sentido de remover suas características erráticas redundaria num autoritarismo político e na ineficiência econômica. Os mercados restariam submissos ao controle centralizado de “uma agência totalmente abrangente”. Mas, o oposto da regulação, a liberdade sem restrição, implica em grandes disparidades (GIDDENS, *op. cit.*, p. 145-146).

Em termos emancipatórios, diz Giddens (1991, *op. cit.*, p. 145), ir além do capitalismo implicaria a superação das divisões de classe. Ocorre que além das circunstâncias econômicas, “a política da vida” descortina-nos algo além da escassez.

O que Giddens propõe é um sistema pós-escassez. Segundo ele “quando os bens principais da vida já não são mais escassos, os critérios do mercado podem funcionar apenas como dispositivos de sinalização, ao invés de serem também os meios de manutenção da privação em larga escala” (*op. cit.*, p. 146). O autor esclarece que nem todos os recursos são intrinsecamente escassos, de modo que a escassez é relativa “a necessidades socialmente definidas e a estilos de vida específicos” (*op. cit.*, p. 146). Um tal sistema pós-escassez, no entanto, requer uma coordenação mundial, a exemplo do que já ocorre em termos financeiros e corporativos multinacionais.

Os objetivos de justiça e eficiência não são necessariamente incompatíveis (HARRISON, *op. cit.*, p. 310). Uma das possibilidades de compatibilização é através do critério de eficiência de Kaldor-Hicks (HARRISON, *op. cit.*, p. 37-39; POSNER, *op. cit.*, p. 13), o qual consiste em priorizar a escolha que resulte no maior ganho possível para todos, maximizando a riqueza e potencialmente possibilitando a compensação daqueles que estão em condições piores à medida que os que estão em posição vantajosa melhorem mais ainda, de modo que, em vez do empobrecimento, haja um efetivo progresso dos menos favorecidos.

Nesse ponto convém analisar a tragédia dos comuns. Segundo Harrison (*op. cit.*, p. 40), utilizando o exemplo do superpastoreio, a tragédia dos comuns consiste na internalização de lucros (ganhos) sem a completa internalização dos custos, resultando nas chamadas externalidades negativas que redundam num empobrecimento geral,

sobretudo em matéria de recursos naturais, como ilustra bem o caso da super-exploração da pastagem.

Heller (1997, p.2) trata da tragédia dos anti-comuns, caracterizada pela fragmentação do direito de propriedade, por uma multiplicidade de proprietários com direito de exclusão em relação aos demais, de sorte que em vez da super-utilização (tragédia dos comuns) ocorre o inverso, a sub-utilização dos recursos com prejuízos para todos, a paralisia. A super-utilização também não está descartada (*op. cit.*, p. 63). Heller baseia-se na transição da economia soviética para a economia de mercado, tomando como exemplo paradigmático (*op. cit.*, p. 5) o caso do comércio de Moscou após a abertura liberal, repleto de quiosques, mas com inúmeras lojas vazias, diferentemente do que se deu com a República Tcheca (*op. cit.*, p. 76), a qual alcançou uma rápida reestruturação graças ao *lobby* de controladores, impedindo a criação de propriedade empresarial anti-comum, ainda que tenha tido o efeito colateral de não aproveitar e não ser distribuída a propriedade entre os administradores e trabalhadores existentes.

Em amparo a Heller, Gauthier (2003, *op. cit.*, p. 42) afirma que o triunfo do contratualismo radical leva à destruição de nossa sociedade, muito mais do que à racionalização da sociedade. E Marshall (2003, p. 305) afirma que existe uma diferença significativa entre uma barganha genuinamente coletiva através da qual as forças econômicas numa sociedade de mercado livre procuram atingir o equilíbrio e o uso de direitos civis coletivos para assegurar reivindicações básicas de justiça social.

Heller (*op. cit.*, p. 63-64) esclarece que, embora a propriedade comum e aquela que representa o extremo oposto (dos anti-comuns) não sejam necessariamente trágicas, a probabilidade maior é que o sejam em face dos custos positivos de transação, do comportamento estratégico e da informação imperfeita. A superação das tragédias (comum e anti-comum) está num modelo de propriedade privada eficiente que, por um lado, internalize as externalidades e, por outro, assegure o uso eficiente da propriedade a cada proprietário (HELLER, *op. cit.*, p. 65). E aqui Heller propõe diversas estratégias com base na teoria dos jogos, incluindo intervenções governamentais que premiem a cooperação ou punam os que não utilizam eficientemente a propriedade, tendo como paradigma o dilema do prisioneiro (HELLER, *op. cit.*, p. 73). Economias de mercado em bom funcionamento contém uma quantidade grande de mecanismos que encoraja os proprietários a criar propriedades anti-comunais, de alto valor, e, ao mesmo tempo, limitar a capacidade dos proprietários em criar propriedade anticomum de baixo valor (HELLER, *op. cit.*, p. 78).[4]

Quando o mercado não é capaz de assegurar uma alocação eficiente dos recursos em face de um elevado custo de determinação do mercado, a tarefa é atribuída ao sistema legal (POSNER, *op. cit.*, p. 529-531), sendo que a diferença fundamental entre o mercado e o Estado (sistema legal) como métodos de alocação de recursos está no fato de que o mercado constitui um mecanismo mais eficiente para avaliar os usos da competição.

Heller (*op.cit.*, p. 87) adverte que a experiência da propriedade anti-comum aponta que “o conteúdo de feixes de direitos e não apenas a clareza dos direitos de propriedade importa mais do que supomos”[5].

Polanyi (*op. cit.*, p. 301) fechando seu livro afirma que para evitar o desastre do liberalismo que abriu caminho ao fascismo o homem deve “se conservar fiel à sua tarefa de criar uma liberdade mais ampla para todos” sem temer que a instrumentalidade do poder e do planejamento se voltem contra ele e destrua a liberdade. Giddens (1991), em outras palavras, diz algo parecido. E a evidência histórica de que o poder serve para assegurar a liberdade, ou para conter os abusos contra a liberdade, o próprio Polanyi menciona em sua obra em relação ao cercamento das terras, na Inglaterra, cuja atuação da Coroa foi decisiva em proteger os camponeses, diferentemente do que ocorrera na Espanha.

4. Considerações finais

Considerando as diversas análises e enfoques dados pelos autores acima citados e considerando o atual quadro de globalização[6] da economia mundial, entendemos que o mercado, embora dotado de forças dinamizadoras - que dão a aparência de uma mão invisível governando o estado de coisas, sobretudo em tempos de bonanças -, cada vez mais reclama do Direito a delimitação, criação, estruturação e reestruturação de marcos institucionais, de sorte que, antes de qualquer demanda por liberdade econômica, sob a rubrica da livre iniciativa, o que demandam os diversos atores envolvidos no processo econômico-social é exatamente a regulamentação.

O mercado, de um ponto de vista jurídico-econômico, pode ser definido a esta altura como uma instituição relativamente dependente das normas que a suportam no plano jurídico e relativamente dependente das leis econômicas, muita delas decorrentes do mundo da natureza, como a escassez de recursos naturais, cuja razão de ser é assegurar a todos uma existência digna, valorizando o trabalho humano e a criatividade decorrente do trabalho e da livre iniciativa, através da alocação eficiente dos bens e recursos.

Assim a institucionalização do mercado ou sua regulação, ainda que parcial, não pode desconsiderar o plano do ser, o mundo dos fatos, as diversas variáveis técnicas, sob pena de a norma recair num completo desprestígio e deslegitimação desde a sua origem.

Vimos também que a mera democratização dos títulos de propriedade e sua, não raro, conseqüente atomização, pode redundar numa maior ineficiência da alocação de recursos. Basta pensarmos na atual política fundiária brasileira, mesclada de algum sucesso social na fixação do homem ao campo, mas repleta de interrogações acerca da viabilidade econômica de certos assentamentos de reforma agrária.

A superação da dicotomia entre socialismo e capitalismo, ao menos nos moldes em que se travou durante o século XX o embate ideológico, abre inúmeras perspectivas de reforma institucional do modelo econômico, sobretudo a partir do consenso mundial acerca da urgência de enfrentarmos a crise ambiental.

O desprestígio do Direito no auge da ideologia socialista marxista deu lugar à hipervalorização do Direito, incluindo a sua globalização, na atual quadra da história em que se escreve os primeiros capítulos do século XXI.

Por outro lado, é imperioso que o jurista, aí incluindo o legislador, fique atento aos objetivos maiores da civilização. A liberdade econômica, diferentemente das outras esferas da liberdade civil, não é um fim em si mesma, tanto quanto a igualdade não deve ser endeusada nem buscada fanaticamente como a única forma de se alcançar uma sociedade justa. Mais que tudo a equidade, como arte política voltada para a obtenção de uma justiça proporcional e razoável, parece ser a chave-mestra das reformas a serem desencadeadas.

Até mesmo porque, a favor da igualdade, o Mercado contribui não raro para a ascensão social de milhares de pessoas, ao passo que numa economia eminentemente estatal a burocracia é a única via de progresso pessoal.

BIBLIOGRAFIA

ARIDA, Pécio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 315 p. P.60-73.

ARRUÑADA, Benito e ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 315 p. P. 197-227.

BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M. **The reason of rules**: constitutional political economy. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. 171 p. (The collected works of James M. Buchanan ; v. 10). Disponível em: <http://www.oll.libertyfund.org>. Acesso em: jan. 2007.

COASE, R. H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: Chicago Press, 1994. 213p.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e Mercato**. Torino: Giappichelli, *op. cit.* p. 17-76.

GAUTHIER, David. The Social Contract as Ideology. *In*: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. (eds.). **Contemporary Political Philosophy**: an anthology. Oxford: Blackwell, 2003. p. 27-44. 648p.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. 156 p. (Biblioteca básica).

HARRISON, Jeffrey L. **Law and Economics in a nutshell**. 3. ed. Saint Paul (Minnesota, Eua), 2003. 381p.

HARTERT, Dirk. **Global Virtual Market**: Konzept für einen dezentral organisierten elektronischen Markt. Universität Mannheim, Fakultät für Betriebswirtschaftslehre, 2002. URN(NBN): urn:nbn:de:bsz:180-madoc-599 Disponível em: <http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=974092924>. Acesso em: 10 set. 2008.

HELLER, Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, v. 111 (1997). (Working Paper N. 40). 87p. Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 15 out. 2008.

MARSHAL, T. H. Citizenship and Social Class. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. (eds.). **Contemporary Political Philosophy**: an anthology. Oxford: Blackwell, 2003. p. 291-319. 648p 2003

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 349p.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. 747p.

SINGER, Joseph William. **Democratic Estates**: Property Law in a Free and

Democratic Society. Harvard Public Law Working Paper No. 08-42, 2008. 61p. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1278136>. Acesso em: 15 out. 2008.

TORRE-SCHAUB, Marthe. **Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché**. Paris: LGDG, 2002. 410p.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 12.ed. Sao Paulo: Pioneira, 1996. 233p. (Biblioteca Pioneira de Ciencias Sociais. Sociologia).

[1] Freedom in a complex society (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 63).

[2] Libertá nel contrato costituzionale. (*apud* FERRARESE, *op. cit.*, p. 68)

[3] Pérsio Arida (2005, p. 60-73) discute a historicidade da norma no campo do Direito e da Economia.

[4] Outro exemplo histórico colocado por Heller (p. 81), mais próximo de nossa realidade, foi a distribuição de terras feita pelo governo norte-americano em 1880 para os índios, sem possibilidade de alienação, que resultou num desastre anti-comum, tanto que desde 1928 tem sido debatida pelo Congresso, havendo inclusive alteração na legislação em 1983.

[5] No original: "...the content of property bundles and not just the clarity of property rights matters more than we have realized".

[6] A globalização consiste num processo de desenvolvimento desigual que introduz novas formas de interdependência mundial e como tal, “tanto fragmenta quanto coordena” (GIDDENS, *op. cit.*, p. 153).

**BIOÉTICA, BIODIREITO E
BIOTECNOLOGIA**

O TRABALHADOR COMO CONSUMIDOR E A SOCIEDADE DE RISCO

THE WORKER AS CONSUMER AND RISK SOCIETY

**Amélia Soares da Rocha
Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire**

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar, por meio de estudo de caso, a vulnerabilidade do trabalhador–consumidor devido a exposição a contaminantes no seu ambiente de trabalho, a conseqüente necessidade de reconhecimento do problema e de adoção de providências efetivas para a prevalência da dignidade do meio ambiente do trabalho. Analisa a relação entre direito ambiental, do trabalho e do consumidor. Verifica a necessidade de uma maior integração, subjetiva e objetiva, entre estes ramos do direito. Conclui-se pela ainda ausência de integração e articulação das políticas públicas brasileiras com a necessária execução harmônica dos direitos do consumidor, ambiental e do trabalho. A questão dos fertilizantes é um exemplo concreto, sério e urgente que poderia ser evitado se existisse um diálogo mais próximo e permanente entre tais ramos do direito e principalmente entre os operadores das políticas públicas, buscando uma transversalidade na atuação e compreensão dos problemas ambientais e de consumo, afinal, é a dignidade do ser humano a verdadeira busca.

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHADOR – CONSUMIDOR – POLITICAS PUBLICAS – TRANSVERSALIDADE – MEIO AMBIENTE DO TRABALHO – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ABSTRACT

This article aims to demonstrate, through case study, the vulnerability of the of the work environment medium due to exposure to contaminants in their work environment, the consequent need for recognition of the problem and the adoption of effective measures for the prevalence of the dignity of the medium environment of work. Examines the relationship between environmental law, labor and consumers. Notes the need for greater integration, subjective and objective, between these branches of law. It is still the lack of integration and articulation of the Brazilian public policies with the necessary harmonic execution of consumer rights, environmental and labor. The issue of fertilizer is a concrete, serious and urgent that could be avoided if there was a close and ongoing dialogue between these branches of law and primarily between the operators of public policy, seeking a broad understanding of and action on environmental problems and consumption, after all, is human dignity the actual search.

KEYWORDS: WORKER - CONSUMER - PUBLIC POLICY - TRANSVERSALITY - WORK ENVIRONMENT MEDIUM - HUMAN DIGNITY

1. Introdução.

O presente artigo pretende demonstrar, por meio de um estudo de caso, a vulnerabilidade do trabalhador–consumidor devido a exposição a contaminantes no seu ambiente de trabalho e a urgente necessidade de reconhecimento do problema e, conseqüentemente, de adoção de providências efetivas para a prevalência da dignidade do meio ambiente do trabalho. Esta exposição, assim, é um sinal da sociedade do risco que submete todos a diversos perigos nem sequer percebidos pela maior parte da população.

O caso a ser analisado refere-se a utilização dos resíduos industriais na fabricação de micronutrientes para fertilizantes, prática que há décadas vem submetendo os trabalhadores e a população a danos à saúde, além de causar poluição ao meio ambiente, solos e águas, pois tais resíduos contêm metais pesados, substâncias nocivas à saúde. A questão propicia uma análise do descompasso entre nosso sofisticado e complexo ordenamento jurídico ambiental e de proteção ao consumidor que não são incorporadas nas políticas públicas e práticas governamentais, porquanto com elas estejam umbilicalmente, de fato, ligadas (a realidade ambiental e de consumo, perpassa todos os aspectos da vida em sociedade contemporânea).

Os princípios do direito ambiental, do trabalho e do consumidor muitas vezes são descumpridos e ignorados pelas políticas públicas governamentais, expondo a sociedade e os trabalhadores a sérios riscos à saúde e ao meio ambiente. Serão analisados os princípios da boa-fé e do direito à informação ao consumidor, como corolários da garantia ao consumo sustentável, bem como os princípios da precaução e da sustentabilidade e o princípio da proteção ao trabalhador, demonstrando a oportunidade e necessidade da aplicação sistêmica do nosso ordenamento jurídico.

Será descortinado, ainda, um novo ramo do estudo do direito, qual seja o Direito ao Meio Ambiente do Trabalho, espaço que consome boa parte da vida dos trabalhadores brasileiros, espaço da afirmação da identidade e da produção da riqueza dos homens, e que desde a antiguidade guarda relação com o aparecimento de diversas enfermidades. O Ambiente do trabalho está longe de oferecer e garantir a tranqüilidade e segurança que estabelece a legislação brasileira mas mais perto estará quanto mais conhecermos e reconhecermos as suas peculiaridades.

2. O trabalhador como consumidor e a teoria da qualidade

Todos, hoje, somos consumidores. Os trabalhadores, como não poderia deixar de ser, também o são e em diversos níveis: tanto podem ser consumidores puros, destinatários finais – fáticos e econômicos - de produtos e de serviços como podem ser a ele equiparados (seja por se enquadrarem como vítima de acidente de consumo ou por estarem expostos à praticas abusivas).

O fato é que “o consumidor é um sujeito de batismo jurídico recente. Logo qualquer esforço no sentido de buscar sua proteção no direito tradicional - tutelado como consumidor e atuando *ex proprio jure* - será em vão” (HERMAN VASCONCELOS E

, que ele está inserido no centro da sociedade contemporânea e exige uma peculiar atenção.

2.1 Teoria da qualidade

Pela complexidade do mercado de consumo, o legislador consumerista brasileiro optou por estabelecer um microsistema jurídico autônomo em que, numa perspectiva acadêmica articulada com a realidade que é e com a que deve ser, contemplou a proteção a vida, a saúde e a segurança do consumidor como base desta proteção ao mesmo tempo em que estabeleceu cumuláveis responsabilidades administrativas, cíveis e criminais ao fornecedor.

Em outras palavras, temos a proteção do consumidor no Brasil, calcada, em um primeiro momento, na teoria geral do direito do consumidor (arts. 1 a 7), ocasião em que trata a natureza do direito do consumidor, as bases da relação de consumo, a política nacional das relações de consumo, os direitos básicos do consumidor e a importância do diálogo das fontes. Logo em seguida, constitui o alicerce da teoria da qualidade (ou da confiança) ao determinar que os produtos e serviços comercializados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança do consumidor e garante a obrigação de informação firme, ostensiva e adequada – sem prejuízo de outras medidas que o caso concreto exigir – sobre produtos nocivos e perigosos:

Este direito básico de segurança é um fundamento único ou fonte única do dever de segurança ou de cuidado dos fornecedores quando colocam produtos e serviços no mercado brasileiro. (...) agora o importante é a segurança das vítimas-consumidoras que deve ser assegurada por toda a cadeia de fornecedores, sejam eles contratantes diretos (responsabilidade contratual) ou não (por exemplo, fabricantes) com os consumidores.

É justamente a obediência ou a desobediência aos arts. 8 a 10 da Lei 8078/90 que pode ou não acarretar a responsabilidade civil (arts. 12 a 28) e/ou administrativa (arts. 55 a 60) e/ou criminal (arts. 61 a 80) ao fornecedor. E, uma vez atentos aos postulados da teoria da qualidade, certamente, os objetivos da política nacional das relações de consumo (art. 4, *caput*) serão mais eficientemente atendidos, haja vista que "a relação entre os direitos pessoais do consumidor e a atitude agressiva do empresário encontra sua mais delicada manifestação quando o interesse afetado resulta ser a saúde ou a segurança do lesado" (STIGLITZ, 1990, 23). Tanto que "as mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta idéia como tal, são impostas por razões de saúde pública" (ALMEIDA, 1982, p. 49).

Não se trata, assim, a preocupação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor individualmente considerado, mas da coletividade envolvida na relação de consumo, por isso, é que, como veremos no próximo tópico, temos o consumidor puro e o consumidor equiparado.

2.2 O trabalhador como consumidor

O consumidor puro, para o ordenamento jurídico brasileiro é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final, assim entendido, como último pólo da cadeia produtiva (destinatário final fático e econômico). Trata-se da teoria minimalista (ou finalista) já consolidada perante o Superior Tribunal de Justiça a quem compete a interpretação da legislação infraconstitucional, como a Lei do Consumidor.

Ocorre que, além do consumidor puro, a legislação pátria contempla a figura do consumidor equiparado, que tanto pode ser a vítima do acidente de consumo (*bystander*, art. 17), como a pessoa exposta às práticas comerciais e contratuais do mercado de consumo (minimalista aprofundada) ou a coletividade, ainda que indeterminável, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único).

O *bystander* é uma materialização da responsabilidade extracontratual do fornecedor, é um chamamento à importância da atenção à proteção à vida, à saúde e à segurança do consumidor: aquele que sofra as consequências da má execução de um contrato de consumo será igualmente considerando consumidor.

O direito do consumidor, no que se refere aos acidentes de consumo confere proteção a qualquer pessoa, pouco importando tenha ela adquirido pessoalmente o produto ou o serviço ou, a contrário, seja um simples transeunte vítima do mesmo defeito. Assim, tanto um consumidor que compra um produto defeituoso como o pedestre que vem a ser atingido em decorrência do defeito podem beneficiar-se do mesmo regime jurídico de responsabilidade civil. (HERMAN VASCONCELOS E BENJAMIN, 2008, p. 110)

Assim é que o é que o *bystander* pressupõe, sempre, uma relação de consumo. Se a relação originária não é de consumo, não teremos atendidos os requisitos do art. 17, ao contrário do consumidor equiparado pelo art. 29 – base da teoria minimalista aprofundada – em que se sabe que não há relação de consumo tradicional mas se protege a vulnerabilidade do caso concreto. Trata-se de um abrandamento do rigor da teoria finalista.

O consumidor equiparado pelo art. 29 é, em regra, aquela pessoa física que adquire produtos ou serviços para uso profissional mas que guarda uma situação de vulnerabilidade em relação ao fornecedor, a exemplo do taxista quando adquire de uma grande montadora um veículo de passeio a ser utilizado como táxi, seu instrumento de trabalho. Por último, o consumidor equiparado pelo parágrafo único do art. 2º é o grande coringa no microsistema consumerista ao procurar garantir o equilíbrio do mercado de consumo (é aqui, também, que se contempla os entes despersonalizados ou as pessoas de personalidade jurídica anômala como consumidores).

O trabalhador, assim, pode ser tanto consumidor puro como consumidor equiparado e em todas as hipóteses deve ser protegido. Para efeitos do caso objeto deste artigo, o trabalhador é considerado vítima de um acidente de consumo, um *bystander*.

3. Princípios comuns ao direito do trabalho, ambiental e consumidor e a sociedade de risco.

A sociedade pós-industrial trouxe, de forma exacerbada, o deslumbre pela ciência e técnica. O encantamento pelas tecnologias é uma realidade indiscutível, seja pelo conforto que estas propiciam, seja pelos avanços crescentes que a ciência consolida na solução de problemas na vida cotidiana. No entanto, a confiança na ciência e a ausência de domínio dos processos industriais, algumas vezes, fazem-nos refêns de produtos e serviços que escondem verdadeiros venenos à saúde, ao meio ambiente e à segurança.

Têm-se denominado essa ausência de visibilidade dos riscos aos quais estamos submetidos de sociedade do risco. A *sociedade de risco*, segundo Beck (apud, Leite, 2003,p25) pode ser descrita como uma “fase do desenvolvimento da sociedade moderna onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pelo momento da inovação, iludem cada vez mais as instituições de controle e proteção da sociedade industrial”.

O caso em análise reflete cristalinamente a ausência de informação e a invisibilidade de um problema que há décadas contribui para a perda da qualidade de vida da população, um problema invisível, mas que afeta de forma silenciosa e contínua a saúde da população: a contaminação por metais pesados e outros contaminantes. A população não sabe, não vê, não tem instrumentos para medir ou analisar a contaminação dos alimentos ou de seu jardim, os trabalhadores tão pouco entendem a dimensão e os efeitos da contaminação, no entanto os casos de câncer, problemas de fertilidade e problemas neurológicos têm crescido assustadoramente no Brasil e no mundo.

Só para dar um exemplo, hoje no mundo cerca de 12% das mortes tem como causa o câncer que representa mais de 6 milhões de óbitos por ano. A vulnerabilidade do trabalhador e do consumidor neste caso é total, a vulnerabilidade concretiza-se pela ausência de informação sobre o processo produtivo dos fertilizantes, pela falta de informação sobre as conseqüências dos contaminantes na saúde, pela falta de informação sobre a contaminação residual dos alimentos, além do desconhecimento sobre os efeitos na natureza, nos solos e águas.

No caso, todos os atingidos são considerados consumidores equiparados, ou bystander. Diante desse quadro, é fundamental a abordagem interdisciplinar do direito e o fortalecimento dos instrumentos inovadores e paradigmáticos criados por três novos ramos do Direito, Direito ao meio ambiente do trabalho, direito do consumidor e direito ao meio ambiente.

(...) com a revolução industrial e com o surgimento da sociedade de consumo ambiente de progresso tecnológico com diversidade de produtos e serviços complexos -, torna-se demasiadamente comum um outro tipo de dano, decorrente não mais de uma depreciação do bem, mas provocado pelo próprio bem em si considerado (HERMAN VASCONCELOS E BENJAMIN, 2008, p. 101)

Cita-se a responsabilidade objetiva, os mecanismos processuais que ampliam a legitimidade de agir, a difusão e incorporação pela população do conceito de direitos difusos e sua concretização, o princípio *in dubio pro ambiente, pro consumidor ou pro misero*, entre outros necessários a afirmação e consolidação destes direitos.

3.1 A proteção constitucional do meio ambiente, ambiente do trabalho e do consumidor

O primeiro e mais importante ponto de interseção entre o direito ao meio ambiente, do consumidor e ambiente do trabalho é a recente constitucionalização, pela primeira vez nas constituições brasileiras destes três temas, demonstrando o amadurecimento democrático e a atualidade da Constituição de 1988.

A Constituição reconhece os consumidores como grupo a ser especialmente tutelado por meio da ação estatal (art. 5, XXXII), direito à saúde do trabalhador e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança foram consagrados pela Constituição de 1988 nos artigos 6 e 7, XXII.

O direito ao meio ambiente tem como objetivo o desenvolvimento sustentável e a proteção da saúde humana (SEGUIN, 2006. p. 97), como bem informa o artigo 225 "*Todos têm direito ao meio ambiente (...) essencial à sadia qualidade de vida*". Os reflexos da constitucionalização são profundos, pois em todos os casos o ordenamento exige uma ação estatal, um intervencionismo do estado na concretização desses direitos que se caracterizam por serem de ordem pública, de natureza cogente.

3.2 Os princípios comuns

A interpretação das normas, bem como o ato de legislar ficam agora delimitados pela observância dos princípios do direito do consumidor, do meio ambiente e do meio ambiente do trabalho. Ressalte-se ainda, que a atividade econômica (art 170 CF) tem como princípios limitadores o respeito ao consumidor, ao meio ambiente e direito do trabalho, completando o ciclo público e privado na promoção de uma sociedade justa e ecologicamente equilibrada.

3.2.1 Princípio da Informação e Princípio da Educação

O Direito à informação e educação ambiental, ao consumidor e sobre o meio ambiente do trabalho foram consolidados na legislação constitucional e infra-constitucional. O dever de informar é um dever básico que contribui para a harmonia e transparência nas relações de consumo, conforme o artigo 6 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O dever de informar guarda relação estreita com o princípio da boa fé objetiva, com a cooperação necessária às relações de consumo da atualidade, que se pautam pela ética e lealdade.

O CDC reafirma o dever de informar sobre o produto ou serviço no artigo 31, em que descreve de forma pormenorizada que os produtos devem conter as características, qualidades, quantidades, composição, bem como os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores. Assim, os fertilizantes no Brasil deveriam estampar de forma ostensiva e clara a quantidade de metais pesados e suas repercussões na saúde, no período que de forma ilegal, como demonstraremos, esses contaminantes foram usados na produção de fertilizantes.

O princípio da educação e informação no direito ambiental é relacionado com a participação, está assegurado na Constituição Federal, artigo 225, 1, VI. A educação ambiental deve ser implementada em todos os níveis de ensino, consolida a cidadania ambiental, por ser um instrumento de transformação. A educação ambiental é concebida pela Lei Federal 9795 de 1999 como um instrumento para construção de valores sociais, conhecimentos e habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente.

Neste sentido, a educação ambiental preconizada pela Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9795/1999), abrange não só a educação formal, mas também a educação não formal, a ser construída pelas empresas, pelos meios de comunicação, por campanhas governamentais e pela própria sociedade civil. Não há que se falar em participação no Estado Democrático de Direito sem a necessária educação e suficiente informação que desperte a consciência crítica e motive ao uso dos instrumentos legítimos para assegurar os direitos. O princípio 10 da Declaração do Rio de 1992 confirma:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos

A decisão do consumidor só será suficientemente consciente se for baseada na informação ambiental mais adequada e precisa sobre as consequências do consumo para sua qualidade de vida, Paulo Afonso Leme Machado (2006, p.86) ao tratar do princípio da Informação afirma:

A informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. mas a informação visa, também, dar a chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre matéria informada.

No ambiente do trabalho o direito à informação e educação do trabalhador é um princípio assegurado por instrumentos como a CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) e o CAT (Comunicação de Acidentes de Trabalho). A CIPA tem atribuições conferidas pela NR 5, que incluem: discutir os acidentes de trabalho, sugerir medidas de prevenção de acidentes, promover a divulgação da política ambiental da empresa e zelar pela observância das normas de segurança e medicina do trabalho, investigar ou

participar da investigação de causas, circunstâncias e conseqüências dos acidentes e das doenças ocupacionais, entre outras funções que seriam, sem dúvida, um forte apoio na melhoria da qualidade do ambiente do trabalho, se a correlação entre as questões de saúde e os problemas ambientais fossem mais facilmente percebidos pelos trabalhadores.

3.2.2 Princípio da Prevenção e da Precaução

O princípio da prevenção do dano presente no artigo 6, VI do CDC, que a forma ser direito básico a efetiva prevenção e reparação do dano ao consumidor encontra eco no princípio da prevenção e da precaução do Direito ambiental, que igualmente reconhece o dever de prevenir o dano, por ser esta ação mais ética, mais eficaz e por fim, mais econômica do que a reparação. No Direito ao Meio Ambiente o princípio da prevenção é basilar, pois a prevenção é a melhor forma de evitar danos, como afirma Machado ao tratar das Convenções Internacionais sobre o assunto (2006, p.81):

Essas Convenções apontam para a necessidade de prever, prevenir e evitar na origem as transformações prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Todos esses comportamentos dependem de uma atitude do ser humano de estar atento ao seu meio ambiente e não agir sem prévia avaliação das conseqüências.

Para além do princípio da prevenção, se firma na sociedade do risco o princípio da precaução, mais profundo e específico, que busca exatamente evitar o risco de dano sério e irreversível, posto que mesmo sem uma comprovação as ações devem ser tomadas. Como será analisado no caso concreto apresentado, este princípio tem sido amplamente desobedecido na aplicação concreta das normas e na elaboração de normas de controle ambiental. Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

3.2.3 Princípio da Sustentabilidade

O princípio da sustentabilidade é a base do direito ambiental e afirma a urgente necessidade de se estabelecer uma nova relação entre a sociedade e natureza, baseada em um manejo e respeito a finitude e esgotabilidade dos recursos, preocupada com a capacidade de regeneração dos ecossistemas e dos recursos naturais e comprometida com as futuras gerações. É o princípio que mais incorpora o componente ético e o compromisso com o futuro que o Direito Ambiental concentra já que este surge para alertar ao ser humano que sua vida no planeta está interconectada a todas as outras formas de vida, e a todos os ambientes e condições físicas, alertar sobre a necessidade de mudança no paradigma antropocêntrico dominante que impingia uma postura de superioridade e indiferença às outras formas de vida e ao meio ambiente.

O Direito do consumidor elege também o consumo sustentável como um princípio, quando a Comissão de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, em 1995, conceituou e deu diretrizes ao consumo sustentável:

Consumo sustentável é o uso de serviços e produtos que respondam às necessidades básicas de toda a população e trazem a melhoria na qualidade de vida, ao mesmo tempo em que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras.

O conceito de consumo sustentável, como se depreende do texto acima, afirma a necessidade de uma produção mais limpa, com estratégias de prevenção de dano, articulada a processos que visam aumentar a eficiência e diminuir os riscos. O uso de tecnologias limpas, a mudança e transferência de tecnologias, bem como a avaliação do ciclo de vida do produto são elementos essenciais para a afirmação de um consumo sustentável, aliado a difusão e conscientização dessas características aos consumidores. (SPINOLA, 2001, p.214)

A sustentabilidade busca o equilíbrio entre a satisfação das necessidades do presente, sem que aconteça uma depleção da qualidade e dos recursos naturais para as gerações futuras. Mas para que aconteça essa reflexão, é necessário sobretudo redefinir o conceito de necessidades. Neste ponto o Direito ao Meio Ambiente o direito ao consumo sustentável se entrelaçam.

3.2.4 Princípio da qualidade de vida e teoria da qualidade

O princípio do direito à sadia qualidade de vida encontra respaldo e similaridade na teoria da qualidade do Direito do Consumidor, que veda a colocação no mercado de consumo de bens que causem danos à saúde, segurança e a vida dos consumidores, como já analisado. O Princípio da qualidade de vida no Direito Ambiental confirma essa nova dimensão do direito à vida, que se amplia para um direito à vida com qualidade, como afirma Machado (2006, p54):

Não basta viver ou conservar a vida. É preciso buscar e conseguir a “qualidade de vida”. A Organização das nações Unidas – ONU anualmente faz uma classificação dos países em que a qualidade de vida é medida, pelo menos em três fatores: saúde, educação e produto interno bruto.

Percebe-se, pois, a oportunidade e a necessidade deste andar mais próximo entre consumidores, trabalhadores e a proteção ao meio ambiente.

4. Estudo de caso: a contaminação de fertilizantes

4.1. Relato do caso.

Desde a década de 80 foi identificada a presença de altas concentrações de metais pesados nas emissões de materiais particulados das chaminés das fábricas de fertilizantes em Cubatão. Na ocasião a CETESB não tomou providências e repassou os dados para a Secretaria de Agricultura, numa omissão característica da ausência de integração das políticas ambientais no Brasil.

O uso de resíduos das aciarias, siderúrgicas e fundições barateia o custo para a produção de micronutrientes (Zinco, Boro, Cobre, Manganês) necessários para as plantas, os resíduos são utilizados como fontes desses micronutrientes, mas o que acompanha, e não é devidamente tratado e depurado pelas indústrias, são metais pesados (chumbo, arsênio, mercúrio, cádmio, cromo e organoclorados). Essas substâncias são perigosas e causam inúmeros danos à saúde e ao meio ambiente, a alta toxicidade dos metais pesados apresenta duas características que os tornam mais perigosos: a bioacumulação e a biomagnificação.

Os metais pesados permanecem anos e anos no ambiente sem perder a toxicidade, sem se descaracterizar. O mercúrio, por exemplo, ao atingir ambientes aquáticos facilmente é absorvido pelos peixes, o que provoca uma deposição dessa substância química nos tecidos desses animais, fazendo com que ao longo do tempo se acumulem e, através da cadeia biológica, atinjam concentrações bem maiores que as originalmente encontradas no ambiente. Os metais pesados são cumulativos no ser humano e de alta toxicidade.

Os efeitos na saúde são gravíssimos. É possível classificá-los em: teratogênicos (nascimentos com má formação); mutagênicos (alterações genéticas); e carcinogênicos (aparecimentos de diferentes tipos de câncer); causa ainda graves danos neurológicos e problemas de fertilidade. Somente mais de vinte anos após a descoberta do uso indevido desses resíduos na fabricação de fertilizantes o Ministério Público tomou providências em São Paulo.

As investigações do Ministério Público desvelaram algo mais estarrecedor, há importação desses resíduos para a fabricação de fertilizantes, desrespeitando a Resolução CONAMA 23/96 e a Convenção da Basileia para Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e Outros Resíduos (Decreto Federal 875/93), e introduzindo resíduos perigosos no país. O Ministério Público notificou a CETESB e passou a exigir o controle e proibição da prática de uso de resíduos contaminados na fabricação de fertilizantes. As fiscalizações do Ministério Público constataram a total desordem na fabricação de fertilizantes, as altas concentrações de resíduos perigosos, a fragilidade e até mesmo inexistência de controle ambiental e de saúde, o que resulta na produção de fertilizantes contaminados que afetam a saúde dos trabalhadores que o manuseiam, dos habitantes do entorno das fábricas e acaba na comida dos consumidores. (SANTOS, Elio)

Diante da pressão exercida pela fiscalização do Ministério Público as indústrias se organizaram para buscar a "regulamentação" da atividade. Apesar de alguns estudos apontarem até para a ineficiência agrônoma dos fertilizantes com micronutrientes, o Ministério da Agricultura elaborou em 2006 uma Instrução Normativa com fito de permitir o uso de resíduos industriais na fabricação de fertilizantes, para tanto a Instrução Normativa estabelece limites "aceitáveis" de metais pesados nos fertilizantes.

A referida norma tem como fundamento o Decreto 4954 de 2004 que prevê o uso de "material secundário" na produção de fertilizantes, mas ressalva a necessidade de avaliação da qualidade pelos órgãos ambientais. A ausência de norma ambiental sobre o assunto e a delegação de competência ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para estabelecer padrões ambientais no país (Lei 6938/1981) fez com que fosse criado em outubro de 2008 um Grupo de Trabalho (GT) no CONAMA para também regulamentar e aprovar essa prática danosa à saúde e ao meio ambiente. O GT é o primeiro passo para a elaboração de uma Resolução do CONAMA, no entanto, alguns membros têm insistido em modificar o escopo, no sentido de refletir a viabilidade ambiental, técnica, de saúde e dos aspectos de controle e fiscalização para elaboração de uma norma, pois entendem que não é possível regulamentar esse uso. Principalmente o Ministério Público de São Paulo e as organizações não governamentais têm questionado a regulamentação do uso de resíduos.

4.2. Normas pertinentes e a inconstitucionalidade da Instrução Normativa.

4.2.1 A proteção dos solos e a Agenda 21

Os solos são um sistema vivo em que as partículas minerais e orgânicas guardam estreitas relações de dependência com a comunidade de seres vivos e raízes das plantas. A disposição de resíduos, contaminantes, os processos erosivos, diminuem a biodiversidade dos solos, o que os torna menos produtivos, afetando o equilíbrio e a ecologia dos solos. Este processo cria um ciclo vicioso de dependência de insumos agrícolas e empobrecimento dos solos. O capítulo 14 da Agenda 21 trata do Desenvolvimento rural e agrícola sustentável, e alerta para a perda da fertilidade e poluição dos solos como um dos mais graves problemas ambientais:

A degradação da terra, que afeta extensas áreas tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento, é o mais grave problema ambiental. O problema da erosão do solo é particularmente agudo nos países em desenvolvimento, enquanto em todos os países agravam-se os problemas de salinização, encharcamento, poluição do solo e perda da fertilidade do solo. A degradação das terras é grave porque a produtividade de vastas regiões está em declínio exatamente no momento em que se verifica um rápido aumento das populações e, conseqüentemente, cresce a demanda para que o solo produza mais alimento, fibra e combustível. Até a presente data, os esforços para controlar a degradação das terras, sobretudo nos países em desenvolvimento, encontraram sucesso limitado. Verifica-se a necessidade de se criarem programas nacionais e regionais de conservação e reabilitação das terras bem planejados, de longo prazo, com forte apoio político e recursos financeiros adequados.

A Agenda 21, documento que representa o maior compromisso dos países com a sustentabilidade, assinada durante a Conferência da ONU pelo Meio Ambiente – Rio-92, preconiza para a defesa do solo e das águas as seguintes ações:

(a) Desenvolver aplicações que minimizem a necessidade de insumos químicos sintéticos insustentáveis e maximizem o uso de produtos ambientalmente adequados, inclusive produtos naturais (ver área de programa A);

(b) Desenvolver processos que reduzam a geração de resíduos, tratem os resíduos antes que estes sejam descartados e façam uso de materiais biodegradáveis;

Sobre a conservação dos recursos hídricos afirma:

Prevenção da poluição de aquíferos por meio da regulamentação de substâncias tóxicas que se infiltram no solo e o estabelecimento de zonas de proteção em áreas de filtramento e absorção de águas subterrâneas

O capítulo 19 da Agenda 21 versa sobre Manejo ecologicamente saudável das substâncias químicas tóxicas, incluída a prevenção do tráfico internacional ilegal dos produtos tóxicos e perigosos. Neste capítulo, especial atenção é conferida a necessidade de rotulagem e classificação de produtos perigosos:

Não se dispõe ainda de sistemas de classificação de riscos e de rotulagem harmonizados mundialmente para promover a utilização segura dos produtos químicos no trabalho, em casa ou em outros locais. A classificação dos produtos químicos pode se fazer com propósitos diferentes e é um instrumento particularmente importante para o estabelecimento de sistemas de rotulagem. É necessário desenvolver, com base nos trabalhos em desenvolvimento, sistemas harmônicos de classificação dos riscos e rotulagem.

A contaminação por produtos químicos seguiu sem controle nas últimas décadas e representa um grande passivo ambiental em áreas contaminadas, o custo para recuperar essas áreas é infinitamente maior do que o custo com o desenvolvimento de novas técnicas e medidas que evitem a poluição.

4.2.2 A competência para estabelecer padrões ambientais

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente definiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e conferiu ao CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente papel fundamental na elaboração de políticas públicas e atribuições diversas que caracterizam um sistema democrático e ágil. O CONAMA tem a função de assessoramento do Conselho de Governo e de deliberação. O CONAMA tem exercido um importante trabalho na definição de padrões de qualidade ambiental, reunindo especialistas, a sociedade civil, empresas e o governo na busca de consensos em prol da qualidade de vida.

O artigo 8 da Lei 6938 de 1981, define as competências do CONAMA, as quais destacam-se:

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para licenciamento de atividades afetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

(...)

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos;

A Lei 6938 de 1981 define, ainda, os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 9, e inclui como primeiro instrumento o estabelecimento de padrões de qualidade do meio ambiente.

O Decreto 4934 de 2004 que dispõe sobre a inspeção e fiscalização da produção e do comércio de fertilizantes, corretivos, inoculantes ou biofertilizantes destinados à agricultura, define no artigo 16 a possibilidade de uso de material secundário obtido em processo industrial, mas não define material secundário. O artigo não permite o registro deste tipo de material, determina ainda a análise e **pareceres conclusivos do órgão ambiental** e do Ministério da Agricultura.

O Decreto, acima referido, no art 16 , parágrafo segundo define a competência do órgão ambiental na determinação de especificações de qualidade, seguindo, portanto a divisão de competências estabelecida pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que atribui ao CONAMA a definição de padrões de qualidade ambiental. A comercialização destes produtos, de acordo com a Lei deveria utilizar a denominação de origem, ou seja, os fertilizantes deveriam adotar a nomenclatura de RESIDUOS INDUSTRIAIS provenientes de fundição, ou outra origem, ressaltando ainda, seu conteúdo tóxico e as quantidades de metais pesados presentes.

O Decreto proíbe a autorização de uso e comercialização quando presentes agentes fitotóxicos, patogênicos ao homem, animais e plantas, e cita especificamente os danosos metais pesados. No entanto, apesar de nítida a proibição de uso deste tipo de poluente nos fertilizantes e também, a competência do órgão ambiental em regulamentar o uso de "material secundário" de acordo com padrões ambientais, o Ministério da Agricultura aprovou uma Instrução Normativa que no seu cerne desrespeita todos os princípios do direito ambiental, do trabalho e do consumidor, desrespeita a distribuição de competência e o próprio artigo 17 do Decreto que a Instrução Normativa pretende regulamentar, pois permite o uso de materiais com metais pesados na fabricação de fertilizantes.

A aprovação de normas que subvertem os princípios e valores maiores do direito ofendem à uma governança ambiental responsável e condizente com os princípios jurídicos explanados. Paulo Afonso Machado afirma ao tratar da governança ambiental:

Os Estados têm o papel de guardiães da vida, da liberdade, da saúde e do meio ambiente. Garantir liberdade responsável: liberdade para empreender, liberdade para descobrir e aperfeiçoar tecnologias, liberdade para produzir e comercializar, sem arbitrariedade ou omissões dos Estados, liberdade que mantém a saúde dos seres humanos e a sanidade do meio ambiente. A liberdade que engrandece a humanidade e o

meio ambiente exige um Estado de Direito, em que existam normas, estruturas, laboratórios, pesquisas e funcionários, independentes e capazes.

O Decreto 4954/2004 em seus artigos 16 e 17 afirma, *in verbis*:

Art. 16. Não estará sujeito ao registro o material secundário obtido em processo industrial, que contenha nutrientes de plantas e cujas especificações e garantias mínimas não atendam às normas deste Regulamento e de atos administrativos próprios.

§ 1º Para a sua comercialização, será necessária autorização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, devendo o requerente, para este efeito, apresentar pareceres conclusivos do órgão de meio ambiente e de uma instituição oficial ou credenciada de pesquisa sobre a viabilidade de seu uso, respectivamente em termos ambiental e agrícola.

§ 2º Para sua utilização como matéria-prima na fabricação dos produtos especificados neste Regulamento, deverão ser atendidas as especificações de qualidade determinadas pelo órgão de meio ambiente, quando for o caso.

§ 3º O material especificado no **caput** deste artigo deverá ser comercializado com o nome usual de origem, informando-se as suas garantias, recomendações e precauções de uso e aplicação, sendo que a autorização para comercialização será expedida unicamente pelo órgão central do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Art. 17. O registro de produtos especificados neste Regulamento, bem como a autorização para seu uso e comercialização, serão negados sempre que não forem atendidos os limites estabelecidos em atos administrativos próprios, no que se refere a agentes fitotóxicos, patogênicos ao homem, animais e plantas, assim como metais pesados tóxicos, pragas e ervas daninhas.

A interpretação dos artigos acima citados é clara no sentido de proibir o uso de metais pesados e confirmar a competência do órgão ambiental para estabelecer o padrão de qualidade ambiental, pois o ministério da Agricultura deveria conferir a qualidade dos fertilizantes no aspecto dos efeitos agronômicos e não ambientais. No entanto, a Instrução 27 de 2006 do MAPA afirma:

Art. 1º. Os fertilizantes, corretivos, inoculares e biofertilizantes, para serem produzidos, importados ou comercializados, deverão atender aos limites estabelecidos nos Anexos I[1], II, III e V desta Instrução Normativa no que se refere às concentrações máximas admitidas para agentes fitotrópicos, patogênicos ao homem, animais e plantas, metais pesados tóxicos, pragas e ervas daninhas.

Observe-se que todas as normas aqui elencadas, pela dicção do artigo 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que determina que os direitos previstos no CDC não excluem “(...) os de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes (...), têm perfeita aplicação às relações de consumo e as dela derivadas.

5. Conclusões.

Conclui-se, assim, pela ainda ausência de integração e articulação das políticas públicas brasileiras com a necessária execução harmônica dos direitos do consumidor, ambiental e do trabalho. Apesar da legislação se encontrar em uma fina sintonia e equilíbrio, com princípios que convergem no fortalecimento de uma governança ambiental, o que não se reflete na estrutura organizacional e na vontade política dos governos em reafirmar os direitos fundamentais à qualidade de vida, ao meio ambiente, ao consumo sustentável e ao trabalho digno.

Não se comporta, assim, um trabalho individualizado do que, por sua natureza, não se pode dividir. A questão dos fertilizantes é um exemplo concreto, sério e urgente que poderia ser evitado se existisse um diálogo mais próximo e permanente entre tais ramos do direito e principalmente entre os operadores das políticas públicas, buscando uma transversalidade na atuação e compreensão dos problemas ambientais e de consumo, afinal, é a dignidade do ser humano a verdadeira busca.

6. Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira, Os direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 1982.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extrapatrimonial. 2.ed. rev.e atual.e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MACHADO, Paulo Afonso. DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. 14 edição. São Paulo: Malheiros, 2006.]

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Herman Vasconcelos e Benjamin. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Vol.1. 5.^a ed. RT, 2005.

SEGUIN, Elida. O DIREITO AMBIENTAL - Nossa Casa Planetária. 3 edição. Riode Janeiro: Editora Forense, 2006.

SANTOS, Elio. **USO DE RESIDUOS INDUSTRIAIS PERIGOSOS NA AGRICULTURA**. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/trabalhador/pdf/textos_residuos_industriais.pdf. Acesso: 1 demarço de 2009

SPINOLA, Ana Luiza. **Consumo sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos**. Revista de Direito Ambiental (coordenação Hermann Benjamin). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINSKY, Jaime. **Práticas de cidadania**. São Paulo, Editora Contexto, 2003.

STIGLITZ , Gabriela. **PROTECCION JURIDICA DEL CONSUMIDOR**. Buenos Aires: Depalma, 1990.

[1] O ANEXO I define altos valores de chumbo, arsenio, cádmio, mercurio e cromo.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A LIBERAÇÃO DA SOJA TRANSGÊNICA NO BRASIL: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND THE RELEASE OF TRANSGENIC SOYBEANS IN BRAZIL: A COMPARATIVE LAW STUDY

**Ana Paula Myszczuk
Frederico Glitz**

RESUMO

O objetivo do presente artigo é apresentar, a partir de um panorama geral da legislação, uma breve análise de dois aspectos relacionados à discussão sobre organismos geneticamente modificados: sua conceituação e os princípios adotados pela legislação para abordar as questões decorrentes de sua pesquisa, liberação e disseminação no ambiente. Esta análise será feita tendo por base o Direito Comparado, a partir de documentos internacionais, regras do Mercosul, da União Européia e a legislação brasileira. Para tanto, verifica conceitos técnicos como Biotecnologia, Engenharia Genética e Organismos Geneticamente Modificados e sua aplicação na Convenção sobre Biodiversidade, no Protocolo de Cartagena, nas Diretivas e Regulamentos da União Européia, do Mercosul e na legislação brasileira. Após, analisa o caso da liberação da soja Roundup Ready no Brasil e o desrespeito ao princípio da precaução. Em conclusão, faz breve análise do princípio da precaução e do desenvolvimento sustentável, adotados uniformemente nas legislações internacionais, regionais e nacionais.

PALAVRAS-CHAVES: BIOTECNOLOGIA – ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS – TRANSGÊNICOS

ABSTRACT

The purpose of this article is, from a general overview of the legislation, to present a brief analysis of two aspects to the discussion on genetically modified organisms: their concepts and the principles adopted by the legislation to address issues arising from their research, dissemination and release on the environment. This analysis will be made based on comparative law, from international documents, rules of Mercosur, the European Union and Brazilian legislation. To make this possible, verifies some technical concepts of Biotechnology, Genetic Engineering and Genetically Modified Organisms and their application in the Convention on Biodiversity, in the Cartagena Protocol, under the Directives and Regulations of the European Union, Mercosur and Brazilian legislation. After examines the case of the Brazilian roundup Ready soybeans release and the disrespect to the precautionary principle. In conclusion, analysis of the precautionary principle and sustainable development, adopted uniformly in international, regional and national laws.

KEYWORDS: BIOTECHNOLOGY - GENETICALLY MODIFIED CROPS – TRANSGENICS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Os avanços biotecnológicos obtidos no século XX, principalmente com a Engenharia Genética, foram de tal magnitude que já é corrente o entendimento de que, se o século XX foi o século da Física, o século XXI será da Biologia. Pela primeira vez na História tem-se conhecimento científico suficiente para fazer a descrição completa da vida em seu nível mais básico, a descrição do código genético de cada ser. A Biotecnologia se desenvolveu rapidamente e tornou possível a manipulação da estrutura do DNA, trazendo ao dia-a-dia a possibilidade de reinvenção do planeta e do próprio homem.. Estas inovações só se concretizaram em virtude do aprofundamento de conhecimentos da Bioquímica, Biologia Molecular, Microbiologia, Engenharia Bioquímica e Engenharia Genética.

Este leque de possibilidades faz surgir muitos debates sobre a pesquisa e uso de organismos geneticamente modificados, sua validade e implicações advindas dessa tecnologia. Temas como Bioética, eugenia, clonagem, testes genéticos, pesquisas com seres humanos e transgênicos povoam nosso dia a dia, trazendo à tona inúmeros questionamentos sobre os limites que a estes devem ser impostos, bem como à manipulação dos genes humanos. Embora estes sejam utilizados com grande frequência em vários países, ainda não existe nenhum estudo que demonstre, efetivamente, quais os resultados para a saúde humana e animal do uso de alimentos transgênicos. Esta nova realidade, antes só sonhada pela ficção científica, trouxe a tona toda uma série de questões acerca dos limites de aplicação destas inovações. As preocupações giram em torno das conseqüências destas para o meio ambiente, os destinos da vida humana no planeta e os danos que podem advir do uso indiscriminado da manipulação genética.

Para tentar responder aos questionamentos específicos sobre a posição do Direito e dos juristas nestas mudanças sociais e científicas, Carlos Maria Romeo CASABONA[1] reflete que estes encontram cada vez mais obstáculos a serem enfrentados quando da análise uma realidade social nova e, principalmente, quando este fato está condicionado, de modo decisivo, aos avanços científicos ou tecnológicos. Para transpor estas dificuldades e não ficar frustrados diante do novo, a ciência do Direito e seus aplicadores devem adicionar aos seus conhecimentos técnicos, um conhecimento prévio: o de captação dos aspectos mais relevantes dessas inovações ou descobertas e sua real incidência sobre a vida humana. A partir do conhecimento das mudanças biotecnológicas o jurista estará preparado para discutir este conhecimento e avaliar qual será sua conduta frente a este. Sua intervenção deve servir para garantir a convivência e a paz social, resolver conflitos e proteger valores individuais e/ou coletivos mais importantes para a sociedade, sejam estes bens jurídicos já reconhecidos ou novos, que necessitem de identificação e merecedores de proteção.

Todas estas questões devem ser analisadas pensando-se, também, no direito fundamental do pesquisador de criação, produção científica e proteção da propriedade intelectual, sendo que as limitações ou proibições devem ser determinadas a partir de

colisões com direitos fundamentais, bens jurídicos constitucionalmente ou instrumentos jurídicos internacionais, inclusive as declarações de direitos humanos.

Neste contexto, o Direito chega ao século XXI e coloca o jurista frente ao desafio de enfrentar e harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo a impor limites entre o que é cientificamente possível fazer e o que é moralmente desejável realizar.

Assim, o objetivo do presente artigo é apresentar uma breve análise de dois aspectos relacionados à discussão sobre Ogms: o conceito do que seja organismo geneticamente modificado e quais os princípios que a legislação adota para abordar esta questão. Esta análise será feita tendo por base o Direito Comparado, verificando-se alguns documentos internacionais, as regras do Mercosul, da União Européia e a legislação brasileira. Ainda, objetiva realizar estudo do caso da liberação do plantio e comercialização da soja transgênica Roundup Ready no Brasil, com vistas a demonstrar que neste processo houve desrespeito ao princípio da precaução adoto na legislação brasileira.

2. DEFINIÇÕES LEGAIS SOBRE OGMS E BIOTECNOLOGIA:

As técnicas e os processos que viabilizam a manipulação do código genético da molécula de DNA constituem hoje um ramo importante da Biotecnologia, chamada Engenharia Genética ou Bioengenharia, “uma especialidade da Biologia que se ocupa dos estudos e da modificação da estrutura dos genes de diferentes espécies de animais e vegetais, assim como da possibilidade de gerar organismos totalmente novos[2]”. Desde sua origem, a Bioengenharia está voltada, ou centrada, na possibilidade de “engenheirar” os seres humanos, intervindo na sua estrutura genética. A Engenharia Genética “é um conjunto de técnicas para isolar, modificar, multiplicar e recombinar genes de diferentes organismos. Permite que os cientistas transfiram genes entre espécies que jamais se cruzariam na natureza - tomando, por exemplo, genes de um peixe e colocando-os num morango ou num tomate, ou genes humanos e inserindo-os em vacas ou ovelhas, e criando, assim, novos organismos transgênicos[3]”.

Para se manipular geneticamente um organismo a Engenharia Genética utiliza-se de variadas técnicas, sendo que entre as principais estão a transfecção, transgênese e transferência de genes. As técnicas de transgênese consistem na introdução de um gene em todas as células de um ser vivo. Este tipo de técnica permite o estudo das modificações existentes no organismo como um todo, por meio da integração do gene e pode ter objetivo experimental, médico, farmacêutico ou industrial. Assim, o termo transgênico se refere ao animal ou planta cujo genoma sofreu “a adição de um gene ou transgene, não importando a proveniência deste, de tal forma que o novo caractere conferido pelo gene se transmite fielmente aos descendentes. Trata-se, portanto, de uma transgênese germinativa. Atualmente são praticadas, também, outras modificações genéticas, além da adição de um gene: destruição, mutagênese, substituição...” [4].

Porém, a conceituação do que seja transgênico passou por várias etapas até se cristalizar. Simone de Paula Santos Mendes[5], comentando sobre a trajetória semântica do termo “organismo geneticamente modificado”, afirma que esta denominação designa algo que “sofreu alguma transformação/mudança em seu código genético, ou seja, em suas características tidas como fundamentais a sua constituição. No entanto, é importante ressaltar que a designação dicionarizada do vocábulo não dá conta dos usos efetivos que a sociedade faz desse termo em diversos segmentos”.

Yann DEVOS[6] *et alii* destacam que atualmente a discussão sobre organismos geneticamente modificados deixa de ser meramente uma questão científica e passa a ser uma questão social, uma vez que traz riscos e conseqüências para toda a sociedade. Escrevem:

“The societal debate about genetically modified organisms (GMOs) has a history of more than three decades. Initially, in the early seventies, scientists evaluated mainly the riskiness of the then newly developed recombinant DNA (r-DNA) technique that allowed the development of GMOs. From then onwards, this internal questioning became a social debate that gradually and largely extended in scope of actors involved and concerns addressed.

...

As argued by Ulrich Beck (1992), scientific and technological advances not only bring along unquestioned benefits, they also generate new uncertainties and failures. Because of this, and because of an ongoing complexification of what is considered a contemporary risk, scientific and technological developments have been the subject of societal controversies in various domains. These controversies are indicative of the emergence of a “reflexive modernity” whereby there is a growing awareness about the ways in which “techno-scientific progress” affects the interests and values of society, and about which risks are imposed upon society. In scaling up scientific and technological developments beyond the confined limits of the laboratory, and in testing technology as a real-world experiment, this trend has been amplified. Techno-scientific developments are entering society more directly, exposing it at large to potential dangers (Krohn and Weyer, 1994; Levidow and Carr, 2007). As such, risk debates and controversies can be viewed as an expression of contending views on how potential risks should be anticipated, controlled, and distributed, but also on how society should be organized.

A partir de todas estas controvérsias sobre o entendimento destes conceitos técnicos, as conseqüências e riscos potenciais que podem advir dos organismos geneticamente modificados é que a legislação mundial foi baseada. Assim, em boa parte das normas gerais sobre o tema, antes de se positivarem princípios e regras, são estabelecidas definições técnico-legais do que sejam estes produtos decorrentes da aplicação de técnicas da Bioengenharia.

Neste contexto, o artigo 2º da **CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA**, conceitua Biotecnologia como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. Material genético significa “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.

Por sua vez, no artigo 3º do PROTOCOLO DE CARTAGENA, define-se que organismo vivo é “qualquer entidade biológica capaz de transferir ou replicar material genético, incluindo organismos estéreis, vírus e viróides”. Destarte, organismo vivo modificado é entendido como “qualquer organismo vivo que possua uma combinação nova de material genético, obtida através da utilização da biotecnologia moderna”. Por sua vez, Biotecnologia Moderna subentende a aplicação de “técnicas in vitro aos ácidos nucléicos, incluindo a recombinação do ácido desoxirribonucléico (ADN) e a injeção direta de ácido nucléico em células e organitos; ou a fusão de células de organismos que não pertençam à mesma família taxonômica, ultrapassando as barreiras fisiológicas naturais da reprodução ou da recombinação e com técnicas que não sejam as utilizadas na reprodução e na seleção tradicionais”.

Preocupada com a crescente polêmica gerada pelos transgênicos, a **ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE[7]**, buscando a **elucidação de dúvidas mais frequentes acerca destes, afirma que organismos geneticamente modificados (OGMS)** “podem ser definidos como organismos nos quais o material genético (DNA) foi alterado de uma maneira que não ocorreria naturalmente. Normalmente, esta tecnologia é denominada "biotecnologia moderna" ou "tecnologia genética", algumas vezes também pode ser denominada "tecnologia de recombinação de DNA" ou ainda "engenharia genética". Esta tecnologia permite que genes individuais selecionados sejam transferidos de um organismo para outro, inclusive entre espécies não relacionadas. Estes métodos são usados para criar plantas GM – que são então usadas para o cultivo de alimentos”.

A **DIRETIVA 2001/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, relativa à libertação planejada no ambiente de organismos geneticamente modificados, conceitua organismo como “qualquer entidade biológica dotada de capacidade reprodutora ou de transferência de material genético”. Organismo geneticamente modificado (OGM) é “qualquer organismo, com exceção do ser humano, cujo material genético tenha sido modificado de uma forma que não ocorre naturalmente por meio de cruzamentos e/ou de recombinação natural”. Esta Diretiva define, ainda, que liberação deliberada é “qualquer introdução intencional no ambiente de um OGM ou de uma combinação de OGM sem que se recorra a medidas específicas de confinamento, com o objetivo de limitar o seu contato com a população em geral e com o ambiente e de proporcionar a ambos um elevado nível de segurança”.

O **REGULAMENTO (CE) Nº. 1829/2003 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, relativo a gêneros alimentícios e alimentos para animais geneticamente modificados, define OGM da mesma maneira que definido no artigo 2º da Diretiva 2001/18/CE. A partir deste conceito estabelece que “gênero alimentício geneticamente modificado” é todo e qualquer gênero alimentício que contenha, seja constituído por ou produzido a partir de OGM. Também, conceitua “alimento para animais geneticamente modificado”, enquanto o alimento para animais que contenha, seja constituído por ou

produzido a partir de OGM. Ainda, determina que “organismo geneticamente modificado destinado à alimentação humana” é o OGM que pode ser utilizado como gênero alimentício ou como matéria-prima para a produção de gêneros alimentícios. Entende que “organismo geneticamente modificado destinado à alimentação animal” é o OGM que pode ser utilizado como alimento para animais ou como matéria-prima para a produção de alimentos para animais. Por fim, estabelece que derivado de OGM seja todo o alimento produzido a partir de organismos geneticamente modificados, no todo ou em parte, mas que não contém nem é constituído por OGM.

No Brasil, a LEI DE BIOSSEGURANÇA e a RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº. 05 da COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA (CTNBIO) apresentam as definições utilizadas pela legislação acerca de organismos geneticamente modificados. Conforme o artigo 3º, organismo é considerado como “toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas”. Organismo geneticamente modificado - OGM é todo “organismo cujo material genético - ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”. Derivado de OGM é todo “produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM”. Engenharia genética é uma “atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante”. Define, também, o que são o ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN) enquanto “material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”. Determina, por fim, que moléculas de ADN/ARN recombinante são “as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural”.

3. PRINCÍPIOS ADOTADOS NA LEGISLAÇÃO SOBRE TRANSGÊNICOS:

A partir da metade do século XX, a questão da preservação do meio ambiente se torna cada vez mais preocupante. As novas técnicas da biotecnologia permitem manipular genes e misturar espécies totalmente diversas, os chamados “organismos geneticamente modificados”.

No contexto destas preocupações teve lugar a **DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO**[8], formulada sob o comando da ONU, que determina que:

“Atingiu-se um ponto da História em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas conseqüências ambientais. Pela ignorância ou indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao ambiente terrestre de que dependem nossa vida e nosso bem-estar. Com mais conhecimento e ponderação nas ações, poderemos conseguir para nós e para a posteridade uma vida melhor em ambiente mais adequado às necessidades e esperanças do homem. São amplas as perspectivas para a melhoria da qualidade ambiental e das condições de vida. O que precisamos é de entusiasmo, acompanhado de calma mental, e de trabalho

intenso mas ordenado. Para chegar à liberdade no mundo da Natureza, o homem deve usar seu conhecimento para, com ela colaborando, criar um mundo melhor. Tornou-se imperativo para a humanidade defender e melhorar o meio ambiente, tanto para as gerações atuais como para as futuras, objetivo que se deve procurar atingir em harmonia com os fins estabelecidos e fundamentais da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo”.

Vale dizer, parte do princípio do desenvolvimento sustentável, conceito já consolidado por meio da **COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE** em 1987[9], onde é concebido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. Esta disposição tem como objetivo evitar o surgimento de atentados contra o meio ambiente. Quer dizer, as atuações devem ser consideradas de maneira antecipada e dar-se prioridade àquelas que evitem, reduzam, corrijam ou eliminem a possibilidade de causarem alterações na qualidade do meio ambiente.

Deste modo, “quando falamos em desenvolvimento sustentável, temos de pensar em mudanças na nossa forma de vida para podermos manter o capital natural que continuará a nos prover dos recursos essenciais à vida no planeta [10]”. O desenvolvimento sustentável consiste-se na busca e conquista de um “ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade”[11]. O desenvolvimento sustentável seria, então, aquele que atenda as necessidades das gerações presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às próprias necessidades[12].

De acordo com a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, desenvolvimento sustentável é “aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas. Essa definição, retirada do **RELATÓRIO NOSSO FUTURO COMUM**, é a mais aceita - porém, é bastante ampla e tudo depende de como é interpretada. Pode ser usada para justificar quase qualquer atividade, desde que ela reserve recursos e meios para as gerações futuras. Mas num sentido mais rigoroso, significa que todas as atividades realizadas atualmente devem sofrer uma avaliação cuidadosa para determinar seus impactos ambientais. Se isso fosse feito, a maioria delas não passaria num simples teste de sustentabilidade a longo prazo”[13].

Esta preocupação inicial das Nações Unidas teve continuidade com a **CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB)**, estabelecida no Rio de Janeiro em 1992, determinado que os “Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais. Ainda, a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional”.

Na seqüência, os desafios trazidos pela biotecnologia fazem com que seja necessário o estabelecimento de uma Convenção sobre Diversidade Biológica, estabelecida em documento que ficou conhecido como o PROTOCOLO DE

CARTAGENA. Neste documento são apresentadas diretrizes para regulamentação do movimento transfronteiriço de qualquer organismo vivo modificado, resultante da biotecnologia moderna, que possa ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica. Reafirma a abordagem de precaução contida no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que determina caber à coletividade e ao Poder Público o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Esta disposição impõe o dever de precaução ou de abstenção de práticas que causem danos ao meio ambiente.

Marco AHTEENSUU[14] analisa a função e origem do princípio da precaução:

“The precautionary principle is a principle of practical decision-making which may be justified on the basis of ethical and socio-political grounds and/or as a form of rational action. It is commonly invoked in societal risk governance. The core idea of the principle can be stated as follows: serious environmental threats and health hazards should be anticipated (*foreseen*), and they ought to be prevented (*forestalled*) before the damage comes to fruition, even if scientific understanding of the risks is inadequate.

....

The origin of the precautionary principle has been traced to different sources. Sometimes it is argued that the roots of the principle can be found in the general and everyday idea of precaution. No doubt, taking precautions is instinctive for human beings, and it is certainly in accordance with common sense. The essence of precaution is captured in several English sayings, such as “better safe than sorry” and “an ounce of prevention is worth a pound of cure”. Others have traced the history of the precautionary principle to specific (non-judicial) arguments from precaution which have been presented, for instance, by certain social scientists in 1970s and 1980s.

O princípio da precaução foi uma das maiores inovações do Direito Ambiental no século XX. Porém, sua aplicação “é dificultada por uma série de fatores, não somente de natureza jurídica, mas também de natureza científica, dentre as quais a ação legislativa perante a incerteza ou a falta de consenso científico sobre o que é a Ecologia”[15]. Deste modo, torna-se um desafio à tradução deste conceito para o campo jurídico, principalmente quando se analisam questões sobre globalidade, complexidade, incerteza e irreversibilidade.

Para Aurélio Virgílio Veiga RIOS[16], “o princípio da precaução ao dano ambiental surgiu da necessidade de se lidar com as conseqüências dos danos ambientais causados pelos mais diversos fatores: contaminação dos recursos naturais, poluição do ar, desmatamento, etc. Havia a urgência de se prevenir os riscos ambientais crescentes resultantes de uma sociedade industrial fortemente estabelecida e do uso generalizado de energia nuclear por muitos países”.

Por sua característica inovadora, este princípio acarreta para o Estado e coletividade o dever de evitar sérios e irreversíveis danos ao meio ambiente, mesmo que ainda não

tenha sido demonstrado, de maneira cabal, que determinada prática está causando efeitos nocivos ao meio ambiente. Em outras palavras, devem ser tomadas medidas efetivas que antecipem, previnam e ataquem as causas da degradação ambiental. Não é necessário que o dano seja efetivo para que se proteja o meio ambiente, a simples ameaça ou possibilidade de lesão já justifica a tomada de medidas de precaução. Assim, “se não há prévia e clara base científica para definir os efetivos níveis de contaminação de certo produto, é mais prudente ao Estado e aos cidadãos pressionarem o provável ou potencial causador do dano ambiental a provar, antes que os seus efeitos imprevisíveis possam ocorrer, que a atividade específica ou o uso de certos produtos ou substâncias não irão afetar o meio ambiente”[17].

A questão mais relevante, legalmente falando, em relação ao princípio da precaução é que qualquer medida ativa, tendente a proteger o meio ambiente pode ser exigida, sem que se tenham provas científicas, de que um dano efetivamente venha a ser ocasionado, precisem se apresentadas. Assim, o elemento inovador não é a necessidade, mas o tempo de uma ação jurídica. Em virtude disto, um dos principais efeitos deste princípio é o de, nas palavras de Ana Flávia Barros-Platiau e Marcelo Dias Varela[18], “reduzir a importância da certeza científica como fator inibidor de novas legislações para, ao mesmo tempo, aumentar a responsabilidade de autoridades públicas e atores privados quanto à avaliação de impactos ambientais. Conseqüentemente, a comunidade científica teve seu papel valorizado, pois a ela incumbe a tarefa de fornecer dados e provas para que o princípio de precaução não seja o único instrumento jurídico de antecipação de danos ambientais”.

O **CODEX ALIMENTARIUS**[19], formulado pela Organização Mundial da Saúde, igualmente adota o princípio da precaução em seus dispositivos. Na seção 03 do Codex, no item 11, da parte relacionada aos princípios de análise prática dos riscos alimentares, se estabelece que a precaução seja um dos elementos inerentes a análise dos riscos, uma vez que existem muitas incertezas científicas na questão alimentar e que isto deve ser levado em conta no estudo, liberação e utilização de alimentos. Destaque-se que este Codex é considerado o documento que consigna a maior autoridade internacional em inocuidade alimentar. No que se refere à Biotecnologia, as questões sobre transgênicos são discutidas nos Comitês do Codex e nos Comitês de Rotulagem de Alimentos, Resíduos de Medicamentos Veterinários nos Alimentos, Aditivos e Poluentes Alimentícios. As avaliações de inocuidade alimentar são feitas, em conjunto, pelos Comitês do Codex e pelo Comitê Conjunto de Peritos da FAO/OMS sobre Aditivos Alimentícios e pela Reunião Conjunta sobre Resíduos de Pesticidas. Criou-se um Grupo Especial em Biotecnologia, presidido pelo Japão, com o objetivo de estabelecer pautas sobre a segurança de alimentos derivados da Biotecnologia[20].

Em relação à União Européia, a **DIRETIVA 2001/18/CE DO CONSELHO DO PARLAMENTO EUROPEU**, relativa à liberação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados, estabelece que o princípio da precaução fosse tomado em conta na sua elaboração e deverá ser igualmente tomado em conta quando da sua aplicação. Quer dizer, também adota como base para a legislação dos países da UE este dever de que se evitem danos ao meio ambiente. Além disto, o art. 4º determina que os Estados-Membros devem assegurar, em conformidade com o princípio da precaução, que sejam tomadas todas as medidas adequadas para evitar os efeitos negativos para a saúde humana e para o ambiente que possam resultar da libertação deliberada de OGM ou da sua colocação no mercado.

Jorge Luís MIALHE[21] analisa o sentido do princípio da precaução:

“Nesse sentido, é importante esclarecer que o princípio da precaução não deve ser interpretado como uma recomendação sistemática de abstenção. Muito embora não seja percebido dessa maneira, ele deve ser entendido como uma incitação à ação. Ao contrário da máxima “na dúvida, abstenha-se”, o princípio da precaução recomenda “na dúvida, faça todo o possível para agir da melhor forma”. Essa atitude positiva, de ação mais do que inação, corresponde ao objetivo unânime de reduzir os riscos para o homem e para o meio ambiente. O princípio da precaução não se resume na renúncia aos benefícios esperados do avanço tecnológico. Implica, na verdade, a adoção de algumas medidas no intuito de prevenir inconvenientes, possivelmente oriundos do desenvolvimento tecnológico, e que seus riscos residuais sejam considerados como aceitáveis diante das vantagens comparativas. A precaução não pode ser vista como uma exigência irrealista de risco zero. Ela deve avaliar a gravidade dos perigos e sua probabilidade de ocorrência. A partir dessas informações, impõe-se uma vigilância especial, não apenas para preparar a decisão (de agir ou não), mas também para acompanhar as conseqüências da escolha realizada. Enquadrada por conceitos explícitos, por regras práticas de procedimento e entendido como modelo jurídico, o princípio da precaução deve constituir um aporte benéfico para o arsenal de instrumentos que permita um melhor gerenciamento do desenvolvimento tecnológico, minimizando os riscos a ele associados”.

Já, o **REGULAMENTO 178/2002 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, sobre os princípios e normas gerais relativos à legislação alimentar, adota no artigo 7º o princípio da precaução determinando que, nos casos em que se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, possam ser adotadas medidas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de proteção da saúde.

Neste contexto, o risco é definido como uma medida dos efeitos de uma ocorrência em termos de sua probabilidade e da magnitude de suas conseqüências. Em outras palavras, risco pode ser definido como sendo o processo, com bases científicas, que consiste na caracterização e identificação de perigos, da avaliação da exposição e da caracterização dos efeitos dos riscos. Perigo pode ser entendido como a propriedade de uma substância ou processo que cause dano. Assim, dano é a materialização do perigo.

Deste modo, a avaliação de segurança deve ser baseada nos riscos potenciais impostos pelo produto obtido. Devem-se analisar as características e utilidade pretendida com o organismo geneticamente modificado, sua introdução no meio ambiente e as conseqüências que podem ser ocasionadas com tal prática. Por óbvio, no manejo de riscos há que se levar em conta as alternativas decorrentes da avaliação dos riscos potenciais e as opções de controle encontradas, levando-se em consideração, acima de tudo, que o produto deve ser seguro e sadio para a espécie humana e para o meio ambiente[22].

Já na legislação do MERCOSUL, o **ACORDO-QUADRO SOBRE MEIO AMBIENTE DO MERCOSUL** estabelece, no artigo 3º, que a promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis terão por base os princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; promoção do desenvolvimento sustentável. O princípio da gradualidade determina que a liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente será feita em etapas, após a realização de análises para avaliação do risco ambiental. O princípio da flexibilidade e equilíbrio determina que a biodiversidade deva ser preservada, de modo que se evite a liberação de ogms, que possam colocar em risco a pessoa humana ou o meio ambiente.

Neste contexto, o Acordo Marco busca a implementação do desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental, por meio da articulação econômica, social e ambiental, de modo a garantir uma melhor qualidade do ambiente e de vida da população. Com tudo isto, almeja-se a implementação gradativa e setorial de princípios e instrumentos ambientais ali estabelecidos [23].

A **DECLARAÇÃO DOS MINISTROS DE MEIO AMBIENTE SOBRE ESTRATÉGIA DE BIODIVERSIDADE DO MERCOSUL**, no Capítulo I, adota o princípio de que a diversidade biológica possui valor intrínseco e deve ser respeitada independentemente do valor ou uso que lhe seja atribuído pelas populações humanas. Deste modo, deve ser aproveitada dentro do limite de funcionamento dos ecossistemas, garantindo a continuidade dos processos ecológicos e evolutivos.

No Decreto 4339 o Brasil definiu sua **POLÍTICA NACIONAL DA BIODIVERSIDADE**. Nesta legislação restou determinado, no Componente 03 - Utilização Sustentável dos Componentes da Biodiversidade - que um dos objetivos específicos desta política é a consolidação de regulamentação dos usos de produtos geneticamente modificados, em conformidade com o princípio da precaução e com análise de risco dos potenciais impactos sobre a biodiversidade, a saúde e o meio ambiente, de modo a garantir a transparência e o controle social destes e com a responsabilização civil, criminal e administrativa para introdução ou difusão não autorizada de organismos geneticamente modificados que ofereçam riscos ao meio ambiente e à saúde humana.

Esta política pode ser considerada um elemento central no processo de estruturação política, vez que estabelece um marco legal para a gestão da biodiversidade. Além disto, sua implementação decorreu de longo processo de elaboração e consulta a diversos segmentos da sociedade, com o intuito de garantir uma efetiva representatividade na construção de uma proposta de consenso, rompendo com a tradição de estabelecimento de políticas de cima-para-baixo. Em virtude disto, “a PNB tem como objetivo geral a promoção, de forma integrada, da conservação da biodiversidade e da utilização sustentável de seus componentes, com a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, de componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados a esses recursos”[24].

A **LEI DE BIOSSEGURANÇA**[25] [26] (Lei nº. 11.105/2005) positiva as normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus

derivados. Estabelece como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente[27].

De acordo com Rubens Onofre NODARI[28]:

“... a nova lei trouxe inúmeras novidades, muitas das quais se transformam imediatamente em desafios...”

A referência ao princípio da precaução no primeiro artigo da nova Lei é considerado um avanço em termos legais, já que, na prática, as normas ambientais, embora às vezes não explicitem, já incorporaram tal princípio. Agora, a Lei de Biossegurança está afinada com a Declaração do Rio, de 1992, com a Convenção sobre Diversidade Biológica-CDB, que referencia o princípio da precaução no preâmbulo e também o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, que estabelece o referido princípio em artigos operativos...

O desafio maior agora é praticar a ciência precaucionária,. Que deve levar em conta não só as incertezas, como também, as alternativas para resolver um dado problema”.

4. O CASO DA LIBERAÇÃO DA SOJA TRANSGÊNICA NO BRASIL E O DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO:

A primeira lei brasileira sobre biossegurança é de 1995. Em linhas gerais, a Lei nº. 8974/95 determina que os interesses protegidos seriam a vida e saúde dos homens, animais, plantas e meio ambiente. Não colocou hierarquia nessa proteção. Entretanto, os animais, as plantas e os homens terão tratamento diferente na vedação de atividades[29] de manipulação genética. Conceitua organismo geneticamente modificado como aquele que tenha sua carga genética modificada por qualquer técnica de engenharia genética. Proíbe o manejo de organismos geneticamente modificados em desacordo com o que determina a lei de biossegurança e a liberação ou descarte de OGM em desacordo com as regras estabelecidas pela CTNBio.

Embora a Constituição Federal de 1988 apresente em seu elenco de proteção ao meio ambiente o princípio da precaução, este não foi expressamente adotado pela Lei de Biossegurança. Ao contrário, em nenhum de seus artigos faz referência a tal preceito jurídico. Isto demonstra o paradoxo existente no Brasil entre a adoção e uma série de princípios que praticamente proibiriam a existência de organismos geneticamente modificados no país e posterior regulamentação que deixa de lado a efetiva adoção destes princípios restritivos. Um dos exemplos claros desta prática está na liberação de soja roudup ready (soja RR).

As primeiras safras de soja transgênicas foram colhidas em 1996, no EUA. Já neste período, muitas sementes de soja transgênicas chegaram ao Brasil, contrabandeadas do Paraguai e Argentina. A falta de uma fiscalização maior por parte das autoridades governamentais fez com que as plantações de soja transgênica se espalhassem pelo sul e centro oeste do Brasil, contaminando várias áreas de soja tradicional.

Nenhuma outra medida foi tomada pelo governo ou CTNBIO para acabar com tais desrespeitos à Lei de Biossegurança e a falta de precaução dos agricultores, a não ser a proibição ou imposição de dificuldades ao comércio destes produtos. Destaque-se que mesmo nisto as medidas tomadas foram frouxas, pois a soja passou a ser liberada em virtude de pressões do mercado e dos agricultores. Pode-se verificar, desde então, uma incongruência entre a legislação sobre transgênicos e as políticas públicas sobre transgênicos. Vejamos:

Em junho de 1998 a Monsanto requereu junto a CTNBIO a liberação comercial de soja tolerante ao herbicida Roundup Ready (processo 01200.002402/98-60). De acordo com a ementa do processo, a empresa requereu a liberação comercial, bem como de qualquer germoplasma derivado da linhagem “glyphosate tolerant soybean”(GTS) 40-30-2 ou de suas progênies geneticamente modificadas para tolerância ao herbicida Roundup. A solicitação compreendia a livre prática de atividades de cultivo, registro, uso, ensaios, testes, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, importação e descarte da referida soja.

Reagindo a este pedido, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), ingressou com ação cautelar inominada, com vistas a impedir que esta comercialização se realizasse (processos 1998.34.00.027681-8 CLASSE 9200). O Greenpeace e o Instituto Brasileiro do Meio ambiente e Recursos Naturais Renováveis, requereram a inclusão no pólo ativo, enquanto assistentes e protocolaram Ação Civil Pública, visando proibir qualquer atividade relacionada à soja transgênica.

A Justiça Federal do Estado de São Paulo, em 16 de setembro de 1998, deferiu liminarmente o pedido, sob o fundamento de que:

“Com efeito, a Constituição Federal erigiu o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225). Determinou, ainda, incumbir ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225, II, CF).

De igual forma, impõe o estudo prévio de impacto ambiental - EIA para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, IV, CF).

Também incumbe ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências, bem como o desenvolvimento do sistema produtivo nacional (art. 218, §§ 1º e 2º, CF).

Diante de dois valores aparentemente antagônicos é que a legislação de regência e as convenções internacionais fazem menção ao desenvolvimento sustentável, assim entendida a compatibilização entre os bens juridicamente tutelados, e ambos de grande relevância.

Estas, em síntese, as disposições constitucionais relevantes para o caso concreto.

Nessa medida, temos que o Poder Público, atado que está ao princípio da legalidade, não pode atuar de forma diversa, sendo certo que a ré não pode extrapolar os limites de sua atuação."

Assim, entendendo que a CTNBIO tinha extrapolado suas funções e liberado o plantio da soja transgênica, sem a apresentação de estudo prévio de impacto ambiental, conforme determinava a legislação, foi suspenso o pedido de autorização para qualquer atividade relativa a soja Roundup Ready. Assim, o princípio da precaução, de extrema importância para o caso só foi efetivamente levado em consideração, a partir da imposição do Poder Judiciário e da movimentação da sociedade civil organizada.

De qualquer modo, em 15 de dezembro de 1998, a CTNBIO, por meio da Instrução Normativa n.º18/98, deferiu pedido formulado pela Monsanto, concluindo que não haveria evidências de risco ambiental ou de riscos à saúde humana ou animal, decorrentes da utilização da soja geneticamente modificada. A conclusão baseou-se no fato de que a soja é uma espécie domesticada, altamente dependente da espécie humana para sua sobrevivência. Portanto, não haveria razões científicas para se prever a sobrevivência de plantas derivadas da linhagem GTS 40-3-2 fora de ambientes agrícolas. Além disso, na ausência de pressão seletiva (uso do Glifosate), a expressão do gene inserido não conferiria vantagem adaptativa. Não haveria indicação de que o uso de cultivares derivados da linhagem GTS 40-3-2 levará a alterações significativas no perfil e na dinâmica de populações de insetos associados à cultura da soja convencional. Ainda, registra que, após a utilização da soja geneticamente modificada e de seus derivados na América do Sul, Central e do Norte, na Europa e na Ásia, não foi verificado um só caso de desenvolvimento de reações alérgicas em humanos que não fossem previamente alérgicos à soja convencional.

Destaque-se: não se faz qualquer referência ao princípio da prevenção e da necessidade de estudos específicos para o meio ambiente brasileiro, mesmo em vistas do recentíssimo plantio deste tipo de organismo em diversas partes do mundo (1997).

O Parecer Técnico Conclusivo dá conta de que aprova a solicitação da Monsanto e determina que esta monitore dos plantios comerciais dos cultivares de soja derivados da linhagem GTS 40-3-2, que deverá ocorrer por um período de cinco anos, com o objetivo de proceder a estudos comparados das espécies de plantas, insetos e microrganismos presentes nas lavouras. A Monsanto também deverá se comprometer a viabilizar áreas de plantio e realizar monitoramento científico necessário para a geração de informações complementares, que serão supervisionadas por técnicos especializados nomeados pela CTNBio. As áreas, suas localizações e dimensões, seriam estabelecidas conjuntamente pela CTNBio e pela Monsanto, e deveriam localizar-se em regiões edafo-climáticas representativas da cultura da soja.

Registre-se que a verificação de eventuais alterações consideradas significativas para a biossegurança poderia resultar na suspensão imediata dos plantios comerciais. Porém, que faria esta fiscalização e “prevenção” dos riscos? A própria interessada no procedimento, atuando o governo apenas como “supervisor” do processo. Novamente o Estado se apresenta com uma política contrária a ao princípio da prevenção e atua muito mais de acordo com as pressões econômicas.

Em virtude desta decisão, a Justiça Federal[30] manteve a proibição e como medida de caráter inibitório determinou que:

“ **I** - as empresas promovidas, **MONSANTO DO BRASIL LTDA** e **MONSOY LTDA** apresentem **Estudo Prévio de Impacto Ambiental**, na forma preconizada pelo art. 225, IV, da **Constituição Federal**, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial da soja **round up ready**;

II - ficam impedidas as referidas empresas de comercializarem as sementes da soja geneticamente modificada, até que seja regulamentada e definida, pelo poder público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados;

III - fica suspenso o cultivo, em escala comercial do referido produto, sem que sejam suficientemente esclarecidas, no curso da instrução processual, as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome, a respeito das possíveis falhas apresentadas pela CNTBio em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja **round up ready**;

...

VI - sejam intimados, pessoalmente, os Sr. Ministros da Agricultura, da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente e da Saúde, para que não expeçam qualquer autorização às promovidas, antes de serem cumpridas as determinações judiciais, aqui, contidas, ficando suspensas as autorizações que, porventura, tenham sido expedidas, nesse sentido;

VII - fica estabelecida a **multa pecuniária** de 10 (dez) salários-mínimos, por dia, a partir da data do descumprimento destas medidas, a ser aplicada aos agentes infratores, públicos ou privados (Lei nº 7.347/85, art. 11)”.

Em agosto de 1999, o d. Juiz Federal Antonio Souza Prudente, uma sentença fundamentada a partir de documentos nacionais e internacionais, além da mais abalizada doutrina, deferiu o pedido de suspensão das atividades relativas à soja Roundup Ready.

Entre os fundamentos apresentados, o que toma maior relevância é o princípio da precaução. O magistrado toma por base os estudos de Paulo Leme Machado, sobre o princípio da precaução no Direito Ambiental e argumenta que a “implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se

trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. Visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta”.

Além disto, para que este princípio seja aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. “Não é fácil o confronto com esses comportamentos, porque eles estão corroendo a sociedade contemporânea. Olhando-se o mundo das Bolsas, aquilata-se o quanto a "cultura do risco" contamina os setores financeiros e os governos, jogando na maior parte das vezes, com os bens alheios”. O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas equivale à busca da segurança do meio ambiente, indispensável para a continuidade da vida”. Assim, na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente ("in dubio pro salute" ou "in dubio pro natura")^[31].

Sobre o parecer técnico conclusivo da CTNBIO, assevera:

“Determinou-se à Monsanto a realização de monitoramento ao mesmo tempo em que a maioria da CTNBio é favorável a que o Ministério da Agricultura libere o produto para uso comercial. É profundamente chocante esse tipo de raciocínio. Se o produto é realmente seguro, não há razão de submetê-lo a um monitoramento, com regras que revelam o perigo do dano ambiental. O que era lógico esperar-se é que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança opinasse que antes do uso comercial do produto, fosse feito o monitoramento fiscalizado do produto e só depois - se não houvesse dano significativo - pudesse haver o seu livre plantio e comercialização.

A CTNBio já se houvera omitido na aplicação do princípio da precaução, quando se posicionara favoravelmente à importação de soja transgênica (processo nº 1997.340000.036170-4 - Distrito Federal), conforme se vê do magnífico parecer do Procurador da República Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, com a merecida concessão de liminar).

A manifestação da maioria da CTNBio favorável ao plantio e comercialização da soja transgênica transforma toda a população brasileira em cobaia, passando cada brasileiro e cada brasileira a figurar como "rato de laboratório" ...

Ao não determinar medida de precaução, desaconselhando a imediata autorização pelos Ministérios competentes do livre cultivo da soja transgênica, a maioria da CTNBio desprezou a Convenção da Diversidade Biológica em vigor no Brasil, e assim, agiu ilegalmente. A política nacional de biossegurança deve começar na própria Comissão que a propõe (art. 2º, I do decreto nº 1.752 de 20/12/1995." (Fls. 498/512).

Por fim, destaca que é necessário defender a vida numa sociedade que lucra com a morte e que a CTNBIO não cumpriu seu papel constitucional, uma vez que aceitou mero parecer técnico e não exigiu um efetivo estudo prévio de impacto ambiental.

Sob estes fundamentos decide que ficaria impedida a comercialização de sementes da soja geneticamente modificada já produzidas, até que seja regulamentada e definida, pelo Poder Público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados no País. Do mesmo modo, determina a suspensão do cultivo, em escala comercial, sem que sejam suficientemente esclarecidas as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome, a respeito das possíveis falhas apresentadas pela CNTBio em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja Roundup Ready. Isto deverá ser apresentado com a o Estudo Conclusivo de Impacto Ambiental. Enquanto não se produz tal documento, o plantio da soja transgênica restringe-se ao necessário, para realização de testes e do próprio EIA/RIMA, em regime monitorado e em área de contenção, delimitada e demarcada, com a proibição de serem comercializados os frutos obtidos com os aludidos testes, nas diversas fases que integram a feitura do EIA/RIMA.

Paulo Afonso Leme Machado[32], comentando as ações judiciais que contestam a autorização da comercialização da soja Roundup Ready, entende que esta se revela “um bom teste para verificar o cumprimento da Constituição e das normas regulamentares de biossegurança. Estas ações têm em comum a mesma argumentação contrária à introdução de organismo geneticamente modificado no país, baseada no princípio da precaução e na aplicação do código de defesa do consumidor. Ambas pretendem impedir o ingresso de soja transgênica no país”. Sobre a decisão judicial da Justiça Federal do distrito Federal, frisa que esta é inovadora e provocou o primeiro caso de que se tem notícia de ‘moratória judicial em relação ao plantio, em escala comercial, de grãos geneticamente modificados, apontando, em concreto, o descumprimento da legislação em vigor e revelando a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso XIV, do Decreto nº 1752 que, ao regulamentar a Lei nº 8974/95, dispõe sobre a vinculação, competência e composição da CTNBio”.

Em meio a estas discussões, vários Estados da Federal tentaram se tornar “áreas livres de transgênicos” e formularam legislação própria sobre o tema. Este é o caso do Rio Grande do Sul que, por meio do Decreto 39.314 de 1999, impôs restrições às atividades que envolvessem organismos geneticamente modificados, determinando que as pesquisas deveriam ser comunicadas ao governo estadual, junto com a apresentação do EIA/RIMA. Em caso de não informação, o governo poderia tomar medidas repressoras que iniciam com a advertência, passam pela proibição da comercialização e poderiam chegar a apreensão do produto. Entretanto, “a criação da área livre de transgênicos não foi aceita por parte dos fazendeiros gaúchos, que organizaram milícias para barrar a entrada de equipes de fiscalização em suas propriedades. Estes produtores, representados pela Federação da Agricultura do Rio Grande do Sul (FARSUL), junto com a oposição ao governo petista, passaram a acusar a administração estadual de ser contrária ao progresso científico[33]”. Mas uma vez, temos a confrontação entre as pressões do mercado e as dificuldades do governo em efetivar medidas que garantam a aplicação da legislação referente aos transgênicos.

A controvérsia acerca da liberação da soja transgênica não pára por aí. Os agricultores do sul do Brasil, em desrespeito completo a legislação de biossegurança e as decisões judiciais continuaram, sistematicamente, a plantar sementes de soja transgênica pirateada e contrabandeada ou importada ilegalmente.

A situação da falta de uma política pública mais vigorosa de fiscalização das áreas de plantio deste tipo de soja fez com que, pasme-se, fosse editada a Medida Provisória 113/03, de 26 de março de 2003, que determinava que a “comercialização da safra de soja de 2003, não estará sujeita as exigências da Lei 8.974/95”. Esta medida foi transformada na Lei 10.688/03, que autorizou a venda da safra de soja transgênica plantada ilegalmente até o dia 31 de janeiro de 2004. “A decisão foi tomada sob a desculpa de não provocar grandes prejuízos aos produtores de soja e devido à pressão da indústria do setor. A medida proíbe a utilização da soja transgênica produzida como semente na safra posterior e determina incineração do estoque não comercializado”.^[34]

Em outras palavras: o plantio ilegal de soja transgênica, que não havia sido liberado devido à falta de estudos que demonstrassem efetivamente que estas não produziam risco ao meio ambiente e ao ser humano foi legalizada, única e exclusivamente em virtude de pressões do poder econômico, sem que se considerassem os riscos à saúde e vida dos cidadãos brasileiros e o meio ambiente. Novamente verifica-se a completa falta de respeito ao princípio da precaução estampado nas mais diversas legislações adotadas pelo Brasil.

O discurso do Deputado Darcísio Perondi do PMDB-RSD, em 14 de março de 2003, ilustra bem a falta de conhecimento, preocupação de políticos brasileiros sobre a biossegurança e o foco mercantil de suas ações acerca da soja transgênica:

“Daqui a pouco, Sr. Presidente, vamos votar a medida provisória n.º 113. Na realidade estaremos votando se o Brasil vai continuar no rumo da biotecnologia, da transgenia, da ciência que transporta o gene de uma planta para outra da mesma ou de outra espécie para aumentar a produção, aumentar a renda do produtor, acima de tudo, de médio e do pequeno produtor. A biotecnologia é uma ciência a serviço do homem; é uma arma poderosa para defender o meio ambiente. A cultura transgênica degrada menos a terra por utilizar menos veneno quanto utiliza hoje a agricultura tradicional, intoxicando, envenenando o solo e, com isso, poluindo rios e mares. É uma ciência que está se serviço da pequena propriedade rural...E aqui no Brasil há os fundamentalistas, não acredito que por motivos econômicos, penso que a indústria do veneno financia grupos contrários a biotecnologia”^[35].

Esta política pública desconectada dos próprios princípios da legislação de biossegurança persiste. Ainda em 2003 é editada a medida provisória 131/03, de 25 de setembro de 2003, que estabelece as normas para a comercialização da safra de soja de 2004. Novamente a situação de ilegalidade da soja é legalizada. Esta medida foi transformada na Lei 10814 de 2003. Do mesmo modo, a Medida Provisória 223/04, autoriza o comércio de soja transgênica para a safra de 2005, que foi convertida na lei 11092 de 2005^[36].

Neste período, alguns Estados-Membros tentaram se insurgir contra as decisões do Governo Federal e editaram leis, visando proibir qualquer atividade relacionada à transgênicos em seu território. Um exemplo é o Estado do Paraná que por meio da Lei Estadual Lei Estadual n.º14162, de 27 de outubro de 2003, veda o cultivo, a

manipulação, a importação, a exportação, a industrialização, a comercialização, o financiamento rural de ogms. Esta legislação foi julgada inconstitucional na ADIN 3035.3, que entendeu que não era de competência do Estado do Paraná legislar sobre este tema. Após a declaração de inconstitucionalidade, o Estado ainda aprovou a Lei no 14.861, de 26 de outubro de 2005, que regulamenta direito à informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Posteriormente o Brasil iria aderir à legislação internacional sobre rotulagem de transgênicos, que também adotam o princípio da precaução.

A partir de 2005, com a nova Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), a CTNBio passou a ser a liberar regularmente o plantio e comercialização da soja transgênica, inclusive sob os fundamentos do parecer n.º 54, de 1998. Mas ainda fica a pergunta: e a aplicação do princípio da precaução? Este deveria ser o motivador principal das análises da CTNBio e das políticas públicas sobre o temas. Porém, em concreto, o que se pode perceber é apenas a “relativização” deste princípio em nome de ganhos econômicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O tema dos organismos geneticamente modificados suscita muitas análises e polêmicas. Os marcos teóricos legislativos já estão postos. As incertezas científicas fazem as controvérsias saíam da seara exclusiva da academia e laboratórios e chegar à sociedade como um todo. Basta fazer-se uma pesquisa em jornais, televisão ou na internet para se verificar a quantidade de fontes de discussão sobre o tema. Esta incerteza científica, aliada, muitas vezes, ao medo do novo, faz com que proliferem acordos, tratados e leis sobre organismos geneticamente modificados. Entretanto, mesmo neste emaranhado de normas, mantém-se um princípio comum: a precaução.

Acerca do contexto da legislação brasileira de (in)biossegurança, pode-se concluir que os fundamentos para que se efetive a proteção a saúde, vida e segurança do ser humano estão postos. O princípio da precaução também é vigente nos conflitos biotecnológicos. O que falta é o efetivo cumprimento da legislação, por parte das autoridades públicas. E o caso da liberação da soja Roundup Ready no Brasil é um exemplo prático do distanciamento entre a teoria da lei e a prática diária. Isto não quer dizer que não se deva utilizar da biotecnologia, ao contrário, se espera é que na aplicação deste conhecimento a legislação seja respeitada e se coloque em segurança o cidadão brasileiro, agindo-se precaucionisticamente, de modo a resguardar o país de riscos de danos à vida, saúde ou segurança dos habitantes ou do meio ambiente.

O princípio da precaução é base para qualquer análise. Vale dizer, o foco central das preocupações legais é a saúde humana e a preservação do meio ambiente. Desde o início das preocupações com as mudanças no meio ambiente, até a realidade da manipulação genética, sempre se buscou preservação a vida humana e o meio ambiente. E estas se tornam, hoje, questões vitais para o futuro da sociedade. Haja vista, por exemplo, os casos da vaca louca e outros que tornam reais as preocupações com a Biotecnologia.

A precaução toma formas mais práticas, é um limite de ação que leva a conclusão que o princípio da prevenção confere ao Estado e sociedade um dever geral de prudência na autorização e no desenvolvimento de práticas relativas ao meio ambiente, impondo-se medidas preventivas com o objetivo de evitar danos irreversíveis ou de difícil reparação. As medidas de precaução podem ser diretas ou indiretas. As medidas diretas exigem um comportamento conforme o princípio em questão ou proíbe outros comportamentos incompatíveis com o mesmo e as medidas indiretas criam incentivos legais e políticos favorecendo a observação do princípio.

Assim, o princípio da precaução limita as atividades relacionadas aos organismos geneticamente modificados, pois confere ao pesquisador o dever de agir com cautela em suas intervenções. Portanto, antes de iniciar qualquer procedimento o pesquisador deve ter base científica sólida, assentada em revisão bibliográfica técnica sobre o tema a que se dedica, ser precedida de experimentos realizados em laboratórios ou através de outras fontes que lhe demonstrem o caminho seguro a ser seguido. A manipulação genética não pode ser realizada como mera experiência, baseada em simples verificação sobre o funcionamento dos genes ou sua expressão. Isto faz com que seja imprescindível que, baseado no conhecimento científico, o profissional analise os riscos diretos e indiretos que o homem e o meio ambiente poderão suportar e se podem existir outros que não foram previstos. Os riscos que a intervenção pode gerar devem ser comparados com os benefícios diretos e indiretos que serão gerados, ou seja, sobre em que medida a manipulação vai auxiliar na melhoria da qualidade de vida do homem, na preservação da biodiversidade e na concretização de um desenvolvimento sustentável.

No contexto desta atitude preventiva, o uso de transgênicos só se justifica se os benefícios que o homem e o meio ambiente alcançarão sejam superiores aos riscos que terá de enfrentar. Com tal inibição busca-se evitar que por meio da manipulação genética sejam produzidos danos previsíveis e irreparáveis ou, então, que se jogue com a sorte do planeta.

Assim, sopesando-se a legislação mundial, o uso de transgênicos é sempre permitido, quando não coloque em risco a vida humana e a preservação da biodiversidade do planeta. Ainda, é sempre vedado quando traga conseqüências nefastas irreversíveis ao homem ou ao planeta, seja quanto a preservação de sua vida, saúde, integridade física ou da biodiversidade.

6. BIBLIOGRAFIA:

AHTEENSUU, Marco. **The Precautionary Principle and the Risks of Modern Agri-Biotechnology**. In: **Genetic Democracy**. Finlândia: Science+Business Media B.V. 2008. pr. 78.

BARBOZA, Mariana Pereira. **Os transgênicos na imprensa: o caso da liberação da soja roundup ready**. Em *Questão*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 435-447, jul./dez. 2004. p. 439.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. VARELLA, Marcelo Dias. **O princípio de precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de**

in: Revista de Direitos Difusos: bioética e biodiversidade. vol 12, 2002.p. 1587.

CAPRA, Frijop; **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** São Paulo: Cultrix, 2002. p.169-170.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano.** São Paulo: IBCrim, 1999. p. 19-21.

DEVOS, Yann *et ali.* **Ethics in the societal debate on genetically modified organisms: a (re)quest for sense and sensibility.** Journal of Agricultural and Environmental Ethics, 2008. p.29-30.

DOMINGUES, Leyza Ferreira. **Influência do meio ambiente na União Sul-Americana: a consolidação de uma nova vertente da integração.** *In: Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 7, p.92-102, fev/março, 2006. p.97.*

EVARISTO DE JESUS, Kátia Regina. PLONSKI, Guilherme. **Biotecnologia e Biossegurança: integração e oportunidades no Mercosul.** Embrapa Informação Tecnológica, 2006. p. 95.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável.** São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 118.

GOUVEIA, Eliana Maria (painelista). **Questões sobre Biossegurança.** Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: nº 1. Brasília: CEJ, 1997 p.127.

GUÉRIN-MARCHAND, Claudine. **Manipulações Genéticas.** São Paulo: Edusc, 1999. p.174 - 175.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** p. 785

_____. <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud5/orggen.htm>

MEDEIROS, Rodrigo. **Desafios à gestão sustentável da biodiversidade no Brasil.** *In: Revista Floresta e Ambiente.*

<http://www.if.ufrj.br/revista/pdf/Vol13%20no2%2001A10.pdf>.

MENDES, Simone de Paula Santos. **Arena argumentativa: estratégias discursivas na construção do objeto “transgênicos”.** Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Letras da UFMG, 2006. p. 25

MILHAE, Jorge Luis. **Globalização, direito Internacional e Transgênicos.** *In: http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jorge_Luis_Mialhe_Globalizacao.pdf. p 08-09.*

NODARI, Rubens Onofre. GUERRA, Miguel Pedro. **Avaliação dos riscos ambientais de plantas transgênicas**. Brasília: Cadernos de Ciência e Tecnologia, v.18, nº 1, p. 88-89, jan./abr., 2001.

_____. . **Biossegurança, transgênicos e risco ambiental: os desafios da nova Lei de Biossegurança**. In: MORATO LEITE, Jose´Rubens. ÁVILA FAGUNDES. Paulo Ney. **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sócias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 21,23 e 24.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (painelista). **Questões sobre Biossegurança**. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: nº 1. Brasília: CEJ, 1997 p.134.

SAUWEN, Regina. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 83.

[1] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCrim, 1999. p. 19-21.

[2] Cf. SAUWEN, Regina. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 83.

[3] Cf. CAPRA, Frijop; **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002. p.169-170.

[4] Cf. GUÉRIN-MARCHAND, Claudine. **Manipulações Genéticas**. São Paulo: Edusc, 1999. p.174 - 175.

[5] MENDES, Simone de Paula Santos. **Arena argumentativa: estratégias discursivas na construção do objeto “transgênicos”**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Letras da UFMG, 2006. p. 25

[6] DEVOS, Yann *et ali*. **Ethics in the societal debate on genetically modified organisms: a (re)quest for sense and sensibility**. Journal of Agricultural and Environmental Ethics, 2008. p.29-30.

[7] <http://www.who.int/foodsafety/publications/biotech/20questions/en/>:

Q1. What are genetically modified (GM) organisms and GM foods?

These questions and answers have been prepared by WHO in response to questions and concerns by a number of WHO Member State Governments with regard to the nature and safety of genetically modified food.

Genetically modified organisms (GMOs) can be defined as organisms in which the genetic material (DNA) has been altered in a way that does not occur naturally. The technology is often called “modern biotechnology” or “gene technology”, sometimes

also “recombinant DNA technology” or “genetic engineering”. It allows selected individual genes to be transferred from one organism into another, also between non-related species.

Such methods are used to create GM plants – which are then used to grow GM food crops.

[8] DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, Item 6.

[9] Documento que ficou conhecido como Relatório Brundtland.

[10] Cf. FONTE, Eliana Maria Gouveia (painelista). **Questões sobre Biossegurança**. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal**: nº 1. Brasília: CEJ, 1997 p.127.

[11] Cf. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 118.

[12] *Idem*. p. 118-119.

[13] Cf. site oficial do Rio + 10, em português. In:

<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/index.html>.

[14] AHTEENSUU, Marco. **The Precautionary Principle and the Risks of Modern Agri-Biotechnology**. In: **Genetic Democracy**. Finlândia: Science+Business Media B.V. 2008. p. 78.

[15] Cf. BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. VARELLA, Marcelo Dias. **O princípio de precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças climáticas**. in: **Revista de Direitos Difusos: bioética e biodiversidade**. Vol. 12, 2002.p. 1587.

[16] RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (painelista). **Questões sobre Biossegurança**. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal**: nº 1. Brasília: CEJ, 1997 p.134.

[17] Cf. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga *Op. Cit.* p.134.

[18] *Op. Cit.*

[19] 11. La precaución es un elemento inherente al análisis de riesgos. En el proceso de evaluación y gestión de los riesgos que entrañan los alimentos para la salud humana, existen múltiples fuentes de incertidumbre. El grado de incertidumbre y variabilidad de la información científica disponible debe tomarse explícitamente en cuenta en el análisis de riesgos. Cuando haya pruebas científicas suficientes para que el Codex proceda a elaborar una norma o texto afín, las hipótesis utilizadas para la evaluación de riesgos y las opciones en materia de gestión de riesgos deben reflejar el grado de incertidumbre y las características del peligro.

[20] Cf. EVARISTO DE JESUS, Kátia Regina. PLONSKI, Guilherme. **Biotecnologia e Biossegurança: integração e oportunidades no Mercosul**. Embrapa Informação Tecnológica, 2006. p. 95.

[21] MILHAE, Jorge Luis. **Globalização, direito Internacional e Transgênicos**. In: http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jorge_Luis_Mialhe_Globalizacao.pdf. p 08-09.

[22] Cf. NODARI, Rubens Onofre. GUERRA, Miguel Pedro. **Avaliação dos riscos ambientais de plantas transgênicas**. Brasília: Cadernos de Ciência e Tecnologia, v.18, n° 1, p. 88-89, jan./abr., 2001.

[23] Cf. DOMINGUES, Leyza Ferreira. **Influência do meio ambiente na União Sul-Americana: a consolidação de uma nova vertente da integração**. In: Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 7, p.92-102, fev/março, 2006. p.97.

[24] Cf. MEDEIROS, Rodrigo. **Desafios à gestão sustentável da biodiversidade no Brasil**. In: Revista Floresta e Ambiente. <http://www.if.ufrj.br/revista/pdf/Vol13%20no2%2001A10.pdf>.

[25].Artigo 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

[26] Já em 2001, antes da legislação de biossegurança, já havia a preocupação dos tribunais brasileiros com o princípio da precaução em relação a liberação de transgênicos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR - LIBERAÇÃO DO PLANTIO E COMERCIALIZAÇÃO DE SOJA GENÉTICAMENTE MODIFICADA (SOJA ROUND UP READY), SEM O PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - ART. 225. § 1º, IV, DA CF/88 C/C ARTS. 8º, 9º E 10º, § 4º, DA LEI Nº 6.938/81 E ARTS 1º, 2º, CAPUTE E § 1º, 3º, 4º E ANEXO I, DA RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97 - INEXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA QUANTO À LIBERAÇÃO E DESCARTE, NO MEIO AMBIENTE, DE OGM- PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CAUTELAR - PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* - PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO IN MORA - PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO - INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - ART. 808, III, DO CPC - INTELIGÊNCIA.

[27] Após a edição da Lei de Biossegurança a preocupação do Poder Judiciário continua:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. PLANTIO DA SOJA TRANSGÊNICA. ÁREAS DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E RESPECTIVAS ZONAS DE AMORTECIMENTO. ASTREINTES. 1. A suposta violação ao art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992, proibição do deferimento de medida liminar que esgote o objeto do processo, no todo ou em parte, somente se sustenta nas hipóteses em que o retardamento da medida não frustrar a própria tutela jurisdicional. 2. A União é parte passiva legítima para responder a ação civil pública, isto porque os Ministérios da Saúde, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, do Meio Ambiente, a teor do que dispõe o artigo 16 da Lei nº 11.105/2005, têm atribuições fiscalizatórias na matéria pertinente aos organismos geneticamente modificados. 3. É relevante a fundamentação da parte recorrente. O princípio da precaução, cujo centro de gravidade, como ressalta Nicolao Dino De Castro e Costa Neto, é a aversão ao risco, recomenda que a incerteza quanto à ofensividade ou inofensividade ambiental de determinada atividade deve levar a tomada de cautelas. 4. A incerteza em relação ao risco ambiental do plantio de soja geneticamente modificada no entorno da Floresta Nacional de Passo Fundo, requer que futuros estudos comprovem a existência ou não de dano concreto ao meio ambiente. 5. Deve, assim, ser delimitada a área circundante da unidade de conservação da FLONA com vedação ao plantio de soja transgênica. Apenas se retifica para 500 (quinhentos metros) a delimitação da área, por força da Medida Provisória nº 327/2006, convertida na Lei nº 11.460, de 21 de março de 2007, e do Decreto 5.950, de 31 de outubro de 2006, que estabeleceu as faixas limites para o plantio de soja geneticamente modificada nas áreas circunvizinhas às unidades de conservação. 6. Como a medida foi deferida em 29 de setembro de 2006, não há mais justificativa para o seu descumprimento agora, passado quase um ano daquela decisão, motivo pelo qual deve ser fixada astreintes pelo descumprimento. Assim, vencido o prazo derradeiro de 20 dias a contar da intimação deste acórdão, ficará o IBAMA sujeito à multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no descumprimento da presente ordem judicial. (TRF4ª R. - AG 2006.04.00.030510-0 - 4ª T. - Relª Marga Inge Barth Tessler - DJ 24.03.2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANTIO DE SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS. DECRETO Nº 5.891/06. - A Lei nº 11.105/05 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (art. 1º). - Ao analisar-se o art. 36 da referida lei, verifica-se que a autorização concedida aos produtores rurais para a safra 2004/2005 foi feita para todo o território nacional, sem restrição a nenhum Estado brasileiro, tampouco concedendo vantagem específica a qualquer deles. Tem-se, então, que a intenção do legislador ao editar a norma foi em caráter geral, sem prever que pudesse ser feita alguma diferenciação ou discriminação entre os Estados Federados. - A situação criada pelo Decreto nº 5.891/06, embora invoque como fundamento legal a Lei nº 11.105/05, distancia-se da temática dessa normatização, pois tem em mira apenas o aspecto comercial e econômico dos produtores do extremo sul, não existindo na medida indicativos de segurança biológica que não fossem válidos para os demais Estados, fugindo portanto das diretrizes fundamentais da legislação em referência, fundamentalmente baseada no estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (art. 1º, Lei nº 11.105/05).

(TRF4ª R. - AI 200604000372940 - 3ª T. - Luiz Carlos De Castro Lugon - DJ 05.12.2007)

[28] NODARI, Rubens Onofre. **Biossegurança, transgênicos e risco ambiental: os desafios da nova Lei de Biossegurança.** In: MORATO LEITE, José Rubens. ÁVILA FAGUNDES. Paulo rney. **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sócias.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 21,23 e 24.

[29] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** p. 785.

[30] A Justiça Federal de São Paulo se julgou incompetente para julgar o assunto e o processo foi transferido para a Justiça federal de Brasília..

[31] Cf. Processo 1998.34.00.027681-8 Classe 9200, Ação Cautelas Inominada. Sentença n.º 99.

[32] <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud5/orggen.htm>

[33] BARBOZA, Mariana Pereira. **Os transgênicos na imprensa: o caso da liberação da soja roundup ready.** Revista Em Questão, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 435-447, jul./dez. 2004. p. 439.

[34] Cf. BARBOZA, Mariana Pereira. *Ob. Cit.*

[35] Cf. http://www.bioteecnologia.com.br/biocongresso/discursos_data.asp?id=87

[36] Destaque o entendimento do Poder Judiciário sobre a liberação da comercialização da soja transgênica pelo Estado brasileiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANTIO DE SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS. DECRETO Nº 5.891/06. - A Lei nº 11.105/05 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (art. 1º). - Ao analisar-se o art. 36 da referida lei, verifica-se que a autorização concedida aos produtores rurais para a safra 2004/2005 foi feita para todo o território nacional, sem restrição a nenhum Estado brasileiro, tampouco concedendo vantagem específica a qualquer deles. Tem-se, então, que a intenção do legislador ao editar a norma foi em caráter geral, sem prever que pudesse ser feita alguma diferenciação ou discriminação entre os Estados Federados. - **A situação criada pelo Decreto nº 5.891/06, embora invoque como fundamento legal a Lei nº 11.105/05, distancia-se da temática dessa normatização, pois tem em mira apenas o aspecto comercial e econômico dos produtores do extremo sul, não existindo na medida indicativos de segurança biológica que não fossem válidos para os demais Estados, fugindo portanto das diretrizes fundamentais da legislação em referência, fundamentalmente baseada no estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio**

ambiente (art. 1º, Lei nº 11.105/05). (*TRF4ª R. - AI 200604000372940 - 3ª T. - Luiz Carlos de Castro Lugon - DJ 05.12.2007*)7

A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES CONGELADOS NA PRÁTICA DA CLONAGEM HUMANA: UMA ANÁLISE À LUZ DA ATUAL LEI DE BIOSSEGURANÇA BRASILEIRA COM ENFOQUE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

LA UTILIZACIÓN DE EMBRIONES CONGELADOS EN LA PRÁCTICA DE LA CLONACIÓN DE SERES HUMANOS: UN ANÁLISIS DE LA ACTUAL LEY DE BIOSEGURIDAD BRASILEÑA A LA LUZ DEL ENFOQUE EN EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA.

**Anna Kleine Neves Pereira
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori**

RESUMO

A atualidade tem vivenciado momentos de adaptações às novas descobertas biotecnocientíficas, gerando a necessidade do Direito adequar-se a esta realidade, sob pena de desconfigurar o real significado da Justiça. Neste sentido, enquanto a Bioética orienta as condutas humanas sob o ponto de vista ético e moral nas práticas científicas, o Biodireito desempenha o papel jurídico, criando, desenvolvendo e aplicando as normatizações legais. A clonagem humana, forma de reprodução, tem suscitado diversas discordâncias no enfoque mundial, seja esta na forma de clonagem reprodutiva ou terapêutica, quando busca utilizar embriões congelados em sua prática. Se por um lado o feito representa uma promessa da ciência na busca da cura de doenças degenerativas e até para restaurar órgãos e tecidos avariados, por outro lado, suscita profundos questionamentos éticos e jurídicos, envolvendo a bioética e o biodireito, uma vez que muitos visualizam nos embriões congelados, uma forma de vida. Diante desses posicionamentos, foi criada a atual Lei de Biossegurança (Lei nº. 11.105 de 24/03/2005), proibindo as duas formas de clonagem humana, reprodutiva e terapêutica, porém, abrindo caminho para pesquisas com células-tronco embrionárias extraídas de embriões excedentes. Contudo, lidar com a questão de embriões congelados na prática da clonagem humana, é ter consciência de que se trata de uma discussão que vai muito além desta nova lei, é uma realidade muito discutida, porém, pouco normatizada pelo Direito Moderno, que encontra muitas dificuldades em dar suporte jurídico a esta questão. Diversas iniciativas já foram realizadas, no entanto, verifica-se que o esforço de legislar e regulamentar este assunto é complexo, uma vez que envolve diretamente a vida, o homem e os seus valores.

PALAVRAS-CHAVES: EMBRIÕES. CLONAGEM HUMANA. BIOSSEGURANÇA. DIGNIDADE.

RESUMEN

La actualidad ha experimentado momentos de adaptación a los nuevos descubrimientos biotecnocientíficos, generando la necesidad de adaptar la legislación a este hecho, en su defecto a la ruina el verdadero sentido de la justicia. En consecuencia, si bien Bioética guía la conducta humana desde una moral y las prácticas éticas en la ciencia, la condición jurídica Bioderecho desempeña el papel, la creación, desarrollo y aplicación de las normas jurídicas. La clonación humana, una forma de reproducción, ha planteado varias discrepancias en el enfoque global, tanto en la forma de reproducción o de la clonación terapéutica, al buscar utilizando embriones congelados en su práctica. Si bien la promesa es una ciencia en la búsqueda de la cura de enfermedades degenerativas e incluso para restaurar tejidos dañados y órganos, además, plantea profundas cuestiones éticas y jurídicas que la participación de la ética médica y bioderecho, ya que muchos ven en embriones congelados, una forma de vida. Desde estas posiciones, se creó en la actual Ley de Bioseguridad (Ley n.º. 11.105 de 24/03/2005), la prohibición de las dos formas de clonación humana reproductiva y terapéutica, sin embargo, allanando el camino para la investigación con células madre embrionarias extraídas de embriones excedentes. Sin embargo, se ocupan de la cuestión de los embriones congelados en la práctica de la clonación humana, es ser conscientes de que este es un debate que va mucho más allá de esta nueva ley es un hecho muy discutido, sin embargo, algo normalizado por el derecho moderno, que encuentra muchas dificultades en la prestación de apoyo jurídico a la presente. Se han adoptado varias iniciativas, sin embargo, parece que el esfuerzo de legislar y regular esta cuestión es compleja, ya que implica directamente la vida, el hombre y sus valores.

PALAVRAS-CLAVE: EMBRIÓN. LA CLONACIÓN DE SERES HUMANOS. BIOTECNOLOGÍA. DIGNIDAD.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é verificar a importância da Bioética e do Biodireito, analisando os tipos de clonagem humana, a utilização de embriões congelados em práticas reprodutivas, bem como a sua proteção jurídica, sob o olhar jurídico da Lei de Biossegurança - Lei 11.105/2005 e com enfoque no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Biodireito Biossegurança brasileira. de atividade de vista doutrin

Para tanto, principiar-se-á, tratando de Bioética e Biodireito. Seguindo, tratar-se-á sobre a clonagem humana, verificando seus aspectos gerais, sua conceituação, as duas formas de clonagem, reprodutiva e terapêutica, apresentando as justificativas positivas e negativas relativas a esta prática.

Em seqüência, o foco serão os embriões congelados, a clonagem humana e o direito brasileiro. Diante da complexidade do assunto, começa o tópico conceituando embrião, passa a explicar a utilização deles em práticas reprodutivas. Segue-se à normatização do tema, falando-se sobre a vida embrionária e a sua proteção jurídica; a diferenciação entre embrião e nascituro; analisando este tema frente ao Princípio da Dignidade Humana. Para finalizar este trabalho, realiza-se uma análise geral do tema clonagem, da

polêmica na utilização de embriões sob um aspecto jurídico, direcionando basicamente a atual Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05).

Esta artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a utilização de embriões congelados na prática da clonagem humana e sua proteção jurídica.

2. DESENVOLVIMENTO

Para uma melhor compreensão do estudo, o artigo está dividido em tópicos, os quais seguem.

2.1 BIOÉTICA E BIODIREITO

2.1.1 Bioética

A aceleração do progresso científico e tecnológico nesses últimos anos tem direcionado as pessoas a se questionarem de maneira nova sobre antigas questões.

Com objetivo de dirimir estes questionamentos nasceu a bioética e com ela uma disciplina nova se desenvolveu de maneira extremamente rápida. Todavia, a “palavra” não é analisada como ciência específica, haja vista estar relacionada com diversas ciências e ser percebida de maneira diferente pelos estudiosos. [1]

A palavra bioética apareceu pela primeira vez em 1971 no título da obra de Van Rens Selaer Potter [2] (Bioethics: bridge to the future, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New York). Para o autor, sua finalidade era de auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, porém, cautelosa no processo de evolução biológica e cultural. Seria, portanto, o compromisso com o equilíbrio e a preservação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta. [3]

Acerca do entendimento deste autor, descreve Maria Helena Diniz que:

“a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humana, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado desconhecimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de

animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora”. [4]

Com a decifração do código genético humano e os novos recursos de manipulação científica da natureza, o interesse pelo estudo deste tema acelerou bastante, isto porque o homem se viu diante de problemas imprevistos. [5]

Para Pessini e Barchifontaine, a palavra “bio”,

“exige que levemos seriamente em conta as disciplinas e as implicações do conhecimento científico, de modo que possamos entender as questões, perceber o que está em jogo e aprender a avaliar possíveis conseqüências das descobertas e suas aplicações”. [6]

A palavra “ética”, por sua vez,

“é uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Quando vista num contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos”. [7]

Em 1978, a mesma palavra foi definida pela *Encyclopedia of Bioethics* como sendo, “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde considerada à luz de valores e princípios morais” [8]

Na segunda edição, em 1995, passou a considerá-la não mais como valores e princípios morais, mas como:“(…) o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado com a saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”. [9]

Segundo DIAFÉRIA, bioética é:

“(…) um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistematizado das dimensões morais - incluindo visão, decisão, conduta e normas morais - das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.” [10]

Ou ainda, nos dizeres de Fabriz, a bioética representa um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e da saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelo avanços das pesquisas biomédicas e tecnocientíficas. [11]

No contexto contemporâneo, a bioética pode ser vista como uma possibilidade configuradora de um paradigma com finalidade de criar um novo discurso sobre a vida, estabelecendo uma nova ética, em resposta à dogmática do discurso científico moderno. [12]

Essa nova perspectiva de ética não tem a pretensão de se colocar como detentora da verdade, mas, tem objetivo de levar em consideração os vários aspectos que se relacionam com essa complexidade gerada pela tecnologia e ciência no campo da biomedicina, entendendo-se que a variedade de idéias possa gerar saídas criativas e humanamente adequadas. [13]

2.1.2 Biodireito

Face às inovações científicas, o ser humano deixou de ser somente sujeito de direito e tornou-se objeto de manipulações. Restaram fragilizadas as antropologias que sempre serviram de parâmetro às preliminares da ética e do Direito. [14]

Desta forma, “todos esses aspectos nos remetem para as relações que devem ser reavaliadas entre ciências, Estado e sociedade”, [15] pois as questões relativas à Bioética vêm eivadas de complexidade, haja vista tratarem-se de questões científicas, filosóficas, econômicas e jurídicas, da qual a interdisciplinaridade é notória. [16]

Em decorrência desse desenvolvimento biotecnológico nasceu o Biodireito como o ramo do Direito que estuda, analisa e cria parâmetros legais, acerca dos assuntos relacionados a Bioética, caracterizando-se como sendo o elo de ligação entre esta e o Direito. [17]

Partindo de uma conceituação didática, biodireito é:

“O ramo do Direito que trata, especificamente, das relações jurídicas referentes à natureza jurídica do embrião, eutanásia, aborto, transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos ou mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético, com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da Constituição Federal)”. [18]

Utilizando-se dos ensinamentos de Fernandes, pode-se dizer:

“Na verdade, o biodireito nada mais é do que a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito á saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população”.[\[19\]](#)

Permanecendo num contexto jurídico, pode ser também que:

“O Biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais e, nesse sentido, inseparável deles. O Biodireito contém os direitos morais relacionados à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não podendo, no entanto, representar “uma simples formalização jurídica de princípios estabelecidos por um grupo de sábios, ou mesmo proclamado por um legislador religioso ou moral. O Biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores”. [\[20\]](#)

O Direito deve, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer seja para legitimá-las, quer seja para regulamentar ou proibir outras. Por isso a lei é sempre invocada;

“não só porque as leis servem como “meios” perante as finalidades que são os valores, mas e sobretudo porque sua ocorrência é expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta observável por todos. Porque o Direito procura organizar a conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base à civilização”. [\[21\]](#)

Convém ressaltar que o Direito, por si só, não desempenha um papel totalmente viável, é necessário a legitimidade jurídica mediatizada pelo debate com os cientistas. “O direito se constrói em relação as suas descobertas, mas também a partir dos riscos que as novas técnicas criam para a condição humana”. É da junção e cooperação destes dois mundos que se determina condutas, posturas e sanções a serem aplicadas por toda comunidade humana. [\[22\]](#)

2.2 CLONAGEM HUMANA

O nascimento da ovelha Dolly levou cientistas de várias partes do mundo a refletir sobre a possibilidade de realizar a mesma técnica em seres humanos. Especialistas em reprodução humana acreditaram que a clonagem seria um método alternativo de reprodução assistida e desde então divulgaram suas intenções em clonar embriões humanos. [23]

Desde então, são considerados dois tipos de clonagem humana, a clonagem reprodutiva e a clonagem terapêutica. Ambas utilizam embriões humanos, mas apresentam técnicas e resultados diferenciados, carecendo, portanto de análises diferentes, tanto do ponto de vista científico como de benefícios e riscos. [24]

2.2.1 Clonagem Reprodutiva

A clonagem para fins reprodutivos é pretendida para produzir uma duplicidade de indivíduos preexistentes. [25]

Baseia-se na remoção do núcleo de um óvulo e substituição por um outro núcleo de outra célula somática. Após a fusão, vai havendo a diferenciação das células. Após cinco dias de fecundação, o embrião agora com 200 a 250 células, forma um cisto chamado blastocisto. É nesta fase que ocorre a implantação do embrião na cavidade uterina. O blastocisto apresenta as células divididas em dois grupos: camada externa (trofoectoderma), que vai formar a placenta e o saco amniótico; e camada interna que dará origem aos tecidos do feto. Após o período de gestação surge um indivíduo com patrimônio genético idêntico ao do doador da célula somática. [26] O ser obtido através desta técnica possui as mesmas características genéticas do doador da célula clonada, sendo, portanto, um clone, uma cópia do ser original. [27]

Todavia, é importante que se saiba que um clone não é uma cópia literal do seu original. Além das diferenças físicas que podem aparecer, dificilmente terão as mesmas características psicológicas. Isto, porque as características não são determinadas por fatores genéticos, mas estão diretamente relacionadas ao momento histórico e as questões ambientais em que o indivíduo encontra-se situado. [28]

Com o intuito de promover as pesquisas e realizar a clonagem reprodutiva, são basicamente oito as justificativas e razões apresentadas.

Primeiramente, pode-se citar o “desejo de uma pessoa em perpetuar-se a si mesma por transferência de núcleo de célula somática ou diferenciada, pois o clone seria uma cópia idêntica do adulto que cedeu o DNA”. [29] Ou, ainda, utilizar a clonagem para promover cópia de alguns indivíduos e raças em detrimento de outras. [30]

A segunda justificativa, segundo Maria Helena Diniz, é “a vontade de reproduzir um ser querido já falecido, ou em vias de falecer”. Todavia, conforme a própria autora escreve, transferir o núcleo de uma de suas células, “recuperando-o”, não traria de volta o filho ao pai, pois o clone não vai herdar os caracteres culturais e a personalidade de sua matriz. [31]

Outra justificativa é o anseio de repetir o genótipo de pessoas que alcançaram o sucesso em qualquer área, como o de um artista, um cientista, um esportistas, um filósofo, etc.[32] Nesse ponto, surgem dois questionamentos, um referente a subordinação do clone ao estilo de vida, a personalidade que construirá ao longo de sua vida, sua interação com o meio ambiente e com as pessoas; e o outro diz respeito a criação de um banco de células de celebridades.[33]

O quarto motivo para a prática da clonagem reprodutiva é “a obtenção de um clone humano descerebrado como repositório de tecidos ou órgãos a serem utilizados em transplantes para seu modelo ou para outrem”. [34]

Em quinto, está a justificativa da transferência de núcleo para evitar uma moléstia hereditária transmitida por via materna, fazendo-se um clone do marido ou de outra pessoa, por exemplo, usando o óvulo desnucleado da mulher, que, então, teria seu próprio filho, sem a informação citoplasmática e, conseqüentemente, sem problemas congênitos. Com isso a reprodução com clones poderia pôr fim às doenças degenerativas ou genéticas. [35]

Ainda, há quem afirme que a clonagem humana será um meio para garantir a gravidez. [36] Em entrevista ao Jornal O Estado de São Paulo, o médico Miltom Nakamura, apesar de declarar que não realizaria a clonagem por razões éticas, afirmou que a técnica “pode ser proveitosa no processo de fertilização *in vitro* quando a mulher fabrica apenas um ou dois óvulos, quantidade que reduz as chances de engravidar”. Com a divisão dos embriões ter-se-ia o dobro de óvulos produzidos por ela.[37]

A sétima justificativa consiste na realização da “produção independente”. Aqui, a atuação sexual masculina estaria dispensada na clonagem, haja vista a desnecessidade da participação do gameta masculino. “Por outro lado, a obtenção de um ser humano sem conexão com a sexualidade não seria uma afronta à dignidade humana?”. [38]

Por fim, a oitava justificativa, segundo entende Maria Helena Diniz, é a cura de algumas moléstias. Contudo, seria ético e jurídico usar o embrião humano como meio de salvar outrem, “desrespeitando o princípio de que o homem é um fim e não um meio e de que a vida e a dignidade humanas constituem o limite para a experimentação científica?”. [39]

Todavia, estas justificativas suscitaram e ainda hoje suscitam polêmicos e controversos debates acerca da utilização da clonagem com tais finalidades.[40]

Conforme preceitua Louis-Marie Houdebine[41] “para dada experiência, consiste em saber quais as precauções convém tomar antes de definir práticas totalmente novas”, ou seja, deve-se realizar uma avaliação dos riscos.[42]

2.2.2 Clonagem Terapêutica

Diante das justificativas supra citadas, a clonagem para fins reprodutivos é reprovada pela maioria dos cientistas e pela sociedade. Todavia, existe uma grande preocupação no âmbito da comunidade científica com relação à proibição do desenvolvimento das pesquisas em clonagem humana de forma extrema, ou seja, proibir qualquer forma de clonagem. [43]

Tal preocupação se dá pelo fato de que proibir a clonagem humana em geral significa proibir não somente a clonagem reprodutiva, mas também as aplicações da técnica para o uso terapêutico, para o entendimento dos processos de desenvolvimento celular, entre outros. [44]

No o art. 3º, inciso IX, da Lei 11.105 de 24 de março de 2005, clonagem terapêutica é “clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para a utilização de qualquer tecido de um organismo”. [45]

Em outras palavras,

“A clonagem terapêutica é um procedimento cujos estágios iniciais são idênticos a clonagem para fins reprodutivos, difere somente no fato do embrião não ser introduzido em um útero. Ele é utilizado em laboratório para a produção de células-tronco a fim de produzirem tecidos ou órgãos para transplante. Esta técnica tem como objetivo produzir uma cópia saudável do tecido ou do órgão de uma pessoa doente para transplante”. [46]

Por sua vez, as células-tronco são:

“(…) componentes do embrião em seu estágio inicial de desenvolvimento, são células que possuem a capacidade de se diferenciar em vários outros tipos celulares especializados. Além disso, as células-tronco também se multiplicam por longos períodos, mantendo suas características indiferenciadas. Isto significa que as células-tronco somente se diferenciam em um tipo celular se receberem uma “ordem” para tal. Caso contrário mantêm-se indiferenciadas”. [47]

As células-tronco são classificadas em dois tipos: células-tronco embrionárias e células-tronco adultas. A classificação se dá de acordo com a sua origem e pelo tempo de desenvolvimento das células.

De acordo com a classificação pela origem, segue a citação:

“As células-tronco embrionárias são particularmente importantes porque são multifuncionais, isto é, podem ser diferenciadas em diferentes tipos de células. Podem ser utilizadas no intuito de restaurar a função de um órgão ou tecido, transplantando novas células para substituir as células perdidas pela doença, ou substituir células que não funcionam adequadamente devido a um defeito genético (ex.: doenças neurológicas, diabetes, problemas cardíacos, derrames, lesões da coluna cervical e doenças sangüíneas). As células-tronco adultas não possuem essa capacidade de se transformar em qualquer tecido. As células musculares vão originar células musculares, as células de fígado vão originar células de fígado, e assim por diante”. (grifo ausente no original).[48]

Analisando o tempo de desenvolvimento, classificam-se em totipotentes e pluripotentes. Células-tronco totipotentes são,

“(…) as células que compõem o embrião durante os primeiros quatro dias após a fertilização, quando este divide-se em células idênticas. Cada uma dessas células, se separadas, possuem a capacidade de gerar um novo embrião individualmente, processo que caracteriza a formação dos gêmeos univitelinos (…). Podem originar qualquer tipo de tecido do organismo.[49]

Já as células-tronco pluripotentes,

“(…) são as células dos embriões com mais de quatro dias, que podem formar uma vasta gama de tecidos. Contudo, estas células já não possuem a capacidade de, individualmente, gerar novos embriões. Portanto, se forem separadas, não darão origem a gêmeos univitelinos”.[50]

Assim, o grande objetivo a clonagem para fins terapêuticos tem como principal objetivo a “regeneração de tecidos e órgãos lesionados em decorrência de certas doenças, (…) através da utilização do potencial de células especiais, primitivas, denominadas células-tronco”.[51]

As justificativas para a prática da clonagem terapêutica são várias e diferentemente da clonagem reprodutiva que apresenta quase um posicionamento majoritário, apresenta posições bem equilibradas.

O lado positivo desta técnica está no sentido de encontrar cura para certas doenças, como, por exemplo, o mal de Alzheimer, Parkinson[52], diabetes, lesões medulares, problemas cardíacos, entre outras.[53]

Segundo VIEIRA, “os benefícios podem suplantar os riscos”. Descreve a autora que,

“a técnica da clonagem poderá prestar bons serviços para a humanidade, ampliando, por exemplo, a produtividade de animais e oferecendo cura para várias moléstias. (...) Em se copiando parte da medula espinhal, órgão responsável pela fabricação do sangue, a réplica da medula introduzida no paciente poderá purificar a circulação, exterminando o câncer. (...) A cópia de células sadias da pele poderá auxiliar aqueles que sofreram queimaduras. A clonagem de neurônios novos poderá colaborar na recuperação da capacidade mental dos portadores do mal de Alzheimer”. [54]

Ainda, para os que enxergam esta clonagem como algo negativo,

“afirmam ser inadmissível ética e juridicamente por usar embrião humano como um meio para salvar outrem, desrespeitando o princípio de que o homem é um fim e não um meio e de que a vida e a dignidade humanas constituem o limite para a experimentação científica”. [55]

Utilizar da clonagem com intuito terapêutico é revolucionário, porém, está técnica esbarra em delicadas questões, como: “até que ponto se pode dispor de embriões com objetivos terapêuticos? Afinal, os fins justificam os meios?” [56]. “Após a coleta das células, o embrião seria descartado. Seria lícito matar uma vida para salvar outra? Mas, afinal, quando começa mesmo a vida?” [57]

2.3 EMBRIÕES CONGELADOS, CLONAGEM HUMANA, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A NOVA LEI DE BIOSSEGURANÇA BRASILEIRA

2.3.1 Embriões

Os progressos e as inovações na medicina bem como na ciência, particularmente na biotecnologia, contribuíram à transformação da família tradicional e atingiram uma nova possibilidade de concepção humana. [58]

Essas novas tecnologias de intervenção sobre o processo da procriação humana “gera graves problemas morais relativos ao respeito devido ao ser humano desde sua concepção, à dignidade da pessoa e à transmissão da vida” [59]

Desta forma, antes de adentrar-se propriamente nos aspectos jurídicos é relevante ter conhecimento do que são embriões e suas práticas de utilização.

A palavra embrião de modo geral, é “o produto das primeiras modificações do ovo[60] que resultou da fecundação. Tanto nos animais como nas plantas, que vai dar origem a um novo indivíduo”. [61]

Todavia, BARBOSA aponta um problema terminológico na utilização indiscriminada do vocábulo “embrião”. Para a autora, de acordo com a Biologia, “antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se “zigoto””. Ainda,

“O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação; a partir da nona semana começa a ser denominado feto, tendo essa designação até nascer. Portanto, a rigor até os primeiros quatorze dias após a fertilização, temos o zigoto, denominado na legislação espanhola “pré-embrião”, expressão que causa controvérsia por induzir uma diminuição da condição humana da entidade em desenvolvimento”. [62]

Pode-se dizer, que o termo refere-se também,

“ao ser humano em seus primeiros estágios de desenvolvimento. Não costuma ser usado senão a partir da metade da segunda semana. O *período embrionário* estende-se até o fim da oitava semana, quando os primórdios da maioria das principais estruturas já se encontram presentes”. [63]

Nota-se que não há uma definição única, ou um consenso sobre o mesmo, uma vez que cada autor conceitua embrião analisando o período embrionário.

2.3.2 Proteção Jurídica dos Embriões frente ao Princípio da Dignidade Humana

Mantido o debate quanto ao início da existência da vida humana, “parece razoável considerar que, independentemente da corrente que se adote, há concordância quanto ao valor que é inerente ao indivíduo pertencente à espécie humana: a dignidade”. [64]

“Fruto de larga evolução, o reconhecimento do homem como sujeito de dignidade é elemento fundante da ordem jurídica brasileira atual. Dentre os alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, havidas pela Constituição de 5 de outubro de 1988 como valores fundamentais

a legitimizar todo o ordenamento jurídico, dando-lhe o suporte axiológico necessário a lhe conferir harmonia e coerência”.[\[65\]](#)

O art. 1º da CRFB/88 menciona os princípios fundamentais, dentre ele está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no inciso III.

“Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;[...].”[\[66\]](#)

Observa-se, pois, que a pessoa humana é o referencial do sistema jurídico brasileiro, estabelecendo a CRFB/88 o direito à vida, garantindo-lhe a inviolabilidade.[\[67\]](#)

“Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”[\[68\]](#)

Assim, tem-se que,

“Firmando-se a Constituição Federal sobre o valor da pessoa humana, é de se afastar o convencimento de que a personalidade é mera subjetividade, e que o ser humano é mero sujeito, cuja qualificação está vinculada apenas à titularidade jurídica. A pessoa humana é valor, e o seu reconhecimento como tal implica pôr-se em relevo o respeito a todo ente humano”.[\[69\]](#)

Conforme explica MORAES, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.[\[70\]](#)

Consoante salienta José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.[\[71\]](#)

Como ressalta Celso Lafer, “o valor da pessoa humana enquanto ‘valor fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”.[\[72\]](#)

Desta maneira, para os que equiparam os embriões como pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, deve-se então aplicar-lhes o princípio fundamental da dignidade humana e a proteção ao direito à vida. [\[73\]](#)

E para garantir-lhes a almejada proteção jurídica, é necessário que haja adequação das normas já existentes, no sentido de assegurar respeito à dignidade e à vida dos seres embrionários.[\[74\]](#)

No Brasil, além dos preceitos constitucionais voltados a garantir e preservar os direitos inerentes à vida e sua dignidade, das normas do Conselho Federal de Medicina (relativa às normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida), a atual Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) reserva as células germinativas direitos próprios. [\[75\]](#)

Necessário, portanto, interpretar tais normas infraconstitucionais de acordo com os referidos fundamentos axiológicos que, a partir da CRFB/88, norteiam todo o ordenamento jurídico.[\[76\]](#)

Se houver uma comparação entre embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afasta-los da valorização personalista que emerge da CRFB/88. Assim, o respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estenderá, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas assegurado constitucionalmente. [\[77\]](#)

Desta forma, a exploração comercial, a atribuição de preço para o tráfico de embriões, a eugenia, o uso de seres embrionários em cosmetologia, a “fabricação” de órgãos de embriões para futuros transplantes, a utilização de embriões em pesquisas de natureza diversa à proteção de sua vida e de sua saúde, e a eliminação pura e simples dos embriões “excedentes” aos projetos científicos, chocam-se com a legislação.[\[78\]](#)

Ao se reconhecer nos seres embrionários natureza e valor próprios da pessoa humana, “toda e qualquer atividade prejudicial ao seu saudável desenvolvimento atinge o bem jurídico vida assegurado à sociedade”.[\[79\]](#)

O valor da pessoa humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. A maior ou menor viabilidade em se caracterizarem uns e outros como sujeitos de direitos não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhes é essencial. Reconhecer esse dado significa respeitar o ser

humano em si mesmo, durante todo o seu desenvolvimento, e para além dele próprio, nos seus semelhantes.[80]

Sendo assim,

“O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou um zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidadação, quando se inicia a gravidez”. [81]

Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá,

“(…) o embrião ou o feto representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião”.

ou do feto está englobada pela vida da mãe”. [82]

Neste sentido, observa-se por fim, que a CRFB/88 proclama o direito à vida, “cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”. [83]

Esclarecendo esta questão, BARBOSA adverte que,

“No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma “tutela particular”, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado”. [84]

Cabe agora, à ciência, a quem como visto, informar o momento efetivo do começo da vida.

2.3.3 A Clonagem Humana e a atual Lei de Biossegurança brasileira

O nascimento da ovelha Dolly, em 1997, suscitou em governos de vários países a necessidade de discutir a questão da continuidade ou não das pesquisas e experimentos em clonagem humana.[85]

Em face das grandes descobertas no processo de clonagem animal, alguns pesquisadores aproveitaram o momento para anunciar suas intenções de clonar seres humanos e, mesmo sendo a comunidade científica contrária à realização deste tipo de clonagem para fins reprodutivos, os defensores dessa técnica insistiram no prosseguimento dos experimentos. Isso, acabou por gerar medo, desconfiança e insegurança com relação à palavra “clonagem” de modo geral, independente de sua finalidade.[86]

Em 1998, cientistas isolaram pela primeira vez células-tronco, “abrindo um campo promissor no desenvolvimento de novas terapias para as doenças crônicas, porém com peso ético da destruição de embriões humanos viáveis”. [87]

Em seguida, o anúncio do primeiro embrião clonado pela empresa norte-americana Advanced Cell Technology (ACT) chocou cientistas, religiosos e líderes mundiais. [88]

Segundo os pesquisadores, “a experiência não era destinada a produzir um clone humano, mas obter células-tronco para a cura de doenças tidas até o momento como incuráveis”. [89]

Por coincidência, o anúncio da experiência da empresa ACT ocorreu dias após juristas e cientistas brasileiros e estrangeiros reunirem-se no auditório do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para o seminário internacional “Clonagem Humana: questões jurídicas”, evento promovido pelo Conselho de Justiça Federal (CJF). A íntegra de todas as conferências realizadas foi enviada pelo presidente do STJ e CJF, aos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado, com o objetivo de subsidiar o Congresso de informações necessárias para elaboração de lei que aborde a clonagem humana no Brasil. [90]

Em 1995 o Brasil deu um passo significativo ao editar sua primeira Lei de Biossegurança (Lei nº 8.974, sancionada em 5 de janeiro de 1995 junto com o Decreto nº 1.752). [91]

Com a finalidade de atualizar, complementar e corrigir alguns pontos controversos presentes na legislação, foi aprovada a Lei de Biossegurança sob o nº 11.105, em 24 de março de 2005. [92]

A regulamentação trazida pela atual legislação de biossegurança, normatiza em seus artigos 5º e 6º as atividades que envolvem a clonagem humana, terapêutica e reprodutiva, bem como, a utilização de embriões e células-tronco.

Assim especifica a Lei;

“Art. 5. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 [93]”.

Esse dispositivo gera(ou) bastante polêmica, as quais resultaram em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 3.510 e 3.526) que tramitaram no Supremo Tribunal Federal, de 2005 a 2008, justamente questionando o conflito entre estes artigos e os princípios determinados na CRFB/88. Após longa espera, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou em 29 de maio de 2008, improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.[94]

Por sua vez, o art. 6º não foge do foco das discussões, pois, é em seu inciso III e IV que fica proibida a utilização de embriões e a prática da clonagem humana.

“Art. 6. Fica proibido:

[...]

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana; [...].”[95]

A Lei 11.105/05 vai nesse sentido, vedando a clonagem humana e o uso de células germinativas, impondo para o transgressor as penalidades previstas nos arts. 24 ao 26, as quais vão desde a detenção de um ano e multa até reclusão de cinco anos e multa.

Apesar de apresentar algumas contradições, a verdade é que o passo dado pela Lei 11.105 é consequência natural do que vem se verificando no mundo. A biotecnologia tem progredido mundialmente e, por conseguinte, as normas que a disciplinam, a integrarem o Biodireito. [96]

Segundo Paulo Costa Leite, “o instrumental jurídico atual ainda é precário para lidar com as novas relações jurídicas que se estabelecerão entre as pessoas envolvidas num processo de clonagem”. [97]

Sabe-se que o tema traz consigo uma gama de questionamentos, dúvidas e posições, porém, conforme VIERA expõe,

“Os operadores do Direito não têm se furtado a admitir a realidade da clonagem e têm se ocupado em pensar nas soluções jurídicas demandadas por ela. Embora o trabalho de pesquisadores e cientistas tenha fascinante poder de afetar a vida de todos os indivíduos, estes não podem nunca esquecer que não é possível “brincar de Deus” sem que se pague por isso um alto preço. Afinal, embora cada descoberta seja um “flash”, a vida humana “não é brinquedo não”!”. [98]

Assim, no tocante a conceituação do que é vida, embrião,

“Não cabe a nós, operários do direito, a avaliação da justeza dessa disposição, mas apenas observá-la e/ou aplicá-la, ficando para os expertos em engenharia genética ou biotecnologia o encargo de demonstrar a incongruência da imposição”. [99]

Desta forma, sendo o Direito dinâmico, “não cabe impor barreiras ou estabelecer divisas morais e religiosas intransponíveis, mas sim, disciplinar fatos que, inevitavelmente, venham a surgir em decorrência da evolução humana”. [100]

“Certo é que a rápida evolução científica trará aos tribunais feitos em número crescente. O Judiciário não pode funcionar num vazio jurídico, e o vácuo aumentará à medida que a ciência evoluir aceleradamente, porque a feitura da lei é, por necessidade, fruto de longa reflexão. O Judiciário haverá de guiar-se, sempre, por normas legais e, não as tendo, haverá de se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, levando em conta, sempre, as exigências do bem comum e o papel criador da jurisprudência. Contudo, atuará com orientação mais firme, menos sujeita a disputas, se dispuser formal e materialmente de normas diretas e claras, que se nortearão pelas decisões emanadas de um diálogo multidisciplinar e acordadas – oxalá! - por todos os interessados”.

[...]

“Importante frisar que tais decisões não podem ser deixadas a cargo de apenas um ou de uns poucos grupos interessados; certamente não podem ser deixadas somente aos industriais, ou aos países ricos, ou à classe política; sobretudo, não devem ser obra exclusiva das classes políticas desses países, que agem sob a influência de seus interesses mercantilistas”. [101]

Contudo, lidar com a questão de embriões congelados na prática da clonagem humana, é ter consciência de que se trata de uma discussão que vai muito além desta atual legislação de biossegurança, é uma realidade muito discutida, porém, ainda pouco normatizada pelo Direito Moderno, que encontra inúmeras dificuldades em dar suporte jurídico a esta questão. Inúmeros são os projetos de lei, no entanto, verifica-se que o esforço de legislar e regulamentar este assunto é complexo, uma vez que envolve diretamente a vida, o homem e os seus valores, além de que na prática da manipulação genética um erro pode causar a perda ou deficiência de uma vida.

Neste pensamento, Carlos María Casabona descreve:

“O jurista encontra, cada vez mais freqüentemente, sérios obstáculos que, inevitavelmente, tem que enfrentar quando pretende analisar uma realidade social nova, sobretudo quando sua instauração é condicionada de forma decisiva pelos avanços científicos e tecnológicos. A dificuldade consiste numa comprovação muito simples: para levar a cabo com êxito a análise jurídica da realidade social que se propôs como objeto de estudo, é preciso que o jurista tenha um conhecimento o mais acertado e fiel possível de tal realidade ou, dito de outro modo, do assunto que é objeto da apreciação jurídica (...) mas (...) quando as inovações tecnológicas ou as descobertas científicas se apresentam como núcleo ou fundo daquelas relações, o jurista corre o risco de fracassar em seu intento analítico, se não tiver realizado o esforço adicional de captar pelo menos os aspectos mais relevantes dessas inovações ou descobertas e o modo como verdadeiramente atuam nas relações humanas”. [102]

Destarte, trabalhar os aspectos jurídicos da utilização de embriões congelados na prática da clonagem humana, com o pensamento voltado à luz da atual Lei de Biossegurança [103], é ter o dever de assumir uma postura firme e coerente diante de um desafio imposto pela sociedade. De um lado embriões congelados e de outro a vida de quem está à espera e a busca da cura de uma enfermidade. [104] Conforme Tereza Rodrigues Vieira, “o tempo dirá se prevalecerá a ciência ou a consciência”. [105] Mas, prefiro acreditar na possibilidade da aplicação de uma ciência consciente!

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, verificou-se a importância atual do Biodireito, buscando adequar a Bioética ao ordenamento jurídico. Pois, enquanto a Bioética busca estudar o comportamento humano nas atividades científicas e médicas, o Biodireito nasce com a finalidade de cercar estas condutas humanas através da produção doutrinária, legislativa e judicial.

Através deste entendimento, chega-se a conclusão de que a Bioética e o Biodireito devem caminhar lado a lado, protegendo a dignidade do ser humano, sua vida e seus direitos.

Percebeu-se que a clonagem humana é um tema polêmico, possibilitando opiniões distintas sobre a validade do prosseguimento das pesquisas, tanto no caso da clonagem para fins reprodutivos bem como para fins terapêuticos. A clonagem humana não é permitida no sistema normativo brasileiro, conforme dispõe a Lei 11.105/05. Porém, grandes são as discussões sobre a possibilidade futura de estar-se realizando tal técnica reprodutiva. Desta forma, é relevante que sejam avaliadas as reais intenções e finalidades de utilização da técnica em cada caso.

O entendimento majoritário acredita que a clonagem para fins reprodutivos não deve ser realizada, em face de toda ineficiência que a técnica apresenta, haja vista que para clonar um só indivíduo, vários embriões seriam excluídos, e, se dentre todos esses embriões algum chegasse até o nascimento, correr-se-ia o risco da criança nascer com sérios defeitos genéticos. Ademais, a realização deste tipo de clonagem representa uma ameaça à biodiversidade genética.

Em contrapartida, a clonagem para fins terapêuticos, que tem por objetivo a regeneração de tecidos lesionados em decorrência de doenças degenerativas, apresenta opiniões bastante divididas. Apesar de ser uma grande promessa no desenvolvimento de novas terapias, o maior obstáculo para a sua realização encontra-se na questão de utilização de embriões humanos.

Finalizando o estudo pretendido, foram analisadas as opiniões e laudos sobre a utilização de embriões em práticas científicas, observou-se que a resposta para tantos questionamentos reside no modo como o embrião de cinco dias de desenvolvimento é enxergado, ou seja, se um embrião no estágio de blastócito pode ou não ser considerado um indivíduo, ou seria apenas um aglomerado de células.

Um das soluções encontradas a fim de evitar o uso indiscriminado de embriões e outros abusos, seria a regulamentação através de leis, estipulando penalidades civis e criminais, bem como determinando um estágio limite para serem utilizados. Neste caso, coerente seria utilizar-se entre o 5º e 14º dia pós-fertilização, pois, posteriormente inicia-se a formação do tubo neural.

Apesar das divergências, até os contrários à clonagem terapêutica tem consciência dos benefícios que esta pode trazer, tanto na área da regeneração de tecidos, como no entendimento dos processos de desenvolvimento embrionários e no campo das doenças genéticas humanas.

Diante das polêmicas, foi criada no Brasil a Lei de Biossegurança (Lei nº.11.105, de 24 de março de 2005), a qual regulamenta a utilização de embriões humanos nas atividades biotecnológicas.

Todavia, a própria Lei é contraditória, pois ao mesmo tempo em que proíbe a clonagem humana e a utilização de embriões congelados; dispõe em outro artigo sobre a possibilidade da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* em pesquisas e terapias, desde que atendidas as condições previstas.

Desta forma, analisando o assunto de forma geral, verifica-se que embora a nova Lei de Biossegurança brasileira vede a clonagem humana em suas duas formas, reprodutiva e terapêutica, pode-se dizer que um passo foi dado no que tange às terapias com células-tronco embrionárias extraídas de embriões excedentes, abrindo-se caminhos para que, futuramente, possa-se repensar assuntos como a clonagem terapêutica, e que sobretudo, esta técnica possa ser realizada com segurança.

Observou-se, ainda, que a Lei de Biossegurança é tímida e restritiva no que se refere a clonagem humana, embriões humanos e células-tronco, e abrangente com relação a liberação comercial de biotecnologia vegetal. Espera-se, assim, que no futuro próximo haja uma maior preocupação com a normatização destes assuntos, para que quando colocados em prática tenha-se plena consciência de suas finalidades e resultados.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Humana. **Os Limites Éticos da Intervenção Sobre o Ser Humano** - Reportagem. In: REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Brasília – DF: Editora Consulex, ano V, nº113, 30 de setembro, 2001, p.20.

BARBOSA, Heloísa Helena. **Proteção Jurídica do Embrião Humano**. Disponível em <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acessado em 01 de outubro de 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Brasília, 1997.

BRASIL. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Brasília, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Genética e Direito**. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito Comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.23.

DIAFÉRRIA, Adriana. **Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos**. São Paulo: Edipro, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 446, apud MARTHA, Marco Antonio Bandeira. **Clonar é legal?** Bioética, p. 280.

DireitoNet. **Biodireito**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/dicionario_juridico. Acessado: 03 de maio de 2007.

DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995.

ERDELYI, Maria Fernanda. **O Começo da Vida. STF decidirá destino das pesquisas com células-tronco**. Consultor Jurídico. 04 de julho de 2006. Brasília. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45959>>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. p. 288, apud, BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

LEITE, Leonardo. **Clonagem**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/clonagem>>. Acessado em 10 de abril de 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Paulo Costa. **Clonagem humana: Costa Leite enviará íntegra das palestras ao Congresso**. Superior Tribunal de Justiça, 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=69223>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 219.

MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. traduzido por VUGMAN, Fernando Simão. **Embriologia Clínica**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

NAVES, Nilson. **Bioética e Justiça**. Sexto Congresso Mundial de Bioética, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0000361/Bio%C3%A9tica-30-10-2002.doc>>. Acessado em 09 de outubro de 2007.

POTTER, Van Rensselaer. Palestra apresentada em vídeo, no IV Congresso Mundial de Bioética. Tóquio/Japão: 4 a 7 de novembro de 1998. **O mundo da saúde**, 22 (6) p. 370-347.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Consultor Jurídico. **“Célula-tronco: Direito não se submete a barreiras morais e religiosas”**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37274>>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Biodireito**.

VIEIRA, Teresa Rodrigues; OLIVEIRA, Paulo Henrique. **A novela O Clone e os aspectos jurídicos da clonagem humana**. Consulex: Revista Jurídica, v. 6, n. 132, p. 64-65, jul. 2002.

WIKIPÉDIA, Enciclopédia Livre. **Embrião**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Embri%C3%A3o>>. Acessado em 03 de outubro de 2007.

ZATZ, Mayana. **Clonagem e células tronco**, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acessado em 11 de abril de 2006.

[1] DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995. p. 06 e 07.

[2] Médico oncologista, biólogo e professor americano da Universidade de Wisconsin, Madison-EUA.

[3] POTTER, Van Rensselaer. Palestra apresentada em vídeo, no IV Congresso Mundial de Bioética. Tóquio/Japão: 4 a 7 de novembro de 1998. **O mundo da saúde**, 22 (6) p. 370-347.

- [4] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 09.
- [5] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Biodireito**. p. 15.
- [6] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Biodireito**. p. 16.
- [7] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Biodireito**. p. 16.
- [8] SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 43.
- [9] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. p. 10.
- [10] DIAFÉRRIA, Adriana. **Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos**. São Paulo: Edipro, 1999. p.84.
- [11] FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 75.
- [12] FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. p. 86.
- [13] FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. p. 86.
- [14] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 104.
- [15] FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. p. 127.
- [16] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. p. 116..
- [17] SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002. p. 12.
- [18] DireitoNet. **Biodireito**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/dicionario_juridico. Acessado: 03 de maio de 2007.
- [19] FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 42.
- [20] FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. p. 288, apud, BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 410.
- [21] SANTOS, Maria Celeste C. Leite. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. p. 104.

[22] SANTOS, Maria Celeste C. Leite. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios.** p. 118.

[23] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos.** p. 18.

[24] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos.** p. 20

[25] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos.** p. 25.

[26] ZATZ, Mayana. **Clonagem e células tronco**, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acessado em 11 de abril de 2006.

[27] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos.** p. 07.

[28] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos.** p. 25. Pessini e Barchifontaine “sustentam que pode ser teoricamente possível reproduzir um indivíduo geneticamente idêntico ao doador, sendo certo que este indivíduo não terá as mesmas características. Embora geneticamente idênticas duas pessoas jamais seriam inteiramente idênticas física e psicologicamente, pois as características observáveis de um indivíduo dependem da interação de seus genes com o ambiente. Genótipo não é o mesmo que fenótipo (carga genética herdada) e o ambiente em que vive). O ambiente pode auxiliar na determinação de algumas características físicas. Assim, um gêmeo ou um clone podem ter genes alterados por mutações produzidas pelo ambiente”. VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Biodireito.** p. 29, apud Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine. Fundamentos da Bioética. P. 126.

[29] Permitir a clonagem por meio desta justificativa, significa incentivar egos vaidosos e permitir devaneios de perpetuação. Exemplo prático ocorreu quando Saddam Hussein resolveu criar um sócio de si próprio. Segundo cientistas, o ditador ficou frustrado ao saber que o clone seria apenas uma cópia física sua, mas não emocional ou intelectual. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2002. p. 446, apud MARTHA, Marco Antonio Bandeira. **Clonar é legal?** Bioética, p. 280.

[30] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito.** p. 30.

[31] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2002. p. 448.

[32] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2002. p. 448. Vide nota de rodapé 205.

[33] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2002. p. 449.

[34] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2002. p. 449. Sobre o assunto, entende VIEIRA que “a clonagem humana com intuito de montar banco de células utilizáveis na medicina vai contra o princípio ético da dignidade humana, elaborado pelo filósofo alemão Emmanuel Kant. Segundo tal princípio, um indivíduo nunca deve ser pensado como um meio, sempre como um fim, o que não ocorreria quando se criasse a vida humana apenas para armazenar material terapêutico”. VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito.** p. 31.

[35] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 449. Segundo Maria Helena Diniz, “(...), diante da dificuldade encontrada para obter, na reprodução assistida, um embrião proveniente do casal, seria tentar cloná-lo por meio de fissão gemelar, separando as células embrionárias iniciais para transferir ao útero materno três ou quatro embriões obtidos por clonagem. Com isso haveria maior probabilidade de a gestação vingar, dando lugar a um bebê ou a gêmeos univitelinos, produzidos artificialmente”. Para BONFIM, a justificativa de evitar a ocorrência de doenças genéticas, ocorreria “em casos em que casais, por serem portadores de um mesmo gene causador de uma doença específica, e que, por isso, correm o risco de gerar crianças afetadas por doenças genéticas, também poderia-se utilizar a clonagem como um método de reprodução alternativo. Como na clonagem utiliza-se uma célula adulta como receita de formação de um novo ser, seria possível conhecer, através de testes genéticos preditivos, as características genéticas do indivíduo a ser clonado, o que evitaria e/ou reduziria o risco de geração de crianças afetadas por doenças de caráter genéticos”. BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 28.

[36] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 449. Aplicar-se-ia a clonagem reprodutiva para casos de infertilidade. Assim, “a clonagem seria utilizada como um método alternativo, para permitir que casais que não tenham obtido sucesso através de outros métodos de reprodução assistida tenham filhos. Como exemplo, em casos em que o pai sofre de azoospermia, ou seja, não produz número suficiente de espermatozoides, este contribuiria com a doação da célula a ser clonada e a mãe participaria com os óvulos e com a gestação”. BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 28.

[37] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. p. 28.

[38] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 449.

[39] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 449.

[40] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 28.

[41] Louis-Marie Houdebine é diretor de pesquisa agrônômica no Instituto Nacional da França.

[42] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. p. 28.

[43] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 39.

[44] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 39.

[45] BRASIL. **Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005**. Brasília, 2005.

[46] LEITE, Leonardo. **Clonagem**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/clonagem>>. Acessado em 10 de abril de 2006.

[47] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 39.

- [48] LEITE, Leonardo. **Clonagem**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ghente.org /temas/clonagem>>. Acessado em 10 de abril de 2006.
- [49] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 40.
- [50] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 40.
- [51] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 39.
- [52] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 39.
- [53] A clonagem de embriões humanos com fins terapêuticos foi “admitida na Grã-Bretanha, operando-se mediante a remoção, por exemplo, de uma célula do corpo do paciente diabético para inserir o seu DNA no interior de uma célula-ovo desnucleada, que, então, se dividirá em células geneticamente idênticas às do doador, que, por sua vez, serão introduzidas naquele doente, sem qualquer risco de rejeição, restaurando sua saúde, por se transformarem em células do pâncreas produtoras de insulina”. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 449 e 450.
- [54] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. p. 31.
- [55] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2002. p. 450.
- [56] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. 2005. p. 59.
- [57] LEITE, Leonardo. **Clonagem**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ghente.org /temas/clonagem>>. Acessado em 10 de abril de 2006.
- [58] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 11.
- [59] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. p. 11.
- [60] “Do ponto de vista da biologia, Ovo é o mesmo que Zigoto. É uma célula que se forma após a fusão do núcleo do óvulo (pronúcleo feminino, haplóide) com o núcleo do espermatozóide (pronúcleo masculino, haplóide) por cariogamia, o que dá origem à célula diplóide denominada ovo ou zigoto”. WIKIPÉDIA, Enciclopédia Livre. **Embrião**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Embri%C3%A3o>>. Acessado em 03 de outubro de 2007.
- [61] WIKIPÉDIA, Enciclopédia Livre. **Embrião**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Embri%C3%A3o>>. Acessado em 03 de outubro de 2007.
- [62] BARBOSA, Heloísa Helena. **Proteção Jurídica do Embrião Humano**. Disponível em <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acessado em 01 de outubro de 2007.
- [63] MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. traduzido por VUGMAN, Fernando Simão. **Embriologia Clínica**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1997. p. 06.

[64] BARBOSA, Heloísa Helena. **Proteção Jurídica do Embrião Humano**. Disponível em <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acessado em 01 de outubro de 2007.

[65] MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 219.

[66] **CRFB/88**.

[67] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 220.

[68] **CRFB/88**.

[69] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 219.

[70] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004. p. 66.

[71] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

[72] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

[73] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 219.

[74] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 220.

[75] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 220.

[76] MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 222.

[77] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 222.

[78] BARBOSA, Heloísa Helena. **Proteção Jurídica do Embrião Humano**. Disponível em <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acessado em 01 de outubro de 2007.

[79] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 223.

[80] MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. p. 223.

- [81] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 66.
- [82] BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 41.
- [83] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 66.
- [84] BARBOSA, Heloísa Helena. **Proteção Jurídica do Embrião Humano**. Disponível em <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acessado em 01 de outubro de 2007.
- [85] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 61.
- [86] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 61.
- [87] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 61.
- [88] AMARAL, Luciana. Clonagem Humana. **Os Limites Éticos da Intervenção Sobre o Ser Humano** - Reportagem. In: REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Brasília – DF: Editora Consulex, ano V, nº113, 30 de setembro, 2001, p.20.
- [89] A pesquisa recebeu críticas até mesmo da comunidade científica. Afinal, os responsáveis, José Cibelli, Robert Lanza e Michael West, não conseguiram produzir uma célula-tronco sequer. Dos dezenove óvulos utilizados, apenas três sobreviveram, e somente um dividiu-se em até seis células, morrendo em seguida. Para que o experimento fosse bem sucedido, a ACT teria que ter produzido, ao menos, um blastócito, um aglomerado de mais de cem células que incluiriam até mesmo aquelas capazes de dar origem a tecidos no organismo. Além disso, o feito da empresa norte-americana não foi publicado no circuito normal de publicações científicas, como ocorre com as pesquisas sérias, mas na revista US News & World Report – destinada ao público em geral – no site da revista Scientific American e na desconhecida publicação online e-biomed: The Journal of Regenerative Medicine. Tendo conhecimento do fato, o cientista escocês Ian Wilmut (famoso pela experiência com a ovelha Dolly) garantiu que “mesmo que o núcleo de um óvulo não-fertilizado seja tirado e lhe sejam proporcionadas as condições adequadas, esse óvulo ainda vai se desenvolver até resultar em seis células, sem que para isso seja necessário acrescentar o núcleo de outra células adulta”. AMARAL, Luciana. Clonagem Humana. **Os Limites Éticos da Intervenção Sobre o Ser Humano** - Reportagem. In: REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Brasília – DF: Editora Consulex, ano V, nº113, 30 de setembro, 2001, p.20.
- [90] AMARAL, Luciana. Clonagem Humana. **Os Limites Éticos da Intervenção Sobre o Ser Humano** - Reportagem. In: REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Brasília – DF: Editora Consulex, ano V, nº113, 30 de setembro, 2001, p.20.
- [91] Em um de seus discursos, MACIEL afirmou que a lei de sua autoria já encontrava-se defasada, mas que, “Foi o primeiro esforço brasileiro no sentido de disciplinar, sob o ponto de vista jurídico, esta momentosa questão. Obviamente, em face ao progresso da Ciência, sobretudo da Engenharia Genética, é preciso adequar os instrumentos legais”.^[91] Sobre esta questão, o Ministro Nilson Naves, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo “Bioética e Justiça” escreveu: “Concordo plenamente,

pois a atual legislação brasileira cerceia, em certa medida, as possibilidades de trabalho dos laboratórios e pesquisadores nacionais, ao passo que a pesquisa continua, sem entraves e com muito mais recursos financeiros, em vários países industrializados. A meu juízo, esse é um assunto que o Brasil deveria reexaminar, por dois motivos: o primeiro refere-se ao fato de que os progressos de caráter benéfico realizados em outros países não desaparecerão; ao contrário, serão incorporados ao conhecimento humano e poderão servir de base para novos avanços; o segundo motivo tem a ver, como assinalou Tereza Rodrigues Vieira, com a impossibilidade de se determinarem, *a priori* e com absoluta garantia de acerto, os limites que a ciência deve observar”.^[91] NAVES, Nilson. **Bioética e Justiça**. Sexto Congresso Mundial de Bioética, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0000361/Bio%C3%A9tica-30-10-2002.doc>>. Acessado em 09 de outubro de 2007.

[92] A Lei 11.105, de 24 de março de 2005, “Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências”.

[93] “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humanos: Pena-reclusão de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação”. BRASIL. **Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Brasília, 1997.

[94] Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>.

[95] BRASIL. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Brasília, 2005.

[96] SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Consultor Jurídico. “**Célula-tronco: Direito não se submete a barreiras morais e religiosas**”. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37274>>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

[97] LEITE, Paulo Costa. **Clonagem humana: Costa Leite enviará íntegra das palestras ao Congresso**. Superior Tribunal de Justiça, 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=69223>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

[98] VIEIRA, Teresa Rodrigues; OLIVEIRA, Paulo Henrique. **A novela O Clone e os aspectos jurídicos da clonagem humana**. Consulex: Revista Jurídica, v. 6, n. 132, p. 64-65, jul. 2002.

[99] ERDELYI, Maria Fernanda. **O Começo da Vida. STF decidirá destino das pesquisas com células-tronco**. Consultor Jurídico. 04 de julho de 2006. Brasília.

Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45959>>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

[100] SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Consultor Jurídico. **“Célula-tronco: Direito não se submete a barreiras morais e religiosas”**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37274>>. Acessado em 10 de outubro de 2007.

[101] NAVES, Nilson. **Bioética e Justiça**. Sexto Congresso Mundial de Bioética, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0000361/Bio%C3%A9tica-30-10-2002.doc>>. Acessado em 09 de outubro de 2007.

[102] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Genética e Direito**. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito Comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.23.

[103] BRASIL. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Brasília, 2005.

[104] BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. p. 62.

[105] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. p. 34.

APLICABILIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DIRECIONADAS A PORTADORES DO VÍRUS HIV – AIDS NO ÂMBITO BRASILEIRO

APPLICABILITÉ DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE DANS LES TECHNIQUES DE REPRODUCTION ASSISTÉE DIRIGÉES LES TRANSPORTEURS DU VIRUS VIH - SIDA DANS LE CONTEXTE BRÉSILIEN

Carolina Altoé Velasco

RESUMO

Graças ao desenvolvimento das pesquisas no que tange a elaboração de medicação antiviral, a partir de 1996, a AIDS deixa de ser considerada doença mortal e passa a ser considerada doença crônica, com longa sobrevivência para os portadores. A partir do ano de 2005 houve veiculação por parte dos meios de comunicação e, em destaque, pelo sítio eletrônico do governo federal do Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no qual casais soropositivos poderiam realizar seus projetos parentais por meio de técnicas de reprodução assistida. Isso somente se tornou possível graças ao avanço alcançado pela biotecnologia na área reprodutiva. A idéia é extraordinária, uma vez que confere oportunidade de constituição familiar de forma planejada e segura, o que de outro modo seria impensável para os portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas. Portanto, com base nos fundamentos expostos no artigo sustenta-se a implementação das denominadas parcerias público-privadas nas relações que tenham por atores o Sistema Único de Saúde e portadores do vírus HIV.

PALAVRAS-CHAVES: PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS; REPRODUÇÃO ASSISTIDA; SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS); HIV; BIODIREITO.

RESUME

Grâce à le développement des recherches dans lesquelles il concerne l'élaboration de médication contre le virus, à partir de 1996, le sida cesse d'être considéré maladie mortelle et passe à être considéré maladie chronique, avec longue vie pour les transporteurs. À partir de l'année de 2005 il a y eu propagation de la part des moyens de communication et, dans proéminence, par le site électronique du gouvernement fédéral du Programme National d'Attention Intégrale dans Reproduction Humaine Assistée, dans laquelle des couples séropositifs pourraient réaliser leurs projets parentaux au moyen de techniques de reproduction assistée. Cela seulement s'il a rendu possible grâce à l'avance atteinte par la biotechnologie dans le secteur reproductif. L'idée est extraordinaire, vu qu'il confère occasion de constitution familière de forme prévue et tient, ce qui d'autre manière serait impensable pour les transporteurs de maladies génétiques et infecto-contagieuses. Donc, sur base des fondements exposés dans l'article se soutient la mise en oeuvre des nommés partenariat public-privé dans les relations qui

aient par des acteurs le Système Seul de Santé et les transporteurs du Sida – le virus VIH.

MOT-CLES: PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ; REPRODUCTION ASSISTÉE; SYSTEME SEUL DE SANTE; VIH; BIODROIT.

INTRODUÇÃO

Ano 2008. Vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil. Vinte anos do Sistema Único de Saúde (SUS). No primeiro caso evidencia-se a comemoração da transição de um Estado autoritário e intolerante para o Estado democrático de direito. No segundo vislumbra-se inevitável a percepção de conquistas no âmbito do acesso universal à saúde. Embora haja motivos para esse momento de celebração, ambos os instrumentos de efetivação de valores relacionados ao ser humano merecem ajustes e acréscimos quanto à irradiação concreta de seus efeitos na sociedade.

No plano dos direitos fundamentais a Constituição foi responsável pela consolidação de valores imprescindíveis ao bem-estar individual e social. A importância do valor "dignidade da pessoa humana" obteve o merecido destaque e alcançou novos matizes. Foi capaz, assim, de permear institutos antes impensáveis.

Apesar do avanço proporcionado em aspectos particularizados no campo da saúde e educação, por exemplo, há incontáveis débitos. Subsiste um abismo de desigualdade no que tange à distribuição de renda, acesso *universal* aos serviços de saúde com qualidade, dentre outros.

Mais do que outrora, vislumbra-se a emergente importância conferida às questões de saúde pública. Para tanto, imprescindível o desenvolvimento de políticas públicas que visem à melhoria da qualidade de vida da sociedade de modo equânime.

A discussão acerca do papel do Estado no fornecimento de serviços de saúde deve ser enfrentada de forma séria, já que, por exemplo, o número de pessoas infectadas por doenças sexualmente transmissíveis cresce vertiginosamente, não obstante o conhecimento social de que a cura - até o momento - inexistente.

Apesar do conhecimento de deficiências em inúmeros setores que envolvem a saúde no país, o tema que se passa a descortinar adquire importância em virtude da preocupação com o direito à saúde - direito constitucionalmente assegurado a todo cidadão - e das irradiações financeiras que o mesmo acarreta ao Estado.

Desnecessário enfatizar que os recursos destinados à saúde são escassos e por isso mesmo devem ser distribuídos com razoabilidade, seriedade e equidade^[1] em um país de dimensões continentais.

A complexidade e seriedade do tema são decorrentes da interdisciplinariedade necessária para melhor ponderação dos produtos resultantes do debate.

Portanto, com base nos fundamentos expostos sustenta-se a implementação das denominadas parcerias público-privadas nas relações que tenham por atores o Sistema Único de Saúde e portadores do vírus HIV.

Sob esse matiz, desenvolvem-se os aspectos pertinentes ao tema proposto.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ASPECTOS GERAIS

O termo reprodução humana assistida indica o conjunto heterogêneo de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana no campo da concepção, no caso de esterilidade feminina e/ou masculina. A reprodução humana assistida pode ser classificada em métodos de baixa e de alta complexidade. Nas técnicas de baixa complexidade incluem-se o coito programado e a inseminação intra-uterina (IIU), enquanto nas de alta complexidade, a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).

As técnicas consideradas de baixa complexidade são a inseminação artificial homóloga intra-uterina, realizada com espermatozóide do companheiro, ou a heteróloga, com espermatozóide de doador.

Fruto da biotecnologia, a técnica de fertilização *in vitro* [2] é uma esperança para aquelas pessoas que desejam realizar o projeto parental.

Na prática, retiram-se diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente a evitar que a paciente seja submetida a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião. Para o sucesso da técnica e bem-estar psicofísico da paciente - tendo por referência a evolução da medicina brasileira - ainda se faz necessária a coleta de óvulo em número superior a um, pois quanto maior o número de embriões formados e transferidos, maior será a probabilidade de sucesso. [3]

De acordo com a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União em 19 de novembro de 1992, o número ideal de embriões a serem transferidos era de, no máximo, quatro (inciso I, 6). [4] Outrossim, com a evolução das pesquisas esse número de embriões transferidos tende a diminuir, sem comprometimento da técnica. Tanto é verdade que contemporaneamente recomenda-se a transferência de dois embriões [5], justamente para que se limite o risco da ocorrência de gravidez múltipla. [6]

Jean Bernard [7] adverte que as indicações para o uso da técnica de fertilização devem ser cuidadosamente estudadas e estritamente limitadas, por acarretar embriões excedentários. [8]

2.1 "Contrato" de inseminação artificial heteróloga

Para a realização da técnica, faz-se necessária a harmonização de interesses entre a instituição médica escolhida e a paciente. Essa terapia é recomendada para casais em que a impossibilidade de gerar descendentes, pelo método natural, resulta da infertilidade do marido ou companheiro, ou, ainda, para as mulheres que anseiam a concretização da maternidade sem o seu compartilhamento com companheiro (vulgarmente denominada "produção independente"). Os fundamentos que alicerçam os objetivos normativos para o acesso às técnicas de reprodução assistida são os numerosos problemas relacionados à infertilidade humana.

Até o momento é permitida a terapia em mulheres solteiras (apesar da divergência existente), uma vez que a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina não faz qualquer restrição quanto ao tipo de entidade familiar beneficiada pela prática. Apesar de a resolução possuir caráter deontológico, expressa ser possível a utilização das técnicas de reprodução assistida por *toda mulher*, independentemente da existência de vínculo matrimonial ou companheirismo:

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE R.A.

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de R.A., desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Como visto, o acesso é irrestrito - no que tange às mulheres - pois exige somente o consentimento informado (do cônjuge ou companheiro) na hipótese de casamento ou união estável. Assim, ao se interpretar a norma de forma extensiva, caso a mulher esteja solteira, a decisão é tomada individualmente. As críticas direcionadas ao fator da maternidade independente trazem como justificativa a necessidade da presença da identidade paterna para uma completa formação (psicológica e afetiva) da criança, por entender que a mesma deveria ter - como direito assegurado - uma família constituída pelos pais. Entretanto, antes de tender para um posicionamento ou outro, é importante que se realize a ponderação dos diversos fatores que se apresentam nesta realidade fática. Certo individualismo é característica das relações sociais travadas na atualidade. Outro fator a ser mencionado é o crescente número de casais separados em que as crianças são criadas por apenas um dos pais ou por parentes.

Em decorrência das modificações ocorridas na realidade sociológica, construiu-se um conceito plural de família, consagrado pela Constituição brasileira de 1988. Em seu artigo 226, houve reconhecimento das novas entidades familiares, dentre as quais se evidencia a constituída por *qualquer um dos pais e seus descendentes* (monoparental). A dúvida surge quando se refere à caracterização dessa nova classificação familiar.

A Constituição brasileira, do mesmo modo que reconheceu o surgimento de novos conceitos familiares, estabeleceu o princípio da liberdade de planejamento familiar e da paternidade responsável como norma regulamentadora das relações do Estado com os indivíduos, que se traduz na impossibilidade de ingerência do poder público na formação do núcleo familiar.

De forma semelhante com a que ocorre na adoção, não se vislumbra óbice na criação e educação de uma criança apenas pela figura materna no caso da reprodução medicamente assistida. Fator preponderante que deve permear todas as entidades familiares é o afeto e não meramente o vínculo biológico. Guilherme Calmon Nogueira da Gama identifica que diante da viabilidade de *adoção* por apenas uma pessoa, não há razoabilidade em negá-la acesso às técnicas de reprodução humana assistida, o que demonstra a inexistência de elemento discriminador razoável a justificar tal proibição. [9] Gustavo Tepedino informa, de modo semelhante, que houve deslocamento da proteção primordial do Estado, antes dirigida à família-instituição, para a família-instrumento de proteção e desenvolvimento da personalidade de seus componentes. [10]

A imagem da "família-instituição", sendo delineada, dá lugar à família funcionalizada à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus componentes, nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários. [11]

Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Leite expõe que a adoção unilateral é aceita por sua natureza de ordem filantrópica e social. Se uma mulher sem parceiro, submetida à reprodução assistida na forma heteróloga, tivesse um filho, daria à luz um órfão de pai, "cujo parentesco ficaria reduzido a uma só linha". [12] Segundo sua ótica, a formação da família monoparental em geral não é voluntária: seria consequência do final de um relacionamento afetivo, ou seja, decorrência do rompimento de uma união estável, ou de um namoro, ou da dissolução de um casamento. [13]

Outro fator desfavorável à aplicação das técnicas por mulheres solteiras é o estabelecimento do anonimato em relação ao doador do material genético. Suécia e Áustria não estabeleceram o anonimato como regra, o que permite que a criança gerada a partir de material genético doado possa obter, a partir dos dezesseis anos, conhecimento da sua origem genética, porém, sem o estabelecimento de qualquer vínculo jurídico entre eles. [14] A França trava discussão acerca do anonimato em relação ao doador do material genético: se seria este total ou se seria permitido o conhecimento da identidade do doador e conseqüente vínculo jurídico entre eles a ensejar a produção de todos os seus efeitos; ou se, apenas em casos específicos como doenças de origem genética, podem ser fornecidas informações acerca do doador. Entretanto, na maioria dos países em que há legislação pertinente às técnicas de reprodução assistida, a regra é o sigilo em relação à identidade do doador. [15]

No âmbito nacional, a Resolução nº 1.358/1992 do CFM estabelece que os doadores de gametas ou embriões não devem conhecer a identidade dos receptores, nem esses daqueles, mas permite que, em situações especiais, por motivos médicos, informações sobre o doador sejam repassadas exclusivamente aos médicos, preservando-se a identidade civil do doador (seção IV, itens 2 e 3).

O projeto de lei nº 1.184/2003 estabelece no artigo 8º que as instituições que praticam a técnica de reprodução assistida estarão obrigadas a zelar pelo sigilo da doação dos gametas e a impedir que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades. Deve zelar, ainda, pelo sigilo absoluto das informações acerca da pessoa nascida por processo de reprodução assistida. Mas comporta exceções. Conforme seu artigo 9º, o sigilo exigido no artigo 8º do mesmo diploma poderá ser rompido nas seguintes hipóteses elencadas: (i) caso a pessoa concebida pela técnica manifeste vontade em conhecer o processo que o gerou e, inclusive, a identidade civil do doador do material genético; (ii) quando o motivo seja justificado por razões médicas ou jurídicas.

Ponto importante destacado no capítulo VI do projeto de lei nº 1.184/2003 é o que versa sobre a filiação da criança gerada: será atribuída a quem solicitou o emprego da técnica de reprodução assistida (à mulher, individualmente, ou ao casal). A estes, portanto, será concedida a maternidade e paternidade de forma irrevogável, de forma semelhante a que se vislumbra na adoção. Exclui-se, ainda, a hipótese de restabelecimento deste tipo de vínculo com o doador, independentemente do falecimento dos pais legais. Fica ressalvado apenas o acesso a informações médicas para fins de transplantes de órgãos ou tecidos e os impedimentos matrimoniais.

As regras pertinentes ao sigilo nas doações de material genético se justificam a fim de evitar problemas ou "importunações" futuras: tentativa de estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial entre o doador do material genético e a criança nascida da utilização desse material, a fim de buscar benefício econômico.

Todavia, em razão do grande desenvolvimento da teoria acerca dos direitos personalíssimos na atualidade e em face do princípio constitucional da igualdade entre filhos, tem-se defendido que toda pessoa, inclusive a concebida de forma artificial com utilização de material genético de doador, possui direito de informação sobre seus ascendentes biológicos. O direito ao conhecimento da ascendência é direito personalíssimo, portanto, indisponível. Tal direito consiste no fornecimento de informação acerca do material genético utilizado em sua concepção, quer dizer: quem são seus antepassados, no conhecimento de seu histórico familiar e até mesmo no diagnóstico de doenças genéticas graves.

Esse direito ao conhecimento da ascendência não significa que seja necessário o estabelecimento da relação de paternidade entre o doador do material genético e a pessoa concebida, a partir desse material. Consiste apenas no direito de saber quem são seus ascendentes, sem a possibilidade de se estabelecer o vínculo jurídico paterno-filial, de modo que não envolveria direito a alimentos, direito ao uso do nome, nem direitos sucessórios.

Reconhecendo-se ou não o direito ao conhecimento da ascendência ao nascido da utilização de técnicas heterólogas de reprodução assistida, uma coisa é certa: a relação entre a pessoa assim nascida e o fornecedor do material genético que lhe deu vida não é a mesma relação que existe entre aquela e um estranho. Há entre eles alguns impedimentos, tais quais existem igualmente na relação entre pessoas que mantêm o vínculo de adoção (por exemplo, o impedimento matrimonial, elencado no artigo 1.521, I do Código Civil). Por isso Guilherme Calmon identifica o estabelecimento de vínculos negativos entre o doador de material genético e a pessoa concebida pelas técnicas

artificiais: impossibilidade de reconhecimento de paternidade da pessoa gerada; impossibilidade de adoção pelo doador; impossibilidade de casamento entre o doador e a pessoa gerada ou entre esta e parentes próximos do doador. [16]

Entende-se psicologicamente saudável a curiosidade e posterior descoberta da origem genética pelo ser humano, mas, ao se colocar no lugar da pessoa do doador, não se pode obrigá-lo a reconhecer o vínculo paterno originário de uma doação, que a princípio, seria anônima. Admite-se igualmente o direito da pessoa gerada pela técnica, mas os valores emersos devem ser ponderados.

Hodiernamente vê-se reconhecido o direito à investigação de paternidade, nesses casos, alcançada a maioridade civil.

É importante lembrar que para que seja possível esse reconhecimento da identidade genética após a maioridade da pessoa gerada pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga, é necessário que os laboratórios guardem as informações relativas aos doadores. Esta, inclusive é a determinação do artigo 5º, III do projeto de lei nº 1.184/2003, em que os serviços de saúde (compreendidos aqui os bancos de células e tecidos germinativos - BCTG) que realizam a reprodução assistida são responsáveis pelo registro e armazenamento de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a terapia, pelo prazo de cinquenta anos.

A família monoparental, compreendida neste caso como aquela formada pela maternidade independente, é objeto de discussão pela ruptura promovida pelas técnicas de reprodução assistida entre os tradicionais conceitos de maternidade e sexualidade. Acredita-se que esse tipo de família reflete as escolhas dos membros da sociedade hodierna. Devido à influência direta das tecnologias reprodutivas, principalmente no cotidiano feminino, houve, por parte das mulheres, clara separação entre a maternidade e a constituição tradicional de família (aquela compreendida pelos pais e seus filhos). Presencia-se, a cada dia, um número maior de mulheres fazendo opção pela maternidade independente.

Com base nas inovações tecnológicas observa-se a formação dessa entidade familiar por *eleição*. Sempre se constatou a existência desse tipo de família (seja pela morte de um dos cônjuges, pela dissolução do vínculo matrimonial ou do companheirismo, pelo abandono do lar), com o diferencial de não ter recebido um tratamento específico, até porque a monoparentalidade era caracteristicamente transitória, ou seja, tendia, quase sempre, para uma nova união.

O atual panorama é a constituição de um lar por mulheres que optam pela monoparentalidade. Essa característica efêmera é posta de lado, já que não se almeja a formação de uma relação biparental posterior. E o que permite a adoção por pessoas maiores e capazes, independentemente do estado civil ou de manterem ou não uma relação de casal, é a lei 8.069/90. É deste instituto que se depreende o reconhecimento pela legislação brasileira da paternidade e maternidade socioafetivas.

O antigo projeto de lei do Senado nº 90/99 (atual projeto de lei nº 1.184/03) estabelecia, em seu substitutivo, a vedação da "produção independente" ao restringir a utilização desta intervenção médica aos casos de indicação terapêutica, esgotadas as demais possibilidades, com o requisito de ser a paciente casada ou encontrar-se em união

estável (artigo 1º, parágrafo único, I). E mais, tipificava como crime a utilização da técnica em mulheres solteiras ou que não vivessem em união estável (artigo 37).

Hodiernamente, vislumbra-se a possibilidade do tratamento de reprodução assistida por mulheres solteiras tanto pela já mencionada resolução do Conselho Federal de Medicina, quanto pelo projeto de lei nº 1.184/03 - dispositivo atual que faz alusão à reprodução assistida:

Art. 1º Esta lei regulamenta o uso das técnicas de reprodução assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único - Para os efeitos desta lei, atribui-se a denominação de:

[...]

II - beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da reprodução assistida. [17]

Como mencionado anteriormente, o Código Civil tratou superficialmente da inseminação artificial. O único dispositivo, no capítulo sobre Direito de Família, referente à utilização da técnica é o artigo 1.597. Este estabelece a presunção da paternidade do marido em relação aos filhos concebidos por sua esposa que sejam advindos da fecundação artificial homóloga ou heteróloga, desde que autorizada por ele, ainda que já tenha falecido. Desse modo, o estatuto civil autoriza a realização da terapia em mulheres casadas ou viúvas - compreendidas, estas últimas, como únicas "mulheres sozinhas" autorizadas, *expressamente*, a fazer uso da técnica.

A título exemplificativo é relevante recordar os ensinamentos de Miguel Reale, quando da criação da Teoria Tridimensional do Direito. Enfatiza que esta nada mais é do que a confluência de três fatores: fato, valor e norma. Estabelecidas as bases dessa teoria, o direito decorre da realidade fática, a qual deve ser atribuída um valor, para somente então surgir norma capaz de regulamentar a situação fática criada. Ao que parece, alguns doutrinadores têm demonstrado apego exacerbado às normas pré-existentes. Cumpre ao direito a regulamentação dos fatos e não sua adaptação ao direito, o que poderia gerar não a obstrução da evolução da sociedade, mas o crescimento de realidades fáticas à margem do sistema. Deste modo, a afirmação de que determinado fato não possui regulamentação ou mesmo proteção por parte do direito leva a crer a premente necessidade de revisão dos conceitos e realidades já estabelecidos.

Contrários à idéia de aplicação das técnicas por mulheres solteiras podem ser citados alguns países da Europa, a exemplo da Suécia, Portugal, Alemanha e Itália. Na América, os Estados Unidos. Em todos os países mencionados, o acesso às técnicas é permitido apenas a casais que estejam em união estável ou unidos pelo matrimônio. Nos Estados Unidos, todas as disposições legais limitam o emprego das técnicas de reprodução assistida *heteróloga* a pessoas casadas. [18]

Vale lembrar que no Brasil se houver aprovação do projeto de lei nº 1.184/03, que trata simplesmente por *mulheres* as beneficiárias da técnica (além do casal), a restrição quanto ao seu uso poderá se converter em discriminação em detrimento do modelo tradicional de família. A norma poderia ser considerada inconstitucional em vista da previsão expressa da monoparentalidade pela Constituição brasileira.

A responsável pela escolha dos doadores de gametas, por seu turno, é geralmente uma terceira instituição (laboratório especializado) que não a clínica de fertilização. O comumente denominado "banco de sêmen" costuma ser responsável pelo material genético a ser inseminado, enquanto a clínica exerce o papel de intermediária e responsável pelo procedimento de inseminação e demais cuidados médicos. Aos bancos de sêmen, às clínicas e serviços de saúde são aplicadas as regras atinentes à responsabilidade por fato de terceiro. Na responsabilidade por fato de terceiro, também conhecida por *indireta* ou *reflexa*, responsabilizam-se os imputados por fato praticado por pessoa a eles ligadas. Nestes casos, as entidades supracitadas são responsáveis pelos médicos, enfermeiras, auxiliares e demais funcionários que tenham ligação com o paciente. Conforme exposto, tais entidades são responsáveis pelos danos ocorridos aos seus usuários em decorrência de conduta culposa ou dolosa desses profissionais. [19]

O laboratório seleciona os doadores entre os voluntários que se apresentam através de exames médicos, cataloga seus perfis com informações médicas, biológicas, psicológicas e civis - com a ressalva de permanência de sigilo quanto à sua identidade - e mantém criopreservado o material coletado. Ao contrário do que se possa imaginar, não é permitida a comercialização de material biológico em nosso ordenamento - compreendido: sangue, esperma, óvulo, órgãos. [20] A remuneração percebida pelos doadores costuma ser mascarada sob a forma de "compensação pelo inconveniente e tempo perdido". De forma semelhante, a quantia paga ao banco de sêmen pela clínica que faz a intermediação se refere aos serviços de conservação e informação, jamais sob o título de pagamento. [21]

A comercialização de óvulos e embriões encontra-se regulamentada em alguns países, mas vedada em outros. A vedação é apontada como remédio para a mercancia clandestina, fomentada pelo tráfico de material biológico de países pobres para os considerados desenvolvidos.

A divulgação de um leilão de óvulos nos Estados Unidos, em um sítio da *internet*[22], deixou a sociedade mundial perplexa. O "arremate" era feito por um simples "clique" após a análise das seis modelos disponibilizadas pela agência - reduzidas à categoria de reles matrizes genéticas. Apesar da aparência desrespeitosa, certamente sob a ótica de considerável parcela da sociedade brasileira, anúncios dessa ordem são possíveis em virtude da permissão de comercialização de esperma e óvulos por leis americanas. São eles, inclusive, os maiores exportadores de material genético para a Alemanha, que permite pesquisa com embriões estrangeiros.

De modo geral, a clínica fica responsável pelo processo de inseminação, por todo o acompanhamento médico da paciente, a incluir os exames, tratamento ambulatorial e demais procedimentos necessários para o deslinde da gravidez.

Entretanto, é preciso compreender o papel das clínicas especializadas em medicina reprodutiva de forma ampla. Sua missão não consiste simplesmente em unir o esperma

ao ovo e realizar a terapia na mulher, ou retirar óvulos, realizar a fertilização *in vitro* e transferir os embriões para o útero de sua paciente. Como a própria expressão *reprodução assistida* sugere, a incumbência deste setor da medicina é prestar toda e qualquer assistência necessária às pessoas que apresentam dificuldade em gerar filhos.

Dispõe a Resolução nº 1.358/1992 que "as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano" (Seção III). Essa, inclusive, é a intenção apresentada na redação do artigo 5º do projeto de lei nº 1.184/2003, que adverte sobre a responsabilidade dos serviços de saúde que realizam a técnica. Ficariam encarregados pelo recebimento das doações (esperma, óvulos, embriões e tecidos) e pelas fases de coleta, manuseio, controle infecto-contagioso, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na reprodução assistida. Fica vedada a transferência de sêmen doado a fresco.

Ocorre que os contratos de inseminação artificial heteróloga exibem cláusulas em que convencionam que "os pacientes reconhecem o risco intrínseco, independente dos exames realizados, de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis" e que "estão cientes da impossibilidade de previsão de características físicas e mentais da criança, sabendo que aproximadamente 4% nascem com defeitos físicos e mentais de ocorrência fora de controle médico". [23] Com base no conteúdo da cláusula contratual supramencionada é cristalina a intenção do centro médico em se esquivar de qualquer responsabilidade decorrente de sua atividade.

Por não se tratar de direitos disponíveis é, portanto, inválida a cláusula de não indenizar. Ressalte-se que o não atendimento à diligência necessária com que deve proceder todo médico em seus atos profissionais, acarreta responsabilidade pelos danos causados a que der causa por negligência, imprudência e imperícia, conforme artigo 951 do diploma civil. Caso o médico não haja com zelo profissional, responderá mediante apuração de culpa (artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor). Poderá o juiz, mediante prova da hipossuficiência técnica do paciente, inverter (alguns doutrinadores preferem a expressão *isenção*) o ônus da prova (artigo 6º, VIII do CDC). Verificado, pois, que o problema ocorrido à criança poderia ter sido evitado por exame necessário (de acordo com a prática médica) que era de responsabilidade da clínica, ou mesmo quando for o médico integrante de seu corpo de funcionários, responderá a própria clínica, objetivamente (artigo 14 do CDC).

Nesse caso, não se considera o vício no "produto" (compreendido aqui o material biológico), mas na obrigação médica da prestação de serviços. Teria a paciente direito de ação em face da clínica, que é diretamente a prestadora de serviços médicos e, assegurada a esta o direito de regresso quanto ao médico responsável mediante apuração de culpa e ao banco de sêmen conforme o pactuado no contrato entre estes. É importante destacar a complexidade da questão da responsabilidade médica. A doutrina não é pacífica sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova contra profissionais liberais e nem sobre quando a responsabilidade será do médico e quando será da clínica (neste caso, objetiva). [24]

Também poderá ser exigida responsabilização quando a clínica não zelar, dentro do possível, para que o "doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora", de acordo com o disposto

na seção IV, item 6 da Resolução nº 1.358/1992 do CFM. Diante da existência de norma deontológica a vincular a conduta médica, seu desrespeito já caracteriza falta médica capaz de gerar direito a ressarcimento pelo dano moral causado. O artigo 10 do projeto de lei nº 1.184/2003 não menciona a exigência da semelhança fenotípica. Estabelece apenas que "a escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a reprodução assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor".

2.2 Contrato de criopreservação de embriões

Após a descrição do contrato de inseminação heteróloga tratado no subitem anterior, o contrato que passa a ser analisado a partir de agora apresenta outras inúmeras controvérsias.

As inquietações quanto ao tema têm início com sua nomenclatura: as clínicas não são uníssonas na denominação de "contrato" para a relação existente entre os médicos, a instituição de saúde e os pacientes. A esse conjunto de atividades vinculadas à execução da prática médica na reprodução assistida conferem o nome de "termo de consentimento".

Declarações internacionais, códigos de ética, resoluções e leis específicas recomendam o emprego de "termos de consentimento" na prática cotidiana em saúde e na realização de pesquisas que envolvem a participação de seres humanos. Seu uso é recomendado em situações que envolvem o emprego de tecnologias avançadas, como é o caso da reprodução humana assistida. [25] A importância é constatada pela função primordial de informação aos pacientes. Contêm de forma detalhada os procedimentos, riscos e benefícios da terapia fornecida ao paciente durante o processo de informação, que deve ser preliminar à assinatura do termo. Porém, sua mera assinatura não é suficientemente capaz de dirimir as dúvidas pertinentes à prática no caso concreto. Para tanto, faz-se necessária a comunicação dos aspectos que pertinentes à atividade com o uso de linguagem informativa capaz de dirimir possíveis dúvidas.

O termo de consentimento baseia-se essencialmente na autonomia dos participantes a fim de resguardar os profissionais e demais integrantes da relação decorrente da aplicação dos métodos conceptivos artificiais, na tentativa de antever todos os seus possíveis resultados.

Apesar das críticas que a Resolução nº 1.358/1992 do CFM suscita por estar obsoleta em alguns pontos e por não ter força de lei, é o único documento específico que rege as práticas da reprodução assistida, e que menciona a obrigatoriedade da utilização do consentimento informado. [26] Ocorre que a formulação do termo de consentimento informado na reprodução assistida fica a cargo dos centros de saúde especializados. É certo que os termos devem seguir as orientações e regulamentações regionais ou nacionais editadas pelos conselhos pertinentes. No entanto, não se verifica um modelo unificado a fim de ser adotado pelas clínicas. [27] A edição de normas e modelos padronizados, por conselho técnico específico, configuraria alternativa razoável para a

questão. Ficaria a cargo desse conselho a análise e o estudo das experiências e necessidades listadas por quem realiza contato direto com os pacientes. Se se pode ter a opção de disponibilizar *modelos momentaneamente completos*[28] às clínicas e centros de saúde, por que não fazê-lo? Hodiernamente não se vislumbra por justificativa razoável a alegação da dificuldade em contactar as entidades promotoras de técnicas reprodutivas. Em razão da implantação do processo de cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG), aprovado pela Resolução ANVISA nº 29/08, a interface com esses centros tende a fluir de modo mais fácil e direto. Sendo assim, sugestões poderiam ser feitas diretamente ao órgão consultivo.

Em que pese haver determinação pertinente à regulamentação padronizada para as clínicas e serviços de saúde que trabalham com essas técnicas, constata-se que cada uma é responsável pela formulação de seus termos e condições, o que resulta na variabilidade de forma e conteúdo. Aspecto interessante nos textos e pesquisas encontrados sobre o assunto é a nomenclatura disforme que o "contrato de criopreservação de embriões" recebe. Realidade que não difere muito da dos "contratos de inseminação artificial" abordados no item anterior.

No estudo realizado por Vera Mincoff Menegon constata-se que algumas clínicas confeccionam formulário único para o termo de consentimento na reprodução assistida, enquanto outras organizam formulários individualizados para cada técnica realizada. Observa que para uma melhor compreensão dos termos de consentimento coletados foi preciso fazer a seguinte divisão: (i) grupo de técnicas principais[29] - que agregam técnicas de alta e baixa complexidade, destinadas à fertilização propriamente dita; (ii) grupo de técnicas auxiliares, subdividido em: (iia) consentimentos para adoção e recepção de material genético e biológico, (iib) consentimentos para criopreservação de material genético (congelamento e descongelamento) e (iic) consentimentos para testes. [30]

A eficácia do termo de consentimento em uma medicina cada dia mais multifacetada[31] requer a observância de alguns itens compreendidos indispensáveis. Assim, um termo de consentimento adequado e eficaz deve compreender alguns itens considerados indispensáveis: informações técnicas compreensíveis (caso necessitem de maiores esclarecimentos, os mesmos devem ser prontamente prestados); informação quanto ao sucesso e insucesso do procedimento; riscos do procedimento; custos das técnicas e dos medicamentos; riscos associados ao uso de qualquer medicamento; possíveis implicações psicológicas.

Anuncia-se a técnica da *criopreservação embrionária* capaz de solucionar o dilema dos embriões excedentários quanto à sua destinação, ainda que momentânea, e também: auxílio na redução da incidência de gravidez múltipla; garantia que os embriões obtidos com os procedimentos, se congelados, possam ser utilizados em uma próxima tentativa caso a anterior não resulte em gravidez ou em uma segunda gestação. Paralelamente dever-se-ia informar a porcentagem de sucesso obtido no descongelamento dos embriões. Ao que parece, o desafio não está no congelamento - prática dominada pela medicina contemporânea -, mas na conservação do embrião e na preservação de sua qualidade genética durante o descongelamento, oportunidade em que será submetido a uma drástica alteração térmica.

Carlos Konder afirma que o "contrato de preservação criogênica de embriões" configura *contrato acessório* ao contrato de prestação de serviços médicos de fecundação *in vitro*. Decerto que ao mencioná-lo como contrato acessório, subentende-se que sua aplicação possui repercussão graças ao surgimento dos embriões excedentários, que deverão ser transferidos a fresco - em número que apresente margem de segurança para a saúde da gestante e do(s) futuro(s) bebê(s) - ou imediatamente criopreservados. É, pois, neste contrato acessório que uma série de implicações devem ser observadas por influírem diretamente no objeto do contrato. Por exemplo, qual a natureza jurídica do embrião excedentário: sujeito ou objeto de direito? A jurisprudência norte-americana, por estar ligada a uma perspectiva liberal, trata os embriões excedentes e suas conseqüentes relações pela ótica das relações patrimoniais. Em vários julgados as cortes firmaram entendimento no sentido de serem os embriões propriedade daqueles que os geram. Conseqüentemente, possuiriam livre disponibilidade para realizar contrato com esse objeto. [32] Jessica L. Lambert afirma que "some commentators have suggested that frozen embryos should be treated as the property of the couple who created them". [33] Demonstra, ainda que, para os adeptos dessa corrente de pensamento, "under a traditional analysis of property rights, the biological creators of embryos would have the same rights over the embryos as any other property, including the rights to own, sell, bequeath, and destroy them". [34]

Dois exemplos clássicos de aplicação da ótica patrimonialista no direito estadunidense são o caso *York v. Jones* e *Davis v. Davis*, ambos ocorridos em 1989. No primeiro exemplo, "the Federal District Court for the Eastern District of Virginia implicitly adopted this approach by relying on property law principles to decide a case between a couple and a fertility clinic over control of disputed embryos". [35]

Episódios comuns nos Estados Unidos fazem referência a casos de separação de casais que possuem embriões criopreservados. No contexto brasileiro não se constata preferência na aplicação de uma determinada solução. O que se tem é norma inserta na Resolução do CFM recomendando que no momento da criopreservação o casal expresse sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser conferido a esses embriões em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de um ou de ambos os cônjuges, e no caso de manifesta vontade pela doação, quando desejam fazê-la. No caso da ausência de estipulação, fica suspenso o questionamento de quem seria a guarda ou custódia dos embriões excedentários criopreservados.

Portanto, contrariamente ao posicionamento estadunidense, observa-se que o direcionamento conferido pela doutrina brasileira aos embriões é semelhante ao europeu. [36] Vislumbra-se que o tratamento legal do embrião deve ser analisado pelo ordenamento jurídico em conformidade com os princípios constitucionais, os quais, no Brasil, privilegiam a extrapatrimonialidade.

Posição interessante foi adotada pela Alemanha a fim de evitar maiores discussões quanto à criopreservação. Baseando-se na corrente personalista, que considera o embrião pessoa, sujeito de direitos e hipossuficiente a ser protegido pelo ordenamento jurídico, a lei restringe a produção de embriões àqueles que serão efetivamente implantados e considera, conseqüentemente, ilícito o contrato de criopreservação. [37] A prática germânica efetivamente impressiona pela preocupação em não aumentar as conseqüências oriundas das inovações biotecnológicas, sem cerceamento da sociedade a seus métodos reprodutivos. Entretanto, a mesma Alemanha que se preocupa com uma

postura condizente com a dignidade humana, consagrada no artigo 1º da Constituição germânica, é capaz de permitir a experimentação com embriões adquiridos de países que realizam sua mercancia.

Com relação aos contratos que dizem respeito à prática médica reprodutiva, o que mais chama a atenção são as expressões consagradas nos contratos. Quer seja no termo de consentimento para criopreservação de embriões, quer seja no termo de consentimento para prática da inseminação artificial, os termos recaem no gênero contratual e suas variações: contrato, requerimento, autorização e declaração. [38] Vera Menegon apresenta com detalhes as conclusões a que pôde chegar com base nos documentos disponibilizados para pesquisa. Alguns mencionam que os submetidos às práticas reprodutivas artificiais procuram o serviço de forma espontânea; outros fazem constar que a assinatura do(s) termo(s) somente se concretiza após longo processo de informação sobre as etapas e procedimentos.

3. REGULAMENTAÇÃO DO USO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO

O nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro é datado de 1984.[39] Decorridas mais de duas décadas, ainda não houve regulamentação (no plano brasileiro) das técnicas artificiais de reprodução assistida. Profissionais atuantes na área - na ausência de normas específicas - vêm-se obrigados a pautar suas ações pelas normas éticas inscritas na Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina[40] (CFM). Essa resolução, elaborada oito anos após o nascimento do bebê, é, ainda hoje, o único documento específico orientador das práticas no campo da reprodução assistida.

A resolução, ao reconhecer a legitimidade do anseio de superar a "infertilidade humana, problema de saúde com implicações médicas e psicológicas", reafirma os princípios gerais da inviolabilidade e da não comercialização do corpo humano, da gratuidade do dom e do anonimato da doação. Indica a necessidade de observação do consentimento formal dos participantes de programas de fertilização *in vitro* e estabelece regras para diminuir a possibilidade de incesto inadvertido. Aceita que mulheres solteiras tenham acesso às técnicas e à prática da gestação de substituição (doação temporária do útero). Quanto à prática desta última, recomenda que as doadoras temporárias sejam parentes da doadora genética até segundo grau. Os demais casos ficam sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Há dúvida quando a resolução trata do acesso à técnica. Estabelece que "toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado".[41] Marilena Corrêa e Maria Andréa Loyola defendem que a resolução, ao deixar de mencionar a sexualidade, aceita que mulheres solteiras possam ter acesso às técnicas de reprodução assistida e à doação temporária do útero - práticas que possibilitariam o acesso de homossexuais às novas tecnologias reprodutivas.[42] Nesse sentido, verifica-se, contemporaneamente, o acesso de casais portadores do vírus HIV-AIDS às técnicas. Ao visar a diminuição ou, até mesmo, a eliminação da transmissão vertical (transmissão do

vírus, durante a gestação, da mãe para o filho), implementam-se, no país, políticas públicas de saúde, em que esses casais podem conceber seus filhos com maior segurança e tranquilidade. Na hipótese de a mulher ser soropositiva[43] e o homem soronegativo, a melhor alternativa é a inseminação artificial. Quando a questão se apresenta de forma inversa - mulher soronegativa e homem soropositivo - mais recomendável que se faça uso da fertilização *in vitro*.

No ano de 2005 houve proposta do governo federal em que o SUS (Sistema Único de Saúde) ofereceria tratamento de reprodução assistida na rede pública de saúde a casais soropositivos e sorodiscordantes.[44] Muita polêmica foi criada sobre a viabilidade e do custo que esse serviço geraria ao sistema público de saúde.

De acordo com Ricardo Pio Marins - então diretor adjunto do Programa Nacional de DST-AIDS do Ministério da Saúde - a iniciativa do governo federal em estender o tratamento de reprodução assistida não inviabiliza outras ações de prevenção e tratamento da AIDS. Constata que com a maior qualidade de vida (e, portanto, longevidade) oferecida pelos medicamentos anti-AIDS, nada mais natural que aflore o desejo pela constituição de uma família. [45]

Um aspecto importante do programa nacional de atenção à reprodução humana é o acréscimo feito ao rol dos beneficiários quanto ao acesso a tais técnicas. Portanto, além dos que sofrem de infertilidade e esterilidade, foram incluídos no tratamento pessoas portadoras de HIV. Fato é que a inserção de "pessoas" portadoras de HIV e não "casais" amplia a noção primeira de beneficiários decorrente do Projeto de Lei nº 1.184/2003 e da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

A resolução refuta, ainda, a possibilidade de criação de embriões humanos para pesquisa, já que as técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas e implementadas para uso meramente reprodutivo. Fica, portanto, expressamente proibida a fecundação de embriões com finalidade distinta à procriação humana.

Com relação aos embriões excedentes, fica estabelecido que as clínicas, centros ou serviços podem criopreservá-los. [46] Dentre as opções oferecidas no contrato de reprodução humana, caberá aos envolvidos manifestar sua intenção quanto ao destino dos excedentários - no caso de divórcio, doença grave, falecimento de um cônjuge ou de ambos, e doação. [47] Entretanto, é vedado o descarte - destruição - desse material biológico. [48]

Uma vez que o aborto é considerado crime no Brasil - com exceção das duas hipóteses previstas expressamente no Código Penal[49], até o momento -, a resolução não aceita a prática da redução embrionária - em casos de gestação com múltiplos fetos, embora admita a transferência de até quatro embriões por tentativa. Em razão do avanço da técnica, esse item da resolução tornou-se obsoleto. Aconselha-se, agora, a transferência de dois embriões, a depender do caso. Ao avaliar o ano de publicação da resolução, compreender-se-á que, para a época, a qualidade e o nível de desenvolvimento da técnica permitiam que fossem implantados até quatro embriões. Como mencionado anteriormente, o desenvolvimento da terapia na área permitiu que o número de embriões implantados pudesse ser reduzido. Recomenda-se, contemporaneamente, a transferência de até dois embriões. É evidente que se deve levar em consideração a interferência de

alguns fatores, como a condição hormonal da paciente, sua idade, a causa da infertilidade, etc., oportunidade em que o número pode chegar, quando muito, a três.

A regulamentação brasileira quanto às técnicas de reprodução assistida se restringe à Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina e, recentemente, à Resolução nº 29/2008 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) - que cria o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio). [50] O sistema objetiva cadastrar os bancos de células e tecidos germinativos no país e informar a produção de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* anualmente, e não utilizados no procedimento. Além disso, permite estabelecer o número de embriões possíveis de utilização em pesquisa e terapia, além de instituir maior controle sobre as atividades das clínicas de reprodução assistida existentes no Brasil. Estima-se que uma média de cento e vinte clínicas em todo o território nacional.

Com relação aos projetos de lei, diversas propostas tramitam na Câmara e no Senado, sem alcançar, entretanto, o patamar de lei federal.

O Projeto de Lei nº 1.184/2003[51], em tramitação na Câmara Federal, indica a utilização das técnicas de reprodução assistida para os casos de infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo. Em seu artigo 3º, veda a gestação de substituição, bem como prevê a punição do profissional que participar do procedimento na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica (artigo 19, inciso III).

De acordo com o texto, poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões, respeitada a vontade da receptora, a cada ciclo reprodutivo (artigo 13 do PL nº 1.184/2003). Se o intuito deste artigo do projeto foi conferir proteção às mulheres receptoras e aos futuros bebês de múltiplas gestações, pode ser considerado um avanço. Mas se, por outro lado, visou apenas impedir o congelamento dos embriões - como medida eficaz para estagnação da criopreservação - deveria ser repensado, sob pena de cometer um retrocesso, vez que implica, conseqüentemente, em uma multi-estimulação ovariana. Ou seja, far-se-ia necessário o induzimento da ovulação por mais vezes, até que se chegasse, enfim, a uma gravidez. Deve-se ponderar se essa medida realmente é diligente em todos os ângulos, e não apenas pela visão econômica - já que a criopreservação gera um custo anual para aquela entidade familiar e mais, o seu compromisso com o material genético excedente. Define, dentre outras hipóteses, como crime, a implantação de mais de dois embriões na mulher receptora, a produção de embriões além da quantidade permitida e a prática da redução embrionária, com ou sem o consentimento da gestante, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mesma (artigos 19, incisos VII e IX e 20, incisos IV e V).

Na tentativa de contribuir para o deslinde da questão sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro*, o § 2º do artigo 13 do PL estabeleceu que "os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil". [52] Sob essa ótica, Silmara Juny Chinelato e Almeida propõe reflexão sobre tema bastante controverso: personalidade. Discorre contrariamente da idéia trazida pelo § 2º do artigo 13 do PL ao alegar que a afirmação de direitos implica no reconhecimento da personalidade. Ser pessoa e ter personalidade é um binômio indissociável. Em sua concepção, não se avalia a existência de uma personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Assim, esta é

integral ou não existe. Por isso a assertiva de que a capacidade é a medida da personalidade. [53]

Importante salientar que o referido projeto admite a seleção sexual nos casos clínicos que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo (artigo 15 do PL).

Em referência aos embriões criopreservados, o projeto de lei prevê que poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, mas fica vedada sua utilização para qualquer outro fim (artigo 23). O parágrafo único presume autorizada a doação dos embriões criopreservados caso não haja manifestação contrária ao ato, no prazo de sessenta dias, dos beneficiários.

De acordo com a redação do artigo 23 do PL, verifica-se a abertura de precedente para o emprego das técnicas terapêuticas em pessoas inférteis ou não e em casais ou pessoas solteiras: "o Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte". Este artigo contém alguns dados que merecem apreciação criteriosa. Em primeiro lugar, o artigo menciona a palavra *peessoas*. Portanto, não se refere ao gênero masculino ou feminino. Sendo assim, e atendendo a vedação quanto à gestação de substituição, uma mulher poderia conceber um bebê e constituir uma família monoparental - que possui previsão constitucional e *status* de entidade familiar. O reconhecimento da igualdade entre as pessoas impõe a conclusão da não admissão em se negar a uma mulher o uso das técnicas de reprodução assistida somente pelo fato de ser solteira. Porém, há que se interpretar o mesmo princípio de igualdade ao levar em consideração o direito do indivíduo gerado em conhecer sua origem e identidade biológicas.

Outro ponto questionável é o uso da terapia reprodutiva por pessoas férteis, o que contraria o exposto no artigo 2º, *caput*, do mesmo projeto de lei: "a utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique *infertilidade* e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo [...]". E, por último, contesta-se se o descarte embrionário é realmente permitido ou não. Quando o artigo 19 do PL tipifica como crime - punido com reclusão de um a três anos e multa - o descarte de embrião antes da implantação no organismo materno, entende-se que esteja a tratar de todo e qualquer tipo de embrião, tenha sido o mesmo formado antes ou depois da publicação deste projeto de lei. Controversa é, pois, a posição do legislador ao estabelecer a existência de tutelas diferenciadas para avaliar a mesma entidade genética.

Com relação a este artigo, destaca-se, ainda, a possibilidade da "adoção" dos embriões armazenados.

De fato, é possível interpretar que um dos objetivos principais desse projeto de lei é abolir o surgimento de novos embriões excedentes e os já criopreservados e, por essa via, a possibilidade de pesquisa com os mesmos.

No que tange à Lei 8.974/1995[54] - que pode ser considerada a primeira lei de biossegurança -, o artigo 13 definia ser crime a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem de material biológico

disponível para a pesquisa; proibia experiências com embriões, células reprodutivas e material genético.

Posteriormente, no ano de 2005, adveio a Lei 11.105 (Lei de Biossegurança). Esta modificou sensivelmente a lei anterior quanto à fertilização *in vitro* porque tornou possível a captação de embriões oriundos das clínicas para pesquisa, em especial para terapia com células-tronco embrionárias. Entretanto, críticas acirradas foram feitas à lei em razão da confusão de matérias: foram estabelecidas normas relativas a organismos geneticamente modificados (OGM) e pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias.

Como dito anteriormente, as técnicas de reprodução assistida no país não têm, até o momento, regulamentação legal. O Código Civil, embora faça menção a diversas hipóteses de reprodução assistida (artigo 1.597, III, IV e V), limitou-se a estabelecer a presunção de paternidade para os filhos assim havidos pela mulher casada:

Artigo 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ao presumir concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ou heteróloga admitiu o código, implicitamente, a existência de uma nova ordem de direitos oriundos da manipulação genética. Entretanto, deixa de dispor sobre a natureza personalíssima dos direitos dos detentores do material genético manipulado.

Questão tormentosa é que versa sobre a presunção de paternidade dos incisos III e IV do artigo 1.597 do código. Os filhos nascidos na forma destes incisos, após a morte do pai, serão convocados como herdeiros, ao considerar a identificação dos herdeiros do *de cuius* na data da abertura da sucessão? Se for o caso de sucessão testamentária, o próprio código estabelece que poderão ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas quando da abertura da sucessão. Para tanto, estipula o lapso temporal de dois anos após a abertura da sucessão. Se o herdeiro esperado não for concebido (neste prazo), os bens reservados - salvo disposição em contrário do testador - caberão aos herdeiros legítimos (artigos 1.799, I e 1.800, § 4º). E caso não haja testamento, como lidar com a lacuna surgida? Constata-se, assim, que a lei civil vigente não regulamenta a matéria e gera inúmeros questionamentos.

Se não fossem suficientes as dúvidas elencadas, o que dizer quanto à presunção de maternidade? Por exemplo: se uma avó gesta um embrião resultante da fecundação em laboratório do óvulo extraído de sua nora e do espermatozoides de seu filho (técnica conhecida como útero de substituição), o que dizer da maternidade dessa criança? Esse fato, ocorrido em Minas Gerais, suscitou dúvida sobre maternidade da criança. Após o nascimento, o tabelião do cartório de registro civil negou-se a registrar a criança em nome da mãe biológica, tendo em vista que da declaração de "nascido vivo", fornecida pela maternidade, cuja apresentação é obrigatória para o registro, constava o nome da avó como sendo a mãe da criança. Suscitada dúvida perante o judiciário e, após realização do exame de DNA - requerido pelo Ministério Público -, que comprovou a maternidade da criança, foi a mesma julgada improcedente. Na decisão, o magistrado destacou a falta de amparo legal para a solução da questão. Sustentou que apesar do Código Civil vigente listar apenas a presunção de paternidade, vez que a maternidade era reconhecida como certa, valeu-se do bom senso e do desenvolvimento na área científica e autorizou que fosse efetuado o registro da criança em nome da mãe biológica. Observou o juiz, embora o Código Civil não tenha regulamentado a matéria, havia conhecimento da Resolução nº 1.358/92 do CFM que permite a ocorrência da gestação de substituição. [55]

4. PANORAMA DA PROPOSTA DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O SUS

Graças ao desenvolvimento das pesquisas no que tange à elaboração de medicação antiviral, a partir de 1996, a AIDS deixa de ser considerada doença mortal e passa a ser considerada doença crônica, com longa sobrevivência para os portadores.

A partir do ano de 2005 houve veiculação por parte dos meios de comunicação e, em destaque, pelo sítio eletrônico do governo federal [56] do Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no qual casais soropositivos poderiam realizar seus projetos parentais por meio de técnicas de reprodução assistida. Isso somente se tornou possível graças ao avanço alcançado pela biotecnologia na área reprodutiva. A idéia é oportuna, uma vez que confere oportunidade de constituição familiar de forma planejada e segura, o que de outro modo seria impensável para os portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas. É importante destacar, ainda, que o programa respeita a autonomia dos portadores de HIV, bem como os interesses essenciais da criança, dentre os quais o de não nascer infectada pelo mesmo vírus. [57]

A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida [58], lançada em março de 2005 (mas somente implementada no segundo semestre do mesmo ano) prevê o apoio do SUS para o tratamento da *infertilidade*. Percebe-se que o objetivo do programa é bem amplo. Alcança, portanto, pessoas que sofrem de infertilidade, esterilidade [59] e inclui a realização das técnicas de reprodução assistida a portadores de doenças genéticas e infecto-contagiosas a fim de que não transmitam esses fatores aos parceiros e filhos.

A proposta do programa, a princípio, era atender de forma gradativa a todos os estados da federação. Tem-se notícia de que os Estados de São Paulo, Brasília e Rio

Grande do Sul já utilizam alguns serviços prestados, mas ao que parece, o atendimento das atividades indicadas por essa política nacional está longe de se tornar efetiva. Inúmeros fatores concorrem para que o desenvolvimento do programa seja vagaroso, como, por exemplo, o levantamento e diagnóstico correto dos problemas enfrentados por cada pessoa (isso porque a mesma doença, vírus ou causa determinante pode se manifestar de forma diversa em cada organismo), o alto custo dos medicamentos, exames, técnicas e a capacitação profissional adequada para o bom deslinde e resultado das atividades.

Por outro lado, antes mesmo da implementação do programa, severas críticas foram direcionadas aos objetivos perseguidos pelo mesmo. Em decorrência dos elevados custos, há receio de que esse projeto inviabilize outras ações de prevenção e tratamento da AIDS[60] ou mesmo programas básicos de saúde. À título exemplificativo, a técnica de reprodução utilizada em *homens soropositivos*[61] que desejam a paternidade é a mais cara dentre as técnicas de reprodução assistida. Em clínicas particulares, cada tentativa de inseminação artificial pode custar R\$ 18 mil (o que equivaleria quatro vezes mais do que a mesma terapia em condições normais). Para mulheres soropositivas, entretanto, não há técnica totalmente segura, uma vez que durante a gestação há comunicação direta entre placenta e feto, o que favorece a contaminação. O mais indicado, nesses casos, seria a realização da inseminação artificial, administração de coquetel anti-retroviral, dose adicional de AZT durante o parto e nas primeiras semanas de vida do bebê e o não-aleitamento. Com esses cuidados, o risco da criança se tornar soropositiva é de até 2%.[62]

Conforme o artigo 2º da Portaria nº 426/GM (de 22 de março de 2005), a política nacional seria instituída entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde. É evidente que assumir o controle de um programa de alcance nacional é árduo e dispendioso. Crê-se que o gasto efetivo com políticas públicas em saúde deveria ser encarado como *investimento*, já que a Carta Magna segue o modelo de atenção universalista em saúde pública. É responsabilidade do Estado a promoção de programas voltados ao acesso, proteção e recuperação da saúde através de ações e serviços públicos de caráter universal.

Diante dos aspectos expostos, propõe-se, portanto, a aplicação das parcerias público-privadas no âmbito da saúde. O Estado aliado à iniciativa privada apresentaria melhores condições de prestação de serviços adequados, de forma *efetivamente universal* e de abrangência nacional em menor lapso temporal. Desde o ano de 2005 até dezembro de 2008 apenas três estados da federação foram contemplados com essa política pública. Vale frisar que São Paulo, Brasília e Rio Grande do Sul dispõem de uma atividade ainda tímida nessa área. E quanto aos outros estados? Ficarão à margem desse desenvolvimento fundamental à manutenção da saúde social por quanto tempo mais? Ao contrário do que muitos doutrinadores ponderam, as parcerias público-privadas devem ser consideradas instrumentos de inclusão social.

De forma ampla, a parceria público-privada pode ser considerada um ajuste entre a Administração Pública e o particular com fim de viabilizar a realização de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade. Seria um acordo bilateral firmado entre o setor público e o setor privado. Ente as partes, portanto, é firmado contrato que contém obrigações e direitos de cada envolvido.

Com base na lei federal nº 11.079/2004, define-se parceria público-privada por (i) contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado; (ii) celebrado entre a Administração Pública e certa entidade particular; (iii) possibilidade de remuneração do parceiro privado conforme a modalidade de parceria firmada; (iv) destinada a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, respeitando sempre o risco assumido.

Sob a perspectiva que visa a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas e genéticas e estabilização da margem de segurança nos procedimentos que envolvam a possível transmissão de riscos à saúde das pessoas é que se adota a tendência global de atração da iniciativa privada para a concretização de serviços públicos, aptos a estabelecer relações de complementaridade na repartição dos investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos nas atividades desenvolvidas.

Em que pese a Constituição brasileira mencionar o direito à saúde de forma universal, esse mesmo direito esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público. Ademais, o artigo 6º da Constituição brasileira refere-se, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação. Sua implementação, portanto, deve ser um dever do Estado.

Ademais, expresso está na Carta Magna (artigo 196) que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Aqui está, portanto, o elemento que justifica e possibilita a realização de parcerias público-privadas no âmbito da saúde.

CONCLUSÃO

As parcerias público-privadas aplicadas especificamente às técnicas de reprodução assistida, ainda que não encontrem amparo legal na lei 11.079/2004, podem ser utilizadas no sentido de parcerias amplas entre o setor público e o setor privado cujo objeto poderia ser aperfeiçoado por meio de futura legislação. As legislações estaduais que regulamentam as parcerias público-privadas já preveem a aplicabilidade destas modalidades de delegação a diversas áreas de interesse do estado, a exemplo de educação, administração de presídios, esporte, cultura, etc.

As técnicas de reprodução assistida, que são ainda inacessíveis às populações excluídas social e economicamente, podem ser viabilizadas mediante a celebração de parcerias público-privadas em que hospitais e clínicas privados poderiam celebrar com o estado contratos para a universalização das técnicas acima referidas, o que possibilitaria que cidadãos despossuídos economicamente possam concretizar o planejamento familiar de forma segura e digna.

A suposta objeção de que os cidadãos economicamente excluídos não teriam como sustentar os filhos e logo, não teriam o direito à filiação, constitui verdadeira afronta ao direito constitucional de formação de um núcleo familiar, além de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 34, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, fev./mar., 2006.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.

ANKIER, Cila. *Aspectos éticos na reprodução assistida de casais hetero e homossexuais HIV positivos*. Disponível em http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02_021105/021105_ahellis_01.pdf. Acesso em 18 jul 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos María e QUEIROZ, Juliane Fernández (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERNARD, Jean. *A Bioética*, Tradução de Paulo Goya. São Paulo: Ática, 1998.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Reprodução humana assistida: análise do Projeto de Lei nº 90/99, do senador Lúcio Alcântara*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, vol. 15, p. 251, jul/set 2003.

COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>. Acesso em 14 ago 2007.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. *Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil*. Caderno CRH, Salvador, vol. 18, n. 43, jan./abr. 2005.

DIREITO Legítimo. Disponível em: <http://www.giv.org.br/noticia.php?codigo=1053>

GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel; DINIZ, Débora. *Saúde Pública, Bioética e Equidade*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 25 fev. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, abr./jun. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAMBERT, Jessica L. *Developing a legal framework for resolving disputes between "adoptive parents" of frozen embryos: a comparison to resolutions of divorce disputes between progenitors*. In: *Boston College Law Review*, vol. 49:529, 2008. Disponível em http://www.bc.edu/schools/law/lawreviews/bclawreview/meta-elements/pdf/49_2/05_lambert.pdf. Acesso em 10 de junho de 2008.

LEWICK, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, maio/jun. 2004.

_____. *Entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida*. 2003. 285 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

NYS, Herman, Experimentações com embrião. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002.

ORSELLI, Helena de Azeredo. *O sigilo do doador do material genético nas técnicas de reprodução assistida e os interesses da criança gerada*. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, jul/ago, 2007.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVALERA, Glauber Moreno. O novo perfil da sociedade conjugal contemporânea. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. v. 2 Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WEINERT, Iduna E. *Direitos genéticos como direitos da personalidade*. Revista de Informação Legislativa, n. 42, p. 269-270, out./dez. 2005.

[1] O termo "equidade" é aqui empregado no sentido de ser a base ética capaz de guiar o processo decisório de alocação de recursos. Nos dizeres de Volnei Garrafa, Gabriel Oselka e Débora Diniz, "é somente através deste princípio [equidade], associado aos princípios da responsabilidade (individual e pública) e da justiça, que conseguiremos fazer valer o valor do direito à saúde. A equidade, ou seja, o reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos também diferentes, para atingir direitos iguais, é o caminho da ética em face da realização dos direitos humanos universais, entre eles o do direito à vida representado, neste debate, pela possibilidade de acesso à saúde". Cf. GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel; DINIZ, Débora. *Saúde Pública, Bioética e Equidade*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 25 fev. 2009.

[2] O primeiro "bebê de proveta" do mundo nasceu em 05 de julho de 1978 - Louise Joy Brown - concretizando a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*. Cf. Heloisa Helena Barboza. Proteção jurídica do embrião humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos María e QUEIROZ, Juliane Fernández (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005, p. 248.

[3] Cf. Heloisa Helena Barboza, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, p. 75, "é relevante a determinação do número de embriões a serem transferidos: quanto maior o número, maior será a probabilidade de obtenção da gestação e de nascimentos com vida".

[4] De acordo com a resolução, "o número ideal de oócitos e pré-embriões* a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiplicidade".

* Quanto ao termo *pré-embrião*, traz-se à colação lição de Luís Roberto Barroso sobre a expressão. "A embriologia tem, por vezes, caracterizado esse estágio de desenvolvimento com a expressão 'pré-embrião'. Cuida-se de termo cunhado em meados dos anos 1980 para designar o período que compreende as etapas estabelecidas entre a fecundação e os 14 (quatorze) primeiros dias de gestação. O que leva a que não se use a palavra 'embrião'? Enumeram-se quatro razões para isso: (i) durante esse período, o ser não é capaz de sentir prazer ou dor, devido ao fato de não se ter formado, ainda, o sistema nervoso central; (ii) é altíssimo o número de insucessos no desenvolvimento embrionário, normalmente pela dificuldade de fixação no útero; (iii) até os 14 (quatorze) dias ainda é possível que se dividam as células em dois grupos, formando gêmeos - uma identidade de embrião, portanto, como algo único e singular só poderia ser afirmada depois desse período; (iv) a implantação do embrião no útero somente se completa por volta do 13º dia de gestação, quando, então, passa a possuir o potencial de se tornar uma pessoa". (SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 253-254). Para Herman Nys, "o termo pré-embrião, que se usou também para se referir ao zigoto, foi uma fonte de controvérsia, pois houve quem pensasse que diminuía a condição humana dessa entidade em desenvolvimento". E acrescenta, informando que apenas a legislação espanhola se refere à pré-embrião. (NYS, Herman, Experimentações com embrião. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 178).

[5] Já em 1993 vislumbrava-se a necessidade em se realizar a transferência da menor quantidade possível de embriões no organismo materno, sem precisar recorrer à técnica da crioconservação dos mesmos. Nesse sentido é a citação de BARBOZA, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, p. 75, onde expõe sua preocupação: "felizmente, o desenvolvimento da técnica evolui no sentido de somente se transferir um embrião por vez, posto que a gravidez múltipla não é o único 'inconveniente'. Na realidade a existência de mais de um embrião, que por enquanto não pode ser afastada, é o problema crucial da fertilização *in vitro*".

[6] BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 674.

[7] Cf. Jean Bernard, *A Bioética*, Tradução de Paulo Goya. São Paulo: Ática, 1998, p. 37.

[8] Ou ainda, supranumerários, remanescentes, excedentes.

[9] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 538.

[10] TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 450-478.

[11] TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, p. 450-478.

[12] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

[13] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29, é praticamente impossível indicar todas as situações que originam a monoparentalidade.

[14] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional, p. 535.

[15] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, abr./jun. 2000, p. 21-22.

[16] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*, p. 534.

[17] Projeto de lei nº 1.184/03 disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>

[18] ORSELLI, Helena de Azeredo. *O sigilo do doador do material genético nas técnicas de reprodução assistida e os interesses da criança gerada*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, jul/ago, 2007, p. 141.

[19] SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 48.

[20] Sobre a proibição, consultar artigo 199, § 4º da CF/88; resolução do CFM nº 1.358/1992 (item IV-1) e projeto de lei nº 1.184/03 (*caput* do artigo 7º).

[21] KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 251.

[22] O leilão foi divulgado, no ano de 1999, no sítio eletrônico <http://www.rosangels.com>

[23] KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 253.

[24] TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, Rio de

Janeiro: Padma, 2000, p. 54. Sobre o tema, consultar LEWICK, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-154.

[25] MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, maio/jun. 2004, p. 845.

[26] Conforme seção I, item 3 da Resolução nº 1.358/1992 do CFM: "O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil".

[27] MENEGON, Vera Mincoff. *Entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida*. 2003. 285 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p. 188.

[28] Digo *modelos momentaneamente completos* em face da constante mudança refletida diretamente na tecnologia que é aplicada nas técnicas de fertilização. Seria preciso que o órgão realizasse revisões periódicas nos termos, a cargo da necessidade constatada em cada caso.

[29] O grupo de técnicas principais engloba as entendidas como de alta complexidade, como fertilização *in vitro*; injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência intratubária de gametas, oócitos. Já o de baixa complexidade compreende a inseminação intra-uterina e o coito programado.

[30] MENEGON, Vera Mincoff, *Op. cit.* p. 197. Ressalva a autora que as técnicas contempladas nos formulários constam do material fornecido pelas clínicas. Isso não quer dizer que existam somente as técnicas elencadas, pelo contrário, o universo das intervenções é bem maior do que o apresentado.

[31] O estabelecimento das tradicionais relações díades - médico e paciente - tornam-se cada dia mais raras em face da complexa e pluralizada teia de relações firmadas.

[32] ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 34, Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, fev./mar., 2006, p. 82.

[33] LAMBERT, Jessica L. *Op. cit.*, p. 538. Alguns analistas propuseram que os embriões congelados deveriam ser tratados como propriedade do casal que os criaram. (Tradução livre).

[34] LAMBERT, Jessica L. *Op. cit.*, p. 538. Sob uma análise tradicional dos direitos de propriedade, os pais biológicos dos embriões congelados teriam os mesmos direitos sobre os embriões como em qualquer outra propriedade, incluindo direitos de propriedade, venda, sucessório e destruição dos mesmos. (Tradução livre).

[35] LAMBERT, Jessica L. *Op. cit.*, p. 538-539. A Corte do Distrito Federal para o Distrito da Virgínia do Leste adotou implicitamente esta aproximação por confiar nos princípios jurídicos de propriedade para decidir um caso entre um casal e uma clínica de fertilidade sobre o controle dos embriões envolvidos na controvérsia. (Tradução livre).

[36] ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Op. cit.*, p. 85.

[37] ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 119.

[38] MENEGON, Vera Mincoff, *Op. cit.* p. 203.

[39] Segundo informam CORRÊA, Marilena e LOYOLA, Maria Andréa, "o primeiro bebê de proveta brasileiro nasceu em 1984, mas que, desde o início da década de 1980, são publicadas comunicações científicas sobre tentativas de FIV sem sucesso". In CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. *Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil*. Caderno CRH, Salvador, vol. 18, n. 43, jan./abr. 2005, p. 106.

[40] Resolução encontrada no sítio http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm

[41] Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm

[42] CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. *Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil*, p. 106.

[43] BORGES, Edson, especialista em reprodução assistida afirma que nos casos em que a mulher é soropositiva, não existe técnica totalmente segura. Segundo ele, durante a gravidez há comunicação entre a placenta e o feto, situação que favorece a contaminação. Nesses casos, a solução seria uma inseminação (espermatozoides, depois de selecionados, são colocados no útero) seguida de procedimentos que já ocorrem em casos de gravidez natural de soropositivas, como a administração de coquetel anti-retroviral, dose adicional de AZT durante o parto e nas primeiras semanas de vida do bebê e o não-aleitamento. Com isso, o risco de a criança se tornar soropositiva é de 2%. In COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>

[44] COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>

[45] DIREITO Legítimo. Disponível em: <http://www.giv.org.br/noticia.php?codigo=1053>

[46] "As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões". In Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm

[47] "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los". In: Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm

[48] "O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. In: Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm

[49] Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário);

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental).

[50] A Resolução nº 29/2008 da ANVISA foi publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.notadez.com.br/content/normas.asp?id=63074>

[51] O atual Projeto de Lei nº 1.184/03 tramitou como Projeto de Lei nº 90/99 e teve como relatores Roberto Requião e Tião Viana. A ele foram apensados os seguintes Projetos de Lei: 2.855/97; 4.665/01; 120/03; 1.135/03 e 2.061/03. Assim, o PL 1.184/03 é o que versa, atualmente, sobre reprodução assistida. Informações e acompanhamento dos projetos estão disponíveis no sítio da Câmara e do Senado Federal.

[52] Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>

[53] CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Reprodução humana assistida: análise do Projeto de Lei nº 90/99, do senador Lúcio Alcântara*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, vol. 15, p. 251, jul/set 2003.

[54] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm. Esta lei foi revogada pela Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005).

[55] WEINERT, Iduna E. *Direitos genéticos como direitos da personalidade*. Revista de Informação Legislativa, n. 42, p. 269-270, out./dez. 2005.

[56] Sítio eletrônico do Programa Nacional de DSTs/Aids (<http://www.aids.gov.br>).

[57] "Milhões de adultos jovens, em idade reprodutiva, estão angustiados com o vírus HIV. Com o progresso das opções de tratamento dos pacientes com HIV e do aumento da expectativa de sua vida, não é surpresa que muitos deles desejem ter filhos. As tecnologias da reprodução assistida podem assistir aos casais sorodiscordantes a alcançar a gravidez enquanto que, ao mesmo tempo, minimizam o risco da transmissão do HIV ao parceiro não infectado. Diversas clínicas européias de fertilidade possuem uma grande experiência em fornecer tanto inseminações intra-uterinas, quanto fertilização *in vitro* aos casais sorodiscordantes sem soroconversão das parceiras não infectadas. Esta é tanto uma questão médica quanto ética. As diretrizes relacionadas a este tema têm mudado no decorrer dos anos como resultado das mudanças do prognóstico da doença como das tecnologias reprodutivas. (In: ANKIER, Cila. *Aspectos éticos na reprodução assistida de casais hetero e homossexuais HIV positivos*. Disponível em http://www.arquivoshelli.com.br/revista/02_021105/021105_ahellis_01.pdf. Acesso em 18 jul 2008).

[58] Política instituída através da Portaria nº 426/GM em 22 de março de 2005. Disponível em <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-426.htm>

[59] Para ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229, "a infertilidade é a incapacidade, de um ou mais cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivo e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura".

[60] Ricardo Pio Marins adverte que em decorrência da longevidade e qualidade de vida dos portadores do vírus HIV, o desejo de constituição familiar torna-se natural. E mais, a reprodução assistida seria uma forma de evitar que mais pessoas sejam contaminadas por meio de relações sexuais desprotegidas com o objetivo de gravidez ou durante a gestação. (In: DIREITO Legítimo. Disponível em <http://www.giv.org.br/noticias/noticia.php?codigo=1053>. Acesso em 05 ago 2007).

[61] "Para casais em que o homem é portador do vírus HIV e a mulher é soronegativa existe a possibilidade de concepção de um bebê totalmente livre de doença. Trata-se do beneficiamento do sêmen, técnica viável por meio da fertilização *in vitro*. O método que se resume numa filtragem seminal se deu por meio da combinação de técnicas relativamente simples e conhecidas de preparação seminal, que consistem em 'lavar' o espermatozóide. Introduzida no Brasil pelo especialista em reprodução assistida Edson Borges Jr., a técnica aperfeiçoada pelo médico, até hoje, tem garantido que nenhum bebê ou mãe seja infectado pelo vírus HIV. Segundo Borges, a nova técnica é realizada por meio de cultivos especiais e centrifugação em partículas muito pequenas (percoll). Dessa forma é possível separar o espermatozóide do plasma seminal, o que permite o recolhimento de células livres do vírus. 'Após o procedimento, tanto é possível realizar a inseminação artificial como a fertilização *in vitro*'. [...] 'Os tratamentos que envolvem as técnicas da medicina reprodutiva requerem um investimento alto para a maioria desses casais e o sistema de saúde pública não oferece este tipo de tratamento', salienta Borges.

(In: TÉCNICAS de reprodução assistida podem ajudar o homem HIV-positivo a conceber um filho livre da infecção do vírus. Disponível em <http://www.gestospe.org.br>. Acesso em 09 ago 2007).

[62] COLLUCCI, Cláudia. *SUS vai oferecer fertilização a soropositivos*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u106327.shtml>. Acesso em 14 ago 2007.

ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E AS ESTRATÉGIAS DE PRIVATIZAÇÃO DA VIDA

GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS AND THE LIFE'S PRIVATIZATION STRATEGIES

Diego Augusto Diehl

RESUMO

O presente artigo tem por função discutir a respeito do avanço dos organismos geneticamente modificados em escala mundial, a partir das estratégias de crescimento econômico das grandes corporações transnacionais de biotecnologia, e o papel que o Direito cumpriu no sentido de permitir a introdução de novos métodos de apropriação e de privatização da vida. Analisa-se o histórico do desenvolvimento destas empresas, inicialmente como produtoras de agentes químicos utilizados em diversas guerras, até a ascensão de uma nova fase marcada pela “guerra de baixa intensidade” que tem por função apropriar-se e controlar a vida, a partir do controle das sementes, especialmente dos alimentos. Demonstra-se a relação intrínseca que ocorre entre a ação destas grandes corporações e as posturas adotadas por Estados nacionais e organismos internacionais, conforme os diversos âmbitos de atuação destas empresas, no intuito de promover suas estratégias de apropriação de conhecimentos, especialmente dos povos dos países periféricos, e manter assim sua hegemonia econômica e política em escala mundial. É realizada, nesse sentido, uma análise mais específica da criação das normas e instrumentos jurídicos da política brasileira de biossegurança, demonstrando que a lógica que determina a política atual não se identifica com a coexistência e o princípio da precaução, mas com a contaminação genética, que é a principal estratégia desenvolvida atualmente pelas corporações de biotecnologia. Alguns efeitos sobre a saúde humana, o meio ambiente, a biodiversidade e a cultura dos povos dos países periféricos são apresentados, demonstrando que, para além da utilização dos mecanismos jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a única forma de conter o avanço da contaminação genética e conseqüente privatização da vida se encontra na mobilização política dos movimentos sociais, das organizações da sociedade civil e dos trabalhadores em geral.

PALAVRAS-CHAVES: ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS, BIOTECNOLOGIA, CONTAMINAÇÃO GENÉTICA, PROPRIEDADE INDUSTRIAL

ABSTRACT

In this article shall be discussed about the progress of genetically modified organisms (GMOs) in the world, from economic growth strategies of large biotechnology transnational corporations, and the role that the law fulfilled to allow the introduction of

new methods of ownership and privatization of life. This study analyzes the historical development of these companies, initially as producers of chemicals used in many wars, until the rise of a new phase marked by "low intensity war" that has as objective the appropriation and control of the life, in the way of seeds control, especially in the case of food. Shows the relation between the activity of these large corporations and the postures adopted by the national and international institutions, as the various spheres of activity of these companies in order to promote their strategies of appropriation of knowledge, especially of the peoples in the peripheral countries, and thus maintain its economic and political hegemony on a global scale. It makes, accordingly, a more specific analysis of the creation of standards and legal instruments of the Brazilian policy of biosecurity, showing that the logic that determines the current policy does not identifies the existence and the precaution principle, but with genetic contamination, which is the primary strategy of the corporations currently in biotechnology. Some effects on human health, the environment, biodiversity and culture of the peoples of the peripheral countries are presented, showing that, besides the use of legal mechanisms that exist in Brazilian law, the only way to contain the advance of genetic contamination and consequent privatization of life is the political mobilization of social movements, civil society organizations and workers in general.

KEYWORDS: GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS, BIOTECHNOLOGY, GENETIC CONTAMINATION, INDUSTRIAL PROPERTY

1) INTRODUÇÃO

Os organismos geneticamente modificados (também conhecidos como "transgênicos") vêm sendo muito rapidamente disseminados em todo o mundo a partir de uma série de agentes, dentre os quais se identifica, com especial destaque, as grandes corporações transnacionais de "biotecnologia".

O termo "biotecnologia" carrega em si algumas contradições e armadilhas que devem ser devidamente esclarecidas. Seu termo semanticamente remete à idéia de tecnologias de propulsão da vida, o que nem sempre (ou mesmo raramente) condiz com a realidade.

Na verdade, conforme se verá ao longo do presente artigo, a tecnologia de manipulação genética atingida pela empresas do ramo da "biotecnologia" é o resultado de um processo histórico que está umbilicalmente ligado às fases de desenvolvimento do modo de produção capitalista, e que tem como um de seus principais agentes propulsores os Estados nacionais. O próprio desenvolvimento da ciência e da tecnologia está intrinsecamente ligado aos interesses privatísticos dos agentes econômicos, que desenvolvem as forças produtivas em busca da maximização de lucros.

Não se trata, porém, de fazer um julgamento moral (ou mesmo moralista) acerca da idoneidade com que agem os interesses privados, mas, isto sim, de identificar como estes interesses privados se movimentam em busca de sua realização, inclusive a partir

da instrumentalização de aparelhos que (supostamente) representam o (malfadado) "interesse público".

A ética do mercado, da sociedade capitalista como um todo, é, portanto, a ética do lucro, da sobrevivência do "mais forte" e do "mais apto", e, ainda que o Direito procure limitar ou frear este processo, jamais poderá suprimi-lo sob as bases da propriedade privada, que é o verdadeiro elemento garantidor da reprodução ampliada da lógica de funcionamento deste modo de produção.

Uma das formas de garantir a realização destes interesses privados, no modo de produção capitalista, se dá a partir do fenômeno da acumulação primitiva, que transforma um bem antes sem valor em uma riqueza a qual é possível arbitrar um preço, tornando-lhe uma mercadoria como outra qualquer. A partir do momento em que este bem se torna uma mercadoria, é possível apropriar-se dele de forma privada, instituindo um direito de propriedade sobre a mercadoria.

É este processo que é impulsionado a partir das tecnologias de manipulação genética e da instituição de direitos de propriedade industrial sobre determinados bens, sendo que, muito recentemente, até os organismos vivos passaram a ser admitidos enquanto tal. Mas, para compreender a lógica deste processo, é preciso demonstrar a relação histórica entre os interesses econômicos, o poder político-militar e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

2) A ASCENSÃO DA "BIOTECNOLOGIA" NA FASE SUPERIOR DO CAPITALISMO

As atuais empresas de "biotecnologia" sintetizam de forma bastante clara a relação intrínseca entre o desenvolvimento das forças produtivas a partir da força-motriz dos interesses econômicos na sociedade capitalista, e as possibilidades (e contradições) geradas pelo desenvolvimento da ciência e das técnicas, que acabam servindo, em última instância, a tais interesses, que nem sempre (ou mesmo raramente) convergem com o interesse geral.

A história da multinacional Monsanto exemplifica bem os motivos pelos quais as tecnologias de manipulação da vida conseguiram se tornar realidade nas últimas décadas, a partir do desenvolvimento da economia capitalista em sua fase monopolista, e em sintonia direta com a ação estatal^[1]. Nascida em 1901, em Saint Louis (EUA), a *Monsanto Chemical Works* era comandada por um empresário chamado John Francis Queeny, que tinha grande experiência na indústria química, e que passou a produzir e comercializar produtos para a indústria alimentícia e farmacêutica.

O primeiro produto lançado pela Monsanto foi a sacarina, que passou a ser vendida para a produtora de refrigerantes em ascensão *Coca-Cola*. Também passou a produzir vanilina e cafeína, saltando de um lucro de 10,6 mil dólares em 1905 para 1 milhão de dólares em 1915, já no contexto da 1ª Guerra Mundial. Em 1917, produziu a aspirina, de cuja venda foi a grande líder mundial até a década de 1980.

Com os grandes lucros obtidos, principalmente durante o período da 1ª e da 2ª Guerra Mundial, quando sua principal atividade consistia em colaborar com o governo dos EUA vendendo-lhe produtos químicos, a Monsanto capitalizou-se a ponto de comprar várias outras empresas do mesmo ramo, tornando-se uma empresa multinacional, assumindo o nome *Monsanto Chemical Company*.

É do período da 2ª Guerra Mundial o desenvolvimento, pelo pesquisador suíço Paul Müller, do famoso DDT (*Dicloro-Difenil-Tricloroetano*), criado para suprir uma das demandas do conflito, que os Estados travavam também no âmbito da guerra química. As principais empresas do ramo químico, dentre as quais a Monsanto, produziram o DDT em larga escala durante a guerra, e, após o seu desfecho, passaram a direcionar todo aquele aparato tecnológico, agora "ocioso", para outros setores, principalmente agrícolas.

A Monsanto dedicou-se, no período pós-guerra, a direcionar seus produtos químicos para a produção agrícola, a partir da "mina de ouro" dos agrotóxicos, tornando-se uma das principais empresas do ramo no mundo. Como não poderia deixar de ser, pelos próprios objetivos de extermínio com que tais produtos e tecnologias foram inicialmente desenvolvidos, a quantidade de denúncias de danos à saúde humana e ao meio ambiente de produtos comercializados pela Monsanto era imenso.

Outro capítulo importante que deve ser retratado se refere ao desenvolvimento do famoso "agente laranja", desenvolvido pela Monsanto para o governo dos EUA e utilizado durante a Guerra do Vietnã, quando pelo menos 366kg de dioxina (que é o nome científico do agente laranja) foram despejados sobre a população daquele país. Para se ter uma idéia da potência destrutiva do produto, apenas 80 gramas de dioxina misturados à água potável mataria toda a população de uma grande metrópole.

Como se percebe, o desenvolvimento do conhecimento científico ao longo de todo este período de desenvolvimento da economia capitalista, em sua fase superior[2] e mundializada[3], foi impulsionada por interesses bem menos "nobres" que aqueles que são comumente atribuídos aos cientistas. Pelo contrário, foram os interesses econômicos motivados pelos lucros, em direta associação às atividades estatais, que levaram à ascensão e consolidação de empresas do porte da Monsanto.

Ocorre que o papel desempenhado pelos Estados, pelas corporações e pelos cientistas, nesse sentido, sofreu algumas alterações importantes nas últimas décadas, mais em termos de formas de atuação e de justificação ideológica, que propriamente de uma eventual mudança real de objetivos e de princípios.

A partir da década de 1970, com sua imagem bastante deteriorada devido à colaboração com atividades bélicas, a Monsanto passou a desenvolver pesquisas na pioneira área da biotecnologia e da engenharia genética, que é o resultado do avanço das pesquisas científicas no âmbito da genética. Foi o botânico dinamarquês Wilhelm Johannsen que empregou pela primeira vez o termo "gene", em 1909, sendo que apenas em 1953 descobriu-se a estrutura do DNA, e, dez anos após, desvendou-se a estrutura de transmissão de informações pelo código genético[4].

Mas não foi apenas o desenvolvimento da tecnologia e da ciência, ou a vontade de "limpar sua imagem" que fez com que empresas como a Monsanto passassem a

investir pesado (leia-se: com grande volume de capital) em pesquisas no âmbito da engenharia genética. Tratava-se, na realidade, de uma mais nova estratégia de guerra: a guerra pelo controle da vida, a partir da manipulação de sementes.

A partir de 1972, a Monsanto inicia suas pesquisas na área da biotecnologia, e em 1973 é anunciado ao mundo o primeiro experimento de inserção do gene de uma espécie em outra espécie distinta. A "nova" estratégia envolvia a realização de pesquisas em "parceria" com grandes Universidades, e uma ampla reestruturação da empresa, especialmente ao final da década de 1980, dando maior ênfase aos setores *Life Science*, agricultura, remédios e alimentos.

Na década de 1990, a Monsanto passou a comprar várias indústrias de sementes, dando prosseguimento à sua ação em termos de "guerra de baixa intensidade"[5], apropriando-se de forma contínua e ampliada de sementes e das formas de manipulação e reprodução da vida. A partir da metade da década de 1990, a empresa começa a colocar no mercado norte-americano suas primeiras sementes geneticamente modificadas, o que foi uma alternativa ao fim da patente do herbicida *glifosato*, que era sua principal fonte de lucros até o ano 2000, apenas com os *royalties* que lhe rendia.

Além da compra de indústrias de sementes, a empresa utiliza-se da estratégia de influenciar o governo dos EUA, que, através do seu poderio econômico e militar, tem a possibilidade de difundir os produtos transgênicos para os mercados de todo o mundo, seja a partir de suas ações diretas, seja através de mecanismos multilaterais, como a FAO (Organização das Nações Unidas para a Agricultura) e a OMC (Organização Mundial do Comércio). Com isso, conforme revelou em um congresso sobre transgênicos em 1999, a Monsanto espera que, dentro de 15 ou 20 anos, todas as sementes do mundo estejam modificadas com a transgenia, e, com isso, poderão estar patenteadas.

Juntamente com a Monsanto, outras 5 grandes corporações (Syngenta, Bayer, Basf, Dupont, Pioneer e Dow AgroScience) detêm mais de 90% das plantas transgênicas liberadas, e mantêm mais da metade de todas as patentes sobre plantas transgênicas no mundo. Como se verá a seguir, esta não é uma mera idiossincrasia, mas o verdadeiro motivo da existência dos organismos geneticamente modificados.

3) CRIAÇÃO E DIFUSÃO DOS MECANISMOS DE PRIVATIZAÇÃO DA VIDA

O filme recém-lançado no Brasil, "O mundo segundo a Monsanto", da diretora francesa Marie-Monique Robin, retrata com precisão o exato momento a partir do qual as empresas de "biotecnologia" passaram a poder se apropriar da vida através do seu patenteamento. Isso ocorreu em 1980, quando a Suprema Corte dos EUA decidiu, por 5 votos a 4, que novas formas de vida são patenteáveis, a partir de um caso levado pela *General Electric*, que intentava patentear um microorganismo, o que até então era proibido, devido à vedação do patenteamento de organismos vivos.

Sob a alegação de que "bactérias se assemelham mais a composições inorgânicas que a animais e plantas", a referida Corte autorizou a *GE* a patentear o microorganismo, criando um precedente judicial (importantíssimo, por sinal, em um país cujo sistema é o *common Law*) que deu azo a uma corrida desenfreada que uniu cientistas e advogados, em prol do patenteamento (e conseqüente privatização) de organismos vivos. Não era mais necessário, portanto, que o organismo fosse inventado, bastando que fosse descoberto para poder ser patenteado.

É por isso que a transgenia e a chamada "biopirataria" comumente andam de mãos dadas, pois a ação das empresas de "biotecnologia" segue uma lógica bastante clara: *confiscar, manipular* pela transgenia, *patentear, monopolizar e globalizar*[6].

O confisco dos conhecimentos dos povos tradicionais e da biodiversidade é bastante evidente. Mais de 90% da biodiversidade mundial encontra-se nos países do Sul, mas 97% dos direitos autorais são de propriedade dos países do Norte[7]. Percebe-se, portanto, que a velha política neocolonial apenas assumiu novas formas para cumprir com o mesmo objetivo de achacar as riquezas dos países periféricos, e, através do emprego de conhecimento científico e intensos processos de industrialização, devolvê-las aos países originários enquanto mercadorias, que reforçam a condição colonial e dão azo a novos ciclos de acumulação primitiva e exploração[8].

A manipulação do organismo vivo pela engenharia genética é muito diferente daquilo que as pessoas imaginam. Um exemplo muito comum de confusão acerca do tema refere-se ao chamado "melhoramento genético", que *não é sinônimo de transgenia*, visto que, neste último, insere-se no genoma do OGM uma seqüência de material genético manipulado em laboratório, enquanto que o melhoramento genético ocorre pela via do cruzamento sexual (ao estilo das experiências pioneiras de Mendel) ou da introgressão (também chamada de "retrocruzamento")[9].

A introdução do material genético alienígena na espécie que se intenta transformar em OGM pode se dar, com as técnicas existentes até o presente momento, através de 3 formas: pela chamada "transferência horizontal de genes" feita por determinados microorganismos (principalmente bactérias) que inserem na planta um gene destacado em laboratório; pela denominada "biobalística", que é o bombardeamento de células do vegetal que se quer modificar com partículas de ouro impregnadas com o DNA que deve ser inserido, através de uma "pistola gênica"[10]; e pela inserção de DNA no protoplasta da planta, que é uma célula vegetal da qual foi subtraída a parede da célula por métodos químicos[11].

Apesar de comumente se chamar tais técnicas de métodos da "engenharia genética", o fato é que não há a "construção genotípica" de um novo organismo, mas apenas o recorte e a inserção, em um organismo vivo preexistente, de um gene que contém características que acarretem determinadas reações químicas que são desejadas por aquele que manipula a célula. Em princípio, poderia parecer algo "inofensivo", mas, como atentam NODARI e GUERRA,

"A adição de um novo genótipo numa comunidade de plantas pode proporcionar vários efeitos indesejáveis, como o deslocamento ou eliminação de espécies não domesticadas,

a exposição de espécies a novos patógenos ou agentes tóxicos, a poluição genética, a erosão da diversidade genética e a interrupção da reciclagem de nutrientes e energia. A principal ameaça à espécie humana decorre de possíveis efeitos provocados pelo consumo de alimentos oriundos de plantas transgênicas"[\[12\]](#).

É de se questionar, ainda, as próprias características que são almeçadas pelas corporações de biotecnologia às suas sementes geneticamente modificadas. Com o apoio majoritário da mídia, estas empresas disseminam informações falsas ou manipuladas a respeito das características assimiladas pelas plantas transgênicas, utilizando como "álibi" as chamadas "tecnologias de segunda geração", que forneceriam espécies com mais vitaminas, ou até mesmo com propriedades farmacêuticas.

Tal argumento vem sendo muito utilizado para implantar os transgênicos nos países de Terceiro Mundo, onde os problemas referentes à falta de segurança alimentar e à fome endêmica (causadas por estas tecnologias atreladas à chamada "Revolução Verde", como se verá adiante) tornam as populações ideologicamente mais vulneráveis às promessas dos "milagres da transgenia".

Ocorre, porém, que nenhum dos organismos geneticamente modificados atualmente comercializados no mundo detém tais características, e os "transgênicos de segunda geração" encontram-se ainda em fase de pesquisas, que, em grande parte, já foram paralisadas pelas empresas, que consideram tais estudos caros, além de os efeitos de tais organismos serem bastante limitados. Até mesmo as conseqüências para a saúde humana ainda são bastante incertas, principalmente devido à grande alergenicidade encontrada em um grande número de OGMs[\[13\]](#).

O fato é que, das espécies geneticamente modificadas atualmente comercializadas, as três características básicas, conforme o caso, são: tolerar a aplicação de fortes herbicidas (como o glifosato), repelir insetos (a partir da introdução de genes de bactérias que destroem o sistema digestivo das pragas) ou conter em suas propriedades genéticas características antibióticas, de forma a suportar a ação de bactérias[\[14\]](#). Todas estão relacionadas, portanto, com meros critérios de produtividade e barateamento dos custos de produção, sem maiores preocupações com a saúde humana e com o meio ambiente.

Após a manipulação da espécie, que se torna um organismo geneticamente modificado, estão dadas as possibilidades jurídicas para o patenteamento da semente, e conseqüente privatização da vida, através dos direitos de propriedade intelectual. Conforme se disse, a possibilidade de apropriação da vida foi admitida pela Suprema Corte dos EUA em 1980, e, desde então, iniciou-se uma corrida pelo patenteamento do maior número possível de organismos vivos, o que precisava ser implementado, também, em escala internacional.

Para isso, a pressão das corporações levou à criação do TRIPS, que é o conjunto de regras internacionais sobre propriedade industrial. O TRIPS passou a ser assimilado por cada país a partir das pressões exercidas pelas corporações e pelo governo dos EUA dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC). Assim, na medida em que cada país assimila tais regras, e institui um regime jurídico para regulamentar o tema, ainda

que sob o discurso da "proteção do conhecimento e das riquezas nacionais", são lançadas as bases para a entrada e a comercialização de OGMs.

Foi nesse sentido que uma série de leis, impostas por estes organismos internacionais, foram promulgadas em vários países, incluído o Brasil, para dar um marco jurídico específico para a configuração e proteção dos direitos de propriedade intelectual das grandes corporações, inclusive no ramo da biotecnologia. É da metade da década de 1990 uma série de leis nesse sentido, tais como a primeira lei brasileira de biossegurança[15], a lei de patentes e propriedade intelectual[16] e a lei de proteção de cultivares[17].

Com isso, o Direito brasileiro passou a admitir em seu ordenamento a existência de organismos geneticamente modificados, protegendo os direitos de propriedade industrial das grandes corporações de biotecnologia. Cabe, desde então, ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) a administração dos direitos e concessões de patentes, sendo que a lei de propriedade industrial proíbe o patenteamento de organismos naturais, mas admite o patenteamento de processos biotecnológicos, o que permite o patenteamento "virtual" do genoma de plantas e animais.

Qualquer tipo de alteração genética do organismo vivo, desde que respeite os limites (bastante largos) da bioética, pode ensejar o patenteamento por parte do pesquisador, tal como se vê na atual corrida em busca do mapeamento genético de várias espécies. A partir do patenteamento, o proprietário do direito de propriedade industrial (patente) de seu produto passa a poder disponibilizá-lo tal como qualquer outra propriedade privada. A privatização da vida se torna completa, e o proprietário (no caso, a corporação) irá se valer deste direito para obter aquilo que é seu verdadeiro objetivo: o lucro.

O lucro anual da Monsanto, apenas no Brasil, é calculado em cerca de 750 milhões de dólares, empregando pouco mais de 1700 funcionários[18]. Este lucro, que cresce vertiginosamente a cada ano, é resultado da cobrança de *royalties* pelo uso de suas sementes patenteadas, e também da venda de produtos químicos para os quais as sementes da Monsanto são especialmente produzidas. Por exemplo: o primeiro OGM introduzido no Brasil, de forma ilegal inclusive, foi a soja *Round-up Ready* da Monsanto, cuja tradução significa "pronto para Round-up", que nada mais é que o famoso herbicida da própria Monsanto.

Como se vê, a ética de tais empresas nada mais é que a ética hegemônica da sociedade capitalista, pautada pela concorrência econômica, pela anarquia da competição de mercado impulsionada pela propriedade privada, e, acima de tudo, pela extrema covardia com que as grandes empresas agem diante de concorrentes menores, da população em geral, dos povos tradicionais e do meio ambiente. No prosseguimento dessa guerra econômica pelo controle da vida, as corporações de biotecnologia se valem de diversos meios para lograr a apropriação, e, a principal delas, indubitavelmente, é a contaminação genética.

Diante de tal postura, que mantém uma ética da morte em detrimento de uma ética da vida, ética da libertação dos povos oprimidos, muitos se perguntam sobre qual é o papel do Estado e como ele atua para proteger a biodiversidade e a saúde humana. O

caso da criação da legislação brasileira e do seu aparato de biossegurança podem ajudar a responder esta questão.

4) A POLÍTICA BRASILEIRA DE BIOSSEGURANÇA (OU DE LIBERAÇÃO IRRESPONSÁVEL DOS TRANSGÊNICOS)

Poucas pessoas sabem que a liberação jurídico-administrativa dos transgênicos no Brasil se deu especialmente devido à contaminação genética ocasionada pelo contrabando ilegal de soja transgênica, no sul do país. É uma grande ingenuidade, por parte dos juristas, imaginar que o tema da contaminação genética não teria grande importância para o Direito, a não ser no que tange à questão da responsabilidade civil, que é, atualmente, dos temas mais importantes no que tange ao Direito Ambiental como um todo, e, especificamente, no caso da proteção da saúde humana e do meio ambiente em face dos OGMs.

Convém, neste ponto, resgatar os fatos históricos que levaram à derradeira liberação dos transgênicos no Brasil, que vai desde a promulgação, entre 1995 e 1997, das leis de biossegurança, de propriedade industrial e de proteção de cultivares, até a Resolução Normativa nº 4, do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), de 2007. Com isso, os recentes casos de contaminação genética denunciados por organizações ambientalistas[19], e até mesmo por grandes veículos de comunicação[20], podem ser melhor compreendidos em seus aspectos históricos, políticos e jurídicos[21].

Conforme foi dito, a partir de 1997 o Brasil possuía um sistema jurídico completo para receber os organismos geneticamente modificados em seu ordenamento, respeitando e garantindo às empresas de biotecnologia o direito à propriedade industrial, e conseqüente cobrança de *royalties* dos agricultores. Ocorre que, ao mesmo tempo, o Brasil possuía uma das mais avançadas legislações de proteção ao meio ambiente do mundo, com uma série de princípios juridicamente consolidados (especialmente o princípio da precaução), normas constitucionais e infra-constitucionais que garantiam a proteção efetiva do meio ambiente em face de atividades potencialmente poluidoras, inclusive geneticamente.

Em 29 de novembro de 1998, o Conselho Técnico Nacional de Biossegurança (CTNBio) deu parecer favorável à liberação comercial da soja *Round-up Ready*, da *Monsanto do Brasil Ltda.* Em Agosto de 1999, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), em ação cautelar, obteve liminar do Poder Judiciário para suspender o cultivo e a comercialização de sementes transgênicas até a apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), além de determinar que a CTNBio estabelecesse normas claras de biossegurança e de rotulagem. A Monsanto apelou, posteriormente, da sentença da ação, mas o TRF-1 manteve a decisão original.

Já na ação principal impetrada pelo IDEC, não obstante o magistrado em primeira instância tenha dado sentença favorável ao instituto, o TRF-1 conferiu liminar suspendendo os efeitos da mesma, até que o processo transitasse em julgado, sob o argumento de que a CTNBio teria feito a análise de riscos devida. O IDEC e o *Greenpeace* interpuseram agravo regimental da liminar do TRF-1, não logrando êxito, além de embargos de declaração do voto dos desembargadores, o que prolongou a batalha jurídica durante alguns anos.

Enquanto ocorria esta grande batalha judicial, que conseguiu adiar por algum tempo o "ímpeto liberalizante" da CTNBio, o fato é que a primeira decisão deste órgão, repercutida largamente pela imprensa, fez com que muitos agricultores se interessassem pela "novidade", tida como "tecnologicamente superior", mais barata, extremamente rentável *etc.* Muitos não souberam da decisão posterior de proibição do cultivo e comercialização da soja transgênica, e outros, mesmo sabendo, fizeram questão de desobedecer a ordem judicial, inclusive com apoio, evidentemente nos bastidores, dos funcionários da própria Monsanto.

Foi a partir do Governo Lula que o "nó dos transgênicos" passou a ser desatado, e, surpreendentemente para alguns, em favor das empresas transnacionais. O novo governo passou a negociar uma nova lei de biossegurança que era, na prática, mais flexível, sob o falso discurso de que não havia regulamentação jurídica sobre a questão. Ao mesmo tempo, a pressão de agricultores que aderiram ilegalmente aos transgênicos para que não perdessem sua safra, e a pressão do próprio Ministro da Agricultura (ilustre representante do agronegócio no governo federal) fez com que o Presidente da República editasse a Medida Provisória nº 113, convertida na lei federal nº 10.688/2003, que permitia a colheita e o consumo da safra geneticamente modificada, embora exigisse a rotulagem e proibisse a venda de sementes geneticamente modificadas.

Durante as discussões do que viria a ser a atual lei nacional de biossegurança[22], a grande polêmica era a respeito da vinculatividade do parecer da CTNBio, que tornaria o parecer de outros órgãos governamentais (IBAMA, ANVISA *etc.*) meramente formais. A vinculatividade era defendida apenas pelos Ministérios da Agricultura e da Indústria e Comércio, enquanto que os demais Ministérios eram favoráveis à autonomia do parecer de cada órgão, tal como se dá no caso da liberação comercial de agrotóxicos, por exemplo.

Por incrível que pareça, o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional contemplava a tese da minoria, que defendia a vinculatividade do voto da CTNBio, cujas características são mais de um conselho de biotecnologia que propriamente de biossegurança[23]. A reação da maioria, que havia sido contrariada em seu posicionamento, foi bastante violenta, o que fez com que o governo recuasse e enviasse o projeto de lei defendendo a não-vinculatividade. Este fato não deve ser visto como um simples "desvio de percurso", mas como um anúncio do que estaria por vir.

Na Câmara dos Deputados foi aprovada uma emenda ao projeto inicial que, mantendo a não-vinculatividade, amenizava tal característica a partir da criação do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), composto por representantes de vários Ministérios, e que teria a função de decidir os casos de conflito entre decisões da CTNBio e de qualquer outro órgão ou agência executiva. Já no Senado Federal, o relator senador Osmar Dias (PDT-PR) propôs emendas que restringiram absolutamente o papel do

IBAMA, garantindo à CTNBio a determinação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), apenas quando julgasse necessário.

Com base nestas alterações, o projeto de lei foi promulgado, tornando-se a atual lei nacional de biossegurança, que permitiu a reestruturação da CTNBio e representou, na prática, um grande prestígio a este órgão, que chegaria a seu ápice em maio de 2007, com a liberação comercial do milho *Liberty Link*, da Bayer. Diversas organizações ingressaram com ações na Justiça Federal do Paraná, que concedeu liminar em 28/06/2007, proibindo a liberação comercial até que a CTNBio definisse normas de coexistência com variedades tradicionais e a definição dos termos de monitoramento, de forma a garantir que não houvesse contaminação genética.

Ocorre que a referida suspensão foi interrompida por liminar concedida pelo TRF-4 em 10/01/2008, mas o golpe final contra a biodiversidade e a favor da privatização da vida ocorreu no dia 12/02/2008, quando o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) reuniu seus Ministros para decidir acerca do conflito entre o parecer favorável da CTNBio e dos pareceres contrários do IBAMA e da ANVISA, referentes aos milhos geneticamente modificados MON810 (Monsanto) e Liberty Link (Bayer). Por 7 votos a 4, o CNBS acatou o parecer da CTNBio, além de confeccionar as Resoluções Normativas nº 2 e nº 3, que, na prática, significaram uma "carta branca" à ação deste órgão em detrimento do princípio da precaução.

Após percorrer este longo e atribulado caminho histórico de disputas econômicas, políticas e jurídicas, chega-se às mais recentes resoluções e instruções normativas emitidas pela CTNBio, inclusive em consonância com decisões da Justiça Federal determinando-lhe a confecção de normas e critérios para a liberação comercial de organismo geneticamente modificado.

Talvez o caso do milho transgênico seja o mais dramático, pois as chamadas "normas de coexistência" nada mais são que a aceitação e normalização da contaminação genética. Na Resolução Normativa nº 4 da CTNBio, seu artigo 2º define que

Art. 2º Para permitir a coexistência, a distância entre uma lavoura comercial de milho geneticamente modificado e outra de milho não geneticamente modificado, localizada em área vizinha, deve ser igual ou superior a 100 (cem) metros ou, alternativamente, 20 (vinte) metros, desde que acrescida de bordadura com, no mínimo, 10 (dez) fileiras de plantas de milho convencional de porte e ciclo vegetativo similar ao milho geneticamente modificado.

Ressalte-se que a mesma CTNBio, em parecer técnico nº 1.110/2007, admitiu que "Comparando-se as concentrações a 1m da cultura fonte sob ventos baixos a moderados estimou-se que, aproximadamente, 2% de pólen são anotados a 60m, 1,1% a 200m e 0,75-0,5% a 500m de distância". Ou seja, a própria CTNBio reconhece que sua "norma de coexistência" não estabelece distância adequada para que não haja contaminação genética da lavoura tradicional pela lavoura transgênica!

Como se não bastasse, a CTNBio, apesar de arvorar-se pela cientificidade de suas decisões, convenientemente "esquece" que as formas de disseminação genética do milho não se restringem à polinização pelo vento, mas também ocorre no transporte de sementes feito por animais e insetos. Na verdade, há muitas outras formas pelas quais a contaminação genética pode ocorrer, sendo que estudos recentes demonstram que a chamada "transferência horizontal de genes" é muito mais comum do que se imagina.

"Entre os riscos ambientais, a poluição genética, através da transferência vertical e a transferência horizontal, é a mais importante. Em decorrência disto, pode ocorrer o surgimento de super ervas daninhas, superpragas e variantes genéticas, cujas características não se pode antecipar. Contudo, outros riscos são possíveis com efeitos danosos em espécies não alvo (aves, minhocas, peixes, entre outros), contaminação de solo e água, cujas dimensões também são impossíveis de prever"[\[24\]](#).

Se, na transferência vertical de genes, há o acasalamento sexual entre indivíduos de uma mesma espécie, que mantém uma identidade genética da espécie em si, no caso da transferência horizontal o que ocorre é a transmissão de material genético de uma espécie a outra por via do pólen ou com o auxílio de vetores. Um desses vetores, considerado dos mais importantes pelos pesquisadores, é a bactéria, cujo controle é muito difícil ou praticamente impossível, de forma que a liberação de um OGM na natureza, sem a devida análise de riscos, muito provavelmente levará à contaminação genética.

Não é possível imaginar que, dentro de uma comissão formada por técnicos-pesquisadores na área de biotecnologia, engenharia genética e biossegurança, não se tenha conhecimento a respeito das contradições entre normas e instruções editadas pela mesma CTNBio, e nem que tais cientistas desconheçam estas formas de contaminação genética já cientificamente demonstradas. O caso não é, portanto, de desconhecimento por parte daqueles que formulam as normas técnicas, mas de pré-julgamento favorável à liberação de organismos geneticamente modificados sem maiores estudos de impacto sobre o meio ambiente e a saúde humana, seja por convicções ideológicas, filosóficas ou políticas, seja por inconfessáveis conflitos de interesses.

"Não sejamos ingênuos, a CTNBio foi criada no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, para evitar que este anacronismo de funcionários públicos honestos & zelosos, facilmente encontráveis nos ministérios da saúde, agricultura, meio ambiente, tradicionalmente fiscais, que sabem o que é Estado Nacional e suas funções, não entrem os interesses comerciais das empresas transnacionais, na nova realidade da Ordem Internacional, onde o Estado não se intromete no mercado"[\[25\]](#).

Deve ficar claro, portanto, a partir do próprio processo político que levou à criação de todo o marco jurídico que regulamenta a questão dos transgênicos do Brasil, bem como

da criação e composição dos órgãos responsáveis pela política nacional de biossegurança, que há grandes interesses econômicos que permeiam órgãos como a CTNBio, cuja indicação de membros é majoritariamente feita pelo Ministério de Ciência e Tecnologia, que representa a política do Governo Federal para o setor. É evidente que as pressões políticas das corporações são determinantes na formulação das políticas setoriais de governo, mas seria politicamente infantil isentar de responsabilidade, por exemplo, o Presidente da República e os partidos de sustentação do governo pela atual política de liberação irresponsável dos transgênicos no Brasil.

Infelizmente, ainda um grande número de ONGs e movimentos sociais mantêm uma posição abstencionista no que tange à formulação de críticas contra a política implementada pelo governo federal no que tange aos transgênicos, responsabilizando tão-somente os integrantes da CTNBio (inegavelmente responsáveis, mas que foram, também inegavelmente, indicados por membros do governo federal, com respaldo político para tal), ou ainda o *lobby* político das corporações transnacionais. A relação entre ambos é evidente, até porque grande parte dos membros da CTNBio foi escolhida *justamente devido a pesquisas realizadas na área de biotecnologia*, geralmente a partir de financiamento das próprias corporações, o que é uma política bastante recorrente por parte destas, e que configura evidente conflito de interesses por parte de tais pesquisadores, enquanto membros de tal comissão.

O que se vê, portanto, é uma verdadeira simbiose entre o poder político, o poder econômico e o atual grau de desenvolvimento das forças produtivas representado pela ciência e tecnologia, que configuram aquilo que se entende como um modelo de "capitalismo monopolista de Estado"[26]. É evidente que, em se tratando de um país de capitalismo periférico como o Brasil, a qualidade da relação entre as grandes corporações transnacionais e o Estado assume formas e dimensões distintas das ações minuciosamente coordenadas observadas nos países de Primeiro Mundo, mas é igualmente evidente que tal relação se manifesta no momento da confecção de normas jurídicas mais ou menos protetivas, na indicação de técnicos mais ou menos comprometidos com o princípio da precaução, no financiamento de pesquisas e de atividades envolvendo transgênicos através de bancos e órgãos públicos de fomento *etc.*

Portanto, deve-se compreender que a "guerra de baixa intensidade" desenvolvida pelas grandes empresas de biotecnologia é realizada majoritariamente em conjunto com o Estado, que age apenas subsidiariamente em favor dos conhecimentos dos povos tradicionais, com pouquíssimas exceções. Trata-se de uma ação conjunta em favor da privatização da vida e da apropriação da biodiversidade, que é desenvolvida a partir de uma série de estratégias que vão desde a ação de organismos internacionais até a ação dos governos locais e, diretamente, da atuação das grandes corporações.

5) AS ESTRATÉGIAS ATUAIS DE CONTAMINAÇÃO GENÉTICA: UMA AÇÃO CONJUNTA DE EMPRESAS, ORGANISMOS INTERNACIONAIS E ESTADOS NACIONAIS

O controle dos alimentos é considerado pelos EUA como uma dominação mais potente que o próprio poder militar. É de Henry Kissinger, famoso ministro de assuntos exteriores e consultor de segurança dos EUA, ex-assessor pessoal de Nelson Rockefeller, a seguinte frase: "*controle a energia e você controlará a nação; controle a alimentação, e você controlará as pessoas*"^[27].

Foi nesta perspectiva que o governo dos EUA, impulsionado pelo grande poderio econômico das corporações, passou a atuar para manter a sua hegemonia política mundial, com o apoio de "famosas" fundações de auxílio, fomento e financiamento (Fundação Rockefeller, Fundação Ford *etc*), além da atuação política coordenada dentro de organismos multilaterais como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Na OMC, configurada claramente como um espaço de pressão dos países ricos contra os países pobres, a política majoritária é de deslegitimação da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e do Protocolo de Cartagena de Biossegurança, únicos mecanismos jurídicos internacionais que buscam regulamentar a questão dos organismos geneticamente modificados sob o princípio da precaução, no intuito de proteger o meio ambiente e a biodiversidade. Já na OMS, a política majoritária é de declarar os transgênicos "inofensivos" à saúde humana, ainda que não haja pesquisas conclusivas a respeito do tema. Como se não bastasse, a OMS é muito influenciada pelo *Codex alimentarius* da ONU, que estabelece as regras internacionais sobre alimentos, e que tem uma série de corporações como integrantes da comissão.

A própria criação do Protocolo de Cartagena de Biossegurança, no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), teve uma série de rodadas internacionais de negociação que eram marcadas pelo confronto do chamado "*Grupo de Miami*" (que reunia Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Uruguai e EUA), que tinha o intuito de exportar *commodities* transgênicas sem solicitar permissão para os países importadores e de transformar o protocolo em um instrumento legal independente, e os *demais países* que exigiam uma análise de impacto sócio-econômico a ser realizado antes da liberação comercial, além de reivindicar que o protocolo contivesse instrumentos de compensação para acidentes no transporte de OGMs, sendo que o protocolo não poderia conflitar com outros acordos existentes.

Ao mesmo tempo em que diversos Estados nacionais levam aos organismos internacionais as demandas das grandes empresas de biotecnologia, estas últimas desenvolvem diretamente, em escala global, uma agressiva política de *marketing* para enganar os agricultores, especialmente com medidas como:

- Suspensão temporária de *royalties* quando da introdução do OGM;
- Doação "humanitária" de sementes, acarretando contaminação e cobrança de *royalties*;
- Apoio a programas internacionais, como o programa de apoio alimentar da ONU, que não faz a diferenciação entre organismos tradicionais e geneticamente modificados, possibilitando a contaminação genética;
- Formação de estudantes do Terceiro Mundo nos EUA, que aprender a gerenciar os OGMs em seus países de origem;

- Financiamento de programas que são implementados por ONGs no Terceiro Mundo.

A análise de alguns casos concretos apenas confirma estas formas de difusão dos transgênicos pelo mundo[28]. Na Argentina, por exemplo, a Monsanto introduziu a soja *Round-up Ready* em 1996 sem cobrar *royalties* dos agricultores, além de cobrar pelo glifosato cerca de um terço do valor do agrotóxico convencional. Com isso, houve uma grande disseminação do OGM, que possibilitou, poucos anos depois, que a empresa passasse a instituir e cobrar os *royalties*, quando os agricultores já não tinham mais a opção de regressar à soja convencional, até porque a contaminação genética generalizou-se a ponto de não se encontrar mais sementes crioulas.

Para agravar ainda mais o problema, os argentinos deparam-se atualmente com a existência de mais de 6 ervas daninhas que são resistentes ao glifosato, configurando-se como super-pragas para as quais demanda-se cada vez herbicidas mais fortes. Com isso, metade da área agricultável da Argentina encontra-se esgotada, e sem perspectivas de solução, pois, pelo contrário, o problema apenas se agrava a cada dia.

No Paraguai a situação não é muito diferente. A introdução dos transgênicos não foi difícil, considerando que os governos aqui-corruptos do Partido Colorado eram comandados pelas multinacionais e pela intervenção do governo dos EUA. Dessa forma, os OGMs foram trazidos por via do contrabando e por meio de programas "humanitários", tais como os da WWF (programa "troca de dívida pela ecologia") e da USAID ("troca de dívidas pela saúde"), diretamente financiadas pelo Banco Mundial.

A questão dos transgênicos no Paraguai está umbilicalmente ligada à sua estrutura fundiária profundamente injusta e concentrada, em que 2% da população possui 70% da terra, e metade dos sangrentos conflitos de terra ocorrem em função da soja, cultivada sob regime de monocultivo, que é impulsionado e garantido pela ação das grandes corporações transnacionais.

A recente Guerra do Iraque, como não poderia deixar de ser, também teve a participação direta dos agentes das corporações alimentícias. Quando de sua invasão, as tropas norte-americanas trataram de destruir a infra-estrutura e a cultura milenar da agricultura local, baixando-se uma lei que proibia a troca de sementes tradicionais e obrigava a importação de sementes (transgênicas, evidentemente) dos EUA. O próprio programa de "reconstrução" da agricultura iraquiana foi dirigido por um ex-diretor da multinacional *Cargill*, o que demonstra em que sentido as políticas foram delineadas em busca de um Iraque "livre", "independente" e "democrático".

No México, foi o Programa Mundial de Ajuda Alimentar, propulsionado pela ONU e que tem como maior patrocinador os EUA, que funcionou como o agente disseminador dos OGMs. Ao não fazer a devida distinção entre as espécies tradicionais e as geneticamente modificadas, e sem ter maior cuidado com o descarte destes últimos, o resultado foi a contaminação do meio ambiente, e também da soja e do milho convencionais.

A contaminação genética do milho mexicano é muito grave por dois motivos: primeiro, porque a base milenar da alimentação da população mexicana, e especialmente dos descendentes de indígenas (que são maioria da população), provém justamente do milho; e segundo, porque o local de origem das milhares de variedades de milho é justamente o território mexicano, de forma que a contaminação genética do milho em seu "berço genético" traz o risco de uma rápida e desastrosa erosão genética, que fará com que uma enorme variedade de milhos crioulos sejam extintos.

Até mesmo nos EUA, a ação das empresas de biotecnologia para coagir os agricultores a utilizarem suas sementes geneticamente modificadas chega à insanidade[29]. A Monsanto, por exemplo, dispende cerca de 10 milhões de dólares anualmente para perseguir e processar agricultores, acusando-os de utilizar sementes geneticamente modificadas sem pagar os *royalties* devidos. A ação dos advogados e demais funcionários chega ao ponto de invadir a intimidade dos indivíduos através de investigações, do constrangimento dos mesmos a celebrar acordos extra-judiciais (que muitos agricultores aceitam, apenas para se verem livres daquela situação), e até da celebração de contratos que proibem os agricultores de efetuar o replantio da própria colheita.

Segundo os contratos fechados pela Monsanto, a propriedade das sementes geneticamente modificadas é da empresa, e, portanto, a cada nova semeadura o agricultor deverá pagar à Monsanto os *royalties* necessários para que esta autorize a ressemeadura. Além disso, a Monsanto não se responsabiliza pela contaminação genética que pode ocorrer nas diversas fases da cadeia produtiva; pelo contrário, ela responsabiliza diretamente o agricultor e cobra-lhe *royalties* no momento em que detecta a contaminação da lavoura.

FUCHS[30] relata um caso ocorrido em uma fazenda na Alemanha, onde o proprietário criava gado leiteiro que era alimentado com o milho geneticamente modificado com a toxina *bt* (produzida por uma bactéria e que torna a planta mais resistente à ação de insetos). Após dois anos de consumo do milho, as vacas passaram a ter dilatação das veias, hérnia de úbere, água nas juntas, além de apresentar sangue na urina e no leite. Também o pasto foi contaminado pela praga transgênica, pois o esterco das vacas era utilizado na fertilização do solo.

Como se percebe, vários são os mecanismos à disposição das empresas de biotecnologia para fazer prevalecer os seus produtos transgênicos sobre as sementes tradicionais. A Monsanto, por exemplo, vale-se das seguintes estratégias[31]:

- Acostumar os agricultores com o "plantio direto", com larga aplicação de agrotóxicos e pouca mão-de-obra;
- Influenciar as pesquisas públicas através de financiamento;
- Adquirir empresas produtoras de sementes, monopolizando a produção;
- Escolher regiões específicas para a contaminação genética;
- Conquistar pesquisadores e políticos para a causa da empresa;
- Instalar uma rede de técnicos parceiros, criando empresas de assistência técnica que trabalhem em função da empresa;
- Promover campanhas de publicidade com a marca da empresa;

- Escolher como "propriedades modelo" aquelas de agricultores bem sucedidos;
- Criar fatos que diminuam os argumentos críticos do público;
- Ofertar herbicidas e sementes baratas, inicialmente livres de *royalties*, para, após a consolidação, passar a cobrá-los desmesuradamente;
- Pressionar governos para que legalizem seus interesses.

Muitas pessoas se perguntam, a partir de então: se há tantos riscos e tantos malefícios causados pelo cultivo, comercialização e consumo de transgênicos, por que os consumidores continuam a consumi-los, e os agricultores persistem em cultivá-los?

Não se trata propriamente de uma questão de qualidade dos produtos geneticamente modificados, mas, pura e simplesmente, de um verdadeiro cerco que se fecha contra o produtor e contra o consumidor. No caso do produtor, a estratégia deliberada de contaminação genética, levada a cabo pelas empresas e pelos Estados, faz com que este tenha cada vez menos alternativas ao cultivo de sementes geneticamente modificadas, que, ao se generalizar no mercado de sementes, faz com que as variedades tradicionais se tornem cada vez mais caras, inviabilizando o seu plantio por parte dos pequenos agricultores.

Já no caso dos consumidores, a violação da rotulagem dos produtos transgênicos é bastante evidente, a ponto de a população imaginar, atualmente, que todo e qualquer alimento que consuma pode ver a ser geneticamente modificado. Com isso, cria-se uma sensação geral de insegurança que é absolutamente incontornável, pois o consumidor não tem qualquer possibilidade de acesso às informações referentes à produção do alimento que consome (principalmente no caso dos alimentos super-industrializados), e além disso, é obrigado a consumir os alimentos que tenham preço mais barato, considerando que o salário nada mais é que o valor estritamente necessário para que o trabalhador consiga reproduzir a sua força de trabalho, ou seja, que consiga sobreviver minimamente e sustentar sua família, de forma que seus filhos se tornem, no futuro, mão-de-obra útil ao processo de produção capitalista^[32].

Apesar de tantas limitações, é certo que muitas ONGs e associações de defesa dos consumidores em todo o mundo se mobilizam para impedir o avanço dos produtos geneticamente modificados. Na Europa, por exemplo, já há mais de 160 regiões declaradas "áreas livres de transgênicos", principalmente a partir da pressão dos consumidores. Ocorre, porém, que, no caso dos países periféricos, a batalha dos transgênicos não é uma simples questão de opção do consumidor, apto a "escolher conscientemente" o que gostaria de consumir (que é justamente o motivo pelo qual se defende a necessidade da rotulagem dos produtos transgênicos), mas uma questão relacionada ao próprio modo de produção econômica, e, conseqüentemente, de controle da terra, dos recursos naturais e dos conhecimentos dos povos tradicionais.

6) OS EFEITOS CAUSADOS PELA "REVOLUÇÃO VERDE" E OS RISCOS QUE ENVOLVEM A SUA NOVA FASE COM OS TRANSGÊNICOS

Há uma série de riscos que envolvem a disseminação dos OGMs pelo mundo, que afetam a saúde humana, o meio ambiente, a biodiversidade, a cultura e o conhecimento das populações e das comunidades locais, e até mesmo a vida de milhões de trabalhadores, especialmente camponeses, que são afetados diretamente pelas consequências da chamada "Revolução Verde".

Da mesma forma como a História é geralmente contada sob a ótica dos vencedores, a "Revolução Verde" é comumente explicada sob a ótica dos seus propulsores, especialmente as grandes empresas de produtos químicos e demais insumos, de biotecnologia e de maquinário agrícola. Sob a ótica destes personagens, a revolução verde foi um dos maiores progressos já feitos na história da humanidade, multiplicando em diversas vezes a produtividade das propriedades agrárias, e, portanto, a própria produção de alimentos no mundo.

Ocorre que, sob uma perspectiva mais apegada aos fatos que às idéias, é preciso considerar de forma mais ampla as consequências que foram geradas pelo processo da revolução verde. Em termos tecnológicos, é indiscutível que tal evento pode ser configurado como um grande avanço das chamadas "forças produtivas", pois a tecnologia passou a ser utilizada para potencializar e maximizar a produção de mercadorias. Porém, também é certo que tal tecnologia não foi disponibilizada de forma "universal", em benefício de "toda a humanidade", mas apenas daqueles que tinham condição de pagar pelo emprego destas tecnologias de ponta.

O próprio processo de desenvolvimento do capitalismo no Brasil, especialmente ao longo do século XX, demonstra os efeitos da revolução verde, que nada mais é que a fórmula capitalista para a "modernização" da agricultura: o emprego cada vez maior de novos maquinários (tratores, arados mecânicos, colheitadeiras *etc*) e de insumos agrícolas (fertilizantes, agrotóxicos *etc*) possibilita uma maior lucratividade dos produtores com o emprego cada vez menor de mão-de-obra, viabilizando a produção em larga escala em grandes porções de terra.

Além de desempregar uma grande quantidade de trabalhadores assalariados no campo, a "Revolução Verde" lançou as bases para a liquidação da pequena propriedade rural e da agricultura familiar, visto que os pequenos agricultores não tinham condições de sobreviver economicamente diante dos grandes produtores, que, além do mais, controlavam o preço dos produtos no mercado. O resultado desse processo é bem conhecido: os trabalhadores assalariados desempregados e os pequenos produtores falidos foram obrigados a migrar para as grandes cidades, em busca de oportunidades de sobrevivência para si e para suas famílias.

A atual fase biotecnológica da revolução verde nada mais é, portanto, que o processo de liquidação total dos resquícios de resistência da agricultura familiar e camponesa, bem como da pequena propriedade rural, a partir da contaminação genética e da monopolização da produção de sementes pelas corporações transnacionais. Com a *commoditização* da produção agrícola, os preços das sementes passaram a ser determinados por estas corporações, que controlam, afinal de contas, todo e qualquer produtor agrícola através da fixação direta dos preços internacionais, a partir das cotações negociadas na bolsa de valores de Chicago.

Ao controlar a propriedade industrial, as corporações controlam as sementes. Ao controlar as sementes, é possível controlar a própria produção agrícola. Com isso, as corporações controlam diretamente a produção e distribuição de alimentos em escala mundial, o que significa, nos termos já expostos por Kissinger, que tais empresas controlam atualmente as pessoas. São, na verdade, as responsáveis diretas pela fome endêmica identificada nos países do Terceiro Mundo[33], além de todo e qualquer dano causado à saúde humana. Os números são de causar inveja a qualquer guerra moderna, motivo pelo qual se justifica a ação de tais corporações na perspectiva de uma "guerra de baixa intensidade".

Como se não bastasse a dimensão do flagelo social gerado pelas próprias contradições inerentes à "revolução verde", a sua nova fase biotecnológica inaugura riscos à saúde humana também dos indivíduos que têm uma mínima condição de acesso aos alimentos, visto que estes podem estar geneticamente contaminados.

Sabe-se que a chamada "primeira geração" de transgênicos é resistente a antibióticos, o que significa que a saúde humana pode ser diretamente afetada, considerando que, nos últimos 20 anos, mais de 30 novas doenças ocorreram na espécie humana (tuberculose, malária, difteria, cólera), além de outras terem ressurgido e versões muito mais agressivas (ex.: AIDS ebola, hepatites *etc*). Houve, inclusive, uma redução da eficiência dos antibióticos, sendo que sua vida útil, que era de 15 anos em 1940, passou para 5 anos na década de 1980[34]. Isto ocorre principalmente porque os genes de resistência a antibióticos podem ser transmitidos a humanos e animais, além de outros genes que podem ser absorvidos por bactérias intestinais humanas.

Há riscos consideráveis quanto ao consumo de OGMs também devido à possibilidade de os mesmos serem alergênicos (o que gera alterações fisiológicas, como reações anormais, toxicidade, reações farmacológicas *etc*) ou intolerantes, causando hipersensibilidade ou alergia.

Os riscos, em termos ambientais, gerados pelos OGMs são ainda mais numerosos. No caso dos OGMs tolerantes a herbicidas, há uma incitação direta ao emprego maior de agrotóxicos, que, com o passar do tempo, leva ao desenvolvimento de "super-ervas daninhas", cada vez mais resistentes, e que exigem a aplicação cada vez maior de produtos químicos (o que vai contra a própria propaganda das empresas de uma suposta menor necessidade de aplicação de produtos químicos na lavoura transgênica)[35]. No próprio caso dos EUA, onde as primeiras safras de OGMs são de 1996, observou-se, inicialmente, uma redução em 20 milhões de libras no uso de agrotóxicos até 1998, mas, entre 1999 e 2004, houve um aumento de 143 milhões[36].

Já no caso dos OGMs resistentes a insetos, a menor aplicação de agrotóxicos é compensada negativamente pelo desenvolvimento de pragas menos suscetíveis aos efeitos da bactéria *Bt*. Desenvolvem-se, portanto, "super-pragas" nessas lavouras, que passam a exigir também maiores quantidades de produtos químicos, o que apenas agrava a situação.

Os efeitos ao meio ambiente decorrentes do aumento do uso de produtos químicos dispensa maiores comentários. É bastante comum, nesses casos, a contaminação do solo, de rios, do lençol freático, e dos próprios agricultores, que são

incitados a aplicar diretamente o produto, trazendo-lhes no futuro graves problemas de saúde, inclusive com o desenvolvimento de câncer.

Além das conseqüências causadas pelo aumento do uso de produtos químicos, deve-se considerar também que os organismos geneticamente modificados afetam a cadeia alimentar como um todo, na medida em que espécies não-alvo são direta ou indiretamente afetadas. Com isso, há uma perda incalculável de diversidade biológica, o que configura uma grave agressão ao meio ambiente[37].

Como se não bastasse, trabalhos recentes comprovam o aumento da fecundação cruzada e aberta com a transgenia, promovida por bactérias, insetos e até mesmo pelo vento[38]. Com isso, percebe-se que as espécies estão se tornando cada vez mais semelhantes, num claro processo de erosão genética que vai rapidamente extinguindo a biodiversidade.

O que se vê, portanto, é que a estratégia de disseminação dos transgênicos, levada a cabo pelas corporações de biotecnologia, organismos internacionais e Estados nacionais, acarreta uma série de conseqüências econômicas, políticas, sociais, culturais e ambientais que apenas reiteram e intensificam a política de controle neocolonial dos povos dos países periféricos.

"As bandeiras de lutas populares por alternativas saudáveis para a agricultura, saúde e meio ambiente e um modelo de vida equânime, enfrentam a Nova Ordem Internacional de Sustentabilidade, do Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Organização Mundial do Comércio, que determinam que a agricultura deve ter sustentabilidade. Entretanto, foram eles que provocaram a desorganização, destruição, devastação e miséria. A Nova Ordem Internacional é consumir"[39].

Todas estas ações são realizadas sob o acobertamento do ordenamento jurídico, politicamente conformado para garantir a contaminação genética e o avanço dos transgênicos, desconsiderando ou relativizando os mecanismos jurídicos existentes para a proteção do meio ambiente e da saúde humana. A reivindicação jurídica da aplicação do princípio da precaução deve ser vista, nesse sentido, como uma bandeira tática a ser assumida pelos movimentos sociais de resistência ao avanço da transgenia, mas que não garantirá o fim da contaminação genética, que apenas pode ocorrer sob uma nova correlação de forças política, mais favorável aos grupos políticos que defendem um desenvolvimento econômico autônomo, e que respeite a saúde humana, o meio ambiente e a cultura de todos os povos que compõem a sociedade civil.

7) CONCLUSÃO

A impulsão jurídica dos transgênicos a partir dos Estados nacionais e dos organismos internacionais, tal que se relatou, foi justificada com base no chamado "princípio da equivalência substancial", que significa que o transgênico seria "equivalente" ao seu antecedente natural. Com isso, exigiu-se apenas testes de curta duração com animais e testes bioquímicos para avaliar a alergenicidade do organismo.

Em 2004, cerca de 60% da soja mundial era geneticamente modificada. Dentre seus 100 a 200 mil genes, apenas 20 genes da soja foram estudados até hoje (0,02%), o que significa que o conceito de "equivalência substancial" não é científico, mas meramente comercial. Tal princípio é evidentemente insuficiente, visto que se deveria trabalhar, pelo menos, com testes biológicos, toxicológicos e imunológicos.

A devida gestão de riscos que são trazidos pelos OGMs exige a aplicação sistemática e conseqüente do princípio da precaução. Isto significa que os juristas não podem, de forma alguma, se contentar com a mera responsabilização dos agentes promotores da contaminação genética, tendo em vista que *"a responsabilidade civil, em oposição ao princípio da precaução, existe para que haja a reparação do dano efetivamente causado"*^[40].

A responsabilidade civil não conseguirá conter o avanço da contaminação genética e das catástrofes ambientais, mas, pelo contrário, apenas monetariza a poluição e a destruição, tal qual o princípio do "poluidor-pagador", consolidando a visão privatista que considera a natureza como mercadoria. Além disso, a ação das verdadeiras responsáveis pela poluição genética - as empresas de biotecnologia - já demonstra que a "solução" da responsabilidade civil é ingênua, pois tende a responsabilizar e criminalizar majoritariamente os pequenos agricultores.

Deve-se, pelo contrário, evitar o caminho da responsabilidade civil a partir da aplicação do princípio da precaução, presente em diversas leis, tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e até mesmo na Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput*. Mas, para isso, é preciso harmonizar a legislação brasileira e as instituições que compõem a política nacional de biossegurança com as demais leis e instituições que estão já adequados ao princípio da precaução, o que vai diametralmente contra a prática sistematicamente desenvolvida até hoje, que trata a contaminação genética e a privatização da vida enquanto "fato consumado".

Não será pelos caminhos da técnica, e nem mesmo do Poder Judiciário que se garantirá a aplicação do princípio da precaução na política nacional de biossegurança. As mais recentes batalhas jurídicas apenas comprovam a questão, pois, apesar de toda a mobilização jurídica de organizações da sociedade civil, e da atuação efetiva de alguns magistrados, o fato é que, até o presente momento, 11 organismos geneticamente modificados já obtiveram a liberação comercial da CTNBio, sendo 8 destes apenas em 2008, ao arrepio aos princípios da informação, publicidade, participação popular e da precaução.

Apenas a resistência política, promovida pelos movimentos sociais, pelos povos originários, pelas organizações da sociedade civil e pelos trabalhadores em geral conseguirá fazer valer a aplicação efetiva destes princípios, e apenas neste momento, poder-se-á dizer que haverá uma verdadeira democracia.

8) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Agnaldo. *Brasil perde controle do milho transgênico*. **Folha de São Paulo, São Paulo, 10/05/2009.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u563335.shtml>. Acesso em 13/05/2009.

CAMPANHA BRASIL LIVRE DE TRANSGÊNICOS. Disponível em: <http://www.aspta.org.br/por-um-brasil-livre-de-transgenicos>. Acesso em 13/05/2009.

CARDOSO, Fátima. **Transgênicos são do bem, transgênicos são do mal: entenda de uma vez essa questão**. São Paulo: Terceiro Nome, 2005.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo : Xama, 1996.

DERANI, Cristiane (org.). **Transgênicos no Brasil e biossegurança**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal**. Traduzido por Ulrich Dressel. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. 45ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 2005.

GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos dos transgênicos**. Petrópolis: Vozes, 2000.

LANG, Chris. **Árvores geneticamente modificadas: a ameaça definitiva para as florestas**. Tradução de Maria Izabel Souza. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

LENIN, Vladimir Ilitch. **Imperialismo: fase superior do capitalismo**. São Paulo: Global, 1982.

LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a Revolução**. Traduzido por Javert Monteiro. São Paulo: Global, 1987

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro**. São Paulo : Ed. Moraes, 1985.

[1] As informações retratadas a seguir podem ser encontradas em FUCHS, Richard. *Monsanto: uma pequena crônica da multinacional produtora de sementes e produtos químicos*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal**. Traduzido por Ulrich Dressel. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

[2] LENIN, Vladimir Ilitch. **Imperialismo: fase superior do capitalismo**. São Paulo: Global, 1982.

[3] CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo : Xama, 1996.

[4] CARDOSO, Fátima. **Transgênicos são do bem, transgênicos são do mal: entenda de uma vez essa questão**. São Paulo: Terceiro Nome, 2005.

[5] "A política de poder global dos EUA almeja o desenvolvimento de posições estratégicas em diversos patamares: no setor político e militar, nas finanças, no provimento de energias, na indústria da comunicação e da diversão e, não por último, no setor de alimentos. Na versão oficial do Pentágono, as posições-chave estratégicas são denominadas de 'dominação de amplo espectro'". FUCHS, Richard. *Monsanto: uma pequena crônica da multinacional produtora de sementes e produtos químicos*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit.*, p. 31.

[6] *Ibidem*, p. 35.

[7] ANDRIOLI, Antônio Inácio. *O fim da picada: plantas transgênicas em expansão na América Latina*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit.*, p. 111.

[8] Vide, nesse sentido, GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. 45ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 2005.

[9] NODARI, Rubens e GUERRA, Miguel Pedro. *Biossegurança de plantas transgênicas*. GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos dos transgênicos**. Petrópolis: Vozes, 2000.

[10] CARDOSO, Fátima. **Transgênicos são do bem, transgênicos são do mal: entenda de uma vez essa questão**. São Paulo: Terceiro Nome, 2005.

[11] LANG, Chris. **Árvores geneticamente modificadas: a ameaça definitiva para as florestas**. Tradução de Maria Izabel Souza. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

[12] NODARI, Rubens Onofre e GUERRA, Miguel Pedro. *Biossegurança de plantas transgênicas*. In.: GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos...**, *op.cit.*, p. 43.

[13] FUCHS, Richard. *Transgênicos: uma nova estratégia com promessas de saúde*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit.*, p. 246-253.

[14] Em 2004, as variedades resistentes a herbicidas representavam 72% de todos os OGMs no mundo, organismos resistentes a insetos era 20%, e plantas com as duas características eram 8%. CARDOSO, Fátima. **Transgênicos são do bem...**, *op. cit.*

- [15] Lei federal nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.
- [16] Lei federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996.
- [17] Lei federal nº 9.456, de 25 de abril de 1997.
- [18] ANDRIOLI, Antônio Inácio. *A Monsanto e a colonização biotecnológica da América Latina*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit.*, p. 117-134.
- [19] Vide nesse sentido a "Campanha Brasil Livre de Transgênicos", disponível em: <<http://www.aspta.org.br/por-um-brasil-livre-de-transgenicos>>. Acesso em 13/05/2009.
- [20] BRITO, Agnaldo. *Brasil perde controle do milho transgênico*. **Folha de São Paulo, São Paulo, 10/05/2009**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u563335.shtml>>. Acesso em 13/05/2009.
- [21] Para maiores detalhes sobre as informações que serão expostas a seguir, vide: LISBOA, Marijane. *Transgênicos no Brasil: o descarte da opinião pública*. In: DERANI, Cristiane (org.). **Transgênicos no Brasil e biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- [22] Lei federal nº 11.105, de 24 de março de 2005.
- [23] Segundo a FAO (Organização das Nações Unidas para a Agricultura), biossegurança é "o uso sadio e sustentável em termos de meio ambiente de produtos biotecnológicos e aplicações para a saúde humana, biodiversidade e sustentabilidade ambiental, como suporte ao aumento da segurança alimentar global". Vide: NODARI, Rubens Onofre e GUERRA, Miguel Pedro. *Biossegurança de plantas transgênicas*. In.: GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos...**, *op.cit.*, p. 57-58.
- [24] NODARI, Rubens Onofre e GUERRA, Miguel Pedro. *Biossegurança de plantas transgênicas*. In.: GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos...**, *op. cit.* p. 46.
- [25] PINHEIRO, Sebastião. *Transgênicos: qualidade ou contaminação?* In.: GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos...**, *op. cit.*, p. 76.
- [26] LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a Revolução**. Traduzido por Javert Monteiro. São Paulo: Global, 1987.
- [27] FUCHS, Richard. *Ímpias alianças: multinacionais da agroquímica, governo dos EUA, Fundação Rockefeller, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio, Organização Mundial da Saúde, Food and Drug Administration, Rede Internacional de Pesquisa e International Service for the Acquisition of agri-biotech application - na rede dos lobistas nada é deixado ao acaso*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit.*, p. 175.
- [28] Os casos a seguir retratados encontram-se em FUCHS, Richard. *Cultivos transgênicos no mundo. Do Canadá à Argentina, da Romênia à China quase 90 milhões*

de hectares de plantas transgênicas. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit. Passim*.

[29] FUCHS, Richard. *EUA: o país das possibilidades limitadas - a Monsanto contra os agricultores*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit. Passim*.

[30] FUCHS, Richard. *Considerações iniciais*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit., passim*.

[31] ANDRIOLI, Antônio Inácio. *A Monsanto e a colonização biotecnológica da América Latina*. In: FUCHS, Richard e ANDRIOLI, Antônio Inácio (orgs.). **Transgênicos...**, *op. cit., passim*.

[32] MARX, Karl. **Salário, preço e lucro**. São Paulo : Ed. Moraes, 1985.

[33] Os recentes relatórios da FAO indicam que 923 milhões de pessoas morrem de fome no mundo por ano. Segundo o relatório "Estado da Insegurança Alimentar no Mundo", de 2004, cerca de 12 crianças morrem de fome por minuto no mundo, em sua maior parte no continente africano.

[34] NODARI, Rubens Onofre e GUERRA, Miguel Pedro. *Biossegurança de plantas transgênicas*. In.: GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos...**, *op. cit.*, p. 39-60.

[35] FUCHS, Richard. *Cultivos transgênicos no mundo. Do Canadá à Argentina, da Romênia à China quase 90 milhões de hectares de plantas transgênicas*. In.: ANDRIOLI, Antônio Inácio e FUCHS, Richard (org.). **Transgênicos...**, *op. cit.* p. 31-56.

[36] CARDOSO, Fátima. **Transgênicos são do bem...**, *op. cit.*

[37] LANG, Chris. **Árvores geneticamente modificadas...**, *op. cit.* p. 32-36.

[38] ANDRIOLI, Antônio Inácio. *A Monsanto e a colonização biotecnológica da América Latina*. In.: ANDRIOLI, Antônio Inácio e FUCHS, Richard (org.). **Transgênicos...**, *op. cit.*, p. 117-133.

[39] PINHEIRO, Sebastião. *Transgênicos: qualidade ou contaminação?* In.: GÖRGEN, Sérgio Antônio (org.). **Riscos...**, *op. cit.* p. 69.

[40] LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *A responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente causados por organismos geneticamente modificados*. In.: DERANI, Cristiane (org.). **Transgênicos no Brasil...**, *op. cit.* p. 139.

**O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO INSTRUMENTO DE
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DE
INCLUSÃO SOCIAL**

**THE RIGHT TO ADEQUATE FOOD AS AN INSTRUMENT OF THE
FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND SOCIAL INCLUSION**

**Dirceu Pereira Siqueira
Henry Atique**

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo tecer alguns comentários sobre o direito das pessoas de receber a alimentação adequada em razão de portarem determinadas deficiências, na ótica de efetivação do direito constitucional à vida, à saúde, à dignidade humana e à inclusão social. Para tanto, partiu-se da análise do direito fundamental à saúde. Uma primeira abordagem feita foi quanto ao alcance jurídico do termo, delimitação necessária à completa compreensão do tema proposto. Na seqüência, buscou-se apontar, na seara do Estado Federal brasileiro, a quem compete o dever de prestar uma assistência digna à saúde, verificando-se tanto a competência legislativa, quanto a competência material para cumprimento desse mister. Caminhando para o tema central, ainda passou-se pela verificação das vertentes positiva e negativa do direito à saúde e mais a frente por uma abordagem da questão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do dever de inclusão social e dos direitos das minorias. Finalmente, algumas breves linhas gerais foram escritas sobre o direito a alimentação para, então, trabalhar-se com a questão central do direito fundamental a alimentação adequada.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À VIDA; DIREITO À SAÚDE; DIGNIDADE HUMANA; INCLUSÃO SOCIAL; DIREITO À ALIMENTAÇÃO; PESSOA COM DEFICIÊNCIA

ABSTRACT

The present paper aims to make some comments about people's right to receive adequate food, due to having certain or determinate deficiencies, in the view of the realization of the constitutional right to life, health, human dignity and social inclusion. Thus, the starting point was the analysis of the fundamental right to health. A first approach was made on the legal scope of the term, necessary delimitation to the complete understanding of the proposed theme. In a sequence, it was pointed, in the field of the Brazilian Federal State, to which belongs the duty to provide a decent health care, with both the legislative powers or competency and the material power to accomplish this need. Walking to the central theme, there was still the verification of positive and negative aspects of the right to health and, further ahead, the approach to the issue of the fundamental principle of human dignity, the duty of social inclusion and

rights of minorities. Finally, a few general guidelines have been written about the right to food to work, latter on, with the central question of the fundamental right to adequate food.

KEYWORDS: : KEY WORDS: RIGHT TO LIFE, RIGHT TO HEALTH, HUMAN DIGNITY, SOCIAL INCLUSION, RIGHT TO FEEDING, PERSON WITH DEFICIENCY

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, institui, como se sabe, um Estado Democrático de Direito, e tem como uma de suas maiores preocupações a tutela dos direitos fundamentais das pessoas.

Entre esses direitos destaca-se o direito a vida, no sentido de que não há possibilidade de exercício de outros direitos sem a preservação deste. Contudo, a preocupação com tal bem jurídico não se restringe à questão da mera sobrevivência, mas da vida com respeito ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF). Nesse sentido, vários desdobramentos da proteção constitucional da vida podem ser apontados, tal como é o direito fundamental à saúde. Percebe-se de plano que a garantia da saúde é corolário obrigatório da vida, já que sem a manutenção da primeira, não há que se falar na segunda com qualidade.

Ao se falar em sadia qualidade de vida, outros desdobramentos podem ser verificados. É o caso do direito a alimentação. Todos os seres humanos precisam da alimentação para alcançar uma boa saúde e, desta feita, é que se pode afirmar a existência de um direito fundamental à alimentação, mesmo que implícito no ordenamento jurídico pátrio.

Acontece que algumas pessoas, por serem portadoras de determinadas síndromes, tornam-se deficientes num sentido amplo e precisam de uma alimentação especial, para que assim possam gozar do direito à vida sadia e com dignidade. Nesse sentido é que se propõe um direito à alimentação adequada, para assim se garantir, além da dignidade da pessoa com deficiência, a inclusão social desse grupo de seres humanos.

2. O direito fundamental à saúde: alcance jurídico do termo.

A Constituição de 1988, já em seu preâmbulo, dá ensejo à previsão do direito à saúde, vez que apresenta, de maneira inicial, que estamos sob os auspícios de um Estado democrático social de direito, sendo que neste momento fixa a existência de direitos sociais, assegurando ainda o bem-estar da sociedade.[1]

Observa-se que o preâmbulo do texto constitucional de 1988, enseja a existência de direitos sociais inseridos no texto, vez que ao tratar deste de maneira inicial, já acena para um texto que atende às questões sociais, daí não há como se eximir ao

cumprimento destes direitos, pois cristalina se demonstra a intenção de nosso Poder Constituinte Originário por meio do qual foi promulgada a Constituição de 1988.

Nesta esteira teremos no Título I da Constituição de 1988, que trata dos princípios fundamentais, sendo que a previsão ínsita no Art. 1º, estabelece, primeiramente, que o Brasil estará sob uma República Federativa, sendo que dentre seus fundamentos traz, devemos ressaltar, em face de nosso estudo, a previsão quanto à cidadania e à dignidade da pessoa humana, as quais estão expressas de maneira clara em seus incisos.[2]

No Art. 3º da Constituição de 1988, encontramos a previsão quanto aos objetivos da República Federativa do Brasil, sendo que neste contexto devemos destacar o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sendo que desta maneira, demonstra mais uma vez o caráter social do texto, conforme dispõe quando dos objetivos da República Federativa.[3]

A tarefa de identificar os princípios constitucionais que norteiam determinadas normas, nem sempre é uma tarefa fácil, como ocorre com os Arts. 1º e 3º da Constituição de 1988, afinal ambos encontram-se presentes, dentro do mesmo Título no texto constitucional, sendo que na maioria das vezes, esta não é uma tarefa fácil, mas que compete unicamente ao jurista, o qual tem o dever de fazê-la de maneira técnica, visando interpretar corretamente o texto constitucional, com base em seus princípios.

Adentrando no Título II da Constituição de 1988, teremos as previsões quanto aos direitos e garantias fundamentais, sendo que no Capítulo I deste título, teremos a previsão dos direitos e deveres individuais e coletivos, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, sendo que desta maneira garante a prevalência dos direitos aos meios de vida, sendo que assim dispõe o Art. 5º, em seu *caput*:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

[...]

§ 1º – As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nos dispositivos acima, encontramos a preocupação do constituinte originário em valorizar os direitos e garantias fundamentais. Quanto à aplicabilidade, como dispõe e § 1º do Art. 5º da Constituição de 1988 atente-se que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, “[...] a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do Art. 5º, § 1º”.[4]

Outro dispositivo que merece destaque, está previsto no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, do Título II, da Constituição de 1988, mais precisamente no Art. 6º, o qual trata diretamente de prever a saúde, sendo que assim dispõe:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nota-se a importância do dispositivo, pois o direito à saúde está dentre os direitos sociais, visto como direito social. No Título VIII da Constituição de 1988, que trata da ordem social, o Capítulo I, traz a disposição geral, no Art. 193, prevendo o bem-estar e da justiça social, da seguinte forma: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

O Título VIII da Constituição de 1988, trata da ordem social, e o Capítulo I, traz a disposição geral, sendo que na Seção II, prevê o direito à saúde, elencando de forma clara a finalidade do direito à saúde, conferindo ainda responsabilidades, assim dispõe:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Observa-se, pelo Art. 196 da Constituição de 1988, à previsão constitucional do direito à saúde, sendo que este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob uma Constituição dirigente, a qual não representa um mero estatuto, desta forma estamos diante de um direito prestacional [5].

O dispositivo apresenta um caráter imperativo, impondo ao Estado a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social, que vise o bem estar de todos aqueles que estiverem no território nacional, contemplando o princípio da isonomia, sendo que desta maneira, torna-se evidente a função precípua do Estado atuar visando o bem estar da população, no que tange ao direito, constitucionalmente, consagrado à saúde.

Inolvidável que incumbe ao poder público cumprir as normas constitucionais estabelecidas, visando conferir efetividade ao direito à saúde, concretizando os direitos sociais, contemplando a dignidade da pessoa humana.

2.1 A quem compete o “dever” de prestar uma assistência digna à saúde?

Consideremos que no Brasil, pairam grandes celeumas no que se refere a prestação do direito à saúde, isso ocorre em face da grande demanda social que este direito possui. Daí surge a necessidade de se aferir corretamente à quem o constituinte originário delegou esta função, esta ordem, este dever constitucional, no afã de constatarmos qual ente federativo é responsável pelas mazelas da modernidade acerca do tema.

Neste contexto surge a necessidade de examinarmos mais precisamente a questão da competência em suas duas vertentes, legislativa e material, ou seja, a quem compete legislar acerca do tema, e ainda, a quem compete a concretização deste direito. Assim, passemos à análise destas duas vertentes:

2.1.1 Competência legislativa

A competência legislativa refere-se à competência para produzir Leis atinentes à saúde, sendo que neste contexto, teremos que condensar alguns dispositivos constitucionais, a fim de aferirmos a competência atribuída pela Constituição de 1988 ao legislador infraconstitucional, afinal, legislar acerca de saúde, implica em legislar acerca de direitos fundamentais.

No que tange à competência legislativa ao direito à saúde, todos os entes federativos encontram-se competentes para legislar, portanto a competência legislativa é concorrente^[6] entre todos os entes legislativos (União, Estados e Distrito Federal) conforme demonstrado pelo inc. XII, do Art. 24 da Constituição de 1988, o qual assim dispõe:

Art. 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde.

Não há dúvida quanto à competência concorrente no contexto federalista brasileiro, uma vez que o texto constitucional de 1988 apresenta-se eminentemente claro quanto a este aspecto.

Leciona Dallari:

Expressamente, no Brasil, apenas a Constituição promulgada em 1988 esclareceu o critério hierárquico subjacente às competências concorrentes, prevendo que ‘no âmbito

da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais', que poderão ser suplementadas pelos estados (Art. 24, § 1º e 2º).[7]

Consideremos ainda que o Sistema Único de Saúde (SUS), cujo fundamento de validade encontra-se previsto no texto constitucional de 1988, instituiu um sistema único no território brasileiro com competência para gerir e administrar a saúde, sendo que este sistema atua de maneira participativa com Estados, Municípios e Distrito Federal, atribuindo-lhes primeiramente condições econômicas e financeiras e ainda obrigações no que tange a competências materiais.

Na seara da competência legislativa destaca Wichert:

No que diz respeito à distribuição da competência legislativa, a Constituição peca pela falta de precisão. Isso porque, a tutela da saúde nos termos do Art. 194, é ação que integra a seguridade social, ao lado da assistência e da previdência social. Dessa forma há uma aparente contradição entre a conferência de competência privativa para a União legislar sobre seguridade social (Art. 22, inc. XIII) e a atribuição de competência concorrente para a União e Estados disporem sobre previdência social e saúde (Art. 24, inc. XII).[8]

Prossegue o autor:

Logo, em matéria de saúde, a competência legislativa é compartilhada entre todos os entes federativos, segundo a técnica vertical limitada. Compete à União editar normas gerais sobre o tema, aos Estados editar as normas complementares necessárias ao funcionamento dos seus serviços e à sua função de direção estadual do SUS, e aos Municípios a edição de normas complementares necessárias à sua esfera de atuação.[9]

2.1.2 Competência material

A competência material referente ao direito à saúde, apresenta-se como uma competência material comum,[10] destinada à execução dos serviços atinentes à saúde. Assim, “de acordo com a distribuição constitucional de competências, estão todos os entes federativos obrigados a assegurar a saúde”[11], não tal competência adstrita a um único ente federativo.

Para corroborar com este posicionamento, vejamos a previsão do Art. 23 da Constituição de 1988:

Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

[...]

Parágrafo único – Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Não há dúvida de que todos os entes da federação têm competência material quanto ao direito à saúde,^[12] devendo prestar assistência à saúde de maneira imediata, vê-se ainda que o parágrafo único, apenas fixa a necessidade de que leis complementares fixem normas para a cooperação, mas em momento algum traz qualquer obstáculo para a efetividade do disposto no Art. 23, inc. II, portanto trata-se de norma plenamente aplicável, em face de qualquer dos entes federados. Nesta seara destaca Almeida:

A competência material do Art. 23 foi designada como competência ‘comum’, termo que, no caso tem o mesmo sentido de ‘concorrente’. Haverá uma concorrência de atuação nas matérias que o dispositivo arrola. O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados.^[13]

Ainda outro dispositivo constitucional, está expresso no bojo da Constituição de 1988, de forma a corroborar com o disposto no Art. 23, cujo teor encontra-se no Art. 30, inc. VII da Constituição de 1988, que dispõe competir aos Municípios, prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Mais um dispositivo, que trata de maneira específica, o que já se encontrava previsto no Art. 23, de maneira genérica, porém, tem-se que o disposto no Art. 30, inc. VII, acaba por ser redundante no que se refere à competência material, sendo que nesta seara talvez tenha o constituinte tentado realmente corroborar com o disposto no Art. 23, de forma a efetivar verdadeiramente o direito à saúde, pois mesmo que agindo de maneira redundante exclui-se qualquer obstáculo quanto à competência concorrente por parte do município que talvez pudesse tentar criar obstáculo em face de sua competência material. Oportuno nesta seara o posicionamento de Weichert:

Aliás, o Art. 30, inc. VII, acaba por ser redundante, pois é dispositivo que confere aos Municípios a missão de prestar serviços de atendimento à saúde da população, já genericamente prevista no Art. 23. Sabe-se, no entanto, que a Constituição é um texto normativo originado de especial momento político, no qual cabem normas de reforço. Nesse contexto, a norma do Art. 30, inc. VII, reafirma e detalha o comando do Art. 23 [...].^[14]

Os dispositivos acima transcritos vêm “[...] antecipando o que novamente será tratado nos Arts. 196 a 200 – confere aos Municípios a função principal dos serviços de atendimento à saúde”,^[15] sendo que desta forma, teremos tais previsões, quanto à competência material concorrente a todos os entes da federação reafirmada por todos estes dispositivos constitucionais, o que ao menos em tese tende a garantir maior efetividade ao direito à saúde.

Assim, a competência material concorrente em relação à saúde na Constituição de 1988, é fato, mesmo que haja alguma divergência doutrinária acerca do tema, podemos considerar que assim foi acolhido pelo constituinte, incumbindo a nós, enquanto sociedade exigir o cumprimento por parte do poder estatal, do direito fundamental a saúde.

Forçoso, portanto concluirmos que a Constituição de 1988, não teve temor em atribuir a todos os entes federados a incumbência de efetivar o direito à saúde, não isentando nenhum deles desta obrigação. Neste sentido, leciona Dallari:

A conclusão inevitável do exame da atribuição de competência em matéria sanitária é que a Constituição federal vigente não isentou qualquer esfera de poder político da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Assim, a saúde – ‘dever do Estado’ (Art. 196) – é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.^[16]

E, uma vez que a saúde é direito de todos, à alimentação aos que dela necessita, destacando obviamente aquelas enquadrados ao conceito de pessoas com deficiência, gozam deste dever estatal assegurado destinado a todos os entes federativos.

2.2. Direito à saúde e suas vertentes positivas e negativas

O direito à saúde enquanto dever estatal deve ser considerado sobre suas vertentes positivas e negativas, sendo que para nosso estudo iremos focar precisamente o viés positivo, pois pretendemos explorar justamente o dever estatal em prestar uma assistência presente e eficaz, por meio de uma alimentação adequada.

Acerca das dimensões objetiva e subjetiva do direito à saúde na Constituição da República portuguesa, assim se manifesta Canotilho:

O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma **dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva**, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o **dever objectivo** da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu **conteúdo subjectivo**. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser **direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos** [...] (grifos no original).[17]

Notamos que autor visualiza o direito fundamental à saúde como um direito subjetivo, o qual independe da criação ou organização das condições materiais destinadas à prestação dos serviços de saúde, sendo que desta forma compreende-se que a Constituição portuguesa consagra o direito à saúde com a possibilidade de exigir por meio do Poder Judiciário o cumprimento da prestação, pelo fato de que esta é considerada como sendo um direito subjetivo.

2.2.1. Dimensão negativa do direito à saúde

Na dimensão negativa, o direito à saúde não reflete uma obrigação de prestação do Estado para com o indivíduo, nesta vertente, não incumbe ao Estado o cumprimento de nenhuma prestação ao indivíduo, ao menos, nenhuma prestação concreta. Nesta seara, oportuno o posicionamento de Sarlet:

Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde.[18]

Note-se que esta dimensão negativa do direito fundamental à saúde, reflete um não fazer por parte do Estado, uma abstenção que justifica a expressão negativa, porém, salientando-se que este não fazer, esta ausência, reflete-se apenas no afetar, ou prejudicar a saúde do indivíduo.

Em sua dimensão negativa, o direito à saúde, não poderá em hipótese alguma ser agredido pelo Estado ou por particulares, afinal este aspecto reflete um direito de defesa do cidadão frente ao Estado ou mesmo outros particulares, nas situações que impliquem afrontar seu direito fundamental à saúde, logo, o indivíduo tem direito subjetivo negativo em face das agressões que possa sofrer. Para melhor elucidarmos o tema, utilizamos o seguinte exemplo:

Uma lei, por exemplo, que tivesse como objetivo impedir a determinados cidadãos o acesso ao SUS, poderia, em princípio, vir a ser declarada inconstitucional e anulada, o que, por si só, já revela como uma forma de tornar efetivo o direito à saúde, ao menos nesta dimensão importante.^[19]

O exemplo acima, trazido por Sarlet, bem retrata a dimensão negativa do direito à saúde, afinal, estaria neste momento, o Estado, por meio de uma lei, prejudicando acintosamente o direito à saúde do indivíduo, fato este que por esta vertente negativa jamais poderia ser aceito.

2.2.2. Dimensão positiva do direito à saúde

A dimensão positiva do direito à saúde, reflete a possibilidade que o indivíduo (titular do direito à saúde) tem de exigir do Estado ou mesmo de outro particular, o cumprimento deste direito, com fundamento no texto constitucional de 1988.

Sendo que este cumprimento pode referir-se à determinada prestação ou qualquer outro tipo de assistência à saúde, bem como, cirurgias, medicamentos, exames, internações, ou qualquer outra forma de se efetivar o direito à saúde. Leciona Sarlet:

Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os Arts. 196 a 200 da nossa Constituição.^[20]

De modo que, estarão incumbidos, ao menos em termos legislativos, os demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios) para que em sede de legislações locais, atribuir tal competência, ou ainda, o Poder Judiciário, quando provocado, deverá decidir quanto a tais situações de maneira a oferecer um atendimento integral ou meramente básico de saúde.

Porém, “[...] a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater às portas do Judiciário para a obtenção, via processo judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito à saúde”,^[21] afinal ter que utilizar-se deste meio, dos aparatos judiciais, para assegurar o bem da vida, é um tanto quanto temerário, por ocasião de

burocracias que muitas vezes demandam tempo, ou mesmo pela falta de medidas urgentes e necessárias que possam efetivar o direito à saúde.

Mas muitas vezes socorrer-se do Poder Judiciário pode representar a distância entre a vida e a morte de pacientes que realmente carecem de tratamentos, intervenções cirúrgicas que somente irão ocorrer após a concessão de uma medida judicial, isso se dá pela realidade da saúde no Brasil, que muitas vezes deixa de prestar o mínimo, quanto à saúde.

Frise-se que a dimensão positiva, ora tratada é a que mais interessa ao estudo, vez que, objetivamos afirmar a necessária interferência estatal na sociedade de maneira a conceder uma alimentação adequada aos que dela necessitam.

3. Dignidade, inclusão social e minorias

A positivação dos direitos fundamentais é produto do diálogo continuado entre o progressivo desenvolvimento de técnicas de seu reconhecimento no campo do direito positivado e da paulatina afirmação ideológica da liberdade e da dignidade da pessoa humana. O Estado não podia mais ficar indiferente diante da miséria das pessoas. A liberdade pura e simples interessa apenas ao grupo dominante, pois ela aguça as distorções sociais e ajuda a manter firme a estratificação social entre dominantes e dominados.

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como primado a neutralidade estatal, que se expressa numa postura de não intervenção na esfera individual e social. Esse absentismo se traduz na crença de que bastava inserir-se nas Constituições a garantia da igualdade formal de todos os indivíduos e grupos componentes da Nação, sendo isso suficiente para garantir a harmonia social e a efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. Como se sabe essa idéia, na realidade prática, mostrou-se totalmente fracassada[22] e, até, muitas vezes resultou no oposto. Pietro de Jesús Lora Alarcón[23] trata desse tema entrelaçando as idéias de Justiça e igualdade, nos seguintes termos:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais [...].

Com essa contradição, emerge o ideal social marxista de que não se deveria buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo, tendo como membros todos os indivíduos[24].

“Teoricamente, a zona de convergência entre os socialistas e os críticos do capitalismo se encontrava, precisamente, na demanda pela proteção social e nessa perspectiva, se por um lado, na Alemanha Marx e Engels advogavam pela substituição do Estado por um outro em mãos dos trabalhadores, o que significava uma autêntica revolução, por outro lado, os liberais que auguravam um capitalismo mais ao longo prazo manifestavam que o Estado não podia mostrar-se indiferente diante da miséria dos homens que conformavam a nação alemã. Proteger socialmente significa incluir, ou seja, aumentar o número de atores sociais a favor das mudanças econômicas.

Nesse passo, é bom lembrar que o constitucionalismo, como movimento político e ideológico surgido quase que ocasionalmente na Inglaterra do Século XIII, foi sempre uma presença incômoda para os que pugnavam por manter seu status de privilégio [...].”[25]

A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um amplo processo de discussão, sendo o ápice da derrocada dos mais de vinte anos de ditadura militar. A formatação do catálogo atual dos direitos fundamentais está intimamente ligada à redemocratização do país. O debate sobre o conteúdo do que viria a ser a atual Constituição pode ser considerado um processo de dimensão gigantesca, sem precedentes na história nacional.

Da mesma forma se deu com relação ao universo dos direitos fundamentais, de modo especial no que diz respeito ao reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais, frutos de acirrada discussão. Comparando-se a Constituição Federal de 1988 e o sistema constitucional pretérito, constatam-se inovações de significativa relevância na seara dos direitos fundamentais. Pela primeira vez a matéria recebeu tratamento com a merecida importância, sendo inédita a outorga a eles, pelo direito constitucional positivo vigente no Brasil, do status jurídico especial que lhes é devido[26].

Também merece destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais no texto constitucional. Situados logo no seu início, o que sugere que devam ser tomados como base no momento da interpretação da ordem constitucional e jurídica, esses direitos devem ser considerados como parâmetro hermenêutico e valores superiores quando o operador do direito for aplicar as normas jurídicas.

Outra situação que merece ser considerada é a de que não se deve cometer o equívoco de entender que a parte da Constituição reservada para tratar dos direitos fundamentais contempla todos os que integram essa categoria, de modo exaustivo. Há vários outros espalhados pelo texto, implícitos, e até mesmo provenientes dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Nos sistemas constitucionais anteriores, os direitos sociais eram deslocados no capítulo da ordem econômica e social e, assim, enquadrados na categoria das normas de eficácia limitada, demandando integração, pelo legislador infraconstitucional ou administrador público, para só então produzir os efeitos pretendidos. Entretanto, no regime atual, a acolhida ou inclusão desses direitos no rol dos direitos fundamentais resolve quaisquer dúvidas que possam pairar sobre a condição de eficácia desses direitos.

Esses direitos são uma segunda geração de direitos fundamentais – direitos sociais, culturais e econômicos – contrapondo-se aos de primeira geração, no sentido de que reclamam uma atividade prestacional, uma postura positiva do Estado na busca da superação das carências individuais e sociais. Nasceram e não podem ser desmembrados do princípio da igualdade, em sua vertente material. Pode-se afirmar, assim, que dentre os princípios constitucionais fundamentais destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade a nortear o intérprete e que compreendem o tratamento a ser dado aos indivíduos.

A dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano, um valor de ordem moral e espiritual inato à pessoa, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), que simplesmente existe e não se destaca do indivíduo[27], considerada por muitos doutrinadores como um sobreprincípio ou um superprincípio constitucional, enquanto vetor determinante da interpretação constitucional.

Outra regra-matriz a ser lembrada, que revela a preocupação do constituinte quanto à proteção igualitária de todas as pessoas e à minoração ou supressão das desigualdades – ou seja, a necessidade de se promover a inclusão social –, é a de que constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF) além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Afinada no mesmo sentido, encontra-se a igualdade estatuída expressamente, em várias passagens da Constituição Federal brasileira, repetida nas mais diversas searas (exemplos: art. 4º, V; art. 5º, “caput”, I, XLI e XLII; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; art. 19, III; art. 37, VIII; art. 150, III.) o que, mais do que uma simples redundância, demonstra uma real preocupação do legislador constituinte em deixar explícita a vigência desse princípio e sua indispensável observância.

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer, esse preceito magno é voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador. Entretanto, é preciso buscar atingir maior precisão nessa análise, pois a igualdade não é absoluta, já que as pessoas não são todas absolutamente iguais entre si. É aqui que se fala em igualdade formal (perante a lei) e igualdade material (no plano fático, de forma efetiva).

Não basta, contudo, que se recorra à clássica afirmação de Aristóteles, segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida dessa desigualdade. Faz-se necessária uma análise mais crítica e aprofundada da questão. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra sobre o tema. Questiona o autor: Quem são os iguais? Quem são os desiguais? Qual a medida da desigualdade?

A resposta dada pelo autor é a seguinte:

”[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.[\[28\]](#)

Sendo assim, qualquer elemento que resida nas pessoas, coisas ou situações, poderá ser considerado pelo legislador como fator de discriminação, não repousando no traço de diferenciação escolhido, em regra, desacato ao princípio isonômico. O que não se admite é a ocorrência dessas desigualdades de forma fortuita ou injustificada.

Importante então destacar que o constituinte cuidou da igualdade sob dois prismas. Quando o Poder Constituinte Originário elaborou o texto magno, tratou de estabelecer proteção a certos grupos de pessoas que, no seu entender, mereciam tratamento diverso. Disciplinou a posse indígena (art. 231, § 2.º), o trabalho da mulher (art. 7.º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. Para esses casos específicos, o constituinte furtou ao intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico. O legislador constitucional se deu pressa em definir que, nessas hipóteses expressamente previstas no texto, deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas[\[29\]](#).

Por outro lado, não se deve pensar que, por existirem essas distinções expressamente estatuídas estaria excluída a possibilidade de que se estabeleçam outras, as quais podem ser extraídas da interpretação da própria Constituição, ou veiculadas pela legislação infraconstitucional. São as chamadas ações afirmativas.

Sobre essas medidas, assim se manifesta Joaquim B. Barbosa Gomes[\[30\]](#):

“Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.”

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, o compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aqueles que sofreram e sofrem discriminações e dificuldades que os afastam do acesso a direitos. E essas pessoas deve se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível à das demais pessoas consideradas incluídas.

4. Direito a alimentação

A importância da boa alimentação para o indivíduo e para a sociedade como um todo está no fato de que da alimentação depende a boa saúde o que, por sua vez, influencia as pessoas no trabalho, nos estudos, no lazer, na autoestima, na longevidade, entre outras coisas. A pessoa mal nutrida se torna fraca, irritada, desanimada. Portanto, a nutrição adequada é fundamental para a sobrevivência, o crescimento físico, o desenvolvimento mental, o desempenho, a produtividade, a saúde e o bem-estar.

Nas palavras de HIPÓCRATES (460-377 a.C.), “*se pudermos dar a cada indivíduo a quantidade exata de nutrientes e de exercício, que não seja insuficiente e nem excessiva, teremos encontrado o caminho mais seguro para a saúde*”. Nesse sentido, o alimento é o material que o organismo recebe para satisfazer suas necessidades de manutenção, crescimento, trabalho e restauração dos tecidos. Não existe um alimento que, sozinho, forneça todos os nutrientes que o organismo precisa, portanto, é necessária uma alimentação variada.

A fome é um dos problemas sociais mais graves que assolam o mundo e especialmente os países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. Trata-se de uma das mais recorrentes e perniciosas violações ao direito fundamental à vida digna, corolário constitucional de todos os Estados Democráticos e Sociais de Direito.

Como desdobramento da forma de tratamento primordial dada à preservação da vida e da dignidade humana pela Constituição Federal de 1988 pode-se afirmar a necessária tutela da saúde e, desta, é que se pode afirmar a existência de um direito fundamental à alimentação, seja de forma explícita como muitas vezes aparece no ordenamento jurídico brasileiro ou implícito nos textos legais pátrios.

5. O direito fundamental a alimentação adequada

Nos termos do art. 3º da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, a este grupo assiste o direito inerente a todo e qualquer ser humano de ser respeitado, sejam quais forem seus antecedentes, natureza e severidade de sua deficiência. Elas têm os mesmos direitos que os outros indivíduos da mesma idade, fato que implica desfrutar de vida decente, tão normal quanto possível.

Cada síndrome ou deficiência possui aspectos peculiares, sendo que em muitas delas apresenta-se como fundamental questões de ordem nutricional. Nesse sentido, podem-se citar várias delas, tais como a *síndrome de Down*, doença genética caracterizada pela trissomia do cromossomo 21 que faz com que as pessoas apresentem um quadro clínico

característico com envelhecimento precoce, baixo crescimento e diminuição do QI, a *paralisia cerebral*, conseqüência de uma lesão anatomopatológica ou anomalia estacionária que agiu no Sistema Nervoso Central em plena maturação estrutural e funcional, a *fenilcetonúria*, que se trata de um erro inato do metabolismo, de herança genética autossômica recessiva, caracterizada pela ausência ou deficiência de uma enzima (fenilalanina hidroxilase), tendo como conseqüência principal o retardo mental devido ao acúmulo de fenilalanina em todos os líquidos corporais, a *fibrose cística*, tratando-se de uma doença genética autossômica recessiva caracterizada pela disfunção generalizada das glândulas exócrinas, tornando o muco espesso e anormal, podendo obstruir ductos do pâncreas, pulmão, intestino, fígado, vias biliares e genitais e ocasionar a perda de função desses órgãos, as *alergias alimentares*, que decorrem de uma reação do sistema imunológico do corpo ao se tornar sensível a uma ou mais substâncias comuns e inofensivas presentes em nosso ambiente tais como o pólen, a poeira, os fungos ou mesmo certos alimentos, o *autismo*, que faz com que a pessoa encontre dificuldades de interação social, com prejuízos na comunicação e padrões restritos e repetitivos de comportamentos e interesses, a *doença celíaca*, que é um distúrbio causado por uma reação à gliadina, um componente do glúten, a *disfagia*, que pode afetar desde a introdução do alimento na boca até sua chegada ao estômago, resultando em desnutrição e várias deficiências nutricionais, além de prejuízo no estado emocional e na hidratação do paciente, e ainda o *lábio leporino*, que são malformações congênitas caracterizadas por aberturas ou descontinuidade das estruturas do lábio e/ou palato, de localização e extensão variáveis.

Se levada a efeito uma interpretação ampla do conceito de pessoa com deficiência, essas síndromes poderão nele ser enquadradas. Nesse sentido:

“Deficiência é a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano e acarreta o comprometimento de algum ou alguns desses segmentos ou de função psicológica, fisiológica ou anatômica. Ocorre em virtude de uma limitação física ou mental que nem sempre atinge os limites da incapacidade jurídica. A grande maioria das pessoas portadoras de deficiências está apta a expressar sua vontade, a exercer seus direitos e os quer exercer”[31].

Não se objetiva aqui definir quais síndromes podem ser consideradas como deficiência. Contudo, se as pessoas que portam determinada síndrome têm dificuldades para levar suas vidas plenamente incluídas na sociedade, então se pode afirmar que são credoras da proteção e salvaguarda estatal, a fim de que possam praticar todos os atos do cotidiano.

Muitas vezes faz-se necessária uma educação alimentar tanto da pessoa com a deficiência como dos familiares, já que a falta de orientação é uma das principais dificuldades do tratamento. A isso se junta ainda a descrença quanto à prejudicialidade dos alimentos para a pessoa acometida de determinada síndrome, as dificuldades financeiras para adquirir alimentos especiais, a falta de habilidade culinária para preparar alimentos substitutivos, a grande influência da mídia sobre os alimentos industrializados que podem ser extremamente prejudiciais a determinado grupo, a falta

de informações nos rótulos ou embalagens quanto a composição clara e correta dos ingredientes, etc..

Percebe-se que o Estado tem um vasto campo em que deve atuar para a concretização do direito a alimentação adequada das pessoas com deficiência. Seja realizando campanhas de conscientização e instrução, seja fiscalizando o cumprimento das normas, aqui se destacando entre outras as de direito do consumidor, bem como, se necessário, no fornecimento de alimentos especiais, o que importa é que o Estado não pode ser omissos nesses casos, mas sim deve envidar esforços para facilitar o acesso dessas pessoas à alimentação necessária e da forma adequada, com o fim precípua de garantir a elas uma existência digna.

O direito à alimentação adequada não é previsto expressamente pela Constituição brasileira. Contudo, pode ser claramente extraído da tutela constitucional de outros bens, como a vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde e o dever de inclusão das minorias. Para fortalecer essas normas constitucionais e a fim de possibilitar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, foi editada a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio desse grupo de indivíduos e sua integração social.

A referida lei estabelece que o Poder Público deve assegurar às pessoas com deficiência inclusive o direito à saúde, estabelecendo o dever de desenvolvimento de programas que assegurem o tratamento adequado dessas pessoas com a finalidade de assegurar o direito à vida sadia, digna e a inclusão social delas.

Por sua vez, o Poder Executivo expediu o decreto regulamentar nº 914/93 para política nacional de integração da pessoa portadora de deficiência, que visa à plena integração e o estabelecimento de instrumentos eficazes que assegurem os direitos básicos das pessoas com deficiência, norteando-se pelo princípio da igualdade, dando assim maior concretude a lei e estabelecendo a necessidade de inclusão dessas pessoas nas iniciativas governamentais relacionadas à saúde.

Ainda, o Decreto nº 3.956/01, que promulga a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiências, aponta a necessidade de detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para elas, bem como, também em nível internacional, verificamos a preocupação com o afastamento de qualquer tipo de discriminação a esse grupo na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual fora aprovada em dezembro de 2006 pela ONU.

Conclui-se, portanto, que em decorrência dos princípios fundamentais apontados na Constituição Federal, especialmente o da dignidade de pessoa humana, o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º e art. 3º), dos direitos constitucionais fundamentais, com destaque para o direito à vida e o direito à saúde, conjugados às legislações infraconstitucionais integradoras e os tratados e convenções internacionais, pode-se afirmar que o direito à alimentação adequada constitui-se direito básico da pessoa com deficiência, e o Estado tem o dever de diagnosticar, prescrever e fornecer o que for necessário a fim de garantir o pleno desenvolvimento e independência dessas pessoas. Independentemente da

natureza da deficiência que a pessoa portar, o Estado deve atuar para propiciar vida com dignidade e inclusão social desse grupo de pessoas.

Conclusões

1. O direito fundamental à saúde, enquanto direito fundamental intimamente ligado ao direito à vida, mostra-se de suma importância para a efetividade do texto constitucional, afinal, não há vida sem uma saúde digna.

2. O flagrante desrespeito na efetividade ao direito fundamental à saúde é uma realidade no cenário brasileiro, sendo que a sociedade clama melhorias nesta seara, melhorias estas que merecem ser realizadas, sendo que somente com a interferência hábil do Poder Judiciário poderão ocorrer de modo a efetivar este direito fundamental.

3. Ao Judiciário cabe o dever de intervir, sempre que provocado, ensejando desta maneira o cumprimento ao texto constitucional de 1988, sendo que assim agindo, não estará de forma alguma atuando de maneira excessiva, afinal, é dever do magistrado, atuar visando efetivar o direito à saúde sempre que este estiver à margem das prioridades do Poder Executivo.

4. Não almejamos aqui afastar a análise econômica, muito menos analisar o direito à saúde como soberano e alheio aos obstáculos que possam existir, mas o fato é que, sendo bem utilizado, o erário certamente poderá cumprir seu dever constitucional, conferindo desta forma melhorias nas condições de vida da sociedade, transformando a realidade social brasileira, e por certo efetivando a dignidade da pessoa humana.

5. As pessoas com deficiência no Brasil sofrem com as fortes desigualdades sociais, sendo tratadas de forma preconceituosa. Esse fato acarreta a exclusão da sociedade desse grupo de pessoas, que ficam alijadas do processo de cidadania e vivem sem a devida dignidade.

6. Diante desse quadro, o Estado não pode permanecer inerte e indiferente, mas deve atuar de maneira a minimizar ou extinguir essas desigualdades, buscando, assim, concretizar cada vez mais a segunda geração de direitos fundamentais e, com essa atitude prestacional, promovendo a igualdade em sua perspectiva material, o Estado estará propiciando condições de concretização do princípio maior da dignidade da pessoa humana, estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988.

7. Dentre as medidas que podem ser tomadas, encontra-se de especial importância a garantia da boa alimentação para o indivíduo, pois dessa depende a boa saúde o que, por sua vez, influencia as pessoas nas mais diversas esferas da vida.

8. A fome é um grave problema social que assola especialmente os países de modernidade tardia como é o caso do Brasil, constituindo-se uma das mais perniciosas violações ao direito fundamental à vida digna, corolário constitucional de todos os Estados Democráticos e Sociais de Direito.

9. Como desdobramento da preservação da vida e da dignidade humana pela Constituição Federal de 1988 pode-se afirmar a necessária tutela da saúde e, desta, é que se pode afirmar a existência de um direito fundamental à alimentação, mesmo que implícito nos textos legais pátrios.

10. Em decorrência dos princípios fundamentais da dignidade de pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos (art. 1º e art. 3º), dos direitos constitucionais fundamentais à vida e à saúde, conjugados ainda às legislações infraconstitucionais integradoras e os tratados e convenções internacionais, pode-se afirmar que o direito à alimentação adequada constitui-se direito inato da pessoa com deficiência e o Estado tem o dever de diagnosticar, prescrever e fornecer o que for necessário a fim de garantir o pleno desenvolvimento e independência desse grupo de pessoas.

Referências bibliográficas

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

_____. Processo, igualdade e justiça. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 2, p. 165-198. São Paulo: Método, 2003.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de Direito: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Acesso ao emprego: discriminação em razão de deficiência – o acesso ao emprego e a proteção processual em defesa da igualdade. In: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (coords.). **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

_____; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; RAGAZZI, José Luiz (coords.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania**. Bauru: Edite, 2006.

ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni; RODOLPHO, Roger de Marchi. Ensino superior e a pessoa portadora de deficiência: deveres das instituições de ensino. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (coords.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania**. Bauru: Edite, 2006.

ATIQUÉ, Henry. Esporte, inclusão social e a Constituição Federal de 1988. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (org.). **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de. A inclusão dos portadores de necessidades especiais perante a responsabilidade social das empresas à luz da dignidade da pessoa humana. In: NEME, Eliana Franco. **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: Edite, 2005.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **O Estado – desconhecimento ou descaso? Portadores de necessidades especiais – as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: ARX, 2004.

_____. **Portadores de necessidades especiais: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: ARX, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 2, p. 209-223. São Paulo: Método, 2003.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani**. 2ª tirag. São Paulo: Saraiva, 1968. 2 vol.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência – garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes**: ainda um desafio para o governo e para a sociedade – habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

_____. Proteção internacional dos portadores de deficiência. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (coords.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania**. Bauru: Edite, 2006.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999

NEME, Eliana Franco. **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: Edite, 2005.

_____. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Piovesan, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: **Revista Direito e Democracia**, nº 01. Canoas: ULBRA, 2002.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional**. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à sociologia**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004

[1] Preâmbulo da CF/88: “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifos nossos).

[2] Art. 1º da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

[3] Art. 3º da CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sócias e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

[4] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002-b, p. 59.

[5] OLIVEIRA, Márcio Dias de. Direito fundamental à saúde e suas faces: uma análise conjunta à irretroatividade do direito fundamental social à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008, p. 211: “Os direitos prestacionais postos em comparação com os direitos de defesa proporcionam discussões diversas. Os direitos sociais prestacionais pedem do Estado uma atitude positiva, ativa, ação, manifestação fática, normativa e, se necessário, por via judicial”.

[6] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 141: “Das matérias relacionadas no Art. 24, algumas já integravam a competência legislativa concorrente limitada na Constituição anterior.

Com efeito nos termos daquela Constituição, já competia à União editar normas gerais e aos Estados normas específicas sobre os seguintes temas: direito tributário; direito financeiro; orçamento; custas dos serviços forenses; educação; desporto; previdência social e proteção e defesa da saúde” (grifo nosso).

[7] DALLARI, 1995, p. 38.

[8] WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139.

[9] Ibidem, p. 141.

[10] ALMEIDA, 2000, p. 133: “É certo que o exercício das competências materiais comuns deverá ser presidido pelo ideal de colaboração entre as pessoas político-administrativas. É certo também que as normas que se editarem com vistas a proporcionar a cooperação desejada obrigarão também a União [...]” (grifo nosso).

[11] NEME, Eliana Franco; RODRIGUES, Ney Lobato. Algumas considerações sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado como instrumento de efetivação do direito constitucional à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

[12] Neste sentido: ALMEIDA, 2000, p. 133: “Assim, por exemplo, tarefas como cuidar da saúde e da proteção dos deficientes [...] pressupõe a observância de normas gerais da União, com base nos disposto nos incs. VI; VII; VIII; IX; XII; e XIV do Art. 24” (grifo nosso).

[13] Ibidem, p. 131.

[14] WEICHERT, 2004, p. 138.

[15] Ibidem, mesma página.

[16] Ibidem, p. 42.

[17] CANOTILHO, 2001, p. 368.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: Revista Direito e Democracia, nº 01. Canoas: ULBRA, 2002, p. 94.

[19] Ibidem, p. 95.

[20] Ibidem, p. 97.

[21] Ibidem, p. 100.

[22] Joaquim B. Barbosa Gomes. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social, p. 36-37.

[23] Processo, igualdade e justiça. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 2, p. 165-198. São Paulo: Método, 2003. Da mesma maneira, Paulo Bonavides (2003, p. 214) assevera tratar a igualdade de um dos elementos componentes da idéia de Justiça.

[24] Paulo Magalhães da Costa Coelho e Matheus Ricardo Jacon Matias. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi (coord.). A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania, p. 19.

[25] Proteção internacional dos portadores de deficiência. In: Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi (coord.). Ob. cit., p. 136.

[26] Henry Atique. Esporte, inclusão social e a Constituição Federal de 1988. In: Antonio Celso Baeta Minhoto (org.). Constituição, minorias e inclusão social, p. 69.

[27] Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 109.

[28] Celso Antônio Bandeira de Mello. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 17.

[29] Henry Atique. Ob. cit., p. 72.

[30] Ob. cit., p. 39.

[31] Luiz Alberto David Araujo, Ney Lobato Rodrigues, Andrei Mohr Funes e Juliana Monteiro Chilitti. Pessoa portadora de deficiência: o enquadramento constitucional dos fenilcetonúricos. In: Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi (coord.). A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania. Bauru: EDITE, 2006.

VIVISSECÇÃO, CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS E A NOVA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

VIVISECTION, CRUELTY AGAINST ANIMALS AND THE NEW BRAZILIAN LEGAL ORDER

Heron José de Santana Gordilho

RESUMO

Este ensaio analisa o problema ético-jurídico da experimentação animal no Brasil, demonstrando que em sua quase totalidade essas práticas submetem os animais à crueldade, violando assim a norma constitucional prevista no art. 225 § 1º. Inicialmente o autor enfrenta a controvérsia social que coloca de um lado ativistas que lutam pela abolição de toda forma de exploração dos animais e do outro a indústria farmacêutica, médica e os ativistas que admitem que os animais sejam utilizados como cobaias no interesse dos humanos, desde que eles sejam sedados no momento da vivissecção. Em seguida, após apresentar uma tipologia da experimentação animal ao redor do mundo o autor demonstra como essas práticas podem se constituir no crime ambiental tipificado no art 32 § 1º da Lei nº 9.605/98, uma vez que estágio de desenvolvimento tecnológico em que o Brasil se encontra já o habilita ao acesso aos recursos alternativos disponíveis no mercado e ao desenvolvimento de novas tecnologias.

PALAVRAS-CHAVES: VIVISSECÇÃO – EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL – CRUELDADE – CRIME AMBIENTAL – NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

This essay examines the ethical and legal problem of animal experimentation in Brazil, showing that in virtually all such practices subject animals to cruelty, thus violating the constitutional standard under Art. 225 § 1º. Initially the author faces the social controversy that arises from one side activists who fight for the abolition of all forms of exploitation of animals and other pharmaceuticals, medical and activists who recognize that animals are used as guinea pigs in the interest of mankind, since they are sedated when vivisection. Then, after presenting a typology of the animal around the world the author demonstrates how these practices may constitute the crime typified in environmental art 32 § 1 of Law No 9605/98, as stage of technological development in that Brazil is already enables the access to alternative resources available in the market and the development of new technologies.

KEYWORDS: VIVISECTION – ANIMAL EXPERIMENTATION – CRUELTY – ENVIRONMENTAL CRIMES – NEW CONSTITUTIONAL ORDER

1. Introdução

A atitude da cultura dominante em relação aos animais é muito semelhante à atitude em relação às mulheres descritas por Simone de Beauvoir em `O Segundo Sexo` (1983). Animais não humanos são o 'outro'. Eles são outros diferentes dos humanos, são não humanos, coisas, não-coisas, ou simplesmente, nada. **Tom Regan**^[1]

Em junho de 2004, fui convidado por professores da Faculdade de Medicina Veterinária da Universidade Federal da Bahia (UFBA) para compor o Conselho de Ética no Uso de Animais (CEUA daquela instituição na condição de representante da comunidade jurídica.

Como na época redigia minha tese de doutorado sobre os direitos dos animais, prontamente aceitei o convite, acreditando que assim poderia contribuir para uma mudança de postura e mentalidade da pesquisa em animais em minha própria universidade.

Fiquei ainda mais feliz quando soube que um professor da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas faria parte do Conselho, pois imaginei que minhas idéias encontrariam algum apoio, e quem sabe com o tempo poderíamos mudar os corações e mentes naquela comunidade científica.

Após as primeiras reuniões, discutimos o estatuto do conselho, e na terceira reunião, a professora Eliomar Pereira do Socorro, foi eleita presidente e eu vice-presidente, o que me deixou ainda mais confiante, além de acender a chama da minha esperança em participar da criação de um pioneiro centro de pesquisa em recursos alternativos à experimentação animal na região nordeste do Brasil.

Naquele tempo, eu não tinha uma consciência muito clara do que significava um Conselho de Ética em Pesquisa com Animais, e de alguma forma ainda achava que algumas experiências com animais eram realmente necessárias. Na verdade, eu ainda não era abolicionista.

A princípio as reuniões foram interessantes, e se as minhas intervenções não provocavam constrangimento, com o passar do tempo as coisas foram ficando mais claras para mim e para os demais membros do conselho, e não demorou, comecei a perceber que as idéias que eu apresentava começaram a ser vistas com desconfiança pelos demais membros do Conselho. O silêncio após as minhas intervenções deixavam cada vez mais claro que elas eram muito avançadas.

Certo dia, perguntei ao professor de filosofia qual o autor que ele trabalhava, tendo ele me respondido que havia se especializado na doutrina de Emanuel Kant. A própria

presidente do conselho me disse que era vivisseccionista, e que naquele momento realizava uma pesquisa que inseria uma sonda no aparelho digestivo de cães para desenvolver uma ração de melhor qualidade para animais de estimação.

Algum tempo depois, a professora Eliomar Socorro me comunicou que estava se transferindo para a Universidade de Brasília (UNB), e que nesse caso, provavelmente eu deveria assumir a presidência do conselho.

Não obstante, nunca mais fui convidado para as reuniões, se é que elas ocorreram, e como não pertenço aos quadros da Faculdade de Medicina Veterinária, nunca me senti à vontade para impor qualquer condição aos professores daquela unidade.

Seja como for, naquele momento ficou bem claro para mim que o movimento de defesa dos animais estava mesmo dividido em dois grupos, com idéias, na maioria das vezes, inconciliáveis: de um lado os vivisseccionistas e benestaristas, que admitem o uso de animais em experiências científicas, desde que eles sejam tratados de forma “humanitária”, e do outro, os abolicionistas, que lutam pela eliminação total dessas experiências, sob o fundamento de que elas ofendem a princípios éticos e jurídicos básicos.

Este ensaio pretende confrontar os argumentos vivisseccionistas e benestaristas com os abolicionistas, demonstrando que a grande maioria dos métodos de experimentação em animais são cruéis para com estas criaturas.

Em seguida, irá demonstrar que a análise utilitarista de custo-benefício da abordagem benestarista da experimentação animal, especialmente aquelas realizadas em animais sadios em universidades e na indústria farmacêutica, violam diretamente a Constituição Federal e Lei de crimes ambientais.

É o que segue:

2. Argumentos Vivisseccionistas

Eu representava um exemplo clássico do que eu escolhi chamar 'cegueira ética condicionada'. Toda minha vida consistiu em ser recompensado por usar animais, tratá-los como fonte para o progresso ou diversão humana. Não houve uma única pessoa que ousasse desafiar meu comportamento em relação aos outros animais. Claro que eu era gentil com os animais; claro que eu amava meus animais de estimação; claro que eu irei cuidar de um pássaro, coelho, cachorro ou gato doente, sem dúvida. Por outro lado, eu deixaria minha ternura de lado um momento depois e comeria uma galinha, ou um coelho ou um esquilo ou parte de um boi. Na minha mente era diferente; aquilo era 'carne'. A palavra 'carne' é uma maneira de nos distanciarmos dos animais que comemos, justamente como 'reforço negativo' é um modo de nos distanciar, de darmos choques elétricos em uma criatura que sente tanta ou mais dor que nós humanos.

Donald Barnes[2]

Embora já fosse utilizada na Antiguidade, a vivissecção de animais em experiências científicas somente veio a desenvolver uma metodologia prática institucionalizada a partir das idéias de Claude Bernard, que no século XIX realiza uma série de estudos sobre os efeitos da destruição da medula espinhal, perfurações do peito e secções de nervos e artérias em animais.

De fato, ao publicar, em 1865, o livro *An Introduction to Study of Experimental Medicine* (Uma Introdução ao Estudo da Medicina Experimental) Bernard estabeleceu as bases metodológicas da experimentação animal, consolidando a idéia de que uma pesquisa científica somente pode ser considerada válida quando possibilita o controle de todas as suas variáveis.[3]

Nesse paradigma, a mudança de um único fator ou conjunto de fatores deve permitir a reprodução da experiência em outros laboratórios, de modo que seja possível a comparação dos seus resultados com os de outras pesquisas.

Assim, a depender do campo de estudo, várias espécies são utilizadas em experiências científicas ou farmacêuticas. Os ratos, por exemplo, são muito usados em estudos de bioquímica, endocrinologia, fisiologia reprodutiva, oncologia, genética, imunologia, odontologia, pesquisa comportamental e geriatria, enquanto coelhos são preferidos em testes de produtos químicos, imunologia, oftalmologia e fonoaudiologia. Cobaias são usadas no campo da nutrição; suínos em pesquisas cardíacas e dermatológicas; peixes no estudo de câncer de fígado, diabetes, imunologia, oftalmologia e cardiologia; cães em pesquisas cardiológicas, gastrológicas(diabetes) e fonoaudiológicas.

Não obstante, é preciso ressaltar que nem todo procedimento que utiliza animais como modelo deve ser considerado uma experiência, pois experiência pressupõe que o resultado não seja conhecido de antemão. A inoculação do veneno de determinados animais no sangue de cavalos para se obter soro ou vacina, por exemplo, é um procedimento que utiliza animal, mas não pode ser considerado uma experiência. Por outro lado, nem toda experiência que utiliza animais como cobaia deve ser considerada vivissecção, que é a provocação intencional de uma lesão no corpo de um animal vivo e sadio para estudar a natureza de uma doença ou os efeitos de drogas no seu organismo, como ocorre nos estudos fisiológicos.

Vivissecção significa dissecação viva, termo utilizado para definir experiências, realizadas em criaturas vivas - humanas ou não humanas- que provocam queimaduras, congelamentos, cirurgias não-terapêuticas, indução de doenças ou danos intencionais em indivíduos sadios, mas também experiências psicológicas, teste com drogas, etc.[4]

Os primatas, via de regra, são utilizados nas últimas etapas do desenvolvimento de novos tratamentos, principalmente em estudos sobre imunologia, como a poliomelite e hemologia, e compatibilidade sanguínea.

Seja como for, existe um consenso no campo científico de que toda vez que uma nova vacina ou droga é desenvolvida, ela deve ser testada inicialmente em animais para evitar

que a vida humana seja colocada em risco, e os vivisseccionistas argumentam que é preciso definir quais vidas devem ser colocadas em risco, pois para eles não existe alternativa: ou se utiliza animais para testes ou novas drogas e vacinas não vão estar disponíveis no mercado.[5]

Uma doença mortal que atualmente necessita de vacina é a malária, responsável pela contaminação de quase três milhões de pessoas todos os anos, das quais mais de dois milhões morrem, muitas delas crianças africanas e asiáticas.[6]

Os cientistas argumentam que ao contrário da indústria de alimentos, de entretenimento ou da moda, as pesquisas que utilizam animais como modelo são indispensáveis, e que a maioria dos “milagres” da medicina moderna não existiriam sem este tipo de procedimento.

Técnicas cirúrgicas como a abertura de coração, o *bypass* coronariano e os transplantes de órgãos, por exemplo, foram desenvolvidos a partir de pesquisas realizadas em cachorros, de modo que considerar o uso de animais uma atividade eticamente inaceitável seria um retrocesso muito perigoso para os homens e para os próprios animais, que continuariam a sofrer com doenças como o câncer, diabetes e doenças degenerativas cardiovasculares[7].

Entre 1880 e 1885, por exemplo, Pasteur e seus colaboradores injetaram, através de trepanação, fragmentos de tecidos do cérebro de cães contaminados pelo vírus da raiva em cães saudáveis, e após repetir este procedimento em outros animais, eles finalmente inocularam o vírus em cães, coelhos e cobaias saudáveis, que ficaram imunizados[8]

Os vivisseccionistas entendem que nosso dever para com os animais é apenas um dever para com a sociedade humana, já que causar sofrimento ou danos desnecessários aos animais é uma ofensa à vida civilizada e ao bem-estar da humanidade.[9]

Segundo Carl Cohen, fervoroso defensor dessas experiências, o estrondoso sucesso da primeira vacina da pólio, anunciada pelo Centro Médico da Universidade de Michigan, teve um impacto global muito grande, pois a partir de então milhares de crianças foram salvas da morte e da miséria. Esse grande passo dado pela medicina, afirma, jamais teria sido possível sem a utilização de animais, já que o tecido animal é indispensável para a preparação da cultura que permite a fabricação da vacina, e nesse processo os primatas desempenharam papel importante, pois, no início, algumas pesquisas foram realizadas em crianças saudáveis, que acabaram sendo contaminadas. [10]

De fato, a causa desta doença era desconhecida até que em 1908 os cientistas conseguiram transmitir o vírus para macacos, e somente depois de vários anos de experimentos com esses animais foi possível, em 1950, cultivar o vírus em culturas de células humanas, tornando possível o desenvolvimento da vacina. Para garantir a segurança e a eficácia desta vacina foi preciso que os cientistas realizassem vários testes em primatas, e para produzi-la em grandes quantidades foi necessário o uso de tecidos de rins dos primatas, muito embora hoje em dia esta vacina já esteja sendo produzida através do método alternativo da auto-propagação de células.[11]

Os cientistas da indústria biomédica argumentam que a preocupação com o sofrimento e o bem-estar emocional dos animais é uma atitude antropomórfica que não leva em

consideração a ordem natural da vida na terra, onde os seres vivos sempre existem uns às custas dos outros.

Eles argumentam que da mesma forma que as plantas precisam utilizar microrganismos para obter os nutrientes do sol e os herbívoros se alimentam de plantas, os carnívoros precisam se alimentar dos herbívoros, pois a natureza não impôs qualquer tipo de limitação às espécies, impedindo-as de explorar umas as outras, de modo que o homem tem um direito natural de explorar os animais em benefício próprio.

Segundo os vivisseccionistas, mesmo quando o homem, considerado a única espécie capaz de desenvolver um conceito abstrato como o de “ética”, defende que os animais de laboratório sejam tratados humanamente, ele está se dirigindo a si próprio e não aos animais.[12]

Para os vivisseccionistas, a utilização de animais em procedimentos científicos é a única forma de exploração com efetivo potencial benéfico para a humanidade, cobrando um preço ético muito baixo, pois todas as informações obtidas nessas experiências poderão ser utilizadas pelas gerações futuras, a exemplo do que ocorreu com a vacina contra a pólio, que descoberta em 1950, até hoje livra muitas pessoas das suas terríveis consequências[13].

Além disso, eles afirmam que o direito de obter um conhecimento “desinteressado” é um valor cultural absoluto, que não admite limitações, sob o risco de violação do princípio constitucional da liberdade de expressão científica, previsto no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal.

Existiria uma verdadeira obsessão dos movimentos de defesa dos animais em relação a este tipo de pesquisa, uma vez que 97.5% das mortes de animais são provocadas pelas indústria de alimento e de peles, 2.1% no controle de zoonoses e apenas 0,4% na experimentação animal. Como se não bastasse, 90 a 95% dos animais utilizados na experimentação animal são ratos e camundongos, e apenas 2% cachorros, gatos e primatas, sem contar que o número de animais mortos nestes procedimentos é bem menor do que no controle de zoonoses. [14]

Os chimpanzés, por exemplo, são os únicos animais que os cientistas conseguiram infectar o vírus do HIV sem que eles desenvolvem a doença, o que tem levado muitos laboratórios a procurar nesse fato a chave para descobrir a cura para esta doença terrível.

Os vivisseccionistas costumam se referir a esta questão como se nela existisse um dilema moral, onde qualquer escolha implicaria numa violação de um princípio moral obrigatório, algo como escolher entre a salvação de um doente terminal ou de um animal de laboratório.

Jean Bernard, ex-presidente da Comissão Francesa para a Ética das Ciências e da Academia Francesa das Ciências, conta que certa vez participava de um programa de televisão e um ouvinte perguntou a Brigitte Bardot, conhecida ativista em defesa dos animais, qual seria sua decisão se tivesse de escolher entre a vida de uma criança que só pudesse ser salva a preço da morte de um cão submetido a experiência, e ela após

hesitar por um longo momento respondeu que “seria preferível deixar morrer o cão”.[\[15\]](#)

Para Claude Bernard “se nós podemos utilizar animais em serviços domésticos e até matá-los para comer sua carne, não faz sentido proibir o seu uso para o desenvolvimento de uma das ciências mais úteis para a humanidade”.[\[16\]](#)

No campo da psiquiatria e da psicologia inúmeras pesquisas provocam danos físicos e emocionais em animais, em processos de “aprendizado exaustivo”, que utilizam repetidos choques elétricos e outros tipos de trauma, como a privação materna, social, de alimentos, água ou sono, para induzir, por exemplo, macacos a estados depressivos. Em outros tipos de experiências os animais são submetidos a trepanação de crânio ou têm retirada parte da sua massa encefálica. Muitas vezes a medula do animal é seccionada para a introdução de eletrodos no cérebro, com vista a monitorar os estímulos nervosos artificiais em testes de soníferos, estimulantes, sedativos, antidepressivos e tranqüilizantes.[\[17\]](#)

Os cientistas alegam que a partir destas pesquisas foram obtidas informações fundamentais sobre o processo de aprendizagem, e desenvolvidas terapias que até hoje são usadas para tratar doenças como a anorexia e condutas compulsivas como a anorexia nervosa e as dependências de cigarro, álcool ou drogas.

Experiências realizadas em gatos, por exemplo, possibilitaram a descoberta do *corpus collosum*, que é um conjunto de fibras que conectam o lado esquerdo do cérebro ao lado direito, levando inclusive os pesquisadores a ganharem o prêmio Nobel em 1981.

Estas contribuições ajudaram diretamente no desenvolvimento de novos tratamentos para pacientes vítimas de derrame cerebral, distúrbios de linguagem, danos cerebrais, epilepsia, e outras doenças cerebrais.

3. Críticas ao Uso de Animais como Instrumentos de Pesquisa

Eu acho que não existe nenhum homem sensível que tenha alguma noção de justiça, mas eu devo confessar, tendo em vista os princípios da razão e do bom senso, que se esse homem fosse submetido a dores desnecessárias e imerecidas por outro homem, o seu algoz estaria cometendo um ato de injustiça; e a partir do senso de justiça decorrente de sua própria situação, onde ele é a vítima, ele deverá inferir naturalmente que se ele submeteu outro homem sensível à mesma dor desnecessária e imerecida que ele agora sofre, que a injustiça dele para com o outro seria exatamente a mesma injustiça do seu algoz para com ele próprio. Por conseguinte, o homem sensível e a justiça não submeterá outro homem a dores imerecidas, porque ele não fará com o outro aquilo que ele não deseja que seja feito consigo. **Humphry Primatt**[\[18\]](#)

A questão, no entanto, é controvertida, e muitos argumentam que o uso de animais para testes de terapias utilizadas no controle do uso de drogas são completamente ineficazes, pois as reações são muito diferentes no homem e nos animais.

Para eles, muitas drogas que foram testadas com sucesso em animais podem provocar danos aos homens, ao mesmo tempo em que outras que seriam benéficas aos homens podem estar sendo descartadas, por terem se mostrado danosas aos animais de laboratório.[19]

É preciso ainda destacar que as principais drogas anti-depressivas e antipsicóticas foram descobertas a partir de estudos clínicos,[20] o que torna ainda mais questionável este tipo de experiência.

Por outro lado, devido as condições artificiais em que essas pesquisas são realizadas, os animais não apresentam os mesmos sintomas da depressão humana, tais como insônia, perda de apetite, culpa, idéias ou comportamentos suicidas, de modo que a melhor forma de entender o comportamento humano talvez seja o acompanhamento e o estudo das próprias pessoas com distúrbios mentais e comportamentais.

Em pesquisas odontológicas, por exemplo, muitas vezes os animais são obrigados a ingerir grandes quantidades de açúcar, ou têm bactérias introduzidas na boca para que adquiram cáries e outras doenças, para que no final tenham as arcadas dentárias removidas para estudo.

É que muitas vezes um novo tratamento dentário pode apresentar resultados indesejáveis para os pacientes, de modo que antes de serem aplicados nos seres humanos eles devem ser testados em animais. A experimentação em animais serviria ainda para adestrar o pesquisador e aperfeiçoar a sua técnica através da avaliação dos riscos envolvidos na experimentação.

Como vimos acima, a grande maioria dos procedimentos que utilizam animais como modelo visam investigar processos de fenômenos naturais que não trarão qualquer aplicação em benefício dos homens, mesmo porque é sempre problemática a extrapolação dos resultados de experiências realizadas em animais para os seres humanos. [21]

Para termos uma idéia de como estas pesquisas são realizadas, vamos analisar dois artigos publicados na *Journal of Periodontology*, a revista oficial da Academia Americana de Periodontologia.

O primeiro artigo tem o título de *Nicotine Effects on Alveolar Bone Changes Induced by Occlusal Trauma: A Histometric Study in Rats* (Os efeitos da nicotina sobre o osso alveolar: Mudanças induzidas por trauma oclusal: um estudo histiométrico em ratos). Segundo o artigo afirma os animais, trinta ratos Wistar adultos com o peso de 300 a 400 gramas cada um, incluídos no item “métodos e materiais”, foram mantidos em celas plásticas individuais com acesso a água e comida a vontade, depois de ficarem de quarentena por 5 dias a uma temperatura de 22° a 24°C , expostos a um ciclo de 12-horas de luz e 12-horas de escuridão antes do experimento.

O resultado da pesquisa foi o seguinte: “Estes resultados sustentam a hipótese de que a nicotina pode aumentar a perda óssea peridontal associada a sobrecarga oclusiva. No entanto, esta hipótese não pôde ser confirmada no presente estudo”[22].

Em outro artigo denominado *effect of estrogen and calcitonin therapies on bone density in a lateral area adjacent to implants placed in the tibiae of ovariectomized rats* (efeitos da terapia de estrogênio e do calcitonin sobre a densidade óssea em uma área lateral adjacente a implantes localizados na tíbia de ratas ovariectomizadas), os autores informam que a experiência consistiu em colocar um parafuso de titânio bilateralmente num grupo de 58 ratos fêmea, divididos em três grupos, aos quais foram administrados calcitonin e estradiol. Após 60 dias os animais foram mortos e a parte não calcificada foi retirada, bem como amostras do sangue para medir os níveis de alcalinidade, fosfase e cálcio no momento da morte.

A densidade óssea a 500 mm da zona lateral mineralizada ao implante foi medida, tendo os pesquisadores chegado à seguinte conclusão: Aparentemente a terapia de estrógeno pode prevenir a influencia negativa da deficiência endógena de estrógenos sobre a densidade óssea ao redor do implante de titânio colocados em ratas ovariectomizadas[23].

O terrível *Teste Draize*, desenvolvido na década de 20 para a FDA americano (*Food and Drug Administration*) por J. H. Draize, pode ser de dois tipos: ocular (*Draize Eye Test*) ou cutâneo (*Draize Skin Test*).

O primeiro tem com o objetivo avaliar as alterações oculares e perioculares e o grau de irritabilidade provocada por determinados produtos colocados no mercado consumidor, especialmente aqueles provenientes da indústria de cosméticos e limpeza.

O teste é realizado da seguinte maneira: um grupo de seis a nove coelhos albinos são presos em uma estrutura que os mantém com a cabeça imobilizada, quando então é ministrado em sua órbita ocular, sem anestesia, 100 mg de solução concentrada de determinada substância. O animal permanece neste estado por até 18 dias, quando então, o olho do animal - que já se transformou em uma massa inflamada, dolorida, ulcerada, com hemorragia e cega - é extraído e analisado anatômica e fisiologicamente.

Diferenças anatômicas fundamentais entre coelhos e os homens no que se refere à pálpebra, lacrimação e córnea, porém, tornam este teste de validade duvidosa, de modo que uma pesquisa comparando os acidentes nos olhos provocados por 14 produtos domésticos e cosméticos encontrou diferenças na ordem de 18 a 250%.[24]

O *Teste Draize Cutâneo*, por sua vez, procura identificar o grau de irritabilidade provocada na pele humana por determinadas substâncias. O procedimento começa com a depilação de partes do corpo do animal, normalmente coelhos, roedores e porcos, para que seja aplicado o produto a ser testado, ficando o animal exposto aquela substância até que ocorra o enrijecimento cutâneo, a ulceração e a formação de edemas no local.

Muitas são as críticas dirigidas ao valor científico destes testes, tendo em vista as diferenças entre as constituições epidérmicas e as reações imunológicas entre o homem e os coelhos, já que este tipo de reação são muito diferentes entre as espécies. Além disso já existem métodos alternativos bem mais eficientes como aqueles que utilizam a cultura *in vitro* de células epidérmicas.

Na primavera de maio de 1980, Henry Spira dirigiu-se à uma loja da gigante de cosméticos Revlon, localizada na Quinta Avenida de Manhattan com um caminhão

cheio de coelhos albinos e juntamente com trezentos manifestantes vestidos de coelho protestaram contra os testes *draize* que aquela indústria realizava para testar os seus produtos.

Ele já estava negociando com a Revlon para que a empresa contribuísse financeiramente com o desenvolvimento de um teste alternativo que não utilizasse animais, mas a empresa ignorava as suas propostas, até que Spira conseguiu articular uma dezena de associações de defesa dos animais que financiaram um protesto de página inteira em vários jornais, entre eles o *New York Times*, com a seguinte pergunta: “Quantos coelhos a Revlon precisa cegar em nome da beleza?”, o que acabou por trazer a opinião pública para o seu lado.

Os protestos continuaram até que em dezembro a Revlon capitulou, anunciando a destinação de US\$ 750,000 para a Universidade Rockefeller desenvolver um teste alternativo, no que foi seguida por outras empresas como a Avon e a Bristol-Myers, até que em 1987 muitas delas aboliram todos testes *draize* realizados em animais

Graças ao movimento iniciado por Spira hoje já existem mais de 60 métodos alternativos disponíveis, entre eles o Eytex e o Matrex, e aqueles que utilizam córneas de animais ou seres humanos mortos, além de células corneais cultivadas *in vitro*.

Em 1991, o Estado americano da Califórnia chegou a aprovar uma lei que baniu os testes oculares, inclusive o *draize*, mas esta lei foi vetada pelo governador Pete Wilson, O mesmo ocorreu no estado de Maryland em 1990.

O teste *ld50*, muito criticado por toxicologistas, foi introduzido em 1940, visando determinar a quantidade de droga, química ou cosmética, necessária para matar 50% dos 60 a 100 animais que são utilizados no procedimento.

Normalmente o teste é realizado em ratos, coelhos, gatos, cachorros, cabras e macacos, através da ingestão forçada da substância a ser testada, quer seja por sonda gástrica, subcutânea, intravenosa, intraperitoneal, por inalação, misturada à comida e por via retal ou vaginal.

Inicialmente se introduz uma dose máxima da substância, que vai sendo diminuída progressivamente até que animal apresente convulsões, dispnéia, úlceras, emagrecimento, postura anormal, epistaxe, hemorragias da mucosa ocular e oral, lesões pulmonares, renais e hepáticas, coma, até a morte.

O teste só termina quando 50% dos animais morrem, e a partir de então os cientistas acreditam ter encontrado a quantidade ideal para a prescrição daquele produto para humanos.

Muitos cientistas consideram que a simples transposição para os homens dos resultados obtidos nestes teste é ineficaz, já que mesmo entre os animais o procedimento depende de variáveis como idade, sexo, peso, temperatura, época do ano e modo de administração da substância, de modo que diferentes laboratórios frequentemente têm obtido resultados díspares para uma mesma substância.

Além disso, os dados obtidos não podem ser utilizados para o tratamento de vítimas de envenenamento, pois a quantidade da substância ingerida é geralmente desconhecida. Nesses casos, protocolos alternativos que utilizam até 90% menos animais poderiam ser utilizados, tal como as provas de citotoxicidade.

Os defensores deste tipo de teste, no entanto, argumentam que atualmente são usados apenas de 4 a 10 ratos ou camundongos por experiência, o que vem reduzindo bastante o número de mortes. Para eles este teste ainda é muito importante para determinar a dose letal para novas drogas utilizadas em tratamentos como o câncer e a AIDS, bem como para descobrir o tratamento adequado em casos de envenenamentos ou overdoses acidentais.[25]

A questão, no entanto, é controversa, e segundo Marquardt, atualmente, mesmo quando uma substância parece inofensiva em testes com animais, ela precisa ser submetida a procedimentos clínicos com voluntários humanos, de modo que apenas 5% dos produtos testados *in vitro* são testados em animais, e mesmo assim, 98% deles são interrompidos nesta fase e nunca são testados em humanos, de maneira que a proibição desses testes pode provocar tragédias semelhantes à que ocorreu com a Talidomida.[26]

Embora diferentes países utilizem diferentes parâmetros para o LD50, o caráter numérico deste teste fornece uma forma conveniente de classificar o produtos químicos, mesmo considerando que estes números são duvidosos. É que as agências reguladoras temem que o uso de um novo parâmetro de análise científica de produtos perigosos como critério de classificação, possa tornar a base legal incerta, desencadeando uma luta pela reclassificação dos produtos, aumentando o nível de incerteza no mercado consumidor.[27]

Em 1998, o PETA desenvolveu uma grande campanha contra a General Motors, que utilizava animais em suas experiências, especialmente em estudos sobre traumatismo craniano, responsável pela morte de milhares de vítimas em acidentes de trânsito.

É que no passado os médicos acreditavam que pouco podia ser feito nesses casos, e graças a pesquisas com animais, agressivos procedimentos médicos de recuperação das vítimas desse tipo de acidente se tornou possível.

Segundo os defensores da experimentação animal, os testes automobilísticos com animais tornaram possível ainda o desenvolvimento de mecanismos como cinto de segurança, *air bags*, coluna de absorção de energia do volante e o auto-alinhamento do volante com o pneu, bem como a redução dos efeitos da fumaça do diesel e outros fluídos no sistema respiratório, bem como o controle do potencial de toxicidade de novos materiais usados na fabricação de automóveis.[28]

Os procedimentos militares são sem sombra de dúvida o tipo mais cruel de experimentação animal, e mesmo depois da guerra fria, milhares de animais ainda continuam a ser mortos e submetidos aos mais terríveis procedimentos para fins militares. Só o Departamento de Defesa Norte-americano mantém mais de 40 estabelecimentos que utilizam animais em programas de pesquisas, educação, testes e treinamento militares.

Nesses programas os animais costumam ser queimados, alvejados, sangrados, submetidos a armas químicas, biológicas, nucleares ou a intensos ruídos, além de serem expostos a diversas armas químicas e biológicas.

Com efeito, em uma experiência militar visando o estudo de perdas auditivas realizada em 1983 no *Aberdeen Proving Ground*, pesquisadores colocaram 38 gatos presos em sacos de lona, e em seguida desferiram vários disparos com rifles e metralhadoras, produzindo ruídos de até 165 decibéis. Nos dois meses seguintes os gatos foram mortos e seus aparelhos auditivos foram retirados para análise histológica.

Em 1989, a experiência foi repetida com 51 gatos, e segundo o médico otologista J. William Wright, ao final da pesquisa chegou-se à conclusão de que ocorreram danos auditivos nos animais.

Ora, sabemos que a partir de 110 dB o ouvido humano começa a sofrer perdas, e que além disso os gatos possui níveis de audição bastante diferente dos humanos, já que eles podem ouvir sons com frequência até mil vezes maior do que o homem, o que torna os resultados deste estudo bastante questionáveis.[29]

John Bachman, por exemplo, um oficial reformado da força aérea dos EUA, que por mais de dez anos realizou experimentos radiativos em animais na base aérea do Texas, afirmou que “as pesquisas atuais, assim como as feitas no passado são inúteis”.[30]

Outro exemplo é o de Donald Barnes, ex-encarregado dos experimentos da Plataforma de Equilíbrio de Primatas na Base Aérea de Brooks - onde foram submetidos a irradiação cerca de mil macacos - que após demitir-se do cargo, tornou-se um opositor da experimentação em animais.[31]

Além disso, essas experiências militares com animais podem provocar catástrofes como a que ocorreu em 1979 nos Montes Urais da Rússia, quando os soviéticos tentavam fabricar armas biológicas e provocaram uma grande epidemia de anthrax, num acidente que só foi reconhecido pelo governo do presidente Boris Yeltsin, 14 anos depois.

Estima-se que entre 50 a 150 milhões de animais são utilizados todos os anos em procedimentos científicos e industriais ao redor do mundo, provocando terríveis sofrimentos e privações a essas criaturas.

Os vivisseccionistas alegam que a realização desse tipo de experiência, mesmo quando os resultados já são conhecidos antecipadamente, ainda é uma técnica educacional válida em muitos campos científicos, tais como matemática, física e química, pois possibilita que o estudante identifique se o procedimento está sendo, ou não, realizado corretamente.[32]

Eles argumentam que os animais utilizados nessas experiências têm um metabolismo rápido para o desenvolvimento de certas doenças, de modo que a sua utilização permite que a pesquisa seja realizada em um prazo de tempo compatível com o calendário acadêmico.

Alegam ainda que os Comitês de Ética não costumam aprovar projetos inconsistentes e as instituições não financiam experiências redundantes ou desnecessárias, estimando

que apenas 1% dessas experiências são realizadas em primatas, ressaltando ainda que as contribuições advindas desses procedimentos são importantíssimas, e em alguns casos, cruciais para a humanidade.[33]

Seja como for, a maioria dos países europeus já proibiu a vivisseção, e na universidades britânicas o uso de animais para o ensaio de habilidades cirúrgicas de médicos, odontólogos ou veterinários há muito tempo foi banida.

Entretanto, esta técnica de ensino ainda é utilizada em muitas instituições de ensino ao redor do mundo, em disciplinas como anatomia, técnicas cirúrgicas e toxicologia. Outras disciplinas, como fisiologia, farmacologia e técnica operatória, por exemplo, também costumam utilizar animais vivos em aulas práticas em cursos como os de biologia, farmácia, odontologia, medicina e veterinária.

Isto se deve muito mais à facilidade e rapidez que ela oferece para a realização da pesquisa, possibilitando que ao pesquisador uma rápida produção de artigos científicos, do que aos avanços científicos por elas promovidos. Como a maioria dos pesquisadores foram treinados para realizar este tipo de pesquisa, eles são relutantes em aplicar métodos alternativos, o que exigiria um tipo de treinamento para o qual não foram devidamente preparados.

Alguns estudantes, por motivo de consciência moral, têm se recusado a realizar procedimentos dolorosos em animais como requisito para obter a aprovação em certas disciplinas, e algumas universidades já permitem que eles realizem atividades alternativas ou cursem disciplinas compatíveis em outras faculdades ou universidades. [34]

1. Os Danos e Sofrimentos Des(Necessários) da Vivisseção

A fim de restabelecer a dignidade da profissão e do que acredito ser a primária responsabilidade com a saúde e bem-estar dos animais, todos os membros da nossa profissão precisam assumir uma posição muito mais radical de apoio ao bem-estar e aos direitos dos animais. **Michel Fox**[35]

Os antivivisseccionistas podem ser agrupados em dois grupos: aqueles que consideram essa prática desnecessária e aqueles que entendem que ela produz pouco benefício aos homens em relação aos danos provocados aos animais.

Os que entendem que esta prática é desnecessária afirmam que a utilização da medicina preventiva, o incremento de medidas de saúde pública, o uso de estudos clínicos e o desenvolvimento de recursos alternativos eliminariam por completo a necessidade de utilizar animais em experiências científicas.[36]

Autores como Peter Singer e a Associação Australiana Pesquisas Humanas utilizam o balanço custo-benefício como argumento e sugerem que a experimentação animal produz uma quantidade enorme de sofrimento para os animais e pouco benefício para os humanos. Sharpe, por exemplo, afirma que nossa escolha não deve do tipo o cachorro ou a criança, mas entre boa e má ciência, uma vez que a experimentação animal apenas produz um conhecimento sobre animais em condições artificiais e não sobre humanos.[37]

Os que defendem a abolição total da exploração institucionalizada dos animais, afirmam que os governos poderiam muito bem utilizar os recursos destinados à pesquisa em animais para financiar programas de educação sobre sexo-seguro, distribuição de seringas e camisinhas, programas politicamente controversos e de retorno eleitoral duvidoso, mas que reduziria drasticamente o número de pessoas infectadas.

Afirmar que o bem-estar dos homens não pode ser substituído pelo bem-estar dos animais é um argumento que parte de uma concepção equivocada: a de que estes valores são excludentes, quando na verdade são complementares.

Muitos consideram as pesquisas científicas que utilizam animais como modelo para estudar doenças humanas pouco confiáveis, além de desperdiçar uma grande soma de recursos financeiros pagos pelo contribuinte. Para eles, o dinheiro gasto com essas pesquisas poderia muito bem ser utilizado para financiar pesquisas clínicas ou programas de saúde junto às camadas mais carentes da população.[38]

Para Marjorie Spiegel:

Enquanto bilhões de dólares decorrentes de impostos são gastos todos os anos para literalmente torturar os animais – supostamente em nosso benefício – muitos humanos têm o acesso negado até mesmo a cuidados médicos básicos e nutrição. Além disso, devido a nossas prioridades (e aquelas da indústria farmacêutica, que financia muitas dessas pesquisas), pessoas estão desprovidas do acesso a informações que poderiam salvar suas vidas, uma vez que as principais causas de morte em nossa nação – ataques cardíacos, pressão alta, câncer e diabetes – podem ser prevenidas e curadas através de uma alimentação adequada.[39]

A penicilina, por exemplo, mata os porcos e *hamsters*, embora seja muito benéfica aos homens, enquanto a talidomida, inofensiva para muitos animais, provocou o nascimento de mais de 10.000 crianças portadoras de deficiências físicas.

O Tylenol, muito usado pelos homens para combater dores, é mortal para os ratos, e o antibiótico clorafenicol, que foi muito testado em animais, pode provocar fatais doenças sanguíneas nos homens.

Além disso, existem consideráveis evidências empíricas de que estas experiências são contraproducentes, a exemplo do que ocorre com as pesquisas sobre o câncer decorrente do tabagismo ou do uso do amianto, já que os pesquisadores não conseguem induzir

estas enfermidades em animais de laboratório, o que tem ocasionado o atraso na adoção de medidas de controle destes produtos, que continuam a provocar a morte de milhares de pessoas.

Pesquisadores das Universidades de Boston e Harvard afirmam que os novos remédios e vacinas foram responsáveis por apenas 1% a 3.5% pelo declínio total da mortalidade nos Estados Unidos desde 1900, quando na verdade, o declínio de mortalidade decorrente de doenças epidêmicas como a tuberculose, febre tifóide, varíola, difteria e outras decorreram de melhoras no tratamento sanitário, a elevação de padrões de higiene, dietéticos e estilo de vida[40].

Segundo Gardner, um dos principais problemas desse tipo de argumento antiviviseccionista é que seus gráficos e estatísticas só levam em consideração os índices de mortalidade, esquecendo de incluir a redução do sofrimento e a morbidade daqueles que ainda sobrevivem após utilizarem remédios desenvolvidos a partir da experimentação animal.

Embora possamos afirmar que as modernas pesquisas médicas tenham contribuído diretamente, e em grande parcela, para o aumento da expectativa de vida, não podemos negar que elas foram também em grande medida influenciadas pelo conhecimento derivado de experiências realizadas com animais.[41]

Com efeito, muitos avanços científicos como o isolamento do vírus da AIDS, a descoberta de penicilina e da anestesia, a identificação dos tipos sanguíneos, a necessidade de certas vitaminas, o desenvolvimento do raio-X e a descoberta dos fatores de risco em doenças do coração, foram todas feitas através de estudos com a própria população humana.[42]

Albert Sabin, por exemplo, responsável pela descoberta de uma das mais importantes vacinas contra a pólio, afirmou certa vez, perante o Congresso Americano, que “o trabalho de prevenção foi por muito tempo atrasado devido a uma concepção errônea da natureza da doença nos homens baseada em métodos experimentais equivocados da doença em macacos.”[43]

É que pesquisas realizadas com macacos indicaram falsamente que o vírus da pólio infectava apenas o sistema nervoso, e somente quando a pesquisa passou a ser realizada em células humanas cultivadas é que os cientistas entenderam que o vírus infectava o tecido não neural.

Da mesma forma, pesquisas que visavam à utilização de veias humanas para substituir artérias entupidas foram atrasadas por vários anos, porque os estudos realizados em cachorros indicavam que as veias não podiam ser utilizadas no lugar das artérias. Seja qual for o tipo de experimentação, sabemos que ela provoca muito sofrimento aos animais, o que, via de regra, obriga os cientistas a praticarem “eutanásia”, abreviando a vida do animal.

No *Curso de Manipulação de Animais* da Fundação Oswaldo Cruz, por exemplo, são indicados os principais métodos de “eutanásia”, eufemismo para o ato de matar os animais depois de fazê-los sofrer:

Deslocamento cervical - o animal deve ser apoiado sobre uma superfície na qual possa se agarrar, e logo após deve-se segurar a cauda do animal com uma das mãos e com a outra apoiar a pinça cirúrgica, ou objeto similar, transversalmente sobre sua região cervical, e a seguir pressionar a pinça para baixo e para frente, empurrando a cabeça do animal ao mesmo tempo em que traciona a cauda em sentido oposto.

Decapitação - esta técnica é realizada com a utilização de uma guilhotina, ainda que o sangue coletado após essa decapitação seja geralmente contaminado por secreções salivares e respiratórias.

Exsanguinação - método frequentemente utilizado para a obtenção de soro hiperimune de roedores e coelhos, que se realiza por meio de punção cardíaca ou de vasos sanguíneos de grande calibre.

A rigor, falar em eutanásia nesses casos não passa de um sofisma, pois não se pode falar em morte piedosa quando o próprio autor deu causa ao sofrimento que pretende abreviar. É como se uma pessoa desse um tiro em outra, e ao vê-la caída desse o famoso “tiro de misericórdia”, vindo mais tarde alegar que o disparo foi dado no interesse da vítima e que somente veio acelerar uma morte que era certa, abreviando assim o seu sofrimento.

Congelamento rápido - que consiste em “colocar o animal rapidamente em nitrogênio líquido.”[44]

Convém ressaltar que em 1959 o zoologista William Russell e o microbiologista Rex Burch publicaram o livro *The Principles of Humane Experimental Technique*, onde estabelecem as bases da denominada teoria dos três “Rs”, que propõe a substituição dos uso de animais superiores por formas de vida filogeneticamente mais primitivas ou por simulações (*replace*).

Quando isto não for possível deve-se reduzir o número de animais, de espécimes e procedimentos para alcançar os objetivos do trabalho (*reduce*), e alterar os processos existentes utilizando técnicas para minimizar a dor, o desespero e o desconforto dos animais (*refine*).

Embora esta teoria tenha obtido um forte impacto político, sendo inclusive incorporada imediatamente pela *Royal Commission of Ethics* do Reino Unido e adotada pelos Estados Unidos para a liberação de verbas em projetos de pesquisas em áreas biomédicas, ela apenas legitima a realização de procedimentos cruéis contra os animais.

Na verdade, a depender da prioridade que o autor conceda a cada um dos três “Rs” é possível identificar pelo menos três definições de recurso alternativo: a primeira entende que ele consiste na redução do uso dos animais (*reduce*); a segunda na redução ou abolição da quantidade de dor e o sofrimento dos animais (*refine*); e a terceira que é a substituição da experimentação animal por técnicas, tais como a cultura de células, simulações computadorizadas, que dispensem a utilização de animais como cobaias (*replace*).

Com efeito, a definição de recursos alternativos tem sido objeto de várias controvérsias no campo jurídico, colocando de um lado aqueles que entendem que recursos

alternativos são aqueles de natureza anestésica, de modo que toda e qualquer experiência com animais que tenha finalidade didática e científica é atípica se o animal for devidamente anestesiado e do outro os que afirmam que os recursos só são alternativos quando substituem os animais por uma outra técnica científica.[45]

A primeira posição, no entanto, nos parece equivocada, indo de encontro a valores que já estão há muito consolidados perante a comunidade internacional, de modo que o simples uso de anestesia não pode ser considerado um recurso alternativo, já que esta é uma exigência que já estava prevista até mesmo no art. 3º, I da lei nº 6.638/79, e o retorno àquela posição é um retrocesso que não se coaduna com a nova ordem constitucional do país.

Na verdade, o que a Lei de crimes ambientais quis foi, a exemplo dos países mais civilizados, proibir é a prática de todo e qualquer procedimento que provoque dor ou sofrimento aos animais, salvo quando não existir alternativa, isto é, técnicas e métodos que dispensem este uso.

Paulo de Bessa Antunes, porém, assume uma posição bastante conservadora, ao entender que a experimentação científica em animais é uma “necessidade insuperável no atual estágio de desenvolvimento da ciência”, de forma que para ele este tipo penal se tornará letra morta ou se constituirá sério entrave ao desenvolvimento científico[46].

Melhor seria, assevera, que o Poder Executivo tivesse vetado este artigo, “evitando constrangimentos extremamente importantes para cientistas, pesquisadores e para as próprias letras jurídicas nacionais e internacionais”. [47]

Paulo de Bessa Antunes, vai mais além :

Ora, as alternativas sempre existem. O cientista poderá fazer experiências de novas drogas e remédios diretamente em seres humanos ou, até mesmo, não testá-las! Ou ainda, poderemos fazer testes de praguicidas e venenos contra animais daninhos em crianças, por exemplo! [48]

Esta posição, porém, é igualmente insustentável, e nenhuma criança precisa ingerir pesticida ou veneno para que os cientistas descubram o grau de toxidade de um produto, pois já existem mais de 300 recursos alternativos disponíveis no mercado que dispensam o uso de animais em testes de toxidade.

Por fim, os anti-vivisseccionistas argumentam que os métodos científicos aplicáveis diretamente em seres humanos foram os responsáveis pelos avanços da medicina, e que a experimentação animal persiste somente porque as indústria química e farmacêutica ainda preferem utilizar esse método enganoso e contraditório, uma vez que ele oferece resultados maleáveis que lhes permitem esconder os verdadeiros riscos de seus produtos.

6. Crimes contra os Animais em Pesquisas Científicas

Como os animais são propriedade, consideramos “humanitário” um tratamento que, se fosse dado a humanos, consideraríamos tortura. **Gary Francione**[\[49\]](#)

Em 02 de janeiro de 1999, o promotor Tales Fonseca Tranin, do Estado do Acre, denunciou um professor do ensino fundamental pelo art. 32, § 1º e 2º da lei n. 9.605/98 pela conduta de utilizar sapos vivos em aulas de biologia, matando-os e dissecando-os perante seus alunos menores de idade. Como o réu era primário e a penas inferior a dois anos ocorreu a suspensão do processo por dois anos.[\[50\]](#)

O art. 64 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) já proibia o tratamento cruel ou a submissão do animal a trabalho excessivo, cominando uma pena de dez dias a um mês de prisão simples ou multa. O seu parágrafo primeiro tipificava ainda a realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, mesmo que para fins didáticos ou científicos, embora apenas quando ela ocorresse em lugar público ou exposto ao público.

É que a vivisseção sempre foi considerada uma conduta atípica, e o art. 1º da Lei n. 6.638/79 estabelecia que as normas para a prática didático-científica da vivisseção de animais estavam expressamente dispostas no seguinte enunciado: “Fica permitida, em todo o território nacional, a vivisseção de animais, nos termos desta lei”.

O Decreto-Lei n. 64.704/69, por sua vez, em seu art. 2º, alínea “c” e “d” estabelecia ser competência privativa de médico-veterinário a assistência médica aos animais utilizados na experimentação animal e a direção técnico-sanitária de biotérios.

O único elemento normativo que poderia transformar aquela conduta em contravenção penal era a sua realização em local público ou exposto ao público, o que demonstrava seu caráter biocêntrico, já que a preocupação do legislador se restringia aos seres humanos.

Por certo que a Lei n.º 6.638/79 exigia que os centros de pesquisa fossem registrados e autorizados por um órgão competente, que os animais permanecessem por mais de quinze dias em biotérios antes da vivisseção, que não poderia ser realizada em estabelecimentos de primeiro e segundo grau ou qualquer local freqüentado por crianças ou adolescentes, e que os procedimentos fossem realizados sempre com o uso de anestesia e a supervisão de um técnico especializado, quando o animal tivesse de ser “sacrificado”.

Não obstante, embora o art. 6º desta lei remetesse ao Poder Executivo, no prazo de 90 dias, a sua regulamentação, para estabelecer os órgãos competentes para o registro, autorização e fiscalização dos biotérios e centros de experiência, isto nunca ocorreu.

Com o advento da Constituição de 1988, porém, as normas ambientais adquirem pela primeira vez status constitucional, obrigando o Poder Público e a coletividade a defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, impondo-lhes, dentre estas obrigações, a de defender a fauna, e vedando-lhes toda e qualquer prática que submeta os animais a crueldade (o art. 225, VII, CF).

A luz dessa nova constituição foi editada a Lei Federal nº 9.605/98, que no §1º do seu art. 32 revoga tacitamente o art. 64 da Lei das Contravenções Penais e o art. 1º da Lei n. 6.638/79, ao incluir a vivissecação entre os crimes ambientais, estabelecendo que esta prática deixa de ser uma faculdade e passa a ser proibida, salvo, em última instância, quando não houverem recursos alternativos.

Com a nova ordem jurídica, a vivissecação que era regra passou a ser exceção, e a partir de então deve ser considerada, em princípio, crime ambiental, salvo quando devidamente demonstrado que aquela experiência foi realizada em benefício do próprio animal.

O núcleo do crime de crueldade contra os animais é a realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, onde o conceito de dor vai muito além da mera dor física sofrida no momento do procedimento, e inclui também a angústia sentida antes e depois do procedimento. Além disso, à luz do § 2º do art. 64 desta lei, se o animal vier a falecer a pena será aumentada de um sexto a um terço.

Por outro lado, nos parece que a crueldade prevista no tipo, tal como ocorre no crime de homicídio, tem relação com o método empregado na vivissecação, isto é, um meio que faça o animal sofrer além do necessário, submetendo-o a uma condição degradante.

Muitos afirmam, porém, tentando desqualificar o sofrimento de animais sencientes, que os seres humanos possuem uma maior capacidade de sofrer e sentir dor, pois somente na espécie humana ocorrem casos de dependência química, depressões, esquizofrenia e atos de violência como o estupro e o homicídio.

É preciso destacar que a neuroanatomia já demonstrou que todos os animais vertebrados possuem uma organização morfológica básica semelhante, constituída de medula espinhal, tronco encefálico, cérebro e cerebelo, e que o sistema nervoso destes animais tem a mesma função de promover a mediação entre a mente e o comportamento. Cada grupo de vertebrados tem suas funções mentais desenvolvidas de acordo com seu grau evolutivo, onde a dor, uma sensação desagradável ou penosa causada por um estado anômalo do organismo, é um processo comum a todos os membros dessa classe.^[51]

É que não existe qualquer prova científica de que os homens sintam mais dor ou sofram mais do que os animais, o que levou Michael Fox a propor a seguinte consideração ética para a utilização de animais em pesquisas científicas: se a dor e o sofrimento do animal for maior que a quantidade de dor e sofrimento que um homem suportaria nas mesmas condições, a experiência não deve ser permitida”.^[52]

Se a experiência, porém, for realizada em animal que já se encontra doente, e seja feita em seu próprio benefício, entendemos ser atípica a conduta, desde que precedida das cautelas necessárias que evitem o sofrimento do animal.

Nos parece bastante claro que este tipo revela que legislador reconheceu explicitamente que se existirem recursos alternativos a utilização de animais em procedimentos científicos não deve ser realizada, a menos que o cientista comprove que o uso de animais é inteiramente indispensável, e mesmo quando isso ocorrer ele estará juridicamente obrigado a utilizar o menor número possível e todos os meios disponíveis a provocar a menor quantidade de dor e sofrimento aos animais.

Trata-se, na verdade, de um tipo anormal, pois além do núcleo e dos elementos descritivos, ele contém um elemento normativo, que é a existência de “recursos alternativos” que possam evitar a dor e o sofrimento do animal.

Como elemento normativo, porém, a expressão “recursos alternativos” exige que o operador jurídico recorra a elementos extrajurídicos e a juízos de valor para a sua compreensão, tal como ocorre, por exemplo, com o conceito de “mulher honesta” no crime de rapto.

Com efeito, o vocábulo “alternativo” provém do latim *altler*(outro), significando uma escolha, entre duas ou mais opções, da que é verdadeira ou mais conveniente, de modo que o objetivo inicial de um recurso alternativo deve ser sempre a substituição da experimentação.

O art. 32, §2º da Lei nº 9.605/98 proíbe expressamente a utilização de animais em procedimentos científicos, salvo quando a for pesquisa de importância fundamental para a saúde pública e for demonstrado que para aquele objetivo não existem recursos alternativos disponíveis.

Neste caso, a experimentação animal será considerada uma conduta atípica, embora deva ainda o pesquisador respeitar os princípios da minimização do sofrimento a eles infringido.

Não esqueçamos que a maior parte das experiências com animais, principalmente as realizadas com fins didáticos, são meras demonstrações de conhecimentos já consolidados, não trazendo nenhuma contribuição científica, a exemplo das pesquisas biomédicas, que geralmente provocam sérias lesões em animais vivos apenas para provar a função dos sistemas biológicos dessas criaturas ou a utilização de novas técnicas terapêuticas.

Na maioria das vezes, os animais são utilizados para simples confirmação de um conhecimento já disponível, de modo que são proibidos tais procedimentos dolorosos, realizados na maioria das vezes sem anestesia ou com anestesia insuficiente, ensejando a morte de centenas de animais por hemorragia ou simples “sacrifício”.^[53] Milhares de animais são utilizados para o aprendizado de cisões, suturas e ressecção de órgãos, procedimentos que poderiam muito bem ser realizados com a utilização de recursos alternativos.

Com o advento da Lei federal nº 11.794/2008, conhecida como “Lei Arouca”, alguns visissecionistas têm comemorado como se ela fosse uma espécie de “legalização” dos experimentos em animais.

Acontece que a norma penal especial não foi revogada pela Lei Arouca. Muito pelo contrário, a mesma foi confirmada conforme podemos observar de seu artigo 20 a seguir transcrito: “As sanções previstas nos arts. 17 e 18 desta Lei serão aplicadas pelo CONCEA, sem prejuízo de correspondente responsabilidade penal”.

Muitos autores afirmam que os visissecionistas estão submetidos a um processo de “cegueira ética condicionada”, e da mesma forma que um rato pode ser condicionado a pressionar uma alavanca em troca de comida. Na verdade, eles estão condicionados a

receber recompensas profissionais, desde que ignorem as questões éticas envolvidas na questão.[54]

Em suma, pode-se afirmar que a maioria das experimentações em animais realizadas nas universidades brasileiras violam expressamente as normas e princípios constitucionais, além de se constituir numa conduta eco-criminosa, mesmo em face da recém promulgada Lei federal nº 11.794/2008, que pretende regulamentá-las.

A alternativa mais adequada do ponto de vista jurídico para as instituições de pesquisa é a utilização de métodos alternativos e o desenvolvimento de novos métodos que não violem os direitos básicos dos animais.

Também cumpre citar, que face ao princípio da máxima efetividade, em muitos aspectos a Lei nº 11.794/2008 viola o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, uma vez que flexibiliza uma norma constitucional que proíbe expressamente toda e qualquer prática que submeta os animais à crueldade.

De fato, face a sua inconstitucionalidade, a denominada “Lei Arouca” não exclui a ilicitude da vivissecção face ao art. 32, § 2º, da Lei de Crimes Ambientais, mesmo porque existem recursos alternativos disponíveis no mercado.

De fato, já existem no mercado numerosos recursos alternativos à experimentação animal, sendo que a principal delas é a prevenção, que consiste conceder incentivos fiscais e realizar projetos de educação ambiental que encorajem a população a adotar um estilo de vida sadio, que concilie, por exemplo, uma dieta vegana com a prática de esportes.

Os estudos clínicos, por exemplo, utilizam voluntários humanos. Os estudos de caso, autópsias e análises estatísticas, por sua vez, estão relacionadas à observações clínicas de determinada doença, enquanto a epidemiologia estuda as doenças em populações inteiras.[55]

O cultivo de tecidos, células e órgãos podem substituir os animais em testes de irritação e toxicidade, ao passo que estudos com imagens, tais como a tomografia computadorizada, ressonância magnética cromatografia e espectometria de massa podem realizar diagnósticos precoces.

Cientistas suecos provaram que a combinação de quatro testes *in vitro* prevê a toxicidade de um produto em 80% dos casos, contra apenas 65% do LD50, de modo que a União Européia, em 2003, proibiu este tipo de teste e a venda de produtos testados dessa forma provenientes de países da comunidade européia e de outros países.[56]

O uso da placenta humana pode servir para desenvolver técnicas de micro cirurgia vascular e para testes de toxicidade, enquanto modelos mecânicos, computadores e modelos matemáticos podem ser usados em teste de acidentes automobilísticos, de inflamáveis e no ensino de medicina e cirurgia.

6. Conclusões

O caso dos macacos de Silver Spring teve início quando Alex Pacheco, atualmente dirigente da PETA (Pessoas por um Tratamento Ético dos Animais) forneceu à polícia provas de crueldade animal no laboratório de Dr Edward Taub. A investigação de Pacheco em 1981 levou a uma batalha judicial intensa que durou dez anos. A batalha foi cara e demorada, mas foi utilizada para fomentar a educação, publicidade e o incremento da consciência em relação ao direito animal em geral e em particular a questão do abuso animal em pesquisas científicas. **Helena Silverstein [57]**

Em 29 de abril de 2002, o Dr. Luciano Rocha Santana abriu os Inquéritos Cíveis n 007/2002 e 12/2005 para apurar denúncia de maus tratos em experimentação animal no Hospital da Escola de Medicina Veterinária da UFBA. Após um longo processo de negociação foi confeccionado um Compromisso de Ajustamento de Conduta que prevê a abolição total da vivisseção na Universidade Federal da Bahia, com a substituição e o desenvolvimento de métodos alternativos.[58]

Dentre as suas cláusulas, o acordo prevê a abolição da utilização de animais como recurso didático-científico, salvo quando em benefício do próprio animal, a promoção de seminários interdisciplinares e o desenvolvimento de métodos alternativos à experimentação animal, além da inserção da disciplina ética animal em seu currículo.

Por ironia do destino, um dos melhores exemplos de recurso alternativo à vivisseção ocorreu quando pesquisadores da própria Escola de Veterinária da Universidade Federal da Bahia (UFBA) em parceria com cientistas da Fundação Oswaldo Cruz na Bahia (Fiocruz-BA) promoveram uma aliança entre a cirurgia ortopédica e a inserção de células-tronco no trecho lesionado da medula nervosa de um gato que fora atropelado acidentalmente, em pesquisa que sugere que no futuro não só os animais, mais os humanos com lesões cervicais, poderão recuperar o movimento das pernas.[59]

Seja com for, os centros de pesquisa, as universidades e a indústria farmacêutica e química terão de entender que simplesmente copiar a (má) tecnologia dos países desenvolvidos contribuirá muito pouco para o nosso desenvolvimento tecnológico.

É preciso, pelo contrário, que o Estado brasileiro fomente cada vez mais a pesquisa de métodos alternativos à experimentação animal, dando um exemplo positivo para outras nações, ao mesmo tempo em que desenvolve novas tecnologias, que poderão no futuro se transformar em divisas para o país.

7. Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004,

BARNES, Donald J. A Matter of Change. In: SINGER, Peter. **In Defense of Animals**. New York: Basil Blackwell.1985.

BERNARD, Claude. **An Introduction to the Study of Experimental Medicine**. Michigan: Coller Books. 1961.

- BERNARD, Jean. **Da Biologia à Ética**. São Paulo: Editorial Psy II, 1994
- CARLSON, Peggy, Whose Health is It, Anyway? **The Animals' Agenda**. November/December.1996.
- COHEN, Carl; REGAN, Tom. **The Animal Rights Debate**. Maryland: Rowman and Littlefield. 2001
- DIAS, Edna Cardoso. **A Tutela Jurídica dos Animais**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000
- DUARTE, Poliana Mendes e outros. Effect of Estrogen and Calcitonin Therapies on Bone Density in a Lateral Area Adjacent to Implants Placed in the Tibiae of Ovariectomized Rats. **Journal of Periodontology**. November 2003 (Volume 74, No. 11)
- FRANCIONE, Gary L. **Introduction to Animal Rights: your child or the dog?** Philadelphia: Temple University. 2000.
- FREITAS, Vladimir Passos e FREITAS, Gilberto de Passos Freitas, **Crimes Contra a Natureza**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- FOX, Michael **Inhumane Society: The American Way of Exploiting Animals**. New York: St. Martin's Press. 1990.
- GARNER, Robert. **Animals, Politics and Morality**. Manchester: Manchester University, 1993
- GORDILHO, Heron José de Santana e SANTANA, Luciano Rocha. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 2. n 3. Jul/Dez 2007.
- KAUFMAN, Stephen. Most Animal Experimentation does not Benefit Human Health. ROHR, Janelle (Ed.). **Animal Rights: opposing viewpoints**. San Diego: Greenhaven Press, 1989.
- LEVAI, Tamara Bauab. **Vítimas da Ciência**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001
- LIMA, João E. Régis. **Vozes do Silêncio: cultura científica, ideologia e alienação no discurso sobre vivissecção**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1995.
- MARQUARDT, Kathleen; LEVINE, Herbert M.; LAROCHELLE, Mark. **Animal scam: the beastly abuse of human rights**. Washington: Regnery Gateway.1993
- MILARÉ Milaré e COSTA Jr, Paulo José da. **Direito Penal Ambiental**. Campinas: Millenium. 2002.
- PAIVA, Fabienne Petitinga de e outros. **Curso de Manipulação de Animais**. Salvador: Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Centro de Pesquisa Gonçalo Muniz, out. 2004

REGAN, Tom. **The Struggle for Animal Rights**. Clarks Summit: International Society for Animal Rights. 1987

_____. **Jaulas Vazias**. Trad. Regina Rheda. Porto Alegre:Lugano. 2006.

RITCHIE, D. G. Why Animals Do Not Have Tighths. In: **Animal Rigths and Human Obligations**. REGAN, Tom and SINGER, Peter (Ed.) New Jersey: PrSeatrice-Hall. 1976.

ROWAN, Adrew N. The Use of Animals in Experimentation: An Examination of the 'Technical' Arguments Used to Criticize the Practice. In: GARNER, Robert (Ed.) **Animal Rigths: The Changing Debate**. New York University Press. 1996.

SIMMONDS, Richard. Animal Experimentation is Ethical. ROHR, Janelle (Ed.). **Animal Rights: Opposing viewpoints**. San Diego: Greenhaven Press. 1989.

SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights**: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Trad. Marly Winkler. Porto Alegre:Lugano/Evolução. 2004.

SPIEGEL, Marjorie. **The Dreaded Comparison**: Human and Animal Slavery. New York: Mirror Books. 1996.

STEPHENS, Martin. **The Animal' Agenda**, Vol.14, n. 3

WELSH, Heidi J. **Animal Testing and Consumer Products**. Washington: Investor Responsibility Research Center. 1990.

[1] REGAN, Tom. Progress without Pain : The Argument for Humane Treatment of Research Animals. **Saint Louis University Law Journal**. Vol. 31, p. 195.(Tradução nossa)

[2] BARNES, Donald J. A Matter of Change. In: SINGER, Peter. **In Defense of Animals**. New York: Basil Blackwell.1985. p. 160.(Tradução nossa)

[3] LEVAI, Tamara Bauab. **Vítimas da ciência**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001. p. 26.

[4] SPIEGEL, Marjorie. **The Dreaded Comparison**: Human and Animal Slavery. New York: Mirror Books, 1996. p.65.

[5] COHEN, Carl . In: COHEN, Carl; REGAN, Tom. **The animal rights debate**. Maryland: Rowman and Littlefield, 2001. p. 11-12.

[6] Ibid. p. 11-12.

- [7] Ibid. p. 11-12.
- [8] Ibid. p. 11-12.
- [9] RITCHIE, Robert J. Why Animals Do Not Have Rights. In: **Animal Rights and Human Obligations**. REGAN, Tom and SINGER, Peter (Ed.) New Jersey: Prentice-Hall. 1976, p.183.
- [10] COHEN, Carl . In: COHEN, Carl; REGAN, Tom. **The animal rights debate**. Maryland: Rowman and Littlefield, 2001. p. 11-12.
- [11] Segundo COHEN, Carl . In: COHEN, Carl; REGAN, Tom. **The animal rights debate**. Maryland: Rowman and Littlefield, 2001. p. 11-12, várias outras vitórias da medicina, como a erradicação da tuberculose e do tifo, a descoberta da insulina para diabéticos e dos antibióticos, bem como o desenvolvimento da anestesia, também foram provenientes da utilização de animais como cobaias.
- [12] SIMMONDS, Richard. Animal Experimentation is Ethical. ROHR, Janelle (Ed.). **Animal Rights: opposing viewpoints**. San Diego: Greenhaven Press, 1989. p. 51-52.
- [13] Ibid. p.51-52.
- [14] MARQUARDT, Kathleen; LEVINE, Herbert M.; LAROCHELLE, Mark. **Animal Scam: the beastly abuse of human rights**. Washington: Regnery Gateway, 1993. p.39.
- [15] Segundo BERNARD, Jean. *Da biologia à ética*. São Paulo: Editorial Psy II, 1994. p.143. Por volta de 1955 recebo a visita de um dos pioneiros mais eloquentes, mais apaixonados pela defesa dos animais. O seu filho, de três anos, é vítima de uma meningite tuberculosa, e está em grande perigo. Posso ajudá-lo a obter os antibióticos necessários, ainda raros nesta época? Todo o conhecimento da tuberculose, todos os progressos terapêuticos são devidos a numerosas pesquisas experimentais desenvolvidas em animais, em cobaias sobretudo. A criança foi tratada, salva e curada. Não sei se a opinião do pai se modificou.”
- [16] BERNARD, Claude. **An Introduction to the study of experimental medicine**. Michigan: Collier Books. 1961.
- [17] LEVAI, Tamara Bauab. **Vítimas da ciência**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001, p. 31.
- [18] PRIMATT, Humphry. Differences do not justify inequality, In: CLARKE Paul and LIZEY, Andrew. **Political Theory and Animal Rights**. London: Pluto Press.1990, p. 124 (Tradução nossa)
- [19] CARLSON, Peggy, Whose Health is It, Anyway? **The Animals' Agenda**. November/December.1996, p. 19.

[20] KAUFMAN, Stephen. Most Animal Experimentation does not Benefit Human Health. ROHR, Janelle (Ed.). **Animal Rights: opposing viewpoints**. San Diego: Greenhaven Press, 1989. p. 74.

[21] Segundo FRANCIONE, Gary L. **Introduction to animal rights: your child or the dog?** Philadelphia: Temple University. 2000, p. 35: “ Em adição aos lucros provenientes da venda de animais de laboratório, rios de dinheiro vão para as indústrias de fabricação de gaiolas e outros suprimentos necessários para abrigar milhões de animais, e centenas de milhões de impostos federais são destinados anualmente vivisseccionistas. A experimentação animal é um grande negócio. (tradução nossa).”

[22] NOGUEIRA FILHO, Getúlio R. e outros. Nicotine Effects on Alveolar Bone Changes Induced by Occlusal Trauma: A Histometric Study in Rats. **Journal of Priodontology**, March 2004 (Volume 75, No. 3) : “These results support the hypothesis that nicotine may enhance periodontal bone loss associated with occlusal overload. However, this hypothesis cannot be validated with the present study”

[23] DUARTE, Poliana Mendes e outros, Effect of Estrogen and Calcitonin Therapies on Bone Density in a Lateral Area Adjacent to Implants Placed in the Tibiae of Ovariectomized Rats. **Journal of Priodontology**, November 2003 (Volume 74, No. 11): “It appears that estrogen therapy may prevent the negative influence of endogenous estrogen deficiency on bone density around titanium implants placed in ovariectomized rats.”

[24] WELCH, Heidi . **Animal testing and consumer products**. Washington DC: Inverter responsibility Research Center. 1990, p.54.

[25] Segundo MARQUARDT, Kathleen; LEVINE, Herbert M.; LAROCHELLE, Mark. **Animal scam: the beastly abuse of human rights**. Washington: Regnery Gateway, 1993. p. 44: “Até mesmo Alan M. Goldberg, diretor do Centro Johns Hopkins para Alternativas a Testes com Animais (CAAT) concorda: ‘ Eu não recomendo que a indústria pare imediatamente com os testes em animais. Até os testes alternativos provarem ser ao menos tão efetivos como os testes em animais – e eles ainda não são – as companhias devem continuar a utilizar os testes em animais para cumprir suas obrigações morais e jurídicas de assegurar a segurança de seus produtos”. (Tradução nossa)

[26] MARQUARDT, Kathleen; LEVINE, Herbert M.; LAROCHELLE, Mark. **Animal scam: the beastly abuse of human rights**. Washington: Regnery Gateway, 1993. p. 46.

[27] WELCH, Heidi . **Animal testing and consumer products**. Washington DC: Inverter responsibility Research Center. 1990,p.51.

[28] MARQUARDT, Kathleen; LEVINE, Herbert M.; LAROCHELLE, Mark. **Animal scam: the beastly abuse of human rights**. Washington: Regnery Gateway, 1993. p.42-43.

[29] STEPHENS, Martin. The Animal’ Agenda. Vol.14, n.3.p 22.

- [30] Ibid,p.24-5.
- [31] SINGER, Peter.*Libertação animal*. Porto Alegre:Evolução-Lugano, 2004. p. 31-2.
- [32] LIMA, João E. Régis. **Vozes do silêncio, cultura científica**: ideologia e alienação no discurso sobre vivissecção. 1995. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 18, relata uma experiência realizada pelo Instituto de Biociências da Universidade São Paulo na disciplina de neurofisiologia, quando ainda era estudante de graduação, quando diversos pombos tiveram seus cerebelos extraídos cirurgicamente para que os alunos pudessem observar seu comportamento. Segundo o autor, o que se viu nessa experiência foi um triste cenário de sofrimento, já que os animais perderam a coordenação motora e ficavam dando voltas pela gaiola sem conseguir ficar na posição vertical, e após todas as turmas terem observado a experiência eles eram “ sacrificados”.
- [33] KAUFMAN, Stephen. Most Animal Experimentation does not Benefit Human Health. ROHR, Janelle (Ed.). **Animal Rights**: opposing viewpoints. San Diego: Greenhaven Press, 1989. p. 76.
- [34] Segundo REGAN, Tom.**The struggle for animal rights**. Clarks Summit: International Society for Animal Rights, 1987. p.146: “Os avanços na ciência podem muito bem combinar com os avanços do nosso reconhecimento, da sensibilidade ética dos estudantes, para demonstrar que nossos métodos de instrução são progressivos, não estáticos, demonstrando, ainda, que somos capazes de responder positivamente aos nossos desafios sem animosidade ou rancor” (Tradução nossa).
- [35] FOX, Michael. **Inhumane Society**: The American Way of Exploiting Animals. New York: St. Martin’s Press.1990, p.200.
- [36] ROWAN, Adrew N. The Use of Animals in Experimentation: An Examination of the ‘Technical’ Arguments Used to Criticize the Practice. In: GARNER, Robert (Ed.) **Animal Righths**: The Changing Debate. New York University Press. 1996, p.106.
- [37] Ibid, p.112.
- [38] KAUFMAN, Stephen. Most Animal Experimentation does not Benefit Human Health. ROHR, Janelle (Ed.). **Animal Rights**: opposing viewpoints. San Diego: Greenhaven Press, 1989. p. 76.
- [39] SPIEGEL, Marjorie. **The Dreaded Comparison**: Human and Animal Slavery. New York:Mirror Books, 1996, p.72.(Tradução nossa)
- [40] Ibid. p. 76.
- [41] GARNER, Robert. **Animals, politics and morality**. Manchester: Manchester University, 1993. p.107.

- [42] CARLSON, Peggy, Whose Health is It, Anyway? **The Animals' Agenda**. November/December.1996. p.18.
- [43] Ibid, p.19.
- [44] PAIVA, Fabienne Petitinga de e outros. **Curso de Manipulação de Animais**. Salvador: Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Centro de Pesquisa Gonçalo Muniz, out. 2004, p.20.
- [45] FREITAS, Vladimir Passos e FREITAS, Gilberto de Passos Freitas, **Crimes Contra a Natureza**. São Paulo: Revista dos Tribunais.2000.. MILARÉ Milaré e COSTA Jr, Paulo José da. **Direito penal ambiental**. Campinas: Millenium. 2002, p. 88, afirmam: “Assim, não entendemos que os gatos merecem igualmente toda a nossa consideração. Por outro lado, são válidas e legítimas a castração do cavalo quando extremamente indócil, para que amanse. Ou do porco, para que engorde.”
- [46] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2004, ps.913-914.
- [47] Ibid, p. 914
- [48] Ibid, p. 914
- [49] FRANCIONE, Gary. Animais como Propriedade. Trad. Regina Rheda. In: GORDILHO, Heron José de Santana e SANTANA, Luciano Rocha. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 2. n.3. Salvador: Editora Evolução. Jul/dez 2007, p.14.
- [50]
- [51] LEVAI, Tâmara Bauab. **Vítimas da ciência**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001, p17-8.
- [52] FOX, Michael. **Inhumane Society: The American Way of Exploiting Animals**. New York: St. Martin's Press.1990.P.64. Segundo o autor, p.207: “Da perspectiva dos direitos dos animais, pode ser ponderado que as faculdades de veterinária não deveriam existir – pelo menos não deviam funcionar da forma que o fazem na atualidade, formando profissionais para servir à indústria da exploração animal. É certamente aético promover o sofrimento dos animais e submetê-los a testes como cobaias visando o avanço de nossos valores tecnológicos, desenvolvendo ainda mais armas de auto-destruição. Nós devemos da mesma forma questionar a moralidade daqueles que desenvolvem novos venenos, pesticidas, armadilhas, e mesmo cosméticos e produtos de casa não-essenciais testados em animais de laboratório.” (tradução nossa)
- [53] DIAS, Edna Cardoso. **A Tutela Jurídica dos Animais**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000, p. 166.
- [54] BARNES, Donald J. A Matter of Change. In: SINGER, Peter. **In Defense of Animals**. New York: Basil Blackwell.1985, p. 160,, relata : “Eu representava um exemplo clássico do que eu escolhi chamar 'cegueira ética condicionada'. Toda minha vida consistiu em ser recompensado por usar animais, tratá-los como fonte para o

progresso ou diversão humana. Não houve uma única pessoa que ousasse desafiar meu comportamento em relação aos outros animais. Claro que eu era gentil com os animais; claro que eu amava meus animais de estimação; claro que eu irei cuidar de um pássaro, coelho, cachorro ou gato doente, sem dúvida. Por outro lado, eu deixaria minha ternura de lado um momento depois e comeria uma galinha, ou um coelho ou um esquilo ou parte de um boi. Na minha mente era diferente; aquilo era 'carne'. A palavra 'carne' é uma maneira de nos distanciarmos dos animais que comemos, justamente como 'reforço negativo' é um modo de nos distanciar de dar choques elétricos em uma criatura que sente tanta ou mais dor que nós humanos. ”

[55] Segundo SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Trad. Marly Winkler. Porto Alegre:Lugano-Evolução.2004, p.98: “ Embora dezenas de milhares de animais tenham sido forçados a inalar fumaça de gtabaco durante meses e até anos, a prova da ligação entre o consumo de tabaco e o câncer de pulmão baseou-se em dados oriundos de observações clínicas realizadas em seres humanos.”

[56] REGAN, Tom.. **Jaulas Vazias**. Trad. Regina Rheda. Porto Alegre:Lugano. 2006, p.212.

[57] SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights: law, meaning, and the Animal Rights Movement**. Michigan: University of Michigan, 1996, p.168 (Tradução nossa)

[58] GORDILHO, Heron José de Santana e SANTANA, Luciano Rocha. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 2. n 3. Jul/Dez 2007, ps. 305/309.

[59] Segundo o professor Doutor Euler Moraes Penha, responsável pelas intervenções cirúrgicas. In: Jornal da Ciência. Publicação da SBPC – Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Rio de Janeiro. 3 de abril de 2009. Ano XXII. n. 641.“Foi a primeira vez que um procedimento como esse foi testado em animais de maior porte, que sofreram acidentes naturais e que já tinham algum tempo de imobilidade nos membros” Penha cita dois casos. O gato Digo, atropelado aos 5 meses, teve um trecho de sua coluna esmagado. Ele passou oito meses sem controle muscular e sem sensibilidade do abdome até a cauda. Passado pouco mais de um mês desde que foi submetido ao procedimento, já controla a musculatura abdominal e arrisca os primeiros passos, acompanhados por fisioterapeutas veterinários. A outra paciente, a gata Lola, tinha 1 ano e 6 meses quando caiu do apartamento onde vivia, no sétimo andar, sobre um muro, o que causou uma ruptura completa em sua coluna. O animal passou pelo mesmo tratamento há 15 dias, e já consegue se manter em pé sem ajuda. “Acreditamos que em pouco tempo os animais vão voltar a ter uma vida normal, mas de qualquer forma eles já estão muito melhores do que quando foram submetidos às cirurgias”, afirma o veterinário.

**NEO-EUGENIA :O LIMITE ENTRE A MANIPULAÇÃO GÊNICA
TERAPÊUTICA OU REPRODUTIVA E AS PRÁTICAS BIOTECNOLÓGICAS
SELETIVAS DA ESPÉCIE HUMANA**

**NEO-EUGENICS: THE LIMIT AMONG THE THERAPEUTICS GENETIC
MANIPULATION OR THE REPRODUCTIVE AND THE SELECTIVE
BIOTECHNOLOGICAL PRACTICES OF THE HUMAN SPECIES**

**Ivana de Oliveira Fraga
Mônica Neves Aguiar da Silva**

RESUMO

Este artigo tem como principal objetivo estabelecer um paralelo entre as técnicas biomédicas adotadas nas terapias gênicas e nas práticas de reprodução assistida largamente utilizadas atualmente, com fins geralmente beneficentes, e as manifestações, muitas vezes veladas de neo-eugenia, em atendimento à antiga tentação exercida sobre a humanidade no sentido de aprimoramento de sua espécie como forma de garantir sua hegemonia sobre a terra. A partir deste tema, surgem questões importantes, tais como as repercussões da medicina preditiva, a discriminação genética, as conseqüências dos possíveis erros ocasionados pela adoção destas práticas, assim como o reflexo das práticas biotecnológicas na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos. Desta maneira, resta patente a necessidade de determinar-se o início da existência dos direitos individuais, como alternativa para garantir a observância dos mesmos, e viabilizar o respeito à liberdade, identidade e intimidade genéticas, de forma que o genótipo humano (manipulado ou não) não venha a se constituir em um fator impeditivo do gozo dos direitos fundamentais já constitucionalmente assegurados.

PALAVRAS-CHAVES: NEO-EUGENIA, MEDICINA PREDITIVA,
RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

This article has as a main objective to establish a parallel among the biomedical techniques used in the genetic therapies and in the reproduction of the assisted practices largely used these days, with the commonly beneficent purposes, and the oftentimes expressions covered by the neo-eugenics, in the service of the former temptation exercised over the humanity in the sense of the perfection of its species as a form to guarantee the hegemony of this on earth. On the basis of this matter it arises important issues such as the repercussions of the predictive medicine, the genetic discrimination, the consequences of the possible mistakes caused by the use of these practices, as well as the influence of the same ones in the sphere of the fundamental rights of the individuals. So, it remains the obvious of the need to determine the beginning of the existence of the individual rights, as an alternative to guarantee the observance of the

same ones, and to make it possible to the respect of freedom, identity and genetics intimacy so that the human genotype (handled or not) so that it doesn't establish in an averting factor of the enjoyment of the fundamental rights yet constitutionally assured.

KEYWORDS: NEO-EUGENICS, PREDICTIVE MEDICINE, GENETIC DISCRIMINATION

1. INTRODUÇÃO

O eugenismo, a despeito de já haver se exteriorizado de diversas maneiras na história da humanidade, tendo como finalidade a seleção de características ditas "favoráveis" da espécie humana, (mesmo que à custa do sacrifício de outros bens muito valiosos, como os direitos fundamentais), chega aos nossos dias com uma "roupagem" preocupante e poderosa: a das práticas biotecnológicas.

A Biotecnologia, no intuito de atender às necessidades humanas, propiciou a dissociação das etapas reprodutivas do seu ciclo vital, de tal forma que o coito, a fecundação e a gestação tornaram-se possíveis em local e tempo diversos entre si, e não raro, envolvendo sujeitos também distintos.

Hoje, portanto, se faz possível a um indivíduo contar com até dois pais (o biológico e o afetivo/sociológico) e três mães (a doadora de gametas, a geratriz e a sociológico/afetiva), como ocorre nos casos de reprodução heteróloga e no "aluguel de útero".

Embora muitas das técnicas hoje utilizadas com fins diversos, inclusive as práticas voltadas a proporcionar a gestação e a procriação a casais inférteis, venham servindo de "manto" para ocultar tentativas de melhoramento genotípico da espécie humana, é na verdade no campo da terapia gênica que elas se exprimem de maneira mais contundente.

Desta forma, a possibilidade de manipulação cromossômica tornou-se não só possível, como real, atendendo a objetivos lícitos ou não, mas que, de qualquer forma propicia uma modificação lenta e gradual (e no caso da terapia germinal, imediatamente transmissível), do conteúdo genético da espécie.

Este fato, em médio prazo, ocasiona a modificação no genoma humano, o que reflexamente poderá propiciar desvios no desenvolvimento natural da espécie e desequilíbrio nos diversos sistemas biológicos existentes na Terra.

As práticas neo-eugênicas vêm geralmente camufladas pela promessa de cura, ou pelo menos da não transmissibilidade de doenças hereditárias, que, progressivamente, teriam suas manifestações diminuídas ou mesmo eliminadas do genoma humano, sem muitas vezes apontar para a face deletéria destas práticas, principalmente no que diz respeito à afronta aos direitos fundamentais individuais dos sujeitos nela envolvidos .

2. EUGENIA TRADICIONAL

É importante frisar que a tentação eugênica, ou seja, a permanente preocupação em relação ao que se entende por aprimoramento da espécie, principalmente através de sua descendência é remota na história da humanidade, geralmente pensada através do viés biológico, embora não se possa desprezar as inúmeras tentativas de selecionar seres mais aptos psíquica e intelectualmente. PLATÃO (1), em sua "República", já asseverava:

"É preciso, segundo nossos princípios, que as relações entre indivíduos mais bem dotados de um e outro sexo, sejam mais freqüentes, e as entre os indivíduos mais inferiores muito raras; ademais é preciso criar os filhos dos primeiros e não dos segundos, se se deseja que o rebanho não degenerere. Por outro lado, todas estas medidas devem ser conhecidas apenas dos magistrados, por que de outra maneira o rebanho seria exposto a muitas discórdias. [...] os filhos (dos primeiros) serão postos em mãos de homens ou mulheres, ou de homens e de mulheres reunidos, que serão encarregados de educá-los. [...] Enquanto que os filhos dos súditos inferiores, ou aqueles que nasçam com alguma deformidade, serão ocultados, porque assim é conveniente, em algum local secreto que será proibido revelar. É o meio de conservar a pureza da raça dos nossos guerreiros."

Da mesma forma Daniel SOUTULLO (2) relata que Aristóteles e outros pensadores posteriores como Campanella e Condorcet fazem referências em suas obras a práticas francamente eugênicas.

2.1 A Eugenia de Francis Galton

Por eugenia (eu, "próprio" e genos, "espécie, raça, linhagem"), neologismo utilizado pela primeira vez na Inglaterra, em 1883, pelo sir Francis J. Galton, no seu livro *Inquiries Into Human Faculty and Its Development*, se entende como um conjunto de técnicas ou procedimentos capazes de "melhorar" a espécie humana. Foi no entanto, desde 1865, em sua obra *Hereditary talent and Character*, que este autor apresentou o início do que seria o corpo teórico da teoria eugênica por ele desenvolvida. Eis, portanto, segundo GALTON (3), a definição em que aparece pela primeira vez o termo eugenia, em 1883:

"O cultivo da raça, ou como poderíamos chamá-la, as questões eugênicas, são questões de que tratam do que os gregos chamam eugenes, ou seja da boa raça, dos dotados hereditariamente de boas qualidades. Esta e as palavras a ela relacionadas como eugenéia, etc., são aplicáveis igualmente aos homens, aos animais e às plantas."

Galton definiu Eugenia como o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, seja física ou mentalmente (GONÇALVES, A.B., 2006). As principais características da eugenia, como conceituada por Galton apud SOUTULLO (4) são as seguintes:

- 1. A eugenia nasceu com a pretensão de ser a ciência da melhoria da linhagem .
- 2. Esta se apoiou nas teorias existentes na época, em particular nas doutrinas pré-mendelianas da herança (o trabalho de Mendel só foi reconhecido a partir de 1900), e na teoria da evolução darwiniana.
- 3. Apesar de suas pretensões científicas a teoria de Galton estava impregnada de um forte caráter ideológico, e recheada de manifestações racistas, classistas, elitistas e sexistas, como rezava o ideal conservador da classe média inglesa da época, à qual pertencia.
- 4. Ele acreditava que os efeitos da civilização causavam uma degeneração paulatina da população inglesa de forma que, estirpes bem dotadas geneticamente tendiam a desaparecer, enquanto outras com caracteres não desejados estavam florescendo, em função da ação cega e "burra" da natureza. A eugenia agiria como uma seleção artificial em substituição à outrora eficaz seleção natural, e que teria como objetivo regenerar biologicamente a população de seu país.
- 5. O propósito da eugenia era representar cada classe ou seita, pelos seus melhores espécimes.

Como se depreende acima, o pensamento de Galton (que desejava que a teoria eugênica substituísse a da seleção natural, quando esta entrou em declínio) foi diretamente influenciado, assim como da grande maioria dos estudiosos de sua época, pelas idéias de Charles Darwin.

Este, em seu emblemático livro *A origem das Espécies*, publicado em 1859, apresentou a sua teoria da evolução baseada no conceito da seleção natural, ou seja, da sobrevivência das espécies mais fortes, em detrimento das menos aptas que sucumbiriam gradualmente frente às adversidades do meio ambiente.

Charles, além de ser influenciado pelos ensinamentos de Malthus, no seu livro *Sociedade Humana*, recebeu do seu avô Erasmus Darwin, médico e poeta polímata, um importante legado para a sua teoria, quando este, em 1794, levantou a hipótese de uma origem única para toda a vida orgânica na Terra.

A vida teria se originado a partir de uma estrutura a que Erasmus chamou de "filamento" (de onde se originou a terminologia "philos" vegetal e animal), mas que ficou universalmente conhecida como Luca - Last Universal Common Ancestor (o último ancestral universal comum), idealizado como uma bactéria que vivia em solo profundo, mais precisamente em fissuras de rochas ígneas quentes, onde se alimentava

de enxofre, ferro, hidrogênio e carbono, e que teria dado origem a todos os seres vivos existentes no planeta, segundo RIDLEY (5).

O darwinismo biológico ou estrito - no qual os organismos mais adaptados ou mais "eficientes" são aqueles que conseguem deixar maior descendência, disseminando as suas características genéticas, e, conseqüentemente fazendo predominar os seus caracteres - evoluiu para o darwinismo social defendido por Herbert Spencer (que preconizava a preponderância dos mais capazes em detrimento dos socialmente menos aquinhoados), o que, como conseqüência natural veio a desembocar na esfera do direito.

Galton, porém, foi o responsável pela estruturação e a aplicação de métodos científicos, principalmente o estatístico e o matemático, no sentido de promover a eliminação de caracteres físicos e psíquicos não desejáveis, através de práticas eugênicas. Conforme SOTULLO (6)

"Para os eugenistas, entretanto, a caracterização do melhor dotado fazia referência à habilidade de valor social (como a inteligência ou certas formas de moralidade) e não à capacidade potencial ou moral de deixar descendência.[...] As melhores estirpes, aquelas que a eugenia devia preservar e potencializar, não se definia em sua capacidade potencial ou real de deixarem descendentes, e sim com base em critérios sociais, que não tinham nenhuma relação com o conceito de eficácia, derivado da seleção natural darwiniana. (SOTULLO, Daniel. 1999. P.24.)."

Segundo Sotullo (ibid), as referências às considerações evolutivas eram uma analogia que outorgavam uma roupagem científica a uma doutrina de caráter marcadamente social, de acordo com uma concepção puramente ideológica.

2.2 Expansão das Práticas Eugênicas

A tese eugênica ganhou corpo principalmente nos Estados Unidos, onde, em função da imigração de camponeses provenientes da Europa foram dados passos a favor do incremento de casamentos entre pessoas com "melhores" qualidades biológicas e morais (técnicas eugênicas positivas), assim como através da prática de esterilização em massa (técnicas eugênicas negativas) quando se procurou selecionar os indivíduos mais aptos a constituir uma super-raça nórdica.

Estas técnicas foram surpreendentemente amparadas por instrumentos legislativos (que geralmente determinavam a esterilização sumária em função de características raciais) em vários estados confederados americanos, dentre os quais os de Indiana (lei criada em 1907), Califórnia, Nova Jersey, Virgínia (nos dois últimos estados, leis criadas em 1924).

Apesar do seu conteúdo fortemente coercitivo, estas leis algumas vezes superaram os recursos de inconstitucionalidade a elas dirigidos, e em outras foram submetidas à revisão, mantendo, entretanto o mesmo teor material, de forma que, o sua essência discriminatória vigorou por muitos anos (CASABONA, 1999, p.07).

O ideário nacional socialista promulgou também uma lei visando a prevenção das enfermidades hereditárias na descendência em 14 de julho de 1933, no que foi seguida por uma Ordem de 18 de julho de 1935, que impôs à força a esterilização de dezenas de milhares de pessoas.

Posteriormente surgiu o programa eutanásico de 1939 e a permissão da realização de abortamentos em mulheres que não pertencessem à raça ariana, datada de 1943, quando outros tantos milhares de seres humanos foram violados em seus direitos fundamentais. (Casabona, 1999, p.08).

A afronta aos direitos fundamentais encontrou seu apogeu na Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial em 1943, quando Josef Mengele, em Auschwitz torturou gêmeos até a morte, em uma grotesca paródia de pesquisa científica, com o intuito de compreender a hereditariedade (RIDLEY, 1999, P.22).

O mundo ainda assistiu, nesta época, ao extermínio de milhares de judeus pelas tropas do Terceiro Reich sob o pretexto da criação de uma raça superior: a ariana, atendendo a uma ideologia francamente genocida.

No Brasil, em 1931, foi criado o Comitê Central de Eugenuismo, presidido por Renato Kehl e Belisário Penna. Tal entidade propunha o fim da emigração de não-brancos, e "prestigiara e auxiliara as iniciativas científicas ou humanitárias de caráter eugenista que sejam dignas de consideração".

2.3 Classificação da Eugenia

Atualmente, SCHRAMM (7) assim define Eugenia:

"Num sentido mais técnico, eugenia é um termo genérico do século XIX, que indica a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da espécie humana; eugenética representa a forma contemporânea de eugenia, uma tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética; eugenismo indica a forma ideológica e "utópica" da eugenética, quer dizer, a convicção de que se poderá substituir os "bad" genes pelos "good" genes, e criar uma nova espécie de humanidade libertada de seu mal estar e sofrimento" (Schramm, Fermin Roland. **Eugenia, Eugenética e o Espectro do Eugenuismo: Considerações Atuais sobre Biotecnociência e Bioética, 13/09/2008**).

Ainda segundo Schramm (*op. Cit*) as técnicas eugênicas podem ser classificadas em duas vertentes (de acordo com a divisão estabelecida por C.W. Saleegy, que contou com o beneplácito do próprio Galton):

A eugenia positiva, que representa a utilização de práticas que objetivam favorecer a uma seleção de características desejável à espécie (como a condução a casamentos convenientes como forma de perpetuar uma determinada característica, e mais atualmente como a seleção de gametas ou embriões geneticamente mais favorecidos), e a eugenia negativa, que atua através da eliminação das futuras gerações de "geneticamente incapazes" - enfermos, racialmente indesejados e economicamente empobrecidos, - por meio de proibição marital, contracepção e esterilização compulsória, aborto, eutanásia passiva e, em última análise, extermínio sumário de seres humanos. (GONÇALVES, A.B., 2006).

A modalidade negativa, muito mais eficiente e segura na obtenção de seus objetivos, foi, infelizmente a adotada preferencialmente pelo homem no transcurso de sua história.

HABERMANS (8) ao tratar do assunto, assevera que a neo-eugenia atualmente possui uma abrangência ainda horizontal, ou seja, seus efeitos se restringem à geração do ser geneticamente manipulado, conforme afirma: até o momento somente as pessoas nascidas, e não as produzidas, encontram-se em interações sociais.

Este autor ainda empresta o seu apoio às práticas eugênicas, desde que, com fins exclusivamente terapêuticos, dentro de um Estado neutro, que permita aos indivíduos exercerem sua autonomia.

Por outro lado alerta para os riscos da eugenia autoritária, determinada unicamente pela força coercitiva do Estado, assim como da eugenia liberal, onde existe a ampliação radical destas liberdades.

Imagine-se apenas, que no caso da eugenia liberal, grupos humanos diferentes, levados pelos mais variados motivos escolham empreender manipulações genéticas tendo com objetivo atingir efeitos distintos. Os prejuízos, para o patrimônio genético humano, seriam incalculáveis e irreversíveis.

No momento em que as alterações empreendidas nos caracteres humanos passarem a ser transmitidas através das gerações, surgirá o efeito vertical da neo-eugenia, o qual será imprevisível, e irão variar a depender das interações sexuais de cada indivíduo.

3. NEO-EUGENIA

O termo eugenética, ou seja, a adoção de práticas seletivas da espécie humana através das técnicas de manipulação gênica é hoje conhecida pela maioria da doutrina pelo nome de neo-eugenia.

Segundo CASABONA (9) o pensamento eugenésico visa à proteção da espécie humana (ou sua sobrevivência) e a melhoria das condições sociais do ser humano e da coletividade. De acordo com este autor, na contemporaneidade as práticas neo-eugenésicas mais comuns assim se subdividem:

"Em termos eugenésicos seriam, respectivamente, medidas de eugenesia negativa os anticonceptivos, esterilizações (voluntária ou forçada) e aborto, e de eugenesia positiva as técnicas de reprodução assistida e a terapia gênica." (CASABONA, Carlos Maria Romeo. La eugenesia hoy, 1999. p.26)

Acrescenta ainda este autor que podem ser consideradas manifestações da eugenesia negativa, a proibição de casamentos, aconselhamento genético, o diagnóstico pré-natal sempre que seguido de aborto terapêutico e a eliminação física, seja por infanticídio ou eutanásia.

Podem também ser considerados como eugenesia positiva o estímulo à procriação, seja ele econômico ou em forma de privilégios sociais, a eutelegênese (seleção germinal mediante banco de sêmen), a clonagem e a partenogênese .

Alguns procedimentos podem ainda ser classificados como mistos, ou seja, que congregam os dois tipos de eugenia acima referidos, como por exemplo o diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI), seguido da seleção de embriões, o diagnóstico pré-concepcional seguido da seleção gamética, e a terapia gênica germinal. (SOUTULLO, 1999, p. 42)

Estes, apesar de serem utilizados com a finalidade de eliminação de genes deletérios (eugenesia negativa), nestes casos eticamente aceitável, também oportunizam ações de eugenia positiva, no momento que atuam na seleção do material genético desejável, o que por sua vez se reveste de conteúdo ético reprovável.

Existem autores, entretanto, a exemplo de LUJÁN (10), que encaram a Neo-eugenia de uma maneira restritiva, de forma que excluem do conceito desta as práticas terapêuticas e reprodutivas da espécie humana:

"Quando em nossos dias se fala, por exemplo, de terapia gênica de células germinais, de testes preditivos gênicos parentais e pré-natais, assim como da tecnologia da reprodução, se está fazendo referência a problemas que devem qualificar-se como estritamente sanitários [...]. O uso da engenharia genética humana e das tecnologias de reprodução para solucionar estes problemas possuem importantes impactos sociais e psicológicos, porém em minha opinião tem pouco a ver com o conceito tradicional de Eugenesia" (LUJAN, José Luis. Ingenieria genética humana, ideologia y eugenesia, in CASABONA, Carlos Maria Romeo. La eugenesia hoy, p.36).

A maior parte da doutrina entretanto, representada por Daniel Sotullo, J. Testart e Carlos Romeo Casabona, adotam o sentido mais amplo para a neo-eugenia, que se caracteriza como qualquer intervenção, individual ou coletiva, que modifique o patrimônio genético hereditário, independentemente dos fins sanitários ou sociais que persiga, chegando a denominar o segmento que se dirige à erradicação de patologias de eugenesia terapêutica.(SOUTULLO, 1999, p. 37)

Esta corrente de pensamento argumenta que nem sempre é fácil apartar o normal do patológico, principalmente no que tange a caracteres pouco desejados socialmente, pois muitos estados ou comportamentos podem ser considerados "desviados" a depender da época e lugar, como por exemplo a homossexualidade, que foi assim considerada durante muitas décadas.

A neo-eugenia, diversamente da tradicional, além de utilizar métodos ainda não bem conhecidos e acessíveis para a grande maioria da população, pelo menos em nosso país, se reveste de incertezas e temores quanto ao futuro dos seres que a ela se submetem como também no que diz respeito à evolução da espécie humana, uma vez que interfere no curso natural do patrimônio genético humano.

De acordo com HABERMANS (11):

"A manipulação dos genes toca em questões relativas à identidade da espécie, sendo que a auto-compreensão do homem enquanto um ser da espécie também compõe o contexto em que se inscrevem nossas representações do direito e da moral. [...] A manipulação genética poderia alterar nossa auto-compreensão enquanto seres da espécie de tal maneira, que, com o ataque às representações do direito e da moral, os fundamentos normativos e incontornáveis da integração social poderiam ser atingidos". (HABERMANS, 2004, p.37)

3.1. Manipulação Genética e Terapia Gênica

Importante ressaltar que existe uma diferença substancial para a biologia celular entre os termos manipulação e engenharia genética, sendo o primeiro mais amplo e abrangente, e significando toda e qualquer intervenção no curso da reprodução celular ou da geração de um novo ser, o que não precisa ocorrer, necessariamente, sobre os cromossomos, sempre com a finalidade de obter um fim específico.

Manipular geneticamente, em sentido amplo (modalidade imprópria), significa toda técnica de manejo de células, gametas ou embriões, incluindo as técnicas de reprodução assistida.

Em sentido estrito, manipulação genética própria refere-se às técnicas de engenharia genética ou tecnologia gênica consistentes na modificação do material genético, de tal

forma que possa ser passado aos descendentes do organismo manipulado (NAVES, B.T. & FREIRE DE SÁ, F., 2009).

A este respeito preconiza MINAHIM (12):

"No mundo da biologia molecular, entende-se por tal a possibilidade de intervir e "construir" novas características em um dado organismo, mediante a transferência (inserção) ou "deleção" de fragmentos específicos de ADN. Tal manipulação implica, no ser vivo, intervenção no ácido desoxirribonucléico (ADN), atividade que foi possibilitada com auxílio de novas técnicas que, a partir da década de setenta, permitiram sua análise e detalhamento. Este processo viabiliza o isolamento e amplificação de um segmento de ADN, o seu sequenciamento, identificação e, como consequência a manipulação (MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia. 2005, p. 113.).

O processo de Engenharia Genética, por sua vez, altera sempre os genes, elementos dos cromossomos que se situam no núcleo das células, com espectro de atuação que pode limitar-se à estrutura corporal, denominando-se neste caso, somática, ou atuarem sobre as células destinadas à procriação, quando passam a se classificar como germinal, uma vez que a alteração encetada repercutirá na descendência daquele indivíduo, passando, automaticamente, a fazer parte do patrimônio genético da espécie. A produção destes seres "engenhariados", conhecidos como OGMs (organismos geneticamente modificados) está hoje proibida em nosso país, de acordo com o artigo nº 25 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). (MINAHIM, M.A, 2005).

A despeito dos seus evidentes efeitos benéficos, como no caso da reprodução assistida e terapia gênica, faz-se imperativo analisar o impacto gerado por estas práticas na esfera privada do sujeito assim como na sua comunidade, visto que esta temática ainda é pouco abordada, à luz do Direito, na literatura científica.

Apesar da maioria da doutrina civilista comungar com a teoria conceptualista, pela qual os direitos da personalidade do indivíduo são adquiridos no momento da nidação do ovo ao útero materno (excetuando-se os direitos da personalidade de cunho patrimonial que se reportam ao nascimento com vida), faz-se necessária uma nova interpretação da teoria dos direitos fundamentais, uma vez que as alterações gênicas realizadas antes da concepção do sujeito, farão com que o mesmo, sem o saber, tenha abdicado da herança genética dos seus ancestrais, e determinará inexoravelmente o seu futuro fenótipo.

Este fato, por si só, fere frontalmente a liberdade de escolha, eixo basilar do princípio da autonomia da vontade, uma vez que conduz a restrições que perdurarão por toda vida, já que a atuação do novo ser estará sempre circunscrita ao limite imposto por sua estrutura física e psíquica, ditada pelos genes.

Desta forma renasce a antiga discussão científica a respeito do momento exato em que a vida se inicia o que determina o marco inicial dos direitos da personalidade. Pertinente ao tema é o pronunciamento da Professora MINAHIM (13), quando se refere ao suposto direito de uma gestante em interromper a própria gestação:

"[...] É exatamente a posição sobre o momento em que tem início a vida que sinaliza duas correntes opostas - a dos pró-vida e a dos pró-escolha. O primeiro grupo defende a tese de que a existência começa quando óvulo e espermatozóide se unem, e o segundo, com um conceito mais amplo, afirma que a vida começa antes mesmo da concepção; óvulo e espermatozóide são seres vivos; a vida é uma evolução da vida dos seres." (MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia, 2005, p. 79).

Importante salientar que todas as manifestações de vida, mesmo as mais remotas necessitam ser efetivamente protegidas, uma vez que, os processos biológicos, sejam eles naturais ou não as conduzirão à formação de um ser humano, e que, a manipulação indevida destas formas iniciais podem limitar inexoravelmente o gozo dos direitos fundamentais já assegurados constitucionalmente ao indivíduo adulto.

Observa-se, também, que as práticas biotecnológicas conduziram à tendência da "coisificação" do material genético, uma vez que geram uma maior exigência no tocante à perfeição dos seres concebidos mediante intervenção médica, em comparação com aqueles havidos por reprodução sexuada convencional.

Este fato tende a aumentar o risco de discriminações e até a supressão de vidas que não se ajustam aos níveis de requinte perseguidos pelos interessados. (AGUIAR, M.N., 2005).

De capital importância é a percepção desta autora no sentido de que as atuais técnicas biomédicas passaram a adotar, profusamente, uma terminologia anteriormente só destinada a objetos, para se referir a seres humanos e seus produtos orgânicos, tais como: armazenar, doar, estocar, congelar, e o que é pior, descartar...

Este hábito leva, às vezes até inconscientemente a que se olvide o caráter divino daquilo que se está manipulando: vidas. Estas práticas têm como objeto seres humanos, cercados de todas as suas circunstâncias antecedentes e atuais, seus medos, suas angústias, suas paixões, seus afetos.

Desta forma, diante das novas genotecnologias e das manipulações reprodutivas, surge um novo elemento, antes sempre protegido pela solidez do útero materno, mas agora susceptível de sofrer interferências em sua estrutura e no direcionamento do seu destino: o embrião.

"Definir a individualidade humana com base em critérios morfológicos, além de representar a utilização de recursos ultrapassados, porque os modernos critérios genéticos são ignorados, é, sobretudo, perigoso pelo jogo que se faz de transformação de um ser em outro diferenciado, com o qual não é preciso, nem possível, qualquer identificação (MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 84).

A vulnerabilidade desta forma de vida humana tem levado muitos países a propor a criação do estatuto do embrião, que desde 1982 vem sendo debatido na Assembléia Parlamentar da Europa, porém até o momento este documento não chegou a ser efetivado.

O intuito perseguido é o de regulamentar o uso "instrumental" de células e embriões humanos para atingir determinados fins que não os da continuidade da sua vida (geração de embriões com ressalvas), violando os direitos fundamentais daquele que, indubitavelmente já é um ser vivo.

"Quando avalio corretamente a discussão sobre a "utilização" de embriões para fins de pesquisa ou sobre a "geração de embriões com ressalvas", vejo manifestar-se nas emoções afetivas menos a indignação moral do que a aversão a algo obscuro. É como sentir vertigens quando o chão que acreditávamos firmemente existir escapa dos nossos pés."(Habermans, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.56)

Ainda segundo MINAHIM (14),

"Assim, embrião, feto anencefálico, demente, gênios, descerebrados integram a espécie humana, e como tal, todos titularizam os direitos que desdobram ou consolidam o princípio da dignidade e, conseqüentemente, impõe-se o dever de respeitar a forma de vida de que são portadores (MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia., 2005).

As emoções humanas pertencem a um universo quase inexplorado, a despeito dos esforços empreendidos pela psicologia até então, de forma que a ninguém é dado o direito de tentar mensurar a expectativa, a ansiedade, o temor que cercam aqueles que a elas se submetem.

A "descoberta" do inconsciente empreendida por Freud ao longo do exaustivo trabalho por ele encetado e que deu origem ao surgimento da Psicanálise, assim como os conceitos de arquétipos e inconsciente coletivo defendido por Jung na sua não menos primorosa obra, servem apenas para demonstrar os inúmeros universos conceituais pelos quais as mentes humanas costumam "viajar".

De acordo com COMPARATO (15), o fundamental reside, pois, em diferenciar pessoa (ou perspectiva de pessoa), de coisa, e resguardar os direitos da primeira desde as suas mais remotas manifestações vitais.

"Esta combinação do respeito à autonomia com a dignidade humana concretizada em um requisito procedimental, pode ser considerada a maior contribuição do campo da bioética para a proteção dos direitos humanos, no sentido de garantir que os interesses

do indivíduo prevaleçam sobre os da ciência" (KONDER, Nelson Carlos, Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida 2001.)

Diante do exposto, faz-se necessário projetar o impacto propiciado pelas técnicas de manipulação gênica, mesmo que justificadas por fins altruísticos, no funcionamento dos sistemas biológicos e na sua regulação, como forma de preservação da espécie e manutenção do equilíbrio do Ecossistema.

3.2 Neo Eugenia e Práticas Reprodutivas

A Eugenesia ou Neo-eugenia conta com três paradigmas no que tange as práticas reprodutivas, quais sejam:

A auto-responsabilidade, no qual o casal dispõe da prerrogativa de decidir livremente o que lhe convém em matéria reprodutiva, o paradigma da responsabilidade reprodutiva, no qual o casal possui restrições indiretas às suas decisões no campo da reprodução, e o da limitação reprodutiva que restringe ou proíbe diretamente a capacidade do casal em se reproduzir, de acordo com parâmetros pré-estabelecidos, geralmente pelo Estado, como no caso da China, onde um casal só possui a permissão de gerar um único filho.

Percebe-se, entretanto que, com frequência, a manipulação genética é colocada como instrumento de busca de uma realização própria espelhada nos filhos, e não como meio de tratamento (NAVES, B.T. & FREIRE DE SÁ, F., 2009).

Diferentemente das práticas eugênicas tradicionais que normalmente abrangiam uma grande quantidade de pessoas, as práticas neo-eugênicas dizem respeito à esfera individual, permeada muitas vezes pela relação médico-paciente, uma vez que são quase sempre pertinentes à saúde de um indivíduo ou casal interessado, ao conceito (quando se trata de técnicas de reprodução assistida), seus familiares, e às gerações futuras através da possibilidade da não preservação do genoma humano, patrimônio da espécie.

Desta forma, passa-se a perceber uma grande confusão, na maioria das vezes intencional, entre os objetivos da chamada medicina preventiva e as políticas eugenésicas, todas as vezes que se utilizam análises genéticas com valores preditivos.

No terreno da reprodução, por exemplo, conta-se com os diagnósticos pré-conceptivos realizados no casal com o intuito de garantir filhos saudáveis, com os exames realizados no feto "in útero" com o objetivo de constatar sua regularidade morfológica, assim também como o diagnóstico pré-implantatório que se efetua no zigoto antes de transferi-lo para o útero da mulher receptora, no sentido de afastar a existência de patologias genéticas.

Estes procedimentos são passíveis de gerar uma ação eugênica negativa, quer seja através da proibição de gestações em casais portadores de genes carreadores de patologias hereditárias, interrupção de gestação de fetos portadores de patologias graves, ou descarte de embriões com carga genética indesejável.

Por outro lado, estas mesmas técnicas encetam a realização de uma eugenia positiva, no momento que seleciona os gametas ou embriões com maiores possibilidades de conduzir à formação de um ser humano saudável.

Em que pese os exames preditivos realizados de forma massificada e obrigatória em pessoas assintomáticas como forma de diagnosticar possíveis patologias latentes ou evitar futuras transmissões genéticas, denominados de *screening* ou triagem genética, se faz imperativo distinguir duas situações diversas:

Primeiramente é perfeitamente cabível, e um sinal que caracteriza as nações desenvolvidas em termos de saúde pública, a realização do que se chama de diagnóstico perinatal, ou seja, a realização de uma "bateria" de exames pré-determinados, com o fito de detectar doenças genéticas, hereditárias ou familiares precocemente, em uma fase em que o recém-nascido ainda não apresenta sintomas, nem desenvolvimento motor suficiente para exteriorizá-las.

Estes procedimentos diagnósticos têm como objetivo empreender o tratamento adequado precoce, minimizando assim, os danos reflexos a outros órgãos em função da manutenção e agravamento da patologia de base.

O *screening* perinatal, vem sendo realizado rotineiramente em nosso país, sendo inclusive financiado pelos planos de saúde, sob a fiscalização da Agência Nacional de Saúde (ANS), sendo conhecido popularmente pelo nome de "teste do pezinho".

Este exame propicia que, através da coleta de uma gota de sangue do calcanhar da criança se possa rastrear cerca de onze patologias genéticas com sérias conseqüências futuras, inclusive retardo mental.

O *screening* auditivo perinatal também já é realizado rotineiramente e permite aferir a capacidade auditiva do recém-nato, mesmo antes de ter ele a condição de exibir comportamentos relativos a esta deficiência, evitando, portanto, déficits cognitivos expressivos em função da ausência da audição.

Completamente diversa se configura a situação em que os testes preditivos se prestam a selecionar gametas, ou mesmo eliminar vidas já em formação (de embrião em laboratório ou de fetos "in útero"), ou ainda, no caso de adultos, evitar o casamento, ou seja, excluir.

Na China e no Chipre os nubentes para contrair matrimônio precisam apresentar ao parceiro e à autoridade competente um "certificado pré-matrimonial" que os isenta de serem portadores de doenças genéticas, infecciosas e mentais (CASABONA. 1999, p. 13).

Além do mais, se faz necessário alertar a respeito da possibilidade destas pessoas se tornarem vítimas de preconceitos, quer seja no momento de ingressar em planos de

saúde, seguros de vida ou outros contratos aleatórios do gênero, quer no ambiente de trabalho ou de estudo, práticas de esportes ou outras atividades da vida de relação, situação conhecida atualmente como discriminação genética, que poderá trazer inúmeros constrangimentos e prejuízos, em frontal violação aos direitos fundamentais individuais.

Desta forma, resta patente que aquilo que vai direcionar a aceitabilidade ética do *screening* genético é sua intenção e sua voluntariedade[1]. Importante frisar que a interferência coercitiva do Estado no que tange à responsabilidade reprodutiva dos seus cidadãos é sempre deletéria.

A coerção estatal pode ser direta, como no caso da limitação do número de filhos, ou da utilização discriminatória dos diagnósticos preditivos, ou indireta, quando oferece serviços gratuitos e abundantes para a efetivação da eugenia negativa nos casos de seleção gênica ou abortamentos eugênicos, em detrimento de não disponibilização de serviços especializados e outros tipos de apoio suficiente às famílias que possuem filhos deficientes.

As atuações estatais coercitivas indiretas geram, na maioria das vezes decisões reprodutivas aparentemente livres, quando na verdade escondem escolhas direcionadas pela falta de opção e pelo desamparo social e econômico das famílias que possuem membros portadores de patologias físicas e mentais irreversíveis.

Por este motivo, não se pode esquecer a importância de que se reveste a disponibilização de uma rede hospitalar eficiente em saúde pública, assim como a obrigatoriedade do exercício do livre consentimento informado, não somente para as técnicas de manipulação genéticas com fins terapêuticos e reprodutivos, como também no que se refere às práticas pertinentes à realização dos diagnósticos preditivos como forma de exercício do princípio da liberdade através da sua vertente da autonomia da vontade.

Configura-se, pois, inaceitável apenar alguém em função de uma patologia existente, ou o que é ainda pior, um achado objetivo de um exame que talvez nem sequer venha a se exteriorizar como doença no curso de sua vida

Também não se configura possível garantir com segurança, através de um diagnóstico preditivo, a presença ou não de mal-formações em sua descendência, uma vez que é patente a existência de mutações genéticas expressivas, que independem da vontade e atuação humana, e que podem conduzir a uma transformação na forma de expressão de um gene.

Sendo assim não é difícil reconhecer um ponto em comum entre a eugenia tradicional e a neo-eugenia, uma vez que hoje, em função de interesses econômicos e sociais se age da mesma maneira coercitiva que antes, quando se obedecia a uma finalidade de purificação racial, sacrificando direitos individuais fundamentais em atendimento a anseios coletivos.

O que se observa na atualidade, entretanto, é uma migração do caráter coletivo e predominantemente político da eugenia tradicional para uma dimensão particular e individual da eugenesia dita terapêutica, o que passou a ser denominado de eugenesia

reformista, ou seja aquelas técnicas direcionadas para a prática médica, e embasadas solidamente na genética. (SOUTULLO, 1999, p.39 e 53)

Da mesma forma, em nações onde existe um forte controle de natalidade em função da explosão demográfica, ou naquelas culturas em que o filho varão possui uma valoração muito superior às crianças do sexo feminino, (uma vez que os primeiros além de se inserirem mais cedo ao mercado de trabalho não requerem de seus familiares a reunião de vultosas quantias para o oferecimento do dote requerido na época do casamento), as técnicas de diagnósticos pré-natais se tornam particularmente perigosas, uma vez que podem ensejar a eliminação de fetos com características não valorizadas por aquela comunidade.

Este é o caso da República Popular da China, onde ao mesmo tempo em que só é permitido a cada casal gerar um filho, se proíbe por lei as técnicas de diagnóstico pré-natal com o intuito de evitar a utilização das mesmas de forma abusiva, com por exemplo quanto à escolha do sexo no único filho que poderá ser gerado.

3.3 Neo-Eugenia, Seleção de Sexo e Sexismo

Em se tratando de seleção de sexo, a primeira questão a ser enfrentada é aquela que define sexismo como a crença de que um sexo é superior ao outro, a partir do pressuposto que homens e mulheres são valorativamente diferentes. As repercussões do sexismo na sociedade se manifestam através dos papéis sociais e políticos de gênero muito diferenciados.

Neste sentido VITÓRIA (16) declara:

"Existe, nessa essência em geral, portanto, uma sobreposição de o que vem a ser sexo biológico (que é o aparato biológico com o qual a pessoa veio ao mundo), com o gênero (que são os papéis sexuais definidos socialmente) e as práticas sexuais (que são conseqüências de processos intra-subjetivos das pessoas). Em outras palavras, alguém que nasce homem tem que ser ativo, provedor, heterossexual e isto deve ser imutável ao longo da vida da pessoa. (VITÓRIA, Ceres. Seleção de sexo numa perspectiva antropológica. 2004, p.47) .

A curiosidade entre os humanos em conhecer previamente os fatores que determinam o sexo dos filhos vem desde a antiguidade, e já na Bíblia se encontram citações a este respeito: "[...] se a mulher emite seu sêmen primeiro, ela dá a luz a uma criança do sexo feminino [...] (Levítico [12:2])

Para BADALOTTI (17), existem registros na história da humanidade que atestam algumas práticas humanas realizadas com o intuito de tentar direcionar a predominância de um dos sexos na prole, que vão desde a negligência em relação à criança, até o extremo do infanticídio.

Por seleção de sexo, entretanto, entende a mesma autora:

"[...] a utilização de tecnologia médica para determinar o sexo do filho compreende qualquer prática, técnica ou intervenção com o objetivo de aumentar a chance de concepção, gestação e nascimento de uma criança de um sexo em relação ao outro (BADALOTTI, Mariângela. Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos, 2004, p. 13.).

Os motivos determinantes da seleção do sexo são classificados em médicos e não médicos. No primeiro caso se utiliza destas técnicas para evitar doenças genéticas ligadas ao sexo, enquanto que o segundo tipo de motivo são representado pelo desejo de fazer um "balanço familiar, através da compensação da predominância de um dos sexos entre os filhos, ou em função da associação de razões sociais, culturais, econômicas ou pessoais.

Doenças como a Hemofilia, as distrofias musculares, a síndrome do X frágil (segunda causa mais freqüente de retardo mental, depois da Síndrome de Down), são apenas alguns dos exemplos das patologias cuja expressão estão diretamente ligadas ao sexo do indivíduo.

Estas patologias se caracterizam pela presença de genes deletérios ligados ao cromossomo X. Uma vez que na mulher os gametas são dotados de dois cromossomos X (genótipo XX), é necessário que os dois estejam comprometidos pela mesma patologia, para que a mesma se exteriorize, o que é muito raro. No caso de apenas uma deles estar afetado, a mulher é considerada apenas portadora da patologia, não exteriorizando, portanto o seu quadro clínico.

No caso masculino, como o genótipo se apresenta como XY, é suficiente que o único cromossomo X esteja degenerado para que a doença se apresente em toda a sua plenitude. Por este motivo, na terapia gênica relativa ao tratamento de patologias hereditárias ligadas ao sexo é suficiente que se evite o nascimento de crianças do sexo masculino.

Existem três técnicas que viabilizam a seleção sexual, quais sejam a que, através da reprodução assistida seleciona os gametas antes da fecundação, aquela que identifica o sexo do embrião e realiza a transferência apenas com aqueles do sexo desejado - os embriões excedentários poderão ser destruídos, doados para casais inférteis e serem utilizados para fins experimentais - e por fim, o abortamento, sempre que a biópsia do viló corial, a amniocentese, ou ao exame de ultra-sonografia evidenciarem um feto com o sexo diverso do desejado.

As técnicas de seleção sexual, além de gerarem maior expectativa quanto ao desempenho futuro do novo ser, modificam o padrão da percentagem de cada sexo em relação à espécie, o que repercutirá no comportamento social e reprodutivo da mesma.

Por exemplo, no caso das patologias ligadas ao sexo, que hoje se contabilizam em mais de duzentas, todas as vezes que houver indicação de direcionamento do sexo do embrião, nascerá uma pessoa do sexo feminino, o que certamente causará um desequilíbrio no percentual entre os sexos, o que, por outro lado, determinará uma alteração no comportamento social e quiçá sexual da espécie.

Por outro lado os países possuem uma tendência em apoiar as práticas de aperfeiçoamento genético como forma de diminuir o percentual de nascimentos de pessoas portadoras de doenças hereditárias graves com deficiências físicas e mentais, como forma de diminuir o peso das cifras relativas às despesas com assistência sanitária e previdência social dispensadas a estas pessoas.

Por outro lado o Conselho Federal de Medicina ao referir-se à seleção de sexo preconiza que "as técnicas de reprodução assistida não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho a nascer". (CFM, Resolução 1.358/92, I, 4)

4. EUGENIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do que aqui foi exposto, configura-se imperativo destacar a indiscutível afronta aos direitos fundamentais individuais e coletivos empreendida através das práticas eugênicas. Habermans, ao discorrer sobre "o desvanecimento dos limites entre a natureza que *somos* e a disposição orgânica que nos *damos*", assim preconiza:

"Não podemos excluir o fato de que o conhecimento de uma programação eugênica do próprio patrimônio hereditário limita a configuração autônoma da vida do indivíduo e mina as relações fundamentais simétricas entre pessoas livres e iguais" (Habermans, Jürgen. 2004, p. 33).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º III, alçou o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar régio de fundamento da República do Brasil, cabendo, portanto, a toda a legislação infraconstitucional e ao povo, protegê-lo e efetivá-lo.

Já o Código Civil de 2002, no seu artigo 2º, ao afirmar que os direitos da personalidade (entenda-se patrimoniais) começam com o nascimento com vida, pondo a salvo os direitos do nascituro (à vida, a alimentos, à assistência pré-natal) omitiu-se, no que diz

respeito ao embrião e ao código genético pré-concepcional de cada indivíduo, os quais, uma vez violados, comprometem todos os direitos já assegurados anteriormente por este mesmo diploma legal.

Importante acrescentar que, os quatro princípios, norteadores da Bioética estadunidense, que são os princípios da autonomia da vontade, da beneficência, da não maleficência e da justiça, devem ser sempre observados no tocante à utilização das técnicas biotecnológicas (BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. 2002, p. 123).

Também o princípio da vulnerabilidade, não deve ser esquecido, haja vista a condição do ser concebido ou pré-concebido se configurar em uma posição de fragilidade diante do poderio do arsenal científico, o que exige que sejam acionados em seu favor dispositivos protetivos capazes de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais que lhe são próprios.

Estas práticas oriundas do que a doutrina chama de biopoder, ou seja, a prerrogativa hoje conferida à ciência de alterar o rumo dos processos vitais de um indivíduo deve sempre observar o limite do respeito à intimidade genética , como uma forma de garantir o exercício do seu direito à liberdade.

O princípio do livre consentimento informado, por sua vez, permite que o paciente, ou o indivíduo a ser submetido a pesquisas científicas receba todos os esclarecimentos necessários, inclusive técnicos, a respeito do procedimento a que será submetido, assim como tenha a prerrogativa de decidir, voluntariamente, o que lhe é conveniente. Tal princípio, como não pode ser exercido diretamente pelo embrião, deve ser resguardados por seus representantes legais, que no caso da lei brasileira são seus genitores, conforme reza o artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Entretanto não se pode olvidar que o patrimônio genético da espécie precisa ser preservado de maneira que, o seu curso evolutivo natural não seja desviado de forma irreversível, o que fatalmente pode levar a um desequilíbrio no ecossistema terrestre, com repercussões imprevisíveis e, possivelmente, irremediáveis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

"O nó da questão das biotecnologias em reprodução humana é a dificuldade em assumir e transignificar limites, criada pelo desejo de onipotência e pela oferta de sentido, dado pelas próprias técnicas (JUNGES, José Roque. Seleção de sexo: reflexões bioéticas em perspectiva teológicas, 2004., p.42).

Faz-se imperativo estabelecer a existência ou não de um direito à procriação, que, exatamente pelo fato de ser direito poderia ser defendido frente a terceiros (conceito, sociedade, e até o Estado), mesmo na iminência da transmissão de caracteres genéticos patológicos, em detrimento dos interesses econômicos e coletivos, como aquele de um Estado almejar uma população física e mentalmente sã.

Cabe, portanto, ponderar-se a adequação das possíveis conseqüências ao caso concreto, de forma a possibilitar que a responsabilidade reprodutiva seja livremente interiorizada e assumida, com vistas sempre ao melhor interesse da criança.

Não é possível olvidar, que os direitos da personalidade individuais representam a "bandeira" que deve sempre ser desfraldada em defesa de todos aqueles que, em função de se encontrarem em posições mais susceptíveis de serem ofendidos em sua integridade ou pertencerem a grupos minoritários se encontram mais vulneráveis aos potenciais riscos oferecidos pelos avanços biotecnológicos.

Os princípios devem nortear o rumo das ações humanas, todas as vezes que não existir a certeza de qual "caminho" deve-se trilhar, ou existir dúvida entre qual procedimento escolher.

Neste sentido preconiza HABERMANS (18):

" O modo como lidamos com a vida humana antes do nascimento (ou com as pessoas, após a sua morte) afeta nossa auto-compreensão enquanto seres da espécie. E as representações de nós mesmos como pessoas morais encontram-se estreitamente entrelaçadas com essa auto-compreensão ética da espécie. Nossas concepções e nossa forma de lidar com a vida humana pré-pessoal formam, por assim dizer, um ambiente estabilizador, do ponto de vista da ética da espécie, para a moral racional dos sujeitos de direitos humanos - um contexto de inserção que não pode ser rompido, se não quisermos que a própria moral venha derrapar." (HABERMANS,2004, p. 92)

Desta forma, não são raros na prática médica, casos de pessoas que optaram por enfrentar o risco genético e tiveram filhos saudáveis, como também, existem aqueles casais que, mesmo cientes das diversas possibilidades e decididos a enfrentar o risco apontado pelas cifras percentuais, geraram filhos com algum tipo de deficiência.

Nestes casos, estando a família previamente cônica das diversas possibilidades existentes, o fato da geração de uma criança com algum tipo de limitação é geralmente encarada de forma amadurecida e realista, passando seus parentes a dedicar a este ser tanto amor e carinho, que não raro o nascimento deste filho se converte em um ponto de união da família, que coloca este nascimento como um momento positivo em sua trajetória.

Temos como exemplos casos divulgados, inclusive pela mídia de portadores de Síndrome de Down (trissomia do cromossomo 21), que superaram todas as expectativas a eles direcionadas e não raro são apontados pelos pais como o filho mais dócil e carinhoso em relação aos demais, além de propiciarem as mais gratificantes experiências ao convívio familiar.

PLATÃO, **La República o el Estado**, Espasa-Calpe, 15ª ed., 1982, p.159.

SOUTULLO, Daniel. **La Eugenesia desde Galton até hoje**. Talasa Ediciones, S.L. Madri, 1997, p.11-12.

GALTON, Francis. **Herencia e Eugenesia**, op.cit., p.104.

SOUTULLO, Daniel.. *Op. Cit.* p.29.

RIDLEY, Matt. **Genoma, a autobiografia de uma espécie em 23 capítulos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 200. P.28

SOUTULLO, Daniel.. **El concepto de Eugenesia e sua evolução**, Romeo Casabona, in *La Eugenesia hoy*, Granada: Comares, 1999. P.24.

Schramm, Fermin Roland. *Eugenia, Eugenética e o Espectro do Eugenismo: Considerações Atuais sobre Biotecnociencia e Bioética*, disponível em: <http://www.octopus.furg.br/cibio/opi/eugenia.htm>.. Acesso em 13/09/2008.

Habermans, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.40

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **La eugenesia hoy**, Bilbao: Cátedra de Derecho y Genoma Humano - Editorial Comares, S. L., 1999. P. 04

10. LUJAN, José Luis. **Ingeniería genética humana, ideología y eugenesia**, Arbor, Tomo XXXVII, nº 544, abril de 1991, p.138, in CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La eugenesia hoy*, p.36.

Habermans, Jürgen.(op.cit p. 32).

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 113.

BADALOTTI, Mariângela. *Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos*, in CLOTET, Joaquim. GOLDIM, José Roberto (orgs). *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 13.

Habermans, Jürgen. (op. Cit., p. 33)

HABERMANS, (op. Cit., p. 92)

VITORIA, Ceres. *Seleção de sexo numa perspectiva antropológica*. In CLOTET, Joaquim. GOLDIM, José Roberto (orgs). *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.47.

BADALOTTI, Mariângela. *Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos*, in CLOTET, Joaquim.

GOLDIM, José Roberto (orgs). Seleção de Sexo e Bioética. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 13.

HABERMANS (Op. Cit, p. 92)

[1] O Conselho da Europa, através de sua Recomendação nº 13 preconiza para todos os casos de exames preditivos a exigência do consentimento informado), além da garantia do sigilo, no sentido de que as informações só deverão ser disponibilizadas ao interessado ou seus representante legais (excluindo-se, portanto, até o outro nubente no caso de exames pré-nupciais (Nota do Autor).

INSTRUMENTOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS (CTA) E DO ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS.

INSTRUMENTS FOR PROTECTION OF COLLECTIVE INTELLECTUAL RIGHTS AND ACCESS OF NATURAL RESOURCES

**Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
Helga Maria Martins de Paula**

RESUMO

O trabalho visa apresentar a análise de instrumentos internacionais e nacionais de regulamentação da exploração econômica dos recursos naturais e suas respectivas falhas e dicotomias, especialmente o paradoxo entre os dois principais Tratados internacionais sobre o tema: o Acordo TRIPS no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) com enfoque na propriedade intelectual coletiva das populações locais. O texto traz conceitos gerais importantes para a compreensão das vertentes metodológicas utilizadas na pesquisa, esmiúça os instrumentos existentes para a proteção dos CTA, mostra apontamentos para a criação do regime de proteção sui generis dos CTA. Tudo isso com o objetivo precípua de demarcar contornos jurídicos mais precisos sobre o tema, utilizando-se a análise de dados bibliográficos e jurisprudenciais a partir de uma perspectiva metodológica pós-moderna, calcada na Jurisprudência de valores, na compreensão e aplicação do Direito através dos princípios normativados em nossa Constituição de 1988 e nos Tratados Internacionais.

PALAVRAS-CHAVES: BIODIVERSIDADE, COMUNIDADES TRADICIONAIS, DIREITO AMBIENTAL

ABSTRACT

The assignment aims to present the analysis of national and international instruments of regulation of the economic exploration of natural resources and their respective flaws and dichotomies, particularly the paradox between the two main international Agreements: the TRIPS Agreement under the World Trade Organization (WTO) and the Convention on Biological Diversity (CDB) with focus on the collective intellectual property of local populations. The text bring general concepts important for the comprehension of the methodological strands used in the research, elucidates the existing instruments for the CTA protection, and shows pointings for the creation of the sui generis protection regime of the CTA. All this with the pivotal purpose of demarcating more precise legal contours about the theme, using the analysis of bibliographic and jurisprudential data from a post-modern methodology perspective, paved in the Jurisprudence of values, in the comprehension and application of the Law

through the normative principles from our 1988 Constitution and the International Agreements.

KEYWORDS: KEYWORDS: BIODIVERSITY, TRADITIONAL COMMUNITIES, ENVIRONMENTAL LAW.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) prevê três instrumentos para a realização da repartição justa e equitativa de benefícios decorrentes do acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais (CTAs) ou direitos intelectuais coletivos: o consentimento prévio informado (CPI- também conhecido pela sua sigla em inglês: PIC- prior informed consent), a elaboração de contratos, e as medidas legislativas e administrativas nacionais/regionais.

1. O Consentimento Prévio Informado

1.1. Conceito e Princípios Norteadores

O consentimento prévio informado (CPI) consubstancia-se em uma autorização voluntária das comunidades tradicionais e indígenas no que tange ao acesso de terceiros aos conhecimentos tradicionais, e deve ser exigido como etapa inicial na implementação de qualquer projeto, com o escopo de eliminar potenciais conflitos e proporcionar maior entendimento entre as partes envolvidas. Possui natureza de um processo contínuo e não de um ato contratual isolado devido à própria evolução do conhecimento tradicional.[1]

Vários são os acordos internacionais e leis nacionais que exigem o CPI antes do acesso efetivo aos conhecimentos tradicionais e recursos genéticos, são exemplos no âmbito internacional: a Convenção sobre Proteção à Herança Natural e Cultural do Mundo de 1972; a Convenção sobre os Meios de Proibição e Prevenção de Importações, Exportações e Transferências Ilícitas de Titularidade de Propriedade Cultural de 1970; a Convenção 169 da OIT; Resolução FAO 4/89; A Minuta da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas de 1981; a Agenda 21; Declaração de Princípios do Conselho Mundial para Povos Indígenas de 1984; Estatuto da Terra dos Povos Indígenas de 1992; Declaração Final da Consulta do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas sobre Conhecimento dos Povos Indígenas de 1995; Carta de São Luis do Maranhão: Representantes dos Pajés do Brasil de 2002; e a Convenção sobre Diversidade Biológica.[2]

Uma interpretação do artigo 15 da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) em consonância com os artigos 8(j) e 10(c) da mesma, prevê que o acesso deve estar alicerçado no consentimento prévio informado da parte provedora.[3] Vale destacar que a CDB não define qual seria o conteúdo desse consentimento, relegando a tarefa às legislações nacionais, regionais e à doutrina.

Nesse sentido, segundo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) [4], muitos países trazem a exigência do CPI em suas legislações: Bolívia, Colômbia, Bangladesh, Camarões, Costa Rica, Fiji, Filipinas, Índia, Peru, Venezuela, Associação de Nações do Sudoeste Asiático (Asean), modelo de legislação da Organização da Unidade Africana (OUA) , sendo que algumas dessas leis já se encontram em vigor.

O conteúdo dessas leis estabelece desde concepções vagas de diretrizes até estruturas bem definidas de procedimentos a serem verificados no CPI. Essas variações são frutos das relações entre governos locais e comunidades respectivas: afinal, até que ponto a autonomia de uma comunidade tradicional é interessante aos interesses intervencionistas de essência econômica do Estado. No transcorrer deste capítulo verificaremos alguns dos exemplos mencionados.

As exigências do CPI devem respeitar o disposto na CDB que traz em seus princípios orientadores uma maneira de proteger a parte mais frágil dessa relação: “Os detentores do conhecimento tradicional devem sentir-se seguros em acordos envolvendo direitos de posse relativos às terras, florestas e águas marinhas/internas de sua propriedade; sentir-se seguros de que foi conferida a eles a mesma situação dos demais membros da parceria; estar convencidos da existência de um objetivo comum, compatível com seus valores culturais e ecológicos” [5]

De acordo com o disposto, vislumbramos ao menos alguns princípios comuns a todos CPI: princípio da isonomia ou equidade distributiva, princípio da compensação, princípio da prevenção, princípio da participação pública, princípio de transparência e publicidade, estando esses dois últimos presentes nas Diretrizes Bonn (Bonn Guidelines, é um documento de caráter voluntário que serve de base para o desenvolvimento de medidas políticas, legislativas e administrativas sobre o que traz os artigos 8(j), 10(c), 15 e 16 da CDB. Foi adotado pela última Conferência das Partes da CDB em abril de 2002).

Princípio da isonomia ou equidade distributiva: todos os benefícios devem ser partilhados pelas partes envolvidas na utilização do recurso advindo da bioprospecção;

Princípio da compensação: a comunidade fornecedora da matéria-prima deve ter o respectivo pagamento pela exploração;

Princípio da prevenção: se houver dúvidas quanto a danos, o projeto não deve prosseguir;

Princípio da participação pública: a participação da população envolvida deve ser efetiva, garantindo-se a discussão de todas as fases do projeto por todos, respeitando-se todos os segmentos dessa comunidade e sua respectiva estrutura política;

Princípio de transparência e publicidade: a atividade deve ter caráter público, já que tem por objeto a utilização de bens de uso comum do povo.

Alguns outros princípios são exigidos de acordo com cada legislação local, como veremos ao detalhar exigências materiais e formais em alguns modelos de CPIs.[6]

1.2. Requisitos Materiais e Formais Exigíveis na Confecção do CPI

Nesse sentido, o Comitê Intergovernamental de Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore da OMPI recomenda a utilização de exigências diferentes para os diversos tipos de interesse no acesso, ou seja, interesses

que envolvam atividades comerciais devem conter requisitos mais aprimorados em termos de repartição justa de benefícios, por exemplo.

A seguir esmiuçaremos alguns requisitos exigíveis materialmente (quanto ao mérito): metodologia de pesquisa; conseqüências previsíveis da pesquisa; identificação da pessoa física e/ou jurídica interessada no acesso; indicação de acordos para justa repartição de benefícios provenientes da coleta; atividades complementares e alternativas; apresentação do impacto ambiental e ecológico; informações transparentes e claras sobre o uso pretendido; amparo legal para a comunidade; quais serão as diretrizes a serem seguidas pelo interessado.

1. A metodologia da pesquisa consiste em informações no que tange à atividade desenvolvida e à utilização dada aos recursos genéticos decorrentes dos conhecimentos tradicionais (CTA) que fornecem um esboço **inicial** (grifo nosso) do projeto que será desenvolvido, pois é freqüente a ocorrência de mudanças metodológicas no curso desse processo, mudanças que devem ser informadas à comunidade, sob pena de anulação da negociação devido à construção de um CPI não informativo.

O contrato USP (Universidade do Sul do Pacífico ou University of South Pacific)-Verata em Fiji[7] exigiu quanto à metodologia de pesquisa, informações sobre o tipo de material retirado, o tamanho da amostra e o estado de conservação do material[8].

2. Conseqüências previsíveis da pesquisa, ou seja, qual será o impacto que o projeto terá sobre o meio ambiente e a saúde do local onde se realizará, além das conseqüências em relação à repartição de benefícios.

Segundo Firestone[9], no acordo celebrado para a utilização do “Arogyapacha” entre a tribo Kani e o Tropical Botanical Garden and Research Institute – TBGRI-[10], na Índia, os guias Kani não foram informados sobre a alteração do meio ambiente e estilo de vida tradicional dos Kani, embora a intenção dos pesquisadores fosse beneficiar a comunidade. Portanto, de nada vale a boa intenção de pesquisadores, se não houver participação e explanação dos interesses da população que possui os CTAs.

3. Identificação da pessoa física ou jurídica interessada no acesso, incluindo os indivíduos que participam da pesquisa, as organizações patrocinadoras e todos aqueles que tiverem interesses envolvidos no projeto. Qualquer participante novo deve ser divulgado antes do fechamento do acordo.

Isso é necessário para eventual responsabilização por danos e desrespeito às regras estabelecidas.

As legislações de Bangladesh, Filipinas, Fiji, Asean e a legislação modelo da Organização da União Africana-OAU trazem referida exigência.

4. Indicação de acordos para repartição de benefícios desde o início do relacionamento entre pesquisador e comunidade, identificando as formas de contrapartida para a comunidade, as garantias de que os benefícios da pesquisa serão compartilhados de acordo com a CDB e outras leis pertinentes.

5. Atividades complementares e alternativas que possuam impacto ambiental ou cultural menor do que as atividades inicialmente previstas. Tais atividades exigem CPI adicional, pois, “o CPI aplica-se apenas ao objetivo e atividade específicos para os quais foi concedido; permissão adicional deve ser obtida antes da utilização de recursos genéticos de maneira diferente daquela estipulada no acordo inicial.” [11]
6. Apresentação do impacto ambiental e ecológico em potencial da atividade de bioprospecção, dependendo da natureza da atividade a ser realizada.
7. Informações transparentes e claras sobre o uso pretendido: taxonomia, coleta, pesquisa ou comercialização.
8. Amparo legal para a população tradicional para que a relação entre essa e o interessado na utilização de seus CTAs seja justa. A comunidade deve ser informada sobre seu direito de proibir o acesso a seus recursos genéticos, se assim desejar.
9. As diretrizes seguidas pelo interessado: as regras éticas que utilizará para realização de suas atividades, proporcionando maior entendimento e fortalecendo a relação de confiança entre as partes.

O CPI também pode utilizar-se de uma série de requisitos formais (quanto ao procedimento) que facilitem sua assimilação em diferentes culturas e permita uma maior credibilidade do acordo. Segundo Firestone[12], algumas dessas exigências constituem a essência do CPI:

1. Todas as informações, relatórios, documentos relativos ao projeto, devem ser na língua local da população tradicional. Tal exigência tem como objetivo a redução dos erros de comunicação entre os atores do processo, permitindo que todos os membros da comunidade compreendam o que está sendo proposto e quais as conseqüências possíveis.
2. O CPI deve refletir os anseios da população envolvida como um todo, porém será a própria comunidade que determinará se as consultas e aprovações dos termos serão direcionadas a todos (consultados separadamente) ou somente as suas autoridades/representantes. Esse requisito permite que todos, diretamente ou indiretamente afetados, tenham a oportunidade de participação no processo de tomada de decisões.
3. Ainda no sentido de permitir participação direta e efetiva de todos os membros da comunidade, outra exigência seria a notificação de todos através de audiências públicas, reuniões públicas, assembléias e outros.
4. Todo o processo do CPI deve observar as normas culturais locais, respeitando a estrutura organizacional, política da comunidade. Nesse aspecto, um ponto interessante seria o acompanhamento de um profissional (antropólogo, por exemplo) especialista nos costumes da população durante a pesquisa, isso permitiria um maior vínculo de confiança e conseqüente facilidade na comunicação de fases do procedimento de coleta e utilização do CTA. Nas Filipinas, por exemplo, há a exigência de uma declaração (a

ser fornecida pelo pesquisador) de que a atividade a ser conduzida em suas áreas não afetará de forma alguma o uso tradicional que esses povos fazem dos recursos.[13]

5. Buscar a participação da comunidade, incluindo as mulheres (legislação modelo da OAU), jovens (Fiji: negociações Verata-USP), e fornecendo treinamento e capacitação para os membros poderem trabalhar no projeto visando o aprimoramento das utilidades do CTA.

6. Fornecer cópias de documentos relevantes do projeto devidamente traduzidos para o idioma local. A dimensão do que é relevante, dependerá da natureza da pesquisa desenvolvida e da estrutura social da população.

Alguns documentos são essenciais em qualquer CPI: orçamento, conseqüências possíveis da atividade no local, análise dos dados coletados, são exemplos.

7. Todas as descobertas feitas pelos pesquisadores devem ser compartilhadas com a comunidade. Para Firestone[14] esse elemento é “a essência do CPI”, pois sintetiza todos os requisitos exigíveis em termos de participação da população e transparência da atividade.

O acordo USP-Verata exige que a USP informe a Verata sobre negociações ou atividades posteriores envolvendo as amostras colhidas, e, além disso, exige a feitura de relatórios trimestrais especificando o progresso da pesquisa e os valores monetários envolvidos.[15]

8. Oferecimento de anonimato e sigilo se necessário, com o intuito de evitar a divulgação de informações consideradas segredos milenares/centenários sagrados. O acordo entre a tribo Kani e o Tropical Botanical Garden and Research Institute – TBGRI não atentou para esse requisito. A tribo acreditava que o conhecimento que possuíam da planta “Arogyapacha” era sagrado e confidencial, porém, houve divulgação da pesquisa e conseqüente descontentamento dos Kani, que quase encerraram seu acordo com a TBGRI.[16]

9. Quando o acesso se mostrar prejudicial ao patrimônio natural e cultural do local, a pesquisa deve ser suspensa, tendo a comunidade a capacidade e o arcabouço protetivo necessário para preservar sua cultura, seu ambiente e sua saúde. A suspensão, porém, por uma questão de razoabilidade, tem de ser fundamentada e aceitável, não pode ocorrer por mero capricho da população.

10. Representação legal das comunidades nas negociações dos termos contratuais. O acordo USP-Verata, previu fornecimento pela primeira de assistência judiciária gratuita à segunda em todas as fases da negociação.[17]

11. Segurança jurídica proporcionada pela confecção de documentos escritos, especialmente nos acordos de repartição de benefícios.

12. Oferecer tempo suficiente para a comunidade poder refletir sobre as atividades propostas antes do início do projeto. Filipinas e Bangladesh estabelecem períodos mínimos de trinta a sessenta dias para que suas comunidades dêem o consentimento.

Todos os requisitos mencionados são tentativas de consolidação do CPI como instrumento válido e eficaz no procedimento de acesso aos CTAs, todos constituem o início de um processo que traz em seu bojo inúmeras dificuldades a serem superadas.

1.3. Dificuldades na Elaboração do CPI

Identificar quem possui competência para fornecer o consentimento, quais as implicações da pesquisa, dificuldades de comunicação, disparidade entre os atores da negociação, e, a estreita ligação entre o CPI e os direitos territoriais do país onde se encontra a comunidade[18] são algumas dificuldades já verificadas em casos concretos:

No acordo feito entre a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e a tribo Krahô[19] sobre milho tradicional (base da alimentação Krahô) e desenvolvimento de estratégias voltadas para o bem-estar alimentar da tribo, respeito ao conhecimento tradicional e conservação dos recursos genéticos, não foram consultadas todas as dezessete tribos previstas no contrato. A Universidade foi acionada pelas tribos que se sentiram prejudicadas (devido ao uso não autorizado de seus conhecimentos tradicionais) sob a alegação de biopirataria.

A dificuldade da Universidade pode ser resumida da seguinte maneira: muitas vezes as autoridades das comunidades não são identificáveis, e mais, muitas vezes essas autoridades são rivais, o que inviabiliza qualquer projeto. Além disso, como saber quem consultar e quem é competente para consentir diante da indefinição quanto ao que é CTA e o que constitui patrimônio comum? Se uma planta é cultivada durante séculos por uma determinada comunidade, porém todos os residentes da área de cultivo da planta (membros da comunidade ou não) utilizam a planta e suas propriedades, por que o pesquisador, a instituição, deve buscar autorização da comunidade? Nesse caso, a planta não seria patrimônio comum?

Pensar dessa forma é reduzir uma questão complexa como o reconhecimento da autonomia de populações tradicionais a uma questão puramente burocrática, que privilegia a parte mais forte da relação de bioprospecção, ou seja, o coletor/pesquisador. Firestone[20] propõe um mediador governamental ou não-governamental para auxiliar no estabelecimento de responsabilidades entre as partes, e cita o exemplo de Camarões (o interessado no acesso deve buscar a autorização de dois Ministérios além da comunidade local) e do Brasil (onde devido ao número muito grande de órgãos governamentais envolvidos, acabam ocorrendo autorizações conflitantes).

A dificuldade de comunicação entre as partes pode ser resolvida através da realização de alguns requisitos materiais e formais expostos anteriormente como a redação de documentos e relatórios no idioma local, a participação de todos os membros da comunidade nos procedimentos que antecedam decisões sobre o andamento da pesquisa, entre outros. A questão da ligação intrínseca entre a confecção do CPI para conseguir acesso aos direitos intelectuais coletivos de uma população tradicional e os direitos territoriais dela e do país onde se encontra localizada é, acima de tudo, uma questão de soberania e autonomia. Em Camarões, por exemplo, terras e recursos são nacionalizados, e há silêncio quanto à soberania das comunidades tradicionais, já em Fiji, a autonomia das populações tradicionais é amplamente respeitada e regulamentada, fruto de um sistema pré-colonial de reconhecimento de posse.

No Brasil podemos elencar diversos exemplos de relacionamento entre empresas internacionais e nacionais, instituições de pesquisa, com comunidades indígenas e populações tradicionais (Aveda-Guarani kaiowá; Aveda-Yawanawá y Katukina; Body Shop-Kayapó; Hoescht/Merck-Uru-Eu-wau-Wau; Merck-Guajajara; Unifesp/Embrapa-Krahô) visando à exploração e pesquisa de produtos oriundos da rica biodiversidade brasileira; em todos os casos respeita-se a soberania do Brasil em relação a seu território e o conseqüente direito de propriedade material e intelectual e de posse de quem está no local.

Portanto, o CPI é apenas um dos instrumentos previstos na CDB para concretização de princípios caros não só em relação à preservação da biodiversidade, mas também em relação ao valor (seja ele material ou imaterial) que se auferem aos recursos naturais e aqueles que durante séculos souberam preservar e subsistir em seu território.

Em síntese, ao art. 15.5 da CDB[21] que dispõe sobre o CPI, cabem duas interpretações distintas (já que não há uma política comum): o CPI não é obrigatório ou o CPI é obrigatório quando o acesso aos recursos ou até mesmo ao local a ser realizado o projeto é restrito; a decisão cabe as partes negociantes que devem decidir qual a melhor interpretação.

2. Contratos

2.1. Conceito e Classificações

O artigo 15.4 da CDB traz a figura do contrato como um dos instrumentos de concretização do acesso aos recursos naturais originários de CTA.[22]

Tárrega & Pérez colocam que “os contratos de acesso ocorrem quando duas partes juridicamente legitimadas se comprometem a trocar dinheiro ou materiais, ou realizar atividade de outra natureza, dentro dos parâmetros legais.” [23]

Um grande desafio a todos os estudiosos das Ciências Jurídicas é o desenvolvimento de novas estruturas contratuais para os contratos de bioprospecção, ou seja, contratos que objetivam finalidades de interesse geral, mais especificamente a proteção da biodiversidade, tendo como base os contratos clássicos. Portanto, o contrato deixa de ser um instrumento de proteção somente de interesses individualmente concebidos, para tornar-se um instrumento de justiça social, e porque não dizer, ambiental[24], e adapta a seu esquema, as necessidades das partes negociantes desse novo tipo de contrato.

Por ser uma matéria nova há certa falta de clareza nas diversas terminologias, fiquemos com a denominação “contrato de bioprospecção” [25]

Segundo Bellivier, o contrato de bioprospecção pode ser classificado em: contrato de prospecção *in situ*; contrato de transferência de material já coletado; ou, como contrato de organização de pesquisa.[26]

(a) Contrato de prospecção *in situ* : o acesso aos recursos biológicos em seu respectivo ambiente natural[27] é o objeto de negociação desse acordo, que pode ser caracterizado como um contrato de pesquisa que, em fase posterior, transforma-se em um acordo comercial. Tem a denominação técnica de contrato de pesquisa em parceria

ou carta de intenção. Esse contrato pode conter cláusulas acordadas entre as partes sobre pagamento de royalties na comercialização das coletas das plantas, ou ainda a necessidade de aprovação do país-fonte e das comunidades antes do comércio da pesquisa realizada.

O contrato de prospecção *in situ* também pode ser um acordo comercial desde sua gênese, possuindo como objeto as questões referentes à repartição de benefícios, organizando as tarefas entre as partes do início das atividades de coleta até o fim comercial desejado.

(b). Contrato de transferência de material (ATMs): caracteriza-se pela transferência de material biológico de um fornecedor para um receptor, com as devidas limitações sobre o uso que o receptor fará desse material,[28]isso devido ao direito de propriedade material e intelectual que uma das partes detém sobre o recurso colhido.

(c). Contratos de organização de pesquisas que podem ser subdivididos em:

c.1. Contrato de pesquisa *stricto sensu*: há uma junção de diversos interessados (empresas privadas, universidades, etc.) em um trabalho organizado de pesquisa que busca desde o início a fixação de regras quanto ao acesso do material e regras de partilha da propriedade intelectual.

Um bom exemplo desses contratos seria o projeto “Bridge” sobre lipases (enzimas que degradam gorduras). Trata-se de um acordo multilateral, associando vinte e dois participantes, dos quais seis são firmas industriais, dezesseis são laboratórios públicos, e, todos visam um projeto de caracterização das lipases para futuras aplicações industriais.[29]

c.2. Contrato para disponibilizar dados de uma pesquisa: “Aqui, situamos mais como aval do processo, os dados sendo recebidos por um parceiro, que busca organizar as condições do acesso desses dados a outros.” [30]

Ou seja, uma empresa ou instituição de pesquisa com maior visibilidade ou conhecimento na área de interesse do projeto, armazena e organiza os dados pesquisados por uma outra instituição, facilitando o acesso e disponibilidade desses dados para quem assim desejar.

É o caso do contrato sobre sequenciamento de genoma de arroz entre a Monsanto e a Genoscópio (que se beneficia de uma licença não-exclusiva, que lhe permite acessar os dados da Monsanto sobre genomas de arroz, e, em troca, compromete-se a não divulgar esses dados a terceiros sem autorização da Monsanto, além de publicar trabalhos com autorias conjugadas: Monsanto e Genoscópio).

2.3. O controle dos contratos pelas leis nacionais mediante a fragilidade das comunidades tradicionais

Neste tópico, trataremos da necessidade de controle externo do instrumento contratual como forma de maior proteção dos direitos intelectuais coletivos envolvidos no processo de bioprospecção. É interessante notar a conjugação dos dois instrumentos-contrato e legislação-, na busca de uma maior efetividade em um tema deficiente em

termos protetivos, seja diante do atual quadro normativo internacional, seja na própria assimilação de novos conceitos que a princípio soam tão díspares: de um lado direitos coletivos sobre os recursos naturais, de outro, o conhecimento tradicional (portanto, não é um conhecimento novo- requisito para um direito intelectual, imaterial).

Esse controle do contrato pode ser realizado pelo governo, por instituições ou pela própria comunidade tradicional, porém, esta última geralmente mostra-se frágil, à medida que não dispõe de recursos financeiros para o ingresso no Poder Judiciário, seja em âmbito nacional ou internacional.

Marcelo Dias Varella[31]traz como exemplo de assistência do governo às comunidades locais nesse controle, o governo da Nigéria que contratou a Universidade de Howard para garantir o pagamento de royalties às populações locais.

Quanto ao Brasil, há um desenho curioso de situações, com concepções diferentes sobre o tema:

- Na MP 2052 o controle é feito pelo governo e também pela instituição nacional participante;

- No Projeto de Lei 4751/98 (regulamenta o inciso II do art. 225 da Constituição Federal e os arts. 1, 8, 10 e 15 da CDB sobre acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado) a coordenação de alguma instituição nacional é responsável pelo controle;

- Na Lei 388/97 do Estado do Amapá (dispõe sobre o acesso a biodiversidade no Estado do Amapá) observamos a tarefa do controle contratual distribuída entre governo e instituição nacional envolvida no projeto de bioprospecção. O mesmo ocorre na Lei do Estado do Acre n 1235/97.[32]

Todas essas Leis e Projetos de Lei tentam assimilar o que diz a CDB sobre acesso e repartição de benefícios, porém, possuem maior identidade com o que propõe a OMC e a Ompi em termos de direito de propriedade intelectual, alegando que isto é necessário para o desenvolvimento de projetos de bioprospecção mais bem-sucedidos, sem tantos aspectos burocráticos, o que frustra aqueles que acreditam em um controle mais rigoroso do acesso.

O que desperta maior discussão nesse tema, não é a figura do contrato como instrumento de negociação efetivo e suas respectivas nuances.É certo que a aplicação de conceitos e interpretações clássicas nos contratos de bioprospecção precisam ser revistos, pois vislumbramos uma dimensão a ser assimilada pela estrutura contratual totalmente nova, que contém em seu bojo uma revisão da aplicação da noção de coletividade, porém, o que hoje se busca com maior ênfase, é a formulação de linhas mestras, de guias de conduta na orientação de todos os contratos relacionados com recursos da biodiversidade: não se ceifaria a liberdade contratual, apenas haveria maior uniformidade na matéria.

3. Medidas Legislativas e Administrativas Nacionais/Regionais

Diversas são as medidas legislativas e administrativas em termos nacionais que podem ser adotadas pelos países para implementação da CDB.

O guia de boas condutas de Bonn exemplifica algumas tarefas para que as autoridades alcancem tal objetivo: autorizar o acesso de acordo com suas leis e fiscalizar a negociação; definição de termos e condições do CPI e contratos entre as partes; supervisão de acordos fechados no que se refere aos mecanismos com finalidade de assegurar participação das partes envolvidas, no exame e aprovação de pedidos, na aplicação e respeito ao que foi firmado de comum acordo.[33]

No ensejo de cumprir tais tarefas, podemos afirmar que alguns Estados adotaram uma dessas três medidas[34]:

- Elaboraram Tratados regionais sobre acesso e repartição de benefícios: O Pacto dos países andinos (Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela) estabelece o regime comum de acesso aos recursos genéticos e o regime comum de propriedade intelectual. O Sistema de Integração Centroamericana (SICA) composto por Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá também possui um acordo de acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado (CTA), assim como as nações da Asean e a OUA.

- Implementaram o acesso e repartição de benefícios de acordo com os sistemas legais já vigentes em termos de meio ambiente ou de conservação de recursos naturais, não possuindo normas específicas sobre CPI, ou respeito aos termos acordados. Exemplos: Gâmbia, Honduras, Quênia, Uganda, Camarões, Cuba.[35]

- Criaram instrumentos legais nacionais específicos para essa finalidade, através de Leis e Projetos de Lei. Nesse sentido, temos o Brasil (MP 2186/2001) , Filipinas (e sua Instrução Normativa 247 de 1995), Costa Rica (Lei de Biodiversidade 7788 de 1998), Índia e o Projeto de Lei de Samoa.

3.1. Instrumentos legais e administrativos: compatibilização entre o disposto na CDB e o Acordo TRIPS

Ainda no que tange a instrumentos legais e administrativos de proteção às atividades de bioprospecção, verificamos a necessidade de criação de soluções que visem compatibilizar os objetivos da CDB e o disposto no Acordo TRIPS[36] (que faz parte da Organização Mundial do Comércio-OMC) sobre acesso a recursos genéticos e proteção da propriedade intelectual coletiva (conhecimentos tradicionais associados-CTA) para uma maior uniformidade no tratamento da matéria seja em âmbito nacional/regional, seja no cenário internacional, pois os dois diplomas internacionais trazem visões diversas sobre o assunto.

No cenário internacional, diversos são os fóruns de debate: o Comitê Intergovernamental para a Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (IGC) da Ompi foi criado para que os membros da Ompi pudessem discutir questões de propriedade intelectual nos seguintes contextos: “i) acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios; ii) proteção do conhecimento tradicional, associado ou não a esses recursos; iii) proteção de expressões do folclore.” [37]

Na Organização Mundial do Comércio- OMC, as discussões giram em torno da revisão do artigo 27.3 do Acordo TRIPS[38]. O Brasil propõe emendar o TRIPS no sentido de requerer a divulgação do país de origem ou a fonte do recurso.

Vejamos então, algumas propostas no sentido de conciliação entre os dois diplomas[39] que já estão em fase de discussão nos fóruns internacionais:

1. *Divulgação e Certificação de origem do recurso biológico e do conhecimento tradicional associado (ou direito intelectual coletivo) no registro de patentes:* o Brasil, a Suíça e a União Européia possuem projetos nessa direção.

O intuito é criar um sistema internacional de proteção da biodiversidade por meio do sistema de patentes, sendo obrigatória a sua implementação na legislação interna das partes da OMC. O sistema incidiria sobre qualquer invenção na qual houvesse uso de recurso biológico lato sensu e conhecimento tradicional associado, não importando se a invenção fosse diretamente baseada em tais elementos ou se eles fossem apenas incidentais em sua criação.[40]

Um fator importante para essa divulgação de origem, seria o incentivo para que os requerentes de patentes respeitassem a legislação de acesso e repartição de benefícios de cada país, bem como os conhecimentos das populações tradicionais locais.

Para aqueles que defendem a proposta, um sistema internacional de reconhecimento e aplicação do acesso conforme lei nacional é imprescindível para que componentes da biodiversidade sejam patenteados no país da descoberta e não em escritórios estrangeiros, além disso há a preocupação maior de combater-se a biopirataria.[41]

Como afirmado anteriormente, Brasil, Suíça e União Européia possuem alguns apontamentos sobre o assunto:

O Brasil propõe a emenda no TRIPS no sentido de requerer a divulgação do país de origem e a fonte do recurso, a existência do CPI nesse tipo de contrato e, a repartição justa e equitativa dos benefícios. Tais requerimentos seriam obrigatórios tanto na fase nacional, como na internacional do procedimento, e, além disso, a exigibilidade quanto à divulgação da origem existiria em relação a qualquer uso que se fizesse do recurso, inclusive se ele serviu apenas incidentalmente para a invenção.

2. *Contratos consoantes à legislação nacional*

Repartição de benefícios realizada por meio de contratos que buscassem nos dispositivos legais existentes sobre o assunto em cada país, a solução de problemas que viessem a surgir, pois, até o momento não há solução prevista dentro do sistema de patentes.

3. *Utilizar instrumentos existentes para a proteção do CTA*

Nessa proposta, discute-se a possibilidade de utilização de formas de proteção existentes dentro do próprio sistema de propriedade intelectual existente, adaptando-se os instrumentos existentes para resguardar novos objetos.

O CTA, por exemplo, poderia ser tratado como segredo comercial devido a concordância de todos os membros da comunidade em não divulgar os conhecimentos sem autorização coletiva (exceto se já forem de domínio público), sendo considerados como *Know how*, conseqüentemente, agregando valor comercial.

A crítica mais veemente que se faz a essa idéia é que o sistema de propriedade intelectual oferece proteção no momento de origem do produto/criação da mente, no que tange ao CTA, é impossível precisar em qual momento foi gerada a informação, além disso a propriedade intelectual tal qual conhecemos hoje, não leva em conta a forma coletiva como são criados os CTA (impossível precisar a titularidade individual sobre a informação).

4. Banco de dados dos CTA

Com essa proposta solidificada, haveria eficaz divulgação dos CTA através de registros para pesquisa fácil e acessível de todos aqueles que trabalham com patentes: autoridades responsáveis pela concessão de patentes, escritórios de patentes, institutos de pesquisa, membros de comunidades tradicionais. Porém, esse acesso deve ser controlado, pois poderia haver biopirataria a partir de uma simples consulta bibliográfica.

Conclui-se, em termos gerais, que o uso legal e legítimo de elementos da biodiversidade perpassa pela atual limitação dos diplomas existentes. Urge a aplicação de soluções que visem compatibilizar divergências eficazmente, no entanto há a dificuldade de inovar sobre o tema, há a dificuldade de assimilar a coletividade em sistemas essencialmente individualistas.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Gisela. *Mudança Ambiental Global e formação do regime para a proteção da biodiversidade*. Brasília: Editora da UNB, 1995.

ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagem de valoração*. (tradução: Mauricio Waldman). São Paulo: Editora Contexto, 2007.

ANDRADE, José M. Távare de. Do saber popular ao científico sobre plantas medicinais nas práticas de saúde. In: *Cadernos Paraibanos de Antropologia*. n.1. Universidade Federal da Paraíba, Departamento de Ciências Sociais, 1985.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Diversidade Biológica e Conhecimento Tradicional Associado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ANURADHA, R.V. *Sharing with the Kanis. A case study from Kerala, India*. In: www.cdb.int/doc/case-studies/abs/cs_abs_kanis.pdf

ARCANJO, Francisco Eugênio M. Convenção sobre Diversidade Biológica e Projeto de Lei 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. n.133. jan\mar.1997.

ARON, Raymond. *O marxismo de Marx*. (tradução: Jorge Bastos). São Paulo: Editora Arx, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Princípio da Igualdade*. São Paulo: Editora RT, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Legitimidade do poder*. São Paulo: RDP, 70/59.

BARBOSA, Denise Borges. *Propriedade Intelectual: A aplicação do Acordo TRIPS*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (tradução: Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM. 2006.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

COLUMBIA UNIVERSITY SCHOOL OF INTERNATIONAL AND PUBLIC AFFAIRS. *Access to genetic resources: an evaluation of the development and implementation of recent regulation and access agreements*. sl: s.ed., 1999.

DAHAL, R.A. *A preface to democratic theorie*. Chicago, 1956.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Sociedade, Estado e Direito: caminhada brasileira rumo ao século XXI*. in MOTA, Carlos Guilherme. Organizador. *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000): a grande transação*. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade Intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Editora RT, 2004.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. *A democracia participativa brasileira*. Revista de Direito constitucional e internacional, n 37, ano 9, p.223-236, São Paulo: Editora RT, out-dez 2001.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. vol 4. Salvador: Jus PODIVM. 2007.

DIEGUES, Antônio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: Hucitec-NUPAUB-USP, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 5 ed. São Paulo: ed. Saraiva. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição*. vol.1. São Paulo: Editora Forense, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 22 edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998. Interpretação e crítica*. São Paulo: Editora RT, 2 ed. , 1991.

GRUN, Ernesto. *Las Globalizaciones Jurídicas*. In: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 36. n. 105. Medellín-Colômbia. Julio/Diciembre, 2006.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para La civilización tecnológica*. Barcelona: Editora Herder, 1995.

LIMA, André & BENSUSAN, Nurit(org.). *Quem cala consente. Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

LIMA, Marcos Costa. Org. *O lugar da América do Sul na nova ordem mundial*. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel, 1964.

MITTELBACH, Maria. *Propriedade Intelectual em Biotecnologia*. In: www.bdt.fat.org.br

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

MOTA, Carlos Guilherme. Organizador. *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000): a grande transação*. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

PUTTKAMER, Jesco von. *A grande descoberta tike-ubá*. Memorando AL Instituto Goiano de Pré-História e Antropologia de Goiânia (s.n), 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Fórum Social Mundial: Manual de uso*. São Paulo: Editora Cortez, 2005.

_____. *Poderá ser o Direito Emancipatório?* In: Revista crítica de Ciências Sociais. n. 65. Coimbra/Portugal, maio de 2003.

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico*. (tradução: Heloísa de Arruda Vilela). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. vol.3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

STOPPINO, Mario. *Verbete Ideologia. Dicionário de Política*. Norberto Bobbio et al. Brasília: Editora UNB. 2000.v.1.

TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil X Estados Unidos sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Editora Guerra e Paz, 1993.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco(org.). *Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

TAVARES, André Ramos et al. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros(org.). *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

[1] FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (org.). **Quem cala consente? Subsídios para proteção aos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p.28.

[2] FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit. op.cit. p.25.

[3] O artigo 15(5) da CDB coloca que “o acesso a recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da parte contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinada por essa parte”.

[4] Ver: www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html acesso em 15 de novembro de 2008.

[5] Ver www.biodiv.org/indig/tk/bd-4.htm. acesso em 15 de novembro de 2008.

[6] Ver www.hks.harvard.edu/krs/volumes/2000/prior.htm. acesso em 02 de dezembro de 2008.

[7] Em 1995 a Universidade do Pacífico Sul (USP) recebeu recursos para o planejamento e estudo da Rede de Conservação de Biodiversidade, a USP então contactou a comunidade litorânea Verata e a Smithkline Beecham (SKB) para coleta de amostras marinhas. O governo nacional aprovou a pesquisa, os governadores provinciais (que eram líderes tradicionais) também acenaram positivamente. Discutiu-se se haveria um acordo comum entre as três figuras envolvidas ou se os acordos seriam feitos separadamente (USP-Verata; USP-SKB), porém em 1996 a SKB fechou sua divisão de descoberta de produtos naturais nos Estados Unidos e a USP procurou outro parceiro, encontrando-o no Instituto Strathclyde de Pesquisa de Droga (SIDR), de Glasgow, Escócia. Foram elaborados contratos separados (modelo cubo-raios), sendo o contrato USP-Verata traduzido para a língua Fiji e analisado por um advogado da comunidade (outros aspectos importantes desse contrato serão analisados no tópico seguinte deste capítulo).

[8] Ver: www.cdb.int/doc/case-studies/abs/cs-abs-agr-rpt.pdf. acesso em 01 de dezembro de 2008.

[9] FIRESTONE, Laurel. op.cit. p.34.

[10] Em 1987, um grupo de cientistas do TBGRI acompanhado de alguns integrantes da tribo Kani como guias, adentraram o território da referida tribo e verificaram a utilização de frutas que forneciam grande energia, força e agilidade aos membros da comunidade, porém, ao indagarem aos Kani sobre a fruta, os mesmos relutaram em revelar conhecimentos que possuíam; esse foi o início do estudo acerca da *Trichopus zeylanicus* ou *Arogyapacha*, uma pequena planta encontrada no Sri Lanka, sudoeste da Índia e Malásia.

[11] FIRESTONE, Laurel. op.cit. p.28.

[12] Idem. p.36.

[13] FIRESTONE, Laurel. op. cit. p.39.

[14] FIRESTONE, Laurel. op. cit. p.43.

[15] COLUMBIA. op.cit. p.53.

[16] ANURADHA, R.V. **Sharing with the Kanis. A case study from Kerala, India.** In: www.cdb.int/doc/case-studies/abs/cs-abs-kanis.pdf. acesso em 04 de dezembro de 2008.

[17] COLUMBIA. op. cit. p. 53.

[18] FIRESTONE. Laurel. op.cit. p.49.

[19] Povo indígena do tronco lingüístico Macro-Jê com cerca de dois mil indivíduos, que ocupam um território de 320 mil há no nordeste do Estado do Tocantins.

[20] FIRESTONE, Laurel. op. cit. p.48.

[21] O artigo 15.5 da CDB dispõe que: “o acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.”

[22] O artigo 15.4 do mesmo diploma traz a seguinte redação :“o acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente artigo.”

[23] **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.** São Paulo: RCS editora, 2007. p.64.

[24] Justiça social como alicerce de um movimento emancipatório de todos os setores excluídos da sociedade, como bem define MARTÍNEZ ALLIER, Juan. op.cit. p. 347.

[25] BELLIVIER, Florence. Os contratos sobre os recursos genéticos vegetais: tipologia e eficácia. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). **Diversidade Biológica e conhecimentos tradicionais.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004. p.165.

[26] Id., ibid., loc.cit.

[27] O artigo 2 da Convenção do Rio sobre Diversidade Biológica de 1992, define recursos *in situ* como: “os recursos genéticos, os organismos ou elementos destes, as populações ou qualquer outro elemento biótico dos ecossistemas de utilização ou valor efetivo ou potencial para a humanidade.” Essa definição engloba todos os seres vivos, com duas exceções: os recursos genéticos provindos do corpo humano, e, os recursos vegetais de natureza agrícola (estes últimos são tratados pela Organização das Nações Unidas para a alimentação e a agricultura (FAO)). Ainda sobre o acesso *in situ*, cabe a diferenciação entre zona de origem e zona de diversificação: enquanto a primeira é o lugar originário do recurso, a segunda seria o local onde o recurso adquiriu outras qualidades.

Existe também o acesso *ex situ* que acontece quando o material genético está fora do seu meio natural.

[28] GOLLIN, Michael A. Elementos de Acordos comerciais de prospecção de biodiversidade. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). **Diversidade Biológica e conhecimentos tradicionais.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004. p.138.

[29] Segundo Bellivier “o contrato impressiona por sua vontade de conciliar a intenção de “trabalhar em cooperação” e a manutenção de um “estímulo” para cada um dos parceiros.”(BELLIVIER, Florence. op. cit. p.170.).

[30] Idem. p.171.

[31] Tipologia de normas sobre controle do acesso aos recursos genéticos. In: **Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004. p.129.

[32] VARELLA, Marcelo Dias.op.cit. p.131.

[33] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. op. cit. p.57.

[34] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. op.cit. p.58.

[35] HAYASHI, Kiichiro. Esfera de ação de elementos de repartição de benefícios- Decisões em casos de acesso e repartição de benefícios e instrumentos legais nacionais e internacionais. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). **Diversidade Biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004. p.203.

[36] Também conhecido como Acordo Relativo aos Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio, é um Tratado Internacional que faz parte do conjunto de acordos que se encerraram com a Rodada do Uruguai de 1994.

[37] Wo/ga/26/6, 20. Vide www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_26/wo_ga_26_6.pdf

[38] O artigo 27.3 do Acordo TRIPS prevê a patentabilidade ou não de invenções envolvendo plantas e animais e a proteção de variedades de plantas (tradução livre).

[39] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco & PÉREZ, Hector Leandro Arroyo. op. cit. p.89.

[40] Id. p.90.

[41] Um exemplo que ilustra bem a problemática é o caso da fruta da região amazônica denominada Cupuaçu. Para surpresa de muitos que trabalham na comercialização de produtos com a fruta, no momento em que exportavam esses produtos para a Europa, descobriu-se (em 2003, através da ONG Amazonlink) que o nome Cupuaçu era propriedade de uma empresa japonesa, isto é, era uma marca registrada da Asahi Foods.

DO PRINCIPALISMO AOS PRINCÍPIOS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BIOÉTICO

DEL PRINCIPALISMO A LOS PRINCIPIOS: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPIO BIOÉTICO

Maurício Requião

RESUMO

É crescente o interesse na discussão sobre temas do campo da bioética, principalmente por conta do cada vez maior e mais veloz avanço das tecnociências. Neste paradigma apresenta-se necessário um modelo teórico que seja capaz de dar uma resposta, ou ao menos possibilitar a reflexão, acerca dos dilemas que continuamente surgem. Acreditamos que a aplicação de uma teoria dos princípios constitui uma solução adequada para tal demanda, embora não deva tal teoria ser restrita aos clássicos princípios propagados pela doutrina do principalismo. Neste sentido, para uma aplicação dos princípios além do principalismo, é que oferecemos, a título de exemplo, a aplicação da dignidade da pessoa humana como um princípio bioético.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS – PRINCIPALISMO – BIOÉTICA – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

RESUMEN

Es creciente el interés en los temas del campo de la bioética, principalmente por cuenta del cada vez mayor y más veloz avance de las tecnociencias. En este paradigma se hace necesario un modelo teórico que sea capaz de dar una respuesta, o al menos posibilitar la reflexión, con relación a los dilemas que continuamente surgen. Creemos que la aplicación de una teoría de los principios constuye una solución adecuada para tal demanda, aunque tal teoría no deva ser restricta a los clásicos principios propagados por la doctrina del principalismo. En este sentido, para una aplicación de los principios además del principalismo, es que ofrecemos a título de ejemplo la aplicación de la dignidad de la persona humana como un principio bioético.

PALAVRAS-CLAVE: PRINCIPIOS – PRINCIPALISMO – BIOÉTICA – DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

1. Introdução.

A criação de sistemas baseados em princípios, embora não seja a única fórmula possível, é das mais difundidas e utilizadas na atualidade. Por conta das características peculiares aos princípios, como uma grande capacidade de adequação ao caso concreto, o seu uso mostra utilidade não apenas na construção de sistemas legal-normativos, como também de sistemas ético-normativos.

Na bioética o primeiro sistema com uma teoria baseada no uso dos princípios foi o principialismo, de origem norte-americana. Tal sistema, conforme iremos expor ao longo deste trabalho monográfico, fixa alguns princípios como sendo aqueles aplicáveis à bioética.

No que pese ser verdade que tais princípios sejam da bioética, não nos parece que sejam os únicos a ela aplicáveis. Com alguma investigação é possível notar a existência de outros princípios que, para além daqueles que formam a teoria do principialismo, são igualmente aplicáveis neste campo do conhecimento.

Por questões metodológicas, começaremos este texto oferecendo um conceito de princípios, já que não acreditamos ser possível trabalhar com um termo tão multi-significativo como este sem fixar qual o sentido em que será aqui abordado. Em seguida, realizaremos uma exposição da corrente teórica do principialismo para, por fim, apresentarmos críticas à pretensão de completude deste sistema, com a apresentação de outros princípios igualmente aplicáveis à bioética.

2. Conceituando os princípios.

Qualquer rápida pesquisa que realizemos nos permite identificar na doutrina uma série de diferentes conceitos sobre o que são os princípios. A busca por este conceito passa necessariamente por uma análise que coloque em comparação aqueles e as regras. Assim é que preliminarmente à discussão acerca dos princípios no campo da bioética, realizaremos uma abordagem das diferentes teorias sobre distinção forte e distinção fraca entre regras e princípios. Em seguida, apresentaremos uma análise das distinções entre regras e princípios mais difundidas na doutrina para, finalmente, após formular um conceito de princípio, tratar do tema no campo da bioética.

2.1. Distinção forte e distinção fraca entre regras e princípios.

O primeiro ponto de divergência doutrinária que nos parece adequado tratar diz respeito à questão sobre se haveria uma distinção fraca ou uma distinção forte entre regras e princípios. Entretanto, mesmo acerca do conceito do que seria uma distinção fraca e do que seria uma distinção forte, encontramos algumas divergências.

De acordo com Humberto Ávila, em sua análise sobre a doutrina do tema[1], teríamos a distinção fraca quando se considera que "os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diferentes - enquanto os princípios são mais indeterminados, as regras são menos"[2]. Seriam, portanto, normas com as mesmas propriedades, diferindo unicamente acerca do grau de indeterminação de cada uma delas.

Ainda assim, de acordo com a distinção fraca como colocada por Humberto Ávila, haveria diferença entre as categorias normativas de regras e princípios na sua própria essência, ou seja, cada norma se encaixaria numa das categorias normativas de acordo com o seu grau de indeterminação[3]. Já na distinção fraca, como apresentada por Paolo Comanducci, não haveria qualquer grau absoluto de distinção. Para o autor, a diferença entre regras e princípios se daria somente a partir de uma comparação situacional entre duas normas em análise. Não haveria sequer uma ontologia das normas, que as predefina como regra ou princípio. A classificação aplicada a uma determinada norma conforme o caso concreto se daria de modo contingente, em comparação com outra norma. Poderia, portanto, uma mesma norma funcionar como princípio em uma determinada situação, e como regra numa outra[4].

De acordo com esta forma de distinção fraca, a diferença entre regras e princípios seria relativa e gradual. Relativa, porque a classificação de uma norma como princípio ou regra não dependeria de características intrínsecas daquela, mas sim de uma comparação desta norma com uma outra. Gradual, porque a classificação de uma norma como regra ou princípio dependeria, dentro da análise relativa, de verificar qual das normas teria de modo mais elevado as características comumente atribuídas aos princípios, como fundamentalidade, importância, generalidade e vagueza[5].

Já de acordo com a distinção forte, haveria uma diferença na própria essência das duas categorias normativas, tendo os princípios e as regras diferentes propriedades. Haveria uma distinção na ontologia das regras e dos princípios, gerando, principalmente, consequências acerca do seu modo de interpretação e aplicação, bem como das suas soluções de conflitos[6]. Assim é que as regras instituiriam deveres definitivos sendo aplicadas por meio de subsunção, enquanto que os princípios estabeleceriam deveres provisórios sendo aplicados por meio de ponderação.[7]

Como reflexo destas diferenças temos que enquanto o conflito entre regras seria abstrato, necessário e situado no plano da validade, o conflito entre princípios seria concreto, contingente e situado no plano da eficácia[8]. Dito de outra forma, não poderia existir em um ordenamento duas regras contraditórias; verificada tal situação, se torna necessária a decretação da invalidade de uma delas. No caso dos princípios, ao contrário, é possível que um mesmo ordenamento traga, em abstrato, princípios que subsidiam valores considerados antagônicos, como liberdade e segurança, por exemplo. O conflito entre os princípios se daria somente diante do caso concreto, de modo que não afastaria, em definitivo, um dos princípios do ordenamento, mas tão somente determinaria qual deles deveria produzir efeito naquela situação.

Por uma questão de coerência metodológica com os autores que utilizaremos para formular um conceito de princípio, preferiremos aqui a adoção da tese da separação forte entre regras e princípios. Assim, partiremos do pressuposto metodológico de que toda norma é uma regra ou um princípio e de que esta diferenciação se dá num nível ontológico, de formação, de essência, intrínseco, sendo cada uma destas espécies normativas dotadas de diferentes características, que influenciam no seu modo de interpretação e aplicação.

2.2. Distinguindo regras e princípios.

Conforme apontado no tópico anterior, neste trabalho consideraremos que as normas se dividem em regras e princípios. Para alcançar o significado deste último, precisamos, anteriormente, distingui-los das regras. É que, como aponta Mônica Aguiar, muitas vezes encontramos, por parte de alguns doutrinadores, a qualificação de regras como princípios, justamente por conta da não observância dos elementos diferenciadores entre estes[9].

O primeiro problema encontrado para a definição diz respeito à própria desambiguação do que seja *princípio*, uma vez que o termo é utilizado com os mais diversos significados. Juan Ruiz Manero realiza uma enumeração - sem pretensão de exaustividade, como afirma o próprio autor - de diversos sentidos em que é utilizado o termo princípio. Um primeiro sentido seria aquele que define princípio como sendo uma norma muito geral. Esta definição, embora não dito desta forma pelo autor, nos parece que consideraria a existência de uma identidade entre os princípios e as cláusulas gerais. O exemplo por ele citado, se referindo à parte geral da teoria dos contratos, aplicáveis a qualquer espécie destes, reforça nosso entendimento[10].

Um segundo sentido seria aquele que se refere a princípio como sendo a norma dotada de termos especialmente vagos, ou textura semântica aberta, sentido que por sua vez corresponde ao que chamamos de conceitos indeterminados.[11]

Outro significado possível seria aquele que toma o princípio como "norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc."[12]. Neste sentido o que caracterizaria uma norma como sendo princípio seria o fato dela trazer em si um valor, um ideal, como é o caso do *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o valor da igualdade, quando diz que "todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza".

Num quarto sentido, o autor apresenta princípios em semelhança com a norma programática, definindo esta como "norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines"[13]. Poderíamos apontar no nosso ordenamento, partindo do exemplo fornecido pelo autor, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, em que se encontra determinado que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Como quinta possibilidade temos "principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretala"[14]. Nesta concepção os princípios corresponderiam a normas que fixam critérios de aplicação e interpretação das outras normas.

Por fim, apresenta os princípios como "regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización (o la presentación sintética) del ordenamiento jurídico o de um sector del mismo)"[15], citando como exemplo o princípio do legislador racional.

Por esta breve enumeração já se faz claro em quantos sentidos diferentes pode ser tomado o termo princípio. O próprio autor, entretanto, considera que em diversas das situações acima apontadas o termo princípio é indevidamente utilizado. Para ele, apenas no terceiro e no quarto significados apresentados, temos, de fato, princípios.

Ainda assim, realiza o autor uma distinção entre o que ele chama de princípio em sentido estrito, que seria o do terceiro sentido apresentado, ou seja, como normas que expressam valores superiores e o que ele chama de princípios programáticos, correspondente ao quarto dos sentidos apresentados. De acordo com esta classificação, partindo de uma análise estrutural, a distinção entre regras, princípios em sentido estrito e normas programáticas se daria porque

[...] las reglas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente en la solución; los principios en sentido estricto configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deónticamente; las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto uno como otro elemento[16].

Esta distinção realizada pelo autor é criticada por Robert Alexy, para quem, de acordo com os critérios apresentados, apenas as normas programáticas corresponderiam aos mandados de otimização caracterizadores dos princípios - dos quais trataremos mais adiante - enquanto que "los principios en sentido estricto no deben cumplirse en diferente grado, sino que sólo pueden seguirse o no seguirse y, por tanto, tienen carácter de reglas"[17]. Entretanto, continua Robert Alexy, mesmo quando tratam[18] de princípios em sentido estrito, como algo aplicável ou não aplicável, mais próximo do estilo tudo ou nada das regras, criam uma cláusula geral de reserva, que se assemelha ao mandado de otimização[19], através da qual tais princípios podem deixar de ser aplicados em virtude de um princípio contrário que tenha "maior peso". Isto, diz Alexy, termina retornando à questão da ponderação e, por conseguinte, de otimização, possibilitando o cumprimento destes princípios de uma maneira gradual[20], ou seja, não haveria a distinção de duas categorias de princípios, com estruturas diversas para cada uma delas, como apontada por Juan Ruiz Manero.

É que para Alexy os princípios "son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas"[21], ou seja, mandatos de otimização, "que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino tambien de las posibilidades jurídicas"[22].

E é justamente esta característica, de serem mandados de otimização, que, para Alexy, diferencia os princípios das regras, já que estas "son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. [...] Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos. Esto significa que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado."[23].

Neste exercício de distinção entre regras e princípios nos parece também interessante assinalar a opinião de Humberto Ávila para quem

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção[24].

Para o autor, portanto, os princípios possuem uma idéia de normas finalísticas, que buscam alcançar um determinado estado de coisas, enquanto que as regras são descritivas, regulando situações específicas às quais correspondem, sendo que para tal se justificam por uma finalidade que lhes dê suporte, ou pelos princípios que, axiologicamente, as sustentam[25].

Esta diferença no modo de aplicação e solução de conflitos entre regras e princípios referidos acima se dá, de acordo com Dworkin, por conta de uma distinção de natureza lógica. Isto porque as regras são aplicadas no esquema de tudo-ou-nada, ou seja, são ou não são válidas[26]. Este modo de aplicação não implica que as regras não possam comportar exceções. Entretanto, estas exceções, que por sua vez são também regras, devem se dar de um modo limitado, sob pena de tornar a regra inútil ou de difícil e incerta utilização. As exceções, portanto, não implicam qualquer desvirtuação da regra enquanto tal.

Os princípios, por sua vez, "[...] não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]; ao contrário, enuncia[m] uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular"[27].

Derivada desta diferença lógica entre regras e princípios, é que afirma Dworkin surgir uma outra, que é a questão da dimensão de peso possuída pelos princípios, mas não pelas regras. Assim é que, quando há um conflito entre princípios, se levará em conta a força relativa de cada um, havendo, entretanto, a manutenção de ambos[28]. Como as regras não têm essa dimensão de peso, havendo conflitos entre elas, uma suplantará a outra, tornando-a inválida, devido à maior importância daquela[29].

É que, como afirma Willis Santiago Guerra Filho, o conflito entre regras se dá já no plano abstrato, caracterizando uma antinomia jurídica "que deve ser afastada com base

em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, para que se mantenha sua unidade e coerência"[30].

Por sua vez, os princípios, considerados abstratamente, não entram em choque. Pode ocorrer, entretanto, que diante de um caso concreto encontremos princípios que se achem num estado de conflito.

A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia[31].

Quanto aos motivos que levam à aplicação de um princípio num caso concreto, destaca Dworkin que o princípio é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade"[32]. Assim é que podemos afirmar que para este autor os princípios estão diretamente vinculados à questão da moral.

Fica claro de acordo com os conceitos apresentados pelos autores que a definição do que seja princípio passa pela análise da sua diferença estrutural em relação às regras, que é, por sua vez, vinculada ao modo diverso de solução de colisões, de antinomias, entre regras e princípios.

Importante destacar que, para além de uma análise baseada numa ótica estrutural, podemos também categorizar determinadas normas como sendo princípios a partir de uma ótica funcional, considerando o papel que estes desempenham na sistematização do ordenamento[33].

Nem sempre, entretanto, como chama a atenção Dworkin, esta distinção entre regras e princípios, será facilmente realizável diante do caso concreto. É que, além de muitas vezes desempenharem funções semelhantes, diferenciando-se apenas quanto à forma, em outras tantas vezes temos uma regra que possui em si expressões que devem ser interpretadas do modo dos princípios. Tal situação se dá, por exemplo, nas regras em que encontramos palavras como "razoável", "negligente" e "injusto", que, embora não transformem uma regra num princípio, tornam mais longo o processo de avaliação destas mesmas regras no caso do surgimento de um suposto conflito[34].

Levando em conta as distinções acima traçadas entre regras e princípios que, acreditamos, nos permitiu oferecer um entendimento do funcionamento e estrutura destes últimos, passaremos agora à abordagem destes no campo da bioética, começando pela análise da corrente teórica do principialismo.

3. Principialismo.

O principialismo tem sua origem histórica vinculada ao Relatório Belmont, elaborado com base numa comissão instituída pelo governo dos EUA, no ano de 1974, através do

National Research Act, com o objetivo de "estudar as questões éticas relativas à pesquisa científica nos campos da biomedicina e das ciências do comportamento"[35].

Esta comissão identificou três princípios gerais fundamentais, que foram o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça. Tomando como base as indicações presentes neste relatório é que foi formulado o modelo teórico do princípalismo, por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, inicialmente apresentado na obra *Principles of Biomedical Ethics*, de 1979[36].

Abordaremos aqui a teoria do princípalismo, nos termos apresentados pelos referidos autores, tratando dos quatro princípios por eles enumerados, os quais aduzem serem os princípios da bioética. São eles o respeito à autonomia, a não-maleficência[37], a beneficência e a justiça.

3.1. O respeito à autonomia.

O respeito pela autonomia encontra-se vinculado à idéia de fornecer ao indivíduo o conhecimento e a liberdade necessários para tomar uma decisão de modo consciente e independente. Note-se, já por esta noção inicial, que dois elementos são essenciais para que possa um indivíduo agir autonomamente: liberdade e qualidade do agente[38]. Dito de outra forma, para que o indivíduo possa agir autonomamente é necessário não apenas que lhe seja dado conhecimento sobre a situação acerca da qual deve tomar uma decisão, como também o direito de ter sua decisão autônoma respeitada.

Há que se destacar que a capacidade para tomar uma decisão autônoma não encontra uma perfeita sincronia com a idéia de capacidade civil do agente, embora com esta possua alguma sincronia. Como trataremos ainda neste texto, é possível que, por conta de uma situação de vulnerabilidade, um indivíduo civilmente capaz não se encontre em condições de tomar uma decisão autônoma.

O paradigma básico do respeito à autonomia é o consentimento informado e expresso[39]. Assim é que "o respeito à autonomia obriga os profissionais a revelar as informações, verificar e assegurar o esclarecimento e a voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada"[40].

A idéia do consentimento informado encontra dois principais sentidos na doutrina. Num primeiro pode ser entendido como "uma autorização autônoma dada por indivíduos para uma intervenção médica ou um envolvimento numa pesquisa"[41]. Noutro sentido "é analisável em termos das regras sociais de consentimento nas instituições que têm de obter consentimento legalmente válido para pacientes ou sujeitos de pesquisa antes de proceder aos procedimentos terapêuticos ou à própria pesquisa"[42].

Como elementos do consentimento informado podemos apontar a competência, a revelação da informação, o entendimento, a voluntariedade e o consentimento.

É necessário portanto, para que um indivíduo possa tomar uma decisão autônoma, não somente que ele tenha capacidade para tomar decisões. Para a decisão ser considerada realmente autônoma é necessário também que lhe sejam reveladas todas as informações relevantes para a sua tomada de decisão. Não poderíamos falar que houve decisão autônoma numa situação em que um indivíduo, por exemplo, aceite se submeter a um tratamento sem que tenha sido informado acerca da existência de um outro tratamento também possível. Faltou-lhe, para realizar uma decisão autônoma, a completude da informação[43]

Não basta que a informação lhe seja fornecida, é preciso também que seja o sujeito capaz de compreendê-la. Uma informação prestada com o uso de um jargão médico, que dificulte ou impeça o entendimento do que foi dito, não se constitui como informação suficiente para o consentimento informado. Entendemos que, em verdade, o entendimento se encontra estreitamente vinculado com a informação, de modo que não vemos como possível dizer que houve revelação da informação se esta se deu de modo ininteligível para o informado.

Além destes aspectos relativos à revelação e entendimento da informação, há que se considerar também a voluntariedade. A voluntariedade está vinculada à idéia da capacidade de tomar decisões, agregado a isto o fato de que estas decisões sejam tomadas livres de influências manipuladoras e coercitivas de terceiros[44].

As influências podem ser de três categorias: coerção, persuasão e manipulação. Ocorre a coerção quando o terceiro usa, intencionalmente, de uma ameaça grave e possível de provocar dano ou controlar a pessoa através do uso da força. Na persuasão não há uma ameaça, mas sim um convencimento através da argumentação realizada pelo terceiro. Já a manipulação seria definida por exclusão, ocorrendo sempre que o terceiro inclinasse a pessoa a fazer algo por meios que não a coerção ou a persuasão[45].

Nem sempre a influência externa pode ser caracterizada como obstruindo a voluntariedade. Em algumas situações o terceiro deve até mesmo tentar convencer o paciente em adotar uma determinada linha de conduta, por ser preferível a outra. A dificuldade reside exatamente em determinar a partir de quando esta influência deixa de ser adequada e passa a criar entraves à voluntariedade do paciente.

Apenas presentes todos estes requisitos é que, por fim, podemos chegar a um consentimento que possa ser classificado como consentimento informado, caracterizando, por conseguinte, uma decisão autônoma.

3.2. A não-maleficência.

No dizer dos seus autores, "o princípio de não-maleficência determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente"[46]. Este princípio, muitas vezes, é tratado de modo conjunto com a beneficência, o que Beauchamp e Childress consideram incorreto, uma vez que uma obrigação de não prejudicar seria distinta de uma obrigação de ajudar.

Haveria, inclusive, em linhas gerais, uma maior obrigação de obediência, um maior rigor, na necessidade do cumprimento da não-maleficência. Isto porque o não causar dano, em regra, exige menos do sujeito, constituindo em regra uma abstenção, ao passo que o ato de ajudar é mais custoso e, portanto, moralmente menos exigível.

A não-maleficência ganha especial relevo nas situações que envolvem indivíduos que se encontram numa situação terminal, sendo utilizada para diferenciar as condutas de deixar morrer e de ajudar a morrer. É que muitas vezes o deixar morrer, ou seja, o não realizar determinados procedimentos que seriam necessários para que o paciente continuasse a viver, é enquadrado pelos médicos como sendo um ato de não-maleficência, distinto, portanto, do ato de matar[47].

Apesar das diversas objeções possíveis, para os autores o ato de deixar morrer seria eticamente justificável, desde que atendendo a alguns requisitos, como a vontade autônoma do sujeito que estar por vir a morrer manifestada favoravelmente nesse sentido[48].

3.3. A beneficência.

Enquanto a não-maleficência envolve o dever de não causar danos, uma obrigação negativa, o princípio da beneficência, ao contrário, se basearia numa obrigação positiva de ajudar às outras pessoas, contribuindo para o seu bem-estar.

Este princípio se baseia em dois elementos que são a beneficência positiva, constituída pela idéia da necessidade de propiciação de benefícios, e a utilidade, que requer que os benefícios e desvantagens de uma ação sejam ponderados[49].

Cumprir ainda distinguir, na formulação apresentada por Beauchamp e Childress, a beneficência ideal e a obrigatória. As últimas seriam aquelas que envolvem ações como proteger e defender os interesses de terceiros; evitar que os terceiros sofram danos; eliminar as condições ou situações que pudessem causar danos a outros; ajudar as pessoas com inaptas; e socorrer as pessoas que estão em perigo[50]. Já a beneficência ideal seria constituída pelas ações de beneficência que se encontrem além do obrigatório, dotadas de uma generosidade não exigível.

O rigor da obrigatoriedade das ações de beneficência se guiariam também por outro parâmetro, que seria o grau de proximidade do relacionamento entre os sujeitos envolvidos. Neste sentido é que falam os autores na beneficência específica, que seriam ações de beneficência moralmente mais exigíveis por conta de uma relação especial, como parentesco ou amizade, entre os sujeitos envolvidos[51].

O grande cuidado que devemos tomar quando tratamos da beneficência é em não deixar que ela descambe para o paternalismo. Dito de modo resumido, o cuidar de alguém não pode se dar de um modo tal que prejudique a autonomia da pessoa cuidada[52]. Decerto não é uma linha fácil de ser traçada, mas é uma à qual devemos estar sempre atentos. Acreditamos que, em se tratando de sujeitos capazes, quando a tentativa de realizar uma

ação beneficente ultrapassa os limites do respeito à autonomia alheia, isto por si já causou mais dano do que os benefícios que possa trazer.

Como já vimos, é também essencial para a análise da obrigatoriedade de uma ação beneficente a ponderação dos seus benefícios em relação aos custos e riscos que traga àquele que a deveria praticar; essa é a idéia da análise da utilidade da ação. Para determinar a obrigatoriedade de uma ação de beneficência, devemos ponderar os recursos utilizados, bem como a possibilidade de efeitos negativos para quem pratica a ação, em relação aos benefícios que sua prática trará para a pessoa a quem se dirige. Somente se os últimos superarem os primeiros é que surge o dever de beneficência[53].

Evidente que, embora na teoria esta situação possa ser colocada sem maiores dificuldades, há um grande hiato entre esta certeza presente na teoria e a sua aplicação na prática diante do caso concreto. A própria análise do valor de cada bem envolvido, quando se tratarem de bens diferentes em questão, pode tornar tormentosa a ponderação no caso concreto. Vale mais a perna de uma pessoa do que a vida de outra? Talvez, sob uma análise puramente racional e utilitarista, a resposta seja não. Entretanto, não vemos a beneficência como instrumento para obrigar as pessoas à prática de atos com custos assim tão elevados, ainda que o outro bem protegido possa ser considerado de maior valor.

3.4. A justiça.

O princípio da justiça, na obra de Beauchamp e Childress, está diretamente relacionado com a idéia de uma justa alocação dos recursos. É uma máxima conhecida nas teorias econômicas que os homens têm recursos escassos e necessidades ilimitadas, não sendo diferente no campo abrangido pela análise bioética.

Para os autores um modelo teórico de justiça que se baseie unicamente nos méritos obtidos por cada indivíduo para a realização de uma distribuição equitativa seria, ainda assim, um método arbitrário.

Como sustentam os autores, as pessoas não partem do mesmo ponto, não é dado a todos igualdade de oportunidades. A justiça deveria se basear portanto na regra da oportunidade equitativa, que

afirma que não se deve conceder benefícios sociais com base em propriedades favoráveis imerecidas (porque ninguém é responsável pela posse dessas propriedades) e afirma também que não se deve negar benefícios sociais com base em propriedades desfavoráveis imerecidas (porque as pessoas também não são responsáveis por essas propriedades). Se não existir uma chance justa de que as pessoas possam adquiri-las ou superá-las, as propriedades distribuídas pelas loterias da vida social e da vida biológica não são motivos para uma discriminação moralmente aceitável entre as pessoas[54].

Assim é que para que se possa alcançar a justiça é necessário antes que se busque mitigar, tanto quanto possível, as diferenças entre os indivíduos que lhes foram

distribuídas ao acaso, não podendo haver uma condenação ou premiação por elas, já que não foram alvo de qualquer esforço ou demérito daquele sujeito. Como exemplos de situações que necessitariam da aplicação da regra da oportunidade equitativa, podemos apontar aquelas envolvendo os injustos prejuízos sofridos por conta de a pessoa pertencer a uma determinada raça, sexo ou condição sócio-econômica.

Também aqui a aplicação diante do caso concreto guarda dificuldades que não podem ser resolvidas no campo teórico, como, por exemplo, na questão da escolha de pacientes que terão direito a se submeter a um tratamento escasso.

4. Princípios: para além do principialismo.

Nosso objetivo aqui não é propriamente traçar críticas ao paradigma principialista. Acreditamos que os princípios são um instrumento útil para a regulação e aplicabilidade eficazes de um sistema normativo. Entretanto, nos parece que o principialismo, ao enumerar como princípios da bioética o respeito à autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça, cria uma restrição inadequada.

Não discordamos que sejam estes princípios atinentes à bioética, apenas não acreditamos que constituam a totalidade do universo de princípios aplicáveis a este campo. Em verdade, nos parece que não é jamais possível considerar como acabado e completo o conjunto de princípios aplicáveis a um determinado campo do conhecimento, uma vez que as mudanças sociais e a evolução do pensamento filosófico podem sempre trazer novos matizes até então inimagináveis. Esta nossa última afirmação nos parece especialmente verdadeira quando estamos a tratar da bioética, que tem lidado com o constante e cada vez mais célere avanço das ciências e tecnologias na área em que regula.

Com base nestas afirmações é que procederemos à análise de alguns outros princípios que nos parecem também aplicáveis ao campo da bioética. Destacamos uma vez mais que nossa enumeração não pretende ser exaustiva, antes enumerativa, com o intuito apenas de demonstrar que o paradigma dos princípios da bioética não se esgota com a doutrina do principialismo.

Esclarecidos estes pontos, passaremos agora a analisar, a título exemplificativo do que ora argumentamos, a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana ao campo da bioética.

4.1. Dignidade da pessoa humana como princípio bioético.

Gostaríamos de começar este tópico confessando nossa cautela toda vez que vamos falar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. É que nos últimos tempos,

juntamente com a boa-fé objetiva, estes princípio parece ter se convertido na panacéia de todos os males. Acreditamos que esta é uma conduta inadequada, já que o exagero no campo de aplicação de um princípio termina conduzindo a uma excessiva e desnecessária pulverização do seu conceito com a conseqüente perda da sua força.

Queremos também destacar que a análise deste princípio no campo da bioética não significa que concordemos com os fundamentos normalmente apresentados acerca da dignidade como característica intrínseca da pessoa humana. Este valor inerente do ser humano, unicamente por participar da experiência humana, é algo que acreditamos necessitar uma discussão mais aprofundada que, entretanto, não é o nosso objetivo neste texto. Assim é que abordaremos a idéia de dignidade da pessoa humana nos termos como é comumente tratada na doutrina, intencionalmente não ingressando neste aspecto da discussão.

Ressalvas à parte, do ponto de vista positivista, a proteção da dignidade da pessoa humana se encontra garantida nos mais diversos ordenamentos, tanto nacionais quanto internacionais. Assim é que se encontra prevista no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal, como um dos seus princípios fundamentais.

De igual modo, está expressa no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, bem como na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, da UNESCO.

Entretanto, muito para além da sua previsão positiva, que nos parece instrumentalizadora e não criadora do referido princípio e direito, nos interessa muito mais analisar os seus fundamentos formadores e aplicabilidade, especialmente no campo da bioética.

Para tratar da dignidade da pessoa humana na bioética, necessitamos especificar o contexto em que é aqui tratada. Neste sentido, cumpre destacar que a própria aplicação do princípio estará dependente da postura ética adotada.

É que de acordo com uma ética relativista, como são as utilitaristas, seria mais adequado falar num princípio relacionado com a qualidade da vida do que com a dignidade da vida em si. O que caberia aqui seria não uma proteção da vida por possuir um valor intrínseco, mas sim a proteção da vida enquanto esta seja capaz de gerar, ainda que sob a ótica do próprio indivíduo, mais benefícios que malefícios, mais prazer do que dor. A vida digna seria, por conseguinte, a vida com qualidade[55].

Se, ao contrário, realizamos uma abordagem sob uma ótica universalista, a dignidade da pessoa humana passa a ser tratada como uma característica intrínseca à própria condição de ser humano, nada mais lhe sendo exigido[56].

O simples fato de ser humano já carregaria um valor em si, que o faria ser digno de proteção. Esta afirmação nos faz remeter à antiga classificação do ser humano enquanto sujeito de direitos, em contraponto à condição de objeto de direitos. Aqui o princípio da dignidade da pessoa humana atua num dos grandes desafios da Bioética que é justamente impedir a coisificação do homem, que passa cada vez mais a figurar em situação similar à de objeto nos estudos das tecnociências.

Na Bioética o conceito de dignidade da pessoa humana costuma ser vinculado à idéia de não coisificação do homem. Para Ciccone, isto implicaria em reconhecer a pessoa humana como vértice da realidade em que vivemos[57].

Esta idéia de não permitir a coisificação do homem se estenderia até mesmo para barrar ações que, sob um manto de pseudo-solidariedade, pretendessem impor tratamentos e procedimentos não desejados livremente por um paciente[58].

O conceito de dignidade da pessoa humana passa ainda por diversos outros temas pertinentes à bioética. É verdade que, na maior parte deles, a indeterminação dos conceitos dignidade e pessoa, geram dificuldades a um consenso acerca do alcance de sua aplicação. Assim é que, por exemplo, em temas como aborto e fertilização *in vitro*, o debate sobre a dignidade da pessoa humana passa antes pelo debate acerca do próprio conceito de pessoa, enquanto que noutras situações, como da eutanásia, passa antes pela discussão sobre o conceito de dignidade e sua relação com a já referida autonomia.

Note-se que, como dito anteriormente, tratar o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio atinente à bioética, não implica em desvalorizar ou desprezar os princípios clássicos abordados pelo principialismo. Servirá ele, em verdade, como mais um elemento para a realização da ponderação entre os princípios diante do caso concreto. Assim é que, por exemplo, na já referida relação médico-paciente, em que muitas vezes encontramos conflito entre a idéia de autonomia e a de beneficência, o princípio da dignidade da pessoa humana pode atuar ajudando a realizar um melhor equacionamento entre aqueles[59].

Há, inclusive, quem afirme que, para além de mais um princípio a ser utilizado no campo da bioética, deveria o da dignidade humana servir como primeiro princípio, princípio norteador, a partir do qual todos os outros deveriam se guiar[60]. Da nossa parte preferimos o enxergar como mais um princípio, cuja aplicabilidade dependerá da análise do seu peso em contraponto a outro princípio diante do caso concreto, mediante ponderação especialmente em relação com o princípio da autonomia.

5. Conclusão.

Os princípios constituem um importante instrumento para a normatização, regulação e resolução de soluções práticas envolvendo as questões bioéticas.

Entretanto, os clássicos princípios abordados na teoria principialista não devem ser tomados como os únicos aplicáveis ao campo da bioética. Outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, aqui trabalhado a título de exemplo, podem e devem ser utilizados para a regulação e resolução dos conflitos bioéticos.

Assim é que não nos parece possível, nem desejável, limitar a aplicação dos princípios na bioética àqueles que se encontram especificados na teoria principialista, já que não são capazes de, sozinhos, resolverem todos os dilemas que podem surgir no campo da bioética. Mais importante do que defender uma teoria que enumere os princípios que lhe

são aplicáveis, é defender uma prática que possa se instrumentalizar teoricamente para a busca de um mundo eticamente mais viável para as gerações de hoje e de amanhã.

Para que se alcance este objetivo, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um importante instrumento, embora se encontre, mais do que nunca, necessitado de um maior embasamento teórico para que possa servir como guia ao avanço das tecnociências.

6. Referências.

AGUIAR, Mônica. A colisão entre as normas do novo Código Civil e as leis especiais em vigor: aplicação de princípio jurídico. In: LOTUFO, Renan. **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. São Paulo: Manole, 2006.

_____. Respeito à autonomia: do direito civil à bioética. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva. Trabalho não publicado.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal. In: ESPIELL, Héctor Gros; SÁNCHEZ, Yolanda Gómez (orgs.). **La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO**. Granada: Comares, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. **Princípios de ética médica**. São Paulo: Loyola, 2002.

CICCONE, Lino. **Bioética**. Historia. Principios. Cuestiones. Madrid: Palabra, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. In: **Doxa**. Disponível em: . Acesso em 10 abr. 08, p.93-94.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRER; Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Loyola, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976** - vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Revista trimestral de direito civil** - v. 03. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

RUIZ MANERO, Juan. Principios jurídicos. In: VALDÉZ, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (org). **El derecho y la justicia**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[1] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Embora apresente critérios de distinção forte e fraca entre regras e princípios colhidos da doutrina, o faz para criticar ambos os critérios de distinção. Para o autor tanto a distinção fraca quanto a distinção forte sofrem inconsistências semânticas e sintáticas.

[2] Ibidem, p.84-85.

[3] Além de regras e princípios o autor sustenta a existência de mais uma categoria normativa, denominada postulados. Preferimos neste trabalho a classificação mais comumente utilizada que distingue as normas unicamente em regras e princípios.

[4] COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. In: **Doxa**. Disponível em: . Acesso em 10 abr. 08, p.93-94.

[5] Ibidem, p.94.

[6] Ibidem, p.93.

[7] ÁVILA, op. cit., p.87-88.

[8] Ibidem. p.88.

[9] AGUIAR, Mônica. A colisão entre as normas do novo Código Civil e as leis especiais em vigor: aplicação de princípio jurídico. In: LOTUFO, Renan. **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. São Paulo: Manole, 2006, p.150.

[10] RUIZ MANERO, Juan. Principios jurídicos. In: VALDÉZ, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (org). **El derecho y la justicia**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 151.

[11] Ibidem, p.151.

[12] Ibidem, p.151.

[13] Ibidem, p.151.

[14] Ibidem, p.151.

[15] Ibidem, p.151.

[16] Ibidem, p.153.

[17] ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.119.

[18] Ruiz Manero, acompanhado de Atienza, noutra obra.

[19] Mandados de otimização que, para Alexy, é um termo que, embora guarde diferenças, pode ser utilizado indistintamente em relação ao termo princípio (Ibidem, p.109).

[20] Ibidem, p.121-122.

[21] Ibidem, p. 95.

[22] Ibidem, p. 95.

[23] Ibidem, p. 95-96.

[24] Op. cit., p. 78-79.

[25] O autor ainda considera existir uma terceira categoria normativa, diversa das regras e princípios, à qual ele chama de postulados normativos, da qual não trataremos neste texto, por fugir ao objeto de trabalho proposto.

[26] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

[27] Ibidem, p.40-41.

[28] Ibidem, p.42.

[29] Ibidem, p.43.

[30] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976** - vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996, p.251.

[31] Ibidem, p. 252.

[32] Op. cit., p. 36.

[33] AGUIAR, op. cit., 2006, p. 142.

[34] Ibidem, p.44-45.

[35] FERRER; Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea.** São Paulo: Loyola, 2005, p.122.

[36] Ibidem, p.122.

[37] Este princípio só foi incluído a partir da quarta edição da obra.

[38] BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. **Princípios de ética médica.** São Paulo: Loyola, 2002, p.138.

[39] Para uma explicação pormenorizada dos diversos modelos de respeito à autonomia, ver AGUIAR, Mônica. Respeito à autonomia: do direito civil à bioética. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello.** São Paulo: Saraiva. Trabalho não publicado.

[40] Ibidem, p. 144.

[41] Ibidem, p. 163.

[42] Ibidem, p.164.

[43] Embora a informação seja essencial para que possa o indivíduo realizar o consentimento informado, há situações em que acreditamos que seja mais prudente que o indivíduo não obtenha esta informação completa, como nos casos em que a informação possa gerar uma depressão que agrave o quadro do informado.

[44] BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.187.

[45] Ibidem, p. 188-189.

[46] Ibidem, p. 209.

[47] Em sentido diverso, SINGER, Peter. **Ética prática.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.218-219. Baseado numa ética utilitarista e consequencialista enquadra o ato de matar ou deixar morrer como tendo a mesma natureza por conta de ao final alcançarem o mesmo resultado.

[48] BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.263.

[49] Ibidem, p.281.

[50] Ibidem, p.284.

[51] Ibidem, p.291.

[52] Ibidem, p.295.

[53] Ibidem, p.318-319.

[54] Ibidem, p.368.

[55] ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid: Tecnos, 1998, p.33.

[56] Ibidem, p.57.

[57] CICCONE, Lino. **Bioética**. Historia. Principios. Cuestiones. Madrid: Palabra, 2005, p.51.

[58] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.51.

[59] MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Revista trimestral de direito civil** - v. 03. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p.70.

[60] ANDORNO, Roberto. La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos em la Declaracion Universal. In: ESPIELL, Héctor Gros; SÁNCHEZ, Yolanda Gómes (orgs.). **La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO**. Granada: Comares, 2006, p.263-264.

EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL: POR UM TRATAMENTO ÉTICO E PELO BIODIREITO

ANIMAL EXPERIMENTATION: FOR AN ETHICAL TREATMENT AND FOR THE BIOLAW

**Mery Chalfun
Fabio Corrêa Souza de Oliveira**

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise da experimentação científica com animais não-humanos. O emprego de seres vivos, sencientes, os quais não querem integrar tais práticas, vez que submetidos a privações, dor e/ou morte, leva inevitavelmente à necessidade de efetuar a ponderação dos interesses em jogo, partindo, logo, da premissa de que o (suposto) interesse humano não invariavelmente haverá de prevalecer, sendo mesmo imperioso questionar se vence, por critérios morais, sem descambar para o especismo, para a força, em alguma hipótese, assim como nem goza de qualquer prioridade *prima facie*. Em todo caso, a pesquisa com animais não-humanos, em um raciocínio igual aos humanos, em causa da subjugação em questão, exige a regulação pela Bioética, pelo Biodireito, de modo a impor limites e condicionamentos. Importante assinalar que inúmeras pesquisas não são empreendidas a fim da salvaguarda da vida humana, para a cura ou tratamento de doenças, e sim para fins flagrantemente supérfluos. Aponta-se para a substituição dos animais, para métodos alternativos, para outras formas de investigação, o que atende ao princípio da proibição do excesso, isto é, ao subprincípio da necessidade, componente do princípio da razoabilidade. No que tange à estrutura deste texto, faz-se um breve esboço histórico, seguido por um inventário de posicionamentos acerca da matéria, quando então referências normativas são colacionadas e mencionadas outras vias que não dependentes dos animais, listados avanços e retrocessos. É de considerar que, neste campo, mais uma vez, a lógica que vem a dominar é a econômica, a da exploração da vida, a coisificação da vida, a da instrumentalização, em proveito de ganhos financeiros, dos animais não-humanos. Isto além do descaso e da ignorância. No que diz com a normatividade, crucial, incontornável, a disposição constitucional que impede que os animais sejam submetidos à crueldade (art. 225, § 1º, VII). Todo ser vivo, independente de pertencente à espécie humana, é detentor de dignidade (dignidade humana e não-humana – dignidade animal), possui valor em si mesmo, deve ser reconhecido como sujeito e não como objeto, é digno de compaixão, respeito e amor.

PALAVRAS-CHAVES: ANIMAIS; EXPERIÊNCIAS CIENTÍFICAS; MÉTODOS ALTERNATIVOS, ÉTICA.

ABSTRACT

The present work takes as an object the analysis of the scientific experimentation with non-human animals. The job of you are lively, sentient, which do not want to integrate such practices, time what undergone to deprivations, pain and / or death, it takes inevitably to the necessity of effectuating the consideration of the interests in play, leaving, soon, from the premise of which the (assumption) interests I humanize not invariably it will prevail, being even imperious to question if it wins, for moral criteria, without deteriorating to the speciesism, to the strength, in any hypothesis, as well as it does not even enjoy any priority *cousin facie*. In any case, the inquiry with non-human animals, in an equal reasoning to the human ones, in question of the exploration open to question, demands the regulation for the Bioethical, for the Biolaw, in way to impose limits and conditionings. Important mark which countless inquiries are not undertaken in order to the safeguard of the human life, for the cure or treatment of diseases, and yes for aims superfluous. One points to the substitution of the animals, to alternative methods, to other forms of investigation, which it attends to the beginning of the prohibition of the excess, this, is to the subbeginning of the necessity, component of the beginning of the proportionateness. As regards the structure of this text, there is done a short historical sketch followed an inventory of positions about the matter, when then prescriptive references are quoted and when other roads than not dependants of the animals were mentioned, when advancements and retreats were listed. It is of thinking that, in this field, again, the logic that comes to dominate is the economical one, that of the exploration of the life, an object makes the life, to make instruments, for the benefit of financial profits, of the non-human animals. This besides the disregard and the ignorance. In what he says with the standards, crucially, at constitutional disposal that it prevents from subjecting the animals to the cruelty (art. 225, § 1st, VII). Any lively being, independent of pertaining one to the human sort, is a holder of dignity (human and non-human dignity – animal dignity), have value in you same, it must be recognized like subject and I do not eat object, it is worthy of compassion, respect and love.

KEYWORDS: ANIMALS; SCIENTIFIC EXPERIENCES; ALTERNATIVE METHODS, ETHICS.

INTRODUÇÃO

"A vida é valor absoluto. Não existe vida menor ou maior, inferior ou superior. Engana-se quem mata ou subjuga um animal por julgá-lo um ser inferior. Diante da consciência que abriga a essência da vida, o crime é o mesmo."- Olympia Salete

"A vivisseção é o pior de todos os piores crimes que o homem está atualmente cometendo contra Deus e sua bela criação." Mahatma Gandhi

A trajetória da vida humana sempre esteve direta ou indiretamente permeada pelos animais não-humanos: relações de carinho e respeito, mas também e principalmente de mando, abuso e exploração. A moral nem sempre esteve ou está presente nos contatos entre animais humanos e animais não-humanos.

Nas mais diversas formas, tais como comida, entretenimento, manifestações culturais, caça, experiências científicas, cultos religiosos, entre tantas outras, o tratamento dispensado aos animais conflita com a racionalidade que se espera do homem, bem como com a sensibilidade que dele também se entende.

Entre avanços e retrocessos na luta pela libertação animal, algumas condutas humanas condenáveis despertaram maior atenção ou consenso, como, por exemplo, a utilização de animais em circos. No entanto, outras ações permanecem sendo consideradas como defensáveis ou normais, apesar das constantes e cabais demonstrações de que podem, ou melhor, devem ser abolidas ou modificadas. Esta triste constatação tem lugar, e.g., nas experiências científicas, onde os animais seguem percebidos, comumente, como cobaias ou instrumentos ou meios para objetivos humanos.

No entanto, um olhar mais fraterno e holístico é capaz de perceber que os animais não são objetos criados para a livre disposição humana, suas vidas não são simplesmente para o benefício do homem. Os demais seres não existem para servir ao ser humano. Quebra-se, desta feita, o paradigma antropocêntrico, carcomido, insuficiente, preconceituoso, e nasce o paradigma biocêntrico ou ecocêntrico, o paradigma do Animal Rights, do Direito dos Animais, isto é, dos animais como sujeitos de direitos. Perspectiva, aliás, em consonância com a redação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que já conta mais de trinta anos. Ora, é o animal quem tem direito à vida, à liberdade ou à integridade física e mental, e não o ser humano que com o(s) animal(is) em questão mantém alguma relação, o proprietário. O fato de o animal não poder pleitear em juízo, por conta própria, o seu direito, não é motivo para que se sustente que não tem direito, o que, por outro lado, não implica em que não defenda, por si e por outros meios, os seus direitos. Basta ver a reação de um leão ou um pássaro que busca defender o seu direito à liberdade, debatendo-se nas grades da jaula ou da gaiola, ou o de um veado ou de um cão que pretende resguardar a sua vida. Ou por outras palavras: o ataque ou a fuga para se defender.

Outrossim, sob a ótica egoística ou exclusivamente humana, inúmeros são os casos em que a utilização de animais em experimentos científicos causou mais retrocessos que avanços. A isto se soma que diversos mecanismos alternativos ao emprego de animais são disponíveis, o que demonstra a possibilidade e a necessidade da modificação da idéia ultrapassada de que a ciência só consegue progredir com testes em animais. Entretanto, como sói acontecer, antigas e enraizadas compreensões não são facilmente alteradas, insistem vorazmente em permanecer, conquanto a mudança esteja solidamente fundamentada e seja urgente. A transformação está situada, em primeiro passo, na pré-compreensão. É problema de valor, de ordem filosófica, ética.

É também na seara da Bioética e do Biodireito, âmbito de novas e complicadas questões, polêmicas, muitas vezes ainda a espera de consenso e de disciplina legal específica, celeiro de matérias a despertar posições inflamadas e divergentes, que a questão do Direito dos Animais está situada. O desafio é construir

uma razão e um sentimento, pois, ao invés de contraditórios, são complementares, que compatibilize interesses ou direitos humanos e interesses ou direitos dos animais não-humanos. Enfim, a ponderação de bens, força do princípio da razoabilidade[1]. O princípio genérico, que se vem a defender, é o de que os mandamentos que valem para os seres humanos são também válidos para as outras criaturas.

Por outro lado, mas sem cair na miopia antropocêntrica e na tese dos deveres indiretos[2], levar em conta os interesses dos membros das outras espécies diz a favor da própria humanidade, é sinal de progresso, contribui para o bem-estar global, planetário, alicerçado em um vínculo de irmandade. Faz-se imprescindível o advento de uma nova consciência, de outro proceder quanto ao apelo para o uso de animais em experiências científicas, no ensino. Neste terreno, sem radicalismos e discursos panfletários, sem absolutismos, é preciso o exame da alegada justificativa, que, como regra, o homem pensa haver, para prender, impingir dor e/ou a morte a qualquer animal em nome dos ganhos para a humanidade mesma. É indispensável introduzir a discussão filosófica, o conteúdo ético, neste campo, sob pena de se acolher, como fundamento bastante, a lei do mais forte, há tanto tempo rejeitada como legitimidade para o Direito.

1 ORIGENS

"Não há diferenças fundamentais entre o homem e os animais nas suas faculdades mentais (...) os animais, como os homens, demonstram sentir prazer, dor, felicidade e sofrimento."- Charles Darwin

"A compaixão para com os animais é das mais nobres virtudes da natureza humana." Charles Darwin

A exploração dos animais pelo homem não é recente, sua utilização em procedimentos experimentais remonta aproximadamente há 2000 anos, ou seja, desde a antiguidade os animais são utilizados em experiências na área da saúde, ensino, ciência.

Um marco inicial se dá com Hipócrates (450 a.C), realizando estudos didáticos, relacionando aspectos de órgãos doentes do homem com o de animais. Almageon (500 a.C), Herophilus (320-250 a.C) e Erasistratus (305-240 a.C)[3], anatomistas da antiguidade, realizavam vivisseções[4] em animais com intuito de observar suas estruturas e funcionamento.

Aristóteles (384-322 a.C) igualmente realizou estudos anatômicos, observando semelhanças e diferenças entre os órgãos humanos e de animais[5].

Posteriormente, Galeno (131 -201 d.C) tornou-se conhecido por realizar vivissecções em animais, com objetivos experimentais, sendo assim um dos precursores das ciências médicas experimentais.

O século XVII é apontado como ápice nas experiências com animais, sem o cômputo do tempo hodierno. Na linha das postulações de René Descartes (1596-1650), emblemático expoente, a sensibilidade dos animais não-humanos foi ignorada, sob o argumento de que estes não possuem alma, de que são irracionais, tais como máquinas, e, deste modo, não passíveis de sofrer.

Descartes impulsionou a teoria mecanicista, iniciada anteriormente com Francis Bacon[6] (1561 – 1626), defendendo, em sua obra clássica Discurso do Método, “a teoria do animal-máquina”[7], e, assim, os animais já tão desconsiderados e inferiorizados, transformam-se em meros instrumentos e objetos de experiências científicas. Seus corpos são comparados a máquinas, conquanto máquinas superiores, pois, criados por Deus, seus órgãos são semelhantes aos do homem, o que permite proporcionar conhecimento à espécie humana. E, conforme esta visão, apesar das semelhanças com os homens, os animais são desprovidos de fala ou sinais que se façam entender. Além disto, não possuem razão e o seu complexo orgânico funciona em decorrência da disposição natural que lhe é inerente, não por outra inteligência, não por consciência.

Assim, o animal é desprovido de razão e, portanto, de alma, bem como de sensibilidade[8]. Uma máquina, seus órgãos são equiparados a um relógio que funciona impulsionado por suas molas. Portanto, desprovidos de alma racional, estão também desprovidos de qualquer sentimento ou consciência, não sentem dor, nem prazer, são seres brutos, estão à disposição do homem, máquinas livres de sofrimento.

O testemunho de um experimentador, narrado no livro de Peter Singer, demonstra a prática da vivissecção e a teoria do animal como máquina:

Para Descartes, o cientista, a doutrina ainda tinha outro resultado feliz. Foi nessa época que a prática da experimentação em animais vivos tornou-se amplamente difundida na Europa. Como então não havia anestésicos, esses experimentos devem ter feito os animais se comportar de tal forma que indicaria, para a maioria de nós, estarem sofrendo dor intensa. A teoria de Descartes permitia aos experimentadores que desconsiderassem quaisquer escrúpulos que pudessem ter nessas circunstâncias. O próprio Descartes dissecou animais vivos (...) O seguinte testemunho de um desses experimentadores, que trabalhava no seminário jansenista de Port – Royal, no final do século XVII, deixa clara a conveniência da teoria de Descartes: Batiam nos cães com perfeita indiferença e zombavam dos que sentiam pena das criaturas como se elas sentissem dor. Diziam que os animais eram relógios; que os gritos que emitiam quando golpeados não passavam do ruído provocado por alguma molinha que haviam acionado, mas, que o corpo, como um todo, não tinha sensibilidade. Pregavam as quatro patas dos pobres animais em tábuas para praticar a vivissecção e observar a circulação do sangue, tema que era motivo de muitas discussões.[9]

Em 1638, no livro *Exercitatio anatómica de motu cordis et sanguinis in animalibus*, o médico britânico William Harvey (1578-1657), apresentou os resultados obtidos por meio de estudos experimentais em mais de oitenta espécies de animais sobre a fisiologia da circulação. Também o fisiologista francês Claude Bernard (1813-1878) prosseguiu defendendo as idéias de Descartes e o direito de fazer experimentos em animais e vivisseção. Em seu livro *An Introduction to the Study of Experimental Medicine*, publicado em 1865 e considerado por muitos como o livro mais importante para os vivissectores, justificava a utilização de animais em pesquisas:

Eu penso que temos esse direito, total e absolutamente. Seria estranho se reconhecêssemos o direito de usar os animais para serviços caseiros e alimentação, mas proibíssemos seu uso para o ensino de uma das ciências mais úteis para a humanidade. Experimentos devem ser feitos tanto no homem quanto nos animais. Os resultados obtidos em animais podem ser todos conclusivos para o homem, quando sabemos como experimentar adequadamente. Penso que os médicos já fazem muitos experimentos perigosos no homem, antes de estudá-los cuidadosamente nos animais. Eu não admito que seja moral testar remédios mais ou menos perigosos ou ativos em pacientes em hospitais, sem primeiro experimentá-los em cães; eu provarei, a seguir, que os resultados obtidos em animais podem ser todos conclusivos para o homem quando nós sabemos como experimentar adequadamente.[10]

Sua técnica consistia na retirada de órgãos ou tecidos de animais, utilizando aparelhos de contenção, incisões cirúrgicas e mutilações de membros, para observar seu funcionamento e os efeitos da retirada destes. Defendia que fazia parte da postura de um cientista a indiferença pelo sofrimento dos animais em laboratório[11], sendo tais experimentos necessários para evolução do homem. Enquanto recomendava uma postura ética com seres humanos, adotava uma postura de frieza em relação aos animais. E apesar de ter contribuído sobremaneira para a visão do animal-objeto, reconhecia que a sua utilização é passível de falhas, é frágil, o que acaba por acentuar questionamento de tais práticas.

É realmente certo que, para problemas de aplicação imediata à prática médica, as experiências feitas no homem são sempre as mais concludentes. Nunca ninguém disse o contrário; somente, como não é permitido pelas leis da moral nem pelas do Estado realizar no homem experiências imperiosamente exigidas pelo interesse da ciência, proclamamos bem alto a experimentação animal.[12]

De outro lado, porém, diversas vozes levantaram-se em favor dos animais, criticando a indiferença no tratamento dos animais e sua utilização de forma tão cruel, imoral e antiética. Portanto, apesar da preocupação central com o homem, e das teorias mecanicistas do século XVII, alguns filósofos podem ser citados como

exemplo de uma concepção mais sensível, respeitosa e ética em relação aos animais, em especial em experimentos, como, por exemplo, Voltaire, Rousseau e Jeremy Bentham.

Rousseau (1712 – 1778) discorda da teoria de Descartes, entendendo que os animais não são autônomos, agem por instinto, possuindo sentimentos e sensações. Em sua obra *Devaneios de um caminho solitário* é possível observar sua crítica ao estudo experimental em animais.

Como observar, dissecar, estudar, conhecer os pássaros no ar, os peixes na água, os quadrúpedes mais leves do que o vento, mais fortes do que o homem e que não estão mais dispostos a se oferecer às minhas pesquisas do que eu a correr atrás deles para submetê-los pela força? (...) O estudo de animais não é nada sem a anatomia (...). Não possuo nem o gosto nem os meios de mantê-los cativos, nem a agilidade necessária para segui-los em seu andar, quando em liberdade. Será, portanto, necessário estudá-los mortos, rasgá-los, desossá-los, escavar à vontade suas entranhas palpitantes! Que horrível conjunto é um anfiteatro de anatomia, cadáveres fétidos, pastosas e lívidas carnes, sangue, intestinos repugnantes, esqueletos medonhos, vapores pestilentos! Dou minha palavra de que não é lá que J.J. irá procurar seus divertimentos (...) Aliás, nunca julguei que tanta ciência contribuísse para a felicidade da vida.[13]

O francês François Marie Arouet (1694 – 1778), Voltaire, entendia que seria uma enorme contradição, um animal possuir diversos órgãos semelhantes ao homem, porém ser desprovido de medos e sentimentos. O homem não é capaz de definir o que é a alma, que os animais são desprovidos da alma ou do sofrimento. Não se mostra plausível afirmar que o animal, vez que possui uma fisiologia semelhante ao homem, não é capaz de sofrer. Contudo, o homem dotado do dom da reflexão acaba por sobrepor-se ao animal de forma positiva e negativa.

Esse animal, que excede o homem em sentimentos de amizade, é pego por algumas criaturas bárbaras, que pregam-no numa mesa, dissecam-no vivo ainda, para te mostrar as veias mesentéricas. No corpo deste animal encontras todos os órgãos das sensações que também existem em ti. Acaso ainda atreve-se a argumentar, se fores capaz, que a natureza colocou todos estes instrumentos do sentimento no animal para que ele não possa sentir? Dispõe de nervos para manter-se impassível? Será que não te ocorre ser por demais impertinente essa contradição da natureza?[14]

Quanto a Jeremy Bentham, seus argumentos tornaram-se fundamentais em todos os argumentos de defesa animal, já que incluiu formalmente os animais na esfera das preocupações morais. No mesmo período em que o famoso filósofo Immanuel Kant defendia a idéia de que o animal poderia ser um meio para se alcançar um fim, Bentham (1748 – 1832)[15] um dos principais pensadores do utilitarismo clássico, demonstrava, através do seu livro *Uma introdução aos princípios da Moral e*

da legislação, o princípio da utilidade ou da maior felicidade e incluía, como sujeito deste princípio, os animais.

Comparando o tratamento dos animais ao tratamento que já foi dado aos escravos e criticando a exclusão do animal da preocupação ética, Bentham inclui os animais dentro das preocupações morais, com base na sensibilidade, na capacidade de sentir, como se observa nesta célebre passagem de sua obra:

Pode vir o dia em que o resto da criação animal adquira aqueles direitos que nunca lhes deveriam ter sido tirados, se não fosse por tirania. Os franceses já descobriram que a cor preta da pele não constitui motivo algum pelo qual um ser humano possa ser entregue, sem recuperação, ao capricho do verdugo. Pode chegar o dia em que se reconhecerá que o número de pernas, a pele peluda, ou a extremidade do os *sacrum* constituem razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível à mesma sorte. Que outro fator poderia demarcar a linha divisória que distingue os homens dos outros animais? Seria a faculdade de raciocinar, ou talvez a de falar? Todavia, um cavalo ou um cão adulto é incomparavelmente mais racional e mais social e educado que um bebê de um dia, ou de uma semana, ou mesmo de um mês. Entretanto, suponhamos que o caso fosse outro: mesmo nesta hipótese, que se demonstraria com isso? *O problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar; tampouco interessa se falam ou não; o verdadeiro problema é este: PODEM ELES SOFRER?* (grifo nosso)[16]

Sua concepção da consideração moral tem por base a senciência e não mais a racionalidade, autonomia ou linguagem. Ao considerar os animais como seres sensíveis, capazes de sentir e, assim, de sofrer, a infelicidade, conclui que não há o que explique submeter os animais ao sofrimento sem necessidade.

Entretanto e apesar destes e de outros pensamentos e posturas favoráveis aos animais, certo é que o estado comum, majoritário, vivenciado pelos animais não-humanos diante do homem é de explorados, coisas, servos. Ainda quando se os reconheça como sencientes, assevera a noção corriqueira, mais difundida, a dor de um animal não-humano não é comparável a dor experimentada por um humano. A infelicidade dos seres das outras espécies é menos relevante do que a infelicidade daqueles pertencentes à espécie humana. Urge uma modificação radical de percepção e de atitude.

2 REFERÊNCIAS NORMATIVAS

"Jamais creia que os animais sofrem menos do que os humanos. A dor é a mesma para eles e para nós. Talvez pior, pois eles não podem ajudar a si mesmos." Dr. Louis J. Camuti

"O que eu penso da vivisseção é que se as pessoas acham que têm o direito de tirar a vida ou arriscar a vida de seres vivos para o benefício da maioria, então não haverá limite para a sua crueldade." Leo Tolstoy

As primeiras leis[17] em defesa dos animais não possuíam enfoque na proteção ou regulamentação do uso de animais em experiências. Na verdade, eram mais aplicáveis à proteção dos animais domesticados, daqueles empregados para transporte, dos tidos como bens de valor financeiro, em escala produtiva, industrial, para alimentação, vestuários, etc.

Em 1909, a Associação Médica Americana editou publicação relativa a aspectos éticos na utilização de animais em experimentos. Em 1959, o zoologista M.S. Russel e o microbiologista Rex L. Burch, no livro *The Principles of Humane experimental Technique*, propugnaram que as experiências com animais deveriam se pautar pelos três "Rs": reduction (redução), refinement (refinamento) e replacement (substituição). O espírito é mais bem-estarista do que abolicionista[18]. Postulava-se, notadamente, o bem-estar dos animais empregados em experiências, o desenvolvimento de métodos que capazes de minimizar a severidade e a incidência dos testes, diminuindo, portanto, a dor e o número de animais utilizados, a adoção de métodos alternativos sempre que possível.

Estes princípios foram adotados pela Europa somente na década de 1980, quando editada a *European Directive 86/609*, uma convenção que disciplina a proteção dos animais e laboratórios.

Cabe destacar que, em 27 de janeiro de 1978, em Bruxelas, a UNESCO estabeleceu a *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*[19], o documento internacional mais importante em prol da defesa dos animais, símbolo potencial do advento de um novo entendimento em relação à vida e à dignidade dos animais não-humanos, em que pese não ostentar, consoante majoritariamente se afirma, status normativo, bem como ser freqüentemente diminuída na sua interpretação. Considerada uma carta de princípios, é referendada por diversos países, sendo o Brasil um dos seus signatários.

A Declaração contou com a participação fundamental da União Internacional dos Direitos Animais[20], tradicional e mais antiga entidade brasileira de proteção dos animais. É digno de nota a verificação de que o avanço histórico em prol dos animais não-humanos, no que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais é ilustração capital, é impulsionada principalmente por instituições privadas que se dedicam à causa, no mais das vezes com trabalhos voluntários, ONGs e ações pessoais independentes, ao lado, mais recentemente, do aumento de iniciativas acadêmicas, da produção em Universidades.

No Brasil, a Lei nº 6.638/1979 estabeleceu normas para a prática didático-científica, permitindo a vivisseção de animais. Determinou o uso de anestesia, proibiu a realização das práticas por estudantes menores de idade em estabelecimentos de

ensino de 1º e 2º grau e sem supervisão de técnicos especializados. Estabeleceu que os animais submetidos à vivissecção devem receber cuidados especiais antes e depois do procedimento. Estipulou por fim que fosse regulamentada a existência de órgãos e autoridades para fiscalização de biotérios e centros de experiências.

A regulamentação de biotérios, órgãos de fiscalização e controle de experimentação animal, ocorreu apenas com a Lei nº 11.794/2008, a chamada Lei Arouca, que regulamenta atualmente a prática da experimentação animal, seja com finalidade científica ou de ensino.

É considerada por alguns como um progresso e por outros, notadamente os abolicionistas, como um retrocesso, pois, ao regulamentar a utilização de animais em práticas de ensino e pesquisas científicas, acabou por estimular, regular ou humanizar a prática de experiências com animais. Vale notar que o incentivo legal para os métodos substitutivos já estava contemplado na Lei de Crimes Ambientais.

A Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9605/98, em seu artigo 32, caput e § 1º, incentiva o desenvolvimento de métodos alternativos, além de tornar crime a utilização de animais em experiência dolorosa, maus tratos e abusos. Assim, seria de cogitar, nos termos da legislação, as experiências com animais como cruéis, as quais deveriam ser extintas e não regulamentadas.

Lei nº 9.605/98 (...)

Dos Crimes contra a fauna: (...)

Art. 32: Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Portanto, a Lei nº 11.794/2008 entrou em vigor com ares de anacronismo. Quando foi apresentada pelo então deputado Sergio Arouca (PPS –RJ), em 1995, a vivissecção era permitida, regulada pela Lei nº 6.638/1979, sem incentivo a métodos alternativos. No entanto, em 2008, quando a Lei Arouca entrou em vigor, já havia a incidência da Lei nº 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais, que estipulava a proteção de todos os animais e a vedação tácita aos experimentos científicos, com a ressalva apenas para a hipótese da inexistência de métodos alternativos.

Percebe-se que a Lei nº 11.794/2008 regulamenta um procedimento já previsto na Lei de Crimes Ambientais como cruel. Assim, o próximo passo direciona para a extinção das experiências com animais, o maior incentivo para a descoberta e o emprego dos métodos alternativos. Ao contrário, o que a Lei Arouca fez foi promover a regulamentação das experiências, biotérios e órgãos de controle, o que na prática acaba por incentivar o emprego de animais em laboratório.

Há que se lembrar ainda que a Constituição Federal de 1988, no artigo 225, § 1º, VII, veda as práticas que submetem os animais à crueldade. Ora, utilizar animais sadios, restringir sua liberdade, dispor das suas vidas, integridade física e moral, não podem ter outra denominação a não ser maus-tratos, crueldade.

3 DEFESA PELA ÉTICA ANIMAL: POCISIONAMENTOS

"Pergunte para os vivisseccionistas por quê eles experimentam em animais e eles responderão: "Porque os animais são como nós". Pergunte aos vivisseccionistas por quê é moralmente 'OK' experimentar em animais e eles responderão: "Porque animais não são como nós". A Experimentação animal apoia-se em contradição de lógica." - Professor Charles R. Magel

"Como podem pessoas que não são sádicas passar a vida provocando depressão em macacos, esquentando cães até a morte ou viciando gatos em drogas? Como podem tirar o jaleco branco, lavar as mãos e ir para casa jantar com a família?" Peter Singer

É possível identificar pelo menos três vertentes de pensamento no que respeita à utilização de animais em experiências científicas. Iniciemos pelas duas mais radicais. Em uma margem estão aqueles que entendem que os experimentos são fundamentais para evolução da ciência, indispensáveis para o aprendizado, e que desconsideram ou emprestam pouca atenção aos animais, em função dos ganhos ou interesses humanos em questão. Em outra margem se colocam aqueles que não admitem nenhuma pesquisa com animais, que consideram os experimentos, em qualquer situação, antiéticos, imorais, injustificáveis. Uma terceira corrente, intermediária, não condena toda pesquisa com animais, admite a realização em algumas hipóteses, conquanto assumam, como regra, a interdição de tais práticas, bem como procure ter como baliza outros argumentos que não de cunho especista.

Entre os vivisseccionistas, então, existem aqueles que defendem acaloradamente o emprego de animais e outros que, resignados, aceitam a conduta por entender que não existem outras formas equivalentes. Isto não impede, todavia, o acolhimento do programa dos três "Rs", antes aduzidos (reduction, refinement e replacement), notadamente pelo segundo grupo referido. É fato que se pode notar um paulatino despertar de cuidado ou atenção por parte da comunidade acadêmica ou científica em

relação aos animais, inclusive daquela que recorre a animais em laboratório, em boa parte por pressão de entidades protetoras dos animais, por denúncias de abusos, assim entendidos mesmo pelo homem médio, tolerante com a coisificação dos seres vivos não-humanos. Se no passado a prática não era questionada com maior impacto ou um maior número de interlocutores, hoje o debate está posto e cada vez mais ganha espaço na sociedade.

E aqui surge uma ponderação. Se os animais não-humanos são parecidos com os animais humanos, inclusive a ponto de se fazer experiências em projeção de um aproveitamento humano, se há semelhança de órgãos e sistemas orgânicos, porque não admitir uma igualdade, ainda que não absoluta, ensejadora, como tal, de igual consideração moral, particularmente em virtude do sofrimento imposto e do perecimento da vida, da perda da felicidade, entre seres humanos e não-humanos?

(...) ou o animal não é como nós e, neste caso, não há razão para fazer o experimento, ou o animal é como nós, e, neste caso, não deveríamos realizar no animal um experimento que seria considerado ultrajante se realizado em um de nós.[21]

Ressalte-se, muito embora, que a dignidade dos animais não está refém da semelhança maior ou menor apresentada pelos diferentes animais em comparação ao homem. Isto refletiria a manutenção da ótica antropocêntrica, que se quer romper. Um animal não tem ou deixa de ter direitos ou dignidade em razão de parecer mais ou menos ou em nada lembrar os seres humanos. Todos os animais, independente da sua proximidade ou distância com a humanidade, possuem dignidade e direitos, isto pela única razão de serem seres vivos.

Outro ponto que se levanta é acerca da valia de tais experimentos. É que, como fartamente demonstra a literatura especializada, inúmeras experiências não revelam aptidão à passagem dos resultados para os humanos. Além disto, inúmeras outras são feitas por motivos reconhecidamente frívolos, desimportantes, para provar teses esdrúxulas. Outros tantos experimentos são seguidamente repetidos apesar de já efetuados e com os resultados documentados na bibliografia científica, práticas que se repetem meramente pela vontade de se fazer também, de se fazer de novo, embora já exauridas e/ou com conclusões notoriamente conhecidas.

Hoje não se abandonou, ao menos oficial ou formalmente, a teoria do animal-máquina. Não restam dúvidas de que o animal é senciente. A propriedade de o animal sentir dor é algo evidente, que pode ser observado por sinais demonstrativos, sintomáticos, que estão presentes também nos seres humanos, tais como contorções, contrações da fronte, gemidos, tentativas de evitar o sofrimento, demonstração de medo. Dor que, repita-se, não é somente física, pois que também psicológica.

Como afirma Peter Singer, dor é dor, independente da raça, sexo ou da espécie[22]. Não há fundamento moral, afirma Singer, que alicerce a tese de que a dor humana é mais grave do que a mesma dor de qualquer outro ser vivente. A dor de furar o olho de uma pessoa humana ou de um macaco é igualmente a mesma. Privar um ser

humano de alimento ou um tigre é o mesmo. Queimar o corpo de um homem ou de um coelho é idêntico. Não há o que explique atribuir maior gravidade quando a vítima ou o agente passivo é da espécie humana.

Vale reparar que o argumento do fator da razão em nada afeta. Ora, ninguém irá advogar que a dor causada a um ser humano que é chicoteado é mais grave do que o mesmo grau de dor imposta a um cavalo que recebe chicoteadas pelo fato do ser humano ser racional e o cavalo (supostamente) não. Ora bem: o próprio conceito de razão é relativo e a doutrina se inclina para a admissão da racionalidade entre os animais não-humanos, fora da espécie humana. Aliás, se a razão fosse uma qualidade determinante, nada de problemático existiria em mutilar um humano débil mental ou em estado vegetativo, em coma, ou mesmo uma criança em tenra idade, já que desprovidos do atributo da razão.

Na verdade, o fundamental, não é a razão, mas sim a consideração pela vida de todos os seres, e mais especificamente a capacidade de sentir dor, medo, sofrer, e neste aspecto, não restam dúvidas de que as semelhanças entre animal humano e não-humano comprovam tais sentimentos em ambos.

A médica veterinária Dra. Irvênia Prada expõe que tanto o homem como o animal possuem corpo, órgãos, tais como coração, rins, músculos (principalmente os mamíferos), vida, mente, bastando observar seu comportamento para perceber que manifestam emoções, vontade, demonstrações de que são suscetíveis de sofrimento. Além disso, a organização e modelo do sistema nervoso humano são as mesmas daquelas encontradas em muitos animais. “De uma espécie animal para outra, existem diferenças anatômicas no sistema nervoso, que atendem às necessidades de cada um deles, mas, basicamente, o modelo é o mesmo. (...) Ele é essencialmente constituído por medula espinhal, tronco encefálico, cérebro e cerebelo.”[23]

Incontáveis experiências, várias agudamente cruéis e/ou evidentemente desnecessárias, sobre o comportamento animal demonstraram à exaustão, cabalmente, a capacidade não apenas de sofrer dor física, mas de sentir sofrimento psicológico, mental, com traumas e seqüelas desta ordem. Um exemplo: a experiência realizada, em 1930, pelo psiquiatra americano Harry F. Halow, no zoológico de Madison, sobre psicose maníaco depressiva, com sensações de solidão e angústia. Filhotes de macacos foram colocados dentro de um longo tubo de material rígido, com água e comida disponíveis, mas em solidão, durante aproximadamente seis meses. Tal túnel foi denominado pelo cientista como “túnel do desespero”. A experiência causou distúrbios irreversíveis nos animais, que se tornaram “irreversivelmente psicóticos”[24], o que serviu para demonstrar que possuem personalidade, já que só se torna psicótico quem possui personalidade.

Singer aponta diversos casos, como, por exemplo, outros estudos no campo da psiquiatria realizados pelo psiquiatra Halow e seus alunos com primatas, onde foram analisados os efeitos da separação e repulsa da mãe em relação a macacos-bebês. Casos repugnantes e desnecessários, como a criação de uma mãe-monstro artificial que primeiro lançava ar comprimido contra o bebê, depois chacoalhava e por fim soltava espinhos, constatou-se que, mesmo diante de tais manifestações, o bebê tentava se aproximar da mãe. Em outro caso, outra mãe-monstro: macacas foram criadas em isolamento e emprenhadas através de uma máquina denominada “rack de estupro”. O

comportamento observado foi a repulsa da mãe pelo filho, recusa de amamentar, bem como mesmo um comportamento letal como triturar o crânio do bebê. Estes e outros diversos padrões de comportamento foram analisados através de experiências cruéis, desumanas, sem qualquer contribuição de relevo para a medicina, para a psicologia, com a transformação dos animais em meros instrumentos, plenamente desconsiderados.[25]

Experiências são realizadas para demonstrar algo que já se conhece, compromissadas eminentemente com fins comerciais. Para testar toxicidade, por exemplo, na Inglaterra, 40 macacos foram envenenados com herbicida letal paraquat: todos ficaram doentes, vomitaram, não conseguiram respirar e morreram por hipotermia. Morreram lentamente e provaram algo que já se sabia, ou seja, o envenenamento com este herbicida causa morte lenta e dolorida.[26]

Outros exemplos podem demonstrar capacidade de sentir e inteligência nos animais, sem que para isso, haja necessidade de sofrimento, como os estudos realizados pela primatóloga Jane Goodall, com chimpanzés na Tanzânia na década de 1950. Ao observar que estes animais utilizavam pedaços de pau como bengala para capturar formigas e cupins, que quebravam a casca dura da castanha utilizando pedras, confirmou capacidade de raciocínio, inteligência, manipulação de objetos e habilidade técnica em primatas.

Muitos exemplos poderiam ser citados, inclusive do senso comum da população. A capacidade de cachorros e gatos, por ex., de pressentirem a chegada de humanos, notadamente daqueles que convivem com eles; cães e gatos, por ex., que percebem quando humanos estão doentes ou deprimidos; cachorros, gatos, cavalos que conseguem achar o caminho de casa. Relatos podem ser encontrados no livro *Cães sabem quando seus donos estão chegando*, de 1999, autoria de Rupert Sheldrake, pesquisador da Universidade de Cambridge[27]. A alegria dos animais de estimação quando as suas companhias humanas retornam para casa, o que ressalta suas capacidades cognitivas, sentimentais.

Se a premissa da utilização animal está baseada em sua incapacidade de consciência ou sentimento, uma postura moral não deixa margem para a continuidade de tais práticas laboratoriais, porquanto há muito já se concluiu afirmativamente acerca das aludidas capacidades nos animais.

Contudo, há que se respeitar não somente o sofrimento, mas também a vida dos animais não-humanos. São colacionados a seguir os posicionamentos de três autores, que são referências na temática. Peter Singer, Tom Regan e Gary L. Francione.

Peter Singer[28] defende a igual consideração de interesses entre animais humanos e não-humanos. A inteligência não pode ser o parâmetro, mas sim o sofrimento, esta é a linha demarcatória para que exista a consideração moral, de outra forma, não haveria motivos para considerar o ser humano com reduzida capacidade mental, até porque, muitos animais não-humanos são mais desenvolvidos que muitos humanos, como por exemplo; um chimpanzé[29] e uma pessoa com grave deficiência mental.

Seu livro *Libertação Animal*, fundamental para causa animal, relata de forma detalhada diversos experimentos, sejam para armamentos, cosméticos, remédios, no campo da psicologia, demonstrando o acentuado grau de desnecessidade e coisificação da vida animal.[30]

Conforme Tom Regan, os animais, seres vivos que são, devem ter sua dignidade respeitada, ou seja, vida, liberdade, integridade. Portanto, o erro das pesquisas com animais e a necessidade de se investir em métodos alternativos. Em seu livro *Jaulas Vazias* relata, assim como Singer, diversos casos dramáticos. Em uma experiência com cães para pesquisa de sarna, filmada pela Ong. Peta, animais infectados pela sarna eram observados sem que recebessem tratamento veterinário, pois poderia influenciar no resultado do experimento. Note-se o caso da cadela Genesee, que de tão infectada girava constantemente em círculos, incapaz de descansar; quando tocada gania, não comia e não tomava água, uivava vorazmente de dor, até que morreu sem receber qualquer tratamento. Esta experiência cruel foi realizada na Universidade Wright nos Estados Unidos.[31]

De acordo com o abolicionista Gary Lawrence Francione, na obra *Animals, Property and Law*, não se deve utilizar, sob nenhuma maneira, animais em pesquisa independente de parâmetros consignados pelo homem, porquanto os animais não são serventia para a humanidade, não são coisas, não são propriedades. Aponta quatro razões principais para que não sejam utilizados em experiências científicas, bem como para o crescimento do número de defensores dos animais.

A primeira delas é o crescente ceticismo em relação ao reducionismo cartesiano. Na perspectiva de Descartes, uma perspectiva mecanicista filha do século XVII, afirma-se que é possível conhecer a natureza estudando-a em pedaços e recompondo-a, ao final, em um todo sistemático. Desde então a aceitação generalizada da vivisseção deveu-se a essa tese, reducionista adotada pelos cientistas da área da vida. A ciência é refém do modelo mecanicista cartesiano, mesmo passados quase quatrocentos anos. A segunda razão para mudança de perspectiva na concepção dos próprios cientistas é a de que a ciência já não é mais tida como a descobridora de “verdades”, ou uma espécie superior de conhecimento ao qual tudo o mais deva ser submetido. A terceira é a questão de que o bem-estar animal e os direitos animais tem sido profunda, ampla e criticamente estudada por filósofos nos últimos vinte anos, o que fez muitos cientistas despertarem para a investigação da natureza animal e contribuiu para descobertas que corroboram as teses zooéticas e põem em cheque a filosofia moral tradicional, o reducionismo cartesiano e toda a ciência animal especista até então desenvolvida de modo incipiente. Finalmente, a quarta questão é a das revelações feitas pelos abolicionistas tornando públicos os experimentos cruéis com animais. [32]

4 PROCEDIMENTO NECESSÁRIO?

"Se fôssemos capazes de imaginar o que se passa, constantemente, nos laboratórios de vivissecção, não poderíamos dormir em paz e em nenhum dia estaríamos felizes e tranqüilos." Dr. Ralph Bircher

*"Eu desprezo e abomino desculpas em nome da infame prática da vivissecção...Eu preferiria ser submetido à pior das mortes, aguentando dor indefinidamente, a ter um único cão ou gato torturado , sob o pretexto de me dar alguns momentos de alívio."
Robert Browning (poeta)*

Nos experimentos científicos com utilização de animais não-humanos um questionamento se destaca e persiste como argumento em sua defesa: aquele de que visam à descoberta de remédios e a cura de várias doenças, para a vida, inclusive no que tange aos próprios animais.

Como expõe Regan é comum ouvir que experiências são necessárias em benefício do avanço da ciência, da cura de doenças como diabetes e câncer, entre outras. No entanto, estas são apenas parte das experiências, pois existem aquelas que não aparecem na publicidade, como documentado pelo Dr. Jeff Diner:

Eis um resumo de alguns dos exemplos que ele descreve:

Pesquisa sobre o olho: São usados macacos, coelhos, cães, gatos e outros animais. Os olhos são queimados ou feridos de outras maneiras; às vezes, as pálpebras são fechadas com suturas, ou os olhos removidos.

Pesquisa sobre queimaduras: Os animais (cobaias, ratos, camundongos e cães, por exemplo) são queimados usando-se químicas ou radiação, ou então sofrem “queimaduras térmicas”, desde amenas até de terceiro grau. As queimaduras térmicas são causadas imergindo-se todo o corpo do animal, ou parte dele, em água fervente, ou pressionando-se uma chapa quente sobre sua pele, ou usando-se vapor.

Pesquisa sobre radiação: Todo o corpo de uma animal, ou parte dele, é submetido a radiação; em alguns casos, os animais de testes são forçados a inalar gases radioativos. Entre os animais usados estão cães, macacos, ratos, camundongos e hamsters.

Pesquisa sobre o cérebro: A atividade e o comportamento do cérebro são estudados em gatos, cães, macacos, coelhos e ratos, por exemplo. Os animais sofrem o trauma experimental (normalmente produzido por um ferimento físico direto na cabeça), são submetidos à manipulação cirúrgica, ou são estimulados eletricamente (por exemplo, depois de sofrerem um implante cirúrgico).

Pesquisa sobre choques elétricos: As reações fisiológicas e psicológicas ao choque elétrico são estudadas em vários animais, principalmente ratos. Choques elétricos em graus e intervalos variados são administrados principalmente pelo pé ou pelo rabo.

Pesquisa sobre agressão: São investigados os efeitos, no comportamento agressivo, de fatores como isolamento social, disfunção cerebral induzida e privação de sono.

Pesquisa sobre estresse: Os animais de teste são expostos ao frio e ao calor extremos, privados de sono REM, imobilizados ou mal nutridos, por exemplo, para se investigar fisiologia e comportamento.

Pesquisa militar: Com verba do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, vários animais, incluindo primatas não-humanos, são submetidos a armas convencionais, biológicas e químicas, assim como a radiação nuclear, raios laser e microondas de alta potência.” [33]

Na verdade, o argumento de que são necessárias cai por terra quando se percebe que inúmeras experiências são realizadas por motivos fúteis, sem o devido cuidado com os seres envolvidos contra a sua própria vontade. Experimentos com choques, radiação, queimaduras, privação de sono, de cuidados maternos, cegueira, isolamento, privação de alimentos, de água, submissão ao stress, o que leva inúmeros animais à morte, à loucura, à seqüelas permanentes, traumas, com elevado nível de sofrimento.

Dois exemplos podem ser particularmente citados por demonstrarem acentuado grau de desproporcionalidade, desnecessidade, crueldade, ainda que persista a convicção do predomínio dos interesses humanos. Severamente criticados e atualmente proibidos por alguns países o teste DL50 e o teste Draize demonstram o equívoco.

No primeiro, DL50, que significa dose letal para 50% dos animais testados, o produto é ministrado via oral nos animais, que normalmente acabam morrendo. O objetivo é testar o maior ou menor grau de toxicidade do produto quando ingerido e a observação de seus estados pode durar até duas semanas. Durante este período os produtos são forçados aos animais através de tubos, já que naturalmente não comeriam tintas para solventes, produtos de limpeza, cosméticos, giz de cera, lustrador de móveis e tantos outros. Não é preciso afirmar que o teste provoca grande sofrimento e sintomas como diarreia, convulsões, perda de sangue pela boca, olhos, reto.

Quanto ao teste Draize, inventado por John Draize, também com a finalidade de medir o índice de toxicidade em cosméticos, pesticidas, produtos de limpeza, herbicidas e shampoos, é ministrado, e.g., nos olhos de coelhos. Quando realizado na pele dos animais o experimento denomina-se Draize skin Test. O mais cruel deles, todavia, é o Draize Eye test, em que se ministra a substância química nas órbitas oculares de coelhos, os quais permanecem imobilizados pelas patas e pelo pescoço em múltiplo e circular aparelho de contenção. A substância é pingada ou injetada em uma das córneas do coelho. O outro olho permanece preservado para servir de modelo comparativo. Desse modo, a reação primeira do animal submetido ao teste é um lacrimejamento abundante. Depois de alguns dias, a córnea, a conjuntiva e a íris se alteram. O olho fica irritado, inflamado, comprometido pela toxicidade da substância nele aplicada. A última etapa pode ser a cegueira após toda essa sessão de sofrimento ocasionada ao animal. Ocorrido isso, o pesquisador normalmente extrai o olho lesionado para submetê-lo a estudos de ordem anatômica ou fisiológica. Os produtos

que menos causam irritação no olho do coelho costumam ser lançados no mercado com a advertência “testado em animais”.[\[34\]](#)

Outra questão fundamental se coloca: diversos produtos testados em animais geram resultados negativos no homem. O que se explica pelo fato de que, apesar das semelhanças de tecidos e órgãos, existem diferenças significativas. Os resultados gerados a partir das experiências com animais não-humanos guardam a potencialidade de não serem confirmados quando dos seres humanos. Inúmeros casos demonstram que a passagem para a espécie humana não é retilínea ou automática e, em muitos casos, houve prejuízo, graves, para o homem.

Diversos exemplos podem ser citados. Fumar provoca câncer. No entanto, pensava-se que não gerava tal efeito já que relacionar o câncer ao fumo é de difícil reprodução em animais de laboratório. A exposição à benzina causa leucemia em humanos. No entanto, a substância não contou inicialmente com esta advertência, pois testes realizados em camundongos não demonstraram tal resultado[\[35\]](#). A aspirina, que nos serve como analgésico, é capaz de matar gatos. A morfina acalma o ser humano, mas provoca excitação excessiva em cães e gatos. A salsa e a amêndoas são usadas na alimentação humana, porém a primeira é capaz de matar papagaios e a segunda é altamente tóxica para cães[\[36\]](#). O medicamento para diabetes troglitazone não causou danos em animais, porém gerou graves lesões no fígado humano, com caso de morte e a necessidade de transplante. A penicilina é ineficaz em coelhos, causa a morte em porquinhos da índia e hamsters, mas é um importante antibiótico para o homem. O flúor causa câncer em ratos, porém é importante para prevenir cáries. Pesquisas em animais demonstraram que o vírus HIV se reproduzia com uma rapidez equivocada, o que gerou tratamento inadequado para os humanos. O zelmid (antidepressivo) foi testado em ratos e cães, mas causou graves problemas neurológicos em seres humanos. O clioquinol (antidiarréico) foi testado em ratos, gatos, cães e coelhos, porém causa cegueira e paralisia em humanos, tendo sido retirado de venda em 1982.[\[37\]](#)

Diversos remédios testados em animais causaram sérios efeitos colaterais, internações e morte quando utilizados pelos seres humanos. Outros exemplos são apresentados na obra da filósofa Sônia T. Felipe, tais como: o alphaxalone, considerado um importante anestésico, causa choque anafilático; o benoxaprofen, antiinflamatório, provocava sérios efeitos colaterais, inclusive morte; o fenclofenac é cancerígeno; o feprazone, utilizado para combater artrite reumática, reumatismo e osteoartrite, causa anomalias sanguíneas letais.[\[38\]](#)

Percebe-se, assim, entendimentos equivocados em defesa dos experimentos. Na verdade, grande parte dos resultados terminou por gerar sérios malefícios à saúde humana. Há uma verdade insofismável: se é para testar, a melhor cobaia é o próprio homem. Somente não é assim porque se acredita que a vida humana é mais importante do que a vida dos demais animais e que, assim, atos que não se justificam com humanos são justificáveis com não-humanos. É melhor cegar um coelho do que um homem, queimar um porco do que um ser humano, testar drogas possivelmente nocivas em um cachorro do que em um ser da espécie humana. Algo como: antes ele do que eu.

Outra questão, por fim, merece ser destacada: o entendimento de que se faz imprescindível a utilização de animais no aprendizado científico, médico, biológico,

procedimentos indispensáveis para o estudo, para o ensino. Não se pode desconhecer que, ao submeter animais a experimentos, passa-se a mensagem de que os seres não pertencentes à espécie humana são menos importantes ou mesmo de nenhuma relevância, que se tem direito a proceder assim. Ensina-se a frieza, a desconsideração, a insensibilidade. Isto tem especial implicação na formação ética dos médicos, veterinários, biólogos.

5 ESPERANÇA DE NOVOS TEMPOS: ALTERNATIVAS

"Atrocidades não são atrocidades menores quando ocorrem em laboratórios, ou quando recebem o nome de 'pesquisa médica.'" George Bernard Shaw (Dramaturgo, Nobel 1925)

"A Vivisseção é bárbara, inútil e um impecilho ao progresso científico." Dr. Werner Hartinger (cirurgião, Alemanha, 1988).

Como já tantas vezes ressaltado, a ética clama pela aplicação e desenvolvimento dos métodos alternativos, já existentes, diga-se, em grande número e utilizados por diversos cientistas.

“1) sistemas biológicos in vitro (cultura de células, tecidos e órgãos passíveis de utilização em genética, microbiologia, bioquímica, imunologia, farmacologia, radiação, fisiologia, toxicologia, produção de vacinas, pesquisa sobre o vírus do câncer); 2) Cromatografia e espectrometria de massa (técnica que permite a identificação de compostos químicos e sua possível atuação no organismo, de modo não-invasivo); 3) farmacologia e mecânica quânticas (avaliam o metabolismo das drogas no corpo); 4) estudos epidemiológicos (permitem desenvolver a medicina preventiva com base em dados comparativos e na própria observação do processo de doenças); 5) estudos clínicos (análise estatística da incidência de moléstias em populações diversas); 6) necropsias e biópsias (métodos que permitem mostrar a ação das doenças no organismo humano); 7) simulações computadorizadas (sistemas virtuais que podem ser usados no ensino das ciências biomédicas, substituindo o animal); 8) modelos matemáticos (traduzem analiticamente os processos que ocorrem nos organismos vivos); 9) culturas de bactérias e protozoários (alternativas para testes cancerígenos e preparo de antibióticos); 10) uso da placenta e do cordão umbilical (para treinamento de técnica cirúrgica e testes toxicológicos); 11) membrana corialantóide (teste CAME, que se utiliza de membrana dos ovos de galinha para avaliar a toxidade de determinada substância); 12) pesquisas genéticas (estudos com DNA humano), etc.”

“Culturas de tecidos, provenientes de biópsias, cordões umbilicais ou placentas descartadas, dispensam o uso de animais. Vacinas também podem ser fabricadas a partir da cultura de células do próprio homem, sem a necessidade das técnicas invasivas experimentais em cavalos, envolvendo a sorologia... processos de análise genômica e sistemas biológicos in vitro, que, se realizados com ética, tornam absolutamente desnecessárias antigas metodologias relacionadas à vivisseção (...)”.[39]

Diversos são os métodos alternativos. O teste Draize, método cruel e com resultados nem sempre seguros, pode ser substituído pelo método Came ou por uma córnea artificial. A União Européia firmou algumas diretrizes para que não ocorram experiências consideradas cruéis, como o DL 50 e o Draize.

Vacinas podem ser fabricadas utilizando cultura de células do homem, o que substitui a utilização de cavalos e o sofrido experimento da sorologia[40]. Além disso, as culturas de tecidos, provenientes de biópsias, cordões umbilicais ou placentas descartadas, também dispensam o uso de animais.

Segundo as informações da Professora e Médica Veterinária Julia Maria Matera, Presidente da Comissão de Bioética da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootécnica da USP, diversas universidades limitam ou não utilizam animais vivos para ensino, realizando treinamento com cadáveres e, em animais vivos, castrações, tais como as escolas médicas britânicas Cambridge e Oxford, as estadunidenses Columbia, Harvard, Yale, Johns Hopkins, Stanford, Tufts, Washington, Illinois, Califórnia – Davis, Flórida, Cornell, Wisconsin, entre outras. Além disso, segundo informa a referida Professora, mais de 70% das Faculdades de Medicina dos EUA não utilizam animais vivos e na Alemanha, Canadá e Austrália este percentual é de praticamente 100%.[41]

No Brasil, a Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (FMVZ/USP) é um exemplo referencial: adota, desde o ano 2000, radical restrição ao emprego de animais. O treinamento cirúrgico é realizado em duas fases: na primeira são utilizados cadáveres quimicamente preservados; na segunda, exclusivamente a castração de animais, em programa de parceira com ONGs para controle populacional de cães e gatos. Tal método foi aprovado e aceito com excelentes resultados pelos alunos, auxiliando em uma educação humanitária e sem conflitos éticos.

Outros métodos alternativos utilizados nas faculdades são protótipos de baço, rim, fígado, sistemas computadorizados. A UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo) usa rato de PVC nas salas de aulas de micro-cirurgia. Na UNB (Universidade de Brasília), o programa de farmacologia básica do sistema nervoso autônomo é realizado através de simulação computadorizada. A FMVZ (Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia) no departamento de patologia utiliza cultivo de células vivas no departamento de patologia.

Percebe-se, assim, que é possível a substituição dos animais, bastando para tal que se ultrapassem antigas compreensões. Aliás, os alunos podem se valer da escusa de consciência[42], direito à recusa do estudante[43] em praticar vivisseção ou

experimentação animal, em conflito com sua consciência, princípios filosóficos, morais, espirituais.[44]

Há que se mencionar ainda que diversas empresas não realizam mais testes com animais. Entre outras podem ser citadas: Avon, Revlon, Herbalife, Victoria Secrets, Chanel, Clarins of Chanel, O Boticário, Natura, Marogany, Granado.

CONCLUSÃO

"Não estou interessado em saber se a vivissecção produz ou não resultados lucrativos para a raça humana ... A dor que ela inflige sobre os animais à sua revelia é a base da minha inimizade contra ela, e isso é justificativa suficiente para a minha inimizade, sem mais considerações". Mark Twain (Escritor)

"O erro da ética até o momento tem sido a crença de que só se deva aplicá-la em relação aos homens." - Dr. Albert Schweitzer

Atualmente, incontáveis experiências prosseguem utilizando animais como cobaias. Biotérios[45] são construídos e o sofrimento animal prossegue. No entanto, apesar dos retrocessos, não se pode deixar de observar que avanços ocorreram, ainda que lentamente. Métodos alternativos, denúncias de experiências cruéis, a crescente, a opinião pública cada vez mais sensível à causa dos animais não-humanos. A academia vem despertando para a temática, inclusive a jurídica e no Brasil: há uma revista especializada, artigos se sucedem, trabalhos de conclusão de Mestrado e Doutorado, livros foram lançados, debates, seminários, congressos.

Percebe-se que a vida do animal não-humano não pode ser reduzida a uma máquina, um objeto a ser utilizado para benefício do animal humano. Não se advoga com isto uma posição contra o progresso, mas sim pela evolução em respeito à moral e consciente de que não se pode progredir à custa do sofrimento e desrespeito, subjugando o mais fraco, o mais frágil. De outra forma, através da indiferença, corre-se o risco de anuir com crueldades, barbáries, alienados do amor, da piedade, da solidariedade, para com qualquer forma de vida, muito além da vida humana.

O antigo preceito de que os fins justificam os meios não pode e não deve ser adotado. Afinal, de onde vem a pretensa autoridade do homem para afirmar que a vida humana é mais importante do que as outras, idéia concebida normalmente como pressuposto inquestionável?

É preciso ter em mente que os animais não-humanos, assim como os humanos, possuem necessidades básicas: dormir, comer, andar. Direitos: liberdade, vida

respeitada e digna, integridade física e mental. Nenhum ser vivo pode ser meio para outro, ser explorado, como se objeto fosse, por outro. Todos são fins em si.

Pensar de outra forma é induzir futuras gerações à desconsideração pelo sofrimento alheio; em um primeiro momento do animal, depois do próprio homem. Aqui é bem verdade o dizer de que o feitiço volta-se contra o feiticeiro.

Esta mudança de conceitos é, portanto, como se costuma dizer, interdisciplinar. É o desafio da Bioética e do Biodireito, em novos paradigmas, revolucionários. É o Direito dos Animais, onde os direitos humanos se compatibilizam com os direitos dos animais não-humanos.

BIBLIOGRAFIA

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

CHALFUN, Mery. Tutela dos Direitos dos Animais: a travessia entre o bem-estarismo e o abolicionismo. Tese de mestrado. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2009.

DESCARTES, René. Discurso do Método. Porto Alegre: L&PM, 2008.

DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos Animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, Instituto de abolicionismo animal, ano 2, v. 2, 2007.

DIAS, Edna Cardozo. Tutela jurídica dos animais. Disponível em <<http://www.sosanimalmg.com.br/sub.asp?pag=livros&id=6>> Acesso em 18.09.08

FELIPE, Sônia T. Ética e experimentação animal: Fundamentos abolicionistas. Florianópolis: UFSC, 2007.

_____. O estatuto dos animais usados em experimentos: da negação filosófica ao reconhecimento jurídico. In: TRÉZ, Thales (Org.) Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru, SP: Canal 6, 2008.

GOLDIM JR, Raymundo MM. Pesquisa em Saúde e os Direitos dos Animais. 2 ed. Porto Alegre: HCPA, 1997.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1, n. 1 jan/dez 2006.

_____. Vozes do Silêncio. Disponível em <<http://www.abolcionismoanimal.org.br/artigos.phpacesso>> acesso em 10.07.08.

LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. In: TRÉZ, Thales (Org.) Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru, SP: Canal 6, 2008

LEVAI, Tâmara Bauab. Vítimas da ciência. 2.ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001

LIMA, João Epifânio Regis. Vozes do silêncio: Ideologia e resolução de conflito psicológico diante da prática da vivissecação. In: TRÉZ, Thales (Org.) Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru, SP: Canal 6, 2008.

LOURENÇO, Daniel Braga. Direito dos animais: fundamentos e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MARTINS, Aloysio Augusto Paz de Lima. Jeremy Bentham. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 94 – 96.

MATERA, Julia Maria. Método de ensino substitutivo na disciplina de técnica cirúrgica. In: TRÉZ, (Org.) Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru, SP: Canal 6, 2008.p 201 – 208.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. 2.ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINTO, Mariana Coelho Mirault. Objeção consciente ao uso de animais: o conflito na sala de aula. In: TRÉZ, Thales (Org.) Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru, SP: Canal 6, 2008.p.183- 199.

PRADA, Irvênia Luíza de Santis. A alma dos animais. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1997.

_____. Os animais são seres sencientes. In: TRÉZ, Thales (Org.) Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru, SP: Canal 6, 2008.p. 15-41.

RAYMUNDO, Márcia Mocellin; GOLDIN, José Roberto. Aspectos éticos relativos ao manejo de animais utilizados em atividades didáticas e em experimentação científica. In MARRONI, Norma Possa; CAPP, Edison (Org.). Fisiologia Prática. Rio de Janeiro: ULBRA, 2001.

REGAN, Tom. Jaulas Vazias. Porto Alegre, RS: Lugano, 2006.

ROMÃO, Mariana. Cães têm alma? Revista Galileu, Rio de Janeiro, Globo, n. 197, dez. 2007.

SANTANA, Luciano Rocha. OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e dignidade dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1.n.1. jan/dez. 2006. p. 80

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004.

SPINSANTI, S. *Ética Biomédica*. São Paulo: Paulinas, 1990.

TRÉZ, Thales de A. “Não matarei”: considerações e implicações da objeção de consciência e da desobediência civil na educação científica superior. In: TRÉZ, Thales (Org.). *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. p. 159 – 160

VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martin Claret, 2008

Sites acessados:

<http://www.antivivisezione.it>)

<http://cienciahoje.uol.com.br>

<http://greciaantiga.org>

<http://www.luzanimal.org.br>

<http://www.pea.org.br>

<http://www.sosanimalmg.com.br>

[1] OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2.ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Para um estudo sobre a transposição de categorias tradicionais dos direitos humanos para a esfera dos direitos dos animais – *Animal Rights* –, na compreensão de que os animais não-humanos também são titulares de direitos fundamentais, confira-se OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Estado Constitucional Ecológico: em defesa do Direito dos Animais (Não-Humanos)*. In: Revista *Âmbito Jurídico*, nº 58, ano XI, outubro de 2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_caderno&revista_caderno=5> Acesso em 10.04.09.

[2] Na doutrina brasileira, v. LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentos e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 285-337.

[3] RAYMUNDO, Márcia Mocellin; GOLDIN, José Roberto. Aspectos éticos relativos ao manejo de animais utilizados em atividades didáticas e em experimentação científica.

In: MARRONI, Norma Possa; CAPP, Edison (Org.). *Fisiologia Prática*. Rio de Janeiro: ULBRA, 2001. p. 9-17.

[4] Cabe esclarecer o que é experimentação animal e vivissecção: a primeira “pode ser definida como todo e qualquer procedimento que utiliza animais, independentemente do emprego de anestesia, para fins científicos ou didáticos, a vivissecção – modalidade específica daquele gênero – consiste na dissecação de bichos vivos para estudos de natureza anatômica ou fisiológica.”

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1, n. 1 jan/dez 2006, p.180.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda: “Dissecação: Separação (com instrumento cirúrgico) das partes de um corpo ou órgão de animal morto, para estudo da respectiva anatomia; retalhação anatômica.” No mesmo dicionário: “Vivissecção. Do latim. Vivu, ‘vivo’ + i + lat. Seccione, ‘secção’. Operação feita em animais vivos para estudo de fenômenos fisiológicos.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 599 e 1786.

[5] Em sua obra *História dos animais*, Aristóteles empreende uma classificação dos animais, a qual é por muitos, tida como a primeira divisão sistemática do reino animal. “O macaco, como já foi observado, tem uma cauda. Em todas as criaturas desse tipo os órgãos internos mostram-se, à dissecação, correspondentes aos do homem (...)” Em relação ao acordar e ao dormir dos animais, todas as criaturas de sangue vermelho e providas de pernas dão sensível evidência de que vão dormir e acordam desse sono; pois, na verdade, todos os animais providos de pálpebras fecham-nas quando vão dormir. Além disso, parece que não somente os homens sonham, mas também os cavalos, os cães, bois, carneiros, bodes e todos os quadrúpedes vivíparos (animal que gera filho); os cães mostram estar sonhando latindo durante o sono. Quanto aos animais ovíparos (animal que se reproduz por meio de ovos) não podemos ter certeza de que sonham, mas eles sonham, sem dúvida (...).”

Disponível em <<http://greciaantiga.org/arquivo.asp?num=0312>> Acesso em 01.01.09.

[6] Nos séculos XVI e XVII, na Inglaterra, Francis Bacon defendeu o materialismo naturalista; e, no século XVII, na França, Descartes defende o materialismo mecanicista, com base em uma teoria dualista, separando matéria de espírito. Disponível em <<http://www.encyfil.goldeye.info/materialismo.htm> - 16k- enciclopédia de filosofia> Acesso em 23.09.08.

[7] DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 95-96.

[8] Descartes entendia que os animais assim como as plantas não possuem alma racional, apenas vegetativa, ao contrário do homem, que possui uma alma racional e, portanto, sensibilidade.

DESCARTES, *op. cit.*, p. 84 - 99.

[9] SINGER. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. p. 228.

[10] ALVES, Maria Júlia Manso; COLLI, Walter. Disponível em <<http://cienciahoje.uol.com.br/60958>> Acesso em 17.04.09.

[11] Essa indiferença pelo sofrimento animal gerou um episódio familiar na vida de Claude Bernard que deve ser registrado. Aproximadamente em 1860, o fisiologista Claude Bernard utilizou o cachorro de estimação de sua filha para dar aula a seus alunos, tal acontecimento gerou perplexidade no seio de sua família, tanto que sua esposa em resposta fundou a primeira associação para defesa dos animais de laboratório.

SPINSANTI, S. *Ética Biomédica*. São Paulo: Paulinas, 1990. p. 44.

[12] BERNARD. Claude. *Introdução à medicina experimental*. p. 152. *Apud*, LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. In: TRÉZ, Thales (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. p. 46.

[13] ROUSSEAU *apud* Dias, Edna Cardozo. Tutela jurídica dos animais. Disponível em <<http://www.sosanimalmg.com.br/sub.asp?pag=livros&id=6>> Acesso em 18.09.08

[14] VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 31.

[15] O filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (1748 – 1832), seguido de Jonh Stuart Mill (1806 – 1873), é considerado o fundador do utilitarismo clássico. O utilitarismo é um dos paradigmas da ética e da filosofia, existindo outras formas como o utilitarismo das preferências (Alfred Jules Ayer – 1910 – 1989) e utilitarismo social (Jonh Charles 1920 – 2000 e Amartya Sem 1933).

O utilitarismo de Bentham rejeita convenções sociais, crenças religiosas e moral ordinária, possui caráter humanista, e revela engajamento quanto aos debates sobre legislação da Inglaterra e revoluções políticas no âmbito internacional, busca a maior felicidade possível para o maior número de pessoas.

MARTINS, Aloysio Augusto Paz de Lima. Jeremy Bentham. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 94 – 96.

[16] BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores). p. 69.

[17] Exemplo: A *Martin's Act* que tinha por fim evitar o tratamento cruel com o gado, proibia a todos açoitar brutal ou cruelmente: cavalo, égua, potranca, mula, asno, boi, vaca, novilho, bezerro, ou qualquer outro gado[17], além de proibir os maus tratos por terceiros aos animais que fossem propriedade de alguém.

[18] O movimento em defesa dos animais está dividido hoje em dois grandes grupos, os *bem-estaristas* e os *abolicionistas*. Os *bem-estaristas* buscam melhores condições de vida para os animais, ainda que não preguem ou independente da abolição de sua

utilização, enquanto os abolicionistas aceitam apenas a extinção total da utilização e exploração animal em todas as suas formas.

Alguns autores e estudiosos criticam esta divisão como, por exemplo; Peter Singer, por entender que enfraquecem a luta pelos direitos animais, na verdade, o importante é que se lute de uma forma ou de outra para que um dia a exploração animal torne-se parte do passado, como uma parte triste e lamentável da história.

[19] Em trecho da Declaração: “Preâmbulo: Considerando que cada animal tem direitos; considerando que o descobrimento e o desprezo destes direitos levaram e continuam a levar o homem a cometer crimes contra a natureza e contra os animais; considerando que o reconhecimento por parte da espécie humana do direito à existência das outras espécies animais, constitui o fundamento da coexistência das espécies no mundo; considerando que genocídios são perpetrados pelo homem e que outros ainda podem ocorrer; considerando que o respeito pelos animais por parte do homem está ligado ao respeito dos homens entre si; considerando que a educação deve ensinar à infância a observar, compreender, respeitar e amar os animais. Proclama-se o seguinte: Artigo 1º: Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência. (...) Artigo 8º: a. A experimentação animal, que implica um sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra. b. As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas.”

[20] SANTANA, Luciano Rocha. OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e dignidade dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1.n.1. jan/dez. 2006. p. 80.

A UIPA, União Internacional Protetora dos Animais, é uma das mais antigas Ongs do Brasil, formada em 1895. É uma associação civil, sem fins lucrativos, que instituiu o Movimento de Proteção Animal no país, no século XIX, ou seja, a luta contra a exploração, o abandono e a crueldade que vitimam os animais, promovendo o reconhecimento de seus direitos, a edição e o fiel cumprimento das leis que os protegem. Com iniciativa do suíço Henri Ruegger, que em 1893, tendo presenciado o sofrimento de um equino, em cuja frente, impunemente, um homem quebrava tijolos, em uma praça pública da Capital de São Paulo, dispôs-se assim a denunciar o ocorrido à Sociedade Protetora dos Animais. No entanto, não encontrou nenhuma entidade do gênero, recorreu assim ao jornal “*Diário Popular*”, lançando a idéia de se criar no Brasil uma associação protetora dos animais. Disponível em <<http://www.uipa.org.br/portal>> Acesso em 05.01.09.

[21] SINGER, *op. cit.*, p. 58.

[22] SINGER, *op. cit.*, p. 12-20.

[23] PRADA, Irvênia. *A alma dos animais*. Campos de Jordão: Mantiqueira, 1997. p. 22.

[24] PRADA, Irvênia. Os animais são seres sencientes. In: TRÉZ, Thales (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008.p. 33.

[25] SINGER, *op. cit.*, p. 35-39.

[26] *Ibidem*, p. 61.

[27] PRADA, *op. cit.*, p. 37.

[28] Sobre o entendimento de Peter Singer v. as obras: SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[29] Os grandes primatas (chimpanzés, gorilas, bonobos e orangotangos) possuem cerca de 99% do DNA semelhante ao do homem. O projeto dos grandes primatas, possui uma Declaração Mundial dos grandes Primatas e tenta conferir-lhes direitos básicos como vida, liberdade, integridade física e psíquica, incluindo-os no gênero humano.

[30] SINGER, *op. cit.*, p. 02 – 105.

[31] REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre, RS: Lugano. p. 109-221. p.206

[32] FRANCIONE, Gary L. *Animals, Property and Law*. Philadelphia: Temple University Press, 1995. p.175 *apud* FELIPE, Sônia T. O estatuto dos animais usados em experimentos: da negação filosófica ao reconhecimento jurídico. In: TRÉZ, Thales (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. p. 97 - 98.

[33] REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre, RS: Lugano, 2006. p. 213-214.

[34] LEVAI, Tâmara Bauab. *Vítimas da ciência*. 2.ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001.p. 29.

[35] Disponível em <<http://www.luzanimal.org/crueldades/crueldades4.htm>> Acesso em 05.12.08.

[36] LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. In: TRÉZ, Thales (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. p. 53.

[37] Disponível em <<http://www.pea.org.br>> Acesso em 20.04.09.

[38] FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal: Fundamentos abolicionistas*. Florianópolis: UFSC, 2007. p. 89.

[39] LEVAI. Crueldade Consentida – Crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1.n.1. jan/dez. 2006. p. 182.

[40] Sorologia, testes em cavalos: “O soro antiofídico é o único medicamento para o veneno de cobra, atualmente. A produção das ampolas no país é feita por três institutos de pesquisas: o Butantã-SP, Fundação Ezequiel Dias-MG e o Instituto Vital Brasil-RJ

(...) O processo da fabricação de soros consiste em se injetar veneno de cobra, escorpião ou aranha na região lombar dos cavalos para que seus organismos produzam anticorpos. O impacto do veneno é tão forte que ele precisa ser recebido em três dosagens. Os cavalos são amarrados em um tronco, sem chance de defesa e recebem em dias alternados, as doses do veneno. Cheios de dor arrastam-se até o cercadão, onde descansam alguns dias e voltam ao tronco para serem sangrados.” Alguns dias de descanso e recomeça o martírio, que só termina com a morte do animal. Hoje existem várias pesquisas com plantas de forma a substituir a sorologia. DIAS, Edna Cardozo. *Tutela jurídica dos animais*.

Disponível em <<http://www.sosanimalmg.com.br/sub.asp?pag=livros&id=6>> Acesso em 14.12.08.

[41] MATERA, Julia Maria. Método de ensino substitutivo na disciplina de técnica cirúrgica. In: TRÉZ, (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008.p 201 – 208.

LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. In: TRÉZ, Thales (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. p. 58.

[42] Conforme o biólogo e mestre Thales Trez “Enquanto a objeção de consciência geralmente se manifesta através de uma formalização da postura em desacordo, recorrendo aos dispositivos legais aplicáveis, a desobediência civil já se manifesta contrariamente à lei, ainda que motivados por um senso de justiça – e não mais por motivos religiosos ou de ordem pessoal, como na objeção de consciência” Entretanto, em ambos há um senso de justiça, de moralidade, de se manifestar contra algo que se considera errado.

Exemplo de desobediência civil, é o caso de um aluno que sabendo da prática de uma aula teórica com um cachorro, invade o local e resgata o animal, cometendo assim uma infração invasão e roubo de patrimônio público, porém há uma caráter de apelo à justiça. Já no caso da escusa de consciência o aluno se recusaria a realizar a aula por estar em contrariedade com sua consciência.

TRÉZ, Thales de A. “Não matarei”: considerações e implicações da objeção de consciência e da desobediência civil na educação científica superior. In: TRÉZ, Thales (Org.) *Instrumento Animal: O uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. p. 159 – 160.

[43] Esta objeção deve ser feita pelo aluno através do protocolo de seu pedido ao professor da disciplina ou mesmo ao diretor, devendo ser citado ainda o artigo 5º incisos VI e VIII (escusa de consciência), inciso XXXIV, alínea a (direito de petição) da Constituição Federal, e com possibilidade de mandado de segurança, no caso do professor e estabelecimento de ensino entender como sendo obrigatórias as práticas reclamadas como forma de método adotado, bem como autonomia didática científica do estabelecimento de ensino (Lei de Diretrizes e Bases – Lei nº 9.384/96).

[44] O primeiro caso de que se tem notícia ocorreu nos EUA em 1987, quando a estudante Jenifer Grahan da Universidade da Califórnia, ao recusar dissecar um animal sofreu ameaça da escola, apesar disso, manteve-se firme e recorreu ao tribunal. Tal caso abriu precedentes e leis que permitem a escusa ou objeção de consciência com adoção de métodos alternativos de ensino.

No Brasil, a Constituição Federal confere este direito aos alunos, além disso, merece ser citado o Código estadual de Proteção dos Animais de São Paulo, Lei 11.977/2005, que permite a escusa ou objeção de consciência, importante instrumento que pode ser utilizado por todos os estudantes de medicina e biologia entre outros.

[45] Exemplo é a construção recentemente noticiada do biotério de Azambuja.

A TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO GENÉTICO

THE CRIMINAL GUARDIANSHIP OF THE GENETIC PATRIMONY

Paulo André de Souza

RESUMO

Os avanços galgados pela biotecnologia, através da utilização de células-tronco e manipulação genética, têm causado sentimentos de conquista e insegurança. Conquista porque pode melhorar a qualidade de vida de pessoas que já perderam sua dignidade, seja em razão de uma doença hereditária ou de um infortúnio posterior e insegurança pois envolve questões éticas e religiosas acerca do assunto. Ademais, paira a indeterminação sobre os possíveis efeitos (negativos) que podem se desenvolver a longo prazo. Contudo, os primeiros resultados são muito entusiasmantes.

PALAVRAS-CHAVES: BIOTECNOLOGIA, MANIPULAÇÃO GENÉTICA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ABSTRACT

The advancements of biotechnology have been achieved, through the use of truncated-cells and genetic handling; they have been causing feelings of conquest and insecurity. Conquer because it can improve the quality of life of people who have already lost their dignity; be on account of a hereditary disease or a subsequent misfortune and insecurity since it involves ethical and religious questions about the subject. Besides, there is also the indetermination about the possible (negative) effects that can be developed in the long term. Nevertheless, the very first results are a very exciting.

KEYWORDS: BIOTECHNOLOGY, GENETIC HANDLING, DIGNITY OF HUMAN PERSON.

1 INTRODUÇÃO

Quando os seres humanos deixaram de ser nômades para se fixarem em determinada região, passaram a buscar técnicas de desenvolvimento, de sobrevivência e de sustentabilidade que se aperfeiçoaram ao longo dos anos e que continuam se aperfeiçoando.

Durante toda a evolução da sociedade, que não fica estagnada face a determinado avanço, mas que, pelo contrário, sempre procura mais aperfeiçoamento de técnicas de sobrevivência e conforto, obstáculos surgiram e foram derrubados.

Hodiernamente, muito se discute sobre a utilização das células-tronco, a manipulação do patrimônio genético, isto é, questiona-se o avanço da Biologia na área da engenharia genética. Insurgências éticas e religiosas têm protraído no tempo resultados dessa nova biotecnologia.

Ainda não se sabe com precisão o alcance desse novo avanço na área da Biologia, mas estudos específicos e as primeiras experiências demonstram resultados positivos através da utilização dessa nova técnica, que ainda tem sofrido muita restrição.

A relevância do assunto originou a Lei da Biossegurança (Lei 11.105 de 24 de março de 2005), que trata de aspectos importantes ligados à utilização dessa nova tecnologia, inclusive, tipificando condutas.

Resta analisar as resistências da sociedade, do Estado, da ética e da religião em relação a essas descobertas e avanços, sopesando os benefícios que essa atualíssima biotecnologia poderá apresentar, inclusive face à dignidade da pessoa humana, um dos princípios constitucionais e um fundamento/finalidade da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1 TEORIA DE CHARLES DARWIN, JEAN BAPTISTE LAMARCK E GREGOR JOHANN MENDEL

Charles Darwin explicava que as características são passadas dos ascendentes para os descendentes em medidas paritárias. Essa conclusão pôs em risco a perpetuação de um organismo “superior”, pois este poderia desaparecer dentro de sua espécie. Por exemplo, pai gordo e mãe magérrima descenderiam filhos medianos. Esse caractere poderia sumir gradualmente através das gerações vindouras.

Percebendo a fragilidade de sua tese, Darwin modificou-a, utilizando-se da teoria da seleção natural, ou seja, os organismos vivos vivem em uma constante “competição”, por comida, moradia, companheiro, entre outras coisas, que faz com que precisem evoluir para conseguirem sobreviver às constantes mudanças do meio e aos ataques dos outros seres.

O meio irá selecionar os mais preparados, os mais fortes. Sendo assim, só os mais evoluídos, com as características mais evoluídas sobrevivem. Contudo, sua teoria é incompleta. Não há a elucidação do nascedouro das nuances naturais, sobre as quais incidem a seleção natural.^[1]

Jean Baptiste Lamarck, biólogo francês, precursor da teoria da Evolução das Espécies, um dos primeiros a perceber que os seres vivos não tinham sido sempre iguais dispõe de duas leis:

· A primeira é chamada de uso e desuso, em que com o tempo o órgão que menos utilizado vai se atrofiando chegando até a desaparecer e, por outro lado, o órgão mais acionado se desenvolve e permanece, a fim de que possa chegar ao mais apto e perfeito funcionamento. [2]

· A segunda lei, a chamada de características adquiridas, estabelece que as conseqüências advindas do uso e do desuso, explicadas pela tese anterior, passarão de geração em geração, onde a cada nova descendência os indivíduos evoluiriam gradativamente e ficando mais inteligente ou mais forte, por exemplo. Contudo, tais características teriam que pertencer a ambos os sexos participantes da cadeia reprodutiva.[3]

Charles Darwin e Jean Baptiste Lamark formularam teorias a fim de explicar a evolução dos seres vivos. Contudo, suas conjecturas foram superadas por Gregor Johann Mendel.

Desde 1856, Mendel produzia experimentos com ervilhas, chegando a uma importante descoberta para a Biologia: o mecanismo das transferências genéticas. Por meio dos resultados conseguidos, observou que a transmissão dos caracteres segue determinadas leis, as quais hoje são conhecidas como “Leis de Mendel”, sendo o alicerce da genética.[4]

Mendel iniciou sua experiência com ervilhas puras, cruzando plantas de sementes amarelas com de sementes verdes (geração 01). O resultado obtido foi uma linhagem de plantas com sementes amarelas (geração 2). Em seguida, cruzou entre si as plantas obtidas em seu primeiro experimento, as quais possuem semente amarela. Desse cruzamento originou 75% plantas com sementes amarelas e 25% com sementes verdes, sendo a proporção de 3:1 (geração 3). [5]

Como conclusão, observou que as plantas obtidas pela fecundação de plantas puras (geração 1), porém com caracteres diferentes, originam descendentes híbridos (geração 2), e ao cruzar esta linhagem entre si, obtêm-se organismos híbridos e puros (geração 3). Assim, as características presentes na geração 2, sempre amarelas, possuíam caráter dominante e as informações que apareciam apenas na geração 3 (ervilhas de cor verde) consideram-se recessivas.[6]

Diante desse fato, Mendel pôde constatar que cada informação do caráter era formada por um par de genes, que se segregam para a formação dos gametas, sendo que o gene dominante aparece em todas as linhagens, enquanto o recessivo só se manifesta caso as unidades hereditárias forem homogêneas. Nisto consiste a primeira lei formulada por Mendel, que hoje é conhecida como “Lei da Segregação dos Fatores” ou “Lei da Pureza dos Gametas”. [7]

2.4 ESTRUTURA CELULAR

Na estrutura celular dos seres vivos, encontram-se quatro macromoléculas, quais sejam: açúcar, lipídeo, proteína e ácidos nucleicos. As duas primeiras são iguais em todos os organismos, sendo que as duas últimas são específicas de cada ser vivo, caracterizando-o.[8]

No núcleo das células, onde se tem a coordenação e controle de todas as atividades celulares, está presente o ácido desoxirribonucléico, ou DNA, disposto no cromossomo de forma linear, sendo compostos pelos genes – os quais carregam todas as informações genéticas, cada característica humana.[9]

A mensagem presente em cada filamento de DNA é transcrita para cada uma das moléculas de RNA mensageiro. Cada cadeia específica de DNA conduz a transcrição de uma forma particular de RNA (ácido ribonucléico).[10]

Dessa forma, a molécula de RNA mensageiro copia a informação presente do DNA. A esse fenômeno chamamos de *transcrição*. [11] Sequencialmente, o RNA mensageiro sai de seu núcleo, encontra-se com o ribossomo e traduz a mensagem (tradução), formando a proteína.[12]

2.5 PROJETO GENOMA HUMANO (PGH)

O objetivo do PGH é descobrir todo o seqüenciamento do DNA, em outras palavras é a procura do integral conhecimento da base genética do homem, incluindo os fatores genéticos das patologias, a fim de que seja usado para estudos e descobertas da biologia e da medicina, revolucionando principalmente o campo da prevenção. Poder-se-á descobrir doenças a predisposição a certas doenças e tratá-las antes mesmo de aparecer os primeiros sintomas.

Para esse empreendimento, houve um investimento variável de US\$ 3 bilhões a 53 bilhões e a cooperação de mais de 5.000 (cinco mil) cientistas do mundo inteiro, em mais de 250 laboratórios. O primeiro esboço do seqüenciamento do genoma humano foi apresentado no ano de 2000.[13]

Contudo, paralelamente aos avanços galgados pela ciência nessas áreas, vêm surgindo uma grande discussão acerca de questões éticas ligadas ao assunto. O ponto essencialmente positivo que o avanço da biotecnologia pode trazer é o oferecimento de qualidade de vida. O cerne da questão está em manipular o código genético humano para a erradicação das doenças hereditárias, as quais até o momento não tem cura, proporcionando uma dignidade maior para as pessoas e não para a “fabricação de indivíduos perfeitos”.

De outro lado, existem doenças hereditárias que só se manifestam no sexo masculino, como por exemplo, a hemofilia e a distrofia de Duchenne (que é uma doença letal que não permite que os afetados vivam mais de três décadas). Seria ético manipular o código genético desse indivíduo, determinando a escolha do sexo do embrião, em razão dos altos riscos de doenças genéticas que só afetariam se a criança fosse menino?

Ainda, perante a possibilidade de uma doença degenerativa, que exporia o afetado a uma vida totalmente dependente e insatisfatória, cheia de privações e restrições. Qual o impedimento para que se utilize da biotecnologia para fornecer a esse indivíduo uma vida digna e saudável? Ressalta-se, também, a hipótese de utilização de células-tronco para a criação de órgãos/tecidos saudáveis.

2.6 QUANDO COMEÇA A VIDA

Há uma grande polêmica no sentido de se estabelecer quando começa a vida humana, para que se possa fixar o limite e o alcance de sua proteção legal.

Critica-se fortemente que a criação e desenvolvimento de órgãos/tecidos saudáveis, utilizados em substituição daqueles que possuem algum tipo de “defeito”, atinge o direito à vida, pois se estaria privando, ou até mesmo matando, aquele novo ser que possui a expectativa daquele bem juridicamente tutelado.

Isto porque as células-tronco com maior capacidade de se renovar por meio da divisão mitótica e com a habilidade de se diferenciar em uma enorme quantidade de células diferenciadas, transformando-se em qualquer órgão/tecido, são as embrionárias.

Três são as teorias que tentam responder à pergunta “quando começa a vida” feita por toda humanidade, a qual jamais foi respondida. São elas:[14]

1. quando o espermatozóide fecunda o óvulo;
2. no momento em que o óvulo fecundado adere à parede do útero, chamado de endométrio (fenômeno da nidação);
3. assim que aparecem as primeiras terminações nervosas que darão origem ao cérebro (formação do sistema nervoso central).

Sabe-se que para os animais irracionais, o liame entre a vida e a morte se restringe às funções biológicas. Contudo, tal entendimento não prospera quando se discute o começo da vida nos seres humanos, considerados seres racionais, capazes de pensar, agir, raciocinar, sentir, entre outras habilidades. Assim sendo, o conceito a que se pretende chegar ultrapassa as barreiras da fisiologia, alcançando outros sentidos, como já mencionados.

Busca-se chegar a uma conclusão analisando a morte, “o outro lado da moeda”. A medicina avançou e instituiu o conceito de “morte encefálica”, isto é, quando o cérebro já não funciona mais. Por essa perspectiva, se a morte ocorre quando esse órgão do sistema nervoso central já não funciona mais, poder-se-ia estabelecer que se inicia a vida com o aparecimento das primeiras terminações nervosas. Contudo, a questão é bem mais complexa.[15]

A questão é mais profunda: o embrião merece a mesma proteção que uma pessoa dotada de personalidade? Cabe analisar sobre o prisma de que aquele não possui vontades,

planos e nem consciência, apenas detém uma expectativa de vida e, portanto, de direito (incluindo neste aspecto o direito à proteção).

2.7 ENGENHARIA GENÉTICA, BIOÉTICA, BIODIREITO, BIOSSEGURANÇA, PATRIMÔNIO GENÉTICO E CLONAGEM

A engenharia genética consiste em um conjunto de técnicas e ferramentas que permite a intervenção no genoma de um organismo, formando um DNA recombinante de segmentos de iguais ou diferentes cromossomos. É o termo usado para descrever algumas técnicas modernas em biologia molecular que vêm revolucionando o antigo processo da biotecnologia.

O controle legal no Brasil sobre engenharia genética está previsto no artigo 225, §1º, II, da Constituição Federal. Entretanto a Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança) veio regulamentar os incisos II, IV e V, do parágrafo 1º, do citado artigo constitucional, estabelecendo normas para uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados dando assim uma melhor proteção a esta área.

A bioética é considerada o estudo da ética/moral aplicada à conduta dos profissionais ligados às pesquisas científicas, sopesando a legalidade dos atos praticados. Tem por escopo examinar a conduta de cientistas, pesquisadores, engenheiros, biólogos em relação às práticas vinculadas à manipulação genética.[16]

Tem como base três princípios: beneficência ou não-maleficência, autonomia do ser humano e justiça, visando solucionar dos conflitos e controvérsias morais implicadas.

Segundo Kottow “a bioética é o conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais”. [17]

A Bioética, sem dúvida alguma, é de extrema importância para se estabelecer um limite nas pesquisas e, assim, respeitar a vida. Não visa calar a ciência, mas sim direcioná-la a um patamar em que sejam respeitados os valores morais e o direito a vida de todos.

O biodireito tem uma ligação direta com a bioética, pois visa regular, prevendo aplicação de penalidades, os fatos que possam atingir questões conflitantes, tais como, inseminação artificial, aborto, suicídio assistido, eutanásia, transplantes de órgãos, clonagem terapêutica e científica entre outros que estejam ligados a área. Tem o objetivo preservar a dignidade da pessoa humana com a previsão do art.1º, III, da Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal apesar de fazer menções à livre expressão da atividade científica, tutela penalmente os bens jurídicos que possam ser afetados, visando proteger a vida de erros grosseiros e de toda atividade danosa.

O vocábulo biossegurança significa vida mais segura e em sentido amplo é conceituada como a vida livre de perigos. Genericamente, medidas por ela tomadas revelam-se em ações que contribuem para a garantia da vida no dia-a-dia das pessoas.

Teixeira e Valle assim conceitua:

A biossegurança é o conjunto de ações voltadas para a prevenção, minimização ou eliminação de riscos inerentes às atividades de pesquisa, produção, ensino, desenvolvimento tecnológico e prestação de serviços, visando à saúde do homem, dos animais, a preservação do meio ambiente e a qualidade dos trabalhos desenvolvidos. [18]

Para tanto, surge a Lei 11.105, de 25 de março de 2005, aprovada neste ano de 2008, visando estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, garantindo e preservando estudos ligados ao patrimônio genético que possam influenciar a vida pessoal de cada indivíduo, estabelecendo entidades para assegurar toda a estrutura referente à vida, tais como, o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, órgãos e entidades de registro e fiscalização, Comissão Interna de Biossegurança – CIBio, Sistema de Informações em Biossegurança – SIB.

A Medida Provisória 2186/01 editada pelo Governo prevê em seu artigo 7º, inciso I, o que se considera patrimônio genético:

Art. 7º - Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória:

I - patrimônio genético: informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições in situ, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções ex situ, desde que coletados em condições in situ no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

O Brasil é o país mais rico do mundo em patrimônio genético, pois 20% do número total das espécies terrestres vivem em território brasileiro. São cerca de 56 mil espécies de plantas superiores já descritas, que correspondem a cerca de 22% do total mundial. [19]

Diante disso, verifica-se ter material suficiente para fazer pesquisas e para que através das descobertas possamos ter uma vida com mais qualidade e mais saudável. Entretanto, nosso patrimônio genético poderá ficar comprometido se não houver na engenharia genética uma manipulação ou utilização consciente, sadia, correta, legal e ética dos recursos que o compõem.

A clonagem é definida como a produção de indivíduos geneticamente iguais, em que, através de uma reprodução assexuada de moléculas, células ou organismos, os quais se originaram de uma única célula que já tem no seu núcleo o DNA e, portanto, todas as informações genéticas, crie-se um novo ser idêntico ao ser vivo clonado.

Existem algumas formas de clonagem, são elas:

- Natural: É natural em todos os seres originados a partir de reprodução assexuada, ou seja, na qual não há participação de células sexuais (gâmetas);
- Clonagem induzida artificialmente: É uma técnica da engenharia genética aplicada em vegetais e animais ligada à pesquisa científica, a partir de um processo no qual é retirado de uma célula um núcleo, e de um óvulo a membrana, podendo ser introduzida em uma barriga de aluguel ou permanecer em laboratório para ser utilizada em clonagem terapêutica.
- Clonagem reprodutiva: É pretendida para produzir uma duplicata de um indivíduo existente;
- Clonagem embrionária: Consiste em remover uma ou mais células de um embrião e provocar seu desenvolvimento completo, formando um novo embrião com a mesma carga genética daquele que lhe deu origem;
- Clonagem terapêutica: É uma técnica da biotecnologia que utiliza-se das células-tronco (grande potencial de produzir diferentes espécies de células), especialmente as embrionárias (presentes nos embriões humanos), dado seu caráter de se especializar em uma maior variedade de células.[20]

2.8 ESTADO PROTETOR, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO DA VIDA

No artigo 5º da Constituição Federal, encontram-se positivados os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Dentre eles, o direito à vida. Paralelamente a este está a dignidade da pessoa humana, revelando-se, esta última, em um dos maiores princípios constitucionais, sem o qual nenhum outro terá existência, revelando-se, também, em uma das finalidades da República Federativa do Brasil e um dos princípios básicos da Constituição Federal.

Conforme Kant:

O homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. [21]

Como o Estado tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, deve garantir a todo e qualquer indivíduos as condições mínimas necessárias para se ter uma vida saudável, com qualidade e respeito. Sob esse prisma, a dimensão da pessoa é inestimável, revestindo-se de um valor soberano. A dignidade do indivíduo deve permanecer inalterável, inabalável seja qual for a situação em que se encontrar e garantir todos os direitos fundamentais a todo ser humano.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [22]

A dignidade possui dois aspectos, um positivo e um negativo. O primeiro se refere a ação do Estado que deve assegurar condições de existência mínimas para que todos tenham uma vida saudável. Enquanto a segunda consiste em uma omissão, isto é, proibição de qualquer tipo de ferimento à pessoa, como discriminações e tratamentos degradantes, tanto por parte do governo quanto de terceiros.

Assim, o direito à vida encontra subsídio na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não é suficiente garantir apenas a “sobrevivência” dos indivíduos, sem lhes assegurar condições codignas e de respeito.

Analisando os aspectos supramencionados, resta saber se o oferecimento de uma nova tecnologia, capaz de erradicar algumas doenças, de proporcionar mais qualidade de vida àquelas pessoas que já perderam sua identidade e sua liberdade em razão de não terem sido acometidas por males que lhe tiraram a independência, fere o direito aqui em comento e o princípio da dignidade, ambos tutelados constitucionalmente. Contudo, até o momento essa indagação não possui resposta.

Outrossim, cumpre observar o seguinte caso: Uma pessoa que nasceu perfeita, porém com o tempo adquiriu uma doença degeneradora, que lhe tirou o movimento das pernas e dos braços. Antes realizava todas suas atividades sem necessitar do auxílio de qualquer um a sua volta. Agora, nem se trocar sozinha consegue mais. O psicológico, embora preservado, pois não atingido pela doença, encontra-se abalado. Pergunta-se: está sendo ofertada uma vida digna nessa situação? A resposta mais acertada seria NÃO!

Sobre esse aspecto, fornecer a esta pessoa, que teve limitações em seu íntimo, condições de ter restabelecido seus movimentos e voltar a ter uma vida sem restrições e dependências, através da manipulação de células-tronco embrionárias que têm a habilidade de produzir órgãos perfeitos, devolver-lhe-ia a dignidade tão difundida pelo Estado.

Contudo, ainda são muitas as fronteiras que a pesquisa e uso dessa nova tecnologia enfrentam, tanto pelos clamores negativos da sociedade, quanto pelas imposições estatais. O Estado “protetor” tem impedido a eficaz e integral “proteção da vida”.

3 ANÁLISE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA (LEI 11.105/2005)

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os bens jurídicos tutelados pela Lei 11.105 de 24 de março de 2005, em geral, são a vida e a incolumidade dos seres humanos, das plantas e do meio ambiente. Em especial protegeu a integridade do patrimônio genético humano.

Em especial, o artigo 24 da referida lei buscou proteger o embrião humano. O artigo 25 protege a intangibilidade genética humana e a própria integridade genética da humanidade. [23] Já o artigo 26 tutela o direito a uma carga genética hereditária singular.[24]

Os sujeitos do delito: ativo - qualquer pessoa que pratica a ação nuclear prevista no tipo, não sendo necessário qualquer característica específica para a prática do delito; passivo - aquele que sofre a consequência da conduta criminosa praticada, é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão pela conduta típica.[25]

Os crimes consumam-se com a prática da ação prevista no tipo penal, isto é, com o exercício do núcleo do verbo tipificado em cada artigo. A tentativa é admissível quando interrompa o cometimento da infração nos atos de execução.

Os delitos previstos nos artigos 24, 25, 26 da Lei de Biossegurança processam mediante Ação Penal Pública Incondicionada.

Os artigos 24 e 25 da legislação em comento admitem a suspensão condicional, eis que prevêem pena mínima em abstrato igual a um ano, conforme hipótese prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95. A Justiça Estadual é a justiça competente para processar e julgar as infrações penais.

3.2 BREVE COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 24, 25 E 26 DA LEI 11.105/05

Art.24 - Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Visa a proteção ao embrião humano que tem por sua vez o óvulo humano para sua formação tendo como sujeito ativo qualquer indivíduo e sujeito passivo o embrião humano tratando-se de um crime comum de natureza dogmática.

Trata-se de norma penal em branco. A redação do artigo 5º, mencionado no referido artigo, vem orientando quais são as hipóteses em que poderá ser utilizada a célula-tronco embrionária obtidas dos seres humanos para fins de pesquisa e terapia. Portanto firma-se que só será consumado um delito quando alguém entra em desacordo com o que dispõem o artigo 5º da lei.[26]

O artigo 5º admite a utilização das células-tronco embrionárias procedentes de embriões humanos decorrentes da fertilização *in vitro*, com escopo de pesquisa e terapia. Para

tanto, devem ser inviáveis, congelados há, no mínimo, 03 (três) anos, desde a publicação da Lei de 11.105/2005 ou, caso fossem congelados na data de sua publicação, desde que depois de 03 (três) anos da data do congelamento.

As pesquisas com células-tronco embrionárias devem atender aos requisitos acima descritos e, ademais, obedecer ao que preceitua o artigo 5º, §2º, ou seja, submeter seus projetos a análise e aprovação nos comitês de ética em pesquisa.

Apesar do artigo 26 da Lei 11.105/2005 proibir de forma expressa a clonagem humana, o artigo em comento autoriza a clonagem humana terapêutica, desde que observadas as restrições impostas.

Segundo relata Maria Auxiliadora Minahim, mais de 50 países têm a intenção de firmar um acordo internacional proibindo a utilização de células-tronco embrionárias, sob o fundamento de se tratar de um ser humano. O Brasil, contudo, faz parte de uma minoria que permite a utilização daquelas com fins terapêuticos, de acordo com o artigo 5º da Lei 11.105/2005. [27]

Paulo Vinícius Sporleder, sobre o tema em apreço leciona:

Visa-se assim evitar uma ‘coisificação’ destas entidades biológicas humanas para não tratá-las como ‘mercadorias’ ou mera ‘cobaias’. Alias, a Constituição brasileira veda expressamente a comercialização de ‘substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento’ (art. 199, §4º), e o art. 15 da Lei 9.434/97 estabelece como crime, com pena de reclusão de 3 a 8 anos, a conduta de ‘comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano’.[28]

Art.25 - Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Tem como bem jurídico protegido a integridade genética do genótipo como embrião, feto e ser humano nascido. Visa proteger a integridade e a inalterabilidade do patrimônio genético humano. [29]

Célula germinal humana é aquela capaz de originar um novo ser, ao passo que as somáticas não tem essa característica, sendo qualquer outra célula do corpo.[30] Já zigoto é a junção de duas células haplóides (espermatozóide e óvulo), gerando uma diplóide.

A conduta criminosa é quando se pratica a engenharia humana manipulando assim toda a genética (DNA) para constituir um ser perfeito. Somente incidirá neste tipo quem provocar mudanças na célula germinal humana, comprometendo a integridade hereditária da humanidade. Tendo como tipo subjetivo o dolo não precisa o ato ser praticado, basta estar em desenvolvimento.[31]

Insta observar que Maria Auxiliadora, citando Mantovani, ressalta que o vocábulo manipulação deve estar sempre associado à engenharia genética para a configuração de crime e com objetivo de modificar o patrimônio genético de um organismo.[32]

Caso seja utilizada a engenharia genética em células somáticas, mesmo causando mudanças no DNA, não haverá transmissão à descendência, isto é, fica adstrita ao paciente a qual a técnica foi submetida. Por esse fato, essa conduta não se considera delituosa.

Como conseqüência, somente incidirá no tipo penal do artigo em comento quem incitar modificações na célula germinal do homem, eis que comprometerá a integridade da humanidade, uma vez que afeta a linha germinal.[33]

Art.26 - Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A conduta tipifica-se na prática da clonagem. O que se visa neste artigo é a proteção, a identidade e a irrepetibilidade do ser humano, tendo como exemplo o clone.[34]

Essa redação trazida pela Lei 11.105/2005 preencheu a lacuna deixada pela Lei 8.974/95, que legislava sobre a clonagem no artigo 13, I, mas que, entretanto, não tratava do assunto de forma específica.

A clonagem humana com fins reprodutivos de ser repulsada pela legislação, eis que atinge o direito de ter pais biológicos e de ter patrimônio hereditário único. Ademais, traz riscos à humanidade e aos direitos fundamentais. O tipo subjetivo é o dolo eventual ou direto, isto é, pretensão de que o resultado previsto ocorra.[35]

4 CONCLUSÃO

Os avanços alcançados na área genética nos últimos anos têm originado muita esperança e inquietações. A esperança é refletida na possibilidade da curas e até mesmo a prevenção de doenças genéticas e, conseqüentemente, melhoria da qualidade de vida dos seres humanos. Inquietações surgem a respeito da ética e as limitações desse “poder”.

Apesar dos resultados positivos e entusiasmantes, ainda não se sabe as conseqüências que a manipulação genética pode causar a longo prazo.

Inquestionável que a manipulação genética pode devolver a qualidade de vida e a dignidade de uma pessoa afetada por alguma doença hereditária. Porém, deve-se cuidar

para que essa nova descoberta não seja utilizada para fabricar indivíduos estereotipados, perfeitos, ou, como queria Hitler, a “raça perfeita”.

A dignidade da pessoa humana constitui-se em um óbice à intervenção no material genético que leve à discriminação do indivíduo em razão de suas informações/características genéticas.

A biotecnologia deve se revestir em um meio de ajudar a sociedade na construção da solidariedade, de impedir que qualquer pessoa seja tratada como coisa, ou tenha sua dignidade afastada. Contudo, a utilização desta deve ser regulamentada e fiscalizada. E, diante disso, foi criada a Lei da Biossegurança, que veio criar conceitos, estabelecer limites e tipificar condutas relativas à utilização do patrimônio genético.

Sabe-se que os efeitos da utilização dessas técnicas serão sentidos ao longo das gerações. Poderá se reverter em uma forma paliativa de erradicar as doenças hereditárias e de devolver a dignidade para quem já não mais a possui.

Resta esperar o desenvolvimento desta técnica para se ter certeza do alcance da manipulação genética, para se conhecer os resultados e para empregar, eficazmente, essa nova “tendência”. Enquanto não se tem certeza da expansão do uso dessa tecnologia, deve-se socorrer a mecanismos capazes de neutralizar possíveis resultados negativos e continuar com as pesquisas e com as fiscalizações.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTS, Bruce. *Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula*. São Paulo: Artmed, 1999.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. *Biossegurança & patrimônio genético: tutelas de urgência, responsabilidade civil, responsabilidade social, proteção do patrimônio genético*. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos*. Bauru, São Paulo: Edipro, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ESCOSTEGUY, Diego. *Quando começa a vida*. In “Veja”. 25/07/2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. P. Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KOTTOW, M., H., 1995. *Introducción a la Bioética*. Chile: Editorial Universitaria, 1995.

KREUZER, Helen. *Engenharia genética e biotecnologia*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 19 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORANDINI, Clézio. *Citologia e genética*. [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. ((Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Clonagem terapêutica: aspectos jurídicos-penais*. Revista brasileira de ciências penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Tutela penal do patrimônio genético*. Ano 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 1997

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

SILVA, Antônio Carlos. *O que é patrimônio genético*. 24/10/2002. Acessado em 18/06/2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Clonagem terapêutica: aspectos jurídicos-penais*. Revista brasileira de ciências penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53.

VALLE S. *Regulamentação da Biossegurança em Biotecnologia*. Rio de Janeiro:Gráfica Auriverde; 1998.

[1] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética**. [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 194

[2] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética**. [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 193

[3] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética**. [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 193-194

[4] ALBERTS, Bruce. **Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula**. São Paulo: Artmed, 1999. p. 675-676

- [5] ALBERTS, Bruce. **Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula.** São Paulo: Artmed, 1999. p. 676
- [6] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética.** [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 77
- [7] ALBERTS, Bruce. **Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula.** São Paulo: Artmed, 1999. p. 675-676
- [8] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética.** [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 50
- [9] ALBERTS, Bruce. **Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula.** São Paulo: Artmed, 1999. p. 171
- [10] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética.** [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 152
- [11] ALBERTS, Bruce. **Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula.** São Paulo: Artmed, 1999. p. 230
- [12] MORANDINI, Clézio. **Citologia e genética.** [S.l.]: SOL, [19--]. 207 p. Coleção Objetivo. Sistema de métodos de aprendizagem. p. 154
- [13] DIAFÉRIA, Adriana. **Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos.** Bauru, São Paulo: Edipro, 1999, p.131.
- [14] Veja. ESCOSTEGUY, Diego. **Quando começa a vida.** Esditora Abril, edição 2005 – ano 40 – nº 16. 25 de abril de 2007. p. 55
- [15] Veja. ESCOSTEGUY, Diego. **Quando começa a vida.** Esditora Abril, edição 2005 – ano 40 – nº 16. 25 de abril de 2007. p. 57
- [16] SIRVINSKAS, Luís Paulo, **Manual de direito ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211.
- [17] KOTTOW, M., H. **Introducción a la Bioética. Chile: Editorial Universitaria, 1995 p. 53**
- [18] VALLE S. **Regulamentação da Biossegurança em Biotecnologia. Rio de Janeiro:Gráfica Auriverde; 1998.**
- [19] SILVA, Antônio Carlos. **O que é patrimônio genético.** 24/10/2002. Acessado em 18/06/2008.
- [20] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Clonagem terapêutica: aspectos jurídicos-penais.** Revista brasileira de ciências penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p.145 e 146.

[21] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. P. Quintela. Lisboa: Edições 70,1995. p. 68

[22] Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 60

[23] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.580.

[24] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 584.

[25] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 19 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 124.

[26] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 576 a 580.____

[27] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2005, p. 160.

[28] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Clonagem terapêutica: aspectos jurídicos-penais**. Revista brasileira de ciências penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 155.

[29] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 580 a 584.

[30] ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Tutela penal do patrimônio genético**. Ano 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 1997, p. 475.

[31] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 124

[32] Ferrando Mantovani apud MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122.

[33] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 124

[34] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 584

[35] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.586/587.

AUTONOMIA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO E DA ELEGIBILIDADE INDIVIDUAL

AUTONOMY AND ASSISTED REPRODUCTION: THE PROBLEM OF THE CONSENT AND THE INDIVIDUAL ELEGIBILITY

**Raul Murad Ribeiro de Castro
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

RESUMO

Resumo: A análise dos contornos da autonomia privada frente aos desafios da regulamentação e das práticas de reprodução assistida permite o adensamento crítico sobre seu conteúdo, repercutindo nas reflexões clássicas próprias do direito civil tradicional. Princípio e ética são pilares do biodireito contemporâneo e não podem ser afastados, sob pena de esvaziamento da legitimidade de suas normas. A partir destes pressupostos são construídas as análises elaboradas nesta pesquisa, que enfrenta questões sobre o conteúdo constitucional da autonomia reprodutiva e a validade jurídica dos termos de consentimento informado, em busca de conclusões sobre o conteúdo da autonomia privada na reprodução assistida. A análise é resultado de pesquisa inédita financiada pela agência de fomento FENORTE/TECNORTE e utiliza elementos teóricos e factuais para fundamentar suas conclusões. Os resultados permitem concluir pela dupla feição da autonomia na reprodução assistida, pois, de um lado, identifica-se o inegável direito à autonomia reprodutiva e parentalidade, individual ou não, e, de outro lado, a restrição à autonomia negocial quando de sua expressão nos termos de consentimento informado utilizados pelas clínicas de reprodução assistida, ambos em razão da especificidade e pessoalidade dos bens em foco.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: REPRODUÇÃO ASSISTIDA; AUTONOMIA; ELEGIBILIDADE REPRODUTIVA; CONSENTIMENTO.

ABSTRACT

Abstract: The analysis of the scope of private autonomy in face of the challenges of regulation and practice of assisted reproduction enables the critical densification of its contents, affecting the classical thinking of the civil law tradition. Principlism and ethics are pillars of contemporary biolaw and can not be removed for fear of loss of legitimacy of its norms. On these assumptions are built the analysis developed in this research, which faces questions about the constitutional content of reproductive autonomy and the legal validity of the terms of informed consent, in search of conclusions on the content of private autonomy in assisted reproduction. The analysis is the result of research funded by the agency FENORTE/TECNORTE and uses theoretical and factual evidence to substantiate its conclusions. The results allow for the conclusion of the double feature of autonomy in assisted reproduction, because, on the

one hand, it identifies the undeniable right to reproductive autonomy and parenthood, single or not, and, in addition, the restriction of the autonomy when negotiating the terms of informed consent for clinical use of assisted reproduction, both because of the specific and personal nature of the object under analysis.

KEYWORDS: KEYWORDS: ASSISTED REPRODUCTION; AUTONOMY; REPRODUCTIVE ELIGIBILITY; CONSENT.

Introdução

O princípio ético da autonomia reprodutiva sempre foi um dos eixos fundamentais da construção da bioética sob a perspectiva da teoria principialista. Contudo, em que pese a interação entre os domínios da bioética e do biodireito, o reconhecimento e efetivação deste princípio na esfera jurídica ainda carece e exige, por vezes, complexas ponderações frente aos demais valores constitucionais postos em jogo, visto que nem sempre sua incidência tem sido observada no encaminhamento de diversas questões ainda pendentes de regulamentação no Brasil, além de permanecerem nebulosos seus fundamentos, extensão e limites.

No entanto, a despeito da intensa resistência em reconhecer sua introdução no ordenamento brasileiro e persistência em relegá-lo à posição desprivilegiada na colisão com os demais princípios fundamentais constitucionais, crescente é a doutrina jurídica responsável pela construção do entendimento da autonomia reprodutiva, notadamente com o movimento pela legalização do aborto e a recente afirmação histórica dos direitos sexuais e reprodutivos como direito humanos.

No campo jurídico, já alertou Heloisa Helena Barboza que “a autonomia ainda necessita de melhor apreciação”, desvinculando sua compreensão do mero conteúdo patrimonial. Hoje, a autonomia individual integra as relações de caráter negocial e existencial, com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial, exercidos de modo concorrente ou não, encontrando, contudo, seu fundamento e limitação na “realização de um valor constitucional”. Entretanto, embora tais mudanças respalde a introdução da autonomia reprodutiva no meio jurídico, tradicionalmente com assento bioético, não é a atual compreensão da dogmática civilista responsável direta pelo ingresso – embora contribua e legitime seu exercício, inclusive com tónus constitucional.

De princípio ético à jurídico, o respeito a autonomia reprodutiva tem sido alocado como um dos fundamentos cruciais em alguns difíceis debates, sendo utilizado tanto em seu aspecto contraceptivo - como no caso do aborto - quanto extensivo ao seu caráter conceutivo - a exemplo da elegibilidade e lavratura de termos de consentimento informado para o acesso às técnicas de reprodução assistida – e tendo feição moldável aos diversos conflitos bioéticos ainda latentes na realidade brasileira.

Neste contexto, o fenômeno da reprodução assistida inscreve-se como um campo emblemático para a discussão da extensão e limites da autonomia reprodutiva, manifestamente no tocante à elegibilidade e consentimento direcionados à utilização das técnicas de procriação artificial. São estes os problemas desenvolvidos neste estudo.

1. Autonomia: transformações

Há tempos que a determinação dos limites e extensão da autonomia representa uma empreitada tormentosa no campo doutrinário, com constantes variações carreadas primordialmente por mudanças nas conjunturas cultural, antropológica e ideológica, que são recepcionadas pela sistemática jurídica de uma determinada sociedade.

A origem do conceito de autonomia é historicamente verificada na filosofia política grega, assumindo, porém, uma significância coletiva, representativa de um poder autárquico, semelhante ao conteúdo de soberania dos Estados modernos, derivando dela a capacidade de as cidades-estados se auto-legislarem.

Neste primeiro sentido ela não possuía uma relação propriamente dita com os indivíduos, o que somente passa a ocorrer com o individualismo humanista da Idade Moderna, em meio ao contexto de valorização daqueles, sendo a formulação de seu novo conteúdo estabelecido por Kant na qual o homem “se torna um autêntico sujeito moral, titular de direitos e deveres correspondentes, e capaz de querer o Bem voluntária e racionalmente”.

Não obstante, identifica-se que, hodiernamente, a sua forma pura e abstrata não mais é considerada como digna de proteção pelo ordenamento jurídico. Embora seja reconhecida como meio de regulamentação autônoma realizada pelos sujeitos de uma relação; há que ser ela direcionada a um escopo, o qual deve coadunar-se também com a consciência social, sendo a chancela jurídica dependente do atendimento a típica função econômico-social.

Dessa forma, observa-se que o entendimento acerca da natureza do que se entende por autonomia sofre mutações constantes, distanciando-se primeiramente do ideal grego de poder autárquico, referente ao comando da coletividade; e direcionando-se em sentido diametralmente oposto com a teorização kantiana que, influenciada pelo Iluminismo, atrela-o ao próprio indivíduo, cuja autonomia se refletiria não só na ausência de limites externos, mas na capacidade de escolher livremente seus princípios morais; passando pela sua vinculação ao caractere de utilidade com o fim único de gerar o bem-estar social, idealizada por Stuart Mill; até culminar na retomada à subjetividade do ser humano pela corrente personalista.

No entanto, em que pese a contribuição dos filósofos e pensadores ao longo dos anos para a conformação conceitual deste valor, verifica-se que, na conjuntura jurídica pátria, somente na atualidade vislumbram-se acenos no sentido de efetuar uma mudança qualitativa do conteúdo da autonomia privada, impulsionada pela conjunção de uma série de fatores, representados pela promulgação da Constituição da República de 1988

e a consagração nesta do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os de justiça social e igualdade material, como fundamentos do Estado Democrático de Direito; e, o conseqüente movimento de reinterpretção dogmática do Direito, deslocando-se o núcleo da seara privada do Código Civil para a *lex matter*.

Diante desse panorama, em que o ser humano é tido como o centro do ordenamento, salvaguardada a sua personalidade pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mediante uma cláusula geral de caráter constitucional garantidora de direito e limitadora de interpretações contrárias a seu conteúdo mínimo, faz-se extremamente necessária a releitura da autonomia.

Não mais se apresentava suficiente a noção de “inteligente egoísmo”, prevista nos diplomas civis, na qual os indivíduos, por serem todos formalmente iguais, eram livres para gerir seus negócios e propriedades como lhes melhor aproovessem, assumindo quaisquer responsabilidades na intensidade que fosse, mesmo que, ao olhos do bom senso, parecessem injustas.

Tornou-se patente, em um primeiro momento, a necessidade de limitação da autonomia, antes desempenhada sem precedentes, pelo Estado com a efetivação da igualdade material, de modo que sem o atendimento às necessidades básicas da pessoa humana, seria impossível o exercício integral de sua personalidade.

E, nessa linha, deixou-se de tutelar somente a expressão individual fundada no “ter”, ou melhor, no reducionismo da era liberal, no qual os conteúdos dos institutos civis pessoa e personalidade estavam essencialmente atrelados à assunção de obrigações, ao exercício do direito de propriedade, para protegê-la também sob a ótica do “ser”, em respeito à aceitação – sociológica, cultural e jurídica – de que a partir da personalidade, consubstanciada na dignidade inerente ao homem, defluem inúmeras situações existenciais merecedoras de atenção, até mesmo talvez em maior escala que as anteriores.

Sob essa via, é possível observar que diante da multiplicidade dos valores fundamentais albergados pelo texto normativo conjuntural, ressaltando-se a Constituição, o exercício da liberdade, utilizada aqui na acepção de autonomia, não poderá se restringir apenas à noção de auto-regulamentação patrimonial.

Com efeito, sobreleva-se na doutrina e, timidamente, na jurisprudência, a preocupação com as questões existenciais do indivíduo, visto que para a plena concretização de suas potencialidades além da liberdade para contratar, é preciso que se possibilite um espaço de atuação em uma “perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada”, podendo “realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier”.

No entanto, ocorre que, a despeito de certa uniformidade doutrinária acerca da necessidade de tratamento jurídico da autodeterminação individual em situações existenciais, vê-se claramente o contrário quanto à configuração e tutela da mesma, com a comum ocorrência de seu atrelamento a institutos clássicos do direito civil, o que acarreta em provável incerteza referente às interações com as liberdades de cunho

patrimonial, visto que tratada sob aquela óptica a liberdade existencial individual se expressaria apenas de forma subsidiária à outra.

Segundo Pietro Perlingieri, ambas estariam contidas na noção de autonomia negocial, visto que esta não só englobaria questões de apreciação econômica, mas também aquelas de caráter não patrimonial, sendo nada mais do que a expressão do indivíduo em todas suas espécies de relacionamento social. Neste ínterim, não haveria porque perquirir o fundamento de cada interesse e, assim, o seu grau de intensidade, visto que, tanto um, quanto o outro, derivariam da própria Constituição, sofrendo um juízo de “merecimento de tutela” e funcionalidade social.

Ainda, pautado na caracterização e apreensão do Direito como um fenômeno normativo-cultural, chama-se a atenção para opção dos ordenamentos modernos para a superação do individualismo e da patrimonialidade como um todo, o que, conseqüentemente, promove não o expurgo da apreensão econômica das normas jurídicas, e sim provoca a necessária valoração de tal óptica por meio da tutela da pessoa humana. Desse modo, além do mesmo fundamento normativo, também não se justificaria a diferenciação entre a autonomia exercida em situações existenciais e patrimoniais, pelo fato de que estas estariam, como requisito para sua própria validade, intrinsecamente preenchidas pelo conteúdo daquelas.

Em sentido diverso, porém, verifica-se o tratamento desta temática por parte da doutrina brasileira. De acordo com Daniel Sarmento, o caráter de negociabilidade da autonomia estaria intimamente vinculado à apreensão econômica, de modo que a liberdade existencial estaria, assim, dissociada da negocial, sendo que as duas preencheriam o conteúdo do conceito de autonomia privada. Não obstante isso, apesar de partir basicamente das mesmas premissas que o autor italiano, assumindo a proteção e fundamento constitucional das duas formas de expressão, bem como o condicionamento da liberdade patrimonial – com lastro no princípio da livre iniciativa – à igualdade material, solidariedade, proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social; o autor mantém-se apegado à idéia pragmática de que desde o início, em abstrato, a tutela é heterogênea, com maior preponderância onde se expresse a existencial.

Tal debate ultrapassa questionamentos meramente didáticos para atingir diretamente o substrato social, posto que a cada momento são estabelecidas relações *inter privatos* que simultaneamente apresentam caracteres de ambas facetas da autonomia, de modo que o entrelaçamento entre a disponibilidade de bens patrimoniais e da personalidade impossibilita discernir a espécie de liberdade que sobressai, muitas vezes, nas situações concretas

Diante desta verificação, aliado a fatores sociológicos – cuja interferência é patente na seara jurídica – como a aceitação do indivíduo como ser livre e centro do ordenamento, o reconhecimento do pluralismo moral em nível social e a modificação da relação de confiança entre médico e paciente, apregoa-se a necessidade de verificação da aplicação do princípio da autonomia, particularmente na prática biomédica, sob regramento do biodireito, visto que nestas relações entrelaça-se o exercício da disponibilidade sobre bens pessoais e materiais, máxime da autonomia reprodutiva, que com as práticas de reprodução assistida, além de genitores disporem sobre seus corpos, a expressão de suas vontades também direciona-se ao embrião humano.

2. Autonomia reprodutiva: aspectos bioéticos e jurídicos

A despeito da historicidade do conceito de autonomia, geralmente, ao arbítrio das contextualizações culturais e tradições filosóficas adotadas, deve-se considerar que na contemporaneidade os efeitos da biotecnociência tornam sua concepção mais ampla e complexa, exigindo, cada vez mais, de estudiosos de diversas áreas uma atenção especial no que concerne aos seus atuais contornos e sentidos emprestados ao termo, que ambíguos por natureza, foram, no entanto, potencializados diante dos avanços plenamente em curso da biotecnologia e biomedicina, os quais “interferem nos processos de criação, preservação e extinção da vida humana, colocando em xeque o poder de decisão dos indivíduos sobre sua própria existência”.

A noção de autonomia nunca foi exclusiva da área jurídica, muito pelo contrário, é possível sustentar que, muitas vezes, esta sofre influxos de outros campos do conhecimento. Se o discurso jurídico somente agora reconstrói os fundamentos da autonomia privada, antes limitada aos atos negociais, na seara bioética desde sua afirmação acadêmica que há uma sobrevalorização do princípio da autonomia, “tão caro a tradição filosófica anglo-saxã”.

Segundo Debora Diniz e Dirce Guilhem, “ao final da década de 1970 estava demarcado o campo da bioética”, que desde seu início esteve fortemente vinculada à teoria principialista, devendo a esta, inclusive, a consolidação de sua força teórica. No entanto, a valorização dos princípios éticos, como ferramenta para a mediação dos conflitos morais, acabou por gerar a confusão comum da “disciplina com uma de suas correntes teóricas”, de modo que “na verdade, o que se pode verificar nesses vinte anos de hegemonia da teoria principialista na bioética é um predomínio do princípio da autonomia sobre os outros três”.

Não demorou muito para que a esfera de respeito à autodeterminação das pessoas alcançasse a vida reprodutiva, o que ganhou impulso do movimento feminista e das tecnologias reprodutivas. Desse modo, a despeito das reivindicações feministas em torno da questão reprodutiva remontar a década de sessenta do século passado, esclarece Maria Betânia de Melo Ávila que “[...] a formalização da idéia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente”, em razão do discurso feminista ter privilegiado, ao menos, num primeiro momento, “[...] a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção”, não abarcando à época a atual abrangência do tema dos direitos reprodutivos.

Sem embargos, embora não se confundam, o desenvolvimento dos direitos ligados à sexualidade e reprodução humanas preenche e fortalece o conteúdo da autonomia reprodutiva, o que é igualmente verificado com o direito ao planejamento familiar, sobretudo este por ser o único termo expresso na Constituição da República de 1988, tem sido utilizado como fundamento normativo e axiológico dos outros dois, ainda que de modo reflexo.

Reconhece Flavia Piovesan que “a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo”, consolidados somente com a edição dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos nos anos noventa do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre população e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995. Informa Leila Linhares que esses documentos básicos, que mesmo não sendo textos legais, pelo menos no sentido estrito comumente empregado, por inferência de seus princípios basilares, “aprovados por consenso pelos Estados-membros das Nações Unidas”, configuram-se “como fonte do direito que devem ser incorporadas na sua interpretação e aplicação”.

O Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância dos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde, assegurando que “[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”, encontrando-se implícito “[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei”.

No ordenamento pátrio, embora o termo “direitos reprodutivos” ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, ainda que de modo indireto, da autonomia reprodutiva no sistema jurídico-constitucional brasileiro, complementado pela Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Conforme Daniel Sarmiento o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da “própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)”, sendo dotada, portanto, “de inequívoco fundamento constitucional”.

Porém, impulsos a parte da despatrimonialização do conteúdo da autonomia privada carreados pela constitucionalização do direito civil, anterior tem sido a afirmação da autonomia reprodutiva pelo discurso bioético, a qual teve de ser angariada pelo direito em virtude da crescente demanda de processos que procuram dirimir conflitos no âmbito da engenharia genética. Assim, afora as discussões de cunho doutrinário, no plano jurisprudencial, o ajuizamento de ações constitucionais, como a ADPF nº. 54 e a ADIn nº. 3.510, bem como de *habeas corpus* que versam sobre o direito da gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo, incrementaram e fortaleceram o princípio da autonomia reprodutiva no país, a partir do momento em que julgadores tiveram de se posicionar sobretudo sobre pautas antigas, mas que retornam com força, a exemplo do aborto, e as tecnologias reprodutivas, como no caso da utilização para fins científicos ou terapêuticos de células-tronco de embriões humanos obtidas por meio de fertilização *in vitro*, todos remetendo às liberdades e capacidades ligadas à reprodução humana, seja em seu aspecto contraceptivo, mais comum, ou referente aos emergentes temas vinculados à concepção.

Superados os debates acerca da importância do reconhecimento e respeito ao exercício da autonomia reprodutiva, atualmente, o discurso bioético enfrenta o problema sobre a “imposição ou não de limites ao exercício da autonomia reprodutiva”, em virtude, principalmente, da fragilidade do “idealismo universalizante” dos princípios éticos gerais universais capazes, supostamente, de mediar grande parte dos conflitos morais típicos da cartilha bioética, evidenciando a “falência universalista da teoria principialista”.

Desse modo, vê-se que enquanto na seara jurídica o princípio da autonomia reprodutiva vem ganhando cada vez mais projeção e vitalidade, quer no seu reconhecimento pelo direito, quer na viabilidade constitucional e efetividade quanto à sua aplicabilidade, no campo bioético seu caráter absoluto tem cedido espaço às confrontações com os interesses dos futuros filhos, sem, contudo, perder sua força e centralidade tão caras a este domínio. Assim, embora caminhem em sentidos opostos - o direito na busca pelo seu definitivo reconhecimento, enquanto a bioética recepciona a relativização da soberania da autonomia reprodutiva das pessoas, vislumbra-se a possibilidade de confluências entre os fundamentos e limitações em ambas as áreas, rumo a um ponto de harmonização entre as diferentes perspectivas possíveis, facilitando a consolidação e promoção do princípio da autonomia reprodutiva, sem que com isso se dê prevalência ao exercício ilimitado, característico do discurso bioético primitivo, ou descarte-se sua influência em prol dos direitos dos futuros filhos, como se habituou o direito.

3. Reprodução assistida e sua regulamentação jurídica

Há décadas que juristas e cientistas sociais debruçam-se na busca pela compreensão do fenômeno da reprodução humana assistida. O constante desenvolvimento das técnicas e as repercussões jurídicas e sociais sobre uma infindável gama de questões moralmente delicadas e de complicado consenso político-legislativo, que se estendem desde os (re)arranjos familiares às celebrações de termos de consentimento informado, alimentam a dificuldade em encontrar soluções para os múltiplos problemas que deste fenômeno se originam, uma vez que há novos elementos - tecnológicos, sociais e normativos - inseridos freqüentemente, obstaculizando a superação de controvérsias pré-existentes e criando outras tantas nesse domínio.

Observa-se, contudo, que embora haja uma profusão de estudos dedicados ao tema, desde os domínios da bioética aos do biodireito, dissensos se aglomeram em relação a todas as etapas integrantes da concretização do desejo parental via concepção artificial. Desde a segunda metade da década de 1970, e depois com a popularização dos métodos conceptivos artificiais, reinam as incertezas e a falta de consenso político, e mesmo, em que pese à imanência da pluralidade moral neste campo, o encaminhamento legislativo está distante de um fim, ainda que provisório em razão do contínuo avanço da biociência e do posicionamento social mutante.

Intensos foram os debates acerca dos efeitos da reprodução assistida sobre o campo da filiação, da inseminação *post mortem*, e, mais recentemente, da

destinação dos embriões excedentes. A despeito dos tímidos avanços em algumas dessas questões, outras se qualificam e exigem do direito novas respostas à evolução do contexto social e jurídico que, juntos, descortinam o problema da elegibilidade individual às técnicas de reprodução assistida e a validade jurídica dos termos de consentimento informado, ambas expressões do exercício da autonomia no campo reprodutivo.

Desse modo, observa-se que a insegurança jurídica acarretada pela carência legislativa e o longo monopólio dos serviços de saúde privados na oferta dessas técnicas, bem como a fragilidade dos dados – realidade na qual se assenta o campo da reprodução assistida no Brasil, somente colaboram para a obscuridade e incerteza que circundam o acesso e a celebração dos termos de consentimento informado nas clínicas especializadas em todo o país.

3.1. Reprodução assistida, elegibilidade e monoparentalidade: alguns questionamentos

Durante longo período as atenções dos juristas estavam voltadas ao estabelecimento da paternidade e maternidade, institutos fortemente atingidos com o fenômeno da reprodução artificial, pouco se debatia sobre as formas de constituição familiar que essas técnicas proporcionavam às pessoas, em conjugalidade ou individualmente, heterossexuais ou homossexuais, e que o nascimento desse novo ser acarretaria na formação de uma nova família. Embora, em princípio, destinadas a casais heterossexuais inférteis, não tardou que grupos sociais não contemplados inicialmente pelo discurso biomédico se aproveitassem dessas técnicas como meio de constituir uma família, demonstrando a imprevisibilidade na delimitação ou restrições quanto à sua utilização pela sociedade.

Ao descortinar possibilidades de intervenção médica na própria forma de reprodução humana, que de biológica passa a poder ser também através de concepção artificial, com potencial de transformar a organização da família, a filiação e o parentesco, o fenômeno da reprodução assistida surpreendeu ao servir como “um poderoso instrumento de reforço da moral heterossexual e de padrões de constituição de famílias assentados em premissas naturalistas do feminino e do masculino”.

A moralização do debate bioético mudou os possíveis rumos previstos para o campo das tecnologias reprodutivas, com realce para a restrição aos usos dessas técnicas por pessoas ou casais não enquadrados dentro do clássico modelo matrimonial entre homem e mulher, na contramão, inexplicavelmente, das profundas transformações operadas no seio da plural família contemporânea. O debate ético e legislativo sobre a reprodução assistida, não raras vezes, passa à margem da nova concepção de família, filiação e parentesco.

Assim, ao invés da opção pelo debate, se legítimo ou não o emprego dessas técnicas como via de formação de uma família, garantido através do direito à procriação - que até pouco tempo atrás sempre fora visto como mera faculdade,

preferiu-se a restrição imediata, calcada na suposta proteção do bem-estar da criança a ser gerada, a exemplo da Europa, em oposição ao amplo reconhecimento do direito de ter filhos, com base na proteção da privacidade, inexistindo, portanto, distinção se por meio de relação sexual ou tecnologias concepcionais, como é o caso dos Estados Unidos. No entanto, em que pese a formação dessas duas linhas de entendimento, na América Latina, optou-se, ao menos, num primeiro momento, pelo ocultamento dessas questões, sendo que o tardio debate legislativo brasileiro tem-se inclinado ao entendimento adotado em alguns países europeus.

Se, por um lado, os avanços da biotecnologia foram responsáveis por profundas alterações nas relações familiares contemporâneas, por outro, seria excessivo lhes imputar todas as modificações sofridas pela família moderna, como o divórcio, as uniões homoafetivas e a monoparentalidade. Ao contrário, o surgimento da reprodução assistida que, num primeiro momento, seria capaz de ampliar os meios de constituição da família monoparental, antes restritos às vicissitudes da vida, parece não ter surtido impacto social relevante. Assim, a possibilidade de constituição de famílias monoparentais através da utilização individual das técnicas de reprodução assistida não foi imediatamente acatada pela sociedade, o que, por sua vez, refletiu na frenagem pelo direito no uso dessas tecnologias para esses fins.

A despeito das pretensões de limitações de uso, altamente discutidas no meio acadêmico e legislativo, é indiscutível o velamento das práticas de reprodução assistida no Brasil, o que propicia um campo aberto à consecução de interesses individuais ou de casais que desejam ter filhos, fruto da inexistência de regulamentação jurídica e da concentração dos centros especializados no setor de saúde privado. Certo é, que nessa área, há uma dissociação entre a pretensão regulamentar, as poucas regras existentes sobre o assunto e as práticas diárias verificadas nas clínicas especializadas.

Contudo, é a própria atividade de (re)interpretação do tecido normativo que tem permitido o retorno das discussões sobre o tema, que, se não fosse a inexistência de regulamentação, pareciam solucionados, ao menos do ponto de vista de moral cristã, que não admite a utilização dessas tecnologias por casais homoafetivos e pessoas solteiras com *animus* de constituir família, ainda que monoparental. Desse modo, infere-se do próprio texto da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o art. 226, parágrafo 7º da Constituição de 1988, a ampliação e o novo entendimento do direito ao planejamento familiar no país. Ademais, ao incluir “a assistência à concepção e contracepção”, devendo, para tanto, serem oferecidos “todos os métodos e técnicas [...] cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, nos respectivos artigos 3º, parágrafo único, I e 9º, permitiu que se incluíssem as novas tecnologias reprodutivas como possíveis recursos à concepção.

No entanto cabe perquirir ainda se é possível aplicar tais dispositivos em relação à todas as pessoas, independentemente de pertencerem as entidades familiares mencionadas no art. 226 do CRFB/1988 ou se é dispensável a previsão na *lex matter*, adotando-se a exemplificatividade do rol, e, por fim, qual deve ser o entendimento dado ao termo “casal” presente no artigo 226, parágrafo 7º, visto que a partir dessa interpretação, literal ou sistêmica, os efeitos e conseqüências daí advindos serão espraiados em toda a análise da matéria. Vale lembrar, entretanto, que o artigo 1º da Lei complementar sobre planejamento familiar declara expressamente ser direito de todo

cidadão, não permitindo, portanto, fazer ressalvas acerca das pessoas elegíveis às técnicas de reprodução assistida, mesmo que individualmente consideradas e com fins à instituição da monoparentalidade, de forma planejada e consciente, entendimento não comungado, contudo, com grande parte da doutrina pátria.

No Brasil, o reconhecimento social e jurídico da família monoparental foi contemporâneo à disseminação das técnicas de reprodução assistida. Contudo, indiferentes à possibilidade de planejamento da monoparentalidade, alguns autores argumentam que permitir sua constituição artificialmente, ou seja, por opção livre e consciente do genitor individual, seria uma forma de estimular à sua formação, o que defendem não ser o objetivo do dispositivo constitucional. Até hoje poucos são os autores que incluem dentre o rol de causas constitutivas da monoparentalidade, a pessoa solteira que faz uso da procriação artificial, sendo comum encontrar resistência ainda maior quando se trata do homem solteiro elegível, em razão da necessidade do recurso à “barriga de aluguel”, assunto ainda longe de consenso político-social e já fortemente restringido pela resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina.

Além disso, ponto nodal na restrição à elegibilidade de homens e mulheres solteiras encontrada no encaminhamento político dado aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, é a controversa existência do direito da futura criança à biparentalidade, baseada na doutrina do melhor interesse da criança.

Sob outra via, diante da tutela da autonomia reprodutiva, assentada na recente afirmação histórica dos direitos reprodutivos e sexuais no campo dos direitos humanos fundamentais, e da ampliação do alcance do direito ao planejamento familiar ao aspecto conceutivo, deve-se indagar até que ponto é possível limitar estes direitos em confronto com o direito à biparentalidade? E se este não decorre do princípio do melhor interesse da criança, existe fundamento legal, e quais são estes, para a exigência da figura materna e paterna para a utilização de técnicas de reprodução assistida, especialmente face à inexigibilidade nos casos de adoção? Resta ainda saber se as causas de constituição da família monoparental somente podem ser derivadas de infortúnios da vida e não de uma decisão autônoma e consciente do eventual genitor.

A afirmação da autonomia reprodutiva dentro do ordenamento jurídico nacional, mesmo que por via oblíqua, e o reconhecimento do aspecto conceutivo (ou positivo) do direito ao planejamento familiar embasam a existência de um direito à procriação, que embora ainda questionável seu *status* jurídico dentro do ordenamento pátrio, se mera faculdade, direito subjetivo ou direito fundamental, tendenciosa tem sido a doutrina em acatar o último enquadramento. O que, em princípio, poderia aparentar um *locus* normativo condizente com a tutela da reprodução humana pretendida, e, conseqüentemente, traduzir-se em proteção adequada, não tem alterado substancialmente os limites jurídicos do exercício desse direito, eis que o colocam dentre os direitos humanos fundamentais mais relativizados frente à colisão com os demais, restando-lhe posição desprivilegiada na ponderação destes, em que pese a sua consideração como uma das manifestações dos direitos fundamentais.

Diante deste contexto, as possibilidades e alternativas geradas pelas técnicas de reprodução assistida criaram as mais profundas inquietações éticas e jurídicas, a partir do momento que se artificializou o ato de procriar, mas, sobretudo,

quando grupos sociais, historicamente minoritários e excluídos - a exemplo de casais homoafetivos e os solteiros, enxergaram a possibilidade de realização parental e, conseqüentemente, de constituição familiar por intermédio das técnicas procriativas artificiais.

Esta possibilidade fática aos poucos vai se revelando como uma questão de aceitabilidade social e extensão do legítimo reconhecimento de princípios e normas já presentes em convenções e declarações internacionais e no ordenamento nacional, ainda que implicitamente.

3.2. O consentimento na reprodução assistida

A revolução biotecnológica em curso, aliada à alteração do centro do ordenamento jurídico de sujeito de direito abstratamente considerado, para o indivíduo concreto, pôs em debate a necessidade de alteração da concepção de autonomia, com a reconstrução das antigas categorias do direito privado, visto que não dão conta das situações fático-sociais que surgem a cada momento, como a engenharia genética, reprodução assistida, entre outras.

Influenciadas por tais alterações da realidade social e, conseqüentemente, no universo jurídico, as searas bioética e do biodireito foram tomadas por profundas mudanças, com expressão principalmente na relação médico-paciente. Mesmo que timidamente, iniciou-se o processo de desconsideração do médico paternalista hipocraticamente considerado – cujo papel era o de sempre tomar decisões pelo paciente – para dar lugar ao diálogo entre eles, sendo este chamado à participação ativa na tomada de decisões.

O respeito às pessoas e a sua vontade é o fundamento legitimador da exigência do consentimento do indivíduo submetido às técnicas reprodutivas postas no mercado ou da pessoa diretamente afetada pelo recurso médico, baseando-se no “dever moral de não agir contra a vontade de um indivíduo e no respeito à dignidade da pessoa humana”.

Dessa forma, com a existência, sob o prisma bioético, da primazia do princípio moral do respeito à autonomia do paciente envolvido numa intervenção clínica, difunde-se a crença generalizada de que o indivíduo tem capacidade e “direito à escolha autônoma”, devendo-se, ao menos, se considerar, na diáde médico-paciente, a decisão como compartilhada. Difere-se, então, da abordagem legal comumente utilizada que desloca o foco das preocupações para a assunção da responsabilidade médica, ainda que se assegure os direitos do paciente, posto que seriam os médicos que assumiriam os riscos pelas falhas do procedimento clínico.

Ocorre que, com a assunção da noção participativa do indivíduo que busca algum provimento clínico, necessariamente ter-se-á que ser feita uma releitura das responsabilidades antes imputadas ao mesmo, visto que, como já prelecionou Immanuel Kant, o sujeito que é capaz de fazer suas livres escolhas fundamentando-as em princípios morais por ele escolhidos também livremente, afigura-se plenamente apto a ser, por conseguinte, responsabilizado pelos caminhos para os quais se direcionar.

Desse modo, por tal consentimento requerer, assim, sempre um deslinde participativo entre médico e progenitores, haverá sensível influência na delimitação e gradação das responsabilidades - ainda indefinidas - em caso de insucesso e/ou falha das técnicas de reprodução assistida. Como bem observa Worthington, “[...] a validade ética do consentimento livre e esclarecido não depende da palavra escrita, mas da qualidade da interação entre um paciente e um especialista. Formalizar o registro é apenas uma parte do processo [...]”.

Sob essa via, diante da modificação do paradigma assumido, buscou-se a determinação de certos critérios para o exercício juridicamente seguro e eficaz do princípio moral de respeito à autonomia dos participantes, em que somente poderiam ser válidas suas vontades manifestadas caso o emitente fosse plenamente capaz, houvesse recebido todas as informações pertinentes para sua situação, entendido e questionado-as, sem, ainda, ter sido vítima de qualquer espécie de coação, independente da forma e grau.

Assim, estabeleceram-se como elementos do consentimento a capacidade para consentir, informação ou esclarecimento, compreensão dos dados expostos e voluntariedade, não só para participar, mas também para se retirar da pesquisa/procedimento a qualquer momento. Além disso, acrescenta-se que ele deve ser exercido por meio de um processo contínuo e ininterrupto, através do qual a interação entre os participantes deve permanecer mesmo após a assinatura de algum documento escrito que venha a formalizá-lo, não sendo a forma solene parte integrante de sua essência.

Neste ínterim, foram internacionalmente estabelecidas inúmeras declarações, tais como a de Helsinque, da Associação Médica Mundial e as Diretrizes Internacionais para Pesquisa Biomédica em Seres Humanos, visando a regulamentação da participação e deliberação pelo paciente na ocorrência de pesquisas médicas, ou seja, do exercício de sua liberdade e disponibilidade sobre o próprio corpo, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Seguindo esta linha, o Conselho Federal de Medicina Brasileiro (CFM) adotou oficialmente, em 1975, a Declaração de Helsinque, sendo esta seguida de inúmeros outros documentos de regulamentação deontológicos, e, em 1996, foi editada a Resolução 196, que unificou e substituiu as anteriores, utilizando a denominação termo de consentimento livre e esclarecido.

Não obstante isso, afora as normas sobre pesquisa médica, tendo em vista as peculiaridades das circunstâncias que envolvem as práticas de reprodução assistida e o intenso trabalho por mais de duas décadas de juristas e cientistas sociais na busca pela compreensão deste fenômeno, o CFM estabeleceu no ano de 1992 a Resolução 1.358, com o fito de regrá-la eticamente, sob a terminologia apenas de termo de consentimento informado.

Contudo, inobstante haja regramento do procedimento relativo ao termo por meio de resoluções, a ausência de tratamento uniforme através normas de eficácia cogentes que deveriam advir dos Projetos-lei há anos em vagarosa tramitação no Congresso Nacional, só contribuem para o agravamento da, extremamente comum, confusão que os especialistas fazem quando do momento da obtenção do consentimento dos participantes de um ciclo de reprodução assistida. Este se afigura, muitas vezes, como

um subterfúgio de simples documento assinado, que mais se assemelham a contratos de adesão do que ao real processo de obtenção do consentimento, que se dá por meio da exposição e fornecimento de informações importantes sobre “[...] os riscos e benefícios previstos e os procedimentos alternativos disponíveis ou as séries de tratamento que podem ser vantajosas [...]”. Com efeito, a insuficiência de informações prestadas pelos profissionais fere diretamente a validade do consentimento.

A despeito de ser impossível uniformizar a elaboração dos termos de consentimento informado, em virtude das peculiaridades do caso clínico e dos sujeitos envolvidos, é preciso traçar parâmetros que assegurem que as relações se tornem juridicamente mais seguras tanto para os pacientes, quanto para os médicos. A inexistência de regulamentação e diretrizes básicas que guiem a obtenção do consentimento das pessoas que se submetem à reprodução assistida tem gerado inúmeras distorções, sobretudo quanto à especificação de direitos e deveres, em que se verifica o arbítrio na determinação de seu conteúdo pelas clínicas sobre as demais partes integrantes dos termos. Tende a, inadequadamente, aproximar tal procedimento de autogestão cooperativa da lógica contratual, prejudicando potencialmente o diálogo e limitando o exercício da efetiva liberdade existencial.

Posto isso, verifica-se que nas relações decorrentes das práticas de reprodução assistida, seja pela grande demanda social face às técnicas ofertadas, seja diante dos bens que o consentimento nelas expressado envolve – ingerência médica no corpo de ambos os progenitores e, ainda, sobre o futuro embrião – intensificam-se a todo o momento questionamentos a respeito dos critérios de validade da vontade firmada nos termos de consentimento informado, e das possíveis conseqüências e responsabilização em caso de invalidade, já que um dos bens sobre o qual recaiu a disponibilidade é um zigoto implantado no útero materno.

A assunção de riscos pelos futuros progenitores ainda é algo que pode ser caracterizado como obscuro, visto que, tem-se desconsiderado todas as peculiaridades do exercício de uma liberdade sobre bens integrantes de direitos da personalidade, para simplesmente tratá-la como autonomia patrimonial, em que o indivíduo que consente estaria a assumir os todos riscos comunicados ou previsíveis.

Vê-se também que ainda não se desenvolveram estudos jurídicos suficientes acerca da transferência da responsabilidade, em caso de insucesso das práticas, para o material genético, máquinas ou técnicas, quando há afirmações nos termos de que eles podem ser decorrentes de óvulos de baixa qualidade, esperma ausente, ou falha das técnicas. Da mesma forma, são os termos ausentes de qualquer objetividade, visto que alguns chegam a considerar um risco desconhecido como nulo, possivelmente maculando a vontade expressada.

Diante de tal panorama, o que se verifica é o crescente desvirtuamento dos termos de consentimento informado utilizados nas clínicas de reprodução assistida, cujas características assemelham-no a um contrato de adesão redigido em prol unicamente da equipe médica, representante do que se costuma nomear de Medicina Defensiva.

Desse modo, ainda se está longe de obter um consenso sobre a delimitação da responsabilidade jurídica dos atores envolvidos na reprodução assistida e a validade dos acordos que estabelecem entre si. Assim, enquanto alguns enxergam os termos como

instrumentos que visam afastar a responsabilidade da equipe médica, outros mitigam tal visão, indo além ao propor um processo informacional contínuo entre os médicos e aqueles que desejam ter filhos, o qual se desenvolve dinamicamente durante todo o diálogo, admitindo, inclusive, a precariedade de tais autorizações.

Diante deste cenário, fato se torna indubitável que nem a legalidade dos procedimentos, nem a validade das autorizações nem a extensão da responsabilidade dos envolvidos (médicos, hospitais e clínicas, planos e seguros de saúde, doadores, pacientes, etc.) estão claramente estabelecidos, em que pese estes atos estejam sendo praticados. Essencial é, portanto, saber os critérios que devem pautar os procedimentos de forma a minimizar os efeitos da insegurança jurídica, atendo-se ainda para o fato de que não há a possibilidade de se aplicar o raciocínio lógico de responsabilização desenvolvido para os negócios jurídicos, em que o indivíduo conscientemente abdica de sua liberdade e se auto-responsabiliza, suportando as conseqüências.

Considerações finais

A aceitação da existência do princípio da autonomia reprodutiva, que primeiramente se deu na seara bioética, para, posteriormente, expressar-se concretamente no meio jurídico, trouxe consigo, inevitavelmente, a sombra da insegurança jurídica. Independente da possibilidade de seu conteúdo normativo poder ser extraído de uma infinidade de normas jurídicas, como a própria Constituição, convenções internacionais, leis ordinárias e resoluções de cunho deontológico, o fato de interagir com as mais variadas situações sociais, para as quais inexistem ainda qualquer espécie de regulamentação específica, significaria, para parte da doutrina, o seu desvalor e, até mesmo, a razão para a impossibilidade de seu acatamento, por ser completamente diverso da noção clássica de autonomia privada.

No entanto, a valorização no ordenamento dos direitos da personalidade torna imperiosa a necessidade de amparo das relações envolvendo não somente bens de cunho patrimonial, mas também sem apreciação econômica, ainda, que, não raras às vezes, percebe-se que o exercício da nova esfera de autodeterminação dos sujeitos concretos seja feito de modo concorrencial, visto que a autonomia individual integra as relações de caráter negocial e existencial, com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial, encontrando, contudo, seu fundamento e limitação tão-somente na efetivação de um valor constitucional.

Assim, a análise dos contornos da autonomia privada frente aos desafios da regulamentação e das práticas de reprodução assistida permite concluir pela dupla feição da autonomia na reprodução assistida, pois, de um lado, identifica-se o inegável direito à reprodução e, conseqüente, parentalidade, individual ou não, e, de outro lado, a restrição à autonomia negocial quando de sua expressão nos termos de consentimento informado utilizados pelas clínicas de reprodução assistida, ambos em razão da especificidade e pessoalidade dos bens em foco. Sem embargos, o fenômeno da reprodução assistida possibilita enxergar a concorrencialidade de intenções e vontades,

visto que se concretiza um aspecto do desenvolvimento da personalidade – a parentalidade, exterioriza uma relação onerosa e multilateral.

Desse modo, a cláusula geral de tutela da pessoa, representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, convoca os juristas à efetivamente enfrentarem tais questões e não apenas vedar-lhes aplicação sob o argumento da ocorrência de insegurança jurídica e fragilidade de seu conteúdo, posto que o fundamento da autonomia reprodutiva é inegavelmente constitucional, além de ganhar reforço com o desenvolvimento do entendimento dos direitos reprodutivos e do direito ao planejamento familiar.

Assim, aponta-se que:

1. Cabe ao direito, particularmente a atividade jurisprudencial, efetuar a delimitação da extensão e limites do exercício da vida reprodutiva, seja no aspecto contraceptivo ou conceptivo, confrontando, se for o caso, com os direitos da possível criança a ser gerada, tendo em vista seu melhor e prioritário interesse, sem, contudo, desconsiderá-lo aprioristicamente. Não basta o puro reconhecimento da autonomia reprodutiva, é necessário viabilizar sua aplicabilidade, para que, sobretudo diante da colisão de valores fundamentais constitucionais, não se torne um mero discurso retórico, desprovido de eficácia substancial.

2. Assim como às questões ligadas à sexualidade, o campo da reprodução deve ser encarado como um dos espaços mais íntimos da pessoa humana, domínio pertencente à reserva de intimidade dos sujeitos ou de casais, ainda que se reporte a eleição da via conceptiva artificial para a concretização do projeto parental. Nessa esteira, a tutela jurídica a incidir deve ser mínima, mas capaz de assegurar a dignidade e integridade psicofísica dos envolvidos – os que querem gerar e os que serão gerados, o que não se confunde com obrigatoriedade de biparentabilidade heterossexual.

3. O recente reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais na esfera internacional e do direito ao planejamento familiar, estabelecido no art. 227, § 6º da Constituição da República de 1988, fortalece o reconhecimento do princípio da autonomia reprodutiva, que, por sua vez, reforça a existência de um direito fundamental à reprodução, e, ambos, respeitados os princípios da liberdade e da igualdade, não permitem a restrição, com base em gênero ou formas de conjugalidade, à utilização das técnicas de reprodução assistida, descabendo, portanto, a limitação, em razão única e exclusivamente do estado civil, sobretudo quando houver induvidosa intenção de constituir uma família, ainda que seja monoparental.

4. Funda-se o termo de consentimento na essencialidade da autonomia dos partícipes do tratamento, servindo como uma forma de resguardar os profissionais e outros

integrantes destas relações advindas da aplicação dos métodos conceptivos artificiais, na tentativa de antever seus possíveis efeitos. O consentimento informado espelha a esfera de liberdade dos indivíduos - a autonomia privada, constituindo o principal instrumento jurídico posto à disposição das pessoas envolvidas nessas práticas.

5. Em vista da nova posição ocupada pelos genitores na relação médico-paciente, estabelece-se, com o fito de evitar distorções, requisitos mínimos para a aferição de validade do consentimento, devendo o partícipe ter capacidade civil; ser informado, de forma clara e objetiva, dos benefícios, malefícios e técnicas alternativas; compreender os dados expostos em profundidade razoável; e, poder desistir do prosseguimento do procedimento sempre que desejar. Ainda, tal interação afigura-se como algo contínuo e ininterrupto, representando uma gestão cooperativa dos atos, e não a assunção de responsabilidades apenas por um ou outro integrante.

Desse modo, embora o princípio da autonomia reprodutiva possua dupla feição, carecendo ainda de estudos específicos sobre os conflitos sob sua incidência, a exemplo dos problemas da elegibilidade individual e lavratura dos termos de consentimento informado, é inegável que seu fundamento pode ser extraído da própria Constituição, ainda que de modo implícito, o que enseja reconhecer que embora não característico da concepção de autonomia clássica do direito civil tradicional, cada indivíduo deve ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre sua própria vida reprodutiva, sem interferências do Estado ou de terceiros, à luz da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da liberdade.

Referências

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principlista da Relação Médico-Paciente*. 1999. 139 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999.

ANDANDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. In: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜKLENK, Udo (Orgs.). *Ética em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Tradução de Ana Terra Mejia Munhoz, Débora Diniz e Lara de Paula. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLivres e Editora UnB, 2008.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BHUTTA, Zulfiqar A.. Beyond informed consent. *Bull World Health Organ*, Genebra, v. 82, n. 10, 2004, Oct., p. 771-772. Disponível em:

[i_arttext&pid=S004296862004001000013&lng=en&nrm=iso](#)>. Acesso em: 08 Mar. 2009

CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?* Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

COSTA, Sérgio. DINIZ, Débora. Direitos de pacientes na tomada de decisão. In: *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo; Brasiliense, 2006a.

_____. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006b.

_____. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006.

_____; COSTA, Rosely Gomes. Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptionais. In: *Série Anis*, n. 37, Brasília: Letras Livres, 2005.

_____. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, 2003.

_____. Bioética: fascinación y repulsión. *Acta bioethica*, Santiago, v. 8, n. 1, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. In: *Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre*, v. 27, n. 2, 2007.

GOLDIM, José Roberto. *O processo de consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*. In: II Seminário sobre Ética em Pesquisa [recurso eletrônico]: 29/06 – 01/07. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí: UNIVALI, 2004.

HARDY, Ellen; BENTO, Silvana Ferreira; OSIS, Maria José Duarte; HEBLING, Eliana Maria. Consentimento Informado na Pesquisa Clínica: Teoria e Prática. In: *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jul., 2002, p. 409-410.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Civitas: Madrid, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Limites À Autonomia Privada*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 94, v. 839, set., 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.

QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHRAMM, Firmim Roland. A autonomia Difícil. In: *Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

SILVA, Denis Franco da. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípio de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da. Consentir incertezas: o consentimento informado e a (des)regulação das tecnologias de reprodução assistida. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, mar. 2008. p. 527-528.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4 e ano 5, n. 5, Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Sobre o domínio da teoria principialista nas duas primeiras décadas após a consolidação acadêmica da bioética nos anos setenta do século passado, vide DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo; Brasiliense, 2006, p. 25-33.

Sobre o tema é indispensável a leitura de SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Estabelecidos internacionalmente com a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e reiteradas pela de Pequim (Beijing) sobre as mulheres em 1995. Para análise detalhada remete-se: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 237-276.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408.

Id. Ibid., p. 414.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 311.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 409.

SCHRAMM, Firmim Roland. *A autonomia Difícil*. In *Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 31.

SCHRAMM, Firmim Roland. *Op. cit.*, p. 27.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 225.

Id. Ibid., p. 234.

SCHRAMM, Firmim Roland. *Op. cit.*, p. 33.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4 e ano 5, n. 5, Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004, p. 167-174.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005, p. 212.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49-51.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Civitas: Madrid, 1995, p. 87.

FACHIN, Luiz Edson. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Limites À Autonomia Privada*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 42

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 413.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

Id. Ibid., p. 43.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18-19.

Id. Ibid., p. 33.

Da mesma forma ensaia Denis Franco da SILVA que “Quanto às situações de caráter existencial, percebe-se a tendência identificada com um incremento desta autonomia. Já no que se refere a situações de caráter patrimonial, parecem estabelecer-se medidas limitadoras de maior alcance” (O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 142.).

SARMENTO, Daniel (2005). *Op. cit.*, p. 204.

Id. Ibid., p. 207-212.

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principlista da Relação Médico-Paciente*. 1999. 139 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999, p. 87.

BARBOZA, Heloisa Elena. *Op. cit.*, p. 414.

Diniz, Debora; Guilhem, Dirce. *Op. cit.*, p. 40-41.

Id. Ibid., p. 34 e 37. A teoria dos quatro princípios, como também é conhecida a teoria principlista, foi formulada por Tom Beauchamp e James Childress, nos Estados Unidos, e assim foi batizada por fundar-se nos princípios éticos da beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça, considerados “dogmas” na mediação dos conflitos práticos da biomedicina.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994, p. 9.

A primitiva noção de direitos reprodutivos, se é que assim se pode denominar, refletia, nas palavras de Maria Betânia de Melo ÁVILA, “[...] a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação”. Nesse contexto, o atual entendimento desses direitos, em sentido negativo e positivo, deve-se, segundo a autora, a “redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva”, posto que “a concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista

moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres” (*Id. ibid.*, p. 9)

Esclarece Flavia PIOVESAN que os direitos reprodutivos correspondem a uma gama diversificada de casos, como o aborto, o adultério, a esterilização cirúrgica, estupro, dentre outros, ressaltando, por isso, que a “abrangência do tema dos direitos reprodutivos dificulta a pesquisa sistemática” (PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. *Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil*. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, 157). Sustenta, desse modo, que “o conceito de direitos reprodutivos tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 242).

PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 272.

PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 272.

LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões dos Poder Judiciário. In: *Seminário “Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade*. Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1988, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 242.

Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 243.

SARMENTO, Daniel (2007). *Op.cit.*, p. 43-44.

DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro: , 2003, p. 177.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *Op. cit.*, p. 33.

Id. Ibid., p. 33.

DINIZ, Debora. *Op. cit.*, p. 179.

Sobre o caráter relativo dos princípios mediadores - autonomia ou beneficência - da bioética, vide DINIZ, Debora. Bioética: fascinación y repulsión. *Acta bioethica*, Santiago, v. 8, n. 1, 2002, p. 42-43. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2002000100005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 Abr. 2009.

Muito já se especulou sobre a proximidade de edição de uma legislação federal sobre reprodução assistida desde a propositura do primeiro projeto de lei n°. 3.638/1993, do então deputado Luiz Moreira, sem, contudo, ultrapassar-se da iminência de aprovação. A iniciar-se do atraso de quase dez anos para o debate legislativo, se adotarmos o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro como marco temporal, em 1984, até

o período atual, lá se vão mais de vinte anos à espera de atuação do legislativo. Atualmente, o que se encontra em estágio mais avançado é o 1184/2003, proveniente do Senado Federal. Sua versão inicial é de autoria do senador Lúcio Alcântara sob o n.º. 90, de 1999, sendo relator o senador Roberto Requião, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Ver DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006, p. 2; e, BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 242-243.

Em sede de presunção de paternidade, o tema foi parcialmente regulado pelo Código Civil de 2002 no art. 1.597, incisos II, IV e V, enquanto o art. 5º, incisos e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei de Biossegurança, dispõe sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos via fertilização *in vitro* e não aproveitadas no procedimento médico, tendo, inclusive, sido objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI n. 3.510), na qual os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram ser compatível com a Constituição o dispositivo mencionado.

Há variações quanto à terminologia empregada para expressar a prática do consentimento. Na literatura estrangeira, a denominação mais utilizada é consentimento informado, em sua versão inglesa *informed consent*. No Brasil, não há uniformização terminológica adotada pelas resoluções, assim a Resolução do CNS n. 196/1996, que dispõe sobre ética em pesquisa com seres humanos, optou por consentimento livre e esclarecido como forma de apropriação nacional do conceito. No entanto, a Resolução do CFM n. 1.358/1992, que estabelece normas éticas para a prática clínica de reprodução humana assistida, anterior a primeira e mais específica, emprega a denominação de consentimento informado. Considerando o campo eleito como estudo, essa designação será a adotada como expressão genérica dessa prática, documento ou termo de consentimento informado.

Relatam Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA que “ingenuamente se presumia que somente mulheres e homens inférteis, isto é, aquele com restrições físicas de fertilidade buscariam a Medicina Reprodutiva para reproduzir-se”, eis que “a tranquilidade médica inicial de que somente pessoas inférteis seriam elegíveis às técnicas trazia consigo a premissa moral de que somente pessoas heterossexuais em relação de conjugalidade” seriam os usuários dos serviços de reprodução humana assistida. (Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptivas. In: *SérieAnis*, n. 37, Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 1-2).

Neste sentido, Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA concluem que “o potencial de mudança trazido pelas tecnologias reprodutivas quanto à reprodução e à sexualidade tem redundado muitas vezes na afirmação de noções convencionais de gênero” (*Op. cit.*, p. 7).

Id. ibid., p. 1.

Marilena Villela CORRÊA observa que “não é possível falar em mudanças significativas em nossos sistemas simbólicos ligados à filiação, ao parentesco e à família, mesmo porque, ao menos num primeiro momento, elas [as tecnologias

reprodutivas] têm atuado no sentido de respeitar e reforçar esses sistemas”(Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites? Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001).

Nesse sentido, escreve Debora DINIZ que “de avanços tecnológicos no passado, doação de espermatozoides e gestação de substituição passaram a ser vistas como técnicas imorais que ameaçam a estabilidade dos valores heterossexuais no campo da reprodução biológica e social” (Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 186-187).

Heloisa Helena BARBOZA, em obra pioneira sobre o assunto, já alertava que a questão do direito a se ter filhos “não tem natureza meramente teórica, visto que tal definição imporá os rumos que se devam dar à matéria”, argumentando que “se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteira”. (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 37-38.)

Sustenta Eduardo de Oliveira LEITE que “Este ‘direito’ invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. [...] Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este *handicap* e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. [...]” (*Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 356).

Relata Heloisa Helena BARBOZA, com base nos ensinamentos de Encarna Roca i TRÍAS, que já na década de oitenta do século passado, época de expansão no uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, mais precisamente no ano de 1987, em “[...] consulta ao Comitê Diretor dos Direitos Humanos (CDDH) sobre a existência ou não do direito de procriar, mas precisamente sobre a garantia, na Carta Européia, de um direito absoluto de procriar, incluído no direito à vida’, obteve-se uma resposta negativa do Comitê. Nesse sentido, reconhece a autora que “em sentido estrito, nem a Comunidade Européia, nem Declarações e Convênios Internacionais, reconhecem explicitamente o direito de procriação como tal, mas apenas o ‘de fundar uma família’” (Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 780-781). Essa, inclusive, já havia sido a recomendação do Relatório Warnock, primeiro documento de consulta sobre as tecnologias reprodutivas, tido como marco ético para o debate legislativo internacional, produzido em 1984, na Grã-Bretanha, no qual sugere-se “[...] como uma regra geral, é melhor para as crianças nascerem em uma família composta por pai e mãe, apesar de se reconhecer a impossibilidade de determinar-se ou predizer com certeza com certeza quanto tempo tal relacionamento durará”. QUEIROZ, Arryanne. *Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões*. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002, p. 28-29.

BARBOZA, Heloisa Helena (1993). *Op. cit.*, p. 38.

Segundo Debora DINIZ e Rosely Gomes COSTA (2005) “[...] A questão do acesso foi um debate esquecido na América Latina, em especial na última década quando houve um enorme crescimento das clínicas de reprodução assistida”, e complementam que “[...] foi somente com o início do debate legislativo em diferentes países latino-americanos que o tema da elegibilidade foi seriamente enfrentado como uma das questões centrais à regulamentação do uso e acesso às tecnologias” (*Op. cit.*, p. 1.)

Heloísa Helena BARBOZA (1993) já sinalizava, em obra publicada no mesmo ano do início do debate legislativo brasileiro sobre a reprodução assistida, que, diante dos preceitos esculpidos na Constituição de 1988, parece “mais condizente com nossa ordem constitucional o entendimento do Parlamento europeu” (*Op. cit.*, p. 39).

Prevista expressamente no art. 226, parágrafo 4º da Constituição da República de 1988.

Eduardo de Oliveira LEITE entende ser “precipitado e equivocado [invocar o] art. 226, parágrafo 4º do texto constitucional como argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada. Enfim, mulher só. O dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera da proteção estatal, as famílias ‘monoparentais’; em momento algum as reconheceu com vistas a proliferação das mesmas” (*Op. cit.*, p. 356). Registra, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA que “a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece”. (Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 539.)

Aponta Demian Diniz da COSTA que “de uma forma geral, alguns aspectos, ou melhor, algumas causas de monoparentalidade são encontradas em diversas sociedades, tornando-se comum entre diversos países, como, por exemplo, a viuvez, o celibato, o divórcio e a separação”. No entanto, mais a frente, ressalva o autor que “a monoparentalidade planejada merece especial atenção”, como nos casos de adoção e uso de técnicas de reprodução assistida por mulheres solteiras. (*Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, pp. 31, 36 e 45-49).

Conforme a resolução dispõe, somente “[...] podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

Embora haja maior aceitabilidade quanto às mulheres, conforme é possível se depreender dos projetos de lei nºs 1.184/2003, 2.855/1997 e 2.061/2003.

PIOVESAN, Flavia. *Op. cit.*, p. 272.

A interpretação do art. 1º cominado com os artigos 3º, parágrafo único, I e 9º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, de uma vez por todas, superou a restrição conceitual calcada no seu aspecto contraceptivo. Observa, no entanto, Heloisa Helena BARBOZA

(2008) que “[...] à semelhança do verificado em outros países, predominam as ações voltadas para a anticoncepção: as políticas e planos governamentais têm sido notoriamente direcionados para o aspecto negativo do planejamento familiar”. (*Op. cit.*, p. 785)

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

Para Heloisa Helena BARBOZA (2008), o exame do parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, “permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada ‘autonomia reprodutiva’, sendo assegurado o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. (*op. cit.*, p. 783).

Defende Heloisa Helena BARBOZA (2008) que “o reconhecimento do direito à reprodução, em seus aspectos positivo e negativo, não pode conferir-lhe caráter absoluto” (*Op. cit.*, p. 786). Guilherme Calmon Nogueira da GAMA também sustenta que o “[...] direito à reprodução não é absoluto - como nenhum direito fundamental também não o é - e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento” (*Op. cit.*, p. 723).

TEPEDINO, Gustavo (2003-2004). *Op. cit.*, p. 172.

COSTA, Sérgio. DINIZ, Débora. Direitos de pacientes na tomada de decisão. In: *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 44-45.

Vale lembrar que qualquer tratamento, assistência ou pesquisa médica requer a obtenção do termo de consentimento livre e esclarecido.

ANDANDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. In: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜKLENK, Udo (Orgs.). *Ética em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Tradução de Ana Terra Mejia Munhoz, Débora Diniz e Lara de Paula. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLivres e Editora UnB, 2008, p. 47.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004, p. 846.

Id. Ibid., p. 846.

SCHRAMM, Firmim Roland. *Op. cit.*, p. 32.

Worthington R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. *J. Med Ethics*, 2002; 28:377-80, *apud*, ANDANDA, Pamela. *Op. cit.*, p. 50.

ANDANDA, Pamela. *Op. cit.*, p. 49-50.

ALMEIDA, José Luiz Telles. *Op. cit.*, p. 87.

Acrescenta-se que a despeito da alteração da concepção filosófico-jurídica do conceito de autonomia, fatores sociais influenciaram sensivelmente para a modificação do posicionamento do indivíduo submetido a pesquisas/tratamentos, como os atrozes experimentos médicos cometidos pelas forças Nazistas e Japonesas nos prisioneiros e civis na Europa e Ásia durante a 2ª Guerra Mundial; bem como os escândalos que envolveram o Estudo de Sífilis de Tuskegee e outros 22 projetos de pesquisas médicas, cujas irregularidades éticas foi demonstrada num estudo publicado por Beecher. *Beyond informed consent*. Bull World Health Organ, Genebra, v. 82, n. 10, Oct. 2004 . p. 771-772. Disponível em:

d=S004296862004001000013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Mar. 2009.

GOLDIM, José Roberto. *O processo de consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*. In: II Seminário sobre Ética em Pesquisa [recurso eletrônico]: 29/06 – 01/07. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí: UNIVALI, 2004, p. 22-23.

É notória a dificuldade dos legisladores pátrios em tratar habilmente os temas bioéticos – não só relativo ao fenômeno da reprodução assistida e a exigência dos termos de consentimento, em função de ser um terreno movediço e tido por muitos congressistas como prejudiciais à vida política em virtude de ser um domínio, por excelência, de pluralidade moral, aliada ao dinâmico processo que envolve a área da biociência nos avanços e descobertas de invólucro ficcional, criam entre os membros da sociedade um dissenso moral majoritário que as leis e o corpo social sempre tentaram afastar.

Sobre a possível descaracterização na utilização do “Termo de Consentimento Informado, da forma como tem sido utilizado na área assistencial”, e sua comparação “[...]a um Contrato de Adesão, visto que possuem características semelhantes, quais sejam: sujeito ativo e sujeito passivo na relação; capacidade civil das partes; ausência de coerção ou liberdade de aceitação; pré-disposição das cláusulas pelo fornecedor do serviço (médico ou hospital) a serem aderidas pelo paciente; manifestação da vontade do aderente (paciente) sumamente reduzida; uma parte predisponente, considerada forte, e outra aderente, considerada fraca; comprometimento da liberdade contratual”. FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. In: *Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre*, v. 27, n. 2, 2007, p. 81.

ANDANDA, Pamela. *Op. cit.*, p. 52.

Segundo Vera Menegon “A reprodução assistida no Brasil é um campo em organização. Cada clínica é responsável pela formulação do texto de seus documentos e os formulários seguem parâmetros gerais, sem modelos oficiais ou obrigatoriedade de uso”. MENEGON, Vera Mincoff. *Op. cit.*, p. 848.

Id. Ibid., p. 849.

Acerca do tratamento bioético sobre responsabilidade médica e dever de esclarecimento, André Gonçalves Dias PEREIRA conclui que em meio a tal situação de incertezas, é preciso ter em mente que “o princípio da justiça impõe que a responsabilidade médica se mantenha dentro de níveis que visem a preservação dos

standards, em termos técnicos e em termos deontológicos, mas que não extravase para uma conflituosidade estéril que em última análise viole os princípios da justiça distributiva e prejudique os próprios pacientes”. (*O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 94, v. 839, set. 2005, p. 83).

Em pesquisa realizada por Susana Manuela Ribeiro Dias da SILVA, constatou-se que “os textos dos formulários de consentimento informado analisados referem-se, sobretudo, às incertezas dos resultados dos procedimentos associados à execução das tecnologias de reprodução assistida e às probabilidades de ocorrência de um conjunto de situações adstritas a complicações de caráter biológico, muitas vezes classificadas como inerentes às técnicas em causa e/ou ao uso de drogas durante os tratamentos”, de modo que “a compreensão *profana* das incertezas eventualmente originadas pelas aplicações dessas técnicas traduz uma dependência do modelo médico-científico dominante ao ser contextualizada num quadro em que predomina a disseminação da semântica das probabilidades e a naturalização das incertezas dos seus resultados, assim como a orientação ativa para as possibilidades de ocorrência de um conjunto de situações adstritas a complicações de caráter biológico (como as conseqüências eventualmente associadas à estimulação hormonal e, embora raramente, as complicações anestésicas e a gravidez ectópica).” (Consentir incertezas: o consentimento informado e a (des)regulação das tecnologias de reprodução assistida. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, 2008, mar., p. 527-528).

GOLDIM, José Roberto. *Op. cit.*, p. 25.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. *Op. cit.*, p. 79.

BETTI, Emílio. *Op. cit.*, p. 236.

**O DIREITO DOS PACIENTES TRANSEXUAIS À REALIZAÇÃO DE
CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO PELO SISTEMA ÚNICO DE
SAÚDE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

**THE RIGHT OF TRANSEXUAL PATIENTS TO TO PERFORM THE SEX-
REASSIGNMENT SURGERY IN THE HEALTH SYSTEM AS A FORM OF
EXERCISE THEIR RIGHT OF PERSONALITY**

Roberta Lemos

RESUMO

O progresso científico altera paradigmas e, constantemente, instiga a comunidade jurídica a pensar sobre as novas possibilidades que surgem com ele. O transexualismo é fenômeno complexo capaz de refletir modificações sociais e culturais da identidade sexual e a cirurgia de transgenitalização é considerada, pela comunidade médico-científica, a única possibilidade de cura. O presente trabalho defende o direito dos transexuais de realizarem a cirurgia de transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde, sendo este direito uma forma de exercício da personalidade, uma vez que a manutenção do sexo anatômico em desconformidade com o gênero experimentado pelo indivíduo é fonte de extremo sofrimento e obstáculo intransponível a uma vida plena.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TRANSEXUALISMO; CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO; SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE; DIREITO FUNDAMENTAL.

ABSTRACT

Scientific progress changes paradigms and, constantly, encourages the legal community to think about the new possibilities that arise with it. Transsexualism is a complex phenomenon able to reflect sexual identity's social and cultural modifications and the sex-reassignment surgery is considered, by the medical-scientific community, the only possibility of healing. This paper supports the right of transsexuals to perform the sex-reassignment surgery in the Health System, which is a form of exercise their right of personality, since the maintenance of anatomical sex at variance with the gender experienced by the individual is a source of extreme suffering and insurmountable obstacle to a full life.

KEYWORDS: KEYWORDS: TRANSSEXUALISM; SEX-REASSIGNMENT SURGERY; HEALTH SYSTEM; FUNDAMENTAL RIGHT.

Introdução

A transexualidade é uma condição de desconformidade entre a genitália externa e caracteres sexuais secundários e a identificação pessoal e configuração psicossocial da pessoa humana. Em outras palavras, a pessoa possui um corpo pertencente a um sexo e uma mente pertencente a outro sexo.

Ocorre que o transexualismo é, comprovadamente, uma patologia (CID-10 F64.0), inclusive já reconhecida pela Organização Mundial da Saúde[1] como um transtorno de identidade de gênero, necessitando, portanto, ser tratada com respeito e seriedade como qualquer outra, especialmente diante da condição de intenso sofrimento experimentada por aqueles que nascem com esta doença.

1. Transexualismo: uma patologia.

De acordo com o Dicionário Médico Ilustrado Dorland[2], transexualismo é conceituado como

“um distúrbio da identidade de gênero no qual a pessoa afetada tem um desejo dominador de mudar o sexo anatômico, originado da convicção fixa de que ele ou ela é um membro do sexo oposto; essas pessoas muitas vezes procuram tratamento hormonal e cirúrgico para trazer a sua anatomia à conformidade com a sua crença (...)”

O transexual apresenta uma intensa vontade de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto, acompanhada, geralmente, do desejo de fazer com que seu corpo seja o mais próximo possível daquele que se sonha, seja por cirurgia seja por tratamento hormonal. Diante disso, sobrepõe a importância da legalidade da cirurgia como “um grande passo para o equilíbrio emocional e a felicidade de milhares de seres humanos carentes de um direito elementar de cidadania: ser fisicamente o que são existencialmente” [3]. No Brasil, no entanto, ainda não existe regulamentação normativa a respeito da cirurgia de transgenitalização, o que torna ainda mais relevante o debate a respeito desta realidade social. Contudo, mesmo diante da ausência de posituação, os aplicadores do Direito não podem se furtar a apresentar uma solução para esta questão, quando a mesma lhes for demandada, uma vez que de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

As cirurgias de transgenitalização, apesar de não regulamentadas por lei específica, são realizadas no Brasil, pois permitidas pela Resolução 1652/2002 do Conselho Federal de Medicina, por considerá-las como técnicas terapêuticas, desde que atendidos os seguintes requisitos:

“Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.”[4]

É importante salientar que o transexual não deve, em nenhuma hipótese, ser confundido com o homossexual ou com o travesti. Tanto o homossexual quanto o travesti encontram-se satisfeitos com o próprio sexo, característica não encontrada nos transexuais, muito pelo contrário. Os transexuais apresentam um alto nível de conflito sexual e de gênero, com profundos transtornos emocionais, a ponto de considerarem sua genitália como fonte de desconforto, nojo, rejeição e raiva[5]. A homossexualidade, por sua vez, é uma questão de definição de com quem se prefere fazer sexo ou se envolver afetivamente, no caso, com pessoas do mesmo sexo[6]. O travestismo, em geral, é um comportamento que pode durar toda uma existência e que consiste em uma dependência do ato de vestir-se com roupas do outro sexo em privacidade ou em público. A maioria dos travestis são abertamente heterossexuais: sentem-se como homens e sabem que são homens, tanto que muitos se casam e constituem famílias. Mas alguns podem ser bissexuais latentes, pois especialmente quando estão travestidos, reagem de forma homossexual às atenções de outro homem heterossexual[7]. A diferença encontrada no transexual é que este “acredita insofismavelmente pertencer ao sexo contrário a sua anatomia e, por isso, se transveste. Para ele, a operação de mudança de sexo é uma obstinação.” [8]

Edvaldo Souza Couto[9] explica que

"existem diferentes conceitos de transexualidade. Eles têm em comum a incompatibilidade da conformação genital com a identidade psicológica no mesmo

indivíduo. O transexual é aquele que recusa totalmente o sexo que lhe foi atribuído civilmente. Identifica-se psicologicamente com o sexo oposto, embora biologicamente não seja portador de nenhuma anomalia. Geralmente possui genitália perfeita, interna e externa, de um único sexo mas a nível psicológico responde a estímulos de outro. Costumam considerar-se um 'erro da natureza'. Segundo a Associação Paulista de Medicina, transexual é o indivíduo com identidade psicosexual oposta a seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança destes. Neste quadro, as principais características da transexualidade são: a) a convicção de pertencer a outro sexo; b) aversão pelos atributos genitais dados pela natureza e c) o interesse pela adequação dos genitais."

2. A cirurgia de transgenitalização é a única saída?

A transexualidade é considerada um fenômeno complexo, uma patologia reconhecida pela Organização Mundial de Saúde caracterizada por uma não-conformidade entre sexo e gênero, geradora de um transtorno de identidade. Pode-se afirmar que a fundamentação deste fenômeno na atualidade encontra-se em dois dispositivos distintos. O primeiro diz respeito ao avanço da biomedicina na segunda metade do século passado, especialmente o avanço relativo a técnicas cirúrgicas e terapias hormonais, o que torna o desejo de adequação sexual uma realidade concreta. O segundo refere-se à forte influência da sexologia na construção da noção de identidade de gênero como sendo uma construção sociocultural, e não natural ou biológica[10].

As primeiras cirurgias de transgenitalização foram realizadas por volta da década de 20 do século XX, na Alemanha e na Dinamarca. A primeira cirurgia de que se tem notícia foi realizada em 1921 por Feliz Abraham em "Rudolf", considerado o primeiro transexual redefinido. Mas somente com a cirurgia realizada em um jovem de 28 anos chamado George Jorgensen, ex-soldado do Exército norte-americano, este procedimento veio a público, provocando um imenso interesse por parte de uma série de estudiosos da área da medicina em geral[11].

Resta claro que as cirurgias de transgenitalização abalam "categorias jurídicas que pareciam imutáveis, exigindo exaustivo e tormentoso trabalho de harmonização entre o direito e as exigências sociais e morais (...)" [12]. No entanto, não se pode fechar os olhos para o sofrimento de indivíduos que não conseguem aceitar o seu sexo biológico, uma vez que este não corresponde ao sexo que estes acreditam e sentem possuir.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, conforme tendência internacional aprovou, por meio da Resolução 1482 de novembro de 1997[13], a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo em hospitais públicos universitários no Brasil, mas apenas a título experimental.

Esta Resolução compreendia a cirurgia de transgenitalização como "intenção de beneficência", tomando por base dois princípios: o primeiro, essencialmente

terapêutico, busca a integração entre o corpo e a identidade sexual psíquica do interessado; o segundo concerne ao princípio de autonomia e ao princípio de justiça[14].

A partir do início da década de 50 do século XX, a propagação de novas e aprimoradas descobertas científicas e biológicas gerou questionamentos de ordem moral que buscaram respostas na forma de princípios éticos que objetivavam traçar limites à pesquisa e ciência biomédicas como forma de preservação da pessoa humana[15]. Assim, em 1978 foram apresentados no Relatório Belmont três princípios éticos básicos: o princípio da beneficência, o princípio da autonomia e o princípio da justiça.

Vicente de Paulo Barretto[16] explica, com clareza, o significado de cada um desses princípios:

“O princípio da beneficência deita suas raízes no reconhecimento do valor moral do outro, considerando-se que maximizar o bem do outro, supõe diminuir o mal; o princípio da autonomia estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade da pessoa humana, representando a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser resguardada; o princípio da justiça ou da equidade estabelece, por fim, que a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal.”

No que respeita ao princípio da autonomia (respect for persons), o Relatório Belmont[17] estabelece que este incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: que indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos e que as pessoas com autonomia diminuída têm direito à proteção. Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre suas metas pessoais e de agir segundo essa deliberação. Respeitar a autonomia é dar importância às opiniões e escolhas das pessoas consideradas autônomas. A falta de respeito a um indivíduo autônomo demonstra-se tanto no repúdio aos seus julgamentos, quanto no não reconhecimento de sua liberdade para agir em conformidade com estes.

Pessoas são tratadas de maneira ética não apenas respeitando suas decisões ou protegendo-as de qualquer mal, mas também por esforços a fim de assegurar seu bem-estar. Este é o fundamento do princípio da beneficência, conforme o Relatório Belmont. Duas regras gerais foram formuladas como expressões complementares das ações beneficentes: a) não causar o mal e b) maximizar possíveis benefícios e minimizar possíveis males.

O princípio da justiça, por sua vez, é compreendido no sentido de justiça na distribuição ou de merecimento, de acordo com o Relatório Belmont. Uma injustiça ocorre quando um benefício ao qual uma pessoa tem direito lhe é negado sem uma boa razão ou quando alguma obrigação lhe é imposta indevidamente. Outra forma de compreender o princípio da justiça é por meio do entendimento de que iguais devem ser tratados igualmente. Faz-se necessário, no entanto, explicar em que medida as pessoas devem ser tratadas igualmente. Há várias fórmulas justas e amplamente aceitas de distribuir riscos e benefícios. Estas fórmulas são: a) para cada pessoa uma parte igual; b) para

cada pessoa de acordo com sua necessidade individual; c) para cada pessoa de acordo com seu esforço individual; d) para cada pessoa de acordo com sua contribuição social, e e) para cada pessoa de acordo com seu mérito.

Vicente de Paulo Barretto[18] percebe, portanto, que

“(…) os três princípios correspondem a momentos e perspectivas subseqüentes na evolução da bioética, e em consequência do biodireito: o momento e a perspectiva do médico em relação ao paciente; o momento e a perspectiva do paciente que se autonomiza em relação à vontade do médico; e, finalmente, o momento e a perspectiva da saúde do indivíduo na sua dimensão política e social.”

A Resolução 1482/97, portanto, proclamava claramente os três princípios da bioética, uma vez que considerava a cirurgia de transgenitalização um ato de beneficência, por meio do exercício de disposição do próprio corpo, como representação da autonomia do indivíduo, e pela não-discriminação no pleito à cirurgia, como representação da justiça[19].

Em 2002, a Resolução 1482/97 foi revogada pela Resolução 1652[20], a qual, considerando o estágio de seleção e tratamento dos casos de transexualismo e o bom resultado estético funcional das neocolpovulvoplastias e/ou procedimentos complementares, resolve que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais público ou privados, independentemente da atividade de pesquisa, deixando, assim, de ser um procedimento médico experimental. No caso da neofaloplastia e/ou procedimentos complementares, a realização se manteve condicionada à prática em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa.

A previsão da cirurgia pelo Conselho Federal de Medicina baseia-se no princípio terapêutico. O princípio terapêutico seria “o tratamento do desvio psicológico permanente de identidade sexual do transexual, considerado doença e somente curável com a cirurgia.” [21] O princípio terapêutico, portanto, retira a antijuridicidade da cirurgia, considerando que o art. 199 § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil permite remoção de órgãos para fins de tratamento. Esta previsão somada à possibilidade, estabelecida no art. 13 do Código Civil, de disposição do próprio corpo, por exigência médica, mesmo que importe diminuição permanente da integridade física legitimam a cirurgia de transgenitalização, como forma de exercício do direito da personalidade.

Resta comprovado cientificamente que a psicoterapia não alterará a profunda incongruência entre o sexo biológico objetivo e a identidade de gênero subjetiva de um transexual[22]. Assim, não é possível alterar a mente para se adequar ao corpo. A única solução para este dilema é modificar o corpo para que este encontre adequação à mente e isso somente é possível por meio de tratamento hormonal e cirúrgico.

3. O fundamento constitucional da cirurgia de transgenitalização.

Em agosto de 2007, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região[23], em decisão unânime, concedeu prazo de 30 dias para que o Sistema Único de Saúde incluísse em sua lista de procedimentos cirúrgicos, a cirurgia de transgenitalização. A questão foi objeto de uma ação civil pública (AC 2001.71.00.026279-9/TRF[24]) movida pelo Ministério Público Federal contra a União, pois segundo o Ministério Público Federal, disponibilizar a cirurgia para transexuais pelo Sistema Único de Saúde é um direito constitucional, que abrange os princípios do respeito à dignidade humana, à igualdade, à intimidade, à vida privada e à saúde.

A União, no entanto, posicionou-se contrária ao pedido, sob o argumento de que a cirurgia tinha caráter experimental e era realizada apenas em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa. Além disso, a União afirmou que o assunto era controvertido, em razão do questionamento da legalidade de tal procedimento cirúrgico e garantiu a inexistência de discriminação sexual, mas sim impossibilidade de recursos orçamentários a demandas individualizadas. Em primeira instância, a ação foi extinta sem o julgamento do mérito sob argumento de impossibilidade jurídica do pedido. O Ministério Público Federal apelou ao Tribunal Regional Federal e o relator do caso, o juiz federal Roger Raupp Rios, convocado para atuar como desembargador, formulou decisão[25] condenando a União a promover todas as medidas necessárias para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme os critérios estabelecidos na Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina.

Em vez de se limitar a uma abordagem médica da transexualidade, o juiz considerou também a relevância de uma abordagem social, uma vez que cada uma destas abordagens apresenta implicações não só para a compreensão da transexualidade, mas também para a concretização dos direitos fundamentais.

De acordo com suas palavras:

“A abordagem biomédica é, historicamente, predominante neste campo. Todavia, como será visto logo a seguir, ela não é a única perspectiva existente; é imperiosa a consideração de uma perspectiva social (que diz respeito ao conteúdo e à forma das relações sociais, cujo desvendamento só se tornou possível a partir da noção de gênero), sob pena de emprestar-se solução jurídica incorreta quanto à interpretação sistemática do direito e à força normativa da Constituição. Com efeito, a força normativa da Constituição, como método próprio de interpretação constitucional, exige do juiz, ao resolver uma questão de direitos fundamentais, adotar a solução que propicie a maior eficácia jurídica possível das normas constitucionais, conforme lição de Konrad Hesse (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: SAF, 1998). É, portanto, diante deste princípio de hermenêutica constitucional que se revela imprescindível a consideração de uma abordagem social da transexualidade, ao

lado da biomédica, a fim de que se alcance uma solução jurídica constitucionalmente adequada para este litígio.”[26]

O juiz explica que a análise da controvérsia pode ser efetuada a partir de duas perspectivas jurídicas: via direito à saúde e via direito à auto-determinação da identidade sexual, sendo esta última informada pelos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da proteção à dignidade humana.

Com relação ao direito à saúde, o eminente relator defendeu que a força normativa da Constituição exige que se adote a compreensão que maior eficácia garantir aos direitos fundamentais e que o direito à saúde deve ser concretizado a partir da perspectiva da liberdade, da igualdade e da proteção da dignidade humana. Assim, pode-se entender que, considerando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e que, portanto, todos devem ter acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme estabelece o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, não há razão para não incluir os procedimentos cirúrgicos de transgenitalização na tabela do Sistema Único de Saúde, visando à cura de indivíduos que sofrem de desvio de identidade de gênero.

Como bem lembra Maria Berenice Dias, a Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua saúde como o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social. “Esse bem-estar, se conseguido no coletivo, seria a volta do paraíso na terra, utopia desejada, mas raras vezes alcançada. Em nível individual, quando acontece, costuma levar o nome simples e globalizante de felicidade” [27].

Decisão diferente desta seria contrária ao princípio da igualdade, uma vez que, como bem esclarece Daniel Sarmento[28]

“A idéia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes. Daí exsurge a preocupação especial com os grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como os afrodescendentes, as mulheres, os pobres e os homossexuais. A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte.”

Apesar de não haver referência direta aos transexuais, não resta dúvida quanto ao fato de que estes constituem uma minoria submetida a uma série de tratamentos discriminatórios em sua vida social, pessoal, profissional. No entanto, não se pode

admitir que a discriminação chegue ao ponto de ser-lhes negado - pelo Estado - o único tratamento eficaz contra sua doença: a cirurgia de transgenitalização.

Deve-se ressaltar que, além de o Preâmbulo da Constituição de 1988 defender “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, IV é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Considerando, portanto, serem disponibilizadas pelo Sistema Único de Saúde cirurgias de transgenitalização em casos de lesão grave na genitália a pacientes que não são transexuais, não há razão constitucionalmente legítima para não assegurar aos pacientes transexuais a mesma cirurgia. Qual seria o fundamento médico, social ou constitucional que justificaria tal discriminação? Não há. Não há fundamento para justificar a discriminação de tratamento baseando-se na diferença – de fato existente – entre uma lesão grave na genitália e o transexualismo.

Como bem afirmou o juiz federal Roger Raupp Rios em sua decisão

“Com a devida vênia, este raciocínio é equivocado: o fato relevante é que se trata de doenças (diversas, que sejam) que exigem, medicamente, os mesmos procedimentos cirúrgicos: neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. Ou seja, ao invés de diversidade de situações, há identidade: diante de quadros doentios, deve-se dispensar o mesmo tratamento médico, uma vez que este é o tratamento adequado e recomendado. O que não teria sentido é querer prover a doença, seja qual for, com tratamento inapropriado. Os juízos de igualdade e de desigualdade, conforme a dimensão material do princípio da isonomia, exigem tratamento igual a situações que apresentam semelhança relevante. Eis a semelhança relevante: ambas são situações de doença cuja prescrição médica é o mesmo tratamento.”[29]

Além de violação ao direito à igualdade e de ofensa à proibição de tratamento discriminatório por motivos de sexo, a negativa da União em não oferecer pelo Sistema Único de Saúde cirurgias de transgenitalização para pacientes transexuais viola direito fundamental de liberdade, abrangendo direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Marcelo Novelino Camargo[30] esclarece que a dignidade da pessoa humana “constitui-se no núcleo axiológico da Constituição, tendo sido colocada ao lado de outros fundamentos compreendidos como os valores primordiais que compõem a estrutura do Estado brasileiro e que, por essa razão, em nenhum momento podem ser colocados de lado”.

É interessante perceber que a judicialização da discussão sobre direito à saúde em casos de transexualismo reflete a condição de vulnerabilidade experimentada pelos transexuais. Esses indivíduos encontram-se sujeitos à permanente violação de direitos fundamentais, fato este que demonstra a necessidade de se resgatar, o quanto antes, a

universalidade do acesso e a integralidade da proteção como princípios éticos do Sistema Único de Saúde e como direitos constitucionais que devem ser respeitados por todos[31].

4. A alteração do registro civil como condição para o exercício pleno da personalidade

Não se pode olvidar que a alteração de registro civil do transexual, seja este operado ou não, é questão de extrema relevância, pois é o único meio capaz de permitir um exercício pleno de sua personalidade, por meio de sua interação social e de seu desenvolvimento profissional. A experiência do Hospital da Universidade Federal do Rio de Janeiro[32] demonstra que um dos grandes problemas sociais enfrentados por estes indivíduos é a falta de correspondência entre seu nome civil e sua aparência física, uma vez que situações constrangedoras tornam-se inevitáveis.

Arán, Zaidhaft e Murta[33] consideram

a possibilidade de mudança de nome como sendo um processo fundamental na construção e redefinição do gênero. Não tem sentido o reconhecimento do tratamento cirúrgico e das modificações corporais se estas não forem acompanhadas pela mudança do registro civil.

Infelizmente, os tribunais brasileiros divergem quanto à possibilidade de alteração no registro civil, seja de transexuais operados ou não. Para ilustrar, seguem algumas decisões, tanto em um sentido como no outro:

EMENTA: REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. ALTERAÇÃO DO PRENOME. CABIMENTO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA, COM POSSIBILIDADE DE EVENTUAL CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. MUDANÇA DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA MOMENTÂNEA. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ATÉ QUE SEJA JULGADA A OUTRA AÇÃO ONDE A PARTE PEDE QUE O ESTADO FORNEÇA O TRATAMENTO CIRÚRGICO. AVERBAÇÃO DA MUDANÇA. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Possibilidade de antecipação de tutela caso fique demonstrado descompasso do nome de registro com o nome pelo qual é conhecido na sociedade, devendo ser realizada ampla produção de prova. 4. Descabe sobrestar o curso do processo enquanto a questão da identidade social do autor não ficar esclarecida. 5. Concluída a fase cognitiva e apreciada a antecipação de tutela, é cabível determinar o sobrestamento do processo até que seja realizada a cirurgia para a transgenitalização, quando, então, o autor deverá ser submetido a exame pericial para verificar se o registro

civil efetivamente não mais reflete a verdade. 6. Há, portanto, impossibilidade jurídica de ser procedida a retificação do registro civil quando ele espelha a verdade biológica do autor, mas, diante da perspectiva do tratamento cirúrgico, essa impossibilidade torna-se momentânea, o que justificará, plenamente, o sobrestamento do processo. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 70026211797, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 18/02/2009).

EMENTA: RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma "genitália" com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntarie, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não têm o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (Apelação Cível nº 1993.001.06617, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 18/03/1997).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 05/04/2006).

Acredita-se que apenas a educação e o acesso à informação são capazes de transformar profundamente uma coletividade. Assim, espera-se que os tribunais brasileiros, acompanhando a evolução e as demandas da sociedade, sejam capazes de colocar de lado uma já ultrapassada rigidez formalista e de abrir espaço para a verdadeira aplicação da dignidade da pessoa humana, garantindo a estes indivíduos tão

sofridos e marginalizados a esperança de uma existência melhor, alcançada pela simples alteração de seu registro civil.

Conclusão

Considerando ser a transexualidade um distúrbio de identidade sexual, no qual o indivíduo necessita alterar a designação sexual, sob pena de graves conseqüências para sua vida, dentre as quais se destacam o intenso sofrimento, a possibilidade de automutilação e de suicídio, nada mais justo e humano do que permitir a realização da cirurgia de transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde, uma vez que esta é curativa e não um capricho. A bioética serve para a preservação do ser humano e seus princípios devem atender às necessidades de justiça, de bem-estar e de respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente por meio da aplicação de técnicas científicas capazes de curar um indivíduo.

Além disso, é importante ressaltar que o direito à saúde constitui mínimo existencial, ou seja, é direito mínimo imprescindível a uma vida digna e, por isso, não pode estar submetido à “reserva do possível”, assim não prepondera a justificativa de que não haveria previsão orçamentária específica. O transexualismo trata-se de patologia apenas curável por meio da cirurgia, único caminho para pôr fim ao sofrimento de pertencer a um corpo não reconhecido como próprio.

A República Federativa do Brasil fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, o que significa dizer que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a pessoa como seu centro e como seu fim. Assim, uma vez que a interpretação da Constituição deve estar sempre dirigida a garantir a plena aplicabilidade e efetividade das suas normas, não se pode admitir que o direito à saúde, direito constitucionalmente assegurado a todos e garantidor da dignidade humana - uma vez que ninguém sem saúde pode viver com dignidade - seja negado aos transexuais por motivos preconceituosos e incapazes de encontrar fundamentação nos valores supremos que norteiam (ou deveriam nortear) as decisões que atingem a coletividade brasileira.

Referências Bibliográficas

Ação Civil Pública 2001.71.00.026279. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200171000262799&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1

ANDRADE, Gabriela de Deus. Transexualidade – alguns aspectos jurídicos in *Juris Poiesis: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano 7, nº1, 2004.

ARÁN, Márcia. *A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero*. *Ágora*, jun. 2006, vol.9, no.1. Disponível em

http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982006000100004&lng=pt&nrm=iso

ARÁN, Márcia; LIONÇO, Tatiana. Mudança de Sexo: uma questão de justiça para a saúde in *Série Anis*, Brasília: Letras Livres, nº 53, janeiro 2008. Disponível em http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa53_aranlionco_transexualismo.pdf

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito in *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de. BARRETTO Vicente de Paulo (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Bioética e Direito. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br>

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em http://www.symposion.com/ijt/benjamin/chap_02.htm.

CARDOSO, Fernando Luiz. Inversões do papel de gênero: "drag queens", travestismo e transexualismo. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 18, n. 3, Dec. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/prc/v18n3/a17v18n3.pdf>.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana in *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 120.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 140.

Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. Disponível em <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>.

COUTO, Edvaldo Souza. *Transexualidade: o corpo em mutação*. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

DORLAND. *Dicionário Médico Ilustrado Dorland*. São Paulo: Manole, 1999

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Relatório Belmont. Disponível em <http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/belmont.html>

Resolução 1482/1997 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php

Resolução 1652/2002 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132-133.

[1] Disponível em <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso em 01.05.09.

[2] DORLAND. *Dicionário Médico Ilustrado Dorland*. São Paulo: Manole, 1999.

[3] COUTO, Edvaldo Souza. *Transexualidade: o corpo em mutação*. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999, p. 20.

[4] Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm. Acesso em 30.04.09.

[5] CARDOSO, Fernando Luiz. Inversões do papel de gênero: "drag queens", travestismo e transexualismo in *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 18, n. 3, Dec. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/prc/v18n3/a17v18n3.pdf>. Acesso em 02.05.09.

[6] Idem.

[7] BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em http://www.symposion.com/ijt/benjamin/chap_02.htm. Acesso em 02.05.09.

[8] CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 140.

[9] COUTO, op. cit, p. 26.

[10] ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora*, jun. 2006, vol.9, no.1. Disponível em

http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982006000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 28.04.09

[11] Idem.

[12] BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito in *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de. BARRETTO Vicente de Paulo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57.

[13] Disponível em http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php Acesso em 01.05.09.

[14] ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora*, jun. 2006, vol.9, no.1. Disponível em

http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982006000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 28.04.09

[15] BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos in Teoria dos Direitos Fundamentais. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 404.

[16] *Idem*, p. 405.

[17] Disponível em <http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/belmont.html> Acesso em 02.05.09.

[18] BARRETTO, op. cit., p. 405.

[19] ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em 28.04.09.

[20] Disponível em http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php Acesso em 01.05.09.

[21] ANDRADE, Gabriela de Deus. Transexualidade – alguns aspectos jurídicos in *Juris Poiesis*: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 7, nº1, 2004, p. 109.

[22] ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo Masculino. In Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia, vol. 45, nº 4, agosto 2001. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302001000400014 Acesso em 02.05.09

[23] Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/noticias/noticia_detalhes.php?id=5501 Acesso em 30.04.09.

[24] Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200171000262799&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1 Acesso em 02.05.09.

[25] A decisão do juiz federal Roger Raupp Rios foi suspensa no mês de dezembro de 2007 pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet. No entendimento da Ministra, o papel do Poder Judiciário não deve ser o de decidir sobre alocação de recursos do SUS. Em razão do princípio da separação dos Poderes, esta definição cabe ao Poder Executivo e, de acordo com as leis 8.080/1990 e 8.142/1990, toda ação em saúde deve ser discutida com a sociedade civil organizada nos conselhos de saúde. Na opinião da Ministra, enquanto não há posicionamento do Poder Executivo

a respeito da transexualidade, compete ao Judiciário julgar, em casos concretos, quando o Sistema Único de Saúde deve ou não pagar as cirurgias de transgenitalização. De acordo com a Ministra, decidir por vias da justiça que o sistema público de saúde arque com todas as cirurgias de transgenitalização sem destinação orçamentária específica onerará os cofres públicos.

[26] RIOS, Roger Raupp. AC 2001.71.00.026279-9/TRF.

[27] DIAS, Maria Berenice. Bioética e Direito. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br> Acesso em 02.05.09.

[28] SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132-133.

[29] RIOS, Roger Raupp. AC 2001.71.00.026279-9/TRF.

[30] CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana in Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 120.

[31] ARÁN, Márcia; LIONÇO, Tatiana. Mudança de Sexo: uma questão de justiça para a saúde in Série Anis, Brasília: Letras Livres, nº 53, janeiro 2008. Disponível em http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa53_aranlionco_transexualismo.pdf Acesso em 03.05.09.

[32] ARÁN, Marcia; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva in Psicologia & Sociedade. Porto Alegre, v. 20, n. 1, Abril 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 28.04.09.

[33] Idem.

BIOPIRATARIA: FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

BIOPIRATERÍA: FALTA DE LEGISLACIÓN ESPECÍFICA Y LAS CONSECUENCIAS PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

**Victor Hugo Tejerina Velázquez
Renato Franco Pacanaro**

RESUMO

A gigantesca biodiversidade do Brasil de um lado; a inexistência de políticas para a sua tutela, pesquisa e aproveitamento econômico, de outro, fazem do país um dos principais destinos da biopirataria. Este fenômeno não é recente. Tal riqueza produz uma nova corrida em busca de matérias primas para a produção de medicamentos e cosméticos. A falta de legislação específica faz com que, por um lado investimentos sejam deixados de lado por parte das empresas sérias e por outro não há modos de combater a biopirataria como forma clandestina de levar esses recursos indevidamente para fora do país. Com isso deixa-se de arrecadar milhões por Propriedade Intelectual. O presente artigo não busca esgotar a temática, deveras complexa e atual, e sim apontar em breve estudo a polêmica que rodeia o acesso ilegal à biodiversidade brasileira. Essa, por sinal, a mais rica do planeta. Como punir o biopirata se não existe legislação específica para tanto? Como proteger aquilo que pouco conhecemos? Por que investe-se tão pouco para catalogar sistematicamente a flora e fauna brasileiras? Essas e outras questões são abordadas no decorrer deste trabalho. A quantidade imensurável de plantas, animais, minerais e microorganismos, levados das florestas brasileiras para bancos de germoplasma ao redor do mundo, faz-nos refletir sobre a preservação da biodiversidade nacional. O significado dessa biodiversidade está intimamente relacionado com a variedade de seres que compõem a vida na Terra. Há ausência de clareza na regulamentação sobre a biodiversidade brasileira. A proteção jurídica da biodiversidade brasileira só apareceu com a Constituição Federal de 1988, art. 225, §1º, II, sendo a primeira norma a tutelar a biodiversidade. Em 1990, o Governo Federal editou dois atos normativos: o Decreto N.º 98.830, de 15 de janeiro de 1990 e a Portaria do Ministério da Ciência e Tecnologia, N.º 55, de 14 de março de 1990 que dispõem sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil. A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), é um dos principais resultados da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - CNUMAD (Rio 92), realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992. A CDB é um dos mais importantes instrumentos internacionais relacionados ao meio-ambiente. Somente em 1994 foi introduzido o conceito de biodiversidade no ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto Legislativo N.º 02, de 02 de fevereiro de 1994, do Congresso Nacional, que ratificou a CDB. Até então não havia surgido a discussão sobre a possibilidade das empresas estrangeiras obterem o patenteamento de produtos criados a partir de plantas e animais obtidos no Brasil. Foi com a aprovação da Lei de Patentes que a discussão tornou-se atual. A Lei N.º 9.279/96, apesar de proibir o patenteamento de seres vivos, per si, abriu a possibilidade do patenteamento de processos biotecnológicos a partir de

plantas e animais, sem qualquer contraprestação econômica ou tecnológica. O Brasil, como o país com a maior diversidade biológica do mundo, foi um dos primeiros a assinar a CDB. A Medida Provisória n.º 2.186-16, de 2001, instituiu as regras para o acesso a componentes do patrimônio genético e a conhecimentos tradicionais associados, cuja coordenação está a cargo do Ministério do Meio Ambiente (MMA), através do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) — criado em 2002. Realizar um inventário é um ponto importante que deve ser estimulado mais amplamente, sendo que as próprias comunidades se esforçariam para alimentar o banco de dados com informações. Quiçá outra alternativa viável seria a chamada incorporação vertical à pesquisa do conhecimento popular com a conseguinte participação de royalties.

PALAVRAS-CHAVES: BIOPIRATARIA – BIODIVERSIDADE – PROPRIEDADE INTELECTUAL – BIOTECNOLOGIA – SETORES EMERGENTES – POLÍTICAS INDUSTRIAL E DE INOVAÇÃO

RESUMEN

La gigantesca biodiversidad del Brasil de un lado; a inexistência de políticas para su tutela, investigación y desarrollo humano y aprovechamiento económico, de outro, hacen Del país uno de los principales destinos de la biopiratería. Este fenómeno no es reciente. Tal riqueza produce una nova corrida en busca de materias primas para la producción de medicamentos y cosméticos. La falta de legislación específica hace com que, por um lado inversiones sean dejados de lado por parte de las empresas serias y por otro no haya modos de combatir la biopiratería como forma clandestina de llevar esos recursos indebidamente para fuera del país. Com eso se deja de recaudar millones por derechos de Propiedad Intelectual. El presente artículo no busca agotar el asunto, por cierto complejo y actual, y apenas señalar en breve estudio la polémica que rodea el aceso ilegal a la biodiversidad brasileña. Esa, sin duda, la mas rica del planeta. Como punir al biopirata si no existe legislación específica para reprimir esas conductas? Como proteger aquello que poco conocemos? Por qué las inversiones son tan escasas para la catalogación sistemática de la flora y fauna brasileñas? Estas u otras cuestiones son abordadas a lo largo de este trabajo. La cantidad inmensurable de plantas, animales, minerales y microorganismos, retirados de las florestas brasileñas para bancos de germoplasma alrededor del mundo, nos hace la urgencia de preservar la biodiversidade nacional. El significado de esa biodiversidad está intimamente relacionado com la variedad de seres que componen la vida em la Tierra. Hay ausencia de claridad em la reglamentación sobre la biodiversidad brasileña. La protección jurídica de la biodiversidad brasileña solo apareció con la Constitución Federal de 1988, art. 225, §1º, II, siendo la primera norma que tutela a biodiversidad. En 1990, el Gobierno Federal dictó dos actos normativos importantes: el Decreto N.º 98.830, de 15 de enero de 1990 y la “Portaria” del Ministerio de Ciencia y Tecnología, N.º 55, de 14 de marzo de 1990, que disponen sobre la colecta, por extranjeros, de datos y materiales científicos en el Brasil. La Convención sobre Diversidad Biológica (CDB), es uno de los principales resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo - CNUMAD (Rio 92), realizada en Rio de Janeiro, en junio de 1992. La CDB es uno de los más importantes instrumentos internacionales relacionados al médio ambiente. Solamente en 1994 fue introducido el concepto de biodiversidad en el

ordenamiento jurídico brasileño, através del Decreto Legislativo N.º 02, de 02 de fevereiro de 1994, del Congreso Nacional, que ratifico la CDB. Hasta entonces no había surgido la discusión sobre la posibilidad de las empresas extranjeras obtener la patente de productos creados a partir de plantas y animales retirados del Brasil. Con la aprobación de la Ley de Patentes que la discusión se torno actual. La Ley N.º 9.279/96, no obstante prohibir la patente de seres vivos, per si, abrió la posibilidad de patentar procesos biotecnológicos a partir de plantas y animales, sin cualquier contraprestación económica ou tecnológica. El Brasil, como el país com la mayor diversidad biológica del mundo, fue uno de los primeros a firmar la CDB. La Medida Provisoria n.º 2.186-16, de 2001, instituyó las reglas para el acceso a componentes del patrimonio genético y a conocimientos tradicionales asociados, cuya coordinación está a cargo del Ministerio del Medio Ambiente (MMA), por intermedio del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN) — creado en 2002. Realizar um inventário es um assunto importante que debe ser estimulado más ampliamente, considerando que las propias comunidades se esforzarían para alimentar el banco de dados con informaciones. Quizás otra alternativa viable sería la incorporacão vertical a La investigación Del conocimiento popular com la consecuente participacão de royalties.

PALAVRAS-CLAVE: BIOPIRATERÍA – DIVERSIDAD BIOLÓGICA - PROPIEDAD INTELECTUAL – SECTORES EMERGENTES – BIOTECNOLOGÍA - POLÍTICAS INDUSTRIAL Y DE INNOVACIÓN

Introdução

É de conhecimento geral que o Brasil possui elevadíssima diversidade biológica. Tal riqueza produz uma nova corrida em busca de matérias primas para a produção de medicamentos e cosméticos. Surge então a biopirataria.

A falta de legislação específica para coibir a biopirataria faz com que, por um lado investimentos sejam deixados de lado por parte das empresas sérias e por outro surge a biopirataria como forma clandestina de levar esses recursos indevidamente para fora do país. Com isso deixamos de arrecadar milhões via Propriedade Intelectual.

O presente artigo não busca esgotar a temática, deveras complexa e atual, e sim apontar um breve estudo sobre a polêmica que rodeia o acesso ilegal à biodiversidade brasileira. Essa, por sinal, a mais rica do planeta.

Sugerimos com a leitura deste trabalho que o leitor possa refletir sobre algumas problemáticas. Como combater a biopirataria e as ações dos biopiratas sem que haja legislação específica para tanto? Como proteger aquilo que pouco conhecemos? Por que investimos tão pouco para catalogar sistematicamente a flora e fauna brasileira? Essas e outras questões são abordadas neste trabalho.

Sofremos há mais de 500 anos com a evasão de riquezas de nossa biodiversidade via biopirataria.

Com a atual modernidade capitalista em crise, surge essa nova forma de “colonialismo pirata, substituindo, no mundo moderno, os caçadores de plantas por exploradores de genes” [1].

Este trabalho tratará sobre a problemática da biopirataria sob o foco da Propriedade Intelectual. Refletiremos sobre o que temos feito; onde podemos melhorar e, principalmente, como podemos aprender com os erros cometidos no passado, para que eles não se repitam.

Conceito de biopirataria

Os gregos ficaram conhecidos como os primeiros piratas marítimos, roubando fenícios e assírios[2]. Cruzavam os mares com o intuito de promover pilhagens e saques em outros navios e também em cidades[3]. A forma de pirataria lendária – onde o pirata usava tapa-olho, espada, perna de pau e um papagaio no ombro – foi ficando para trás.

De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa On Line, pirata significa “aquele que cruza os mares para assaltar e roubar navios; fraudulento; ladrão; pessoa que enriquece à custa de outrem por meio de exações violentas”[4].

Para a *Enciclopédia Livre Wikipedia*, pirata significa “(do grego $\pi\rho\iota\rho\alpha\tau\eta\varsigma$, derivado de $\pi\rho\iota\rho\omega$ "tentar, assaltar", pelo latim e italiano *pirata*) é um marginal que, de forma autônoma ou organizado em grupos, cruza os mares só com o fito de promover saques e pilhagem a navios e a cidades para obter riquezas e poder” [5].

Atualmente vivenciamos uma forma de pirataria muito mais elaborada. A chamada biopirataria. Hoje o pirata moderno, ou biopirata, pode estar camuflado como pesquisador, religioso, turista, ecologista, ou sob as mais variadas formas.

A expressão “biopirataria” foi apresentada pela primeira vez em 1993 pela ONG RAFI (Fundação Internacional para o Progresso Rural), hoje conhecida como ETC-Group)[6], com objetivo de alertar sobre o fato do conhecimento tradicional e dos recursos biológicos estarem sendo apanhados e patenteados por empresas multinacionais ou instituições científicas.

A biopirataria consiste na apropriação indevida da biodiversidade nacional. Incluindo minerais, plantas, animais, fungos, micro-organismos, etc. A apropriação indevida leva à monopolização dos conhecimentos das populações tradicionais no que se refere ao uso desses recursos.

Para DINIZ “a biopirataria consistiria no uso de patrimônio genético de um país por empresas multinacionais para atender a fins industriais, explorando, indevida e clandestinamente, sua fauna ou sua flora, sem efetuar qualquer pagamento por essa matéria-prima” [7].

Conforme FIORILLO e DIAFÉRIA, “a biopirataria consiste na coleta e materiais para fabricação de medicamentos no exterior sem o pagamento de *royalties* ao Brasil”. [8]

Outra definição sobre o significado de biopirataria é apresentada pela *Captain Hook Awards*:

Biopiracy refers to the monopolization of genetic resources such as seeds and genes taken from the peoples or farming communities that have nurtured those resources. It also refers to the theft of traditional knowledge from those cultures. Today the main source of biopiracy occurs by corporations, academic institutes and governments claiming intellectual property over genetic resources - patents on life (eg gene patents) or claiming plant breeders rights. The introduction of new biotechnologies such as genetic engineering has facilitated a new wave of biopiracy. [9]

STÉFANO assevera:

A nosso ver, a sociedade brasileira ainda precisa assimilar e amadurecer o significado contemporâneo da palavra “pirata”, ainda relegada a uma conotação simplista e popular, bem distante das definições empregadas por suecos e alemães. E irrefutável, porém, que a “pirataria” nesta nova era, está diretamente associada à macrocriminalidade. Um ajuntamento de pessoas, naturais, naturalizadas ou estrangeiras agrupa-se e forma quadrilhas e máfias organizadas para a prática de uma pluralidade de crimes, muitas vezes transfronteiriços.[10]

O autor acima citado retrata muito bem a figura do pirata moderno, a serviço, na grande maioria, de empresas multinacionais farmacêuticas interessadas em lucrar alto com a fabricação de novos medicamentos[11]. As multinacionais farmacêuticas apropriam-se da biodiversidade (vegetal, animal ou mineral) e após retirarem os princípios ativos, patenteiam os processos e produtos obtidos, vendendo aos brasileiros a preços exorbitantes, sem sequer pagar os royalties devidos.[12]

Apresentamos abaixo dois recursos naturais brasileiros que foram patenteados, no exterior, indevidamente.

Captopril – componente de veneno da serpente jararaca. Medicamento indicado para o tratamento da pressão arterial que foi patentado nos EUA pelo laboratório *Bristol-Myers Squibb*. Atualmente o mercado dessa substância gera um faturamento anual ao laboratório estimado em US\$ 5 bilhões. [13]

Pilocarpina – substância extraída do pilocarpó. Medicamento utilizado no tratamento do glaucoma, sendo patentado pela empresa alemã *Merck*[14].

Outro conceito bem aceito sobre biopirataria é aquele apresentado por SANTILI: “biopirataria é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos ou aos conhecimentos tradicionais a eles associados (ou a ambos) em desacordo com os princípios da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)” [15].

Um breve retrospecto histórico sobre a biopirataria no Brasil

A gigantesca biodiversidade do Brasil de um lado[16]; a inexistência de políticas para a sua tutela, pesquisa e aproveitamento econômico, de outro, fazem do país um dos principais destinos da biopirataria. Tal fenômeno não é recente.

Há pelo menos 500 anos sofremos deste *mal*. Tudo começou em 1500, quando os portugueses atracaram no Brasil e levaram para além-mar, o pau-brasil. Desde então, nosso solo começou a sofrer com as agruras da biopirataria.

Hoje, o principal alvo da biopirataria recai sobre a fauna e a flora da Floresta Amazônica. Mas a biopirataria já nos tomou, entre outros, a borracha[17] e o guaraná[18], ambos patenteados por estrangeiros.

Precisamos descobrir uma forma para evitar que continuem roubando nossa diversidade biológica, antes que seja tarde demais.

Reflexões sobre a preservação da biodiversidade brasileira

A quantidade imensurável de plantas, animais, minerais e microorganismos, levadas das florestas brasileiras para bancos de germoplasma ao redor do mundo, faz-nos refletir sobre a preservação da biodiversidade nacional.

O significado de biodiversidade[19] está relacionado com a variedade de seres que compõem a vida na Terra. Porém, há ausência de clareza na regulamentação sobre a biodiversidade brasileira[20] e sua proteção jurídica só apareceu com a Constituição Federal de 1988, sendo a primeira norma a tutelar a biodiversidade conforme a redação do art. 225, §1º, II.[21]

Em 1990, o Governo Federal editou dois atos normativos para disciplinar a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil. O primeiro deles é o Decreto N.º 98.830, de 15 de janeiro de 1990[22], que dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, e dá outras providências. Já o segundo trata-se da Portaria do Ministério da Ciência e Tecnologia, N.º 55, de 14 de março de 1990[23], que aprova o Regulamento sobre coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) é um dos principais resultados da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - CNUMAD (Rio 92), realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992 e também um dos mais importantes instrumentos internacionais relacionados ao meio-ambiente. No artigo 2º assim é definido a biodiversidade: “significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres e os

complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda à diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”.[\[24\]](#)

Somente em 1994 introduzimos o conceito de biodiversidade no ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto Legislativo N.º 02, de 02 de fevereiro de 1994, do Congresso Nacional, que ratificou a CDB[\[25\]](#). Até então, não havia surgido a discussão sobre a possibilidade das empresas estrangeiras obterem o patenteamento de produtos criados a partir de plantas e animais obtidos no Brasil.

Foi com a aprovação da Lei de Patentes que a discussão tornou-se latente. A Lei N.º 9.279/96[\[26\]](#), apesar de proibir o patenteamento de seres vivos, *per si*, abriu a possibilidade do patenteamento de processos biotecnológicos de produção de produtos a partir de plantas e animais, sem que qualquer contraprestação econômica ou tecnológica ao fornecimento dessa matéria prima.

O Brasil, como o país com a maior diversidade biológica do mundo, foi um dos primeiros países a assinar a CDB. A Medida Provisória n.º 2.186-16, de 2001, instituiu as regras para o acesso a componentes do patrimônio genético e a conhecimentos tradicionais associados, cuja coordenação está a cargo do Ministério do Meio Ambiente (MMA), através do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) — criado em 2002.

FERRO, BONACELLI e ASSAD assim manifestam-se sobre a competência do CGEN:

Ao CGEN compete deliberar e emitir autorização específica sobre as solicitações de acesso a componente do patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado para quaisquer das finalidades: pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico. Qualquer instituição, pública ou privada, que queira desenvolver alguma pesquisa ou produzir algum produto que utilize patrimônio genético nacional ou que venha a acessar conhecimento tradicional, deve procurar o CGEN.[\[27\]](#)

Nunca presenciamos tantas preocupações para a preservação do nosso local de existência: o planeta Terra. De igual forma, nunca destruímos tanto como agora. A extinção das espécies é um dos problemas que mais preocupam a humanidade e isto não é novidade. Segundo estimativas, os dados são alarmantes: “entre 1500-1850 foi presumivelmente eliminada uma espécie a cada dez anos. Entre 1850 e 1950 uma espécie por ano. A partir de 1990 está desaparecendo uma espécie por dia. A seguir esse ritmo, no ano 2000 desaparecerá uma espécie por hora”. [\[28\]](#)

“A ciência não conhece nem 10% da biodiversidade do Planeta e grande parte desse verdadeiro tesouro já se perdeu”.[\[29\]](#) O Brasil é o país com a maior biodiversidade do mundo. Estima-se que abrigamos cerca de 20% da biodiversidade do planeta. Infelizmente ainda desconhecemos a maior parte das plantas, animais e microorganismos. As cerca de 200 mil espécies já descrita por aqui não devem representar mais do que 10% do total, segundo estimou, em 2006, o pesquisador Thomas Lewinsohn, da Unicamp, que coordenou uma avaliação do conhecimento da biodiversidade brasileira para o Ministério do Meio Ambiente (MMA)[\[30\]](#).

Preservar essa biodiversidade “significa reconhecer, inventariar e manter o leque dessas diferenças. Nesse sentido, quanto mais diferenças existirem, maiores serão as possibilidades de vida e de adaptação às mudanças. Quando a variedade de espécies em um ecossistema muda, a sua capacidade em absorver a poluição, manter a fertilidade do solo, purificar a água também é alterada”.[\[31\]](#)

Bem sabemos o quanto temos falhado, com poucas exceções, no que diz respeito a preservação da biodiversidade nacional. E é exatamente neste contexto que aparecem vários aproveitadores. Dentre eles, os denominados biopiratas.

Quem são os biopiratas

As informações são preocupantes e o fato é largamente reconhecido entre as autoridades e pesquisadores nacionais, mas parece haver um entrave a coibir a atuação dos biopiratas que atuam sobre os biomas da Floresta Amazônica e da Mata Atlântica. Grande parcela desses biopiratas é formada por estrangeiros[\[32\]](#). Desde estudiosos pagos por convênios internacionais a militantes de ONGs, passando pelos departamentos de pesquisa de poderosas indústrias de medicamentos e cosméticos. Esses biopiratas acumulam informações sobre a região de interesse e sobre as riquezas desconhecidas até mesmo por nós brasileiros.

Outro fator acaba potencializando ainda mais a problemática. É a existência de populações nativas, sejam tribos indígenas, populações ribeirinhas, caboclas, quilombolas remanescentes que detêm conhecimentos milenares sobre a aplicação desses recursos naturais. Em muitos casos, elas acabam se tornando parceiras inocentes da criminalidade.

Assim como nos tempos do “descobrimento”, a maior parte dos indígenas continua sem opção. Eles trocam informações valiosas sobre princípios ativos, apenas porque a sua formação não individualista e solidária os faz agir desse modo. Os processos de aculturação pretendem indicar que se faz esse intercâmbio por poucos reais.

Mas do ponto de vista da propriedade intelectual, não seria justo pagar *royalties* por considerar que esse tipo de conhecimento está protegido?

“Existem casos em que índios entram na floresta e apontam a localização do extrato ou princípio ativo que pode ser eficaz no tratamento de alguma doença e cobram algo em troca desse serviço” [\[33\]](#), diz o Prof. Wagner Barbosa do Departamento de Farmácia da Universidade Federal do Pará (UFPA).

O pesquisador Barbosa foi confundido com um biopirata por um integrante de certa tribo indígena. Ambos fizeram uma caminhada durante a qual o pajé mostrou onde havia um princípio ativo. Depois disso, o índio queria R\$ 500,00 pelo serviço prestado.

São notórias as dificuldades pelas quais passam as tribos indígenas. Quiçá o pajé tinha a esperança de ter algum retorno para a tribo que provavelmente estava passando dificuldades.

Países como Peru e Equador têm protegido de forma consistente sua biodiversidade. Vejamos a seguir.

O Peru sancionou, no ano de 2004, a Lei N°. 28216 sobre *Protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas*[34]. O artigo 2 dessa Lei cria a *Comisión nacional para la protección al acceso a la diversidad biológica peruana y a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas relacionados con ella*.

No Equador as ações para proteger a vida silvestre se iniciaram em 1926, com a proibição da caça de aves nas províncias costeiras, indo até a proteção contra a fuga de germoplasma[35] para uso comercial em outros países (*biopiratería*) [36].

Poderíamos aprender um pouco mais com nossos vizinhos sul-americanos.

Precisamos também ressaltar a diferença entre biopiratas e pesquisadores sérios que resvalam na burocrática política de CT&D do país. Veja-se p. ex. notícia relatando as barreiras enfrentadas pelo pesquisador Carlos Jered do Instituto Butantã, que foi publicada em 22/12/2006 pelo Diário do Pará[37].

Grandes laboratórios e multinacionais farmacêuticas também têm demonstrado voraz interesse em novos princípios ativos que possivelmente poderão ser utilizados para a fabricação de novos medicamentos. Vide por exemplo o conturbado acordo entre a Associação BIOAMAZÔNIA e a empresa suíça *Novartis Pharma Ag*[38].

O que temos feito

Esforços estão sendo realizados. A Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)[39] vem preparando uma listagem com nomes de elementos da flora brasileira que seriam potencialmente úteis industrialmente na elaboração de medicamentos, cosméticos, alimentos ou de produtos semelhantes.

Com base nesta lista, a ABPI envia aos maiores escritórios de patentes mundiais, localizados principalmente na Europa, Estados Unidos e Japão, na tentativa de impedir que produtos brasileiros virem marca em outros países[40] por meio da biopirataria.

Caso de grande repercussão, confirmando os fatos, é o exemplo do cupuaçu. A empresa multinacional japonesa Asahi Foods Co. Ltd.[41] registrou o nome cupuaçu como marca comercial, nos Estados Unidos, Europa e no próprio Japão. Tal iniciativa gerou grandes protestos.

Além do nome, que pode ser utilizado como marca nos países acima relatados, o processo de extração do óleo da semente para fabricação de chocolate de cupuaçu (o *cupulate*), também foi patenteado.

A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) já havia registrado esse processo, mas a patente é válida apenas para o território nacional, portanto, não tínhamos direitos internacionais sobre ele.

Recentemente o Brasil conseguiu reverter a patente do cupuaçu no Japão[42].

Proteção jurídica contra a biopirataria

Vivemos num mundo cada vez mais globalizado e tecnológico. A biotecnologia e a engenharia genética nos apresentam novidades todos os dias. Clones (humanos, animais ou vegetais), organismos geneticamente modificados (OGM's) e a lista não pára.

Evitar a biopirataria no Brasil é uma tarefa árdua, senão das mais difíceis e complexas. Uma das formas mais eficientes para frear o avanço da biopirataria é incentivando a pesquisa científica. Investindo larga e fartamente em Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento (CT&D).

Não adianta “tapar o sol com a peneira”, tentando barrar o acesso dos pesquisadores às riquezas da biodiversidade brasileira. “Temos algo que interessa a eles – a biodiversidade – e eles têm algo que nos interessa – tecnologia e dinheiro”. [43]

O grande desafio é encontrar um meio de trocar um pelo outro “remunerando condizentemente os povos indígenas e o país, transferindo conhecimentos técnicos para os pesquisadores brasileiros e colocando, de modo justo e rentável, a riqueza biológica nacional a serviço da saúde do mundo”. [44]

Uma das formas seria, primeiro definir um significado jurídico de biopirataria. Várias tentativas foram levadas adiante, sem resultados. O então presidente Fernando Henrique Cardoso vetou o artigo 47 da Lei de Crimes Ambientais[45], por considerá-lo muito abrangente.

Por intermédio do então Ministro de Estado do Meio Ambiente, José Carlos Carvalho, em 21 de agosto de 2002, foi encaminhado outro projeto de Lei (N.º 7.211/2002[46]) na tentativa de emendar a Lei de Crimes Ambientais. Tal projeto encontra-se ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Outro Anteprojeto de Lei[47] que *dispõe sobre a coleta de material biológico, o acesso aos recursos genéticos e seus derivados, para pesquisa científica ou tecnológica, bioprospecção ou elaboração ou desenvolvimento de produtos comerciais, a remessa e o transporte de material biológico, o acesso e a proteção aos conhecimentos tradicionais associados e aos direitos dos agricultores, e a repartição de benefícios, e*

dá outras providências parece ter caído num buraco negro interministerial, conforme notícia veiculada no Jornal O Estado de São Paulo[48].

Tal Anteprojeto de Lei pretende substituir a atual Medida Provisória 2.186-16 mediante uma nova lógica de regulação de atividades que fazem acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados.

Vejamos o quadro comparativo entre as principais mudanças existentes entre a Medida Provisória e o Anteprojeto de Lei:

Diferença 1: Na MP toda a atividade de pesquisa era considerada uma potencial geradora de benefícios econômicos, devendo ser controlada. No APL o foco é sobre a atividade de elaboração de novos produtos comerciais, onde efetivamente há benefícios econômicos a repartir. **Diferença 2:** Na MP a repartição de benefícios era vinculada à titularidade da área de ocorrência do recurso genético. Esta lógica criava empecilhos burocráticos e não assegurava retorno de benefícios para a conservação da biodiversidade. No APL os benefícios são direcionados para fundos públicos, os quais canalizarão os recursos financeiros arrecadados para projetos de pesquisa e conservação da biodiversidade e para assegurar a sustentabilidade das comunidades indígenas e tradicionais. **Diferença 3:** Na MP eram necessárias autorizações para as finalidades de pesquisa, bioprospecção e desenvolvimento tecnológico. Estas autorizações exigiam muitos requisitos burocráticos e dependiam da aprovação por um Conselho Interministerial, que se reunia ordinariamente uma vez por mês. No APL a atividade de pesquisa independe de autorizações e licenças (com raras exceções) e as atividades de bioprospecção passam a ter licenças automatizadas, sem burocracia, a qualquer tempo. **Diferença 4:** Na MP não havia um mecanismo para a repartição coletiva dos benefícios decorrentes do uso dos conhecimentos tradicionais associados, gerando conflitos e incerteza jurídica. No APL os conhecimentos tradicionais têm um tratamento abrangente, sendo definidos mecanismos que asseguram o direito ao consentimento prévio fundamentado, a repartição de benefícios entre a comunidade e o usuário e a efetiva alocação de benefícios para as comunidades que detêm os mesmos conhecimentos, mas que não participam da negociação. **Diferença 5:** Com a MP havia duplicidade de controles sobre as atividades científicas, já que ela não interagira com outras leis que também regulam a pesquisa científica. No APL há uma revisão de todas as leis que tratam de pesquisa científica sobre a biodiversidade, permitindo um tratamento uniforme e diferenciado, que simplifica procedimentos, mantém controles onde é efetivamente necessário e considera a pesquisa como aliada da conservação da biodiversidade.[49]

O setor privado tem sofrido com os imbrólios legais. Grandes indústrias têm centenas de projetos tramitando há anos no CGEN, sem uma resposta. As pequenas empresas desistem de investir em novos extratos, óleos e outras substâncias de plantas nacionais para a fabricação de cosméticos, medicamentos e similares.

A Associação Paulista da Propriedade Intelectual pronunciou-se sobre o assunto:

Não está claro no atual texto do PL como será feita a transição entre a MP 2186-16/01 e o PL. Nomeadamente, deverão ser incluídas disposições transitórias para definir como

ficará contribuição da CIDE nos casos em que já existe a repartição de benefícios através de outro tipo de mecanismo. Diante dos problemas acima apontados, vem a ASPI, respeitosamente, pronunciar-se no sentido de não recomendar a aprovação do PL na sua versão atual, sendo sugeridas em particular, alterações significativas nos itens mencionados acima[50].

Outra importante iniciativa teve a Câmara dos Deputados ao instalar a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico de animais e plantas silvestres brasileiras, a exploração e comércio ilegal de madeira e a biopirataria no país, a conhecida CPIBIOPI.

Os trabalhos foram iniciados em 25/08/04. Vários foram os convidados e testemunhas ouvidos ao longo de 56 audiências públicas. Outra forma de investigação deu-se por intermédio de diversas viagens e diligências. Algumas recomendações específicas surgiram com o Relatório Final da CPIBIOPI. Tais como:

- a) rever as normas constantes na MP 2.186-16/01 visando aprimorar os mecanismos de repartição de benefícios, facilitando as regras de acesso para a pesquisa;
- b) finalizar a tramitação do Projeto de Lei nº 7.211/02, que prevê o tipo penal de biopirataria;
- c) tipificar como crime a apropriação dos conhecimentos tradicionais;
- d) definir a titularidade do patrimônio genético.

Considerações finais

A gigantesca biodiversidade do Brasil de um lado; a inexistência de políticas para a sua tutela, pesquisa e aproveitamento econômico, de outro, fazem do país um dos principais destinos da biopirataria.

A quantidade imensurável de plantas, animais, minerais e microorganismos, levados das florestas brasileiras para bancos de germoplasma ao redor do mundo, exige uma política agressiva de preservação da biodiversidade.

Preparo de recursos humanos que permita classificar a flora e fauna amazônica, exige recursos e vontade política.

A incorporação vertical à pesquisa do conhecimento popular e dos povos indígenas seria uma maneira justa de devolver os benefícios recebidos e preservados, pagando certamente *royalties* por propriedade intelectual.

Realizar um inventário é um ponto importante que deve ser estimulado mais amplamente, sendo que as próprias comunidades se esforçariam para alimentar o banco de dados com informações. Somente a partir do momento em que conhecemos melhor e mais profundamente nossa biodiversidade, conseguiremos protegê-la eficazmente dos ataques biopiratas.

Quiçá outra alternativa viável seria com a “criação de fundos de repartição de benefícios, com destinação dos recursos a projetos de valorização do conhecimento tradicional ou de sustentabilidade social, cultural e/ou econômica dos povos indígenas, quilombolas e comunidades locais”.^[51] A chamada incorporação vertical à pesquisa do conhecimento popular.

Não sugerimos impedir o desenvolvimento da pesquisa, mas apenas que sejam aprimoradas as leis existentes para assegurar o retorno desse desenvolvimento para o Brasil.

Referências

ABLA. Academia Brasileira de Letras Agrárias. Disponível em: <<http://www.academiaagraria.org.br/>>. Acesso em 18 set. 2008.

ABPI. **Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/default.asp>. Acesso em 18 set. 2008.

BELLINI, Nilza. **Veneno valioso** - País ganha e perde com o potencial bioquímico das cobras peçonhentas. Disponível em http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=224&Artigo_ID=3508&IDCategoria=3818&reftype=1&BreadCrumb=1. Acesso em 29 abr. 2009.

BIBLIOTECA VIRTUAL DA UNIVERSIADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.bibvirt.futuro.usp.br/>>. Acesso em 18 set. 2008.

BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da Terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1995.

BRASIL. Decreto-lei 2.519, de 16 de março de 1998, que promulga a Convenção da Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em 23 set. 2008.

_____. Decreto N.º 98.830, de 15 de janeiro de 1990, que dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D98830.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em 25 set. 2008.

_____. BRASIL. Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em 28 set. 2008.

_____. Lei N.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

_____. Projeto de Lei N.º 7.211, de 21 de agosto de 2002 que acrescenta artigos à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2002/msg831-021001.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

BRASIL SABOR. Disponível em: <<http://www.brasilsabor.com.br>>. Acesso em 18 set. 2008.

CALMON, Eliana. **Direitos de quarta geração, biodiversidade e biopirataria**. Revista da Academia Paulista de Magistrados, ano 2, v. 2, p. 47, dez. 2002.

CAPTAIN HOOK AWARDS FOR BIOPIRACY. Disponível em: <http://www.captainhookawards.org/>. Acesso em 18 set. 2008.

CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. **O monopólio e as multinacionais farmacêuticas**. Itu: Ottoni Editora, 2006.

_____. Biodiversidade x Biopirataria - Um grave problema enfrentado pelo Brasil. **Itu**, 08 jul. 2005. Disponível em: http://www.itu.com.br/colunistas/artigo.asp?cod_conteudo=6638. Acesso em 24 set. 2008.

DALCIN, Eduardo. Disponível em: <<http://www.dalcin.org/arvores/taxa/43.html>>. Acesso em 16 set. 2008.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dreyer, Diogo. **Os piratas da natureza**. Educacional: A internet na educação, 18 set. 2003. Disponível em: <http://www.educacional.com.br/noticiacomentada/030918_not01.asp>. Acesso em 18 set. 2008.

ESCOBAR, Herton. Lei de acesso a recursos genéticos da biodiversidade continua travada. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Vida&, A14, 31 mar. 2009. Disponível também na internet em <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090331/not_imp347435,0.php>. Acesso em 29 abr. 2009.

ETC-GROUP. **Grupo de Acción sobre Erosión, Tecnología y Concentración.** Disponível em: <<http://www.etcgroup.org/es/>>. Acesso em 18 set. 2008.

FAO. **Food and Agriculture Organization of the United Nations.** Disponível em: <<http://www.fao.org/>>. Acesso em 25 set. 2008

FAOLEX. **Oficina Jurídica.** Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Disponível em: < http://faolex.fao.org/faolex_spa/index.htm >. Acesso em 25 set. 2008

FERRO, Ana Flávia; BONACELLI; Maria Beatriz; ASSAD, Ana Lúcia. **Uso da biodiversidade e acesso a recursos genéticos no Brasil:** atual regulamentação dificulta pesquisa e desenvolvimento. Inovação Uniemp, Apr./June 2006, vol.2, no.2.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FIORILLO, Adriana Diaferia. **Biodiversidade e Patrimônio Genético no Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

GOEDERT, Clara. Germoplasma: O que é isso? **Revista SEED NEWS – A Revista Internacional de Sementes.** Pelotas: Maio/Junho 2002. Edição eletrônica. Disponível em <<http://www.seednews.inf.br/portugues/seed63/artigocapa63.shtml>>. Acesso em 25 set. 2008.

IPEF. **Instituto de Pesquisas e Estudos Florestais.** Disponível em: <<http://www.ipef.br/identificacao/nativas/detalhes.asp?codigo=9>>. Acesso em 16 set. 2008.

ISA. **Instituto Socioambiental.** Disponível em <http://www.socioambiental.org/home_html>. Acesso em 24 set. 2008.

Lewinsohn, Thomas. Biodiversidade, essa desconhecida. **O Estado de São Paulo,** São Paulo, 07 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/?act=view&id=24858>>. Acesso em 18 set. 2008

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, prática e jurisprudência, glossário. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. Portaria N.º 55, de 14 de março de 1990, que aprova o Regulamento sobre coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/19340.html>>. Acesso em 25 set. 2008

PRIBERAM INFORMÁTICA. **Língua Portuguesa On-Line.** Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em 24 set. 2008.

RÊGO, Patrícia de Amorim. Proteção jurídica da diversidade biológica e cultural. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução – Nº 2.** Curitiba: Juruá, 2001.

REVISTA FAPESP. Ibama acusa cientista. Editorial Brasil Hoje. Disponível para consulta em <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/?act=view&id=7938>>. Acesso em 18 set. 2008.

REVISTA SUPER INTERESSANTE. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/2001/conteudo_209177.shtml>. Acesso em 24 set. 2008.

SEED NEWS. **A Revista Internacional de Sementes.** Disponível em: <<http://www.seednews.inf.br/portugues/index.shtml>>. Acesso em 25 set. 2008.

STÉFANO, Kleber Cavalcanti. In TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. (Org.). **Propriedade Intelectual: Setores Emergentes e Desenvolvimento.** Piracicaba: Equilíbrio Editora, 2007.

TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo. (Org.). **Propriedade Intelectual: Setores Emergentes e Desenvolvimento.** Piracicaba: Equilíbrio Editora, 2007.

UNIVERSIA BRASIL. **Lutando pela sobrevivência.** Subjugadas, tribos indígenas recorrem a auxílio de piratas clandestinos na luta pela sobrevivência. Matéria disponível para consulta em: <<http://www.universia.com.br/materia/imprimir.jsp?id=2249>>. Acesso em 26 ago. 2008.

VEIGA RIOS, Aurélio Virgílio; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguene (orgs.). **O Direito e o desenvolvimento sustentável:** curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis, 2005.

VOMERO, Maria Fernanda. Ambiente – Biodiversidade. Piratas da floresta. **Super Interessante**, São Paulo, n. 170, nov. 2001. Edição eletrônica disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/2001/conteudo_209177.shtml>. Acesso em 24 set. 2008.

WIKIPÉDIA. **Enciclopédia Livre.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%A1gina_principal>. Acesso em 24 set. 2008.

[1] CALMON, Eliana. **Direitos de quarta geração, biodiversidade e biopirataria.** Revista da Academia Paulista de Magistrados, ano 2, v. 2, p. 47, dez. 2002.

[2] Para maiores informações consulte: TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. (Org.). **Propriedade Intelectual: Setores Emergentes e Desenvolvimento.** Piracicaba: Equilíbrio Editora, 2007, p. 57/60.

[3] Informações adicionais disponíveis para consulta em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pirata>>. Acesso em 23 set. 2008.

[4] Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em 24 set. 2008.

[5] Disponível para maiores informações em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pirata>>. Acesso em 24 set. 2008.

[6] Maiores informações poderão ser obtidas acessando o site do ETC-Group, em: <<http://www.etcgroup.org/es/>>. Acesso em 18 set. 2008.

[7] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 688.

[8] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FIORILLO, Adriana Diaferia. **Biodiversidade e Patrimônio Genético no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 66.

[9] Definição de biopirataria apresentada pela *Captain Hook Awards for biopiracy*, disponível em <<http://www.captainhookawards.org/biopiracy>>. Acesso em 18 set. 2008.

[10] STÉFANO, Kleber Cavalcanti. In TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. (org.). **Propriedade Intelectual: Setores Emergentes e Desenvolvimento**. Piracicaba: Equilíbrio Editora, 2007, p. 62.

[11] O mercado mundial de fármacos produzidos a partir de plantas, animais e microorganismos é da ordem de 32 bilhões de dólares. Maiores informações consulte: RÊGO, Patrícia de Amorim. Proteção jurídica da diversidade biológica e cultural. In FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução – Nº 2**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 215/221.

[12] Maiores informações podem ser consultadas em: CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. **O monopólio e as multinacionais farmacêuticas**. Itu: Ottoni Editora, 2006, p. 117/129.

[13] Informações detalhadas podem ser obtidas lendo: BELLINI, Nilza. **Veneno valioso** - País ganha e perde com o potencial bioquímico das cobras peçonhentas. Disponível em http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=224&Artigo_ID=3508&IDCategoria=3818&reftype=1&BreadCrumb=1. Acesso em 29 abr. 2009.

[14] VOMERO, Maria Fernanda. Ambiente – Biodiversidade. Piratas da floresta. **Super Interessante**, São Paulo, n. 170, nov. 2001, p. 51/55. Edição eletrônica disponível em <http://super.abril.com.br/superarquivo/2001/conteudo_209177.shtml> e tabela completa disponível em <http://www.itu.com.br/colunistas/artigo.asp?cod_conteudo=6638>. Acessos em 24 set. 2008.

[15] SANTILI, Juliana. A proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. p. 71. In VEIGA RIOS, Aurélio Virgílio; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu (orgs.). **O Direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

[16] Calcula-se que o Brasil abriga 23% de todas as espécies do globo, o que faz de nós a maior potência do mundo no setor. Biodiversidade vale tanto porque 40% de todos os medicamentos produzidos – um mercado que movimentava anualmente 315 bilhões de dólares – têm seus princípios ativos retirados de bichos ou plantas. Sem falar nos mercados de cosméticos e de agroquímicos, que também dependem de proteínas animais e vegetais e movimentam 150 bilhões de dólares por ano. E os valores só tendem a crescer com o Projeto Genoma, que está mapeando o código genético de mais e mais espécies. Ao Brasil cabe uma grande fatia desse bolo, mas apenas se descobirmos um jeito de não nos levarem tudo de graça. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/2001/conteudo_209177.shtml>. Acesso em 24 set. 2008.

[17] Utilização das folhas de seringueira na produção de películas de embalagens e revestimentos.

[18] Patenteado pela Universidade de Cincinnati, nos EUA.

[19] Ou diversidade biológica.

[20] Sobre o assunto, maiores informações poderão ser obtidas em: DEL NERO, Patrícia Aurélio. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 272/279.

[21] “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. **Constituição Federal**, art. 225, §1º, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

[22] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D98830.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

[23] Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/19340.html>>. Acesso em 25 set. 2008.

[24] BRASIL. Decreto-lei 2.519 de 16 de março de 1998 que promulga a Convenção da Diversidade Biológica. Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em 23 set. 2008.

[25] RÊGO, Patrícia de Amorim. Ob. cit., p. 218.

[26] BRASIL. Lei 9.279 de 14 de maio de 1996 que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em 28 set. 2008.

[27] FERRO, Ana Flávia; BONACELLI, Maria Beatriz; ASSAD, Ana Lúcia. **Uso da biodiversidade e acesso a recursos genéticos no Brasil:** atual regulamentação dificulta pesquisa e desenvolvimento. *Inovação Uniemp*, Apr./June 2006, vol.2, no.2, p.16-17. Íntegra do artigo disponível para consulta em: <http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942006000200009&lng=en&nrm=iso>

[28] BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da Terra, grito dos pobres.** São Paulo: Ática, 1995, p. 15.

[29] MILARÉ, Edis. Ob. cit., p. 238.

[30] Lewinsohn, Thomas. Biodiversidade, essa desconhecida. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/?act=view&id=24858>>. Acesso em 18 set. 2008

[31] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, prática e jurisprudência, glossário. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 238.

[32] Com o apoio de uma rede de informações de populações tradicionais e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e secretarias municipais estão apertando o cerco contra a biopirataria no estado do Amazonas. No último dia 7 de setembro, o alemão Joachim Thiem — professor do departamento de Química da Universidade de Hamburgo — foi preso pela polícia federal no Parque Nacional do Pico da Neblina, em São Gabriel da Cachoeira (a 858 km a oeste de Manaus). Ele transportava 21 sementes de plantas nativas conhecidas como paricá e paxiúba, cujos princípios ativos são de conhecimento tradicional dos índios ianomâmis, e recebeu uma multa de R\$ 16 mil. O Ibama havia autorizado a entrada do “respeitado” cientista na floresta porque ele se identificou como fotógrafo. O alemão assinou um termo de compromisso em que assumia a obrigação de não retirar exemplares da fauna ou flora. Após receber a autorização, no entanto, ele desapareceu. Uma investigação feita pela Abin identificou Thiem em listas relativas a processos de certificação de produtos laboratoriais e químicos. Em depoimento, ele alegou coletar as sementes para fins ornamentais. Com Thiem, subiu para sete o número de estrangeiros presos ao longo deste ano apenas no Amazonas por crime de biopirataria. Em Presidente Figueiredo (a 107 km de Manaus), está preso Marc Baugarten, também alemão. Ele tentou retirar aranhas caranguejeiras da floresta. Maiores informações disponíveis em: <http://www.educacional.com.br/noticiacomentada/030918_not01.asp> Acesso em 24 set. 2008.

[33] **Lutando pela sobrevivência.** Subjugadas, tribos indígenas recorrem a auxílio de piratas clandestinos na luta pela sobrevivência. Matéria disponível para consulta em: <<http://www.universia.com.br/materia/imprimir.jsp?id=2249>>. Acesso em 26 ago. 2008.

[34] Maiores informações disponíveis em: <<http://faolex.fao.org/docs/texts/per54976.doc>>. Acesso em 25 set. 2008.

[35] Germoplasma é o elemento dos recursos genéticos que maneja a variabilidade genética entre e dentro da espécie, com fins de utilização para a pesquisa em geral, especialmente para o melhoramento genético, inclusive a bio-tecnologia. Maiores detalhes estão disponíveis para consulta em: <<http://www.seednews.inf.br/portugues/seed63/artigocapa63.shtml>>. Acesso em 25 set. 2008.

[36] Informações adicionais disponíveis em: <<http://www.fao.org/ag/AGP/AGPS/PGRFA/pdf/ecuador.pdf>>. Acesso em 25 set. 2008.

[37] Ibama recusou o pedido feito pelo pesquisador do Instituto Butantã Carlos Jared para renovar a licença que lhe permitiria coletar anfíbios para pesquisas em laboratório. A recusa do pedido de Jared, que há 34 anos trabalha no instituto e tem uma série de trabalhos publicados, provocou a indignação do meio científico. E ocorre justamente no momento em que a Sociedade Brasileira para Progresso da Ciência (SBPC) e o Ibama tentam entrar num acordo sobre as regras para regulamentar a coleta de material biológico. O caso de Jared é exemplar. Em abril, ele foi acusado de biopirataria pelo Ibama por haver enviado 13 onicóforos (pequeno vertebrado que se assemelha à minhoca) para um colega da Alemanha. Seria o pontapé de um e que fariam juntos, sobre o aparelho reprodutor da espécie. O material, detectado pelos Correios, foi entregue ao Iama, que multou o cientista. Foram R\$ 6,5 mil por coleta irregular e R\$ 10 mil por tentativa de envio de material genético para o exterior. Em sua defesa, Jared observou que a solução em que as espécies estavam conservadas não permitia a análise do DNA. Como prova de que não houve má-fé argumentou que na caixa constavam o nome e o endereço corretos. A amigos, ele admite que pode ter cometido um deslize burocrático. Mas nada muito diferente do que seus colegas realizam. Com um sistema de regras que qualificam de confuso, lento e ineficiente, muitos pesquisadores, para não perder amostras coletadas, acabam providenciando o envio e a troca de informações por conta própria. O pesquisador do Butantã, que estava com viagem marcada para coletar cecílias (cobras cegas) para dar continuidade a pesquisas financiadas pelo CNPq e pela Fapesp, terá agora de encontrar alternativas. "Ataram minhas mãos", desabafou a colegas. "Uma ala xiita do governo impede que eu trabalhe, desperdiçando, por sua vez, recursos públicos. Dinheiro concedido pelo próprio governo para que eu cumpra o meu dever." Parte do material seria usado num documentário que a inglesa BBC pretende fazer com o pesquisador. Em abril, ele publicou um trabalho na Nature sobre as cecílias, elogia do pelo meio acadêmico (grifamos). Ibama acusa cientista. Editorial Brasil Hoje. Disponível para consulta em <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/?act=view&id=7938>>. Acesso em 18 set. 2008.

[38] O contrato Bioamazônia-Novartis gerou grande polêmica na sociedade brasileira e no governo. Seus termos previam o envio de até 10 mil cepas de bactérias pela Bioamazônia à empresa suíça, para posterior pesquisa e desenvolvimento de potenciais medicamentos. Os compostos originais (que não são comercializados, apenas servem como “matéria prima” para posterior desenvolvimento) seriam de propriedade conjunta das duas partes, mas à Novartis caberia o direito perpétuo e exclusivo, com a possibilidade de licenciamento a terceiros, de produzir, usar e vender quaisquer produtos contendo o composto original ou compostos derivados, bem como quaisquer patentes ou *know-how* relevantes. Em troca, a Novartis oferecia pagamento, a partir do momento em que declarasse estar fazendo um estudo clínico com um produto derivado

da biodiversidade brasileira até o lançamento do produto. Além disso, o contrato previa capacitação e treinamento, ou seja, a Novartis ensinaria técnicos a colher microorganismos, fermentar e analisar a presença de produtos interessantes. Depois as cepas, os extratos e os compostos isolados pela Bioamazônia seriam enviados à transnacional. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/coptrix/art_02.html>. Acesso em 24 set. 2008.

[39] Maiores informações podem ser obtidas em: <<http://www.abpi.org.br/default.asp>>. Acesso em 18 set. 2008.

[40] Exemplos não faltam de espécies brasileiras que foram patenteadas por empresas estrangeiras. Tais como: açaí, andiroba, copaiba, cupuaçu, jaborandi, espinheira-santa, quebra-pedra, sangue-de-drago.

[41] SANTILI, Juliana. Ob. cit., p. 73.

[42] Consulte a Academia Brasileira de Letras Agrárias (ABLA), sediada em Boa Vista/RR. Disponível em: <<http://www.academiaagraria.org.br/>>. Acesso em 18 set. 2008.

[43] VOMERO, Maria Fernanda. Op. cit., p. 51/55.

[44] Ibid.

[45] Maiores informações sobre a Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

[46] Texto do Projeto de Lei 7.211/2002, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2002/msg831-021001.htm>; Exposição de Motivos n.º 117, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/EMI117-MMAMJ-2002.htm>. Ambos acessados em 25 set. 2008.

[47] Pode ser consultado em <http://www.mma.gov.br/estruturas/ascom_boletins/arquivos/11262007_anteprojeto_1_ei_acesso.pdf>. Acesso em 29 abr. 2009.

[48] ESCOBAR, Herton. Lei de acesso a recursos genéticos da biodiversidade continua travada. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Vida&, A14, 31 mar. 2009. Disponível também na internet em <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090331/not_imp347435,0.php>. Acesso em 29 abr. 2009.

[49] Diferenças entre a MP 2.186-16 e Anteprojeto de Lei. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/ascom_boletins/arquivos/11262007_diferencas_m_p_anteprojeto.pdf>. Acesso em 29 abr. 2009.

[50] SILVEIRA, Clovis. **Comunicados ASPI**. Pronunciamento ASPI – Projeto de Lei sobre acesso a recursos genéticos. São Paulo, 28 fev. 2008. Disponível em http://www.aspi.org.br/comunicados_detalhe.php?id=35. Acesso em 29 abr. 2009.

[51] SANTILI, Juliana. Op. cit., p. 81.

CRIMINALIDADE E CRIMINALIZAÇÃO

**SISTEMA PREVENTIVO NACIONAL DE COMBATE AO CRIME DE
LAVAGEM DE CAPITAIS.**

**NATIONAL PREVENTIVE SYSTEM OF COMBAT TO THE CRIME OF
MONEY LAUDERING**

Diego Pereira Machado

RESUMO

O presente artigo versa sobre os aspectos preventivos da Lei brasileira sobre lavagem de capitais, 9.613 de 1998. A lavagem de capitais é um procedimento com três fases e é um dos crimes econômicos que melhor representam a sofisticação, operacionalidade e fácil obtenção de lucros por parte da criminalidade do colarinho branco [crimes econômicos] e das organizações criminosas. É um processo importante para a garantia do lucro fácil e perfectibilização da impunidade. No entanto, antes de uma repressão desenfreada, mister se exaltar e aplicar os aspectos preventivos, para que as políticas criminais não se resumam a medidas rigorosas de natureza penal ineficazes. A Lei 9.613 de 1998 envolve pessoas físicas e jurídicas relacionadas ao mercado financeiro e de capitais que atuam em ambientes propensos à prática dos crimes de lavagem de capitais, obrigando-os a registrar as operações, arquivar dados sobre os clientes e informar aos órgãos respectivos [Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF] as operações suspeitas sobre lavagem. E é com o ENCCLA [Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro] que o Brasil sedimenta o caráter preventivo de sua legislação. É de se reconhecer, entretanto, que o Poder Legislativo brasileiro ainda inova a ordem jurídico mirando sempre as penas e sua severidade como solução para combater qualquer forma de crime. Enfim, por meio de uma pesquisa na doutrina nacional e internacional, baseando-se em um método dialético e comparativo, infere-se que qualquer política criminal que o Brasil adote com o fim de combater a lavagem de dinheiro poderá fadar ao fracasso se não conciliar a prevenção com a repressão.

PALAVRAS-CHAVES: LAVAGEM DE CAPITAIS; CRIMINALIDADE ECONÔMICA; PREVENÇÃO

ABSTRACT

The present article turns on the preventive aspects of the Brazilian Law on laundering of capitals, 9.613 of 1998. The laundering of capitals is a procedure with three phases and is one of the economic crimes that better represent sophistication, operationalization and easy attainment of profits on the part of crime of the white collar [economic crimes] and of the criminal organizations. It is an important process for the guarantee of the easy profit and perfect of impunity. However, before a wild repression, necessity if to show and to apply the preventive aspects, so that the criminal politics do not summarize inefficacious the rigorous measures of criminal nature. Law 9.613 of 1998 involves related physical and legal people to the financial market and of capitals that act in inclined environments to practical of the crimes of laundering of capitals, compelling

them it to register the operations, to file given on the customers and to inform to the respective agencies [Advice of Control of Financial Activities - COAF] the operations suspicion on laundering. And it is with the ENCCLA [National Strategy of Combat the Corruption and the Money laundering] that Brazil sediments the preventive character of its legislation. It is of if recognizing, however, that the Brazilian Legislative still innovates the jurisprudence aiming always the penalties and its severity as solution to fight any form of crime. At last, by means of one it searches in the national doctrine and international, being based on a dialectic and comparative method, it is inferred that any criminal politics that Brazil adopts with the end to fight the money laundering will be able to predestinate to the failure if not to conciliate the prevention with the repression.

KEYWORDS: LAUDERING OF CAPITALS; ECONOMIC CRIME; PREVENTION

Introdução

Embora existente há séculos, o fenômeno da criminalidade econômica começou a ganhar importância compatível com a imensidão de sua lesividade para a sociedade somente após o término da Segunda Guerra Mundial, principalmente com os estudos do americano Edwin H. Sutherland que apresentou a criminalidade do *colarinho branco*, conforme Francisco Muñoz Conde (1995), aqui denominada como criminalidade econômica. Foi com a globalização que a criminalidade econômica deparou-se com o ambiente propício à lucratividade fácil, calcada em tecnologia informatizada que permitia o fluxo rápido dos lucros e que viabilizavam a cristalização da impunidade, sem esquecer da fácil acessibilidade a profissionais especializados no mercado de capitais e dispostos a receber boas remunerações para colocarem em prática a *lavagem* de capitais.

Diz-se criminalidade econômica, porque as condutas delitivas praticadas lesam a ordem econômica como um todo. Ou seja, ordem econômica é um termo genérico que engloba inúmeras outras ordens, como a financeira. A depender da natureza do crime praticado, uma sub-ordem vai ser lesada ou ameaçada de lesão (PINHEIRO Jr., 2003).

Crimes econômicos, desta forma, são gênero dos crimes cibernéticos, contra as relações de consumo, de corrupção, informáticos, de *lavagem* de capitais dentre outros. Cada crime desses citados lesa ou ameaça de lesão alguma sub-ordem que está inserida dentro do gênero ordem econômica (PINHEIRO Jr., 2003). Em síntese, todos, de uma forma ou de outra, são danosos à ordem econômica, todos podem assim ser classificados como crimes econômicos num sentido *lato*.

Do estudo desta aludida ordem e dos crimes que a lesam emerge o Direito Penal Econômico, que tem por objeto mor o estudo dos crimes de natureza econômica, como a *lavagem* de capitais, mas sem nunca perder uma das principais características do Direito Penal, que é a subsidiariedade (CALLEGARI, 2003). É uma recente e muito importante ciência que estuda a conjuntura dos crimes macroeconômicos, como quer denominar Raúl Cervini (1995).

A *lavagem* de capitais é um dos crimes econômicos que melhor materializa a modernidade, a sofisticação, dinamicidade e correlação com o mercado de capitais. É um processo de depuração dos valores *sujos*, obrigatório em quase todas as organizações criminosas e indispensável para o sucesso da corrupção do setor público. Processo que dá aparência de legitimidade aos assustadores lucros da criminalidade moderna e que, por essas razões, merece um estudo mais acurado.

O presente artigo dará atenção ao aspecto preventivo do crime de reciclagem [assim os italianos denominam a *lavagem*], tendo em vista sua imprescindibilidade para qualquer medida de política criminal.

1. Do crime de *lavagem* de capitais

Para canalizar os montantes oriundos da prática de crimes com assustadora rentabilidade, os criminosos do *colarinho branco*, em organização criminosa² ou não, necessitavam de um mecanismo eficiente e condizente com a complexidade do processo de informação da atualidade. Um procedimento baseado na tecnologia da informática, sigiloso, viável num sistema financeiro neoliberal, com apoio profissional especializado e com conviência de agentes públicos facilmente corrompíveis. Surge desta necessidade o processo de *lavar* o dinheiro *sujo* [obtido de forma criminosa], envolvendo práticas criminosas de alta rentabilidade, como o narcotráfico e a corrupção do setor público. Esse processo de tornar com aparência de lícito e legítimo o ilícito é denominado de *lavagem* ou *branqueamento* de dinheiro, de capitais ou de ativos.

A compreensão das técnicas ou fases do crime em comento é de suma importância para o posterior estudo de seu aspecto preventivo. Para André Luis Callegari (2004) há três fases: 1^a é a de ocultação ou colocação [busca-se ocultar a origem delitiva do dinheiro, sem desvincular ainda o titular dos montantes acumulados com a prática do crime, o objetivo é se desfazer das somas arrecadadas]; 2^a é a de mascaramento ou escurecimento [objetiva-se *escurecer* a origem do dinheiro *sujo*, desvincular o delinquente do bem procedente de sua atuação, através de inúmeras transações financeiras: busca-se apagar o rastro do dinheiro *sujo*, dificultando sua descoberta]; e a 3^a é a de reinversão ou integração [os valores são reintegrados no mercado com aparência de legalidade]³.

Eis, de forma sucinta, alguns aspectos importantes do crime de *lavagem* de dinheiro. Adentrar-se-á na importância do aspecto preventivo, focando-se na normatividade brasileira sobre *lavagem*, a Lei n° 9.613 de 1998 (BRASIL, 2008c).

2. Prevenção da *lavagem* de capitais no Brasil

Após a entrada em vigor da Lei 9.613⁴, de 03 de março de 1998, começaram a ser implantadas estratégias de combate à *lavagem* de capitais no Brasil. Gize-se desta constatação que o legislador nacional despertou para a questão tardiamente, ignorou a importância de se combater esta forma de crime moderno e, ademais, insistiu em criar leis severas, muitas vezes eivadas de inconstitucionalidades, que acabaram, de forma reversa, dificultando o trabalho conjunto dos órgãos responsáveis pela persecução penal e contribuindo, paradoxalmente, para o aumento da impunidade. Embora tenham emergido alguns escândalos envolvendo políticos de destaque no cenário nacional, pode-se afirmar que ainda se está num estágio simbólico do Direito Penal [principalmente o Econômico], conforme discorrem Luis Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002).

Essa tendência não é exclusiva do Brasil. Descrevendo a atual tensão dialética que permeia entre os ideais de proteção absoluta das garantias constitucionais e os que defendem um sistema penal eficiente ou funcional, em detrimento daquelas se necessário, Selma Pereira Santana preceitua:

Sabe-se que, ultimamente, diversos ordenamentos jurídicos têm introduzido formas de simplificação e de diversificação nas reformas das suas legislações processuais penais, exatamente por força da verificação geral da ineficácia desse setor. Paradoxalmente, contudo, tem permanecido pouco tratada a relevante questão de apurar se essas formas de diversificação guardariam compatibilidade constitucional com a necessidade de garantia. (2004, p. 251).

O venerado princípio da última *ratio* ou intervenção mínima, na concepção do legislador, começa a dar lugar a um Direito Penal calcado no princípio da *prima ratio*, principalmente na América Latina (ZAFFARONI, 2001). O Direito Penal é encarado como saída única à solução dos problemas sociais, até mesmo dos que não têm relação com a seara penal. Esta situação tem especial relação com o Brasil, onde se pretende resolver tudo por intermédio do Direito Penal, principalmente porque meios preventivos deveriam ter sido colocados em prática e, por incompetência e descaso, não foram implantados (SILVA, 2001).

Esse papel de última *ratio* do Direito Penal Econômico pode ser assim sintetizado: se a sanção penal, que contém certo grau de violência e irracionalidade, for necessária, que seja um grau de irracionalidade minimamente aplicada, com uma intervenção mínima e racional (ZAFFARONI, 2001). Como se vê, não se está defendendo a inaplicabilidade da pena, mas sim a utilização da mesma como recurso posterior à prevenção.

Tem se mostrado ineficiente uma ação unicamente repressora, sem uma estratégia com viés preventivo. Muitos dos casos de *lavagem* sancionados penalmente não passaram de um “arranhão” na superfície, ou seja, foram simbólicos e não inibiram a reciclagem, confirme doutrina Peter Lilley (2001).

De acordo com o mesmo Lilley (2001), a *lavagem* de capitais, assustadoramente, estaria girando cerca de 1,5 a 2,85 trilhões de dólares anuais, montante este que representa um

incontável número de transações por minuto. No entanto, conforme o mesmo autor, os relatórios acerca das suspeitas de *lavagem*, que instituições financeiras e os especialistas em finanças apresentam às entidades oficiais reconhecidas de todo o mundo, indicam apenas uma minúscula percentagem do total calculado.

Com essa reflexão acerca da importância das estratégias preventivas de combate à criminalidade, no presente caso quanto à *lavagem*, mister, agora, adentrar na questão de como se operacionaliza o aparato normativo nacional de combate à *lavagem* de capitais sob o viés preventivo.

Analisar-se-á o âmbito preventivo da Lei nº 9.613 de 1998⁵, que envolve as obrigações de natureza administrativa, financeira, econômica, civil e comercial. Tendo em vista que o legislador brasileiro ainda crê que a repressão desorganizada é a única solução para o combate à criminalidade moderna (MAIA, 1997), elaborou a Lei nº 9.613 de 1998 priorizando-se os tipos penais [Capítulo I], para só depois preceituar sobre estratégias preventivas. Linha esta que não se recomenda seguir, mas que é a adotada nos livros sobre a matéria e é seguido pela maioria das Instituições de Ensino Superior na grade curricular dos cursos de graduação e pós-graduação, na verdade, reconheça-se, são parcamente estudadas as normas preventivas no meio acadêmico.

Sobre esta atuação preventiva, antecedente à aplicação de uma norma penal e que envolve os Capítulos V [Das pessoas sujeitas à lei], VI [Da identificação dos clientes e manutenção dos registros], VII [Da comunicação de operações financeiras], VIII [Da responsabilidade administrativa] e IX [Do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF], Marco Antônio de Barros (2004) expõe ser um conjunto de normas submetidas ao crivo e fiscalização do Poder Executivo.

2.1. Das pessoas envolvidas no combate e suas obrigações

Para se ter uma idéia da complicada tarefa de se colocar em prática este sistema preventivo no Brasil, em 2002 existiam 66 milhões de contas bancárias, havia mais de 64.000 postos eletrônicos, o número de cartões de crédito alcançou 41,5 milhões, foram registradas mais de 1 bilhão de transações com cartões, que envolveram recursos de R\$ 72 bilhões, conforme dados do Relatório de Atividade do COAF de 2003 (BRASIL, 2008f). Números dessa magnitude materializam o desafio de identificar operações com fundados indícios de *lavagem*. Daí a indispensável participação da sociedade neste controle.

A partir do art. 9º da Lei 9.613 de 1998⁶, o legislador adotou tática preventiva visando estabelecer obrigações civis relacionadas ao propósito de dificultar e impedir o uso de setores regulares da economia nacional, os quais, de acordo com as 40 Recomendações do GAFI/FATIF (BRASIL, 2008g) e seus relatórios anuais, são utilizados para a prática de operações envolvidas com o crime de *lavagem* de capitais.

As obrigações constantes nos arts. 10 e 11 são dirigidas às pessoas elencadas no art. 9º. As obrigações civis são dirigidas a pessoas jurídicas e físicas que desempenham

atividades ligadas aos sistemas financeiro e econômico. Estes encargos obrigam à manutenção de registros das operações realizadas⁷ e à comunicação, de forma sigilosa, das transações suspeitas que ultrapassem o valor-limite fixado pela autoridade administrativa competente⁸. Impõe-se uma obrigação de mútua assistência entre o Estado e as pessoas físicas e jurídicas que integram diferentes áreas da economia nacional.

A obrigação de identificar o cliente e manter seus dados cadastrais pelo período mínimo de 5 anos, é a política do *know your customer* [conheça seu cliente]. Na cartilha do COAF (BRASIL, 2008h) está exposto que a identificação do cliente deve ser satisfatoriamente estabelecida antes da concretização da operação, recusando-se o cliente a fornecer as informações requeridas, a instituição financeira não deve aceitá-lo como tal.⁹

Os motivos desta cooperação forçada imposta pelo Estado aos entes do art. 9º têm por base o art. 144 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2008a), que deixa claro ser a segurança jurídica um dever do Estado, um direito e responsabilidade de todos. Também no art. 192 é preceituado que o Sistema Financeiro Nacional deverá ser estruturado de forma a servir aos interesses da coletividade, conforme resta claro no item 85 da Exposição de Motivos [EM] 692 de 1996. A EM 692 é clara neste sentido:

83. O fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de uma atividade delituosa que os atinge diretamente. De resto, tal participação fortalecerá a imagem desses setores perante a comunidade em que desenvolvam as suas atividades. (BRASIL, 2008l)

Roberto Podval (2002) assevera que os agentes financeiros envolvidos no combate à *lavagem* [art. 9º] assumiram a posição de garante, pois aos mesmos foi imposto um dever legal de se evitar o resultado, uma atuação preventiva. O autor ensina que, ao serem criadas normas administrativas obrigando as pessoas elencadas no art. 9º a informarem transações “estranhas”, o legislador as colocou como garantidoras da norma. Esta condição de garante, determinada por lei, justifica-se pela relação do bem jurídico tutelado [ordem socioeconômica] e as atividades das pessoas físicas e jurídicas garantidoras, que com o mesmo se relacionam.

Essa forma de política administrativa que a Lei nº 9.613 de 1998 implantou, mais especificamente em relação aos arts. 9º, 10, 11, 12 e 13, constitui um sistema de vigilância amplo e genérico, com o objetivo de rastrear o caminho trilhado pelo dinheiro “sujo” ou pelo produto dos crimes antecedentes, visando dificultar a operação de

“limpeza” dos ativos ilegais (BARROS, 2004). No art. 10, § 3º, por exemplo, objetiva-se coibir a técnica de *smurfing*, a qual consiste no fracionamento dos valores *lavados* que sejam inferiores aos limites estipulados pelas autoridades administrativas.

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 10, inc. III, o qual determina que as pessoas mencionadas no art. 9º deverão cumprir as requisições do Conselho de Controle de Atividades Financeiras [COAF], que se processarão em segredo de justiça [princípio da sigiliosidade na transmissão de dados], “no prazo fixado pela autoridade competente”. Nesta parte final, aparentemente, a Lei visa reafirmar a competência do Poder Judiciário para determinar a quebra do sigilo bancário-financeiro.

As autoridades administrativas responsáveis pela fiscalização, pela expedição de instruções regulamentadoras e destinatárias das comunicações obrigatórias que se fundamentam em indícios sérios de crimes de *lavagem*, responsáveis também pela posterior comunicação ou encaminhamento de documentos que possam dar início a inquérito policial ou à própria ação penal são, de acordo com a EM 692 de 1996, item 110: o Conselho de Controle de Atividades Financeiras [COAF]; Banco Central do Brasil [Bacen]; Comissão de Valores Mobiliários [CVM]; e Superintendência de Seguros Privados [SUSEP]. Cada um dentro de sua área de atuação, de acordo com as pessoas e atividades estipuladas no art. 9º.

No sentido de desburocratizar o aparato estatal, foi incluído o art. 10-A à Lei 9.613 de 1998, o qual determinou a centralização do cadastro geral de correntistas e clientes. Medida implementada em 25 de julho de 2005 pelo Banco Central, o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – CCS, que visa agilizar as estratégias de persecução penal, pois eventual quebra de sigilo bancário pode ser direcionada ao Bacen e este tem a possibilidade de responder de forma imediata. Neste sentido, Barros (2004) destaca que o Bacen também deu outro passo importante, criando o Departamento de Controle a Ilícitos Cambiais e Financeiros, órgão dotado de capacitação técnica e material compatíveis com a estrutura e organização das organizações criminosas que tem na *lavagem* de capitais estágio decisivo para garantia da lucratividade.

2.1.1. Obrigação de comunicar operações financeiras

Conforme art. 11, as comunicações efetuadas pelas pessoas relacionadas no art. 9º às autoridades administrativas competentes [COAF, Bacen, SUSEP¹⁰ e CVM], que, posteriormente, serão remetidas para instrução de investigações policiais ou para o exercício da *opinio delicti* do Ministério Público, são baseadas em sérios indícios da prática de crimes de *lavagem*, o que difere de mera probabilidade. As características da *lavagem* e a importância da prova indiciária justificam esta comunicação com base em sérios indícios.

Com base no relatório de 2003, o COAF (BRASIL, 2008f) divulgou que recebe diariamente do sistema financeiro, junto com o Bacen, cerca de 400 relatos de operações atípicas de movimentações, e que em 2003 mais de 2000 operações foram

analisadas, 782 resultaram na elaboração de dossiês, para a formulação de 88 denúncias ao Ministério Público [a maior parte envolvendo mais de uma pessoa e/ou empresa] e mais de cinco denúncias a outros órgãos, no contexto do art. 15 da Lei nº 9.613 de 1998.

O Bacen, autoridade administrativa importante no papel de fiscalizadora do sistema financeiro, divulgou, por meio da Carta Circular nº 2.826 de 1998, uma relação de atividades que configuram sérios indícios de reciclagem. Destacam-se as que buscam alertar os entes do art. 9º sobre as “transações envolvendo clientes não residentes”, sobre “a abertura e/ou movimentação de conta por detentor de procuração ou qualquer outro tipo de mandato” e acerca de “transações repetitivas ou envolvendo quantias elevadas, tendo como ponto de origem ou destino regiões definidas em atos normativos como ‘paraísos fiscais’ ou praças localizadas em regiões de fronteira”.

Para que tais comunicações sejam eficientes e legítimas, fundamental que estejam pautadas no princípio da boa-fé, o que, caso ocorra, isenta o agente comunicante da responsabilidade civil e administrativa, conforme redação cristalina do art. 11, § 2º da Lei em comento (MAIA, 1999).

Para viabilizar a investigação, o legislador também optou pela não comunicação aos clientes das pessoas elencadas no art. 9º, os quais, desta forma, não tomam conhecimento de que suas operações, quando constituem indícios sérios de *lavagem*, foram “rastreadas” e objeto de investigação administrativa [art. 11, inc. II]. Daí a importância de se exigir sigilosidade e rapidez do agente comunicante.

2.1.1.1 Sigilo bancário-financeiro

Uma das estratégias mais obscuras e ao mesmo tempo mais eficientes é a quebra do sigilo bancário-financeiro. Embora comedidamente presente no art. 10, inc. III, em que dá referência ao segredo de justiça, é uma estratégia muito utilizada pelos aparelhos de persecução penal.

Tendo em vista a sofisticação e complexidade dos métodos empregados na *lavagem*, o COAF tem empenhado esforços para coibir o agente criminoso através de investigações que facilitem o rastreamento do dinheiro “sujo”. Assevera Barros:

[...] claro está que para completar o rastreamento de bens, direitos ou valores objeto da ‘lavagem’, em cem por cento dos casos, torna-se imprescindível o exame de contas bancárias e de outras operações e aplicações financeiras e de investimentos (2004, p. 315).

Quanto à imprescindibilidade da quebra do sigilo para o combate das condutas delitivas que envolvem o sistema financeiro, a jurisprudência tem se mostrado compreensiva, autorizando as quebras desde que fundamentadas e imprescindíveis, partindo do princípio de que os direitos fundamentais não ostentam caráter absoluto.¹¹

Coadunado com parcela da jurisprudência pátria¹², Barros afirma:

(...) uma vez satisfeitas determinadas condições que foram estabelecidas para o conhecimento e processamento do pedido de requisição formulado pela autoridade administrativa competente, a quebra do sigilo bancário ou financeiro sempre foi aceita quando ordenada pelo Poder Judiciário, consoante permissivo legal em vigor (art. 5º, inc. XII, da CF). E tal não fere a garantia constitucional que assegure o direito de intimidade, pois este não é absoluto e inatingível. Não se pode cogitar que a intimidade represente um óbice intransponível capaz de impedir ao juiz criminal – desde que escorado em elementos que o convençam da ocorrência de operações financeiras ou transações comerciais com caracteres indicativos do crime de “lavagem” – ordenar que sejam prestadas as informações correspondentes a apuração do fato criminoso. (2004, p. 316).

De acordo com o art.10, inc. III, da Lei nº 9.613 de 1998 e o art. 3º, *caput*, da Lei Complementar 105 de 2001¹³ (BRASIL, 2008e), todas as informações submetidas à quebra do sigilo bancário-financeiro devem ter o caráter sigiloso, com o fim de preservar o investigado [investigação em âmbito administrativo], concernido [sujeito de um processo de cooperação penal internacional] ou réu [processo penal].

A maior problemática da quebra do sigilo bancário é quando a lei autoriza seja o mesmo violado por órgãos estranhos aos quadros do Judiciário, como ocorre com a LC 105 de 2001, que concedeu atribuições ao Bacen e a CVM para tal. Preceitos desta natureza resultam, na opinião de Alexandre de Moraes (2002), num flagrante desvirtuamento das garantias constitucionais, desmonopolizando o controle das mesmas pelo Judiciário.

Com a LC 105 de 2001, o Bacen, a CVM e outros órgãos de fiscalização estão obrigados a fornecer informações cadastrais e de movimento de valores relacionados às operações que se constituem em sérios indícios do crime de *lavagem* [art. 2º, § 6º, LC 105 de 2001]. Parcela da jurisprudência vem aceitando gradativamente este intercâmbio de dados¹⁴ e parte da doutrina, como a de Luciano Feldens (2002), vem defendendo que o sigilo de informações sofreu um desvirtuamento, principalmente o bancário, porque sua excessiva proteção transcende os limites estipulados em lei.

2.1.2. Responsabilidade Administrativa

Para assegurar o cumprimento das obrigações do art. 10 e do 11 da lei de *lavagem*, as pessoas elencadas no art. 9º estão sujeitas a um rigoroso regime disciplinar. Os entes envolvidos no combate à *lavagem* de capitais estão obrigados a identificar seus clientes, a manter registros e cadastros das operações econômico-financeiras realizadas pelos mesmos, devendo comunicar às autoridades competentes indícios sérios do crime de *lavagem*, sob pena de serem sancionados administrativamente: com advertência [art. 12, I], multa [art. 12, II], inabilitação temporária [art. 12, III] e/ou cassação da autorização para operação ou funcionamento [art. 12, IV].

Aliada a essa severa responsabilidade administrativa, conforme meta 06 da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Capitais de 2004 (BRASIL, 2008i), surgiu um Código de Ética que orientará os agentes públicos envolvidos em atividades investigatórias. Código este que visa contrabalançar o relacionamento com a imprensa, equilibrando a liberdade de imprensa com a necessidade de sigilo para êxito das investigações e a preservação da presunção de inocência. O COAF recentemente instituiu o Código de Ética dos Servidores de sua Secretaria Executiva, através da Resolução 11 de 2005, com o fim de zelar pela preservação do sigilo legal das informações que lhe são transmitidas, ciente de que todo servidor deve respeitar valores fundamentais direcionados para a preservação da honra e da tradição da Administração Pública.

2.1.3. Conselho de Controle de Atividades Financeiras [COAF] – FIU

O crescimento da macrocriminalidade exigiu uma mudança de postura dos países empenhados na luta contra a reciclagem. Por esta razão, criaram-se as Unidades de Inteligência Financeiras [*Financial Intelligence Unit* – FIU], que se originaram de uma reunião realizada em Roma, em 1997, quando o Grupo de Egmont [que reúne as FIUs de diversos países] editou um documento neste sentido, de acordo com informações da cartilha sobre *lavagem* do COAF (BRASIL, 2008h).

Barros destaca as seguintes características comuns das FIUs:

Estão integradas a outros órgãos da administração pública para propiciar maior intercâmbio de informações; contam com o aporte de especialistas em cada uma das áreas de sua competência; oferecem garantia de confidencialidade; possuem elementos técnicos necessários para dar tratamento adequado e imediato às comunicações recebidas; exercem funções regulamentadora e/ou fiscalizatória, e podem firmar convênios e estabelecer acordos entre organismos internacionais similares. (2004, p. 356).

De acordo com a EM 692 e informações do Ministério da Justiça (BRASIL, 2008i), o COAF, além de ser uma autoridade administrativa e uma unidade de inteligência nacional que centraliza as informações econômico-financeiras que se relacionam com a reciclagem, também é unidade receptora das comunicações enviadas pelas pessoas especificadas no art. 9º, até mesmo de outras FIUs internacionais e de autoridades policiais, judiciais e do Ministério Público.

As atribuições do COAF, mesmo importantes na luta contra a *lavagem*, foram abrandadas com a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional [DRCI], subordinado à Secretaria Nacional de Justiça, que, com o cumprimento da meta 2 do ENCLA 2004 (BRASIL, 2008i), centralizou os pedidos de cooperação jurídica internacional ativa, provenientes do Judiciário, do Ministério Público e das polícias [federal e estadual], bem como as autorizações para cooperação operacional direta [que implicam em compromisso de reciprocidade internacional].

Independentemente do órgão, é importante ressaltar a importância das FIUs nos processos de cooperação penal internacional, em especial no caso da *lavagem* de capitais. As FIUs são designadas normalmente como Autoridades Centrais [órgão técnico-administrativo normalmente localizado no âmbito do Poder Executivo] nos acordos de cooperação, as quais recebem e transmitem os pedidos de assistência jurídica mútua, através de uma relação direta com outras FIUs. Além de princípios de garantia no processo de cooperação, as FIUs devem se basear no princípio da eficácia na assistência, no âmbito instrumental [centralização dos procedimentos de cooperação] e no aspecto operativo [prestiza na transmissão das informações] (CERVINI; TAVARES, 2000).

As FIUs desenvolvem uma cooperação penal internacional no campo administrativo que agiliza o processo de troca de informações entre os países. Citando José Maria Roldán, Edilson Mougenot Bonfim e Márcia Mougenot Bonfim (2005) defendem que esta forma de cooperação internacional tem importante utilidade, haja vista que em muitos casos, quando o procedimento de cooperação é lento, os *lavadores* têm tempo para fugir e ocultar as provas incriminatórias.

3. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à *Lavagem* de Dinheiro (ENCCLA)

As estratégias adotadas hoje no Brasil, bem como a criação do Grupo de Gestão Integrada e Combate à *Lavagem* de Dinheiro [GGI-LD], remetem ao encontro em Pirenópolis [GO], realizado entre 05 a 07 de dezembro de 2003, que deu origem à Estratégia Nacional de Combate à *Lavagem* de Dinheiro [ENCLA], criando um Sistema Nacional de Prevenção e Combate à *Lavagem* de Dinheiro. Inicialmente o foco principal era somente a *lavagem*, mas a partir de 2007, o ENCLA passou a ser ENCCLA, ou seja, estenderam-se as medidas para o combate direto também à corrupção (BRASIL, 2008j). As estratégias traçadas em 2003, que resultaram no

primeiro relatório em 2004¹⁵, tiveram como princípios a cooperação e a interação em nível nacional e internacional, tão ressaltados pela doutrina como necessários para implementação de um sistema preventivo e repressivo eficiente (BETTI, 2000).

De acordo com os mais de 28 órgãos presentes em Pirenópolis em 2003, a falta de articulação e de atuação estratégica coordenada do Estado foi principal a deficiência apontada no sistema brasileiro de combate à reciclagem, decorrendo os seguintes problemas: a inexistência de programa de treinamento e capacitação de agentes públicos, dificuldade de acesso a bancos de dados, carência de padronização tecnológica, indicadores de eficiência insuficientes, dentre outros. O mais importante é que o ENCCLA objetivou detectar erros, apresentar soluções, prazos e órgãos competentes para apresentação de resultados.

Do encontro em 2003 surgiram seis objetivos estratégicos: 1 – coordenar a atuação estratégica e operacional dos órgãos e agentes públicos do Estado brasileiro no combate à *lavagem* de dinheiro; 2 – potencializar a utilização de bases de dados e cadastros públicos no combate à *lavagem* de dinheiro e ao crime organizado; 3 – aferir objetivamente e aumentar a eficiência do Sistema Nacional de Combate à *Lavagem* de Dinheiro, de Recuperação de Ativos e de Cooperação Jurídica Internacional; 4 – ampliar a cooperação internacional no combate à atividade criminosa e na recuperação dos ativos ilicitamente produzidos; 5 – desenvolver no Brasil uma cultura de combate à *lavagem* de dinheiro; e 6 – prevenir a *lavagem* de dinheiro. Instituíram, ainda, 32 metas com datas-limite de apresentação e os responsáveis de realizá-las. Já no relatório de 2007 do ENCCLA já foram delimitadas 33 metas e expostas 20 recomendações.

O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à *Lavagem* de Dinheiro criado pelo ENCCLA e aperfeiçoado em suas sucessivas edições, fundamenta-se na articulação permanente dos órgãos em três níveis: estratégico [chefiado pelo GGI-LD, responsável pela definição das políticas públicas e dos macro-objetivos da área]; inteligência [gerenciado pelo COAF]; e operacional [de competência de cada órgão envolvido, através da formação de forças-tarefa].

O ENCCLA em 2008 já começa a delimitar algumas metas e indica que o aperfeiçoamento dos órgãos envolvidos e a inovação constante, galgada na permanente atualização dos participantes e dos objetivos, são valores que precisam ser aproximados. Em 2008 uma nova estrutura do ENCCLA emerge, pois a partir de agora três grupos permanentes [Operacional, Jurídico e Tecnologia de Informação] atuarão para auxiliar no cumprimento das metas a serem traçadas para 2008 através das reuniões que serão realizadas.

Em suma, esse é o sistema nacional de combate à *lavagem* de capitais, tendo como princípio basilar a prevenção e atuação conjunta do Estado e da sociedade. Também é um sistema destinado à cooperação entre órgãos nacionais e interestária (entre países), pois traz normas que viabilizam a realização de acordos de cooperação na área penal.

Considerações finais

Face o exposto é possível inferir que o aspecto preventivo de combate aos crimes econômicos ainda galga por uma posição científica de maior destaque. Ainda a repressão descontrolada e as penas severas ganham destaque no atuar do Estado brasileiro.

A Lei 9.613 de 1998 teve o mérito de inserir normas de prevenção à *lavagem* de capitais, mas sua posição topográfica comprova que são regras que ainda localizam-se em um segundo plano para as políticas de combate à criminalidade. Embora essa crítica tenha sua procedência comprovada, é de se reconhecer que a mera existência de leis com esse viés já colocam o Brasil num lugar de destaque no combate a crimes modernos, em especial o de *lavagem*.

O sistema preventivo da Lei 9.613 consiste em envolver pessoas físicas, empresas e entidades do setor privado que desempenham atividades que estejam de alguma forma relacionadas com a prática de *lavagem* de capitais. Com isso obriga-se que as mesmas registrem suas operações, arquivem a relação de clientes e comuniquem operações que estejam caracterizadas como indícios da prática de crimes. A posição de garante que a lei oportuniza é latente, tanto que a própria lei disciplina as penas a quem não colaborar com o combate preventivo da *lavagem* de capitais, penas de natureza administrativa severas.

Esse aspecto preventivo é sem dúvida uma fase que deve existir e ser implementada pelo Estado, com o fim de que a *lavagem* de dinheiro reste realmente combatida, sempre dentro dos limites constitucionais e conforme as garantias do cidadão réu ou indiciado.

É cediço que o Poder Legislativo brasileiro cria tipos penais que entende, a seu alvedrio, socialmente inadequados, legislando com base num juízo unicamente emotivo e não racional, editando leis e agravando penas, sem se basear em critérios que primem pelo equilíbrio, desrespeitando, por conseguinte, os princípios da proporcionalidade entre as condutas anti-sociais, bens jurídicos lesados ou ameaçados de lesão e a dosimetria das penas. Eis o caminho que as leis do Brasil têm seguido nos último anos, com mais afinco ainda a partir do anos 1990¹⁶.

Se a dimensão preventiva não sofrer um real processo de implementação, uma concreta adoção, assistir-se-á à sedimentação do Direito Penal simbólico sob todas as formas. Toda a *persecutio criminis* servirá unicamente aos apelos midiáticos e não atenderá ao mais importante dos seus objetivos: combater de forma séria a criminalidade econômica, diminuindo a impunidade, dentro dos limites das garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas:** comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BETTI, Francisco de Assis. **Aspectos dos crimes contra o Sistema Financeiro no Brasil**: comentários às Leis 7.492/86 e 9.613/98. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [?http://www.planalto.gov.br/](http://www.planalto.gov.br/). Acesso em: 15 de maio de 2008a.

_____. **Lei Ordinária 9.034, de 03 de maio de 1995**. Disponível em: [?http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm)?. Acesso em: 15 de maio de 2008b.

_____. **Lei Ordinária 9.613, de 03 de março de 1998**. Disponível em: [?http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm)?. Acesso em: 15 de maio de 2008c.

_____. **Lei Ordinária 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [?http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)?. Acesso em: 15 de maio de 2008d.

_____. **Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em: [?http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm)?. Acesso em: 15 de maio de 2008e.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Relatório de Atividades de 2003**. Disponível em: [?https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/relatorios-coaf/Relatorio-Atividades-2003.pdf/view](https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/relatorios-coaf/Relatorio-Atividades-2003.pdf/view)?. Acesso em: 15 de maio de 2008f.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **As 40 Recomendações**. Disponível em: [?https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/40%20Recs.pdf/view](https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/40%20Recs.pdf/view)?. Acesso em: 15 de maio 2008g.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Cartilha do COAF**. Disponível em: [?https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/cartilha.pdf](https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/cartilha.pdf)?. Acesso em: 15 de maio de 2008h.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (ENCLA) 2004**. Disponível em: [?http://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/1207/1/Estrat%2525C3%2525A9gia%2525BNacional%2525Bde%2525BCombate%2525B%2525C3%2525A0%2525BLavagem%2525Bde%2525BDinheiro%2525B-%2525BENCLA2004.pdf](http://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/1207/1/Estrat%2525C3%2525A9gia%2525BNacional%2525Bde%2525BCombate%2525B%2525C3%2525A0%2525BLavagem%2525Bde%2525BDinheiro%2525B-%2525BENCLA2004.pdf)? . Acesso em: 15 de maio de 2008i.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) 2007**. Disponível em: [?http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID7EE6719E7AFA45D6B7FB8C161BEDD21FPTBRIE.htm](http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID7EE6719E7AFA45D6B7FB8C161BEDD21FPTBRIE.htm)?. Acesso em: 15 de maio de 2008j.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Exposição de Motivos 692, de 18 de dezembro de 1996**. ?<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613?>. Acesso em: 15 de maio de 2008l.

_____. Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). **Estatísticas do Combate à Lavagem de Dinheiro até Dezembro/2007**. Disponível em: ?<http://www.susep.gov.br/download/menumercado/lavagem/ESTAT122007.pdf?>. Acesso em: 15 maio 2008m.

_____. Tribunal Regional Federal da 5 Região. **Remessa Ex Officio 200005000228037**, Recife, PE, 14 de novembro de 2003. Disponível em: ?<http://www.trf5.gov.br/cp/cp.do?>. Acesso em: 15 de maio de 2008n.

_____. Tribunal Regional Federal da 1 Região. **Mandado de Segurança n. 200101000448191**, Brasília, DF, 20 de outubro de 2004. Disponível em: ?<http://www.trf1.gov.br/?>. Acesso em: 15 de maio de 2008o.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n. 15.026**, Brasília, DF, 24 de setembro de 2002. Disponível em: ?http://www.stj.gov.br/portal_stj/?. Acesso em: 15 de maio de 2008p.

CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CERVINI, Raúl. Macrocriminalidade económica: apuntes para una aproximación metodológica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, p. 50, jun./set. 1995.

_____; OLIVEIRA, Willian Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; TAVARES, Juarez. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómica en el proyecto de Código Penal Español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, p. 7, jun./set. 1995.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público e investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUDERING – FATF/GAFI. FATF Secretariat. **Report on Money Laundering and Terrorist Typologies 2003-2004**. France: 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macro-criminalidade econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, p. 166, jun./set. 1995.

_____; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, 2002.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**: negócios ilícitos transformados em atividades legais. São Paulo: Futura, 2001.

MAIA, Rodolfo Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei Federal nº 9.034/95. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. Até no crime as classes dominantes têm mais privilégios. **Revista AFRESP de Tributação**, v. 35, n. 6, p. 4-11, jan./mar. 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINHEIRO Jr., Gilberto José. **Crimes Econômicos**: as limitações do Direito Penal. Campinas: Edicamp, 2003.

PODVAL, Roberto. Lavagem de Dinheiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 2091.

REALE Jr., Miguel. Mens legis insana, corpo estranho. In: REALE Jr., Miguel et al. **Penas Restritivas de Direitos**: críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 13, n. 52, p. 251, jan./fev. 2004.

SILVA, César Antônio. **Lavagem de Dinheiro**: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGEL, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[1] Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - RS (2005). Especialista em Direito Processual Penal e Civil pela Universidade de Passo Fundo - RS (2007). Mestrando em Direito pela Unioledo - SP (2008). Estudante do curso Legal English training for international lawyers, Cambridge Law Studio - Inglaterra (2009). Professor de Direito Internacional na graduação da Unisalesiano. Professor de Direito Constitucional e Internacional em Cursos Preparatórios para Concursos Públicos. Palestrante. Atualmente exerce o cargo de Procurador Federal do quadro da Advocacia-Geral da União.

[2] A Lei federal nº 9.034 de 1995 dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, mas acaba por não conceituá-las (BRASIL, 2008b).

[3] Diferentes nomenclaturas para cada fase são citadas pelo Financial Action Task Force [FATF] e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras [COAF], influenciados pela doutrina americana que estabelece: 1ª fase como placement [introdução]; 2ª fase como layering [dissimulação]; e 3ª fase integration [integração].

[4] É uma lei com caráter multidisciplinar abordando aspectos penais, processuais penais, internacionais, administrativos e de cooperação penal internacional. Norma muito semelhante com a nova de drogas, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (BRASIL, 2008d).

[5] Vide ementa da Lei: “Dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; **a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei**; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.” [sem grifo no original].

[6] “Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I - as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros; II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*); VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X - as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades. XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie.” (BRASIL, 2008c).

[7] “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II

- manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça. § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente. Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.” (BRASIL, 2008c).

[8] Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes: a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF e na forma por ele estabelecida.

[9] A implementação dessa obrigação para cumprimento pelas Instituições Financeiras é de difícil concretização, pois estas cada vez mais simplificam o acesso dos consumidores ao crédito e facilitam sobremaneira a abertura de contas correntes. A minoração das exigências para abertura de contas aos pretensos correntistas é um diferencial de competitividade, sendo assim, quase que utópico a situação de um Banco negar aos cliente um serviço em razão do não fornecimento de algumas informações.

[10] Com base em dados fornecidos pela SUSEP, por meio de suas *Estatísticas do Combate à Lavagem de Dinheiro até Dezembro/2007*: em 2001 foram 7 comunicações sobre sérios indícios de prática do crime de *lavagem* de capitais, em 2002 foram 379, em 2003 foram 870, em 2004 foram 1.166, em 2005 foram 2.476, em 2006 foram 3.101 e em 2007 foram 118.559 (BRASIL, 2008m).

[11] “CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL – HC – SIGILO DE DADOS – QUEBRA – BUSCA E APREENSÃO – INDÍCIOS DE CRIME – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – LEGALIDADE – CF, ART. 5º, INC. XII LEIS 9.034/95 E 9.296/96. I – Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial. II – A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público. III – A legislação integrativa do ‘*canon*’ constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, ‘o acesso a dados’, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais (Lei 9.034/95, art. 2º, inc. III), bem como ‘a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática’ (Lei 9.296/96, art. 1º, parágrafo único). IV – HC denegado”(BRASIL, 2008p).

[12] “MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO E FUNDAMENTO NO DECRETO JUDICIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Nenhuma medida restritiva de direitos fundamentais pode ser adotada sem que o ato que a decreta esteja devidamente vinculado e adequadamente fundamentado pela autoridade judicial.

2. Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, art. 1º, VI, da Lei 9.613, de 1998, se exige a demonstração de elementos indiciários de prática de crime antecedente.

3. Só com a demonstração de indícios suficientes de existência de crime e de sua autoria é que se pode determinar a quebra dos sigilos bancários e fiscal.

4. Segurança concedida.”(BRASIL, 2008o).

[13] Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

[14] “CONSTITUCIONAL - SIGILO BANCÁRIO - LEI Nº 9.613/98 - LEI COMPLEMENTAR Nº 105 - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INFORMAÇÃO DAS OPERAÇÕES AO FISCO - LEGALIDADE - PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL. 1. A Lei nº 9.613, de 1998 introduziu profunda modificação na política bancária do País, criando a co-responsabilidade das instituições financeiras quanto à procedência lícita dos recursos financeiros e obrigando-as a prestar informações a órgãos do Estado referentes aos clientes de bancos, previsão normativa que não malferiu a cláusula constitucional do sigilo bancário, visto que a comunicação bancária se contém aos ambientes nos quais se processam as relações entre as entidades, não indo ao conhecimento do público em geral. 2. Ademais, dессome-se, da leitura da Lei Complementar nº 105, de 2001, que as comunicações bancárias transmitidas pelas instituições financeiras à autoridade fiscal restringem-se apenas ao movimento bancário mensal e à identificação dos titulares das operações realizadas, não havendo referências

quanto à origem dos recursos, muito menos sobre a natureza dos gastos, razão pela qual não se verifica ofensa à intimidade do usuário do serviço. 3. Remessa oficial provida” (BRASIL, 2008n).

[15] Já há relatórios do ENCCLA dos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007. Em 2008 algumas metas já foram traçadas.

[16] “o vício que caracteriza a produção da legislação penal dos últimos tempos, mormente nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique, de início restringindo à legislação extravagante e à Parte Especial do Código, atinge, agora, a Parte Geral do Código Penal. O Direito Penal ‘fernandino’ faz da década de 90 um dos momentos mais dramáticos para o Direito brasileiro, pois era imprevisível que se produzissem em matéria repressiva tantas soluções normativas ao sabor dos fatos, sob o encanto de premissas falsas e longe de qualquer técnica legislativa. O elenco de leis penais esdrúxulas, eivadas de inconstitucionalidade e que beiram o ridículo, é longo e não caberia aqui ser lembrado”. (REALE Jr., 1999, p. 23).

**DELITOS DE PERIGO E MEIO AMBIENTE: UM EXAME DA
LEGITIMIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL EM MATÉRIA
AMBIENTAL**

**DELITOS DE PELIGRO Y MEDIO AMBIENTE: UN EXAMEN DE LA
LEGITIMIDAD DEL ADELANTAMIENTO DE LA TUTELA PENAL EN
MATERIA AMBIENTAL**

**Érika Mendes de Carvalho
Tiago Freire dos Santos**

RESUMO

A intervenção penal em matéria ambiental recorre, com relativa frequência, à estrutura típica dos delitos de perigo abstrato. Segue, portanto, a tendência político-criminal contemporânea de antecipação da tutela penal para estágios incipientes e prescinde, assim, da comprovação das relações causais entre a conduta individual e a lesão ou perigo concreto. De fato, a exigência de comprovação do nexos causal nos delitos de perigo concreto e nos delitos de lesão é eficazmente contornada pelo modelo dos delitos de perigo abstrato. Nesse sentido, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) prevê delitos de perigo e requer, em alguns casos, tão-somente a aptidão ou a idoneidade da conduta para a produção da situação de perigo. Trata-se de uma técnica legislativa informada pelos princípios constitucionais que regem a proteção do ambiente, em particular pelo princípio da precaução. Embora, no contexto de uma sociedade de risco, os delitos de perigo abstrato se ajustem à crescente demanda social por uma atuação preventiva, a imprecisão dos limites do comportamento típico relevante pode ensejar sérios questionamentos doutrinários acerca de sua legitimidade constitucional. A proteção de bens supraindividuais - como o ambiente - e a adoção de uma dogmática penal preventiva devem pautar-se pelo inarredável respeito aos princípios penais de garantia, sob pena de ilegitimidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PENAL AMBIENTAL; DELITOS DE PERIGO;
DELITOS DE PERIGO ABSTRATO; LEI 9.605/98.

RESUMEN

La intervención penal en materia ambiental suele recurrir, muy a menudo, a la estructura típica de los delitos de peligro abstracto. Sigue, por lo tanto, a la tendencia político criminal contemporánea de anticipación de la tutela penal a estadios más tempranos y evita la dificultad de prueba de las relaciones de causalidad entre la conducta aislada individual y la producción de un peligro concreto o lesión. De hecho, la exigencia de prueba del nexos causal en los delitos de peligro concreto y en los delitos de lesión se resuelve eficazmente con el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto. En este sentido, la Ley de los Delitos contra el medio ambiente (Ley

9.605/98) prevé algunos delitos de peligro y requieren, en algunos casos, sólo la aptitud o idoneidad de la conducta para la producción de la situación de peligro. Se trata de una técnica basada en los principios constitucionales que regulan la protección del medio ambiente, en especial por el principio de precaución. Aunque en el contexto de una sociedad del riesgo los delitos de peligro abstracto se adecuen a una creciente demanda social por seguridad y prevención, la falta de precisión de los límites del comportamiento típicamente relevante puede generar el rechazo a ese modelo de protección por parte de la doctrina, en razón de su dudosa legitimidad constitucional. La legitimidad de la tutela de bienes jurídicos colectivos – como el medio ambiente – y de la adopción de una dogmática penal preventiva está condicionada al escrupuloso respeto a los principios penales de garantía.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO PENAL DEL AMBIENTE; DELITOS DE PELIGRO; DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO; LEY 9.605/98.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal não é indiferente ao seu entorno, refletindo anseios e angústias sociais na tentativa de superar os conflitos que se apresentam. Assim, é importante fator de estabilidade das relações sociais, disciplinando a vida no âmbito social. De fato, não se pode concebê-lo sem referência à sociedade que deve reger. Logo, uma avaliação das tendências atuais neste terreno deve apontar suas ligações, mesmo que indiretas, com a realidade social. Nesse contexto, a ampliação da abrangência das normas penais ambientais e a antecipação de sua tutela penal por meio dos delitos de perigo são observadas com frequência. Pode-se afirmar que tais fenômenos não são aleatórios, mas reflexos diretos do contexto social em que se estruturam. Contudo, uma atuação preventiva exige a averiguação cuidadosa de sua legitimidade, dentro de um sistema que opta por um Direito Penal de *ultima ratio*.

A sociedade atual é marcada por um intenso progresso tecnológico. Ao mesmo passo, tornam-se problemáticas a elaboração e a aplicação das leis na proteção dos chamados bens jurídicos transindividuais. Perspectivas dogmáticas ultrapassadas não mais conseguem tratar com eficiência a complexa criminalidade presente no modelo social contemporâneo e os paradoxos do atual modelo de organização social. Assim, a importância do presente estudo decorre da busca de alternativas para uma reconstrução da dogmática penal ambiental, estabelecendo um diálogo entre as circunstâncias sociais e a legitimidade dos delitos de perigo.

O aspecto mais importante do trabalho é a análise crítica dos delitos de perigo, mormente os de perigo abstrato. Essa categoria de delito é utilizada para fazer frente aos novos contextos sociais, evitando a referência típica à ocorrência de resultados lesivos por meio da antecipação do *ius puniendi*. De fato, os delitos de perigo abstrato merecem uma atenção especial, porquanto da mesma forma em que se encontram opositores a essa técnica legislativa, outros afirmam ser o único caminho para enfrentar os crimes que ofendem os bens jurídicos transindividuais. O que não se pode negar é que, diante

de uma criminalidade organizada, a dinâmica social impõe uma real e necessária evolução na política criminal.

Busca-se aqui analisar a legitimidade dos delitos de perigo em matéria ambiental - conferindo especial atenção aos delitos de perigo abstrato - face os princípios norteadores do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito. Entretanto, é evidente ser uma tarefa árdua, já que os delitos de perigo guardam em si certos contornos que os diferenciam da dogmática penal clássica. Urge, porém, avançar em direção a um Direito Penal ambiental mais consentâneo com a realidade social contemporânea.

Para tal, o exame da legitimidade dos delitos de perigo abstrato em matéria ambiental exigirá uma metodologia própria. Inicialmente, será necessário compreender as relações sociais e o contexto histórico em que essa técnica legislativa é desenvolvida. O estudo do substrato social é de grande relevância, visto que é nele onde se formam os discursos e as opiniões contrapostas em relação ao tema.

A estrutura social atual é baseada em um modelo de risco. O desenvolvimento de novas tecnologias e a produção em massa criam novos âmbitos de periculosidade com potencial inédito de afetação dos bens e interesses difusos. A percepção e reflexão acerca desses riscos aumentaram, alimentando uma insegurança mundial sobre o futuro do planeta e a impossibilidade de lidar com determinadas ocorrências. A utilização de energia térmica e nuclear, o desmatamento florestal, a produção de produtos em larga escala, a utilização de instrumentos tecnológicos inovadores e a distribuição de insumos agrícolas ilustram atividades com grande potencial ofensivo. O risco, então, torna-se algo preocupante, o que acelera o desenvolvimento de instrumentos jurídicos orientados à sua contenção. Nessa senda, o Direito Penal é convocado a dar respostas a muitas questões, como a contenção dos danos ambientais e a efetiva punição dos infratores.

Assim, intensificam-se o uso do controle estatal e a aplicação das sanções penais na limitação de atividades perigosas. A utilização do Direito Penal como ferramenta para assegurar a integridade do ambiente, antecedendo ao resultado lesivo, é feita através dos delitos de perigo.

Assente o contexto histórico e social, o estudo buscará focar a legitimidade do uso dos delitos de perigo em matéria ambiental no campo da precaução. Para tal, será necessário abordar vários aspectos, quais sejam, seu papel, suas características e seus limites constitucionais. Uma vez levada a cabo tal tarefa, a legitimidade implicará na análise dos limites impostos à norma penal, incidência pautada por regras e princípios decorrentes da adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito. A ofensa a qualquer dos limites impostos ao Direito Penal resultará na inadmissibilidade do uso dos delitos de perigo.

O estudo da problemática exposta será realizado em três etapas. Inicialmente, cumprirá situar o objeto do estudo no contexto histórico e social no qual se desenvolve, ou seja, na sociedade de risco. Posteriormente, será conferido destaque ao Direito Penal ambiental aplicado à sociedade de risco, bem como aos diversos discursos dogmáticos decorrentes. Por derradeiro, far-se-á uma análise dos delitos de perigo, formando substrato suficiente para abordar sua legitimidade e sua adequação ao modelo de Direito Penal adotado por Estado de Direito democrático e social.

Assume-se, como premissa nodal, que a utilização de tipos penais de perigo, dentro de um sistema que opta por um Direito Penal de *ultima ratio*, incidente apenas na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser protegidos eficazmente por outros instrumentos menos gravosos. A necessidade da intervenção penal na proteção de bens transindividuais não deve, contudo, implicar em incremento excessivo dos tipos penais ambientais e tampouco em desrespeito dos princípios penais solidamente ancorados em nosso sistema jurídico.

Faz-se necessário, portanto, questionar a legitimidade do adiantamento da intervenção penal em matéria ambiental, bem como indagar acerca da conveniência e oportunidade de adaptação da dogmática tradicional aos novos paradigmas sociais.

2. DA SOCIEDADE DE RISCO

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito Penal possui relação íntima com o contexto social na qual é produzido e reproduzido. Assim, empreender o estudo acerca do tema exige a aplicação de um método que possibilite analisar o processo histórico e social do qual o objeto surgiu.

As discussões dogmáticas envolverão, direta ou indiretamente, os conflitos que surgem de determinada organização social. Diante disso, toda análise exige o estudo que aborde a origem dos conceitos, o processo de desenvolvimento e a funcionalidade em um sistema social.

O modelo de organização social atual está calcado sobre um sistema econômico produtivo. Conseqüentemente, os instrumentos de controle social refletem diretamente o modelo vigente. O Direito Penal é um dos principais instrumentos de controle social e, por isso, é aplicado teleologicamente, conferindo estabilidade aos valores dominantes e reafirmando o modelo na qual se insere. Nas palavras de Miguel Reale, o “Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção, de solidariedade”.^[1] Assim, o estudo acerca dos delitos de perigo exigirá, pois, a reflexão sobre o contexto social e econômico em que se desenvolve.

A sociedade atual caracteriza-se como uma “sociedade de risco” ^[2] ou “sociedades de riscos” (*Risikogesellschaft*). O risco, enquanto elemento central da organização social, permite estabelecer critérios para inferir o novo papel do Direito Penal e de seus elementos dogmáticos.

A origem do termo “risco” não é exata, mas muitos apontam uma inequívoca relação entre o risco e o perigo. Em ambos os casos se trata da possibilidade futura de ocorrer um dano ou uma lesão. Contudo, o risco seria a percepção social do perigo. Não haveria, então, risco sem iminência de perigo. Por outro lado, o perigo seria uma

construção subjetiva do ser humano. Parte-se da concepção de que o homem não tem certeza absoluta dos desdobramentos causais de suas ações. Com efeito, qualquer noção de perigo estaria prejudicada, caso o homem tivesse conhecimento absoluto das relações causa e efeito. Com isso, uma ação perigosa seria aquela caracterizada pela probabilidade de ocorrência de um dano. [3]

Entretanto, a proposta subjetiva do perigo é mitigada pela impossibilidade de conhecimento absoluto dos nexos de causalidade. O perigo, então, deixaria o campo do subjetivo para adentrar-se a uma realidade objetiva. O caráter fático passa a ostentar uma realidade de fato, ou seja, na probabilidade fática da ocorrência de lesão ou do dano. Assim, o risco é a situação que antecede o perigo. [4]

O perigo e o risco sempre estiveram presentes na vida humana. Inicialmente, este perigo sempre foi considerado um elemento periférico e esporádico.[5] De toda sorte que, o atuar em sociedade não exigia constantes avaliações acerca do risco, haja vista não envolver atividades arriscadas. A produção, o crescimento populacional, as fontes de energia, a sociedade de consumo, o desenvolvimento de novas tecnologias fizeram com que o risco tomasse novas dimensões, afetando diretamente a qualidade do ambiente e influenciando o ingresso do conceito de perigo na dogmática penal, que por muito tempo relegou a proteção antecipada de perigos à atividade administrativa.

De fato, a sociedade de risco é fruto de um modelo econômico voltado para a produção e o consumo de bens. Tal modelo implica a busca constante por inovações tecnológicas e a substituição da produção artesanal pela produção industrial em larga escala. Ademais, o objetivo de obter a mais alta produção não raro entra em conflito com a estratégia da máxima proteção ambiental.[6]

Nitidamente, constata-se que cada vez mais as atividades do homem estão prejudicando a espécie humana. A contaminação causada pela ação dos dejetos industriais, urbanos e agrícolas constitui mais um produto da civilização industrial e envenena, no sentido literal, o ar, a água dos rios e o solo. [7] Com acerto, observa Odum que “as nações industrializadas conseguiram sucesso desvinculando temporariamente a humanidade da natureza, através da exploração de combustíveis fósseis, produzidos pela natureza e finitos, que estão sendo esgotados com rapidez. Contudo, a civilização ainda depende do ambiente natural não apenas para energia e materiais, mas também para os processos vitais para a manutenção da vida, tais como os ciclos do ar e da água. As leis básicas na natureza não foram revogadas, apenas suas feições e relações quantitativas mudaram, à medida que a população humana mundial e seu prodigioso consumo de energia aumentaram a nossa capacidade de alterar o ambiente. Em consequência, a nossa sobrevivência depende do conhecimento e da ação inteligente para preservar e melhorar a qualidade ambiental por meio de uma tecnologia harmoniosa e não prejudicial”. [8]

O processo evolutivo transformou a destruição do ambiente em um dos mais acentuados problemas. Assim, “a questão ambiental emerge, portanto, no terreno político-econômico e da própria concepção de vida do homem sobre o tema”. [9] Esse complexo fenômeno cria uma dinâmica peculiar, porquanto o progresso não é acompanhado pela análise dos efeitos e resultados decorrentes da utilização de novas tecnologias. Em verdade, “essa condição contrapõe-se à mentalidade iluminista de que a crescente informação sobre os mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles. Acreditava-se que quanto mais avançado fosse o conhecimento humano, maior

seria a certeza sobre as condições do futuro e as possibilidades de orientá-lo. Entretanto, as conexões entre o desenvolvimento do conhecimento técnico e o conhecimento acerca do futuro da humanidade mostraram-se bem distintas das sugeridas pelos primeiros modernos: as idéias de controlabilidade, certeza e segurança, fundamentais para a modernidade, entram em declínio e isso aconteceu por causa e não apesar do conhecimento que acumulamos sobre nós mesmos e sobre o mundo”. [10]

O descompasso entre o progresso e o conhecimento das suas conseqüências faz com que o risco passe a ocupar papel central no modelo de organização social atual e no modo de atuar do Direito Penal. A sociedade industrial passa a questionar seus próprios princípios e fundamentos e o risco torna-se objeto de consideração pública, política e científica. Por outro lado, questões como segurança, controle, causalidade e limitação dos danos ambientais incorporam-se nos debates jurídico-penais, mormente em setores sensíveis aos riscos, como, por exemplo, a proteção do ambiente.

Em última análise, a sociedade contemporânea encontra-se submersa em uma época de transição, na qual o planeta apresenta-se cercado de perigo e a complexidade social provoca um descompasso entre o desenvolvimento humano e a preservação ambiental. Nessa perspectiva, o Direito Penal é convocado a dar respostas a muitas questões, entre elas a prevenção dos danos ambientais e a demanda pela expansão de seus limites, o que pode conduzir à flexibilização dos critérios que autorizam a intervenção penal.

2.2. CARACTERIZAÇÃO DO RISCO E NOVOS DISCURSOS SOCIAIS

A presença do risco no modelo de organização social atual, enquanto conceito nuclear relacionado à própria atividade humana, interfere decisivamente nos discursos sociais, econômicos e políticos.

O risco torna-se um parâmetro de política criminal e abre caminho, portanto, para a sanção de comportamentos intoleráveis socialmente. Os institutos do Direito Penal são postos em movimento no sentido de se antever toda e qualquer conduta relevante e que traga em seu contexto hipotético a idéia de risco. Confere-se acentuada ênfase, portanto, no desvalor da ação.

A necessidade do uso do Direito Penal enquanto ferramenta para prevenção de possíveis danos decorre das características dos riscos atuais. A extensão e magnitude dos danos, mormente quando atingem bens jurídicos difusos [11], passou a ser objeto de notável preocupação. De maneira geral, por estarem associados à exploração e ao manejo de novas tecnologias, os danos ambientais subtraem-se por completo a uma percepção local, adquirindo uma dimensão transfronteiriça. [12] Ademais, é freqüente que os danos sejam irreversíveis e que permaneçam ocultos por um longo período.

Outro ponto a ser considerado é a dificuldade de estabelecer nexos causais entre determinada atividade e seus resultados. Ocorre que a sociedade atual é formada por complexas relações e atividades, de maneira que a larga cadeia de conexões torna-se desconhecida até a ocorrência da efetiva lesão ao bem jurídico. Em outras palavras, o

incremento da tecnologia ocasionou uma gama inesperada de associações, decorrentes do surgimento de novas, diversas e inesperadas relações causais e de distintos fatores de interferência, prejudicando o controle da superveniência de determinados eventos e de seus nefastos efeitos.

De outro lado, percebe-se que os danos ambientais, na maior parte das vezes, são resultados de uma acumulação ou repetição de ações, o que por sem dúvida dificulta o estabelecimento de uma clara relação de causa e efeito. Quando menos, inúmeras razões impedem calcular a relevância causal na produção da lesão ao bem jurídico. [13] Levando em conta essas características, constata-se a falibilidade das regras de causalidade. Assim, afigura-se necessária a criação de novas formas de atuar do aparato penal que se ajustem às situações de risco.

De fato, a expansão dos novos riscos e a sensação subjetiva de insegurança impulsiona movimentos de controle mais efetivos das atividades perigosas. Esse fenômeno certamente afeta a seara jurídica, colocando em questão a própria efetividade do Direito Penal. A influência das estruturas sociais repercute na construção da dogmática penal. Ainda, aviventa os conflitos político-criminais acerca da finalidade do Direito Penal, notadamente na tutela do ambiente.

A compreensão desse fenômeno é fundamental para o estudo da efetividade dos delitos de perigo, já que o risco é elemento determinante para a orientação da política criminal. O desenvolvimento dos delitos de perigo incorpora, de maneira impactante e incisiva, como elemento nuclear. De conseguinte, essa rápida digressão acerca da sociedade de risco é imprescindível para a elucidação da legitimidade dos delitos de perigo em matéria ambiental.

2.3. A SENSACÃO SOCIAL DE INSEGURANÇA

De conformidade com o exposto, fica patente que o contexto da sociedade de risco importa transformações no cenário social, mormente no relacionamento da sociedade com os perigos por ela produzidos. Com efeito, o modelo social construído por Beck está fundamentado em uma sociedade insegura ou do medo. [14]

Isso se dá porque as situações de perigo tornaram-se visíveis e explícitas, como é o caso, por exemplo, dos danos ao ambiente. Há, ainda, um agravamento desse estado de insegurança na medida em que se intensificam a produção das situações de risco e a percepção pública sobre eles. [15] Contudo, Silva Sánchez adverte que “é realmente duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis (os próprios da *Risikogesellschaft*), que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato”. [16] Seja como for, o caso é que, em medida crescente, os delitos de lesão se mostram insatisfatórios ante o contexto de insegurança e incerteza, que exige o uso cada vez mais freqüente da técnica delitos de perigo. [17]

Com a percepção social dos novos riscos, ficam evidentes as contradições do sistema. Por um lado, a crise ligada à ciência é ocasionada, em boa medida, pelas características dos riscos, pela intranqüilidade com relação a suas causas e seus efeitos e pela cumplicidade científica com a tecnologia que os criaram. Por outro lado, constatou-se que determinadas ações, que durante séculos estavam legitimadas pelo direito, denotaram extrema ofensividade perante os bens jurídicos tutelados. Em outras palavras, reconheceu-se que as ações geradoras de riscos não eram aquelas que estavam no campo do desvio da norma, mas aquelas que sempre estiveram de acordo com as normas de comportamento (risco permitido). [18]

Nesse momento, são alvo de profundo questionamento tanto as convenções como os fundamentos da racionalidade moderna, bem como os mecanismos regulatórios da sociedade, particularmente, o Direito. É a partir dessas constatações que se verifica um retorno à incerteza, produzindo um profundo abalo na credibilidade dos sistemas sociais, políticos, técnicos e jurídico. [19]

Expressando essa tendência, tem-se que a insegurança se converte em uma demanda social pela atuação do aparato punitivo. A irrefreável tendência de incremento das tipificações de delitos de perigo é resultado desse processo. De fato, se o marco ideológico é a busca por segurança, não se pode deixar de destacar a deficiência preventiva dos tipos penais de lesão, porquanto incorporam a idéia de que o sujeito ativo apenas será sancionado caso se verifique um resultado naturalístico. A dogmática penal contemporânea engaja-se, pois, em uma discussão acirrada acerca de seus limites e das condições de legitimidade de sua atuação.

3. DIREITO PENAL E OUTRAS INSTÂNCIAS DE PROTEÇÃO

O incremento da percepção pública das situações de risco, sobretudo na área ambiental, vem sendo respondido com a introdução de modificações no cenário social e jurídico. A sociedade industrial, diante das ameaças e problemas por ela produzidos, é posta em movimento pela busca de alternativas e soluções. É exatamente nesse contexto de insegurança e de busca por soluções que o aparato penal é reclamado.

Ao buscar soluções normativas às questões de risco, o Direito Penal passa por um processo de expansão, que aponta para uma significativa transformação do sistema jurídico penal. A ampliação do campo de atuação do Direito Penal para cumprir os ideais de prevenção enfrenta, porém, dilemas estruturais. [20] A dúvida quanto à legitimidade de um Direito Penal preventivo se apresenta em diversas etapas, principalmente na construção e aplicação dos tipos penais. Todavia, a introdução de novos tipos penais não seria mais que um aspecto da tendência expansionista do sistema penal. [21] Identifica-se, a partir daí, um campo problemático de contradições, contrapondo princípios tradicionais do sistema penal às exigências de controle e segurança dos fenômenos da sociedade de risco. [22]

Nesse contexto, aventa-se a utilização dos delitos de perigo abstrato como elemento principal do modelo de incriminação no âmbito da sociedade de risco.[23] O uso dos

tipos de perigo abstrato contribui para a ampliação do aparato penal, abandonando a lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado) como centro gravitacional do sistema punitivo. Em última análise, essa técnica legislativa insere-se em um contexto de obtenção de segurança pública na proteção de bens jurídicos transindividuais.

O Direito Penal passa a orientar sua atuação à prevenção, à inibição de atividades perigosas em um momento anterior à afetação do bem jurídico protegido. Evidencia-se, pois, uma tendência de criminalização em âmbito prévio, cujo principal instrumento é o uso crescente dos tipos de perigo abstrato, categoria voltada à antecipação da intervenção penal estatal. [24]

O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação e os tipos penais direcionam-se para o perigo. Através da proibição de comportamentos que colocam em perigo os bens jurídicos penais, o Direito Penal passa a proteger uma pluralidade de interesses pretensamente carecedores de uma proteção antecipada.[25] Volta-se, portanto, à inibição de ações arriscadas em detrimento de suas conseqüências concretas.

A utilização das tipificações de perigo e a atuação mais extensa do Direito Penal, principalmente em matéria ambiental, decorrem, em boa medida, da incapacidade de atuação de outras instâncias de proteção, como, por exemplo, a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo.

A ética social estrutura-se como juízos de valor considerados obrigatórios em uma coletividade. Desse processo de escolha surge sua imperatividade, que, entretanto, não exclui a liberdade daqueles a que se destina. Assim, as normas éticas constituem um dever ser, suscetíveis de não cumprimento. [26]

Toda norma ética expressa, portanto, comportamentos sociais que, à luz do quadro axiológico formado, devem ser normalmente esperados. No entanto, Silva Sánchez chama atenção para o fato de que a ausência de uma ética social mínima torna imprevisível a conduta alheia, produzindo angústia. Aduz, ainda, que “as sociedades modernas, nas quais durante décadas se foram demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, não parecem funcionar como instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética social que redunde na proteção dos bens jurídicos”. [27] Converte-se, conseqüentemente, em excepcional essa via de tutela, transferindo ao Direito, mormente ao Direito Penal, a missão de proteção de bens jurídicos.

No que diz respeito ao Direito Civil, é duvidoso que, em razão do modelo de responsabilidade ou até mesmo do modelo de seguro, possa expressar reprovação a determinada conduta. Recorrendo-se novamente à análise de Silva Sánchez, o autor adverte que, se o dano está segurado, é quase inevitável que os níveis de diligência do agente diminuam, causando um decréscimo da eficácia preventiva que a responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas.[28] Ademais, uma das principais dificuldades para se criar uma cultura de proteção ao ambiente no Brasil por meio do seguro é a falta de interesse por parte das empresas, haja vista inexistir um benefício imediato. Muitas empresas não se sentem compelidas a cumprir com as obrigações ambientais - em que pese o Brasil ser um dos países mais avançados no que se refere às leis ambientais - pois as multas e penalidades impostas, na maioria das vezes, são irrisórias ou contornadas através de recursos legais.

Por outro lado, é mais que discutível que um sistema com montantes padronizados de indenizações possa ser apto a restaurar o ambiente ao *status quo ante*.

Por fim, no que tange ao Direito Administrativo, a ausência de estrutura adequada, a incontrolável burocratização e o total despreparo da Administração Pública, bem como a pouca capacidade de intimidação das sanções administrativas estabelecidas, acarretam sua ineficácia na contenção dos danos, o que figura como argumento decisivo para as propostas de expansão do Direito Penal.

O acima exposto permite intuir que a estrutura social é responsável por alterações significativas no processo de elaboração das normas jurídico-penais. O cenário apontado assinala a opção por uma ampliação dos domínios do Direito Penal, em parte influenciada pela insuficiência de outras instâncias de tutela.

4. DIREITO PENAL DA PRECAUÇÃO E TUTELA AMBIENTAL

Como já salientado, os atuais modelos de organização social e a sociedade de risco produziram alterações significativas na legislação penal especial. Surgem, por um lado, propostas dogmáticas para a reavaliação e a readaptação de institutos dogmáticos tradicionais, a fim de adequar o sistema penal à nova realidade. A crítica jurídica reage de diferentes formas, ora aplaudindo a evolução dos institutos dogmáticos, ora rechaçando as mudanças propostas.

É nesse contexto de conflitos que se desenvolve o Direito Penal da precaução. Coletivamente, o que se tem é uma imensurável necessidade de se normatizar juridicamente certas áreas da vida comunitária, como, por exemplo, o ambiente. A ânsia por proteção leva o Direito Penal a coibir condutas perigosas, antecipando-se ao resultado lesivo. A norma penal adentra em um campo que, até então, lhe era estranho: o campo da precaução.^[29]

A tutela do ambiente é hoje uma realidade normativa e um problema que anseia por respostas. Diante do exposto, é perfeitamente pertinente perguntar-se: a que propósito é, então, convocado o Direito Penal? O Direito Penal apresenta caráter subsidiário, de modo que “a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.”^[30] A imprescindível tutela penal do ambiente encontra supedâneo jurídico-formal no disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, e limites nos princípios constitucionais fundamentais.

Embora o Direito Penal deva ser contemplado, hodiernamente, não apenas como sistema dissipador de conflitos, a elaboração de seus tipos penais não pode abdicar do indispensável respeito aos princípios penais constitucionais e, demais disso, deve afastar-se do mero simbolismo.

Exige-se, portanto, a conciliação dos delitos de perigo com os pressupostos constitucionais legitimadores do *ius puniendi*. O enfrentamento dessa problemática supõe um estudo mais aprofundado dos delitos de perigo, porquanto, na atualidade, são

invocados com frequência como forma de antecipação da tutela penal em matéria ambiental.

5. OS DELITOS DE PERIGO E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

Em verdade, provavelmente em razão das características dos novos riscos, o que se constata é uma ênfase no adiantamento da tutela penal. Ademais, na maioria das vezes, o dano ambiental, uma vez consumado, afeta de tal forma o ambiente que dificilmente as características primitivas são passíveis de recuperação. Dessa forma, a intervenção do Direito Penal figura como uma estratégia preventiva, cujo principal instrumento de atuação é representado pelos delitos de perigo. [31]

De primeiro, convém assinalar que a afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas, quase sejam, pela lesão e pela exposição a perigo.

Os delitos de perigo diferem dos delitos de lesão por prescindir da produção do resultado lesivo para a consumação da conduta típica. Logo, “se verifica o crime de perigo sempre que a lei transfira o momento consumativo do crime da ‘lesão’ para aquele da ‘ameaça’, aperfeiçoando-se o crime no instante em que o bem tutelado encontra-se numa condição objetiva de possível ou provável lesão. Obtém-se dessa forma a confortadora perspectiva de avançar a fronteira protetora de bens e valores, mercedores de especial tutela.” [32] Como se observa, os delitos de perigo atingem zonas antecipadas de proteção, adiantando-se a fases anteriores à efetiva lesão.[33]

Destarte, os delitos de perigo tutelam o bem jurídico com independência de seu efetivo menoscabo, ainda em um momento de probabilidade de ocorrência do dano, configurando aplicação efetiva do princípio constitucional da prevenção (art.225, *caput*, CF). Ao se prever como típica conduta que gera simples perigo, dispensando a produção do resultado material para a configuração típica, possibilita-se, em tese, uma atuação penal tempestiva, a fim de evitar o dano ecológico que, como já acentuado, quase sempre se mostra irreparável e irreversível.

Partindo-se da premissa acima exposta, pode-se dizer que os delitos de perigo cumprem uma autêntica função de antecipação de tutela penal. Essa última importa em adiantamento da proteção penal dispensada a determinado bem jurídico, lastreada no caráter perigoso da conduta tipificada.

Os delitos de perigo podem ter estrutura típica de injustos de ação (doloso ou culposos) ou de omissão (doloso e culposos). Assim, “a afirmação ora feita tem sua razão de ser, pois, do contrário, ter-se-á uma tutela penal ambiental no plano da estrutura típica tecnicamente incompleta e deficiente, certamente fadada à ineficácia”. [34]

Nesse diapasão, os delitos de perigo concreto são aqueles em que o perigo é parte integrante do tipo (elemento normativo do tipo), devendo ser efetivamente comprovado. São delitos de resultado de perigo (potencialidade lesiva), de assunção do risco de lesão não permitido pela norma. [35]

A consumação do delito de perigo concreto requer, por parte do julgador, um exame casuístico do perigo manifestado. [36] A problemática da tipificação dos delitos de perigo concreto em sede de tutela do ambiente é expressa pela dificuldade da prova da ocorrência do perigo e da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a ocorrência do perigo ao bem jurídico tutelado.

Como é cediço, a prova da ocorrência do real perigo para o bem jurídico tutelado é, na prática, de difícil concretização e, em quase todos os casos, demanda demoradas e dispendiosas perícias. Exigências político-criminais e de ordem preventiva corroboram, portanto, a opção de parte da doutrina pelos delitos de perigo abstrato em determinadas situações.

A técnica dos delitos de perigo abstrato surge como uma das características mais visíveis do desenvolvimento atual das legislações penais, que optam por seu uso nos campos mais problemáticos da regulação positiva, como, por exemplo, o ambiente. Vislumbra-se que essa tendência tem justificativa no enfoque preventivo que o Direito Penal contemporâneo adota, orientado à diminuição do risco e à busca incessante por segurança jurídica. De fato, a política criminal em seara penal ambiental tem mostrado clara preferência pelos delitos de perigo, em detrimento da idéia clássica de exigência da lesão efetiva do bem jurídico tutelado. É importante assinalar que nos delitos de perigo abstrato a conduta típica é em si perigosa, isto é, “a causa justificativa de sua punição supõe um perigo, inerente à ação”. [37] Noutro dizer, “na construção do modelo típico dos crimes de perigo abstrato, o legislador, adstrito à realidade e à experiência, toma puníveis condutas que, necessariamente, atendida a natureza das coisas, trazem ínsito um perigo ao bem objeto de tutela”. [38]

A periculosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, através de um juízo hipotético do legislador. O perigo atua apenas como a *ratio legis* para a criação do delito. O perigo não é, pois, elemento constitutivo do tipo, senão o motivo que inspira a atuação do legislador. Portanto, diversamente dos delitos de perigo concreto, o perigo ao bem jurídico não aparece explicitamente como elemento normativo do tipo penal.

Os delitos de perigo abstrato possuem como objeto comportamentos que não se definem pelo resultado lesivo. Ao carecer de uma referência lesiva, o que se pune, na realidade, é o desvio ou desobediência à norma.[39] Em outras palavras, para a consecução desse tipo delitivo, bastará, tão-somente, demonstrar que a conduta típica foi executada, prescindindo da constatação de um efetivo perigo ao bem jurídico tutelado. Pune-se, pois, a simples violação normativa. [40] Assim, ao contrário dos delitos de perigo concreto - onde a exposição a perigo do bem jurídico deve ser comprovada pelo julgador -, os delitos de perigo abstrato desobrigam o juiz de avaliar a superveniência da situação de perigo no caso em exame.

Nesse contexto, enfatiza-se o desvalor da ação, em detrimento do desvalor do resultado. Ante a magnitude dos danos possíveis, o legislador penal adianta sua atuação preventiva, com o propósito de antecipar-se à produção de consequências desastrosas e irreversíveis ao patrimônio ambiental.

O recurso à antecipação penal através dos delitos de perigo abstrato amplia a capacidade de resposta penal no contexto da sociedade mundial de risco, tornando-se expediente inarredável para a otimização da proteção de bens jurídicos supra-individuais. As

modernas legislações penais recorrem aos delitos de perigo abstrato como importante ferramenta orientada à proteção dos chamados bens jurídicos de terceira geração. Isso se dá porque essa técnica legislativa renuncia à ocorrência de uma lesão como elemento típico e à prova do nexa causal entre a conduta e o resultado material. De fato, a dificuldade em elucidar intrincadas relações causais e a imprevisibilidade no manejo de novas atividades e tecnologias relacionadas ao ambiente tornam ineficazes outras formas de tipificação.

Nada obstante, é oportuno ressaltar que essa tendência político criminal da sociedade contemporânea, sociedade esta alimentada pela insegurança mundial sobre o futuro do planeta e pela impossibilidade de lidar com determinadas ocorrências, suscita não apenas conflitos com princípios fundamentais do Direito Penal, mas também sérios debates acerca de legitimação, da fundamentação e dos limites da pretensão punitiva do Estado. A conveniência político-criminal da técnica legislativa em exame não pode prescindir de sua adequação aos princípios penais constitucionais e, nesse sentido, não pode ignorar os critérios que asseguram o respeito inarredável à intervenção penal mínima e à fragmentariedade.

6. DA LEGITIMIDADE DOS DELITOS DE PERIGO

6.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A idéia de delitos de perigo foi inicialmente concebida em um caráter negativo, remetendo à idéia de situações concretas onde não se vislumbrava uma lesão ao bem jurídico e que, por isso, não deveriam ser passíveis de criminalização. Assim, historicamente, constata-se uma tendência em limitar seu emprego, posto que tal técnica afrontaria o princípio da ofensividade.

Atualmente, o que outrora era uma técnica de tipificação de exceção, descortina-se quase que uma regra na configuração típica dos comportamentos puníveis, sendo sua aplicação em matéria ambiental um nítido exemplo dessa tendência. De fato, a proteção jurídica de bens supra-individuais pelo Direito Penal recorre, com relativa frequência, aos delitos de perigo. Nesse contexto, a dúvida reinante é acerca da legitimidade dessa técnica legislativa. Indubitavelmente, complexa é a situação hoje vivida, que clama pela transformação dos institutos penais e pela reorientação da política-criminal contemporânea à evitação de novos riscos. Constata-se, nessa linha, uma diminuição de espaços de risco permitido e, ainda, o conseqüente incremento das tipificações de perigo. Verifica-se, então, “um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada”, isto é, “um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre o risco permitido e risco desaprovado, a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade de não padecer.”^[41] Em matéria ambiental, isso se dá, em parte, pelo fato de que as novas estruturas sociais

e econômicas, bem como o alto potencial ofensivo das novas tecnologias, exigem uma atuação preventiva do ordenamento jurídico-penal, mormente no sentido de restringir as atividades arriscadas. Tratando a respeito desse quadro geral de ameaça, Giddens pontua que “os perigos que enfrentamos não derivam mais primariamente do mundo da natureza. É claro, ciclones, terremotos e outras catástrofes naturais ainda ocorrem. Mas em sua maior parte, nossas relações com o mundo físico são radicalmente diferentes daquelas das épocas anteriores, especialmente nos setores industrializados do globo, mas em certo grau em toda parte. À primeira vista, os perigos ecológicos que enfrentamos atualmente podem parecer semelhantes às vicissitudes da natureza encontradas na era pré-moderna. O contraste, contudo, é muito nítido. Ameaças ecológicas são o resultado de conhecimento socialmente organizado, mediado pelo impacto do industrialismo sobre o meio ambiente material. São parte do que chamarei de um novo perfil de risco introduzido pelo advento da modernidade”.^[42] Complementa o mesmo autor que “a variedade de perigos ecológicos nesta categoria deriva da transformação da natureza por sistemas de conhecimentos humanos. A simples quantidade de riscos sérios ligados à natureza socializada é bem assustadora: a radiação a partir de acidentes graves em usinas nucleares ou do lixo atômico; a poluição química nos mares suficiente para destruir o plâncton que renova uma boa parte do oxigênio na atmosfera; um efeito estufa derivando dos poluentes atmosféricos que atacam a camada de ozônio, derretendo parte das calotas polares e inundando vastas áreas; a destruição de grandes áreas de floresta tropical que são uma fonte básica de oxigênio renovável; e a exaustão de milhões de acres de terra fértil como resultado do uso intensivo de fertilizantes artificiais.”^[43]

Diante desse contexto, pode-se afirmar que quanto maior a intensidade dos riscos, maior a demanda por controle, implicando mudanças na seara jurídica. Desse modo, lança-se mão do princípio da precaução^[44], com vistas à restrição de práticas cujas consequências lesivas sejam ainda desconhecidas do ponto de vista científico. Na medida em que há um aumento da complexidade tecnológica, bem como de sua capacidade para a produção de riscos globais, esse movimento é potencializado e o princípio da precaução surge no centro das discussões teóricas.^[45] Passando por um amplo leque de alternativas, o Direito Penal passa a se ocupar da abreviação do momento da tutela que, como anteriormente visto, há de se efetuar através dos delitos de perigo. Assim sendo, vem a lume o constante emprego do sistema punitivo no campo da precaução, o que, necessariamente, exige uma atenta análise crítica de seus fundamentos.

Note-se que tal enfoque se coaduna com um movimento de expansão do Direito Penal, no qual se fala em prevenção e controle das situações de perigo, bem como em modificação da estrutura dos institutos penais ‘clássicos’. Porém, não raro, a doutrina aponta a proliferação dos delitos de perigo abstrato como a questão mais preocupante e polêmica.

Fato é que se trata de um Direito Penal em processo de adequação às necessidades da sociedade de risco, revelando-se instrumento de controle social e instrumento jurídico preferente na defesa dos bens jurídicos ante as novas – e as não tão novas, mas cada vez mais crescentes – ameaças de lesão.^[46] Nesse diapasão, torna-se assustadoramente corriqueira a antecipação da tutela penal. A objeção doutrinária à antecipação da tutela penal através dos delitos de perigo funda-se basicamente na possível ofensa aos princípios garantistas norteadores do Direito Penal, o que se revela em construções

típicas defeituosas e motivadas exclusivamente por exageradas demandas preventivas. A defesa do modelo dos delitos de perigo abstrato encontra, portanto, sólidas objeções, que precisam ser examinadas com cuidado.

6.2. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Os princípios traduzem a idéia de causa primeira e, nesta linha, a idéia de algo que serve de supedâneo aos institutos penais. São, pois, proposições ideais, fundamentais, erigidas a partir de certa realidade. Nas palavras de Miguel Reale, “princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.^[47]

No Direito Ambiental, os princípios possuem análoga função essencial, auxiliando a compreensão e a aplicação das normas. Todavia, vão além, porquanto os princípios que informam o Direito ambiental tem como escopo fundamental proteger o ambiente e, assim, garantir qualidade de vida a toda coletividade. Constituem, assim, as "pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental em conformidade com a realidade social e os valores culturais de cada Estado".^[48]

Dentre os diversos princípios que norteiam o Direito Ambiental, destaca-se o princípio da precaução, o qual se reporta à função principal de acautelar uma ação ou ato que possa resultar em efeitos indesejáveis para o ambiente.^[49] Em sendo assim, em última análise, o princípio da precaução visa à manutenção da qualidade do ambiente, bem como da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Com efeito, diante da temerosa degradação do ambiente em escala mundial, prevenir passou a ser preocupação constante de todos aqueles que buscam melhor qualidade de vida. Conforme o aludido princípio, é preciso, antes de tudo, antecipar-se à efetiva ocorrência do dano ambiental, pois as condições iniciais de um determinado ecossistema nem sempre podem ser restauradas pela ação do homem. Em outras palavras, o mencionado princípio traz consigo a idéia de que, muitas vezes, os danos ambientais, quando concretizados, revelam-se irreparáveis.

Todavia, é forçoso advertir que o princípio da precaução não deve ser aplicado a toda e qualquer situação de risco, mas somente em situações que apresentam certas características. Em primeiro lugar, sua aplicabilidade deve ser justificada pela constatação de um contexto de incertezas científicas a respeito de certa atividade humana. Em segundo lugar, deve ser aplicado a situações de riscos que possam resultar em danos graves e irreversíveis. ^[50]

Diante disso, pode-se afirmar que a precaução surge diante da incerteza.^[51] Ocorre que, principalmente quando envolvem aspectos ambientais, os novos âmbitos sociais evitam uma eficiente atividade de conhecer os riscos, de definir seus contornos, bem como a relação entre os riscos e as lesões futuras. Demais disso, a ciência muitas vezes

é incapaz de diagnosticar inúmeros aspectos do desenvolvimento tecnológico, como, por exemplo, as possíveis relações de causalidade, restando um grau de incerteza no que se refere aos efeitos de certas atividades em relação ao ambiente.

Ademais, o princípio tem como pressuposto a eventualidade de danos graves ou de difícil reparação, geralmente de ordem coletiva. Destarte, a atuação do princípio da precaução não se constitui apenas em uma possível ferramenta ao combate da degradação ambiental. Pelo contrário, revela-se uma pujante necessidade, haja vista tratar-se da qualidade de vida da coletividade e, conseqüentemente, da própria manutenção da espécie humana.

O Direito Penal, aos poucos, passa a absorver o princípio da precaução como fundamento para a criação de tipos penais, respondendo às demandas sociais por maior segurança e controle. Tal situação é ainda mais evidente quando se constata a latente incapacidade da ciência em oferecer respostas rápidas e eficientes às situações de riscos e perigos. Neste ponto, coloca-se a problemática central do estudo, qual seja, seriam os delitos de perigo legítimos enquanto mecanismos de efetivação do princípio da precaução?

6.3. DA LEGITIMIDADE DOS DELITOS DE PERIGO ANTE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Enquanto ciência e sistema punitivo, o Direito Penal é concebido, interpretado e aplicado conforme o modelo social e econômico vigente. A dificuldade de intuir as transformações do sistema penal decorre, principalmente quando se trata de aplicá-lo em matéria ambiental, do conflito existente com o sistema produtivo e suas estruturas políticas. Em linhas gerais, se, por um lado, verifica-se uma constante produção de riscos decorrentes de avanços tecnológicos, por outro lado, constata-se intensa demanda social por controle, principalmente no que concerne ao uso do Direito Penal.

Preliminarmente, as ponderações, neste ponto, devem ser analisadas levando-se em consideração todas as idéias já elencadas sobre a estrutura da sociedade de risco, os riscos a ela inerentes, bem como a necessidade emergente de instrumentos que possibilitem a efetiva proteção ambiental.

A questão fundamental que se coloca nesse momento consiste em saber se o princípio da precaução poderia legitimar a elaboração de figuras de delito calcadas em situações de perigo abstrato. Em uma conjuntura mais ampla, averigua-se a possibilidade de orientação do sistema punitivo para uma política criminal de precaução, sob a perspectiva da sociedade de risco, através do recurso dogmático aos delitos de perigo.

Verifica-se que o princípio da precaução pode sim representar um importante instrumento para o legislador, principalmente na disciplina penal de atividades de risco cientificamente não definidos ou delimitados. Por um lado, esse princípio visa a coibir ações perigosas que se inserem em um contexto de incertezas científicas a respeito de certas atividades humanas. Neste ponto, constata-se manifesta contradição: apesar do

avanço científico e tecnológico buscar uma condição de progresso e segurança para a humanidade, acarreta também tantas outras fontes de riscos, infelizmente desconhecidas pela ciência.[52] Por outro lado, o referido princípio atua sobre ações que podem causar danos graves ou de difícil reparação para os bens jurídicos. Como exposto, as situações de riscos associadas ao avanço tecnológico são frutos de decisões humanas, cujas conseqüências podem produzir impactos profundos ao ambiente, manifestando-se de forma permanente em um contexto espacial indeterminado.[53]

Tomando-se em consideração o contexto peculiar dos delitos ambientais, parece não haver dúvidas de que o princípio da precaução pode constituir-se em importante fator orientador de política criminal aos delitos de perigo, mormente de delito abstrato.

A intervenção penal, entretanto, será legítima diante de situações nas quais se faz indispensável o recurso ao princípio da precaução. Essas hipóteses permitiriam uma inequívoca antecipação de tutela penal, desde que respeitados certos parâmetros, quais sejam, deve-se estar diante de uma situação de incerteza científica, à qual se acresce o justificado risco de danos graves e irreversíveis para os bens jurídicos tutelados. Vê-se, deste modo, que o princípio em apreço possui singular potencial em relação aos delitos perpetrados contra o ambiente, visto que autoriza a construção dos tipos penais no campo da precaução. Essa forma de proceder revela-se especialmente necessária para o enfrentamento dos novos riscos e para a proteção dos bens jurídicos de ordem supra-individual.

Ao analisar a questão, Romeo Casabona sustenta que a tipicidade nos delitos de perigo depende da periculosidade do comportamento que, por sua vez, será examinada sob uma perspectiva *ex ante*. Esta última abarcará elementos ontológicos - relacionados com todas as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis pelo julgador, além daquelas conhecidas pelo autor do delito - e elementos nomológicos, que consistem na experiência comum da época sobre os cursos causais.[54] O sistema penal deve ser ajustado de modo a abrigar conteúdos dogmáticos inéditos, que permitam enfrentar situações de falta de conhecimento científico que possam afetar a segurança e a livre disposição de bens jurídicos.[55]

Porém, a intervenção do Direito Penal em matéria ambiental através dos delitos de perigo não deve se dar sem qualquer limitação, pois isso pode implicar em ruptura com os princípios penais de garantia. Ou seja, tal intervenção, embora legítima, não pode ser ilimitada. Neste sentido, é imprescindível que haja restrições à atuação estatal, de maneira que o Estado deva pautar sua atuação sobre a liberdade individual em critérios de atuação que assegurem o respeito inalienável à dignidade humana e aos princípios de culpabilidade, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade e lesividade.

Em uma sociedade em que os riscos ambientais são onipresentes, torna-se imperativa a aplicação de técnicas legislativas eficazes na proteção de tão importante bem jurídico. Dessa forma, a teorização do princípio da precaução como fator legitimador dos delitos de perigo torna-se difícil de afastar e, quando menos, descortina-se em uma hipótese plausível. De conseguinte, a legitimidade dos delitos de perigo em matéria ambiental radica, em última instância, na própria função preventiva das normas penais e de suas sanções.

7. CONCLUSÕES

A Lei 9.605/98 opta, preferentemente, pela configuração dos delitos ambientais como delitos de lesão. Todavia, há vários tipos penais de perigo (concreto/abstrato/abstrato/concreto). Em algumas hipóteses o legislador prefere recorrer ao delito de perigo abstrato puro (ou presumido, para alguns); em outras, exige que a conduta típica seja hábil a atingir, ainda que potencialmente, o objeto de tutela (delitos de aptidão para a produção de um dano/delitos de perigo abstrato-concreto). É o caso do artigo 42 da Lei 9.605/98, no qual o legislador exige que a fabricação, venda transporte ou soltura dos balões *possam provocar* incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano. Também se enquadram nessa classificação os artigos 60 e 61 da Lei dos Crimes Ambientais, assim como o artigo 54, no concernente à poluição que *possa resultar* em danos à saúde humana. Por fim, há hipóteses em que a exigência do perigo integra o próprio tipo penal como elemento normativo, de modo que sua comprovação se faz necessária, assim como sua vinculação causal à conduta individual. São estes últimos os delitos de perigo concreto (v.g. arts. 54, §3º, 56 e 60, Lei 9.605/98).

Nos delitos de perigo abstrato-concreto o tipo penal exige algo mais em relação à configuração dos delitos de perigo abstrato *stricto sensu*. Enquanto nestes últimos a conduta é intrinsecamente perigosa – geralmente pela infração à normativa extrapenal correspondente –, nos delitos de aptidão ou idoneidade para a produção de uma lesão – ou delito de conduta perigosa – a conduta não só típica ou geralmente perigosa, mas perigosa em sua consideração individual[56]. Logo, a própria conduta concreta, segundo um juízo objetivo de periculosidade *ex ante*, surge como apta a lesar gravemente o equilíbrio ambiental ou a integridade dos elementos do ambiente ou, conforme o caso, a saúde ou a vida dos seres humanos, embora não se exija a demonstração da superveniência de uma situação de perigo, isto é, a comprovação de um resultado de perigo concreto.

Nesse contexto, é preferível o modelo típico dos delitos ambientais como delitos de perigo abstrato-concreto, e não como delitos de perigo abstrato puro. E isso é assim porque aquela categoria pelo menos exige que a conduta típica seja portadora de um maior potencial lesivo, evitando a configuração dos delitos ambientais como infrações de mera desobediência. De fato, a previsão de delitos de perigo abstrato puros deve ser evitada, porque na maioria das vezes implica em sanção de infrações de caráter administrativo (v.g. arts.30, 31, 51, Lei 9.605/98) ou de condutas destituídas de qualquer lesividade em relação ao bem jurídico protegido (v.g. art.52, Lei 9.605/98), em flagrante ofensa aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Nos delitos de perigo abstrato a conduta típica é reputada perigosa de modo geral ou abstrato, motivo que conduz o legislador a tipificá-la com independência da necessidade de demonstração concreta do perigo presumido. Todavia, os delitos de perigo abstrato-concreto (ou delitos de aptidão ou idoneidade para a produção de uma lesão) são infrações que apresentam em suas configurações típicas algum elemento ou elementos que exprimem a periculosidade da conduta realizada ou dos meios/modos de execução selecionados. Ou seja, são delitos que possuem como elementos objetivos do tipo (de

caráter normativo) referências à periculosidade da conduta típica. Portanto, é reconhecida *ex ante* a idoneidade ou aptidão da conduta individual para afetar o bem jurídico protegido ou expô-lo a perigo concreto. Há, assim, efetivo desvalor da ação, mas apenas um potencial desvalor do resultado. De conseguinte, não se requer, nesses tipos, a prova de um nexu causal concreto entre a conduta típica e a produção de um determinado resultado de lesão ou de perigo. É suficiente que elementos presentes no próprio tipo objetivo – e não outros cognoscíveis ou conhecidos *ex post*, ou mesmo não selecionados pelo legislador – atestem a periculosidade inerente à conduta concreta, apta a produzir efeitos nocivos ao ambiente.

Os delitos de perigo abstrato-concreto ou delitos de aptidão para a produção de uma lesão ou perigo ao bem jurídico são modelos de construção típica preferíveis na tutela de bens supraindividuais, como o ambiente. Essa técnica legislativa não colide com princípios penais de garantia e suplanta as dificuldades de comprovação das intrincadas relações causais entre as condutas individuais e os resultados de lesão ou de perigo concreto. Contudo, seu emprego parece abrir espaço para a introdução de um critério de imputação objetiva no âmbito dos delitos dolosos de ação (a periculosidade objetiva da ação). Essa, porém, é uma outra discussão, que sem dúvida merece um estudo pormenorizado.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORTINA, Adela. El marco conceptual y jurídico del principio de precaución. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *Nexo causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

___ Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004.

___ El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación. In: JORGE BARREIRO, Agustín (Dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2005.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ODUM, Eugene. *Ecologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983.

___ *Fundamentos de ecologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. V. 1, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

___ *Direito Penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Melheiros, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum, a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

-
- [1] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 02.
- [2] Modelo social formulado e desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em sua obra *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.
- [3] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-30.
- [4] Idem, *Ibidem*, p. 31.
- [5] Cf. FARIA COSTA, M. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 321.
- [6] ODUM, Eugene P. *Fundamentos de ecologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 428.
- [7] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64. Vide, ainda, sobre o assunto, DORST, Jean. *Antes que a natureza morra*. São Paulo: Edgard Blucher, 1973.
- [8] ODUM, Eugene P. *Ecologia*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983, p. 1.
- [9] PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 65.
- [10] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 20.
- [11] Sobre a matéria, vide SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- [12] Em razão disso, a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento (1992) tinha como um dos seus objetivos declarados a cooperação com espírito de solidariedade mundial dos Estados para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra.
- [13] Cf. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- [14] Assevera Beck que “el movimiento que se pone en marcha con la sociedad del riesgo se expresa en la frase: ¡Tengo miedo! En lugar de la comunidad de la miseria aparece la comunidad del miedo. En este sentido, el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la que la solidaridad surge por miedo y se convierte en una fuerza política.” (*La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 56).
- [15] Sobre a questão, vide SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2005, p. 41.

[16] SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

[17] *Idem*, *Ibidem*, p. 31.

[18] MACHADO, M.R.A., *op. cit.*, p. 76-78.

[19] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 37-38.

[20] Luis Gracia Martín, entretanto, rechaça a utilização do qualificativo “clássico”, sustentando a utilização do termo Direito Penal “liberal” para contrapor-lo ao modelo do atual Direito Penal. Entre as razões explanadas em sua obra, o autor afirma que “uma denominação como esta desfruta, sem dúvida, da propriedade de ser portadora de uma exatidão integral, pois a mesma evoca imediatamente o contexto sócio-político no qual se deram as condições que possibilitaram aquele modelo penal e não outro distinto.” (*Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 39-43).

[21] Com acerto, Silva Sánchez ressalta outros aspectos dessa tendência geral, quais sejam, a criação de novos “bens jurídicos penais”, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação, entre outros (*op. cit.*, p. 21).

[22] MACHADO, M.R.A., *op. cit.*, p. 24.

[23] *Idem*, *Ibidem*, p. 132.

[24] *Idem*, *Ibidem*, p. 129.

[25] COSTA, J. F. F., *op. cit.*, p. 273.

[26] REALE, M., *op. cit.*, p. 33-36.

[27] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 58.

[28] *Idem*, *Ibidem*, p. 60.

[29] BOTTINI, P. C., *op.cit.*, p. 109 .

[30] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

[31] Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 135.

[32] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 74.

[33] Na análise dessa matéria, Marta Rodriguez esclarece que “se pensarmos o bem jurídico como uma entidade que comporta várias zonas periféricas suscetíveis de proteção, o delito de lesão atingiria o seu núcleo central, enquanto o delito de perigo situar-se-ia em zonas antecipadas de proteção.” (op. cit., p. 129).

[34] PRADO, L. R., op.cit., p. 143.

[35] Nesse sentido, confira os seguintes julgados: STJ – Resp 608078 – RS – 5.^a T. – Rel. Min. Felix Fischer - DJ 16/08/2004 - p. 278; STJ - REsp 585345 – PB - 5.^a T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJ 16/02/2004 - p. 342; STJ - REsp 515526 – SP - 5.^a T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJ 19/12/2003 - p. 598; STJ - RHC 17429 – GO - 5.^a T. – Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 01/08/2005 - p. 476; STF - HC 80721 – SP - 2.^a T. – Rel. Min. Néri Da Silveira - DJ 15/03/2002.

[36] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: 2005, p.138.

[37] PRADO, L. R., op.cit., p. 137.

[38] REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 66.

[39] GRACIA MARTIN, L., op.cit., p. 98-99.

[40] Nesse sentido, confira os seguintes julgados: TJPR – Apelação crime 0499074-1 - 2.^a Câmara Criminal – Rel. José Mauricio Pinto de Almeida - DJ 7743; TJPR – Apelação crime 0466229-5 - 2.^a Câmara Criminal – Rel. Carlos Augusto A de Mello; STJ - REsp 1043849 – PR - 5.^a T. – Rel. Min. Felix Fischer - DJe 29/09/2008; STJ - REsp 880795 – SP - 5.^a T. – Rel. Min. Felix Fischer - DJ 20/08/2007 - p. 304.

[41] SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, op.cit., p.44.

[42] Giddens, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 99. No mesmo sentido, assevera Ulrich Beck que “em aquel tiempo, a diferencia de hoy, los peligros atacaban a la nariz o a los ojos, es decir, eran perceptibles mediante los sentidos, mientras que los riesgos civilizatorios hoy se sustraen a la percepción y más bien residen en la esfera de las fórmulas químico-físicas (por ejemplo, los elementos tóxicos en los alimentos, la amenaza nuclear). A ello va unida una diferencia más. Por entonces, se podía atribuir los riesgos a un infraabastecimiento de tecnología higiénica. Hoy tienen su origen en una sobreproducción industrial. Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización. Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior.” (op. cit., p. 28).

[43] Idem, Ibidem, p. 114.

[44] O princípio da precaução foi formalmente proposto na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (1992).

Prescreve o princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, *ipsis litteris*: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Posteriormente, em 2004, a Convenção de Estocolmo reconhece a idéia de precaução de maneira substancial. Preceitua seu artigo 1º: “Tendo presente o princípio da precaução consagrado no princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o objetivo da presente Convenção é proteger a saúde humana e o meio ambiente dos poluentes orgânicos persistentes”. Na Constituição Federal de 1988, o princípio da precaução está incorporado, principalmente, nos artigos 196, 225 e 227. Entre outros dispositivos na legislação infraconstitucional, pode-se citar o artigo 54, §3º, da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98). Vide, para mais remissões históricas, CORTINA, Adela. *El marco conceptual y jurídico del principio de precaución*. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 03 e ss.

[45] MENDOZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 441.

[46] Cf, sobre a matéria, MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 65.

[47] REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 300.

[48] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

[49] MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144. De modo similar, vide MENDOZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 441.

[50] ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 390.

[51] Diferentemente do princípio da precaução, que recai sobre riscos hipotéticos ou incertos, o princípio da prevenção diz respeito ao risco provável e mensurável, prevenindo riscos já conhecidos (MILARÉ, E., op. cit., p. 143-146).

[52] MENDOZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004, p. 436-437.

[53] Idem, Ibidem, p. 428.

[54] ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., p. 405.

[55] *Idem*, *Ibidem*, p. 406 e ss.

[56] Cf. MENDOZA BUERGO, B. El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación. In: JORGE BARREIRO, Agustín (Dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2005, p.117.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ALTERNATIVA PARA SUPERAR A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

CRIMINAL SPECIAL COURTS: AN ALTERNATIVE TO OVERCOME THE CRIMINAL SYSTEM'S LEGITIMACY CRISIS

Janaína Rigo Santin

RESUMO

O artigo aborda a crise de legitimidade do sistema penal brasileiro, o qual não consegue cumprir com as finalidades para o qual foi instituído: a segurança jurídica. A Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais, foi aprovada com vistas a uma política de despenalização dos crimes de menor potencial ofensivo, com vistas a substituir a pena privativa de liberdade por penas alternativas. Tenciona-se desafogar a Justiça Criminal, para que esta se preocupe efetivamente com o combate e repressão da criminalidade grave, para a qual deverá ser mantido um eficiente sistema prisional e, ao mesmo tempo, adotar estratégias para superar a seletividade do sistema criminal, importante fator na crise de legitimidade do sistema penal e do poder judiciário como um todo.

PALAVRAS-CHAVES: SELETIVIDADE; SISTEMA PENAL; JUIZADOS CRIMINAIS; PENAS ALTERNATIVAS.

ABSTRACT

This article brings an approach about the legitimacy crisis in the Brazilian criminal system, which no longer manages to fulfill its main goal: the juridical security. The Criminal Special Court's Law (nº 9.099/95) was approved aiming to change and reduce the punishment crimes with less offensive potential, using alternative punishments instead of liberty privation penalties. The goal is to avoid the massive number of cases in the Criminal Justice, so it can effectively drive its efforts on fighting and penalizing the serious criminality instead of the less offensive crimes. To do this, it is necessary to keep an efficient penitentiary system and, at the same time, to use strategies aiming to overcome the criminal system selectivity, which is a relevant cause of the criminal system's legitimacy crises, as well as in the Judicial Power, if considered in its context.

KEYWORDS: SELECTIVITY, CRIMINAL SYSTEM, SPECIAL CRIMINAL COURTS, ALTERNATIVE PUNISHMENTS.

1. Introdução

O fenômeno da criminalidade vem crescendo de forma alarmante nas últimas décadas no Brasil. O problema da segurança pública é algo que assola não apenas as grandes cidades e metrópoles, mas toma proporções assustadoras, abrangendo também pequenas cidades e até o campo. Os investimentos públicos no setor da segurança são pautas sempre presentes nos planos políticos dos representantes, mas na prática mostra-se difícil a concretização das políticas planejadas para os quais foram eleitos. Faltam recursos, falta pessoal capacitado e especializado para lidar com a criminalidade e faltam, especialmente, penitenciárias para resolver o problema da superlotação dos presídios brasileiros.

Entretanto, a questão da segurança pública não é apenas um problema político. É também um problema jurídico. O Código Penal e de Processo Penal já não se mostram eficientes no combate da criminalidade e na manutenção da ordem social. Há uma grande burocracia, morosidade e ineficiência para lidar com crimes pequenos e interpessoais, para o qual grande parte dos tipos penais previstos no Código Penal foram destinados, e uma enorme dificuldade processual em identificar, repreender, combater e punir a criminalidade organizada, o narcotráfico e todos os crimes dele decorrentes e o crime de colarinho branco. A persecução penal também é dificultada, pela falta de defensores públicos que possam garantir o constitucional direito de defesa de grande parte daqueles que são submetidos à Justiça Penal.

A Dogmática, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito Penal, desenvolveu um sistema de conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de “garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões penais”.^[1]

Ela promete estabelecer equilíbrio, limitando a violência e promovendo o simbolismo da segurança jurídica, sendo esta a sua função, a racionalização da aplicação judicial do direito penal, conferindo ao julgador o instrumento conceitual necessário para legitimação de sua decisão, convertendo as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.

O discurso ideológico do sistema penal contribui para a assimilação das funções declaradas, e a operacionalização da Dogmática Penal se dá mediante a criação de um estereótipo de criminoso e da valorização desmedida de determinados tipos de crimes, a fim de ocultar os denominados *crimes de colarinho branco e a criminalidade organizada*, delitos esses de muito maior gravidade e âmbito de abrangência, mas que não são cometidos pela clientela do cárcere.

Dessa forma, necessário se faz propor alternativas para que o sistema penal possa efetivamente combater a criminalidade de grande porte, cujos bens jurídicos violados agridem muito mais a sociedade como um todo, adotando-se medidas alternativas para combater a criminalidade de pequeno e médio porte.

Nesse sentido foi aprovada a Lei 9.099/95, a qual faz parte da corrente do Direito Penal Mínimo, defendendo uma política de despenalização dos crimes de menor

potencial ofensivo, combatendo a falência da pena privativa de liberdade, a qual já não consegue, por si só, a ressocialização do apenado, nem contribui para diminuir a criminalidade. Busca-se, portanto, desafogar a Justiça Criminal, para que esta se preocupe efetivamente com o combate e repressão da criminalidade grave, para a qual deverá ser mantido um eficiente sistema prisional e, ao mesmo tempo, adotar estratégias para superar a seletividade do sistema criminal, importante fator na crise de legitimidade do sistema penal e do poder judiciário como um todo.[2]

2. O Sistema Penal e Tratamento Seletivo dos Delitos

Há vários mecanismos de controle e poder dentro de uma sociedade (família, escola, comunidade religiosa, mídia, associações, movimentos sociais, partidos políticos, moral). Tais instituições de controle social influenciam no sistema penal, são fatores reais de poder, aparelhos ideológicos do Estado, micropoderes difusos, existem sem ter necessariamente um código ou normas para regulamentá-los. São um tipo de controle informal, que seleciona os “bons”, dentro de uma visão maniqueísta da realidade. Mas o sistema penal é o único que é extremamente formalizado, denominado por isso de controle formal, com regras dotadas de sanções, com poder de coerção. Constitui um “plus” adicional em intensidade e gravidade das sanções e em grau de formalização que sua imposição exige. É o mecanismo mais arraigado de controle social, além destas instituições da periferia do sistema.[3]

O sistema penal promete a repressão do delito, onde o paraíso passa pela sua mediação. Sem ele a sociedade não teria como defender-se dos “maus”, segundo uma versão maniqueísta da realidade, utilizada por todas as instâncias de controle social. É uma reação à criminalidade, às condutas qualificadas como negativas, através do controle social[4], a fim de adequar os indivíduos à legalidade dominante. No sistema penal, a criminalização de condutas transfere para o âmbito do Estado a solução de todos os conflitos, centrando-se o controle penal na reação punitiva da qual o Estado tornou-se depositário pelo contrato social, a qual se manifesta através da pena[5].

Dessa forma, ao se estudarem profundamente os pilares do sistema penal moderno, conclui-se que este apresenta não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial – a segurança jurídica (do qual resulta sua grave crise de legitimidade), como também o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas, - a seletividade, apresentando, portanto, eficácia instrumental inversa à prometida.[6]

Vera Regina Pereira de Andrade[7] destaca três destas incapacidades:

a) Incapacidade Garantidora: Ao verificar a efetividade dos seus princípios, conclui-se pela violação de todos, ao invés de proteção de direitos. Com relação à igualdade, a realidade demonstra um sistema extremamente seletivo e estereotipado.

b) Incapacidade Preventiva: A pretensão legitimadora de que a pena possa cumprir uma função instrumental de efetivo controle e redução da criminalidade e defesa social, na

qual as teorias da pena se baseiam, na verdade são empiricamente promessas falaciosas. Em verdade, a prisão consolida verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de “desvio secundário”. O cárcere, ao invés de ser um método ressocializador é um fator criminógeno e de reincidência.[8]

c) Incapacidade Resolutória: A vítima, no sistema penal, foi excluída do processo penal a partir da Baixa Idade Média, desde os séc. XII e XIII, momento em que o Estado chama para si o poder de punir, relegando a vítima a um papel secundário, substituída por um representante do Estado (Ministério Público). Assim, não se soluciona o conflito, gerando-se mais problemas e conflitos do que o que se propõe a resolver. Nas palavras de Ana Maria Pires Saldanha

A situação atual da vítima frente aos organismos estatais chega, quase, a beirar uma inversão de valores, ou seja, o delinqüente tem todo o aparato judicial a seu favor, com garantias penais, constitucionais, processuais, etc., e a sua vítima nada mais pode fazer do que testemunhar, e muitas vezes frente a frente com o agressor, sentindo-se amedrontada e novamente ofendida, o que levou alguns doutrinadores modernos a falar em *vitimização secundária*[9]

Logo, a vítima no sistema penal comum, além de sofrer a agressão cometida pelo autor do delito, sofre nova agressão, agora institucional, em que o sistema penal passa a investigá-la, com confiança e receio, sem qualquer tipo de amparo ou proteção. E a sociedade, por sua vez, passa a estigmatizá-la, muitas vezes com pena ou marginalização.

Desta forma, a realização de todos os princípios garantidores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, humanidade e especialmente de igualdade) é, em definitivo, uma ilusão, pois na sua operatividade o sistema penal foi criado para violar a todos[10]. O modo como opera o código legitimador das teorias criminológicas, a forma como ocorre a seleção dos criminosos pelo sistema penal e sua justificação, a seleção judicial e as decisões penitenciárias à execução da pena constituem o rol das funções reais da dogmática penal. A seleção dos “criminosos” acontece de modo a criar as grandes cifras negras da criminalidade[11] (crimes que são cometidos, porém não entram nas estatísticas penais pela sua impunidade), na qual o sistema penal legitima os crimes de colarinho branco, dando-se a seleção policial e judicial, muitas vezes, com tal concepção valorativa e preconceituosa.

Não é pela ‘efetividade’ da segurança jurídica, mas pela instrumentalidade real de eficácia invertida e pela eficácia simbólica (‘ilusão’) da segurança jurídica que dá sustentação àquela instrumentalidade) que pode ser explicada a conexão funcional da Dogmática Penal com a realidade social e sua marcada vigência histórica.[12]

O sistema penal mostra-se como um sistema de administração e organização baseado nas diferenças, num controle seletivo da criminalidade, influenciado na própria construção desta criminalidade quando o legislativo define na lei as condutas criminosas, quando conta com o aparato policial e judicial e se completa na execução da pena[13]. A teoria do *labeling approach* no estudo do desvio e da criminalidade tem a seguinte tese central:

A de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.[14]

A reação social se evidencia quando aceita a seletividade como forma mais correta de funcionamento do sistema penal. Existe um senso comum[15] que rotula como possíveis criminosos os feios, pobres, pretos, prostitutas, sem-teto, sem-terra, descamisados... Essa é a clientela da prisão pelos olhos da sociedade e do governo. Encontram todas as justificações, inclusive etiológicas, sustentando que determinados indivíduos socialmente perigosos tenham anomalias bio-psicológicas ou recebam influências de fatores ambientais e sociais.

Salienta-se que esses métodos evolutivos e deterministas fazem parte da tradição histórica do ensino jurídico brasileiro. Quando se analisa a grade curricular, bem como os artigos acadêmicos produzidos pelas primeiras faculdades de Direito do país, instaladas em Recife e em São Paulo, evidencia-se a influência de autores como Haeckel, Darwin, Le Bon, Lombroso e Ferri. Na “Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife”, logo na sua apresentação já se verifica a importância da antropologia criminal (total de 47% dos ensaios da revista), entendida como único método científico no combate ao fenômeno da criminalidade, estudada partir da “escola italiana” de Ferri e Lombroso e Garófalo. Salienta-se que esta linha de pensamento é vista com maior prevenção nos circuitos acadêmicos paulistas, considerados pelos historiadores “os eleitos”, tendo em vista que lá era considerado um centro formador de intelectuais mais críticos, promissores integrantes das carreiras políticas do país. Apesar disso, também eram freqüentes na “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo” artigos sobre antropologia criminal e medicina pública. [16]

Nas palavras de Schwarcz, “contrária à teoria do livre-arbítrio, a escola criminal positiva acreditava que o universo regido por leis mecânicas, causais e evolutivas não dava margens à liberdade do indivíduo.” Tinha-se, portanto, um perfil físico do “potencial criminoso”.

Seja por um traço, seja pela delimitação de muitos detalhes, o fato é que, para esse tipo de teoria, nas características físicas de um povo é que se conheciam e reconheciam a criminalidade, a loucura, as potencialidades e os fracassos de um país. Critério ‘objetivo de análise’, o ‘método antropológico’ trazia para esses intelectuais uma série de certezas

não apenas sobre o indivíduo como também acerca da nação. ‘Uma nação mestiça é uma nação invadida por criminosos’, dizia o artigo de Laurindo Leão, buscando fazer a ligação entre tais teorias e a realidade nacional.[17]

Com base neste perfil, afirma-se que o crime é propriedade da pessoa, já nasce com ela, que carregaria “anomalias e estigmas atávicos, possuindo uma predisposição pessoal ao delito”[18]. A obra de Lombroso, “O Homem Criminoso”[19], é mãe deste estereótipo de criminoso. Tal tipo de visão foi superada na academia, mas não na prática. Ela domina a noção de criminalidade dos operadores do direito e da mídia e da sociedade em geral.

A seletividade do sistema penal se dá em duas esferas: “em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais” e a sanção a eles cominada (criminalização primária). É uma definição política efetuada pelo poder legislativo estatal, que conduz ao problema da distribuição do poder social da definição de conduta desviada, isto é, para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, este poder de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Em segundo lugar, com a operacionalização da pena, “pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos” (etiquetamento - criminalização secundária).[20]

A prática de condutas típicas faz parte do cotidiano de uma sociedade, é regra e não exceção. O que ocorre é que uma minoria apenas é criminalizada pelo sistema. A distribuição desigual da criminalidade atinge os estereótipos (adágio popular dos três pês: preto, pobre e prostituta), que em decorrência disso tornam-se mais vulneráveis à criminalização, enquanto grupos poderosos representativos da cifra negra da criminalidade[21], cuja atuação atinge grau muito mais elevado de afetamento social, restam impunes, protegidos pelo próprio sistema. [22] Deste ponto de vista,

a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os sistemas por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população, às quais se qualifica como criminosos, e não como pretende o discurso oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais.[23]

Esta seletividade deve-se em primeiro lugar pela incapacidade estrutural do sistema penal operacionalizar, através das agências policial e judicial, todos os crimes definidos em lei, dada a magnitude da sua abrangência, pois está “integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%”. [24] Se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social, pois se todos adultérios, abortos,

defraudações, falsidades, subornos, lesões, ameaças, contravenções fossem criminalizados, não haveria habitante na face da Terra que não fosse criminalizado, e a sociedade seria uma grande prisão. Desta forma, diante desta absurda suposição, conclui-se que o sistema penal foi estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão[25]. Não adianta aumentar o rigorismo do sistema, criando-se novos tipos penais, se este possui limites estruturais.

E em segundo lugar, a seletividade se dá pela especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, de acordo com seu status social, cor, gênero. “A clientela dos sistemas penitenciários é constituída de pobres não porque tenham maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.”[26]

Baratta afirma que,

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais-delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais, entre outros-superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm, como autores, indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.[27]

Este senso comum estereotipado condiciona a seletividade decisória dos agentes do sistema penal, que inicia desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e Justiça (criminalização secundária) até o sistema carcerário, num processo de filtração escalonado que nada têm a ver com os princípios legais.[28] A lei penal configura apenas um marco abstrato de decisão, onde os agentes do controle penal têm ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam. Nada mais utópico que o chavão: detectado o crime, seu autor resultará automaticamente etiquetado. Há um complexo processo de refração entre a seleção abstrata da lei e a seleção efetiva das instâncias de criminalização secundária. “Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação.”[29] E a Dogmática oferece instrumental conceitual para justificar decisões seletivas ao âmbito judicial. Coloca seu arsenal técnico a serviço do julgador para instrumentalizar e legitimar sua decisão.

Essa afirmação pode ser comprovada com dados do Censo Penitenciário de 1995[30], no qual se verifica que 95% da clientela da prisão são indivíduos analfabetos ou semi-analfabetos, subnutridos e de famílias que vivem na miséria, não podendo, sequer, constituir advogados que falem em seu nome. Os crimes cometidos pelos “ricos”, chamados de “colarinho branco”, muito mais danosos à coletividade, passam ilesos no sistema. E quando tipificados, se a pessoa tiver dinheiro para contratar um bom advogado criminalista, na maioria das vezes, não vai para a prisão. O risco de ser preso aumenta significativamente em razão inversa à situação sócio-econômica.

Assim, a Dogmática Penal Tradicional revela-se um sucesso no que tange às funções latentes ou não declaradas, isto é, assegurar a ideologia dominante daqueles que detém o poder, a impunidade de seus delitos e a estereotipação da clientela da prisão, de acordo com raça, gênero e status social, seletividade presente desde os sistemas de controle informal da sociedade aos de controle formal, fornecendo o instrumental para justificação de decisões seletivas e legitimar a estereotipação dominante.[31]

3. O sistema penal e as penas alternativas para delitos de menor potencial ofensivo

Conforme afirma importante doutrina, a intervenção do sistema penal, em especial as penas privativas de liberdade, ao invés de ressocializar o indivíduo, objetivo proclamado pelo sistema penal, determina uma consolidação de uma verdadeira carreira criminal, lançando luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência. É um modelo fracassado e caro, onde o cárcere é um dos maiores redutos de violação dos direitos humanos que se tem notícia.[32] configurando-se uma verdadeira “escola para o crime”.

Cumprido ressaltar que, no Brasil, está-se regulando a reação penal do estado, de forma marcadamente diversa, em relação às criminalidades mínima, média e máxima. Na primeira hipótese, prevê-se a conciliação das partes ou a transação e pena restritiva de direitos como resposta. Na segunda, a criminalidade média, a suspensão do processo, condicionada a determinadas condições, inclusive eventual imposição de prestação de serviços comunitários, para confirmar se há necessidade, ou não, do processo e imposição de pena. Na terceira, criminalidade máxima, a submissão ao processo comum, inclusive a normas de alto conteúdo restritivo, como é o caso dos crimes hediondos.[33]

Dessa forma, um dos grandes eixos de alternativas fundamenta-se na necessidade de redefinição da intervenção penal nos crimes de menor potencial ofensivo, com a substituição da prisão por formas alternativas de solução dos conflitos.[34] Nesse sentido foi aprovada a Lei 9.099/95, a qual faz parte da corrente do Direito Penal Mínimo[35], defendendo uma política de despenalização dos crimes de menor potencial ofensivo. Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, “somente irá para a prisão quem dela efetivamente necessite (...) reservam-se as penas privativas de liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes mais perigosos ou que não se adaptem às outras modalidades de penas.”[36] Busca-se, portanto, desafogar a Justiça Criminal, para que esta se preocupe efetivamente com o combate e repressão da criminalidade grave, para a qual deverá ser mantido um eficiente sistema prisional.

4. Os Juizados Especiais Criminais: uma alternativa para os crimes de menor potencial ofensivo

A Lei 9.099/95 busca proporcionar comportamento diferenciado para crimes de menor potencial ofensivo. Essa simplificação passa pela busca do consenso entre autor da infração e vítima, com a reparação dos danos sofridos por esta, bem como introduzir no sistema penal os institutos da transação e da composição civil para obtenção de um procedimento mais célere, substituindo penas de privação de liberdade por penas alternativas.

Importa ressaltar que o art. 87 da Lei 9.099/95 preocupou-se com o aspecto econômico das pessoas que cometem crimes de menor potencial ofensivo, buscando reduzir despesas ou conceder o benefício da gratuidade da justiça, se for o caso. Pelo artigo “nos casos de homologação do acordo civil e aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (arts. 74 e 76, par. 4), as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.

Uma grande inovação no sentido do acesso à justiça da Lei 9.099/95 é o disposto no art. 94 da Lei 9.099/95, o qual instituiu o conceito de “Juizados Itinerantes”, ou seja, a possibilidade de que os serviços cartorários dos Juizados Especiais Criminais possam deslocar-se onde os delitos estão ocorrendo, a fim de prestar uma tutela jurisdicional célere, informal, econômica e eficiente. Veja-se o teor do artigo 94: “Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.”

A figura da vítima passa a ter especial relevância neste procedimento, sendo a sua representação peça chave para o andamento do processo, e a busca de reparação de seus danos, mediante a conciliação, preocupação fundamental do legislador.

Muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer reparação no processo de conhecimento clássico, saem agora dos Juizados Criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. O sistema de Administração da Justiça está gastando menos para a resolução dos conflitos menores. E atua com certa rapidez. Reduziu-se a frequente prescrição nas infrações menores. As primeiras vantagens do novo sistema são facilmente constatáveis.^[37]

Aplicam-se nos Juizados Especiais Criminais os mesmos princípios informativos dos Juizados Especiais Cíveis: celeridade, economia processual, informalidade e oralidade, conforme art. 62. Salienta-se que a Lei 9.099/95 deixou de fora dos Juizados Especiais Criminais o princípio da simplicidade e incluiu dois critérios: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Mediante estes dois últimos critérios depreende-se que os Juizados Especiais Criminais são uma alternativa formulada pelo legislador para superar a crise de legitimidade por que passa do sistema penal brasileiro ante o descumprimento de suas funções declaradas (a segurança jurídica ilusória) e pelo cumprimento de funções latentes contrárias ao seu discurso oficial e aos interesses da população. Em primeiro lugar, há um descumprimento ao princípio da igualdade, já que é um processo amplamente seletivo. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, com a criação dos Juizados Especiais Criminais

O conceito de infração de menor potencial ofensivo, portanto, em todo o sistema jurídico brasileiro, é único e se aplica a brancos e pretos, ricos e pobres, jurisdicionados federais e estaduais, enfim, a todo e qualquer indivíduo, independentemente da previsão de procedimento especial. A harmonia do sistema jurídico impede o tratamento discriminatório, desigual e paradoxal de eventuais infratores em todo o território nacional.[38]

Em segundo lugar, sabe-se que a pena no sistema penal comum não exerce controle social nem reduz a criminalidade, pelo contrário, consolida “carreiras criminosas” e discrimina o ex-apanado, que não encontra inserção social e vê na reincidência um caminho. Nos Juizados Criminais adota-se uma decisão consensual, que busca penas alternativas à de prisão, com caráter ressocializante e educativo. E em terceiro lugar na Justiça Comum há o demérito à figura da vítima, que é excluída do sistema. Ao estabelecer os critérios da reparação dos danos os Juizados Especiais Criminais chamam a vítima para que assuma papel de protagonista, possibilitando, ao menos em tese, buscar a sua dignidade perdida com o crime mediante uma reparação pecuniária.

A substituição da pena por medidas alternativas à privação de liberdade é uma forma de tratar de maneira diferente o crime de menor potencial ofensivo, no qual o agente não terá sua vida “manchada” por uma condenação e uma pena privativa de liberdade, mas terá uma oportunidade de construir um novo caminho. Entretanto, é importante ressaltar que não se trata de impunidade, mas de aplicar o princípio da proporcionalidade ante ao bem jurídico atingido e o potencial ofensivo do ato do autor combatendo a falência da pena privativa de liberdade, a qual já não consegue, por si só, a ressocialização do apenado com medidas alternativas.

Além dos princípios previstos no art. 62, aplicam-se nos Juizados Especiais Criminais todos os princípios constitucionais relativos à proteção dos direitos humanos, em especial o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Assim, passaram os Juizados Especiais Criminais a se constituir um modo célere de resolver os conflitos de pequena monta, normalmente cometidos por pessoas simples, dando especial atenção à vítima e aplicando formas alternativas à pena de prisão para solucionar os conflitos. É composto por juízes togados ou togados e leigos e apresenta novos institutos: acordo civil, transação criminal, condicionamento à representação nos casos de lesões culposas e leves, suspensão condicional do processo, procedimento

sumariíssimo e julgamento de recursos por turmas de juízes com jurisdição de primeiro grau.

O instituto da suspensão condicional do processo não é considerado uma fase processual, mas um ato processual, uma medida despenalizadora (que vem a somar com a composição civil dos danos e a transação penal, inovações da Lei 9.099/95) proposta na peça acusatória pelo Ministério Público em toda a infração cuja pena cominada no seu grau mínimo não seja superior a um ano e desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Note-se aqui que o campo de aplicação da suspensão condicional do processo é bem mais amplo que o da transação penal, sendo possível aplicá-la sem qualquer restrição, tanto para os crimes previstos no Código Penal, como legislações especiais, Lei de Contravenções, Justiça Federal ou Eleitoral. (Abre-se exceção à Justiça Militar, conforme art. 90-A).

Dessa forma, ao final da audiência preliminar, inexitosas a composição civil dos danos e a transação penal, em sua denúncia, poderá o Ministério Público propor a suspensão do processo a fim de que o acusado cumpra um período probatório que o habilite a ter extinta a sua punibilidade ao final, com o arquivamento do feito. Não haverá uma condenação, pois o processo será suspenso. Expirado o prazo do período probatório, cumpridas as condições sem revogação do benefício, extingue-se o processo e a punibilidade do acusado, o que afasta a reincidência, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados, os efeitos cíveis e o registro de maus antecedentes (art. 9 par. 5).

Na suspensão condicional do processo persiste o interesse do Estado na *persecutio criminis*, e não há uma disposição sobre o *ius puniendi*, cujo interesse público na punição, e não o subjetivo do acusador, se satisfaz com o cumprimento voluntário de certas condições, principalmente com a declaração do dever de indenizar a vítima, dentro do prazo da suspensão. Há uma atuação proporcional do *ius puniendi* sobre o acusado, como retribuição jurídica ao fato criminal praticado, nas infrações de média ofensividade. (...) A decisão judicial produz efeitos de coisa julgada unicamente após o cumprimento das condições. Portanto, a decisão que homologa a suspensão do processo somente tem o efeito de impedir seu prosseguimento e o da prescrição. A decisão que extingue a punibilidade, após o cumprimento das condições, produz os efeitos de coisa julgada formal e material. (...) As condições representam uma reprovação jurídica proporcional aos fatos, consentida, ou a incidência proporcional do *ius puniendi* do Estado. São sanções criminais atípicas, pois não geram os efeitos de uma pena criminal aplicada após um juízo criminal com todas as garantias.[39]

A suspensão condicional do processo é um direito fundamental do acusado que cumprir as condições previstas no art. 89 (infrações cuja pena mínima for igual ou inferior a um ano e o acusado não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime, além dos requisitos do art. 77 do Código Penal: não ser reincidente em crime doloso e culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizarem a concessão do benefício.) Faz parte de uma tendência despenalizadora para os crimes de menor gravidade, em que o

acusado não representa maior periculosidade à sociedade. Evita-se com isso a pena privativa de liberdade, que comprovadamente não ressocializa, pelo contrário, insere o réu a um universo de estigmatizados, que fatalmente o induzirá a seguir uma “carreira criminosa”, pela falta de opções que a própria sociedade confere a ex-apenados.^[40]

5. Conclusão:

O Direito Penal é âmbito por excelência de pacificação e ordenação social. Visa proteger a sociedade de condutas anti-jurídicas, ressocializar o ofensor, além de puni-lo. Mas, o que se verifica é que tais funções são meramente instrumentais e simbólicas, ficando muito distantes da segurança jurídica prometida.

Mostra-se primordial combater a visão preconceituosa de um sistema penal elitista, que seleciona quem é passível e quem não é passível de sua proteção. As leis são as mesmas para todas as pessoas, e todas devem ser tratadas igualmente; ou então tratarem-se desigualmente aquelas pessoas que necessitam de um tratamento desigual, por serem especiais. Dessa forma, é preciso que o sistema penal procure solucionar suas próprias contradições, com vistas a superar visões históricas de seletividade da população carcerária, para dedicar a pena privativa de liberdade àqueles agentes que realmente apresentem perigo ao convívio social.

Ao focar o poder de atuação do sistema penal e da pena privativa de liberdade sobre aquela criminalidade de alta periculosidade (os crimes mais graves, que atentam efetivamente contra a ordem social), torna-se mais factível pensar-se em criar novas formas de penalização para a criminalidade de pequeno e médio potencial ofensivo, resgatando o fim utilitarista da pena.

Dessa forma, por meio dos Juizados Especiais procurou-se resgatar ao Poder Judiciário a credibilidade popular de que ele é merecedor, fazendo renascer na população, principalmente camadas mais pobres (as quais são a maioria da população brasileira) a confiança na justiça.

6. Bibliografia:

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado.** Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina. **Seqüência**. Florianópolis, UFSC, n. 33.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARRATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de ciências Penais**, Porto Alegre, n. 2, abr./jun. 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. XIX.

BRASIL. CENSO PENITENCIÁRIO NACIONAL DE 1995. Brasília. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. 1994.

GALBADÓN, Luis Geraldo. Control Social y Criminologia. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais: esplendor ou ocaso? **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 89, abr./2000.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Criminoso**. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo com a Lei n. 10.259/01. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago./2002. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina.asp?id=3081>>. Acesso em: 20 ago. 2004.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Juizados Criminais na Justiça Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4. Região**. v. 1, n. 1, Porto Alegre: O Tribunal, jan./mar./1990. p. 21-36.

SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida, **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Ano 2, n. 3, mai./ago. 2001, São Paulo, CEIP, p.11-18.

SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: um estudo das leis 9.099/95 e 10.259/01. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

TARUFFO, Michele, **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

[1] ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado.** Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994. p. 125.

[2] Para maior aprofundamento sobre a matéria ver SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/95 e 10.259/01.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

[3] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 179-181; 210-211.

[4] Por controle social entendemos “o conjunto de instâncias e ações, públicas e privadas, genéricas e específicas, orientadas à definição, individualização, detecção, manejo e/ou supressão de condutas qualificadas como delitivas ou desviadas, segundo se encontrem ou não expressamente previstas em um corpo normativo formal como passíveis de sanção. “ (GALBADÓN, Luis Geraldo. *Control Social y Criminologia.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1987. p. 11) O controle social tem, pois, por objeto, condutas humanas e seu disciplinamento em sociedade. E pode ser formal ou institucionalizado (caso em que se baseia numa programação normativa específica) e informal ou difuso (caso em que prescinde desta, sendo exercido de forma inespecífica por atores sociais)- (ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado.** Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994. p. 122.

[5] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

[6] ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina. **Seqüência.** Florianópolis, UFSC, n. 33, p. 93.

[7] ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina; ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

[8] BARRATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de ciências Penais,** Porto Alegre, n. 2, abr./jun. 1993, p. 50-51.

[9] SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida, **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais.** Ano 2, n. 3, mai./ago. 2001, São Paulo, CEIP, p. 14.

[10] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 200-202.

[11] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 261-263.

[12] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 304.

[13] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 279.

[14] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 205.

[15] Sobre senso comum veja-se TARUFFO, Michele, **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz.** Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001.

[16] SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 155- 179

[17] SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 167.

[18] SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 166.

[19] LOMBROSO, Cesare. **O Homem Criminoso.** Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

[20] BARATTA apud ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 218; 278.

[21] Por cifra negra entende-se em sentido lato a criminalidade oculta, não-quantificada estatisticamente, que, não só inclui a “criminalidade de colarinho branco”, mas a transcende. Tal cifra negra é considerável, sendo a criminalidade real muito maior que a oficialmente registrada. Foi descoberta através de pesquisas de auto-denúncia anônimas, delegacias de mulheres e de menores. Trata-se de estabelecer o número real de pessoas que cometem ou que tenham cometido delitos, com o que se amplia o panorama da delinqüência real, possibilitando realizar comparações entre a percentagem de delinqüentes oficiais e a dos desconhecidos. Desta forma, a criminalidade é um fenômeno generalizado presente em todos estratos sociais, mas a criminalização é desigual e seletivamente distribuída, onde certos grupos gozam de virtual impunidade.

[22] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 265.

[23] ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 22.

[24] BARATTA apud ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 265-266.

[25] ZAFFARONI apud ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 265.

[26] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 270.

[27] BARATTA apud ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 267.

[28] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 269.

[29] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 262-263.

[30] BRASIL. CENSO PENITENCIÁRIO NACIONAL DE 1995. Brasília. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. 1994.

[31] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 292-293.

[32] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 291-292; 299.

[33] ROSA, Fábio Bittencourt da. Juizados Criminais na Justiça Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4. Região.** v. 1, n. 1, Porto Alegre: O Tribunal, jan./mar./1990. p. 22-23.

[34] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 185.

[35] PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo com a Lei n. 10.259/01. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago./2002. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina.asp?id=3081>>. Acesso em: 20 ago. 2004.

[36] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. XIX.

[37] GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais: esplendor ou ocaso? **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 89, abr./2000, p. 01.

[38] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

[39] GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 187; 210.

[40] Sobre o estudo dos estigmas e dos preconceitos por trás da pena e do sistema penal veja-se BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

TUTELA PENAL DE LOS INTERESES DIFUSOS Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Leonardo Costa de Paula

RESUMO

No presente estudo, discute-se a tipificação penal que incide nos bens difusos tutelados e a sua devida criminalização. Com intuito de contextualizar a reflexão, parte-se da análise dos movimentos repressivos penais, para, em seguida, conferir ênfase ao tratamento penal atualmente dispensado aos interesses difusos, identificando a política criminal da panpenalização, no sentido de criminalizar qualquer prática antes de se verificar sua adequação e efetividade. Nesse passo, procurou-se abordar brevemente a distinção entre interesses difusos e coletivos, sem descuidar do tratamento constitucional ao assunto. Por fim, discutiu-se a efetiva finalidade do Direito Penal, demonstrando ser ineficaz e exagerado o tratamento dessas espécies de crimes.

PALAVRAS-CHAVES: TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS, RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA, SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL.

RESUMEN

En el presente estudio se discute la tipificación penal que incide sobre los bienes difusos tutelados y su debida criminalización. Con el objetivo de contextualizar la reflexión, se parte del analisis de los movimientos represivos penales, para, en seguida, conferir énfasis al actual tratamiento penal de los intereses difusos, identificando a la política criminal de la panpenalización, en el sentido de criminalizar cualquier practica antes de verificar su adecuación y efectividad. En este paso, se buscó abordar brevemente la distinción entre intereses difusos y colectivos, sin descuidar del tratamiento constitucional al asunto. Por fin, se discutió la efectiva finalidad del Derecho Penal, demostrando ser ineficaz y exagerado el tratamiento de esas espécies de crímenes.

PALAVRAS-CLAVE: TUTELA PENAL DE LOS INTERESES DIFUSOS, RESPONSABILIZACIÓN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA, SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a Tutela Penal dos Interesses Difusos parece embasada em princípios que dão sustentação a um movimento de penalização não condizente com o Estado Democrático de Direitos. Uma vez que tal tratamento penal tende a generalização do uso da pena como forma de resolução de todos os males da sociedade moderna.

Assim, alguns desses modelos de repressão penal devem ser entendidos, necessariamente, não só com a historicidade do tratamento penal no Brasil, mas junto com o poder midiático que é exercido, somente assim, possibilitando ser verificada a tendência atual da criminalização de qualquer prática que proteger bens jurídicos de grande relevância, como *prima ratio*.

Dessa forma, voltar-se-á, nos próximos tópicos, o olhar crítico para o foco de tais criminalizações, apresentando a repressão penal existente para esse bem jurídico, o qual se funda no movimento da Lei e Ordem, possibilitando-se que, em seguida, seja analisado o tratamento dispendido a aos bens jurídicos difusos, junto com a análise da reprovabilidade da conduta e incidentalmente a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Guardando atinência ao princípio da coerência, se argui acerca da criminalização conferida a tais interesses difusos, com fundamento na incongruência latente nos tipos que dizem respeito a indivíduos de baixa renda, os excluídos e os possíveis tipos que possam incidir sobre as pessoas jurídicas ou agentes de maior poder aquisitivo.

Nesse diapasão, pergunta-se: qual a real finalidade do Direito Penal quando se relaciona aos bens jurídicos difusos e se a criminalização atual é compatível com os princípios de um Estado Democrático de Direito, no qual se utiliza a seara do Direito Penal como *ultima ratio*.

Seria o papel do Direito Penal defender o bem jurídico difuso, logo de início ou há a necessidade de se observar as esferas que deveriam incidir antes, quais sejam, o Direito Administrativo e o Direito Civil, para, só em seguida passar a ser da esfera da reprovabilidade penal?

2 MOVIMENTOS REPRESSIVOS PENAIIS

Para que se entenda a legislação penal e o seu tratamento dentro dos direitos difusos cumpre analisar os movimentos repressivos penais que incidem, maculando o senso comum e, dessa forma, ocorrer a *panpenalização*.

O Direito Penal máximo pode ser vislumbrado como elemento que sustenta a ótica da Lei e Ordem, cuja bandeira mais importante tem sido difundida pelos Estados Unidos, ganhando repercussão quando da implantação em Nova York. Essa idéia adquire relevo na medida em que se entende que ordem denota pureza, denota coisa em seu devido lugar.^[1] Nessa perspectiva, ordena-se a sociedade de forma a colocar os excluídos

socialmente em situação vulnerável, pois quando invadirem o espaço alheio. Será aplicada a lei, em todo o rigor estatal.

Nos movimentos repressivos penais, também se encontra a Teoria das Janelas Quebradas, a qual parte do pressuposto de que aquele que quebra uma janela, não sendo punido, voltará para praticar delitos mais graves, devendo, por isso, ser reprimido todo e qualquer crime, evitando-se que esse indivíduo volte a cometer delitos. Ora, verifica-se que, quando o Direito Penal é chamado para resolver todos os problemas da sociedade; ou seja, quando é utilizado para todos e quaisquer bem, é importante que se verifique a finalidade desse tratamento.

Dentro de uma sociedade de classes, é importante analisar a cominação de penas para as práticas em que o agente ativo via de regra seja de baixa renda e aquelas nas quais incidem pessoas já de elevado poder aquisitivo, para que assim se identifique a congruência do sistema penal e a escolha do sujeito o qual será perseguido e a finalidade da tipificação penal adotada por determinado ordenamento jurídico.

O modelo de Estado neoliberal vigente pressupõe a supremacia estatal e legal, em detrimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais. A esse respeito, é pertinente refletir sobre o teor da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/1990), exemplo cristalino do *repressivismo saneador*, que defende a repressão total, ideológica e mistificadora.[2] Como a panacéia para todos os males.

Zaffaroni[3] deixa bem claro que a hipocrisia dos políticos não quer modificar a realidade, pois não atuam no sentido de resolver o problema em si e se orientam logo na busca da solução mais barata, a lei penal.

Este é o panorama da panpenalização, a qual afeta a sociedade, mas é ignorada pelo véu que a própria sociedade de classes impõe, o que se verifica claramente através do aparelho midiático; restando ao processo penal, junto com os pensadores que militam na academia enfrentar esse discurso, evitando o abuso da penalização.

Na mesma linha, atua o Direito Penal do Inimigo, basicamente dirigido às pessoas que supostamente perderam sua racionalidade, os terroristas, suicidas que não receiam nada, prontos para explodir qualquer lugar populoso, discurso fortalecido nos Estados Unidos, para proteger a nação de situações como o atentado de 11 de setembro de 2001.

Do ponto de vista acadêmico, o Direito Penal do Inimigo resulta de reflexão de Günther Jakobs[4] na qual entende que o criminoso deve ser visto como inimigo, definido como tal pela sociedade.

Para que esse sistema funcione, e tendo em mente fundamentar o trabalho do legislador, é necessário o conhecimento prévio dos anseios da sociedade. Tal teoria baseia-se justamente na falha da democracia representativa, já que esta não é o espelho da vontade do povo. Nessa linha de pensamento, cumpre indagar: será que é a sociedade quem legisla ou quem o faz é o segmento social que detém a hegemonia econômica, política, cultural e ideológica?

Aplicando-se à prática o exemplo de inimigo, vinculado à idéia de Jakobs, seriam os “terroristas; quando se transfere esse raciocínio à realidade brasileira, poderiam ser

considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes, que praticam o comércio ilícito de drogas (...) e que, basicamente, criam um estado paralelo”? [5]

A eleição do inimigo, portanto, não funciona somente para os terroristas, eis que extrapola sua área de abrangência, dando origem a um recrudescimento penal para aqueles indivíduos aos quais se atribui suposta lesividade exacerbada.

A definição do inimigo, embora nem sempre explicitada com clareza, é evidente quando se constata maior cominação penal ao pobre, ao desprovido de civilidade, enquanto que, aos que detêm maior poder econômico, vislumbra-se tratamento penal reduzido. Essa é uma das leituras válidas do Direito Penal do Inimigo, tal qual o faz o professor Rogério Greco[6].

A ‘sociedade’ escolhe aquele que vai ser o inimigo, dessa forma o etiqueta, torna-o excluído, depois que entrou no sistema penal, será estigmatizado quando solto, não encontrando oportunidades efetivas de ressocialização.[7] Com isso, forma-se o ciclo vicioso, já que, ao ingressar no sistema penal, o indivíduo ficará fadado à exclusão, conseguindo ofertas de emprego pior, sem considerar que a ressocialização que promete o sistema penal é apenas uma quimera.

De acordo com Binder[8], o sistema penal atua como forma de asseverar a desigualdade social, em função do fenômeno seletivo do sistema penal através do processo de rotulação do comportamento de classes sociais menos favorecidas com sua estigmatização, o que reforça a exclusão social.

O sistema penal que existente na realidade da América Latina se funda na exclusão, ou seja, nega o outro. Impõe-se um modo de ser, agir e conformar, de acordo com bases de imobilidade social, que se confunde com a própria negação do Direito e a constituição dirigente.[9]

E assim caminha a humanidade, ou a falta dela... Por isso, deve-se argüir e re-analisar o efetivo papel do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, particularmente, ao constatar que, através da manipulação discursiva existente na sociologia do risco, reafirma-se a suposta crença de que cabe ao Direito Penal o estabelecimento da segurança.[10]

Nesse sentido, é importante vislumbrar o tratamento conferido pelo do interesse difuso na esfera penal, atual, no intuito de compreender o papel dessa tutela, esclarecendo se deve receber tratamento amparado pelo Direito Penal do Inimigo ou carregar o seu devido caráter, de *ultima ratio*.

3 O ATUAL TRATAMENTO DOS INTERESSES DIFUSOS DENTRO DO ESCOPO DO MODELO REPRESSIVO PENAL NEOLIBERAL

No tópicos anteriores, pudemos vislumbrar o tratamento ainda presente quando se trata de Direito Penal. Um dos indicadores desse tratamento é claro nos meios de comunicação de massa, quando apresentadores ou jornalistas sensacionalistas, diuturnamente repercutem o apelo para a edição de mais leis, e criminalização de mais condutas, já que o Direito Penal, sob o enfoque de inimigo é a panacéia de todos os males.

Neste capítulo, a ênfase recai no tratamento atual dos interesses difusos, avaliando sua adequação constitucional, para adentrar na criminalização das condutas que atentam contra esse bem jurídico para, em seguida apresentar a dissonância de tratamento de alguns crimes pontuais e, poder adentrar no capítulo subsequente que esboçará o tratamento que se pretende para a tutela desses bens.

3.1 BREVE DISTINÇÃO ENTRE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Interesses coletivos são os interesses metaindividuais, ou superindividuais, comuns a uma coletividade de pessoas, determinada de acordo com o vínculo jurídico básico existente entre elas. [11]

Já os interesses difusos são igualmente metaindividuais, carregam a indivisibilidade na própria essência e se vinculam por uma questão de fato; ou seja, não há relação jurídica, mas questão de fato a dar origem ao direito. Nesse caso, a satisfação de um importa na satisfação de todos os bens e a lesão do interesse importa a lesão de todos os interessados indistintamente.[12]

A indivisibilidade dos interesses difusos decorre, na verdade, da sua natureza, não sendo possível a satisfação de apenas alguns desses interessados, eis que a violação do direito afetou, a todos, indistintamente.

Assim, quando se trata da tutela penal de tais interesses, deverá ser entendido o interesse difuso, haja vista que quando afeta a um, afeta toda a coletividade indiscriminadamente, de maneira igual, sendo certo que a satisfação de um é a satisfação de todos os interessados.

3.2 INTERESSES DIFUSOS NA CONSTITUIÇÃO

Feitas as distinções pertinentes, passamos a analisar o foco do presente trabalho que são os direitos difusos podendo vislumbrar a escolha do legislador originário quando da definição desses interesses.

Por força do artigo 129, III da Constituição da República Federativa do Brasil, é função institucional do Ministério Público promover e proteger os interesses difusos e

coletivos: o patrimônio público e social e o meio ambiente são alguns dos que compõem os interesses difusos. Note-se que, a Carta Magna, em seu artigo 225, estabelece que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como se pode depreender do mandamento constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e a defesa desse direito cabe, tanto ao poder público, quanto à coletividade. A proteção ao consumidor é outro direito difuso que, apesar de proteger bens individuais, também alcança direitos coletivos *lato sensu*. Trata-se de direito fundamental do indivíduo, protegido em diversos dispositivos da Carta Magna, além de ser princípio da ordem econômica do Estado, enquadrado como direito difuso. Nesse sentido, merecem relevo os artigos 5º, XXXII; art. 150; 170, V CRFB.

Sob o ângulo infraconstitucional, a proteção foi efetivada através do Código de Defesa do Consumidor, que cuida de determinar a condição de consumidor à coletividade de pessoas indetermináveis que tenham intervindo nas relações de consumo (art. 2º parágrafo único, CDC). Dessa forma, fica claro o interesse difuso, já que podem ser indetermináveis, os consumidores a serem indenizados posteriormente pela lesão de seu direito. Como define o artigo 17 do CDC No caso do Direito Penal, pode-se citar como exemplo o caso do avião da TAM que caiu no aeroporto de Congonhas em 2007.

Nessa linha de pensamento, é inegável que o sistema financeiro nacional envolve interesses que afetam uma infinidade de pessoas, indeterminadas, sendo, portanto, também um exemplo de interesse difuso.

Sua adequação constitucional vem insculpida no arts. 170 e 192, CRFB, entre outros, ao deixar mais que claro que a ordem econômica se destina à existência digna, complementado pelo artigo 3º que estabelece ser interesse da República erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e, ainda, promover o bem de todos.

Apesar de parecer quimera, é nesse sentido que se apóia a proteção contra os excessos da ordem econômica, a merecer tratamento dentro da seara criminal.

3.3 O TIPO PENAL

Segundo a Teoria Finalista, que prevalece hoje no ordenamento jurídico brasileiro, crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável. Como a culpa e o dolo são deslocados para a idéia central do injusto penal, tal teoria idealiza a finalidade da

conduta; ou seja, dentro da culpabilidade se encontram as questões de reprovabilidade da conduta.

Conforme o finalismo, a culpabilidade seria a reprovação da vontade, sendo que, nas ações dolosas, há a reprovabilidade da decisão de cometer o delito e, quando da ação culposa, a reprovação recai na ausência de cuidado, por não evitar o resultado.[13]

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* passa a culpabilidade, como juízo de censurabilidade, a um elemento integrante e indispensável para o adotado conceito analítico de crime. A culpabilidade é avaliada no momento da aplicação de pena, no sentido de concretizar o juízo de censura, não se admitindo a imputação de fatos que não podem ser atribuídos ao agente a título de dolo ou culpa.[14]

Com base nesses fundamentos, passa-se a analisar a responsabilização penal da pessoa jurídica, inovação trazida pela Carta Constitucional de 1988 e que merece atenção mais cuidadosa.

3.3.1 Responsabilização penal da pessoa jurídica

A determinação de um tipo penal serve para demonstrar que a conduta é reprovável; traz, portanto, a idéia de desvalor do resultado fim da conduta, como o demonstra o sistema de imputação adotado pela legislação pátria, ou seja, para a realização de uma conduta típica, temos a vontade inerente àquela ação.

Temos, então, um quadro de irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica. Uma vez que uma entidade não detém vontade, não realiza ações, apenas seus prepostos. Apesar de alguns sustentarem a responsabilização criminal da pessoa jurídica embasados no fato de que a ‘vontade’ da pessoa jurídica é distinta das dos seus sócios, pois esta “não tem capacidade de ação (no sentido finalista), de culpabilidade e de pena”[15], por sua vez.

Acrescente-se a isso que toda conduta típica é embasada em um núcleo de verbo, que se relaciona com o elemento subjetivo do crime, que é o dolo, que traduza vontade livre e consciente de praticar uma conduta típica.

Com tal alicerce, não se pode deixar de identificar uma atecnia do constituinte, quando adotou em seu artigo 225, § 3º a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Apesar disso, editou-se a lei de proteção de crimes ambientais (Lei 9.605/1998), que previu a possibilidade de a pessoa jurídica ser responsável criminalmente, reforçando a atecnia.

Entre as penas restritivas de direito, presentes no diploma legal mencionado, temos a suspensão de atividades, interdição temporária do estabelecimento, proibição de contratar com o poder público. Por outro lado, as prestações de serviços à comunidade alcançam o custeio de programas ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou públicas. Todos esses se identificam com uma penalidade administrativa.

Acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica, é importante dizer que, em muitas das vezes, permanece a dupla imputação, vez que, para haver responsabilidade penal da pessoa jurídica, é necessária a responsabilização de um agente, causador dessa conduta.[16]

Por força da falta de técnica do legislador constituinte subsistem absurdos jurídicos que não podem passar despercebidos, mesmo em análise superficial sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois resta a possibilidade de exercício do direito de ação, em sede de *habeas corpus* para pessoa jurídica.[17]

3.4 INCONGRUÊNCIAS NA CRIMINALIZAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS

Para uma abordagem acerca da atual criminalização das condutas que atentam contra os interesses difusos, tentando seguir a orientação constitucional acerca dessa proteção é necessário a análise de algumas leis para este estudo.

Na análise empreendida, destacam-se alguns artigos da Lei de Crimes Ambientais, Código de Defesa do Consumidor e Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária que guardam semelhança com o enfoque da Panpenalização, da eleição legislativa de inimigo e, portanto de incontestável incongruência com a teoria finalística e a principiologia constitucional.

3.4.1 Lei de crimes ambientais

Nesse diploma legal, identificam-se alguns artigos de maior relevância para o bem jurídico difuso, apesar de que, via de regra, os danos ao meio ambiente afetam toda a coletividade. Para fins de estudo, analisam-se os que carregam o caráter de incongruência com a legislação penal.

Escolhemos como paradigma os seguintes artigos da Lei n. 9.605/1998.

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

(...)

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. [grifo nosso]

O artigo 54, principalmente no seu parágrafo primeiro, apresenta clara dissonância com o tratamento dispendido aos demais crimes, uma vez que se houver o corte de árvores de uma determinada floresta a cominação de pena se dará de um a três anos, artigo 39, se a prática for culposa e causar a mortandade de animais ou destruição significativa da flora, ou seja, muito mais que apenas uma árvore a cominação penal fica em mero 06 meses a um ano.

Todavia, considera-se interessante analisar sob o critério do possível agente delitivo de tais crimes. No artigo 54, parágrafo primeiro, vê-se que a conduta delituosa só partiria de quem detém um poder econômico exacerbado, nos demais ao que tudo indica, trata-se de crimes usualmente cometidos por pessoas de baixa renda, os quais recebem cominação de pena de no mínimo um ano. O patamar legal do artigo 54 §1º é muito aquém dos demais, já que somente se encontrando na categoria de crime de *menor potencial ofensivo*.

No caso em exame, o rigor legislativo só serviu para possibilitar que se diminuíssem as penas de condutas nos quais os agentes ativos sejam possíveis donos de empresas, e que na verdade, tais condutas podem abalar em muito maior escala o interesse difuso a um meio ambiente sadio, que, diga-se de passagem, minora a proteção ao interesse difuso tutelado.

3.4.2 Defesa do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem a intenção de proteger o consumidor, prevenindo alguns tipos de propagandas enganosas e algumas práticas que possam colocar a vida do consumidor em um risco sem a devida informação, entre outros aspectos inerentes à prestação de bens e serviços nas relações cotidianas.

Muitas vezes, pode ser um crime comissivo por omissão, ou situações em que, intencionalmente pretendeu colocar o consumidor em situação de maior vulnerabilidade, induzindo-o a erro, por exemplo.

De antemão, chama-se atenção para os artigos 66 (fazer afirmação falsa ou enganosa), 67 (propaganda enganosa ou abusiva), 68 (publicidade que faça o consumidor se

comportar de forma prejudicial à saúde), 70 (peça de reposição usada sem conhecimento do consumidor), da lei 8.078/1990, todos tipos penais cuja pena ultrapassa a da competência do juizado especial criminal e nas práticas em que se pretende deixar o consumidor em desvantagem, induzi-lo a erro ou enganá-lo. Em outras palavras, trata-se de uma espécie de fraude contra o consumidor.

Conforme o Código Penal, a fraude se identifica com estelionato, diferenciando-se, nesse caso, por ser o crime contra o consumidor de perigo e a prática não necessariamente precisa surtir dano direto, o que seria assemelhado a uma tentativa de estelionato.

Assim, se faz necessária a equiparação com o artigo 171 do Código Penal, em sua modalidade tentada, *in verbis* “**Art. 171** - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Note-se que, quando um particular quer obter vantagem ilícita se sujeita à pena de 1 a 5 anos e multa, sendo que essa prática atenta contra interesse de uma pessoa ou poucas. Mas, quando os crimes de perigo previstos no Código de Defesa do Consumidor são efetuados, o agente delitivo poderia utilizar-se do procedimento mais favorável, o do rito do juizado especial criminal.

A incongruência de tratamento é completamente clara e aviltante, mas, podemos vislumbrar novamente tratamento abrandado para aqueles que detêm um capital maior, não sendo considerado criminoso efetivamente e tão somente alguém que errou.

3.4.3 Crimes Contra a Ordem Tributária

Apesar de a lei 8.137/1990 trazer penalização condizente com a inflação legislativa que caracteriza a atualidade, nesta parte do estudo, tratar-se-á da extinção de punibilidade presente na lei 10.684/2003 que colacionamos:

LEI Nº 10.684, DE 30 DE MAIO DE 2003. (...)

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

A visão da panpenalização identifica os inimigos do Estado e os persegue. Adotando a perspectiva do *broken windows*, deveria perseguir a todos, indistintamente. Nessa linha, de inflação legislativa, a lei em comento feriria o tratamento dispensado àquele que quebra vidraças; entretanto, o Estado não quer tratar efetivamente os criminosos indistintamente. Assim, quem se beneficia com o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), não é a pessoa sem escolaridade, mas o contribuinte que detém elevado potencial aquisitivo e utiliza-se de meios para se desonerar do pagamento de impostos.

Quando o estelionatário induz um particular a erro, responde a até cinco anos de pena, enquanto que o agente delitivo que resolve induzir o Estado a erro para se desonerar do pagamento de impostos, poderá ter sua pena extinta, se efetuar o pagamento integral dos débitos.

Diante dessas evidências, pergunta-se: se há aceitação de tal prática para os agentes dos crimes contra a ordem tributária, para quem pratica um furto, deve-se admitir a possibilidade de reparação do dano e a extinção de punibilidade, efetuando-se a analogia *in bonam partem*.

Esses paradoxos já foram explicitados por Lênio Streck. A sonegação de impostos tem pena maior do que adulteração de chassis, furto de botijão de gás por duas pessoas[18], o que deixa claro o papel da Panpenalização na produção legislativa, mas diferente do que sonha Jakobs, na verdade, temos o legislador definindo as políticas públicas de acordo com a vontade que lhe é peculiar para defender os interesses ideológicos da classe social hegemônica.

Caso contrário, o Estado fará apenas o papel da Panpenalização, como já explicado. A esse respeito, são esclarecedoras as palavras de Rui Portanova[19], no sentido de desmistificar a identidade do inimigo eleito pela sociedade já que:

O legislador pertence ao aparelho do Estado e é oriundo de grupos mais fortes, que por isto mesmo empalmam o Estado. Assim nunca legislará contra sua ideologia, que será, por extensão, a ideologia do próprio Estado. Ninguém legisla contra si próprio: 'nenhum legislador é suicida' (Aguar, 1984, p. 8).

Por isso, não mais se admite a ingênua crença no sistema harmônico e identificar e denunciar onde falha o legislador que deveria ser democrático e, por isso, atender por excelência os anseios daqueles que os legisladores efetivamente têm interesse em defender.

4 A NATUREZA SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PENAL

Também entendido como intervenção mínima do Direito Penal, sua finalidade é proteger os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio social, apesar de sabermos que o grau de importância desses bens jurídicos oscila de uma cultura para outra.[20]

Não se defende aqui que os interesses difusos sejam bens juridicamente menos importantes para o Direito Penal; ao contrário, eles detêm elevadíssimo interesse, atingindo a toda uma coletividade. Na verdade, a intervenção mínima se apega a outro critério, o da natureza subsidiária do Direito Penal, ou seja, a *ultima ratio* de intervenção estatal.

Com isso pretende-se que, antes da utilização do Direito Penal, se verifique se não há outros meios mais eficazes para proteger aquele bem jurídico, por exemplo, se a via de intervenção administrativa, civil, entre outras, poderá garantir a proteção necessária ao bem jurídico em tela.[21]

Defende-se, pois que a análise dos interesses difusos ocorra à luz da concepção do Direito Penal dentro de um Estado Democrático de Direito, sempre no intuito de proteger esses direitos, por sua natureza coletiva.

Aí cabe a segunda análise apresentada, o Direito Penal é mesmo o caminho necessário para que se alcance a proteção da tutela desses interesses ou as vias administrativa e civil fazem melhor esse papel?

Caímos em outra pergunta indispensável a essa análise, para que se efetive a garantia desses bens jurídicos: há um problema de fiscalização pelo poder público ou, foi satisfatoriamente perseguido pela via administrativa e só então se percebeu um escasso respeito a elas?

Identifica-se aqui uma inefetividade do poder público por força da falta de estrutura estatal dos órgãos responsáveis para a fiscalização. Por exemplo, temos conhecimento de desmatamento doloso que ocorre diariamente na Floresta Amazônica, antes e depois da edição da Lei de Crimes Ambientais, mas isso foi suficiente para diminuir essas lesões?

Para a tutela do Consumidor, pode-se vislumbrar outro exemplo de que a via administrativa poderia ser de maior interesse à proteção do consumidor, haja vista que as penas administrativas podem, por si só, coibir tais práticas. Mas, ressalte-se que há o problema específico da fiscalização.

Por outro lado, identificou-se a suposta opção do legislador pela penalização menos rigorosa das condutas de pessoas com maior poder econômico e com isso, resta a pergunta, é satisfatório o tratamento penal para tais delitos?

É patente que não; a preservação e reparação do bem jurídico, para esses casos não se vinculam somente à pena aplicada, já que essas, como se demonstrou, são inferiores que para crimes correlatos. Quando há o dano ao meio ambiente, é mais importante que a empresa que concorreu para esse dano tenha suas funções suspensas por certo período de tempo, lesionando diversos outros bens jurídicos, ou, a aplicação de multa e obrigatoriedade de reparação efetiva do meio ambiente seria o que se pretende?

Nos bens atinentes ao interesse do consumidor, não seria mais interessante a aplicação de vultosa multa quando da prática de propaganda enganosa pela empresa e, ainda, reparação civil dos consumidores lesados, de maneira alargada, para inibir tal prática? Ou o interesse preservado é a destinação dos responsáveis pela empresa como condenados criminais, já que muito dificilmente alcançarão penas restritivas de liberdade?

Para ambos os casos, percebe-se claramente que a intenção de reparação do bem através de outras esferas se faria muito mais eficaz e interessante para toda a coletividade, e nesse sentido para os Crimes Contra a Ordem Tributária, já que a falha é na fiscalização da prática de tais condutas. Em outras palavras: a fiscalização efetiva e uma multa de valor condizente com a repressão da repetição do ilícito poderá inibir a conduta, independente de pena.

Entretanto, voltamos ao que foi explanado: o legislador não é suicida[22]; ele se identifica muito mais com aquele que se utiliza meios fraudulentos para deixar de recolher impostos ou com o estelionatário que vai ludibriar o cidadão? Assim, nem penaliza a conduta, nem possibilita a fiscalização e aplicação de multas vultosas.

Quem dera o agente delitivo contumaz, que furta diariamente, pudesse realizar a devolução desses valores, com acréscimo de multas, e se inibir da aplicação da lei penal, já que é um crime que não envolve violência. Entretanto, quem furta do Estado, impedindo que o mesmo recolha o imposto devido pode pagar o valor devido e se eximir de pena...

É essa seleção da protetividade que necessitamos? É assim que o Direito Penal é a panacéia de todos os males?

Ao que parece, o senso comum, ou, o olhar desavisado da análise histórica do Direito Penal parece contaminar o pensamento jurídico:

Logo após, essa apresentação crítica do funcionalismo e da política criminal, podemos introduzir as normas penais em branco. Estas foram criadas por Binding e constituem elemento atualizador e complementador dos tipos penais, sem o qual este perderia razão de existir e fundamento. O processo legislativo estabelecido na Constituição é lento e dá azo a constantes desatualizações da lei penal ao contrapô-las com o cominado na realidade. Daí, um remédio de sempre manutenção dos tipos penais e tutela dos bens jurídico-penais é o estabelecimento desse tipo de comando normativo que sempre se revitaliza em outros corpos legais, fazendo que insurja uma ordem legal atualizada.[23]

No contexto da sociedade de risco, os tipos de perigo ganham força, a tal ponto que a violação de cuidado; constitui um dos novos pilares da efetivação do controle social, tratando assim, dos bens jurídicos difusos.[24]

No caso do comportamento típico, havia o princípio da lesividade individual; porém, atualmente, se verifica mudança paradigmática, o que interfere até mesmo no conceito de lesividade.

Nesse passo antecipa-se a tutela penal, abarcando a idéia de um sistema penal gerencial; ou seja, como que pode ser realizada a produção fabril ou não. O Direito Penal parece adaptar-se à sua função dentro do projeto burguês.[25]

Por sua vez, o direito administrativo, por força da burocracia exacerbada, perde terreno, vez que a opinião pública (poder midiático) coloca força na idéia de que o direito penal seria a única forma de criação de expectativa de atuação.[26]

Pela abrangência que desses tipos penais, passa-se a aceitar a realidade imposta de criminalização, optando por proteger bens difusos, colocando no menor patamar a proteção ao cidadão, vide opinião esposada por Flávio Siqueira[27] ou de Rosana Ribeiro da Silva[28], que defendem que o Direito Penal deve adaptar-se a essa realidade. A regulação penal, a criação de novos tipos serve como resposta legislativa para resolver todos os problemas, econômicos, previdenciários, ambientais, de defesa do consumidor e por aí em diante, o que efetivamente não faz.[29]

Em contrapartida, inseridos em um Estado Democrático de Direito, cumpre vislumbrar essas antinomias e incongruências, para descobrir o véu que nos cega e nos torna acríticos diante de teses que defendem mais direito penal e direito penal mais rigoroso... Conforme tal perspectiva de análise, é mais importante ao Direito que se amparem os bens jurídicos difusos, a fim de reparem esse bens e, se insuficiente for, aí sim, poderemos utilizar o direito como *ultima ratio*, a fragmentariedade do Direito Penal e execrar o a visão de Inimigo junto com o seu olhar acrítico à idéia de democracia representativa.

Ferrajoli[30] já faz ressalva importante:

En cuanto a la reducción de las garantías que provendría de la transformación de muchos delitos em ilícitos administrativos, no debemos dejarnos encantar por lãs palabras. La previsión de una ofensa como delito no es ciertamente suficiente para asegurar lãs garantías de su correcta comprobación si la intervención sancionadora se produce luego em lãs formas burocráticas del decreto penal o a través de otras formas alternativas al proceso.

Não há dúvidas de que a eleição do processo é a última opção quando da atuação estatal para determinados tipos penais. Quando se tem a possibilidade de reparação do bem jurídico em sua integralidade ou de maneira mais razoável e racional, é importante que seja optada essa via para a satisfação do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos limitados marcos do presente estudo, percebe-se que, apesar de a Constituição instaurar o Estado Social Democrático de Direito, os legisladores ainda não se adequaram a esse paradigma, fazendo predominar a Panpenalização.

Assim, o próprio legislador originário incluiu na Carta Magna a responsabilização penal da pessoa jurídica, apesar da incompatibilidade com o que se entende por reprovabilidade de conduta, característica indispensável à realização de crime; ou seja, o dolo, que não pode ser realizado isoladamente pela pessoa jurídica.

Não obstante essa limitação, há que se atentar para essa hipótese, concluindo que o tratamento criminal dos bens jurídicos difusos pelo Estado denota a intenção de resguardá-los, reconhecendo sua importância para a sociedade.

Outro ponto a destacar refere-se às incongruências entre as penalizações previstas aos crimes em que o agente ativo é a pessoa excluída socialmente e àqueles em que o agente delitivo envolve pessoas de alto poder aquisitivo, donos de empresa, que teoricamente, podem causar danos muito maiores aos bens jurídicos em tela.

Nesse sentido, apesar da opção pela Panpenalização, pelos bens jurídicos difusos no espectro de proteção do sistema penal, este ainda assim se encontra pouco protegido, já que a cominação de pena aos demais crimes ou crimes cometidos pelos excluídos socialmente recebem tratamento agravado.

Com isso, pode-se retirar o véu daquilo que encobre essa realidade, o legislador não é suicida e carrega dentro da sua 'representatividade' o privilégio aos interesses de quem está no poder, fazendo a eleição do inimigo a seu bel prazer, sem que represente os interesses da coletividade. Assim concebido e aplicado, o Direito Penal está muito aquém do que é desejado em um Estado Democrático de direito. Como ressaltado, o Direito Penal deve, realmente, tutelar os bens jurídicos; entretanto, apenas quando falharem outras vias mais hábeis para proteger esses bens, quais sejam, o Direito Administrativo, o Direito Civil, bem como o Direito Previdenciário e tributário.

Aceitar a persecução penal, tão-somente quando ocorre a lesão a esses direitos vai permitir que o direito penal seja utilizado em qualquer caso na sociedade, ignorando-se alternativas mais eficazes quando da prevenção, fiscalização e autuação dessas lesões.

Para um bem jurídico do meio ambiente, por exemplo, é mais interessante que haja a aplicação de multa para o infrator, juntamente com a obrigatoriedade de reparar o bem lesado do que a mera remessa deste no sistema penal.

No caso do bem jurídico tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, para o próprio consumidor é mais interessante a reparação dos danos sofridos e a aplicação de multa à empresa que falhar na prestação do serviço ou entrega do bem do que realizar uma persecução penal nesse sentido.

Da mesma forma, no caso da sonegação de impostos, a prioridade é efetivar o recolhimento através de procedimentos administrativos fiscais antes de se utilizar a *ultima ratio*, que é a persecução penal.

Entretanto, por força do poder econômico, político e ideológico, nota-se a omissão do legislador e também do executivo no que tange ao papel do Estado na proteção desses direitos e adoção de medidas adequadas de prevenção, controle e fiscalização.

Se houvesse fiscalização efetiva na proteção ao meio ambiente, pelos órgãos competentes, IBAMA e FEEMA, na proteção do Consumidor, PROCON, e no pagamento de impostos, Receita Federal, o Direito Penal poderia agir quando efetivamente fosse necessário.

Em caso contrário, reforça-se o direito do Inimigo, retorna-se ao Estado Penal, Ditatorial, que vê no Direito Penal a solução para todos os males da sociedade, esquecendo as exigências e requisitos de um Estado Social, Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Derecho penal econômico*. Buenos Aires: Jose Luiz Depalma, 2004.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais – Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade*. Disponível em: <<http://www.ceccrim.hpg.com.br/Artigos3.htm>>, acesso em: 23 de novembro de 2008.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1976.

CROZARA, Rosberg de Souza. Revista dos Formandos UFBA. CEPEJ. Salvador, 2007.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco – por uma relegitimação da atuação do ministério público, uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoria Del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trota, 2004.

_____. *Legalidad civil y legalidad penal: sobre la reserva de código em matéria penal*. Trad. GUZMÁN, Nicolas M. in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 9 fascículo 15. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime ambiental e responsabilidade penal de pessoa jurídica de direito público*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11149>>, acesso em 12 de novembro de 2008.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Comentários à lei de imprensa – lei 5.250/1967 – artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional – vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Rodrigo Iennaco de . *Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas* Disponível na internet: <www.ibccrim.org.br> acesso em 23 de novembro de 2008.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PRADO, Geraldo Luis Mascarenhas. *Intervenção in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Crise de paradigmas*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=54&Itemid=40>, acesso em 28 de novembro de 2008.

SILVA, Nivaldo Oliveira da. *A teoria finalista e o conceito de crime*. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=1139.16793>>, acesso em 23 de novembro de 2008.

SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela penal dos interesses difusos*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5980>>, acesso em 23 de novembro de 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sigrilli. *Tutela penal dos interesses difusos na sociedade de risco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4034>>, acesso em 23 de novembro de 2008.

VARGAS, José Crilo de. *Do tipo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Desafios do Direito Penal na era da globalização*, in: *Revista Consulex*. Ano V, nº 106, 15 de junho/2001.

[1] LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11.

[2] *idem*, p. 15.

[3] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Desafios do Direito Penal na era da globalização*, in: *Revista Consulex*. Ano V, nº 106, 15 de junho/2001, p. 27.

[4] JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[5] GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006, 25.

[6] *Idem, ibidem*.

[7] LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18.

[8] BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais – Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 71-72.

[9] PRADO, Geraldo Luis Mascarenhas. *Intervenção in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, p. 67.

[10] LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional – vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.

[11] SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

[12] *idem, ibidem*.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade*. Disponível em: <<http://www.cccrim.hpg.com.br/Artigos3.htm>>, acesso em: 23 de novembro de 2008.

[14] GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 138.

[15] MORAES, Rodrigo Iennaco de . Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas Disponível na internet: <www.ibccrim.org.br> acesso em 23 de novembro de 2008.

[16] GOMES, Luiz Flávio. *Crime ambiental e responsabilidade penal de pessoa jurídica de direito público*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11149>>, acesso em 12 de novembro de 2008.

[17] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Crime ambiental. Responsabilização da pessoa jurídica. Possibilidade. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Ocorrência. “Admitida a RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.” (RMS nº 166.96/PR, 6ª Turma, rel. min. Hamilton Carvalhido, j. 09.02.06, v.u., DJU 13.03.06, p. 373).

[18] STRECK, Lênio Luiz. *Crise de paradigmas*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=54&Itemid=40>, acesso em 28 de novembro de 2008, p. 3.

[19] PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 66.

[20] GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006, 71.

[21] *idem*, 84.

[22] PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 66.

[23] SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sigrilli. *Tutela penal dos interesses difusos na sociedade de risco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4034>>, acesso em 23 de novembro de 2008.

[24] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 101

[25] *idem*, p. 103.

[26] *idem*, p. 105.

[27] SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sigrilli. *Tutela penal dos interesses difusos na sociedade de risco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4034>>, acesso em 23 de novembro de 2008.

[28] SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela penal dos interesses difusos*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5980>>, acesso em 23 de novembro de 2008.

[29] CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17-18.

[30] FERRAJOLI, Luigi. *Legalidad civil y legalidad penal: sobre la reserva de código em matéria penal*. Trad. GUZMÁN, Nicolas M. in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 9 fascículo 15. Buneos Aires: Ad Hoc, 2003, pg. 27-28.

GLOBALIZAÇÃO: A MUDANÇA DO CONCEITO DE CIDADÃO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

GLOBALIZATION: THE CHANGE OF THE CITIZEN CONCEPT AND THE SELECTIVITY OF THE PENAL SYSTEM

Lucas Soares e Silva

RESUMO

Este trabalho analisa os reflexos da globalização no sistema penal brasileiro, bem como a mudança do conceito de cidadão ocorrida com tal processo por todo mundo. A globalização, de caráter econômico, é fenômeno que modifica materialmente as regras de conduta do Estado nacional, altera diversos critérios de governabilidade, transforma o cotidiano das pessoas, e, por derradeiro, tem-se seu reflexo no Direito. Acompanhando essas transformações, o Direito Penal enrijeceu-se e diante da complexidade de inúmeras e novas condutas delituosas, abandonou diversas garantias do cidadão na busca incessante pela pacificação do território. Assim, tendo o dinheiro como centro as relações humanas, a globalização muda o conceito de “cidadão” para o de “consumidor”. Esta nova lógica imposta pelos detentores do poder econômico, somada à incansável vontade de punir alguém, ou seja, de caracterizar o criminoso, tornou o sistema penal cruel e seletivo. Movimentos repressivistas como zero tolerance e law and order, são símbolos do novo Direito Penal, porém só atingem uma pequena parcela da população, os excluídos. O novo criminoso, predeterminado, praticamente deixa de ser cidadão, leia-se não digno de garantias, praticamente antes de cometer qualquer delito. Curiosamente a figura do “não-cidadão”, normalmente delinquente, confunde-se com a figura do “não-consumidor”, ou seja, o pobre, que não será digno de garantias e direitos individuais.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO; SISTEMA PENAL; SELETIVIDADE.

ABSTRACT

This report analyses the globalization's reflexes on brazilian penal system, as well as the changes on the citizen's concept that occurred with such a process for in the whole world. The globalization, of economical character, is a phenomenon that modifies conduct rules from national State, changes various government criterious, transforms the daily life of people, and, at last, reflexes on the Law. Accompanying these transformations, the Penal Law stiffened and before the complexity of countless and new criminal conducts, left several guarantees of the citizen in the incessant search for the pacification of the territory. So, when the human relations take the money as a centre, the globalization changes the concept of "citizen" to consumer. This new logic imposed by the holders of the economical power, plus to the tireless wish of punish someone, in other words, the wish of characterizing the criminal, made the penal system

become cruel and selective.. Movements like no tolerance and “law and order”, are symbols of the new Penal Law, however they only reach a small piece of the population, the excluded ones. The new criminal, predetermined one, practically stops being a citizen, it means, “I don’t deserve any guarantees”, practically before committing any crime. Curiously the figure of the "non-citizen", normally a delinquent, is confused with the figure of the "non-consumer", in other words, the poor person, who will not be worthy of guarantees and individual rights.

KEYWORDS: GLOBALIZATION; PENAL SYSTEM; SELECTIVITY.

INTRODUÇÃO

O mundo passa por um impacto transformador da realidade sócio-econômica através de um processo denominado globalização. Inicialmente caracterizado como fenômeno de integração financeira, hoje, muito além disto, observa-se uma mudança radical em paradigmas culturais, sociais e até mesmo jurídicos.

A globalização atingiu um patamar quase irreversível e seu discurso tem este caráter (de irreversibilidade), de forma a irradiar-se nos mais diversos setores da sociedade, transformando seus valores, padrões e conceitos acerca das relações interpessoais, bem como o relacionamento com o mundo.

Não são limitados aos indivíduos – pessoas físicas – os reflexos deste processo transformador, o Estado também sofreu mudanças em seus padrões de atuação. Como fenômeno integrador, a globalização é resultado de atitudes oriundas das mais diversas entidades (grandes corporações, ações governamentais, movimentos sociais, etc).

Pode-se observar, neste contexto, o fato destas atitudes influenciadoras provirem, prioritariamente, de detentores de poder econômico e dos meios de produção, com dimensões supranacional. Tais ações, de caráter imperativo, transmudam os critérios de governabilidade estatais, interferindo diretamente do cotidiano de uma grande massa popular.

O Estado que age influenciado por ações de agentes externos a seu contexto, a exemplo, exigências de um país mais forte economicamente, ou mesmo, de uma grande corporação que impõe inúmeros requisitos para inserir-se no mercado, incorre no risco de abandonar direitos e garantias individuais, assim como as sociais, já que seu plano de governo obedece a tendências que muitas vezes não correspondem com sua realidade. O Estado deixa de proteger cidadãos e passa a proteger consumidores.

A perversidade decorrente do processo global revela-se como fábrica de miséria e exploração de minorias em todos os cantos do mundo. Diante desta triste realidade, o Estado, fragilizado economicamente, encontra-se de mãos atadas, pois seu poderio de transformação é ilimitado por imensas dívidas internacionais, além da dependência de investimentos externos ou pouco faz, por opção, justamente por ser dirigido por agentes com interesses correspondentes aos daqueles detentores do poder.

Não se ignora os avanços tecnológicos provindos da globalização, porém, com isso surge uma infinidade de novos crimes, muito graves e complexos, contra os quais o Direito Penal tradicional não está preparado. Este, portanto, é mais um reflexo do processo estudado: o Direito Penal ineficaz, simbólico e anti-garantista.

Fala-se em ineficácia, uma vez que o crime se modificou e ignora as armas do Direito Penal tradicional. Simbólico devido ao fato de que este aspecto é cada vez mais explorado, ainda que o a ineficácia persista. E por fim, anti-garantista, pois na busca desesperada por uma solução à assustadora criminalidade de hoje, garantias penais e processuais são quebradas sem qualquer justificativa.

O sistema penal transformou-se em uma máquina repressiva, seletiva e estigmatizadora. O Estado e a sociedade, cumprindo os mandamentos da era da globalização, elegem aqueles que servirão a este sistema. Coincidentemente, aqui aparecem as minorias, os pobres e os que são por algum motivo marginalizados. Conseqüentemente, tem o sistema penal, clientela pré-determinada.

Neste contexto, o estudo se desenvolve tomando por base as transformações jurídico-sociais oriundas da globalização, seu caráter imperativo e seus reflexos propriamente no Direito Penal. Aborda-se o tema da seletividade do controle penal e, por derradeiro, aponta-se a teoria do garantismo jurídico como fuga desta terrível realidade.

1 A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E SUAS TRANSFORMAÇÕES JURIDICO-SOCIAIS

O estudo da globalização normalmente limita-se à análise de seu aspecto econômico. Apesar de tal processo originar-se da intensificação das relações econômicas, seus reflexos, hoje, são muito maiores e, no entanto, nem sempre demonstrados.

Ligada, *a priori*, a fatores econômicos, tais como a livre circulação de capitais, a maximização dos mercados e a integração produtiva em nível mundial, a globalização também aponta transformações de cunho social como a “criação e expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes à totalidade do planeta”. (VIEIRA, 2005, p. 73).

Neste íterim, podemos conceituar a globalização como “a crescente transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas e culturais que ocorrem no mundo” atualmente. (VIEIRA, 2005, p. 73).

Fato é que, como fenômeno irreversível, a chamada globalização ultrapassa seu conceito, na medida em que se impõe mesmo aos que a rejeita. Em outros termos, a globalização não apenas internacionaliza o modo de pensar e agir econômica, social e politicamente. Ela se mantém imperativa em relação a quem a segue ou não.

Em um primeiro momento pode parecer um tanto distante pensar em globalização como um ser corporificado, o que, substancialmente, não o é. Entretanto, este processo é

constituído de elementos e mecanismos que o caracteriza como tal. Ora, não é difícil imaginar que existem interessados maiores na internacionalização do capital. Estes interessados, facilmente, e por opção, compõem a globalização. Assim como aquele que tem idéias e as quer difundir globalmente.

Em contrapartida existe aquele que pouco se importa com a internacionalização do capital, pois não possui capital algum. E outro que pouco faz para difundir suas idéias, já que quando as tem, não dispõe de meios para propagá-las. Incrivelmente, estes também constituem a chamada globalização.

Com este exemplo, procura-se evidenciar senão o caráter imperativo da globalização (tema do próximo item), pelo fato deste processo não obedecer a regras claras, e, por assim ser, impõe-se inclusive ao Estado-nação.

Foi justamente a imposição deste “é assim que se faz”, aceita quase gratuitamente, que revolucionou as relações sociais do mundo todo e que agora se mostra instrumento transformador dos critérios de governabilidade dos Estados-nações e, com reflexos, por consequência, em todos os ramos do Direito.

O que se quer explicar é que a globalização como expressão de tirania não respeita fronteiras, mas além disso, determina uma sistemática que, sob um olhar frio, agrada aos seus poucos incentivadores e prejudica uma grande massa excluída.

Segundo Liszt Vieira:

Os Estados nacionais se enfraquecem à medida que não podem mais controlar dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais. A interdependência mundial de diversos processos acaba reduzindo de fato seu poder de decisão, mesmo que de direito continuem senhores de seu espaço de jurisdição. (VIEIRA, 2005. p. 105).

Portanto, tem-se que os novos paradigmas de produção e a idéia de economia-mundo se impuseram ao Estado nacional, transformando, desta forma, a relação Estado/cidadão. No intuito de adequar-se aos parâmetros globalizantes, o Estado se transformou em um ente intervencionista com o fim de adentrar política e economicamente na nova ordem mundial.

Percebe-se, entretanto, que o que ocorre é uma progressiva inefetividade política, administrativa, normativa, operacional e organizacional. O Estado passou a basear-se, por exemplo, na produção legislativa desenfreada como meio de adaptar-se à nova tendência.

Para José Eduardo Faria este aumento desordenado e desarticulado do número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, culmina “na ruptura da organicidade, da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por consequência, na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo”. (FARIA, 2002, p. 117).

Esta disfuncionalidade pela qual vem passando o Estado intervencionista tem sido chamada de “ingovernabilidade sistêmica” ou “crise de governabilidade”. O conceito de governabilidade, termo amplo e impreciso, não está longe da “capacidade de um governo

ou de uma estrutura de poder formular e de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-las de modo efetivo”. (FARIA, 2002, p. 119).

O Estado passa a ser pressionado por grupos de interesses de todos os tipos, de forma que não consegue executar suas políticas públicas e se vê incapacitado de distribuir a renda e regular a economia no interior da sociedade.

Diante dessa crise o Estado cada vez mais lança mão de leis especiais editadas, normalmente, de maneira casuística e pragmática, em respostas a clamores sociais provindos de problemas gerados pela própria ingovernabilidade. Assim, a cada dia, novas leis surgem com nenhuma ou pouquíssima eficácia, já que adentram na realidade em discordância com as condições sociais, econômicas, políticas e culturais.

Na seara do Direito Penal, podemos notar esta crise de governabilidade, pela enorme expansão do sistema em detrimento ao princípio da intervenção mínima. Outra prática do Direito Penal contemporâneo é o endurecimento da legislação em certos crimes (Lei dos Crimes Hediondos), além da intensa proteção a bens jurídicos supraindividuais.

Como explicam Gomes e Bianchini:

Na era da globalização alguns delitos internacionalizaram-se e os bens jurídicos e as vítimas estão se globalizando. As comunidades locais, assim como alguns movimentos internacionais, diante da insegurança gerada ou incrementada pelo processo de globalização, tendem a pedir (cada vez mais) a intervenção do Direito Penal. (GOMES, BIANCHINI, 2002, p. 26).

Em contra partida, não com a mesma intensidade, diante de um sistema carcerário superlotado, e de índices de reincidência progressivos, o Estado adota medidas de discriminação e despenalização (a exemplo a Lei dos Juizados Especiais Criminais – 9.099/95).

Por fim, a globalização, como dito, apoiada nas relações econômicas, privilegia quem detém o capital. Todas as transformações direta ou indiretamente estão ligadas a fatores econômicos. Ocorre que, por vezes, o Estado, na ânsia de tornar-se “globalizado”, também prefere os detentores do capital. Neste momento esquece-se o cidadão e protege-se o consumidor, protege-se o rico e pune-se o pobre.

2 GLOBALIZAÇÃO OU GLOBALITARISMO?

Ainda é atual o pensamento de Capra ao explicar que a crise pela qual passamos é multidimensional, “é uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais; uma crise de escala e premência sem precedentes em toda história da humanidade”. (CAPRA, 2006, p. 19).

O saudoso geógrafo Milton Santos mostrou-nos que a globalização nos é imposta como fábula. A idéia que se passa é que o mundo houvesse se tornado, para todos, ao alcance da mão. “Há uma busca da uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal” e enquanto isso, o culto ao consumo desenfreado é estimulado. (SANTOS, 2008, p. 19).

A globalização é, em verdade, uma fábrica de perversidades. Tem como característica uma realidade de desemprego e a pobreza generalizada, de fome e de desabrigo que tomam conta de todos os continentes, bem como enfermidades que se multiplicam sob o olhar da classe dominante imune a esses males.

Explica Nilton Santos:

A perversidade sistêmica que está na raiz dessa evolução negativa da humanidade tem relação com a adesão desenfreada aos comportamentos competitivos que atualmente caracterizam as ações hegemônicas. Todas essas mazelas são direta ou indiretamente imputáveis ao presente processo de globalização. (SANTOS, 2008, p. 20).

O ideário político da globalização é formado por governos e empresas que utilizam mecanismos que apontam para formas de relações econômicas implacáveis, fazendo com que a adaptação a elas seja imediata. Neste ponto, ou os demais “atores” são excluídos deste contexto, arcando, entretanto, com as conseqüências, ou permanecem submissos a uma lógica necessária à manutenção do sistema como um todo.

Assim, a globalização,

[...] é uma forma de totalitarismo muito forte e insidiosa, porque se baseia em noções que parecem centrais à própria idéia da democracia – liberdade de opinião, de imprensa, tolerância –, utilizadas exatamente para suprimir a possibilidade de conhecimento do que é o mundo, e do que são os lugares. (SANTOS, 2008, p. 45).

O imperialismo do mundo de hoje é marcado pela competitividade e consumo desenfreados. Este *imperialismo do dinheiro*, porém, é aceito pela grande maioria sem qualquer critério. Muitas vezes, o período pelo qual estamos passando é tido como marco de progresso e evolução. O que não se percebe, no entanto, é que poucos dominam os meios de produção enquanto o restante se subdivide em duas porções: milhões de renegados entregue às mazelas e outros milhões de consumidores alienados crentes que integram ativamente esta nova ordem global.

A crise que se instala alimenta-se da própria sociedade que acredita na irreversibilidade do atual processo e o fomenta como a busca natural de um final feliz. De interação econômica a globalização passou a ser um regime de vida imposto pelos detentores do poder e do dinheiro.

A recente crise econômica mundial, revelada a partir da segunda metade do ano de 2008, demonstra claramente a fragilidade do Estado perante o mando e desmando de quem possui o capital. O incentivo desmedido ao consumo somado às intempéries do mercado especulativo fizeram com que a maior economia do mundo se visse totalmente quebrada.

Quando os Estados Unidos da América anunciaram que estavam em crise, Bancos do mundo todo fecharam suas portas, inúmeras empresas demitiram seus funcionários e outros incontáveis reflexos negativos foram simplesmente entregues aos governos dos países como se fossem seus, estes grandes problemas de gestão.

Ora, não seria admissível que grandes corporações, as quais acumularam décadas de lucros estrondosos à custa da exploração de grandes massas de trabalho, de milhares de chineses, indianos, africanos e latino-americanos, arcasse com os danos de seus abusos no momento de crise? Não seria razoável que aqueles que sempre clamaram pela não intervenção estatal agora se responsabilizasse por seus atos?

Acredita-se que não é necessária reflexão profunda para concluir que as respostas deveriam ser positivas. Obvio que o Estado deve intervir em um momento como este, entretanto, o que se procura evidenciar é a influência dos detentores dos meios de produção nos critérios de governabilidade: por anos exigiram-se ações de afastamento do Estado e de fomentação econômica/consumista e neste momento recorre justamente ao poder estatal para que aja de forma contrária.

O sistema ideológico que se formou em torno da globalização transformou-na em um verdadeiro globalitarismo imposto a praticamente todo o mundo. Existe um despotismo da informação que propaga a necessidade vital desse processo que, por sua vez, é anunciado como desenvolvimento. Atua, por consequência, impregnando a ciência, bem como as relações sociais, sacramentando o mito da competitividade e do consumo.

Nesse contexto, ocorre o absurdo de se aceitar o caráter perverso da globalização como parte útil do sistema. As normas da esfera privada incidem na produção da esfera pública, de maneira que mais vale as normas estabelecidas pelas grandes corporações do que as feitas pelo próprio Estado, mais valem o acúmulo de poder e enriquecimento pessoal à prosperidade de todo corpo social.

Assim, como predomina o ideário dos agentes hegemônicos, leia-se das grandes corporações, sobre a atuação do Estado, também existem os Estados hegemônicos (normalmente controladores de instituições financeiras multilaterais) que comprimem a autonomia política e a soberania de Estados periféricos e semiperiféricos.

Sobre o tema, bem explica Boaventura de Sousa Santos:

De facto, a soberania dos Estados mais fracos está agora directamente ameaçada, não tanto pelos Estados mais poderosos, como costumava ocorrer, mas sobretudo por agências financeiras internacionais e outros actores transnacionais privados, tais como as empresas multinacionais. A pressão é, assim, apoiada por uma coligação transnacional relativamente coesa, utilizando recursos poderosos e mundiais. (SANTOS, 2005, p. 37).

A pressão tratada pelo nobre autor tornou-se visível nas últimas décadas, pois está ligada à regulação da econômica tanto dos países ricos quanto dos pobres ou em desenvolvimento. Esta pressão, imposição global ou este globalitarismo revela-se na exigência da criação de requisitos normativos e institucionais que viabilizem o desenvolvimento do modelo neoliberal, afetando não somente a atuação do Estado na

economia, mas atingindo, por derradeiro, a própria legitimidade do Estado para organizar a sociedade.

Somada a essa pressão tem-se a chamada globalização cultural a qual, para alguns autores, desenvolve papel primário no desenvolvimento da globalização. Bem demonstra Sousa Santos o pensamento de Mayer e de Bergesen, para os quais “o poder político, a dominação cultural e os valores e normas institucionalizadas precedem a dependência de mercado no desenvolvimento do sistema mundial e na estabilidade do sistema interestatal” (Apud SANTOS, 2005. p. 44).

A questão que nos interessa, entretanto, não é o aspecto primário ou secundário da dominação cultural. Nesse momento se tenta demonstrar que a homogeneização da cultura é mais um instrumento a facilitar a aceitação do processo de globalização. A cultura global que hoje se instaura, propaga o consenso neoliberal. Os fenômenos culturais que interessam a este sistema são senão aqueles que podem ser explorados economicamente, ou seja, aqueles que alimentam a globalização.

Portanto, evidencia-se o caráter imperativo da globalização que se impõe política, econômica, social e culturalmente ao mundo. Escondida atrás da máscara do desenvolvimento, este processo se revela muito mais perverso e excludente do que simples reflexo da evolução de transações econômicas.

3 O DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

O Direito Penal da atualidade é resultado de séculos de transformações que foram deformando-o aos poucos, principalmente nas décadas posteriores a Segunda Grande Guerra, coincidindo com o avanço do processo de globalização.

Um dos principais marcos do Direito Penal contemporâneo é a desmedida política de criminalização, assim como o caráter utilitário na tentativa de se fazer o controle social por meio de políticas de repressão que se caracteriza pelo movimento de tolerância zero (*zero tolerance*) e lei e ordem (*law and order*).

Na prática, passou-se a utilizar reiteradamente da edição de leis penais especiais como mecanismo de controle social, para aumentar a sanção de delitos clássicos, como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), e, para proteger novos bens jurídicos, normalmente bem jurídicos supraindividuais.

Ainda, tem-se, nesse período histórico, o amplo uso do mecanismo da criação de delitos de perigo abstrato, o quase abandono dos princípios da lesividade e ofensividade, e a exacerbada preocupação preventcionista. Em resumo, o Direito Penal atual afasta-se das garantias tradicionais e de sua característica de subsidiariedade.

Para Gomes de Bianchini são sete as características do Direito Penal na era da globalização:

1) hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executivas); e 7) prisionização (explosão carcerária). (GOMES, BIANCHINI, 2002, p. 34)

Dentre essas, procura-se aprofundar nesse estudo, a seletividade do sistema penal e a flexibilização das garantias penais, processuais e executivas (incluindo aqui o processo de prisionização), já que tais fatores ultrapassam o campo técnico-teórico e reflete na própria vida dos cidadãos excluídos socialmente.

Nesse ínterim, estudos criminológicos comprovam a seletividade do sistema penal demonstrando ter caráter discriminatório sempre em prejuízo de cidadãos de setores sociais menos abastados por serem mais facilmente criminalizados. Além disso, o Direito Penal de hoje tende a proteger com maior intensidade bens jurídicos ligados a determinadas classes sociais.

Existe por grande parte da sociedade e por quem detém o poder político e econômico uma cega confiança na capacidade do Direito Penal em dirimir problemas. Com isso, a crença na função preventiva da pena é valorizada e assim, distorce o sistema penal que passa a atuar desesperadamente.

Em se tratando de operatividade, no entanto, o sistema penal tende a relativizar garantias de cidadãos das classes sociais menos abastadas em clara interferência ao princípio da igualdade. Já para classes de maior destaque econômico o sistema torna-se omissivo e moroso. Para definir substancialmente o que se explica basta comparar o número de crimes financeiros que efetivamente são punidos com o número de pequenos furtos.

Segundo a teoria da ubiqüidade, o crime está em todos os setores e classes sociais da sociedade. Porém, no Direito de hoje, aquele que possui poder (seja econômico ou político), escapa ao âmbito de incidência da sanção penal. Isto demonstra que o sistema penal atua de maneira deslegítima e seletiva.

Existem teorias interacionistas que explicam sociologicamente o papel da “etiqueta” do sistema penal. Seguindo esse pensamento, a doutrina do *labeling approach*, que enfrenta o comportamento criminoso através de fatores informais e formais. O fator informal nada mais é que o social, ou seja, desenvolvimento familiar, escolar, etc. Já os fatores formais tratam-se da atuação do sistema, ou seja, do juiz, promotor, polícia, etc. Para essa teoria, o Direito Penal funciona de maneira seletiva, discriminante e estigmatizante e, assim sendo, é também causa de criminalidade.

Outra marca do Direito Penal dessa era é a flexibilização das garantias penais seguidas pelo desastroso processo de prisionização. A “*persecutio criminis*” da globalização é marcada por inúmeras medidas preventivas, repressivas e abstratas (excesso de prisões preventivas, a punição de crimes de perigo abstrato, etc).

A quebra das garantias penais, processuais penais e executivas significa “a flexibilização dos pressupostos (mínimos, mas insuperáveis) para a verificação da

punibilidade da conduta, assim como das formalidades garantistas (na fase do processo ou da execução)”. (GOMES, BIANCHINI, 2002, p. 130).

Essa prática, de certa forma, confunde penalistas de todo o mundo, os quais têm a difícil missão de saber como o Direito Penal deve se adaptar à nova realidade: endurecer perante novos crimes globais (tráfico internacional de entorpecentes, tráfico de pessoas, terrorismo, etc), manter-se tradicional garantista perante infrações penais que merecem pena de prisão e criar um novo Direito (onde inexistiria pena privativa de liberdade), para pequenas infrações rotineiras.

Quando o Direito Penal combina-se com pena privativa de liberdade sem as devidas garantias surge a chamada funcionalização. Baseado no Direito Penal do Inimigo de Jakobs (funcionalismo sistêmico) o sistema penal tem como norte a pena máxima de prisão sem o respeito das garantias mínimas. Aqui predomina o autoritarismo estatal e o Direito Penal do autor.

Outro aspecto da atual crise do Direito Penal demonstra-se pela péssima qualidade técnica da produção legislativa (muitas quais influenciadas por interesses eleitorais) que delimitam o campo de intervenção estatal. O endurecimento das sanções muitas vezes é desprovido de proporcionalidade, baseado, mais uma vez, no potencial preventivo da pena (que como entendemos, não inibe o delito).

O processo de prisionização, por sua vez, acelera-se sem precedentes históricos, mesmo diante da total falência do sistema carcerário (como se encontra em países como o Brasil). A prisão brasileira ignora qualquer direito fundamental, massacra corporal e moralmente quem a ela se submete e, os poucos que a ela sobrevivem, são estigmatizado para o restante de suas vidas.

Da década de noventa até os dias de hoje, a taxa de crescimento da população carcerária brasileira cresceu aproximadamente 160%, enquanto a população do país cresceu 40%. Esses dados são assustadores, entretanto o mais surpreendente é o fato de que na prisão está apenas uma pequena parcela dos ilícitos praticados pelo homem contemporâneo.

O que se quer explicar é que a prisão é dotada de um simbolismo que atingindo determinada modalidade de crime, resume todas as outras. Por exemplo, a corrupção, um grande mal, senão o pior da era da globalização, hoje é vista quase diariamente, porém seus agentes não compõem as prisões, ao contrário do que ocorre com pequenos e desesperados furtos e roubos.

Portanto, a sociedade globalizada, pós-moderna, ou sociedade de risco, marcada por clamores sociais, pela influência de agentes detentores do poder econômico e político se volta para a expansão do Direito Penal. A tutela de novos bens jurídicos (normalmente supra-individuais) e o distanciamento das garantias mínimas são características do Direito Penal atual. Tem-se, contudo, a total deslegitimação desse sistema, uma vez que, demonstra-se seletivo e autoritário.

4 MOVIMENTOS REPRESSIVISTAS: QUEM SÃO OS CRIMINOSOS?

As transformações ocorridas nas últimas décadas tiveram efeitos na chamada política criminal. A discussão entre política abolicionistas e reducionistas perdeu espaço para a chamada expansão do poder punitivo. Aqui se cria a figura do inimigo da sociedade.

Doutrinariamente, a imputação jurídica do agente passou, segundo a teoria do direito penal do inimigo, a reger-se conforme critérios independentes da causalidade. Ignora, portanto, o interesse do agente, maximizando a omissão em detrimento da própria ação. A tendência que se adota é a da multiplicação de tipos de perigo abstrato, confusos e vagos. Diante do surgimento de crimes estrondosos, a exemplo o terrorismo, discute-se a possibilidade do tratamento de determinados seres humanos de acordo com o perigo ou dano que representam para a sociedade.

Zaffaroni explica que a debilitação do poder de decisão dos Estados nacionais acabou por empobrecer a política a ponto de reduzi-la à sua expressão mínima. “As decisões estruturais atuais assumem, na prática, a forma pré-moderna, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total”. (ZAFFARONI, 2007, p. 17).

Nesse sentido, o conceito que se tem de inimigo, proveniente da ótica dos detentores do poder com apoio dos Estados nacionais, é de que são entes perigosos ou daninhos à sociedade. Partindo dessa premissa, lhe é negado pelo direito, a própria condição de pessoa e, por consequência, não lhe é dado qualquer garantia fundamental por meio do Estado. Desprovido desses direitos fundamentais, o inimigo do Estado também terá tratamento penal diferenciado.

Não é nova a idéia do inimigo no Direito como um todo. Em Roma já se existia a noção de inimigo, a qual veio sendo reproduzida com o passar dos séculos. A idéia de inimigo desde sua origem esteve ligada à figura do estrangeiro, do outro. Em Roma o estrangeiro eram aqueles que incomodavam o poder por serem estranhos, insubordinados e indisciplinados. Por serem estranhos e desconhecidos inspiravam desconfiança e, portanto, são suspeitos e potencialmente perigosos.

Hoje, sem dúvida, o outro, indigno de cidadania, encontra-se nas periferias e subúrbios de cidades por todo planeta, excluído do mundo globalizado e incapaz de consumir. Este é o inimigo do século XXI, o pobre. O excluído socialmente, pela lógica do sistema penal pós-moderno, é tendencioso à criminalidade, suspeito em todas as hipóteses e, por conseguinte, terá tratamento penal próprio.

Há consenso em acreditar que os grandes e talvez únicos criminosos de nossa era estão nas favelas e que o mal de todo mundo origina-se nesses lugares (tráfico internacional de drogas, terrorismo, etc), mas a realidade é muito diferente da que se imagina. Todos os terríveis crimes, por mais ou menos complexos que sejam, surgem dos mais diversos níveis sociais.

Sob influencia desse pensamento, a sociedade passou a acreditar em uma falsa idéia de ordem, referindo-se a uma certa organização do ambiente (por exemplo, pobres na favela e ricos no centro da cidade). Para manter essa ordem, sob a promessa milagrosa

de findar a criminalidade surgem movimentos de repressão como tolerância zero e o movimento da lei e ordem.

Fato é que inexistente pureza nesse “*sistema*”, uma vez que, a complexidade das relações sociais é absurda e, assim, a idéia que se firma é a de tolerância zero para nossos inimigos, mas nunca para nós mesmo. Para Aury Lopes Junior:

O critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista. Os deixados de fora são os consumidores falhos e, como tais, incapazes de ser “indivíduos livres”, pois o senso da liberdade é definido a partir do poder de escolha do consumidor (LOPES JR. 2008, p. 15).

Nova York é o grande referencial da política repressiva. A partir de 1993, o então prefeito Rudolph Giuliani lança mão do *zero tolerance* (tolerância zero) para combater a criminalidade daquela metrópole. Este programa identificou o que e quem não serviam para a cidade e passou a tratá-los como seres nocivos.

A política de tolerância zero nada mais é que uma ação cruel e discriminatória com aval estatal. O que se fez foi radicalizar o tratamento com pobres, negros e latidos sob autorização do governo inibindo os crimes de rua, mas sem quaisquer reflexos nos crimes de colarinho branco.

Fato é que as taxas de criminalidade realmente caíram em Nova York, mas o fenômeno se repetiu em todo país. O que se pode notar é que a criminalidade diminuiu devido ao grande avanço econômico pelo qual passou os Estados Unidos nas últimas décadas. O crescimento econômico trouxe consigo fatores como diminuição do índice do desemprego, maiores investimentos em políticas educacionais, dentre outros.

O movimento de lei e ordem (*law and order*), nessa tendência, sustenta a supremacia estatal em detrimento do cidadão e seus direitos. Este movimento adota o modelo repressivista como norte de todo sistema penal. Clara manifestação dessa idéia no Brasil é o endurecimento da legislação penal em relação a crimes já existentes (Lei dos Crimes Hediondos). É evidente nesse ideário o suprimento de direitos fundamentais em prol a persecução penal estatal.

A política repressiva, bem como o processo de prisionização que ocorreu nas últimas décadas, encontram-se claramente em crise. A repressão somente esmaga direitos dos cidadãos causando ainda mais desconforto social. A pena de prisão, falida, por sua vez, é ineficiente em seu intuito preventivo servindo apenas para estigmatizar e rotular o condenado.

O movimento de lei e ordem é senão uma fábula com provável final desastroso. Opta-se pelo fácil caminho da criação de lei penais duras, da previsão de penas absurdas e desproporcionais, do sacrifício de garantias processuais e executivas, ao invés de efetivamente combater a criminalidade. Para Lopes Jr. “o movimento de lei e ordem significa uma triste opção pela gestão penal da pobreza”. (LOPES JR, 2008, p. 20).

Independente no nome que se dê à política de repressão, o poder punitivo estatal sempre está voltada para a mesma classe eleita pela sociedade. Aquele que não está inserido na

lógica do mundo globalizado (consumidor) não está também inserido na própria sociedade. Tais movimentos afirmam cada vez mais a seletividade do sistema penal.

5 O ABANDONO DAS GARANTIAS PENAIS, PROCESSUAIS E EXECUCIONAIS

A crise pela qual passa o sistema penal aproxima-se do caos, o ordenamento normativo baseia-se em uma realidade inexistente e o conjunto de órgãos que deveriam cumprir o previsto na norma, por sua vez, atua de forma totalmente diferente.

Devido a isso, o sistema perde sua legitimidade, já que por se tratar de manifestação do poder social deveria ser, no mínimo, “racional, ou seja, coerente e verdadeiro quanto a sua operatividade social”. (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

Na prática, esse sistema confuso reflete-se na quebra de garantias penais, processuais e executivas, fato inadmissível tendo em conta o Estado de Direito. Ocorre que nessa era da sociedade de risco, o Direito Penal caracteriza-se por dois aspectos: o da expansão do Direito Penal, em detrimento das nomeadas garantias; e a inoperatividade do sistema como um todo no combate à criminalidade.

Alice Bianchini encara esse problema da seguinte maneira:

O sistema penal, com todos os instrumentos que encerra, acaba por permitir que, no seu interior, formas de discriminação, arbitrariedade e violência sejam garantidas e legitimadas, o que se obtém com o consentimento expresso ou tácito de uma maioria considerável da população, utilizando-se, para tanto, de mecanismos insidiosos, encobridores da verdade (BIANCHINI, 2000, p. 52).

Na verdade, a maior quebra é senão a do princípio de que a lei será a mesma para todos, sem distinção de sexo, raça, credo ou classe social. Este pensamento, por vezes, é a própria justificativa para abusos e ações seletivas.

Dessa forma o controle social (leia-se controle da sociedade), nas palavras da professora Bianchini, “reproduz um sistema de poder” fundado no modelo “hegemônico de dogmática jurídica-penal, no qual não se questiona a justiça da lei”, mas a simples existência dela em acordo com os valores daqueles nos quais, provavelmente, a lei nunca insida. (BIANCHINI, 2000, p. 54).

Vera Regina Pereira de Andrade, demonstra que a legitimação da operabilidade do sistema penal seletivo e repressivo está:

[...] inscrito nas bases fundacionais do próprio sistema, expressando a tensão entre um projeto jurídico-penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à riqueza e ao poder; entre a igualdade formal e a desigualdade substancial. O limite do sistema é, nesse sentido, o limite da própria sociedade. (ANDRADE, 2003, p. 311).

O pensamento garantista, guardião dos direitos humanos e das mínimas garantias do homem e das quais o Direito e Processo Penal não podem prescindir, tem caráter racionalizador, o qual normalmente é encoberto pelo sistema dominante que neutraliza tais discursos com a finalidade de que estas garantias sejam aplicadas (quando forem) de maneira discricionária.

Sob este prisma, o processo, por exemplo, perde seu caráter de instrumento pelo qual o acusado deva passar e só assim podendo ser condenado, para tornar-se instrumento de estigma e exclusão. Ignora-se, portanto, a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Princípios como a presunção de inocência, *in dubio pro reo*, da não utilização de provas ilícitas, da duração razoável do processo, dentre outros, são para “clientela” do processo penal (os menos favorecidos socialmente), inexistentes. Para essas pessoas, o processo se alonga no tempo, muitas vezes com o cumprimento da pena privativa de liberdade antecipado e, provavelmente, com a condenação certa.

O processado tem sua dignidade ferida de forma cruel e desleal em relação ao poderio do Estado e ao preconceito da sociedade clemente pela justiça imediata. O estigma também é agravado pelo papel prestado pelos meios de comunicação, através das espetaculares prisões, as apelativas cenas de violência: de delinqüentes contra a sociedade, da sociedade contra a sociedade e da polícia contra todos.

O espetáculo midiático, seguindo a idéia televisa globalizante, é marcado pela velocidade da informação e sensacionalismo nas notícias dadas, induzindo, dessa forma, a sociedade ao medo generalizado, fato que faz com que clamem cada vez mais por repressão e violência e legitimem as duras ações estatais.

Já na execução o caso é ainda mais grave. A política carcerária ao redor do mundo está entregue ao disparate de ações politíqueiras, despreocupadas com o fator reinserção social, sacramentando, dessa maneira, a política anti-garantista voltada àquelas classes alvo do poder punitivo.

Sob esta tendência, é clara a demonstração de descaso com a pena privativa de liberdade. Neste contexto, onde tudo deve ter sua finalidade econômica, em alguns países as prisões foram privatizadas como forma de se aproveitar economicamente e o delinqüente (fenômeno com maior destaque nos Estados Unidos). Ora se o infrator criminal não compre seu papel na sociedade atual, que é senão de consumir, será mandado a um lugar onde possa ser fonte de riquezas.

Outro terrível resultado dessa desesperadora realidade é a quebra de fundamentos do Estado de Direito. Como dito, a globalização muito influenciou no Direito dos Estados nacionais. Assim, uma das marcas do Direito internacional é o assecuramento de determinadas garantias através de Declarações e Tratados internacionais. Portanto, a ofensa à dignidade da pessoa humana, com penas cruéis e desproporcionais, não atinge somente a ordem constitucional interna, mas também a ordem do Direito internacional (*direito das gentes*). (REZEK, 2002, p. 25)

Incrível é a aceitação popular do discurso preventivo em torno da pena de prisão. A eliminação ou diminuição das garantias compõem a promessa de um futuro melhor

coincidente com a intensificação da situação cada vez mais caótica. Esse discurso é aplaudido a cada passo, mesmo quando dado no escuro, e seu êxtase vem com frases como “segurança máxima”, “regime diferenciado”, etc, mesmo que tais medidas tenham reflexos, muitas vezes, tão-somente simbólicos.

6 O GARANTISMO PENAL COMO FUGA DO CAOS

Existe, mesmo que abstratamente, uma série de garantias mínimas, ligadas ao ser humano, pela efetivação das quais se caracteriza a condição de cidadão do mundo e que por seu asseguramento, também mesmo que abstrato, se legitima as relações de poder. Portanto o poder não provém simplesmente da força ou de seu mero uso, é condicionado à garantia e fomentação de direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que o papel do Estado encontra-se redimensionado, devido à globalização, perante a sociedade, e ao próprio ser humano. A crise que se instaura, como já estudado, tem dimensões sem precedentes. Trata-se, por um lado, de uma crise de legalidade, caracterizada pelo desrespeito à Constituição – ilegalidade do exercício do poder – e, por um outro, existe a crise de Estado que engloba a perda da soberania nacional, devido ao processo de integração econômica, e a inadequação do modelo de Estado social.

Nesta conturbada realidade, de crise de governabilidade e caos normativo, vê-se o garantismo, como meio capaz de recondicionar a realidade jurídica, bem como resgatar a justiça e os valores socialmente relevantes. Como teoria jurídica, o garantismo encara o direito sob uma ótica substancial e não somente formal, “para se constituir legítimo frente ao estado constitucional de direito deve estar submetido ao plano substancial do direito”. (COELHO, 2003, p. 16).

Ferrajoli explica esta teoria da seguinte maneira:

[...] delineiam, efetivamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a diferença entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente diferença entre justiça e validade; a autonomia e a precedência do primeiro ponto de vista e um certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições com respeito ele. (FERRAJOLI, 1995, p. 854)

O garantismo traz consigo a idéia de direitos humanos consagrados como valores superiores para a vida em sociedade, de maneira que muitos foram normativados na mais variadas Constituições ao redor do mundo. Delimitam, portanto, a liberdade de intervenção estatal na liberdade individual, assim como norteiam as relações privadas e públicas.

O fato dos direitos fundamentais estarem assegurados constitucionalmente faz com que saiam do campo das reflexões e passem à prática, uma vez que, contemporaneamente, encaramos o Direito à luz da Constituição, contendo esta, imperatividade. Ingo Sarlet explica que:

[...] os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico. (SARLET, 1998, p. 60).

Seguindo tal pensamento, entende-se inafastável qualquer garantia que diz respeito à liberdade individual do cidadão. Garantir direitos fundamentais, ainda que de natureza penal, é parte da condição do exercício do poder pelo Estado, inclusive o poder punitivo. Outro não era o ensinamento de Beccaria, baseado no contratualismo de Rousseau, já no ano de 1764:

As leis são as condições mediante as quais homens independentes e isolados se congregam em sociedade, cansados de viver num constante estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Sacrificam uma parte dela para gozar o restante com segurança e tranqüilidade [...]. Foi, portanto, a necessidade que obrigou os homens a ceder parte de sua própria liberdade. Destarte, cada homem só deseja colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas o bastante para induzir os outros a defendê-lo. A soma dessas porções mínimas possíveis constitui o direito de punir; tudo o que exorbitar disso é abuso, e não justiça; é fato, e não mais direito [...]. (BECCARIA, 2003, p. 15-16).

Assim, deve-se buscar a verdadeira validade normativa daqueles preceitos constitucionais que asseguram direitos fundamentais, já que são referência e gozam de superioridade dentro da ordem jurídica. O garantismo representa senão a base para a funcionalidade do sistema jurídico em conformidade com a Constituição. Através do princípio da legalidade assegura-se um conjunto de normas formais e substancialmente mais importantes, às quais as demais se vinculam.

Neste ínterim, o garantismo torna-se referência jurídica necessária, já que a interpretação constitucional do Direito e sua concretização é tarefa imposta ao legislador penal, ao juiz e ao Estado executor da pena. A globalização faz com que esses valores se quebrem na medida que incentiva a quebra das garantias de uma pequena parcela de cidadãos excluídos de seu sistema.

Acredita-se que muitas das garantias individuais são ofendidas em decorrência da banalização do Direito Penal, também pelo fato de codificar como crime ações muitas vezes insignificantes socialmente, além da mitigação de direitos processuais, aprofundando ainda mais o caos normativo da matéria criminal.

Parte dos pensadores do Direito Penal, sugerem a criação de um Direito sancionador, administrativo, desprovido de pena privativa de liberdade, que sancionaria esses pequenos delitos insignificantes para a ordem social. E, por outro lado, a manutenção do Direito Penal tradicional, fundado nas garantias individuais para crimes de maior potencial ofensivo. É válido, por óbvio, tal pensamento, desde que o respeito aos princípios como a igualdade perante a lei e às garantias sejam infinitos.

CONCLUSÃO

Desta feita, não é outro o entendimento de que o processo de globalização deve ser encarado com a devida cautela. Aceitá-lo como ordem evolutiva natural das relações sociais, assim como, juntamente com seus reflexos, pode ser fatal para garantias conquistadas ao longo da história.

O Direito Penal contemporâneo segue uma lógica estrutural de operabilidade de acordo com as premissas da sociedade capitalista, sob a ótica dos detentores do poder econômico. Desta forma, torna-se instrumento extremamente seletivo e arbitrário.

Visível é o desrespeito aos princípios constitucionais do Estado de Direito, além dos princípios e dos fins do próprio Direito e Processo Penal. Uma quebra, porém, legitimada pela sociedade que clamorosa, cada vez mais, por repressão, passa a relacionar o crime com minorias marginalizadas. Em um contexto de economia global e do consumo desenfreado, aquele incapaz de consumir é tido como incapaz de direitos e garantias, ou seja, estes, deixam de ser cidadãos.

Como demonstrado, a técnica de repressão assumida como combate à criminalidade, não serve para todos. Este exemplo não se limita a países periféricos como o Brasil, trata-se, em verdade, de fenômeno mundial. Aproxima-se, portanto, o caráter perverso da globalização, com adoção de seus excluídos pelo sistema penal. Movimentos como de *law and order* e *zero tolerance* sempre servirão a pobres, negros e outras minorias.

Enquanto as prisões estão superlotadas e, nas ruas, o abandono dos Direitos Humanos parece ser total, surge a falsa idéia de segurança provinda deste sistema penal cada vez mais duro. Isto decorre de políticas criminais mal formuladas e, quando não, mal intencionadas, uma vez que o Estado prefere interesses econômicos a seus próprios problemas sociais.

Nesta ótica, conclui-se que a saída mais racional para o caos que assola o sistema penal, é senão o resgate as garantias penais e processuais penais através da teoria do garantismo jurídico. Não se quer resgatar o discurso do antiquado garantismo abstrato, mas sim um garantismo crítico e prático.

O Estado de Direito só existe para aqueles que reclamam seus direitos e são atendidos. Permitir-se que certas pessoas sejam vítimas do próprio sistema, como parte de sua própria natureza, é negar-lhe a própria condição de pessoa. Enquanto um desses indivíduos for excluído e privado de suas garantias injustificadamente há que se repensar nos critérios do sistema penal e buscar o caminho certo da justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BECCARIA, César. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Maurício Barca. Diadema: Germape, 2003.

BIANCHINI, Alice. *A Seletividade do Controle Penal* in Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2000.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006.

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

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1998.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trota, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 23ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo*. in WUNDERLICH, Alexandre. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 3ª Edição. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Editora: Record, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latins, 2007.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

POR UM SISTEMA PENAL INCLUDENTE

FOR A INCLUSIVE CRIMINAL SYSTEM

Luiz Fernando Kazmierczak

RESUMO

O Sistema Penal tem como objetivo proteger bens jurídicos fundamentais da sociedade, visando exclusivamente às condutas ofensivas de maior gravidade. Cede, por conseguinte, a outros ramos do Direito a missão de tutelar os valores de convivência humana, atuando em ultima ratio, quando os controles formais e sociais não tenham logrado êxito em sua função. Esse caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que conduz à intervenção mínima pela gravidade e austeridade de sua ação, possibilita a atuação segura do sistema punitivo. Não obstante, nas últimas décadas, vem sendo tecido um Direito Penal no Brasil, com características perturbadoras: exacerbadamente intervencionista e simbólico. O Direito Penal, que integra o Sistema Penal, tem como finalidade afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas, elevando à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade. No entanto, o significado ideológico do sistema penal brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores. Em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder, sendo que esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, utilizando o sistema penal como uma das formas mais violentas de sustentação. Em parte, esta função é cumprida, através da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. Neste contexto, e com a finalidade de evitar a segregação através de um instrumento de pacificação, que é o Direito Penal, faz-se mister uma análise crítica acerca da avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a sua tutela, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico sem nos afastarmos da idéia de privilegiar a justiça consensuada como forma de solução de conflitos na órbita penal.

PALAVRAS-CHAVES: EXCLUSÃO SOCIAL; IDEOLOGIA; SISTEMA PENAL; DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The Criminal System has the objective to protect the society fundamentals juridical property, to only the most gravity offensive conducts. It transfers, therefore, to others shares of Law the mission to protect the human coexistence values, it is acting in ultima ratio, when the formal and social controls didn't have achieve success on it function. This fragmentary and alternative character of Criminal Law, that leads minimum intervention for the severity and austerity of its action, enables punitive system safe performance. Not though, on last decades, it have been done a Criminal Law on Brazil, with disturbing features: too much interventionist and symbolic. The Criminal Law, that integrates the Criminal System, has the purpose assert itself like social justice guarantor, reaching in a egalitarian way all the people in function of the conducts practiced by them, to high for the category protecting dignity of human person, restricting its intervention for the need limits. However, the ideological mean of Brazilian criminal system many times is used as exclusion instrument for define behaviors that aim contain the lower classes. In all society exist a power structure, and this structure tends to sustain itself through the social control and its punitive part, using the criminal system as a most violent support way. In part, this function is done, through marginalized selective criminalization, to hold the others. In this context, and with the finality of avoid the segregation through a pacification instrument, that is the Criminal Law, it is urgent a critical analisys about juridical property evaluation and selection that are under its protection, as a new interpretation of the typical fact, rejecting mere formal adequacy of typical fact to the cold lyrics of classical formalist doctrine law, bringing a appreciation under a constitutional perspective, so that criminal standart will be appreciate like value aspects understood in guarantee and material sense, it has like requirement, explicit or implicit, the offense to juridical property with no removal of privilege idea the consensus justice as a criminal orbit of conflict solutions form.

KEYWORDS: SOCIAL EXCLUSION, IDEOLOGY, CRIMINAL SYSTEM, CONSTITUTIONAL CRIMINAL LAW.

1. INTRODUÇÃO

O progresso material da nossa civilização não se fez acompanhar do correspondente progresso na ciência e na legislação penais, que se caracterizam hoje pelo abuso e hipertrofia do castigo penal, com desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Hoje, os meios de comunicação de massa, diuturnamente, divulgam notícias ligadas à criminalidade, sempre expondo os criminosos e as vítimas como temas de pauta de seus programas e notícias.

Na maioria das vezes, estas notícias ligadas à criminalidade são distorcidas ou tratadas de forma errônea por profissionais populistas, despreparados e sensacionalistas, os quais se julgam especialistas no assunto. Vendem a idéia de todos os males da sociedade serão resolvidos pelo Direito Penal através de normas mais rígidas e aplicadas de forma implacável àqueles que cometeram crimes.

Com isso, plantam no seio da sociedade a necessidade de recrudescimento da norma penal como forma de pacificação social. No entanto, o que a sociedade não percebe é que esta política de inflação legislativa não traz pacificação, mas sim exclusão, pois, muitas vezes, o sistema penal é utilizado para este fim, buscando deixar à margem da sociedade determinados indivíduos que lhe ameaçam.

Esta política penal vai de encontro com o objetivo da norma penal incriminadora, que é proteger bens jurídicos fundamentais da sociedade, visando exclusivamente às condutas ofensivas de maior gravidade. Cede, por conseguinte, a outros ramos do Direito a missão de tutelar os valores de convivência humana, atuando em *ultima ratio*, quando os controles formais e sociais não tenham logrado êxito em sua função.

Esse caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que conduz à intervenção mínima pela gravidade e austeridade de sua ação, possibilita a atuação segura do sistema punitivo. Não obstante, nas últimas décadas, vem sendo tecido um Direito Penal no Brasil, com características perturbadoras: exacerbadamente intervencionista e simbólico (MADEIRA DA COSTA, 2005, p. 9).

Erigiu-se o Direito Penal à categoria de solucionador de todos os males sociais que ferem a sociedade, criando-se, por consequência, um círculo vicioso que desgastou o sistema punitivo, deixando-o a um nível dramático de ineficiência. Definiram-se novos tipos penais, agravaram-se as penas, suprimiram-se as garantias do réu no processo, aumentaram-se a severidade na execução das penalidades, na falsa crença de que, assim, reduz-se a criminalidade, quando, na realidade, as classes dominantes estão estruturando um controle penal autoritário.

A classe dominante, por intermédio do Estado, estruturou uma aparelhagem de coerção e repressão social que lhe possibilitou exercer o poder sobre a integralidade do tecido social, de forma a submetê-lo às regras políticas. O forte instrumento utilizado pelo Estado é o Direito, que estabelece as normas que regulamentam as relações sociais em proveito da minoria pertencente aos estratos centrais.

Assim, estas relações de dominação, muitas vezes, são maquiadas pela idéia de interesse geral, onde o Estado estaria elaborando leis justas em atendimento aos reclamos de uma suposta maioria, quando, na verdade, está legislando em função de uma minoria próxima ao centro de poder. É certo que tal dominação mascara a realidade fazendo com que os dominados não se indignem e não se levantem contra o poder institucionalizado, mas sim, o aceitam como forma normal e natural das relações humanas.

Para tanto, o principal ramo do direito utilizado é o Direito Penal, que, através da tipificação das condutas, cria os crimes e as suas respectivas sanções. É nesse momento, que surgem os abusos e a desconfiguração do pensamento ideológico que deve cercar a ciência penal. Muitas vezes não se tem o cuidado necessário na eleição dos bens jurídicos que estarão sob a tutela do direito penal, bem como não há proporcionalidade na punição destas condutas.

Quando se elabora um ato normativo busca-se com isso regulamentar determinados fatos que são de interesse do Estado e da sociedade. Nesta missão, os

legitimados pela Constituição na sua elaboração, buscam traduzir na forma de lei os anseios da coletividade e as necessidades do Estado.

Para os bens jurídicos mais importantes da sociedade erigiu-se o Direito Penal como o meio de tutelá-los de forma mais efetiva e com a resposta mais enérgica. Assim, quando ocorre um fato, que é considerado infração penal, até a imposição de uma sanção para aquele que o cometeu vê-se agindo o que se convencionou chamar de sistema penal. Neste sistema incluem-se tanto a atividade do legislador, ao elencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delitos, quanto a atividade dos operadores do direito em aplicar o fruto da produção legislativa.

Este sistema tem como objetivo afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas. Dessa forma, eleva-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade. No entanto, algumas produções legislativas na seara penal acabam por modificar este objetivo, mascarando a sua verdadeira ideologia. Assim, de função protetiva, baseada nos paradigmas de justiça, passa-se a função excludente.

É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder. Esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, a qual denomina-se sistema penal, sendo uma das formas mais violentas de sustentação. Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o através mediante da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais.

Em síntese, defende Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 71), que “o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos”. Assim, a sustentação da estrutura de poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Do exposto, temos que o sistema penal é parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo. Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, é a lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

2. EXCLUSÃO SOCIAL

Quando se fala em exclusão social simultaneamente se fala em inclusão social. Assim, “a inclusão social e a exclusão são conceptualizadas como duas entidades diferentes,

nas quais o objetivo é produzir inclusão social e eliminar a exclusão social” (STOER, MAGALHÃES e RODRIGUES, 2004, p. 27).

“A noção de exclusão social é saturada de significados, não-significados e contra-significados. Pode-se fazer qualquer coisa com o termo, já que ele significa o ressentimento daqueles que não podem obter aquilo que reivindicam” – *Commissariat General du Plan* – Governo francês, em 1993 (DUPAS, 1999, p. 13). De plano, percebe-se que o termo “exclusão social” pode adquirir múltiplas facetas e acabar significados diversos de acordo com o discurso em que é utilizado, o que torna necessário um esforço em defini-lo.

É comum atribuir-se todos os problemas sociais “a essa coisa vaga e indefinida a que chamam *exclusão*, como se a exclusão fosse um deus-demônio que explicasse tudo. Quando, na verdade, não explica nada”. Na verdade, seu conceito é “inconceitual”, impróprio, e distorce o próprio problema que pretende explicar” (MARTINS, 1997, p. 16 e 27). Muitas vezes a palavra exclusão é diretamente ligada à idéia de pobreza, o que não é totalmente incorreto, mas não é a única acepção da palavra.

Rousseau, na obra “*Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*”, de 1755, traçou as bases conceituais do que seria associado futuramente à exclusão. Segundo o autor, as desigualdades podem ser naturais ou físicas, que encontram a sua origem nas diferentes existentes entre os indivíduos da espécie humana, como raça, idade e sexo, por exemplo. Ainda, temos as desigualdades morais ou políticas, que estão ligadas à estrutura de organização da sociedade, produzindo diferenças de uns em prejuízos de outros, como ser rico ou pobre, por exemplo.

Alguns autores a definem a partir da noção de pobreza apenas, outros partem de um complexo de fatores para definir quem são os excluídos. Antes, porém, vê-se que a exclusão social pode ser originalmente relacionada à situação de “não ter”, ou seja, não ter acesso à terra, ao trabalho, a renda ou as demais necessidades do ser humano. Todavia, a exclusão resulta de um processo mais amplo e complexo ao longo do tempo, que supera o simples “não ter”, assumindo características de natureza política e econômica, “fazendo com que alguns segmentos sejam algo *porque têm*, enquanto outros não sejam *porque não têm* e, possivelmente, jamais serão, pois nunca terão” (POCHMANN et al, 2004, p. 29). Conclui-se, dessa forma, que as fundamentos da exclusão social encontram-se inseridos nos diversos problemas gerais da sociedade.

A exclusão social manifesta-se crescentemente como um fenômeno transdisciplinar que diz respeito tanto ao não acesso de bens e serviços básicos como à existência de segmentos sociais sobrando de estratégias restritas de desenvolvimento sócio-econômico, passando pela exclusão dos direitos humanos, da seguridade e segurança pública, da terra, do trabalho e da renda suficiente (POCHMANN et al, 2004, p. 33).

Ademais, há a dicotomia entre “velha” e “nova” exclusão social. Sendo que a primeira é entendida como “a forma de marginalização dos frutos do crescimento econômico e da cidadania, expressa pelos baixos níveis de renda e escolaridade” (POCHMANN et al,

2004, p. 43), incide, particularmente, sobre os imigrantes, analfabetos, mulheres, famílias numerosas e a população negra. Por outro lado, a “nova exclusão” amplia os sujeitos sociais envolvidos, bem como as suas formas de manifestação que agora inclui as esferas da cultura, economia e política. Nesta última “atinge segmentos sociais antes relativamente preservados do processo de exclusão social, tais como jovens com elevada escolaridade, pessoas com mais de 40 anos, homens não negros e famílias monoparentais” (POCHMANN et al, 2004, p. 49).

Não afirmamos que a “nova” exclusão superou a velha, ou que esta desapareceu para dar lugar aquela. Do contrário, ambas subsistem e contribuem para a formação da complexidade e das múltiplas facetas da exclusão na sociedade brasileira.

Em síntese, empiricamente a exclusão pode se dar por fatores aleatórios, como as intolerâncias e preconceitos, quanto por fatores operacionais, quando estamos diante de deficiências na efetivação dos conceitos de democracia, igualdade, liberdade e justiça (MORAIS, 2005, p. 423).

José de Souza Martins na obra “*Exclusão social e a nova desigualdade*” afirma que não existe exclusão e que, hoje, está havendo uma certa “fetichização” desta idéia, sendo certo que ocorre uma contradição, consubstanciada em “vítimas de processos sociais, políticos e econômicos excludentes”; existe, na verdade, “o conflito pelo qual a vítima dos processos excludentes proclamam seu inconformismo, seu mal-estar, sua revolta, sua esperança, sua força reivindicativa e sua reivindicação corrosiva” (MARTINS, 1997, p. 14).

[...] quer dizer que a exclusão é apenas um *momento* da percepção que cada um e todos podem ter daquilo que concretamente se traduz em *privação*: privação de emprego, privação de meios para participar do mercado de consumo, privação de bem-estar, privação de direitos, privação de liberdade, privação de esperança. (MARTINS, 1997, p. 18)

De acordo com a passagem citada, onde a exclusão é traduzida em privações de várias formas, é possível afirmar que algum indivíduo é totalmente excluído na sociedade atual? Estamos inseridos em uma política econômica capitalista, onde a comercialização de bens é seu pilar onde se faz necessário a presença cada vez maior de consumidores. Com base neste panorama torna-se prejudicada a afirmação de que o modelo econômico-social é excludente, sendo certo que ocorre, na verdade, uma inclusão marginal.

Jock Young aponta que o mundo era inclusivo, uno, concorde, com uma sociedade consensual tendo por pilares valores centrados na família e no trabalho, onde havia uma aceitação de faixas cada vez mais amplas da sociedade, como a baixa classe operária, mulheres e jovens (YOUNG, 2002, p. 18-19).

Este modelo de sociedade não excluía aquele que praticava condutas desviantes (o “outro”), tampouco o via como inimigo externo. Na verdade, era visto como uma

pessoa a ser socializada, carente de atributos que os demais possuíam, faltava-lhe “civilização, ou socialização, ou sensibilidade”, e para que pudesse fazer parte daquela comunidade deveria ser reabilitado (YOUNG, 2002, p. 21).

No entanto, as mudanças estruturais ocorridas nas últimas décadas, principalmente no campo político, econômico, social e cultural, fizeram com que a configuração da sociedade se pautasse por novos valores e ambições. Surgiu um individualismo presente nas relações entre as pessoas, onde os velhos padrões de esforço e recompensa foram redefinidos, onde o coletivo dá lugar à satisfação de interesses pessoais.

A ordem econômica foi o principal fator que contribuiu para estas mudanças. A lei do capital fez com que surgissem estratos sociais diferenciados e mudanças de perfil na relação de trabalho, passando da idéia de estabilidade e valorização para uma contemporaneidade de incertezas.

Essa mudança de paradigma fez com que as diferenças entre as pessoas se acentuassem, com que grupos fossem deixados à margem do novo modelo de sociedade por não se alinharem a ela.

No mundo moderno recente, segundo Jock Young, a exclusão se dá em três níveis: exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes do sistema de justiça criminal e da segurança privada (YOUNG, 2002, p. 11).

É evidente que nem todo crime nasce da exclusão social, inclusive nem se pretende justificar esta tese, mas não se pode negar que os principais fatores de desigualdade moral e política contribuem e influenciam o seu cometimento e o aumento da criminalidade. Hoje, os excluídos são tratados como se criminosos fossem, sendo a miséria criminalizada pelas agências estatais de controle.

Neste passo há de verificar se a norma, em especial a norma penal (a terceira forma segundo YOUNG), é fator de exclusão social. Se os seus regramentos podem levar à conclusão da idéia de seletividade e de direcionamento a determinada classe social ou indivíduos.

3. SISTEMA PENAL COMO GERADOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

Da hipótese de ocorrência de uma infração penal até a imposição de uma sanção para aquele infrator vê-se agindo o que se convencionou chamar de sistema penal. Neste sistema incluem-se tanto a atividade do legislador, ao elencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delitos, quanto da polícia, juízes, advogados e demais funcionários ligados à sua administração.

De acordo com a lição de Raúl Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, chama-se sistema penal

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 63).

Tal sistema tem como escopo afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas. Dessa forma, eleva-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção apenas aos limites da necessidade.

Proclama-se que o sistema penal possuiria uma função preventiva tanto especial quanto geral, ou seja, fomentaria a ressocialização do apenado e advertiria os demais sobre as conseqüências de imitar-se o delinqüente.

Para Camila Cardoso de Mello Prando e Rogério Dutra dos Santos, “sistema penal é compreendido como o lócus institucional responsável pela realização da defesa social, qual seja, a defesa dos cidadãos de bem, ‘a sociedade’, contra os delinqüentes, representantes da parcela problemática e violenta” (PRANDO e SANTOS, 2007, p. 201).

Dessa forma, busca-se criar um sistema capaz de conter aquela parcela da população que oferecem risco aos demais através da violência individual às pessoas e ao patrimônio. Assim, quando se proclama a defesa da sociedade não se está buscando a proteção em relação aos poderes institucionalizados, às estruturas culturais e produtivas ou de determinados grupos sociais, mas em defesa da sociedade contra os excluídos dos sistemas produtivos, político e cultural (PRANDO e SANTOS, 2007, p. 203).

Com isso, o sistema penal, no momento da sua criminalização primária reflete, de forma mais acentuada, “o universo moral da cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (BARATTA, 2002, p. 176).

Em síntese, defende Zaffaroni que “o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 71). Assim, a sustentação da estrutura de poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Diante da constatação de que em toda sociedade existe o fenômeno dualista de “hegemonia-marginalização”, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas de maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre

importa um grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade.

Nas palavras de Yasmin Maria Rodrigues Madeira Costa tal sistema demonstra

A total frustração de suas pretensões quanto à prevenção do crime expõe seu caráter puramente repressivo e a promoção da degradação de sua clientela atesta seu viés estigmatizante (MADEIRA COSTA, 2005, p. 95).

Segue a autora,

A análise das ideologias que fornecem substrato ao Sistema Penal em nossa sociedade esclarecem sobremaneira a configuração bélica de nossa Política Criminal, a eleição de esterótipos criminais, o panpenalismo e outros tantos fenômenos. O incremento do aparato repressivo, indubitavelmente, tem servido de instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais. (MADEIRA COSTA, 2005, p. 110)

Seguindo esta linha de pensamento, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli assinalam:

É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 70)

Do exposto, temos que o sistema penal é parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo. Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, é a lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

É este aspecto seletivo e criminalizador que muitas vezes é utilizado pelo poder dominante a fim de marginalizar as camadas as baixas da estratificada sociedade moderna. Assim, o sistema penal tem assumido um papel excludente perante

algumas classes e/ou espécies de criminosos, fazendo com que determinados delitos tenham um aspecto punitivo mais severo com o espoco de segregar aqueles que o praticam em benefício de um sentimento de segurança das suas potenciais vítimas.

Assim, faz-se mister uma análise do comportamento sociológico do papel do Estado ao definir as políticas do Sistema Penal, o qual, muitas vezes, é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter determinados segmentos da sociedade.

Verifica-se, neste ponto, a necessidade de se determinar a ideologia que prepondera no Sistema Penal, para que seja possível realizar uma análise crítica acerca da eleição dos bens jurídicos penais a fim de que somente as condutas mais graves e perniciosas à sociedade mereçam a proteção penal. Neste sentido, é necessário entender a lei como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade e um instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados.

A partir da eleição do bem jurídico-penal podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista clássica, mas sim com uma leitura constitucional do Direito Penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa.

Dessa forma, o significado ideológico do sistema penal brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores.

Conclui-se que as falhas na criação, aplicação e execução da lei penal não constituem um problema de conjuntura, pontual, mas sim uma doença crônica que aflige o sistema penal selecionando os menos providos economicamente como seus destinatários. Há, destarte, um abandono do direito penal do fato para a eleição de um direito penal de autor, que “seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza a pessoas determinadas, segundo a classe e posição social” (BIANCHINI, 2000, p. 62).

A lei, como instrumento de poder do Estado, é a mais nefasta forma de exclusão, pois traz em seu bojo o uso do aparato público, sob o controle de uma minoria, travestida de legalidade, mas que, na verdade, é instrumento de controle social institucionalizado com o objetivo de manter a estratificação de classes sociais punindo de fora desigual e direcionada. Nas palavras de Alessandro Baratta, “a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 161).

Conclui-se que, as novas políticas punitivas possuem características discriminatórias e excludentes, que trazem em seu bojo uma “intolerância para com incivildades, de varrer os desvios e a desordem das ruas, lidar com pedintes agressivos, lavadores de pára-brisas de sinal, vadios, bêbados e prostitutas” (ZAFFARONI, 2001, p. 132).

4. DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL: UMA RELEITURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL

“Nem o direito penal é a única realidade e nem esta é caótica, e nem o cientista do direito penal é um orate com um livro na mão, trancado numa torre sem janelas” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 113). Exposto o caráter ideológico do sistema penal cabe, neste momento, apontar a possibilidade de um novo norte por onde deve caminhar a ciência penal em busca da igualdade, justiça e, por conseqüência, da inclusão daqueles que lhe foram submetidos. Deve o Direito Penal cumprir as suas finalidades, a fim de que algo se realize, “não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais” (BATISTA, 2004, p. 20).

Inicialmente, em virtude do sistema político-jurídico existente em nossa sociedade, cada indivíduo, através do processo eleitoral, delega poderes para algumas pessoas a fim de que representem os seus interesses no sistema democrático. É a assinatura tácita do contrato social de Rousseau, onde os democraticamente escolhidos pela maioria entendem aquilo o que é necessário para regulamentar a vida em sociedade.

Os mandatários deste poder devem, ou melhor, deveriam, se ater em regular os níveis de intervenção jurídico-penal ao limites da necessidade para a vida comunitária pacífica.

No entanto, a realidade aponta para outra perspectiva, que é a hipertrofia do sistema penal com supressão de garantias, exacerbação de penas e de formas de execução, deixando de lado a preocupação com o ser humano e sua reabilitação para o retorno em sociedade.

Hoje, preocupa-se muito mais em se demonstrar um discurso punitivo rigoroso à uma política de reinserção daquele sujeito que esteve nos corredores do sistema penal.

Com isso, temos uma difícil missão para o teórico do Direito Penal de características equilibrada, garantista e mínimo. Não há uma eficácia jurídica e força para barrar dogmaticamente a elaboração de um direito penal *prima ratio* que vem sendo constantemente ampliado e fomentado como o solucionador de todos os males sociais que afligem a sociedade.

Dessa forma, comungando do pensamento de Ivan Luís Marques da Silva, “poder-se-ia obter o equilíbrio deontico necessário deslocando a tarefa de filtrar o sistema penal para os cientistas jurídicos e para o Poder Judiciário” (SILVA, 2008, p. 92). Neste sentido, pode-se conseguir um equilíbrio entre a repressão necessária das condutas que atingem os bens jurídicos mais importantes à coletividade sem que a aplicação do Direito Penal seja considerada ilícita ou ilegítima.

Assim, podemos enxergar na hermenêutica pós-positivista e na utilização do controle de constitucionalidade, seja pela forma difusa ou concentrada, uma saída para os desvios e incongruências praticados no momento da elaboração legislativa dos tipos penais a fim de que se torne possível a aproximação do direito penal das garantias constitucionais e

do respeito à dignidade da pessoa humana e, por via reflexa, uma maior efetividade em sua aplicação.

Com isso, a Constituição Federal ganha sobremaneira importância na construção desta releitura da dogmática penal ao trazer em seu bojo princípios que irão irradiar efeitos por todo o ordenamento infraconstitucional. Ferrajoli afirma que “quanto mais valores incorpore um sistema punitivo, na forma de limites ou proibições nos níveis normativos superiores, menos incorporará na forma de potestades nos níveis inferiores” (FERRAJOLI, 2006, p. 336), ou seja, quanto mais valores estão vinculados nas normas superiores, que são as normas constitucionais, menos expostas ficarão as normas de níveis inferiores, pois estas se fundamentam naquelas.

Assim, somente um Direito Penal fundamentado em diretrizes constitucionais voltado exclusivamente à tutela dos bens jurídicos e direitos fundamentais pode resultar na melhor eficácia do sistema sem se afastar do respeito à dignidade da pessoa humana.

Lenio Luiz Streck lembra, citando Márcia Dometila de Carvalho, que é comum apontar a dignidade da pessoa humana com diretriz do Direito Penal Constitucional, mas não é o único pilar que se deve sustentar toda a nova construção dogmática desta ciência.

Na feitura das leis, ignoram os direitos econômicos, sociais e culturais, como direito de segunda geração que possibilitam o gozo dos direitos e garantias individuais, denominados de primeira geração, e reduzem a liberdade e a dignidade humana a uma simples questão de estupro ou seqüestro. (STRECK, 1999, p. 112)

É certo que todas as gerações de direitos devem ser consideradas para se buscar uma solução para sua eficácia, as quais não residem apenas na previsão *in abstracto* de regras e princípios, fazendo-se necessário que sejam respeitadas e que sejam, da mesma forma, mantidas. Antes mesmo de falarmos em ampliação de direitos ou de geração de direitos é imperiosa a efetividade de aplicação dos que já estão previstos (BREGA FILHO, 2002, p. 29).

Dessa forma, retornamos a idéia inicial do intróito deste capítulo, onde o Poder Judiciário e os operadores do direito e, da mesma forma a discussão acadêmica, serão os responsáveis para contornar os desvios da produção legislativa, que é marcada pela hipertrofia dos tipos penais com afrontas constantes aos princípios que lhes dão legitimidade. Nas palavras de Ivan Luís Marques da Silva, “se os políticos são representantes da vontade do povo, o magistrado é o fiscal constitucional dos limites deste mandato. Se assim não age, propaga as inconstitucionalidades mitigando os direitos e garantias individuais e coletivos” (SILVA, 2008, p. 95).

No mesmo sentido, afirma Lenio Luiz Streck que

O Judiciário e o Ministério Público não podem encarar o Direito sob a ótica de “uma simples administração da lei”, proveniente de um “legislador racional”. O promotor de justiça e o juiz de direito não são “out-siders” do “sistema”. Eles fazem parte dele. Neles devem intervir. É a Constituição que determina/autoriza. (STRECK, 1999, p. 109).

Os atores da administração da justiça não devem atuar de forma burocrática e fundamentados na obediência cega à letra da lei. Devem olhar para o processo não como um amontoado de papéis ou como uma meta de trabalho a ser cumprida. São promotores da justiça social, guardiões primeiros dos preceitos constitucionais e os que mais se aproximam com os destinatários da norma. Devem ouvir o grito dos excluídos que clamam pela verdadeira justiça, que muitas vezes lhes é tolhida ou concedida de forma insipiente. Em virtude de todo o exposto, impõe-se a tarefa aos juristas de “romper com este paradigma anti-garantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade” (STRECK, 1999, p. 110). Assim, o juiz, considerado por Antonie Garapon (2001) como “guardião das promessas”, passa a ter o papel de concretizá-las.

Esse processo de releitura do Direito Penal, sob o enfoque dos princípios constitucionais, irá acarretar em um sistema criminal que pode ser definido como o conjunto de regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade de forma racional e faz com que a atuação legislativa do Estado caia aos níveis de estrita necessidade.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck

É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: direito penal mínimo e justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores do Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). (STRECK, 1999, p. 115).

O sistema penal brasileiro não possui uma linha ideológica clara e que não passa de um retalho das diversas ideologias existentes, que flutua do abolicionismo ao direito penal máximo, com passagens pelo garantismo, direito penal do inimigo e minimalismo. Ao mesmo tempo em que aponta para um recrudescimento de determinadas situações também prevê abolição de determinadas reprimendas para algumas condutas.

Com isso, somos levados a refletir até que ponto esta miscelânea de pensamentos na área penal é boa ou ruim para a legitimação do sistema.

Em virtude das infundáveis formas de atuação humana na ofensa de bens jurídicos podemos concluir que este compêndio de ideologias é o que melhor leva a uma legitimação do sistema penal. No entanto, faz-se necessários alguns apontamentos acerca de como as diversas formas de pensar o Direito Penal podem conviver de forma harmônica e sistêmica, respeitando os anseios da Constituição Federal.

É certo que, alguns crimes merecem uma reprimenda mais enérgica em virtude da conduta praticada e pela potencialidade da ofensa provocada ao bem jurídico tutelado. Na medida em que outras condutas que lesam em menor grau determinados bens jurídicos devem receber uma resposta proporcional ao dano praticado, mas aquelas que ofenderam de forma ínfima ou que os danos são inexistentes o Direito Penal não deveria se preocupar.

No plano teórico fica fácil esta compreensão, ou seja, condutas mais graves mereceriam punições mais severas, ao passo que, as menos graves teriam punições mais brandas ou nem punição haveria em determinados casos. Mas é precisamente neste ponto em que começam os questionamentos e os indicativos de distorções no campo da prática: o que é uma conduta grave? O que seria um bem jurídico de alta importância para a sociedade? Além dessas indagações, surge outro problema: como harmonizar, em um mesmo sistema, punições mais severas para as situações mais graves e reprimendas mais brandas ou, até mesmo, não atuação do sistema penal para outras condutas?

As respostas a estas inquietações podem levar a uma aplicação escorregia e justa do sistema penal, mas também podem levar a um sistema excludente, discriminatório e simbólico.

Da forma como o atual sistema está estruturado e aplicado não restam dúvidas que possui características que tendem à exclusão social através de uma aplicação direcionada de suas normas a determinadas camadas da sociedade ao mesmo tempo em que determinadas formas de criminalidade não chegam, em grande parte, a serem investigadas e, menos ainda, punidas.

Jorge de Figueiredo Dias afirma que

se a função do direito penal é em ultimo termo, como se tem acentuado, a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, então tudo dependerá daquilo que em cada momento se revela como *fundamental* a este propósito e a esta luz (DIAS, 2007, p. 121-122).

A fundamentalidade ou não de determinado bem jurídico definirá a sua proteção pelo Direito Penal. Dessa forma, é a Constituição que deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30). Assim, o legislador infraconstitucional ao realizar o seu mister

de tipificar determinadas condutas deve buscar suporte axiológico para eleição dos bens jurídicos a serem protegidos na Carta Magna, pois é a fonte dos anseios mais importantes para a sociedade.

Jorge de Figueiredo Dias aponta conseqüências importantes “da concepção que vê na tutela de bens jurídico-penais a específica função do direito penal e assim o elemento constitutivo mais relevante do conceito material de crime” (DIAS, 2007, p. 123). Neste ponto, há de se fazer uma reflexão. Defendemos que os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal devem encontrar suporte na Constituição Federal, mas ainda sim estes bens, na medida em que se tornem objetos de proteção da norma penal, devem passar por uma concreta verificação de ofensividade. Não basta a simples previsão em abstrato coadunada com a carta política brasileira, fazendo-se necessário uma avaliação concreta no momento de sua violação a fim de confirmar a realização ou não da conduta típica.

Ultrapassada a fase de verificação dos bens jurídicos e sua violação, deve-se analisar a necessidade daquela conduta sofrer sanção. De acordo com o Código Penal, em seu artigo 59, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do crime. Do exposto, a legislação entende que “deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais” (GRECO, 2008, p. 145).

Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça geral da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva e intimidatória, sobretudo se castiga a quem “merece”. (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

A natureza da sanção penal é dúplice, ou seja, deve reprimir o mal causado e também prevenir que outros aconteçam através da sua função intimidatória. No entanto, a sociedade visualiza apenas a sua natureza retributiva, a punição imposta ao criminoso pela mão de ferro do Estado através da privação da liberdade. Inúmeras vezes nos deparamos com entrevistas à populares em programas televisivos em que o clamor pela prisão é a única fala que surge da massa. Cria-se a falácia de que a pena privativa de liberdade é a única possibilidade de se “fazer justiça” aos olhos da população.

A sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão-somente fazer com que a pena tenha essa finalidade, pois tende a fazer com que ela uma espécie de “pagamento” ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (GRECO, 2008, p. 146).

O legislador, bem como o aplicador do direito, deve adotar uma posição equilibrada de Direito Penal, deixando de lado todas as hipóteses de encarceramento que não fossem extremamente necessárias e suficientes para a manutenção da sociedade. É inegável a influência da mídia na formação desta consciência de “pagar o mal com o mal”.

Desgarrando-se de suas bases estruturais econômicas, o *credo* criminológico da mídia constituiu-se como um discurso que impregnou completamente o jornalismo, das menores notas ao obituário, abrangendo inclusive publicações que se pretendem progressistas. Este discurso aspira a uma hegemonia, principalmente sobre o discurso acadêmico, na direção da legitimação do dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais. Este discurso habilita as agências de comunicação social a pautar agências executivas do sistema penal, e mesmo a operar como elas (executivização), disputando, com vantagem, a seletividade com tais agências. A natureza real desse contubérnio é uma espécie de privatização parcial do poder punitivo, deslanchado com muito maior temibilidade por uma manchete que por uma portaria instauradora de inquérito policial. (BATISTA, *on-line*).

A influência da mídia fomenta a ideologia do Direito Penal Máximo no seio da sociedade, provocando uma pressão popular pelo recrudescimento das penas e a busca de uma espécie de vingança através do sistema penal. No entanto, esta inclinação social deve ser blindada pelo legislador, que deve ter o discernimento necessário para eleger apenas as condutas mais relevantes e indispensáveis a vida em comunidade para serem objetos de proteção do direito penal, da mesma forma que deve prever a estas mesmas condutas sanções proporcionais ao dano provocado. Mesmo entendimento deve ocorrer no momento da aplicação da lei penal ao caso concreto, como defendemos, o julgador também deve fazer a análise do seu conceito material de crime, bem como a concreta afetação do bem jurídico pela conduta praticada para só depois decidir pela necessidade e adequação da pena a ser imposta.

Coadunando com este pensamento, Jorge de Figueiredo Dias afirma que

Se, na concepção teleológico-funcional e racional que vimos ensaiando, não pode haver criminalização onde se não divise o propósito da tutela de um bem jurídico-penal, já a asserção inversa não se revela exacta: a asserção, isto é, segundo a qual sempre que exista um bem jurídico digno de tutela penal aí deve ter lugar a intervenção correspondente. O que significa, no fim, que o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; [...]

(DIAS, 2007, p. 127).

Do exposto, conclui-se que a interferência do Sistema Penal deve ocorrer nos limites da necessidade, ou seja, a *ultima ratio*. Aplicado apenas quando todos os demais ramos do Direito falharem na proteção do bem jurídico.

No entanto, quando for chamado a atuar em face de determinadas condutas o seu agir será pautado pela proporcionalidade e razoabilidade na intervenção. Buscará sempre que possível modos de punições alternativas que não as privativas de liberdade ao infrator, deixando esta modalidade de pena àquelas condutas mais graves e que necessitem de tal forma de repressão.

Mesmo quando da aplicação da pena privativa de liberdade, esta deve buscar sempre a ressocialização do condenado a fim de propiciar condições para sua integração social. Assim, para que a pena possa cumprir o seu caráter ressocializador Foucault aponta a necessidade de adoção de sete princípios fundamentais:

1) A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo [...] (**Princípio da correção**); 2) Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação. [...] (**Princípio da classificação**); 3) As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualização dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas. [...] (**Princípio da modulação das penas**); 4) O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. [...] (**Princípio do trabalho como obrigação e como direito**); 5) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento. [...] (**Princípio da educação penitenciária**); 6) O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos. [...] (**Princípio do controle técnico da detenção**); 7) O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento. [...] (**Princípio das instituições anexas**). (FOUCAULT, 2000, p. 224-225). (grifos no original)

Rogério Greco acrescenta a estes princípios o que ele denominou de “princípio da cristandade”, onde o condenado teria o direito de conhecer a Palavra de Deus, sob o argumento de que raramente um preso convertido volta a delinquir ou causam algum problema durante a execução da pena (GRECO, 2008, p. 149).

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e naquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional. Além disso, deve inspirar todo o sistema penal, desde a eleição do bem jurídico que irá ser objeto de proteção, bem como as bases processuais de investigação e julgamento, e, por fim, as formas de execução da condenação por ventura imposta.

No entanto, devemos lembrar que a própria Constituição determina uma punição diferenciada e mais severa em determinados casos, como a disposição impositiva da criação de lei restritiva de direitos do acusado em relação a determinados crimes, prevista no artigo 5º, inciso XLIII. Este dispositivo provocou a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) e suas alterações, bem como equiparando a esta categoria os crimes de tráfico de drogas, tortura e terrorismo.

Aqui, o constituinte erigiu o critério da necessidade de uma maior repressão nos casos apontados. Isso o fez colocar de forma expressa no texto constitucional a imposição jurídico-constitucional de criminalização. Segundo Jorge de Figueiredo Dias

onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (DIAS, 2006, p. 129).

Porém, não pode o constituinte criminalizar de forma desarrazoada outras condutas que não encontrem amparo em um valor jurídico-constitucional. Diante da necessidade de tipificação, as mesmas devem ser pautadas pelo critério da proporcionalidade em sentido amplo.

Com isso, verificamos que a Constituição traz uma série de garantias e restrições quanto a atividade de tipificar condutas ao mesmo tempo em que impõe a criminalização diferenciada para crimes hediondos e equiparados. Verifica-se que a miscelânea de ideologias na área penal é encontrada inclusive na Constituição Federal, que traz inúmeros preceitos garantistas ao lado de uma disposição de Direito Penal Máximo.

Por fim, reportamos a passagem do constitucionalista Luís Roberto Barroso que aponta para a necessidade da constitucionalização do direito.

Vivemos uma época *pós-tudo*. Pós Marx, pós Freud, pós Kelsen. Alguns de nossos melhores sonhos de juventude não se realizaram. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria. Não subemos criar ainda um tempo da fraternidade e da delicadeza. Não há sequer uma boa utopia à disposição. Neste cenário se coloca o direito constitucional e a conseqüente constitucionalização do direito. A Constituição como um modo de olhar e de desejar o mundo, em busca das promessas de dignidade humana, poder limitado, direitos fundamentais, tolerância e, quem sabe, até felicidade. (BARROSO, 2005, p 517).

Conclui-se, dessa forma, que as diversas formas de pensar o Direito Penal podem conviver de forma harmônica e sistêmica, respeitando os anseios da Constituição Federal, pois é certo que, alguns crimes merecem uma reprimenda mais enérgica em

virtude da conduta praticada e pela potencialidade da ofensa provocada ao bem jurídico tutelado. Na medida em que outras condutas que lesam em menor grau determinados bens jurídicos devem receber uma resposta proporcional ao dano praticado, mas aquelas que ofenderam de forma ínfima ou que os danos são inexistentes o Direito Penal não deveria se preocupar.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, verificamos que os discursos radicais perdem a sua legitimidade pelos seus próprios fundamentos. Os movimentos ideológicos que movimentam o Direito Penal possuem dois extremos: a corrente abolicionista, que busca a sua eliminação completa, de outro lado o movimento Lei e Ordem, postulado de um Direito Penal Máximo, pregando uma intervenção total da lei penal na sociedade.

Os discursos abolicionistas não reconhecem justificção alguma ao Direito Penal e propugnam pela sua eliminação. Fundamentam que a crueldade do Sistema Penal, a sua natureza seletiva, simbólica e estigmatizante, aliada a falência dos objetivos buscados na aplicação da pena, ofendem sobremaneira a dignidade da pessoa humana fazendo com que seus defensores postulem pela possibilidade dos cidadãos resolverem por meio dos outros ramos do Direito, a exemplo do direito administrativo, civil, dentre outros, os seus conflitos individuais, sem qualquer forma de controle repressivo do delito por parte do Estado, deixando a tutela de tais bens para os controles informais existentes na sociedade.

Já os adeptos do Direito Penal Máximo incorrem no erro de que punindo toda e qualquer conduta irão atingir a meta de impedir ofensas a bens jurídicos. Elegem o Sistema Penal, através de um rigor no tratamento indistinto de todas as infrações, sejam elas de diminutas ou máximas ofensividade, como salvador de todos onde os males da sociedade. O discurso equivocado, originado da mudança de Estado Social em um Estado Penal, aponta o Direito Penal como a solução dos problemas sociais através do temor da pena quando, na verdade, acabar por provocá-los.

Defendemos neste trabalho a busca de um ponto comum entre as duas ideologias extremadas, um ponto de equilíbrio, onde possa repousar uma ciência penal humana e justa, que busca resolver os conflitos sociais, protegendo os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Para tanto, o Direito Penal deve ter sempre como norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que só deve intervir na liberdade do cidadão nas hipóteses estritamente necessárias, pois, do contrário, a ofensa a liberdade sem esse limite importaria em deslegitimação do sistema penal.

Reconhecendo a necessidade de um Direito Penal Constitucional é imperioso apontar como vetor principiológico a dignidade da pessoa humana, que irá irradiar seus fundamentos a todos os demais princípios, como a intervenção mínima, lesividade,

adequação social, ofensividade, individualização da pena, proporcionalidade, insignificância e culpabilidade. Assim, os princípios deverão ser obedecidos tanto no momento da criação da norma penal quanto da sua efetiva aplicação.

É certo que os princípios deverão nortear o legislador na eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal, bem com a forma do processamento do fato praticado e a pena ao final imposta. No entanto, quando todo este arcabouço principiológico não tocar o mister legislativo imporá ao Poder Judiciário o exercício de resguardá-lo a fim de que a Constituição seja protegida e que o Direito Penal não seja transformado em um substituto do Estado Social, nem em promotor da exclusão social e estigmatização das classes mais débeis da sociedade.

Não defendemos o afastamento por completo do Direito Penal na solução dos conflitos, pois estes existem e colocam em risco a convivência harmônica da sociedade. A idéia é evitar uma aplicação desnecessária do Sistema Penal.

Assim, o Direito Penal deve ser encarado como a *ultima ratio*. Sempre! A sua utilização deve se pautar pelo critério da imprescindibilidade, somente quando os demais controles informais ou formais falharem na pacificação social é que devemos nos socorrer de sua força.

Infelizmente verificamos que a utilização descriteriosa fez com que, hoje, se tornasse uma fonte de exclusão e estigmatização, que corrompe o condenado ao invés de ressocializá-lo, que dificulta a sua reinserção no corpo social e que deixa seqüelas naqueles que passaram por seus corredores.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que há uma solução para o Sistema Penal atual: que é a sua aproximação com os ditames da Constituição Federal, transformando-o em “Direito Penal Constitucional”.

Com isso, evita-se a sacralização do Direito Penal e muda-se o enfoque do tratamento de diversas condutas, pois há uma tendência em se imaginar a pena como a única forma de solução dos males que atacam a sociedade. Assim, a inflação legislativa é uma realidade, sendo que a cada dia surgem novos tipos penais proibindo ou impondo novas condutas sob a ameaça de sanção penal. Além das novas formas de intimidação ainda subsistem as antigas, cuja existência não mais se justifica, mas ainda permanecem na legislação penal esperando para que possam ser aplicados diante de algum deslize praticado.

Neste ponto, a legislação penal brasileira merece uma revisão profunda a fim de que os tipos penais que não mais se coadunam com a realidade sejam extirpados do ordenamento. Não sendo possível pela via legislativa, através da revogação dos tipos penais, que o seja pela atividade do aplicador do direito, fazendo este diálogo entre as fontes do Direito Penal e a Constituição, para a adoção de um sistema garantista.

Esta mudança de paradigma é imperiosa para que a dignidade da pessoa humana seja elevada a princípio norteador do Direito Penal, para que este atue nos limites da necessidade e de forma menos excludente possível, relegando aos outros ramos do Direito a resolução dos conflitos sociais de somenos importância.

Concluindo, ou buscamos um Direito Penal compatibilizado com a Constituição Federal, ou citando a passagem de Lenio Luiz Streck, “teremos que dar razão ao dito do camponês salvadorenho, de que ‘*la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos*’” (STRECK, 1999, p 115).

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional - tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

_____. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 30 abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estudo e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Terra e Paz, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 23ª ed. trad.: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

_____. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002a.

_____. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 5. Editora Revista dos Tribunais: 2002b.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 3 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARTINS, José de Souza. *Exclusão social e a nova desigualdade*. São Paulo: Paulus, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MORAIS, Paulo César de Campos. *Concepções teóricas de Talcott Parsons e Jürgen Habermas sobre a inclusão social*. in *Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais*. org. André-Jean Arnaud. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

POCHMANN, Marcio et al. *Atlas da exclusão social no Brasil, volume 2: dinâmica e manifestação territorial*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. SANTOS, Rogério Dultra dos. *Por que estudar criminologia hoje? Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional*. in *O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas na formação jurídica*. org. Daniel Torres de Cerqueira e Roberto Fragale Filho. Campinas, SP: Millennium, 2007.

RUSCHE, George. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. trad.: Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* Editora Universidade de Brasília – Brasília/DF; Editora Ática – São Paulo/SP – 1989.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 73 julho-agosto de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

STOER, Stephen R., MAGALHÃES, Antonio M. e RODRIGUES, David. *Os lugares da exclusão social: um dispositivo de diferenciação pedagógica*. São Paulo: Cortez, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 28 outubro-dezembro de 1999. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

O CRIME ORGANIZADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ALGUNS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

THE ORGANIZED CRIME IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: SOME CRITICAL NOTES.

**Luiz Regis Prado
Bruna Azevedo de Castro**

RESUMO

A chamada criminalidade organizada é um fenômeno de múltiplas facetas que ganhou, nos últimos anos, considerável notoriedade e despertou a preocupação de estudiosos de distintas áreas do conhecimento. A atuação das organizações, associações ou grupos criminosos, é verificada no meio político, econômico e social como um todo, a ponto de gerar uma sensação de insegurança generalizada na sociedade, que se vê, muitas vezes, à mercê da atividade desses grupos devido ao despreparo do Estado em solucionar esses problemas. Diante disso, busca-se, por meio do Direito Penal e Processual Penal, encontrar formas de combate a essa forma de criminalidade, que nem sempre se mostram eficazes. No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 9.034/1995 trata dos meios e regras específicas aplicáveis à persecução penal dos crimes cometidos por meio de associações criminosas, sem que se faça uma conceituação precisa de organização criminosa ou uma tipificação do crime de organização delitiva. O escopo do presente trabalho é analisar a pertinência e viabilidade da criação de um tipo penal específico para o crime organizado.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINALIDADE ORGANIZADA – GRUPOS
CRIMINOSOS – TIPIFICAÇÃO PENAL.

ABSTRACT

The so-called organized crime is a phenomenon with many facets that won in recent years, considerable notoriety and attracted the concern of scholars of different fields of knowledge. The performance of organizations, associations or criminal groups, is found in the political, economic and social as a whole as to generate a widespread sense of insecurity in society, who is often at the mercy of the activity of these groups due to unpreparedness of the State in resolving these problems. Thus, looking up through the Criminal Law and Criminal Procedure, finding ways to combat this form of crime, which is not always effective show. In the Brazilian legal system, the Law 9034/1995 deals with resources and specific rules applicable to criminal prosecution of crimes committed by criminal associations, without making a precise concept of criminal organization or a definition of the crime of criminal organization. The scope of this study is to examine the relevance and feasibility of a criminal type specific to organized crime.

KEYWORDS: ORGANIZED CRIME – CRIMINALS GROUPS – DEFINITION OF CRIME.

1. Considerações preliminares

Um dos fenômenos criminais que atualmente vêm ganhando notoriedade cada vez maior no cenário mundial, tanto nos bancos acadêmicos quanto no cotidiano da população, é a chamada *criminalidade organizada*, fenômeno que provém das atividades ilícitas de *associações* ou *organizações criminosas* e diante do qual o Estado se vê muitas vezes impotente, considerando-se a insuficiência do aparato disponível para combatê-lo.

Nesse contexto se insere uma discussão profícua e, certamente, ainda não resolvida, acerca da eficácia da luta contra a criminalidade organizada e da preservação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo relativos ao Direito e ao processo penal.

Por meio deste breve estudo, buscar-se-á, primeiramente, traçar alguns conceitos essenciais, suscitar alguns questionamentos referentes ao diploma legislativo brasileiro que trata a matéria e, por fim, indagar se a criação de um tipo específico para o crime organizado seria a medida mais acertada. Para tanto, não se pode deixar de analisar o projeto de lei n. 7223/2002, que pretende caracterizar as organizações criminosas e instituir uma causa específica de aumento de pena para o crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP), quando se tratar de quadrilha ou bando *organizado*.

Antes de adentrar com especificidade as questões concernentes à criminalidade organizada, cumpre destacar o âmbito no qual ela tem se manifestado de forma mais intensa ou que, pelo menos, constitui um dos mais complexos temas do Direito Penal contemporâneo, que é a chamada *criminalidade econômica*, intrinsecamente relacionada aos avanços tecnológicos e científicos provenientes da globalização.

A criminalidade econômica está inserida em um contexto mais amplo de tutela dos chamados bens jurídicos supra ou metaindividuais[1], e a intervenção penal nesse âmbito é de particular complexidade, uma vez que a matéria tratada é repleta de tecnicismo e a noção de bem jurídico é de difícil delimitação e percepção[2].

A criminalidade organizada, amplamente considerada, não está ligada *apenas* à criminalidade econômica em sentido estrito, mas manifesta-se também nas atividades políticas (nos esquemas de corrupção), no terrorismo, no tráfico de drogas e de pessoas, etc. As formas de manifestação desse tipo de criminalidade sofrem variações também no espaço em que se desenvolvem, nas realidades nacionais em que atuam. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha possui uma identidade mais acentuada com o terrorismo[3].

Além disso, a afirmação de que a característica essencial de qualquer atividade delitativa organizada é a finalidade de lucro indevido não leva em conta o fato de que muitas

estruturas ilícitas organizadas prescindem da influência por elas exercida sobre as atividades econômicas, assim como se ignora a própria realidade variável da criminalidade econômica, que abarca tanto espécies de delinquência *na* empresa, de conotação individual, quanto formas de criminalidade mais complexas *da* empresa[4].

Um dos critérios que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada por meio do Decreto n. 5.015, de 12.03.2004, aponta para definir o “grupo criminoso organizado”, seria a finalidade de suas atividades, que consistiria em obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou outro proveito material[5]. Os grupos terroristas, em princípio, poderiam ser prontamente excluídos dessa denominação, já que a finalidade das práticas criminosas não é obter diretamente proveito econômico. Todavia, uma organização terrorista, assim como toda e qualquer organização criminosa, para manter sua estrutura e conseguir realizar suas atividades ilícitas precisa também movimentar recursos financeiros, razão pela qual parte de suas atividades destina-se a essa finalidade[6].

De modo geral, o fenômeno da criminalidade organizada, objeto de preocupação de distintas áreas do conhecimento[7], não só avilta sobremaneira o Estado democrático de Direito, mas também contribui para o incremento da sensação de insegurança, gerada pelos riscos crescentes e desconhecidos provenientes das atividades típicas de uma sociedade que assume nova feição, de incertezas e de eliminação de fronteiras.

Dessa forma, medidas de distintas naturezas têm sido desenvolvidas e adotadas, sobretudo no plano internacional e dentro deste especialmente na União Européia, com vistas a estabelecer uma política de segurança comum. Em um contexto político-criminal, as principais medidas se centram em declarações, notas de imprensa e publicações oficiais e não oficiais, reiterando a necessidade de adotar certas medidas específicas para fazer frente a esse fenômeno.

No âmbito administrativo, procura-se concretizar algumas dessas propostas, sobretudo, por meio da criação de unidades especiais de investigação e persecução ao crime organizado, dentro das próprias instituições já existentes.

No plano jurídico, em que o implemento das mudanças necessárias deve seguir um procedimento mais complexo, as ações positivas de combate à criminalidade organizada desenvolvem-se, basicamente, em duas direções: a) endurecimento da legislação penal, compreendendo tanto a agravação das penas quanto alterações na legislação processual penal com vistas a facilitar a persecução; b) reforço da cooperação policial e judicial em nível internacional por meio de convênios firmados entre diferentes países[8].

2. Criminalidade organizada, organizações criminosas e crime organizado: distinções.

No desenvolvimento do presente tema, é imprescindível que se apontem algumas distinções de ordem conceitual, a fim de se evitarem certas impropriedades ao tratar de cada um desses conceitos: criminalidade organizada, organizações ou associações

criminosas e crime organizado. Em uma investigação sobre tão complexo tema é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que não há consenso doutrinário a respeito desses conceitos, pois retratam uma realidade sujeita a uma relevante diversidade de enfoques, variáveis inclusive de um país para outro.

A dificuldade em formular conceitos precisos das expressões acima referidas é apontada pela doutrina de forma majoritária[9]. Como bem se esclarece, o caráter polissêmico dessas expressões dificulta sobremaneira ao legislador a tipificação penal desse fenômeno sociológico, que em nosso país ainda não tem sequer contornos precisos de identificação[10]. Indubitavelmente, são conceitos interligados, que não se separam, porém distinguem-se uns dos outros.

A *criminalidade organizada* é uma expressão que possui mais “carga sugestiva” do que efetivamente um significado semântico[11]. Jorge Figueiredo Dias conceitua a criminalidade organizada como “um fenômeno social, econômico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea” análogo ou relacionado a outros fenômenos, tais como o terrorismo, a criminalidade política e econômico-financeira[12].

Esse conceito de criminalidade organizada, enquanto *fenômeno*[13] que se manifesta em diferentes âmbitos (social, jurídico, econômico, político, internacional, etc.), representa uma realidade distinta daquela que se coloca ao tratar das organizações criminosas (conceito, características, formas de atuação) e, também, do crime organizado[14]. Ademais, é importante ponderar que essa forma de criminalidade não é peculiaridade da sociedade contemporânea; suas origens históricas se encontram no chamado *banditismo social* conhecido ao longo dos séculos XVIII e XIX, incidente tanto no meio rural como no ambiente urbano, cujos protagonistas eram, respectivamente, integrantes das classes do campesinato e do lumpemproletariado[15].

Afirma-se, por outro lado, que a primeira manifestação de criminalidade organizada, com o traço característico das organizações criminosas de maior importância, foi representada pelas *tríades* chinesas, que iniciaram sua atuação em 1644 e somente a partir de 1842 começaram a agir de forma mais significativa[16]. A *Yakuza* japonesa, atuante no Japão Feudal do século XVIII, teve suas atividades relacionadas à exploração tanto de atividades ilícitas (prostituição, cassinos, tráfico de drogas, mulheres e armas, “chantagens corporativas”) como lícitas (casas noturnas, eventos esportivos, etc.)[17].

A *Máfia* italiana, por seu turno, surgiu em 1812, em razão de uma medida tomada pelos príncipes para proteger a região, tendo em vista que o rei de Nápoles havia limitado seus poderes e reduzido significativamente os privilégios feudais. Os chamados “homens de honra”, contratados para defender a região, constituíram associações secretas (as máfias), mediante as quais, em 1865, com o desaparecimento da realeza, ofereceram resistência contra forças invasoras na região. Após a segunda metade do século XX, passaram a se dedicar a atividades ilícitas[18].

No Brasil, afirma-se que a atuação do “cangaço”, grupo liderado por Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião”, caracterizou-se como um movimento emblemático de uma primeira expressão do crime organizado em solo brasileiro[19].

O que se infere desse brevíssimo perpassar histórico pelas origens dos grupos organizados para desenvolvimento de atividades ilícitas é que a criminalidade

organizada não é exatamente fenômeno novo, inédito, pois a delinquência coletiva de bandos e a clandestinidade desde sempre existiram; contudo é força reconhecer que a complexidade da sociedade contemporânea aperfeiçoou a prática delitiva organizada, a qual adquiriu uma verdadeira estrutura empresarial, incrementando sua dimensão e percepção social e caracterizando-se na maioria das vezes pela superação de fronteiras e o menoscabo de bens jurídicos metaindividuais[20].

Com relação às transformações sofridas pelas primitivas formas de delinquência organizada, houve um “salto de qualidade” quando estas últimas passam a se infiltrar sistematicamente no âmbito econômico, sobretudo porque a “nova criminalidade organizada” não adota a violência como principal instrumento de “trabalho”, mas sim a *corrupção*, que é por si só mais silenciosa, de modo a favorecer o êxito dos objetivos da organização com riscos menores de persecução[21].

No tocante à realidade brasileira, insta ponderar que são escassos os estudos sobre as características do fenômeno da criminalidade organizada, precipuamente a contextualizada no quadro social brasileiro. O modelo de máfia que inspira os estudos e as formas de combate em muitos países não pode ser transportado *tout court* à nossa legislação penal, mesmo porque nada existe que demonstre, sob o aspecto ontológico, a real existência de uma efetiva “máfia brasileira”[22].

Afirma-se que a criminalidade organizada é um fenômeno “cambiante”, que “segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se, portanto, difícil de ser isolada”[23]. Além disso, a dificuldade de particularização desse fenômeno implica a própria ineficiência do Estado em combatê-lo. Nesse contexto é que são implementadas muitas medidas ineficazes e apenas paliativas[24]. Questiona-se, ainda, a compatibilidade entre a garantia de princípios e garantias fundamentais e a busca por uma eficácia dos instrumentos de combate à criminalidade organizada.

A globalização da economia é um fator de preponderância na determinação dos rumos da criminalidade contemporânea, que tende a se expandir em nível mundial. Se o mercado mundial passa a desconhecer fronteiras, a mesma tendência segue a criminalidade, sobretudo a criminalidade *organizada*, na medida em que tais organizações são capazes de utilizar as vantagens do “novo espaço mundial”, aberto pela permeabilização econômica das fronteiras nacionais e redução de controles[25]. Essa internacionalização constitui, indubitavelmente, um embaraço ao combate eficaz a essa espécie de delinquência[26].

Outra dificuldade que se impõe na particularização desse fenômeno multifário denominado criminalidade organizada concerne à existência de paradigmas tradicionais de apuração da responsabilidade penal individual[27], cuja eficácia para interpretar e compreender esse fenômeno é posta em cheque, uma vez que ele importa ataques organizados e *coletivos* a bens jurídicos[28], além da peculiar complexidade de que geralmente se revestem esses bens jurídicos, grande parte de natureza supraindividual. Não obstante, a substituição do sistema clássico de responsabilização deve ser analisada com cautela, pois pode implicar desnecessário rechaço a garantias individuais e um recrudescimento exacerbado e muitas vezes ineficaz do Direito Penal.

Enquanto conceito jurídico-penal[29], a criminalidade organizada deve ligar-se ao crime de organização criminosa, pois, embora com ele não se confunda ou a ele não se limite,

representa uma exigência “determinante das consequências jurídicas – substantivas, processuais, jurídico-internacionais – de particular intensidade e gravidade”.^[30] Trata-se de um conceito “instrumental” ou “conceito-meio” ligado à prática ou propósito de praticar delitos já existentes no ordenamento jurídico^[31]. O que Jorge Figueiredo Dias afirma categoricamente e será objeto de questionamentos posteriores é que, para o conceito jurídico-penal de criminalidade organizada ter utilidade ou viabilidade, é imprescindível que haja um tipo penal de organização ou associação criminosa, um delito autônomo, com específico bem jurídico tutelado^[32].

As organizações ou associações^[33] criminosas, como já se afirmou, não apresentam uma definição ou conceituação pacífica, tampouco de fácil apreensão. Em linhas gerais, parte da doutrina costuma conceituá-las a partir dos elementos que as caracterizam. Assim, são apontadas como as principais características da *criminalidade* organizada: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) alto poder de intimidação; d) estrutura piramidal^[34].

Não obstante, os elementos de caracterização apontados se referem à estrutura da organização, e não propriamente dessa forma de criminalidade. Em outras palavras, por exemplo, o alto poder de intimidação é uma particularidade das organizações criminosas, cuja atividade é um fenômeno apreendido da realidade, a criminalidade organizada.

De forma similar, formula-se um conceito de *crime organizado* que, na realidade, amolda-se de forma mais coerente com a *organização criminosa*: “*uma estrutura criminosa formada por um número razoável de integrantes, ordenados de forma estável e duradoura, tendo como finalidade precípua a prática de um determinado ilícito penal, continuamente, utilizando-se quase sempre do mesmo modus operandi, além da violência e da alta tecnologia bélica*”^[35].

Entretanto, o *crime organizado*, entendido como a conduta praticada por indivíduos que se associam de forma *organizada* (o que remeteria ao conceito de organização criminosa) para o cometimento de atividades ilícitas não é uma *estrutura* criminosa. Nota-se, portanto, que *criminalidade organizada*, *organização criminosa* e *crime organizado* são expressões interligadas e muitas vezes utilizadas de forma incorreta, quando uma é empregada, por exemplo, para designar uma realidade que corresponde a outra expressão.

De um modo simplificado, poder-se-iam definir organizações criminosas como verdadeiras estruturas “empresariais”, determinadas pelo agrupamento de indivíduos hierarquicamente organizados e com funções claramente definidas, cuja finalidade é a prática delituosa reiterada^[36]. São grupos organizados de delinquentes que apresentam condições particulares eminentemente distintas dos sujeitos ativos de delitos tradicionais, porque possuem capacidade de atuar “tanto na vertente legal quanto na ilegal da atividade política e econômica, cuja influência nesses âmbitos se estende até ser possível, inclusive, condicionar negativamente setores inteiros da vida produtiva, social e institucional”^[37].

A legislação internacional concernente ao tema, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil através do Decreto n. 5.015/2004 e citada anteriormente, conceitua *grupo organizado*, bem como todos os

seus elementos constitutivos[38], no que, aliás, foi omissa a Lei n. 9.034/1995, que dispõe regras procedimentais relativas a ilícitos praticados por quadrilha ou bando, ou quaisquer associações criminosas.

A União Européia tem implementado diversas ações de combate à criminalidade organizada, inclusive propõe como conceito de organização delitiva uma “associação estruturada de mais de duas pessoas, estabelecida durante um período de tempo e que atue de maneira orquestrada com o fim de cometer delitos puníveis com pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade de no mínimo quatro anos ou com pena ainda mais severa, independentemente de que esses delitos constituam fins em si mesmos ou um meio de se obter proveitos patrimoniais e, se for o caso, de se influir de maneira indevida no funcionamento da autoridade pública”[39]. Em outras palavras, segundo essa definição, uma organização delitiva seria o grupo de no mínimo três pessoas, atuando em um ou mais países da União Européia, de forma bem articulada por meio de uma divisão de funções, para cometer delitos considerados graves, sejam eles fins em si mesmos ou instrumentos para obter vantagens patrimoniais, corromper ou coagir funcionários públicos, etc.

Há, ainda, um entendimento no sentido de que não seria conveniente definir-se *organização criminosa* por meio de "conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas", pois isso implicaria um engessamento do conceito de organização criminosa, o que não poderia acontecer devido à particularidade de ser extremamente mutável ou cambiante[40].

De fato, não é apropriado elaborar um conceito de organização criminosa que culmine em um estreitamento de seu âmbito de atividades, que é extremamente amplo e variável. Em outros termos, é impossível elaborar um conceito de organização criminosa para cada grupo de atividades ilícitas que sejam seu objeto. Isso, entretanto, não significa que seja impertinente delimitá-la conceitualmente, sobretudo para se evitar que haja um arbítrio excessivo do aplicador do Direito no momento de decidir o que constitui ou não uma organização criminosa.

Ademais, a dificuldade de incluir em um conceito todos os crimes possíveis de ser praticados pelas organizações criminosas deve ser objeto de maior questionamento no problema da tipificação penal específica.

Atualmente, há um projeto de lei (n. 7.223 de 2002) que intenta definir organizações criminosas a partir do acréscimo do parágrafo único ao art. 1º da Lei 9.034/1995, comportando um rol com onze características, das quais devem estar presentes ao menos três para a conformação de uma associação ilícita organizada: "Parágrafo único. Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes, pelo menos, três das seguintes características: I – hierarquia estrutural; II – planejamento empresarial; III – uso de meios tecnológicos avançados; IV – recrutamento de pessoas; V – divisão funcional das atividades; VI – conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; VII – oferta de prestações sociais; VIII – divisão territorial das atividades ilícitas; IX – alto poder de intimidação; X – alta capacitação para a prática de fraude; XI – conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa"[41].

Nota-se, não obstante, que não há uma definição clara de organizações criminosas, e sim, o recrutamento de diversos elementos de *caracterização*, disposto em um rol aparentemente exaustivo, mas, a princípio, insuficiente para a delimitação efetiva dos contornos próprios de uma associação ou organização criminosa, já que a existência de apenas três dos mencionados requisitos seria suficiente para isso. Logo, essa proposta não resolve satisfatoriamente o problema da definição de organização criminosa para fins de fixação de responsabilidade penal.

Os âmbitos de atuação ou as atividades ilícitas que podem ser desenvolvidas por organizações criminosas são vastíssimos, sendo praticamente inexistentes os casos em que uma organização criminosa se dedique à prática de um único delito. Por exemplo, uma associação assim caracterizada pode-se referir ao tráfico de drogas, de armas, de órgãos e seres humanos, à exploração da prostituição - adulta e infantil -, à exploração dos jogos de azar, a crimes de internet, a crimes contra a administração pública, a crimes econômicos, etc.[42].

Nesse passo, é mister diferenciar organização criminosa de quadrilha ou bando, pois aquela se reveste de inúmeras peculiaridades, de modo que nem toda delinquência *coletiva* poderá receber o invólucro de *organização delitiva*.

A quadrilha ou bando constitui uma associação de no mínimo quatro pessoas, segundo o critério estabelecido pelo Código Penal (art. 288), caracterizada por sua estabilidade ou permanência, e não pelo mero ajuste de vontades com o objetivo de cometer vários delitos da mesma ou distinta natureza, excluindo-se as contravenções, atos imorais, delitos culposos e preterdolosos. É suficiente para sua configuração uma associação fática ou rudimentar, prescindindo-se, pois, de uma estruturação hierarquizada entre as funções de seus integrantes[43], ao contrário do que ocorre com a organização criminosa. Basta, destarte, que haja o *mínimo* de organização social, sem que se faça necessária a presença de outros elementos caracterizadores da organização delitiva, tais como o alto nível de influência no poder econômico e político[44].

O *crime organizado*, por sua vez, que não se confunde com a criminalidade organizada ou com as organizações criminosas, enquanto entidade jurídico-penal, só teria viabilidade ou relevância se efetivamente existisse uma norma penal que sobre ele dispusesse, seja na forma de um tipo penal correspondente ou na forma de uma causa de aumento de pena - o que será objeto de discussão posteriormente. Do contrário, verifica-se a existência de uma criminalidade organizada, de organizações criminosas - inclusive com relevância jurídico-penal -, mas não seria possível constatar a existência, no mundo jurídico, do *crime organizado*.

Juarez Cirino dos Santos aponta que há dois principais discursos acerca do crime organizado estruturados nos polos americano e europeu: o norte-americano, que, em linhas gerais, define o crime organizado (*organized crime*) como a “*conspiração nacional* de etnias estrangeiras”, e o italiano, cujo objeto de estudo original é a máfia siciliana[45]. O caráter multifário das culturas e das próprias realidades sociais de cada país impede que o Brasil empregue coerência ao adotar, sem maiores questionamentos, um dos discursos ou ambos. No Brasil, o crime organizado assume múltiplas feições: está muito mais atrelado à atuação das *gangues* fortemente armadas, voltadas, sobretudo ao tráfico de drogas, e também a grupos esparsos, altamente organizados para praticar crimes contra a administração pública ou a ordem econômica, financeira ou tributária,

crimes eleitorais, etc.[46]. Além disso, o país é considerado como o paraíso da lavagem de capitais[47].

A expressão adjetivada *crime organizado* denota uma fluidez quase insanável, porquanto no conceito de *crime* podem ser inseridas diversas atividades ilícitas e *organizado* é um adjetivo que remete de forma imediata e inevitável ao conceito de organização criminosa. *Crime organizado* poderia, pois, ser definido como a prática delituosa levada a cabo por integrantes de uma organização criminosa e no contexto dela. Esse conceito, por outro lado, seria insuficiente para a tipificação específica do crime organizado, uma vez que poderia ser confundido com as próprias atividades ilícitas (de natureza variável) desenvolvidas no seio da organização criminosa. Trata-se, enfim, de distinguir claramente o crime *de organização* do crime *da organização*[48].

Destarte, a expressão *crime de organização criminosa* parece ser a mais correta para designar a associação de um grupo de pessoas, de forma organizada e com todos os demais elementos que caracterizam a organização e a distinguem da quadrilha ou bando ou, ainda, o mero concurso de agentes, com o fim de cometer crimes. Perquire-se, nesse passo, se seria possível sancionar penalmente um indivíduo apenas por integrar uma organização criminal, questão a ser analisada em momento oportuno, a qual, aliás, é uma das problemáticas de Direito Penal internacional, suscitada como iniciativa ou proposta de eficaz combate ao crime organizado *transnacional*[49].

3. A problemática da tipificação penal específica

Atualmente, no sistema jurídico brasileiro não há dispositivo legal que venha a tipificar o crime de organização criminosa ou que preveja uma causa de aumento de pena para os delitos praticados no contexto de uma estrutura delitiva nessa natureza, porém há um diploma legal específico, a Lei n. 9.034/1995, que dispõe sobre os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, definindo e regulando, para tanto, meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (art. 1º)[50].

Aliás, verifica-se que a referida lei deu enfoque à persecução penal para apuração do crime decorrente de organização criminosa (ações praticadas por essas organizações), ou seja, o interesse “não estava na associação para a prática de crime, mas nas infrações penais perpetradas de forma coletiva”[51].

A referida lei congrega uma série de regras distintas daquelas utilizadas para investigação e persecução processual do delincente comum, com vistas a combater com eficácia a criminalidade organizada e dar efetividade ao próprio Direito Penal. Destaca-se, por exemplo, a previsão do instituto da “delação premiada”, segundo o qual “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”(art. 6º); a dilação do prazo para encerramento da instrução criminal nesses casos, que será de “81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e

de 120 (cento e vinte) dias, quando solto” (art. 8º); além da estruturação de “setores e equipes policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas”(art. 4º).

Essas medidas “diferenciais” estão relacionadas, primordialmente, ao auxílio e provimento do aparato estatal na persecução de crimes cometidos no contexto desses organismos, que dispõem de uma estrutura verdadeiramente *empresarial* para o cometimento de delitos, lastreada pelas facilidades provenientes da globalização e dos avanços tecnológicos da sociedade contemporânea.

Outros dispositivos dessa lei refletem um enrijecimento de normas processuais penais com relação ao indivíduo processado ou condenado pela prática de ilícito decorrente de ações de organizações criminosas, quadrilhas ou bandos. Sobressaem como exemplos desse recrudescimento: a vedação à liberdade provisória, com ou sem fiança, a agentes que tenham *intensa e efetiva* participação em organização criminosa (art. 7º); proibir o réu de apelar em liberdade, nos crimes previstos nessa lei (art. 9º); a imposição de que o condenado inicie seu cumprimento de pena em regime fechado[52] (art. 10).

Em que pese a entendimento contrário[53], essas previsões não implicam mitigação de direitos e garantias fundamentais, mas apenas uma *restrição* de alguns benefícios processuais a que fazem jus alguns indivíduos no contexto do processo penal ou da execução, os quais não devem ser estendidos a todo e qualquer réu ou condenado, inclusive com vistas à garantia da ordem pública e da sociedade.

São medidas que têm por escopo a garantia da aplicação da lei penal e processual penal, uma vez que o indivíduo participante e ativo em uma organização delitativa representa, indubitavelmente, um perigo muito maior para a sociedade (garantia da ordem pública) e a aplicação da lei penal do que qualquer outro delinquente. Isso porque o sujeito integrante de uma estrutura criminosa organizada conta com seu apoio e todo seu poderio (econômico, político, jurídico), capaz de corromper diversas instituições da República e possibilitar a evasão desse agente, acarretando a completa ineficácia do Direito Penal.

Tais medidas, não obstante, são muito questionadas pela doutrina, mormente em razão do suposto embate existente entre eficiência e garantismo, além de representarem um endurecimento da legislação para essa forma de criminalidade, quando a tendência em relação à criminalidade de massas seria a despenalização[54].

Rechaçar o endurecimento do Direito Processual Penal para afastar determinados benefícios de sujeitos integrantes de organizações delitivas com base unicamente na tendência de “despenalização”, que se verifica no bojo da criminalidade comum ou clássica, é um argumento político-criminal não convincente. Isso porque o aperfeiçoamento do processo penal para combater a criminalidade organizada, ainda que por meio de medidas mais severas, não implica qualquer contrariedade com a tendência de despenalização verificada no âmbito da criminalidade comum.

A criminalidade organizada é tida como exemplo a ser integrado no chamado *Direito Penal do inimigo* ou o *Processo Penal do inimigo*[55], em que direitos e garantias individuais não poderiam ser assegurados para determinados indivíduos considerados *não-pessoas*[56].

O Direito Penal do inimigo é uma construção dogmática e político-criminal cuja sistematização se deve principalmente ao penalista alemão Günther Jakobs, que propugna uma separação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, com fulcro na distinção entre indivíduos *cidadãos* e *não-cidadãos*, *pessoas* e *não-pessoas*[57].

Segundo essa concepção, *o cidadão* é o indivíduo que oferece uma segurança cognitiva mínima, isto é, ele garante as expectativas normativas, porque está vinculado ao Direito e pelo Direito, e a prática delitiva se apresenta de forma incidental, por isso esse indivíduo, em sua condição de *cidadão*, é chamado a restabelecer a vigência da norma que ele infringiu mediante sua conduta[58].

Por outro lado, determinados indivíduos, por não se submeterem à ordem normativa e, pelo contrário, buscarem sua destruição, não podem ser considerados como *pessoas*[59] pelo Direito, perdem também o *status* de *cidadão* e são considerados *inimigos* da sociedade e do Direito[60]. Por isso é que não lhes são assegurados os direitos e garantias de Direito e Processo Penal próprios dos *cidadãos*. Com isso, criam-se dois polos de regulação normativa penal na ordem normativa: uma regulação dirigida aos cidadãos e uma dirigida aos não-cidadãos ou inimigos[61].

Não obstante, quando se propugna um tratamento diferenciado do integrante de uma organização delitiva, tanto no processo penal quanto na execução da pena, por meio da utilização de determinados mecanismos de prevenção ou da restrição de benefícios concedidos em geral a indivíduos que não oferecem perigo à segurança da sociedade ou da aplicação da lei penal, de maneira alguma se defende que àquele sujeito seja negada a condição de “pessoa” e que para ele deva se estabelecer um Direito Penal de exceção. A esse indivíduo não devem ser suprimidos direitos e garantias individuais *fundamentais*, de forma a afrontar princípios constitucionais penais e processuais penais. É perfeitamente legítimo, portanto, que o sistema penal como um todo – e antes do Direito Penal em si, os meios de prevenção e os instrumentos processuais penais – seja mais rigoroso no combate à criminalidade organizada, sem que isso signifique a criação de um direito penal de exceção[62].

A repressão à criminalidade organizada realmente não será eficaz se o Estado utilizar-se dos mesmos instrumentos de combate à criminalidade comum[63]. É claro que aquela forma de criminalidade apresenta-se de forma muito mais complexa, utilizando-se de métodos e tecnologias cada vez mais evoluídos, inclusive transcendendo as fronteiras nacionais[64].

Além disso, a organização ou associação criminosa "tende a quebrar os laços que ligaram os seus membros à cultura da legalidade e a induzir a interiorização de lealdades subculturais ou contraculturais"[65]; logo, o integrante de uma organização criminosa, por si só, ofereceria maior periculosidade social do que um “criminoso comum”, uma vez que “a mera existência de associações criminosas, ligada à dinâmica que lhes é inerente, põe em causa a paz que a ordem jurídica visa criar nos seus destinatários e a crença na manutenção daquela paz a que os cidadãos têm direito, substituindo-se por um nocivo sentimento de receio generalizado e de medo do crime”[66].

Em relação ao problema da tipificação penal específica, o crime organizado apresenta certas peculiaridades que não podem deixar de ser consideradas pelo legislador na elaboração do tipo penal, apesar de tornarem essa tarefa ainda mais árdua[67]. No Brasil, há certa “tradição” em se permitir que os anseios sociais interfiram de modo decisivo na atividade legislativa do País, especialmente no tocante ao Direito Penal, usualmente tomado como a panaceia das endemias sociais e utilizado de forma *meramente* simbólica, como instrumento jurídico *primeiro* para solução de certos problemas.

No afã de se combater com eficácia a criminalidade organizada, esse quadro agrava-se diuturnamente, pois não faltam discursos e apologias à tipificação específica do crime organizado, os quais, na maior parte das vezes, partem de uma postura irresponsável de desconsideração dos princípios penais fundamentais, tais como a legalidade em sua vertente *determinação*, culpabilidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, etc. Em contrapartida, são escassas as análises diligentes sobre a *forma* como se deve proceder a essa tipificação, com a ponderação das categorias dogmáticas do delito, especialmente o *tipo penal*. Enfim, a defesa da elaboração de um novo tipo penal específico, isto é, da criminalização, de um recrudescimento do sistema penal, deve vir fundamentada por uma proposta sólida e bem refletida, e não por meras elucubrações que em nada contribuem para o aperfeiçoamento da ciência penal nesse tema tão complexo e controvertido, tampouco auxiliam o Poder Legislativo e as demais instituições no combate à criminalidade organizada.

O atual cenário de tratamento jurídico-penal do crime de organização criminosa é tendente a confundir os conceitos de quadrilha ou bando com organização[68], uma vez que não define com precisão o que sejam organizações criminosas. Atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 7.223/2002 também não logrará êxito nesse aspecto caso venha a ser aprovado, pois elenca uma série de elementos caracterizadores dos quais apenas três são suficientes para configurar a organização criminosa, e não necessariamente os três elementos presentes no caso concreto serão importantes para essa finalidade, como já se esclareceu anteriormente.

No Brasil, desde o advento da Lei 9.034/1995, com as alterações que lhe foram feitas posteriormente, discute-se muito acerca da possibilidade de criar uma figura típica específica do crime organizado, como antes afirmado. Trata-se de uma questão que não pode ser solucionada mediante argumentos puramente político-criminais, principalmente no que tange às necessidades de prevenção à criminalidade organizada.

O legislador penal pode criar um tipo penal específico para o crime organizado sem analisar os problemas dogmáticos ínsitos a essa matéria, pois nem sempre a preocupação desse legislador é construir um sistema normativo que seja coerente e respeite princípios penais fundamentais. Em outras palavras, nada é impossível ao legislador penal. Isso é bastante presente da legislação penal especial, em que há tipos penais sem bens jurídicos protegidos, com cláusulas gerais e tantas outras impropriedades.

A maior parte desses equívocos advém do descuido por parte do legislador de desconsiderar a realidade fática do objeto de proteção ao proceder à normatização. Destarte, a questão da criação de um tipo penal de *crime organizado* deve ser analisada tendo-se em vista tantos erros já cometidos pelo legislador brasileiro cuja continuada

repetição é preciso evitar. Reconhece-se, majoritariamente, que o desiderato maior do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos relevantes para a sobrevivência do homem e da comunidade[69]. Nesse sentido, o legislador, ao criar a norma penal incriminadora, deve fundamentar sua decisão, em primeiro lugar, na existência de um bem jurídico-penal relevante, digno e carente de tutela penal.

O bem jurídico protegido no tipo penal do crime organizado seria, consoante Jorge Figueiredo Dias, a *paz pública*[70], o mesmo bem jurídico tutelado, portanto, pelo crime de quadrilha ou bando[71] (CP, art. 288); entretanto seria pertinente questionar se o bem jurídico *paz pública* tutelado por um eventual tipo penal de crime organizado teria os mesmos contornos do bem jurídico protegido no delito de quadrilha ou bando, uma vez que, conforme já se afirmou, a criminalidade organizada tem caráter não só multifário, mas também transnacional.

A autoria nos delitos praticados no âmbito de uma organização criminal é tema que suscita palpitante controvérsia doutrinária, especialmente no que concerne à delimitação da responsabilidade do “chefe” ou “cérebro” do “aparato organizado de poder”. São propostas basicamente três soluções para essa questão. Parte da doutrina, fundamentada na teoria do domínio do fato, segue a orientação de que o chefe de uma organização criminal, o chamado “homem de trás”, é responsável criminalmente como autor *mediato*[72], com base no domínio da vontade desse indivíduo sobre o executor da ação, utilizado como um instrumento[73]. Esse domínio pode se dar por coação, por provocação ou aproveitamento de um erro ou pela fungibilidade do instrumento, isto é, a organização criminal deve funcionar com independência da troca de seus membros[74]. Essa orientação, contudo, não parece a mais acertada, uma vez que a fungibilidade do instrumento não configura por si só a autoria mediata, pois nos casos analisados e identificados como hipóteses dessa espécie de autoria, há, na realidade, aplicação dos outros critérios, como a coação, o erro, etc[75].

Outro setor doutrinário, também com fulcro da teoria do domínio do fato, rechaça a figura do “homem de trás”, não só como autor mediato, mas também como estrutura ontologicamente válida[76]. Dessa forma, nos aparatos organizados de poder, a relação entre o executor e o “homem de trás” seria de coautoria, precisamente porque este último possui o domínio da organização e só haveria autoria mediata se o executor não pudesse ser considerado como plenamente responsável[77].

Essa concepção, entretanto, desconsidera três características fundamentais da coautoria, inexistentes na relação verificada entre o chefe da organização e os executores: a) a decisão de realizar *conjuntamente* o fato; b) a execução *comum* do fato; c) a estruturação horizontal da realização do delito, que na coautoria se verifica por meio de atividades equivalentes e simultâneas, enquanto nas organizações criminosas a autoria é estruturada com verticalidade, de cima para baixo, daquele que ordena para aquele que executa[78].

Por fim, há um terceiro grupo que considera como únicos e verdadeiros autores dos delitos realizados no âmbito de um aparato organizado de poder os executores, relegando ao “homem de trás”, aquele que ordena a execução material dos fatos, o papel de mero partícipe[79].

Em remate, devido à indefinição do próprio conceito e das características da organização criminosa, não é possível estabelecer *a priori* qual é a posição do dirigente com relação ao delito realizado pelo subordinado em uma estrutura delitiva organizada, constatação que ficará a cargo da análise do caso concreto[80].

Outros problemas técnicos também se impõem no que se refere à construção da tipicidade objetiva: deveria ser utilizada a técnica do delito de perigo abstrato ou delito de perigo concreto? A tipificação específica do crime organizado parece que não poderia prescindir da técnica do perigo abstrato, mas fundamentado em um "substrato irrenunciável: *a altíssima e especialíssima perigosidade* da associação, derivada de seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contraestímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros".[81]

A presença dos chamados *delitos de perigo*, sobretudo os de perigo abstrato, é muito comum no âmbito da tutela dos bens supraindividuais, pois a verificação de um dano evidente se mostra muitas vezes dificultosa[82] ou, ainda, de árdua constatação será a existência de uma relação causal entre vontade e resultado[83].

Nos delitos de perigo abstrato não há necessidade de comprovação de perigo no caso concreto, uma vez que o perigo em si já constitui a *ratio legis*, isto é, o motivo pelo qual o legislador proíbe determinada conduta[84]. Nesse passo, intenta-se perquirir a razão pela qual o legislador tipificará o crime organizado. Em se tratando da perigosidade ínsita à organização criminosa, será imprescindível a delimitação conceitual exata desses organismos, para que sejam claramente diferenciados da quadrilha ou bando.

Por meio da Ação Comum de 21 de dezembro de 1999, a União Europeia propõe a tipificação de atividades de pessoas implicadas em alguma organização delitiva que disponha de estrutura e opere ou tenha operado durante um período de tempo determinado ou tenha se estabelecido com uma finalidade delitiva específica de caráter grave ou internacional. Para tanto, determina que os Estados-membros devem se comprometer a punir com sanções criminais efetivas e proporcionais ao menos um dos comportamentos elencados a seguir (art. 2, parágrafo 1.): a) o comportamento de toda pessoa que, de forma intencional e com conhecimento preciso do objetivo e da atividade delitiva geral da organização, bem como da intenção da organização em cometer os delitos em questão, participe ativamente: a.1) nas atividades delitivas da organização contempladas no artigo 1º[85], mesmo quando essa pessoa não participe na execução propriamente dita dos delitos de que se trate e, sem prejuízo dos princípios gerais do Direito Penal do Estado-membro, inclusive quando não tenha ocorrido tal execução; a.2) nas demais atividades da organização tendo, ademais, conhecimento de que sua participação contribui para a execução das atividades delitivas da organização, contempladas no artigo 1º. b) o comportamento de toda pessoa consistente em associar-se com uma ou várias pessoas para realizar uma atividade que, no caso de se materializar, equivalha à comissão dos delitos contemplados no artigo 1º, ainda que tal pessoa não participe na execução propriamente dita da atividade.

Conquanto constitua uma alternativa de prevenção e repressão mais eficazes dessa forma de criminalidade, a punição de um indivíduo pela simples participação em organização delitiva, sem que ele tenha realizado efetivamente quaisquer delitos ou quando nem mesmo estes tenham se verificado no plano fático, é uma diretriz político-criminal bastante questionável do ponto de vista dos princípios da legalidade, em sua

vertente da *determinação*, e de culpabilidade. Indubitavelmente, tal punição representa uma *antecipação* de punibilidade, com vistas a prevenir lesões graves a bens jurídicos, ocasionadas pelas atividades criminosas realizadas no contexto desses organismos.

Pelo princípio da legalidade – *determinação* – o legislador deve descrever “da forma mais exata possível o fato punível. Diz respeito, em especial à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica”[86]. Esse corolário do princípio da legalidade opera, portanto, como garantia individual diante do poder punitivo estatal, contribuindo para a exata compreensão do Estado de Direito ao reconhecer a capacidade inerente ao ser humano de se autodeterminar conforme os comandos normativos[87].

Um tipo penal construído de forma imprecisa, sem delimitar com especificidade qual ou quais as condutas praticadas pelo indivíduo estarão sujeitas à sanção penal, afronta de forma flagrante o princípio da legalidade – *determinação*. Prevendo-se como delito a mera participação em organização criminosa, ainda que esteja esclarecido que essa participação deve ser *ativa*, sem delimitar quais atividades serão consideradas para fins de perfazimento do tipo penal, impede-se que o sujeito conheça o conteúdo da norma penal incriminadora e possa se portar conforme ou contra ela.

De acordo com o postulado basilar de culpabilidade, não há pena sem culpabilidade e aquela não deve ultrapassar a medida desta última, ou seja, a culpabilidade é fundamento e limite de toda pena[88]. No postulado da culpabilidade costuma-se inserir o princípio da responsabilidade penal subjetiva, segundo o qual não há possibilidade de responsabilizar criminalmente um indivíduo por ação ou omissão sem esse tenha agido com dolo ou culpa (art. 18 e 19, CP). Punir um indivíduo simplesmente por integrar uma organização delitativa, não obstante a periculosidade ínsita a esses organismos, sem que ele tenha se comportado com dolo ou culpa para a realização de um ilícito penal, significaria puni-lo por uma condição pessoal, e não por um fato concreto. Em outras palavras, não se estaria diante de um Direito Penal do fato, mas sim do *autor*, obviamente incompatível com o princípio da responsabilidade penal subjetiva.

O Projeto de Lei 7.223/2002 prevê, ao lado de uma caracterização defeituosa de organizações criminosas, o acréscimo de uma causa de aumento de pena específica para o crime de quadrilha ou bando[89] e remete à caracterização no mínimo questionável de organizações criminosas, que pretende instituir mediante a inserção do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.034/1995. Pela leitura desse projeto, uma vez mais se nota que há uma indistinção entre o conceito de quadrilha ou bando e o de organização criminosa, e a matéria ainda é colocada de forma contraditória, pois, em um primeiro momento, estão reunidas em um dispositivo todas as características (alternativas) de organizações criminosas e, em seguida, essa forma de agrupamento ilícito é tratada como uma adjetivação (qualificação) da quadrilha ou bando.

O presente estágio do tratamento jurídico-penal da criminalidade organizada do Direito brasileiro torna extremamente difícil a tipificação *coerente* do crime organizado.

Entrementes, não é correto afirmar que o legislador penal está impedido de construir esse tipo penal, talvez até punindo a mera inserção do indivíduo em uma organização criminosa, dificultando a já controversa questão da autoria no âmbito dessas estruturas

criminosas, desconsiderando a problemática questão da delimitação exata do bem jurídico e da conceituação precisa de organizações criminosas.

Propõe-se, ainda, *de lege ferenda*, a supressão das “místicas expressões *organização criminosa* ou *associação criminosa*” e sua substituição pela tradicional expressão “quadrilha ou bando”, inserindo no Código Penal o art. 288-A, com uma forma *qualificada* de quadrilha ou bando, com fulcro na *finalidade* criminosa dessa junção de pessoas[90].

Não obstante, essa proposta não prescinde completamente da expressão “associação criminosa”, verificada no §2º, I, em que há previsão de causa de diminuição da pena se o agente “desiste voluntariamente de participar da associação, antes da obtenção de qualquer vantagem ilícita”. Além disso, esse dispositivo parece revestir-se de certa imprecisão, pois o agente que tenha desistido voluntariamente antes de obter qualquer proveito ilícito pode não haver cometido ou participado de crime algum e mesmo assim só contar com a possibilidade de ter sua pena atenuada. Adiante, no §3º, o legislador isentaria de pena o agente que colaborasse com a justiça, ainda que já tivesse cometido crimes e obtido vantagem ilícita no seio da quadrilha ou bando.

5. Conclusões principais

A criminalidade organizada é um fenômeno que se manifesta mediante as mais variadas atividades criminosas. Não é possível precisar de maneira uniforme um objeto comum a todas as organizações criminosas, o que dificulta sobremaneira a demarcação de um conceito completo relativo a esses agrupamentos humanos ilícitos. Por um lado, se não há homogeneidade doutrinária no tocante à sua delimitação conceitual, a sua importância, a complexidade de sua estrutura e a ingente necessidade de repressão efetiva contra as ações das organizações criminosas são indiscutíveis

Diante da dificuldade dos Estados em combater a criminalidade organizada, que em grande parte das vezes ultrapassa qualquer limite fronteiriço, a legislação de muitos países vem elaborando diversas modificações no sistema penal, por meio de medidas procedimentais - concernentes tanto à persecução penal quanto à execução das penas - que restringem a concessão de determinados benefícios a acusados ou condenados por delitos praticados no contexto de uma organização criminosa, com vistas a conferir eficácia ao combate a essa forma de criminalidade.

Não obstante, é mister reconhecer que entre a criminalidade comum e a criminalidade organizada há, antes de tudo, uma diferença estrutural a ser considerada pelo legislador no instante de criar normas penais incriminadoras e normas processuais penais. A distinção de tratamento jurídico-penal para uma e outra espécie de criminalidade não está na criação de um direito penal de exceção e rechaço de direitos fundamentais. Isso equivale a dizer que é possível endurecer o sistema punitivo para as ações provenientes de organizações criminosas sem que isso implique um menoscabo ao quadro axiológico constitucional.

Nesse passo, é importante, primeiramente, que se fortaleçam as medidas de *prevenção* a essa forma de criminalidade colocadas à disposição do Estado, por meio de um melhor e específico aparelhamento das instituições já existentes, por exemplo, com uma atuação conjunta envolvendo, de um lado, uma polícia provida de profissionais especializados e capacitados para investigar organizações criminosas, e do outro, o próprio Ministério Público. Além disso, o papel do Direito Processual Penal torna-se decisivo nesse contexto. É possível modificar algumas normas processuais e de direito material referentes à execução da pena, com o fim de dificultar a concessão de alguns benefícios e obstar outros, nos casos de sujeitos participantes de organizações delitivas, o que não significa a existência de um direito penal ou processual penal de exceção, incompatível com a noção de Estado democrático de Direito constitucionalmente albergada.

No sistema penal brasileiro não há sequer uma conceituação aceitável de organização criminosa, tampouco de crime organizado, porém é possível fazer referência à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e às diretrizes oferecidas pela União Europeia para buscar contornos mais precisos para uma definição de organização criminosa.

A tipificação penal específica, ou seja, a elaboração de um tipo penal específico de crime organizado, não é impossível de ser feita, mas é bastante problemática. Em primeiro lugar, devido à dificuldade de abarcar em um só conceito as numerosas formas de atuação das organizações criminosas e, por conseguinte, de puni-las de forma proporcional; em segundo lugar, porque a legislação penal brasileira nem ao menos definiu as características das organizações criminosas e, assim, não as diferenciou de forma satisfatória do crime de quadrilha ou bando.

Destarte, se o que se pretende é utilizar o Direito Penal segundo uma providência de maior *repressão* à criminalidade organizada, isso poderá ser feito mediante a inserção de uma circunstância agravante na Parte Geral do Código Penal, nos casos em que o crime for realizado no contexto e por meio de uma organização criminosa, desde que seja também legalmente delimitado o que vem a ser organização criminosa, definição que poderia constar no próprio dispositivo ou na Lei 9.034/1995. Poder-se-ia vislumbrar, ainda, a possibilidade de se incorporar em cada delito da Parte Especial uma causa de aumento de pena quando, no caso concreto, esse delito se realizar no contexto de uma organização criminosa[91].

Enfim, nesse árido contexto de estudos sobre as organizações criminosas, em que um conceito se sobrepõe a outro e, definitivamente, o consenso está longe de ser alcançado, em sede legislativa, a proposição de se construir um tipo penal específico não parece, atualmente, a solução mais adequada, pois certamente seria mais um tipo penal inaplicável.

6. Referências

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BACELAR, Selma. Crime organizado. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. Direito Penal Econômico e outros estudos de Direito Econômico: estudos em homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*, Salvador: UFBA, jan-dez, 2000.

BARBATO JR., Roberto. *Direito informal e criminalidade: os códigos do cárcere e do tráfico*. Campinas, SP: Millennium, 2002.

BLANCO CORDERO, Isidoro. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal*, Salamanca, n. 6, p. 3-14, jul. 2000.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no Direito Penal brasileiro: o Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 6, n. 24, out./dez. 1998.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. Teoría jurídica del delito 2. Madrid: Tecnos, 2002, v. III

_____. *Obras completas*. Derecho Penal. Parte general, tomo I. Lima: ARA, 2006.

_____. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Obras completas*. Otros estudios, tomo II. Lima: ARA, 2006.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. In: GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada: aspectos substantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, v. II.

DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

DEL ROSAL BLACO, Bernardo. Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales. In: GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada: aspectos substantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, v. II.

DIAS, Jorge Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 16, n. 71, p. 11-30, mar./abr. 2008.

DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues. Princípio vitimológico e criminalidade organizada. In: *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FARALDO CABANA, Patrícia. Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario

de excepción. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gomez-Jara (coords). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. O conceito de crime organizado na Lei 9.034. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 31, 1995.

_____. O equilíbrio entre eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 16, n. 70, jan./fev. 2008.

FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. Trad. María José Pifarré de Moner. *Revista Penal*, Salamanca, n. 7, p. 55-66, enero. 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 21, 1994.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Globalização e Sistema Penal; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a; 11, n. 43, p. 165-186, abr./jun. 2003.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/1995) e político-criminal*. São Paulo: RT, 1995.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. *Direito Penal Supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003.

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. In: GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada: aspectos substantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, v. II.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. Delitos contra el orden público. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord). *Leciones de Derecho Penal*. Parte Especial. Barcelona: Atelier, 2006.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LUZÓN CUESTA, José Maria. *Compendio de Derecho Penal*. Parte Especial. 6. ed. Madrid: Dykinson, 1997.

MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de dinheiro: análise crítica das Leis 9.613, de 03 de março 1998 e 10. 701 de 9 de julho de 2003*. Curitiba: Juruá, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado organizado contra o crime organizado*. Anotações à Lei Federal n.º 9.034/95 (Organizações Criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 14, n. 59, mar./abr. 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2007.

MIRANDA, Gustavo Senna. Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 97, v. 870, p. 459-503, abril. 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Globalização e crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 92, v. 811, p. 469-496, maio. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a la personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, enero.2002.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: RT, 2009.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber del cumplimiento de la prestación social sustitutoria (II). In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial. Madrid: Marcial Pons, 1997, v. II.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Direito Penal econômico*. Ordem econômica, Relações de consumo. Sistema financeiro. Ordem tributária. Sistema previdenciário. Lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, v. 1. 8.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, v. 3. 5.ed. São Paulo: RT, 2008.

REIS, Auristela Oliveira. Do crime organizado nacional e transnacional. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. Direito Penal Econômico e outros estudos de Direito Econômico: estudos em homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*, Salvador: UFBA, jan-dez, 2000.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada. *Revista Penal*, Salamanca, n. 2, p. 61-65, julio. 1998.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 11, n. 42, p. 214- 224, jan./mar.2003.

SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal*. Parte Especial. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

SILVA, Eduardo Araújo. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SUARÉZ GONZÁLEZ, Carlos J. Organización delictiva, comisión concertada u organizada. In: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada y Derecho Penal: dos conceptos de difícil conjunción. In: *Questiones actuales del Sistema Penal: crisis y desafíos*. Lima: ARA, 2008.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte general. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

[1] Sobre o tema, com detalhes, PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 105 ss.

[2] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico*. Ordem econômica, Relações de consumo. Sistema financeiro. Ordem tributária. Sistema previdenciário. Lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 13.

[3] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada y Derecho Penal: dos conceptos de difícil conjunción. In: *Questiones actuales del Sistema Penal: crisis y desafíos*. Lima: ARA, 2008, p. 288.

[4] FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. Trad. María José Pifarré de Moner. *Revista Penal*, Salamanca, n. 7, p. 55-66, enero. 2007, p. 57.

[5] “Artigo 2 – Terminologia - Para efeitos da referida Convenção, entende-se por: a) Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”;

[6] As organizações criminosas *terroristas* comportam ainda outras peculiaridades, além daquelas ínsitas ao conceito de organização delitiva em sentido amplo. Assim, o elemento *estrutural* que distingue a organização terrorista é composto das seguintes características: “1º. Que exista uma associação de várias pessoas que tenham por objetivo cometer delitos; 2º. Que tal associação seja armada, isto é, que utilize nessa atuação delitiva armas de fogo, bombas, granadas, explosivos ou outros armamentos semelhantes; 3º. Que sejam organizações das quais se originem vínculos estáveis ou permanentes, nunca transitórios ou ocasionais; 4º. Que a relação entre seus membros e a distribuição de funções estejam presididas por idéias de hierarquia e disciplina; 5º. A realização de ações violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas por parte desses grupos; 6º. Que os delitos que cometam sejam, basicamente, de natureza grave: homicídios, assassinados, sequestros, etc”. (LLOBET ANGLÍ, Mariona. Delitos contra el orden público. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord). *Leciones de Derecho Penal*. Parte Especial. Barcelona: Atelier, 2006, p. 375). No Direito Penal espanhol, a organização terrorista é tratada como uma modalidade de “associação ilícita”, tipificada no art. 515 do Código Penal espanhol.

[7] Sobre a importância da influência de outras disciplinas, além do Direito Penal, especialmente a Criminologia, para o estudo da criminalidade organizada, Cf. DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues. Princípio vitimológico e criminalidade organizada. In: *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-33.

[8] SUARÉZ GONZÁLEZ, Carlos J. Organización delictiva, comisión concertada u organizada. In: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 1772.

[9] Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado organizado contra o crime organizado*. Anotações à Lei Federal n.º 9.034/95 (Organizações Criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 13; SILVA, Eduardo Araújo. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/1995) e político-criminal*. São Paulo: RT, 1995, p. 70; BARBATO JR., Roberto. *Direito informal e criminalidade: os códigos do cárcere e do tráfico*. Campinas, SP: Millennium, 2002, p. 30. FERNANDES, Antonio Scarance. O conceito de crime organizado na Lei 9.034. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 31, 1995, p. 3; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Globalização e crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 92, v. 811, p. 469-496, maio. 2003, p. 488; FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Globalização e Sistema Penal; *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a; 11, n. 43, p. 165-186, abr./jun. 2003, p. 178; DIAS, Jorge Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a. 16, n. 71, p. 11-30, mar./abr. 2008, p. 12-13. Como bem se esclarece, “a organização criminosa e seus sinônimos aparecem no ordenamento jurídico sem o maior critério, nem sequer preocupação com a coerência com o disposto na própria Lei 9.034/1995” (PITOMBO,

Antonio Sérgio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: RT, 2009, p. 107).

[10] “Ora, se os mais distintos fenômenos criminais praticados por mais de uma pessoa são divulgados como crime organizado, nada é crime organizado; *esvazia-se o conteúdo da expressão*”. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 140.

[11] FOFFANI, L., op. cit., p. 55.

[12] DIAS, J. F., op. cit., p. 14.

[13] Segundo a acepção linguística mais simples, *fenômeno* pode ser conceituado como “1. tudo que se observa na natureza. 2. fato ou evento de interesse científico, que pode ser descrito e explicado cientificamente” (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.327).

[14] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., op. cit., p. 288. Além de ser objeto de estudo de diferentes disciplinas, como sociologia, história, etc., a criminalidade organizada, no próprio âmbito jurídico, comporta distintos enfoques, devido à diversidade das realidades sócio-econômicas e políticas, por exemplo, em que esse fenômeno se instalou (SALES, S.J.S. de, op. cit., p. 133).

[15] MAIA, R. T., op. cit., p. 5.

[16] FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 16, n. 70, jan./fev. 2008, p. 239.

[17] SILVA, E. A., op. cit., p. 20.

[18] *Ibidem.*, p. 20-21.

[19] FERNANDES, A. S., O equilíbrio entre eficiência e garantismo e o crime organizado, p. 240; MAIA, R. T., op. cit., p. 6; SILVA, E. A., op. cit., p. 25.

[20] Nos últimos tempos, a criminalidade organizada caracterizou-se como especialmente complexa, o que acabou conferindo a ela o perfil de uma “nova criminalidade organizada”, notadamente distinta das tradicionais formas de delinqüência coletiva: “sofisticação dos meios, transnacionalização, profissionalização, alianças com outros tipos de criminalidade organizada, grande danosidade social, camuflagem, adaptação ao meio, etc” (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., op. cit., p. 291).

[21] FOFFANI, L., op. cit., p. 58-59.

[22] “[...] cientificamente, não sabemos se entre nós, *realmente existe a criminalidade organizada* nos moldes em que esta é identificada em outros países do mundo – em especial aqueles que tomamos como modelos – e quais são suas reais características”. SALES, S. J. S. de., op. cit., p. 138.

[23] HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 67.

[24] “Em se tratando de crime organizado, a sociedade é duplamente agredida. Em primeiro lugar, é ofendida pela ação nefasta da organização criminosa e, em segundo lugar, é vítima do próprio agir artificial do Estado que, incompetente e inoperante para evitar ou punir o crime organizado, ilude a sociedade com soluções enganosas que arditosamente cria no afã de gerar uma imagem de eficiência funcional na *persecutio* desses criminosos” (DUARTE, L. C. R., op. cit., p. 33).

[25] As vantagens que a globalização da economia oferece à expansão da criminalidade organizada são: a) possibilidade de acesso a mercados de bens ilícitos muito lucrativos, pois essa qualidade de *illegal* multiplica o valor do bem; b) possibilidade de explorar pontos vulneráveis em diferentes sociedades, especialmente nos países em desenvolvimento e democráticos emergentes, devido à fragilidade de suas instituições; c) capacidade de operar em lugares em que as organizações encontrem-se relativamente seguras quanto à persecução criminal, seja porque carecem de legislação referente ao crime organizado, seja porque impõem entraves à cooperação judicial internacional; d) possibilidade de canalizar os proveitos ilícitos por meio de um sistema financeiro globalizado, com eliminação de controles, o que dificulta sobremaneira a perseguição de seus rastros; e) facilidade de acesso aos chamados “paraísos fiscais”, em que se pode ocultar e “lavar” capitais de origem ilegal. (BLANCO CORDERO, Isidoro. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal*, Salamanca, n. 6, p. 3-14, jul. 2000, p. 4-5).

[26] A política criminal da globalização tem sido especialmente agressiva com a criminalidade organizada, que, caracterizada pela magnitude de consequências lesivas, não cria apenas uma insegurança aos cidadãos, como ocorre com a delinquência individual, mas ameaça também o próprio Estado, a ordem social, política e econômica (CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. In: GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada: aspectos substantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, v. II, p. 218).

[27] As instituições do Direito Penal clássico foram pensadas e elaboradas preponderantemente para atribuir responsabilidade criminal como consequência da realização de condutas individuais e sua eficácia para o combate a essas estruturas organizadas para o cometimento de delitos (Cf. DEL ROSAL BLACO, Bernardo. Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales. In: GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada: aspectos substantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, v. II, p. 148-149).

[28] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., op. cit., p. 289-290.

[29] A heterogeneidade que caracteriza o significado de criminalidade organizada é um fator que dificulta a elaboração de um conceito jurídico-penal desse fenômeno, pois não há uma tradição cultural para se compreender o que seja a criminalidade organizada

pelo prisma do conhecimento do Direito Penal, diferentemente do que ocorre com os significados dos delitos tradicionais. (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., op. cit., p. 289).

[30] DIAS, J. F., op. cit., p. 15.

[31] Ibidem, p. 14.

[32] Ibidem, p. 15.

[33] O termo *associação criminosa* é muito utilizado pela doutrina portuguesa e empregado como sinônimo de *organização*. Todavia, a palavra *organização* é mais enfática no tocante à estruturação, enquanto *associação* exprime melhor a ideia de união, combinação.

[34] SILVA, E. A., op. cit., p. 28-31.

[35] MOREIRA, R. A., op. cit., p. 489. É importante frisar que o emprego de violência e alta tecnologia bélica não são elementos de destaque na configuração de uma organização criminosa. A violência física, sobretudo, já vem sendo evitada por essas estruturas desde a década de 40, aproximadamente, por atrair em demasia a atenção da imprensa, da polícia e do próprio Judiciário.

[36] "Há a tendência de se qualificar a organização criminosa como sendo aquele grupo de pessoas que se organiza para a prática de crimes, tangenciando as características pela forma de organização, cuja sistematização segue preceitos de um organograma funcional de uma empresa" (MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de dinheiro: análise crítica das Leis 9.613, de 03 de março 1998 e 10. 701 de 9 de julho de 2003*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 93).

[37] BLANCO CORDERO, I.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., op. cit., p. 3.

[38] Artigo 2. Terminologia. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada; d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos; e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime; f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente; g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente; h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a

constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática; j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.

[39] Art. 1. da Ação Comum de 21 de dezembro de 1998, relativa à tipificação penal da participação em uma organização criminosa nos Estados-membros da União Européia (LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. In: GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada: aspectos substantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, v. II, p. 120-121.

[40] MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 9.

[41] Este projeto de lei prevê, também, uma causa específica de aumento de pena, com a inserção do para o delito de quadrilha ou bando, com a inserção do §2º ao art. 288, CP, em se tratando de quadrilha ou bando *organizado*.

[42] MIRANDA, Gustavo Senna. Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 97, v. 870, p. 459-503, abr. 2008, p. 461.

[43] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, v. 3. 5.ed. São Paulo: RT, 2008, p. 219-220.

[44] No Código Penal espanhol, o delito correspondente à quadrilha ou bando do art. 288 do Código brasileiro é à associação ilícita descrita no art. 515. 1: "Artículo 515. Son punibles las asociaciones ilícitas teniendo tal consideración: 1º. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión", para o qual se faz necessário a presença o mínimo de organização e permanência (LUZÓN CUESTA, José Maria. *Compendio de Derecho Penal*. Parte Especial. 6. ed. Madrid: Dykinson, 1997, p. 327; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber del cumplimiento de la prestación social sustitutoria (II). In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial. Madrid: Marcial Pons, 1997, v. II, p. 712; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal*. Parte Especial. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 837).

[45] SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 11, n. 42, p. 214- 224, jan./mar.2003, p. 215.

[46] SALES, S.J.S., op. cit., p. 136.

[47] SANTOS, J. C. dos., op. cit., p. 220-221.

[48] DIAS, J. F., op. cit., p. 17.

[49] Entre tantas interessantes questões situadas no âmbito do Direito Penal internacional nessa matéria, pode-se mencionar também a aplicação da lei penal no espaço, as relativas à cooperação policial internacional no marco do crime organizado, a cooperação judicial, a extradição, assistência mútua ou embargo e confisco dos produtos do crime. (BLANCO CORDERO, I; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. op. cit., p. 3); LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J., op. cit., p. 121-123.

[50] A referida lei, por meio desse dispositivo, acaba por reduzir o crime organizado ao bando ou quadrilha (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 193).

[51] PITOMBO, A. S. A. de M. op. cit., p. 90.

[52] Antes da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei 8.072/1990, que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, discutia-se na doutrina se o crime hediondo fosse resultante de organização criminosa, haveria possibilidade de progressão (Cf. GOMES, L. F; CERVINI, R., op cit., p. 151). Diante da alteração da Lei 8.072/1990, tal discussão restou prejudicada.

[53] Entende-se, por exemplo, que a vedação de se apelar em liberdade para aqueles que "tenham tido intensa a efetiva participação na organização criminosa" (art. 7º da referida lei), é uma flagrante mitigação de garantias constitucionais: em primeiro lugar, a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e, como o recolhimento à prisão é fator impeditivo de recurso, esse dispositivo afronta também o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV) (FERNANDES, A. S., Equilíbrio entre eficiência, garantismo e crime organizado, p. 262).

[54] FERNANDES, A. S., Equilíbrio entre eficiência, garantismo e crime organizado, p. 232-233. MIRANDA, G. S., op. cit., p. 461.

[55] Cf. MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 14, n. 59, mar./abr. 2006, p. 230.

[56] GRACIA MARTIN, L., op. cit., p. 83.

[57] GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007, p. 75 ss. PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*, P.G., p. 106.

[58] GRACIA MARTÍN, L., op cit., p. 82.

[59] O conceito de *pessoa*, para Jakobs, é uma construção social, que pode ou não ser atribuída aos indivíduos. Trata-se de um conceito normativo e não extraído da realidade (GRACIA MARTÍN, L., op. cit., p. 136).

[60] “Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude” (GRACIA MARTÍN, L., op. cit., p. 82).

[61] PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*, PG, p. 107.

[62] “[..] necessário se faz achar a forma de conciliação entre o enfrentamento real, e não meramente simbólico, do crime organizado, e os respeito aos postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos. Acredito ser possível essa conciliação desde que os Estados se disponham a enfrentar com os recursos necessários e o pessoal especializado a gravíssima realidade do crime organizado” (LUISI, L., op. cit., p. 201).

[63] A criação de regras excepcionais para o tratamento dessa forma de criminalidade dá lugar à possibilidade de existência de um verdadeiro "sistema penitenciário de exceção" (FARALDO CABANA, Patrícia. Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gomez-Jara (coords). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1. Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 757)

[64] A criminalidade organizada caracteriza-se, também, por ser transnacional, ou seja, muitas vezes, o crime organizado atinge ou se conecta com vários países, devido à quantidade de recursos que consegue movimentar e, principalmente, devido às facilidades decorrentes da globalização (REIS, Auristela Oliveira. Do crime organizado nacional e transnacional. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. Direito Penal Econômico e outros estudos de Direito Econômico: estudos em homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*, Salvador: UFBA, jan-dez, 2000, p. 119).

[65] DIAS, J. F., op. cit., p. 17.

[66] *Ibidem*, p. 16.

[67] Antes da promulgação da Lei 9.034/1995, já se apontava para a necessidade de um amplo e produtivo debate sobre o assunto antes que o legislador elaborasse um tipo penal específico de crime organizado. Todavia, alertou-se também para que esse debate não se prolongasse em demasia no tempo (Cf. FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 21, 1994, p. 5).

[68] CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no Direito Penal brasileiro: o Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 6, n. 24, out./dez. 1998, p. 110-111. Na legislação espanhola, por exemplo, o instrumento penal de combate ao crime organizado existente

é o delito de associações ilícitas (art. 515.1 do Código Penal espanhol), cuja estrutura permanece praticamente a mesma desde 1870 e, por isso mesmo, muito se questiona acerca da efetividade desse dispositivo para fazer frente a essa criminalidade organizada contemporânea (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., op. cit., p. 290).

[69] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 65; CEREZO MIR, José. *Obras completas*. Derecho Penal. Parte general, tomo I. Lima: ARA, 2006, p. 25; WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte general. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 15.

[70] DIAS, J. F., p. 16.

[71] PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, v. 3, p. 219.

[72] Autor mediato é aquele que, possuindo o domínio do fato, utiliza um terceiro como um instrumento para realização do tipo penal (PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral, p. 448).

[73] O “homem de trás” teria, segundo essa teoria, o controle do resultado típico por meio do aparato de poder sem levar em consideração a pessoa que executa a ação diretamente, pois esses executores, ocupando posições subordinadas na organização, são facilmente substituíveis e não poderiam impedir que o “chefe” alcance o resultado típico (ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, Salamanca, n. 2, p. 61-65, julio. 1998, p. 61-62).

[74] DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 274.

[75] CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. Teoría jurídica del delito 2. Madrid: Tecnos, 2002, v. III, p. 217; PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral, p. 448.

[76] DEL CARPIO DELGADO, J., op. cit., p. 275.

[77] “O caráter comum da resolução delitiva se produz através da consciência do diretor do aparato e dos executores de um fato determinado ou de vários da mesma natureza, devem ser realizados em consonância com as indicações da direção”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 722; MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a la personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de da delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, enero.2002, p. 66.

[78] ROXIN, C., op. cit., p. 63.

[79] CARPIO DELGADO, J., op. cit., p. 276.

[80] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 354.

[81] DIAS, J. F., op. cit., p. 16.

[82] JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. *Direito Penal Supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 89.

[83] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005, p. 134.

[84] Id., *Curso de Direito Penal Brasileiro*, PG, p. 241; CERESO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Obras completas*. Otros estudios, tomo II. Lima: ARA, 2006, p. 469.

[85] O art. 1º da referida Ação Comum, como já esclarecido, contempla uma diretriz para a conceituação e caracterização das organizações criminosas.

[86] PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral, p. 132-133. Nesse sentido: LUISI, L. op. cit., p. 24.

[87] PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 50.

[88] PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral, p. 135; PALAZZO, F., op. cit, p. 55-56.

[89] "Art. 288 [...] §2º A pena será de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, quando se tratar de quadrilha ou bando organizado (art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.034 de 3 de maio de 1995)".

[90] “Art. 288-A – Forma qualificada – Se a quadrilha ou bando tem por finalidade a prática de crimes: I – contra o sistema financeiro nacional; II – contra o trabalho e a organização do trabalho; III – contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; IV – contra a administração pública; V – contra a saúde pública; VI – contra o meio ambiente. Pena: reclusão de 3 a 6 anos. §1º Se o agente é funcionário público ou exerce mandato público eletivo. Pena: reclusão de quatro a oito anos; §2º Nos crimes previstos nos arts. 288 e 288-A, o juiz pode diminuir a pena até a metade se o agente: I – desiste voluntariamente de participar da associação, antes da obtenção de qualquer vantagem ilícita; II – impede a realização de crime pelos demais associados. §3º. Fica isento de pena o agente que, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento, colaborar com a justiça possibilitando o desmantelamento da quadrilha ou bando”.

[91] Cf. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., op. cit., p. 251.

O USO DE CELULAR “PERMITIDO” NAS DEPENDÊNCIAS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE PROVAS

EL USO DEL MÓVIL “PERMITIDO” EN LAS DEPENDENCIAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PRISIONALES COMO FORMA DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo

RESUMO

Busca-se, neste trabalho, analisar a legalidade da interceptação telefônica de aparelho celular utilizado por acusado nas dependências de estabelecimento prisional, com prévio conhecimento pelo agente público, bem como analisar se as interceptações telefônicas nesse caso se revestem de legalidade e se as informações obtidas para a formação das provas são consideradas lícitas e capazes de fundamentar um decreto condenatório. Isso porque é dever do Estado agir para não só prevenir, mas reprimir qualquer tipo de crime, ainda mais os que são perpetrados por organizações criminosas. Analisa-se, ainda, se os crimes cometidos com o uso “permitido” do aparelho celular são somente uma modalidade de flagrante ou são capazes de gerar alguma responsabilidade para o Estado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: CELULAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA ILÍCITA. DEVER DO ESTADO DE PREVENIR E REPRIMIR CRIME.

RESUMEN

Se pretende, en este trabajo, analizar la legalidad de la interceptación telefónica de teléfono móvil utilizado por acusado en las dependencias de Centro Penitenciario, cuando el agente público tiene previo conocimiento, bien como analizar si las interceptaciones telefónicas en ese caso se revisten de legalidad, y si las informaciones obtenidas para la formación de las pruebas son consideradas lícitas, y capaces de fundamentar un decreto condenatorio, una vez que es deber del Estado actuar para no sólo prevenir sino reprimir cualquier tipo de delito, principalmente los que son perpetrados por organizaciones criminosas, analizando todavía, si los delitos cometidos con el uso “permitido” del teléfono móvil es solamente una modalidad de flagrante o es capaz de generar alguna responsabilidad para el Estado.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS CLAVE: USO DE TELÉFONO MÓVIL EN LAS DEPENDENCIAS DE CENTRO PENITENCIARIO. INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA. PRUEBA ILÍCITA. DEBER DEL ESTADO DE PREVENIR Y REPRIMIR DELITO.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o aparelho celular deixou de ser mais um mecanismo de comunicação rápida para se tornar uma verdadeira arma nas mãos de criminosos. Inúmeras têm sido as discussões em torno desse assunto, principalmente quando dizem respeito aos aparelhos celulares que se encontram nas mãos de criminosos em cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais do Brasil, sem se ater a quem leva tais aparelhos para dentro das prisões. O certo é que é dever do agente público coibir a entrada desse instrumento. Assim foi inserida no ordenamento jurídico, a Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007 (BRASIL, 2007), alterando a Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984), bem como o Código Penal (BRASIL, 1940). Passou, então, a prever como falta disciplinar grave o uso de aparelho celular e similares para o preso e como crime para o agente público, prevendo inclusive pena de detenção de três meses a um ano ao agente que deixar de “cumprir seu dever de vedar ao preso não só o acesso a esse instrumento, mas quaisquer outro que permita o acesso à comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, tais como rádio ou similares” (BRASIL, 1940).

Embora a Lei de Execução Penal (LEP), antes de ser alterada pela Lei nº 11.466/2007, nada mencionasse a respeito do uso do celular nas prisões, o que é até compreensível, uma vez que a LEP é anterior ao advento dessa tecnologia, discutia-se constantemente se o uso desse aparelho móvel configurava ou não falta disciplinar. Logicamente, isso ficava apenas na reflexão, uma vez que a punição pelo uso encontrava óbice legal tanto no artigo 45 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), segundo o qual “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”, bem como no artigo 49 do mesmo diploma legal, o qual dispõe que “As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves”, atribuindo a competência à legislação local, a qual é responsável por especificar as faltas leves e médias, e as respectivas sanções.

Ocorre que, mesmo a lei anterior silenciando a respeito, não era razoável, e muito menos ético, que um agente público, cujo dever legal era gerir e coibir qualquer tipo de prática criminosa dentro das unidades prisionais, deixasse um preso fazer uso dessa tecnologia.

Este trabalho se propõe a demonstrar que a permissividade desse uso traz sérios prejuízos à sociedade, mesmo que seja para coibir outras práticas criminosas, como ocorreu no caso em que o acusado Luiz Fernando da Costa, mais conhecido como “Fernandinho Beira-Mar”, teve um terminal telefônico “grampeado”, quando se encontrava recluso em uma das celas da Superintendência da Polícia Federal em Brasília, DF. Além disso, demonstrar que os fins não justificam os meios, ou seja, é dever do agente retirar o aparelho ou pode-se postergar essa “permissão”, quando conveniente para a busca de informações ou descoberta de novos crimes? Como demonstra a sentença proferida por Moro (2008), existe essa possibilidade. A seguir trechos da fundamentação da referida sentença:

[...] 36. Em síntese, a investigação, iniciada em 29/05/2006, teve por objeto o grupo criminoso liderado por Luiz Fernando da Costa, conhecido como "Fernandinho Beira Mar", que, mesmo estando preso, teria continuado a comandar as atividades de seu grupo criminoso.

37. Inicialmente, o referido preso teria feito uso de aparelho celular, enquanto estava recolhido em cela na Superintendência da Polícia Federal no Distrito Federal. Após sua transferência, em 18/07/2006, para a Penitenciária Federal de Catanduvas e depois para a Penitenciária Federal de Campo Grande, passou a utilizar os seus visitantes para transmitir ordens e instruções relativas à prática de tráfico de drogas.

38. Em decorrência da interceptação do referido preso e, posteriormente, dos co-acusados, a Polícia Federal teria identificado diversos carregamentos de drogas e armas, que foram, na medida do possível, apreendidos. Tais apreensões resultaram em inquéritos separados e ações penais nas quais foram acusadas as pessoas envolvidas mais proximamente com o transporte da drogas e armas. Seriam eles:[...].

Tais apreensões resultaram em inquéritos separados e ações penais nas quais foram acusadas as pessoas envolvidas mais proximamente com o transporte da drogas e armas. [...].

44. [...] Acrescente-se, aliás que a causa fundada era procedente, pois de fato, Luiz Fernando da Costa estava utilizando terminal telefônico mesmo preso para comandar a prática de crimes, como demonstrará adiante[...]. (MORO, 2008, p.8-9, 13, grifo nosso).

Também é proposta deste trabalho saber se esse meio de prova (interceptação telefônica) de aparelho celular, que se sabe estar em uso dentro de uma Superintendência da Polícia Federal no Distrito Federal, por um preso considerado perigoso, está revestido de legalidade e se as informações daí obtidas podem ser consideradas meio de prova lícita ou legal, uma vez que os agentes tinham pleno conhecimento de ser indevido tal uso.

A finalidade está clara, ou seja, permitiram a interceptação com o escopo de buscar informações, para a formação das provas criminais que culminaram em mais uma condenação de Luiz Fernando da Costa a 29 anos e oito meses de reclusão pela prática dos crimes de tráfico de drogas, tráfico de armas, “lavagem” de dinheiro, entre outros (MORO, 2008).

2 A ÉTICA E A LEGALIDADE DA “AÇÃO CONTROLADA”

A figura da ação controlada entrou no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 (BRASIL, 1995), que prevê em seu artigo 2º, inciso II, a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, uma nova modalidade de flagrante chamada pela doutrina de flagrante diferido ou controlado. Nesse tipo de flagrante, os agentes públicos, quando da persecução penal, podem escolher qual é o momento mais oportuno para efetuar a prisão, ou seja, podem retardar a ação policial quando necessitarem de mais informações em virtude da formação de provas nos crimes que envolvam organizações criminosas ou atos vinculados a essas.

A Lei nº 9.296/96, que regulamentou a parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, estabelece em seu artigo 2º e incisos, apenas em relação a quando não deve ser feita a interceptação telefônica. Assim, a *contrario sensu*, cabe a interceptação telefônica se o caso não se enquadrar em um dos incisos do artigo citado.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BRASIL, 1996).

Essa Lei apenas regulamentou o que a Constituição Federal já previa, abrindo exceções, quando a finalidade da interceptação “for para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

E, como bem disse Mendroni (2007), a interceptação telefônica também é conhecida como “escuta telefônica”.

Atualmente tem considerável grau de importância como meio de produção de prova, já que planejamento, ordens e execuções de crimes invariavelmente passam por necessidade de comunicação entre agentes, principalmente tratando-se de organização criminosa. (MENDRONI, 2007, p. 64).

Em 2001, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001 (BRASIL, 2001), incluindo o inciso IV ao artigo 2º da Lei nº 9.034/95, passando também a prever a “possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou cústicos, bem como o seu registro e análise, desde que a solicitação seja feita de forma circunstanciada e mediante autorização judicial”. Prevê, ainda, “a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação constituída pelos órgãos especializados pertinentes, bem como devidamente circunstanciada e autorizada judicialmente”. (art. 2º, incs. IV e V, Lei nº 9.034/95) (BRASIL, 1995).

Como demonstrado, quando revestida de todas as formalidades legais, a interceptação telefônica é um grande recurso no combate ao crime organizado. Todavia o que se quer aqui discutir é a legalidade do uso desse método de investigação, fornecendo ou não proibindo o uso do aparelho celular pelo preso, conforme traz a sentença, ora analisada, em que restou claro que a interceptação telefônica fora feita quando o sentenciado se encontrava sob custódia das autoridades policiais do Distrito Federal, conforme itens a seguir transcritos:

42. Diante do requerimento da autoridade policial e após manifestação favorável do Ministério Público, o Juiz Estadual paranaense deferiu a interceptação. Consta na decisão expressa referência à utilização do terminal por Luiz Fernando da Costa, bem como às informações recebidas da Unidade CGPRE do Rio de Janeiro:

Segundo consta nos autos, em data de 29/05/2006, a autoridade policial da Polícia Federal recebeu uma informação da Unidade de Inteligência da Coordenação de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal do Rio de Janeiro, indicando um grande carregamento de drogas, armas e munições, que estaria armazenado no Estado do Paraná, sendo que a logística de referido carregamento estaria sendo desenvolvida por traficantes paranaenses ligados ao traficante Fernandinho Beira Mar." (fl. 09)

43. Portanto, ao contrário do argumentado pelo ilustre defensor do acusado Rodrigo Alencar, a medida de interceptação telefônica teve desde o início causa fundada, encontrando ela amparo mais do que suficiente nos aludidos e minuciosos relatórios de inteligência.

44. É forçoso, porém, reconhecer uma irregularidade, pois tais relatórios, embora referidos e conhecidos pelo Juízo Estadual (o que se infere da referência na decisão a “Fernandinho Beira Mar”, nome que não se encontra no requerimento da autoridade policial), não foram inicialmente juntados aos autos, provavelmente com o propósito de preservar a informação, considerando os desdobramentos então imprevisíveis. Entretanto, tal irregularidade foi sanada com a juntada ulterior dos relatórios, o que foi providenciado pelo Juízo ainda no curso da presente ação e com tempo hábil para a sua plena submissão ao contraditório (fls. 1.686-1.703 dos autos da representação criminal, com encaminhamento através de ofício assinado pelo Delegado da Polícia Federal responsável e que é suficiente para garantir a autenticidade dos documentos). Tal irregularidade, embora censurável, não tem o condão de tornar inválida a interceptação, pois o que é relevante é o fato de ela ter sido decretada com causa fundada. **Acrescente-se, aliás, que a causa fundada era procedente, pois, de fato, Luiz Fernando da**

45. Por outro lado, não assiste razão ao defensor de Rodrigo ao alegar que a decisão inicial de interceptação não está fundamentada. Eventuais críticas à fundamentação adotada por aquele Juízo não equivalem a conclusão quanto à ausência de fundamentação. **De todo modo, a fundamentação é adequada, considerando a referência às informações de inteligência acima referidas, bem como a necessidade da medida, que é óbvia, uma vez que a investigação tinha por origem a informação de que Luiz Fernando da Costa estaria utilizando um terminal telefônico.** (MORO, 2008, p.13, grifo nosso).

Resta saber se as provas colhidas em virtude dessa interceptação são lícitas, uma vez que a pessoa investigada se encontrava sob custódia da autoridade policial. Ou se é apenas mais um meio de prova - espécie de ação controlada, ou se é um benefício excessivo conferido ao criminoso, sendo de responsabilidade do Estado e de seus agentes qualquer dano que o criminoso porventura causou ou viesse causar à sociedade.

O item 51 da sentença, proferida por Moro (2006, p. 14), traz a seguinte fundamentação: “Nem se argumente que a Polícia Federal deveria ter interrompido a interceptação e prendido todos os acusados logo após a primeira apreensão. [...]”.

Nesse sentido pergunta-se: não seria mais correto e ético não se permitir a entrada do celular? Ou: no primeiro instante em que se descobriu a utilização do aparelho, não se deveria ter retirado imediatamente o instrumento das mãos do custodiado, uma vez que, mesmo não existindo à época lei proibindo, havia alguma regra proibindo o uso desse instrumento dentro de penitenciárias?

A Lei de Execução não contemplou tal benefício e certamente não figura no rol dos direitos do preso previstos no artigo 41 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Assim é que também não existe nenhuma regra interna contemplando tal benefício, mesmo que seja somente para fins de investigação policial. Dessa forma, não é por acaso que “por diversas vezes até mesmo os agentes penitenciários foram acusados de corrupção e apontados como grandes responsáveis pelo ingresso de aparelhos celulares, drogas e armas dentro dos presídios” (PORTO, 2007, p. 25).

Em recente entrevista ao jornalista Newton Araújo Junior, o Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, que foi relator do substitutivo do projeto de lei que deu origem à Lei 11.466/2007, salientou que “Não devemos permitir que o esforço para desarticular as ações de criminosos perigosos seja invalidado pela posse de aparelhos de comunicação em presídios”. (COMISSÃO..., 2006).

E como bem lembrado por Porto (2008, p. 28).

O que permite ao Estado aplicar a penalidade disciplinar é a inobservância da regra, tudo aquilo que se afasta dela, o desvio. Quando o próprio sistema prisional não dá o

exemplo, fugindo das regras por ele exigidas, permite que os sentenciados assim também o façam.

E ainda é um contrassenso permitir o uso de celulares apenas nos casos em que for conveniente para as autoridades, sem falar dos enormes esforços que o legislativo, o executivo e o judiciário vêm envidando no sentido de prevenir e de coibir o uso de qualquer tipo de aparelho que possa colocar o custodiado em ligação direta com o mundo exterior.

Assim é que acerta Machiavelli, em sua obra o Príncipe, quando diz como um príncipe avisado deve se proceder:

Quem impede os males com bastante antecedência pode, sem grande esforço, dar-lhes remédio; quem espera, porém, que eles se aproximem, inutilmente tentará enfraquecê-los; a doença tornou-se incurável. E ocorre com esta o que os médicos dizem a respeito da tuberculose; isto é, ser ela no princípio fácil de curar e difícil de perceber, mas se não foi percebida e tratada no início, torna-se com o andar do tempo, fácil de perceber e difícil de curar. O mesmo se dá com os negócios do estado. Quando (e isto só é concedido a um homem prudente) se consegue distinguir os males apenas começam a surgir, fácil é destruí-los, quando, porém, tendo passado despercebidos, se desenvolvem até o ponto de serem visíveis de todos, já não há como combatê-los. Por isto os romanos, presentindo os futuros inconvenientes de certas situações, sempre lhe aplicaram remédio e nunca as deixaram seguir o seu curso para evitar uma guerra. (MACHIAVELLI, 2007, p. 46).

Dessa forma, não foi ético e muito menos prudente utilizar a interceptação telefônica no presente caso, mesmo porque os fins jamais justificam os meios e podem colocar em risco a vida de outros cidadãos, quanto mais ainda prolongar essa ação sob o argumento de que:

[...] Tal medida não seria possível. Somente a continuidade da interceptação telefônica é que permitiu a completa identificação dos integrantes do grupo criminoso e a colheita de prova em relação a eles. A investigação e a persecução criminal não se resumem a mera apreensão um carregamento de droga e armas, devendo ser buscado, pela autoridade policial, o desmantelamento da organização criminoso para que não haja mais qualquer carregamento de drogas e armas. (MORO, p. 14, item 51).

O certo é que esse tipo de ação controlada, utilizando o “grampo” telefônico, somente provou o cometimento de alguns crimes, pois, segundo relata a sentença, o período do “grampo” foi demasiadamente prolongado, ou seja, de 29 de maio de 2006 a 22 de

novembro de 2007. Agora se pergunta: Será que o “grampo” foi capaz de coibir todos os crimes que porventura foram ordenados durante esse longo período de interceptação? Foram todos devidamente combatidos? Será que os agentes responsáveis pela escuta ficavam vinte e quatro horas ininterruptas na escuta *on line*, não só ouvindo as conversas, mas, sobretudo, destacando pessoal adequado para combatê-los? Essas são perguntas que ainda merecem respostas.

Maggessi (2008) traz exemplos claros ao falar sobre a questão dos “grampos” ilegais, em outras operações da Polícia Federal: “enquanto a interceptação estava correndo, pessoas estavam sendo assassinadas e o Estado nada fazia para impedir as mortes”.

O grampo ilegal só serve para fazer espionagem, chantagem, mas não sai na grande imprensa. O grande perigo é a manipulação do grampo legal. Na Operação Furacão, a juíza expediu um mandato de escuta no final de 2006. O delegado guarda na gaveta aquilo e só bota o grampo 26 dias depois. Qual o motivo disso? Tem alguma coisa muito séria por trás que ele esperou acontecer para burlar a juíza. À luz da Justiça todas essas operações deveriam ser anuladas - Cerol, Anaconda, Têmis, Furacão I, II e III, Gladiador. Na Operação Gladiador, oito pessoas que eles estavam ouvindo, foram mortas. O cara marcava para matar alguém, matava, ligava para o chefe e falava: Já foi. E eles não fizeram nada para impedir oito mortes. O pior crime é o crime contra a vida. Aonde eles queriam chegar? Não colheram uma prova sequer. (MAGGESSI, 2008, grifo nosso).

Então, o que seria melhor para a sociedade? A prevenção, impedindo o mau com bastante antecedência, como disse Maquiavel, e retirando imediatamente o “poder” do “chefe” em dar as ordens, confiscando imediatamente o aparelho celular e assim bloqueando os contatos externos? Ou deixar vivível apenas para reprimi-los, repressão essa tardia? A justificativa para a referida interceptação é no seguinte sentido:

47. É, por outro lado, forçoso reconhecer que a interceptação perdurou por tempo considerável, de 29/05/2006 a 22/11/2007. Proliferam atualmente críticas a interceptações tão longas.

48. Ocorre que a complexidade da atividade criminal organizada ou desenvolvida de forma empresarial, envolta em concha de segredo, gera a necessidade da utilização de métodos especiais de investigação, com a conseqüente maior afetação da esfera privada individual. É o preço a se pagar caso se pretenda efetividade da Justiça criminal em relação a esse tipo de crime.

49. Tal necessidade pode levar, excepcionalmente, à extensão por tempo considerável da diligência de interceptação telefônica, o que depende das circunstâncias do caso concreto.

50. Acrescente-se que, no caso concreto, a investigação acompanhava uma atividade criminal contínua e que não cessou durante a interceptação. Tal constatação é ilustrada pela realização de doze apreensões de drogas e armas durante a interceptação. Impedir a continuidade da interceptação nessas circunstâncias equivale a permitir a continuidade da atividade delitiva. Em outras palavras, qualquer interrupção da interceptação antes de seu termo final equivaleria a frustrar as apreensões posteriores de drogas e armas. (MORO, 2008, p.13, 14, grifo nosso).

Assim, se admitir que as provas colhidas com o referido “grampo” são todas provas lícitas e legítimas, admite-se igualmente o uso de aparelhos celulares nas unidades prisionais, quando conveniente para a descoberta de novos crimes. Então, não há por que se falar hoje em crime ou falta disciplinar grave quando um preso fizer uso de um aparelho celular. Ou é permitido ou é proibido.

O certo é que as provas colhidas durante o “grampo” telefônico devem ser todas consideradas ilegais ou ilícitas e deveriam ser banidas do processo, por mais relevância que tivessem, pois a sua origem não era sequer lícita. Ou pode-se considerar lícito o uso de aparelho celular por um preso, que, ao que parece, é supervisionado, ainda mais dentro da própria Superintendência da Polícia Federal. Ao que parece, a resposta para essa pergunta é afirmativa, conforme se depreende do caso em estudo (MORO, 2008, p. 18, item 70).

[...] Antes ainda do exame de cada apreensão, é forçoso reconhecer que restou provado acima de qualquer dúvida razoável que Luiz Fernando da Costa, conhecido como Fernandinho Beira-Mar, fez de fato uso de terminais telefônicos celulares, enquanto se encontrava recolhido em cela na Superintendência da Polícia Federal de Brasília. **Ressalve-se que as autoridades policiais tinham conhecimento do fato e permitiram a continuidade do uso para fins da investigação. Foram interceptados diversos diálogos efetuados por Luiz Fernando da Costa** (v.g.: 2362028, 2366124, 2370702, 2338112, 2347685, 2371251, 2392493, 2404130, 2208025, 2231745, 2289970, 2293296, 2333050 e 36622784, todos degravados no apenso XIII, especialmente fls.354-463)[...]. (MORO, 2008, p. 18, grifo nosso).

O mais interessante nessa ação controlada é que, em nenhum momento, as autoridades perguntaram aos acusados como esse aparelho entrou na Superintendência e quem o permitiu. Poder-se-ia até dizer que a Ação Controlada seria nesse caso lícita se não fosse imoral deixar um preso ter acesso a esse tipo de equipamento, ainda mais dentro de um órgão extremamente respeitado e, por que não dizer, temido pelos criminosos.

Barros (1977), citado por Queijo (2003), ao falar sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, relata que:

[..] As sanções para aqueles que violaram o ordenamento para produzir a prova raramente são aplicadas, sobretudo considerando-se que no processo penal, as violações mais frequentes se dão pela polícia[...]. (BARROS, 1977 apud QUEIJO, 2003, p. 379).

Essa é a regra insculpida no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos”. E ainda, conforme o novo artigo 157 do Código de Processo Penal, “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1973).

Portanto, as provas colhidas foram ilícitas, posto ter figurado mais como um flagrante preparado, o que é proibido no ordenamento jurídico brasileiro, do que propriamente uma ação controlada.

3 SEGURANÇA PÚBLICA: DEVER DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu artigo 144 que “A segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos” (BRASIL, 1988): polícia federal, polícia rodoviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Traz ainda nos incisos do § 1º as devidas atribuições, quais sejam:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (BRASIL, 1988).

Zanobini (1950), citado por Moraes (2007), traz o seguinte conceito do termo polícia:

[...] a atividade da administração dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais. (ZANOBINI, 1950 apud MORAES, 2007, p.1804, grifo nosso).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva do Estado em seu artigo 37, parágrafo 6º nos seguintes termos:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1998).

No mesmo sentido, Canotilho (2003, p, 508) assim define a responsabilidade da administração:

Os particulares lesados nos seus direitos, designadamente nos seus direitos, liberdades e garantias, por acções ou omissões de titulares de órgãos, funcionários ou agentes públicos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado – “responsabilidade do Estado” -, exigindo uma reparação dos danos emergentes desses actos (CPR, artigos 22º,27º;ETAF,artigo 51º/1/h).

Embora o uso do aparelho celular no início da interceptação telefônica do caso em estudo ainda não fosse considerado falta disciplinar grave, muito menos crime, isso só se consagrou com a Lei nº 11.466/2007, que modificou o artigo 319-A do Código Penal, prevendo ser crime “Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”.

O certo é que era dever de os agentes públicos agirem para conservar a ordem, a segurança geral, a paz social, até porque eles, incumbidos da guarda de quem quer que se encontre preso, têm o dever de não só de custodiar, mas, sobretudo, de evitar que os presos sob sua guarda e vigilância coloquem em risco a segurança e a paz pública, e é também para isso que serve a prisão. Nesse sentido, tem-se que, no caso concreto, os agentes públicos assumiram o risco de produzir qualquer tipo de resultado, inclusive o de colocar em risco a vida e a integridade física dos cidadãos.

Ainda que à época da autorização do “grampo” não fosse tipificado como crime, o dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, a interceptação perdurou tempo suficiente para alcançar tal medida, já que entrou em vigor na data de 29 de março de 2007, e a interceptação se deu até o dia 22 de novembro de 2007. Observa-se (item 47 da referida sentença): “É, por outro lado, forçoso reconhecer que a interceptação perdurou por tempo considerável, de 29/5/2006 a 22/11/2007. Proliferam atualmente críticas a interceptações tão longas.” (MORO, 2008, p.13).

Assim é que as autoridades nesse caso assumiram o risco de produzir qualquer evento danoso e, como bem salientado por Castro (2000, p. 54):

A essência da teoria do risco administrativo, o próprio nome indica está na assertiva de que a administração deve assumir os ônus oriundos de suas atividades, que prejudiquem terceiros; não interessa que não exista culpa, pois desde que o lesado também não seja culpado, é razoável que o provocador e beneficiário dos riscos arquem com os encargos.

Nesse caso, onde fica a responsabilidade do Estado, que acompanhou todo o planejamento, ordem e execução das pessoas mencionadas? Se o Estado pode até mesmo ser considerado culpado por uma morte ocorrida em uma rodovia, por má prestação de serviços, o que dizer nesse caso?

A seguir transcreve-se trecho de uma notícia a qual demonstra claramente o quanto é perigoso para a sociedade a falha na prestação de serviços de segurança pública. Mesmo que só tenham sucumbido pessoas tidas como criminosas, essas pessoas não podem ter suas vidas ceifadas, e não poderiam ser protegidas por um simples “grampo” telefônico utilizado por conveniência das autoridades policiais, pois deveria ter outro meio de evitar a criminalidade, bastando para isso ter retirado o meio de comunicação do preso em questão.

A PF estava monitorando as ligações de Beira-Mar no dia 27 de julho. Ele foi informado que “Bone” fora morto. O traficante reagiu, inconformado com a terceira morte sem sua autorização. Com um comparsa, ele decide se vingar daqueles que desafiaram sua autoridade. São conversas gravadas entre as 19h18 e as 23h45.

Beira-Mar marca uma reunião para aquela noite, com a desculpa de colocar as coisas “em pratos limpos”. Durante o encontro, Beira-Mar ordena que todos entreguem as “peças” (armas). Assim que eles são desarmados, são disparados mais de 30 tiros. Morrem Antônio Alexandre Vieira Nunes, o Playboy, e Ednei Thomaz Santos. Adailton Cardoso Lima é ferido, mas sobrevive. O traficante chamado de Velho teria fugido. Os promotores não conseguiram identificar quem seria Daio, outro alvo de Beira-Mar. Os policiais federais acompanharam todo o planejamento, ordem e execução. (AGÊNCIA ESTADO, 2002, p. 1, grifo nosso).

Certo é que a responsabilidade objetiva do Estado traduz-se na existência de nexos de causalidade entre o fato danoso e a conduta do poder público e, no caso em tela, o Estado. Entenda-se, seus agentes foram omissos no seu dever de cuidado, uma vez que permitiram a um custodiado fazer uso de um aparelho telefônico celular e por tempo demasiadamente longo dentro de uma Superintendência da Polícia Federal, a fim de utilizar em proveito próprio (obtenção de provas). Desta forma, não evitaram a introdução do aparelho celular no recinto, permitindo dessa forma a um custodiado perpetrar crimes extramuros.

Assim tem sido o entendimento dos Tribunais brasileiros, tanto quando o evento ocorre dentro do Estabelecimento prisional quanto fora, mas que haja o nexo de causalidade, aqui utilizado por analogia.

Responsabilidade Civil do Poder Público - Roubo e estupro cometido por menores evadidos – caracterização. Ao Estado, com exclusividade, incumbe velar pelas condições de segurança dos estabelecimentos correccionais em que se encontrem segregados menores infratores dotados de grau intenso de periculosidade, pois é seu dever precípua impedir que esses menores, estando sob sua custódia, reingressassem ilegalmente ao convívio social, como parcela inerente da sua própria obrigação de garantir a segurança da sociedade. Se o agente estatal, numa atitude de descaso e de negligência, propicia, mercê da falta de segurança, que menores dessas características se evadam de local destinado ao internamento, com os mesmos integrando-se à quadrilha, praticando então, diretamente delitos de estupro e de roubo, inescusável é a sua obrigação de prestar a correspondente indenização, por configurada, nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Magna, a sua responsabilidade objetiva. (TJ-SC – ApCív nº 96.005825-27 – Ac. Unân. Da Cciv – Julg. Em 24/03/1998 – Capital – Rel. Des. Trindade dos Santos).

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Pensão fixada. Hipótese excepcional em que se permite a vinculação ao salário mínimo. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 577908 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-18 PP-03696).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para

caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 573595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-07 PP-01418).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (RE 409203, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298).

Desse modo, como bem salientado por Carvalho Filho ao comentar sobre o artigo 37, § 6º da CF (2008, p. 501). “Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real”, continuando ainda na mesma linha de raciocínio: “Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico”.

Mas, ao que parece, alguns agentes públicos não estão de forma alguma preocupados se causa ou não dano à sociedade, até porque, nas palavras dos promotores Marcio Sergio Christino e Roberto Porto, do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado,

[...] O telefone celular ainda é o recurso primordial utilizado pela organização para firmar sua estrutura e permitir a coordenação, direção e realização de atividades dentro e fora do sistema prisional. Trata-se ao mesmo tempo de sua maior força e sua maior fraqueza, eis que permite a comunicação **mas, também, que tal comunicação possa**

. (AGUIAR, 2006, p. 1, grifo nosso).

De que adianta, então, fazer tanto alarde em torno do tema bloqueio de sinais de celulares nas imediações de estabelecimentos prisionais? Será que é isso mesmo que o Estado pretende? Ou isso dificultaria as chamadas ações controladas ou facilitadas pelas autoridades policiais?

CONCLUSÃO

É notório que os danos causados pelo uso do aparelho celular utilizado por pessoas recolhidas dentro das unidades prisionais são também de responsabilidade do Estado, uma vez que existiu, no presente caso, um fato administrativo, dano e onexo causal. Esse último fator é preponderante, pois, se não tivessem permitido o uso do aparelho celular, os agentes teriam evitado o cometimento de mais crimes, sem falar que deixou a sociedade totalmente à mercê de criminosos.

E, ainda, como é de conhecimento público, ao agente público somente é permitido fazer aquilo que a lei expressamente permite. No caso em estudo, não havia nenhuma lei que permitisse uso de celular dentro das dependências do sistema prisional. Ao contrário, ainda durante o período da interceptação adveio a Lei nº 11.466/2007, prevendo falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular. Nesse sentido, além de os danos causados serem de responsabilidade também do Estado, tem-se que as provas foram ilegalmente obtidas, pois o meio utilizado não era idôneo, em que pese a ter havido autorização judicial para tanto, mas a prova estava viciada no início, já que o uso do aparelho celular pelo preso era de total conhecimento dos agentes públicos.

Assim permitiram o uso indevido desse instrumento apenas por conveniência ou para facilitar a investigação criminal em total desrespeito à integridade física dos cidadãos de bem, pois, durante todo esse tempo, várias ações escaparam ao controle dos agentes, uma vez que não ficavam 24 horas *on line* reprimindo os comandos dados de dentro das dependências da Polícia Federal. Pessoas foram feridas e até mesmo mortas, como se pôde ver das notícias. Tudo em nome de se conseguir mais alguns anos de pena para o criminoso em questão. E, como se sabe, a finalidade do processo penal não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo e a qualquer custo; há também de se verificar o bem da coletividade. Nesse sentido pergunta-se: O que interessaria mais para a sociedade: a retirada imediata desse aparelho, e deixar o preso completamente sem comunicação com o mundo exterior, ou ser vítima de mais crimes? E ver apenas alguns serem combatidos?

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Beira-mar planeja, comanda e acompanha duas mortes, por celular. **O Liberal**, Belém, PA, 6 set. 2002. Cidades, p. 1. Disponível em: . Acesso em: 19 dez. 2008.

AGUIAR, Adriana. O crime organizado fez do celular sua principal arma. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 maio 2006. p. 1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai-15/crime_organizado_fez_celular_principal_arma>. Acesso em: 18 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940, p. 2391. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2008.

_____. Lei nº 10.217, de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 abr. 2001. p. 1. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2008.

_____. Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 2007, p. 1. Edição extra. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2008.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. p. 10227. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2008.

_____. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 maio 1995. p. 6241. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2008.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1996. p. 13757. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 19. ed. rev., amp. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2008.

CASTRO, Guilherme Couto de. Responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COMISSÃO criminaliza ingresso e uso de celular em prisão. 2006. Disponível em: . Acesso em: 12 jan. 2008.

CONJUR. Operação Fênix: Beira-Mar é condenado por crimes cometido enquanto preso. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 ago. 2008. Notícia. Disponível em: . Acesso em: 19 dez. 2008.

MACCHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe**: comentários de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia. Tradução e revisão Ana Paula Pessoa. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MAGGESSI, Marina. É um perigo fazer investigação só na base do grampo. JUS Brasil Notícias, 15 jun. 2008. Disponível em: . Acesso em: 19 dez. 2008. Entrevista.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atual. até EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

MORO, Sergio. **Processo nº 2007.7000026565-0**: sentença condenatória, da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Curitiba, PR, 25 de agosto de 2008.

PORTO, Roberto. **O crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**: o princípio *Nemo tenetur se degetere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

**INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 AOS CRIMES DE ABUSO DE
AUTORIDADE: VIOLAÇÃO DO IMPERATIVO DE TUTELA PENAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FEDERAL LAW N. 9.099/1995 IS CANNOT BE USED TO PUNISH CRIMES
RELATED TO ABUSE OF POWER CRIMES: VIOLATION OF THE
PROTECTION OF PENAL FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Nestor Eduardo Araruna Santiago
José Donato de Araújo Neto**

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem entendendo que o abuso de autoridade é considerado infração de menor potencial ofensivo. Pretendida interpretação viola frontalmente a Constituição Federal, pois a repressão penal aos crimes de abuso de autoridade tem previsão no mandado constitucional de criminalização implícito no direito à vida e liberdade. O Estado deve, portanto, segundo imperativo constitucional, adotar medidas eficientes na tutela penal dos direitos fundamentais. É o que se chama de princípio da proibição da proteção deficiente. Assim, mostra-se inconstitucional a aplicação de benesses legais, dentre elas, a transação penal, aos crimes de abuso de autoridade, por ser flagrante a inadequação e insuficiência da medida. Por outro lado, reveste-se de nítido retrocesso penal, em comparação com a já defasada Lei n. 4.898/65, a aplicação da Lei n. 9.099/95 ao abuso de autoridade. A solução adequada constitucionalmente é não considerar o crime de abuso de autoridade como infração de menor potencial ofensivo.

PALAVRAS-CHAVES: ABUSO DE AUTORIDADE. MANDATO IMPLÍCITO DE CRIMINALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. PRINCÍPIO DO RETROCESSO PENAL.

ABSTRACT

The Brazilian Higher Court of Justice (STJ) considers abuse of power a minor offense. However, such interpretation clearly violates the Brazilian Constitution, as repression to abuse of power is inferred in the regulation concerning the protection of the rights to life and of personal liberty. Therefore, and as determined by the Constitution itself, the State must adopt efficient measures for enforcing the protection of the fundamental rights, thus applying the so-called "principle of the prohibition of faulty protection". In this sense, it is unconstitutional to resort to the use of legal benefits, such as transaction, in case of crimes related to abuse of power, as such benefits are clearly inadequate and deficient. On the other hand, the use of Law number 9.099/95 consists a clear setback, in comparison with the rules on abuse of power which are part of Law number 4.898/65.

If the Constitution is to be respected, the appropriate solution for this problem is not to consider abuse of power as a minor offense.

KEYWORDS: ABUSE OF POWER. IMPLICIT CONSTITUTIONAL OBLIGATION OF CRIMINALIZATION. PRINCIPLE OF PROHIBITION OF FAULTY PROTECTION. PRINCIPLE OF PENAL SETBACK.

1 EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

A Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECC), dando cumprimento ao dispositivo do art. 98, I, da Constituição Federal (CF), definiu o que seria infração de menor potencial ofensivo, considerando como tal as contravenções e os crimes com pena máxima em abstrato não superior a 1 (um) ano, excluídos, porém, os crimes com a previsão de procedimentos especiais.

Desta forma, diante do texto do art. 61, *caput*, da Lei n. 9.099/95, ao preceituar que não se incluíram na definição de infração de menor potencial ofensivo os crimes perseguidos mediante procedimento especial, a jurisprudência chegou ao entendimento de que os crimes de abuso de autoridade, por possuírem rito próprio previsto na Lei n. 4.898/65, não se enquadrariam na definição de infração de menor potencial ofensivo. Foi o que decidiu, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus (HC) n. 77.216/RO.

Posteriormente, com o advento da Lei n. 10.259/01, instituindo os JECC no âmbito da Justiça Federal, alargou-se a definição de infração de menor potencial ofensivo, para alcançar os crimes em que a pena máxima, abstratamente cominada, não seja superior a 2 (dois) anos. Além disso, diferentemente do que preconizava a Lei n. 9.099/95, restou suprimida a alusão quanto aos crimes de rito processual próprio.

A partir desta nova definição, dada pela Lei n. 10.259/01, englobando no conceito de infração de menor potencial aqueles crimes processados em procedimento especial, passou-se a discutir se os crimes de abuso de autoridade, que como visto possuem rito especial, restariam ou não, a partir da nova definição legal, abrangidos pelo sistema dos Juizados Especiais.

Na doutrina, vários autores passaram a defender que, com o suprimento da exceção do procedimento especial, os crimes de abuso de autoridade passariam, após a edição da Lei n. 10.259/01, à categoria de infração de menor potencial ofensivo.

José Paulo Baltazar Júnior (2008, p. 250-251) assim defende este ponto de vista com base na nova redação do art. 61 da Lei n.9.099/95, dada pela Lei n. 11.313/06, que não mais contém cláusula de exclusão de crimes para os quais a lei preveja procedimento especial, sendo este o caso dos crimes previstos na Lei n. 4.868/68.

Fernando Capez também pensa que os crimes de abuso de autoridade seriam espécie de infração de menor potencial ofensivo após a edição da Lei 10.259/01 (2006, p. 39-40).

Ricardo Andreucci não destoa do posicionamento dos dois autores acima citados, pois, segundo ele, a Lei n. 10.259/01 não continha cláusula restritiva relativa aos crimes com procedimento especial e que, por isso, poderiam ser considerados de menor potencial ofensivo, com ampliação da competência dos JECC (2005, p. 198).

No campo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem decidindo reiteradamente que os crimes de abuso de autoridade são infrações de menor potencial ofensivo, aplicando-se, por conseguinte, as normas da Lei n. 9.099/95, conforme se vê no julgamento do HC n. 59.591/RN, ocasião em que o Min. Felix Fischer ressaltou:

[...] tratando-se o abuso de autoridade de infração de menor potencial ofensivo, deve ser aplicada ao paciente as benesses da referida lei. É de se ressaltar que com a Lei nº 11.313/2006, resta superada a discussão no tange a competência dos Juizados Especiais para os delitos que possuam rito especial. Em outras palavras, com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, "*consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*", independentemente de a infração possuir rito especial.

Como se vê, o atual estado da dogmática jurídica manifesta-se no sentido de que os crimes de abuso de autoridade são considerados infrações de menor potencial ofensivo, com o autor do fato, por conseguinte, tendo direito a todas as benesses legais trazidas pela Lei n. 9.099/95, discussão que, aliás, segundo decisões do STJ, perdeu qualquer sentido após a nova redação do art. 61 da LJCC, dada pela Lei 11.313/06, que excluindo qualquer alusão aos delitos processados por rito próprio.

A interpretação não resiste ao teste de compatibilidade vertical com a Constituição Federal. Com efeito, se a presente interpretação parece estar logicamente consentânea com as leis ordinárias que disciplinam o assunto, se transferida a questão para um olhar constitucional, chegar-se-á à conclusão que é incompatível com as normas definidoras dos direitos fundamentais, considerar abuso de autoridade infração de menor potencial ofensivo.

Em verdade, evidente que referida interpretação, ao conceder várias benesses legais, dentre elas, a figura da transação penal, a crimes tão graves e de grande potencialidade lesiva aos direitos fundamentais dos cidadãos, não atende a Constituição Federal no aspecto da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Considerar que o abuso criminoso de agente estatal seja definido como infração de menor potencial ofensivo, fomenta a prática da violência estatal, pois a censura penal exposta pelos institutos dos Juizados Criminais não cumprem com a tarefa de prevenir e reprimir devidamente o arbítrio dos agentes estatais.

Deste modo, sendo obrigação constitucional do Estado adotar medidas positivas de proteção aos direitos fundamentais, dentre elas, incluindo, evidentemente, as de caráter

penal, proibi-se, assim como o excesso na proteção, a deficiência na prestação estatal de salvaguarda do direito fundamental.

O enfraquecimento na persecução penal dos crimes de abuso de autoridade, ao considerá-los infração de menor potencial ofensivo, configura nítido retrocesso penal no já anacrônico e desatualizado mecanismo de repressão penal previsto na Lei n. 4.898/65, contribuindo ainda mais para o ineficiente combate aos abusos dos agentes do Estado.

2 O IMPERATIVO DE TUTELA PENAL DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE COMO DECORRÊNCIA DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: MANDADO IMPLÍCITO DE CRIMINALIZAÇÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Historicamente, fruto da perspectiva liberal-individualista, própria do Estado Moderno em formação no século XIX, os direitos fundamentais foram forjados como uma espécie de escudo de proteção contra o Estado, considerado o inimigo número um do cidadão.

Dentro dos ideais do Estado Liberal, o denominado Estado Leviatã de Hobbes – “mau” e “opressor” - retratado no antigo Estado absolutista, deveria ser contido para assegurar a liberdade da classe burguesa que consolidava, em suas mãos, os poderes econômicos e políticos.

O perfil estatal adotado para alcançar e proteger a esfera de liberdade dos indivíduos foi a adoção de um Estado mínimo e abstenteísta, interferindo o menos possível na autonomia da vontade.

Nessa quadra da história, os direitos fundamentais dos cidadãos exerceriam uma zona de proteção oponível ao Estado, em que os órgãos deveriam abster-se de qualquer conduta que violasse referida área de proteção.

Os direitos fundamentais caracterizavam-se, assim, como direitos subjetivos negativos a serem exercidos contra as ingerências do Estado na liberdade pessoal.

Com a evolução dos fins do Estado e, por conseqüência, da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, foi-se agregando uma nova perspectiva ao caráter subjetivo dos direitos fundamentais.

Com efeito, se no Estado Liberal os direitos fundamentais se limitavam à função de serem direitos de defesa contra os abusos estatais, no decurso do tempo reconheceu-se, ao lado da perspectiva clássica, que os direitos fundamentais eram uma ordem de valores básicos diretivos da ação dos poderes públicos.

Referido reconhecimento dos direitos fundamentais, enquanto ordem de valores básicos da comunidade, para além da ótica subjetivista dos direitos fundamentais, implicou a outorga de diversas funções aos direitos fundamentais.

Por tal razão, assevera-se que a perspectiva objetiva constituiu uma mais-valia à teoria dos direitos fundamentais, ao agregar novas funções e objetivos, que não somente o clássico direito de defesa do indivíduo.

Para os fins do presente trabalho, sem descurar das inúmeras funções que a perspectiva objetiva pode oferecer à categoria dos direitos fundamentais, importa registrar uma delas, amplamente reconhecida pela teoria constitucional, que é o dever de proteção dos direitos fundamentais a cargo do Estado.

Este dever consiste, em suma, na adoção de medidas ativas de proteção, incluindo, inclusive, medidas de caráter penal na salvaguarda dos direitos fundamentais contra abusos de particulares e do próprio Estado.

Dentro dessa nova visão, os direitos fundamentais tanto ostentariam a tradicional na natureza de escudo de proteção contra o Estado (perspectiva liberal), permanecendo intocável o seu caráter individual e subjetivista, quanto de um direito da comunidade de exigir do Estado a adoção de ações de proteção para resguardá-la de atos ilícitos.

Assim, de uma posição inicialmente inerte e passiva, o Estado se transformaria em sujeito ativo e amigo dos direitos fundamentais, responsável pela realização de prestações de fazer, para proteger os mesmos direitos fundamentais.

A respeito do caráter objetivo dos direitos fundamentais, no que tange aos inúmeros aspectos que o dever de proteção do Estado pode assumir, Sarlet (2004, p. 159) defende a adoção de medidas de caráter penal como um dos instrumentos que os organismos estatais poderão utilizar para salvaguardar os direitos fundamentais:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento dos direitos de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive, preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos [...] Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

Na mesma senda, Gilmar Mendes, Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 257) mencionam como conseqüência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o dever de proteção estatal dos direitos fundamentais contra agressões do próprio Estado, de particulares, sendo que para a consecução desse dever, o Estado deverá adotar até mesmo *medidas de ordem penal* que protejam efetivamente os direitos fundamentais.

Assim sendo, o dever de proteção do Estado, via Direito Penal, exigência do caráter objetivo dos direitos fundamentais, denota uma nova feição a esta espécie de controle

estatal, pois se transforma em um verdadeiro imperativo de tutela estatal na defesa dos bens jurídicos albergados pelas normas definidoras de direitos fundamentais.

Destarte, a ótica de limitação do Direito Penal, própria do paradigma liberal-individualista, que o vê unicamente como um instrumento “repressor” e “mau”, devendo, por essa razão, ser contido a todo custo pelos direitos e garantias individuais penais e processuais-penais, passa a conviver harmoniosamente com o dever estatal de proteção penal dos direitos fundamentais.

No caso brasileiro, a Constituição Federal em várias passagens[1] impõe ao legislador ordinário, verdadeiros *mandatos de criminalização*, obrigando, em caráter positivo, a edição de norma incriminadora, ou mesmo quando já exista norma disciplinadora do imperativo de tutela penal constitucional, uma obrigação negativa, consistente na vedação da retirada da proteção já existente[2].

No âmbito do STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3112, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a existência de mandatos de criminalização na CF, próprios do dever de proteção estatal:

Os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais (...) Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional penal-adequado.

Registre-se, ainda, que ao lado dos mandatos expressos de criminalização, Luciano Feldens (2005, p. 94) defende, a partir de uma análise contextual da CF, a existência de normas implícitas de penalização de determinados bens jurídicos, considerados primários no âmbito de uma sociedade democrática, submetidos a um programa constitucional básico, assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana.

Especificamente, sobre a obrigação de criminalização do abuso de autoridade, Feldens defende a existência de um imperativo constitucional implícito de tutela penal para essa categoria de delito, em razão da necessidade de se resguardar o valor básico da liberdade:

Situação igualmente grave parece verificar-se quando a agressão a esse direito fundamental provém de agentes do Estado. Pensemos na hipótese de detenção intencionalmente arbitrária, ilegal de um cidadão, sem qualquer observância das diretrizes constitucionais, ou mesmo a prática de outras formas de uso desmesurado da autoridade que tendam a cercear-lhe ilicitamente a liberdade (abuso de autoridade). (2005, p. 148)

Em prosseguimento à abordagem sobre a imposição constitucional de criminalização do abuso de autoridade, Feldens aprofunda a análise para sentenciar que o direito penal é a única alternativa possível à proteção efetiva do bem jurídico albergado pela norma penal:

Pelo menos em tais situações (extremas), a necessidade de normas penais parece demonstrar-se como a única alternativa possível a conferir uma proteção efetiva ao bem jurídico sob comento.

As demais sanções cogitáveis, de índole eminentemente patrimonial, ou quando muito as índole administrativa incidentes sobre o funcionário público, não parecem oferecer um conteúdo sancionador proporcional ao nível da agressão sofrida, pelo motivos que antes expusemos; ao não causarem um efeito comprovadamente dissuasório (prevenção geral), deixariam insuficientemente protegido o bem jurídico liberdade [...]. (ibid.)

É de se observar que a incriminação do abuso de autoridade, decorrência do mandato constitucional implícito de criminalização, tem dentre as suas conseqüências a de que não é facultado ao legislador infraconstitucional tipificar ou não o fato. Não há liberdade legislativa. O mandato constitucional é impositivo e visa proteger os direitos fundamentais objeto da tutela penal do abuso de autoridade.

Em reforço à necessidade de o Estado adotar medidas protetivas dos direitos fundamentais, no plano do direito internacional, o art. 1º. 1, do Pacto de San Jose da Costa Rica impõe aos Estados-Partes o dever *garantir* o exercício livre e pleno dos direitos consagrados na Convenção.

Por força desse compromisso internacional, os Estados possuem, face à expressão *garantir*, a obrigação de adotar todas as medidas positivas para prevenir e punir toda e qualquer violação aos direitos humanos decorrentes da norma internacional.

Segundo Gomes e Mazzuoli (2008, p. 22), comentando o dispositivo internacional, a locução *garantir* requer uma atuação positiva que traga efetividade à proteção desses mesmos direitos e liberdades, ressaltando que todos os poderes estatais podem ser responsabilizados nas hipóteses de não contribuir para a aplicação prática da Convenção.

Ilustrando a obrigação que os Estados-Partes assumem para garantir os direitos humanos dispostos no Pacto da Costa Rica, citando decisão da Corte Interamericana no caso Velásquez Rodrigues, Gomes e Mazzuoli verificam, dentre as obrigações positivas impostas ao Estado, para garantir os direitos humanos previstos na Convenção, a existência de medidas de caráter penal:

Esta obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção. [...] (ibid.)

É imperioso constatar, conforme já inicialmente ressaltado, que não basta tão-somente a edição de ato normativo infraconstitucional, instituindo o tipo penal e a sua respectiva sanção, para que o desiderato da obrigação constitucional de criminalização seja cumprido.

Importa, além da elaboração do comando normativo, a proteção dos direitos fundamentais dentro de padrões razoáveis de efetividade, pois não faz qualquer sentido obrigar o Estado a fazer o manejo do Direito Penal sem que seja imposto um grau mínimo de eficiência da norma, imposição do próprio Direito.

É o que a teoria constitucional vem denominando de princípio da proibição da proteção estatal deficiente, cujo fundamento jurídico reside no princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, para que o Estado cumpra sua obrigação de proteção penal contra as condutas de abuso de autoridade, não satisfaz tão-somente a edição de lei criminalizadora, mas sim, e, sobretudo, que referida legislação atinja satisfatoriamente os resultados de prevenção e repressão penal.

Deste modo, visto que o tratamento penal do crime de abuso de autoridade é consequência de mandado implícito da CF, tem-se por inconstitucional, *a priori*, possível lei revogadora da Lei n. 4898/65.

A esse respeito, da impossibilidade de uma *abolitio criminis* inconstitucional, quando a tipificação penal resultar de um imperativo de tutela penal, aduz Luciano Feldens:

De fato, trilhando sob o epíteto de uma Constituição normativa, parece-nos inexistir razão de qualquer natureza apta a imunizar (blindar) as normas penais de um tal controle quando se conteúdo, ainda que despenalizador, venha a situar-se em relação de contrastes às disposições constitucionais paramétricas. *Ou será o legislador penal – e ele, e apenas ele – árbitro absoluto de suas decisões (des)penalizadoras?* (2005, p. 93)

Nesse diapasão, embora a incidência das benesses legais dos Juizados Especiais Criminais não tenha operado a descriminalização do abuso de autoridade, é forçoso convir que, a despenalização^[3] operada pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, diminuiu consideravelmente a eficácia da tutela penal referente a tal espécie de crimes. É o que se verá a seguir.

3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE COMO FACETA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DAS BENESSES LEGAIS DA LEI N. 9.099/95 AOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE

Foi visto que na função de imperativo de tutela estatal, os direitos fundamentais obrigam o Estado a uma postura mais ativa, eficaz e adequada na proteção do indivíduo.

Desse modo, ao tempo em que o Estado é obrigado a agir na defesa dos direitos fundamentais, agrega-se o sentido de que essa proteção seja eficiente, pois não faz sentido obrigar a uma ação ineficiente.

O princípio da proibição da proteção deficiente apresenta-se como uma ferramenta de controle da proporcionalidade da medida penal visto sob o aspecto da sua (in)suficiência à proteção do bem jurídico tutelado, observando-se que não só é vedado o excesso, mas também o oposto, ou seja, o Estado tanto não pode ir além da proteção (excesso), como também não pode ficar aquém do limite mínimo (deficiência) no resguardo do direito fundamental.

Tem o princípio por objetivo impedir que o Estado, na sua função de garantidor positivo, atue deficitariamente na defesa dos direitos fundamentais. Dentro dessa perspectiva, o Estado deve adotar medidas adequadas e suficientes para a efetiva proteção do direito fundamental que se quer proteger.

Nesse sentido, a proteção estatal exercida pelo direito penal assume grande importância como uma das armas mais eficazes contra as agressões aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Luciano Feldens assevera que a doutrina e jurisprudência tradicionais rotineiramente conjugam o princípio da proporcionalidade à noção de proibição do excesso. Entretanto, diz o autor, que a vedação do excesso é apenas uma das facetas da proporcionalidade. Segundo ele, o desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como deveres de proteção tem sugerido o princípio da *infraproteção* ou de proteção *deficiente*.

Para Feldens, a proibição deficiente configura uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal retratado em uma omissão total ou parcial vulnera direito fundamental (2005, p. 109).

Como se nota, o princípio da proporcionalidade, na sua face de proibição da proteção deficiente, pretende identificar um padrão de mínimo de tutela estatal dos direitos fundamentais, padrão esse que também pode ser exigido do legislador penal.

A proporcionalidade da atuação estatal na defesa de direitos fundamentais não deve ter aplicação apenas quando presentes medidas gravosas e excessivas, mas também no sentido de proibir a proteção insuficiente ou subdimensionada.^[4]

A proibição de proteção deficiente, no campo do direito penal, impede que o legislador renuncie livre e arbitrariamente ao emprego das sanções criminais quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude, cuja proteção penal é constitucionalmente requerida^[5].

No julgamento da ADI n. 3.112 foi visto que o STF, no voto do Ministro Gilmar Mendes, descortinou a existência de mandatos constitucionais de criminalização. Na oportunidade, o Ministro deixou claro que essa obrigação constitucional de criminalização não só deve existir, como a sua instituição deve ser suficiente e adequada para proteção dos valores constitucionais

Em outra oportunidade, o princípio da proibição deficiente encontrou aplicação no âmbito do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 418.376, em que o Ministro Gilmar Mendes considerou inconstitucional o art. 107, VII, do Código Penal, que concedia favor legal de extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o agente ou com terceiro, considerando que a norma em referência protegia insuficientemente o valor da dignidade da pessoa humana.[6]

Ressalte-se que o dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, via Direito Penal, aplica-se ao Estado no plano mais geral, e também quanto ao Poder Judiciário, no plano mais específico.

Portanto, o dever de proteção estatal não é vinculativo apenas ao Estado-legislador, mas também ao Poder Judiciário, quando da interpretação e aplicação da norma no caso concreto.

Assim sendo, quando da interpretação e aplicação das normas penais protetivas dos direitos fundamentais, os tribunais não possuem carta branca, sendo obrigação construir a interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais, dando o sentido ao texto que garanta uma defesa eficiente e adequada dos bens jurídicos em jogo.

Com efeito, toda atividade jurisdicional deve estar orientada na necessidade de interpretar as normas de direito penal em consonância com a CF, [7] assumindo o juiz um compromisso com a eficaz proteção jurídico-penal, fazendo dela uma própria garantia do direito fundamental agredido.

Por essa razão, a interpretação dada pelo STJ, considerando os crimes de abuso de autoridade infrações de menor potencial ofensivo, revela-se um caso patente em que o Poder Judiciário não vem cumprindo a contento o seu dever de salvaguarda dos direitos fundamentais, pois a aplicação de benefícios penais e processuais penais previstos na Lei n. 9.099/95 não se coadunam com a imposição constitucional de uma resposta efetiva e proporcional aos delitos de abuso de autoridade.

Pela relevância dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 4.898/65, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal; pela gravidade ainda da ação violadora, posto ser causada pelo próprio Estado, o guardião-mor dos direitos fundamentais das pessoas, não há como conceber a interpretação de que o crime de abuso de autoridade configure infração de menor potencial ofensivo.

Referida interpretação do STJ viola frontalmente o postulado da proporcionalidade na sua faceta da proibição da proteção deficiente. Entender, por exemplo, que manter pessoa em cárcere por mais tempo do que o determinado em lei constitua mera infração de menor potencial ofensivo, é posição que conflita com o dever do Poder Judiciário de proteger efetivamente os direitos fundamentais.

Eugênio Pacelli de Oliveira esclarece a imbricação entre a Constituição Federal e a tutela processual penal dos direitos fundamentais, demonstrando que o art. 5º, LIX, obriga ao legislador ordinário a adoção de um processo público *condenatório* e não *consensual* quando em vista a proteção penal aos direitos fundamentais. [8]

Para o autor, há uma vedação constitucional à institucionalização de procedimentos tendentes à disponibilização da persecução penal em relação a infrações que atinjam gravemente direitos fundamentais.

Nos termos proferidos por Pacelli, sendo o crime de abuso de autoridade infração grave contra os direitos fundamentais, a exigir, portanto, processo público de caráter condenatório, não seria permitido ao legislador pretender adotar procedimento de natureza diversa, tendentes à disponibilização da persecução penal, como foi o caso do art. 61, *caput*, da Lei n 9.099/95, com redação dada pela Lei n. 11.313/06.

Fica claro, portanto, que a mudança do procedimento condenatório para consensual, quando for o caso de proteção de direitos fundamentais, viola a Constituição Federal, haja vista a deficiência do procedimento consensual no combate a crimes tão graves.

Significa dizer, em outras palavras, que a aplicação do procedimento consensual dos Juizados Especiais Criminais aos crimes de abuso de autoridade configura nítido *retrocesso penal* na defesa dos direitos fundamentais, atitude incompatível com a CF.

4 A LEI N. 9.099/95 NÃO PODE SE APLICAR AOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE SOB PENAL DE RETROCESSO PENAL

É assente na doutrina e na jurisprudência que uma vez editada lei que discipline dispositivos de envergadura constitucional, e em especial, normas definidoras de direitos fundamentais, tem-se proibida a sua revogação, ou mesmo a adoção de uma interpretação judicial que prive totalmente a norma constitucional de eficácia, na hipótese de não haver uma contraprestação estatal que corresponda à altura da proteção exercida anteriormente. É o que se passou a denominar de princípio da *proibição do retrocesso*.

O princípio da proibição do retrocesso, previsto implicitamente na CF, dentro da noção de Estado de Direito e da segurança jurídica, visa a evitar que uma vez atingido determinado grau de proteção de norma constitucional, venha-se a incorrer numa situação de retrocesso representada pela exclusão da disciplina legal.

Com efeito, para Sarlet, a proibição do retrocesso assume a feição de princípio constitucional implícito, proveniente da noção de Estado de Direito, da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, do direito à segurança jurídica e da própria dignidade da pessoa humana.[9]

Apesar de comumente ser desenvolvida e aplicada no âmbito dos direitos fundamentais sociais, acreditamos ser perfeitamente aplicável a teoria da vedação do retrocesso em matéria de direito penal, quando em jogo a tutela penal de direitos fundamentais.

Como é facilmente perceptível, vários direitos fundamentais ao longo de todo o art. 5º da CF têm a sua proteção exercida e reforçada por normas de caráter penal.

Exemplificando, o tipo do art. 121, *caput*, do Código Penal, que trata do homicídio, assegura a fruição do valor fundamental da *vida*. Desta forma, a revogação desse artigo configuraria frontal violação ao princípio do retrocesso, uma vez que o direito fundamental à vida ficaria sem qualquer proteção no âmbito penal.

Assim sendo, parece-me claro a possibilidade da aplicação da proibição do retrocesso no direito penal. Nesse sentido, entendendo que a vedação do retrocesso pode assumir outras feições, diz Sarlet (2004):

Que faz referência a outras possíveis acepções da proibição de retrocesso. Registre-se que a nossa concepção de proibição de retrocesso em sentido estrito, embora próxima, não coincide exatamente com o entendimento adotado pelo ilustre Procurador da República citado, já que este restringe a proibição de retrocesso em sentido estrito à seara dos direitos sociais. no nosso entender, a proibição de retrocesso em sentido estrito não se manifesta apenas na esfera dos direitos fundamentais sociais (ou das normas programáticas em matéria de justiça social em geral) mas diz com a possibilidade de limitar a auto-reversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral, ainda que o problema tenha indubitavelmente maior relevância no campo dos direitos sociais e que este tenha sido o enfoque priorizado neste estudo.

Frise-se, em reforço à idéia da vedação do retrocesso legislativo em matéria de direitos fundamentais, que o princípio visa não somente impedir casos de revogação total da legislação ordinária, mas também situações de revogação parcial, na hipótese de ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental, e ainda na construção de interpretações que importem em defasagem da proteção anteriormente exercida pelo entendimento anterior.

Diante de tal quadro, pretender que os crimes de abuso de autoridade sejam considerados infrações de menor potencial ofensivo, afigura-se claro retrocesso em matéria penal.

A despenalização dos crimes de abuso de autoridade operada pelos institutos da Lei n. 9.099/95 esvazia radicalmente a proteção penal dada aos direitos fundamentais protegidos pela Lei n. 4.898/65.

Ademais, é notório, bastando ver os noticiários jornalísticos, que longe de diminuir os casos de abusos dos agentes estatais, a justificar a adoção de um tratamento mais benigno, o que se vê é o contrário. Diuturnamente, e das mais variadas formas possíveis, observam-se situações em que direitos fundamentais são violados abusivamente por autoridades, não havendo, portanto, qualquer razão plausível para um afrouxamento na repressão a tais delitos.

Não há, assim, motivo fático para tão drástica redução na repressão ao abuso de autoridade. Muito ao contrário. Se mudança deve ocorrer, é no sentido da criação de

novos tipos e procedimentos que dêem uma resposta eficiente e adequada à gravidade do abuso da autoridade.

Em outras palavras, significa que não há carta branca ao Estado para o estabelecimento de tratamento mais favorável aos crimes de abuso de autoridade, principalmente quando a situação vivida no Brasil aponta para solução diversa.

5 CONCLUSÃO: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Demonstrada a insuficiência estatal na prevenção e repressão aos crimes de abuso de autoridade, ao considerá-los como infrações de menor potencial ofensivo, o caminho a ser trilhado, enquanto não editada legislação adequada e eficaz no combate a tão odiosos ilícitos, é a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, [10] proclamando-se a inconstitucionalidade da interpretação que tenha por pretensão a incidência do art. 61, *caput*, da Lei n. 9099/95, com redação dada pela Lei 11.313/2006, aos crimes previstos na Lei n. 4.898/65.

A técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto permite ao intérprete, diante de uma lei ou ato normativo, excluir interpretação inconstitucional, ao mesmo tempo em que preserva a existência da lei.

Sendo assim, diante do art. 61, *caput*, da Lei n. 9099/95, o intérprete deverá excluir a interpretação inconstitucional, consistência na incidência da norma aos crimes de abuso de autoridade, preservando, porém, a sua existência para outras interpretações possíveis.

Desta forma, no caso sob análise, a interpretação constitucionalmente adequada é: o art. 61, caput, da Lei 9.099/95 será inconstitucional se aplicável aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 4.898/65. Os crimes de abuso de autoridade, devido à gravidade das ações previstas no art. 3º e 4º, ofensivas contra os direitos fundamentais mais básicos dos cidadãos, mostram-se incompatíveis com a noção de infração de menor potencial ofensivo.

Nesse mesmo sentido, Maria Luiza Streck propõe a técnica da nulidade parcial sem redução de texto para as hipóteses de infrações penais que violem direitos fundamentais e que, por essa razão, não podem ser classificados como de menor potencial ofensivo[11].

Desse modo, praticado delito de abuso de autoridade, o procedimento a ser respeitado não é o previsto na Lei n. 9.099/95, mas sim o rito da Lei n. 4.898/65.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 2 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: Garantismo, Deveres de Proteção, Princípio da Proporcionalidade, Jurisprudência Constitucional Penal, Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal: Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 4.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

[1] Art. 5º da Constituição Federal, incisos XLI, XLII, XLIV.

[2] Cf. FELDENS (2005, p. 75): “[...] em uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que defina a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente”.

[3] Dentre os institutos despenalizadores sobressai a transação penal, que impede a pena de prisão, permitindo que o agente cumpra penas alternativas, dentre as mais comuns, a prestação de serviços à comunidade e multa.

[4] Cf. Gonçalves, 2007, p. 55.

[5] Cf. Feldens, 2005, p. 119.

[6] Referido dispositivo legal foi ab-rogado pela Lei n. 11.106, de março de 2005.

[7] “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental” (Barroso, 2004, p.161).

[8] Oliveira, 2004, p. 52-55.

[9] Sarlet, 2004, p. 422.

[10] Sobre a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto, ver ADIs n. 319, 491 e 1045, no STF.

[11] Streck, 2009, p. 150.

A GRADUAÇÃO DA MAGNITUDE DO INJUSTO E DA CULPABILIDADE NA TUTELA JURÍDICO-PENAL DA ORDEM ECONÔMICA, TRIBUTÁRIA E FINANCEIRA

THE GRADUATION DEGREE OF THE ILLEGAL ACT AND CULPABILITY MAGNITUDE IN THE ECONOMICS, FINANCIAL AND TRIBUTARY CRIMINAL LAW

**Patrícia Carraro Rossetto
Douglas Bonaldi Maranhão**

RESUMO

Tem o presente trabalho a finalidade de pormenorizar as circunstâncias criminais, que podem agravar ou atenuar a pena, constantes nos diplomas legais relacionados à criminalidade econômica. A princípio, serão abordadas, através de uma compreensão dogmática, a significação de circunstâncias e suas espécies, bem como a graduação de sua magnitude atinente ao injusto penal e à culpabilidade. Após uma análise ampla, buscar-se-á compreender as circunstâncias existentes e como se procede a sua graduação, frente aos delitos econômicos descritos através das seguintes Leis: 8.068/90 que diz respeito aos crimes contra as relações de consumo; 8.137/95 que versa sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; e, por fim, a 7.492/86 que abarca os crimes contra o sistema financeiro nacional. Dessa forma, poder-se-á ter um melhor entendimento da graduação da magnitude do injusto penal e da culpabilidade através das circunstâncias existentes nos referidos diplomas legais.

PALAVRAS-CHAVES: CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES. CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA. MAGNITUDE DO INJUSTO E DA CULPABILIDADE.

ABSTRACT

The purpose has the present work to detail the criminal circumstances that can aggravate or attenuate the penalty, constants in the attainments statutes to economic crime. The principle will be boarded through a dogmatic understanding, the significances of circumstances and its species as well as the graduation of its magnitude attainment to delict and the culpability. After an ample analysis, will search to understand the existing circumstances and as if its graduation proceeds, front to the described economic delicts through the following Laws: 8.068/90 attainment to the crimes against the consumption relations; 8.137/95 that tax turns on the crimes against the order, economic and relations of consumption; e finally, the 7.492/86 that accumulates of stocks the crimes against the national financial system. Of this form, one better agreement of the graduation of the delict magnitude of and the culpability through the existing circumstances in the related statutes will be able to be had.

KEYWORDS: AGGRAVATIONS AND EXTENUATING CIRCUMSTANCES. INCREASE AND REDUCTION OF PENALTY CASES. ILLEGAL ACT AND CULPABILITY MAGNITUDE.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É cediço o entendimento de que o Direito Penal possui a função ético-social de proteção de bens jurídicos essenciais à vida em comum no seio social. Nesse sentido, aduz-se que “ao direito penal corresponde a exclusiva tarefa de proteger os bens jurídicos, isto é, os valores e interesses fundamentais pertencentes ao indivíduo e à comunidade, frente às condutas que os lesionem ou ponham em perigo, sempre que impliquem ao mesmo tempo uma infração grave das normas ético-sociais vigentes na sociedade em um momento histórico” (CEREZO MIR, 1996, p. 13-15)[i].

Com vistas a cumprir tal desiderato, o legislador, por meio de normas penais incriminadoras (proibitivas ou mandamentais), impõe à coletividade formas de comportamento através da descrição das condutas contrárias às normas imperativas no tipo legal, que “vem a ser o modelo, o esquema conceitual da ação ou da omissão vedada, dolosa ou culposa. É a expressão concreta dos específicos bens jurídicos amparados pela lei penal” (PRADO, 2006, p. 339).

Conforme preceitua João Mestieri (1970, p. 18), o tipo configura uma realidade complexa, formado de uma parte subjetiva ou *tipo subjetivo* (*Subjektivtatbestand*) e outra objetiva, a descrição legal, ou tipo objetivo (*Objektivtatbestand*).[ii] Dessa forma, a tipicidade é a “subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime”. Por sua vez, Hans Welzel (2001, p. 48) assevera que o *tipo* seria “a matéria de proibição das disposições penais; é a descrição objetiva, material, da conduta proibida, que deve se realizar com especial cuidado no Direito Penal.”

No entanto, entende-se que o tipo não se limita à mera descrição da matéria de proibição, pois, uma vez concebido como *tipo de injusto*, deve abarcar todos os elementos que fundamentam o injusto específico (CEREZO MIR, 2006, p. 476) de uma determinada figura delitiva.[iii] Enfim, o tipo de injusto não pode ser definido como descrição da matéria de proibição ou do mandato. Isto porque o direito pode proibir unicamente a realização de ações dirigidas pela vontade do sujeito à produção da lesão ao bem jurídico e/ou que levem consigo o perigo de dita lesão, mas não pode proibir a causação de um determinado resultado. O resultado real, ou seja, a produção efetiva do resultado não pode pertencer, portanto, à matéria de proibida ou determinada (CEREZO MIR, 2006, p. 476).

Por outro lado, ficam à margem do injusto os elementos que, embora integrantes de outros pressupostos da pena, não fundamentam o injusto específico, tal como ocorre com aqueles relevantes para o juízo da culpabilidade e as condições objetivas de punibilidade ou as escusas absolutórias. Tampouco pertencem ao tipo de injusto as circunstâncias agravantes e atenuantes, ou causas de aumento e diminuição de penas genéricas ou específicas, pois, embora suponham uma maior ou menor gravidade do

injusto ou da culpabilidade, não funcionam como elementos fundantes do preceito incriminador, já que sua presença não é, em absoluto, necessária nem constitutiva para a relevância jurídico-penal do fato delitivo (CEREZO MIR, 2006, p. 476-477), como se dá com as circunstâncias previstas nos artigos 61, 62 e 65 do Código Penal brasileiro, desde que não sejam elementos constitutivos de um tipo qualificado ou privilegiado com respeito a um básico.

A antijuridicidade, por sua vez, exprime a “relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito Positivo em seu conjunto” (PRADO, 2006, p. 379). Dessa feita, enquanto a tipicidade figura como um juízo positivo, o juízo da ilicitude, ao realizar o cotejo entre a conduta típica realizada e a existência de normas permissivas, possui um caráter negativo. Em outras palavras: “dado que a realização do tipo é contrária à norma e que a infração de uma norma proibitiva é antijurídica caso não concorra um preceito permissivo, deduz-se que, com a realização do tipo de uma norma proibitiva, a ação é antijurídica enquanto não seja aplicável nenhum preceito permissivo” (WELZEL, 2001, p. 64-65).^[iv]

Não se deve confundir a antijuridicidade com injusto. Enquanto aquela seria a contradição da conduta típica com o ordenamento jurídico, este corresponde à própria conduta típica já valorada como ilícita (PRADO, 2006, p. 380). Assim, ao se afirmar que o fundamento do injusto repousa tanto no desvalor da ação como no desvalor do resultado, pretende-se fazer referência ao juízo de valor da antijuridicidade que recai sobre a conduta (aspectos objetivos e subjetivos) e sobre o resultado jurídico (lesão ou perigo de lesão a bem jurídico).^[v]

No entanto, o conteúdo do juízo da ilicitude não é apenas negativo – ausência de causas justificantes, compreendendo também elementos alheios ao injusto específico de certa conduta delitiva. Disso decorre que tanto o desvalor da ação como o desvalor do resultado podem revestir-se de menor ou maior gravidade, caso concorram, respectivamente, circunstâncias atenuantes e agravantes ou causas de diminuição e aumento de pena (PRADO, 2006, p. 500).

A culpabilidade, da mesma forma que o injusto, também figura como um elemento graduável do delito, sofrendo as influências das circunstâncias do crime, por meio das quais restaria caracterizada uma maior ou menor a reprovabilidade pessoal do agente da conduta típica e ilícita. Para Hans Welzel, a “culpabilidade é um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la” (WELZEL, 2001, p. 89). A partir desse critério se diz que a vontade de ação possui uma culpabilidade maior ou menor, é mais ou menos culpável, mas ela mesma não é a culpabilidade. A culpabilidade é uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação, mas não se confunde com essa vontade.^[vi]

Fixadas tais premissas, tem-se que as circunstâncias são dados secundários ou acidentais, que circundam os elementos do injusto típico e culpável e que influem na medida da aplicação da pena. Nesse contexto estão compreendidas as agravantes e atenuantes genéricas, as causas de aumento e diminuição de pena gerais e especiais (majorantes e minorantes) e, numa perspectiva ampla, as circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras (PRADO, 2006, p. 501).

Acrescente-se, por oportuno, que a relevância do estudo sobre a teoria das circunstâncias do crime decorre do importante papel atribuído a elas no atendimento do preceito de individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI[vii] da Constituição Federal.[viii]

Deve-se advertir, contudo, sobre a existência de agravantes e atenuantes que exasperam ou atenuam a pena por considerações de política criminal.[ix] Tais circunstâncias não influem na magnitude das categorias essenciais do delito, por serem conteúdo da punibilidade e, por este motivo, não tomarão parte do presente estudo, exceto quando houver alguma divergência doutrinária a esse respeito.

Dessa forma, nas páginas seguintes, proceder-se-á à análise das agravantes genéricas dispostas no art. 76 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); as causas de aumento e diminuição de pena previstas nos artigos 12 e 16, parágrafo único da Lei 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira) e; por fim, a causa de aumento de pena, consignada no artigo 19, parágrafo único e a causa de diminuição prevista no artigo 25, §2º da Lei 7.492/86, com vistas a desenvolver um estudo crítico sobre a matéria quando aplicada à tutela jurídico-penal dos bens jurídico-penais supra-individuais.

2 AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

2.1 Conceito e Espécies de Circunstâncias

Prefacial ao enfrentamento do tema proposto, faz-se imperiosa uma breve análise sobre o conceito de circunstância, o tratamento dispensando pela doutrina e sobre os critérios de individualização da pena pelo juiz.

No que pertine ao conceito de “circunstância”, pode-se dizer que não há muita discrepância no tratamento doutrinário. Em linhas gerais, defende-se que as circunstâncias são dados secundários ou acidentais, que circundam os elementos do injusto culpável e que influem na medida da aplicação da pena.

Aníbal Bruno (1967, p. 107) ensina que as circunstâncias são “condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade”. Para José Salgado Martins (1974, p. 159) as circunstâncias são elementos acessórios, que dizem respeito ao tempo, ao lugar, ao modo de execução, à pessoa do autor ou do ofendido, aos motivos do crime. Dependem da existência dos elementos essenciais da infração penal influenciando na sua força e eficácia. Assevera o autor que “além dos elementos que constituem a essencialidade dos delitos, há que se considerar os elementos circunstanciais que são indissociáveis de cada delito e lhe imprimem aspecto inconfundível entre os delitos congêneres”. [x]

Por fim, defende Luiz Regis Prado (2006, p. 500), na esteira do jurista espanhol José Cerezo Mir que “circunstância é, pois, todo fato, relação ou caso concreto, determinado, que é considerado pela lei para medir a gravidade do injusto ou da culpabilidade”.^[xi] Tais circunstâncias agravam ou atenuam a pena a ser aplicada em razão da maior ou menor gravidade do injusto e da culpabilidade.

O Código Penal brasileiro prevê duas espécies de circunstâncias: as judiciais e as legais. As circunstâncias judiciais estão previstas em seu artigo 59 e servem como critérios norteadores da atividade judicial. Já circunstâncias legais dividem-se em: agravantes e atenuantes; causas de aumento e diminuição de pena, genéricas e específicas (majorantes e minorantes); qualificadoras e privilegiadoras.

As agravantes e atenuantes são circunstâncias legais genéricas aplicáveis a qualquer crime, desde que não constituam elementos fundamentais da figura básica ou derivada (qualificadora).^[xii] As agravantes estão taxativamente dispostas nos artigos 61 e 62, e as atenuantes estão delineadas, de forma exemplificativa, no artigo 65, todos do Código Penal. Na aplicação dessas circunstâncias, o juiz não está sujeito a graus: “elas agravam ou atenuam a pena, porém a majoração e abrandamento não estão declarados na lei, gozando, dessarte, o juiz da latitude quanto aos efeitos que produzirão no cômputo da pena” (NORONHA, 1991, p. 241). No entanto, para Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 612) “a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto”.^[xiii]

No concurso de agravantes e atenuantes, segundo preceitua o artigo 67 do Código Penal, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

As causas de aumento e diminuição de pena estão previstas tanto na parte geral (genéricas) como em sua parte especial (específicas). Ao contrário das agravantes e atenuantes, tais circunstâncias preveem a quantidade da pena a ser majorada ou minorada e podem ser fixas (dobro, triplo, um terço) ou variáveis (um a dois terços); além disso, permitem, como regra geral, o aumento ou diminuição da pena para além ou aquém dos limites máximo e mínimo abstratamente previstos (PRADO, 2006, p. 518).^[xiv] No que pertine à concorrência de majorantes e minorantes previstas na parte especial, determina o artigo 68, parágrafo único, que o juiz pode limitar-se a um só aumento ou diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua a pena. Por fim, as circunstâncias qualificadoras ou privilegiadoras estão previstas na parte especial do Código Penal, como tipos autônomos onde se preveem marcos máximo e mínimo, diferenciados em relação ao tipo básico. Essa diferenciação é extremamente importante, pois, de acordo com o sistema trifásico, influenciará na fase de aplicação da pena.

Segundo esse sistema, o juiz, atendendo às circunstâncias judiciais previstas no caput do artigo 59, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. Trata-se da primeira fase da aplicação da pena onde o juiz irá fixar o *quantum* da pena base, segundo os limites penais previstos nos tipos básicos ou qualificados (derivados). Uma vez fixada a pena base, conforme preceitua o artigo 68 do Código Penal, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e

agravantes genéricas (segunda fase); e, por último, as causas de diminuição e de aumento gerais e especiais (terceira fase).

Cumprе assinalar que as circunstâncias judiciais e legais genéricas, delineadas no Código Penal, terão aplicação subsidiária quando se tratar de crime previsto em legislação especial, desde que compatíveis com a natureza dessas disposições e quando inexistente expressa previsão em contrário.[xv] Isto porque, não raras vezes, as leis especiais voltadas à tutela de bens jurídicos meta-individuais também preveem um rol de circunstâncias legais e judiciais que se amoldam à natureza do objeto tutelado pelos diplomas (DOTTI, 2001, p. 525)[xvi], como ocorre com as circunstâncias agravantes enumeradas no artigo 76 da Lei 8078/90; causas de aumento e diminuição de pena previstas nos artigos 12 e 16, parágrafo único da Lei 8.137/90; e finalmente, com a causa de diminuição e causa específica de aumento de pena previstas, respectivamente, nos artigos 25, §2º e 19, parágrafo único da Lei 7.942/86.

2.2 Classificação das Circunstâncias

Em que pese certa uniformização doutrinária quanto ao conceito de circunstância, o mesmo não ocorre quanto à sua classificação.

Grande parte da doutrina divide as circunstâncias do crime em objetivas e subjetivas. As circunstâncias objetivas dizem respeito à configuração exterior do delito, enquanto que as subjetivas referem-se ao elemento psíquico e às condições e qualidades pessoais do agente (MARTINS, 1974, p. 163).[xvii] Os adeptos desta corrente costumam vociferar que as circunstâncias objetivas compreendem os meios, modos de execução, circunstâncias de tempo ou lugar e, ainda, as condições e qualidades da vítima. Já nas subjetivas, estariam compreendidas os motivos e fins de agir, as qualidades e condições especiais do agente, assim como, as relações do sujeito ativo com os demais concorrentes e com a vítima (DOTTI, 2001, p. 519).

Tal abordagem, no entanto, não se coaduna com a moderna teoria jurídica do crime, de matiz finalista, pois nitidamente arraigada à já superada teoria causalista de delito, que divide o crime em elementos objetivos (injusto) e subjetivos (culpabilidade).[xviii] Assim, a moderna concepção de injusto não adere à classificação das circunstâncias do crime em objetiva ou subjetiva, pois segundo essa postura, tais elementos devem ser classificados conforme influam na magnitude do injusto ou da culpabilidade (PRADO, 2006, p. 502). Em outras palavras, acata-se a idéia de que tanto o injusto quanto a culpabilidade figuram como elementos graduáveis por circunstâncias que, embora não sejam elementares do tipo de injusto básico ou derivado, denotam uma maior ou menor gravidade do delito, seja pelo maior ou menor desvalor da ação ou do resultado, seja pela maior ou menor reprovabilidade do agente. Nesta linha, encontram-se Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 832) que distinguem as circunstâncias conforme decorram de uma efetiva graduação do conteúdo do injusto do delito, do grau de culpabilidade ou de considerações de política criminal.[xix]

As circunstâncias que graduam a magnitude do injusto determinam um maior ou menor desvalor da ação ou do desvalor do resultado. O injusto é sempre maior quando o bem jurídico encontra-se indefeso ou quando se atua de molde a diminuir a possibilidade de defesa por parte da vítima, quando estas não restam totalmente neutralizadas; ou, ainda, pelo maior grau de afetação do bem jurídico, por lesão ou perigo de lesão (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 833-834).

Sobre o tema, aduz José Cerezo Mir (2006, p. 349) que, nos delitos dolosos, o juízo de desvalor da ação abarca o dolo; os elementos subjetivos do injusto; as infrações dos deveres jurídicos que obrigam o autor nos delitos especiais; e, ainda, o modo, a forma, o grau de realização da ação e sua periculosidade do ponto de vista *ex ante*. Já no juízo de desvalor do resultado deve-se proceder à análise do grau de afetação do bem jurídico, ou seja, a lesão ou o perigo de lesão sofrido pelo bem jurídico. Nos delitos culposos, o juízo de desvalor da ação recai sobre a inobservância do dever objetivo de cuidado.[xx] Por fim, em ambos os casos, na culpabilidade serão avaliadas as circunstâncias que demonstrem maior ou menor reprovabilidade do agente.

Dessa forma, as circunstâncias legais estabelecem “uma relação necessária entre o agravamento ou a diminuição da pena frente ao injusto e à culpabilidade, enquanto elementos graduáveis e determinantes de referida majoração ou minoração” (CASTRO, 2004, p. 457). Ou seja, as circunstâncias não operam apenas e diretamente na aplicação da pena. Pelo contrário, elas influem na maior ou menor magnitude tanto do injusto quanto da culpabilidade, e, por via de consequência, acabam por influenciar na graduação da pena. Essa é a orientação perfilhada no presente estudo, onde se pretenderá classificar as circunstâncias legais previstas nas leis que disciplinam a matéria relativa aos crimes econômicos, segundo influam na magnitude do injusto e da culpabilidade.

3 DAS CIRCUNSTÂNCIAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI 8.078/90

A Lei 8.078/90 traz infrações penais em seus artigos 63 a 75. A lei não prevê circunstâncias judiciais e circunstâncias gerais atenuantes, sendo aplicáveis os artigos 59 e 65 do Código Penal, por força do previsto em seu artigo 61[xxi].

As circunstâncias agravantes estão arroladas no artigo 76 da Lei, e em todas as hipóteses haverá uma maior gravidade do injusto, por ser maior o desvalor da ação ou do resultado. São elas: I - serem cometidas em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade; II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo; III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento; IV - quando cometidas: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interdadas ou não; VI - serem praticadas em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais .

A agravante prevista no inciso I trata de circunstâncias que se referem ao tempo, à época de cometimento do delito contra o consumidor. Trata-se de previsão imprecisa que se prevê, em sua primeira parte, a circunstância de “grave crise econômica” e, em sua parte final, a circunstância equivalente àquela prevista no artigo 61, inciso II, alínea “j” do Código Penal, ou seja, por ocasião de calamidade.

A expressão crise econômica, por si só, já denota certa dificuldade de determinação, ante as especificidades e a fluidez de tal situação, e costuma ser definida pela doutrina como “a perturbação da vida econômica, atribuída pela Economia clássica a um desequilíbrio entre a produção e consumo, localizados em setores isolados da produção” (SANDRONI, 1989, p. 73). No entanto, para a afirmação dessa agravante, o crime deve ser empreendido durante *grave crise econômica*, bem como deve a conduta final do agente se dirigir, de forma livre e consciente, “para uma extensão, seja categorial ou territorial de consumidores, passível de determinação e reconhecimento como detentora da qualidade de estar em grave crise econômica” (TICIANELLI, 2007, p. 216), e não ao consumidor isoladamente, considerando que se encontra em grave crise econômica quando for atingido por qualquer das condutas típicas enumeradas no Código de Defesa do Consumidor.

Calamidade diz respeito à catástrofe, grande desgraça; desídia; infortúnio (FERREIRA, 2004, p. 199). Assim, como ocorre na agravante equivalente prevista no Código Penal, sua consagração depende que o agente tenha se aproveitado, de modo consciente e voluntário, da ocasião ou do momento particularmente difícil em que se encontra a coletividade em virtude de catástrofe. Dentre as situações que configuram esse estado de calamidade, menciona-se o incêndio, naufrágio, a inundação, as guerras, revoluções, maremotos, vendavais, furacões, epidemias, terremotos, chuvas torrenciais e contínuas, inundações e enchentes. Enquanto persistirem os efeitos da calamidade, deve ser considerada a agravante “exatamente porque o mercado de consumo não está regulado, e as autoridades ainda encontram-se enfraquecidas no tocante à fiscalização” (FONSECA, 1999, p. 109).

Ambas as circunstâncias implicam maior gravidade do injusto, de modo a agravar o desvalor da ação, pelo fato de que nesses casos a produção do resultado lesivo se mostra mais provável, pois constituem situações em que o consumidor se mostra mais suscetível, manifestando-se de forma mais intensa a carga dolosa do agente.

Também figura como agravante dos crimes contra as relações de consumo o fato de o agente ter ocasionado, com sua conduta, grave dano individual ou coletivo. Grave é tudo aquilo que pode ter conseqüências sérias, trágicas. O dano individual se refere àquele suportado pelo consumidor que adquire o produto ou serviço como destinatário final. Dano coletivo diz respeito ao dano suportado por um número determinável de pessoas, e como “o texto se refere a *ocasionar* significa que não é o número de pessoas a serem potencialmente atingidas pelo grave dano, mas sim os que efetivamente foram atingidas” (TICIANELLI, 2007, p. 217).

Na aplicação dessa circunstância, deve ser levado em consideração o fato de que tais delitos configuram, quanto ao resultado, crimes de mera atividade, onde o comportamento do agente exaure o tipo penal, sendo desnecessário para sua consumação que o consumidor individual ou um número determinável de consumidores tenham suportado alguma espécie de dano. Portanto, se da conduta delitativa decorrer

dano grave, seja corporal, patrimonial ou moral, poderá incidir a agravante em análise, desde que não configure crime autônomo e nem concurso entre delitos.[xxii] Tal circunstância opera sobre a magnitude do injusto pelo maior desvalor do resultado, tendo em vista a gravidade de lesão ao bem jurídico, e faz alusão às consequências do crime. Nos termos da sistemática do Código Penal, tais consequências deveriam ser analisadas na primeira fase de aplicação da pena, no entanto, diante da obediência ao princípio da especialidade, considera-se apenas a agravante em pauta, sob pena de se configurar *bis in idem*.

A circunstância agravante prevista no inciso III trata da dissimulação da natureza ilícita do procedimento. Tal agravante encontra figura similar no Código Penal, no artigo 61, inciso II, alínea “c”, que descreve como agravante o fato de o agente ter cometido o crime através de “traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recuso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”. O fundamento do agravamento da dissimulação funda-se no emprego de recurso que dificulte a defesa da vítima, com que se elimina ou diminui, também, o risco, para o agente, da sua natural reação (BRUNO, 1967, p. 127). “Através da dissimulação, o fornecedor esconde sua insídia e por isso demonstra a gravidade com que atua para lesar ou enganar o consumidor. É preciso que a vítima não suspeite da real intenção do fornecedor, pois se souber de seu fingimento a agravante não incide” (FONSECA, 1999, p. 109). O termo procedimento gera dúvidas, tendo sido impropriamente utilizado pelo legislador, devendo ser entendido em seu sentido vulgar, e não jurídico, como método utilizado para dissimular a natureza ilícita da conduta. Tal agravante não incidirá sobre os artigos 67 a 69, pois a dissimulação, nestes casos, configura elemento estrutural dos delitos.

De acordo com o inciso IV do artigo 76 a pena será agravada quando cometidas por servidor público; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não.

No que respeita ao servidor público, tal previsão é desnecessária, diante do contido no artigo 61, inciso II, “g” do Código Penal, que dispõe que agrava a pena a conduta cometida “com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”. A definição de servidor público para fins penais está delineada no art. 327 do Código Penal, e para que se configure a agravante, ele deve estar no exercício da função pública.[xxiii] Assim, tendo em vista o conceito amplo de servidor público utilizado para fins penais, pode ser sujeito ativo do delito o funcionário da Caixa Econômica Federal (empresa pública) que impeça o acesso do consumidor às informações constantes nos cadastrados da pessoa jurídica, configurando assim o delito previsto no artigo 72 do Código de Defesa do Consumidor.

Outra circunstância agravante refere-se à superioridade da condição econômico-social manifestamente superior à da vítima. Tal superioridade deve ser manifesta, evidente, e não se confunde com a condição de hipossuficiência do consumidor na relação de consumo, sendo superior a esta (TICIANELLI, 2007, p. 219). A superioridade da condição econômica, financeira e social deve ser do sujeito ativo, e não da empresa que, eventualmente, este sujeito represente. Em todo o caso, deve o agente utilizar-se dessa condição na atividade criminosa.

Nesse aspecto deve-se proceder à seguinte consideração. Os delitos contra as relações de consumo visam proteger a coletividade, não havendo necessidade que o consumidor individual venha adquirir produtos ou utilizar-se de serviços para sua configuração. Isso significa que se não é necessário que a conduta afete o consumidor individual, ou, pelo menos, uma coletividade determinável, dificilmente poderá ser aferida esta manifesta superioridade financeira, econômica e social, tendo em vista a falta de parâmetro para tanto. Em outras palavras, é praticamente impossível traçar um quadro médio socioeconômico das pessoas atingidas pela prática dos delitos com vistas a aferição da superioridade financeira, previstos no Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual, tem-se por fadada à inocuidade a majorante em questão (TICIANELLI, 2007, p. 173).

A circunstância agravante contida no inciso IV, alínea “b”, diz respeito à condição da vítima, presumindo-se que, nesses casos, dar-se-ia uma maior vulnerabilidade das vítimas ali listadas, tendo em vista a menor capacidade de resistência dessas pessoas, seja porque desfavorecidas intelectualmentemente, com discernimento e percepções diminuídas da média social, seja em razão da imaturidade ou avançada idade. Por outro lado, a menor capacidade de resistência do operário ou do ruralista não pode ser abstratamente presumida, devendo ser verificada no caso concreto. De qualquer modo, ressalte-se que o sujeito ativo deve ter consciência da condição do sujeito passivo de forma que sua conduta seja facilitada por tais condições.

Finalmente, agrava a pena do agente se sua conduta for praticada em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais. Ilustrando a assertiva: se, por exemplo, a publicidade enganosa ou abusiva (artigos 67 a 69), ou a omissão de informações (artigos 63 e 64) for praticada em operações que envolvam produtos essenciais, será agravada a pena do agente em razão da maior gravidade do injusto.

4 DAS CIRCUNSTÂNCIAS PREVISTAS NA LEI DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - LEI 8.137/90

A Lei 8.137/90 traz infrações penais em seus artigos 1º a 7º. Não prevê a lei circunstâncias judiciais, sendo aplicável o artigo 59 do Código Penal, nem circunstâncias atenuantes ou agravantes, razão pela qual se aplicam aquelas previstas nos artigos 61 a 65, quando possível. No entanto, prevê a lei causas de aumento e diminuição de pena nos artigos 12 e 16, parágrafo único, respectivamente.

De acordo com o artigo 12, se o sujeito ativo praticar qualquer das condutas previstas nos artigos 1º, 2º e 4º a 7º, sua pena será aumentada de 1/3 até a metade: se ocasionar grave dano à coletividade; se for cometido por servidor público no exercício de suas funções; ou, ainda, se o crime for praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. Tais causas especiais de aumento de pena são de aplicação obrigatória, tendo o magistrado apenas “a faculdade de dosar o gravame, que irá do mínimo de um terço ao máximo de metade. Nada além dessa

faculdade, já que ele é obrigado a aplicar o aumento na pena” (COSTA JR. e DENARI, 2000, p. 163)[[xxiv](#)].

Em que pese a expressa referência textual aos artigos 1º, 2º, 4 a 7º, entende-se que tais causas de aumento de pena são de “difícil aplicação em se tratando de crimes tributários praticados por particulares, salvo alguma situação muito especial, em que a sonegação de tributo, contribuição social ou acessório venham a prejudicar um número considerável de pessoas” (PRADO, 2006, p. 425).[[xxv](#)] Já nos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, tais causas de aumento de pena são perfeitamente aplicáveis (CORRÊA, 1996, p. 101).[[xxvi](#)]

Quanto à gravidade do dano causado à coletividade, como já delineado na análise do artigo 76, inciso I, da Lei 8.078/90, deve ser o mesmo efetivamente suportado pela coletividade, gerando conseqüências sérias, ou seja, deve ser de grande monta, que ocasione considerável prejuízo à sociedade (ANDRADE, 2007, p. 132). Essa circunstância influi na medida do injusto pelo maior desvalor do resultado, tendo em vista a gravidade da lesão ao bem jurídico. Ao contrário do que já assinalado, para Pedro Roberto Decomain esta agravante pode ser aplicada aos crimes previstos no artigo 1º e 2º, desde que a supressão ou redução de tributos refiram-se a elevados montantes (DECOMAIN, 1997, p. 143).

A circunstância prevista no artigo 12, inciso II, refere-se ao crime praticado por servidor público no exercício da função.[[xxvii](#)] Da mesma forma que ocorre com o disposto no artigo 76, inciso IV, alínea “a” do Código de Defesa do Consumidor, tal previsão é totalmente desnecessária, diante daquela contida no artigo 61, inciso II, “g” do Código Penal. Opera sobre a magnitude do injusto pelo maior desvalor da ação, pela desobediência dos deveres decorrentes do cargo ocupado pelo agente. Justifica-se o gravame pelo fato de que o “funcionário público, pelas funções que exercita, tem uma obrigação maior de zelar pelo erário público, do qual percebe seus proventos” (COSTA JR. e DENARI, 2000, p. 163). No que se refere aos crimes contra as relações de consumo, sua aplicabilidade é tortuosa, pois se trata de delito próprio do fornecedor. No entanto, nada impede a ocorrência de concurso de pessoas entre o agente público no exercício de suas funções e o fornecedor (ANDRADE, 2007, p. 134).

Já o inciso III do artigo 12 prevê o aumento da pena se a conduta delituosa for praticada em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. A previsão é extremamente ampla, devendo ser avaliada pelo juiz no caso concreto a essencialidade ‘coletivamente considerada’ do produto, tendo como parâmetro a saúde e a vida do homem médio (TICIANELLI, 2007, p. 229).[[xxviii](#)] Tal circunstância gradua a magnitude do injusto pelo maior desvalor da ação.

Por derradeiro, cumpre consignar que a Lei 9.080, de 19 de julho de 1995, acrescentou o parágrafo único ao artigo 16 da Lei 8.137/90, nela inserindo uma causa de diminuição de pena, nos seguintes termos: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.[[xxix](#)]

Trata-se da delação premiada[[xxx](#)], instituto este também previsto na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 (art. 13 e 14[[xxxii](#)]), que trata da proteção aos réus colaboradores; na

Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (art. 1º, §5º[xxxii]), que dispõe sobre a lavagem de dinheiro; na Lei 9.034, de 03 de maio de 1995 (art. 6º[xxxiii]); na Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (art. 8º, parágrafo único[xxxiv]), que trata dos crimes hediondos e no Código Penal (art. 159, §4º, com redação alterada pela Lei 9.269/96[xxxv]).

O benefício da delação premiada constitui direito subjetivo do réu uma vez presente os requisitos (FRANCO, 1994, p. 321), ou seja, desde que o crime seja cometido em concurso de pessoas e que o agente confesse, à autoridade policial ou judicial, de forma espontânea, toda trama delituosa.

Em primeiro lugar, a confissão do agente deve ser livre e espontânea[xxxvi], sem que haja a intervenção de terceiros, não havendo que se perquirir sobre o arrependimento do agente. Tendo em vista a inexistência de óbices temporais, entende-se que pode ser feita a qualquer tempo, desde que antes da sentença condenatória e ainda que tenha sido expedido mandado judicial contra o mesmo ou que tenha sido iniciada a ação judicial. Quanto ao conteúdo da confissão, faz-se necessário que seja verdadeira e completa, de modo a abranger todos os elementos imprescindíveis para o esclarecimento dos delitos dos quais tenha participado, no entanto, não é mister que se dê o desmantelamento da organização criminosa ou quadrilha (ANDRADE, 2007, p. 136).[xxxvii]

Em segundo lugar, a confissão do sujeito ativo deve dirigir-se à autoridade policial durante o inquérito ou à autoridade judicial na fase instrutória da ação penal por crimes contra o sistema tributário, econômico ou relação de consumo.

O alcance da expressão “trama delituosa” é nebulosa, devendo ser interpretada de acordo com os artigos 8º da Lei 8.078/1990 e 6º da Lei 9.034/1995. “Assim as revelações feitas espontaneamente pelo sujeito deverão fornecer elementos para a identificação de outros membros da quadrilha, de co-autores ou partícipes, de forma a propiciar o esclarecimento do evento criminoso ou mesmo de outros ainda em apuração ou *sub judice*” (PRADO, 2006, p. 425).

Há entendimento no sentido de que tal circunstância opera sobre a medida da culpabilidade, tendo em vista a menor reprovabilidade do agente. Entretanto, entende-se que tal circunstância é espécie de comportamento pós-delitivo que encontra seu fundamento em questões de política criminal, já que haveria uma menor necessidade de pena diante do atendimento aos fins de prevenção geral e especial. Todavia a eficácia do instituto é duvidosa, pois, como bem se acentua, “implica confissão e condenação do denunciante, o que, na área da criminalidade, não constitui estímulo para quem, muito provavelmente, passará a ser objeto da vingança por parte da quadrilha ou bando” (FRANCO, 2000, p. 250).

5 DAS CIRCUNSTÂNCIAS PREVISTAS NA LEI DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - LEI 7.492/86

Por fim, a Lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, limita-se a trazer em seu texto uma *causa de diminuição de pena* e uma *causa especial de aumento de pena* (artigo 19, parágrafo único).

A causa de diminuição de pena está prevista no artigo 25, § 2º da Lei, cuja redação foi modificada pela Lei 9.080, de 19 de julho de 1995, e diz respeito a mais uma hipótese de delação premiada. Tendo em vista a coincidência entre as redações do artigo 16, parágrafo único da 8.137/90 e do artigo 25, § 2º da 7.492/86, remete-se às considerações acima mencionadas.

Quanto à causa especial de aumento de pena, trazida pelo artigo 19, parágrafo único, vale tecer alguns comentários. Segundo o dispositivo, o agente que obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira responderá a uma pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Esta pena será aumentada de 1/3 (um terço), caso o crime seja cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento. O delito em questão tutela a regularidade do funcionamento das instituições financeiras e seu patrimônio (PRADO, 2006, p. 313).^[xxxviii] Pedro Manoel Pimentel (1987, p. 144) preconiza que a tutela tem em vista a boa execução da política econômica do Governo, ofendida com a conduta fraudulenta. De outro viés tutela-se, também, o patrimônio da instituição financeira que concede o financiamento, sob a égide da fraude.

A razão de ser da causa de diminuição da pena, segundo José Carlos Tórtima (2002, p. 125), funda-se na preocupação do legislador em proteger o dinheiro público que integra o patrimônio das entidades financeiras oficiais ou daquelas por elas credenciadas, frente a condutas fraudulentas. Assim, essa circunstância influi na magnitude da culpabilidade, tendo em vista a utilização pelo autor de meios ardilosos para a obtenção do financiamento.

6 CONCLUSÃO

Feitas essas considerações, conclui-se pela importância em se proceder ao aprofundamento do estudo acerca da teoria das circunstâncias, pois é através de sua aplicação que o juiz poderá atender de forma satisfatória ao princípio da individualização da pena, consubstanciado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

A doutrina, no entanto, tem tratado o tema sobre a teoria das circunstâncias de forma imprecisa. Em primeiro lugar, ainda inspirados pela doutrina causalista do delito, insistem ao classificar as circunstâncias em objetiva e subjetiva, sem atentarem ao fato de que a moderna concepção do delito não mais se satisfaz com essa classificação. Por essa razão, entende-se que a melhor classificação seria aquela que as divide segundo influem na magnitude do injusto ou da culpabilidade.

De outro viés, no que diz respeito às circunstâncias do crime previstas na legislação extravagantes, tem-se que o legislador não se atentou ao fato de que o Código Penal

aplica-se de forma subsidiária, prevendo, de forma desnecessária e menor criteriosa, inúmeras circunstâncias já delineadas no próprio Código. Em outras palavras, a falta de técnica legislativa vem impregnar, também, a previsão das circunstâncias do crime.

Saliente-se que certas circunstâncias, tais como a delação premiada, a reparação do dano, não influem na magnitude do injusto culpável. Tais medidas estão inseridas na punibilidade e referem-se a questões de política criminal, ensejando um abrandamento da pena, tendo em vista sua menor necessidade, diante do atendimento aos fins de prevenção geral e especial.

Por derradeiro, neste artigo pretendeu-se pinçar, ainda que de forma superficial, algumas questões relativas à teoria das circunstâncias nos delitos supra-individuais, com vistas a contribuir com uma parcela mínima, para a que aplicação judicial da pena possa atender aos princípios de garantia do Direito Penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes Contra as Relações de Consumo*: art. 7º da Lei n. 8.137/90. Curitiba: Juruá, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CASTRO, Renato de Lima. A graduação do injusto e da culpabilidade. *Revista Forense*. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 457.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1996.

CEREZO MIR, José. *Obras Completas. Derecho penal*: parte general. Tomo I. Lima: Ara Editores, 2006.

CORRÊA, Antônio. *Dos crimes contra a ordem tributária*: comentários à lei n. 8.137, de 27-12-1990. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA JR. Paulo José; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. 3ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Ed, Obra Jurídica, 1997.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6 ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima. *Direito penal do consumidor: código de defesa do consumidor e Lei n. 8.137/90*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.
- MARTINS, José Salgado. *Direito Penal. Introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal. Parte Especial: Crimes contra as pessoas*. São Paulo: Alba, 1970.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. V. 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. parte geral, 6 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1989.
- SILVA, Juary C. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- TICIANELLI, Marcos Veltrini. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7.492/86*. 2ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. (Trad.) pref. e notas. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[i] Sobre o tema faz-se imperiosa a alusão ao entendimento de Juarez Tavares: “Segundo seu caráter fragmentário, o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens e contra ofensas intoleráveis, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficos efeitos (*Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Número especial de lançamento, p. 75-87, p. 81).

[ii] Ato contínuo, afirma o autor que o “tipo subjetivo forma em primeiro lugar a vontade tendencial reitera, com o dolo ou a culpa, acompanhado de quaisquer outras características subjetivas”. No entanto, este não seria o melhor entendimento, pois a culpa não constitui um elemento subjetivo do tipo, mas sim um elemento normativo do injusto culposo

[iii] Para De Plácido e Silva a figura delitiva será “a forma exterior, a exterioridade do delito, representado pelas circunstâncias que o caracterizam e individualizam” (*Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 292). Assim, no contexto da figura delitiva são abarcadas, além das estruturas dogmáticas e dos elementos que fundamentam o injusto específico, as circunstâncias relevantes à conformação da punibilidade, assim como, aquelas que influam na magnitude do injusto ou da culpabilidade.

[iv] Acrescenta o autor que “se se realiza a conduta descrita conceitualmente no tipo de uma norma proibitiva (por exemplo, a ação de matar alguém), essa conduta real entra em contradição com a exigência da norma. Daí deriva o caráter contrário à norma da conduta. Contudo, toda realização do tipo de uma norma proibitiva é contrária à norma, mas não é sempre *antijurídica*; pois o ordenamento jurídico não se compõe apenas de *normas*, mas também de preceitos permissivos” (p. 51).

[v] O resultado jurídico não se identifica com o resultado material. Enquanto o primeiro se identifica com a lesão ou a exposição a perigo de lesão do bem jurídico, o segundo seria o resultado previsto como elemento do tipo nos delitos de resultado.

[vi] Na culpabilidade o objeto da reprovação será a vontade e, por meio dela, a totalidade da ação, pois a vontade de ação poderia ter feito o autor se conduzir de acordo com o ordenamento. Assim, essa reprovabilidade pela direção de vontade, embora se refira ao autor, refere-se ao fato delitivo, constituindo um dado ontológico, da mesma forma que as demais categorias essenciais do delito. Segundo José Cerezo Mir “o dolo, elemento de tipo do injusto, não é senão a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo. O juízo de reprovação da culpabilidade recai sobre referida vontade de realização. Culpável é somente a ação se era reprovável a formação antijurídica da vontade. O caráter decisório do dolo não é negado com isso. A inclusão do dolo no tipo de injusto não supõe, por outra parte, sua exclusão da culpabilidade, mas pelo contrário. A ação típica e antijurídica (e, portanto, o dolo) pertence a culpabilidade como pressuposto inescusável que é do juízo de reprovação. Com a inclusão do dolo no tipo do injusto não se desloca a culpabilidade do existencial do homem a um plano puramente intelectual, nem se restringe o ser como pessoa do homem” (*Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982, p.58).

[vii] Art. 5º [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos [...].

[viii] Segundo Anabela Miranda Rodrigues, a teoria das circunstâncias do crime encontra seu nascedouro como pensamento iluminista, diante da necessidade de se superar o sistema de penas arbitrárias, próprias no *Anciën Regime*, pela previsão de uma margem de discricionariedade judicial. Com isso, o juiz tem possibilidade de dar prosseguimento de individualização da pena, impraticável em sede legislativa. “Em suma, a gênese das circunstâncias com efeito sobre as molduras penais abstractas dá-se com a generosa e lúcida tentativa iluminista de preparar um direito de medida (judicial) da pena, organizado na base de um sistema de circunstâncias de medida da pena” (*A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 132).

[ix] A causa de diminuição de pena prevista no artigo 25 da Lei 7492/86, por exemplo, refere-se à espécie de delação premiada e encerra hipótese de comportamento pós-delitivo, tratando-se, portanto, de circunstância político-criminal de atenuação da pena que integra a categoria da punibilidade.

[x] Sabino Junior, por sua vez, ao comentar a teoria das circunstâncias do crime de acordo com a redação original do Código Penal de 1940, entende que tais circunstâncias dizem respeito aos elementos objetivos ou subjetivos do fato que influem na sua quantidade, tornando-o mais ou menos grave. Aduz ainda que esses elementos “não se confundem com os elementos constitutivos, que têm eficácia qualitativa no sentido de que podem determinar o aparecimento ou a modificação da infração penal na sua configuração estrutural”. (*Direito Penal*. v. 2. Parte Geral. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. p. 340/341. Segundo Magalhães Noronha, “circunstâncias são elementos que se agregam ao delito sem alterá-lo substancialmente, mas produzindo efeitos e conseqüências relevantes”. (*Direito Penal*. v. 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 244). Já Cezar Roberto Bitencourt assevera que o tipo penal pode ser integrado por “circunstancias acidentais que, embora não alterem sua constituição ou existência, influem na dosagem final da pena”. Arremata ainda que “tais circunstâncias, na verdade, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas *circundam* o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade” (*Tratado de direito penal*. v. 1. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 606). Nesse sentido perfaz-se o entendimento de Paulo José da Costa Junior para quem o vocábulo circunstância em matéria penal engloba “tudo aquilo que modifica um fato, sem alterar-lhe a essência. São elementos, acidentais e acessórios, que se põem em derredor do tipo, influenciando na quantificação penal”. Segundo o autor, “ao lado dos elementos que compõem o crime, podem concorrer certos dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, com função específica de aumentar ou diminuir a pena” (*Curso de direito penal*. parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva. 1991. p. 167). Damásio de Jesus aduz que as circunstâncias são “certos dados ou fatos, de natureza objetiva e subjetiva, com função específica de aumentar ou diminuir a pena. Não incidem sobre a qualidade do crime, mas sobre a quantidade da pena” (*Direito penal: parte geral*. v. 1. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 551). Bento de Faria defende que a circunstância é “um fato, pouco importando o seu caráter objetivo ou subjetivo, o qual modifica o conceito sôbre a gravidade do crime, sem alterar a sua denominação jurídica. Assim, circunstâncias atenuantes ou agravantes são as que modificam as conseqüências

da responsabilidade do crime sem suprimi-la. (*Código Penal brasileiro (comentado)*. parte geral. v. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Record Editora, 1959, p. 06). Guilherme de Souza Nucci preconiza que “circunstância é uma particularidade ou um elemento acidental que acompanha determinada situação. Retirando-a, no entanto, referida situação ocorreria ainda assim, embora sob nova roupagem. O mesmo se aplica ao delito” (*Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 164/165). Por fim, Miguel Reale Junior, a “norma instituidora de uma circunstância descreve um dado objetivo e subjetivo que é necessário que se constate esteja presente na ação concreta como elemento que se adiciona ao tipo nuclear, e que o legislador elege como condizente a uma pena maior, no caso da agravante, por ferir outro bem jurídico além do bem jurídico protegido pela norma incriminadora” (*Tipicidade e causa de aumento de pena*. Revista Brasileira de ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, jan/fev., 2004, p. 391/401. p. 394).

[xi] Neste sentido: CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. v. 2. Madrid: Tecnos, 1998, p. 350; BOLDOVA PASAMAR, Miguél Angél. *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Madrid: Prensas Universitarias de Zaragoza. Editorial Civitas, 1995, p. 48.

[xii] Conforme preceitua Jair Leonardo Lopes “as agravantes são circunstâncias que, quando presentes, suscitam maior reprovação social contra o agente e conseqüente exacerbação da pena. Entretanto tais circunstâncias não integram a descrição típica. Elas estão colocadas na Parte Geral do Código porque podem, eventualmente, cercar a realização de variadas ações típicas” (*Curso de Direito Penal: parte geral*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.197).

[xiii] Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 169; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro....*, p. 637.

[xiv] Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. p. 171. Para Guilherme Nucci, “a possibilidade de romper o mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada pela lei é conseqüência lógica, uma vez que foi também o legislador quem idealizou aumentos e diminuições em quantidades pré-estabelecidas, determinando ao juiz que os utilize, sempre que existentes no caso concreto, na terceira fase de aplicação da pena, ainda que ultrapassem as fronteiras inicialmente previstas no preceito secundário do tipo penal incriminador. Há entendimento, no entanto, que as causas de aumento de pena não levam a exasperação da pena além do máximo legal previsto. Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. op. cit., p. 614 e Jair Lopes Leonardo para quem as circunstâncias, por não integrarem a estrutura do tipo, determinam agravação da pena sem, contudo, produzirem o efeito de fazer a pena ultrapassar o limite máximo cominado ao delito (*Curso de Direito Penal: Parte Geral*. p. 197).

[xv] Neste sentido: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7492, de 16. 6. 86*. São Paulo: Revista de Tribunais, 1987, p. 28. “Assim é que as leis especiais de caráter penal não se devem referir aos princípios gerais vigorantes no Direito Penal comum, salvo quando expressamente dispuserem de forma contrária, v.g., em matéria de extinção de punibilidade, de concessão de fiança ou da suspensão condicional da pena”. Em sentido contrário: CERNICHIARO, Vicente.

Comentários ao código de defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 158. Para este autor as agravantes devem estar taxativamente previstas no diploma penal, razão pela qual não se aplicaria o disposto no Código Penal, sob pena de ferir o princípio *nullum crimen, nua poena sine lege*. Já as circunstâncias atenuantes poderiam ser aplicáveis, pois mais favoráveis ao réu. No entanto, tal entendimento deve ser afastado já que o Código Penal sempre é aplicável às leis especiais de forma subsidiária, seja pelo previsto no artigo 12 do CP, seja pelas diversas disposições nesse sentido contidas em leis especiais, v.g. artigo 61 do CDC. Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da taxatividade das circunstâncias agravantes.

[xvi] Preconiza o autor que “em leis especiais são previstas hipóteses de agravação que atendem à natureza d bem jurídico, às peculiaridade dos tipos de ilícitos, às circunstâncias do evento e aos meios e modos de execução”.

[xvii] Arremata o autor que “quaisquer circunstâncias do delito, mesmo as relativas à sua materialidade, registram sempre um coeficiente subjetivo”. Trilham o mesmo entendimento os seguintes autores: SABINO JR., Vicente. *Direito Penal*. v. 2. parte geral. p. 340/341; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 1. p. 244; JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*: parte geral. v. 1. p. 554; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral, tomo 1º, p. 107/109; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 519.

[xviii] Sobre o tema faz-se necessário traçar alguns aspectos fundamentais. Segundo a lição de Nilo Batista, no Brasil o modelo conceitual *objetivo-subjetivo* encontra suas bases no artigo 2º, §1º do Código Criminal do Império que preconizava: “Art. 2º Julgar-se-há crime ou delicto. §1º. Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais. (*Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo. v. 1, p. 113-133 jul./dez. 2004, p. 113). Tal modelo conceitual foi adotado por inúmeros juristas dentre os quais destacam-se: Galdino Siqueira (*Tratado de direito penal*: parte geral: tomo 1. p. 235-238); José Salgado Martins (*Direito penal*: introdução e parte geral. p. 127-130) e Roberto Lyra (*Expressão mais simples do direito penal*: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 87-88). Mais tarde, o conceito analítico de delito, de matiz causalista, embora definisse crime como conduta típica, antijurídica e culpável, mantinha a divisão acima mencionada, sendo considerados elementos objetivos a conduta típica e antijurídica, enquanto a culpabilidade representaria o elemento subjetivo do crime. Neste sentido vide: COSTA E SILVA. *Comentários ao código penal brasileiro*: v. I, parte geral. 2. ed. rev. atual. por Luiz Fernando da Costa e Silva. São Paulo: [s. l.], 1967, p. 48/52; HUNGRIA, Nélson. *Do crime*. In: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. I, tomo II. p. 09-27; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 2 – *Da infração penal*. p. 21-28; NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*: v.1: introdução e parte geral. p. 92-102; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*: parte geral: estrutura do crime. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Leud, 1997, p. 61/66. Esta concepção, no entanto, não merece acolhida. O juízo desvalorativo da antijuridicidade não pode referir-se apenas ao lado objetivo da ação, pois, no injusto da tentativa, por exemplo, a resolução delitiva será sempre elemento do tipo. Desta forma, se o dolo é um elemento subjetivo do injusto na tentativa, o mesmo deve conservar a mesma função quando o delito se encontrar consumado. Não é concebível admitir que o dolo seja um elemento subjetivo do injusto na tentativa e não o seja, de outro viés no delito consumado

(CEREZO MIR, José. Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho español. In: *Obras Completas*. Otros estudios. Tomo. II. Lima: Ara Editores, 2006, p. 80-81)

[xix] Para os autores as circunstâncias previstas nos artigos 61 a 66 do Código Penal carecem de uma melhor classificação e ordenação sistemática, na medida em que “sua leitura dá a impressão de uma anarquia conceitual, proveniente da tradição legislativa que remonta ao código de 1830 e às versões do mesmo que foram recolhidas na Europa (código espanhol de 1948) e América Latina” (p. 832).

[xx] Ressalte-se, por oportuno, que no caso de delitos culposos, as agravantes (com exceção da reincidência) ou as causas de aumento de pena não serão aplicáveis, tendo em vista haver a necessidade de que tais circunstâncias sejam abrangidas pelo dolo do agente.

[xxi] Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

[xxii] Neste aspecto cabe fazer algumas ressalvas. No caso do artigo 65 do CDC, se o sujeito ativo ao executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando as determinações da autoridade competente, provocar lesão grave ou a morte do consumidor individual, ou de uma quantidade considerável de consumidores, haverá concurso formal entre este artigo e os artigos 129, § 1º ou 2º e 121 do Código Penal. De outro lado, no artigo 67, se o consumidor for efetivamente levado a erro por publicidade que o agente sabia ou deveria saber enganosa, restará configurado o artigo 7º, inciso VII da Lei 8.137/90. Por fim, segundo Luiz Regis Prado, ao tratar do artigo 68 do CDC, que trata da publicidade que leva o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a segurança ou à saúde, menciona haver entendimento no sentido de que o advento do resultado danoso à saúde do consumidor, em virtude de veiculação de publicidade prejudicial ou enganosa, poderá acarretar concurso formal de crimes com os delitos de lesões corporais (artigo 129, CP); perigo para a vida ou à saúde de outrem (art. 132, CP), crimes contra a saúde pública (art. 267-285 do CP). (*Direito Penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 148)

[xxiii] Ensina Luiz Regis Prado, ao tratar da agravante genérica prevista no Código Penal no artigo 61, inciso II, alínea “g” que no caso de abuso do poder de cargo exige-se “um elemento objetivo – maior facilidade ou menor risco para a prática do delito – e um elemento subjetivo – uso (consciente e voluntário) ilegítimo ou além dos limites legais do poder inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão” (*Curso de direito penal brasileiro...* p. 511).

[xxiv] Em sentido contrário: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. 3 ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 144. Para este autor as agravantes não possuem caráter obrigatório, de forma que sua aplicação e graduação são simples faculdade atribuída pela lei ao juiz.

[xxv] Neste sentido: SILVA, Juary C. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 252. Para este autor “a inflição de grave dano à coletividade não se amolda às fatispécies dos crimes contra a ordem tributária, suscetíveis de lesionar

a arrecadação tributária, mas não a ‘coletividade’, a não ser indireta ou mediatamente, ou seja, por via reflexa” (p. 252/253).

[xxvi] Sobre os crimes contra a ordem econômica, exemplifica o autor que se um comerciante “açambarca mercadoria e causa a fome e o flagelo da população estaria mais bem apenado com a agravante” (p. 102).

[xxvii] Sobre o tema, vale trazer à baila a elucidativa observação de Manoel Pedro Pimentel ao tratar do artigo 23 da Lei 7.492/86: “Transparece, sempre, essa preocupação de impor ao funcionário público, além do dever legal que lhe incumbe, um particular valor ético – sancionado por norma de caráter penal estrito – de zelar pelos interesses do Estado nessa sensível área onde se desenvolve a política econômico-financeira do Estado” (*Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7492, de 16. 6. 86*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 164).

[xxviii] Acrescenta Pedro Ivo Andrade que apenas estariam compreendidos na definição legal apenas os gêneros alimentícios e os medicamentos (ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes Contra as Relações de Consumo*: art. 7º da Lei n. 8.137/90. p. 135).

[xxix] Tal circunstância encontra previsão similar no Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal, quando dispõe que a pena é atenuada quando o agente tenha “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”.

[xxx] De acordo com o entendimento de Rodolfo Tigre Maia o legislador, através de previsões desta espécie o legislador tem procurado estimular a “delação premiada” com vistas a facilitar a elucidação dos delitos de maior lesividade social. (*Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 149). Sobre o temário assevera Paulo José da Costa Junior e Zelmo Denari que esta disposição nada mais é do que um transplante da “Lei dos Arrependidos”, tão arraigada e discutida na Itália. Entende que esta lei tem sido muito benéfica na península, no combate ao crime organizado, mas nos demais casos deve ser vista com reservas. (*Infrações tributárias e delitos fiscais*. p.167).

[xxxi] Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do

crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

[xxxii] Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: [...] § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

[xxxiii] Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

[xxxiv] Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

[xxxv] Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: [...] § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996).

[xxxvi] De acordo com Rodolfo Tigre Maia “deverá existir uma confissão espontânea, obrigatoriamente não excludente da participação do próprio confitente no ilícito, necessariamente caracterizadora da *delatio*, eis que para que se revele ‘toda trama delituosa’ de um crime realizado por ‘quadrilha’ ou cometido em ‘co-autoria’ é mister deletar-se os demais envolvidos” (Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei 7.492/86. op. cit., p. 150).

[xxxvii] Neste sentido é o entendimento de Rodolfo Tigre Maia. Defende o autor que “deverá existir uma confissão espontânea, obrigatoriamente não excludente da participação do próprio confitente no ilícito, necessariamente caracterizadora da *delatio*, eis que para que se revele ‘toda trama delituosa’ de um crime realizado por ‘quadrilha’ ou cometido em ‘co-autoria’ é mister deletar-se os demais envolvidos” (*Dos crimes contra o sistema financeiro nacional...* p. 150). Em sentido contrário: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...* p. 328. Este autor, ao tratar da lei dos crimes hediondos entende que para que o sujeito possa beneficiar-se da causa de diminuição deverá haver o desmantelamento da quadrilha ou bando.

[xxxviii] Para José Carlos Tórtima a “tutela imediata é exercida aqui sobre o patrimônio da própria instituição financeira, oficial ou particular, bem côm a fé pública no mercado financeiro. De forma mediata a proteção também é estendida ao SFN, como um todo, cuja estabilidade, sabidamente depende da regularidade no funcionamento das unidades

que o compõem (*Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7.492/86. 2 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 123*). Já Rodolfo Tigre Maia entende que “a objetividade jurídica imediata é a proteção dos interesses patrimoniais das instituições integrantes do SFN e, por extensão, de seus investidores, poupadores, acionistas etc. contra lesões potenciais originárias da obtenção fraudulenta de recursos a elas pertencentes, mediatamente, resguardar o interesse estatal na integridade e manutenção do próprio sistema e dos objetivos sócio-econômicos por ele almejados através de suas políticas de fomento” (*Dos crimes contra o sistema...,p. 123*).

PRINCÍPIOS E GARANTISMO NA EXECUÇÃO PENAL

PRINCIPIOS E GARANTISMO EN LA EJECUCIÓN PENAL

Rafael Cavinato Sanchez

RESUMO

A denominada crise do sistema penitenciário, agravada pelo aumento da criminalidade e da violência urbana, reclama urgente reforma na legislação penal e no sistema como um todo. Baseado nas idéias trazidas pelo garantismo penal, a doutrina moderna defende uma ampla mudança dos modelos punitivos, buscando alternativas às penas de prisão, bem como a busca pelo respeito aos direitos fundamentais do preso, expressos na Constituição Federal. O presente trabalho tem o escopo de realizar um breve estudo sobre o sistema carcerário adotado no Brasil, apresentando os princípios que regem a Execução Penal, bem como as idéias de reforma propostas pelos autores adeptos do garantismo penal.

PALAVRAS-CHAVES: OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; GARANTISMO PENAL.

RESUMEN

La llamada crisis en el sistema penitenciario, agravada por el aumento de la delincuencia y la violencia urbana, pide una reforma urgente en el derecho penal y el sistema en su conjunto. Sobre la base de las ideas presentadas por garantismo penal, la moderna doctrina aboga por un amplio cambio de los modelos punitivos, la búsqueda de alternativas a las penas de prisión, y la búsqueda de respeto de los derechos fundamentales de los detenidos, expresada en la Constitución. Este trabajo tiene el alcance para llevar a cabo un breve estudio sobre el sistema penitenciario adoptado en el Brasil, presentando los principios de Ejecución Penal, las ideas y de propuestas de reforma de los autores partidarios de garantismo garantizada.

PALAVRAS-CLAVE: OBJETIVOS DE EJECUCIÓN PENAL; PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES; GARANTISMO PENAL.

INTRODUÇÃO

Fruto das mais variadas críticas pela doutrina moderna, em especial, pelos autores penalistas, o sistema carcerário brasileiro passa por uma ampla revisão de seus princípios, de sua ideologia, de seus fundamentos, máxime pelo número cada vez maior de reclusos, bem como pelo aumento da violência urbana, bem ainda pelo papel a ser

exercido pelo Estado auto-intitulado *Democrático de Direito*, em relação aos direitos assegurados aos presos.

Partindo desta última premissa, nota-se que o modelo de execução penal adotado no Brasil, além da finalidade primordial de cumprimento da sentença penal condenatória ou da sentença absolutória imprópria, prega uma série de direitos e garantias ao sentenciado, com objetivos de reinserção social, decorrentes do princípio da humanização das penas, tão defendido e aclamado nas últimas décadas.

Entretanto, na prática, observa-se que o efeito produzido ao encarcerado é justamente o contrário ao discurso legal, em total desrespeito aos princípios assegurados pela Constituição Federal e pela Lei de Execuções Penais.

Demais disso, em decorrência do aumento da criminalidade, verifica-se, por parte do Poder Legislativo, a produção de leis penais imediatistas, que além de não solucionar o problema, muitas vezes, acabam por ferir inúmeros direitos conquistados ao longo da história.

Na tentativa de solução de parte dos problemas enfrentados, a doutrina garantista, resgatando os princípios que asseguram a prevalência dos direitos humanos contra os abusos do poder estatal, busca enfatizar a necessidade da total observância destes princípios, aprimorando-se todo o ordenamento no tocante à Execução Penal como um todo, re-analisando toda a sua estrutura.

Desta forma, o presente trabalho tem por escopo o enfoque dos institutos e princípios que regem a Execução Penal, bem como acentuar os principais aspectos da ideologia garantista, no tocante aos direitos dos presos, em breve crítica à realidade do sistema carcerário nacional.

1 - BREVE HISTÓRICO DO MODELO CARCERÁRIO ADOTADO NAS SOCIEDADES CAPITALISTAS

Fruto do pensamento da escola liberal-clássica e, posteriormente, da escola positivista, a ideologia da defesa social fundamentou o modelo jurídico burguês e, por consequência, o sistema penal. Em decorrência desta ideologia, os institutos de detenção, de início, tinham a função de solucionar o problema da marginalização criminal, excluindo da sociedade os considerados infratores da lei.

Nos dizeres de Alessandro Baratta, "a marginalização criminal revela o caráter impuro da acumulação capitalista, que implica necessariamente os mecanismos econômicos e políticos do parasitismo e da renda" (1997, p. 190).

Deste ponto, instituiu-se um sistema de literal exclusão dos marginalizados pelo capitalismo, visto que este sistema necessita obrigatoriamente de desempregados e de uma população carcerária composta por aqueles que, por motivo ideológico ou econômico não participam da distribuição de renda, ou ainda, não conseguem o auto-sustento, tornando-se reféns do próprio sistema carcerário nacional. "Hoy sabemos perfectamente que los presos no están presos por el delito que han cometido, sino por su

vulnerabilidad, es decir, que el sistema penal opera como una epidemia, que afecta a quienes tienen sus defensas bajas" (ZAFFARONI, 2006, p. 222).

Baratta (1997, p. 193), analisando os estudos de Rusche e Kirchheimer [1] e de Foucault [2], na reconstrução científica da história do cárcere e de sua reforma na sociedade capitalista, define que

As funções desta instituição na produção e no controle da classe operária, e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma "economia política" da pena.

Uma vez instituído o sistema punitivo, e com o desenvolvimento dos países capitalistas, o cárcere perde suas funções de reeducação e de disciplina, estas que passam a ser pura ideologia, ante a impossibilidade de o sistema penitenciário suportar toda a parcela de infratores da lei. Para Zaffaroni (2006, p. 223),

Sabemos que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones "re" que se la han inventado ("re"-socialización, personalización, individuación, educación, inserción, etc.), que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a um hombre a vivir em sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar futbol dentro de um ascensor.

Diante desta crise, outros sistemas de cumprimento de pena foram propostos como formas alternativas ao cárcere, como por exemplo, o modelo da *probation*, verificado nos institutos do *sursis* e do livramento condicional. Vale lembrar, também, a inserção no ordenamento jurídico brasileiro das denominadas penas alternativas, além do regime aberto de cumprimento de pena na modalidade prisão albergue domiciliar.

Mais uma vez, Zaffaroni defende uma modificação para o modelo de direito penal humanitário, com ampla aplicação das penas alternativas ao cárcere, reduzindo-se o número de detentos, bem como evitando a indiscriminada imposição de penas de morte.

1.1 - O SISTEMA ADOTADO NO BRASIL

A doutrina consagra três sistemas possíveis de execução penal: os sistemas administrativos, os sistemas jurisdicionais e os sistemas mistos.

Bastante controvertida e divergente se mostra a natureza jurídica da execução penal pelo modelo adotado no Brasil.

Para Ada Pellegrini Grinover (1987, p. 7), Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 18), e outros, trata-se de atividade de natureza administrativa e jurisdicional, portanto, de natureza mista. Renato Marcão (2009, p. 2), Aury Lopes Jr. (2007, p. 273), entre outros, entendem que a execução penal é de natureza jurisdicional.

Tradicionalmente, o direito penitenciário é autônomo, distinto do direito penal e processual penal, regulamentando toda a atividade e organização carcerária (aspecto administrativo).

Ocorre que a adoção de um modelo essencialmente administrativista, não subordinado a qualquer juízo de execução ou ao Ministério Público, leva ao inteiro arbítrio da autoridade responsável (característico das instituições totais), sem que haja qualquer respaldo à preservação dos direitos dos presos. Desta forma, a Lei 7.210/84 normatizou a jurisdicalização da execução da pena, justamente com a finalidade de diminuir violações e assegurar as garantias do cidadão no cárcere.

Salo de Carvalho (2003, p. 171) leciona que

A anunciada natureza mista e multiforme da execução penal impõe séria avaliação no que diz respeito à tutela do condenado frente ao poder administrativo. Se é relativamente pacífico na doutrina, após o estatuto de 1984, o direito do apenado à jurisdição, tal conteúdo material carece de eficácia na vida carcerária quando da necessidade de controle da legalidade. Não se pode olvidar que a execução está vinculada à sentença penal, constituindo lesão toda e qualquer atividade restritiva além do estabelecido pelo Estado-juiz.

De outro lado, Aury Lopes Jr. aponta os inconvenientes do modelo inquisitório presente na execução penal brasileira, por exemplo, a atuação *ex officio* do juiz, por comprometer a imparcialidade do julgamento. Isto porque, segundo o autor, "o processo de execução concebido pela LEP é inquisitório, incompatível com a matriz democrática-garantista [3] e, portanto, acusatória, da nossa Constituição" (LOPES JR., 2007, p. 373).

Para solucionar estes inconvenientes, Lopes Jr. (2007, p. 377) sugere o rompimento com o sistema jurídico misto e a completa jurisdicalização da Execução Penal, moldando-a na estrutura dialética do processo.

Devemos aproximar a execução penal da estrutura dialética do processo de conhecimento, deixando o juiz como um terceiro imparcial, colocando a iniciativa nas mãos do Ministério Público e assegurando ao apenado a possibilidade de resistir e fazer valer seus direitos públicos subjetivos, através de um procedimento jurisdicional, contraditório e com ampla defesa (principalmente técnica, a cargo de advogado).

Logo, apesar da Lei de Execuções Penais ter normatizado a jurisdicionalização da execução da pena, vê-se que o modelo instituído é incompatível com os princípios democráticos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

2 - OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL

O artigo 1º da Lei 7.210/84 salienta que o objetivo da execução penal é efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, bem como, o de proporcionar condições para a reintegração do condenado (ou internado) à sociedade de maneira harmônica.

Renato Marcão, analisando os pressupostos da execução penal, leciona que a "execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização" (2009, p. 1).

Embasada pelo movimento da Nova Defesa Social, a reforma na legislação penal brasileira de 1984 consagrou a idéia de ressocialização do condenado como principal objetivo da pena, em contraposição ao caráter meramente retributivo da pena.

Ilustra Salo de Carvalho que "Nas palavras do idealizador do movimento, uma política criminal de luta contra o crime é antes de tudo, em se tratando de medidas a adotar em relação ao delinqüente, orientada visando à prevenção da reincidência" (2003, p. 179).

Nota-se que a política criminal pretende desenvolver uma ação eficaz contra o crime nos âmbitos legislativo, judiciário e penitenciário, em razão de uma política global de prevenção do crime e tratamento do delinqüente.

Entrementes, a intervenção do Estado na esfera da consciência do presidiário é tema muito questionado pela doutrina, por ferir a liberdade interior do condenado, bem como por querer impor-lhe novos valores, formas de comportamento, no sentido de se alcançar uma 'cura moral'.

A grande crítica que se faz a esta política reside no fato de que, em primeiro lugar, elevou-se a importância da criminologia clínica. Neste aspecto, os laudos dos psicólogos e psiquiatras que compõe as Comissões Técnicas de Classificação acabam por vincular a decisão do magistrado em relação aos benefícios do detento, configurando-se um verdadeiro retrocesso ao sistema de prova tarifada, típica dos processos inquisitivos.

Em segundo lugar, critica-se a retórica disciplinar, ao analisar o recluso como um rebelde das regras da convivência social, devendo ser-lhe imposto um regime de disciplina severa.

Carvalho (2003, p. 182) leciona que

Com o intuito de docilizar os corpos e adestrar a alma a partir de um processo contínuo de fabricação de seres submissos, as disciplinas ingressam oficialmente na história da punição como uma forma de 'humanização da pena'. Punir mais e melhor, técnica legitimada desde um discurso humanitário encobridor do real, possibilitou a difusão desta nova economia política de poder.

O problema desta ideologia de tratamento, presente nos modelos de ressocialização e readaptação, cria parâmetros de conduta e de pensamento oriundas das classes detentoras do poder, proliferando "estereótipos operados pela psiquiatrização da criminologia e a consolidação das noções periculosistas" (CARVALHO, 2003, p. 183).

Para exemplificar o acima discorrido, o art. 5º da Lei de Execuções Penais, ao dispor sobre a 'classificação' do condenado, estabelece como critério para individualização da pena os antecedentes e a personalidade do agente. Outro exemplo embasado no discurso da defesa social se faz presente no artigo 83, parágrafo único, do Código Penal, ao estabelecer, como uma das condições para concessão do livramento condicional, a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Vê-se que estas avaliações criminológicas sobre a personalidade e conduta social traduzem-se em verdadeiras formas inquisitivas adotadas pela lei, haja vista sua mera função de legitimar decisões judiciais, com possibilidades remotas de contestação dos laudos, além da ampla possibilidade de que arbitrariedades sejam praticadas.

Estas formas inquisitivas adotadas no processo de execução penal encobrem a verdadeira finalidade do sistema, qual seja, o controle da massa carcerária.

Salo de Carvalho (2003, p. 194) aduz que

Autoridade incontestada e obediência servil são pressupostos desse modelo pré-disposto a fugas, rebeliões e motins. A resistência às manifestações agressivas da comunidade carcerária, natural nas circunstâncias da perda da liberdade, acaba sendo a principal função da administração.

3 - PRINCÍPIOS E GARANTISMO

Para os autores que defendem, não só a completa jurisdicionalização da Execução Penal, mas também, a observância dos princípios e da ideologia garantista em consonância com a Constituição Federal, deve haver uma revisão dos dispositivos legais, seja via controle de constitucionalidade, seja via reformas legislativas, para fins de redefinição dos institutos de direito penal e execução de suas penas.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 378), ao abordar a 'crise do sistema penal', leciona que

Uma das tarefas mais importantes que se impõe à atual reflexão filosófico-penal é, portanto, a formulação, sobre a base de um repensamento radical da natureza da pena, de um novo sistema de penas, alternativas às vigentes: Penas alternativas, tenha-se em conta - e não medidas alternativas -, aptas a satisfazer, como penas principais, o duplo fim do direito penal dentro de uma perspectiva de racionalização e de minimização do sistema sancionador.

No mesmo sentido, Zaffaroni (1991) defende a busca de um sistema penal alternativo ao vigente, seguindo um modelo de direito penal humanitário, onde o Poder Judiciário exerça uma função de contra-poder.

Salo de Carvalho (2003), apresenta como proposições garantistas à reforma da execução penal: as alterações da quantidade e da qualidade das penas (volatilidade da pena); a jurisdicionalização dos procedimentos disciplinares, observando-se o princípio da reserva da lei no tocante às faltas graves; a adequação dos técnicos (criminólogos), voltando suas atividades a programas humanistas de redução de danos ao condenado; o controle do tempo das decisões judiciais, de modo a não causar lesões aos direitos fundamentais, responsabilizando-se os agentes públicos que os lesionarem; a necessidade de recodificação, com leis simples, claras e estáveis (ideal iluminista), bem como a revisão das cominações penais em abstrato;

Busca-se, portanto, uma reforma total do processo executório penal, com observância dos princípios relacionados ao garantismo penal, doravante expostos.

3.1. Princípio da legalidade

Em matéria penal, o princípio da legalidade, ou princípio da estrita legalidade, também chamado de reserva legal, ou ainda princípio da intervenção legalizada é fundamento do pensamento iluminista que, após a Revolução Francesa, veio a integrar todo o ordenamento jurídico do mundo ocidental.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio foi consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição e artigo 1º do Código Penal, ao dispor que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 2008a e 2008b).

Segundo leciona Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21)

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido

instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 30) aponta os seguintes princípios, derivados do princípio da legalidade, a serem observados em execução penal:

I) toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). (...) II) a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). (...) III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

Uma vez observados estes princípios, a pena (enquanto consequência jurídica necessária) vincula-se, por lei, a uma lesão a bem jurídico determinado.

Schmidt revela que o princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito atravessa uma dupla crise, de um lado política (por conter os mesmos contornos do legislador no Estado Liberal), de outro lado de legitimidade da reserva legal (deslegitimação externa e interna).

Outro ponto crítico no que tange o princípio da legalidade, diz respeito à identificação precisa da natureza das normas de execução penal. Taipa de Carvalho (1990, p. 210) explica que

No direito processual penal, há normas que condicionam, positiva (pressupostos processuais que são verdadeiros pressupostos adicionais da punição: p. ex., queixa e acusação particular) ou negativamente (impedimentos processuais que são verdadeiros impedimentos da punição: p. ex., a prescrição do procedimento criminal) à responsabilidade penal; há normas que dizem diretamente respeito aos direitos e garantias de defesa do argüido (p. ex., espécies de prova e valoração da sua eficácia probatória, graus de recurso); há, ainda, normas que afetam direta, incisiva e gravemente o direito fundamental da liberdade (caso da prisão preventiva).

Logo, é necessário que o hermenauta tenha a acuidade de corretamente identificar a natureza da norma de execução penal, ora material, ora processual-formal, ora processual-material, para que não se dê rumos distintos ao direito do executado.

3.2. Princípio da anterioridade e da taxatividade

O princípio da anterioridade é de fundamental importância na execução penal, visto que as normas materiais de execução penal sujeitam-se ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*, bem como à retroatividade da *lex mitior* e da *abolitio criminis*, ao passo que as normas de natureza processual são regidas pelo princípio do *tempus regit actum*, ressaltando, mais uma vez, a importância da correta identificação da natureza das normas, sob pena de ferir direitos fundamentais do apenado.

No que concerne ao princípio da taxatividade, tem-se que a lei deve servir como um mecanismo de limitação de abusos do Estado, não só do Poder Legislativo, mas do Poder Judiciário.

Schmidt (2007, p. 42) explica que

uma política criminal garantista recomenda ao legislador que se valha, somente, de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados, visto que a observância de tal conselho é que irá garantir a integridade do princípio da separação dos poderes, afastando ao máximo as possibilidades legais de o juiz, *in concreto*, estabelecer o verdadeiro alcance da norma.

Desta maneira, o princípio da taxatividade exerce a função de fornecer ao Poder Judiciário um recurso de controle do processo legislativo, além de servir de freio à discricionariedade do magistrado ao interpretar a lei para aplicá-la no caso concreto.

3.3. Garantia da jurisdição

O princípio da garantia da jurisdição tem como fundamento a legitimidade e independência do Poder Judiciário em sua função de garantidor dos direitos fundamentais da Constituição. Aury Lopes Jr., ao analisar o papel do juiz no Estado Democrático de Direito, fundado nas idéias de garantismo penal, define que "a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria" (2007, p. 380).

Toda vez que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais, deve haver intervenção do Poder Judiciário de maneira garantista e não inquisitiva, como se verifica em muitos institutos do modelo atual.

Neste sentido, a doutrina garantista, em fase de execução penal, de início, defende a observância do princípio da inércia do juiz, no sentido de que ele somente passe a atuar após a provocação das partes. Isto porque não pode o juiz assumir um

papel de inquisidor, na busca de provas contra o sentenciado, comprometendo sua imparcialidade.

Cabe, pois, ao Ministério Público, assim como é verificado nos processos acusatórios em geral, a iniciativa também da fase de execução da sentença penal condenatória, haja vista ser o órgão titular da ação penal, naturalmente incumbido da acusação.

Atrelado ao princípio da garantia da jurisdição, temos, de igual sorte, o princípio da fundamentação das decisões, como garantia inafastável do apenado, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 59, parágrafo único da Lei de Execuções Penais. Por este princípio, permite-se o controle da racionalidade da decisão, identificando-se os motivos que predominaram, bem como permitindo a interposição de eventuais recursos. Torna-se verdadeiro direito garantista em face de atos autoritários que venham a ser praticados.

3.4. Contraditório e Ampla Defesa

Traço marcante do processo acusatório, o princípio do contraditório é um método que permite a confrontação das argumentações e das provas em busca da comprovação da verdade. É da essência do processo o princípio *audiatur et altera pars*, sendo obrigação do julgador a audiência de ambas as partes.

Demais disso, o pretório deve ter um contato direto, pessoal e humano, em audiência realizada no fórum ou no próprio estabelecimento penal.

O princípio da ampla defesa, de igual forma, assegurado pela Constituição Federal, garante aos acusados em geral, bem como aos apenados o direito à autodefesa (positiva ou negativa) e à defesa técnica.

Dentre as formas de autodefesa, destaca-se o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII da Magna Carta, não acarretando qualquer prejuízo ao acusado. O direito ao silêncio decorre do princípio *nemo tenetur se detegere*, pelo qual toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a produzir prova contra si mesma, nem a declarar-se culpada. Aury Lopes Jr. (2007, p. 387) leciona que

Sendo a recusa um direito, obviamente não pode ao mesmo tempo ser considerado delito, nem mesmo como falta disciplinar. Trata-se de exercício regular de um direito que afasta a ilicitude da conduta, tornando-a impunível, tanto na esfera penal como também administrativa.

Por sua vez, a defesa técnica, a ser exercida por defensor, na seara penal, não é só um direito do preso, mas um dever do Estado, constituindo-se em garantia fundamental assegurada pela Lei Maior. Vale lembrar que na ausência de advogado, cabe ao juiz nomear um defensor dativo.

3.5. Presunção de inocência em relação a fatos supervenientes

Em contraste com a realidade, o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII da Constituição, pouco é observado em sede de execução penal.

De fato. A afirmação de que ninguém pode ser considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como princípio garantista dos direitos do preso, raramente é verificada pela *praxis* forense. A título de exemplo: a existência de processos em andamento, na folha de antecedentes do acusado, considerada como maus antecedentes; a existência de procedimentos disciplinares não findos como impeditivos de concessão de benefícios; a pendência de juntada de novas guias de recolhimento, também como impeditivo de benesses; entre outros.

Lopes Jr. atesta que "o apenado continua merecendo o tratamento de inocente no que se refere a novos delitos e, também, em relação a faltas disciplinares" (2007, p. 384).

CONCLUSÃO

A aclamada crise da execução penal sugere uma revisão de todo o sistema penitenciário nacional, refletindo-se sobre a função real da pena, sua efetividade, bem como sobre a efetiva observância dos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Baseado nas idéias do garantismo penal, a doutrina moderna defende uma ampla reforma nas leis penais e processuais penais (abandonando as características inquisitivas da Execução Penal), em completa transição de um sistema misto para um sistema jurisdicional-garantista, proporcionando uma justiça mais célere e eficaz, promovendo alterações na quantidade e qualidade das penas, desenvolvendo atividades com objetivos humanistas, além da necessidade de recodificação, com leis simples, claras e estáveis (contrárias à atuação imediatista do legislador).

Para tanto, é necessário, de início, o pleno conhecimento dos princípios constitucionais aplicáveis à Execução Penal, bem como o seu efetivo exercício por parte dos operadores do direito e pela sociedade em geral, sob pena de se tornarem 'letra morta' na Constituição.

Demais disso, deve-se buscar formas alternativas ao cárcere, medidas que possibilitem a reinserção do infrator à sociedade, além de dar uma resposta satisfatória à sociedade (caráter retributivo da pena), garantindo os ideais do Estado Democrático de Direito.

Por fim, não se trata de uma proposta de solução definitiva aos problemas enfrentados pelo Estado, mas uma adequação do sistema atual às garantias constitucionais asseguradas ao cidadão no cárcere, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 nov. 2008a.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 nov. 2008b.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES, Aury Jr. **Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio F. **Execução penal**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A crise de legalidade na execução penal**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. **Sucessão de leis penais**. Coimbra: Coimbra, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El sistema penal em los países de América Latina**. In: ARAÚJO JR., João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

NOTAS

- 1. Rusche e Kirchheimer estabelecem uma relação entre mercado de trabalho, sistema punitivo e cárcere, esclarecendo que a exclusão no mercado de trabalho representa terreno de cultura para a marginalização criminal, revelando o caráter impuro de acumulação capitalista, ante a impossibilidade, até hoje, deste sistema atingir um pleno emprego.
- 2. Foucault defende a exigência da disciplina, como estratégia de um "Poder" acima dos indivíduos, necessária à estabilidade da moderna sociedade industrial. Nesta linha, o autor advoga a idéia de um controle total sobre a população carcerária.
- 3. sic.

DA PROTEÇÃO PENAL DE BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS À PROTEÇÃO PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: IMPACTOS GERADOS NA TEORIA DO CRIME E PROBLEMAS QUE NECESSITAM SER SOLUCIONADOS PARA QUE NÃO HAJA REDUÇÃO DE GARANTIAS

DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES A LA PROTECCIÓN PENAL DE LA ORDEN ECONÓMICA: IMPACTOS GENERADOS EN LA TEORIA DEL CRIME Y PROBLEMAS QUE NECESSITÁN DE SOLUCIÓN A FIN DE QUE NO HAJA REDUCCIÓN DE GARANTIAS

Robson Antonio Galvão da Silva

RESUMO

Há consenso na doutrina ao se afirmar que o setor relativo ao Direito penal socioeconômico possui determinadas peculiaridades que permitem individualizá-lo e que servem para o diferenciar dos outros setores que tradicionalmente foram enquadrados no Direito penal primário. Chegou-se a cogitar sobre uma autonomia científica do Direito penal socioeconômico frente ao Direito penal primário. Como se sabe, a legislação brasileira não confirma ou reconhece explicitamente tal autonomia. No entanto, isso não é óbice para que se postule um tratamento diferenciado, na medida em que as diversas instituições dogmáticas elaboradas pela teoria penal permitam chegar a soluções jurídicas distintas das que se sustentam para o Direito penal primário, com redução de garantias. É na matéria do dolo e do erro que se colocam questões de maior relevo, que permitem deixar claras as especificidades das normas do Direito penal socioeconômico e, conseqüentemente, atestam a necessidade de reformular as teses e conclusões que tradicionalmente se vinha sustentando em relação aos delitos pertencentes ao Direito penal primário. O principal problema é que o sistema baseado sobre os princípios tradicionais entra em crise nos casos em que o objeto da representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas pela realidade – também objetiva – das normas e das valorações jurídicas, situação que comumente ocorre no âmbito socioeconômico. A doutrina, atenta a essa situação, vem propondo algumas alternativas para a resolução dos problemas criados no tratamento do dolo e do erro em razão das especificidades do bem jurídico e do tipo dos delitos socioeconômicos, que serão analisadas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO. DELITOS SOCIOECONÔMICOS. BEM JURÍDICO COLETIVO. BEM JURÍDICO SOCIOECONÔMICO. TIPO PENAL SOCIOECONÔMICO. ELEMENTO INTELLECTUAL DO DOLO. TRATAMENTO DO ERRO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO.

RESUMEN

Desde el punto de vista doctrinario hay consenso cuando se afirma que el sector relativo al Derecho penal socioeconómico posee determinadas peculiaridades que permiten individualizarlo y que sirven para diferenciarlo de otros sectores que tradicionalmente se encuadraban dentro del Derecho penal primario. Se llegó a pensar en la autonomía científica del Derecho penal socioeconómico frente al Derecho penal primario. Como es sabido, en la legislación brasileña no se confirma o se reconoce explícitamente dicha autonomía. Sin embargo, ello no es óbice para que se postule un tratamiento diferenciado, en la medida en que las distintas instituciones dogmáticas elaboradas por la teoría penal le permitan encontrar soluciones jurídicas distintas de aquellas que se sustentan en el Derecho penal clásico, con reducción de garantías. En materia de dolo e de error es en donde se plantean cuestiones de mayor relieve, que permiten dejar clara la especificidad de las normas del Derecho penal socioeconómico y, consecuentemente, confirma la necesidad de reformular las tesis y conclusiones que tradicionalmente se sustentaban en relación con los delitos pertenecientes al Derecho penal primario. El principal problema es que un sistema que se asienta sobre los principios tradicionales entra en crisis en caso de que el objeto de la representación subjetiva no esté constituido por una realidad objetiva del ser, sino por la realidad - también objetiva - de las normas y de las valoraciones jurídicas, circunstancia que por lo común ocurre en el ámbito socioeconómico. En este sentido, la doctrina que permanece atenta a esta circunstancia, viene proponiendo algunas alternativas para la mejor resolución de los problemas que han surgido por el tratamiento del dolo e del error, en razón de las especificidades del bien jurídico y del tipo de delitos socioeconómicos, que serán analizadas.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO PENAL SÓCIO-ECONÓMICO. DELITOS SÓCIO-ECONÓMICOS. BIEN JURÍDICO COLECTIVO. BIEN JURÍDICO SÓCIO-ECONÓMICO. TIPO SÓCIO-ECONÓMICO. ELEMENTO INTELECTUAL DEL DOLO. TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL SOCIO-ECONÓMICO.

INTRODUÇÃO

Toda a Parte Geral do Código Penal brasileiro vigente foi desenvolvida com base na proteção de bens jurídicos individuais, paradigma adotado desde os tempos do *Iluminismo Penal*. No decorrer do século XX, no entanto, passou-se a tutelar penalmente, de maneira gradual, bens jurídicos coletivos, dentre os quais a ordem econômica, sem que se tenha realizado qualquer análise dos impactos que poderiam ser gerados na teoria do crime, pensada, desenvolvida e legislada sob pressupostos diversos.

Há certo consenso na doutrina ao se afirmar que o setor relativo ao que se conhece atualmente como Direito penal socioeconômico[1] possui determinadas peculiaridades que permitem individualizá-lo e que servem para o diferenciar dos outros setores que tradicionalmente foram enquadrados no Direito penal “clássico”, “primário”, “comum” ou “nuclear”[2]. Chegou-se a cogitar sobre uma verdadeira autonomia científica do Direito penal socioeconômico frente ao Direito penal primário.

Como se sabe, a legislação brasileira não confirma ou reconhece explicitamente tal autonomia, sendo que todos os tipos penais, incluindo-se os que visariam tutelar a ordem econômica, estão sujeitos à Parte Geral do Código Penal. Isso não é óbice, porém, para constatar alguns impactos gerados na teoria do crime e postular um tratamento diferenciado na medida em que as diversas instituições dogmáticas elaboradas pela teoria penal permitam chegar a soluções jurídicas distintas das que se sustentam para o Direito penal primário, com redução de garantias[3]. Em alguns casos, trata-se simplesmente de efetuar algumas matizações ou correções a instituições penais tradicionais, quando elas são utilizadas como instrumento para a interpretação dos delitos socioeconômicos, mas, em outros casos, a doutrina tem proposto, inclusive, a idealização de novos princípios jurídico-penais de imputação, diferentes dos tradicionais.

Neste trabalho, não se ingressará na discussão a respeito da aventada autonomia científica do Direito penal socioeconômico. Isso decorre da constatação de que o legislador brasileiro não fez, até o momento, essa opção. Os delitos socioeconômicos, como afirmado, permanecem sujeitos à regulamentação da Parte Geral do Código Penal. Conseqüentemente, estão submetidos aos princípios de garantia tradicionais e sujeitos às mesmas regras de imputação previstas para o Direito penal primário.

Apesar disso, no que se refere aos critérios de imputação, eles não podem ser transladados acriticamente ao âmbito socioeconômico, como adverte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[4] [5]. O que se tem feito é acomodar as tradicionais estruturas às características particulares dos delitos socioeconômicos, sem que se matize qualquer princípio de garantia, sendo isso o que se pretende ressaltar neste artigo.

É assente na doutrina que na matéria do dolo e do erro colocam-se questões de maior relevo[6], que permitem deixar claras as especificidades das normas do Direito penal socioeconômico e, conseqüentemente, atestam a necessidade de reformular as teses e conclusões que tradicionalmente se vinha sustentando em relação aos delitos pertencentes ao Direito penal primário[7]. A importância prática do tema é grande, visto que no Direito penal socioeconômico, normalmente, não são criminalizadas modalidades imprudentes[8].

Fixado o *objeto* do trabalho, consigna-se que a *estrutura sistemática* tentará ser a que permita a maior clareza possível, apesar da dificuldade e extensão da matéria. No *primeiro tópico*, será analisado como se deu a passagem da tutela penal de bens jurídicos individuais à tutela dos bens jurídicos coletivos. Na seqüência, far-se-á um breve histórico a respeito da proteção penal da ordem econômica, apontando-se suas origens políticas e teóricas. Destacar-se-ão, por fim, as peculiaridades dos bens jurídicos protegidos no Direito penal socioeconômico e dos tipos penais respectivos. No *segundo tópico*, serão abordadas questões atinentes aos impactos gerados por referidas peculiaridades na teoria do crime, com especial referência aos institutos em que se fazem notar mais facilmente: o dolo e o erro.

1 PECULIARIDADES DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO E DOS TIPOS PENAI RESPECTIVOS

1.1 Da proteção de bens jurídicos individuais à proteção de bens jurídicos coletivos e os bens jurídicos sociais gerais e os bens jurídicos setoriais difusos

Para se aproximar da problemática atinente às especificidades dos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal socioeconômico e dos tipos respectivos, que geram impactos na teoria do crime, desenvolvida com base no Direito penal primário, faz-se imprescindível analisar algumas questões referentes à formulação do conceito de bens jurídicos coletivos[9] que, conforme alguns defendem, também seriam dignos de tutela penal.

A noção de bem jurídico adveio do pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII, pelo que se embasou no *Iluminismo Penal*. Suas raízes exprimem-se no racionalismo cartesiano, na doutrina jurídico-política do individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista que comandou o movimento a favor dos Direitos humanos, conforme DIAS[10]. SOTO NAVARRO explica que, partindo-se da idéia de que o processo de aquisição de conteúdo material pelo bem jurídico é paralelo à dinâmica histórica de transformação do Estado, não é de se estranhar que seja na época do Iluminismo que surge a primeira elaboração de uma teoria do bem jurídico com o fim de buscar um fundamento ao poder punitivo. A passagem do Estado absolutista ao Estado liberal se reflete numa nova orientação do Direito penal, que não se concebe mais como instrumento de preservação do poder político, mas de proteção dos interesses fundamentais para a vida social em comum. O bem jurídico erige-se, assim, em garantia para o indivíduo frente ao Estado[11].

Consoante a mesma autora, a dinâmica histórico-política tem sua conclusão contemporânea na formulação do conceito de Estado social e democrático de Direito. Com ele se supera a limitada atividade intervencionista do Estado de Direito liberal, concebido como mero vigilante da ordem social num contexto de garantias formais. O novo modelo de Estado tem que assumir uma tarefa assistencial e promotora do desenvolvimento social em condições de igualdade e solidariedade, intervindo nos desequilíbrios que gera o sistema econômico. Esta alteração de função do Estado foi consolidada nos textos constitucionais mediante o reconhecimento de novos direitos de conteúdo social, que não se concebem já, em sentido negativo, como direitos de defesa, que garantissem aos cidadãos uma esfera livre de ingerência estatal, mas, ao contrário, positivamente, isto é, como direitos a uma atuação do Estado que favoreça certos pressupostos materiais para o livre desenvolvimento do indivíduo[12] [13].

Paralelamente a isso, passou-se a defender que a realidade pós-industrial apresentaria um grau de complexidade tão alto, cuja análise não poderia ser feita pelos tradicionais instrumentos cognoscitivos ancorados no paradigma da racionalidade moderna. Sendo assim, o primeiro passo para se explicar os complexos fenômenos advindos do desenvolvimento tecnológico, da intensificação das relações comerciais e da complexidade da economia e do sistema financeiro dar-se-ia por meio da própria mudança de racionalidade.

A principal teorização sobre o tema é de BECK[14], que fala em *sociedade do risco*, ligada às problemáticas da pós-modernidade e da globalização. Segundo ele, existiria uma transformação radical, com o fim da sociedade industrial. Nesta, os riscos para a existência individual e comunitária provinham de acontecimentos naturais ou de ações definidas, sendo suficiente para sua contenção a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, e o patrimônio, no panorama do Direito penal liberal. Porém, essa sociedade seria substituída por outra, acentuadamente tecnológica, massificada e global, em que a ação humana seria suscetível de produzir riscos globais, podendo ter como consequência a extinção da vida.

Dessa forma, uma vez que o incremento da tecnologia teria ocasionado uma ampliação das interações comportamentais e do poder de intervenção do homem no meio ambiente e, inclusive, em sua própria natureza, surgiria a inelutável necessidade de uma forma de racionalidade que seja capaz de oferecer soluções, sobretudo, de caráter preventivo, que impeçam o acontecimento de danos de grandes proporções à sociedade. Nesse contexto é que ganham maior relevância as teorizações sobre os bens jurídicos coletivos, figura, no entanto, não desconhecida anteriormente do Direito penal.

Sobreleva-se, assim, a seguinte indagação: o Direito penal, baseado na noção de bem jurídico de cunho liberal, pode ser um meio eficaz de prevenção contra o desencadear de resultados catastróficos gerados pela sociedade de risco?

Muitas têm sido as tentativas para responder a tal questão. Conforme DIAS há, em apertadíssima síntese, as seguintes posições: a) *concepção atropocêntrica do bem jurídico-penal* (defendida pela chamada *Escola de Frankfurt*), segundo a qual o Direito penal deveria ser reservado a seu âmbito clássico de tutela, ou seja, os direitos fundamentais *individuais*, enquanto que os novos riscos deveriam ser tutelados por outros âmbitos do Direito; b) noutro extremo se encontram os defensores de um *Direito penal do risco*, que defendem a inteira funcionalização do Direito penal às exigências dessa nova sociedade, com o que se teria uma transferência de produção legislativa ao Executivo, uma antecipação decidida da tutela penal e o abandono de princípios básicos da dogmática tradicional; c) em posição intermediária, vêm sendo formuladas diversas *propostas dualistas*, as quais defendem que deve manter-se a existência de um cerne do Direito penal clássico, mas ao lado de uma periferia jurídico-penal, especificamente dirigida à proteção dos novos riscos, com flexibilização controlada dos princípios tradicionais, assentes na proteção antecipada de interesses coletivos[15].

Nesse panorama é que surgem com mais força e importância as teorizações sobre os bens jurídicos coletivos, que estão no cerne da delimitação entre Direito penal primário e secundário. Enquanto o Direito penal primário se relaciona, direta ou indiretamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantias das pessoas*, o Direito penal secundário se vincula essencialmente à ordenação jurídico-constitucional afeta aos *direitos sociais e à organização econômica*. Num âmbito visa-se tutelar a esfera de atuação especificamente *pessoal*, enquanto noutro almeja-se proteger a esfera de atuação *social* do homem[16].

Com a noção de bens jurídicos coletivos pretende-se manter nessa nova sociedade o modelo de bem jurídico, considerando-se que, paralelamente aos bens individuais de cunho liberal, existem os sociais, supra-individuais ou coletivos, cuja criminalização para sua tutela é legítima, seja de maneira mediata ou imediata, conforme se analisará

adiante. A sua verdadeira característica, como aponta DIAS, reside em que ele deve poder ser usufruído por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído dessa utilização, sendo que nessa possibilidade reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico coletivo[17]. No mesmo sentido, SOTO NAVARRO, com base em HEFENDEHL, destaca que constitui um autêntico critério diferenciador a indivisibilidade, que só possuem os bens jurídicos coletivos, que são assim considerados quando seja conceitual, fática ou juridicamente impossível dividir tal bem em partes e atribuir-las de forma individual em tantas porções[18].

Não existiria, assim, qualquer relativização da idéia de bem jurídico, pois, apesar de serem coletivos, teriam a mesma natureza e características. Os defensores desse posicionamento salientam que se faz imprescindível manter os principais caracteres delimitadores dos bens jurídicos tradicionais, permanecendo fiéis ao paradigma jurídico-penal iluminista. Importante destacar, ainda, que autores que buscam na própria *ordenação axiológica jurídico-constitucional* do bem jurídico a necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos, desde que observados os mesmos critérios dos bens jurídicos individuais[19].

As reações frente à proteção penal destes bens incidem tanto no aspecto de sua legitimidade como de sua eficácia. Tentando sistematizar os diversos argumentos apresentados, apela-se, fundamentalmente, a três princípios nucleares de Direito penal contra os que atentariam as novas incriminações: o princípio de intervenção mínima, o princípio de segurança jurídica e o princípio de lesividade. Em todas as críticas está presente, em maior ou menor medida, o risco de perda do conceito material de bem jurídico alcançado e, em conexão, a assunção pelo Direito penal duma função simbólica ilegítima[20]. As críticas mais contundentes se dirigem contra a modalidade de delitos de perigo abstrato, consistente na incriminação de meras infrações administrativas que, por si só, não implicam necessariamente um perigo para o bem jurídico protegido[21].

Importante referir, ainda, que os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais subdividem-se, conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, em *gerais*, que se caracterizam por ser interesses pertencentes à generalidade das pessoas que se integram na comunidade social, e *difusos* ou *setoriais*, que, diferentemente dos anteriores, não são interesses que afetam a totalidade das pessoas, mas alguns grupos ou setores[22].

Por fim, com base no mesmo autor, pode-se desde já antecipar, a título de introdução do próximo item, que no âmbito dos delitos socioeconômicos os interesses jurídicos protegidos podem apresentar uma dimensão *individual* ou uma dimensão *coletiva*, e, dentro desta segunda categoria, por sua vez, pode apresentar um interesse *social geral* ou um interesse *difuso ou setorial*. [23]

1.2 Histórico político e teórico da evolução da proteção penal da ordem econômica

Com a bagagem apresentada no item anterior, está-se em condições de abordar as questões referentes aos bens jurídicos protegidos pelo Direito penal econômico ou socioeconômico, denominação variável conforme a posição teórica que se adote.

Consigna-se, desde já, que será adotada a denominação Direito penal socioeconômico, diante das razões que serão apontadas na seqüência.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o conceito de Direito penal socioeconômico e a definição do bem jurídico socioeconômico, segundo destacam CERVINI e ADRIASOLA, são temas que se encontram, estrutural e funcionalmente, vinculados. O posicionamento que se adote em relação a um refletirá sobre o outro[24].

Feita essa constatação, pode-se passar a um breve histórico acerca das formulações sobre o Direito penal socioeconômico e o bem jurídico por ele tutelado. Conforme JESCHECK, na Alemanha, o período do auge do liberalismo encerrou-se na economia controlada da Primeira Guerra Mundial. A marca das disposições da economia dirigida, com suas sanções penais, demonstrou o surgimento, naquele país, de um novo Direito penal. De acordo com ele, apesar da proliferação legislativa, esse setor passou a um plano secundário, posteriormente, com o ressurgimento das idéias liberais. No campo científico, ressalta, porém, a contribuição de GRÜNHUT, em 1929, sobre a *proteção penal dos interesses econômicos*, mas tratando o tema apenas desde o ponto de vista da proteção patrimonial do particular[25].

Como cediço, o surgimento da crise econômica mundial de 1929 marcou o fim da época liberal[26]. TIEDEMANN esclarece que foi justamente nesse período, isto é, final da década de vinte e início da década de trinta, que, na Alemanha, surgiram os primeiros esforços científicos vinculados ao Direito penal socioeconômico. Ressalta que os trabalhos de BÖHM, HEDEMANN, NUSSBAUM e KRAUSE conceberam o Direito econômico como Direito da intervenção estatal na economia[27].

No entanto, consoante BALCARCE, foi CURT LINDEMANN, discípulo de HEDEMANN, quem reconheceu pela primeira vez, em 1932, no trabalho intitulado *Existe um Direito penal econômico independente?*, o conjunto total da economia do povo como um bem jurídico protegido penalmente. Por conseguinte, tratou o delito econômico como uma conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra ramos ou instituições funcionalmente importantes desse conjunto. O objeto do Direito penal econômico seria, assim, a ordem da economia dirigida e protegida[28].

Desde essas formulações, diversos estudos foram realizados. CERVINI e ADRIASOLA consignam que, de fato, o Direito penal econômico foi inicialmente definido como aquele ramo do Direito penal cuja função seria a proteção da ordem econômica dirigida pelo Estado. Destacam, ainda, que essa concepção, posteriormente, sem prejuízo de suas várias vertentes, desembocou num conceito *restringido* de Direito penal econômico[29].

Paralelamente, no entanto, foi se desenvolvendo um conceito *amplo* que, também, conheceu diversas definições, algumas mais ou menos precisas. Partiu-se da constatação de que é possível reconhecer todo um âmbito de tutela da ordem econômica, independente da política intervencionista ou não do Estado, que engloba as fraudes aos consumidores, os grandes estelionatos, as grandes falências, a utilização de informação privilegiada no mercado de capitais, dentre outros exemplos[30].

Até os dias atuais a doutrina muito se ocupa e diverge a respeito de um conceito de Direito penal econômico ou socioeconômico, matéria que, como já consignado, confunde-se com a delimitação dos bens jurídicos tutelados nesse setor. As discussões, no que mais releva a este estudo, ocorrem sob dois principais enfoques. Em primeiro lugar, há divergências no sentido de se definir se o Direito penal econômico deve tutelar bens jurídicos *socioeconômicos*, bens jurídicos *econômicos de interesse individual* ou *ambos* (nesse aspecto ganha destaque a questão referente aos bens jurídicos mediatos e imediatos). Em segundo lugar, sendo a ordem econômica um bem jurídico penal, seja de caráter mediato ou imediato, discute-se qual deve ser sua definição, pois há evidentes diferenças caso se trate de uma economia de livre mercado ou de uma economia dirigida.

O critério utilizado majoritariamente pela doutrina, atualmente, foi influenciado, em suas linhas gerais, pelas proposições do Projeto Alternativo do Código Penal alemão, de 1977, que pode ser considerado como a primeira tentativa moderna de oferecer um exaustivo catálogo de delitos econômicos, cuidadosamente classificados em diferentes capítulos, elaborados sobre uma concepção ampla, incluindo: a) figuras delitivas que afetam interesses coletivos no âmbito econômico; b) os delitos que comportam um abuso dos instrumentos imprescindíveis para o funcionamento da vida econômica; c) as figuras delitivas conexas às categorias apontadas, ora porque aparecem ligadas habitualmente à atividade das empresas, ora porque simplesmente se caracterizam por estar associadas ao desenvolvimento econômico, seja, enfim, porque se considere que guardam alguma relação com a atividade econômica.

Nesse projeto, como se observa, adotou-se, para definir quais bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito penal econômico, o critério segundo o qual para que um delito seja assim considerado, sua realização deve afetar, ainda que potencialmente, a ordem econômica, transcendendo a esfera puramente individual[31]. *Assim, deve-se adotar o termo Direito penal socioeconômico.*

Feitos esses registros, pode-se retomar a já antecipada idéia de que o conceito de Direito penal socioeconômico normalmente é concebido num sentido *estrito* e num sentido *amplo*[32]. Nessas duas concepções há coincidência ao entendê-lo como sendo o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica. Entretanto, consoante a concepção *estrita*, compreende-se a ordem econômica como *a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia*. De outra via, conforme a concepção *ampla*, a entende-se como *a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços*[33].

No primeiro caso, o Direito penal socioeconômico procura salvaguardar a política intervencionista Estatal, enquanto que, no segundo, o legislador visaria a proteger por meio do Direito penal a atividade econômica no marco de uma economia de mercado.

A necessidade de se delimitar o conceito de ordem econômica a ser tutelada pelo Direito penal foi suscitada, especialmente, por BAJO FERNANDÉZ, ao consignar a diferença de proteção de uma economia dirigida ou de uma economia de livre mercado.[34]

Durante o século passado ora predominava a concepção restrita ora a concepção ampla. Desde meados da década de 1990 até 2008 pode-se considerar que prevalece a adesão a uma concepção ampla, conseqüência de múltiplos fatores, segundo CERVINI e

ADRIASOLA: a) o evidente predomínio da economia de mercado; b) a decadência do dirigismo estatal; c) a necessidade de contar com uma categoria aglutinante das mais variadas agressões sociais; e, d) a tendência de postergar os rigores sistemáticos que oferece a dogmática[35].

É possível, todavia, que haja uma alteração dessa realidade após a crise financeira de 2008, momento em que muitos propagam o fim da era neoliberal, defendendo uma maior intervenção do Estado na economia, especialmente no controle do mercado financeiro, que se tornou bastante complexo. Se isso gerará efeitos quanto à concepção de Direito penal socioeconômico e os bens jurídicos que deve tutelar somente o tempo dirá.

De qualquer forma, nesse cenário, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, seguindo entendimento atualmente majoritário, entende que delito econômico é apenas o *socioeconômico*[36], ou seja, um delito restrito ao âmbito patrimonial individual não pode ser considerado nesse setor. Contudo, o renomado autor não exclui os delitos contra bens individuais em que, entre as razões para a sua tipificação, leva-se em conta a existência de interesses socioeconômicos mediatemente protegidos, sendo o caso, v.g., dos delitos contra a propriedade industrial, delitos de concorrência desleal, assim como a maior parte dos delitos societários[37]. É esse o entendimento que se adota neste trabalho, sendo a razão de referir-se a *Direito Penal socioeconômico e delitos socioeconômicos*.

Nesse ponto, então, importante tratar da distinção entre bem jurídico *mediato* e *mediato*. Bem jurídico *mediato* é aquele protegido diretamente pela norma (bem jurídico em sentido técnico), ao passo que o *mediato* confunde-se com a razão de ser da norma jurídica, ou seja, expressa os motivos que levam o legislador a criminalizar determinado comportamento[38]. Vale citar, v.g., o caso específico do delito tributário, em que se consideram como bem jurídico *mediato* as finalidades realizadas com a boa aplicação dos tributos (como investimentos em saúde, educação e segurança pública) e como bem jurídico *mediato* o patrimônio do erário, cuja ausência de proteção influi, de modo necessário, no não cumprimento das finalidades incumbidas ao Estado.

Especialmente clara, sobre esse assunto, é a lição de BALCARCE:

Es en el ámbito de los delitos sócio-económicos en donde se evidencia una mayor necesidad de efetuar la diferenciación entre bien jurídico inmediato y bien jurídico mediato. El primero es el bien jurídico específico o bien jurídico directamente tutelado (en sentido técnico), en tanto que elemento básico de todo delito. Por el contrario – refiere Martínez-Buján Pérez – la noción de bien jurídico mediato, posee un significado diferente, que se vincula a la llamada *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma y que, dicho sintéticamente, expresa las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. La noción de bien jurídico inmediato es la que debe servir de principal referencia para designar las diversas funciones que tradicionalmente se han venido atribuyendo a esta institución en la Ciencia del Derecho Penal, sobre todo en lo relativo a la denominada interpretación teleológica que, como es sabido, es la que posee la máxima significación. Aclarado esto, vale reparar en que, si

bien el objeto jurídico mediato será siempre supraindividual, el objeto jurídico directamente tutelado podrá ser individual o supraindividual.[39]

Em síntese, pode-se afirmar, segundo classificação de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que existem delitos socioeconômicos orientados à tutela dos seguintes bens: a) de um bem coletivo geral institucionalizado não individualizável (nesses casos pode haver ou não a diferenciação entre bem jurídico mediato e imediato[40]); b) de um bem coletivo institucionalizado individualizável (o mestre espanhol afirma que parte da doutrina sustenta a tese de que esses bens podem ser protegidos de forma imediata[41]); e, c) imediatamente do patrimônio individual e mediatamente de um bem coletivo geral (nesses casos, normalmente, trata-se de delitos de acumulação desde a perspectiva do bem mediato[42], havendo a lesão ao bem mediato apenas com a reiteração de grande número de ações típicas).

Apesar de a teorização de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ser, ao que se entende e até o momento, uma das mais bem elaboradas no âmbito do Direito penal socioeconômico, muito há para ser estudado e melhor definido.

1.3 Especificidades dos bens jurídicos socioeconômicos e dos tipos respectivos que geram impactos na teoria do crime

Para o que interessa mais diretamente ao presente estudo, de toda essa discussão, constata-se a existência de especificidades do bem jurídico tutelado no Direito penal socioeconômico, assim como nos respectivos tipos penais. Diante da complexidade e indefinição do tema, poder-se-ia apontar um grande número dessas características. No entanto, limitar-se-á a apresentar as que, segundo se entende, mais diretamente geram impactos na teoria do crime. Importante advertir, ainda, que elas podem não se fazer presentes em todos os delitos socioeconômicos, mesmo existentes em alguns ou muitos deles. Além disso, algumas delas são estreitamente relacionadas, optando-se por apresentá-las separadamente por questões de didática e maior destaque.

A primeira especificidade que se aponta refere-se ao fato de que o conteúdo axiológico do bem jurídico socioeconômico encontra-se vinculado a uma determinada política econômica que, por sua vez, desenvolve-se imersa no campo de incertezas próprio da economia.

Pode-se cogitar que a construção política do bem jurídico no setor econômico esteja fortemente relacionada com uma deficiência de dados empíricos, resultante de uma desproporção entre o conhecimento da norma e do fato, característica do conhecimento jurídico contemporâneo em matéria de economia[43].

O que mais importa é notar, porém, a dificuldade do cidadão de apreender a suposta lesividade de sua conduta ao bem jurídico econômico, inexistindo consenso mesmo entre os maiores especialistas no assunto. Fica difícil, senão impossível, conhecer a

proibição sem conhecer a norma ditada pelo Estado com base na política oficial, pois mesmo se realizando uma valoração dos fatos não se consegue apreender eventual lesão a algum bem jurídico ou a possível proibição da conduta.

Em ligação direta com essa primeira característica peculiar do bem jurídico protegido, pode-se destacar a *segunda*, igualmente relevante. Além de incertas, *as teorizações econômicas são extremamente voláteis, alterando-se constantemente, conforme os interesses e ideologias econômicas predominantes num dado momento histórico*. Bom exemplo disso é a questão referente ao crime de evasão de divisas, cuja necessidade de criminalização ou não tem variado constantemente, conforme os interesses econômicos vigentes num dado momento[44].

Em razão dessa volatilidade, observa-se, ainda, como *terceira característica*, que a proteção do bem jurídico socioeconômico tem de ser realizada de modo diverso da tutela dos bens jurídicos individuais, sendo que *o conteúdo integral do ilícito dos delitos coletivos terá, freqüentemente, de se exprimir em função de normas extrapenais, especialmente administrativas*.

Como *quarta característica* do bem jurídico protegido no Direito penal socioeconômico, o que ocorre com os bens jurídicos coletivos em geral, aponta-se a *necessidade de uma grande quantidade de ações típicas similares para que possa existir uma efetiva lesão. Uma conduta típica isolada pode não possuir nenhuma lesividade ao bem jurídico que se visa proteger*[45].

No mesmo caminho, tem-se a *quinta característica*, consubstanciada na circunstância de se entender suficiente um *ataque de menor intensidade ao bem jurídico protegido, inexistindo qualquer injusto material, com a incorporação explícita ao injusto de elementos típicos normativos de atitude, ou seja, elementos de valoração sobre a potencialidade lesiva do agente, cuja ocorrência terá de ser constatada pelo juiz*. Conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

(...) cabe apontar que el Derecho penal socioeconómico es uno de los sectores donde podemos verificar la existencia de tipos de peligro abstracto puramente formales o delitos de peligro abstracto “puro”, carentes de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina han sido calificados de delitos “de pura desobediencia” (JAKOBS) o delitos “con función puramente organizativa formal” (SCHÜNEMNN), caracterizados por el hecho de que el sedicente “interés abstracto” resulta ya vulnerado con la mera infracción de la prohibición y sin que el injusto penal incorpore restricción típica material alguna. Se trata, en puridade de principios, de autenticos ilícitos administrativos cuya elevación al rango de infracción penal es criticable.[46]

Como *sexta característica*, observa-se que o bem jurídico socioeconômico é um *fenômeno de natureza complexa e imposto pelo Estado conforme a ideologia econômica vigente, compreensível por um segmento limitado de cidadãos, normalmente não exprimindo um fundamento ético-social arraigado na comunidade em geral e existente previamente na sociedade*.

A *sétima característica* (que é comum aos bens jurídicos coletivos de uma forma geral) a ser apontada refere-se à *natureza conflitiva do bem jurídico*, pois, em muitas vezes, o perigo é causado por ações legítimas, socialmente adequadas e, possivelmente, indispensáveis. Especialmente clara sobre o assunto, é a lição de SOTO NAVARRO:

Sin embargo, los nuevos bienes jurídicos colectivos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de *actividades lícitas y socialmente necesarias*, que en modo alguno pueden ser suprimidas, sino tan sólo sometidas a control. Tales sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de contenido econômico y provocan, a su vez, intereses de muy diversa índole, legítimos todos ellos en su respectivo ámbito, pero em clara colisión. Ante este panorama, que no es sino el producto del desarrollo econômico y tecnológico, la intervención del Derecho penal se justifica desde el momento en que la sociedad percibe claramente la entidad de alguno de los intereses en juego y la gravedad de los atentados a que está siendo expuesto[47].

Por fim, e mais importante, por esclarecer a razão de ser de boa parte das especificidades anteriores, como *oitava característica*, é possível consignar que o bem jurídico econômico pode apresentar um *elemento institucional estatal*.

A responsabilidade gerada pela lesão de um bem jurídico econômico, em boa parte dos casos, é uma responsabilidade distinta da responsabilidade por conseqüências, uma vez que o conceito de bem jurídico econômico normalmente surge de um dever imposto institucionalmente, vale dizer, conforme estritos procedimentos, o que atribui um caráter funcional a esses bens, que passam a ser materializações de parte da vontade institucional. Em razão disso, a proteção de grande parte dos bens que se definem como jurídico-econômicos é realizada por tipos de infração de dever.

Em razão das peculiaridades dos bens jurídicos tutelados no Direito penal socioeconômico, o legislador passou a se valer de novas técnicas de tipificação.

A *indeterminação* do tipo nesse setor é proporcional ao crescimento da complexidade da ordem econômica, uma vez que, com obviedade, percebe-se que quanto mais complexa for uma ação mais abstrusa será a sua descrição. O legislador, então, após eleger os bens jurídicos dignos de tutela penal, tentando conter os riscos criados por essa complexa ordem econômica, tem passado a utilizar, diferentemente do Direito penal primário, tipos penais cujos termos descrevem de modo indeterminado a conduta delitativa. Sobre o assunto, especialmente clara é a lição de AFLEN DA SILVA, aplicável ao Direito penal socioeconômico:

O mandato de certeza é conseqüência obrigatória do fato de que um sistema jurídico organiza-se sobre codificações, isto é, sobre leis escritas, contudo, o moderno legislador segue uma tendência à experimentação, orientando-se pelas conseqüências, preocupando-se com os efeitos empíricos da sua atuação (e justifica a sua atuação pela

produção e pela falta de tais efeitos), tanto mais ameaça a *lex certa* e, à medida em que se formulam preceitos pouco claros, imprecisos, extremamente flexíveis, as questões que não são resolvidas pelo legislador ficam entregues ao desenvolvimento judicial e nisso reside o risco maior, pois a jurisprudência pode desenvolver uma norma formulada de modo flexível, em uma direção completamente oposta àquela que o legislador queria lhe dar.[48]

Deve-se mencionar, além disso, a *predominância de elementos de valoração global do fato* no âmbito do Direito penal socioeconômico. Elementos de valoração global do fato são conceitos inespecíficos que constituem o tipo, mas que não permitem, em abstrato, que o agente compreenda as circunstâncias fáticas e normativas a que o conceito se refere[49]. Tais conceitos são usados para se referir tanto a pressupostos fáticos como de valoração, sendo que esta valoração, assim como a que considera determinada conduta não razoável, por exemplo, pertence à antijuridicidade. Isso evidencia que quando o legislador emprega conceitos inespecíficos, em que a valoração dos pressupostos fáticos e normativos corresponde ao mesmo significado do conceito de antijuridicidade, a tripartição sistemática se flexibiliza, pois tais conceitos implicam a existência de um tipo global[50]. Autores como ROXIN destacam a grande incidência desses elementos notadamente no Direito penal secundário[51].

Uma das características mais representativas dos tipos do Direito penal socioeconômico, segundo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, em decorrência das especificidades do bem jurídico protegido, é a utilização da técnica de *remissão legislativa*, que abrange as normas penais em branco e os elementos normativos jurídicos[52] [53].

Outro fator peculiar, associado a essa técnica, concerne ao fato de que *as condutas tipificadas passam apenas a ser ilícitas quando violam uma norma regulamentar do Estado*, ou seja, não se trata, em última instância, de proteger o bem jurídico de modo absoluto, mas de defender uma determinada política de exploração ou de uso do bem, já protegida na esfera administrativa.

Paralelamente a essa técnica de tipificação tem se utilizado a *inclusão de limites quantitativos* em determinadas figuras delitivas, principalmente por construções baseadas no princípio da insignificância, que servem para diferenciar o injusto penal do injusto meramente administrativo. Assim, em diversos casos, o único critério para saber se uma conduta constitui um ilícito administrativo ou um ilícito penal é justamente tal limite quantitativo. Nesse ponto, ganha relevância a discussão de se esse elemento quantitativo constitui um elemento do tipo ou uma condição objetiva de punibilidade, com todas as implicações dogmáticas que isso gera [54].

Outra peculiaridade do tipo no Direito penal socioeconômico é a *grande incidência de delitos puramente formais*, ou seja, carentes de todo o conteúdo de injusto material, o que demonstra que se trata, na verdade, de ilícitos administrativos elevados à categoria de ilícitos penais. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cita como exemplo, na legislação Espanhola, o delito tributário contábil em sua modalidade de não cumprimento da obrigação de manter livros ou registros fiscais[55].

Verifica-se, claramente, que tais delitos são de mera desobediência, ao contrário do que acontece com os genuínos delitos de perigo abstrato, nos quais, embora o perigo constitua motivo para a elaboração da norma, não sendo necessário aferir sua presença na situação concreta, a tipificação abstrata se justifica pelo fato de que a formulação, em tais casos, de um tipo de perigo concreto representaria a recusa pela proteção do bem jurídico.

Mais uma problemática que se apresenta no âmbito da tipicidade no Direito penal socioeconômico é o fato de que muitos delitos não chegam a apresentar sequer uma lesividade abstrata, levando à ampla utilização de *tipos de acumulação*. Nesse caso, *a conduta isoladamente considerada não apresenta qualquer lesividade*. Todavia, o legislador faz uma suposição de que se um grande número de agentes realizar a conduta o bem jurídico pode ser afetado. Os tipos de acumulação são muito freqüentes no Direito penal ambiental, conquanto sua presença nos delitos socioeconômicos seja acentuada, sobretudo, naqueles casos em que não se tem uma definição concreta acerca do bem jurídico tutelado.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ aceita, no seio de sua classificação dos bens jurídicos, a possibilidade de que possam existir delitos de acumulação desde a perspectiva do bem jurídico mediatamente protegido, o que aconteceria principalmente nos casos em que o bem diretamente protegido tem caráter individual, como o patrimônio, sendo o interesse coletivo apenas um fator de justificação para a intervenção penal em tais âmbitos[56].

Por fim, uma das peculiaridades que mais sobressaem para esta investigação refere-se ao fato de que a grande maioria dos tipos no âmbito dos delitos socioeconômicos *não reflete uma lesividade social clara*, ao contrário do que normalmente acontece no caso dos bens jurídicos individuais. A complexidade da matéria econômica impede que a maioria dos cidadãos, ainda que tenham contato com o tipo penal, possam identificar sua lesividade social desde a perspectiva do bem jurídico.

Diversamente do que acontece com os tipos que tutelam bens jurídicos individuais, em que há certo clamor social no sentido de se incriminar e, inclusive, haver um aumento de pena para determinadas condutas, os delitos socioeconômicos costumam ser definidos por especialistas que seguem, muitas vezes, orientações que não exprimem um sentimento ético-social.

Nesse sentido, PRITTWITZ consigna, ao tratar do Direito penal do risco, que há comportamentos tipificados que não se consideram previamente como socialmente inadequados. Ao contrário, criminaliza-se para ser considerado inadequado[57]. Essa constatação de PRITTWITZ demonstra que o tipo no Direito Penal socioeconômico muitas vezes pouco comunica, o que acaba por relativizar o caráter preventivo da norma. Além de conceitos inespecíficos, as constatações de acessoriedade administrativa, ausência de concretização do bem protegido e ausência de uma maior plasmação do significado material da conduta, demonstram que o tipo no Direito penal socioeconômico apresenta peculiaridades que precisam ser analisadas com cuidado, sobretudo, pelo fato de que a legitimidade e a liberdade num Estado de Direito são direitos que não podem ser eludidos.

2 IMPACTOS GERADOS PELAS PECULIARIDADES DOS BENS JURÍDICOS SOCIOECONÔMICOS E PELOS RESPECTIVOS TIPOS PENAIIS NA TEORIA DO CRIME

Todas as reflexões realizadas até este ponto demonstram que o aparato teórico desenvolvido para o Direito penal primário não pode ser trasladado acriticamente para o Direito penal socioeconômico, diante das significativas peculiaridades apontadas. Neste trabalho, pretende-se apontar os dois principais impactos: o tratamento do dolo e do erro.

2.1 Constatações desses impactos pela doutrina

Diante desse cenário crítico, não se pode dizer que a doutrina esteja silente. Ao contrário, cada vez mais surgem manifestações e estudos no sentido de repensar e atualizar conceitos que, por sua estaticidade, nem sempre acompanham o desenvolver dinâmico da sociedade, como se pode depreender do ensinamento de NIETO MARTÍN:

En el ámbito del Derecho Penal esta regulación del error plantea, en primer lugar, un debate político criminal: ¿es correcta la distinción entre ambos tipos de error en un ámbito en el que, a diferencia del Derecho Penal tradicional, la norma de prohibición puede ser más complicada de conocer por parte del ciudadano que los hechos constitutivos de la infracción? A esta cuestión se le añade, otra de índole aparentemente técnico: el tratamiento del error sobre los elementos normativos y las leyes penales en blanco. En el debate doctrinal acerca del tratamiento del error sobre elementos normativos y leyes penales en blanco las consecuencias político criminales de una u otra opción están muy presentes. De este modo, para algunos autores, el tratamiento de estos errores como errores de tipo ayudaría a proporcionar una marco más benévolo para el error en el Derecho Penal económico. Otros en cambio, pretenden conseguir este objetivo haciendo menos rigurosos los criterios de vencibilidad del error de prohibición.[58]

Já, conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, se o tratamento do erro defendido pela teoria da culpabilidade se considera correto no âmbito dos delitos contra bens jurídicos básicos (conformadores do Direito penal primário), não ocorre o mesmo em relação aos delitos socioeconômicos de novo cunho que, pertencentes ao Direito penal secundário, reclamam um tratamento diferenciado. Como defende, a hipertrofia normativa no terreno do Direito penal socioeconômico e o estado de alerta jurídico em que se vê obrigado a permanecer o cidadão deveriam ser compensados na teoria subjetiva do delito[59].

BALCARCE trilha no mesmo sentido, ao consignar:

En el derecho penal nuclear la idea rectora es que el ciudadano no puede invocar el desconocimiento de las normas de comportamiento del derecho penal porque su conocimiento como normas de comportamiento forma parte del acervo fundamental de la convicción jurídica de cada sociedad, sin la cual no puede existir como comunidad jurídica. Esto no puede mantenerse con el mismo rigor en el derecho penal económico.[60]

No Direito penal secundário, como lembra DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, abundam normas complexas, em constante alteração e com escasso fundamento ético-social, de modo que seu conhecimento é muito mais difícil por parte do cidadão. Além disso, somente com o conhecimento da norma em si mesma considerada (e não dos fatos) é que o sujeito poderá optar por se comportar ou não consoante o Direito[61].

MUÑOZ CONDE, por seu turno, destaca que toda a construção do instituto do erro no Direito penal foi feita com base nos crimes tradicionais, passando a doutrina, apenas recentemente, a tratar mais detidamente a questão. Diante clareza com que trata o assunto, suas palavras são dignas de transcrição:

(...) Sin embargo, los delitos económicos en general y los fiscales en particular no han servido de modelo escolar, ni de punto de referencia de las complicadas construcciones dogmáticas de la Teoría General del Delito. En el fondo había quizá la sospecha de que no eran auténtico Derecho Penal y, por tanto, carecía de interés comprobar la validez de unas teorías pensadas para unos supuestos de hechos, relativamente constantes en el tiempo en el espacio, que nada tenían que ver con la “artificialidad” de unos delitos cuyo coyuntularismo histórico era de la regulación del fraude fiscal en nuestro Código Penal, el que “extramuros” del Código Penal, prácticamente desconocidas, salvo por muy concretos especialistas en estas materias, a menudo cultivadores de otras ramas del Ordenamiento jurídico distintas y ajenas a los intereses específicos del Derecho Penal.

Tal situación se ha modificado en los últimos años. Sin abandonar las preocupaciones por los tipos delictivos tradicionales, que han constituido y constituirán sin duda una parte importante del Derecho Penal, la atención de los penalistas se dirige ahora también hacia esas otras partes del Derecho Penal que están adquiriendo una importancia apenas vislumbrada hace un par de décadas, y que, además, están siendo objeto recientemente de complicadas regulaciones legales difícilmente reconducibles a los viejos moldes utilizados en la descripción de los tipos penales tradicionales. La regulación de los “delitos contra la Hacienda Pública” es una buena prueba de ello.[62]

Em outro trecho, mais adiante, destaca o mesmo autor:

La experiencia enseña que estamos dispuestos a conceder relevancia al error si se refiere a normas “artificiales” o éticamente indiferentes. Pero que esa inclinación es más parca cuando el error se refiere a normas que constituyen el núcleo de nuestra sociedad. Sin embargo, ultimamente se está produciendo un fenómeno curioso que obliga a replantearse esa experiencia. Desde el punto de vista del Estado se tiende cada vez más a reforzar sus prohibiciones y mandatos con ayuda del Derecho Penal, como es la actividade económica. Se trata de proteger la intervención del Estado en la economía y el derecho de éste a percibir ingresos y a redistribuirlos correctamente a través de una racional planificación del gasto público. La complejidad técnica y la indeterminación de las nuevas normas es una de sus principales características y también de sus defectos. Y es lógico que esta complejidad se compense desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma.[63]

O que mais importa é que, para a proteção de bens jurídicos de naturezas diversas, são utilizados tipos com estruturas também diversas, o que implica um tratamento dogmático específico em razão das diferenças ontológicas existentes. Assim, independentemente de questões ideológicas ou de caráter político-criminal, mediante análise da própria teoria do crime, constata-se a necessidade de um tratamento específico para o erro em tipos similares aos existentes, majoritariamente, nos delitos socioeconômicos.

2.2 O problema do elemento intelectual do dolo no Direito Penal Socioeconômico

O conceito de dolo sofreu uma lenta evolução histórico-doutrinal desde as iniciais concepções do Direito romano, que defendiam a existência de uma responsabilidade objetiva no âmbito penal, sob a influência dos moralistas gregos[64]. Posteriormente, no Direito romano e no Direito germânico, com influência do Direito canônico, foi-se implantando progressivamente a distinção entre a culpa ou imprudência, de um lado, e o dolo, de outro, consistente na vontade consciente de cometer o delito[65].

Nos iniciais estágios da teoria jurídica do crime, o dolo implicava conhecimento e vontade de realizar o delito, sendo que o conhecimento se projetava na exigência de captação por parte do sujeito dos elementos do tipo e do caráter antijurídico do fato, vale dizer, era necessário o conhecimento do fato e do Direito. Tratava-se de um *dolus malus*, situado na culpabilidade.

Com o finalismo, efetuou-se uma bipartição do dolo neoclássico, diferenciando entre o *dolus naturalis* ou conhecimento dos elementos objetivos do tipo, localizado no próprio tipo, e a consciência da antijuridicidade, a ser valorada na culpabilidade. Assim, a partir do finalismo, ao falar de tipo, tem-se a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo,

sendo que o dolo, entendido como conhecimentos dos elementos objetivos do tipo e vontade de realizar a conduta típica, situa-se no tipo de injusto, ao passo que a consciência da antijuridicidade localiza-se na culpabilidade[66].

Alcançado esse ponto, de acordo com uma definição usual, mas não muito precisa, age dolosamente o autor que conhece e quer os elementos objetivos que pertencem ao tipo legal. Porém, com relação às três espécies de dolo (dolo direito de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual), pode-se afirmar mais precisamente que todas possuem um momento intelectual e outro volitivo.

A doutrina majoritária, cujas principais teorizações foram desenvolvidas com base na proteção de bens jurídicos individuais e no finalismo, entende que o dolo, em seu componente intelectual, deve referir-se ao significado material de todos os elementos do tipo objetivo. Nos elementos descritivos, que pressupõem um conhecimento espiritual, o agente deve ter entendido seu significado natural. Nos elementos normativos, exige-se pleno conhecimento de seu significado, mas não é necessário que o autor conheça a definição jurídica do conceito correspondente, bastando que vislumbre, por si próprio, em seu nível de compreensão, o significado material do elemento normativo descrito no tipo (valoração paralela na esfera do leigo)[67]. Presume-se, assim, que por uma valoração paralela dos fatos, leigamente, poder-se-ia alcançar o conhecimento do significado do elemento normativo típico. Com base nisso, seria possível ao agente conhecer o significado social de sua conduta.

Se no Direito penal primário a teoria da valoração paralela dos fatos na esfera do leigo tem alguma aplicação, isso se deve à circunstância de que são tutelados ataques diretos a direitos individuais (normalmente fatos naturais), o que possibilita ao agente, ainda que por meio de uma valoração, conhecer o significado de sua conduta.

Ocorre que, no âmbito do Direito penal socioeconômico, em razão das apontadas especificidades dos bens jurídicos tutelados e dos tipos, essa teorização não pode ser trasladada acriticamente, sobretudo, no que se refere ao conhecimento do significado dos elementos normativos do tipo. Realmente, em boa parte dos casos, não há como se defender que seria possível ao agente, por meio de uma valoração paralela dos fatos na esfera do leigo, conhecer o significado material do elemento normativo.

Assim, uma postura mais adequada para o tratamento do dolo no âmbito do Direito penal socioeconômico, embora a questão esteja completamente aberta e sujeita a discussões, seria no sentido de que *o componente intelectual deve abarcar o conhecimento de todo estado de coisas[68], coincidente com o sentido e significado material autêntico dos elementos do tipo, presente na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), incluindo todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade[69].*

É importantíssimo notar que em alguns casos, diferentemente do que ocorre com grande parte dos tipos do Direito penal primário, a única circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade é o conhecimento da própria proibição penal. Quando a conduta é axiologicamente neutra, como ocorre em diversos delitos socioeconômicos, o dolo deve abarcar a própria proibição legal. Faltando o conhecimento desta, o agente não tem todos os dados para a correta ou incorreta orientação da sua consciência. Sem o conhecimento da proibição legal, único elemento que funda o desvalor da conduta, não

possuindo, paralelamente, um desvalor em qualquer outra ordem com relevância ética (moral, cultural ou social), o autor não pode conhecer o significado de sua ação.

Em síntese, o elemento intelectual do dolo deve compreender a representação do estado de coisas, consubstanciado por fatos naturais e/ou normas, coincidentes com o significado e sentido dos elementos do tipo, incluindo todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade, ou seja, que permita ao autor realizar um juízo de consciência, optando por se comportar ou não conforme o Direito, sendo que, no caso de condutas axiologicamente neutras, isso só é possível com o conhecimento da proibição legal.

Especificamente quanto aos elementos normativos, o dolo deve abarcar o conhecimento do sentido e significado material dos elementos do tipo (que necessita descrever fatos e circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade), presentes na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), de acordo com a linguagem do sujeito. Quando se tratar de um elemento normativo que não seja de comum apreensão social, faz-se imprescindível a compreensão do sentido técnico específico. Isso permitiria, segundo se entende, um tratamento mais adequado do dolo no âmbito do Direito penal socioeconômico.

Essas rápidas observações visam apenas estimular o debate, apontando os problemas gerados no tratamento do dolo pela proteção penal de bens jurídicos coletivos e, especialmente, da ordem econômica.

2.3 O problema do tratamento do erro no Direito penal socioeconômico

Diante das peculiaridades dos delitos socioeconômicos vem se defendendo amplamente na doutrina a necessidade de um tratamento diferenciado para o erro nesse setor, diverso daquele usualmente dado para o erro no Direito penal primário, para que não haja redução de garantias, especialmente, no que se refere ao princípio da culpabilidade. Sendo realidades diversas, deve haver tratamento diverso. A teoria tradicional do erro foi construída com base nas peculiaridades do Direito penal primário, em que albergados os tipos essenciais à ordem social (protegem bens jurídicos básicos). Todavia, a realidade se alterou e o Direito penal se expandiu grandemente, estando presente em setores cada vez mais específicos e complexos.

Diante disso, a doutrina vem apresentando algumas propostas para o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, conforme se passará a analisar.

A primeira proposta para tentar resolver o problema do tratamento do erro no Direito penal socioeconômico sugere que seriam necessárias alterações legislativas, trazendo-se regras distintas daquelas previstas para o Direito penal primário. Propõe-se uma alteração legislativa no sentido de estabelecer que no Direito penal secundário passem a ser adotados critérios coincidentes com os defendidos pela teoria do dolo, mantendo-se a teoria da culpabilidade para os delitos do Direito Penal primário.

Haveria, assim, uma coincidência entre erro de proibição e erro de tipo, ambos produzindo os mesmos efeitos: se o erro é invencível, não há responsabilidade criminal, por ausência de dolo e imprudência; se é vencível, subsiste uma responsabilidade a título de imprudência, sempre que a lei penal preveja um paralelo tipo imprudente. Essa proposta é defendida especialmente por TIEDEMANN[70].

Importante notar que o ordenamento português já possui previsão específica nesse sentido, adotando expressamente a teoria do dolo para os tipos em que o conhecimento da proibição é imprescindível para afirmar a danosidade social da conduta. O artigo 16-1 do Código Penal português estabelece que “O erro sobre elementos de fato ou de Direito de um tipo penal, ou sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do fato, exclui o dolo”. Fica claro que esse dispositivo não se refere exclusivamente ao Direito Penal socioeconômico e nem mesmo ao Direito Penal secundário, sendo certo, no entanto, que tipos penais com o caráter descrito no artigo sejam frequentes nesses âmbitos.

Independentemente de alteração legislativa, a doutrina aponta duas soluções possíveis para tentar tornar mais correto e justo o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico. A primeira, atualmente majoritária, pretende qualificar como erro sobre o tipo o erro que recai sobre elementos normativos jurídicos ou sobre a normativa extrapenal que serve de complemento nas leis penais em branco. Já a segunda propõe qualificar tais erros como erros sobre a proibição, mas com a peculiaridade de ampliar sensivelmente a esfera de invencibilidade do erro.

Consoante a primeira proposta, que é defendida especialmente por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, o que se sugere e se pretende é a redução da órbita de aplicação do erro sobre a proibição em favor do emprego do erro sobre o tipo. Ao se considerar que o erro sobre elementos normativos jurídicos e sobre a normativa extrapenal que complementa a norma penal em branco constitui erro de tipo, na ampla maioria dos casos, o erro levará à não-aplicação da pena, pois, geralmente, no Direito penal socioeconômico não há a previsão de delitos imprudentes[71].

De outra via, a segunda proposta interpretativa, que é defendida especialmente por BAJO, sobretudo, em trabalhos desenvolvidos com SUÁREZ e Silvina BACIGALUPO[72], sugere que na interpretação dos tipos do Direito penal socioeconômico que contenham termos de conteúdo normativo jurídico, os Tribunais deveriam considerar que o erro sempre seria invencível, sobre o pressuposto de que em tais delitos a consciência da antijuridicidade depende do conhecimento da norma. Vale destacar:

El error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica, y el conocimiento de la antijuridicidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidade).[73]

A proposta que se entende mais adequada é a de realização de alterações legislativas, como já ocorre no ordenamento jurídico português, estabelecendo que, o erro sobre elementos de fato ou de Direito de um tipo penal, ou sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do fato, exclui o dolo.

Inexistindo, no entanto, dispositivo legal nesse sentido no Brasil, deve-se optar por uma das propostas interpretativas, revelando-se inadequada e impertinente diante dos termos da legislação brasileira em vigor a que propugna por uma ampliação da esfera de invencibilidade do erro de proibição no âmbito dos delitos socioeconômicos.

A solução de outorgar maior prevalência ao erro de tipo em face do erro de proibição nos delitos econômicos demonstra-se dogmaticamente, numa primeira análise, adequada e compatível com a legislação brasileira em vigor, sendo que esse tratamento decorre da própria teoria do crime e não, apenas, de determinada opção de política criminal, sendo possível alcançar resultados bastante próximos daqueles obtidos com a apontada alteração legislativa.

Igualmente ao que ocorre com o tratamento do dolo, o melhor tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, diante das peculiaridades do bem jurídico e dos tipos, necessita ser, ainda, muito debatido. O que não se pode fazer é fechar os olhos a essa situação, como têm feito os tribunais brasileiros e o próprio legislador, entendendo que a teoria do crime desenvolvida com base na proteção de bens jurídicos individuais pode dar resposta adequada aos tipos penais que protegem a ordem econômica.

CONCLUSÕES

Do que foi exposto ao longo do trabalho, observa-se que o tratamento jurídico-penal do dolo e do erro no Direito penal socioeconômico envolve aspectos bastante complexos e controvertidos da dogmática penal. O objetivo foi demonstrar que as estruturas tradicionais da dogmática tradicional não podem ser trasladadas acriticamente ao Direito penal socioeconômico, setor em que os bens jurídicos tutelados e os tipos legais apresentam particularidades que não podem ser ignoradas, sob pena de significativa redução dos princípios tradicionais de garantia, assegurados constitucionalmente.

A dificuldade existente para o tratamento do dolo e do erro no Direito penal socioeconômico advém da constatação de que o objeto da representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas pela realidade, também objetiva, das normas e valorações jurídicas.

As principais características dos bens jurídicos socioeconômicos (presentes não em todos os delitos econômicos e nem todas as características em cada um desses delitos) que foram constatadas são as seguintes: a) estão vinculados a uma determinada política econômica; b) as teorizações econômicas são incertas e voláteis; c) o conteúdo integral do ilícito exprime-se em função de normas extrapenais; d) pode haver a

necessidade de uma grande quantidade de ações típicas similares para que possa existir uma efetiva lesão; e) considera-se suficiente um ataque de menor intensidade; f) são um fenômeno de natureza complexa, impostos pelo estado conforme a ideologia econômica vigente, que não exprime um fundamento ético-social arraigado na comunidade em geral; g) possuem uma natureza conflitiva; e, h) podem possuir um aspecto institucional.

Nos tipos penais socioeconômicos, em decorrência dos bens jurídicos tutelados, observou-se, em diversos casos, as seguintes características: a) fazem a descrição de fatos constituídos por uma realidade das normas e valorações jurídicas, ao invés de fatos constituídos por uma realidade objetiva do ser; b) utilizam conceitos indeterminados; c) são repletos de elementos normativos, elementos de valoração global do fato e remissões a outras normas, confundindo descrição fática e juízo de antijuridicidade; d) prescrevem condutas que violam uma conduta regulamentar do Estado; e) incluem limites quantitativos; e) são desprovidos de um conteúdo de injusto material; f) descreverem ações que não apresentam uma lesividade social clara e assim considerada pelos cidadãos em geral; e, g) podem ser de acumulação.

Todas essas características dos bens jurídicos e dos tipos socioeconômicos geram dois principais problemas na teoria do crime: o tratamento do dolo e do erro.

Quanto ao dolo, no âmbito do Direito penal socioeconômico, as teorias tradicionais não podem ser trasladadas acriticamente, sobretudo, no que se refere à compreensão dos elementos normativos do tipo, pois, na grande maioria dos casos, não há como se realizar uma valoração paralela dos fatos na esfera do leigo, como se proclama para o Direito penal primário.

No que se refere ao tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, a doutrina apresentou três principais propostas, quais sejam: a) realização de alterações legislativas para que, sendo a conduta axiologicamente neutra, adote-se os critérios da teoria do dolo; b) ampliação da esfera de invencibilidade do erro de proibição nesse setor; e, c) prevalência do erro de tipo em face do erro de proibição nos delitos econômicos. A que se mostrou mais adequada, numa primeira análise, foi a de realização de alterações legislativas. No entanto, nada foi realizado no Brasil nesse sentido. Assim, dentre as propostas interpretativas, a que propugna a prevalência do erro de tipo em face do erro de proibição se mostrou a mais correta.

De qualquer forma, essas questões necessitam ser, ainda, muito debatidas. O principal objetivo deste artigo foi chamar a atenção para os problemas gerados na teoria do crime, desenvolvida com base na proteção de bens jurídicos individuais, pela proteção penal de bens jurídicos coletivos, especificamente, da ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho penal económico aplicado a la actividade empresarial. Madri: Civitas, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GONZÁLEZ SUÁREZ, Carlos. **Manual de Derecho penal**: Parte Especial. vol. II. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

BALCARCE, Fabián I. **Derecho Penal Económico**: Parte General. Córdoba: Mediterránea, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. In **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987. p. 183-202.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El Derecho Penal de la Empresa**: desde una visión garantista. Montevideú; Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2005.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supra individuales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: Um contributo para a reforma do Direito Penal nos novos espaços de intervenção. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, Volume comemorativo de 75 anos, p. 1.123-1.138, 2003.

DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel. **El error de prohibición**: pasado, presente e futuro. Granada: LH Torio, 1999. p. 363.

JESCHECK, Hans Henrich. El derecho penal económico alemán. **Cuadernos de los Institutos**. Trad. Luis Martínez Gavier y Juan Von Haeseler Langjahr. Córdoba, v. XIII, n. 74, 1963.

JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. 5ª ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el product en Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Imputación Subjetiva. **Manuales de Formación Continuada**. Madrid, n. 14, p. 99-180, 2001.

_____. **Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General.** 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

MORALES PRATS, Fermín. Técnicas de tutela penal de los intereses difusos. In: BOIX REIG, Javier (org.). **Intereses difusos y Derecho penal.** Cuadernos de Derecho Judicial. Madri: CGPJ, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

NIETO MARTIN, Adán. **El Derecho Penal Económico Español.** Disponible em: http://www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/adan%20nieto%20introduccion%20al%20der.echo%20. Acesso em 09/12/2008. Acesso em 09/12/2008.

NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de Divisas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, 2006.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales.** Madri, Tomo XLIII, Fascículo I, p. 5-28, 1990. p. 16.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal. In **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General: Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito.** Trad. da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 2006.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: Hefendehl, Roland. **La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Legislación penal sócio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes em blanco. **Derecho Penal y Criminología.** Madri, v. 49, 1993.

SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** Granada: Comares, 2003.

STENIUS, Erik. **Witttenstein's Tractatus: A Critical Exposition of its Main Lines of Thought.** Westport: Greenwood Press, 1981.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Derecho penal de la empresa.** Madri: Trotta, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito econômico y de derecho penal econômico. **Nuevo pensamiento penal.** Buenos Aires, v.4, n.5/8, p. 461-75, jan./dez., 1975.

_____ **Lecciones de Derecho Penal Económico:** (Comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

_____ Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia al Derecho penal económico y al Derecho penal accesorio: consideraciones de Derecho comparado y conclusiones. In: **Estudios Jurídicos:** En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo volume. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. p. 895-910.

[1] Adota-se a denominação Direito penal socioeconômico porque, nesse âmbito, tutelam-se interesses econômicos coletivos, não sendo possível, segundo a opinião majoritária, a proteção de interesses econômicos puramente individuais, a não ser que possam gerar efeitos socioeconômicos, conforme será detidamente analisado no decorrer deste artigo.

[2] O Direito penal “clássico”, “primário”, “comum” ou “nuclear” restringe-se a incriminar comportamentos que representam ataques diretos aos direitos subjetivos individuais. Por outro lado, o Direito Penal “acessório”, “secundário”, “extravagante” ou “especial” não focaliza direitos subjetivos determinados, mas, sim, a busca pela prevenção dos indeterminados perigos de violação daqueles direitos. Sobre o assunto, vide, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: Um contributo para a reforma do Direito Penal nos novos espaços de intervenção. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Económico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 11-63. No presente trabalho, adotar-se-á a terminologia Direito Penal “primário” e “secundário”.

[3] TIEDEMANN consigna que “Con cierta independencia de esta situación legal, el Derecho penal económico ofrece unas particularidades que se refieren a cuestiones de la Parte general ya sea desde el punto de vista de la técnica legislativa ya sea como consecuencia de que el Derecho penal económico abarca nuevos fenómenos sócio-económicos y llega por ello a soluciones novedosas en cuanto a su contenido”. TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico:** (Comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993. p. 157.

[4] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Imputación Subjetiva. **Manuales de Formación Continuada.** Madrid, n. 14, p. 99-180, 2001. p. 100.

[5] TIEDEMANN, especificamente sobre o erro, consigna que “(...) nada impiede al legislador y a quien aplica el Derecho otorgar a quién incurre en un error de derecho un tratamiento más favorable en aquellos casos en los que el error de derecho es excusable; posiblemente, por tanto, en el campo del Derecho penal accesorio y en el Derecho de las contravenciones con sus amplios ámbitos de regulación”. TIEDEMANN, Klaus. Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia al Derecho penal económico y al Derecho penal accesorio: consideraciones de Derecho comparado y conclusiones. In: **Estudios Jurídicos:** En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo volume. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. p. 895-910. p. 897.

[6] TIEDEMANN afirma que “Las cuestiones referentes al error constituyen para la dogmática jurídico-penal el banco de pruebas de la coherencia y validez de la teoría jurídica del delito. La proyección subjetiva de datos objetivamente existentes representa el supuesto normal en el cual la congruencia entre ‘lo objetivo’ y ‘lo subjetivo’ confirma la estructura del sistema penal”. TIEDEMANN, **Estudios Jurídicos**, p. 895.

[7] Nesse sentido, vide: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 127. TIEDEMANN, **Leciones de Derecho penal econômico**, p. 158 e ss. TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Madri: Trotta, 1995. p. 36.

[8] Consoante SANTOS, “O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anti-científico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a idéia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 169.

[9] A opção entre os termos bens jurídicos “coletivos”, “supra-individuais”, “universais” ou “difusos” não possui uma maior transcendência, sendo o mais importante sua definição. Apesar disso, entende-se que o termo bens jurídicos “coletivos” seria o mais adequado, em razão, sobretudo, do desacerto dos demais. Como explica SOTO NAVARRO: “Así ocurre con la expresión “universales”, que por el significado de intemporalidad y de inmutabilidad no es conciliable con el carácter novedoso, exento de tradición histórica, de buena parte de estos bienes jurídicos, surgidos al compás de las exigencias sociales que debe satisfacer el actual modelo de Estado. En cuanto al término ‘supraindividuales’, puede entenderse con el significado de ‘por encima’ del individuo, aserción nada deseable en nuestro contexto. Por último, con respecto la expresión ‘difuso’ hay que advertir de antemano que es una traducción incorrecta al español, aunque asumida por buena parte de la doctrina, del término que acuñara SGUBBI en un artículo ya clásico. Em puridad, debería traducirse como “difundidos”, con lo que el término gana ciertamente en precisión, refiriéndose a intereses ‘presentes de modo informal y propagados a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad’”. SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003. p. 193-194.

[10] DIAS, **Direito Penal**, p. 134.

[11] SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 170.

[12] SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 170-171.

[13] Nesse sentido, vide, ainda, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, Tomo XLIII, Fascículo I, p. 5-28, 1990. p. 16. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. In **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987. p. 183-202. p. 196. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supra individuales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 24.

[14] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1994.

[15] DIAS, **Direito Penal**, p. 137 e ss.

[16] Cf. DIAS, **Direito Penal**, p. 121.

[17] DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, Volume comemorativo de 75 anos, p. 1.123-1.138, 2003. p. 1131-1132.

[18] SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 228.

[19] Nesse sentido, vide ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: Hefendehl, Roland. **La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 448.

[20] SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 171.

[21] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el product en Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 67.

[22] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 165-166.

[23] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 169.

[24] CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El Derecho Penal de la Empresa: desde una visión garantista**. Montevideo; Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2005. p. 56.

[25] JESCHECK, Hans Henrich. El derecho penal econômico alemán. **Cuadernos de los Institutos**. Trad. Luis Martínez Gavier y Juan Von Haeseler Langjahr. Córdoba, v. XIII, n. 74, 1963. p. 74.

[26] Vale ressaltar a lição de TERRADILLOS BASOCO: (...) una vez vivida la gran crisis de 1929, cuyos efectos también tuvieron reflejo en el Derecho penal. La reconstrucción posterior al 29 requiere, como lúcida e influyentemente pensara Keynes, suprimir el riesgo en las inversiones que pudiera generar una situación abocada al *crack*. El Estado asume, a partir de entonces, la función de garante de las convenciones económicas fundamentales en un intento de superar el riesgo en las inversiones

mediante la planificación, prefigurando el futuro según las expectativas de presente e incorporando lo económico a lo jurídico. Se pone así fin a las vicisitudes del Estado de Derecho como maquinaria de poder orientada a la tutela de derechos individuales. Éstos pierden su puesto prioritario en el horizonte de los proyectos de un Estado que, al invadir nuevas áreas, necesita también de nuevos instrumentos – incluidos los penales – para reforzar esa intervención”. TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 11.

[27] TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Nuevo pensamiento penal**. Buenos Aires, v.4, n.5/8, p. 461-75, jan./dez., 1975. p. 468.

[28] BALCARCE, Fabián I. **Derecho Penal Económico: Parte General**. Córdoba: Mediterránea, 2003. p. 50.

[29] CERVINI/ADRIASOLA, ob. cit., p. 56-57.

[30] CERVINI/ADRIASOLA, ob. cit., p. 57-58.

[31] Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 119.

[32] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 118.

[33] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 96.

[34] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 96.

[35] CERVINI/ADRIASOLA, ob.cit., p. 71.

[36] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 120.

[37] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 119.

[38] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 159.

[39] BALCARCE, ob. cit., p. 130.

[40] Quando há diferenciação, recorre-se a um bem com função representativa, que será o bem imediatamente protegido. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cita como exemplo de bem jurídico com função representativa o patrimônio do Erário, sendo, por outro lado, as funções sociais cumpridas com a arrecadação tributária o bem imediatamente protegido. Já no outro caso, em que o bem coletivo geral institucionalizado sem referente individual é diretamente protegido, cita-se o exemplo dos delitos que protegem o livre mercado e a livre concorrência. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 183.

[41] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 191.

[42] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 206.

[43] Nesse sentido, vide HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 51.

[44] Sobre o assunto, vide detalhado trabalho de NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de Divisas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, 2006.

[45] Sobre o assunto vide DIAS, **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 1136-1137.

[46] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 209-210.

[47] SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 214. Nesse sentido, vide, ainda, BUSTOS RAMÍREZ, **Los bienes jurídicos colectivos**, p. 195. MORALES PRATS, Fermín. Técnicas de tutela penal de los intereses difusos. In: BOIX REIG, Javier (org.). **Intereses difusos y Derecho penal**. Cuadernos de Derecho Judicial. Madri: CGPJ, 1994. p. 76 e 82.

[48] SILVA, ob. cit., p. 118-119.

[49] ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General: Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad. da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 2006. p. 300.

[50] ROXIN, **Derecho Penal**, p. 301.

[51] ROXIN, **Derecho Penal**, p. 301.

[52] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 245.

[53] No mesmo sentido, vide TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 36. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Legislación penal sócio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes em blanco. **Derecho Penal y Criminología**. Madri, v. 49, 1993. p. 39.

[54] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 262 e ss.

[55] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 210.

[56] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 206.

[57] PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal. In **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003. p.5.

[58] NIETO MARTIN, Adán. **El Derecho Penal Económico Español**. Disponible em: http://www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/adan%20nieto%20introduccion%20al%20der.echo%20. Acesso em 09/12/2008. Acesso em 09/12/2008.

[59] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 402.

[60] BALCARCE, ob. cit., p. 145.

[61] DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel. **El error de prohibición: pasado, presente e futuro**. Granada: LH Torio, 1999. p. 363.

[62] MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

[63] MUÑOZ CONDE, **El Error en Derecho Penal**, p. 101-102.

[64] DIAS PALOS, Fernando. Dolo Penal. In **Nueva Enciclopedia Jurídica Seix**. Tomo VII. Barcelona: Francisco Seix S.A., 1980. p. 691 e ss.

[65] ARIAS EIBE, Manuel José. **El error en Derecho Penal en el Código de 1995**. Madri: Dykinson, 2007. p. 23.

[66] Esclarecedora lição sobre o assunto encontra-se em MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. **Cuadernos de Derecho Judicial**. Madril, p. 11-35, 1994. p. 11.

[67] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 5ª ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 316.

[68] No contexto do *Tractatus* de WITTGENSTEIN, estado de coisas (“sachverhalt”) significa uma concatenação possível de objetos no mundo (mental ou real) que pode ser ou não ser atual, ser ou não ser um fato. Para uma exposição acerca desse entendimento, vide STENIUS, Erik. **Wittgenstein's Tractatus: A Critical Exposition of its Main Lines of Thought**. Westport: Greenwood Press, 1981.

[69] Esse posicionamento é baseado, especialmente, na lição de HRUSCHKA, que esclarece: “Cuando la teoría de la culpabilidad llama la atención sobre la distinción entre dolo y conciencia de la antijuridicidad, está haciendo uso de la diferencia genérica entre la representación de um hecho y de circunstancias que son relevantes para el juicio de antijuridicidad y el juicio de antijuridicidad propiamente dicho”. HRUSCHKA,

Joachim. **Imputación y Derecho Penal**: Estúdios sobre la teoria de la imputación. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 135.

[70] TIEDEMANN, Klaus. **Estudios Jurídicos**. p. 897.

[71] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 404.

[72] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal econômico aplicado a la actividade empresarial**. Madri: Civitas, 1978. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Econômico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GONZÁLEZ SUÁREZ, Carlos. **Manual de Derecho penal**: Parte Especial. vol. II. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

[73] BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, ob. cit., p. 185.

BIOPOLÍTICA E MILITARIZAÇÃO DA VIDA SOCIAL: UMA ANÁLISE DA OPERAÇÃO RIO À MEGA-OPERAÇÃO POLICIAL DO COMPLEXO DO ALEMÃO

BIOPOLICE AND SOCIAL LIFE MILITARIZATION: AN ANALYSIS FROM OPERAÇÃO RIO TO HE MEGA POLICIAL OPERATION OF COMPLEXO DO ALEMÃO

**Taiguara Libano Soares e Souza
Roberta Duboc Pedrinha**

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a construção do modelo de militarização da segurança pública, no Estado do Rio de Janeiro. Para tal, elege como objeto de estudo dois episódios emblemáticos da governamentalidade das políticas de segurança: a Operação Rio (1994) e a Mega-operação Policial no Complexo do Alemão (2007).

A partir do referencial teórico da Criminologia Crítica, nota-se a elaboração do discurso da segurança pública, que, erigido sob a égide da manutenção da ordem, verticalmente materializa-se através de espetaculosas ações policiais a título de solução do problema da criminalidade urbana. A despeito das rupturas e continuidades observadas, pode-se afirmar que o estado de exceção tem se pautado como paradigma de gestão da segurança pública no Rio de Janeiro. A opção por mais polícia e menos política delinea a militarização da vida social que aos poucos se processa.

PALAVRAS-CHAVE: BIOPOLÍTICA - MILITARIZAÇÃO DA VIDA SOCIAL - VIOLÊNCIA POLICIAL - POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

ABSTRACT

O presente trabalho pretende abordar a construção do modelo de militarização da segurança pública, no Estado do Rio de Janeiro. Para tal, elege como objeto de estudo dois episódios emblemáticos da governamentalidade das políticas de segurança: a Operação Rio (1994) e a Mega-operação Policial no Complexo do Alemão (2007).

A partir do referencial teórico da Criminologia Crítica, nota-se a elaboração do discurso da segurança pública, que, erigido sob a égide da manutenção da ordem, verticalmente materializa-se através de espetaculosas ações policiais a título de solução do problema da criminalidade urbana. A despeito das rupturas e continuidades observadas, pode-se afirmar que o estado de exceção tem se pautado como paradigma de gestão da segurança pública no Rio de Janeiro. A opção por mais polícia e menos política delinea a militarização da vida social que aos poucos se processa.

KEYWORDS: BIOPOLICE - LIFE MILITARIZATION - POLICIAL VIOLENCE - PUBLIC SECURITY POLICIES

I – Noções Introdutórias

A gestão biopolítica das populações periféricas é fortemente presente na história de colonização violenta da América Latina. Precisamente, Zaffaroni expandiu o conceito foucaultiano de “instituição de seqüestro” ao continente como um todo. Dentro de tal contexto, o Estado do Rio de Janeiro, ao longo das últimas duas décadas, tem sido palco da ascensão de um modelo de segurança pública que acentua a criminalização das comunidades periféricas.

O Estado, que se mostra incapaz de superar a crescente crise social, empenha seus esforços em uma gestão penal da miséria. Tal tendência tem profundas e obscuras relações com a problemática do mercado de trabalho. Como bem descreve Zigmunt Bauman, a pobreza não mais se enfileira no mercado de reserva de mão-de-obra. Há na atualidade uma massa inimpregável de miseráveis que são descartáveis.

O imaginário de medo e o discurso de “escalada da violência” têm estimulado o recrudesimento das ações policiais gerando uma espiral de letalidade que afeta todo o conjunto da sociedade, de modo que a polícia do Rio de Janeiro constitui-se na corporação que mais mata e mais morre em todo o mundo.

Paulatinamente, a partir da “redemocratização” a figura do traficante substitui o militante comunista, dos “anos de chumbo”, como o novo inimigo público a ser combatido na cruzada de “guerra contra as drogas”. As periferias e sua juventude pobre tornam-se as novas classes perigosas. Nas palavras do eminente criminólogo Loic Wacquant, essas categorias ontológicas não mais necessitam se associar às condutas criminosas, mas, passam a ser, elas próprias, crimes. Assim “a manutenção da ordem de classe e da ordem pública se confundem”. Tal preceito coloca-se em prática através do que Nilo Batista designa de “política criminal com derramamento de sangue” .

O filósofo italiano Giorgio Agamben refere-se diretamente ao “campo de concentração” como um fato de um cenário político ainda atual. O campo seria a manifestação localizada do estado exceção, um espaço de produção da vida nua na contemporaneidade. Esta metáfora da exceção pode ser vista agora na cidade, nas diferentes distinções produzidas pelo poder dentro de um mesmo espaço - para nossa realidade, a favela- territórios nos quais as garantias constitucionais são constantemente violadas. De tal modo, o avanço do Estado Penal ameaça a normalidade do Estado de Direito.

Em nome da manutenção da ordem, o discurso da segurança pública busca legitimar-se através de espetaculosas ações policiais, que mobilizam um grande aparato repressivo e são densamente propaladas pela mídia de massa. Fato este que se apresenta de modo recorrente em episódios de caráter bélico pelas periferias do Rio de Janeiro, a título de solução miraculosa do problema da criminalidade urbana. Adjetivadas, inclusive, de

“remédio amargo” pelas próprias autoridades políticas, tais tecnologias de poder se repetem ao longo da gestão da política criminal, muitas vezes com o rótulo de inovação eficaz.

Em 27 de junho de 2007 assistimos, com grande cobertura midiática e intensos discursos das autoridades políticas, à execução da mega-operação policial do Complexo do Alemão, alardeada como feito de grande sucesso e fato inovador na política criminal de segurança pública fluminense, e até mesmo em perspectiva nacional.

Pretendemos com o presente estudo problematizar esta afirmação simplificadora, trazendo à baila o resgate histórico da emblemática Operação Rio, realizada nos anos de 1994 e 1995.

Seria a mega-operação policial realizada no Complexo do Alemão uma política de novo tipo ou um *déjà vu* na governamentalidade da segurança pública do Rio de Janeiro?

Norteados por esta indagação propomos uma digressão histórica com fulcro de analisar dois eventos de grande repercussão na cena estadual - a Operação Rio e a mega-operação policial do Complexo do Alemão – de modo a averiguar se há um fio condutor que permanece na governamentalidade da segurança pública.

O tema da violência e segurança pública, e sua relação com as agências midiáticas fomenta um debate cada vez mais necessário na atual quadra. Impera com vigor em nossos tempos o que Nilo Batista nomeia senso comum político-criminal. Subjetividades são forjadas acerca da questão criminal ao sabor da manipulação de informações da mídia de massa com reflexos drásticos sobre o respeito aos direitos humanos fundamentais.

II – Operação Rio: a remilitarização da segurança pública

A Operação Rio, executada entre 1994 e 1995, é um dos mais paradigmáticos exemplos de política criminal seletiva e aparteadora dos territórios urbanos, claramente dirigida às comunidades de periferia. Nesta “quase-intervenção federal” no Rio em função da suposta “crise de segurança” por motivação de divergências com o Governo do Estado à época (PDT), demonstra-se a preferência pelo trato belicoso.

Este conturbado processo político é classificado pelo Coronel Carlos M. Nazareth Cerqueira como “remilitarização” da segurança pública do Rio de Janeiro. A opção pela presença do Exército nas periferias urbanas tem reflexos materiais e simbólicos para o controle social das classes subalternas.

Cecília Coimbra, em *Operação Rio: o mito das classes perigosas* apresenta uma formidável abordagem sobre tal acontecimento, demonstrando como são produzidos “poderosos meios de forjar certos modos de viver, pensar, perceber e agir.” Articulados pela grande mídia de massa os discursos da segurança pública têm diretas implicações na produção de subjetividades acerca das classes perigosas – dos inimigos públicos.

Com base em Foucault, a autora defende que a produção do real remete à história. São as práticas sociais determinantes dos sujeitos, dos objetos, das verdades, e dos saberes.

Por este olhar, a mídia de massa não apenas produz o real, mas aponta de que maneira devemos considerar esse real. Essa produção da verdade e do real tem a participação direta dos ditos especialistas. Estes produzem saberes tidos como incontestáveis, como saberes absolutos, falas autorizadas, discursos competentes. As falas autorizadas calam as demais, abafam as vozes subalternizadas, marginalizadas.

A mídia de massa se empenhava durante o regime militar na produção de subjetividades anticomunistas. Com a abertura democrática há um deslocamento de tendência que irá privilegiar a produção de subjetividades contra os supostos malfeitores, bandidos, perigosos, que devem ser afastados ou mesmo eliminados.

A autora realiza o esforço de apontar a genealogia do mito das classes perigosas dos espaços urbanos do Rio de Janeiro. No século XVIII, período de urbanização do Brasil, forma-se a geografia urbana e os territórios da pobreza. Uma amálgama de teorias racistas, higienistas e eugenistas conduzem à produção de subjetividades que forjam as classes perigosas e demandam seu controle.

A demanda pelo controle repressivo torna-se cada vez mais corriqueira. A partir dos anos 80 registra-se a ocorrência de diversos grupos de extermínio e a execução de chacinas nas periferias e sobre os segmentos pobres.

É nesta esteira que no início dos anos 90 setores do empresariado fluminense mobilizam as agências midiáticas em campanha pela presença do Exército nos morros. Em 1994 se processa por intensa pressão da mídia a Operação Rio I, em convênio gestado entre os Governo Federal e Estadual, que preconiza a presença ostensiva das Forças Armadas nos bairros populares do Estado do Rio de Janeiro, conhecidos como perigosos.

Faz-se necessário compreender os fatos que antecedem este episódio. Nos anos de 1993 e 1994 os veículos de comunicação de massa alardeiam cotidianamente o crescimento da violência que alcança “níveis insuportáveis”.

São deste período as Chacinas de Vigário Geral e da Candelária. A grande mídia esforça-se em noticiar denúncias de corrupção e participação de policiais civis e militares em grupos de extermínio, em intensa campanha por intervenção federal. Sucessivamente busca-se bombardear notícias que abalem a credibilidade do Governo Estadual. Entra em ebulição o debate sobre a constitucionalidade da atuação das Forças Armadas para fins de policiamento.

Em vigor o convênio, alcunhado de Operação Rio, as Forças Armadas passam a atuar nas periferias. Centenas de pessoas são presas arbitrariamente, inúmeros são os relatos de casos de tortura, invasões de domicílio e arbítrios os mais diversos nas comunidades. No entanto, as notícias veiculadas pela grande mídia nesse primeiro momento dão conta de que a operação é vitoriosa. A opinião pública amplamente majoritária aplaude a ação.

Com a disseminação de denúncias de violações de direitos humanos alguns grandes veículos de comunicação já passam a apontar arbitrariedades da operação. Diversos

casos de tortura vêm à tona e o Exército afirma que providenciará as apurações. O Governador eleito Marcelo Alencar (PSDB) esforça-se em defender os “eventuais deslizos” que possam ocorrer por parte dos militares. Ao final de 1994 o Governador renova o convênio, com o aval do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

Apesar de todo o arsenal de guerra do Exército, a criminalidade não diminuiu. Esta segunda fase da Operação sofre com o desgaste das contundentes denúncias da primeira fase. A função das Forças Armadas passou a ater-se ao patrulhamento das ruas e apoio logístico às policiais estaduais, e deveria ser estendida a todo o Estado do Rio de Janeiro. Este período coincide com uma segunda chacina em Nova Brasília, acompanhada da afirmação do Governador de que “felizmente os mortos na favela foram bandidos e não policiais”, reafirmando com contundência a política de repressão no início de seu mandato. O desgaste do governo com a opinião pública leva à discreta retirada das Forças Armadas na Operação Rio II.

Durante sua investigação sobre este episódio, Coimbra, aponta que três principais construções imaginárias são produzidas pela cobertura midiática da referida operação: o mito de que está em curso uma guerra civil nas metrópoles brasileiras, o mito da incorruptibilidade das Forças Armadas, e a banalização/naturalização da tortura e do desaparecimento.

III – Mega-operação policial do Complexo do Alemão: a biopolítica das armas

Não obstante manter as antigas estratégias de repressão da pasta de segurança pública, o atual Governo do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho (PMDB) vem implementando uma nova tática militar de combate ao tráfico de drogas, através das chamadas mega-operações. A tônica projeta-se em incursões policiais sistemáticas nas favelas, contando com um grande número de integrantes do aparato de segurança, em boa parte ações conjuntas das polícias civil, militar e da Força Nacional de Segurança.

Tais operações de grande porte apresentam um interesse especial da mídia de massa, e, têm sido responsáveis pelo aumento acentuado nos índices de letalidade das forças policiais. Seu objetivo central, segundo o discurso das autoridades políticas é “ação pacificadora para erradicar a força armada” .

Dentro do contexto desta nova governamentalidade da segurança pública se insere a mega-operação policial realizada no Complexo do Alemão no dia 27 de junho de 2007. Tal ação tornou-se conhecida como um episódio simbólico da criminalização da pobreza, que marca de maneira embrionária o novo momento para a gestão biopolítica, através da adoção sistemática das mega-operações de inspiração militar. A operação ocorre após quase dois meses de ocupação da comunidade local pelo consórcio executado pelas polícias militar e civil, e a Força Nacional de Segurança. Um operativo envolvendo 1.350 homens, que ao seu final deixou como saldo um total de 19 mortos e 44 feridos.

A espetacular ação, que apreendeu apenas 14 fuzis e pequeno carregamento de drogas, apresentou um desproporcional número de baixas, e reduzido número de prisões, o que levanta fortes interrogações sobre sua eficiência e inteligência. Mesmo com grandes indícios de execuções sumárias, ocultação de provas, corrupção e denúncias de violações de direitos humanos aos moradores, a reação das agências policiais, políticas e midiáticas foram apoloéticas e legitimadoras da “política de segurança pública com derramamento de sangue” como solução.

Segundo relatório anual da Anistia Internacional no Estado do Rio de Janeiro “as promessas de reformas foram abandonadas e o governador passou a adotar uma postura pública cada vez mais draconiana e belicosa”. Sobre a operação realizada no Complexo do Alemão afirma:

“Milhares de pessoas tiveram de enfrentar o fechamento de escolas e de postos de saúde, bem como cortes no fornecimento de água e de energia elétrica. Durante as operações, houve denúncias de execuções extrajudiciais, espancamentos, vandalismo e roubos cometidos por policiais. Membros da comunidade disseram que um veículo blindado da polícia (o caveirão) era usado como uma unidade móvel dentro do qual os policiais aplicavam choques elétricos e praticavam espancamentos.”

A despeito de relatos dessa natureza, os grandes meios de comunicação noticiam que haveria aprovação da comunidade local aos moldes em que se deu a referida operação. No entanto, tal versão é contestada em consulta realizada por grupos locais.

A operação possui grande repercussão, e a polêmica se acirra no debate público. Todavia, na opinião do sociólogo Ignácio Cano:

“não se discute que um dos principais legados que um governo poderia deixar no Rio seria libertar as comunidades carentes do domínio dos narcotraficantes e de qualquer outro grupo armado irregular. O que está em discussão é como e a que custo. Operações como as do Alemão precisam responder a três questionamentos. O primeiro é se elas são realizadas dentro da lei. O segundo é se elas compensam os danos e a insegurança (balas perdidas, crianças sem escola etc.) causadas àquelas comunidades as quais, em tese, se pretende proteger. O terceiro é que tipo de plano

existe para garantir que, depois de intervenções policiais desse porte que não podem ser mantidas indefinidamente, o controle do tráfico não será retomado.”

As vozes que vieram a público questionar operação policial foram acusadas de aliadas do narcotráfico. O presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-RJ, que se caracterizou por uma postura crítica à mega-operação, foi exonerado de seu cargo, levando à renúncia dos demais membros.

Uma comissão composta por organizações de direitos humanos esteve presente na comunidade da Grota no Complexo do Alemão no dia 28 de junho de 2007, um dia após a operação policial. Durante a visita seus integrantes encontraram os presidentes das associações de moradores de diversas comunidades que formam o Complexo do Alemão, que os acompanharam em uma caminhada pelas ruas da favela. Foram inúmeros os relatos de moradores indicando que policiais colocaram armas na cabeça de crianças e jovens perguntando se sabiam o que acontecia com quem era do bando do Tota. De acordo com moradores, os policiais subiam o morro gritando “eu quero sangue”.

Os laudos cadavéricos elaborados pelo Instituto Médico Legal (IML) demonstram que as pessoas assassinadas foram atingidas em regiões vitais, o que comprova que em vários casos não houve a intenção de imobilizá-las, mas de executá-las. O médico legista, Odoroilton Larocca Quinto, perito consultado pela Comissão de Direitos Humanos da OAB – Seccional do Rio de Janeiro, analisou os 19 laudos cadavéricos. Em suas conclusões ressaltou que exames complementares, mas de fundamental importância, não foram realizados. Apesar dos médicos legistas do IML não terem reconhecido a presença de indícios que indicassem a utilização de arma branca, o perito consultado afirma em seu relatório que um dos corpos apresenta descrição de lesão compatível com a produzida por arma branca.

As alegações do Estado de que não houve abusos por parte da polícia não se sustentam, pois estas não se baseiam em laudos da polícia técnica em investigações, pelo contrário, o que realmente pode-se afirmar é a completa ausência da realização destes procedimentos como uma prática da polícia do Estado que pretende, desta forma, ocultar execuções sumárias.

Em perícia encomendada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do

Governo Federal e elaborada por três peritos apontou, entre outros, os seguintes dados:

- não houve perícia do local, apesar de fotos publicadas em jornais apresentarem a presença de populares e jornalistas.
- todos os corpos chegaram despídos no Instituto Médico Legal.
- não foram feitas radiografias nos corpos.
- não foram coletados estojos (cápsulas das balas) no local.
- não foram coletadas amostras de sangue das vítimas.
- entre 14 vítimas havia um total de 25 projéteis na região posterior.
- entre seis vítimas havia um total de 8 perfurações nos crânios e nas faces.
- cinco vítimas sofreram disparos à queima roupa.

- houve uma média de 3,8 disparos por vítima.
- duas execuções comprovadas pela trajetória das balas em vítimas que se encontravam em posição decúbito dorsal, além de suspeitas de execuções em outros casos.

Em suma, a análise dos peritos corrobora com as denúncias de moradores da comunidade atingida, sendo vítimas de saques, agressões e execuções sumárias.

IV – Fato novo ou continuísmo na política de segurança pública do Rio de Janeiro?

Em pleno regime democrático, a política criminal do Rio de Janeiro tem apresentado traços característicos de regimes totalitários. De certo, não é tarefa simples buscar comparativos que possam evidenciar em que período histórico o grau das violações às dimensões da dignidade humana mais se agudizam. Destarte, ao realizar a análise da trajetória do período da Operação Rio (1994) à mega-operação policial do Complexo do Alemão (2007), não se pode afirmar que a política de segurança pública encontra-se em um novo paradigma, também não é correto entender que há um fio de continuidade inalterado. Convém, portanto, pôr em análise as rupturas e continuidades que permearam a política de segurança ao longo do corte histórico que separa os dois referidos eventos. Chamemos de dissonâncias e similaridades:

i) Similaridades:

O mito de que está em curso uma guerra civil nas metrópoles brasileiras - Este ideário permanece pulsante na mentalidade do combate permanente. O padrão teórico da política de segurança centra-se na metáfora da guerra. Pode ser percebido nas declarações de cunho repressivo autoritário, das autoridades políticas ao naturalizar a favela como imaginário do campo de concentração da atualidade, e a figura do traficante como inimigo público a ser combatido.

Segurança Pública como agenda prioritária do Governo Federal – O clamor popular pelo controle repressivo também conduz, nos dois episódios, a elencar a pasta de segurança pública como prioritária ao Governo Federal, tanto da gestão FHC quanto de Lula. Em verdade, segurança pública tornou-se questão central para os governos de todas as instâncias. As instituições policiais têm seu orçamento ampliado a cada gestão. Novos concursos públicos e aquisição de equipamentos são constantes no setor. O

poderio alcançado pelos aparatos policiais é motivo inclusive de cautela aos regimes democráticos como salienta Zaffaroni.

A banalização/naturalização da tortura e do desaparecimento – O trato repressivo e alta letalidade policial permanecem encarados com naturalidade. Tanto na Operação Rio, quanto na mega-operação policial do Complexo do Alemão são utilizadas as antigas técnicas de controle social da pobreza urbana, leia-se uso sistemático da prática de tortura e execução sumária.

Naturalização do mito das classes perigosas – Não por acaso, ambas as operações são realizadas integralmente em favelas e comunidades periféricas, reforçando a construção imaginária de criminalização da pobreza. De acordo com o princípio republicano, os direitos fundamentais têm dever de universalização, ou seja, devem contemplar todos os cidadãos da comunidade política. Ou seja, uma política de segurança pública que promova a insegurança de determinados segmentos populacionais não pode ser compreendida como compatível com o regime democrático.

Papel da mídia na produção de subjetividades – Ambas as operações são precedidas e acompanhadas de forte campanha midiática de conteúdo alarmista acerca da “onda crescente de violência e criminalidade”. Fato também comum às duas é a realização de pesquisas de opinião favoráveis ao incremento repressivo.

Violações de direitos humanos e corrupção de agentes policiais – As referidas operações se inserem dentro da prática comum das forças de segurança. Devido ao quadro agravado de violência institucional, recentemente o Brasil figurou como alvo de contundentes críticas de organismos e entidades internacionais. Por outro lado, a Organização das Nações Unidas salienta que o Brasil se destaca por “quase sempre votar em defesa dos direitos humanos no mundo.”

Operações de longa duração e baixa eficiência – Ambos os episódios se caracterizam pela ocupação permanente no seio da comunidade, dando ensejo a toque de recolher, interrupção de atividades em postos de saúde, escolas e comércio local. Ademais, não apresentaram sucesso na redução de condutas criminalizadas na comunidade atingida.

ii) Dissonâncias:

O mito da incorruptibilidade das Forças Armadas – o discurso competente para exercício da atividade de policiamento ostensivo não mais recai sobre o Exército, apesar de este não sair de cena. O novo protagonista da política beligerante de segurança pública é o Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar (BOPE). A glorificação do BOPE foi nacionalmente difundida pelo *boom* provocado pelo filme “Tropa de Elite”.

A opção prioritária pelo BOPE, diferentemente do Exército, adequa-se aos ditames constitucionais quanto à competência para exercício do policiamento ostensivo, contudo, permanecem as violações materiais aos direitos fundamentais inscritos no texto constitucional de 1988 pelos excessos cometidos no cotidiano da corporação.

Outro ator que recentemente entra na cena da gestão da política de segurança pública é a Força Nacional de Segurança, corporação especial da Polícia Federal, criada no bojo do PRONASCI (Programa de Segurança Pública com Cidadania). Seus agentes têm sido utilizados nas operações conjuntas nas localidades inseridas no PAC (Plano de Aceleração do Crescimento).

Novos dispositivos biopolíticos – Novas tecnologias de controle biopolítico são incorporadas ao cotidiano das polícias. Em 2002, no Governo de Rosinha Matheus (PMDB) introduz-se o blindado caveirão em circulação. No atual Governo Estadual, Sérgio Cabral Filho, o blindado ganhou variações como o caveirão-tanque (blindado com capacidade para 12 agentes), as caveirinhas (blindados de menor porte) e o caveirão do ar (helicóptero *black hawk* blindado). A introdução do caveirão marcou uma nova fase para as favelas do Rio de Janeiro – agora se estava usando armamento pesado no coração de áreas residenciais. O tom e a linguagem usados pela polícia durante as operações com caveirão são hostis e autoritários. As ameaças e os insultos tiveram um efeito traumatizante sobre as comunidades, sendo as crianças especialmente vulneráveis.

Incremento da letalidade policial – A realização de mega-operações tem provocado dois efeitos: o aumento significativo da letalidade policial e redução do índice de policiais mortos em atividade. O atual Governo do Estado do Rio de Janeiro elevou os índices de letalidade policial a patamares recordes. No ano de 2007 foram 1.330 autos de resistência, um número 25% maior do que o ano anterior.

Discurso de ações repressivas aliadas a políticas públicas sociais - Com o discurso de aliar políticas públicas com a intensificação da segurança pública nas comunidades de periferia o PRONASCI, chamado de PAC da segurança pública, foi lançado no dia 20 de agosto de 2007.

Pela primeira vez, um programa de segurança pública federal adota discurso compatível com os direitos humanos. Não obstante isso, mantém um léxico característico de operações de guerra, valendo-se de termos como território, pacificação, inimigo e limpeza.

Ao menos no discurso, o PRONASCI rompe com a metáfora do Estado Centauro de que fala Wacquant, uma vez que prevê o incremento das ações repressivas acompanhado de políticas sociais, ainda que limitadas. Apesar deste avanço de concepção, a implementação do PRONASCI não tem significado a superação das práticas e técnicas violadoras de direitos humanos nas comunidades. Ao contrário, desde sua introdução, o índice de letalidade policial tem aumentado. Desta maneira, em uma mesma comunidade coexistem bolsa-família e caveirão.

Aliança entre Governos Federal e Estadual – Se na Operação Rio há um descompasso entre a política criminal federal e estadual (em verdade, uma tentativa de intervenção federal motivada por divergências), na mega-operação policial do Complexo do Alemão tem-se uma ação conjunta. Trata-se de um plano de cooperação federativa, no bojo dos novos arranjos institucionais que se desenham a partir do grande planejamento do PAC, no qual se insere o PRONASCI.

Operação difusa x operação concentrada – A Operação Rio caracterizou-se por ser uma ação de policiamento difusa por comunidades periféricas de todo o município do Rio de Janeiro. A mega-operação policial do Complexo do Alemão, por sua vez, foi marcada por se concentrar em uma única localidade, um complexo de favelas que abriga cerca de 220 mil habitantes.

V – Reflexões finais

À guisa de conclusão, vale revisitar as reflexões de Agamben. O filósofo nos afirma que em face do desenfreado avanço da “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende a se afirmar como o paradigma de governo hegemônico na política contemporânea. Apresenta-se, desta forma, como um grau de indeterminação entre democracia e absolutismo. Fato este que se pode se atestar no Rio de Janeiro. Ao debruçarmos o estudo sobre dois episódios paradigmáticos da história recente da política criminal, percebemos que apesar das rupturas e continuidades que foram gestadas em seu seio, é possível afirmar que o estado de exceção tem se pautado como paradigma de gestão da segurança pública fluminense.

Neste ponto, Paulo Arantes alega que apesar da normalidade institucional presente na história metropolitana, o fato constitutivo da construção da periferia colonial e pós-colonial corresponde ao estado de exceção permanente. Na mesma relação estariam

vinculadas as classes confortáveis das elites e as classes torturáveis das periferias. Esta é a marca histórica da seletividade na política criminal do Brasil.

A crise social, que se agrava sob égide do neoliberalismo, tem implicações diretas no controle social repressivo institucionalizado. Nas palavras de Vera Malaguti:

”A partir de 1994, ano chave para a implantação do neoliberalismo e aprofundamento do neoliberalismo no Brasil, percebe-se uma progressão geométrica na criminalização, no encarceramento e no extermínio da juventude popular brasileira. Estaríamos diante de um colossal filicídio.”

Metaforicamente se pode notar que “a civilização devora seus filhos”. A opção por mais polícia e menos política dá o tom da militarização da vida social que pouco a pouco se processa em nosso Estado. Para Menegat:

“A militarização da cidade tecnicamente já está dominada e testada. Das Operações Rio, em 1992 e 1994, às ocupações mais recentes do Exército e as operações da polícia foi possível dimensionar as medidas de terror e medo necessárias para se colocar sob controle uma cidade que desmorona, mas se mantém. Não ficou despercebido a ninguém que a operação no Complexo do Alemão, que é uma região fundamental para a circulação de pessoas e mercadorias na cidade do Rio de Janeiro, foi realizada algumas semanas antes dos jogos Pan-americanos e após diversas situações de violência que repercutiram amplamente no noticiário. O teste era se uma intervenção de emergência, que poderia ocorrer durante os jogos, teria capacidade dissuasiva de assinalar a população das regiões periféricas da cidade que não se atrevesse a qualquer ação que atrapalhasse o festim diabólico da rede hoteleira e televisiva...esse controle é o que podemos chamar como essência do que seja o governo em tempos de barbárie.”

É premente a necessidade de repensarmos o “patamar civilizacional” contemporâneo. Apenas de tal modo, será possível conceber segurança pública, não pela ótica da exceção e aviltção, mas como segurança cidadã - como segurança dos direitos; não mais como controle repressivo, e sim como condição e possibilidade para a democracia.

VI - Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALSTON, Philip. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic and cultural rights, including the right to development - Report by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*. ONU: Mission to Brazil 4-14 November 2007.

ALVES, José Cláudio. *Dos barões ao extermínio – uma história da violência na Baixada Fluminense*. Duque de Caxias: APPH, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2008 – O estado dos Direitos Humanos no mundo*. Porto Alegre: Algo Mais – Gráfica e editora, 2008.

ARANTES, Paulo. *Extinção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: REVAN, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

_____. *Filicídio: a questão criminal no Brasil contemporâneo*. In FREIRE, Silene de Moras (org.) *Direitos Humanos – violência e pobreza na América Latina contemporânea*. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2007.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade* n° 12. Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Política criminal com derramamento de sangue*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 20, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Discurso proferido na abertura do XXV ERED*. Rio de Janeiro, UERJ, 2007.

BUCCI, Eugênio. *Como a violência na TV alimenta a violência real - da polícia*. In: BUCCI, Eugênio, e KEHL, Maria Rita. *Videologias*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

CANO, Ignácio. *Segurança a Sangue e fogo*. Publicado no Jornal O Globo em 24/08/2007.

CERQUEIRA, Carlos M. N. *Remilitarização da segurança pública: a Operação Rio*. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Ano 1, n° 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*. Rio de Janeiro: Oficina do autor. Niterói: Intertexto, 2001.

- DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.
- DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e Segurança - Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MENEGAT, Marildo. *O Olho da barbárie*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2006
- _____. *O Trovão e a tempestade: pequeno estudo sobre o horror*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/trabalhos.html>. Acessado em 13/12/2008.
- MORETZSOHN, Sylvia. Imprensa e criminologia: o papel do jornalismo nas políticas de exclusão social. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-imprensa-criminologia.html>. Acesso em 10/03/2004.
- OLIVEIRA, Francisco de, e RIZEK, Cibele Saliba (orgs.). *A Era da Indeterminação*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- SOARES, Luis Eduardo. *A Política do Caveirão*. Acessado em: www.luizeduardosoares.com.br/docs/le_caveiro.doc.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.
- _____. *Rumo à militarização da marginalização urbana*. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Ano 11, n° 15/16. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- ZACCONE, Orlando. *Acionistas do Nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª Edição (2001). Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. *Entrevista à Revista Caros Amigos*. In: *Revista Caros Amigos*, ano XI, n° 138. São Paulo: Editora Casa Amarela Ltda., 2008.
- ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, Forças Armadas e Polícia*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.
- ZIZEK, SLAVOJ. *Bem-vindo ao deserto do real*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.
- Sobre o conceito de biopolítica ver: FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª Edição (2001). Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 13.

Há que se registrar aqui a exceção que compreende os Governos Brizola e Nilo Batista (1983-86 e 1991-1994), que foram marcados pela tentativa de implementação de um padrão de segurança pública compatível com os direitos humanos. A este respeito ver: CERQUEIRA, Carlos M. N. *Remilitarização da segurança pública: a Operação Rio*. In: Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Ano 1, nº 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996; DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e Segurança - Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BAUMAN, Zigmunt. *Em Busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

“Polícia do RJ é a que mais mata no mundo” – Jornal O Estado de São Paulo – 04/07/08.

Ver dados sobre letalidade policial e homicídios a policiais em www.ucamcesec.com.br e www.isp.rj.gov.br.

Acerca das problemáticas que envolvem o discurso e a ação governamental sobre a guerra às drogas ver: ZACCONE, Orlando. *Acionistas do Nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: REVAN, 2003, p 49.

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

AGAMBEN. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua I*, p. 173. Neste ponto vale frisar que Slavoj Zizek refere-se diretamente às populações residentes nas favelas cariocas como exemplos atuais da figura do *homo sacer* (matáveis). Ver: ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real*, p. 112.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 12.

Estima-se que 36,6% da população urbana brasileira residam em comunidades de favela. Ver: DAVIS, Mike. *Planeta favela*, p. 34.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

Mais seis corpos que seriam do alemão são levados para hospital, diz polícia. “beltrame garantiu também que todos os mortos eram criminosos e que os policiais não foram violentos. Sobre as vítimas de balas perdidas, o secretário disse que elas são o “remédio amargo” do confronto e explicou que os policiais reagiram ao ataque dos traficantes.” Publicado no portal g1 em 27/06/07. Disponível em: <http://g1.globo.com/noticias/rio/0,,mul60176-5606,00.html>.

BATISTA, Nilo. Discurso proferido na abertura do XXV ERED. Rio de Janeiro, UERJ, 2007.

CERQUEIRA, Carlos M. N. *Remilitarização da segurança pública: a Operação Rio*. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Ano 1, n° 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

Ao abordar este tema, Sylvia Moretsohn afirma que em tal operação “importam os canhões dos tanques apontados para os morros, culminando com a imagem-símbolo mais evidente - a retirada, pelo exército, do cruzeiro que iluminava o topo de uma favela, erguido supostamente a mando de traficantes, e sua substituição pela bandeira do Brasil, uma cena que evocava a tomada de Monte Castelo durante a Segunda Guerra Mundial.” In MORETZSOHN, Sylvia. *Imprensa e criminologia: o papel do jornalismo nas políticas de exclusão social*. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-imprensa-criminologia.html>. Acesso em 10/03/2004.

COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*, p. 17.

A este respeito ver também: BUCCI, Eugênio. *Como a violência na TV alimenta a violência real - da polícia*. In: BUCCI, Eugênio, e KEHL, Maria Rita. *Videologias*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ALVES, José Cláudio. *Dos barões ao extermínio – uma história da violência na Baixada Fluminense*. Duque de Caxias: APPH, 2003.

Em pesquisa do Datafolha realizada em novembro de 1994, 86% dos moradores do Rio defendem que os militares devem comandar o combate à violência e 52% defendem ações nas favelas. Ver em: COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*, p. 164.

A este respeito ver mais em: ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, Forças Armadas e Polícia*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*, p. 183.

Polícia prepara ação para pacificar o Complexo do Alemão. O Globo Online. 24 de setembro de 2007.

“A ocupação no Complexo do Alemão completa hoje 60 dias. Nesse período, quase 80 pessoas ficaram feridas e houve 46 mortes, sendo 19 na última quarta-feira”. (*Agência Brasil– Radiobrás – 30/06/07*).

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2008 – O estado dos Direitos Humanos no mundo*. Porto Alegre: Algo Mais – Gráfica e editora, 2008, p. 90.

"População aprova operação policial" Em pesquisa realizada pelo IBOPE sobre a operação policial realizada no Complexo do Alemão, dos mil entrevistados, 83% disseram ser favoráveis à operação. Mais: 87% aprovaram ações semelhantes em outras favelas. A pesquisa ouviu mil pessoas, pelo telefone, nos dias 3 e 4 de julho. Fonte: *Jornal O Globo*, 10/07/2007. No dia 21 de julho de 2007 o Grupo Raízes em

Movimento em conjunto com o Jornal Popular Fazendo Media realizou pesquisa de opinião nas comunidades do Complexo do Alemão. Foram ouvidas 787 pessoas, dos entrevistados, 91% disseram não apoiar "invasões da polícia no Complexo do Alemão, como a megaoperação realizada no dia 27 de junho", enquanto 7% responderam que apóiam essas operações e 2% não quiseram responder. Fonte: www.fazendomedia.com.

CANO. Ignácio. *Segurança a Sangue e fogo*. Publicado no Jornal O Globo em 24/08/2007.

“O Secretário disse ainda ter sido informado de que alguns moradores estariam sendo pressionados e manipulados por traficantes, para procurarem órgãos de direitos humanos.” (Fonte: O Globo 04/07/07).

Advogado é exonerado após relatório sobre Alemão. “O advogado João Tancredo foi exonerado da presidência da Comissão de Direitos Humanos da seção fluminense da OAB devido ao relatório feito pelo médico-legista sobre as mortes no complexo do Alemão”. Acessado em: <http://www.correiodobrasil.com.br/noticia.asp?c=122699>

ALSTON, Philip. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic and cultural rights, including the right to development - Report by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. ONU: Mission to Brazil 4-14 November 2007.

Ver *Notitia Criminis* entregue pela Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária da OAB/RJ ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, em 17 de julho de 2007.

“Um tiro em Copacabana é uma coisa. Um tiro na Coréia (periferia) é outra.” Afirmação do Secretário Estadual de Segurança Pública José Mariano Beltrame (fonte: O Globo – 23/10/07).

“O Secretário Beltrame afirmou, após a operação da Polícia Civil em favelas da Zona Oeste que levou a 12 mortes, inclusive a do menino Jorge Kauã Silva de Lacerda, de 4 anos: “Mesmo morrendo crianças, não há outra alternativa”. Esse é o caminho.” (fonte: O Globo - em 17/10/2007). Mais recentemente, o então Secretário Nacional de Segurança Pública, Luiz Fernando Corrêa, em referência ao atual modelo de política criminal adotado no Rio de Janeiro, declarou que “os mortos e os feridos geram um desconforto, mas não tem outra maneira”. (Jornal do Brasil, 29/06/2007, pp. A8).

”Após nova operação da PM na Vila Cruzeiro (Complexo da Penha), quando 14 pessoas morreram, o comandante de Policiamento da Capital, coronel Marcus Jardim, afirmou a jornalistas entre risos: “A PM é o melhor inseticida contra a dengue”. Conhece aquele produto, SBP? Tem o SBPM. Não fica mosquito nenhum em pé. A PM é o melhor inseticida social” - (fonte: O Globo - 16/04/2008).

As forças policiais "ganham tamanha autonomia e poder que hoje, na América Latina, são capazes de promover golpes de Estado e de provocar o caos social" ZAFFARONI,

Eugênio Raul. *Entrevista à Revista Caros Amigos*. In: Revista Carlos Amigos, ano XI, n° 138. São Paulo: Editora Casa Amarela Ltda., 2008.

Em novembro de 2007, o Relator da ONU, Phillip Alston esteve ao Brasil, e em relatório parcial demonstrou profunda preocupação com o elevado número de autos de resistência no Rio de Janeiro Fonte: Jornal A Folha de São Paulo, 09/11/2007.

Em relatório divulgado pela Anistia Internacional em maio do presente ano, dentre as principais preocupações apontadas pela aludida organização se destacam as execuções sumárias por policiais; o aumento do uso da tortura como punição, investigação e método de extorsão; os grupos de extermínio; superlotação das delegacias e presídios; ameaça e atentado aos defensores dos direitos humanos. “Anistia: PAC pode ameaçar direitos humanos”. Jornal O Globo, 28/05/2008.

NA ONU, Brasil é defensor dos direitos humanos. Rádio das Nações Unidas Brasil. Brasília. 26 out. 2005. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=3091>. Acesso em 26 out. 2005.

O uso do contingente do Exército em operações policiais também é preocupante. O atual governador do Rio de Janeiro enviou diversos pedidos ao governo federal solicitando o uso das Forças Armadas no Rio de Janeiro para policiamento. Recentemente, soldados presentes na ocupação do Exército no Morro da Providência entregaram três jovens a facções do tráfico. O caso trazido à tona explicitou que a presença das tropas do Exército era temerária e ilegal, pois permitiu que uma operação de garantia da lei e da ordem (GLO) fosse empreendida mesmo sem a aprovação oficial do Presidente da República e do Congresso Nacional. “A Lei Complementar 117 prevê que a decisão da utilização do Exército nesses casos é do presidente, com a concordância do Congresso. Isso só pode acontecer depois que ele ou o governador considerarem "esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública". Além disso, o texto recomenda que as ações se desenvolvam "de forma episódica", "por tempo limitado". Nenhuma dessas exigências foi observada.” (Fonte: Revista Isto É, junho de 2008).

A Força Nacional de Segurança (FNS) foi criada pelo Decreto

5.289, de 29 de novembro de 2004. De acordo com o Decreto, trata-se de “*programa de cooperação federativa*”, “ao qual poderão voluntariamente aderir os Estados interessados” (art. 1º). Seu papel é o de “atuar em atividades de policiamento ostensivo” (art. 2º), e seu emprego só pode ocorrer “mediante solicitação expressa do respectivo Governador de Estado ou do Distrito Federal” (art. 4º).

SOARES, Luis Eduardo. *A Política do Caveirão*. Acessado em: www.luizeduardosoares.com.br/docs/le_caveiro.doc.

São constantes as incursões bélicas nas periferias por meio da mobilização de um grande aparato policial e um elevado saldo de mortos, sempre apresentados como “traficantes”. (Fonte: <http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=121102>). Para ver dados sobre letalidade policial e homicídios a policiais acessar: www.ucamcese.com.br e www.isp.rj.gov.br.

Decreto nº 6.390, de 8 de março de 2008. Regulamenta o art. 8ºF da Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI.

Até 2012, o governo federal pretende investir R\$ 6,7 bilhões no combate à violência nas 11 regiões metropolitanas com maiores índices de criminalidade do país, entre elas Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Porto Alegre. Fonte: www.mj.gov.br.

WACQUANT, Loïc.. Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos.

Ver: OLIVEIRA, Francisco de. *O momento Lênin*. In “A Era da Indeterminação”, OLIVEIRA, Francisco de, e RIZEK, Cibele Saliba (orgs.). São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boi tempo Editorial, 2004, p. 13.

ARANTES, P. *Extinção*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 163.

BATISTA, Vera Malaguti. Filicídio: a questão criminal no Brasil contemporâneo. In FREIRE, Silene de Moras (org.) Direitos Humanos – violência e pobreza na América Latina contemporânea. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2007, p. 34.

MENEGAT, Marildo. *O Trovão e a tempestade: pequeno estudo sobre o horror*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/trabalhos.html>. Acessado em 13/12/2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: REVAN, 1997.

"MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E COMBATE ÀS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO"

"ORDER OF CRIMINALIZATION AND FIGHT ALL FORMAS OF DISCRIMINATION"

**Taís Nader Marta
Claudio José Amaral Bahia**

RESUMO

A Constituição Federal criminaliza determinados comportamentos vez que existem direitos básicos e elementares garantidos em nossa Lei Maior, dos quais podemos extrair já no inciso III do art. 1º, um dos seus fundamentos, que compõe a materialização da dignidade da pessoa humana, constituindo objetivos fundamentais desta nação, segundo o subseqüente art. 3º da mesma Carta Magna, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); bem como, dentre outros objetivos, a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais (inciso III), com a promoção do bem de todos, sem quaisquer discriminação (inciso IV). Considerando as conseqüências dos atos discriminatórios, depois do direito à vida, nenhum direito é tão fundamental quanto o de não ser discriminado .

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DISCRIMINAÇÃO. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.

ABSTRACT

The Federal Constitution criminalizes certain behaviors because there are basic and fundamental rights guaranteed in our Higher Law, which can already draw in item III of art. 1, one of its grounds, which is the realization of human dignity and constitute key objectives of this nation, according to subsequent art. 3 of the Magna Carta, the construction of a free society, fair and caring (item I), and, among other goals, the eradication of poverty, marginalization, the reduction of social inequalities (section III), with the promotion the good of all without any discrimination (section IV). Considering the consequences of discriminatory acts, then the right to life, no right is so fundamental as not to be discriminated against.

KEYWORDS: FEDERAL CONSTITUTION. FUNDAMENTAL RIGHTS. HUMAN DIGNITY. DISCRIMINATION. WARRANTS OF CRIMINALITY.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos não são sinônimos das declarações que pretendem contê-los nem devem se confundir com o ideário filosófico que se propõem a fundamentá-los, mas estão representados pelas lutas e experiências concretas das experiências humanas.

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e logo após solicitou a todos os Países-Membros que publicassem o texto “para que ele fosse divulgado, mostrado, lido e explicado, principalmente nas escolas e em outras instituições educacionais, sem distinção nenhuma, baseada na situação política ou econômica dos Países ou Estados”.

Acabamos de comemorar os 60 anos dessa Declaração e 20 anos da Promulgação de nossa “Constituição Cidadã”[1] e, apesar dos avanços, ainda existem muitos desafios. A vida mostra que o homem não deixou de ser o lobo do homem, mas temos razões para acreditar que podemos viver num mundo de cooperação e de solidariedade, num mundo capaz de responder satisfatoriamente às necessidades fundamentais de todos os habitantes do planeta.[2]

Hodiernamente a existência em sociedade demanda um emaranhado de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado direito positivo, deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, e prevê as consequências e sanções aos que violarem seus preceitos.

Tais preceitos são transgredidos, por exemplo, através do cometimento de crimes. O crime é um fato tão antigo quanto o homem e sempre impressionou a humanidade. O Direito Penal deve assegurar garantias penais e processuais, assim como deve velar pelo respeito à dignidade humana nas situações em que disciplina e servir de instrumento para o enfrentamento da discriminação.

O Estado não pode ignorar algumas situações que violam a Dignidade Humana. O nosso Constituinte Originário emitiu alguns mandados de criminalização, explícitos e implícitos, em consonância com os princípios constitucionais. Em razão disso, o legislador tem obrigação de discipliná-los e normatizá-los, sob pena de uma eventual omissão culminar numa infração parlamentar.

Os mandados de criminalização expressos trazem determinações constitucionais de como deverão ser protegidos determinados direitos fundamentais.

Isso ocorre porque *a vida digna não é mais uma possibilidade. É um imperativo para que se assegure a igual liberdade e a livre igualdade de todos os homens.*[3].

Dentre os mandados expressos de criminalização que são cláusulas pétreas encontramos a “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, pois pessoas que sofrem com o preconceito têm a sua dignidade abalada e os princípios fundamentais da proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art, 1º, II e III, da Constituição

Federal) e dos objetivos fundamentais republicanos (art. 3º, da Constituição Federal) devem ser observados também no Direito Penal.

Alguns crimes ofendem frontalmente a dignidade da pessoa humana e retirar a proteção penal em face dessas condutas objetas implicaria em diminuir a esfera de proteção, acarretando diminuição de garantias individuais fundamentais.[4] É preciso que criemos no Brasil uma maior consciência das discriminações que existem, visto que, normalmente a sociedade nega a ocorrência de discriminações atribuindo a alguns casos que caem no domínio público a comportamentos isolados, o que, nem sempre, corresponde a realidade.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não mudaram, mas enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução de direitos sociais básicos. De acordo com José Afonso da Silva[5], possui como característica a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

Houve momento na História em que se excluía, por completo, as pessoas das condições do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Essas pessoas simplesmente não poderiam invocar direitos e garantias em face do Estado, já que estariam inseridas num sistema em que o dever de obediência seria com isso incompatível. Desse modo, recusava-se a liberdade de expressão aos servidores civis e militares, bem assim, o direito de greve, que comprometeria a disciplina e o bom andamento da Administração. [6]

Norberto Bobbio sustenta que a paz, a democracia e os direitos fundamentais da pessoa humana constituem três momentos necessários do mesmo movimento histórico: a paz atua como pressuposto necessário para o reconhecimento e efetiva proteção dos direitos fundamentais, ao passo que não poderá haver democracia (considerada como a sociedade dos cidadãos, titulares de certos direitos) onde não forem assegurados os direitos fundamentais, da mesma forma que sem democracia não existirão as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.[7]

É certo que desde a Antigüidade se admitiu a existência de valores eternos e imutáveis, inerentes à natureza humana e não passíveis de subversão pelo poder temporal. [8] A existência e preservação desses parâmetros constitucionais são dessa forma, exigências da própria democracia.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – conforme assevera Celso Ribeiro Bastos[9] – preocupou-se, essencialmente, com quatro ordens de direitos individuais:

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.

A primeira geração (ou núcleo inicial de liberdades individuais) se caracteriza por seu conteúdo negativo já para que sejam exercidos de maneira plena exige-se uma abstenção do Estado da esfera social, só intervindo em caso de perturbações. Estado e sociedade eram imaginados como dois sistemas distintos, cada um com limites bem definidos, com regulações autônomas e com mínimas relações entre si. Surge o Estado Liberal com o intuito de salvaguardar as liberdades individuais ante a sua principal ameaça, traduzindo-se na idéia de que o direito vincula positivamente o poder público (que só pode fazer o que está expressamente na lei) e negativamente os cidadãos (que poderiam realizar tudo aquilo que as normas não proíbem). O Estado Absoluto vira o Estado de Direito (pautado na legalidade formal). Existe a necessidade de uma forma nova (sistemática e racional) de ordenação e limitação do poder político e, como resultado dos movimentos constitucionalistas, aparecem as primeiras constituições (“Constituições Modernas”), como documentos escritos nos quais se declaram as liberdades/direitos e se fixam os limites do poder político. Assim,

... como fruto do constitucionalismo moderno, portanto, se formaram duas esferas estanques, dando origem à famosa dicotomia clássica entre o público e o privado. O interesse privado tinha no indivíduo sua afetação jurídica natural, e o interesse público tinha como seu titular e executante, o Estado [10].

As idéias de direitos fundamentais, que começaram a se formar na era moderna, e as sociedades pluralistas atuais exigem das Constituições a possibilidade de uma vida em comum. *O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim sempre pressuposto.* [11]

Existe uma coexistência de valores e princípios sobre os quais hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para que não renuncie a seus deveres de unidade e de integração e, ao mesmo tempo não seja incompatível com a sua base material pluralista, exige que cada um desses valores e princípios tenha um caráter não absoluto, mas compatível com todos os outros com quem deve conviver. [12]

Podemos dizer que hoje é convergência dos ordenamentos dos Estados contemporâneos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito até porque

acreditamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é mais uma simples Declaração sem força vinculante e sim um Tratado, com força cogente jurídica. Essa idéia no Brasil encontra-se conectada – por exemplo – pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARADIGMA PARA O DIREITO PENAL

Os direitos fundamentais são produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder[13].

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948) das Nações Unidas, houve uma espécie de “processo de universalização de codificações de proteções aos direitos da pessoa humana” e essa “avalanche” de documentos que o mundo começa a vivenciar também impulsiona o Brasil.[14]

O direito é, mas a medida do seu ser é dada pela sua *realização*. [15]

Não existe direito sem lutas contra injustiças. A Constituição Brasileira de 1988 realizou grandes transformações nesse sentido, não só na sociedade, mas também na vida das pessoas uma vez que foi decisiva para alargar muitos conceitos e direitos, impondo diretrizes de conduta. Ela é lei fundamental e suprema do Estado Democrático Brasileiro, esta acima de todo ordenamento jurídico, que deve se submeter a ela. O mesmo ocorre com o Direito Penal.

De todas as inovações da Constituição de 1988, sem dúvida a mais positiva e valiosa foi o destaque ímpar na nossa história conferido aos direitos fundamentais. A própria estruturação interna pôs os direitos fundamentais na parte inicial da Carta Magna, o que revela a importância sem precedentes conferida a tais direitos. [16]

Além de objetivos sociais claros, a Constituição empalmou com grande vigor amplo catálogo de direitos sociais, cujo reconhecimento e proteção concorrem para delimitar o Estado desejado pelo constituinte.[17]

Alegre Martínéz[18] comenta que, “*de acordo com sua condição de ser racional, a pessoa merece e necessita viver em um entorno que permite e favoreça o desenvolvimento, progresso e aperfeiçoamento de sua natureza humana, tanto no nível individual como no social. Esta é a razão pela qual a dignidade se encontra unida, de modo indissociável, às idéias de liberdade e igualdade. E por isso ambas se erigem em valores jurídicos fundamentais*”.

Nesse contexto, é nítida a constatação que público e privado tendem mais a convergir, operando efeito nas duas direções: o Estado cada vez mais se utiliza de institutos do direito privado estabelecendo muitas relações com os particulares e o direito privado

também vai ao encontro do direito público. [19] O Direito Penal teve grande evolução e deve cumprir sua função de proteção normativa do bem jurídico.

Adverte Roxin que existem pontos de partida para uma recepção constitucional da idéia de bens jurídicos e que o tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações e, nessa perspectiva, poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Prontamente o legislador deveria deixar certa margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é instrumento útil para a proteção dos bens jurídicos. Quando para isso não se encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional”. [20]

2.2 DIGNIDADE HUMANA

A promulgação de nossa Constituição de 1988 – vista como social, cidadã, dirigente – representou esse marco ao ditar novas práticas e eleger o respeito à dignidade da pessoa como princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro, consoante dispõe o art. 1º, *in literis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;

Maria Berenice Dias[21] observa que certamente não se consegue enumerar a série de modificações introduzidas, mas algumas por terem realce maior, despontam com exuberância: a supremacia da dignidade da pessoa humana, lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, é o grande artífice do novo Estado Democrático de Direito, que foi implantado no Brasil. Lembra a autora da necessidade de atentar o momento social sobre o qual incide a norma maior do ordenamento jurídico. Nesse contexto houve o resgate do ser humano como sujeito de direito e se lhe assegurou de forma ampliada a consciência da cidadania.

Esse marco é essencial, pois a partir de então expressão “pessoa” torna a solidariedade algo universal ao transmitir a idéia que pelo fato de ser pessoa, os seres humanos precisam tratar-se e agir de maneira solidária. Deve o direito buscar implementar uma justiça social.

A dignidade humana constitui o núcleo axiológico de praticamente todos os tratados e convenções de direitos fundamentais vigentes no âmbito internacional. Sendo uma

matriz unificadora de todos os direitos fundamentais, e por ser, em especial o direito à vida, não é apenas um bem jurídico atribuído a uma pessoa e sim à toda coletividade que se encontra de alguma maneira a ela vinculada, o Estado brasileiro deve buscar alternativas de punições que constituam um equilíbrio social e não agravem ainda mais o problema da criminalidade em nosso país.

Esses direitos tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive[22], ou seja, são direitos reconhecidos pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao homem.

Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal que o princípio da dignidade da pessoa humana. [23]

A dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro. Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito.

O que não seria diferente no Brasil, onde, a Constituição Federal de 1988, é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar,[24] surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas (econômica, social, política).

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais e unificando o sistema de direitos fundamentais. Sobre a decisão do constituinte, em positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, *reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal*” (grifou-se).[25]

2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Princípio da Igualdade (ou da Isonomia) é um dos pilares estruturais da nossa Constituição. De acordo com Canotilho “a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade. Essa igualdade material, seria atingida com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.[26]

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade do tratamento em função dela conferida.[27]

O Estado social deve produzir igualdade fática. Razão pela qual é obrigado a prestações positivas se for o caso. Além de encontrar meios, quando necessário, para efetivação de comandos normativos de isonomia. *A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.*[28]

É incontroverso que a lei não deve ser fonte de privilégios ou de perseguições e sim uma ferramenta capaz de regular a sociedade que necessita de equidade entre os cidadãos.

3 A QUESTÃO DA DISCRIMINAÇÃO

Discriminar significa estabelecer diferença entre seres e coisas, com prejudicialidade para a parte inferiorizada. [29]

É certo que discriminações existem e devem ser tratadas como fatos reais que precisam ser combatidos.

A discriminação é mais abrangente que o racismo por incluir, além do problema racial, outros como, por exemplo, de ordem sexual, social, econômica, religiosa.

Ocorre que não basta haver uma legislação protetiva para que a discriminação seja combatida, é necessário falar sobre o assunto, conscientizar a população de que essas atitudes existem e de que são incorretas e anormais e criminalizar essas condutas, pois:

...em todo lugar e a todo momento, atitudes de preconceito e de discriminação acontecem. Mas as pessoas fingem não ver e preferem não discutir esse fato. As conversas sobre o assunto são evitadas. No Brasil é comum ouvir-se: Aqui não temos esse tipo de problema! Brancos, índios e negros vivem na mais perfeita harmonia![30]

Em nosso país, os prejuízos causados pela discriminação não provêm de comportamentos esporádicos, mas de uma forma costumeira de agirmos e pensarmos.[31]

Freud via no sentimento de repulsa a pessoas “estranhas” a expressão de um narcisismo que tende a afirmar-se e se conduz como se o menor desvio de suas propriedades e particularidades individuais implicasse uma crítica a elas e um convite a modificá-las. Nessa mesma linha psicanalítica observa Jurandir Freire Costa que uma cultura só reconhece sua identidade distinguindo-se de outras e *mutatis mutandis* o mesmo ocorre com a identidade do sujeito: para que um ideal de eu mantenha-se operante é preciso que existam casos ou ocorrências subjetivas que contrariem ou não cumpram os requisitos exigidos para a realização do ideal.[32] O que seria esse ideal? Isso é controvertido, mas o que é certo é que temos que aprender a conviver com o “diferente”.

Há coisas que a gente olha e não enxerga, respira e não sente, ouve e não escuta é de maneira semelhante ocorre com algumas faces da discriminação. *Podemos discriminar o índio e o negro, mas também podemos estar discriminando a mulher, pelo simples fato de ser mulher, ou o operário, o professor, o político e o advogado. Até o juiz, às vezes, pode ser discriminado – do mesmo modo que, inversamente, também ele discrimina.*[33]

É necessário que se busque *propiciar uma maior abertura com relação à discussão afeta a necessidade de efetivação da proteção constitucional destinada a todos os cidadãos, de maneira indistinta e não discriminatória, tendo em vista que, inegavelmente, diversos segmentos sociais não desfrutam, ainda, de tais benesses e conquistas.*[34]

4. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

Os mandados de criminalização são temas que a Constituição Federal traz como sendo de obrigatório tratamento pelo legislador ordinário. Eles podem ser explícitos quando estão previstos textualmente na Constituição ou implícitos quando decorrem dos princípios e garantias trazidas pela mesma.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves salienta que nos mandados de criminalização “a Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização; avança muitas vezes a decisão sobre como deverá ser o tratamento penal do assunto”. Logo os mandados de criminalização acabam atuando como uma forma de limitação da atuação do legislador ordinário, tendo em vista que o atendimento daqueles é obrigatório e ainda em algumas situações penais são definidos pelos próprios mandados de criminalização.[35]

O primeiro mandado de criminalização da nossa Carta Magna se encontra no artigo 5º, inciso XLI, e oferece proteção aos direitos e liberdades individuais e, por ser instrumento de proteção de direitos fundamentais, exige uma nova interpretação constitucional do Direito Penal. A Constituição afirma que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Esta afirmação deixa ainda mais intensa a obrigação do legislador ordinário, não permitindo qualquer tipo de discriminação ou conduta similar por parte deste. De acordo com este mandado de criminalização deveriam existir tipos penais e sanções para todo e qualquer tratamento discriminatório que impeça o exercício regular dos direitos fundamentais.

Inequivocamente os mandados constitucionais de penalização resultam limitações à liberdade de configuração do legislador.[36] Dentre os mandados de criminalização, aqueles que versam sobre questões atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais são incluídos no rol de cláusulas pétreas. [37]

Todos são iguais em dignidade e deve ser garantido a toda a pessoa a efetivação de seus direitos e a felicidade. São inaceitáveis discriminações em razão do sexo, idade, orientação sexual, religião, eventual deficiência que da pessoa, origem, cor, nacionalidade etc.

Destarte, o comando constitucional não se volta para a proteção genérica dos direitos fundamentais, mas para a proteção destes em face de tratamentos discriminatórios, hábeis a atentar contra os direitos e liberdades fundamentais.[38] A proteção normativa do bem jurídico visa o pleno desfrute – ou a um maior ou mais intenso desfrute – do direito fundamental ameaçado pela ação que se lhe faça lesiva.[39]

Os bens jurídicos tutelados pela lei nº 7.716/89 são a dignidade da pessoa humana, a proibição a qualquer tipo de discriminação, a convivência harmônica e pacífica entre todas as raças bem como a tolerância com as diferenças. É necessário que se busque *propiciar uma maior abertura com relação à discussão afeta a necessidade de efetivação da proteção constitucional destinada a todos os cidadãos, de maneira indistinta e não discriminatória, tendo em vista que, inegavelmente, diversos segmentos sociais não desfrutam, anda, de tais benesses e conquistas.*[40]

5. CONCLUSÕES

Para que ocorra justiça é necessário que existam leis já que, por natureza, os indivíduos são diferentes.[41] *Somos criaturas em busca de sentido*[42]. Que sentido seria esse e o que fazer quando as coisas parecem perder o sentido? Parece-nos que a justiça vem se mantendo indiferente diante das diferenças e, ao não situar-se coibindo o preconceito e ao não auxiliar minorias que estão em busca pelo viver digno já está, lamentavelmente, cometendo injustiças.

O sociólogo Sérgio Buarque de Holanda - ao analisar as perspectivas para nosso Estado - diz que o espírito não é força normativa, salvo onde pode servir à vida social e onde lhe corresponde.[43] De qualquer maneira, com lei específica para punir atos

discriminatórios ou necessitando valer-se desse espírito social para dar "força normativa" a situações, é certo que temos uma "Constituição cidadã" que nos garante instrumentos para lutar e *sempre e sempre devemos buscar nos princípios constitucionais a motivação e a valoração para as nossas decisões*[44].

Todos sabemos, porém que as mudanças necessárias não acontecem só porque nós acreditamos que é possível um mundo melhor. Essas mudanças hão de verificar-se como resultado das leis de movimento das sociedades humanas, e todos sabemos também que o voluntarismo e as boas intenções nunca foram o motor da história. Mas a consciência disto mesmo não tem que matar o nosso *direito à utopia* e o nosso *direito ao sonho*. Porque a utopia ajuda a fazer o caminho. Porque *sonhar é preciso*, porque *o sonho comanda a vida*. [45] Precisamos buscar "utopias concretas" e modificar idéias preconceituosas e não aceitar atitudes discriminatórias que estão arraigadas em nossa sociedade pois *o direito contemporâneo não reconhece e garante apenas o direito à vida (ou direito à existência), mas a vida digna (ou a existência digna). Daí a ênfase dada a este princípio no direito contemporâneo. Nem por isso é ele menos projetado de dúvidas, que se mostram, às vezes, em dilemas de gravidades inconsistentes*. [46]

Fernanda Dias Menezes de Almeida salienta que a generosidade é a marca da Constituição de 1988 em tema de direitos do homem. Afirma que *em clima de grande abertura, pois, é que se escreveu a Constituição vigente, obra de seres humanos, que reflete as virtudes de seus autores, mas também revela as imperfeições indissociáveis da falibilidade humana. Passada duas décadas de sua promulgação, houve muito tempo para que a prática constitucional evidenciasse muitos de seus defeitos e qualidades*". [47]

A tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o leme político-criminal. Assim a adequada compreensão da norma deve ter por elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos. [48]

Não se trata de eliminar diferenças, mas de se obter igualdade identificando as origens da desigualdade. [49] Discriminar é excluir, é criar guetos e negar a própria democracia. A igualdade pressupõe, pois, numa organização humana já que as pessoas não nascem iguais não são iguais em sua vida. *Dignidade da pessoa humana* se torna-se o "fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser". [50]

O bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores. [51]

O que se pretende são caminhos para que realmente se **efetive o reconhecimento do direito à diferença, bem como levantar alguns aspectos penais da discriminação, pois, apesar de não** haver sentido algum para discriminar, a história vem registrando as mais execráveis ocorrências de intolerância, feitas algumas vezes – e de maneira violenta – até mesmo pelo Estado. A privação de direitos ocorre também em casos de omissão legal, quando não há garantias eficazes para assegurar e efetivar o direito à não-discriminação.

Deveras, a confirmação e a ratificação da dignidade da pessoa humana, como demonstrado, impende em observar-se o homem, excluído dos demais seres, como o centro do universo jurídico, sendo certo que esse reconhecimento, que não é vislumbrado por determinados indivíduos, abarca todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de modo que a irradiação de seus efeitos pela ordem jurídica não há de se verificar, a princípio, de modo diverso ante a duas ou mais pessoas.

Nessa trilha de silogismo, denotam-se duas importantes conseqüências: a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei), devendo-se ressaltar que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada, como bem alinhavou Celso Antônio Bandeira de Mello[52], em excelente monografia, corroborado pelos doutos ensinamentos proferidos por Carmem Lúcia Antunes Rocha[53].

Uma das grandes preocupações em relação à necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da concretização do princípio da igualdade no seio social diz respeito as minorias, as quais, seja em razão de apresentarem comportamento diferenciado daquele normalmente experimentado por uma determinada comunidade, seja em razão de não ostentarem as mesmas características físicas e psíquicas verificadas na maioria dos indivíduos, sofrem os mais diversos tipos de discriminação e de exclusão, sendo, inclusive, expungidas injustamente do benefício resultante do exercício de direitos que, ao menos em tese, se mostram pertencentes a qualquer cidadão.

Ora, quando o legislador constituinte houve por bem em estabelecer quais seriam os direitos e garantias pertencentes aos cidadãos brasileiros, revestindo-os de fundamentalidade, não excluiu, por mais que não se queira enxergar, os suspeitos, os acusados, os réus, os condenados e os encarcerados da referida manta protetiva: está mais do que na hora de atualizar o discurso contra a discriminação, pois esta se mostra vedada não apenas nos casos palatáveis, mas, principalmente, naqueles que são difíceis de dirigir e de aceitar.

Noutro giro verbal, tem-se que é extremamente fácil combater a discriminação quando ela atua sobre pessoas ou temas que já se encontram aceitos e sedimentados socialmente; o difícil, mas, necessário, é combater a discriminação nas situações em que a opinião pública, mal informada, está a apoiar qualquer tipo de conduta, independente de ser ela referendada ou não pelo nosso sistema normativo, ou, como diria Getúlio: “lei, ora lei!”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Menezes Dias. **Os direitos constitucionais na constituição de 1988**. Revista do Advogado, Ano XXVIII. Setembro de 2008, n. 99, p. 43.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAHIA, Claudio José Amaral. **Da necessidade da efetivação da proteção constitucional à homossexualidade**. Bauru: Dissertação de Mestrado do Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 21 ed., 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: 2ª parte, Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem, 2002.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CARVALHO, Márcia Dometila de Carvalho. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileiro de 1988**. Tese de Doutorado, 2006, PUC/SP, São Paulo.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MÉNDEZ, Emilio García. **Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda**. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1 • Número 1 • 1º semestre de 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 3ª ed., TOMO 1, 1960.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Avelãs José António. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Editora Caminho Nosso Mundo: Lisboa, 2003.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008.

REIS, Márcio Monteiro Reis. Moral e Direito – A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. *In Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

_____. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2ª ed., 2ª tiragem, 2008.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. **O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 25ª ed., 2005.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. **Identidade, diferenças**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: Ano III – Número II, 2004.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2004.

VALENTE, Ana Lucia E. F., **Ser negro no Brasil hoje**. 11ed. rev. e amp. Coleção Polêmica. São Paulo: Moderna, 1994.

VIANA, Túlio Márcio; RENAULT, Luiz Otávio (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr Editora LTDA, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. Gascón, Marina (Trad.). Madrid: Editorial Trotta. 2007.

[1] Foi assim que Ulysses Guimarães - o então presidente da Assembléia Nacional Constituinte - a chamou.

[2] NUNES, Avelãs José António. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Editora Caminho Nosso Mundo: Lisboa, 2003. p. 125.

[3] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.13.

[4] GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 210.

[5] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p.180.

[6] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002.

[7] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 1.

[8] REIS, Márcio Monteiro Reis. Moral e Direito – A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. *In Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 119/120.

[9] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 21 ed., 2000, p. 174-175.

[10] VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2004, p.39.

[11] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. Gascón, Marina (Trad.). Madrid: Editorial Trotta. 2007, p. 9.

[12] ZAGREBELSKY, Gustavo. cit. p. 14.

[13] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 517.

[14] GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p.129.

[15] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 3ª ed., TOMO 1, 1960, p. 26.

[16] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2ª ed., 2ª tiragem, 2008, p. 85.

[17] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.100.

[18] ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español; p. 19. *Apud* NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.100.

[19] Como se percebe, por exemplo, ao se reconhecer a função social da propriedade, função social do contrato (arts. 421 e 2035, parágrafo único do Código Civil), função social da empresa (Lei n. 6.404/76 – Lei das S.A., arts. 116, parágrafo único e art. 154), função social da família (família como um espaço em que cada um de seus componentes).

[20] ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

[21] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, p. 19 e 79.

[22] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 25^a ed., 2005, p.178.

[23] BONAVIDES, Paulo. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.15.

[24] ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In*: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 913: “[...] A Constituição de 1988 teve, dentre seus papéis mais importantes, a tarefa de resgatar o país de uma fase onde as liberdades democráticas não eram respeitadas. Portanto, justifica-se com facilidade o enorme rol de direitos individuais, muitas vezes repetidos no próprio texto [...]”.

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2^a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

[26] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 565.

[27] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

[28] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p.343.

[29] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2^a Edição. São Paulo: RT, 2007, p. 267.

[30] VALENTE, Ana Lucia E. F. **Ser negro no Brasil hoje**. 11ed. rev. e amp. Coleção Polêmica. São Paulo: Moderna, 1994, p.07.

[31] SILVA, Katia Elenise Oliveira da. **O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.88.

[32] SUIAMA, Sergio Gardenghi. **Identidade, diferenças**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: Ano III – Número II, 2004, p. 135.

¹⁷ VIANA, Túlio Márcio; RENAULT, Luiz Otávio (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr Editora LTDA, 2000, p.11.

[34] BAHIA, Claudio José Amaral. **Da necessidade da efetivação da proteção constitucional à homossexualidade**. Bauru: Dissertação de Mestrado do Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino 2002, p. 150.

³⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileiro de 1988**. Tese de Doutorado, 2006, PUC/SP, São Paulo, p. 105.

[36] FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76.

[37] Os que se inserem nesse grupo são: tortura, racismo, discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e punição severa da conduta de promoção de abusos violência ou exploração sexual contra crianças e adolescentes.

[38] GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281.

[39] FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

[40] BAHIA, Claudio José Amaral. **Da necessidade da efetivação da proteção constitucional à homossexualidade**. Bauru: Dissertação de Mestrado do Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino 2002, p. 150.

[41] MÉNDEZ, Emilio García. **Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda**. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1 • Número 1 • 1º semestre de 2004, p. 7.

[42] Assevera Karen Armstrong apud PEDROSA. Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 102.

[43] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.188.

[44] ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa das pessoas portadoras de Deficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.219.

[45] NUNES, Avelãs José António. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Editora Caminho Nosso Mundo: Lisboa, 2003, p.125/126.

[46] ROCHA. Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.25.

[47] ALMEIDA, Fernanda Menezes Dias. **Os direitos constitucionais na constituição de 1988**. Revista do Advogado, Ano XXVIII. Setembro de 2008, n. 99, p. 43.

[48] BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62.

[49] Cardeal Dom Paulo Evarinto Arns. Para que todos tenham vida. In: VIANA, Túlio Márcio; RENAULT, Luiz Otávio (Coordenadores). **Discriminação**. São Paulo: LTr Editora LTDA, 2000, p.13.

[50] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 5ª ed., Livraria do Advogado Editora, pág. 442.

[51] CARVALHO, Márcia Dometila de Carvalho. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 34.

[52] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 49.

[53] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, pp. 39-40.

DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO

MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS: A “RESERVA DO POSSÍVEL”

EXTRAORDINARY DRUGS: “POSSIBILITY CLAUSE” AND WATERING DOWN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH.

Allan Weston de Lima Wanderley

RESUMO

RESUMO: O grande volume de demandas judiciais relacionadas com o fornecimento de medicamentos excepcionais denota que o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) não vem cumprindo com a obrigação constitucional imposta pelo artigo 196 da Constituição Federal, o qual dispõe que saúde é um direito de todos, e um dever do Estado. O Estado argumenta que não há disponibilidade orçamentária para atender a demanda, fazendo uso da chamada “reserva do possível” como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais elencados nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Em outras situações argumenta que o medicamento requerido não faz parte de uma relação – por ele formulada – para a qual estaria obrigado a fornecer. Mas, seriam essas justificativas plausíveis? Para discutir o tema, o Supremo Tribunal Federal realizou uma Audiência Pública. As manifestações dos juristas divergem em alguns pontos, e surgem Projetos de Lei – como os de autoria dos Senadores Tião Viana e Flávio Arns – que tramitam no Senado Federal visando a regulamentação do tema, buscando impor restrições à judicialização do tema. Há os que defendem a “reserva do possível” - efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais somente quando há disponibilidade de recursos públicos suscetíveis - enquanto outros afirmam que se o cidadão necessita de um mínimo essencial para a sua sobrevivência, seja por força da omissão, seja por conta da incompetência das autoridades públicas, o mesmo não pode ficar refém da alegada “reserva do possível”, a qual não pode relativizar o direito fundamental à saúde.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: RESERVA DO POSSÍVEL, DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS.

ABSTRACT

ABSTRACT: The large amount of processes related to the delivery of extraordinary drugs shows that the State has not complied with the constitutional duties demanded by art. 196 of the Federal Constitution, which determines that health is a human right, and a State obligation. The State argues that there is no resources to respond to this obligation, justifying the limited efficacy and effectiveness of the social rights included in the 5th article of the 1988’s Federal Constitution through the so called “possibility clause”. In other situations, the State argues that the requested drug is not included in the list that is formulated by the State itself. However, would those reasons be plausible? To discuss very important subject, the Supreme Federal Court organised a

public hearing. Lawyers disagree in some points, and even propositions of new legislations arise, such as that of Senators Tião Viana and Flávio Arns aiming at solving the issue. There are those who argue in favor of the “possibility clause” – to carry out the social, economic and cultural rights only when the public resources are available – while others support that if the citizen needs a minimum to survive, be it by force of omission, be it due the incompetence of public authorities, he should not be taken hostage by the alleged “possible reserve”, which should not belittle the fundamental right to health.

KEYWORDS: KEY-WORDS: POSSIBILITY CLAUSE, FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH, EXTRAORDINARY DRUGS.

O direito à saúde deve, como sabemos, englobar a promoção, proteção e recuperação do bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade. A concretização desse direito fundamental social deverá se dar através da oferta, pelo Estado, de serviços públicos de acesso universal e igualitário mediante ações sociais e econômicas para a prevenção, redução e tratamento de doenças.[2]

Tutelar o direito à saúde é antes de tudo prevenção. A promoção coletiva não afasta, porém, o dever estatal e o direito subjetivo do cidadão de prestar, e receber, assistência individual. O direito individual e o coletivo se complementam, pois não há saúde com doenças, assim como não há combate a doenças sem promoção da qualidade do ambiente circundante. A oferta, pelo Estado, de serviços de prevenção e promoção da saúde é, pois, concretização de direitos sociais (CF, art. 6º), inserindo-se no regime jurídico dos direitos fundamentais coletivos.[3]

O presente trabalho analisará a atuação do Supremo Tribunal Federal e outras cortes para apresentar como o mesmo vem aplicando e delimitando o direito fundamental à saúde em decisões de processos de controle abstrato de constitucionalidade, buscando regularidades e tendências que permitam entender a sua atuação e os limites impostos a tal direito pela Corte Constitucional brasileira.

Em 2007, a então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Ellen Gracie deparou-se com uma possível ocorrência de lesão à ordem e à economia pública em confronto com o problema da subjetivação do direito social fundamental à saúde, nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada STA/91[4].

A ministra decidiu monocraticamente uma questão cujo fundamento era de natureza constitucional em que figurava como requerente o Estado de Alagoas, o qual, através da Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7 que tramita perante a 17ª Vara Cível de Maceió, havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado a fornecer os medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados[5].

A questão central do julgamento foi a alegada ocorrência de grave lesão à economia pública (reserva do possível), tendo em vista que a decisão do Tribunal de

Justiça de Alagoas compelia o Estado de Alagoas a fornecer medicamentos além daqueles relacionados na Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde, de 23 de julho de 2002, que trata da dispensação de medicamentos excepcionais (alto custo).

A discussão da STA/91 concentra-se na alegação de que os recursos não são ilimitados, e que a responsabilidade do Estado - elencada no artigo 196 da Constituição Federal - está vinculada à efetivação de políticas públicas que revertam à população em geral, destacando-se que o fornecimento de medicamentos não pode resultar na inviabilidade do sistema público de saúde. Só para ilustrar, estima-se que em 2008 o Estado gastou mais de 3 bilhões de reais, só na área dos medicamentos excepcionais.[6]

O Sistema Único de Saúde - SUS disponibiliza outros medicamentos que não apenas os da assistência farmacêutica básica que integram a RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais[7]. O fornecimento de medicamentos de dispensação excepcional dá-se por força da necessidade de se promover o tratamento de patologias específicas, as quais, inobstante o um número limitado de pacientes, na maioria das vezes são de uso prolongado.

Além dos medicamentos essenciais[8] e os excepcionais, há também os chamados "medicamentos estratégicos", utilizados em programas específicos do Ministério da Saúde e que atendem aos programas nacionais de DST/Aids (Anti-Retrovirais), Tuberculose, Diabetes (Insulina), Controle de Endemias, dentre outros.

Os tratamentos, que exigem medicamentos excepcionais, observam as diretrizes do Programa de Medicamentos Excepcionais que engloba diversas patologias, como insuficiência renal crônica, hepatite viral B e C, osteoporose, problemas de crescimento, doença de Alzheimer, doença de Parkinson, doença de Gaucher e imunossupressores para pacientes transplantados, entre outras.

Devido ao elevado custo de aquisição, são os medicamentos excepcionais os que mais faltam na rede pública, dando origem a um grande número de demandas judiciais em face do Estado (gênero). Além de agravar a saúde do cidadão, a falta de medicamentos acaba por causar a piora da saúde do necessitado, o que irá, por certo, resultar em gastos ainda maiores com internações e outros procedimentos necessários para a manutenção da vida, desperdiçando os recursos públicos destinados à saúde.

A consolidação da jurisprudência pátria sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, e conseqüentemente sobre a "reserva do possível", deu-se a partir do movimento dos portadores do vírus HIV, na última década do século 20, quando o fornecimento de medicamentos excepcionais, necessários ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), passou a ser exigido do Estado brasileiro.

Os tribunais, ao negarem a pretensão dos requerentes, fundamentavam suas decisões na programaticidade (norma sem eficácia imediata e destituídas de imperatividade) do artigo 196 da Constituição Federal. Tendo o tema entrado na ordem do dia do Poder Judiciário, e mediante a grande pressão das associações dos soropositivos em todo o país, o tema acabou resultando na Lei 9.313/96, a qual veio, também, a dar força ao reconhecimento do direito aos medicamentos por parte de outras classes de doentes.

Os críticos desta postura do judiciário, entre outros argumentos, afirmam que uma ordem judicial que venha a impor ao Estado a entrega de um determinado medicamento poderá inviabilizar a assistência farmacêutica a outro doente, ou até mesmo a um grupo de doentes, ante a inexistência de recursos. Esta corrente pretende que a aplicação dos direitos fundamentais se dê pela "reserva legal" ou por políticas públicas.[9]

A ministra Ellen Gracie referindo-se à necessidade de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais, entendeu procedente o recurso interposto pelo Estado de Alagoas, sob o argumento que "a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários". E mais:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.

O conflito entre os direitos sociais e a disponibilidade financeira do Estado (Reserva do Possível[10]) é recorrente nas cortes de justiça. Exemplo disso foi a decisão proferida em 05/12/2007 pelo então presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Desembargador Vidal Coelho, nos autos de pedido de suspensão de liminar nº 0449939-2, que assim decidiu:

A Constituição de 1988 dispõe, no artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Coloca-se a necessidade de averiguar se, mesmo na condição de direito social fundamental, pode o particular exigir tutela para pretensões em torno do direito à saúde apenas com apoio no texto constitucional. É preciso considerar que, apesar de o artigo 198 da Carta Magna, em encadeamento com o contido no seu artigo 196, assegurar atendimento integral no Sistema Único de Saúde, a integralidade a que se refere o texto constitucional não constitui garantia de que o doente possa dispor de toda espécie de tratamento, sem considerar as possibilidades materiais e econômicas do Estado devendo, pois, serem sopesadas as possibilidades do Estado, mais a urgência na manutenção da vida do doente (situação de extrema necessidade).

E finalizou o julgador, citando Eduardo Appio:

[...] "os juízes não podem formular políticas públicas, mas apenas executar políticas públicas". No caso da saúde é o Poder Executivo, geralmente através do Ministério da Saúde, que define quais serão as políticas públicas prioritárias durante a gestão de um governo.[11]

Da decisão do desembargador J. Vidal Coelho destacam-se três pontos principais, que serão abordados neste trabalho: **1º)** reserva do possível (existência prévia de recursos materiais pelo poder público); **2º)** a realização do direito fundamental à saúde tão somente a uma pessoa (concentração de recursos), e **3º)** não intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de responsabilidade do executivo (violação do princípio da tripartição dos poderes).

O direito à saúde estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal - e aí se insere o direito ao recebimento dos medicamentos excepcionais - é um direito de todos e um dever do Estado, e deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Afinal, saúde é direito fundamental no sistema constitucional, e consiste em um bem essencial da e para a pessoa humana. E desta forma, é objeto de tutela jurisdicional tanto como direito humano quanto como direito fundamental.

Os legisladores constituintes brasileiros fizeram constar do capítulo II (da seguridade social) do título VIII (da ordem social) o artigo 196 com o seguinte teor:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.[12]

Além desse, outros dispositivos da Constituição Federal impõem, de igual forma, obrigações ao Estado no campo da saúde, como o artigo 23, II - que estabelece como competência comum dos entes da federação "cuidar da saúde" - e o artigo 24, XII - que inclui, no âmbito da competência concorrente, a legislação sobre "proteção e defesa da saúde -. E, também na Constituição Federal, os artigos 200, 203 e 204 tratam da criação do SUS - Sistema Único de Saúde, posteriormente regulamentados pela Lei 8.080/90.

A mudança ocorrida no final do século XIX, e início do século XX, resultou na passagem gradual do Estado Liberal para o Estado Social, este baseado na defesa dos direitos de segunda geração, dando início à ênfase da política do "welfare state" (bem-estar social), a qual tem como ideal a promoção da justiça social.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil prevista na Constituição de 1988, quando então surgiram os direitos sociais, os quais passaram a ter uma importância maior após a segunda guerra mundial[13], com o impacto da industrialização.

A crise mundial gerou amplos movimentos de reivindicação, os quais caracterizaram-se por outorgar ao indivíduo prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho. Esta etapa chamada por alguns de "segunda dimensão" não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas assim também as chamadas "liberdades sociais" como o direito a greve ou como os direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho apenas para citar alguns dos mais representativos.

Abrange portanto, bem mais que os direitos de cunho prestacional como prega parte da doutrina, inobstante o cunho positivo possa ser considerado como o marco distintivo desta fase na evolução dos direitos fundamentais.

Esses direitos correspondem à reivindicação das classes menos favorecidas, de modo especial a classe operária, a título de compensação em virtude da extrema desigualdade que caracterizava - e de certa forma ainda caracteriza - as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.[14]

A primeira Constituição que garantiu uma longa lista de direitos sociais foi promulgada no México em 5 de fevereiro de 1917. Em seu primeiro capítulo encontram-se direitos sociais que pouco se diferenciam daqueles de uma Constituição moderna como a brasileira de 1981[15].

No Brasil, embora objeto de previsão isolada e tímida na Constituição de 1824, de cunho predominantemente liberal, e ainda que ausentes na Constituição de 1891, a partir de 1934, especialmente por influência da Constituição alemã de Weimar (1919), os direitos sociais acabaram por integrar a tradição constitucional brasileira, sendo incorporados, inicialmente, ao capítulo "Da ordem social e econômica", razão pela qual habitualmente lhes era reconhecida eficácia diminuída, por conta de seu alegado cunho programático.

Sem perder esse enfoque, o ministro Gilmar Mendes, em 22 de outubro de 2008, nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada 278-6[16], indeferiu a pretensão do Estado de Alagoas, divergindo do entendimento esposado pela ministra Ellen Gracie (STA/91). Em sua manifestação, analisando o "mínimo existencial"[17] do direito à saúde, o ministro Gilmar Mendes ressaltou:

[...] Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida - deixe-se claro - que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

O direito à saúde, além de qualificar-se como "direito fundamental" que busca erradicar a miséria que assola a nação, assiste a todas as pessoas - aqueles especificados no texto constitucional e que gozam de um grau mais elevado de garantia ou de segurança -, e representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, respeito aos direitos humanos.

É um direito público subjetivo assegurado a todos, criando uma relação jurídica obrigacional entre o indivíduo e o Estado (gênero), a quem cabe o dever fundamental de prestação de saúde, através do desenvolvimento de políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, proteção e recuperação da saúde, como estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal. Ou seja: a efetividade, a aplicabilidade e a concretização do direito fundamental à saúde exige conduta estatal.

A expressão "direito à saúde" vem sendo empregada para se referir a diversas situações. Porém, pacífico é o entendimento de que o conceito de saúde não se resume apenas a situação de total ausência de doenças, mas sim abrange o completo bem-estar, físico, mental e social.^[18]

Os direitos sociais encontram-se elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988^[19], onde está expressamente inserido o direito à saúde, o qual posteriormente foi disciplinado, por meio do legislador infraconstitucional, na Lei nº 8.080/90^[20], a qual estabelece: "Artigo 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício".

De se destacar, também, o disposto nos artigos 1º e 22 da Lei 8.078/90^[21] - Código de Defesa do Consumidor - que determinam que o serviço público (aí compreendido a assistência à saúde) deve funcionar de forma adequada, eficiente, segura e contínua, sob pena de ser compelido o Poder Público a tanto.

E posteriormente, através da Lei 10.741/03^[22], o legislador, na esteira da norma constitucional, assegurou aos maiores de 60 anos:

Atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

O parágrafo segundo do citado dispositivo dispõe que "incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

Em 2006, o Ministério da Saúde através da Portaria nº 399/GM^[23], de 22 de fevereiro de 2006, divulgou o "Pacto pela Saúde 2006 - Consolidação do SUS e Diretrizes Operacionais", na qual ficou determinado que:

A Assistência Farmacêutica será financiada pelos três gestores do SUS devendo agregar a aquisição de medicamentos e insumos e a organização das ações de assistência farmacêutica necessárias, de acordo com a organização de serviços de saúde.

Indiscutível ser a saúde é um bem jurídico tutelado, tanto como direito humano como direito fundamental. Abrange ela tanto uma dimensão preventiva quanto curativa, sendo dever do Estado promovê-la na busca da qualidade de vida. O Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Celso de Mello acatado pela unanimidade dos seus membros, decidiu:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.

[...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.^[24]

José Afonso da Silva, ao tratar do tema "direito à saúde", ensina:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.^[25]

O Sistema Único de Saúde - SUS, baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde, é composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Apesar da responsabilidade dos entes da federação, em matéria de direito à saúde, suscitar questões delicadas, é pacífico o entendimento de que

há responsabilidade solidária dos aludidos entes, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Tal previsão encontra-se no artigo 23, II da Constituição Federal, no artigo 7º, XI da Lei nº 8.080/90, e está consolidada na jurisprudência[26].

Como bem destacou o ministro Gilmar Mendes em sua decisão na STA-276, se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas políticas públicas do SUS, é imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer. E vai além:

Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.[27]

Já na STA-277, o mesmo ministro Gilmar Mendes fez constar em sua decisão que:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.

E continuou:

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. O fato é que o denominado problema da "judicialização do direito à saúde" ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como

um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Ao finalizar, destacou a importância da existência de recursos públicos:

Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.[28]

A "Reserva do Possível" limita a eficácia e a efetividade do direito à saúde - que também é um dever fundamental de proteção e promoção da saúde, por parte do Estado -, incidindo à partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir).

O Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, manifestando-se quando da realização da Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal sobre "Saúde Pública", afirmou que "a judicialização indiscriminada da matéria poderá gerar sérios riscos para as políticas públicas desenvolvidas na área". E complementou:

[...] a complexidade da questão é muito maior do que se tem discutido em juízo, pois o direito à saúde para toda a sociedade não significa somente o acesso a todo e qualquer tratamento ou medicamento. [...] Ano a ano a União aporta mais recursos para a saúde, e o governo tem que lançar mão da reserva do financeiramente possível para garantir o máximo de acesso à saúde para todos os cidadãos brasileiros.[29]

Também chamada de "reserva do financeiramente possível", ela pode ser resumida como: a realização dos direitos sociais condicionada a disponibilidade e ao volume de recursos suscetíveis, para que não se inviabilize todo o sistema de saúde pública, localizada no campo discricionário das decisões oriundas das políticas de governo e das atividades legislativas, as quais estão sintetizadas no orçamento público. Ou seja: "um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito".[30]

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo,

na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação - desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais - da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.[31]

O legislador constituinte, ao alçar o direito à saúde à condição de direito fundamental, e ao determinar expressamente a alocação de recursos públicos para sua efetivação (Art. 198), por certo admite a "reserva do possível", mas não como regra, e sim como exceção. É fato que o "fator custo" tem que ser ponderado pelo julgador. As prestações materiais, inseridas nas decisões do Poder Judiciário, somente poderão ser efetivadas ante a disponibilidade de recursos.

Pode-se dizer que se trata de uma "restrição externa" que acaba por reduzir a eficácia dos direitos fundamentais sociais, limitando o âmbito normativo do direito. Mas o judiciário deverá, até mesmo ante o argumento dos elevados custos e da escassez de recursos, levar em consideração essa chamada "restrição externa", não como forma de evitar a alegada ingerência na função de outros poderes, mas sim por possuir ciência da repercussão de seus julgados, seja de natureza orçamentária, financeira, material ou de qualquer outra espécie.

Sergio Fernando Moro destacou que "o Juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam os meios materiais disponíveis para tanto". E complementou:

[...] mesmo que presentes os meios materiais, o juiz deve estar atento para a escassez dos recursos orçamentários, pois viabilizar uma prestação pode comprometer outra, e este tipo de decisão somente o legislativo está legitimado a fazer, por força do princípio democrático. [...][32]

O mesmo autor afirma que:

Na interpretação de algumas dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da "reserva do possível" como faceta especial da reserva de consistência. Não se trata de barreira intransponível. O Judiciário, obviamente, não pode tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau.[33]

Os recursos públicos, por certo, se destinam a atender a toda coletividade, e não apenas um direito individualizado; e por conta disso é que os limites impostos pela escassez dos recursos servirão de parâmetros para a concessão - ou não - de um tratamento diferenciado aos pleiteados direitos fundamentais sociais.

Porém, não deve o julgador simplesmente acatar a "reserva do possível", como forma de obstaculizar a plena eficácia e efetividade do "mínimo existencial", em especial diante de um ponto tão sensível como o enfoque deste trabalho, que é o direito à saúde, à vida humana. Deverá, pois, observar atentamente a presença - ou não - dos critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais, objetivando salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Ana Paula de Barcellos, em sua obra "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", tratando do tema, afirma que a expressão reserva do possível "procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas". E continua:

[...] É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar da dimensão positiva do direito à saúde e na relativização da eficácia e efetividade dos direitos sociais em virtude dos limites fáticos e jurídicos, fez constar:

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade.[34]

O administrador público vê-se, constantemente, frente ao confronto e a individualização de variados interesses quase sempre antagônicos e concorrentes, tendo que definir as políticas públicas em face da previsão orçamentária, avaliando a conveniência e as oportunidades que se apresentam, eis que se tratam de recursos geralmente escassos frente as necessidades públicas.

Aí se resume a discricionariedade do administrador público, objetivando a ele assegurar que todos os indivíduos sejam tratados com igualdade, não podendo alguém ter sua dignidade sacrificada em benefício de outro. Porém, o judiciário, uma vez provocado, pode - e deve - analisar e decidir sem que tenhamos qualquer invasão do campo discricionário do administrador, "mas pura e simples investigação da legalidade do seu comportamento." [35]

O Senador da República Tião Viana, já em 2007, firmou o Projeto de Lei do Senado (PLS 219/2007)[36] que busca alterar a Lei 8.080/90 no sentido de regularizar a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde - SUS. Entende o legislador que o controle jurisdicional, em matéria de entrega de medicamentos, deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática.

O Senador, em suas justificativas - muito semelhantes àquelas lançadas pelo médico Luiz Roberto Barradas Barata - consignou que:

[...] Amparados por esses preceitos constitucionais e legais, os tribunais brasileiros expediram, nos últimos anos, várias decisões liminares que obrigaram os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde, sob pena de prisão do gestor e multa, em caso de descumprimento. Algumas das decisões obrigaram o fornecimento até mesmo de medicamentos ainda não registrados no país.

A maioria dessas liminares tem como objetivo atender à prescrição de produtos de alto custo, muitos deles recém-lançados em outros países e ainda não disponíveis no Brasil. O *lobby* da indústria e do comércio de produtos farmacêuticos junto a associações de portadores de certas doenças e o intenso trabalho de *marketing* junto aos médicos fazem com que tanto os usuários quanto os prescritores passem a considerar imprescindível o uso de medicamentos novos. Em regra esses produtos são de altíssimo custo, como já mencionado, mas nem sempre são mais eficazes que outros de custo inferior, indicados para a mesma doença.

E continua o Senador:

A garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde é tão importante quanto o atendimento integral. Essa garantia só será possível se os poucos recursos destinados à saúde forem criteriosamente aplicados. Esses recursos não se multiplicam milagrosamente. Se uma parte deles for gasta na assistência a umas poucas pessoas, certamente uma grande parcela da população sofrerá pela falta de medicamentos destinados ao tratamento de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, esquistossomose, dengue, aids, diabetes, hipertensão arterial, parasitoses intestinais e tantas outras.

Esse posicionamento, essa compreensão de tema tão presente na vida do judiciário, ressalta o inalienável direito do paciente de procurar o alívio do seu sofrimento e manter acesa a esperança da cura, porém com uma ressalva: esse mesmo direito não pode ser negado a outros milhões de cidadãos brasileiros que necessitam do Estado (gestor) para o tratamento de seus males.

O projeto do senador Tião Viana, que aguarda o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, busca uma racionalização dos gastos a fim de permitir que um número maior de brasileiros possa se beneficiar do fornecimento gratuito de medicamentos.

Já o projeto de lei de autoria do senador paranaense Flávio Arns (PT), registrado sob o nº 338/2007, busca regulamentar as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços públicos correlatos, com a instituição do "Conselho de Incorporação de Medicamentos e Produtos de Saúde", com participação efetiva da sociedade civil. Em sua exposição de motivos, o senador justifica seu projeto concluindo que:

Se em nosso país, a questão de medicamentos suscita um embate DIREITO FINANCEIRO *versus* DIREITO FUNDAMENTAL, enquanto a limitação orçamentária apresenta-se como uma regra, o direito à vida reveste-se de um princípio e, com tal, deve prevalecer àquele, razão pela qual, submeto à apreciação de meus pares o presente projeto de lei, na expectativa de que o caminho que ora aponto possa ser percorrido na construção de uma sociedade que corresponda aos anseios insculpidos em nossa Carta Federal.[37]

Não é raro nos depararmos com decisões judiciais que obrigam o Estado a entregar ao cidadão um medicamento ainda inexistente no país. Esses medicamentos alienígenas possuem um custo muito elevado, porém os julgadores mostram-se totalmente insensíveis aos argumentos do Estado de sua inexistência e/ou alto custo, na certeza de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho coloca o elevado custo financeiro como sendo um problema incontornável para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal, sendo que a realização destes está atrelada à capacidade financeira do Estado. Canotilho define "reserva do possível" como:

1. "Reserva do possível" significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a "tendência para zero" da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecidora de direitos sociais.[38]

Por outro lado, o administrador público não pode perder de vista a máxima de que quem governa, em um Estado Democrático de Direito, é a Constituição, e em sendo assim, caberá a ele, sempre, o dever de fidelidade ao texto constitucional. "A reserva do possível não pode ser uma caixa de surpresas da qual os poderes públicos

sacam toda a sorte de desculpas para o não cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais".[39]

Andréas Krell, ao analisar o princípio da "Reserva do Possível" frente a questões inerentes ao direito à saúde, posiciona-se da seguinte forma:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo "por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?"[40]

A mesma norma constitucional que impõe ao Estado a garantia ao direito fundamental à saúde, de igual forma prevê a observância dos princípios da igualdade e da universalidade na implementação de ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma ponderada, racional e criteriosa.

Assim, o Estado deverá dar efetividade ao texto constitucional, porém também deverá observar outros princípios, como os da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicando mecanismos de controle que possam resultar na realização dos direitos fundamentais indissociáveis da realização do ideal de justiça e igualdade social decantado na Constituição Federal. É esta a lição que tomamos de Regina Maria Macedo Néri Ferrari:

Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto, mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade. Assim, não é possível solicitar ao Estado passagem para Nova Iorque para o fim de ser atendido por médico particular de confiança, que lá se encontra realizando curso de pós-graduação [...][41]

Para Ingo Wolfgang Sarlet, por mais primordial que possa ser a pretensão pretendida, esta não conseguirá contornar o fato de que há ausência de recursos. Entretanto, quando se está diante de mera alegação do administrador público e/ou de incompetência gerencial deste, o qual busca desafiar o cumprimento de um direito social previsto na Constituição, a prevalência da vida e a dignidade da pessoa serão sempre soberanas, plenamente exigível pela via jurisdicional:

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser, se não completamente neutralizado, pelo menos minimizado, mediante o controle (também jurisdicional!) das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que

diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político.[42]

A atividade discricionária justifica-se pelo fato de o administrador público não poder prever todas as situações que possam vir a acontecer na sociedade, sendo indispensável tal discricionariedade para que o mesmo possa fazer frente às crescentes necessidades coletivas, certamente que obedecendo à lei e à finalidade que esta pretende alcançar.

Ante essa discricionariedade, o Poder Judiciário evita conceder provimentos jurisdicionais que resultem em análise da conveniência e oportunidade, ou como dizem alguns doutrinadores do Direito Administrativo, que resultem em análise do mérito de um determinado ato administrativo, em especial ante a determinação constitucional de separação de poderes, os quais devem ser harmônicos e independentes entre si (Art. 2º da Constituição Federal de 1988).

Tal norma constitucional inviabilizaria, sob pena de ingerência de um poder sobre o outro, a sobreposição da "vontade" do Poder Judiciário sobre a "vontade" da Administração Pública (Poder Executivo). Entretanto, sob a égide do Estado Social - também chamado de Estado do Bem-Estar, onde há uma maior intervenção do Estado no campo social, econômico e cultural - está-se diante da real possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos discricionários em face dos chamados interesses difusos e coletivos.[43]

Mesmo que o princípio da separação dos poderes não resulte na não interferência do poder judiciário na esfera dos direitos sociais, é certo que deverá sempre haver um respeito pelo papel dos demais poderes da república. Como bem leciona Daniela Milanez, compete às cortes serem "extremamente cuidadosas para não extrapolarem suas funções institucionais". E continua:

[...] os juízes devem interferir somente quando o núcleo do direito à saúde estiver em risco ou quando o Executivo e o Legislativo não souberem utilizar o poder discricionário dado a eles e passarem a atuar de forma abusiva.[44]

Porém, quando instado a dar atendimento a ordem judicial vinculada a garantia dos direitos fundamentais sociais a um indivíduo, antes mesmo de falar na inexistência de recursos, deve o administrador público verificar se o orçamento do Estado encontra-se dentro dos parâmetros estabelecidos pela norma constitucional. Por certo não há discricionariedade do administrador quando se está frente aos direitos consagrados constitucionalmente. Nesta seara a atividade da administração pública é vinculada, e não permite a admissão de qualquer exegese que possa afastar a garantia constitucional.

O que chama a atenção da sociedade é que tais recursos nunca são escassos para outras finalidades, fato este que faz com que o negligenciamento dos direitos sociais não possa ser creditado tão somente à propalada ausência de recursos públicos. Prova disso é que a extinta CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, que

deveria ter sido aplicada integralmente na área da saúde, teve os resultados de sua arrecadação utilizados para outros fins; a utilização correta de tais recursos poderiam ter significado uma melhora significativa das prestações devidas pelo Estado.

E por falar em CPMF, seu idealizador, o médico Adib Domingos Jatene, ex-ministro da saúde e diretor-geral do Hospital do Coração em São Paulo, participou da Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que defendeu a edição de uma Súmula Vinculante para que todo o pedido de medicamentos, produtos, insumos ou procedimentos médicos, efetuados perante o Poder Judiciário, venha acompanhado da recusa formal da autoridade que recusou o pedido. A pretendida Súmula Vinculante, para Jatene, poderá diminuir o número de ações, evitar fraudes e trazer decisões mais adequadas.

Para Adib Domingos Jatene, os milhares de pedidos não consideram as políticas públicas que buscam equacionar a maior eficiência diante das limitações dos recursos, e a consequência disso é o comprometimento de programas, com prejuízos para um número muito maior de pessoas que dependem dos programas do Sistema Único de Saúde[45].

O cidadão brasileiro, se indagado se o Estado faz tudo o que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais, certamente responderá negativamente, quicá lembrando dos milhões de reais gastos todos os anos com o pagamento das dívidas públicas, além da corrupção endêmica no Estado brasileiro. Nos parece que o problema é de gestão, e não de falta de recursos.

André da Silva Ordacgy, membro da Defensoria Pública da União, ao participar da Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre saúde pública, ao tratar do tema "reserva do possível financeiro" comparou os gastos do Sistema Único de Saúde com medicamentos e tratamentos ordenados pela justiça com os da propaganda governamental.

Segundo dados por ele citados, os gastos do governo federal em cumprimento das decisões judiciais na área da saúde pública, em favor dos pacientes, em 2008, atingiu a soma de 48 milhões de reais. No mesmo período, segundo André da Silva Ordacgy, os gastos em propaganda foi de 400 milhões de reais.[46]

Mas não vamos enveredar por essa seara, eis que a qualidade de nossos representantes é de muito questionável, retratando um problema histórico-cultural do povo brasileiro.

É certo que o Direito deve servir de instrumento de transformação social. E, em sendo assim, há que se compreender que toda alocação de recursos, por parte do Estado, certamente poderá ser objeto de controle do Poder Judiciário, na medida em que "cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal".[47]

Um exemplo dessa realidade foi a promulgação da Lei nº 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes de SIDA - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), a qual é resultado de inúmeras decisões judiciais que buscavam implementar o direito à saúde, embasadas no

texto constitucional (Art. 196) como base de argumentação. Por força do posicionamento do judiciário, o Estado viu-se obrigado posteriormente por força da citada lei, a qual reconhece a obrigatoriedade do fornecimento.

Diante dessa realidade, onde se observa que a separação de poderes está cada vez mais limitada a alguns aspectos somente, surgiu a necessidade de se criar novos mecanismos de freios e contrapesos, em especial para limitar a ingerência de um poder sobre o outro. Sendo assim, se os objetivos do Estado estão sob a responsabilidade da administração pública, e se esta - com maior ou menor grau de autonomia - deve cumprir e fazer cumprir os limites legais de sua competência executiva, resta necessário definir quando o Poder Judiciário poderá se sobrepor a esses atos de governo, vindo a alterar - através de decisões judiciais - os objetivos do Estado.

Por certo sempre haverá a necessidade de se realizar um prévio juízo de ponderação, buscando identificar as situações onde o direito à saúde deve prevalecer sobre a distribuição de competência entre o Poder Judiciário e os demais poderes da república. A disposição expressa na norma constitucional (Art. 2º - são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário) não deve ser entendida sob o enfoque das revoluções liberais, mas sim dentro de um contexto em que as relações sociais, repletas de conflitos, reclamam a pronta intervenção de um Poder sobre o outro, sempre que ocorrerem desvios na sua atuação. Ou seja: não se está diante de um princípio absoluto.

É o que se vê, na atualidade, quanto a alegada ingerência do Poder Judiciário frente ao orçamento da administração pública (Poder Executivo) nas sentenças proferidas em inúmeros processos onde o indivíduo pleiteia medicamentos excepcionais, em busca da cura ou da sobrevivência. A abordagem do Poder Judiciário, em razão do tema em comento, não pode se dar de forma individualista em face dos problemas sociais, sob pena de se atender aos interesses de poucos em detrimento da maioria.

Um caso emblemático, e destacado por muitos doutrinadores, deu-se no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sede em Porto Alegre/RS). A menor Natalia Lira Vieira, que sofria da enfermidade diagnosticada como "pseudo-obstrução intestinal idiopática", impetrou Mandado de Segurança e obteve liminar que determinou a transferência da importância de U\$ 275.000 (duzentos e setenta e cinco mil dólares norte-americanos) para o hospital *Clarian Health Partners* da cidade de Indianápolis, Estado de Indiana nos EUA, para realização de cirurgia de transplante de intestino. A decisão liminar garantiu, ainda, o pagamento das despesas pós-operatório e as passagens de retorno da menor ao Brasil.

O desembargador federal Vladimir Passos de Freitas suspendeu a liminar concedida, e argumentou:

O tema, sem dúvidas, é delicado, pois envolve a vida de um ser humano. Ocorre que não se pode desconsiderar que embora precários os recursos destinados à área da saúde, tem as autoridades sanitárias brasileiras se mostrado eficientes no aperfeiçoamento de técnicas cirúrgicas em geral.[...] Por outro lado, a grave lesão à saúde fica evidenciada ao privilegiar-se uma situação particular, pois não seria esse o único caso envolvendo a saúde de uma pessoa. O Estado, ao liberar vultosa soma (U\$ 275.000 - duzentos e

setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um. Saliente-se que há notícias de que o custo de uma cirurgia de intestino realizada no Brasil custa aproximadamente U\$ 41.379, ou seja, aproximadamente U\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares) menos do que a de uma realizada na América do Norte. Assim, considerando que os recursos orçamentários são limitados, não há como deixar de considerar procedente o argumento da União, segundo o qual o cumprimento da liminar causaria grave ofensa à economia e saúde públicas.[48]

Como destaca Luis Roberto Barroso, "uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios". E continua o constitucionalista:

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão.[49]

Diante da escassez de recursos públicos, escolhas devem ser feitas, e muitas resultam em "escolhas trágicas", termo utilizado por Gustavo Amaral, que bem exemplifica essa situação quando nos trás uma situação real e cotidiana, mencionando a enorme fila para transplante de órgãos:

Todos que estão na fila de transplante necessitam do órgão. Todavia, mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos finitos. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender outros e outros.[50]

Já houve época em que o Poder Judiciário, alegando o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de um poder (o judiciário) intrometer-se na seara da administração pública, negava a concessão das tutelas requeridas. Certo é que o Direito Público regula a atividade estatal, e que se deve respeitar a tripartição dos poderes e a independência dos mesmos. Porém, tal autonomia não é absoluta, como nos ensina José Afonso da Silva:

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.^[51]

O fato é que se o cidadão necessita de um mínimo essencial para a sua sobrevivência, seja por força da omissão, seja por conta da incompetência das autoridades públicas, o mesmo não pode ficar refém da alegada discricionariedade resultante de uma visão tacaña do princípio da separação de poderes, que como ensinou José Afonso da Silva, não é absoluto. Desta forma, se o Estado se mantém inerte, omissivo, o judiciário terá uma tarefa a cumprir, assegurando o cumprimento da Constituição.

A falta de previsão orçamentária estatal deve mais preocupar as autoridades públicas do que ao juiz, pois são elas quem deve atender equilibradamente as necessidades da população, em especial os mais necessitados e os doentes. Causa espécie o fato de ter o Estado reclamado para si a tarefa de promover e gerir o direito à saúde, e em sendo assim, não deveria justificar o descumprimento desta tarefa com a alegação de que não existem verbas orçamentárias capazes de garantir o cumprimento de dita obrigação constitucional. E na maioria das vezes, sequer demonstra tal inexistência orçamentária.

Como destaca Ana Carolina Lopes Olsen:

Os tribunais brasileiros têm adotado diversas posições em relação a este dilema. Alguns desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em segundo plano eventuais conseqüências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Outros, por outro lado, quando confrontados com a questão da alocação de recursos e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, eximem-se de obrigar o Estado à adoção de políticas públicas, ou mesmo realização de prestações específicas, sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo.^[52]

Há, pois, certas situações onde somente resta ao indivíduo requerer a prestação jurisdicional para garantir o mínimo necessário que lhe garanta uma vida digna. Prova disso é o grande volume de demandas que envolvem os temas enfocados neste trabalho, o qual resulta de dois principais fatores: o primeiro é o envelhecimento da população - o que acarreta, em regra, o acúmulo de enfermidades -, e o segundo é o lançamento freqüente de novos medicamentos, drogas de alta tecnologia e com custo ainda mais alto na maioria das vezes.

O Poder Judiciário está vivenciando um período de incertezas no tocante a prescrição de medicamentos que não fazem parte da relação de medicamentos autorizados pelo Estado, em especial da RENAME. O Conselho Regional de Medicina do Estado do Mato Grosso do Sul, em resposta a uma consulta recebida, em data de 21 de setembro de 2007 formulou o Parecer CRM/MS nº 05/2007^[53] que recebeu a seguinte ementa:

Medicamentos que não são registrados na ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou autorizados por ela, não podem ser entregues ao consumo nem importados sob pena de ilícito ético e infração a Legislação Sanitária Federal.

Os medicamentos sem registro na ANVISA não podem ser prescritos no Território Nacional, pois o artigo 12 da Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976^[54] reza que um medicamento só pode ser entregue ao consumo após registro no Ministério da Saúde. O próprio Código de Ética Médica^[55] veda, em seu artigo 124, a utilização, mesmo em caráter experimental, de qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no país, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis conseqüências.

Todavia, muitas vezes o Poder Judiciário, diante da gravidade e relevância do tema, e buscando assegurar o máximo de efetividade às normas constitucionais, tem determinado, inclusive, que o Estado proporcione tratamentos alternativos aos pacientes, já que a norma constitucional não pode se curvar àquelas infraconstitucionais que ditam o contrário.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, unanimemente, pela concessão da medida que determinava que o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Viamão/RS fornecessem, solidariamente, medicamento de caráter experimental. A 21ª Turma do TJ/RS julgou, em data de 1º de novembro de 2006, o Agravo de Instrumento nº 70017281122, no qual funcionou como relatora a desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, tendo esta invocado a garantia constitucional do cidadão ter direito à vida e à saúde. Considerou, assim, a situação de urgência demonstrada pela autora da ação, que pleiteou a tutela antecipada. Portadora de Lupus Eritematoso Sistêmico - cujo quadro clínico sofreu agravamento, devido ao infarto do miocárdio - foi-lhe prescrita a medicação Rituximab 500 mg. - Mabthera, antineoplásico, indicado para o tratamento dos linfomas não-Hodgkin.

A Justiça de 1º Grau havia indeferido a antecipação de tutela na demanda movida contra o Estado o Município, entendendo tratar-se de remédio de uso experimental. Entretanto o Tribunal de Justiça gaúcho concluiu que o único tratamento possível, no caso, era o uso de medicamento experimental prescrito.^[56]

O Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, Alberto Beltrame, durante a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre saúde pública, ao abordar o tema "medicamentos experimentais", afirmou:

[...] o pagamento, pelo Estado, de tratamentos experimentais cujos resultados não são comprovados ou não (são) incorporados pelo Sistema Único de Saúde gera desperdício de recursos públicos e pode colocar a saúde do paciente em maior risco ainda. Os sistemas de saúde universais, como o brasileiro, precisam se ater aos tratamentos e remédios que comprovadamente surtam efeito. Diante do limite financeiro do Estado é preciso determinar prioridades.^[57]

Em outra vertente, há casos em que um determinado medicamento já foi aprovado e registrado na ANVISA, porém ainda não foi incluído na RENAME, e por conta disso o Estado nega-se a fornecê-lo aos necessitados.

E não se pode olvidar que o médico, por força dos princípios fundamentais da profissão, está eticamente obrigado a usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente^[58]. E isso implica, em vários casos, a prescrever medicamentos modernos, os quais - na maioria das vezes - ainda não foram inseridos na RENAME.

Em outras situações, um determinado medicamento, mesmo que regularmente aprovado e registrado na ANVISA, encontra-se incluído na RENAME para tratamento de uma determinada patologia. Todavia, a mesma droga pode ser usada no tratamento de outro tipo de doença, mas o protocolo de utilização ainda não foi aprovado pelo Estado, e este se nega a fornecê-lo.

O sanitarista Luiz Roberto Barradas Barata, Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, redigiu o artigo "Remédios na Dose Certa", retratando essa realidade com as seguintes palavras:

Todos os medicamentos distribuídos pelo SUS são padronizados pelo Ministério da Saúde. Isso significa que existe todo um mapeamento das drogas disponíveis no mercado nacional e internacional, avaliação de eficácia e controle de farmacovigilância para que cada remédio seja aprovado e passe a integrar a lista de itens disponíveis na rede. Trata-se de um trabalho técnico, feito por especialistas do mais alto gabarito.

No entanto, como a letra fria da Constituição se pronuncia apenas em relação ao direito à assistência farmacêutica gratuita, cresce em todo o país o número de ações judiciais contra Municípios, Estados e União, solicitando a entrega de medicamentos muitas vezes não padronizados, de eficácia duvidosa ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Em muitos casos essas ações, propostas por advogados ou pela Defensoria Pública, são deferidas pelos juízes, que por vezes não entendem a complexa dinâmica da dispensação de remédios e acabam expedindo liminares ou mandados de segurança para assegurar a entrega de medicamentos sequer testados, o que se configura, indubitavelmente, em sério risco a saúde pública.

Para se ter uma idéia, a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo gastou, em 2004, R\$ 48 milhões no cumprimento de ações judiciais para a entrega de medicamentos não padronizados. Somente no primeiro semestre deste ano foram mais R\$ 86 milhões, o que significa, proporcionalmente, quatro vezes mais do que no ano passado inteiro.

E finaliza:

O crescimento do número de ações compromete os já poucos recursos do SUS, retirando verbas de outros programas de saúde e prejudicando, inclusive, a própria entrega regular de remédios na rede pública. Urge, portanto, a regulamentação da assistência farmacêutica por meio de lei que estabeleça parâmetros claros e técnicos para garantir o direito de todos e permitir a correta e justa distribuição de medicamentos à população.^[59]

As garantias constitucionais, relacionadas aos direitos subjetivos, são de aplicação imediata, ou seja, podem ser exigidas imediatamente, tanto do particular como do poder público, através das ações contempladas em nosso ordenamento jurídico (Art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988). Mas, a sempre alegada escassez de recursos, pode resultar em limite para que o Estado deixe de cumprir com sua obrigação?

Norberto Bobbio, já no século passado, alertava: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político."^[60]

É certo que o Poder Judiciário vem assumindo comportamento e condutas cada vez mais amplas, judicializando temas e questões que possuem, em tese, natureza política e social atinentes também a outras esferas e espaços de deliberação pública. E não poderia se dar de outra forma, eis que o intérprete judicial não pode se furtar dessas discussões, passando a ocupar um papel ativo e decisivo na concretização da norma constitucional.

O julgador buscar a coerência e a adequação na aplicação do direito ao caso concreto, mas sem perder de foco que a saúde é um direito subjetivo fundamental do indivíduo, indissociavelmente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, garantidos pela Constituição Federal.

Outra crítica diz respeito ao fato de que as políticas públicas de saúde devem buscar a redução das desigualdades sociais e econômicas. Todavia, quando o Poder Judiciário passa a implementar a política de distribuição de medicamentos, acaba por privilegiar os mais abastados, ou seja, aqueles que gozam de acesso qualificado à justiça. Desta forma, entendem os críticos que quando o judiciário passa a determinar o fornecimento gratuito de medicamentos, o faz em prol da classe média, em detrimento dos pobres deste país.

Há a alegação de que falta ao judiciário conhecimento técnico específico para, através de suas decisões, vir a instituir políticas públicas. Por não saber avaliar corretamente a necessidade - ou não - do fornecimento de determinado medicamento, ele pode comprometer uma política efetiva de promoção à saúde e a vida, minorando - ou até mesmo esgotando - os recursos do sistema de saúde pública. Como diz Luis Roberto Barroso, "o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a

micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública".[61]

Contrariando o entendimento de Luis Roberto Barroso, tem-se que a compreensão adequada da Constituição - em especial no tocante aos direitos fundamentais -, bem como a tutela material dos direitos e garantias individuais e sociais, é tarefa dos julgadores, garantidores do Estado Democrático de Direito.

Certo é que ao Poder Judiciário compete fulminar todo comportamento da administração pública que possa violar a ordem jurídica, como o não cumprimento do disposto no artigo 196 da Constituição Federal. Marcos César Botelho afirma que "o Poder Judiciário não está executando políticas públicas quando decide sobre a concessão de medicamentos. Há, sim, o desempenho de seu papel constitucional, na medida em que lhe é apresentada situação em que há ameaça de lesão a direito fundamental: a saúde."[62]

Não seria melhor o Estado abandonar o caráter de "provedor", passando a adotar uma postura de "regulador", promovendo e intermediando o debate entre as associações de doentes, médicos e demais interessados, a fim de elaborar a melhor estratégia para o setor com a planificação de metas e ações em matéria de assistência farmacêutica? Essa foi a análise e uma das sugestões apresentadas por Mariana Rodrigues Gomes Morais, em 2008.[63]

O alerta de Carine Zeni merece destaque: "a cidadania e sociedade não poderão se acostumar com a proteção que o Poder Judiciário dispensa quando atua proativamente na garantia dos Direitos Fundamentais Sociais". E continua:

Também se faz necessária a mobilização da sociedade para que seus direitos sejam cumpridos, sob pena de se ter um Estado estático e essencialmente paternalista. É preciso que seja recuperado o Estado Democrático enquanto espaço de deliberação moral e ética da sociedade civil, pois acreditar somente nos Poderes do Estado, significa retirar dos cidadãos a sua responsabilidade enquanto "gestores" do Poder Público.[64]

O problema da eficácia dos direitos fundamentais é discutido por muitos autores[65] e vem ganhando espaço. É aquilo que foi recentemente chamado "contr(a)ções dos direitos fundamentais".

Em referência à Declaração de direitos da Virgínia, publicada em 1776 observou-se: "passados mais de dois séculos da redação desse texto, devemos confessar que nenhuma de suas constatações se verificou e nenhuma de suas promessas se realizou. Os homens não são livres e iguais e independentes por natureza."[66]

Essa contração dos direitos fundamentais vistos na perspectiva de seu real impacto é um fato que, para os não fatalistas, impõe uma ação em contrário que, no caso, será uma ação positiva, realizadora do conteúdo normativo das Constituições.[67]

Referências Bibliográficas

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha* - Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARATA, Luiz Roberto Barradas. Remédios na dose certa, publicado em 07/02/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/include/lateraldireito/mostra_artigos_detalhe.asp?id=500&portal=> Acesso em: 23.fev.2009.

BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy - In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> >. Acesso em: 22.fev.2009.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. In: BENDA, Ernst et. al. *Manual de Derecho Constitucional* [Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. Tradução: Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. São Paulo: Elsevier, 2004.

BOTELHO, Marcos César. *O fornecimento de medicamentos pelo Estado* - Considerações à luz do pensamento de Klaus Günther. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12259>>. Acesso em: 22.fev.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. *Palavras introdutórias sobre as crises e as contra(a)ções dos direitos fundamentais*. Cadernos de direito, v. 3, n. 5, 3003, p. 3-7.

_____. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2005.

DIMOULIS, Dimitri, Leonardo Martins. *Manual de Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Néri. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: RT, 2001.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Aspectos econômicos dos direitos fundamentais - Benefícios fiscais para os portadores de deficiência*. Revista Scientia Iuris, Vol 12, 2008.

MARTINS, Leonardo, *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Coletânea original, Jürgen Schwabe, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, p. 208, jul./set. 2004.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAIS, Mariana Rodrigues Gomes. *Breve análise sobre o direito ao fornecimento de medicamentos: do individual ao coletivo e difuso - Tese para o 12º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública*. Disponível em: <<http://www.ac.gov.br/pge/biblioteca/teses/IBAPtesesPDF/Breveanalisesobreodireito.pdf>>. Acesso em: 23.fev.2009.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT, 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 12, 2001. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 23.fev.2009.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti et al (Org.). *Direitos Fundamentais - Orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2002.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares - Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos constitucionales, 1997.

WEICHERT, Marlon Alberto, in DIMOULIS, Dimitri et al. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2005.

ZENI, Carine. *O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Campo Mourão: Rev. Discurso Jurídico, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=337&article=65&mode=pdf>>. Acesso em: 22.fev.2009.

[1] Mestrando em Direito da Universidade de Marília -UNIMAR.

[2] WEICHERT, Marlon Alberto, in DIMOULIS, Dimitri et al. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2005, p. 342

[3] Op. cit.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 91*. Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 28.fev.2007. Diário da Justiça em 05.fev.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91&classe=STA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 21.fev.2009.

[5] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7*. Requerente: Ministério Público do Estado de Alagoas. Requerido: Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://ns.tj.al.gov.br/esaj/cpo/pg/show.do?processo.foro=1&processo.codigo=010008PX30000&cdForo=-1&baseIndice=IND>>. Acesso em: 21.fev.2009.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Consass defende o uso racional de recursos públicos no fornecimento de medicamentos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107097>>. Acesso em: 29.abr.2009.

[7] A Rename 2002 passa a conter 327 fármacos, em 520 apresentações, além de correlatos e imunoterápicos, e pode ser consultada em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nac_med_essenciais.pdf>. Acesso em: 21.02.2009.

[8] A OMS - Organização Mundial da Saúde define "medicamentos essenciais" como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança, e estudos comparativos de custo-efetividade. São, portanto, os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos (RENAME).

[9] Nesse sentido ver: DIMULUIS, MARTINS, Manual de Direitos Fundamentais, p. 155 e ss, BENDA, Ernesto, p. 487 e ss. In Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde, Manual de Derecho Constitucional, 2001.

[10] Essa denominação foi utilizada pela primeira vez no julgamento do caso "numerus clausus" pelo Tribunal Constitucional Federal na Alemanha. "Numerus clausus" é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente o ingresso de estudantes em determinados cursos universitários face a grande quantidade de interessados em áreas como medicina, direito, farmácia e outros. Estudantes que não conseguiram vaga na Universidade de Medicina em Hamburgo e Munique, contestaram a restrição com base no Art. 12 da Lei Fundamental que prevê o direito de todo alemão de escolher sua profissão, e seu centro de formação. (Decisão em MARTINS, Leonardo, Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-SStiftung, 2005, p. 656 e ss).

[11] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo de Suspensão de Liminar nº 449939-2*. Requerente: Estado do Paraná. Requerido: Ministério Público do Estado do Paraná e outra. Relator: Desembargador J. Vidal Coelho. Julgado em 03.dez.2007. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/DadosProcesso.asp?Codigo=912124&Orgao=>>>. Acesso em: 22.fev.2009 (grifos nossos).

[12] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

[13] Contrariamente a denominação direitos de primeira, segunda e terceira geração ver: André Ramos Tavares, (Curso de Direito Constitucional, p. 368), e Dimoulis e Martins (Manual de Direitos Fundamentais, p. 20-22) que fundamentam: Muitos autores referem-se a ""gerações"" dos direitos fundamentais, afirmando de que sua história dos direitos fundamentais é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os "novos" direitos coletivos como os de solidariedade e de desenvolvimento. Entretanto não é metodologicamente correto esse pensamento uma vez que não surgiram em uma sequência cronológica. Assim, por exemplo, a Declaração francesa de 1793 (pertencente à Constituição jacobina, em seus artigos 21 e 22 - da fase radical de esquerda da "Revolução Francesa" - garantia a assistência aos necessitados como uma "dívida sagrada" da sociedade e o direito de acesso à educação). E a Constituição brasileira do

Império, de 1824, incluía entre os direitos fundamentais dois direitos sociais: os "socorros públicos" e a "instrução primária" gratuita (Art. 179, XXXI e XXXII), ambos direitos sociais e diretamente inspirados na Declaração francesa de 1793. Isso indica que é inexato se referir a "gerações" dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita "primeira geração" liberal-individualista.

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53

[15] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Manual de Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, no prelo, p. 20.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 278. Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e outra. Interessado: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22.out.2008. Diário da Justiça em 29.out.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=278&classe=STA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21.fev.2009.

[17] Segundo Ana Paula de Barcellos, "mínimo existencial é o conjunto de condições materiais elementares que possibilitam aos indivíduos participar efetivamente da comunidade". (O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy - In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.38).

[18] LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, 245-269.

[19] Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[20] BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 21.fev.2009.

[21] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21.fev.2009.

[22] BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: 21.fev.2009.

[23] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 399/GM. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-399.htm>>. Acesso em: 21.fev.2009.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 393175/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12.dez.2006. Diário da Justiça em 02.fev.2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20393175.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20393175.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20393175.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20393175.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 22.fev.2009.

[25] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 309.

[26] Apesar de pacificada pela jurisprudência pátria, a responsabilidade solidária entre os entes da federação, no que concerne ao fornecimento de medicamentos, é tema da Proposta de Súmula Vinculante nº 4, a qual foi apresentada pela Defensoria Pública da União e ainda aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 278. Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e outra. Interessado: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22.out.2008. Diário da Justiça em 29.out.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=278&classe=STA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21.fev.2009.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 277. Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e outra. Interessado: Michelle Correia de Oliveira. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 01.dez.2008. Diário da Justiça em 09.dez.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=233&dataPublicacaoDj=09/12/2008&numProcesso=277&siglaClasse=STA&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=190&codMateria=7>>. Acesso em: 21.fev.2009.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Judicializar saúde é risco para políticas públicas da área, afirma AGU*. Audiência Pública realizada em 27.abr.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/cms/verNoticiasDetalhe.asp?idConteudo=106825>>. Acesso em: 27.abr.2009.

[30] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 201.

[31] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti et al (Org.). *Direitos Fundamentais - Orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

[32] MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 90-96.

[33] MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT, 2004, p. 224.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 23.fev.2009.

[35] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 973.

[36] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 219/2007. Autor: Senador Tião Viana. Publicado em 29.abr.2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=9923>>. Acesso em: 23.fev.2009.

[37] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/FlavioArns/docs/PLS_338_07_projeto.rtf> . Acesso em: 21.04.2009.

[38] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2008, p. 107.

[39] OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen. *Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 225.

[40] KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 53.

[41] FERRARI, Regina Maria Macedo Néri. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: RT, 2001, p. 235.

[42] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti et al (Org.). *Direitos Fundamentais - Orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

[43] BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*. In: BENDA, Ernst et. al. Manual de Derecho Constitucional - "Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland". Tradução de Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 498 e ss.

[44] MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, p. 208, jul./set. 2004.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Audiência Pública. *Ex-Ministro Adib Jatene propõe edição de súmula vinculante para diminuir ações na Justiça*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107092>>. Acesso em: 29.abr.2009.

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública no STF: Defensor Público oferece soluções para o cumprimento das sentenças favoráveis aos pacientes do SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106961>>. Acesso em: 28.abr.2009.

[47] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha* - Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.208.

[48] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Suspensão de Segurança nº 2005.04.01.000213-1/PR - Relator: Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas. Requerente: União Federal. Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara de Umarama. Interessada: Natália Lira Vieira. Julgado em 11.jan.2005. DJU em 27.jan.2005. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=482734&hash=5689d50904834cda132cfc16109760a9>. Acesso em: 23.fev.2009.

[49] BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 22.fev.2009.

[50] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-39.

[51] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

[52] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008, 226-227.

[53] BRASIL. Conselho Regional de Medicina. Parecer CRM/MS n ° 05/2007. Processo Consulta 01/2007-08-07. Parecerista: Dr. Alberto Cubel Brull. Relator: Dr. Celso Rafael Gonçalves Codorniz, aprovado em 21.set.2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMMS/pareceres/2007/5_2007.htm>. Acesso em: 23.fev.2009.

[54] BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 - Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. DOU em 24.set.1976. Disponível em:

<http://www.cff.org.br/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Leis/lei_6360_76.html>. Acesso em: 23.fev.2009.

[55] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.246/88, de 08.jan.1988. Publicado no DOU em 26.jan. 1988. Disponível em: <http://www.sbh.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf>. Acesso em: 23.fev.2009.

[56] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70017281122 - 21ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Marilaine da Costa Nassy. Interessado: Município de Viamão. Julgado em 01.nov.2006. Publicado no Diário da Justiça de 20.nov.2006. Disponível em: <http://www2.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1182960&ano=2006>. Acesso em 23.fev.2009.

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representante do Ministério da Saúde critica o pagamento de tratamentos experimentais*. Audiência Pública em 27.abr.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106826>>. Acesso em: 27.abr.2009.

[58] Parte final do artigo 5ª do Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.246/88, de 08.jan.1988. Publicado no DOU em 26.jan. 1988. Disponível em: <http://www.sbh.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf>. Acesso em: 23.fev.2009.

[59] BARATA, Luiz Roberto Barradas. Remédios na dose certa, publicado em 07/02/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/include/lateralDireito/mostra_artigos_detalhe.asp?id=500&portal=>> Acesso em: 23.fev.2009.

[60] BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 5. reimpressão. São Paulo: Elsevier, 2004, p. 43.

[61] BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 22.fev.2009.

[62] BOTELHO, Marcos César. *O fornecimento de medicamentos pelo Estado - Considerações à luz do pensamento de Klaus Günther*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12259>>. Acesso em: 22.fev.2009.

[63] MORAIS, Mariana Rodrigues Gomes. *Breve análise sobre o direito ao fornecimento de medicamentos: do individual ao coletivo e difuso* - Tese para o 12º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública. Disponível em: <<http://www.ac.gov.br/pge/biblioteca/teses/IBAPtesesPDF/Breveanalisesobreodireito.pdf>>. Acesso em: 23.fev.2009.

[64] ZENI, Carine. *O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Campo Mourão: Revista Discurso Jurídico, v. 3, n. 2, p.

129-148, jul./dez. 2007. Disponível em:
<<http://revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=337&article=65&mode=pdf>>. Acesso em: 22.fev.2009.

[65] José Afonso da Silva - Aplicabilidade das Normas Constitucionais (Malheiros, 2003); Luís Roberto Barroso - O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas (Renovar, 2003); Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior - Curso de Direito Constitucional (Saraiva, 2002); André Ramos Tavares - Manual de Direito Constitucional (Saraiva, 2005); Ingo Wolfgang Sarlet - A Eficácia dos Direitos Fundamentais (Livraria do Advogado, 2004); Juan Maria Bilbao Ubillos - La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares - Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Centro de estudios políticos constitucionales, 1997).

[66] DIMOULIS, Dimitri. *Palavras introdutórias sobre as crises e as contra(a)ções dos direitos fundamentais*. Cadernos de direito, v. 3, n. 5, 2003, p. 3.

[67] LUNARDI, Soraya. *Aspectos Econômicos dos Direitos Fundamentais - Benefícios Fiscais para as Pessoas Portadoras de Deficiência*, in Revista Scientia Iuris, p. 200-201.

A DESAFIADORA FUNÇÃO DISCIPLINAR EXERCIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

THE CHALLENGE FUNCTION GRANTED EXERCISED BY NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE

**Carolina Fatima de Souza Alves
Claudia Maria Barbosa**

RESUMO

Dentre as funções outorgadas ao Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 encontra-se o exercício do controle disciplinar dos integrantes do Poder Judiciário. Numa análise textual, o desafio da função disciplinar outorgada e exercida pelo Conselho Nacional de Justiça, especialmente no que tange a expedição das Resoluções n. 06 – fixadora de critérios para a promoção de magistrados por merecimento – e n. 07 – que vedou a prática do nepotismo no âmbito do Judiciário nacional – podem ser visualizadas como desafiadores objetivos do Conselho e do Judiciário eis que buscam conferir maior transparência e moralidade a este, qualidades clamadas socialmente. O artigo discutirá quais os desafios que serão enfrentados pelo Conselho Nacional de Justiça no exercício de sua função disciplinar, especialmente no que tange ao combate a corrupção e ao corporativismo judiciários, mediante análise das Resoluções ns. 06 e 07.

PALAVRAS-CHAVES: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. FUNÇÃO DISCIPLINAR. DESAFIO

ABSTRACT

Among the functions granted to National Council of Justice by the Amendment Constitutional no.. 45/2004 are the exercise of the control to discipline the members of the Judiciary Power. In a theoretic analysis, the challenge of the function to discipline granted and exercised by National Council of Justice, especially concerning the expedition of the Resolutions n. 06, whose creation was made by the criteria, for the promotion of magistrates for desert. and n. 07. that banned the practice of the nepotism in the extent of the Judiciary national. They can be visualized as objective challengers of Council and of the Judiciary, suddenly they look for checking larger transparency and morality to this, qualities shouted socially. The article will discuss which the challenges that they will be faced by National Council of Justice in the exercise of his function to discipline, especially concerning the combat to the corruption and to the judiciary corporativism, by analysis of the Resolutions ns. 06 and 07.

KEYWORDS: NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE. FUNCTION GRANTED. CHALLENGE

Introdução

1 – O contexto da crise do Poder Judiciário e da criação do Conselho Nacional de Justiça

Diante da modernidade e das novas exigências sociais, os poderes conferidos ao Estado foram se tornando inadequados e antiquados na resolução de determinados conflitos que lhes eram apresentados.

No Brasil, com a redemocratização ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se conferiu amplos e fortes poderes ao Judiciário que, a partir de então, nas palavras de Alexandre de Moraes, foi dotado de “*igual dignidade e igualdade com os demais poderes*” passando a se pronunciar sobre todos os assuntos da sociedade.

Como conseqüência da redemocratização, novos direitos foram conferidos aos cidadãos, bem como novos instrumentos jurídicos lhes foram disponibilizados em sua defesa. Neste sentido, o Judiciário passou a ser muito mais procurado visando a efetivação destes novos direitos e, também, para a resolução de conflitos sociais, individuais e coletivos, públicos e privados[1] que emergiram à época. Tais fatores fizeram com que as falhas deste Poder ficassem mais expostas e evidentes, ensejando a notória *crise do Poder Judiciário* e a emblemática necessidade de sua reforma.

Entretanto, ao lado da explosão da litigiosidade ocorrida nos anos 90 advinda da constitucionalização de diversos direitos, a arquitetura judicial extremamente hierarquizada herdada do sistema *napoleônico*, o excesso da dogmática e tecnicismo jurídico e a ausência de controle social sobre o Poder Judiciário, também foram causas ensejadoras da *crise do Poder Judiciário* que, assim, poderá ser compreendida em três dimensões:

- 1) Crise de identidade: demonstrada na *politização da justiça* – que dá-se com a pretensão do sistema político em determinar o alcance da decisão judicial; bem como na *judicialização da política* – incidente quando se passa a efetuar um controle judicial não sobre a natureza jurídica das decisões políticas, mas outrossim, um controle político, pelo Judiciário, de mérito exclusivamente político da decisão.
- 2) Crise de desempenho: corroborada na reconhecida morosidade processual que, mesmo diante do aumento das despesas judiciárias e criação de mecanismos alternativos (como os Juizados Especiais) não obistou o aforamento de demandas em excesso, ensejadoras da lentidão judicial.
- 3) Crise de imagem: ressaltada na figura do nepotismo, da corrupção, do desvio e da malversação do dinheiro público que abalaram, ainda mais, a credibilidade do Judiciário.

Neste contexto histórico deu-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão criado e inserido na reforma do Poder Judiciário patrocinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que possui como função precípua, dentre outras administrativas, exercer o controle disciplinar dos membros ou órgãos do Poder Judiciário, visando conferir

transparência na escolha e atuação destes e, assim, combater a prática de atos corruptíveis, corporativos e nepóticos que ocorrem(iam) em seu seio.

2 - Função disciplinar

Consoante avaliação dos próprios conselheiros que o integram, o quarto ano de existência do Conselho Nacional de Justiça promete ser de muito trabalho. Vários serão os desafios a enfrentar: a estruturação do quadro de pessoal, a elaboração do planejamento estratégico e a formulação de políticas públicas para o poder Judiciário, aqui inserida a busca pela celeridade processual e o aperfeiçoamento da rotina dos serviços judiciais, a implantação do processo virtual, bem como o exercício de eficaz controle ético-disciplinar de seus integrantes.

Os incisos III, IV e V, do parágrafo 4º., do artigo 103-B, da Carta Constitucional Federal, implementados pela *Emenda da Reforma do Judiciário* conferiu ao Conselho Nacional de Justiça o exercício de função disciplinar (ética/correicional), outorgando-lhe competência e poderes para averiguar o cumprimento dos deveres funcionais dos membros ou órgãos do Poder Judiciário, *verbis*:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, (...):

4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

Prefacialmente, urge reforçar o texto constitucional supra transcrito, precisamente o inciso III, o qual salienta que a competência disciplinar e correicional outorgada ao CNJ não o limita ao controle dos integrantes da Magistratura mas abrange, também e inclusive, o controle de “todos os membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados”.

Assim, embora o controle disciplinar exercido pelo CNJ incida sobre juízes de forma mais veemente, o Conselho também foi dotado de competência para controlar ética e disciplinarmente “todos os membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive serviços auxiliares”, o que aumenta significativamente os sujeitos passivos atingíveis por tal fiscalização.

Eis o grande desafio que o aguarda.

Interessante notar que referido controle disciplinar não se limita a investigação sobre a prática de condutas ilegais pelo sujeito investigado mas, outrossim, vai além, eis que possibilita ao Conselho, após a concessão do direito de defesa, aplicar punições éticas-disciplinares ao infrator, seja porque ofendeu normas preceituadas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional[2], seja porque contrariou outra legislação ou mesmo os costumes.

Neste diapasão, conforme observa Miguel Reale Jr[3]: “(...) incumbe ao Conselho analisar o cumprimento dos deveres funcionais, sem jamais interferir no mérito de qualquer decisão”.

Convém ressaltar também que a função disciplinar outorgada ao Conselho Nacional de Justiça será exercida por este sem prejuízo da competência disciplinar e correicional deferida aos tribunais e demais Conselhos – *precisamente ao Conselho Nacional da Magistratura* -, o que restou destacado na própria norma constitucional:

Art. 103 – B – (..)

4º - Compete ao Conselho (...):

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, (...).

Portanto, atualmente, o controle ético-disciplinar dos integrantes da Magistratura e de outros membros do Judiciário será exercido não somente pelo Conselho Nacional de Justiça mas, *também e em adição*, pelo Conselho Nacional de Magistratura e Tribunais aos quais estejam aqueles vinculados, sem qualquer afronta ao texto legal, constitucional ou infraconstitucional.

Destaque-se também, ainda que tal afirmação pareça óbvia, que a intenção do legislador ao conferir ao CNJ poder disciplinar foi combater o corporativismo das corregedorias que, em alguns casos não se mostravam totalmente imparciais para julgar seus próprios membros.

A Emenda também conferiu ao CNJ competência para receber e *avocar* processos disciplinares em andamento ou já julgados, contra integrantes do Judiciário, até 1 (um) ano após o julgamento mediante pedido de revisão do interessado.

Note-se que esse pedido de revisão deverá ser formulado pela parte interessada ou pelo próprio magistrado penalizado no prazo de 1 (um) ano contado do julgamento do processo disciplinar. Este prazo é decadencial e peremptório, não estando sujeito a nenhum tipo de suspensão, interrupção ou prorrogação.

Ultrapassado o prazo decadencial mencionado, o Conselho Nacional de Justiça não mais poderá avocar processos disciplinares.

3 - Função disciplinar exercida pelo Conselho: o desafio de funcionar como mecanismo de aproximação entre Judiciário e sociedade

3.1 Democratização e transparência – *Accountability*

Sabe-se que há uma estreita relação entre democracia e Judiciário a ponto de se aduzir não ser possível a prática da democracia sem uma organização judiciária independente, transparente e capaz de atuar com eficiência na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana, atribuindo-se “um papel fundamental ao Poder Judiciário na preservação do Estado de Direito, como expressão de democracia”[4].

Mas, embora o Judiciário cumpra sua função de preservar o sistema democrático, poucos são aqueles que afirmam ser necessária a *democratização* do Poder Judiciário.

Quando se fala em *democratização do Judiciário* fala-se, especialmente[5], da necessidade de alteração de atitude deste Poder no relacionamento com a sociedade. A exigência fundamental para democratização do Poder Judiciário é a mudança no relacionamento deste Poder com o povo, aqui incluída a necessidade de *transparência* em sua atuação que, certamente, ensejará a proximidade de seus membros com a sociedade, única forma de compreendê-la para, assim, auxiliá-la.

Referentemente a esta mudança de comportamento que se faz necessária para a aproximação entre Poder Judiciário e sociedade civil, já afirmava Dallari[6]:

(...) é necessário mudar o relacionamento entre Judiciário com o povo. É preciso que os juízes, de todos os níveis, percebam que eles existem em função do povo, que é quem lhes dá legitimação para proferirem julgamentos e cujos interesses devem merecer permanente respeito e atenção.

Em respeito ao princípio da moralidade[7] que sujeita a prestação de todo o serviço público, dentre eles o jurisdicional, bem como frente ao novo paradigma socioambiental[8] é salutar que as decisões proferidas pelo Judiciário sejam transparentes, claras e facilmente compreendidas pela sociedade.

Para maior transparência das decisões e atos emanados se faz necessária maior publicidade destes, não somente no que tange as decisões e sentenças exaradas mas, outrossim e inclusive, no que tange as decisões administrativas internas e de caráter disciplinar.

Convém ressaltar também que a necessidade de transparência dos atos judiciais, em todas as esferas e não somente na sua vertente disciplinar, supera a previsão de preceito constitucional. Embora os serviços públicos sejam regidos, precisamente, pelos princípios descritos no artigo 37 da Carta Magna, entende-se que outros, apesar de não expressos no texto constitucional, serão exigidos da Administração Pública, haja vista que correlatos com o princípio da moralidade e eficiência.

Dentre estes correlatos cita-se o princípio da transparência que remete a outro, conhecido como *accountability*[9], palavra inglesa muito utilizada atualmente, sem tradução exata para língua portuguesa, que se refere à responsabilidade dos prestadores de serviços públicos a prestar contas aqueles que lhes outorgaram o poder de gerir o bem público, figurando portanto, como autêntico mecanismo de controle social.

Para o economista Blênio César Severo Peixe[10], especialista em finanças públicas e controladoria governamental, a melhor tradução para o termo *accountability* é:

(...) responsabilidade ou (...) melhor ainda imputabilidade (...) obrigação de que alguém responda pelo que faz (...) obrigação dos agentes do Estado em responder por suas decisões, ações e omissões, o que já é universalmente consagrado como norma nas sociedades mais desenvolvidas.

Accountability significa, portanto, a obrigação de prestar contas dos resultados auferidos em função do poder que se detém, requisito decorrente do princípio da transparência, perfeitamente aplicável ao Judiciário.

Andréas Schedler[11] ao analisar o conceito do termo *accountability* identifica-o como sendo bidimensional, ou seja, traduzido: *a*) na capacidade de resposta dos governos (*answerability*) compreendida na obrigação dos agentes públicos informarem e explicarem seus atos e, *b*) na capacidade de punição (*enforcement*) para aqueles que violaram deveres públicos.

Portanto, “a noção de *accountability* pressupõe a existência do poder e a necessidade de que este seja controlado. Isso constitui sua razão de ser”[12].

Dentre as espécies de *accountability* destacam-se o *horizontal* – que atua como mecanismo de controle interno e o *vertical* – que figura como mecanismo de controle externo, no Brasil, consubstancia-se nas eleições, mediante o exercício do voto.

Embora o Poder Judiciário figure como poder autônomo e independente, aos seus integrantes também é imposta a necessidade de expedir atos e decisões transparentes e, conseqüentemente, de prestar contas de sua atuação aos jurisdicionados, haja vista que figuram como prestadores de serviço público de alta relevância, diga-se.

Destaque-se que a atuação do Conselho Nacional de Justiça tem sido no sentido de fomentar a transparência[13], exigindo dos Juízos e Tribunais brasileiros periódica prestação de contas, inclusive no aspecto financeiro. Exemplo disso são os relatórios anuais intitulados *Justiça em Números*[14], dentre outros disponibilizados no sítio do Conselho.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça pode ser visto como instrumento de *accountability* horizontal[15] figurando como órgão interno do Poder Judiciário cujas funções vão desde a supervisão até a imposição de sanções legais e disciplinares contra atos delituosos de seus congêneres.

Saliente-se que a noção de *accountability* horizontal pressupõe uma relação entre iguais e, neste particular, reside o desafio para a efetivação do controle: é indispensável que se outorgue ao órgão controlador, no caso ao Conselho, recursos institucionais indispensáveis como a autonomia administrativa e financeira, bem como a existência e divulgação de informações confiáveis e adequadas sobre o sistema gerenciado.

Carla Bronzo Ladeira Carneiro[16] salienta que:

o grau de governança democrática de um estado depende, diretamente, do quantum de *accountability* existente na sociedade, depende da natureza e abrangência do controle público sobre a ação governamental, porque o princípio da soberania popular, alma da democracia, pressupõe não apenas o governo do povo e para o povo, mas também pelo povo.

Ao atuar como forma de *accountability* horizontal o Conselho Nacional de Justiça desempenha papel fiscalizatório e controlador fundamental na prática da boa governança, indispensável para a concretude dos princípios básicos da democracia.

E a preocupação do Conselho Nacional em zelar pela transparência dos atos expedidos, bem como pelo respeito ao princípio da moralidade no Poder Judiciário, em franco processo de democratização, denota-se na expedição de algumas resoluções, especialmente as Resoluções de ns. 06 e 07 adiante analisadas, que podem ser

visualizadas como tentativas de proceder a aproximação entre Judiciário e sociedade civil.

3.1.2 Resolução n. 6 – critério de promoção

Em 13 de setembro de 2005, o CNJ proferiu a **Resolução nº 6**, por intermédio da qual recomenda que a votação para promoção e acesso de magistrado, por merecimento, aos Tribunais de 2º Grau se dê em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada (art. 1º) e, não mais por voto secreto.

Denota-se a preocupação do Conselho Nacional de Justiça em estimular e privilegiar a transparência também na escolha dos integrantes a ocupar os Tribunais, recomendando que a votação seja aberta, fundamentados os votos, bem como reafirmados sempre que necessário.

Aliás, recentemente o Conselho recomendou também que as votações nos Tribunais para formar a lista tríplice do *quinto constitucional*[17] também deverão ser públicas, abertas, nominais e fundamentadas[18], levando em consideração os critérios objetivos de notório saber jurídico e reputação ilibada dos candidatos, estendendo a incidência da Resolução nº 06.

Em respeito ao princípio da transparência, para o CNJ, quando o Tribunal escolher e votar a lista tríplice, deverá fazê-lo de forma aberta e justificada. Os desembargadores deverão nomear seu voto e justificar a escolha, de modo a torná-la clara e objetiva[19].

Vale destacar que até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, como não havia regra específica para a seleção destinada ao *quinto constitucional*, os Tribunais não se sentiam obrigados a tornar pública a escolha realizada. Após a Emenda da Reforma e, especificamente diante do controle exercido pelo CNJ, fixou-se a regra geral de que mesmo as decisões administrativas dos Tribunais – *nela incluída a formação da lista tríplice referente ao quinto constitucional* - deverão ser motivadas e efetivadas em sessões públicas.

Em outras palavras: em respeito a transparência dos atos públicos, a publicidade tornou-se regra até mesmo nos julgamentos de atos administrativos.

Para ilustrar a afirmação supra, transcreve-se abaixo decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, ao julgar o Pedido de Providências nº 4.973, formulado pela Associação dos Advogados de Campina Grande/PB, na votação para formação de lista tríplice destinada ao preenchimento de vaga do quinto constitucional:

EMENTA. QUINTO CONSTITUCIONAL. ACESSO A TRIBUNAL DE JUSTIÇA DOS ESTADOS. LISTA TRÍLICE FORMAÇÃO PUBLICIDADE DA SESSAO E MOTIVACAO DA DECISÃO. ARTIGO 93, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL. A Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, que desencadeou a reforma do Poder Judiciário, consagrou, de vez, o princípio da publicidade e transparência nas decisões judiciais e administrativas por ele proferidas, que passaram a ser obrigatoriamente realizadas em sessão pública, mediante votos abertos, nominais e fundamentados. Em respeito a esses postulados constitucionais, é indispensável que a formação da lista tríplice dos candidatos que concorrerão às vagas destinadas aos advogados e membros do Ministério Público se faça não só em sessão pública, mas, também, por meio de votação aberta, nominal e fundamentada, à semelhança do que ocorre com a promoção por merecimento de magistrados aos Tribunais de segundo grau (Resolução CNJ nº. 6/2005, art. 1º). (grifo nosso)

No que tange as decisões de caráter disciplinar, saliente-se ser de interesse público o conhecimento de eventual falta cometida por Magistrado(s), bem como de sua punição, ainda mais diante das exigências de moralidade e publicidade que atingem todos os setores públicos.

A transparência das punições dos membros faltosos talvez seja a única forma de se combater a imagem comum nas corporações em geral que, o caráter sigiloso conferido a tais punições, deve-se ao fato de que estas jamais ocorrem ou são “suaves, como reflexo de uma solidariedade corporativa”[20].

Dalmo de Abreu Dallaria salienta que “*a obstinação do Poder Judiciário em ocultar no todo ou em grande parte suas práticas administrativas vem alimentando a suspeita de que coisas graves estão sendo ocultadas do povo*[21].”

E a clareza pretendida deve remeter não somente aos atos decisórios expedidos pelo magistrado mas, inclusive, no que tange a forma de escolha e composição dos tribunais que também deverão primar pelo respeito ao requisito da transparência, o que atesta a benéfica atuação do Conselho Nacional de Justiça em busca de maior aproximação entre Judiciário e sociedade.

3.1.3 Resolução n. 7 – Vedação ao nepotismo

Como órgão responsável pelo controle disciplinar dos integrantes do Poder Judiciário e no afã de auferir maior êxito no tocante ao requisito da transparência da escolha dos servidores em exercício de cargo comissionado[22], logo no início da primeira gestão, o Conselho assumiu o difícil encargo de combater prática até então rotineira, que ofende(ia) princípios constitucionais delineados no artigo 37 da Constituição Federal: o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e o fez mediante a expedição da Resolução nº 07[23], de 18/10/2005[24].

Etimologicamente, nepotismo deriva do latim *nepos*, *nepotis*, significando, respectivamente, neto, sobrinho. *Nepos* também indica os descendentes, a posteridade,

podendo ser igualmente utilizado no sentido de dissipador, pródigo, perdulário e devasso[25].

O termo *nepotismo* pode ser compreendido como sinônimo de favoritismo e preferencialismo, ou seja, nomeação de pessoas levando em consideração critérios meramente subjetivos, tais como relações de parentesco ou afinidade, concedendo a uns privilégios e favores que não são conferidos aos demais, em franca violação ao princípio da impessoalidade já que privilegiados interesses individuais em detrimento do coletivo.

Sabe-se, há muito, que o preferencialismo e o favoritismo na nomeação de pessoas para o exercício de funções públicas de confiança, levando em consideração critérios meramente subjetivos - *tais como relações de parentesco ou afinidade* -, sempre foi um grave mal que acomete(ia) o ordenamento jurídico.

Historicamente, já na Roma antiga dava-se o nome de nepotismo à autoridade que os sobrinhos e outros parentes do Papa exerciam na administração pública eclesiástica.

No Brasil, a perniciosa prática de nomear parentes próximos para cargos em comissão sempre esteve presente na política nacional, desde a chegada dos portugueses, alastrando-se no período colonial e enraizando-se profundamente na cultura política nacional[26]. Exemplo da prática do nepotismo em terras além-mar é o registro na carta escrita ao rei de Portugal, por Pero Vaz de Caminha, por intermédio da qual nominado escrivão solicitava a nomeação de um sobrinho para um determinado cargo da administração pública.

Atualmente, o favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ganhou significado pejorativo. Isto porque favorecer alguém no âmbito da Administração Pública, em detrimento do interesse público, configura verdadeiro atentado à moralidade administrativa, bem como aos demais preceitos previstos no artigo 37 da Constituição da República, o que é inadmissível.

Portanto, o sentido pejorativo imputado ao nepotismo tem origem na ausência de transparência nos critérios de escolha e nomeação que, em regra, não perquirem a capacidade, titulação ou experiência do candidato mas, outrossim, suas relações familiares e por vezes, políticas, o que gera(va) descrédito social.

Descrédito corroborado na pesquisa realizada em maio/2005 pelo *Centro de Pesquisa de Opinião Pública DATAUnB*, no 8º Relatório de Atividades a respeito da *Imagem do Judiciário junto a População Brasileira*[27], na qual 76,4% dos entrevistados afirmaram acreditar haver corrupção no Poder Judiciário!

Efetivamente, torna-se difícil para a sociedade conferir crédito a uma instituição – *sem olvidar que o magistrado represente o Judiciário* - na qual sensível parcela de seus assessores e auxiliares são nomeados com base em critérios altamente subjetivos e, por vezes, em retribuição a favorecimentos.

Ressaltando a importância da tutela do bem público, o constituinte dispôs o princípio da *moralidade* como uma espécie de baliza à atuação do administrador público.

Mais do que uma distinção entre o que é moral e imoral, ético e antiético, o princípio da moralidade direciona ao próprio espírito humano. Remete ao cotidiano e a vida do cidadão perante a sociedade. Conduz, enfim, a harmonia entre a conduta, o direito e a moral.

Sobre a existência de uma moral institucional que vai além da mera análise da legalidade, Maria Sylvia Di Pietro[28] assevera:

implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa que é imposta dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.

Pode-se, portanto, aludir que a moralidade administrativa significa agir segundo padrões éticos de probidade, decoro, honradez, dignidade e boa-fé. Moralidade que não se coaduna com a indicação de pessoas para o preenchimento de cargos públicos, levando em consideração critérios exclusivamente subjetivos como o grau de parentesco ou retribuições de favores.

Além de violar preceitos morais, a prática do nepotismo também ofende ao princípio da *eficiência*, constitucionalizado por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Isto porque, como as nomeações de parentes para cargos comissionados contemplam, em regra, pessoas sem interesse no desempenho da função pública e sem a necessária capacitação técnica, a qualidade e eficácia dos serviços públicos prestados é afetada.

Infelizmente, apesar de violar princípios constitucionais que regem a prestação de serviços públicos e não obstante o significado pejorativo e imoral que apresenta e representa, acredita-se que o nepotismo esteja presente em todas as esferas e níveis do Poder Judiciário.

Diante deste cenário, foi em boa hora que o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução nº 07, proibindo o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito de Tribunais ou Juízos[29], por cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como dos servidores investidos em cargo de direção ou de assessoramento.

3.1.3.1 Análise dos termos da Resolução n. 7

No intuito de evitar manobras jurídicas, a Resolução é suficientemente ampla e inequívoca ao, no artigo 2º., tipificar de forma exemplificativa[30], as hipóteses de nepotismo ou de conduta imoral no âmbito da administração pública.

No inciso I, veda-se a prática nepótica de se nomear, para cargo de provimento em comissão ou de função gratificada “no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados”.

Eis aqui o *nepotismo direto ou explícito*, forma mais usual do nepotismo que consiste na nomeação, para cargos de livre nomeação, de parentes de magistrados de primeiro ou de segundo grau de jurisdição de um determinado Tribunal ou Juízo. A percepção de sua ocorrência é mais fácil não apenas diante da proximidade do grau de parentesco entre nomeante e nomeado mas, também, pelo fato destes trabalharem no mesmo espaço administrativo (juízo, vara, Tribunal, etc.)

De acordo com o inciso I, a proibição alcança os filhos, cônjuge ou companheiro(a) e os parentes até terceiro grau (inclusive), seja o parentesco civil ou por afinidade, não havendo dificuldade quanto à interpretação do conteúdo do dispositivo, bastando recorrer às normas do Código Civil para se chegar à definição jurídica das diversas hipóteses de parentesco.

O inciso II descreve outra forma de nepotismo vedada pela Resolução nº 07: *o nepotismo indireto, por reciprocidade, dissimulado ou cruzado* e que consiste no ajuste entre dois ou mais magistrados de tribunais ou juízos diversos para beneficiar, com cargos de confiança, parentes recíprocos.

O inciso II refere-se ao “ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações”. Citando exemplo de João José Leal[31], “é o caso do filho de um juiz federal nomeado para exercer cargo de provimento em comissão no âmbito da Justiça Estadual, em troca da nomeação da esposa de um juiz de direito para cargo da mesma natureza, na Justiça Federal. Esta será sem dúvida, uma hipótese de difícil controle”.

Na seqüência, o inciso III veda a nomeação de parentes de qualquer servidor investido em cargo de assessoramento ou de direção para exercer cargos de provimento em comissão ou de função gratificada, na área do respectivo Tribunal ou Juízo. Aqui, a proibição não se destina ao parente próximo de magistrado e sim aos parentes, no mesmo grau e linha de parentesco referida no inciso I, de funcionário administrativo já investido em cargo de assessoramento ou de direção.

Segundo João José Leal[32]:

não seria isonômico proibir o nepotismo em relação aos parentes do magistrado e permitir que possa ser praticado para favorecer os parentes daqueles que exercem cargos administrativos de assessoramento ou de direção. São comissionados que exercem inegável poder político-administrativo e que já são beneficiados por exercerem cargo de confiança. Por isso, justifica-se a vedação, pois muitos destes assessores ou diretores

têm usado esse poder político para beneficiar seus parentes, com o privilégio de um cargo em comissão cuja nomeação está nas mãos do juiz ou tribunal que o distinguiu com um cargo de confiança.

Por sua vez, o inciso IV proíbe a contratação, em caráter temporário e excepcional, dos mesmos parentes já mencionados, seja de magistrados ou de servidor em cargo de direção e de assessoramento. Nesta hipótese, enquadra-se a figura freqüente dos funcionários admitidos sem prévio concurso público.

Finalmente, o inciso V considera nepotismo a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios os mencionados parentes “dos membros ou juízes vinculados, ou servidor em cargo de direção ou de assessoramento”.

Convém ressaltar que o parágrafo 1º, do artigo 1º, da Resolução estabelece uma exceção no que tange aos parentes dos magistrados, determinando que tais poderão permanecer ou vir a ocupar cargos de provimento efetivo das carreiras judiciárias desde que admitidos em concurso público.

Tais parentes poderão ser nomeados para exercer cargo de provimento em comissão, desde que observados certos requisitos: compatibilidade do grau de escolaridade, qualificação profissional, entre outros. Porém, em nenhuma hipótese, o nomeado poderá servir subordinado ao magistrado nomeante.

A determinação é válida pois, uma das formas de burlar a proibição do nepotismo foi a de parentes próximos ingressarem na administração judiciária, mediante concurso, para cargos de serviços gerais e, em seguida, sem qualquer critério relacionado à qualificação, competência e merecimento, serem nomeados para relevantes cargos de provimento em comissão ou de função gratificada.

Finalmente, referida resolução determina também a exoneração, em 90 (noventa) dias, no âmbito de todos os tribunais, de cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colaterais ou por afinidade, até terceiro grau, de juízes ou de servidores de direção e assessoramento (vedando, inclusive, contratação cruzada entre magistrados, o conhecido *nepotismo cruzado*).

Tamanho foi o alcance da medida, que restou proibida até mesmo contratação e manutenção de prestadoras de serviço que possuam parentes de magistrados no quadro funcional.

Assim, todos aqueles que se encontravam nesta situação irregular na data em que resolução passou a vigor, não poderão invocar a tese do direito adquirido, razão pela qual deverão(iam) ser exonerados no prazo de 90 dias^[33].

Eis as hipóteses exemplificativas de alcance da Resolução nº 07, por meio da qual o Conselho Nacional de Justiça deu o pioneiro e corajoso passo no sentido de combater um dos maiores problemas do serviço judiciário – bem como público em geral –,

proclamando ser o nepotismo incompatível com as normas constitucionais de *impressoalidade, moralidade, transparência e eficiência do serviço público*.

Ao proibir a prática do nepotismo no Poder Judiciário, o Conselho não está apenas impedindo que determinadas pessoas sejam nomeadas aos cargos públicos comissionados e de confiança, mas também atendendo a moral administrativa e oportunizando que outras pessoas possam desempenhar estas funções de chefia e assessoramento, sem o manto protecionista do parentesco.

Evidentemente que, embora tenha sido muito bem recebida socialmente, referida resolução gerou muita polêmica no meio jurídico.

Seus opositores acusaram o Conselho Nacional de Justiça de, ao editá-la, extrapolar suas atribuições legais e de agir inconstitucionalmente, na medida em que estaria *legislando através de resoluções* e, assim, invadindo a competência privativa do Poder Legislativo. Segundo aqueles, não existiria lei proibindo as nomeações e, sendo assim, tais seriam absolutamente lícitas, haja vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, garantia expressa na Constituição. Sendo assim, caberia ao Poder Legislativo, e não ao CNJ, disciplinar a matéria em lei específica, proibindo ou não as nomeações.

Em razão da enorme quantidade de processos ajuizados por servidores exonerados, que questionavam a constitucionalidade da Resolução nº 07, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu liminar *erga omnes* e com força vinculante[34] suspendendo os julgamentos destes processos[35], até o encerramento da polêmica em 16/02/2006, quando o Supremo Tribunal Federal, pelo expressivo placar de nove contra um[36], reconheceu a legitimidade da Resolução nº 07 aduzindo, para tanto que, ao expedi-la o Conselho atuou nos limites e rigores de sua competência legal, não se imiscuindo na competência privativa do Poder Legislativo.

As razões fáticas e políticas que levaram o Supremo Tribunal Federal a ratificar a Resolução expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, indicadas no voto do ministro relator, devem-se a ausência de fiscalização, por parte das autoridades competentes, no que tange a assiduidade, a desqualificação técnica para o exercício da função e a falta de critérios objetivos na escolha do ocupante dos cargos em comissão, o que teria levado o CNJ a expedir regulamento proibindo a contratação por Juízes de seus parentes.

3.1.3.2 Outros atos confirmatórios da legitimidade e constitucionalidade da Resolução n. 7

Outros atos sucederam e ratificaram a Resolução nº 07 exarada pelo CNJ como, por exemplo, o *Enunciado Administrativo nº 1*, proferido em 28/05/2008, no qual o CNJ determina expressamente que as limitações impostas por referida Resolução também se aplicarão aos titulares de cartórios não concursados[37].

Entretanto, ato dos mais relevantes, sem dúvida, foi a exarcação pelo Supremo Tribunal Federal[38], em 21 de agosto de 2008, da *Súmula Vinculante nº 13* por intermédio da qual a Suprema Corte brasileira assentou que:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Na redação do acórdão ensejador da mencionada *Súmula Vinculante nº 13*, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, salientou que a “a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir esta prática (...) eis que decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal”.

A decisão supra transcrita é de extrema relevância no combate ao nepotismo[39] haja vista que reconhece, expressa e inequivocamente, que referida prática ofende aos princípios da moralidade e impessoalidade apregoados na Carta Federal que, *auto-aplicáveis*, dispensam a elaboração de lei ordinária para disciplinar e vedar essa perniciosa prática[40].

Saliente-se que, hodiernamente, já não se discute mais a força normativa dos princípios constitucionais, dotados de eficácia jurídica concreta, e que há muito deixaram de ser vistos como fenômenos *metajurídicos*.

J.J. Gomes Canotilho[41] já afirmava que os princípios, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, são regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superior às demais e positivamente vinculantes. Ronald Dworkin[42] também salientava que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”.

Neste aspecto, o posicionamento enfático do Supremo Tribunal Federal contra a prática do nepotismo, mediante expedição da *Súmula Vinculante nº 13*, veio em excelente momento, fortificando e estendendo a Resolução nº 07 do CNJ, aos demais Poderes estatais.

Reconheça-se também que a oposição do STF à prática nepótica não é recente, mas vem de tempos passados, haja vista considerá-la ilegítima e incompatível com o sistema republicano e democrático de gestão dos interesses e bens públicos.

Entretanto, o pró-ativismo da Suprema Corte em convolar tal entendimento numa *súmula com efeito vinculativo* aplicável à todos os Poderes e em todas as suas esferas é medida que confirma, em definitivo, a competência outorgada ao CNJ haja vista que,

além de reconhecer a legalidade da Resolução nº 07, estendeu seu alcance para os poderes Executivo e Legislativo.

Saliente-se também que ao expressar que são auto-aplicáveis os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência, o STF não se imiscuiu na função criativa destinada ao Poder Legislativo mas, outrossim, somente consagrou o espaço normativo de referidos preceitos, fixando o sentido semântico acerca do conteúdo jurídico de tais princípios, demarcando-lhes o âmbito de sua aplicação.

Interessante notar também que a farta veiculação pública da Resolução nº 07 do Conselho e a enorme repercussão da Súmula Vinculante nº 13 proferida pelo STF[43], parece indicar que os setores sociais posicionaram-se favoráveis aos referidos atos, o que demonstra que a tentativa de aproximação entre sociedade e Judiciário, patrocinada pelo CNJ via Resolução nº 7, auferiu resultados sociais positivos, inclusive influenciando a Suprema Corte brasileira na exarcação de súmula vinculativa proibitória do nepotismo e extensiva aos demais Poderes do Estado.

Há de se ressaltar também que até a edição da Resolução nº 07, com espeque no texto constitucional então vigente, era legítimo o preenchimento de cargos em comissão[44] sem o devido concurso público.

O que causa perplexidade a alguns é o fato de que, o CNJ, mesmo sem possuir poder legislativo, editou regulamento – *reconhecido como legítimo pelo órgão de cúpula do Judiciário* - que revogou a parte final do inciso II, do artigo 37, da CF/88 supra grifado, determinando que, a partir de então, também os cargos em comissão (*ou de confiança*) não mais poderão ser preenchidos por parentes ou pessoas vinculadas ao juízes ou membros do Judiciário, diante da vedação absoluta à prática do nepotismo.

Diante deste cenário, alguns tribunais posicionaram-se contrários a Resolução n. 07[45] por compreenderem que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a legitimidade e validade desta, não haveria como negar a temeridade de tal reconhecimento pois, aduzem, a continuar nesse trôpego passo, se o CNJ pôde *legislar* sobre a forma de preenchimento dos cargos em comissão, também o INCRA, por exemplo, poderia legislar sobre reforma agrária, e a FUNAI sobre o regime jurídico a ser aplicado aos indígenas, sem que haja necessidade dos competentes canais legislativos.

Outros, entretanto, em maioria, possuem visão distinta.

Consideram que o Conselho não extrapolou sua competência ao editar a Resolução nº 07 mas, sim, foi de veras benevolente com os ocupantes de cargos em comissão haja vista que a determinação de exoneração dos servidores em 90 dias (*artigo 5º, da Resolução*) não pode ser vista como medida arbitrária e repentina já que, concedeu àqueles razoável prazo para que buscassem sua recolocação profissional, minimizando os efeitos da dispensa.

Na redação da Resolução 07, especificamente o seu artigo 5º, fica claro que o CNJ rejeita a tese de existência de direito adquirido pelos já ocupantes desses cargos em comissão, se nomeados em função de parentesco próximo de magistrado vinculado ao Juízo ou Tribunal.

Mesmo porque, não se conquista direito a partir de ato administrativo de natureza precária ou sujeito ao poder discricionário de seu instituidor.

Assim, se a autoridade nomeante perdeu, com a Resolução nº 07, o poder discricionário de nomear um parente para exercer cargo de provimento em comissão – *cargo exercido de forma precária porque sujeito à eventual demissão ad nutum* - fica evidente que seu beneficiário não possui direito adquirido de nele permanecer, diante da proibição expressa da nova norma jurídica.

Feitas tais ressalvas, não obstante a existência de opiniões contrárias à Resolução, fato é que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade e constitucionalidade desta, consolidando-a através da edição da *Súmula Vinculante nº 13*[46], por intermédio da qual reafirma que contratação de servidor fundamentada em critérios subjetivos viola os preceitos que regem a Administração Pública.

O posicionamento enfático do Supremo Tribunal Federal contra o nepotismo, mediante a expedição da Súmula Vinculante nº 13, além de fortificar a Resolução nº 07 do CNJ, estendeu seus preceitos aos demais Poderes estatais que, até este momento, não se viam atingidos pela discussão.

Isto porque, é bom destacar, o nepotismo não aflige somente o Poder Judiciário.

Em artigo publicado, João José Leal e Rodrigo José Leal[47] afirmam que “no Poder Legislativo, verifica-se que a situação é ainda mais nepótica e escandalosa. Tanto que, após decisão do STF, há grande expectativa em relação à exoneração dos inúmeros parentes de senadores, deputados e vereadores ocupando cargos comissionados. Ainda não se tem notícia dessa esperada onda moralizadora de exonerações” no Legislativo[48].

Fácil é concluir que o pioneirismo do CNJ ao expedir a Resolução nº 07 que, atendendo aos anseios sociais de moralização do Judiciário, veda a prática do nepotismo no âmbito deste Poder, bem como aos titulares de cartórios não concursados (*Enunciado Administrativo nº 1*) fomentou a exarcação da Súmula Vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal, estendendo a proibição de tal prática aos demais poderes do Estado, em todos os seus níveis.

Entretanto, o desafio reside na verificação da efetividade e respeito à Resolução e à Súmula Vinculante nº 13. Tal questão ainda necessita ser averiguada profundamente, mormente diante da enorme resistência dos Tribunais estaduais e dos demais Poderes no cumprimento das ordens expedidas.

A título exemplificativo, em fevereiro/2006, a Ordem dos Advogados do Brasil divulgou no sítio *Consultor Jurídico*[49] mapeamento dos cargos providos em comissão, por intermédio do qual identificou a existência de 1.854 parentes de até terceiro grau na Justiça dos vinte Estados e do Distrito Federal. Pelo balanço, até a data da realização da pesquisa, 460 (23%) tinham sido exonerados e 701 (37%) permaneciam nos cargos graças a liminares. Os outros 39% não foram exonerados por decisões dos próprios tribunais[50].

Não foi por outra razão que o Conselho Nacional de Justiça, na 48.^a Sessão Ordinária, realizada em 25 de setembro de 2007, decidiu solicitar informações aos Tribunais quanto ao efetivo cumprimento das determinações contidas na Resolução 7/2005, cujos resultados ainda não foram divulgados oficialmente.

Quanto a repercussão social da medida, releva notar que a farta veiculação pública da Resolução nº 07, bem como da Súmula Vinculante nº 13[51], indica que os setores sociais posicionaram-se favoráveis aos referidos atos, o que atesta que a tentativa de aproximação entre sociedade e Judiciário, patrocinada pelo CNJ via Resolução nº 7, auferiu resultados sociais positivos, inclusive influenciando a Suprema Corte brasileira na exarcação de súmula vinculativa proibitória do nepotismo extensiva aos demais Poderes do Estado.

Conclusão

Ao implementar o Conselho Nacional de Justiça buscou, o legislador constitucional, atender ao anseio social no sentido de aferir maior controle dos atos praticados por membros do Poder Judiciário, até então, tido como o mais autônomo dos Poderes, em tese desprovido de fiscalização e controle social que, para os demais poderes, dá-se mediante o exercício do voto.

Dentre as funções outorgadas ao Conselho pela Emenda da Reforma do Judiciário está a desafiadora função disciplinar, que lhe permite exercer controle e fiscalização da conduta ética dos integrantes daquele Poder, além de estar autorizado a impor sanções aos transgressores, após transcorrido o devido processo legal.

A função disciplinar exercida pelo Conselho, sem prejuízo daquela exercida pelas corregedorias e tribunais, é relevante na medida que, além de ampliar os sujeitos ativos do controle disciplinar, confere ao Conselho a possibilidade de expedir atos regulamentares visando atingir aos sujeitos passivos de forma ampla e pontual.

E foi neste sentido que se deu a expedição das Resoluções n. 06 e 07 que, ao determinarem maior transparência no momento da promoção por merecimento dos magistrados, bem como ao vedar expressamente o nepotismo – *atuando o Conselho efetivamente sobre tal prática* – demonstra a preocupação do Conselho em moralizar a atuação dos integrantes do Poder Judiciário e, assim, por ato reflexo, aproximá-lo da sociedade, cujo distanciamento foi originado nas sucessivas crises enfrentadas por este Poder.

Portanto, embora a função disciplinar outorgada ao Conselho possa ser compreendida como um enorme desafio e, não obstante muito haja ainda a ser pensado e implementado pelo Conselho no exercício de sua função disciplinar é inegável que grandes avanços foram obtidos desde sua implementação em junho/2005. Somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas como o Conselho Nacional de Justiça poderia, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade visando conferir transparência aos atos praticados pelos integrantes do Judiciário, em cumprimento ao princípio da moralidade que rege a atuação dos três Poderes.

REFERENCIAS

ALVES, Carolina Fátima de Souza; BARBOSA, Claudia Maria. Conselho Nacional de Justiça: o exercício da função fiscalizadora do Poder Judiciário. Breves considerações. **EOS, Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, ISSN 1980-730, abr. 2008.

_____. PROJUDI: instrumento de combate à morosidade judiciária e de estímulo à transparência das decisões do Poder Judiciário. In: CONPEDI. 17. 2008, Brasília-DF. **Anais do XVII CONPEDI**. Brasília-DF, nov. 2008.

BARBOSA, Claudia Maria. A crise do poder judiciário inserida na crise do estado contemporâneo. In: SEMINÁRIO GEDIM/RED&S: os direitos nacionais face à globalização, 2001, Rio de Janeiro. **Direito e globalização**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 157-173.

_____. A reforma judiciária e seus desafios. In: SEMINÁRIO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA JURÍDICA. 3. 2007, Porto Alegre. **Anais do III Seminário Brasileiro de Sociologia Jurídica**. Porto Alegre, 2007.

_____. Crise de função do poder judiciário no estado contemporâneo. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL PARANÁ (Org.) **Revista da Comissão da Mulher Advogada - seccional Paraná**, Curitiba, v. 1, 1. ed., p. 113-122, 2006.

_____. Crise de função e legitimidade do poder judiciário brasileiro. Monografia (Obtenção do título de professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná), Curitiba, 2004.

_____. Crise do poder judiciário: diagnóstico a partir das categorias função e legitimidade e propostas para uma reforma do poder judiciário no Brasil. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

_____. Poder Judiciário: reforma para quê? Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br> Acesso em: 11 nov. 2008.

_____. O supremo tribunal federal e as condições de independência do poder judiciário. **Revista da Academia de Direito Constitucional**, Curitiba-PR, Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, 2004, p. 43-61.

_____. Reformar para quê? A necessidade de construção de uma política pública para o sistema judicial brasileiro. In: CONGRESSO 180 ANOS DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. Disponível em: <ambito-juridico.com.br> Acesso em: 27 mar. 2008.

Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (LOMAN).

REALE JUNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma o Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 75, p. 78-81, abr. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 150.

PEIXE, Blênio César Severo. **Finanças públicas: controladoria governamental**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andréas Schedler; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Eds.) **The self-restraining state. Power and accountability in new democracies**. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Governança e accountability: algumas notas introdutórias. Disponível em: <http://www.ceas.sc.gov.br/downloads/accountability_1.doc> Acesso em: 19 dez. 2008.

FÊU, Carlos Henrique. Controle interno na administração pública: um eficaz instrumento de accountability. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4370>>. Acesso em: 21 set. 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p 277.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino português**. 3. ed. Porto: Gráficos Reunidos, 1986. p. 550-551.

MAGALHÃES, Elsa Pestana. **A História do Brasil – do Descobrimento à Independência**. São Paulo: Ed. Girassol, 2008, p. 38.

CENTRO DE PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). Disponível em: <www.unb.br/dataunb/> Acesso em: 18 nov. 2008. p. 45.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004. p. 74-78.

LEAL, João José. Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça: fim do nepotismo no Poder Judiciário? Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=21168> Acesso em: 9 mar. 2008.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o nepotismo “top”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1891, 4 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11679>> Acesso em: 1º out. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. Apud

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 243-244.

www.cnj.jus.br

[1] A explosão de litigiosidade ocorrida após a promulgação da Constituição Cidadã, em outubro de 1988, tornou-se mais acintosa sobretudo na década de 90, com as conhecidas “lesões de massa”, como ações de reparação de danos causadas por planos econômicos, recessão e desemprego, bem como devido ao uso pelo Estado, de recursos protelatórios para dificultar o cumprimento de execuções de sentença contra si promovidas, etc.

[2] Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (LOMAN).

[3] REALE JUNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma o Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 75, p. 78-81, abr. 2004.

[4] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. p. 143.

[5] Quanto à democratização, também se aduz a necessidade de uma mudança interna tanto do ponto de vista organizacional quanto dos métodos utilizados.

[6] Ibid. p. 144.

[7] Inseto no artigo 37 da Constituição da República.

[8] Na busca pela democratização e transparência do Poder Judiciário, visando à realização de Justiça.

[9] Termo que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Disponível em: <www.wikipedia.org> Acesso em: 21 set. 2008.

[10] PEIXE, Blênio César Severo. **Finanças públicas: controladoria governamental**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

[11] SCHEDLER, Andrés. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andrés Schedler; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Eds.) **The self-restraining state. Power and accountability in new democracies**. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

[12] CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Governança e accountability: algumas notas introdutórias. Disponível em: <http://www.ceas.sc.gov.br/downloads/accountability_1.doc> Acesso em: 19 dez. 2008.

[13] Embora o caminho a percorrer ainda ser longo, haja vista que para efetividade plena, a *accountability* requer o acesso do cidadão à informação e à documentação

relativas aos atos públicos, as formas pelas quais o dinheiro que lhes foi entregue em forma de tributos, esta sendo utilizado em seu nome.

[14] Já em sua quarta edição.

[15] Que difere da *accountability* vertical que é aquela originada nas eleições governamentais (dimensão eleitoral) “*o que significa premiar ou punir um governante nas eleições*” segundo palavras de FÊU, Carlos Henrique. Controle interno na administração pública: um eficaz instrumento de accountability. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4370>>. Acesso em: 21 set. 2008.

[16] CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Op.cit.

[17] O *quinto constitucional* previsto no artigo 94 da Constituição Federal da República, prevê que 20% (vinte por cento) ou um quinto das vagas dos tribunais devem ser ocupadas por advogados e membros do Ministério Público. Os órgãos que representam respectivas classes elaboram uma lista sêxtupla e a encaminham para os tribunais que, então, selecionarão três nomes (lista tríplice) e encaminharão para o Poder Executivo nomear um deles para a vaga.

[18] Por razões óbvias, a recomendação do Conselho Nacional de Justiça não foi vista com bons olhos por alguns desembargadores, temerosos de eventual mal-estar e constrangimento gerado ante ao voto aberto.

[19] A votação aberta e fundamentada para a vaga do quinto constitucional pode demonstrar critérios nada ortodoxos de escolha, como ocorrido na Paraíba/PB, na qual os desembargadores elegeram como argumentos de escolha: elogio de um Ministro do STJ recebido por um candidato, a posse de tal candidato, como juiz, ter ocorrido no dia de Nossa Senhora Aparecida, dentre outros similares.

[20] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 150.

[21] Ibid. p. 151.

[22] Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo cargos em comissão são os “cargos de provimento em comissão ou aqueles cujo provimento dispensa concurso público, são vocacionados para serem ocupados em caráter provisório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-lo, a qual também pode exonerar “ad nutum”, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p 277.

[23] Atualizada posteriormente pelas Resoluções 9, de 6 de dezembro de 2005, e 21, de 29 de agosto de 2006; e, posteriormente, o Enunciado Administrativo 1.

[24] Saliente-se que o combate ao nepotismo não é matéria nova para o Direito, tampouco para os poderes do Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso II previa que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e

a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Já no ano de 1999, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propunha, em norma de conteúdo semelhante ao da Resolução n. 07, por intermédio da qual propugnava pelo regime de vedação absoluta para prática do nepotismo no âmbito dos três Poderes.

[25] TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino português**. 3. ed. Porto: Gráficos Reunidos, 1986. p. 550-551.

[26] MAGALHÃES, Elsa Pestana. **A História do Brasil – do Descobrimento à Independência**. São Paulo: Ed. Girassol, 2008, p. 38.

[27] CENTRO DE PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). Disponível em: <www.unb.br/dataunb/> Acesso em: 18 nov. 2008. p. 45.

[28] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004. p. 74-78.

[29] Note-se também que a Resolução n. 07 além de proibir a prática do nepotismo “no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário”, determinou que serão “nulos os atos assim caracterizados” (art. 1º., da Resolução). Portanto, a resolução não proíbe apenas a prática do nepotismo. Vai além para, de forma expressa e inequívoca, considerar nulo todo e qualquer ato já praticado ou que venha a ser praticado em afronta ao comando ali prescrito.

[30] Razão do termo “dentre outras” constante no *caput* do artigo 2º., da Resolução nº 07/2005.

[31] LEAL, João José. Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça: fim do nepotismo no Poder Judiciário? Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=21168> Acesso em: 9 mar. 2008.

[32] LEAL, João José. Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça: fim do nepotismo no Poder Judiciário? Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=21168> Acesso em: 9 mar. 2008.

[33] Como se viu à época do exaurimento do prazo de 90 dias conferido pela Resolução nº 07, fartos foram os mandados de segurança propostos por parentes de magistrados que se encontravam na situação mencionada. Entretanto, não obstante, de início, tenham sido deferidas algumas medidas liminares de manutenção de tais pessoas nos cargos públicos, posteriormente, tais liminares restaram cassadas tendo em vista o reconhecimento, pelo Judiciário i) da competência e legitimidade do CNJ para emitir a Resolução nº 07 e, ii) da ausência de direito adquirido dos autores do *mandamus*.

[34] Nos autos Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade nº 12-6 do Distrito Federal (ADC/MC/12-6/DF), tendo como relator o eminente ministro Carlos Ayres Britto.

[35] Interessante notar que, na época, não obstante a liminar concedida pelo STF, alguns Tribunais de Justiça, em flagrante desrespeito a ordem, continuaram a conceder liminares em Mandados de Segurança determinando o retorno do servidor ao cargo, sob o argumento, em especial, de que se tratava de nomeação ocorrida há mais de cinco anos da data da expedição da Resolução 7/2005 e, portanto, imune a controle por parte do Conselho Nacional de Justiça.

[36] Voto vencido de autoria do Ministro Marco Aurélio de Mello.

[37] Segundo informações constantes no site do cnj (www.cnj.jus.br), medida foi tomada com relação ao Pedido de Providências 861, julgado em março de 2008, que constatou denúncia de irregularidades nos cartórios de Goiás com a nomeação de parentes de magistrados para ocuparem a titularidade de serventias lucrativas. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4067&Itemid=167> Acesso em: 11 out. 2008.

[38] Originada no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN[38], promovido pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte, em razão da contratação de parentes no município de Águia Nova/RN, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

[39] A vedação constante na Súmula Vinculante nº 13, segundo o Supremo Tribunal Federal, não se aplicará, em tese, as indicações para cargos políticos como ministros e secretários, nos quais a nomeação de parentes continua sendo permitida.

[40] ALVES, Carolina Fátima de Souza; BARBOSA, Claudia Maria. Conselho Nacional de Justiça: o exercício da função fiscalizadora do Poder Judiciário. Breves considerações. **EOS, Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, ISSN 1980-730, abr. 2008.

[41] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 243-244.

[42] Ibid. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 238.

[43] Inclusive com matéria intitulada *A calma é só aparente ...* VEJA, São Paulo, p. 60-65, 27 ago. 2008.

[44] Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello[44] cargos em comissão são os “cargos de provimento em comissão ou aqueles cujo provimento dispensa concurso público, são vocacionados para serem ocupados em caráter provisório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-lo, a qual também pode exonerar “ad nutum”, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”.

[45] Dentre estes menciona-se os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e Goiás. (Notícia veiculada em 24.11.2005 no sítio www.stf.jus.br Acesso em: 11 set. 2008).

[46] Curiosamente, na mesma data em que o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 13, proibindo o nepotismo nos Três Poderes, o veículo de comunicação *Folha On Line*, informou ter surgido no Congresso a discussão sobre a criação de uma “cota” para contratação de parentes. A idéia, por enquanto sem autoria, está sendo discutida nos corredores da Câmara e do Senado mas, espera-se, que não seja levada adiante. O presidente da Câmara, Arlindo Chinaglia (PT-SP), afirmou ao jornal que o Congresso vai cumprir à risca a decisão do STF de proibir a prática do nepotismo no país, sem brechas para mudanças na decisão do tribunal. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u436419.shtml>> Acesso em: 12 out. 2008.

[47] LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o nepotismo “top”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1891, 4 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11679>> Acesso em: 1º out. 2008.

[48] Parcela considerável da comunidade jurídica compreende que com a decisão do STF supramencionada, a proibição do nepotismo vige para todo o país, nos três poderes, e em nível federal, estadual e municipal.

[49] Artigo publicado em 20 de fevereiro de 2006, no sítio *Consultor Jurídico*, intitulado *É constitucional: STF julga constitucional resolução 07 do CNJ*. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 9 mar. 2008.

[50] Mencionada pesquisa apontou a Justiça de Minas Gerais como a campeã em conceder pedidos de liminares em favor dos ocupantes de referidos cargos. Foram detectados 200 funcionários indicados por membros do Poder Judiciário e concedidas 200 liminares. No sentido contrário, no Acre há somente uma pessoa indicada, já demitida.

[51] Inclusive com matéria intitulada *A calma é só aparente...* (VEJA, São Paulo, p. 60-65, 27 ago. 2008).

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO: O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PARÂMETRO.

LA EFECTIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES POR EL PODER JUDICIAL: EL MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PARÁMETRO.

Cintia Maria Scheid

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a questão da efetivação dos direitos sociais em face do Poder Judiciário, a partir do direito ao mínimo existencial para uma vida condigna. De fato, os direitos sociais, apesar de concretizarem materialmente a dignidade da pessoa humana, não são respeitados e muito menos efetivados em sua dimensão mais mínima, carecendo de políticas públicas capazes e suficientes de torná-los reais. Nesse cenário, surge o Poder Judiciário como a última alternativa para fazer valer direitos constitucionalmente previstos, mas faticamente inexistentes. Todavia, há que se ter presente que a posição do Poder Judiciário na questão pertinente à efetivação dos direitos sociais é muito delicada. Não há dúvidas que a judicialização das políticas públicas a fim de realizar os direitos sociais apresenta-se, muitas vezes, inevitável. A questão, então, passa a ser analisada em outro patamar, qual seja, até que ponto o Poder Judiciário está legitimado a intervir. É nesse contexto que o mínimo existencial se apresenta como parâmetro, na medida em que poderá servir como fiel da balança para uma ponderação equilibrada por parte do Poder Judiciário para a realização dos direitos sociais. O método de abordagem utilizado para o presente estudo foi o dedutivo, tendo em vista a característica bibliográfica deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS – EFETIVAÇÃO – PODER JUDICIÁRIO – MÍNIMO EXISTENCIAL.

RESUMEN

El actual estudio busca analizar la cuestión de la concretización de los derechos sociales ante el Poder Judicial, a partir del derecho al mínimo existencial para una vida condigna. De hecho, los derechos sociales, a pesar de concretizar materialmente la dignidad de la persona humana, no son respetados y mucho menos efectivados en su dimensión más mínima, careciendo de políticas públicas capaces y suficientes de tornarlos reales. En tal escenario, surge el Poder Judicial como la última alternativa para hacer valer derechos constitucionalmente previstos, pero de hecho inexistentes. Todavía, se debe tener en cuenta que la posición del Poder Judicial en la cuestión pertinente a la efectividad de los derechos sociales es muy delicada. No hay dudas que la judicialización de las políticas públicas para la realización de los derechos sociales se muestra, muchas veces, inevitable. La cuestión, entonces, pasa a ser analizada en otro nivel, cual sea, hasta que punto el Poder Judicial está legitimado a intervenir. Es en ese

contexto que el mínimo existencial se presenta como parámetro, en la medida en que podrá servir como fiel de la balanza para una ponderación equilibrada por parte del Poder Judicial para la realización de los derechos sociales. El método de abordaje utilizado para el presente estudio fue el deductivo, en virtud de la característica bibliográfica de ese trabajo.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS SOCIALES – EFECTIVACIÓN – PODER JUDICIAL – MINIMO EXISTENCIAL.

Introdução

Os direitos sociais são reconhecidos na ordem internacional em diversos instrumentos dos quais o Brasil é signatário, e são consagrados, expressamente, no capítulo II, Título I, da Constituição de 1988. Esses direitos impõem, por um lado, o dever de abstenção por parte do Estado, que está proibido de atuar de forma que dificulte ou inviabilize o seu exercício e, de outro, o compele a uma conduta positiva. Nesse sentido, o Estado tem o dever de elaborar e executar políticas públicas que visem à promoção e à proteção desses direitos, especialmente quando a dignidade do indivíduo encontra-se comprometida por não restarem satisfeitas as condições mínimas de seu exercício para o desenvolvimento de uma vida condigna.

Contudo, na realidade brasileira, calcada numa situação de extrema exclusão social a partir de uma desigualdade aviltante na distribuição de rendas, do descaso do Poder Público, de uma legislação por muito tempo elitista, de uma ausência de políticas públicas sociais eficientes, esses direitos por muito tempo não figuraram nas prioridades do Poder Público, ficando relegados a um futuro incerto e, na maioria das vezes, improvável. Com isso, considerável parcela da população (sobre) vive em condições absolutamente indignas, seja no que se refere à moradia, à saúde, à educação, lazer, etc.

Cumprido, assim, analisar a problemática que cerca a aplicabilidade desses direitos na realidade brasileira, e, por conseguinte, buscar verificar a razão pela qual sua efetividade parece um sonho distante. Nesse contexto, o mínimo existencial aparece como parâmetro para a concretização da dignidade da pessoa humana, através da realização das condições fáticas necessárias ao exercício de uma vida com dignidade.

Apesar de se tratar de tema árduo, de complexas nuances, não se pode evitar de analisar alguns pontos críticos que cercam o tema da aplicabilidade (e efetividade) dos direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito, notadamente quando entra em jogo o papel do Poder Judiciário. A isso se dedicará o presente estudo, ainda que se faça

necessário ressaltar que não se tem a pretensão de esgotar o tema, ainda incipiente na discussão doutrinária nacional.

Para tanto, será abordado, num primeiro momento, aspectos considerados relevantes sobre os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, para, em seguida, no segundo tópico deste trabalho, ser analisado o mínimo existencial como direito. Por fim, serão tecidas algumas considerações sobre a efetivação dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito a partir da Constituição de 1998 e o papel do Poder Judiciário nesse contexto.

1 Breves notas sobre os direitos fundamentais sociais e a Constituição de 1988

Historicamente, os direitos sociais afirmaram-se em momento posterior aos direitos individuais (também chamados de direitos de defesa). De fato, enquanto estes receberam sua primeira positivação com a Declaração de Direitos da Inglaterra, em 1689, os direitos sociais foram recepcionados, inicialmente, na Constituição Mexicana de 1917, e, logo em seguida, na Constituição de Weimer, em 1919, marcando a superação de uma visão estritamente liberal e individualista para adentrar numa concepção do ser humano desde uma perspectiva da igualdade material, em que é necessário assegurar condições fáticas para tanto. [1]

No Brasil, desde uma rápida perspectiva histórica, é possível vislumbrar, ainda que de forma tímida, um “ensaio” de previsão de direitos sociais prestacionais na Constituição de 1824, em cujo rol de direitos fundamentais estavam previstas, no artigo 179, a garantia dos socorros públicos (inciso XXXI) e a do ensino primário gratuito (inciso XXXII), “revelando uma certa preocupação com o social em plena fase do constitucionalismo liberal-burguês”. A Constituição de 1934, inspirada pelos ideais plasmados nas Constituições Mexicana e de Weimer, trouxe os direitos sociais para o âmbito constitucional brasileiro, inaugurando, assim, o constitucionalismo social no Brasil. [2]

Foi na Constituição de 1988, contudo, que esses direitos foram recepcionados de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro, particularmente com o capítulo II do Título I, destinado aos direitos sociais. Assim, estes, na Constituição de 1988, foram reconhecidos como autênticos direitos fundamentais, ao serem albergados expressamente no título destinado a esses direitos. Com efeito, na Constituição de 1934 eles eram previstos no título destinado à Ordem Econômica e Social, o que lhes outorgava reduzida eficácia e efetividade, reforçada com a previsão em normas, sobretudo, de cunho programático. [3]

Ressalta Andreas Krell, contudo, que a Constituição de 1988, ao prever os direitos sociais no artigo 6º, Título II, e a ordem social em capítulo específico, no Título VIII, exige que o intérprete tenha que extrair, de um lado e de outro, aquilo que efetivamente constitui o conteúdo do feixe de direitos que corresponde a cada um dos direitos sociais. [4] Essa particularidade pode ser considerada uma das razões que contribuem para o entendimento daqueles que consideram que os direitos sociais não passam de meras normas programáticas, destituídas de eficácia plena.

Além disso, cumpre registrar que os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 não são a expressão de um grupo homogêneo de direitos, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto no que se refere à sua forma de positivação, o que também contribui para a falta de uniformidade no tratamento desses direitos, especialmente os de cunho prestacional em sentido estrito. De fato, a previsão dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 abarca posições jurídicas de cunho prestacional, tais como o são as do artigo 6º, e também de defesa ou direitos sociais negativos (liberdades sociais), nos quais se incluem grande parte dos direitos previstos no artigo 7º [5] e os direitos previstos nos artigos 8º e 9º, da Constituição de 1988, somente para citar alguns exemplos de hipóteses nas quais resta evidente o caráter de defesa da liberdade e da igualdade. [6]

Assim, enquanto os direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito se constituem fatores de implementação da justiça social, encontrando-se “vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana” e expressando diretamente a razão de ser do Estado Social, limitando e complementando o Estado Liberal de Direito, os direitos sociais prestacionais em sentido amplo vinculam-se, preponderantemente, às funções tradicionais do Estado de Direito. [7]

Nesse sentido é que se afirma que a Constituição de 1988, ao não se restringir ao acolhimento da estrutura econômica existente, mas sim pretender transformá-la para alcançar, no maior grau possível, a igualdade material como meio para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, é dirigente[8], tornando positivo, na forma de regras e princípios, as diretrizes e as políticas que impõem sejam realizadas para lograr tal fim. [9]

Com efeito, ainda há quem não admita a obrigação do Estado em prover, diretamente, prestações decorrentes de direitos sociais prestacionais em sentido estrito àquelas pessoas carentes desses mesmos direitos quando há omissão ou insuficiência estatal no desempenho desse *mister*. Negar essa obrigação é negar o reconhecimento desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. É possível constatar, contudo, um

crescimento na corrente doutrinária que entende que esses direitos, por serem genuinamente direitos fundamentais, devam ser levados a sério.

Dessa maneira, razão assiste à Flávia Piovesan quando afirma que não há espaço para a doutrina que advoga em defesa das chamadas “normas constitucionais programáticas” desprovidas de aplicabilidade [10], porquanto incompatíveis com a própria estrutura dos direitos sociais como direitos fundamentais. Por isso, Ingo Sarlet defende que

os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa, em todas as suas manifestações. A eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente otimização pelo Estado e pela sociedade, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais, corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça. [11]

Também Andreas Krell sustenta que as normas sobre direitos fundamentais sociais “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”. [12]

Na mesma esteira, Rogério Gesta Leal pondera que

no Estado Social de Direito, as garantias e os direitos sociais conquistados e elevados à norma constitucional, não podem ficar relegados em uma região ou conceituação meramente programática, enquanto promessa de um futuro promissor, a serem cumpridas pelo legislador infraconstitucional, mas impõe-se uma vinculação direta e orgânica frente aos Poderes instituídos. Não sendo assim, aquelas conquistas não seriam eficazes e, tampouco, estariam qualificando, valorativamente, este Estado como Social de Direito. [13]

José Luis Bolzan de Moraes, por sua vez, é enfático ao asseverar que a carga eficaz dos direitos fundamentais sociais, em face do compromisso axiológico assumido na Constituição de 1988 com os valores humanitários, “não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas, barganhadas como produtos em uma feira de supérfluos”, ainda mais porque são meios para concretizar as liberdades. Conclui, o

referido autor, de forma irretocável, que “a Constituição não é programa de governo, ao contrário, são os programas de governo que precisam se constitucionalizar”. [14]

Robert Alexy, ao rejeitar a objeção levantada por muitos acerca de uma “justiciabilidade deficiente” dos direitos a prestações em sentido estrito, sustenta que não raro também os direitos de defesa possuem problemas bastante complexos a serem enfrentados por ocasião do sopesamento e cuja solução pode acarretar consequências importantes na vida social de todos. Dessa forma, afirma, apropriadamente, que “a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importa como ela seja definida; pelo contrário, se um direito existe, ele é justiciável”. [15]

Em se tratando de direitos sociais prestacionais em sentido estrito, adquire relevo o direito a um mínimo existencial capaz de suprir as condições básicas necessárias que uma pessoa necessita para desenvolver uma vida com dignidade. Sobre o direito ao mínimo existencial tratará o próximo tópico.

2 O mínimo existencial como direito

Na Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial não está consagrado numa disposição normativa específica. É inerente ao ser humano, surgindo num patamar pré-constitucional e, como tal, condiciona a ordem jurídica [16], norteando a interpretação de cláusulas constitucionais que estejam conectadas aos direitos fundamentais, tal como é o caso da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, que se encontram permeadas pela noção do mínimo existencial. Como protege a vida e a dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial prescinde de assento constitucional explícito para seu reconhecimento [17].

Ricardo Lobo Torres defende que os direitos sociais não são originariamente fundamentais, pois essa fundamentalidade estaria condicionada no que diz respeito à “parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”. [18] Sem adentrar na questão da fundamentalidade dos direitos sociais, cuja vinculação parece ser inquestionável, o que se extrai do entendimento do referido autor é que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente associada à satisfação dessas parcelas mínimas materiais que são protegidas pelos direitos sociais em sentido estrito, ainda que a fundamentação do mínimo existencial para o citado doutrinador seja de cunho liberal, como garantia da liberdade real, e não na questão da justiça social a ser promovida pela efetivação dos direitos sociais com base na dignidade do ser humano.

Com efeito, cumpre citar, ainda que brevemente, que Ingo Sarlet refere que parte significativa dos autores europeus, notadamente os germânicos, embasam o mínimo existencial na garantia da dignidade da pessoa humana e no dever de sua concretização estatal a partir da cláusula geral do Estado Social, ao passo que no mundo anglo-saxão a fundamentação do mínimo, de uma maneira geral, encontra ancoragem de cunho preponderantemente liberal, como garantia da própria liberdade. Ricardo Lobo Torres, pioneiro entre nós no tratamento do mínimo existencial, sustenta, baseado particularmente em John Rawls e Robert Alexy, que o mínimo existencial encontra-se respaldado diretamente no princípio da liberdade, mas de forma temperada. [19]

No entanto, se o mínimo existencial encontra-se, para Ricardo Lobo Torres, entre os direitos de liberdade, e se eles dependem da realização de condições materiais para sua verdadeira fruição (tanto é assim que o autor inclui o direito ao mínimo existencial entre os direitos fundamentais individuais ou de liberdade), é inegável que esse direito ao mínimo existencial somente será atendido na exata medida em que os respectivos direitos fundamentais sociais específicos sejam efetivados. É importante salientar que essa circunstância não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo, que segue como parâmetro de interpretação dos demais direitos sociais. [20]

Nas palavras do doutrinador referido, a idéia do mínimo existencial se confunde com a de direitos fundamentais sociais em sentido estrito. [21] Por conseguinte, na perspicaz leitura de Ingo Sarlet, as diferentes abordagens quanto à fundamentação do mínimo existencial (se liberal, social, ou variações do ideário socialista) não geram, necessariamente, diferenças substanciais quanto ao conceito e ao conteúdo do mínimo existencial. De fato, Ricardo Lobo Torres reconhece que às prestações estatais de cunho jusfundamental para satisfação do mínimo existencial para uma vida com dignidade correspondem a direitos subjetivos. [22]

Robert Alexy, em face das variações existentes nas normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais, elaborou um quadro levando em conta três critérios para verificar o grau de eficácia em cada hipótese: (a) se as normas garantem direitos subjetivos ou se apenas obrigam o Estado de forma objetiva; (b) se são normas vinculantes (quando é possível a análise judicial de sua violação) ou não-vinculantes (caso em que seriam normas programáticas); (c) se essas normas fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, se são regras ou princípios. Da combinação desses critérios, o autor extrai oito tipos de normas com estrutura bastante diversas. Em um extremo (1), estão normas vinculantes, garantidoras de direitos subjetivos definitivos, com proteção mais intensa; na outra ponta (8), estão as normas não vinculantes, que fundamentam um mero dever *prima facie* do Estado em realizar prestações. [23]

Com base na análise levada a cabo por Alexy acerca da vinculatividade dos direitos fundamentais sociais em face de sua estrutura e de seu grau de eficácia, sempre e quando a idéia do mínimo existencial se confundir com os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, o direito ao mínimo existencial se configura como um direito definitivo vinculante, que goza da proteção mais intensa (1), no quadro realizado pelo autor tedesco. [24] Assim, as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito que protegem o mínimo existencial vinculam o Poder Público no que se refere à sua execução, conferindo direitos subjetivos aos cidadãos em face do Estado. [25]

Por tal razão, a realização do mínimo existencial como direito se opera tanto nos níveis legislativo, quanto administrativo e judiciário, cumprindo averbar que a ausência de legislação infraconstitucional não constitui óbice à sua efetivação, pois as prestações positivas de bens e serviços para a satisfação do mínimo existencial estão vinculadas à própria organização estatal [26]. Nesse contexto, se a realização do mínimo existencial no seu viés positivo é justamente assegurar as condições físicas essenciais para uma existência humana digna, tais como a educação, a saúde, a moradia, direitos (fundamentais) sociais previstos expressamente na Constituição de 1988, quando eles não forem atendidos em seu núcleo duro, qual seja, do mínimo existencial para uma existência condigna, não se fará necessária a prévia concessão do legislador para sua reivindicação. Ademais, a liberdade de conformação do legislador fica limitada ao respeito ao padrão mínimo capaz de assegurar condições materiais imprescindíveis a uma existência digna [27].

Para além da realização do mínimo existencial via legislação e jurisdição, é crucial o papel da Administração. Nessa senda, refere Ricardo Lobo Torres que, para a plena garantia do mínimo existencial, é possível à Administração Pública expedir regulamentos autônomos para garantir os direitos fundamentais tocados por esse direito. Sua realização se efetiva, ainda, pelo processo administrativo e na eficiência dos órgãos da Administração Pública, pois

eficiente administração financeira e monetária, estatísticas corretas sobre os níveis de pobreza que permitam a reorientação dos investimentos estatais, políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, tudo contribui para assegurar a igualdade de chance[28] para o mínimo existencial. [29]

Com efeito, é obrigação do Estado controlar os riscos decorrentes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos vítimas dessa situação, bem como o de restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais, conforme defende apropriadamente Andreas Krell. [30]

O mínimo existencial, portanto, apresenta-se como verdadeiro direito subjetivo e, como tal, é oponível à Administração Pública, que deve realizar a prestação necessária para que o mínimo seja efetivamente garantido para propiciar uma vida digna àqueles desfavorecidos e alijados do acesso aos elementos necessários para tanto. Consoante Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é constituído por três elementos materiais, quais sejam, a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados (no qual a autora inclui o direito à moradia), e por um elemento instrumental, o do acesso à Justiça. Esses quatro elementos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, dotada de eficácia jurídica positiva, e, por conseguinte, com status de direito subjetivo passível de ser exigido do Poder Judiciário [31].

Nesse diapasão, a atuação da Administração Pública contrária ou omissa para a realização desses fins é sindicável judicialmente [32], competindo trazer à baila, ainda, o entendimento de que

ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo-ou-nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. [33]

Dessa forma, e tendo presente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade fáticas, informadores do mínimo existencial, se pode afirmar que os direitos sociais prestacionais em sentido estrito servem para atender à igualdade e à liberdade material mediante a compensação, ainda que em certo grau, das desigualdades sociais, para, acima de tudo, garantir as condições efetivas para uma vida digna. Objetiva-se, em última análise, a proteção da pessoa em relação às necessidades de ordem material para garantir uma existência com dignidade, na medida em que na estrutura do mínimo existencial encontra-se a dignidade do indivíduo, caracterizando-se, portanto, não o “conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, mas, mais do que isso, uma vida com dignidade”. [34] De fato,

a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988, em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que

outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. [35]

Concluindo, “a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o poder público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”. [36]

3 A aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais no contexto da Constituição de 1988 e o Poder Judiciário

A aplicabilidade dos direitos fundamentais enseja, necessariamente, a consequência de sua realização fática, ou, em outros termos, sua efetivação, pois a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” [37].

No campo da aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais, os direitos sociais, notadamente os prestacionais em sentido estrito, representam a espécie de direitos fundamentais que enseja as maiores controvérsias na doutrina a respeito da forma pela qual eles podem ser efetivados, incluindo-se, nesse aspecto, a polêmica acerca dos instrumentos jurídicos capazes de torná-los efetivos.

Nesse cenário, enquanto, de um lado, uma parcela cada vez maior da doutrina enfrenta criticamente o empenho do Estado para efetivar os direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito, mediante políticas públicas adequadas, de outro, a jurisprudência e parte da doutrina nacional se limitam a aceitar teorias “alienígenas” de países centrais, sobre a aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais, sem realizar as devidas adequações a um país periférico de desenvolvimento tardio como o Brasil. Alerta Andreas Krell, a respeito dessa importação teórica pelos países nos quais “ainda na foram cumpridas as promessas do moderno Estado Social”, que

nesses países, os conceitos da “redistribuição” e “*inclusão social*” ganham uma dimensão muito diferente e exigem um tratamento diferenciado das formas de realização dos Direitos Sociais pelo poder estatal. O baixo nível de conscientização e participação política de grandes partes das populações destes países faz com que haja um aumento na responsabilidade das instituições estatais. [38]

Com efeito, um dos principais argumentos contra os direitos sociais prestacionais em sentido estrito como direitos fundamentais reside no seu condicionamento econômico-financeiro, de forma que sua realização encontra limites na cláusula da “reserva do possível”. Ocorre que essa teoria é calcada na jurisprudência constitucional alemã, segundo a qual os direitos sociais prestacionais em sentido estrito “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”, de tal sorte que, segundo essa teoria, restaria impossibilitada a exigência acima de certo limite básico social. [39]

No entanto, no que se refere à realidade brasileira, há que se ter sempre presente que não existe, ainda e infelizmente, o “certo limite básico social” a que se refere a jurisprudência alemã. Com efeito, o caso alemão refere-se a um pleito que exigia que do Estado a criação de quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a “todos” aqueles que se candidatassem [40]. Nesse sentido, a teoria da chamada “reserva do possível” não pode ser simplesmente transportada, sem ressalvas, da realidade germânica, cujo alto nível e qualidade de vida social é evidente, para a sofrível realidade brasileira, cujas condições indignas de vida são, da mesma forma, evidentes.

Não se quer, com essa afirmação, incorrer na ilusão de que, em face das precárias circunstâncias brasileiras, não há que se cogitar as limitações econômicas e financeiras, o que seria temerário, para não dizer leviano, além de não contribuir em nada para o enfrentamento da questão. Não obstante, é necessário ter presente que o enfrentamento do tema tampouco tem utilidade no uso da cláusula da “reserva do possível” como justificativa pretensamente legítima para a não efetivação desses direitos. A propósito, Andréas Krell salienta que mesmo

que se deva admitir que a realização dos Direitos Sociais dependa naturalmente dos *recursos públicos disponíveis*, o seu condicionamento à existência de “*caixas cheias*” do Estado significaria reduzir sua eficácia a zero. Uma subordinação aos condicionantes econômicos relativiza, de maneira inaceitável, a sua universalidade, e os condena a serem considerados direitos de “segunda categoria”. [41] (grifos do autor)

Sobre o assunto, Clèmerson Clève se manifesta no sentido de que a “reserva do possível” é uma realidade e o Estado, por conseguinte, não tem possibilidades de dar conta de todas as questões sociais que demandam efetivação. Todavia, ressalta o autor que o Estado pode (e deve), sim, implantar de forma progressiva políticas para resolver aquilo que é reclamado pelo texto constitucional. Dessa forma, a reserva do possível, embora se apresente como um limite, não obstaculizaria a ação do Estado na concreção dos direitos sociais, e, conseqüentemente, a atuação judicial sobre essas questões. [42]

Ademais, é de se observar, conforme Flávia Piovesan, que não somente os direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito demandam do Estado prestações positivas, mas também os direitos de individuais (ou de defesa), muitas vezes, também o exigem, não passando de uma falácia a afirmação categórica de que somente os primeiros necessitam dessa atuação estatal, e, portanto, devam se submeter aos limites econômicos-financeiros. Para exemplificar, a autora refere o custo do aparelhamento necessário à segurança para viabilizar direitos como os da liberdade e da propriedade; o custo do aparato eleitoral que permite o exercício dos direitos políticos e também o que se refere à estrutura do Judiciário, que permite o acesso à Justiça. Destarte, não é certo afirmar que somente os direitos sociais prestacionais em sentido estrito exigem dispêndio em políticas públicas. [43]

Nessa direção, a questão reside na eleição de prioridades, tema que conduz à problemática da discricionariedade administrativa e a sindicabilidade dos atos administrativos. O controle judicial dos atos administrativos é um tema vasto, que comporta diferentes níveis de aprofundamento e distintos tipos de abordagem, seja em face de sua evolução no decorrer da história da Administração Pública, seja por sua importância para o adequado funcionamento do sistema republicano. No entanto, merece destaque, para o que se propõe este trabalho, a questão do controle judicial das políticas públicas, principalmente em virtude da “ressaca” provocada pelo neoliberalismo, notadamente no que diz respeito ao (não) atendimento das demandas sociais e o conseqüente recrudescimento das desigualdades na sociedade brasileira.

Com efeito, tendo em vista o desamparo em que se encontram as demandas de cunho social, em face da ineficiência e insuficiência do Estado em dar conta dignamente das necessidades mais básicas de seus cidadãos, tais como educação, saúde, habitação, entre outras, o Poder Judiciário tem assumido um papel de destaque como provedor desses direitos constitucionalmente previstos, mas não efetivamente prestados.

Esse panorama leva, inexoravelmente, à necessidade de se refletir sobre a atuação do Poder Judiciário frente a uma nova realidade que se lhe apresenta: a da inserção cada vez maior de demandas judiciais de perfil social, ou seja, aquelas que trazem em seu bojo a questão da efetivação de direitos sociais. Por certo que esta judicialização das políticas públicas deve mover-se dentro dos princípios fundamentais postos na Constituição de 1988, principalmente aqueles consagrados nos artigos 1º a 4º, que vincula tanto a sociedade quanto suas instituições representativas e que se caracterizam como um núcleo duro, na medida em que fixam valores fundamentais da comunidade com caráter de normas objetivas, em face da força normativa que a Constituição detém [44].

Esses princípios constitucionais, ao demarcarem o projeto do texto constitucional, vinculam tanto o Estado quanto a sociedade e dão a tônica de como deve ser a atuação da Administração Pública [45], e, por conseguinte, a análise do cumprimento dos princípios administrativos explícitos e implícitos. Nesse sentido, a ação ou a omissão administrativa que desborde da conduta autorizada por tais princípios, autoriza o controle da atuação administrativa, e serve como fundamento e parâmetro para a ingerência do Poder Judiciário.

Assim, no que diz respeito aos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, se é certo que eles não podem imediatamente ser reivindicados, tal como é possibilitado para os casos de intervenção estatal indevida na esfera de liberdade do cidadão (apenas para citar um exemplo evidente), de forma que deve restar configurada a omissão ou insuficiência estatal, também é certo que, em ocorrendo tal situação, tem o indivíduo direito subjetivo a recorrer ao Poder Judiciário.

A fundamentação constitucional da sindicabilidade das políticas públicas, nas situações mencionadas, reside, basicamente, em duas premissas. De um lado, no fato de que a ordem social e a ordem econômica apresentadas pela Constituição de 1988 apontam os contornos de um Estado Social, que, aliada à circunstância de a Constituição brasileira ter contemplado os direitos sociais, inclusive os prestacionais em sentido estrito, como direitos fundamentais, conduz à obrigatoriedade da efetivação de tais direitos, mediante a implementação de políticas públicas adequadas a tal fim. De outro lado, o controle judicial dos atos administrativos tem guarida constitucional: é princípio implícito que se depreende da exegese do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, que preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e expressa a garantia do controle judicial das políticas públicas, o que, aliás, é intrínseco à idéia de Estado Democrático e Social de Direito, pois não teria sentido a exigência da atuação da Administração conforme lei se não houvesse meios de controlá-la [46], como tampouco teria sentido uma Constituição com caráter social destituída de força normativa.

Nesse contexto, a discricionariedade administrativa[47] na realização de políticas públicas que visem à efetivação desses direitos sociais fica vinculada aos princípios postos na Constituição e plasmados pela lei. Com efeito, se o exercício da atuação da Administração Pública tem como norte a vinculação ao ordenamento jurídico que lhe dá o fundamento e os limites, realçam-se as disposições constitucionais a esse respeito. Para tanto, os princípios se colocam como alicerce e diretriz operacional para a concretização dos direitos referidos na Constituição, sempre almejando a proteção e efetivação dos objetivos previamente traçados pelo poder constituinte. [48]

Nessa direção, realizar o projeto constitucional é, sobretudo, reverenciar seu conteúdo. Por tal razão, o Poder Judiciário, sempre informado pelos parâmetros constitucionais e legais, deve realizar um exame profundo diante de um caso de omissão estatal ou da necessidade de cotejar a adequação de determinada política pública com a satisfação do

direito social prestacional em sentido estrito em questão a partir do mínimo existencial que caracteriza esse direito.

É, portanto, a partir do imperativo da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, da realização do mínimo existencial, que se poderá verificar, no caso concreto, se o administrador obrou de forma idônea na consecução de sua incumbência, pois a sua atuação, é sempre bom repetir, se ilumina e se conforma pelos princípios postos na Constituição. Se assim não o fizer, deve o Poder Judiciário intervir, sob pena de “mostrar-se excessivamente cauto ou indesejavelmente precavido”, ficando os administrados a descoberto, sujeitos a graves violações de ordem constitucional que restarão imunes a qualquer controle [49]. De acordo com Alexy, o espectro de possibilidades para a atuação jurisdicional vai desde “a constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição” [50].

Na condição de verdadeiros direitos, os titulares dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito possuem direito subjetivo, entendido este como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse juridicamente protegido (qual seja, a garantia de condições mínimas para uma vida digna), que o indivíduo tem o poder (competência) de exigir em face do Estado[51]. Nessa medida,

quem militar no entendimento de que não cabe ao Judiciário interferir em questão que, por sua natureza, é essencialmente política e econômica, deve defender, como consequência, a supressão do dispositivo ou sua conversão em regra programática. O que desafia a seriedade com que deve ser tratada a Constituição é o raciocínio fundado em que *não vale o escrito*. [52] (grifos do autor)

Observa Andreas Krell que “o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social” e, por isso, precisa ser relido, a fim de que possa seguir seu escopo inicial de garantir os direitos fundamentais contra o abuso de poder e, hoje, também contra a omissão estatal. [53]

Todavia, também é verdade que no tratamento dispensado à questão da judicialização das políticas públicas como meio de efetivar os direitos sociais, há aqueles que defendem a impossibilidade de qualquer papel a ser desempenhado pelo juiz na ocorrência de omissão ou de deficiência da atuação estatal, e há aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer. Adverte Clèmerson Clèvs que, nesses extremos, se faz necessário encontrar um ponto de equilíbrio em que se tenha presente que o juiz

está, definitivamente, comprometido com a efetividade da Constituição, mas o exercício de sua função em prol desse desiderato deve ocorrer dentro de certos limites, sob pena de se colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito, com a quebra do princípio vigente da separação dos poderes e do princípio democrático pelo qual a maioria governa, pois o juiz estaria fazendo as vezes de administrador. [54]

Incumbe ao Poder Judiciário, portanto, a heróica tarefa de atender a esses direitos fundamentais no seu núcleo duro, o do mínimo existencial, mas sempre respeitando aos outros Poderes e, por via reflexa, fomentar a responsabilidade da sociedade como participante na atuação dessas instituições. Isso porque, se o Poder Judiciário for alçado a uma posição de quem tudo resolve, além da já referida desestabilização no sistema republicano, também provocará um ciclo vicioso em que a sociedade se posicionará cada vez mais de forma passiva frente aos problemas sociais que se apresentam, pois não agirá na condição de cidadã que lhe compete para decidir sobre as questões que lhe afetam.

Por conseguinte, o problema em judicializar as políticas públicas de forma ilimitada é que o Poder Judiciário, além da usurpação das funções dos outros Poderes, estará usurpando essa função institucional da sociedade, conforme apropriadamente observa Rogério Gesta Leal. Com efeito, para encerrar esse tema, sem a pretensão de tê-lo esgotado, cumpre transcrever as palavras deste autor:

[...] se devem revisar os limites da Jurisdição no Estado Democrático de Direito, não para excluir sua dimensão protetiva e concretizadora dos direitos e garantias fundamentais, mas apenas sopesar as instâncias, competências e formas legitimamente democráticas para viabilizá-la sem o risco demasiado de subtrair da Sociedade Civil oportunidades de manifestação e participação em temas que lhe digam respeito. [55]

Por certo, há uma importante redefinição a ser feita sobre o papel não só do Poder Judiciário, mas também da sociedade, devendo essa reflexão ser sempre orientada e pautada pelos objetivos e princípios traçados na Constituição de 1988, porquanto se configuram como fundamentais e vinculam todas as ações estatais.

Será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da realização do mínimo existencial, relacionado aos princípios da liberdade e igualdade fáticas que servirá como balizador na ponderação a ser realizada frente aos princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária, na medida em que ausente o mínimo necessário à existência condigna, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem

as condições iniciais de liberdade [56], pois “uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana”. [57] Por isso,

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada.[58]

Qualquer que seja a análise a ser desenvolvida, é imperioso que não se perca de vista que se os direitos individuais mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos sociais, especialmente os prestacionais em sentido estrito, estabelecem os limites adequados aos mercados. [59] Diante dessa função essencial ao Estado Democrático e Social de Direito, esses direitos sociais não podem ser vistos como meros objetos de normas programáticas, pois

levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. [...]. As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos. [60]

Por isso, “ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos humanos”, a partir de uma nova ordem que conjuga os valores da democracia e do desenvolvimento norteados, sempre, pela prevalência da dignidade da pessoa humana. Em tal contexto, os direitos sociais prestacionais em sentido estrito não são meras obras de caridade ou generosidade a serem concedidas ao bel prazer do Estado, mas sim verdadeiros direitos a serem reivindicados. [61] Conforme o modelo de Alexy, “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto”. [62]

Considerações finais

A concretização do postulado da dignidade humana, constitucionalmente prevista como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, no artigo 1º, III, da Constituição de 1988, pressupõe, para além do respeito do Estado à liberdade e à igualdade formal, a realização de condições fáticas e materiais mínimas. Nesse contexto, os direitos sociais prestacionais surgem como as condições a serem implementadas pelo Estado para garantir que os cidadãos possam gozar de uma vida minimamente digna.

Por óbvio que o imperativo da concretização da dignidade da pessoa humana, por meio da realização das condições fáticas para a igualdade material dos indivíduos, não significa a imediata reivindicação de prestações concretas do Estado (não que essa reivindicação não tenha espaço, pois em caso de omissão ou insuficiência estatal, é cabalmente legítima, como se buscará demonstrar no próximo item deste trabalho), mas impõe que este atue, constantemente, de forma diligente e responsável para o atendimento das necessidades básicas prementes daquela parcela da população que é socialmente marginalizada e economicamente excluída, pelo estabelecimento e desenvolvimento de políticas públicas suficientes e capazes de fornecer os serviços públicos necessários.

Logo, não reconhecer os direitos sociais como direitos que obrigam é, para além de uma contradição em termos, uma violação à própria noção dos direitos fundamentais, porquanto os direitos sociais, notadamente os de cunho prestacional em sentido estrito, se configuram como direitos essenciais para a caracterização da República Federativa do Brasil como Estado Social Democrático de Direito, na medida em que sua satisfação é condição *sine qua non* para a efetiva realização dos direitos individuais, ou de defesa, para dizer o mínimo.

Com efeito, os direitos sociais prestacionais em sentido estrito buscam proporcionar os elementos fáticos mínimos necessários para que o ser humano se desenvolva com dignidade e possa, em algum nível, se auto-determinar. Assim, é a partir do imperativo da dignidade humana que se deve concretizar os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, pois este é o caminho para garantir condições mínimas a uma população carente e desfavorecida como é a brasileira em sua maioria.

Nesse diapasão, o mínimo existencial, ao privilegiar uma vida minimamente digna, como direito de todos por serem pessoas, corresponde “a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica” [63], e, como tal, serve de parâmetro para as decisões judiciais naqueles casos em que o Poder

Judiciário é instado a se manifestar sobre a realização concreta de determinado direito social.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003.

KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 259.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar,

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989.

[1] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 128.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 200.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 201. Salienta o autor que, para além da previsão expressa neste capítulo, também se encontra uma variada gama de direitos a prestações

em outros pontos da Constituição, sendo possível encontrar até mesmo entre os direitos políticos e individuais direitos fundamentais que exercem uma função precipuaemente prestacional, tais como o direito dos partidos políticos ao fundo partidário, no primeiro caso, e o acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita, na segunda hipótese.

[4] KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 21.

[5] Tais como os direitos dos incisos XIII e XIV (jornada de trabalho), XXVI (reconhecimento de acordo e convenções coletivas), XXIX (prescrição), XXX a XXXIII (proibições), XXXIV (igualdade).

[6] SARLET, op. cit., pp. 187,188.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999. p. 106.

[8] A respeito da Constituição Dirigente, J.J. Gomes Canotilho defendia, em 1982, na obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais obrigavam o legislador a criar as leis ordinárias necessárias para fixar as prestações positivas e para o Poder Executivo oferecer os serviços e prestações para a realização das disposições constitucionais, pois esses direitos eram, para o doutrinador lusitano, verdadeira imposição constitucional. Atualmente, influenciado pela atual situação econômica e política de Portugal, completamente integrado à União Européia, Canotilho mudou seu posicionamento: não caberia mais à Constituição fixar os ditames das Políticas Públicas, pois o Estado não poderia mais ficar preso aos programas políticos estabelecidos pela Constituição. Thiago de Lima Breus adverte, no que diz respeito à aplicação dessa nova teoria à realidade brasileira, que a mesma “parece não se adequar propriamente ao grave quadro social brasileiro, uma vez que, no Brasil, há a necessidade, ainda, da efetivação de uma dogmática que seja emancipatória, no sentido de buscar a superação das desigualdades regionais, a erradicação da pobreza e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. [...] o Brasil se encontra entre esses países de desenvolvimento tardio, de modo que se faz necessária uma leitura do dirigismo constitucional adaptada à realidade pátria”. BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 101, 102.

[9] *Ibidem*, pp. 96, 97.

[10] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 113.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 243,244.

[12] KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 20.

[13] LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 72.

[14] MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 73-77, passim.

[15] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

[16] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. p. 32.

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 572.

[18] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. p. 33. Refere o autor que a proteção do mínimo existencial se reveste de duas facetas: uma negativa, que afasta a intervenção estatal, tal como ocorre com as imunidades fiscais, fundamentada na circunstância de que “o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência” (*status negativus*); e outra positiva, caracterizada pela garantia do fornecimento de prestações estatais materiais (*status positivus*).

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 568.

[20] Cumpre trazer à baila ressalva feita por Ingo Sarlet de que esses direitos, apesar de abarcarem algumas dimensões do mínimo existencial, não podem e não devem ser reduzidos meramente a concretizações e garantias do mínimo existencial. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 572.

[21] TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais*:

estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

[22] SARLET, op. cit., p. 569.

[23] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 501

[24] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 502.

[25] *Ibidem*.

[26] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. pp. 43,44.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 570.

[28] Segundo o autor, “pela igualdade de chances garantem-se as condições mínimas para o florescimento da igualdade social, que pode se compaginar até com uma certa desigualdade final provocada pelo esforço de cada um”. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 259.

[29] *Idem*. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. p. 45.

[30] KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 42.

[31] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

[32] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. p. 46.

[33] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 252.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 95.

[35] BARCELLOS, op. cit., p. 246.

[36] BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 193.

[37] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 85.

[38] KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251.

[39] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 52.

[40] Ibidem.

[41] Idem. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 250.

[42] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003. p. 25.

[43] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 106.

[44] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109.

[45] Ibidem.

[46] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 74.

[47] Sem adentrar no vasto tema da discricionariedade administrativa que, por si só, já demandaria um trabalho específico e de fôlego, cabe frisar, na esteira do ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, que o chamado ‘poder discricionário’ é simplesmente o dever de alcançar esse fim, de sorte que o que existe, realmente, é um ‘dever discricionário’, mais que um ‘poder discricionário’. Veja-se que quando a lei estabelece um comportamento único a ser tomado pelo administrador diante de dada situação por ela prevista, é porque a lei almeja um comportamento ótimo, que, nesse caso, foi possível de ser pré-definido (vinculação). Há, no entanto, situações em que não há como definir antecipadamente essa conduta, em face das muitas variáveis que se apresentam em determinadas circunstâncias, surgindo a chamada discricionariedade administrativa. Em tais casos, a lei regula discricionariamente uma dada situação justamente porque não aceita do administrador outra conduta senão a melhor para satisfazer a finalidade; no caso em exame, as políticas públicas e os direitos sociais

prestacionais em sentido estrito, respectivamente. Em suma, é exatamente porque a norma legal só se satisfaz com a solução mais adequada para fazer frente ao interesse geral, que em determinadas situações se vê compelida a outorgar ao administrador uma margem de liberdade para que a providência ótima seja tomada. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. pp. 15-35, passim.

[48] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 93,94.

[49] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. pp. 58-82, passim.

[50] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

[51] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. pp. 103, 104.

[52] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 156.

[53] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 88.

[54] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003. p. 25.

[55] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 97.

[56] TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

[57] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 566, 567.

[58] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 78.

[59] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 109.

[60] Asbjorn Eide e Alla Rosa apud PIOVESAN, *ibidem*, p. 95.

[61] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.pp. 109, 110.

[62] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517.

[63] BARCELLOS, *op. cit.*, p. 248.

**CELERIDADE PROCESSUAL X SEGURANÇA JURÍDICA: UM ESTUDO DA
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**PROCEDURAL SPEED X LEGAL SECURITY: A STUDY IN DECLARATORY
ACTION OF CONSTITUTIONALITY IN ACCORDANCE WITH THE DUE
PROCESS OF LAW CONSTITUTIONAL PRINCIPLE**

Claudia Karina Ladeia Batista

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a ação declaratória de constitucionalidade à luz do devido processo legal, em especial dos princípios da ampla defesa, contraditório, duplo grau e inafastabilidade da jurisdição. Para o desempenho de tal tarefa faz-se necessário o estudo da lei que regulamenta o instituto, na busca de elementos essenciais para a compreensão do cerne do trabalho: a análise da constitucionalidade da ADC. Para tanto se faz necessário o estudo de sua evolução no direito comparado e no Brasil, assim como as características do processo objetivo. Através da pesquisa bibliográfica espera-se discutir a constitucionalidade da referida ação, em especial a eficácia erga omnes e efeito vinculante de que é dotada a decisão final do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: CELERIDADE PROCESSUAL; AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE; CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE; LIMINAR; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; DUPLO GRAU; AMPLA DEFESA; CONTRADITÓRIO

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the declaratory action of constitutionality in accordance with the due process of law, particularly considering the audiatur et altera pars, the double jurisdiction degree and the right of judicial decisions principles. With a view to it, the analysis of the DAC's constitutionality is necessary to the study of the law that regulates the institute in order to search for essential elements to understand this work. Taking it into account, the study of Brazilian and comparative law is also necessary, as well as the study of the objective process characteristics. It is expected that bibliographical researches promote a discussion on the referred constitutionality, especially to what concerns the erga omnes and the binding effects, which are found in the final Federal Supreme Court decision.

KEYWORDS: PROCEDURAL SPEED; DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY; CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; PROVISIONAL MEASURE; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; DOUBLE JURISDICTION DEGREE; AUDIATUR ET ALTERA PARS.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos os jurisdicionados o chamado devido processo legal, gênero do qual se extrai inúmeros outros, entre os quais o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição e a inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrados no artigo 5º e seus incisos. A Emenda Constitucional 45/2004 acresceu o inciso LXXVIII ao referido artigo, formalizando os princípios até então implícito na Constituição: a duração razoável do processo e celeridade processual como direitos fundamentais.

É certo que mesmo antes da inserção da celeridade e duração razoável do processo no texto constitucional, os jurisdicionados já detinham o direito subjetivo a um processo célere por força da disposição do próprio art. 5º, § 2º da Carta Magna. Nesse sentido Sarlet esclarece com propriedade em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*:

Não obstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal (1998, p. 196)

Para Canotilho, “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente [...] os direitos fundamentais seriam os objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (1998, p. 359). A lição do notável jurista português coaduna com a idéia de que a duração razoável do processo e a celeridade processual são de fato direitos fundamentais.

Não obstante a Constituição assegure o processo com todos os meios de defesa a ele inerentes, e preconize que tal processo há de ser desenvolvido de forma célere e finalizado em tempo razoável, homérica é a tarefa de conciliar os interesses em conflito e assegurar tal equilíbrio. Notadamente após a EC 45/2004 o tema celeridade passou a ser cada vez mais debatido. Mas como fazer célere um processo sem desprezar os direitos fundamentais, notadamente os de defesa?

Nesse sentido Sarlet preconiza a necessidade de que o Estado implemente medidas para atribuir efetividade aos direitos fundamentais^[1].

Inúmeros males impedem ou dificultam a concretização dos preceitos constitucionais. A interpretação diversa de textos legais por juizes e tribunais, bem como entre tribunais distintos é um deles. Quando a interpretação diversa se refere à constitucionalidade de uma referida lei ou ato normativo, a celeuma é ainda maior. A

existência de decisões conflitantes acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos acaba por fomentar a insegurança jurídica.

Efetivamente o Estado fez algo na ânsia de propiciar a tão buscada celeridade processual e a conseqüente duração razoável do processo: importou e adequou um modelo alemão para nosso ordenamento jurídico, dando origem à ação declaratória de constitucionalidade, mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, destinado a eliminar conflitos de interpretação de lei ou ato normativo federal em face da Constituição, mediante a declaração de constitucionalidade da lei ou ato impugnado. A ação foi idealizada com o propósito de propiciar segurança jurídica, na medida em que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal passa a ter eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Ao impedir a existência de múltiplas decisões conflitantes versando sobre casos análogos, propicia maior celeridade processual e alivia o volume de feitos que chegam ao Supremo para serem apreciados em grau de recurso extraordinário, no controle difuso de constitucionalidade. Pelo menos estes eram os benefícios sustentados pela justificativa da emenda Roberto Campos, tal como se verificará oportunamente.

A criação da ação declaratória atendia principalmente aos interesses do Estado, na medida em que a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais (notadamente em matéria tributária, previdenciária e administrativa) impedia uma avalanche de ações pleiteando o reconhecimento da inconstitucionalidade, o que não raramente resultava em decisões desfavoráveis aos interesses do governo.

O objeto principal deste trabalho - estudo da constitucionalidade do instituto - pressupõe o conhecimento de sua origem histórica, finalidade e processamento no meio jurídico, razão pela qual passa-se a apresentar as principais informações destinadas a ambientar o leitor e instigá-lo ao estudo do instituto ora analisado.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

A Ação Declaratória de Constitucionalidade cujos estudos no Brasil tem como ícones os juristas Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes, tem origem na Constituição alemã de Weimar (1919) que previa em seu artigo 13 um dispositivo semelhante ao ora em estudo, destinado a sanar dúvidas quanto à compatibilidade de normas de direito estadual com direito federal, como assim dispõe:

Art. 13

II. Se existirem dúvidas ou controvérsias sobre a compatibilidade de disposição de direito estadual com direito federal, poderá a autoridade competente da União ou do Estado requerer, nos termos da lei, o pronunciamento de um Tribunal do Reich.

Tal modalidade de controle concentrado de constitucionalidade foi inicialmente introduzida na legislação brasileira sob a forma de representação interventiva, instituída pela Constituição de 1934 e aperfeiçoada na Constituição Federal de 1946. A representação interventiva daria origem posteriormente à denominada representação de inconstitucionalidade, exercida pelo Procurador Geral da República nos termos da Lei 2271/54 que assim estabelecia:

Art. 1º Cabe ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7º, VII da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Lei 4367/1964 foi formalmente inserida no ordenamento jurídico pátrio a expressão “declaração de inconstitucionalidade”, em substituição à representação de inconstitucionalidade regida pela lei de 1954:

Art. 1º Cabe ao Procurador Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7, inciso VII da Constituição Federal, promover a **declaração de inconstitucionalidade** perante o Supremo Tribunal Federal.(g.n.)

A inovação, aparentemente sutil, foi de extrema importância para o nascimento da ação declaratória de constitucionalidade. Isto porque a Lei 4367/64 determinava ao Procurador Geral da República não mais o simples encaminhamento da representação ao Supremo Tribunal Federal, mas a imperativa sustentação perante o mesmo da inconstitucionalidade da norma argüida. Assim, uma vez argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por um terceiro, caberia ao Procurador Geral submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal com parecer atestando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

A convicção pessoal do Procurador-Geral da República de que o ato ou norma impugnada era constitucional não o eximia do dever funcional de encaminhar a representação ao Supremo Tribunal Federal acompanhada de seu parecer. Não era permitido ao Procurador-Geral da República proceder ao arquivamento da representação, salvo por inépcia ou ausência dos requisitos para sua propositura.[2]

A representação de inconstitucionalidade foi um marco para a atual declaratória de constitucionalidade posto que, sendo o Procurador-Geral impossibilitado de arquivar a representação, e não estando convencido da inconstitucionalidade suscitada, passou este

a encaminhá-la ao Supremo Tribunal Federal com parecer contrário[3]. Assim atuando, o Procurador Geral encaminhava a representação ao STF postulando pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei ou ato impugnado. Por tal razão MENDES afirma que se trata de ação de caráter dúplice ou ambivalente:

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com a finalidade de ver confirmada a orientação questionada (MARTINS, 2005. p.239).

Em 1970 o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal consolidou o caráter ambivalente da declaração de inconstitucionalidade, o que efetivamente positivou no plano normativo interno do STF o embrião da ação declaratória de constitucionalidade. Assim preconizava o Regimento Interno:

Art. 174. Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário. (DJ, 7 set 1970, p. 3971 apud MARTINS, 2005)

Discorrendo sobre a possibilidade de encaminhamento da representação de inconstitucionalidade com parecer contrário, Gilmar Ferreira Mendes atenta para o fato de que o regimento tão somente positivou algo que era corrente:

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do pondo de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós. Ela se destinava não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica(pedido de declaração de inconstitucionalidade), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (pedido de declaração de constitucionalidade)” (2005, p. 231)

Não obstante o posicionamento incrustado no Regimento Interno do STF, inúmeras controvérsias pairavam sobre o tema, razão pela qual os juristas Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra Martins e o Deputado Roberto Campos apresentaram uma proposta de Emenda Constitucional que propunha a inserção da Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional positivada, destinada a integrar o controle de constitucionalidade concentrado.

3. PREVISÃO LEGAL.

A inserção do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade entre as atribuições do Supremo Tribunal Federal decorreu da chamada Proposta Roberto Campos, que resultou na Emenda Constitucional 03/1993, cujo texto deu nova redação do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

§2. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A criação de mais uma ação pela qual se exerceria o controle concentrado de constitucionalidade não encontrava apoio unânime entre os juristas. Arnold Wald defendia um controle prévio de constitucionalidade pelo STF a fim de evitar que o judiciário fosse abarrotado de feitos cujo julgamento fatalmente estaria atrelado a um posterior pronunciamento acerca da constitucionalidade da lei ou do dispositivo de lei questionado[4].

A proposta da Emenda Constitucional 03/1993 tinha por objetivo introduzir formalmente a ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento pátrio e atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal na referida ação. A previsão do efeito vinculante atribui à decisão do Supremo características de precedentes vinculativos, muito parecidos com a atuação dos Tribunais na Inglaterra e Estados Unidos, países do *Common Law*, de onde a criação do direito está diretamente vinculada à atuação judicial.

A proposta relatava que, não obstante fosse inovador no Brasil, o efeito vinculante há muito era conhecido na Constituição de Weimar (art. 13, já citado) e na Constituição austríaca de 1920 (art. 140). Relatava ainda que a legislação de diversos países de tradição romanista previa o efeito vinculante: Portugal, na velha casa de Suplicação (1521), Argentina (Constituição de 1949) e México (1951). Apresentava ainda como justificava para a aprovação da Emenda:

a) a competência do Supremo Tribunal Federal seria originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição seriam 'jurídicos' e não meramente 'políticos'; c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada(...)Estas proposta não só reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna, mas também contribuem para a celeridade e economia processuais, na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da eficácia "erga omnes" e do efeito vinculante propiciam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas " Justificativa de proposta de Emenda à Constituição apud MARTINS, (2005, p. 243)

Embora plausíveis as justificativas apresentadas na proposta de emenda, inúmeros juristas passaram a discutir sua constitucionalidade, notadamente em virtude da previsão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da decisão definitiva do STF em ações declaratórias de constitucionalidade.

Antes, porém, de passar-se à discussão da constitucionalidade do instituto com os inúmeros e consideráveis argumentos pela inconstitucionalidade, mister compreender melhor a implementação da previsão constitucional no ordenamento pátrio, através de um estudo da Lei 9868 de 1999.

4. O PROCESSAMENTO

A ação declaratória de constitucionalidade é um mecanismo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, levado a efeito por meio de um processo objetivo. Conceituando o instituto Gregório Assagra de Almeida considera:

A ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade é ação coletiva constitucional, por intermédio da qual é possível a obtenção de provimento de natureza declaratória relativo à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com efeito *erga omnes* e vinculante, de forma a eliminar situações de incerteza e de insegurança jurídicas relativas à aplicabilidade das referidas normas federais (ALMEIDA, 2007)

José Afonso da Silva a caracteriza como instrumento que "se destina a tutelar direito subjetivo da União, já que a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado naqueles processos concretos serve a seus interesses" (SILVA, 2005).

Os estudos de Gilmar Ferreira Mendes sobre a ADC na obra Controle Concentrado de Constitucionalidade resultaram na concepção de igualdade entre esta e

a ação direta de inconstitucionalidade, de maneira que para o autor “Fácil ver que, do ponto de vista ontológico, não há como diferenciar a ação declaratória de constitucionalidade da ação declaratória de inconstitucionalidade, configurando as duas ações espécies do gênero controle abstrato de normas”.(MENDES, 2005, p.225).

E prossegue o autor:

Trata-se de um instituto desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por àquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe)* (2005, p. 245).

Inúmeros questionamentos acerca da constitucionalidade de tal mecanismo de controle concentrado partem justamente da inexistência de pólo passivo na ação, ausência de contraditório e ampla defesa, bem como pela inadmissibilidade de intervenção de terceiros. Para os autores que sustentam a inconstitucionalidade, a ação declaratória padece de irremediável vício de forma.

Entretanto, para os defensores da constitucionalidade do instituto, entre os quais um dos idealizadores da proposta, Gilmar Ferreira Mendes, a ação tem natureza de processo objetivo, no qual não há que se falar em pólo passivo nem em contraditório, por se tratar de processo a ser desenvolvido sem partes e interesses subjetivos, objetivando a prolação de uma decisão de interesse geral, destinada à guarda e preservação da Constituição.

Analisando as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão em sua obra Controle de Constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos, o autor discorre sobre a origem do processo objetivo, no qual:

Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do Requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstratos de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não- contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. “A admissibilidade do controle de normas ensina Söhn - está vinculada, tão - somente, a uma necessidade pública de controle (*öffentliches Kontrollbedürfnis*).”(MENDES, 1990, P.250)

Mais adiante, a fim de proceder ao estudo da constitucionalidade da ADC, o processo objetivo voltará a ser apreciado mais detidamente. Por ora, a breve lição de Mendes apenas auxiliará na compreensão do processamento da ação, sem citação ou contraditório e, em nome da celeridade processual, sem intervenção de terceiros.

Por força da Emenda Constitucional 3/93 o art. 102, § 4º da CF/88 trazia como legitimados à propositura da ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a mesa Câmara dos Deputados ou ainda pelo Procurador-Geral da República. Entretanto o rol de legitimados foi ampliado com a EC 45/2004, que revogou o § 4º do art. 102 e deu nova redação ao artigo 103 da Carta Magna, passando a ser legitimados para a ADC todos os legitimados para a ADIN[5].

A comprovação da controvérsia jurisprudencial é requisito formal para o recebimento da petição inicial, não bastando aventar mera discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal. (ALMEIDA, 2007, p. 845).

O ajuizamento da ação deve ser feito nos moldes do art. 14 da Lei 9868/99[6], sob pena do Supremo Tribunal Federal não conhecer da ação proposta (MARTINS, 2005).

Segundo Gregório Assagra de Almeida, trata-se de um procedimento sumário de rito diferenciado (ALMEIDA, 2007). A caracterização da ação como processo objetivo justifica a inexistência de polo passivo, citação ou contraditório, tendo em vista que não há direito subjetivo em apreciação.

Uma vez ajuizada a ação também é vedada a desistência, notadamente para que seja ajuizada com extrema cautela e não manipulada com interesses políticos em virtude dos efeitos *erga omnes* (art. 16). Também em nome da celeridade processual a Lei 9868/99 não admitiu a intervenção de terceiros (art. 18).

Sob este aspecto um questionamento se faz pertinente: sendo vedada a intervenção de terceiro, estaria o *amicus curie* impedido de atuar na ADC? A Lei 9868/99 admitiu de forma expressa no §2º do art. 7º sua atuação na ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto tal previsão não se repetiu na ação declaratória de constitucionalidade em virtude do veto do §2º do art. 18 que previa igual possibilidade.

A atuação do *amicus curie* na ADIN já foi motivo de apreciação sem maiores controvérsias pelo STF, expressamente pela disposições da Emenda Regimental 15/04 que inseriu no art. 131 do Regimento Interno o §3º, admitindo a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, facultando-lhes inclusive produzir sustentação oral.

Entre as razões para a permissão da assistência no controle concentrado encontra-se o pluralismo democrático na defesa dos interesses da coletividade ou de grupos devidamente representados e admitidos na ADIN[7].

O veto presidencial da possibilidade de assistência na ADC tem por fundamento, segundo as próprias razões de veto, a primazia do interesse público e a celeridade processual que seriam comprometidos com a admissão de manifestação dos demais legitimados que não autores da ação. Entretanto cumpre argüir: se a ADIN e ADC são ações de controle concentrado de constitucionalidade e se Gilmar Mendes, um dos próprios idealizadores da Emenda 3/93 considera esta última uma ADIN com “sinal trocado”, que razões existiriam para o veto presidencial do *amicus curie* na ADC?

As razões do veto não representam sólidos argumentos jurídicos, notadamente se considerarmos as semelhanças sustentadas por MENDES entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Sustentam-se sim, ao que parece e bem apresentou Ana Maria Scartezzini[8], em interesses políticos, já que o Executivo se mostra um dos principais interessados na declaração de constitucionalidade de certas leis, notadamente as de caráter tributário e previdenciário, fato este que seria retardado caso fosse admitida a intervenção do *amicus curie*. Nesse sentido transcreve-se o conteúdo do § 1º e 2º do art. 18, vetados na ADC sob o argumento de contrariar o interesse público e a celeridade processual:

§ 1º. Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memórias ou pedir a juntada de documentos reputados úteis ao exame da matéria

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades.[9]

A fim de não ensejar inconstitucionalidade, as razões do veto remetem ao STF a possibilidade de acolher ou não como assistentes os legitimados que não representaram ajuizamento da ação, aplicando por analogia a permissão concedida na ADIN. Nesse sentido:

O veto ao § 2º constitui conseqüência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 3º do art. 7º[10].

Em apreciação ao pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADC 19 que versa sobre a Lei 11340/2006(Lei Maria da Penha) o relator ministro Marco Aurélio Melo, em despacho exarado em 09/10/2008, aplicou por analogia a permissão concedida na ADIN para a intervenção de terceiros, admitindo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na condição de terceiro[11].

O art. 19 da Lei 9868/99 determina que a participação do Procurador-Geral da República é obrigatória, sendo facultado ao relator requisitar informações adicionais, designar perito ou audiência pública, informações aos Tribunais Superiores, Federais e Estaduais sobre a norma questionada, conforme previsão do art. 20 do diploma legal que rege o instituto.

A Lei que regula a matéria apresenta inúmeras razões para fomentar embates entre os juristas. Dentre elas, além das já mencionadas, encontra-se o artigo 26, que determina a irrecurribilidade da decisão que reconhecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, admitindo-se apenas embargos de declaração. A decisão proferida não pode sequer ser atacada por rescisória[12].

5. MEDIDA CAUTELAR E JULGAMENTO DEFINITIVO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação declaratória admite a concessão de medida cautelar, cujo efeito é a paralisação do julgamento em instâncias inferiores das causas em andamento que demandam a aplicação da lei ou ato normativo cuja constitucionalidade se pretende provar. A concessão exige maioria absoluta dos membros do STF e, nos termos do parágrafo único do artigo 21, deve ser julgada definitivamente no prazo de 180 dias, sob pena de perda da eficácia[13].

A concessão da cautelar pretendida depende da maioria absoluta dos membros do Tribunal e, uma vez obtida tal maioria, a concessão implica na determinação de suspensão de julgamento por juizes e tribunais de casos análogos envolvendo a lei ou ato normativo impugnado, até decisão final.

Feitas as considerações sobre a medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, cumpre ressaltar que a concessão de liminar determina a suspensão de qualquer processo que verse sobre a matéria e impede que instâncias inferiores apliquem a lei cuja constitucionalidade se discute; “Há, portanto, efeito vinculante na decisão que concede cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade, que exige comportamento das instâncias inferiores conforme o decidido” (MARTINS, 2005, p.274). Já na ação direta de inconstitucionalidade, a concessão da liminar suspende a eficácia de lei ou ato, que só será afastado em definitivo com a decisão de mérito que julgar procedente a ação.

Na ADC os efeitos da decisão do STF são “*ex nunc*”. Na declaração de inconstitucionalidade, diferentemente, os efeitos são “*ex tunc*”, salvo se por segurança jurídica ou interesse social dois terços dos membros do STF restringirem a eficácia a partir do trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado[14].

Quanto aos efeitos da decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade, tem-se que a vinculação difere do efeito das decisões de súmulas vinculantes. Isto porque, na súmula vinculante, os efeitos da decisão decorrem da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, incidental e o efeito vinculante previsto na ADC ocorre em consequência da atuação do STF no controle concentrado de constitucionalidade.

No exercício do controle difuso pode o STF se manifestar sobre matéria já submetida à sua apreciação em ação declaratória de constitucionalidade? Para MENDES (2001, p. 332), tal fato não seria admissível., como bem explana o autor:

Declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes[...]as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).

A possibilidade do uso da ADC como ferramenta política também é alvo de críticas. Exemplo claro foi a concessão de liminar na ADC nº 4, impedido antecipação de tutela nas ações movidas por funcionários públicos contra o Estado.

Feitas as considerações elementares acerca do instituto, objetivando fornecer elementos histórico-positivos para a compreensão do tema sobre o qual se discorre, passa-se, enfim, ao cerne do trabalho: o estudo da constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade tal como inserida no ordenamento jurídico pátrio.

6. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004: SANANDO UMA INCONSTITUCIONALIDADE ?

A EC 3/93 estabeleceu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas de mérito tão somente para as ações declaratórias de inconstitucionalidade. Entretanto a lei ordinária 9868/99, que regula a ação em estudo e também da ação direta de inconstitucionalidade ampliou a aplicação de tais efeitos também à esta última, em manifesta usurpação da competência constitucional. A fim de melhor evidenciar a ocorrência de inconstitucionalidade, cita-se a redação^[15] dada ao art. 102 da CF/99 pela EC 3/93, que assim estabeleceu:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

§2. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e ao Poder Executivo.(g.n.)

Ocorre que o parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/99 alargou a aplicação de tais efeitos também à ADIN, em manifesta inconstitucionalidade. A interpretação do texto constitucional não permitia ao legislador infraconstitucional alargar a aplicação do instituto implantado na Carta Magna pela Emenda 03/93. Entretanto foi o que ocorreu, tal como se vislumbra do texto legal:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de **inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.(g.n.)

Como compreender que a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, previstos constitucionalmente tão somente em relação à ADC possam, por lei infraconstitucional, ser estendidos às declarações de inconstitucionalidade, interpretação conforme a constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto?

A fim de que a inconstitucionalidade fosse sanada, o art. 102, III, § 2º da CF/88 foi novamente alterado pela Emenda Constitucional 45/2004. A nova redação excluiu do texto a aplicação da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos casos de interpretação conforme constituição, o que permitia uma elasticidade perigosa e volúvel. A alteração resultou ainda na extensão do efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, e conforme se observa:

Art. 102, III

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (g.n)

Verifica-se, pois, que a EC 45/2004 estabeleceu expressamente a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante também para a ADIN, sanando a inconstitucionalidade prevista no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99. Tem-se agora, para alguns juristas, que a inconstitucionalidade da ADC persiste, tal como se passa a expor.

7. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A consagração do princípio da razoável duração do processo pela Constituição Federal de 1988 atraiu novamente as atenções para o ônus do Estado em fomentar sua antiga busca por novos mecanismos que assegurem a celeridade processual. A mera previsão no texto constitucional não garante por si só a efetividade de tal direito. É preciso que o Estado implemente medidas que assegurem a efetividade das normas. Somente com a efetividade, nos dizeres de Luis Roberto Barroso, correrá “o desempenho correto de sua função social (da norma). Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1996, p. 83).

Agindo no mister de implementar tais medidas destinadas a assegurar a efetividade das normas constitucionais de um processo célere e de duração razoável, a Emenda Constitucional 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade cuja própria constitucionalidade é altamente questionável.

As principais características apresentadas quando da análise da proposta da EC 3/93 e da Lei que regulamenta a matéria (Lei 9868/99) possibilitaram o conhecimento da ação declaratória como resultante da aplicação de um processo objetivo. Por tal razão, na visão de vários juristas, entre eles Gilmar Ferreira Mendes, não há nenhum vício de constitucionalidade que paire sobre o instituto em estudo, sobretudo no que diz respeito à ausência de requeridos e de contraditório conforme evidencia com clareza seu entendimento:

A ação declaratória de constitucionalidade configura típico *processo objetivo*, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se, aqui, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido (MARTINS, 2005, p. 250).

A análise da ação declaratória à luz do processo tradicional de fato implica no reconhecimento de flagrante inconstitucionalidade. Isso porque, segundo os defensores da constitucionalidade do instituto, não se pode buscar o fundamento processual das ações de controle abstrato de constitucionalidade no processo que tutela interesses privativos. Tais ações não de ser fundadas no processo objetivo que goza de características peculiares conforme bem explica CANOTILHO:

O processo abstracto de controlo de normas não é um processo contraditório, na qual as partes litigam pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito

subjectivamente relevante. Trata-se fundamentalmente de um processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva.(CANOTILHO, 1998)

De fato no controle abstrato de constitucionalidade inexistente pretensão resistida ou partes em litígio. O que se objetiva como o processo constitucional através da ADC é “afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, buscando preservar a ordem jurídica constitucional” (MORAES, 2003). Nesse diapasão, não é constitucional, à luz dos princípios que norteiam o processo tradicional, decisão definitiva do STF no controle abstrato, que goza de eficácia contra todos e afeta aqueles que nela sequer puderam intervir.

A breve exposição sobre os principais aspectos da lei que regula a ADC possibilitou a averiguação que de fato não há pólo passivo identificado, tampouco citação ou prazo para o exercício do direito de defesa. Igualmente verificou-se a impossibilidade, nos termos da lei, de qualquer forma de intervenção de terceiro. Quando da aprovação da EC 0/03 as críticas acerca de sua inconstitucionalidade foram rebatidas por Gilmar Ferreira Mendes com argumento de que a emenda não esgotou a matéria, e que o legislador ordinário teria competência para apreciá-la (MARTINS, 2005, P. 253). Entretanto, como já apresentado, a lei ordinária veio e manteve a impossibilidade de intervenção de terceiro em virtude do veto do § 2º do art. 18 (ressalvada a possibilidade de o STF expressamente a autorizar, em analogia à ADIN, tal como previsto nas próprias razões do veto[16]). Previu ainda a irrecorribilidade da decisão, mantida pela EC 45/04. Tais concepções afrontam veementemente a noção tradicional de processo, fundado na existência de uma pretensão resistida (direito ou interesse subjetivo).

Argumentos relevantes também foram apresentados por Ana Maria Scartezzini quando da entrada em vigor da EC 3/93. Na visão da autora o fato de que a arguição será julgada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo para a apreciação da questão, não afasta a inconstitucionalidade da ação, notadamente porque os efeitos da decisão proferida alcançarão os que nela não puderam intervir. Nesse sentido prossegue a autora sobre a inconstitucionalidade da Emenda 3/93:

A segurança jurídica seria alcançada na medida em que o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para apreciar a arguição, como ápice do Poder Judiciário, dirimira a questão com definitividade, sem possibilidade de ocorrência de decisões conflitantes prolatadas pelos juízes singulares e pelos tribunais superiores.

O argumento não subsiste ante ao desrespeito ao princípio do contraditório consagrado no sistema constitucional vigente, na medida em que as decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade ‘produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’. Nenhuma previsão, contudo, existe no sentido de possibilitar ao cidadão, que sofrerá os efeitos dessa decisão, intervir na ação e aduzir os argumentos que lhe pareçam relevantes na defesa de seus interesses (SCARTEZZINI, apud MARTINS, 2005).

Um dos precursores dos estudos sobre o tema, professor Ives Gandra Martins, reconheceu a inconstitucionalidade do projeto inicialmente idealizado com o propósito de assegurar segurança jurídica e celeridade processual. Para o autor a ação declaratória de constitucionalidade afronta a Carta Magna em diversos aspectos. Além da ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa, atribui o autor à ADC ofensa à separação dos poderes, além de também identificar incompatibilidade com o sistema pátrio, que não depende de qualquer instrumento para declarar a validade de suas normas, presumidamente válidas até prova em contrário. O autor considera a ação declaratória de constitucionalidade:

(...) instrumento tendente a suprimir garantias fundamentais, como o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além de exterminar a função jurisdicional enquanto tal e ofender o princípio da separação de funções entre os Poderes da República, sendo, outrossim, incompatível com nosso sistema jurídico, inspirado pela presunção de validade da lei e do ato administrativo (MARTINS, 1995).

Igual posicionamento foi adotado pela comissão constituída pela Ordem dos Advogados do Brasil, então composta por notáveis juristas como Geraldo Ataliba, Sérgio Sérulo, Souto Maior Borges, Eduardo Bottallo e Misabel Derzi, que em análise do instituto elencaram um rol de inconstitucionalidades. Em razão da extrema clareza e relevância dos argumentos apresentados por Geraldo Ataliba, passa-se a mencioná-los no intuito de corroborar as inconstitucionalidades já apontadas:

- O instituto estaria eivado de grave e irreparável vício técnico, porquanto não seria possível identificar-se o réu – e assim definir seu respectivo universo – e afastar-se-ia qualquer simetria com a ação declaratória de inconstitucionalidade;

- tal ação possuiria características mais graves do que a avocatória, pois comprometeria a garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), os princípios da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento (art. 5º, LV). Ademais, afetar-se-ia severamente o direito de acesso do cidadão ao Judiciário, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV). Pela ofensa a tais direitos fundamentais, seria evidente a inconstitucionalidade da emenda em face ao disposto no art. 60, §4º (IV) da Constituição;

- a ação direta de constitucionalidade converteria o Judiciário em legislador, afastando-o da função que lhe é inerente – a saber, a distribuição de Justiça no caso concreto – e ofendendo o princípio da divisão de poderes. Ademais, verificar-se-ia o bloqueio do acesso do cidadão ao Poder Judiciário, prejudicando o princípio da universalidade da jurisdição. Ter-se-ia, ainda, a destruição do controle difuso.

- a ação declaratória comprometeria o órgão de cúpula com a elaboração legislativa, inibindo o Judiciário todo e, via de consequência, impediria os cidadãos de invocar a proteção jurisdicional. Ao abolir o contraditório, a emenda criou um processo sem parte, sem duplo grau de jurisdição e sem recursos”(ATALIBA, *apud* MARTINS, 2005, p. 248).

Diante dos argumentos expostos, concluiu Geraldo Ataliba que a EC 03/03 era inconstitucional, por abolir direitos e garantias individuais, violando o disposto no art. 60, § 4º da CF[17].

Os estudos permitem apontar que no aspecto processual a inconstitucionalidade não reside apenas na eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, mas também na ausência de contraditório, intervenção de terceiros e irrecorribilidade da decisão (apesar de que em relação a este último existem consideráveis argumentos de que o STF é o guardião da constituição e, por tal razão, o mais apropriado para decidir em caráter definitivo).

Sem as aludidas características, a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF na ação declaratória de constitucionalidade, não representaria incompatibilidade com os ditames da Carta Magna. Entretanto se a decisão não for oponível a todos, e se os demais órgãos (notadamente do judiciário) não estivessem obrigados a cumprirem-na, não haveria razão de ser que justificasse a manutenção de tal instituto de controle concentrado de constitucionalidade, posto que não se alcançaria a almejada celeridade processual, tampouco a segurança jurídica.

Não bastassem todos os argumentos elencados, há outro, não relacionado aos princípios constitucionais processuais de defesa, mas não menos importante: o de que a lei goza de presunção de constitucionalidade até prova em contrário. Ana Maria Scartezzini afirma que “nem se declara a legitimidade do ato administrativo, nem a constitucionalidade da lei. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima, seja no exercício de sua competência legislativa, seja no de competência administrativa” (SCARTEZZINI, *apud* MARTINS, 2005). Nesse diapasão, considerando que o que impera é a presunção de constitucionalidade da lei até prova em contrário, parece pouco coerente a suspensão do julgamento pelos juizes singulares e tribunais superiores em virtude da concessão do pedido em cautelar de declaratória de constitucionalidade.

As críticas tecidas ao instituto, embora enfáticas, não objetivam em hipótese alguma enfraquecer o controle jurisdicional dos atos legislativos. Esta é, pois, uma das funções do Judiciário a qual este não se pode furtar. O controle concentrado de constitucionalidade é indissociável do processo constitucional, que é descrito por Joaquim José Gomes Canotilho como “o conjunto de regras e actos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos actos normativos.”(CANOTILHO, 1998).

O autor trata com clareza ímpar o objetivo do processo constitucional: fiscalizar a conformidade dos atos normativos. Difícil é, porém, estabelecer limites claros entre

fiscalizar atos a fim de averiguar sua adequação constitucional e legislar sobre a matéria, usurpando a função legislativa.

Quando da concepção de um sistema de divisão de poderes, Montesquieu idealizou a equivalência entre os mesmos e a identificação de suas funções, o mais especificamente possível. Tratando da função do Poder Judiciário expõe o autor:

O papel do Judiciário é modesto, politicamente, por duas razões. Primeira: não se concebe o Judiciário posicionar-se no sentido de frear, embaraçar outro poder. Segunda: o Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, mas inteiramente à revelia dele, Judiciário. O Judiciário é a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 1994, p. 26)

Sob este aspecto passa-se a expor talvez o mais temido dos efeitos para os que se filiam ao entendimento de inconstitucionalidade da ADC: o receio de que a ação declaratória de constitucionalidade converta o judiciário em legislador, comprometendo o princípio da divisão de poderes. Nesse sentido explana Konrad Hesse:

O legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade e atuação para si; a ele está encarregada a configuração jurídica das condições de vida em primeiro lugar. Ao Tribunal Constitucional é proibido disputar essa primazia ao legislador e, com isso, causar uma remoção de funções, atribuídas jurídico-constitucionalmente (HESSE, apud SILVA, 2001, P.75)

Em virtude das atuais concepções do constitucionalismo moderno não se pode considerar a máxima de Montesquieu pela qual o Judiciário seria simplesmente a “boca da lei”, segundo a qual cabe a tal poder apenas aclarar o sentido da vontade do legislador. Não se pode, porém, negar que o exercício do controle de constitucionalidade acaba por transformar o Judiciário em legislador negativo – com a árdua função de identificar falácias e incompatibilidades entre a lei e a ordem constitucional. Cabe, pois, ao controle de constitucionalidade, identificar as falhas no produto da função legislativa: a lei. Não se pode, porém, compreender tal exercício como usurpação de funções do legislativo. O controle de constitucionalidade é sem dúvida atribuição do judiciário e os limites de sua atuação não implicam em ofensa à separação dos poderes. No caso de controle concentrado a falha do legislador é apontada pelo Supremo Tribunal Federal que reconhece a inconstitucionalidade da lei.

Entretanto o que ocorre na ADC é que o judiciário se manifesta sobre a lei que goza da presunção de constitucionalidade e que, em razão da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a decisão do Supremo passa a ter eficácia de lei.

A despeito das críticas tecidas notadamente ao efeito vinculante na ADC, não admiti-lo seria o mesmo que negar a razão de ser da declaratória de constitucionalidade e de todo o controle abstrato, resolvendo-se os impasses constitucionais sempre em sede de controle difuso. Entretanto é justamente no controle difuso que residem os problemas que afligem o judiciário. Difícil é estabelecer limites em que ambas as formas de controle coexistam harmoniosamente. No caso do instituto em estudo, retirar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão definitiva do o Supremo na ADC é o mesmo que instá-lo à atuar em duas vertentes com um mesmo propósito: por meio do controle concentrado e controle difuso verificar a adequação das leis e atos normativos federais e estaduais ao conteúdo normativo e principiológico da Carta Magna.

Em favor da constitucionalidade da ADC e avesso aos recursos reiterados que abarrotavam os tribunais superiores e o próprio STF, manifestou-se o então ministro Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1:

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade de situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores[...]de modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, nada com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?

Vejo como sábio e bem vindo o que diz o § 2º do art. 102, por força da Emenda 3, e a única coisa que lamento é que isso não a tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade (ADC 1, Rel. min. Moreira Alves, RTJ 156:721).

Toda forma de controle concentrado de constitucionalidade implica em certa limitação na esfera de atuação ordinária do judiciário, sem a qual não haveria razão de ser do próprio controle concentrado. Sem embargo do entendimento supraexposto, há que se considerar o impacto que o efeito vinculante da decisão definitiva do STF tende a causar: a ausência de discussão jurídica e o conseqüente “engessamento” na evolução do direito. O julgamento da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, retira dos magistrados e tribunais a possibilidade de julgar conforme o entendimento no caso concreto, prejudicando as discussões jurídicas, imprescindíveis à evolução do direito.

Diante das razões expostas (e ainda não esgotadas) verifica-se, pois, um impasse: como admitir que a vinculação da decisão não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição,

se o magistrado ou tribunal passa a ser obrigado ao cumprimento, sob pena de reclamação[18]? Como explicar a um pretense litigante que o direito subjetivo que pleiteia não poderá ser submetido ao judiciário porque a lei ou ato normativo que o ampara já foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário a seus interesses e com eficácia erga omnes e efeito vinculante? Em tal situação a ofensa parece transcender ao duplo grau e colidir também como o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É inegável que a ação declaratória de constitucionalidade, assim como outras inovações de ordem constitucional-processual, implementaram de fato a celeridade processual. A decisão definitiva do STF acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de controle concentrado impede que inúmeros processos sejam a ele encaminhados em grau de recurso extraordinário, o que por si já contribui para a celeridade. O instituto também é positivo no que concerne à pacificação do entendimento acerca da constitucionalidade de lei, evitando decisões conflitantes e reiterados recursos em busca do posicionamento jurídico mais favorável.

As razões elencadas pelos mais renomados juristas não fizeram mudar o entendimento do também notável Gilmar Ferreira Mendes, para quem as críticas não prosperam. Segundo o autor não há que se sustentar ofensa ao contraditório e ampla defesa por se tratar de processo objetivo. Salienta ainda que o jurisdicionado deveria sentir-se mais seguro ao saber que seus direitos individuais estarão protegidos contra decisões de juízes e tribunais, afastados dos próprios entendimentos em razão do posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC. Faz crer o autor, embora sutilmente, que considerando o STF como guardião da Constituição, a decisão dele proveniente seria sempre a mais acertada. (MENDES, 2005, p.257).

A força do efeito vinculante é tamanha que para Mendes (2005, p. 332), uma vez declarada a constitucionalidade de uma lei em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que fica o Tribunal impedido de novamente de apreciá-la, “salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes[...]podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente)”. A fragilidade das considerações do autor reside justamente no terreno movediço do que seria “mudança nas circunstâncias fáticas” ou “relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”. Sendo do STF o Guardiã da Constituição, a quem incumbe exclusivamente apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos no controle concentrado, ou ainda no controle difuso como órgão de cúpula, parece crer que as “alterações das concepções jurídicas dominantes” revelam uma mudança de entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.

Para MENDES, se a eficácia “*erga omnes*” e o “*efeito vinculante*” forem argumentos para a inconstitucionalidade da ADC, também o seriam para a ADIN. Isso porque para o autor a ação declaratória de constitucionalidade “nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”. E prossegue:

A pretensão de submeter pleito individual de índole constitucional à apreciação de órgãos do Poder Judiciário, depois de já ter sido decidida, com eficácia erga omnes, pelo órgão judicial supremo, erigido pela própria constituição em seu guardião, afigura-se romântica, para dizer o mínimo. (2005, p. 256).

Quanto à alegada ofensa ao controle difuso, Mendes explicita através das razões do relator Moreira Alves quando do julgamento da ADC 1, que a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Assim sendo e considerando a ADC um mecanismo de aperfeiçoamento do controle concentrado, não há que se falar que esta teria praticamente destruído o controle difuso.

8. PRINCÍPIOS EM CONFLITO.

Infere-se do estudo feito que a celeridade processual buscada por meio da implementação de novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade tem exigido o sacrifício de alguns direitos individuais. Apesar do entendimento contrário de célebres juristas, conclui-se que o sacrifício aos bens jurídicos exigidos pela lei para que a celeridade se faça notar não aparenta proporcionalidade. Sacrificar o direito ao contraditório, ampla defesa, inafastabilidade e duplo de jurisdição parece um preço desproporcional à prometida duração razoável do processo. Nesse sentido, valiosa é a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro:

A orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vá além do que seja necessário, ou pelo menos defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma, à qual, segundo Pierre Muller, ‘devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder (2003, p.82).

A mesma orientação já havia externado Robert Alexy, para quem toda norma encerra em seu bojo princípios e regras das quais se retira o conteúdo jurídico do ordenamento. A Constituição Federal representa no ordenamento pátrio este conjunto de regras e princípios maiores, aos quais deve se ajustar toda a legislação.

Para Alexy, as escolhas não de ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual o intérprete há de vislumbrar se a medida é adequada, necessária e proporcional ao fim almejado. Ao analisar a adequação, cabe ao intérprete escolher a medida mais eficaz entre as várias possibilidades fáticas existentes; há de escolher ainda o meio menos gravoso de se alcançar o fim almejado; por fim, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, há de fazer a ponderação ou sopesamento propriamente dito – mandamento de otimização ante as possibilidades jurídicas existentes. Segundo o autor: “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas” (2008, p.117).

Há que se considerar que se está diante de uma situação de colisão de princípios: contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e inafastabilidade da jurisdição x duração razoável do processo. A colisão ocorre justamente quando os princípios antagônicos coexistem validamente num mesmo ordenamento jurídico. No caso em estudo, tanto os princípios que protegem os direitos individuais de defesa, quanto o que justifica a ação declaratória de constitucionalidade (razoável duração do processo) são consolidados por expressa previsão constitucional.

Análise semelhante faz Oscar Vieira Vilhena, que considera os direitos fundamentais limitadores da vontade parlamentar e mesmo de pessoas ou grupos (ainda que a maioria) inseridos em um sistema político. A colisão entre direitos fundamentais, na concepção do autor, requer uma relativização de um deles em prol do outro, conforme bem explica:

O reconhecimento expresso ou implícito pela Constituição de um direito fundamental tem como consequência colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas. Ou seja, o interesse ou valor por ele protegido deve prevalecer sobre outros interesses ou valores não protegidos como direitos fundamentais. No mais das vezes, no entanto, a colisão entre valores e interesses na sociedade pode ser reduzida a uma colisão entre direitos fundamentais (VILHENA, 2006, p. 46).

A fim de tornar o entendimento mais claro, o autor menciona o conflito entre os direitos de liberdade e privacidade, enfatizando que a lei penal pode restringir a liberdade (em caso de crime, por exemplo) a fim de proteger a privacidade de outrem, igualmente direito fundamental. Tal restrição, que a princípio é uma ofensa a direito fundamental, encontra fundamento em outro direito que igualmente merece proteção.

Peter Haberle ensina que a interpretação da norma não pode se restringir ao método lógico-dedutivo próprio do positivismo. Isso porque a evolução da sociedade e, principalmente, do constitucionalismo, requer do intérprete conhecer e interpretar a norma em uma sociedade aberta: “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento de sociedade aberta.[...] Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HABERLE, 1997, p. 13).

Discorrendo sobre as possíveis soluções para o impasse Oscar Vilhena aponta dois caminhos: o alto grau de deferência à escolha parlamentar, ou seja, a escolha do legislador deve ser respeitada posto que proveniente do legislativo democrático; a outra (mais compatível com o constitucionalismo), supõe a fiscalização do legislativo pelo judiciário, de maneira que: “nesse segundo caso o juiz irá verificar se a escolha do legislativo é adequada, no sentido de preservar o conteúdo de ambos os direitos em colisão, o que se deve fazer por intermédio de um processo de ponderação”. (VILHENA, 2006, p.48).

A interpretação da ADC à luz dos princípios constitucionais não permite concluir que em nome da celeridade processual se conceba mitigar direitos individuais indispensáveis à concretização da tão esperada ordem jurídica justa. Nos dizeres de

Konrad Hesse, a “vontade de Constituição” deve nortear os responsáveis pela ordem constitucional, não só na produção legislativa, mas também na como na aplicação do direito, tal como bem explana o autor:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, **se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem constitucional estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes de juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem.** Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – e particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p.19) g.n.

9. CONCLUSÃO:

O estudo permite concluir que, a despeito dos consideráveis argumentos dos que militam em favor da constitucionalidade da ADC, são fundados em razões dotadas de caráter utilitarista. Não há dúvidas de que a alteração inserida na CF/88 pela EC 3/93 é de extrema valia para “desafogar” o judiciário dos inúmeros feitos que se multiplicam em decisões contraditórias. Também não se questiona que a falta de celeridade processual é uma preocupação recorrente que aflige o judiciário, prejudicando a concretização da razoável duração do processo, interesse público a ser resguardado em nome da própria paz social.

A descrença na justiça, a propagação da impunidade e o arrastar de processos cujas decisões não raramente são tardias requerem por parte do Estado medidas capazes de minimizar tais agruras.

Contudo não se pode levar ao extremo a máxima de Nicolau Maquiavel segundo a qual *“os fins justificam os meios”*. Mesmo porque o contexto histórico em que fora proferida quase não guarda semelhança com o atual Estado Democrático de Direito. A celeridade processual não há de ser conquistada pelo judiciário à custa de direitos individuais de defesa, igualmente importantes à concretização da chamada ordem jurídica justa.

O sacrifício de garantias individuais processuais em favor de uma prestação jurisdicional mais célere não parece a solução mais indicada para os problemas que afligem o judiciário e os jurisdicionados. Assim, a despeito das considerações feitas sobre o processo objetivo, conclui-se que o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição foram afetados com a EC 3/93. Conclui-se ainda valendo-

se do sopesamento de Alexy ou a ponderação mencionada por Vilhena que o sacrifício dos bens jurídicos prejudicados com a Emenda é desproporcional às benesses que apresenta. A tão almejada celeridade processual adequada e necessária a todo judiciário que pretende ser dinâmico e eficaz, não pode ser conquistada com medidas como a ação declaratória de constitucionalidade, excessivamente gravosa e tendente a restringir (senão abolir) direitos individuais.

Diante do exposto o presente ensaio permite concluir que, na ponderação de interesses conflitantes, a salvaguarda dos direitos individuais inerentes ao devido processo legal precede ao interesse público de um processo célere, razão pela qual este não pode existir em consonância com a Constituição senão sem prejuízo daqueles.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo:Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 05 de outubro de 1988**.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999** - Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Publicada no DOU de 10-11-1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.) **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868/1999.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos.** São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Celso de Albuquerque; **Interpretação Constitucional Operativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Paulo Roberto. **Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

[1] Para o autor “Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais do indivíduo [...]Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas protetivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas etc) com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais” (op. cit. p 124).

[2] Themístocles Cavalcante, apud Gilmar Ferreira Mendes “Segundo me parece, a posição do Procurador-Geral, principalmente, é a de somente arquivar a representação quando manifestamente inepta, isto é, quando não tiver os requisitos constitucionais e legais para prosperar (...) Quando ocorrerem dúvidas legítimas, é seu dever trazê-las ao

conhecimento do Tribunal da forma mais adequada, ou melhor, de maneira que possa merecer o seu conhecimento pelo Tribunal”.

[3] A lição Victor Nunes Leal citada por Gilmar Ferreira Mendes na obra Controle Concentrado de Constitucionalidade bem observou que “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade” (LEAL *apud* MARTINS, 2005, p..233)

[4] Defendendo o controle prévio sustenta o autor: “A nossa proposta foi no sentido de em relação a determinadas situações, leis complementares, talvez leis fiscais, leis orgânicas, estabelecer um procedimento legislativo um pouco mais complicado, mas que ensejaria eventualmente o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, logo após a aprovação no Congresso Nacional, evitando que esses problemas venham a se perpetuar sem solução [...]Quando a apreciação *a posteriori* se torna, por motivos justificáveis em relação à Corte, praticamente prejudicada no decorrer do tempo, acabamos tendo, na realidade, a institucionalização de uma injustiça, ou seja, um certo sentimento de institucionalização da inconstitucionalidade porque ela já produziu seus efeitos e não temos meios adequados de corrigi-la”. (WALD *apud* MENDES, 2003, p.19)

[5] Art. 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – A mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – O Procurador-Geral da República;

VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

[6] Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória

[7] ADIn. 2.130-SC. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. - No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do amicus curiae (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. – A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional (Informativo 215 do STF).

[8] Para a autora “Evidentemente a declaração de constitucionalidade tem por escopo, em matérias de interesse relevante para o Governo Federal, evitar a proliferação de lides nos diversos graus de jurisdição, com possibilidade de ocasional decisões contraditórias em prejuízo da segurança jurídica (SCARTEZZINI *apud* MARTINS, 2005).

[9] Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_3/leis/mensagem_veto/1999/mv1674-00.htm> Acesso em 18 de março de 2009.

[10] *Idem*.

[11] “Embora o artigo 7º da Lei 9869/99 refira-se à ação direta de inconstitucionalidade, entendendo-o aplicável à declaratória de constitucionalidade prevista na mesma lei[...] No mais, reconheço o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em defesa da própria sociedade. Então, em jogo a denominada Lei Maria da Penha – Lei 11340/2006, tenho como acolhível o pleito formalizado” Disponível em <www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento> Acesso em 18 de março de 2009.

[12] Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

[13] Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

[14] Lei 9868/9. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[15] A fim de demonstrar a ocorrência de inconstitucionalidade citou-se a legislação na ordem cronológica. Quando da edição da EC 3/93 esta foi a redação dada ao artigo 102 da CF/88. Entretanto a redação do art. 102 citado não é a atual, posto que foi objeto de nova alteração pela Emenda Constitucional 45/2004.

[16] Tal como mencionado o veto guardou interesses políticos da União, que teria com a intervenção de terceiros maior dificuldade em ter declarada a constitucionalidade de leis ou atos normativos de seu interesse.

[17] Art. 60. (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – Os direitos e garantias individuais

[18] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar originariamente:

L- reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.

THE PHENOMENA OF POLITICS JURISDICTION: A TENSION BETWEEN DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM.

**Emmanuel Teófilo Furtado
Carlos Henrique de Aragão Cavalcante**

RESUMO

Este artigo tem como objetivo estudar o fenômeno da judicialização da política. A judicialização pode ser compreendida como a utilização do Poder Judiciário como instância decisória de questões políticas. Em primeiro momento, analisaremos a transformação que a idéia de abstração e generalidade da lei, típicas de uma concepção liberal, vem sofrendo diante da complexidade da sociedade contemporânea e sua face multicultural. A atividade legislativa, caracterizada pela multiplicidade de interesses a serem organizados, chega a consensos pela utilização de expressões abertas, conceitos jurídicos indeterminados e dos legal standards. Juntamente com a 'inflação legislativa', estas expressões de textura aberta corroboram para uma maior discricionariedade judicial. O papel a ser desempenhado pelo judiciário na concretização dos programas constitucionais, frente a inefetividade das instituições majoritárias, pode ser visualizado como uma tensão entre o constitucionalismo, entendido como uma técnica de limitação do poder estatal e como um conjunto de procedimentos para o jogo democrático, e a democracia, entendida como fonte de legitimidade do exercício do poder político por meio das decisões majoritárias. Por fim, estudaremos como a nova Hermenêutica Constitucional contribui para uma atividade judicial mais ampla, pela idéia de normatividade dos princípios, quando se cogita de uma criatividade na atuação do judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: JUDICIALIZAÇÃO, DEMOCRACIA, PODER JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

This article aims to study the phenomena of the judicialization of politics. This can be understood as the utilization of the judicial power as a derisory sphere of politic issues. In the first instance, examine the transformation of the idea of abstraction and generality of the law, typical of a liberal concept, has undergone by the complexity of contemporary society and its multicultural face. The legislative activity, characterized by the multiplicity of interests to be organized, the consensus reached by the use of open terms, uncertain legal concepts and the legal standards. Together with the 'legislative inflation', these expressions of open texture support for greater judicial discretionarily. The mission to be developed by the judiciary power at the constitutional

programs concretization, against the ineffective of the majority institutions, can be visualized as a tension between the constitutionalism, understood as a limitation of the estate power technique and as collaborative procedures for the democratic match, and the democracy, understood as legitimacy of political power source by means of majority decisions. Finally, we will study how the new constitutional hermeneutics contribute for a more wide judicial activity, by the normative force idea of the principles, when considering creativity on the judiciary actuation.

KEYWORDS: JUDICIALIZATION ,DEMOCRACY, POWER JUDICIARY.

INTRODUÇÃO.

Em uma sociedade complexa pós-industrial, o esquema rígido de tripartição das funções estatais apresenta-se como um modelo controverso, dada a real função que o Poder Judiciário é chamado a desempenhar nas democracias contemporâneas. Estaria o Judiciário legitimado a tomar decisões políticas, com o intuito de garantir direitos fundamentais? Decisões com acentuado teor político devem ser reservadas às esferas tradicionais das decisões majoritárias? Atualmente, o Poder Judiciário se vê envolvido por questões deste tipo.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes^[1].

O presente artigo tem o objetivo de analisar estas questões e seus desdobramentos.

1. FUNÇÃO JURISDICIONAL E VAGUEZA LEGAL.

A função jurisdicional, atividade de pacificação social exercida pelo Poder Judiciário, que substitui as partes envolvidas no conflito para solucioná-lo, é um alicerce sobre o qual se ergue o Estado Democrático de Direito. Este Estado é estruturado por um corpo normativo que possui qualidades de um sistema coerente e racional. Apesar disto, na

praxe social, muitas vezes surgem ameaças e agressões a direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. É neste espaço que, via de regra[2], age o Poder Judiciário, recompondo a ordem antes estabelecida. Assim, no esquema clássico da separação das funções estatais, estaria reservada ao Poder Judiciário a função de, em outras palavras, aplicar a lei ao caso concreto, fazendo valer a prescrição da conduta que tinha sido prevista em lei. A lei é identificada como uma norma genérica e abstrata que visa regular, de forma universal, todos os casos nela previstos, por meio da subsunção legal.

Luis Roberto Barroso afirma:

O conhecimento jurídico tradicional, que se abebera nas fontes romanas e tem como pontos culminantes a produção científica de Savigny, no século passado, e de Hans Kelsen, neste século, exhibe como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo. O elemento básico na idéia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes[3].

A codificação do Direito realizada pelas revoluções burguesas simboliza o auge da força política do poder legislativo, e tem como consequência uma atuação judicial estreita exclusivamente aos limites da lei. A hermenêutica mecânica, reduzindo a experiência jurídica à esfera normativa, fazia do magistrado um mero aplicador da lei. Esta posição hermenêutica era corroborada pela estrutura de autoprodução do Direito, visto não como fato social, mas apenas como um conjunto de normas positivadas “sob a forma de um aparato conceitual depurado”[4]. Só perceber que à atividade judicial não eram autorizadas as avaliações políticas[5]. Os códigos, portanto, tornavam-se impermeáveis a qualquer tentativa de integração às transformações econômicas e sociais[6].

A conceituação da jurisdição como função dirigida a fazer valer a vontade concreta da lei está ligada à idéia de lei como norma genérica e abstrata, à nítida separação entre criação e aplicação do direito, e à idéia de diferenciação entre aplicação e interpretação do direito.

Sobre a idéia de lei genérica e abstrata, Luis Guilherme Marinoni afirma:

A idéia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por homens “livres e iguais” e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas[7].

A passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Social, representa a mudança de orientação de uma atividade estatal que buscava a justiça formal para um Estado que intenta alcançar uma justiça material.

Picardi afirma:

É sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas dos magistrados e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz[8].

Paulo Bonavides, sobre a transformação do paradigma do Estado Liberal em Estado Social, esclarece:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.

A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, despossados de quase todos os bens[9].

Ainda sobre a mudança do modelo de Estado liberal para Estado social, Werneck *et al*, afirmam:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça[10].

O Estado, recebendo uma nova agenda política, necessita instrumentalizar suas ações de intervenção na sociedade para alcançar a igualdade material. Neste sentido, o juiz assume papel social de distribuição da justiça material, ampliando seu âmbito tradicional de atuação[11]. E ainda: “A responsabilidade do juiz alcança agora a

responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.”[12]

O fenômeno do aumento das intervenções judiciais ocasionado pelo surgimento do paradigma do Estado social é acelerado “pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros”[13]. E ainda: com a velocidade das transformações sociais numa época de “transnacionalização dos mercados de insumos, capitais, finanças e consumo”[14] o legislador é levado cada vez mais a adotar técnicas legislativas flexíveis e elásticas.

Frente a este quadro, Marinoni afirma:

É evidente que, diante disso, as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico – deixam de existir. A vontade legislativa, passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão. A respeito, afirma-se que a maioria legislativa é substituída, cada vez com mais frequência, por variáveis coalizões legislativas de interesse[15].

Neste sentido Perelman afirma que os membros de um Parlamento, possuindo pontos de vista dissonantes sobre as matérias a serem votadas, “se esforçam em conciliar mediante compromissos, frequentemente obtidos mediante fórmulas vagas, que permitem, por isso mesmo, interpretações divergentes”[16]. Deste modo, o legislador faz uso dos conceitos-válvula, dos *legal standards*, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Embora as distinções entre estas modalidades de abertura no corpo legislativo sejam muito sutis e não tão claras, importa perceber que todas são técnicas legislativas que transferem ao juiz, decisões que o legislador não quis ou não pode fazer. Todos esses elementos corroboram para a atividade integrativa do judiciário, que necessita interpretar conceitos com textura aberta para prestar a tutela jurisdicional.

A superação das técnicas clássicas de interpretação da lei pela visão da Nova Hermenêutica Constitucional[17], estruturada pela idéia de normatividade dos princípios, torna favorável o ambiente acima descrito para o que se tem chamado de juridificação[18] (judicialização ou juridicização) da política.

2. JUDICIALIZAÇÃO E ASPECTOS PROCESSUAIS.

O aumento relativamente desordenado da legislação, ocasiona aquilo que Nicola Picardi chamou de “época da decodificação”, contexto histórico no qual a idéia do Direito como um sistema jurídico vai, paulatinamente, sendo desgastada, por conta de alterações casuísticas, que agredem a sistemática tanto da legislação material, quanto da legislação processual (chamada por Picardi de “códigos de rito”)[19]. Estas modificações

casuísticas fornecem a idéia de ‘inflação legislativa’, que é a multiplicação das leis, e também pode ser compreendida como sua desvalorização.

Ao aumentar de modo cada vez mais desordenado e desarticulado o número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, essa desenfreada produção legislativa, culmina, assim, na ruptura da organicidade, da unidade lógico formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por conseqüência na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo[20].

Assim, a pluralidade de leis pode ocasionar, na prática, a falta de efetividade das normas jurídicas. Já a inatividade do legislador abre espaços que tendem a ser supridos pela atuação judicial. Tanto a multiplicação desordenada, quanto a inércia do legislador, favorecem o aumento da discricionariedade judicial. Neste sentido, o vazio deixado pelos outros poderes é levado ao judiciário, e como este não pode eximir-se de julgar, decide questões cada vez mais políticas, que extrapolam o modelo de lide intersubjetiva.

O fenômeno da judicialização da política é paralelo ao da expansão da discricionariedade judicial. Os dois têm em comum o fato de alargarem os limites da intervenção judicial na sociedade, majorando os poderes dos juízes.

Sobre a compreensão do que venha a ser *poderes do juiz*, Picardi aponta duas formas de abordar o tema:

O aumento dos poderes do juiz, a sua vez, pode ser considerado pelo menos de um duplo ponto de vista: *poder do juiz entendido como função*, isto é poder de resolver a controvérsia singular que lhe foi submetida; e *poder dos juízes, entendido como estrutura ou instituição*, isto é, poder atribuído a um complexo de órgãos (a chamada administração da justiça), em relação à organização compreensiva da sociedade[21].

Nicola Picardi afirma que a discricionariedade judicial também é fortalecida pela ampla utilização dos chamados “recurso aos pronunciamentos de urgência”. Em outras palavras, a tutela cautelar e antecipatória, isto é, as tutelas de cognição sumária tendem a ocupar um lugar de destaque em relação às tutelas de cognição plena[22].

Dando especial ênfase ao direito processual, Picardi afirma que ao longo do século XIX, foi se concretizando a idéia de um procedimento único. Entretanto, no século XX, uma série de procedimentos especiais foi sendo utilizada paralelamente ao procedimento ordinário, o que fez com que o próprio procedimento ordinário se tornasse um procedimento residual.

Picardi afirma:

... no século XIX foi se afirmando não só a idéia de uma jurisdição tendencialmente única para a solução de todas as controvérsias, mas também uma vinculada a um tipo único de processo: o processo ordinário, regulado pelo código de rito (...) No século XX, em contrapartida, uma série de procedimentos especiais foi progressivamente sendo posta ao lado do ordinário, terminando por afastar o papel central desempenhado por este último....[23]

Picardi identifica nesta multiplicidade de normas processuais e de ritos diferentes o aumento da possibilidade de solução dos conflitos, contribuindo assim para uma maior discricionariedade judicial.

Até mesmo no direito civil, ramo do Direito de interpretação tradicional[24], vê-se uma mudança, que aponta para uma abertura em relação a uma ampliação da discricionariedade judicial, quando no Código Civil de 2002 foram inseridas as cláusulas gerais[25] e a função social do contrato. Há uma abertura para uma atividade judicial de ponderação, de proporcionalidade.

3. Judicialização e tensão entre Democracia e Constitucionalismo.

A judicialização, isto é, o fenômeno de submeter ao judiciário questões de acentuado teor político, é fortemente visualizada no controle jurisdicional de constitucionalidade[26]. Por sua vez, este controle da adequação das leis e atos normativos à Constituição aponta para uma tensão entre democracia e constitucionalismo. A democracia compreendida como decisão política majoritária, e o constitucionalismo como uma técnica de limitação do poder estatal e de guarda de direitos fundamentais.

A relação entre democracia e constitucionalismo é avista, por Hans Kelsen, sob a perspectiva abaixo:

De fato, a existência de uma maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares[27].

À democracia interessa conhecer a fonte e o modo pelo qual é possível o exercício do poder político que se origina nas decisões da maioria[28]. Sabe-se, entretanto, que a

absolutização destas decisões majoritárias poderia levar a uma agressão dos interesses de uma minoria. O constitucionalismo, delimitando o campo de irradiação das decisões majoritárias, por excluir destes processos decisórios um grupo de direitos inalienáveis, e por traçar as linhas mestras dos procedimentos democráticos, torna-se uma concepção política que, neste sentido, é um limite ao exercício absoluto da decisão da maioria.

O controle jurisdicional de constitucionalidade traz consigo a polêmica do deslocamento das esferas de decisões políticas do parlamento e do executivo para o judiciário. Estaria o Poder Judiciário democraticamente legitimado para rever os atos dos representantes do povo? E por outro lado: estariam os representantes do povo legitimados constitucionalmente a decidirem fora dos parâmetros das regras do jogo democrático?

Existem duas vertentes que buscam posicionar o papel a ser desempenhado pelo Judiciário neste contexto: a vertente procedimental e a vertente substancial.

A vertente procedimental insere o Judiciário como agente institucional que deve garantir as regras do processo democrático. Entende que o Judiciário não está habilitado a tomar decisões substanciais em uma democracia, já que a legitimidade da escolha das políticas públicas e da condução do Estado é própria dos representantes eleitos do povo. Nesta perspectiva, a Constituição traz um ideal de justiça a ser concretizado no tempo. A Constituição é compreendida como um processo político a ser realizado. Habermas afirma: “(...) a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo o seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”[29]. O Judiciário concorreria, portanto, para a implementação deste ideal de justiça. Assim, para que a autonomia dos cidadãos seja exercida, a participação do Judiciário deve resguardar-se a controlar e fiscalizar o processo democrático e a reequilibrar possíveis distorções. E mais importante: deve-se construir canais de comunicação que permitam a real participação dos atores sociais nas decisões democráticas.

Habermas ensina que, atualmente, o direito já não pode mais buscar em bases argumentativas metafísicas a sua legitimidade, afirmando a superação das doutrinas metafísicas por uma doutrina democrática. Habermas leciona: “A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode conseguí-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional”[30].

Neste sentido, a justiça política está intimamente ligada às possibilidades reais do debate democrático, e o espaço público é meio necessário para que as potencialidades lingüísticas possam ser desenvolvidas pelos cidadãos. A importância deste *locus* democrático é tamanha que Ferry afirma: “... em última análise a justiça dependeria de uma liberdade de comunicação consistente, para que todo cidadão pudesse inscrever um tema de discussão pública na ordem do dia da agenda política”[31]. A vertente procedimental compreende que quando o Judiciário se abre para acolher e julgar demandas políticas, ele colabora para uma idéia equivocada de cidadania. Pois, ao invés do cidadão buscar resposta em meio às manifestações sociais, ele cria uma relação individualista de dependência com o Judiciário.

Para esta vertente, o espaço público é mais adequado para dar vazão às demandas sociais. É bastante oportuna a afirmação feita por Ferry:

A idéia que se liga à *persona* latina, como também a seu equivalente grego *prosopon*, é antes de tudo uma idéia segundo a qual a personalidade se revela na luz pública. (...) O público é o lugar privilegiado de expressão e de revelação das características humanas, razão pela qual o espaço público não é apenas um espaço dramático de manifestação, mas é também um espaço ético de reconhecimento[32].

A segunda vertente é chamada de substancial, por entender que o Judiciário deve assumir postura ativa na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Sendo pró-ativo na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, o Judiciário garante a inserção de minorias que não alcançam sucesso no processo de representação eleitoral.

A atuação do Judiciário em questões políticas não agrediria a democracia, ao contrário, quando o Judiciário leva em consideração em suas decisões princípios políticos maiores, inscritos no texto constitucional, ele contribui para uma elevação do debate democrático, resguardando-o de meras circunstâncias das decisões da maioria.

Dworkin, como representante desta vertente que preconiza uma atuação judicial substancial, e não meramente procedimental, vê na defesa dos direitos individuais a melhor justificação para uma atividade judicial nestes termos. A idéia é que o Judiciário aja na defesa dos direitos individuais frente às deliberações majoritárias, quando estas sejam consideradas agressivas à igualdade e à liberdade. Os juízes estariam autorizados a garantir direitos individuais, já que estes impõem limites as decisões da maioria.

Dworkin, entretanto, não afirma que o Judiciário deve imiscuir-se quando a questão diga respeito a objetivos coletivos ou políticas públicas. No fundo, as decisões judiciais neste contexto não são fundamentadas por meros argumentos políticos, mas por princípios.

Dworkin afirma: “O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões como se promove melhor o bem estar geral”[33].

3.1 JUDICIALIZAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No Brasil, o controle jurisdicional da constitucionalidade é feito por dois modelos: o controle difuso, onde qualquer juiz, em qualquer processo, pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Por ser realizado em casos específicos, esse modelo também é conhecido como controle concreto de constitucionalidade. Este modelo foi criado a partir da decisão do caso *Marbury versus Madison*[34], em 1803,

nos Estados Unidos. O outro modelo utilizado no Brasil é o concentrado ou abstrato, idealizado por Hans Kelsen, e aplicado pela primeira vez na Áustria. Este último modelo entrega o controle da constitucionalidade a um órgão que concentra o exercício da jurisdição constitucional.

Vê-se que o controle concentrado, quando atribui a competência para avaliar a adequação das leis e atos normativos à Constituição a um órgão, dando uma natureza *erga omnes* às decisões proferidas nestes processos, na prática, entrega um forte poder político a esse Tribunal, fazendo dele, ao menos num nível teórico, um verdadeiro “guardião da Constituição”[35].

O modelo austríaco de controle jurisdicional da constitucionalidade permite que um órgão, na maioria das vezes composto por sujeitos que não foram eleitos democraticamente, reveja os atos do Parlamento, e até mesmo, caso o órgão considere determinada lei inconstitucional, retire-a do ordenamento jurídico. Com o intuito de defender a supremacia da Constituição, o órgão competente, quando chamado a se pronunciar, pode extirpar do ordenamento jurídico um ato legislativo que passou por todas as fases procedimentais, e que, ao final delas, foi considerada apta pelo parlamento para produzir seus efeitos, regulando a matéria em questão.

A ação direta de inconstitucionalidade é um instrumento bastante utilizado para realizar o controle jurisdicional da constitucionalidade. Os dados estatísticos mostram que de 1988 até 2009 foram distribuídas 4.217 (quatro mil duzentas e dezessete) ações diretas de inconstitucionalidade[36].

Ernani Rodrigues de Carvalho *apud* Tate aponta condições políticas para o surgimento da judicialização, quais sejam: democracia, separação dos poderes, direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesses, o uso dos tribunais pela oposição, isto é, pelos partidos de oposição, e a inefetividade das instituições majoritárias[37].

Argumentando em relação ao uso dos tribunais pelos grupos de interesse, Carvalho afirma:

A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de autores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos[38].

Os dados estatísticos disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal mostram que, de 1988 até 2009, as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional foram autoras de 920 (novecentas e vinte) Ações Diretas de Inconstitucionalidade[39].

A utilização da jurisdição constitucional pelos partidos políticos é assim explicada por Carvalho: “Os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso”[40]. Os partidos políticos impetraram, de 1988 até 2009, 752 (setecentas e cinquenta e duas) Ações Diretas de inconstitucionalidade[41].

A defesa radical da Constituição pode cristalizar as aspirações políticas de uma nova geração. Assim, o reconhecimento de que a Constituição é um amplo leque de consensos políticos e de que é um instrumento que é construído ao longo do tempo, dá ensejo a críticas ao controle jurisdicional da constitucionalidade como atribuição dada a um órgão pretensamente imparcial nas disputas políticas.

Neste sentido, Gilberto Bercovici afirma:

A normatização unilateral da constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando este seu caráter político. O entendimento da constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da constituição, abandonando questões centrais como a da democracia[42].

Para Bercovici, a falta de compreensão histórica e política da Constituição, como uma pretensão de eternidade, é resultado da visão do constitucionalismo liberal[43]. E completa afirmando: “O princípio legitimador da constituição é a democracia em sua dimensão material, não apenas procedimental”[44].

Dando seguimento à crítica da concepção formal e a-política do constitucionalismo liberal, Bercovici afirma:

A tentativa de congelar as aspirações democráticas para salvaguardar as aquisições liberais das constituições, segundo Palombella, gera a distorção de tornar o constitucionalismo o árbitro último de um conflito no qual é parte. Esta prevalência do constitucionalismo retir força da democracia. A neutralidade das constituições é ilusória e o constitucionalismo não deve ter nenhuma primazia ideológica que não o obrigue a ser continuamente colocado à prova na esfera democrática[45].

Mesmo atento para as críticas que mostram na judicialização um fenômeno que esvazia determinadas esferas democráticas, tornando os tribunais instâncias privilegiadas de decisão política, é necessário, no entanto, rever a condição apontada linhas atrás como uma das causas para o desenvolvimento da judicialização: a inefetividade das

instituições majoritárias. Inefetividade no sentido de “incapacidade dessas instituições de dar provimento às demandas sociais”[46].

Estas demandas sociais se tornam ainda mais exigíveis frente às Constituições dirigentes com suas normas programáticas[47], especialmente porque não há mais que se questionar acerca da juridicidade, portanto da força jurídica, que os programas constitucionais possuem em face de todos os Poderes do Estado, mormente o Executivo e o Legislativo.

Oscar Vilhena Vieira assim se expressa acerca das Constituições dirigentes:

Além da organização e separação de poderes e de uma carta de direitos civis e políticos, as constituições elaboradas neste século trazem, em geral, uma série de direitos sociais, econômicos, culturais, e até ambientais... As constituições ‘dirigentes’ além de organizar as clássicas atribuições do Estado liberal, buscam criar condições de realização de uma justiça substancial, que reside em traçar procedimentos justos voltados a assegurar procedimentos resultados igualmente justos[48].

A legitimidade destas Cartas Políticas reside na construção de uma sociedade permeada por uma justiça material. Assim, a atividade estatal necessita estar embasada por esta concepção de justiça social e econômica. A construção desta sociedade por meio de um ideal de justiça realiza-se paulatinamente, e deve contar com a essencial participação dos Poderes Executivo e Legislativo. Esclarecendo o tema, Vieira escreve:

Para que esses direitos possam ser efetivamente atendidos, as constituições ‘dirigentes’ impõem ao legislador e ao governante uma série de diretrizes e programas que vinculam, em maior ou menor medida, a atuação desses agentes, objetivando criar as condições materiais necessárias para a efetiva fruição dos direitos expressos no texto constitucional[49].

E se o Executivo, na concretização das políticas públicas, não garante direitos assegurados constitucionalmente? A ineficácia de um governo, entretanto, não pode ser considerada uma mera questão de opinião pessoal. Mas a questão é que, nos países em desenvolvimento, a carência de políticas públicas direcionadas a garantir as condições mínimas de existência é fato notório. Assim, os atores sociais direcionam suas demandas ao Poder judiciário. E este, não podendo se negar a decidir as questões que lhe foram apresentadas, tendem a pôr um fim no conflito, sendo que solução para este conflito deveria ter sido apresentada nas esferas ordinárias do debate democrático, isto é, no âmbito propriamente político[50].

4. JUDICIALIZAÇÃO E NOVA HERMENÊNTICA CONSTITUCIONAL.

Como afirmado no início do artigo, a hermenêutica jurídica clássica, vinculada ao positivismo, não estava preparada para cumprir satisfatoriamente seu papel frente a valorização da Constituição como elemento integrador da sociedade.

Como exposto acima, os princípios constitucionais são a estrela guia para todo o ordenamento. Nos ensinamentos de Glauco Barreira: “... os cânones tradicionais da hermenêutica foram concebidos para a interpretação de normas com estrutura de regras e, principalmente, para as normas de direito privado[51]”.

Vale lembrar que os princípios constitucionais nem sempre foram considerados normas jurídicas, tendo sua juridicidade questionada. A discussão sobre a juridicidade dos princípios constitucionais foi superada, no sentido de considerá-los normas com força jurídica. Nas palavras de Paulo Bonavides:

... aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que pelo no discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.[52]

Percebe-se, portanto, que para a nova hermenêutica, as regras possuem estrutura diferente da que possuem os princípios. Os princípios podem ser distinguidos das regras por três critérios: quanto ao conteúdo, quanto à estrutura normativa e quanto às particularidades de aplicação[53]. Em relação ao primeiro critério, os princípios trazem uma decisão política, como uma espécie de objetivo coletivo, de modo que a generalidade é sua tônica mais marcante; já as normas, traçando uma conduta, têm caráter específico. Quanto à aplicação, os princípios importam uma interpretação mais profunda, levando em consideração fortes valorações morais; as regras têm interpretação mais simples. Quanto às particularidades de aplicação, as regras aplicam-se sob a forma do “tudo ou nada”, enquanto os princípios aplicam-se proporcionalmente. A aplicação de um princípio não significa a exclusão dos demais.

Habermas afirma: “Só se pode solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”.”[54]

Sobre o assunto, argumenta o autor:

Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na

medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões[55].

O filósofo alemão prossegue:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa, e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira[56].

Para Habermas, nos trechos acima, as “normas” estão no sentido de regras, e os “valores” apresentam-se nos princípios.

A chamada “colisão de princípios” deriva do caráter dialético da constituição, no sentido de ser a Constituição um instrumento unificador de uma sociedade múltipla. Além disso, a Constituição é a norma maior na qual se projetam as realizações de uma sociedade em transformação. É como se a Constituição, principalmente por meio de seus princípios, balizasse a efetivação dos projetos de reestruturação social. Esta compreensão poder ser utilizada em decisões judiciais que se arvorem numa condição ativa de construção de uma justiça idealizada pela Constituição.

Esfera interessante para a distinção entre princípios e regras é a da colisão de princípios e a do conflito de regras. Paulo Bonavides, *apud*, Robert Alexy, nos ensina:

... os conflitos de regras – assevera o eminente jurista – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor[57].

Os métodos da hermenêutica jurídica clássica permanecem sendo utilizados. A diferença é que, no pós-positivismo, as espécies de normas jurídicas chamadas de *princípios* não comportam um esquema fechado de interpretação. A nova hermenêutica traz um método novo, caracterizado pelo aspecto aberto, dialógico e pragmático. A generalidade de algumas normas constitucionais possibilita a abertura para o contato com as transformações sociais, principalmente numa sociedade pós-industrial[58], plural e que, instrumentalizada pela tecnologia da informação, forma novas redes de interações sociais constantemente[59]. Pelo aspecto dialógico, os problemas devem ser

resolvidos com base em uma argumentação viabilizada por uma pré-compreensão do tema, estando, assim, em consonância com a inteligência de uma teoria discursiva do Direito. O ponto pragmático liga o intérprete à responsabilidade de produzir um julgamento ou mesmo de realizar a escolha executiva buscando dar a maior efetividade possível às normas constitucionais, produzindo, deste modo, resultados eficientes no processo de aplicação do Direito. Como se percebe, a característica dialógica e pragmática, bem como o aspecto aberto na interpretação da constituição, contribuem para uma maior discricionariedade na decisão judicial, como instrumentos hermenêuticos subjacentes ao fenômeno da judicialização.

Aqui, levanta-se a questão sobre a existência de certa *criatividade judicial*. Até que ponto pode-se compreender a função jurisdicional não apenas como uma concretização da vontade da lei, mas como *criação* de uma norma que regerá um caso específico? Pelos métodos da Nova Hermenêutica Constitucional, parece difícil negar que a atividade judicial não guarda um elemento de criatividade.

O exato nível de *criatividade* judicial não está claro. Segundo Cappelletti:

Trata-se (...) de problema que não pode se resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade – ou, para ser preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa – pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade[60].

A superação do paradigma de aplicação da lei advinda do estado Liberal promove um campo fértil para uma atividade judicial de construção de sentido.

Neste sentido, Habermas afirma:

O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a “conceitos-chave” duvidosos. De fato, toda ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva...[61]

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao término deste estudo, a conclusão que nos ocorre é a de que para a compreensão do fenômeno da judicialização, devemos levar em consideração, principalmente, três elementos: o surgimento do paradigma do Estado Social, o *Welfarestate*; a superação da subsunção como técnica mecânica de aplicação da lei pelos instrumentos abertos da Nova Hermenêutica Constitucional; e a realidade da ineficiência das instituições políticas que deveriam assegurar a prestação de serviços públicos. Estes três elementos contribuem especialmente para que os atores sociais busquem assegurar, junto ao Poder judiciário, a fruição de seus direitos. Além disto, também concluímos que a levada de questões eminentemente políticas para o judiciário, principalmente por meio da jurisdição constitucional, cria uma tensão entre democracia e constitucionalismo. Para alguns, a democracia deve guiar as decisões políticas e não caberia ao Judiciário intervir nestas esferas de decisões majoritárias. Entretanto, na realidade de países em desenvolvimento, onde as políticas públicas não atingem os objetivos constitucionais, o Poder Judiciário quando chamado a decidir, pode garantir aos atores sociais a fruição de seus direitos fundamentais. Para tanto, fundamentado nos métodos da Nova Hermenêutica Constitucional, os juízes, em casos específicos, possuem certa liberdade de decisão. Assim, o judiciário não simplesmente aplica a vontade da lei, mas exerce certa criatividade. Esta criatividade está, contudo, limitada pelos parâmetros dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

CAPPELETTI. Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993

CARVALHO. Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Judicialização: apontamentos para uma nova abordagem**. *In* Ver. Sociol. Polit., Curitiba, 23, p. 115 a 126, nov. 2004.

CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 10^a Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, v. 1.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

- DWORKIN. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2005.
- FARIA. José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRY. Jean-Mare. **Filosofia da Comunicação: da antinomia da razão à função última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN. Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRELL. Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- MAGALHÃES-FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2004.
- MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.
- MATOS. Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: Uma Introdução Crítica ao Estado Liberal Democrático**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PICARDI. Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005.
- VIEIRA. Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[1] BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de direito administrativo**, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[2] Uso a expressão “via de regra”, pela polêmica em torno da jurisdição voluntária. Pois, neste caso, não há necessariamente agressão a direito, nem reparação da ordem,

pois não houve violação de direito. Ver DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

[3] BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.

[4] FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

[5] “O direito é concebido como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis”. BARROSO. Op. Cit., p. 277.

[6] *In* ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 157.

[7] MARINONI. Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

[8] PICARDI. Op. Cit., p. 13.

[9] BONAVIDES. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 188.

[10] WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

[11] “... a ampliação do âmbito da jurisdição... deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado liberal clássico para o Estado social de direito...”. PICARDI. Op. Cit., p. 11.

[12] KRELL *apud* Tércio Sampaio Ferraz Júnior *in* KRELL. Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, p. 94.

[13] PICARDI. Op. Cit., p. 13.

[14] FARIA, Op. Cit., p. 13.

[15] MARINONI. Op. Cit., p. 43.

[16] PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 52.

[17] A Nova Hermenêutica Constitucional está ligada ao pós-positivismo como uma nova forma de compreensão do Direito que supera a metafísica jusnaturalista e o esvaziamento axiológico do formalismo positivista. Intimamente harmonizada com a

valorização da Constituição, a Nova Hermenêutica Constitucional dá especial tratamento aos princípios constitucionais, conferindo-lhes força jurídica vinculante e tornando-os a base para a unidade e interpretação das leis. Na lição de Paulo Bonavides *in* Curso de Direito Constitucional, p. 231: “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.

[18] Segundo FARIA *in* **O Direito na Economia Globalizada**, p. 134, “o termo *Verrechtlichung* (juridificação) surgiu na Alemanha, durante a República de Weimar, por iniciativa de autores como Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer e Franz Neumann...”.

[19] “A nossa época, como já acenei, foi definida como a época da decodificação (...) Tal fenômeno também ocorreu com os códigos de rito (...).” PICARDI. Op. Cit., p. 3.

[20] FARIA, Op. Cit., p. 117.

[21] PICARDI. Op. Cit., p. 12.

[22] “A título de exemplo, basta recordar como na *justiça civil* o recurso aos pronunciamentos de urgência se tornou agora muito freqüente, e as medidas cautelares ou antecipatórias tendem a definir a controvérsia”. *In* PICARDI, Op. Cit., p. 15.

[23] PICARDI. Op. Cit., p. 4.

[24] “O tradicional operador do direito civil é, por excelência, um conservador. Ainda inspirado na noção napoleônica de um código civil como ‘Constituição do cidadão’, manuseia suas páginas com espírito recluso. Visualiza o direito privado de modo hermético e acredita que a carta constitucional é algo que não lhe afeta”. *In* ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005.

[25] “Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”. *In* ROSENVALD *apud* Gustavo Tepedino, Op. Cit, p. 160.

[26] “Tomando como fonte de inspiração o critério de sistematização proposto por Clèmerson Merlin Clève, podem-se classificar os sistemas de controle da constitucionalidade da seguinte forma: a) *o modelo inglês de ausência de fiscalização da constitucionalidade(...)* b) *o modelo francês de controle político e preventivo da constitucionalidade(...)* c) *o modelo de jurisdição constitucional difusa, de origem norte-americana(...)* d) *o modelo de jurisdição constitucional concentrada, desenvolvido a partir da matriz austríaca(...)*”. *In* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42.

[27] KELSEN. Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 67.

[28] “Que o princípio da maioria é largamente utilizado como técnica de tomada de decisão coletiva não resta dúvida. No entanto, cabe indagar se um critério quantitativo

pode dar fundamento qualitativo a uma decisão coletiva, ou mesmo, preliminarmente, se há fundamento qualitativo para justificar o princípio da maioria. Distinguimos pelo menos quatro linhas de fundamentação: a) o argumento conoscente, b) o argumento contratualista, c) o argumento axiológico e d) o argumento exclusivamente utilitarista.” MATOS. Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: Uma Introdução Crítica ao Estado Democrático Liberal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

[29] HABERMAS. Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 326.

[30] HABERMAS, Op. Cit., v. 2, p. 317.

[31] FERRY. Jean-Marc. **Filosofia da Comunicação: da antinomia da razão à função última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 88.

[32] FERRY. Op. Cit., p. 83.

[33] DWORKIN. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2005, p. 101.

[34] Vale a pena conhecer a sinopse da história: “Derrotado por Thomas Jefferson na eleição presidencial, o então Presidente John Adams nomeou diversos de seus correligionários do Partido Federalista como juízes federais, entre os quais se encontrava William Marbury. O próprio Marshall, secretário de Estado de Adams, havia sido nomeado, com aprovação do Senado, *Chief Justice* da suprema Corte, algum tempo antes. O título de nomeação de Marbury não lhe foi entregue a tempo, sendo sua nomeação suspensa por determinação do novo presidente Thomas Jefferson ao seu Secretário de Estado James Madison. Marbury acionou Madison exigindo informações, num primeiro momento. Não sendo fornecida nenhuma explicação, impetrou uma nova ação, *writ of mandamus*, com o objetivo de alcançar a nomeação. O tribunal adiou por mais de dois anos a decisão, o que gerou uma forte reação contra os juízes. Finalmente, ao anunciar a decisão da Suprema Corte, Marshall destacou duas questões: Jefferson não tinha o direito de negar posse a Marbury. Porém a Suprema Corte não poderia conceder o writ of mandamus, requerido por Marbury, pois esta competência que lhe havia sido atribuída pela seção 13 do *judiciary Act* de 1789 era contrária à Constituição, na medida em que alargava as competências constitucionais originalmente estabelecidas para a Suprema Corte. A Corte não poderia se utilizar de uma atribuição, ainda que conferida pelo parlamento, quando incompatível com a Constituição”. In VIEIRA. Oscar Vilhena. Op. Cit., p. 43.

[35] Expressão utilizada pela Carta Política de 1988 para designar o Supremo Tribunal federal.

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>

[37] Cf. CARVALHO. Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Juicialização: apontamentos para uma nova abordagem**. In Rev. Sociol. Polit., Curitiba, 23, p. 115 a 126, nov. 2004.

[38] CARVALHO. Op. Cit., p. 118.

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>

[40] CARVALHO. OP. Cit., p. 119.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>

[42] BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15 .

[43] BERCOVICI. Op. Cit., p. 16.

[44] BERCOVICI. Op. Cit., p. 17.

[45] BERCOVICI. Op. Cit., p. 17.

[46] CARVALHO. OP. Cit., p. 120.

[47] “As constituições contemporâneas não se limitam às regras clássicas do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Trazem uma vasta estrutura d normas diretivas e programáticas e criam alterações extremamente importantes no quadro tradicional do controle da constitucionalidade”. *In* VIEIRA. Op. Cit., p. 31.

[48] VIEIRA. Op. Cit., p. 32.

[49] VIEIRA. Op. Cit., p. 32.

[50] “ vislumbramos que a Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte do Terceiro Poder dentro de um Estado Social, onde os parlamentos e governos de todos os três níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza.” *In* KRELL. Op. Cit., 93.

[51] MAGALHÃES-FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3^a ed. São Paulo: Mandamentos, 2004, p. 61.

[52] BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 248.

[53] Cf. BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

[54] HABERMAS. Op. Cit., v. 1, p. 259.

[55] HABERMAS. Op. Cit., v. 1, p. 317.

[56] HABERMAS. Op. Cit., v. 1, p. 317.

[57] BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p 251.

[58] Cf. MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.

[59] Cf. CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 10^a Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, v. 1.

[60] CAPPELLETI. Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

[61] HABERMAS. Op. Cit., p.313.

**NATUREZA MANDAMENTAL DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO
E TUTELA ESPECÍFICA EM CONSONÂNCIA COM O MICROSSISTEMA
PROCESSUAL SOB A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DAS AÇÕES
CONSTITUCIONAIS**

**NATURE OF DECISION MANDAMENTAL ORDER IN ARREST AND
PROTECTION IN LINE WITH THE SPECIFIC MICROSYSTEMS
PROCEDURE UNDER THE PERSPECTIVE OF THE EFFECTIVE ACTION
CONSTITUCIONAIS**

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém

RESUMO

O mandado de injunção, ação constitucional fundamental sem procedimento próprio, tem, portanto, como parâmetro, no que couber, o mandado de segurança. As últimas reformas processuais ocorridas vieram prestigiar o direito fundamental ao acesso à justiça, entendido este sob o prisma da efetividade, da celeridade e de procedimentos adequados, que concretizem um processo de resultados. De seu turno, as ditas ações constitucionais permanecem estagnadas, mantendo, cada qual, procedimentos específicos previstos em legislação ordinária. A doutrina, bem assim a jurisprudência vêm percebendo a legítima necessidade de nova sistematização das ações constitucionais com vistas a imprimir efetividade aos direitos materiais por elas protegidos, sob pena de ver tais institutos constitucionais apequenados diante de outras ações infraconstitucionais, posto que estas dispõem de diversos instrumentos garantidores de efetividade. Ao reconhecer a natureza mandamental da decisão judicial em sede de mandado de injunção, permitir-se-á, por interpretação analógica a influência das normas ordinárias processuais ao processamento do instituto, imprimindo-lhe a efetividade esperada de uma ação constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: MANDADO DE INJUNÇÃO. TUTELA ESPECÍFICA. EFETIVIDADE DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS.

ABSTRACT

The writ of injunction, action fundamental constitutional without procedure itself, and therefore as a parameter in the fit, the writ of mandamus. The latest procedural reforms have occurred honored the fundamental right to access to justice, understood in the light of the effectiveness of the rapid and appropriate procedures, which utilize a process of results. In turn, such actions are constitutional standing, while, each, specific procedures laid down in ordinary legislation. The doctrine, as well as the law are realizing the legitimate need for further systematic actions aimed constitutional rights to effective print materials protected by them, failing to see such institutes constitutional belittle before other actions infra, since they have different instruments guarantor of

effectiveness. Mandamental nature to give the court decision in the writ of injunction, it will allow for interpretation of the influence of the analogue ordinary procedural rules for the processing of the institute, giving you the expected effectiveness of a constitutional action.

KEYWORDS: WRIT OF INJUNCTION. ESPECIFIC GUARDIANSHIP.
EFFECTIVE THE CONSTITUCIONAL ACTIONS.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é tratar sobre a natureza jurídica da decisão em mandado de injunção em consonância com as inovações ocorridas na legislação processual, mormente no que tange à fase executiva da decisão, com vistas a imprimir efetividade ao *mandamus*. É cediço que o exercício jurisdicional do Estado, pelo Poder Judiciário tem como premissa constitucional, uma prestação efetiva e célere e para tanto, deve-se utilizar de procedimentos adequados de forma a realizar o direito material, operando os efeitos que lhe são próprios[1]. No entanto, percebe-se que as ações constitucionais, *ex vi* o Mandado de Injunção[2], ainda se encontram desprovidas de meios de efetividade, mormente sob o prisma da sua operacionalização e de mecanismos aptos a dar-lhe a concretude dela esperada.

Nas últimas décadas do século passado e, mais acentuadamente, após a promulgação da atual Constituição Federal, o Direito Processual Civil brasileiro sofreu profundas alterações. Nota-se que a modernização caminhou no sentido de reduzir o excesso de formalidade, imprimir celeridade, enfim, proporcionar efetividade, oferecendo uma tutela jurisdicional adequada. Para alcançar este objetivo, tutelas diferenciadas passaram a ser oferecidas, valorizando técnicas de sumarização, de antecipação do provimento final, além de previsão legal de mecanismos que possibilitem a tutela específica e atuação eficaz do juiz por meio de provimentos executivos *lato sensu* e de natureza mandamental.

THEODORO JÚNIOR (2007:110) leciona que esta reforma do Código de Processo Civil pode ser dividida em quatro etapas, sendo a primeira a alteração do texto do artigo 273 pela Lei 8.952/94 que também lhe acrescentou vários parágrafos que por sua vez foram aditados pela Lei 10.444/02 e implantou a antecipação da tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Em uma segunda etapa, ocorreu o que o mestre chamou de “modernização do procedimento de execução de sentença no processo civil brasileiro”, com a reforma do artigo 461. Pela dicção deste artigo, também reformado pelas mesmas leis já referidas acima, a sentença condenatória das obrigações de fazer e de não fazer deve conceder ao credor a “tutela específica”, tema que será esmiuçado logo adiante.

A terceira etapa das inovações deflagrou-se com a inserção do artigo 461-A no Código de Processo Civil pela Lei 10.444/02 determinando que nas sentenças condenatórias de

obrigações de dar, entregar ou restituir coisas, também, o pronunciamento judicial deverá conceder a tutela específica, com todos os seus consectários.

Finalmente, a quarta etapa deflagrou-se com o advento da Lei 11.232/05, abolindo a ação autônoma de execução de sentença condenatória de obrigações de pagar quantia certa[3].

Outras leis provocaram significativas alterações no Código de Processo Civil nestes últimos anos, que não foram mencionados aqui, eis que fogem do objeto deste trabalho, mas que são igualmente importantes para imprimir celeridade e efetividade ao processo[4]. WAMBIER, WAMBIER E MEDINA (2005:08) afirmam que as reformas tanto do CPC quanto da Constituição ocorreram em razão da falta de operatividade do sistema e tiveram por finalidade propiciar efetividade à tutela dos direitos, entendida esta sob o enfoque da celeridade e segurança jurídica.

Feito este breve traço evolutivo, cabe aqui a indagação do mestre DINAMARCO (2005:377), acerca da reforma do Código de Processo Civil, bem como das preocupações modernas pela efetividade do processo: “Quais contribuições úteis pode o novo pensamento processual trazer para o aperfeiçoamento do sistema?”.

Diante de indagações como esta, importa em verificar a possibilidade de empreender uma nova sistemática processual às ditas ações constitucionais, tais como o mandado de injunção cujo objetivo é exatamente imprimir efetividade às determinações constitucionais não concretizadas por falta de regulamentação infraconstitucional por negligência do poder competente constituído.

Propõe-se estudar a possibilidade de empregar as inovações dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil ao Mandado de Injunção, considerando a decisão nele proferida de natureza mandamental.

Para tanto, a proposta será demonstrada sob a perspectiva dos direitos fundamentais processuais por meio da interpretação da lei ordinária e, ainda, buscando a fundamentação doutrinária e jurisprudencial.

Portanto, inicialmente, serão analisados conceitos basilares acerca da efetividade do processo, considerações acerca do processo de resultados. A seguir, serão tecidas considerações acerca da tutela específica na nova ordem processual, bem como das medidas coercitivas por ela alcançadas, tendo como pressuposto a busca do processo de resultados.

Feitas tais considerações, abrir-se-á um capítulo específico para o Mandado de Injunção abarcando sua origem, conceito, requisitos, sujeitos legitimados, natureza jurídica, conteúdo e efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção e aspectos pontuais da execução da decisão no mandado de injunção.

Superado tal estágio, passa-se, finalmente à análise da possibilidade de aplicação dos comandos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil ao Mandado de Injunção com vistas a imprimir efetividade ao instituto.

1. CONCEITO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL: GARANTIA FUNDAMENTAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O princípio da inafastabilidade da Jurisdição inserido no capítulo dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal brasileira não se subsume apenas à velha concepção de acesso à justiça, de garantia tão somente de sentença de mérito (MARINONI, 2008:140).

É assente o consenso de que não basta assegurar o direito ao exercício de ação, sem que disponibilize meios eficientes aos jurisdicionados para que a prestação jurisdicional seja efetiva, levando a resultados equivalentes àqueles obtidos se a norma fosse observada espontaneamente.

A idéia de efetividade como garantia fundamental da prestação jurisdicional extrai-se dos princípios constitucionais, fundamentos do sistema processual brasileiro. BEDAQUE assim conceitua:

A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento material (*effettività oggettiva*). (2006:78)

Assim, o processo é, sem dúvida, o instrumento de concretização dos direitos materiais irrealizados de forma espontânea e, portanto, deve estar suficientemente dotado de mecanismos aptos a produzir resultado útil, ou seja, assegurar o bem da vida garantido pelo direito material.

Corroborando esta idéia, BARROSO (2009:121) denomina “garantias jurídicas” os meios processuais de proteção dos direitos, quais sejam, as ações judiciais e respectivos procedimentos dedutíveis perante o Poder Judiciário.

Para BARBOSA MOREIRA (1982:203) efetividade “é a aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena”.

De seu turno, WAMBIER (1997:206) assevera:

Efetividade dos resultados do processo significa que o direito processual civil deve construir instrumentos que sejam aptos a proporcionar aquilo que o cumprimento de uma obrigação ou obediência ao dever proporcionaria se não tivesse havido ilícito algum.

Importante escólio de TEORI ALBINO ZAVASCKI *in* WAMBIER (1998:358):

O processo, instrumento que é para a realização dos direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo legal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou introduzir a concretização do Direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular de direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente aquilo que pretendia, há prestação da tutela jurisdicional específica.

Das assertivas acima, pode-se afirmar que a efetividade da prestação jurisdicional, via instrumentalidade do processo, trata-se de um direito fundamental e, portanto, não se resume a “declarar os direitos” (MITIDIERO, 2007:91), mas também, utilizar os meios idôneos a concretizar estes mesmos direitos, outrora lesados, ameaçados ou negligenciados. Também, neste sentido, aduz BARROSO (2009:119):

As diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas.

MARINONI (2008:171) defende que o juiz tem o dever de “conformar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito de proteção e do direito à tutela jurisdicional efetiva”. Assim, por ser o processo civil um instrumento de proteção, não pode se furta a estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos, fundamentais ou não[5].

A prestação jurisdicional é um serviço público de caráter essencial, cuja prestação incumbe ao Estado promover, por meio do processo, utilizando técnicas adequadas, com o fim precípua de produzir os efeitos a que se propõe, ou seja, realização dos direitos dos jurisdicionados, conferindo-lhe, portanto, efetividade. A este respeito, afirma BEDAQUE (2006:15):

A eficiência da função jurisdicional do Estado está intimamente relacionada não só com o desenvolvimento em concreto do instrumento pelo qual ela opera, mas principalmente

pelos resultados obtidos. São necessários, portanto, mecanismos adequados às exigências das relações materiais.

DIDIER JÚNIOR (2008:89) denomina “tutela jurisdicional qualificada” aquela garantia que vai além do mero dever do Estado prestar a Justiça, devendo adjetivar esta prestação estatal, que “há de ser rápida, efetiva e adequada”.

Adequação é “a conformidade com o objetivo (*Zielkonformität*) e a ‘prestabilidade’ para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) da medida” (GUERRA FILHO, 2007b:66). Processo devido é processo adequado (DIDIER JÚNIOR, 2008:89).

A tutela prestada pelo Estado deve ser adequada, não pode ser meramente formal, devendo ser capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pede proteção. (DESTEFENI, 2002:132).

Assim, percebe-se que existe o direito à técnica adequada à efetividade e que tal técnica dever ser adaptada aos direitos fundamentais, idônea a promover a proteção efetiva ao direito lesado. As normas de procedimento devem ser criadas de forma obter resultados efetivos e que atendam suficientemente aos direitos fundamentais (ALEXY, 2008:473).

Nesta linha de raciocínio, é possível verificar que, no modelo constitucional do processo em que há um padrão mínimo a ser obedecido pelo legislador e pelo juiz, não há empecilho para se criar novas e melhores garantias de um processo efetivo, que traga resultados justos diante das situações concretas (THEODORO JR, 2009:238). E, ainda, o mesmo doutrinador, diz:

As garantias constitucionais do processo, para se efetivarem, podem valer do aparelhamento procedimental existente. O pleno acesso à justiça depende, sobretudo, da implantação de “uma nova mentalidade no processo”, destinada a envolver não apenas o legislador, mas, sobretudo, doutrinadores e os sujeitos do processo. (2009:239)

Portanto, falar em efetividade processual significa proporcionar ao titular de um direito material, em cada caso concreto, acesso à ordem jurídica justa, utilizando-se de técnicas adequada e apta a possibilitar que a tutela seja alcançada.

No caso em apreço, como se dirá adiante, defende-se a aplicabilidade das técnicas criadas pelo legislador para o processo civil comum, destinadas a imprimir efetividade ao processo, às ações constitucionais, especificamente o mandado de injunção, por tratar de instrumento constitucional posto à disposição do cidadão para garantia de direitos fundamentais.

2. TUTELA ESPECÍFICA: CONCEITO E FINALIDADE

Corroborando as assertivas acima, para que a tutela jurisdicional seja efetiva, ou seja, produza resultado útil, importa que o processo seja dotado de instrumentos idôneos para tanto. A existência e força de tais instrumentos estão diretamente ligados à jurisdição, eis que abastecem o Juiz de poderes para concretizar o direito das partes (PANUTTO, 2006: 26).

Sobre o tema, defende DINAMARCO (2005:375):

Por isso, em primeiro lugar é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos titulares de direitos reconhecidos pelo juiz (...). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões neste sentido e não outras meramente paliativas.(...) A *execução específica* constitui, nesse quadro, fator muito expressivo da efetividade do processo.

Aperfeiçoada sob a ótica do dito processo civil moderno, a tutela específica está intimamente ligada à efetividade da tutela jurisdicional e refere-se ao cumprimento de uma obrigação, por meio da tutela jurisdicional, que por sua vez, utiliza-se de todos os instrumentos processuais disponíveis, possibilitando entregar ao jurisdicionado exatamente aquilo que teria se a obrigação fosse cumprida espontaneamente[6].

Verifica-se, portanto, que a tutela específica visa evitar a conversão automática das obrigações de fazer, não fazer, dar coisa em perdas e danos, utilizando-se de técnicas adequadas de coerção, que serão abordadas a seguir.

A tutela específica está prevista nos artigos no Código de Processo Civil, nos artigos 461 e 461-A:

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 461-A - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Tais dispositivos estabelecem medidas coercitivas que podem ser adotadas pelo juiz, a fim de compelir o requerido a cumprir a obrigação não adimplida espontaneamente. Essas medidas podem ser divididas em duas categorias distintas que PANUTTO (2006:92) sintetiza da seguinte forma:

a) as medidas de coerção indireta, que, subdividindo-se em multa ou prisão, fazem uma pressão psicológica ao réu, de modo que ele prefira cumprir a determinação do juízo a sofrer a penalidade e b) medidas de sub-rogação ou medidas de coerção direta, que atingem o resultado do processo independentemente da vontade do réu, podendo o juiz alcançar tal resultado mediante terceiros ou mediante auxiliares do juízo[7], como por exemplo, o desfazimento de obras e busca e apreensão, respectivamente.

Cumpra esclarecer que as medidas coercitivas relacionadas nos parágrafos 5º do artigo 461 e o 2º do 461-A do CPC (multa diária, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, imissão na posse) são meramente exemplificativas, cabendo ao juiz utilizar-se de outras medidas tendentes à efetividade do processo, de forma criativa e equânime[8].

Vale observar, ainda, que há consignação expressa no dispositivo legal (461, § 1º) que a obrigação somente se converta em perdas e danos se o autor o requerer ou se tornar impossível a tutela específica ou, ainda a obtenção de resultado prático equivalente.

Destarte, a tutela específica, a teor dos dispositivos legais mencionados acima, têm clara finalidade de imprimir efetividade ao processo. Reforçando esta idéia, MARINONI (2008:157) afirma que “seria uma enorme contradição entender que o direito fundamental outorga o direito à concessão da tutela, porém não a sua efetivação”; e cita Canotilho:

Finalmente, a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe a exequibilidade das sentenças (‘fazer cumprir as sentenças’) dos tribunais através dos tribunais (ou, evidentemente, de outros órgãos), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da proteção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado.

3. SENTENÇAS MANDAMENTAIS E EXECUTIVO *LATU SENSU*

Os mencionados artigos 461 e 461-A do CPC ao prestigiar a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, nas obrigações de fazer e não fazer e entrega coisa autorizam o juiz ao proferir sentença cognitiva ou decisão que antecipe os seus efeitos, impor multa diária, como forma de obter o cumprimento do preceito, assim como qualquer outra medida necessária à obtenção de resultado efetivo. Destarte, estabelece verdadeiro sincretismo processual, fazendo com que as ações de conhecimento espraíem efeitos próprios do processo de execução, materializem a sanção prevista na sentença, sem que seja necessário, obrigatoriamente utilizar do processo específico de execução. Trata-se da deflagração das denominadas tutelas mandamental e executiva *lato sensu*.

Não é objetivo adentrar, nesse tópico, ao tema da classificação das sentenças ou defender a classificação quinária das mesmas[9]. Com efeito, a proposta é compreender a relevância da carga de eficácia destas decisões na tutela dos direitos fundamentais.

Contudo, para uma melhor compreensão do assunto, vale traçar breves conceitos das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória a teor da classificação trinária.

A sentença declaratória tem função específica de declarar a (pré)existência ou inexistência de uma relação jurídica ou, ainda a autenticidade de determinado documento. De seu turno, a sentença constitutiva se encarrega de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Por sua vez, a sentença condenatória, tem dupla função: além de declarar a existência de um direito, profere uma condenação com o fim de materializar referido direito, preparando uma futura execução forçada.

Vale registrar que as sentenças mandamental e executiva *latu sensu* foram trazidas para o ordenamento jurídico brasileiro inicialmente por Pontes de Miranda e, posteriormente, teve seu estudo aprofundado por Ovídio Batista da Silva (PANUTTO (2006:68).

Referidas sentenças trazem em seu bojo não só o reconhecimento do direito do autor, se procedente o pedido, como também a condenação do réu ao cumprimento da obrigação, fixando prazo e sanção para o caso de descumprimento.

Nessa linha de raciocínio, as sentenças mandamentais têm o condão de extrair do devedor o cumprimento da obrigação sob pena de ser-lhe imposta alguma medida coercitiva (multa, por exemplo) e ainda podendo caracterizar crime de desobediência. Neste sentido, vale destacar o ensino de MARINONI (2003:390-391):

Na sentença mandamental há tutela jurisdicional integral, enquanto a sentença condenatória constitui uma “tutela pela metade”, já que relacionada com a ação de execução. É preciso que se perceba que não há ordem ou uso de coerção na sentença condenatória, há simplesmente, declaração e aplicação da sanção.

É possível afirmar, portanto, que as sentenças mandamentais coadunam com as necessidades de materialização das tutelas específicas, principalmente no que se referem às obrigações de fazer, conforme estabelecido nos §§ 4º e 5º do artigo 461 do CPC.

Diferentemente do que ocorre nas sentenças mandamentais, as executivas *latu sensu* têm feição sub-rogatória. Ainda que efetivadas no próprio processo cognitivo, seu conteúdo não é uma ordem para o devedor cumprir, mas autorização para o órgão judicial executar, efetivando o direito independentemente da vontade deste. Realiza-se o cumprimento da obrigação independentemente da vontade do devedor ou até mesmo contra ela, por meio de atos substitutivos determinados pelo juiz, como busca e apreensão, reintegração de posse, ações de despejo, dentre outras.

O ponto de intercessão entre os dois tipos de sentença, mandamental e executiva *lato sensu*, está na prescindibilidade do processo de execução. Os mecanismos engendrados no artigo 461 do CPC, para a obtenção da tutela específica, ou para a consecução do resultado prático equivalente referem-se tanto a medidas de feição mandamental - como multas diárias ou por tempo de atraso -, quanto de características executivas - como a busca e apreensão, o desfazimento de obras, etc.

Não custa repisar que a enumeração das medidas de apoio preconizadas nos dispositivos em análise não é taxativa, mas exemplificativa. Por isso, o juiz está autorizado, a requerimento do interessado ou mesmo de ofício, a empreender todas as medidas e providências necessárias à efetivação da sentença. Neste sentido, lecionam WAMBIER, WAMBIER E MEDINA (2005:08)

O dado fundamental das sentenças executivas não reside tanto na circunstância de serem executadas no mesmo processo em que foram proferidas, mas na não submissão dessa atuação executiva a um modelo rigidamente tipificado. Confere-se ao juiz significativa liberdade na escolha dos meios executivos que empregará – os quais, aliás, ele colocará em ação de ofício, independentemente de requerimento do autor, tão logo seja eficaz a sentença.

Verifica-se, portanto, que as sentenças mandamentais e executivas *latu sensu* têm o condão de imprimir maior efetividade à prestação jurisdicional, mesmo porque independem de uma segunda relação processual, de caráter executivo para que o comando judicial se materialize, eis que a própria sentença proferida em sede de cognição já se utiliza de instrumentos coercitivos.

4. MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1. Introdução: origem e histórico breve

A doutrina não é unânime sobre a origem do mandado de injunção. ALMEIDA (2008:620) afirma que tal instituto foi inspirado em alguns remédios dos sistemas inglês

e norte-americano. Contudo, não há no direito alienígena instituto com as mesmas características. BARROSO (2009:253) diz que se trata de uma flor nativa, sem similar no direito comparado.

Com efeito, o mandado de injunção foi introduzido na Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, integrantes o título II, onde estão prescritos os direitos e garantias fundamentais. Previsto no artigo 5º, LXXI, o mandado de injunção localiza-se ao lado de outras garantias constitucionais, igualmente relevantes para a efetivação do Estado Democrático de Direito, tais como o mandado de segurança, o *habeas data*, o *habeas corpus* e a ação popular.

Interessantes e verdadeiras são as palavras de BARROSO (2009:253), a respeito da origem e finalidade do *mandamus*:

O mandado de injunção foi criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de uma maior efetividade das normas constitucionais, que em regimes passados, pareciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes. (...) No tocante às suas origens, é bem de ver que o mandado de injunção foi concebido como remédio para uma drástica patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador.

Corroborando este entendimento LENZA (2006:583) afirma que o mandado de injunção foi projetado com o escopo de buscar a “cura” de uma “doença” conhecida como síndrome de inefetividade das normas constitucionais, ou seja, normas constitucionais que, no momento da promulgação da Constituição, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, reclamando uma lei integrativa ou regulamentadora infraconstitucional.

Assim diz o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, fundamento legal do mandado de injunção:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Além da prescrição inaugural do artigo 5º, outros quatro artigos da Constituição dispõem também acerca do mandado de injunção, com o intuito de fixar regras de competência, a saber: art. 102, I, q; 102, II, a, 105, I, h, 121, § 4º, V.

4.2 Conceito e natureza jurídica:

MEIRELLES (2008:259) assim conceitua o mandado de injunção:

Mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Por sua vez, ALMEIDA (2007:633):

É ação constitucional fundamental destinada a suprir concretamente, pela via do Poder judiciário, a falta de norma regulamentadora que esteja inviabilizando o exercício de direitos constitucionais, coletivos ou individuais, de natureza pública ou privada, ou de exercício de liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

De seu turno, MORAES, (2002:412), dá seu conceito:

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal.

Dos conceitos acima, observa-se que sua natureza jurídica está intimamente inserida em sua própria definição. Ao que parece, não há dissenso na doutrina que o instituto em estudo se trata de ação constitucional.

Considerando que sua previsão legal encontra-se justamente no capítulo dos direitos fundamentais e considerando, ainda, que o mandando de injunção tem estreita correlação com o mandado de segurança, diferindo deste quanto ao objeto e à finalidade, mas não quanto à natureza jurídica, é possível afirmar que se trata de ação constitucional de natureza fundamental.

No plano do direito constitucional, o mandado de injunção possui natureza de *garantia* constitucional fundamental (ALMEIDA, 2007:624). Segundo o doutrinador, algumas conseqüências decorrem desta natureza: não pode ser interpretada restritivamente; tem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal; é cláusula

pétrea, não podendo ser restringido ou suprimido do texto constitucional (art. 60, § 4º, I da CF); possui prioridade na tramitação; possui eficácia potencializada.

No plano procedimental, trata-se de ação sumaríssima especial, considerando que segue o procedimento do mandado de segurança (Lei 1.533/51), a teor do parágrafo único do art. 24 da Lei 8.038/90, ratificado pelo artigo 216 do Regimento do STJ.

4.3 Pressupostos constitucionais para a impetração: condições da ação

Pela simples dicção do dispositivo constitucional, extrai-se as condições autorizadoras do ajuizamento do *writ*:

- a) a indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado;
- b) a ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada, criando a indesejável inviabilização.

No que tange ao primeiro requisito, a doutrina não é unânime quanto à interpretação da expressão “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” inserta do dispositivo constitucional atinente ao mandado de injunção. Há divergência quanto à extensão dos referidos direitos e ao alcance da tutela injuncional, formando três correntes: a restritiva, a intermediária e a abrangente (MACHADO, 2004:70).

A corrente restritiva entende que a tutela prestada pelo mandando de injunção alcança apenas aos direitos e liberdades descritos expressamente no dispositivo constitucional, ou seja, aqueles inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não alcançando, por exemplo, os direitos sociais^[10].

Os defensores da corrente intermediária têm um entendimento mais ampliado, defendendo que a expressão “direitos e garantias constitucionais” restringe-se aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto constitucional (Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade e Direitos Políticos)^[11].

Finalmente, a corrente abrangente não impõe qualquer tipo de restrição ou apontam elementos limitadores ao campo de tutela do *writ* ou de sua incidência. Os defensores desta corrente partem do pressuposto de que as garantias constitucionais devem ser interpretadas de forma mais ampla possível, excluindo apenas os direitos, liberdades e prerrogativas pertinentes a normas auto-aplicáveis^[12].

Por norma regulamentadora, entende-se aquela que possibilita a efetividade da norma constitucional, o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros atos.

PIOVESAN (1995:119) compreende como norma regulamentadora, não apenas edição de normas, mas toda e qualquer medida capaz de tornar efetiva norma constitucional, incluídas neste conceito, como a produção e ato administrativo e ato material.

Outra questão interessante refere-se à possibilidade de cabimento de mandado de injunção quando da omissão legislativa parcial.

O pressuposto que autoriza o ajuizamento do mandado de injunção não é somente a ausência total de norma. As situações de inércia parcial ou, na linguagem de Canotilho, “omissão legislativa parcial”, também autorizam a utilização do Mandado de Injunção (MACHADO, 2004:77).

Seria, portanto, perfeitamente possível se deparar com uma situação em que, apesar da existência da norma regulamentadora, o direito do eventual titular poderia ainda não estar suficientemente viabilizado, por deficiência da norma (regramento parcial), impedindo, por conseguinte o exercício do direito potencialmente previsto em norma constitucional.

4.4 Do objeto material do mandado de injunção

Da análise do dispositivo constitucional onde se insere o mandado de injunção, observa-se que o legislador não estabeleceu restrição quanto ao objeto do mandado de injunção. Destarte, tantos os direitos individuais puros, individuais homogêneos, quanto os coletivos^[13] ou difusos^[14] poderão ser objeto do *mandamus* (ALMEIDA, 2007:630).

4.5 Legitimidade

A legitimação ativa para impetração da medida segue a regra geral processual, recaindo sobre o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora. Assim, sintetiza ALMEIDA (2007:636):

É conferida, por falta de restrição constitucional, a toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, ou ate mesmo aos entes despersonalizados com personalidade judiciária. Em relação à tutela de direito individual puro, aplica-se o disposto no art. 6º do CPC; já em relação aos direitos ou interesses coletivos, aplica-se o disposto nos arts. 5º da Lei 7.347/85 (LACP) e 82 da Lei 8.078/90 (CDC).

Quanto à legitimidade passiva, o entendimento é polêmico. O constituinte limitou-se à criação do remédio, mas não detalhou seu procedimento. Coexistem basicamente três correntes apresentadas por ALMEIDA (2007:639-640):

A primeira corrente sustenta que a legitimidade passiva é da autoridade ou do órgão público responsável pela omissão legislativa e, em litisconsórcio, da parte, pública ou privada, que irá sofrer os efeitos da decisão. Orientação já seguida pela jurisprudência de determinado setor do STF (MI 305-0-DF e MI 562-9/RS, Rel. Min. Marcos Aurélio).

A segunda corrente, defendida pelo próprio Gregório Assagra de Almeida, afirma que a legitimidade passiva é da parte, pública ou privada, que vai sofrer os efeitos da decisão.

De outro lado, a terceira corrente entende que é da autoridade ou órgão responsável pela omissão legislativa, sendo esse entendimento já acatado, por maioria de votos, pelo STF (MI 323-8-DF, Rel. Min. Moreira Alves).

4.6 Competência

A competência para impetração do mandado de injunção é fixada considerando a origem e a natureza da omissão impugnada, bem como a qualidade das autoridades ou órgãos públicos responsáveis pela omissão legislativa, fundamentando-se nos arts. 102, I, q, 105, I, h, e 121, § 4º, V, todos da atual Constituição Federal. (ALMEIDA, 2007:641).

Ainda segundo o artigo 125 da Carta Magna, também os Estados-Membros poderão dispor sobre a competência para processar e julgar mandado de injunção em suas Constituições Estaduais.

Apesar de a Constituição Federal conferir competência para julgamento do mandado de injunção somente aos Tribunais (órgãos colegiados), Gregório Assagra de Almeida diz que não há impedimento constitucional que juízos de primeiro grau sejam competentes para o processamento e julgamento de mandado de injunção nas hipóteses de competência não fixadas constitucionalmente (Constituição Federal ou Constituições Estaduais), disciplinadas por leis de organização judiciária. Ou seja, que as Constituições estaduais e as leis de organização judiciária fixem competência aos órgãos monocráticos de 1º grau para julgamento do mandado de injunção (2007: 642).

4.7 Conteúdo e efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção

No campo doutrinário há controvérsias. Destina-se o Mandado de injunção a obter o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente?

Respeitáveis doutrinadores como Hely Lopes Meirelles e José da Silva Pacheco[15] entendem que o mandado de injunção cumula as duas finalidades citadas acima. Assim, na apreciação do *writ*, o órgão julgador poderá: a) determinar à autoridade ou órgão competente que expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional ou b) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal[16].

Neste sentido, BARROSO (2009:257) afirma:

Em conseqüência, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver o mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, formulando ele próprio a norma necessária, em caráter temporário, até que a omissão seja sanada. Assim a função do MI é fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada.

LENZA (2006:585) expõe com maestria a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, indicando as quatro correntes existentes:

Posição concretista geral: através de normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeito *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo;

Posição concretista individual direta: a decisão, implementando o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;

Posição concretista individual intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa prazo ao Legislativo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;

Posição não concretista: a decisão apenas decreta a mora do Poder omissor, reconhece-se formalmente a sua inércia.

A posição dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até pouco tempo era a não concretista, como se pode observar pela leitura da emblemática decisão abaixo transcrita:

Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra.

EMENTA: - MANDADO DE INJUNÇÃO. JUROS REAIS. PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO. - Esta Corte, ao julgar a ADIn. n. 04, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessitava de regulamentação. - Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão. (Mandado de injunção nº 232-DF. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 8 de abril de 1994).

Abstrai-se do julgado acima, portanto, que, apesar de Poder Judiciário reconhecer a mora do Poder Público na edição de atos normativos exigidos pela Constituição, pouco ou nada foi feito para sanar o problema, eis que a mera declaração de mora do responsável pela omissão não tinha o condão de resolver a situação carente de tutela.

Em outubro de 2007 o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de quatro mandados de injunção (MI 670, MI 708, MI 712 e MI 721), adotando a posição concretista geral para garantir o exercício de direito de greve por servidores públicos. Referidos julgados denotam clara mudança da posição não concretista adotada por tanto tempo pelas cortes superiores brasileiras. O Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de dar efetividade aos direitos constitucionalmente previstos, adotando uma natureza verdadeiramente mandamental na concessão da injunção, viabilizando o exercício imediato do direito da parte prejudicado pela inércia do legislador ordinário.

A transcrição da ementa confirma a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (Mandado de injunção nº 721-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF 30 de agosto de 2007).

5. EXECUÇÃO DA DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já dito alhures, em razão de não dispor expediente próprio, o procedimento a ser adotado para o mandado de injunção deve o mesmo expedido para o mandado de segurança (Lei 1.533/51), a teor do parágrafo único do art. 24 da Lei 8.038/90, ratificado pelo artigo 216 do Regimento do STJ.

No que diz respeito à execução, o processamento irá depender da natureza que se imprima a decisão concretamente proferida (ALMEIDA, 2007:663).

Ressalva-se que se a decisão denotar natureza meramente declaratória a teor da corrente não concretista, a execução limitar-se-á a proceder a comunicação da omissão à autoridade ou órgão legiferante responsável pela inércia.

Contudo, considerando que o entendimento adotado neste trabalho, e seguindo a doutrina moderna e recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, a natureza da decisão do mandado é concretista geral. Isto porque, o instituto em estudo trata de uma garantia constitucional fundamental e, portanto, a decisão que concede a injunção deverá, necessariamente, ter eficácia imediata (ALMEIDA, 2007:663).

Reforçando este entendimento, BARROSO (2009:267) afirma que a decisão tem caráter constitutivo, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto e aplicá-la, cabendo o órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade.

Considerando que a Lei 8.038/90, que institui normas procedimentais para o processamento de ações de competência do STJ e do STF, em seu artigo 24, parágrafo único, determina a aplicação das normas do mandado de segurança ao mandado de injunção, e considerando, ainda que àquele aplica-se, subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil, é possível afirmar a existência de um microsistema processual aplicável às ações constitucionais fundamentais.

Prosseguindo no raciocínio, verifica-se que o artigo 11 da Lei 1.533/51 (que dispõe sobre o mandado de segurança), consagra a execução imediata configurada na simples expedição de ordem judicial por ofício à autoridade coatora. Depreende-se, também, da leitura da mesma Lei, que há aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processamento *mandamus*.

Destarte, da conjugação dos dispositivos legais acima citados e partindo de uma interpretação teleológica, pautada pela busca da efetividade das normas constitucionais e, aqui especificamente do mandado de injunção, é possível afirmar que a este é aplicável as disposições dos artigos atinentes à tutela específica consagrada no Código de Processo Civil.

Confirmando este entendimento, ALMEIDA (2007:663), assim afirma:

A execução no mandado de injunção irá depender dos efeitos concretos da decisão. É aplicável, pelo menos em tese, o disposto no art. 11 da Lei 1.533/51, que consagra a execução imediata, simples, com a expedição de ordem judicial por ofício, bem como, no que for compatível, o CPC (arts. 461, 461-A, 475-I/475-R, dentre outros dispositivos compatíveis), e o CDC (art. 84), neste caso por força do artigo 21 da LACP.

Ainda considerando a adoção do procedimento previsto para o mandado de segurança para o mandado injuncional, vale considerar a posição de Eduardo Talamini, citado por PANUTTO (2006:122):

É imperativa a incidência subsidiária das normas do Código que se prestem a realçar os atributos constitucionais do mandado de segurança – especialmente as que sirvam para conferir maior efetividade à tutela através dele gerada. Trata-se de considerar a diretriz pela qual os direitos e garantias individuais devem ser otimizados, de modo a receber o máximo de eficácia possível.

Da assertiva acima, depreende-se que a idéia é conferir efetividade à ação constitucional, partindo da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sem que isso lhe retire os atributos essenciais.

A tutela específica, como mencionado, privilegia o cumprimento da prestação na forma devida, através de meios sub-rogatórios, se a obrigação for fungível ou se a obrigação for infungível, adota meios coativos para forçar o devedor a cumpri-la na forma específica, mas, na sua impossibilidade, determina a realização do resultado prático equivalente.

Conforme visto acima, não é passivo na doutrina o sujeito passivo no mandado de injunção. Contudo, qualquer que seja a postura adotada pelo órgão julgador não desprestigia a aplicabilidade das medidas do artigo 461 do Código de Processo Civil. Os meios coativos poderão ser aplicados se legitimado for pessoa jurídica de direito público ou privado. Da mesma sorte, independe o conteúdo ou efeito da decisão.

Se o órgão julgador assumir a posição concretista geral ou individual indireta, não impede de aplicar as medidas de coerção (art. 461 do CPC) cabíveis ao caso concreto de forma a prestigiar o *mandamus*, imprimindo a merecida efetividade.

Se de seu turno o Judiciário, julgando procedente o mandado de injunção, assumir a posição concretista individual intermediária, ao fixar prazo ao Legislativo para elaborar a norma regulamentadora, juntamente com este, não há empecilho para estipular multa diária por descumprimento.

O que importa, *in casu*, é a realização prática ou o efetivo exercício dos direitos e liberdades do credor previstos em preceito constitucional. Justifica-se, portanto o uso de qualquer meio executório, ainda que não previsto expressamente em lei especial, contanto que assegure a efetiva tutela do direito do jurisdicionado.

CONCLUSÃO

A idéia aqui lançada não é exatamente uma proposta de criação de procedimentos inéditos. Trata-se de um convite à apreciação de questões que há muito clamam por uma especial atenção: efetividade das ações constitucionais fundamentais. É certo, portanto, que para a efetivação de um direito material há necessidade da adoção de posturas inovadoras por parte dos juristas.

É inolvidável que as alterações ocorridas no processo civil em função da principiologia constitucional implicaram não só uma profunda alteração na jurisdição, como também propiciaram uma nova visão do próprio Direito.

Não é inédito o fenômeno da busca da efetividade do processo, e sim o seu avanço ininterrupto. É certo, porém que se trata de uma caminhada gradativa entre o ideal e o possível.

O mandado de injunção é importante instrumento de efetividade de direitos assegurados na Constituição de caráter programático com o fito de evitar a sua perenidade^[17].

Contudo, desde sua criação na Constituição brasileira de 1988, não foi editada nenhuma lei disciplinadora, tendo se servido do procedimento da Lei 1.533/51 que rege o mandado de segurança.

Sem desprezo aos grandes avanços dos tribunais pátrios, mormente do Pretório Excelso, quanto ao conteúdo e efeito das decisões proferidas em sede do mandado de injunção, em prol da almejada efetividade, desta ainda é carecedor no que atine à sua execução.

Defendeu-se nesta pesquisa, em apertada síntese, a aplicabilidade das novas normas processuais atinentes às obrigações de fazer e não fazer, insertas no Código de Processo Civil em seu artigo 461 ao *writ*, considerada esta uma ação de natureza constitucional fundamental desprovida de medidas de coerção, tornando-a apequenada diante de ações ordinárias consubstanciadas na norma processual ordinária.

A proposta levou em consideração, sobretudo, que referida ação constitucional deve ser tratada sob o prisma dos direitos fundamentais processuais, que, além de serem direitos subjetivos dos jurisdicionados, irradiam seus efeitos à interpretação dos procedimentos fixados pela microssistema processual vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, José Carlos. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no 70º aniversário**. São Paulo Saraiva, 1982.

_____. **Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. **Lei nº 1.533/54**. Disponível em: . Acesso em: 22 de janeiro de 2009a.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**, v. I. São Paulo: Saraiva, 2006

_____. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Constituição e Processo** (Coor.). Edições Podivm, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** v. 1. 6. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2006.

_____. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** v. 4. 3. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2008b.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo Saraiva: 1995

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: RS Editora, 2007a.

_____. **Teoria processual da Constituição.** 3. ed. São Paulo: RS Editora, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um instrumento de Efetividade da Constituição.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MACHADO, Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e Processo: A contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro.** Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicicional efetiva.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2009.

_____. **As Novas Sentenças e os novos poderes do Juiz para a prestação da tutela jurisdicicional efetiva.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5045>. Acesso em: 20/02/2009.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela inibitória (individual e Coletiva)**. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Mandado de segurança**. 31. ed. Atual: Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.

NEGRÃO, Theotônio. GOUVÊA, José Roberto F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio Nogueira. **Instrumentos de Tutela e direitos constitucionais: teoria prática e jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PANUTTO, Peter. **Tutela Específica nos Procedimentos Especiais**. Campinas: Millennium Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. V.2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JR, Humberto. **Hermenêutica e Processo. In Constituição e Processo**. Coord. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 42. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença. *In*: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (Org.) **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 2: processo de Execução. 9. ed. São paulo: Editora Revista dos tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de Execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

[1] Sobre a efetividade das normas jurídicas, vale consultar a obra de Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 2009 p. 82.

[2] Prescreve o parágrafo único do art. 24 da Lei 8.038/90 que aplica-se o procedimento previsto para o mandado de segurança – Lei 1.533/51.

[3] Vale esclarecer que as ações de execução de sentença autônomas não foram totalmente abolidas, restando casos de sentença penal condenatória, sentença arbitral, sentença estrangeira homologada pelo STJ, além de execuções especiais, como contra a Fazenda Pública, por exemplo.

[4] Sobre este aspecto, interessante e esclarecedora obra “As Novas Reformas do Código de Processo Civil” de autoria do mestre Humberto Theodoro Júnior, Editora Forense, 2007. E ainda, a obra “Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil” de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Jospe Miguel Garcia Medina, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

[5] Sobre o direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, vide obra de Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, 2008

[6] Sobre o instituto da Tutela Específica, consultar a obra de Luiz Guilherme Marinoni, sob o mesmo título, da Editora RT.

[7] Interessante distinção feita por Luiz Guilherme Marinoni entre coerção direta e sub-rogação. Segundo ele, quando a medida for praticada por auxiliares do juízo, trata-se de coerção direta, e se for praticada por terceiro, a medida é de sub-rogação (*in* As Novas Sentenças e os novos poderes do Juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5045>. Acesso em: 20/02/2009).

[8] Importa em ressaltar que na adoção de medidas coercitivas com vistas a imprimir efetividade, deverá o juiz sopesar os benefícios e prejuízos e decorrentes de sua decisão, utilizando-se do princípio da proporcionalidade na decisão entre os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade. MARINONI (2008:224) diz que o juiz deve utilizar as regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade a fim de que decida pelo meio mais idôneo e de menor restrição.

[9] Concordando com Luiz Guilherme Marinoni “seria absurdo dizer que a classificação trinária é errada ou falsa – uma vez que, como já foi demonstrado, as categorias da verdade e da falsidade não devem ser relacionadas com as classificações. Mas é inegável que essa classificação não tem a capacidade de explicar os valores, as diferenças e as implicações dos conceitos das sentenças condenatória, mandamental e executiva, ou, em outras palavras, a riqueza da distinção entre as diversas técnicas processuais para a prestação da tutela jurisdicional” (Técnica Processual e Tutela dos Direitos, São Paulo: RT, 2008, p. 95)

[10] Esta corrente é defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*in* Curso de Direito Constitucional, São Paulo Saraiva: 1995, p.276;

[11] São defensores desta corrente Celso Ribeiro Bastos e J.J Calmon de Passos, conforme Carlos Augusto Alcântara Machado, *Mandado de Injunção – um instrumento de Efetividade da Constituição*, 2. ed. 2004, p. 71.

[12] Defendem esta corrente, Celso Agrícola Barbi, *conf.* Carlos Augusto Alcântara Machado, *op. Cit.* p. 72 e José Afonso da Silva, *conf.* Flávia Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo: RT, 1995, p. 123.

[13] Há divergência quanto a tutela de direitos coletivos, este posicionamento é defendido por José Afonso da Silva (ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007:630).

[14] Flávia Piovesan defende a tutela dos direitos coletivos, via injunção, mas discorda de sua aplicabilidade no que se refere aos direitos difusos, pois estar-se-ia confundindo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O mandado de injunção, segundo, ela se transformaria em instrumento de tutela de direito objetivo, fugindo à sua finalidade, que é tutelar direito subjetivo. (*in* *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo: RT, 1995, p. 126).

[15] BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 256.

[16] Cabe esclarecer que não o mandado de injunção não tem cabimento quando a norma constitucional for bastante em si mesma, isto é, ela for auto-aplicável. Tampouco será admitido antes de decorrido o prazo previsto na Constituição Federal para elaboração da norma regulamentadora. E quando ocorrer edição de norma supervenientemente ao pedido (ainda que se trate de Medida provisória), viabilizando o exercício do direito reclamado, ter-se-á uma situação de prejudicialidade que afetará o próprio curso da ação injuncional. BARROSO, Luiz Roberto, *Op. cit.* P. 259.

[17] Conforme palavras de Nelson Nery Júnior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo:1992, p. 106.

**VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO, ACESSO À JUSTIÇA E MISÉRIA:
LIMITES DO MODELO DE JUSTIÇA INFORMAL**

**VIRTUAL PROCESS, ACCESS TO JUSTICE AND POVERTY: LIMITS TO
INFORMAL JUSTICE MODEL**

**Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Bruna Malveira Ary**

RESUMO

O presente artigo pretende analisar os limites do discurso de transformação do Judiciário a partir da virtualização do processo e da implementação de modelos de justiça informal enquanto instrumentos de renovação das práticas judiciais e de ampliação do acesso à justiça aos mais pobres. Este estudo integra uma pesquisa mais ampla sobre as reformas nos Judiciário Brasileiro e sobre a inserção das mudanças legais e institucionais na atuação do sistema de Justiça. A pesquisa ocorreu por meio de investigação de caráter bibliográfica e doutrinária, centrado em obras de referência da literatura científica norte-americana e brasileira, com o intuito de traçar um quadro referencial teórico comparativo das experiências reformadoras que inspiraram iniciativas nacionais. Como resultado, apresenta-se uma contextualização do surgimento dos Juizados Especiais no Brasil e nos EUA, inseridos no percurso das reformas judiciais. A importância do uso instrumental da lei processual e da valorização de práticas informais de solução de conflitos, em destaque nas últimas décadas, remetem a estudos realizados desde o início do século XX, como o efetuado por Roscoe Pound. Buscou-se conhecer os pressupostos de projetos como as Small Claims Courts dos EUA e dos juizados especiais brasileiros para discutir sua capacidade de oferecer respostas às críticas lançadas contra o Judiciário e garantir efetivo acesso à Justiça. Nesta perspectiva, analisou-se a concepção de virtualização do processo e o discurso reformador em torno da sua implementação. Constatou-se que a ênfase no uso das novas tecnologias da comunicação e da informação, testada inicialmente nos juizados, não obstante seus benefícios potenciais (especialmente na esfera gerencial), não assegura a superação dos problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro, como o acesso à justiça aos mais pobres e a superação dos efeitos nocivos da ideologia do formalismo.

PALAVRAS-CHAVES: REFORMA DO JUDICIÁRIO - JUIZADOS VIRTUAIS –
ACESSO À JUSTIÇA – VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO - MISÉRIA –
FORMALISMO

ABSTRACT

The scope of this article is to examine the limits of the discourse that defends the transformation of the judiciary based on the process' virtualization and the

implementation of informal justice models as tools for renewal judicial practices and expand the access to justice for the poor. This study is the partial result of a wider research on judiciary reform and the insertion of the Brazilian legal and institutional changes in the performance of the Justice System. The study has involved an in-depth literature scan focused on the most relevant authors from USA and Brazil in order to draw a comparative theoretical framework of reform experiences that inspired Brazilian initiatives. As a result, the research provides a contextualization of the emergence of Small Claims Courts in Brazil and the USA, inserted into the path of judicial reforms. The importance of the instrumental use of procedural law and the enhancement of informal practices to resolve conflicts emphasized in recent decades, have been referred in studies conducted since the beginning of the twentieth century, as performed by Roscoe Pound. We exposed the requirements of projects such as Small Claims Courts in the U.S. and Brazilian special courts to discuss their ability to provide answers to the criticisms launched against the judiciary and to ensure effective access to justice. Through this perspective, we analyzed the concept of virtualization and the discourse around its implementation. The emphasis on the use of new communication technologies and information, initially tested in the Small Claims Courts, despite its potential benefits (especially in the management sphere) does not ensure the overcoming of the problems faced by the Brazilian Judiciary, as access to justice for poor people and the harmful effects of the ideology of formalism

KEYWORDS: JUDICIAL REFORM - VIRTUAL SMALL CLAIMS COURT – ACCESS TO JUSTICE – PROCESS VIRTUALIZATION - POVERTY – FORMALISM

INTRODUÇÃO

A insatisfação pública com a máquina judiciária justifica o surgimento de reformas judiciais há décadas. Sob as mais diversas perspectivas e orientadas por múltiplas intenções, repercutem no debate jurídico e político pretensões renovadoras destinadas a dar nova feição ao sistema de justiça. A constância de um discurso reformador não significa essencialmente a presença de um sentido unívoco para os objetivos de quem pretende transformar o Judiciário. Variando de uma leitura liberal e econômica que interpreta a dinâmica judicial a partir dos seus efeitos sobre o mercado até um viés marxista que enxerga o direito e o Judiciário como instrumento de controle da força de trabalho, encontra-se um leque de interpretações sobre os problemas enfrentados pela sociedade diante da atuação dos seus tribunais.

Uma importante vertente destas reformas no século XX nasceu de uma ideologia contra o formalismo originada na jurisprudência sociológica de Roscoe Pound (1906) e na sua constatação de que o *legalismo formal* havia falhado na sua tarefa de oferecer instrumentos adequados para a solução dos conflitos baseado em princípios consensualmente aceitos ou em valores socialmente compartilhados. Como consequência da sua crítica, Pound encorajava o uso instrumental do processo, antecipando a tendência das reformas processuais, calcadas na percepção do processo como um meio e não como um fim em si[1].

A construção do modelo judicial brasileiro e sua forma de atuação liga-se intimamente a um lento processo de afirmação da autonomia do Judiciário que se constrói sobre as bases teóricas de uma ideologia calcada no aparente afastamento da política, na negação do papel social e político da magistratura, no fechamento corporativo dos juizes, entre outros fatores (FEITOSA, 2005).

No campo processual, a influência teórica da doutrina italiana capitaneada por Liebman (1984), seguindo uma longa tradição que o liga aos postulados cientificistas da padectística alemã, e as origens continentais do direito brasileiro, em que a busca pela verdade dentro do Judiciário segue o paradigma romano-germânico, acentuaram a tendência de apego às fórmulas rígidas, neutras e universais (LOPES, 1996; MARINONI; ARENHART, 2008). A associação deste conjunto de fatores, com as peculiaridades históricas que caracterizam a formação das instituições estatais brasileiras redundam em problemas crônicos dentro da dinâmica judicial do país, como a falta de acesso dos pobres à justiça, a ineficácia na defesa de direitos coletivos e difusos, lentidão, ineficiência e corrupção. Tais questões não representam exclusividade brasileira. A leitura da literatura internacional sobre a atuação e os dilemas do Judiciário revela uma grande identidade entre as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos nos mais diversos países do mundo.

Dentro desta perspectiva, a análise das reformas realizadas no Judiciário brasileiro, especialmente em sua dimensão processual, implica em compreender as forças motoras de movimentos semelhantes realizados em outros países, em refletir sobre as concepções contidas nas iniciativas reformadoras e em analisar os efeitos concretos das mudanças dentro do contexto social, político e jurídico do país. A compreensão dos limites das reformas legais não se resume aos seus aspectos técnico-doutrinários. Longe disso. As dimensões mais relevantes destas reformas consistem exatamente na sua incorporação dentro do sistema de justiça e na sua capacidade de oferecer respostas às necessidades dos cidadãos.

Não por acaso, todas as grandes iniciativas de transformação do processo e do Judiciário no Brasil passaram por um laboratório chamado “Juizados Especiais”. Nascidos como instrumentos de acesso à justiça, receberam a incumbência de granjear ao Judiciário a legitimidade democrática nunca obtida na história judicial brasileira. Num ambiente de redemocratização, maior liberdade e afirmação da nova ordem constitucional, optou-se por um modelo de pequenas cortes que deveria ser mais informal, simplificado, célere e justo (CUNHA, 2004; FEITOSA 2005).

O objetivo expresso consistia em chamar para o Estado a responsabilidade de solucionar os conflitos associados aos problemas de justiça social, não podendo jamais se eximir de conferir ao cidadão que o provocasse, inclusive o miserável, a prestação jurisdicional almejada (CARNEIRO, 1982; 1985)

Essa tão sonhada Justiça deveria ser um meio hábil posto à disposição de qualquer pessoa para a solução dos conflitos gerados das relações sociais, independentemente dos seus recursos econômicos e sociais. No entanto, as dificuldades de um procedimento saturado de formalismo eram incompatíveis com a obtenção de respostas justas para a grande maioria das questões, impondo uma barreira prévia ao sistema de justiça, por força da sua incompatibilidade com as necessidades ordinárias de justiça apresentadas na realidade da sociedade.

As expectativas depositadas nestes juizados vêm, em grande medida, ganhando corpo na forma de uma real ampliação do acesso à justiça, expresso na forma de um número crescente de novas demandas e na incorporação dentro da rotina judicial de litígios antes ausentes dos tribunais. Não obstante, percebe-se a carência de uma leitura mais acurada sobre a natureza do modelo adotado dentro dos juizados e os limites do discurso reformador. A explosão de alguns temas e propostas parece de tempos em tempos se alastrar no debate jurídico como uma onda irresistível que arrasta o campo do direito, sem que se pare para avaliar o que é realmente possível com as mudanças pretendidas.

O caso mais evidente de tendência avassaladora mostra-se na difusão dos méritos quase revolucionários da virtualização do processo. Inspirados na imensa capacidade das novas tecnologias, da informação e da comunicação, de transformar a maneira como se desenvolvem as relações sociais dos cidadãos, a cúpula do Judiciário brasileiro mobiliza uma grande quantidade de recursos e energia para introduzir o chamado processo eletrônico (ou virtual) na rotina dos juizados especiais. Mais uma vez, optou-se pelo laboratório dos juizados para experimentar os efeitos da mudança na vida forense. Projeta-se com a virtualização uma Justiça orientada pela celeridade, acessibilidade, eficiência, simplicidade, informalidade e economia processual.

Pretende-se, assim, refletir sobre a natureza e os limites da concepção de virtualização do processo, tendo em perspectiva as grandes esperanças depositadas na capacidade renovadora das novas tecnologias da informação e da comunicação. Para compreender o impacto das mudanças implementadas nos juizados, será necessário investigar aspectos fundamentais do modelo de justiça informal adotado nos juizados especiais e como este modelo se operacionaliza na realidade brasileira nos últimos anos. A discussão sobre a verdadeira dimensão das mudanças implementadas nos juizados implica na desconstrução de mitos e na exposição de carências analíticas contidas nos pressupostos das grandes propostas para a reforma do Judiciário nacional.

1 O Acesso à Justiça e os Juizados Especiais

O conceito de acesso à justiça mais amplamente utilizado no Brasil e aplicado de modo generalizado nas análises sobre o Judiciário e seus problemas deriva da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988). Na leitura dos autores, o acesso à justiça consiste no “mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Esse sistema jurídico, por meio do qual a coletividade pode reclamar os seus direitos e solucionar os seus conflitos sob a égide estatal, deve ser acessível a todos de forma igualitária e produzir resultados individualmente e socialmente justos.

Até pouco tempo no curso das pesquisas envolvendo os sistemas jurídicos, ainda estava consolidada a tradição de realizarem-se estudos que apenas procurassem analisar o sistema jurídico através de situações hipotéticas ou de uma casuística jurisprudencial, de maneira formal, aparentemente técnica e dogmática, sem que fossem verificados os

impactos de determinadas mudanças nos aspectos reais e práticos do sistema judiciário ou nas demais dimensões da vida social. Para Cappelletti e Garth (1988, p. 09):

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

O obstáculo imposto pelo custo elevado de uma demanda representa um dos aspectos mais excludentes da maneira como o Estado oferece sua prestação jurisdicional ao cidadão. Trata-se de um dos aspectos mais relevantes dentro de um conjunto amplo de elementos que criam um filtro de renda para a obtenção da proteção judicial aos seus direitos. Não se trata de compreender a renda apenas em sentido estrito, como capacidade de arcar com custas, mas de uma situação de pobreza ou miséria que vem permeada por outros fatores como baixa escolaridade, vitimização pela violência, segregação, preconceito e desconhecimento sobre seus direitos.

Na leitura sobre o obstáculo imposto pelos custos associado à movimentação da máquina judiciária percebe-se uma compreensão focada nas dificuldades financeiras em obter um advogado, pagar custas e emolumentos e arcar com o ônus da sucumbência. Tais fatores revelam-se importantíssimos e vem recebendo tratamento específico nas realidades jurídicas de diversos países (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). A oferta de assistência judiciária gratuita, na forma de advogados pagos pelo Estado ou por Defensorias, a flexibilização das regras de sucumbência ou mesmo a criação de organismos judiciais especializados e gratuitos contempla algumas das dimensões das barreiras impostas aos mais pobres.

A experiência brasileira após a redemocratização incorpora todas estas estratégias para ampliar o acesso à justiça, tendo como referencial o fator custo. Tal preocupação transborda a mera dimensão processual ou jurídica em sentido estrito, para ganhar contornos mais amplos com a clara constitucionalização do acesso à justiça, entendido como uma faceta do projeto de justiça social inserido ao longo de todo o texto da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o problema não se encerra na oferta de serviços de justiça gratuita. A desarrazoada demora na prestação jurisdicional, mesmo em juizados especiais, acarreta custos que se aproximam ou, até mesmo, superam o valor objeto do litígio. O tempo excessivo entre o início e o término do processo leva a maioria das partes a optarem por acordos desvantajosos ou desistirem da causa. O conhecimento sobre a morosidade judicial repercute nas escolhas das partes, interfere na sua disponibilidade em ingressar em juízo e acaba por oferecer uma vantagem adicional àquele que pode suportar os custos da demora por mais tempo.

Ao mesmo tempo, a ideologia corporativa responsável pela formação e orientação da magistratura, bem como o próprio modelo doutrinário adotado na concepção do sistema processual brasileiro reforçam a compreensão do papel do juiz como um agente neutro, passivo e equidistante das partes. Se de um lado a postura inercial pode oferecer garantia relativa de equilíbrio processual, de outro gera distorções no curso dos

processos capazes de desvirtuar completamente o objetivo pretendido para um sistema como o Judiciário. Em raras situações existem processos judiciais em que há real igualdade de recursos entre os litigantes. A rotina forense revela, de fato, um universo de desequilíbrios que espelham um verdadeiro microcosmos das mazelas e desigualdades contidas na sociedade brasileira.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 21-22), tendo em vista que sempre existem grandes diferenças entre as possibilidades das partes em litígios, o julgador não deve se posicionar de forma passiva e permitir que a parte que possui maiores vantagens vença a causa por esse motivo e não por que é titular do direito merecedor de proteção jurisdicional. Para os autores:

[...] uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exarcebam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.

Trata-se de constatação banal na realidade Judiciária, que a disponibilidade financeira se expressa na forma de advogados mais hábeis e preparados, aptos a utilizar dos instrumentos legais para desvirtuar a atuação da Justiça, procrastinando ou mesmo impossibilitando uma prestação jurisdicional coerente. A simples oferta de defensores públicos não se mostra suficiente para descaracterizar tal desequilíbrio e garantir um mínimo de igualdade processual ou uma resposta judicial mais justa.

Observa-se, diante de tais fatos, que as soluções para os problemas enfrentados para reconstruir o papel do Judiciário nas democracias contemporâneas, especialmente em países desiguais e de tradição autoritária como o Brasil, passam pela busca de soluções específicas capazes de abarcar aspectos de uma realidade excessivamente complexa. Assim, os juizados especiais, com seus procedimentos simplificados, informais e gratuitos, ao contrário de se traduzir numa resposta aos grandes dilemas do Judiciário, revela-se uma solução pontual e parcial.

A interpretação da realidade jurídica brasileira responsável pela concepção do modelo dos juizados expressa a análise da situação dos anos 80, complementada posteriormente no início dos anos 90. No entanto, não se pode perder de vista que a acessibilidade está intimamente ligada às características do processo e do procedimento, bem como à sua capacidade de garantir a tutela dos direitos submetidos à apreciação judicial. De outro modo, propostas como a dos juizados levam em consideração não apenas a capacidade de aprimorar a forma de assegurar direitos judicialmente, mas incorporar demandas e litígios excluídos do horizonte de atuação das cortes. Além de se transformar procedimentos, os legisladores empenham-se em inovar para abarcar eventos parciais ou totalmente incompatíveis com a forma tradicional de fazer justiça.

Sobre este ponto, Cappelletti e Garth (1988, p. 13) ressaltam que:

O acesso não é apenas um direito sócio fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Os juizados revelam, assim, uma estratégia para enfrentar problemas de acesso à justiça e de ineficácia na proteção de direitos a partir de inovações processuais que tentem solucionar os obstáculos encontrados no direito e na realidade forense. A Lei 7.244/84, inspirada nas *Small Claims Courts* dos Estados Unidos, dispôs sobre a criação e o funcionamento dos juizados de pequenas causas. O projeto capitaneado pelo Ministério da Desburocratização e idealizado por uma comissão de juristas utilizou uma combinação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, como a conciliação e a arbitragem, com a solução judicial propriamente dita.

A avaliação do sucesso dos juizados de pequenas causas centrou-se na sua capacidade de incorporar novas demandas ao Judiciário, legitimando-o enquanto instituição no cenário da redemocratização brasileira. Pouco ou nenhuma reflexão ocorria dentro do próprio Judiciário sobre a forma como estes juizados ganhavam corpo, como a magistratura implementava as inovações legais e como os processos se desenvolviam. O entusiasmo com os resultados numéricos escondiam e escondem um limitado conhecimento sobre a efetiva aplicação das propostas contempladas na Lei 7.244/84 e, posteriormente, na lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Na seqüência desta avaliação positiva, em grande medida, presente ainda hoje, incorporou-se na Constituição Federal de 1988 a implantação dos “juizados de pequenas causas” no artigo 24, inciso X, os quais foram chamados posteriormente de Juizados Especiais, com competência para “causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (artigo 98, inciso I).

Os Juizados Especiais integraram-se ao Poder Judiciário para proporcionar o acesso mais fácil do jurisdicionado, criando, inegavelmente, a oportunidade de obtenção da tutela para pretensões que dificilmente poderiam encontrar solução razoável através dos mecanismos complexos e onerosos do processo tradicional. A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, em vigor atualmente, regulamentou a previsão constitucional, disciplinando tanto o Juizado Especial Cível como o Criminal e adotando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O modelo alcançou com grande êxito ao assegurar maior acesso físico das partes ao sistema de justiça por meio da criação de diversos Juizados em um único estado, distribuindo-os pelos bairros das grandes metrópoles e em algumas cidades de médio porte. Pela primeira vez na história brasileira, órgãos do Poder Judiciário instalavam sedes em bairros pobres e distantes das regiões centrais.

Poucos estudos mergulham de fato na forma como o Judiciário reage diante da introdução de inovações como as previstas na Lei 9.099/95 (CUNHA, 2004; FAISTING, 1999; FEITOSA, 2005; VIANNA, 1999). Por em prática princípios como a informalidade e a simplicidade, freqüentar bairros pobres, dirigir audiências sem a presença de advogados, solucionar conflitos tratados em linguagem coloquial e sem uso de fórmulas jurídicas, entre outras idéias, consistem em tarefas extremamente difíceis, porém fundamentais para o sucesso dos juizados. **Terão os juízes e demais operadores do direito compreendido o real significado do modelo dos juizados?**

Outra faceta pouco explorada trata-se da forma como os cidadãos respondem à presença dos juizados, conhecem as possibilidades destas pequenas cortes e os utilizam efetivamente como instrumento de proteção dos seus direitos. Quem são os usuários?

Qual o seu perfil sócio-econômico? Qual a compreensão destas pessoas sobre os seus direitos? São perguntas cujas respostas podem indicar o grau de sucesso dos juizados em ampliar o acesso à justiça, particularmente entre os mais pobres (FEITOSA, 2005).

Dessa forma, observa-se que os Juizados prestam uma tutela diferenciada, com normas simplificadas para a solução de conflitos e tomada de decisões, que garantem acesso amplo a um número grande de cidadãos. Todavia, após mais de vinte anos da criação dos juizados de pequenas causas, continua-se reproduzindo o discurso entusiástico da ampliação do acesso à justiça e do uso laboratorial destas cortes para inovações legislativas sem sequer avaliar adequadamente a eficácia, utilidade e adesão diante das mudanças.

Esta mesma perspectiva orienta hoje a experiência da virtualização do processo no Judiciário brasileiro. O que aparentemente representaria apenas uma inovação tecnológica a serviço da justiça parece ganhar a conotação de grande revolução judiciária. Mais uma vez os juizados servem de palco para projetos inovadores. Não obstante o amplo leque de reflexões cabíveis diante da implementação de um projeto que se pretende modelar para todo o sistema de justiça, este estudo pretende analisar um aspecto crucial e mais imediato do uso do processo eletrônico nos juizados: os limites do uso de instrumentos processuais para a ampliação efetiva do acesso à justiça para os mais pobres.

E para tal análise é necessário partir da investigação de alguns pressupostos da concepção de justiça informal e simplificada que serviu de inspiração para os juizados brasileiros. Antes de se considerarem rompidas as barreiras existentes ao acesso efetivo à justiça através dos juizados especiais, devem-se avaliar os aspectos práticos e sociais da mudança, inclusive em relação ao procedimento virtual empregado recentemente, já que se vislumbram práticas retardantes, como a permanência da ideologia do formalismo em magistrados e servidores, a sobrecarga de processos da instituição e a falta de recursos tecnológicos no âmbito dessas cortes.

2 Formalismo e Justiça Informal

A grande parte dos movimentos que buscam a reforma do Judiciário propõe um conjunto de estratégias que incluem *deslegalização*, simplificação processual e soluções extrajudiciais. Percebe-se nestas propostas a compreensão sobre a incoerência existente entre o legalismo, expresso na forma de uma ideologia formalista, e os ideais substanciais invocados na democracia contemporânea para a realização dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, a vinculação histórica dos postulados do legalismo e do formalismo às raízes do liberalismo e da proteção às relações de mercado não se mostram suficientes para evitar sua crescente rejeição mesmo dentro dos segmentos empresariais. Por diversas perspectivas e orientações políticas ou teóricas, o modelo de justiça preso às fórmulas processuais rígidas, universais, pretensamente, técnicas e neutras sofre críticas.

As antigas reformas e as recentes continuam preservando, todavia, algumas das características básicas do “paradigma legalista” e nunca substituem a estrutura processual em si, apenas procurando complementar e aperfeiçoar a estrutura vigente (SHKLAR *apud* HARRINGTON, 1988, p. 10). Na primeira metade do século XX, com as primeiras reformas empreendidas nos EUA e em parte da Europa já se procuravam conciliar e harmonizar a justiça formal e a social. Entretanto, não se mudavam os fundamentos do formalismo, considerado, numa leitura política, como a teoria tradicional utilizada por excelência para legitimar e diferenciar as instituições jurídicas dos outros meios de formar decisões dentro do Estado. Esta diferenciação expressar-se-ia numa forma peculiar de racionalidade jurídica, forjada numa grande teia que articula e dá coerência de ação aos operadores do direito desde os bancos universitários até a cúpula do Judiciário.

A crítica ao legalismo-formalismo integra-se, assim, a um conjunto amplo de ataques ao legado de doutrinas como a teoria kelseniana, a escola de exegese francesa, o padectismo germânico, entre outros. Para além da contestação teórico-doutrinária, exsurge a compreensão da incapacidade destes modelos de oferecerem respostas eficazes aos dilemas impostos à atuação do Judiciário ao longo do século XX. Se no Brasil esta crítica ganha corpo nas últimas décadas, nos EUA, regido por outra tradição jurídica, a rejeição aos efeitos perversos do culto às fórmulas legais e processuais rígidas ecoa há mais de um século.

A contrapartida da rejeição ao formalismo reside na formação de uma série de propostas orientadas pelo esforço de *deslegalizar* a solução dos conflitos e privilegiar mecanismos informais de atuação judicial. Todavia, como observa Christine Harrington (1988) verifica-se que o informalismo, como objetivo da reforma judicial, e a conseqüente tentativa de obter métodos informais não são soluções fáceis, sem problemáticas próprias, que irão solucionar todos os problemas combatidos através das reformas. Ao contrário, os estudos realizados nesse sentido tornam-se obscuros e nada inovadores, como os estudos realizados acerca da reforma gerada com as Cortes de Pequenas Causas norte americanas, *Small Claims Courts*, os quais atestam que esses tribunais falharam na utilização do seu potencial reformador, sem, no entanto, analisar detalhadamente as características peculiares dos tipos de causas submetidos aos tribunais mencionados. Para Harrington (1988, p. 12):

O objeto de análise – informalismo – torna-se o critério para julgamento de uma reforma. Procedimentos informais são idealizados como não adversariais, reabilitadores e métodos preventivos para a solução de conflitos. O objetivo da reforma – informalismo – é tratado como não problemático e, invariavelmente, centros de análises sobre as barreiras para implementar esse objetivo. Essa abordagem leva a previsíveis e não iluminadoras avaliações sobre as políticas da reforma. O fato de os movimentos das cortes juvenis e dos tribunais de pequenas causas não terem institucionalizado os ideais do informalismo não significa que eles foram simplesmente reformas sem sucesso. Claramente, ambos tem tido conseqüências significantes, tanto para os tribunais, como para as pessoas que os utilizam.[2] (tradução nossa)

A rejeição aos efeitos do formalismo acaba por fomentar um movimento orientado pela defesa de soluções menos formais (ou informais) para os dilemas enfrentados pelo Direito e pelo Judiciário. Forma-se o que se poderia chamar de uma ideologia do informalismo, com reflexos importantes e profundos sobre as perspectivas traçadas para

as transformações do sistema de Justiça. Os juizados nos Estados Unidos originam-se sob o influxo deste conjunto de idéias e para a maioria dos autores brasileiros, passam completamente despercebidas as finalidades e conseqüências da adoção de modelos informais de justiça e de processo.

A ideologia do informalismo, especialmente no século XX, está relacionada à manutenção do poder e da autoridade do Poder Judiciário, em razão de o formalismo exacerbado ter maculado a confiança que a sociedade deposita neste Poder, por força da ineficiência da sua máquina e alheamento diante dos reclames populares. A autoridade do legalismo e os limites existentes para o acesso à justiça são, também, dimensões da mesma ideologia. Logo, a criação de uma ideologia do informalismo liga-se à remodelagem do poder e da autoridade judiciais.

Roscoe Pound, há mais de um século, já esclarecia alguns aspectos sobre as causas da insatisfação popular com o sistema jurídico. A insatisfação social com a administração da justiça não é exclusividade do modelo de justiça brasileiro. Ao contrário, esse dilema está presente em todos os sistemas legais e é tão antigo quanto a própria lei. Pound (1906) afirma que:

Basta um conhecimento superficial com a literatura para mostrar que todos os sistemas legais têm causado as mesmas queixas entre todos os povos. Até mesmo o maravilhoso mecanismo moderno da administração judicial alemã é conhecido por não ser considerado confiável pelo povo, em relação ao sendo comum de que existe uma lei para os ricos e uma lei para os pobres. É óbvio, conseqüentemente, que devem existir alguma causa ou causas inerentes a toda lei e em todos os sistemas legais que produzam esse efeito universal e invariável. Acredito que essas causas de insatisfação com qualquer sistema legal sejam as seguintes: (1) A necessária operação mecânica das regras, e, dessa maneira, das leis; (2) a inevitável diferença entre os níveis de progresso entre a lei e a opinião pública; (3) a suposição popular geral de que a administração da justiça é uma tarefa fácil, para a qual qualquer um é competente; e (4) a impaciência popular com os controles.^[3] (tradução nossa)

Frank Munger (*apud* HARRINGTON, 1988, p. 15) caracteriza as reformas judiciais no século XX em duas dimensões. A primeira procura preservar a autonomia e a habilidade dos tribunais tradicionais, ou seja, enfatiza a manutenção da capacidade de julgar fundada num conhecimento e numa autoridade peculiar à magistratura. A segunda almeja tornar os tribunais mais acessíveis e disponíveis para a resolução de conflitos. As duas dimensões destas reformas representam duas faces de um mesmo fenômeno associado à construção da ideologia do informalismo como estratégia para a redefinição da atuação do Judiciário.

Christine Harrington (1988, p. 15) informa que:

A tarefa de criar e organizar um sistema para adjudicar conflitos que questionem a utilidade do formalismo reclama diferentes princípios sobre legitimidade e reorganização de um consenso legal (*legal consensus*). A legitimidade da reforma da *deslegalização*, assim como o formalismo legal, ainda está fundada no procedimento, mas, ao contrário do formalismo, esses procedimentos são caracterizados como alternativas informais. Essa reforma, entretanto, não é simplesmente um esforço para restabelecer a legitimidade das instituições judiciais em uma sociedade democrática. A

reforma também busca aumentar o poder judicial. Esta constrói uma nova base para a legitimação da autoridade e a expansão do poder do sistema judiciário.[4] (tradução nossa)

Os tribunais especiais para causas que envolvam direitos de vizinhança, conflitos domésticos e trabalhistas são apenas uma expressão do movimento em prol das formas informais de processo. A busca por formas alternativas de solução de conflitos possui diversas correntes de pensamento e utiliza alguns princípios do informalismo, o qual pode ser aplicado tanto no procedimento, como na própria forma de processo. Algumas das teorias reformadoras que buscam efetivar a prestação jurisdicional modificam a própria essência do processo tradicional, ao aplicarem as formas alternativas de solução da lide, enquanto outras modificam apenas o procedimento tradicional, apesar de possuírem objetivos semelhantes e, também utilizarem o informalismo como ferramenta.

A maioria dos reformadores que adotam as referidas formas alternativas acredita que a estrutura de adversão criada entre as partes e a função de adjudicar o direito às mesmas impossibilita a representação das partes e a resolução efetiva do conflito, principalmente, quando o conflito ocorre entre pessoas da mesma família, ou, ainda, entre pessoas que mantêm relacionamento duradouro, como no trabalho ou na vizinhança. A mediação é uma dessas formas alternativas. Conhecida por possuir uma estrutura e função diferenciadas, já que dentre as suas características está a flexibilidade do método, possibilita que as partes envolvidas façam propostas e compromissos que não estariam disponíveis na sistemática tradicional de processo. Conforme observa Sales (2007), verifica-se que essa estrutura permite que o conflito seja resolvido de maneira mais eficaz e duradoura do que a estrutura que escolhe um vencedor e um perdedor e acaba exacerbando grande parte dos conflitos.

Ainda sobre as formas alternativas, Harrington (1988, p. 17) evidencia que o crescimento dos tribunais arbitrais nos EUA no final do século XIX, independentes dos tribunais tradicionais, demonstrou que os empresários apresentavam grande aversão ao formato tradicional, já que se buscava, cada vez mais, a resolução de conflitos através da arbitragem. Na mesma época, como forma de justificar a citada preferência, os pensadores progressistas responsabilizavam o Legislativo pela ausência de criação de procedimentos mais informais e simplificados para processar as disputas comerciais, além de considerarem as disparidades entre os métodos comerciais e a administração judicial uma verdadeira fonte de crise para os tribunais.

A lentidão, o formalismo e a enorme quantidade de processos do Judiciário sempre foram citados como as razões pelas quais os empresários preferiam renunciar a grande parcela do direito referente a determinado negócio para evitar o processo tradicional. As deficiências criticadas pelos empresários no âmbito das relações comerciais podem facilmente ser estendidas a toda e qualquer classe social, especialmente, os pobres que não conseguem obter direitos por não possuírem recursos para buscar alternativas eficazes à ineficiência judicial.

O incentivo do uso voluntário da adjudicação do procedimento tradicional sob o formato de arbitragem, realizado no âmbito do Judiciário dos EUA, consistiu em parte de uma estratégia para restabelecer a credibilidade e a jurisdição dos tribunais, na medida em que se constatou a aversão dos empresários em relação ao procedimento

legal e não aos princípios legais. O procedimento formal é apontado como o principal fundamento da crítica anti-legalista do setor privado.

Embora a forma de intervenção judicial tenha tomado a posição de eixo central do movimento pela *deslegalização*, a criação de um novo consenso legal tomou patamar de maior importância do que a defesa da intervenção judicial através de métodos informais. Nesse diapasão, Harrington (1988, p. 19) ensina que:

A organização de um novo consenso legal abrangeu mais do que a defesa de uma ideologia da intervenção judicial através de métodos informais. Requereu também a criação de estruturas da instituição para implementar formas de processamento informal da demanda. A arbitragem, supervisionada pela profissão legal e sancionada por instituições estatais e por leis, foi proposta como a forma de intervenção para reconstruir a legitimidade de um consenso legal e para expandir a jurisdição para disputas comerciais diárias. [5] (tradução nossa).

Além de os tribunais tradicionais ficarem isolados dos litígios comerciais diários, não atendem às causas pequenas e comuns, já que a resolução destas mediante o procedimento ordinário é demorado e caro. Assim, revela-se indiscutível que a ineficácia no processamento da demanda, dentre outros motivos, causa o enfraquecimento da legitimidade dos tribunais nas mais diversas dimensões da vida social e não apenas para os mais pobres.

3 Miséria, Pobreza e a Ideologia do Informalismo

Deixando de lado a ênfase do problema sob o aspecto da falta de compatibilidade do procedimento tradicional com as necessidades do comércio, percebe-se que o processo de industrialização e as migrações internas e externas no final do século XIX e ao longo do século XX levaram a uma grande concentração de trabalhadores pobres nos centros urbanos. O crescimento das cidades, o esgarçamento das relações tradicionais de poder e convivência, associado à dinâmica própria da vida industrial nas metrópoles trouxe reflexos severos sobre a ordem pública e conseqüentemente sobre a atuação dos tribunais.

O fenômeno presente no processo de industrialização em praticamente todos os países do mundo adicionou desafios ao modelo de justiça existente na primeira metade do século XX. No âmbito cível, o Judiciário preservava o caráter formalista e centrado nas relações patrimoniais, encapsulando-se numa estreita faixa de conflitos sociais envolvendo segmentos de alta renda. Na esfera criminal, os tribunais articulavam-se com um sistema de cunho repressor e autoritário destinado a manter a disciplina da força de trabalho e preservar a ordem pública contra os riscos oferecidos pela grande massa de operários pobres residentes em moradias precárias.

Neste contexto, as leis não freqüentavam o imaginário da maioria da população como expressão de modelos ou consensos aptos a solucionar conflitos ou a oferecer garantias de proteção mínima aos cidadãos. A ausência de uma referência à lei, especialmente

entre trabalhadores pobres contava com interpretações que culpabilizavam e estigmatizavam ainda mais a pobreza, atribuindo características inerentemente desordeiras e perigosas à miséria ou fatores raciais e étnicos. Ao mesmo tempo, o distanciamento das instituições estatais, particularmente do Judiciário, legitimava o recurso às formas violentas de solução das disputas locais e amplificava a situação explosiva verificada nas grandes cidades.

Desde o início do século XX, autores como Pound defendiam a socialização da lei como fórmula para garantir os interesses sociais na cidade moderna. Neste cenário histórico, Pound compreendia que lei deveria ser criada pela sociedade para proteger os homens deles mesmos e tratar de questões diárias como o saneamento básico e o estoque de alimentos, com fins a evitar que as pressões da economia e da vida urbana prejudiquem instituições essenciais como a família (POUND, 1906). Nesse sentido, é importante esclarecer que campanhas capazes de socializar a lei deveriam ser adotadas diariamente, na forma de políticas públicas, como acontece com a tentativa de reabilitação de criminosos através de atividades culturais.

Proporcionar legitimidade através da lei, mas continuar flexível o suficiente para atender as pequenas causas e os conflitos sociais, é objetivo buscado por reformadores há décadas. Este desafio esbarra, no caso brasileiro, na presença de um modelo processual aferrado em pressupostos teóricos que almejam a unidade do processo e uma pretensão de universalidade das formas que mecaniza a tarefa do magistrado e das partes. Esta unidade revelou-se ineficaz, contudo sua substituição exige uma atuação proativa da magistratura dentro do processo, o que se mostra difícil diante das características da formação jurídica e da longa tradição inercial dos juízes, bem como do grande volume de litígios.

Sobre a necessidade de uma postura proativa dos magistrados nos tribunais, Pound (1965, p.64) afirma que:

O direito é mais que um agregado de leis. É o que torna as leis instrumentos vivos da justiça. É o que permite aos tribunais ministrar a justiça por meio de leis; restringi-las pela razão quando o legislador excede a própria razão e a desenvolvê-las em toda a extensão da razão quando o legislador se mostra insuficiente.

A justificativa utilizada para a socialização da lei por meio de procedimentos informais de solução de conflitos, conforme ressalta Harrington (1988, p. 22) baseou-se em duas concepções de acesso à justiça que fortaleceriam o Poder Judiciário. A primeira concepção diz respeito à eficiência administrativa da máquina judiciária, que deveria ser capaz de responder mais rapidamente às demandas trazidas para sua análise (*administrative approach*). A segunda fundamenta-se na crença de que a participação em procedimentos informais para a solução de conflitos mediados pelo Estado oferece uma ferramenta eficiente de socialização, ou seja, de interiorização da lei nos padrões sociais de conduta da população pobre.

Ambas as concepções são importantes para analisar as transformações ocorridas no processamento de pequenas causas em períodos distintos, como o progressista mencionado e o período da *deslegalização*. As diferenças entre a reforma judicial nesses períodos exemplificados dizem respeito ao nível de mobilização política sobre as necessidades de mudança no Judiciário, já que o suporte político para as propostas se

pulveriza num grande número de interesses diferenciados. Torna-se, deste modo, inviável resolver todos os conflitos e problemas de forma satisfatória ou tentar integrá-los para reluzi-los em grandes pacotes de mudanças por força do elevado número de posicionamentos conflitantes.

Ao estudar as etapas de discussão para a introdução dos juizados de pequenas causas no Brasil dos anos 80, verifica-se a clara percepção dos principais atores envolvidos no debate sobre a necessidade de se estabelecerem instrumentos de legitimação do Judiciário e trazer litígios de menor valor e complexidade para dentro das instituições estatais. A garantia do acesso à justiça como meio de realização de alguma forma de justiça social surge apenas como aspecto secundário, diante da opção estratégica do Poder Judiciário e do Executivo no momento da redemocratização. A criação dos juizados baseava-se na crença de que se poderiam trazer os conflitos sociais envolvendo as populações mais pobres para dentro do Judiciário, reduzindo a violência, legitimando o Judiciário e, em certa medida, protegendo direitos.

A reprodução do modelo das *Small Claims Courts* tratada de modo superficial pelo estudiosos dos juizados trouxe consigo uma experiência com características políticas, sociais e jurídicas muito importantes. Os juizados nasceram nos EUA como fórmula para difundir uma cultura de direitos entre imigrantes e trabalhadores pobres dos centros industriais, como Nova Iorque. Antes de proteger os direitos, almejava-se criar um mecanismo para legitimar o uso da lei como paradigma social de representação de um conflito, centrando-se a iniciativa em seu caráter disciplinador e de controle.

Os juizados norte-americanos em sua origem continham uma forte visão elitista e preconceituosa dirigida às massas de trabalhadores urbanos e imigrantes pobres. A ideologia do informalismo, originada na crítica à ineficácia do judiciário, associava-se à preocupação crescente com a situação explosiva verificada em grandes centros industriais.

Ao mesmo tempo, não se deve ignorar o fato de os juizados dos EUA terem sido criados em um país regido pela tradição do *Common Law*. Neste sistema, a maneira de encarar o processo e a busca da verdade segue fórmulas e ritmos diferentes. Como observa Lopes (1996), o papel do juiz na tradição do *Common Law* consiste em garantir às partes a chance de expressar suas posições e contribuir com a busca pela verdade de modo direito e imediato, numa espécie de sistema *duelístico*. Tais características divergem frontalmente da tradição brasileira, em que todo o processo converte-se em texto escrito, numa cadência bem distante do que se poderia chamar de debate de teses ou versões.

O desconhecimento sobre a dinâmica processual do *common Law* e a incompatibilidade com a tradição jurídica brasileira continham o risco (que efetivamente se concretizou) da transposição das antigas práticas formalistas e da forma de atuar das varas cíveis ou criminais para dentro dos juizados. Reproduz-se, assim, um modelo, contudo há pouca capacidade de transpor uma cultura jurídica ou de produzir nos agentes envolvidos a adesão necessária ao funcionamento correto deste novo sistema. Acresce a isso o fato de não compreender com clareza as finalidades deste modelo, o público para o qual se dirige e as demandas que deverão se julgadas, a fim de se pensar fórmulas adequadas para consecução dos objetivos reformadores.

Em estudo realizado nos juizados especiais de Fortaleza em 2005, verificou-se que apenas 21,7% dos usuários possuíam renda média até dois salários mínimos. Nesta faixa de renda encontram-se 52,2% da população economicamente ativa do Nordeste, segundo dados do IBGE. Verifica-se uma presença relativamente pequena da população mais pobre e uma concentração dos usuários entre as faixas de renda mais elevadas e de maior escolaridade. A participação proporcionalmente pequena de usuários com renda abaixo de dois salários mínimos revela uma elitização dos juizados como instrumento de democratização do acesso à justiça. As pessoas com menor renda continuam distantes da proteção judicial dos seus direitos, não obstante os mecanismos pensados para reduzir barreiras como o custo e a complexidade. Servem-se melhor dos juizados as pessoas cuja condição permitiria pleitear seus direitos pela vias anteriormente existentes (FEITOSA, 2006).

De acordo com os preceitos adotados pelo movimento reformador de *deslegalização*, os tribunais são caracterizados como instituições fechadas e moldadas por procedimentos formais (HARRINGTON, 1988, p. 31). Os pensadores desse movimento acreditam que os conflitos sociais são submetidos a um processo no qual a comunicação é distorcida por estruturas legais, as quais desconsideram os aspectos sociais e interpessoais de um litígio, criando um vácuo entre a instituição e a sociedade. Esse vácuo entre os tribunais e a comunidade pode ser preenchido por tribunais públicos informais que sejam pró-ativos e não inertes como os tribunais tradicionais.

Percebe-se que um processamento proativo da demanda é capaz de solucionar a crise existente nos tribunais em relação ao número de demandas bastante superior à capacidade destes. Dessa maneira, é possível aumentar o envolvimento da comunidade no andamento dos conflitos diários e absorver a grande quantidade de pequenos conflitos não resolvidos, antes que se tornem conflitos de grande porte. Utilizam-se cidadãos leigos como mediadores no programa de justiça na vizinhança como uma forma de engajar a comunidade no processo e responsabilizar a comunidade por facilitar o processo de resolução de conflitos públicos (HARRINGTON, 1988, p. 31).

O segundo atributo da forma pró-ativa de processamento da demanda é a capacidade de prevenir e resolver o conflito. Este é um dos principais temas da ideologia da reforma da *deslegalização*. Este tipo de processamento é conhecido por sua habilidade de solucionar conflitos que são difíceis de serem regulados diretamente por lei, como conflitos acerca dos comportamentos sociais. Em tese, argumenta-se que a ordem social é alcançada de maneira mais eficiente sem a imposição da lei e com a participação ativa de ambas as partes envolvidas no conflito. Quando há a participação direta dos litigantes na criação e implementação de acordos, estes irão perdurar durante período bem maior do que uma ordem judicial (HARRINGTON, 1988, p. 32).

Galanter (1994, p. 36) esclarece que o movimento pelas formas alternativas de resolução de conflitos é favorável à resolução de conflitos entre partes que mantêm relacionamento duradouro, como empregador e empregado, consumidores e vendedores, vizinhos e familiares, os quais, usualmente, utilizam forma privadas e informais para buscar a solução de conflitos. Diversos estudos demonstram que os conflitos entre indivíduos que mantêm distância considerável na forma de relacionamento adaptam-se ao sistema tradicional, diferentemente dos relacionamentos em que essa distância é impossível.

Essa interpretação sobre a capacidade das cortes e a alternativa de processamento da demanda que se origina dela proporciona uma análise de funcionalismo estrutural tanto da “adjudicação”, como da mediação e demais formas alternativas. As alternativas de processamento da demanda substituem a capacidade das partes nos tribunais. A estrutura da mediação, diferentemente da adjudicação, aumenta a capacidade das partes chegarem a um consenso em comportamentos futuros, já que estão envolvidas mais diretamente na negociação e na elaboração do acordo. A estrutura da mediação proporciona ambiente mais favorável para as questões implícitas entre partes com relacionamento duradouro.

Nesse sentido, Harrington (1988, p. 33) elucida que apesar de as formas alternativas em questão, como a mediação, serem criadas para solucionar conflitos e facilitarem a obtenção de soluções mais efetivas do que o processamento tradicional, estas representam, em alguns casos concretos, apenas um suporte inovador para o modelo tradicional.

As ideologias das reformas judiciais sempre apresentaram alguns pontos estruturais em comum. Apesar de cada concepção reformadora partir de noções um pouco diferenciadas sobre o que constitui uma crise, o informalismo tem sido a solução comum em qualquer caso. Esse modelo comum de alternativa constituiu uma nova base para a legitimidade judicial e representa um afastamento das normas reformadoras para alcançar resultados reformadores. A nova base de legitimidade para o processamento de pequenas causas é a participação efetiva das partes na aplicação da solução final para a demanda.

A legitimidade do processo deixa de ser medida pelo grau de correição processual para ser medida pelos objetivos estabelecidos e resultados obtidos. A orientação do funcionalismo para a resolução de conflitos, ao contrário do formalismo, dá grande importância à participação dos envolvidos. Essa participação é considerada fator essencial na modelação do comportamento e na duração do consenso alcançado, além de reduzir a alienação e a insatisfação popular perante os tribunais.

Um olhar atencioso sobre as recentes reformas processuais acontecidas no Brasil nos últimos dez anos, especialmente sobre a execução forçada, demonstra a tendência a reduzir a rigidez das formas e entregar ao juiz e às partes a responsabilidade pela busca dos instrumentos adequados à tutela dos direitos. Dispositivos como o art. 461 e 461-A do CPC e a nova sistemática da execução, tanto dos títulos judiciais como extrajudiciais, reforçam a busca de procedimentos capazes de oferecer respostas eficazes, ágeis e, principalmente, reabilitar o Judiciário como lócus adequado para a proteção de direitos tanto na sua dimensão patrimonial, como na esfera das garantias dos direitos fundamentais (expressos em obrigações de fazer a não fazer).

4 Virtualização do Processo e Justiça Informal

A análise do contexto histórico-social em que os juizados especiais foram adaptados para o sistema jurídico brasileiro permite perceber o desvirtuamento do objetivo e

formato original dos juizados, por força da influência do formalismo, norteado pelo positivismo e pela burocratização exacerbada, vigente na época de sua implantação e enraizado no judiciário até hoje.

Dessa maneira, o efeito do formalismo sobre os operadores do direito faz com que as inovações criadas para alcançar o acesso efetivo à justiça tenham o seu potencial neutralizado e, assim, os resultados não modifiquem a base estrutural do sistema jurídico vigente e a forma de atuação de advogados, promotores e, principalmente, juízes.

É nesse sentido que se faz necessária a análise dos novos mecanismos processuais, como o processamento eletrônico da demanda, do ponto de vista social e prático, com o intuito de impedir que as normas permaneçam latentes no papel, sem eficácia social. No cenário da introdução de novas tecnologias da informação e da comunicação no âmbito das rotinas judiciárias, vivencia-se a contraditória situação de se construírem estratégias de reforma e modelos processuais inspirados na crítica severa ao formalismo e, ao mesmo tempo, identificar-se a pequena capacidade de romper com os pressupostos mais elementares das práticas judiciais construídas sob orientação desta ideologia.

Este dilema representa um obstáculo muitas vezes intransponível à qualquer tentativa de reforma do Judiciário brasileiro. Uma longa distância separa as concepções reformadoras das iniciativas transformadas efetivamente em lei. E uma distância ainda maior separa as previsões legais da sua conversão em práticas efetivamente transformadoras.

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) corroboram com esse entendimento nos seguintes termos:

O processo não deve ser colocado no vácuo. Os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução dos conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios.

Apesar de já estar bastante difundida a necessidade de obter-se acesso efetivo à justiça, o conceito de acesso efetivo é muito vago e pode ser abordado de diferentes maneiras. Alguns dos posicionamentos mais objetivos esclarecem que a efetividade almejada seria alcançada com a igualdade entre as partes quando tentarem obter determinado direito substantivo ou da derrubada de barreiras financeiras, sempre através da utilização de mecanismos processuais.

Sob esse aspecto, não deveria ser considerado qualquer fator estranho ao Direito, ao qual se submeteria a decisão final do Judiciário. Ocorre que, ao contrário desse entendimento, alguns fatores indispensáveis devem ser observados, como a desvantagem social entre as partes, já que a igualdade, em termos constitucionais, somente é alcançada se aos desiguais forem proporcionados recursos diferenciados.

Destarte, as alterações realizadas não conseguem atingir o eixo central do Judiciário em razão de estar cercado por forças corporativas que repelem as mudanças. Verifica-se que os grandes grupos de interesse em torno do sistema justiça, como os magistrados, advogados ou membros do Ministério Público possuem como aspecto fundante de sua identidade corporativa a lenta afirmação maneiras de agir e pensar diferenciadas.

Estas idiossincrasias, que interligam os membros do campo jurídico e ao mesmo tempo o separa como um sistema próprio e peculiar, forçam a conversão às regras do mundo do direito de toda forma de demanda social e política. As iniciativas de reforma representam momentos de contato e fricção entre sistemas. Não se gestam reformas pela busca da excelência ou do aprimoramento em si, mas por força de pressões, críticas e necessidades sociais. A origem externa destas demandas implica em várias condicionantes sobre a forma de reação do Judiciário. De um lado haverá sempre um empenho para garantir a primazia na condução das discussões sobre o modelo reformador e de outro a cautela para preservar papéis sociais lentamente elaborados e consolidados dentro da história nacional. Assim, os operadores do direito tenderão inevitavelmente a conter a força renovadora das reformas e adaptá-las às exigências como a garantia do mercado de trabalho dos advogados, a proteção das prerrogativas de magistrados e membros do MP, o controle interno sobre a organização do Judiciário, entre outras. Ainda que estas reformas conseguissem superar todas estas barreiras, ainda sim dependeriam da maneira como as mudanças se operacionalizam na realidade judiciária, esta sim a etapa mais difícil de toda mudança institucional.

Nesse sentido, vale destacar que a proposta dos juizados cria uma estrutura simplificada, a qual estabelece o contato direto com as partes e soluções que, em tese, deveriam ser imediatas. Tornam-se desnecessários advogados, juízes e promotores em diversas etapas dos procedimentos, regido pela orientação informalista do modelo dos EUA em que deve prevalecer a busca por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, como mediação e arbitragem.

No que diz respeito à virtualização, percebe-se a difusão de um discurso reformador dominado pela cúpula do Judiciário brasileiro, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça. A pregação de uma revolução tecnológica para as práticas do Judiciário ganha enorme destaque num ambiente de entusiasmo e otimismo generalizado com o potencial de ferramentas como a Internet. Contudo resta perguntar o que efetivamente se pretende com tal virtualização. **Será a virtualização uma etapa da reforma do Judiciário ou mesmo uma verdadeira reforma? Como se dá a introdução do processamento eletrônico das demandas? Como os operadores o recebem? E, principalmente, a virtualização serve adequadamente aos fins pretendidos para os juizados especiais, para os cidadãos e sociedade?**

Parte dos reformadores processualistas tem entendido que a melhor forma de apresentar soluções para os limites existentes ao acesso à justiça é a criação de alternativas para o sistema judiciário formal e tradicional. No entanto, mesmo que sejam criadas alternativas para determinados casos específicos ou, ainda, para determinadas condições específicas desses casos, sempre existirão litígios que deverão ser submetidos à estrutura tradicional, tendo em vista que é totalmente inviável desestruturar toda a máquina judiciária na sua essência para substituí-la por outra diversa.

Ademais, é importante ressaltar que até mesmo essas formas alternativas de processamento da demanda, as quais já foram discutidas anteriormente, acabam funcionando como suporte aos tribunais e ao procedimento tradicional. Assim, faz-se necessário que o informalismo influencie diretamente o procedimento tradicional dos tribunais e não apenas as alternativas que circundam esse procedimento.

Assim o primeiro mito a ser atacado consiste na idéia de que a virtualização representa um procedimento novo ou um sistema reformado. Mostra-se evidente que o processamento eletrônico consiste exclusivamente numa ferramenta de transposição do processo tradicional, seja ele procedimento ordinário, sumário ou dos juizados, para dentro de um sistema informatizado que permite a realização de atos processuais através de redes de computadores. A inovação tecnológica cria uma poderosa ferramenta gerencial, capaz de ampliar a produtividade do Judiciário nas situações em que se exigiria a manipulação de papéis e dos autos físicos, reduzindo, potencialmente e a longo prazo, os custos das demandas.

O efeito imediato é sentido sobre a rotina burocrática dos serventuários, que se afastam de tarefas repetitivas como contagem de prazo, formação e transporte dos autos, carimbar, contar folhas etc. Com um número reduzido de servidores administra-se um número maior de processos, sem falar dos efeitos sobre a necessidade de espaço físico.

Todos os atos processuais realizados originalmente num cenário de juizados especial tradicional continuarão ocorrendo no ambiente dos juizados “virtualizados”. A simplicidade do procedimento continuará a mesma, sempre dependendo, no fundo, da postura do magistrado responsável pela gestão do processo. O uso adequado ou não da mediação, a forma de conciliação, a informalidade, o julgamento em audiência, a sentença simplificada, são todos aspectos centrais dos juizados que não sofrem qualquer interferência direta do uso do processo eletrônico.

Nesse diapasão, é importante analisar se a virtualização do processo é capaz de proporcionar maior grau de informalismo ao processo tradicional, já que a essência estrutural deste será sempre necessária para dirimir grande parte dos conflitos sociais. A introdução de computadores, autos virtuais e comunicação em rede num ambiente judiciário tradicionalista, preso às velhas fórmulas e incapaz de compreender o verdadeiro significado de um modelo de justiça informal como o dos juizados poderá representar apenas deslocamento da ideologia do formalismo para um ambiente tecnológico novo.

É possível supor, até mesmo mediante análise superficial dos efeitos da virtualização nos Juizados Especiais, que o aumento da celeridade e a diminuição da burocracia do processamento do litígio por meios tradicionais são contribuições consideráveis ao alcance do informalismo no processo e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional efetiva.

Todavia, os juizados talvez sejam o ambiente em que a virtualização ofereça menor benefício potencial. Ao se avaliar o objetivo central do modelo dos juizados que consiste em oferecer um instrumento simplificado e informal para solução de conflitos de menor valor e complexidade, verifica-se que o uso de novas tecnologias pode implicar em verdadeira barreira ao acesso e não em facilitação. Não se pode perder de

vista o baixíssimo acesso dos brasileiros à internet, a reduzida escolaridade, o pouco conhecimento para utilizar novas tecnologias, entres outros problemas.

5 Miséria e Hipossuficiência nos Juizados Especiais Virtuais

No que se refere à aptidão para reconhecer um direito e propor uma Ação ou sua defesa, deve-se considerar a capacidade jurídica pessoal de cada parte. A maior parte das pessoas possui limitações para acessar a justiça que vão além dos recursos financeiros, como a falta de conhecimento jurídico básico que atinge todas as classes sociais (MAYHEW, 1975)

Dessa maneira, o reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível ou de um direito violado que deve ser tutelado torna-se difícil para aqueles que não dominam o conhecimento jurídico aplicável ao caso concreto. Em alguns casos, o titular do direito possui alguma consciência de que o seu direito é exigível, no entanto desconhece a maneira de ajuizar uma demanda, principalmente, quando se trata de direitos que fogem às situações mais comuns na área de família ou relações de consumo.

Marc Galanter (1994, p. 4-9) estabeleceu diferenças entre os litigantes eventuais, que realizam contatos isolados e esporádicos com o judiciário, e os litigantes habituais, organizações que, freqüentemente, utilizam a máquina judiciária e demonstram que são mais eficientes do que aqueles, nos seguintes termos:

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, por que tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior numero de casos; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Os Juizados Especiais Virtuais amenizam algumas e, ao mesmo tempo, acentuam outras discrepâncias existentes entre os litigantes habituais e os hipossuficientes, que acabam sem condições econômicas e sociais de competir de forma igualitária. Ao oferecer a possibilidade de atuar eletronicamente nos processos, oferece-se uma vantagem de custo e operação àqueles para quem o uso da internet mostra-se habitual. Ou seja, grandes empresas que representam um número significativo dos demandados nas ações dos juizados contarão com um recurso adicional para redução dos custos no gerenciamento e movimentação das ações em que são rés. As novas tecnologias oferecem, assim, benefícios superiores à parte que normalmente já possui mais recursos, conta com grande número de advogados e pode arcar com o ônus de prorrogar indefinidamente a solução da lide.

Por outro lado, não se pode negar um benefício potencial para o autor de ações isoladas, que não apresenta grandes recursos financeiros para sustentar a ônus da demanda

(deslocamentos, adiamento da fruição do direito etc.). A internet pode representar uma redução no tempo médio da solução do litígio e garantir um acesso aos autos à distância (redução dos deslocamentos). Todavia, merece reflexão sobre o perfil do usuário que frequenta os juizados e sobre a aptidão destes cidadãos para se aventurar no uso das novas tecnologias num ambiente naturalmente estranho e hostil como o Judiciário. Não se necessita de grande aprofundamento empírico para conhecer as dificuldades enfrentadas pela grande maioria da população brasileira para ter acesso à internet, aprender a utilizar computadores, usar as ferramentas mais simples como e-mail ou navegação em páginas web. Adicione a esta situação, a baixa escolaridade e a baixa renda e facilmente se perceberá que a oferta de um processo virtual não se mostrará muito tentadora.

Ao contrário de representar um benefício, a tecnologia poderá levantar uma barreira adicional de acesso, principalmente se perseverar a pequena presença de defensores públicos nos juizados para o atendimento pessoal ao cidadão, a baixa qualidade no atendimento e o uso pouco eficiente das soluções extrajudiciais. No que diz respeito aos obstáculos ao acesso dos pobres à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 28) elucidam um padrão do sistema jurídico que funcionou como um dos motivos relevantes para a criação dos Juizados Especiais:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

Mostra-se importante que sejam questionadas e analisadas as formas capazes de concretizar os direitos dos indivíduos mais pobres, especialmente aqueles submetidos à miséria, em face das empresas, dos governos, dos poluidores e demais violadores. As formas mencionadas não podem negligenciar o inter-relacionamento entre as diversas barreiras à acessibilidade ao sistema jurídico.

A principal bandeira de reforma e da inovação no Judiciário brasileiro hoje peca por levar muito pouco em consideração a necessidades do jurisdicionado de baixa renda, que nem sequer conseguem usufruir do modelo informal dos juizados (FEITOSA, 2006). Na realidade, a investigação sobre o papel social e político desempenhado pelo Judiciário brasileiro revela a importância de elaborarem propostas efetivamente inovadoras e informais destinadas a expandir as fronteiras tradicionais do que se considera fazer justiça e proteger direitos. A aplicação das novas formas de obtenção da prestação jurisdicional deve ser analisada sob um contexto social, com o fim de impedir que a discussão das reformas fique presa à dimensão técnica do procedimento.

Sobre essa questão Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 167-168) ressalta que:

[...] a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos [...]

As pessoas que vivem em condição de miséria são mais atingidas pelos obstáculos ao acesso efetivo à justiça, porquanto as deficiências econômicas, sociais e culturais apresentam dimensão alarmante no Brasil. Durante a evolução do sistema de justiça em diversos países, como o brasileiro, ficou evidente que os custos do acesso à prestação jurisdicional são muito elevados e que a incoerência entre o valor da causa e o custo do processamento da demanda aumentava conforme o primeiro diminuía.

Os Juizados Especiais Virtuais podem reduzir consideravelmente o obstáculo econômico aos litigantes já que a virtualização reduz o dispêndio de recursos com movimentação processual e deslocamento físico da parte. Todavia, este benefício não será sentido entre os mais pobres, particularmente para aqueles que já gozavam dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública. Assim, o grande benefício potencial continua sendo a eventual a superação da lentidão do Judiciário. Trata-se, porém, de uma promessa a se concretizar.

Após analisar estudos realizados em países europeus, como a Alemanha e a Itália, sobre os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 168) afirma que:

Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas acções de menos valor e é nessas acções que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenómeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça.

Acrescente-se que apesar de a superação da lentidão da justiça corresponder a uma das conseqüências mais notórias da virtualização, a análise sistemática das barreiras existentes entre a justiça e os hipossuficientes demonstra que outros obstáculos sociais e culturais podem ser vencidos dentro dos Juizados Virtuais.

Alguns desses obstáculos podem ser minimizados tanto pela Defensoria Pública, como por outras formas assistenciais promovidas nos próprios Juizados Especiais Virtuais, como a disponibilização de profissionais de outras áreas, como a psicólogos e assistentes sociais, com o fim de atender problemas que com freqüência alcançam o Judiciário, mas trazem consigo uma carga de outras necessidades insolúveis pela via judicial. Em consonância com essa idéia, Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 170-171) nota que:

[...] a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio do acesso á justiça não pode deixar de reflectir nas inovações institucionais e organizacionais que, um pouco por toda parte, foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias verificadas entre justiça civil e justiça social.

Assim, longe de rejeitar as grandes possibilidades oferecidas pelas novas tecnologias da informação e da comunicação aplicadas no campo da Justiça, pretendeu-se analisar os

limites de um discurso reformador centrado na capacidade renovadora da virtualização do processo. Ao mesmo tempo, parece pouco clara a verdadeira aptidão do processamento eletrônico de litígios para ampliar o acesso do cidadão à Justiça. A recepção acrítica desta nova política projetada sobre o Judiciário e falta de estudos sobre os efeitos da implementação dos juizados virtuais pode tão somente conservar ou ampliar distorções históricas na atuação do Judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Os juizados especiais no Brasil nascem tributários de movimentos de combate aos efeitos do formalismo na atuação do Judiciário. O modelo das *Small Claims Courts* dos EUA, fonte inspiradora dos juizados nacionais, serviam ao duplo propósito de buscar a maior legitimidade do Judiciário e expandir o uso do direito como padrão social de solução de conflitos entre trabalhadores pobres e imigrantes. O acesso à justiça, nas primeiras décadas do século XX, não se orientava pela pretensão de proteção dos direitos do cidadão, mas em uma leitura estratégica para as instituições no contexto de expansão industrial e urbana das grandes metrópoles norte-americanas.

A criação destas pequenas cortes vincula-se ao que se poderia chamar de ideologia do informalismo, posta como contraponto ao formalismo tradicional. Sob esta orientação, o Judiciário encontra-se no centro da crítica tanto de setores empresariais de alta renda, como de segmentos operários de baixa renda. A crise de legitimidade exige a institucionalização de soluções extrajudiciais ou informais de solução de conflitos com o intuito de expandir as fronteiras de atuação do Judiciário e preservar seu papel social e político.

A introdução dos juizados no Brasil segue orientações semelhantes, ou seja, deposita-se sobre o seu funcionamento uma grande esperança como instrumento para a renovação das práticas do judiciário e conquista de legitimidade. Ao mesmo tempo, num ambiente de redemocratização espera-se que os juizados consigam ampliar a proteção e a eficácia de direitos em segmentos antes excluídos do acesso às cortes. A implantação dos juizados assegurou maior acesso físico ao Judiciário, além de oferecer instrumentos simplificados e de baixo custo para a solução de conflitos.

Não obstante, os juizados apresentam ainda grandes problemas, pois não conseguiram superar a transposição de práticas tradicionais e a morosidade em um órgão que deveria ser informal e célere. Os mais pobres, que deveriam usufruir preferencialmente dos benefícios dos juizados continuam utilizando proporcionalmente pouco destas unidades.

Neste cenário, surge nos últimos anos um amplo movimento, capitaneado principalmente pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Justiça Federal, para introduzir a experiência da virtualização nos juizados especiais. Um discurso reformador projeta sobre esta forma de processamento eletrônico de demandas a grande solução para parte dos problemas do Judiciário brasileiro.

Os benefícios desta virtualização do processo situam-se no campo da administração e gerência dos processos na esfera judicial, reduzindo custos para o Estado e garantido maior escala produtiva. Para as partes, resta, ainda, avaliarem-se os reais benefícios como a redução dos custos para acompanhar o processo e a redução do tempo médio para o seu término.

A opção pelo início da virtualização através dos juizados cria, todavia, um risco. Os benefícios da virtualização do processo podem representar verdadeiros obstáculos e ônus se for considerado o objetivo primordial de acesso à justiça projetado para os juizados. Na realidade brasileira, o uso de ferramentas como a internet implicam em vantagem adicional aos grandes litigantes empresariais e àqueles que conseguem manejar melhor as inovações tecnológicas. Para os mais pobres, a tecnologia não oferece necessariamente vantagens, principalmente, se observada a baixa penetração de acesso domiciliar à internet e a pequena chance de um usuário de baixa renda e escolaridade se aventurar a utilizar instrumentos processuais por meio de um computador.

Sobressai, dessa forma, a necessidade de refletir-se sobre os verdadeiros fins dos juizados e sobre os limites da tecnologia para garantir efetivo acesso à justiça à maioria da população. O processo virtual pouco significará para o cidadão em geral se sua implantação implicar na simples transposição das práticas tradicionais do Judiciário para o ambiente da internet. A crítica ao discurso excessivamente otimista da virtualização não deriva de uma rejeição aos seus méritos, mas do reconhecimento de que somente a compreensão mais profunda sobre os verdadeiros problemas do Judiciário e a capacidade de construir formas realmente inovadoras de se fazer justiça permitirão redefinir o papel social e político desse Poder.

REFÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: A informatização Judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Edição, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Lumen Juris, 16a edição, Rio de Janeiro, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **Análise da Estruturação e do Funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque**. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

------. A Justiça do Pobre. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 4 jul. 1982. Disponível em:<www.desburocratizar.org.br>. Acessado em: 03/04/2005.

Centro de Pesquisa de Opinião Pública – DATAUnB. **A imagem do judiciário junto à população brasileira: relatório final da primeira onda da amostra nacional de pesquisa tipo survey**. Brasília: 2005. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acessado em: 20/06/2005.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado Especial: criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo, 2004. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, FFLCH, USP, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

------. Lei das pequenas causas e a renovação do processo civil. In: WATANABE, Kazuo (coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

FAISTING, André Luiz. **O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: O caso do Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Carlo, 1999. Dissertação (mestrado) – Mestrado em Ciências Sociais. UFSCar, 1999.

FEITOSA, Gustavo R. P. **Magistratura, Cidadania e Acesso à Justiça: os juizados especiais cíveis da cidade de São Paulo**. Campinas, 2005. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – IFCH, Unicamp, 2005.

------. **Juizados Especiais Cíveis: perspectivas e dilemas**. Revista Diálogo Jurídico, Fortaleza, ano V, n. 5, pp. 153-170, set., 2006.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. Originally published in Volume 9:1 *Law and Society Review*, 1974. Reprinted (with corrections). In: COTTERRELL, R. (Ed.) **Law and Society**, Aldershot, Dartmouth, 1994. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/>>. Acesso em 15 de abril de 2009.

HARRINGTON, Christine B. **Shadow Justice - The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court**. 2 ed. Connecticut: Greenwood Press, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à História Social e Política do Processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MAYHEW, Leon. **Institutions of Representation: Civil Justice and the Public**. *Law & Society Review*, v. 9, n.3, pp. 401-429, Spring, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 7 ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo**. In: As Garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

POUND, Roscoe. The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. **American Bar Association Reports**, 1906. Disponível em: <<http://www.answers.com/topic/the-causes-of-popular-dissatisfaction-with-the-administration-of-justice>>. Acessado em: 15 de abril de 2009.

----- . Justiça conforme a lei. São Paulo, IBRASA, 1965.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: Família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez Editora, 5ª Edição, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

[1] Para uma leitura sobre a defesa do instrumental do processo recomenda-se a leitura de Dinamarco (1996).

[2] No original: *The subject of analysis – informalism – becomes the criterion for judging the reform. Informal procedures are idealized as nonadversarial, rehabilitative, and preventive methods for resolving conflict. The reform goal – informalism – is treated as nonproblematic and, invariably, analysis centers on barriers to implementing this goal. This approach leads to predictable and unilluminating evaluations of the politics of the reform. That the juvenile courts and Small Claims Court movements did not institutionalized the ideals of informalism does not mean they were simply failed reforms. Clearly both have had significant consequences for lower courts as well as for the people who use them.*

[3] No original: *It needs but a superficial acquaintance with literature to show that all legal systems among all peoples have given rise to the same complaints. Even the wonderful mechanism of modern German judicial administration is said to be distrusted by the people on the time-worm ground that there is one law for the rich and another for the poor. It is obvious, therefore, that there must be some cause or causes inherent in all law and in all legal systems in order to produce this universal and invariable effect. These causes of dissatisfaction with any system of law I believe to be the following: (1) The necessarily mechanical operation of rules, and hence of laws; (2) the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion; (3) the general popular assumption that the administration of justice is an easy task, to which anyone is competent; and (4) popular impatience of restraint.*

[4] No original: *The task of orchestrating a system for adjudicating conflict that questions the utility of formalism calls for different principles of legitimacy and the reorganization of a legal consensus. Like legal formalism, the legitimacy of delegization reforms is still grounded in procedure, but, in contrast to formalism, these procedures are characterized as “informal alternatives”. This reform, however, is not a simply patchwork effort to reestablish the legitimacy of judicial institutions in a democratic society. It is also a reform to increase judicial Power. It builds a new basis for both legitimating authority and expanding the Power of the judicial system.*

[5] No original: *The organization of a new legal consensus encompassed more than the advocacy of an ideology of judicial intervention through informal methods. It also required the creation of institution structures to implementing informal dispute processing. Arbitration, supervised by the legal profession and sanctioned by state institutions and laws, was proposed as the form of intervention to rebuild the legitimacy of a legal consensus and expand jurisdiction over everyday commercial disputes.*

**A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TÉCNICA PROCESSUAL: A
QUESTÃO DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SOB
UMA PERSPECTIVA COMPARADA**

**THE CONSTITUTIONAL ADEQUACY OF THE TECHNICAL PROCEDURE
REGARDING THE COLLECTIVE RIGHTS, FROM A COMPARATIVE
PERSPECTIVE**

**José Roberto dos Santos Bedaque
Juliana Justo Botelho Castello**

RESUMO

Pretende expor acerca da adequação constitucional da técnica processual no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos, a partir de uma perspectiva comparada com o sistema jurídico estado-unidense. Investiga-se, no presente ensaio, a possibilidade de adoção dos requisitos da prevalência/predominância da dimensão coletiva e da superioridade da tutela coletiva no sistema jurídico brasileiro, à semelhança das class actions for damages, do sistema jurídico estado-unidense. Por conseguinte, analisa-se a densificação constitucionalmente adequada dos referidos requisitos à luz das garantias fundamentais da efetividade processual e do acesso à justiça. O método utilizado consiste em uma investigação dedutiva acompanhada das técnicas de pesquisa bibliográfica e comparada.

PALAVRAS-CHAVES: EFETIVIDADE PROCESSUAL. ACESSO À JUSTIÇA. TÉCNICA PROCESSUAL.

ABSTRACT

It intends to expose about the constitutional adequacy of the technical procedure regarding the collective rights, from a comparative perspective with the United States legal system. This paper researchs the possibility of adopting the requirements of commonality and superiority in the Brazilian legal system, like the class actions for damages, from United States legal system. Therefore, it analyzes the constitutionally densification of the requirements under the guarantees of effectiveness and access to justice. The method consists of a deductive investigation with the techniques of research and comparative literature.

KEYWORDS: EFFECTIVENESS. ACCESS TO JUSTICE. TECHNICAL PROCEDURE.

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho consiste em investigar a adequação constitucional da técnica processual no que tange à tutela dos direitos individuais homogêneos, sob uma perspectiva comparada com o sistema jurídico estado-unidense.

Especificamente, busca-se, através de uma pesquisa bibliográfica e comparada, analisar a possibilidade de adoção dos requisitos da prevalência/predominância da dimensão coletiva e da superioridade da tutela coletiva no sistema jurídico brasileiro, à semelhança das *class actions for damages*, enquanto requisitos de admissibilidade da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Ultrapassada a questão supracitada, avalia-se a densificação constitucionalmente adequada da técnica processual em comento à luz das garantias fundamentais da efetividade processual e do acesso à justiça.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O Direito Processual Civil é, inegavelmente, informado pelo sistema constitucional. A força normativa da Constituição se espalha por toda a ciência processual, estabelecendo, regulando e assegurando comportamentos e medidas concretas a serem implementadas em prol dos valores éticos consagrados pela Carta Constitucional^[1].

A Carta Constitucional conforma todas as normas, técnicas e institutos processuais, condicionando todos os envolvidos na operação processual, seja o legislador, seja o magistrado, seja o jurisdicionado, à consecução dos valores supremos albergados pelo sistema.

O direito a um julgamento idôneo, no qual assegurada a imparcialidade do julgador, a participação das partes, a igualdade dos litigantes e a ampla defesa, não se trata de um objeto formal e abstrato, decorrente do processo enquanto tal, mas da exigência constitucional de um julgamento "giusto e equo".^[2]

A influência dos temas constitucionais por todo o ordenamento jurídico, mormente no direito processual, é identificada pelo fenômeno da constitucionalização do direito.

A constitucionalização do direito, apesar de configurar um termo polissêmico, representa, consoante o escólio de Riccardo Guastini, o processo de transformação constitucional, a partir do qual todo o ordenamento jurídico resta condicionado pela Carta Constitucional. Em suas palavras:

...em um ordenamento constitucionalizado, o Direito Constitucional tende a ocupar o espaço inteiro da vida social e política, condicionando a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, as relações privadas e etc.[3]

Nesse processo de constitucionalização, as normas constitucionais enunciadoras dos direitos e garantias fundamentais[4] estabelecem as principais balizas para a conformação do processo.[5]

2.1. O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

A Constituição erige, de forma evidente, muitos direitos e garantias fundamentais direcionados ao processo, restando claro que preceitos como isonomia, contraditório, acesso à justiça, efetividade, devido processo legal e outros constituem inequivocamente parâmetros a serem observados.

Há que se ressaltar, todavia, que embora o processo civil encontre-se, no atual momento, comprometido com as garantias fundamentais, esse ramo do direito nem sempre se preocupou com as exigências éticas, dispostas na Constituição Federal e, nessa medida, com os escopos a cumprir no plano extraprocessual.

Essa postura atual do processo civil, notoriamente influenciada pelo fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, consiste em uma nova fase metodológica: a fase instrumentalista.[6]

A instrumentalidade anuncia a superação de uma visão meramente tecnicista e formalista do processo, recordando que esse instituto, muito embora autônomo cientificamente, é simples método para a resolução das controvérsias.[7]

A ciência processual deve propiciar, nessa nova perspectiva metodológica, a adequação do mecanismo judicial aos resultados pretendidos no plano externo, segundo o modelo constitucional de processo, propiciando a justa e efetiva aplicação da ordem jurídica.

Embora a preocupação com os resultados da experiência processual já tenha instigado diversas reformas no texto processual e a reinterpretção de diversos institutos processuais à luz dos parâmetros constitucionais[8], o "potencial reformista" da fase instrumentalista ainda não se esgotou.[9]

Apesar dos progressos já ocorridos e a notória preocupação do processualista com os resultados a ser alcançados, a necessidade de aprimoramento da ciência processual, à luz dos direitos e garantias fundamentais, persiste.

Esse aprimoramento está vinculado à percepção de que a sociedade moderna está massificada, fato que impõe a superação dos institutos puramente individualistas em prol da propagação de meios protetivos aos interesses supra-individuais, tão negligenciados num passado recente.[10]

2.2 A COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

A coletivização no tratamento das questões jurisdicionais constitui um dos mais recentes objetivos do processo civil de resultados. O reconhecimento e a relevância dos direitos supra-individuais evidenciaram a necessidade de adequação da técnica processual, marcadamente individualista, às necessidades de uma tutela coletiva.

Vale salientar que a adaptação do processo a uma tutela coletiva, cujo escopo é conferir efetiva proteção jurisdicional aos direitos supra-individuais, é uma preocupação que aflige não apenas o ordenamento brasileiro, mas vários outros sistemas jurídicos.

Michele Taruffo[11] salienta que a adaptação procedimental é uma necessidade que foi sentida em diversos sistemas jurídicos, sejam eles integrantes da família da *civil law*, sejam eles integrantes da família da *common law*. Esses sistemas buscaram, das mais diferentes formas, lidar com a questão da litigância coletiva, aprofundando os debates teóricos, complementando a legislação vigente, aprimorando o efeito vinculante das decisões judiciais *etc.*

À guisa de exemplo, observa-se que, em 1991, foi formada uma comissão pelo Governo Sueco, liderada pelo professor Lindblom, cujo objetivo era examinar as dificuldades no acesso à justiça para as ações de grupo e, em seguida, propor modificações ao tradicional sistema processual vigente na Suécia.[12]

De igual modo, no sistema jurídico brasileiro, vários são os esforços envidados no sentido de aprovação legislativa de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Vale salientar que alguns projetos de Código[13] já são discutidos pela Secretária de Reforma do Judiciário, integrada ao Ministério da Justiça.

Enfim, o processo, nos mais diferentes ordenamentos, demonstra a sua conformação aos alicerces constitucionais, sobretudo, aos reclames da efetividade processual e do acesso à justiça, buscando propiciar, dentre outros resultados, a adequada tutela aos direitos supra-individuais.

Interessa ao presente ensaio, todavia, ressaltar essa conformação constitucional no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos.

3. OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos destinados a um grupo, classe ou coletividade de pessoas foram tratados neste trabalho, até o presente momento, pela alcunha de direitos supra-individuais, sem preocupação com a precisão terminológica.

Interessa ressaltar, no presente trabalho, todavia, os intrincados efeitos provocados pela irradiação das normas constitucionais na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, razão pela qual se impõe uma maior ponderação sobre essa categoria jurídica.

Os direitos individuais homogêneos, conforme bem salienta Teori Albino Zavascki[14], constituem espécie ontologicamente diferenciada em relação aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, os quais constituem, de fato, direitos titularizados, em comum, por uma coletividade de pessoas, os direitos individuais homogêneos são verdadeiros direitos individuais, suscetíveis de decomposição em partes autônomas, apenas defendidos coletivamente por razões de efetividade processual. [15]

Não obstante o caráter essencialmente individual, os direitos individuais homogêneos detêm uma dimensão coletiva, que lhe é característica, seja "em razão do grande número de interessados", seja em razão "das graves e abrangentes repercussões sociais".[16]

Em razão, todavia, da insuficiência dos modelos tradicionais, nitidamente individualistas, no tratamento da dimensão coletiva assumida pelos direitos individuais homogêneos, acolheu-se a possibilidade de se conferir àqueles direitos essencialmente individuais uma tutela coletiva.[17]

O tratamento coletivo, por sua vez, tem por escopo concretizar a efetividade processual. Viu-se que era preciso conferir a um direito repetitivo (em razão da origem comum), disperso (em razão da abrangência geográfica ou temporal do conflito de massa) e, muitas vezes, sem grandes lesões individuais (embora as mesmas sejam consideráveis coletivamente)[18], o acesso a uma tutela efetiva, marcada pela universalidade de tratamento, pela segurança e pela economia, concretizando, nessa medida, a força normativa da Constituição.

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos não se realiza, no entanto, sem grandes controvérsias. Surgem inúmeros questionamentos constitucionais quanto aos requisitos que autorizariam a realização de uma apreciação coletiva dos direitos individuais homogêneos.

3.1 OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE: A PREVALÊNCIA/PREDOMINÂNCIA DA DIMENSÃO COLETIVA E A SUPERIORIDADE DA TUTELA COLETIVA

A identificação dos requisitos de admissibilidade para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos constitui, conforme já ressaltado, matéria assaz controvertida. Os referidos requisitos variam, segundo os diversos autores, de forma quantitativa (número de requisitos) e de forma qualitativa (significado dos requisitos).

Dois requisitos em especial são, todavia, fonte de inarredáveis divergências, as quais transbordam as barreiras da mera opção legislativa, culminando em uma discussão verdadeiramente constitucional.

Trata-se da possibilidade de se reconhecer no sistema jurídico brasileiro a presença dos seguintes requisitos de admissibilidade: (i) a prevalência/predominância da dimensão coletiva e (ii) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual.

Sob esse enfoque, a professora Ada Pellegrini Grinover[19] propõe, inspirada nas *class actions for damages* do sistema jurídico estado-unidense, a aferição pelo sistema jurídico brasileiro dos referidos requisitos de admissibilidade, além dos requisitos da origem comum e homogeneidade. [20]

A autora sustenta que na Ação Reparatória pelos prejuízos individualmente sofridos, decorrentes de vício do produto - que corresponde às *class actions for damages* do sistema jurídico estado-unidense -, a prova do nexos causal poderia tornar-se extremamente complexa, em razão das inúmeras circunstâncias individuais presentes na causa.

Nesse caso, a discussão sobre as questões individuais na liquidação e, por conseguinte, a prova do nexos causal, se tornaria tão intrincada, que tornaria insignificante o reconhecimento da responsabilidade realizada pela sentença coletiva.

O mero reconhecimento da responsabilidade genérica do fornecedor e o dimensionamento do dano geral, relegando à liquidação o difícil encargo de aferir o nexos de causalidade pessoal e os danos concreta e individualmente sofridos, afrontariam, nessa linha de raciocínio, o escopo de efetividade processual, pressuposto para a coletivização da tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.

Incumbiria aos requisitos da predominância e da superioridade, nesse contexto, impedir o prosseguimento de ações coletivas, nas quais a dimensão coletiva não se sobressaísse.

A proposta acima exposta demonstra uma inequívoca preocupação com a garantia fundamental da efetividade processual. Afinal, se os direitos individuais homogêneos não constituem, ontologicamente, direitos supra-individuais, mas são, apenas, tutelados coletivamente com o escopo de propiciar efetividade processual, não há justificativa (sequer autorização constitucional) para se realizar a apreciação coletiva dos referidos direitos quando a sentença coletiva apresentar-se, desde logo, ineficaz ao alcance do referido escopo.

Suscita-se, todavia, em sentido contrário, que a admissão dos referidos requisitos constituiria verdadeiro óbice ao acesso à justiça, garantia fundamental igualmente assegurada pela Carta Constitucional.[21]

A imposição de condições à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, segundo Venturi[22], constituiria inaceitável restrição ao acesso à justiça, não autorizada pelo sistema. Sustenta, nesse sentido, que bastaria a existência de uma origem comum para autorizar a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, pouco importando a existência de questões individuais.

Considerando, portanto, o impasse constitucional estabelecido, é válido analisar a possibilidade de adoção dos referidos requisitos no sistema jurídico brasileiro e, caso possível, a densificação[23] constitucionalmente adequada dos aludidos requisitos à luz da garantia fundamental da efetividade processual e do acesso à justiça.

3.2 O IMPASSE CONSTITUCIONAL

A admissão dos requisitos da prevalência/predominância e da superioridade, para fins de apreciação coletiva dos direitos individuais homogêneos, à semelhança do que ocorre no sistema jurídico estado-unidense, estabelece um aguerrido embate constitucional: trata-se da restrição de direitos e garantias fundamentais.

A idéia de restrição ao exercício de direitos e garantias fundamentais é imanente à própria ordem constitucionalizada. Os direitos e garantias fundamentais, os quais consistem "em direitos de todos contra todos", trazem ínsita uma perspectiva de mútua limitação e condicionamento entre si e seus titulares.[24]

Nesse campo, se situa a questão ora levantada. A garantia fundamental da efetividade processual é irradiada por todo o ordenamento jurídico, sobretudo o direito processual, impondo-se ao legislador, ao julgador e ao próprio jurisdicionado um dever de observância e atuação.

O problema se coloca, todavia, na concretização da dimensão protetiva inerente a essa garantia, isto é, no dever de atuação imposto, sobretudo, ao legislador e ao julgador.[25]

A garantia fundamental da efetividade processual exige uma ação positiva do legislador e do julgador, consistente na instituição e interpretação dos meios e técnicas processuais que assegurem, de fato, a proteção jurisdicional adequada à situação de direito material controvertida.

A possibilidade de instituição ou interpretação de determinada técnica processual na consecução dessa garantia fundamental pode ressoar, todavia, negativamente em outras garantias fundamentais processuais, tão caras ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, paira a incerteza sobre em que medida a referida técnica processual realmente promove ou prejudica a dimensão de proteção inserida na garantia fundamental da efetividade processual.[26]

Essa incerteza é precisamente aquela suscitada no tocante à técnica processual da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, na qual os requisitos de admissibilidade, necessários para se garantir a efetividade processual, promoveriam, negativamente, a obstrução do acesso à justiça.

O conflito entre as referidas garantias fundamentais não é, entretanto, insolúvel. Incumbe à interpretação constitucional definir os contornos máximos de proteção garantidos por cada um dos direitos e garantias fundamentais envolvidos e, por

consequente, estabelecer os limites de exercício dos mesmos para que sejam passíveis de conciliação no sistema.[27]

4. A ADOÇÃO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Consoante autorizado entendimento de Robert Alexy[28], um caso de tensão entre direitos e garantias fundamentais não pode ser solucionado com base em uma precedência absoluta de um desses direitos e o sacrifício total do outro.

Tratando-se de garantias de igual valor no sistema jurídico brasileiro, sem diferenciação hierárquica, o conflito deve ser resolvido através de um sopesamento entre os interesses conflitantes a fim de definir qual dos mesmos detém maior peso no caso concreto, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização[29], sem que isso implique restrição absoluta ao interesse concorrente.[30]

A recusa em se admitir os requisitos da predominância e da superioridade, sob o pretexto de que os mesmos obstruiriam o acesso à justiça, não se baseou, por sua vez, em um sopesamento entre as garantias fundamentais em conflito.

A crítica realizada não se prestou a identificar os graus em que a técnica processual em discussão promove a efetividade processual e embaraça o acesso à justiça. Limitou-se a pugnar pela preservação do acesso à justiça em seu contorno máximo, consistente no acesso irrestrito à tutela coletiva, sacrificando, por outro lado, a efetividade processual.

A preservação do acesso à justiça, objetivo dos que negam a adoção dos requisitos da prevalência/predominância e da superioridade no sistema jurídico brasileiro, não tem, todavia, o condão de afastar a garantia fundamental da efetividade, a qual exige os referidos requisitos de admissibilidade.

Aceitar o mero ingresso aos protocolos do Poder Judiciário, sem assegurar, necessariamente, a efetividade da tutela processual, esta entendida como a equilibrada composição entre os direitos fundamentais da segurança, celeridade, economia, contraditório e outros[31], representa um verdadeiro imbróglio a ludibriar o jurisdicionado.

O acesso à justiça não pode representar "uma promessa vã", um "engodo" ou uma quimera constitucional[32]. O acesso à justiça somente adquire concretude se observados, ainda que em diferentes graus, os demais direitos e garantias fundamentais, dentre eles, a efetividade processual.

José Joaquim Gomes Canotilho[33] adverte que a garantia fundamental do acesso à justiça, embora careça de densificação conforme os demais direitos e garantias fundamentais, representa minimamente a efetividade da proteção jurisdicional aos direitos, eventualmente, violados ou ameaçados.

A intrincada conexão existente entre a garantia fundamental do acesso à justiça e da efetividade processual é, de tal modo, evidente que, num dado contexto, são passíveis de substituição uma pela outra.

A Constituição Portuguesa, à título de exemplo, substituiu o direito de acesso aos Tribunais, que constava no texto da Constituição anterior, pelo direito à tutela jurisdicional efetiva, cujo escopo é possibilitar a defesa de direitos legalmente protegidos através de um ato jurisdicional[34].

Não é possível, portanto, falar em um acesso à justiça absoluto ou puro. Essa garantia fundamental remete necessariamente o intérprete à análise da efetividade processual, que traduz, segundo José Roberto dos Santos Bedaque[35], a necessária composição entre os valores segurança e celeridade em prol da melhor atuação do mecanismo jurisdicional.

Não é admissível, portanto, uma solução simplista correspondente a mera negação dos requisitos da prevalência e superioridade.

Ao contrário, impõe-se no sistema jurídico brasileiro a aferição dos requisitos da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, os quais representam uma exigência constitucional, decorrente não apenas da garantia fundamental da efetividade, mas também do acesso à justiça.

A possibilidade de adoção dos aludidos requisitos de admissibilidade, cujo escopo é propiciar a efetiva tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, remete o intérprete, todavia, a outra sorte de questões, agora mais complexas.

Trata-se da densificação constitucionalmente adequada da técnica processual à luz das garantias fundamentais envolvidas.

4.1 A COMPREENSÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL

Os requisitos da predominância e da superioridade são plenamente admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro. O problema surge, todavia, no tocante à densificação constitucionalmente adequada a ser conferida à aludida técnica processual.

É temerária a inadequada densificação desses requisitos, isto é, uma compreensão tão restritiva que tornaria os requisitos de admissibilidade, necessários à efetividade processual, verdadeiros óbices à via coletiva.

Faz-se, portanto, necessário precisar o espaço normativo[36] a ser alcançado pelos referidos requisitos e, por conseguinte, o seu campo de aplicação, a fim de que a técnica processual realize em seu ponto ótimo a garantia fundamental da efetividade processual, sem impor, todavia, sacrifício desarrazoado ao acesso à justiça.

Essa preocupação procede. Vale salientar que no sistema jurídico estado-unidense, paradigma da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, há uma pluralidade de interpretações quanto ao significado e a forma de aferição concreta dos requisitos da prevalência/predominância e da superioridade.

Alguns Tribunais, por exemplo, têm obstado, sem maiores considerações, o prosseguimento da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos em razão de um temor injustificado de inefetividade da via processual adotada.

Com apoio no autorizado entendimento de Arthur R. Miller[37], as *class actions for damages*, espécie correlata à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, já começa, muitas vezes, sob o pálio do ceticismo do julgador, não sendo rara a negativa no prosseguimento da ação baseada na ausência dos requisitos de admissibilidade.

Mister, portanto, avaliar a densificação constitucionalmente adequada a ser conferida aos referidos requisitos, permitindo a otimização das garantias fundamentais da efetividade processual e do acesso à justiça em prol da melhor atuação do mecanismo judicial.

4.2 A PLURISSIGNIFICÂNCIA DOS TERMOS

Ante a reconhecida excelência do sistema jurídico estado-unidense no âmbito da coletivização da tutela jurisdicional, oportuno analisar as experiências ocorridas no referido sistema no tocante às *class actions for damages*, enquanto parâmetro a guiar o sistema jurídico brasileiro.

No sistema jurídico estado-unidense, estabelece-se, não raramente, um conflito entre os réus e os autores no tocante à certificação da ação coletiva. Enquanto os autores argumentam a possibilidade de admissão da via coletiva, os réus suscitam inúmeras circunstâncias individuais no intuito de afastar os requisitos de admissibilidade e, nessa medida, obstar o prosseguimento da ação coletiva.[38]

Muitas vezes, a presença de diferentes condições individuais entre os membros do grupo aponta, de fato, a ausência da prevalência/predominância e da superioridade da tutela coletiva, ensejando a não certificação da ação de classe.

Em outras tantas vezes, a presença de diferentes condições individuais não inibe o reconhecimento dos requisitos da prevalência e da superioridade, uma vez que, não obstante as distinções pessoais presentes no grupo litigante, vislumbra-se, ainda assim, a presença de uma questão comum suficiente e apta a conferir efetividade à tutela coletiva.

A problemática existente no sistema jurídico estado-unidense no que tange às condições individuais e o seu efeito na aferição dos requisitos da prevalência/predominância e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual pode ser verificada em diversos precedentes.

A título de exemplo, na demanda *Dianne Castano [et al] versus The American Tobacco Company*[39], a presença das diferentes condições pessoais ensejou a não certificação da ação coletiva.

O caso supracitado visava obter a condenação das empresas de tabaco pelos danos individualmente causados aos consumidores do referido produto. A demanda pretendia alcançar os fatos ocorridos desde 1943 até os dias do julgamento (1996), em todo território estado-unidense, em face de varias companhias de cigarro localizadas naquele território.

Fundamentavam a sua pretensão na teoria de que os réus, fraudulentamente, falharam em informar aos consumidores sobre o risco do produto e manipularam os níveis de nicotina dos cigarros para manter o vício dos demandantes.

A Corte entendeu, todavia, que no caso supracitado não se encontrava presente o requisito da prevalência e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, uma vez que cada pessoa nos Estados Unidos da América detinha uma "história diferente sobre o vício em nicotina" [40], o que causaria dificuldades na comprovação do nexos de causalidade e na administração das questões individuais.

Assinalou, ainda, que havia diferenças significantes entre os membros da coletividade: alguns haviam sofrido consideráveis danos à saúde, outros não sofreram dano algum, os produtos a que os mesmos haviam sido expostos eram diferentes, a exposição ao produto se deu em diferentes períodos de tempo e, por fim, cada um dos integrantes da coletividade havia começado a fumar por diferentes razões[41].

Em síntese, todas essas condições pessoais exigiriam uma robusta prova do nexos causal para cada um dos indivíduos, como se uma ação individual fosse, o que tornaria, segundo o julgado, completamente inefetiva a sentença genérica.

Outro exemplo a ser citado consiste no caso *Dalkon Shield* e no caso *Ryan v. Eli Lilly e Co.*

No primeiro caso, que corresponde a lesões causadas pelo uso de um dispositivo intra-uterino, a Corte entendeu que os requisitos de admissibilidade não se encontravam presentes, uma vez que seria necessário aferir, individualmente, "questões acerca de negligência, da deficiência do produto, da adequada advertência sobre o uso do produto por relevantes períodos de tempo e outros".[42]

De igual modo, no caso *Ryan v. Eli Lilly e Co.*, referente ao uso de Diethylstilbestrol (DES) durante a gravidez - droga que poderia causar câncer nas filhas das mulheres usuárias - não se ultrapassou a fase de certificação. A Corte de Justiça assinalou que seria necessária "prova individualizada de cada membro componente da classe", fato que prejudicaria a certificação da tutela coletiva. [43]

Situação distinta, todavia, apresentou-se no precedente *Atkins v. Harcros*[44]. O caso refere-se a uma fábrica química instalada em um bairro de New Orleans, Louisiana, produtora de pesticidas e herbicidas, a qual foi processada pelos moradores do bairro em razão da liberação de substâncias tóxicas.

A negligência dos responsáveis no manejo dos produtos e a omissão dos mesmos em informar aos moradores sobre o perigo a que estavam expostos ocasionaram, segundo os moradores, inúmeros problemas de saúde, dentre eles, "câncer, doenças coronarianas, danos no fígado e nos rins, doenças pulmonares, dores de cabeça, problemas emocionais, náuseas, e dermatites. Em alguns casos, essas condições alegadamente resultaram em morte, malformações congênicas, e aborto".[45]

Apesar de suscitadas diferenças substanciais entre os membros da classe, a *class action* foi certificada para prosseguir na forma coletiva. A classe foi dividida, dentre outros parâmetros, conforme a zona de exposição ao produto, proximidade com a fábrica e tempo de residência no bairro, estabelecendo-se padrões aptos a atrair a tutela coletiva.

A demanda culminou com um vultoso acordo: a empresa deveria pagar US\$ 51.575.000,00 (cinquenta e um milhões e quinhentos e setenta e cinco mil dólares) a um fundo comum, o qual seria utilizado para adimplir os honorários advocatícios, as custas judiciais, os danos individualmente sofridos, os danos punitivos e a taxa de administração do próprio fundo.[46]

No tocante aos danos individualmente sofridos, foi realizado um plano de distribuição da indenização conforme padrões verificados durante o curso da ação.

Nessa medida, a presença de condições individuais não constituiu empecilho ao prosseguimento da ação coletiva. Apesar de as mesmas configurarem-se relevantes no caso concreto, formaram-se padrões, passíveis de tratamento coletivo.

A questão, portanto, não se afigura simples. A polarização de interesses entre autores e réus quanto à certificação da ação coletiva remete a uma inegável divergência: qual seria a concepção dos requisitos de admissibilidade e seu campo de aplicação, à luz das garantias fundamentais envolvidas?

A jurisprudência estado-unidense ainda demonstra certa vacilação na densificação dos referidos institutos, existindo diversas possibilidades interpretativas, fato que provoca, em vários casos, a extinção prematura de uma causa plenamente passível de prosseguimento na via coletiva. Nesse sentido:

Nem a Rule 23, nem o Comitê Consultivo definiu 'predominância' e as Cortes e comentadores têm debatido sobre a forma de aplicar esse conceito. Embora tribunais e comentadores concordem que a predominância é um critério mais rígido do que simplesmente mostrar a existência de uma questão factual ou jurídica comum, [...] há desacordo sobre o que é precisamente englobado pela predominância.[tradução nossa][47]

Joseph J. Simeone Jr[48] salienta que deve ser averiguado, então, o sentido conferido pelos Tribunais aos requisitos da prevalência/predominância e da superioridade da tutela coletiva.

No tocante à compreensão do requisito da predominância, há inúmeras divergências interpretativas. Robert H. Klonoff[49] salienta, por exemplo, que alguns precedentes têm reconhecido a predominância nos casos em que "a resolução das questões comuns representa o início do fim da controvérsia", ou quando "a litigância é materialmente

avançada quando resolvida a questão comum" ou, ainda, quando "não são necessárias uma grande quantidade de provas individualizadas após a resolução da controvérsia".

Esse autor assinala, todavia, que muitos Tribunais têm resistido em definir a predominância em termos quantitativos e qualitativos, argumentando que a predominância deveria ser, em essência, uma avaliação acerca da forma pela qual o caso deverá ser efetivamente litigado.[50]

Rachel Mulheron[51], de igual modo, salienta a existência de diversas concepções quanto à predominância, a saber, a predominância estaria presente se (i) a questão comum resolvesse o litígio de massa ou a responsabilidade dos réus por inteiro; (ii) o número de questões comuns fosse superior ao número de questões individuais (iii) a questão comum resolvesse grande parte das questões referentes à responsabilidade do réu e (iv) o tempo para decidir a questão comum fosse maior que o tempo para decidir as questões individuais.

Cound [*et al*][52] também salienta que "não está claro se o juiz deve contar as questões e ver se a maioria delas é comum ou avaliar as questões e ver se a mais importante é comum" [tradução nossa].

De igual modo, no tocante a aceção do requisito da superioridade, a situação não é diferente. Inúmeras são as divergências existentes nos Tribunais quanto a esse termo, alterando-se, principalmente, o número e o peso dos fatores ou condições a serem considerados na aferição da aludida superioridade.

A superioridade representa um "exercício de balanceamento"[53] entre os vários métodos disponíveis para fins de adjudicação dos direitos controvertidos. Essa comparação entre os métodos é guiada, por sua vez, por diferentes condições ou fatores.

Grande parte das divergências existentes no tocante à aceção do requisito da superioridade é devida ao número e ao peso dessas condições ou fatores, os quais variam consideravelmente entre os precedentes.

Quanto ao número, vale salientar que, embora a própria *Rule 23*[54] ofereça alguns fatores a serem considerados na aferição da superioridade, dentre eles, o interesse dos membros da classe no controle individual da ação, a amplitude e a natureza de qualquer litígio já ajuizado, o desejo de concentrar a causa num fórum particular e as dificuldades no gerenciamento das questões individuais, o rol é apenas exemplificativo.

Robert Klonoff[55] acrescenta, por exemplo, a dificuldade na notificação dos membros ausentes da classe e a existência de diferentes jurisdições (federal e estadual) como critérios a serem levados em consideração na aferição da superioridade.

A existência das mais diversas concepções acerca dos requisitos da predominância e da superioridade oferece dificuldades, todavia, na medida em que surgem dúvidas sérias quanto à adequação de todas as possibilidades na consecução da efetividade processual e do acesso à justiça.

4.3 A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TÉCNICA PROCESSUAL

O dever imposto por uma garantia processual fundamental pode ser concretizado das mais diversas maneiras. De forma simbólica, Robert Alexy[56] salienta que:

Se é obrigatório salvar alguém que se afoga, e se isso é possível tanto por meio de um salvamento direto a nado, quanto por meio do lançamento de uma bóia de salvamento, quanto com o auxílio de um bote, então, do dever de salvar não decorre a obrigação de se utilizar nenhuma dessas três possibilidades. O dever de salvar é cumprido se o salvamento é alcançado por meio de um dos três caminhos.

Nem sempre, todavia, os meios se afiguram igualmente adequados à consecução dos escopos almejados[57]. Essa incerteza persevera quanto aos requisitos de admissibilidade da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Seriam todas as hipóteses interpretativas igualmente adequadas ao sistema constitucional? A interpretação conferida aos requisitos poderia assumir forma extremamente restritiva à tutela coletiva, violando a garantia fundamental do acesso à justiça?

Essas e outras questões, embora não possam ser esgotadas no presente ensaio dadas a complexidade e a dimensão da matéria discutida, merecem análise detida e rigorosa do intérprete na busca pela densificação constitucionalmente adequada dos requisitos da predominância e superioridade.

Sob esse enfoque, algumas possibilidades interpretativas merecem pronto afastamento.

4.3.1 A PREVALÊNCIA/PREDOMINÂNCIA

O requisito da prevalência/predominância não pode ser avaliado como a mera contagem do número de questões coletivas. De igual modo, não pode ser estimado pela mera aferição do percentual da controvérsia solucionado pela questão coletiva, tampouco pelo tempo demandado.

A mera contagem de questões individuais em número superior às questões coletivas não constitui hipótese suficiente para o afastamento do requisito da predominância. A adoção dessa concepção importaria sacrifício desarrazoado à garantia fundamental do acesso à justiça.

Vale citar, ilustrativamente, que em alguns casos, não obstante às questões individuais se apresentarem múltiplas, a solução coletiva de uma única questão, como a responsabilidade, poderia constituir uma parcela relevante da controvérsia a propiciar verdadeira efetividade processual.[58]

Pelas mesmas razões, a mera comparação entre o tempo necessário para decidir a questão coletiva e o tempo necessário para decidir as questões individuais não atenderia, de igual modo, o requisito da predominância.

Ainda que o tempo demandado pelas questões individuais fosse superior ao tempo demandado pela questão coletiva, o fato de a questão comum reproduzir-se igualmente em todas as demandas individuais poderia atrair a necessidade de uma tutela coletiva. [59]

A densificação constitucionalmente adequada a ser conferida à técnica processual, à luz da efetividade processual e do acesso à justiça na relevância da "solução coletiva da questão da responsabilidade" [60]. Senão vejamos:

Imagine, por exemplo, que determinada classe, formada pelos moradores da cidade de São Paulo - SP, pretenda uma indenização por danos individualmente sofridos decorrentes da prejudicial transmissão de dados ocorrida entre os respectivos telefones móveis e a torre de celular existente na cidade.

A classe argumenta que a transmissão de dados ocorrida entre os aparelhos de telefonia móvel e a torre de celular é prejudicial à saúde dos indivíduos, ocasionando, principalmente, doenças cerebrovasculares.

Aduzem, ainda, que os diferentes níveis das doenças se apresentam inversamente proporcionais à distância entre a localização do celular (residência do indivíduo, por exemplo) e a torre em questão. Quão maior a distância entre a localização do celular e a torre, menor a incidência das doenças e seus sintomas, uma vez que mais fraco o sinal emitido pela torre. Por outro lado, quão menor a distância entre a localização do celular e a torre, maior a incidência de doenças, uma vez que mais forte o sinal emitido pela torre.

Nas condições narradas, verifica-se que a predominância dificilmente seria alcançada nessa demanda se o sentido conferido a esse requisito fosse o número de questões comuns ou o tempo demandado pela questão comum.

Inúmeras circunstâncias individuais poderiam ser suscitadas em relação aos membros da classe e considerando, ainda, que o tempo despendido nessas questões individuais poderia ser superior em relação à questão comum, a tutela coletiva tornar-se-ia facilmente passível de restrição.

Há que se ressaltar, todavia, que no caso narrado, a tutela coletiva se apresenta imprescindível, não apenas para propiciar uma efetiva tutela à controvérsia de direito material, mas também enquanto exigência do acesso à justiça.

A solução coletiva da questão da responsabilidade da empresa pelos danos individualmente causados seria imprescindível em razão da inexistência de consolidação jurisprudencial e quiçá científica quanto à periculosidade da prestação do serviço realizado e as conseqüências da exposição.

O prosseguimento da demanda na via coletiva constituiria um meio efetivo à solução da controvérsia de direito material e propiciaria verdadeiro acesso à justiça, pois a prova da

responsabilidade, realizada de forma coletiva, teria maior aptidão na comprovação do "impacto de massa" [61].

Um indivíduo, em uma ação individual, sentiria dificuldades em comprovar a prejudicialidade à saúde decorrente da transmissão de dados ocorrida entre os telefones móveis e a torre de celular, bem como o nexo de causalidade entre a atividade viciada e os danos individuais.

A empresa provavelmente suscitaria que os danos alegados pelo mesmo são originados em outra causa, inexistindo prejudicialidade na atividade por ela desenvolvida.

A existência, todavia, de uma ação coletiva, em que um número considerável de pessoas suscitasse a mesma alegação de prejudicialidade, formaria um padrão, tornando improvável a tese de que circunstâncias individuais tenha sido a causa do dano.

Marcelo Abelha Rodrigues salienta que, em casos como o citado, a prova coletiva, realizada por estatística ou por amostragem, seria um instrumento hábil a superar as dificuldades demonstradas nas ações de responsabilidade por danos causados. O nexo de causalidade, por sua vez, seria satisfeito por um juízo de probabilidade. Nesse sentido, relata:

Um dos meios de a vítima superar as dificuldades de demonstração do nexo causal nas ações de responsabilidade por danos causados é que a teoria da causalidade adequada, adotada para as lides ambientais, permite que o juiz se satisfaça com um juízo provável de convencimento da ocorrência do dano e o nexo com o responsável.

A amostragem e a estatística são meios de prova (indiciários), já utilizados em outros países, para permitir que se presuma a ocorrência do fato principal a partir da demonstração dos fatos secundários (indício), o que poderá ser feito mediante a amostragem e a estatística. [62]

Nessa medida, portanto, o requisito da predominância deve ser concebido, à luz das garantias fundamentais da efetividade processual e do acesso à justiça, segundo a relevância da solução coletiva da questão da responsabilidade.

Se houver relevância da solução coletiva da responsabilidade [63], seja em razão da força da prova coletiva, seja em razão da necessidade de aglutinação dos indivíduos, o requisito da predominância restará preenchido para fins de prosseguimento da demanda na forma coletiva.

A referida concepção será apta, portanto, a permitir o prosseguimento das demandas coletivas, ainda que suscitadas múltiplas questões individuais, nos casos em que seja realmente relevante provar genericamente a responsabilidade da parte ré, promovendo o acesso à justiça.

De igual modo, será adequada a obstar as demandas insuscetíveis de coletivização. Vale salientar que, nos casos em que a comprovação da responsabilidade genérica tornar-se diminuta e dispensável, o requisito da predominância constituiria legítimo filtro à tutela coletiva, promovendo a efetividade processual.

Ilustrando esse segundo caso, calha lembrar a hipótese da ação coletiva que visava à condenação de uma empresa produtora e fornecedora de cigarros.[64]

No referido caso, a questão da responsabilidade não se apresentava relevante. Não é necessário realizar um juízo de probabilidade para se concluir genericamente que cigarro faz mal à saúde. O reconhecimento genérico de que "fumar causa dependência", de que "fumar causa problemas de saúde" já se tornou senso comum em grande parte das nações do mundo. No Brasil, até o Ministério da Saúde já adverte.

A grande dificuldade no caso do cigarro consiste em provar o nexo de causalidade concreto entre atuação da empresa ré e os danos sofridos pelos indivíduos. Por exemplo, provar que a doença cardiovascular sofrida por Fulano é causada pelo uso do cigarro e não pelo sedentarismo, pela obesidade, pelas condições genéticas, por razões congênitas *etc*, fatores concorrentes à causação do dano.

Não basta dizer genericamente, portanto, que o cigarro causa danos. Importa comprovar, concretamente, para cada membro da coletividade, que o dano sofrido pelo mesmo foi determinado pelo uso do cigarro.

Pelo exposto, forçoso convir que a relevância da solução coletiva da responsabilidade substancializa adequadamente o requisito da prevalência/predominância, densificando a garantia fundamental da efetividade processual no tocante à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, sem impor, todavia, restrição absoluta e desarrazoada ao acesso à justiça.

4.3.2 A SUPERIORIDADE

Ultrapassada a questão da prevalência/predominância e, portanto, depois de aferida a relevância da solução coletiva da responsabilidade, a via coletiva deve passar pelo segundo crivo: trata-se do requisito da superioridade.

A superioridade deve ser aferida, dentre outros critérios, segundo o fator "dificuldade de gerenciamento das questões individuais". Nesse sentido, Vigoriti[65] lembra:

Deve a *class action* ser superior aos outros métodos disponíveis para a justa e eficiente solução da controvérsia. Os assuntos pertinentes à constatação incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlarem individualmente a demanda em ações separadas; (B) a extensão e a natureza da controvérsia concernente à demanda já iniciada por ou contra os membros da classe; (C) o desejo de concentrar a causa em um particular fórum; (D) as dificuldades de administração da *class action*. [tradução nossa].

À semelhança da predominância, todavia, o requisito da superioridade não poderia ser rechaçado com fulcro no número de questões individuais, tampouco com fulcro no tempo quantificado para a solução das mesmas.

Vale salientar que a dificuldade de gerenciamento das questões individuais é passível de tratamento segundo diversos instrumentos previstos no sistema jurídico estado-unidense, não se justificando o afastamento da superioridade em hipóteses nas quais os referidos meios podem ser utilizados.

Vale salientar que, durante um período da história ianque, apenas 50% (cinquenta por cento) das *class actions for damages* (referentes a danos individuais provocados por impactos de massa) eram certificadas para prosseguirem na via coletiva.[66]

Esse número era atribuído, dentre outros fatores, à dificuldade de administração das questões individuais. Mary Kay Kane[67] salienta, nesse sentido, que, durante os anos de 1980 a 1990, sobreveio nos Estados Unidos um período de descrédito nas *class actions for damages*, decorrentes de impactos de massa, em razão do tempo e da atenção que essas ações demandavam do Poder Judiciário.

A partir da década de 90, essa realidade começava a apresentar sinais de mudança. Nesse período, foi aferido que 71% (setenta e um por cento) das *class actions for damages* decorrentes de impactos de massa (*mass torts*) foram certificadas.[68]

A mudança de postura do julgador influenciou, certamente, no incremento da certificação. Cound *[et al]*[69] salienta que o julgador passou a explorar as técnicas de administração referentes às ações coletivas, cientes de que havia outras possibilidades a serem implementadas além da concessão ou negativa da certificação.

Conforme bem salienta Antônio Gidi[70], o simples fato de a ação coletiva apresentar-se complexa não justifica a negativa de certificação, uma vez que existem instrumentos para o tratamento das circunstâncias individuais à disposição do julgador.

Apenas quando esses instrumentos apresentarem-se inviáveis pode-se falar, verdadeiramente, em dificuldade de gerenciamento da ação coletiva a caracterizar a ausência da superioridade.

Dentre essas técnicas, destaca-se: (i) procedimento de redefinição da classe, (ii) a subdivisão da classe em grupos menores que detenham afinidade entre si, (iii) a limitação do processo coletivo à questão comum predominante, (iv) a divisão do processo coletivo em suas fases: uma para a questão coletiva e outra para as questões individualizadas.[71]

Outra técnica relevante é a prova coletiva dos danos causados, utilizando, por exemplo, a prova por estatística ou amostragem.

David Rosenberg[72] aduz que é possível a utilização de métodos ou provas a fim de generalizar as conclusões extraídas de certas evidências para todo o grupo. A amostragem, por exemplo, permitiria a elaboração de estimativas de probabilidade a serem estendidas para todo o grupo litigante.

A preferibilidade ou superioridade da tutela coletiva concerne, portanto, a possibilidade de administração das questões individuais, que eventualmente subsistirem. Se essas questões, apesar de serem muitas, forem passíveis de administração na ação coletiva

segundo as técnicas à disposição do julgador, o requisito da superioridade encontrar-se-á preenchido.

5. CONCLUSÃO

A admissibilidade dos requisitos da predominância e da superioridade, à semelhança do sistema jurídico estado-unidense, constitui exigência do sistema constitucional, a propiciar efetiva tutela aos direitos individuais homogêneos.

Concluir diferente seria admitir que o tratamento processual coletivo, conferido a um direito essencialmente individual, exclusivamente por razões de efetividade processual, poderia persistir mesmo nos casos em que o referido escopo não fosse atingido, o que constitui um verdadeiro despropósito, sobretudo, na fase instrumentalista do processo civil.

Após tanto se propagar os benefícios da coletivização da tutela jurisdicional no alcance dos escopos do processo, um leigo se sentiria genuinamente ludibriado em obter o mesmo resultado ou até mesmo um resultado mais gravoso em relação àquele que poderia ser obtido na clássica ação individual.

De fato, não se poderia lhe retirar a razão. É logicamente insustentável reunir um feixe de direitos individuais para a realização de uma tutela coletiva, em tese, mais célere, econômica, segura para que, posteriormente, esse feixe se subdivida, novamente, em direitos individuais que serão tutelados tão lenta e custosamente como se nunca tivessem se reunido.

Importa, todavia, bem compreender os requisitos de admissibilidade da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, segundo o modelo constitucional de processo, a fim de que a técnica, tão bem intencionada, não se torne verdadeiro óbice aos escopos por ela visados, reproduzindo uma concepção mecânica e reacionária do processo.

Nessa medida, com fulcro nas experiências do sistema jurídico estado-unidense, forçoso convir que a mera presença das questões individuais ou a dificuldade decorrente da comprovação do nexos causal não conduz necessariamente a negativa de prosseguimento de uma demanda na via coletiva.

Reconhecida a relevância da questão da responsabilidade e aferida a possibilidade de administração das questões individuais subsistentes segundo as técnicas à disposição do julgador, a demanda coletiva merece prosseguimento.

Os requisitos de admissibilidade da predominância e superioridade da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, se compreendidos sob os auspícios da Carta Constitucional, poderão ser ultrapassados, possibilitando o prosseguimento da ação coletiva até a solução efetiva da controvérsia.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Principi Costituzionali e Processo de Esecuzione**. In: **Studi in memoria di Gino Gorla**. Tomo II. Milano: Giuffrè, 1994.

COUND, John J. [et al]. **Civil Procedure: cases and materials**. 7. ed. Minnesota: West Group, 1997.

Dianne Castano [et al] v The American Tobacco Company [et al], 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996), 5^o Circuito n^o 95.30725, julgado aos 23.5.96.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno II**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento da tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas sob uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. Revista Forense, n^o 352, out/dez de 2000.

GUASTINI, Riccardo. A 'Constitucionalização' do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HENSLER, Deborah R [et al]. **Class actions dilemmas: pursuing public goal for private gain**. California: Rand Institute for Civil Justice, 2000.

_____. **Revisiting the monsters: new myths and realities of class action and other large scale litigation.** Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11: 179 - 214, 2001.

KANE, Mary Kay. **Civil Procedure.** 6. ed. Minnesota: Thomson West, 2007.

KLONOFF, Robert H. **Class Action and Other Multi-Party Litigation.** 3. ed. Missouri: Thomson West, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos.** Revista de Processo, São Paulo, n. 39, jul/set de 1985.

MULHERON, Rachel. **The class action: in common law legal systems - a comparative perspective.** Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

NORDH, Robert. **Group Actions in Sweden.** Duke Journal of Comparative e International Law. Vol. 11: 381-404, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PROTOS. Michael C. **An epistemological approach to class certification: a classy understanding of the problems of class certification.** Case Western Reserve Law Review. Vol. 42: 1297 - 1337, 1992.

RODRIGUES, Abelha Marcelo. **Prova nos processos coletivos: a distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords). Direito Processual Coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSENBERG, David. **The regulatory advantage of class action.** In: Regulation by litigation. W. Kip Viscusi ed, Brookings, 2002.

SIMEONE JR, Joseph J. **Class suits under the codes.** Western Reserve Law Review. Vol. 7: 5 - 44, 1955/1956.

TARUFFO, Michele. **Some remarks on group litigation in comparative perspective.** Duke Journal of Comparative International Law. Vol. 11: 405-422, 2001.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e processo: la legittimazio ad agire.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. IN: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

[1] Robert Alexy assevera que a Constituição é uma "ordem de valores hierarquizada", uma "decisão constitucional fundamental" que permeia todos os ramos do direito. (cf. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 524/525).

[2] COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi Costituzionali e Processo de Esecuzione. In: **Studi in memoria di Gino Gorla**. Tomo II. Milano: Giuffré, 1994. p. 1584.

[3] GUASTINI, Riccardo. A 'Constitucionalização' do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 272.

[4] Direitos e garantias fundamentais traduzem, segundo Canotilho, entidades com finalidades distintas, embora detenham igualmente a característica da fundamentabilidade. Segundo esse autor, direitos são posições asseguradas aos indivíduos em uma relação jurídica e garantias são direitos dotados de um caráter instrumental de proteção a outros direitos. (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 396)

[5] ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2008. p. 543.

[6] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno II**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 727.

[7] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

[8] Bedaque assevera que o processo deve atender às necessidades dos consumidores dos serviços jurisdicionais. Nessa perspectiva se insere novos instrumentos processuais, dentre eles, o Mandado de Injunção, os Juizados Especiais, a Ação Civil Pública *etc.* (**Direito e Processo**: Influência do Direito Material sobre o Processo. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64.)

[9] CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43.

[10] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. 2002. p. 44.

[11] TARUFFO, Michele. **Some remarks on group litigation in comparative perspective**. Duke Journal of Comparative International Law. Vol. 11: 405-422, 2001. p. 406.

[12] NORDH, Robert. **Group Actions in Sweden**. Duke Journal of Comparative e International Law. Vol. 11: 381-404, 2001. p. 383.

[13] É sabida a existência de alguns projetos de código, dentre eles: (i) projeto elaborada pelo curso de pós-graduação *stricto sensu* da USP, coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover e (ii) projeto elaborado pelo curso de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e Unesa, coordenado pelo Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Os projetos podem ser conferidos no site do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. (cf. <http://www.direitoprocessual.org.br/site>).

[14] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42/43.

[15] Como acertadamente observa José Carlos Barbosa Moreira, os direitos individuais homogêneos constituem direitos "acidentalmente coletivos", uma vez que os mesmos são, em essência, individuais, apenas processualmente tutelados de forma coletiva. (cf. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. Revista de Processo, São Paulo, n. 39, jul./set. de 1985. p. 57).

[16] LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109/110.

[17] LEONEL, 2002. p. 102.

[18] LEONEL, 2002. p. 102.

[19] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das class actions for damages à ação de classe brasileira**: os requisitos de admissibilidade. Revista Forense, nº 352, out./dez. de 2000. p. 9.

[20] Kazuo Watanabe sustenta que os requisitos da homogeneidade e da origem comum, acolhidos pelo sistema jurídico brasileiro, apresentam, apesar da proximidade, aspectos distintos. A origem comum refere-se a uma causa afim, seja ela de fato ou de direito. A homogeneidade, por sua vez, não decorre necessariamente da origem comum, variando conforme a origem próxima ou remota do dano. (cf. WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. IN: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 825). Interpretando-se essa linha desse raciocínio, infere-se que a origem remota ou próxima decorre do número de fatores interferentes na causação do dano. Quão maior for o número de fatores interferentes na causação do dano, mais remota será a causa, e menos homogêneos serão os direitos a ela relacionados. Por outro lado, quão menor for o número de fatores interferentes na

causação do dano, mais próxima será a causa, e mais homogêneos serão os direitos a ela relacionados.

[21] VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 71/74.

[22] VENTURI, 2007. p. 73/74.

[23] Consoante leciona Canotilho, densificar consiste em "preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional", tornando possível sua aplicação aos problemas concretos. (cf. CANOTILHO, 2000. p. 1201)

[24] ALEXY. **Constitucionalismo Discursivo**. 2008. p. 47.

[25] Robert Alexy salienta que os direitos fundamentais, na medida em que ordenam ações positivas, devem ser concretizados, de forma pragmática, pelo intérprete. A existência de vários meios idôneos à consecução do objetivo visado enseja ao intérprete, todavia, uma liberdade de escolha quanto aos meios. O problema surge, precisamente, quando os referidos meios à disposição repercutem negativamente sobre outras garantias fundamentais. (cf. **Constitucionalismo Discursivo**. 2008. p. 80).

[26] ALEXY, **Constitucionalismo discursivo**. 2008. p. 80.

[27] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146.

[28] ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2008. p. 95

[29] ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2008. p. 90.

[30] CANOTILHO, 2000. p. 1225.

[31] BEDAQUE, 2007. p. 49.

[32] GRINOVER, 2000. p. 13.

[33] CANOTILHO, 2000. p. 497.

[34] CANOTILHO, 2000. p. 433.

[35] BEDAQUE, 2007. p. 49.

[36] CANOTILHO, 2000. p. 1201.

[37] COUND, John J. [et al]. **Civil Procedure**: cases and materials. 7. ed. Minnesota: West Group, 1997. p. 687.

- [38] MULHERON, Rachel. **The class action:** in common law legal systems - a comparative perspective. Portland Oregon: Hart Publishing, 2004. p. 165.
- [39] *Dianne Castano [et al] v The American Tobacco Company [et al]*, 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996), 5^o Circuito n^o 95.30725, julgado aos 23.5.96.
- [40] *Dianne Castano [et al] v The American Tobacco Company [et al]*, 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996), 5^o Circuito n^o 95.30725, julgado aos 23.5.96.
- [41] *Dianne Castano [et al] v The American Tobacco Company [et al]*, 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996), 5^o Circuito n^o 95.30725, julgado aos 23.5.96.
- [42] PROTOS. Michael C. **An epistemological approach to class certification:** a classy understanding of the problems of class certification. Case Western Reserve Law Review. Vol. 42: 1297 - 1337, 1992.
- [43] PROTOS. Michael C. **An epistemological approach to class certification:** a classy understanding of the problems of class certification. Case Western Reserve Law Review. Vol. 42: 1297 - 1337, 1992.
- [44] HENSLER, Deborah R [et al]. **Class actions dilemmas:** pursuing public goal for private gain. California: Rand Institute for Civil Justice, 2000. p. 319.
- [45] HENSLER, Deborah R [et al]. 2000. p. 321/322.
- [46] HENSLER, Deborah R [et al]. 2000. p. 327.
- [47] KLONOFF, Robert H. **Class Action and Other Multi-Party Litigation.** 3. ed. Missouri: Thomson West, 2004. p. 96/97.
- [48] SIMEONE JR, Joseph J. **Class suits under the codes.** Western Reserve Law Review. Vol. 7: 5 - 44, 1955/1956, p. 5.
- [49] KLONOFF, 2004. p. 97.
- [50] KLONOFF, 2004. p. 97.
- [51] MULHERON, 2004. p. 197/201.
- [52] COUND [et al], 1997. p 692.
- [53] MULHERON, 2004. p. 219.
- [54] MULHERON, 2004. p. 503.
- [55] KLONOFF, 2004. p. 108/109.
- [56] ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2008. p. 586.
- [57] ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2008. p. 586.

- [58] MULHERON, 2004. p. 200.
- [59] MULHERON, 2004. p. 201.
- [60] KLONOFF, 2004. p. 97.
- [61] MOREIRA, 1985. p. 57.
- [62] RODRIGUES, Abelha Marcelo. Prova nos processos coletivos: a distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords). **Direito Processual Coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 250.
- [63] KLONOFF, 2004. p. 97.
- [64] *Dianne Castano [et al] v The American Tobacco Company [et al]*, 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996), 5º Circuito nº 95.30725, julgado aos 23.5.96.
- [65] VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e processo**: la legittimazio ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979. p. 307.
- [66] HENSLER, Deborah R. **Revisiting the monsters**: new myths and realities of class action and other large scale litigation. Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11: 179 - 214, 2001. p. 187.
- [67] KANE, Mary Kay. **Civil Procedure**. 6. ed. Minessota: Thomson West, 2007. p. 258.
- [68] HENSLER, Deborah R, 2001. p. 187.
- [69] COUND *[et al]*, 1997. p. 686.
- [70] GIDI, Antônio. **A class action como instrumento da tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas sob uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 183.
- [71] GIDI, 2007. p. 168.
- [72] ROSENBERG, David. **The regulatory advantage of class action**. In: Regulation by litigation. W. Kip Viscusi ed, Brookings, 2002. p. 248.

O TRATAMENTO DA HOMOAFETIVIDADE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

TREATMENT OF HOMOSEXUAL'S UNIONS AS A FAMILY IN BRAZIL: CONSIDERATIONS THROUGH THE FEDERAL CONSTITUTION

**Larissa Maria Melo Souza
Ariane Costa Guimarães**

RESUMO

A pesquisa busca analisar a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar à luz da Constituição Federal do Brasil. A abordagem do assunto revela-se importante na medida em que se vivencia a consolidação da hermenêutica constitucional pós-positivista, em que a interpretação do direito é realizada de modo a prestigiar os valores sociais. Para tanto, inicia-se a exposição a partir da descrição da visão pós-positivista do direito, principalmente com as considerações de Gustavo Zagrebelsky, JJ. Canotilho e Inocêncio Mártires Coelho. Posteriormente, examinam-se julgados mais relevantes dos tribunais superiores brasileiros em que se verifica a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, exaltando a perspectiva valorativa e principiológica dos intérpretes na conclusão dos casos. A metodologia utilizada na pesquisa é a dogmático-instrumental, porquanto analisadas as considerações teóricas dos retromencionados autores, assim como a de estudo de precedentes.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL, PÓS-POSITIVISMO, UNIÃO HOMOAFETIVA.

ABSTRACT

The research seeks to examine the possibility of recognizing the homosexual's unions as a family through the Federal Constitution of Brazil. The approach of the subject manifests important, in that they experienced the consolidation of constitutional hermeneutics post-positivist, where the interpretation of the law is carried out to honored social values. For both, start up the exhibition from the description of post-positivist view of law, especially with the considerations of Gustavo Zagrebelsky, JJ. Canotilho and Innocent Mártires Coelho. Thereafter, it examines judged most relevant Higher Courts of Brazil where there is the possibility of recognizing the homosexual's unions as a family, extolling the values and principles' perspective of interpreters at the conclusion of cases. The methodology used in research is the dogmatic-instrumental, since analyzing the theoretical considerations of previously authors, as well as the study of precedents.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW, POST-POSITIVISM, HOMOSEXUAL'S UNIONS AS A FAMILY.

INTRODUÇÃO

A carência da legitimidade do direito, ou seja, o distanciamento entre a norma e a realidade,^[1] provocado pela compreensão de que o ordenamento jurídico, por si só^[2], seria suficiente para solucionar os problemas sociais, tem demonstrado a necessidade de reformulação da interpretação jurídica.

Nesse sentido, é certo que a impossibilidade de justificação do direito, o afastamento entre a moral e a ciência jurídica ou o questionamento do teor de justiça das normas e das decisões judiciais não mais se coadunam com a sociedade contemporânea plasmada em direitos fundamentais^[3].

Ocorre que, a compreensão do direito na contemporaneidade induz à sua concepção como objeto cultural, cuja legitimidade advém de processo dialético do reconhecimento de que a norma jurídica é aberta e da busca do conteúdo axiológico conferido pela sociedade aos fatos^[4].

Desse modo, uma das celeumas, ou *hard case*, advindas da reformulação de compreensão do direito é o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar no Brasil, pois, conforme se demonstrará neste artigo, muitos intérpretes entendem que a falta de regulação legislativa sobre o assunto significa a sua impossibilidade.

Para que este tema seja tratado adequadamente, faz-se necessário o estudo acerca das premissas inerentes à concepção pós-positivista do direito, especificamente no que concerne à atividade hermenêutica prospectiva. De igual modo, entende-se imprescindível a demonstração de julgados no Brasil nos quais se afirmou a legitimidade do reconhecimento da união homo-afetiva como entidade familiar, pontuando diretamente as normas jurídicas invocadas e os valores sociais pertinentes.

Para a promoção desse debate, é importante o diálogo entre os autores, tais como Gustavo Zagrebelsky^[5], J.J. Gomes Canotilho^[6]., Inocêncio Mártires Coelho^[7] e Maria Berenice Dias^[8].

Note-se que o presente ensaio não pretende abordar o tema de modo denso, mas, tão-somente identificar de que modo os aspectos ontológicos da concepção pós-positivista do direito, especificamente pela dialética que lhe é inerente, pode contribuir para a inclusão social e a concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim, a dinâmica dos estudos a serem desenrolados é de apresentação da teoria pós-positivista em contraste com os ideais positivistas, no intento de, em segundo momento, analisar a questão das uniões homoafetivas no Brasil, sob a ótica das duas correntes.

Essa segunda etapa consiste na descrição do contexto do caso hipotético em suas duas esferas: sociológica, relativa aos fatos e problemas pertinentes, bem como o legislativo, por meio do apontamento das normas aplicadas. No caso em abstrato selecionado, o problema do mundo fenomênico é o reconhecimento das uniões homossexuais pelo direito, como uniões estáveis, assegurando os direitos e benefícios previstos a estas relações àquelas, dentre os quais os de ordem previdenciária, trabalhista, de família e sucessória, em uma sociedade marcada pela ojeriza à relação homossexual, em razão de valores conservadores e tradicionais inerentes aos brasileiros. Ao fim, a intenção é, com base nas reflexões, verificar a constitucionalidade das uniões homoafetivas à luz das correntes positivista e pós-positivista.

2 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Para a compreensão das diferenças e semelhanças entre as correntes positivistas e pós-positivistas, é importante remontar-se à evolução histórica dos Estados Constitucional e de Direito.

No início de sua concepção, o Estado de Direito era conhecido como o Estado da Razão, pois era o “*Estado governado segundo a vontade comum da razão e orientado somente à execução do bem comum*”[9]. Posteriormente, passou a ser o “*Estado que fixa e determina exatamente as causas e limites de suas atividades, assim como a esfera da liberdade dos cidadãos, conforme o direito*”[10], negando-se à concentração de poder em si próprio ao se reduzir no ordenamento jurídico, no qual o Estado livre e soberano se determinava pelo Poder Legislativo, representante da vontade soberana do povo.

Ocorre que, nada obstante o Estado de Direito ter afastado o despotismo, a história da humanidade demonstra que seu conceito é falho, na medida em que lhe falta conteúdo valorativo suficiente para representar os anseios sociais, o que resultou, portanto, em Estados Totalitários da lei, ou seja, no Poder Legislativo que editara a norma, sem retornar à sociedade para conferir se suas disposições estão em conformidade com os anseios sociais presentes[11].

Zagrebelsky explica que, para a Revolução Francesa, a soberania da Lei se apoiava na Soberania da Nação, representada pelo Poder Legislativo[12]. Dessa forma, ainda que se afastasse a vontade arbitrária dos déspotas, certo é que o Estado de Direito, com o predomínio único da Lei, levou à desvinculação do direito e da justiça e, conseqüentemente, a humanidade saiu de um absolutismo do rei para o absolutismo do parlamento, restando ao Poder Judiciário um poder nulo. A necessidade de generalidade e abstração da lei provinha da necessidade de liberdade e igualdade, mesmo que meramente formal, para garantir a “certeza do direito”. Nessa seara, as Constituições eram meros marcos de intangibilidade para combater o retorno ao regime antigo, com conteúdos flexíveis aos interesses da burguesia. O sistema, portanto, não se fechava na Carta Magna, mas no próprio poder político do Parlamento, razão de se afirmar a passagem do absolutismo do Rei para ao do Parlamento[13].

Nesse sentido, autores como Hans Kelsen propuseram o afastamento da moral do direito justamente para estruturar um ambiente metodologicamente perfeito para a aplicação do direito. Para Kelsen, o direito, para ser entendido como ciência, necessitava afastar-se dos valores e, por essa razão, desenvolveu a Teoria Pura do Direito, cuja estrutura

metodológica é perfeita. Ocorre que, além de apresentar aspectos controvertidos em pontos estruturais, como o conceito de norma hipotética fundamental e a definição de eficácia, o próprio Kelsen reconhece que sua teoria é confeccionada para o plano normativo (o da norma posta, positiva) não abrangendo o momento pós-normativo, ou seja, o de interpretação e aplicação da Lei ao caso concreto[14]. Complementando a teoria desenvolvida por Kelsen, o positivista Hart desenvolve a tese de que os valores podem ser incorporados pelo direito, mediante a moderação da aplicação do texto legal com limites morais e jurídicos que exige certo grau de poder aos juízes. Para excluir a arbitrariedade seria preciso objetividade, o que fez Hart recorrer a uma teoria de argumentação jurídica[15].

Dessa era do legalismo puro e do retraimento dos ordenamentos jurídicos nacionais, a pauta mínima de valores construída após as rupturas decorrentes do término da Segunda Guerra Mundial, principalmente sobre o aspecto da dignidade da pessoa humana[16], e a complexidade e transformações vivenciadas no mundo global exige do intérprete jurídico um rol de instrumentos para solucionar a complexidade normativa, cujo marco filosófico para este novo momento é indicado como pós-positivismo[17].

O pós-positivismo, por sua vez, funda-se na releitura das relações indicando o ser humano como elemento central de reflexão científica. Nessa perspectiva, o centro de referência do direito deixa de ser a lei (regra objetiva) e passa a ser a Constituição que em face do que representa – um contrato social da sociedade para a criação do Estado e de regras de conduta a ele (repartição de competências, direitos fundamentais) e aos cidadãos (direitos e garantias fundamentais, eficácia horizontal) –, possui caráter valorativo exigente dos princípios, além das regras, como “instrumentos” da concretização dessa nova ordem, cujo centro é a Constituição, de caráter aberto e vinculado aos sujeitos que constroem seu significado de acordo com o momento histórico e social (relativismo cultural). A pauta de valores do direito deixa de estar na Lei formal e tende para um constitucionalismo norteado pela concretização de direitos fundamentais aplicados[18].

Assim sendo, não há como negar que houve mudança significativa na teoria das normas jurídicas, pois ao lado das regras jurídicas passam a existir os princípios jurídicos aliados a valores (moral). Em outras palavras, a preocupação contemporânea não é apenas com os Direitos Fundamentais, mas com a aplicação do direito pelos Direitos Fundamentais, sendo estes o ponto de partida para a teoria geral dos princípios[19]; além da reflexão sobre metodologia a ser utilizada para o controle da aplicação de tais direitos, sob o olhar da hermenêutica e da linguagem (Teoria da Argumentação)[20].

Com relação aos métodos hermenêuticos de interpretação jurídica positivistas, Savigny[21] apresenta quatro métodos jurídicos-interpretativos: (a) gramatical, (b) histórico, (c) sistemático e (d) teleológico. Porém, diante da nova configuração da sociedade pós-segunda guerra mundial, surge uma nova interpretação constitucional baseada no cerne principiológico constitucional, em um sistema de interpretação por princípios instrumentalistas – seguem lógica, método e fim – sem prejuízo dos métodos tradicionais. Para Luís Roberto Barroso, seriam eles: (a) supremacia da constituição, (b) presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público, (c) interpretação conforme a constituição, (d) unidade, (e) razoabilidade e (f) efetividade[22]. Ademais, a argumentação jurídica consiste na fundamentação do intérprete em suas decisões em casos de colisão de difícil uso da razoabilidade e da

ponderação. Neste sentido o jurista deve indicar uma fundamentação jurídica – norma constitucional e infraconstitucional –, expor casos semelhantes de mesma forma conduzidos de pretensão universal e considerar as conseqüências no mundo dos fatos[23].

Conclui-se, portanto, que o pós-positivismo reflete sobre três eixos centrais: a teoria das normas jurídicas como regras e princípios; a teoria dos direitos fundamentais como pauta de valores do Direito; e a teoria da argumentação e hermenêutica jurídicas que se apresentam como critérios racionalizadores do próprio discurso jurídico[24]. Nesse sentido, a dogmática jurídica troca a simples decidibilidade, como nos ensina o Tércio Ferraz Júnior[25], pela decidibilidade acrescida da fundamentalidade e justificação das decisões tomadas. Entretanto, apesar do crescimento de uma dogmática da interpretação constitucional, da ânsia de efetivação das normas e o reconhecimento da força normativa da Constituição[26], o conteúdo desta e a sua abertura exigem o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional[27]. Assim, o pós-positivismo diferencia-se em relação ao positivismo, segundo os seguintes aspectos:

CRITÉRIOS	Positivismo	Pós-positivismo
Teoria Normativa	Regras objetivas	Regras objetivas (normas) e regras subjetivas (normas-princípios).
Valor protegido	Segurança jurídica	Dignidade da pessoa humana
Metodologia tomada de decisão	de Lógica formal[28]	Teorias argumentativas e hermenêuticas sofisticadas que visam proteger os direitos fundamentais

Ademais, verifica-se que o pós-positivismo, entendido como “*a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana*” [29] não é um novo paradigma, mas aperfeiçoamento do modelo positivista[30]. É que, com base na distinção entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo, conclui-se que não há este rompimento entre as correntes. Em verdade, o pós-positivismo pretende uma releitura de suas principais propostas, ao indicar o ser humano como elemento central de reflexão científica[31].

Nesse seguimento, o pós-positivismo possui bases teóricas no positivismo jurídico, pois se baseiam igualmente na lei, mas leva em consideração, na aplicação do direito, elementos de ligação entre o direito e a moral, ou seja, conteúdo valorativo.

Reconhecida a insuficiência da premissa positivista da totalidade do direito formal para abarcar e resolver todos os problemas sociais, não permitindo o desenvolvimento da legitimidade, certo é que o ideário de aplicação do direito como mera subsunção do fato à norma merece ser relido à luz das premissas pós-positivistas, calcadas, por sua vez, nos direitos fundamentais como princípios, aproximando o direito e a moral[32].

3 O BRASIL DIANTE DA UNIÃO HOMOAFETIVA: O ESTUDO DE PRECEDENTES

De forma inovadora e incorporando realidades sociais, a Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente, em seu artigo 226, § 3º, a união estável entre o homem e a mulher como verdadeira entidade familiar, sobrepondo-se ao entendimento anterior que reconhecia, tão-somente, direitos patrimoniais ao instituto, enquadrando-a no regime pertinente às sociedades de fato[33].

Nesse passo, à luz do raciocínio positivista, esses preceitos normativos induzem à conclusão de que apenas as relações entre um homem e uma mulher são passíveis de serem reconhecidas como união estável, eis que expressamente disposto no texto constitucional, excluindo do seu alcance as relações entre pessoas do mesmo sexo.

Oportunamente, essa foi a solução conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao examinar pedido de separação e partilha promovido por casal de pessoas do mesmo sexo, em que a 4ª Turma afirmou que a dissolução de tal relação acarreta efeitos econômicos, uma vez que equiparada à sociedade de fato, prevista, por sua vez, no artigo 981 do Código Civil, mas afastou quaisquer efeitos decorrentes de relação familiar, como filiação e sucessão. Eis alguns dos argumentos desenvolvidos no voto condutor do julgamento:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares.

3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

(STJ – RESP 502995, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16/05/2005).

Como se denota, na visão positivista, como a constituição dispõe que apenas as relações entre homem e mulher serão abrangidas na entidade familiar, excluídas estão as entre pessoas do mesmo sexo. É importante pontuar que esta conclusão não é fruto de uma interpretação preconceituosa, como muitos afirmam[34]. Pelo contrário, tal assertiva é resultado do exame da legislação vigente para encontrar respostas ao problema do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Tanto é que diversos positivistas, ao comentar o tema, posicionam-se pela necessidade de regulamentação legislativa, a fim de que as relações entre os

homossexuais sejam abrangidas pelo ordenamento jurídico e adotadas como de direito perante a sociedade, como se abstrai das seguintes lições sobre sociedades de fato:

Nesse contexto, a técnica da sociedade de fato tem seus limites, não atendendo de modo satisfatório todos os reclamos e angústias freqüentes no desfazimento da união homossexual. A sociedade de fato não supre as lacunas normativas relativas aos direitos e deveres genéricos dos companheiros homossexuais, à prestação de alimentos, nem aos direitos sucessórios[35].

Ao revés, os positivistas defendem que, pelo fato de o ordenamento jurídico servir para preservar a vontade do povo assumida por seus representantes quando da edição da lei em debate, é de rigor seja mantida, em homenagem ao princípio da legalidade, afastando-se quaisquer juízos de valor, seja favorável ou desfavorável à mencionada relação, sendo a alternativa para a tutela das relações homoafetivas como verdadeira entidade familiar a regulamentação pela via legislativa.

No entanto, a releitura do artigo 226, §3º, da Constituição, que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana não pode excluir as uniões homoafetivas de seu espectro de tutela.

De igual modo, ao invocar-se o pluralismo como valor inserido no preâmbulo[36] da Constituição brasileira de 1988, dotado, portanto, de força normativa[37], desperta-se a reflexão a respeito da conclusão positivista que exclui as relações homoafetivas da entidade familiar.

Com efeito, J. J. Gomes Canotilho assinala que a função integradora da Constituição deve atentar-se para os fenômenos do pluralismo jurídico e do multiculturalismo social, na medida em que se exige do Estado a estruturação e a garantia de um “*sistema constitucional pluralístico*”[38].

Sob o manto do pluralismo e do multiculturalismo, a Constituição é o lugar em que se firma o direito da tolerância, de modo a permitir e assegurar não apenas à liberdade religiosa, mas, da mesma forma, à liberdade de pensamento, de expressão e de agir de acordo com as regras da convivência social, estabelecidas em um Estado Constitucional[39].

Por outra via principiológica, Maria Berenice Dias aponta que, sob o manto dos princípios da igualdade, liberdade, autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser reconhecida como entidade familiar. É que “*não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos*”[40], mas faz-se “*também imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevailecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal*”[41].

Acrescenta, ainda, que o pressuposto da cidadania como valor democrático basilar da sociedade brasileira reconhece o princípio da igualdade como garantidor da diversidade sexual, em homenagem ao pluralismo e multiculturalismo contemporâneos. Esse pensamento evidencia-se quando Maria Berenice Dias afirma que:

“além de estarem amparadas pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, impositiva a inclusão das relações homossexuais no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual, categorial e difuso. [...]. Acresce, ainda, visualizar a segurança da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada que é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”[42].

No mesmo sentido, ainda, foi a orientação adotada pela Advocacia-Geral da União, apresentada em parecer proferido na ADPF n. 132, de Relatoria do Ministro Carlos Britto, no qual se afirma que a estruturação do texto normativo brasileiro não pode fechar os olhos para as uniões homossexuais:

“Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expreso, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns. Ou seja, sob os olhos do pós-positivismo, de acordo com o qual a função do intérprete do direito é a aplicação da ordem jurídica reconstruída no caso concreto a partir dos direitos fundamentais, dotados, por sua vez, de caráter principiológico e de eficácia irradiante, de modo a abrigar os anseios sociais da minoria, as uniões entre pessoas do mesmo sexo com o objetivo de estabelecer família devem ser reconhecidas como entidade familiar, gozando, portanto, dos direitos a ela inerentes, eis que a “evolução e a complexidade das relações humanas estão a exigir do ordenamento jurídico respostas adequadas para a resolução de controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais”[43].

Do mesmo modo, em recentes julgados, surgem manifestações dos Tribunais Superiores incorporando o teor dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da justiça, assim como a realidade social afetiva para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

É o caso do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº. 238715[44], em que um casal de pessoas do mesmo sexo pleiteou a extensão de benefícios de plano de saúde por vínculo de dependência.

Na ocasião, a Terceira Turma assinalou que o ordenamento jurídico pátrio não disciplina expressamente os direitos inerentes à corriqueira relação homoafetiva, sendo o caso de se invocar o artigo 4º da LICC, que trata da utilização da analogia para as hipóteses de lacuna legislativa. Desse modo, considerando que a união entre pessoas do mesmo sexo pode se mostrar estável, duradoura e afetiva, é de se aplicar a analogia para o reconhecimento da união homoafetiva como verdadeira união estável.

Outro julgado em que os direitos dos companheiros do mesmo sexo foram reconhecidos, também apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi o proferido no bojo do recurso especial nº. 395.904[45].

Nesse julgamento, foi reconhecido o direito a pensão por morte a sobrevivente, por entender que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal merece ser analisado sob o manto do princípio da justiça e da igualdade. De fato, a dicção do dispositivo constitucional em comento não excluiu a relação homoafetiva de seu espectro de incidência, pelo que é possível o reconhecimento dessa união como entidade familiar, conferindo-lhe os direitos a ela inerentes, como, na hipótese do recurso, o direito previdenciário a pensão por morte. Igualmente, os métodos interpretativos conduzem à aplicação análoga do ordenamento jurídico aos casos em que inexistente previsão legal expressa, considerando os princípios e a realidade social, motivo pelo qual é de ser reconhecido o direito à pensão por morte ao companheiro homossexual[46].

Mais recente apreciação de caso em que se discute a possibilidade de reconhecimento do vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo se trata do julgamento do recurso especial nº. 820.475[47].

Nessa oportunidade, afirmou-se que a união homoafetiva não mais pode ser tratada como mera sociedade de fato, mas verdadeira entidade familiar, nos moldes preconizados pelo artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. É que, além de inexistir vedação pelo ordenamento jurídico ao reconhecimento da relação homoafetiva como instituto familiar, sendo perfeitamente legítima a aplicação da analogia, é dever dos intérpretes o exame do tratamento da matéria na sociedade. De fato, os fatos da vida são dinâmicos e, em diversas situações, não previstas em lei, pelo que não pode o juiz afastar-se desse fator para decidir que a ausência de previsão legal inviabiliza os indivíduos de gozarem de direitos, principalmente os constitucionais.

Igualmente, não foi apenas o Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mas, do mesmo modo, o Tribunal Superior Eleitoral.

Cuida-se do recurso especial eleitoral nº. 24.564, em que se averiguava a existência de vínculo familiar para constatação de inelegibilidade de companheiro do mesmo sexo. Na ocasião, reconheceu-se o reflexo do vínculo entre a união homoafetiva na esfera eleitoral, nada obstante se tenha afirmado que o ordenamento jurídico não reconhece referido elo como entidade familiar. E, sendo, assim, se é de ser reconhecida a inelegibilidade eleitoral prevista na Constituição para os casais do mesmo sexo, o mesmo ocorrerá com os direitos advindos de tal relação, sob pena de frontalmente violados os direitos à dignidade da pessoa humana e da isonomia[48].

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou favoravelmente à união estável, à luz dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da tolerância e da isonomia. No entanto, a importância do reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares foi afirmada em decisão monocrática proferida na ação direta de inconstitucionalidade nº. 3300[49].

Na oportunidade, pleiteava-se interpretação conforme a Constituição ao artigo 1º da Lei nº. 9.278/96, para que a relação homoafetiva fosse considerada como união estável, detentora dos direitos e obrigações inerentes ao instituto familiar. Ocorre que o Relator, Ministro Celso de Mello, julgou a ação extinta, sem adentrar o mérito da causa, tendo em vista a ilegitimidade *ad causam* das autoras do pleito, mas assinalou que é *“relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões*

estáveis homoafetivas”, devendo o Pretório Excelso apreciar em momento adequado a controvérsia.

4 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS

A hermenêutica constitucional é complexa, o que leva a interpretações para solução das complexidades reais distintas. Ou seja, apesar do entendimento positivista de inconstitucionalidade e ilegalidade do reconhecimento das uniões homoafetivas, é possível compreendê-las como entidades familiares.

Isto porque a entidade familiar é considerada uma estrutura social estável e duradoura que objetiva a perpetuação de espécie humana e dos valores morais e culturais, iniciada pelo casamento ou pela vontade dos indivíduos em assim se estabelecerem. Rodrigo da Cunha assinala:

A partir do momento em que consideramos a família como estrutura, veremos que a sua importância está antes e acima das normas que determinam sobre a formalidade de um casamento, por exemplo. É preciso não confundir família com casamento, noções equivocadas daqueles que afirmam que esta é constituída pelo casamento, quando na verdade é apenas uma das formas de sua constituição[50].

Nesse sentido, vários julgados de Tribunais Superiores, como os delineados acima, já se manifestam a favor do reconhecimento familiar à união homoafetiva. Cumpre ressaltar que essa visão torna-se possível a partir da concepção pós-positivista, por abarcar uma interpretação principiológica, que segue em especial a interpretação pela unidade constitucional[51].

Ou seja, pelo caráter principiológico que se atribui aos direitos fundamentais à tolerância, à igualdade, à liberdade, à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana na interpretação pós-positivista, é possível o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, nada obstante o texto normativo determinar que uniões estáveis se aperfeiçoam pela dualidade de sexos.

É que referida união, desde constituída para a manutenção do lar e da difusão dos valores sociais mais elementares, consubstancia-se em realidade social e tem amparo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da tolerância, da isonomia, do pluralismo.

Ademais, apesar do entendimento positivista, ainda prevalecente na jurisprudência e no senso comum, defender a inconstitucionalidade das uniões homoafetivas, tal visão é de interpretação errônea. Isto, pois o art. 226, §3º da CF/88 não excluiu a possibilidade de uniões homoafetiva, o que permite o reconhecimento dessa união como entidade familiar, por meio da interpretação da constituição de forma sistêmica (princípio da unidade constitucional).

Nesse seguimento, a visão positivista de ilegalidade das uniões homoafetivas é incongruente, tendo em vista o pensamento defendido por essa doutrina. Ocorre que, como já exposto, o pensamento positivista guia-se pelo exposto na lei, entretanto, não há dispositivo legal ou constitucional que expressamente proíba as relações entre

pessoas do mesmo sexo. Assim, no caso da lacuna legal, o positivista deveria guiar-se pelos Costumes, Jurisprudência e Princípios Gerais do Direito, conforme a LICC.

Note-se que este erro interpretativo não se deve a mero preconceito, como já ressaltado acima, mas à complexidade do processo interpretativo. Segundo Coelho, para haver uma interpretação livre de vícios é preciso o pluralismo[52]. Este, para Coelho, é uma pré-compreensão que vicia nosso ponto de vista, faz-se necessário, portanto, cumprir a vontade de continuidade das coisas, mesmo que de forma parcial, em sua forma concreta e espiritual, além da integração dos outros possíveis pontos de vista[53].

Com os ensinamentos de Ricoeur[54], Coelho estabelece fases do pluralismo para se chegar ao seu atual conceito, inerente a idéia de dignidade da pessoa humana, sendo os seguintes: (a) primeiramente tolera-se apesar de reprovar por falta de poder repressor; (b) analisa-se as posições contrárias sem aderi-las; (c) reconhecer-se direito ao erro que o indivíduo poder fazer o que bem entender desde que não prejudique direito alheio[55].

É, portanto, fático que o direito não é conhecido objetivamente, mas de forma intersubjetiva visto que, requer a esfera espiritual – entendida como ponto subjetivo da razão humana[56]. Logo, o método da intersubjetividade é o que pode trazer mais a objetividade nas decisões[57]. “*Nesse sentido, considera-se objetiva aquela interpretação que for aceita pela maioria da comunidade hermenêutica, [...] assumiu como critério redutor de equívocos a busca cooperativa da verdade*”[58].

Nesse passo, o intérprete não possui outra saída a não ser trabalhar sobre o texto constitucional sem instrumentos determinados, decidindo “*ao sabor de sentimentos e intuições pessoais*”[59]. Assim, por falta das delimitações se utiliza um jogo onde se concerta e complementa as restrições conforme a necessidade[60].

Portanto, é certo que, seja pela visão positivista ou pós-positivista, não há vedações ao reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil. Pelo contrário, pois quando se considera a interpretação uma da constituição, se alcança entendimento a favor do reconhecimento de tais relações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se infere, o pós-positivismo não supera o positivismo, na medida em que acolhe a sua premissa de que direito é norma. Entretanto, o pós-positivismo propõe a correção das principais falhas do positivismo proposto por Kelsen, principalmente a partir de três outras perspectivas: a) direito é norma, mas não é fechada em razão da pauta aberta de valores constante nos princípios; b) direito é norma que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, com base na proporcionalidade e razoabilidade na aplicação dos direitos fundamentais; c) direito é norma que não é posta só pelo legislador, mas pelas decisões dialogadas entre as três esferas de poder, nas quais se aplicam os princípios jurídicos, interpretados de forma a preservar os anseios sociais, o que implica análise do direito a partir da metodologia concretista, que consagra hermenêutica com teoria da argumentação.

Nesse contexto, ao considerar a Constituição não como instrumento de preservação dos valores sociais predominantes à época de sua edição (1988), pressuposto positivista clássico, mas como meio de garantia dos direitos e realidades sociais contemporâneas,

certo é que o direito, na visão pós-positivista, não pode fechar os olhos às uniões homossexuais e reconhecer seu vínculo jurídico.

Em outros termos, com a complexidade das relações cada vez mais realçadas, a interpretação positivista pura se mostra insuficiente para reger as nuances das relações sociais na seara das relações familiares, na medida em que é impossível ao legislador regular ter regrado expressamente no texto da lei tais aspectos da vida social.

A função do intérprete pós-positivista, portanto, é responder as demandas e aos problemas sociais pela interpretação baseada no cerne principiológico da Constituição, primando pela prevalência dos direitos fundamentais, ainda que aparentemente contrário ao texto literal da Constituição[61].

Ademais, mesmo por um olhar positivista, certo é que se considere a constitucionalidade e legalidade das uniões homoafetivas, tendo em vista que tais uniões não são defesas em lei. O rechaço positivista a relações deste caráter incide, como visto, em erro interpretativo.

Certo ou errado, sob pontos de vistas religiosos e morais de determinadas camadas sociais, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é mais legítimo, na medida em que rejeitar as vontades e princípios de outros que não se coadunam aos próprios, por força de raízes culturais e conservadoras, não atendem à finalidade e à existência do direito contemporâneo, pautado, cada vez mais, no pluralismo e na tolerância.

6 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Migalhas. Disponível em: . Acesso em: 07 out. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. In RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer sobre Direitos Fundamentais. Uniões Homoafetivas [...], Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Ministro José Toffoli, Brasília, 06 de junho de 2008. Acesso restrito.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: UNESP, 2003.

CHALMERS, Alan Francis. Teorias como estruturas: os paradigmas de Kuhn. Trad. Raul Ferreira. In: CHALMERS, Alan Francis. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

CUNHA, Rodrigo. **Vínculo hetero e homoafetivos**. Disponível em: . Acesso em: 20 jul. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FÉRES, Marcelo Andrade. **As sociedades entre o fato e o registro**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoria del derecho em tiempos del constitucionalismo*. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 169-170.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVA, Alberto. Kuhn: o normal e o revolucionário na produção da racionalidade científica. In: PORTOCARRERO, Vera (org.). **Filosofia, história e sociologia das ciências**: abordagens contemporâneas. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1954.

RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. **A intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrend Brasil, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. **Revista de Direito Público**. Brasília, a. 5, n. 17, jul./set. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. RESP nº. 820475. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, DJ de: 06 out. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. RESP nº. 395904. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, DJ de: 06 fev. 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. RESP nº. 238715. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, DJ de: 02 out. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: . Acesso em: 22 jul. 08.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: . Acesso em: 22 jul. 08.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RESP nº. 24564. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, DJ de: 20 nov. 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

[1] COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista do Senado Federal**. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 157-164, p. 158.

[2] Por esta perspectiva, a interpretação admitida compreende os métodos literal, sistemático, histórico e teleológico, cujos conteúdos sempre se remetem ao próprio ordenamento jurídico para encontrar soluções para os problemas com os quais se deparam os intérpretes. SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas: Edicamp, 2001, p. 10.

[3] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XX .

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48-52.

[5] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

[7] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

[8] DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[9] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 22.

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 22.

[11] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 22.

[12] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

[13] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

[14] Isto pode ser verificado no capítulo 8 da Teoria Pura do Direito, na medida em que Kelsen explica que o sentido da norma é obtido com a interpretação, com uma escolha do intérprete sobre qual dos sentidos de uma norma deve prevalecer. (Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

[15] FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La Teoria del Derecho em tiempos del constitucionalismo*. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 169-170.

[16] Aqui vale reproduzir a lição do Tércio Ferraz Júnior: "Envolvendo sempre um problema de decidibilidade, a Dogmática Jurídica tem, contudo, por referência central, o próprio ser humano que, pelo seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide, renega suas decisões, reforma as normas etc." Cf. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 119.

[17] Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2007.

[18] Cf. SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. **Revista de Direito Público**. Brasília, a. 5, n. 17, jul./set. 2007.

[19] Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[20] Cf. SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. **Revista de Direito Público**. Brasília, a. 5, n. 17, jul./set. 2007.

[21] Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

[22] Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Migalhas*. Disponível em: . Acesso em: 07 out. 2007.

[23] *Ibidem*.

[24] Cf. SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. **Revista de Direito Público**. Brasília, a. 5, n. 17, jul./set. 2007.

[25] Cf. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

[26] Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

[27] BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2007.

[28] Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[29] Cf. Barroso, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, *in* Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (org.) **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 300.

[30] Para Thomas Kuhn paradigmas são suposições teóricas gerais, leis e técnicas adotadas por uma comunidade científica. Sobre paradigmas para Kuhn veja CHALMERS, Alan Francis. Teorias como estruturas: os paradigmas de Kuhn. Trad. Raul Ferreira In: CHALMERS, Alan Francis. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1999

[31] Cf. SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. **Revista de Direito Público**. Brasília, a. 5, n. 17, jul./set. 2007.

[32] SILVA, Virgilio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Tese de Cátedra/USP, 2005.

[33] Antes da promulgação da Carta Magna, a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal tutelava a relação entre homem e mulher em união estável, reconhecendo-a apenas com base nos dispositivos normativos atinentes à sociedade de fato, resultando em efeitos apenas patrimoniais, nos seguinte termos: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

>. Acesso em: 22 jul. 08). De igual modo, preconiza o artigo 981 do Código Civil que “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

[34] Tanto a conclusão não é preconceituosa, que muitos positivistas antes da promulgação da Carta Magna, a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal tutelava a relação entre homem e mulher em união estável, reconhecendo-a apenas com base nos dispositivos normativos atinentes à sociedade de fato, resultando em efeitos apenas patrimoniais, nos seguinte termos: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

[35] FÉRES, Marcelo Andrade. **As sociedades entre o fato e o registro**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2008, pp. 212-213.

[36] O preâmbulo é composto de um conjunto de valores que devem nortear a interpretação da Constituição, conforme asseverou o STF: “os valores que norteiam a Constituição, contidos no seu preâmbulo” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: . Acesso em: 22 jul. 2008).

[37] Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

[38] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pp. 1388-1390.

[39] CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 57-58

[40] DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

[41] DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

[42] DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

[43] BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer sobre Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas [...], Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Ministro José Toffoli, Brasília, 06 de junho de 2008. Acesso restrito.

[44] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. RESP nº. 238715. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, DJ de: 02 out. 2006.

[45] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. RESP nº. 395904. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, DJ de: 06 fev. 2006.

[46] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. RESP nº. 395904. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, DJ de: 06 fev. 2006.

[47] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. RESP nº. 820475. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, DJ de: 06 out. 2008.

[48] TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RESP nº. 24564. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, DJ de: 20 nov. 2006.

[49] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

. Acesso em: 22 jul. 08).

[50] CUNHA, Rodrigo. **Vínculo hetero e homoafetivos**. Disponível em: . Acesso em: 20 jul. 2008.

[51] Esse princípio é indicado como método interpretativo constitucional como já exposto acima. Para mais esclarecimentos vide BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Migalhas. Disponível em: . Acesso em: 07 out. 2007.

[52] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p. 48.

[53] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p. 55-56.

[54] Cf. RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. **A intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrend Brasil, 2000.

[55] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p. 51-52.

[56] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p.55.

[57] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p.55-56.

[58] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p. 56.

[59] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p. 56.

[60] COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006. p. 56.

[61] DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual. O Preconceito & a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.80.

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE JUDICIARY POWER AND THE EFFICACY OF THE SOCIAL RIGHTS

Leonardo Augusto Gonçalves

RESUMO

Iniciando pela abordagem do processo que levou à constitucionalização dos direitos sociais, o presente texto avança e passa a discorrer, sempre pela ótica da concretização dos direitos fundamentais, a respeito da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo desde o Estado liberal, passando pelo Estado social, chegando até nossos dias, quando vivenciamos um momento de crise deste último modelo estatal. Desenvolvendo uma linha de argumentação acerca da importância do Poder Judiciário no campo da busca da efetividade dos direitos fundamentais, este trabalho lança seu olhar, de maneira especial, para a forma de atuação dos tribunais nos países de modernidade tardia, sobretudo no campo da implementação dos direitos sociais. Destacando, na seqüência, a estreita relação entre as políticas públicas e os direitos sociais, discute-se a possibilidade e os limites da tutela jurisdicional desta espécie de direitos fundamentais, destacando-se a necessidade de que, sobretudo no âmbito dos países periféricos, a atuação do Poder Judiciário seja marcada pela mais absoluta necessidade de se buscar a concretização das previsões constitucionais inerentes ao tema, procurando garantir a transição da igualdade dos indivíduos desde uma concepção meramente formal para uma realidade substancial. Em conclusão, aponta-se que o Poder Judiciário deve se mostrar disposto a evoluir no campo da efetivação dos direitos fundamentais, procurando cumprir o papel que o texto constitucional lhe atribui, exercendo com retidão a parcela do poder estatal que lhe é outorgada pelo povo, sob pena de, a exemplo do que se verifica atualmente com os Poderes Executivo e Legislativo, passar a ser fortemente questionado pelos cidadãos acerca de sua verdadeira função no âmbito da sociedade, se a de garantir privilégios a uma minoria ou de concretizar direitos em prol da maioria.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO; DIREITOS SOCIAIS; EFETIVAÇÃO.

ABSTRACT

Beginning from the approach to the process that has taken to the social rights constitutionalism, the text moves forward and begins to explain, always by the accomplishment view of the fundamental rights, in respect to the relationship between the Judiciary Power and the Executive Power since the liberal State, passing by the social State, coming up to our days, when we face a moment of crisis in this last state-owned model. Developing an argumentation line concerning the importance of the Judiciary Power in search of the fundamental rights effectiveness, this work heads its

view, in a special manner, for the way the courts act in the countries of late modernity, especially in what refers to the social rights implementation. Pointing out, in the sequence, the narrow relationship between the public politics and the social rights, it discusses about the possibility and the limits of the jurisdictional guardianship of this kind of fundamental rights, pointing out the importance that, especially in the scope of the peripheral countries, the performance of the Judiciary Power is determined by the most absolute need to look for the achievement of the constitutional forecasts inherent in the subject, trying to assure the evolution of the right to the equality between the human beings, leaving behind a merely formal conception to achieve the condition of substantial reality. In conclusion, it points out that the Judiciary Power must seem willing to developing in the efficacy field of the fundamental rights, trying to fulfill the role that the constitutional text awards to it, using with efficiency the parcel of the state-owned power that is granted by the people, under sentence of, in example of what is checked currently with the Executive and Legislative Powers, being powerfully questioned by the citizens concerning its truly social role, if it is to assure privileges to a minority or if it is to ensure the respect to the fundamental rights of the majority.

KEYWORDS: JUDICIARY POWER; SOCIAL RIGHTS; EFFICACY.

Introdução

Sob o império da economia de mercado e do fenômeno da globalização, a sociedade vem passando por transformações profundas a respeito das formas pelas quais o Estado promove intervenções em seu âmbito.

Após a implosão do socialismo como modelo puro de governo, a prevalência do sistema capitalista e, mais recentemente, a adoção do modelo estatal neoliberal, intensificaram as desigualdades entre os diversos estratos da pirâmide social, quer nos países desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, acarretando uma cada vez mais acentuada concentração de riquezas, fazendo com que uma legião de pobres e miseráveis sejam privados dos direitos fundamentais à educação, saúde, trabalho e segurança.

O estudo do caminhar histórico do universo jurídico aponta que apenas os direitos individuais, as liberdades públicas, não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais pois havia a necessidade da implementação de condições para o seu efetivo exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais. Os sociais são chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. (BREGA FILHO, 2002, p. 22 *seq.*)

A previsão constitucional, nos termos em que restou consignada na Constituição Federal de 1988, revela o traço concernente à indisponibilidade dos direitos sociais, bem como a característica da auto-aplicabilidade da regra prevista no art. 6º, segundo a qual “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a

previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

Os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 49 *seq.*)

Os sociais são abrangidos pelo conceito de *direitos prestacionais* posto que tal expressão serve para rotular qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas, portanto, as prestações normativas) do Estado. (GOUVÊA, 2003, p. 07)

Se os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

Enquanto direitos cuja efetividade pressupõe a substituição da “repressão” pela “promoção” e da sanção penal ou punitiva pela sanção premial, os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos. Trata-se de um tipo específico de direitos, cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos e representações coletivas; consagrando um novo padrão de racionalidade, de natureza essencialmente material ou substantiva, que colide com os limites estritos da racionalidade formal das leis e dos códigos típicos do Estado liberal clássico, os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público. (FARIA, 1994, p. 54)

Os operadores do direito devem perquirir sobre as alternativas possíveis na busca do efetivo respeito aos direitos sociais, fazendo com que o Estado cumpra o seu dever de garantir ao cidadão o direito de viver em uma sociedade que caminhe, por meio da atuação dos Poderes constituídos, rumo à erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, nos exatos termos do que estabelece o art. 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal.

Para que os direitos sociais possam ter real implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo, enquanto responsável pelos atos de administração do Estado, promova a elaboração das chamadas políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetividade dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, etc.

A Administração conta com o poder discricionário para decidir sobre a prática dos atos inerentes a suas atividades e funções, tendo liberdade para a escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Entretanto, no âmbito dos direitos sociais, o poder discricionário da Administração deve ser analisado com profunda cautela posto que a elaboração das políticas públicas, bem como a realização dos atos administrativos tendentes à efetiva implementação de tal modalidade de direitos, estão vinculadas ao cumprimento de dispositivo constitucional de ordem pública (art. 6º), arraigado aos critérios da imperatividade e inviolabilidade, possuindo natureza de norma auto-aplicável e, assim, não podendo ser afastada pela discricionariedade do administrador.

Surge, então, o conceito de “políticas públicas constitucionais vinculativas”, a partir do qual se chega ao entendimento de que, para a garantia dos direitos sociais, a Administração estará compelida à elaboração de estratégias de atuação visando implementá-los.

Desta forma, temos que o Poder Executivo não poderá furtar-se à elaboração das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, bem como à efetiva implementação destes, sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e auto-aplicável.

Na hipótese da Administração não cumprir tais deveres, deixando de elaborar (ou elaborando de maneira inadequada) as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, ou, ainda, deixando de cumprir (ou cumprindo de forma ineficaz) as políticas públicas elaboradas, abre-se espaço para a análise e discussão acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da tutela dos direitos sociais.

Nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de certos atos, os direitos humanos e os direitos sociais vêm dificultando a rotina da aplicação da lei. Além das inúmeras iniciativas de movimentos sociais, políticos, comunitários e religiosos, que nos anos 70 e 80 exerceram um papel decisivo conscientizando setores sociais mais desfavorecidos de seus direitos e os estimulando a bater nas portas do Judiciário para conquistá-los, o

Neste trabalho, nossa proposta é a de discutir em que medida o Poder Judiciário está em condições de assumir uma posição de protagonismo no campo da defesa dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles de segunda geração (ou dimensão), os sociais.

1. “O jurídico” e “o político”: pontos de contato (ou de atrito?) entre os Poderes do Estado no campo da efetivação dos direitos fundamentais

Fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar (FARIA, 1994, p. 49). Assim, temos como relevante a análise da relação existente entre os universos jurídico e político.

Inegável que o Direito possui uma função política, sendo que tal função consiste em analisar o estágio de desenvolvimento da sociedade em determinado momento histórico, tudo para que, na seqüência, procurando ajustar o modo de atuação dos indivíduos quanto ao exercício do poder, solucionando conflitos e promovendo o consenso no que tange à tomada de decisões, seja alcançado o objetivo de que os superiores interesses da comunidade sejam implementados de maneira justa e eficiente, ensejando uma melhor qualidade de vida para os seus membros, fazendo com que estes possam exercer todas as suas potencialidades em busca do pleno desenvolvimento pessoal que leva à dignidade e, conseqüentemente, ao exercício da cidadania.

O Direito é uma realidade social. É um componente das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é uma realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O Direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o Direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir. Portanto, o Direito é uma realidade social de feição dupla. Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade. (ASSIER-ANDRIEU, 2000, XI)

É preciso reconhecer que o Direito e seus operadores possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento.

Entretanto, o cumprimento de tal missão mostra-se profundamente prejudicado em virtude das inúmeras dificuldades enfrentadas no âmbito do sistema judicial. Como sabemos, “*no cotidiano dos escalões inferiores da Justiça, são os magistrados lotados no interior e nas periferias das regiões metropolitanas os que sofrem o choque mais direto nas contradições entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais da sociedade*”. (FARIA, 1994, p. 48)

O sistema judicial, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem presenciando a expansão tanto do escopo dos direitos sociais quanto de um padrão descentralizado de intervenção pública na área social, envolvendo, inclusive, significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado. Tais alterações, no entanto, por vezes não conseguem ser implementadas por falta de leis complementares e/ou por uma forma extremamente formal de administração da justiça, “*a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios de modo a um só tempo legal, eficaz e legítimo*”. (FARIA, 1994, p. 48)

Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro, ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido “liberal” originário e ganharam uma dimensão “social”, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da “condição humana”. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam parias [...]. Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também dos direitos sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando os homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de “humanidade”; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento. (FARIA, 1994, p. 48)

Dentro desta linha de raciocínio, surge o momento de formularmos duas questões que nortearão o desenvolvimento deste trabalho: em que medida o operador do Direito, depois de esgotadas outras instâncias, pode buscar a tutela jurisdicional visando a concretização dos direitos fundamentais? As políticas públicas, enquanto instrumentos de implementação dos direitos sociais, podem ser alvo do controle jurisdicional?

A partir de tais indagações, mostra-se necessário investigar qual o papel do Poder Judiciário quando o tema em debate é a proteção dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade. Se uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos. (BITTAR, 2005, p. 306)

Ao longo do nosso século, os tribunais sempre se revestiram de uma aura de polêmica e foram objeto de debate público. Neste sentido, recordarmos os tribunais da República de Weimar logo depois da revolução alemã (1918) e os seus critérios duplos na punição da violência política da extrema direita e da extrema esquerda; o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e o modo como tentou anular a legislação do *New Deal* de Roosevelt no início dos anos 30; os tribunais italianos de finais da década de 60 e da década de 70 que, através do “uso alternativo do Direito”, procuraram reforçar a garantia jurisdicional dos direitos sociais; o Supremo Tribunal do Chile e o modo como tentou impedir o processo de nacionalizações levado a cabo por Allende no princípio da década de 70. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Contudo, referidos momentos de notoriedade do Poder Judiciário se distinguem do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos fundamentais.

Em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo lugar, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada.

Em contraste, o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para,

(SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Apesar destas distinções, o novo protagonismo do Poder Judiciário partilha com o anterior uma característica fundamental: traduz-se num confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano, nomeadamente com o Poder Executivo. Por esta razão a doutrina e a jurisprudência abrem-se para o que se costuma denominar “judicialização dos conflitos políticos”. Sendo certo que na matriz do Estado moderno o Judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ele só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere com outros poderes da mesma ordem. Ou seja, a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do Judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes de poder político. Daí que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de se traduzir na politização dos conflitos judiciários. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

*A judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a “substituição” de um Estado **benefactor** por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido de sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.* (VIANNA, 1999, p. 43)

O poder hermenêutico do juiz é fundamental na construção do sentido a ser imprimido ao ordenamento jurídico, sendo que o termômetro do desgaste de um sistema judicial é o próprio Judiciário posto que é o poder responsável por exercer a função de decidir, concretizando as normas abstratas, atendendo, assim, as demandas reais e históricas nas quais agentes sociais se encontram envolvidos. Trazendo este tema para um enfoque a partir da realidade brasileira, temos que o Poder Judiciário é aquele que mais se vê acossado pela enormidade dos problemas, sendo constantemente instigado a decidir conflitos de natureza social, que deveriam ser tratados e implementados politicamente (*a priori*), e não jurisdicionalmente (*a posteriori*), diga-se de passagem, lidando com questões dessa natureza dentro de uma cultura liberal, de conflitos individuais, de demandas de interesse privado, sem aparelhamento e/ou preparo devidos, bem como dentro de um sistema engessado por formalismos e procedimentos processuais incapazes de satisfazer a questões de dimensão difusa e/ou coletiva. (BITTAR, 2005, p. 306-307)

A ampliação das franquias democráticas tem conferido ao Judiciário uma notoriedade muito grande. O poder nunca foi tão exposto ao crivo da mídia e da população em geral como nos tempos atuais. É natural que a magistratura, antes tão ensimesmada, sinta o embaraçoso choque do novo. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

A expectativa é de que, na ânsia de fazer do Judiciário um bastião não da forma da lei, mas sim do conteúdo do Direito, os magistrados não se arvorem na condição de novos demiurgos das aspirações nacionais. Ampliar os poderes do Juiz (o que parece ser uma tendência mundial) não significa transformá-lo numa figura arbitrária. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

“Parece existir, por enquanto, uma via de mão dupla na relação entre o Poder Judiciário e o cidadão. O cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros Poderes. E os Magistrados dão guarida às pretensões dos que buscam os tribunais”. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

Esse jogo, que garante momentos de recíproca legitimação aos envolvidos, possui limites evidentes. Respostas positivas a demandas cada vez mais exigentes acabariam constringendo os demandados à impossibilidade de cumprimento das sentenças, o que ofende a racionalidade do Direito.

O Judiciário tem dificuldades para lidar com essa situação. Temeroso da “contaminação política do juiz”, procura distinguir, corretamente, o magistrado do político. Contudo, na ânsia de delimitar esses territórios, menospreza o peso político inerente à atividade jurisdicional. Não há dúvida de que a função do juiz não se confunde com a do político profissional, mas isso não significa que o papel do Magistrado deixe de ser político.

Por isso, mais do que insistir na tese da ausência de politização da magistratura, talvez fosse o caso de se refletir sobre a nova conjuntura. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

E assim, buscando refletir sobre esta nova conjuntura, surgem novos questionamentos: de que modo resguardar a legitimidade do Judiciário sem decepcionar os que procuram os tribunais? Como garantir direitos e serviços sociais sem exigir o impossível do Estado? De que forma contribuir para a consolidação da democracia sem comprometer as políticas antiinflacionárias? *“São perguntas que atormentam tanto o ministro do Supremo quanto o juiz da Comarca. São questões, **data venia**, jurídicas e políticas”.* (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

Dentro desta perspectiva, mostra-se interessante analisarmos os contextos em que o Poder Judiciário vem atuando desde o Estado liberal até nossos dias, destacando sua

relação com os demais Poderes do Estado, sobretudo com o Executivo, ao longo de tais períodos, trazendo à tona os pontos de contato (ou de atrito?) entre o “político” e o “jurídico”.

1.1. O Poder Judiciário no Estado liberal

O liberalismo percorreu todo o século XIX, prolongando-se até a Primeira Guerra Mundial. Em razão de seu longo período de duração, o liberalismo mostrou-se importante para a consolidação do modelo judicial moderno dentro de um contexto onde, em razão da teoria da separação dos poderes, o Poder Legislativo assume o papel de protagonista em relação aos demais, circunstância que neutraliza o Poder Judiciário do ponto de vista político. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção monohierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito.

[...]

*De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do Estado de Direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em consonância com o princípio da tripartição dos poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo **Rex**, por uma estrutura complexa de comunicação e controle entre forças mutuamente interligadas. A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções.* (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 14-15)

A neutralização política do Poder Judiciário decorre da estrita observância do princípio da legalidade, impedindo que os tribunais decidam em descompasso com o ordenamento jurídico posto, e do princípio da subsunção racional-formal, por meio do qual se estabelece que a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Desta forma, no âmbito do liberalismo, os tribunais atuam dentro de um quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência. Assim, o poder dos tribunais possui a característica da retroatividade, ou seja, atuam no sentido de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

O sistema de valores inerentes à função judiciária do Estado liberal é marcado pela ideologia da fidelidade à lei. A rígida delimitação da competência do sistema judicial – marcadamente distinta da competência administrativa e legislativa – reforça a imagem do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do Direito. Essa tipificação já foi chamada de “folclore judicial[1]”. A hermenêutica jurídica do Estado liberal, vale dizer, de uma concepção de Estado de Direito exclusivamente preocupada com a preservação da liberdade jurídica, “tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade[2]”. O juiz liberal é aquele que circunscreve as atividades do Estado e as funções do próprio Judiciário. (CAMPILONGO, 1994, p. 123-124)

O Poder Judiciário, no contexto liberal, é reativo, isto é, atua somente a partir de uma provocação das partes ou de outros setores do Estado e, por este motivo, a disponibilidade dos tribunais para a solução das lides mostra-se abstrata, somente se convertendo numa oferta concreta na medida em que ocorre uma procura social efetiva. De se destacar que os tribunais não devem exercer qualquer influência a respeito do tipo e do nível concretos da procura de que são alvo. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

No liberalismo, o Poder Judiciário ocupa-se de litígios individualizados no duplo sentido de que têm contornos claramente definidos por critérios estritos de relevância jurídica e de que ocorrem entre indivíduos. De se destacar, ainda, que as decisões judiciais a respeito de tais conflitos de interesses somente possuem força, *a priori*, para aqueles que participam diretamente da lide, não tendo validade geral, sendo que na solução dos litígios prioriza-se o respeito do princípio da segurança jurídica, este calcado na generalidade e na universalidade da lei e na aplicação, idealmente automática, que ela possibilita. A insegurança substantiva do futuro é assim contornada, tanto pela estrita observância das regras de processo quanto pelo princípio da coisa julgada. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

De se destacar, ainda, que no Estado liberal a independência dos tribunais reside em estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei. Tal forma de independência mostra-se como uma garantia eficaz da proteção da liberdade, entendida esta como vínculo negativo, ou seja, como prerrogativa de não-interferência. Nestes termos, a independência dos Tribunais diz respeito ao controle do processo decisório e, desta forma, ganha a possibilidade de coexistir com a dependência administrativa e financeira dos Tribunais face ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Nesses quadros, a neutralização do Poder Judiciário transforma o sentido da aplicação do Direito. Antes encarava-se o Direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores-fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude

da justiça: agora, o Direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se... então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso [...]. Só assim é possível lidar-se, no Judiciário do Estado de Direito burguês, com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, como certeza e isonomia, é diferida no tempo pela tipificação abstrata dos conteúdos normativos (generalidade da lei) e pela universalização dos destinatários (igualdade de todos perante a lei), aparecendo como condição ideologicamente suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 16)

Cumprir observar, entretanto, que o perfil da atuação do Poder Judiciário sofreu profundas modificações com o surgimento do *welfare State*, conforme destacamos a seguir.

1.2. O Poder Judiciário no Estado social

Após a Segunda Guerra Mundial surgiu nos países centrais uma nova forma de Estado, o social.

Neste novo modelo há uma predominância do Poder Executivo, circunstância que acarreta uma mudança na conformação da teoria da separação dos poderes. O Executivo passa a se utilizar de novos instrumentos jurídicos que entram em confronto com o âmbito judicial clássico, acarretando uma “*sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica*”. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

A passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A “complicada convivência” do Estado de Direito com o chamado Estado de bem-estar social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do intérprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais” (cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr.). A força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, geralmente de modo sutil, incorpora-se à tradição jurídica legalista. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

O principal fator de distinção entre o modelo de Estado social e o modelo de Estado liberal é o forte componente promocional do bem-estar existente no primeiro,

caminhando ao lado de uma acentuada tendência repressiva. A previsão constitucional dos direitos sociais e econômicos acarreta a “juridificação da justiça distributiva”. A concretização desta modalidade de direitos passa a exigir prestações positivas, sendo que o Estado traz para si a responsabilidade de gerir a tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal; dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do Direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado Estado do bem-estar-social.

O crescimento do Estado social ou Estado do bem-estar-social reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de Direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18)

Os direitos sociais, que se caracterizam como produtos típicos do *welfare State*, não são somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Tal circunstância modifica a função do Poder Judiciário, a quem, perante os direitos sociais ou sua violação, não cabe apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar “*se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)*”. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18)

Devemos observar, neste ponto, que a extensa massificação social gerou uma sociedade de consumidores, onde constatamos a presença de um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado, reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, ou seja, a objetos descartáveis após o uso. Por esta razão, transformou-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, uma vez que passaram a ser exigidas proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossíveis de ser individual ou coletivamente identificadas – direitos difusos. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18-19)

*Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (**class action**, ação civil pública). Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.*

*Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica[3], liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (**dura lex sed lex**). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do Juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 19)*

Atualmente, vivenciamos período marcado pela crise do Estado social, circunstância que enseja a necessidade de uma nova abordagem a respeito da missão do Poder Judiciário no âmbito da sociedade pós-moderna.

1.3. O Poder Judiciário no Estado pós-social

Já no final da década de 1970 e início da década de 1980 começaram a surgir nos países centrais os primeiros indicadores de uma crise do Estado social, crise esta que se prolonga até os dias atuais e se caracteriza, fundamentalmente, pela “*incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são as condições para a financiar*”. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Constatada esta realidade, a pergunta que se mostra pertinente é a seguinte: qual a influência da crise do Estado social no âmbito do Poder Judiciário?

Em primeiro plano, vale destacar as conseqüências da desregulamentação da economia. Com a consolidação do modelo neoliberal, foi ganhando importância na agenda política a idéia da desvinculação do Estado enquanto elemento regulador da economia. Depois de décadas de absoluto controle estatal, houve a necessidade de se promover uma nova produção legislativa tendente à desregulamentação da economia, acarretando, assim, uma nova sobrecarga legislativa. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

De se observar, ainda, o surgimento do fenômeno da globalização econômica, assumindo, hoje, proporções sem precedentes, dando azo à emergência de um novo direito transnacional, trazendo mais um elemento complicador ao já alarmante caos normativo na medida em que este novo direito deve conviver com o direito nacional, ainda que em algumas situações mostrem-se contraditórios. Desta forma, surge um pluralismo jurídico de natureza transnacional. Esta nova característica do pluralismo jurídico é, simultaneamente, causa e conseqüência da erosão da soberania do Estado nacional que verificamos em nossos dias, trazendo consigo a erosão do protagonismo do Poder Judiciário na garantia do controle da legalidade. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

No que diz respeito mais diretamente aos direitos fundamentais sociais, o problema que se põe, nesse momento de redefinição das funções do Estado, é o de se saber quais as correspondentes inovações no plano da atividade judicial. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas. No Brasil, especialmente ao longo da década de 80, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infra-constitucional caminham nessa mesma direção. Ainda que tardiamente, nem bem terminado o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, recrudescceu a discussão sobre a “crise do Estado” e, no seu bojo, o debate sobre a intervenção no domínio econômico, a carga tributária e, em última análise, a viabilidade do sistema compensatório e redistributivo nacional.

Desformalização, deslegalização e desregulamentação são algumas das palavras de ordem desse momento de crise do Estado. Remanesce a impressão de que tanto o primado da norma geral e abstrata utilizada para a “interpretação bloqueio” quanto as normas programáticas, as políticas públicas e as regras promocionais instrumentalizadas para a “interpretação de legitimação” são inadequados para o enfrentamento de parte da nova seletividade do sistema jurídico. Os filtros restritivos da racionalidade formal e os inclusivos da racionalidade material são criticados exatamente por suas limitações na promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto de crescente escassez de recursos a serem distribuídos socialmente. Ora, é exatamente nesse momento de luta hobbesiana pela manutenção de nacos dos poucos recursos partilháveis que entram em cena novos critérios seletivos. Dentre eles, as várias estratégias desregulamentadoras vão facilitar, então, uma redistribuição despida de transparência e de imparcialidade. É esse o grande risco da racionalidade jurídica conjuntural.

Ao combinar as hermenêuticas de bloqueio e legitimação com uma interpretação reflexiva – isto é, que espelhe a correlação de forças sociais, o

(CAMPILONGO, 1994, p. 124-125)

Diante deste quadro, o Poder Judiciário assume papel de profunda relevância. Existe uma tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos voltada para a criação de novas técnicas de garantia de efetividade a sempre novos direitos vitais. Por esse motivo, mostra-se acertada a afirmação de que o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo. (CAMPILONGO, 1994, p. 125)

A multiplicação de subsistemas jurídicos diferenciados e que rejeitam a intervenção do Direito estatal traz consigo uma perigosa arma de invalidação do Direito por meio de ameaças privadas. A universalização dos direitos sociais é trocada pelo favorecimento de setores sociais específicos. Se a ordem jurídica aspirar à supressão de seus vazios de eficácia, longe do caminho da regulação auto-referencial, poderá encontrar no resgate da norma jurídica um importante critério objetivo de redistribuição de direitos e de justiça social. Daí a importância, para a consolidação da democracia entre nós, da afirmação de um Judiciário sintonizado com as características do seu tempo. (CAMPILONGO, 1994, p. 124-125)

Dentro desta perspectiva, importante se mostra uma análise mais detida a respeito da atuação do Poder Judiciário nos países periféricos, onde a necessidade imperiosa da concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão, mostra-se ainda mais evidente quando em comparação com a realidade dos países centrais.

2. O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais nos países de modernidade tardia

A análise da atuação do Poder Judiciário no âmbito dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento (países de modernidade tardia), deve tomar em consideração fatores

distintos daqueles utilizados para a mesma espécie de análise quando o objeto de estudo são os países centrais.

O nível de desenvolvimento econômico e social afeta o desempenho dos tribunais por duas vias principais.

Em primeiro plano, temos que o nível de desenvolvimento afeta a modalidade e o grau de litigiosidade social e, portanto, de litigiosidade judicial. Inegável a constatação de que uma sociedade rural, marcada por uma economia de subsistência, não gera o mesmo tipo de litígio que uma sociedade fortemente urbanizada e com uma economia desenvolvida. De se destacar, ainda, que os sistemas políticos nos países de modernidade tardia têm sido, em geral, muito instáveis, com períodos mais ou menos longos de ditadura alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade. Tal circunstância acarreta forte impacto no âmbito da função judicial. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Tomando em conta a inter-relação entre a função judicial e o sistema político, temos que os três períodos anteriormente abordados não se adequam de forma exata às trajetórias históricas dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Durante o período liberal, muitos desses países eram colônias e continuaram a sê-lo por muito tempo (os países africanos); outros só então conquistaram a independência (os países latino-americanos). Por outro lado, o Estado providência é um fenômeno político exclusivo dos países centrais. As sociedades periféricas e semi-periféricas caracterizam-se em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigadas pelos direitos sociais e econômicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, têm uma deficientíssima aplicação. Aliás, os próprios direitos da primeira geração, os direitos cívicos e políticos, têm uma vigência precária, fruto da grande instabilidade política em que têm vivido esses países, preenchida com longos períodos de ditadura. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

A precariedade dos direitos revela-se como conseqüência direta da fragilidade do regime democrático, e, desta forma, o tema relativo à independência dos tribunais se coloca de forma diversa nos países da periferia e nos países centrais. Nestes últimos, os três períodos correspondem a três tipos de prática democrática desenvolvidos em um ambiente de estabilidade, o que não ocorreu nos países periféricos, que viveram, nos últimos cento e cinquenta anos, longos períodos de ditadura. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*).

A independência, segundo a matriz liberal, dominante no primeiro período, é atribuída aos tribunais na exata medida em que estes são politicamente neutralizados por uma rede de dependências de que destacamos três: o princípio da legalidade que conduz à subsunção lógico-formal confinada à microlitigação; o caráter reativo dos tribunais que os torna dependentes da procura dos cidadãos; e a

[...]

Como se compreende, as situações variam enormemente de país para país. No que respeita ao caso que mais nos interessa, o dos países semi-periféricos, a consolidação dos direitos cívicos e políticos é muito superior à dos direitos da segunda ou da terceira geração. Essa discrepância é fundamental para compreender o desempenho judicial nesses países e as vicissitudes da luta pela independência face aos outros poderes.

Nesses países que passaram por processos de transição democrática nas três últimas décadas, os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm vindo a assumir a sua co-responsabilidade política na atuação providencial do Estado. A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nesses países, enorme, e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la. Os fatores dessa tibieza são muitos e variam de país para país. Entre eles podemos contar, sem qualquer ordem de precedência: o conservadorismo dos magistrados, incubado em faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre Direito e sociedade; o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparado para ela; uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos, caldeada em largos períodos de convivência ou cumplicidade com maciças violações dos direitos constitucionalmente consagrados, inclinada a ver neles simples declarações programáticas, mais ou menos utópicas; uma organização judiciária deficiente com carências enormes tanto em recursos humanos como em recursos técnicos e materiais; um Poder Judicial tutelado por um Poder Executivo, hostil à garantia dos direitos ou sem meios orçamentais para a levar a cabo; a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; um direito processual hostil e antiquado. (SANTOS et al, 2009, on line)

Tal constatação não impede o reconhecimento de que, no Brasil, desde a década de 1980, alguns membros do Poder Judiciário assumiram uma postura mais ativa e agressiva na defesa dos direitos fundamentais. Esta nova forma de interpretar o ordenamento jurídico mostra-se mais presente entre os juízes de primeira instância, ou seja, entre os que estão mais próximos das flagrantes discrepâncias entre igualdade formal e justiça social, que criaram uma corrente jurisprudencial assente na constitucionalização do direito ordinário e orientada para uma tutela mais efetiva dos direitos, valendo destacar as questões inerentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão, os sociais. (SANTOS et al, 2009, on line)

3. Direitos sociais e políticas públicas

Sobretudo nos países periféricos, a busca da defesa e, mais do que isso, da construção de um legítimo Estado Democrático de Direito, passa por uma atuação marcante e eficaz no que tange às discussões em torno das políticas públicas concernentes às áreas que são relevantes para a garantia da cidadania.

Dentro deste panorama, tal atuação deve se mostrar presente tanto no que diz respeito à formulação quanto na busca do efetivo cumprimento das políticas públicas.

Referidas formas de participação passam, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento aos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada, definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto.

Neste ponto, deve-se abordar o problema concernente aos instrumentos que podem ser colocados à disposição do operador do direito para que, de maneira eficaz, possa atuar no campo dos debates e formulação das políticas públicas, gerando instrumentos capazes de ensejar, na hipótese de descumprimento, a busca da tutela jurisdicional dos direitos sociais.

É importante observar que o campo de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo no que tange ao cumprimento das políticas públicas é bastante amplo, sobretudo diante do fato de que o orçamento, atualmente, não possui natureza impositiva.

De se questionar, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando o cumprimento das políticas públicas.

Tradicionalmente, o próprio Poder Executivo, por meio do planejamento de suas estratégias de atuação, é quem elabora as políticas públicas.

Atualmente, porém, o Executivo muito tem se auxiliado das atividades dos chamados Conselhos de Gestão no que diz respeito à elaboração das políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde, crianças e adolescentes, educação e assistência social. Tais Conselhos, que contam com a participação de diversos segmentos da sociedade (poder público, entidades de classe, associações, clubes de serviço, etc.), contribuem para o diagnóstico das prioridades do ente público nas áreas correspondentes aos direitos sociais, formulando projetos, encaminhando sugestões e requerimentos ao referido Poder no sentido de que sejam implementados.

Também o Poder Legislativo, por meio das atividades de seus membros, sobretudo na elaboração e votação de projetos de leis (mormente de natureza orçamentária), possui papel fundamental na elaboração de tal modalidade de políticas.

A sociedade civil organizada, em especial as instituições que atuam no chamado “terceiro setor”, também colaboram no encaminhamento de diversas questões inerentes aos direitos sociais, promovendo gestões a respeito do tema junto aos órgãos do Poder

Executivo e demonstrando quais as prioridades a serem implementadas em suas respectivas áreas de atuação.

É importante notar que no campo das políticas públicas a questão orçamentária revela-se como de especial relevância posto que todo e qualquer projeto a ser desenvolvido pela Administração demanda investimento.

Neste ponto, vale acentuar a necessidade de que todos os envolvidos na elaboração e cumprimento das políticas públicas tenham como ponto de partida o conhecimento da forma pela qual o orçamento é elaborado e executado. É de extrema importância compreender o papel da Lei Orçamentária Anual (LOA), do Plano Plurianual (PPA) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) posto que desempenham funções relevantes na definição e priorização das ações governamentais. De se destacar, aqui, que sem uma correta compreensão do funcionamento do ciclo orçamentário toda e qualquer discussão em torno da elaboração e cumprimento das políticas públicas tende a se revelar absolutamente inócua, posto que dificilmente serão implementadas sem recursos para tanto.

Ao cuidar do que denomina “questões de justiça”, José Reinaldo de Lima Lopes indica que, entre as espécies de conflitos que estão emergindo com maior frequência e intensidade nos últimos anos, vindo a desaguar em controvérsias judiciais, estão as exigências de políticas públicas. Tais exigências, segundo referido autor, partem:

[...] de grupos organizados que reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, moradia, educação, transporte, etc.). Nestes casos, a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. Trata-se de uma solução que requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público (contínuo, ininterrupto, impessoal, etc.). Serviços públicos exigem meios: receita para seu custeio, pessoal e material para uma execução, poder ou competência para sua efetividade (desapropriação, policiamento, fiscalização, regulação administrativa, resoluções, etc.). Tais conflitos encontram no Judiciário um canal para sua visibilidade, para se criar impasses que obriguem a negociações: evitaram que demandas básicas levassem a revoltas populares contínuas. (LOPES, 1994, p. 24)

A possibilidade de se buscar no Poder Judiciário provimento voltado para a efetiva implementação de políticas públicas, sobretudo daquelas relacionadas à concretização dos direitos sociais, traz ao foco de discussão uma forma de administração do que se pode denominar “justiça distributiva”.

Continuando a abordagem anteriormente mencionada, José Reinaldo de Lima Lopes explica que:

Os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva.

[...]

Aqui está uma das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário hoje: a discussão judicial, a discussão política, faz-se ainda sob o signo do confronto de vontades, de interesses, de atores individualizados (mesmo que os atores sejam sindicatos, corporações). Uma política pública (uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, um plano de estabilização monetária) não pode ser compreendida se não em referência plurilateral, e às disputas em torno de um bem comum que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação. Neste sentido, chegam ao Judiciário, como fórum de discussão pública, questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver. (LOPES, 1994, p. 27 seq.)

Dentro desta perspectiva e considerando que as políticas públicas revelam-se instrumentos diretamente relacionados à proteção dos direitos fundamentais, passaremos a abordar a questão concernente à possibilidade de se reivindicar a tutela jurisdicional dos direitos sociais.

4. Tutela jurisdicional dos direitos sociais

Tomando como ponto de partida o fato de que a efetiva implementação dos direitos sociais demanda a elaboração e o cumprimento de políticas públicas e, além disso, a circunstância de que a previsão orçamentária de recursos para tanto se revela absolutamente imprescindível, mostra-se necessária a discussão em torno da possibilidade do Chefe do Poder Executivo ser compelido, por força de decisão judicial, a dar cumprimento às “políticas públicas constitucionais vinculativas”.

A atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade. Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também a observar substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade / proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, chamada legalidade substancial. Em outros termos, através do princípio da proporcionalidade / razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se

(AUTRAN, 2009, *on line*)

Na lição de Cláudia Maria da Costa Gonçalves:

Analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista. (GONÇALVES, 2006, p. 216 seq.)

Dentro deste quadro, questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação dos direitos sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos poderes que constituem o Estado Democrático de Direito.

Preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão-intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto

*Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação **praeter legem**, com finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza. (FARIA, 1994, p. 50)*

Caminhando pelo tema ora proposto, mostra-se importante ressaltar o conceito de *reserva do possível*, oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país, em que ficou assente que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Neste sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. (SCAFF, 2005, p. 219)

*Nos países periféricos onde a situação socioeconômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (**status positivus libertatis**) e os direitos fundamentais sociais.*

A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar esta parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade real a fim de poder gozar da liberdade jurídica (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra morta.

A teoria da “reserva do possível” é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, pois estão vinculados ao princípio da supremacia constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º, dentre outras normas-objetivo. Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Robert Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen).

Tal procedimento não implica judicialização da política ou ativismo judicial, pois se trata apenas de aplicação da Constituição brasileira. (SCAFF, 2005, p. 226)

Assim, sempre que junto ao Poder Judiciário for deduzida pretensão relacionada à efetiva implementação de políticas públicas “específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas”, nos dizeres de Marcos Felipe Holmes Autran, o Poder Judiciário deverá marcar o seu papel de efetivo garantidor dos direitos sociais, não deixando ao desamparo o cidadão.

Alguns paradigmas que antes serviam de escudo à isenção do Poder Judiciário, sobretudo em fases caracteristicamente marcadas pelo liberalismo e pela ideologia burguesa, hoje, tornam-se empecilhos à realização da justiça. Eram seus paradigmas: a distância política do magistrado; a tripartição estática de poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a equidistância dos juízes das partes; o impedimento de produção de provas pelo juiz, característico do chamado processo inquisitivo, entre outros. Tem-se, portanto, que considerar a necessidade de re-adequação do Poder Judiciário, para o cumprimento de suas metas, às necessidades imediata e gritantemente presentes no sentido da politização de suas funções, algo que, na prática, por vezes, já ocorre, mas que, em teoria, ainda parece ser uma idéia inaceitável. (BITTAR, 2005, p. 311)

Analisando a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos sociais à luz do conceito de direitos prestacionais e da doutrina da reserva do possível, Flávio Dino de Castro e Costa desenvolve o seguinte raciocínio, bastante esclarecedor:

A reserva do possível (uma leitura em países periféricos):

Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial”, construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença, em determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente. [...] Caso se trate de impor uma abstenção à autoridade administrativa normalmente não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional ergue-se a limitação à “reserva do possível”.

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Não discordo dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição – determina ao Governo Federal a construção de dois milhões de casas no espaço de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendo que “a discussão européia sobre os limites do Estado social, a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado providência nunca foi implantado”. Assim, a reserva do possível é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisditionais) mais efetivos.

Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da reserva do possível. [...] Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um “padrão social mínimo” exige que os juízes façam mais. (COSTA, 2006, on line)

Ao Poder Judiciário caberá não se afastar dos superiores interesses sociais, mostrando-se aberto às decisões que repercutirão de maneira relevante no cotidiano do cidadão, deixando no passado concepções doutrinárias e jurisprudenciais que hoje se mostram despidas da realidade a que o juiz deve estar atento quando julga e, assim, decide os caminhos que serão trilhados pela sociedade.

Se é certo que o Judiciário não fez muito para implementar os direitos humanos e sociais conseguidos pela Constituição de 1988, há que se valorizar o “pouco” que realizou. Obrigados a enfrentar o desafio de ajustar sua função judicante a uma sociedade em mudança e em crise, os segmentos sociais mais jovens da magistratura, situados na primeira instância dos tribunais, têm alguma consciência de que o crescimento econômico do país não levou ao que deveria ter sido um de seus resultados mais importantes – uma sociedade equilibrada, integrada, harmoniosa e solidária. Embora não concentrem necessariamente sua atenção no problema da efetivação dos direitos humanos e sociais, alguns juízes de primeira instância estão provocando certas mudanças no funcionamento da Justiça. Ainda que de modo nem sempre consciente, vêm contribuindo para ampliar o campo de atuação judicial dos movimentos sociais e dos grupos de assessoria jurídica popular. São mudanças de caráter processual, permitindo a tais movimentos jurídicos provocar decisões baseadas em critérios de racionalidade material e bloquear sentenças ditadas exclusivamente com base em critérios lógico-formais. (FARIA, 1994, p. 52)

Dentre as mudanças necessárias para que o Poder Judiciário mostre-se mais aberto à possibilidade da tutela dos direitos sociais, José Eduardo Faria cita três que, ao nosso ver, merecem destaque no âmbito do presente texto:

Eis algumas mudanças, cujo alcance ainda precisa ser melhor analisado e compreendido:

- conscientes de que em toda interpretação sempre há algum grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, alguns magistrados convenceram-se de que dispõem hoje de um poder normativo superior ao que detinham no passado recente, em face das “zonas cinzentas” representadas pelas antinomias, pelas lacunas e pelas “cadeias normativas” de uma ordem jurídico-positiva recheada de conceitos polissêmicos e de normas que, inter cruzando-se, adquirem sentidos inéditos;

[...]

- a abstração normativa, tão valorizada pelos métodos exegéticos que dominaram o cenário judicial brasileiro até o final dos anos 80, começa agora a dar lugar à tópica e à teoria da argumentação, como estratégia de superação do dedutivismo lógico-formal, e à teoria da concreção, como critério de decidibilidade; a uma hermenêutica crítica, que não concentra sua atenção nas respostas, mas sim nas indagações que deram origem aos problemas que dependem de sentenças judiciais e que parte das distorções estruturais existentes na vida material, afirmando que só pela crítica ideológica é que se conseguirá depurar o direito de seus condicionamentos socioeconômicos implícitos;

- o formalismo tem sido temperado por algumas atitudes pragmáticas, que permitem a certos juízes posicionar-se diante das normas promulgadas, porém não regulamentadas – como é o caso de certos direitos humanos e

(FARIA, 1994, p. 52 seq.)

Ainda com José Eduardo Faria:

Se toda a corporação judicial não renovar a sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão de mundo liberal-clássica sem compreender que quanto mais programáticas forem as normas dos direitos sociais maior é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, o Judiciário corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e códigos em vigor. [...] Se o Judiciário não souber despertar para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a lidar com os conflitos grupais, comunitários e classistas nela subjacentes, mais cedo do que se imagina poderá passar a ser considerado uma instituição irrelevante ou até mesmo “descartável”, por parte da sociedade. O grau de descartabilidade corresponderá, nesse caso, ao grau de fraqueza do Estado de Direito tão arduamente conquistado. (FARIA, 1994, p. 56 seq.)

Citando, uma vez mais, Flávio Dino de Castro e Costa, “os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos”. (COSTA, 2006, on line)

Considerações Finais

A conquista da cidadania plena passa, sem dúvida, pela compreensão de que os direitos proclamados no texto constitucional devem pautar o exercício do poder que, em um Estado Democrático de Direito, emana do povo e é regulamentado pelo ordenamento jurídico.

Os limites relativos às esferas de atuação dos três poderes do Estado, que existem e devem ser respeitados, não podem impedir que o Poder Judiciário, guardião maior da integridade do direito posto, atue em consonância com o que o texto constitucional e demais diplomas legais lhe permitem.

No caso brasileiro, os magistrados, desde o juiz da mais distante e pequena das Comarcas até o presidente da mais alta das Cortes de Justiça, devem ter em conta que os dispositivos da Constituição Federal em vigor que tratam dos direitos sociais não se

afiguram como meras declarações de vontade, de natureza estritamente programática, despidas de força normativa capaz de garantir a sua efetiva implementação por intermédio da atividade jurisdicional.

Respeitados os limites impostos pela razoabilidade da aplicação dos recursos provenientes dos orçamentos, o Poder Judiciário deve se atentar para o fato de que garantir ao povo os direitos, consagrados constitucionalmente, à saúde e à educação, por exemplo, não se afigura como atividade que ultrapassa os limites da parcela de poder que lhe foi outorgado pelo contrato social vigente.

O Poder Judiciário deve considerar que sua atuação visando garantir a efetivação dos direitos sociais em nada interfere nas esferas de atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim corresponde à aplicação das regras constitucionais e infra-constitucionais inerentes ao tema, atividade esta que, à toda evidência, corresponde ao poder de dizer o direito no caso concreto, finalidade precípua de todos aqueles investidos nos cargos da magistratura.

Uma última consideração deve ser feita, sobretudo em tempos como estes onde uma evidente crise de representatividade assola tanto o Executivo quanto o Legislativo: o Judiciário deve se mostrar disposto a evoluir no campo da efetivação dos direitos fundamentais, procurando cumprir o papel que o texto constitucional lhe atribui, exercendo com retidão a parcela do poder estatal que lhe é outorgada pelo povo, sob pena de, a exemplo do que se verifica atualmente com os outros dois Poderes, passar a ser fortemente questionado pelos cidadãos acerca de sua verdadeira função no âmbito da sociedade, se a de garantir privilégios a uma minoria ou de concretizar direitos em prol da maioria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIER-ANDRIEU, *Louis*. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. *Discricionariade administrativa e controle judicial*. Disponível em <<http://www.escriptorioonline.com>>. Acesso em: 23.03.09.

BITTAR, Educado Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas: sugestões para uma reforma cultural no Judiciário*. Disponível em <<http://www.premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 24.06.2006.

FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS/USP), n. 21, p. 23-33, 1994.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 32, p. 213-226: Fórum, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 23.03.09.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[1] A expressão é de Giorgio Rebuffa. *La funzione giudiziaria*. Torino: Giappichelli, 1988, p. 145.

[2] A citação é de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais. In: *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 12.

[3] Na esteira deste entendimento: “O papel inovador do juiz estaria, portanto, não na política, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos ‘pontos quentes’, como os do menor, das drogas e da exclusão social em geral. Nesses lugares socialmente estratégicos, o juiz procederia como o engenheiro e o terapeuta social,

comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do direito, que não se encontraria mais referido a uma ordem ideal de onde, por reflexo, deveria provir”.
(VIANNA, 1999, p. 27)

**CONSTITUIÇÃO, SISTEMA POLÍTICO E SISTEMA JURÍDICO: A
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ANALISADA À LUZ DA TEORIA
SISTÊMICA**

**CONSTITUTION, POLITICAL SYSTEM AND LEGAL SYSTEM: A JUDICIAL
POLICY EXAMINED WITHIN SYSTEMIC THEORY**

Luciana da Silva Costa

RESUMO

O artigo visa analisar as relações entre o sistema político e jurídico à luz da teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann. A investigação poderá lançar elementos relevantes para a compreensão contemporânea do fenômeno da judicialização da política, intensamente discutido na esfera acadêmica e social, especialmente na presente década, demarcada por mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matérias de natureza política. A construção desta reflexão é feita a partir de alguns pressupostos teóricos fundamentais da teoria de Luhmann. Assim, a primeira seção analisará conceitos estruturantes da teoria sistêmica. A especificidade do sistema jurídico, bem como a crítica proposta por Habermas (1997) é apresentada na segunda seção. A terceira seção investiga a política na óptica da teoria sistêmica. As últimas seções tratam do fenômeno da judicialização da política, apresentando contribuições para futuras investigações sobre o objeto investigado.

PALAVRAS-CHAVES: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA- SISTEMA POLÍTICO-
SISTEMA JURÍDICO- TEORIA SISTÊMICA

ABSTRACT

The article aims to analyze the relationship between the political and legal system in light of the systemic theory proposed by Niklas Luhmann. The contribution of research is the identification of elements for understanding the phenomenon of judicial politics, intensely debated in academic and social sphere, especially in this decade, demarcated by changes in positioning of the Supreme Court on matters of a police. The construction of this reflection is based on some theoretical assumptions underlying the theory of Luhmann. The first section will examine fundamental concepts of systemic theory. The specificity of the legal system, as proposed by the criticism Habermas (1997) is presented in the second section. The third section investigates the policy in terms of systemic theory. The last sections deal with the phenomenon of judicial politics.

KEYWORDS: JUDICIALIZATION POLICY-POLITICAL SYSTEM- LEGAL
SYSTEM- SYSTEMIC THEORY

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a política e o direito à luz da teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann. A temática não é nova e já possui intensa publicação científica na doutrina nacional e alienígena. Mudanças recentes de posicionamento do Supremo Tribunal Federal[1] em matérias que impactam o sistema político geraram calorosos debates acadêmicos. Algumas destas análises focalizam a investigação a partir da dicotomia ativismo x autocontenção dos Tribunais, deixando na penumbra problemas relevantes que poderiam lançar luzes para a compreensão do fenômeno da judicialização da política e da politização do direito em sociedades complexas.

O presente artigo é a resultante de uma pesquisa bibliográfica que busca demonstrar como a Constituição apresenta-se como uma solução jurídica para o problema da autoreferenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico.

O risco de corrupção torna-se presente quando um sistema busca solucionar um problema que exige um código o qual ele não possui, ou seja, substitui, através dessas trocas, as funções próprias de outro sistema. Isso acaba por gerar respostas inadequadas, acarretando a corrupção e comprometendo a manutenção autopoietica do sistema.

A construção desta reflexão é feita a partir de alguns pressupostos teóricos fundamentais da teoria de Luhmann. Assim, a primeira seção analisará conceitos estruturantes da teoria sistêmica. A especificidade do sistema jurídico, bem como a crítica proposta por Habermas (1997) é apresentada na segunda seção. A terceira seção investiga a política na óptica da teoria sistêmica. As últimas seções tratam do fenômeno da judicialização da política.

I- O DIREITO MODERNO: UMA EXPLICAÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS

1.1 A evolução do direito na perspectiva da teoria dos sistemas: o paradigma da modernidade

Muitos teóricos[2] debruçaram-se sobre o estudo do direito ao longo do tempo e do espaço, buscando reconstruir a história do direito. Em alguns desses trabalhos, o termo evolução foi empregado de forma a denotar um aprimoramento social, econômico, político ou cultural. Luhmann (2002) adverte para a utilização desproblematizada do termo, já que evolução não significa progresso ou faz referência a qualquer questão valorativa (CAMPILONGO, 2002). A evolução não é teleológica, dirigindo-se a um fim determinado ou a determinado valor. Na visão de Luhmann, evolução significa a transformação do improvável em provável (NEVES, 2004). Ela

implica “o paradoxo da probabilidade do improvável”. (LUHMANN *apud* NEVES, 2004), não ofertando nenhum projeto de interpretação do futuro. Assim, ocorre evolução “quando o desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema”. (NEVES, 2004).

Segundo Luhmann (2002), no século XIII já se encontram referências à evolução do direito, como a teoria descrita por Hume, que tem características muito parecidas com a teoria da evolução na atualidade, tais como a impossibilidade de planificação e o reconhecimento posterior das conquistas evolutivas.

Buscando inspiração em Darwin[3], Luhmann afirma ser possível uma evolução independente do subsistema jurídico, discorrendo que o conceito de fechamento operacional (*clausura operativa*) não exclui a compreensão da evolução. Essa permitiria a ocorrência de mudanças na estrutura do sistema em um contexto transformado, o que possibilitaria a continuidade de sua independência enquanto sistema social. Assim, a evolução ocorreria quando, simultaneamente, se cumprisse as condições de variação, seleção e estabilização[4] de estruturas no sistema. A variação consiste na reprodução desviante dos elementos através dos próprios elementos do sistema (LUHMANN *apud* NEVES, 2004). A variação, por si, não importa evolução, já que o sistema pode agir negativamente ao dado desviante. Entretanto, pode ocorrer a seleção de estruturas que permitam a continuidade da reprodução do novo elemento. A evolução ocorrerá se, a partir da seleção, ocorrer a estabilização sistêmica. A diferenciação entre cada uma dessas funções- variação, seleção e estabilização- depende do grau de complexidade apresentado pelo sistema, sendo maior a distinção em sistemas hipercomplexos.

No âmbito do direito, a variação evolutiva apresenta-se quando existe um comportamento não previsto nas estruturas normativas pré-existentes, desafiando as expectativas contrafáticas dominantes. Esse desvio pode ser rejeitado ou pode provocar a seleção de novas estruturas que permitam a continuidade da reprodução da inovação, transformando a conduta desviante em norma jurídica vigente no modelo estrutural de reprodução do direito.

A evolução do direito até a concepção presente na modernidade- o direito positivo- é indissociável do modelo de evolução social como ampliação da complexidade, o que gera a diferenciação funcional.

A diferenciação social teria observado pelo menos quatro estágios:1) a diferenciação segmentária (correspondendo ao direito arcaico); 2) a diferenciação centro/periferia; 3) a diferenciação estratificada (correspondendo ao direito das culturas pré-modernas) e 4) a diferenciação funcional (correspondendo ao direito positivo). Em cada um desses momentos a comunicação, elemento fundamental do sistema social, organizou-se através de distintos critérios. Assim, critérios naturais foram a marca das sociedades antigas, enquanto critérios hierárquicos foram predominantes no antigo regime. A característica da modernidade seria a diferenciação pelo critério funcional. A complexidade das sociedades modernas e a simplificação das teorias sociológicas tradicionais foram fatores que impulsionaram o desenvolvimento da teoria sistêmica na sua vertente funcional- estrutural.

A sociedade moderna é marcada, portanto, não mais por hierarquias (classes, camadas), mas por funções diferenciadas. Sistemas funcionalmente diferenciados, dependentes e independentes ao mesmo tempo, são expressões da complexidade. (NEVES, 1997, p. 11)

No âmbito das sociedades arcaicas, existe um amálgama entre moral, direito, costumes e convencionalismo social. Assim, um comportamento desviante é visto não só como frustração de expectativas, mas também como ofensa a direitos. Não há uma distinção entre ação e regras. Não existe a presença de um procedimento de aplicação do direito, sendo possível a reação imediata às ofensas. Nesse contexto, “o direito não é, a rigor, aplicado ou executado (instrumentalmente), mas sim assegurado e afirmado expressivamente pelo respectivo indivíduo ou grupo ofendido.” (NEVES, 2004, p. 13). A existência de uma variação restrita impossibilita o incremento da evolução, já que não permite “a necessidade de seleção no sentido da construção dos procedimentos de solução dos conflitos.” (NEVES, 2004, p. 13).

O direito das culturas avançadas pré-modernas, ao contrário do sistema anterior, já prevê a aplicação de procedimentos jurídicos, havendo um terceiro que aplica e executa o direito com base em normas e valores pré-abstratos, considerados imutáveis e verdadeiros. A generalização congruente de expectativas normativas será assegurada por um procedimento que não pode assegurar a certeza do resultado (NEVES, 2004). Em alguns locais, a diferenciação do procedimento de aplicação não é suficiente, já que este é acompanhado de ritos sagrados. Essa diferenciação será percebida no direito civil romano e renovada na sistematização do direito medieval (NEVES, 2004). Nesse contexto, a variação intensifica-se, já havendo uma distinção desta em relação a seleção de estruturas. Entretanto, o impasse da evolução do direito das culturas pré-avançadas decorre da deficiência da seletividade em face da crescente variação de expectativas normativas comunicadas (NEVES, 2004).

Na transição das sociedades pré-modernas para o direito da sociedade moderna, as concepções jusnaturalistas desempenharam um papel importante no sentido da afirmação de um direito mutável. A contraposição ordem jurídica natural/ ordem jurídico positiva implica a inserção da categoria de um direito mutável, embora ainda subordinado aos princípios do direito natural.

É com a introdução do procedimento legislativo como critério de validação das normas jurídicas que surge o direito positivo, já que este passa a ser regularmente posto por uma decisão, sendo passível de alteração. Ressalte-se, conforme ensinamentos de Neves (2004), que o processo legislativo já existia em outras culturas, embora não residisse neste o caráter de validade do direito. No contexto da modernidade, a seleção distingue-se da estabilização, conforme se depreende da passagem abaixo:

A escrita deixa de ser apenas um meio de transmissão e sistematização de normas e princípios jurídicos preestabelecidos, a facilitar-lhes a aplicação, e torna-se condição da própria vigência do direito. A positividade significa que a seleção, agora envolvendo o processo legislativo, intensifica-se e diferencia-se da restabilização, que se concentra na reflexão dogmática. (NEVES, 2004, p. 15)

Essa acepção inicialmente formulada de direito positivo, caracterizado pela decidibilidade e alterabilidade, deve ser articulada com os conceitos de autodeterminidade, fechamento operacional, auto-referência ou autopoise do sistema jurídico, noções imprescindíveis para compreender o funcionamento dos sistemas jurídicos modernos na óptica ofertada pela teoria sistêmica.

Assim, a evolução do direito deve ser compreendida analogamente a evolução da própria sociedade.

Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja: são por ela incentivadas e possibilitadas.(LUHMANN, 1983, p.225)

O amálgama referido anteriormente, presente nas sociedades arcaicas, não é capaz de resolver os problemas postos pela moderna sociedade, caracterizada pela complexidade, o que possibilita uma explosão de possibilidades que poderão ser parcialmente realizadas, exigindo, de cada subsistema social, seleções conscientes. As possibilidades e a realidade distanciam-se cada vez mais, estando aí a tendência anômica que a sociedade apresenta (LUHMANN, 1983).

Essa explosão de possibilidades aumenta a contingência, gerando pressões para adaptação nos diversos sistemas sociais. Cada sistema passa a ter que dar conta dessa tarefa, seja através de uma crescente indiferença, seja pelo aumento de sua elasticidade. Ao mesmo tempo em que essa complexidade exige adaptação, acarreta também a necessidade do sistema se proteger contra as flutuações ocorridas em outras esferas estranhas ao sistema.

“Não é um mero acaso que esse processo da positivação do direito se dê em paralelo ao desenvolvimento da diferenciação funcional do sistema social”.

...A diferenciação funcional específica e abstrai as perspectivas dos sistemas parciais da sociedade, atribuindo-lhes funções e possibilidades desiguais.

...Essa mudança exige um direito que pode captar mais possibilidades e ordená-las em processos seletivos e cujo princípio satisfaça a riqueza de possibilidades e sua redução. (LUHMANN, 1983, p. 237)

Portanto, a evolução do direito deve ser compreendida no âmbito da evolução do sistema social. Esse, na modernidade, comporta diversos subsistemas sociais que se diferenciam pela função que desempenham na sociedade. Dessa forma, conforme análise desenvolvida nos tópicos posteriores, ao direito no paradigma da modernidade-direito este positivo-competente possibilitar a generalização das expectativas normativas, enquanto ao sistema político compete tomar decisões coletivamente vinculantes.

2.2- A teoria da sociedade de Luhmann: a concepção de sistema, de fechamento operativo e abertura cognitiva

A modernidade envolve uma variedade de possibilidades, de escolha, de eventos. Por sua vez, é necessário pensarmos em uma modelação capaz de gerar estabilidade em um mundo marcado pela contingência[5], ou seja, um modelo capaz de operar seleções e trazer a resolução do problema que se apresenta para o sistema adequado em resolvê-lo em decorrência da sua especificidade funcional. Dessa forma, opera-se uma redução da complexidade, compreendida não como descomplicação, mas como transformação de um problema do ambiente em problema intra-sistêmico. Tal fenômeno ocorreria através de dois fatores: o deslocamento dos problemas e a dupla seleção, o que demandaria estruturas próprias do sistema responsáveis por definir o grau de complexidade em que o problema pode ser compreendido, processado e reduzido no interior do sistema. Na primeira estratégia, há uma transformação da complexidade do mundo em complexidade do sistema. A segunda estratégia- a dupla seletividade- ocorre em dois momentos: um no plano da estrutura e outro no processo. A estrutura constitui a seletividade das possibilidades de vida adequada às condições de consciência e horizonte temporal dos homens (NEVES, 1997, p. 13). Ela permite a configuração dos limites do código de possibilidades das ações selecionadas. Entretanto, na medida em que essas estruturas afirmam-se no processo de generalização das expectativas de comportamento, ocorrem postulações contraditórias à redução de complexidade no interior do sistema. Essas postulações demandam processos de seleção no interior da estrutura, ou seja, deflagram uma re-seleção das possibilidades configuradas. Esse processo demanda uma diferenciação interna nos sistemas, gerando novos sistemas, com repetida seletividade, fronteiras estáveis e determinada autonomia.

É nesse contexto que a teoria sociológica de Luhmann propõe uma análise sistêmica da sociedade, cujo elemento central é a comunicação[6]. Dessa forma, Luhmann não descreve a sociedade como formada por homens[7]. Essa é uma das rupturas proposta pela teoria sociológica luhmanniana, demonstrando que, ao contrário das vertentes humanistas, a sociedade não é composta de pessoas ou relações entre estas (FEDOZI, 1997, p. 19). Isso não significa um menosprezo com o papel desempenhado pelo homem. Ao contrário: a análise luhmanniana permite que o homem esteja no ambiente, muito mais rico de possibilidades que os sistemas, dando-lhe um maior grau de liberdade e autonomia do que aquela conferida pelo sistema. Assim, ao lado de sistemas de interação e organizacionais, a sociedade seria considerada um sistema social mais abrangente de todas as comunicações possíveis, caracterizado pela autopoiese, ou

seja, um sistema comunicativo que se reproduz por estar, constantemente, ligando comunicação a comunicação.

Entre homem e sociedade se dá a relação de sistema e meio. Na sociedade, os subsistemas como o direito, a economia, a política parecem funcionar sem atender excessivamente a presença dos seres humanos, com um nível de interdependência tal que parecem seguir suas próprias regras, independentes dos seres humanos. ((NEVES, 1997, p. 11)

Nessa perspectiva, não existe comunicação entre sistema e ambiente. A comunicação só ocorre em sistema fechados operacionalmente. Entretanto, tudo que não é comunicação pode ser observado pelo sistema e transformado em tema de comunicação.

Por outro lado, a proposta de Luhmann diferencia-se da teoria sistêmica dos seus antecessores. Assim, tal como as vertentes da teoria sistêmica que ganharam espaço a partir da década de cinquenta, Luhmann não acredita em uma abordagem teórica que observa os sistemas enquanto objetos especiais, numa relação entre o todo e as partes. Seu ponto de partida foi a diferença entre sistema e ambiente. Entretanto, na sua visão, tais abordagens ainda deixavam em aberto a explicação acerca do funcionamento do próprio sistema e de suas relações com o ambiente. Inspirado em VON FOERSTER e MATURANA (FEDOZZI, 1997), Luhmann transfere para as ciências sociais o conceito de autopoiesis e autoreferência, afirmando que a sociedade é um sistema social autopoietico[8], formado por uma rede de comunicações que, por critérios de especialização funcional, geram sistemas que se fecham operativamente. Assim, não é o ambiente o formador do sistema: toda informação do sistema é uma operação gerada internamente. Entretanto, esse fechamento operativo cria um paradoxo: a necessidade de se abrir cognitivamente para o meio ambiente.

Dessa forma, a teoria sociológica de Luhmann, propõe a ruptura com o preconceito humanista, com o das unidades ou fronteiras territoriais e com a objetividade do social. O preconceito humanista, explicitado acima, decorre da visão antropológica da sociedade moderna. O preconceito das fronteiras territoriais leva a concepção de uma multiplicidade de sociedades separadas por critérios territoriais. Luhmann propõe o deslocamento das diferenças geográficas para as diferenças internas à sociedade. O terceiro rompimento é com a teoria do conhecimento tradicional que, ao separar o sujeito do objeto, exige uma observação do mundo *ab extra* (FEDOZZI, 1997), impedindo qualquer inter-relação com o objeto. Luhmann propõe uma observação a partir do próprio sistema, relativizando a relação entre sujeito/objeto[9].

O sistema social da sociedade moderna, caracterizado pela diferença com o ambiente e com as operações de auto-reprodução de seus elementos, diferencia-se funcionalmente em diversos sistemas parciais (CAMPILONGO, 2002). Ressalta-se, entretanto, que esses sistemas parciais não estão dispostos de formar um todo capaz de manter o equilíbrio estável do sistema, tal como proposto por Parsons. A unidade do sistema é obtida pela via do fechamento operacionalizado internamente, o que lhe permite diferenciar um problema interno de um problema do ambiente. Como exemplos de sistemas parciais podemos citar o econômico, o político e o direito. Cada um desses

subsistemas parciais tem o seu próprio código, sua própria estrutura, o seu próprio modo de operar internamente e trava, de forma específica, uma inter-relação com o ambiente e com os demais sistemas.

No tópico abaixo analisaremos o funcionamento do sistema jurídico. Posteriormente, compreenderemos o modo de operar do sistema político para, em seqüência, compreender como um sistema reage às irritações geradas pelo ambiente. Tais compreensões tornam-se necessárias para compreender a inter-relação entre o sistema jurídico e o político.

2.3- O sistema jurídico e sua especificidade funcional: a migração de uma função integrativa para a concepção da redução da complexidade através da estabilização das expectativas normativas

O sistema jurídico, enquanto subsistema social, se diferencia dos demais sistemas e de seu entorno pela sua especificidade funcional. Isso, conforme análise feita no item primeiro, é um fenômeno característico da modernidade. O desconhecimento da especificidade funcional dos dois sistemas aqui analisados- jurídico e político- pode gerar uma descrição incorreta da relação entre estes, podendo acarretar uma visão hierarquizada entre os sistemas não permitida na visão luhmanniana de sociedade. Por outro lado, a sobrecarga em um sistema pode gerar a sua inviabilização e, conseqüentemente, a ausência da redução da complexidade no âmbito social.

Mas qual é a função do direito que o diferencia dos demais sistemas sociais? Qual o código que permite a sua clausura operativa? Qual o tipo de comunicação que lhe é específica?

O sistema jurídico é um sistema parcial da sociedade que possui estruturas, modo de operar e fronteiras próprias. O sistema é auto-organizado e autodeterminado. Por outro lado, enquanto parte do sistema social, deve ser compreendido de forma conjunta com este.

O direito é um sistema autopoietico, o que implica que suas operações são autoreferenciais, sendo que cada decisão é uma operação interna que remete a outras decisões. Por outro lado, a produção do direito ocorre através do próprio direito. “Todo derecho, dice Luhmann, es tratado dentro del sistema del derecho como autoproducido, como derecho positivo.” (RODRIGUES M., 2002)

No âmbito jurídico, um problema do ambiente selecionado pelas estruturas deste sistema passaria a ser lido através do código direito/ não direito. É esse código que, alocando valores, permite o fechamento operacional do sistema e, paradoxalmente, sua abertura cognitiva ao ambiente. Nenhum outro sistema pode operar com esse código. Por outro lado, conforme afirma Campilongo (2002), o princípio da denegação da justiça acaba por forçar a operacionalidade interna do sistema jurídico.

A indeclinabilidade da jurisdição é, simultaneamente, condição de fechamento operativo e de abertura cognitiva do sistema. É por estar obrigado a decidir fundamentadamente- note-se o duplo grau de reflexividade: obrigação legal de decidir conforme a lei- que o sistema se reproduz por seus próprios elementos. Nisso reside o caráter operativamente fechado do sistema jurídico. E, da mesma forma, é por operar com base nessa redução de referências estruturais que se criam as condições, no interior do sistema, de processamento das demandas do ambiente externo: a abertura cognitiva. (CAMPILONGO, 2002, p. 81)

Essa operatividade do sistema jurídico permite a realização da sua função, já que garante a estabilização das expectativas fraudadas pelos fatos.

Os programas do sistema jurídico são normativos e incluem textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e práxis jurisprudencial (CAMPILONGO, 2002). É através do código que lhe é peculiar e dos programas normativos que o sistema jurídico pode combinar referências externas e internas.

Os programas do sistema jurídicos também podem ser alterados. Aliás, como ressalta Campilongo (2002), uma das características do direito positivo é a sua alterabilidade. Em sociedades complexas, marcadas pela contingência, o sistema jurídico “deve organizar sua validade enquanto símbolo circundante e em contínua mudança de conteúdo“. (CAMPILONGO, 2002, p. 77). Assim, buscando organizar-se diante de irritações provenientes do ambiente e das suas referências internas o sistema se auto-reproduz. A conexão entre as referências externas e internas é possível através da diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas. Ressalte-se, todavia, que a aceitação ou não de uma irritação, bem como a sua posterior adaptação, decorre de procedimentos internos, cabendo somente ao direito reconhecer entre interesses protegidos ou repelidos pelo sistema jurídico. Essa referência demonstra os limites bastante claros do sistema jurídico: a sua função é promover a generalização congruente das expectativas normativas.

Assim, ao contrário de outras vertentes sociológicas, como PARSONS ou HABERMAS, ao direito não compete promover a integração dos indivíduos ou realizar o controle social dos comportamentos no âmbito da sociedade. Com o cumprimento da função atribuída ao direito, os programas do sistema jurídico podem implementar o valor do código direito/ não direito.

Na perspectiva da teoria sistêmica, o direito não tira sua validade do contrato social, de uma razão natural ou de um consenso comunicativo (HABERMAS, 1997). Para Luhmann, o problema do fundamento do direito deve ser resolvido internamente pelo seu sistema.

Como sistema auto-referencial- organizado com base num código específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas)- o direito deve

resolver, **de modo circular, tautológico e paradoxal**, o problema do seu fundamento. (grifo nosso. CAMPILONGO, 2002, p. 22)

Como sistema social, o sistema jurídico é formado por uma rede de comunicações. Existe comunicação jurídica toda vez que alguém, diante de um conflito, reivindica direitos em face de normatividade vigente. Assim, de outro modo, o direito é um sistema que, paradoxalmente, resolve conflitos e geram outros .

Tal qual no sistema político, Luhmann também divide a organização do sistema jurídico entre centro e periferia. Ressalte-se, porém, a ausência de qualquer hierarquia entre esses dois setores. No âmbito do sistema jurídico, os tribunais ocupam umas posições centrais, resolvendo conflitos já amortecidos pelas estruturas da periferia, continuamente irritados pelo ambiente sistêmico. Assim, uma demanda levada aos tribunais, proveniente do sistema político, será analisada sob a ótica do código direito/não direito. Dessa forma, conforme se analisará abaixo, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política que são traduzidos, selecionados e deslocados através de critérios particulares internos ao sistema. Nessa perspectiva, diferentemente do que prega algumas teorias processualistas, ao juiz não compete, pela via do processo, alcançar escopos políticos, sociais ou metajurídicos, mas promover a estabilização das expectativas de comportamentos.

2.4- A Crítica de Habermas: o caminho inverso. A afirmação da função integradora do direito

Para HABERMAS (1997), a proposta de Luhmann é a representação de um desencantamento objetivista do direito.

Para o autor, o ápice de uma contrateoria que não permite qualquer integração social pela via dos participantes, representando um objetivismo radical, é apresentada pelas teorias sistêmicas. Assim, com origem na fenomenologia de Husserl, tais teorias, tal qual o estruturalismo, romperiam com os pressupostos da filosofia do sujeito, embora possam apresentar uma tentativa de superação do realismo marxista. Assim, pregariam a existência de uma sociedade descentralizada, diferenciada funcionalmente e composta de sistemas que tendem a se separar. Esses sistemas formariam mundos separados uns dos outros, não havendo uma forma de interação, embora possam, a nível teórico, influenciar-se reciprocamente através de uma atitude observadora reflexiva.

Dentre essas teorias, a de Luhmann representaria o apogeu da neutralização do fenômeno da validade do direito.

Para além da perda da normatividade, na ótica da teoria Habermasiana a teoria dos sistemas gera uma simplificação da dimensão de validade do direito, apagando-a num esquema teórico com base na estratégia do não aprender. Nesse contexto, perdem sentido as próprias pretensões de validade e os argumentos expressos pelos falantes que

buscam um entendimento. O direito, então, é reduzido à função de aplicação jurídica, desfazendo-se suas relações internas com a política e com a moral. Os argumentos jurídicos deixam de possuir uma pretensão de validade e passam a ter a função de evitar surpresa, elevando o nível de aceitação real das decisões motivadas.

Porém, a indiferença do sistema do direito para com os demais sistemas não coincide com as interdependências empiricamente observáveis; por sua vez, se os sistemas são operacionalmente fechados e cognitivamente abertos, como um sistema pode reconhecer ao outro e, a partir desse momento, ter uma atitude de observação e reflexão? Haveria uma linguagem universal capaz de traduzir a linguagem específica ou os códigos próprios de cada sistema?

Habermas cita Teubner, descrevendo que este enfrentou a questão recorrendo ao artifício das linguagens especializadas. Assim, Teubner trata essa questão em dois níveis: o do saber fático econômico, técnico e psiquiátrico em geral, que é estranho e precisa ser traduzido para o código do direito e aí reconstruído e do nível regulativo do influenciamento indireto de áreas sociais estranhas. Para ambos os níveis, Teubner se vê obrigado a aceitar um meio de comunicação social geral, no qual os códigos dos sistemas sociais parciais estão ancorados e podem ser compreendidos por uma linguagem capaz de traduzir as diversas linguagens sistêmicas. Dentro de cada sistema, as informações passariam por uma nova leitura, sem implicar em uma troca de informações intra-sistêmica. Assim, não haveria uma interferência direta de um sistema face ao outro.

Habermas aduz uma crítica a essa proposta de Teubner: para ele, se um mesmo significado sofrerá alterações no âmbito interno dos sistemas, isso gerará a necessidade de um observador que seja capaz de captar as diferenças do elemento significativo, o que não é possível no âmbito da teoria sistêmica. Por outro lado, o compartilhamento de um meio onde a comunicação poderia se operar intrasistemicamente acaba por ruir todo o edifício de sistemas autopoieticos fechados propostos pela teoria de Luhmann. Portanto, as evidências empíricas acabam por destituir a arquitetônica teórica que Teubner empreende.

Para Habermas, Teubner coloca o mundo da vida no lugar do centro perdido da sociedade, buscando a efetivação de uma comunicação geral que não cabe em sociedades modernas, complexas. Esse mundo da vida constitui-se de uma linguagem capaz de circular em todos os meios. Assim, Teubner, ao fazer referência a um quadro de comunicação geral, exige um meio para que esta ocorra. Esse seria semelhante a uma linguagem coloquial e permitiria a diferenciação de meios de regulação tais como o dinheiro e o poder; entretanto, não seria tido como um mecanismo sistêmico. Para Habermas, essa proposta não pode ser coerente com um sistema autopoietico, sendo mais propícia a um sistema como o do agir comunicativo, que introduz uma distinção entre mundo da vida e sistemas especializados, interagindo-os através da linguagem coloquial.

Para Habermas, o direito detém uma função de perpetuar a comunicação, traduzindo os códigos funcionais de sistemas como o dinheiro e o poder, incapazes de serem operacionalizados pela via da linguagem. Assim, ao contrário do desencantamento do direito enquanto elemento integrador da ordem social, em sociedades modernas, o direito permitiria o não rompimento de uma rede geral de

comunicação, tendo uma função de traduzir os códigos especiais daqueles sistemas e, portanto, uma função integradora no âmbito da sociedade.

III- A política na perspectiva da teoria dos sistemas

O sistema político é um sistema parcial da sociedade que também possui suas estruturas específicas, seu modo de operar, o qual permite o seu fechamento enquanto sistemas autônomos, diferenciando-se do seu ambiente e dos demais sistemas sociais. Assim, “o sistema político, como todos os outros sistemas sociais, constrói, reproduz e delimita os seus códigos a partir de códigos e operações próprias“. (CAMPILONGO, 2002)

Na teoria de Luhmann, a função do sistema político seria garantir um potencial de decisões coletivamente vinculantes, reproduzindo esta garantia num nível correspondentemente elevado de complexidade do sistema político e do ambiente que ele pode captar. (LUHMANN *apud* CAMPILONGO, 2002). Não se enfatiza a controlabilidade social através do sistema político, nem a questão do equilíbrio estável do sistema político.

El sistema político es un sistema parcial de la sociedad diferenciada por funciones. Su función específica es aportar para la sociedad la capacidad de decidir de una manera coletivamente “vinculante”.(BARALDI;CORSI; ESPOSITO; 1996, p. 128)

Essa função poderia ser desempenhada através do uso do poder. Entretanto, nem toda comunicação política utiliza-se do poder. Os debates parlamentares é um exemplo da ausência da utilização do poder.

Embora interajam, o meio poder se diferencia do sistema político. Assim, o poder só alcança estabilização no âmbito do sistema político. Esse, por sua vez, concentra e diversifica as fontes de poder, impedindo que a sociedade dependa de uma única fonte de poder central.

Utilizando relações hierárquicas (superior/inferior), traduzida em códigos específicos (governo/oposição), o sistema político consegue reproduzir as comunicações políticas, afirmando-se como sistema autopoietico. A distinção entre inferiores e superiores é uma distinção entre aqueles que têm um cargo e os que são governados. A detenção do poder por aqueles permite um exercício controlado: a confusão entre o cargo e a pessoa gera a corrupção do sistema, tema tratado posteriormente. Por sua vez, a distinção entre superiores/inferiores permite a determinação do código político governo/oposição: aqueles que detém cargos são governo e os demais oposição. Todas as decisões do sistema político remetem a esse código. Por sua vez, o sistema político

pode se autoobservar com base neste código e imputar todas suas decisões à oposição ou ao governo.

Segundo Baraldi, Corsi e Esposito (1996), a distinção entre oposição/governo divide o vértice da política, sendo fator decisivo para a realização da democracia, ao contrário do que pensavam alguns opositores da teoria de matriz luhmanniana, uma vez que permitiria a produção de possibilidades alternativas, substituindo aqueles que, hoje governo, passariam a oposição. A ocupação de funções é contingente, já que decorre de eleições e programas que se revisam periodicamente. Dessa forma, a presença da oposição é fator construtivo da democracia. Sua ausência caracterizaria os regimes ditatoriais, fazendo desaparecer as diferenciações da política, podendo gerar a substituição do código por referência a um modelo de organização política estratificada (O Estado, o partido único). Portanto, a redução da complexidade é responsável, paradoxalmente, pela contínua reprodução de complexidade, gerando expansão das alternativas e das demandas por novas decisões.

O dual governo/oposição, bem como todo o aparato formal da democracia- garantias da minoria, autolimitação do poder, alternância entre governo e oposição, periodicidade das eleições, reversibilidade das decisões, etc- exercem a função do contínuo incremento das possibilidades de escolha (complexidade) e contínua disponibilidade de tratamento da contingência. É nesse campo semântico que Raffaele De Giorgi constrói seu conceito de democracia: democracia é manutenção da complexidade.(CAMPILONGO, 2002, p. 72)

Segundo Campilongo (2002), uma das formas de atuação dos códigos do sistema político que permite a continuidade da comunicação é o procedimento eleitoral, o qual permite a realização do código governo/oposição. Por outro lado, é no procedimento eleitoral que ocorre a legitimação do poder.

Outro código que emerge das conexões entre os códigos e os programas do sistema político é aquele que tem a seguinte estrutura binária: progressista/ conservador. Entretanto, por não acompanhar de forma contínua as transformações sociais, tal distinção cederia modernamente lugar a diferenciação entre um Estado expansivo e um Estado Restritivo. Essa distinção é relevante em face de problemática analisada neste trabalho, já que gera conseqüências no fenômeno da judicialização da política ou da politização do direito. Buscando uma inclusão generalizada, o Estado de Bem-Estar Social, caracteristicamente expansivo, e dispondo de meios inadequados, criaria conflitos entre outros sistemas sociais (como o jurídico e o econômico) que não utilizariam o seu código para promover, primariamente, inclusão. Esse tema será abordado, pormenorizadamente, no tópico posterior.

Embora o Estado ocupe um papel relevante no interior do sistema político, ele não se confunde com este, já que o sistema político seria a unidade de três fatores: a política, a administração e o público. Assim, explica Baraldi, Corsi e Esposito (1996):

No se trata de una diferenciación en subsistemas, sino el resultado de una doble distinción: por una parte se distinguen los cargos entre político y administración; por otra parte, se distingue la unidad de los cargos (política y administración) del público de los ciudadanos. Existe una circularidad de interdependencias entre política, administración y público, sin que sea posible identificar un centro o un vértice (el Estado es el centro desde el punto de vista de la diferenciación de las organizaciones, pero no es el centro del sistema político). BARALDI; CORSI; ESPOSITO; 1996, p. 128)

Dessa forma, é incontestável o papel do Estado no interior do sistema político, uma vez que, próximos as coletividades locais, podem realizar a democracia no âmbito local, tomar decisões políticas específicas e proteger a realização de outras funções. No âmbito da territorialidade de um Estado, existe uma gama de organizações que não são responsáveis por tomar decisões coletivamente vinculantes, mas preparam e encaminham as decisões. O centro organizativo, ocupado pelo Estado, seria responsável por orientar as relações e elementos do sistema. Essas organizações, por estarem na periferia em relação ao Estado, possuem um maior nível de complexidade e sensibilidade ao ambiente do que estes. Ressalte-se que essa distinção entre centro/periferia é apenas organizativa, não descrevendo que o Estado seria o centro do sistema político, conduzindo-o.

A complexidade do sistema político é assimétrica: na periferia existiriam pretensões superiores à capacidade de governo do sistema político. Essa assimétrica complexidade interna entre centro/periferia permitiria o fechamento e auto-reprodução do sistema político, bem como permitiriam o controle do ambiente através do autocontrole.

Assim, na óptica sistêmica, compete ao sistema político tomar decisões coletivamente vinculantes. O Estado, nesse âmbito, ocupa um papel relevante. Entretanto, a dificuldade dessa organização em desempenhar essa função acaba gerando demandas do sistema político face aos outros sistemas sociais, especialmente no paradigma do Estado de Bem-Estar Social. Nesse contexto, os meios disponíveis ao Estado são inadequados para a ativação das suas decisões. Dessa forma, não reconhecendo os limites impostos por códigos externos e incapaz de se auto-observar, o sistema político acaba gerando pretensões aos outros sistemas incapazes de serem satisfeitas por estes, acarretando problemas na relação intersistêmica o que, neste trabalho, serão analisados na perspectiva do fenômeno da politização do judiciário ou da judicialização da política.

IV- Acoplamento estrutural entre política e direito: uma compreensão do fenômeno da judicialização da política

4.1- Judicialização da política e politização do direito em outras perspectivas

As relações entre direito e política há muito são estudadas em diversas áreas do conhecimento. Talvez tais implicações decorram do fato de ambas esferas fazerem parte de uma mesma moeda: a social. Carvalho (2002) já nos adverte para as diferentes implicações do fato social:

...o fato social, na sua congênita e inesgotável pluralidade de aspectos reinvidica, enquanto objeto, uma seqüência de incisões que lhe modelem o formato para a adequada apreensão do espírito humano.

Isso impede a concepção do fato puro, seja ele econômico, histórico, político, jurídico ou de qualquer outra qualidade que se pretenda atribuir.“(CARVALHO, 2002, p. 7)

Diversos estudos propõem a análise dessa relação- política e direito- ,ora sob um enfoque das ciências sociais, ora sob o enfoque estrito das teorias jurídicas. No âmbito político, algumas teorias buscam investigar empiricamente algumas decisões jurídicas, buscando explicar os pontos de conexão. No âmbito jurídico, as análises se debruçam sobre o papel dos tribunais no enfrentamento de questões políticas. As teses sustentadas- o ativismo judicial ou a necessária contenção (HABERMAS, 1997)- por diversos autores são fundamentadas em argumentações que, por seus supostos teóricos, não são capazes de perceber a sintonia fina que existe entre o sistema político e o jurídico. O medo de um juiz que é administrador ou de um juiz que simplesmente soletra as palavras do texto legal- os excessos das diferentes teses apresentadas na temática explanada neste título- impede a observação das relações intra-sistêmicas que permitem cada um dos sistemas cumprirem, adequadamente, as suas funções.

As diferentes análises levaram a criação de expressões representativas dessas conexões: judicialização da política e politização da justiça (ou do direito). Tais expressões, empregadas de uma forma desproblematizada, acabam gerando confusões conceituais, uma vez que muitas vezes são utilizadas com sentidos opostos.

Souza Junior (2004) descreve que a expressão judicialização da política pode ser designada tanto para simbolizar a interferência do Poder Judiciário em questões de índole política, como também para discorrer acerca da adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito da política. Já o termo politização da justiça descreveria a tentativa do parlamento controlar as decisões desagradáveis do Poder Judiciário, através do expediente da votação de leis contrárias ao pronunciamento judicial ou através de normatização que modifique a estrutura e as competências da Corte Constitucional. Outros autores, como Campilongo (2002), utilizam o termo politização do direito para referir-se às irritações produzidas no sistema jurídico por questões políticas. Portanto, verifica-se, que as significações apresentam-se diferenciadas para Sousa Junior e Campilongo, o que gera incertezas no âmbito da explicação da relação entre política e direito.

As teses mais conhecidas no âmbito jurídico- o ativismo judicial ou a contenção-buscam os seus argumentos ora na compreensão do princípio da separação de poderes, ora na percepção do papel do Poder Judiciário enquanto guardião da Constituição (SOUSA JUNIOR, 2004). Argumentos existem ainda que esbarram nos conceitos da teoria democrática e na doutrina norte- americana das questões políticas.

Entretanto, tais análises acabam superdimensionando um sistema em face ao outro, não conseguindo tematizar, adequadamente, as especificidades funcionais de cada sistema e a forma peculiar do seu inter-relacionamento. Assim, na visão de Capimlongo (2002), a teoria sistêmica teria a possibilidade de observar essas peculiaridades, não residindo nessa opção qualquer pretensão luhmanniana a hegemonia do seu arsenal teórico. Passemos, então, a analisar o fenômeno da relação entre direito e política na óptica da teoria sistêmica.

4.2- Acoplamento estrutural entre direito e política

O conceito de sistema conduz ao de ambiente. Assim, ao contrário do que propõe alguns críticos de Limam, o fechamento operacional ou a clausura operativa não significa isolamento lógico ou analítico de um sistema. O fechamento operacional permite um sistema construir a sua autonomia, mas também cria condições para a abertura cognitiva deste com o seu entorno. Por outro lado, essa abertura cognitiva não compromete a autonomia operativa do sistema jurídico. Eis o paradoxo criado pelo fechamento operacional.

Inspirado na teoria de Darwin, Lima descreve que os diversos subsistemas sociais, caracterizados pela complexidade, são impulsionados a adaptar-se às exigências postas pelo entorno e as próprias dificuldades encontradas no plano interno no nível operativo. Por outro lado, as diferenças em relação ao meio exigem uma seleção através da própria complexidade do sistema.

Para explicar tais fenômenos, Luhmann recorre, novamente, à teoria de Maturana, reconstruindo o conceito de perturbação no âmbito das teorias sociais. Assim, descreve que o acoplamento estrutural canaliza situações de irritação e influencia o processo de auto-estruturação dos sistemas autopoiéticos.

No capítulo primeiro, verificamos que a compreensão da evolução do direito correlaciona-se com a evolução da sociedade. A evolução, entretanto, não é empregada na perspectiva teleológica, dirigindo-se a um fim determinado ou a valor específico. Na visão de Luhmann, evolução significa a transformação do improvável em provável (NEVES, 2004).

Assim, a sociedade moderna apresentaria um alto grau de complexidade, de possibilidades. Por sua vez, é necessário pensarmos em uma modelação capaz de gerar estabilidade em um mundo marcado pela contingência, ou seja, um modelo capaz de operar seleções e trazer a resolução do problema que se apresenta para o sistema adequado em resolvê-lo em decorrência da sua especificidade funcional. Dessa forma,

opera-se uma redução da complexidade, compreendida não como descomplicação, mas como transformação de um problema do ambiente em problema intra-sistêmico. Tal fenômeno ocorreria através de dois fatores: o deslocamento dos problemas e a dupla seleção, o que demandaria estruturas próprias do sistema responsáveis por definir o grau de complexidade em que o problema pode ser compreendido, processado e reduzido no interior do sistema.

Assim, o sistema jurídico seria um sistema autopoietico, cujo código específico é direito; não direito, tendo como função específica a generalização das expectativas normativas. Já o sistema político teria como função a tomada de decisões coletivamente vinculantes.

O acoplamento estrutural permite uma relação intra-sistêmica sem que ocorra uma fusão entre os códigos e as funções dos sistemas. Cada um continua igualmente competente para realizar suas especificidades funcionais.

Essa discussão torna-se importante para analisarmos os desdobramentos decorrentes da análise da relação entre o direito e a política. Assim, fenômenos como a judicialização da política ou a politização do direito podem ter uma leitura diferenciada à luz da teoria sistêmica.

Assim, no âmbito jurídico e político, a Constituição representaria um elo, apresentando-se como uma solução jurídica para o problema da autoreferenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade dos sistema jurídico.

É pela via deste acoplamento viabilizado pela Constituição que o sistema jurídico tolera um sistema político que tende para o Estado regulador, o qual o sistema jurídico não deixa entrar nas suas operações. É também por esta via que o sistema político tolera as irritações provenientes do sistema jurídico, garantindo a sua viabilidade enquanto sistema e, simultaneamente, sua capacidade de aprendizado.

A relação entre ambos sistemas devem ser avaliadas sob a luz da Constituição, acoplamento estrutural estes, possibilitando o aprendizado destes sistemas. A questão, portanto, não é a possibilidade de relação entre política e direito. As irritações produzidas pelo direito podem ou não gerarem impactos no sistema político ou, inversamente, pode existir ou não transformações no sistema jurídico quando estimulado pela política. Não existe risco para essas relações; ao contrário, a abertura cognitiva é relevante para o aprendizado dos sistemas.

Entretanto, o risco de corrupção torna-se presente quando um sistema busca solucionar um problema que exige um código o qual ele não possui, ou seja, buscar, através dessas trocas, a substituição de funções próprias de outro sistema. Isso acaba por gerar respostas inadequadas, acarretando a corrupção e comprometendo a manutenção autopoietica do sistema.

Portanto, a teoria sistêmica demonstra que existe uma relação entre o sistema político e jurídico que ocorre através da Constituição. Essa relação é importante para que os sistemas possam realizar a sua clausura operativa. Entretanto, a autopoiesis do

sistema pode ser comprometida caso ocorra miscigenação da forma de operar de um sistema.

V- CONSIDERAÇÕES FINAIS

No capítulo primeiro, verificamos que a compreensão da evolução do direito correlaciona-se com a evolução da sociedade. A evolução, entretanto, não é empregada na perspectiva teleológica, dirigindo-se a um fim determinado ou a valor específico. Na visão de Luhmann, evolução significa a transformação do improvável em provável (NEVES, 2004).

Assim, a sociedade moderna apresentaria um alto grau de complexidade, de possibilidades. Por sua vez, é necessário pensarmos em uma modelação capaz de gerar estabilidade em um mundo marcado pela contingência, ou seja, um modelo capaz de operar seleções e trazer a resolução do problema que se apresenta para o sistema adequado em resolvê-lo em decorrência da sua especificidade funcional. Dessa forma, opera-se uma redução da complexidade, compreendida não como descomplicação, mas como transformação de um problema do ambiente em problema intra-sistêmico. Tal fenômeno ocorreria através de dois fatores: o deslocamento dos problemas e a dupla seleção, o que demandaria estruturas próprias do sistema responsáveis por definir o grau de complexidade em que o problema pode ser compreendido, processado e reduzido no interior do sistema.

Assim, o sistema jurídico seria um sistema autopoietico, cujo código específico é direito; não direito, tendo como função específica à generalização das expectativas normativas. Já o sistema político teria como função a tomada de decisões coletivamente vinculadas.

Entretanto, o fechamento operacional ou a clausura operativa não significa isolamento lógico ou analítico de um sistema. O fechamento operacional permite um sistema construir a sua autonomia, mas também cria condições para a abertura cognitiva deste com o seu entorno. Por outro lado, essa abertura cognitiva não compromete a autonomia operativa do sistema jurídico. Eis o paradoxo criado pelo fechamento operacional.

O acoplamento estrutural permite uma relação intra-sistêmica sem que ocorra uma fusão entre os códigos e as funções dos sistemas. Cada um continua igualmente competente para realizar suas especificidades funcionais.

Essa discussão torna-se importante para analisarmos os desdobramentos decorrentes da análise da relação entre o direito e a política. Assim, fenômenos como a judicialização da política ou a politização do direito podem ter uma leitura diferenciada à luz da teoria sistêmica.

Assim, no âmbito jurídico e político, a Constituição representaria um elo, apresentando-se como uma solução jurídica para o problema da autoreferenciabilidade

do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico.

É pela via deste acoplamento viabilizado pela Constituição que o sistema jurídico tolera um sistema político que tende para o Estado regulador, o qual o sistema jurídico não deixa entrar nas suas operações. É também por esta via que o sistema político tolera as irritações provenientes do sistema jurídico, garantindo a sua viabilidade enquanto sistema e, simultaneamente, sua capacidade de aprendizado.

A relação entre ambos sistemas devem ser avaliadas sob a luz da Constituição, acoplamento estrutural destes, possibilitando o aprendizado destes sistemas. A questão, portanto, não é a possibilidade de relação entre política e direito. As irritações produzidas pelo direito podem ou não gerarem impactos no sistema político ou, inversamente, pode existir ou não transformações no sistema jurídico quando estimulado pela política. Não existe risco para essas relações; ao contrário, a abertura cognitiva é relevante para o aprendizado dos sistemas.

Entretanto, o risco de corrupção torna-se presente quando um sistema busca solucionar um problema que exige um código o qual ele não possui, ou seja, buscar, através dessas trocas, a substituição de funções próprias de outro sistema. Isso acaba por gerar respostas inadequadas, acarretando a corrupção e comprometendo a manutenção autopoietica do sistema.

Portanto, a teoria sistêmica demonstra que existe uma relação entre o sistema político e jurídico que ocorre através da Constituição. Essa relação é importante para que os sistemas possam realizar a sua clausura operativa. Entretanto, a autopoiesis do sistema pode ser comprometida caso ocorra miscigenação da forma de operar de um sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARALDI, Claudio, CORSI, Gian Carlo, ESPOSITO, Elena. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

RODRIGUES M., Dario. Invitación a la sociologia de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

FEDOZI, Luciano. A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos da teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. NICKAS LUHMANN E SUA OBRA. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difídil. Uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas, extrato de tradução inédita. Ano 2004.

SOUZA JUNIOR, Antônio Umberto. O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas. O dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

^[1]A decisão do STF no mandado de segurança n. 24.831/DF- caso da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigava os Bingos-, bem como a discussão da fidelidade partidária denotam a atualidade da temática. Recentemente, outras decisões do STF na área de políticas pública demonstraram uma nova tendência desta Corte, contribuindo para a concretização do fenômeno brasileiro da judicialização da relações sociais. Para uma diferenciação das expressões judicialização da política e judicialização das relações sociais, bem como para uma análise deste fenômeno no STF na década passada, ver BURGOS, Marcelo Baumann *et al.* A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

^[2] Assim, por exemplo, Tércio Sampaio Ferraz Junior que descreve o direito partindo dos símbolos deste em Roma e na Grécia e chega até a descrição do direito aos nossos dias. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. Cap. II. São Paulo: Atllas, 2001. P. 52-82.

^[3] NEVES ressalta que embora exista a evolução dos seres vivos, Luhmann não transfere a concepção de Darwin para os sistemas sociais, já que afirma que a evolução ocorre em diversos sistemas com especificidades. Além disso, destaca que a visão de Luhmann afasta-se do dogma da seleção natural. Cf. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil. Uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas, extrato de tradução inédita, p. 4 Ano 2004.

^[4] Neves (2004) descreve essa condição como restabilização ou seleção. Cf. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil. Uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas, extrato de tradução inédita, p. 3. Ano 2004.

^[5] A expressão é aplicada fazendo referência a presença contínua do diverso como possível.

^[6] Para Luhmann, comunicação não é um conceito normativo; é um processo de seleção que sintetiza informação, comunicação e compreensão. Cf. NEVES, Clarissa Eckert Baeta. NICKAS LUHMANN E SUA OBRA. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997. São operações sociais compulsórias constituída através de uma reticulação recursiva com outras comunicações. Cf. LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos da teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997.

^[7] Na teoria luhmanniana, os indivíduos seriam parte do sistema psíquico ligado à consciência que produz pensamento. No sistema social, a comunicação é o elemento fundamental e esta só é produzida pela própria comunicação.

^[8] Na teoria sociológica de Luhmann, a autopoiese não se confunde com a auto-organização, já que este permite apenas a formação de estruturas a partir dos próprios sistemas. Para Luhmann, o conceito de autopoiesis vai além, pois transfere a idéia de autoprodução das estruturas para os elementos do sistema. Cf. FEDOZI, Luciano. A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997.

^[9] Admitindo a contigência de toda e qualquer descrição sociológica, Luhmann propõe uma teoria geral da observação recursiva de observações, discorrendo que não existe nenhum tipo de posição absoluta subtraída à observação ou de pontos de partida visto como únicos, corretos. A sua teoria pretende eliminar qualquer pretensão científica de busca por verdades absolutas enquanto método objetivo a ser descrito por um sujeito social. Cf. FEDOZI, Luciano. A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta, SAMIOS, Eva Machado

Barbosa (org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRS, 1997.

POSSÍVEIS RISCOS ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NOS JUIZADOS ESPECIAIS: NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO

POSSIBLE RISKS TO THE GUARANTEES OF THE CONTRADICTION AND LEGAL DEFENSE IN BRASILIAN SPECIAL COURTS: IMPROVEMENT NEEDED

Marcio Sampaio Mesquita Martins

RESUMO

A pesquisa busca analisar a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, os Juizados Especiais tornaram-se muito difundidos e populares, sendo certo que boa parte da atual demanda contenciosa tramita justamente nestas cortes. A situação se intensificou com a criação dos Juizados Especiais Federais, os quais englobam uma significativa gama de competências, notadamente as relativas às questões de natureza previdenciária. Esta intensa utilização dos juizados demanda que o procedimento judicial respectivo seja célere e simplificado. A recente criação do processo virtual e a progressiva virtualização do Judiciário estão contribuindo, certamente, para a obtenção de tais metas. Entretanto, a celeridade e a simplificação excessivas, sob certa ótica, acabam vulnerando, de certo modo, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Assim, o artigo procura estudar, sob o enfoque constitucional, estas possíveis vulnerabilidades e, na medida do possível, propor soluções hermenêuticas ou mudanças legislativas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL; JUIZADOS ESPECIAIS; JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS; VIRTUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA; POSSÍVEIS RISCOS AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

ABSTRACT

In the scope of the Brazilian Judiciary, the Special Courts had become very spread out and popular. Good part of the current litigious demand moves exactly in these cuts. The situation was intensified with the creation of the Federal Special Courts, which involve a significant gamma of competencies, mainly about providenciary rights. This intense use of these courts demands fast and simplified judicial procedures. The recent creation of the virtual process and the gradual virtualization of the Judiciary are contributing, certainly, for these goals. However, the extreme celerity and the simplification, under certain optics, harms, in certain way, the guarantees of contradictory and legal defense. Thus, the article pretends to study, under the constitutional approach, these possible vulnerabilities and expose hermeneutic solutions or possible legislative changes.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW; BRASILIAN SPECIAL COURTS; FEDERAL SPECIAL COURTS; VIRTUALIZATION OF JUSTICE; POTENTIAL RISKS TO THE GARANTEES OF CONTRADICTORY AND LEGAL DEFENSE

1. INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram introduzidos no Brasil com o objetivo teleológico de atender a demanda sempre crescente de acesso à tutela jurisdicional por parte da sociedade, tendo sido dada ênfase aos casos de menor complexidade, que envolvem valores reduzidos e que podem ser resolvidos, a princípio, por meio da adoção de um procedimento simplificado e mais célere que o rito comum ordinário.

Assim, foram criados os Juizados e um rito procedimental adaptado para a solução deste tipo de demanda, com a adoção de prazos judiciais curtos, limitações processuais diversas, reduzidas hipóteses recursais, Turmas Recursais, etc.

Na esfera federal, em virtude do sucesso dos juizados especiais, foram criados os Juizados Especiais Federais, com competência previdenciária e comum, aptos a resolver demandas de menor complexidade e expressão financeira, bem como a possibilidade de pagamento de condenações por meio de Requisições de Pequeno Valor – RPV.

Finalmente, foi implementado o chamado “processo virtual”, consistente na utilização de tecnologias de informação no Judiciário com o objetivo de dar maior agilidade aos tramites processuais e eliminar quase que integralmente a utilização do papel, notadamente nos autos dos processos, os quais passaram a tramitar em meio exclusivamente digital.

Estas três etapas do avanço do processo civil trouxeram melhoras consideráveis à prestação da tutela jurisdicional, tendo como resultado um aumento assustador no número de ações e de julgamentos, entretanto, como não podia deixar de ser, a ênfase à celeridade, em alguns casos, acabou por trazer como efeito adverso o desprestígio a algumas garantias constitucionais ligadas ao processo, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

Deste modo, o escopo do presente trabalho é analisar estas possíveis falhas processuais e os meios de superar estes riscos constitucionais proporcionados pelos juizados especiais.

2. INOVAÇÕES PROCESSUAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS E POSSÍVEIS VULNERAÇÕES AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

O escopo central desta obra é analisar as principais características processuais dos Juizados Especiais que possam trazer como conseqüências indesejadas aos princípios constitucionais do contraditório.

As características apontadas se referem tanto ao procedimento da forma virtualizada quanto da forma convencional. O procedimento virtualizado apresenta algumas peculiaridades adicionais, as quais serão discutidas com mais vagar no capítulo seguinte.

2.1. Informalidade versus legalidade

A informalidade, juntamente com a celeridade, são duas marcas distintivas do procedimento criado pela Lei 9.099/95 para regular os juizados especiais. O objetivo foi dar maior agilidade para o julgador em demandas simples, de menor expressão econômica e que pudessem ser resolvidas sem a necessidade do procedimento complexo do rito ordinário.

Assim, as principais medidas adotadas foram a simplificação do procedimento, a redução das possibilidades recursais e a adoção de meios mais informais do que os previstos no CPC.

A informalidade decorre principalmente dos seguintes detalhes: a) desnecessidade de relatório na sentença; b) oralidade nas audiências e procedimento simplificado; c) possibilidade de propor ações e peticionar de forma oral; d) possibilidade de juízes leigos realizarem audiências de conciliação; e) impossibilidade de declaração de nulidade de ato que tiver atingido o seu fim teleológico e que não tenha trazido prejuízo às partes; f) possibilidade de pedido simplificado; g) utilização de vocabulário acessível, etc.

O princípio informativo da informalidade permite a utilização de “soluções alternativas” para obter uma “tutela legal mais rápida”. Isso não significa que o Juiz possa criar “procedimentos heterogêneos ou em desconformidade com o estabelecido por norma de ordem pública” [1].

Na verdade, as soluções devem atender ao princípio da legalidade, não podendo, portanto, contrariar disposições expressas em lei. Bons exemplos da informalidade é a adoção de procedimento oralizado nas audiências, gravado-se em áudio ou vídeo digital as audiências para posterior anexação aos autos. Tal procedimento, em virtude do barateamento do custo do CD é bem interessante, pois permite a realização de audiências de ouvida de testemunhas muito mais rápidas do que as tradicionais, em que é perdido considerável tempo com a lavratura dos termos de audiência e de ouvida de testemunhas, em evidente prejuízo para a eficiência.

As soluções alternativas, entretanto, devem ser adotadas sempre em observância às regras e princípios que regem o processo, notadamente o princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Brasileira.

Alguns autores apontam para a tênue diferenciação entre informalidade e arbitrariedade, pois dependendo da orientação do magistrado, as informalidades

adotadas no processo podem acabar importando em prejuízo para as partes e se tornando, portanto abusivas.

Alerte-se, por fim, que em função da informalidade, a declaração de nulidade de determinado ato processual só é viável se realmente houver prejuízo considerável para as partes. Questiuínculas de menor potencial e que não causem prejuízo para as partes podem ser resolvidas sem maior apego à discussão recursal. A anulação dos atos processuais só deverá acontecer, segundo o art. 65, § 1º da lei 9.099/95, nos casos de efetivo dano às partes, e ainda assim, se o ato não puder ser convalidado.

2.2. Celeridade

Paralelamente à informalidade, a celeridade é um dos princípios de maior importância para o processo dos juizados. A idéia do legislador é consolidar uma cultura de agilidade no tramite e julgamento dos processos submetidos aos juizados.

Assim, a celeridade depende grandemente do nível de aparelhamento material e humano do poder judiciário. Estados onde os juizados foram implantados em maior número, com maior quantidade de servidores e juízes e dispoendo de maior dotação orçamentária para o desempenho de suas funções certamente obtiveram melhores resultados que os demais.

A meta da celeridade nem sempre é alcançada, pois os juizados estão abarrotados de demandas e o procedimento oralizado acaba gerando uma longa pauta de audiências, o que acaba gerando prejuízos aos que demandam maior agilidade na prestação jurisdicional.

Assim, em função da grande demanda, sempre surge o perigo de decisões equivocadas, as quais trazem verdadeiro efeito negativo para a imagem do Poder Judiciário.

Ademais, no intuito de diminuir ao máximo a duração dos feitos, optou-se por proibir certos incidentes processuais que pudessem atrasar a resolução dos casos. Dentre as mutilações processuais, são proibidas as intervenções de terceiros, a assistência, e a reconvenção.

Tais restrições, apesar de terem como objetivo a redução da duração dos feitos, acaba por vulnerar a garantia do contraditório e da ampla defesa, pois reduzem as possibilidades do réu defender-se e valer-se de terceiros para melhorar a sua defesa.

2.3. Prazos processuais reduzidos

A redução dos prazos processuais tem como objeto a celeridade. Entretanto, há de se ter em mente que talvez os prazos judiciais sejam menor fator de atraso para o julgamento das demandas. Na verdade, a demora maior está justamente na lentidão e mal aparelhamento material e pessoal do poder Judiciário, bem como no numero excessivo de recursos e do procedimento lento dos tribunais.

Assim, a redução dos prazos acaba sendo um prejuízo para as partes, notadamente a ré, a qual dispõe de tempo reduzido para a elaboração da defesa e, principalmente, dos recursos.

A situação se agrava nos feitos movidos em face da fazenda pública, nos juizados especiais federais.

O prazo de 30 dias para contestar, de 10 dias para recorrer e meros 5 dias para embargar de declaração são extremamente exíguos, sendo certo que em muitos casos a defesa do órgão público se dá sem a necessária coleta de informações junto aos diversos órgãos e setores da administração pública.

Demandas em que a Advocacia Geral da União depende de informações de órgãos diversos da administração pública para a elaboração da defesa, a exemplo de ações indenizatórias ou previdenciárias, necessitam de razoável prazo. Como sabido, os entraves da administração e a extensa e lenta máquina burocrática impedem a colheita de elementos fáticos e jurídicos em pouco tempo, sendo extremamente comum a elaboração de contestações genéricas, sem conter defesa específica justamente pela falta de subsídios.

Assim, os prazos extremamente reduzidos nem sempre operam em favor da celeridade, importando, em muitos casos, em verdadeira limitação à garantia do contraditório e da ampla defesa.

2.4. Possibilidade de indeferimento de provas

A lei 9.099 permite que o juiz tenha a faculdade de indeferir a produção de provas por ele consideradas excessivas, impertinentes ou protelatórias[2]. O indeferimento também é possível no rito comum, entretanto, nos juizados, em função da simplicidade das matérias envolvidas e pela filosofia da celeridade, a possibilidade de indeferimento é bem mais presente.

Esta ampla possibilidade de indeferimento de provas, aliada a impossibilidade de se recorrer das decisões interlocutórias nos juizados[3], notadamente as decisões proferidas em audiência, acaba por criar um importante empecilho ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

A produção da prova, portanto, dependerá do juízo de valor exercido pelo magistrado, sendo perfeitamente possível, portanto, que ele considere supérfluas algumas provas que possam ser vitais para a demonstração do direito por parte das partes.

Vulnerado, assim, em grande monta, as garantias do contraditório e notadamente da ampla defesa, pois as partes não possuem mecanismo para insistir na produção probatória, ao contrário dos meios permitidos no rito ordinário. De se observar, ainda, que as partes, melhor do que ninguém, sabem a importância da produção de cada prova para o julgamento da lide, sendo certo que eventual indeferimento de prova por decisão irrecorrível pode, sim, causar prejuízo para a parte interessada.

2.5. Prova pericial e exame técnico

No afã de atingir o objetivo da celeridade, o legislador restringiu a utilização de certas modalidades probatórias, dentre as quais a prova pericial. Permitiu, entretanto, a juntada de pareceres técnicos pelas partes e a realização de exame técnico.

O art. 35 da lei 9.099 assim estabelece:

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Certamente que a produção de prova pericial não se compatibiliza com os juizados, sendo uma opção reservada para demandas de maior complexidade. A opção do legislador, apesar de justificável, pode, de certo modo, diminuir as possibilidades de defesa das partes.

Assim, os demandantes nos juizados especiais têm reduzida a possibilidade de prova pericial, sendo possível apenas valer-se da juntada de prova pericial produzida unilateralmente, fora do processo (pareceres técnicos), podendo o magistrado valer-se, ainda, da inquirição de técnicos.

Tais meios substituem apenas parcialmente a ampla produção de prova pericial prevista no CPC.

Deste modo, quem se submeter à jurisdição dos juizados especiais terá, como ônus, a redução das possibilidades de produzir prova pericial, o que pode ser compreendido como redução do direito ao contraditório e ampla defesa previstos na Constituição Federal.

2.6. Acesso à Justiça e o advogado

Uma das questões mais discutidas em relação aos juizados especiais diz respeito à dispensabilidade da assistência de advogado no primeiro grau de jurisdição. Nos juizados estaduais a assistência do advogado é dispensável nas causas de até 20 salários mínimos (art. 9º da Lei 9.099). Nos juizados federais o entendimento majoritário é de que o advogado é dispensável no primeiro grau independentemente do valor da causa, a qual pode atingir até 60 salários mínimos.

Tal matéria tem uma faceta favorável aos menos favorecidos, pois contribui grandemente com o direito de acesso à justiça, pois permite a postulação por parte do próprio interessado, diretamente, sem as despesas decorrentes da contratação de advogado ou a dificuldade de obtenção de atendimento nas defensorias públicas.

Por outro lado, alcança-se uma série de problemas: primeiramente, a falta de defesa técnica pode deixar em desvantagem a pessoa que postula por conta própria em oposição a outro devidamente assistido por advogado. Os argumentos processuais e técnico-jurídicos dificilmente poderão ser convenientemente defendidos pelo leigo, o

que acaba por prejudicar o equilíbrio entre as partes (paridade de armas) e acarretar em julgamento desfavorável.

Ademais, o art. 133 da Constituição estabelece que o advogado é essencial à função da Justiça, sendo, de constitucionalidade duvidosa a lei que dispense a sua atuação em tão relevante parcela de feitos em curso no Poder Judiciário[4].

Tal desequilíbrio acaba exigindo uma atuação muito ativa do magistrado, o que pode trazer o risco de adoção um posicionamento menos equidistante e até mesmo paternalista, em benefício do menos favorecido. Essa atuação ativa, promocional e assistencial do poder Judiciário é muito criticada pela doutrina italiana, sendo um de seus expoentes o processualista Giuseppe Tarzia[5].

A “paridade de armas”, no entender de Giuseppe Tarzia, implica na estrita observância ao contraditório e a ampla defesa, isto é, consiste no fornecimento para as partes das mesmas condições e recursos para elaboração de suas defesas e apresentação de suas alegações, o que permitiria ao judiciário (e também às autoridades administrativas, no caso dos processos administrativos), decidir da forma mais justa possível, diante de um caso devidamente amadurecido.

Seguindo este entendimento, o Judiciário deve atuar com isenção, de modo a não beneficiar exageradamente nenhuma das partes.

Explica-se, a solução de demandas juridicamente complexas em que uma das partes não teve acesso à devida defesa, acaba por forçar o magistrado a ser extremamente complacente para com a parte hipossuficiente, passando a adotar uma posição mais tolerante e a atuar tanto como advogado de defesa quanto julgador, o que gera enorme risco às garantias da imparcialidade e neutralidade judicial.

Ressalte-se que a doutrina italiana acusa que um dos principais meios de se desequilibrar a relação entre as partes é no momento da produção e valoração probatória. Entretanto, havendo favorecimento a uma das partes, o momento da valoração dos argumentos fáticos e jurídicos trazidos por cada um também pode desequilibrar a balança processual.

Se uma das partes é hipossuficiente e acaba elaborando defesa medíocre, o juiz acabará assumindo o indevido ônus de, imiscuindo-se na função de defensor desta parte, melhorar e até mesmo aumentar o argumento para fazer frente às teses jurídicas da parte oposta.

Outro problema que se apresenta é a dificuldade da parte oposta realizar a sua defesa quando a inicial é elaborada por leigo ou reduzida a termo por serventuário da justiça. Petições extremamente mal elaboradas, com português sofrível, excessivamente simplificadas, sem pedido preciso e sem a devida fundamentação jurídica acabam por gerar inusitada dificuldade de defesa para a parte oposta, a qual, em muitos casos, sequer tem noção do que está sendo pedido.

Certamente este problema pode ser remediado mediante o indeferimento da inicial por inépcia. Entretanto, nem sempre esta providência drástica é adotada pelos magistrados, o que acaba por prejudicar a parte oposta, a qual acaba assumindo o ônus

de *decifrar* o pedido autoral e, não raro, se surpreender com fatos e elementos jurídicos novos trazidos pelo autor no momento da audiência de instrução e julgamento, o que reduz as chances de defesa da parte oposta.

A solução proposta por alguns doutrinadores é voltar a restringir o *jus postulandi* aos profissionais do direito e aparelhar os juizados com defensores públicos em número suficiente para atender a demanda da sociedade, proposta que nos parece bem razoável.

2.7. Intimação do recorrido desassistido de advogado

O art. 9º da lei 9.099 só permite a postulação direta do leigo no primeiro grau, e em causas cujo valor se limite a 20 salários mínimos. Caso o interessado pretenda recorrer ou contra-razoar da sentença ou de decisão interlocutória, deverá constituir um advogado.

Assim, o expediente de intimação da sentença ou de intimação para contra-razoar recurso deveria consignar a informação de que a parte só poderá recorrer ou contra-razoar por meio de advogado, bem como alertar para os riscos que poderá sofrer caso não venha a procurar a orientação do advogado, notadamente no caso de recurso[6].

Caso tais alertas não estejam presentes, poderá haver certo grau de prejuízo ao contraditório. Diz-se isto pelo fato de que as partes envolvidas nos juizados, via de regra, são leigos e, portanto, podem facilmente se descuidar com os prazos judiciais ou até mesmo deixar de recorrer ou contra-razoar por desleixo ou desconhecimento jurídico.

Conveniente, portanto, a existência de tais alertas, sendo certo que os mesmos acabam atuando em prol do princípio da simplicidade, que preconiza formas e expedientes acessíveis a todos.

Ademais, frise-se que a própria lei dos juizados especiais (art. 9º, § 2º) estabelece a obrigação do juiz alertar as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

2.8. Redução das possibilidades recursais

A lei 9.099, para atingir o objetivo da celeridade, optou por reduzir drasticamente as possibilidades recursais. Só são permitidos os recursos inominados (apelação), embargos de declaração, pedido de uniformização de jurisprudência, recurso extraordinário e agravo de instrumento.

O agravo, inclusive, só é viável nos casos de ataque a decisões interlocutórias concessivas ou denegatórias de tutelas de urgência. As decisões em audiência ou que indefiram provas são irrecorríveis.

Tais reduções drásticas acabam por criar hipóteses de decisões que não podem ser revistas pelo órgão revisor e, portanto, prejudicar o direito à ampla defesa prevista no art. 5º, LV, da constituição.

2.9. Impossibilidade da rescisória

Em continuidade ao item anterior, a impossibilidade do uso da ação rescisória pode ser considerada como um grande prejuízo ao direito recursal, pois inexistem meios tais como no processo ordinário, para corrigir certos defeitos da prestação jurisdicional.

Já o manejo do mandado de segurança como sucedâneo recursal anômalo não resolve o problema das restrições recursais previstas na Lei. Ademais, o mesmo é visto com reserva pela doutrina e pela jurisprudência. De qualquer modo, o mandado de segurança não poderá ser utilizado nos casos em que a lei veda expressamente o recurso, a exemplo da decisão que indefere a produção de determinada prova.

2.10. Pedido resumido e aditamento à inicial em audiência

A possibilidade do autor formular pedido simplificado, resumido e verbal nos juizados, sem a assistência técnica de advogado, traz uma série de conseqüências para o desempenho do contraditório e da ampla defesa.

Não há como negar que o objetivo da legislação foi facilitar o acesso das camadas menos favorecidas ao judiciário, sendo certo que após a criação dos juizados, melhorou, em muito, tal acesso.

Em que pese esta louvável iniciativa, alguns aspectos merecem ser revistos sob pena de consolidar uma situação de perigo para a parte oposta, a qual, inclusive, pode também integrar as camadas menos favorecidas da sociedade e não ter condição de elaborar uma defesa adequada ou contratar um advogado.

Assim, a petição inicial mal formulada, confusa, contraditória, com português sofrível ou com pedido demasiadamente simplificado ou resumido acaba por trazer dificuldade adicional para qualquer pessoa, inclusive aos advogados, servidores e magistrados.

Como dito acima, não é muito difundida a prática de se indeferir a inicial por inépcia, notadamente no âmbito dos juizados, o que acaba por reverter ao réu o ônus de se defender de pedidos cada vez mais confusos, contraditórios e absurdos. Há de se ter em mente que não só o autor, mas também o réu são destinatários dos benefícios instituídos pela legislação que rege os juizados. Assim, não poderá uma das partes padecer em detrimento de outra que, utilizando-se de sua própria torpeza, formula pedidos confusos, genéricos e, as vezes, aventureiros.

Tolerar a prática de especificar com mais detalhes (aditar) o pedido autoral no momento da audiência aparenta ser um atentado ao direito de defesa da parte oposta. Inovações no pedido não devem ser admitidas em virtude da estabilização da lide, sob pena de surpreender o réu e forçá-lo a elaborar defesa imediata, sem possibilidade de reflexão ou colheita antecipada de provas.

Assim, inadmissível simplificar o pedido ao ponto de torná-lo incerto ou imprevisível para o réu, sob pena de ataque ao princípio do contraditório.

2.11. Pedido e sentença ilíquidos

Outro problema que está sendo banalizado nos juizados é a questão da liquidez do pedido e da sentença. O pedido pode ser quantificado durante a instrução processual, nos termos do art. 14, § 2º da lei 9.099. Entretanto, não se admite sentença ilíquida.

Acabou se consolidando, entretanto, no âmbito dos juizados federais, o entendimento estabelecido no Enunciado nº 32 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF[7], que preconiza que restará atendida a exigência legal de liquidez se a sentença contiver parâmetros para a sua liquidação.

Entretanto, não raras vezes se observa que as sentenças, notadamente nas demandas movidas por servidores públicos, deixam um âmbito de iliquidez muito acentuado, de modo a se criar verdadeira fase de liquidação, demandando a análise de fichas financeiras, cálculos da contadoria, etc.

Ora, a iliquidez da sentença abre espaço para questionamentos acerca dos critérios utilizados na liquidação. Como nos juizados as possibilidades recursais são extremamente limitadas, a parte sucumbente acaba correndo o risco de não ter como recorrer caso sejam elaborados cálculos equivocados, em prejuízo ao contraditório.

2.12. Inexistência de duplo grau obrigatório

A inexistência de duplo grau obrigatório nos juizados especiais federais, cumulada com os prazos recursais ínfimos e a impossibilidade de ação rescisória abre uma razoável possibilidade do poder público sucumbir em casos indevidos.

Não se pretende adentrar no questionamento acerca do cabimento ou não do duplo grau obrigatório. Entretanto, partindo-se do pressuposto de que tal prerrogativa processual existe para o rito ordinário, a sua supressão nos juizados traz como evidente consequência o aumento do risco de sucumbência para a fazenda pública.

3. OS JUIZADOS VIRTUAIS

Com a implantação do Processo Judicial Digital, o TRF5 expandiu o atendimento à população, especialmente a mais carente, à medida que ampliou o acesso aos serviços jurisdicionais, reduzindo custas processuais e agilizando a tramitação dos processos.

O sistema adotado no TRF da 5ª Região ainda possibilita o reaproveitamento de recursos humanos e materiais em outras atividades, evita deslocamento das partes e advogados até os fóruns, reduz o trabalho dos oficiais de justiça, permite o julgamento de recursos a distância e viabiliza a instalação de postos avançados dos Juizados Especiais Federais (JEFs).

Além disso, evita gastos com manutenção dos processos em papel e elimina consideravelmente a burocracia nos cartórios judiciais.

3.1. A garantia da publicidade

A garantia da publicidade é reduzida em alguns sistemas de Juizados Virtuais, a exemplo do sistema adotado pelo TRF da 5ª Região (CRETA) e no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (PROJUDI)[8].

No sistema do TRF da 5ª Região, o público em geral tem acesso apenas a uma consulta simplificada (andamento processual), não havendo acesso integral aos autos, o que prejudica grandemente à garantia da publicidade dos processos judiciais.

No sistema do TJCE, tal como no anterior, o público só tem acesso a uma consulta simplificada, porém um pouco mais detalhada do que a permitida pelo sistema CRETA.

Em ambos os sistemas o advogado ou a parte só pode consultar os seus próprios processos, não havendo, até o presente momento, a possibilidade de consulta de processos de terceiros. Esta consulta só é viável na própria unidade ou vara do Juizado Virtual.

Não se trata, como visto, de vulneração direta do contraditório. Entretanto, a publicidade dos atos processuais é uma importante garantia que tem como fim último, a própria proteção do jurisdicionado em face de possíveis abusos cometidos pelo julgador.

Portanto, existe, sim, nítida relação entre a publicidade e a garantia ao contraditório. A publicidade viabiliza certo grau de controle da atuação do judiciário, expondo o magistrado, no caso de excesso indevido ou mesmo corrupção, a possíveis reprimendas sociais e disciplinares.

Por outro lado, a tramitação secreta dos processos acaba criando um ambiente propício a excessos, os quais, por terem divulgação extremamente restrita, dificilmente podem ser controlados pela sociedade e pelos órgãos disciplinares do Judiciário.

Conclui-se, facilmente, que enquanto a publicidade não for plenamente garantida nos feitos virtuais, haverá, sim, certo risco ao contraditório.

3.2. Citações e intimações fictas e a confirmação automática de prazos

Uma das partes mais delicadas do processo eletrônico é a questão da comunicação dos atos processuais às partes. A virtualização gerou enorme celeridade aos atos judiciais justamente por racionalizar os expedientes de comunicação e os demais procedimentos internos da vara, mediante o uso de sistemas eletrônicos e de tecnologia da informação.

As técnicas utilizadas anteriormente eram extremamente retrógradas, quase às mesmas utilizadas há 30 anos, sendo ressalvado apenas o uso do computador (utilizado como máquina de escrever ou para localizar processos).

A citação e intimação eletrônica, entretanto, demandaram modificações legislativas que só vieram a ocorrer em 2006 com o advento da lei 11.419/06, a qual atribui às partes e advogados o ônus de acessar o sistema processual diariamente para o recebimento das intimações eletrônicas[9].

Assim, o e-mail que acusava as partes do registro da intimação passou a ter, definitivamente, caráter meramente informativo e, portanto, opcional. A intimação só se concretiza com o efetivo acesso ao sistema pelo advogado ou parte. Caso o sistema não seja acessado em até 10 dias do cadastro da intimação, a lei presume que foi dada a devida publicidade para a intimação, momento em que se inicia a contagem do prazo judicial, independentemente do acesso do advogado[10].

Alguns autores criticam esta forma de intimação ficta. Não vemos maiores problemas nela, pois as técnicas de publicidade anteriores, a exemplo da publicação do expediente no diário da justiça, eram muito mais falhas, entretanto sempre foram aceitas pelo meio jurídico sem maiores restrições.

Ademais, a lei deixou claro o dever de acompanhar as demandas via sistema eletrônico, à semelhança do dever de realizar a leitura do diário de justiça (alguns agora também disponíveis em meio eletrônico).

A citação de parte não cadastrada no sistema, entretanto, permanece a ser realizada pelos meios tradicionais, por meio de correspondência ou oficial de justiça, conforme o caso.

Entretanto, antes da edição da legislação em foco, os expedientes virtuais confirmados automaticamente, sem a efetiva cientificação do advogado por meio de acesso ao sistema, podem ser questionados, pois inexistia previsão legal para as intimações fictas.

A perda de prazo nestas circunstâncias, portanto, consiste em verdadeiro atentado ao direito do contraditório e ampla defesa.

3.3. Comprovação de atos processuais

Outro ponto que merece reflexão é a questão da dificuldade para a comprovação dos atos processuais realizados pela forma virtual.

O advogado ou qualquer outro operador do direito que atue no feito, inclusive servidores e o próprio magistrado, peticionam ou atuam nos autos de forma totalmente eletrônica, não restando, além do que foi registrado no sistema, nenhum comprovante dos seus atos.

Assim, na eventualidade de falha do sistema, torna-se difícil a restauração dos autos ou, pelo menos, a comprovação de que certa providencia processual foi adotada no prazo.

Do mesmo modo, não se sabe até que ponto o sistema é seguro, a ponto de não permitir a alteração do conteúdo dos autos por parte de algum fraudador, seja ele servidor da Justiça ou mesmo terceiro alheio ao Poder Judiciário.

Necessário, assim, a criação de mecanismos adicionais para o controle dos feitos eletrônicos, de modo a permitir a fiscalização, tanto pelos órgãos internos do Judiciário quanto pelas partes e interessados, sob pena de vulneração ao princípio da ampla defesa.

3.4. Deficiências operacionais dos sistemas eletrônicos

Os sistemas adotados no TRF da 5ª Região e no TJCE são frutos de um esforço que merece aplausos. O sistema Creta da Justiça Federal, por exemplo, ganhou o “III Prêmio INNOVARE: A justiça do Século XXI”, que visa homenagear iniciativas de modernização do Poder Judiciário.

Entretanto, como é próprio da natureza da informática, o sistema ainda está em aperfeiçoamento, sendo certo que possui algumas falhas que devem ser corrigidas para garantir a operacionalidade do sistema virtual e a integridade dos dados.

Os maiores problemas detectados no sistema são os seguintes: a) dificuldades geradas pela própria *interface* do sistema; b) a inadequação para processos extensos; c) a lentidão dos servidores da Justiça; d) falta de padronização a nível nacional.

As dificuldades decorrentes da *interface* do sistema merecem ser corrigidas, pois dificultam a operação do sistema, notadamente para os advogados que possuem grande volume de processos em tramitação. O problema se acentua nos casos dos advogados públicos, os quais normalmente lidam com milhares de processos simultâneos.

Os sistemas, via de regra, não possuem ferramentas amigáveis para a consulta das situações dos processos, sendo trabalhoso consultar e ter um controle seguro, por exemplo, dos prazos judiciais em curso (intimações pendentes).

Assim, a dificuldade operacional dos sistemas acaba gerando uma razoável e não rara possibilidade de intimações ou citações passarem despercebidas pelos advogados, havendo, assim, risco de perda de prazos ou de audiências, em absoluto prejuízo aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em relação ao volume de informações de cada processo, os sistemas impõem uma série de limites ao tamanho dos arquivos a serem juntados aos autos virtuais. Alguns sistemas, como o PROJUDI impõe limites muito reduzidos[11], o que acaba criando dificuldade operacional para aqueles que necessitam juntar grandes quantidades de documentos.

Some-se a isto a completa inadequação dos sistemas para documentos extremamente volumosos. Para remediar tais casos, a lei 11.419/06 estabeleceu a possibilidade de criação de autos físicos auxiliares para arquivar documentos extensos.

Entretanto, tal providencia não resolve o problema dos feitos de volume intermediário, sendo certo que o sistema é adequado apenas para demandas realmente simples, com autos de tamanho reduzido.

O problema da lentidão do sistema depende apenas de investimentos por parte do Poder Judiciário, sendo interessante que o dimensionamento dos equipamentos utilizados fosse adequado para a demanda de uso, notadamente nos horários de maior movimento.

A padronização dos sistemas é outra reivindicação que merece ser atendida e que permitirá uma melhor atuação dos advogados. Sistemas diferentes e com peculiaridades intrincadas acabam por dificultar o trabalho do causídico e gerar um risco maior de equívocos, em prejuízo às partes envolvidas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos afirmar, portanto, que nenhum dos princípios norteadores do rito dos Juizados Especiais pode sobrepujar as garantias constitucionais presentes em nosso ordenamento jurídico, já que, a se admitir essa hipótese, pode se instaurar a insegurança jurídica.

Inúmeras são as situações que o procedimento estabelecido para os juizados especiais malferem essas garantias, seja porque inovam indevidamente na ordem jurídica, afrontando o *due process of law*, seja porque reduzem as garantias do contraditório ou da ampla defesa.

No trabalho, apontou-se uma série de aspectos do procedimento dos juizados em que efetivamente as garantias constitucionais são reduzidas ou mesmo afastadas por completo, merecendo a matéria uma reformulação legal abrangente.

A iniciativa dos juizados especiais, entretanto, é louvável e tem o mérito de ter incrementado bastante o acesso à justiça e o barateamento dos custos, notadamente nos juizados virtuais. Por outro lado, necessário evoluir e aperfeiçoar a legislação sobre o tema, rumando à meta da constitucionalidade plena do procedimento.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Juizados Especiais Cíveis**. Campinas: Copola Livros, 1995.

BRITTO, Roberto Cajubá da Costa. **Princípios constitucionais do processo aplicados nos juizados especiais estaduais**: lei nº 9099/95. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. Orientação: José de Albuquerque Rocha. Fortaleza, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CATALAN, Marcos Jorge. **Juizados Especiais Cíveis. Uma abordagem crítica à luz da sua principiologia**. Curitiba: Publicação eletrônica do Poder Judiciário do Paraná. Sd. Disponível em <www.tj.pr.gov.br/juizado/downloads/DOCTRINA/Uma_abordagem_%20critica.pdf>. Acesso em 20/11/2008.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares.

[1] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[2] “Art. 33. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias”.

[3] Ressalvadas as exceções previstas na lei, a exemplo das decisões que deferem ou denegam pedidos de tutela de urgência

[4] O STF já se manifestou pela constitucionalidade do art. 9º da Lei 9.099 na ADIn nº 1.539.

[5] TARZIA, Giuseppe, Problemi del Processo Civile di Cognizione - Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile - Padova, CEDAM, *apud* GALVÃO, Edna Luiza Nobre. Princípio do contraditório. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>>. Acesso em: 20/11/08.

[6] Sobre o assunto, confira MOREIRA, Wander Paulo Marotta. [7] “A decisão que contenha os parâmetros de liquidação atende ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95”.

[8] Para os fins deste trabalho foram consideradas apenas as atuais versões dos sistemas adotados pelo TRF da 5ª Região e TJCE, podendo as características ora relatadas vir a ser modificadas com o passar do tempo e com o aperfeiçoamento dos sistemas.

[9] Lei 11.419/06: Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

[10] Art. 5º da Lei 11.419/06

[11] Anexos de apenas 1 MB de tamanho, por exemplo.

O PODER JUDICIÁRIO COMO UM LOCUS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

THE JUDICIARY POWER AS A LOCUS OF ACHIEVEMENT OF WOMEN'S BASIC RIGHTS

**Martha Priscylla Monteiro Joca Martins
Luciana Nogueira Nobrega**

RESUMO

A história de luta das mulheres pelo reconhecimento do direito à igualdade tem origens bastante antigas. No entanto, somente no século XIX, elas conseguiram escrever esse direito na maioria das Constituições dos países ocidentais. No Brasil, o auge desse movimento ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se tentou romper com a tradicional discriminação sofrida pelas mulheres, ao garantir-lhes, expressamente, o direito à igualdade e ao assegurar-lhes a titularidade da plena cidadania. Entretanto, mesmo após a inserção desses direitos na Lei Fundamental de 1988, ainda se observam reflexos das desigualdades entre homens e mulheres nos mais variados espaços da vida social. O fato de ter havido deslocamentos entre as fronteiras do masculino e do feminino não autorizam a afirmação que homens e mulheres são iguais em nossa sociedade. As desigualdades de gênero persistem, encontrando eco, principalmente, na divisão do poder, na violência contra as mulheres e na política institucional. Nesse sentido, surge a necessidade de identificarmos direitos fundamentais das mulheres a partir de uma redefinição do princípio da igualdade, que mais que uma atuação passiva e absenteísta do Estado exige um agir direcionado à redução das desigualdades fáticas entre homens e mulheres. No contexto da efetivação desses direitos específicos, o Poder Judiciário ganha um relevante papel, qual seja, o de reconhecer e de garantir a concretização desses direitos. Essa tomada de posição do Poder Judiciário implica em um repensar de valores e uma ressignificação no trato das mulheres, considerando a sua dignidade e o direito à diferença.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITOS DAS MULHERES; PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

ABSTRACT

The history of women's struggle for the acknowledgement of equality rights has very ancient origins. Even so, only in the XIX century women succeed in establishing this right on the majority of constitutions of occidental countries. In Brasil, the peak of this movement occurred on the promulgation of the Federal Constitution of 1988, trying to break the traditional discrimination suffered by women, when it was expressly granted the right to equality and full exercise of citizenship rights. However, even after

including these rights in Brazilian Fundamental Law of 1988, it's possible to observe reflections of inequality between men and women in the most various spaces of social life. The fact of having replacements between masculine and feminine borders, does not authorize the affirmation that men and women are, in fact, equal in our society. The inequality of gender persist, finding echo in power divisions, violence against women and institutional policies. There is a necessity of identifying women's fundamental rights from a redefinition of the equality right, what demands actions directed to the reduction of factual inequalities between men and women, not a passive and absent state's actions. In the context of turning these rights effective, the Judiciary has a relevant roll, to recognize and guarantee the concretization of these rights. This innovative position of the Judiciary implies in a rethinking and new signification in dealing with women, considering their dignity and right to equality.

KEYWORDS: KEY-WORDS: ACHIEVEMENT OF BASIC RIGHTS; WOMEN'S RIGHTS; THE ROLE OF JUDICIARY POWER

1. INTRODUÇÃO

A defesa dos direitos das mulheres passa, fundamentalmente, pelo reconhecimento das relações desiguais entre os sexos e de outras faces da opressão feminina: as mulheres constituem a maioria dos analfabetos; contabilizam mais da metade da população pobre no mundo; ganham menos que os homens ocupando as mesmas funções; constituem a maioria da população mundial, contudo, ocupam uma quantidade inexpressiva dos cargos de chefia e políticos.

Este fato torna-se mais claro e as desigualdades mais agudas, quando se conhece a realidade das mulheres que vivem em situação de pobreza. Ainda que algumas questões, como a violência e a discriminação perpassem a própria condição feminina, hoje, é, na pobreza, que as mulheres sentem mais intensamente "a dor e a alegria de ser mulher".

Defender os direitos de mulheres, pois, demanda a luta pelo reconhecimento do direito à diferença e das desigualdades advindas de relações calcadas na dominação e na subordinação. Desse reconhecimento, decorre a necessidade de se concretizar direitos fundamentais que contemplem as especificidades femininas, o que nos leva a falar em direitos humanos e fundamentais de mulheres.

Vencida essa etapa argumentativa, e pressupondo-se que já se reconheça a necessidade de se defender direitos específicos de mulheres, a pergunta ressoa em nossa mente: "mas...como?" A resposta mais comum é: realizando a máxima "homens e mulheres são iguais".

E o Poder Judiciário, como tem interagido com esses acontecimentos?

Historicamente, as conquistas culturais, sociais, políticas e jurídicas em relação aos direitos das mulheres na sociedade têm registros diversos que explicitam compreensões nem sempre convergentes, o que suscita novas indagações a serem investigadas. Essas compreensões refletem-se no Poder Judiciário, gerando decisões completamente

discrepantes entre si, o que dificulta o reconhecimento e a efetividade dos direitos fundamentais das mulheres.

A relevância de se estudar essas decisões se reflete na importância crescente que o Poder Judiciário adquiriu nos últimos anos como um *locus*^[1] na efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, já que este Poder assume um papel preponderante na garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

A despeito de existirem Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário que garantem os direitos das mulheres; da Constituição Federal ter fundamentalizado o direito à igualdade entre homens e mulheres e de se ter uma legislação infraconstitucional que permite avanços na implementação da igualdade material, o Judiciário continua preso a um sistema de valores que, em geral, o impede de interpretar os direitos das mulheres sob a luz dos princípios constitucionais.

Recentes decisões judiciais em torno da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, exemplificam a assertiva acima, demonstrando que, as mudanças em torno do reconhecimento dos direitos específicos das mulheres ainda caminham a passos lentos.

Vê-se, pois, que, se de um lado percebe-se a importância do Poder Judiciário como um local de efetivação dos direitos específicos das mulheres, de outro lado indaga-se se as decisões judiciais vêm aplicando o princípio da igualdade material entre os sexos e o da dignidade da pessoa humana da mulher.

Nesse contexto, a presente pesquisa se insere, buscando investigar se o Poder Judiciário está atento ao seu papel de efetivar os direitos fundamentais, aplicando os preceitos constitucionais do direito à igualdade e da dignidade da pessoa humana da mulher.

2.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

No contexto dos grupos socialmente vulneráveis^[2], ou, como preferimos, no direito das minorias^[3], as mulheres têm uma importante história de luta pela sua inserção nos espaços sociais. Da Grécia Antiga até os dias atuais, passaram, inicialmente, da condição de não-cidadãs até líderes de seus países. No entanto, embora essa Revolução Feminina tenha adquirido, nos últimos anos, contornos extraordinários, os livros e os registros históricos ainda teimam em omitir a mulher da memória social coletiva.

Neste tópico, iremos dar voz a algumas mulheres, registrando momentos da luta feminina, principalmente no que tange ao sufrágio. Fazendo ecoar a voz de algumas protagonistas do movimento feminista, não quer dizer que não reconheçamos a importância daquelas mulheres que, no seu anonimato, recriaram e recriam, em um eterno transformar, sua relação com o mundo e com as sociedades em que vivem. Estas, com reivindicações cotidianas, são disseminadoras da luta feminista por uma igualdade material.

O primeiro momento da luta pelos direitos das mulheres (1850-1950) mobilizou-se em torno das questões sufragistas e igualitaristas, restringindo-se ao direito ao voto e ao direito à instrução, além de reivindicações por melhores condições de trabalho^[4].

Destaque-se que antes do século XVIII, há diversos registros de obras escritas, ainda que de forma isolada, por mulheres que refletiram sobre a condição feminina, concluindo com a busca por uma igualdade entre os sexos. Dentre essas autoras, podemos citar a francesa Christine de Pizan (1364 - 1430), que escreveu o livro "A Cidade das Mulheres", no qual defende uma educação idêntica para meninas e meninos, devido à condição natural de igualdade, sendo, portanto, considerada como uma das primeiras feministas, no sentido de ter um discurso conscientemente articulado em defesa dos direitos da mulher.

Nos Estados Unidos, Ann Hutchinson foi pioneira na história americana a denunciar o processo de inferiorização da mulher. Para ela, homens e mulheres eram iguais perante Deus, o que foi de encontro aos dogmas calvinistas que pregavam a sujeição feminina. Sobre Hutchinson, Alves e Pitanguy (2003, p. 30) se posicionam:

Acusada de: 'Ter sido mais um marido que uma esposa, um pregador que um ouvinte, uma autoridade que um súdito [...] e de ter ' mantido reuniões em sua casa, [...] um fato intolerável diante de Deus e impróprio para seu sexo', foi condenada, em 1637, ao banimento. No século XVII, a idéia de igualdade de direitos para a mulher, mesmo que tão-somente a nível do religioso, era ainda intolerável.

Ainda no território norte-americano, um episódio importante na história da luta das mulheres merece destaque. Ocorreu durante a Revolução que culminou na independência dos Estados Unidos. Naquela oportunidade, foi elaborada a Declaração de Independência, na qual constava um artigo que estabelecia o seguinte: "Todos os homens foram criados iguais". Sobre tal norma inserta na Declaração, Alves e Pitanguy (2003. P. 31) escrevem que:

Temendo que o conceito de "homem" contido na Declaração abarcasse tão-somente o sexo masculino, Abigail Adams escreve a seu marido, John Quincy Adams, líder da Guerra da Independência, uma carta em que reivindica sejam estendidos a seu sexo aqueles direitos:

'Espero que no novo Código de Leis [...] vocês se lembrem das mulheres e sejam mais generosos que seus antepassados. Senão for dada especial atenção às mulheres, estamos resolvidas a nos rebelar e não nos consideraremos obrigadas a cumprir leis, diante das quais não temos nem voz, nem representação'.

A resposta de John Quincy a essa carta pode ser resumida em uma única frase: "Esteja certa, nós somos suficientemente lúcidos para não abrir mão do nosso sistema masculino" (QUINCY, John *apud* ALVES; PITANGUY, 2003, p. 31). A mulher não era, portanto, incluída na idéia de humanidade, não fazendo jus à igualdade apregoada pelo dispositivo supramencionado.

Como podemos observar, esses momentos importantes para a luta das mulheres pela igualdade de direitos, elencados acima apenas a título exemplificativo, ocorreram de forma isolada, não se podendo falar, ainda, na existência de um movimento das mulheres, cunhado em bandeiras comuns e com base em uma práxis política organizada.

Desse modo, o advento do Feminismo, enquanto movimento político de mulheres, só teve início, realmente, a partir do século XVIII, quando, durante a reviravolta social

gestada pela Revolução Francesa, muitas mulheres se sentiram encorajadas a denunciar o regime de opressão ao qual eram mantidas, regime esse que se manifestava em todas as esferas de existência: jurídica, política, econômica, educacional, familiar, etc. Sobre o amadurecimento do movimento feminista durante a Revolução Francesa, para Alves e Pitanguy (2003, p.32):

Na França, neste mesmo século marcado por revoluções, a mulher, que participa ativamente ao lado do homem do processo revolucionário, não vê também as conquistas políticas estenderem-se ao seu sexo. É neste momento histórico que o feminismo adquire características de uma prática de ação política organizada. Reivindicando seus direitos de cidadania frente aos obstáculos que os contrariam, o movimento feminista, na França assume um discurso próprio, que afirma a especificidade da luta da mulher.

Percebendo-se excluídas do processo revolucionário, já que, uma vez derrubadas a monarquia e a nobreza, as reivindicações femininas não foram contempladas, muitas mulheres se rebelaram contra os rumos da Revolução Francesa. Algumas, como Olympe de Gouges, propuseram uma revolução paralela.

Enquanto os revolucionários proclamavam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a escritora e militante Olympe de Gouges redigia, em 1791, um projeto de declaração dos direitos da mulher, intitulado *Os direitos da mulher e da cidadã*. Neste, como destaca Alves e Pitanguy, a revolucionária francesa escreve:

[...] 'Esta Revolução só se realizará quando todas as mulheres tiverem consciência do seu destino deplorável e dos direitos que elas perderam na sociedade'.

'A mulher nasce livre e permanece igual ao homem em direitos. (...) Esses direitos inalienáveis e naturais são: a liberdade, a propriedade, a segurança e sobretudo a resistência à opressão. (...) O exercício dos direitos naturais da mulher só encontra seus limites na tirania que o homem exerce sobre ela; essas limitações devem ser reformadas pelas leis da natureza e da razão' (GOUGES, Olympe de *apud* ALVES; PITANGUY, 2003, p. 33).

Essa breve incursão nos acontecimentos históricos revelam que as mulheres não eram reconhecidas como sujeitos de direitos, estando excluídas das principais declarações e instrumentos normativos que asseguravam direitos humanos e fundamentais.

Diante disso, os movimentos de mulheres e feministas, que, primeiro, passaram pelo reconhecimento de algumas formas de desigualdades: queriam votar como os homens e ter os mesmos direitos nas fábricas; tempos depois ampliaram suas percepções e perceberam que ter acesso aos mesmos direitos e escolhas de seus pares masculinos não lhes garantia uma efetiva igualdade, observada materialmente.

Entre os anos de 1960-1980, tem início, como enuncia Almira Rodrigues (1993), "uma nova onda feminista, com um amplo questionamento da opressão das mulheres na sociedade"; o projeto é o de "mudança na situação das mulheres (de discriminação e de opressão), mudança de valores e de mentalidades (rumo à igualdade de direitos, oportunidades e responsabilidades), e mudanças nas relações de gênero". [5]

Nesse período, a interferência e a atuação de muitas mulheres nos espaços sociais, institucionais e, principalmente, acadêmicos provocaram uma verdadeira revolução nos costumes e nos valores das sociedades ocidentais. À mesma idéia filia-se Amaral (2005, p. 47):

Desde a década de cinquenta, na Europa e nos Estados Unidos, quando mulheres feministas inseridas nos meios acadêmico e sindical se mobilizaram e questionaram o androcentrismo da ciência e da política, mudanças de valores e costumes transfiguraram o mundo. Através de grandes mobilizações populares e do ingresso, pouco a pouco, na academia, elas denunciaram as desigualdades entre homens e mulheres que sempre as colocaram em desvantagem em relação aos homens nas mais diversas esferas sociais.

Na década de 60, o movimento feminista, influenciado por publicações como *O Segundo Sexo* (1949), da filósofa francesa Simone De Beauvoir, e *A Mística Feminina*, de Betty Friedan, passa a defender que a hierarquia entre os sexos não é uma fatalidade biológica e sim uma construção social.

Nesse panorama, o Feminismo das décadas de 60 e 70 se desenvolve. De acordo com Amaral (2005, p. 82):

[...] esta segunda fase do feminismo vai radicalizar o princípio da igualdade, ou seja, não é só igual no sentido de votar, um direito como cidadão. Tem que ter igualdade no trabalho, salários iguais, a divisão de tarefas domésticas, falar em público e não ficar restrita ao espaço privado da casa. Essas são as bandeiras que este novo feminismo defende.

A partir dos anos 80, outros elementos sociais vão se incorporando ao movimento de mulheres. Dessa forma, além da luta pela igualdade de direitos, o Feminismo passou a questionar as raízes culturais das desigualdades sociais e raciais, ganhando mais força com a teorização do conceito de gênero[6].

Pelos fragmentos históricos colacionados, percebe-se que o Feminismo foi um movimento de extrema relevância na busca pela desnaturalização das representações, denunciando-as como reflexos da ideologia dominante, possibilitando que as mulheres pudessem construir suas próprias identidades. Logo, se pode concluir que a identidade humana das mulheres e o seu reconhecimento como sujeitos de direitos foi algo construído historicamente, após muitas lutas que denunciaram a opressão e a exploração às quais elas estavam e estão sujeitas.

Santos (2000, p. 266) explicita as maiores contribuições feministas para o pensamento da pós-modernidade:

[...] ao centrar-se no poder sexista ou em formas sexistas de poder e na articulação destas com outras formas de poder (classe, raça, idade, nacionalidade), a teoria feminista chamou nossa atenção para [...] as múltiplas faces da opressão.

Nos anos de 1990, o movimento feminista e suas possibilidades de inovações nas relações entre indivíduo e sociedade adquiriram nova importância, com a percepção, entre outras, da insuficiência da igualdade na lei para o alcance de uma igualdade material entre homens e mulheres.

Maria Berenice Dias (2001, p.76) afirma que:

O igualitarismo formal [...] não basta, por si só, para se alcançar a absoluta equivalência social e jurídica de homens e mulheres. [...] o simples estabelecimento do princípio da igualdade não logrou eliminar as diferenças existentes. A igualdade formal - igualdade de todos perante a lei - não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação por meio da redução das diferenças sociais.

Piovesan (2005) complementa este pensamento, ao asseverar que:

[...] as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

E, ainda, conforme conceituam Gomes e Silva (2001),

Como se vê, em lugar da concepção "estática" da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção "dinâmica", "militante" de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade,

de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

Em paralelo ao movimento de luta pelos direitos das mulheres, ocorre a história dos direitos fundamentais e suas diversas dimensões[7]. Houve a constitucionalização de valores e aspirações enunciadas nas cartas de direitos humanos no âmbito de diversos países.[8]

Mendes (2008), apoiada nas idéias de Jelin, Ferrajoli e Pisarello, assevera que:

[...] duas histórias correm paralelas. A primeira é a história da luta das mulheres para sua liberação e pelos seus direitos [...]. E a segunda é a história do desenvolvimento e da expansão da reivindicação dos direitos humanos na qual as mulheres desempenham um papel-chave. Por outro lado, também a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública reivindicadora de direitos fundamentais. História esta que não é teórica, mas política e social, dado que nenhum direito fundamental 'caiu do céu'. Mas, pelo contrário, foi conquistado mediante rupturas institucionais que vão desde a revolução americana e francesa, até as lutas operárias, pacifistas, ecologistas e, obviamente, feministas.

Ao lado da luta pelo reconhecimento dos direitos inerentes a todos os seres humanos, na qual as mulheres tiveram uma atuação vital, elas construíram sua própria história, marcada pela negação e conquista de direitos humanos e fundamentais.

Acerca do significado da expressão "direitos fundamentais", Lopes (2001, p. 35) afirma que eles "podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal".

Em seus estudos, a autora assinala também as características dos direitos fundamentais, entre as quais destacamos a *função dignificadora*, que consiste no seguinte:

Os direitos fundamentais têm como principal objetivo resguardar a dignidade humana, não apenas defendendo a esfera individual do homem perante possíveis interferências do poder público, mas, também, exigindo deste a realização de determinadas atividades que promovam o desenvolvimento integral daquele como ser social, e exigindo dos terceiros o respeito a todos esses direitos. (LOPES, 2001, p. 35)

Nesse sentido, é que o princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, é tão proclamado pelos Estados Democráticos de Direito, os quais se referem não apenas a uma fórmula política, mas também a um vetor de orientação (pré-compreensão) para a interpretação das normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como pedra angular do Estado Democrático de Direito Brasileiro, tornando tal princípio o fundamento axiológico material da República Federativa do Brasil.

E o princípio da igualdade material decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se aduz das palavras de Sarlet :

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.* (grifos do autor)

A realidade vivenciada no cotidiano demonstrou que homens e mulheres não são iguais, pelo menos não da forma como se poderia imaginar. Há diferenças inerentes à condição feminina que necessitam ser consideradas (como a licença-maternidade e os direitos sexuais e reprodutivos) e se perpetuam desigualdades construídas há muito tempo. Essas desigualdades encontram-se já tão imersas no imaginário e na prática de muitos homens e de muitas mulheres que a simples enunciação da tal máxima da igualdade demonstrou-se insuficiente.

Este foi o momento em que os movimentos de mulheres e feministas perceberam que a igualdade formal (diante da lei) não bastava a fim de se construir relações igualitárias, solidárias e fraternas entre os sexos. E que a construção dessas relações passa não só pelo reconhecimento das diferenças, como também pela busca de meios de erradicar as desigualdades. Instaurou-se a luta pela igualdade material e inaugurou-se um momento de reflexões em torno das múltiplas formas de construção dessa igualdade.

Destaque-se que a luta pela igualdade material só foi possível quando o princípio da igualdade ganhou novos contornos. Até o início do século XX, quando a noção de Estado de Direito começou a ser questionada, perdurava a concepção de que a igualdade implicava em um não fazer estatal - o Estado tinha o dever de não tratar as pessoas de forma desigual.

A compreensão de Estado como um ente regulado por leis que não podia interferir nas relações contratuais dos particulares tinha servido para que a burguesia tivesse grande ascensão social. Entretanto, os ideais da Revolução Francesa de igualdade, fraternidade e liberdade estavam longe de ser alcançados pela imensa maioria da população, abalada pela fome e pelas desigualdades sociais.

Sob esse argumento, uma outra dimensão do princípio da igualdade começou a ser consolidada. Com a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, o princípio da igualdade passou a ser compreendido a partir de novas balizas. O Estado Social de Direito, inaugurado por essas Constituições, exigia uma atuação positiva das instituições públicas, proporcionando uma igualdade efetiva entre todos e todas, uma igualdade real e material, tendo em vista a percepção de que a igualdade absoluta perante a lei criara distinções sociais não menos injustas do que as que visava combater. Nesse sentido, Ismael Evangelista Benevides Moraes (2007, p. 148) comenta que:

O Estado Social de Direito surgiu para reparar as desigualdades agravadas pelo Estado Liberal de Direito, abstencionista, no qual a igualdade era adotada apenas em seu viés formal. Dessa forma, de acordo com a igualdade material, o Estado deve, inicialmente, abster-se de tratar as pessoas diferentemente, mas, sempre que necessário, pode e deve adotar tratamento diferenciado no sentido de proporcionar uma igualdade real, de oportunidades.

Acerca dessa nova interpretação do princípio da igualdade, para Vital Moreira (apud BELLINTANI, 2006, p. xviii):

Daí que à antiga luta pela igualdade de direitos tenha acrescido uma nova luta pela efetiva igualdade na fruição desses mesmos direitos. A idéia básica é que a igualdade de direitos, por fundamental que seja, estará sempre incompleta, enquanto se verificar que, por razões de facto, uns são "mais iguais do que outros" (para parafrasear o célebre asserto de George Orwell), em função da sua raça, sexo, condição social, etc. Por isso, a segunda fase da luta pela igualdade é a luta pela igualdade social, real ou efetiva. Doravante, a ação dos poderes públicos já não se basta mais com não atentarem contra a igualdade de direitos (obrigação de não-discriminação), sendo agora necessário que se envolvam activamente na promoção da igualdade efetiva, mediante acções dirigidas a contrariar a desigualdade real.

Com fundamento nos excertos acima transcritos, construiu-se a noção de igualdade material, que surge de um novo modelo de Estado preocupado em propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, coibindo as discriminações, é o aprimoramento da igualdade formal de tempos anteriores - a igualdade de todos na cegueira da lei, aliada à tomada de medidas que efetivem e concretizem essa igualdade.

Em nosso ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988, ao proclamar em seu art. 5º, inciso I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos

termos desta Constituição", trouxe o Princípio da Igualdade, devendo ser este observado em sua dimensão formal e material.

Este princípio constitucional irradia-se por todo o ordenamento fundamentando o direito a não-violência; a igualdade de direitos e deveres conjugais e familiares; o direito ao acesso igualitário aos cargos políticos públicos e a outras instâncias de poder e decisão no seio social; o direito a condições igualitárias ou tendentes a uma igualação^[9] no acesso ao emprego e renda; os direitos sexuais e reprodutivos dentro das especificidades femininas; entre outros.

Os movimentos de mulheres e feministas participaram ativamente dos processos de construção da CF/88 junto à Assembléia Constituinte, sensibilizando e discutindo suas reivindicações, as quais foram contempladas quase integralmente. A Carta Magna assegurou a igualdade em direitos e obrigações para mulheres e homens e a igualdade na sociedade conjugal, bem como a criação de novos direitos (planejamento familiar, proteção contra a violência no âmbito das relações familiares, ampliação da noção de família, não discriminação dos filhos havidos fora do casamento, licença paternidade, creches e pré-escolas, proteção ao mercado de trabalho da mulher, entre outros).

Observa-se, então, que os direitos e garantias fundamentais ao dizerem respeito também às mulheres, devem ser interpretados à luz do princípio da igualdade material, apercebendo-se das relações desiguais de gênero e poder e das singularidades da condição feminina, respeitando as diferenças e, ao mesmo tempo, tentando erradicar as desigualdades entre os sexos.

3. DIFERENÇAS ENTRE A LEI E A VIDA

Com a inserção no texto constitucional da igualdade de todos perante a lei, a antiga luta pela igualdade de direitos ganhou novos contornos. Hoje se compreende que a mera previsão normativa da igualdade não garante a sua efetivação, o que levou os movimentos sociais dos grupos excluídos e discriminados socialmente a reivindicarem uma real e efetiva igualdade, que se manifeste não só no mundo jurídico, mas, principalmente, que tenha reflexos nas relações sociais.

Esse novo olhar sobre o princípio da igualdade impõe uma participação mais ativa do Estado, que passa a exercer não mais um papel de mero observador e regulador da sociedade, e sim de agente promotor da igualdade efetiva e da cidadania plena, a partir de medidas que visem a acabar ou minorar os efeitos das desigualdades socialmente construídas.

Diante disso, afirma-se que a previsão da igualdade entre homens e mulheres na Constituição de 1988 possibilitou o alcance de resultados significativos no contexto das relações de trabalho, no acesso ao ensino superior e outros. No entanto, tais resultados são apenas quantitativos. As mulheres estão no mercado de trabalho e na política, mas poucas delas ocupam funções de chefia em repartições públicas e têm renda igual à dos homens quando do exercício da mesma função. Percebe-se, desse modo, que a sociedade brasileira ainda está longe de vencer as desigualdades sociais entre homens e mulheres. Nesse sentido, Leila Bellintani (2006, p.75) se posiciona:

[...] mulheres e homens possuem condições iguais de ingressar e freqüentar as mesmas instituições educacionais, assim como de candidatar-se a uma participação política passiva, de acordo com os preceitos constitucionais brasileiros em voga. Não se quer dizer com isso, que, em face destas mesmas oportunidades, a mulher, atualmente, tenha alcançado uma igualdade de resultados em relação aos homens, principalmente no que tange à atuação na vida política ou ao acesso a funções com altas remunerações no mercado de trabalho. Tal, contudo, não se consubstancia na falta de igualdades de oportunidades, mas sim na impossibilidade de igualdade de resultados, em face de uma discriminação social.[10]

A plena realização do Estado Democrático de Direito não se dará enquanto mais da metade da população brasileira (as mulheres) continuar em posição de desigualdade em relação aos homens nos mais diversos espaços sociais.

Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano, do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), divulgado em 1995 pela ONU, dois terços dos analfabetos do mundo são mulheres. Embora se ocupem de 60% do trabalho no planeta, as mulheres são donas de apenas 1% da terra e não ganham mais de 10% da renda mundial.

Este mesmo Relatório alerta para o fenômeno chamado de feminização da pobreza. De acordo com Novelino (2004):

O conceito 'feminização da pobreza' representa a idéia de que as mulheres vêm se tornando, ao longo do tempo, mais pobres do que os homens. De acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano 1995, "A pobreza tem o rosto de uma mulher - de 1.3 bilhão de pessoas na pobreza, 7% são mulheres".

Isso significa que, embora as mulheres tenham conquistado o direito à educação formal e ao trabalho remunerado e produtivo, podendo acessar o mercado, a renda produzida com o trabalho de homens e mulheres não é repartida de forma igualitária. Elas ganham muito menos que os homens e participam muito menos do produto interno bruto dos seus países, embora trabalhem proporcionalmente mais.

E, ainda que dados acima constem como sendo de 1995, constata-se que as situações descritas não parecem ter se modificado, uma vez que as evidências estão nos meios de comunicação, nas publicações sobre o tema e, sobretudo na vida cotidiana das mulheres.

A Síntese dos Indicadores Sociais, elaborada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mostra que as trabalhadoras com até 4 (quatro) anos de estudo recebiam, por hora, em média, 80,8% do rendimento dos homens com esse nível de escolaridade, enquanto que aquelas com 12 anos ou mais de estudo recebiam 61,6% do rendimento-hora masculino. Dentro de casa, elas trabalhavam 4,4 horas a mais por dia em afazeres domésticos.

Um bilhão de mulheres, ou uma em cada três do planeta, já foram espancadas, forçadas a ter relações sexuais ou submetidas a algum outro tipo de abuso. Uma em cada cinco brasileiras declara espontaneamente já ter sofrido algum tipo de violência por parte de um homem[11].

Essa situação, a que a maioria das mulheres vive, agrava-se, pois "somado a [...] pobreza está o tratamento desigual dispensado às mulheres em nossa sociedade que reflete em um desigual acesso de homens e mulheres à justiça". (KREMPEL, 2001, P. 84)

Nesse sentido, a realidade enfrentada pelas mulheres brasileiras, infelizmente, não é considerada pelo Poder Judiciário que continua aplicando uma idéia superada de igualdade: a igualdade formal e cega da lei que afasta considerações de ordem material. Considerar homens e mulheres, dois sujeitos desiguais, como iguais é manter e aprofundar a desigualdade fática observada entre eles.

Dias (2001, P. 79), ao falar sobre os processos de Direito de Família, diz que estes são os "em que mais se detecta que a profunda evolução social e legislativa ocorrida nos últimos tempos não bastou para alterar o discurso dos juízes", exemplifica aqueles processos em que se discute a guarda dos filhos, por razão de separação judicial levada a termo pela "traição da mulher", nestes "a guarda dos filhos é outorgada ao cônjuge 'inocente'", dessa forma "olvida-se o interesse do menor de gozar das melhores condições possíveis, sem qualquer correlação com o exercício da sexualidade da mãe".

Sobre as ideologias que movem muitas decisões judiciais, Portanova (2000, p. 62) afirma:

Enfim, todo homem [e toda mulher], e assim também o [a] juiz [a] é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a motivação ideológica da sentença. Pelo menos três ideologias resistem ao tempo e influenciam mais ou menos o juiz: o capitalismo, o machismo e o racismo.

Só se alcançará a igualdade material quando todas as pessoas tiverem acesso à justiça, e esta só será alcançada, nas palavras de Virgínia Felix (2001, p. 23), pela "superação das desigualdades e de todas as formas de discriminação, num projeto prioritariamente dirigido ao enfrentamento da pobreza e do atual modelo econômico de acirramento da exclusão."

Sobre o sentido de acesso à Justiça enunciado, Oscar Vieira (2001, P. 29) traduz:

[...] quando falamos em acesso à justiça, seja como acesso ao poder judiciário ou a viabilidade de realização de uma vida digna, estamos necessariamente nos indagando sobre a possibilidade de concretização dos direitos. [...] um patamar mínimo de igualdade é essencial para o respeito mútuo entre os indivíduos e entre esses e o Estado.

4. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19/2007: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

Ilustrando a tese apresentada no presente artigo, a de que o Poder Judiciário brasileiro tem dificuldades de aplicar o princípio da igualdade material entre os sexos, citam-se as discussões em torno da constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha.

Em decisão da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, em 26 de setembro de 2007, por exemplo, foi confirmada decisão de primeira instância que entendeu pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, sob o argumento de que este diploma normativo desrespeitaria os objetivos da República Federativa do Brasil, violando "o direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres".

Em linha similar, segue o posicionamento expresso nas sentenças do juízo da 1ª Vara Criminal e de Menores de Sete Lagoas, Minas Gerais. *In verbis*:

Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas dessa lei absurda, o homem terá de se manter tolo, mole, no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões.

E, por fim, ainda, o artigo intitulado "Uma aberração legal" (firmado por uma magistrada trabalhista) no qual lê-se, [...] que:

No Brasil, quando o marido bate na mulher, ele não está praticando um ato de 'violência contra a mulher'. Está praticando um ato de violência contra a mulher dele, o que é completamente diferente.

Ao questionar as sentenças acima descritas, Mendes (2008) se posiciona dizendo que:

Acórdãos, sentenças e artigos como os transcritos [acima] são, no mínimo, impressionantes, considerando-se que a Constituição Federal de 1988 é um marco a partir do qual se pode, melhor seria dizer se deve, exigir do Judiciário, na aplicação do direito, sensibilidade para interpretar o caso concreto e compromisso com uma normatividade justa. Quanto mais no caso da Lei Maria da Penha, fruto legítimo de um amplo processo de discussão pública.

Em 19 de dezembro de 2007, o Presidente da República ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 (ADC/19), tendo como objeto a Lei Maria da Penha. Tal ação ainda está pendente em julgamento. Destacamos que ADC cita que o principal argumento de juízes e Tribunais em todo o país para afastar a aplicação desta lei é o princípio da igualdade, entendendo que não deve haver diferenciações entre homens e mulheres. O que está em discussão não é se as mulheres sofrem violência, ou se a violência deve ser punida, e sim, principalmente, se esta lei é uma afronta ao direito à igualdade entre os sexos.

E as recentes discussões acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (lei nº 11.340), por exemplo, apontam para a importância que adquire o Poder Judiciário na concretização dos direitos das mulheres e seu relevante papel no Estado Democrático de Direito.

5. O JUDICIÁRIO COMO UM *LOCUS* DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

Antes de refletirmos sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos das mulheres, faz-se necessário discorrermos sobre como esse Poder tornou-se garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos em um Estado Democrático de Direito.

Até o início do século XIX, os direitos consagrados em Cartas Constitucionais careciam de juridicidade, sendo considerados mais instrumentos políticos que normas jurídicas. Representavam um conjunto de intenções dirigido ao legislador e não disposições cogentes.

Um passo importante no caminho do pleno reconhecimento dos direitos fundamentais deu-se nos Estados Unidos, quando, em 1803, a Suprema Corte decidiu que o texto da Constituição Federal é superior a qualquer outro dispositivo legal ainda que criado pelo legislador federal. Trata-se do famoso caso *Marbury vs. Madison* que marcou, na História do Direito, a adoção da idéia de supremacia das disposições constitucionais no contexto de um ordenamento jurídico. A partir da decisão do juiz Marshall, a Constituição passou a ser dotada de força vinculante superior às demais normas jurídicas.

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, P. 28), a partir da decisão no caso *Marbury vs. Madison*:

os juízes norte-americanos tornaram-se garantidores da supremacia constitucional e, necessariamente, dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional, tendo a incumbência de declarar a inconstitucionalidade de toda norma estatal que atentasse contra tais direitos. Isso constitui um importante passo na construção do constitucionalismo e da própria dogmática dos direitos fundamentais. Declarando-se competente para fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais com o poder de afastar leis votadas pela maioria dos representantes do povo, o Judiciário deu concretude aos direitos fundamentais, deixando claro que o legislador ordinário pode ser fiscalizado e suas decisões invalidadas em prol da proteção dos indivíduos e das minorias.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume uma função primordial, qual seja, assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, transferindo, para o plano da vida, do real, aquilo que está assegurado no papel.

Corroborando com esse entendimento, leciona Streck (2007, p. 54-55):

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático

de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse "sensível deslocamento" antes especificado.

Nesse sentido, a Nova Hermenêutica Constitucional e o Neoconstitucionalismo reforçam esse novo papel do Judiciário, colocando a necessidade de julgar o caso concreto sob o foco dos princípios constitucionais, dando uma maior concretude ao alto grau de abstração desses princípios e assegurando sua aplicabilidade, de forma que, ensina Barroso (2007, p. 216):

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Diante do exposto, não seria diferente o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das mulheres.

Cabe a esse Poder, em uma República, a partir dos ensinamentos da Nova Hermenêutica Constitucional e do Neoconstitucionalismo assegurar que o princípio da igualdade entre homens e mulheres não seja uma promessa vazia, mas palavras dotadas de força normativa e concretude fática, transformando a realidade e as situações de desigualdades entre os sexos que ainda perduram mesmo após o Contrato de 1988.

Isso porque a luta das mulheres pela igualdade e pela efetivação de seus direitos é também uma luta por uma sociedade potencialmente menos injusta no conjunto de suas relações sociais.

A tarefa não é simples e exige um novo olhar do Poder Judiciário para com as mulheres, um repensar de valores e uma mudança de paradigma. Homens e mulheres não são iguais em nossa sociedade, o que implica em uma atuação efetiva do Poder Judiciário para minimizar os efeitos das desigualdades, sem, contudo, desconsiderar as diferenças.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a luta das mulheres pelo reconhecimento do direito à igualdade seja bastante remota, foi somente no século XX que elas conseguiram assegurar na maioria das Constituições esse direito. Momento ímpar na história, o século XX é conhecido como o "século das mulheres", nas palavras de Eric Hobsbawm (1996, p. 304).

No Brasil, o processo de conquista de direitos das mulheres não findou com a Lei Fundamental de 1988. A previsão formal da igualdade não implicou na imediata alteração das desigualdades fáticas entre homens e mulheres. Efetivar os direitos

fundamentais das mulheres, concretizando a dignidade da pessoa humana da mulher, é um projeto ainda em curso, uma ação de resistência ao que está posto, na busca pela transformação social.

Nesse contexto, o Judiciário apresenta-se como *locus* de efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, tendo papel primordial na tentativa de aproximar a realidade institucional da realidade social, implementando, na vida, a igualdade assegurada no texto constitucional. Isso porque, nos dizeres de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 295), "Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação".

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo?** São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

AMARAL, Célia Chaves Gurgel do. **Debates de gênero - a transversalidade do conceito.** Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coordenadores). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **"Ação afirmativa" e os princípios do Direito.** A questão de cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **A Feminilização da Magistratura.** Cadernos Themis - Gênero e Direito - Acesso à Justiça, Ano II, nº 2, [S.l.: s.n.], 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FELIX, Virgínia. *Em frente da lei tem um guarda.* Caderno Themis - Gênero e Direito - Acesso à Justiça, Ano II, nº 2, [S.l.: s.n.], 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate.** 2008. Disponível em . Acessado em 10/12/2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva**. 2001. Disponível em . Acesso em: 13/12/2008

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Celso Bastos Editor, 1999.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**. O breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras. 1996.

JELIN, Elizabeth. Mulheres, Gênero e Direitos Humanos. In: JELIN, Elizabeth. HERSHBERG, Eric. *Construindo da Democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina*. São Paulo: Edusp, 2006. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. 2008. Disponível em . Acessado em 10/12/2008.

KREMPEL, Letícia Massula. **O acesso das mulheres à justiça**. Cadernos Themis - Gênero e Direito - Acesso à Justiça, Ano II, nº 2, [S.l.: s.n.], 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. 2008. Disponível em . Acessado em 10/12/2008.

MORAES, Ismael Evangelista Benevides. O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e proporcionalidade. **Revista NOMOS**. v. 27. Jul/Dez, 2007.

NOVELINO, Maria Salet Ferreira. *Os Estudos Sobre Feminização da Pobreza e Políticas Públicas para Mulheres*. 2004. Disponível em . Acesso em: 12/12/08.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. *Políticas Públicas para as Mulheres*. Fortaleza: INESP, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. 2005. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf> >. Acesso em: 13/12/2008.

PISARELLO, Gerardo. CABO, Antonio de. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales Luigi Ferrajoli: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*. Madri: Editorial Trotta, 2005. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres e as políticas públicas de promoção da igualdade pelo combate**. Disponível em . Acessado em 10/12/2008.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 33, nº131. Brasília, Jul/Set. 1996.

RODRIGUES, Almira. **Construindo a perspectiva de gênero nas legislações e nas políticas públicas**. [s.n.t.], 1993.

SALES, Celecina de Maria Veras; AMARAL, Célia Chaves Gurgel do, ESMERALDO, Gema Galgani Silveira Leite. **Feminismo: memória e história**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A moralidade dos direitos humanos*. Caderno Themis - Gênero e Direito - Acesso à Justiça, Ano II, nº 2, [S.l.: s.n.], 2001.[12]

[1] Palavra em latim que significa lugar. Concebido aqui não como um lugar de existência física, mas como lugar, meio, em que determinado conjunto de valores e práticas encontram-se e realizam-se.

[2] A expressão "grupos socialmente vulneráveis" traz uma conotação de vitimização dos indivíduos socialmente preteridos em direitos e oportunidades, o que poderia levar a um entendimento preconceituoso de que o Estado deveria protegê-los já que são fracos e debilitados. Em verdade, se hoje falamos sobre a proteção estatal desses grupos como forma de se efetivar o princípio da igualdade, isso é decorrência da luta dos movimentos de mulheres, negros, e todas as outras minorias, pelo reconhecimento de sua identidade e de sua condição de sujeitos de direitos, e não só de deveres. Daí entendermos ser preferível utilizar o termo minorias quando quisermos nos referir a grupos ou indivíduos que foram e são oprimidos social e juridicamente.

[3] O termo *minorias* deve ser entendido não como um conceito numérico, mas como denominação utilizada para indicar aqueles grupos humanos dos quais é subtraída a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar os espaços formais de poder, embora possam representar a maioria populacional. Nesse sentido, para Carmen Lúcia Antunes Rocha, "não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detém o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente

concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se *contam* os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoría* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim, o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos por *minorias*, mas que representam maior número de pessoas na globalidade dos que compõem a sociedade brasileira". (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 33, n°131. Brasília, Jul/Set. 1996, p. 285).

[4] Para um maior aprofundamento sobre a história da organização em torno dos direitos das mulheres, vide SALES; AMARAL; e ESMERALDO (2000).

[5] A questão de gênero traz a reflexão da existência da pluralidade, multiplicidade e diferenças instauradas pelas relações entre os sexos. Chama atenção para estas diferenças, suas construções históricas e culturais e a inter-relação de gênero com outras formas de análise como classe, etnia, nacionalidade, idade, fatores biológicos e psicológicos, política, cultura, sociedade, economia etc. Essas relações e inter-relações constituem formas desiguais de relações de poder.

[6] De acordo com Amaral (2005, p. 59), "a concepção de gênero é uma categoria de análise que possibilita questionar as representações sociais de homens e de mulheres, do ser feminina e do ser masculino construídas nas relações sociais. Os estudos de gênero conseguem superar explicações essencialistas da condição feminina e da condição masculina que hierarquizam homens, mulheres e os símbolos a eles associados". Segundo Maria do Socorro Osterne, as desigualdades de gênero "manifestam-se numa ordem social e material fortemente simbólica, que inferioriza, submete e discrimina a condição feminina em grande parte das áreas da convivência humana. Está presente na família, nas igrejas, no mercado de trabalho, nos processos de trabalho, nas instituições, nos partidos políticos, nos movimentos sociais, enfim, no imaginário coletivo sob a forma de representações sociais: aos homens, o cérebro, a inteligência, a razão lúcida, a capacidade de decisão; às mulheres, o coração, a sensibilidade e os sentimentos". (OSTERNE, 2006, p. 06). As principais razões para a utilização do conceito de gênero foram a recusa ao essencialismo biológico, a necessidade de evidenciar o aspecto relacional entre homens e mulheres e a denúncia das desigualdades entre eles, que se baseiam em uma histórica e cultural hierarquia entre o ser feminina e o ser masculino, com primazia deste, respaldada em uma suposta diferença natural entre os sexos. Além disso, o conceito de gênero evidencia que homens e mulheres não são categorias estáticas, o feminino e o masculino se constroem socialmente.

[7] As dimensões dos direitos fundamentais são: os direitos da liberdade: os direitos civis e políticos (1ª dimensão); os direitos sociais, culturais e econômicos (2ª dimensão); o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio

comum da humanidade, e de comunicação (3ª dimensão); direito à democracia, à informação e ao pluralismo (4ª dimensão); e o direito à paz (5ª dimensão). Para maior conhecimento sobre o tema vide BONAVIDES (2008).

[8] Para maior aprofundamento sobre o tema, vide GUERRA FILHO (1999).

[9] Como, por exemplo, citam-se as creches. Ainda que o poder familiar seja exercido igualmente pelo homem e pela mulher, a indicar o compartilhamento da responsabilidade com os filhos, à mulher ainda é reservado o papel de cuidado com os filhos, o que, muitas vezes, dificulta sua inserção e manutenção no mercado de trabalho.

[10] Ilustrando esse entendimento, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, na decisão sobre o caso Marshall, se pronunciou no sentido de que "o fato de dois candidatos de sexos diferentes terem qualificações iguais não implica só por si que tenham oportunidades iguais". Cf. Acórdão Marschall do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia de 11 de novembro de 1997, processo C - 409/95. Coletânea de Jurisprudência 1997, página I - 06363.

[11] Para maiores informações e conferência desses dados vide . Acesso em 10/05/08.

**ADPF: CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI
OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL PERANTE O STF**

**ADPF: CONCENTRATE FOR CONTROL OF CONSTITUTIONAL LAW OR
REGULATORY ACT BEFORE THE MUNICIPAL STF**

Rafaela Benevides Ferreira

RESUMO

A criação de mecanismos de efetivação das garantias constitucionais fundamentais, na qual, perfaz a proteção do próprio Estado Democrático de Direito, vem sendo, conforme Gregório Assagra de Almeida, aperfeiçoado, no tocante ao controle concentrado e abstrato da constitucionalidade; especificamente com a entrada da Arguição de descumprimento de preceito fundamental [ADPF]. Objetiva-se, neste estudo, refletir em torno das mudanças significativas do controle de constitucionalidade acerca da instituição da Lei 9.882/99 que regula o objeto de análise, a [ADPF], além do mais, a de perquirir a respeito do controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante o STF, por intermédio da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nota-se que a Lei supramencionada para uns veio a frustrar todas as expectativas do “constitucionalismo contemporâneo”, ao passo que para outros ela sustenta a entrada do direito processual coletivo especial.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI 9.882/99.

ABSTRACT

The creation of mechanisms of efetivação of the constitutional basic guarantees, in which, it completes the protection of the Democratic State itself of Right, is, according to, Gregório Assagra of Almeida, perfected, regarding the concentrated and abstract control of the constitucionalidade; specifically with the entry of the Oral test of descumprimento of basic precept [ADPF]. It aims, in this study, to reflect around the significant changes of the control of constitucionalidade about the institution of the Law 9.882/99 what regulates the object of study, the [ADPF], besides more, her of probing as to the concentrated control of constitucionalidade of law or prescriptive municipal act before the STF, through the action of oral test of descumprimento of basic precept. be noticed that the Law supramencionada for a few came to frustrate all the expectations of “constitucionalismo contemporary”, already for others same it supports the entry of the processual collective special right.

KEYWORDS: CONTROL OF CONSTITUCIONALIDADE. ADPF. LAW 9.882/99.

Compreender as mudanças auferidas pelo controle concentrado de constitucionalidade no tocante a instituição da Lei 9.882/99, a qual regula o objeto de estudo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental [ADPF] de que preceitua o parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal, remonta a necessidade de vislumbrar a tutela jurisdicional pautada no direito processual coletivo especial, ou melhor, tal direito, na visão de Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 729), é como “instrumento fundamental de proteção potencializada em abstrato do Estado Democrático de Direito brasileiro e de suas garantias constitucionais fundamentais”.

A tese do direito processual coletivo especial é como um novo ramo do direito processual brasileiro, tendo em vista a amplitude com que esse controle pode ser exercido (art. 5º, XXXV, e 102, *caput*, I, a, §§ 1º e 2º e art. 103, todos CF/88), e mais especialmente o fato de ter sido consagrado no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito (art. 1º). (ALMEIDA, 2007, p. 729)

Ao tutelar o direito processual coletivo, especificamente, aquele em que se tem como objeto o direito objetivo, deve-se salientar que “não se julga lide no controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, mas se protege, no plano abstrato, a ordem constitucional”; (ALEMIDA, 2007, p. 730) então, ao destacar este ponto, a proteção da ordem constitucional, ressaltam-se a idéia quanto às exigências do controle de constitucionalidade, pois há o reconhecimento não só da simples superioridade teórica de uma Lei Fundamental, mas sim, a existência de uma sanção, para restabelecer a hierarquia quando for desfeita a ruptura entre lei ordinária e lei constitucional, ainda, “a rigidez constitucional é correlata a noção de superlegalidade constitucional”. (DANTAS, 2003, p. 9)

A correlação se faz entre a Constituição de um Estado de Direito e o controle de constitucionalidade, já que se pauta na supremacia do conteúdo desta sobre as demais normas e atos, e, a imutabilidade relativa deste mesmo conteúdo.

Para La doctrina dominante la Constitución es, ante todo, una ordenación de la formación de la voluntad de un grupo social y de la situación jurídica de sus miembros; la Constitución de un Estado comprende, pues, lãs normas jurídicas que regulan los órganos supremos del Estado, su formación, competencia y relaciones mutuas. (SMEND, 1985, p.129)

Neste sentido, Ivo Dantas (2003) adentra na superioridade de suas normas frente as demais e aos atos administrativos, buscando a consagração de procedimentos, que por ele são denominados “Guarda da Constituição”.

O controle de constitucionalidade, nos modernos Estados Democráticos de Direito, é a garantia inafastável da imperatividade e efetividade da Constituição, norma fundante de uma comunidade político-jurídica. Em sua ausência, o Texto Constitucional fica desprovido do caráter de norma jurídica suprema do ordenamento jurídico, à qual todos os Poderes e instituições devem curvar-se. E, nessas condições, fica reduzido a um mero complexo de regras cuja eficácia e disposição fica à mercê das instâncias constituídas, mormente o Poder Legislativo e Executivo. (PESSOA. 2001, p. 1)

É cediço a freqüência das transformações, acerca do controle de constitucionalidade, no campo processual constitucional, uma vez que, o mesmo é teorizado pelo “conjunto de ferramentas processuais garantidoras do cumprimento das normas constitucionais e objetivaria promover a eficácia e assegurar a efetividade das normas e dos valores constitucionais, conformando a aplicação do ordenamento aos valores da Constituição”. (BARACHO. 1984, p. 126)

Par deste complexo sistema de controle da Constituição pela via jurisdicional tem-se observado um agudo desenvolvimento do *sentimento constitucional* no país, segundo expressão cunhada por Pablo Luca Verdu. Neste sentido, trata-se ainda de um sentimento tímido, mas real e sincero, de maior respeito e até um certo carinho pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 1999, P. 15)

Nota-se, ainda, que o direito processual constitucional e concomitantemente o direito processual coletivo, ora aqui em discussão, tem em sua base o constitucionalismo contemporâneo e, por assim dizer, coloca o “sistema de controle de constitucionalidade como instrumento primordial para a supremacia e rigidez constitucional, bem como para a própria sobrevivência e efetividade da ordem democrática”. (ALMEIDA. 2007, p. 731)

Aliás, a manutenção e a efetividade da ordem democrática, concomitante ao respeito à Constituição, somente, se consolidarão, na visão do professor alemão Otto Bachof (1994):

Em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica, e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só existirá ainda e nesta medida vou além do limite antes mencionado, traçado por Hippel se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente.

Ora, o controle, no direito brasileiro, “se há de fazer por todos os meios por que a Constituição o admite em geral, efetuando-se incidentalmente a partir de qualquer litígio, ou por ação direta de inconstitucionalidade, por ação direta de constitucionalidade e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental”. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 105) Além do mais, este controle tanto quanto possível “técnico” sobressai em intensa discussão nos textos constitucionais, pois há inovações no seu próprio sistema de controle jurisdicional. (DANTAS, 1996)

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário somente fora estabelecido efetivamente pela Constituição de 1891, que reproduziu, neste aspecto, as disposições da Constituição Provisória de 1890. As constituições seguintes não legaram alterações estruturais significativas, com exceção da Constituição democrática de 1946 e da Constituição em vigor, ou seja, a de 1988, que aperfeiçoaram de maneira importante a fiscalização da constitucionalidade das leis. (BOLDRINI, ANO, p. 11)

Pois bem. A Constituição de 1988, tendo como visão o constitucionalismo contemporâneo, introduziu o sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, pretendendo o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, aliás, “reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da [ADIn], permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao [STF] mediante processo de controle abstrato de normas”. (MARTINS. MENDES, 2001, p. 77)

Por vezes, conforme elenca Ives Gandra e Gilmar Mendes em sua doutrina “Controle Concentrado de Constitucionalidade” (2001), a Constituição em vigor alterou de maneira radical, pois conferiu ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado.

Aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC n. 1, neste mesmo sentido, destacou a correlação que há entre o sistema difuso e o concentrado.

Não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Ainda, Gilmar Ferreira Mendes aponta que a “inserção do controle abstrato de constitucionalidade pelo texto constitucional foi à opção ou regra geral pretendida pelo

legislador constituinte”, (MENDES, 2009, p. 78), uma vez que, se pretendeu reforçar o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico, afinal, “a necessidade de adaptar ao conteúdo normativo a realidade prática passa pela previsão de mecanismos (também jurídicos) tendentes a realizar a vontade normativa material”. (TAVARES, 2001, p. 225)

Nesta perspectiva, André Ramos Tavares vislumbra que, as condutas que afrontem a Carta Magna eram combatidas pelo meio difuso, ou seja, conforme o modelo norte-americano, no entanto, “a tendência que, a partir de 1988, manifesta-se no direito brasileiro, a intensificação do controle concentrado da constitucionalidade, sendo, que o autor atém-se na argüição como implementadora de tal transformação”. (2001, p. 273)

O direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, meios processuais judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action, para uma “living constitution”. (CANOTILHO, 1999. 149)

Denota-se, então, que o sistema brasileiro de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade vem sofrendo desde 1988, importantes transformações em seu perfil, sendo, que desempenha relevante papel o recente diploma legislativo que disciplina o processamento e julgamento da [ADPF]; estamos nos referir a Lei 9.882/99. (MENDES, 2009, p. 01) “Entrou em vigor a Lei 9882/99, regulamentando o art. 102, § 1º da [CF]; trata-se de diploma legal que visa dar conformação à chamada Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. (MENDES, 2009, p. 2)

Desde então, a Lei supramencionada para uns veio a frustrar todas as expectativas do “constitucionalismo contemporâneo”, já para outros a mesma sustenta a entrada do direito processual coletivo especial, conforme fora até aqui apresentado como novo ramo do direito processual brasileiro, consoante Gregório Assagra de Almeida em sua obra “Manual das Ações Constitucionais”. (2007)

Diante da complexidade do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, especificamente ao controle concentrado, o enquadramento da “argüição” paira em contra-censos, ou seja, André Ramos Tavares (2001, p. 226) deixa claro que a medida constitucional visa “proteger os preceitos fundamentais contra o descumprimento, ressaltando que na argüição ocorre um “superdimensionamento” do instituto, atentando para a “inserção constitucional”, expressão usada pelo doutrinador, ora mencionado.

Gilmar Ferreira Mendes direciona seu entendimento no mesmo sentido de André Ramos Tavares:

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após

longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. (2001)

Conquanto, Ingo Sarlet (1999) vai de encontro às visões de André Tavares e Gilmar Mendes, verificando, de plano, que “a recente regulamentação pelo legislador ordinário pouco contribuiu para a clarificação dos contornos do instituto, inclusive quanto ao seu objeto e finalidade”.

Então, há aqueles que asseguram a “inutilidade” do instituto, mas, cabe reafirmar a posição de André Ramos Tavares, ou melhor, “a desnecessidade, já que em muitos alegam que haveria casos com ação própria, que é a [ADIn] (por ação, por omissão e mesmo interventiva), constituiria uma verdadeira demasia, relegando-a ao esquecimento e desuso do instituto, mas, o argumento, não oferece grande resistência”. (2001, p. 233)

Não obstante, “a esfera de incidência da argüição engloba também a impugnação de atos concretos e até de atos não estatais, atos esses que nunca estiveram inseridos nas ações genéricas, assim como também se inserem na argüição as omissões”. (TAVARES, 2001, p. 235)

Assevere-se, então, que a argüição é “ação judicial”, o que não impede a sua caracterização como ação dúplice, no contexto dos incidentes, conforme destaca André Ramos Tavares, sendo de competência originária do [STF], a qual remonta em processo objetivo, como de início fora destacado, fundamentando-se no descumprimento de preceito fundamental; “como sê pôde observar por posição constitucional do instituto. (TAVARES, 2001, p. 273)

Ora, a [ADPF] visa proteger preceito fundamental, ou seja, “aqueles diretamente ligados aos valores supremos do Estado e da Sociedade”, ainda na mesma visão de Nilson Jorge Costa Guimarães (2006), não se trata de princípio fundamental, pois se trata de conceito mais amplo, ou seja, todas as “prescrições” que dão rumo à ordem constitucional.

José Afonso da Silva (1999) destaca-se como preceito fundamental, os princípios fundamentais e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como aquelas que “apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”.

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação dos poderes, o voto direto, universal e secreto. (MENDES, 2001, p. 98)

Além do mais, Maria Garcia (2000, p. 106) direciona a possibilidade de localização do preceito externamente à Constituição. Porquanto, “se é decorrente da Constituição não deverá estar, necessariamente, contido na Constituição. Não expressamente”.

E, ainda, “obrigatória se torna a lembrança do disposto no § 2º do art. 5º, o qual admite a existência de outros direitos e garantias, além daqueles expressos na Constituição, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (ou dos tratados internacionais firmados)”.

No mesmo contexto, Luiz Roberto Barroso torna-se enfático em posicionar que “nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”, transferindo tal tarefa para a especulação da doutrina e a casuística da jurisprudência. Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição.” (2008, p. 222).

Merece atenção a linha de pensamento de André Ramos Tavares (2001), pois, em primeiro lugar, o mesmo atenta em salientar que não seria papel do legislador infraconstitucional dispor sobre preceitos fundamentais, “porque poderia cair no absurdo de reiterar todos os termos constitucionais, para não deixar de indicar qualquer possível preceito fundamental”, podendo inclusive em alargar ou mesmo restringir seu conteúdo.

Nem se argumente que o legislador poderia ter explicitado um ou outro conceito, a título demonstrativo, como norte para a atividade do intérprete. E isso por dois motivos básicos. Em primeiro, pelo critério hermenêutico segundo o qual tal conceito só pode ser aprendido dentro do próprio sistema constitucional. Em segundo, porque não é tarefa do legislador oferecer exemplos, muito menos regulamentar o que é irregulamentável. Seria, ademais, completamente despiciendo e inútil, reduzindo-se a uma potencial fonte de inconstitucionalidade. (TAVARES, 2001, p. 114)

Então, seria do Supremo a tarefa de identificação de todos os preceitos fundamentais, na condição de órgão que atenta em questões constitucionais, porém, “no atual estágio de

evolução democrática, representaria verdadeira involução pretender atribuir com exclusividade à vontade da Corte a tarefa de desenhar o panorama final dos referidos preceitos”. (TAVARES, 2001, p. 114)

Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los. (VELLOSO, 2002, p. 5).

Ademais, mister se faz a necessidade de ratificar o posicionamento de André Ramos Tavares quanto a idéia da inserção de preceito fundamental à Constituição, ou melhor, “é preciso afastar a possibilidade de que preceito fundamental seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental, ora, se fundamental fosse sinônimo de constitucional a Constituição simplesmente teria sido redundante”. (2001, p. 122)

Perfazendo, ainda, no pensamento do doutrinador ora mencionado, “nem todo princípio constitucional é um preceito fundamental e nem todo preceito fundamental será uma norma principiológica, apenas adquirindo essa qualidade na medida em que seja pertencente à categoria dos princípios”. (2001, p. 125)

Valeria, então, que “a Constituição ao referir-se a preceitos fundamentais, demonstra o papel que o veículo processual visa cumprir, que é o de proteger a nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valoroso no seu sistema jurídico”. (BASTOS. VARGAS, 2000, p. 69)

Partindo desta premissa, seria impetuosa a posição na qual destaca o preceito fundamental como sendo um conceito que está acima do texto constitucional, ou mesmo deixar para a Corte Constitucional conceituá-lo, mas, de todo este pensar, seria a posição com mais veemência aquela em que, ponderaria o conceito de acordo com o contexto social, político e democrático do dado período e, só assim, tendo a finalidade resguardada, ou seja, dar proteção a superioridade da Lei Fundamental e, conseqüentemente, resguardando o Estado de Direito.

Quando se pretende analisar a argüição sob a ótica do processo constitucional contemporâneo, onde a medida constitucional específica tem como objetivo proteger os preceitos fundamentais contra o seu descumprimento, “impedindo as ações contrárias aos referidos preceitos e, de outra parte, impedir omissões que impliquem a sentença de morte desses preceitos”, (TAVARES, 2001, p. 226) deve, então, ser pontuada, em torno do instituto, questões significativas à baila da Lei 9.882/99 e, conseqüentemente, encaminhará a presente pesquisa ao objeto de estudo, na qual, será mais adiante objeto de reflexão, o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante o [STF], por intermédio da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A conceituação de preceitos fundamentais baseia-se na contextualização da “constitucionalidade democrática, no viés do Estado de Direito e que a criação de mecanismos eficazes de controle do poder estatal é máxima a ser seguida na atualidade, com intuito de obstar o uso ilimitado e abusivo do poder político,” linha de pensamento prelecionada por Célio Stigert (2006, p. 81), por vezes e adstrito ao controle concentrado de constitucionalidade a argüição versa sobre pontos, na qual, adentra em suas características, dentre estas, atém-se em seu caráter subsidiário.

Como se insere da estrutura do artigo 4º, parágrafo primeiro, da Lei 9.882/99, impõe-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental a sua admissão se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, então, servindo como um “mecanismo de filtragem”, expressão usada por Célio Stigert (2006)

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Gilmar Ferreira Mendes em seu artigo “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz” (2000) pretendeu refutar a idéia do princípio da subsidiariedade, ou “regra” da subsidiariedade, conforme expressão usada por Luís Roberto Barroso (2008), que denota ao instituto, “à primeira vista, parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição, é fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático”.

Ademais, “seria realmente absurdo que se considerasse e não se pode compreender a argüição no sentido de que seria um instrumento processual subsidiário, tal como se dá com o mandado de injunção.” (TAVARES, 2001, p. 239)

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no art. 4, § 1º, da Lei n.º 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. (MENDES, 2000)

Aliás, estes salientam a necessidade e a primordialidade do instituto, igualando em termos de relevância tanto a [ADIn] quanto a [ADPF], ou melhor, “no próprio art. 102 da Constituição encontra-se a regra-matriz tanto da argüição como da ação direta, ambas presentes no texto original da Constituição de 1988. (TAVARES, 2001, p. 240)

A de ficar claro, que a existência de outros meios não pode servir como óbice para permissibilidade da formulação da argüição, “ao contrário, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia”. (MENDES, 2000, p. 6)

Neste mesmo sentido, a questão, ora suscitada, foi inspirada pelo recurso constitucional alemão, “essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente ganha significado crescente” (HESSE, 1998, p. 272) e, amparo espanhol, “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto ou omisión de um órgão judicial podrán dar lugar a este recurso: que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la via judicial”. (Lei Orgânica 2, de 3.10.79, do Tribunal Constitucional, art. 44, 1, a)

No entanto, não se podem negar sentidos diversos, na qual, o instituto, alvo do presente estudo, seria um “acessorium” e, as ações diretas de inconstitucionalidade estariam em posição de destaque, colocando, de tal forma, a argüição como instrumento subsidiário, posicionamentos defendidos por Uadi Lammêgo Bulos (2000) e Zeno Veloso (2003).

A Lei a ser editada deverá estabelecer o procedimento da argüição, indicando os casos em que a mesma poderá ocorrer, evidentemente, **num campo residual, numa situação especial e excepcional**, quando tenham sido esgotadas as vias normais do controle jurisdicional de constitucionalidade, que, entre nós, já são muitas e diversificadas. (VELOSO, 2003, p.327)

Essa linha tem precedentes do Supremo Tribunal Federal, como elucidada a ADPF 3-QO-CE, relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno de 18 de Maio de 2000, DJ 27.02.2004. Sendo que o precedente exposto denota-se a interpretação estrita do art. 4º, §1º, ou seja, a inadmissibilidade da argüição.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEQUINTE DA LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES

MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, 'CAPUT' E INCISOS XIV, 100, §2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR.

1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como §1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993.

2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: Art. 1º - A argüição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição.

3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art.

1º da Lei nº 9.882/99, 'in verbis': Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'.

4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no 'caput' do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

5. O caso presente não é de Argüição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados.

6. Cogita-se, isto sim, de Argüição autônoma prevista no 'caput' do art. 1º da Lei.

7. Dispõe, contudo, o §1º do art. 4º do diploma em questão:

§1º - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade'.

8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas.

9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, 'i', da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, 'j', do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. É que, segundo entendimento desta Corte, não compete aos Tribunais legislar sobre Direito processual, senão quando expressamente autorizados pela Constituição (RTJs 112/504, 117/921, 119/1145). Assim, também, os Estados, mesmo em suas Constituições.

11. E as decisões atacadas foram proferidas em processos de Reclamação.

12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar.

Ademais, verificam-se outros precedentes com a mesma linha de interpretação: ADPF 12, relator. Ministro. Ilmar Galvão (STF, DJU, 26 mar.2001) e ADPF 17, relator. Ministro Celso de Mello (STF, DJU, 28 set. 2001).

Por vezes, a ADPF n. 17-3/AP, relator Min. Celso de Mello (DJ 14. 02. 2003) destacou dentre as mencionadas anteriormente, haja vista, que a mesma também se ateuve ao critério da subsidiariedade, no entanto, denota-se com cunho “de interpretação mais aberta e construtiva da regra da subsidiariedade” (BARROSO, 2008, p. 275)

Ementa: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, §1º) – AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, §1º) EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS – INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO

DE DESCUMPRIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

VOTO:

É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser

invocado para impedir o exercício da ação de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

O que se deve prevalecer não seria a discussão em torno do seu caráter residual ou principal, como fora até aqui pontuado, mas, sim a admissão desta ação especial todas as vezes que se esbarrar com “aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva”. (MENDES, 2000)

A simples propositura de ações de natureza subjetiva ou o cabimento de recursos processuais não é, de per si, impedimento à argüição, se aquelas medidas não forem idôneas a produzir solução imediata e abrangente, nas hipóteses em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica assim o exijam. (BARROSO, 2008, p. 276)

Não obstante, um sistema que visa garantir a guarda da Constituição, as diversas vertentes de se alcançar soluções que impeçam a violação desta, devem ser priorizadas, com intuito de almejar o princípio constitucional da segurança jurídica, agora sim, garantindo, de monta, o sentido “literal” da lei, ou seja, evitar lesão a preceito fundamental. Além do mais, “não pode ser extraída da regra da subsidiariedade a conclusão de que seria possível o ajuizamento de [ADPF] sempre que não coubesse [ADIn] ou [ADC]”. (BARROSO, 2008, p. 277)

Desta perspectiva, Peter Häberle (1997) finaliza e ratifica a linha de pensamento demonstrado nos dois parágrafos anteriores:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não os detém o monopólio da interpretação da Constituição.

Superando o assunto até aqui discutido, o caráter subsidiário, cumpre ressaltar, o objeto alvo do presente artigo, uma vez que, assuntos tais como: o controle concentrado de constitucionalidade correlacionado com o instituto da [ADPF] pontuando algumas peculiaridades foram manejados a fim de reflexão para poder adentrar de forma concisa na análise do controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo

municipal perante o [STF], por intermédio da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Corroborando, em primeiro momento, salientando, que a autonomia municipal no direito brasileiro vem contemplada no próprio texto constitucional, pairando sobre legislação infraconstitucional, devendo ser respeitada, além do mais, não haverá alterações sem observar os contornos estabelecidos pela Lei Fundamental, sob pena, de invalidação por vício de inconstitucionalidade.

Desta perspectiva, a relevância que se atém ao Município no contexto da Federação brasileira, alterou de forma significativa a tradição do “federalismo dual”, com a adoção de uma terceira dimensão, conforme entende Fernando Roxa (2003), inserindo o Município na organização político-administrativa do Estado brasileiro, ou seja, “a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes”. (BONAVIDES, 1992, p. 312)

No entanto, José Afonso da Silva (1999) e José Nilo de Castro (1998) divergem do entendimento dos doutrinadores citados anteriormente no que tange ser considerado o Município um ente federativo de terceiro grau, já que, para os mesmos, não estaria eminentemente ligado a autonomia político-administrativa deste ente com a sua integração como entidade federativa.

Em verdade, não obstante a relevância dos argumentos expendidos por aqueles que não aceitam o Município como entidade integrante da Federação, é de reconhecer a importância que o ente municipal sempre assumiu em nosso federalismo, dando feição peculiar ao Estado Federal brasileiro. Afinal, como já se disse, não existem duas Federações absolutamente iguais, porquanto cada Estado possui suas características próprias, que tipificam sua estrutura interna. (ROCHA, 2003, p. 98)

Por pertinente, como é sabido, não se admite um ato jurídico praticado em um Estado Constitucional ser contraposto à Constituição, aplicando, desta maneira, as regras de controle de constitucionalidade no que tange as leis e atos normativos municipais; tendo a necessidade de estabelecerem para a legislação municipal mecanismos de controle que se vê nos atos federais e estaduais.

Com efeito, pontuando a autonomia do Município e sua relevância frente ao sistema federativo brasileiro, mister se faz, nesta linha de pensamento, o controle judicial da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal; perquirindo em duas reflexões que acabam se coadunando, ou seja, o método difuso e o concentrado.

A esse propósito, quando a lei municipal vier a ser impugnada na via de defesa ou exceção por afrontar a Constituição Federal, as decisões dos tribunais poderão ser revistas pelo Supremo, em sede de recurso extraordinário, conforme elenca o artigo 102, III, alínea c, da CF, agora, quando houver violação à Constituição do Estado-Membro por lei ou ato normativo municipal, as decisões prolatadas pelos órgãos judiciais inferiores serão revistas não mais pelo [STF], mas sim, pelo Tribunal de Justiça.

O controle de constitucionalidade de norma municipal, por intermédio do método difuso só será submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal caso a lei ou ato normativo da municipalidade sejam atacados por malferimento à Constituição Federal. Se, ao revés, a contestação travar-se apenas com relação à Carta Política Estadual, a matéria exaure-se no âmbito do Tribunal de Justiça local. (ROCHA, 2003, p. 102)

Ademais, quando se paira em analisar o controle concentrado da lei municipal em razão da Constituição Estadual, remete-se ao artigo 125, parágrafo segundo da Carta Magna:

Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.

Conquanto, por mais que há competência para o constituinte estadual a criação de instrumentos de defesa a ele mesmo inserido, ou seja, matéria adstrita à esfera estadual, na qual prepondera explicitamente o princípio da autonomia federativa, o constituinte originário é claro em limitar tal ente, visando à superioridade dos princípios basilares no Estatuto Maior Federal, ou melhor, o poder constituinte originário “o faz na condição de poder decorrente”. (ROCHA, 2003)

Criando, dessa maneira, por via de ação direta o controle de constitucionalidade, na qual possibilita os Tribunais de Justiça declararem a inconstitucionalidade de lei municipal e estadual em face da Constituição Estadual.

Agora, o ponto alvo da discussão concerne na omissão da Carta Magna de 1988, visualizada, também, na Lei Fundamental anterior no artigo 119, I, “I”, da 1967/1969, quanto à matéria de declaração de inconstitucionalidade na forma concentrada, ao se tratar do conflito entre uma lei municipal e a Constituição Federal; pois, como preceitua a Carta Magna em seu artigo 102, I, *a*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

A discussão pondera em duas vertentes entre os doutrinadores e a jurisprudência, sendo que a primeira versa sobre o entendimento que a omissão do constituinte trata-se de um “silêncio eloquente”, já em sentido oposto a tal visão, ou seja, a mencionada omissão poderia ser suprida pelos Estados-membros.

Pois bem. Alguns Estados, tais como: São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, diante do constituinte originário ser silente a esta matéria, estes por meio de suas Constituições atribuíram aos respectivos Tribunais a competência de exercerem a fiscalização concentrada das normas municipais consideradas ilegítimas em face da Carta Magna.

No entanto, “não pode o constituinte estadual extrapolar os limites do que lhe foi delegado pelo constituinte originário, assim, tem-se inferido, que tal solução não é possível, e o controle de leis ou atos normativos municipais que contrariem a Lei Maior só pode dar-se de maneira difusa”. (ROCHA, 2003, p. 107)

Ademais, entre os Estados supramencionados na qual adotaram essa espécie de controle, tiveram suspensos os dispositivos de suas respectivas Cartas Políticas, por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade. (RDA 181/182, p. 271; Lex-JSTF, nº148, p. 22; RTJ 135, p.12; RTJ 141, p. 424)

Por outro lado, a outra vertente posiciona no sentido de que seria um “silêncio eloquente” no constituinte originário, ou seja, “deixando clara sua vontade de só admitir, quando se cuidar de ilegitimidade de lei ou ato normativo municipal por contrariedade ao Texto Supremo, o controle por via de exceção, que é própria da atividade jurisdicional, não comportando natureza política”. (ROCHA, 2003, p. 106)

Ademais, o mesmo doutrinador prepondera, “se nem o STF pode julgar da constitucionalidade ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição, como admitir-se que as Constituições Estaduais dêem esse poder”. (2003)

Não há dúvidas de ser tormentoso o problema do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, pois imenso são os obstáculos criados para sua admissão no interior da Corte Suprema, pelo método concentrado, em razão da absoluta impossibilidade operacional diante dos incontestáveis atos normativos oriundos dos mais diversos municípios da Federação Brasileira. (ROCHA, 2003, p. 114)

No sentido de encontrar um mecanismo que se adéque ao sistema de controle de constitucionalidade, foi apresentada o Projeto de Emenda Constitucional n. 96/92, de autoria do então Deputado Hélio Bicudo, na qual, estava implantado junto à reforma do Judiciário. Sendo, que naquela época foi sugerida a criação do incidente de inconstitucionalidade, “consistente no fato de poder o STF, uma vez suscitada, em determinando processo, questão relevante sobre constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”; (ROCHA, 2003, p. 115), e mediante provocação dos órgãos ou entidades legitimados a deflagrar o controle concentrado, processando o incidente e determinando a suspensão do processo a fim de proferir decisão com efetivo vinculante exclusivamente sobre matéria constitucional.

Entretanto, a possível criação do citado instituto não tem contado com a aceitação pacífica dos atores jurídicos e de entidades, como a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Brasileira de Magistrados. É que muitos nele vêem uma forma de

ressuscitar a advocat6ria, bem como o esvaziamento do controle difuso. (ROCHA, 2003, p. 117)

Tendo como respaldo tais quest6es que iriam de encontro ao seguimento do incidente de inconstitucionalidade, verificou-se, dessa forma, sua retirada do projeto de reforma do Poder Judici6rio, por outro lado, por via da legisla76o ordin6ria por meio da Lei n6 9.882/99, regulamentando o artigo 102, par6grafo primeiro da Constitui76o, o cont6ido deste projeto foi se incorporando ao sistema “sorratamente”, express6o usada por Fernando Rocha (2003).

Neste sentido, foi disposto na lei supramencionada a argui76o de descumprimento de preceito fundamental, fazendo com que “abrisse portas para o controle concentrado da lei municipal, perante o Supremo, quando for relevante o fundamento da controv6rsia constitucional em torno da norma”. (ROCHA, 2003, p. 118)

De tal monta, o legislador enunciou no par6grafo 6nico do artigo 16 da referida Lei que, caber6 a argui76o quando for relevante o fundamento da controv6rsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive as anteriores 6 Constitui76o.

Perfilhando esse entendimento, Gilmar Ferreira Mendes assevera que, “a argui76o de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no [STF], uma vez que as quest6es at6 ent6o n6o apreciada no 6mbito controle concentrado de constitucionalidade, [ADIn] e [ADC] poder6o ser objeto de exame no novo procedimento”. (2009, p.370)

Divergindo da posi76o de Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, em sua obra, “Jurisdi76o constitucional e tribunais constitucionais”, (2001) conclui que o controle de leis e atos do Poder P6blico Municipal estaria eivado de inconstitucionalidade, estando, de tal forma, ampliando a compet6ncia do Supremo. No entanto, Daniel Sarmiento na mesma linha de pensamento de Gilmar Mendes, pontua que n6o se trata de extens6o de compet6ncia do STF, uma vez que, por meio do artigo 102, par6grafo primeiro da Constitui76o Federal, houve uma discrimina76o exata de sua compet6ncia, ou seja, “n6o h6 qualquer restri76o ao controle de atos normativos municipais no artigo supramencionado”. (SARMENTO in TAVARES & ROTENBURG, 2001, p. 93)

Esclarecendo o mecanismo, ora objeto alvo da an6lise, assevera salientar que n6o ser6 por vezes necess6rio que o Supremo avalie as quest6es inerentes a todos os munic6pios, j6 que, “nos casos relevantes, bastar6 que decida uma quest6o-padr6o com for76a vinculante”. (MENDES, 2009, p. 371)

Se o STF afirmar, em um processo de argui76o de descumprimento, que a Lei n. X, do Munic6pio de S6o Paulo, que prev6 a institui76o do IPTU progressivo, 6 inconstitucional, essa decis6o ter6 efeito n6o apenas em rela76o a esse texto normativo, mas tamb6m em rela76o aos textos normativos de teor id6ntico editados por todos os demais entes comunais. (MENDES, 2009, p. 371)

O sistema não permite ação direta de inconstitucionalidade contrapondo lei municipal à Constituição Federal, como o Supremo preceituou no DJU, 11 de setembro de 1998, [ADIn] 209-DF, relator Ministro Sydney Sanches. Ademais, o objeto é também restringido a lei ou ato normativo federal na ação direta de constitucionalidade, elencada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993.

Então, “até a edição da Lei n. 9.882/99, o direito municipal somente comportava o controle incidental ou difuso de constitucionalidade, salvo a hipótese de representação de inconstitucionalidade em âmbito estadual, por contraste com a Constituição do Estado-membro”. (BARROSO, 2008, p. 287)

Com efeito, conforme exposto, quando a norma municipal estiver sendo ameaçada ou lesionada quanto a preceito fundamental ou houver controvérsia constitucional relevante referente à sua aplicação, o sistema atuará, ou seja, sujeitará ao controle abstrato e concentrado do Supremo Tribunal Federal, por meio do instituto, [ADPF].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Atlântida Editora. 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro, VASGAS, Alexis de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. n. 30, 2000.

BRASILa. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6º ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Aspectos gerais do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br>. Acesso em: 25 de Janeiro de 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela lei nº 9882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em: 18/12/2008.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. 3. ed. 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2. ed., Rio de Janeiro, 1989.

DANTAS, Ivo. A argüição de descumprimento de preceito fundamental: a CF e a Lei n. 9.882/99. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, v. 7, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manual Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2000.

GARCIA, Maria. Argüição de descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 32. 2000.

GUIMARÃES, Nilson Jorge Costa. **Breve análise sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental**: conceito, principais aspectos, modalidades. Disponível em: www.diretonet.com.br. Acesso em: 25 de Janeiro de 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, ed. 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>. Acesso em: 20 de Janeiro de 2009.

MORAES, Alexandre de. **Comentários a lei 9882/99** – arguição de descumprimento de preceito fundamental. In TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs). **Arguição de descumprimento fundamental**. São Paulo, Atlas, 2001.

PESSOA, Robertônio Santos. **Controle de constitucionalidade: jurídico-político ou político-jurídico**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2882>. Acesso em: 16 de Janeiro de 2009.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado ed., 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos**. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I. n. 3, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Alianza Editorial, 1982.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesse na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

STIGERT, Célio. **Preceito Fundamental na Constitucionalidade Democrática**. Universidade FUMEC, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99**. São Paulo, Atlas, 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO NA ORDEM TRIBUTÁRIA-PENAL

PRINCIPLES OF THE REASONABLE ONE, PROPORTIONALITY AND PROHIBITION OF EXCESS IN THE CRIMINAL ORDER WOULD TAX

Tathiana Laiz Guzella

RESUMO

Este ensaio pauta-se em analisar algumas incongruências registradas no ordenamento penal-tributário à luz dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, questionando acerca de possíveis inconstitucionalidades de leis ordinárias, tributárias e penais, inclusive na jurisprudência pátria. Como guardião da Carta Maior, ao Judiciário é transferida a incumbência de realizar esta filtragem, rejeitando normas editadas em desarmonia com os postulados do ordenamento jurídico, limitando o poder discricionário estatal a cumprir os mandamentos constitucionais. Com o objetivo de enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados na realidade social, surgindo a necessidade de ponderá-los à luz do caso concreto, contra-balanceando realidade e norma, em verificação permanente, com o fim de evitar injustiças legitimadas, a verificação da efetiva concretude destes princípios torna-se, a cada dia mais, obrigação da classe jurista, visando, sempre, a aplicação dos postulados-base do almejado Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE – PROPORCIONALIDADE - PROIBIÇÃO DE EXCESSO – ORDEM PENAL-TRIBUTÁRIA.

ABSTRACT

This assay guideline in analyzing some divergences registered in the order criminal-tributary to the light of the postulates of the proportionality, the reasonable and the prohibition of excess, questioning concerning possible unconstitutionality of usual laws, criminal taxes and, also in the native jurisprudence. As guard of the Letter Biggest, to the Judiciary one the incumbency is transferred to carry through this filtering, rejecting norms edited in disharmony with the postulates of the legal system, limiting the state discretionary power to fulfill the orders constitutional. With the objective to face the challenges that, the all instant, are launched in the social reality, appearing the necessity to ponder them it the light of the case concrete, against-balancing reality and norm, in permanent verification, with the end to prevent legitimated injustices, the verification of the effective reality of these principles becomes, to each day more, obligation of the classroom jurist, aiming at, always, the application of the postulate-base of the longed for Democratic State of Right.

KEYWORDS: PRINCIPLES OF THE REASONABLE - PROPORTIONALITY - PROHIBITION OF EXCESS - ORDER CRIMINAL-TAX.

1. Nota introdutória - Princípios como Postulados

O presente estudo se pautará na concretude dos princípios/postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do excesso na legislação brasileira e conseqüente jurisprudência, adentrado especificamente nos ilícitos tributários, e, para tal, inevitável a passagem conceitual e importância dos princípios constitucionais, igualmente qualificados por certa doutrina como ‘postulados jurídicos’^[1], e sua hierarquização no ordenamento jurídico num Estado Democrático.

Os postulados são aquelas condições essenciais a que se submete a interpretação de qualquer objeto cultural, sem os quais este não pode ser entendido. Há postulados hermenêuticos, destinados à compreensão em geral do Direito, e postulados aplicativos, cuja função é a de estruturar sua correta aplicação^[2].

Os postulados aplicativos são normas metódicas, que inserem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação, ou seja, são normas de aplicação de outras normas, como meta-normas, ou normas de segundo grau.

Eles funcionam diversamente dos princípios (em sentido estrito) e das regras, vez que não se situam no mesmo nível: estes são normas objeto de aplicação, e os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. Os postulados não se enquadram na definição de regras, pois não descrevem um comportamento, não são cumpridos de modo integral, nem podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Também não são princípios, como normas que estabelecem um dever-ser ideal, vez que os postulados não estabelecem este dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual, apenas estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação constante e estruturante^[3].

Não há como violar postulados diretamente, apenas elipticamente, porque, violadas são as normas (princípios e regras), quando deixam de ser devidamente aplicadas.

Extrai-se que, os postulados situam-se em plano distinto daqueles das normas cuja aplicação estruturam. Os postulados recebem, na doutrina, nomenclaturas diversas, tais como: ‘princípios’ (acima dos ‘princípios’ tradicionais)^[4]; forma específica de regras^[5]; normas metódicas^[6]; princípios de legitimação^[7], meta-normas^[8]; normas de segundo grau^[9]; dentre outras nomenclaturas.

Celso Antonio Bandeira de Mello^[10], ao definir o princípio jurídico fundamental, afirma ser um mandamento nuclear de um sistema, alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e

servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, justamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe dá sentido harmônico.

Neste sentido, os princípios constitucionais são normas jurídicas inseridas pelo poder constituinte na Constituição, desempenhando função preponderante no ordenamento jurídico[11].

Entre os principais postulados, estão o da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, que serão analisados na continuidade, sob a ótica da legislação penal-tributária.

2. Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso e direito justo[12]. No direito penal refere-se à ponderação entre a culpa do agente e a fixação da pena. No direito tributário, menciona-se a obrigatoriedade da proporção entre a carga tributária e os serviços públicos que o Estado coloca à disposição da sociedade[13]. A idéia de proporção repassa todo o Direito, sem limites ou critérios.

Para Canotilho[14], o princípio da proporcionalidade, também chamado ‘princípio da proibição de excesso’, exige um limite absoluto à ocorrência de restrições de direitos, liberdades e garantias, consistindo no respeito do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Este princípio destacou-se com o Iluminismo, na obra de Cesare Beccaria[15], firmando-se, desde então, como verdadeiro pressuposto jurídico[16], conforme citado pelo autor: “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

Luís Roberto Barroso[17] trata, dentre muitos outros autores, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso como se um único princípio fosse, conforme comenta:

Por influência da doutrina e da jurisprudência norte-americana, reconhece-se no devido processo legal uma dimensão procedimental e outra substantiva. Essa última tem sido equiparada à idéia de razoabilidade, categoria próxima à que na doutrina e jurisprudência alemã é referida como proporcionalidade.

Caio Tacito[18] sustenta que tal controle da proporcionalidade e da razoabilidade pode e deve ser realizado pelo Judiciário, garantindo a proteção de direitos e liberdades contra

a incongruência de leis injustas, não devendo, os juízes, “ingressar em desvio equivalente, convertendo-se em legislador alternativo, tão desarrazoado quanto o condenável despautério legislativo”.

Na esfera legislativa, a vertente do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que ela busca atingir, e somente quando a finalidade for, de fato, legítima, poderá se pensar em limitar algum direito individual[19].

Pode ocorrer que o vício da inconstitucionalidade substancial, decorrente do excesso de poder legislativo, constitua um dos mais tormentosos temas do controle da constitucionalidade, devendo-se cuidar de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionais previstos, constatando a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo[20].

Visualize-se o seguinte caso: o Supremo Tribunal Federal[21] declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, vez que o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, tendo sido restringido de modo desnecessário e desproporcional.

O Tribunal analisou o meio utilizado (determinação da utilização da balança), o fim buscado (princípio da proteção dos consumidores) e o princípio colateralmente restringido (princípio da livre iniciativa), aceitando a tese da recorrente, que argumentou que a utilização de balanças não era totalmente adequada, vez que, segundo parecer do INMETRO, as balanças seriam impróprias para medir o conteúdo dos botijões, e que outros meios supririam tal objeto, tais como lacre, selo, vigilância. Argumentou acerca das desvantagens, tais como despesas pela compra de balanças, repasse dos custos para o preço dos botijões, necessidade de deslocamento do consumidor até o veículo transportador, de forma que as desvantagens superavam as vantagens.

Neste sentido, sopesou-se os benefícios e os malefícios, utilizando-se do postulado da proporcionalidade a sustentar a declaração da inconstitucionalidade da lei.

O postulado da proporcionalidade exige três exames, também tidos como sub-princípios, que compreendem: o exame da adequação, onde os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis; o exame da necessidade, significando dizer que as vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens; e o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Esta investigação torna-se necessária, vez que este postulado foi concebido para combater a prática de atos arbitrários[22].

Assim, o exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, devendo ser analisada sob uma relação meio/fim, segundo ensinamento de Humberto Ávila[23]:

(...) as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a

finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Para este autor, a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade, que depende de uma relação de causalidade entre meio e fim, têm sua força estruturadora na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida, onde o fim significa um estado desejado de coisas.

Hassemer[24] assim considera:

(...) uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico-penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado quando os Poderes, órgãos, instituições “ou qualquer outro participe da vida constitucional ou dos processos constitucionais” são colocados em situações de conflito[25].

A primeira referência embrionária ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo Gilmar Mendes[26], foi este Recurso Extraordinário julgado na década de 50:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘détournement de pouvoir’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado[27].

Na atual Constituição, segundo entendimento de Gilmar Mendes[28], o princípio da proporcionalidade é um postulado constitucional autônomo, que tem sua sede material na disposição constitucional do devido processo legal, art. 5º, LIV, além de estar abrangido como princípio geral de direito, sendo igualmente utilizado na solução de conflitos federativos ou na superação de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos.

2.1 Exame de adequação

Exigindo uma relação empírica entre o meio e o fim, o meio deve levar à realização deste fim. Para isso, pode-se analisar a adequação sob três aspectos: quantitativo (intensidade - um meio pode promover menos, igual, ou mais o fim do que outro meio), qualitativo (qualidade - um meio pode promover pior, igual ou melhor o fim do que outro meio) e probabilístico (certeza - um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio)[29].

Humberto Ávila sustenta que, tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo, têm o dever de escolher um meio que “simplesmente promova o fim”, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor ou o mais seguro, mas sim o meio-termo, a alcançar a generalidade do resultado.

Quanto à legislação tributária, o fim é a arrecadação do imposto. Os meios para tanto são diversos, tais como: multa e mora administrativa sobre o atraso no pagamento; inscrição em dívida ativa (Cadin[30]), limitando o crédito do devedor; pena privativa de liberdade e pena pecuniária (na esfera judicial criminal); possibilidade de, o devedor tributário, ter seus bens seqüestrados cautelarmente pela medida do Decreto-Lei 3.240/91[31]; interdição da pessoa jurídica; etc.

Imenso são os ‘meios’ à cobrança do imposto, a nosso ver, em demasia, uma vez que as escolhas legislativas não “simplesmente promovem o fim”, e sim “promovem a qualquer custo”, independente de direitos e garantias constitucionais, fazendo do Direito Penal (que prevê ao crime tributário pena privativa de liberdade e pena pecuniária, cumulativamente) uma ferramenta arrecadatória do Estado, olvidando-se de diversos fundamentos e alicerces garantistas.

2.2 Exame da necessidade

Este exame envolve a verificação da existência de meios alternativos àquele escolhido pelo Poder Legislativo ou Executivo, e que possam promover igualmente o fim, sem restringir os direitos fundamentais afetados pelo outro caminho.

Para tanto, esta investigação envolve duas etapas: a) o exame da igualdade de adequação de meios (para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e b) o exame do meio menos restritivo (para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados)[32].

O primeiro exame, da igualdade de adequação de meios, perfaz-se em comparar os possíveis efeitos da utilização das medidas alternativas e os do meio escolhido pelos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, estes efeitos registram-se sob os enfoques da qualidade, da quantidade e da probabilidade, dificultando a escolha mais adequada. Alguns promovem o fim mais rapidamente, outros com menos dispêndios, outros com maior simplicidade, e assim continuam as probabilidades resultantes[33].

Acerca da escolha dos meios, Humberto Ávila[34] aconselha buscar o meio que respeite os fundamentos, em especial a separação dos Poderes, conforme expõe:

Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos Poderes o exigem.

Quanto ao segundo exame, a verificação do meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave e menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, caso contrário, em casos excepcionais, pode-se, com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais dos atingidos por ela.

Neste sentido é o exemplo citado anteriormente acerca da inconstitucionalidade da lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, pois impunha ônus excessivo às companhias, que deveriam adquirir balança para cada veículo, além do fato de que esta ‘proteção’ aos consumidores poderia ser preservada por outras formas menos restritivas (outros meios do que o adotado na lei julgada inconstitucional).

O maior problema deste exame pauta-se quando os meios são diferentes, tanto no grau de restrição dos direitos fundamentais, quanto no grau de promoção da finalidade.

A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção, torna-se complexa quando se deve escolher entre um meio que “restringe pouco um direito fundamental mal, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim, mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental”[35]. Assim posto, temos que, no ordenamento jurídico penal-tributário, se desrespeita vários limites constitucionais, como, por exemplo, o impedimento de prisão por dívida, previsto na Carta Magna, art. 5º, LXVII[36], uma vez que a previsão criminal da dívida tributária (crime de sonegação fiscal) fere, inclusive, tratados internacionais, como o Pacto San José da Costa Rica, art. 7.º, item 7[37], além de outros direitos fundamentais, comprovando-se que os meios escolhidos são altamente restritivos de direitos.

2.3 Exame da proporcionalidade em sentido estrito

Este exame exige que se compare a importância do fim almejado com a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, ponderando-se se as vantagens do fim são

proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio. Esta constatação pode registrar-se complexa, pois o julgamento depende de avaliação subjetiva[38].

Normalmente, um meio é adotado em prol de uma finalidade de interesse coletivo, pública, porém sua adoção resulta na restrição a direitos fundamentais.

As diversas penalidades, tanto administrativas quanto criminalmente cominadas aos ilícitos tributários registram-se desproporcionadas à conduta em si, pois podem existir causas legítimas para o inadimplemento do tributo das quais a legislação não quer saber, dando as costas às possibilidades de excludentes de ilicitude, a exemplo, o estado de necessidade, que verifica-se, de fato, quando o empresário deixa de recolher o imposto devido em virtude de crise financeira, tendo que escolher entre o pagamento de, por exemplo, a energia (que pode ser cortada)/o salário de empregados/o fornecedor de matérias-primas essencial à continuidade da produção e o tributo devido.

3. Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade é de suma importância no controle dos atos do poder público, vez que possibilita a inserção do Poder Judiciário em apreciações que não se vinculam a aspectos meramente formais, onde a razoabilidade permite um controle que possibilite aferir questões de justiça, buscando a observância de valores fundamentais esculpidos na Carta Política.

Luís Roberto Barroso[39] conceitua a razoabilidade como sendo “um parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”, onde, este princípio, seria uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir maior valoração dos atos expedidos pelo poder público, realizando análise da compatibilidade com o sistema de valores elencados na Constituição.

José Afonso da Silva[40] afirma que o princípio da razoabilidade transformou-se num postulado genérico da legalidade, exigindo que os atos públicos se compatibilizem com a noção de um direito justo, dando ampla abertura para a possibilidade de questionamento judicial acerca do mérito dos atos legislativos e administrativos, permitindo, aos juízes, exercer um efetivo controle no tocante à razoabilidade e à racionalidade das legislações, “que não devem ser arbitrárias, implausíveis ou caprichosas, mas meios idôneos, hábeis e necessários ao atingimento da finalidade constitucionalmente válida”, exigindo-se indispensável relação de congruência com o fim a que se destinam.

Humberto Ávila[41] traz exemplo acerca de irrazoabilidade da legislação tributária: a imposição de multa de mora de 60% por um dia de atraso no pagamento de um tributo pode ser vista pelos três exames: verificar se essa regra geral aplica-se ao caso individual, se não havia outro meio para atingir o fim, se os efeitos benéficos superam os maléficis[42], e se a obrigação tributária não fere o núcleo de um direito fundamental (tal como o direito de propriedade).

Analisando o caso concreto enfocando o princípio da razoabilidade, temos a irrazoabilidade da multa quando da falta de equivalência entre o montante da multa e a gravidade da conduta a ser punida, uma vez que não há proporção entre o montante da multa e a falta cometida.

Na ordem tributária, o princípio da razoabilidade deve constantemente ser verificado, principalmente a evitar tributos de natureza confiscatória devido à elevada carga tributária.

Registrado através do artigo 150, IV, da CF, que descreve: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV – utilizar tributo com efeito de confisco”, o princípio do não confisco significa que o poder de tributar não pode alcançar o poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio[43].

Nesse sentido, nossa Corte Suprema[44]:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/u os rendimentos do contribuinte.

Assim, a razoabilidade é utilizada em contextos variados e com inúmeras finalidades, registrando várias acepções, das quais três se destacam, são elas: razoabilidade como equidade, razoabilidade como congruência e razoabilidade como equivalência, o que sucintamente passamos a analisar.

3.1 Razoabilidade como equidade

Primeiramente, a razoabilidade é utilizada como diretriz, exigindo a relação das normas gerais com as particularidades do caso concreto, a demonstrar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, moldando-se em virtude das especificidades daquele quadro real, presumindo-se como verdadeiros os acontecimentos que se pautam dentro da normalidade[45].

Analisemos o seguinte exemplo: um advogado requereu adiamento do julgamento do Tribunal do Júri alegando ser defensor de outro caso complexo que seria julgado à mesma época, o que foi deferido. Passado este julgamento, repetiu o pedido de adiamento devido a recomendação médica de repouso por duas semanas, o que restou indeferido pelo julgador, que o considerou como sendo um descaso para com a Justiça, imaginando meio malicioso de adiar o julgamento.

Na data e hora marcada, o juiz-presidente nomeou advogado dativo que assumiu a defesa, mesmo após o réu afirmar que seu advogado não estava presente, o que resultou uma péssima defesa.

Em sede de *habeas corpus*[46], impetrado pelo advogado contratado, tal decisão sustentou não parecer fora de razoabilidade que o advogado, que patrocinava causas complexas, cujo julgamento ocorria em época similar, pedisse o adiamento, e, posteriormente, reiterar o pedido devido a problemas de ordem maior, afirmando que é razoável presumir que as pessoas falam a verdade e agem de boa-fé, além do que, o acontecido julgamento resultou em cerceamento de defesa do acusado.

Deve-se presumir o que normalmente acontece, jamais o extraordinário, onde a razoabilidade deve atuar como instrumento a determinar que as particularidades do fato concreto devem ser consideradas com presunção de estarem dentro da normalidade. Dessa forma, a razoabilidade exige a interpretação, com a finalidade de preservar a eficácia dos princípios envolvidos no caso em questão[47], como o princípio da ampla defesa, no caso acima mencionado.

Para melhor visualização, vejamos o seguinte exemplo que envolve a esfera tributária[48]: uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte, se viu excluída desta condição por ter infringido imposição legal de não efetuar a importação de produtos. Realmente a empresa importou quatro pés de sofás (para um só sofá, portanto), uma única vez.

Em grau de recurso, a decisão proferida acatou a tese de que tal exclusão viola o princípio da razoabilidade, na medida em que uma interpretação dentro do razoável indica que ela deve ser realizada em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei. Assim, apesar de infringir a regra legal da não importação, sua consequência não comprometeu a promoção do fim que justifica o regime tributário especial que é o estímulo da produção nacional por pequenas empresas[49].

Constata-se que a regra geral aplicável à generalidade dos casos, não foi aplicável ao caso individual, necessitando-se avaliar a aplicabilidade de uma regra ao caso concreto.

Conclui-se, portanto, que a razoabilidade “serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação”, onde ela atua na interpretação das regras gerais como fruto do princípio da justiça[50].

3.2 Razoabilidade como congruência

A princípio, a razoabilidade como congruência significa harmonizar as normas com as condições externas de aplicação, ou seja, as decisões normativas devem repousar em causas suficientes e existentes, reais, jamais em situações fictícias, pautando-se sob a razoabilidade.

Vejamos o seguinte caso[51]: uma lei estadual instituiu adicional de férias de um terço aos inativos, que, levantada em juízo, foi considerada indevida, por traduzir uma vantagem destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, uma vez que o referido adicional de férias só deve ser pago a quem tem férias[52].

No exemplo, em razão de atos legislativos de conteúdo arbitrário e irrazoável, obteve-se a anulação do adicional de férias a quem não tinha direito a elas. “Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal”[53].

Num segundo plano, a razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Conforme constata-se no seguinte exemplo[54]: o Poder Executivo editou medida provisória para ampliar o prazo de decadência de dois para cinco anos, para a propositura de ação rescisória pela União, Estados ou Municípios. O julgamento baseou-se no fato de que o Poder Público já possui algumas prerrogativas de vantagens, e que o Direito não pode servir para agravar as desigualdades. Tal medida foi considerada inconstitucional devido ao fato de que tratava-se de discriminação arbitrária, vez que violava os princípios da igualdade e do devido processo legal[55].

Assim constata-se que o postulado da razoabilidade exige correlação entre o critério de distinção utilizado pela norma e a medida por ela adotada, ou seja, analisa-se o critério e a medida (não a relação entre o meio e o fim, que compreende o postulado da proporcionalidade), onde diferenciar, sem razão, é violar o princípio da igualdade.

Neste contexto, verifica-se o conflito quanto o direito constitucional ao silêncio[56] e o dever de informar, na esfera tributária. Vejamos: o Direito Tributário define o dever do contribuinte de informar ao Fisco, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.137/90 (que define como crime a supressão ou redução de tributo) que reza

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

Concomitantemente, a Constituição Federal garante o direito ao silêncio, e este não poderá ser usado em seu prejuízo. Por conseguinte, evidente a inconstitucionalidade da regra tributária-penal, uma vez que defere, à autoridade tributária, a definição de elementos do tipo, importando olvidar as determinações da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[57] e de todos os demais textos que fundamentam os direitos humanos[58], inclusive a própria Constituição.

Célio Armando Janczeski[59] sustenta que

O contribuinte não está obrigado a prestar aos agentes fiscais, informações sobre questões que poderão incriminá-lo, podendo utilizar-se do direito ao silêncio, sempre que entenda que isto é melhor do que sua manifestação, sem por isso ficar sujeito a responder por ilícito penal tributário.

Nestes argumentos, concretiza-se inadmissível que o exercício de um direito constitucionalmente assegurado possa configurar um crime, registrando-se irrazoável exigir a auto-incriminação.

3.3 Razoabilidade como equivalência

Entre a medida e o critério adotado por certa norma, exige-se equivalência. Isso se extrai no seguinte caso: o STF declarou inconstitucional a criação de taxa judiciária de percentual fixo, considerando que, em alguns casos, esta registrar-se-ia demasiada alta a ponto de impossibilitar o exercício do direito fundamental da obtenção de prestação jurisdicional, além de não ser razoavelmente equivalente ao custo real do serviço[60].

Assim, o exame a razoabilidade investiga a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação. O exame da proporcionalidade investiga a relação entre a medida adotada, a finalidade a ser atingida e o grau de restrição causado nos direitos fundamentais atingidos. O exame da proibição de excesso avalia a existência de invasão no núcleo essencial de um princípio fundamental. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da razoabilidade: esse exige a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins[61].

Considerando as particularidades dos sujeitos atingidos pela norma penal-tributária, constata-se a falta de equivalência que se procede à causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários, que se concretiza quando do pagamento da dívida fiscal. Vejamos: o sujeito que paga o montante devido têm extinta sua punibilidade, e não sofrerá sanção penal de nenhuma natureza, e aquele que não possui condições financeiras de efetuar o pagamento, estará sujeito às mazelas da lei penal. A própria lei exclui do benefício

(deixar de ser criminoso) aquele que não pode arcar com o pagamento, registrando a falta de equivalência que o tratamento legislativo promove àqueles que podem pagar.

Outra questão acerca da causa de extinção da punibilidade pelo pagamento, é o fato de que, sob os critérios jurídico-penais, o ressarcimento do dano causado pela conduta delituosa é apenas considerada, nos demais crimes, como causa de diminuição da pena, e não como causa extintiva da punibilidade. Ao criminoso tributário, abre-se no direito penal uma brecha pelo pagamento, confirmando, desta forma, o interesse arrecadador do Estado, em conformidade com os ensinamentos de Rodrigo Sánchez Rio[62]: “Portanto, no sistema legal brasileiro, prevalecem os fundamentos de natureza político-fiscal: arrecadação por meio da instrumentalização do sistema penal. E isto não é nenhuma novidade”.

4. Princípio da Proibição de Excesso

O princípio/postulado da proibição de excesso funciona como limite às imposições que restrinjam liberdades e direitos fundamentais, em especial os constitucionalmente definidos.

Muitos autores, como Gilmar Mendes[63], sustentam que este princípio é derivado do princípio da proporcionalidade, “como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade”.

Ao presente estudo, destacaremos este princípio separadamente devido orientação de Humberto Ávila, que, em sua doutrina, não os confunde.

A proibição de excesso encontra-se presente em todo o ordenamento jurídico, a atuar quando um direito fundamental esteja sendo restringido. Por este motivo não se confunde com o princípio da proporcionalidade, que pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim[64]. Assim, o princípio da proibição de excesso depende de estar, um direito fundamental, sendo restringido excessivamente.

Humberto Ávila[65], quanto à eficácia de direitos fundamentais na esfera tributária, pondera

Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).

Há mais de meio século o Supremo Tribunal Federal vêm ratificando a proibição de excesso, conforme se constata quando, na década de cinqüenta, decidiu negar provimento a Recurso Extraordinário por entender excessiva e desproporcional a majoração do imposto de licença sobre as cabinas de banho. No presente caso, a recorrente sustentou que a imposição do alto imposto lhe cercearia a atividade, afrontando o princípio da liberdade de profissão, previsto, então, no artigo 141, § 14 da CF de 1946[66].

No presente julgamento, o voto do Min. Orosimbo Nonato referiu-se à decisão da Suprema Corte Americana quando relatou que “o poder de taxar somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade”.

Conhecido mundialmente, o princípio da proibição de excesso é respeitado e aplicado nos países democráticos, tal como estabelecido pelo legislador português, conforme afirma Canotilho[67], “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”.

A diferenciação dos princípios da proibição de excesso e da proporcionalidade pode ser entendida da seguinte forma: imagine-se que a promoção de uma finalidade pública corresponde ao grau 1 – o que não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4 – portanto, a medida seria considerada desproporcional em sentido estrito. Assim, proibição de excesso indicaria que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 4, vez que representaria o grau não passível de invasão, independentemente da finalidade justificadora[68].

Para Humberto Ávila[69], o postulado da proporcionalidade não se confunde com o da proibição de excesso: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim a ser atingido, enquanto que a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.

Sob o enfoque constitucional das limitações ao poder de tributar, firmado no art. 146, II, que estabelece à lei complementar regular tais funções, ela própria já as estabelece mediante princípios constitucionais da tributação, que são plenamente eficazes, no sentido de não dependerem daquela lei complementar para sua incidência direta e imediata no ordenamento jurídico[70].

Acerca da quantidade de pena, Luigi Ferrajoli[71] sustenta que o caráter convencional e legal do texto retributivo, que liga a sanção ao ilícito penal, exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade, onde o princípio da proporcionalidade perfaz-se corolário dos princípios da legalidade e da retributividade, que tem nestes, seu fundamento lógico e axiológico.

Analisando o princípio da proibição de excesso à luz dos demais postulados anteriormente pautados, chegaremos ao princípio “ne bis in idem”[72], segundo o qual um único ilícito não justifica a imposição de duas ou mais sanções ao infrator[73]. Repassando, agora, a concretude destes princípios no ordenamento penal-tributário, verificamos a existência de aplicação cumulativa de sanções administrativas e penais como conseqüência do mesmo delito, apesar da autonomia das instâncias.

Vejam os porquê: um ilícito de sonegação fiscal, na esfera administrativa, ver-se-á aplicada uma pena de multa, acrescidos dos juros de mora, a constituir a dívida tributária, além de outras sanções permitidas à disposição do Fisco, tais como a não autorização da impressão de notas fiscais; o fechamento temporário das atividades da empresa; requerimento da medida cautelar real de seqüestro de bens conforme Decreto-Lei 3.240/41; etc.

Na esfera penal, uma vez constituída a dívida fiscal e ocorrido o ilícito contra a ordem tributária, novamente falar-se-á em sanções, agora privativa de liberdade cumulada com pena pecuniária^[74], ou seja, mais duas penalizações criminais, uma, a princípio, privativa de liberdade, a qual poderá, ao final da sentença condenatória, ser substituída por pena restritiva de direitos ou pena pecuniária; e outra pena pecuniária (cumulada com a privativa de liberdade, na esfera penal), que deverá, em tese, ser apurada conforme as possibilidades de pagamento do condenado^[75].

Assim, restam possíveis três tipos de pena, uma pecuniária, no âmbito administrativo, uma segunda, privativa de liberdade, no âmbito penal, e uma terceira pena de multa, igualmente penal.

Conclui-se que, a regra da vedação da cumulatividade das penas não vêm sendo respeitada nestes delitos, comportando desproporção entre o ilícito e a sanção.

É verdade que a legislação e a jurisprudência brasileiras admitem a acumulação de penalidades administrativa e criminal, o que entendemos não ser válida pelo fato de afrontar os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso. Mesmo porque, a autonomia dos ramos do Direito é simplesmente didática, e sua invocação insuficiente para justificar a aplicação de sanção administrativa e penal em virtude do mesmo fato, conforme entendimento doutrinário de Hugo de Brito Machado ^[76]

O problema da dupla punição, administrativa e penal, aliás, não está propriamente na existência de duas punições pecuniárias, ou de uma punição pecuniária e outra restritiva de direitos, ou da liberdade. O problema está na duplicidade de julgamentos, na duplicidade de órgãos punitivos, não tendo um órgão controle sobre a aplicação da sanção pelo outro. Isto faz, invariavelmente, com que não seja dosada a proporcionalidade da pena à infração, razão pela qual entendemos que o ideal seria não cumular punições administrativas e penais.

Neste prisma, estaria vedada a imposição de dupla sanção ou a instauração de novo processo administrativo, quando se verificar a presença da tríade: mesmo sujeito, mesmo fato e mesmo fundamento (desde que não presentes hipóteses como concurso material ou ilícito continuado), uma vez que os critérios de análise são os mesmos, o bem juridicamente tutelado é, igualmente, idêntico.

A dignidade constitucional abarca este direito fundamental, tornando-se uma garantia ao cidadão de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo fato, conferindo-lhe a possibilidade de se defender contra atos estatais de duplo julgamento[77].

Só assim concretizar-se-á os princípios da legalidade, da proporcionalidade e do “non bis in idem”, evitando a incidência de duplo (ou triplo) apenamento por autoridades administrativa e judiciária, comumente julgadas nos dias atuais, que concretiza a aplicação de multas altíssimas na esfera administrativa, e, posteriormente na esfera penal, sanções pecuniária cumulada com privativa de liberdade, restando a aplicação de três sanções, além das possibilidades de outras medidas cautelares prejudiciais ao acusado no decorrer de ambos os processos.

5. O controle dos princípios pelo Judiciário

Humberto Ávila[78] acentua que “o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais”. Neste diapasão, a justificação à restrição a um direito fundamental deve passar por um grande filtro constitucional, avaliando-se os bens jurídicos afetados pela medida, e sua hierarquia no ordenamento jurídico, elevando-se os protegidos constitucionalmente.

Gilmar Mendes[79], advertindo acerca dos limites ao Legislativo, defende:

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais.

Acerca do controle jurisdicional, temos, na lição de Caio Tácito[80]:

A Atribuição ao Judiciário do controle de leis mediante juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade.

Canotilho[81], defendendo a validade e eficácia dos princípios estruturantes, sustenta que estes se condicionam reciprocamente e devem ser aplicados pelos Três Poderes, resultando um limite ao domínio estatal. E esta aplicação não fere o princípio da separação dos poderes, vez que se assenta em bases democráticas, não podendo nenhum dos órgãos do poder político ser concebido às margens de outras vontades.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário[82], examinou a constitucionalidade de parte do Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, onde o contribuinte inadimplente pelo não pagamento do ICMS poderia ter acesso apenas a notas fiscais avulsas. A Corte Maior, além de examinar acerca da ‘proibição de excesso’, manifestou-se no sentido de que a medida tributária equivale a um ‘meio desproporcional’ para obter o adimplemento do tributo. Destacou o Min. Cezar Peluso: “como bem antecipou o Ministro Gilmar Mendes, a ofensa é ao princípio da proporcionalidade, porque o Estado está se valendo de um meio desproporcional, com força coercitiva, para obter o adimplemento do tributo”.

Incumbe ao Judiciário ‘avaliar a avaliação’ feita pelo Legislativo ou Executivo, referente ao meio adotado, vez que esta escolha deverá ser a que melhor promova a finalidade pública que a motivou. A ele cabe verificar se o legislador fez uma análise objetiva e sustentável, técnica e fática, esgotando as fontes de conhecimento para prever os efeitos de determinada regra da maneira mais segura possível, conforme ensina Humberto Ávila[83]

Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.

Tratando de fato corriqueiro, como o do contribuinte devedor de crédito tributário, que ainda questiona a dívida em processo administrativo e a têm inscrito no Cadin, inscrito em dívida ativa, além de correr o risco de ser alvo de medidas muito mais restritivas, registram-se arbitrárias, abusivas e desproporcionais, uma vez que o débito, em si, ainda não foi confirmado, nem administrativa, nem judicialmente, todavia, o crédito do contribuinte foi gravemente abalado[84].

Acerca do assunto, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro[85]

Evidentemente, erra o Judiciário ao substituir uma penalidade por outra, porque invade área de competência da Administração Pública; mas acerta de reconhecer os excessos desta última, quando ela aplica sanções desproporcionais ou inadequadas em relação às infrações praticadas; isso ocorre, especialmente no caso de penas pecuniárias, que

devem ser fixadas em limites razoáveis, de modo a não assumir caráter confiscatório, nem onerar excessivamente a atividade profissional exercida lícitamente.

Nos dias modernos, não há dúvidas de que o guardião da Constituição é o Judiciário, principalmente na figura de sua Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal, a quem sujeita-se a análise dos fatores criminalizantes da ordem tributária sob a égide dos princípios constitucionais, uma vez que sua prerrogativa é afirmá-los, reconstruindo uma aplicação, na ordem tributária, mais condizente com a realidade do país, todavia, evitando a ocorrência de uma ‘ditadura dos juízes’[\[86\]](#).

Neste sentido, necessária a avaliação das normas tributárias e penais-tributárias, a fim de que sejam alvo do crivo da Corte Constitucional, consertando os excessos da legislação.

6. A desproporção entre o tributo brasileiro e as sanções previstas ao ilícito tributário

Analisando o direito penal-tributário à luz dos princípios aqui pautados, tem-se que o crime fiscal não possui uma justificação ética, e questionável sua legitimidade. Neste sentido, contribui Gonzalo Rodríguez Mourullo[\[87\]](#), quando sustenta

La criminalización de la infracción tributaria puede responder a dos planteamientos diferentes: puede ser el fruto de la convicción de que se ha logrado un sistema fiscal, dentro de lo que sabe, justo, merecedor del respeto de todos y de que, por tanto la infracción tributaria resulta intolerable, o puede ser el producto de la comprobación estadística de que casi todo el mundo defrauda y que, por consiguiente, es preciso desencadenar el terror penal para que la gente satisfaga los tributos.

El primer planteamiento parece acertado. El segundo inadmisibile, porque pretende usar la pena criminal, con fines meramente utilitaristas, para encubrir en definitiva un fracaso del propio sistema fiscal.

Quanto ao sistema tributário brasileiro, Hugo de Brito Machado[\[88\]](#) critica: “Não se pode, a rigor, dizer que o sistema tributário brasileiro é justo. Pelo contrário. Se justa é a tributação proporcional à capacidade econômica, pode-se afirmar que o nosso sistema tributário é injusto”.

Saliente-se que a carga tributária brasileira vêm registrando, nas últimas décadas, sucessivos aumentos[\[89\]](#). Desde a Constituição de 1988, a média tributária, que era de 20,01%, cresceu mais de 16% até 2008 (36,60%), sem considerar que há setores dos

quais a carga pode ultrapassar a 50%^[90]. Esta evolução do quadro tributário vêm sendo sentida tanto por pessoas físicas quanto por jurídicas.

A carga tributária brasileira é desproporcional ao serviço público prestado. A saúde, as estradas, a segurança, o ensino, são exemplos de áreas importantes e mal-administradas pelo Estado, que “não garante aos cidadãos contribuintes o direito de usufruir a riqueza que lhes sobra depois de pagar os impostos”, sendo obrigados a destinar tais recursos para suprir suas necessidades mais básicas^[91].

Ives Gandra da Silva Martins^[92], analisando as sanções administrativas e penais de 1982 aos dias atuais, pondera

De lá para cá, a pressão tributária brasileira cresceu, as sanções se multiplicaram, penais e administrativas, tornando a política fiscal injusta para o brasileiro, sujeito à mais alta carga do mundo, se vinculada ao nível medíocre do retorno em serviços públicos.

Canotilho^[93], comentando as políticas fiscais portuguesa, constata alguns desenvolvimentos políticos recentes, que visam diminuir a carga fiscal, por ela representar uma restrição da liberdade e da propriedade das pessoas da empresa, com relevante doutrina defendendo uma nova forma de gestão pública, onde as prestações públicas devem ser pagas pelos beneficiários, e não pelos contribuintes em geral, por meio de serviços gratuitos.

José Casalta Nabais^[94] sustenta que as matérias tributáveis devem ser pautadas pela idéia de proporcionalidade, “um princípio que, não obstante a sua permanente afirmação, está longe de ser devidamente observado pelo legislador fiscal”, principalmente no tocante aos chamados ‘deveres assessórios’, que são incluídos aos impostos, submergem as empresas, deixando-as quase sem fôlego para respirar.

O Fisco, no Brasil, costuma descumprir com suas obrigações, como, a exemplo, quando da restituição do indébito tributário, no reconhecimento do direito à compensação de tributos pagos indevidamente, no reconhecimento de imunidades e isenções e na outorga de estímulos legalmente reconhecidos. O Fisco não concretiza nem o expresso no Código Tributário Nacional, art. 212, que determina a consolidação das normas tributárias em texto único, o que remonta enorme confusão legislativa devido à numerosa quantidade de leis tributárias, muitas, inclusive, confusas e complicadas^[95].

Neste sentido, não é razoável exigir do contribuinte tamanho rigor em relação às suas normas, mesmo porque, é de longa data que se clama pela lendária ‘reforma tributária’.

A ausência ou má qualidade dos serviços públicos, o mau exemplo dos governantes, a complicada legislação tributária, a alta carga tributária e o tratamento tributário injusto, leva-nos a concluir desproporcional, irrazoável e em excesso a quantidade de sanções cominadas, tanto administrativa, quanto criminais, levando-nos à conclusão de que a criminalização dos ilícitos contra a ordem tributária, além de imoral, não é legítima,

configurando uma ferramenta estatal com finalidade arrecadatória, olvidando-se as garantias constitucionais destinadas à proteção do cidadão.

7. A proibição de excesso pelo Judiciário

Analisemos o seguinte Habeas Corpus que confirmou decisão do Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de Curitiba (PR):

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. MEDIDA PREVENTIVA DESTINADA A IMPEDIR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ADMINISTRAR A EMPRESA, CUJOS GERENTES OMITEM, REITERADAMENTE, O RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. VIABILIDADE DIANTE DA INUTILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.

1 – Se os gerentes, de forma contumaz, omitem o recolhimento de tributos devidos, tipificando conduta criminal, o Estado tem que evitar a reiteração do crime;

2 – De nada adiantaria o recolhimento dos responsáveis à prisão, de onde persistiriam na orientação aos prepostos, sofrendo, ademais, o efeito deletério do convívio prisional;

3 – A prevenção se fará pela interdição do direito de administrar a sociedade, nomeando-se administrador da confiança do juiz, que zelará para que se ajuste o empreendimento a uma finalidade lucrativa, mas também ética;

4 – Eventualmente aplicada a pena substitutiva da interdição desse direito, nada impede que se aplique o instituto da declaração, por analogia;

5 – Se é possível interditar estabelecimento, muito mais a gerência da empresa, que constitui reação estatal menos onerosa ao acusado da prática de crime;

6 – Nos crimes econômicos a contumácia só é obstada com a retirada do instrumento do delito, que é a disponibilidade do poder de gerência empresarial.

7 – Ordem denegada[96].

O processo trata de dois denunciados pelo não pagamento de tributos, com medida preventiva consistente na interdição do direito de administrar a empresa, passando esta a ser gerenciada por pessoa designada pelo juiz.

Primeiramente temos que a medida imposta caracterizou instrumento do Estado para cobrar o imposto devido, deixando-se de lado princípios constitucionais, que sustentam a defesa das liberdades, onde tal medida caracterizou instrumento coercitivo de cobrança do tributo aparentemente devido. Destaque-se que a ordem jurídica já coloca à

disposição do Estado outros meios para ver cobrado o imposto, meios estes que já contam com enormes privilégios quanto às demais cobranças de dívidas de cidadãos comuns.

Segundo constata-se que a medida restritiva fere direitos fundamentais, tais como: princípio que proclama que não existe pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX) – a medida aplicada pelo julgador e ratificada pelo Tribunal ultrapassa as genericamente apontadas no art. 47 do Código Penal, que são: a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; c) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Além destas, outras previstas em lei especial, como a proibição do exercício do comércio, contemplada no art. 195 da Lei de Falências^[97].

As leis que tratam da ordem tributária não cominam penas dessa natureza, de forma que impede o juiz de utilizar analogias, que dirá analogias irreais, vez que não há legislação que preveja a substituição, pelo julgador, de administrador de empresa, e, o que é pior, em sede de cautelar.

Registre-se que a interdição de estabelecimento foi afirmada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula 70: “(...) inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”, da Súmula 323; “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo”, e da Súmula 547: “não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

Neste sentido, se a medida de interdição do estabelecimento já se constata ilegal, mais ilegal ainda é admitir a interdição do direito do acusado gerenciar a empresa, e, se absurdo jurídico, validar a nomeação de um gerente, em substituição daqueles que se interditou.

Hugo de Brito Machado^[98] posiciona-se:

Afirmar a possibilidade de sanções administrativas ditas *políticas*, ou de sanções penais, capazes de constranger o contribuinte, obrigando-o a pagar um tributo sem oportunidade para questionar a legalidade, ou a constitucionalidade, de sua exigência, é negar o elemento sistêmico e a supremacia constitucional. Negar o elemento sistêmico porque tal interpretação torna inúteis as normas que regulam a constituição e a cobrança do crédito tributário, e assim, negar também a supremacia constitucional, tornando inúteis as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, além da própria garantia substancial de que ninguém será obrigado a pagar tributo que não esteja previsto em lei.

Tal decisão, erroneamente reafirmada pelo órgão superior, feriu o direito de propriedade, pois violenta a vontade dos sócios da empresa, colocando em risco o patrimônio; feriu o direito da livre iniciativa, vez que lhes foi retirado o poder de

exercer a administração; feriu o princípio da ampla defesa, pois a empresa preferiu pagar a dívida e garantir alguns de seus direitos, abrindo mão de outros, como o do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição; e dentre outros, os analisados no presente estudo.

Feriu o princípio da proporcionalidade, que exige o exame de adequação, demonstrando que o meio escolhido não pautou-se dentre aqueles disponíveis. Igualmente quanto ao exame da necessidade, significando dizer que as vantagens na utilização do meio são infinitamente menores do que as desvantagens, uma vez que violou fundamentos, em tese invioláveis, do Estado Constitucional. E, realizando o exame da proporcionalidade em sentido estrito, constata-se mais violado ainda, vez que tratou de prática de atos arbitrários do Estado perante o cidadão, contrários ao fundamento constitucional da livre iniciativa.

Feriu o princípio da razoabilidade: razoabilidade como equidade, pois a medida restritiva de direitos ultrapassa as normalmente utilizadas para a efetivação da cobrança tributária; razoabilidade como congruência, vez que tal medida restou desconcatenada com a realidade e com as normas pré-postas, tratando de regra inexistente na atual legislação, ferindo todo o ordenamento jurídico; e a razoabilidade como equivalência, pois impossibilitou o exercício dos direitos fundamentais da livre iniciativa e da propriedade privada, além de não ser razoavelmente equivalente à administração de empresa, pessoa estranha ao negócio comercial, podendo resultar em incalculáveis danos, materiais e morais.

Feriu o princípio da proibição de excesso, pois ultrapassou o limite que pode restringir liberdades e direitos fundamentais, em especial os constitucionalmente definidos.

Conclui-se que, com medidas dessa natureza, o Judiciário deixa de ser um órgão de proteção de direitos, passando a caracterizar um eficiente cobrador de impostos, fato que jamais deve ser repetido, que dirá confirmado por Tribunais Superiores.

8. Direito de resistência

A resistência a uma ordem que ofenda direitos, liberdades e garantias perfaz-se legítima^[99]. Este direito compreende e legitima a ação de não se cumprir uma ordem que seja ofensiva a direito, liberdade ou garantia, tendo sua aplicação perante particulares ou órgãos públicos^[100].

Nesse sentido, o contribuinte que crê incorreto a aplicação de certo tributo, encontra-se legitimado a não efetuar o respectivo pagamento, questionando-o administrativa e/ou judicialmente, no exercício do direito de resistir.

Uma vez que o contribuinte ainda encontra-se questionando a veracidade do débito fiscal, por acreditá-lo errado, não pode este ser punido antecipadamente, através de medidas penalizadoras que antecedem o trânsito em julgado da causa, mesmo porque, à caracterização da conduta criminosa de redução ou supressão de tributos, é necessário a

comprovação do dolo[101], o que nem sempre encontra-se presente nos casos cotidianos.

Não se pode olvidar que a atuação do contribuinte se presume realizada de boa-fé, correspondendo ao Fisco a prova de que a conduta preencheu-se de dolo.

O art. 21 do Código Penal determina que, enquanto o desconhecimento da Lei é inescusável, o erro sobre a ilicitude do fato isenta o agente de pena. Assim, o erro de proibição, consistente na impossibilidade do agente conhecer todos os meandros da legislação tributária, não configura o dolo, e, portanto, o crime. Nesse sentido, Andréas Eisele[102] sustenta que a hipótese de desconhecimento sobre a ilicitude do fato seja por ignorância da lei, ou interpretação diversa dela, pode ser resultado da deficiente técnica legislativa empregada no ordenamento jurídico tributário, muitas vezes induzindo o leitor ao erro.

Assim, a jurisprudência

Habeas corpus – Erro de interpretação da lei tributária – Ausência de fraude – A errônea exegese da lei tributária quanto ao cálculo correto do ICMS no lançamento de crédito, em face da diferença de alíquotas praticadas nos estados de destino e no de origem, ausente o elemento fraude, não configura a infração tipificada no art. 1º, incs I e II, da Lei nº 8.137/90[103].

Temos que haverá casos em que o contribuinte, de fato, não praticou a conduta delitiva dolosamente, e, sim, de forma culposa, conduta esta não abrangida pela legislação penal-tributária, cabendo ao Fisco respeitar o princípio da boa-fé nas ações dos cidadãos, e, para provar o contrário, não pode ultrapassar os limites impostos na Carta Magna.

Conclusão

As leis ordinárias devem ser revestidas pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, com o objetivo de enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados na realidade social, surgindo a necessidade de ponderá-los à luz do caso concreto, contra-balanceando realidade e norma, em verificação permanente, a fim de evitar injustiças legitimadas.

No exame da razoabilidade analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e a falta que ela visa a punir.

No exame de proporcionalidade investiga-se a norma que instituiu a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido, e em que medida os outros princípios serão restringidos (aqui vêm à tona a restrição maior ou menor aos princípios fundamentais).

No exame da proibição de excesso analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não está sendo atingido no seu núcleo.

Com a verificação, pelo Judiciário, dos princípios ora pautados aos atos administrativos editados com fundamento no poder discricionário estatal, cumpre-se os valores fundamentais consolidados na Constituição, apesar de argumentos contrários sob a teoria do mérito do ato administrativo e o princípio da separação dos poderes, o que não se sustenta, uma vez que inegável a importância efetiva destes postulados para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Partindo da premissa de que não há atos que estejam imunes ao controle jurisdicional, nos moldes da Constituição, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso poderão ser inculcados no cotidiano jurídico penal-tributário, evitando-se, desta forma, a lesão a direitos constitucionalmente postos.

A análise principiológica do caso tributário em concreto pode evitar o desvirtuamento da discricionariedade administrativa, cabendo ao Poder Judiciário aplicá-los.

De igual é a importância do próprio Judiciário bem aplicar os mesmos princípios, a evitar decisões desproporcionadas e em excesso, ponderando-se os valores constitucionais, como bem observou Ruy Barbosa^[104]: “de nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão”.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. **Diário Oficial da União**, 31 de dez. 1941.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 28 de dez. 1990

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade – um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas, SP: Millennium, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007.

_____. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa e a Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

EISELE, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NABAIS, José Casalta. *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães., ELALI, André., SANT'ANNA, Carlos Soares (coord.). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – parte geral*. vol. I. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Juracy C. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

[1] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121.

[2] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122 e ss.

[3] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122 e ss.

[4] Willies S. Guerra Filho.

[5] Martin Borowsky.

[6] Lothar Michael.

[7] Ricardo Lobo Torres.

[8] Humberto Ávila.

[9] Humberto Ávila.

[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 56 e ss.

[11] CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade – um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 138.

[12] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120-121.

[13] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 161.

[14] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 392-393.

[15] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 107.

[16] Beccaria sustentava a proporção entre os delitos e as penas, dentro outras esferas da proporcionalidade.

[17] BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140.

[18] *Apud* CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade – um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 167.

[19] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – parte geral*. vol. I. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 139-140.

[20] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 321.

[21] STF, Tribunal Pleno, Medida cautelar na ADIn 855-2-PR, rel. Min. Sepúlvera Pertence, j. 01.07.1998, DJU 01.10.1993.

[22] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 392; no mesmo sentido Humberto Ávila.

[23] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162-163.

[24] *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – parte geral*. vol. I. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 142.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 323.

[26] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324.

[27] STF, RO 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, RF, 145/164 e s., 1953.

[28] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 329.

[29] Exemplo trazido por Humberto Ávila: a escolha da Administração, na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos), mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos), e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).

[30] Regulado pela Lei nº 10.522, de 19 de Julho de 2002, o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN é um banco de dados onde se

encontram registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito para com órgãos e entidades federais.

[31] Este Decreto-Lei permite, cautelarmente, o seqüestro de bens do devedor tributário, independente da origem lícita ou não deles, em virtude desta dívida tributária ter como credor a Fazenda Pública.

[32] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 170.

[33] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171.

[34] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171.

[35] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 172-173.

[36] Art. 5º: LXVII - “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

[37] “Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

[38] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 174.

[39] BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 141.

[40] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 206 e ss.

[41] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 176.

[42] Para o autor, esta medida provocaria a bancarrota de microempresários, o que seria mais danoso que garantir a pontualidade da maioria.

[43] BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 821.

[44] STF, ADIn – MC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello. DJU 12/04/2002.

[45] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152.

[46] STF, 2ª Turma, HC 71.408-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/08/1999. DJU 29/10/1999.

[47] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153.

[48] Trazido por Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 154/155.

[49] Nas palavras do autor, “o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofás”.

[50] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 155.

[51] Exemplo trazido por ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 155.

[52] STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 1.158-8-AM, rel. Min. Celso de Mello, j. 19/12/1994. DJU 26/05/1995.

[53] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 156.

[54] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 157.

[55] STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 1.753-DF, rel. Min. Sepúlvera Pertence, j. 16/04/1998. DJU 12/06/1998.

[56] Art. 5º, inciso LXIII.

[57] França, 26.08.1789.

[58] SILVA, Juracy C. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217.

[59] *Apud* MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 207.

[60] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165.

[61] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165.

[62] RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

[63] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 330.

[64] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146.

[65] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146.

[66] STF, 2ª Turma, RE 18.331-SP, rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 21/09/1951. DJU 08/11/1951.

[67] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 447.

[68] Ilustração similar trazida por ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 149.

[69] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165.

[70] SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 649.

[71] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 366.

[72] Igualmente conhecido como princípio “non bis in idem”, por exemplo, em Canotilho.

[73] MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27.

[74] Lei 8.137/90, art. 1º, prevê a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

[75] MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 371-372.

[76] MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30.

[77] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 497.

[78] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 174.

[79] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 322.

[80] *Apud* CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade – um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 167.

[81] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. P. 192.

[82] RE nº 413.782-8-SC, relator Min. Marco Aurélio, DJU de 03.06.2005.

[83] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 175-176.

[84] Boletim de jurisprudência ADCOAS n. 25/388.

[85] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa e a Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 148.

[86] REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 98.

[87] *Apud* MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo, Atlas, 2008. p. 202.

[88] MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo, Atlas, 2008. p. 202.

[89] Registrado pelo IBGE em 09/12/2008, revisado pelo IBPT, os seguintes percentuais tributários nos últimos vinte anos: 1988 - 20,01%; 1989 - 22,16%; 1990 - 29,91%; 1991 - 24,61%; 1992 - 25,38%; 1993 - 25,09%; 1994 - 28,61%; 1995 - 28,92%; 1996 - 25,19%; 1997 - 25,47%; 1998 - 27,38%; 1999 - 28,63%; 2000 - 30,67%; 2001 - 31,01%; 2002 - 32,65%; 2003 - 32,54%; 2004 - 33,49%; 2005 - 34,13%; 2006 - 34,52%; 2007 - 35,54%; 2008 - 36,60%.

[90] Dependendo da variação do IPI (Imposto sobre produto industrializado) e da política econômica adotada. O cigarro, por exemplo, tem uma das maiores cargas do país.

[91] MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203.

[92] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma teoria sobre a sanção tributária*, in *Direito Penal Tributário*. Marcelo Magalhães Peixoto, André Elali, Carlos Soares Sant'Anna (coord.). São Paulo: MP Editora, 2005. p. 199.

[93] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 1096.

[94] NABAIS, José Casalta. *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 127.

[95] MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo, Atlas, 2008. p. 202.

[96] TRF da 4ª Região, 1ª Turma - HC nº 97.04.69596-9/PR, Rel. Fábio Bittencourt da Rosa, Data de julgamento: 16.12.97

[97] MACHADO, Hugo de Britto. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 70.

[98] MACHADO, Hugo de Britto. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 72.

[99] Nesse sentido, o art. 21º da Constituição da República portuguesa.

[100] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 421.

[101] RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Relevantes aspectos do tipo subjetivo no delito tributário*. in *Direito Penal Tributário*. Marcelo Magalhães Peixoto, André Elali, Carlos Soares Sant'Anna (coord.). São Paulo: MP Editora, 2005. p. 199.

[102] EISELE, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 76.

[103] STJ, RHC 7.798. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma. J. 25.05.1999. RSTJ 124/501.

[104] BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 385 e ss.

POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE: DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

PUBLIC POLICIES AND THE RIGHT TO HEALTH CHALLENGES OF THE JUDICIARY IN THE XXI CENTURY

**Têmis Limberger
Hector Cury Soares**

RESUMO

O presente trabalho analisa os desafios da efetivação do direito à saúde, especialmente, no tocante ao fornecimento gratuito de medicamentos. Para tanto, intenta-se apresentar toda a complexidade que envolve realizar políticas públicas em um país de modernidade tardia como o Brasil, em que os recursos são escassos e o deferimento de determinadas demandas pode representar a escolha entre a vida de um cidadão e a vida da coletividade. Com base nisso, estuda-se a priorização de demandas coletivas como a melhor forma de efetivação das políticas públicas de saúde, em especial, o fornecimento gratuito de medicamentos. Desta forma, intenta-se traçar limites mínimos entre a intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, repensando as políticas públicas e suas implicações no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE JUDICIAL. DIREITO À SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS

ABSTRACT

The paper analyses the challenges in the case of the right to health, specially, the free supply of medicine. Thus, it tries to present the complexity of achieve public policies in countries not developed, as Brazil, which the financial sources are scant and defer some judicial demands should represent the choice between life of one and life of many people. Based in this facts, it studies the priority of collective judicial actions as the better way of accomplish public policies of health, in special, free supply of medicine. Therefore, it creates limits at the intervention of Judicial Power in Executive Power, rethinking public policies and its implications in Democratic State.

KEYWORDS: JUDICIAL CONTROL. RIGHT TO HEALTH. PUBLIC POLICIES

1. Introdução

Os direitos não são um dado, mas um construído. Pode-se formular esta idéia a partir do pensamento de Hannah Arendt, que concebe os direitos humanos a partir da construção da igualdade e a cidadania como o direito a ter direitos. O primeiro direito humano é o *direito de ter direitos*. Isto significa pertencer pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde vige o princípio da legalidade, evitando-se o surgimento de um novo *estado totalitário de natureza* (ARENDR, 1998, p. 368-382). Dentro desta perspectiva, quando se comemoram 20 anos da promulgação da Constituição Cidadã, a questão principal não é mais a declaração de novos direitos, mas a busca pela efetividade dos mesmos. Aí se insere o direito à saúde, que por ser um direito social, requer a disponibilidade orçamentária para sua implementação. O direito à saúde teve a sua trajetória de construção nestas duas décadas, em que pese muito ainda ter de ser feito.

No Brasil, devido à falta de planejamento, são dispendidas elevadas quantias quando se trata da implementação dos direitos sociais. Ao invés de haver uma atitude de prevenção, se gasta muito mais na reparação. Pode-se pensar na questão da educação, moradia, segurança, transporte, trabalho, previdência social, lazer, saúde, etc. Todos estes direitos sociais previstos no art. 6º, “caput”, da CF se prestam para investigação, mas devido a um corte metodológico necessário, é imprescindível delimitar a questão. Dentro desta perspectivas, os dois direitos sociais que têm por parte dos poderes públicos as chamadas “verbas carimbadas”, no sentido de que o percentual de recursos já se encontra previamente definido são: educação (art. 212, da CF) e saúde (art. 198, § 2º, da CF), daí se constata a importância de investimento para estes setores tão prioritários para que o Brasil seja no futuro, um país sem tantas desigualdades sociais. O trabalho optou por abordar o direito à saúde, especialmente nestes últimos anos da recente história constitucional democrática brasileira. O desafio que se impõe é como fazer com que o direito à saúde não seja um comando meramente programático e se torne efetivo.

Diante desse quadro, impõe-se a seguinte indagação: quais as possibilidades e limites do controle judicial, atinente às políticas públicas que visem a implementação do direito à saúde?

Para responder a esta questão, algumas tomadas de posição são necessárias, tais como: por que vigora(ou) no direito administrativo brasileiro o dogma da impossibilidade de revisão dos atos administrativos, que se albergavam sob o manto da discricionariedade administrativa; qual o conceito de política pública; quais os critérios para se estabelecer a intervenção do poder judiciário nesta seara.

O trabalho se propõe a uma abordagem das políticas públicas como determinações constitucionais, ou seja, mandatos a serem realizados pelo administrador, sujeitos, portanto, ao controle judicial. Assim, tarefas que são previstas na Constituição e que devem ser realizadas de acordo com a capacidade orçamentária, mas que não se constituem em uma discricionariedade administrativa, não ficando, portanto, imunes à questionamento judicial. Pretende-se, então, revisar o conceito de discricionariedade da administração que foi transposto equivocadamente do direito francês ao direito brasileiro e também, a forma de realização dos direitos sociais, aonde a doutrina alemã, não se adapta totalmente à realidade brasileira. Por isso, a necessidade de desenvolver uma teoria, voltada às especificidades de nosso país, desde a ótica de uma hermenêutica

comprometida com uma nova crítica do direito e, ao final, a busca de uma solução adequada constitucionalmente.

Nesse sentido, a redemocratização representou uma profunda mudança do sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 promoveu uma revisão dos conceitos jurídicos em todos os ramos do Direito. O fenômeno da constitucionalização do Direito é percebido não somente nos debates doutrinários, mas, sobretudo, na prática forense. De sorte que, a Constituição Federal de 1988 ao conferir constitucionalidade a diversos princípios inerentes ao Estado de Democrático de Direito cria um programa salutar a ser seguido pelos agentes públicos no desenvolvimento de políticas públicas à concretização do direito à saúde. O direito ao recebimento de medicamentos, problema eminente e objeto freqüente de demandas judiciais individualizadas; possui o status constitucional de direito social. Ocorre que, o dever de fornecimento de medicamento por parte do Poder Executivo gerou uma judicialização excessiva, sendo necessária a elaboração de critérios de controle judicial adequados, barrando o ativismo judicial e permitindo ao poder público a elaboração de políticas públicas de saúde voltadas à coletividade.

Assim, no Brasil os direitos sociais para que sejam efetivos demandam um caminho diferente dos países europeus, onde estes são uma determinação da Constituição ao legislador ordinário ou ao administrador. Em nosso país, diante da particularidade própria em que estes comandos não são atendidos por seus destinatários, é importante a intervenção do Poder Judiciário. O desafio ocorre, no sentido de verificar os limites em que ocorre a atuação do Poder Judiciário, que não pode se substituir em atividades destes outros dois poderes, mas que tem de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando decorrentes de políticas públicas insuficientes ou inexistentes.

Tiveram que se passar quase 20 anos para que se começasse a amadurecer no sentido de que os direitos sociais fossem relacionados com os dispositivos orçamentários. É o que Canotilho denomina de “Constituição Orçamental” (CANOTILHO *et al.*, 1991, p.173). As medidas de gestão orçamentária são importantes quando se pretende a realização dos serviços públicos.

Questões vitais como saúde, educação, segurança e moradia, reclamam para sua implementação dispêndios por parte do poder público, que precisa contar com disposições orçamentárias. Assim, o administrador quando concretiza uma política pública encontra no orçamento o limite objetivo da reserva do possível. Da mesma forma, diante da omissão ou precariedade da implementação da política pública, o Poder Judiciário fica também adstrito ao orçamento, mas podem pronunciar-se quando provocado, para efetivar os direitos sociais. Durante muitos anos havia a errônea concepção de discricionariedade administrativa que servia para agasalhar todos os desmandos ou ineficácia do executivo. Sob o manto do ato discricionário não poderia o judiciário se imiscuir na atividade da administração. As ações judiciais interpostas e algumas decisões judiciais indicam que houve uma mudança de posição, é claro que isto não significa suprimir ou substituir a atividade administrativa, mas buscar a efetividade dos direitos sociais.

Com estes balizadores será possível travar uma discussão da eficácia e limites de implementação das políticas públicas de concretização dos direitos sociais, quando são

submetidas ao crivo do poder judiciário, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde, não no sentido de sentenças formuladas com critérios eminentemente subjetivos, mas a decisão adequada (STRECK, 2008, p.99), desde o ponto de vista constitucional. Portanto, é preciso propor limites constitucionalmente adequados para a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde (fornecimento de medicamentos), principalmente, em se tratando de países periféricos (de modernidade tardia), nos quais os recursos voltados à saúde são cada vez mais escassos. Além da própria tensão entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, há um conflito maior entre um interesse (direito) individual à saúde – em última instância, à vida – e um direito coletivo (da coletividade) à saúde.

2. O Estado social brasileiro e a importância da intervenção do Poder Judiciário na promoção de políticas públicas.

A idéia central é investigar as principais causas do aumento do número de demandas individuais voltadas ao fornecimento de medicamentos (política pública de saúde) e como racionalizar os escassos recursos disponibilizados na peça orçamentária à saúde. Esse é o contexto brasileiro! Junte, então, a esse breve panorama a condição de país de modernidade tardia, predicado adquirido tendo em vista a não realização do Estado social. O resultado de tudo isso vem na contramão da história: mal fixado na Constituição Federal esse modelo, houve (e ainda há) reações tendentes a reduzir a intervenção estatal ao mínimo – diga-se: ao mínimo do mínimo. Ou seja, nada se tinha, mas, mal se fixou um rol de direitos sociais na Constituição que não foram concretizados, e já se pensa em excluí-los.

Em um contexto mundial, a crise do Estado Social e a derrota dos socialismos reais foram pressupostos perfeitos à modernização neoliberal. A política econômica do neoliberalismo tem como estratégia a privatização, desregulamentação, flexibilidade, dívida externa, ajuste e, como finalidade essencial, a adjudicação de recursos da sociedade e do poder, favorecendo a transnacionalização da economia, da política e da cultura.

A tese do Estado Mínimo confronta-se com as bases do Estado Social (países centrais). Em países periféricos, como o Brasil, de curtos e incipientes lapsos de democracia do Estado Social, as diferenças sociais crescem de forma progressiva, rumo ao mínimo do mínimo. O discurso moderno do neoliberalismo é assentado sob a privatização, o confisco de direitos trabalhistas, a eliminação de estabilidade de funcionários públicos, o ajuste fiscal para equilibrar as receitas e as despesas, a privatização de serviços públicos e a dolarização da economia.

No Brasil, intenta-se retornar a um Estado Mínimo, desregulamentado, privatizado, sem ter ao menos efetivado suas *promessas da modernidade*. Dito de outra forma, não há o mínimo de cidadania (direitos sociais) e vislumbra-se a redução do mínimo: nada mais adequado do que a expressão *Estado Mínimo do Mínimo*! Isso é reflexo de pensamentos hegemônicos e, portanto, pequeno-burgueses de que o Estado deve atender tão-somente aos contribuintes. Desta forma, há uma ampliação das funções

do Estado (formalmente) e dos direitos sociais, porém não se cumprem as chamadas promessas da modernidade. Em outras palavras, há um simulacro de modernidade, uma modernidade tardia (STRECK,2008), na medida em que tão logo foram incorporados esses direitos sociais, intentou-se uma redução desse Estado.

Assim, com a precarização dos direitos sociais e econômicos passa a ter relevância a intervenção do Poder Judiciário, havendo um deslocamento da legitimidade do Poder Executivo (SANTOS, 2007, p.21). Daí o crescente aumento de demandas judiciais visando a efetivação de direitos sociais em países periféricos como o Brasil.

Entretanto, os recursos da saúde são muito escassos, sendo necessária a adoção de algumas prioridades pelo gestor público. Para se ter dimensão, o aplicado em saúde hoje no Brasil, na esfera federal, não representa 2% do Produto Interno Bruto (PIB), conforme apresenta a tabela [1]:

Gasto federal com saúde, como proporção do PIB, segundo item de gasto Brasil, 1995-2006

Item de gasto	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Total	1,79	1,53	1,67	1,58	1,69	1,70	1,71	1,68	1,58	1,62	1,59	1,70
I. Gasto direto com saúde	1,55	1,26	1,31	1,01	0,97	0,87	0,81	0,75	0,67	0,54	0,48	0,53
a. Pessoal	0,35	0,28	0,25	0,22	0,22	0,21	0,19	0,19	0,21	0,20	0,18	0,21
b. Outras despesas correntes	1,16	0,96	1,04	0,77	0,72	0,62	0,59	0,54	0,44	0,31	0,28	0,29
c. Outros gastos diretos	0,04	0,02	0,03	0,02	0,02	0,04	0,03	0,02	0,02	0,03	0,03	0,03
II. Transferência a estados e DF	0,11	0,06	0,08	0,09	0,11	0,19	0,21	0,24	0,26	0,37	0,41	0,45
III. Transferência a municípios	0,10	0,18	0,24	0,41	0,54	0,59	0,63	0,63	0,60	0,66	0,65	0,69
IV. Outras transferências	0,04	0,03	0,04	0,07	0,07	0,05	0,06	0,06	0,05	0,05	0,05	0,04

Fonte:
IPEA/DISOC - estimativas anuais a partir dos dados do SIAFI/SIDOR e das Contas Nacionais do IBGE

Como se pode observar, não há uma grande variação do total do gasto federal com saúde, em relação ao PIB, entre 1995 e 2006. O PIB, em 2007, representou cerca

de 2,5 trilhões de reais[2], destes, cerca de 1,7% é destinado a gastos federais com a saúde. É, nesse contexto, que devem ser efetivados o direito à saúde, o que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos.

Observe-se que a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal, deve ser equilibrada ao estado atual da economia brasileira. Em contrapartida, o *welfare state* exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito” (VIANNA, 1999. p. 21).

No entanto, a falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a poucos investimentos na saúde pública e a constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos, gera a proliferação de decisões extravagantes ou até mesmo emocionais, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos descabidos, ou mesmo, ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas.

O casuísmo das decisões judiciais brasileiras levará a não realização do previsto no artigo 196 da Constituição Federal, impedindo com que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas. A escassez de recursos faz com que a Administração Pública estabeleça algumas prioridades para a efetivação dos direitos sociais. Todavia, cumpre salientar que não são apenas os direitos sociais que geram um custo ao Estado, os chamados direitos de primeira geração (dimensão) também geram custos à sua realização. Basta imaginar, por exemplo, no custo da segurança pública, no custo da manutenção (pública) de um corpo de bombeiros, tudo isso para a garantia de um direito de liberdade (HOLMES *et al.*, 2000). Coloca-se por terra a tese *minimalista* que somente os direitos sociais geram custos ao Estado.

O último fator contribui ao aumento da complexidade da nossa equação (fornecimento de medicamentos - direito à saúde – orçamento estatal – escassos recursos), sem esquecer-se das dificuldades do Brasil ser um país periférico (SANTOS, 2006, p.131). Exatamente pela sua condição de periférico o Poder Judiciário passa a intervir na realização de políticas públicas, necessitando afirmar a sua legitimidade, pois não a obtém por meio de processo eleitoral. A legitimidade do Poder Judiciário reside exatamente na capacidade de proteger os direitos dos cidadãos, resistindo à pressão política exercida pelo governo.

Contudo, a intervenção, exatamente pela complexidade, não pode ser desmedida, sem a utilização de critérios por parte do Poder Judiciário. O fator econômico (escassez de recursos) não pode ser o único pesado pelo judiciário, no entanto não pode ser esquecido. Ao desconsiderar o fator econômico, pressupõe-se que não há uma organização e planejamento do Poder Executivo em propor políticas públicas de saúde e, ademais, que não há uma lista de medicamentos elaborada conforme estudos regionalizados do Ministério da Saúde.

O Poder Judiciário apresenta-se, então, como a *tábua de salvação* àqueles que tiveram o fornecimento de medicamento negado pelo Poder Executivo. Na decisão fatores emocionais, ou mesmo um pseudo-ativismo judicial fazem com que todo o planejamento voltado à garantia da saúde de uma coletividade seja comprometido em virtude de uma pessoa necessitar o fornecimento de determinado medicamento. Ignora-se totalmente a apresentada complexidade da equação dos gastos públicos e, ademais, o espaço discricionário – necessário – a proposição de políticas públicas de saúde de determinado governo.

A própria idéia de separação dos poderes (funções) implica num entrelaçamento harmônico entre Judiciário, Executivo e Legislativo, contrariando ao que se observa em relação ao deferimento de demandas individuais para o fornecimento gratuito de medicamento, na medida em que a judicialização excessiva tem dado resultados práticos. Em última instância, pode-se afirmar que o deferimento dessas demandas seria contrário ao próprio projeto de Constituição Federal brasileira.

É evidente a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição do atual, entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. Como foi apresentada, a matéria envolve uma grande complexidade, a qual não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário ao exercer seu controle sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

Portanto, observa-se o aumento progressivo (tendência) de demandas judiciais para a realização de políticas públicas. Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser uma intervenção sem precaução, é uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito. Impõe-se uma modificação na perspectiva de que o orçamento é uma peça de ficção ou meramente decorativa, devendo-se admitir, dentro dos parâmetros definidos, o controle excepcional do orçamento público (BARROS, 2008, p. 94).

3. A superação do *totem* da discricionariedade administrativa.

Durante muitos anos no direito brasileiro vigorava o entendimento da impossibilidade de revisão judicial da atividade administrativa. O controle judicial dos atos da administração não era realizado, fundado na justificativa da discricionariedade administrativa. Esta posição que vigorou em nosso país de forma incontestada, ainda encontra seguidores, embora se encontre superada, por no mínimo, três motivos: a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do judiciário, que é doutrina transposta do direito francês, onde existe uma especificidade que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não encontra similar. O segundo motivo reside na teoria transposta do direito alemão aonde os direitos sociais são comandos endereçados ao legislativo e administrativo, não cabendo ao judiciário este controle. Ocorre que naquele país estes poderes realmente levam a sério a implementação destas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado, é que no Estado Democrático de Direito, somente existe escolha do administrador vinculada aos preceitos

constitucionais, em especial pela pauta dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário quando efetua esta decisão não pode cair na casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente, e aí reside a questão.

Com esta perspectiva, pretende-se desenvolver o trabalho para investigar os limites em que são controladas as políticas públicas judicialmente. Assim, o questionamento judicial destes atos da administração vem ocorrendo, mas o importante é apontar os critérios de como este vem se implementando, para que o judiciário não se substitua à atividade do administrador e tampouco o administrador fique livre dos controles judiciais. Esta sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. As grandes questões do direito público neste terceiro milênio dizem respeito à possibilidade de controle judicial dos atos da administração referente às políticas públicas.

Em um país como o Brasil em que os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação destas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um importante mecanismo de pressão, na implementação destes direitos e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial. Daí advém a necessidade desta investigação, pois em casos de omissão ou atuação precária do administrador, por vezes o judiciário manifesta-se de forma tímida ou sem critérios. Visa-se com este estudo contribuir para esta questão, no sentido de apontar critérios formulados a partir dos preceitos constitucionais, sem que se caia em um casuísmo destituído de fundamento legal.

Com relação ao primeiro aspecto, a inadequação do modelo francês transposto à realidade brasileira, faz-se um retrospecto a respeito dos controles da administração. Pode-se afirmar que existem dois sistemas: o da unidade e o da dualidade da jurisdição. O sistema da unidade ou da dualidade da jurisdição decorre da interpretação do Princípio da Separação dos Poderes. É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação “Separação dos Poderes”, não foi assim conceituada por seu autor Montesquieu (1749, p.148-154). Da leitura de sua obra, extraem-se duas idéias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e a idéia de controle recíproco entre estas atividades. Em momento algum escreveu o autor a palavra “separação dos poderes”, isto decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa. A crítica, no sentido de que Montesquieu era de origem nobre, conhecido como Barão de La Brède e formulou a teoria apenas para fortalecer o poder monárquico, na época em que este se encontrava em crise.

Na França, berço do princípio da Separação dos Poderes devido à doutrina de Montesquieu, este foi interpretado de forma drástica como a impossibilidade de um poder exercer o controle sobre outro. A origem histórica desta interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares. Waline (1952,

p. 45) assevera que a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativas e judiciais, que foi reafirmada com o período que se seguiu à Revolução Francesa. Houve proibição legal expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos, encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da administração geral.

Por contencioso administrativo, entende-se o conjunto de regras relativas aos litígios organizados que questionam a atividade dos administradores públicos. O progresso do direito administrativo francês deveu-se à existência de um contencioso. Essa instituição garantiu o desenvolvimento do direito propriamente dito, por meio das garantias de legalidade criadas, pela importância do aspecto moral da conduta dos administradores, dando respaldo às teorias subjetivas.

O recurso por excesso de poder é uma criação jurisprudencial devido ao próprio Conselho de Estado, constituindo-se o principal instrumento de controle da legalidade administrativa. Assim, o Conselho de Estado é um órgão de fiscalização dos atos da administração, situado dentro do próprio Executivo e que desempenha suas funções decisórias com imparcialidade e em consonância com a legalidade. A justificativa é no sentido de que o legislativo é o poder constituído a partir da vontade popular e não seria democrático, a substituição da representação da soberania do povo pelo poder judiciário, que não é eleito democraticamente.

Esta questão é bem enfrentada por Sérgio Cademartori (2006), que analisa a questão da legitimidade. Assim, o poder legislativo e poder judiciário possuem intervenção calcada em pressupostos de legitimidade distintos. A legitimidade do poder legislativo decorre da idéia de soberania popular. O poder legislativo é o representante da população, em que pese poderem ser feitas críticas ao modelo representativo. Com pressuposto diferente de legitimidade se encontra o poder judiciário, que possui seu fundamento no Estado de Direito.

Basicamente, são estas as razões de ordem histórica pelo qual não se permite a revisão dos atos administrativos no direito francês, que consagra a dualidade de jurisdição. Esta doutrina é inaplicável ao direito brasileiro em virtude do art. 5º, XXXV, da CF que consagra a inafastabilidade do controle judicial de todos os atos. Logo, os atos da administração que traduzem opções de políticas públicas não podem ficar à margem do questionamento judicial, o desafio está em estabelecer estes critérios.

Além disso, no Brasil, os poderes executivo e legislativo não têm implementado as políticas públicas a contento, por isso, a discussão se insere na órbita judicial. Neste contexto, outro aspecto a ser considerado é a sindicabilidade das políticas públicas como decorrência do Estado Democrático de Direito. Atualmente não existe um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário vinculado (MAURER, 2207,p.50). Vinculação esta, que se pode relacionar aos ditames constitucionais. Desta maneira, o conteúdo das políticas públicas não pode ficar ao alvedrio do administrador, mas tem de buscar efetivar os preceitos contidos na Constituição.

O direito administrativo se estruturou no século XIX, a partir do Princípio da Legalidade, este foi o primeiro grande freio que foi imposto ao administrador, porém atualmente com a denominada fuga do direito administrativo ou a tendência

neoliberalizante do Estado, ocasionando a chamada eficácia com relação a terceiros “drittwirkung”(BILBAO UBILLOS, 1997, p.256), novos pressupostos devem ser erigidos.

Por isso, o grande desafio que é posto aos estudiosos do direito administrativo na atualidade é esta possibilidade de controle judicial. Afirma Moreira Neto (2006,p.406), que há atuações administrativas constitucionalmente mandatórias, como é o caso das políticas públicas nacionais e não apenas governamentais, da educação, da saúde e da segurança pública. Assim, o Estado Democrático de Direito reclama a implementação dos direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Assim, a atividade administrativa no terceiro milênio deve ser pautada dentro dos balizadores que compõem o Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva. A partir destes dois vetores são estatuídos os quatro paradigmas atuais do direito administrativo (MOREIRA NETO, 2008): legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Devem ser analisados de forma conjunta e não isoladamente, tendo em vista a realização do serviço público. Estes critérios serão necessários quando são exercidos os controles com relação à atividade administrativa quer no âmbito preventivo ou repressivo.

Assim legitimidade e finalidade, que eram requisitos intrínsecos dos atos administrativos, demandam um novo olhar. No tocante à legitimidade, serão constitucionais as prestação públicas que respeitem os direitos fundamentais. Não basta mais somente a legitimidade fundada no que se denominava pacto social, mas deve-se perquirir a respeito do atendimento dos valores que visam programar a pauta dos direitos humanos, principalmente quando estes completam 60 anos. Assim a legitimação é, sobretudo, um fenômeno antropológico indissociável do consenso alcançado pelos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância com os fenômenos políticos e valorativos relacionados ao poder, ou seja, à sua concentração, à sua distribuição, ao seu acesso, ao seu exercício e ao seu controle (MOREIRA NETO, 2008,p.63). Concernente à finalidade, estamos sob a época da redescoberta dos valores e das finalidades, deve-se buscar identificar a finalidade nos princípios.

A eficiência é um princípio trazido pela EC 19/98, que traduz um aspecto axiológico, no sentido de que o direito administrativo deve e pode ser um instrumento para a realização dos direitos fundamentais e facilitador do desenvolvimento econômico e social.

Após o aspecto valorativo ocorre o último paradigma que é o do resultado. Cuida-se de mensurador prático, em que são buscadas técnicas de controle da gestão. Deve-se atentar para a prestação do serviço público, que possui um espectro distinto da seara privada. Já foi mencionado o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde os conflitos migraram da seara pública à privada. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado (MIR PUIGELAT, 2004, p. 158). Isto aconteceu com a questão da saúde, também. Há, porém especificidades próprias, pois a iniciativa privada somente se interessa por setores aonde há a possibilidade de lucro. As áreas deficitárias são suportadas pelo poder público. Assim, a prestação de serviço pelo SUS responde por aproximadamente 75% população brasileira[3]. Isto demonstra que os 25% restantes incumbem à iniciativa privada porque são setores com a potencialidade de lucro. Desta forma, o princípio da eficiência deve ser aferido com características próprias e não com os mesmos balizadores privados.

Como se pode observar, a perspectiva *totemizada* de não ser possível o controle dos atos administrativos discricionários não é coadunado pelo atual ordenamento constitucional. Há uma confusão conceitual entre discricionariedade e arbitrariedade, pois a *liberdade* da administração a exarar atos de sua oportunidade e conveniência está adstrita à Constituição da República. Da mesma forma, reflete-se no controle jurisdicional das políticas públicas, permitindo ao Poder Judiciário promover ou concretizar políticas públicas sem que, com isso, esteja desequilibrando a relação harmônica entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

4. Os desafios a estabelecer limites. E agora, Judiciário?

Com base nas premissas analisadas anteriormente, notou-se a importância da intervenção do Poder Judiciário para a implementação de políticas, porém a necessidade de uma intervenção responsável, considerando as peculiaridades orçamentárias brasileiras e objetivando conferir sentido aos direitos à saúde. Ademais, verificou-se a necessidade de valorizar as demandas coletivas como adequadas (não únicas) para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. Agora, cabe analisar qual o espaço de liberdade (discricionariedade) à Administração Pública para a determinação de políticas públicas de saúde, sem intervenção do Poder Judiciário e qual o espaço de intervenção do Poder Judiciário. Para tanto, é preciso compreender o sentido de políticas públicas no Estado (Social) Democrático de Direito.

Desta forma, as políticas públicas são definidas como um programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou, na ótica dos juristas, concretizarem um direito constitucionalmente assegurados (BUCCI, 2006, p.5). Desta forma, o governo deve traçar uma série de medidas voltadas à coletividade (ordem pública) com o intuito de concretizar um direito e à jurisdição constitucional caberá verificar a constitucionalidade das políticas públicas, interpretando-as conforme a constituição. Nesse sentido, os exemplos clássicos são o direito à saúde e o direito à educação.

Contextualizando historicamente, as políticas públicas surgem no chamado Estado Social, que nada mais é (historicamente) que um intento de adaptação do Estado tradicional (Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial aos seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas econômicas e organizativas para enfrentá-los. Daí se desenvolve, no primeiro terço do século XIX, as chamadas políticas sociais com o objetivo de remediar as péssimas condições dos extratos mais desamparados da população (sem a intenção de transformar a estrutura social). A atual política social transforma-se em política social generalizada. Isso faz com que as constituições incorporem ao seu texto uma série de direitos sociais. As condições históricas que tornam possível essa nova função do Estado é uma nova etapa do neocapitalismo, ou seja, a necessidade de resolver os problemas gerados pela estrutura do Estado liberal e as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento cultural e tecnológico do período industrial.

No Brasil, isso ocorre no período pós-45, quando há uma forte aceleração na industrialização do país, obrigando-o à adoção dos direitos sociais, que perduram na Constituição de 1988. Ocorre que, em que pese à presença desses direitos na Constituição, eles restaram não efetivados e, mais que isso, quando houve uma forte instrumentalização da jurisdição constitucional atenta à democracia, o projeto de constituição confrontou-se com a agenda neoliberal. Tudo isso, leva a se exigir do Poder Judiciário uma atuação mais comprometida com a Constituição, acima de interesses de cunho meramente econômico (VIANNA,p.9). Assim, já se percebe porque o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica, nos últimos tempos. Da passagem do Estado Liberal com sua feição de abstenção, chega-se ao Estado Social com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo, que tem sua marca na Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, onde a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Deste modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico.

É nesse diapasão, que são elaboradas as políticas públicas de saúde, como a de fornecimento de medicamentos. O Estado interventor, o Estado Social, já não interessa no contexto da sociedade globalizada. A nova tendência centrista é o neoliberalismo. Na América Latina, o judiciário não figurou como tema importante em matéria de reforma, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A intervenção do judiciário passa a ter relevância com o fim dos regimes autoritários. Com o Estado Social, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na soberania popular, mas na realização das finalidades coletivas, a serem realizadas de maneira programada, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental

No Estado Democrático de Direito, como se propõe a Constituição Federal de 1988, o controle judicial de políticas públicas de saúde não pode traduzir-se em demandas individuais visando o acesso a medicamentos que não constam em listas fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Deve-se atentar a possibilidade de controle que estabeleça a efetivação de políticas públicas para a coletividade. É preciso uma atuação comprometida da jurisdição constitucional, principalmente, no controle de constitucionalidade das leis voltadas constituírem um sentido ao direito à saúde, possibilitando a todos o acesso aos medicamentos. Na Suspensão de Segurança nº 3073, o Estado do Rio Grande do Norte requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0, em trâmite no TJ/RN, que determinou ao ente federado o fornecimento de medicamentos alto custo e não constantes na lista de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde. A Ministra Ellen Gracie considerou que

[...] a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à

reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas[4].

A temática das políticas públicas, como processo de formação do interesse público, está ligada à questão da discricionariedade do administrador, na medida em que “o momento essencial da discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes”. E um interesse é reconhecível como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa.

As políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em conseqüência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos (BUCCI, 2002, p. 265). Como visto, na elaboração da lista de medicamentos, uma série de fatores são levados em conta à sua elaboração, motivando as escolhas realizadas pelo agente público, as quais se pressupõem a conformidade com a Constituição Federal.

Assim, o Judiciário não deve invadir a esfera de atuação a área de atuação do Poder Executivo. Deve, por outro lado, corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais, como também promover ou corrigir ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais. Entretanto, podem-se observar, neste caso, dois momentos distintos de controle jurisdicional: controle na elaboração e controle na execução da política pública de fornecimento gratuito de medicamentos.

No tocante ao controle na elaboração, o controle deverá ser mais restrito, por se tratar exatamente o espaço de discricionariedade da Administração Pública, para conformar políticas adequadas constitucionalmente, com base em toda a estruturação para a escolha de determinado medicamento ou tratamento. O controle na elaboração, pelo seu caráter político, é um controle de exceção, só cabendo em caso de inconstitucionalidade flagrante na elaboração das políticas públicas (o que inclui eventual desvio de poder). Cumpre salientar, que a idéia de discricionariedade da Administração Pública não implica em ficar ao *bel prazer* do agente público – o que poderia ser chamado de arbitrariedade. Discricionariedade administrativa é sempre uma escolha adequada à Constituição.

Diferentemente, no caso do controle na execução, pelo seu caráter jurídico é mais amplo. Destarte, caberá ao Poder Judiciário intervir no caso de não cumprimento

da lista de medicamentos (e tratamentos) estipulados pelo Poder Público e de verificar-se um novo tratamento (medicamento) comprovadamente mais eficiente, pela tutela coletiva seria possível inseri-lo na lista. Enquanto aquele controle tem em vista acompanhar a elaboração conforme a Constituição, esse presume a constitucionalidade e parte a exigir o estipulado pelo Executivo ou mesmo acrescer àquilo que o Executivo definiu.

O Judiciário está autorizado a intervir, quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, § 2º, da CF. O foro mais adequado para discutir a inclusão ou exclusão de algum medicamento é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos e que permitem um amplo debate a respeito das prioridades, que são estabelecidas tendo em vista as determinações da Organização Mundial da Saúde, levando em conta as peculiaridades de cada país e implementadas pelo Ministério respectivo, após debate junto ao Congresso Nacional. Atinente aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada não podem ser objeto da inclusão em lista, pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver esta possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família que passa por uma situação difícil e do magistrado que muitas vezes se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, eminentemente, mas se trava um embate entre as deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que preventiva. Vejam-se os números que são investidos em saneamento básico e construção de redes potável, são menos da metade dos gastos em saúde[5]. Os primeiros são muito tímidos se comparados aos segundos. E a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro. Deste modo, a concessão dos medicamentos não deve se pautar por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios, desde o prisma das políticas públicas. Aí se pode estabelecer mais uma reflexão a partir do pensamento de Hannah Arendt, quando trata da dicotomia público e privado (ARENDR, 2002, p.31).

As atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos. O termo público denota dois fenômenos intimamente correlatos, mas não perfeitamente idênticos. Significa, em primeiro lugar, que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. Torna-se aparente, aquilo que é visualizado e ouvido pelos outros e nós mesmos, constituindo-se na realidade. Por segundo, público significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a vida de homens mortais.

Portanto, o Brasil remanesce com a espinha de Estado (social) Democrático de Direito, em que pese às reformas liberalizantes, não podendo ser obscurecido o caráter compromissório da Constituição de 1988. Desta forma, é essencial o controle pelo Poder Judiciário, porém esse controle deve ter uma pauta como limites, sob pena de violar a separação (harmônica) entre as diferentes funções (ao invés de poderes),

brotando com o Judiciário um verdadeiro Poder que se sobrepõe aos outros. É preciso controle, mas com parâmetros!

5. Considerações Finais

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas, é o tema pautado neste terceiro milênio, que coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, que é fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e possibilidades de atuação judicial, no tocante às políticas públicas, e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

No final do século XX, produziram-se importantes mudanças no âmbito econômico, social e cultural, devidos à revolução tecnológica, à globalização, à circulação rápida da informação e das comunicações, aos processos de integração econômica e política, ao término da guerra fria, a dissolução da URSS, a queda do muro de Berlim, e o ataque de movimentos fundamentalistas. Todos estes fatores contribuíram para uma mudança no direito administrativo que até então havia se construído com o aporte iluminista e se estruturado a partir do princípio da legalidade. Com a mudança do aspecto territorial, como um dos elementos do Estado, devido à globalização, um novo contexto de Estado vem se definindo, conferindo ao direito administrativo um novo horizonte como a efetividade das garantias dos cidadãos, que fazem superar a concepção tradicional de busca de equilíbrio das prerrogativas da administração e as garantias dos cidadãos, para almejar o cumprimento do preceituado pela Constituição por parte dos poderes públicos, em especial, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração e foi substituído pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Percebe-se que o direito à saúde está sendo construído, por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário um instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nesta seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Os vinte anos últimos anos de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram esta busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Deste modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. Somente assim, poderemos acenar com a construção de um país com população mais saudável nas próximas gerações.

Como se pode observar, a *equação* – e não se quer com essa expressão, simplesmente, tornar a realização de políticas públicas um mero cálculo – é mais complexa do que o simples deferimento pelo Poder Judiciário de demandas, tentando o fornecimento gratuito de medicamentos. Programar políticas públicas de saúde em *terrae brasilis* não é tão simples, os recursos são escassos e muitas vezes não resta alternativa ao Administrador Público, a não ser negar o medicamento demandado.

O gasto com saúde pública no Brasil representa cerca de 1,7% do Produto Interno Bruto, proporção irrisória dado os imensos problemas que temos na saúde, como falta de leitos ou mesmo a disponibilização de medicamentos por parte de todos os entes federados. Ao cidadão resta buscar por meio do Judiciário o deferimento de um medicamento, por sua vez, o Judiciário com base no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 defere. Fazendo isso, o Judiciário atende uma tendência em países de democracia incipiente – é imprópria a expressão redemocratização, pois, no Brasil, nunca tivemos democracia antes de 1988 – de ser o responsável pela aplicação de direitos fundamentais, fruto de uma Constituição dirigente. Porém, no tocante ao fornecimento de medicamentos a equação é mais complexa, pois, como dito, os recursos para a saúde são escassos e se nota um expressivo crescimento de demandas individuais pedindo o fornecimento de medicamentos.

Para se ter uma idéia, nos últimos três anos, o gasto com fornecimento de medicamentos com base em demandas individuais cresceu 123%, o que representa um expressivo aumento no gasto da saúde com medicamentos. Não se quer de forma alguma tolher o acesso a medicamentos, pela via judicial, contudo, a Administração Pública na elaboração da lista de medicamentos para fornecimento gratuito, a faz de forma motivada. Isso significa dizer, que a lista não é feita ao acaso, mas considerando as necessidades básicas (e excepcionais) dos brasileiros, em todo o território. Ao deferir a demanda individual, o Poder Judiciário, além de invadir a esfera do Poder Executivo, não sabe se aquele medicamento (ou tratamento) é realmente efetivo para aquele paciente ou se vai surtir o resultado esperado.

Daí que se entende pela priorização da tutela coletiva de direitos, no caso de um medicamento que esteja fora da lista ou de um tratamento novo, ainda não presentes nas listas do poder público. A discussão coletiva obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos. Também, no litígio individual, o Juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva). Além, é claro, da decisão, na ação coletiva, produzir efeitos para todos. A tutela individual resta eficiente para aqueles casos em que o Poder Executivo negar o fornecimento gratuito de medicamento presente na lista.

Ao final, estabeleceram-se os parâmetros de controle das políticas públicas de fornecimento de medicamento, a partir de uma constituição de sentido para políticas públicas no Estado Democrático de Direito. Observou-se que, no tocante ao controle da elaboração de políticas públicas, o âmbito de intervenção do judiciário é mais restrito (espaço de discricionariedade da Administração Pública), enquanto que no controle de execução de políticas públicas seria mais amplo.

Portanto, em linhas gerais, intentou-se estabelecer parâmetros ao controle judicial de políticas públicas, com a perspectiva de dar caminhos à superação dos

obstáculos postos ao Poder Judiciário, o qual se tornou o foro para o debate acerca da concretização de políticas públicas. Demonstrando a complexidade da elaboração de políticas públicas de fornecimento gratuito de medicamentos em países periféricos como o Brasil.

6. Referências Bibliográficas

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. **Derecho Administrativo y Globalización**. Madrid: Thomson Arandazi, 2004.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu – A política e a história**. 2ªed., Lisboa: Editorial Presença.

APPIO, Eduardo Fernando. **O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed., 2ª reimp., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Los orígenes del totalitarismo**. Madrid: Taurus, 1998.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 08.11.08.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: CEC, 1997.

Brasil. Ministério da Saúde. **Ações Judiciais Comprometem Política Pública de Saúde**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=53828> acesso: 04.11.08.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº3073/RN**. Min. Ellen Gracie. Julgado em 09.02.07. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=32&dataPublicacaoDj=14/02/2007&numProcesso=3073&siglaClasse=SS&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=10&codMateria=7>> acesso: 30.10.08.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios. DE 23.08.07. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&hash=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912> acesso: 04.11.08.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: **BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CADERMATORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista.** 2ªed., Campinas: Millennium, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos do Estado” e Reforma do Estado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública.** In: **BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DROMI, Roberto. **Modernización del Control Público.** Madrid: Hispana Libros, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. **Revista Interesse Público**, vol. 44, jul./ago. 2007, p. 27-66.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo.** Madrid: Alianza Editorial, 1996.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Carl. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton, 2000.

LAUBADÈRE, André. **Manuel de Droit Administratif.** 15e édition, Paris: L.G.D.J., 1995.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, nov. 2001.

MAURER, Hart. **Elementos de Direito Administrativo Alemão.** Porto Alegre: Fabris, 2007.

MENDES, Andréia Cristina Rosa; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **A evolução dos gastos com medicamentos: o crescimento que preocupa.** Disponível em <[http://www.abres.org.br/18\[1\].pdf](http://www.abres.org.br/18[1].pdf)> acesso: 04.11.08.

MIR PUIGELAT. **Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo.** Madrid: Civitas, 2004.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis.** 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, nº 4: 403-412, out/dez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para um revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 6, 2008, p. 163-205.

SIGMANN, Jean. **1848- Las revoluciones románticas y democráticas de Europa.** 3ª ed., Madrid: Siglo veintiuno editorial, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Decisionismo e discricionariedade em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil.** In: NUNES, José Antonio Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito.** Coimbra: Almedina, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

WALINE, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Administratif.** 6e edition, Paris: Recueil Sirey, 1952.

[1] Disponível em < http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2007/e07_2000.htm> acesso em: 02.11.08.

[2] Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?INDECO>> acesso em: 02.11.08.

[3] Disponível em: <http://www.ministeriodasaude.gov.br>. Acesso em 20/8/2008.

[4] Suspensão de Segurança nº3073/RN. Min. Ellen Gracie. Julgado em 09.02.07. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=32&dataPublicacaoDj=14/02/2007&numProcesso=3073&siglaClasse=SS&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=10&codMateria=7> acesso: 30.10.08.

[5] Disponível em http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em 10/10/2007.

DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 12 DA RESOLUÇÃO 35 DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE
INICIATIVA E DIGNIDADE HUMANA DO ADVOGADO**

**UNCONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 12 OF RESOLUTION 35
FROM JUSTICE NATIONAL COUNCIL – PROTECTION OF THE FREE
ENTERPRISE AND HUMAN DIGNITY OF THE ATTORNEY**

**Ana Cecília Parodi
Carlyle Popp**

RESUMO

O exercício da liberdade de empreender é uma manifestação do garantismo legislativo, que assegura aos particulares o direito de usufruir do modelo econômico, em todas as camadas que o gênero “livre iniciativa” compreende. Dentre elas, a liberdade de empresa e a garantia ao livre exercício profissional, que assiste a pessoas singulares e coletivas, por força de previsão constitucional, não podendo, por essa razão, os consectários legais de hierarquia inferior, violar ou impor injusto óbice à mencionada disposição garantidora, limitados que estão a meramente regulamentar a praticidade da ordem econômica. Destarte, revela-se inconstitucional o artigo 12 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, que impede o acúmulo das funções de mandatário e assistente, nas escrituras de partilha e inventário, decorrentes da Lei 11.441/2007. Vedação esta que atinge notadamente aos advogados, vez que são os únicos profissionais competentes para o exercício da atividade de assistente jurídico, sendo, contudo, irrelevantes as características próprias do representante – exceto a sua capacidade civil – considerando a obrigatoriedade da outorga de poderes por instrumento público, elaborado com cláusulas diretas e precisas, duras e específicas. Para os fins da Lei 11.441/2007, a função de assistente impende em habilidade profissional, o mesmo não ocorrendo com os mandatos e representações, o que leva à conclusão de que o advogado estaria sofrendo um demérito de lei, colocado abaixo de toda a sociedade brasileira, sendo taxado, implicitamente, com uma espécie de má-fé inerente, ferindo a dignidade dos membros de uma classe cuja atividade é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito. Revela-se um desafio para o Poder Legislativo, que deve avocar para si o dever de produzir norma legiferante adequada a regulamentar as práticas da Lei 11.441/2007.

PALAVRAS-CHAVES: LIVRE INICIATIVA / DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA / REGULARIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA / DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO / LEI 11.441/2007 / RESOLUÇÃO 35 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA / INCONSTITUCIONALIDADE

ABSTRACT

The exercise of the free enterprise is a legislative rights manifestation, which guarantees one's right to enjoy the economic model in all the aspects comprised by the “free enterprise” type. Among them, the free enterprise and the guarantee to the free exercise of profession, which is applied to singular and collective persons due to its constitutional provision, does not enable the legal corollaries of an inferior hierarchy to violate or impose unfair obstacles to the aforesaid secured provision, being limited to merely regulate the practice of the economic order. Thus, article 12 of Resolution 35 from Justice National Council is regarded as unconstitutional for it forbids the accumulation of the functions of representative and assistant in the deeds of partition of a succession and inventory, issued from Federal Law 11.441/2007. Such prohibition clearly affects lawyers, as they are the only type of professionals competent to offer services of legal assistance; however, the characteristics proper of the representative are irrelevant – except the civil capability – considering the compulsory issuance of powers via public act, elaborated with direct and precise, strict and specific clauses. According to the purpose of Federal Law 11.441/2007, the function of assistant entails professional ability, which does not occur to the letters of mandate and representations, leads to the conclusion that the lawyer would be suffering from discredit towards the law by being placed below the whole Brazilian society, and implicitly regarded as a bad faith type, which hurts the dignity of the members of a class whose activity is essential for the maintenance of the Democratic Rule of Law. It comes to be a real challenge for the Legislative Power, which shall claim the obligation of issuing an adequate legal statute to regulate the practices of Federal Law 11.441/2007.

KEYWORDS: FREE ENTERPRISE / HUMAN DIGNITY / REGULARITY OF LEGAL PRACTICE / CHALLENGES FOR LEGISLATIVE POWER / FEDERAL LAW 11.441/2007 / RESOLUTION 35 FROM JUSTICE NATIONAL COUNCIL / UNCONSTITUTIONALITY

1 Da Síntese do Problema

A Constituição Federal, ordenamento máximo na hierarquia das normas brasileiras, em que pese se caracterizar por ser um sistema misto – formado por cláusulas duras e outras flexíveis –, de maneira imutável prescreveu, em seu artigo 5º, inciso XIII, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O garantismo integra a ordem dos princípios fundamentais, no mesmo passo do fundamento da ordem econômica, prescrito no artigo 170, *caput* – o direito à livre iniciativa. Ambos abalizados por corolários republicanos, como a valorização do trabalho, da livre concorrência, tendo como valores fundantes os mandamentos da justiça social, a promoção da dignidade da pessoa humana e do bem comum, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tudo conforme tutelam os constitucionais artigos 1º, 3º e 170.

Notadamente, preceitua o parágrafo único do mesmo artigo 170 constitucional que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica,

independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo nos casos previstos em lei**”.

Sumularmente, o exercício profissional é uma das diversas camadas do gênero livre iniciativa e, assim, da leitura sistemática dos princípios, é válido o questionamento: qual é o papel da lei regulamentadora para a delimitação da liberdade de empresa e, mais especificamente, do exercício profissional?

Por certo, são muitas as funções dessas normas e em razão do atendimento de sua função social^[1] que as balizas constitucionais devem ser prospectadas e privilegiadas, ganhando efetividade e viabilizada a sua eficácia, no mundo prático.

Na mesma esteira, inconstitucionalidades que eivem mencionadas normas, não desatendem apenas ao sistema jurídico ordenativo, mas notadamente aos interesses sociais.

A análise que se pretende recai sobre o artigo 12 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que foi editada com o intuito de regulamentar a prática da inovadora Lei 11.441/2007 que, em janeiro do referido ano, adotou uma forma procedimental há anos largamente utilizado na América do Norte e Europa, a saber, os inventários e rompimentos conjugais, bem como, de seus atos consecutórios, por via administrativa – ou seja, instrumentalizada pelo Tabelionato de Notas – dentro dos limites que propõe.

Como será melhor analisado a seguir, é essencial que as escrituras da Lei 11.441/2007 sejam lavradas com assistência do advogado, que pode ser comum às partes. E quando uma das partes outorgantes – seja ela herdeiro ou cônjuge – não pode comparecer pessoalmente para a assinatura da Escritura Pública, deve se fazer representar, e isto logicamente por mandato constituído por instrumento público, donde devem constar expressamente as manifestações de vontade do representado, a fim de que, em tais limites unicamente, atue o representante.

Contudo, mesmo havendo ampla segurança jurídica na confecção de tais instrumentos, o artigo 12, da Resolução 35 CNJ, opera com flagrante inconstitucionalidade ao preceituar que o advogado não pode cumular as funções de representante e assistente, imputando demérito à classe jurídica e lhe ferindo na garantia à isonomia, especialmente porque a assistência é, deveras, um ato do exercício profissional, o que não ocorre com este específico mandato, que pode ser outorgado a qualquer transeunte desconhecido, desde que aquele aceite o encargo, independente de suas características pessoais.

2 Acerca da Lei 11.441/2007 – Projeto de lei, exposição de motivos, fundamentos, objetivos e sistema de interpretação hermenêutica.

Consoante seu próprio ementário, a Lei nº 11.441/2007 altera dispositivos do Código de Processo Civil e possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e

divórcio consensual por via administrativa. Em resumo, faz provisão legal para os procedimentos extrajudiciais – ou seja, por meio da lavratura de Escritura Pública pelo competente cartório tabelionato de notas –, de transmissões de herança e de dissoluções e restabelecimento de sociedade e vínculo conjugais.

O diploma possui ótima correspondência no direito alienígena e sua edição concretiza anseios jurídicos e populares, sendo, portanto, motivo de comemoração para os variados atores dessas relações típicas, não apenas pelo caráter inovador da tutela, mas pelo potencial benefício para toda sociedade, pois, sua regulação é uma consistente política pública de promoção da prestação da justiça, vez que promove a desconcentração de tais atos pela tradicional via jurisdicional, ensejando o desafogamento das serventias judiciais e a celeridade da resolução dos casos concretos, evitando que partes concordes resem sujeitadas a meses de espera por uma simples homologação do juiz.

No Brasil, nasceu do Projeto de Lei 6.416/2005[2], com as alterações recepcionadas em função do substitutivo proposto pelo Senado Federal[3].

A necessidade do substitutivo se justificou pelo excesso de simplicidade, que eivava ao mencionado Projeto, o qual havia deixado de abarcar relações jurídicas deveras pertinentes, pecando em um de seus principais objetivos, a saber, justamente “desafogar” a demanda que recai sobre o Poder Judiciário, e assim contribuir para procedimentos mais ágeis e simplificados – diretamente, nas relações de que tratou, indiretamente, por evitar a sobrecarga na esfera judicial.

Contudo, operou com cuidado, o legislador, ao destacar que mantinha à exceção os inventários onde houvesse testamento, justificando expressamente que a restrição se deveu à possível divergência interpretativa, entre os herdeiros. Assim, vê-se que, nos direitos que pretendeu limitar, o legislador revelou preocupação direta com a ordem pública. Mas sempre mantendo o foco nas benesses atraídas pela proposta, notadamente para a melhoria da prestação da Justiça, para toda a comunidade, razão pela qual dilatou as hipóteses de cabimento de tais procedimentos extrajudiciais. Vale a leitura[4]:

Apesar disso, **o projeto analisado não altera a legislação de modo suficiente**, pois poderia ter adotado previsão mais ampla, autorizando a realização do inventário e da partilha consensuais, independentemente da composição da herança, desde que os herdeiros fossem capazes, tendo em vista a natureza voluntária do procedimento. Diante disso, **a proposta teria maior impacto** sobre o ordenamento, com **conseqüências positivas para a redução da demanda do Poder Judiciário e na melhoria dos procedimentos disponíveis para a população**, ao menos para a realização do inventário e da partilha. Dessa forma, recorreremos à proposta inserida no “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, documento assinado pelos representantes dos três poderes e que contém as diretrizes e projetos que norteiam o processo de reforma do nosso sistema jurisdicional, para formular nova proposta para o projeto analisado, de modo a ampliar as mudanças objetivadas. No substitutivo proposto [...] **texto passa a permitir a realização do inventário e da partilha consensuais por escritura pública**, desde que os interessados sejam capazes e não haja testamento. **Importante explicar que a restrição imposta à realização do procedimento extrajudicial nos casos em que exista testamento, deve-se ao fato de**

que a prática forense tem demonstrado que **a interpretação** desses documentos **geralmente suscita grandes divergências** entre os herdeiros, o que aumenta consideravelmente as chances de uma partilha consensual, posteriormente, transformar-se litigiosa, o que **inutilizaria** os atos praticados no procedimento extrajudicial. [...] Além da simplificação do procedimento consensual do inventário e da partilha, entendemos que **o projeto deve aproveitar a oportunidade para simplificar o procedimento para a realização do divórcio e da separação consensual**, tendo em vista o caráter voluntário dessas demandas. **A atuação do magistrado** na separação judicial consensual que não envolva interesses de incapazes, geralmente, **limita-se à homologação do acordo** de vontades firmado entre as partes. O mesmo ocorre no divórcio consensual com as mesmas características, **diferenciando-se apenas quanto à verificação do cumprimento dos prazos** legais. [...] A medida permitirá a realização da separação consensual por meio de escritura pública, **incumbindo ao tabelião** a tarefa de verificar a existência dos requisitos legais para a realização do procedimento. Efetuada a separação, as partes também poderão realizar o divórcio consensual por meio de escritura pública, **cabendo ao tabelião verificar se estão preenchidas as condições legais previstas para a realização desse procedimento, principalmente no que concerne ao prazo.** (g.n.)

Acerca da assistência jurídica obrigatória, o legislador destacou sua relevância social, relacionando-a com a perfeita garantia e segurança que o ato deveria fornecer para as partes envolvidas, evitando, por meio de tal assistência, que os outorgantes firmassem acordos temerários ou desavisados, e ainda equiparando a obrigatoriedade “às mesmas garantias” presentes no processo judicial, prestando grande prestígio e reconhecimento à atuação do advogado, para o ótimo aperfeiçoamento dos procedimentos administrativos, assegurando às partes a celeridade, mas “sem prejuízo das garantias presentes no processo judicial”. Desde então, percebe-se que a presença do advogado foi associada à segurança do ato jurídico, sendo válida a premissa inversa de que sua ausência exporia as partes ao risco, havendo revelada preocupação de tornar explícita a obrigatoriedade da assistência. Leia-se[5]:

A proposta substitutiva exige que as partes sejam assistidas por advogados para a realização do inventário e da partilha consensual, tal medida **pretende assegurar** aos herdeiros **as mesmas garantias presentes no processo judicial, afastando o risco** de que as partes venham a **consentir** com um **acordo temerário**. Assim, a proposta **assegura** às partes a realização do inventário e da partilha por meio de escritura pública, **sem prejuízo das garantias presentes no processo judicial e com procedimento bem mais célere.** [...] Assim como no procedimento para a realização do inventário e da partilha extrajudicial, propomos que **as partes interessadas também sejam obrigatoriamente assistidas por advogado no procedimento consensual para a separação e o divórcio extrajudicial, de modo a impedir o consentimento em acordos temerários.** (g.n.)

E conclui, comentando os frutos esperados dos novos procedimentos e destacando que tais partes desejam “apenas a formalização” de sua vontade, e não a solução de conflitos, dado que inexistentes:

Com a aprovação das inovações propostas, o ordenamento disponibilizará aos jurisdicionados **mecanismos simplificados, seguros e céleres** para a realização de procedimentos que **não buscam a solução de conflitos**, mas **apenas a formalização de situações de fato ou de acordos previamente firmados**. Conseqüentemente, o ordenamento **reduzirá a demanda do Poder Judiciário**, permitindo que sua atuação seja cada vez **mais focada na resolução de verdadeiros conflitos**, casos em que a tutela jurisdicional é imprescindível. Diante disso, opinamos pela aprovação do Projeto de Lei 6.416, de 2005, na forma do substitutivo que apresentamos. (g.n.)

Mesmo com o empenho do legislador, a Lei 11.441/2007 foi editada com poucos 05 (cinco) artigos, focados apenas na previsão procedimental e pobres em regulamentação, olvidando-se, até mesmo, de modificar o Código Civil, para harmonizá-lo com o microsistema.

Outros projetos de lei foram apresentados, anteriormente à opção pelo texto aprovado acrescido do substitutivo. Destaca-se o PLS nº 296 de 2006, integralmente voltado para “autorizar a separação e divórcio extrajudiciais, por escritura pública”. Ainda que se questionem alguns de seus regramentos, era um projeto bom em si mesmo, preocupado em se harmonizar com todo o ordenamento, alterando diretamente o Código Civil de 2002 e obrigando à assistência jurídica. Era um pouco mais afeta às regulamentações procedimentais, a exemplo da obrigatoriedade de averbação no rompimento e/ou restabelecimento, na certidão de casamento e os elementos mínimos das escrituras; previa expressamente a hipótese do restabelecimento por via administrativa, mas pretendia vinculá-los exclusivamente apenas aos rompimentos operados extrajudicialmente. Contudo, era perdulário quanto à conversão em divórcio, não exigindo a prévia separação por via administrativa, apenas o anterior procedimento da partilha. E confirmando uma linha mais aberta de pensamento, previa a escrituração pública da partilha judicialmente postergada. A justificação de motivos será vista a seguir; por ora, eis algumas de suas tutelas:

Projeto de Lei do Senado nº 296, de 2006

Art. 5º O art. 1.577 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 1.577. É lícito aos cônjuges separados, a todo tempo, **restabelecerem** a sociedade conjugal: [...]

II – **extrajudicialmente**, mediante aditamento à escritura pública de separação.

Parágrafo único. O restabelecimento **será averbado** no cartório que registrou o casamento, mediante ofício do juízo que decretou a separação, ou comunicação do cartório no qual se lavrou o termo de aditamento à escritura de separação.”

Art. 6º O *caput* do art. 1.580 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença [...] ou da lavratura da escritura pública de separação, qualquer dos cônjuges poderá requerer:

I – a sua conversão judicial em divórcio; ou

II – **a lavratura de escritura pública de divórcio por mútuo consentimento**, se os requerentes não tiverem filhos comuns incapazes, e tiver sido realizada a partilha de bens. [...]

Art. 10. O art. 1.124 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 1.124-A. A separação e o divórcio consensuais poderão ser realizados por escritura pública, se atendidos os requisitos do art. 1.574 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º **Da escritura pública de separação e divórcio constarão as disposições relativas:**

I – **à pensão de alimentos;**

II – **à descrição e partilha de bens; e**

III – **ao uso do sobrenome do cônjuge.**

§ 2º As escrituras públicas de separação e divórcio não dependem de homologação judicial para alcançar eficácia.

§ 3º As escrituras públicas de separação e divórcio constituem títulos hábeis para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 4º As escrituras públicas de separação e divórcio serão lavradas na presença dos requerentes, **obrigatoriamente assistidos por advogado**, cuja qualificação, número de inscrição no órgão de classe e assinatura constarão do ato notarial.”(g.n.)

E ainda o Projeto de Lei que se referia às tratativas dos inventários e partilhas, o PLS nº 155 de 2004. Mereceu rejeição porque, dentre outras incorreções, suas tutelas importavam em flagrante ferimento do princípio da isonomia, como é o caso do seu artigo 1º:

Art. 1º Dê-se a seguinte redação ao art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

“Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável:

I – por escritura pública, extrajudicialmente, quando existir **um único bem a partilhar**; (g.n.)

E assim, a legislação publicada no Diário Oficial da União de 5.1.2007 deu margem para dificuldades de aplicação e seu caráter espartano provavelmente se deve justamente pelas aberrações jurídicas que pontualmente se viu acima, evitando, o legislador, de cair em contradições, deixando para os outros dois Poderes a tarefa de normalizar as minúcias procedimentais, no exercício de suas *funções atípicas*.

Porém, como afirma Parodi (2007, p. 15):

Para que o conteúdo legiferado extrapole as linhas formais e alcance vigor de prática no cotidiano, é vital a participação conjunta de Advogado e Tabelião, por serem os principais operadores do direito em tela. [...] [é preciso] orientar a esses profissionais, notadamente no exercício de suas funções típicas e, via de consequência, contribuir para que a Lei nº 11.441/2007 ganhe notoriedade e efetividade. Afinal, através de uma verdadeira investigação dos institutos normativos, bem como da legislação correlata, é possível atacar aos pontos polêmicos e dirimir as questões que ainda causam perplexidade aos operadores, capacitando-os a manejar os atos administrativos em foco, de maneira ótima, e a bem orientarem aos seus clientes – instruindo as partes acerca de seu arcabouço obrigacional pertinente, para que celebrem os atos com a desejável consciência das implicações jurídicas.

O escopo da lei foi atingido, mas à custa de forte interpretação, o que ainda causa um pouco de perplexidade ao mundo jurídico, mas especialmente para a classe notarial, vez que estava habituada a atuar no universo das cláusulas duras, no exercício da delegação pública, sob o poder fiscalizador das Corregedorias da Justiça, devendo atuar com precisão dentro dos parâmetros pré-estabelecidos.

Contudo, a mudança é mais aparente do que substancial. As mudanças atraídas para o Direito pela Contemporaneidade fazem os tabeliães trabalharem com um ambiente jurídico permeado de novos conceitos e paradigmas, como a constitucionalização do Direito Privado e o perecimento das dicotomias inter esferas. Além do mais, importa especialmente aos tabelionatos a compreensão de que a natureza pública de sua atividade refere-se aos ritos e procedimentos, mas não atinge em plenitude aos conteúdos negociais, a exemplo das escrituras de ordem imobiliária e seguindo o mesmo passo nos atos de que dispõe a Lei 11.441/2007; afinal, a forma, ou a instrumentalização dos interesses, é de Direito Público, mas a vontade emana do Direito Civil[6].

A prática da Lei 11.441/2007 requer inteligente hermenêutica, não sendo possível – para alcançar à efetividade seus meros cinco artigos – trabalhar com um único método interpretativo.

Contextualizando, trata-se de norma de origem **federal**, natureza **instrumental** (ou processual), oriunda de fonte **heterônoma** – imposta por ente externo as partes da relação, **estatal** – emanada do Congresso Nacional e se revestindo da qualidade de lei superior – e **imperativa**, pois se aplica coercitivamente, independentemente da vontade das partes, ficando aos sujeitos a opção por se valerem ou não de tais garantias.

Relativamente aos métodos hermenêuticos aplicáveis, primamente, todas as pessoas se sujeitam à interpretação sociológica, prevista no artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, o atendimento aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

As serventias extrajudiciais costumam ser orientadas pelo mecanismo **gramatical**, que importa na leitura literal do texto de lei; porém, é um método temerário e desaconselhável, exceto nos casos expressamente previstos pelo próprio ordenamento. Não que se pretenda fazer uma apologia da ilegalidade, mas, no presente caso, é imperioso perceber que o normatizador foi relativamente claro em suas palavras; o vazio não se preencherá pelo espremer das linhas, mas pela busca da **efetiva intenção** do legislador – método **teleológico** ou finalístico e **histórico** –, o que traz ao cenário a importância da leitura conjugada da exposição de motivos, situada na harmonia do ordenamento jurídico vigente e pela comparação com outros diplomas – método **lógico e sistemático**.

Importam em cuidado relevado, os métodos **ampliativo** e **limitativo**, os quais, respectivamente, atribuem maior ou menor sentido aos texto de lei. O equilíbrio deve ser a pedra angular, pois ambos os mecanismos poderão ter cabimento, a seu próprio tempo, não se podendo abdicar de nenhum, peremptoriamente. O que, aliás, remete ao debate anterior, acerca da tipicidade da norma – sua abrangência de interpretação variará conforme se compreenda a lei como de natureza pública ou privada. No magistério de Savigny (*apud* AMARAL, 2002, p. 154): “toda relação jurídica aparece-nos como vínculo de pessoa a pessoa (elemento material), determinado por uma regra de direito (elemento formal) que confere a cada indivíduo um domínio no qual sua vontade reina independentemente de qualquer outra vontade externa”.

O conceito da concepção personalista clássica estabelece o foco no vínculo entre as pessoas, contemplando direitos e deveres. Como preceitua Amaral (2002, p. 161): “resulta da incidência da norma jurídica sobre as relações sociais que se transformam, por isso mesmo, em vínculos pessoais qualificados pela norma jurídica, vale dizer, vínculos normativos, nexos entre sujeitos de direito”.

Em suma, a norma emanada do Direito Público importa suas qualidades naturais ao *Codex Privado*, delineando o espaço cabível para a esfera de vontade, anotada por Savigny. Conquanto o Código Civil concentre a tutela essencialmente privada, impenderá à indisponibilidade *inter partes* para diversos dispositivos seus, pela presença da proteção estatal em tal ordenamento, retirando dos particulares a possibilidade de adequarem determinada temática ao seu bel prazer e conveniências. Restrições estas, que derivam da necessidade de manutenção da segurança jurídica *erga*

, em questões de ordem pública. Ilustrativamente, os cidadãos podem optar por casarem ou não, mas aqueles que se decidem pelo casamento, não podem escolher os rituais dos proclamas, vez que estes já se encontram exaustivamente elencados pelo codificador.

Conclui-se que, na interpretação da Lei 11.441/2007, principalmente os Advogados, Tabeliães e os próprios órgãos reguladores[7] – como as Corregedorias e o Conselho Nacional de Justiça – devem ler e aplicar, e mesmo legislar administrativamente, o conteúdo da norma, de uma maneira completa, analisando o sentido do texto e não apenas a letra da lei e, especialmente, visualizando o seu conteúdo como parte da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha, aos demais operadores do direito, quando solicitados, compete-lhes o dever de promover o bem comum. É importante que Tabelião, Advogado e órgãos reguladores tenham em mente a importância de seu papel social neste momento de transformação histórica das relações familiares. A boa interpretação e aplicação da Lei 11.441/2007 dependem de boa-vontade para recepcionar a inovação; e toda inovação carece de estudos e investigações mais aprimoradas. Acarreta trabalho? Sem dúvida. Mas se esquivar da responsabilidade atrás de práticas e convenientes leituras estritamente literais do texto de lei, certamente não é a resposta, sob as penas de se reduzir ao ostracismo um ótimo diploma legal. Não se despreze a importância de um ato notarial de alta complexidade ou de um simples registro; tudo e todos colaboram para a administração da justiça.

3 A Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça – fundamentos, objetivos e sistema de interpretação hermenêutica.

Todo profissional do ramo jurídico, independente de sua função típica, precisa ter em vista que a Justiça vive uma nova ordem e a operação das normas se dá em pleno Século XXI, guiada pela nova paradigmática do Direito. Decorre que não há mais espaço para o pensamento maniqueísta ou para as dicotomias extremadas – no Direito Pós-Moderno já não cabe mais debater se as normas são de Direito Público ou Privado em sentido estrito, à exceção das tecnicidades necessárias, visto que há revigorado privilégio para o diálogo entre as diversas esferas, inclusive com a intenção de repartir a responsabilidade pró-eficácia e efetividade do ordenamento entre os entes públicos e privados. Como ensina Pietro Perlingieri (2007, p. 52-53), a “unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto em seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre direito público e privado está em crise”. A forte tendência caminha pela edição de normas de cunho normativo misto, que possuam dispositivos tipicamente públicos ou eminentemente privados, em interligação, dentro da mesma produção legiferante, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da Lei “Maria da Penha e do próprio Código Civil.

A Resolução 35, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 24 de abril de 2007, é norma de origem federal, hierarquicamente compatível com as leis ordinárias, e que “disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro”. Com

franco caráter regulamentador, visava a suprir as graves lacunas deixadas pela norma, no aspecto procedimental, notadamente porque, como mencionado anteriormente, a Lei 11.441/2007 instituiu novas possibilidades em um ambiente que costumeiramente trabalhava disciplinado por cláusulas rígidas de atuação, carecendo, o setor, de orientação advinda de fonte pacificadora. Sua exposição de motivos justifica sua edição:

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e tendo em vista o disposto no art. 19, I, do Regimento Interno deste Conselho, e

Considerando que a aplicação da Lei nº 11.441/2007 tem **gerado muitas divergências**;

Considerando que **a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos** os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, **descongestionar** o Poder Judiciário;

Considerando a necessidade de **adoção de medidas uniformes** quanto à aplicação da Lei nº 11.441/2007 em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos;

Considerando as **sugestões apresentadas pelos Corregedores-Gerais** de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em reunião promovida pela Corregedoria Nacional de Justiça;

Considerando que, sobre o tema, **foram ouvidos o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil** e a **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**;

RESOLVE: (g.n.)

Depreende-se o juízo de valor operado sobre a lei regulamentada: ao aduzir às divergências, reconhece a insuficiência do método gramatical; compreende a finalidade, ou teleologia, dos novos procedimentos, e confirma o diálogo e oitiva da *opinio* das autoridades competentes para a aplicação setorizada da norma.

Portanto, à mesma maneira que a lei principal, a Resolução 35 CNJ será lida, interpretada e aplicada pelo método gramatical, teleológico, ampliativo e restritivo, sendo que os dois últimos merecendo símile cuidado no uso, a exemplo do que soe acontecer com a Lei 11.441/2007, essencialmente porque o próprio ordenamento brasileiro impõe óbices à utilização desses métodos hermenêuticos, ao limitar, por exemplo, à interpretação restritiva textos legiferados que importem em diminuição de direitos ou garantias[8].

Para compreender a Resolução 35 do CNJ, é preciso ter uma visão panorâmica de sua estrutura. Composta por 54 artigos – oito dos quais serão vistos abaixo –, subdivide-se em cinco seções, sendo a primeira destinada às disposições gerais, a segunda às partilhas e inventários, a terceira às disposições comuns à separação e divórcios

consensuais[9], a quarta referente à separação consensual e, por fim, a quinta, atinentes aos divórcios consensuais.

Integrando as seções entre si, o artigo 39 informa que, “a partilha em escritura pública de separação e divórcio consensuais far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber”. Esta última expressão é deveras relativa, pois, qual ou de quem será o juízo de valor que determinará tal cabimento procedimental?

O debatido artigo 12 é um caso típico em que se verifica essa possível (in) adequação; situado na seção II, referente às partilhas e inventários, afirma que:

Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, **representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente das partes** (g.n.).

Deixando os debates meritórios para o tópico seguinte, por ora, seria possível desumir que, tendo em vista a inserção do teor restritivo do artigo 12 exclusivamente na Seção II, então, poderia não ser aplicada às escrituras das seções IV e V, o que equivale a dizer: a vedação ao acúmulo de funções estaria circunscrita às escrituras e atos próprios das Sucessões, mas não se estendendo às escrituras e atos próprios do restabelecimento e rompimentos conjugais, notadamente porque as cláusulas que impõem diminuição de direitos devem ser interpretadas de maneira restritiva e nunca ampliativa.

Continuando na análise panorâmica, dita o artigo 8º, que “é necessária a presença do advogado, dispensada a procuração”, mas se percebe que não é boa a técnica redacional, vez que não esclarece expressamente neste preâmbulo a que título se exige a presença do profissional, restando aos aplicadores a interpretação sistemática, coadunando com os artigos 1º e 3º da Lei 11.441/2007 – os quais prescrevem a obrigatória assistência jurídica nas escrituras –, bem como, com os artigos seguintes da Resolução 35, CNJ, especialmente os artigos 12, 36 e 47, os quais fazem menção à assistência e, de forma excludente, ao mandato.

E persistem as falhas redacionais, denotando muitas omissões e incongruências internas ao diploma resolutivo, vez que, a cada seção, anota como obrigatória a apresentação de documentações diversas entre si, mas com ares de esgotamento do elenco mínimo, causando confusão incipiente aos aplicadores[10] e ferindo à própria unicidade sistemática interna, como se pode observar, ilustrativamente:

Art. 24 A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados [inserido na Seção II, referente ao inventário e partilha].

Art. 33 Para a lavratura da escritura pública de **separação e de divórcio consensuais**, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e)

certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver. (g.n.)

Enquanto o artigo 24 poderia pressupor a apresentação de um possível mandato público – notadamente porque as disposições acerca de inventários e partilhas são aplicadas, subsidiariamente, no que couberem, às outras naturezas de relacionamento escrituráveis –, o artigo 33 não faz referência a eventual documento de representação, mas cuidou de elencar outras categorizações documentais de elementos não obrigatórios, com a aposição da expressão “se houver”.

E novamente o legislador atípico intenta uma regulamentação cuidadosa, mas seu produto final é defeituoso, pois, se pretendia efetivamente vedar a acumulação das funções de representação e assistência, então deveria ter expressamente repetido a restrição no artigo 36, devendo, ainda, ter dedicado maior cuidado às observâncias estruturais do respectivo instrumento público, como se tratará no item 5.

Art. 36 O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias. (g.n.)

Concluindo a investigação sobre a estruturação da Resolução 35, CNJ, o artigo 47, o qual, em que pese tratar da última rubrica de espécie relacional escriturável, é o primeiro dispositivo a adotar expressamente o termo “assistência” do advogado.

Art. 47 São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.

Por todo o exposto, desume-se que a Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça, conquanto tenha buscado se esmerar no quesito “regulamentação procedimental”, pecou omissiva e comissivamente em seus preceitos, confirmando que não apresenta uniformidade de estrutura ou boa técnica jurídica, fatores que fortalecem as razões da tese do presente trabalho.

4 Liberdade de Empresa no Modelo Econômico e Jurídico Brasileiro – o exercício profissional como garantia constitucional e camada da livre iniciativa

Quando se faz referência à **liberdade de iniciativa**, não se pode olvidar que ela está inserida em um contexto mais amplo, o do direito à liberdade. Assim, neste mapa maior, em que estão contidas a liberdade de locomoção, circulação, pensamento, profissão, dentre outras, evidencia-se existente a liberdade de iniciativa econômica. Esta não é somente um princípio institucional de direito econômico, inserto na Constituição Federal Brasileira, mas representa verdadeiro direito subjetivo, cujas restrições jamais poderão comprometer a extensão e alcance do conteúdo essencial do direito[11].

É através do exercício do direito à liberdade[12] que se obtém o livre desenvolvimento da personalidade humana, instrumento fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, preconizado na carta constitucional vigente, no *caput* de seu artigo 1º. O tratamento isonômico substancial e o exercício do trabalho, pois afetos à própria existência e à satisfação pessoal, constituem-se em claras maneiras de alcance deste bom desenvolvimento do seu ser.

O Estatuto da Advocacia, instituído por força da Lei 8.906/1994, regula a atividade e determina que o advogado, preceitua: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...) II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

Além de indispensável à administração da justiça, o advogado é agente da livre iniciativa, quer no exercício de sua profissão, quer enquanto colaborador das atividades econômicas mais diversas. A proteção de suas garantias, em que pese se tratar de profissão liberal, também constitui uma espécie de meio ambiente de trabalho, merecendo especial proteção e conferimento de efetividade às suas garantias de exercício, a manutenção de sua inclusão no espaço que constitucionalmente e por lei ordinária lhe é delimitado, notadamente relevada a função social de sua atividade privativa.

Portanto, quando se tem em mente o princípio da livre iniciativa, este “há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a Justiça Social e com o bem-estar coletivo (SILVA, 1990, p. 665)”. Destarte, as limitações à livre iniciativa devem ser justificadas por um valor constitucional mais relevante que se busca preservar, bem como pela ausência de meio menos oneroso para o caso concreto. Conforme o magistério de Vaz (1994, p. 161), é fato que:

o legislador tem de se basear num outro valor constitucional que imponha a restrição do direito fundamental. Se esse valor não existe, ou não existe tanto quanto o legislador alega, então a restrição não é legítima e viola o conteúdo essencial do preceito constitucional que garante a liberdade de empresa privada.

Essa idéia de Justiça Social encontra-se presente quando a Constituição Federal revela seus objetivos fundamentais em seu artigo 3º. Nestas finalidades precípuas percebe-se, claramente, a presença da liberdade de iniciativa, pois não se pode negar que, a teor do artigo supra, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como, promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, passa por um necessário desenvolvimento econômico e este somente pode ser alcançado, de forma democrática, através da liberdade de iniciativa; e ainda que esta faceta econômica do Direito ao Desenvolvimento – que é um processo abrangente (ONU, 1986) –, não seja um pressuposto para o atingimento de tais garantias, é certo que as falhas em seu estabelecimento colaboram diretamente para o ferimento das finalidades citadas. O advogado é indiscutível partícipe deste processo.

Como será observado na seqüência, não existem motivos justificáveis para limitar a atuação profissional do advogado nos procedimentos disciplinados pela Lei 11.441/2007, ainda que atuando cumulativamente como mandatário e enquanto profissional do direito, pois inexistente, como regra, qualquer conflito de interesses e ainda havendo a possibilidade da dispensa de comparecimento pessoal da parte. Além disso, estará, referido profissional, sujeito à prestação de contas de seus atos, quer perante seu cliente, quer, eventualmente, perante seu órgão de classe, vez que sua atividade está também delimitada pelo Código de Ética e Disciplina, instituído em 13 de fevereiro de 1995, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual preceitua, desde seu artigo 1º: “O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional”.

Trata-se efetivamente de clara e descabida infração à isonomia e indireta limitação ao exercício profissional.

5 Inconstitucionalidade do Artigo 12, da Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme conclusões preliminarmente apontadas nos itens anteriores, a instituição dos novos procedimentos administrativos para a realização de inventários, partilhas, restabelecimento e rompimentos conjugais, atende ao anseio social e republicano, conferindo celeridade a atos jurídicos consensuais e, via de consequência, diminuindo a demanda sobre o Poder Judiciário. Goza de todas as garantias e segurança jurídica necessárias, inclusive por deferida preocupação do Legislativo, manifestada desde as exposições de motivos do projeto de lei e substitutivo que derivaram na Lei 11.441/2007. Bem ainda, conta com a vital participação do advogado, que no exercício de atividade que lhe compete exclusivamente, promove essa segurança jurídica do ato, devendo portar-se – como soe acontecer – com lisura e eticidade, garantindo, sim, o melhor interesse de seu cliente, mas atuando consciente de sua função e responsabilidade social.

Conquanto a expressão “responsabilidade social” esteja comumente associada à atuação das empresas e/ou governos, em verdade o dever de atuação socialmente responsável conjuga a todas as forças humanas, políticas, econômicas, educacionais, científicas e sociais, bem como a todas as relações interpessoais, em um paradigma conjunto, independente do conteúdo relacional, impendendo para um chamamento mundial a uma visão única de responsabilização do agente em prol da cidadania. Equivale a um compromisso mundial, firmado por todos os setores do mundo moderno, para a prática de suas funções habituais, sob o ponto de vista da promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Daí se dizer que a Ciência do Direito é afetada pela Responsabilidade Social especialmente na interpretação de suas normas e de figuras clássicas, discutindo-se o impacto social do exercício dos direitos pelos entes, bem como se investigando qual é o desejável impacto social a ser provocado pelo conteúdo das normas positivadas, afetando, este último, especialmente aos operadores do direito das variadas áreas de atuação.

Ademais, vale relembrar, como já anotado no item acima, que o advogado é um agente da livre iniciativa, não estando, portanto, exonerado da delimitação de seu exercício profissional norteado pelos ditames da própria responsabilidade social empresarial, que visam a um impacto positivo e redução dos efeitos negativos, das mais variadas áreas, na comunidade global (BESSA, 2006).

Acerca das responsabilidades que recaem sobre os ombros de todas as pessoas envolvidas na operacionalização destes novos procedimentos, diz a doutrina (Parodi, 2007, p. 32):

Vale dizer, *in casu*, que não é suficiente que Advogados e Tabeliães recebam o preço ajustado por seus serviços profissionais – é preciso zelar pela potencial consciência das partes quanto aos atos praticados. Da mesma maneira, é preciso que os particulares ajam com responsabilidade e boa-fé, não apenas entre si, mas principalmente com relação aos terceiros afetados pelas disposições patrimoniais operadas. O Governo Federal, igualmente, possui permanente arcabouço obrigacional para com os cidadãos e, anotada a correlação entre os dispositivos da Lei nº 11.441/2007 com os direitos humanos cominados em variados pactos, face à violação de garantias individuais – pelo Governo – uma vez relacionadas com qualquer aspecto, teórico ou prático, da Lei nº 11.441/2007, o mencionado diploma legal poderá, sem embargo, se constituir em fonte legal obrigacional para regulares petições perante os órgãos internacionais competentes.

Rememorando, a inconstitucionalidade visualizada no artigo 12 da Resolução 35 se materializa na vedação na expressão “**vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente das partes**”, nas escrituras de cunho sucessório. Fator intimamente conectado com as razões que levaram o normatizador a estabelecer tão injusta restrição de direitos emana das muitas críticas e questionamentos que ainda surgem acerca da efetividade da segurança de atos realizados extrajudicialmente.

Contudo, na prática, a proteção oferecida pela Lei 11.441/2007 é ainda maior do que a recebida no processo judicial, vez que as consensualidades são tratadas, no Poder

Judiciário, mais como uma tarefa de cunho administrativo, tanto que é exercida por funcionários das serventias, raramente sendo brindadas as partes com o comparecimento e fiscalização magistral; o próprio Ministério Público não tem interesse nas ações relacionadas aos atos agora de Lei 11.441/2007 e não há uma efetiva participação atuante dos poderes, nos rompimentos consensuais, limitando-se à verificação do preenchimento de elementos técnicos tais como decursos de prazo e recolhimento de impostos. A autenticidade e procedência dos documentos juntados pelas partes dificilmente são verificados em sede judicial, notadamente pela prerrogativa processual de se atribuir valor a reproduções não autenticadas. Ademais, no curso do processo, o advogado possui muito maior liberdade de ação, do que na via administrativa, vez que, por instrumento particular, pode receber poderes gerais e específicos, os mais amplos possíveis, sem haver garantia de lisura no cumprimento de seu dever de esclarecer ao cliente, acerca dos efeitos jurídicos da respectiva outorga. E no exercitamento desses poderes, muitos abusos podem ser cometidos, sem chance de fiscalização prévia, pelos Poderes. Exemplificativamente, um advogado eivado de má-fé, que represente ambos os cônjuges, poderia, após a audiência de homologação de sentença que conceda a separação judicial, com partilha de bens e alimentos, valer-se de poder específico outorgado, para beneficiar uma das partes e desistir de algum dos benefícios ajustados.

Nesse aspecto, a via administrativa revela-se ainda mais segura do que a esfera judicial. Dentre outras obrigações, emana o dever da efetiva fiscalização documental, exigindo-se vias originais ou devidamente autenticadas, o que via de regra é dispensado no processo judicial. Ademais, o tabelião se revela com melhores condições para visualizar a disposição e estado mental das pessoas, podendo perceber, nos outorgantes, nuances de coação, irresignação ou mesmo do desconhecimento dos efeitos acarretados pelos atos praticados e ainda possui a prerrogativa, segundo o artigo 32 da Resolução 35, de negar-se à lavratura do ato, se “houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito”.

As responsabilidades também são compartilhadas com as partes; ilustrativamente, ao tratar dos rompimentos conjugais, preceitua o artigo 35 da citada resolução, que “da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das conseqüências da separação e do divórcio, firmes no propósito [...], sem hesitação, com recusa de reconciliação”, não se encerrando aí as declarações, as quais somente serão prestadas pelos outorgantes após estarem bem esclarecidos pelo tabelião – que atua como fiscal da lei – dos efeitos jurídicos ora produzidos.

Tudo isto com a devida participação do advogado, estabelecida por desígnio de um Senado Federal, que, na exposição de motivos do texto substitutivo, anteriormente colacionado, apesar de ter dado mostras de relevada preocupação com o assecuramento da *praxis*, entendeu tê-lo atingido com a prescrição de obrigatoriedade da assistência, a qual seria o divisor de águas entre a instabilidade e a proteção dos atos e das partes, segurança esta que permitiria a realização dos objetivos do Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, os quais foram repetidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no preâmbulo normativo, ao mencionar: “Considerando que a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário”.

Contudo, o artigo 12 da citada resolução é um preceito contraditório ao próprio espírito normativo. Superficialmente, porque a restrição que importa em ônus adicionais, de ordem variada, desnecessariamente complicando a operacionalização com o chamamento de uma terceira pessoa mandatária, a qual, via de regra, será pessoa leiga e também receberá orientação do mesmo advogado assistente do ato principal, considerando que o instrumento público de representação deverá ser – como soe acontecer – confeccionado em cláusulas duras, com manifestação expressa do intuito volitivo do outorgante, sem qualquer espaço para deliberações negociais. Qualquer erro no ato acessório, causará defeito no ato principal, sendo impendente a assistência do advogado, mesmo que exterior ao instrumento.

Mas o texto do investigado artigo traz, implicitamente, uma imputação de má-fé à classe dos advogados, notadamente por serem os únicos afetados pela vedação, ferindo a dignidade dos membros de uma classe cuja atividade é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito. Afinal, assistência é função típica destes profissionais, requerendo sua habilidade e perícia técnica; mas a representação é aberta, *in casu*, a qualquer cidadão que teoricamente aceite o encargo, sem relevância de qualquer característica pessoal, exceto a capacidade civil.

O exercício da liberdade de empreender é uma manifestação do garantismo legislativo, que assegura aos particulares o direito de usufruir do modelo econômico, em todas as camadas que o gênero “livre iniciativa” compreende. Dentre elas, a liberdade de empresa e a garantia ao livre exercício profissional, que assiste a pessoas singulares e coletivas, por força de previsão constitucional, não podendo, por essa razão, os consectários legais de hierarquia inferior – categoria onde se situa o artigo 12 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça –, violar ou impor injusto óbice à mencionada disposição garantidora, limitados que estão a meramente regulamentar a praticidade da ordem econômica.

Por toda a investigação procedida, desume-se que a Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça, conquanto tenha buscado se esmerar no quesito “regulamentação procedimental”, pecou omissiva e comissivamente em seus preceitos, confirmando que não apresenta uniformidade de estrutura ou boa técnica jurídica, fatores que fortalecem as razões da tese do presente trabalho. De plano, já é certo que o artigo 12 tecnicamente só pode afetar às escrituras consecutórias das Sucessões, vez que a restrição de direitos há de ser lida e interpretada restritivamente, ferindo a uma possível extensão de efeitos sobre as demais espécies relacionais escrituradas, a qual poderia ser subentendida e autorizada no artigo 39 da mencionada resolução, *in verbis*: “A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensuais far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber”. Tanto que o artigo 36, na seqüência, informa que:

O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias. (g.n.)

E aonde restou expressada a vedação do acúmulo de funções? Porém, a solução para o problema identificado, não reside na mitigação dos efeitos do artigo 12, mesmo porque, os defeitos, repita-se, atingem a toda a estrutura da resolução.

Todo o problema se revela, em verdade, pela omissão do legislador, ao entregar um produto final legiferado com meros cinco artigos, omitindo-se de regulamentar o procedimento.

Assim, na qualidade cidadãos e advogados afetados pela injusta limitação de direitos, os pesquisadores podem – como de fato o tem feito – encaminhar seu parecer e pedido de providências, aos competentes órgãos do Conselho Nacional de Justiça.

Derivada da prerrogativa profissional – artigos 103, VII e IX –, compete ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e à Associação dos Notários e registradores do Brasil mover ação direta de inconstitucionalidade, referente ao artigo 12 da citada Resolução 35, com especial privilégio para a primeira entidade, cujo dever precípua é regular esta atividade profissional e resguardar os direitos dos integrantes da classe^[13].

Na mesma esteira, bem poderiam os demais entes relacionados no artigo 103 tomarem a iniciativa, notadamente o Presidente da República e a Mesa do Senado Federal, vez que o artigo 12 da Resolução 35 afronta diretamente uma excelente Lei Federal. Porém, eis que tal violação decorreu da omissão dos legisladores, na elaboração da Lei 11.441/2007, pois enormes cuidados se demonstraram nas exposições de motivos para, ao final, esquivarem-se os membros do Poder Legislativo, da responsabilidade de produzir uma lei bem elaborada, debatida com os setores diretamente relacionados e não deixando ao arbítrio dos normatizadores atípicos o completo exercício de toda uma função regulamentadora, especialmente por se tratar de uma lei ordinária, de natureza procedimental e dispositiva.

6 Conclusão e Proposta ao Desafio Legislativo

Desprovido de uma pretensão de encerramento da questão, termina o presente trabalho com apertada síntese da tese elaborada.

Restou analisado que o advogado é um agente da livre iniciativa, com relevante papel social, exercendo profissão regulamentada cujas funções passam, inclusive, pela manutenção do Estado Democrático de Direito, gozando, portanto, de garantias de inviolabilidade da prática jurídica, mas igualmente arcando com os ônus éticos e disciplinares respectivos.

A Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça, é norma federal que se propõe a regulamentar a prática das escrituras públicas previstas na Lei 11.441/2007, que institui no Brasil o procedimento administrativo para a realização de inventários e partilhas, restabelecimento e rompimentos conjugais.

No afã de conferir operacionalidade uniforme aos mencionados atos, excedeu-se o normatizador em algumas minúcias desnecessárias, e símile tempo pecou por omissão preceitual, ferindo à unicidade sistemática da resolução em tela. Especialmente, comete grave injustiça contra a classe advocatícia, ao vedar o acúmulo das funções de mandatário e assistente das partes, limitação esta que só atinge, logicamente, aos advogados e que lhes impede o acesso ao exercício de um ato que sequer se revela de natureza técnica-profissional. Ao contrário, nas espécies debatidas, os poderes do mandato podem ser outorgados a qualquer cidadão capaz, independente de suas habilidades profissionais, notadamente porque a segurança jurídica do ato reside na obrigatória natureza pública do instrumento de representação, que também obrigatoriamente há de ser confeccionado com cláusulas duras, donde se extrai uma manifestação de vontade precisa, ditada pelo outorgante, cabendo ao mandatário exclusivamente o dever de representar pessoalmente a parte, mas não sendo permitida a reserva de poderes de caráter negocial ou deliberativo; equivale a dizer que o mandatário nada decide, apenas assina pelo representado, nos exatos termos de manifestação de vontade exprimida e outorgada em poderes para tanto.

Nessa esteira, revela-se injusta e inconstitucional a prescrição limitativa do artigo 12, da Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça, grave defeito de norma, o qual somente teve oportunidade de concretização por fato do Poder Legislativo, que primeiramente se mostrou omissivo na elaboração do produto, legiferado após variados projetos e substitutivos em espartanos cinco artigos, deixando ampla margem para debates e discórdias de natureza regulamentar, implicando na insegurança de *praxis* e exposição a preceitos antijurídicos, como o que se apresenta no supra citado artigo 12, de uma resolução vazada por brechas variadas.

A mitigação dos efeitos do artigo – para restringi-los apenas às escrituras de natureza sucessória – e/ou o acatamento, pelos órgãos competentes, do Conselho Nacional de Justiça, do pedido de providências relativas ao artigo 12 de sua Resolução 35 resolveria parte do problema. Ações diretas de inconstitucionalidade denotariam a preocupação e zelo dos entes promotores da medida. Mas, como se disse, a Resolução 35 possui brechas de ordem estrutural, sendo mister a reformulação de variados dispositivos, sob pena de ferimento da harmonia de todo o sistema ordenativo.

Porém, a necessidade da própria Resolução 35 emergiu da omissão legislativa, razão pela qual um aperfeiçoamento de rumos há de emergir, igualmente, da mesma Casa, constituindo-se em um verdadeiro desafio para o Poder Legislativo que avoque para si o dever de confecção de uma nova Lei Federal, capaz de abarcar toda a necessidade regulamentar e de suprir as arestas deixadas pela Resolução 35, do Conselho Nacional de Justiça, agora gozando, inclusive, das benesses do transcurso experiencial do diploma, editado e praticado nacionalmente já há mais de ano.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 4ª ed., revista, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas. Práticas sociais e regulação jurídica.** Rio de Janeiro : Lúmen Iuris. 2006

BRASIL: Decreto-Lei 4.707/1942 Lei de Introdução ao Código Civil

_____ Projeto de Lei 155/2004

_____ Projeto de Lei 6416/2005

_____ Projeto de Lei 296/2006

_____ Lei Federal 5.869/1973 – Código de Processo Civil

_____ Lei Federal 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB

_____ Lei Federal 10.406/2002 – Código Civil

_____ Lei Federal 11.441/2007 – institui a “realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa”.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campos, 1992.

_____. **. Da estrutura à função,** Manole, São Paulo: 2007.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Código de Ética e Disciplina, 1995.

HERNANDEZ GIL, Antonio. *Conceptos Jurídicos Fundamentales.* Madrid : Espasa-Calpe, 1987.

nalín, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno.** Curitiba : Juruá, 2001.

PARODI, Ana Cecília. Colaboração: SANTOS, Clarice Ribeiro. **Inventário e Rompimento Conjugal por Escritura – Praticando a Lei 11.441/2007.** 2ª ed. Russell : Campinas, 2007.

_____, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos.** 2ª ed. Russell : Campinas, 2008.

Perligieri, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional.** 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar. 2007.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: Aspectos relevantes.** In: Paulo Nalin e Guilherme Vianna. (Org.). *Direito em Movimento.* Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo : RT, 1990.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico**. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1994.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/365040.pdf>.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/386354.pdf>.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/386354.pdf>.

[1] A função social das figuras jurídicas é tema coligado à operacionalização da hermenêutica constitucionalizada, a qual deve ser (tal função) prospectada em cada relação jurídica praticada concretamente – especialmente as privadas –, cujos limites de conteúdo jurídico são delineados também no artigo 187 do Código Civil, sem prejuízo das demais tutelas; guarda conexão de efetividade com outras correntes doutrinárias, a exemplo da repersonalização e da despatrimonialização do Direito Civil. Fixando marco teórico, Bobbio (2007, p. 85-137) ensina que, por função se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo. E entende que o escasso interesse pela função social, na (então) prevalente teoria geral do Direito resta vinculada ao destaque que os grandes juristas deram às Ciências Jurídicas como um instrumento “cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, são perseguidos e alcançados”. A razão positivista implica no estudo e aplicação do Direito a partir de sua estrutura, visando a uma compreensão de sua formação, a desprezo da serventia de seu conteúdo, ou seja, privilegiando a estrutura sobre a função. Kelsen, dentre outros autores, entendia que a análise funcional estaria restrita à produção científica de sociólogos e filósofos, vez que possuem visão exteriorizada do Direito; o jurista por sua vez, analisaria o Direito como meio e não como fim, compreendendo-o como mecanismo de consecução da paz social, ou da segurança coletiva. Bobbio desafia a visão kelseniana de um ordenamento coativo, entendendo o Direito promocional, o qual não elide a concepção da juridicidade coativa, mas o expande para um meio de estímulo e real promoção das boas condutas, direcionando os comportamentos para objetivos preestabelecidos, cuja obtenção pode ser prospectada de técnica legiferante que coaduna com as sanções positivas e os incentivos. E afirma que a função do Direito – em relação à sociedade como totalidade ou em relação aos indivíduos que dela fazem parte – não teria sentido revolucionário, se o termo “Direito” for entendido como meio de coação, adquirindo sentido apenas se pretende falar das mudanças sociais, que, na conformidade do mecanismo podem ser produzidas, e, portanto, dos conteúdos políticos, econômicos e sociais que, um a um, possam vir a ser reduzidos àquela forma. Eis aí a função social em sentido amplo, podendo se revestir de seu aspecto, ou fim, social estrito, econômico, político, dentre outras expressões – e assim, elide qualquer argumento que vise a desmerecer a existência de uma função social da empresa, como se a mesma existisse unicamente com a missão de dar lucro para o empreendedor, visto que a concepção da função social parte do gênero, que em si abarca a espécie social estrita e a econômica. As modificações funcionais e estruturais devem ser, igualmente, alimentadas, de maneira proporcional. A função social é um

mecanismo interpretativo pré e/ou pós-efetividade, em sentido revisional, modificando seu conteúdo classicamente conhecido ou limitando seu campo de atuação. Busca uma nova paradigmática hermenêutica, promovendo uma travessia dos significados modernos para os significantes contemporâneos, ancorando no solidarismo ético. Ensina Paulo Nalin (2001, p. 125-200) que o **solidarismo** é um espírito, um princípio de justiça, e não um simples regramento. Generalismo consistente, que permite, inclusive, o tutelamento das questões genéticas; a dignidade da pessoa humana é um princípio fonte, que influencia, de modo irrevogável, a todas as relações particulares (POPP, 2007. p. 62). Do personalismo ético emanam novos princípios orientadores das relações privadas, a saber, a Boa-Fé (objetiva) Negocial, o Equilíbrio das Prestações, a Transparência, entre outros. Tudo se resumindo na solidariedade, fruto do espírito ético, apregoado nesta era. Novos princípios? Nem tanto. Mais valorizados e explicitados no ordenamento? Sem dúvida. A intervenção estatal interessa à sociedade, para que sejam regulados os limites básicos das relações, em prol de que o equilíbrio material e moral entre as pessoas seja preservado, visando ao atingimento do ideário humanista: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos. Estimula-se o comportamento solidário, ajustado o conteúdo dos institutos à sua finalidade constitucional. O contrato deixa de ser um mecanismo de troca, para significar um instrumento de consolidação socialmente responsável de direitos materiais, o que equivale a dizer que a transação é efetuada sem lesão financeira ou moral para ambas as partes, desequilíbrio que refletiria, inevitavelmente, em toda a comunidade, a qual é natural e mecanicamente interdependente. Solidarismo é um elemento indispensável, servindo a Carta Constitucional como patamar teórico das relações privadas, donde se extraem os valores que embalam o sistema jurídico. Para a dignificação contratual do homem, é eleito o valor da solidariedade, como fio condutor que refunda um contrato. A nova paradigmática atinge a todos os conceitos jurídicos, inclusive os clássicos, impondo-lhes nova leitura. A função social leva ao tratamento do Consumo de acordo com sua contribuição para o desenvolvimento – econômico e social, considerando a relevância vital das transações comerciais, para o ciclo produtivo; individual e social, já mencionados, dada a realização pessoal que vem associada à aquisição de utilidades ou recebimento da prestação de serviço e o valor comunitário da socialização includente, que é inerente ao *ter*; e científico, haja vista que estimula às novas descobertas e aperfeiçoamento tecnológico. Também se relaciona com a Responsabilidade Civil – porque impõe à sua essência o caráter antecedente preventivo, além do posterior reparatório – e com a responsabilidade socioambiental.

[2] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/365040.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2009.

[3] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/386354.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2007.

[4] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/386354.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2007.

[5] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/386354.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2007.

[6] Conforme continua a autora (PARODI, 2007, p. 20): Na mesma esteira, a Lei nº 11.441/2007, que regula o exercício de direitos tipicamente privados e disponíveis através de mecanismo tipicamente público – duas esferas regidas por princípios diferentes, comportando regras interpretativas e de efetividade diversas. Porém, o próprio Direito de Família e as Sucessões vêm sofrendo a ingerência – positiva, não se despreza – do poder estatal, mitigando sua natureza privada, passando, assim, essas veias publicistas para a própria normatização material da lei, não se restringindo à parte do dispositivo de cunho instrumental. Logo, os operadores do direito que pretenderem uma aplicação científica mais acurada, precisarão fazê-lo baseados no caráter misto do diploma, premiando a flexibilização conceitual através do espírito ético humanista que atinge a todas as normas de Direito vigentes, até mesmo as de cunho estritamente formalistas. É de se dizer – o fim da norma é o ser humano e, em sua atenção, deve ser praticada.

[7] Ainda que no exercício de função atípica.

[8] Esta observação se aplica com maior força aos direitos fundamentais, bem como ao fato de que as exceções sempre tem que ser interpretadas restritivamente.

[9] Necessário registrar crítica a adoção da terminologia “divórcio consensual”, vez que a legislação brasileira não contemplou divórcios litigiosos. Nos processos de divórcio, possível apenas a discussão do prazo intercorrente desde a separação – de fato ou judicial – não sendo cabível qualquer debate diverso da questão temporal, razão pela qual, ainda que as partes discordem acerca de pensionamento, partilha ou guarda dos filhos, ainda assim se deferirá o desvínculo conjugal definitivo, correndo paralelamente os demais ajustes.

[10] Diz-se incipiente porque tais falhas se mostram superáveis na prática das escrituras, quando estas são operadas por aplicadores experientes e dotados de bom-senso; porém, verdadeiramente confundindo àqueles estranhos às searas notariais.

[11] Com pensamento equivalente, v. VAZ, Manuel Afonso. **Direito Económico**, 1990, p. 159-160.

[12] *“Tras la dicotomía libertad/libertades, que terminará por refundirse, aparecerá esta outra: libertad negativa/libertad positiva. La primera configura la libertad como el resultado de una abstención; la misión del Estado y de la ley consiste en dejar que el hombre sea libre, por naturaleza, sin interferencias. La libertad equivale ao libre arbitrio. Está allí donde el derecho non llega; es um espacio jurídico vacío. Diversamente, la libertad positiva, sin desconocer la condición de libre que le es inherente al hombre, parte de que no están en situación de pugna la ley, las normas jurídicas y la libertad. En todas las hipóteses supone autonomía, realización de la propia personalidad”* (GIL, 1987, p. 423).

[13] Contudo, informa o preâmbulo da Resolução 35, que a mesma foi elaborada “considerando que, sobre o tema, foram ouvidos o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil”, dando margem ao justo questionamento sobre a extensão de mencionado diálogo.

DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO: TRANSCENDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELA VINCULAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PELO CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO ORÇAMENTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

CHALLENGES OF THE LEGISLATIVE POWER: OVERCOMING THE RESERVE FOR POSSIBLE BY LINKING EXECUTIVE AND LEGISLATIVE POWERS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE LEGITIMACY OF CONTROL OF THE BUDGET BY COURT OF AUDITORS

David Barbosa de Oliveira

RESUMO

Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração – os direitos de liberdade – os direitos fundamentais de segunda dimensão – os direitos de igualdade ou direitos sociais – necessitam de ações afirmativas do Estado (políticas públicas) para se efetivarem. Entretanto, essas políticas públicas sofrem o limite da chamada reserva do possível. A reserva do possível é um obstáculo arguido pelo Estado diante da impossibilidade orçamentária para a realização da política pública. Contudo, esse limite pode ser transposto pela vinculação dos Poderes Públicos (Legislativo e Executivo) aos direitos fundamentais na elaboração da peça orçamentária e pelo controle dos Tribunais de Contas da legitimidade do orçamento.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; POLÍTICAS PÚBLICAS; DIREITOS SOCIAIS; ORÇAMENTO; RESERVA DO POSSÍVEL.

ABSTRACT

Unlike the first generation of rights - the rights of freedom - the second dimension of fundamental rights - the rights of equality and social rights - need affirmative action of the State (public policy) to be effective. However, these policies have the maximum possible subject to the call reserve of possible. The reserve of possible is an obstacle as possible by the accused before the budget for the failure of public policy. However, this limit can be surpassed by the commitment of public authorities (legislative and executive) to fundamental rights in developing the budget request and the control of the Courts of Auditors of the legitimacy of the budget.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS; PUBLIC POLITICS; SOCIAL RIGHTS; BUDGET; RESERVE FOR POSSIBLE.

1. Introdução

O artigo 5º da Constituição Federal em seu parágrafo 1º estabelece o princípio da aplicação imediata. Por esse princípio afirma-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Este princípio deve ser entendido como um mandado de realização dos direitos fundamentais, no sentido de vincular os poderes constituídos aos direitos fundamentais, ou melhor, no sentido de vincula-los ao respeito e efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais por suas diferentes naturezas necessitam de diferentes formas de atuação do Estado para a sua efetivação. Os direitos de liberdade necessitam de uma abstenção estatal, decorrendo daí que só quando o Estado desrespeitar essa liberdade, a sociedade civil se utilizará de uma ação que tutele o dano, posto que a liberdade independente da existência de ações da sociedade ou do Estado. Esses direitos são efetivos e se inserem na sociedade imediatamente. Os direitos de igualdade, entretanto, não observam a mesma lógica, necessitando de uma ação afirmativa por parte do Estado para ganharem efetividade na sociedade. Esses direitos (diferentemente dos de liberdade, que existem como “entes” dentro da sociedade, pois não dependem da ação humana) necessitam de uma construção cultural pela sociedade e pelo Estado.

No entanto, os Poderes Públicos (em especial o executivo e o legislativo) ou pela sua falta de organização, ou pela imoralidade dos gestores públicos, não realizam políticas públicas, afirmando que não há dinheiro no Erário para a efetivação destes gastos, quedando a sociedade desprotegida de seus Direitos básicos como educação, saúde, cultura etc. Mas como superar esse argumento dos Poderes constituídos? Quais os fundamentos para transcender o argumento da reserva do possível? Para responder a esses novos desafios dos poderes constituídos, em especial do Legislativo, teremos antes que entender o contexto em que essa discussão é travada: o contexto dos Direitos Fundamentais.

2. Direitos fundamentais

Do ponto de vista doutrinário podemos falar sobre os direitos fundamentais sob duas óticas igualmente importantes e que percorreram juntas o longo caminho científico a que se pretende o Direito: o jusnaturalismo e juspositivismo. No jusnaturalismo, fundamentais são os direitos humanos, ou seja, o conjunto de prerrogativas que somam-se ao sujeito já ao seu nascimento independente de qualquer documento escrito. No juspositivismo, “os direitos fundamentais são aqueles que a normatividade de cada país estabelece”. Robert Alexy distingue direitos fundamentais de direitos humanos afirmando:

Entre direitos do homem e direitos fundamentais existe uma relação estreita. Direitos do homem são definidos por cinco características. Eles são (1) universais, (2) fundamentais, (3) preferenciais, (4) abstratos e (5) morais. Como direitos morais, eles

têm um caráter suprapositivo. Rigorosamente isso distingue-os dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito ou com a intenção de positivarem direitos do homem. Essa tentativa de positivação dos direitos do homem pode, como cada tentativa, dar mais ou menos bom resultado. Isso vale não só para a positivação por uma constituição, mas também para a positivação por pactos de direitos do homem internacionais. A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso então, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral. Em vez de positivação dos direitos do homem, pode falar-se também, de sua institucionalização. Os problemas principais de sua institucionalização resultam de sua abstratividade. A abstratividade leva a uma medida máxima de necessidade de interpretação e ponderação (...).

Os direitos fundamentais seguindo a lógica juspositivista podem ser reconhecidos tanto pela forma quanto pelo conteúdo. Formalmente, precisam eles estar inseridos em uma constituição ao menos semi-rígida, devendo estar dispostos em lugar mais estável e longe de possíveis e aventureiras alterações. Materialmente, a constituição caracteriza-se não pelo formato, mas pelo seu conteúdo, admitindo inclusive *status* constitucional a normas formalmente infraconstitucionais por encerrarem em si matéria fundante e essencial da ordem constitucional.

Toda constituição material só se justifica em razão da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo esse seu núcleo central. Aqui um direito é fundamental se concorre para a efetivação desse núcleo vital justificador dos demais direitos. De outra forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é também a gênese de todos os outros direitos fundamentais, daí se inferindo sua máxima importância.

Em uma outra perspectiva, os direitos fundamentais são, segundo Sérgio Sérulo Cunha, basicamente direitos das pessoas perante o círculo social. O dever do círculo social correspondente a esses direitos não é de dar, mas de fazer, sendo a respectiva prestação positiva - dever de atribuição, dever de nivelamento, ou dever de garantia - ou negativa - dever de abstenção. “Daí a infração a dever fundamental, por parte do círculo social, compreende: a) vício de conformação da ordem jurídica; b) omissão constitucional; c) desvio de autoridade”.

Gilmar Ferreira Mendes alavanca além dos direitos fundamentais também as garantias institucionais, lembrando, não apenas o caráter subjetivo, mas ainda seu caráter objetivo de tais direitos, senão vejamos:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias

individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Esses direitos fundamentais podem ser classificados, segundo Willis Santiago Guerra Filho, como direitos de 1ª dimensão (ligados ao valor liberdade) referentes aos direitos civis e políticos; como direitos de 2ª dimensão (ligados ao valor igualdade) referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os coletivos ou da coletividade; como direitos de 3ª dimensão (ligados ao valor solidariedade) referentes aos direitos difusos; e, por fim, como direitos de 4ª dimensão (ligados a idéia da hermenêutica concretizante pós-positivista) referentes ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os direitos fundamentais de 2ª dimensão englobam tanto os direitos que necessitam de uma ação afirmativa por parte do Estado como também as liberdades sociais, a saber: a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a limitação de jornada de trabalho etc. Os direitos sociais de cunho positivo, por sua vez, encontram-se intimamente vinculados às políticas públicas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos, buscando sempre uma igualdade/justiça social. Virgílio Afonso da Silva indagando o que deve ser respondido quando se indaga o que deve ser protegido quando se fala de direitos sociais fundamentais, afirma:

Intuitivamente, poder-se-ia pensar que, por exemplo, no caso do direito à saúde, o protegido é pura e simplesmente a saúde dos indivíduos ou da coletividade. Essa intuição é guiada pelo termo “proteção”. Pensar dessa forma é, no entanto, tentar transportar para a esfera dos direitos sociais o mesmo raciocínio que subjaz ao suporte fático das liberdades públicas em sua dimensão negativa. (...) Como se sabe os problemas dos direitos sociais não são dessa ordem. O que ocorre, nesse âmbito, é a falta de realização dos direitos, decorrente em geral de uma omissão estatal ou de uma ação insuficiente.

Entretanto, esses direitos, como observa Paulo Bonavides, passaram por um ciclo de baixa normatividade, tendo uma eficácia duvidosa, em virtude do já exposto, ou seja, a exigência de uma postura ativa do Estado. Nesta fase, os direitos sociais foram remetidos a chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização as garantias processuais de proteção, habitualmente ministradas aos direitos de liberdade. Conseqüente a tudo isso, os direitos de 2ª dimensão possuiriam uma eficácia mediata via uma atuação legislativa e orçamentária.

Virgílio Afonso da Silva contextualizando os direitos fundamentais pátrios explica:

No caso brasileiro, o texto constitucional nos coloca diante de uma situação de tensão. De um lado, parece claro que, para a realidade brasileira, recorrer exclusivamente a um pressuposto liberal de direitos fundamentais não se afigura possível, já que a própria constituição supera essa visão. Isso não significa, contudo, que resposta correta esteja na filiação pura e simples a uma teoria democrático-funcional. Se seguirmos ainda a classificação de Böckenförde, seria possível imaginar que a solução está diante de nossos olhos e que a constituição brasileira se funda em uma concepção social-estatal dos direitos fundamentais. Esta concepção, segundo Böckenförde, exige, sobretudo, que o Estado garanta, a partir de cada direito fundamental, as necessárias condições sociais para a realização das liberdades fundamentais. Essa é, sem qualquer dúvida, uma exigência da Constituição brasileira e, nessa medida, há elementos de uma teoria social-estatal no texto constitucional.

Esses direitos fundamentais encontram obstáculos a sua efetivação principalmente porque não são direitos de liberdade e, por assim dizer, necessitam de prestações positivas do Estado. Entretanto, percebe-se que muitas vezes este se escusa, afirmando não possuir verbas para realizá-los (reserva do possível), o que implica dizer que é inviável pretender que as prestações positivas sejam sempre reivindicáveis.

3. Reserva do possível

A idéia da reserva do possível surgiu com Peter Häberle, na década de 70, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional alemã. É sempre lembrada, na emblemática decisão do caso *numerus clausus*, a respeito do direito de acesso às vagas em universidades alemãs:

em que aquele tribunal considerou que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável. Desde então, entende a Corte Constitucional Federal alemã que os direitos sociais de prestação positiva somente são exigíveis do Estado segundo os limites da com a reserva do possível possibilidade, ou seja, 'daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade', correspondente, ao menos, ao 'direito mínimo de existência' – evidente concreção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim o que se estabelece com a reserva do possível é que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade “de tal sorte que mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha

nos limites do razoável”. O que corresponde ao razoável também depende da ponderação do legislador segundo a doutrina e jurisprudências alemãs.

No Brasil, o tema da reserva do possível ganhou destaque a partir da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em 1999, na qual os referidos autores fizeram uma análise econômica do custo dos direitos, tanto sociais, como individuais. Interessante observação é a de que os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro, os direitos individuais também demandam gastos por parte do Poder Público.

Surge então um conflito, posto que de um lado afirma-se que as normas de direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, Constituição Federal), devendo ser efetivadas por posturas afirmativas do poder público e de outro lado obsta-se com a ausência de recursos. “As despesas públicas dependem de dinheiro, e não apenas de verba. Os direitos sociais e a ação governamental vivem sob a reserva do possível, isto é, da arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais”. Essa questão ganha ainda maior relevância quando os direitos à educação, cultura e saúde não são efetivados por ausência de dinheiro no Erário.

Faz-se necessário a distinção entre reserva do possível e reserva do financeiramente possível. “Enquanto reserva do possível diz respeito a todos os eventos formais ou materiais que impedem a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a reserva do financeiramente possível faz referência apenas a limites orçamentários do Estado”. Tomaremos, entretanto reserva do possível como sinônimo de reserva do financeiramente possível.

A reserva do possível implica dizer que é inviável pretender que as prestações positivas possam, sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras ao Erário. Tal pretensão acabaria por divorciar-se do fundamento de justiça, não apenas porque a falta de recursos provocaria discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não a receberá, mas também ocasionaria desequilíbrio entre as pretensões para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias. A postura de máxima eficácia de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia.

Se a reserva do possível é um obstáculo a efetivação dos direitos sociais e estes possuem necessariamente aplicação imediata, devendo ser efetivados gradualmente, então torna-se imperioso um estudo mais aprofundado sobre direito orçamentário constitucional. Com a inserção no orçamento dos recursos necessários à efetivação dos direitos sociais, a cláusula da reserva do possível deixa de ser uma barreira limitadora dos direitos humanos fundamentais, tornando-se cláusula de efetivação desses direitos, assim como, o judiciário deixa de aniquilar esses direitos com a simples “aceitação da reserva do possível e passa à condição de protagonista da socialização desses direitos, cumprindo sua vocação de potencializar, proteger, efetivar os direitos humanos econômicos, sociais e culturais”.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta a reserva do possível como portadora de uma tríplice dimensão, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da razoabilidade.

Dado que os direitos sociais prestacionais dependem da disponibilidade de recursos e da ação concretizadora dos atores legiferantes requer-se neste contexto uma tomada de decisão por parte dos órgão políticos competentes, não podendo entretanto esquecer-se da relação entre as tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária. Para entender melhor a relação entre as políticas sociais e a efetivação dos Direitos Sociais urge um estudo mais atento sobre o instrumento que intersecciona essa discussão: o orçamento.

4. Orçamento

O embrião do modelo orçamentário atual pode ser encontrado em 1215 quando os barões impingiram a Magna Carta a João Sem Terra. Segundo o art. 12 desse texto:

“nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo conselho comum, exceto com o fim de resgatar a pessoa do Rei, fazer seu filho primogênito cavaleiro e casar a sua filha mais velha uma vez, e os auxílios para esse fim serão razoáveis em seu montante”.

Esse dispositivo foi reforçado em 1689 pelo *Bill of Rights*, assim, mesmo antes da implantação do orçamento formal, a Câmara dos Comuns adotou o princípio de só aprovar propostas de despesa oriundas da Coroa. Essas regras visavam respeitar o responsável pelas finanças do Estado, o executivo, restando ao legislativo apreciar a proposta e controlar a execução do orçamento.

Em 1872, na Alemanha, o Estado utilizou 18,5% da receita nacional para cumprir suas tarefas. Em 1972, este percentual se elevou para 39,8%, ainda neste mesmo ano na Suíça e na Inglaterra utilizou-se respectivamente 30% e 50%. Daí, o interesse de discutir quais as tarefas do Estado assim como o orçamento. Diante desta evolução dos

gastos públicos o orçamento foi utilizado como instrumento político dos contribuintes a fim de controlar as despesas, evitando um apelo por parte do Estado a novos tributos.

A grande revolução que percebe-se ao se falar de orçamento é percebida com o início do Estado liberal clássico com o término do absolutismo, posto que este controlava tudo e não prestava contas a ninguém. A partir do Estado liberal com a responsabilização do estado e de seus governantes nasce o orçamento. Para Aliomar Baleeiro a peça orçamentária é:

o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder executivo, por certo período e em menor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros afins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

O orçamento modernamente funciona como instrumento de otimização dos recursos financeiros, compatibilizando as receitas estimadas e efetivamente ingressadas no Tesouro, obrigando o administrador a exercitar maior racionalidade econômica. Deve ele não só eleger as prioridades da ação governamental ajustando-a ao conjunto da situação econômica do país, em um determinado momento, como também buscar alternativas de otimização de recursos financeiros disponíveis, fato que implica cálculo econômico, satisfazendo as necessidades públicas mediante um dispêndio mínimo.

O estudo orçamentário compreende quatro aspectos fundamentais que não podem ser *olvidados*: o jurídico – estudado a luz do direito e das instituições constitucionais do país; o político – donde se revela com clareza em proveito de quem e em que regiões ou para solução de que problemas e buscando atingir quais finalidades funcionará os serviços públicos; o econômico – pelo qual se apreciarão os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica; por fim, o técnico – que envolve o estabelecimento de regras práticas para a realização dos aspectos anteriores.

O orçamento, então, sem descuidar de seus outros aspectos, é sempre um ato político. É de sua natureza refletir a ideologia do poder governante: “o orçamento reflete o plano de ação do governo, sempre elaborado com base em uma decisão política”. Ricardo Lobo Torres aprofunda o tema ao afirmar que:

A teoria da Constituição Orçamentária há que ser também crítica e aberta no combate as ideologias triviais. Mas não poderá diante das rápidas mudanças na economia mundial e da necessidade de equacionamento orçamentário das políticas sociais, deixar de se impregnar de conteúdo ideológico”.

É um ato onde os parlamentares pleiteiam inclusão de despesas nos setores que interessam aos seus planos políticos: gastos com a saúde, educação, assistência social,

habitação popular etc. Destarte, todo partido político tem um programa de governo e, uma vez no poder, vai executar esse programa, direcionando as despesas nesse sentido. “O orçamento, balizado pelas normas constitucionais e complementares, prevê a receita e autoriza a despesa, mas não dirige a ação administrativa nem garante resultados econômicos efetivos ao ser executados pela administração”.

O orçamento é uma lei *sui generis*. Sua iniciativa é do executivo (supervisionado pelo Presidente da República e por seus órgãos técnicos) após o que é discutido e aprovado pelo Congresso, tendo por fim a sanção do Presidente da República e execução do mesmo por ele e por seus Ministros. Pode-se entender que o orçamento é uma soma de vontades do executivo e do legislativo, posto que ainda que o executivo sancione o orçamento dando a aparente “última palavra”, o Tribunal de Contas – órgão do poder legislativo – fiscalizará a execução das leis orçamentárias não só no interesse da moralidade, “mas também no da preservação dos objetivos pretendidos pelo Congresso quando autorizou despesas e receitas”.

Segundo Aliomar Baleeiro o ciclo orçamentário desdobra-se nas seguintes fases:

1ª) proposta do executivo, sob a supervisão política do Presidente da República e assistência de seus órgãos técnicos; 2ª) discussão e aprovação dessa proposta pelo Congresso; 3ª) sanção do Presidente da República e execução por ele e pelos Ministros; 4ª) controle da execução do orçamento e parecer final sobre as contas por parte do Tribunal de Contas; 5ª) julgamento das contas pelo Congresso, que tem competência para recusá-las e submeter o presidente e os ministros a *impeachment*, em caso de atentado à probidade da Administração, à lei orçamentária, e à guarda e legal emprego dos dinheiros públicos.

A teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, não gerando direitos subjetivos a terceiros, sem implicar contudo perda de sua função de controle negativo do Executivo no que pertine do endividamento e das renúncias de receita. Daí Ricardo Lobo Torres asseverar que:

“O plano plurianual é lei formal, dependente do orçamento anual para que possa ter eficácia quanto à realização das despesas, constitui mera programação ou orientação, que deve ser respeitada pelo Executivo na execução dos orçamentos anuais, mas que não vincula o Legislativo na feitura das leis orçamentárias. (...) A lei de diretrizes orçamentárias tem, como o próprio orçamento anual, natureza formal. É simples orientação ou sinalização de caráter anual para a feitura do orçamento (...) Não cria direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado”.

Ele funciona como instrumento de otimização dos recursos financeiros, compatibilizando as receitas estimadas e efetivamente ingressadas no Tesouro, obrigando o administrador a exercitar maior racionalidade econômica. Deve ele não só eleger as prioridades da ação governamental ajustando-a ao conjunto da situação econômica do país, em um determinado momento, como também buscar alternativas de otimização de recursos financeiros disponíveis, fato que implica cálculo econômico, satisfazendo as necessidades públicas mediante um dispêndio mínimo.

Entretanto, como já é sabido a simples existência de recurso não é um estribo para a efetivação dos Direitos sociais, pelo contrário o orçamento e a reserva do possível muitas vezes são utilizados como elemento obstaculizador de políticas sociais. As decisões trágicas de diferentes graus consistem nas opções entre as poucas soluções possíveis. “As decisões de 1º grau implicam a escolha de recursos orçamentários, a saúde e a educação ou os investimentos para o desenvolvimento, máxime por intermédio das empresas estatais permanentemente deficitárias?” As decisões de 2º grau cuidam casuisticamente da distribuição de verbas. Então surge o questionamento: Como ultrapassar o argumento do limite financeiro para a efetivação desse *facere* do Estado? Como transcender a reserva do possível e vincular o Estado a realização de políticas públicas que efetivem os direitos sociais?

5. Orçamento e transcendência da reserva do possível: atos legislativos e executivos vinculados aos direitos fundamentais e controle da legitimidade do orçamento pelos tribunais de contas

O efeito vinculante dos direitos fundamentais está estritamente ligado à eficácia e à efetividade desses direitos, haja vista que essa vinculatividade é uma dimensão da eficácia. A eficácia dos direitos fundamentais decorre do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, o chamado princípio da aplicação imediata.

Afirmar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata deve ser entendido como um mandado de realização dos direitos fundamentais, no sentido de vincular os poderes constituídos aos direitos fundamentais, ou melhor, no sentido de vincula-los ao respeito e efetivação dos direitos fundamentais. Tanto isso é uma realidade que mesmo as normas de eficácia limitada ou contida vinculam o poder público.

Em verdade, essa vinculação pode ser entendida sob dois ângulos. Tanto por um sentido formal – institucional – no qual os detentores do poder se encontram vinculados (até porque os direitos fundamentais são raios que convergem a um centro chamado dignidade da pessoa humana e esse é o sustentáculo da constituição material, sendo portanto anterior ao próprio estado e seus poderes) quanto por um sentido material – funcional – em que as funções exercidas por esses órgãos também estão vinculadas aos direitos fundamentais. Assim, tanto como órgão quanto como função o Estado tem a obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. De outra forma, mas no mesmo sentido, entende-se que estes direitos não estão na esfera de disponibilidade dos poderes públicos.

Contudo, há que se falar que a vinculação dos poderes constituídos às normas de direito fundamental é um *plus* à vinculação já existente destes poderes às normas constitucionais em geral, atendendo ao princípio da constitucionalidade.

A vinculação, então, do poder legislativo aos direitos fundamentais, reflexo do princípio da constitucionalidade, implica numa limitação ao legislador de ordem material quanto à sua atividade reguladora e concretizadora. Impõe ainda o princípio da aplicação imediata no tolhimento das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Somente o legislador pode estabelecer restrições aos direitos fundamentais, daí recair sobre ele, como contrapartida, a necessária vinculação aos direitos fundamentais. Karl Doehring traz a lume o princípio da restrição legal, indicando que “quando a Constituição contém normas sobre direitos fundamentais, estes só podem sofrer restrições quando a Constituição demonstra de maneira expressa que ao legislador é dado esse direito”. Afirma Doehring que esse princípio só passou a existir quando os direitos fundamentais foram entendidos como da essência do Estado de Direito. Os direitos fundamentais passaram, a partir de então, a vincular o poder legislativo, limitando sua soberania. Esse princípio (inerente e imanente do Estado de direito), então, restringe o campo de atuação do legislador em virtude da necessária vinculação deste aos direitos fundamentais, podendo ampliar esses direitos, mas nunca restringi-los. Dessa tensão restrição/vinculação resulta a tênue linha que legitima o poder legislativo e que proíbe a criação de leis contrárias aos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que na sua aceção positiva, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais implica em um dever de conformação de acordo com parâmetros fornecidos por esses direitos. De outra forma, essa vinculação também é um dever de realização destes, pois no âmbito da esfera jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda ordem jurídica, indicando os limites do direito e delimitando os limites de atuação estatal. Ingo Wolfgang Sarlet conclui que:

É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.

Nesta perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o aperfeiçoamento da legislação existente deve ser no sentido de efetivar os direitos fundamentais. Qualquer atuação distante desse aperfeiçoamento é usurpação do poder constituinte originário. Ora, desta forma, a vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais implicam em um orçamento que efetive os direitos básicos dos titulares do Poder que apenas permitem que os representantes otimizem e girem as funções estatais. Consequência do aperfeiçoamento/vinculação é que o orçamento público sempre será uma carta de execução dos direitos fundamentais, sendo inadmissível a inserção de qualquer norma que não reflita isto, pois desnatura sua função.

Os órgãos executivos também devem tecer suas atividades dentro dos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais. Por menor que seja a vinculação, o executivo encontra sua discricionariedade limitada sempre pelas linhas a todo momento exigentes dos direitos fundamentais. Deve o executivo também observar de perto os direitos fundamentais seja no campo de seus decretos, seja no uso de sua exclusiva discricionariedade, seja na interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, seja na elaboração de projetos de lei como o é o orçamento.

Outro desafio ao poder Legislativo é o controle de legitimidade do orçamento. Esse controle também é um elemento possibilitador de ultrapassagem do limite formal da reserva do possível. “Não basta que o orçamento seja juridicamente correto, elaborado de acordo com as regras constitucionais; é necessário que seja eticamente justo”. O orçamento deve ser elaborado não apenas objetivando um possível equilíbrio financeiro, ou o pagamento da dívida de credores internacionais, para atingir metas que melhorem sua colocação risco-país, ou por fim para atingir uma certa ideologia. Deve-se pautar o orçamento na celebração do Justo, por isso se dizer que “a vida financeira e orçamentária do país deve se ajustar ao culto da Justiça e dos direitos humanos”.

Os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas, haja vista a relação direta que há entre os direitos sociais, por exemplo e a verba necessária para implementação desses direitos. Essa vinculação também é notada na relação entre pagamento de tributo e contraprestação com serviços sociais de onde surge a idéia de que o pagamento do tributo é um dever fundamental. Os direitos fundamentais (todos eles e não apenas os direitos sociais) dependem, para a sua integridade e para a sua defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornece o fundamento de legalidade e de legitimidade. Destarte, o equilíbrio financeiro do orçamento é uma questão de justiça.

O controle da legitimidade é o que se exerce sobre a legalidade e a economicidade da execução financeira e orçamentária. As finanças do estado Social de Direito (...) tem a sua dimensão intervencionista e assistencialista, não se abre apenas para a tomada de contas ou para o exame formal da legalidade, senão exige também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico (...) O intervencionismo e a ampliação do papel do estado atual acarretam a necessidade de decisões políticas, da implementação de políticas e de aperfeiçoamento da política do bem-estar (*public policy, public purpose*), seja na via da elaboração dos planos e do orçamento, seja no momento posterior do controle de sua execução, que não pode deixar de ser político, finalístico, valorativo e balizado constitucionalmente pelos princípios financeiros. (...) Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a nova estrutura democrática do país.

O art. 70 da Carta de 1988 é o dispositivo constitucional que prevê o controle de legitimidade do orçamento pelo Legislativo devendo ser ele entendido combinado com

outras normas constitucionais, especialmente com o art. 74, § 2º (que declara que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União) e com o art. 31, § 3º (que determina que as contas dos municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei).

Deve-se realizar aqui uma interpretação sistemática, uma interpretação teleológica e, por fim, uma outra concretizante. Sistemática porque as normas só terão o seu verdadeiro sentido alcançado se observadas em seu conjunto. Teleológica porque deve-se ter em mente que o objetivo do orçamento é dar segurança ao cidadão, assegurando os direitos fundamentais e não inviabilizando a efetivação destes sob o argumento da falta de dinheiro. Toda constituição material como foi dito *supra* gira em torno da dignidade da pessoa humana então urge-se que o orçamento traga a justiça social que dele se espera. Por fim, concretizante porque direitos fundamentais no moderno pós-positivismo não se interpretam, mas em verdade se concretizam.

Todo o ordenamento jurídico deve girar em torno da efetivação dos direitos fundamentais, não podendo ser diferente com o orçamento. O orçamento deve ser elaborado com esse único fim e que é o fim de toda norma elaborada: a justiça, que se conjuga por meio dos direitos fundamentais de todas as dimensões. A Justiça social tão almejada pelos brasileiros decorre tecnicamente da efetivação dos direitos sociais.

É necessário e urgente, pois, que se compatibilize a dimensão objetiva do Tribunal de Contas, que juntamente com o poder judiciário, o Banco Central, a Universidade etc., é uma das garantias institucionais da liberdade, com os aspectos subjetivos dos direitos fundamentais, que carecem de maiores garantias processuais para o acesso do cidadão ao controle dos aspectos da legalidade, economicidade e legitimidade das atividades da Administração. A legitimidade do Estado Democrático depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira.

Esses novos desafios do Legislativo são também, se vencidos, duas vias de transcendência da reserva do possível a fim de que o orçamento deixe de ser um mero óbice a efetivação dos direitos fundamentais e passe a ser um instrumento garantidor dos direitos sociais. Possibilitam efetivamente a transcendência da reserva do possível seja porque os poderes constituídos estão vinculados aos direitos fundamentais, não podendo se escusar de elaborar um orçamento que possibilite um *facere* do Estado; seja porque o orçamento deve ser legítimo, deve ser um propulsor de justiça, um efetivador das políticas públicas.

A jurisprudência pátria, nos mais diversos níveis, se manifestam sobre o tema, senão vejamos:

Ementa: mandado de segurança. Fornecimento de medicamento. Prova do direito líquido e certo. Legitimidade passiva do Estado. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. (...) Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da república Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não fornece medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes (Des. Albergaria Costa, Proc. 1.0000.06.443869-0/000 (1), DO 04.07.2007).

E um outro mais recente de 01 de outubro de 2008,

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO. (...) É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). (...) Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).(...) Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de

direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (...) Cumpre destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças (...). O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”. (AI 677274 / SP, STF - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, PUBLIC 01/10/2008)

Do Supremo Tribunal Federal até as instâncias iniciais, a reserva do possível vêm sendo limitada. Como se extrai do julgado *supra* o judiciário entende que não se mostrará lícito ao Poder Público criar obstáculo artificial - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - com o intuito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação de políticas públicas que assegurem as condições materiais mínimas de existência. A cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais. O Poder público não dispõe de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, o administrador está vinculado às políticas públicas e aos direitos fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição (aos Direitos Fundamentais) e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma que é o bem-estar e a justiça social.

A reserva do possível sempre alegada pelos poderes constituídos como óbice para a implementação de políticas públicas e a consequente efetivação dos direitos sociais esvazia-se de sentido frente a vinculação do executivo e do legislativo, na elaboração do orçamento, aos direitos fundamentais, afastando de certa forma as antigas ideologias e impondo uma nova (que suporta e dialoga com todas as demais): a ideologia dos direitos fundamentais. Não pode os poderes constituídos na elaboração do orçamento ter em vista outra coisa que não a efetivação de todos os direitos fundamentais. Essa é super ideologia que os homens públicos devem observar. O controle legítimo do orçamento pelo poder Legislativo também esvazia o argumento da reserva do possível, posto que a peça orçamentária torna-se legítima, justa e efetivadora dos direitos fundamentais.

Vencidos esses desafios a reserva do possível passa a ser vista como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de forma que, “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. Deixa de ser a reserva do possível um argumento político, discricionário, e trona-se um argumento técnico, jurídico, limitado pelo sempre legítimo princípio da proporcionalidade e seu subprincípio o princípio da razoabilidade.

6. Considerações finais

No Brasil das últimas décadas, abandonamos inteiramente a abordagem ética do orçamento e por que não dizer a abordagem ética do Direito. Raimundo Bezerra Falcão argui que o ordenamento além de ser pleno do ponto de vista lógico, deve ser pleno do ponto de vista axiológico, mas o que isso quer dizer? Esse pensamento ressalta que além de uma saída para todo caso (plenitude lógica) essa saída há de ser justa (plenitude axiológica). A elaboração da peça orçamentária e, por assim dizer, das políticas orçamentárias, é o momento em que decide-se os rumos que a “*nau brasilis*” irá percorrer. Ocorre que muitas vezes esse momento representou escolhas em favor de subvenções a empresas estatais e de incentivos a indústrias obsoletas com o trágico sacrifício das populações marginalizadas, que deixaram de contar com assistência médica e com educação primária. O resultado disso foi a mais injusta concentração de renda do Ocidente e uma das mais perversas migrações internas ocorridas no século.

Diante desse quadro, coloca-se o Legislativo frente a desafios que devem ser enfrentados e resolvidos com celeridade. Mas, além dessa urgência há que se ater que a solução deve ser justa e legitimadora do exercício desse mesmo poder. O ponto central desses novos desafios perpassam por um centro comum: o orçamento público que reúne, ao mesmo tempo, o problema e a sua possível superação.

O orçamento deve ser legitimado pelos atores legiferantes. Essa legitimação deve decorrer da vinculação no momento da elaboração da peça orçamentária aos direitos fundamentais, peças irradiadoras de legitimação do poder. Um orçamento legitimado pela sua vinculação aos direitos fundamentais legitima os Poderes Constituídos e consequentemente refletem Justiça.

As decisões fundamentais do orçamento ocorrem na esfera política, no campo da conveniência e da discricionariedade. Entretanto, esse limite de liberdade dos poderes políticos são limitados no que se refere a efetivação dos Direitos Fundamentais. Não há espaço para a livre decisão do Executivo e do Legislativo frente a vinculação da aplicabilidade imediata dos Direitos fundantes e diante do controle de legitimidade da peça orçamentária. Assim, a alocação de verbas para os pobres, para a defesa do meio ambiente, para as prestações de saúde e educação, para o desenvolvimento regional, etc, tudo depende de uma decisão política, mas uma decisão política vinculada a razão de existência desse poder político: a efetivação dos direitos fundamentais e, no caso dos Direitos Sociais, das necessárias políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, A. P. M.; MATIAS, J. L. N. **O custo da vida**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. (org.) **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA FILHO. Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins fontes, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 16ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constiucional**. <http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes et al. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PALHARES, Cinara. **Ensaio sobre a eficácia dos direitos sociais**. In: Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livrarias dos Advogados, 2007.

_____. **Algumas considerações em torna do conteúdo, eficácia e efetividade do direito a saúde na constituição de 1988**. <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em 13 de dezembro de 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição**. Rio de janeiro: Renovar, 2000.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº. 61, p. 25-48, 2007.

CUNHA FILHO. Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 38.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 10 e 11.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. (org.) **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 189.

MENDES, Gilmar ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constiucional**. <http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>, p. 2. Acesso em: 01 de abril de 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 564.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>, p. 10 e 11. Acesso em: 10 de fevereiro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livrarias dos Advogados, 2007, p. 304.

ALBUQUERQUE, A. P. M.; MATIAS, J. L. N. **O custo da vida**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 5591.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição**. Rio de janeiro: Renovar, 2000, p. 61.

A própria Declaração Universal dos direitos Humanos, em seu art. XXII afirma que a efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais devem levar em conta a organização e os recursos de cada país.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº. 61, p. 25-48, 2007, p. 40.

Ibidem, p. 47.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livrarias dos Advogados, 2007, p. 304.

OLIVEIRA, Regis Fernandes et al. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 287.

Ibidem, p. 288.

FLEINER-GESTER, Thomas. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 580.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 411.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 16ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2007.

O Estado orçamentário, que pelo orçamento fixa a receita fiscal e a patrimonial, autoriza a entrega de prestações de educação, saúde, seguridade e transportes e orienta a produção do desenvolvimento econômico, o equilíbrio da economia e da redistribuição de renda, é um estado de planejamento *in* TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995., p. 51.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 16ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2007, p. 93.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 27.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

Segundo Aliomar Baleeiro o orçamento é formalmente uma lei, mas materialmente possui algumas singularidades – concretude, iniciativa do anteprojeto, prazo para aprovação etc – servindo para que o orçamento seja ventilado como ato jurídico. Assim a finalidade específica do orçamento e as demais especificidades de sua elaboração e de seu conteúdo a situam como uma lei *sui generes* no que se refere a sua substância, p. 440 *in* BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 445.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 445.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 64 - 66.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 44 e 45.

“Os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado” *in* AMARAL, Gustavo. TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos Direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103).

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 310.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8 ed. Porto Alegre: Livrarias dos Advogados, 2007, p. 391.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O orçamento na constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42.

Ibidem, p. 387.

Ibidem, p. 378, 379 e 380.

Ibidem, p. 382.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8 ed. Porto Alegre: Livrarias dos Advogados, 2007, p. 304.

A CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DO LEGISLATIVO: UMA PERSPECTIVA HUMANISTA

THE MATERIALIZATION OF CITIZENSHIP THROUGH THE LEGISLATIVE: A HUMAN PERSPECTIVE

**Diogo Frantz
Marli Marlene Moraes da Costa**

RESUMO

O presente artigo pretende identificar e analisar os desafios do Poder Legislativo Municipal, dada sua dimensão após o advento da Constituição Federal de 1988, onde a Câmara de Vereadores se consolidou como representante direto do cidadãos nas questões de interesse local, logo, como fiscalizadora do Executivo Municipal. Assim, será verificada nesse estudo a importância que o Legislativo assume com a sociedade local na concretização dos direitos de cidadania. Também será feita uma análise da necessidade de uma agenda para as políticas públicas locais, devendo a cidadania ser fruto das políticas públicas. Mas, será que o Legislativo está efetivando os direitos de cidadania? Assim, no presente estudo será verificado os direitos de cidadania e o papel do Vereador em uma perspectiva humanista, pois assim, assume uma nova perspectiva, podendo escolher mudar o mundo à sua volta e produzir uma diversidade de coisas, em função da sua capacidade de agir e de proporcionar o bem-estar. Dessa forma, deve-se trazer a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: LEGISLATIVO MUNICIPAL; CIDADANIA; HUMANISMO; PODER LOCAL; POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

The present research aims to identify and to analyze the Municipal Legislative's challenges front to its dimension after the advent of the Federal Constitution of 1988, where the City Council was consolidated as a direct representative of the citizens on issues of local interest, soon as the supervisory Municipal Executive. Therefore, it will be verified in this study the importance that the Legislature assumes with the local society in the materialization of citizenship rights. It will also be made an analysis of the need a schedule for local public politics, and citizenship should be the result of public politics. But is the Legislature executing the citizenship rights? Thus, in this study will be found the citizenship rights and the Alderman's role in a humanistic perspective, as well, it takes a new perspective and may choose to change the world around them and produce a variety of things, depending on their capacity of acting and providing the welfare. Thus, it should be brought to City Council for its full exercise, which is the

promotion of citizenship rights, being able to transform and create new public politics and to materialize the fundamental rights.

KEYWORDS: MUNICIPAL LEGISLATIVE; CITIZENSHIP; HUMANISM; LOCAL AUTHORITY; PUBLIC POLITICS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio irá abordar a importância do Poder Legislativo Municipal sob alguns aspectos. Primeiramente, será analisado o papel do Legislativo na sociedade como representante direto do povo, bem como o Vereador sob uma perspectiva humanista, na medida em que esse pode escolher mudar o mundo à sua volta e proporcionar o bem-estar de todos munícipes. É imprescindível um vereador comprometido com a justiça social. Logo, a Câmara de Vereadores pode servir como fomento do Poder Local, pois essa pode através de suas atividades buscar o cidadão para a esfera pública e torná-lo um ator social capaz de participar de forma dialógica nos espaços públicos de participação.

Assim, será verificada a importância de uma esfera pública democrática sob a perspectiva de Jürgen Habermas, visto ser imprescindível uma cidadania efetiva na esfera pública, onde as pessoas possam exercer a democracia nesse espaço público. Assim, esses representantes do povo devem cuidar e absorver os interesses públicos, agindo com responsabilidade nessa esfera.

Mas, para tanto, são necessárias políticas públicas eficazes que devem ser fruto das gestões democráticas – vereadores; mas, para isso, precisa-se de uma agenda política de planejamento para a definição das políticas públicas a serem implementadas. As políticas públicas não podem ser pensadas a curto prazo, caindo num imediatismo eleitoral, mas, sim, deve ser feito um desenho ou planejamento estratégico para políticas a médio e longo prazos, que sejam capazes de garantir os direitos fundamentais de cidadania.

Dessa forma, a cidadania alicerçada numa perspectiva humanista possui destaque, visto que o pensamento humanista preocupa-se diretamente com a justiça social, nunca esquecendo a pessoa e o bem-estar do outro. Desse modo, serão objeto do estudo os três tipos de cidadania em Marshall – política, social e a econômica –, verificando a função e a importância do Legislativo Municipal na concretização desses direitos. Assim, uma cidadania política baseada no humanismo, pode ser a chave da efetivação dos direitos fundamentais.

1 O FEDERALISMO BRASILEIRO

Federalismo é uma forma de governo, baseada em certo modo de distribuir e exercer o poder político numa sociedade, sobre um determinado território, que resulta da necessidade de preservar a diversidade de culturas ou da constatação das origens diferenciadas da história e das tradições políticas dos Estados-Membros, necessitando, portanto, de um estatuto que garanta a autonomia local[1], bem como, uma dinâmica forma de cooperação política para divisão de poder e responsabilidade entre União, Estados e Municípios. Cada uma das esferas de governo tem os seus próprios órgãos governamentais.

É importante, diferenciar federalismo de federação, para tanto, José Alfredo de Oliveira Baracho[2] assim faz a distinção:

O termo federalismo, em uma primeira perspectiva, vincula-se às idéias, valores e concepções do mundo, que exprimem uma filosofia compreensiva da adversidade na unidade. Quanto à federação, é entendida como forma de aplicação concreta do federalismo, objetivando incorporar as unidades autônomas ao exercício de um governo central, sob bases constitucionais rigorosas.

O princípio federativo pode existir sem a estrutura federal e vice-versa. Destarte, pode-se citar Estados que não adotam a estrutura federal, como a Espanha e a Itália, por exemplo, mas que possuem extremadas práticas federativas.

Em suma, os sistemas federativos caminham sobre o fio da navalha, pois caso aja o crescimento excessivo do governo central, tende a sufocar a participação local e a desligar-se dos interesses populares. Por outro lado, são ameaçados pela descentralização excessiva, que tende a gerar uma competição entre as partes e a estimular iniciativas separatistas. Daí a importância de uma constituição que promova uma equilibrada distribuição de poderes, bem como de uma eficiente instância de resolução de conflitos federativos. Ou seja, a importância de um Pacto Federativo eficaz.

A partir, de diferenciarmos e conceituarmos o que é federalismo, passamos a verificar, que município brasileiro ganha maior importância, após o período militar, com o advento da Constituição Federal de 1988, pois só então, se começou a pensar em uma nova forma de governabilidade, e se estabeleceu novas competências a este ente. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 expressa que nosso país é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, e que as autoridades políticas de cada nível de governo tornam-se soberanas e independentes das demais. Portanto, esse é o marco em que os municípios tornaram-se entes federativos autônomos.

Assim, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 podemos afirmar, que a democratização foi implantada, com a finalidade de garantir novas condições políticas, sociais e econômicas. Silva[3], a respeito do federalismo, entende por ser uma forma de Estado, denominado Estado Federal ou federação, que se caracteriza em uma união de coletividades públicas dotadas de autonomia político constitucional. Assim o Estado Federal é tido como a união dos entes federados que formará um todo - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – os quais formam a República Federativa do Brasil.

A partir de então, os municípios brasileiros tornam-se entes federados e dotados de autonomia, os quais passam a poder elaborar suas próprias Leis Orgânicas - sem interferência dos Estados ou União - elaboradas pelo Executivo ou Legislativo.

A Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos as competências de cada ente federado, da seguinte forma: no seu artigo 30 a competência é privativa de interesse local; no artigo 23 a competência é comum de todos os entes federados; e no artigo 24 a competência concorrente.

Quanto as atribuições concedidas ao município, Meireles[4] afirma:

De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º a 18), (...), por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira.

A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal, no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar a sua lei orgânica (Carta Própria), (...).

Dessa forma, a Constituição concedeu ao município o lugar de maior destaque em relação ao desenvolvimento urbano. Com a promulgação das Leis orgânicas e de alguns mecanismos institucionais, de caráter permanente ou eventual, que contribuem para a democratização da gestão nas esferas locais, por exemplo,[5] alterando, portanto, o perfil federalista brasileiro, descentralizando os recursos e encargos da União para os Estados e Municípios. A partir disso, a esfera municipal ampliou significativamente suas competências, aumentando assim a participação dos governos locais na repartição dos recursos fiscais[6]. E assim, por conseguinte, aumentando a responsabilidade de fiscalização e idealização de políticas públicas por parte dos Vereadores.

Assim, para que o Município engrene de forma eficaz e rápida, é indispensável a atuação eficaz e compromissada por parte do Legislativo Municipal, pois seus representantes devem fiscalizar de forma eficaz o Executivo, bem como buscar a consolidação dos direitos de cidadania, e buscando mais efetividade e transparência na gestão pública.

No entanto, é fundamental se demarcar novos espaços de comunicação política, bem como novos instrumentos de participação – atores políticos e sociais -, pois assim, se alcançará uma melhor eficácia quanto ao exercício de gestão dos interesses da coletividade, expandindo-se a democracia, de forma que, a construção social alcance a cidadania contemporânea, que passa a ser representada por novos sujeitos, muito mais conscientes do papel a ser desempenhado[7]. Esses sujeitos por hora são atores sociais, e hora atores políticos, quando no uso de suas legislaturas. Portanto, é fundamental que esses sujeitos tenham conhecimento e condições políticas no desenvolvimento das políticas públicas de cidadania

Nesse sentido, que o papel do Legislativo Municipal assume grande relevância, pois são esses que irão organizar e promover as políticas públicas, através da elaboração das Leis Orgânicas, ou ainda no seu compromisso de fiscalização dos atos do Executivo.

Portanto o papel dessa instituição é fundamental na (re) definição dos rumos, e criação de novas estratégias locais de desenvolvimento.

2 O SURGIMENTO DO LEGISLATIVO MUNICIPAL

A figura do vereador surge somente no século XV, nas Ordenações Afonsinas, sendo que vereare significava aquele que vigiava os caminhos da vida, aquele que vê alto e provê os interesses da vida[8].

A história do Legislativo, já demonstra a sua finalidade:

A história do Legislativo demonstra que as Câmaras e seus legisladores, surgiram e desempenharam suas atividades opondo-se a qualquer opressão, inspiradas nas manifestações e reivindicações dos cidadãos. Por isso se explica que as Câmaras tenham surgido antes do próprio Estado, sempre com atuação junto ao povo, sendo representantes dos anseios do povo[9].

Desde a sua criação o Legislativo já dispõe de grande importância, demonstrando desde sua criação a necessidade dos Vereadores corresponderem aos anseios do povo.

No Brasil somente com a Constituição Imperial de 1824 que o Município teve o seu reconhecimento pleno, dando garantias às cidades de possuírem um governo local próprio, com Câmara de Vereadores e eleições livres. Assim essa Constituição inovou ao dar aos Municípios autonomia, mas somente naquilo que lhe era peculiar. Nas demais constituições, como a de 1934 houve muita repetição do texto anterior, mas ampliou a autonomia municipal, dando ênfase à organização dos serviços e à arrecadação de tributos; a Constituição – golpe de Getúlio Vargas – outorgada de 1937 restringiu a autonomia dos Municípios, eram os Governadores os quais nomeavam os Prefeitos, e, as Câmaras de Vereadores foram substituídas por um Conselho de Estado; na Constituição de 1946 o Município volta a recuperar as sua força e ganha autonomia política, financeira e administrativa; na Constituição de 1967 este perfil foi mantido, e na sua Emenda 1969 foi restringida a sua autonomia no campo administrativo e tributário. Havendo nesse período uma centralização extrema por parte do Governo Federal, onde os Prefeitos eram indicados pelo Governo Central [10].

Somente então na Constituição de 1988 no seu artigo 18 consta pela que os Municípios têm vida autônoma. Essa autonomia ficou caracterizada por quatro capacidades[11]:

- a) auto-organização, mediante elaboração de Leis Orgânica;
- b) auto-governo, pela possibilidade dos cidadãos elegerem pelo voto direto os seus representantes;
- c) capacidade de auto-legislação, competência para elaborar Leis municipais, tendo como fonte o direito local;

d) auto-administração, o Município possui administração própria, podendo organizar seus serviços, bem como capacidade autônoma financeira.

Dessa forma então, que a Câmara de Vereadores se consolidou como representante direto dos anseios dos cidadãos nas questões de interesse local, e ainda, como fiscalizadores do Poder Executivo Municipal.

3 O PAPEL DO LEGISLATIVO NA SOCIEDADE

O Poder Legislativo exerce uma função de extrema importância, pois é, o representante do povo, devendo assim, cuidar dos interesses dos cidadãos da sua cidade, bem como elaborar Leis que representem à vontade do seu povo. Para tanto, a Câmara de Vereadores, tem absoluta independência do Executivo, não existindo qualquer submissão[12].

A Câmara de Vereadores possui uma expressa importância, visto ser o único poder capaz de se auto-instituir - a cada quatro anos - e, é ainda, quem empossa o Prefeito Municipal, o que significa afirmar, que a administração municipal se instala a partir do Poder Legislativo[13].

Castro, traduz a importância da Câmara de Vereadores:

O fenômeno de absorção do vigor das Câmaras Municipais, já no Brasil - Colônia, reflete a identidade do homem com seu torrão natal, o sentimento nativista, a relação de vizinhança a demonstrar a necessidade de se proverem os interesses locais em consonância com as aspirações de emancipação de um povo, revelando, As CAMARAS MUNICIPAIS, o fundamento de nossa nacionalidade, de nossa independência.

Portanto, a Câmara de vereadores, assume maior relevância, visto possuir uma missão a cumprir na sociedade, em face de sua maior aproximação das atividades econômicas, políticas e sócias. A Câmara deve buscar, portanto de forma ágil e eficaz a solução para seus problemas, pois não pode ficar a margem dos problemas e dos desafios do espaço local. Os Vereadores devem caminhar com os cidadãos, aproximando-os do Legislativo e possibilitando a sua participação.

Quando na elaboração de suas Leis, ela deve ir ao encontro das necessidades e aspirações dos cidadãos pertences, pois a Câmara de Vereadores deve possibilitar canais de que visam à participação e democratização das atividades públicas.

Portanto, hoje a Câmara de Vereadores deve ser promotora da concretização dos direitos de cidadania, pois deve identificar os problemas de toda comunidade e corresponder às expectativas com políticas públicas eficazes. Deve buscar ainda, a participação dos cidadãos nas suas decisões, pois só assim, serão realmente efetivados os interesses, seja da cidade, do bairro ou da vila.

Dessa forma, o vereador sob uma perspectiva humanista pode:

escolher, mudar o mundo à sua volta e produzir uma diversidade de coisas. Atuar significa ter a capacidade e o discernimento de agir, optar e evoluir o pensamento e direcioná-lo de maneira tal que possa melhorar cada vez mais e proporcionar o bem-estar próprio e alheio. A pessoa humana é um ser livre, e cabe a ela fazer o que deseja de sua vida e direcioná-la para onde quer. Entretanto, apesar dessa possibilidade de construir o próprio caminho, sua liberdade também se restringe em determinados instantes, pois ela deve, acima de seus caprichos e desejos, procurar agir livremente sem atingir ou ferir a liberdade de outrem, de seu semelhante.[14]

A Câmara e Vereadores, dentro de algumas funções que exerce, está a função Legislativa; função Fiscalizadora; função Administrativa; função Judiciária, e outras, mas o que realmente queremos identificar, é de que forma os Vereadores estão garantindo e efetivando os direitos de cidadania? Para realmente termos uma resposta, se faz necessário, analisarmos as Câmaras de Vereadores, pois só assim, realmente poderemos identificar como os Vereadores percebem e garantem tais direitos.

4 A CÂMARA DE VEREADORES COMO FOMENTO DO PODER LOCAL

Após, longos debates sobre a não efetivação da democracia e conseqüentemente da cidadania, iniciou-se a discussão sobre as principais mudanças na gestão da Administração Pública, de como alcançar melhores resultados. Assim, o entendimento partiu da idéia, de que se deveriam repassar mais poderes aos municípios, ou seja, prestigiar o âmbito local, como forma de iniciar essa remodelação da gestão.

O Município certamente é o espaço legítimo para o debate público e igualitário sobre o que se quer de uma sociedade; é sem dúvida também o *locus* privilegiado de impulsão à constituição de uma sociedade democrática de direito que está em busca de uma cidadania.

A noção de espaço local é sem dúvida um elemento importante que está intrinsecamente ligado ao processo de democratização; é onde mostra uma compreensão das formas administrativas locais, chamando atenção para a descentralização dos espaços públicos e das políticas sociais[15]. É nesse sentido que, no campo das políticas públicas, se tem como uma das principais inovações o elevado grau de participação popular nos diferentes níveis de desenvolvimento, como forma de implementação das políticas e do pleno exercício da cidadania, buscando concretizar os direitos fundamentais.

A intensificação da ação e da participação dos “clientes” nas políticas de Welfare parece estar constituindo, em quase todo o mundo, tendência a diminuir o grau de passividade com que anteriormente eram aquelas recebidas e, mais do que ‘dinamizar’ os direitos sociais, rearticulam o espaço, a trama social na qual se processam as políticas. [...] Em outras palavras, as associações de vizinhança, de moradia, os organismos comunitários, as organizações voluntárias de todo o tipo que se formam nas e para as políticas sociais estariam expressando aquele movimento social mais profundo de contínua reorganização do tecido social [...].[16]

Por isso, o federalismo tem como uma de suas bases a existência da esfera local, que atribui grande responsabilidade a essas competências autônomas.

Para Farah[17] a solução está na dimensão democrática dos governos locais e que as experiências inovadoras no combate aos problemas desse contexto, como a inversão de prioridades na aplicação e otimização dos recursos públicos, demonstrando preocupação com a transparência administrativa e com o acesso de informações aos seus cidadãos, seria uma nova forma de gestão compromissada.

Para tanto, o Legislativo municipal é o legítimo representante dos cidadãos, por conseguinte o representante legítimo da vontade, que deve proporcionar mecanismos de comunicação com os munícipes. Mas ainda hoje, existe um grande distanciamento das Câmaras Municipais da comunidade. Uma vez, ocorrendo a baixa participação dos cidadãos no processo político, deixando esses à vontade para decidirem o destino das atividades públicas e recursos públicos.

Consequentemente o pensamento humanista contemporâneo se preocupa com a justiça social, nunca esquecendo da pessoa e de seu bem-estar, permitindo assim a formulação de uma concepção de pessoa largamente aberta aos problemas de nossa atual civilização[18]. E, é dessa premissa que os vereadores devem partir, sempre pautando o bem-estar[19] de seus munícipes. Assim, “o pensamento humanista procura revelar e criticar tudo o que impede a realização integral do ser humano em meio às conquistas da modernidade e ao permanente perigo da desumanização”[20].

Assim, a administração pública necessita de muitas mudanças, então, surge o Município como um campo favorável a essas perspectivas, pois a Câmara Municipal, através de seus vereadores tem o dever de representar e garantir os direitos fundamentais de seus munícipes, visto a dinamicidade e aproximação dessa esfera, dos problemas sócias.

Logo, para Hermany[21] a esfera local é o potencializadora do sentimento de pertencimento.

A esfera local potencializa a idéia de pertencimento, de responsabilidade social, estimulando, dada a proximidade do processo decisório, a ativa participação da sociedade, o que acarreta inúmeros benefícios. Portanto, o fator que se constata em todas as estratégias bem-sucedidas de poder local reside no maior grau de abertura dos processos decisórios para a população.

Mas, somente, o sentimento de pertencer a uma cidade, não basta, é fundamental que os atores políticos e sociais tenham conhecimento de seus direitos e deveres. Portanto as decisões compartilhadas entre a administração pública e a sociedade, fazem com que as decisões sejam mais efetivas e transparentes. Dessa forma, o poder local efetiva os direitos de cidadania – por meio dos atores sociais e políticos – combinando políticas públicas garantidoras de cidadania, que surge a partir dessa “capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados, cujas bases operacionais precisam ser pensadas e executadas (...)”[22]. Mas, para tanto, a Câmara de Vereadores deve visar a democratização das atividades públicas, pautada em uma visão ética e participativa.

Explica Marli Marlene da Costa[23]:

Atualmente as expressões “cidadania” ou “citizenship” são empregadas, não apenas para definir a pertença a uma determinada organização estatal, mas para também caracterizar direitos e deveres dos cidadãos. Muito embora, o modelo de comunidade holística não seja adequado para o exercício da cidadania em regime de democracia, em função de uma política que insiste em afastar-se do interesse coletivo e voltar-se para os interesses do mercado, faz-se necessário que o cidadão ocupe sua posição jurídica na esfera pública deixando de lados o papel de mero observador e exija o reconhecimento mútuo e o cumprimento do consenso formal, isto é, da Constituição que é inerente do contexto e da comunidade. Adotando esse procedimento, o cidadão deixa de ser um mero consumidor ou cliente, refutando a síndrome da cidadania do consumo e adotando o exercício da cidadania democrática, que é inerente de cidadãos críticos, fiscalizadores e emancipados.

A relação entre a cidadania, humanismo e espaço urbano é muito estreita, senão invisível. Por isso, para discutirmos o conceito e o exercício da cidadania, demos investir esforços para compreender de que forma a cidade é vista pelo poder político.

E, isso, necessita de planejamento e organização, para a prestação dos serviços públicos, mas não vem acontecendo, não por falta de recursos ou idéias, mas por corruptas e viciadas articulações envolvidos no cenário político[24]. Para tanto, é fundamental a verificação e avaliação de tais vereadores.

5 A ESFERA PÚBLICA EM JÜRGEN HABERMAS

É, sem dúvida, imprescindível haver uma cidadania efetiva na esfera pública, onde as pessoas são educadas para exercer a democracia no espaço público. Para tanto, é necessário compreendermos o procedimentalismo do direito e a sua ação comunicativa na esfera pública, como forma de efetivar uma cidadania democrática, a partir de Jürgen Habermas[25] que afirma que “o Estado democrático de direito é uma institucionalização de processos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade que o possibilita o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”. Destaca-se, então, a necessidade do direito como interlocutor das relações do Estado e os atores sociais.

Habermas inclusive conceitua o que é a esfera pública, e delimita o seu conceito, visto que é necessário para compreendermos tal espaço:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação; o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os

fluxos comunicáveis são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfiadas em temas específicos [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.[26]

A esfera pública para Habermas é um fenômeno social elementar, pois a ela não pode ser concebida como uma organização ou um sistema, mas sim um espaço para a comunicação de conteúdos onde se possam exprimir posições.

Para Habermas,[27] o Estado deve cuidar e absorver os interesses públicos, não devendo ser apenas expectador, mas agir com responsabilidade. Por conseguinte, a importância da esfera pública, que é o local onde se poderá exercer a fiscalização, e insistir “nas condições de se manter o direito legítimo”.

Esses fatores atingem o paradigma procedimentalista do direito, de acordo com o mesmo autor, conforme descrito a seguir:

...pois a "combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada são a chave para se entender a gênese democrática do direito". O substrato social, necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos não-estatizados. Com a absorção da *esfera pública* política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade de interpartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do poder da mídia caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição.[28]

O objetivo desse paradigma procedimentalista, é a ocupação dos atores sociais na esfera pública, como forma de efetivação da cidadania ativa. Entretanto, para haver uma esfera pública é imprescindível a existência da sociedade civil, mas uma sociedade civil diferente daquela da sociedade burguesa, uma sociedade civil desvinculada da economia, como diz Habermas:[29]

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública

política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em que questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses "designs" discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõe o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo continuidade e duração.

Nota-se que a sociedade civil, hoje, começa a buscar os seus direitos diante do Estado, pois assim começa a dar origem à cidadania ativa. Para tanto, a participação é fundamental, pois, como chama atenção Liszt Vieira,^[30] o cidadão deve participar de forma argumentativa e crítica nos espaços públicos, pois assim se pode estabelecer o debate. E assim, cobrar do Legislativo Municipal os seus direitos.

6 POLÍTICAS PÚBLICAS E CIDADANIA

6.1 Políticas Públicas locais

Faz-se necessária, para melhor elucidação das posturas construtivas da cidadania pelo Poder Local, uma explanação sobre as políticas públicas, suas possibilidades e seus entendimentos.

Podemos conceituar políticas públicas como uma série de respostas ao sistema político posto frente às demandas sociais e públicas que irão ao encontro aos destinatários; Diante disso, a criação e implementação das políticas públicas estão diretamente ligadas à ação de fazer ou não fazer por parte do Estado - União, Estados e Municípios - que tem por finalidade desempenhar esse papel.

Devem ser entendidas as políticas públicas como uma ação coletiva desenvolvida pelo ente direto, com o objetivo de dar respostas às necessidades da sociedade. Entende-se como um comprometimento do Estado diante de uma determinada sociedade, lembrando-se sempre que as políticas públicas efetivam os direitos sociais garantidos e declarados em Lei^[31].

Para Heringer,^[32] política pública é a “ação de determinado governo, orientado para atingir fins específicos, ou seja, é um meio para se atingir determinada meta econômica ou social”.

Complementando o conceito de políticas públicas, são “decisões de intervenções na realidade social, quer seja para efetuar investimento ou de pura intervenção administrativa ou burocrática”^[33]. Neste contexto, as instâncias locais são fundamentais para a efetivação das políticas públicas, pois os municípios são responsáveis pela realização de grande parte delas, tendo em vista a descentralização do poder executivo federal, que outorga poder aos entes federados considerando sua autonomia.

Na lição de Azevedo,[34] as políticas públicas formam duas características distintas: a primeira procura uma coesão para delimitar o que se pretende fazer ou não, pois quanto maior for o consenso, mais facilmente essas políticas sugeridas poderão ser efetivadas; e a segunda é a definição de normas e processamento dos conflitos, onde essa definição das normas poderá se dar tanto para uma ação como para uma resolução de conflitos entre agentes sociais e indivíduos.

Na visão de Viana,[35] Lindblom[36] e Labra[37] as políticas públicas possuem cinco etapas, da seguinte forma:

a) percepção e definição dos problemas: é perceber uma situação de dificuldade, e transformar esse problema político; b) construção da agenda: onde o espaço de constituição da relação de problemas que chamam a atenção do governo e dos cidadãos seja reconhecido determinado tema enquanto problema de ordem pública; c) formulação de políticas: podemos definir a fase em que a participação dos atores sociais será colocada na agenda, com a criação de alternativas de ação/intervenção de natureza pública, em detrimento às necessidades que constem na agenda política; d) implementação de políticas: é nessa etapa que a política deve ser formulada, devendo ser definidas as prioridades e transformadas em programa, em que se busca obter impactos e conseqüências a partir dessa implementação; e) avaliação de políticas: é a verificação crítica, em que se verifica se as metas antes propostas estão sendo cumpridas; em caso positivo, deve ser continuada, e se caso negativo, deve-se iniciar um novo caminho.

Labra[38] explica que ainda não estão à disposição modelos acabados ou consensuais para o estudo do processo de produção e implementação de uma determinada política pública, mas sim de variadas correntes, pensamentos e abordagens, pois não há, ainda, uma teoria que por si só dê conta de responder a essas questões.

Nota-se que inúmeras políticas públicas resultam fracassadas, certamente em decorrência da falta de planejamento das mesmas, pois geralmente não é feito planejamento ou desenho estratégico para tais políticas. Com isso surge a necessidade de qualificar e inovar os mecanismos de promoção dessas políticas. Para tanto, o gestor público precisa ter cuidado para não cair num imediatismo político, no qual a elaboração de políticas visa apenas a resultados a curto prazo. É necessário que haja um real conhecimento sobre a realidade e as necessidades sociais, para, a partir delas, elaborar mecanismos de intervenção na realidade, mesmo que os resultados só venham a médio ou a longo prazo. Uma visão meramente imediatista pode comprometer o sucesso de tal política, mas, infelizmente, parece que os governantes têm uma “cultura de improvisação”, adotadas de improviso sem o devido planejamento. Estas políticas estão fadadas ao fracasso na sua grande maioria[39].

É normal que os governos latino-americanos não estejam preparados para administrar. Sem planejamento, “governa-se de costas para as ciências e técnicas de governo, respaldado em um praticismo extremamente rudimentar e superficial”. Segundo Matus[40], há a necessidade de fazer três balanços, que são: balanço de gestão política, balanço de gestão macroeconômica e balanço de intercâmbio de problemas. A arte de governar repousa na compensação entre estes balanços, que, ao final, deve resultar num balanço global positivo.

A política é um intercâmbio entre o governo e a população, e esse intercâmbio deve ser mantido sempre em equilíbrio. Ser um governante eficaz significa criar, a cada dia, no menu diário de decisões, as condições para que esses três balanços possam ser compensados, uns pelos outros[41]

A arte de administrar os bens e interesses públicos não é atividade neutra; pelo contrário, muitas são as forças que influenciam a escolha da implementação por esta ou aquela política pública.

Quando se fala em cidadania traz-se junto uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual se desenvolve com políticas públicas eficazes, a qual traz o cidadão ao pertencimento das ações locais. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização destas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação Estado e sociedade, trazendo a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

6.2 A cidadania sob a perspectiva humanista

A cidadania, neste novo milênio, vem ressurgindo, pois esse conceito está intrinsecamente ligado à idéia de participação e justiça. Assim, a cidadania passa hoje por novos desafios em face de diversos fatores econômicos, sociais e políticos que fomentaram esse descontentamento da população. Dessa forma, faz-se necessário observarmos a evolução histórica da cidadania e do humanismo, para compreendermos tais fatores.

Então, o humanismo é uma corrente filosófica baseada no ser humano[42], que por conseguinte vem a dar status a cidadania. O humanismo surgiu no século V a.C.[43], na qual a pessoa humana, bem como os limites e os interesses do ser humano[44] eram muito mais valorizado que a própria sociedade, onde todos os seres humanos são iguais, inclusive em relação a direitos de compartilhar idéias e crenças que podem tanto ser iguais como diferentes. O qual tem como alicerce básico, a exaltação da dignidade humana[45], de acordo com referências históricas, e teve suas primeiras aparições na Antigüidade graças aos filósofos gregos[46]. A partir do século VI a.C. surgiram o conceito de isonomia no mundo, ou seja, igual participação a todos os cidadãos no exercício do poder. Assim da formação do Estado entre os gregos, nasceu uma forma muito aperfeiçoada de Estado, a república democrática. E desses três princípios, o debate de idéias, as práticas públicas e a igualdade dos cidadãos, que são inegavelmente bases do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma tímida[47].

Já a cidadania, desde o período grego era baseada na participação, marcada como forma exclusiva de cidadania; mas esta cidadania era muito limitada, sendo uma cidadania “exclusiva e não inclusiva”, pelo fato de que somente os varões que fossem descendentes de outros “cidadãos” poderiam ser assim considerados[48]. Pode-se concluir que era uma espécie de herança, pois mulheres, estrangeiros, escravos e

crianças jamais poderiam ser cidadãos. Assim, no período grego foram construídas várias acepções acerca do que era e o que significava cidadania; e dessa forma, muitos autores como Péricles, Sólon, Clístenes desenvolveram uma noção acerca do que seria cidadania[49]. Além de Platão e Aristóteles também trouxeram suas contribuições[50].

Somente com a promulgação de Caracalla (188-217) se colocou fim a esse conceito e se concedeu a cidadania para todos os sujeitos livres. E com essa promulgação, se estabeleceu um novo conceito e uma nova forma de se conceber o que significava cidadania[51].

Logo, o período que vai do século VII d.C até o século XI d.C, surge para as cidades como um instrumento de aproximação e de “identidade” com os cidadãos, assumindo uma maior importância. E logo após, do século XIV ao XV, surge, a importância da participação dos cidadãos como forma de tranquilidade e estabilidade da República. Mas, como se verifica, nesse período a idéia e o conceito de cidadão são substituídos pela figura do súdito; assim, o cidadão enquanto sujeito participante, passou a não fazer mais sentido, apenas interessava em submeter-se e sujeitar-se ao poder do monarca[52]. Durante os séculos XVII e XVIII, surge uma polêmica entre os termos cidadania e burguesia[53]. Mas, já na Revolução Francesa começa a surgir um outro conceito acerca do que seria a cidadania, embora um conceito ainda bem diferente dos moldes de hoje. Começa a surgir uma relação de cidadania “como uma concepção igualitária da natureza humana e se tenta aplicar esta idéia à prática política”[54].

Após, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o conceito de cidadania tenta ganhar uma nova dimensão; mas restou frustrada tal tentativa, pois o Estado de direito não se mostrou capaz de responder às demandas sociais, ocasionando uma nova crise de legitimidade[55]. Surgem, então, no período contemporâneo, duas características distintas de cidadania: uma trazendo um vínculo entre nacionalidade e cidadania e a outra, uma forte ligação entre igualdade e cidadania[56].

Portanto, definir o que é cidadania ou lhe ditar um conceito seria uma pretensão um tanto que exacerbada, pois ela compreende “dada a variedade e dimensões espaciais e funcionais,”[57] um campo muito abrangente. Zapata Barrero,[58] afirma que “o maior problema do termo cidadania é carecer de um conceito, porque apenas se pode falar em concepções”.

Clóvis Gorczewski[59] já assim define:

De uma maneira geral, se define cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão; e cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. A idéia de cidadania está sempre ligada a um determinado Estado, e em geral expressa um conjunto de direitos que dá ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu Estado.

Esse, é também o entendimento de José Afonso da Silva afirmando que a "Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política"[60].

Assim, o termo cidadania apresenta um conceito e uma conotação muito especial, pois remete a algumas questões importantes diretamente na sociedade, como as igualdades e desigualdades sociais, econômicas e políticas, o caráter das instituições públicas[61].

Núria Martín[62] traz suas contribuições afirmando que não se pode instrumentalizar o conceito de cidadania sob pena de excluirmos determinados grupos ou pessoas. Portanto, essa autora chama atenção que é preciso redefinir um novo conceito de cidadania, visto que os anteriores não servem de modelo para a nossa sociedade atual.

Por sua parte, as teorias que apelam para a fragmentação da cidadania, apresentam intenções de redefinir as formas de titularidade. O conteúdo atual de cidadania abarca, de forma significativa, a participação política e a cultura cívica. Assim, ainda que as raízes da cidadania sejam gregas e romanas, o conceito atual de cidadão provém, sobretudo dos séculos XVII e XVIII, da revolução francesa, inglesa e americana e do movimento do capitalismo, tendo experimentado uma importante evolução desde o período da Revolução francesa até a queda do muro de Berlim. Podemos observar também que a noção de cidadania, ao longo da história, tem designado um privilégio, uma entidade excludente. Pouco a pouco vem desligando-se da vinculação de desigualdade, mas não tem conseguido em sua totalidade[63].

Podemos afirmar que o que nos faz cidadãos é sem dúvida alguma “pertencer a uma cidade”, o que significa dizer que a cidade é uma “coletividade de indivíduos” organizados sob determinados aspectos, procedimentos e normas, que irão condicionar as ações comuns e individuais com o objetivo de resolver e enfrentar os conflitos do “espaço ou esfera pública”, pois o “cidadão se faz fazendo sua cidade”[64].

Dessa forma, se mostra intrínseco o cotejo entre cidadania, humanismo e a cidade, e, por conseguinte com o Legislativo Municipal. Então com o surgimento e o crescimento do cidadão como um ator social dotado de direitos e obrigações, o qual passa a fazer parte da sociedade como titular de direitos, direitos os quais hoje ainda estão sendo ampliados e incorporados, sejam direitos fundamentais, humanos, políticos, sociais, econômicos; enfim, passa a fazer parte de uma agenda de instrumentos eficazes ao desenvolvimento integral do cidadão.

O Humanismo alicerça-se então, na construção de um mundo melhor, para todos os homens, possuindo um caráter ético-sociológico, correspondente a corrente filosófica. Também é visto como uma aposta civilizante de desenvolvimento, capaz de fugir das tradicionais utopias, tornando-se uma arma potente contra as mazelas da contemporaneidade, ou seja, as desigualdades e exclusão social[65].

Portanto, o Humanismo, busca a erradicação de toda e qualquer violência e discriminação contra o ser humano, a fim de preservar a sua intencionalidade, sua liberdade, seus desejos e vontades[66]. Em razão disso, não existe um conceito pronto que delimite o humanismo, pois o mesmo se encontra em constante construção, sendo o homem desde os gregos, na Antiguidade, considerado o centro de todas as coisas[67].

Mas, atualmente, no início do século XXI, devido ao momento histórico pelo qual passa a civilização mundial e, principalmente, ao fato de o homem estar diante do fenômeno da globalização, surge a proposta de um “novo Humanismo”, no qual deve acompanhar

tal realidade, universalizando-se, em benefício de todo o planeta e de todas as pessoas acentuando a dimensão da liberdade do ser humano[68].

Consequentemente o pensamento humanista contemporâneo se preocupa com a justiça social, nunca esquecendo da pessoa e de seu bem-estar, permitindo assim a formulação de uma concepção de pessoa largamente aberta aos problemas de nossa atual civilização.

Mas vamos partir o presente estudo, a parti de Marshall[69], onde em seu clássico de 1949, divide a cidadania em três dimensões, cada uma fundada, em um princípio e uma base institucional distintos. Adaptadas às circunstâncias do mundo contemporâneo, podemos descrever essas dimensões da seguinte forma:

A primeira é a cidadania civil, que tem como princípio básico a liberdade individual, e tem como direitos, por exemplo, a liberdade de ir e vir, a igualdade perante a lei, o direito de propriedade e o direito a não ser condenado sem o devido processo legal, vale dizer, o direito à presunção de inocência. A garantia dos direitos civis é dada por um Poder Judiciário independente e acessível a todos.

A segunda é a cidadania política, que tem como princípio básico o direito à comunicação — ainda não reconhecido como tal — e que significa participar do exercício do poder público tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. A sua garantia é dada pela existência de partidos políticos consolidados, por um conjunto de novas institucionalidades constituídas por diferentes movimentos sociais, mas, sobretudo, por um sistema democrático.

A terceira é a cidadania social, que tem como princípio básico a Justiça Social, e significa a participação na riqueza coletiva através do direito à educação, à saúde, ao emprego, a um salário justo e à comunicação. Sua garantia é dada por poderes Executivos e Legislativos responsáveis e eficientes.

Marshall[70], periodiza os fatos históricos relativos à esfera dos direitos nos Estados modernos europeus atribuindo a séculos diferentes o surgimento de cada tipo de direito. Assim os direitos civis seriam os primeiros, surgidos no século XVIII; os políticos estão ligados ao século XIX; e os sociais, ao século XX. Agora no século XXI se faz primordial voltarmos a estabelecer uma relação entre os direitos políticos e direitos sociais, pois eles estão intrinsecamente ligados, pois os direitos políticos são tão fundamentais para um indivíduo como qualquer outro direito. Na verdade, é equivocado acreditar que os direitos sociais estão desligados dos direitos políticos e vice-versa. Eles não são ornamentais. Eles reforçam a luta pela preservação dos direitos sociais. Eles – direitos políticos - garantem que o estatuto de cidadania não seja simplesmente um estatuto, mas que realmente seja o impulsor da efetivação dos direitos sociais, pois inegavelmente os direitos sociais passam primeiramente pelos direitos políticos.

A natureza da cidadania política afeta diretamente a cidadania social, bem como a legitimidade da cidadania civil. Não se pode esquecer que uma cidadania política fraca, pode enfraquecer o desenvolvimento de uma cidadania social.

A cidadania social, a cidadania política, constitui um aspecto importante da cultura da cidadania em qualquer sociedade, e suas conseqüências repercutem sobre os direitos

civis e políticos. Examinar essas conseqüências nos permite obter um quadro mais completo das implicações de um determinado grupo de políticas sociais. Marshall[71] afirma, que dentro dessa perspectiva, a relação da cidadania social com a democracia e, daí, com os direitos civis e políticos, é positiva e relativamente tranqüila, pois para ele, a cidadania social juntamente com a cidadania política e civil, geram o bem-estar social, e torna a democracia eficiente.

A cidadania social, ao contrário, depende muito mais da participação da comunidade. O exercício formal ou informal dos direitos de cidadania social depende da participação ativa de outros, para os quais esses direitos constituem obrigações. Os direitos sociais são, em larga medida, direitos de receber ajuda dos outros, e as responsabilidades sociais se referem a dar ajuda aos outros. A extensão da cidadania política soluciona parte dessas contradições entre a desigualdade criada pelo mercado e a igualdade inerente à cidadania. Os desfavorecidos pelo mercado se utilizam do voto e da organização política para reduzir as desigualdades econômicas, por intermédio, por exemplo, da criação de impostos redistributivos ou ainda nas políticas públicas. Contudo, Marshall dizia, que a cidadania civil e política provavelmente só conseguiriam diminuir a desigualdade de modo eficaz, se os membros de uma comunidade compartilhassem um padrão básico de vida e cultura. O exercício efetivo dos direitos civis e políticos dos membros de uma comunidade exigem que eles estejam livres da insegurança e da dependência impostas pela miséria, pela doença e pela carência de educação e de informação.

Mas como conclui Vieira[72], a cidadania assume outras duas facetas: depende da reativação da esfera pública, pois é este o espaço adequado para o agir coletivo da sociedade; e é essencial para a formação de uma “identidade política baseada em valores de solidariedade, autonomia”.

Entretanto, a modernidade revelou o individualismo, a competição do mercado, não conduzindo mais, o ser humano à sua efetiva realização. Não se consegue romper com a cultura do individualismo, que nos desautoriza como seres coletivos. Assim, esquece-se a principal finalidade de todo esse processo – o ser[73].

O humanismo nas palavras de Veronese implica em um projeto de construção de humanidade, na qual busca consolidar a edificação das virtudes. Talvez nesse ponto que se encontra o maior problema de todo o processo evolutivo de nossa civilização, - a não composição e o resgate contínuo das virtudes - pois quando o ser humano conseguir superar seu egoísmo, individualismo, a ganância, o autoritarismo e passar a consolidar a solidariedade, a fraternidade, a partilha, a misericórdia, a compaixão, logo, o outro não pode mais ser visto como nosso concorrente e sim como nosso parceiro, co-responsável diante da construção de uma sociedade diferenciada[74]. É disso que o Legislativo Municipal precisa, maior percepção acerca dos problemas individuais e sociais. Então, uma cidadania política baseada no humanismo, pode ser a chave da efetivação dos direitos fundamentais.

O Humanismo alicerça-se então, na construção de um mundo melhor, para todos, possuindo um caráter ético-sociológico, correspondente a corrente filosófica. Também é visto como uma aposta civilizante de desenvolvimento, capaz de fugir das tradicionais utopias, tornando-se uma nova arma potente contra as mazelas da contemporaneidade, ou seja, as desigualdades e exclusão social.[75]

A visão humanista dentro do contexto, é de suma importância, mas não se pode esquecer que é a partir dessa visão mais solidária, fraterna e responsável que nossos Vereadores precisam partir, pois precisam ter consciência de seu papel, bem como de todos seus deveres com a comunidade local, mas também deve sentir pertencente a uma sociedade ou comunidade que nela atue e busque a efetivação de todos direitos, e conseqüentemente a concretização e efetivação dos direitos de cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, são fundamentais as políticas públicas de cidadania, que devem ser planejadas e ser capazes de trazer uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual somente se desenvolve com políticas públicas eficazes. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização dessas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação entre Legislativo e sociedade, trazendo a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

Assim, a visão humanista dentro do contexto é de suma importância, mas não se pode esquecer que é a partir dessa visão mais solidária, fraterna e responsável que nossos Vereadores precisam agir, pois precisam ter consciência de seu papel, bem como de todos seus deveres com a comunidade local, mas também devem sentir-se pertencentes a uma sociedade ou comunidade em que atuem e busquem a efetivação de todos direitos e, conseqüentemente a concretização e efetivação dos direitos de cidadania. Assim, uma cidadania política baseada no humanismo pode ser a chave da efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais*. Santa Cruz do Sul, 1993.

AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZAROBBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A et ai. (org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, volume 12, número 3, p. 29-46, jul./set. de 1994.

BARRERO, Zapata, R. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia um nuevo contrato social*. Barcelona: ANTHROPOS, 2001.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.) *Huma-nismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <<http://www.camarasantacruz.rs.gov.br>>. Acesso: 07 ago. 2008.

CARVALHO, Alysson (org). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2003.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Ed. 2 Belo Horizonte. Del Rey, 1992.

COSTA, Marli M.M. da; PORTO, Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEYSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre:UFRGS, 2007.

CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias comtemporâneas*. Barcelona: Hacer, 1995.

DOWBOR, Ladislau. O poder local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sergio Gabriel (Org). *Município e século XXI: Cenários e perspectivas*. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, ed. Especial, São Paulo. 1999.

DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990.

FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. In: JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (Orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GORCZEVSKI, Clóvis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos Humanos, ou para a Cidadania? In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J.N; GOMES, E. C. (ed.). *Participação Social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização*. Belo Horizonte, 2002.

HERMANY, Ricardo, et. al., O princípio da subsidiariedade e o direito social de Gurvitch: a ampliação das competências municipais e a interface com a sociedade In: LEAL, G., REIS J. R (Org.), *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão*. PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LINDBLOM, C.E. *O Processo da Decisão Política*. Brasília: UNB, 1981.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006.

MARSHALL, T. H. (1949). *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar 1967.

MARSHALL, T. H. *The Right of Welfare*. Nova York, The Free Press. 1981.

MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.

SANTANA, Jair Eduardo. *Roteiro prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In:_____. (Org.).

Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003.

VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania: a sociedade civil não globalizada. São Paulo: Record, 2001.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da Cidadania. *A sociedade civil na globalização*. Ed. Record. Rio de Janeiro: 2004.

[1] CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias contemporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995.

[2] BARACHO, Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, volume 12, número 3, p. 29-46, jul./set. de 1994.

[3] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 91-92.

[4] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.42

[5] MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006. p. 19.

[6] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. In: JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. *Inovação no campo da gestão pública local*. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 41.

[7] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 23.

- [8] CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Ed. 2 Belo Horizonte. Del Rey, 1992.
- [9] Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <<http://www.camarasantacruz.rs.gov.br>>. Acesso: 07 ago. 2008.
- [10] ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais*. Santa Cruz do Sul, 1993.
- [11] ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais*. Santa Cruz do Sul, 1993.
- [12] SANTANA. Jair Eduardo. *Roteiro prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- [13] Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <<http://www.camarasantacruz.rs.gov.br>>. Acesso: 07 ago. 2008.
- [14] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 68-69
- [15] DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990, p. 36.
- [16] DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990, p. 36.
- [17] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. In: JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (Orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 55.
- [18] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 65.
- [19] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 65.
- [20] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001., p. 76.
- [21] HERMANY, Ricardo, et. al., O princípio da subsidiariedade e o direito social de Gurvitch: a ampliação das competências municipais e a interface com a sociedade In: LEAL, G., REIS J. R (Org.), *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 1410-1411.
- [22] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56.
- [23] COSTA, Marli M.M. da; PORTO. Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEYSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre:UFRGS, 2007. p. 85-86.

[24] DOWBOR, Ladislau. O poder local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sergio Gabriel (Org). *Município e século XXI: Cenários e perspectivas*. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, ed. Especial, São Paulo, p. 3-23, 1999.

[25] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 181.

[26] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 92.

[27] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 185.

[28] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 p. 186.

[29] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 99.

[30] VIEIRA, Liszt. Os argonautas da Cidadania. *A sociedade civil na globalização*. Ed. Record. Rio de Janeiro: 2004. ...é o espaço do debate público, de embate dos diversos atores da sociedade civil. Trata-se de espaço público autônomo com dupla dimensão: de um lado, desenvolve processo de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva; de outro vincula-se a um projeto de práxis democrática radical, onde a sociedade civil se toma instância deliberativa e legitimadora do poder político, onde os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos, p. 228.

[31] CARVALHO, Alysson (org). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2003.

[32] HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J.N; GOMES, E. C. (ed.). *Participação Social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização*. Belo Horizonte, 2002, p. 85.

[33] BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 14.

[34] AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A et ai. (org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

[35] VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

[36] LINDBLOM, C.E. *O Processo da Decisão Política*. Brasília: UNB, 1981.

[37] LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão*. PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999, p. 131-166.

[38] LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão*. PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999, p.131-166.

[39] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 38

[40] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 39.

[41] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 39.

[42] POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 22

[43] BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24.

[44] POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 22.

[45] SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In:_____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

[46] LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 318.

[47] POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 32-33.

[48] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 22.

[49] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 23.

[50] Nas obras de Platão e Aristóteles encontram-se indicações de como se refletia o desejo de preservar as melhores qualidades da pessoa para formar parte como cidadão da comunidade. Em Aristóteles se observa que não é nem a origem nem a residência que transforma uma pessoa em cidadã, mas sim a atividade cívica e política. O livro III da Política, "Teoria do cidadão e regimes políticos" é uma das primeiras obras onde se estabelece uma relação entre tipo de cidadão e tipo de regime e governo político. O cidadão é o habitante da cidade que participa no poder da comunidade. Aristóteles oferece definições de cidadão: uma definição prática de cidadão como aquela pessoa

que participa ativamente na justiça e no governo (1275a); a segunda definição é que ser um cidadão implica ter capacidade de "mandar" e "ser mandado", de "governar" e "ser governado" (1277b), isto é, a capacidade de participar no poder de governo em um duplo sentido: como autoridade nas deliberações políticas e como obediente das deliberações efetuadas por outros. Para Aristóteles, "pessoa livre" e "cidadão" eram praticamente sinônimos. Também a cidade desempenha um papel essencial na teoria platônica. A teoria das idéias de Platão toma corpo na adequada organização da cidade e nas diversas classes de cidadãos que a integram (magistrados, governantes, militares, artesãos e agricultores) (Ibidem, p. 23).

[51] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, 2005, p. 24.

[52] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*[52] Ao comparar o cidadão com o súdito, se pode derivar três grandes princípios da idéia de cidadania: um, que a cidadania é uma condição da pessoa que vive em uma sociedade livre; segundo, que a cidadania é uma condição voluntária que não pode impor-se a nenhuma pessoa; terceiro, que a cidadania se desdobra em um conjunto de direitos e deveres das pessoas que pertencem a um determinado Estado. O termo cidadão tem a conotação de ser *adania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, 2005, p. 25.

membro (cívico) do Estado; como participante em sua legislação, que nenhum outro termo afim, como o de burguês ou súdito supõe MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p.27.

[54] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 25, 26.

[55] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 28.

[56] Dito de outra forma, na prática encontramos algumas barreiras que dificultam a realização da cidadania: "uma política, el nacionalismo; outra econômica, el mercado". Com a constituição dos Estados-nação, aparece explicitamente a noção de cidadão de segunda classe, isto é, a posição das minorias nacionais no século XIX. Em nossos dias, Giddens, Habermas, Dahl, Zolo, Held e outros autores têm se ocupado da relação cidadania/nacionalidade. Entendemos, como Zapata, que a perspectiva da cidadania hoje em dia não pode dar as costas à dupla lógica desta nova era global: a globalização econômica e a globalização política ou a lógica dos Direitos Humanos de uma humanidade comum. Ela nos leva a umas caracterizações de cidadania como "fragmentada", como "diferenciada" e outras (Ibidem, p. 28-29).

[57] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 21.

[58] BARRERO, Zapata, R. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: ANTHROPOS, 2001, p. 7.

- [59] GORCZEWSKI, Clóvis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos Humanos, ou para a Cidadania? In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 13
- [60] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 345.
- [61] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 21.
- [62] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 29.
- [63] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 29-30.
- [64] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 30.
- [65] AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 372-373.
- [66] AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 375.
- [67] BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 125-126.
- [68] AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 375.
- [69] MARSHALL, T. H. (1949). *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar 1967. p. 78-79.
- [70] MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967. p. 66.
- [71] MARSHALL, T. H. *The Right of Welfare*. Nova York, The Free Press. 1981. p. 135
- [72] VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil não globalizada*. São Paulo: Record, 2001. p. 221.
- [73] VERONESE. Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo latino*

e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003. p. 422.

[74] VERONESE. Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003. p. 422-423.

[75]AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 372-373.

OS REFLEXOS DA TUTELA COLETIVA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS ANTE O PROJETO LEI QUE DISCIPLINA AS AÇÕES COLETIVAS

REFLEXIONES DEFENSA INDIVIDUALES EN LA ACCION COLECTIVA ANTE EL DERECHO A LA DISCIPLINA COMO PROYECTO DE ACCIÓN COLECTIVA

Elias Evangelista de Souza

RESUMO

Um dos grandes desafios do poder legislativo deste ano será a análise do projeto lei que disciplina o sistema único de ações coletivas. Dentre as inúmeras disposições deste projeto, atemo-nos a estudar àquelas onde a decisão da ação coletiva reflete no direito individual de ação. Sabemos que as ações coletivas estão, atualmente, no rol dos temas mais estudados no âmbito jurídico. Como consequência, cresce a tendência que busca a coletivização do direito. Atualmente, inúmeras leis esparsas versam sobre matérias do direito processual coletivo e integram um microssistema próprio ou o denominado sistema único coletivo, que traz como sustentação a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Inserido nesse contexto, o texto final do projeto lei que disciplina as ações coletivas foi confeccionado e será enviado para aprovação das casas legislativas. Logo, o trabalho em tela tem por objetivo traçar um paralelo sobre as possíveis mudanças que este Projeto Lei poderá ocasionar no direito individual. Em suma, os reflexos da coisa julgada coletiva nas ações individuais e o princípio da representação adequada levantam inúmeras discussões a serem desveladas. Deste modo, o projeto lei colocado em pauta e as alterações em seu corpo que poderão advir das casas legislativas, devem ser estudados e acompanhados com muita atenção pela comunidade jurídica a fim de se evitar um retrocesso do próprio sistema coletivo.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA ÚNICO COLETIVO – PROJETO LEI – DIREITO INDIVIDUAL

RESUMEN

Uno de los principales retos de la legislatura este año será el análisis del proyecto de ley que disciplina el único sistema de acciones colectivas. Entre las muchas disposiciones de este proyecto, el estudio Atem aquellos en los que la decisión de la acción colectiva refleja el derecho individual de acción. Sabemos que las acciones colectivas se encuentran actualmente en la lista de los más estudiados por la ley. Como resultado, una tendencia creciente que busca la colectivización de la ley. Actualmente, numerosas leyes tratan escasa campo del Derecho procesal y colectiva o el micro dentro de un sistema único llamado el colectivo que lleva el apoyo a la Ley de Función Pública y la Acción de Defensa del Consumidor Código. Inserta en este contexto, el texto final del proyecto sujeto a la ley las acciones colectivas se hizo y se enviará para su aprobación

de las cámaras legislativas. Por lo tanto, el trabajo en la pantalla tiene como objetivo trazar un paralelo sobre los posibles cambios que esta ley podría dar lugar a la derecha de proyectos individuales. En resumen, los efectos de cosa juzgada en las acciones colectivas plantear numerosas discusiones a ser revelado. Por lo tanto, el personal del proyecto y poner en ley los cambios en su cuerpo que pueden derivarse de la cámaras legislativas deben ser estudiados y controlados muy cuidadosamente por la comunidad jurídica, a fin de evitar un retroceso en el sistema colectivo.

PALAVRAS-CLAVE: SISTEMA ÚNICO COLECTIVA - DISEÑO DE DERECHO - DERECHO INDIVIDUAL

Introdução

O trabalho em tela não tem a pretensão de interpretar e avaliar todos os artigos do projeto lei que regula as ações coletivas, tampouco apenas criticar suas disposições. Ao contrário, a unificação das normas do sistema coletivo se faz necessária visando uma maior integração entre os diversos textos legais, inclusive afastando as regras que estão em conflito dentro do próprio sistema.

Nesse contexto, o Ministério da Justiça realizou uma série de debates com promotores, procuradores, magistrados e advogados da área para articular a elaboração de uma proposta que aprimore a legislação sobre ações coletivas. Como fruto desses debates, elaborou-se o texto final que disciplina as normas sobre as ações coletivas em um único texto.

Assim, a aprovação do projeto lei que regula o sistema único de ações coletivas brasileiras figura-se como um grande desafio ao poder legislativo, porquanto as mudanças advindas com entrada em vigor de referida lei poderá ocasionar na suspensão e até impedimento do ajuizamento de ações individuais. Do mesmo modo, o projeto lei em comento revoga por completo todas as disposições da Lei da Ação Civil Pública (lei nº 3.477/85) e várias disposições da Lei de Proteção dos Portadores de Deficiência (lei nº 7.853/89), da Lei de Mercado de Capitais (lei nº 7.913/89), do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90) e do Estatuto do Idoso (lei nº 10.471/2003).

Desse modo, torna-se importante a compreensão dos eventuais reflexos sociais que a criação de uma lei geral sobre o sistema coletivo poderia acarretar nas relações sociais e ao direito individual de ação. Em especial, importante se faz interpretar o parágrafo primeiro do artigo 35 do referido projeto, porquanto este determina a extinção de processos individuais e a inadmissibilidade de novas demandas relacionadas a direitos individuais homogêneos quando houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito.

Por fim, os efeitos da coisa julgada coletiva no âmbito do direito individual, somado a omissão do projeto lei sobre o controle da representação adequada, são os principais pontos analisados no presente trabalho.

1. Direito Coletivo no Brasil e os Fundamentos do Sistema Único Coletivo

Inicialmente, vale frisar, não nos ocuparemos neste trabalho do estudo aos anteprojetos de Código de Processos Coletivos, o caminho que se apresenta neste momento é o da aprovação de uma lei geral que possa melhor regular o sistema coletivo.

Verificamos que as diversas normas que disciplinam a aplicação dos direitos coletivos formam um microsistema ou um sistema único coletivo estruturado em duas normas principais: a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código do Consumidor (Lei 8.078/90). Contudo, outras normas também o integram como a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Estatuto do Idoso (Lei 11.737/08), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei 8.884/94).

A preferência da sociedade moderna inclina-se para edição de leis especiais, pois o espírito sistemático, cultivado pelo movimento da codificação perdeu nos últimos tempos parte do seu prestígio na área de criação do Direito. Logo, a descodificação do direito traduz como a própria designação sugere uma fuga dos códigos.

Assim, os debates que ocorreram entre os membros do Ministério Público, da Magistratura, da Procuradoria Geral da República, do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e doutrinadores da matéria, apontaram para a elaboração de uma Lei Geral que regulasse o sistema único coletivo.

Como fruto desses debates, verificou-se que a elaboração deste projeto lei, dentre outros benefícios, afastaria os conflitos de interpretação, havendo apenas uma disciplina para o processamento das ações coletivas; padronizaria a aplicação das normas e o próprio processamento das ações coletivas e tornaria o Sistema Único Coletivo coerente.

Ademais, em que pese o “microsistema coletivo” ou “sistema único coletivo” ainda não ser expressamente reconhecido na legislação, a doutrina e a jurisprudência as reconhecem. Há, por exemplo, o precedente do Superior Tribunal de Justiça que se utiliza da expressão “microsistema de tutela de direitos difusos”:

“(…) 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. (STJ – REsp. nº 727.131-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.03.2008 – DJU 23.04.2008).

No mesmo sentido, a expressão Sistema Único Coletivo foi adotada por Luiz Manoel Gomes Junior[1] e acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça de São Paulo em recente julgamento publicado em 05 de maio de 2008, no RE n. 764.278, cujo relator foi o Ministro Teori Albino Zavascki.

Logo, já devemos reconhecer a existência do “microssistema coletivo” ou “sistema único coletivo” cujas normas são aplicadas em caso de lacuna normativa de determinada ação coletiva, de modo que o Código de Processo Civil seria invocado apenas subsidiariamente.

2. A Representação Adequada e a Coisa Julgada nas “Class Action”

Inserido no sistema da “*common law*” estão as normas do Processo Civil Federal americano (Federal Rules of Civil Procedure), promulgadas em 1938 que regula o processo civil nos juízos federais[2].

As “*class action*”, ou “demanda coletiva”, representa uma medida por meio do qual uma ou mais pessoas, devidamente representadas por um advogado, iniciam e mantêm uma ação em nome de um grupo de pessoas, de uma classe, para obter a solução de um conflito coletivo de interesse.

Logo, para que uma ação seja certificada como coletiva faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos inscritos na alínea "a" da *Rule 23*: a) impossibilidade da reunião dos membros integrantes da classe em face do seu grande número; b) as questões de direito e de fato devem ser comuns à classe; c) o pedido ou a defesa dos litigantes deve ser idêntico ao pedido ou à defesa da classe; d) os litigantes devem atuar e proteger adequadamente os interesses da classe.

Assim, o fundamento da exigência da adequada representação para ações coletivas encontra-se entre os pressupostos da *class action*. Nesse contexto, é importante ressaltar os comentários do autor Antonio Gidi[3] - principal autor brasileiro que escreve sobre as “*class action*”:

“... para que uma ação seja aceita como coletiva é necessário que o candidato a representante proteja adequadamente os interesses do grupo em juízo. Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva...”

Segundo o autor Aluisio Gonçalves de Castro, naquele país, “a possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e se valida, na medida em que for exercida devida e adequadamente. Conseqüentemente, estabeleceu o Estado, enquanto legislador, para os órgãos judiciais, o dever de fiscalizar e zelar, a todo o momento, pela observância da denominada representação adequada.” [4]

Assim, ao magistrado cumpre avaliar, no caso concreto, se a possibilidade da representação conferida pela lei é exercida de forma apropriada. Ademais, para reconhecer o preenchimento desse requisito os Tribunais norte-americanos costumam verificar, dentre outros fatores, a motivação, honestidade, credibilidade, a ética da conduta do legitimado para o ajuizamento da ação e o comprometimento com a causa.[5]

Por outro lado, vale ressaltar que As *Federal Rules of Civil Procedure* (“Código Federal de Processo Civil”) estabelecem três classes ou espécies de ações coletivas, bastante delineadas em seu art. 23(b), respectivamente, nos nº 1, 2 e 3.

Neste passo, no que tange aos requisitos genéricos para todas as espécies, definidos no art. 23(a), das FRCP, as ações coletivas previstas no art. 23(b), nº 1 e 2 são consideradas compulsórias, logo a decisão proferida atingirá integralmente a respectiva classe de indivíduos.

Entretanto, na ação coletiva fundada no art. 23(b), nº 3, há um mecanismo de opção, permitindo a manifestação individual para exclusão do processo coletivo (*opt-out class actions*). Neste caso, todos os indivíduos que não exerceram o direito de exclusão do processo coletivo, no tempo e forma legais, serão alcançados pela coisa julgada formada na ação coletiva[6].

Em suma, o sistema norte americano é norteado pelo controle judicial da *representação adequada* do representante da classe na ação coletiva, cujo corolário é o princípio constitucional do devido processo legal[7]. Por conseqüência, a insurgência contra a coisa julgada formada no processo coletivo, tanto nas *mandatory class actions*, como nas *opt-out class action*, onde o indivíduo manteve-se integrado à relação processual, apenas será reconhecida se restar provado que os indivíduos pertencentes à classe não tiveram uma representação adequada na ação coletiva[8].

Por fim, a ausência da representação adequada ocasiona, no direito norte-americano, na extinção sem julgamento de mérito das ações coletivas que restar evidenciada a incapacidade do legitimado de tutelar adequadamente os interesses do grupo no processo, seja por má-fé ou incompetência.

3. Apontamentos Sobre a Coisa Julgada Coletiva que Veicula Direito Individual Homogêneo

Apesar do perfil conservador do sistema processual brasileiro que sempre deu ênfase ao processo civil individual, ocorreu uma grande evolução da legislação pátria em relação à tutela dos direitos coletivos, fazendo então surgir a necessidade de adaptar o sistema processual individual a este novo ramo do direito.

Logo, a disciplina da coisa julgada coletiva mereceu um tratamento em leis especiais: Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65); Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Contudo seja possível traçar um panorama diferenciado dos vários aspectos da coisa julgada no âmbito processual coletivo, devido ao objeto do trabalho, a temática que será dada maior ênfase é da coisa julgada que veicula direito individual homogêneo. Referida escolha ocorreu, pois acreditamos que este ponto figura entre uma das maiores alterações legais trazidas por meio projeto lei em comento.

No processo coletivo brasileiro, costuma-se apontar a norma do art. 103, III, do CDC, como tendo previsto a coisa julgada *secundum eventum litis*[9]. O dispositivo determina que se formará coisa julgada *erga omnes*, somente no “caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e sucessores, na hipótese do inciso III, do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor”.

Assim, partindo-se da interpretação do inciso III do artigo 103 do CDC, verificamos que se o litígio versar sobre interesse individual homogêneo, a coisa julgada será *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido e, portanto, diferentemente dos incisos I e II, em aparente fórmula *secundum eventum litis*, com formação de coisa julgada apenas na hipótese de procedência, excluída as sentenças de improcedência, independente do fundamento.

Por fim, veremos no ponto “5” do presente trabalho, que o projeto lei discutido traz uma inovadora temática relativo à coisa julgada, em especial quando o objeto da ação coletiva veicular direito individual homogêneo.

4. As Relações Atuais entre a Coisa Julgada e a Representação Adequada nas Ações Coletivas.

Como se pode notar, as regras que disciplinam a coisa julgada nas ações coletivas, especialmente sobre os direitos individuais homogêneos não prevê a aplicação do controle judicial por meio da representação adequada. Contudo, no inciso III, do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, bem como nas demais disposições que regulam a coisa julgada coletiva, não se verificam qualquer interferência dos efeitos da coisa julgada no direito individual de ação.

Logo, há o que poderíamos chamar de sistema do “*check and balances*” do processo coletivo. Pois, se de um lado não há um dispositivo legal que retrate o controle judicial sob o representante da ação coletiva, de outro, a decisão proferida na ação coletiva não afeta o direito individual de ação.

Entretanto, mesmo carecendo de regulamentação específica, o controle da representação adequada já foi objeto de decisão judicial no julgamento do Recurso de Apelação nº 02809/2003, de relatoria do Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, da 3ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Na ocasião, o acórdão proferido em 13.4.2004, deu provimento àquela apelação para reconhecer a ilegitimidade ativa de associação civil para a propositura de ação civil pública em defesa de consumidores que celebraram contratos com instituição financeira para obtenção de crédito.

No caso em tela, dentre outros fundamentos, o acórdão recepcionou a teoria da representação adequada do direito norte-americano, para reconhecer que a associação civil em questão, não obstante formalmente legitimada à propositura de ações civis públicas, não reunia condições de representar adequadamente os seus afiliados.

Os fundamentos específicos do acórdão podem ser verificados no comentário ao acórdão citado, extraído do texto produzido pelo autor Luis Cláudio Furtado Faria,^[10] *in verbis*:

“...No caso, a teoria da representação adequada foi invocada por dois motivos distintos. Primeiramente porque a associação autora, após obter sentença favorável aos seus pedidos em primeira instância, passou a distribuir panfletos em vias públicas, oferecendo, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro, cópia da sentença proferida na ação, para que os interessados pudessem supostamente “celebrar acordo” com as empresas réas, pelo que teria sido “decidido na justiça”. Tal prospecto, obviamente, não esclarecia que se tratava de uma decisão ainda provisória e passível de reforma em grau de recurso. Em segundo lugar, os desembargadores levaram em consideração a demasiada amplitude dos objetivos sociais declarados nos estatutos da associação, que se arvorava defensora de uma extensa gama de direitos e interesses, o que também conspirava, no entendimento dos julgadores, contra a caracterização da representatividade adequada...”

Frise-se assim, no atual regime da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*, o ponto central reside no fato que ela não pode prejudicar a parte, apenas beneficiá-la.

Por fim, como bem como pondera Edward Carlyle Silva^[11] “a se pensar de modo contrário estaríamos admitindo possibilidade de que uma pessoa pudesse ser vinculada à autoridade da coisa julgada sem ter sido parte, o que vai frontalmente de encontro àquela estrutura de coisa julgada delineada por Liebman, no sentido de que a “*auctoritas rei iudicatae*” só pode atingir quem é parte na demanda, jamais terceiros.”

5. Reflexões sobre o Projeto Lei que Disciplina o Sistema Único Coletivo nas Ações Individuais

Dentre os inúmeros desafios do Poder Legislativo, a aprovação do Projeto Lei que disciplina o Sistema Único Coletivo figura-se como um dos pontos mais importantes a ser analisados.

Assim, sendo coerente com proposta do presente trabalho, avaliaremos apenas as disposições do referido projeto que refletem diretamente o direito individual de ação.

Iniciamos então com o artigo 15 que estabelece:

“A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direita ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a

distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.”

Encontra-se aqui um dos primeiros reflexos da tutela coletiva nas ações individuais, uma vez que tal dispositivo determina a interrupção do prazo prescricional de pretensões individuais, quando o objeto nela discutido tenha relação com a pretensão deduzida na ação coletiva.

A primeira indagação que nasce pela simples leitura deste dispositivo é: o que seria uma pretensão individual indiretamente relacionada com a controvérsia posta na ação coletiva?

A liberdade fornecida ao órgão julgador na interpretação e preenchimento desta e de outras normas estampadas neste projeto lei segue uma tendência da atividade legiferante, em que pode ser notada principalmente no Código Civil, Lei n. 10.406/2002.

Entretanto, parece-nos que a ausência de critérios objetivos, neste caso específico, não representa o melhor caminho a ser adotado. Com efeito, os poderes atribuídos ao órgão julgador para decidir se o objeto da ação individual tem relação indireta com a ação coletiva, ultrapasse os limites da natureza lógica da aplicação do direito.

Destaca-se, por outro lado, no Capítulo VI, “Dos Recursos, Da Coisa Julgada e da Relação entre Demandas Coletivas Individuais”, o projeto estabelece no art. 33 que “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”. Neste ponto, o projeto lei acertadamente resolve as dúvidas e celeumas que existiam sobre os efeitos da sentença, revogando expressamente os artigos 81, 103 e outros relacionados, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, o §1º do art. 35, retrata um dos pontos da lei que acarretará mais debates, pois determina que a coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos, quando houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, extingue os processos individuais anteriormente ajuizados, *in verbis*:

Art. 35. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§1º. Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesse ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

(...)

O §1º do art. 35 do projeto lei levanta uma discussão pautada na limitação ao direito de ação decorrente de normas infranconstitucionais, ou seja, pode o legislador limitar o acesso ao Poder Judiciário? A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV é

taxativa ao expor que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Além disso, o acesso à justiça figura entre o mais básico dos direitos fundamentais, conforme ensina Bezerra[12] ao dissertar sobre a diferenciação entre "direitos naturais", "direitos fundamentais", "direitos do homem" e "direitos do cidadão":

"quando se pensa em justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem seu caráter processual. O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria do direito natural."

Sabemos que essa é apenas uma interpretação literal de uma garantia constitucional, e se essa interpretação fosse correta, inúmeras disposições legais seriam também inconstitucionais. Do mesmo modo, os direitos fundamentais não são absolutos, pois, ao colidirem entre si, podem ser limitados com base no critério da proporcionalidade.

Contudo, o §1º do art. 35 do projeto lei poderia coexistir com o sistema processual coletivo, mas para tanto, seria necessário um controle dos representantes das ações coletivas. Tal necessidade teria por finalidade evitar o abuso na condução da ação coletiva, a má-fé, preservando a ética e zelando pelo bom desempenho do processo.

Ademais, a preocupação posta dá-se para controlar possíveis abusos que poderiam ocorrer principalmente por meio de Associações Cíveis, porquanto a criação destas associações, por meio de qualquer indivíduo da sociedade, traria por consequência sua legitimidade ao ajuizamento de ações coletivas e com isso os riscos à própria justiça na manipulação indevida deste instrumento.

Há que se ponderar, pois, que a aplicação do critério adotado pelo projeto lei, pautado em normas que permitem a integração e melhor interpretação do judiciário é um excelente caminho para as reformas. Todavia, sua aplicação deveria ser restrita a determinadas normas do projeto em comento.

Em suma, o dispositivo sugerido traz como consequência final a extinção do processo individual. Não se trata de temor abstrato, mas um juiz que aplica estritamente o direito, que é extremamente formalista e segue rigorosamente a lei pode, muitas vezes, causar danos à justiça ou agir com injustiça.

Ainda, cabe avaliar o artigo 38, que estabelece que a distribuição de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham o mesmo objeto, todavia impõe a suspensão destas ações até o julgamento a ação coletiva.

Por fim, como registramos antes quanto à extinção dos processos individuais, no caso da suspensão retratada, também não nos parece a melhor medida. A relação de dependência da ação coletiva com a individual, deixando ao crivo do Poder Judiciário analisar a coincidência de objetos, somada a omissão da lei quanto ao controle da representação adequada, poderão ocasionar em danos à própria coletividade.

Conclusão

Em tempos de fáceis teorias e ainda de um modelo subsuntivo de aplicação do direito, faz-se necessária cautela na confecção de determinados dispositivos legais.

Observe-se que toda a discussão traçada até esse momento deve ser compreendida à margem das ações individuais, pois estas sempre ficaram resguardadas, independente da natureza do interesse tutelado ou do resultado obtido no processo coletivo.

Da análise empreendida, extraímos que a busca pela efetividade, a consolidação da tutela coletiva e a otimização da prestação jurisdicional devem ser ponderadas, controlando-se a adequada representação dos legitimados coletivos. Do mesmo modo, as possíveis alterações legislativas realizadas de forma equivocada, poderão acarretar em uma agressão ou retrocesso a uma garantia já estabelecida, refletindo diretamente em toda sociedade.

Desse modo, a representatividade adequada, desconhecida do processo individual, mas com importante aplicação ao coletivo, deveria ingressar no rol das alterações determinadas no projeto lei que regula as ações coletivas, com escopo de alicerçar a legitimação no processo coletivo, exigindo-se que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade para o manuseio da ação coletiva.

Por outro lado, os reflexos da coisa julgada em ação coletiva que versa sobre direito individual homogêneo, não poderia afetar o direito individual de ação, tal como proposto no projeto sob análise. Certamente a comunidade jurídica ligada ao processo coletivo encontra-se em estado de maior alerta, pois não será simples a aceitação destas inovações.

Por fim, vale lembrar que o momento é de acompanhamento das possíveis alterações que poderão surgir nas casas legislativas, sendo certo que o melhor caminho é o debate jurídico e a fiscalização da tramitação do projeto lei, acrescido de toda publicidade possível por meio dos veículos de comunicação.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 91, 108-110, 123-124, 157 e 159.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 46-51, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 126-137, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEZERRA, Paulo César Santos, *Acesso à justiça*, p.114.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-151, 1996.

FURTADO FARIA, Luis Cláudio. O Problema da Legitimação das Associações Civis para o ajuizamento de Ações Coletivas: A representação adequada e o Abuso de Direito. Extraído do site: [www. Mundojuridico.com.br](http://www.Mundojuridico.com.br), acesso em 12.03.2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologías, sociedad*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev. atua. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Tércio Sampaio. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. .

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GIDI, Antonio. A class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – ações coletivas em uma perspectiva comparada. RT, 2007, p. 46 e 99

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle “class actions”*. Padova: CEDAM, 1996.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: SRS, 2008.p.51.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, p. 34-66, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 82, p. 180-197, 1987.

_____. A ação civil pública no STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, p. 9-26, 2000.

KLONOFF, Robert. *Class Actions and other Multi-Party Litigation*. 2. Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2004, pp. 61/100.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Ação Civil Pública*, 9ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 423.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. “Codificação ou não do Processo Coletivo?” *De Jure*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006, p. 155.

RODRIGUES NETTO, Nelson. O uso de Ações Coletivas Passivas e Bilaterais para proteção de direitos na Internet, *passim*, Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Ano XIX, nº 28, 2005.

_____. Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual* 94 de 2006, p. 91-113.

SILVA, Edward Carlyle. A Representação Adequada nas Ações Coletivas. *Revista Direito em Foco*, rio de janeiro, p. 31 - 44, 15 jan. 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 745, p. 75-100, 1997.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e FINK, Daniel Roberto et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

[1] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: SRS, 2008.p.51.

[2] GIDI, Antonio. A class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – ações coletivas em uma perspectiva comparada. *RT*, 2007, p. 46.

[3] GIDI, Antonio. A class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – ações coletivas em uma perspectiva comparada. *RT*, 2007, p. 99.

[4] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional, In: *Coleção Temas de Direito Processual Civil*, v. 4, São Paulo: RT, p. 81, 2002.

[5] *idem*, p. 82.

[6] KLONOFF, Robert. *Class Actions and other Multi-Party Litigation*. 2. Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2004, pp. 61/100;

[7] RODRIGUES NETTO, Nelson. O uso de Ações Coletivas Passivas e Bilaterais para proteção de direitos na Internet, *passim*, Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Ano XIX, nº 28, 2005.

[8] RODRIGUES NETTO, Nelson. Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual* 94 de 2006, p. 91-113.

[9] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 9ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 423.

[10] FURTADO FARIA, Luis Cláudio. O Problema da Legitimação das Associações Cíveis para o ajuizamento de Ações Coletivas: A representação adequada e o Abuso de Direito. Extraído do site: [www. Mundojurídico.com.br](http://www.Mundojurídico.com.br), acesso em 12.03.2009.

[11] SILVA, Edward Carlyle. A Representação Adequada nas Ações Coletivas. *Revista Direito em Foco*, rio de janeiro, p. 31 - 44, 15 jan. 2006.

[12] BEZERRA, Paulo César Santos, *Acesso à justiça*, p.114.

OS DESAFIOS DO PODER LEGISLATIVO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

LOS DESAFÍOS DEL PODER LEGISLATIVO Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Erika Maeoka

RESUMO

O presente trabalho analisa os desafios do Poder Legislativo frente aos Tratados e Convenções Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Para tanto, verifica a responsabilidade internacional do Estado decorrente da obrigação de compatibilizar a legislação interna aos parâmetros firmados pelas normas internacionais e os motivos que levam ao descumprimento dessa obrigação, que reside na ausência de um efetivo diálogo entre a ordem jurídica interna e a internacional. Salienta que para alcançar a efetiva proteção dos direitos humanos em consonância com os compromissos internacionais, resta o desafio ao Poder Legislativo de analisar não só a compatibilidade da legislação interna em relação à Constituição Federal, mas além disso, deve buscar a compatibilização da legislação interna aos Tratados e às Convenções Internacionais, sob pena de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Destaca ainda que, quando o Poder Legislativo promulga uma legislação contrária ou é omissivo diante dos compromissos internacionais, resta ao Poder Judiciário corrigir essas irregularidades de modo a sanar a atuação inconveniente do Legislativo para evitar novas responsabilidades.

PALAVRAS-CHAVES: PODER LEGISLATIVO; RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL; COMPATIBILIZAÇÃO NORMATIVA; VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.

RESUMEN

El presente trabajo analiza los desafíos del Poder Legislativo frente a los Tratados y Convenciones Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Para tanto, verifica la responsabilidad internacional del Estado decurrente de la obligación de compatibilizar la legislación interna a los parámetros firmados por las normas internacionales y los motivos que llevan al descumprimiento de esa obligación, que reside en la ausencia de un efectivo diálogo entre la orden jurídica interna y la internacional. Destaca que para alcanzar la efectiva protección de los derechos humanos en consonancia con los compromisos internacionales resta el desafío al Poder Legislativo de analizar no sólo la compatibilidad de la legislación interna en relación a la Constitución Federal, pero más allá, debe buscar la compatibilidad de la legislación interna a los Tratados y a la Convenciones Internacionales, bajo pena de responsabilidad

internacional por violación de derechos humanos. Destaca aunque, cuando el Poder Legislativo promulga una legislación contraria o es omiso ante a los compromisos internacionales resta al Poder Judicial corregir esas irregularidades de modo a sanar la actuación inconveniente del Legislativo para evitar nuevas responsabilidades.

PALAVRAS-CLAVE: PODER LEGISLATIVO; RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL; COMPATIBILIDAD NORMATIVA; VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

1. INTRODUÇÃO

A obrigação internacional do Estado de proteção dos direitos humanos exige a compatibilização da legislação doméstica aos termos dos Tratados Internacionais para evitar a responsabilidade internacional, o que pressupõe, por sua vez, um diálogo efetivo e consistente entre as normas nacionais e internacionais. Todavia, observa-se em várias circunstâncias que a ausência dessa interação constitui um dos desafios enfrentados pelo Poder Legislativo, para a concretização da proteção interna dos direitos humanos em consonância com os ditames dos compromissos internacionais.

A constatação da contrariedade indica a existência de violação de direitos humanos e, por consequência, abre possibilidade de condenação internacional do Estado. Para tanto, as Cortes Internacionais atuam no controle de convencionalidade da legislação interna, de modo que passa a analisar se as normas internas são compatíveis ou não com os parâmetros protetivos estabelecidos internacionalmente.

Para que o Estado cumpra os compromissos internacionais, deve o Poder Legislativo adequar a sua atuação conforme os Tratados e as Convenções Internacionais, de modo a introduzir a conciliação normativa. Contudo, o que se nota é que os Estados ao legislarem não observam que, além de consultarem a Constituição, devem observar, igualmente, as normas internacionais, com o intuito de evitar a responsabilidade internacional. Destarte, em várias circunstâncias os Estados têm sido responsabilizados pelas instâncias internacionais, seja pela edição de leis contrárias às Convenções e aos Tratados Internacionais ou por deixar regulamentar internamente os Tratados e as Convenções de modo a permitir a sua consolidação no âmbito interno.

A jurisprudência das Cortes Internacionais revela que o compromisso internacional de proteção dos direitos humanos é um constante desafio para o Poder Legislativo, visto que em inúmeras circunstâncias a atuação desse órgão mostra-se deficitária.

Com efeito, analisa-se a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos decorrentes da ação ou omissão do Poder Legislativo que resultou em leis contrárias às Convenções e aos Tratados ou na ausência de mecanismos internos capazes de efetivamente proteger os direitos humanos.

2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A delimitação da responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos humanos indica em que momento o Estado falha na obrigação interna de proteção aos direitos humanos. Destarte, a violação de direitos humanos enseja a responsabilidade do Estado e, caso a situação não seja devidamente resolvida pela jurisdição doméstica, nasce para as Cortes Internacionais a prerrogativa de analisar as circunstâncias e o posterior reconhecimento da violação de direitos humanos, decorrentes da omissão do Estado-parte, que leva à responsabilidade internacional do mesmo, pois essa responsabilidade é decorrente da ausência de resolução do caso pelos mecanismos internos.

Pereira^[1] enfatiza a obrigatoriedade dos compromissos internacionais ao mencionar que:

[1/4] El Estado, al asumir, vía ratificación, el compromiso de asegurarles a los individuos que están bajo su jurisdicción en goce pleno de los derechos consagrados en una convención internacional de derechos humanos, evidentemente se obliga no sólo a garantizar el fiel cumplimiento de este compromiso sino también prevenir y a hacer con que dicho tratado salga del papel.

Salienta-se que o compromisso internacional de proteção dos direitos humanos decorre da obrigação de respeitar e garantir os direitos, o que:

[1/4] implica em abster-se de violar diretamente ou indiretamente (através da tolerância e omissão) e adotar todas as disposições legislativas, ou de outra natureza, para tornar efetivos os direitos protegidos pela Convenção Americana. O Estado compromete-se internacionalmente a implementar os mecanismos administrativos ou jurídicos necessários para que os indivíduos possam exercer de fato todos os direitos previstos na Convenção. Não basta a mera existência de um sistema legal formal para que esteja cumprida a obrigação internacional de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção Americana. O Estado deve organizar todo o aparato governamental, através das estruturas nas quais é exercido o poder público, para assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos.^[2]

Para dar cumprimento às obrigações internacionais do Estado, Cançado Trindade^[3] entende que é necessário aos Poderes Públicos determinadas obrigações, a saber:

[14] ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas (administrativas e outras) a seu alcance para dar fiel cumprimento às obrigações convencionais; ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas cabíveis para harmonizar o direito interno com a normativa de proteção dos tratados de direitos humanos, dando-lhes eficácia; e ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas.

Portanto, ao ratificar os Tratados e as Convenções Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, nasce para o Estado a obrigação de concretamente promover no âmbito interno, a implementação das diretrizes traçadas internacionalmente, sob pena de sofrer as sanções internacionais.

3. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO PODER LEGISLATIVO

A responsabilidade internacional do Poder Legislativo deriva da circunstância em que os Estados-parte de uma Convenção Internacional assumem o compromisso internacional de adequar a sua normativa interna aos parâmetros estabelecidos na legislação internacional. Portanto, a responsabilidade internacional do Estado em razão do exercício do Poder Legislativo decorre da atuação do referido órgão em dissonância com as obrigações internacionais.

Esclarece Cançado Trindade[4] que “o descumprimento das obrigações convencionais engaja prontamente a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja do Judiciário”. Observa-se que “essa responsabilidade pode decorrer por ato do Poder Legislativo, inclusive do poder constituinte, quando deixa de legislar, legisla de modo insuficiente ou legisla contrariando os Tratados e as Convenções Internacionais”.

A obrigação de implementar medidas legislativas para permitir a compatibilização entre a legislação doméstica e as Convenções Internacionais, segundo Ramírez[5], encontram seu fundamento no princípio de Direito das Gentes, segundo o qual um Estado que celebra um Tratado Internacional tem a obrigação de introduzir no seu ordenamento jurídico interno as modificações pertinentes para permitir a execução das obrigações contraídas. Esse dever é previsto pela Convenção Americana, que determina que os Estados-parte têm o encargo de compatibilizar a sua normativa interna aos termos da referida Convenção.

Ramos[6] entende que “os tratados de direitos humanos impõem aos Estados o dever genérico de adaptar sua legislação interna aos dispositivos internacionais”. De modo que “a responsabilização internacional do Estado por ato do legislador ocorre quando o Estado falha nesta tarefa de impor o disposto no tratado internacional, mesmo quando em choque com os comandos legais internos”. Semelhante à obrigação do legislador ordinário de amoldar às normas infra-constitucionais à Constituição do Estado, de modo que as normas contrárias não são recepcionadas, e nasce o encargo de regulamentar

infraconstitucionalmente os postulados constitucionais e é vedada a edição de normas contrárias. Assim, a partir do momento em que os Estados aderem aos Tratados e às Convenções Internacionais, obrigam-se a revogar as leis contrárias, a regulamentar internamente e a não legislar contrariamente às Convenções e aos Tratados Internacionais.[7]

Para Nikken[8] da ratificação das convenções internacionais advêm às obrigações legislativas, entre as quais, o dever, por exemplo, de respeitar a reserva legal. Dentro desta modalidade de obrigação insere-se a de adequar o Direito interno aos termos das Convenções em matéria de direitos humanos, em consonância com as determinações dos artigos 2 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O direito das presumidas vítimas, assim como os deveres do Estado, não se esgotam no acesso à proteção internacional, mas compreende a sua efetividade, sem a qual o sistema internacional de salvaguarda dos direitos humanos carece de efeito útil. Por outro lado, as decisões tutelares dos organismos internacionais de proteção são de obrigatório cumprimento para os Estados-parte, os quais, em conformidade com o artigo 2º da Convenção, devem adotar as disposições legislativas ou de outro caráter necessárias para implementar os comandos internacionais, na medida em que tais mecanismos não existem no Direito interno. [9]

Esclarece Nikken[10] que a garantia implica certo número de obrigações a cargo dos Estados-partes. Algumas dessas obrigações são de conteúdo positivo, no sentido de implicar um fazer por parte dos órgãos dos Poderes Públicos; entretanto oras são negativas, enquanto comportam proibições que limitam a esfera de atuação legítima desses órgãos. Ficam assim compreendidas: 1) “la obligación de adoptar sin dilación disposiciones de Derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención”; 2) “la obligación de suprimir toda norma o práctica incompatible con los deberes que la Convención impone a los Estados partes”; 3) “la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de la Convención”; 4) “la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas las decisiones o recomendaciones de la Comisión y las sentencias y demás providencias de la Corte”.

Portanto, quando os Estados não observam os comandos das Convenções Internacionais estão sujeitos a cometerem violação de direitos humanos, pois:

[14] nada impede que uma lei aprovada pelo Parlamento local viole os direitos humanos. Portanto, mesmo se as leis tiverem sido adotadas de acordo com a Constituição, e em um Estado democrático, isso não as exime do confronto com os dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos. [11]

Albanese[12] indica as situações em que se observa a inconveniência da legislação doméstica:

[14] casos donde una ley se dictó contrariando las normas convencionales y la interpretación que de ellas hiciera la Corte Interamericana; normas procesales, derechos laborales, disposiciones constitucionales que permitían la censura previa, leyes que alteran el ejercicio de los derechos políticos y regulaciones penales que restablecen la pena de muerte, pena aberrante si las hay, cuando esa reincorporación está prohibida por la Convención. Se trata de leyes anticonvencionales.

A constatação da violação é feita, de modo semelhante ao controle de constitucionalidade, pelo controle de convencionalidade. Segundo Ramos[13], constitui “o chamado ‘controle de convencionalidade’ de leis perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Assim sendo, “há o crivo direto de leis internas em face da normatividade internacional dos direitos humanos, na medida em que sua aplicação possa constituir violação de um dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos”. Sob essa perspectiva, conforme Ramos[14], caminha-se para a mesma solução dada ao ato legislativo comum”.

Sob o crivo do controle de convencionalidade, cabe enfatizar que “as instâncias internacionais apreendem as leis internas, inclusive as normas constitucionais, como meros fatos, analisando se houve ou não violação das obrigações internacionais assumidas pelo Estado”. Assim, deve-se observar, como já pontuou a Corte Permanente de Justiça Internacional, que “as leis nacionais, para o Direito Internacional, são simples fatos, manifestações de vontade e da atividade dos Estados, como os atos administrativos e decisões judiciais”. [15]

Em síntese, verifica-se que a partir do momento da ratificação dos Tratados e das Convenções Internacionais, os Estados-parte devem ajustar as suas normas aos parâmetros internacionais sob pena de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos que é analisada pelas Instâncias Internacionais em sede de controle de convencionalidade.

Levando-se em consideração as hipóteses decorrentes da obrigação de adotar disposições internas para regulamentar as obrigações internacionais; o dever de revogar as disposições contrárias aos Tratados e às Convenções Internacionais; o dever de não editar normas internas contrárias aos Tratados e às Convenções Internacionais e a obrigação de estabelecer o procedimento para exigibilidade das decisões das instâncias internacionais no plano interno.

3.1. A Responsabilidade Internacional do Estado e a Obrigação de Adotar Disposições Internas

Ao constatar a ausência de dispositivos internos que possibilitem o cumprimento dos postulados das Convenções Internacionais a Corte determina a adoção dessas

normas faltantes no âmbito interno de modo a permitir a adequação da legislação interna aos parâmetros exigidos internacionalmente.

A análise dos julgados da Corte e da Comissão Interamericana revelam nitidamente a atuação das instâncias internacionais, na função de observar a compatibilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as normas internas. A verificação dos casos revela as diversas circunstâncias em que se caracteriza a responsabilidade internacional do Poder Legislativo.

Tendo em vista a ausência de solução interna para os conflitos indígenas decorrentes da ausência de demarcação das terras comunais, nota-se que no Caso Comunidade Awa Tingui vs. Nicarágua[16] a Corte determinou que o Estado deverá editar uma lei que permita proceder a delimitação, a demarcação e a titulação das terras correspondentes aos membros da Comunidade Awas Tingni, no prazo máximo de 15 meses, com a plena participação, e levando em consideração o direito consuetudinário, valores, usos e costumes da Comunidade. Semelhante condenação foi imposta no Caso Saramaka, no qual foi imposta a adoção das medidas legislativas, administrativas ou de outra índole necessárias para proporcionar aos integrantes do povo Saramaka[17] os recursos efetivos e adequados contra atos que violem seu direito ao uso e gozo da propriedade em conformidade com seu sistema de propriedade comunal.

A comprovação das limitações dos recursos judiciais para a defesa dos direitos políticos levou a Corte a ordenar a elaboração de mecanismos efetivos para proteção desses direitos no Caso Comunidade Yatama vs. Nicarágua e no Caso Castañeda Gutman vs. México. No primeiro caso, a Corte determinou a adoção de medidas legislativas para estabelecer um recurso judicial útil, rápido e efetivo contra as decisões do Conselho Supremo Eleitoral[18], que deve ser simples e rápido, tomando em conta a necessidade de que a decisão definitiva se produza oportunamente dentro do calendário eleitoral. [19] No segundo caso, após concluir que o Estado não ofereceu à presumida vítima um recurso idôneo para reclamar a alegada violação de seu direito político a ser eleito, determinou ao Estado Mexicano a elaboração de mecanismos internos que possibilite uma via idônea de proteção nessas circunstâncias. [20]

A ordem jurídica interna chilena não previa um mecanismo que garantisse o direito de informação junto aos órgãos governamentais, o que levou a Corte a manifestar, no Caso Claudio Reyes vs. Chile[21], que o Estado deve garantir que, ante a denegação de informação sob o controle estatal, seja previsto um recurso judicial simples, rápido e efetivo que permita que se determine se as circunstâncias provocam a vulneração ao direito de solicitar informação e, em seu caso procedente, que possibilite a emissão de uma ordem para que ao organismo correspondente proceda a entrega da informação requerida. Voltada para atender essa situação particular, salienta a Corte que o referido recurso deve ser simples e rápido, levando-se em conta que a celeridade na entrega da informação é indispensável nesta matéria.[22]

Embora o intérprete último das Convenções seja atribuição da Corte, elenca-se as decisões da Comissão, visto que poucos são as condenações envolvendo o Estado Brasileiro perante a Corte.

No Caso Maria da Penha vs. Brasil[23], a ausência de regulamentação interna da Convenção de Belém do Pará, levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a

recomendar ao Estado Brasileiro que promulgasse uma Lei de proteção específica às mulheres em consonância com a referida Convenção. Destarte, uma vez reconhecida a responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos, foi promulgada a Lei Maria da Penha, que veio a corrigir a omissão legislativa do Estado Brasileiro frente à Convenção de Belém, que para uma parcela dos doutrinadores e dos julgados é contrária à Constituição Federal Brasileira.[24] Assim, o Estado brasileiro foi condenado devido à omissão legislativa que gerou a violação do compromisso internacional que impõe a adequação da legislação interna aos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Confere-se a atuação da Comissão no Caso Simone André Diniz vs. Brasil[25] que bem demonstra a atuação da Comissão na análise da efetividade da legislação brasileira na proteção contra a discriminação racial.[26] Nesse caso, a legislação interna brasileira foi questionada em razão da impunidade do Caso Simone André Diniz vs. Brasil que traduz a insuficiência da regulamentação interna da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial que levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a recomendar ao Estado Brasileiro que promovesse a adequação da legislação de proteção interna em consonância com a referida Convenção, de modo a elevar os parâmetros mínimos de proteção das vítimas de discriminação racial.

Deve-se observar que a responsabilidade internacional do Estado não se limita ao exame da existência da legislação, mas a efetividade dos mecanismos internos à luz dos parâmetros mínimos estipulados internacionalmente, de modo a possibilitar a aplicação interna desses Tratados. O Estado brasileiro foi condenado em razão da verificação da falta de efetividade da legislação interna, que gerou a violação do compromisso internacional que impõe a adequação da legislação interna aos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Portanto, a ausência de adoção de medidas internas abre possibilidade para as Cortes Internacionais determinarem que o Legislativo legisle sobre as medidas necessárias para adequar o ordenamento jurídico interno aos parâmetros internacionais.

3.2 A Responsabilidade Internacional do Estado e a Obrigação de Revogar Disposições Contrárias às Convenções Internacionais

A constatação da incompatibilidade entre a norma interna e a norma internacional faz com que nasça para Estado-parte a obrigação de revogar as disposições em contrário.

O Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile[27], ilustra a obrigação dos Estados-partes a suprimir do ordenamento jurídico interno as normas contrárias à Convenção. Por outro lado, cabe enfatizar o alcance da jurisdição internacional é evidenciado pelo estudo deste caso, que demonstra a jurisdição internacional no exercício do controle de convencionalidade das normas constitucionais ao exigir a supressão de norma constitucional incompatível com a Convenção Americana.

Em síntese, foi observada uma incompatibilidade entre a Constituição Chilena e a Convenção Americana, que resultou em violação de direitos humanos. A controvérsia surgiu em torno da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, que foi proibida em razão do dispositivo constitucional que restringia a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão, assim as matérias a serem exibidas passavam pelo crivo de uma Comissão que deferia ou não a divulgação.

A legislação chilena previa em seu ordenamento jurídico interno a censura prévia para a exibição e a publicidade das produções cinematográficas, com base nessa possibilidade de censura, o Conselho de Qualificação Cinematográfica, a princípio, proibiu a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, que logo em seguida procedeu à requalificação do filme, para permitir a sua exibição aos maiores de 18 anos.[28]

Inconformados com a decisão, o caso foi levado à apreciação da Corte de Apelação de Santiago, que tornou sem efeito a decisão do Conselho ao analisar o recurso de cassação interpostos pelos que entendiam que o filme afrontava o sentimento religioso do povo chileno, que posteriormente foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile. Em razão desses recursos, a exibição do filme foi vedada. [29]

A decisão de proibir a exibição do filme foi levada à apreciação da Corte Interamericana que reconheceu que houve, por parte do Estado Chileno, a violação dos direitos humanos. Especificamente, a Corte entendeu que houve a violação do direito à liberdade de pensamento e à liberdade de expressão consagrados no art. 13 da Convenção Americana, decorrentes da incompatibilidade entre a norma interna e a internacional. Entendeu, ainda, a Corte que o Estado Chileno deixou de cumprir o dever geral estabelecido nos artigos 1.1 e 2 da Convenção, que prevê o dever de proteção dos direitos humanos e a compatibilização da norma interna aos Tratados e às Convenções Internacionais.[30]

Uma vez reconhecida a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, a Corte determinou que o Estado Chileno deve introduzir modificações em seu ordenamento jurídico interno, dentro de um prazo razoável, com a finalidade de suprimir a censura prévia para viabilizar a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”. Assim, o Estado Chileno foi obrigado a adequar a sua Constituição aos parâmetros mínimos exigidos de proteção da liberdade de expressão e liberdade de pensamento conforme a Convenção, que torna enfática a relativização da soberania, visto que o objeto de questionamento do caso envolve uma norma constitucional chilena restritiva dos direitos fundamentais contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Outrora, destaca-se o dispositivo constitucional do Estado Brasileiro que prevê a prisão do depositário infiel. Essa previsão demonstra incompatibilidade entre a Constituição Brasileira e a Convenção Americana. Nessa hipótese incorre em responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos o Estado brasileiro em razão de dispositivo constitucional inconveniente, ou seja, a constatação de normas que afrontam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.[31]

Embora o STF, recentemente, no julgado do Recurso Extraordinário 349703 e o Recurso Extraordinário 466343, tenham pugnado pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, verifica-se que a fundamentação apresentada, ou seja, a

supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não coaduna com a melhor interpretação do diálogo entre a ordem jurídica internacional e a interna.

Entende o Ministro Gilmar Mendes que os Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos têm *status* supralegal, todavia pode adquirir hierarquia de norma constitucional, se for ratificado pelo Congresso Nacional em consonância com a Emenda Constitucional 45, ou seja, após passar pela aprovação de dois terços, em dois turnos de votação, conforme o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Esclarece o Ministro que interpretação diversa, isto é, a equiparação dos Tratados e das Convenções internacionais sobre direitos humanos à Constituição pode gerar “risco para a segurança jurídica”.^[32]

Atribuir Interpretação que sobrepõe às normas internas leva a impossibilidade de cumprimento das decisões, visto que essa circunstância permite a alegação de ordem interna para o não-cumprimento dos compromissos internacionais. Com efeito, a tese majoritária, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a hierarquia dos Tratados e Convenções Internacionais com base na preservação da segurança jurídica, não coaduna com a melhor interpretação das normas de proteção dos direitos humanos. Uma porque deve prevalecer a norma mais favorável ao indivíduo, duas porque não existe segurança jurídica quando o Estado Brasileiro estiver, continuamente, na iminência de ser responsabilizado internacionalmente em razão de decisões contrárias aos Tratados e às Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

Verifica-se que a Corte Interamericana vem reconhecendo a inconvencionalidade das Leis de Anistia^[33], de modo que o Estado brasileiro também foi denunciando em razão da edição de leis dessa natureza. A denúncia que envolve o Brasil refere-se ao Caso Julia Gomes Lund e outros que trata da Guerrilha do Araguaia^[34], que questiona a Lei de nº 6.683/79, que regulamenta a anistia do Brasil. Aguarda-se a resolução do caso que foi remetido à Corte em 26 de março de 2009.

Assim sendo, a não revogação da legislação interna contrária à Convenção Internacional pode gerar o reconhecimento da inconvencionalidade da lei e a condenação do Estado para que reveja a sua legislação interna e promova a devida correção de modo a compatibilizar a legislação impertinente.

3.3 A Responsabilidade Internacional do Estado e a Obrigação de Não Editar Normas Contrárias às Convenções Internacionais

Além da obrigação de revogar disposições em contrário, é vedado ao Estado legislar contrariando os Tratados e as Convenções Internacionais. O Estado-parte pode também ser responsabilizado pela edição de normas contrárias à Convenção.

Esse fato ocorreu no Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru^[35] em que o Estado Peruano emitiu um Decreto-lei que à luz da Convenção Americana não está em consonância com a proteção dos direitos humanos, visto que, os trabalhadores do Congresso Peruano foram sumariamente dispensados pelo Decreto-lei nº 25640, que

não permitia o questionamento do ato de destituição por intermédio da apreciação do Poder Judiciário.

Ao analisar o dispositivo, a Corte concluiu que a normativa que prevê uma proibição de impugnar os eventuais efeitos de sua aplicação ou sua interpretação não pode ser considerada legítima no contexto de sociedade democrática como uma limitação válida frente ao direito real e efetivo de acesso à justiça dos destinatários dessa normativa, na qual, à luz dos artigos 8 e 25 da Convenção, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo diploma legal, não pode ser arbitrariamente restringido, reduzido ou derogado.[36] Por isso, a Corte determinou que a lei não fosse aplicada e os trabalhadores fossem reintegrados, pois a disposição legal afronta a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A edição de normas incompatíveis, igualmente, ocorreu no Caso Barrios Altos vs. Peru, no qual foi editada uma Lei de Anistia que beneficiou os criminosos envolvidos nesse caso. Segundo o entendimento da Corte, a edição de Leis de Auto-anistia ensejara a responsabilidade internacional do Estado, em razão dessas normas serem incompatíveis com a proteção internacional dos direitos humanos.

O Caso Barrios Altos vs. Peru questiona a impunidade do assassinato de 15 pessoas e as graves lesões em mais quatro pessoas[37], que foram praticados pelos indivíduos que foram identificados como pertencentes à inteligência militar, membros do exército peruano que atuavam no “escuadrón de eliminación” chamado “Grupo Colina” que atuava conforme seu próprio programa anti-subversivo.[38]

As investigações do caso foram iniciadas, todavia não prosseguiram, em razão da edição da lei de auto-anistia, lei nº 26479, que concedeu anistia a todos os integrantes das forças de segurança e civis que foram denunciados, investigados, processados ou condenados, ou que estavam cumprindo sentença de prisão, por violação de direitos humanos. As poucas condenações impostas aos integrantes das forças de segurança por violação de direitos humanos perderam os seus efeitos imediatamente. Em razão disso, foram libertados os 8 homens reclusos pelo caso conhecido como “La Cantuta”, alguns dos quais estavam sendo, igualmente, processados no caso Barrios Altos. [39]

Nesse Caso, a Corte[40] entendeu que a lei é incompatível com a Convenção Americana ao aludir que:

[14] como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

Por conseguinte, reconhece a responsabilidade internacional do Estado peruano no tocante à legislação interna contrária à Convenção, ao declarar que “las leyes de amnistía n° 26479 y n° 26492 son incompatibles con la convención americana sobre derechos humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.^[41]

Para melhor compreensão do alcance dessa responsabilização por edição de normas contrárias à Convenção, ilustra-se o Caso Mosap que envolve o Estado Brasileiro em que está sendo questionado um dispositivo constitucional, que levanta a controvérsia sobre a inconvenção da Emenda Constitucional n° 41 que implementou a taxaço dos inativos em razão de ferir o direito adquirido.

A introdução da Emenda Constitucional n° 41/2003, que reformulou as regras da previdência social, gerou muitas controvérsias em torno da taxaço dos inativos, que culminou na propositura da ação de inconstitucionalidade da referida Emenda, que foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal^[42] por cinco votos a sete. Assim, no âmbito interno, a taxaço dos inativos foi declarada constitucional. ^[43]

Esgotados os recursos internos, inconformado com a decisão do Supremo, o caso foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pelo Movimento dos Servidores Públicos Aposentados e Pensionistas, que protocolaram a denúncia em face do Estado Brasileiro. Com efeito, tramita pela Comissão Interamericana um caso envolvendo a convenção de uma norma constitucional brasileira.

Esse caso representa o questionamento sobre a compatibilidade das normas constitucionais perante as instâncias internacionais, de modo que se a ação for julgada procedente, o Estado Brasileiro será condenado por violação de direitos humanos em razão de edição de Emendas Constitucionais incompatíveis com as Convenções Internacionais. Essa possibilidade de questionamento, inclusive das normas constitucionais quando afrontam os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, pontua a envergadura do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Caso Mosap tem significativa importância em razão do questionamento de uma norma constitucional, considerada pela mais alta Corte Brasileira como constitucional, que pode ser desconsiderada pelas Instâncias Internacionais. Portanto, a condenação do Brasil nesse caso terá profundos impactos na compreensão da potencialidade e alcance do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

Por conseguinte, no momento da edição das normas, inclusive as constitucionais, os Estados signatários devem observar a respectiva adequação com as normas internacionais, e assim, legislar em consonância com as obrigações internacionais, de modo semelhante ao que fazem quando observam a Constituição Federal na elaboração das demais normas internas.

3.4 A Responsabilidade Internacional e a Obrigação Regulamentar à Implementação das Sentenças Internacionais

A implementação das sentenças internacionais é efetuada pelos mecanismos internos dos Estados, de modo que se impõe elaboração de instrumentos internos que viabilize a exigibilidade dessas sentenças no plano doméstico. Portanto, a negligência em regulamentar adequadamente o processo de execução das decisões internacionais pelos Estados-parte, igualmente, pode gerar a responsabilidade internacional.

Em decorrência dessa obrigação, menciona Proner^[44] que “para que as sentenças se efetivem, o Estado deve criar condições jurídicas gerais necessárias para que a sentença de um tribunal internacional possa gerar, no direito interno, os efeitos de concessão à plena reparação à violação de direitos”.

A negligência de vários Estados em cumprir com essa obrigação de regulamentar internamente de modo satisfatório o procedimento de execução das sentenças da Corte Interamericana, leva Fix-Zamudio^[45] a asseverar que:

[1/4] un buen número de ordenamientos de la región, debe complementarse con una reforma a los procedimientos internos de ejecución de sentencias, con el objeto de regular de manera adecuada y específica el cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana y de Comitê de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

A responsabilidade pela elaboração de mecanismos internos de execução das decisões internacionais é salientada pela Corte^[46] ao manifestar que:

[1/4] los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Destarte, além das obrigações de compatibilizar a ordem jurídica aos parâmetros traçados internacionalmente, o Estado deve elaborar mecanismos internos adequados que permitam a exigibilidade das decisões internacionais nas circunstâncias em que é reconhecida a responsabilidade internacional do Estado.

4. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO PODER LEGISLATIVO: AVANÇOS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

A leitura dos julgados da Corte Interamericana revela na prática como a proteção internacional dos direitos humanos faz-se presente no contexto dos países americanos e a sua importância em cada atuação, que viabiliza a introdução de mudanças internas que convergem para eliminar os fatores de violação e conseqüente fortalecimento da proteção dos direitos humanos. À luz do caráter complementar da jurisdição internacional, constata-se a promoção do acesso à justiça em diversas oportunidades, em que a justiça interna mostrou-se insuficiente para a efetiva proteção dos direitos humanos.

A influência da ordem jurídica internacional na consolidação da proteção dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados-parte é destacada por Annoni^[47] ao assinalar que:

[14] o impacto dos tratados internacionais de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros tem provocado um movimento de alterações legislativas com o propósito de harmonizar as garantias internacionais aos direitos internacionais reconhecidos. De igual modo, essas modificações legislativas têm gerado movimentos em prol da efetividade desses direitos, cuja mera positivação no plano interno já não é suficiente à sua observância.

No âmbito brasileiro, segundo Annoni^[48], essa influência interferiu para o desencadeamento das atuais reformas. Por conseguinte, entende que:

[14] No Brasil, a recente reforma do Poder Judiciário é fruto desse movimento de influência do Direito Internacional dos direitos humanos em prol da eficácia desses direitos no plano interno dos Estados, tendo resultado, entre outras garantias, o reconhecimento constitucional do direito à razoável duração do processo.

Além do reconhecimento formal do princípio da razoável duração do processo, cita-se no direito brasileiro a Lei Maria da Penha que veio a regulamentar a Convenção de Belém do Pará, que significa o fortalecimento da proteção dos direitos das mulheres no contexto brasileiro. Destaca-se, também, que outras circunstâncias relevantes, em que a Justiça Internacional foi determinante para possibilitar a introdução de mudanças na ordem jurídica brasileira. Portanto, as denúncias dos abusos cometidos pelos policiais militares foram importante para a adoção da Lei n. 9.299/96, que transferiu da Justiça Militar para a comum o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados pelos policiais militares. O caso do assassinato de uma estudante por um deputado estadual, foi essencial para a introdução da Emenda Constitucional n. 35/2001, que limita a imunidade parlamentar no Brasil. A denúncia de discriminação contra as mães adotivas e seus filhos, decorrentes de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que negou o

direito à licença-gestante à mãe adotiva, foi crucial para a aprovação da Lei n. 10.421/2002, que garante os mesmos direitos às mães adotivas. [49]

A introdução dessas mencionadas mudanças leva Piovesan[50] a concluir que “o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos oferece importantes estratégias de ação, potencialmente capazes de contribuir para o reforço da promoção dos direitos humanos no Brasil”.

Verifica que no Estado Chileno foram introduzidas modificações legislativas em razão da sentença da Corte, dentre elas a correção do texto constitucional, que limitava a liberdade de expressão e de pensamento, no Caso a “Última de Tentação de Cristo”. Além disso, recentemente, em cumprimento às determinações do Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, o Estado Chileno editou uma lei dispondo que a partir de abril de 2009[51], quando entrar em vigor essa norma, o requerimento de informação feito por qualquer cidadão a um órgão público, sobre uma resolução de sua área, deverá ser respondido no máximo em 20 dias.[52]

No contexto Peruano, a Lei de Anistia foi invalidada e os responsáveis pelos massacres de Barrios Altos[53] e La Cantuta[54] foram responsabilizados, dentre eles, o ex-Presidente da República Alberto Fujimori.[55] Ineditamente, o Estado Peruano cumpriu com o dever de justiça interna[56], que só foi possível em razão do reconhecimento pela Corte Interamericana da incompatibilidade entre as Leis de Anistia e a proteção internacional dos direitos humanos.

Observa-se que o efetivo cumprimento das determinações internacionais introduz mudanças significativas para alcançar o fortalecimento da proteção dos direitos humanos, que indica os avanços na proteção em razão da atuação da Corte Interamericana e a potencialidade da litigância internacional. Contudo, os desafios permanecem, pois os indicativos dos vários casos levados à Corte Interamericana demonstram que nem sempre os Estados observam as determinações das Convenções e dos Tratados Internacionais e incorrem constantemente em violação de direitos humanos.

O cumprimento da obrigação de elaborar mecanismos internos para a implementação das decisões internacionais, igualmente, releva-se incipiente, pois poucos Estados regulamentam a questão, sendo que nenhum Estado legislou de modo satisfatório. Assim sendo, a ausência de mecanismos internos de exigibilidade das sentenças internacionais constitui um dos pontos deficitários que merece considerações por parte dos Estados signatários.[57]

Além da observância dos Tratados e das Convenções Internacionais para elaborar uma legislação para que sejam compatíveis com a ordem jurídica internacionais, dentre os fatos que exigem avanços na sistemática da Corte Interamericana, Piovesan[58] assinala que “a judicialização do sistema interamericano requer, necessariamente, a observância e o cumprimento das decisões internacionais, sendo inadmissível sua indiferença, omissão ou silêncio”. Entende Piovesan[59] que “as decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem produzir efeitos jurídicos imediatos e obrigatórios no âmbito do ordenamento jurídico interno”. Para tanto, incumbe “aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional”. Destaca que, “a efetividade da proteção internacional dos direitos

humanos está absolutamente condicionada ao aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação”.^[60]

Cançado Trindade^[61] recorda que:

[1/4] as iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Como vimos sustentando há muitos anos, no presente domínio de proteção se verifica uma *interação* dinâmica e constante entre o direito internacional e o direito interno, em benefício das pessoas protegidas. Há que ter presente que os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos (seja ela de origem internacional ou interna).

A necessidade de regulamentação interna do processo de execução das sentenças internacionais e a inércia do Estado Brasileiro em regular a questão, leva Pádua^[62] a destacar que:

[1/4] é imprescindível, portanto, forjar solução normativa, adequando as leis atuais à nova exigência imposta pelo compromisso internacional assumido, ao menos enquanto não for superada a inércia legislativa, que até o presente momento vem obstando a promulgação de disposições adequadas para a regulamentação da matéria.

Além disso, no momento em que o Poder Legislativo falhar, destaca-se que é necessário que seja efetuado o controle de convencionalidade das normas internas, para evitar a responsabilidade internacional. Assim sendo, cabe ao Poder Judiciário também assumir a responsabilidade de verificar o respeito às Convenções Internacionais e verificar a compatibilidade das normas internas com as internacionais, pois o controle de convencionalidade não é atribuição única das instâncias internacionais, mas, igualmente, o judiciário nacional tem a obrigação de observar a convergência entre as normas de proteção dos direitos humanos.

Deve-se recordar que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. ^[63] Porém, quando um Estado ratifica um Tratado Internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar pelo efeito útil da Convenção para que o alcance dessa normativa não se veja mitigado ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objetivos e finalidades.^[64]

Em outras palavras, os organismos do Poder Judiciário devem exercer não só o controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes.[65]

Para Cançado Trindade[66]:

[...] los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.

No contexto brasileiro, nota-se uma resistência do Poder Judiciário em buscar um diálogo mais consistente com as normas de proteção internacional dos direitos humanos e com a jurisprudência internacional. Essa ausência de interação entre a esfera nacional e internacional no âmbito brasileiro leva Rezek[67] a criticar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, assim salienta que:

[14] alguém estava ali raciocinando como se a Convenção de São José da Costa Rica fosse um produto que por obra nefanda de alienígenas desabasse sobre nossas cabeças, à nossa revelia, como se aquilo fosse um pleno exercício de legislação ordinária, como se pudesse o texto de São José valer para nós se o Congresso Nacional não o tivesse aprovado, e se o Presidente da República não o tivesse ratificado. Parece que não se sabe ainda, aqui ou ali, que o Direito Internacional Público não é uma imposição de criaturas exóticas à nossa brasilidade.

Compartilhando o entendimento Tavares[68], avalia que “no Brasil, nota-se a resistência em assimilar internamente os efeitos dos direitos humanos internacionais”. Essa falta de observância da normativa internacional pelo Estado brasileiro comprova os desafios ao fortalecimento do direito internacional dos direitos humanos em nosso país.

Portanto, observa-se que significativas mudanças foram introduzidas nas legislações domésticas de proteção dos direitos humanos no Brasil e em outros Estados signatários que aceitam a jurisdição da Corte Interamericana. Contudo, subsistem os desafios do Poder Legislativo em promover o prévio exame sobre a compatibilidade das leis internas antes de promulgá-las, verificar as omissões legislativas frente às Convenções Internacionais e regulamentá-las internamente de modo a promover a devida adequação, para que sejam evitadas novas condenações internacionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os julgados das Instâncias Internacionais revelam às várias circunstâncias em que foi constatada a incompatibilidade da legislação interna com as exigências internacionais, que indica os desafios para o Poder Legislativo frente ao compromisso internacional de proteção dos direitos humanos.

Deve-se recordar que essa ausência de compatibilidade entre a ordem jurídica interna e a internacional é a exata medida dos obstáculos que enfrentam a proteção dos direitos humanos no âmbito interno, ou seja, o teor do reconhecimento da responsabilidade internacional dos Estados perante a ordem internacional constitui o exato desafio para alcançar a efetividade da proteção dos direitos humanos no plano interno.

Salienta-se a importância da atuação das Cortes Internacionais na promoção dos direitos humanos, uma vez que as determinações desses organismos permitem a introdução de mudanças significativas na esfera doméstica.

O Poder Legislativo tem uma atribuição importante na promoção dos direitos humanos no âmbito interno, pois a implementação dos Tratados e das Convenções está condicionada a sua regulamentação interna, que exige que a elaboração da legislação interna seja compatível com a normativa internacional que depende da atuação do Poder Legislativo.

Para que o Poder Legislativo não seja continuamente responsabilizado pela violação de direitos humanos, faz-se necessário buscar o efetivo diálogo entre a jurisdição nacional e a internacional para que a elaboração da normativa interna obedeça não só à Constituição, mas os Tratados e as Convenções Internacionais, de modo a adequar a legislação interna à legislação internacional.

O Poder Judiciário também exerce um importante papel para evitar novas responsabilizações internacionais em caso de incompatibilidade normativa, que exige a atuação de órgão no efetivo controle de convencionalidade das normas internas de modo a resolver as divergências na esfera interna para evitar a litigância internacional.

Com efeito, resta o desafio ao Poder Legislativo alcançar a consciência de que é necessário analisar as exigências dos compromissos internacionais e legislar em consonância com essas disposições, que além da constitucionalidade, deve-se observar a convencionalidade das leis.

6. REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2008.

ALBANESE, Susana. **Garantias Judiciales:** algunos requisitos del debido proceso legal em el derecho internacional de los derechos humanos. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

BRASIL. STF. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3105-8/DF.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 18/08/2004. Órgão Julgados: Tribunal Pleno. Publicado no DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDT n. 135, 2006, p. 216-218.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19 (petição inicial e decisão liminar).** Requerente: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 de dezembro de 2007.

CIDH. **Caso nº 11.552. Guerrilha do Araguaia, Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil,** 06 de março de 2001.

_____. **Informe de Fondo, nº 54/01, Maria da Penha Fernandes (Brasil),** 16 de abril de 2001.

_____. **Relatório nº 66/06 (mérito), Caso Simone André Diniz vs. Brasil,** 21 de outubro de 2006.

CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75.

_____. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

_____. **Caso Yatama vs. Nicaragua.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

_____. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

_____. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

_____. **Caso La Cantuta vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 04 de agosto de 2008.

_____. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

_____. **Caso Castañeda Gutman vs. México.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

_____. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.** Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.

_____. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional.** Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/ver/derint/cont/2/art/art1.htm>>. Acceso em: 20 nov. 2006.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.** n° 10. México: Porrúa, Julio-Diciembre, 2008. p. 131-156.

NIKKEN, Pedro. **El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos.** Disponible em: <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/nikkenspeech.pdf>>. Acceso em: 15 nov. 2008.

NOTÍCIAS STF. **Duas Teses.** Quarta-feira, 03 de Dezembro de 2008. Disponible em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acceso em: 30 jan. 2009.

PÁDUA, Antonio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones Constitucionales.** n. 15, julio-diciembre. México, 2006, p. 178-192.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. El acceso a la justicia y los derechos humanos en el Brasil. In: **Revista IIDH.** n. 20. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Julio-Diciembre, 1994, p. 13-26.

PERU. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. **Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE**. Expediente n. AV 19-2001, del siete de abril de 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

RAMOS, Carvalho André de. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **R. CEJ**. Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 53-63.

_____. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquotot. **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 451-468.

RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 1-86.

REZEK, Francisco. Direito Comunitário do MERCOSUL. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 5, vol. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 226-235.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. III. Porto Alegre: Safe, 2003.

_____. **Derecho Internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia**. México: Porrúa, 2008.

[1] PEREIRA, Antônio Celso Alves. El acceso a la justicia y los derechos humanos en el Brasil. In: **Revista IIDH**. n. 20. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Julio-Diciembre, 1994, p. 14.

[2] PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 59.

[3] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. III, Porto Alegre: Safe, 2003, p. 511.

[4] TRINDADE, loc. cit.

[5] RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p.69.

[6] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 348

[7] RAMOS, loc. cit.

[8] NIKKEN, Pedro. **El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/nikkenspeech.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

[9] NIKKEN, op. cit.

[10] NIKKEN, op. cit.

[11] RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **R. CEJ**. Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 56.

[12] ALBANESE, Susana. **Garantias Judiciales: algunos requisitos del debido proceso legal em el derecho internacional de los derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 327.

[13] RAMOS, op. cit. p. 56.

[14] RAMOS, loc. cit.

[15] RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 168.

[16] CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 164.

[17] CORTE IDH. **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam**. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 194, c.

[18] CORTE IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 253.

[19] CORTE IDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 255.

[20] CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 131.

[21] CORTE IDH. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

[22] CORTE IDH. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 137.

[23] CIDH. **Informe de Fondo, nº 54/01, Maria da Penha Fernandes (Brasil)**, 16 de abril de 2001.

[24] A Lei Maria da Penha está sendo questionado sobre a sua constitucionalidade em três pontos: a) ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF); b) à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária local (art. 125, §1º c/c Art. 96, II, “d”) e c) à competência dos juizados especiais (art. 98, I, da CF). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 (petição inicial e decisão liminar)**. Requerente: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 de dezembro de 2007.

[25] CIDH. **Relatório nº 66/06 (mérito), Caso Simone André Diniz vs. Brasil**, 21 de outubro de 2006.

[26] Observa-se, o Caso Simone André Diniz não é o único caso envolvendo a discriminação racial denunciada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado Brasileiro, em 26 de outubro de 2006, foi admitido o Caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil, ver: **Relatório 84/2006**, petição 1068/2003.

[27] CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

[28] Cf. CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 60, c e d.

[29] Cf. CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 60, e e f.

[30] CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 103, 3.

[31] Nesse sentido, lembra Ramos que: “Aliás, ao que tudo indica, a Corte, atualmente, poderia considerar que o discutível, com a devida vênia, entendimento do Supremo sobre a *prisão do depositário infiel* é violatório da Convenção”. In: RAMOS, RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo:** comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 505.

[32] NOTÍCIAS STF. **Duas Teses.** Quarta-feira, 03 de Dezembro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

[33] Ver: CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº75.

[34] Ver: CIDH. **Caso nº 11.552. Guerrilha do Araguaia, Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil,** 06 de março de 2001.

[35] CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

[36] CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 119.

[37] CORTE, IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75, párrs. 2, a.

[38] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75, párrs. 2, d.

[39] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75, párrs. 2, j.

[40] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75, párrs. 44.

[41] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C nº 75, párr. 4.

[42] BRASIL. STF. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3105-8/DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 18/08/2004. Órgão Julgados: Tribunal Pleno. Publicado no DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDDT n. 135, 2006, p. 216-218.

[43] Segundo o STF: “não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento”. In: BRASIL. STF. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3105-8/DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 18/08/2004. Órgão Julgados: Tribunal Pleno. Publicado no DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDDT n. 135, 2006, p. 216-218.

[44] PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p.123.

[45] FIX-ZAMUDIO, Héctor. Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/art/art1.htm>>. Disponível em: 20 nov. 2006.

[46]CORTE IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, Considerando 7.

[47] ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2008, p. 111.

[48] ANNONI, loc. cit.

[49]Cf. PIOVESAN, op. cit. p. 312.

[50] PIOVESAN, op. cit. p. 312.

[51] Ver: CORTE IDH. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008.

[52]Cf. HITTERS, Juan Carlos. Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. nº 10. México: Porrúa, Julio-Diciembre, 2008. p. 152.

[53] Ver: CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n°75.

[54] Ver: CORTE IDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

[55] Ver: PERU. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. **Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE.** Expediente n. AV 19-2001, del siete de abril de 2009.

[56] Ver: CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 04 de agosto de 2008, párrs. 23 ao 28.

[57] No contexto brasileiro está tramitando o Projeto de Lei n° 4.667/2004, de autoria do Deputado Federal José Eduardo Martins Cardozo. Ver: RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquotot. **Direito internacional, humanismo e globalidade.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 451-468.

[58] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250.

[59] PIOVESAN, loc. cit.

[60] PIOVESAN, loc. cit.

[61] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** vol. III, Porto Alegre: Safe, 2003, p. 511.

[62] PÁDUA, Antonio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones Constitucionales.** n ° 15, julio-diciembre. México, 2006, p. 185.

[63] CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

[64] CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

[65] CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

[66] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Derecho Internacional de los derechos humanos:** esencia y trascendencia. México: Porrúa, 2007, p. 818.

[67] REZEK, Francisco. Direito Comunitário do MERCOSUL. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 5, vol. 18. São: Paulo: Revista dos Tribunais, p. 226.

[68]TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 395.

A ARBITRAGEM COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS USUÁRIOS DO SECOND LIFE.

ARBITRATION AS A MEANS OF RESOLVING CONFLICTS BETWEEN USERS OF SECOND LIFE.

Karla Cristina da Costa e Silva Matos Ferragi

RESUMO

Este artigo pretende registrar uma análise do ambiente virtual do Second life, em relação as formas de resolução de conflitos. Mas a idéia é iniciar uma discussão em face dos ambientes que estão surgindo a respeito de bem virtual, aplicabilidade do Direito em face das questões relativas a rede. Não obstante deixar de mencionar a proporcionalidade do avatar como bem virtual, mas as mais variadas formas de manifestação da personalidade que ele engloba e ainda se o avatar é detentor de direito ou objeto de direito. Claro que não poderia deixar de mencionar que avatar é a forma gráfica de representação do usuário no mundo virtual do Second life

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, SECOND LIFE, AVATAR, JOGOS VIRTUAIS, USUÁRIO, ARBITRAGEM.

ABSTRACT

This article intends to register an analysis of the virtual environment of Second Life, for the forms of conflict resolution. But the idea is to start a discussion in the face of virtual environments that are emerging about virtual well, applicability of law in the face of questions concerning the network. Despite no longer mention the proportionality of the virtual avatar as well, but the most varied forms of manifestation of the personality that he covers and even if the avatar is holding right or object of law . Of course I could not fail to mention that avatar is the graphical representation of the user in the virtual world of Second Life.

KEYWORDS: INFORMATION SOCIETY, SECOND LIFE, AVATAR, VIRTUAL GAMES, USER, ARBITRATION.

I. Exposição de um contexto social : uma introdução ao assunto.

A sociedade da informação é um novo cenário que, numa era pós-industrial, gerou a imposição de mecanismos tecnológicos a sociedade, desfigurando os modelos

administrativos anteriores e exigindo uma sociedade mais flexível e adaptável, ocasionado pelo movimento da globalização.

Como característica das novas tecnologias, diminuiu-se o tempo que as informações percorriam de um país ao outro, estruturas limitativas de comércio transformaram-se no livre e amplo comércio, acordos entre países foram acontecendo num total desempenho, gerando um volume incomparável de troca de mercadorias, informações e até a livre circulação de pessoas.

O novo ambiente, com fluxo de informações constantes delegou grandes desafios para o instituto do Direito, já que há novos comportamentos sociais, novo sistema político e econômico que programam a informação assimilada como sinônimos de poder social.

A busca pelo conhecimento tem sido impulsionada não para alcançar uma verdade científica, mas para ampliar o poder de dominação. (1)

A velocidade com que os novos fatos ocorrem e estes totalmente imprevisíveis, geram uma conduta humana que acaba por descumprir uma obrigação ocasionando efetivamente a responsabilização do ato, porém de difícil regulamentação ante a velocidade mencionada, exigindo atitudes mais flexíveis da norma jurídica como forma de efetivá-la, pelo menos seria o caminho mais correto para a nova situação.

Diante desta árdua tarefa, de regulamentar e mais difícil ainda, a aplicabilidade da pena, surge um movimento que programa a liberalização dos conteúdos de forma democrática a todos os usuários, o movimento Web 2.0. O conteúdo agora não é mais disponibilizado unicamente pelo provedor mais sim agora pelo usuário, que o modifica constantemente na rede.

Uma das expressões mais significativas do movimento Web 2.0 (2) são os mundo virtuais metaversos. Dentre eles, o *Second life* (3), que permite o usuário interagir nas mais diversas formas, criando seu personagem, suas relações de trabalho, sua forma de vida, possibilitando ainda, a utilização de dinheiro virtual que pode ser convertido a qualquer tempo em dinheiro real, dólares americanos reais, por uma taxa de cambio.

O *Second life* é uma mídia criada pela empresa Linden Research Inc. (4), como provedor de conteúdo, podendo o ingressante adquirir terreno virtual, objetos, assistir shows, contratar funcionários, fazer cursos em faculdades, visualizar empresas do mercado real, ou seja, se manifestar das mais diversas formas.

II. Mundo virtual como extensão do mundo real: uma justificativa para jurisdição.

Inicialmente discute-se se o *Second life* é apenas um jogo. Como forma de representação dos negócios virtuais, não ouvidaria preconizar que o *Second life* seria apenas um jogo. As relações interpessoais nele presentes tem movimentado milhões de dólares por ano. (5)

Desde de a época dos pretores já se preconizava que, onde há dinheiro há conflitos e onde há conflitos, que esteja presente o Direito e suas normas regulamentatórias como ente pacificador.

Ainda neste âmbito, pode-se analisar o *Second life* como um mundo virtual desconnectado das atividades humanas, da realidade, ou ainda, admitir que o *Second life* é um mundo virtual como extensão do mundo real, cujas normas certamente o atingem.

Se adotarmos a idéia de um ambiente totalmente paralelo as realidades do mundo real, teríamos que reconhecer a necessidade de uma nova estrutura normativa, com próprias regulamentações.

Mas a idéia mais adequada para a sociedade atual, é que o *Second life* seria apenas um ambiente de extensão das atividades humanas concretizadas nas relações interpessoais. (6)

Ainda, as novas condutas não podem ficar na virtualidade desprovido dos olhos do direito, já que há riquezas e conflitos reais e bem distantes do virtual.

Visto isso, há quem manifeste que a não existência da posição do Estado no "jogo", e diante da sua ausência, repercute na adaptação da comunidade, numa necessidade de se auto regulamentar, de tentar minimizar os conflitos existentes, provendo a auto tutela.

Não há dúvidas que os mecanismos punitivos centralizados apenas nos organizadores do jogo trará consequências aos usuários, já que, é baseado nos contratos russeaninos em que todos se comprometem aos termos, em que a falta é punida com o banimento do usuário do jogo. Porém nem sempre é possível o cumprimento de todos os termos, ou a interpretação dos princípios que norteiam o jogo pode ser de maneira errônea, daí a justificativa para o cometimento de injustiças sociais.

De fato, como já foi dito, o jogo nada mais é do que uma extensão do mundo real, e submete-se sim as normas existentes e tuteladas pelo Estado.

Não é de hoje, mas já foi noticiado na delegacia e feito Boletim de ocorrência, de pessoas que foram sequestradas na vida real em troca dos poderes do personagem criado no simulador *World of Warcraft*, jogo parecido com o *Second life*, cujo valor do personagem era avaliado em vinte mil dólares. (7)

Ora, o Direito e seus operadores irão punir a prática de tal crime seja qual meio de comunicação seja utilizado, seja que tipo de lesão, o usuário tenha sofrido.

A importância é tão grande já que um "jogo" com fluxo de interações constantes entre os usuários, que simula a vida real, se não houver regras, se o avatar pode roubar, ofender, se prostituir, a proporção disso pode chegar no rompimento do senso de ética coletiva trazendo prejuízos imensuráveis podendo o usuário deixar de cumprir as regras do mundo real. (8)

O simples jogo, passou a necessitar de uma regulamentação jurídica efetiva não compatível com a auto-tutela, e de forma que embora as normas locais atinjam as necessidades primárias do usuário, e as normas de conduta estipuladas intentam

punições e obrigações para os usuários, o ordenamento jurídico deve criar mecanismos mais eficazes de atingir o fim de proteção jurídica no ambiente.

O problema decorre não só da morosidade processual, que é incompatível com a sociedade da informação mas também a demora no mundo legislativo e a inefetividade das questões probatórias. Em decorrência disso ou o propeitário utiliza-se da auto tutela, meio que não é compatível com o Estado Democrático de Direito ou os usuários recorrem a arbitragem, forma alternativa de resolução de conflitos.

III. Aspectos Constitucionais no *Second Life*.

Que o *second life* é um ambiente em que está presente o Direito é indiscutível, porém existem aspectos sob a ótica do Estado Democrático de Direito a serem discutidos.

O Estado Democrático de Direito decorre de princípios que fundamentam e estão constitucionalmente previstos. Assim, nesse sentido, a soberania, independência nacional e a dignidade da pessoa humana. O ambiente do *Second life* é internacional já que há a mistura de usuários detentores de avatares de todos os países, num ambiente em que não há domicílio oficial, isso só problematiza o exercício da soberania.

Nesse sentido, o poder que emana do povo, emanaria do usuário e representado pelo seu avatar, mas deveras que a problemática na identificação do usuário que pode ter diversos avatares inviabilizaria o exercício da soberania e da independência nacional, já que não poderia identificar a origem nacional do usuário, podendo no máximo recorrer aos direitos internacionais e suas jurisdições, e não para por aí.

De fato que o *Second life* estaria excluindo de suas atividades aqueles que não tiverem condições de acessar o simulador refletindo as desigualdades sociais regionais que deveriam ser subtraídas do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o ambiente que está enriquecendo usuários, está ao mesmo tempo excluindo as classes menos favorecidas pela falta de acesso a Internet no primeiro momento e num segundo momento a falta de condições de manter-se no ambiente virtual do *second life*.

O acesso a informação e a cultura, previstos na Constituição Federal , aliado as ferramentas de comunicação do ambiente *Second life* e a livre associação só contribui para o desenvolvimento econômico pessoal, do qual fazem parte apenas aqueles que tivessem acesso ao mecanismo. E os direitos autorais previamente protegidos constitucionalmente e que se revelam desamparados num ambiente de criações por segundo, sem o devido registro e a devida proteção.

Sem mencionar o anonimato hiperestimulado, propagando o livre pensamento e aumentando proporcionalmente os danos ocasionados pelo limite entre liberdade de expressão e ofensa moral. Ora as pessoas encontram-se em situações que as impulsionam através dos mais diversos avatares, a desempenharem papéis diferentes com diversas personalidades nos mais diversos lugares da rede, expressão dos aspectos

de si mesmos aliado a credibilidade de que as normas não o atingem, e que a rede é ente desprovido de normas, moral e regras de conduta.

E por último, não poderia deixar de mencionar a segurança das informações, dos diálogos ocasionados no meio sem o devido sigilo, já que há o acesso por parte da empresa de tudo que acontece no ambiente simulado. A confiabilidade do consumidor em face as novas formas de comércio eletrônico e a proteção jurídica do mesmo, sob os aspectos inicialmente Constitucionais.

IV. Bem virtual e o avatar.

Coisa e bem já se diferenciam, sendo a coisa como tudo que faz parte do universo e bem como detentor de características como raridade, utilidade e interesse econômico ou moral.⁽⁹⁾ Ainda os bens podem ser materiais, e ai se valem desde uma caneta a um carro, e os imateriais como os direitos da personalidade, incluindo a honra, imagem, nome, dentre outros que refletem o ser humano na sua maior expressividade, o seu ambito interior.

Nesse sentido, a informação que circula na internet e na rede toma a proporção de bem, mas um novo tipo de bem o chamado bem virtual, baseado em bits.

Nessa ocasião surge o avatar. O avatar é o personagem criado no "jogo" que representa o indivíduo, ou seja, uma extensão de seu "eu", sua personalidade e carater acrescentados pelos próprios desejos de como gostaria de ser representado nesta era virtual.

Criou-se no munfo em rede a possibilidade de mudar de aparência, de criar mais de um avatar por pessoa, podendo ser animais, monstros, vai da imaginação, mas sempre vizualizando-os como formas de expressão humana, pelo tempo em que o usuário disponibilizou para criá-lo e ainda, os frutos que ele colhe utilizando-se deste bem virtual.

Aliado ao conceito de bem virtual, o avatar é um bem virtual cuja informação, a criação e concretização são de titularidade dos usuários, que pode ter em sua propriedade diversos avatares. O que significa dizer que os bens virtuais são passíveis de propriedade e exclusividade, cujas normas atingem e os conflitos merecem tutela. O avatar passa a ser uma forma de expressão da conduta e personalidade humana, mas não pessoa de direito e sim objeto de direito cuja identificação do titular é necessário para a segurança jurídica.

Claro que a idéia de bem virtual não teria sentido se o *Second life* fosse considerado um mundo paralelo, alheio as relações jurídicas, o avatar seria um mero titular de direitos somente dentro do ambiente virtual, mas daí esses direitos atingirem o usuário, nesse modo de analisar, não há relação jurídica que sustente. Seria mais facil admitir que se o avatar, como objeto, forma de expressão da conduta humana virtual, realiza um negócio, titular dos lucros deste negocio será o usuário pois ele detem a propriedade deste bem

virtual, sendo o avatar mero mecanismo intermediador para realizar negócios como um email. Seria um mero instrumento de comunicação.

V. A solução de conflitos no ambiente do Second life pela arbitragem.

Neste ambiente de incertezas jurídicas surge a possibilidade de um mecanismo imediatista de resolução de conflitos no mundo virtual, com reflexos no mundo real, a arbitragem.

A arbitragem é um meio privado de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, mediante o qual as partes selecionam um especialista na matéria controversa, para decidir as pendências existentes.

Das vantagens da arbitragem está a especialização em que as partes podem nomear como árbitros especialistas na matéria que ocasionou a divergência, podendo reduzir os custos com perícia por exemplo. A rapidez já que transcorre mais rápido que o processo judicial. A Irrecorribilidade da decisão do juízo arbitral, dando caráter de definitivo e dela não cabem recurso, apenas pedido de esclarecimento em face das obscuridades que a sentença apresente. O procedimento arbitral é mais informal e flexível do que o processo judicial.

A maior vantagem é a possibilidade de autonomia da vontade das partes, já que têm maior liberdade no procedimento arbitral do que no processo judicial, podendo escolher não só o árbitro mas as normas que se utilizaram para decidir aquela divergência, sem mencionar como vantagem também a Confidencialidade do procedimento já que, ao contrário do processo judicial, ele é sigiloso.

Nesse contexto, Portugal tem saído na frente em relação aos mecanismos de arbitragem do "jogo". Mesmo tendo princípios a serem seguidos, o *Second life* não possui regras ou normas, e todas as possibilidades de defesa do usuário e solução de conflitos passaram a ser resolvidos no Tribunal arbitral existente no próprio jogo, promovido pelos Portugueses, porém sempre como uma opção aos usuários do ambiente virtual do *Second life*. (10)

O surgimento deste tribunal aconteceu em face de diversos problemas que a justiça local estava tendo em face do *Second life*.

Criou-se um Tribunal arbitral cujo funcionamento é o seguinte: verifica-se de qual país é o usuário proprietário do bem virtual, avatar. Se ambos usuários que conflitam interesses pertencem ao mesmo país será regido por normas deste país, se forem de países diferentes, será regido por normas de onde se encontra o servidor, equipamento que armazena e dispõe em rede o mundo virtual do *Second life* e, neste caso, atualmente é os Estados Unidos da América, daí, a possibilidade de solução desses conflitos será regido pelas normas deste país.

Definido isso, a complexidade do procedimento está tentada na certeza de identificação pessoal do usuário, ante a necessidade de pessoalidade do procedimento. Decorre que somente a empresa provedora do jogo detem de meios técnicos para fazer tal identificação e garantir que do início ao final do procedimento, o usuário estará interligado na rede, tomando as suas próprias decisões.

No Brasil a regulamentação da lei de arbitragem encontra-se na lei 9.307/96. Nesta lei, não há forma prevista de solução de conflitos na rede porém a necessidade jurídica de implementar tal procedimento podem alcançar a forma de atuação da lei.

O questionamento hoje impera na jurisdição do Estado na rede, o qual a nosso ver, onde há relações jurídicas deve estar presente o Estado. Vencido este obstáculo, como poderá o judiciário reconhecer a sentença arbitral do ambiente do Second life como título executivo extrajudicial com efeitos na vida real?

A sentença arbitral somente pode ser anulada pelo judiciário nas formas da lei se houver algum vício na imparcialidade do árbitro ou algum tipo de vício de consentimento do compromisso arbitral. O compromisso arbitral é um pacto cujas partes manifestam sua vontade em resolver determinado litígio por meio da arbitragem. Ele deverá ser por escrito obedecendo as formalidades da lei seja designando o árbitro, qual tribunal quais as normas se utilizará de analogia e princípios gerais do direito.

Nesse sentido, uma vez tendo a identificação efetiva do usuário, cujo mecanismo conforme anteriormente dito, somente a empresa responsável possui meios técnicos para identificar, uma vez identificado, tendo a manifestação das partes a respeito formando o compromisso arbitral válido e a presença de um árbitro imparcial, não há porque questionar a validade jurídica desta sentença, como título executivo extrajudicial oponível a todos.

Uma vez fixado o compromisso arbitral válido, não poderá o judiciário resolver questões pertinentes ao procedimento nos termos da lei, no máximo anular a sentença arbitral e remeter novamente ao procedimento arbitral não podendo tomar para si a resolução de tal divergência.

A problemática que incide nessa forma de resolução de conflitos está no parâmetro da lei em que revela que somente poderão ser resolvidas questões de direito patrimoniais disponíveis, excluindo os direitos da personalidade, uma mera desvantagem do procedimento, mas uma vez admitindo o avatar como bem virtual, a problemática será reduzida pela possibilidade de resolução da maior parte dos conflitos.

Não há ponto mais controverso no Direito atualmente do que a Internet e ainda, neste sentido, a utilização dos mecanismos modernos para atingir a jurisdição estatal. Mas como a arbitragem e sua implantação também trouxe polemicas e hoje acabou sendo uma das formas utilizadas como pacificador de conflitos, quem diria aprimorar este mecanismo em face da Internet e das novas formas de comunicação e interações pessoais. O papel dos operadores do Direito é de progredir o que lhe é disponível de forma a possibilitar o avanço desta ciência e a busca plena do alcance da dignidade da pessoa humana a todos os entes dessa nação.

VI - Bibliografia.

ARATA JUNIOR, Seiiti. "*Regulação tecnológica e jurídica das redes sociais (social networks)*". Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, volume 100, p. 617 - 646, Jan./dez 2005.

_____ "*O equilíbrio do poder na regulação da Internet.*". Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 53 jul/ago 2001.

ANGELUCI, Regiane Alonso ; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo "*Sociedade da Informação: O mundo virtual Second Life e os Crimes Cibernéticos*". São Paulo, SP 2008; Acesso em 12/02/2008 em <http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/sociedade_informacao/artigos/secondlife.pdf>

BARBAGALO, Eriça Brandini ; "*Aspectos da Responsabilidade civil dos provedores de serviço na Internet*", em Conflitos sobre nomes e domínios e outras questões jurídicas da Internet coordenado por Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BLUM, Renato OPICE; VAINZOF, Rony. "*Second Life E Seus Aspectos Jurídicos.*" Acesso em 05/01/2008 e disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1312&categoria=InformatizaçãoJurídica>

CASTELLS, Manuel "*A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura.*" V. 1, 11ª edição. São Paulo: Editora Paz e Terra. 2008.

FERREIRA, Rubens da Silva; "*A sociedade da informação no Brasil: um ensaio sobre os desafios do Estado.*" Acessado em 02.08.06 e disponível em http://www.cqgp.sp.gov.br/downloads/sociedade_informacao.pdf

GONÇALVES, Carlos Roberto. "*Responsabilidade Civil*" Saraiva, 9ª Ed. São Paulo, 2005.

JALORETO, Jair. "*O direito no Second life*", revista Visão Jurídica nº 12. Editora Escala.

MILAGRE, José António "*Direitos no Second life: realidade virtual ou virtual realidade?*". Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº 1324, 15 fev. 2007. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9499>

MORAES, Maria Celina Bodin. "*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.*" Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003

PINHEIRO; Patrícia Peck - "*O direito no Second life*", revista visão jurídica nº 12, editora Escala.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. " *O Contrato Eletrônico lesionário na sociedade da informação: uma concepção juscibernética para o direito civil brasileiro.*" Tese de doutorado sob orientação de Maria Helena Diniz, PUCSP, 2007

Second life: Disponível em www.secondlife.com.

(1) MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. P.63.

(2) *Web 2.0* é o mais novo termo utilizado para descrever a segunda geração da *World Wide Web*. Nessa geração, procura-se reforçar o conceito de troca de informações e colaboração dos *internautas* com sites e serviços virtuais, porém na mesma, o conteúdo passou não ser mais privativo do criador do site, mas sim criou-se a possibilidade do próprio usuário colaborar e criar o conteúdo disposto no site. A exemplo disto estão o *You tube*, em que é possível o usuário divulgar seus próprios vídeos, e o *wikipédia*, uma enciclopédia disposta na Internet, em que os próprios usuários escrevem o conteúdo de definição como se fosse uma grande enciclopédia, e os mesmos editam o que descreveram.

(3) *Second life* traduzido para a língua portuguesa significa segunda vida. Porém é um jogo que pode ser acessado na internet através do sitio www.secondlife.com que por meio da criação de uma conta virtual , assinatura e o pagamento de uma taxa via cartão de crédito é possível viver esta segunda vida.

(4) O *Second life* foi criado e desenvolvido por Philip Rosedale, que começou a trabalhar neste conceito em 1991, quando identificava como *Lidenworld*. Mas foi apenas em 2002 que os testes beta se iniciaram, sendo que o público só teve acesso 6 meses depois. Foi em 2003, com aprimoramentos no sistema e formas de organização que o *Second Life* foi lançado para o grande público.A empresa que o mantém atualmente, designada posteriormente como mantenedora, é a Liden LAb inc.

(5) MILAGRE, José António" **Direitos no Second life: realidade virtual ou virtual realidade?**. Jus Navegandi, Teresina,ano11, nº 1324, 15 fev.2007.Disponível: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9499>

(6) SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. " *O Contrato Eletrônico lesionário na sociedade da informação: uma concepção juscibernética para o direito civil brasileiro.*" Tese de doutorado sob orientação de Maria Helena Diniz, PUCSP, 2007

(7) JALORETO, Jair. " *O direito no Second life*", revista Visão Jurídica nº 12. Editora Escala.

(8) PINHEIRO; Patrícia Peck - "*O direito no Second life*", revista visão jurídica nº 12, editora Escala.

(9) SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. "*O Contrato Eletrônico lesionário na sociedade da informação: uma concepção juscibernética para o direito civil brasileiro.*" Tese de doutorado sob orientação de Maria Helena Diniz, PUCSP, 2007

(10) JALORETO, Jair. "*O direito no Second life*", revista Visão Jurídica nº 12. Editora Escala.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEGITIMIDADE
CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE CONSTITUCIONAL
LEGITIMACY OF LEGISLATIVE POWER IN THE RULE OF LAW**

**Leda Lúcia Soares
Marinella Machado Araujo**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar o impacto da visão construída pelo Supremo Tribunal sobre o mandato parlamentar federal ao reconhecer e preservar a legitimidade do Poder Legislativo como espaço democrático essencial na praxis constitucional brasileira. Justifica-se pela necessidade de especificação dos contornos jurídico-constitucionais do papel do Poder Legislativo e seus pressupostos legitimadores na Constituição da República de 1988. Reconhecida a situação de condicionamento recíproco entre teor escrito da prescrição normativa, realidade social política e praxis constitucional na composição do sentido e concretização das normas constitucionais, o texto discute a atuação do Supremo Tribunal Federal em questões afetas ao Poder Legislativo. A análise, realizada a partir de decisões deste tribunal, tem por objeto o controle jurisdicional do processo legislativo, nas quais é possível identificar a concepção de mandato parlamentar vigente no STF. Trata-se da definição de situação jurídico-política decorrente da função pública de representação, que expressa visão qualificada (por vir de um Tribunal Constitucional) acerca da relação entre povo e parlamentares. A partir da concepção de que o mandato parlamentar expressa nessas decisões desvincula o exercício do mandato da soberania popular, pois o identifica com o interesse do parlamentar, o que resulta na perda de legitimidade do Poder Legislativo, e corrobora sua imagem de instituição pública privatizada. Ao final, conclui-se que este entendimento agrava o déficit de legitimidade do Poder Legislativo, corrobora o tratamento patrimonialista e personalista das instituições públicas, promove a expansão do poder de controle do Supremo Tribunal Federal sobre o Poder Legislativo a partir de fundamentos inadequados à Constituição atual.

PALAVRAS-CHAVES: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL, PODER LEGISLATIVO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

The objective of this paper is the analyzes of the consequences of Federal Supreme Court view on the legislative function and its influences the recognition of legislative function as a democratic sphere, which should be use to preserve the legitimacy of Legislative Power in the Rule of Law. It is supported by the need to specify the legal

and constitutional limits of Legislative Power and its legitimate prerequisites established by the 1988 Constitution. Recognized the situation of reciprocal conditioning between normative prescription, social reality and constitutional praxis that composes the meaning and concretizes the constitutional norms, the paper will discuss the jurisprudence of Federal Supreme Court concerning about legislative houses. The analyses, based on decision in cases of jurisdictional control of legislative process, permits to identify the actual Federal Supreme Court of parliamentary mandate. This meaning, which derives of representative public function, expresses a qualified vision (from a Constitutional Court) of the relationship between people and congress that disconnects parliamentary mandate exercises from the popular sovereignty. This, in such a way, corroborates to its image of private public institution. At the end, this paper concludes that this meaning increases the legitimacy Legislative Power deficit, supports the patrimonial and personal behavior in public institutions, promotes the expansion of Federal Supreme Tribunal control over Legislative Power based on constitutional fundamentals inadequate to the democratic principles of 1988 Constitution.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LEGITIMACY, LEGISLATIVE POWER, RULE OF LAW.

INTRODUÇÃO

A mudança paradigmática efetuada pelo advento da Constituição da República de 1988 exige uma releitura acerca do exercício do poder político, de modo a expressar concepções adequadas ao paradigma de Estado adotado. O Supremo Tribunal Federal - STF, na atual ordem constitucional, possui função basilar na concretização das normas constitucionais, principalmente por ser legitimado a exercer controle sobre a atuação dos demais poderes em favor da preservação da supremacia da Constituição. Ao exercer este controle sobre o Poder Legislativo, o STF expressa uma visão acerca da situação jurídica conferida ao representante por seus eleitores: o mandato parlamentar. Assim, a partir das decisões proferidas nas ações que têm por objeto o controle jurisdicional do processo legislativo é possível identificar a concepção de mandato parlamentar vigente no STF. Trata-se da definição de situação jurídico-política decorrente da função pública de representação, expressando uma visão qualificada (por vir de um Tribunal Constitucional) acerca da relação entre povo e parlamentares.

A visão apresentada pelo STF representa uma posição acerca do papel do Poder Legislativo na democracia constitucional brasileira e sua correlata legitimidade como concretizador da Constituição. Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar o impacto da visão sobre o mandato parlamentar expressa pelo Supremo Tribunal Federal no reconhecimento e preservação da legitimidade do Poder Legislativo como órgão essencial à democracia, participante da *praxis* constitucional brasileira. Sua principal justificativa é a necessidade de discutir cientificamente os contornos jurídico-constitucionais do papel do Poder Legislativo e de seus pressupostos legitimadores estabelecidos pela Constituição da República de 1988. Reconhecida a situação de condicionamento recíproco entre teor escrito da prescrição normativa, realidade social política e *praxis* constitucional na composição do sentido e na preservação da

efetividade das normas constitucionais, a questão que a sucede é discutir a atuação do Tribunal Constitucional e seu dever de expressar visão crítica sobre o conteúdo de normas emanadas do Poder Legislativo.

Tanto a *praxis* do Tribunal Constitucional impacta no sentido e realização destas normas, quanto a do Poder Legislativo sofre impactos das práticas deste Tribunal na medida em que este possui autorização constitucional pra promover controle de seus atos. Trata-se de dois órgãos participantes da prática constitucional, um por meio da atividade jurisdicional, outro por meio da atividade legislativa e de deliberação política. As atuações destes dois atores constitucionais se intercalam na situação analisada e as visões expostas criam, autorizam ou cristalizam práticas ou visões acerca de ponto essencial na democracia brasileira.

O quadro político e institucional atual oferece o risco de que esta instituição seja apresentada como desnecessária ou perniciosa na democracia brasileira, colocando suas mazelas como justificativa para cerceamento de sua independência e restrição de seus papéis. Em 2006, por exemplo, em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômica (Ipespe), o Poder Legislativo federal foi considerado a instituição que inspira menos confiança nos brasileiros. É preciso que se vislumbre a prática jurisdicional direcionada ao Poder Legislativo de maneira suficientemente cuidadosa e crítica para evitar que sejam chanceladas pela atuação do STF, iniciativas e visões contrárias à Constituição.

As ações analisadas persistem no STF, com características semelhantes, desde 1980 até o momento atual, se iniciaram em momento anterior à Constituição da República de 1988, passando pelo período que a antecedeu, pelo momento de sua promulgação e pela consolidação de suas disposições. Isto permite verificar se a instauração de Estado Democrático de Direito pela Constituição refletiu-se na concepção de mandato expressa nos fundamentos de admissibilidade destas ações.

Partiu-se da hipótese de que a concepção de mandato parlamentar vigente nestas decisões do Supremo Tribunal Federal desvincula o exercício do mandato do titular da soberania popular, identificando-o com o interesse do parlamentar, o que resulta na perda de legitimidade por parte do Poder Legislativo e corrobora a imagem do Congresso Nacional como instituição pública privatizada.

1 O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR COMO FUNDAMENTO MAIOR DA ORGANIZAÇÃO E ATUAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

O termo democracia não deriva apenas etimologicamente de povo. Estados democráticos chamam-se governos do povo; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria governando (MÜLLER: 2000, p. 47). O princípio da soberania popular traz sempre várias dimensões historicamente sedimentadas: implica que o domínio político não é pressuposto, ele carece de justificação quanto à sua origem,

necessita legitimar-se; legitimação que deriva apenas do povo e não de qualquer outra ordem fora do povo real (ordem divina, natural, hereditária, democrática); o povo é ele mesmo titular da soberania, o que se apresenta sob um aspecto negativo, segundo o qual o poder do povo distingue-se de outras formas não populares (monarca, casta), e sob um aspecto positivo, que significa a necessidade de uma democracia efetiva, uma vez que o povo é o titular e o ponto de referência dessa legitimação; o povo, a vontade do povo e a formação política da vontade política do povo é real, eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural dos interesses e dotada procedimentalmente de instrumentos que garantam a operacionalização deste princípio; a Constituição legitimada materialmente e formalmente fornece o plano de organização da democracia, determinando os pressupostos e procedimentos segundo os quais as decisões e manifestações de vontade do povo gozam de relevância jurídica e política (CANOTILHO: 1999).

No constitucionalismo atual só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. O princípio da soberania popular não pode ser visto apenas como fonte de legitimação do poder político: sua observância representa também a garantia, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa (COMPARATO: 2004).

A democracia e o Estado de Direito legitimam desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionaram expressamente a legitimação pelo povo. É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico. Disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito. (MÜLLER, 2000)

A presença do princípio da soberania popular consiste em prescrição jurídica com plena qualidade de norma e os instrumentos de sua concretização devem ser delineados sem perder de vista seu significado em um Estado Democrático de Direito. Sua caracterização como um princípio jurídico que conforma o exercício do poder político, requer uma definição do que se entende por povo.

O esforço definitório nessa matéria, como mostra convincentemente o Professor Muller, é indispensável, se se quiser superar a condenável utilização atual desta palavra como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada, que suscita veneração

declamatória, mas nunca respeito prático e submissão política. Na América Latina, em particular, a invocação do povo exerce, atualmente, a mesma função hierática que representava, nos tempos coloniais, a invocação da figura do rei. “As ordenações de sua Majestade”, diziam sem ironia os chefes locais ibero-americanos, “acatam-se, mas não se cumprem”. Havia aí, talvez, a aplicação em matéria política do elegante *distinguo* teológico entre o conselho e o preceito, com o qual foram sistematicamente esvaziadas todas as exigências éticas do Evangelho. (COMPARATO: 1996, p. 7).

O conceito de povo deve ser definido de forma que seu sentido propicie sempre o melhor exercício da soberania popular sob pena de se esvaziar o sentido do próprio regime democrático. Nas sociedades em que reina o pluralismo e onde a existência do conflito e divisão já se tenham tornado legítimas, não é mais possível que se conceba o povo como se tratasse de uma entidade unificada e homogênea dotada de uma única vontade geral (MOUFFE: 1994, p. 97). Implica em dizer que o respeito ao princípio da soberania popular passa necessariamente pela possibilidade de sobrevivência de uma sociedade pluralista, mediante o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à participação política, e conformação do poder político nos moldes em que a Constituição estabelece. A representação parlamentar (a qual não dispensa a inserção direta do povo nos espaço do Poder Legislativo) constitui mecanismo de exercício indireto da soberania popular previsto na Constituição.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988 conforma a concepção de cidadania constitucionalmente adotada (OLIVEIRA: 2002, p. 63). O âmbito de exercício do poder político deixa de ser um espaço privilegiado dos membros mais capazes e passa a ser o espaço onde a soberania popular se realiza, inclusive diretamente por seus titulares. O reconhecimento da capacidade dos cidadãos decidirem sem intermediários e a adoção de instrumentos de democracia participativa no texto da Constituição reforça o reconhecimento de um conceito abrangente e normativo de soberania popular.

Esta concepção requer novos pressupostos de análise da representação, uma vez que esta persiste, mas não mais se justifica em razão da maior aptidão dos representantes e da incapacidade dos cidadãos em geral para decidirem por si mesmos. Na medida em que o princípio da soberania popular e o sufrágio universal foram se afirmando como condicionantes na organização do poder político da democracia do século XX, processo que se iniciou a partir da reação em cadeia, iniciada no Estado social, de mudança dos institutos clássicos do Estado Liberal, os partidos políticos passaram a ser organizações lícitas e essenciais ao exercício do poder democrático, o mandato passou a estar cada vez mais sujeito à fiscalização e controle do eleitorado, chegando-se a uma responsabilidade política do mandatário perante o eleitor e seu partido (BONAVIDES: 2000).

A responsabilidade, em um regime democrático, desdobra-se em duas relações: a correspondente ao dever de prestar contas (que na língua inglesa denomina-se *accountability*) e a relação de sujeição às sanções cominadas em lei pelo mau exercício do poder (*liability*)” (COMPARATO: 2004, P. 156). Isto faz com que a liberdade e a irresponsabilidade tradicionais do mandatário sejam relativizadas, uma vez que, se o poder pertence ao povo há necessariamente a obrigação de prestar contas sobre o seu

exercício. Quanto maior o poder, maior a responsabilidade, entendida esta como o dever que incumbe ao detentor do poder em nome de outrem, de responder pela forma como o exerce (COMPARATO: 2004, p. 156).

A designação dos representantes se dá necessariamente pelo procedimento eleitoral constitucionalmente conformado, motivo pelo qual os legisladores escolhidos se legitimam por seu papel de representantes do povo. Os representantes, uma vez eleitos não se tornam mais detentores do espaço público e se desvinculam da vontade e do controle de seus eleitores. A proximidade entre as instâncias decisórias de questões públicas e a sociedade em geral é necessária para conferir legitimidade às decisões e à própria existência das instituições. Tal pressuposto constitui o cerne da realização da Constituição atual no que diz respeito ao exercício do poder político, motivo pelo qual toda atuação de um órgão do Estado que incida na liberdade política deve se ater a ele.

Constatando-se que as normas constitucionais possuem seu sentido em parte conformado pela praxis constitucional, uma vez que a norma só existe em seu contexto de aplicação (MÜLLER, 2002), a atuação de um tribunal constitucional, ou que se pretenda afirmar como tal, tem intensa participação na concretização da Constituição, definindo em parte o seu significado no que se refere à conformação dos poderes políticos. A afirmação do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional tem desaguado em uma progressiva permissão para controlar cada vez mais as ações do Poder Legislativo. Verifica-se, porém, que seu entendimento acerca do mandato parlamentar apresenta um distanciamento em relação ao pressuposto acima, resultando em uma concepção que afeta profundamente a legitimação do Poder Legislativo. Este entendimento pode ser apreendido a partir da análise dos julgados que tem como objeto o controle jurisdicional do processo legislativo no âmbito federal.

O STF tem definido os pressupostos legitimadores do Poder Legislativo, construindo progressivamente o significado do seu papel no quadro da atual Constituição. Esta atuação do STF tem, em certa medida, por meio de uma chancela jurídica, corroborado a imagem popular do Poder Legislativo Federal. Isto se apresenta contrário a um regime democrático, uma vez que os parlamentos possuem função de espaço político deliberativo essencial à consolidação das democracias recentemente estruturadas. Histórias políticas, como a brasileira, demonstram, em suas memórias, os riscos de aniquilação da força do poder legislativo legitimado pelo voto.

2 O MANDATO PARLAMENTAR NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência analisada permite identificar, desde seu começo em 1980, até o momento atual, algumas características gerais dos casos analisados, ainda que os fundamentos de admissibilidade das ações tenham sofrido algumas alterações. Trata-se de controle difuso de constitucionalidade, provocado no bojo de ações de mandado de segurança, impetradas por parlamentares que se sentiram lesados no curso do processo

legislativo. Os parlamentares são considerados os únicos legitimados à propositura da ação, sob o fundamento de que o objeto da ação é a defesa de direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo conforme as normas constitucionais e legais.

Esta característica está bem expressa na ementa do MS-AgR 24667/ DF, cujo teor é o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. – O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II – Precedentes do STF: MS 20257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24645/DF, Ministro Celso de Mello, “D. J” de 15.9.2003; MS 24593/DF, Ministro Maurício Corrêa, “D. J” de 08.8.2003; MS 24576/DF, Ministra Ellen Gracie, “D.J.” de 12.9.2003; MS24356/DF, ministro Carlos Velloso, “D. J. “ de 12.9.2003. III – Agravo não provido (DISTRITO FEDERAL, STF, MS-AgR 24667, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2003) .

Nestas ações figuram como autoridades coatoras o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados ou o Presidente do Congresso Nacional, os quais são acusados de coagirem os parlamentares a participar e votar no curso de um procedimento inconstitucional, no caso de invocação de norma constitucional, ou ilegal, quando invocadas normas regimentais.

A partir dos votos emitidos no julgamento destas ações formaram-se, no âmbito do STF, duas correntes, as quais se expressam bem delineadas no julgamento do MS 22503-3/DF (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996). A majoritária, segundo a qual compete ao Judiciário analisar, via mandado de segurança, a regularidade da atuação do Congresso Nacional no que se refere às normas constitucionais que regem o processo legislativo, em razão do direito líquido e certo dos congressistas de somente participarem do processo legislativo que seja constitucionalmente adequado. Mas, considerando que normas regimentais são insuscetíveis de análise pelo Judiciário porque tratam de matéria *interna corporis*, o que feriria o princípio da separação de poderes. Neste sentido, foram os votos dos Ministros Maurício Correia, Francisco Resek, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Octávio Galloti.

A corrente minoritária, também entende que há direito líquido e certo do parlamentar ao devido processo legislativo, acrescentando que o Poder Judiciário pode realizar uma análise ampla do processo legislativo, que inclui tanto normas constitucionais quanto normas regimentais. Consideram que isto não feriria o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário se encontra legitimado para preservar a

supremacia da Constituição, a que se encontram subordinados todos os órgãos do Estado, o que o legitima também para exercer um controle sobre as normas infraconstitucionais que decorrem diretamente da Constituição, regulamentando o processo legislativo. Votaram neste sentido os ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello.

Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento que admite o controle apenas quanto ao aspecto procedimental, previsto no texto da Constituição; e quanto ao conteúdo apenas no caso de emenda constitucional, quando se tratar de matéria cuja deliberação é vedada pelas cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º, CRFB/1988). Não admite controle preventivo de constitucionalidade quanto ao conteúdo do projeto, com o fundamento de que tal controle feriria a sistemática da separação de poderes, nem admite o controle sobre a interpretação de normas regimentais, o que constitui matéria *interna corporis*, imune à apreciação judiciária, também sob o fundamento de que tal apreciação constituiria violação do princípio da separação de poderes. Retratam esta característica as ementas que se seguem, respectivamente, dos mandados de segurança 23047/DF julgado em 1998, tendo como relator o ministro Sepúlveda Pertence, e 24138/DF, julgado em 2002, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

EMENTA: I – Emenda constitucional: limitações materiais (cláusulas pétreas); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I, a forma federativa de Estado (CF, art. 60, §1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, §4º, IV, c/c art. 5º, 36): alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar. II. Mandado de Segurança: pedido de liminar: possibilidade de sua submissão ao Plenário pelo relator, atendendo a relevância da matéria e a gravidade das consequências possíveis da decisão (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 23047, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1998).

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de Lei. 3. controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na constituição. 6. Mandado de Segurança indeferido (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 24138, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 2002).

Nota-se, porém, que, não obstante as divergências quanto à possibilidade de controlar a aplicação das normas regimentais, tem-se como fundamento de admissibilidade destas ações o direito subjetivo do parlamentar (conceito substituído, na década de 1990 por direito individual em alguns votos), seja quanto à constitucionalidade, seja quanto à legalidade do processo legislativo.

O *leading case* desta jurisprudência é o Mandado de Segurança 20257/1980, que teve relator o Ministro Décio Miranda, prevalecendo o voto do Ministro Moreira Alves. O mandado de segurança foi impetrado por parlamentares, perante o Supremo Tribunal Federal contra ato da mesa do Congresso Nacional que admitiu proposta de emenda à

Constituição que, na opinião dos impetrantes, era tendente a abolir a república por extinguir caráter temporário dos mandatos. Nos votos vencidos, alguns ministros colocaram como inadmissível a possibilidade de que o Poder Judiciário interferisse em ato de ofício do Poder Legislativo, uma vez que no âmbito de sua competência este poderia agir sem limitações, sendo prerrogativa sua legislar como melhor lhe aprouvesse. Por exemplo, os seguintes fragmentos do voto do Ministro Soares Muñoz:

“Entendi que a petição inicial se apresentava inepta, em face da ostensiva impossibilidade jurídica de pedir-se que o Supremo Tribunal intervenha no Congresso Nacional para impedir que este pratique ato de seu ofício” (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20257, Rel. Ministro Décio Miranda, 1980).

“Insisto na impossibilidade jurídica do pedido, porque o controle, que o poder judiciário tem competência para realizar, em relação aos atos legislativos do Congresso Nacional, realiza-se ‘a posteriori’, insta dizer, depois de promulgada a lei ou a emenda constitucional. E o faz mediante representação de inconstitucionalidade, da privativa iniciativa do Procurador Geral da República” (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20257, Rel. Ministro Décio Miranda, 1980).

O Ministro Moreira Alves expôs em seu voto, como fundamento para admissibilidade da ação, a possibilidade de controle do processo legislativo pelo Poder Judiciário no que diz respeito ao atendimento das normas constitucionais que regem o processo legislativo. Isto seria inerente à sua função nos Estado onde o controle de constitucionalidade lhe era outorgado, não devendo neste caso se ater ao princípio da separação de poderes.

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, neste caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão sim exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de um a ou de outra.

Diversa, porém, são as hipóteses, como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer, em face da gravidade dessas

deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

E cabe ao Poder judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a constituição. Na guarda e observância desta, está ele acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se a esse respeito, em independência de poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20257, Rel. Ministro Décio Miranda, 1980).

Percebe-se que o Ministro Moreira Alves, bem como os demais, se ateve, em seu voto, à questão da separação de poderes e da competência do STF na guarda da Constituição, não adentrando na questão da função parlamentar. Contudo, ao votar na decisão do Mandado de Segurança 22503-3/DF, este ministro fez referência ao seu voto no mandado de segurança 20257 com as seguintes palavras:

Ora, como relator^[1] para o acórdão no Mandado de Segurança 20257, no já longínquo ano de 1980, sustentei – e fui afinal voto vencedor – que, em se tratando de texto constitucional que impeça ou proíba a discussão ou a deliberação de determinada matéria, haveria, no caso, direito subjetivo dos parlamentares de não serem compelidos a votar, tendo em vista a proibição constitucional (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

Assim, o Ministro assume posição segundo a qual a constitucionalidade do processo legislativo é tida como direito subjetivo dos parlamentares.

Os direitos subjetivos denotam a idéia de poder que admite renúncia e, assegurados pela lei, podem ser reivindicados. Os direitos subjetivos foram pensados pelo racionalismo em termos de uma liberdade absoluta que, derivada do direito natural, ou a ele identificada, se opunha ao próprio direito positivo e ao Estado (GONÇALVES: 1992, p. 75-80). Constituem, para o constitucionalismo democrático, um conceito técnico jurídico do Estado Liberal que se prende a uma concepção individualista do homem, denotam a idéia de esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado (CITTADINO: 2003, p. 30).

A utilização do conceito de direito subjetivo expressa, portanto, a idéia de uma esfera privada imune a qualquer tipo de intervenção. Esta idéia é utilizada para explicar a situação decorrente para o parlamentar do exercício da função pública de representação. Reduz as atribuições do parlamentar a interesses que se tornam de sua exclusiva

titularidade uma vez concluída sua eleição, afastando do espaço decisório do parlamento o titular do poder político e seus interesses concretos.

A regularidade do exercício da atividade parlamentar no curso do processo legislativo é tratada como direito individual de titularidade exclusiva dos deputados e senadores. Assim, o STF poderia intervir no sentido de preservar interesse individual do parlamentar e não a constitucionalidade do exercício de uma função pública.

As ações analisadas, cujas decisões foram emitidas na década de 1980, não apresentaram fundamentos diferentes destes expressos no *leading case*. Dentre estes está o mandado de segurança 20452/DF, julgado em 1984, tendo como relator o ministro Aldir Passarinho (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20452, Rel. Ministro Adir Passarinho, 1984).

A partir desta decisão, o STF passou a admitir mandados de segurança impetrados por parlamentares com o objetivo de promover a correção, pelo Poder Judiciário, de conduta no curso do processo legislativo que atentasse contra as normas constitucionais que o regem. Outros fundamentos, porém, foram acrescentados a partir do voto do Ministro Moreira Alves.

A Constituição da República de 1988 acolhe definitivamente o princípio da soberania popular e consagra uma concepção de cidadania política ativa, inclusive pela participação direta. Esta mudança para um paradigma democrático, que condiciona necessariamente a análise do exercício do poder político, torna a visão de mandato parlamentar expressa nos fundamentos do voto do Ministro Moreira Alves incompatível com a nova Constituição.

As decisões emitidas após a Constituição de 1988 apresentam algumas alterações na fundamentação, não se desvinculando, porém, da idéia de regularidade (constitucionalidade / legalidade) do processo legislativo enquanto direito individual do parlamentar. Isto se percebe pela análise das seguintes decisões, que foram emitidas respectivamente, em 1997 e 2004: MS 22503-3/DF, e MS 24642-1/DF.

Na decisão do Mandado de Segurança 22503-3 /DF, relator Ministro Maurício Corrêa, o STF admitiu a legitimidade aos parlamentares para pleitearem, via mandado de segurança, o seu direito ao devido processo de elaboração legislativa, desde que ligados à previsão de procedimento insculpido no texto constitucional (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, é somente nos casos de descumprimento direto de normas constitucionais referentes às formalidades do processo legislativo que os parlamentares teriam legitimação ativa para impetrar mandados de segurança contra atos processuais legislativos que imediatamente descumprissem a Constituição, porque lhes assistiria um direito público subjetivo, “enquanto co-partícipes do procedimento de elaboração das normas estatais de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emenda que julguem inconstitucionais” (Oliveira: 1999, p. 173).

Nesta mesma decisão, no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, verifica-se o reconhecimento da importância das normas constitucionais que regem o processo legislativo para sobrevivência das minorias parlamentares. Esta posição retrata a concepção de que os princípios do contraditório e da isonomia, exigidos no processo democrático, são garantidos pelo respeito às normas que o regem, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais (neste caso, regimentais). Conforme os seguintes fragmentos do voto:

“os participantes dos trabalhos legislativos, quer representantes do povo, quer de segmentos majoritários, quer de minoritários, tem o direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas, ou não, estatura constitucional” (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

“Afirma-se que Deputados não estão legitimados a agir em juízo com o fim de preservar o cumprimento - especialmente quando em questão normas instrumentais maiores e diria mesmo princípios constitucionais de envergadura ímpar - é caminhar-se para o regime totalitário, olvidando-se que a democracia pressupõe não só a participação plúrima, com o que se busca o equilíbrio, como também a preservação da atividade parlamentar das minorias” (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996)..

O Min. Marco Aurélio coloca em seu voto a expressão “porque representantes do povo”, do que decorre que este suposto direito subjetivo não decorre de um interesse individual a ser preservado, mas da condição de representante do povo em que se encontra, o que o legitima a pleitear a correção do processo legislativo. Continua, porém, fundamentando a autorização de controle jurisdicional em um direito subjetivo do parlamentar.

Dentre os votos vencedores, a visão do mandato parlamentar que o desvincula da titularidade do poder político conferida ao povo persiste, conforme se pode perceber pelo fragmento do voto do Ministro Sydney Sanches, ao analisar a questão referente à apreciação de normas regimentais:

Falta aos impetrantes direito público subjetivo, direito pessoal, direito individual a que prevaleça esta ou aquela interpretação de normas regimentais . Não tem interesse pessoal nisso. O interesse, que possa existir, é geral, como de qualquer outro cidadão , a que se cumpram normas jurídicas e não individual. E interesse geral, abstrato não se defende, individualmente, em Mandado de Segurança (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

As questões constitucionais referentes ao processo legislativo são tratadas como interesse particular do parlamentar, e denotando a concepção de que o exercício de suas atribuições, dentre as quais o processo legislativo, se dá como um interesse pessoal ou corporativo, nem ao menos coletivo ou partidário.

O STF analisa o exercício do mandato parlamentar desvinculado de sua função de instrumento de realização da soberania popular, de concretização da cidadania em geral, Mas a atuação do parlamentar não se faz em nome próprio, mas em nome de outrem e no exercício de função política que visa dar cumprimento aos direitos políticos de todos. Esta visão corrobora uma postura de privatização do espaço público, considerada como uma das mazelas da democracia representativa.

No julgamento do MS 24642-2/DF, o Ministro Celso de Mello afirma que:

Titulares do poder de agir, em sede jurisdicional, contudo, não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regedora da formação das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas, dispõe da prerrogativa de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam atividade jurídica (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 24642, Rel. Ministro Carlos Velloso).

A condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas não é entendida como parte de um conjunto de atribuições decorrentes do mandato, com reflexos de caráter público, uma vez que se trata do exercício de função política que se legitima por dar cumprimento ao princípio da soberania popular.

Prossegue o Ministro afirmando que:

É por esta razão que não pode, o cidadão, investir-se na posição de parte interessada no controle jurisdicional do processo de criação do direito positivo. O particular não dispõe, assim, do direito subjetivo de supervisionar o processo de formação dos atos legislativos ou constitucionais. A ausência desta prerrogativa desqualifica-o, enquanto pessoa estranha aos corpos legislativos (RTJ 139/783), para a postulação de tutela jurisdicional que objetive resguardar, no procedimento de elaboração das normas, a observância estrita dos princípios constitucionais (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

Esta posição demonstra a desvinculação da atividade jurídico-política de representação parlamentar de seus pressupostos democráticos de legitimação. Retrata uma concepção de cidadania que restringe o espaço público aos representantes, desconsiderando a

concepção de cidadania vigente na atual Constituição. Considera o espaço decisório, neste caso o parlamento, como espaço restrito aos representantes eleitos, desvinculando o povo da atuação de seus representantes

Esta decisão é emblemática de uma interpretação dos direitos políticos que torna as normas constitucionais relativas à cidadania política meramente nominais.

Não se deve, inclusive, tratar o exercício de um mandato representativo como uma questão privada, ainda que sob o rótulo de direito público subjetivo do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares exercem função pública de representação política; e é necessariamente o exercício necessariamente público, no mínimo coletivo ou partidário que poderia encontrar-se em risco (Oliveria: 1999, p. 174)

O mandato coloca o parlamentar em situação jurídica que lhe confere poderes para agir, nos limites impostos pela Constituição e na concretização desta, em nome e sob o controle dos cidadãos em geral, a quem o espaço ocupado pelo parlamentar efetivamente pertence.

A fundamentação apresentada pelo STF como autorizadora de sua atuação nestes casos provoca um fosso entre a compreensão de cidadania e de direitos políticos instituída pela Constituição e sua *práxis* de tribunal constitucional.

A identificação do exercício regular da elaboração legislativa com um direito do indivíduo parlamentar transforma o exercício da função política de representação em um jogo de interesses privados, em meio ao qual o Supremo se coloca como árbitro.

O distanciamento entre o fundamento apresentado e a o princípio da soberania popular (fundamento maior do desenho constitucional dos poderes políticos) torna este controle questionável quanto à sua constitucionalidade.

O papel deste Tribunal, na atual ordem constitucional brasileira, transforma seus entendimentos em interpretação constitucional qualificada, motivo pelo qual suas manifestações em relação ao Poder Legislativo devem ser cuidadosamente analisadas quanto aos seus fundamentos, uma vez que dizem respeito ao exercício da liberdade política por meio da representação parlamentar.

3 O IMPACTO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL NA LEGTIMIDADE DO PODER LEGISLATIVO

Os Tribunais Constitucionais foram idealizados por Kelsen para atuarem como garantes da Constituição (norma maior em sua concepção escalonada do direito) garantindo sua supremacia [2]. Visam garantir a existência do próprio Estado de Direito em face da atuação dos poderes constituídos (Kelsen, 2007).

Uma das justificativas de existência de Tribunais que exercem jurisdição constitucional é a preservação da liberdade (elemento primordial da democracia), em especial da liberdade política garantida por meio das normas constitucionais (Kelsen, 2007). Isto é garantido quando o Tribunal faz cumprir adequadamente as normas constitucionais que incidem no exercício do poder político.

A lógica da supremacia da Constituição, inserida nas modernas democracias, exige que a validade das leis e dos atos do Estado tenha na Constituição o seu fundamento. Essa mesma lógica leva que o Parlamento perca seu papel de guardião supremo dos direitos fundamentais, em favor do Poder Judiciário, em especial dos tribunais constitucionais (Castro, 2002).

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (Kelsen, 2007: p. 132-124). O Tribunal Constitucional torna-se a instância de solução dos conflitos entre os atos dos poderes do Estado e a Constituição.

O Tribunal Constitucional, a quem incumbe primordialmente a guarda da Constituição, cujas normas são supremas no ordenamento jurídico, possui uma força suplementar em seu poder de cognição (Castro, 2002). Trata-se do intérprete constitucional de maior qualificação, uma vez que suas decisões não estão subordinadas à revisão por nenhum outro.

Isto colocou estes órgãos em posição central no arcabouço político-constitucional. Segundo Kelsen:

Esta importância é de primeira ordem para a República Democrática, com relação à qual as instituições de controle são condições de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada deste ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra ao atropelos da maioria. (Kelsen, 2007: p. 181)

Considerando-se que a Constituição conforma juridicamente o exercício do poder político, os Tribunais Constitucionais não atuam de forma que possa ser caracterizada como puramente jurídica, sua atuação também possui teor político. No direito constitucional se esfuma a esfera entre direito e política (Müller: 2005).

Este traço dos tribunais constitucionais foi reconhecido por Kelsen (2007) em seu embate com Schmitt (2007), considerando como inerente à sua função solucionar litígios nos quais a linha entre o direito e a política seja tênue.

Estes Tribunais, porém, possuem o poder de dizer em última instância o sentido das normas de maior grau no ordenamento jurídico, o que faz sem sofrer controle externo institucionalizado. Tal possibilidade oferece o risco de que o Tribunal se torne uma instância autoritária na medida em que utilize esta posição de intérprete qualificado para aumentar seus domínios, forçando interpretações insustentáveis. A obediência aos limites da interpretação possível é essencial para a legitimação de um Tribunal que pretenda se firmar como Tribunal Constitucional.

Por um lado, diversas alterações na configuração político-jurídica do Estado constitucional conferiram ao Judiciário um protagonismo que ele nunca antes havia conhecido. O fenômeno da *constitucionalização* que caracterizou a Europa Ocidental pós Segunda Guerra e a Europa Oriental pós queda do Muro de Berlim, de um lado do Atlântico, e a América Latina com o fim dos períodos de ditadura, do outro, com a fixação de Cortes Constitucionais e o desenvolvimento de uma correlata jurisdição, acarretou um expressivo aumento da função judiciária – em especial no âmbito do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos – desencadeando, dessa forma, acirrados e infundáveis debates acerca do papel, dos limites e da legitimidade dessa atuação (Santos, 2006, p. 10) .

Paralelo à aquisição de força e relevância pelos Tribunais Constitucionais, verifica-se uma diminuição do papel do Poder Legislativo na distribuição contemporânea das funções estatais e a perda de seu poder de representatividade frente à sociedade.

São apontados como causas deste declínio do prestígio do poder legislativo: a concentração de poderes no Executivo, como forma de solucionar os problemas de cunho social (Carvalho Neto: 1999); bem como o questionamento e superação do dogma da completude do ordenamento jurídico através do legislador, cabendo aos juízes a missão de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que viole a Constituição, os Tribunais Constitucionais tornam-se intérpretes constitucionais qualificados, que tem por função primordial permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável (Freire Júnior, 2004).

O Supremo Tribunal Federal decide a partir de um fundamento que corrobora o distanciando entre o exercício do poder político pelo Legislativo e seu titular (o povo). Isto representa um fosso entre os direitos políticos tal como conformados pela Constituição e sua concretização por meio da representação legislativa. Por meio de seu entendimento, exclui o povo do cenário político do parlamento.

Trata-se de um elemento que promove uma perda de legitimidade na medida em que corrobora a visão historicamente consolidada de enfraquecimento do Parlamento em face dos demais poderes, perda de representatividade perante a sociedade pela

apropriação de seu espaço pelos representantes e seus interesses pessoais ou corporativos em detrimento dos representados.

No Brasil, esta situação do Poder Legislativo se agrava em razão dos constantes escândalos que têm exposto seus membros como inescrupulosos e alheios aos interesses da sociedade. Aliada a isto se verifica a existência de uma cultura política patrimonialista e personalista, que firmou no imaginário popular a indistinção, em especial por parte dos líderes políticos, entre instituição pública e domínio privado. .

Sergio Buarque de Hollanda

denotava em seu livro mais bem difundido, *Raízes do Brasil*, a característica fundamental do “homem cordial” brasileiro que, em sua débil vida pública, era tenazmente propenso a não considerar a fundamental diferença entre seu interesse privado e a dimensão da esfera coletiva que o

cingia. Este autor paulistano demonstra em sua obra, mediante o uso de um método intimamente voltado à psicologia e à história social, de que maneira as características por nós herdadas durante o processo colonizador se plasmaram em nossa cultura, desenvolvendo em solo nacional atavismos e arquétipos institucionais tipicamente patriarcais, de uma prática de subordinação à autoridade e de manifesto descaso com os assuntos relativos à esfera pública. (Silveira, 2006)

Os detentores das funções públicas de maior responsabilidade não compreenderam a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Caracterizar-se-iam

pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. (Hollanda, 1969 , p. 105)

A existência efetiva do Estado depende da superação das relações privadas na relação travada entre Estado e Sociedade, almejando-se a formação de um espaço marcado pelo

sobrepujamento desses vínculos particularistas e construção de um espaço de predominância dos aspectos coletivos, públicos por excelência (Silveira, 2006).

O círculo familiar e o Estado

pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma espiritualização de formas mais naturais e rudimentares, uma procissão das hipóstases, para falar como na filosofia alexandrina. A ordem familiar, em sua forma pura, é abolida por uma transcendência" (Holanda, 1969, p. 101)

O insucesso na construção deste estado burocrático, o qual teria propiciado a separação clara entre o público e o privado, atribuindo caráter impessoal à atuação do Estado, fez com que se mantivesse como característica das relações políticas e institucionais a pessoalidade e a indistinção entre as esferas pública e privada.

A estrutura do poder português, transportada para o Brasil, determinou distorções econômicas e sócio-políticas no país (FAORO, 1977). Para este autor, a característica mais marcante do desenvolvimento do Estado brasileiro por toda a sua história foi o patrimonialismo. A formação histórica do Estado Português, segundo Faoro, tem como fundamental peculiaridade centrar-se no fato de que o bem público, da Corte Real, não estavam dissociados do patrimônio que constituiria a esfera de bens do governante. Constitui-se um imenso conjunto de possessões submetidas de fato e de direito à vontade subjetiva do príncipe (SILVEIRA, 2006). A propriedade do rei se confunde nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos da família ou em bens e serviços de utilidade geral (FAORO, 1977).

Nos casos analisados, confirma-se, por meio do exercício da jurisdição constitucional, a cultura de apropriação privada (e sua tolerância) dos recursos e espaços públicos e institucionais a partir do fundamento de legitimação dos parlamentares para a propositura das ações analisadas.

A permanência deste entendimento provoca os seguintes prejuízos para a consolidação da democracia constitucional brasileira: agrava o déficit de legitimidade do Poder Legislativo; corrobora o tratamento patrimonialista e personalista das instituições públicas; promove a expansão do poder de controle do Supremo Tribunal Federal sobre o Poder Legislativo a partir de fundamentos insustentáveis frente à concepção de cidadania e direitos políticos na atual Constituição.

4 A PRÁTICA CONSTITUCIONAL E A REALIDADE POLÍTICA E SOCIAL COMO ELEMENTOS CO-CONSTITUIDORES DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No constitucionalismo atual, a mera previsão legal não mais satisfaz a pretensão de validade de um direito, faz-se necessária sua efetivação, aproximando-se texto e realidade constitucional. A hermenêutica concretista, que tem como expoentes, na Alemanha, Friedrich Muller e Konrad Hesse e, e no Brasil, Paulo Bonavides, oferece uma proposta de interpretação e aplicação do direito que se pauta pela efetividade das normas constitucionais, partindo de uma nova compreensão da estrutura da norma jurídica.

Esta corrente parte de uma crítica ao positivismo jurídico e pretende ir além de suas respostas, as quais, segundo Müller (2005), impossibilitaram desde o início a efetividade do direito visto por esta perspectiva. Este autor enumera as seguintes características do positivismo jurídico: Separação entre o direito e a realidade, com a finalidade de tornar o direito forma pura e garantir sua autonomia frente a outras ciências, o que provocou o esvaziamento do direito no que se refere a questões de conteúdo; identidade entre vigência e validade da norma jurídica, por meio de um critério meramente formal de validade; Identificação entre norma e texto norma; pretensão de sentido unívoco do texto da norma. (MÜLLER: 2005)

A adoção de tais pressupostos provocou os seguintes resultados: A norma é uma categoria meramente abstrata, previamente dada, e o direito não possui um fundamento material; o trabalho com norma é um trabalho apenas com textos; O intérprete, no contexto de aplicação, apenas aplica o que já está posto no texto da norma, mediante um processo de subsunção lógica; O contexto, a realidade social é irrelevante para a decisão judicial; A adequação da decisão ao caso concreto não é relevante, uma vez que o direito não se preocupa com a justiça; a norma, expressa tão somente em um texto, possui um conteúdo previamente definido (MÜLLER: 2005).

No positivismo jusconstitucionalista a Constituição é um sistema formal de leis constitucionais, sem lacunas, sendo que suas normas não podem conter um nexos material com dados da história ou da sociedade que regulamenta. Não se nega a existência de tais nexos, mas são considerados irrelevantes para a ciência jurídica. Como o ordenamento jurídico não tem lacunas, qualquer caso estaria previamente solucionado pelo sistema, pré-decididos (Müller: 2005. p. 23-26)

Pela desconsideração da relação entre direito e realidade social, o positivismo fez com que o direito perdesse em termos de normatividade. A compreensão positivista do Direito e da interpretação jurídica parte de um erro fundamental acerca da própria definição da norma jurídica, considerando que sua estrutura encontra-se toda no texto que a expressa.

Para Müller (2005), a estrutura da norma é composta por seu texto, chamado programa da norma, estabelecendo os limites da concretização possível, e o âmbito da norma, formado pelas circunstâncias relevantes do caso concreto decidendo, consideradas como tais aquelas que o tornem um caso específico perante os demais regulados pelo mesmo

texto de norma. Somente com presença destes dois elementos pode-se dizer que há uma norma jurídica completa. Assim, a norma jurídica somente é encontrada na decisão de casos concretos.

O sentido da norma não pode ser definido previamente apenas por seu texto, porque ela possui um núcleo materialmente circunscrito, o qual se torna claro, diferenciado e enriquecido na norma de decisão de cada caso individual, respeitadas as limitações impostas pelo texto da norma (MULLER: 2005). A validade é aferida a partir de uma dimensão material da norma, seu significado passa a ser entendido como dependente da realidade social à qual ela se refere. A norma não preexiste à realidade, é constituída a partir dela, mediada pelo trabalho do intérprete.

Ordenação e realidade devem ser consideradas em sua relação, em seu contexto e em seu condicionamento recíproco. Para quem apenas contempla a ordenação jurídica, a norma ou está em vigor, ou derogada. Já para quem só leva em conta a realidade política e social, na consegue perceber o problema em sua totalidade, ou será levado a ignorar o significado da ordenação jurídica. (HESSE: 1991. p. 13).

O direito é incapaz de produzir fórmulas abstratas que encaixem perfeitamente os futuros reais casos. Por isto é necessário um processo de concretização que resulte na efetivação do direito, determinando o conteúdo da norma e respondendo satisfatoriamente ao conflito. A norma possui um sentido material que somente pode ser oferecido por seu âmbito de aplicação

Ao operador do direito não mais cabe apenas a realização de uma subsunção lógica entre a norma (premissa maior) e caso concreto (premissa menor), por meio de uma operação eminentemente abstrata, é sua tarefa realizar uma concretização, incluindo no processo decisório a análise do âmbito material da norma na mesma proporção em que se atem ao seu texto (MULLER: 2005). O mero silogismo não consegue produzir decisão adequada, porque não abrange o fundamento material do direito, só funciona com abstrações.

A decisão adequada, considerada como aquela capaz de efetivar um direito dando a resposta que oferece a melhor solução do ordenamento jurídico vigente para aquele caso específico, somente pode ser encontrada consideradas as características fáticas relevantes presentes em cada caso decidendo. Ela tem que conseguir buscar uma fundamentação jurídica que vá além do texto legal. Sua construção envolve aspectos materiais, o que faz com que cada novo caso (um evento histórico irrepetível) requeira uma nova decisão adequada. A normatividade, considerada como a capacidade da norma de conformar a realidade, depende desta possibilidade de adequação entre texto jurídico e realidade jurídica. A norma só vai conformar a realidade se for adequada a ela. Esta adequação se dá pelo trabalho jurídico, tendo-se constatado que a normatividade é de natureza processual (MULLER: 2005).

Paulo Bonavides afirma que todo o esforço de Müller se concentra em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade

interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa, com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional (Bonavides, 2002)

O intérprete tem que fornecer representações logicamente estruturadas de seus processos decisórios. A fundamentação necessária no contexto de uma democracia e de um Estado de Direito encontra-se no processo de concretização apresentado inteiramente. (Müller: 2005)

A clareza e honestidade no que se refere aos métodos utilizados constituem elementos fundamentais do procedimento racional de concretização. Qualquer pessoa cujo trabalho tenha por finalidade oferecer respostas para problemas jurídicos tem a obrigação de expor seu processo decisório. A fundamentação da decisão deve resultar na exposição de representações logicamente estruturadas. A exposição do processo decisório é necessária por duas razões centrais: o trabalho de concretização possui abertura no que se refere à orientação pelo problema e limitação pelo processo racional de concretização direcionado pelo texto das normas; por outro lado, constituem elementos essenciais de um decisão no contexto do Estado Democrático de Direito a possibilidade de contestação pelas partes envolvidas, bem como a segurança oferecida pela juridicidade da decisão frente à Constituição.

A atividade interpretativa é aberta porque se orienta pela solução de problemas, mas, por outro lado, é vinculada porque se dá por meio de um processo racional, por isso a consideração do âmbito material não implica em dissolução da normatividade da regra constitucional.

Isto constitui exigência essencial no contexto de um Estado de Direito Democrático, em especial, em razão da necessidade de decisões que se mostrem juridicamente embasadas e passíveis de serem contestadas. O trabalho jurídico é objetivo na medida em que for um processo estruturável, comunicável e controlável de trabalho com a linguagem.(MULLER: 2005. p 145-151)

No bojo deste procedimento devem ser consideradas as características relevantes para se chegar à melhor decisão que o direito possa oferecer. Não se trata de utilização arbitrária de qualquer circunstância fática. Trata-se de características que estejam normativamente circunscritas, que ofereçam algum tipo de substrato material para determinar o conteúdo da norma. O sentido do texto, não é estático, unívoco, prévio, nem determinado isoladamente, mas direciona e limita a concretização possível em relação com outros textos, o que se dá mediante a interpretação de todo texto jurídico vigente relevante.

Cabe ressaltar que esta função limitadora não se dá a partir do texto, enquanto significado das palavras como um sentido isolado e definido previamente. O texto escrito não possui uma unidade, um centro de sentido, ele participa de processos em

razão de sua relação com outros textos. O limite do teor literal é um dado a ser produzido pelo trabalho jurídico que trate o texto em sua correlação com outros textos do ordenamento que co-determinem seu sentido. (MULLER: 2005. p.143-145).

A decisão adequada deve resultar de um processo decisório, no qual o texto constitucional tem uma função limitadora, e cuja racionalidade deve ser demonstrada pela exposição clara e honesta dos fundamentos da solução encontrada, bem como dos métodos de interpretação utilizados para tal.

O intérprete pode utilizar todos os métodos de interpretação, denominados elementos hermenêuticos: métodos tradicionais de interpretação, jurisprudência, elementos do âmbito da norma, dogmática, teoria constitucional, política constitucional. A hierarquia entre estes elementos deve ser estabelecida em razão de sua maior proximidade em relação ao texto, uma vez que o texto (programa da norma) delimita o espaço possível de concretização (Bonavides: 2002).

A função limitadora do texto aliada ao procedimento racional de concretização atestam a juridicidade da decisão.

Necessário se faz reconhecer que a aplicação do direito decorrente deste processo tem natureza criadora. Ao realizá-lo, o intérprete não se limita a efetuar a atuação da lei ao caso concreto, ele constrói o sentido da norma considerando a realidade que perpassa sua produção.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma ("Gebot optimaler Verklichung der Norm"). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (Hesse, 1991. p. 22)

Para Canotilho, a dimensão criadora da concretização se confirma inclusive pela idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete (Canotilho, 1999). É necessário reconhecer que o operador jurídico não é um ser vazio no meio do nada, o intérprete possui uma origem, um papel social, valores e pré-concepções, resultantes de sua formação pessoal e profissional. Tal constatação não implica, porém, em atribuir um aspecto decisionista à atuação do intérprete, em reconhecer uma normatividade do fático construída pela escolha subjetiva do decisor.

A atuação dos operadores do direito é essencial na efetivação da Constituição. O trabalho jurídico com casos reais determina o conteúdo da norma e cada caso é um caso relevante na concretização da Constituição (Müller: 2005).

O trabalho jurídico requer uma visão além do direito, o direito é uma ciência social, não pode mais ter a pretensão de ser uma ciência pura (Müller: 2005). O intérprete, para realizar uma concretização e não mera aplicação de texto legal, tem que conhecer a realidade social que co-constitui a norma, o que inclui os aspectos sociais, econômicos, ambientais e culturais de uma determinada comunidade.

Esta dimensão construtiva da atividade concretizadora não se faz somente necessária, como também inevitável, dado o caráter dinâmico da realidade social dentro da qual se situam os conflitos, cujas respostas devem ser dadas pelo ordenamento jurídico de forma efetiva. A construção e reconstrução do sentido da norma sem a perda do aspecto deontológico do direito requer uma atuação argumentativa do decisor.

Este aspecto amplia a dimensão da responsabilidade do intérprete pelos resultados da decisão tomada. A mudança do contexto social, de forma a aproximar a realidade do texto constitucional, satisfazendo a pretensão de efetividade dos direitos garantidos, depende, em grande medida da atuação bem-sucedida dos intérpretes.

A atividade do intérprete na construção da decisão adequada é limitada pelo direito que já está posto, ao mesmo tempo que reconstrói e cria o direito para o futuro, idéia que se expressa na metáfora do direito como um livro escrito de forma coerente por vários autores, cada autor continuando o romance do ponto em que parou o anterior (romance em cadeia) (Dworkin: 1999).

Os operadores do direito, ao mesmo tempo em que realizam o direito vigente, também o constroem. Tal constatação é necessária a partir do questionamento do paradigma positivista de análise do direito, pelo reconhecimento de que o direito possui uma dimensão material de validade e seu conteúdo resulta necessariamente do processo hermenêutico realizado por intérpretes situados no espaço e tempo.

Toda interpretação, assim como toda atividade humana dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundo da vida compartilháveis, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; “paradigmas”, mundos da vida compartilháveis, embora plurais, são condições pra a interpretação, são condições de comunicação. Por isso, a atividade de interpretação jurídica não se dá, como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que criou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretense verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou intentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos da vida compartilhados (Oliveira: 2001, p 143 -144).

A não arbitrariedade de tais decisões, sua certeza jurídica e racionalidade decorrem do procedimento hermenêutico utilizado.

No paradigma do Estado Democrático de Direito é de se requerer do Judiciário que tome decisões que ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, quanto no sentimento de justiça realizada que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto (Carvalho Netto: p.480)

O significado da norma, portanto, não é estático, ele sofre mudanças pela via da interpretação, de acordo as exigências da realidade social, política e econômica subjacente.

O Poder Judiciário não escolhe o significado das normas, ele o constrói atendo-se ao direito vigente, geral e universal, na busca pela solução correta para casos que são necessariamente específicos, uma vez que cada caso concreto é um evento histórico irrepitível (Dworkin: 1999). A dimensão construtiva do direito é inerente à função jurisdicional no paradigma jurídico contemporâneo, mas não pode prescindir de um procedimento hermenêutico que garanta sua legitimidade

O Poder Judiciário, ao determinar o significado e alcance de determinada norma, deve pautar sua decisão em argumentações que torne tal significado passível de ter sua correção aferida *a posteriori* (fundada no entendimento acerca de todas as normas incidentes e das características do caso concreto, consideradas as manifestações das partes envolvidas), sob pena de perda da racionalidade da decisão em favor de um subjetivismo pautado por uma escolha valorativa do intérprete.

O intérprete deve interpretar a prática jurídica de forma a construir um direito melhor no futuro, sem, no entanto, se descuidar do passado, atendo-se ao direito vigente, que inclui o direito legislado, os precedentes judiciais e a doutrina jurídica (Dworkin, 1999). A prática jurídica deve provocar a evolução do direito de forma a atender às necessidades do presente, tornar o direito melhor no futuro, sem, no entanto perder a coerência com o passado.

Assim, é o esforço argumentativo do intérprete no contexto de aplicação, pautado em razões de princípio e nas especificidades do caso concreto, que permite a expressão da dimensão construtiva do direito sem que este perca seu caráter de dever-ser, ou seja, sua perspectiva deontológica, e se converta em escolha do intérprete.

Reconhecida esta situação de condicionamento recíproco entre o texto da norma, o trabalho do intérprete e as circunstâncias que permeiam o caso, a atuação de um órgão que aplica a Constituição torna-se essencial para efetivar suas propostas de maneira a

superar, por meio das soluções adequadas para caso concreto, entendimentos e posturas contrárias à efetividade dos direitos estabelecidos.

Um Tribunal constitucional se coloca, portanto, como fiel da balança entre a sociedade política que se pretende superar e a sociedade política em construção quando está em jogo os seus contornos estabelecidos pelo Direito, por meio da Constituição.

Tratando-se de entendimentos que são proferidos definitivamente sem possibilidade de revisão por outro órgão (típico da atuação dos tribunais constitucionais), tem-se a chancela de práticas políticas contrárias ao Direito, ou o impedimento destas práticas a cada decisão. Na medida em que cada decisão é proferida pelo Tribunal Constitucional em desacordo com a Constituição, esta perde em efetividade e perde-se a oportunidade de acrescer uma nova parcela de sustentabilidade ao Estado de Direito. Esta é a situação constatada nas ações analisadas no que se refere ao seu fundamento de admissibilidade.

CONCLUSÃO

A mudança na compreensão do mandato parlamentar em razão da passagem para um Estado Democrático se deve ao reconhecimento de que a soberania pertence ao povo, que inclusive deve exercê-la de forma direta, o que confere legitimidade ao exercício do poder político. O espaço político não é mais entendido como o espaço dos mais capazes, inserir-se nele é essencial a um efetivo exercício de cidadania. Assim, o cidadão não se desvincula do exercício do poder no momento em se compõem os órgãos eleitorais.

O mandato parlamentar se legitima na medida em que se constitui em instrumento de efetivação da soberania popular, exercido no interesse e sob o controle dos cidadãos em geral, dentro dos limites estabelecidos pelas normas materiais e processuais estabelecidas pela Constituição.

Ao realizar o controle de constitucionalidade do processo legislativo, cuja condução constitui uma das atribuições incluídas no exercício do mandato parlamentar, o Supremo Tribunal Federal apresenta uma concepção que separa os cidadãos em geral do exercício do poder político. Isto se percebe pelo entendimento deste tribunal de que a regularidade do processo legislativo (constitucionalidade/legalidade) constitui interesse pessoal do parlamentar e não uma questão que reflita os direitos fundamentais de todos, principalmente os direitos políticos.

A persistência desta compreensão após a Constituição de 1988 representa uma desconsideração das normas constitucionais vigentes. Ao fundamentar suas decisões de forma contrária ao que estabelece as normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal deixa de cumprir seu papel de garantir a supremacia da Constituição, utilizando de maneira inadequada seu poder de cognição qualificada.

Esta postura do Supremo Tribunal Federal estabelece uma concepção acerca do mandato parlamentar que mostra o Poder Legislativo como instituição carente de respaldo na soberania popular, situação contraditória em um quadro constitucional que

mescla instrumentos de democracia direta e indireta, inclusive, estabelecendo o voto como cláusula pétrea da Constituição.

Ademais, promove a confirmação oficial da apropriação do Congresso Nacional pelos interesses particulares ou corporativos, corroborando a imagem socialmente construída de que esta instituição, seguindo a tradição política patrimonialista, não atende aos interesses sociais, mas aos de seus componentes. A consolidação desta imagem, por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal, oferece o risco de que o Poder Legislativo seja, cada vez mais, visto como instituição corrompida e dispensável. Assim, caminha-se para um avanço cada vez maior do Executivo e do Judiciário sobre suas funções, em detrimento da liberdade política consubstanciada na elaboração legislativa constitucionalmente conformada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. Ciência política. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, n. 3, p. 473-486, mai.1999.

CASTRO, Flávia Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 38, p. 289-303, jan./mar.2002.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. A democracia e os três poderes no Brasil. Luiz Werneck Vianna (Coord.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, São Paulo, v.18, n.51, p. 151-159, mai./ago. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estudos Avançados, v. 11, n. 31, p. 211-222, set./dez. 1997.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS20257. Rel. Ministro Décio Miranda, 1980. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 20257...>>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS20452. Rel. Ministro Aldir Passarinho, 1984. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 20452...>>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS22503. Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 22503...>>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS23047. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1998. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 23047...>>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS24138. Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 2002. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 24138...>>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS-agR 24667. Rel. Ministro Carlos Velloso, 2003. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 24667...>>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS24642. Rel. Ministro Carlos Velloso, 2004. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E 24642...>>.

DWORKIN, Ronald. "Direito, Filosofia e Interpretação". Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n 5, jan./jun., p. 44-71, 1997.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. M. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 2 vol. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 238, p. 37-41, out./dez. 2004.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto alegre: Safe, 1991

HOLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra Carl Schmitt. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 1, p. 87-108, jul./dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo: a questão fundamental da democracia. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 167-190, 1º e 2º sem. 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito constitucional. v. 3. Belo horizonte: Mandamentos, 2002.

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da Teoria Estruturante de Friedrich Müller. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SILVEIRA, Daniel Barile. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Viana. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2008.

[1] Ressaltamos que na publicação do acórdão, no portal www.stf.gov.br, onde fizemos a consulta do inteiro teor das decisões analisadas, consta como relator do acórdão o Ministro Décio Miranda e não o Ministro Moreira Alves, o que justifica a divergência entre as informações sobre o relator do acórdão.

[2] Ressalte-se que a função do controle de constitucionalidade no modelo de controle difuso não se afasta da mesma finalidade dos tribunais constitucionais: a preservação da supremacia da Constituição frente aos poderes constituídos. Por esta razão trata-se, no presente trabalho, uma questão de controle realizado na forma difusa relacionando com a atuação do STF como Tribunal Constitucional, visto que este tribunal realiza as duas

espécies de controle em relação à atividade legislativa, reforçando ainda mais seu poder de cognição ao controlar o Poder Legislativo.

CIDADANIA PROCEDIMENTAL: A IDEALIZAÇÃO HABERMASIANA NO BRASIL

CITIZENSHIP PROCEDURAL: THE IDEALIZATION HABERMASIANA IN BRAZIL

**Santiago Artur Berger Sito
Carolina Salbego Lisowski**

RESUMO

O presente artigo busca identificar uma investigação pela importância do conceito de cidadania no seio da teoria habermasiana discursiva de direito procedimental. A tentativa de resgatar tal conceito perpassa por um duto maior: o remontar próprio da ciência jurídica, em sua totalidade, regatando-se parte a parte de contextos contingentes. Complexidade, sistemas, policontextualidade, hermenêutica, verdade e consenso passam a ser conceitos dos quais o direito não pode ser alheio. Compreender como a cidadania foi concebida e sua importância para absorver o que é, como funciona e quem exerce o direito é crucial. Poder e soberania tornam-se contrapontos a serem postos de frente com a cidadania, compreendendo-os sob a visão do jurista alemão Jürgen Habermas, pode-se chegar a um papel, uma função, algo que se debata contra o perdimento heideggeriano do sujeito em tempos de globalização sufocante do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA, HABERMAS, PROCEDIMENTALISMO, RAWLS, LIBERDADES, DIREITOS CIVIS

ABSTRACT

This article seeks to undertake a search for the importance of the concept of citizenship within the theory of discursive Habermasian procedural law. The attempt to rescue this concept walks by a major product: the back of legal science itself, in its entirety, regatando up both sides of the quotas. Complexity, systems, policontextuality, hermeneutics, truth and consensus become the concepts of which the right cannot be independent. Understanding how the citizenship was conceived and its importance to absorb what, how and who exercises the right is crucial. Power and sovereignty become counterpoints to be put in front to citizenship, including them under the vision of German lawyer Jürgen Habermas, you can reach a role, a role, something to discuss against the subject's heideggerian's lossness in times of suffocating globalization of the individual.

KEYWORDS: CITIZENSHIP, HABERMAS, PROCEDIMENTALISMO, RAWLS, FREEDOMS, CIVIL RIGHTS

INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas ocupou-se extensivamente em construir uma teoria discursiva para resgatar, pós 2ª Guerra Mundial, os destroços da razão que provaram não sustentar a segurança de um sistema político normativo. Em sua teoria do direito, no cerne, os direitos subjetivos ocupam um local de destaque, pois delimitam a liberdade subjetiva que desenha o papel do cidadão dentro do sistema de direitos moderno.

Visando reconstruir esse caminho (da liberdade subjetiva) Habermas traz o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[1], *in verbis*: “IV - A lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer castigue; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é prejudicial.” [2].

Percebe-se o quanto este artigo da Declaração tem conexão com a idéia kantiana de princípio geral do direito. A liberdade de um sujeito é garantida até onde não prejudique a liberdade coletiva circundante. John Rawls, em seu primeiro princípio da justiça, estatui que: “todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais.”[3]. O conceito de lei vem ao encontro de tal aspecto, eis que exterioriza características como generalidade e abstração. Vale então, perceber os desafios da prática legislativa, tendo em vista a necessidade de se cotejar direitos individuais e coletivos em um fazer jurisdicional e legislativo cada vez mais complexo.

CIDADANIA: O SUJEITO AUTOR-DESTINATÁRIO

Mas um círculo envolve essa sistemática paradoxalmente: o mesmo sujeito de direito que goza de liberdade *conforme* a lei é o responsável pelo exercício de seu poder de soberania popular, ao *produzir* a lei. Deste ponto de vista se explica a legitimidade pela legalidade. O direito só é legítimo quando produzido legalmente (ou seja, dentro dos trâmites procedimentais delineados pela lei) e só há produção de leis se oriundas de uma iniciativa (popular) legítima (direitos políticos). Habermas ressalta que o processo legislativo precisa dessa componente democrática acentuada até a última instância, para a formação de um composto legal fruto de um entendimento dos sujeitos acerca de sua convivência em conjunto.

Imperioso, nesse instante, voltar-se atenção ao que se tem sobre cidadania. Expõe José Murilo de Carvalho[4], citando Bryan S. Turner, que existem diferenças nas formas de constituição e na aquisição, por assim dizer, de cidadania, sendo que, inicialmente, podem-se apontar dois eixos, os quais, posteriormente, sub-rogam-se em quatro tipos distintos de cidadania.

A existência de dois eixos justifica-se tendo em vista que representam naturezas distintas de formação da condição cidadã, sendo uma “de baixo para cima e outra de cima para baixo”[5], ambas as direções tendo em vista o sentido em que as opera essa

constituição: se de baixo para cima refere-se a uma cidadania marcada por lutas populares, a fim de conquista e estabelecimento de um Estado Democrático de Direito. A cidadania que se constrói no sentido oposto, por sua vez, mantém relação com a dicotomia entre público e privado, viés esse que Habermas alude quando aborda a um espaço do fazer legítimo. Sobre esse sentido de construção, bem explana Carvalho:

A cidadania pode ser adquirida dentro do espaço público, mediante a conquista do Estado, ou dentro do espaço privado, mediante a afirmação dos direitos individuais, em parte, sustentados por organizações voluntárias que constituem barreiras à ação do Estado[6].

Expostas essas primeiras possibilidades para identificar a origem da cidadania, além, por óbvio, das características idiossincráticas a cada formulação, o autor apresenta a segunda partição, a qual advém dos dois eixos, mas que origina quatro diferentes concepções de cidadania, as quais podem ser conquistada de forma ascendente – de baixo para cima – no espaço público, no mesmo sentido, porém dentro da esfera privada, a contrário senso, no sentido de cima para baixo, no espaço público, e como exemplo bastante claro, nessa concepção, a idéia de universalização dos direitos, e, por fim, de forma descendente, no espaço privado, estabelecida através de uma lealdade recíproca entre Estado e cidadão.

Mais interessante que se tentar configurar, especificamente, a forma de cada uma dessas cidadanias é, justamente, perceber o quão amorfa e, por isso, complexa de ser compreendida dentro de um aspecto estático e definitivo. Percebe-se, a partir dessas definições, que delimitar cidadania como a qualidade de um sujeito dotado de direitos políticos e sociais obsta, em grande parte, a carga que “ser cidadão” tem consigo. A cada forma e processo de constituição, a cidadania constrói-se de maneira particular e carrega consigo toda carga ideológica que a fez emergir, a qual, em nenhum momento, pode ser desconsiderada.

Como já citado, interessa-se Habermas pela constante conexão entre autonomia privada e pública. Mesmo ao tratar do direito subjetivo do cidadão, o filósofo alemão trata de recordar como Savigny conceituara autonomia privada: “o poder que compete à pessoa singular: uma região onde domina a sua vontade – e domina com nosso consentimento” [7]. A autorização coletiva para um sujeito usufruir sua liberdade é uma componente da autonomia pública na autonomia privada, no sentido de autorização. Só em Kelsen que direito subjetivo em geral tornou-se alvo de proteção pleno, garantindo ao sujeito a faculdade de exercitá-lo.

Mesmo após a II Guerra Mundial, com a queda da “confiabilidade” do direito estritamente liberal, as conotações entre autonomia privada e moral não se sustentaram. O liberalismo rejuvenesceu e recupera espaço nas construções estatais, tornando-se pano de fundo de uma capitalização vociferante da realidade econômica mundial. O direito subjetivo foi “desfigurado por um modo de ler individualista”[8], esquecendo do suporte que o reconhecimento social dá ao indivíduo. Esses direitos que os indivíduos atribuem-se reciprocamente é que é chamado de direito objetivo (autonomia pública).

Com vistas no direito objetivo, Habermas passa a tentar legitimar o direito positivo, ou seja, aquele produzido via procedimentos democráticos de produção de leis. A

democracia do procedimento resgata, por sua vez, sua legitimidade na soberania do povo.

As primeiras considerações partem da doutrina kantiana do direito. Kant enumera três princípios (da moral, do direito e da democracia – que Kant chama de modo de governo republicano) que Habermas compreende em um só, qual seja, o da auto-legislação. Esse conceito, explica Habermas, é uma reação à frustrada tentativa de Hobbes em esquematizar um contexto jurídico legitimado subjetivamente. Frustrada porque Hobbes, ao desenhar o estado de natureza e engendrar o contrato (instrumento burguês-liberal) social como forma de ceder parcela da liberdade subjetiva a um escolhido, falhou em perceber que as posturas determinantes de tais atitudes dos partidos envolvidos eram orientadas pelo sucesso e não pelo entendimento.

ALTERIDADE E RECIPROCIDADE: CIDADANIA RECONSTRUTIVA

Essa troca de lógica empurra Habermas a prescrever as únicas condições pelas quais é necessário passar para se atingir uma cooperação protegida, de fato. A primeira trata da reciprocidade. Os sujeitos precisariam compreender “a assumir a perspectiva de um outro e a considerar-se a si mesmos na perspectiva de uma segunda pessoa”^[9], ou seja, a condição de alternância do sujeito em seus papéis enunciativos de sentido. Em segundo lugar, os contratos deveriam poder ser parciais, fechados entre sujeitos e partidos, para estes, num segundo momento, repassar liberalidades naturais. Kant compreendeu, desta caminhada hobbesiana, que os direitos subjetivos não poderiam buscar na construção burguês-liberal um ideal de fundamentação. A chave do assunto residiria no contrato. Falando sobre a soberania, Kant afirmou: “Aqui, porém, não é possível o ato volitivo de nenhuma outra vontade a não ser a de todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo.”^[10]

A fundamentação de um direito moderno, atualmente requer discursos mais eficazes e concretos, como os direitos humanos e a soberania popular, o que deve ser percebido pelo legislador. Habermas concebeu-os separadamente, dentro de suas particularidades. Kant e Rousseau procuraram compreender um modo que a teoria moral-cognitiva dos direitos humanos e a teoria ético-voluntária da soberania popular “se interpretassem mutuamente”^[11]. Kant mais pelo lado liberal, dos direitos humanos. Rousseau mais pelo lado republicano, da soberania popular.

Habermas aproxima os conceitos da seguinte forma: o sistema jurídico precisa funcionar sob a ótica de um ordenamento preciso e bem construído, como bem já se constatou na trajetória das construções jurídicas. As leis de tal sistema exigem, no seu processo de criação, a adoção de uma sistemática procedimental democrática, para permitir que os sujeitos de direito ditem, conforme suas ações orientadas pelo entendimento recíproco de algo no mundo, o conteúdo normativo e figurem livremente deste como autores (exercício liberal de usufruto da soberania popular). Já os direitos humanos podem ser vastamente pesquisados e entendidos como substrato informador do conteúdo jurídico destas produções democrático-soberanas. Só assim a mutualidade

das interpretações será ainda possível. Com o emprego de faculdades é que se transformará comunidades inteiras de pessoas em autênticos cidadãos exemplarmente considerados. Esse é o princípio aglutinado da auto-legislação. O cerne do princípio reside no “conteúdo normativo de um *modo de exercício da autonomia política*, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, e não através de leis gerais.”[12] Compreender os destinatários dos direitos os próprios autores é a idéia chave deste ponto.

Para tanto, Habermas afirma que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” [13]. Quando emprega a palavra *válidas*, o filósofo alemão pretende legitimar a norma jurídica construída num contexto participativo-democrático. Só tal premissa consegue debruçar sobre a norma a presente qualidade. Essa validade justifica a imposição e as coerções na desobediência. Se tal validade não estivesse presente, inócua seria a norma construída sem a devida carga democrático-legislativa. Essa norma se dirige a determinados sujeitos. Estes fazem parte de uma comunidade jurídica que Habermas já delimitou como *destinatários*. São, portanto, aqueles que serão atingidos direta e indiretamente pela aplicação judicial e social da norma. Na função de reguladora das relações intersubjetivas, a norma atinge, imparcialmente, sujeitos de direitos que *precisam* obedecer. Precisam porque o *codex* institucionalizado desenha sanções. Diferente do *codex* moral não institucionalizado. O discurso racional é momento do agir comunicativo e da atuação dos *atores*, como bem se refere Habermas, do ato de constituir legitimamente. Do somatório de sujeitos imbricados em discursos orientados pelo entendimento, diante de posturas participativas, a comunicação atinge seu ápice, acolhendo e distribuindo contribuições, informações e argumentos, sempre *simetricamente*[14].

Nesse mesmo sentido, Carvalho lança luzes sobre o que seria a essa relação indispenável entre Estado e cidadão, no qual este agiria como a pedra de toque à efetiva atuação daquele. Segundo o autor, “estadania” é a expressão que, exatamente, nomeia essa interligação, uma vez que se refere à “afirmação cívica da cidadania”[15], ou seja, considera a cidadania junto ao estado e não apenas em face ao sujeito que, supostamente, a possui.

Mas como instrumentalizar essa produção válida de normas de ação nos contextos de sociedades complexas? A resposta habermasiana caminha no princípio da democracia. Habermas entende que o princípio da democracia “destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”[16]. Termos como auto-legislação, agir comunicativo e validade retornam para explicar o porquê do princípio da democracia. Tal princípio não fundamenta ações subjetivas. Por tal razão tem um caráter muito mais formal do que material. Ou melhor: sua materialidade consiste em desenhar formalidades. A democracia é tida como uma componente crucial de auto-organização de uma comunidade que pretende ter como válido o objeto legislado. As responsabilidades do princípio democrático são: garantir aos sujeitos de direitos sua efetiva participação, garantir a simetria das contribuições sem distinção alguma, garantir contextos comunicativos capazes de permitir a extensiva utilização da razão comunicacional coletiva, e orientar a produção do próprio direito[17], dentro de contextos dialógicos.

Mas Habermas ressalta um aspecto de agir: ele precisa ser livre e partir da vontade desinteressada do sujeito de direito. Apoiado em Klaus Günther, o filósofo alemão faz uso do conceito de “liberdade comunicativa”, ou seja, a liberdade de posicionar-se ante os proferimentos que levantam pretensões de validade lançados no médium lingüístico por sujeitos considerados “adversários”. No verso dessa liberdade reside o dever do singular que levantou o argumento a necessidade de produzir um discurso plausível de justificação e de defesa argumentativa de sua pretensão de validade. Nesta senda, Habermas sepulta o egoísmo originário que Kant dissimulou no princípio da democracia. Mesmo que o sujeito de direito não vislumbre teleologicamente resultado favorável à sua pessoa, em uma decisão moldada comunicativamente, ele poder simplesmente concordar. A racionalidade que o procedimento evoca é capaz de congrega até o agir orientado pelo sucesso (individual), pois verifica num médio ou longo prazo um entendimento comunicacional (sucesso coletivo).

Ou seja, a liberdade comunicativa permite que os sujeitos venham a se excluir do processo, mesmo sem justificar-se, simplesmente pelo fato de não acreditarem na sistemática da divisão social do trabalho. Ela carrega o direito à indiferença[18]. Mas o indivíduo possui o direito de renunciá-la, de forma que há, portanto, discricionariedade individual para tanto.

Na retomada do princípio do discurso, Habermas explica que direito e princípio da democracia só restam separados momentaneamente. Da mixagem entre princípio do discurso e liberdades subjetivas surge a forma jurídica contemporânea. Que institucionalizada produz o princípio da democracia. Os conceitos de forma jurídica (não institucionalizada) e princípio do discurso (substrato da forma jurídica) constroem a base semântica de qualquer ordem jurídica que se considera legítima. Para Habermas, esta mistura de produz três categorias de direitos:

- 1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*;
- 2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito;
- 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.[19]

O primeiro tem influência de Savigny e Rawls, como já elucidado. Todos os sujeitos devem possuir a maior liberdade individual possível, desde que seja igual para todos. Essa premissa guarda relação com a simetria dos participantes do agir comunicativo que orienta os processos de auto-legislação em uma comunidade de sujeitos agregados voluntariamente. Autores destinatários e destinatários autores.

O segundo tópico versa acerca deste caráter voluntário de participação dos eventos de uma determinada comunidade de direito. Não se trata de voluntarismo na estruturação, na produção ou na aplicação das normas. O caráter voluntário reside apenas na participação ou não da comunidade, ou seja, na subordinação ou não de determinado sujeito aos ditames estatuídos, aceitos e produzidos por aqueles que legitimamente impuseram à ordem da forma com a qual se apresenta. O sujeito precisa de um direito à

auto-exoneração, do contrário é ferido em sua autonomia de cidadão. Sendo manifestamente contrário aos conteúdos cogentes do seu ordenamento local, nada pode impedir o sujeito de outro local procurar. A vida em sociedade exige do sujeito a aceitação de parâmetros e medidas. O descompasso não pode ser fator de sofrimento e sim de reflexão.

O terceiro direito diz respeito aos direitos fundamentais de acesso à justiça e do devido processo legal. Desde que o estado de natureza foi abandonado e o Estado Nacional monopolizou o exercício de dizer o direito, os sujeitos precisaram lançar mão de manifestações públicas para ver seus conflitos dirimidos. O acesso a Justiça passou a ser a forma que o cidadão tem para ver sua pretensão, ao menos, apreciada. O devido processo legal é a garantia de que interesses ilegítimos não partiriam sua pretensão em exequível e impossível. Por certo, se o Estado Nacional retirou dos senhores feudais a possibilidade de dizer o direito, também precisaria manter um canal de comunicação entre partes e juiz. Essa categoria tem um cunho procedimental nítido.

Percebe-se que o procedimento assume um fator mediador, diferente do que muitas vezes se pensa, que comunica instâncias afastadas pelos interesses contingentes da época. Um sujeito desprovido da atenção jurisdicional espacialmente e temporalmente é objeto de fácil manipulação e sujeição. A dominação se torna algo “corriqueiro”.

Verifica-se que Habermas procurou elencar os elementos sem os quais qualquer ordem jurídica é ilegítima, em qualquer condição espaço-temporal. Por exemplo: o direito da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da vida, da integridade física, da liberalidade, da escolha da profissão, são todos desdobramentos do direito geral à liberdades subjetivas iguais. Da mesma forma, a proibição de extradição, de cassação de direitos políticos (do qual se permite apenas a suspensão), etc. é desdobramento do direito ter um *status* geral de um membro de uma associação livre de sujeitos de direito. Todas as garantias processuais são seguranças dos sujeitos a livre apreciação de sua pretensão manifestada em processo judicial (ex.: *non bis in idem*, proibição de tribunais de exceção, independência funcional do juiz, devido processo legal, etc.)

As três categorias desenham sujeitos determinados à auto-legislação. Mesmo como destinatários precisam sentir-se autores, razão pela qual Habermas formula uma quarta categoria: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.”[20]

A quarta categoria diz respeito ao princípio da democracia. Todo cidadão precisa voluntariamente, saber que seu direito de participar é exercitável, especialmente em condições simétricas de comunicação, para formular um ordenamento efetivamente legítimo, ou seja, mais comprometido com os ideais delineados em sociedade, conforme pretensões de validade criticáveis e, principalmente, sustentáveis em níveis de argumentação e fundamentação diferenciados. Novamente idéias de auto-legislação, destinatários como autores e autores como destinatários, e outros conceitos reaparecem para justificar contextos de agir comunicativo. Quando trata do quarto direito fundamental, Habermas desenha essa transformação de “teórico que ensina os civis a se entenderem e a se reconhecerem em seus direitos reciprocamente” para “os civis se auto-compreendendo, assumindo sua autonomia através da linguagem pré-selecionada do direito, de autores e não só de destinatários de direitos”[21]. Neste ponto Habermas

faz um interessante levantamento: ele alega que ao se abandonar as esferas do “eu” e do “tu”, é preciso abandonar a pretensão de entender e avaliar os sujeitos de direitos a partir da *nossa visão*. Ou seja, são os próprios sujeitos de direito que são capazes de eleger seus valores. Eles que tem a titularidade de transformar princípio do discurso em princípio da democracia. Desde que haja racionalidade no *iter*, exteriorização simétrica de liberdades comunicativas e aplicação de princípio do discurso orientado pelo entendimento, haverá uma construção legítima de direitos[22].

Por fim, Habermas descreve a quinta categoria de direitos: “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados anteriormente”[23]. Esta categoria trata de uma busca pela igualdade material. Trata-se de pensar a sociedade como um seio solidário, disposto a ajudar os mais necessitados espontaneamente. As condições de vida passam a ser objetivo de diversos órgãos que prestam serviços de cunho filantrópico. Para permitir um uso e gozo pleno dos primeiros quatro direitos elencados anteriormente, mister se faz que os sujeitos tenham possibilidades de chegar em posições diversificadas, independentemente de limitações econômicas. As exigências taxativas das categorias anteriores produzem esse quinto termo, com ordens de caráter formal, ou preventivo, em relação aos sujeitos.

Mas Habermas reconhece que a simples teoria e sua fundamentação destas categorias de direitos são incapazes de sustentar sozinhas as complexidades encobertas pela agir orientado pelo entendimento, com posturas participativas, visando um processo de auto-legislação à luz da efetiva cidadania, seja ela como for constituída. É necessário que o componente Estado faça parte desta imbricação, para contribuir e problematizar a sistemática de democraticamente legislar de si mesmo para si mesmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Poder-se-ia falar em um direito procedimental no Brasil atual, sem ferir os ânimos exaltados pela luta contra o positivismo jurídico?

A corrente procedimental do direito regula a faticidade da necessidade de uma segurança jurídica e a validade da correção jurisdicional através de um sistema normativo compreendido sistematicamente. Esse fator aproxima-o da corrente positivista. Isso se deve a observância prioritária da ordem legal, eis que essa representa o ideal democrático, comunicativamente construído, em ampla construção produzida por sujeitos de direito emissores de atos de fala em condições de simetria argumentativa. Daí a confusão (ou não, conforme se verá) erigida por aqueles que consideram o procedimentalismo com *longa manus* do positivismo.

Assim, a dúvida trazida acima, de fato, se justifica. Tanto que Luiz Moreira afirma:

No entanto, estes processos políticos de formação e institucionalização da vontade democrática dos cidadãos, livres e iguais, são necessários, mas não suficientes para a efetivação da liberdade. A sua circunscrição nos limites da faticidade procedimental

instituída pelo ordenamento jurídico pouco ou nada difere das formulações do *positivismo* ou do *normativismo jurídico* – dado que resultaria no abandono de uma instância crítica ou regulativa –, uma vez que assumiríamos, agora sim, uma posição dogmática em *sentido estrito*.^[24]

Se Habermas pretendesse alongar a percepção exegético-normativista, não teria reconstruído o direito, como sistemática interpretativa. Nem pretenderia uma via capaz de solidificar correção jurisdicional com segurança jurídica. Simplesmente optaria pela via kelseniana de direito conforme a lei. O recorte axiológico produz uma certeza (dogmática) que mascara um resultado correto, mas que ao menos produz “certa” segurança jurídica. Atualmente o modelo encontra seu declínio, principalmente pelo fato de ser incapaz de produzir, efetivamente, seu desiderato justificador.

Mas a idéia habermasiana não pretendeu esses trilhos. A *terceira via*^[25] sempre foi seu objetivo, e tal pensamento fica claro no seguinte trecho:

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.^[26]

Ou seja, Habermas reconhece e parte destas duas paradoxais compreensões da ciência jurídica para reconstruir o direito, a partir dele mesmo. Utilizando esses pressupostos, Habermas oferta a terceira via, para regular a tensão entre a facticidade e a validade, interna e externamente ao direito.

Mesmo assim, se se pode considerar o positivismo como um derradeiro fim do procedimentalismo, então é preciso compreender as limitações do próprio positivismo em si. Desse ponto em diante, aplicável a doutrina de Lenio Luiz Streck, cujo maior mérito é, sem dúvida, perceber e enumerar as razões da inaplicabilidade da teoria discursiva habermasiana (e de forma mais ampla, a insuficiência do positivismo jurídico) no Brasil. A incapacidade brasileira de absorver a contingência teórica de Habermas se revela de muitas formas, e destas tratar-se-á a partir de então.

Que o procedimentalismo alimenta-se do dogmatismo, Habermas deixa claro, quando afirma que

esta idéia [procedimentalismo] é ‘dogmática’ num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é ‘dada’ através da estrutura lingüística das formas da vida sócio-culturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.^[27]

O que não resta claro é esse sentido *sui generis* que Habermas menciona. Até onde se pode perceber, o dogmatismo referido tem as mesmas características de qualquer outro dogmatismo, ou seja, pré-determinando comportamentos e interpretações, esquivando-se da realidade delineadora de casos concretos, eis que pretensiosa ao ponto de pré-julgar os fatos, antes de compreendê-los. Para o filósofo alemão, o grande mérito de sua teoria está no fato de superar a necessidade de pré-determinação daquilo que é bom, ou ideal, para a sociedade, como faziam os paradigmas liberais e sociais. A única formalidade está na observância do procedimento para a construção de uma materialidade comprometida com a coletividade. Seu conteúdo não é o mais importante. Aliás, nem importante é^[28]. O importante é que a tensão entre facticidade e validade resta apaziguada por um contexto estrutural lingüístico, das formas de vida sócio-culturais, que permitem aos sujeitos identificar-se com aquilo que são e com aquilo que defendem.

Porém, Streck é perspicaz quando ataca o dogmatismo, pois engendra contra tal compreensão a culpa pela indeterminabilidade do direito. Os contextos normativos que pretendem a completude do ordenamento não o fazem sem recorrer às conjunturas principiológicas. Recordar-se que completude é “a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de ‘lacuna’, ‘completude’ significa a ‘ausência de lacunas’”^[29]. Mas a suprema dificuldade de previsão de *todas* ocasiões é ressaltada por Perelman:

Para construir um instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade.^[30]

Neste trecho Perelman salienta todas as características pretensamente abarcadas pelo positivismo jurídico, quais sejam: a completude, a unidade e a coerência. E Habermas, mesmo intencionado a quebrar tal barreira, nela apenas se soma. Pois não há como pretender construir uma nova ordem (legal) para um modelo (brasileiro) de tamanhas desigualdades sociais. Talvez o maior obstáculo a proliferação conceitual da teoria discursiva habermasiana no Brasil resida justamente nesse ponto, qual seja: sendo a democracia representativa alvo de tantas críticas^[31], é natural que o simples observar do procedimento legislativo não represente *suficiente* garantia acerca da materialidade do ordenamento, principalmente por que o contexto positivista (e seus defeitos) não seria(m) sequer abalado(s) por tal teoria.

Lenio também aponta importante deficiência do positivismo neste trecho:

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade.^[32]

Conclui-se, que positivismo e procedimentalismo não são sinônimos. São entes apartados. Mas a separação não é tão visível, é mais transparente e opaca. Exige perceptibilidade. Os juristas e legisladores do Brasil, nesse ínterim, precisam medir as aplicabilidades habermasianas, mas antes disso, compreendê-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania: Tipos e percursos**. Rio de Janeiro: Estudos Históricos n.º 18, 1996

_____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9ª Ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOREIRA, Luiz. *Direito, Procedimento e Racionalidade*. In: MOREIRA, Luiz. (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 1999. Col. Primeiros Passos.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[1] Trata-se de documento carregado de profunda carga axiológica. Representa, sinteticamente, a luta empreendida pelo terceiro estado francês, pela igualdade solapada da massa social, que pesadamente sustentou o clero e a nobreza num contexto de extrema desigualdade de pré-revolução francesa, datada de 26 de agosto de 1789. Fonte: Wikipedia.

[2] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm> Acesso em: 28/03/2008, às 17h.

[3] RAWLS, John apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 114.

[4] TURNER, Bryan, apud CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania: Tipos e Percursos**. Rio de Janeiro: Estudos Históricos n.º 18, 1996. p. 1.

[5] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania: Tipos e Percursos**. Rio de Janeiro: Estudos Históricos n.º 18, 1996. p. 1.

[6] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania: Tipos e Percursos**. Rio de Janeiro: Estudos Históricos n.º 18, 1996. p. 1.

[7] SAVIGNY, Friedrich Carl Von apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 116.

[8] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 120.

[9] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 124.

[10] KANT, I. apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 127.

[11] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 134.

[12] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 137.

[13] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142.

[14] Tal aspecto merece maior atenção. A simetria exige que o contexto comunicativo considere os sujeitos de direitos igualmente. Proposições emitidas por sujeitos precisam ser admitidas, consideradas, contraditadas e utilizadas em igualdade. Caso contrário haveria justificada iminência de instabilidade pela errônea distribuição da atenção

coletiva. Os pressupostos do agir comunicativo, dessa forma, impulsionam os sujeitos a serem considerados simetricamente. Este termo posiciona no centro da discussão os parâmetros do entendimento, impedindo que venham a pender para qualquer dos posicionamentos polarizados. A simples possibilidade de permitir um posicionamento parcial esvazia o agir comunicativo de credibilidade, depreciando sua legitimidade como instância reguladora da ação humana (em última instância, da ação social). Tanto Rawls como Savigny são exemplos dessa simetria quando afirmam que é direito de todos *iguais* liberdades subjetivas.

[15] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9ª Ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p.225

[16] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 145.

[17] A última função merece comentário. O princípio da democracia, além de garantir contextos de utilização e exercício do agir comunicativo, precisa determinar os rumos e caminhos do direito. Habermas menciona que não basta a democracia garantir acesso e institucionalizar opiniões. Ela precisa proporcionar a forma que as regras jurídicas adotarão, em face dos contextos modificativos da atualidade.

[18] Deste direito à indiferença tratou José Joaquim Gomes Canotilho em seu *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Nesta obra comenta a legitimidade dos atos daqueles sujeitos que usufruem seu direito político do voto depositando na urna uma cédula completamente em branco (por isso chamado de “partido dos brancos”). Seja pela descrença, pela falta de opção, ou qualquer outro motivo, o eleitor tem o direito de abster-se de contribuir e tal direito considera-se legítimo. Essa liberalidade é justamente um exemplo da *liberdade comunicativa* que Günther e Habermas tratam.

[19] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 159.

[20] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 159.

[21] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 163-4.

[22] Embora, neste trecho não apareça a palavra “etnocentrismo”, a idéia é por demais presente. Toda história da ciência antropológica foi e é no sentido de afastar-se do conceito segregador e injusto do etnocentrismo. Em termos gerais, etnocentrismo é o instrumento humano de ler/ver o outro a partir de valores próprios, ou seja, uma incapacidade de considerar o outro como um todo (homem + cultura). O conceito melhor trabalhado encontra-se em ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 1999. Col. Primeiros Passos. Com base neste equívoco, durante anos a Antropologia produziu ideologia, e não ciência. A corrente evolucionista por muito tempo neste caminho andou. Mas foi Franz Boas que deu início ao processo de extirpação desse câncer do seio antropológico. Nasceu, neste ponto

histórico, o conceito de relativismo. Habermas faz uso da ferramenta relativista, no trecho em tela.

[23] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 160

[24] MOREIRA, Luiz. *Direito, Procedimento e Racionalidade*. In: MOREIRA, Luiz. (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 196.

[25] Denomina-se terceira via a opção de Habermas por afastar-se, primordialmente, do paradigma liberal-burguês, por entendê-lo insuficiente para os padrões complexos e principiológicos da pós-modernidade, e também do paradigma social (comunitarista), de funções distributivas e protetivas. O Estado Liberal e o Estado Social são nítidas opções abandonadas. A terceira via (Estado democrático de Direito) é o objetivo final. Sua implementação seria o berço perfeito para a construção e administração de todos seus conceitos e hipóteses, até aqui expostas.

[26] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 242.

[27] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 190.

[28] Tanto é verdade que Habermas cita: “*One of the distinctive features of this approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome.*” In: SUNSTEIN, Cass R. *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 342. Tradução livre: (Uma das características desta abordagem é que o resultado do processo legislativo torna-se secundária. O importante é saber acerca da deliberação - não falseada pelo poder privado - que deu origem àquele desfecho.)

[29] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 259.

[30] PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.33-4.

[31] Especialmente trabalhadas no Capítulo 7 de: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

[32] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-2.

**DIREITO AMBIENTAL: DIREITOS,
SUJEITOS, TITULARIDADE E
RELAÇÕES**

**AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E A RESERVA LEGAL
COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SÓCIO-
AMBIENTAL DA PROPRIEDADE**

**THE AREAS OF PERMANENT PRESERVATION AND THE LEGAL
RESERVATION AS INSTRUMENTS OF MATERIALIZATION OF THE
PARTNER-ENVIRONMENTAL FUNCTION OF THE PROPERTY**

Alessandro Marcos Kobayashi

RESUMO

A proteção ambiental, considerada de per se não representa preocupação recente nos ordenamentos jurídicos. No início a proteção ambiental era realizada apenas de forma indireta, tendo em vista a proteção de determinados recursos naturais ou até mesmo a saúde pública. Depois, ordenamentos de alguns países, inclusive o Brasil, passaram a prever a proteção ambiental de forma específica, mas ainda no âmbito da legislação ordinária. Foi somente com a consagração constitucional da proteção ambiental que ela tornou-se mais efetiva. Dentre nós, com o advento da Constituição Federal de 1988, a proteção ao meio ambiente ganhou capítulo próprio no Texto Constitucional, sendo considerada, inclusive, como um dos princípios da Ordem Econômica e Financeira. O cotejo entre os dispositivos constitucionais que tratam do meio ambiente e o direito de propriedade revela que houve uma alteração do conteúdo deste último, uma vez que o direito de propriedade somente é reconhecido pela ordem jurídica quando cumprir sua função social, onde está inserida também a função ambiental da propriedade. Os limites ao direito de propriedade, assim, vêm delimitados inicialmente na Constituição, cabendo à legislação ordinária sua complementação, sendo possível citar o Código Florestal que, embora tenha sido editado antes da vigência da atual Constituição está em plena consonância com os princípios e valores por ela elencados. Desta forma, as restrições ambientais previstas por este estatuto, em especial, a necessidade de implementação de áreas de preservação permanente e de reserva legal, não afetam em nada o direito de propriedade de seu titular, uma vez que sua implementação faz parte do cumprimento da função social da propriedade, não havendo que se falar em qualquer direito de indenização para o proprietário.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL. INDENIZAÇÃO. RESTRIÇÕES AMBIENTAIS.

ABSTRACT

The environmental protection, considered of per recent concern is not represented in the juridical laws. In the beginning the environmental protection was just accomplished in an indirect way, tends in view the protection certain natural resources or even the public health. Then, the law of some countries, besides Brazil, they started to foresee the

environmental protection in a specific way, but still in the extent of the ordinary legislation. It was only with the constitutional consecration of the environmental protection that she became more it executes. Among us, with the coming of the Federal Constitution of 1988, the protection to the environment won own chapter in the Constitutional Text, being considered, besides, as one of the beginnings of the Economical and Financial Order. The comparison among the constitutional devices that you/they treat of the environment and the property right reveals that there was an alteration of the content of this last one, once the property right is only recognized by the juridical order when it accomplishes his/her social function, where it is also inserted the environmental function of the property. The limits to the property right, like this, come delimited initially in the Constitution, falling to the ordinary legislation his/her complementation, being possible to mention the Forest Code that, although it has been edited before the validity of the current Constitution is in the middle of the consonance with her beginnings and values. This way, the environmental restrictions foreseen by this statute, especially, the need of implementation of areas of permanent preservation and of legal reservation, they don't affect in anything the right of his/her title-holder's property, once his/her implementation is part of the execution of the social function of the property, not having to speak in any compensation right for the proprietor.

KEYWORDS: PARTNER-ENVIRONMENTAL FUNCTION. COMPENSATION. ENVIRONMENTAL RESTRICTIONS.

INTRODUÇÃO

O homem, desde o momento em que deixou de ser gregário e passou a se fixar em determinadas localidades, começou a explorar e a modificar o meio ambiente, seja em função da derrubada de vegetação nativa para a construção de vilarejos, aldeias ou vilas, seja para extração de recursos minerais e vegetais para sua subsistência.

Entretanto, devido à pequena população mundial do início dos tempos, tal ocupação não afetava de modo significativo o meio ambiente, pois ainda existiam muitas áreas intocadas que, de alguma forma, asseguravam o equilíbrio ambiental do planeta.

Porém, com o desenvolvimento do comércio, a conquista de novas terras durante o período das grandes navegações e, principalmente, após o advento da Revolução Industrial, este cenário começou a se alterar, pois o incremento da indústria fez com que a poluição aumentasse de modo substancial, bem como a extração dos recursos minerais e vegetais, além da necessidade do aumento da produção de alimentos, provocando o desaparecimento das florestas para a implementação da agricultura e da pecuária em larga escala.

Nesse período, predominava a concepção de que os recursos naturais poderiam ser utilizados à exaustão, não havendo nenhuma preocupação com a tutela ambiental, pois se defendia a idéia de que era necessário crescer a qualquer custo e a pessoa individualmente considerada era o centro de todas as preocupações.

Contudo, com o advento das concepções sociais, o aumento da população mundial e suas conseqüentes demandas, aliado à constatação de que as interferências humanas sobre o meio ambiente estavam causando desequilíbrios em todo o planeta, citando como exemplo, os fenômenos “El niño” e “El niña”, os ordenamentos jurídicos de diversos países passaram a tratar da tutela ambiental de modo específico, reconhecendo sua importância para a manutenção da vida na terra.

Levando-se em consideração a importância da tutela ambiental em nossos dias, o presente estudo tem por escopo a análise de seus reflexos em nosso país, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e sua influência na moderna concepção do direito de propriedade, haja vista a necessidade de que esta cumpra sua função social e ambiental, além da análise dos instrumentos colocados pelo nosso ordenamento para a consecução deste mister, destacadamente, as áreas de preservação permanente e a reserva legal.

O estudo iniciar-se-á com a apresentação da evolução histórica da tutela ambiental, demonstrando-se que esta tutela ganhou mais força a partir de sua inserção no ordenamento constitucional de diversos países, traçando-se um panorama exemplificativo de algumas constituições e culminando com a Constituição Federal de 1988, que prescreveu de forma contundente a tutela ambiental, provocando alterações na concepção tradicional do direito de propriedade.

Ao analisarem-se os dispositivos constitucionais que tratam do meio ambiente em cotejo com aqueles que tratam do direito de propriedade, constatar-se-á que a função social e um de seus aspectos, a função ambiental da propriedade, alterou a própria estrutura deste direito, que somente passa ser reconhecida quando cumprir esta função sócio-ambiental.

O cumprimento da função sócio-ambiental justifica, assim, a possibilidade do estabelecimento de limites ao direito de propriedade, os quais vêm prescritos inicialmente na própria Constituição Federal, sendo complementada pela legislação ordinária.

Nesse ponto destacar-se-á o Código Florestal, legislação que, embora anterior à Constituição Federal, encontra-se em perfeita sintonia com os comandos constitucionais. Referido estatuto prevê, dentre os instrumentos de proteção ambiental, a possibilidade de serem impostas aos proprietários de imóveis determinadas restrições ambientais, destacando-se neste estudo, as áreas de preservação permanente e as reservas legais.

Será demonstrado que as mencionadas restrições em nada alteram o direito de propriedade do titular do domínio, uma vez que representam apenas uma das facetas para o cumprimento da função social da propriedade, que faz parte da própria estrutura desse direito, ou seja, a Constituição somente reconhece o direito de propriedade quando ela cumpre sua função sócio-ambiental.

Assim, como não representam intervenções indevidas do direito de propriedade, não constituem espécie de desapropriação, não havendo que se falar em direito de indenização pela implementação dessas restrições na propriedade e qualquer

entendimento nesse sentido seria uma subversão do instituto da função social, levando a não efetividade da proteção ambiental consagrada na Constituição Federal.

1 EVOLUÇÃO DA HISTÓRICA DA TUTELA AMBIENTAL

Apesar de sua inquestionável importância para o desenvolvimento e existência da humanidade, a preocupação com a proteção ambiental, considerada de *per se*, é algo recente na história nacional. Analisando-se, em apertada síntese, sua evolução, é possível distinguir três momentos básicos porque passou a tutela ambiental em nosso país: a fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental, a fase fragmentária e a fase holística. [1]

Durante a primeira fase, iniciada desde o descobrimento do Brasil até aproximadamente a década de 60 do século XX, ou seja, desde o período colonial, passando pelo Império e pela República, não existiam normas tratando especificamente da questão ambiental, ressaltando-se algumas legislações esparsas, que visavam assegurar a sobrevivência de alguns recursos naturais preciosos ou resguardar a saúde.[2]

Nesta fase, que tinha na omissão legislativa sua principal característica, “[...] a conquista de novas fronteiras (agrícolas, pecuárias e minerais), era tudo o que importava na relação homem-natureza”[3] e os eventuais conflitos de cunho ambiental eram resolvidos com fundamento nos direitos de vizinhança, haja vista o predomínio da concepção privatística do direito vigente à época.

“Por muito tempo predominou a desproteção total, de sorte que norma alguma coibia a devastação das florestas, o esgotamento das terras, pela ameaça do desequilíbrio ecológico. A concepção privatista do direito de propriedade constituía forte barreira à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, que necessariamente haveria e haverá de importar em limitar aquele direito e a iniciativa privada”. [4]

Na segunda fase, denominada de fragmentária, havia uma preocupação do legislador com a questão do meio ambiente, porém não o considerava um objeto de proteção por si mesmo, mas em decorrência da proteção de determinadas categorias de recursos naturais, impondo controles legais às atividades exploratórias.[5]

Traço marcante desta fase, no plano ético, consubstanciava-se no fato de que a proteção ambiental se fundamentava no utilitarismo, ou seja, devia ser tutelado apenas aquilo que possuía interesse econômico. No plano formal, caracterizava-se pela fragmentação do objeto tutelado e, conseqüentemente, pela edição de diversas leis para tratar desses temas, ou seja, os diplomas legais tratavam circunstancialmente da tutela do meio ambiente, não se considerando a relação de interdependência em matéria ambiental.[6]

A terceira fase, denominada de holística, tem seu início com a edição da Lei n. 9.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, onde “[...] o meio ambiente passa a ser protegido como um sistema ecológico integral (resguardam-se as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, um bem jurídico)”.^[7]

O próprio significado semântico da palavra holístico, já demonstra o seu alcance, pois, de acordo com os léxicos, significa: “[...] que dá preferência ao todo ou a um sistema completo e, não à análise, à separação das respectivas partes componentes.”^[8]

Assim, o legislador ao invés de procurar tutelar o meio ambiente de forma dispersa, passa a estabelecer um microsistema normativo para sua tutela, composto de princípios, regras, objetivos e instrumentos que lhe são próprios, com a finalidade promover a efetiva tutela ambiental.

Entretanto, embora se reconheça a importância da evolução legislativa na proteção do meio ambiente e a desnecessidade de uma tutela por meio de norma superior, para sua efetivação no plano infraconstitucional, é forçoso reconhecer que ela ganha mais força, a partir do momento que a proteção ambiental passa a ser prevista nos textos constitucionais, impondo aos julgadores e uma revisão acerca do entendimento de institutos tradicionais do direito, dentre eles a propriedade.

2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Como alhures mencionado, a proteção ambiental ganhou relevo a partir do momento em que os ordenamentos jurídicos constitucionais, em épocas mais recentes, passaram a inseri-la em seus textos, revelando sua importância, não como simples aspecto de proteção de determinados recursos naturais ou minerais individualmente considerados, mas como objeto da proteção em si.

Assim, a título meramente enunciativo, mencionam-se textos constitucionais de alguns países que trataram da questão ambiental^[9], iniciando-se com a Constituição da República Federal Alemã de 1949, que apresenta um pequeno sinal de preocupação com o combate às formas de degradação, estabelecendo as competências de seus entes federados para a matéria.

Prosseguindo, a Suíça em 1957, por meio de uma emenda constitucional, passa a tratar deliberadamente da proteção dos recursos ambientais. Porém, foi a Constituição da Bulgária em 1971 a primeira a trazer em seu texto, aspectos ambientalistas de forma específica, creditando-se, contudo, à Constituição Portuguesa de 1976, maior destaque na matéria, uma vez que, de forma moderna, apresentou uma correlação entre a questão ambiental e o direito à vida.

No Brasil, as constituições que antecederam a de 1988, não trataram especificamente da questão ambiental, fundamentando a proteção ao meio ambiente a partir da interpretação de preceitos outros como, por exemplo, a proteção da saúde.

Assim, foi a Constituição de 1988 que tratou da matéria ambiental de forma específica em seu texto, ao inserir no Título da Ordem Social, um capítulo próprio sobre o meio ambiente, sendo considerada uma constituição eminentemente ambientalista, uma vez que a questão ambiental vem permeando todo seu Texto, razão pela qual se costuma dizer que traz referências expressas e implícitas sobre o meio ambiente. [10]

Com relação às implícitas, é possível constatar que, em diversos dispositivos da Constituição existem referências indiretas em relação à tutela ambiental[11], dispersas por todo corpo constitucional. Com relação a elas apenas se apresentará um elenco exemplificativo, mencionando-se o Art. 21 incisos XIX, XX, XXIII, XXIV e XXV; Art. 22, incisos IV, XII e XXVI; Art. 23 incisos II, III e IV; Art. 24, VII, Art. 20 dentre outros.

Dentre as referências expressas, é possível mencionar o Art. 5º LXXIII, que confere a possibilidade de propositura de ação popular para a defesa do meio ambiente; o Art. 20, II, estabelecendo ser bem da União as terras devolutas indispensáveis à defesa do meio ambiente; o Art. 23, que estabelece a competência comum dos entes federativos para proteção do meio ambiente; o Art. 24 VI, VII, VIII, que estabelece competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar, dentre outros, sobre florestas, proteção do meio ambiente, proteção ao patrimônio histórico e paisagístico e sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente.

É possível mencionar, ainda, o Art. 129, III, que prescreve dentre as funções do Ministério Público, a promoção de inquérito civil público e ação civil pública para a defesa do meio ambiente.

Dentro do Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, o Art. 170, VI, estabelece que a proteção ao meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica, preceito complementado pelo Art. 173, §5º e Art. 174, §3º. Ainda no mesmo título, tem-se o Art. 186, II, que prescreve dentre os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural, a preservação do meio ambiente.

Na seqüência, o Art. 200, VIII, estabelece que o sistema único de saúde possui entre suas atribuições a colaboração na proteção do meio ambiente do trabalho. O Art. 216, V, refere-se aos conjuntos urbanos e sítios arqueológicos, como pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro e o Art. 220, §3º, II, que estabelece competir à lei federal estabelecer os meios legais para a proteção contra propaganda que, dentre outros, possa ser nociva ao meio ambiente.

Por fim, menciona-se o Art. 225, o mais importante dentre os dispositivos mencionados, pois é a norma básica, de caráter fundamental, para a defesa do meio ambiente, prescrevendo que “[...] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”[12]

Analisando a norma em epígrafe, denota-se que ela confere a todas as pessoas o dever, o ônus de defender e preservar o meio ambiente, uma vez que se trata de bem comum do povo, das presentes e futuras gerações.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E MEIO AMBIENTE

Conforme demonstrado, a evolução da tutela jurídica do meio ambiente, não obstante a existência de legislação infraconstitucional anterior versando sobre a matéria, foi definitivamente concretizada com o advento da Constituição Federal de 1988.

Cotejando-se os dispositivos constitucionais que conferem a tutela do meio ambiente, denota-se que tal conscientização somente foi possível devido à alteração do conteúdo do direito de propriedade que vigia até então, ou seja, a concepção clássica do direito de propriedade, inspirada nos ideais liberais dos séculos XVIII e XIX e sedimentada pelo Código Civil de 1916, não é mais compatível com os ditames constitucionais, que prescrevem que a propriedade deve cumprir sua função social.

Diante da preocupação de se garantir a proteção do meio ambiente, a propriedade é um dos institutos jurídicos que mais claramente é afetado pela legislação ambiental, estando seu conceito clássico em condição de sofrer alterações para que o exercício deste direito seja compatível com a proteção ambiental.^[13]

Realmente, é preciso compreender o alcance dos dispositivos constitucionais que tratam da propriedade, para compreensão sua relação com a proteção do meio ambiente, ambos assegurados pelo Texto Constitucional.

Analisando-se os dispositivos constitucionais, vê-se que o Art. 5º, XXII, da Constituição, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegura o direito de propriedade, mas no inciso seguinte (XXIII), também prescreve que a propriedade deverá atender a sua função social.

Com base nestes dispositivos resta forçoso reconhecer que a propriedade privada sofre uma profunda alteração, não podendo mais ser considerada como um direito puramente individual, nem como instituição de Direito Privado, como conceituado outrora, havendo uma relativização do seu conceito e significado.

A Constituição garante do direito de propriedade, mas deste que ela cumpra sua função social, ou seja, a Constituição estabelece o regime jurídico da propriedade, cabendo à legislação infraconstitucional regular o seu exercício e definir o conteúdo e limites desse direito.^[14]

Com o advento da Constituição de 1988 o direito de propriedade deixa de ter sua regulamentação exclusivamente privatista, baseada no Código Civil, e passar a ser um direito privado de interesse público, sendo as regras para seu exercício determinadas

pelo Direito Público e pelo Direito Privado. Este processo de publicização do direito de propriedade é fundamental para a implementação da legislação referente à proteção do meio ambiente, que impõe limites ao exercício daquele direito.[15]

Assim, conclui-se que o respeito à função social da propriedade faz parte da própria estrutura desse direito, ou seja, constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade que somente será assegurado quando ela cumprir sua função social. É possível dizer ainda que a função social “[...] introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo [...]”[16] (grifos do autor).

A circunstância de a propriedade apresentar caráter dúplice, servindo ao individualismo e às necessidades sociais, impõe, pois, a necessidade de uma *compatibilização* de conteúdos os diversos mandamentos constitucionais. Enquanto direito individual (art. 5º, especificamente), o instituto da propriedade como categoria genérica, é garantido, e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social.[17] (grifos do autor)

A Constituição Federal, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, dá importante contribuição para o entendimento do conteúdo constitucional do direito de propriedade, ao estabelecer no Art. 170 que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social, estabelecendo entre seus princípios norteadores a propriedade privada (inciso II), a função social da propriedade (inciso III) e a defesa do meio ambiente (inciso VI).

Da maneira como se encontra inserida na Constituição, denota-se que o exercício econômico da propriedade não pode mais ser realizado tendo em vista apenas os interesses individuais de seu proprietário, mas deve buscar agregar algo para sociedade, ajustando-se à nova tábua de valores estabelecida pela Constituição Federal, na busca de uma existência mais digna, que nada mais é do que o respeito ao fundamento principal de respeito à dignidade da pessoa humana.

A compreensão deste dispositivo revela-se de suma importância para o entendimento do direito de propriedade nos dias atuais, uma vez que, somente será assegurado este direito quando cumprir sua função social, inserindo-se nesse campo a proteção do meio ambiente, podendo-se até mesmo dizer que, a Constituição estabelece a função social como gênero, fazendo parte de seu conteúdo a função ambiental da propriedade[18] que, pela sua importância, será objeto de tópico à parte.

4 A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

A propriedade, como já mencionado, não desfruta mais do caráter absoluto de outrora, não podendo mais ser considerada como um instituto puramente de Direito Privado, haja vista que a Constituição operou uma publicização deste direito, impondo ao proprietário o dever de utilizá-la de acordo com a tábua axiológica por ela estabelecida, não podendo mais ser visualizada apenas como um direito subjetivo de seu proprietário, pois também impõe a ele o dever de utilizá-la de molde a satisfazer os interesses da coletividade e não apenas seus interesses individuais.

Nesse contexto, exsurge a necessidade da propriedade ser utilizada de modo racional e sustentável, pois, como já mencionado, a Constituição ao mesmo tempo em que confere o direito de propriedade, acrescenta que ela deve cumprir sua função social e, além disso, deve respeito ao meio ambiente, razão pela qual se entende que a propriedade deve cumprir uma função ambiental, que está inserida dentro do conceito de função social.

Corroborar tal entendimento o preceito contido no Art. 186 da Constituição, ao estabelecer que a propriedade rural cumpre sua função social quando, dentre outros requisitos concomitantes, realize a utilização adequada dos recursos naturais e preserve o meio ambiente. Referido dispositivo representa, assim “[...] a base constitucional de onde extraímos o reconhecimento da função socioambiental da propriedade”.^[19]

Roxana Borges leciona no mesmo sentido:

A função ambiental da propriedade é, assim, uma atividade do proprietário e do Poder Público, exercida como poder-dever em favor da sociedade, titular do direito difuso ao meio ambiente. O Direito subjetivo, desta forma, deve conciliar-se com a função da propriedade. É a função administrativa que obriga o Estado a intervir em situações jurídicas individuais, e a função ambiental está aí incluída.^[20]

A Constituição Federal possui Capítulo exclusivo para a tutela do meio ambiente, prescrevendo em seu Art. 225, ser direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas que é um dever do Poder Público e da coletividade sua defesa e conservação. Este artigo corrobora que a propriedade não pode mais ser utilizada ao bel prazer de seu proprietário, devendo respeito ao meio ambiente e aos recursos naturais disponíveis.

A função seria esta relação de poder-dever, ou seja, a atribuição de um dever atrelado a um poder, necessário ao cumprimento do primeiro. Gera, portanto, direito e dever vinculados ao alcance de um determinado fim. A atribuição desse direito está vinculada ao cumprimento do dever que lhe é inerente.^[21]

Portanto, conclui-se que o Art. 225 realiza uma repartição de responsabilidades, não configurando função exclusiva do Estado proporcionar a preservação do meio ambiente, pois o cumprimento da função ambiental deve ser efetuado tanto pelos entes públicos como pelos entes privados.

Referido preceito opera, ainda, outra alteração no conteúdo do direito de propriedade, impondo ao proprietário, para o cumprimento da função ambiental da propriedade, não apenas a adoção de condutas negativas, mas também a adoção de condutas positivas.

Entende-se, assim, o direito de propriedade como sendo um poder-dever, ou poder-função, que não se constitui apenas por meras limitações, como os direitos de vizinhança, ou mero dever de abstenção do proprietário, mas implica, sobretudo deveres positivos do proprietário, em obrigações de fazer (que não é a mesma coisa do Direito Civil) que o proprietário deve à sociedade, para a satisfação de interesses difusos.[22]

Para a delimitação da abrangência da função ambiental da propriedade, entretanto, não basta apenas a análise dos dispositivos constitucionais, mas faz-se necessária a análise da legislação ambiental infraconstitucional, para constatação de quais os instrumentos disponibilizados pelo legislador para a limitação do direito de propriedade.

Aqui, é possível mencionar as disposições do Código Florestal que tratam, dentre outros instrumentos de preservação ambiental, das áreas de preservação permanente e da reserva legal, típicas restrições ambientais ao uso da propriedade que visam ao cumprimento da função ambiental da propriedade e que tanta controvérsia tem causado no âmbito jurídico, em especial quanto ao direito do proprietário em ser indenizado pela implementação de tais áreas em sua propriedade.

5 LIMITES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição Federal, conforme se defere pelo até aqui exposto, assegura de maneira de maneira genérica e abstrata do direito de propriedade, conferindo basicamente ao seu titular o poder de exclusão, sendo que, o seu conteúdo final, ou seja, sua plena caracterização, será definida pela legislação infraconstitucional, especialmente pelo Código Civil e pela legislação extravagante.[23]

No próprio Texto Constitucional já se inicia a restrição ao conteúdo do direito de propriedade, ao prescrever que deverá cumprir a sua função social, função que, no tange a propriedade rural, já vem predefinido no Art. 186, preceito legal que serve de fundamento para a concepção da função ambiental da propriedade.

[...] uma textura central da propriedade, como direito em si, que se encontra, no entanto, cercada de balizas que o legislador, constitucional ou ordinário, lhe antepõe na defesa de interesses coletivos, considerados inarredáveis pela experiência prática e ante aos quais cedem os meramente individuais.[24]

O Código Civil de 2002, livre das amarras liberais do Código Napoleônico, já estabelece que a propriedade deve cumprir sua função social, reconhecendo também, o aspecto da função ambiental, nos seguintes termos:

Art. 1228 [...]

§1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as **finalidades econômicas e sociais** e de modo que sejam **preservados**, de conformidade com o **estabelecido em lei especial**, a **flora**, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.[25] (grifo nosso).

O Código Civil, assim, além de corroborar a questão da função sócio-ambiental da propriedade, confere legitimidade para que a legislação especial trace limites ao conteúdo do direito de propriedade, espancando qualquer dúvida acerca do alcance estabelecido pelo legislador constitucional, não restando dúvida que o atual direito de propriedade está sujeito a limites, os quais podem ser classificados em internos ou externos.

Os primeiros, também chamados de intrínsecos, são considerados indissociáveis do próprio direito de propriedade, uma vez que contemporâneos à formação do vínculo de domínio, ou seja, na ausência deles o direito de propriedade não se consolida em sua plenitude, não merecendo, em razão disso, completa tutela pela ordem jurídica.[26]

Os limites externos, por seu turno, pressupõem a existência de uma relação de domínio definitivamente consolidada, ou seja, são subseqüentes à relação de domínio, devendo respeito aos seus limites primordiais.[27]

Desta forma, reconhece-se que a função sócio-ambiental da propriedade se enquadra na primeira categoria, pois, como já enunciado alhures, faz parte do próprio conteúdo do direito de propriedade, devendo-se reconhecer que os deveres conexos dela decorrentes devem ser considerados “[...] como *encargos ínsitos ao próprio direito*, orientando e determinando seu exercício de modo positivo”. [28] (grifos do autor)

Nesse passo, importante destacar que o cumprimento dessa função social, não mais se reveste, como apregoado pelos defensores da concepção individualista do direito de propriedade, no cumprimento de imposições negativas ao proprietário, mas também impõem a realização de condutas positivas. Ao Poder Público, sempre que necessário,

será imposto o dever de promulgação de regras impositivas, que estabeleçam obrigações de agir ao proprietário, com vistas a atender as finalidades sociais e ambientais.[29]

No plano jurídico, a admissão do princípio da função social (e ambiental) da propriedade tem como consequência básica fazer com que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente (aspecto positivo), não bastando apenas que não seja exercida em prejuízo de terceiros ou da qualidade ambiental (aspecto negativo). Por outras palavras, a função social e ambiental não constitui simples limitação ao exercício do direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício de seu direito, fazer tudo o que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, *a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício do seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adegue à preservação do meio ambiente.*[30] (grifo nosso)

Desta forma, em perfeita consonância com a Constituição Federal e os valores por ela elencados, os preceitos do Código Florestal que estabelecem, dentre os instrumentos de preservação ambiental, ao que ora nos interessa, o dever do proprietário de instituir em sua propriedade áreas de preservação permanente e a reserva legal, como forma de cumprir a função sócio-ambiental de sua propriedade.

6 ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E RESERVA LEGAL: DEVER DE INDENIZAÇÃO

A Constituição ao delinear de forma genérica e abstrata do direito de propriedade, deixou para a legislação infraconstitucional a delimitação do conteúdo desse direito, o que foi feito pelo novo Código Civil em seu Art. 1228, §1º e pela legislação extravagante.

O Código Florestal (Lei n. 4.171/65), apesar de editado antes do advento da Constituição Federal de 1988, ao prever instrumentos para a proteção ambiental, está em perfeita consonância com ela, especialmente após as modificações efetuadas por meio da Medida Provisória n. 2.166-67 de 2001, no tocante as áreas de preservação permanente e de reserva legal.

A área de reserva legal vem definida no Art. 1º, §2º, III, como “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.”[31]

Ela é característica dos imóveis rurais, não sendo exigida nas áreas urbanas. Corresponde à obrigação compulsória do proprietário de reservar intocada uma fração de seu imóvel rural, cuja extensão poderá variar conforme sua localização geográfica, nos termos do que dispõe o Art. 16, I a IV do Código Florestal.

No cômputo da área de reserva legal será excluída a área de preservação permanente do imóvel, caracterizando-se como uma área necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos e à conservação da biodiversidade (Art. 1º, §2º, III).

A área de reserva legal é de domínio privado não constituindo servidão administrativa, mas simples restrição ao direito de propriedade e, por tal razão, não é indenizável[32]. Não se confunde com o regime instituído pelo Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC, Lei 9.985/2000), pois parques e reservas são constituídos por áreas de domínio público[33].

Ainda, uma vez averbada à margem de sua matrícula no Cartório de Registro de Imóveis competente, não poderá ser modificada sua destinação (Art. 16, §8º), respondendo o proprietário pela sua conservação, podendo, entretanto, ser requerida sua exploração econômica por meio de plano de manejo sustentado (Art. 16, §2º).

O Código Florestal, em seu Art. 44, prevê e disciplina ainda as diversas hipóteses de recomposição, compensação e regeneração da reserva legal do imóvel rural. Além disso, o Art. 16, §11, estabelece a possibilidade de que um grupo de propriedades possa vir a ter suas reservas em regime de condomínio. Tais alternativas foram criadas pelo legislador para direcionar o proprietário que não possua uma formação florestal suficiente em seu imóvel para fazer jus à exigência legal dos incisos I a IV do Art. 16.

A área de preservação permanente, por seu turno, encontra previsão normativa no Art. 1º, II do Código florestal, compreendendo aquela “área protegida nos termos do arts. 2º e 3º desta lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas”. [34]

As áreas de preservação permanente podem ser constituídas de duas formas: por efeito da lei (*ex vi legis*) ou por ato declaratório.[35] As primeiras são assim consideradas por definição do próprio Código Florestal, nos termos do estabelecidos no Art. 2º, sendo assim consideradas, por força do §2º do Art. 3º, as florestas que fazem parte do patrimônio indígena.

As segundas encontram-se previstas no Art. 2º do Código, como aquelas assim declaradas por ato do Poder Público. Neste caso, por Poder Público, deve-se entender tanto a esfera federal, estadual e municipal, pois a Constituição Federal confere competência comum a todas as unidades da federação para cuidar da proteção das florestas.[36]

A natureza jurídica das áreas de preservação permanente não é simples restrição de uso de solo imposta pelo poder público, decorrendo de sua própria condição natural.

Constitui “uma interdição natural do solo” e, conseqüentemente, não há que se falar em indenização ou desapropriação[37].

A área de preservação permanente constitui um instrumento de conservação, enquanto que a reserva legal possui um caráter preservacionista. A distinção é relevante para assinalar que as áreas protegidas pelo regime de preservação permanente não podem sofrer intervenção nem ser exploradas economicamente, enquanto que as áreas sob o regime da conservação (reserva legal) pressupõem utilização racional, ou seja, manejo florestal sustentável dos recursos florestais, vedado o corte raso das espécies vegetais exploradas mediante prévia licença[38].

A supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, nos termos do Art. 4º do Código Florestal, somente poderá ser autorizada “[...] em caso de utilidade pública ou interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.”[39] Frise-se que a autorização está restrita à remoção da vegetação existente na área, vedado o corte raso, mas não à supressão total da APP.

Com relação às áreas de conservação permanente *ex vi legis*, alteração legislativa ocorrida em 1989 as equiparou a reservas ou estações ecológicas. As primeiras, obrigatoriamente, são titularidade dos entes públicos e, se no momento de sua constituição estiverem sob o domínio particular deverão ser desapropriadas. As segundas permitem que o domínio continue privado, apenas sendo submetidas a controle ambiental do órgão federal.[40]

Desta forma, constata-se que a necessidade de implementação tanto das áreas de preservação permanente como de reserva legal, não altera em nada o direito de propriedade de seu titular, uma vez que o cumprimento da função sócio-ambiental da propriedade faz parte do próprio conteúdo desse direito. Essas restrições ambientais, na verdade, se aproximam muito do conceito moderno de propriedade restrita, ou seja, é restrita não deixando de ser propriedade.[41]

Entretanto, muitos juízes e doutrinadores, apegados ao conceito clássico de propriedade, que a consideram como um direito absoluto, enxergam essas restrições como hipóteses de desapropriação indireta, entendendo que o proprietário faz *jus* a uma indenização pela implementação dessas áreas em sua propriedade.

Os cerceamentos implementados pelos arts. 16 e 44 do Código Florestal são, em realidade, distorções profundas no regime do direito de propriedade, que não podem ser admitidas no sistema jurígeno pátrio. Há um nítido e incontestável sacrifício do direito de propriedade. Como já estudado anteriormente, o Poder Público está autorizado, sempre que o interesse público o exija, a tomar dos particulares sua propriedade, incluindo-se aí as terras, mas por institutos constitucionais próprios, como a desapropriação, que demanda o ressarcimento do particular prejudicado em benefício da sociedade.[42]

Ora, desapropriar é retirar de seu proprietário a titularidade do bem, retirar o seu poder de exclusão, o que não ocorre na implementação das mencionadas restrições ambientais. O proprietário continua com o domínio de seu imóvel, com todos os caracteres que lhe são inerentes. As restrições ambientais representam apenas regramentos legais em face do uso da propriedade, que se encontram em conformidade com a nova concepção de propriedade proposta pela Constituição Federal de 1988. Ademais, a própria Constituição ao prescrever a proteção ambiental no Art. 225, dividiu a responsabilidade de preservação ambiental com a coletividade.

Se ‘desapropriar é retirar a titularidade de alguém’, não se pode falar, como regra, em conduta desapropriante na proteção do meio ambiente (do qual fazem parte as florestas nativas) pela via da Reserva legal e das APPs, que do *dominus* nada retiram, só acrescentam, ao assegurarem que os recursos naturais – mantidos em poder do titular do direito de propriedade – serão resguardados, no seu próprio interesse (=de sua propriedade) e das gerações futuras, agrupamento que inclui, é bom lembrar, seus descendentes. A regulamentação estatal, em questão, orienta-se pela *gestão racional* dos recursos ambientais, procurando assegurar sua ‘fruição futura’, sem que isso implique, necessariamente, alteração do núcleo da dominialidade.[43]

As restrições ambientais são instrumentos legais para a concretização da função sócio-ambiental da propriedade. O proprietário, ao implementá-las, não está fazendo nada além de promover a função que a constituição impôs à propriedade rural e qualquer tentativa de entendimento diverso é ato atentatório aos ditames constitucionais, tendentes a desvirtuar os institutos da desapropriação e da propriedade em sua nova concepção sócio-ambiental.

CONCLUSÕES

A evolução da tutela ambiental teve início com um período de desproteção total, consubstanciada num *laissez-faire* ambiental, onde a conquista de novas fronteiras era tudo o que importava na relação homem-natureza. Seguiu-se a fase fragmentária, onde a tutela do meio ambiente se operava apenas de maneira indireta, por meio da edição de diversas leis que tratavam da proteção de alguns recursos naturais, não sendo objeto da proteção em si mesmo. Por fim, a fase holística onde a tutela do meio ambiente é realizada por meio de um microsistema normativo, composto de princípios, regras e instrumentos que lhe são próprios.

Embora a evolução legislativa tenha sido importante para o desenvolvimento da tutela ambiental, esta foi realmente concretizada quando inserida nos ordenamentos constitucionais, dentre nós com o advento da Constituição de 1988, que trata da tutela

ambiental de forma específica, conferindo-lhe, inclusive um Capítulo próprio, além de consagrá-la como um dos princípios da Ordem Econômica e Financeira, ao lado da propriedade privada e da função social da propriedade.

Ao analisarem-se os dispositivos constitucionais que tratam da tutela do meio ambiente e da propriedade, constata-se a existência de uma nova concepção deste último, mais restrita, uma vez que a ordem jurídica apenas assegura o direito de propriedade quando ela cumpre sua função social, onde está inserida também a função sócio-ambiental da propriedade.

Tendo em vista que a propriedade deve cumprir sua função social, a própria Constituição Federal estabelece as limitações deste direito, as quais vêm complementadas pela legislação ordinária.

O Código Florestal, embora editado antes do advento da Constituição Federal, está em plena consonância com os princípios e valores por ela elencados, sendo, assim, perfeitamente aplicáveis as restrições ambientais que enumera, destacando-se, a necessidade de implementação de áreas de preservação permanente e reservas legais.

A implementação destas restrições ambientais não gera ao proprietário do imóvel rural o direito de ser indenizado, uma vez que não se trata de espécie de desapropriação, haja vista que em nada alteram o direito de propriedade de seu titular, pois a ordem jurídica apenas assegura o direito de propriedade em sua plenitude, quando ela cumpre sua função social e a implementação dessas áreas nada mais é do que o cumprimento da função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

BENJAMIM, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, abr/jun, 1999, n. 14, p. 48-82.

_____. *Reflexões Sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, out/dez, 1996, n. 04, p. 41-60.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jan/mar, 1998, n. 09, p. 67-85.

BRASIL. *Vademecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, n. 02, p. 50.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 288.

MASCARENHAS, LUCIANE Martins de Araújo. *A função sócio-ambiental da propriedade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7567>>. Acesso em 23mar.09.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.

[1] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, abr/jun, 1999, n. 14, p. 50-52.

[2] Op.cit, p. 51.

[3] Op.cit, p. 51.

[4] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35-36.

[5] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, abr/jun, 1999, n. 14, p. 51.

[6] Op.cit, p. 51.

[7] Op.cit, p. 52.

[8] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 288.

[9] SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43-46.

[10] Op.cit, p. 47-48.

[11] Op.cit, 49.

[12] BRASIL. *Vademecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

[13] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jan/mar, 1998, n. 09, p. 68.

[14] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 262-263.

[15] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jan/mar, 1998, n. 09, p. 69.

[16] COLLADO, Pedro Escribano. *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Montecorvo, 1973, p. 118-123 *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 274.

[17] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2.ed. São Paulo: Método, 2006, p. 154.

[18] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, abr/jun, 1999, n. 14, p. 54.

[19] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, abr/jun, 1999, n. 14, p. 54.

[20] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jan/mar, 1998, n. 09, p. 69.

[21] CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 83 *apud* MASCARENHAS, LUCIANE Martins de Araújo. *A função sócio-ambiental da propriedade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7567>>. Acesso em 23mar.09.

[22] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jan/mar, 1998, n. 09, p. 72.

[23] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Reflexões Sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, out/dez, 1996, n. 04, p. 47.

[24] BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991, p. 153 *apud* BENJAMIM. Antônio Herman V. *Reflexões Sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, out/dez, 1996, n. 04, p. 48.

[25] BRASIL. *Vademecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 260.

[26] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Op.cit*, p. 49.

[27] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Reflexões Sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, out/dez, 1996, n. 04, p. 50.

[28] RIOS, Roger Raup. *Função social da propriedade*, in *Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, v. 6 (55), mar, 1994, p. 20 *apud* BENJAMIM. Antônio Herman V. *Op.cit*, p. 51.

[29] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Op.cit*, p. 51.

[30] GRAU, Eros Roberto. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, n. 02, p. 50.

[31] BRASIL. *Vademecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, CDRoom.

[32] SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.182.

[33] Op.cit, p. 174.

[34] BRASIL. *Vademecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, CDRoom.

[35] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6.ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p. 170.

[36] Op.cit, p. 171-172.

[37] Op.cit, p. 174-175.

[38] COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 202-20.

[39] BRASIL. *Vademecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, CDRoom.

[40] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Reflexões Sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, out/dez, 1996, n. 04, p. 55-56.

[41] Op.cit, p. 56.

[42] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2.ed. São Paulo: Método, 2006, p. 197.

[43] BENJAMIM. Antônio Herman V. *Reflexões Sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, out/dez, 1996, n. 04, p. 57.

**A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO
ESTADO DO AMBIENTE: ESTUDO A PARTIR DO PROCESSO DE
JURIDIFICAÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS**

**LA CONSOLIDAZIONE DELLO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO E
DELLO STATO DELL'AMBIENTE STUDIO A PARTIRE DEL PROCESSO DI
GIURIDIFICAZIONE DE JURGEN HABERMAS**

**Clodomiro José Bannwart Júnior
Valéria Martins Oliveira**

RESUMO

A partir do processo de juridificação, conforme apresentado por Jürgen Habermas em sua Teoria da Ação Comunicativa, analisa-se a proposta de se introduzir a tutela jurídica do ambiente para, acima e além de sua concretização como direito fundamental, assegurá-la como um novo elemento do Estado. Aponta-se alguns obstáculos a serem superados para a consecução deste propósito, em virtude das características globais pertinentes à natureza do bem ambiental e das implicações políticas, econômicas e sociais que envolvem o tema. Busca-se ainda destacar a importância de uma ação conjunta do Estado e da coletividade, bem como da existência de uma legislação ambiental eficaz e de uma tutela jurisdicional efetiva, demonstrando a necessidade de se estabelecer uma concepção integrada do ambiente, a partir da análise de aspectos ambientais, econômicos e urbanísticos. Por fim, defende-se que o Estado do Ambiente deve-se fundamentar em princípios do Direito Ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: JURIDIFICAÇÃO, ESTADO, AMBIENTE, DIREITO

RIASSUNTO

A partire dal processo di giuridificazione, presentato da Jürgen Habermas nella sua "Teoria dell'azione comunicativa", si analizza la proposta di introdurre la tutela giuridica dell'ambiente per, sopra tutto ed oltre alla sua realizzazione come un diritto fondamentale, assicurare come un nuovo elemento dello Stato. Ci sono alcuni ostacoli da superare per riuscire in questo scopo, in virtù di caratteristiche globali pertinenti all'essenza del bene ambientale e delle implicazioni politiche, economiche e sociali che coinvolgono questo tema. Si cerca ancora di risaltare l'importanza di una azione umana allo Stato ed alla collettività, come l'esistenza di leggi ambientali efficaci ed una effettiva tutela giurisdizionale, mostrando la necessità di istituire una concezione integrata dell'ambiente, a partire dell'analisi di aspetti ambientali, economici ed urbanistici. Al fine, si difende lo Stato Ambientale basato sui principi del Diritto Ambientale.

PAROLE CHIAVE: GIURIDIFICAZIONE, STATO, AMBIENTE, DIRITTO.

INTRODUÇÃO

O trabalho parte do pressuposto apontado por Jürgen Habermas, em sua *Teoria da Ação Comunicativa* e que se estende posteriormente para *Direito e Democracia*, de que as teorias sociais modernas não podem desconsiderar o efetivo papel do direito na consolidação da democracia. É preciso considerar que o Estado, ao longo da modernidade, foi se construindo paulatinamente em um Estado social e democrático de direito. As forças provenientes do mundo da vida[1], por meio dos direitos fundamentais – como o direito de liberdade e de participação – propiciaram as condições de se exigir à consolidação da relação entre direito e democracia, de tal forma que o Estado de direito não pode ficar incólume ao poder comunicativo gerado através de procedimentos discursivos, em instâncias democráticas, e que afetam as dimensões que a própria sociedade exige que sejam normatizadas sob a tutela do Estado. É nesse sentido que hoje se fala de um direito ambiental sob a tutela jurídica.

Propõe-se, desse modo, baseado em Habermas, a conformação do Direito ao Estado Ambiental, acrescentando-se mais um elemento ao Estado social e democrático de direito. Assentado sob dois pilares fundamentais, a prevalência de princípios ecológicos e a participação sustentada, o Estado Ambiental busca, precipuamente, a igualdade entre os cidadãos, a partir do controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.

O esvaziamento da capacidade regulatória do Estado, a amplitude global do sistema e a complexidade das questões ambientais presentes num mundo marcado por desigualdades sociais, empobrecimento generalizado das pessoas e degradação ambiental em escala planetária, constituem obstáculos à implantação do Estado Ambiental. A viabilidade, porém, deve ser intermediada pela ação conjunta do Estado e da coletividade.

Ao Estado cabe promover a educação e a informação ambiental, criar espaços de proteção ambiental, executar o planejamento ambiental, além de editar normas que visem à proteção e a preservação do ambiente e garantir o acesso à justiça através de instrumentos jurisdicionais eficientes para a tutela do ambiente. A coletividade imbuída do dever constitucional de preservar e proteger o ambiente – já que a idéia de direito subjetivo ao ambiente deu lugar, hodiernamente, ao a uma comunidade ambiental em que se percebe a participação ativa do cidadão – deve, precipuamente, conscientizar-se da crise ambiental global e da importância do exercício de uma cidadania participativa.

O Estado de Direito Ambiental requer uma concepção integrada do ambiente na qual a proteção ambiental se dá de forma global e democrática, considerando todos os impactos provenientes da instalação de atividades ou obras potencialmente poluidoras e não somente os componentes diretamente envolvidos, incluindo tais obras no plano de urbanização municipal. Este estudo deve fundamentar-se em uma ponderação ecológica, na qual os interesses e direitos envolvidos sejam analisados de forma multitemática e, a par da defesa do ambiente, o legislador elege outros fins a serem perseguidos pelo poder público, como desenvolvimento econômico, independência energética, necessidade de emprego, defesa da concorrência.

Os princípios estruturantes do direito ambiental fundamentam o Estado de Direito Ambiental, especialmente, os do interesse público na proteção do meio ambiente, da participação popular, da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado, da função social da propriedade, da responsabilização, precaução, atuação preventiva e cooperação em matéria ambiental. Tais aspectos não se coadunam senão por meio da participação ativa de todos os envolvidos – a humanidade de forma geral – no exercício da formação consensual da vontade assegurada por um Estado de Direito em sua matiz social, democrática e ecológica.

1 O “JORNADAS DE JURIDIFICAÇÃO”

Em *Theorie des Kommunikativen Handelns (Teoria da ação Comunicativa)*, Habermas analisa a patologia das sociedades modernas capitalistas a par da penetração dos subsistemas Economia e Estado, que regidos respectivamente por meios monetários e burocráticos, interferem na reprodução simbólica do *mundo da vida*.^[2] Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida* traz consigo, inevitavelmente, processos de juridificação^[3] constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito. O direito estende sobremaneira a sua regulação jurídica sobre novos assuntos sociais que eram geridos, sobretudo, de maneira informal no contexto do *mundo da vida* tradicional. A regulação jurídica sobre novos âmbitos da sociedade caracteriza-se pela extensão do direito em sintonia com o desmembramento da matéria jurídica global em diversas matérias particulares que se atém a especificidades próprias. São várias as terminologias utilizadas para caracterizar o fenômeno da juridificação, tais como ‘poluição legal’, ‘explosão legal’, ‘inundação de normas’, ‘burocratização do universo social’ ou na concepção de Habermas expressa como ‘colonização do mundo da vida’.^[4]

A interpretação de Habermas a respeito da juridificação se aproxima mais da sociologia do direito que a descreve como “um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica”.^[5] Habermas demonstra que o processo de juridificação nos âmbitos de ação estruturados comunicativamente, passa a ser organizado sob forma do direito moderno. Em *Teoria da Ação da Ação comunicativa*, no capítulo intitulado “Jornadas de Juridificação”, são apresentadas quatro ondas de juridificação que, resumidamente, assinalamos na sua ordem disposta: (i) *Estado burguês* que se desenvolveu na Europa ocidental em forma de sistemas de Estados na época do Estado absolutista; (ii) *Estado de direito*: modelo paradigmático da monarquia alemã do século XIX; (iii) *Estado Democrático de direito*: difundido na Europa e na América do norte como consequência da revolução Francesa; e (iv) *Estado social e democrático de direito*: institucionalizado no curso do século XX, fruto das lutas do movimento operário europeu.

Estas quatro ondas de juridificação são caracterizadas por Habermas sob o ponto de vista teórico da desconexão entre sistema e *mundo da vida* e do conflito deste último com a dinâmica própria que desenvolveram os subsistemas autonomizados.^[6] O pano de fundo é a teoria da modernidade de Habermas, entendida como resultado da

decomposição do *ethos* tradicional que subdividiu a sociedade entre *mundo da vida* – regido por relações de entendimento –, e *subsistemas especializados* – regidos pela racionalidade com respeito a fins. Em suma, a juridificação, conforme desenvolvida na obra de 1981 é analisada como aspecto decorrente da racionalidade do *mundo da vida* e, portanto, restrita mais ao aspecto patológico do direito sem, todavia, desconsiderar por completo desenvolvimento de seu suposto aspecto emancipatório.[7] O direito assumindo no plano sistêmico como meio de organização eficaz foi paulatinamente substituindo a forma de integração social espontânea do mundo da vida e colocando sobre sua base a questão da própria legitimidade. Portanto, a “[...] juridificação é lida por Habermas desde a perspectiva de sua legitimidade.”[8] Talvez os dois aspectos essenciais que não podem se distanciar da leitura das ondas de juridificação seja, como dito acima, a desconexão entre sistema e mundo da vida e a questão da legitimidade do Direito e do Estado, no qual o sistema jurídico se vincula.

A desconexão entre sistema e mundo da vida torna visível na teoria da modernidade a condição de possibilidade de uma etapa pós-tradicional da consciência moral. Somente nesse contexto no qual as próprias concepções éticas sofreram, por meio da racionalização das imagens de mundo, a descentração de pressupostos legitimatórios baseados em conteúdos valorativos com o peso da tradição e da religião, tornou possível efetivar um conceito formal de mundo social e instaurar uma reflexão que exigisse respostas quanto aos fundamentos das relações interpessoais legitimamente reguladas. Por isso, mais uma vez, a racionalização do direito e mesmo as jornadas de juridificação serem enfocadas na perspectiva da seqüência evolutiva da psicologia do desenvolvimento de Lawrence Kohlberg.[9] Aspecto salutar a considerar nesse contexto são os elementos que merecem cuidadosa análise, por exemplo: a reconstrução do desenvolvimento histórico do direito e a sua conexão com a lógica evolutiva; as diversas fases ou etapas da construção do Estado de Direito que envolvem a reconstrução da teoria da legitimação, além de problemas referentes à aplicação da ordem legal vigente.[10]

O posicionamento de Habermas quanto à relação da história do direito e a lógica evolutiva da consciência moral encontram amparo no fato de que a queda de uma determinada forma de legitimação do direito ocorre em função da emergência de novas de novas estruturas de consciência moral. Várias indicações situam o direito moderno – com suas idéias peculiares de racionalidade interna, contrato social, relação direito e justiça sem pressupostos substanciais – dentro de estruturas pós-tradicionais de consciência moral. Habermas em *Teoria da Ação comunicativa* apresenta muito esquematicamente que os níveis de consciência moral (pré-convencional, convencional e pós-convencional) correspondem a três tipos de direito (revelado, tradicional e formal) e a três concepções éticas (mágica, estatuto da lei, e a da intenção e da responsabilidade).[11] A vinculação do direito moderno ao nível pós-convencional possibilita condições procedimentais para que as normas estabelecidas sejam avaliadas e fundamentadas à luz de princípios universais.

La consciencia moral postconvencional se encuentra en el proceso de establecimiento del derecho postradicional o formal, em que los principios permiten enjuiciar las normas. Esto significa que las normas no se conciben sacralizadamente, ni se acepta el contexto político o social como justificación, sino que se objetivan y se dirimen a la luz

de princípios morales universalmente reconhecidos. Este tipo de princípios actúan como metarreglas de procedimento. [12]

No processo decorrente das ondas de juridificação, o direito evoluiu pautado na institucionalização da Economia e do Estado, os quais geraram uma ordem política que transformou a sociedade estamental de princípios do mundo moderno na sociedade aquisitiva do capitalismo.[13] As normatizações nesse contexto, passaram a ser reguladas e ordenadas pelo *direito privado*; este, garantidor – junto às pessoas jurídicas – do estabelecimento de relações contratuais e da possibilidade de ajustarem suas ações de modo estratégico. A construção dessa ordem jurídica foi baseada na positividade, universalidade e formalidade, elementos essenciais para a caracterização dos conceitos de lei e de pessoa jurídica.

A positividade, a legalidade e a formalidade representam elementos indispensáveis para assegurar o modo de validade e de criação do direito moderno, já que a autoridade da tradição ética não mais corresponde às condições necessárias para validar a estrutura da ação jurídica. A positividade é o primeiro toque da maestria que rege o direito moderno, na medida em que autoriza a vontade de um legislador soberano se impor para a ordenação e regulação de situações sociais independente de interpretações sagradas ou de expressões reconhecidas pela tradição. Nesse caso temos o poder político emancipado de sua vinculação ao direito sacro, o que o torna soberano e impinge como caminho da legitimação do direito, a vontade soberana do legislador político, seja encarnado na figura do monarca ou das câmaras representativas da vontade geral. Também pode ser mencionado que a positivação do direito é decorrência do processo acentuado de diferenciação entre mundo subjetivo e mundo objetivo que ocorre nas sociedades modernas. Os elementos religiosos que serviam de substrato e objetividade para assegurar a visão de mundo encontram-se, na modernidade, restritas à dimensão privado-subjetiva, promovendo, portanto, a migração da legitimidade do direito que antes se amparava nos pressupostos sacros para o mundo objetivo, território dos fatos e dos padrões da neutralidade científica.[14] A legalidade, por sua vez, imputa uma obediência as regras do direito, dispensando das pessoas jurídicas, na prática de suas ações, a motivação ética. As inclinações privadas são limitadas pela lei, o que significa que a aplicação de sanções não recai na intenção dos agentes, mas apenas em comportamentos desviantes da lei imposta. O formalismo pressupõe a liberdade de arbítrio das pessoas, na perspectiva de que atuam em um contexto de ações eticamente neutralizado. É válido e permitido tudo aquilo que não for juridicamente proibido. No que se refere ao formalismo, este representa para Habermas o elemento possibilitador, no seio do direito moderno, de as pessoas jurídicas atuarem apenas com a liberdade negativa, isto é, exercerem livremente o arbítrio sem a intervenção estatal ou de outros sujeitos também portadores de direitos privados.[15]

1.1 O Estado Burguês

Dentre as características da época moderna está o fato de o direito ser orientado por meio de um grau elevado de abstração e de universalidade. Para o modelo das sociedades modernas profundamente marcadas pelo princípio capitalista de organização, a economia que desde cedo foi emancipada do quadro institucional, soube manter um sistema despolitizado com base na regulação do mercado. Nesse caso, as decisões individuais passaram a ser organizadas pelo direito privado burguês, sempre com base em princípios universalistas, assegurando relações neutralizadas do ponto de vista ético, de forma que os indivíduos pudessem perseguir seus próprios interesses, justificadas sob a estampa da racionalidade com respeito a fins e sob a rubrica de estarem praticando máximas universais.[16] Em outros termos, o direito privado burguês viabilizou normas que se “[...] organizam de acordo com princípios universalistas das esferas do agir estratégico neutralizado no plano ético”. [17]

No caso do Estado burguês ou Estado absolutista burguês, Habermas sinaliza que o Direito disponível na Europa, na época, tornou efetiva a institucionalização da economia e do Estado enquanto subsistemas regidos pela ação racional com respeito a fins. É dentro desse Estado que ocorre a planificação do sistema econômico capitalista propiciando condições para que os sujeitos, enquanto portadores de direitos privados pudessem estabelecer relações contratuais. Esse modelo jurídico ao primar pelo direito privado assegurou as condições para a realização de relações orientadas estrategicamente com base em contratos e fomentou por meio dos conceitos de lei e de pessoa jurídica o exercício da liberdade do arbítrio. Tal realidade assim se configurou juridificada pelo direito nas suas três características peculiares de positividade, legalidade e formalidade. A função desempenhada por esta ordem não é outra senão avalizar as garantias de liberdade individual, da propriedade privada, da seguridade jurídica e da igualdade formal de todos aqueles que se tornaram pessoas jurídicas diante da lei. Paralelo a isso ocupou lugar o *direito público*, autorizando como única fonte de dominação legal, o poder estatal soberano, que a si reserva o monopólio da violência.[18] O Direito público configura-se, nesse quadro, por meio do exercício monopolizado e burocrático do poder e também da autoridade na aplicação de sanção, como único e exclusivo produtor de juridicidade. “O monopólio da força, que se faz jurídico, converte-se não em um instrumento que garante a normalidade jurídica, mas em um instrumento puro e simples de dominação”. [19] Habermas menciona que o Estado absolutista burguês tem ressonância no Leviatã de Hobbes [20] onde é construído um Estado que possui uma forma de legitimidade não democrática. A perspectiva hobbesiana inerente ao modelo absolutista de Estado coloca o direito e igualmente o poder político numa dimensão de autonomia e independência em relação à moral; busca, em certo sentido, primar pela objetividade do poder do soberano e do sistema jurídico como se fossem fatos razoáveis e plenamente aceitáveis do ponto de vista da razão. [21]

Nesse Estado, [burguês] o problema da legitimidade não atinge a relação vertical do indivíduo para com o Estado, mas somente a relação horizontal para com os outros. Por essa razão, embora o Estado Leviatã esteja vertido na forma jurídica, não existem, ainda, as determinações próprias da legitimidade no que concerne à relação vertical dos indivíduos para com o Estado. “Então, o que o Estado, na roupagem da legalidade determinará será o âmbito das relações legítimas no nível horizontal dos indivíduos entre si, no tráfico burguês da sociedade civil. [22]

Na primeira onda de juridificação ocorreu, portanto, a consolidação da *sociedade civil*, mediante as inovações alcançadas pelo *Estado burguês*. Aqui praticamente acontece a identificação entre a noção de Estado e de Sociedade civil, sendo esta constituída a partir do Estado, o qual o é seu garantidor. Os dispositivos jurídicos, nessa primeira fase, permitiram a institucionalização do *poder* e do *dinheiro*[23] e com isso o mundo da vida tornou-se refém dos subsistemas economia e Estado. Porém as reservas do mundo da vida não permaneceram imobilizadas, mas buscaram garantir, por meio da lei civil, a incorporação progressiva de direitos. Assim, do enfoque da *Lebenswelt*, devem ser lidas as demais etapas de juridificação.[24]

1.2 O Estado de Direito

Já o *Estado de direito burguês* ou *Estado Burguês de Direito* é caracterizado pela normatização jurídico-constitucional do poder público, que no estágio anterior – a do Estado Absolutista – ainda se mantinha limitado pela forma legal dos meios burocráticos do poder.[25] É o nascimento de uma concepção de Estado de direito para além da noção de Estado legal. Aqui os cidadãos passam a dispor de direitos que valem tanto no âmbito da relação horizontal entre as pessoas de direito como também na relação vertical que estas mantêm diante do soberano. Constitui-se o império da lei, na qual os direitos públicos vinculam o soberano e os cidadãos sob a égide de regras positivas do direito subjetivo. Nesse contexto, as garantias relativas à vida, à liberdade e à propriedade de pessoas privadas já não resultam mais do sistema econômico institucionalizado em termos de *direito privado*. A partir desse momento tais garantias serão derivadas de *normas constitucionais*, que moralmente justificadas, passam a ter como marca o regime de dominação no conjunto das atividades públicas. Sob o ponto de vista da *teoria da sociedade*, as reivindicações que são próprias do mundo da vida passam a ter reconhecimento e proteção. O avanço possível que ocorre em relação ao Estado absolutista não se limita a ganhos os quais o mundo da vida se beneficia, mas à questão própria da fundamentação do direito que não fica circunscrita à atividade monopolizadora da força exercida pelo Estado, devendo o mesmo estar integrado às atividades públicas reconhecidas moral e constitucionalmente. Temos, pois, “o primeiro passo dado pelo Estado de Direito para alcançar a sua legitimidade dele mesmo”. [26] E aqui há um aspecto importante a destacar: a legitimidade é buscada no seio do próprio projeto político de modernidade, sem apelos a outras paragens, seja elas sagradas ou de caráter pré-moderno.

1.3 O Estado Democrático de Direito

No *Estado democrático de direito*, os sujeitos conquistam direitos que lhes garantem a participação política. As leis, nesse contexto, somente encontrarão validade quando instituídas por via da participação democrática, capaz de dar expressão a um interesse geral em que todos os afetados possam conceder seu assentimento a elas. O

procedimento para satisfazer essa exigência deve conectar a legislação a processos tanto de decisão parlamentar, quanto de decisão pública. A juridificação desse processo de legitimação se consolida na forma de direito ao voto universal e igual, no reconhecimento da liberdade de organização e na participação em associações e partidos políticos.[27] Sob o ponto de vista da *teoria da sociedade*, esse processo democratizador desenvolvido pela terceira onda de juridificação, está no mesmo nível que a segunda, pois novamente o *mundo da vida* moderno se faz valer frente aos imperativos de uma estrutura de poder que procurou abstrair de todos os contextos concretos desse mundo.[28] “Serão novas determinações do mundo vivido a serem elevadas à proteção jurídica. Com isso, o meio ‘poder’ encontra seu ancoramento definitivo no mundo vivido.” [29] A novidade a considerar está no fato de os cidadãos serem reconhecidos enquanto tais e terem, por meio da participação política, com direitos políticos assegurados, a possibilidade de legitimar as normas via o processo democrático. O que se obtém no segundo e terceiro níveis são, portanto, a constitucionalização e democratização de uma dominação burocrática, que no primeiro nível estava presa a uma forma absolutista.[30]

1.4 O Estado Social e Democrático de Direito

O processo que conduz ao *Estado social e democrático de direito* é a constitucionalização de uma relação de poder social ancorada na estrutura de classes. Nesse nível se percebe determinados direitos conquistados pelos trabalhadores que, anteriormente, estavam submetidos ao poder e a autoridade organizatória dos proprietários dos meios de produção. Esse nível de juridificação preenche o equilíbrio de poder dentro de um âmbito de ação já constituído juridicamente.[31]

O *Estado social e democrático de direito* nasce a partir de normas que restringem o conflito de classes, tendo em vista garantir a liberdade tanto dos beneficiários, quanto do legislador democrático. No entanto, o princípio das políticas sociais traz em si um caráter ambivalente, pois ao promover as garantias da liberdade, acaba gerando implicitamente a privação da mesma.[32] Isso acontece porque o *Estado social* ao instituir direitos que visam assegurar determinados benefícios, somente o faz sob forma de intervenções que reestruturam o *mundo da vida* dos beneficiários.[33] O *mundo da vida* não fica incólume aos benefícios assegurados pela política do *Estado social*, e com isso são geradas significativas mudanças em sua estrutura de integração social.[34] Os paradoxos gerados nesta etapa do *Estado social e democrático de direito* recoloca diante de Habermas a polaridade entre Marx e Weber. Contra Weber – que advogava ser a materialização do direito a causa dos elementos anacrônicos dentro do sistema jurídico – Marx, levado pelas suas análises sobre a mais-valia, afirmava que a formalidade do direito – como prescrito por Weber – também mantém desigualdades de fato, bastando para isso trazer à tona a liberdade que o trabalhador dispõe para vender a sua força de trabalho a quem lhe interessar.[35] Marx visava demonstrar que o Direito formal clássico baseado no conceito formalista e neutro de personalidade jurídica não levava em consideração a realidade social material e, por esse motivo, acabava compactuando com o encobrimento das posições de poder de grupos dentro do mundo social.

No entanto, nessa quarta onda de juridificação, é destacada a ambivalência que o próprio processo de juridificação ocasiona. Diferentemente de Marx, o direito moderno no alargamento de seu domínio abre-se para contextos específicos, como é o caso do Direito trabalhista. A interferência jurídica em aspectos que passam a regular as novas definições entre empregador e trabalhador, acarreta a transformação do direito formal em um direito de cunho material. Esta transformação que ocorre na estrutura interna do direito representa “a substituição de normas ‘gerais’ e universais por normas que incorporam papéis ou posições sociais específicas e traduz uma das mais significativas alterações no curso da juridificação moderna”.^[36] Outro aspecto a considerar neste contexto trabalhista é a ambivalência da juridificação que ao mesmo tempo garante e priva a liberdade.

[...] o Direito do Trabalho protege certos interesses dos trabalhadores e assegura margem de manobra às associações sindicais representativas desses interesses; contudo, e por outro lado, o caráter ‘repressivo’ da juridificação tende a despolitizar os conflitos trabalhistas e sociais, em virtude de originar uma drástica limitação das possibilidades de uma ação militante daquelas associações.^[37]

Habermas, partindo da divisão clássica dos direitos fundamentais em *direitos de liberdade* e *direitos de participação*, indica que a perda da liberdade não é consequência derivada da forma dos *direitos de participação*, antes, porém, do modo burocrático como esses direitos são traduzidos para a prática.^[38] O direito formal burguês quando vai além da delimitação negativa do arbítrio das pessoas privadas e passa a comprometer-se em garantir de modo positivo a participação dos indivíduos nas instituições, torna-se problemático, uma vez que ele burocratiza as esferas de ações comunicativas e gera desigualdades.

[...] a juridización tiene también una significación negativa, porque se refiere al fenómeno de inflación de normatividad jurídica, que regula cada vez más sectores de la vida pública y privada en las sociedades avanzadas. Es una consecuencia de la tendencia a la burocratización general que ya señaló Max Weber y un ejemplo de la penetración de la lógica sistémica en la vida de los individuos.^[39]

No esboço dessas quatro ondas de juridificação, Habermas abre espaço para considerar o direito sobre o aspecto de sua legitimidade, que em sua análise, demonstra ser a terceira onda de juridificação - a do Estado democrático de direito - aquela que constitui o momento para se reconstruir a legitimidade da ordem jurídica adquirida nas duas ondas anteriores. Pois na terceira onda está a gênese da noção de soberania popular, onde a legitimidade, ancorada na democracia, encontra base segura para se fixar. Pode-se dizer que nessa fase, Habermas - diante das conquistas oriundas do *mundo da vida*, através de sujeitos providos de direitos de liberdade e direitos de participação - começa a sinalizar a associação do direito à democracia. Em *Teoria da*

Ação Comunicativa, apesar de seu enfoque no aspecto patológico do direito, Habermas já fornece parcialmente o roteiro que seguirá em obras posteriores, de modo especial em *Faktizität und Geltung (Facticidade e Validade)*, na tentativa de consolidar a relação entre direito e democracia. Pois “na medida em que o Estado de direito se democratiza abrindo-se para o poder comunicativo e gerando um direito por meio do procedimento discursivo, então o ordenamento jurídico e as próprias instituições do Estado podem ser legítimos”.^[40]

Nas duas primeiras ondas de juridificação, a legitimidade da lei estava na dependência da correção do procedimento pela qual foi instituída. Para o positivismo jurídico, tratar da legitimidade de uma norma jurídica é apelar para a produção formalmente correta da lei, sem preocupar-se, inclusive, se os órgãos do Estado responsáveis pela elaboração dessas normas são legítimos.^[41] Nessa fase ainda não se coloca a questão da legitimidade do direito, visto que o mesmo está atrelado a âmbitos de ações sistemicamente integrados, servindo apenas como instrumento de organização para os subsistemas regidos por meios. Nesse aspecto, é bastante salutar o exemplo do direito econômico, empresarial, comercial e também do direito administrativo, que vinculados aos meios ‘dinheiro’ e ‘poder’, assumem o papel sistêmico de meios de controle.^[42]

Em la medida em que el derecho funciona como um *medio* complejo conectado com el dinero y el poder, abarca los ámbitos de acción formalmente organizados que quedaron constituídos como tales em las formas del derecho formal burguês.^[43]

No entanto, Habermas menciona que há instituições jurídicas, as quais se referem a normas que não podem ser legitimadas apenas com apelos em termos positivistas de uma correção procedimental, que mantém relações de continuidade com normas éticas, sancionando âmbitos de ações estruturados comunicativamente e também concedendo força respaldada pela sanção estatal aos âmbitos de ações constituídos informalmente.^[44] A partir dessas instituições jurídicas, Habermas avalia que os processos de juridificação podem ser distinguidos pela relação que estes assumem seja com os espaços de ação sistemicamente integrados seja com as instituições do *mundo da vida*. Habermas estaria aqui avalizando um possível aspecto emancipatório do direito, abrindo, portanto, o caminho para levar a reflexão jurídica além de Weber.

[...] el universalismo jurídico burgués y la consiguiente conciencia moral universalista – junto con la institucionalización, típica para la sociedad burguesa, de los tipos de discurso en los ámbitos de la ciencia, la opinión pública burguesa y los foros parlamentarios – son concebidos por Habermas como conquistas que, aun estando *ligadas* históricamente al desarrollo de las fuerzas productivas, son categóricamente distintas de éste y gozan de una especie de autonomía histórica. En dichas conquistas, más que en el despliegue de las fuerzas productivas, se esconde el potencial emancipatorio de una futura sociedad democrática, capaz de hacer realidad la autodeterminación y la solidaridad.^[45]

As matérias jurídicas tecnicizadas e desconexas da moral colocaram o direito como *meio* de controle, sendo o mesmo, nesse sentido, avaliado ou julgado do ponto de vista da sua adequação aos imperativos funcionais sistêmicos. Porém, na visão de Habermas, as ondas de juridificação dão corpo a novas instituições jurídicas as quais refletem a própria consciência jurídica na sua prática cotidiana. Somente nesta segunda categoria é possível colocar a questão da legitimidade do direito; em específico, somente é permissível falar de legitimidade, quando o direito é visto como um complemento dos componentes institucionais do mundo da vida e não propriamente como um meio de controle.[46] E o direito visto na perspectiva emancipatória deve-se abrir, cada vez mais, aos apelos oriundos do mundo da vida, sobretudo, aos desafios colocados imputados às esferas do Estado e do Mercado diante da proteção ambiental.

2 O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Postas estas premissas a respeito da evolução do Estado, pelo viés da ação comunicativa de Habermas, propõe-se a conformação do Direito ao chamado *Estado Ambiental*, ou *Estado de Direito Ambiental*, ou *Estado do Ambiente*, assumindo que a problemática ambiental tem contornos que vão além da dimensão dos direitos humanos e se revela como caracterizadora do Estado Pós-Social.[47]

O Estado de Direito Ambiental, para ser amoldado, pressupõe a existência do Estado que tenha as características de ser de direito, democrático e social, que para prevalecer “há que contar-se com todos estes elementos inseparáveis e indispensáveis para sua configuração”. [48]

A conceituação do Estado de Direito Ambiental se faz a partir da construção de um desenvolvimento duradouro, e, de acordo com Capella, tal estado se propõe a “aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”. [49]

A construção do Estado do ambiente não se faz de forma a simplesmente adicionar limites aos direitos, liberdades e garantias[50], o que numa clara concepção da tradição liberal de Estado de direito, levaria a um “minimalismo ambiental”[51] que poderia ser denominado de Estado de Polícia Ambiental.[52] Por outro lado, moldar este Estado do ambiente sob uma perspectiva intervencionista e planificatória, ancorada no direito econômico, como uma questão de utilização do bem ambiental, pode conduzir, como diz o constitucionalista, a “uma economia coletivista e dirigista, a pretexto da defesa dos sistemas ecológicos[53]”, o que o reduziria a um Estado de Providência Ambiental[54],

levando-o ao mesmo paradoxo do Estado de bem estar social, expresso no Estado social e democrático de direito.

Acima e além destas perspectivas, é mister estabelecer-se, de acordo com o magistério de J.J. Gomes Canotilho, dois pilares fundamentais para o estabelecimento do Estado de Direito Ambiental ou o Estado Constitucional Ecológico, quais sejam:

[...] i. o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; ii. o Estado ecológico aponta para formas novas de participação sustentada.[55]

Como vimos, as etapas de consolidação do Estado social e democrático de direito, tornam possível que os elementos pautados pela dimensão ecológica sejam eles próprios tematizados juridicamente, alcançando por meio da participação política, condições de as sociedades gerirem suas organizações e modos de vida de forma sustentada.

2.1 A implementação do Estado de Direito Ambiental: obstáculos e instrumentos de concretização

As dificuldades na implementação deste Estado de Direito Ambiental[56] não podem ser esquecidas, devendo ser levado em conta o grau de complexidade dos problemas que emergem da questão ambiental, da amplitude global do sistema e do evidente esvaziamento da capacidade regulatória do Estado. José Rubens Morato Leite define esta situação da seguinte maneira:

Em horizonte de fim de século, na reconfiguração das forças políticas de um mundo marcado por desigualdades sociais, empobrecimento das maiorias, e pela degradação ambiental em escala planetária, a construção de um Estado do Ambiente parece uma utopia, porque sabe que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e consumo existentes.[57]

Mesmo diante deste panorama, a consecução do Estado de Direito Ambiental é possível. Só se dará, porém, a partir da tomada de consciência[58] global da crise ecológica[59], que exige uma cidadania participativa a partir de uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental.[60] Mudam-se aqui, as tarefas fundamentais do Estado, chamado agora de Estado de Direito do Ambiente e a este cabe, indubitavelmente, dentre outras tarefas, as de proteger e defender o ambiente, de promover a educação ambiental, de criar espaços de proteção ambiental e executar o

planejamento ambiental. Tais mudanças não vão abolir o Estado Social, mas transformá-lo. “A introdução da visão democrática ambiental proporcionará uma vertente de gestão participativa no Estado, que estimulará o exercício da cidadania, com vistas ao gerenciamento da problemática ambiental”.^[61] Esta cidadania ambiental se estabelece precípuamente, por meio da educação e da informação ambiental.

O dever geral do Estado de proteger e preservar o ambiente (ao lado do dever fundamental do cidadão) inclui, dentre outros, o dever de editar normas que visem a atingir este objetivo. Dessa forma, o Estado deverá *agir normativamente* quando a edição de uma norma for condição indispensável à proteção do ambiente. A construção do Estado ambiental está intrinsecamente ligada a uma legislação ambiental atualizada. É mister, para tanto, que se insira, dentre os objetivos precípuos das políticas públicas do Estado, a preservação do ambiente.

A possibilidade de se impor ao Estado a edição de normas protetoras do ambiente é outro elemento importante na formação do Estado de Direito do Ambiente. É conhecida a existência da dificuldade em dar efetividade a normas de conteúdo ecológico, sejam elas constitucionais, internacionais ou legais. A inexistência de normas tuteladoras do ambiente também agrava o problema da efetividade.

Para a concreção deste dever normativo do Estado, J.J. Gomes Canotilho^[62] se refere, ao *mandado de injunção ecológica, como uma redescoberta do mandado de injunção consagrado na Constituição Federal Brasileira de 1988*. Este instrumento processual se coaduna com a idéia da concepção integrativa do ambiente e se articula com a estratégia de regulação ambiental. Além disso, a edição de normas destina-se a eliminar a insegurança ecológica e garante uma maior proteção ao ambiente.

Não se pode preterir da importância dos mecanismos de tutela jurisdicional do ambiente, que são “o último recurso contra a ameaça e a degradação ambiental, pois antes destas, os mecanismos de prevenção e precaução têm papel de destaque na política ambiental”.^[63] É certo, porém, que sem acesso à justiça não se pode construir um Estado democrático do ambiente.

2.2 Concepção Integrada do Ambiente

Um estado de direito Ambiental pressupõe também, uma concepção integrada ou integrativa do ambiente.^[64] Isto significa a necessidade de proteção global e sistemática do ambiente, além dos componentes naturais e humanos, a ser considerada especialmente na avaliação de impactos ambientais das atividades potencialmente poluidoras. Devem-se levar em conta os perigos advindos da instalação e do funcionamento da atividade, mas também acompanhar todo o processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental. Além disso, uma concepção integrativa deve levar em conta a “passagem de uma concepção monotemática para o entendimento multitemático que obriga a uma ponderação ou balanceamento dos direitos e interesses existentes de uma forma substancialmente inovadora”.^[65] Significa dizer que a avaliação integrada de impacto ambiental deve incidir sobre novos

elementos, não só os projetos privados e públicos deverão ser isoladamente considerados, mas, incluídos nos planos de urbanização municipal.

A estas duas concepções que envolvem um direito ambiental integrativo soma-se uma terceira, referente ao modo de atuação dos instrumentos jurídicos ambientais. J. J. Gomes Canotilho[66] utiliza-se da expressão *ponderação ecológica* para qualificar o critério que os *decisores jurídicos* devem levar em consideração nos seus juízos a respeito dos efeitos ambientais de obras, atividades, serviços ou planos ecologicamente relevantes. É necessária que se faça uma ponderação sob o ponto de vista ambiental, a qual recebe, de J. J. Gomes Canotilho, como vimos, a denominação de “ponderação ecológica”:

A ponderação de direitos e interesses numa perspectiva mutitemática é, por natureza, mais complexa e conflitual. Daí a necessidade de compatibilização dos instrumentos imperativos e cooperativos da articulação de regras de caráter jurídico e estritamente vinculadas ao princípio da legalidade com dimensões atentas às condições concretas de atuação (a chamada “elasticidade situativa”) e da substituição de uma “polícia de pormenores” por um sistema de controle (ou de pós-avaliação) dos resultados.[67]

A ponderação ecológica pressupõe, obviamente, as dimensões básicas[68] que a ponderação de direitos e interesses deve levar em conta em um Estado de Direito, e, além destas, deve-se acrescer o bem público ambiente e o direito fundamental ao ambiente à análise dos procedimentos de introdução, aquisição e seleção de interesses. O autor[69] afirma que esta ponderação carece de positivação legal e que esta ponderação ecológica assume particular relevo quando, a par da defesa do ambiente o legislador elege outros fins a serem perseguidos pelo poder público, como desenvolvimento econômico, independência energética, necessidade de emprego, defesa da concorrência.[70]

Desse modo é que a concepção integrativa do ambiente não significa o regresso à idéia de Estado de direito ambientalmente planificado. Um “plano nacional do ambiente” compreendido nos tempos “pós-modernos” aponta não para uma reedificação holística da planificação ambiental, mas sim para um plano dúctil centrado sobre os problemas nucleares do desenvolvimento sustentado, justo e duradouro.

O sentido jurídico-constitucional dos deveres fundamentais ecológicos coloca-se dentro do Estado de direito ambiental, como relevante. O direito fundamental ao ambiente, como direito subjetivo, deu lugar, hodiernamente, ao que se convencionou chamar de comunitarismo ambiental ou de uma comunidade ambiental em que se percebe a participação ativa do cidadão como protetor e preservador do ambiente. Daí os deveres fundamentais ecológicos, com assento constitucional no Brasil[71] e presente em documentos internacionais recentes.[72]

J.J. Gomes Canotilho vale-se dos ensinamentos de François Ost, para quem a idéia de dever fundamental está construída sobre a idéia de responsabilidade-conduta[73] e tem o seguinte imperativo: “age de forma a que os resultados da tua ação que usufrui dos

bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras”.[\[74\]](#)

2.4 Princípios Estruturantes do Direito Ambiental

A construção deste novo Estado de direito – o Estado de direito ambiental, não pode ser tarefa para um único ramo autônomo do Direito.[\[75\]](#) Assim é que, apesar de possuir objeto, método e conceitos dogmáticos rigorosos, o direito Ambiental não pode deixar de se valer da dialética interdisciplinar[\[76\]](#) a fim de alcançar seu objetivo. Não pode prescindir da efetivação de alguns princípios do direito ambiental, já que estes desenvolvem uma base comum nos instrumentos normativos de política ambiental, balizam a atuação do Estado e as exigências da sociedade em relação à proteção do ambiente e, ainda, “dão ao sistema jurídico um sentido harmônico, lógico, racional e coerente”.[\[77\]](#)

Destacam-se os seguintes princípios: do interesse público na proteção do ambiente em relação aos interesses privados, da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, da participação popular, da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado, da função social da propriedade. Além destes, o princípio da prevenção de danos e degradações ambientais, bem como o da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao ambiente e o da cooperação em matéria ambiental.[\[78\]](#)

Dentre estes, porém, merecem uma incursão aprofundada os princípios da precaução e da atuação preventiva, da cooperação e da responsabilização. O princípio da precaução, positivado no artigo 15 da Declaração do Rio de 1992 dispõe que a ausência de certeza científica não deve ser motivo para não serem tomadas medidas preventivas ao dano ambiental, a atuação preventiva impõe que os perigos comprovados sejam eliminados.[\[79\]](#)

O princípio da cooperação leva em conta a necessidade da participação popular nos processos e procedimentos que envolvam questões ecológicas relevantes[\[80\]](#), e, além disso, uma integração entre os Estados que envolvam questões ecológicas relevantes. J. J. Gomes Canotilho denomina a implementação da participação popular como “agir integrativo da administração pública”.[\[81\]](#) A cooperação deve ser entendida também como solidariedade entre os Estados, levando em conta a necessidade de se preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações. A soberania dos Estados tem sido um entrave à consecução deste princípio, apesar do grande número de declarações, tratados e convenções internacionais que têm sido firmados a respeito do ambiente, são, em sua maioria, submetidos à obediência de suas cláusulas às nações que ratificaram seus termos, possibilitando que os Estados não signatários façam tábula rasa acerca da vigência dos tratados supranacionais.

Nesse viés, Morato Leite assevera que “importa uma soberania menos egoísta dos Estados e mais solidária no aspecto ambiental, com a incorporação de sistemas mais

efetivos de cooperação entre Estados, em face das exigências de preservação ambiental”.[\[82\]](#)

Estes três princípios (precaução, atuação preventiva e cooperação), devem, segundo o autor, ser incorporados à política ambiental, como tarefa indispensável ao Estado de Justiça Ambiental, mas não funcionam se, juntamente com eles não for inserido o princípio da responsabilidade. Nas palavras do autor: “de nada adiantariam ações preventivas se eventuais responsáveis por possíveis danos não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações”.[\[83\]](#)

A discussão da maioria destes princípios em declarações internacionais como a Conferência de Estocolmo (1972) e a declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92) são exemplos concretos da tentativa de implementação dos princípios estruturantes que devem orientar a atividade estatal no sentido de estabelecer um Estado de Direito Ambiental. Não se pode esquecer também que:

[...] a efetiva construção de um Estado ambiental, para além de uma previsão formal nos textos constitucionais e legislativos, reclama um permanente e dinâmico processo de construção, que somente será frutífero com o comprometimento de todos os segmentos da sociedade, e, evidentemente, não apenas do Direito e dos seus estudiosos e aplicadores.[\[84\]](#)

O desafio do direito ambiental contemporâneo que consiste na transformação do Estado de Direito Ambiental em um Estado de Justiça Ambiental, pois “se o Estado de Ambiente não pode construir-se ao arpeio das regras e princípios informadores do Estado do direito, ele não pode respirar livremente, se não transportar nos seus vasos normativos a seiva da justiça ambiental”[\[85\]](#). O sentido desta justiça está em se entender o que seja injustiça ambiental, que nas palavras de J. J. Gomes Canotilho significa:

[...] qualquer decisão, prática ou atividade político-administrativa referente à tutela do ambiente ou à transformação do território que diferencia, em termos discriminatórios, indivíduos, grupos ou comunidades, designadamente os pertencentes a minorias populacionais em virtude da raça, da situação econômica ou localização geográfica.[\[86\]](#)

A justiça intergeracional e os direitos de futuras gerações devem ser levados em conta para a consecução desta “nova” justiça[\[87\]](#), além da solidariedade entre os indivíduos que se efetiva por meio de programas e ações que procedem do Estado de Direito Ambiental.[\[88\]](#) Desse modo, não se deve desconsiderar que o Estado do ambiente esteja desconexo do Estado social e democrático de direito, mas que ele próprio, pela peculiaridade que o meio ambiente exerce na configuração das sociedades, convém como uma das contribuições mais significativas para se pensar um Estado que amplia

sua fronteira nesse limiar do século XXI, possibilitando falar em um Estado social e democrático de direito ambiental.

CONCLUSÕES

O processo de juridificação tal como apresentado por Habermas em sua *Teoria da Ação Comunicativa*, confirma o desdobramento do Estado no percurso da modernidade como instância possibilitadora da inserção dos aspectos democráticos e sociais. Nesse ínterim, a proposta de Canotilho a respeito do Estado Ambiental vem reforçar a leitura de Habermas exigindo, contudo, diante do contexto de conscientização dos efeitos poluidores gerados pela sociedade industrial, uma nova percepção de o Estado atuar e tutelar o ambiente.

Buscamos destacar que a implementação do Estado de Direito Ambiental é possível, apesar dos obstáculos existentes, a partir da participação efetiva do Estado e da coletividade. É mister ainda, uma concepção integrada do ambiente, na qual a avaliação de impactos ambientais de todas as obras e atividades potencialmente poluidoras, seja incluída num contexto maior, além de se levar em conta outros aspectos envolvidos, como o desenvolvimento.

Apesar de o ambiente constituir-se hoje em um dilema e, ao mesmo tempo, um problema para a sociedade capitalista, é notório que o Estado na forma como o concebemos, seja em sua formatação liberal seja em sua configuração de tutelar o bem estar social, não foi capaz de responder satisfatoriamente às questões ambientais. Um Estado que incorpore em suas estruturas a dimensão ambiental, certamente não poderá permanecer circunscrito às formações liberais e sociais, mas ampliar seu escopo e inserir, conforme destaca Habermas, uma democracia deliberativa capaz de tematizar as condições de possibilidades da manutenção da vida para a nossa e as próximas gerações.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La Teoría Discursiva del Derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Prólogo de Javier Muguerza. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, 2000.

BOLADERAS, Margarita. *Comunicación, Ética y política: Habermas y sus Críticos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do Direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. (Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente-Coimbra), n. 4, p. 69-79, dez. 1995.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. (Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente-Coimbra), n. 1, p. 55-66, jun. 1994.

_____. Democracia e Ambiente: em torno de formação da “consciência ambiental”. A pretexto da dissertação de Vierbaus, Peter-Hans, *Umweltbewusstsein von oben. Zum Verfassungsgebot demokratischer Willensbildung*, Berlin, Duncker e Humblot, 1994. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de las razones a los derechos*, p. 248 apud LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPRA, Frijot. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

DINIZ, Débora. *Conflitos Morais e bioética*. Prefácio de Sérgio Paulo Rouanet. Brasília: Letras Livres, 2001.

DURÃO, A. Barbieri. “A filosofia do Direito de Habermas”. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia*: Instituto Brasileiro de Filosofia. São Paulo, setembro de 1999. P. 16-28.

DUTRA, Delamar José Volpato. A Legalidade como Forma do Estado de Direito. *Kriterion*. Belo Horizonte: nº 109, jun/2004. P. 244-262.

GIMÉNES, Teresa Vicente. El nuevo paradigma de la justicia ecológica. GIMÉNES, Teresa Vicente (Coord.). *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Madrid: Trotta, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

_____. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; LEITE, José Rubens Morato. *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1997, p. 58.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

TEUBNER, Gunther. Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. *Revista de direito e Economia*. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos. Ano XIV.p. 01-37.

WELLMER, Albrecht. Sobre Razón, Emancipación y Utopia. Acerca de la fundamentación teórico-comunicacional de una teoría crítica de la sociedad. *Ética y Diálogo*: elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso. Tradução de Fabio Morales. México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 1994.

[1] O conceito de mundo da vida (*Lebenswelt*) em Habermas compreende três aspectos correlatos: cultura, sociedade e personalidade. É importante notar que, ao se referir ao mundo da vida, Habermas o trata vinculado ao conceito de racionalidade comunicativa.

[2] HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999. p. 503. Para as demais citações segue a seguinte abreviação: TAC II.

[3] A respeito do termo juridificação (*Verrechtlichung*), cabe ressaltar que “[...] foi pela primeira vez empregado durante a República de Weimar, com uma acentuação polêmica, no âmbito do Direito do Trabalho: Kirchheimer usou-a para criticar a formalização jurídica das relações de trabalho, neutralizadora dos genuínos conflitos políticos de classe e, já antes disso, Fränkel a utilizara, para imputar à juridificação das relações trabalhistas a ‘petrificação’ da dinâmica política do movimento da classe trabalhadora”. Cf: TEUBNER, Gunther. Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. In: *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos. Ano XIV, p. 29.

[4] A esse respeito conferir: TEUBNER, op.cit. p.19. Neste artigo Teubner demonstra que o fenômeno da juridificação se analisado em perspectivas seletivas de disciplinas específicas corre-se o risco de alcançar conclusões insatisfatórias. Por exemplo, restringir o fenômeno à ‘inundação de leis’ como quer os juristas; ou a ‘expropriação do conflito’ na interpretação dos sociólogos; ou ainda a um fenômeno de ‘restrição do espaço de ação dos movimentos sociais ou grupos de interesses’ segundo a avaliação da ciência política, gera resultados em certo sentido parciais sobre o fenômeno da juridificação. Gunther Teubner (*op.cit.* p. 32) julga que “[...] uma adequada formulação da problemática em análise exigirá que se ultrapassem os estreitos confins destas disciplinas, procurando apoio nas grandes teorias sobre a evolução do Direito, tais como as surgidas na esteira de Marx, Maine, Durkheim e Weber, e prosseguidas nos nossos dias por Parsons, Unger, Nonet e Selznick nos Estados Unidos, e por Habermas e Luhmann na Europa”.

[5] TEUBNER, op. cit. p. 26.

[6] TAC II, p. 505. Com base na desconexão entre sistema e Mundo da vida, Habermas procederá a análise das patologias que envolvem as sociedades modernas. Ver: Moreira, op. cit. p. 54.

[7] Algumas considerações sobre a posição do direito em *Theorie des Kommunikativen Handelns*, colhidas em autores cuja atenção a esse respeito dispensaram algumas palavras. “Pero lo cierto es que, todavía en su *Teoría de la acción comunicativa* de 1981, el termino ‘juridificación’ (Verrechtlichung) – por el que habría que entender algo así como ‘la expansión del ámbito del Derecho’ – admitía tanto connotaciones positivas cuanto negativas”. Cf: ARROYO, Juan Carlos Velasco. op. cit. p. XII. Ver também: MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

[8] DUTRA, Delamar José Volpato. A Legalidade como Forma do Estado de Direito. *Kriterion*. Belo Horizonte, n. 109, jun/2004, p. 65.

[9] Uma breve menção à concepção psicológica de Lawrence Kohlberg: “[...] Jean Piaget descreve a passagem de uma fase em que as normas da família e da comunidade determinam o comportamento do indivíduo, para uma fase em que as decisões morais são tomadas pelo próprio sujeito. Seguindo a trilha de Piaget, Lawrence Kohlberg afirma que todo indivíduo tem o potencial de percorrer uma trajetória que passa do respeito heterônomo a normas impostas por seu grupo de referência (família, classe, nação) até uma fase última (o famoso estágio 6) em que o horizonte de referência é a humanidade inteira e em que o julgamento não se faz com base nos princípios vigentes em sociedades particulares e sim em princípios universais de justiça. Estudos interculturais comprovaram a validade dessa seqüência em várias sociedades”. Cf: DINIZ, Débora. *Conflitos Morais e Bioética*. Prefácio de Sérgio Paulo Rouanet. Brasília: Letras Livres. 2001, p. 23-24. [Aqui ver com atenção Apel “Estudos da Moral Moderna” e Moreira p. 35]

[10] BOLADERAS, Margarita. *Comunicación, Ética y política: Habermas y sus críticos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 123.

[11] BOLADERAS, op. cit., p. 129.

[12] BOLADERAS, op. cit. ,p. 130.

[13] TAC II, p. 505.

[14] BOLADERAS, op. cit. p. 124.

[15] TAC II, p. 336. Ver também Moreira, op. cit., p. 36-37.

[16] HABERMAS, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 28-29. Para as demais referências utilizaremos a seguinte abreviatura: RMH.

[17] RMH, p. 37

[18] TAC II, p. 506

[19] MOREIRA, op. cit. p.55.

[20] MOREIRA, op. cit. p. 57-58.

[21] BOLADERAS, op. cit. p. 125.

[22] DUTRA, op. cit. p. 65-66.

[23] TAC II, p. 507.

[24] DUTRA, op. cit. p. 68.

[25] TAC II, p. 508.

[26] MOREIRA, op. cit. p. 57.

[27] TAC II, p. 509.

[28] TAC II, p. 509.

[29] DUTRA, op. cit. p. 68.

[30] TAC II, p. 510.

[31] TAC II, p. 511.

[32] TAC II, p. 511.

[33] TAC II, p. 512.

[34] TAC II, p. 514.

[35] DUTRA, op. cit. p. 69.

[36] TEUBNER, op. cit. p. 42.

[37] TEUBNER, op. cit. p. 29.

[38] TAC II, p. 515.

[39] BOLADERAS, op. cit. p. 89.

[40] DURÃO, A. Barbieri. A filosofia do Direito de Habermas. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia*: Instituto Brasileiro de Filosofia. São Paulo, set/1999, p. 47.

[41] TAC II, p. 516

[42] TAC II, p. 516

[43] TAC II, p. 517

[44] TAC II, p. 517

[45] WELLMER, Albrecht. Sobre Razón, Emancipación y Utopia. Acerca de la fundamentación teórico-comunicacional de una teoría crítica de la sociedad. *Ética y Diálogo: elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Tradução de Fabio Morales. México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 1994, p. 198.

[46] TAC II, p. 518.

[47] SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 24.

[48] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*, p. 26.

[49] CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de las razones a los derechos*, p. 248 apud LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

[50] Especificamente ao direito de propriedade e ao direito de iniciativa econômica (LEITE, José Rubens Morato, op. cit., p. 73).

[51] CANOTILHO, José Joaguim Gomes. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do Direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. (Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente-Coimbra), n. 4, p. 69-79, dez. 1995, p. 73.

[52] SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito*, p. 24.

[53] CANOTILHO, José Joaguim Gomes, op. cit, 73.

[54] SILVA, Vasco Pereira da, op. cit., p. 24.

[55] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 4.

[56] O Estado de Direito Ambiental compreende a efetivação do direito fundamental a um ambiente preservado, direito social, que depende da atuação global dos Estados. A respeito destes direitos Bobbio afirma que “os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 63).

[57] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*, p. 26.

[58] A consciência ambiental conforme J.J. Gomes Canotilho, se perfaz em quatro momentos distintos, essenciais para a compreensão da formação da vontade política na área do ambiente: o momento intelectual, o momento afetivoexistencial o momento ético e o momento voluntarista. “O momento intelectual aponta para o saber; o

momento afectivo-existencial liga-se ao viver; o momento ético transporta-nos para o valer; o momento voluntarista exige o agir. Saber, viver, dar valor e agir eis os verbos de consciência ambiental. CANOTILHO, J.J. Gomes. Democracia e Ambiente: em torno de formação da “consciência ambiental”. A pretexto da dissertação de Vierbaus, Peter-Hans, Umweltbewusstsein von oben. Zum Verfassungsgebot demokratischer Willensbildung, Berlin, Duncker e Humblot, 1994. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p. 93.

[59] Frijot Capra entende que vários problemas sistêmicos, interligados e interdependentes perfazem diferentes dimensões da mesma crise. Segundo ele “somente será possível estabilizar a população quando a pobreza for reduzida em âmbito mundial. A extinção de espécies animais e vegetais numa escala massiva continuará enquanto o Hemisfério Meridional estiver sob o fardo de enormes dívidas. A escassez dos recursos e a degradação do meio ambiente combinam-se com populações em rápida expansão, o que leve ao colapso das comunidades locais e à violência étnica e tribal que se tornou característica importante da era pós-guerra fria (CAPRA. Frijot. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 23).

[60] Idem, ibidem, p. 32 e ss.

[61] Idem, ibidem, p. 34.

[62] CAPRA. Frijot. *A teia da vida*, p. 10-12.

[63] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*, p.41.

[64] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, p. 8.

[65] Idem, ibidem, p. 9.

[66] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. (Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente-Coimbra), n. 1, p. 55-66, jun. 1994, p. 56.

[67] Idem. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, p. 9.

[68] Sendo estas, segundo o autor: “(1) Em todas as decisões devem ser romadas em consideração todos os interesses públicos e privados afectado; (2) todos estes interesses devem ser ponderados, pesados, medidos, equacionados e articulados” (Idem. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo, p. 59).

[69] Idem, ibidem, p. 60.

[70] Como também positivou o constituinte brasileiro no artigo 170 da Constituição Federal.

[71] Art. 225, *caput* da CF. Também a Constituição portuguesa refere-se ao dever de cooperação dos grupos e dos cidadãos na defesa do ambiente (art. 66).

[72] Por exemplo: Agenda 21 e V Programa Comunitário de Ação Ambiental.

[73] Ou responsabilidade-projeto, para o constitucionalista português.

[74] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, p. 10.

[75] *Idem*. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do Direito, p. 73.

[76] Especificadamente, o autor cita os ramos de Direito Civil, Penal, Administrativo e Constitucional.

[77] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*, p. 43.

[78] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; LEITE, José Rubens Morato. *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1997, p. 58.

[79] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*, p. 44 e ss.

[80] No Brasil, existem mecanismos de participação popular nas decisões, como, as audiências públicas, reguladas pela Resolução n. 9, de 3 de dezembro de 1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente–Conama.

[81] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, p. 4.

[82] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*, p. 52.

[83] *Idem*, *ibidem*, p. 55.

[84] SARLET, Ingo Wolfgang, prefácio da obra MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente*, p. 8.

[85] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do direito, p. 74.

[86] O autor fundamenta a exigência da Justiça Ambiental em experiências realizadas em alguns países, sobretudo nos Estados Unidos, as quais demonstraram uma ligação estreita entre a localização e implantação de estabelecimentos industriais de substâncias perigosas ou de incineração de resíduos tóxicos e a situação econômica das comunidades circunvizinhas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do direito, p. 74).

[87] *Idem*. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, p. 3.

[88] GIMÉNES, Teresa Vicente. El nuevo paradigma de la justicia ecológica. In: GIMÉNES, Teresa Vicente (Coord.). *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Madrid: Trotta, 2002, p. 61.

O MEIO AMBIENTE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE ENVIRONMENT AND THE PROPERTY SOCIAL FUNCTION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Daniel Santos Prado

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade discutir a relação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente, considerando-se o paradigma do Estado Democrático de Direito. É importante lembrar que atualmente a propriedade está inserida no contexto da sociedade de consumo, que visa justamente ao consumo desenfreado, sem a observância do princípio da dignidade humana e dos limites impostos pela própria natureza. Isso gera uma situação em que a sociedade fica alienada das consequências do exercício da propriedade, que não corresponda ao fim social. E o Estado Democrático de Direito requer exatamente o oposto: todos os agentes que compõem a sociedade devem atuar em harmonia, visando à preservação do bem comum, lastreando-se na solidariedade e dignidade de todos. Por um lado, a economia deve desenvolver-se, mas por outro, há uma ameaça de catástrofe que irá afetar, certamente, as gerações futuras.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE, ESTADO, DEMOCRACIA, CONSUMO, FUNÇÃO SOCIAL, PROPRIEDADE.

ABSTRACT

The present work has the objective of discussing the relation between property and environmental rights considering the paradigm of the Democratic State of Law. It's important to remember that property is nowadays inside a context of a consumer's society that specially aims at irresponsible consumption, without observing the principles of human dignity and the limits imposed by nature itself. This is the reason why society is unaware of the consequences of property use that is not connected with its social function. The Democratic State of Law requires exactly the opposite: every agent that is inside society ought to behave in harmony, aiming at common welfare, based on solidarity and on everybody's dignity. On the one hand, economy must develop, whereas on the other hand, there is the fear of a chaos, which will certainly affect future generations.

KEYWORDS: ENVIRONMENT, STATE, DEMOCRACY, CONSUMPTION, SOCIAL FUNCTION, PROPERTY.

1. Introdução

A relação do ser humano com o meio em que vive está em crise. A exigência do capitalismo contemporâneo, com bases no neoliberalismo, quer expandir sem a observância de diversos critérios que são fundamentais para um crescimento social saudável. Isso significa aumento de produção e aumento de consumo. Mas essa relação apresenta, por si só, um paradoxo: não há como produzir *ad aeternum*, explorando o meio ambiente como se ele fosse inesgotável e pudesse suprir todas as vontades humanas.

Essa observação deve ser feita tanto à sociedade em geral, como aos produtores. A Constituição Federal de 1988 atribui *função social* à propriedade e isso quer dizer que ela deve ser utilizada de forma que não cause danos a terceiros. Os bens de produção, como os bens de consumo devem estar gravados por essa função, pois um não existe sem o outro.

Por outro lado, esses agentes precisam de um estímulo maior, capaz de gerar obrigação entre eles. Assim, o papel do Estado também é fundamental, pois através de recursos democráticos estabelecerá uma relação de meio-termo, capaz de gerar consenso e harmonia entre as partes. Mas esse intermédio deve ocorrer por meio do *discurso racional*, em que todos são considerados em sua dignidade (art. 1º, III, CF). Os argumentos devem ser apresentados e considerados falíveis, pois só assim há dinamicidade nas relações (portanto, evoluções); apenas dessa maneira pode haver o Estado Democrático de Direito.

2. O impacto da tecnologia na sociedade atual

Não se pode negar que a razão humana, aliada ao antropocentrismo e valorizada desde a Renascença, revolucionou o agir e o pensar humano. As criações científicas e tecnológicas advindas desde aquela época, sobretudo após a Revolução Industrial, acabaram intensificando o risco das atividades humanas de maneira descomunal.

Konrad Lorenz^[1] demonstrou a problemática ética e etológica desse fato, comparando o homem paleolítico, com um machado em mãos, com o piloto que transportou a bomba atômica que devastou Hiroshima. O primeiro já havia tornado ineficaz tudo aquilo que o inibia mortalmente contra os companheiros de raça, seus antepassados animais. Tais inibições perderam o efeito, sobretudo com a criação de armas. Havia fortes instintos repressivos na pré-história, pois os confrontos com o adversário aconteciam olho no olho.

Por outro lado, o piloto de bombardeios atômicos vivencia outra situação, pois nem a agressão nem a inibição da agressão são determinantes em seu agir. Essa situação se dá pelo fato de a técnica armamentista moderna o preservar do encontro "cara a cara" com o inimigo: basta que aperte um botão para que a bomba seja lançada. E as

consequências de seu ato são tão absurdas e violentas que ele nem pode vivenciá-las sensitivo-emocionalmente.

Nesse sentido, Karl-Otto Apel afirma que

exatamente nesta direção apontam também os demais efeitos da potencialização técnica das atividades humanas. Assim como a bomba atômica onerou a guerra, por primeira vez, com um grave risco para toda a humanidade, o mesmo vale, em âmbito ainda maior, para a potencialização da exploração humana da natureza pela técnica civil da moderna sociedade industrial em seu conjunto. Do ponto de vista bio-tecnológico poder-se-ia ter a impressão de que a perturbação do equilíbrio natural, que já estava relacionada com a ruptura das barreiras animais instintivas pelo *homo faber*, somente hoje se tornou plenamente eficaz, enquanto as não reprimidas incursões da técnica humana no espaço da natureza e da vida ameaçam destruir tudo o que é vivo sobre esta terra.[2]

O progresso material e formal ocorre pela necessidade humana e, conseqüentemente, se enraíza na cultura. *Cultura*, em latim, "significa qualquer tipo de trabalho feito no solo e também no ser humano desde a infância, ou seja, a formação" [3]. Atua no conjunto de práticas, valores, técnicas e símbolos transmitidos que permitem a coexistência social. Para o progresso, a cultura é transmitida às gerações futuras; e torna-se mais intensa em épocas de socialmente conturbadas. O progresso, portanto, é capaz de gerar catástrofe. Então, na concepção kantiana referente à doutrina do progresso, o homem, na qualidade de conceito universal e cosmopolita deixa de lado as esferas da vida particular, voltando-se contra si.

Para Apel,

até agora nos omitimos e deixamos assim de pôr pessoalmente nossas determinações subjetivas de fins em conexão com os quase finalísticos sistemas funcionais que, sem nossa contribuição, subsistem na natureza e co-condicionam a vida da espécie humana.[4]

Sob os aspectos acima, demonstra-se que a evolução tecnológica, mais que trazer conforto para as pessoas, faz com que elas se esqueçam das consequências de seus atos. O indivíduo perde sua capacidade de ver o outro, de considerar as necessidades do grupo. A linha de produção moderna divide os trabalhadores por setor e ramifica as áreas de conhecimento, mas gerou a alienação de todo o processo produtivo.

Apel chama a atenção para um aspecto característico da ética da responsabilidade [5]. A ética não poderia mais ser uma questão atinente à convicção privada (baseada na boa vontade, como predizia Kant), mas sim ao resultado das ações de cada indivíduo. Mas em que nível está a possibilidade de uma fundamentação racional da validade intersubjetiva dessa ética?

Tanto o conflito social de classes como o conflito de prestígio e poder entre entes iguais se voltam no sentido de um grupo dominar o outro. Atualmente, o exemplo seria o marketing e a propaganda que, na defesa dos interesses de grupos socialmente poderosos, tentam renovar a necessidade de comprar, aliando o consumo ao conforto e ao bem-estar. Indiretamente, essa é uma forma de minimizar a importância dos

conflitos, principalmente aqueles que poderiam ser originados em focos culturais: esse é o papel do *bem cultural*. [6]

Sob essas circunstâncias, indaga-se: até que ponto é possível realmente deduzir algo como a necessidade de uma responsabilidade ética, a partir da situação do ser humano? Essa pergunta é feita no contexto de necessidade de reconstrução da sociedade de maneira hermenêutica e crítica, dada pelo consentimento dos atingidos, de modo a conduzi-los a normas concretas situacionalmente relacionadas.[7]

É nesse ponto que se encontra a necessidade de uma macro-ética, alinhada pela responsabilidade da razão.

O *homo sapiens* deve reconhecer, agora, que o *homo faber* o antecede, de longe, naquilo que ele já "perpetrou" e ainda pode perpetrar e que agora - talvez na última hora - lhe cabe a tarefa de preencher o abismo que se escancarou, e isso quer dizer: com ajuda da "razão prática", dar uma resposta para a situação que ele mesmo criou, em sua essência, com base na *ratio* técnica.[8]

Assim sendo, a objetividade da ciência ainda pressupõe a validade intersubjetiva de normas éticas. Para Apel, poder-se-ia pensar que pouco teria sido conquistado para a ética, dentro das comunidades de comunicação. Estas, em tese, devem ser reconhecidas reciprocamente todas as pretensões dos parceiros de comunicação. Por meio de seus argumentos devem comprovar a compatibilidade com as pretensões dos demais membros. Essa formação, porém, não corresponde ainda a uma comunidade real, mas ideal, pois ainda há descomunal sobreposição de vontades. Assim, as exigências da responsabilidade solidária devem ser cumpridas, mesmo com as condições ainda constituídas, porquanto a antecipação da comunidade ideal aponta para o futuro no sentido de regular o processo moral. [9]

Mas como tal desenvolvimento poderia se dar em um quadro de alienação e dominação inserido num contexto social que mascara todas as evidências de um desastre? Em obra sobre a globalização, Bauman afirma que a sociedade moderna também consumia, mas a diferença para a sociedade contemporânea está no "foco", com grande mudança social, cultural e individual. A questão filosófica "o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar?" transformou-se em: "o homem consome para viver ou vive para consumir?"[10] Tal mudança de paradigma ocorreu no período de transição da idade moderna para a contemporânea. Naquela, a sociedade tem pouca necessidade de mão-de-obra industrial em massa e de exércitos; nessa, é necessário engajar os membros como consumidores.[11]

Obviamente, essas relações envolvem indivíduos e Estados. Historicamente, o Estado sempre tomou posição para legitimar as suas ações, mesmo com o sacrifício ou a repressão de determinada classe. Na concepção de Apel, os homens devem assumir coletivamente a responsabilidade moral, pois há perigo comum.

3. O Estado Democrático de Direito

Neste capítulo será tomada como base a estruturação do Estado e seus diversos reflexos após a Revolução Francesa, no século XVIII. O despotismo, desde então, sucumbe aos movimentos em prol dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o principal instrumento que atestava tal feito. Com esse documento, passa-se a falar então em Direitos Humanos, protegidos internacionalmente, e em Direitos Fundamentais, considerados no âmbito interno dos Estados.

Na democracia globalizada a presença moral da cidadania está centrada no Homem e sobre ele giram todos os interesses do sistema. Entretanto, a teoria se distancia da prática; ao ser observada a política e a consciência cidadã de cada Estado, porquanto a produção normativa do Estado muitas vezes foge dos valores já efetivos em sociedade, por mais "desenvolvida" que seja. Por isso, muitos Estados que se proclamam Democráticos, ainda deliberam como Estado Social, ou até mesmo Liberal.

Nessa linha, Darcy Azambuja, citando Herbert Spencer, traduz o que chama de "hipertrofia do Estado":

por que o Estado erra tanto? Porque, afinal de contas, o seu poder não é exercido por deuses, mas por homens. E estes, que tanto erram no cuidar de seus mínimos e simples interesses particulares, muito mais terão de errar ao cuidarem os vastos e complexos interesses de milhões de indivíduos que vivem em sociedade.

[...]

O Estado não tem conseguido reprimir os atos criminosos de poucos indivíduos? Pois então que se encarregue de dirigir os atos de todos os indivíduos. O Estado não tem podido distribuir satisfatoriamente a justiça? Pois que distribua também o Direito, a Moral, e tudo mais de que a sociedade precisa.

[...]

Os homens, em sua imensa maioria, erram e se enganam muito mais do que seria razoável, tal a sua teimosia, imprevidência e ignorância. No círculo limitado de seus interesses, com raríssimas exceções, mostram-se ineptos. Não sabem educar filhos, nem dirigir a família nem gerir seus negócios, nem escolher a profissão que melhor lhes ficaria. Perdem dinheiro e tempo, envenenam-se de mil modos, cometem desatinos que lhes custam o sossego, os bens, a honra e até a vida. Não são felizes, nem sequer sabem onde está a felicidade.^[12]

O autor ainda destaca que mesmo assim os indivíduos ainda colocam esperanças nas mãos dos governantes, de modo que o Estado seja capaz de suprimir aquilo que é puramente da escolha de cada um. É óbvio que sempre há governantes capazes e dotados para tanto. A "hipertrofia" acontece, portanto, ao exigir do Estado o impossível, sem a observância do provável e do razoável, gerando sobrecarga nas incumbências do Estado.

Esse aspecto traduz que, embora proclamada formalmente, a Democracia não passa de um ensaio, em muitos casos. Mas por que isso acontece? Norberto Bobbio, em seu clássico *A Era dos Direitos*^[13], enfatiza que deve ser mantida a distinção entre teoria e

prática, pois cada uma segue um caminho. Para ele, a teoria se desenvolveu mais em relação à prática, principalmente após a segunda grande guerra, seguindo a linha da universalização. Já a prática, apesar de não ter se desenvolvido tanto, partiu para a multiplicação.

Segundo ele, essa "proliferação" dos direitos do homem ocorreu de três modos ao longo do tempo: (1) porque os bens merecedores de tutela aumentaram; (2) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e; (3) porque o homem não é mais visto como um ser genérico, mas na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade.[14] É notório que os direitos estão sendo permeados de especificidades. Não se pode esquecer também que a evolução social, no mundo globalizado, gerou a chamada de *sociedade plural*, em ramificações e mudanças, frutos das peculiaridades de cada povo.

A Revolução Francesa gerou mudanças para beneficiar o gênero humano. Mas agora há necessidade de valorizar a dignidade humana com base na diferença entre os povos. Há de ser questionado, por isso: há direitos vindos de outros povos (como vem ocorrendo), por sua necessidade de caráter específico, quando se tornam uma promessa de direito para o mundo, qual a sua razão ou finalidade para outros povos?

A exemplo da influência do direito civil brasileiro pelo direito civil italiano, ou mesmo do direito penal alemão no sistema criminal pátrio, poder-se-ia perquirir a validade e os limites de tal incorporação, pois a contextualização ocorre em tempo e modo distintos. Tal fato poderia ensejar a perda de justificação/aceitação moral em determinada situação, por não haver compatibilidade entre os sistemas, tornando a norma ilegítima. Esse desencadeamento mecanicista do direito pode, nesse sentido, retirar o valor histórico da norma, gerando uma incerteza em relação à aplicabilidade da norma, por parte da própria sociedade.

Isso quer dizer que a norma deve possuir legitimidade por quem está inserido em seu processo de formação, atendendo-se a pluralidade. A diversificação, que ocorre em cada Estado também deve ser atendida, para gerar consentimento dos atingidos em um contexto vivido pelas coletividades. É nesse âmbito que se baseia a obra de Habermas, que analisa questões concernentes à facticidade e à validade em um Estado Democrático de Direito.

3.1. O Direito e a Democracia em Habermas

Antes de tratar da democracia na concepção de Habermas, é imprescindível tratar do que ela seja e o que representa. Com a evolução os Direitos Fundamentais, como exposto, eles formaram a base de sustentação para o fim maior do Estado contemporâneo: a Democracia. Entretanto, o que pode ser entendido governo democrático?

É importante considerar como premissa que o governo democrático não é aquele que governa para o povo, mas para a pessoa humana, considerando-a um fim e não um meio para atingir determinado objetivo. Assim, o Estado não seria um fim para o qual a sociedade caminhou, mas um meio de aperfeiçoamento do indivíduo, e deve fornecer

condições para o alcance dos valores supremos da vida, com predomínio da pessoa humana.

É necessário, portanto, que o Estado objetive alcançar o *bem público*. Citado por Darcy Azambuja, Dabin pondera que o bem comum consiste no

conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo [...].^[15]

Ao buscar o bem público o Estado deve focar a dignidade da pessoa humana e garantir as liberdades para o exercício da Democracia na sociedade. Logo, os indivíduos não podem depender demasiadamente de seu governo e vice-versa. Não pode ocorrer a manipulação, que fere substancialmente os valores basilares da Democracia como concebida hoje.

Sob essa ótica, é observado, como explicita Habermas em sua obra, a relação entre facticidade e validade que existe no direito moderno. Marciano de Godói esclarece que

ao se referir à facticidade e à validade, Habermas tem em mente compreender a dualidade do direito moderno. Por um lado, o direito é facticidade, na medida em que se instrumentaliza aos desígnios de um legislador dotado de poder político e é cumprido e executado socialmente sob ameaça de sanções baseadas no monopólio estatal da violência. Por outro lado, direito é validade, na medida em que suas normas estão calcadas em razões e argumentos tidos por razoáveis ou aceitáveis por parte dos destinatários das mesmas normas. ^[16]

É destacada então a relação entre o poder político e a capacidade de determinação dos indivíduos como sujeitos de direito na Democracia. Habermas estrutura sua teoria baseado na *linguagem*^[17], tomada como pilar de toda a construção e reconstrução do conhecimento, e que é analisada no âmbito da moral também por Apel, como mencionado no primeiro capítulo.

As questões atinentes à vida em comum devem se basear no *agir comunicativo*. Nas palavras do filósofo alemão,

o conceito de "agir comunicativo", que leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais: pois estas *mantêm-se* no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados - ao menos de indivíduos socializados comunicativamente - devendo ser trabalhada pelos participantes.^[18]

O questionável, nesse momento, é se nas condições apresentadas hoje pelos Estados ditos democráticos, os participantes possuem plena participação. Mas como fundamentar essa igualdade em um Estado Democrático? Considerando o discurso,

como proposto por Habermas, ela só existiria, realmente, quando cada um fosse considerado em sua individualidade. Galuppo ainda destaca que, se fossem todos considerados um corpo só, a igualdade aritmética estaria morta. E o fato de todas as pessoas possuírem o mesmo valor retira, de plano, as razões para que o direito crie distinções entre elas (*princípio da generalidade da norma*). [19]

Habermas entende que o nexa entre Direitos Humanos e soberania popular só será estabelecida se os sistemas de direitos apresentarem condições exatas sob as quais as formas de comunicação possam ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo. Assim, a co-originalidade da autonomia privada e pública se destaca apenas quando é possível decifrar o modelo de auto-legislação por meio do discurso, que aproxima os destinatários da visão em que eles são os próprios autores de seus direitos.[20]

No discurso serão válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Sobre o discurso racional, Habermas entende que

toda tentativa de entendimento sobre pretensão de validade problemática, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior do espaço público constituído de obrigações ilocucionárias.[21]

O princípio do discurso assume a forma de princípio de universalização nos discursos de fundamentação moral; isso quer dizer que as normas de ação podem ser fundamentadas imparcialmente. A pessoa que age moralmente tem que se apropriar autonomamente desse saber, elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Por isso, é exigível a normatização politicamente autônoma; o princípio da democracia é então o elo entre o princípio do discurso e a forma jurídica, devendo aparecer como núcleo no sistema dos direitos.

É indispensável que o Estado esteja presente e atuante com autoridade para agir em nome do todo. Habermas ainda menciona que um poder politicamente organizado constitui Direito Fundamental. Em suas palavras,

a fundamentação do sistema dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexa interno que existe entre autonomia privada e pública. [...] A idéia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.[22]

O autor divide o poder político em *poder comunicativo* e *poder administrativo*. Entende que o conceito do político estende-se ao emprego do poder administrativo e à concorrência pelo acesso ao sistema político. Sugere que o direito seja considerado uma ponte por meio da qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo.

Assim, este não deve reproduzir-se a si mesmo, mas regenerar-se a partir da transformação daquele. Consequentemente, o Estado de direito deve regular essa transferência sem tocar no próprio código do poder, o que interferiria na lógica da auto-orientação do sistema administrativo.[23]

Essa auto-orientação deve estar assentada, de maneira a se estruturar no dever; mais especificamente, na ética de Kant, que se trata de uma ética do dever. São, por esse motivo, obrigações para aqueles que participam do discurso a justificação das regras morais a partir de argumentos racionalmente motivados e a fundamentação de normas jurídicas, que sirvam para uma negociação racionalmente motivada. O fato de haver controvérsias não impede que elas sejam resolvidas com base em argumentos. Há então três alternativas: (1) questionamento moralmente válido; (2) questionamento eticamente relevante e; (3) cooperação para o sucesso.

Os embates devem ocorrer de forma que os participantes atuem no *agir comunicativo*, que difere do *agir estratégico*. Este se foca em uma ação *sobre* o outro, e constitui em ações voltadas para o sucesso. Obviamente, esta maneira de agir se pauta em razão instrumental que, por meio da influência de um sujeito sobre outro, ajustam os meios aos fins.

O agir comunicativo, entretanto, é o parâmetro no qual o discurso deve se basear. Nele, há uma atuação ou uma fala *com* o outro, com orientações voltadas para o entendimento, capazes de produzir consenso entre as partes.[24] Para Galuppo, apenas o fracasso total das ações comunicativas faz surgir as ações estratégicas no mundo da vida, para instrumentalizar as pessoas.

Nesse paradigma já não é cabível a imposição de deveres nas costas do Estado, por parte da sociedade. Pois o Estado sobrecarregado de tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo, e a separação de poderes corre perigo, como conclui Habermas.[25]

O senso de justiça deve guiar a ação dos indivíduos. Ao contrário, Cícero aduz que

se o castigo, se o temor aos suplícios, e não a própria essência desonrosa dos atos, nos levam a considerar uma vida dedicada à injustiça e ao crime, então nada é injusto, e os maus seriam mais adequadamente chamados de imprudentes. Se o que nos leva a ser honrados não é a própria honradez, mas sim a utilidade e o interesse, então não somos bons, somos espertos.[26]

Fica concluído então que, no Estado Democrático de Direito o que vale é a pessoa humana, em sua dignidade. Esse princípio, tomado como referência pelo Estado é um meio pelo qual os indivíduos, considerados tanto isoladamente, quanto em sociedade, possam ter sua efetiva participação por meio do discurso institucionalizado nos processos políticos do Estado. Por outro lado, os indivíduos, também têm o dever de, solidariamente, considerar cada ator do discurso em sua dignidade. Sob esses dois pilares, deve estar estruturado, portanto, o Estado Democrático de Direito.

4. A função social da propriedade na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002

Antes da análise do princípio da função social da propriedade, é crucial fazer a leitura sobre a propriedade e o direito de propriedade. Inicialmente, havia a concepção de que este direito era uma simples relação entre uma *pessoa* e uma *coisa*, com caráter absoluto, natural e imprescritível. Então o homem, para satisfazer suas necessidades, se apropria de bens e exerce domínio sobre eles, conhecido como propriedade, assegurada pelo Ordenamento Jurídico.[27]

Ultrapassada, essa teoria deu lugar a um entendimento de que o direito de propriedade era uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, que possuem o dever de respeitá-lo no sentido de absterem-se de violá-lo. Mas aí, pondera José Afonso da Silva[28], há uma manifestação de um ponto de vista muito limitado do regime jurídico da propriedade, que se manifesta sob uma perspectiva civilista, não alcançando a complexidade do tema.

A propriedade, como entendida atualmente, possui três características; 1) é *absoluta* e assegura ao proprietário dela dispor da maneira como bem entender; 2) é *exclusiva*, garante ao dono que apenas ele disponha do bem e; 3) é *perpétua*, não desaparecendo com a morte do proprietário. Essas características implicam, igualmente, três tipos de limitações ao direito de propriedade: (1) as *restrições*, que atingem o caráter absoluto da propriedade; (2) as *servidões*, que limitam sua exclusividade e; (3) a *desapropriação*, que afeta seu caráter perpétuo.[29]

A *função social* residirá exatamente no entrelaçamento entre direitos pessoais, mais especificamente os obrigacionais, e os direitos reais. Essa ideia requer, portanto: que o homem tenha completa noção de que é um ser social e que esta implique na ideia de bem comum. Então, entender a propriedade apenas como um direito de exercer com exclusividade o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação é limitar seu conceito. Essa concepção exclui a coletividade e apaga, por conseguinte, o caráter dinâmico da propriedade; sem essa noção não há como falar em função social.[30]

Mas afinal, em que constitui a função social, tão fortemente atrelada ao conceito de propriedade? Leon Duguit, entre os séculos XIX e XX, na sua obra *Las transformaciones del derecho público y privado*, lança a ideia de função social. Para ele, a propriedade se forma para responder a uma necessidade econômica; mas sua obra, numa tentativa de superar as concepções individualistas do direito privado, considerou que tais necessidades tomam vulto social, transformando assim a propriedade em função social.

Contudo, como anota J.J. Gomes Canotilho, a aplicação de deveres legalmente constituídos não é equivalente à equiparação dos deveres a restrições legais de direitos e, muito menos, a "limites imanentes" dos mesmos direitos. Isso quer dizer que mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos, não há implicação no sentido de que esses deveres são de certa forma, uma restrição dos direitos com ele conexos.[31]

Essa lógica só poderá estabelecer sentido, entretanto, se os deveres forem constituídos sobre os parâmetros da solidariedade, que deve ter sempre como parâmetro a existência

do pluralismo dentro da sociedade. Os deveres, constituídos pelo discurso, e estabelecendo a *ética do dever*, como idealizada por Kant, deverão ser os termos para estabelecer os deveres decorrentes da função social da propriedade.

Para Karl Renner, a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção e, por isso, a funcionalização da propriedade ocorre por meio de um processo longo.[32] Com essa interpretação, há margem para o entendimento de que a propriedade possui funções diferentes conforme sua valorização, pautada nos princípios de ordem econômica. Daí se conclui que a propriedade possui, como bem econômico que é (também defendida pela Constituição de 1988 no art. 170, incisos I e II), um arranjo dinâmico, pois está sujeita às oscilações do mercado, que determinarão o seu peso dentro da sociedade.

Assim, em diferentes momentos, a propriedade apresentará uma função social diferente, que deverá atender aos objetivos maiores do ordenamento, posto que funcionalizado, na condição de direito subjetivo, em uma sociedade solidária. Muito além de fator econômico, a propriedade possui cunho social, vinculado à dignidade humana, como disposto no art. 5º, XXII e XXIII da Constituição de 1988.

Em relação à aplicação da função social da propriedade, Pietro Perlingieri pondera que

é errada, a nosso aviso, a opinião segundo a qual só os bens de consumo, como os produtos alimentícios destinados ao consumo individual ou familiar não têm limites e não estão *gravados* por uma função social: ainda estes bens podem ser submetidos a limites, contanto que correspondentes, estes limites, a determinados interesses e funções sociais.[33]

Nesse sentido será entendida a função social dos bens de consumo neste trabalho. Sob

todas as hipóteses de propriedade pessoal têm uma disciplina particular que permite individualizar nela não somente um *quid* quantitativamente determinado, mas ainda um *quid* qualitativamente determinado, no sentido que no âmbito de todos os tipos, as formas, os modos de propriedade, a propriedade pessoal tem uma fisionomia autônoma própria, porque se justifica de uma maneira particular, sendo a única forma de propriedade que permite libertar-se das necessidades e, com isto, a realização da dignidade humana. Esta função social, que é típica da propriedade pessoal, constitui o fundamento de todas as relações econômicas.[34]

Por ora, a função social se estrutura na solidariedade, que é um dos fins do Estado Brasileiro (art. 3º, I, CF), manifestada na forma deste princípio e terá como escopo a dignidade da pessoa humana, amparada na Constituição e nas normas infraconstitucionais.

Como mencionado anteriormente, a propriedade civil está garantida pelo Diploma de 2002, em seu art. 1228 (faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar). Do mesmo modo, ao proprietário é atribuído um dever no § 1º do mesmo dispositivo, qual seja o de exercer o seu direito de acordo com *as finalidades sociais e econômicas*. Restará agora saber quais as implicações dessas normas, bem como o que deve apontar o ponto de vista civil-constitucional, considerando o Estado Democrático de Direito.

Ao analisar essas normas em conjunto, ou seja, sistematicamente, fica evidente que há um contraste que colocará os interesses privados protegidos pelo *caput* do art. 1228 de frente com o interesse público prescrito por seu §1º. Para Pietro Perlingieri, a exigência racional do direito, tido como ordenamento que prescreve condutas, reside em sua dinâmica.[35] Daí, esses termos não devem ser mais entendidos como separáveis ou necessariamente opostos.

Essa necessidade, defende a doutrina, vem imbuída de três paradigmas, sobretudo com a vigência do Código Civil de 2002: a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*. A primeira delas se tornou uma grande ambição dentro do projeto de Miguel Reale. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias partem da ideia de direito subjetivo e lembram que a todo direito corresponde um dever. Esses deveres são atribuídos pelas próprias necessidades sociais com o fim de se instalar a harmonia entre a autonomia privada da pessoa e o princípio da solidariedade, devendo assim estar de acordo a liberdade e a igualdade material e concreta.[36]

Assim, deve haver uma relação de complementaridade entre a estrutura do direito subjetivo e a sua função social.

Quer dizer, a função social não é um limite externo e negativo (restritivo) ao direito subjetivo. Pelo contrário, trata-se de limite interno e positivo. Interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e finalidade; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo.[37]

Como ressalta Perlingieri, o interesse público não deve ser entendido como uma superestrutura burocrática e individualista. Ao contrário, ele constitui uma síntese e uma atuação equilibrada dos valores daqueles que estão conciliados em seus direitos, como titulares, igualmente, de um *status personae*. [38] A Lei de Introdução ao Código Civil, prescreve, no art. 5º, que a lei deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Então não é interesse apenas dos indivíduos que o bem comum seja resguardado, mas constitui também uma questão de Estado.

O segundo paradigma, a eticidade, remete ao conceito de ética, entendida como "a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada". [39] A ética, a partir dessa concepção, é um dos mecanismos que compõem o Direito e este, por sua vez e por meio da afirmação livre e racional daquilo que venha a ser justiça, constituirá o ideal para o qual uma sociedade orientará os seus fins e ações.

Contudo, como a eticidade penetrará e terá aplicação no Diploma Civil de 2002? Os autores afirmam que ela fará parte da lei civil por meio das cláusulas gerais, que permitem ao ordenamento privado certa abertura, capaz de captar os valores atinentes a cada caso. Citando Gustavo Tepedino,

cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas.[40]

A flexibilidade característica das cláusulas gerais cria espaço fértil para a ponderação de critérios, pois o dever do Judiciário, nesse caso, é elaborar a interpretação construtiva, que compatibilize o caso concreto, de acordo com suas variantes axiológicas, com a norma.

A partir da ideia da dignidade da pessoa humana, surge o paradigma da operabilidade. Rosenvald e Farias lembram que o Código Civil de 1916, predominantemente individualista, concebia os integrantes de uma relação jurídica como "um abstrato sujeito de direitos patrimoniais", pois a personalidade era ligada à aptidão para aquisição de direitos subjetivos patrimoniais. Em decorrência, os sujeitos de direito não eram vistos em sua especificidade, apenas considerado seu *status* formal em uma relação jurídica. O contexto mudou na Constituição de 1988, ao priorizar a dignidade da pessoa humana, e adaptou o Código Civil de 2002 aos princípios constitucionais, para que o ordenamento jurídico alcance a pessoa como destinatária direta da norma.

Torna-se descabida, a partir dessa construção, qualquer visão que estabeleça os limites da concepção individualista, que atropela a solidariedade, tendo como foco apenas o indivíduo isolado. Igualmente desproporcional é adotar a visão coletivista, pois o Estado, e apenas ele, se atribui o bem comum e o indivíduo se despersonaliza em favor dos grupos. Abolidas essas ideias, o Estado Democrático de Direito é o meio de conciliar dialeticamente as relações indivíduo-coletividade e aquelas em que ele está envolvido. Daí recorrer a uma aplicação mais intensa da função social da propriedade aos bens de produção, pois estes são de fato determinantes para a movimentação do mercado.

De maneira bem ampla, é difundida a noção de que todos são consumidores. Mas quais seriam as implicações dessa noção? Primeiramente, o consumo é um fenômeno que, embora em níveis diferentes, ocorre em qualquer estrato social. Sob o aspecto econômico, é o consumo que promove a circulação de capitais. Mesmo que esse seja o motor da economia, a história tem demonstrado, por um lado, que a grande produção aliada ao grande consumo, pode gerar crises no sistema econômico, como ocorrido em 1929 e na crise do mercado imobiliário que atingiu os Estados Unidos em 2008.

A primeira precaução, assim, deve ser considerada em âmbito mercadológico, que pode adquirir proporções monstruosas. A segunda precaução, não diz respeito meramente ao ato de consumir, mas está ligada ao *modo* como o bem de consumo é utilizado. Como exemplo, pode ser citado o tabagismo que, em excesso, causar tumores e atinge inclusive não-fumantes. Atualmente, o uso dos telefones celulares que, de acordo com estudos do grupo de Lennart Hadell, do Departamento de Oncologia do Hospital Universitário de Orebo, na Suécia, pode causar tumores cerebrais em período igual ou superior a dez anos de uso.^[41]

Não basta possuir tecnologia para produzir novos produtos, se ela não é capaz de medir os efeitos de seu uso a curto, médio e longo prazo. Não são suficientes os estímulos estatais para o avanço da economia se a dignidade humana for extirpada. Ela deve ser preservada e o econômico de nada vale se não houver saúde, segurança e, principalmente, liberdade de escolha. Pautada nessa ideia, a função social da propriedade, sob o prisma dessa abordagem, deve se manifestar no discurso democrático. As empresas possuem o meio de satisfazer as necessidades das pessoas.

Vale dizer: o uso dos bens de produção deve se basear na produção que terá efeitos em curto e em longo prazo.

A boa-fé objetiva estabelece, dessa maneira, padrões de comportamento no direito brasileiro, advinda com o Código de Defesa do Consumidor. Ficam assim prescritos os *deveres de conduta*, pois a boa-fé é a mais imediata tradução da confiança na convivência social. Assim, a empresa, ao produzir e posteriormente vender produtos no mercado, deverá inspirar a confiança nos consumidores, que no Estado Democrático de Direito deve ser pautada no *agir comunicativo*, em consideração ao princípio da dignidade humana. Em relação ao uso da propriedade, o consumidor deve atentar às suas consequências, não apenas em relação à sua pessoa, mas em uma relação social intersubjetiva, pautada na solidariedade.

Obviamente, é cauteloso considerar a frequência em que os bens são utilizados. Basta retomar os exemplos anteriores: os Estados Unidos não enfrentariam a crise instalada se a avidez no mercado imobiliário não fosse tão descontrolada; os celulares não seriam tão prejudiciais se não fossem tão utilizados, e isso não constituiria um problema se não caracterizasse um bem cultural.

A boa-fé objetiva é igualmente indispensável nesse caso. O consenso deve estabelecer os limites do uso da propriedade. A solidariedade deve estar presente em cada ato, não obstante seja um ato que possua aparentemente efeitos minorados, pois deve ser lembrado que não está isolado. Fundamentalmente, é um dever do proprietário considerar a coletividade e os impactos causados pelo uso da coisa. Também deve estar pautado pelo *agir comunicativo* no momento de estabelecer os limites da função social no discurso, igualmente tendo em vista a preservação da dignidade humana.

Nesse momento, são os interesses dos cidadãos que devem aflorar, *a priori*, por meio do *dever-ser político*[42], quais sejam os valores político-sociais, estabelecidos com base na livre convicção de cada participante, que determinariam de maneira mais sucinta o sentido e os fins legítimos da cidadania, com base no bem comum. Atenta Miguel Reale que nesse ponto o *princípio da legalidade* (art. 5, II, CF) ganha maior coerência e aplicabilidade, dados pelo consentimento racional dos cidadãos.

Solidariamente, os agentes do discurso (Estado e indivíduos) deverão estabelecer os limites do que seja a função social. Cabe também esclarecer que o abuso de direito, em um sentido inverso, é que vai definir esse contorno, fundado em valores axiológicos (boa-fé, costumes, assim como a finalidade econômica ou social da coisa).[43]

Assim, suprimir-se-á o profundo abismo da desigualdade, causada pela manipulação e da supremacia causada pelo social e pelo econômico. Esses são valores que devem permear não apenas as relações que envolvam os parâmetros da função social da propriedade como instrumento de promoção da dignidade humana, mas são princípios que devem se manter íntegros em qualquer outra relação, na perspectiva de visar a felicidade do outro e atingir o ideal maior da justiça.

5. A função social da propriedade nas relações de consumo e o meio ambiente

A preocupação ambiental começou a ter destaque logo após o advento da Revolução Industrial. Como aquele período apresentou um contexto de crescimento econômico intenso, a busca incessante pelo lucro começou a entrar em conflito com o direito do bem-estar público. Essa preocupação se tornou comum, dessa maneira, em todas as economias industrializadas.

Édis Milaré, em sua obra *Direito do Ambiente*, enumera alguns princípios da vida sustentável, com o argumento de que uma vida sustentável implica aceitar, de maneira imprescindível, a busca de harmonia com as outras pessoas e com a natureza, no contexto do Direito Natural e do Direito Positivo^[44]: (1)*Respeitar e cuidar da comunidade dos seres vivos*; (2)*melhorar a qualidade da vida humana*; (3)*conservar a vitalidade e a diversidade do Planeta Terra*; (4)*minimizar o esgotamento de recursos não renováveis*; (5)*modificar atitudes e práticas pessoais*; (6)*permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio ambiente*; (7)*gerar uma estrutura nacional para a integração de desenvolvimento e conservação*; e (8)*constituir uma aliança global*.

Todos os princípios acima são importantes se considerada a necessidade e a urgência de preservação dos recursos naturais. Contudo, alguns merecem destaque. O primeiro aspecto referido, o de respeito à vida, deve ser o pilar de todos os outros. Sem respeito à vida ou ao próximo, sem que haja o mínimo de dignidade e solidariedade na relação entre as pessoas, não há como estabelecer uma estrutura que dê propulsão ao desenvolvimento sustentável, pois é justamente isso que proclama a sustentabilidade.

A melhoria da qualidade de vida viria então com o respeito ao primeiro aspecto. Mas isso apenas é possível se cada pessoa entender a razão de ter que mudar os padrões habituais em benefício de todos. Atualmente a sociedade de consumo modela as pessoas da como lhe convém, pouco se importando com a dignidade. É importante mudar pequenos hábitos, como fechar a torneira ao escovar os dentes ou apagar a luz quando não necessária.

O princípio nº 6, apenas, fica um pouco dependente do Poder Público. Dar autonomia às comunidades para resolverem questões ambientais poderia gerar certa controvérsia em relação ao que a Constituição diz no art. 225 sobre a participação do Estado na proteção e defesa do meio ambiente, que deve respeitar os usos e costumes das comunidades sem, no entanto, interferir em sua cultura.

Há de ser ressaltado, igualmente, que no presente trabalho o fator *significância* do dano ambiental não será observado, como disposto na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) no art. 6º, inciso I: "Para imposição e graduação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente". Então, o *princípio da insignificância* não se aplica, pois o objeto deste trabalho são os atos cotidianos (que causam danos gradualmente) e como eles interferem no meio ambiente.

E quais são os atos diários que, quase ininterruptamente, são praticados e que inexoravelmente faz o ser humano dependente deles? O consumo, que está presente em toda e qualquer sociedade humana. E é nessa situação específica que se enquadra

perfeitamente a noção de *função social da propriedade*, posto que o consumo nada mais é do que o manejo da propriedade. No Estado Democrático de Direito, essa acepção deve ser tomada sob outra ótica; cabe questionar, então: o que faz as pessoas consumirem e por que isso é feito?

Com isso, o foco muda para a direção do produtor, e não mais do consumidor. É o empresário que estabelece, na sociedade de consumo, o que é bom para o consumidor e tenta assumir sua posição no mercado à custa da dignidade daquele que, na maioria dos casos, ingenuamente consome seu produto. Nessa discussão também está inserida a questão sobre se a função social da propriedade recai ou não nos bens de produção. Isso é justificável pela abissal diferença de patamar entre consumidor e empresário. Nesse sentido, Édís Milaré aduz:

um dos escopos do desenvolvimento socioeconômico (e, mais ainda, do mero crescimento econômico) é a produção de bens e serviços à procura de um mercado consumidor. Tanto é verdade que os investimentos são planejados em função do número de consumidores e usuários potenciais, e não de seres humanos. Não é uma estratégia incorreta intrinsecamente má: antes, o nível de vida digno e satisfatório que se deseja estender a toda a população supõe aumento de consumo e ampliação de mercado (notadamente o mercado interno), para que se possa atender à demanda de bens e serviços necessários ao desenvolvimento harmonioso, é o *culto ao consumismo* e a criação de *necessidades desnecessárias*, impingidas por um marketing distorcido e pela ação massificante da mídia, em particular da televisão.[45]

Fica claro, desse modo, quem é que dita as regras na sociedade de consumo (o que influenciou inclusive na criação do Código de Defesa do Consumidor, baseado no *princípio da vulnerabilidade*). É o empresário que, por meio de sua propaganda, irá dizer o quanto e como consumir, e talvez interfira até no modo de seu produto ser descartado. Como sua influência está consolidada, as pessoas seguem o que dizem.

O resultado? Em São Paulo, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), a população atingiu, em 2007, algo em torno de 11 milhões de habitantes. A frota de automóveis já superou os quatro milhões; proporcionalmente, é usado um carro para cada três pessoas, além de uma frota de 65 mil ônibus e de 600 mil motocicletas. Por outro lado, uma pessoa que utiliza transporte coletivo consome doze vezes menos combustível do que quem anda de carro, emitindo cinco vezes menos gás carbônico.[46]

Entretanto, o que mais pesa em relação ao consumo é o desperdício. Segundo estimativas do Instituto Akatu, um terço dos alimentos comprados são jogados no lixo. Isso quer dizer que, quanto mais se consome, menos alimentos são aproveitados. No Brasil, 14 milhões de pessoas passam fome, enquanto 70 milhões estão acima do peso, além disso, 39 mil toneladas de alimentos vão para o lixo todos os dias, aumentando o desperdício, com gasto de 12 bilhões de reais da receita pública todo ano.

Alimentar de maneira consciente, quer dizer menos lixo e uma minoração dos impactos ambientais causados pela agricultura. Se os agricultores produzem menos, é em consequência da redução de consumo, que levará a uma queda de preços, pois a oferta aumenta. Reduzir o desperdício de alimentos contribui para a sustentabilidade ambiental e para a economia, por causa da minoração dos gastos. Pode haver, por outro lado, a redução da desigualdade, um sério problema social, se analisado que a verba pública,

por via reflexa, também é desperdiçada com o lixo, podendo ser gasta no combate à fome.[47]

A problemática ambiental, muito diferente da ideia comum de que é uma questão isolada, atinge também outros setores críticos da sociedade. Sob o ponto de vista analisado neste trabalho, entretanto, não há nada que seja quantificável, em termos de responsabilidade, que possa identificar ou mesmo atribuir uma culpa pelos danos ao ambiente. Por se tratar de meio ambiente, como direito difuso, autores como José Luis Bolzan de Moraes entendem que há a chamada *responsabilidade transindividual*, atingindo uma pluralidade indeterminada de sujeitos.[48] Mas até que ponto essa responsabilidade é atribuível, considerando-se a pluralidade de planos de vida?

Com as proporções assustadoras do consumo hoje, o maior incentivador é o empresário. É nesse ponto que a defesa do consumidor exerce um papel importante. Produzir para satisfazer as necessidades do consumidor não basta: ele deve ser lembrado como cidadão e como pessoa. Não é suficiente que o produto seja confiável no ponto de vista estritamente utilitarista; é preciso lembrar que o produto será consumido em massa e que a população depende de recursos naturais (em sua maioria, não-renováveis) que um dia irão acabar. Por isso, vale atentar para as garantias dadas ao consumidor pelo CDC (art. 6º).

A informação acerca do bem, como a sua produção, deve ser fiscalizada. Em relação a esta, existe o padrão ISO (*International Organization for Standardization*) 14.000 que edita normas que visam resguardar, dentro do aspecto da qualidade ambiental, tanto os *produtos* como os *processos produtivos*, com a finalidade de manter uma produção sustentável.[49] Mas em relação à propaganda e à informação o controle é mais difícil, pois o interesse do produtor é vender o produto, não importando muito com o que isso pode gerar. E esse é o problema maior, pois envolve outro interesse: a economia do Estado, que quer desenvolver a todo custo.

Segundo Habermas, a sociedade constitui uma rede de *sistemas parciais autônomos*. Essa autonomia

atribui a formação política da opinião e da vontade, dominada pela concorrência entre os partidos, a um público de cidadãos e de clientes incorporados ao sistema político, porém desligados das raízes que os prendem ao mundo da vida, isto é, a sociedade civil, a cultura política e a socialização.[50]

Conseqüentemente, todos os sistemas funcionais conseguem autonomia por meio de códigos e semânticas próprias, não traduzíveis entre si, gerando perda de comunicação, impedindo também a sociedade de se integrar em seu todo.

Isso quer dizer que não há harmonia entre diversos interesses porque eles se refugiam em sistemas de linguagens diferentes, incapazes de estabelecer uma comunicação sólida. Assim, há uma gama de interesses por trás do mercado que impedem uma efetiva noção de sustentabilidade por parte do consumidor.

De qualquer forma, o direito a uma publicidade clara é garantido no CDC por meio do § 2º do art. 36: "é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que [...] *desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o*

consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança" (grifo nosso).

Notoriamente, nenhuma publicidade será capaz de violar valores ambientais, principalmente no nível em que está a preocupação com a questão dos recursos naturais. Mas e em relação ao produto que é veiculado? Poder-se-ia atribuir propaganda enganosa, pois é capaz de induzir o consumidor em erro a respeito das características e propriedades veiculadas (art. 37, §1º).

Existe uma teoria desenvolvida na área da responsabilidade ambiental conhecida como *teoria americana de participação no mercado (market share)*[51]. Segundo seus preceitos, o autor da ação não tem que provar o nexo causal, caso os demandados sejam fabricantes de determinado produto que causou o dano. Mas caso o autor não possa identificar o produtor, todos os aqueles que possuem uma quota relevante no mercado podem ser demandados.

Essa teoria poderia justificar, portanto, uma demanda em sede de Ação Civil Pública, por conta de danos causados ao consumidor, de acordo com os artigos 12 a 14 do CDC, que atribui responsabilidade objetiva ao produtor, sem a necessidade de vínculo contratual.

E porque as relações de consumo atualmente são a principal causa da destruição ambiental é que a função social da propriedade deve ser aplicada. O fornecedor deverá ter ciência de que sua empresa também possui função social e deve atender às questões sociais a seu alcance. Por isso não apenas o fator econômico deve ser observado, mas também o social. O maquinário deve produzir apenas no limite do sustentável, e não nos limites do lucro.

Por outro lado, o consumidor deve exercer o seu papel ativo, atento ao que consome que, por ser sua propriedade, tem responsabilidade exclusiva, mesmo que mínima. Cuidadoso com esses aspectos, e ciente que a propriedade, de qualquer natureza, deve ter uso moderado, a função social da propriedade atenderá ao plano constitucional da sustentabilidade.

6. A ética de responsabilidade solidária no contexto de crise ambiental

O que fica exposto nesta obra nada mais é do que a urgência da solidariedade, que deve se firmar em um Estado Democrático. Mas o que deve ser entendido é que ser solidário é buscar a dignidade de todas as pessoas, para que estejam no mesmo patamar e se beneficiem igualmente. Mais do que isso: ser solidário é entender que beneficiar aos outros é também beneficiar a si mesmo, porque ninguém vive de maneira independente e isolada.

Como a responsabilização coletiva em nível jurídico é praticamente impossível em nível ético ela é pelo menos exigível. Inverte-se, portanto, o brocardo "é jurídico, mas nem sempre será moral"; assim, essa é uma situação que é moralmente esperável, embora

não haja nenhuma cobrança jurídica. E, como Apel pondera, a adoção de normas e princípios morais falha completamente, pois o indivíduo isolado não poderá assumir tal responsabilidade.[52]

Eticamente falando, a situação de crise ecológica criou uma situação emergencial em que o ser humano deve assumir solidariamente os efeitos principais e colaterais de suas ações coletivas. Luis Moreira[53] chama a atenção para a necessidade de uma *macro-ética* da humanidade em face da *sociedade de risco*, pois em nível empírico não se encontra uma co-responsabilidade primordial de todos os seres humanos para as consequências de suas ações.

Konrad Lorenz acentua que Kant negava que as tendências naturais tenham qualquer valor; para ele, em sede da moral, só merecem louvores os comportamentos gerados a partir da previsão de suas consequências. Entretanto, mesmo que isso seja de grande valia e que a sociedade atual careça de uma preocupação mais ampla com a relação causa-efeito de seus atos, vale lembrar que meramente localizar essa preocupação de caráter normativo, em decorrência da universalidade, pode gerar certo risco à moral.

Foi exatamente nesse sentido que Friederich Schiller satirizou Kant:

Com prazer sirvo ao amigo, mas é pena que o faça por uma tendência natural; frequentemente por isso fico grilado, pois me falta a virtude. (...) aprende, pois, a desprezar o amigo, para fazeres com desdém e desgosto o que o Dever te comanda fazer.[54]

E a Ética do Dever fica abalada quando a moral, de certa maneira, perde a sua força, pois passa a integrar o sistema normativo do Estado. Como dito pelo poeta, as ações dos indivíduos perdem o sentido, por ter sua força sugada pela coercitividade da norma. Por isso, há tendência nos indivíduos em violar a norma. Isso ocorre, em grande parte, porque o desenvolvimento cultural não apresenta nenhuma preocupação com o bem-estar.[55] No contexto deste trabalho, é notável que as tendências geradas pela cultura do consumo causaram quebra do que seja moralmente louvável, gerando prejuízos para o ser humano.

O maior problema envolve o meio ambiente, que é questão de sobrevivência, pois apenas com seu equilíbrio a vida pode se manifestar plenamente em suas qualidades. Isso acontece justamente porque o ser humano quer crescer mais e mais e enraizar esse hábito em sua cultura. Mas não é apenas isso que cria um quadro de desastre.

Outras poderosas programações instintivas - a ambição pelo poder, o empenho pela obtenção de um *status* - também nos arrastam para a mesma direção. É uma luta inglória e desesperada a que tem que empreender o reconhecimento de que empreendimentos de dimensões moderadas são desejáveis, de que a descentralização dos meios de produção é necessária de modo incondicional, de que a aceleração do ritmo de crescimento econômico precisa ser cortada, senão invertida, contra o sistema tecnocrático que atualmente domina o mundo.[56]

A geração de hoje depende do que as gerações anteriores construíram, por mais prejudiciais que os efeitos do processo tenham sido. Da mesma forma, as gerações futuras herdarão todo o legado da geração atual, com o que tem de bom e ruim. Por isso,

devem ser banidas as questões relativas ao poder e à posição social que as pessoas ocupam, pois são irrelevantes quando se trata da sobrevivência humana. É necessário ao exercício desse poder a observância de padrões morais e éticos, porque a crise ecológica que ameaça o planeta demonstra isso de maneira clara: a catástrofe iminente não fará distinção entre os homens e os colocará em pé de igualdade para lutar pela sobrevivência.

Nesse contexto surge o ideal da *economia solidária*, fundado em padrões que não ostentam uma vida que vá além da necessidade, mas lastreada apenas no que é preciso para viver. O Ministério do Trabalho brasileiro estabelece alguns princípios[57] da economia solidária. O primeiro e mais importante é a *cooperação*, que se baseia em interesses e objetivos comuns, a união e esforços e capacidades, na propriedade coletiva de bens, partilha de resultados e na responsabilidade solidária. A *autogestão* abrange práticas participativas de autogestão dos processos de trabalho, de estratégias, dos empreendimentos cotidianos, de acordo com a coordenação das ações em seus diversos graus e interesses.

Sua *dimensão econômica* diz respeito ao conjunto de elementos de viabilidade econômica, permeados por critérios de eficácia e efetividade, junto a aspectos culturais, sociais e ambientais. A *solidariedade* alcança a justa distribuição dos resultados alcançados, incluindo oportunidades que levam ao desenvolvimento de capacidades e da melhoria das condições de vida dos participantes, além do compromisso com um meio ambiente saudável.

No ano de 2003, a III Plenária da Economia Solidária, que envolveu 18 estados brasileiros, aprovou uma carta de princípios[58], que se inspirou, entre outros motivos, no fato de que no Brasil 50% dos trabalhadores sobrevivem de trabalho à margem do setor capitalista hegemônico (assalariado e "protegido"). Assim, foram aprovados princípios gerais, como: (a) a valorização social do trabalho humano; (b) a satisfação plena das necessidades de todos como eixo da criatividade tecnológica e da atividade econômica; (c) o reconhecimento do lugar fundamental da mulher e do feminino; (d) a busca de uma relação harmoniosa com a natureza e; (e) os valores de cooperação e solidariedade.

Essa forma de condução da economia rejeita as práticas de competição clássicas e da maximização da lucratividade individual justamente para dar mais valor ao princípio da dignidade humana, que inclui o aspecto *cidadania* no processo produtivo, como no processo de consumo, alimentando a sustentabilidade.

Em encontro promovido pelo Instituto Akatu[59], Maria de Lourdes Nunes, da Fundação O Boticário de Proteção à Natureza lembra que é dever da empresa permear todas as suas atividades com sua responsabilidade social. Em tal ocasião, Lourdes diz que O Boticário reserva 1% de sua receita líquida para investimento social privado, com foco no meio ambiente. Um dos projetos foi executado na Vila Morato, no Paraná, para desenvolver uma alternativa de venda que substituísse o modelo até então adotado pela comunidade.

Pela *educação ambiental*, o projeto demonstrou à população local a importância em conservar o lugar em que moravam, pois era a garantia de subsistência e apontou formas alternativas de renda que não causassem danos à natureza. O mais importante, contudo,

foi resgatar a antiga tradição local: a venda dos produtos artesanais, que foi apenas ampliado.

A iniciativa também abrangeu trabalho com a escolaridade da comunidade, para ampliar as possibilidades individuais e cumprir sua finalidade social, econômica e ambiental. Lourdes conclui que é importante não cair no modelo de relação paternalista, em que a comunidade fica dependente da proposta da empresa. O primeiro ponto que ela anota é o *impacto na comunidade*: se a coordenação fica a cargo de pessoa que faz parte do grupo, os conflitos que podem surgir serão menores e mais simples de serem resolvidos.

É importante que as lideranças da comunidade estejam *comprometidas*, para evitar desvio de objetivos; assim, é crucial sensibilizar as comunidades vizinhas. Os *valores de mercado* devem ser observados com a finalidade de identificar a demanda antes de apresentar a proposta, para não criar falsas expectativas, pois o resultado virá apenas em longo prazo.

Contudo, também é necessária educação ambiental que envolva o Estado por meio da educação formal e a sociedade consumidora, que deve ficar atenta aos processos que envolvem o consumo. Conforme a lição de Paulo de Bessa Antunes, "o Direito Ambiental é um direito que tem uma das vertentes de sua origem nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos e, como tal, é essencialmente democrático. O princípio democrático materializa-se perante os direitos à informação e à participação".^[60] No sentido de promover a educação ambiental, a Constituição Federal estabeleceu, no art. 225, § 1º, VI, que cabe ao Poder Público "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente". No mesmo sentido prescreve a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 2º, X)

Posteriormente, em 1999, foi promulgada a Lei nº 9.795/99, que trata da Política Nacional de Educação Ambiental. "Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade" (art. 1º). Édis Milaré^[61] observa que a Educação ambiental deve ser entendida como uma atividade-fim, posto que destinada a despertar e a formar a consciência ambiental para o exercício da cidadania.

Mas outros aspectos devem ser enfatizados em decorrência do Decreto 4.281 de 25 de junho de 2002. A Política Nacional de Educação Ambiental deve ser executada por todos os órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, assim como pelas instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, pelos órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, envolvendo entidades não governamentais, entidades de classe, meios de comunicação e demais segmentos da sociedade.

Outro aspecto é que o conteúdo educacional compreende elementos científicos, técnicos, culturais, políticos e ético e são elementos que se relacionam indissociavelmente. Em relação ao aspecto formal da educação ambiental, a Lei 9.795/99 estabelece, no art. 10, § 1º, que a educação formal *não* deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino. No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional faculta a cada escola propor e aplicar seu

currículo, levando em conta as peculiaridades locais, assim como as características dos estabelecimentos de ensino e a individualidade dos alunos. Mas o *caput* desse dispositivo destaca que a prática educativa deve ser integrada, contínua, e permanente, em todas as modalidades e níveis de ensino formal.

Contudo, com quase dez anos de vigência da Lei, a poluição causada pelo consumo é crescente e isso dispensa qualquer demonstração estatística. Mas se há aplicação da educação ambiental, ela deve obedecer a uma didática que faça com que as pessoas se sintam responsáveis por seus atos. Essa responsabilidade deve tomar um caráter político, em que cada indivíduo o manifeste por meio da cidadania. Como enfatiza Maria José Araújo Lima,

a educação, está, assim, sendo chamada a desempenhar papéis paradoxais. No momento em que ela procura ajustar o indivíduo à sociedade, deve também instrumentá-lo para criticar essa mesma sociedade. Daí, vê-se que a ação educativa tende a operar concomitantemente em dois níveis: em nível individual, orientando o uso ideal do meio, e em nível societário, criando ma consciência crítica, capaz de lutar pela racionalização na utilização de recursos naturais, do meio como um todo e, sobretudo, de apontar as distorções dos sistemas em relação ao ambiente. Essa tarefa apresenta-se bastante complexa. Exige uma consciência social profunda, aguçada por uma postura crítica permanente. Uma educação voltada para o meio ambiente deve salientar, sobretudo, a internacionalização de valores que fazem crescer o sentimento de solidariedade e de responsabilidade social.[62]

Destaca Patrícia Bressan da Silva[63], no mesmo sentido, que a crise do ambiente deve ser entendida como a *crise do respeito ao ambiente*. Para ela, a Juridicidade Socioambiental (conceito que desenvolve em sua obra), sendo descentrada e difusa, respeita o desenvolvimento humano e social e permite a comunicação entre os atores, para mobilização em torno da crise.

Mas eis o pilar central da crise: a sociedade brasileira não observa que seus atos possuem conotação política, pois todos são cidadãos. Como lembra Ervin Laszlo[64], um novo sistema não poderá ser alcançado tentando trazer de volta o equilíbrio anterior. Salienta que a evolução deve ser intensiva e que os conceitos-chave para que isso ocorra são *conectar, comunicar e compreender*. E isso é o princípio democrático do discurso, que se baseia numa vida política ativa dos indivíduos, considerando argumentos racionais e fundados no *agir comunicativo*, em que todos são dignos.

Com esse entendimento, os ideais do Estado Democrático de Direito poderão, finalmente, se efetivar. Como predizia Norberto Bobbio, o grande problema do século XXI não são os direitos, mas a sua aplicação. O Brasil possui uma das legislações ambientais mais bem formuladas do mundo e também protege os Direitos Humanos; entretanto, está em situação de crise moral. A norma está efetivada, mas poucos entendem o sentido delas, ou até mesmo a sua razão de ser. Essa tensão entre facticidade e validade só poderá ser solvida com o exercício da cidadania e por meio da compreensão entre as pessoas.

Em suma, apenas quando o homem se visualizar como parte do mundo (e não de um mundo fantasioso que ele mesmo cria) é que poderá efetivar mudanças. Mas primeiro há de verdadeiramente desejar a mudança e sentir amor por tudo aquilo que o mantém

vivo. Assim, da mesma maneira que é responsável por catástrofes e destruições, também será responsável por grandes feitos.

7. Conclusão

O Estado Democrático de Direito, conforme estruturado por Habermas em sua obra requer, em especial, que o discurso seja efetivado. De outra maneira, é isso que a crise ambiental forçosamente quer que o ser humano entenda: é preciso discurso e compreensão; mais do que nunca o homem precisa repensar seus atos, pois toda a vida do planeta está ameaçada.

E isso se apresenta de forma interdependente quando analisada outra questão de relevo: o consumismo. Atualmente, a pessoa é aquilo que ela consome, nada além disso. Por isso, o consumismo ocorre de maneira descontrolada, devastando o meio ambiente em que o homem vive. E essa é a relação que a o homem contemporâneo apresenta no que tange às suas propriedades.

A propriedade, desse modo, deve ser entendida como parte de um processo complexo. Ela não se enquadra mais em uma situação em que seu direito de uso e gozo deve ser protegido e exercido livremente; ela possui uma *função social*. A sociedade de consumo reflete, de forma acentuada, a maneira como a função social é ignorada por grande parte daqueles que consomem e produzem. E não é apenas um problema ambiental, pois esse tipo de relação cria problemas sociais também.

Reduzir o consumo pode representar um entrave para a economia. Todavia, existem outros planos para que a economia floresça e dê certo, de maneira sustentável. A diferença que o consumismo criou em relação à posição social que cada um ocupa também pode ser resolvida pela economia solidária, que se baseia numa melhor distribuição de renda. Assim, com apenas um plano é possível que sejam observados o econômico e o social.

A educação também é algo imprescindível para a sustentabilidade. Sem que haja o aprendizado sobre todo o processo produtivo e de consumo, e suas consequências, não há como combater essa crise. Isso, mais uma vez, depende da contribuição cada pessoa, na qualidade de cidadão.

Falar desses aspectos de combate à destruição ambiental remete à proteção que todo o arcabouço jurídico oferece em prol da preservação do ambiente. A legislação é ampla e, se fosse corretamente aplicada, os frutos seriam positivos; mas não é isso que acontece. Enfim, o que está demonstrado, e o que mais importa, não pode ser ensinado em lugar algum - será consequência do engajamento e conscientização da população, fundados no respeito e na solidariedade, estes sim, a fundação para o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

8. Referências

- ADORNO, Theodor W. **Prismas: crítica cultural e sociedade**. São Paulo: Editora Ática, 1998. 285 p.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Temas básicos de sociologia**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1978. 205 p.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- APEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Petrópolis: Vozes, 1994. 294 p.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002. 395 p.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BARBOSA, Lúvia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. 67 p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. 145 p.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 607 p.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- . **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p.
- CARTA de Princípios do Fórum Brasileiro de Economia Solidária. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/TxtComplementar_CartadePrincipios.pdf>. Acesso em: 20 out. 2008.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

DIÁLOGOS AKATU Nº 2: CONSUMIDOR - O PODER DA CONSCIÊNCIA, 2002, São Paulo. **Diálogos Akatu nº 2...** São Paulo: Instituto Akatu, 2002. 71 p.

DIÁLOGOS AKATU Nº 3: AS NOVAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO SÉCULO XXI, 2003, São Paulo. **Diálogos Akatu nº 3...** São Paulo: Instituto Akatu, 2003. 71 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 453 p.

. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 716 p.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 350 p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 1088 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GODÓI, Marciano Seabra de. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. 272 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 620 p. Vol. 5.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1.

. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 2.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 329 p.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. **International Environmental Law and Policy**. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2007. 1613 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: Edições 70, 1989. 196 p.

LASZLO, Ervin. Macrotransição: uma mudança na civilização e na cultura mundial. In: DIÁLOGOS AKATU Nº 3: AS NOVAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO SÉCULO XXI, 2003, São Paulo. **Diálogos Akatu nº 3...** São Paulo: Instituto Akatu, 2003. p. 10-18.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**: análise do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 190 p.

LIMA, Maria José Araújo. **Ecologia humana**: realidade e pesquisa. Petrópolis: Vozes, 1984. 163 p.

LIVRO aborda Os desafios da economia solidária. Disponível em: <http://www.fbes.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4089&Itemid=62>. Acesso em: 10 fev. 2009.

LORENZ, Konrad. **A demolição do homem**: crítica à falsa religião do progresso. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. 225 p.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1280 p.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Luis (org.); APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004. 321 p.

MOREIRA, Luis. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987. 252 p.

NUNES, Maria de Lourdes. Fundação O Boticário de Proteção à Natureza. In: DIÁLOGOS AKATU Nº2: CONSUMIDOR - O PODER DA CONSCIÊNCIA, 2003, São Paulo. **Diálogos Akatu nº2...** São Paulo: Instituto Akatu, 2002. p. 48-51.

O MARCO jurídico da autogestão e economia solidária. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/pub_marco_autogestao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2008.

O QUE É economia solidária. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/ecosolidaria_oque.asp>. Acesso em: 20 out. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359 p.

PLATAFORMA do Fórum Brasileiro de Economia Solidária. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/TxtComplementar_Plataforma.pdf>. Acesso em: 20 out. 2008.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REPENSANDO o uso do automóvel. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/central/especiais/repensando-o-uso-do-automovel>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Patrícia Bressan da. **Aspectos semiológicos do Direito do Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

UM TERÇO de tudo o que você consome vai direto para o lixo. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/sites/desperdicio/>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logicu-philosophicus**. São Paulo: Edusp, 1994. 350 p.

[1] APEL, 1994, p.165.

[2] *Idem*, 1994, p. 166.

[3] BAHIA, 2004, p. 88.

[4] APEL, 1994, p. 167.

[5] *Idem*, 1994, p. 163.

[6] ADORNO, 1998, p. 39.

[7] APEL, 1994, p. 197.

[8] *Idem*, 1994, p. 196.

[9] *Idem*, 1994, p. 206.

[10] Nesse sentido, Erich Fromm, citado por Hunt e Sherman, pondera: "atualmente, o homem está fascinado pela possibilidade de comprar mais coisas, coisas melhores e, especialmente, coisas novas. Está ávido por consumir. O ato de comprar e consumir tornou-se um objeto compulsivo, irracional, porque é um fim em si próprio, sem nenhuma relação com o uso ou o prazer que as coisas possam de fato proporcionar. Comprar a última novidade, o último modelo de qualquer coisa que está no mercado é o sonho de qualquer um, em comparação com o qual o prazer real de uso é completamente secundário." Além disso, ressalva que "a aquisição de pão e de roupas

não deveria depender de outra premissa que não a de estar vivo; a aquisição de livros e quadros deveria depender apenas do meu esforço em entendê-los e minha capacidade de apreciá-los" (HUNT; SHERMAN, 2005, p. 214, *apud* FROMM, 1965, p. 165).

[11] BAUMAN, 1999, p. 88.

[12] AZAMBUJA, 2005, p. 134, *apud* SPENCER, 1906, p. 3.

[13] BOBBIO, 2004, p. 82.

[14] *Idem*, 2004, p. 83.

[15] AZAMBUJA, 2005, p. 124, *apud* DABIN, 1929, p. 160.

[16] GODÓI, 1999, p. 65.

[17] Na verdade, o conceito de democracia, baseado no discurso racional surge muito antes, com os sofistas, no século de Péricles (V a.C.). "[...] os sofistas elaboraram o ideal teórico de democracia, valorizada pelos comerciantes em ascensão, cujos interesses se contrapõem aos da aristocracia rural. A exigência que os sofistas vêm satisfazer é de ordem essencialmente prática, voltada para a vida: iniciam os jovens na arte da retórica, instrumento indispensável na assembléia democrática, e os deslumbram com o brilhantismo da participação no debate público." (ARANHA; MARTINS, 2002, p. 94).

[18] HABERMAS, 1997, p. 35.

[19] *Idem*, 2002, p. 73.

[20] HABERMAS, 1997, p. 139.

[21] *Idem*, 1997, p. 142.

[22] *Idem*, 1997, p. 172.

[23] *Idem*, 1997, p. 190.

[24] GALUPPO, 2002, p. 127.

[25] HABERMAS, 1997, p. 173.

[26] BITTAR, 2007, p. 159 *apud* CÍCERO, 1967, p. 52.

[27] FIUZA, 2007, p. 759.

[28] SILVA, 2007, p. 271.

[29] *Idem*, 2007, p. 279.

[30] FIUZA, 2007, p. 758.

- [31] CANOTILHO, 2002, p. 531.
- [32] SILVA, 2007, p. 282.
- [33] MORAES, 1999, p. 147 *apud* PERLINGIERI, 1982, p. 188.
- [34] *Idem*, 1999, p. 151 *apud* PERLINGIERI, 1982, p. 37.
- [35] PERLINGIERI, 2002, p. 284.
- [36] ROSENVALD; FARIAS, 2006, p. 29.
- [37] *Idem*, 2006, p. 30.
- [38] PERLINGIERI, 2002, p. 285.
- [39] ROSENVALD; FARIAS, 2006, p. 32.
- [40] *Idem*, 2006, p. 34.
- [41] O USO de celulares pode dar origem a graves doenças. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/consumidorinfo.asp?pagina=8&idarea=47&idmodelo=9976>>.
- [42] *Idem*, 2005, p. 10.
- [43] ROSENVALD, 2005, p. 124.
- [44] MILARÉ, 2007, p. 74.
- [45] MILARÉ, 2007, p. 77.
- [46] REPENSANDO o uso do automóvel. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/central/especiais/repensando-o-uso-do-automovel>>.
- [47] UM TERÇO de tudo o que você consome vai direto para o lixo. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/sites/desperdicio/>>.
- [48] MORAIS, 1996, p. 36.
- [49] MILARÉ, 2007, p. 82.
- [50] HABERMAS, 1997, p. 64.
- [51] LEMOS, 2008, p. 142.
- [52] APEL, 1994, p. 291.
- [53] MOREIRA (org.), 2004, p. 290.

[54] LORENZ, 1986, p. 118.

[55] *Idem*, 1986, p. 121.

[56] *Idem*, 1986, p. 131.

[57] O QUE É economia solidária. Disponível em:
<http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/ecosolidaria_oque.asp>.

[58] CARTA de Princípios do Fórum Brasileiro de Economia Solidária. Disponível em:
<http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/TxtComplementar_CartadePrincipios.pdf>.

[59] NUNES, 2002, p. 48.

[60] ANTUNES, 2002, p. 32.

[61] MILARÉ, 2007, p. 501.

[62] LIMA, 1984, p. 77.

[63] SILVA, 2004, p. 418.

[64] LASZLO, 2003, p. 11.

DIFERENÇA E SUBJETIVIDADE: OS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO

DIFFERENCE AND SUBJECTIVITY: ANIMALS AS SUBJECT OF RIGHTS

**Fernando de Brito Alves
Thiago Freitas Hansen**

RESUMO

Trata o presente artigo de esclarecer alguns pontos sobre a possibilidade de se garantir personalidade jurídica aos animais na contemporaneidade, pela ampliação do conceito de sujeitos de direito a animais não humanos. Inicia a discussão no campo da filosofia da diferença pela qual tenta coligar com outras duas vertentes conhecidas da defesa dos direitos animais, sejam elas, o utilitarismo de Peter Singer e o abolicionismo. Em seguida, o foco do estudo volta-se ao direito comparado, em especial as legislações francesas e alemãs, e o tratamento dado aos animais pelo direito pátrio, que assumiu posição conservadora. Por fim, em um terceiro momento, retoma-se discussões da ética para legitimação dos direitos dos animais e da posição destes como sujeitos de direitos.

PALAVRAS-CHAVES: PERSONALIDADE; ANIMAIS; DIFERENÇA; UTILITARISMO; ABOLICIONISMO.

ABSTRACT

The present article intends to clarify some points about the possibility of ensure legal personhood to animals in the contemporary times, by the enlargement of the concept of subject of rights to nonhuman animals. Starts the discussion in the philosophy of difference field, by which tries to combine with other two well known doctrines in the animal rights movement, which are, Peter Singer's utilitarianism and the abolitionism. To further, shift the focus of the study to the comparative law, in special the French and German laws cases, and the treatment given by home law, which assumes a conservative position. Finally, in a third moment, restarts the discussion in the ethics to legitimize the animal rights and their position as subject of rights.

KEYWORDS: PERSONHOOD; ANIMALS; DIFFERENCE; UTILITARISM; ABOLITIONISM.

INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios éticos da contemporaneidade é a consideração dos animais como sujeitos de direito. Para tanto é necessária uma ruptura epistemológica para o alargamento do conceito de pessoa, e a inclusão dos animais no rol daqueles a quem o direito atribui personalidade jurídica e, portanto, considera sujeitos de direitos.

O conceito de pessoa é uma construção cultural, vale dizer que, ele não é dado de forma natural, tanto que para o direito existem pessoas não humanas, como as pessoas jurídicas, mera construção ficcional que serve a utilidades pragmáticas que surgem em um contexto de intensificação do comércio e incremento de arranjos sociais cada vez mais complexos.

Mulheres, negros, portadores de deficiência, homossexuais entre outros tiveram e ainda tem o estatuto de pessoa negado, senão pelo direito, por práticas sistematicamente excludentes.

O direito animal surge, nesse contexto, como uma das mais novas fronteiras do direito, repropoando o conceito de pessoa para considerar também os animais como sujeitos de direito.

Nesse contexto, tanto o referencial teórico do utilitarismo filosófico, quanto às reflexões proporcionadas pela filosofia da diferença são capazes de fornecer subsídios teóricos importantes para o enfrentamento do tema.

1. FILOSOFIA DA DIFERENÇA E DIREITO DOS ANIMAIS

Pondera Miroslav Milovic que a história da filosofia, e inclui-se igualmente aí a história do direito, construiu várias formas de tematização do *Outro* e dos *outros* sempre os sujeitando a mediação do *Mesmo*. Essa postura epistemológica conduz a construção de uma ontologia da exclusão, que inegavelmente não possibilita a consideração dos animais como detentores de personalidade jurídica e, portanto, como sujeitos de direito.

O citado autor textualmente afirma que

[...] parece que toda a história da filosofia comete uma injustiça profunda, tematizando várias formas do *Mesmo* e esquecendo o *Outro*. Como tematizar o *Outro*? Podemos imaginar a relação de simetria entre *Mesmo* e *Outro*, mas neste caso a dúvida é saber se assim se afirma a posição autêntica dos outros. Outra alternativa seria a posição assimétrica em favor do *Mesmo*, o que a filosofia representa até hoje. A terceira alternativa seria a assimetria em favor do *Outro*. (2004, p. 117)

Só é possível pensar o direito à diferença se for possível pensar o ser concretamente. Isso significa que é necessário retirar da filosofia seu falso ar de inocência, e reconhecer

que posturas filosóficas esboçam posicionamentos pragmáticos incontestavelmente diferentes e às vezes perigosos.

Regina Schöpke afirma que:

Inegavelmente, essa lamentável orientação da filosofia [*a que referia-se alhures*] levou a uma confusão dos ideais do pensamento com aqueles defendidos pelo Estado, pela religião e pela moral vigente. “Sem derrubar os sentimentos estabelecidos”, a filosofia fez do pensamento um puro ato recognitivo – uma faculdade “reconhedora” do mundo e dos valores. Impedindo o exercício de sua natureza criativa e absolutamente insubordinada, a filosofia fez do pensamento um “bom moço”, sempre complacente com as tolices do mundo. Mas como diz Deleuze, eis que surgem os gritos apaixonados... Ah! Esses sujeitos de má vontade... Por que querem mudar aquilo que todos aceitam de bom grado e sem qualquer reflexão? Quem lhes dá o direito de levantaram a voz para dizer que não sabem aquilo que “todo mundo sabe”?

O pensamento como afirmação da *diferença*, como afirmação de nossa própria diferença. É isso que defendem os “filósofos da diferença”, os “pensadores nômades” – aqueles que não se enquadram em modelos prévios. Fazer do pensamento um “modo de existência”, uma “máquina de guerra nômade” cujo maior desafio é permanecer livre dos modelos da representação, livre da Moral que tornou o pensamento um beato companheiro dos poderes vigentes. Este é o maior objetivo de Deleuze (e também era o de Nietzsche); lutar sobretudo contra as idéias de *transcendência* e de *verdade absoluta*. (2004, p. 29)

A principal característica da filosofia da diferença é, em oposição ao pensamento de sobre-vôo, a consideração da diferença em si mesma. Tal forma de abordagem tem início na filosofia pré-socrática, com Heráclito e seus esforços em pensar o devir.

Para os filósofos da diferença, ao contrário do que ocorreria com os metafísicos antigos, por exemplo, a relação fundamental que se estabelece entre os seres, e entre os entes e a idéia é do diferente com o diferente, e não do semelhante com o semelhante. Isso porque não existe identidade no plano ideal e, tampouco, no real.

A questão da diferença não despreza de todo a metafísica, ou a problemática ontológica.

[...] o aprofundamento do conceito de *diferença pura* nos leva inevitavelmente ao conceito de ser, mesmo que de uma forma totalmente nova. Vejamos a questão mais de perto: para Deleuze, *o ser é unívoco*, mas isso não quer dizer que ele seja uno (ou seja, que exista um único e mesmo *ser* para todas as coisas, tal como em Espinosa). Para ele, não existe um ser, mas múltiplos seres. Assim, *unívoco* quer dizer, especificamente, uma “só voz” para toda uma multiplicidade de seres. Em outras palavras, todos “dizem” da mesma maneira, isto é, em sua própria *diferença*. (SHÖPKE, 2004, p. 15)

A tradição filosófica da metafísica clássica, que aqui bem poderia ser chamada de filosofia estática, quando desloca sua reflexão para o problema do ser, produz um tipo de filosofia totalitária que pensa existir apenas um ser, sendo doador do ser dos outros seres, seus semelhantes. A filosofia da diferença, ao contrário, tende a reconhecer a multiplicidade e a fragmentação da realidade, criando agora condições de se estabelecer uma filosofia epistemologicamente totalizante, não mais totalitária, com relação à compreensão do mundo, outorgando assim estatuto ontológico de ser àqueles a quem a história tradicionalmente negou, incluindo aí os animais.

Considerar a diferença em si mesma, sua gênese/genealogia, e sua ontologia é um importante passo na construção da Ética e do Direito da Alteridade.

Pondera Miroslav Milovic (2004, p. 50-60) que os Outros aparecem na história da filosofia como possibilidade de superação do solipsismo produzido pela noção de representação, principalmente da filosofia moderna, que inaugurada por Descartes com o *Cogito*, permanecera centrada na subjetividade e no problema do subjetivo-objetivo, sem fazer referência à “outras subjetividades”. O problema do Outro, e subseqüentemente o problema da diferença, não nasce como referência social, mas como desdobramento da fenomenologia, o que significa que ele existe apenas quando aparece à consciência. Não se constituiu uma forma de pensar o outro sem referência ou analogia a consciência, o que fez com que o problema do Outro permaneça no âmbito subjetivo/objetivo.

Os frankfurtianos perceberam a que nos levaria a racionalidade moderna, o que faz com que Theodor Adorno teça fortes críticas do projeto da modernidade tanto na *Dialética do esclarecimento* (1997) quanto na *Dialética negativa* (1982). A saída aparente da crítica ou dialética – razão que pensa contra si mesma – é a reafirmação da natureza, do não idêntico, da diferença, em oposição às formas de identidade modernas. A dialética negativa de Adorno poderia ser considerada o primeiro projeto de afirmação da diferença.

Wittgenstein, Gadamer, Rorty, e Habermas (Cf. MILOVIC, 2004, p. 52-66 passim) teceram não poucas críticas a Escola de Frankfurt, mas continuaram o projeto de pensamento do Outro, ainda que alguns tenham assimetricamente pendido para o Mesmo.

Na verdade, a representação e a igualdade se constituem como instâncias seletivas de valor, a serviço dos ideais morais (Cf. SHÖPKE, 2004, p. 23), como já denunciara Nietzsche na *Genealogia da Moral*, desprezando tudo o que não se enquadra em modelos específicos ou paradigmáticos. Quando Platão despreza os simulacros – nossa realidade fenomênica – em última instância, de acordo com Deleuze, ele estaria condenando toda forma de manifestação da diferença livre, tudo o que recusa a modelos impostos. O simulacro, nesse sentido, contestaria a existência tanto da cópia quanto do original, e por compreender em si a diferença, seria tão indesejável ao espírito.

O filósofo bósnio citado no início deste capítulo, dialogando com a filósofa judia Hannah Arendt pondera que ela,

[...] acredita que a separação platônica do ser e a aparência marca um passo histórico não só para a vida dos gregos, mas para todo o caminho posterior da civilização. A desvalorização da aparência e a afirmação do ser são os aspectos da reviravolta na vida dos gregos e do Ocidente europeu. Com isso, tem início uma tirania própria à razão e dos padrões na nossa vida. Isso é o que Nietzsche diagnostica como o começo do niilismo na Europa. A estrutura já determinada, estática, entre o ser e a aparência, tem conseqüências catastróficas para o próprio pensamento. Ele se torna mera subsunção das aparências às formas superiores do ser. Nesse mundo tão ordenado, quase não temos que pensar mais. O pensamento não altera a estrutura dominante do ser. Essa inabilidade do pensamento termina nas catástrofes políticas do nosso século. Tantos crimes, mas quase sem culpados. O indivíduo que não pensa se torna cúmplice dos crimes: essa é a banalidade do mal diagnosticada por Hannah Arendt como a conseqüência dessa tradição filosófica que quase mumificou a estrutura do ser e nos marginalizou. (MILOVIC, 2004, p. 92-93)

Pensar a diferença por si é pressuposto fundamental para se discutir as grandes questões da justiça e da igualdade, relacionadas inclusive ao direito dos animais. Considerar que o conceito de diferença, como todos os outros conceitos e todas as idéias, não passa de virtualidade, de ficção, é imperioso para concluir que o Homem não existe, muito menos a Humanidade como essência metafísica; o que existem são seres *in concreto*, são seres diferentes do ponto de vista biológico, social, econômico, etc. que convivem e partilham de um mesmo macro-espço, e que por tal motivo o homem não possui estatuto ontológico privilegiado. Reconhecer a alteridade é pressuposto ético para a construção/reconhecimento do direito à diferença.

2. OS ANIMAIS COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITO: BREVES NOTAS DE DIREITO COMPARADO

O grande desafio da teoria do direito ao tentar incorporar os temas relacionados com a diferença, e dentre eles, o direito dos animais, é que a idéia de diferença é inimiga do pensamento e do próprio direito; inimiga do pensamento como representação e do direito como mantenedor de relações de poder.

Embora resistente, não existe qualquer óbice por parte do ordenamento jurídico a atribuição de personalidade jurídica aos animais, tendo em vista, como já dito que o faz com relação às pessoas jurídicas, que são meras ficções de direito e adquirem personalidade com o registro de seus atos constitutivos nos órgãos competentes.

Os animais, da mesma forma que as pessoas jurídicas, como não podem pessoalmente comparecer em juízo para a defesa de seus direitos e interesses, são representados na forma da lei.

A possibilidade de consideração dos animais como sujeitos de direito é antiga no ordenamento pátrio, tanto que o Decreto 24.645/34 que no artigo 2º, § 3º dispõe: “*Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais*”.

Tal norma legal foi erigida a categoria de direito constitucional, com a Carta Magna de 1988, que disciplinou o tema nos artigos 127 e 129, inciso III. Embora não haja referência explícita a representação dos animais em juízo, especificamente o inciso III do artigo 129 consignou entre as funções institucionais do Ministério Público a proteção do meio ambiente.

Assim sendo, se os animais pudessem ser considerados coisas em sentido stricto, não teria sentido algum disposições legais legitimando a substituição ou assistência deles, em juízo, pelo Ministério Público.

A despeito de tais considerações a polêmica com relação aos direitos dos animais ocorre porque o ordenamento jurídico é anti-tético quanto aos animais. Ao mesmo tempo em que têm resguardados seus direitos, para o direito civil, se forem animais silvestres são classificados como bens de uso comum, e se domésticos são passíveis de serem objetos de direitos reais, sendo reduzidos a condição de semoventes.

Não é diferente em outros ordenamentos jurídicos, a título de exemplificação, muito embora a legislação francesa seja mais generosa que a brasileira na proteção dos interesses dos animais, eles também são considerados como componentes do arcevo patrimonial de quem pertencem. A propósito, segue o artigo 528 do Código Civil Francês: “*São móveis os que pela sua natureza animal podem se transportar de um lugar para outro, ou por si, ou pela atuação de uma força externa*” (tradução nossa). Consigne-se todavia, que muitos juristas franceses concordam que é necessário uma ampla discussão sobre o estatuto jurídico dos animais, que seria um *tertio genus* com relação as pessoas humanas e as jurídicas, para atender as suas particularidades (NOIRTIN et al, 2009).

A legislação alemã da mesma forma possui dispositivos que traduzem com alguma esperança a tendência da ampliação da proteção dos direitos dos animais, que assinalam a importância de uma profunda reforma no ordenamento jurídico pátrio, bem como no francês. Por exemplo, o novo artigo 20-A da Lei Fundamental da Alemanha dispõe: “*O Estado protege também como responsabilidade para as gerações futuras, os fundamentos da vida e dos animais no contexto desta Constituição [...]*” (tradução nossa) Em 1990, foi inserido um novo parágrafo no Código Civil Alemão (§ 90 – A) que textualmente afirmou que os animais não são coisas e são responsáveis nos termos das leis especiais aplicáveis: “*Os animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. [...] salvo disposição em contrário*” (tradução nossa).

Apesar disso, a Lei Alemã de Proteção dos Animais de 25 de maio de 1998 (publicada na Revista de Legislação Federal I, p. 1094), prevê no seu artigo primeiro, na primeira seção, sob o título de princípio que é proibido causar sofrimento ou dor aos animais sem uma *boa razão* (as *boas razões* ou *justos motivos* vão ser disciplinados nos artigos seguintes da lei, embora alguns sejam criticáveis). O que denota que o direito alemão caminha no sentido de alcançar a consistência necessária com relação à proteção do animal, e principalmente a sua consideração como sujeito de direitos.

Voltando a análise do direito pátrio, apesar de como dito alhures os animais poderem ser assistidos em juízo pelo Ministério Público, e os já descompassos apresentados com relação a legislação civil que os considera como bens de uso comum ou semoventes, o direito penal também é antitético. Por exemplo, o artigo 32 da lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), prevê expressamente que constitui crime “*Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos*”, todavia, para o direito penal os animais quando sujeitos passivos de crime não são considerados vítimas, mas objetos materiais dos delitos, quem é considerado sujeito passivo do delito é a própria coletividade, que deveras representa um profundo descompasso na tendência de se reconhecer os animais como sujeitos de direitos (LEVAI, 2007; COPOLA 2008).

Para tanto se defende além de uma reforma legislativa, uma mudança na mentalidade do operador do direito para a consideração dos animais como pessoas, no sentido jurídico, e dessa forma, sujeitos de direitos. São vários os fundamentos éticos para se legitimar a tutela dos direitos dos animais, tema que será abordado na próxima seção.

3. FUNDAMENTOS ÉTICOS DO RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

O primeiro fundamento ético para o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito é a filosofia da diferença que serviu de mote e introdução para a discussão do tema.

Normalmente são utilizadas duas argumentações fundamentais associadas ao abolicionismo animal ou ao utilitarismo. A proposta de introduzir argumentos da filosofia da diferença na fundamentação ética é ampliar os referenciais teóricos de modo a encontrar alternativas de legitimação dos animais como sujeitos de direitos sem esgotar os modelos já existentes. Os limites de tal argumentação é que a filosofia da diferença normalmente tem sido associada a defesa dos direitos de minorias, e não na afirmação dos direitos dos animais. Todavia, é de se considerar, que em última medida, analogicamente, a argumentação utilizada para referendar os direitos de minorias poderia servir para justificar os direitos dos animais guardadas algumas proporções.

Emmanuel Levinas no *Diálogo sobre pensar-no-outro* afirmaria que:

[...] É possível perguntar-se se a materialidade da matéria em seus últimos “confinamentos”, sob a solidez do átomo de que falam os físicos, não seria o analogon da interioridade do ser puro antes da ética ou sem ela, absorvida em seu *conatus essendi* à guisa de eu-substância, analogon da solidez do sólido, da dureza do duro, já metáfora da crueldade do cruel na luta pela vida e o egoísmo das guerras. Tentação permanente de uma metafísica materialista! A ética, o cuidado reservado ao ser do outro-que-si-mesmo, a não-indiferença para com a morte de outrem e, conseqüentemente, a possibilidade de morrer por outrem, chance de santidade, seria o abrandamento desta

contração ontológica que o verbo ser diz, o des-inter-essamento rompendo a obstinação em ser, abrindo a ordem do humano [...] (2005, p. 268-269)

A proposta da filosofia da diferença, nesse sentido seria a de uma ruptura ontológica ou de uma mudança epistemológica radical para a consideração do alter. A grande dificuldade de aceitação dos animais como sujeitos de direitos e os limites do especismo passam pelo endurecimento do ser, e pela desconsideração do outro. Dialogar com o outro é, além de não ser indiferente, pressuposto de uma ética sensível com a crueldade e não solipsista e ensimesmada, que tenha o homem no centro.

Keith Thomas (1996, p. 49) atrai sua discussão histórica para a diferença, e demonstra a utilização dos animais como objetos de processos de exclusão do “outro”, sendo estes mesmos considerados “outros” ao citar: “*em todo o mundo natural mentalmente elaborado*”, escreve um antropólogo moderno, ‘o contraste entre homem e não-homem fornece uma analogia para o contraste entre o membro da sociedade humana e o estranho a ela’” e aprofunda ao mostrar que “*igual atitude de exclusão do outro se notava, em escala ainda maior, face aos povos ‘primitivos’ que não dispunham de atributos como os que também faltavam aos animais: tecnologia, linguagem inteligível, religião cristã*”.

Nesse sentido a transcendência em direção ao outro, não é a busca do absoluto, mas o encontro com os outros próximos que no caso da proposta ora apresentada são os animais.

Afastando-se um pouco da argumentação da filosofia da diferença para a apresentação de algumas questões levantadas pelos utilitaristas, Peter Singer, em *Ética Prática* (2006), depois de apresentar algumas considerações sobre o conteúdo do princípio ético (e jurídico) da igualdade a partir do pensamento de Rawls, sugere a aplicação do mesmo aos animais.

Singer tem consciência e admite (2006, p. 66-67 passim) que a aplicação do princípio de igualdade a não humanos pode soar uma tese bizarra, tendo em vista um “preconceito popular”, que talvez seja um dos mais fortes entraves para a superação do especismo.

Todavia, antes de Peter Singer, e certamente seus precursores e marco teórico do utilitarismo, não foram poucos os filósofos modernos que sugeriram não haver diferenças entre os animais homens e os animais não-homens, ou que essas diferenças seriam construções meramente culturais humanas, que serviriam para justificar a superioridade do homem não só em relação aos animais como em relação à outros homens. O historiador inglês Keith Thomas pontua que na modernidade,

O homem atribuía aos animais os impulsos da natureza que mais temia em si mesmo – a ferocidade, a gula, a sexualidade – mesmo sendo o homem, e não os animais, quem guerreava a sua própria espécie, comia mais do que devia e era sexualmente ativo durante todo o ano (1996, p. 48)

Nasce nesta mesma época a idéia de “sub-humano” ou “semi-animal”, de modo que qualquer homem que não reprimisse os impulsos selvagens seria considerado mais próximo da condição de animal inferior que da condição de humano sendo então passível de exclusão da sociedade, exclusão na qual incorreram às minorias, sejam elas, as mulheres, os loucos, os pobres etc. Portanto, Keith Thomas (1996, p. 53) finaliza demonstrando que “*a ética da dominação humana removia os animais da esfera de preocupação do homem. Mas também legitimava os maus-tratos àqueles que supostamente viviam uma condição animal*”.

Michael Montaigne, já no século XVI, um dos humanistas mais críticos do projeto da modernidade, viria a afirmar:

Observemos ademais algumas semelhanças existentes entre o homem e os animais. Conhecemos alguma coisa de seus sentimentos, pouco mais ou menos o que conhecemos dos nossos, pois nos fazem festa, nos ameaçam ou nos pedem o que querem, quase da mesma maneira porque nos conduzimos com eles. De resto entendem-se entre si perfeitamente e não só entre os da mesma espécie, mas também entre os de espécie diferente. “Os animais domésticos, como os bichos ferozes, emitem sons diferentes segundo o medo, a dor ou o prazer que sentem”. Pelo latido do cão sabe o cavalo de sua cólera; não o receia quando outra é a modulação da voz. (2000, p. 382)

Não é necessário recorrer às recentes descobertas da primatologia de cientistas como Frans de Waal, que em sua obra de psicologia comparada *Eu, primata* (2007), que relata as ligações claras entre os primatas nus (*homo sapiens*) e os outros dois primatas mais próximos, os chimpanzés e os bonobos, tanto nas relações políticas, sexuais, morais e jurídicas, para perceber, como os modernos já o haviam feito, que o único fundamento do especismo é uma espécie de narcisismo culturalmente construído e perpetuado pelos animais humanos.

Ora, Frans de Waal (2007, p. 222) já afirmou que devido às recentes descobertas primatólogas, o narcisismo humano, está em xeque já que “*o lugar especial da humanidade é marcado por definições abandonadas e traves de gol móveis*”

Da mesma forma Hume ponderou que:

Em primeiro lugar, parece evidente que os animais, como os homens, aprendem muitas coisas da experiência e inferem que os mesmos eventos resultarão sempre das mesmas causas [...] podemos constatar que o animal infere um fato que ultrapassa aquele que impressiona imediatamente seus sentidos e que esta experiência está completamente fundada na experiência passada, visto que a criatura espera do objeto presente os mesmos resultados que, em sua observação, sempre tem visto derivar de objetos semelhantes. (1999, 107)

Hume na obra *Investigação acerca do entendimento humano*, da qual o excerto foi extraído, é categórico em denunciar que a racionalidade é como um teatro, que funciona por meio de associações e não é exclusiva da humanidade, como acreditaria Descartes e os outros racionalistas.

Por fim, para fixar a principal referência de Peter Singer, Bentham (1984, p. 63) afirmou que:

(...) Pode vir o dia em que o resto da criação animal adquira aqueles direitos que nunca lhe deviam ter sido tirados, se não fosse por tirania. Os franceses já descobriram que a cor preta da pele não constitui motivo algum pelo qual o ser humano possa ser entregue, sem recuperação, ao capricho do verdugo. Pode chegar o dia em que se reconhecerá que o número de pernas, a pele peluda, ou a extremidade de os sacrum constituem razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível à mesma sorte. Que outro fator poderia demarcar a linha divisória que distingue os homens de outros animais? Seria a faculdade de raciocinar, ou talvez a de falar? Todavia, um cavalo ou um cão adulto é incomparavelmente mais racional e mais social e educado que um bebê de um dia, ou de uma semana, ou mesmo de um mês. Entretanto, suponhamos que o caso fosse outro: mesmo nessa hipótese, que se demonstraria com isso? O problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar; tampouco interessa se falam ou não; o verdadeiro problema é este: podem eles sofrer?

A capacidade de sofrimento dos animais é uma das principais características que lhes atribuiriam direito à igual consideração (SINGER, 2006, p. 67). Nesse sentido é possível aproximar a argumentação utilitarista da ética da alteridade e da filosofia da diferença: o sofrimento de outrem não pode ser objeto da indiferença.

Outra fundamentação possível para o direito animal encontra-se no movimento chamado abolicionismo. Esta doutrina pode ser sintetizada pela frase do filósofo norte-americano Tom Regan “*a verdade para os direitos animais não requer jaulas mais espaçosas, e sim jaulas vazias*”. Diferentemente da posição utilitarista, o abolicionismo trabalha com categorias muito próximas da filosofia da diferença, pois ao cunhar o termo “sujeito-de-uma-vida”, os abolicionistas assumem que o critério para emancipação é o reconhecimento da existência do “sujeito-de-uma-vida”, reconhecimento este da vida de um ser senciente em suas peculiaridades, ainda que não-humano. Estaria aí implícita a idéia de *alter*. Para completar este entendimento, Tom Regan (2006, p. 67) afirma que

Existe uma identidade em meio às diferenças. Enquanto sujeitos-de-uma-vida, nós somos, por assim dizer, inteiramente como eles [os animais]. Se uma pessoa nos

dissesse que estamos enganados, que gatos e cães não são, de forma alguma, conscientes do mundo, ou que eles absolutamente não se importam com o que lhes acontece, vamos achar (para usar uma conhecida expressão) que ela deve ter um parafuso a menos na cabeça.

O abolicionismo é reconhecido pela adoção do *veganismo*, estilo de vida que abona qualquer tipo de exploração animal, desde peles e couro até a ingestão de ovos, leite ou o uso de cosméticos testados em animais. Devido a esta posição extremista – embora possua fundamentos éticos plausíveis –, o senso comum tende a enxergá-los como utópicos.

Uma dúvida que pode nascer do seio do abolicionismo seria a de quais espécies de animais não humanos devem ser protegidas e ter seus direitos garantidos, ou se todos sem exceção devem ter seus direitos respeitados. A defesa de todas as espécies é simplesmente impossível, por mais que possa ser desejada, haja vista que seria por demais formal uma conclusão absoluta de que todos os animais, de formigas à elefantes devam receber a mesma proteção jurídica.

Para tanto sugere-se um limite (em inglês *the line*). Enquanto para os utilitaristas pauta-se na idéia de sofrimento, para os abolicionistas estaria instituído na posição de Regan expressa por Lori Gruen (2007, p. 346)

A visão de Regan, muito abreviada, iria no seguinte sentido: Somente seres com valor inerente tem direitos. Valor inerente é o valor que os indivíduos possuem independentemente de sua bondade ou utilidade para outros e direitos são coisas que protegem este valor. Somente sujeitos-de-uma-vida tem valor inerente. Somente seres auto-conscientes são capazes de ter crenças e desejos, somente agentes com propósitos que podem compreender o futuro e criar metas são sujeitos-de-uma-vida. (tradução nossa)

A doutrina abolicionista determina como sujeitos-de-uma-vida somente seres capazes de possuírem um valor próprio, e portanto, constroem sistemas de direitos.

Apesar do reconhecimento dos argumentos destas tradições filosóficas contemporâneas, não é possível levar ao absoluto qualquer posição, sendo sempre necessária a busca pelo equilíbrio dos valores.

Gary L. Francione (2004, p. 121), apesar de sua posição abolicionista, demonstra prudência, em coletânea organizada por Cass R. Sunstein e Martha C. Nussbaum, ao afirmar que:

A sugestão de que os interesses dos animais devem receber igual consideração não é tão radical como pode aparecer à primeira vista se nós considerarmos que o tratamento humanitário dos princípios integra o princípio da igual consideração. Estamos ponderando o nosso sofrimento em não usar animais contra os interesses dos próprios animais. Se houver um conflito entre os interesses humanos e os interesses animais, então o interesse humano pesará mais, e, portanto, o sofrimento animal é justificável. (tradução nossa)

O que se quer afirmar é que a consideração dos animais como sujeitos ético-jurídicos e o reconhecimento dos seus direitos não é algo absoluto e não suscetível à ponderação, quando em conflito com outros direitos ou valores. A essa posição deve-se lembrar que o excesso de racionalização em detrimento da emoção pode criar uma falsa percepção de que animais humanos e animais não-humanos devam receber tratamentos iguais a qualquer custo, o que também foge a justificação ética razoável. A ponderação deve conviver sempre com a ética prática, pois em uma hipotética situação em que se tenha de escolher a vida de um animal humano ou de um animal não humano, as peculiaridades do caso devem ser o parâmetro. Assim, pondera Lori Gruen (in SINGER, 2007, p.352):

Nós muito raramente estamos defronte com decisões de botes salva-vidas; nossas escolhas morais não usualmente existem em fatos extremos. Não é também simplesmente o caso de se sofrer grande dor sem um casaco de pele ou sem a coxa de um cordeiro. As escolhas entre o seu bebê ou um cachorro são aquelas que virtualmente nenhum de nós seremos forçados a fazer. O reino hipotético é um em que podemos clarear e refinar nossas intuições morais e princípios, mas nossas escolhas sobre sofrimento de bilhões de animais não são hipotéticas. (tradução nossa)

O importante é considerar com Albert Schweitzer (1989), que uma ética contemporânea amplamente incluyente deve ser de "reverência pela vida", fundamentada no critério da vitalidade - ou na condição de ser vivo. Não somente a vitalidade, mas também a vontade de viver (retomando em alguma medida o conceito de *conatus* da filosofia de Spinoza) é capaz de fundamentar uma comunidade moral, em que convivam homens e animais em igualdade.

CONCLUSÕES

Não existe qualquer óbice, ético ou jurídico, para a consideração dos animais como sujeitos de direitos, havendo inclusive no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de

serem assistidos em juízo pelo Ministério Público, em decorrência de norma legal que se encontra em pleno vigor.

As resistências apresentadas pelo especismo são de duas ordens, basicamente, sendo uma econômica e outra cultural. As resistências econômicas são decorrentes de um modelo de organização da produção e de geração de riquezas fortemente baseado na exploração animal. As resistências de ordem cultural decorrem de uma tradição, que por fundamentos filosóficos ou religiosos, pensa um mundo ordenado de forma que cada ser possui uma posição ou status ontológico definido, que denota dignidades distintas, sendo o homem aquele de maior estatura sistêmica e maior envergadura axiológica.

É necessária uma ruptura epistemológica, para superação do especismo que produziu a exclusão das minorias, e também dos animais, ao considerá-los coisas, e não atribuir-lhes personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M., *Dialética do esclarecimento: Fragmentos filosóficos*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ADORNO, Theodor. *Negative Dialektik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

BENTHAM J. *Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984: 63. (Os pensadores)

COPOLA, Gina. *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo: jurisprudência sobre a matéria*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANCIONE, Gary L. Animals – property or persons? In: SUNSTEIN, Cass R., NUSSBAUM, Martha C. *Animal Rights: current debates and new directions*. Oxford, 2004.

GRUEN, Lori. *Animals*. In: SINGER, Peter. *A companion to ethics*. Oxford, Blackwell Publishing Ltd, 2007.

HUME D. *Investigação acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1999: 106-8. (Os Pensadores)

LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do ministério público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: < www.svb.org.br/cvb/laerte-levai.htm>. Acesso em: 19 abril de 2009.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 2ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

MONTAIGNE M. *Apologia de Raymond Sebond*. São Paulo: Nova Cultural, 2000: 382-3. (Os Pensadores)

NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello, MOLINA, Sílvia Maria Guerra, BOUCHARD-CHAPELLE, Valerie, ELIE, Marie-Pierre. *Proposta de mudança do status jurídico dos animais nas legislações do Brasil e da França*. <http://www.iedc.org.br/REID/?CONT=00000084> Acesso em 19 de abril de 2009.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. – Porto Alegre: Lugano, 2006.

SCHWEITZER, A. *The ethic of reverence for life*. In: Regan T, Singer P. *Animal rights and human obligations*. New Jersey: Prentice Hall, 1989.

SHÖPKE, R. *Por uma filosofia da diferença: Gilles Deleuze, o pensador nômade*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Edusp, 2004.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

THOMAS, Keith. *O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais, 1500-1800*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

WAAL, Frans de. *Eu, primata: por que somos como somos* – São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

THEORETICAL BASIS FOR ENVIRONMENTAL RECHSSTAAT

**Germana Parente Neiva Belchior
João Luis Nogueira Matias**

RESUMO

O presente artigo é fruto de debates realizados no grupo de pesquisa intitulado “Novas perspectivas para um velho direito: a propriedade e o meio ambiente”, desenvolvido entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, financiado pelo CNPQ. A crise ambiental que ora se enfrenta acarreta o comprometimento da própria sobrevivência humana. Assim, na medida em que a sociedade reclama por anteparos, em virtude dos problemas ecológicos, o Direito e o Estado precisam se manifestar com o intuito de tentar resolver ou, pelo menos, elaborar possíveis soluções. O objetivo desta pesquisa, portanto, é analisar o princípio da solidariedade como fundamento teórico-constitucional do Estado de Direito Ambiental e a sustentabilidade como marco axiológico-constitucional do novo paradigma estatal. Pretende-se, outrossim, rediscutir os elementos constitutivos (soberania, território, povo e finalidade) da Teoria Geral do Estado para adequá-los ao Estado de Direito Ambiental, haja vista que o Estado e o Direito precisam assumir um papel de estimular ou desestimular condutas ambientalmente desejáveis na missão de combater a crise ambiental e lutar pela sobrevivência da humanidade. A metodologia desta pesquisa é bibliográfica, descritiva e exploratória. Constatou-se que a necessidade da construção do Estado de Direito Ambiental implica em mudanças profundas na estrutura da sociedade e na atividade estatal, com o intuito de apontar caminhos e buscar alternativas para a superação da atual crise ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE AMBIENTAL; ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL; SOLIDARIEDADE; SUSTENTABILIDADE.

ABSTRACT

This paper is an outcome of the debates held at the research group "A new outlook on an old right: property and environment", an initiative which receives funding from the National Council for Scientific and Technological Development (CNPq) and that is carried out by the Master of Laws Programme of Ceará State Federal University and the Postgraduate Programme in Law of Santa Catarina State Federal University. The environmental crisis in progress may jeopardize human life. In this sense, and as society demands protection against environmental problems, Law and States are urged to act in order to try to face the environmental challenge or, at least, to forge possible solutions for tackling the environmental issues. This essay intends to exam the solidarity

principle as a theoretical and constitutional basis for Environmental Rechtsstaat and sustainability as the axiological and constitutional landmark of the new paradigm to be adopted for sovereign states in this moment of human history. This research also intends to promote new discussions on the elements of state (territory, people, sovereignty and purpose), in order to adapt them to the idea of Environmental Rechtsstaat, taking into account that Law and States need to take responsibility for stimulating patterns of environment-friendly behaviour, which are very desirable in the mission to fight environmental crisis and to guarantee the survival of humankind. The methodology adopted in this research is bibliography-based, descriptive and exploratory. The conclusion is that building the Environmental Rechtsstaat requires deep changes in the structures of society and in State activities, always taking into consideration the final purpose of searching for alternatives of solutions for the environmental crisis.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL CRISIS; ENVIRONMENTAL RECHSTAAT; SOLIDARITY; SUSTAINABILITY.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto de debates realizados no grupo de pesquisa intitulado “Novas perspectivas para um velho direito: a propriedade e o meio ambiente”, desenvolvido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, financiado pelo CNPQ.

O processo acelerado de desenvolvimento, com raízes no lucro a qualquer preço, no *laissez-faire* econômico e na concepção liberal de propriedade privada, tem acarretado um descompasso entre o homem e o meio ambiente. Por conta disso, o meio ambiente encontra-se na pauta do dia e o Direito Ambiental vem se revelando como um dos ramos da Ciência do Direito que mais tem chamado atenção dos operadores e da academia jurídica.

A crise ambiental que ora se enfrenta acarreta o comprometimento da própria sobrevivência humana. Assim, na medida em que a sociedade reclama por anteparos em virtude dos problemas ecológicos, o Estado é convocado a desempenhar um novo papel, voltado a resolver ou, pelo menos, elaborar possíveis soluções. É o que fundamenta a tese do Estado de Direito Ambiental, amparada no princípio da solidariedade e no valor sustentabilidade.

A metodologia utilizada é de natureza bibliográfica, descritiva e exploratória. O objetivo desta pesquisa, portanto, é analisar o princípio da solidariedade como fundamento teórico-constitucional do Estado de Direito Ambiental e a sustentabilidade como marco axiológico-constitucional do novo paradigma estatal. Pretende-se, igualmente, rediscutir os elementos constitutivos (soberania, território, povo e finalidade) da Teoria Geral do Estado para adequá-los ao Estado de Direito Ambiental, haja vista que o Estado e o Direito precisam assumir um papel de estimular ou desestimular condutas ambientalmente desejáveis na missão de combater a crise ambiental e lutar pela sobrevivência da humanidade.

1 A CRISE AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DO DIREITO

Ao analisar a evolução do Estado, percebe-se que há sempre um marco histórico que provoca a ruptura de um modelo anterior: as Revoluções Liberais, na passagem do Absolutismo para o Estado Liberal; a Revolução Industrial que marca o nascimento do Estado Social; o combate aos regimes totalitários e a efetividade dos direitos sociais, que faz surgir o Estado Democrático de Direito, assim como a dimensionalidade dos direitos fundamentais.

Não há como se estudar o Estado sem considerar o Direito. Apesar de serem institutos distintos, estão plenamente interligados, um dando suporte ao outro. Acerca da relação entre Estado e Direito, manifesta-se Wolkmer:

O Estado configura-se como uma organização de caráter político que visa não só a manutenção e coesão, mas a regulamentação da força em uma formação social determinada. Esta força está alicerçada, por sua vez, em uma ordem coercitiva, tipificada pela incidência jurídica. O Estado legitima seu poder pela segurança e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado. [1]

Na lição de Maluf, “o *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”. [2] Pode-se dizer que o Direito é o discurso que legitima o poder do Estado.

Um novo modelo de Estado implica, conseqüentemente, em um novel papel do Direito. Mas o que, de fato, marca a passagem do Estado Democrático de Direito para o Estado de Direito Ambiental é a crise ecológica que ora se enfrenta devido ao processo da civilização hodierna, vinculado à globalização e ao desenvolvimento em todas as esferas. Trata-se do que Leite intitula de sociedade de risco, como se extrai dos seus ensinamentos:

É inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. Parece que esta falta de controle de qualidade de vida tem muito a ver com racionalidade do desenvolvimento econômico do Estado, que marginalizou a proteção do meio ambiente. [3]

O Relatório Brundtland, também chamado de “Nosso futuro comum”, proferido em 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, reconhece a dependência existencial do homem em relação à biosfera. O referido documentou tornou pública, global e urgente a adoção de instrumentos que levem os Estados a enfrentar a crise ecológica por conta da escassez dos recursos naturais percebida em nível planetário.

Acerca do tema, assinala Silva:

O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que a sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade de vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano. [...] o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. [...] ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e como as de iniciativa privada.[4]

Vê-se, por conseguinte, que crise se agrava com os efeitos do desenvolvimento científico e tecnológico, ao aumentar os impactos ao meio ambiente que acaba se revelando como condição para a própria existência humana.

Há, todavia, um outro viés da crise que vem sendo levantado por filósofos e teólogos, ao defender que esta não se limita aos aspectos de cunho físico, químico e biológico do meio ambiente. É uma crise da própria civilização, da humanidade. Assim alerta Boff:

Precisamos de um novo paradigma de convivência que funde uma relação mais benfazeja para com a Terra e inaugure um novo pacto social entre os povos no sentido de respeito e preservação de tudo o que existe e vive. Só a partir desta mutação faz sentido pensarmos em alternativas que representem uma nova esperança.[5]

Não há dúvidas de que a crise de valores espirituais e culturais reflete nos hábitos predatórios que compromete a vida das futuras gerações, demandando uma transformação no Estado e no Direito, que têm como objetivo principal manter a ordem social. É necessário um novo papel do Estado, na medida em que a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente.

Em relação ao Direito, mister destacar que este não exerce tão-somente a função tradicionalmente repressiva, mas também, como já defendido por Bobbio[6], uma função promocional, em que o Estado assume o papel de encorajador (e premiador) ou desencorajador de condutas. Assim, o Estado e o Direito precisam assumir um papel de estimular ou desestimular condutas ambientalmente desejáveis na missão de combater a crise ambiental e lutar pela sobrevivência da humanidade.[7]

2 A ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO E A EMERGÊNCIA DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Diante da problemática ambiental suscitada, as Constituições modernas, seguindo a tendência mundial após a Convenção de Estocolmo, passaram a alocar o direito ao meio ambiente ecologicamente como um direito fundamental na medida em que ele se torna imprescindível para a promoção da dignidade da pessoa humana. Além da ordem interna, são vários os tratados internacionais de direitos humanos que elencam o meio ambiente sadio como um direito natural dos povos, sendo incontestemente a solidariedade entre as nações.

O meio ambiente revela-se como complexo, possuindo a natureza jurídica de um direito-dever. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por conseguinte, o dever de preservá-lo cabe também a todos.

Ao tratar dos direitos fundamentais de terceira geração, Bobbio ressalta a importância do meio ambiente ao afirmar que “ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração [...] O mais importante deles é reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. [8]

No entanto, da mesma forma que o meio ambiente é um direito fundamental, há um imenso rol de direitos fundamentais eleitos pelo constituinte, estando todos no mesmo patamar, uma vez que não existe hierarquia, *a priori*, entre eles, segundo Alexy. [9] No caso de conflito, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade para fazer o sopesamento dos bens e valores envolvidos, respeitado o núcleo essencial dos demais. O peso do meio ambiente é deveras elevado, pois, na lição de Silva, “não há possibilidade da concretização dos demais direitos fundamentais sem o direito ao meio ambiente, que se traduz em última análise como o próprio direito à vida. [...] O direito ao meio ambiente configura-se, portanto, como a matriz de todos os demais direitos fundamentais”. [10]

Portanto, embora não haja hierarquia dos direitos fundamentais no âmbito dogmático-jurídico, haverá uma ordenação relativa no caso concreto tendo como peso maior o meio ambiente, o que não implica que referida premissa irá obrigatoriamente se perpetuar ao final da resolução. Ou seja, no campo pragmático, deverá ser verificado, no momento da aplicação, o peso dos valores e bens envolvidos dentro de cada direito que está em jogo no caso concreto. E como não poderia deixar de ser, o meio ambiente tem (e deve ter) influência na solução, uma vez que é a partir dele que surgem os demais direitos fundamentais, como o direito à vida. A justificativa é simples: não há vida (assim como os outros direitos) se não existir planeta.

A primariedade do ambiente, para alguns, é absoluta, uma vez que “se encontra acima de qualquer outro direito posto que diz respeito à garantia à vida”. [11] Entretanto, não se coaduna com a tese totalitária, uma vez que o sopesamento deve ser feito no caso concreto, dependendo dos outros direitos fundamentais envolvidos. [12] O que se defende é uma primariedade relativa, ou seja, inicial do meio ambiente, premissa esta que deve estar obrigatoriamente na pré-compreensão do intérprete ao analisar o caso concreto.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado assume tamanha importância que acaba se mostrando como um *direito horizontal* na medida em que interfere sobre os demais ramos do direito: privado e público. Caracteriza-se, ainda, como um direito de *integração*, que penetra em todos os ramos da ciência jurídica para neles introduzir a idéia ambiental. [13]

Partindo da premissa de que o direito ao meio ambiente equilibrado é a luz de todos os direitos fundamentais e da existência de uma nova ordem pública ambiental, é que se defende o fenômeno da Ecologização do Direito, fazendo com que “muitos institutos jurídicos (preexistentes) sejam renovados e muitos institutos jurídicos (novos) sejam criados dentro do ordenamento”. [14] Há, por conseguinte, necessidade de reformulação da própria epistemologia jurídica, do Estado e, conseqüentemente, da Hermenêutica Jurídica.

O fortalecimento do *status* material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas legislações infraconstitucionais,^[15] os infortúnios ambientais crescentes e a ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado. É nesta direção que Nunes Júnior se manifesta:

Isso implica o surgimento de um novo Estado e de uma nova cidadania, que têm plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada, provocada pelo desenvolvimento, aspirando assim a novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a preservação do patrimônio genético. ^[16]

Nesse sentido, a cada dia aumenta o número de adeptos de um novo modelo de Estado, que emerge a partir do redimensionamento do papel do Estado na sociedade, em prol de um meio ambiente sadio. Destaca Canotilho que o Estado Constitucional Ecológico foi defendido, inicialmente, pelo alemão Rudolf Steinberg, em sua obra “Der Ökologische Verfassungsstaat”. ^[17] ^[18]No Brasil, o Estado de Direito Ambiental vem sendo fortemente sustentado por Machado, Leite, Benjamin, Morinaro, dentre outros. ^[19]

Molinaro sustenta que é melhor caracterizá-lo como Estado Socioambiental e Democrático de Direito^[20], onde todos se obrigam, por conta do art. 225, da Constituição Federal de 1988, em manter o equilíbrio e a salubridade do ambiente. Como consequência, defende o autor:

[...] a garantia de um ‘mínimo existencial ecológico’ e o mandamento da ‘vedação da degradação ambiental’, núcleo e objeto do princípio de proibição de retrogradação socioambiental, constituem, entre outras, condições estruturantes de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito.^[21]

A formulação do Estado de Direito Ambiental, segundo Canotilho, impõe que o Estado, “além de ser um Estado de Direito, um Democrático e um Estado Social, deve também modelar-se como um Estado Ambiental.” ^[22] Já Capella propõe que o Estado de Direito deve ser construído para efetivar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável. ^[23]

Há quem defenda, como Leite, que o referido paradigma de Estado é fictício e abstrato, sendo uma tarefa de difícil consecução ou até mesmo uma utopia. ^[24]No entanto, a abstratividade que lhe é pertinente não pode diminuir a importância da sua discussão. Afirma o autor que “a definição dos pressupostos de um Estado de Direito do Ambiente serve como “meta” ou “parâmetro” a ser atingido, trazendo à tona uma série de discussões que otimizam processos de realização de aproximação do Estado ficto.”^[25]

A própria expressão da balança segurada pela deusa Thémis, símbolo universal do Direito, reflete a fórmula do Estado de Direito Ambiental. De um lado da balança, há o “Democrático”, que significa o princípio da legitimidade, onde há o reconhecimento do poder pelos que estão sendo governados. Traz a idéia de poder consentido, em prol do valor justiça. No outro, visualiza-se o “de Direito”, já que é um Estado que deve

respeitar o princípio da juridicidade, marcado pelo valor segurança jurídica. [26] E o “Ambiental” é visualizado no suporte da balança. Afinal, qual é a balança que pode ousar em cumprir com seu objetivo, ou seja, equilibrar, se não tiver um suporte, uma base fundante que a torna sólida e segura? Assim, o “Ambiental”, ao ser esse suporte, traz o princípio da solidariedade, tendo como valor a sustentabilidade. Em outras palavras, se o meio ambiente são for sadio e equilibrado haverá o comprometido de toda a balança, e por que não dizer, de toda a ordem jurídica.

É interessante destacar que o Estado de Direito Ambiental continua sendo um Estado de Direito e um Estado Democrático ao possuir três valores-base: justiça, segurança jurídica e sustentabilidade. O que ocorre são acréscimos de novo princípio e valor-base, implicando numa visão holística e sistêmica, ou seja, partindo do todo, do “meio”, para buscar efetivar os demais elementos.

A supremacia das normas constitucionais, como já defendia Hesse [27] em sua principiologia constitucional clássica, tendo um conteúdo axiológico, impõe a releitura dos direitos fundamentais em perspectiva que efetive os valores escolhidos pelo legislador.

Diante desse tripé axiológico fundamental (justiça, segurança jurídica e sustentabilidade), é que se propõe a construção do Estado de Direito Ambiental. O princípio da solidariedade e o valor sustentabilidade irradiam toda a ordem jurídica por conta da Ecologização do Direito.

A necessidade da construção do Estado de Direito Ambiental implica em mudanças profundas na estrutura da sociedade e na atividade estatal, com o objetivo de apontar caminhos e buscar alternativas para a superação da atual crise ambiental. Impõe-se, outrossim, a rediscussão dos elementos que integram o Estado, adequando-os ao novo paradigma estatal.

3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL[28]

A superação histórica do jusnaturalismo demonstra que o Direito não tem como se justificar por fundamentos abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Por outro lado, a crise do positivismo jurídico ensina que há um longo caminho entre Direito e norma jurídica e que a ética e moral, próprias de uma sociedade em constante transformação, não têm como permanecer distantes da ciência jurídica. Nenhum dos dois movimentos consegue mais atender de forma satisfatória às demandas sociais.

Inaugura-se, por conseguinte, um novo período intitulado de pós-positivista[29], onde ocorre a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores. Além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte das ciências sociais, e, por conseqüência, do Direito, amadurecendo a tridimensionalidade de Reale.

O que importa ser destacado, no momento, é que os princípios jurídicos no atual contexto histórico do pós-positivismo são o espelho da ideologia da sociedade e dos

valores acolhidos na ordem jurídica. Objetivam dar unidade e harmonia ao sistema, além de serem guias do intérprete. [30] [31] Os princípios, segundo Canotilho:

[...] são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).[32]

Interessante, ainda, mencionar, que os princípios não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica para ter validade. Não há como o rol dos princípios ser taxativo, na medida em que eles sinalizam os valores e anseios da sociedade, que estão em constante transformação. Por conseguinte, limitá-los à ordem jurídica positiva é impossível, pois não se tem como engessar a sociedade. [33]

Uma vez verificada a relevância dos princípios jurídicos, em especial, do seu *status* de norma jurídica, resta analisar o princípio da solidariedade que estrutura o núcleo fundante do Estado de Direito Ambiental.

O princípio da solidariedade foi um dos lemas da Revolução Francesa, só que na roupagem de fraternidade, de fundamento comunitário e universal. No entanto, o Estado Liberal não conseguiu superar o caráter individualista do ideal burguês, e o Estado Social teve dificuldade de romper a distância entre a igualdade formal e a material, embora preocupado com os direitos sociais. O ressurgimento da solidariedade, entretanto, deu-se a partir da segunda metade do século XX, período do Segundo Pós-Guerra, com a promulgação de Constituições que têm como núcleo fundamental a dignidade da pessoa humana.

O contexto histórico do final do século XX e do início do século atual só confirma o que Rousseau já proclamava em sua bandeira revolucionária, marcando o nascimento de direitos transindividuais, que ultrapassam a esfera individual e coletiva da dignidade humana. Nesse sentido, o Estado de Direito Ambiental é galgado na solidariedade humana, sendo uma nova tarefa e meta a ser seguida pelo Estado hodierno.

A crise ambiental não ocorre de formada isolada, o que leva a constatar que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista tão-somente no indivíduo, mas também em uma dimensão coletiva em sentido geral. Por conseguinte, traz à baila direitos que perpassam a esfera privada e se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social, em virtude da titularidade ser indefinida ou indeterminável. Assim, o princípio da solidariedade surge como instrumento que obriga que referidos direitos devam ser garantidos às gerações futuras.

Acerca do tema, Nunes Júnior manifesta-se no sentido de que “A finalidade do Estado Liberal é a liberdade e do Estado Social é a igualdade. Já o Estado Ambiental tem uma finalidade mais ampla: a solidariedade (centrada em valores que perpassam a esfera individualista própria do Estado Liberal)”.[34]

Conforme já dito, o meio ambiente sadio é condição para a vida em geral. E para que ocorra o equilíbrio ecológico, é necessário um esforço conjunto, de todas as esferas do corpo social, assim como do Poder Público, com o intuito de formar uma união de forças multilaterais no sentido de minimizar os impactos ambientais.

A Constituição Federal de 1988 trata do princípio da solidariedade como objetivo da República em seu artigo 3º, I, ao prever a "construção de uma sociedade livre, justa e solidária." No inciso IV do mesmo artigo, visualiza-se outro objetivo que comprova a preocupação do constituinte originário com a solidariedade, ao estabelecer a "erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais". Como se vê, os dispositivos estabelecem um novo marco normativo-constitucional, ao consolidar a solidariedade como princípio da Carta Magna.[35]

Ainda no Texto Constitucional, o art. 225, núcleo do ambientalismo constitucional, cuida da solidariedade ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Não há dúvidas de que o dever fundamental está diretamente relacionado ao princípio da solidariedade por dividir os encargos e responsabilidades na equidade geracional.

Outrossim, o citado princípio encontra guarida em tratados internacionais de direitos humanos de matéria ambiental ratificados pelo Estado brasileiro, em virtude da cláusula de abertura do §2º, do art. 5º, da Constituição Federal.[36]

Ao utilizar a metáfora da balança do Estado de Direito Ambiental, o “Ambiental”, por estar no suporte, traz o princípio da solidariedade, tendo como valor a sustentabilidade, pois se o meio ambiente não for sadio e equilibrado haverá o comprometimento de toda a balança, ou seja, da ordem jurídica em geral. Na lição de Leite:

Não se pode adotar uma visão individualista e sem solidariedade sobre as responsabilidades difusas e globais sobre a proteção ambiental. Trata-se de um pensamento equivocado dizer que os custos da degradação ambiental devem ser repartidos por todos em uma escala global que ninguém sabe calcular. [...] Portanto, somente com a mudança para responsabilidade solidária e participativa dos Estados e dos cidadãos com os ideais de preservação ecológica, é que se achará uma luz no fim do túnel.[37]

Insta observar, todavia, que embora referido princípio seja a matriz do Estado de Direito Ambiental, este não tem como atuar de forma isolada na ordem jurídica, haja vista que o Estado Ambiental continua sendo um Estado Democrático de Direito. A única (e fundamental) diferença são os acréscimos de novo princípio e valor-base, implicando numa visão holística entre os elementos já existentes. Assim, o princípio da solidariedade atuará de forma conjunta com o princípio da legitimidade (“Democrático”) e o princípio da juridicidade (“Direito”), além de outros que incorporam valores eleitos pelo constituinte.

A solidariedade torna fundamental a coexistência do ser humano em um corpo social, construindo um conjunto de relações intersubjetivas e sociais que se dá na comunidade estatal. O princípio da solidariedade, portanto, é o marco jurídico-constitucional do Estado de Direito Ambiental, uma vez que se manifesta como um novo viés normativo-axiológico que estrutura o novel paradigma estatal, assim como se irradia por toda a ordem jurídica em um processo de dialética.

4 A SUSTENTABILIDADE COMO MARCO-AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A visão antropocêntrica dos recursos naturais visando o lucro a qualquer preço deixou marcas inimagináveis no meio ambiente. Os recursos naturais não são fontes inesgotáveis, o que reforça a tese de que o ambiente sadio é condição para a vida em geral. É da colisão do crescimento econômico a todo custo através da utilização dos recursos naturais de forma irracional que acontecem inúmeros danos ao meio ambiente, colocando em risco a sobrevivência das espécies no planeta, inclusive a humana e a manutenção do equilíbrio ecológico.

Desta sorte, a utilização dos recursos naturais com vistas à promoção de atividades econômicas deve estar vinculada a um desenvolvimento planejado e responsável, com o intuito de evitar ou até mesmo diminuir as possibilidades de risco ambiental. É o que se denomina de sustentabilidade, revelando-se como um conceito sistêmico vinculado à continuidade da vida humana. Envolve aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais da sociedade.

Apesar da íntima ligação entre os termos, desenvolvimento sustentável não se confunde com sustentabilidade. Aquele é o meio para se alcançar o último. Ou seja, é preciso desvendar o caminho de uma forma de desenvolvimento ecologicamente correto para então se buscar a sustentabilidade nas suas mais variadas formas.

Em linhas gerais, o princípio do desenvolvimento sustentável visa à manutenção das bases vitais da produção e reprodução ao garantir uma relação satisfatória entre o homem e o meio ambiente. Assim, as futuras gerações podem ter o direito de desfrutar dos recursos que hoje estão à disposição.

O conceito de desenvolvimento sustentável foi tratado pela primeira vez no Relatório “Nosso Futuro Comum” (Relatório Brundtland) da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1987, ao afirmar que os direitos sociais básicos possuem vinculação ao meio ambiente sadio. Se os direitos sociais mínimos, como saúde, educação, moradia, etc., já eram de difícil implementação no Estado Social, a sua efetivação se torna ainda mais árdua com o esgotamento do modelo desenvolvimentista adotado nos últimos tempos.[38]

Referido documento da ONU assevera, ainda, que o novo modelo de desenvolvimento deverá atender às necessidades das gerações presentes, mas sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras saciarem os seus próprios anseios.

No entanto, o primeiro tratado internacional (leia-se de natureza jurídica vinculante) a tratar do tema foi a Declaração do Rio, proferida em 1992, ao sustentar em seu Princípio 3 que o “direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”. Sobre o tema, manifesta-se Soares:

Na verdade, o conceito de desenvolvimento sustentável, pedra de toque da ECO-92 e de todo direito internacional do meio ambiente que se seguiria àquela Conferência da ONU, realiza uma junção perfeita entre equilíbrio do meio ambiente e todos os aspectos da vida do homem em sociedade, inclusive sua dignidade e aspirações por uma vida sem privações. No fundo, tal conceito representa o reconhecimento de que o homem também é um componente do meio ambiente, cuja preservação (por incrível que pareça

dizer, dadas as outras prioridades que se têm conferido aos animais e vegetais, até o presente!) é manifestamente superior a quaisquer outras formas de vida na Terra. [39]

Como se vê, a fórmula do desenvolvimento sustentável se dá por meio de um tripé, ou seja, são três elementos que o integram e devem ser considerados de forma conjunta: desenvolvimento econômico, equidade social e equilíbrio ambiental. Assim, o desenvolvimento sustentável preconiza que não só as presentes gerações, mas também as futuras, devam suprir suas necessidades em termos econômicos, sociais e ambientais. Referida espécie de desenvolvimento é a prova de que o Estado de Direito Ambiental não se trata da superação total dos modelos anteriores. É o redimensionamento de institutos, princípios e valores passados que devem ter agregados em sua estrutura o princípio da solidariedade e o desenvolvimento sustentável.

Ilustra Mascarenhas que desenvolvimento não se confunde com crescimento, na medida em que este prioriza a acumulação de capital sobre os demais componentes do processo, além de possuir um sentido mais limitado, vinculando-se à seara econômica. Tratando ainda do tema, afirma a autora que o desenvolvimento sustentável

[...] busca um equilíbrio da natureza considerando os componentes da ordem sócio-econômica. A prática do desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela mudança de atitudes, pois as conseqüências dos danos ambientais têm ultrapassado as fronteiras dos países, muitas vezes, causando impactos distantes do lugar em que os danos aconteceram. [40]

Percebe-se que o princípio da solidariedade está obrigatoriamente consubstanciado no conceito de desenvolvimento sustentável. Isto se deve pela titularidade difusa do meio ambiente, pois esta ultrapassa o plano dos interesses individuais das pessoas *per si* (transindividual) ou grupo, caracterizando-se por sua indivisibilidade. Seu objeto diz respeito a todos os membros da sociedade, ao mesmo tempo em que não é destinado a alguém exclusivamente por ser indivisível e possuir titulares indeterminados, cuja relação entre estes tem origem em uma situação de fato.

No direito brasileiro, referido princípio é visualizado no art. 4º, I, da Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, ao estabelecer como um dos seus objetivos a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

A Constituição “esverdeada”, de 1988, ao seguir a tendência mundial, aborda o desenvolvimento sustentável no *caput*, do art. 225, quando da colocação expressa e impositiva ao Poder Público e à coletividade do dever de defender e preservar o meio ambiente para *as presentes e futuras gerações*.

O desenvolvimento sustentável deve buscar alternativas econômicas e sociais que causem a menor ofensa possível ao meio ambiente, a fim de manter uma equidade geracional. Assim leciona Millaré:

Dentro da visão ambiental, o desenvolvimento sustentado está diretamente relacionado com o direito a manutenção da qualidade de vida através da conservação dos bens ambientais existentes no nosso planeta. Exatamente por isso, o texto maior estabelece a regra de que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não é apenas dos

habitantes atuais, mas também dos futuros e potenciais, enfim, das próximas gerações.[41]

Entretanto, não há óbice ao desenvolvimento de atividades econômicas, mesmo porque a Carta Maior firma a garantia da livre iniciativa. Contudo, tal garantia não é passível de verificação quando põe em questão a disposição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, vez que é bem essencial à dignidade da pessoa humana e, em consequência, à vida com qualidade, desta e das gerações que estão por vir.

No entanto, esse desenvolvimento há de ser sustentável, sendo exercido mediante uma consciência sistêmica e racional ao estabelecer um ponto de equilíbrio entre o homem e a natureza. Dessa forma, defende-se um convívio saudável, ecologicamente equilibrado, garantindo ao homem de hoje e ao de amanhã uma sadia qualidade de vida.

O modelo do desenvolvimento sustentável traz à baila discussões que envolvem o direito, meio ambiente e a economia, por meio de um movimento intitulado de Análise Econômica do Direito. [42] Explica Battesini que as relações entre a atividade econômica e o meio ambiente são “complexas e multifacetárias e, em ambiente globalizado, permeadas por componente dinâmico caracterizado pela elevada mobilidade de pessoas, bens, capitais e informações através do mundo”. [43] [44]

É necessária, por conseguinte, uma política ambiental para a introdução e adoção de posturas e procedimentos menos agressivos ao meio ambiente, objetivando o desenvolvimento sustentável.[45] Os instrumentos econométricos da Análise Econômica do Direito podem ser utilizados para a formação e estruturação e bom funcionamento das técnicas do Direito Ambiental.[46]

A busca de um equilíbrio entre desenvolvimento sustentável, crescimento econômico e a utilização de recursos naturais exigem um planejamento adequado onde há limites de sustentabilidade.

A sustentabilidade como novo valor-base do Estado de Direito Ambiental (juntamente como a justiça e a segurança jurídica já existentes no Estado Democrático de Direito) impõe uma visão holística e sistêmica, ou seja, partindo do todo, do “meio”, para buscar efetivar os demais elementos.

Nesse sentido, a sustentabilidade é o marco axiológico-constitucional captado de forma indutiva da crise ambiental. É um valor que nasce da realidade e que penetra em todos os ramos de conhecimento, inclusive nas ciências jurídicas. A ordem jurídica deve ser relida no sentido de efetivá-lo, amadurecendo, portanto, o Estado de Direito Ambiental.

5 ELEMENTOS INTEGRANTES DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Apesar de várias discussões no âmbito do estudo da Teoria do Estado, a doutrina clássica, segundo Dallari[47], aponta quatro elementos integrantes do conceito de Estado: soberania, território, povo e finalidade.[48] [49] No que concerne à noção de ordem jurídica, o citado autor alega que esta já se encontra implícita, uma vez que ao se analisar uma sociedade geral, deduz-se que ela é uma ordem jurídica.[50]

Uma vez verificada a necessidade da construção do Estado de Direito Ambiental, é mister analisar suas características fundantes, a fim de amadurecer o fundamento teórico do novo paradigma estatal.

5.1 Soberania

De acordo com Maluf, “soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder”. [51] Quanto à inclusão da soberania como um elemento autônomo do Estado, Maluf destaca que tal fato é impossível, na medida em que esta se compreende no exato conceito de Estado. Ou seja, “Estado não-soberano ou semi-soberano não é Estado”. [52]

A soberania releva o mais alto poder do Estado, a qualidade de poder supremo, manifestando-se em dois momentos distintos: a interna e a externa. Acerca do tema, ensina Bonavides:

A soberania interna significa o *imperium* que o Estado tem sobre o território e a população, bem como a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais, que lhe ficam sujeitos, de forma mediata ou imediata. A soberania externa é a manifestação independente do poder do Estado perante os outros [...]. [53]

Sobre a soberania interna, Reale explica que esta se revela o "poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência". [54] É a centralização do poder para a eliminação de conflitos internos, como no caso de guerra civil, com o objetivo de manter a paz e a ordem.

Destarte, percebe-se que a soberania pode ser concebida como sinônimo de independência (âmbito externo) quando se deseja afirmar que não há submissão a qualquer potência estrangeira, assim como expressão de poder jurídico mais elevado (âmbito interno), ao significar que, dentro dos limites da jurisdição do Estado é ele que tem o poder de decisão em última instância. [55]

Ao analisar a historicidade da soberania, constata-se que a primeira obra teórica a discipliná-la foi “Les Six Livres de la Republique”, em uma tradução livre, “Os Seis Livros da República”, do francês Jean Bodin, publicada em 1576. Esclarece Dallari que para Bodin “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”. [56]

Ao se manifestar como um *poder absoluto*, a soberania não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo. Não existiria uma limitação terrena, mas tão-somente uma divina e espiritual, uma vez que, em relação às leis divinas e naturais, “todos os príncipes da Terra estão sujeitos e não está em seu poder contrariá-las, se não quiserem ser culpados de lesar a majestade divina, fazendo guerra a Deus [...] São essas, portanto, as únicas limitações do poder soberano”. [57] Além de absoluta, Bodin defendia que a soberania era um *poder perpétuo*, uma vez que não poderia ser exercida com tempo certo de duração.

Cerca de dois séculos depois, Rousseau caracterizou a soberania na sua obra “O Contrato Social”, em 1762. Para o teórico suíço, a soberania é *inalienável*, por ser o exercício da vontade geral, não podendo esta se alienar e nem mesmo ser representada por quem quer que seja. Além disso, ela é *indivisível*, na medida em que só a vontade só é geral se houver a participação do todo. [58] [59]

Percebe-se, pois, que vigorava o caráter absoluto da soberania, refletindo na forma organizacional do Estado autocrático nos limites de seu território e nas relações que mantinha com seus pares.

Nesse sentido, atenta Madruga Filho[60] que o conceito de soberania surgiu para legitimar o poder político dos reis e príncipes, resultante das lutas travadas em oposição às interferências externas (Papa e o Imperador) e internas (senhores feudais), em troca da observância de normas internacionais, que regulamentavam a convivência com os demais poderes soberanos. Ainda nessa linha, ressalta Venilto Júnior, que “o surgimento histórico do conceito de soberania significou a negação de subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder, passando este a encerrar um poder supremo e independente”. [61]

A soberania hoje se releva, segundo Dallari e Bonavides, em uma concepção jurídico-política ou culturalista, possuindo quatro características: ela é una, indivisível, inalienável e imprescritível. A *unidade* se dá porque não se admite a convivência de mais de uma soberania em um mesmo Estado. Já a *indivisibilidade* ocorre, uma vez que, além da unidade, é inadmissível a existência de várias partes separadas da soberania. De acordo com Soares, trata-se de uma “qualidade do Estado, é um superlativo que não pode dividir-se, mas que apenas tolera junto de si outros poderes do mesmo gênero”. [62]

Outrossim, a soberania é *inalienável*, pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela. Por fim, a *imprescritibilidade* é fundamental porque a soberania jamais seria superior se tivesse prazo certo de duração. Para Dallari, “todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior”. [63]

Ocorre, entretanto, que o conceito de soberania, outrora irrestrito, evoluiu, assumindo uma concepção mais relativizada, por imposição da nova dinâmica internacional. O Estado, que se restringia ao exercício de funções públicas e de administração da coisa pública, passa a intervir em assuntos econômicos[64], assumindo responsabilidades típicas da esfera privada. Com isso, mitiga-se o conceito clássico de soberania, impondo seu redimensionamento.

A flexibilização do conceito de soberania, conforme os ensinamentos de Fonseca, “não significa que a soberania do ente de direito público externo (Estado estrangeiro ou organismo internacional) esteja derogada. Houve apenas um recuo. Ficou somente limitada e restringida, como permite o Direito”. [65] Ainda acerca do tema, ilustra Madruga Filho:

Seria pelo menos ingênuo, se não fosse equivocado, conceber a soberania como um poder ilimitado, seja interna ou externamente. O soberano, mesmo identificado na figura do povo ou da nação e agindo dentro das fronteiras do território que lhe é reconhecido

sem disputas, deve observar limites. O poder constituinte originário, face do poder soberano empregado na constituição dos Estados e dos princípios norteadores da convivência nacional, não pode tudo. A discricionariedade do soberano ao constituir um Estado há de respeitar limites, tanto nas suas relações exteriores (com outros Estados, no âmbito de espaços internacionais ou frente a nacionais de outros Estados), como frente às minorias que, sendo parte integrante do povo que habita o território, estão excluídas do comando do poder soberano exercido pela maioria.[66]

Assim, a soberania vinculada internamente não se coaduna mais ao estágio alcançado pelos Estados. Deve haver uma evolução da mesma para que seja possível uma adaptação às tendências da sociedade internacional. Na lição de Paupério, “a soberania do Estado não pode ser estática: tem que ser dinâmica, no sentido de se tornar capaz de adaptar à variedade das circunstâncias que se abrem, constantemente, na vida dos povos”. [67] E o meio ambiente se revela um problema emergencial que os povos enfrentam, dinamizando a soberania.

Ao tratar da tutela ambiental, a Declaração de Estocolmo, de 1972, prevê como princípio 21 que os Estados possuem de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos em suas políticas ambientais, defendendo a imunidade de jurisdição. No entanto, referido princípio é relativizado quando a mesma Declaração de Estocolmo, assim como a Declaração do Rio ratificam o direito de exclusividade de exploração dos recursos naturais dentro do seu território, mas ressaltam que os Estados devem assumir responsabilidade de garantir que as atividades dentro de sua jurisdição não venham a lesar o meio ambiente alheio, ou seja, de outro país. [68] [69]

Ora, tal afirmação promove a limitação da soberania dos Estados, tanto interna, como externamente, uma vez que condiciona que o dano ambiental deve permanecer *in locu*. Entretanto, como saber que o impacto causado no meio ambiente é meramente local? A natureza não conhece os limites políticos, geográficos, jurídicos e territoriais impostos pelo Estado, motivo pelo qual se suscitam tensões entre as soberanias.

Hodiernamente, por conta da globalização, as fronteiras não conseguem definir de forma clara a delimitação da soberania, uma vez que se vive em uma civilização genuinamente transnacional. [70] Por conta disso, Bonavides observa que as ideologias produzem imensa solidariedade entre os indivíduos de países diferentes que acabam por estreitá-los num vínculo de consciência mais sólido do que a própria nacionalidade.[71]

Trata-se exatamente do caso da solidariedade que envolve o meio ambiente ao impor a cooperação entre os povos. Os meios de comunicação em massa possibilitam a formação da opinião pública da comunidade internacional, que, por conseguinte, exerce pressão nas ações do Estado. Assim, novas autoridades passam a adentrar nas esferas de poder, limitando a soberania estatal. A crise ambiental vem provocando uma consciência na comunidade internacional, convertendo-se em pressão interna e externa nos Estados que força os governos a aderirem à proteção ambiental. [72]

Para tentar adequar a soberania às questões ambientais globais, Kiss e Shelton explicam que a ONU proclama o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada,

retratando que cada Estado deve proteger o meio ambiente dentro do exercício da sua soberania, uma vez que não existem fronteiras quando se trata de questões ecológicas. [73] Mas não seria justo, em virtude do desenvolvimento de cada país, que todos os Estados tivessem os mesmos deveres e obrigações de preservação ambiental.

Sem dúvidas, a atual crise ambiental é global, mas o mesmo não ocorre com sua governança. Os instrumentos internacionais não pretendem (e nem poderiam) anular a soberania, mas buscam apenas criar mecanismos de gestão e de responsabilidade conjunta para a defesa do meio ambiente, difundindo a solidariedade entre os povos.

A respeito das dificuldades existentes para a proteção ambiental, observa Leite que os obstáculos para a implementação do meio ambiente são enormes, haja vista atingir uma dimensão planetária, exigindo instrumentos que transcendem o interior do Estado de Direito e, por reflexo, a sua soberania. Ressalta, ainda, o autor:

Ao que parece, uma internacionalização das políticas de crescimento poderia ser um instrumento para deter a perda do patrimônio ambiental. Observe-se, porém, que este instrumento levaria a uma transferência de soberania aos Estados, tornando-se uma árdua tarefa em face do sistema vigente na sociedade organizada.[74]

Logo, soberania e meio ambiente são conceitos que se limitam reciprocamente, mas são compatíveis quanto à sua formação constituinte. A soberania deve continuar a existir, uma vez que permanece como um elemento indispensável do conceito de Estado. O que há é a cooperação entre os institutos, nascendo instrumentos internacionais que obrigam juridicamente cada Estado de promover meios eficazes da tutela ambiental.

Ponto importante que merece ser destacado é que um Estado, ao assinar um tratado internacional de defesa do meio ambiente[75], não tem obrigação de ratificá-lo, ou seja, não implica a integração do tratado ao ordenamento jurídico interno.[76] Não obstante a imposição jurídica, que só ocorre com a recepção formal do pacto, constata-se a obrigação moral, com a pressão na comunidade internacional, refletindo em um compromisso voluntário dos Estados acerca da preservação ambiental.

Por conta disso, o princípio da solidariedade que funda o Estado de Direito Ambiental promove uma rediscussão do conceito de soberania, à medida que o meio ambiente motiva a tomada de consciência solidária do destino do planeta e dos perigos que a ameaçam a sobrevivência da humanidade.

5.2 Território

Até o século XIX, todos os pensadores que buscaram construir um conceito de Estado, de Platão a Hegel, nunca consideraram o território de forma particular, nem o incluíram como elemento existencial do aparato estatal, apesar de reconhecerem a importância que os fatos geográficos têm para o cotidiano do Estado.[77]

Assim, o território só veio a ser considerado como parte integrante do Estado com o Estado Moderno, da mesma forma que ocorreu com a soberania. Esta só pode ser exercida dentro de uma limitação de espaço com o objetivo de assegurar a eficácia do poder e a estabilidade da ordem, o que leva Dallari a observar que “a afirmação da

noção de território foi uma decorrência histórica, ocorrendo quando os próprios fatos o exigiram”. [78]

Apesar de algumas divergências em torno do tema, Dallari expõe alguns aspectos fundamentais sobre os quais há um relativo consenso na doutrina. O primeiro diz respeito ao fato de que não existe Estado sem território. A sua perda temporária não desnatura o Estado, que continua a existir enquanto não se tornar definitiva a impossibilidade de reintegrá-lo. Uma segunda característica é que o território delimita a ação soberana do Estado, de onde se tira o princípio da impenetrabilidade (ou territorialidade), apesar de haver algumas exceções impostas pelo Direito Internacional, mas que não abalam a soberania. Por fim, destaca o autor que além do território ser elemento constitutivo do Estado, âmbito da sua ação soberana, é objeto de direitos de interesses deste, considerado no seu conjunto.[79]

O território, portanto, é a base especial do poder jurisdicional do Estado, onde se exerce o poder coercitivo estatal. É composto, segundo Soares, “pela terra firme, incluindo o subsolo e as águas internas (rios, lagos e mares internos), pelo mar territorial, pela plataforma continental e pelo espaço aéreo”. [80]

Ponto interessante acerca do estudo é a sua limitação, ou seja, a partir de que momento se finda o território de um Estado e passa a começar o do outro. Sobre as fronteiras, estas eram divididas em naturais, fixadas por acidentes geográficos, e as artificiais, estabelecidas por meio de tratados internacionais. Ocorre que com os atuais recursos técnicos da aerofotogrametria, não há praticamente linha de fronteira que não esteja precisamente delimitada.[81] [82]

No entanto, o que importa esclarecer é que muito do que foi analisado pela Teoria do Estado em relação ao território precisa ser reavaliado por conta do meio ambiente e do novo Estado de Direito Ambiental. Os impactos do homem no meio ambiente extrapolam o conceito geopolítico de território. Um dano ambiental não fica limitado ao local da sua realização. Há o desaparecimento das fronteiras nacionais à medida que os Estados não mais limitam as atividades dos indivíduos.

Por conseguinte, da mesma forma que ocorre com a soberania, o conceito de território é redimensionado, ao invocar a responsabilidade e cooperação dos Estados na defesa do meio ambiente dentro da sua limitação territorial formal. Utiliza-se também como fundamento o princípio 21 da Declaração de Estocolmo e o princípio 2 da Declaração do Rio ao asseverarem que aos Estados é permitida a exploração dos recursos naturais dentro do seu território, conquanto que os mesmos tenham responsabilidade de garantir que referida exploração, que representa o exercício da soberania, não venha a gerar impacto negativo no meio ambiente de outro Estado.

O Estado de Direito Ambiental, galgado no princípio da solidariedade, tendo como valor-base a sustentabilidade, impõe que haja uma consciência e responsabilidade não apenas de forma interna, dentro da delimitação territorial estatal, na exploração sustentada dos recursos naturais. Referida mobilização deve ocorrer em todos os Estados, de forma conjunta e global, uma vez que, como visto, os danos causados ao meio ambiente não respeitam as fronteiras impostas pela Teoria do Estado e pelo Direito Internacional Público.

5.3 Povo

O vocábulo “povo” tem diversas acepções e gera vários sentidos em virtude do seu uso excessivo, muitas vezes com um caráter emotivo ou apelativo. A primeira observação feita por Bonavides é a diferença entre povo e população. Segundo o autor:

Todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas, fazem parte da população. É por conseguinte a população sob esses aspectos um dado essencialmente quantitativo, que independe de qualquer laço jurídico de sujeição ao poder estatal. Não se confunde com a noção de povo, porquanto nesta, fundamental é o vínculo do indivíduo ao Estado através da nacionalidade ou cidadania. [83]

Como se extrai do entendimento acima, população é um conceito puramente demográfico e estatístico, carecendo de juridicidade. Além disso, população também é utilizada do ponto de vista econômico e reflete em questões políticas, como a relação do coeficiente populacional com a variável de grandeza ou miséria de um Estado.[84]

Outro ponto que pode provocar equívocos é a relação entre povo e nação, uma vez que são conceitos distintos, porém relacionados. A idéia de nação surgiu no século XVIII com o objetivo de ser, ilustra Dallari, “a expressão do povo como unidade homogênea”, [85] adquirindo grande prestígio durante a Revolução Francesa. Assim, tanto a nação como a nacionalidade devem ser utilizadas para indicar uma comunidade histórico-cultural, não sendo conveniente para o sentido de povo que integra o Estado.[86]

Existem, como se vê, dimensões políticas, jurídicas e sociológicas para o conceito de povo. No entanto, para ser elemento do Estado o que há de ser considerado é o conceito jurídico que trata de todos aqueles que têm cidadania. Nos ensinamentos de Bonavides, “a cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo”. [87]

Por conta disso, Soares assevera que povo “em sentido democrático, pressupõe a totalidade dos que possuem o status da nacionalidade, os quais devem agir, conscientes de sua cidadania ativa, segundo idéias, interesses e representações de natureza política”. [88]

A cidadania, portanto, é elemento fundamental para delimitação do povo, e, conseqüentemente, do Estado. Sobre o tema, destaca Cortina:

A cidadania é um conceito mediador porque integra exigências de justiça e, ao mesmo tempo, faz referência aos que são membros da comunidade, une racionalidade da justiça com o calor do sentimento de pertença. Por isso, elaborar uma teoria da cidadania ligada às teorias da democracia e justiça, mas com autonomia relativa diante delas, seria um dos desafios de nosso tempo.[89]

O princípio da solidariedade, que ocupa um dos pilares do Estado de Direito Ambiental, encontra-se na essência da cidadania, sendo indispensável para a existência humana.[90] O povo há de ser solidário naquilo que sua participação implique em um êxito comum.

E não há maior interesse comum do que a própria sobrevivência, o que torna indispensável um meio ambiente sadio.

É incontestável que a defesa e a proteção do meio ambiente exigem solidariedade, pois não importa se tão-somente um Estado, um município ou uma região tenha consciência ambiental na orientação de suas políticas públicas. É sabido que muitos locais, dentro de um mesmo país, sofrem as conseqüências pelo desrespeito à natureza, mesmo sabendo que, muitas vezes, não contribuíram diretamente para o impacto negativo no meio ambiente. É preciso, portanto, que todos estejam unidos e solidários em uma causa que demanda participação de todo povo.

O homem, na condição de cidadão (e integrante do povo), torna-se titular do direito ao ambiente equilibrado e também sujeito ativo do dever fundamental de proteger o ambiente. O Estado de Direito Ambiental, ao emanar como valor-base a sustentabilidade, originada do princípio da solidariedade, exige uma nova concepção de cidadania, intitulada de cidadania ambiental, com uma participação ativa do povo na qualidade de sujeito do direito-dever do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5.4 Finalidade

O Estado, por sua natureza, não poderia ser uma instituição alheia à finalidade. Assim, ilustra Maluf que o Estado é o meio destinado à realização dos fins da comunidade. São exatamente esses fins que determinam a sua organização e que traçam as diretrizes de sua atividade.^[91] Observa, ainda, Dallari que “é impossível chegar-se a uma idéia completa do Estado ter a consciência de seus fins”.^[92]

O Estado, como sociedade política, possui um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. E qual seria, afinal, esse fim geral? Dallari ressalta que a finalidade do Estado é “o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. ^[93]

Ao adequar a idéia supracitada de bem comum ao Estado, percebe-se que a figura estatal deve buscar o bem comum de um povo específico dentro de um território delimitado. E o instrumento para alcançá-lo, sem dúvidas, é a soberania.

No Estado de Direito Ambiental, a finalidade ou meta básica deverá ser o meio ambiente sadio, uma vez que este é condição para a vida humana, e conseqüentemente, para outros fins que porventura venham (e devam) existir, como a equidade social e o desenvolvimento econômico. Ademais, ao ter como tarefa-chave o ambiente ecologicamente equilibrado, o Estado vai ser o meio, ou seja, o instrumento através do qual os demais membros da sociedade poderão buscar seus fins particulares.

CONCLUSÃO

A preservação do meio ambiente é valor fundamental na sociedade contemporânea. É mister que ocorra a compatibilidade da proteção ao meio ambiente com a produção de bens para o atendimento das necessidades materiais, mormente em um sistema capitalista e globalizado. Deve ser ponderado que não há riqueza se não existir vida e

não existe vida se não houver planeta. Ou seja, o meio ambiente sadio acaba sendo a condição para a efetivação do próprio Direito.

A crise ambiental demanda atitudes emergenciais, o que pressupõe um novo papel do Estado e, conseqüentemente, do Direito. O Estado de Direito Ambiental é um paradigma estatal possível, não obstante a dificuldade de efetivá-lo, com elementos integrantes sólidos e adequados, tendo como fundamento teórico-constitucional o princípio da solidariedade e como marco axiológico-constitucional a sustentabilidade.

Deve ser observado, ainda, que o Estado de Direito Ambiental continua sendo um Estado Democrático de Direito ao possuir três valores-base: justiça, segurança jurídica e sustentabilidade. O que ocorre são acréscimos de novo princípio e valor-base, implicando numa visão holística e sistêmica, ou seja, partindo do todo, do “meio”, para buscar efetivar os demais elementos.

A solidariedade e a sustentabilidade implicam uma rediscussão dos elementos da Teoria Geral do Estado. Verifica-se que o Estado “esverdeado” exerce sua *soberania* (que não é mais absoluta por conta da globalização e da crise ambiental) no seu *território* (com a responsabilidade de preservar o meio ambiente, uma vez que não existem fronteiras para o dano ecológico), a fim de atingir a *finalidade* do bem comum (que deve ter como meta inicial a vida sadia e ecologicamente equilibrada) para o seu *povo* (que deverá também exercer uma cidadania ambiental, uma vez que é titular do direito-dever do meio ambiente sadio).

A construção do Estado de Direito Ambiental provoca mudanças profundas na estrutura da sociedade e na atividade estatal, com o objetivo de apontar caminhos e buscar alternativas para a superação da atual crise ambiental. Com o novo paradigma, institutos antigos são redimensionados e outros são criados, podendo-se falar hoje, por exemplo, de cidadania ambiental, devido processo ambiental, justiça ambiental, dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e hermenêutica jurídica ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. III, n. VI, p. 125-142, maio, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 20 de fevereiro de 2009.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. **A função ambiental da propriedade**. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI em Brasília. Aguardando a publicação nos Anais do Evento.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecologia: de las razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicaco: University of Chicago Press, 1988.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. A imunidade de jurisdição e as ações trabalhistas. **Revista do TRT da 8ª Região**. Belém, v. 36, n. 70, jan./jun. 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental**. LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000.

MACHADO, Flávio Paulo Meirelles. Soberania e meio ambiente: a adequação do Direito Internacional às novas necessidades de gestão ambiental e os mecanismos da ONU para resolução de conflitos. In: **PRISMAS: Dir., Pol. Pub. E Mundial.**, Brasília, v.4, n.1, p.123-150, jan.jul., 2007.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 1998.

MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito, Economia e Meio Ambiente: a função promocional da ordem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. In: **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 27, jul./dez., 2007, Fortaleza, p. 155-176.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito, Soberania e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Desenvolvimento Sustentável: Estudo de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança**. Curitiba: Letra da Lei, 2008.

MILLARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Distrito Federal: Senado Federal, p. 295-307, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.

NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003.

KISS, Alexandre; SHELTON Dinah. **Developments and Trends in International Environmental Law**. Genebra: UNITAR, 1999.

OLIVEIRA, Helli Alves de. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do ambiente. **Revista Forense**, v. 317, p. 141, 1992 apud BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. O conceito polêmico de soberania. In: STELZER, Joana (org.). **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Análise à luz do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos nas Relações Internacionais do Brasil.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará: 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** Porto: Afrontamento, 1994.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial.** 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: **Revista de Direito Ambiental**, a. 12, n. 48, out./dez., p. 225-245, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** São Paulo: Manole, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

[2] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva: 1998, p.1.

[3] LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental.** LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000, p.13.

[4] SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

[5] BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra.** Petrópolis: Vozes, 1999, p. 17-18.

[6] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 43-45.

[7] MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito, Economia e Meio Ambiente: a função promocional da ordem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. In: **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 27, jul./dez., 2007, Fortaleza, p. 155-176.

[8] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

[9] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255.

[10] SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: **Revista de Direito Ambiental**, a. 12, n. 48, out./dez., p. 225-245, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 230.

[11] OLIVEIRA, Helli Alves de. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do ambiente. **Revista Forense**, v. 317, p. 141, 1992 apud BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.

[12] Afirma Nunes Júnior que se deve afastar “a visão ambiental “totalitária”, voltada para a proteção maximalista do meio ambiente em detrimento de outros direitos fundamentais”. NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Distrito Federal: Senado Federal, p. 295-307, a. 41, n. 163, jul./set. 2004, p. 298.

[13] O Direito Ambiental é transdisciplinar, atuando de forma vertical e horizontal, ao invadir todas as esferas do Direito. São várias as disciplinas específicas como Direito Constitucional Ambiental, Direito Econômico Ambiental, Direito Tributário Ambiental, Direito Processual Ambiental, Direito Penal Ambiental, dentre outros. Na seara privada, vislumbra-se a função ambiental da propriedade e as limitações ao seu direito, o meio ambiente do trabalho, o meio ambiente e a produção intelectual, além de outros temas, como a natureza jurídica do crédito de carbono e o Direito Empresarial, etc.

[14] NUNES JUNIOR, op. cit., p. 299.

[15] A título de exemplo, pode-se mencionar a Lei n. 9.735/99 que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental, abordando os princípios, objetivos e deveres do Poder Público, instituições educativas, órgãos administrativos ambientais, meios de comunicação, empresas e a sociedade em geral. A lei define, em seu art. 1º, a educação ambiental como processo evolutivo e social, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

No que tange à função ambiental da propriedade, o Código Civil atual, em seu art. 1228, aloca o equilíbrio ecológico de forma autônoma, fora da função social da propriedade, comprovando o *status* material do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. O legislador foi além, ao impor uma função ecológica nova, gerando outras obrigações ao proprietário de qualquer bem, além daquelas já previstas com a função social. O novo dispositivo trata de uma norma geral do direito de propriedade, seja ela intelectual, virtual, empresária, etc., todas estão submetidas à função ambiental, em perfeita consonância com o direito fundamental ao equilíbrio ecológico e com o Estado de Direito Ambiental. BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. **A função ambiental da propriedade**. Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do CONPEDI em Brasília. Aguardando a publicação nos Anais do Evento.

[16] NUNES JUNIOR, op. cit., p. 297.

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

[18] O lusitano Santos, desde 1994, já defendia que “a edificação de um Estado de Ambiente importa a transformação global, não só dos modos de produção, mas também dos conhecimentos científicos, dos quadros de vida, das formas de sociabilidade e dos universos simbólicos e pressupõe, acima de tudo, uma nova paradigmática com a natureza, que substitua a relação paradigmática moderna”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994, p. 42.

[19] CANOTILHO, op. cit., p. 149-154.

[20] Segundo Molinaro, “um Estado Socioambiental e Democrático de Direito decorre do princípio da unidade de sua Constituição, que alberga um Estado-Ambiental, fundado numa tríade principal (*Prinzipientrias*), ou se preferido, um conjunto triásico de princípios: princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*); princípio [de responsabilidade] causal (*Verursacherprinzip*); princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*)”. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105.

[21] MOLINARO, op. cit., p. 103.

[22] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

[23] CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecologia: de las razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994, p. 248.

[24] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

[25] LEITE, op. cit., p. 151.

[26] Aqui se deve ter o cuidado para não confundir com princípio da legalidade, pois se pode ter a falsa idéia que o compromisso é somente com as leis, o que não é verdade. O Direito não se limita apenas às regras, uma vez que o Pós-Positivismo traz à baila o caráter normativo dos princípios, cujos conteúdos se manifestam por meio dos valores. É o Direito por regras e princípios, defendido por Alexy, Dworkin, Canotilho e Bonavides.

[27] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 2001.

[28] A doutrina vem apontando princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental como o princípio da prevenção, princípio da precaução, princípio da responsabilização, princípio da participação, princípio do desenvolvimento sustentável e princípio do poluidor-pagador. No entanto, ao analisar todos esses princípios, percebe-se que a solidariedade acaba estando inserida seja de forma transversal ou direta em todos os demais. Por conta disso, é que o princípio da solidariedade é o fundamento teórico-jurídico do Estado de Direito Ambiental, o que não exclui, por conseguinte, os demais.

[29] Na lição de Barroso, “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 20 de fevereiro de 2009, p. 19.

[30] BARROSO, op. cit., p. 20.

[31] Diante da sua atual importância, Barroso resume que os princípios desempenham três papéis distintos na ordem jurídica, a saber, “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”. Idem, p. 20.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1124.

[33] Os princípios nascem de um movimento jurídico de indução, ou seja, do individual para o geral, emanando a justiça. A doutrina e, em especial, a jurisprudência realizam referido processo de abstração na teorização e aplicação do Direito. Vê-se que, neste momento, eles já são normas jurídicas, condensando valores e orientando o intérprete, uma vez que o Direito não só a lei, como queria o Positivismo Jurídico. Com a sua reiterada aplicação e permanência no seio social, o legislador, a fim de lhe garantir também segurança jurídica, ampara-o em uma lei, ou na própria Constituição, por meio de um raciocínio jurídico por dedução.

[34] NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 300.

[35] Interessante, ainda, mencionar que o princípio da solidariedade também está previsto no preâmbulo da Constituição Federal ao asseverar que os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Embora o preâmbulo careça de juridicidade, trata-se de uma carta de intenções do constituinte que não deixa de ser uma norma moral que manifesta os ideais e valores da sociedade.

[36] A Declaração do Rio, de 1991, e a Declaração da Biodiversidade Biológica, de 1992, são alguns dos instrumentos internacionais incorporados à ordem jurídica interna que obrigam a aplicação do princípio da solidariedade em escala planetária, com sua incidência em todas as nações, povos e grupos humanos da mesma geração, assim como da futura.

[37] LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental**. LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000, p. 18-19.

[38] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

[39] SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003, p. 77.

[40] MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Desenvolvimento Sustentável: Estudo de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança**. Curitiba: Letra da Lei, 2008, p. 30.

[41] MILLARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.171.

[42] A Análise Econômica do Direito é um movimento acadêmico que pretende abordar o direito sob a perspectiva econômica. “A perspectiva econômica é crucial para a análise da eficiência das normas jurídicas ou para o estudo do efeito das normas regras na distribuição da riqueza ou renda. Trata-se de reconhecimento de que o direito influencia e é influenciado pela economia”. MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito, Economia e Meio Ambiente: a função promocional da ordem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. In: **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 27, jul./dez., 2007, Fortaleza, p. 157.

[43] BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. III, n. VI, p. 125-142, maio, 2005, p. 125-126.

[44] A atuação do Estado em questões ambientais é defendida pela análise econômica, a partir dos modelos Pigou e Coase. Segundo Pigou, a poluição é custo imposto aos demais pelos produtores (externalidade negativa), que o mercado não tem força de

internalizar, ou seja, que o mercado não consegue que tal custo seja assumido apenas pelo seu causador, necessitando a atuação do Estado. Já Coase sustenta que a atividade estatal deve ser guiada para evitar o surgimento de externalidades, garantindo, assim, a eficiência da completa internalização dos efeitos externos pelos sujeitos de mercado. COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicaco: University of Chicago Press, 1988, p. 133 e ss.

[45] BATTESINI, op. cit., p. 132.

[46] MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito, Economia e Meio Ambiente: a função promocional da ordem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. In: **NOMOS**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 27, jul./dez., 2007, Fortaleza, p. 161.

[47] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72

[48] Explica Bonavides que quem melhor revela os elementos do Estado é Duguit, dividindo-os em ordem formal e material. Na ordem formal, há o poder político na sociedade, que surge do domínio dos fortes sobre os mais fracos. No âmbito da ordem material, há a população, o povo e a nação, bem como o território. Afirma o professor da Universidade Federal do Ceará que o único ponto que merece crítica na teoria de Duguit é o poder implicar sempre a dominação dos mais fracos pelos mais fortes. Argumenta no sentido de que “admitir essa dominação por inerente a todo ordenamento estatal, isto é, por fato sociológico incontrastável, equivaleria decerto a excluir a possibilidade de um Estado eventualmente acima das classes sociais e dotado de características neutras que pudessem em determinadas circunstâncias convertê-lo no juiz ou disciplinador correto e insuspeito de arrogantes interesses rivais”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71

[49] Consoante Maluf, o Estado compõe-se de três elementos: população, território e governo. Para o autor, “a condição do Estado perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos, revestidos de características essenciais: população *homogênea*, território *certo* e *inalienável* e governo *independente*”. A soberania estaria incluída no elemento governo. MALUF, op. cit., p. 23.

[50] DALLARI, op. cit., p. 72.

[51] MALUF, op. cit., p. 29.

[52] Ibidem, p. 29.

[53] BONAVIDES, op. cit., p. 119.

[54] REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960, p. 127.

[55] DALLARI, op. cit., 84.

[56] Ibidem, p. 77.

[57] *Ibidem*, p. 77.

[58] *Ibidem*, p. 78.

[59] Vontade geral não se confunde com vontade de todos. A vontade geral é a expressão de toda a coletividade, enquanto a vontade de todos é aquela de grupos, minorias, o que nem sempre traduz na vontade geral. Segundo Rousseau, a legítima vontade soberana é, portanto, a geral.

[60] MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

[61] NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 145.

[62] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 102.

[63] DALLARI, *op. cit.*, p. 81.

[64] O Estado, além de organizar e representar a comunidade nacional, passa a interessar-se pelo seu desenvolvimento econômico, por meio de incentivos à iniciativa privada e da celebração de contratos comerciais de variadas espécies, atraindo capitais e tecnologia estrangeiros.

[65] FONSECA, Vicente José Malheiros da. A imunidade de jurisdição e as ações trabalhistas. **Revista do TRT da 8ª Região**. Belém, v. 36, n. 70, jan./jun. 2003, p. 45.

[66] MADRUGA FILHO, *op. cit.*, p. 23.

[67] PAUPÉRIO, Arthur Machado. O conceito polêmico de soberania. In: STELZER, Joana (org.). **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2000, p. 76.

[68] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 52.

[69] De acordo com Princípio 2 da Declaração do Rio, de 1992: “Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios de direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus recursos de acordo com suas próprias políticas ambientais e desenvolvimentistas, e a responsabilidade de assegurar que as atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional”.

[70] MATTOS, Adherbal Meira. **Direito, Soberania e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001, p. 35.

[71] BONAVIDES, op. cit., p. 143.

[72] MACHADO, Flávio Paulo Meirelles. Soberania e meio ambiente: a adequação do Direito Internacional às novas necessidades de gestão ambiental e os mecanismos da ONU para resolução de conflitos. In: **PRISMAS: Dir., Pol. Pub. E Mundial.**, Brasília, v.4, n.1, p.123-150, jan.jul., 2007, p. 128.

[73] KISS, Alexandre; SHELTON Dinah. **Developments and Trends in International Environmental Law.** Genebra: UNITAR, 199, p. 97.

[74] LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental.** LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000, p.15.

[75] Vale lembrar que todo tratado internacional de matéria ambiental é de direitos humanos, uma vez que o meio ambiente sadio é um direito humano, imprescindível à dignidade humana, conforme explicitado na Declaração de Estocolmo, de 1972. Assim, a incorporação de pactos ambientais no ordenamento jurídico interno deve obedecer ao mesmo procedimento dos tratados de direitos humanos.

[76] A partir da introdução, pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, do §3º do artigo 5º no texto da Constituição Federal, abriu-se a possibilidade de que os tratados de direitos humanos sejam submetidos a um procedimento diferenciado de incorporação legislativa, que consiste na aprovação de seu texto, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ou seja, equivalentes às emendas constitucionais. A preocupação do constituinte derivado era, aparentemente, dirimir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, já existentes pela interpretação do §2º, do art. 5º, CF/88 (cláusula de abertura). No entanto, referido dispositivo veio trazer mais polêmica sobre a matéria, gerando problemas de interpretação a respeito da eficácia, aplicabilidade e integração desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Após nova redação, segundo Portela, passam a existir duas categorias de tratados de direitos humanos: os *materialmente* constitucionais e os *material e formalmente* constitucionais. Insta ressaltar que todo tratado de direitos humanos, uma vez ratificado, passa a ter status materialmente constitucional, em virtude do §2º, art. 5º. Caso os mesmos tenham alcançado o referido quorum do §3º, passarão a ser considerados também como formalmente constitucionais. No caso de conflito com as demais normas constitucionais, defende o autor a aplicação do princípio da norma mais favorável aos direitos humanos. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Análise à luz do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos nas Relações Internacionais do Brasil.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará: 2007, p. 171-175 e 237-240.

[77] SOARES, op. cit., p. 119.

[78] DALLARI, op. cit., p. 86.

[79] DALLARI, op. cit., p. 89-90.

[80] SOARES, op. cit., p. 125.

[81] DALLARI, op. cit., p.91.

[82] O tema, apesar de interessante, não poderá ser aqui aprofundado, uma vez que adstrito ao Direito Internacional, que não se trata do objeto do presente estudo.

[83] BONAVIDES, op. cit., p. 72.

[84] Ibidem, p. 72.

[85] DALLARI, op. cit., p. 95.

[86] Ibidem, p. 96.

[87] BONAVIDES, op. cit., p. 82.

[88] SOARES, op. cit., p. 154.

[89] CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo:** para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 27-28.

[90] Ainda na lição da autora espanhola, a solidariedade se plasma em pelo menos dois tipos de realidades pessoais e sociais. A primeira se dá na relação entre pessoas que participam com o mesmo interesse de determinada coisa, uma vez que do esforço de todas elas depende o êxito da causa comum. E em um segundo momento, a solidariedade está na atitude de uma pessoa que se interessa por outras e se esforça pelos empreendimentos ou assuntos dessas outras pessoas. Na primeira situação, explica Cortina que a solidariedade “é indispensável para a própria sobrevivência e a de todo o grupo”. Já na segunda, “não é indispensável para a própria sobrevivência, porque posso sobreviver mesmo que os outros pereçam, no entanto, o que é muito duvidoso é que possa sobreviver bem”. CORTINA, op. cit., p. 190-191.

[91] MALUF, op. cit., p. 317.

[92] DALLARI, op. cit., p. 103.

[93] Ibidem, p. 108.

A DIMENSÃO INTERNACIONAL DA TEMÁTICA AMBIENTAL E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS

THE INTERNATIONAL THEMATIC PAPER AND DIMENSION AMBIENT OF THE INSTITUTIONS INTERNATIONAL

Juliana Ferreira Mointenegro

RESUMO

Pretende-se analisar a dimensão internacional da “questão ambiental”, principalmente nos assuntos que, vem ocupado um papel de relevância nas relações contemporâneas, bem como a preocupação da comunidade internacional com os limites do desenvolvimento e conseqüente degradação do planeta. Tais preocupações deram origem às discussões que ganharam intensidade levando as negociações de tratados, bem como a realização de reuniões internacionais com agendas amplas e complexas, dando contornos a um sistema internacional multilateral imerso em conflitos e contradições. Outra questão que será abordada é a dificuldade que a sociedade internacional encontra para validar os acordos, diante da complexidade da sociedade internacional.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS AMBIENTAIS; PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL.

ABSTRACT

In this article, we intended to analyze the international dimension of the “ambient question”, mainly in the subjects that, a paper of relevance in the relations comes busy contemporaries, as well as the concern of the international community with the limits of the development and consequence degradation of the planet. Such concerns had given origin to the quarrels that had gained intensity leading the negotiations of treat, as well as the accomplishment of international meetings with ample and complex agendas giving to contours to an immersed multilateral international system in conflicts and contradictions. Another question that will be boarded is the difficulty that the international society finds to validate the agreements, ahead of the complexity of the international society.

KEYWORDS: SUSTAINABLE DEVELOPMENT, INTERNATIONAL ENVIROMENTAL LAW, AMBIENT INTERNATIONAL ORGANIZATIONS; PRINCIPLES OF ENVIROMENTAL LAW.

Introdução

Vivemos em um mundo em que a degradação do meio ambiente aumentou significativamente nas últimas décadas, gerando uma realidade de incertezas, sob o ponto de vista ecológico. Não são questões pontuais que demonstram a atividade danosa do homem, mas sim todas as atividades predatórias que causaram ao longo dos séculos, um acúmulo de perdas ao meio ambiente. Durante uma centena de décadas a natureza foi devastada e hoje arcamos com as conseqüências destes atos impensados. Sofremos com os efeitos da poluição atmosférica, chuvas ácidas, morte dos rios, mares e oceanos, refletindo anos de atividade devastadora do homem.

A questão ambiental traz implicações polêmicas e complexas, gerando a necessidade de estudos aprofundados sobre o tema, bem como a busca constante da sociedade por um ambiente ecologicamente equilibrado, como estabelecido nas atuais regras de Direitos Humanos.

Dentro deste cenário, de proteção ao meio ambiente, regras ambientais e de Direitos Humanos, observamos a evolução dos princípios ambientais tratados em âmbito internacional, que culminaram na Conferência sobre o Meio Ambiente, realizado em Estocolmo (1972), promovida pela ONU[3].

Outro cenário que chama a atenção da sociedade internacional é o da intensa destruição ambiental de ecossistemas tropicais, realizada nos países subdesenvolvidos. Exemplo disso é a devastação do ecossistema da Amazônia, o que vem gerando muitas discussões sobre a forma de exploração e conservação, bem como a importância do ecossistema e a legitimidade de "quem" deve exercer o controle sobre os atos de preservação e exploração desta área.

É neste contexto que novos processos emergem dentro da dinâmica capitalista e contribuem para uma reestruturação produtiva, com avanços tecnológicos e científicos, principalmente no campo da biotecnologia e na regulamentação destas práticas.

Estas mudanças expõem a necessidade de se repensar os padrões de consumo e exploração, bem como a forma de produção que impactava diretamente o meio ambiente causando a sua rápida deterioração.

1. Desenvolvimento Sustentável.

Parte da crise atual é uma das resultantes do atual modelo de crescimento econômico, focado no capitalismo, onde a busca desenfreada pelo lucro gera diversos atos de transgressão ao meio ambiente. Este modelo adotado ocasionou enormes desequilíbrios: de um lado, muita riqueza e fartura, de outro lado, a miséria, degradação ambiental e a poluição imperaram, aumentando a destruição dos ecossistemas.

Diante desta constatação, surge a idéia do "Desenvolvimento Sustentável", ou seja, um desenvolvimento em que se busca conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental e, ainda, tentar por um fim à pobreza no mundo.

O desenvolvimento sustentável é um conceito que procura um meio que possibilite a atividade humana de crescimento e expansão, sem estar limitada aos eventuais danos ao ambiente, ou seja, é a busca por mecanismos que proporcionem o desenvolvimento com respeito e auto-renovação dos recursos utilizados. Assim pode-se sustentar a idéia de que o meio ambiente tem como finalidade acolher o homem na sua totalidade. Este homem é quem busca, através dos recursos fornecidos pela natureza, suprir as necessidades da sua sobrevivência e o consumo na sociedade.

Esta é uma forma simplista, mas é a visão acolhida pela Constituição da República Brasileira, no seu artigo 225, onde se preserva a qualidade da vida e a manutenção do meio em que se vive.

O contraponto a esta idéia, parte do pressuposto de que o homem é apenas uma das espécies do meio ambiente, portanto, o meio ambiente deve ser protegido não em função do homem, mas em função da vida de todos os seres vivos que habitam este planeta. E sendo o homem parte do todo que representa o meio ambiente, o ser humano não pode ignorar sua dependência com o meio e com todos os outros seres vivos que habitam este ecossistema.

Neste sentido, afirma Dália Maimon^[4]:

"Segundo Maimon (1992), a diferença básica entre Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável reside em o primeiro voltar-se ao atendimento das necessidades básicas da população, através de tecnologias apropriadas a cada ambiente, partindo do mais simples ao mais complexo; o segundo, Desenvolvimento Sustentável, apresenta a ênfase em uma política ambiental, a responsabilidade com gerações futuras e a responsabilidade comum com os problemas globais"

Portanto, cada vez mais, faz-se necessário a conscientização de todas as pessoas, como uma das formas de se solucionar os problemas advindos da diversidade de interesse, culminando assim, no crescimento conjunto a preservação do meio ambiente, preservação da vida e reconstituição do ambiente degradado, tornando-o sadio para as próximas gerações.

2. Convenções "protetivas" do direito ambiental em âmbito internacional

No passado existiram normas de direito internacionais ligadas à proteção do meio ambiente, mas de forma pontual e esparsa. As regras protetivas ao meio ambiente, no

plano internacional, vieram juntamente com a necessidade de regulamentação mais efetiva do que a que existia até o presente. Estas regras, não contemplavam a garantia de conservação necessária ao meio ambiente de forma global, mas apenas a alguns ecossistemas de forma específica. Eram regras que objetivavam regular algumas questões que foram motivos de preocupação à época em que foram editadas, como por exemplo, a Convenção para a Regulamentação da Pesca da Baleia de 1931[5] e a sua complementação em 1946, que deu origem a outro acordo, a Convenção Internacional da Pesca da Baleia[6]; a Convenção Internacional para a proteção dos vegetais[7], de 1951, o Tratado da Antártida, de 1959[8], entre outros.

O tema ligado ao meio ambiente, só veio efetivamente à pauta de discussões posteriormente, com a reunião organizada pela ONU, em Estocolmo, a Conferência Internacional sobre Meio Ambiente. Esta reunião foi um marco para o direito internacional ambiental, pois representou o ponto fundamental para a proliferação de documentos internacionais sobre a matéria ambiental em âmbito internacional.

Assim que a questão ambiental deixou de ser um assunto de natureza doméstica, ou seja, interna de cada país, e passou a ter interesse da comunidade internacional passou a ser contemplada nos programas políticos dos Estados soberanos, bem como no âmbito geral da sociedade internacional. Isto ocasionou a proliferação de vários tratados e convenções internacionais sobre a matéria.

A tutela ambiental no plano internacional se deu por conta dos problemas que ocorrem no planeta, fruto do crescimento desenfreado e das grandes devastações de ecossistemas em nome do progresso. Isso gerou o inevitável esgotamento dos recursos naturais, extinção de muitas espécies da fauna e da flora, bem como um grande problema no tocante a questão da gestão da água potável no mundo. Nesta mesma linha, devemos realçar os problemas mais recentes, frutos da ingerência do ser humano no passado, como os advindos com aquecimento global. Todos estes, acabaram, em maior ou menor grau afetando a qualidade de vida e própria vida do indivíduo, bem como a existência do próprio planeta.

Com efeito, muitas medidas vêm sendo tomadas a fim de tentar recuperar as áreas mais degradadas, e minimizar os riscos das regiões que ainda não foram comprometidas.

3. Princípio do acesso equitativo ao meio ambiente

Este princípio, segundo entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho[9], está calcado na questão de "Justiça Ambiental", ou seja, um regime estatal caracterizado pela proibição da distribuição não igualitária dos benefícios e malefícios advindos da degradação aos ecossistemas por meio da extração, bem como do aproveitamento dos recursos naturais de uma determinada região. E é dentro desse panorama que o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais ganha importância e relevância. Segundo este princípio os bens ambientais devem ser distribuídos de forma equânime entre os habitantes do planeta.

Este conceito de justiça ambiental tem como fundamento a igualdade dentro de um significado com três variáveis: a justiça para com as pessoas que vivem em um local ou em determinado ecossistema, a justiça para com toda a humanidade futura e a justiça entre todas as espécies vivas.

Sob o enfoque da justiça ambiental e seus significados, temos a idéia de uma justiça também social, ou seja, uma justiça dentro de uma perspectiva de divisão e compartilhamento equitativo dos recursos naturais de um determinado local.

Com todo este embasamento em questões de justiça, sob diferentes enfoques, surge a proposta de uma lei para regulamentar o acesso à informação ambiental. Este acesso deve inicialmente ser detido pelos órgãos de gestão da qualidade ambiental da administração pública, em todas as suas subdivisões: administração direta, indireta e fundacional.

Para tanto, seria necessária uma lei baseada no direito fundamental de que todo cidadão goza de acesso à informação, princípio este que está expresso no ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como em Tratados Internacionais que seguem as seguintes premissas: (1) direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; (2) direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral; (3) princípio da publicidade que permeia toda a atuação da administração pública, direta, indireta ou fundacional; (4) objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente de divulgação de dados e informações ambientais e de formação de uma consciência pública sobre a qualidade ambiental; (5) princípio da Agenda 21[10] de que a informação pertinente deve ser tornada acessível na forma e no momento em que for requerida e que o desenvolvimento sustentável só será atingido se os processos de tomada de decisões forem baseados no provimento de informações consistentes e confiáveis por aqueles que as detêm; (6) a meta estabelecida na Agenda 21 de que os países devem estabelecer mecanismos para oferecer às comunidades locais e aos usuários de recursos a informação e os conhecimentos técnico-científicos de que necessitem para gerenciar seu meio ambiente de forma sustentável; (7) o princípio contido no artigo 10 da Declaração do Rio/92[11], declaração esta adotada em 1992, que dispõe que cada cidadão deve ter acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente, sob a guarda das autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais perigosos e atividades realizadas em suas comunidades, e a oportunidade de participar em processos decisórios e que os Estados devem facilitar e estimular a conscientização pública através do fornecimento amplo de informações; (8) a obrigação do Poder Público de informar a população sobre os níveis de poluição, a qualidade do meio ambiente, as situações de riscos de acidentes, presença de substâncias potencialmente nocivas à saúde, bem como sobre os monitoramento e auditorias dos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras; (9) a necessidade da garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando o Poder Público a produzir estes relatórios, quando inexistentes; (10) a obrigatoriedade da publicidade dos pedidos de licenciamento ambiental, sua renovação e respectiva concessão.

Assim, estes princípios como outros tantos, que permeiam as doutrinas de direito ambiental, visam proporcionar, para as presentes e futuras gerações, as garantias de preservação da qualidade de vida, em qualquer forma que esta se apresente. Para tanto, faz-se necessário conciliar tanto elementos econômicos quanto sociais, fazendo com

que haja um crescimento de toda a sociedade embasada nas idéias de desenvolvimento sustentável.

4. Direito Ambiental frente à sociedade internacional

O Direito Ambiental, como já abordado, é um ramo recente do Direito, que tem como preocupação fundamental, "organizar a forma pela qual a sociedade se utiliza dos recursos ambientais, estabelecendo métodos, critérios, proibições e permissões, definindo o que pode e o que não pode ser apropriado economicamente (ambientalmente)", conforme afirma Antunes[12].

Os institutos que caracterizam o Direito Ambiental adotados no Brasil têm sua origem no direito internacional e datam do início da legislação positivada no país. Remontam às Ordenações Filipinas[13] que estabeleciam normas de controle da exploração vegetal no país, além de disciplinar o uso do solo, exploração de águas de rios e regulamentação da caça.

Além desta origem remota, é necessário abordar que a legislação brasileira sofre de uma inquestionável e direta influência das decisões e posicionamentos adotados pela sociedade internacional. As respostas que a Comunidade Internacional vem dando aos constantes problemas ambientais acabam por moldar a legislação aplicada em âmbito interno. Sobretudo nas questões que envolvem os países desenvolvidos, que servem de base legislativa em matéria de direito ambiental para a sociedade internacional como um todo.

Com foco nos problemas mais graves, como poluição e degradações do meio ambiente, evidenciado através dos constantes aumentos no buraco da camada de ozônio, a sociedade internacional vêm se organizando para criar leis aplicáveis a todos, dentro e fora da sua jurisdição.

Outro problema que assola sociedade globalizada é o que diz respeito às chuvas ácidas, o efeito estufa, dentre outros, os quais se manifestaram de forma mais constantes nos últimos sessenta anos. A necessidade de reversão destes problemas fica evidente nas inúmeras ações e acordos discutidos e redigidos nas últimas décadas. Foram sucessivos acordos e tratados feitos em âmbito internacional, como por exemplo: 1. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano - CNUMAH - Estocolmo/1972; 2. Adoção dos princípios de Direito Ambiental consequentes da declaração de Estocolmo; 3. Contribuição das legislações ambientais internas dos países; 4. Criação de organismos internacionais que passaram a formular proposições, análises e esboços de Convenções (Tratados) internacionais atinentes à matéria.

5. Papel das Organizações Internacionais na prevenção da degradação do meio ambiente.

Muito se tem falado sobre a importante atuação das organizações internacionais no cenário globalizado, como forma de conter a degradação constante do meio ambiente. E muitas são as organizações, com diversas finalidades que tem atuado de forma significativa nesta área, face a impossibilidade dos estados de garantirem um meio ambiente sadio. E é na ausência ou incapacidade de atuação do Estado que as Organizações Internacionais exercem um papel de relevância

Como organizações importantes na atualidade, podemos destacar a atividade desenvolvida pela Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS - *Commission on Sustainable Development*), uma comissão do Conselho Econômico e Social da ONU, que é composta por 53 Estados membros, e tem como objetivo a implementação da Agenda 21 em todos os seus âmbitos.

Temos também o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA ou UNEP - *United Nations Environmental Program*) que também lida com as questões ambientais na esfera internacional. Este programa é responsável pela concretização dos objetivos da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e também tem responsabilidade frente aos objetivos tratados na Agenda 21.

Outra organização atuante no cenário internacional é o Conselho Consultivo de Alto Nível sobre Desenvolvimento Sustentável (*High Level Advisory Board on Sustainable Development*) que tem como objetivo, auxiliar a formulação de propostas e de políticas sobre a sustentabilidade do meio ambiente. Esta organização busca identificar questões importantes sobre a política de sustentabilidade adotada pelos Estados soberanos e que, portanto, devem receber especial atenção dos organismos internacionais.

Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO - *Food and Agriculture Organization*), também é uma organização internacional que trata da questão da sustentabilidade, porém com foco diverso: sua finalidade principal é a erradicação da fome e da pobreza no mundo, através da exploração racional do meio ambiente.

A Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA - *International Atomic Energy Agency*) tem como finalidade incrementar a utilização pacífica da energia atômica, regulamentando o seu uso e impondo regras para a boa utilização deste tipo de energia, bem como impondo normas mínimas de segurança, a fim de impedir que novos acidentes venham a causar danos catastróficos à humanidade.

Outra organização focada na ajuda e troca de informações é a Organização Meteorológica Mundial (WMO - *World Meteorological Organization*), que tem como finalidade precípua promover o rápido intercâmbio entre os Estados das informações meteorológicas, intensificando assim a aplicação da meteorologia à navegação marítima e aérea, bem como à agricultura, estabelecendo assim, uma rede de estações com a intenção de intensificar a pesquisa e garantir um desenvolvimento internacional neste campo.

Já a Organização Marítima Internacional (IMO - *International Maritime Organization*), exerce um papel importante na conservação do meio ambiente, visto que tem como uma

das suas principais finalidades a cooperação e troca de informações no campo internacional a respeito de assuntos técnicos de navegação comercial, objetivando o desenvolvimento da segurança no mar, evitando assim acidentes e danos ao meio ambiente.

A Comissão Internacional sobre a Pesca da Baleia (IWC - *International Whaling Commission*) também é uma organização internacional e tem como base as diversas convenções já existentes sobre o assunto e, sendo uma organização internacional, tem como função regulamentar a pesca de baleias de forma sistemática, evitando assim o desaparecimento de espécies, buscando portanto, uma pesca racional, de forma a manter o ecossistema em equilíbrio.

Sendo assim, como demonstrado acima, muitas são as organizações internacionais que atuam em diversas frentes, a fim de proteger o meio ambiente na sua totalidade, garantindo assim as possibilidades de existência de um ambiente digna para as próximas gerações.

6. Relação entre o crescimento (e seus índices) e a degradação do meio ambiente.

Os problemas ambientais, presentes desde o século passado são os mesmos que persistem nesse início do século. Estes problemas foram decorrentes do rápido crescimento da sociedade que se deu sem a preocupação necessária com a preservação ou manejo consciente dos recursos naturais.

Nestes séculos de crescimento desenfreado, não se considerava a finitude dos recursos naturais, nem se considerava a capacidade limitada de alguns sistemas naturais de se refazerem ou se restabelecerem. Estas atitudes geraram um enorme desgaste ao meio ambiente, que em determinados ecossistemas, já não é mais possível a reversão deste quadro danoso.

O crescimento da sociedade, conforme os parâmetros adotados desde o início do século XX, só seria considerado um crescimento produtivo e interessante para a sociedade quando este apresentasse resultados positivos no PIB[14], sendo, portanto, o índice utilizado para medir o crescimento econômico à época. Este índice se fundava em bases equivocadas, ou seja, apresentava altos índices de crescimento quando ocorria a devora indiscriminada de recursos naturais, sem que houvesse qualquer projeto de conservação. Outro dado que deixou claras as bases falaciosas deste índice, foi o empobrecimento das regiões consideradas prósperas pelo alto índice econômico que possuíam. Isto gerou uma necessidade de se repensar o sentido da riqueza, pois o que o índice apresentava não refletia a realidade de alguns ecossistemas. Por isso que os ecossistemas mais devastados apresentaram os mais altos índices de crescimento, segundo o relatado através do índice econômico do PIB, porém empobreceram à medida que os recursos naturais se esgotaram e portanto, não se podia mais manter os antigos níveis de exploração local.

Como o resultado desta política de crescimento, nós estamos enfrentando a fúria da natureza, ou seja, as constantes mudanças climáticas e os crescentes desastres naturais, inundações, estiagens prolongadas, entre outros problemas, que são frutos desta cobrança. E estes são apenas alguns dos reflexos sentidos hoje, daquele crescimento desenfreado, baseado em exploração indiscriminada sem qualquer preocupação com o futuro ou a renovação destes ambientes, e que nós hoje, tentamos reverter com o uso da tecnologia atual. O crescimento que até então apenas baseava-se em dados estatísticos falaciosos, como foi o caso do PIB, cujo crescimento se deu às custas da exaustão dos recursos naturais não renováveis, e que também cresceu com a aquisição de bens militares duráveis, como os armamentos e munições, considerados à época, como investimentos produtivos; hoje já não atende mais o objetivo que é medir o crescimento econômico de determinado país ou região. Isto refletiu na elevação do PIB, transparecendo uma situação econômica não condizente com a realidade dos países que adotavam este índice como referencial para o seu crescimento.

Se a análise do crescimento social, durante muito tempo esteve intimamente ligada com a degradação do meio ambiente, fica muito mais difícil verificar a real aplicação das normas existentes para evitar esta deteriorização ambiental.

Portanto, a sociedade ainda carece de um índice confiável que alie o crescimento econômico com as diversas variáveis envolvidas no processo, podendo então avaliar se este crescimento é real e sustentável ou é um crescimento rápido e sem bases na preservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

7. Difícil implementação e fiscalização das regras ambientais no cenário internacional

A dificuldade de coercibilidade das normas ambientais está intimamente ligada com a forma com que se deu o crescimento da sociedade. Para viabilizar a aplicação integral de normas e a fiscalização destas, faz-se necessário a criação de uma nova ordem ambiental, que deva ser norteadas por parâmetros próprios e diferentes daqueles já utilizados.

O antigo sistema jurídico ambiental constituído por normas interventoras de caráter proibitivo e repressivo, já restou demonstrado que não é o melhor nem o mais apropriado meio para solucionar os gravíssimos problemas ambientais que estão presentes na sociedade internacional, bem como, figuram ainda como temas importantes na pauta de discussões dos Estados soberanos e das instituições internacionais. Estes temas, infelizmente continuam em níveis de discussão, e muitos ainda não saíram desta fase, para adentrar as vias de viabilização fáticas das regras a serem aplicadas.

Como já destacado, um dos grandes problemas está no que tange à "legitimidade" das Resoluções oriundas dos debates internacionais e das rodadas de negociações. Isto porque, as regras de direito internacional, em sua maioria e principalmente aqui no Brasil, precisam ser internacionalizadas para valerem como normas de direito interno, passíveis de serem aplicadas pelo juiz, em âmbito nacional. E as normas e tratados, para

adentrarem à nossa legislação, precisam passar pela aprovação do Congresso Nacional, vencendo todos os trâmites internos até a sanção do Presidente da República e posterior publicação em diário oficial. Logo estes procedimentos ditos internos, processos que dependem do interesse do congresso para serem votados, acabam muitas vezes sendo relegadas ao segundo plano, e muitas vezes sequer entram em pauta para julgamento, devido à falta de importância que este tema desperta nas pessoas.

Isto faz com que as regras aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, acabem por não obrigar de forma efetiva os Estados-Partes, tornando estas Resoluções apenas fontes de Direito Internacional[15]. E como o rol das fontes de Direito Internacional, expresso no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não inclui as resoluções como uma fonte formal, entende-se que o legislador considerou os tratados como um termo utilizado de forma genérica, o que incluiria, portanto as resoluções como uma espécie do gênero tratado.

Então, muito embora a aceitação destas normas careça de obrigatoriedade no cenário internacional, a sua aplicação também se estende aos demais países, o que gera uma ampliação destas normas possibilitando a aplicação inclusive, nos países que não seguem diretamente o contexto das resoluções internacionais.

De outro lado, temos também que considerar a pressão política existente para a aceitação das resoluções internacionais. Pois os países, que adotam estas regras internacionais, exigem um tratamento igualitário por parte dos demais Estados. Isto porque a adoção de um padrão internacional gera um aumento de custos para a implementação de normas internacionais e também traz uma maior segurança a toda sociedade de que os processos de manejo e controle de insumos ambientais estão dentro de padrões conhecidos e aprovados. Sendo assim a sociedade como um todo, pode ter uma garantia maior de que haverá um controle mais amplo sobre a atividade humana, pois as normas internacionais de direito ambiental são normas estabelecidas com base em estudos científicos e em padrões de qualidade para manter a preservação dos ecossistemas. Entretanto se as tais resoluções não possuem uma força normativa que obrigue os Estados a se sujeitarem as suas regras, como preceitua na maioria dos Estados, a eficácia de suas normas se torna claramente limitada àqueles países que aceitarem as resoluções com fonte, regra ou princípio do Estado soberano.

Destarte fica provado que a força das resoluções é limitada, e também é limitada a aceitação de cada país em face de sua soberania nacional e da forma de aceitação do direito internacional na seara nacional. Portanto, até o momento em que uma resolução internacional se torne regra coercitiva, ou seja, de aceitação pela maioria ou se torne um costume internacional, o limite destas resoluções será apenas tido como uma forma de direcionar os países a um caminho reconhecido como ideal, um norte a ser buscado pela organização internacional em conjunto com os Estados-Partes, mostrando ao mundo a necessidade destes preceitos para a comunidade internacional.

Mas não é só a questão de aceitação normativa que tem gerado preocupações e discussões sobre a implementação e eficácia das regras internacionais. Outro tema, necessário de ser aqui questionado, é o que diz respeito à resistência dos países ricos em se comprometer com as resoluções, protocolos e tratados internacionais. O exemplo clássico disso é o Protocolo de Kyoto[16].

Neste caso específico fica evidenciada a falta de comprometimento dos países do hemisfério norte com as regras de conservação do meio ambiente. Quando se analisa o não cumprimento da resolução das Nações Unidas, em especial nos casos de ocorrência de não cumprimento de regras de proteção ambiental, pouco se pune e os causadores de danos internacionais continuam a praticar atividades danosas sem controle específico.

Muitas décadas se passaram e não se conseguiu melhorar a situação das populações pobres e carentes do terceiro mundo. E os governos destes países não estão isentos de culpa, visto que são responsáveis por políticas macroeconômicas mal aplicadas ou inadequadas, além disso, existem muitos casos de má administração de recursos públicos e corrupção.

Para explicar os fracassos das tentativas de reestruturação de economias dos países pobres baseadas em condições de sustentabilidade, é importante denunciar a ideologia da competição como sendo uma das principais engrenagens do progresso de degradação ambiental existente na sociedade. A dinâmica da competição que permeia todas as esferas da vida social leva à marginalização dos estados e a crescente demanda por recursos naturais não renováveis. Embora esta ideologia atenda aos interesses das elites, mostra-se incapaz de resolver os problemas de um mundo comum a todos: a sustentabilidade de um meio ambiente sadio.

Conclusões

O Direito Ambiental com sendo um ramo recente do Direito, tem sofrido inúmeras e significativas modificações. Muito embora existam incongruências e algumas incompreensões sobre o papel desempenhado por esta recente e nova divisão do Direito, o fato é que a preocupação com o meio ambiente é algo hoje, irreversível. Portanto, necessário se faz algumas adequação das normas à realidade atual, vencendo as limitações que os próprios Estados estabelecem em prol da garantia de sua soberania.

Não é apenas uma hipótese o fato da proteção ao meio ambiente atravessar hoje uma crise paradigmática a respeito da sua importância e os seus meios de utilização das regras. Os Estados soberanos devem destinar cada vez mais verbas do seu orçamento anual para financiar projetos de proteção ao meio ambiente, possibilitando assim uma saída da inércia e a chegada a um patamar possível de se estabelecer a estagnação dos quadros atuais de controle e preservação, diminuindo portanto, os atuais níveis de devastação e destruição dos ecossistemas. Chegando a esta condição tida como ideal, os Estados estarão possibilitados a intentarem novos projetos e programas mais arrojados para que se possa fazer uma tentativa de reversão das situações atuais de degradação completa e eventualmente, trabalhar para recriar alguns dos ecossistemas já destruídos pelo homem.

Assim, fica claro que a questão da proteção ao meio ambiente vai além do simples cuidado. A noção de proteção é muito mais ampla: visa garantir que as gerações presentes possam desfrutar de um meio ambiente sadio e que este possa ser preservado para as próximas e futuras gerações.

As análises econômicas de fatos passados põem em xeque as formas adotadas até então, para quantificação deste crescimento, portanto, o paradigma de uma sociedade com altos índices do PIB entrou em crise, na medida em que estas mesmas sociedades, com crescimentos significativos, anos mais tarde, apresentam um alto grau de degradação ao meio ambiente. Este paradigma do desenvolvimento atrelado ao PIB vem sendo alterado, mas como toda a alteração leva tempo. E esta mudança não será diferente. Sendo assim, para a viabilização da substituição de um índice amplamente utilizado por um novo, será necessário que este outro índice contemple as mesmas questões do anterior, com alguns acréscimos que levem em consideração a proteção ao meio ambiente e projetos de preservação do ecossistema atual.

Também temos que ter em mente, que a natureza da coercibilidade das normas contidas nos dos Tratados Internacionais diferem das regras existentes na legislação interna, pois aqueles têm que ser incorporados à legislação local, através das leis ordinárias, ou, até mesmo normas com cunho constitucional[17]. Estas normas de direito internacional não tem teor de imperatividade, mas podem ser o arcabouço necessário e suficiente para sanções de outros países, de maneira que se torne "obrigatório" no mundo internacional, através de meios não jurídicos, mas práticos, como barreiras fiscais e barreiras não-tarifárias impostas pelos Estados no cenário do comércio internacional. No entanto, embora as resoluções ainda não tenham imperatividade confirmada, podem ser que através do seu constante uso, possam vir a se tornar regras de direito costumeiro, e assim, obrigatórias.

Concluindo então, cabe a nós desenvolvermos a consciência ecológica necessária para preservarmos o meio em que vivemos e propagar as idéias de preservação para que possamos fazer a nossa parte, colaborando assim, de alguma forma, para que o mundo possa ser melhor para as futuras gerações.

7. Referências Bibliográficas

AYALA, Patrick Araújo, in: LEITE, Rubens Moraes (Org.). Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis: Fundação Bortoux, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. "Direito Ambiental" 10ª ed., Editora Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, M.M.F. Educação ambiental e paradigmas de interpretação da realidade: tendências reveladas. Tese de Doutorado. FE. Campinas: UNICAMP. 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, in apresentação à obra Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, de PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente: ou o rio da minha terra e as incertezas do Direito Público. Ambiente e Consumo, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos, 1996, v. I

CARNEIRO, Ricardo. Direito Ambiental - Uma abordagem Econômica. RJ, Forense, 2003.

DALY, Herman E. "Sustentabilidade em um mundo lotado". Scientific American Brasil, São Paulo, Outubro, 2005.

DERANI, Cristiane e COSTA, José Augusto Fontoura. DERANI, Cristiane (organizadores). "Aspectos jurídicos da Agenda 21" in Direito Ambiental Internacional. Santos: Leopoldianum, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Curso de Direito Ambiental. SP, Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto. "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", 4ª ed.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 11ªed. revista, ampliada e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2003.

MAIMON, Dália. Ensaio sobre Economia do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Aped - Associação de Pesquisa e Ensino em Ecologia e Desenvolvimento, 1992.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 2ª edição, 2001, RT, São Paulo.

MIRRA, Álvaro. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

MORATO LEITE, José Rubens (Org.). Inovações em direito ambiental. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

PAIANO, Daniela Braga. A preservação ambiental e o desenvolvimento econômico: positividade do valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Dissertação defendida em 2006 no Programa de Mestrado da UNIMAR, Marília - SP.

SACHS, Jeffrey D. " O fim da miséria". Scientific American Brasil, São Paulo, Outubro, 2005.

SCHIMIDT, Larissa. Os Princípios Ambientais e sua Aplicabilidade pelo Direito Brasileiro. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br.htm>>. Acessado em 11 de novembro de 2008.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Affonso. Direito Ambiental Constitucional. 2ªed. Malheiros: São Paulo, 1997.

SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo", 13ª ed., Editora Malheiros, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente. Atlas. São Paulo, 2001.

VEIGA, Jose Eli. A emergência Sócia Ambiental. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2007.

_____. Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

[1] Juliana Ferreira Montenegro, Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental, especialista em Negócios Internacionais, Professora da PUC-PR e Faculdades Dom Bosco, pesquisadora do CNPq.

[2] Capítulo da Dissertação de Mestrado

[3] A Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pelas Nações Unidas em Estocolmo, em 1972, foi um marco importante para as discussões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Este marco representou o início da efetiva mudança de comportamento dos indivíduos frente aos efeitos das mudanças climáticas. Nesta reunião estabeleceu-se uma lista com 26 princípios, que aderiram a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano. Estabeleceram-se princípios e regras para ações das nações comprometidas com a questão ambiental. A partir destes princípios os Estados passaram a estabelecer planos que resolvessem os conflitos existentes entre as questões de preservação ambiental e desenvolvimento. A Conferência garantia ainda, a soberania das nações, ou seja, a liberdade de desenvolvimento de práticas de exploração dos seus recursos naturais, desde que estes não prejudicassem a sociedade internacional. Disponível em <http://www.mre.gov.br>, acessado em 10 de fevereiro de 2009.

[4] MAIMON, Dália (1992). Ensaio sobre Economia do Meio Ambiental.

[5] Convenção incorporada à legislação nacional através do Decreto nº. 23.456 - de 14 de novembro de 1933. Este decreto promulga a Convenção para a regulamentação da pesca da baleia, firmada em Genebra, a 24 de Setembro de 1931. O objetivo desta Convenção é salvaguardar, para as gerações futuras, o grande recurso natural que representam os cetáceos (baleias).

[6] Convenção incorporada à legislação nacional através do Decreto nº 46.873, de 16 de setembro de 1959. Este decreto contemplava o Protocolo Adicional à Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia, entre os Estados Unidos do Brasil e outros países, assinado em Washington, em 4 de dezembro de 1956.

[7] Convenção incorporada à legislação nacional através do Decreto nº 5.759, de 17 de abril de 2006. Decreto este que promulgou o texto revisto da Convenção Internacional para a Proteção dos Vegetais (CIVP), aprovado na 29ª Conferência da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação - FAO, em 17 de novembro de 1997. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 885, de 30 de agosto de 2005.

[8] Tratado incorporado à legislação nacional por meio do Decreto nº 75.963, de 11 de julho de 1975. Este decreto promulgou o Tratado da Antártida, reconhecendo ser de interesse de toda a humanidade que a Antártida continue para sempre a ser utilizada exclusivamente para fins pacíficos e não se converta em cenário de objeto de discórdias internacionais; reconhecendo as importantes contribuições dos conhecimentos científicos logrados através da colaboração internacional na pesquisa científica realizada e que o estabelecimento de uma base para o prosseguimento e desenvolvimento de tal colaboração com lastro na liberdade de pesquisa científica, e pode gerar progresso de toda a humanidade. Objetiva-se também, que o tratado assegure a utilização da Antártida somente para fins pacíficos fortalecendo os fins e princípios corporificados na Carta das Nações Unidas.

[9] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente: ou o rio da minha terra e as incertezas do Direito Público.

[10] A Agenda 21 foi um dos principais resultados da conferência Eco-92, ocorrida no Rio de Janeiro, em 1992. É um documento que estabeleceu a importância de cada país em se comprometer a refletir, global e localmente as preocupações com o meio ambiente. Isto pode ser materializado sob a forma de cooperação nos estudos e busca por soluções para os problemas sócio-ambientais por meio de participação efetiva dos governos, empresas, organizações não-governamentais e todos os setores da sociedade com poder para atuar. Cada país desenvolve a sua Agenda 21, com os temas relevantes para a determinada localidade. No Brasil as discussões são coordenadas pela Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional (CPDS). A Agenda 21 se constitui num poderoso instrumento de reconversão da sociedade industrial rumo a um novo paradigma, que exige a reinterpretação do conceito de progresso, contemplando maior harmonia e equilíbrio holístico entre o todo e as partes, promovendo a qualidade, não apenas a quantidade do crescimento. Com a Agenda 21 criou-se um instrumentos internacionalmente aceitos, que possibilitaram repensar o planejamento até então adotado, para a questão ambiental. Abriu-se o caminho capaz de ajudar a construir politicamente as bases de um plano de ação e de um planejamento participativo em nível global, nacional e local, de forma gradual e negociada, tendo como meta um novo paradigma econômico e civilizatório. As ações prioritárias da Agenda 21 brasileira são os programas de inclusão social (com o acesso de toda a população à educação, saúde e distribuição de renda), a sustentabilidade urbana e rural, a preservação dos recursos naturais e minerais e a ética política para o planejamento rumo ao desenvolvimento sustentável. Mas o mais importante ponto dessas ações prioritárias, segundo este estudo, é o planejamento de sistemas de produção e consumo sustentáveis contra a cultura do desperdício. A Agenda 21 é um plano de ação para ser adotado global, nacional e localmente, por organizações do sistema das Nações Unidas, governos e pela sociedade civil, em todas as áreas em que a ação humana impactar o meio ambiente. Disponível em <http://www.mma.gov.br/index.php>, acessado em 11 de novembro de 2008.

[11] Rio 92, também conhecida com ECO-92, foi uma Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada entre 3 e 14 de junho de 1992 no Rio de Janeiro. Esta reunião teve como objetivo principal buscar meios de conciliar o desenvolvimento sócio-econômico com a conservação e proteção dos ecossistemas da Terra. Disponível em

<http://www2.mre.gov.br/Brasil/itamaraty/web/mre/agintern/meioamb.htm>, acessado em 11 de novembro de 2008.

[12] Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, pag. 3, 2008.

[13] Diploma legal português que teve vigência no Brasil de 1603 e vigorou até a promulgação e publicação do Código Civil de 1916. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordena.htm>, acessado em 12 de fevereiro de 2009.

[14] PIB: Produto Interno Bruto representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos numa determinada região (quer seja, países, estados ou cidades), durante um período determinado (mês, trimestre, ano). O PIB é um dos indicadores mais utilizados na macroeconomia com o objetivo de mensurar a atividade econômica de uma região. Na contagem do PIB, consideram-se apenas bens e serviços finais, excluindo da conta todos os bens de consumo de intermediário (insumos). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib.shtm>, acessado 15 de março de 2009.

[15] Fontes do DIP: O Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece, no seu artigo 38, o rol de fontes do Direito Internacional. São elas: tratados, costumes e princípios gerais de direito. A Corte Internacional de Justiça, com sede em Haya (Holanda), exerce a função de um tribunal mundial e julga os litígios de ordem jurídica que Estados submetem na forma contenciosa ou sob a forma de consultas. É considerado o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. Disponível em: www.icj-cij.org, acessado em: 06 de abril de 2009.

[16] O Protocolo de Quioto é consequência de uma série de eventos iniciada com a *Toronto Conference on the Changing Atmosphere*, no Canadá (outubro de 1988). O tratado internacional deu origem ao protocolo com compromissos mais rígidos para a redução da emissão dos gases que provocam o efeito estufa, considerados, de acordo com a maioria das investigações científicas, como causa do aquecimento global. Discutido e negociado em Quioto no Japão em 1997, foi aberto para assinaturas em 11 de Dezembro de 1997 e ratificado em 15 de março de 1999. Sendo que, para este tratado entrar em vigor precisou-se que 55% dos países, que juntos, produzem 55% das emissões o ratificassem, assim entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, depois que a Rússia o ratificou em Novembro de 2004. Através deste protocolo se propõe um calendário pelos quais os países-membros (principalmente os desenvolvidos) têm a obrigação de reduzir a emissão de gases do efeito estufa em, pelo menos, 5,2% em relação aos níveis de 1990 no período entre 2008 e 2012, também chamado de primeiro período de compromisso (para muitos países, como os membros da UE, isso corresponde a 15% abaixo das emissões esperadas para 2008). As metas de redução não são homogêneas a todos os países, colocando níveis diferenciados para os 38 países que mais emitem gases. Informação disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_quioto.php, acessado em 20 de março de 2009.

[17] Se a questão em tela, versar sobre matéria de direitos humanos, a EC/45 estabelece: art. 5º, § 3, CF: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas

constitucionais." Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm, acessado
em 15 de março de 2009.

DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: RELAÇÕES E SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO INDIVÍDUOS PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO

HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENT: RELATIONS AND SOLUTIONS OF CONTROVERSIES INVOLVING INDIVIDUALS BEFORE THE INTER-AMERICAN SYSTEM

**Karlo Messa Vettorazzi
José Raul Cubas Júnior**

RESUMO

Nos últimos anos a sociedade mundial passou a sofrer as conseqüências de um crescimento desenfreado, sem medidas e sem preocupação com o meio ambiente, com as gerações atuais e principalmente as futuras. Nesse sentido voltam-se os olhos para a questão ambiental e suas relações com os direitos humanos, tendo em vista a impossibilidade de dissociar a questão ambiental com o ser humano. Assim o presente trabalho busca analisar a relação entre meio ambiente e direitos humanos. Objetiva-se analisar as formas de solução de controvérsias ambientais no âmbito internacional utilizando como foro competente as cortes de direitos humanos principalmente no sistema interamericano. Estuda a solução de controvérsias que incluam os indivíduos e não somente a coletividade, buscando assim a proteção dos cidadãos do sistema interamericano no mesmo patamar dos cidadãos do sistema europeu. Busca-se demonstrar novas formas de elucidar determinadas questões, talvez sob um prisma ainda distante, mas que com certeza possibilitaria a defesa dos demais direitos humanos dos cidadãos do planeta.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE – DIREITOS HUMANOS – SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – SISTEMA INTERAMERICANO.

ABSTRACT

In recent years the world-wide society started to suffer the consequences of a wild growth, without measures and concern with the environment, the current and mainly the future ones generations. In this direction the eyes are turned toward the ambient question and its relations with the human rights, in view of the impossibility of separate the ambient question with the human being. Thus the present work searches to analyze the relation between environment and human rights. Objective to analyze the forms of solution of ambient controversies in the international scope being used as competent forum the cuts of human rights mainly in the inter-American system. It studies the solution of controversies that not only include the individuals and the collective, thus searching the protection of the citizens of the inter-American system in the same platform of the citizens of the European system. Search out to demonstrate new forms to

elucidate definitive questions, perhaps under a still distant prism, but that with certainty it would make possible the defense of the excessively right human beings of the citizens of the planet.

KEYWORDS: ENVIRONMENT - HUMAN RIGHTS - SOLUTION OF CONTROVERSIES - INTER-AMERICAN SYSTEM.

1. INTRODUÇÃO

Os valores calcados para as transformações da sociedade, mesmo as mais radicais, advogavam um permanente crescimento das forças produtivas, diferenciando-se quanto a seu processo de concentração ou distribuição de riquezas.

Neste diapasão o homem buscou desenvolver a ciência e a tecnologia, dominar a natureza com o intuito de aumentar a produção e proporcionar o maior conforto material.[1]

O homem como centro do desenvolvimento e da relação com o meio ambiente sempre foi a tônica das discussões ambientais, aliás, o meio ambiente deveria ser conservado por uma simples razão, qual seja, tornar agradável a vida em nosso planeta. Ou seja, o indivíduo como centro, a realização e implementação do humanismo.

Contudo, o simples crescimento quantitativo das forças produtivas da sociedade se chocou com a mais dura realidade no que diz respeito ao equilíbrio ambiental. É impossível manter o mesmo nível de produção para toda a humanidade sem que haja um colapso ecológico, uma vez que a capacidade científica e tecnológica de processar as matérias é infinitamente superior à capacidade que a natureza tem de se regenerar ou de ofertar matéria prima para seu processamento.[2]

Já se passaram mais de 30 anos desde a Primeira Conferência da ONU sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972, contudo as discussões a respeito da matéria continuam em voga e cada vez mais atuais. O crescimento a qualquer custo e os altos níveis dos padrões de consumo das grandes potências, tão invejados pelos países em desenvolvimento, encontram-se com os dias contados.

A Agenda XXI, ao abordar o tema “Mudança de Padrões de Consumo”, admite que as principais causas da deterioração do meio ambiente estão nos padrões insustentáveis de produção e consumo e nos impactos produzidos pela pobreza nos países em desenvolvimento. Reconhece que, em determinadas partes do mundo, os padrões de consumo são muito altos e que existe um amplo segmento da sociedade que não é atendido em suas necessidades básicas. A mudança nos padrões de consumo “*exigirá uma estratégia multifacetada centrada na demanda, no atendimento das necessidades básicas dos pobres e na redução do desperdício e do uso de recursos finitos no processo de produção.*” A Agenda XXI propõe uma mudança comportamental na forma de consumir e produzir. Propõe que os governos devem estimular grupos de consumidores, indivíduos e famílias através da “*(...) oferta de informações sobre as conseqüências das opções e comportamentos de consumo, de modo a estimular a demanda e o uso de produtos ambientalmente saudáveis.*”[3]

A mudança primordial deste pensamento provém infelizmente da pior maneira possível, qual seja a população mundial sofrendo com catástrofes nunca antes visualizadas, tsunamis, enchentes, terremotos, maremotos, períodos extensos de secas e estiagens. Realmente parece que o planeta em que vivemos está fornecendo sinais explícitos que o atual modo de viver de seus habitantes não pode continuar.

Em razão da devastação das matas nativas, do consumo inconsciente, e da futura e próxima escassez de recursos naturais, o que se visualiza em um futuro muito próximo é a falta de água e alimentos, o aumento do número de doenças respiratórias, a implementação de novas doenças e o retorno de doenças antes já erradicadas, ou seja, o ser humano sendo afetado diretamente pela falta de proteção do meio ambiente em que o mesmo vive.

Poder-se-á considerar o meio ambiente como um direito presente entre os chamados direitos humanos? Entendendo em sentido positivo as instituições que buscam a proteção dos direitos humanos poderiam analisar questões referentes a matéria ambiental? Seriam todas as instituições de direitos humanos competentes para a análise desta matéria, inclusive, por exemplo, o sistema regional interamericano? A defesa deste direito pode ser realizada apenas e tão somente em sentido coletivo ou a forma individual também é possível?

São estas inquietudes prementes que buscam demonstrar a importância do presente trabalho e que a presente pesquisa buscará talvez não elucidar, mas semear outros questionamentos necessários a presente matéria.

2. MEIO AMBIENTE, UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A idéia de direitos fundamentais faz referência a textos constitucionais dos mais antigos, em que por determinação interna uma gama de direitos deveriam ser o fundamento, o alicerce do arcabouço jurídico do Estado, ou seja, estes direitos são criados de certa forma a orientarem a própria razão de ser de uma Nação.

Desta idéia surge a essencialidade e a indisponibilidade que acompanha a historicidade destes direitos: trata-se de direitos aos quais se atribui uma conotação ética superior em relação aos demais.^[4]

Para Jorge Miranda, a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.^[5]

Carl Schmitt, citado por Alexy, entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos que pertencem ao fundamento mesmo do Estado e que portanto, são reconhecidos como tais na Constituição.^[6]

Já Luño sob enfoque pouco diverso dos demais, busca definir os direitos fundamentais como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais

devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.[7]

Importante salientar este pensamento de Luño que remete a idéia de que os direitos fundamentais não seriam apenas essenciais à um Estado apenas, mas sim em um âmbito internacional, fazendo referência de que o alicerce de direitos fundamentais seriam alçados ao alicerce de uma sociedade contemporânea e global.

Já Alexy concebe dois tipos de normas de direito fundamental, quer sejam as normas positivadas e assim expressadas no texto constitucional, quer sejam aquelas que ele denomina de *adscritas*, que são aquelas de conteúdo diferenciado, não caracterizadas expressamente no texto constitucional como normas de direito fundamental, mas que, de alguma forma, relacionam-se com estas, ou seja, podem ser anexadas, vinculadas a uma norma de direito fundamental expressamente estatuída.[8]

Assim não existe a necessidade de positivação de um direito para que este seja entendido como fundamental, basta que fique consignado frente àquela sociedade a inevitável primazia deste como princípio básico contemporâneo.

Desta forma os direitos fundamentais devem assinalar um horizonte de metas ou necessidades sociais, políticas, jurídicas e econômicas que devem ser alcançadas, quando estabelecerem-se relações entre cidadãos e o Estado, ou mesmo entre si.

Luño adota uma teoria para fundamentar a existência e a validade dos direitos fundamentais a partir das necessidades do homem. Para ele o fundamento dos valores deve buscar-se nas necessidades do homem. Toda necessidade supõe uma carência: o homem tem necessidade enquanto carece de determinados bens e sente a exigência de satisfazer essas carências. O que satisfaz uma necessidade humana tem valor, o que a contradiz é um desvalor.[9]

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 implementou uma nova sistemática ao realizar o alargamento dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não só os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais. Assim pode-se entender que não podem existir direitos fundamentais sem o respeito pelos direitos sociais, sendo que a própria Constituição de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos conjugando os pensamentos de liberdade e igualdade.

E entre estes direitos fundamentais encontra-se o principal, qual seja o direito à vida. Difícil classificar qual o direito mais importante entre os que dão alicerce a um Estado, contudo não é possível sequer pensar em um Estado sem cidadãos e que os mesmos tenham o direito à sua própria vida.

Não se pode olvidar que, se há um direito fundamental, na acepção máxima de seu conteúdo material, esse é o direito à vida, na medida em que todas as nações, globalmente consideradas, em algum momento histórico, desenvolveram uma tendência a garantir a conservação da própria vida, através do combate a práticas que desvalorizem a continuidade desta.[10]

Neste diapasão cabe analisar se o meio ambiente poderia ou não ser considerado um direito fundamental. Vislumbra-se que no caso doméstico a Constituição Federal não elencou explicitamente o direito ao meio ambiente dentro das garantias e direitos fundamentais, contudo existe a positivação deste direito em um capítulo inteiro da Carta Magna brasileira.

Mas com base nos ensinamentos aqui elencados anteriormente, visualiza-se que não é a falta de positivação junto aos demais direitos fundamentais que retira o caráter de essencialidade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não sendo este privilégio brasileiro, pois a doutrina, de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente, mormente nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972.

Canotilho ao comentar as Constituições portuguesa e espanhola e que enquadram o meio ambiente como direito fundamental enuncia que não se trata apenas de acentuar dimensões objetivas do direito do ambiente, nem de assegurar apenas o direito à proteção do meio ambiente, mas sim procurar recortar um direito fundamental autônomo do indivíduo.^[11]

No caso brasileiro o vocábulo “todos” elencado no artigo 225 da Constituição Federal traduz o caráter universal de sua imputação como direito fundamental, neste sentido Ferrajoli elucida que: “si son normativamente de <todos> (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y vínculos insalvables para los poderes, tanto públicos como privados.”^[12]

Tratar o meio ambiente como direito fundamental implica em falar do princípio da primariedade do ambiente, ou seja, nenhum agente público ou privado poderá tratar como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível.

Outro ponto que merece guarida é que o direito fundamental possui aplicação direta, valendo por si só, sem dependência de lei, vinculando assim entidades públicas e privadas.

“Com a superação do Estado liberal de Direito em sua forma clássica e com o advento do Estado do bem-estar social, houve o redimensionamento da importância dos direitos fundamentais, enfatizando sua concepção multifuncional. Superou-se, assim, a noção restritiva de que os direitos fundamentais serviriam unicamente à defesa do indivíduo contra o Estado reconhecendo-se que os direitos fundamentais, além disso, servem à proteção e à materialização de bens considerados importantes para a comunidade. Diante disso, passou-se a verificar o fenômeno do esverdeamento das Constituições dos Estados, que consiste na incorporação do direito ao ambiente equilibrado pelo ordenamento jurídico com um direito fundamental.”^[13]

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é resultado de fatores sociais que permitiram e até mesmo impuseram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais.^[14]

Desta forma caracteriza-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental não só na esfera doméstica, mas sim em caráter mundial, haja vista que para possibilitar o direito primaz à vida se faz necessário um ambiente que propicie a mesma. Não há como imaginar vida sem um meio ambiente, portanto defender o meio ambiente conseqüentemente é defender a vida.

3. DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: UMA RELAÇÃO COERENTE?

Após as atrocidades ocorridas durante os regimes totalitários fez-se necessária a mudança de pensamento no que tange a proteção dos direitos mais recônditos dos cidadãos. Feitos que negavam os direitos mais banais como a vida, liberdade, saúde, trabalho caracterizaram anos manchados da história mundial. Não se pode e nem se deve esquecer tais situações, inclusive devem as mesmas se encontrar presentes na memória das pessoas e nos livros de história para que tais procedimentos não voltem a acontecer.

Frente a este cenário o mundo se uniu contra tais situações no sentido de implementar este mínimo necessário de direitos ao ser humano, dessa forma consagrando os ora chamados direitos humanos. Estes direitos são reconhecidos de forma internacional, surgindo a idéia de que “no caso de negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador”^[15]

No caso brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global.^[16]

Desta forma os direitos humanos preceituados na Carta das Nações Unidas são alçados no Brasil como inerentes ao ordenamento jurídico nacional possuindo o Estado brasileiro a opção de cobrá-los dos demais países quando ocorrerem violações naqueles estados.

A Resolução nº 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas estabeleceu que “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”. Este pensamento perpetuou-se na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, na qual em seu artigo 5º afirma que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. A obrigação do Estado inclui também o dever de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados. Isto é, cabe ao Estado-parte estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos.^[17]

Entre os principais direitos e liberdades preceituados pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos está o direito à vida. Já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que enuncia um repleto catálogo de direitos prevê entre eles o direito à saúde.

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômico, sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm o direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”[18]

É necessário entender que o rol de direitos humanos não pode ser estanque, na verdade ele é fluido e devem ser redefinidos a cada momento histórico de acordo com as exigências e as crises por que passava a sociedade em cada momento histórico.[19]

E dentro dessa nova sociedade em que vivemos, questiona-se: a questão ambiental teria lugar dentro desta arcabouço de proteção de direitos humanos? Antes de ingressar nesta discussão cabe a análise do bem jurídico aqui em jogo.

3.1. BEM JURÍDICO AMBIENTAL

Segundo Morato Leite, o meio ambiente é na verdade um macrobem, que, além de bem incorpóreo e imaterial, se configura como bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido a previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos.[20]

Como visto anteriormente, após a Declaração de Estocolmo de 1972 várias Constituições dos países europeus que se libertavam de regimes ditatoriais, como a Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978). Posteriormente, num segundo grupo, ainda em período fortemente marcado pelos padrões e linguagem de Estocolmo, foi a vez de países como o Brasil, sendo assim uma irresistível tendência internacional que acabou por consolidar inclusive o Direito Ambiental.

Mais do que um abstrato impacto político e moral, a constitucionalização do ambiente traz consigo benefícios variados e de diversas ordens, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re) organização do relacionamento do ser humano com a natureza.[21]

A proteção ambiental deixa de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar.

A proteção constitucional do meio ambiente situa-se numa posição elevada na hierarquia das normas (=preeminência), sua simples existência determina a (re)leitura

do direito positivo nacional – passado, presente e futuro – em particular, no balanceamento de interesses conflitantes.[22]

Nesta esteira, surge a necessidade de proteção ambiental, com o objetivo de atender a uma exigência de dignidade e igualdade humana, já que a deteriorização do ambiente comum realizada por alguns, especialmente por aqueles responsáveis pela manutenção do modelo de desenvolvimento econômico adotado, em que se vê um ilimitado crescimento da população e uma exploração desenfreada dos recursos naturais, não pode levar a comprometer a dignidade da vida humana como um todo, condicionando a própria existência humana, enquanto isso possa ser visto a partir do ordenamento jurídico nacional.[23]

Porém a sistematização deste bem jurídico demorou por acontecer. Apenas em 1981 é que o Brasil constitui legislação específica sobre matéria ambiental, qual seja a Lei 6.938/1981 que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente, já no que tange a questão constitucional também apenas na atual carta é que existe preceito explícito sobre a matéria.

Até então, no Brasil – como, ainda hoje, em alguns países -, os tribunais confrontados com o silêncio constitucional e com a falta de porto mais seguro, exercitavam sua criatividade e identificavam, na penumbra de outros direitos, garantias de cunho ambiental. Um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser – e, historicamente, tem sido – derivado indiretamente da Constituição, por meio da interpretação de dispositivos que assegurem outros valores tradicionais, como a vida (já que sem meio ambiente adequado inviabilizaria-se a vida humana e dos outros seres), a saúde (sob argumento de que o ser humano não pode viver em ambiente degradado), a dignidade da pessoa humana, o devido processo, a função social da propriedade, a disciplina de produção e consumo.[24]

3.2. RELAÇÕES ENTRE DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE

Após analisar o campo de pesquisa do bem jurídico ambiental e sua evolução histórica é possível realizar uma melhor análise sobre a existência ou não de relação do mesmo com os direitos humanos.

Como citado anteriormente os direitos fundamentais assim como os direitos humanos não necessitam de positivação, mas surgem da necessidade da sociedade contemporânea.

E nos últimos anos qual seria a questão que gerou mais problemas ao ser humano e com potencial para gerar problemas ainda mais sérios? Dessa forma surge uma necessidade contemporânea de proteção de direitos, qual seja a proteção do meio ambiente. O Direito Ambiental é o novo marco jurídico de emancipação que permitirá a ampliação da cidadania no século XXI.”[25]

Os Estados, através de seus ordenamentos jurídicos e de seus instrumentos de ação, pressentiram a necessidade de dar uma resposta consistente a essa novel e imperativa demanda social. É desta forma que o direito ao meio ambiente, ao nascer como direito

humano, passa, aos poucos, a ser positivado nas Cartas Constitucionais, com ou sem a qualificação expressa de direito fundamental.[26]

Para José Afonso da Silva a Constituição Federal tem o meio ambiente como parte da ordem social, logo trata-se de direito social do homem[27] e portanto deve ser considerado como direito humano.

O alcance de uma sociedade ambientalmente sustentável, tendo por base a necessidade de produção de novas formas de conhecimento, deve perpassar necessariamente pela instrumentalização normativa, impondo condutas e ações propositivas, visando solucionar os interesses em conflito que atravessam o campo ambiental.[28]

Nessa esteira, o gozo dos direitos humano reconhecidos internacionalmente depende umbilicalmente do ambiente. Do ponto de vista biológico, a dependência do homem em relação ao ambiente é total: o ser humano não pode sobreviver mais do que quatro minutos sem respirar, mais de uma semana sem beber água e mais de um mês sem se alimentar. O único local conhecido do universo no qual o homem pode respirar, tomar água e alimentar-se é a Terra. Nessa ótica o ambiente estaria intrinsecamente relacionado com os direitos à vida e à saúde.”[29]

Para Cançado Trindade, dificilmente se pode abordar o direito a um meio ambiente sadio em isolamento. Tem ele encontrado expressão no universo conceitual dos direitos humanos. Não se pode considerá-lo sem referência a outro direito do gênero, a saber, o direito ao desenvolvimento como um direito humano.[30]

A Declaração de Estocolmo estabelece, no Princípio 1º, que “o homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador de solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras”

Embora não haja uma declaração expressa de que o meio ambiente é um direito humano, existe neste princípio uma nítida conexão entre meio ambiente e direitos humanos. De modo diverso a Declaração do Rio em 1992 dispôs no princípio 1º que “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. E tem o direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

Tratar o direito ao meio ambiente como direito humano fundamental corresponde exatamente a dar-lhe um novo modelo epistemológico que conjugue a existência humana e a garantia da sua perpetuação no tempo e no espaço, ressaltando que o direito é o instrumento de que o Estado se utiliza para conduzir a sociedade num plano de razoabilidade mínima e efetividade máxima do escopo social.”[31]

O direito ao meio ambiente, em verdade, é pressuposto de exercício lógico dos demais direitos do homem, vez que, em sendo o direito à vida o objeto do direito ambiental, somente aqueles que possuem vida e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem os demais direitos humanos.[32]

O vínculo entre direitos humanos e meio ambiente surge da discussão sobre as necessidades da humanidade de proteger-se contra os abusos e do seu direito de levar uma vida digna, em um ambiente de igualdade e sem discriminação. O fim primordial do direito dos direitos humanos é a proteção das pessoas; por isso, tanto a interpretação como a aplicação das normas desse direito devem visar a resguardar a dignidade humana.[33]

Dessa forma implementa-se o pensamento de Alexy já explanado em tópico anterior no qual a relação entre direito fundamental está presente sim na necessidade da sociedade, fato este que se vislumbra na presente discussão, haja vista que até o momento não houve posituação do direito ao meio ambiente como presente no rol dos direitos humanos, contudo a necessidade do mesmo é premente como se observa.

Em 1990, a Comissão de direitos Humanos da ONU adotou a resolução intitulada Direitos Humanos e Meio Ambiente, a qual reconhece a relação entre preservação do ambiente e promoção dos direitos humanos. No mesmo ano, a Assembléia Geral da ONU declarou que “todos indivíduos têm direito de viver em um ambiente adequado à saúde e bem estar”.

Em 2002, por força da aprovação da Resolução AG/RES. 1896 (XXXII-O/02), a qual determinava o acompanhamento do tema de direitos humanos e meio ambiente, dispensando atenção especial ao trabalho que os foros multilaterais relevantes desenvolvem sobre ele, o Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos indicou que “o vínculo entre os direitos humanos e o meio ambiente é um aspecto nascente no trabalho da Comissão que, até esta data e neste sentido, guarda relação muito estreita com seu trabalho sobre os direitos dos povos indígenas e a conexão especial destes com a terra”. [34]

A proximidade entre os dois é latente, haja vista que sem um meio ambiente saudável não se pode gozar de direitos básicos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A partir do início desta estreita relação entre direitos humanos e meio ambiente, Edson Ferreira de Carvalho afirma que existem três abordagens referentes a este binômio frente ao Direito Internacional: A primeira reivindicaria a consagração do direito humano ao meio ambiente de certa qualidade. Nesta concepção, a consagração do direito ao meio ambiente saudável é absolutamente fundamental ao gozo e exercício do direito à vida e dos demais direitos humanos; A segunda corrente, embora reconheça a superposição da proteção ambiental e dos direitos humanos em algumas situações específicas, não acredita que o simples reconhecimento do direito substantivo ao ambiente seja a melhor alternativa, para se implementar a proteção ambiental e que os esforços devam ser concentrados no aperfeiçoamento dos direitos ambientais de ordem procedimentais. A terceira, de cunho moral, defende a mudança de paradigma, na qual se reconheça o valor intrínseco do ambiente.[35]

Ainda segundo Edson Ferreira Carvalho, uma corrente do direito dos Direitos Humanos alega que as instituições de direitos humanos já têm problemas suficientes e que a ampliação de seu mandato para tratar de questões ambientais competirá pelo escasso recursos desses órgãos, reduzindo ainda mais sua efetividade.[36]

O que expõe aqui não é a vontade de que problemas ambientais sejam solucionados em instituições de direitos humanos e tampouco que assuntos de direitos humanos sejam tratados por órgãos de Direito Ambiental Internacional. Contudo não se pode negar a interpenetração dos assuntos relativos a degradação ambiental e direitos humanos em níveis local, nacional, regional e global. O que se busca é demonstrar a possibilidade de atuação de forma complementar e interdisciplinar com as instituições e órgãos ambientais de forma a evitar obstaculizar as medidas necessárias à proteção ambiental.

Alguns autores abordam que esta aproximação do direito ambiental com os direitos humanos acarretariam algumas vantagens, entre elas pode-se citar: i) a imunidade frente a lobbys de grupos e às negociatas tendentes a sacrificar o meio ambiente em benefício de outras prioridades nos processos administrativos em geral; ii) a diferença que existe entre o cidadão argumentar frente a um órgão administrativo governamental, solicitando que o interesse público seja interpretado para proteger valores ambientais dos quais ele se beneficia e o cidadão que se apresenta perante uma Corte reivindicando direitos que lhe são outorgados; iii) a legitimação da supervisão internacional das políticas ambientais na esfera doméstica dos Estados, permitindo a apresentação de petições individuais às instituições de direitos humanos e o estímulo à formação de remédios jurídicos apropriados.

Porém os maiores oponentes da proclamação do direito humano ao meio ambiente encontram-se dentro da comunidade ambientalista, especialmente por parte dos ecologistas profundos que preferem concentrar esforços no reconhecimento do valor intrínseco da natureza. Para este pensamento promover o meio ambiente como direito humano estaria por descaracterizar o meio ambiente que é formado por inúmeros seres vivos e objetos inanimados e não somente o humano.

Luiz Rodriguez-Rivera elaborou raciocínio sobre a existência do direito humano ao ambiente, formulando o chamado direito humano à proteção ambiental. O que chama a atenção é a integração do direito substantivo ao ambiente, dos direitos do ambiente com foco no valor intrínseco do ambiente e dos direitos de caráter procedimental em uma única categoria, o direito humano à proteção ambiental.[37]

O mesmo autor encerra questionando, afinal existe o direito humano ao ambiente? O mesmo responde com apenas uma palavra: depende. Se as fontes do Direito Internacional forem expandidas para incluir a evolução do Direito Internacional Moderno, reconhecendo que a vontade do povo pode ser evidenciada persuasivamente através de outras fontes que não as clássicas, então a resposta seria sim. Porém, se a comunidade jurídica internacional persistir em restringir a evolução das fontes doutrinárias, então a resposta é não.[38]

A proteção ambiental e a proteção dos direitos humanos situam-se hoje, e certamente continuarão a situar-se nos próximos anos, na vanguarda do direito internacional contemporâneo.[39]

4. SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS DE DIREITOS HUMANOS

Após os primeiros precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos através do chamado Direito Humanitário, a Liga das Nações e com foco mais específico a Organização Internacional do Trabalho e principalmente com a internacionalização dos direitos humanos após o pós guerra restou necessária a criação de um Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

Tal fato concretizou-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e posteriormente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as convenções internacionais sobre situações específicas.

Como já restou elucidado no tópico anterior, a questão ambiental fazendo parte integrante dos direitos humanos poderá ser analisada por este sistema de solução de controvérsias, pois o problema ambiental ultrapassa fronteiras. As soluções devem ser integradas, sob pena de atos praticados em um país virem a atingir outro, ou mesmo a ocasionar danos nos dois.^[40]

Assim, são os tratados internacionais a principal fonte de obrigações provenientes do Direito Internacional, haja vista tratem de acordos que vinculam e obrigam juridicamente, no melhor estilo *pacta sunt servanda*.

Em razão disso a Declaração dos Direitos Humanos, bem como os Pactos Internacionais derivados geram aos Estados-partes estas obrigações.

A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o estado nas relações internacionais.

Em face desse cenário, percebe-se que a Carta de 1988 introduz inovações extremamente significativas no plano das relações internacionais. Se, por um lado, esta Constituição reproduz tanto a antiga preocupação vivida no Império no que se refere à independência nacional e à não-intervenção como reproduz ainda os ideais republicanos voltados à defesa da paz, a Carta de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. A orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX.^[41]

Assim, no que tange ao fortalecimento da ordem ambiental internacional restam, assim, as obrigações de uma ética planetária, o mais das vezes desconhecidas e desconsideradas, e os acordos que se traduzem em diferentes objetivos e modalidades de cooperação, seja entre dois países, seja em blocos de países (blocos regionais), seja na adesão efetiva às avenças multilaterais.^[42]

Dessa forma a ação isolada de um ou de alguns países em defesa do meio ambiente – que, afinal, pertence à humanidade, de hoje e de amanhã – pouco resultado produzirá na contenção de problemas de alcance transfronteiriço, como a poluição atmosférica, a contaminação dos ecossistemas aquáticos, a degradação do solo e da vegetação.

A violação de direitos humanos, causada por degradação ambiental se é que assim poderia denominá-la, alcança geralmente extensas regiões situadas dentro das fronteiras de um ou de vários Estados, afetando número indeterminado de pessoas, como se observa, por exemplo, com a contaminação por pesticidas.”[43]

Tendo em vista esta possibilidade de degradação de forma ampla e irrestrita a fronteiras, cumpre observar que a realização desta cooperação internacional não importa em renúncia à soberania do Estado ou à autodeterminação dos povos, mas, ao contrário, está em perfeita consonância com o Princípio 2º da Declaração do Rio.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insere-se no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, por meio de um sistema especial de proteção, que para Flavia Piovesan conduz a um processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultando em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção.[44]

O interesse nessa relação ganhou novo impulso em virtude do crescente número de conflitos ambientais, nos quais governos repressivos estavam violando direitos humanos de comunidades pobres, minorias étnicas, povos indígenas e populações de territórios ocupados. O ambiente passou a ser um dos aspectos importantes no abuso de direitos humanos em várias partes do planeta, como os testes nucleares realizados na França no Pacífico Sul, a exploração por multinacionais de petróleo em terras do povo Ogoni na Nigéria, a construção da barragem de Três Gargantas e a exploração de recursos naturais no Tibete pela China.[45]

Em vista destas situações se faz necessária a possibilidade da utilização de sistemas de soluções de controvérsias ambientais perante às instituições de direitos humanos. O que foi abordado até é momento reflete-se no sistema global de proteção dos direitos humanos, contudo analisar apenas e tão somente o sistema global não seria de grande interesse haja vista que existem também os sistemas regionais como o europeu, africano e interamericano.

Portanto antes de elevar a discussão a nível global, dever-se-ia buscar solução junto ao sistema regional. Desta forma a presente pesquisa irá focar os seus estudos junto ao sistema regional no qual estamos inseridos, ou seja, o interamericano.

4.1. SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens.[46]

Com esta idéia surgem os sistemas regionais, buscando congregiar pensamentos homogêneos dentre da mesma região tendo em vista a proximidade de conveniências, histórias, origens, com o intuito de melhor proteger os cidadãos que ali vivem.

Pode-se notar a coexistência de sistemas, quais sejam o sistema global, composto dos instrumentos propostos pelas Nações Unidas, e o sistema regional de proteção, atualmente através dos sistemas europeu, africano e interamericano.

No presente trabalho procura-se a análise dentro do sistema interamericano, o qual possui como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. A Convenção Americana também denominada de Pacto de San José da Costa Rica e entrou em vigor em 1978, sendo que apenas Estados membros da Organização dos Estados Americanos possuem o direito de aderir à mesma.

No que tange aos direitos preceituados, assegura-se uma gama de direitos muito similar ao previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, principalmente o direito à vida.

Com a Convenção Americana, o governo tem conseqüentemente a constituição de obrigações positivas e negativas, sendo que existe a obrigação de não violar direitos individuais, bem como para adotar medidas afirmativas necessárias e razoáveis para colocar em prática os direitos garantidos pela Convenção.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, através de algumas formas: a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros; b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos; c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem estas violações.^[47]

É também de competência da Comissão examinar as comunicações, encaminhadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda entidades não governamentais, que informem denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção, por Estado que dela seja parte com fulcro nos artigos 41 e 44.

Porém para que este pedido seja analisado, são necessários a verificação de determinado requisito de admissibilidade, tais como o prévio esgotamento dos recursos internos, com exceção de injustificada demora processual.

Tal requisito decorre da idéia de dar ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico interno, antes de ser verificada sua responsabilidade internacional.

Após o requerimento passar pelo requisito de admissibilidade, a Comissão solicitará informações ao Governo denunciado. Recebidas as informações do Governo, ou transcorrido o prazo sem que as tenha recebido, a Comissão analisará se subsistem os motivos da petição. Caso não existam motivos a petição será arquivada.

No caso de existirem motivos a Comissão realizará, como conhecimento das partes, uma investigação dos fatos. Realizada a investigação a Comissão se empenhará

em buscar uma solução amistosa entre as partes, caso esta ocorra, será elaborado um informe que será transmitido ao peticionário e aos Estados-partes da Convenção.

Caso não seja alcançada a solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, apresentando fatos e as conclusões pertinentes ao caso, e eventualmente recomendações ao Estado-parte que terá três meses para conferir cumprimento às recomendações. No caso de não ser solucionado é que o caso será encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, os indivíduos e organizações não governamentais não poderão encaminhar uma petição à Corte Interamericana, mas tão somente à Comissão, pois só a Comissão Interamericana e os Estados-partes é que possuem competência para submeter um caso à Corte.

A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima.[48]

Uma proposta para a maior democratização do sistema, seria permitir o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana – hoje restrito apenas à Comissão e aos Estados. Note-se que no sistema regional europeu, mediante o Protocolo 11, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de indivíduos pode submeter diretamente à Corte Européia demanda veiculando denúncia de violação por Estado-parte de direitos reconhecidos na Convenção.[49]

Neste sentido o indivíduo que sofre uma afronta a direitos humanos não poderá diretamente requerer uma solução frente à Corte Interamericana, mas somente à Comissão que após o procedimento citado é que poderá enfim julgar o caso. Mas veja-se que a própria Comissão possui um poder em suas mãos que já possibilitaria o cumprimento das regras preceituadas, não podendo ser menosprezada esta possibilidade.

4.2. QUESTÕES AMBIENTAIS COMO DIREITOS HUMANOS RECONHECIDOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO

No que tange a questão ambiental a Comissão Interamericana até o momento não julgou nenhuma questão de mérito a afronta a direitos do meio ambiente, mas apenas tem recebido denúncias de violações a direitos humanos apresentadas por ativistas ambientais, que denunciam tratamentos vexaminosos da parte de Estados do Hemisfério. As denúncias têm como elemento comum a indicação de que as violações contra esses ativistas é devida a seu trabalho em defesa de direitos humanos de grupos locais afetados pela degradação ambiental.[50]

Porém nada obsta que uma questão ambiental seja matéria chave de discussão junto ao sistema interamericano, até porque o Protocolo Adicional à Convenção

Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador^[51] prevê em seu artigo 11 que “1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” e “2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”.

Após a análise de que realmente o meio ambiente se enquadra como direito fundamental e sob os mesmos argumentos que se enquadra como direitos humanos reconhecidos de forma global e no caso específico a verificação de que no caso do sistema interamericano ele também está presente, não há o que se questionar sobre a possibilidade ou não de discussões ambientais, de mérito, frente as instituições de proteção aos Direitos Humanos.

Contudo ainda pode-se questionar a possibilidade de discussão de forma individual, ou seja, o indivíduo questionando a afronta a seu direito humano de proteção ao meio ambiente no sistema interamericano.

O sistema regional europeu já se deparou com a questão e analisou em 1994 o caso Lopes Ostra versus Espanha no qual a Sra. Gregória Lopes Ostra insurgiu-se contra uma indústria de couro instalada nas proximidades de sua residência em Lorca, Murcia, Espanha em razão da ausência de estação depuradora de água e resíduos sólidos que acabaram por provocar problemas de saúde além de poluição sonora, atmosférica e mau cheiros, conseguindo a condenação do Estado espanhol em quatro milhões de pesetas.

Assim como há direitos que são essencialmente “individuais”, que podem ser protegidos somente no próprio indivíduo, também há direitos que podem ser melhor protegidos através de um grupo, particularmente no caso de vir este grupo a ser vitimado.^[52]

Neste sentido cabe a cada indivíduo que se sofrer tolido em seus direitos buscar as soluções para estas controvérsias, bem como caso caiba, a determinada indenização.

Canotilho ao fazer menção ao direito do meio ambiente, o trata como direito subjetivo fundamental, tendo em vista ocupa uma posição jurídica pertencente ou garantida a qualquer pessoa com base em uma norma de direitos fundamentais consagrada na Constituição^[53], ou seja, no texto legal da Carta Magna espanhola e portuguesa, assim como na brasileira, existe uma posição jurídico-ambiental garantida à pessoa.

Assim não se pode falar em Direito Ambiental como um simples direito da coletividade, mas principalmente um direito difuso que pertence ao mesmo tempo ao indivíduo e a coletividade.

Portanto, não se trata de individualizar a titularidade do bem jurídico, pois esta é difusa, mas conferir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma garantia individual.^[54]

O direito a um meio-ambiente sadio, como o direito ao desenvolvimento revela a um tempo uma dimensão individual e uma dimensão coletiva. Se o sujeito é um

indivíduo ou um grupo privado, a relação jurídica se exaure na relação entre o indivíduo (ou o grupo de indivíduos) e o Estado; mas se tivermos em mente a humanidade como um todo, a relação jurídica não se exaure naquela relação. É esta provavelmente a razão pela qual freqüentemente se recorre à distinção entre as dimensões individual e coletiva.[55]

Para Paulo de Bessa Antunes o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata-se de um direito individual pertencente a cada um dos indivíduos que integram a coletividade e que tem a condição de ser essencial para o desfrute da sadia qualidade de vida.[56] Nesse sentido inicialmente o direito seria do indivíduo para então pertencer à coletividade, desta forma não destoando dos demais direitos humanos preceituados de forma positiva nos diversos tratados e convenções sobre o tema.

Concentrando-se na implementação dos direitos, há de se admitir que todos os direitos, sejam “individuais” ou “coletivos”, se exercitam em um contexto social, tendo todos uma dimensão “social” neste sentido, porquanto sua vindicação requer a intervenção – em graus variados – da autoridade pública para que sejam exercitados.[57]

Neste diapasão não se pode excluir o interesse da coletividade para com os danos individuais ambientais que acabam por ocorrer, pois existe interesse público na reparação de todo e qualquer dano ambiental, mesmo ocorrendo um dano individual.

Desta forma possui cabimento que um indivíduo que tenha sofrido com um dano ambiental procure as instituições de proteção aos direitos humanos para colocar em ação o seu direito, seja ele no sistema de proteção global ou no regional perante o sistema interamericano, como no caso semelhante europeu.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção do ser humano e a do meio ambiente requerem um enriquecimento conceitual do universo jurídico-internacional, de início mediante a análise aprofundada e eventual consagração e desenvolvimento de novos grandes princípios emergentes, como, por exemplo, os de interesse comum da humanidade, atendimento das necessidades básicas humanas.[58]

Resta necessária a implementação de forma expressa da questão ambiental como constante do rol dos direitos humanos protegidos pelas Cartas, Tratados e Convenções que tratam sobre o assunto.

Neste sentido pode-se com o presente estudo buscar respostas à algumas inquietudes formadas como o início do trabalho.

Considerando, como observado, que o meio ambiente faz parte sim do rol de direitos humanos, caberiam às instituições de proteção destes direitos analisar tais questões bem como principalmente proteger o meio ambiente. Sem dúvida não se estaria enfraquecendo os demais direitos humanos, mas sim congregando a possibilidade de que todos os outros se implementem.

No caso específico do sistema de proteção interamericano, o qual em seu Pacto adicional já prevê a questão ambiental como um dos deveres a serem preservados, existe a problemática da impossibilidade que os indivíduos busquem soluções diretas à Corte Interamericana, necessitando anteriormente passar pela Comissão Interamericana que apenas contempla uma jurisdição recomendatória aos Estados-partes.

O que se busca com o presente trabalho é demonstrar a possibilidade de atuação de forma complementar e interdisciplinar com as instituições e órgãos ambientais de forma a evitar obstaculizar as medidas necessárias à proteção ambiental e não simplesmente dizer que todas as questões ambientais a partir de agora devem ser solucionadas pelos sistemas de direitos humanos.

O fato que se vislumbra é que no caso dos problemas ambientais que em sua grande parte são questões que não respeitam fronteiras, uma possibilidade para buscar a solução de forma rápida e eficaz (a qual o meio ambiente exige) seja através destes sistemas, já que não existem Tribunais ou Cortes específicas para a solução destes problemas.

Tal situação seria ainda mais benéfica no caso dos danos individuais, nos quais o indivíduo lesado não possui em sua volta o aparato administrativo, judicial, econômico e de importância de um Estado.

Dessa forma buscou-se demonstrar novas formas de elucidar determinadas questões, talvez sob um prisma ainda distante, mas que com certeza possibilitaria a defesa dos demais direitos humanos dos cidadãos do planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BIRNFELD, Carlos André Sousa. **Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental**, org. por Antonio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sicoli. O Enquadramento do meio ambiente como direito fundamental e suas repercussões na função ambiental da propriedade rural. IMESP, 2000.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente & direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.), **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: editorial Trotta, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. Mercosul e Meio Ambiente. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 3**. Curitiba: Juruá, 2003.

KÄSSMAYER, Karin. Dano Ambiental Individual – Reflexões. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 4**. Curitiba: Juruá, 2006.

LADEUR, Karl Heinz; PRELLE, Rebecca. Environmental assesement and judicial approaches to procedural errors: a european and comparative Law analysis, **Journal of Environmental Law**, London: Oxford, v. 13, n.2,

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v.4.

OEA. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Conselho Permanente da Organização Dos Estados Americanos. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: Informe do Secretário-Geral em Cumprimento da Resolução AG/RES. 1896. Washington, 2003. Disponível em: <www.scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_03/CP11050P09.DOC>. Acesso em: 13 dez. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

RODRIGUEZ-RIVERA, Luiz. Is the human rights to environment recognized under international law? It depends on the source. **Colo. J. Int'l Envtl. & Pol's**. 2001. v.12

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VULCANIS, Andréa. Direito Ambiental e Direitos Humanos Fundamentais: de uma Base Epistemológica à Fundamentação Jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 5**. Curitiba: Juruá, 2007.

[1] PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004. p. 631

[2] Idem, p. 632

[3] Agenda XXI, capítulo 4.

[4] BIRNFELD, Carlos André Sousa. **Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental**, org. por Antonio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sicoli. O Enquadramento do meio ambiente como direito fundamental e suas repercussões na função ambiental da propriedade rural. IMESP, 2000. p. 284.

[5] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v.4. p. 166.

[6] Apud. SCHMITT, Carl in ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 63.

[7] LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

[8] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 65.

[9] LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 137.

[10] VULCANIS, Andréa. Direito Ambiental e Direitos Humanos Fundamentais: de uma Base Epistemológica à Fundamentação Jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 5. Curitiba:** Juruá, 2007. p. 49.

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 183.

[12] FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: editorial Trotta, 2001. p. 21.

[13] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 192-193

[14] DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.), **Temas de direito ambiental e urbanístico.** São Paulo: Max Limonad, 1998. p.92.

[15] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

[16] Idem, p. 41.

[17] Idem, p. 161.

[18] Idem, p. 175.

[19] PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004. p. 639

[20] LEITE, José Rubens Moratto e AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco.** 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 59.

[21] BENJAMIN, Antonio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69

[22] LADEUR, Karl Heinz; PRELLE, Rebecca. Environmental assesement and judicial approaches to procedural errors: a european and comparative Law analysis, **Journal of Environmental Law,** London: Oxford, v. 13, n.2, p. 26

[23] VULCANIS, Andréa. Direito Ambiental e Direitos Humanos Fundamentais: de uma Base Epistemológica à Fundamentação Jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 5. Curitiba:** Juruá, 2007. p. 49.

[24] BENJAMIN, Antonio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88

[25] PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004. p. 639

[26] VULCANIS, Andréa. Direito Ambiental e Direitos Humanos Fundamentais: de uma Base Epistemológica à Fundamentação Jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 5**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 38.

[27] SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29.

[28] VULCANIS, Andréa. Direito Ambiental e Direitos Humanos Fundamentais: de uma Base Epistemológica à Fundamentação Jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 5**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 38.

[29] CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente & direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 141-142.

[30] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 165.

[31] VULCANIS, Andréa. Direito Ambiental e Direitos Humanos Fundamentais: de uma Base Epistemológica à Fundamentação Jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 5**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 41.

[32] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 31

[33] OEA. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Conselho Permanente da Organização Dos Estados Americanos. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Informe do Secretário-Geral em Cumprimento da Resolução AG/RES. 1896**. Washington, 2003. Disponível em: <www.scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_03/CP11050P09.DOC>. Acesso em: 13 dez. 2008.

[34] Idem.

[35] CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente & direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 78-79.

[36] Idem, p. 153.

[37] RODRIGUEZ-RIVERA, Luiz. Is the human rights to environment recognized under international law? It depends on the source. **Colo. J. Int'l Env'tl. & Pol's**. 2001. v.12 p. 43.

[38] Idem, p. 44.

[39] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 199.

[40] FREITAS, Vladimir Passos de. Mercosul e Meio Ambiente. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 3**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 360.

[41] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 39.

[42] MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1163.

[43] CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente & direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 138.

[44] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184.

[45] CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente & direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 149-150.

[46] Apud. SMITH, Rhona K. M. in PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 238.

[47] Idem, p. 248.

[48] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 104

[49] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 272

[50] OEA. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Conselho Permanente da Organização Dos Estados Americanos. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Informe do Secretário-Geral em Cumprimento da Resolução AG/RES. 1896**. Washington, 2003. Disponível em: <www.scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_03/CP11050P09.DOC>. Acesso em: 13 dez. 2008.

[51] Adotado e aberto a assinatura pela Assembléia Geral da OEA em 17 de novembro de 1988, entrando em vigor em 16 de novembro de 1999.

[52] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 89.

[53] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 183.

[54] KÄSSMAYER, Karin. Dano Ambiental Individual – Reflexões. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução nº 4**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 231.

[55] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 143.

[56] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 166.

[57] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 143.

[58] Idem, p. 198.

O DIREITO AMBIENTAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA.

THE ENVIRONMENTAL RIGHT AND RELATIVIZATION OF THE SOVEREIGNTY

Luiz Carlos Herde

RESUMO

A proteção internacional do meio ambiente adentra no mundo jurídico com a realização da I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, Estocolmo, Suécia. A institucionalização do tema amplia-se com novos eventos que se seguem, e reforçam o ordenamento com pretensão de regular a ação humana. Gera-se um novo construído de valores jurídicos e éticos por força dos fatos, capaz de instituir nova racionalidade em substituição à ordem de idéias fundadas no Estado Nacional. Estabelece-se a responsabilidade comum dos Estados em relação à proteção ambiental. Nesse escopo, analisa-se a possível alteração da noção de soberania nos moldes em que foi concebida pelo Estado-nação. Além disso, discute-se a abertura de espaço aos Estados Cooperativos.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSTITUCIONALIZAÇÃO. SUPRANACIONALIDADE. SOBERANIA.

ABSTRACT

The international protection of the environment gets participation in to the juridical world with the realization of the 1 United Nations Conference on the Human Environment, in 1972, Stockholm, Sweden. The institutionalization of the theme extends up with the new events that happens, and attract the attention to regulate the human action. New concepts of juridical and ethical values are produced, modifying the old rationality established in the National State. The States assume the responsibility of taking care about the environment. In this context, studies are made about the possible amendment of the concept of sovereignty as originally conceived by the Nation-State. Also, discussions are made to study the opening of space to the Cooperative States.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL LAW. FUNDAMENTAL RIGHTS. CONSTITUTIONALISATION. SUPRANATIONAL. SOVEREIGNTY.

INTRODUÇÃO

O nascimento do Direito Internacional de Proteção do Meio Ambiente coincide com a evolução dos direitos humanos. Na mesma época se desenvolve o conceito de Constituição Econômica, e adentra-se no estudo da relação do direito com a economia. É a fase do pós-guerra, um período fecundo que conjuga novos valores. Acalenta-se a idéia de que é possível construir uma civilização, na qual os homens possam desfrutar condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade, a despeito de todas as diferenças econômicas, sociais e culturais que os distingam. Nesse escopo foi concebida essa conquista jurídica, em 1972, durante a realização da Conferência de Estocolmo - CMMAD.[1]

Passados vinte anos, a Segunda Conferência Mundial – Rio-92, por definitivo, põe o ser humano como irradiador das ações de preservação do meio ambiente quando lança o desafio de que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável, e têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”. [2] Nas relações internacionais dentre os muitos compromissos, o de que os países com altos índices de emissão de gases poluentes venham a rever seus modelos de produção e consumo altamente poluidores, a exemplo do Protocolo de Kyoto.

De lá para cá, outras conferências, tratados e acordos vem, em nível global, contribuindo para o direito internacional público e para o ordenamento interno, em direção a uma nova moldura jurídica. De forma inovadora, essas conquistas se refletem em novo *standart* de direitos, ao deslocar a noção de crescimento econômico para a dimensão maior do desenvolvimento sustentado, o qual toma forma com o compromisso de construção de ordenamentos internos aos Países, e seus correspondentes arcabouços institucionais, em direção a um meio ambiente equilibrado e uma vida saudável e produtiva às pessoas.

Trata-se de uma crise, notadamente política e econômica, que se converteu em direitos, e se mostra não ideológica, tampouco dissociada da ciência. Tem a ver com a escassez de recursos, com a matriz energética, com a cultura, com a coexistência individual e coletiva, com a saúde e a vida, e com a efetivação de direitos fundamentais. Portanto, diretamente associada à idéia de cidadania. Assim, adentra-se em delicadas questões políticas, jurídicas e éticas, que levam a um adensamento axiológico nas relações internacionais em face aos novos valores positivados, marcadamente transfronteiriços e multidisciplinares.

Esse contexto remete para a necessidade de cooperação entre os Estados, senão a necessidade comum de serem solidários entre si para poderem ser ambientalmente sustentáveis. Para tanto, cogita-se da idéia de supranacionalidade, em busca de superação da miopia de consciência ainda existente, de que se possa deixar para o futuro a tomada de decisões que revertam os efeitos degradadores do meio ambiente. Isso tudo toca na noção de soberania.[3]

Em síntese, o presente texto objetiva examinar como essa nova ordem jurídica está modificando valores globais, e verificar o quanto esse novo conjunto de direitos opera

modificações nas relações entre os Estados, e mesmo internamente aos mesmos, no que diz respeito à soberania.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Inicialmente, a proteção do meio ambiente teve uma fase de Iniciativas Isoladas, na qual os atos de cunho ambiental não protagonizavam intenção deliberada de proteger o meio ambiente, mas tão-somente a solução de problemas pontuais, vez que não ensejavam a noção de coletivo.[4] No plano internacional, fato marcante o famoso caso da fundição Trail, em 1941, pela emissão de dióxido de enxofre da fábrica Canadense, que redundou em queixas de pessoas situadas em território americano.

Naquele momento, a ênfase do discurso estava nos problemas ambientais causados pela produção, pelo uso intensivo dos recursos pelas nações mais ricas.[5] O eixo temático das discussões dos Países em desenvolvimento se dava por uma nova ordem mundial assentada na redução da pobreza e dos desníveis de renda entre as nações. Defendia-se o princípio da soberania nacional, o direito de uma nação de explorar seus recursos de acordo com as suas prioridades, de também ter a oportunidade de crescimento econômico.

A realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano Realizada em 1972, em Estocolmo, na Suécia, denominada pela sigla CMMAD, é tida pela quase totalidade dos autores como sendo o marco do surgimento do Direito Ambiental. A partir desse momento histórico, a proteção ambiental internacional ganha regras e princípios próprios, como nova ciência jurídica modificadora da perspectiva não só ambiental, mas também em relação a outros temas que lhe fazem interface, e para todas as pessoas e nações do planeta.

A nova visão passa a agregar a trilogia: Direitos Humanos, direito a um Meio Ambiente sadio e equilibrado, e direito a um desenvolvimento sustentado. A partir de então, outras questões, de fundo político, eclodem em meio a discussão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, e têm pressão de reconstrução em nova racionalidade.[6] Assim, o tema ambiental toma proporções globais efetivas, e envolve a dimensão social da mudança global, daí, sem embargo, do comportamento humano, das barreiras intelectuais e institucionais existentes entre as ciências sociais e as ciências naturais[7].

A seguir, numa fase que podemos chamar de Pós-Conferência de Estocolmo, em 1987, o mundo conhece o relatório BRUNDTLAND, intitulado de *Nosso Futuro Comum*, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que estabelece profunda análise da situação ambiental do planeta em face ao desenvolvimento. Concluiu o relatório pela necessidade da compreensão dos problemas ambientais como responsabilidade de todos, Estados e cidadãos. O alerta aponta para a necessidade de reconstrução geopolítica, de um mundo dividido, de uma sociedade de risco instrumentalizada no pós-moderno por arsenal científico e tecnológico de alto potencial destrutivo e ameaçador.[8]

Uma nova Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente é realizada, em 1992, no Rio de Janeiro – a Rio-92, cujos resultados reapresentam alguns dos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e acrescenta outros tornando-os cristalizados perante a opinião pública internacional. Estabelece como princípio 1: “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.^[9] Produz-se, ainda, a importante Agenda 21.^[10] Em seu bojo, ocorre uma fusão entre os ambientalistas e os movimentos sociais, associando-se a pobreza como fonte de degradação ambiental, principalmente no exemplo das populações de baixa renda das cidades, obrigadas a viver em áreas de risco ambiental.^[11] Esses eventos engendraram um rol não fechado de princípios do Direito Ambiental.

Destaque na Rio-92, o princípio da precaução:

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio de precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Para Cristiane DERONI, esse princípio expressa a essência do Direito Ambiental.^[12] Outros não menos importantes, consubstanciados na cooperação e participação, na idéia do poluidor-pagador, e do desenvolvimento sustentado, como imprescindíveis para os esforços de superação de problemas associados ao meio ambiente.

No particular do desenvolvimento sustentado, Wagner Costa RIBEIRO abstrai do conceito de desenvolvimento sustentado um paradoxo que levanta a mesma situação: como manter a sustentabilidade, uma noção das ciências da natureza, com o permanente avanço na produção exigida pelo desenvolvimento, cuja matriz está na sociedade?^[13]

Busca-se, assim, novos significados e remodelação do processo de gestão, pelo caminho das normas jurídicas. É o direito criando uma nova perspectiva.

Nessa esteira, esclarece Luiz Edson FACHIN: “a todo o momento os fatos se chocam com o discurso normativo, e a prática modifica o formal jurídico, valendo mais o comportamento, que dá significantes a todo momento, que vai além da norma expressa, ou seja, o direito positivo dá lugar a novas regras que sucedem as anteriores”.^[14]

De outro modo, Fritjof CAPRA, em relação a busca de significados, argumenta estar a mesma voltada para a sobrevivência, de que é próprio da natureza humana dar sentido às experiências, e assim, a busca de significados é a busca por padrões, e tem a ver com a perspectiva evolutiva.^[15] Aponta, ainda, que esse afastamento do homem de sua matriz natural rompe com a teia da vida, colocando em risco todas as espécies do planeta, necessitando-se de uma visão de mundo holística, não como uma coleção de partes dissociadas.^[16] Aduz ser a consciência humana não só um fenômeno biológico, mas também um fenômeno social.^[17]

Complementa DINIZ, aludindo que foi isso que sugeriu a Declaração de Estocolmo quando proclamou o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito difuso, um meio onde vivem seres humanos, e suas formas organizacionais, tais como instituições internacionais, tratados, acordos, Constituições e normas infraconstitucionais, surgindo, por consequência, o constitucionalismo ecológico.[18]

Nesse contexto, o direito ambiental nasce como sendo direito fundamental. São os direitos humanos reconhecidos pela norma, tanto nacional quanto internacional.[19] Assim, entende-se por direitos humanos as aspirações humanas, em todo o mundo, enquanto que os direitos fundamentais são as concretizações dos direitos humanos, positivados nas Constituições, conquanto dotados de vinculatividade jurídica.

Ensina Paulo BONAVIDES, foram três os princípios cardeais esculpidos pelo lema revolucionário do século XVIII, de autoria dos franceses: “liberdade, igualdade e fraternidade”. [20] Por seu turno, José Joaquim Gomes CANOTILHO deixa lição esclarecedora sobre poderem os direitos fundamentais ser compreendidos em duas fases: “uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Declaratio des Droits de l’Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à idéia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais”. [21]

Consagrada classificação separa-os em gerações distintas. José Afonso da SILVA aponta caracteres reconhecíveis. [22] Os de primeira geração ou direitos de liberdade; os de segunda geração como sendo os direitos sociais, culturais e econômicos. Os de terceira geração - os direitos humanos, a partir da década de 1960, tiveram alargamento de sua base, desdobrando-se em novas categorias. Correspondem aos direitos relativos ao postulado da fraternidade; ou, para parte da doutrina ao princípio da solidariedade. Ensejam concepção de engajamento, isto é, de inclusividade. [23] Aqui insere-se o direito ao meio ambiente. Por último, há autores que mencionam uma quarta geração. Na concepção de BONAVIDES, podem ser compreendidos como a “globalização política na esfera da normatividade jurídica, que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. São eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. [24]

Nesse escopo, questionamento essencial diz respeito em se saber quais as condições para a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse tocante, Marcos Augusto MALISKA alerta para a necessidade de superação de preconceitos e mudança na estrutura social, vez que os direitos fundamentais formam um todo, em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. [25]

Com efeito, a proteção universal dos direitos humanos vem ocorrendo cada vez mais independente do Estado, reduzindo-se a mediação entre o indivíduo e as organizações internacionais. [26] A respeito, corrobora Cristiane DERANI ao afirmar que a efetividade dos direitos fundamentais não é resolvida tão-só no interior do sistema jurídico, mas ao tornar-se “questão de operação sistemática de uma política de direitos fundamentais”. [27]

2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

A Constituição Brasileira de 1988 é reconhecida como uma das mais completas em matéria ambiental, tanto é que, segundo José Afonso da SILVA, “pode-se dizer que é uma Constituição eminentemente ambientalista”.[\[28\]](#)

Isso se evidencia pelo fato da legislação ambiental no texto constitucional ter ganho força jurídica expressiva e ritmo de contemporaneidade, porquanto tratada de forma ampla e profunda, sendo inserida em seis dos nove títulos da constituição, reservando no título VIII, do capítulo VI, da “Ordem Social”, tratamento específico a respeito.

Na Carta Magna, o Direito Ambiental exsurge como princípio democrático de que todos os cidadãos do planeta passem a ser titulares de direito em relação a uma sadia qualidade de vida.[\[29\]](#) Não perdeu o legislador constituinte a oportunidade de conceber esse algo ligado diretamente à saúde como um princípio fundamental, com *status* de cláusula pétrea.

Sobre a importância da Constituição, Clèmerson Merlin CLÈVE:

a Constituição é fundamento, mas é também centro, estrela-mãe a atrair para a sua órbita os fragmentos que compõe o universo normativo contraditório da sociedade complexa. Tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico. Sendo centro, fundamento e filtro, o direito constitucional, agora, é outro. Não é mais um discurso de especialistas, uma linguagem apenas para os iniciados. Ao contrário, é agora língua comum, idioma compartilhado por todos os juristas (para não falar dos cidadãos), uma espécie de língua franca na medida em que não há possibilidade de aplicar o direito (qualquer ramo do direito) sem, ao mesmo tempo, transitar pelo direito constitucional.[\[30\]](#)

No tocante a interpretação das normas constitucionais, Paulo BONAVIDES esclarece ser aquela regida pelo “critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema”, o que implica nenhuma liberdade, direito, ou norma organizacional ser idônea fora de uma interpretação sistemática.[\[31\]](#)

Complementa Lenio Luiz STRECK, afirmando que a Constituição de 1988 “apresenta a determinação da realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à terceira dimensão de direitos [grifos do autor]. Para tanto, o Direito assume nova feição: a da transformação das estruturas da sociedade”.[\[32\]](#)

Nesse contexto, CANOTILHO alerta sobre os novos deveres constitucionais, dentre os quais o dever de defesa do ambiente, o dever de defesa da identidade humana e o dever de defesa da paz, e argüi: “não tiveram dos críticos o devido aprofundamento de seu sentido, vistos não no seu todo”; e rebate as críticas: “pecam pela historicidade redutora,

pela precompreensão ideológica não hermeneuticamente reveladas, pela captação apriorística da idéia de fundamentalidade e não fundamentalidade”.^[33]

No pensar de Marcos Augusto MALISKA, ao destacar a superação da visão de que a Constituição é meramente direito estatal, de conteúdo político e alheio ao conhecimento técnico dos juristas e operadores da lei, e em relação ao seu novo papel, afirma ser o de “guia da sociedade”.^[34] A seguir, conclui: “é sob essa nova perspectiva que assentam os direitos fundamentais na ordem constitucional, ou seja, a comunidade é regida pelo pacto jurídico-político Constitucional e toda ação, estatal ou privada, quando excedente dos limites da autonomia privada, é, necessariamente, reconduzida para os fins sociais, que se destinam a todas as atividades comunitárias.^[35] Complementa, em relação aos direitos conquistados nos últimos duzentos anos, conquanto assentados em ideário liberal, que não pertencerem somente a uma classe social, mas ensejam uma “universalidade de categorias como Democracia, Direitos Humanos, Estado-de-Direito, Liberdade e Igualdade, (...) verdadeiros instrumentos operacionalizantes de um novo projeto de sociedade”.^[36]

Aprofundando-se no tema, Miguel REALE ensina sobre o termo “Direito” e sua tríplice perspectiva, na qual encontram-se os elementos: “o Direito como valor do justo (...), o Direito como norma ordenadora de conduta (...), e o Direito como fato social e histórico”.^[37]

Uma análise mais apurada em relação a Constituição de 1988 leva a constatar que o conteúdo ambiental é tratado como norma programática, de eficácia limitada, gerando direitos subjetivos, e remetendo muitos temas para a regulamentação posterior, em nível infraconstitucional. Em suma: num amplo catálogo de direitos estabeleceu-se os fins a serem alcançados, por ação do Estado e da coletividade. Essa foi a escolha do legislador, diante da impossibilidade de ser abarcada toda a matéria no texto constitucional.

Como núcleo central, preceitua o artigo 225, da CF/88: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

No que toca o assunto ao Estado e cidadania, Roxana Cardoso Brasileiro BORGES, afirma que “os deveres correspondentes à função ambiental não são exclusivamente do Poder Público; são solidarizados com a esfera particular.^[38] Na mesma esteira, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães TANAJURA, acrescenta que, em relação a função social da propriedade, o direito de propriedade, a partir da CF/88, passa a subordinar-se aos reclamos da sociedade, a “ter uma missão social” [grifo nosso], tanto no que se refere aos imóveis urbanos (artigo 182, parágrafo segundo), como aos rurais (artigo 186, incisos I e IV).^[39]

Para aquilatar o desafio que enseja o tema, José Reinaldo de Lima LOPES, ao tratar dos conflitos sociais, separa-os em três espécies: problemas do poder público, exigência de políticas públicas, e problemas individuais e chave coletiva, os quais acabam por desaguar em controvérsias no judiciário, notadamente nos tribunais superiores, denotando-se o problema da justiça distributiva – alocação individual de recursos

comuns, e da legitimidade do sistema normativo, com sobrecarga do órgão encarregado de resolver controvérsias.[40]

Nesse contexto, os direitos coletivos, reconhecidos como sendo de terceira geração, lançaram novas formas de gestão da coisa pública, alcançando relevo em sua configuração política. Esse é o entendimento de Ada Pellegrini GRINOVER, autora do anteprojeto de lei que deu surgimento ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Afirma tratar-se de “uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação”.^[41]

Pesquisando sobre as diferentes abordagens na inclusão nas Constituições do Direito Ambiental, José Joaquim Gomes CANOTILHO aponta que na Constituição Portuguesa de 1976, o Direito Ambiental é tido como direito subjetivo, incluído no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, obrigando o Estado a adotar medidas de proteção relativamente às futuras gerações. Já com respeito a Constituição Espanhola de 1978, destaca a menção do artigo 45: o direito de todos a “desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa bem como o dever de o conservar”.^[42] Assim, afirma o autor que essas colocações permitem defender que o direito ao meio ambiente será um direito subjetivo nesses ordenamentos constitucionais, vez que assegura-se garantia à pessoa e consta como preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais na Constituição.^[43]

3 SUPRANACIONALIDADE, MEIO AMBIENTE E SOBERANIA

Adentrando no tema da supranacionalidade, passa-se a examinar alguns fenômenos pertinentes. Por primeiro, nos deparamos com o fenômeno da globalização. Trata-se de termo cunhado por Friederich VON HAYEK, em 1953, de grande e infreável movimento do exercício democrático das principais e mais expressivas nações do planeta, cuja promessa, com o tempo, haveria bons resultados para todos. Transmite a sensação de que, se a ordem econômica e social interna de um País espelhar-se nesse movimento terá resultados certos que atenderão satisfatoriamente a um maior desenvolvimento econômico e comercial. Boaventura de Sousa SANTOS levanta traços característicos da globalização da economia.^[44]

Desse modo, a questão que se põe diz respeito em saber se esse modelo globalizante, que possui no consumismo o elemento propulsor, é compatível com o modelo de desenvolvimento econômico e social proposto pela proteção do meio ambiente, que pretende o acesso de todos aos direitos fundamentais, a um modelo de desenvolvimento sustentado, e a sadia qualidade de vida.

No entendimento de Paulo Nogueira BATISTA, “as propostas do Conselho de Washington nas 10 áreas a que se dedicou convergem para dois objetivos básicos: de um lado, a drástica redução do Estado e a corrosão do conceito de nação; por outro, o máximo de abertura à importação de bens de serviços e à entrada de capitais de risco.

Tudo em nome de um grande princípio: o da soberania absoluta do mercado auto-regulável nas relações econômicas internas quanto externas”.[45] Para John Kenneth GALBRAITH a globalização foi um sonho em vão, um grande erro, ao afirmar que “ignoraram-se duas necessidades: uma ordem política estável e educação geral para as massas.”[46]

A respeito dessa aparente e natural lógica da globalização, de sua vez, Eduardo Biacchi GOMES, afirma que “não foi o que ocorreu, uma vez que as desigualdades e o abismo entre os países centrais e os periféricos somente aumentaram, o que é motivo de questionamentos sobre a eficácia do processo da globalização econômica”.[47]

Sucedem, porém, que o modelo adotado, gerador de riquezas como jamais se viu na história, tem nas normas de proteção ambiental uma ameaça para muitas nações, haja vista o ônus de freamento no ritmo do consumo, reconhecidamente insustentável, e que projeta crescentes passivos ambientais.

Destarte, o tema é complexo e revela outras percepções.

Na esteira dos direitos humanos, em relação a sua possibilidade de existência no mundo real, por força da ação social, Carol PRONER se manifesta:

no sentido da historicidade que deve estar presente em qualquer análise que pretenda superar o formalismo jurídico, os direitos humanos, como qualquer objeto de investigação social, vêm determinados e determinam um conjunto de idéias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção que predominam em um momento histórico, em um contexto espaço-temporal concreto e que são justificados ou criados por um conjunto de discursos e narrações que constituem o universo simbólico de legitimação.[48]

Depreende-se, por fim, a existência de um paradoxo, na seguinte lógica: de um lado a constatação de falha do atual modelo globalizado em compatibilizar o desenvolvimento com uma vida saudável e um meio ambiente sustentável; e, se de outro, esse mesmo modelo globalizado é causa de abertura, cooperação e integração de Estados, num arranjo para promover o desenvolvimento regional e evitar a autodestruição, o que corrobora para a solução dos problemas ambientais em nível supranacional.

A história recente mostra que países homogêneos tiveram mais sucesso em criar e assegurar seus direitos, e com mais facilidade conseguiram se recuperar de situações difíceis. Em particular, nos países da América Latina é comum a coexistência de diferentes fases evolutivas para suas populações, dos favelados passando por uma classe média com nível satisfatório de inclusão social, até o topo de uma situação pós-moderna na qual para uma minoria se dá inclusão social máxima, com consciência política.

Pedro DEMO contextualiza sobre o tema: “Existe uma diferença monumental entre nosso Estado e o Estado Europeu de bem-estar. Lá, a população está imediatamente por

trás. Aqui, há um fosso histórico, cuja superação será um processo profundo e certamente lento de conquista popular”.[49]

Essa discussão remete para o acesso aos direitos fundamentais, e sendo universais, apontam para a aproximação dos povos, das coletividades, para a tolerância. Enfrentando este desafio, Peter KOESTENBAUM afirma que o resgate dos valores civilizacionais aproxima a agenda dos governos democráticos, e que essa superação tem a ver com a Nova Economia.[50]

Nessa dialética entre o econômico e o ambiental, não nos deixa esquecer COMPARATO que só o ser humano representa, como demonstrou KANT, um fim em si mesmo.[51]

No tocante ao pluralismo, referindo-se a uma união econômica e política do ocidente, escreve HUNTINGTON: ”um mundo no qual as identidades culturais – étnicas, nacionais, religiosas, civilizacionais – são fundamentais e as afinidades e diferenças culturais moldam as alianças, os antagonismos.”[52] Corroborando nessa reflexão, Milton SANTOS, a respeito da cultura das massas, própria do nosso tempo, depreende que a despeito das imputações involuntárias que lhe sucedem, há uma grande responsabilidade de que estão submetidos os doutrinadores, legisladores e os formuladores de políticas públicas em relação a proteção dos interesses múltiplos que permeiam uma sociedade plural. Exige-se-lhes muita sensibilidade social.[53]

Essa lição se torna clara ao se constatar que o pluralismo e o Estado nacional são temas associados aos fundamentos da ordem constitucional, e requerem a participação de toda a sociedade nas escolhas para serem efetivas.

Em meio a essa nova ordem de valores, toma importância o conceito de Estado. Surgiu quando as monarquias de direito divino se firmaram por titulares de um poder absoluto, consolidando, a um tempo, a soberania e o Estado. O Homem nesta fase, segundo BONAVIDES, perdia a liberdade, mas ganhava, em troca, a certeza da conservação.[54]

Assim, o Estado Nacional tem surgimento nas origens da modernidade, em tempos de desintegração do modo de vida sagrada medieval, cujo espírito medieval entrou em crise.[55]

O Estado surge como defensor dos interesses maiores dos seus habitantes, das riquezas que se inserem no território que lhes diz respeito. Com a revolução francesa a existência do Estado Moderno. A partir daí os direitos individuais, sociais e políticos são defendidos e reverenciados. As constituições modernas passam a elevar a importância da soberania e da propriedade, o que se contrapõe, de certa forma com a política de proteção ao meio ambiente.[56]

Essa visão pregressa, na perspectiva histórica, no entanto, não encontra similaridade com nossa época, se considerada a velocidade com que as informações, conhecimentos, mercados e capitais circulam no mundo, não raro em tempo real. Assim, em moldes diferentes, o fenômeno da integração entre os povos é verificável ao longo da história.[57]

Em nossos dias, as distâncias culturais e mercadológicas são estreitadas, potencializadas, e não raro, até impostas com mais facilidade. Essa fase, designada como Idade Pós-Moderna, tem por ápice chegar ao Estado Social e Democrático de Direito, no qual valores e princípios são inseridos e fazem o amálgama das Constituições pós-modernas.

Nesse sentido, Lenio Luiz STRECK afirma que o Estado Democrático de Direito constitui uma “terceira forma de Estado de Direito exatamente porque agrega um *plus* [grifo do autor] às formas anteriores (Liberal e Social), representado por esses dois pilares: democracia e direitos fundamentais”.^[58]

A crítica que se abre nessa evolução dos acontecimentos é a de que a modernidade não cumpriu suas promessas de inclusão social e redução das desigualdades para muitos dos países do Sul do Mundo. É nesse contexto que surgem muitos dos problemas ambientais.

Conclui Ernildo STEIN ser possível identificar duas correntes principais. Uma capitaneada por HABERMAS e a Escola de Frankfurt, que apregoa estar o projeto da modernidade inacabado, precisando ser continuado; e, outra, dos que dirão que a modernidade acabou, que não é mais possível recuperar uma unidade de razão, estes os pós-modernos. Assim, vive-se na atualidade um período de transição.^[59] Conclui STEIN ao dizer que “nós somos seres do *não mais* e do *ainda não*” [grifo do autor].^[60] Arremata, BARROSO: “vivemos num *pós-tudo*: pós-Marx, pós-Freud, pós-Kelsen. Já não existem ideologias abrangentes à disposição. A revolução não veio. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria, sem violência. A desigualdade abismal, no plano doméstico e no plano internacional, segue sendo um estigma para o processo civilizatório e para a condição humana”.^[61]

Como derradeira observação, o tema em exame adentra no campo dos Estados Cooperativos. Nessa esteira, Peter HÄBERLE contrapondo a concepção do Estado Nacional soberano à idéia do Estado Constitucional Cooperativo, aponta as tendências, na perspectiva jurídico-internacional, de que “a cooperação entre os Estados se coloca no lugar da mera coordenação e da mera ordem de coexistência pacífica”, e, no campo do Direito Constitucional nacional “a diluição do esquema estrito interno/externo a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional”.^[62] Assim, é próprio do Estado Constitucional Cooperativo a abertura para a integração internacional como também para a realização cooperativa dos Direitos Humanos, conquanto, afirma HÄBERLE “vive de *necessidades* de cooperação no plano econômico, social e humanitário, assim como – falando antropológicamente – da *consciência* de cooperação (internacionalização da sociedade, da rede de dados, opinião pública mundial, das demonstrações com temas de política externa, legitimação externa) [grifos do autor].^[63]

Marcos Augusto MALISKA, na mesma esteira, aponta a abertura, a cooperação e a integração dos Estados que se deu após as grandes guerras, notadamente como procedimentos institucionalizados.^[64] Essa sinalização tem respaldo na crescente autoridade dos fóruns internacionais que assim chamam para uma discussão global dos problemas, e como tal remetem as atribuições de responsabilidades para o âmbito internacional.^[65]

Com efeito, decorre desse processo um direito regional e um direito internacional inter-regional, consubstanciado num direito comunitário, que está entre o direito nacional e o direito internacional, na estrutura supranacional, como é no caso da comunidade europeia.[66] É nesse contexto que se dá, em muitos casos, a superação dos limites territoriais, algo inerente a proteção ambiental, e que também ocorre no âmbito econômico. Assim, opera-se mais claramente a noção de soberania.[67]

A partir disso, temos que a nossa realidade social em relação ao Direito requer do Estado um enorme esforço para traduzir em normas os interesses e necessidades das forças sociais. Nesse sentido, MALISKA em texto resgata o pensamento de EHRLICH: “O Estado é acima de tudo uma associação social, as forças que agem no Estado são forças sociais; tudo que emana do Estado, como a ação dos órgãos governamentais e sobretudo a legislação estatal, são obras da sociedade, executadas através da associação por ela criada para este fim, isto é, o Estado”. [68]

Essa visão permeou o relatório da comissão BRUTLAND, que se seguiu a Conferência de Estocolmo, a mais de duas décadas passadas, quando apontou que os Estados devem manter estrutura democrática e as decisões políticas considerar os aspectos ambientais, não só em seu território como de seus vizinhos.[69]

4 RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA E MEIO AMBIENTE

A positivação da proteção ambiental a partir da CMMAD cria um nó legislativo, um aparente conflito entre modelos de desenvolvimento econômico e social, antes e depois do surgimento do Direito Ambiental. Se por um lado é matéria internacional, associada à qualidade de vida das pessoas, que pelos novos valores altera o panorama vivenciado pelos juristas, e que se pressupõe efetiva com o acesso de todos aos direitos fundamentais e a um modelo de desenvolvimento sustentado, há, de outro, reconhecido fundo econômico, e por isso está associada aos grandes acontecimentos globais que afetam o desenvolvimento das nações nos moldes hoje concebidos. Nesse escopo, entre o velho conjunto de valores ainda existente e o novo não totalmente efetivado, resurge o tema da soberania.

A idéia de soberania foi inicialmente formulada por Jean Bodin (*Lês six Livres de la Republique*), em 1576, com a identificação de normas ligadas ao exercício do poder político. Num primeiro momento, mais como processo defensivo, nas lutas contra a igreja e o império (soberania externa) e contra as limitações dos pretendidos direitos feudais dos vassalos e as franquias corporativas e comunais (soberania interna); e a seguir, com conotação mais agressiva, de investidas imperialistas.[70]

Nesse sentido, a concepção do que seja soberania acompanha a evolução do homem. Thomas HOBBS, em 1651, apresenta a obra “Leviatã”, no entendimento de que o “homem é o lobo do homem”, e assim todos concordam em renunciar ao seu direito ilimitado, do estado de natureza, em prol de uma espécie de egrégora, o que veio a ser mais tarde o Estado, com poder absoluto e indivisível.[71] Essa concepção foi revista por ROUSSEAU, que reafirmou o contratualismo em bases comunitárias, numa noção

que conjuga liberdade e obediência, contrato este emanado da vontade individual, e separando-se o soberano do governo. Assim, distingue-se o conjunto do povo, como sendo o soberano, do conjunto de funcionários, limitados pelo poder do primeiro.[72]

De sua vez, Miguel REALE conclui que a idéia de soberania “não é uma qualidade atribuível ou não ao Estado, mas sim ao elemento por excelência do Estado Moderno, abrangendo poderes sem os quais uma entidade hoje em dia não pode ser considerada estatal”. [73] Dessa forma, o autor rejeita a idéia de que soberania é apenas uma categoria histórica, mas sim, representa uma forma especial que o poder político adquire, designada pelos juristas como sendo o conceito jurídico de soberania.[74]

O conceito de soberania veio a ser firmar, sobretudo, na conjugação do conceito de supremacia e de independência, e condicionado a existência de condições objetivas. Como ensina REALE: “o conceito de soberania não pôde formar-se enquanto não houve consciência do fato cultural da coexistência de Estados que não se excluem pelo simples fato de serem Estados”. [75]

As controvérsias a respeito do significado de soberania ainda não foram superadas. No plano interno surge questionamento sobre o alcance da soberania no tocante ao ordenamento jurídico que regula os comportamentos em sociedade.

Carlos Ari SUNFELD, a respeito, entende ser falsa a relação de que a lei é fruto da soberania do Estado, sendo sim, emanção do constituinte.[76] O esclarecimento que se faz é que não se está falando do Estado-Polícia, aquele dirigido por monarcas, que detendo o poder absoluto, criavam ordenamento jurídico dirigido apenas aos súditos, não podendo ser responsabilizados por seus atos, mas do Estado Democrático de Direito.[77]

Em resumo, a fase que consagra a soberania é pós-revolução francesa, e pressupõe a existência de um Estado que se sujeita às leis, estruturado na tripartição de poderes, e que tem norma superior que define sua estrutura e assegura direitos aos indivíduos, e obtenha reconhecimento internacional. Em outra feição, é a soberania associada a uma segunda força: a democracia, que representa o produto da evolução social de um povo.

Divergindo a respeito, FERREIRA FILHO, aduz que o modelo adotado não encontra continuidade por dois fatos incontestáveis, que se combinam: a sua base socioeconômica e a sua viabilidade político-jurídica. Tal base é insuficiente num mundo globalizado, visto a economia de escala. Exemplifica o autor que os Estados europeus, com longa história de inimizades e afrontamentos, evoluíram para formar a comunidade européia, em 1957, pelo Tratado de Roma, pressupondo-se que, da mesma forma em outras partes do planeta, os Estados-nação não desaparecerão, mas virão a associar-se em blocos.[78] Tem-se aí uma visão de que a globalização dos mercados transcende os limites da noção de poder político aplicado nas relações inter-Estados. Arremata o mesmo autor que “há Estados que não exprimem nação alguma, sendo por isso passageiros; outros são multinacionais; existem os que constroem num *melting pot* novas nações”. [79]

De outra dimensão, sobre a perspectiva evolucionista dos Estados-nação, FERREIRA FILHO, tem como improvável a formação do Estado Universal, haja vista um adequado substrato sócio-histórico-cultural para tanto. Aduz, por fim, que, “o equilíbrio entre

nações vai, por muito tempo, reclamar “freios e contrapesos” que impedirão o *one man one vote*”.^[80]

Benedicto Ferri de BARROS tem entendimento de que não se trata de escolha entre Estados fortes ou fracos, mas tem a ver com a “a latitude e o critério com que o poder será exercido, ou não será poder e ainda menos soberano”. ^[81] De sua vez, BARROS, afirma que por definição a jurisdição de uma soberania não vai além de suas fronteiras, isto é, o alcance se circunscreve ao território de um Estado. Dentro dele, a lei deveria ser suprema, para ser soberana. Mas não é. Arremata que “o espaço cibernético ignora soberanias”. A questão que se apresenta é em relação ao que a cultura cibernética deseja realizar.^[82]

A respeito, sugere Tiago FENSTERSEIFER: “é imperativa a relativização da soberania no plano externo, orientando-se pelos direitos humanos fundamentais nas relações com os demais Estados, organizações, empresas multinacionais e seres humanos do planeta”.^[83] Afirma, em complemento, sendo a crise ambiental de dimensões planetárias, e o Direito Ambiental supraterritorial, têm-se nas organizações não-governamentais - ONGs um instrumento de alcance supranacional, em direção a formação de uma consciência ambiental global.^[84]

Para Boaventura de Sousa SANTOS, de todos os problemas enfrentados pelo sistema mundial, a “degradação ambiental é talvez o mais intrinsecamente transnacional”.^[85] Ainda, deduz a respeito que o enfrentamento deste problema pode redundar tanto num conflito global entre o Norte e o Sul, como pode ser a plataforma para um exercício de solidariedade transnacional e intergeracional.^[86]

A dimensão globalizante da questão ambiental sugere uma discussão racional, como algo particular de cada pessoa e assim do interesse de todos. Na visão de CANOTILHO, são direitos dos povos, porquanto “transportam uma dimensão coletiva”, e visto que “pressupõem o dever de colaboração de todos os Estados e não apenas de cada um”.^[87] Na concepção de HÄBERLE, a questão ambiental sugere um reexame das condutas individuais, coletivas, e das nações entre si, como sendo um novo *standart* de direitos, entrelaçando relações internacionais, que remetem em direção a um Estado Constitucional Cooperativo.^[88]

CONCLUSÕES

Com o surgimento da proteção ambiental no âmbito do direito internacional e sua internalização no ordenamento constitucional estabelece-se um novo *standart* de direitos, que estabelece um consenso em torno da busca pela qualidade de vida, com implicações em vários campos do conhecimento jurídico e dos valores escolhidos pela sociedade.

Assim, no âmbito internacional, a proteção ambiental desloca o discurso em torno da dicotomia entre países ricos e pobres para associá-lo aos padrões de consumo. Antes da proteção ambiental, as discussões se davam em torno da falta de recursos, do não acesso

às tecnologias, da necessidade de crescimento e superação da pobreza pelos países pobres e em desenvolvimento, e depois, com fundamento nos novos valores Direito Ambiental, consubstanciados na trilogia: direitos humanos, direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, e direito a um desenvolvimento sustentado.

Em decorrência disso, no tocante aos Direitos Humanos, num paralelo entre os valores ambientais e os prescritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, guarda-se similitude no que diz respeito à vida humana.

Associa-se também os valores ambientais aos direitos econômicos, sociais e culturais, ensejando, por isso, em seu centro um paradoxo. Se de um lado trata da proteção da vida como instrumento para uma existência humana saudável e produtiva, de outro, ao constituir-se como direito subjetivo associado a um catálogo de direitos multidisciplinares, trata da obrigação do Estado de adotar medidas de proteção relativamente às presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, a concretização dos direitos fundamentais implica em sua constitucionalização e na existência de mecanismos para alcançá-los, partindo-se de um consenso da sociedade. No Brasil esse desafio passa pela inclusão social e econômica, sendo dever de todos defender e preservar o meio ambiente, e para incluir observação formulada por Marcos Augusto MALISKA,^[89] setores da população estão acostumados com privilégios e não direitos.

Com relação ao desenvolvimento sustentado, trata-se de conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação da natureza, pressupondo-se uma sociedade sustentável aquela que conseguir atender suas necessidades, manter a capacidade da natureza em se renovar, e assegurar às futuras gerações a possibilidade de ter acesso a um meio ambiente que supra suas necessidades.

Sobre os níveis sustentáveis do consumo, sopesa divergência entre a degradação ambiental em curso no planeta em contraposição aos novos valores da proteção internacional do meio ambiente. Em nível global, apresenta-se a diferença entre os países do Norte e do Sul, e no âmbito interno, a existência de políticas públicas ineficientes, sem o compromisso a uma seqüência de atos técnico-científicos, e próprios da legalidade, ou ainda, o risco de interpretações dos tribunais sem a devida visão de conjunto exigida diante da realidade social.

A respeito da globalização, que vem pressionando para a massificação de valores culturais e para a ampliação do consumismo, importa rever as implicações negativas na qualidade de vida, pois contrariam a nova legalidade do direito das gentes. Quando ao processo cultural, concebe-se, na atualidade, um mundo plural no qual se pressupõe as pessoas desejam uma vida produtiva e com qualidade. Essa situação dá razão aos que consideram o direito ambiental como sendo integrador, que motiva a coexistência, e concretiza a supranacionalidade dos Estados.

Por fim, com tudo isso, o efeito na soberania. Com a positivação dos novos valores ambientais, tem seu conceito alterado nos moldes em que foram concebidas na modernidade. Ambos os processos, interno e externo, passam pelo ordenamento constitucional, e necessitam de medidas de longo alcance para serem concretizados.

Destarte, altera-se com isso a noção de liberdade individual, que cede espaço para o coletivo. Ampara-se juridicamente a reivindicação do acesso aos direitos fundamentais, e numa visão globalizada. Isso pressupõe uma nova forma de pensar sobre como conduzir as relações entre particulares, grupos sociais e entre nações. No campo econômico, exige-se não protelar para as décadas seguintes a decisão de gerar riquezas de forma sustentada, em substituição a visão do lucro, de curto prazo.

Cabe a cada País decidir o que significa um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A ciência, particularmente as exatas e as biológicas, permite aferir os indicadores de sustentabilidade dos ecossistemas para que isso possa ser realizado. Para isso, o País necessita de um lado, atender as necessidades sociais internas, e, de outro, externamente, abrir-se a necessidade de cooperação, de interdependência entre Estados, onde o nacionalismo estará presente em dose certa. Essa perspectiva pressupõe a noção de tolerância entre as pessoas e remete na direção de Estados cooperativos, numa nova acepção do significado de soberania.

Relativizar a soberania é a regra, porquanto acompanha a evolução do homem. Fechar as fronteiras é o retrocesso. A realização do desenvolvimento sustentado, o acesso aos direitos fundamentais, a uma vida mais feliz para as pessoas, aponta para Estados Constitucionais Cooperativos, para um mundo mais solidário. O quanto relativizar é o desafio de cada povo, associado em blocos de Estados ou não, diante do que compreende ser uma coexistência pacífica com outras nações e culturas.

BIBLIOGRAFIA

AGENDA 21. Curitiba: Iparades, 1997.

BATISTA, Paulo Nogueira. *Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. Cadernos da Dívida Externa nº 6. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS, Benedicto Ferri de. *O Futuro de Estado*. In: MARTINS, Ives Gandra (Org.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe institucional)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade Rural*. São Paulo: LTr, 1999.

BRUNDLAND, Gro Harlen. *Nosso Futuro Comum*. Relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Das Contribuições dos Direitos à Crítica dos Direitos*. Brasília, v.1. n.1. 2003.

CAPRA, Fritjof. *Alfabetização Ecológica: O Desafio para a Educação do Século 21*. Especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

_____. *A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

_____. *As Conexões Ocultas*. Ciência para uma vida saudável. São Paulo: Cultrix, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração*. In. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional), Curitiba: Academia de Direito Constitucional, n. 5, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEMO, Pedro. *Pobreza e Política*. 6. ed. Campinas: Autores Associados, 2001.

DERANI, Cristine. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Intemporal – Conjunto de Princípios que Geram as Leis Constitucionais e Infraconstitucionais*. Jornada de Direito Civil, 06-Jun, Unibrasil, 2006.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Cidadania ambiental cosmopolita: um conceito em construção*. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Amazônia. a. 2. v. 1. n. 2. p. 275, Janeiro/Julho 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Especulações sobre o Futuro do Estado*. In: MARTINS, Ives Gandra (Org.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

GALBRAITH, John Kenneth. *A Sociedade Justa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

GOMES, Eduardo Biacchi. *A globalização Econômica e a Integração no Continente Americano: Desafios para o Estado brasileiro*. Ijuí-RS: Unijuí, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto MALISKA e Elisete ANTONIUK. São Paulo: Renovar, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma, e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

KOESTENBAUM, Peter. *Você tem mesmo vontade de ser líder?*. Revista Você, maio, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *O Estado Constitucional em Face da Cooperação Regional e Global*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil. Curitiba, n.6, Jan./Dez. 2006.

_____. *A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; et al. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

_____. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno: Notas para se pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Estado e Século XXI*. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania*. São Paulo: Cortez, 2005.

PRONER, Carol. *Propriedade intelectual*. Para um nova ordem jurídica possível. São Paulo: Cortez, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Wagner Costa. *Em Busca da Qualidade de Vida*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008.

SALEME, Edson Ricardo. *Normas e políticas públicas no Direito Ambiental Internacional*. Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Universidade do Estado do Amazonas. a. 2, n. 2, p. 211, Jan-Jul. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. O social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: PC, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181

SOARES, Guido Fernando Silva. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e Crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Injuí, 2001.

STERN, C. Stern; YOUNG, R. Oran; DRUCKMAN, Daniel. (Orgs.). *Mudanças e Agressões ao Meio Ambiente: como a busca de melhoria e condições de vida dos homens têm contribuído para as mudanças ambientais em todo o planeta*. São Paulo: Makron Books, 1993.

STRECK, Lénio Luiz. *A Constituição como Remédio Contra as Maiorias: Uma visão republicana da Jurisdição Constitucional*. Conferência no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba-PR, 04-07/Out, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: PC, 2004.

TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. *Função Social da Propriedade Rural*. Com destaque para a Terra, no Brasil Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2000.

VIDIGAL, Erick. *Protagonismo Político dos Juizes: Riscos ou oportunidades?* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

[1] Preceitos do Princípio 1 da I Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Urbano, em 1972, Estocolmo, Suécia, denominada CMMAD, na qual reuniram-se 113 chefes de Estado, sendo a maior até então realizada. Estabeleceu princípios a serem seguidos por todas as nações da terra, no objetivo de proteger o meio ambiente, que deram fundamento a vários tratados e convenções subsequentes e, sobretudo, inspiraram ordenamentos internos aos Estados signatários.

[2] Princípio nº 1, da II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, Rio de Janeiro, Brasil – Rio-92.

[3] SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1308-1309. Soberania no conceito jurídico é entendido como sendo o *poder supremo*, ou o poder que se sobrepõe ou está acima de qualquer outro, não admitindo limitações, exceto quando dispostas voluntariamente por ele, em firmando tratados internacionais, ou em dispondendo regras e princípios de ordem constitucional. Em relação ao Soberano, firma sentido de autoridade máxima, o que envolve, igualmente, a idéia de independente e de autônomo. Atribuída ao Estado, pertence ao próprio povo, constituído em Nação.

[4] SOARES, Guido Fernando Silva. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri: Manole, 2003. p. 16-17.

[5] PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania*. São Paulo: Cortez, 2005. p. 51.

[6] Questões paradigmáticas eclodem entre países ricos e pobres e cotejam exame analítico das divergências, denotando-se: os direitos humanos elencados na Carta das Nações Unidas, de 1948, irão se defrontar nesse momento com os direitos coletivos, ainda embrionários; o confronto da idéia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado em face a necessidade de resolver o problema da pobreza e da má distribuição de renda; o desenvolvimento como meta ainda crítica para os países em desenvolvimento, basicamente fornecedores de matéria prima e de produtos semi-elaborados, de baixo valor agregado; o uso de tecnologias de ponta *versus* tecnologias provenientes do uso racional de recursos naturais; a imposição de barreiras não tarifárias, de cunho ambiental, pelos países hegemônicos, nas relações comerciais, no desejo dos mesmos em eliminar o *déficit* de suas balanças de pagamentos, repassando-os aos parceiros comerciais menos desenvolvidos; a idéia de que os países em desenvolvimento devam se desenvolver sem dilapidar seus recursos naturais, algo que os países ricos fizeram a seu favor, e ainda com as matérias primas das ex-colônias.

[7] STERN, C. Stern.; YOUNG, R. Oran; DRUCKMAN, Daniel. (Org.). *Mudanças e Agressões ao Meio Ambiente: como a busca de melhoria e condições de vida dos homens têm contribuído para as mudanças ambientais em todo o planeta*. São Paulo: Makron Books, 1993. p. XVII.

[8] BRUNDLAND, Gro Harlen. *Nosso Futuro Comum*. Relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988. et. Seq.

[9] A Conferência Rio-92 reúne 170 nações, objetivando: identificar estratégias regionais e globais para ações referentes às principais questões ambientais; examinar a situação ambiental do mundo e as mudanças ocorridas depois da Conferência de Estocolmo; examinar estratégias de promoção de desenvolvimento sustentado e de eliminação da pobreza nos países em desenvolvimento.

[10] *Agenda 21*. Curitiba: Iparides, 1997, p. 260. Trata-se de documento emanado da comunidade internacional, por força da Rio-92. Trata com detalhes sobre questões ambientais e suas interrelações econômicas, sociais e culturais. Enseja forte impulso na

internalização de normas de cunho ambiental para os mais diversos países, num esforço de criação de arcabouço institucional e normativo em relação a proteção ambiental.

[11] RIBEIRO, Wagner Costa. *Em Busca da Qualidade de Vida*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 403.

[12] DERANI, Cristine. *Direito AmbientalEconômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 149.

[13] RIBEIRO, Wagner Costa. *Em Busca da Qualidade de Vida*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 413.

[14] FACHIN, Luiz Edson. *Direito Intemporal – Conjunto de Princípios que Geram as Leis Constitucionais e Infraconstitucionais*. Jornada de Direito Civil, 06-Jun, Unibrasil, 2006. Trata o autor da intemporalidade das normas, aborda sobre a sucessão de paradigmas, de decisões e de julgamentos, enaltecendo que os mesmos educam ao propiciar a participação de todos, enfim, que fatos novos ensejam busca por compreensão de seus significados, resultando em choque com o formal jurídico que tende então a ser modificado.

[15] CAPRA, Fritjof. *Alfabetização Ecológica: O Desafio para a Educação do Século 21*. TRIGUEIRO, André. (Coord.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 31.

[16] CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 25.

[17] CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas*. Ciência para uma vida saudável. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 66.

[18] DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 674.

[19] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58-59.

[20] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 562.

[21] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 380.

[22] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181. O autor aborda caracteres reconhecíveis aos direitos fundamentais: (i) historicidade, como sendo característica de qualquer direito, que

nasce, modifica-se ou desaparece, rechaçando-se toda fundamentação baseada no direito natural; (ii) inalienabilidade, por não serem direitos de cunho econômico-patrimonial e, portanto, inegociáveis, indisponíveis, dado que conferidos a todos pela ordem constitucional; (iii) imprescritibilidade, pois que nunca deixam de ser exigíveis; (iv) irrenunciabilidade, por não se admitir renúncia de direitos fundamentais, no máximo, podendo alguns deles, não serem exercidos.

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 387.

[24] BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 571.

[25] MALISKA, Marcos Augusto. *A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; et al. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 548.

[26] MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI*. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 165.

[27] DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 215.

[28] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: PC, 2004, p. 46-47.

[29] Esse princípio foi consagrado na Constituição de 1988, que estabeleceu no artigo 225 a sadia qualidade de vida como sendo o objeto do Direito Ambiental.

[30] CLÈVE, Clémerson Merlin. *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional), Curitiba: Academia de Direito Constitucional, p. 226-227, nº 5, 2004.

[31] BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 131.

[32] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 87.

[33] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Das Contribuições dos Direitos à Crítica dos Direitos*. Brasília, v.1. n.1. 2003. p. 81.

[34] MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001. p. 58.

[35] Ibidem, p. 18.

[36] MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*: Notas para se pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p.119.

- [37] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 509.
- [38] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade Rural*. São Paulo: LTr, 1999. p. 25.
- [39] TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. *Função Social da Propriedade Rural*. Com destaque para a Terra, no Brasil Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2000. p. 66.
- [40] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*. Teoria e prática. São Paulo; Método, 2006. p. 119-122.
- [41] GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos Autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007. p. 793.
- [42] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 179.
- [43] Ibidem, p. 184-185.
- [44] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. O social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 289-291. O autor apresenta traços identificadores da economia global: a deslocação da produção mundial para a Ásia consolidando-se esta como uma das grandes regiões do sistema mundial; primazia total das empresas multinacionais, enquanto agentes do “mercado global”; e, confirmando a proeminência das multinacionais, o avanço tecnológico das últimas décadas a automação e também a biotecnologia.
- [45] BATISTA, Paulo Nogueira. *Consenso de Washington*: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. Cadernos da Dívida Externa n. 6. São Paulo: Saraiva, 1996.
- [46] GALBRAITH, John Kenneth. *A Sociedade Justa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 151.
- [47] GOMES, Eduardo Biacchi. *A globalização Econômica e a Integração no Continente Americano*: Desafios para o Estado brasileiro. Ijuí-RS: Unijuí, 2004. p. 37.
- [48] PRONER, Carol. *Propriedade intelectual*. Para uma nova ordem jurídica possível. São Paulo: Cortez, 2007. p. 111.
- [49] DEMO, Pedro. *Pobreza e Política*. 6. ed. Campinas-SP: Autores Associados, 2001. p. 83.
- [50] KOESTENBAUM, Peter. *Você tem mesmo vontade de ser líder?*. Revista Você. Maio 2000. Essa idéia também encontra eco na associação do meio ambiente às atividades econômicas, que no âmbito internacional têm nas empresas transnacionais um poderoso meio de geração de poder e riquezas para as nações, de onde emerge uma importante relação: a conexão entre lucros e valores humanos e o significado de ser humano no ambiente de negócios, brutalmente competitivo.

- [51] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 431.
- [52] HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997. p. 410.
- [53] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 76.
- [54] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23.
- [55] *Ibidem*, p. 54.
- [56] SALEME, Edson Ricardo. *Normas e políticas públicas no Direito Ambiental Internacional*. Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Universidade do Estado do Amazonas. a. 2, n. 2, p. 211, Jan-Jul. 2004.
- [57] MALISKA, Marcos Augusto. *O Estado Constitucional em Face da Cooperação Regional e Global*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Curitiba, n. 6, p. 105, Jan-Dez. 2006.
- [58] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 86.
- [59] STEIN, Ernildo. *Epistemologia e Crítica da Modernidade*. 3. ed. Ijuí:Injuí, 2001. p. 29-30.
- [60] *Ibidem*, p. 31.
- [61] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400.
- [62] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto MALISKA e Elisete ANTONIUK. São Paulo: Renovar, 2007. p. 47.
- [63] HÄBERLE, Peter. *Ibidem*, 19.
- [64] MALISKA, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 60.
- [65] *Ibidem*, p. 25.
- [66] *Ibidem*, p. 148-149.
- [67] *Ibidem*, p. 164-165.
- [68] MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 39.

- [69] BRUNDTLAND, Gro Harlen. Op. cit., p. 47.
- [70] REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 190-191.
- [71] HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma, e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004. 516 p.
- [72] VIDIGAL, Erick. *Protagonismo Político do Juízes: Riscos ou oportunidades?* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 28.
- [73] REALE, Miguel. Op. cit., p. 193.
- [74] Idem.
- [75] REALE, Miguel. Op. cit., p. 194.
- [76] SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: PC, 2004. p. 184.
- [77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1.
- [78] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Especulações sobre o Futuro do Estado*. In: MARTINS, Ives Gandra (Org.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p.104.
- [79] Ibidem, p. 104-105.
- [80] Ibidem, p. 106-107.
- [81] BARROS, Benedicto Ferri de. *O Futuro de Estado*. In: MARTINS, Ives Gandra (Org.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p.150.
- [82] Ibidem, p.153.
- [83] FENSTERSEIFER, Tiago. Cidadania ambiental cosmopolita: um conceito em construção. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Amazônia*. a. 2, v. 1, n. 2, Jan-Jul. 2004. p. 294.
- [84] Idem.
- [85] SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit., p. 296.
- [86] Idem.
- [87] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 386.
- [88] HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 2.

[89] MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit., p. 557.

**A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DO FLUVIÁRIO NO
ESTADO DO AMAZONAS: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

**THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT OF WORK OF THE SEA IN
THE STATE OF AMAZONAS: REALIZATION OF THE CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF EQUALITY**

**Marcelo de Vargas Estrella
Arlúcio Bastos Lobato**

RESUMO

O trabalho marítimo possui características específicas, as quais, habitualmente, por sua natureza, tornam a atividade mais penosa para o empregado, privando-o inclusive do convívio com a família. Associadas a essas circunstâncias, pelas características geográficas da Região Amazônica, o trabalho marítimo no Estado do Amazonas apresenta um meio ambiente do trabalho ainda mais hostil. Buscou-se esclarecer a importância dada proteção do meio ambiente do trabalho como forma de efetivação do princípio constitucional da igualdade e colaborar na discussão de soluções para minorar o sofrimento obreiro, humanizando o trabalho, com vista ao respeito e garantia a saúde ocupacional, ao meio ambiente de trabalho sadio e a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ESTADO DO AMAZONAS

ABSTRACT

The work at sea has specific characteristics, which, usually, by nature, make the activity more difficult for the employee, including depriving him of contact with the family. Associated with these circumstances, the geography of the Amazon region, maritime labor in the State of Amazonas presents a work environment even more hostile. We tried to clarify the importance of work environment as a realization of the constitutional principle of equality and work in the discussion of solutions to alleviate the suffering worker, humanizing the workplace, to respect and guarantee the occupational health, the environment healthy work environment and human dignity.

KEYWORDS: ENVIRONMENT. WORK ENVIRONMENT. PRINCIPLE OF EQUALITY. STATE OF AMAZONAS

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade o homem sempre se irressignou contra o desequilíbrio entre si e os seus pares. No início, pela desigualdade no acesso a água e aos bens necessários a sua sobrevivência, posteriormente, pela participação nas decisões pertinentes a condução dos rumos da coletividade que participava.

A desigualdade é par da injustiça. A desigualdade traz perversas conseqüências e resultam em distúrbios sociais de âmbito global, como o terrorismo, a imigração ilegal, a produção, distribuição e tráfico de drogas e inúmeras guerras.

Embora as nações mais abastadas invistam somas significativas no combate ao narcotráfico, mantém subsídios de sua agricultura e apresentam políticas agressivas de proteção da produção interna, o que por via transversa incentiva as populações hipossuficientes a buscar a sobrevivência no cultivo de plantas destinadas a produção de drogas.

Nas relações de trabalho, não é diferente. A ausência de uma efetiva política de distribuição de renda, associada a um significativo nível de informalidade e desemprego são fatores que agem de forma deletéria na resistência obreira enquanto categoria profissional.

O desemprego apresenta-se ao trabalhador como a “espada de Dâmocles”[1], não permitindo que o obreiro tenha segurança quanto ao futuro financeiro seu e de sua família.

Neste contexto, essas forças antagônicas, capital e trabalho, ainda nos dias atuais mostram-se desiguais. As representações sindicais não conseguem se desvincular de vícios seculares, sendo ineficientes na proteção das categorias. Muitos dirigentes utilizam-se do cargo para obter vantagem política e buscar vagas nos cargos eletivos nos Poderes Executivo e Legislativo, outros sucumbem e desviam dinheiro dos sindicatos ou patrocinam com estes recursos viagens e outros benefícios em descompasso com a causa operária.

Assim, o trabalhador apresenta-se desamparado pela representação sindical e pelo Estado, o qual possui um número pequeno de agentes fiscalizadores (auditores-fiscais do trabalho), o que não atende a demanda. Já em um segundo momento, ao buscar o Estado novamente, por meio do Poder Judiciário, encontra um sistema anacrônico, com inúmeras deficiências e entraves quase intransponíveis, como juízes e servidores despreparados e descomprometidos com a eficiência na prestação do serviço público e uma legislação processual que protege sobremaneira o devedor.

Se o trabalhador urbano sofre com esse sistema concentrador de renda e distribuidor de miséria [2], o fluviário amazônida é sobremaneira penalizado, pelas características do trabalho embarcado e pelas peculiaridades da Região Amazônica.

2. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO ASPECTO DO MEIO AMBIENTE

Embora significativa parte da doutrina e da jurisprudência entenda que o meio ambiente do trabalho pertença ao Direito do Trabalho é inegável a matiz ambiental e sanitária que o permeia.

Inegável, também, é que o meio ambiente do trabalho coloca-se como um dos aspectos do Direito Ambiental. José Afonso da Silva destaca três aspectos do meio ambiente, a saber, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente natural (ou físico). O autor traz o meio ambiente do trabalho como integrante do meio ambiente artificial [3]. Já Celso Antônio Pacheco Fiorillo reconhece o meio ambiente do trabalho com um dos aspectos distinto ao meio ambiente artificial.

A Constituição Federal traz o meio ambiente do trabalho como integrante do meio ambiente, *in verbis*:

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

A legislação federal, Lei n. 8.080, 19 de setembro de 1990 (SUS), também registra o meio ambiente do trabalho como integrante do meio ambiente, *in verbis*:

“Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

(...)

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;”

A Constituição do Estado do Amazonas apresenta disposição específica no sentido que as normas de proteção do meio ambiente estendem-se ao meio ambiente do trabalho, *in verbis*:

“CAPÍTULO XI

DO MEIO AMBIENTE

ART. 229. Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

(...)

§ 2º Esse direito estende-se ao ambiente de trabalho, ficando o Poder Público obrigado a garantir essa condição contra qualquer ação nociva à saúde física e mental.”

Guilherme José Porvin de Figueiredo apresenta entendimento ao encontro da legislação supramencionada:

“Partimos da constatação de que as normas ambientais do trabalho, que tratam preponderantemente dos temas Segurança e Saúde do Trabalho, não constituem um ramo novo do Direito. Não obstante a doutrina juslaborista seja assente no enquadrar o estudo das normas relativas à Segurança e Saúde do Trabalho no campo do Direito do Trabalho, certo é que estas mesmas normas também são objeto de estudo do Direito Ambiental, do Direito Sanitário, do Direito da Seguridade Social e, numa perspectiva mais ampla, da Teoria Geral dos Direitos Humanos.” [4]

Registra-se que o meio ambiente do trabalho como integrante do meio ambiente [5], deve se pautar nos grandes princípios do Direito Ambiental, como do poluidor pagador[6], informação[7], responsabilidade objetiva do causador do dano, prevenção[8] e precaução[9], e não limitar-se somente aos princípios do Direito do Trabalho, este como ramo do direito privado.

O Direito Ambiental é um dos mais novos ramos do direito em nosso ordenamento jurídico.

Como o Direito Ambiental tem origem no Direito Administrativo o meio ambiente do trabalho tem origem no Direito Administrativo do Trabalho, onde a legislação obreira revela flagrantes características de Direito Público, como a indisponibilidade absoluta.

Os ramos do direito não estanques, de forma que um não influencie e se entrelacem, registram Antonio Herman Vasconcellos e Benjamin:

“Presentemente, falar-se em tutela do meio-ambiente leva-nos, quase que automaticamente, ao *Direito Ambiental*, como se todos os esforços preservacionistas estivessem concentrados, com exclusividade, em um setor próprio e bem delimitado da Ciência do Direito. Há aí um grande equívoco. Uma coisa é dizer-se que o Direito Ambiental já adquiriu maturidade suficiente para pleitear sua *autonomia*. Outra, bem distinta, é confundir autonomia com independência, pretender exaurir a tutela ambiental nos limites do Direito Ambiental.” [10]

O primeiro diploma legal, o qual representa a gênese do Direito Ambiental é a Declaração de Estocolmo (1972), enquanto a primeira norma a respeito do meio ambiente do trabalho de nosso ordenamento jurídico pátrio (Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro de 1981), que trazia disposições a respeito do meio ambiente do trabalho dos menores, é ainda dos tempos do império, *in verbis*:

“Os menores do sexo feminino de 12 a 15 anos e os do sexo masculino de 12 a 14 anos só poderão trabalhar, no máximo, sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho contínuo; e os do sexo masculino de 14 a 15 anos até nove horas por dia, nas mesmas condições. Os menores aprendizes – que nas fábricas de tecidos podem ser admitidos desde oito anos, só poderão trabalhar três horas. Se tiverem mais de 10 até 12 anos poderão trabalhar quatro horas, havendo um descanso de meia hora para os primeiros e de uma hora para os segundos. É proibido empregar menores no serviço de limpeza de máquina em movimento; bem como dar-lhes ocupação junto a rodas, volantes, engrenagens e correias em ação, pondo em risco sua vida. Não é admissível o trabalho dos menores em depósitos de carvão, fábricas de ácidos, algodão-polvora, nitroglicerina, fulminatos; nem empregá-los em manipulações diretas de fumo, chumbo, fósforos, etc.” [11]

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, que traz em seu Título II, Capítulo V, normas sobre meio ambiente do trabalho, hoje designado como “Da segurança e da medicina do trabalho” e a época de sua edição sob o designo de “Higiene e Segurança do Trabalho”, data de 1º de maio de 1943 (Decreto-lei n. 5.452).

Na época da criação das primeiras normas sobre meio ambiente do trabalho inexistia a idéia de Direito Ambiental como ramo autônomo do Direito.

Hoje o Direito Ambiental é ramo autônomo do Direito Público, com princípios e regras próprias, com os quais o meio ambiente do trabalho mais se compatibiliza.

3. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO AQUAVIÁRIO (FLUVIÁRIO) NO ESTADO DO AMAZONAS

3.1. O Estado do Amazonas

O Estado do Amazonas apresenta-se como o maior do Brasil, superfície atual de 1.558.987 Km², tendo como capital a cidade de Manaus. A maior parte é ocupada por reserva florística e a outra é representada pela água. O acesso à região é feito principalmente por via fluvial ou aérea. O clima é equatorial úmido, com temperatura média/dia/anual de 26,7 °C, com variações médias entre 23,3 °C e 31,4 °C. A umidade relativa do ar fica em torno de 80% e o Estado possui apenas duas estações bem definidas: chuvosa (inverno) e seca ou menos chuvosa (verão). A água forma na região a maior rede hidrográfica do planeta. Os rios amazonenses são, praticamente, navegáveis durante todo o ano. Outros como o Negro, Alto Madeira, Urubu, Aripuanã, Branco e Uaupés são obstruídos pelas formações em degraus, o que não impede sempre a navegação ordinária, salvo as corredeiras do Alto Madeira e a famosa cachoeira das Andorinhas, no rio Aripuanã [12].

A sobrevivência das comunidades do interior dependem diretamente da navegação e, conseqüentemente, do trabalho do fluvial. No ano de 2005, inúmeros municípios ficaram isolados, necessitando apoio das forças para chegada de alimentos e remédios. A supressão de algumas hidrovias causou transtorno significativo para os municípios do interior. Para se ter uma breve idéia da gravidade do fato, segue a notícia publicada na imprensa local a época:

“NOTÍCIAS

Força-tarefa começa a socorrer municípios isolados pela seca 14 de outubro de 2005.

MANAUS - O primeiro carregamento de cestas básicas e remédios para as vítimas da seca no estado do Amazonas começa a ser entregue nesta sexta-feira. Mas as localidades mais distantes de Manaus ainda vão ter de esperar. As Forças Armadas ainda dependem da liberação de recursos para a compra de combustível que será usado nas aeronaves.

Segundo o Comando Militar da Amazônia, os barcos só conseguem chegar até determinado ponto dos rios. De lá o carregamento seguirá em helicópteros das Forças Armadas. Mais de 900 pequenas comunidades serão atendidas. A operação contará com 700 homens, entre eles 200 do Corpo de Bombeiros e 300 da PM.

O estado de calamidade foi decretado há cinco dias, mas até agora as áreas isoladas não foram abastecidas, segundo o governo por causa da dificuldade de acesso.

Esta é a pior seca das últimas três décadas no estado do Amazonas. Ao todo, 28 municípios foram afetados, sendo que quatro deles (Anori, Atalaia do Norte, Caapiranga e Manaquiri) encontram-se em estado de calamidade pública. Os outros municípios são Anamã, Benjamin Constant, Canutama, Jutai, Humaitá, Lábrea, Manicoré, Santo Antônio do Içá, São Paulo de Olivença, Tabatinga, Tapauá, Tefé, Alvarães, Uarini, Nova Olinda do Norte, Novo Aripuanã, Boca do Acre, Pauini, Envira, Amaturá, Tonantins, Coari, Codajás e Iranduba.

As famílias receberão cestas básicas com 12 itens: arroz, farinha, feijão, macarrão, leite, açúcar, biscoito, café, óleo comestível, sal, leite e charque. A quantidade é para um mês. Serão distribuídas 50 mil cestas básicas em três meses.

O Ministério da Saúde deve enviar kits de medicamentos para atender às vítimas da seca no estado do Amazonas, totalizando 2,8 toneladas de remédios. Cada kit é composto por 25 itens e a remessa do Ministério da Saúde será suficiente para atender a 84 mil pessoas durante um mês, com o fornecimento de analgésicos, antibióticos, anti-inflamatórios, anti-hipertensivos e antiparasitários, entre outros.

(...)

Nesta sexta-feira, balsas com mantimentos começam a ser deslocadas para quatro cidades: Anamã, Caapiranga, Anori e Manaquiri. Como esses são municípios na calha do médio Rio Solimões, mais próximo a Manaus, a expectativa é que os ribeirinhos comecem a receber assistência no sábado.

A cada dia, aumenta o drama de milhares de famílias. Em algumas localidades, há racionamento de água e comida. O solo rachado avança quilômetros de rios e lagos. A água está cada vez mais escassa na maior bacia hidrográfica do planeta.

Para as comunidades mais isoladas, a saída é estocar um pouco que resta até que ajuda chegue, ou andar dias em trilhas até as cidades mais próximas.

- No Rio Manacapuru e a região de Araras estão totalmente isoladas. Lá se comportam mais de 6 mil pessoas. As escolas já estão paradas por falta de merenda escolar, que não chega até lá. Há dias também não chega energia às comunidades - diz o funcionário público Rogério Silva.

O medo toma conta de milhares de famílias. Com a morte de peixes, boa parte da água está poluída em algumas localidades, o que aumenta os riscos de doença, como a cólera.

- É difícil, porque até a gente chegar em Manacapuru, nós podemos pegar uma doença. E se for grave, a gente pode até morrer - disse a agricultora Eliane Nascimento.

- A gente tem que esperar encher o rio. Se não encher o rio, em que situação nós vamos viver? Não podemos viver na vida que estamos passando - lamenta o agricultor Jorge Almeida.

A seca provocou a perda da produção da fécula de mandioca, uma das principais fontes de renda de Manaquiri, um dos municípios mais atingidos. Segundo o prefeito, a saca que custava R\$ 20 é vendida agora por R\$ 100. O quilo do frango pulou de R\$ 2 para R\$ 5. A prefeitura espera pelas 2.500 cestas básicas e dez mil litros de combustível. Os 68 agentes de saúde, a pé, visitam as famílias com hipoclorito de sódio para tornar potável a água das residências.

Em Anamá, a 168 quilômetros de Manaus, o lago que abastece a localidade já perdeu mais de 80% de seu volume, afetando a pesca, principal fonte econômica de 14 comunidades. O município está em calamidade pública.

- Tudo aqui chega de barco. Agora é feito a pé. E já começa a faltar água potável - disse o prefeito Luiz Brandão.

A pecuária também começa a ser atingida. Em alguns municípios, cerca de 20% do rebanho já morreu. Na pesca, já passam de três toneladas de peixes mortos. (Portal Amazônia)"[13]

Nesse contexto amazônico, do trabalho do fluvial dependem de inúmeras famílias e instituições públicas e privadas do interior do Estado do Amazonas, chegando a própria vida desses municípios estar comprometida, eis que dependem dos fluviais para o transporte de alimento e medicamentos.

3.2. Trabalho do fluvial

De forma geral a relação contratual de natureza empregatícia apresenta, de um lado, uma pessoa humana, prestador da força de trabalho, o empregado, e, no outro polo, um tomador deste serviços, que pode ser pessoa natural, sociedade ou uma coletividade despersonalizada, como ocorre nos condomínios.

Essa relação empregatícia revela-se de inúmeras formas e características peculiares, as quais facilitam a identificação do trabalhador e da legislação aplicável a atividade. Cite-se como exemplo o emprego doméstico, emprego rural, trabalhadores avulsos portuários etc. Com o trabalho aquaviário, dar-se da mesma forma, uma vez que possui regras especiais na Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997 (segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional).

O empregado contratado para trabalhar como aquaviário participa de uma tripulação ou equipagem [14]. Embora muita dúvida ocorra quanto à natureza jurídica do vínculo jurídico entre o tripulante e o armador [15], esta é de natureza empregatícia, apresentando, em muitos casos, como na viagem redonda, matizes de contrato por tempo determinado. Registra-se que na grande maioria dos casos, o comandante ostenta a condição de preposto do armador. Assim, mesmo que o comandante contrate a equipagem[16], se o fizer em no nome de terceiro, o armador, este será o empregador e responsável pelas obrigações contratuais e extracontratuais.

Eliana Otaviano registra a necessidade de o aquaviário possuir, além da Carteira de Trabalho e Previdência Social, a Caderneta de Inscrição e Registro, expedida pela Marinha do Brasil, via Capitania dos Portos, *in verbis*:

“Para contratação de tripulante de navio brasileiro, exige-se que tenha Carteira de Trabalho (CTPS) e seja inscrito na capitania dos portos, possuindo a Caderneta e Inscrição e Registro (CIR).

Efetivamente, na contratação dos tripulantes marítimos, o contrato de trabalho, regido pela CLT nos art. 150 a 152 e 248 a 252, é assinado e registrado na Carteira de Trabalho (CTPS). Sequencialmente, o contratado é ‘embarcado’, isto é, encaminhado a bordo do navio onde deverá assinar o rol de equipagem.

O rol de equipagem é o contrato de embarque, registrado e homologado pela capitania dos portos”[17]

A Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997 (segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional), em seu art. 2º, II, define como aquaviário como “*todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional*”.

No entanto, vários são os profissionais aquaviários que trabalham no apoio da navegação. O Regulamento vindo o Regulamento alham em embarçaambiente de trabalho.luavio nossoerais e hidrocarbonetos. da mencionada lei, em seu art. 1º, classifica os aquaviários em 06 (seis) grupos, a saber, o 1º Grupo (marítimos), 2º Grupo (fluviários), 3º Grupo (pescadores), 4º Grupo (mergulhadores), 5º Grupo (práticos) e 6º Grupo (agentes de manobra e docagem).

O 2º Grupo (Fluviários) é formado pelos tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação interior nos lagos, rios e de apoio fluvial.

Os fluviários, por sua vez, são classificados da seguinte forma - no convés: Capitão fluvial, piloto fluvial, mestre fluvial, contramestre fluvial, marinheiro fluvial de convés e marinheiro fluvial auxiliar de convés; e máquinas: supervisor maquinista motorista fluvial, condutor maquinista motorista fluvial, marinheiro fluvial de máquinas e marinheiro fluvial auxiliar de máquinas [18].

Cumprido no entanto, registrar que devido à baixa escolaridade da população da Região Amazônica, a Marinha do Brasil encontra dificuldades na formação do aquaviário, vindo inclusive a reduzir para a região amazônica, a escolaridade mínima exigida para a realização do curso CFAQ II/III – F [19] da 8ª para a 5ª série do ensino fundamental [20].

3.3. O meio ambiente do trabalho do fluviário no Estado do Amazonas

Muitas atividades apresentam-se como potencialmente nocivas a saúde dos trabalhadores, visto que da própria essência do trabalho. Como exemplo pode-se citar os empregados que trabalham em minas. Por maior que seja a atenção com o meio ambiente de trabalho, este sempre será perigoso e nocivo. Outro exemplo é o trabalho

aquaviário, em especial os fluviários, marítimos, pescadores e mergulhadores, porque a nocividade e o perigo advêm da própria essência do labor.

O trabalho nas embarcações mantém o empregado em contato permanente e por longos períodos com os agentes nocivos, potencializando seus efeitos, como reconhecidamente registrado pelo Ministério do Trabalho e Emprego:

“O trabalhador aquaviário, diante das características que lhe são inerentes, é trabalhador diferenciado em relação às demais profissões. Tem características tão próprias que muitos, inclusive, o consideram como ensejador de uma ramo específico do Direito do Trabalho.

Tais características remetem ao seu ambiente de trabalho, inteiramente atípico, com características que permitem confundi-lo com a própria residência do trabalhador. Suas limitações físicas privam-no do convívio familiar por longos períodos. O trabalho é confinado de forma permanentes e exercido, muitas vezes, em diferentes portos brasileiros e até estrangeiros, sujeitando-o a uma ampla gama de variações climáticas e culturais, além de ser permanentemente submetido a balanços e trepidações. Mais além, a necessidade de prontidão para o trabalho exige que, mesmo nos momentos de descanso, o trabalhador mantenha-se alerta para agir em eventuais emergências ou imprevistos no navio.” [21]

Associada às severas condições do trabalho aquaviário, a Região Amazônica detém características peculiares que agravam as condições de existência humana, o que tornam o meio ambiente do trabalho ainda mais hostil, como registra Eidorfe Moreira, *in verbis*:

“Ora, o homem encontra-se na Amazônia numa das situações mais ingratas e desfavoráveis em face da natureza. Chega a ser mesmo paradoxal que uma das regiões mais simples e homogêneas sob o ponto de vista geográfico constitua uma das ambiências mais difíceis à adaptação humana. Por isso, quando se fala em ‘complexidade amazônica’, mesmo num sentido geográfico, isso deve ser entendido menos em relação à terra do que em relação ao homem.”[22]

Os trabalhadores que desenvolvem essas atividades não podem ter tratamento igualitário aos demais profissionais. Para que não sejam vítimas do próprio trabalho, pois como diz o provérbio o “*trabalho é meio de vida, e não de morte*” [23].

Observa-se que os trabalhadores urbanos ao serem acometido de qualquer enfermidade, buscam o respectivo atendimento pelo Sistema Único de Saúde. Já o trabalhador aquaviário na Região Amazônica, frente ao revés, pode encontra-se a dias de viagem do hospital ou pronto socorro mais próximo.

O risco do trabalhador aquaviário é diuturnamente verificado nas hidrovias amazônidas, onde a ausência de fiscalização e informação colaboram para o perverso quadro existente. Isto pode ser exemplificado com a notícia recentemente veiculada, *in verbis*:

“Na madrugada do naufrágio, dia 6, 47 pessoas estavam a bordo do barco Dona Zilda. Segundo a Marinha, a embarcação estava com nove passageiros acima da lotação permitida. Ela bateu em um barranco, virou e afundou rapidamente. O barco foi localizado na segunda-feira (6), a cerca de 150 metros do local do

naufrágio. As equipes de resgate encontraram dificuldades para o içamento da embarcação, já que a profundidade do Rio Amazonas, nesse trecho, chega a 35 metros.”[24]

A hostilidade da região é agravada pelas atuais condições dos portos e hidrovias do Estado. Claudio Frota destaca informações a respeito das condições da navegação no Estado do Amazonas:

“O transporte fluvial de passageiro na Amazônia Ocidental assume extrema importância pelo posicionamento dos núcleos populacionais situados às margens dos rios, sem nenhuma alternativa, além do transporte aquaviário.

Se compararmos as embarcações que atuavam na Amazônia Ocidental no início do século passado e as embarcações que atualmente servem tal modo de transporte, percebe-se que pouco mudou nos últimos 100 (cem) anos, conforme se pode observar em fotos tiradas das embarcações à época do ciclo da borrach e as que servem atualmente de único meio de transporte das populações ribeirinhas da região.

Na Amazônia, apesar do transporte ser predominantemente fluvial, muito pouco se conhece a respeito de ações focadas na melhoria da qualidade dos serviços ofertados, movimentação de passageiros/cargas, a formação de tarifas, das características das rotas (tempo nas escalas, portos visitados), por exemplo, o que acaba dificultando um ordenamento de todo o sistema e inviabilizando políticas para o setor.

Ainda que se observem algumas melhorias recentes, em algumas linhas, o sistema de transporte de passageiros tem como configuração geral a de ser carente de segurança aos usuários.

A característica da frota que presta serviço à região é de existência de embarcações com idade elevada, defasada tecnologicamente e de baixo nível de conforto relativamente às alternativas disponíveis das embarcações principalmente no transporte de passageiros.

Único modo de transporte que, pelas características peculiares da Amazônia, possui capacidade de gerar integração social e desenvolvimento regional de regiões ribeirinhas, uma vez que representa a única alternativa de transporte para a população de baixa renda.

A falta de regulamentação pelo governo do Estado do Amazonas, provoca a concorrência desleal entre as linhas regulares e uma multiplicidade de barqueiros clandestinos, que prestam serviços de transporte em precárias condições.

As embarcações clandestinas operam em múltiplas rotas e são carentes de manutenção, segurança, higiene e pontualidade.

Os poucos terminais existentes operam em ambiente insatisfatório de conforto, higiene, serviços inadequado à embarcação e seus passageiros e paisagem do entorno, via de regra, degradada.” [25]

O meio ambiente de trabalho perverso vitima o fluvial de forma agressiva, pois se após um dia de trabalho diretamente em contato com agentes nocivos, a maioria dos

trabalhadores vão para o seu lar, junto aos familiares para o descanso, o trabalhador aquaviário desloca-se para o seu alojamento nas embarcações, as quais em grande maioria no Estado do Amazonas se resumem as redes que não permitem ao empregado o descanso longe da nocividade do ambiente do trabalho. Algumas viagens com saída da capital chegam a durar 670 horas até o destino final (Manaus-AM/Cruzeiro do Sul/AC – rebocador com duas máquinas de 24.000 HP)[26].

Assim, a implementação de uma fiscalização e uma política de informação e esclarecimento quanto aos riscos da atividade fluvial erguem-se como um dos meios de reduzir as desigualdades entre o fluvial e os demais empregados.

4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

4.1. Exórdio

É da gênese humana o querer ser igual aos seus pares e é da ganância humana querer ser superior a eles.

O homem, um ser social por natureza, buscou o amparo na coletividade para se proteger de outros animais, dos predadores, e do próprio homem, que na busca de melhores locais para aquisição dos meios de sobrevivência, como o pescado, a caça e a coleta de frutas e demais produtos da natureza, produziram guerras e inúmeros conflitos.

Na antiguidade, a ambição levou o Império Romano a iniciar sua expansão com a conquista das últimas possessões romanas na Gália por Clóvis (481-511). Vindo a experimentar sua decadência a partir de meados do século X, desmembrando-se nos reinos da Itália, da Francônia ou Franco-oriental (Germânia) e Franco-ocidental (França). O rei Felipe IV, o Belo, em 1302, criou os Estados Gerais, compostos de representantes do clero, dos nobres e dos comuns (mercadores citadinos que haviam adquirido bastante força e dispunham de vultosos recursos financeiros), denominados Terceiro Estado ou estado de plano. O absolutismo monárquico que se manteve por vários séculos encontrou seu fim pela Revolução Francesa.[27]

A busca de garantia mínima à pessoa começaram a aparecer ante a derrocada do regime feudal, as normas pretéritas já não atendiam a nova ordem.

A proteção da igualdade, mesmo ao fim da idade média, já se apresentava como necessária entre os povos, bem como forma uma de prevenção às guerras e garantia da estabilidade coletiva. As leis, instrumentos de garantia da paz social, passam a estabelecer limites para o equilíbrio da sociedade, que à época se via a beira de mudanças. Essa busca de igualdade até então fragmentária é observada já no movimento precursor da Revolução Francesa, como se pode perceber nas palavras de Montesquieu, *in verbis*:

“Logo que os homens se reúnem em sociedade, perdem o sentimento da própria fraqueza; a igualdade que entre eles existia desaparece, e principia o estado de guerra.”
[28]

Esse germinar da ânsia de novos direitos e novas igualdades trouxeram garantias à burguesia e, por via reflexa, ao homem do povo, como se observa nas palavras de Sieyès ao hostilizar as leis instituidoras de desigualdades, *in verbis*:

“As leis, que, pelo menos, deveriam estar livres de parcialidade, também se mostram cúmplices dos privilegiados. Contra quem? Contra o povo, etc.” [29]

Os direitos fundamentais garantidores da igualdade aparecem como um dos pilares do constitucionalismo, onde demonstra que o povo é parte integrante da constituição. As palavras de La Salle ilustram bem esse pensamento:

“Imaginemos agora que o Governo, procurando salvaguardar os privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais, de todos os grandes capitais, tentava privar das suas liberdades políticas a pequena burguesia e a classe operária”.

Ainda que transitoriamente, os fatos demonstram que esta medida é possível.

Mas já não o seria se o Governo procurasse ainda, cumulativamente, retirar à pequena burguesia e aos trabalhadores as suas próprias liberdades pessoais, isto é se pretendesse restaurar o escravagismo, transformando o trabalhador num simples escravo.

Embora, neste caso, a nobreza e a grande burguesia apoiassem o rei, o povo revoltar-se-ia, a multidão sairia à rua sem necessitar que os patrões encerrassem as fábricas, a pequena burguesia juntar-se-ia solidamente ao povo e a resistência desse bloco seria invencível.

Nos casos mais extremos e desesperados também o povo, todos nós, somos uma parte integrante da Constituição.”[30]

As constituições pátrias sempre trouxeram o princípio da igualdade de forma expressa, como se pode observar a seguir:

“EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1º) todos são iguais perante a lei;

CONSTITUIÇÃO REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(DE 16 DE JULHO DE 1934)

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891)

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL

(DE 25 DE MARÇO DE 1824)

EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

Como observado, até a Constituição Imperial trouxe regras expressa sobre o princípio da igualdade.

Hodiernamente, a Constituição da República traz o princípio da igualdade positivado no art. 5º, caput, nos seguintes termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Outros países trazem, também o princípio de igualdade de forma expressa no texto constitucional. A Constituição Portuguesa apresenta o princípio da igualdade em seu art. 13º, *in verbis*:

“Artigo 13.º
(Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

O princípio da igualdade, constitucionalmente positivado ao longo da existência do Brasil enquanto nação soberana, firma-se como desiderato dos menos favorecidos, classes às quais se encontram os excluídos social e financeiramente.

O fluvial submete-se ao alvedrio do empregador para trabalhar em um ambiente úmido, quente, com ruídos elevados e trepidações diuturnamente nas viagens pela Região Amazônica, com baixos salários e em embarcações sem equipamentos de segurança adequados, na busca do sustento seu e de sua família.

4.2. Eficácia das normas constitucionais

Sandro Nahmias Melo chama a atenção para “problema terminológico”, assim reconhecido por Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva, quanto à utilização dos vocábulos vigência, validez, validade, eficácia e aplicabilidade. Conceitos estes que ora são usados como sinônimos ora com significados totalmente opostos [31].

Ingo Wolfgang Sarlet apresente essas diferenças, *in verbis*:

“Importa salientar, ainda, que a doutrina pátria tradicionalmente tem distinguido – e neste particular verifica-se substancial consenso – as noções de vigência e eficácia, situando-as em planos diferenciados. Tomando-se a paradigmática lição de José Afonso da Silva, a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz. Todavia, convém não esquecer a íntima correlação entre as noções de vigência e validade, havendo que defina a validade da norma como uma qualidade decorrente do cumprimento regular (no sentido de conforme ao ordenamento jurídico) de seu processo de formação, identificando, neste sentido, a validade com a própria existência da norma. Afastando-se ainda mais das concepções referidas, situa-se o entendimento do constitucionalista fluminense Luiz Roberto Barroso, que, partindo da distinção entre existência (considerada como presença dos elementos constitutivos – agente, forma e objeto – do ato normativo que configuram seus pressupostos materiais de incidência) e validade, define esta última como a conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico no que concerne à competência, adequação da forma, bem à licitude e possibilidade de seu objeto, noção esta que, segundo sustenta, não se confunde com a vigência de uma norma, que se traduz na sua existência jurídica e aplicabilidade” [32]

Para a proteção do meio ambiente do fluvial é relevante que a norma ambiental tenha eficácia jurídica e eficácia social, pois somente com efeitos concretos a proteção da ambiência do trabalho embarcado se aproximará da proteção da ambiência dos demais trabalhadores.

4.3. Igualdade formal e material

A aplicação direta da lei, sem parâmetros, a todos os casos pode trazer inúmeras injustiças, inclusive com resultados perversos. O próprio princípio da igualdade pode ser utilizado de forma a desvirtuar o seu objetivo, é o que relata Enrique Leff:

“Em torno do princípio da igualdade dos direitos individuais, da poupança e do trabalho, do lucro e da acumulação, do progresso e da eficiência, construiu-se uma ordem internacional que levou a concentração do poder econômico e político, à homogeneização dos modelos produtivos, dos padrões de consumo e dos estilos de vida. Isso levou a desestabilizar os equilíbrios ecológicos, a desarraigá-los os sistemas culturais e a dissipar os sentidos da vida humana. A busca de status, de lucro, de prestígio, de

poder substituiu os valores tradicionais: o sentido de enraizamento, equilíbrio, pertença, coesão social, cooperação, convivência e solidariedade.”[33]

Para se atingir os objetivos do princípio da igualdade é indispensável que essa igualdade se dê no plano formal e material.

Celso Ribeiro Bastos apresenta os dois conceitos (igualdade formal e material), nos seguintes termos:

“A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

(...)

De qualquer maneira, sem que se pretenda neste tópico elucidar quais são as discriminações vedadas pelo atual Sistema Constitucional, faz-se necessário esclarecer o que se entende por igualdade formal. Esta consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.”[34]

O princípio da igualdade busca a proteção igualitária da pessoa humana em sua dignidade, impondo ao legislador, ao administrador público e ao julgador, imprimir esforços na busca de minorar as arbitrariedades e privilégios de forma a melhorar as condições da dignidade da pessoa humana dos menos favorecidos socialmente.

Pinto Ferreira apresenta esse objetivo do princípio da igualdade, *in verbis*:

“Porém, sobretudo depois de Htschek, no *Deutsches und preussisches Staatsrecht* (1922, p. 196), que foi, aliás, o primeiro a sustentar tal doutrina entre os modernos juristas alemães, esse princípio constitucional tem por objetivo primacial uma proibição da desigualdade jurídica material.”[35]

Cumprе salientar que a igualdade formal é sobremaneira importante, Canotilho registra essa importância:

“Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples *princípio de prevalência da lei* em face da jurisdição e da administração. Conseqüentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isto não significa que o princípio da igualdade forma não seja relevante nem seja correto.”[36]

Há de se ter que a observância da igualdade formal é essencial para a defesa do meio ambiente do trabalho do fluvial, pois se necessita que um arcabouço jurídico que permitam uma melhor fiscalização e responsabilizem os infratores. Entretanto, apenas a observância da igualdade formal não é suficiente. A busca da igualdade material é que tornar real ao fluvial, em seu ambiente de trabalho, a efetividade do princípio da igualdade, conforme consagrada como direito fundamental.

4.4. Prestações positivas – concretização do princípio da igualdade

Os direitos de proteção ao meio ambiente do trabalho estão contidos no rol dos direitos sociais, culturais e econômicos, os quais nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula [37].

Para se concretizar princípio da igualdade apresenta-se imprescindível a proteção do ambiente do trabalho do fluvial e para se alcançar essa proteção demanda prestações positivas. Estas devem advir do Estado, enquanto regulador e fiscalizador da atividade e da sociedade civil.

Em termos de legislação, observam-se no plano internacional algumas importantes disposições.

O Decreto n. 6.766, de 10 de fevereiro de 2009, que promulga a Convenção nº 178 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos, assinada em Genebra, em 22 de outubro de 1996, estabelece, em seu art. 5, item 2, (d), que os inspetores devidamente credenciados estarão autorizados para, quando tenham motivos para acreditar que uma deficiência representa um sério risco para a segurança e a saúde dos trabalhadores marítimos, proibir, reservado o direito de recorrer a uma autoridade judicial ou administrativa, que um navio abandone o porto até que tenham sido adotadas as medidas necessárias, não devendo ser este impedido de sair ou detido além do tempo necessário e justificável.

A legislação doméstica, também, traz importantes disposições acerca do tema. Objetivando minorar as condições hostis de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho apresenta algumas regras mais benéficas aos fluviais, como a que estabelece que as horas extraordinárias de trabalho são indivisíveis, computando-se a fração de hora como hora inteira (art. 250, parágrafo único, CLT). No entanto, as regras da legislação consolidada são tímidas e não trazem garantias mais efetivas na busca da redução das desigualdades.

A Norma Reguladora n. 30, Ministério do Trabalho, traz dispositivos mais eficazes na proteção do fluvial, como a obrigatoriedade da constituição do Grupo de Segurança e Saúde no Trabalho a Bordo das Embarcações (GSSTB) de bandeira nacional com, no mínimo, 500 de arqueação bruta (AB), independentemente da constituição da comissão interna de prevenção à acidentes (CIPA). Este grupo, sob a responsabilidade do comandante, é formado pelo Oficial encarregado da segurança, Chefe de máquinas, Mestre de Cabotagem ou Contramestre, Tripulante responsável pela seção de saúde e pelo Marinheiro de Máquinas [38].

A mencionada norma estabelece finalidades e atribuições ao grupo de segurança e saúde. As finalidades do grupo são: manter procedimentos que visem à preservação da segurança e saúde no trabalho e do meio ambiente, procurando atuar de forma preventiva; agregar esforços de toda a tripulação para que a embarcação possa ser considerada local seguro de trabalho; contribuir para a melhoria das condições de trabalho e de bem-estar a bordo; recomendar modificações e receber sugestões técnicas que visem a garantia de segurança dos trabalhos realizados a bordo; investigar, analisar e discutir as causas de acidentes do trabalho a bordo, divulgando o seu resultado; adotar providências para que as empresas mantenham à disposição do GSSTB informações, normas e recomendações atualizadas em matéria de prevenção de acidentes, doenças

relacionadas ao trabalho, enfermidades infecto-contagiosas e outras de caráter médico-social; zelar para que todos a bordo recebam e usem equipamentos de proteção individual e coletiva para controle das condições de risco [39].

O GSSTB tem importantes atribuições que efetivamente são prestações positivas, instrumentalizando melhor a proteção do meio ambiente do trabalho do fluvial e materializando o princípio da igualdade, são elas: zelar pelo cumprimento a bordo das normas vigentes de segurança, saúde no trabalho e preservação do meio ambiente; avaliar se as medidas existentes a bordo para prevenção de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho são satisfatórias; sugerir procedimentos que contemplem medidas de segurança do trabalho, especialmente quando se tratar de atividades que envolvam risco; verificar o correto funcionamento dos sistemas e equipamentos de segurança e de salvatagem; investigar, analisar e divulgar os acidentes ocorridos a bordo, com ou sem afastamento, fazendo as recomendações necessárias para evitar a possível repetição dos mesmos; preencher o quadro estatístico de acordo com o modelo constante no Quadro I anexo e elaborar relatório encaminhando-os ao empregador; participar do planejamento para a execução dos exercícios regulamentares de segurança, tais como abandono, combate a incêndio, resgate em ambientes confinados, prevenção a poluição e emergências em geral, avaliando os resultados e propondo medidas corretivas; promover, a bordo, palestras e debates de caráter educativo, assim como a distribuição publicações e/ou recursos audiovisuais relacionados com os propósitos do grupo; identificar as necessidades de treinamento sobre segurança, saúde do trabalho e preservação do meio ambiente; quando da ocorrência de acidente de trabalho o GSSTB deve zelar pela emissão da CAT e escrituração de termo de ocorrência no diário de bordo[40].

Extrai-se que a norma regulamentar do Ministério do Trabalho e Emprego apresenta dispositivos mais eficazes na busca da proteção do meio ambiente do trabalho do fluvial.

A normatização autônoma apresenta-se importante nesta proteção. A Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre as categorias afetas a navegação no Estado do Amazonas[41] apresenta importantes dispositivos na busca da igualdade material entre os fluviais e demais trabalhadores.

A norma coletiva em questão traz a previsão quanto aos adicionais de insalubridade e periculosidade para equipagem, *in verbis*:

“CLÁUSULA 11ª – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE OU PERICULOSIDADE

Os tripulantes farão *jus* ao adicional de insalubridade na ordem de 20% (vinte por cento) calculado sobre a soldada-base. No caso de direito ao adicional de periculosidade, quando couber, será devido apenas este adicional indistintamente a todos os tripulantes, na razão de 30% (trinta por cento) calculado sobre a soldada-base.”

Observa-se que o adicional é estendido a todos os tripulantes, independentemente da atividade ou do local em que trabalhe na embarcação.

A convenção traz outros dispositivos que beneficiam os fluviais, a saber:

“CLAUSULA 27ª – INDENIZAÇÃO POR SINISTRO A BORDO

Na hipótese de sinistro a bordo, devidamente comprovado através de inquérito procedido pela autoridade naval, que resultar em perda total de objetos de uso pessoal e uniformes do empregado, ser-lhe-á assegurada uma indenização por tal perda, correspondente a 03 (três) salários mínimos vigentes na época do sinistro, desde que para o mesmo a tripulação não haja concorrido com culpa ou dolo.

CLAUSULA 33ª – AUXÍLIO MEDICAMENTO

Em caso de afastamento do empregado por doença, a cargo do INSS, o empregador pagará até 12% (doze por cento) da última remuneração recebida, para despesas efetivamente comprovadas na compra de medicamentos.

CLAUSULA 35ª – COMPLEMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA PARA ACIDENTE

Aos tripulantes afastados do serviço por motivo de acidente de trabalho a empresa concederá complementação de salário que se somará ao benefício do INSS, pelo prazo de 2 (dois) meses, quando o empregado tiver mais de 12 (doze) meses ininterruptos de tempo de serviço na empresa.”

Infelizmente, observa-se no plano da negociação coletiva que há uma monetarização do meio ambiente do trabalho.

Não se busca, efetivamente, apresentar instrumento de proteção do fluvial, mas uma contraprestação pecuniária pelos riscos e enfermidades sofridas pelo trabalhadores.

A monetarização da saúde do trabalhador é conduta perversa que depõe contra aos princípios do Direito Ambiental e do Direito do Trabalho. Camille Simonin apresenta essa questão:

“O adicional dito de insalubridade é imoral e desumano; é uma espécie de adicional do suicídio; ele encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para aumentar seu salário; é contrário aos princípios da Medicina do Trabalho e à Declaração dos Direitos do Homem.”[42]

O meio ambiente do trabalho, seja ele considerado como direito difuso ou direito coletivo, é um direito indisponível. Não pode o empregado vender sua saúde e, conseqüentemente, sua vida.

Deve-se, não só indenizar o trabalhador, mas buscar formas e meio para reduzir e se possível eliminar os riscos para a saúde obreira. Neste mister, não pode relegar o meio ambiente do trabalho a segundo plano e apenas ser utilizado como forma de ressarcimento financeiros pelos riscos e danos ambientais experimentados pelo fluvial.

5. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DO FLUVIAL NO ESTADO DO AMAZONAS: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Como já mencionado, pelas características peculiares do trabalho fluvial na Amazônia, não se pode fazer a abordagem sob uma perspectiva somente em termos de igualdade formal, sob pena de se impingir profunda desigualdade material.

O acervo jurídico de proteção do trabalho fluvial é substancial. Todavia, a fiscalização é deficitária. Esforços estão sendo feitos pelo Ministério do Trabalho para melhorar o atual quadro, como o Projeto de Fiscalização Aquaviária no Amazonas “*LEVANDO A LEI TRABALHISTA AOS RIOS*”^[43]. Neste projeto, sob o comando da Dra. Renata Torres Soares da Rocha, Coordenadora Regional de Inspeção do Trabalho Portuário e Aquaviário – CORITPA, com o apoio da Marinha do Brasil e da Polícia Militar do Estado do Amazonas, foi oficializado o chamado GMP - Grupo Móvel Portuário, em que Auditores-Fiscais da área compõem uma equipe nacional que, conforme planejamento prévio, foi enviada a outros estados para desenvolver atividade de fiscalização marítima/fluvial, em auxílio aos colegas locais. Realizado no segundo semestre do ano de 2008, o projeto alcançou os seguintes resultados: 52 ações fiscais; 200 trabalhadores registrados; R\$60.000,00 de FGTS recolhido; regularização de vários itens de segurança, tais como: fornecimento de equipamentos de proteção individual, disponibilização de banheiros, realização de Atestados de Saúde Ocupacional – ASO e a constituição de várias empresas formalmente perante os órgãos competentes para o acolhimento legal dos empregados que trabalham em embarcações.

A Marinha do Brasil, na fiscalização dos rios da Amazônia Ocidental, com 26.357 embarcações inscritas (Amazônia Ocidental), conta com 11 agências flutuantes, 65 lanchas, 16 navios e 06 aeronaves UH-12 (esquilo). Os principais problemas para a fiscalização são: a inexistência de regulamentação do transporte fluvial de passageiros e cargas, serviço ineficaz e de baixa qualidade para usuários; bem como infra-estrutura portuária atual inadequada, com poucos terminais hidroviários de passageiros, acarretando o descontrole no embarque de passageiros e cargas, além de resultar em desconforto para os usuários ^[44].

A perspectiva atual é equivocada. O meio ambiente do trabalho integra o meio ambiente como um todo ^[45], sendo competência material comum da União, dos Estados e Municípios^[46].

O Estado como um todo deve promover essa proteção. Como registra Canotilho:

“No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo-constitucionalmente consagrado implica a existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) devem ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: *devem!*”^[47]

Os Estados e os Municípios devem contribuir com a fiscalização do meio ambiente do trabalho do fluvial. Aqueles não podem fiscalizar o trabalho, mas podem, e devem, fiscalizar o meio ambiente em que este trabalho é desenvolvido, como o nível de ruídos, trepidações, temperatura, qualidade da água fornecida aos passageiros e à tripulação, exposição a agentes químicos etc. Concernente ao transporte fluvial de pessoas e

cargas (transporte misto), observa-se que o meio ambiente não tem influência somente sobre a tripulação, mas também sobre os passageiros e carga.

Limitar o meio ambiente do trabalho aos princípios do Direito do Trabalho, este com gênese no direito privado, sob a competência exclusiva da União (Ministério do Trabalho), é privar o trabalhador de uma proteção mais efetiva de sua saúde e segurança em seu labor diário e ir de encontro ao princípio constitucional da igualdade, visto que permite que o flutuante permaneça em contato com um meio ambiente de trabalho perverso e em flagrante desvantagem aos demais trabalhadores.

O flutuante que desenvolvem atividades, hostis por natureza, não podem ter tratamento igualitário aos demais profissionais. Para que não sejam vítimas do próprio trabalho, pois como diz o provérbio *“Trabalho é meio de vida, e não de morte.”*^[48]

Plauto Faraco de Azevedo traz palavras que traduzem esse desequilíbrio de forças, *in verbis*:

“Vivemos em um mundo dilacerado pela desigualdade e pela injustiça, em que uma, dentre cada quatro pessoas, sobrevive abaixo das condições mínimas indispensáveis à dignidade humana. A própria vida acha-se ameaçada pela contaminação sistemática da biosfera.”

Os trabalhadores de forma geral ao serem acometido de qualquer infortúnio, podem, quase que imediatamente, buscar o respectivo atendimento pelo Sistema Único de Saúde, ante a proximidade dos grandes centros. Já o flutuante, frente ao revés, pode encontra-se há dias, ou semanas, de viagem do hospital ou pronto socorro mais próximo.

6. CONCLUSÃO

Embora se observe inúmeros esforços dos agentes públicos (Marinha do Brasil, Ministério do Trabalho, ANAQ etc.) o resultado não é significativo.

Nem todos os auditores-fiscais do trabalho, nem toda a Marinha do Brasil, ou qualquer outro agente público fiscalizador apresentará resultados razoáveis em longo prazo.

Os atos repressivos são medidas extremas que custam muito ao erário, com mobilização de pessoal e material, e muitas vezes são comprometidas pela falta de preparação específica dos servidores públicos, os quais em muitos casos estão desestimulados pelos baixos salários.

Para transformar esse quadro e fazer valer o princípio da igualdade será necessário efetivar outros princípios, como da participação, informação ambiental e educação ambiental.

Ou seja, somente com informação, onde deve ser franqueado ao flutuante o pleno conhecimento sobre as normas de proteção do seu meio ambiente de trabalho e os órgãos aos quais pode buscar a fiscalização e a reparação patrimonial pelos danos decorrentes do hostil ambiente de trabalho.

Embora seja previsto nos cursos de formação do fluvialheiro os módulos de meio ambiente e saúde e segurança no trabalho, a educação ambiental é uma constante que se torna indispensável na melhoria contínua da qualidade do meio ambiente do trabalho, como o correto tratamento de água, o cuidado com os resíduos e outros.

Por fim, e não menos importante, a participação da sociedade civil, como organizações não governamentais, sindicatos, comissões internas de prevenção a acidentes (CIPA), Grupo de Segurança e Saúde no Trabalho a Bordo das Embarcações (GSSTB), associações de armadores, todos no empenho de promover melhor educação, com palestras, fornecimento de cestos para coleta seletiva de lixo e o combate a informalidade, visto que prejudica ao fluvialheiro, ao armador, ao comandante da embarcação e aos órgãos de fiscalização.

Cumprido ressaltar que os princípios de Direito Ambiental apresentam-se plenamente compatíveis na busca de uma eficiente proteção do meio ambiente do trabalho e no rumo da materialização do princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Aurélio Wander. A Constituinte Burguesa. “Que é o Terceiro Estado”, **Nota explicativa**. 3ª edição, Organização e Introdução Aurélio Wander Bastos, Frêjus (1748), Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **Função Ambiental**. < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754> > acesso em 21/04/2009.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual do trabalho aquaviário**. Brasília: TEM, SIT, DEFIT, DSST, CGASAT, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

FROTA, Cláudio. **As ferramentas da qualidade aplicadas ao transporte de passageiros na Amazônia Ocidental**. I Congresso de Navegação e Logística na Amazônia Legal, de 13 a 16 novembro de 2008, em Manaus.

http://www.amazonas.am.gov.br/pagina_interna1.php?cod=15, acesso em 30.09.2008.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/D%C3%A2mocles>> acesso em 09/04/2009.

<http://portalamazonia.globo.com/noticias.php?idN=26449&idLingua=1>> acesso em 18/04/2009.

https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_13/N_13.htm, acesso em 17/09/2008.

https://www.dpc.mar.mil.br/epm/prepom/aquaviarios/02_CFAQ_II_III.pdf > acesso em 13/04/2009.

<http://scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v54n210/especial1.pdf> Acesso em 11.11.2008.

http://www.hkocher.info/minha_pagina/port/port_t03.htm Acesso em 11.11.2008.

<http://portalamazonia.globo.com/noticias.php?idN=81621&idLingua=1> Acesso em 09/04/2009.

http://www.hkocher.info/minha_pagina/port/port_t03.htm > Acesso em 11/11/2008.

JESUS, Dennis Teixeira de. Capitão-de-Mar-e-Guerra, Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental. **I Congresso de Navegação e Logística na Amazônia Legal**. Palestra apresentada em Manaus, dia 15 de novembro de 2008.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. São Paulo, Vozes, 2004, pág. 84.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pág. 88

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Volume 1, 3^a Ed. Barueri, SP: Manole, 2008.

MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2004.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville, Editora Martin Claret, São Paulo: 2007 (1^a edição, 1748).

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional: 1905.

MOREIRA, Eidorfe. **Conceito de Amazônia**. Coleção Araújo Lima. S.P.V.A. Rio de Janeiro: 1958.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Der (Org.), **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo, Petrópolis, 2005, pág. 95.

ROCHA, Renata Torres Soares da. **Projeto de fiscalização aquaviária no Amazonas “LEVANDO A LEI TRABALHISTA AOS RIOS”**. Ministério do Trabalho e Emprego.

SALLE; Ferdinand La. **O que é uma Constituição Política**. Global Editora, tradução Manoel Soares, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editores, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa “O que é o Terceiro Estado?”**, 3ª edição, Organização e Introdução Aurélio Wander Bastos, Lúmen Júris.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, De Plácio e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

[1] < <http://pt.wikipedia.org/wiki/D%C3%A2mocles>> acesso em 09/04/2009.

[2] FONSECA, Ozorio Jose de Menezes. Aula de março/2007 do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.

[3] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pág. 21/23.

[4] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pág. 46.

[5] Art. 200, VIII, da Constituição da República.

[6] O princípio do poluidor-pagador (*verursacherprinzip*) visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental. (...) Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao “sujeito econômico” (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 142.

[7] “A informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios administrativos e judiciais, para manifestar-se.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pág. 88

[8] “Por sua vez, o princípio da prevenção, com um *status* no direito internacional mais antigo do que o da precaução, deve ser invocado em todas as atividades ou empreendimentos cujo efeito no ambiente sejam conhecidos e previsíveis, ainda que notáveis, como é o caso da construção de barragens para aproveitamento hidrelétrico de rios”. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Der (Org.), **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo, Petrópolis, 2005, pág. 95.

[9] “Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.” (Princípio 15 da **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**).

[10] BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **Função Ambiental**. <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754> > acesso em 21/04/2009.

[11] MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional: 1905, pág. 32/33.

[12] http://www.amazonas.am.gov.br/pagina_interna1.php?cod=15, acesso em 30.09.2008.

[13] <<http://portalamazonia.globo.com/noticias.php?idN=26449&idLingua=1>> acesso em 18/04/2009.

[14] MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Volume 1, 3ª Ed. Barueri, SP: Manole, 2008, pág. 282.

[15] **Armador**: Vocábulo em uso na linguagem do Direito Marítimo, para indicar a pessoa que prepara, ou arma um navio, pondo-o em condições, ou o aparelhando para viajar. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 190).

[16] **Equipagem**: é, pois, constituída comente pela marinhagem ou marinheiros, que se engajam para os serviços de bordo. Em regra, a equipagem é engajada ou contratada pelo capitão do navio. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 180/181)

[17] MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Volume 1, 3ª Ed. Barueri, SP: Manole, 2008. pág. 287.

[18] BRASIL. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_13/N_13.htm, acesso em 17/09/2008.

[19] CFAQ – II/III - F. Curso de Formação de aquaviário, categorias de subalternos (Convés: piloto fluvial, mestre fluvial, contramestre fluvial, marinheiro fluvial de convés, marinheiro fluvial auxiliar de convés; Máquinas: condutor maquinista motorista fluvial, marinheiro fluvial de máquinas, marinheiro fluvial auxiliar de máquinas. (NORMAN 13). <https://www.dpc.mar.mil.br/epm/prepom/aquaviarios/02_CFAQ_II_III.pdf > acesso em 13/04/2009.

[20] JESUS, Dennis Teixeira de. Capitão-de-Mar-e-Guerra. Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental. **I Congresso de Navegação e Logística na Amazônia Legal**. Palestra apresentada no dia 15/11/2008, na cidade de Manaus/Estado do Amazonas.

[21] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual do trabalho aquaviário**. Brasília: TEM, SIT, DEFIT, DSST, CGASAT, 2005, pág. 15.

[22] MOREIRA, Eidorfe. Conceito de Amazônia. Coleção Araújo Lima. S.P.V.A. Rio de Janeiro: 1958, pág. 5. < <http://scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v54n210/especial1.pdf> > Acesso em 11.11.2008.

[23] < http://www.hkocher.info/minha_pagina/port/port_t03.htm > Acesso em 11.11.2008.

[24] < <http://portalamazonia.globo.com/noticias.php?idN=81621&idLingua=1> > Acesso em 09/04/2009.

[25] FROTA, Cláudio. **As ferramentas da qualidade aplicadas ao transporte de passageiros na Amazônia Ocidental**. I Congresso de Navegação e Logística na Amazônia Legal, de 13 a 16 novembro de 2008, em Manaus.

[26] SILVA, Manoel José Jesus da. Secretário de Finanças do Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Marítimo e Fluvial do Estado do Amazonas (22 anos como maquinista de rebocador). Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em 11.03.2008.

[27] BASTOS, Aurélio Wander. A Constituinte Burguesa, “Que é o Terceiro Estado”. **Nota explicativa**, 3ª edição, Organização e Introdução Aurélio Wander Bastos, Frêjus (1748), Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, pág. 7/8”.

[28] MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville, Editora Martin Claret, São Paulo: 2007 (1ª edição, 1748), pág. 20.

[29] SIEYÈS, Emmanuel Joseph, **A Constituinte Burguesa “O que é o Terceiro Estado?** 3ª edição, Organização e Introdução Aurélio Wander Bastos, Frêjus (1748), Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, pág. 84.

[30] SALLE, Ferdinand La. **O que é uma Constituição Política**. Global Editora, tradução Manoel Soares, 1987, pág. 41.

[31] MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2004, pág. 98.

[32] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editores, 2004, pág. 226.

[33] LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. São Paulo, Vozes, 2004, pág. 84.

[34] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 165/166.

[35] FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 144.

[36] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pág. 564.

[37] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pág. 564.

[38] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma regulamentar n. 30**, item 30.4.5.1.

[39] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma regulamentar n. 30**, item 30.4.6.

[40] *Idem*, item 30.4.7.1.

[41] Convenção Coletiva de Trabalho que entre si celebram o Sindicato das Empresas de Navegação Fluvial no Estado do Amazonas e Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Marítimos e Fluvial no Estado do Amazonas, ano 2007.

[42] “Médicine du travail”, *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, pág.922.

[43] ROCHA, Renata Torres Soares da. **Projeto de fiscalização aquaviária no Amazonas “LEVANDO A LEI TRABALHISTA AOS RIOS”**. Ministério do Trabalho e Emprego.

[44] JESUS, Dennis Teixeira de. Capitão-de-Mar-e-Guerra, Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental. **I Congresso de Navegação e Logística na Amazônia Legal**. Palestra apresentada em Manaus, dia 15 de novembro de 2008.

[45] Art. 200, VIII, da Constituição da República.

[46] Art. 23, VI, da Constituição da República.

[47] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 181.

[48] < http://www.hkocher.info/minha_pagina/port/port_t03.htm > Acesso em 11/11/2008.

AS GUERRAS, O MEIO AMBIENTE, E A IMPORTÂNCIA DO SUJEITO POLÍTICO VOLTADO AOS INTERESSES COLETIVOS.

THE WARS, THE ENVIRONMENT, AND THE IMPORTANCE OF THE POLITICIAN CITIZEN DIRECTED TO THE COLLECTIVE INTERESTS.

**Marilucia Flenik
Katya Kozicki**

RESUMO

Este artigo enfoca as guerras, o meio ambiente, o perigo de destruição do nicho ecológico e da própria espécie humana. As guerras constituem uma grave ameaça ao meio ambiente tanto físico como cultural. A incerteza e o risco marcam esta época. O ciclo de espoliação dos recursos naturais da era industrial capitalista está próximo ao esgotamento e milhões de pessoas são refugiados ou estão desempregados. A tendência para o século XXI é que recrudesçam os conflitos mundiais pela disputa dos bens naturais e econômicos. Predomina hoje a mais valia do capital das empresas multinacionais e tanto o Estado Democrático Liberal como o Estado Democrático Socialista não deram conta de garantir os direitos fundamentais dos seres humanos. Neste quadro emerge como alerta o sinal de perigo de involução no sentido de que o meio ambiente seja destruído com graves reflexos para toda a espécie humana. A sociedade hoje é de trabalhadores que vivem exclusivamente para produzir e consumir os bens de consumo. Os problemas a serem enfrentados são políticos e cumpre resgatar um tipo de sujeito político histórico e localizado, que se destaque da igualdade das massas da democracia, deixando de ser o sujeito de direitos transcendental idealizado pelo humanismo clássico, para ser o sujeito dos direitos coletivos, voltado aos interesses do meio ambiente e conservação do seu mundo cultural e institucional.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES – GUERRAS, MEIO AMBIENTE, INCERTEZA, BENS ECONÔMICOS, CONSUMIDORES, MODELO DE ESTADO, NOVO SUJEITO POLÍTICO, INTERESSES COLETIVOS, DIREITOS COLETIVOS.

ABSTRACT

This article focuses the wars, the environment, the danger to destroy the niche ecological and the human race itself. The wars in such a way constitute a serious threat to the physicist and the cultural environments. The uncertainty and the risk mark this time. The cycle of spoliation of the natural resources of the capitalist industrial age is next to the exhaustion and millions of people are refugee or unemployed. The trend for century XXI is that the world-wide conflicts for the dispute of the natural and economic goods recrudesce. The value of the capital of the multi national companies predominates today and both the Liberal Democratic State and the Socialist Democratic State had not given account to guarantee the basic rights of the human beings. In this picture the

signal of danger of involution emerges as alert of that the environment might be destroyed with serious consequences for all the human race. The society today is of workers who live exclusively to produce and to consume the consumption goods. The problems to be faced are politicians and fulfill to rescue a type of historical politician citizen and located, who if has detached of the equality of the masses of the democracy, leaving of being the transcendental citizen of rights idealized by the classic humanism, to be the citizen of the collective rights, come back to the interests of the environment and conservation of its cultural and institutional world.

KEYWORDS: KEYWORDS: WARS, ENVIRONMENT, UNCERTAINTY, ECONOMIC GOODS, CONSUME, NEW PARADIGM OF STATE, NEW CITIZENSHIP, COLLECTIVE INTERESTS, COLLECTIVE RIGHTS.

1. Introdução

A proteção ao meio ambiente, [1] no seu sentido *lato senso* que abarca tanto o mundo físico como o mundo criado pela cultura, é pauta do dia em todos os setores da vida humana. O senso comum já sabe que o ciclo de espoliação irresponsável dos recursos naturais está no fim. Se o mero viver e a geração de riquezas econômicas afetou gravemente o meio ambiente, mais preocupante serão as possíveis guerras do século XXI, com a utilização do arsenal bélico da atualidade. A guerra produz impactos ambientais significativos, uma vez que as atividades bélicas acarretam efeitos sobre o ar, sobre as águas de superfície e subterrâneas, sobre o solo e o subsolo, sobre a fauna e a flora terrestre e aquática, sem falar nos impactos ao meio ambiente sócio-econômico-cultural, com a destruição da infra-estrutura dos Estados beligerantes e os ataques contra suas populações civis.

Diante desta problemática, três indagações são pertinentes:

- 1) - Quais tendências para a conformação do mundo humano são vislumbradas para o século XXI no que tange aos conflitos armados?
- 2) - Há o risco de destruição do nicho ecológico e conseqüente desaparecimento da espécie humana, caso as guerras continuem a ser travadas?
- 3) - Se é certo que a época atual é de crise e transformação, como traçar as dimensões do sujeito político na contemporaneidade a fim de evitar que a disputa pelos bens econômicos acarrete uma involução social e política?

Para responder à primeira indagação, um olhar retrospectivo na história da espécie humana leva à conclusão de que a caminhada no século XXI continuará sendo o tropel desenfreado dos cavalos de Platão, mito que se reporta ao conflito entre o "bem" e o "mal" que plasmam a alma humana. No fundo são as incertezas que dizem respeito as escolhas a serem feitas nesta época de transformação do modelo político, econômico e social que estamos vivenciando, cujas conseqüências ninguém pode prever.

Quanto a segunda pergunta, o risco de uma involução da espécie humana, com a total destruição do meio ambiente, a resposta é afirmativa, diante do fantástico

desenvolvimento do arsenal bélico, especialmente o atômico, desenvolvido para este tempo de guerra nas estrelas.

Desanimar? Jamais. Se a época é de transformação, urge ultrapassar tanto o modelo político desenhado pelo liberalismo econômico, que fez surgir o Estado Democrático de Direito, a partir das revoluções do final do século XVIII, como o Estado Democrático Socialista, surgido com a Revolução Russa de 1917. Qual esperança se vislumbra? O resgate do sujeito político, o ser humano histórico, localizado, que se recusa a estar mergulhado na igualdade das massas da democracia, cujos direitos e garantias fundamentais de personalidade são meras peças de retórica. Enquanto o sujeito estiver voltado exclusivamente aos seus interesses particulares, não haverá ensejo de "aparecer" para a vida pública, aquela dos interesses coletivos. E, no entanto, o futuro da espécie humana depende do desenvolvimento de uma inteligência coletiva, que priorize não somente os direitos da personalidade mas, sobretudo, os direitos das gerações futuras de encontrar um espaço vital habitável, onde possam dar seqüência à construção do mundo humano.

2 - A luta pela vida e a incerteza do futuro

A primeira pergunta nos conduz à constatação de que a principal característica desta nova era é o final das "certezas" vivenciadas pela modernidade, período de quatrocentos anos do pensamento ocidental, que fora inaugurado por Francis Bacon (1561-1626). Ele criou um método científico de previsões, apto a gerar o conhecimento, que tinha como objetivo melhorar o destino do ser humano. Surgiu a crença do progresso humano indefinido e o mito do Gênesis pôde finalmente ser cumprido: desde então, o ser humano objetivou compreender e dominar todas as coisas da criação. As ciências evoluíram de tal forma que hoje, com as aquisições da informática e da biotecnologia, o ser humano está próximo de recriar-se a si próprio. Almejando ser senhor de todos os processos, ele inquina com a insegurança que lhe é peculiar, todas as coisas. Foi um alto preço a transição de um mundo de "certezas" para um mundo de probabilidades. Perdeu-se a confiança do mundo inteligível e previsível da mecânica clássica. A partir da mecânica quântica, a realidade passou a depender das medidas do próprio homem e hodiernamente a concepção do mundo é algo em construção.

A insegurança quanto ao futuro paira como uma sombra e a espécie humana pouco sabe a respeito das conseqüências de sua ação de fruição do seu espaço vital e das formas de organizações econômicas, sociais e políticas, criadas com o fenômeno da mundialização. O futuro é incerto porque é contingência e depende diretamente das escolhas do presente. Ilya Prigogine[2] afirma que a nova concepção da história da vida é absolutamente contrária, tanto no que diz respeito aos modelos deterministas habituais da ciência ocidental, como às tradições sociais e às esperanças psicológicas mais profundas da cultura ocidental, as de uma história que culmina nos seres humanos, na medida em que são a expressão mais elevada da vida e destinados a dominar o planeta.

Não convém ignorar que a evolução tanto pode ser para um mundo melhor, a cara idéia do progresso cultivada pelo humanismo clássico, como pode ser uma involução, ninguém podendo afirmar que futuro espera a espécie humana. Desde o surgimento do *Homo sapiens*, a partir de uma população africana do *Homo erectus*, há cerca de

duzentos mil anos, a história da humanidade pode ser contada como a luta permanente dos seres humanos com a própria natureza e entre si. Foi em virtude de sua fraqueza como animal que o ser humano desenvolveu a parte cognitiva, transformando-se no fabricante de coisas úteis para o domínio da natureza e garantia de sua sobrevivência. Afirma Stephen Jay Gould[3] que o *Homo sapiens* é uma espécie muito estável, sendo que a forma do nosso corpo ou o tamanho do nosso cérebro não se alterou desde, pelo menos há quarenta ou cinquenta mil anos. Aqueles que pintaram a gruta de Chauvet, há trinta mil anos, fomos nós. Talvez isto explique as intermináveis discórdias dos agrupamentos humanos e as lutas armadas. Por mais que racionalmente o ser humano tenha tentado se elevar a "filho de Deus", conforme a tradição judaico-cristã, a divisão interna do "não faço o bem que quero mas o mal que aborreço" de São Paulo[4] sempre estará presente a atormentar o coração humano. No fundo é que o lado animal, aquele que luta pela sobrevivência, está latente e se constitui na força propulsora do progresso. Não foi apenas Darwin quem golpeou a racionalidade prática kantiana[5], mas foi sobretudo Freud, que ao descobrir o subconsciente minou a crença na vontade e o ser humano teve que aceitar que as motivações de sua ação, muitas vezes, escapam-lhe do controle. Esta é a grande tragédia humana: seres plurais que ainda não desenvolveram uma inteligência coletiva. Os conflitos, as guerras, o pavor instalado na multidão, escapam do controle do indivíduo, que é levado de roldão e passa a ser mera peça no tabuleiro da História. Vivemos na era do risco[6] e o tempo atual é de extremo perigo. Não se trata mais de um período de transição da chamada época da modernidade para a era de *aquarius*, mas sim da constatação de que ingressamos em definitivo em uma nova era, dita informacional[7], onde grassa a mais generalizada crise, haja vista as profundas mudanças sociais, culturais, econômicas e políticas sendo que os "valores" tidos como "certos", estão em processo de discussão, tendo em vista a necessidade de adaptação de tais "valores" às exigências do mundo contemporâneo.

Urge abandonar a postura antropocêntrica e promover uma verdadeira revolução copernicana, deixando o ser humano de ser o ápice da criação, para se encaixar como um dos muitos seres vivos que se integram e interagem sob o efeito das leis da natureza. Tal maneira de ver o mundo é essencial para o próprio bem estar da espécie, que precisa aprender a respeitar o seu nicho ecológico. Mais grave é o fato de que as guerras, provavelmente, acontecerão[8] e a prospectiva para o terceiro milênio é que continuem irremediavelmente a se desenrolar.

3. O perigo da destruição da espécie humana e de seu mundo

No que diz respeito a segunda indagação, acerca do perigo de destruição severa do meio ambiente, infelizmente, a resposta é afirmativa, haja vista a capacidade de destruição dos artefatos bélicos atuais. As explosões das bombas atômicas em Hiroxima e Nagasaki inauguraram a era presente, cuja principal característica é a incerteza e o risco quanto ao futuro.

No decorrer da história as guerras sempre surgiram no impasse das negociações e a capacidade de destruir se equilibrava com a capacidade humana de reconstruir. O problema atual é que a capacidade de destruição é tão grande, com o uso das armas atômicas, que um conflito mundial acabaria sem vencedores ou vencidos e, portanto, tornaria a guerra, cujo objetivo é a vitória sobre o inimigo, totalmente inútil. Se antes as

guerras que eram travadas ocasionavam muitas baixas humanas, destruíam-se pontes, cidades, alterando predominantemente o meio ambiente construído pela cultura, com a atual tecnologia, uma guerra nuclear poderá transformar o planeta num deserto inóspito para as formas de vida tais quais são agora. Não somente o *Homo sapiens* desaparecerá, mas todo e qualquer tipo de vida será varrido da face da terra. Nas palavras de Eric Hobsbawm, "as forças geradas pela economia tecnocientífica são agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, ou seja, as fundações materiais da vida humana."[9]

Verifica-se que o "breve século XX", expressão cunhada pelo autor, período que inicia em 1914, com a primeira guerra mundial, e se estende até 1991, com o esfacelamento da União Soviética, foi um século de guerras intermitentes, sendo chamada de "era das catástrofes".[10] Neste ponto é ilustrativo o depoimento de Hanna Arendt (1905-1975) que vivenciou a subida dos nazistas ao poder e os horrores da Segunda Guerra, e fez um esforço enorme para compreender e explicar como tudo aquilo pôde acontecer, questionando se o homem, em meio ao processo desencadeado por ele próprio, "ainda pode continuar sendo senhor e mestre do mundo por ele construído e dos assuntos humanos."[11] Alerta ainda que "o problema é que a guerra total pode transformar num deserto o mundo habitado pelos homens."[12]

Os sistemas totalitários promoveram a completa desnaturação da política, ao suprimir por completo a liberdade humana, submetendo-a ao fluxo de uma determinação histórica ideologicamente fundamentada. O nazismo criou uma ideologia pretensamente científica, que julgou ser capaz de construir o artifício do mundo de forma adequada aos interesses do povo alemão, formado pela raça ariana, em detrimento de outros povos, julgados inferiores. O absolutismo axiológico se tornou uma teoria filosoficamente significativa, uma vez que os valores estabelecidos foram apresentados como absolutos e evidentes. O pensamento ideológico arrumou os fatos de forma lógica e agiu com uma coerência capaz de argumentar e pensar em termos de processos que levam a uma explicação distorcida da realidade. Esse tipo de ideologia levou os regimes totalitários e ditatoriais a extinguirem a liberdade, pois suas diversas regras pretenderam se impor, criando um mundo fictício através da propaganda e outorgando à polícia secreta o papel de transformar a ficção em realidade.

Onze milhões de pessoas entre judeus, ciganos, doentes e outros indesejados desapareceram tragadas pelo terror. A inutilidade dos campos de concentração era apenas aparente, pois foram instituições essenciais para que o Estado totalitário consolidasse seu domínio. Inspiravam o medo permanente e indefinido e serviam de treinamento para a obediência cega, necessária ao domínio totalitário. Tanto vítimas como alvos eram dominados completamente, ficando incapazes de reagir, sendo que o povo inteiro ficou em completa apatia, frente ao absurdo do terror. Os campos de concentração eram efetivamente laboratórios especiais para o teste do domínio total. O objetivo era acabar com a pessoa completamente, liquidando a pessoa civil, a moral e finalmente derrotando o núcleo central de sua personalidade, sua dignidade. No fundo, todos participavam do processo de extermínio e a colaboração das vítimas era obtida com a sinalização de que se cooperasse, não seria submetida a maiores horrores de tortura física e moral. Os métodos utilizados nos campos de concentração tinham por objetivo manipular o corpo humano, com as suas infinitas possibilidades de dor, de forma a obter a destruição da pessoa humana, tão inexoravelmente como certas doenças mentais de origem orgânica o fazem. É a completa sandice de todo o processo. Ao

extinguir todo e qualquer direito das vítimas, Hitler conseguiu seu desiderato, que era minar a capacidade de agir das vítimas.[13] Assim foi criado um mundo demente que funcionava, com a força da lógica, e acreditava que o homem podia dominar o mundo e transformá-lo a seu bel prazer.

As democracias ocidentais tiveram que celebrar uma aliança bizarra com a Rússia comunista de Stalin, a fim de lutar e derrotar as forças do Eixo. Contudo, se no decorrer da História, ao término de um conflito armado sucedia um período de paz, fruto do armistício celebrado entre os beligerantes, a partir da Segunda Guerra Mundial, o seu término não significou o fim de conflitos internacionais. Exacerbou-se o confronto entre as duas ideologias fundamentais: o capitalismo e o socialismo e o mundo se dividiu, com o início da "guerra fria" entre os Estados Unidos da América e a União Soviética. Esses países estabeleceram um complexo trabalhista-industrial-militar, emergindo um modelo econômico voltado para a produção de armas e desenvolvimento de tecnologias de controle e destruição. Contudo, seus dirigentes evitaram o conflito direto, o que significaria um pacto suicida, e terçaram armas em todos os cantos do chamado Terceiro Mundo, através da manipulação de governos e fornecimentos de armas e apoio econômico a grupos revolucionários. Os Estados Unidos e seus aliados intervieram na Coreia em 1950 para impedir que o regime comunista do Norte dominasse o Sul daquele País. Fizeram o mesmo no Vietã (1965-75) e o resultado foi uma fragorosa derrota dos Estados Unidos. A União Soviética retirou-se do Afeganistão em 1988, após oito anos nos quais forneceu ajuda militar ao governo para combater guerrilhas apoiadas pelos americanos e abastecidas pelo Paquistão.

Como que a corroborar a proposição de Carl Schmitt de que o político se constitui mediante o contraponto entre amigos e inimigos, o mundo manteve um certo equilíbrio político com a tensão existente entre o Primeiro Mundo, formado pelos países componentes da OTAN e o Segundo Mundo, os países socialistas açambarcados pela União Soviética. Até meados da década de 1970 houve um incremento no bem estar geral, sendo este período conhecido como a Era de Ouro. Atrás da Cortina de Ferro os russos implementaram os ideais da Revolução de outubro de 1917, colocando em prática alguns conceitos marxistas de organização coletiva, planificando a economia e transformando o país agrário em uma potência mundial capaz de competir pela conquista no espaço. Por seu turno os Estados Unidos da América assumiram definitivamente a liderança mundial com a expansão da tecnologia e fortalecimento de seu parque industrial e relações comerciais ao redor do mundo.

A tensão entre as ideologias do capitalismo e do socialismo pendeu favoravelmente para o lado da primeira. A queda do muro de Berlin simboliza o reconhecimento de que o socialismo verdadeiro não conseguiu resolver os problemas da convivência humana e os países comunistas, a exemplo da China, renderam-se ao capitalismo, ingressando no mundo globalizado desenhado pelo capital multinacional. O comunismo deixou de ser a ameaça à identidade dos estadunidenses, necessitando eles de outro "inimigo" a fim de justificar as investidas da nação hegemônica pelo mundo. E ele surgiu na figura do fundamentalismo religioso muçulmano. O líder iatolá Ruholá Khomeini foi posto no exílio pelo Xá Reza Pavlevi em meados da década de 1960. De lá comandou a revolução iraniana. A partir do início da década de 1970, passou a pregar uma forma de governo islâmico total, o dever do clero de rebelar-se contra autoridades despóticas e, na verdade, tomar o poder. Em 16 de janeiro de 1979, o Xá partia para o exílio e a Revolução Iraniana tinha vencido. Enquanto o mundo ocidental providenciara a

separação do Estado e da Igreja, desde as Revoluções Francesa e Americana, do final do século XVIII, o mundo islâmico vivencia hoje um movimento de fortalecimento da nacionalidade na afirmação religiosa e cultural do Alcorão. Grupos extremados intervêm na política através de táticas terroristas objetivando minar a força dos Estados Unidos da América e seus aliados. Especialmente a partir de 11 de setembro de 2001, após o ataque terrorista às torres do World Trade Center de Nova York, a nação que pode ser considerada como berço da democracia e dos direitos humanos, que sempre acolheu levas de imigrantes, fechou as suas fronteiras e partiu para o contra-ataque, invadindo o Afeganistão e ocupando o Iraque, conflitos estes em pleno andamento. E a política mundial continua com o estopim pronto a ser estourado a qualquer momento, uma vez que o terror pode aparecer em qualquer parte do mundo. Trazer a insegurança para todos os lares americanos e de seus aliados foi a grande bravata dos terroristas. Se durante a guerra fria havia a esperança de que o telefone vermelho seria utilizado pelos líderes das nações hegemônicas, antes de se instalar um conflito nuclear, hoje, com a ampliação do grupo de nações do Clube atômico e, principalmente, diante dos esforços da Coreia do Norte comunista e do Irã governado por líderes radicais, para ingressar neste círculo, não há qualquer segurança. Armas atômicas podem cair em mão de terroristas que se transformam a si mesmos em artefatos bélicos, quando dirigem aviões suicidas ou se transformam em bombas humanas.

Sempre se acreditou que os homens são capazes de distinguir o "certo" do "errado" mediante o alcance das regras e padrões morais pré-existentes, cuja validade decorria da lei divina ou natural. Essa pressuposição de certeza manifesta nos mandamentos morais foi colocada em cheque mate quando se descobriu que tanto a existência da humanidade, como do Planeta encontra-se em perigo pelas conseqüências do agir humano.[14] Afinal, os homens do século XXI conhecem os limites do Planeta Terra e sabem, ou deveriam saber, que a mãe Gaia não suporta mais o nível de fruição que a humanidade implantou, em termos de exploração econômica e lutas armadas. A luta pela sobrevivência é permanente. Urge mobilizar toda e qualquer pessoa no engajamento de proteção ao meio ambiente quer seja a nível local, ao redor de si, como a nível nacional e mundial. Principalmente despertar para o exercício da cidadania e exigir das autoridades competentes atitudes firmes que possam evitar guerras e conflitos que venham a agravar ainda mais a situação do meio ambiente.

4 - A importância do sujeito político e dos interesses coletivos na luta pela sobrevivência

Quanto a terceira interrogação deste artigo, que diz respeito ao resgate do sujeito político sob o viés dos interesses coletivos, com certeza é tempo de reflexão. Se o início e o término das guerras ocorrem no espaço político, o cidadão comum deverá ser alçado à categoria de sujeito político ativo, aquele que se interessa e se preocupa com os interesses coletivos e cria espaços para a ação política. Sempre que as pessoas se mobilizam, deixam de ser a mera "opinião pública" imponderável, para se transformar em forças sociais e políticas ativas, capazes de interferir nas decisões a serem tomadas pelas autoridades tendo em vista a minimização dos riscos que afetam o meio ambiente.

O problema relativo a conservação do *habitat* humano é sobretudo econômico e tem a ver com a luta pela sobrevivência e melhoria de vida. Quando o Estado Moderno

Liberal, ínsito da era industrial, colocou os interesses individuais no primeiro plano, propiciou a corrida desenfreada de espoliação dos recursos naturais e do homem pelo próprio homem, tudo a serviço do capital. O burguês liberal se limitou a perseguir seus interesses pessoais, criando um círculo egoísta de vida, conforme acidamente descrevem Adorno e Horkheimer.[15] O fato é que o mundo da tecnologia imbricou na formação de uma sociedade de consumidores vorazes. Ocorreram transformações sociais gigantescas no mundo com a revolução industrial, tais como a imensa produtividade gerada com a crescente divisão do trabalho e sua otimização mediante a utilização dos recursos tecnológicos e da natureza, sempre com a finalidade de produzir com abundância as coisas necessárias à vida. Houve um nivelamento de todas as atividades humanas, ao mesmo tempo em que se ampliou o leque de direitos reconhecidos entre os homens. A igualdade e a liberdade foram proclamadas universalmente como direitos inalienáveis de toda a criatura humana, mas este ideal parece estar cada vez mais fora do alcance dos homens, ameaçados pelos grilhões da necessidade. Vivemos hoje numa sociedade de trabalhadores na qual o objetivo é a riqueza crescente e o consumo desenfreado dos bens produzidos.

Para promover esse processo de acúmulo de riqueza o ser humano sacrifica não apenas os recursos naturais, mas também o próprio mundo da cultura e a si próprio. Hoje a participação numa classe social substituiu a proteção que antes era oferecida pela participação numa família. Vivemos o fenômeno das massas onde o homem vê dissolvida sua individualidade. Compelido pela necessidade ele trabalha como um autômato, alienado de seu próprio trabalho pela divisão das tarefas que se tornaram demasiadamente complexas e cujas etapas escapam da sua compreensão. Ele já não encontra mais a satisfação pessoal quando trabalha e se sente subjugado pelo peso da necessidade, tal qual os antigos escravos, sem poder efetuar escolhas. Houve uma homogeneização dos homens enquanto membros de uma mesma espécie, entregues ao cotidiano do trabalho e do consumo, e tudo o que o homem faz destina-se a ganhar o próprio sustento, visando a manutenção da vida. Este modo alienado de viver é analisado com profundidade por Agnes Heller e Ferenc Fehér, no livro "A Condição Política Pós-Moderna", afirmando os autores que o sujeito político desapareceu nas democracias modernas e submergiu na massa anônima de onde não manifesta interesse em aparecer para o espaço dos interesses coletivos.[16] Nas palavras de Simone Goyard-Fabre, "a democratização dos povos modernos é sua massificação no anonimato." [17]

Conforme denunciado por Hannah Arendt,[18] hodiernamente predomina o espírito do *animal laborans* na sociedade dos consumidores, ficando a ação política relegada a um segundo plano, quando deveria ser esta a principal atividade humana, pois é aquela que diz respeito as decisões quanto ao futuro da espécie humana.

Em que pese a marcha da história ocorrer inexoravelmente conforme descrito por Hegel na "Fenomenologia do Espírito", e o esforço de Kant para estabelecer as condições de possibilidade da razão prática, hoje se questiona a existência do sujeito transcendental, conforme traçado pelo humanismo e pela filosofia do sujeito. No âmbito político e jurídico, problematiza-se o fato de que os direitos fundamentais e inalienáveis da pessoa humana foram solenemente proclamados, sem que isto tivesse se convertido em ações efetivas de valorização do ser humano. Esta constatação advém da passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem, o que levou a uma superação do logocentrismo, figura construída pelo pensamento moderno

ocidental, onde a razão pairava soberana, julgando tudo poder resolver. A partir da virada lingüística, as relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. Afirma Jürgen Habermas[19] que o pensamento pós metafísico, a guinada lingüística, o modo de situar a razão, a inversão do primado da teoria frente à prática e a superação do logocentrismo, constituem quatro motivos que caracterizam a ruptura com a tradição das diversas escolas filosóficas e são os elementos chaves para o filosofar dos tempos atuais. Não se duvida que a filosofia ainda tem um importante papel a desempenhar, especialmente no que tange ao traçado de um novo sujeito político, capaz de abandonar a postura egocêntrica do cidadão liberal, preocupado exclusivamente com seus interesses privados. O novo sujeito político de direito deverá assumir as tarefas do cidadão participante que cria espaços de luta tendo como bandeira os interesses coletivos e o aprimoramento das instituições sociais, jurídicas e políticas. Afinal, aqueles que cooperam e falam uns com os outros formam uma comunidade com autoridade epistêmica e tudo leva a crer que estão habilitados para emitir juízos políticos, ou seja, participar das decisões acerca das escolhas que devem ser efetuadas para salvaguardar o mundo comum. Desde a entrada em cena dos jogos de linguagem, o sujeito geral e abstrato deu lugar ao sujeito discursivo, que tem como principal característica a sua historicidade, sendo um sujeito concreto que pode dizer algo de si mesmo e, ao se compreender, apreende o todo. Em âmbito político, a verdade dos juízos universais e necessários cedeu lugar ao juízo formado a partir da opinião, a *doxa*, que parte dos pré-conceitos, no sentido do "já sabido" por qualquer um, que no encontro discursivo com o *alter* pode avaliar a validade ou não de sua opinião. No espaço coletivo da aparência, a opinião passa a ser o juízo possível, aquele que busca a corroboração dos seus pares, no discurso travado pela descoberta dos interesses comuns e no estabelecimento de metas para a ação. Em âmbito de ciências sociais, afirma Jürgen Habermas, "a prática comunicativa quotidiana possibilita um entendimento mútuo orientado por pretensões de validez." [20] O autor chega a falar de um Estado que tenha uma Constituição discursiva, aquela que se efetivaria numa sociedade democrática altamente complexa através dos meios de comunicação de massa, onde o público distribuído em círculos pequenos ou privados, poderia aprender algo sobre todos os temas e contribuições possíveis tomando posição, implícita ou explicitamente, seja assentindo, seja discordando dos assuntos relevantes. [21]

É certo que o resgate da política somente será possível mediante a ação de indivíduos históricos, localizados, verdadeiros agentes da liberdade que estejam dispostos a lutar para romper os grilhões da necessidade, organizando tanto o Estado como a sociedade civil. Conforme Hans-Georg Gadamer, enquanto indivíduo singular no acaso de suas motivações e objetivos particulares a pessoa ainda não é um momento da história. Somente o é quando se eleva até os aspectos éticos comuns. "A força ética do indivíduo se converte num poder histórico, na medida em que ele trabalha em vista dos grandes objetivos comuns." [22]

Nesta conjuntura, o pensamento de Hannah Arendt é de grande valia, uma vez que ela problematizou a existência de uma ruptura entre o passado e o futuro, resultante de acontecimentos políticos, sociais e culturais ocorridos no século XX. [23] Alinha-se a autora entre aqueles pensadores que contribuíram para desmontar a metafísica e a filosofia, construída pela chamada civilização ocidental, que teve seus primórdios na antiga Grécia. [24] Procurou resgatar a origem esquecida da política, na esperança de que os "tesouros" do passado, uma vez recuperados, possam auxiliar os homens na

compreensão dos eventos presentes e inspirá-los na escolha dos caminhos futuros. A tarefa de conceituar "política" e "sujeito político", em âmbito do referencial teórico arendtiano é facilitada quando se parte da antítese da política, - as guerras e os regimes totalitários- , uma vez que as primeiras são situações extremas de uso exclusivo da força, e os segundos foram regimes implantados mediante a violência e a força e anularam a possibilidade de ação dos cidadãos.

Tanto nas guerras quanto nos regimes totalitários há o completo domínio da força, extinguindo-se o poder dos cidadãos que não contam mais no palco das decisões políticas. Com isso as relações humanas sucumbem, mergulhando-se numa onda de ódio e violência que torna a vida humana insuportável e acarreta a extinção do mundo comum. Sempre que o homem é impedido de agir, a liberdade desaparece juntamente com a política. Logo, a *contrario sensu*, a verdadeira política acontece no espaço da aparência, da completa liberdade, onde cada um pode mostrar quem é e ser visto pelos outros. Neste espaço público não vigora a relação de comando/subordinação, uma vez que os cidadãos se reúnem na mais absoluta posição de igualdade, para travar o discurso e agir de comum acordo, fazendo surgir o autêntico poder político. A virtude do sujeito político é a coragem de aparecer no espaço público e se inteirar e preocupar com os assuntos dos interesses coletivos, mais importantes que o interesse privado e individual. Quando assim age, o sujeito quebra a seqüência de condicionamento a que é submetido e pode contribuir para o surgimento do inédito, o milagre do acontecimento novo. Frisa a autora que o maior dos milagres é o fato do nascimento. O homem adentra a esse mundo criado pelos homens, que o recebe e condiciona mas, por ter o dom da liberdade e da ação, ele pode sopesar toda a realidade encontrada e dar início a uma etapa nova, que é o período de sua vida. O tempo só tem sentido para o ser humano porque sua vida é limitada por um começo e um fim, pelo nascimento e pela morte, seguindo uma trajetória linear do nascer, crescer, morrer, que faz parte do movimento cíclico da natureza. Mas o homem é o único ser que escreve a história da própria vida. A peculiaridade do homem se manifesta nesse começo, que é a suprema capacidade do homem de aparecer e agir no mundo; politicamente, isto equivale à liberdade do homem. É com palavras e atos que o homem se insere no mundo e escreve "a história dos seres cuja essência é começar."^[25]

Importante frisar que Arendt deixa a esperança como legado, uma vez que sempre é possível esperar o nascimento de algo novo, quiçá uma autêntica política da amizade, entendida como experimentação de novas formas de convivência, onde se reconheça a contingência humana e haja respeito pela pluralidade. Lévinas afirma que somos todos culpados^[26] e, portanto, responsáveis, por encontrar fórmulas de bem viver neste Planeta. Cabe reinventar novas formas de convivência e recriar as bases políticas institucionais, com vistas a preservar a pluralidade cultural e a conservação do mundo dos homens. Os princípios inspiradores desta ação cívica são a solidariedade e a comiseração, ínsitos ao *Amor mundi* kantiano, a significar o desejo de preservar não apenas o mundo próprio, mas também o mundo das outras culturas e um respeito maior pela Humanidade e pelo próprio Planeta.

Neste panorama a hipótese kantiana da paz perpétua adquire na atualidade nova vigência, pois é o tempo do Direito Cosmopolita, graças a aldeia global que o mundo se transformou, mas, sobretudo, clama pelo resgate da cidadania, constando do primeiro artigo definitivo para a paz perpétua que "a Constituição Civil em cada Estado deve ser Republicana."^[27] Afirma Roberto Romano que "Kant tentou, com a moral, impedir a

hecatombe do século XX já pressentida por ele nos juízos sobre o Estado e a Igreja mecanizados de seu tempo, protótipos canhestros das instituições totalitárias." [28]

Escrevendo acerca do desacordo entre a moral e a política quanto à paz perpétua, Kant afirmou que não pode existir nenhum conflito entre a política, enquanto doutrina do direito aplicado, e a moral, como tal, porém teórica. Mas, com o fito de que a sociedade civil se torne um todo, em vista do querer particular de todos, não há como iniciar o estado jurídico sem o uso da força. [29] Fico em dúvida para afirmar se, mais uma vez, Kant não está com a razão. A gravidade no que tange aos perigos que ameaçam o meio ambiente é de tal envergadura que a força das leis deve obter a aquiescência de todos na modificação do comportamento predatório e agressivo. [30] O terror que tomou conta do mundo após Hiroshima e Nagasaki e a suspeita em face do progresso técnico, características desta época, não podem mais ser exclusivamente questões acadêmicas. Devem ser igualmente partilhados pela opinião pública, havendo uma consciência maior a respeito da ameaça existente para a sobrevivência de todas as formas de vida na Terra.

Se a característica desta época é a incerteza, convém escolher muito bem qual caminho será trilhado pela atual geração a fim de garantir a habitabilidade do Planeta para as futuras gerações. Recupera-se a noção de *valor*, não aqueles impostos pela religião, pois isto conduz ao sectarismo e a sérios desentendimentos históricos. O importante é chegar num consenso quanto aos *valores* que reafirmem a dignidade de todo e qualquer ser humano, seja ele de que raça for, viva em que país viver, pertença a classe social que pertencer. Por certo que o sujeito de direito desta nova racionalidade será construído no espaço democrático, conforme afirma Ilya Prigogine, [31] onde o universo de certezas desapareceu para dar lugar a uma racionalidade associada a probabilidades, que simplesmente almeja a adesão aos valores priorizados e revisados a cada circunstância histórica.

5- Considerações finais

Independentemente das guerras de fato que possam eclodir a nível mundial, especialmente aquelas travadas por causa dos recursos naturais, a tensão maior advém do *modus operandi* do modelo capitalista, com a fruição desenfreada dos recursos naturais, a possibilidade de seu esgotamento a curto prazo, e a exclusão de parcelas enormes das populações, que não podem aderir ao padrão de vida implantado pelos detentores do capital. Milhares, milhões de refugiados... milhares, milhões de desempregados... Este é o panorama mundial de hoje.

Um olhar retrospectivo na História dos dois últimos séculos leva à constatação de que tanto o modelo do sujeito de direito individual liberal das democracias ocidentais, como o sujeito coletivo tal como preconizado pelos governos socialistas, estão ultrapassados. Os direitos do homem foram uma abstração, sendo que o seu valor decorre antes de sua eficácia que de sua idealidade, tendo chegado o tempo de transformar seu dever-ser num dever-fazer aplicado e obedecido. Hoje somente se pode falar em direitos dos seres humanos, sob o enfoque da pluralidade humana, uma vez que o interesse individual

deve ceder espaço aos interesses coletivos. Eis que a organização dos direitos de todos é por natureza restritiva dos direitos individuais.

Verifica-se que um novo paradigma de Estado está em construção onde a liberdade e a responsabilidade estarão, necessariamente, lado a lado. Decisões políticas deverão ser tomadas em prol da defesa do meio ambiente, priorizando-se os interesses coletivos ao invés dos interesses individuais. Estes novos tempos exigem a mobilização de toda e qualquer pessoa, uma verdadeira reformulação nos valores tidos como certos, alçando-se o meio ambiente em posição de vanguarda, como o primeiro valor a ser protegido, ou a humanidade não terá futuro algum. Não se trata de retórica, mas sim de luta efetiva a ser travada pelos cidadãos, pela mudança na concepção de mundo, com reflexos nas instituições econômicas, sociais, políticas e jurídicas, com a valorização de um sujeito político voltado aos interesses coletivos.

Desta forma, a principal "guerra" a ser travada neste século XXI deverá ser aquela em defesa do meio ambiente e dos direitos humanos. É política por excelência e diz respeito a reinvenção das formas de convivência e o desenvolvimento de uma inteligência coletiva, através da construção de um sujeito político voltado aos interesses da pluralidade humana. Será isto possível? O que vem pela frente? Somente o historiador poderá contar depois que tudo acontecer.

6 Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

ALMEIDA, Paulo Roberto. **A Otan e o fim da Guerra Fria**. www.espacoacademico.com.br. Acesso em 03/01/2009.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **A Dignidade da Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

_____. **A Vida do Espírito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

_____. **Entre o Passado e o Futuro**. 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.

_____. **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.

_____. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras. 1998.

AZEVEDO, Reinaldo. **Darfur à espera de um Salvador.** *In:* Revista Veja. Edição 2092 - ano 41 - n° 51, de 24 de dezembro de 2008.

BOFF, Leonardo. **Dignitas Terrae. Ecologia: Grito da Terra, Grito dos Pobres.** 3ª. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura.** Vol. I. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2003.

FARIAS, Talde Queiroz. **As guerras e os impactos sobre o meio ambiente.** www.ambito-juridico.com.br acesso em 03/01/2009.

GADAMAR Hans-Georg. **Verdade e Método I - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 6ª. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Editora Vozes, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOULD, Stephen Jay. UNESCO. Autores vários. **As chaves do século XXI.** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: 2002.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Era das Transições.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. **A Condição Política Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1998.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos. O breve século XX.** São Paulo: Cia das Letras, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A Paz Perpétua. In: A Paz Perpétua - um projeto para hoje.** J. Guinsburg (Org.) São Paulo: Perspectiva, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós.** Trad. Pergentino Sefano Pivatto *et alli.* Petrópolis: Ed. Vozes, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo.** México: Universidad Iberoamerica, 1992.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIBEIRO, Andrés Maurício. **A guerra e o meio ambiente.** www.ecologizar.com.br. Acesso em 03/01/2009.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Trad. Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva. 1996.

ROBERTO, Romano. **Ensaio para um Posfácio**. In: **A Paz Perpétua. Um projeto para Hoje**. J. Guinsburg (Org.) São Paulo: Perspectiva, 2004.

UNESCO. Autores vários. **As chaves do século XXI**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

[1] "Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do termo: de um lado com o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ecossistemas naturais e ecossistemas sociais. Nesta perspectiva ampla, o meio ambiente seria a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas." (MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 64)

[2] "Seguindo o segundo princípio da termodinâmica, os fenômenos irreversíveis criam entropia. Perto do equilíbrio, a termodinâmica descreve um mundo estável. Se existe flutuação, o sistema responde regressando ao seu estado de equilíbrio caracterizado pelo *extremum* da entropia ou de qualquer outro potencial termodinâmico. Mas, coisa bastante surpreendente, esta situação muda radicalmente quando nos colocamos longe do equilíbrio. As flutuações podem dar então origem a estruturas espaço-temporais novas. É portanto necessário que as leis da evolução sejam não lineares - o que nos conduz às estruturas dissipativas, que correspondem a novas organizações supramoleculares. (...) Todas estas novas estruturas se reproduzem em pontos de bifurcação. É aí que a antiga estrutura se torna instável e que nascem novas estruturas. É o nascimento do complexo. (...) Os conceitos de bifurcação, de auto-organização e de estrutura dissipativa, penetram cada vez mais em todas as ciências, incluindo as ciências humanas. (...) No início do século XXI temos a convicção de que chegamos a um ponto de bifurcação. Em exemplos simples, estudados em física ou em química, a bifurcação é precedida por fortes flutuações: não estamos a vê-las à nossa volta? Em que domínio se irá empenhar o século XXI? Que futuro terá o futuro?" (PRIGOGINE ILYA. **Flecha do Tempo e Fim das Certezas**. In: UNESCO. Autores vários. **As chaves do século XXI**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 25-27).

[3] GOULD, Stephen Jay. UNESCO. Autores vários. **As chaves do século XXI**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 61-68.

[4] São Paulo. **Epístola aos Romanos**, 7,15.

[5] "Duas coisas enchem o ânimo de admiração e veneração sempre nova e crescente, quanto mais freqüentemente e persistentemente a reflexão ocupa-se com elas: o céu estrelado acima de mim e a lei moral em mim." (Kant, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 255).

[6] Ver LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 1992.

[7] "Meu ponto de partida, e não estou sozinho nesta conjectura, é que no final do século XX vivemos um desses raros intervalos da história, cuja característica é a transformação de nossa *cultura material* pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação. (...) Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo. Assim, computadores, sistemas de comunicação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensões da mente humana. O que pensamos e como pensamos é expresso em bens, serviços, produção material e intelectual, sejam alimentos, moradia, sistemas de transporte e comunicação, mísseis, saúde, educação e imagens. A integração crescente entre mentes e máquinas, inclusive a máquina de DNA, está anulando o que Bruce Mazlish chama de a *quarta descontinuidade* (aquela entre seres humanos e máquinas), alterando fundamentalmente o modo pelo qual nascemos, vivemos, aprendemos, trabalhamos, produzimos, consumimos, sonhamos, lutamos ou morremos."(CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 7ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 67-69)

[8] Não podem ser esquecidos os genocídios de Ruanda, do Camboja, da Bósnia e do Kosovo. Atualmente está em andamento a segunda guerra dos Estados Unidos da América e seus aliados contra o Iraque; o Afeganistão está ocupado pelos Estados Unidos; Israel atacou a Faixa de Gaza, onde 750 mil palestinos vivem como se estivessem num campo de refugiados, havendo de vez em quando um cessar fogo de três horas, para a ajuda humanitária da ONU; a Rússia luta na Geórgia; a guerra dos Balcãs continua a ser travada; na África acontecem verdadeiros massacres, a exemplo do Sudão, onde está ocorrendo outro grande genocídio na região de Darfur.

[9] HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos. O breve século XX**. São Paulo: Cia das Letras, 2008. p. 562.

[10] "A Primeira Guerra Mundial assinalou o colapso da civilização ocidental do século XIX. Tratava-se de uma civilização capitalista na economia; liberal na estrutura legal e constitucional; burguesa na imagem de sua classe hegemônica característica; exultante com o avanço da ciência, do conhecimento e da educação e também com o progresso material e moral; e profundamente convencida da centralidade da Europa, berço das revoluções da ciência, das artes, da política e da indústria e cuja economia prevalecera na maior parte do mundo, que seus soldados haviam conquistado e subjogado; uma Europa cujas populações (incluindo-se o vasto e crescente fluxo de emigrantes europeus e seus descendentes) haviam crescido até somar um terço da raça humana; e cujos maiores Estados constituíam o sistema da política mundial. Para essa sociedade, as décadas que vão da eclosão da Primeira Guerra Mundial aos resultados da Segunda foram uma Era de Catástrofe." (HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos. O breve século XX**. São Paulo: Cia das Letras, 2008. p. 16).

[11] ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 88.

[12] Op. cit. p. 86.

[13] "O poder total só pode ser conseguido e conservado num mundo de reflexos condicionados, de marionetes sem o mais leve traço de espontaneidade. Exatamente porque os recursos do homem são tão grandes, só se pode dominá-lo inteiramente quando ele se torna um exemplar da espécie animal humana." (ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras. 1998. p 508.)

[14] "A Terra também grita. A lógica que explora as classes e submete os povos aos interesses de uns poucos países ricos e poderosos é a mesma que depreda a Terra e espolia suas riquezas, sem solidariedade para com o restante da humanidade e para com as gerações futuras. Esta lógica está quebrando o frágil equilíbrio do universo, construído com grande sabedoria ao longo de 15 bilhões de anos de trabalho da natureza. Rompeu com a aliança de fraternidade e de sororidade do ser humano para com a Terra e destruiu seu sentido de re-ligação com todas as coisas. O ser humano dos últimos quatro séculos sente-se só, num universo considerado inimigo a ser submetido e domesticado. Estas questões ganharam hoje uma gravidade nunca dantes havida na história da humanidade. O ser humano pode ser o satã da Terra, ele que foi chamado a ser seu anjo da guarda e cultivador zeloso. Ele mostrou que além de homicida e etnocida pode se transformar em biocida e geocida." (BOFF, Leonardo. **Dignitas Terrae. Ecologia: Grito da Terra, Grito dos Pobres**. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 2000. p.11-12)

[15] "A cultura de massas revela o caráter fictício que a forma do indivíduo sempre exibiu na era da burguesia, e seu único erro é vangloriar-se por essa duvidosa harmonia do universal e do particular. O princípio da individualidade estava cheio de contradições desde o início. Por um lado, a individuação jamais chegou a se realizar de fato. O caráter de classe da autoconservação fixava cada um no estágio do mero ser genérico. Todo personagem burguês exprimia, apesar de seu desvio e graças justamente a ele, a mesma coisa: a dureza da sociedade competitiva. O indivíduo, sobre o qual a sociedade se apoiava, trazia em si mesmo sua mácula; em sua aparente liberdade, ele era o produto de sua aparelhagem econômica e social. O poder recorria às relações de poder dominantes quando solicitava o juízo das pessoas a elas submetidas. Ao mesmo tempo, a sociedade burguesa também desenvolveu, em seu processo, o indivíduo. Contra a vontade de seus senhores, a técnica transformou os homens de crianças em pessoas. Mas cada um desses progressos da individuação se fez à custa da individualidade em cujo nome tinha lugar, e deles nada sobrou senão a decisão de perseguir apenas os fins privados. O burguês cuja vida se divide entre o negócio e a vida privada, cuja vida privada se divide entre a esfera da representação e a intimidade, cuja intimidade se divide entre a comunidade mal-humorada do casamento e o amargo consolo de estar completamente sozinho, rompido consigo e com todos, já é virtualmente o nazista que ao mesmo tempo se deixa entusiasmar e se põe a praguejar, ou o habitante das grandes cidades de hoje, que só pode conceber a amizade como *social contact*, como o contato social de pessoas que não se tocam intimamente." (ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. p. 145).

[16] "A humanidade socializada é aquele estado social no qual impera somente um interesse, e o sujeito desse interesse são as classes ou a espécie humana, mas não o homem nem os homens. O importante é que, agora, até mesmo o último vestígio de ação que havia no que os homens faziam, a motivação implícita no interesse próprio, havia desaparecido. O que restava era uma "força natural", a força do próprio processo vital, ao qual todos os homens e todas as atividades humanas estavam igualmente sujeitos (o próprio processo de pensar é um processo natural) e cujo único objetivo, se é que tinha algum objetivo, era a sobrevivência da espécie animal humana. Nenhuma das capacidades superiores do homem era agora necessária para relacionar a vida individual à vida da espécie; a vida individual tornara-se parte do processo vital, e a única coisa necessária era "laborar", isto é, garantir a continuidade da vida de cada um e de sua família."(HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. **A Condição Política Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1998. p. 334-335).

[17] GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 263.

[18] Ver ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

[19] HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: 2002. p. 15-16.

[20] HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 33-34

[21] HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 28-29.

[22] GADAMER Hans-Georg. **Verdade e Método I - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6ª. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Editora Vozes, 2004. p. 291.

[23] "A situação tornou-se desesperadora quando se mostrou que as velhas questões metafísicas eram desprovidas de sentido; isto é, quando o homem moderno começou a despertar para o fato de ter chegado a viver em um mundo no qual sua mentalidade e sua tradição de pensamento não eram sequer capazes de formular questões adequadas e significativas, e, menos ainda, dar respostas às suas perplexidades." (ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. p. 34-35).

[24] "Historicamente falando, o que de fato se partiu foi a trindade romana que por milhares de anos uniu religião, autoridade e tradição. A perda dessa trindade não destrói o passado, e o processo de desmontagem, em si mesmo, não é destrutivo; ele apenas tira conclusões a respeito de uma perda que é um fato e, como tal, não mais pertence à *história das idéias*, mas à nossa história política, à história do nosso mundo. O que se perdeu foi a continuidade do passado, tal como ela parecia passar de geração em geração, desenvolvendo-se no processo de sua própria consistência." (ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. p. 159)

[25] ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 52.

[26] Lévinas (1906-1995) propõe a libertação do "ser" de seu laço idissincrático, rompendo o círculo egoísta de uma filosofia que se espraia de Parmênides a Heidegger, assegurando que somos responsáveis para além de nossas intenções, pois a comédia começa com o mais simples de nossos gestos, que sempre acarretam conseqüências alheias à nossa vontade. Ser-no-mundo significa estar engajado na pluralidade humana, quando a existência concreta é interpretada em função de sua entrada no "aberto" do ser em geral. (LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós**. Trad. Pergentino Sefano Pivatto *et alli*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005).

[27] KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua. Um esboço filosófico**. J. Guinsburg (Org.) São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 40.

[28] ROMANO, Roberto. **Ensaio para um Posfácio. In: A Paz Perpétua. Um projeto para Hoje**. J. Guinsburg (Org.) São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 104.

[29] KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua. Um esboço filosófico**. J. Guinsburg (Org.) São Paulo: Perspectiva, 2004.

[30] A nível mundial urge reformar as Nações Unidas e impedir que o Conselho de Segurança, formado pelos membros permanentes Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, China e Rússia, possam ditar a política do mundo, vetando proposições de interesse de determinado país, mas que desagrade a outro. Exemplo recente foi a moção de cessar fogo de Israel contra a Faixa de Gaza Palestina e que os Estados Unidos vetou. O genocídio no Sudão prossegue porque a China é a fornecedora de armas ao ditador Omar Al-Bashir e veta qualquer iniciativa das Nações Unidas para ir em socorro das vítimas do genocídio. Em julho de 2009 o promotor-chefe do Tribunal Penal Internacional indiciou o ditador por genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra em Darfur.

[31] "Num universo que deixou de ser um universo de certezas, restabelecemos também a noção de *valor*. Que poderia significar, com efeito, a noção de valor num mundo determinista? Os gregos antigos legaram-nos dois ideais: o da inteligibilidade da natureza ou, como escreveu Whitehead, o de 'formar um sistema de idéias gerais que seja necessário, lógico, coerente e em função do qual todos os elementos da nossa experiência possam ser interpretados'; e o da democracia, baseado no pressuposto da liberdade humana, da criatividade e da responsabilidade. É certo que estamos muito longe de realizarmos estes dois ideais mas, pelo menos, podemos agora concluir que não são contraditórios. A natureza é mais rica, mais inesperada, mais complexa do que aquilo que tínhamos imaginado no início deste século. Sem dúvida que, no decorrer do século que começa, vamos ver uma nova noção de racionalidade em que a razão deixará de estar associada à certeza e a probabilidade à ignorância. É nesse quadro que a criatividade da natureza e do homem encontrar o lugar que lhes cabe." (PRIGOGINE ILYA. **Flecha do Tempo e Fim das Certezas**. In: UNESCO. Autores vários. **As chaves do século XXI**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 29).

GEOPARQUE EM ÁREA DE MINERAÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GEOPARC E GEOCONSERVATION, DROIT BRESILIEENNE

**Nanci de Mello e Silva
Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia Assumpção**

RESUMO

A preocupação com a preservação da história do planeta Terra, bem como da evolução do homem tem sido um tema constantemente discutido. Ampliou-se, portanto, da perspectiva meramente ambiental para a geológica, trazendo conflitos com áreas importantes da economia mundial, como a mineração. A UNESCO lançou o programa Geoparque, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento sustentável local, através do geoturismo, proporcionando geoproteção e geoeducação. Para tanto, instituiu requisitos para o reconhecimento de propostas de todo o mundo, podendo-se elencar como um dos principais, a cooperação entre setor público, comunidade e setor econômico privado, tanto no que se refere à formação como à manutenção do projeto. No entanto, deve-se observar certa dificuldade em compatibilizar tais requisitos com o ordenamento jurídico brasileiro, instalando-se, então, uma insegurança jurídica para os empreendedores, tendo em vista a inexistência de instituto jurídico similar, inexistindo, desta forma, limitações sobre o uso da propriedade privada circunscrita, bem com da atividade minerária desenvolvida. Não resta dúvida, porém, de que a responsabilidade sócio-ambiental da empresa mineradora será cumprida, caso haja a concretização de uma política pública que propicie uma segurança jurídica ao empreendedor que participar de um projeto Geoparque.

PALAVRAS-CHAVES: GEOPARQUE – LEI BRASILEIRA –
GEOCONSERVAÇÃO – MINERAÇÃO – RESPONSABILIDADE SÓCIO-
AMBIENTAL DAS EMPRESAS

RESUME

Le souci de la préservation de l'histoire de la planète Terre, et l'évolution de l'homme a toujours été une thème constamment disputé. Augmentation, par conséquent, l'environnement purement géologiques, ce qui porte en conflit avec d'importants domaines de l'économie mondiale tels que l'exploitation minière. L'UNESCO a lancé le programme Geoparque, avec l'objectif de promouvoir un développement local durable par le biais de geoturismo, fournissant protection et éducation géologique. Alors, a fixé des exigences pour les propositions pour le monde, comme la coopération entre le secteur public, privé du secteur économique et la communautaire, tant en ce qui concerne la formation et la maintenance du projet. Toutefois, il convient de noter une certaine difficulté à concilier ces exigences avec le système juridique brésilien,

l'installation, puis, une insécurité juridique pour les entrepreneurs en raison de l'absence d'institut juridique similaire, l'absence, par conséquent, les limitations sur la l'utilisation limitée de la propriété privée, et avec les activités minières développées. Pas de doute, cependant, que la responsabilité socio-environnementale de la compagnie minière serais satisfait quand l'on veut mettre en ouvre une politique publique qui favorise la sécurité juridique à l'entreprise qui participe dans un projet Geoparc.

MOT-CLES: GEOPARC – DROIT BRESILIENNE – GEOCONSERVATION – MINERATION – RESPONSABILITÉ SOCIAL AND ENVIRONMENTAL DE L'ENTREPRISES

1- Introdução

O estabelecimento de um instrumento de geoconservação em área de mineração é um tema conflituoso, merecendo citação algumas iniciativas brasileiras neste sentido.

O centro do debate deve ser a contraposição entre a exploração econômica mineral e a necessidade de implementar a geoconservação, devendo este ser um programa empreendido pelo Poder Público, em cooperação com empresas, comunidade e pesquisadores, conforme definições e pré-requisitos da UNESCO.

No Brasil, só existe um geoparque reconhecido pela UNESCO, o do Araripe (Ceará). No entanto, inúmeras proposições podem ser vistas no site da SIGEP / UNB, detectando-se vários casos em que a geoconservação se daria em área de mineração, como no Quadrilátero Ferrífero, por exemplo. Por isso, faz-se necessária uma análise não comparativa. Deve-se buscar a formação de um parâmetro, com vistas à compatibilização entre exploração e geoconservação.

No presente artigo, cuida-se, primeiramente, da conceituação e classificação de Geoparque, conforme as diretrizes da UNESCO, por ser esta a entidade responsável pela sua formalização no mundo, fomentando-se, assim, o geoturismo. Posteriormente, analisa-se o ordenamento jurídico brasileiro no que tange à proteção do patrimônio geológico (paleontológico, espeleológico ou mineralógico). Analisa-se, neste sentido, formas de efetivar o ideal almejado, seja através de unidades de conservação, tombamento e outros instrumentos jurídicos. Passa-se, a seguir, para uma análise sobre a compatibilização da geoconservação com a atividade minerária, enfocando o cumprimento da função social da empresa mineradora como uma forma de compensação pela exploração de riquezas de domínio da União, e propriedade das presentes e futuras gerações.

2- Geoparque para proteção do patrimônio geológico: história e conceitos básicos.

Geoparque é um instituto de geoconservação, criado pela UNESCO, tendo como objetivo o fomento do turismo geológico, a conservação da história da terra, a educação ambiental e o desenvolvimento sustentável (sócio-econômico) dos municípios. É o objeto do Programa Geoparque, o qual está ligado aos Programas “O Homem e a Biosfera” e “Patrimônio Mundial Cultural e Natural”, ambos da UNESCO. Tem como embasamento legal a Convenção sobre Patrimônio Cultural e Natural, de 1972, na qual considera como patrimônio natural as formações geológicas[1]. No mesmo sentido, pode-se citar a Declaração Internacional dos Direitos à Memória da Terra, de 13 de junho de 1991, firmada em Dignes-les-Bains, França, por ocasião do I Simpósio Internacional sobre conservação geológica.

A história da efetivação da proteção do patrimônio geológico, em sede mundial, inicia-se no I e II Simpósio Internacional sobre conservação geológica, sendo que no segundo foi criado a IUGS (União Internacional das Ciências Geológicas), sendo fruto dos estudos do Grupo de Trabalho, criado no primeiro Simpósio (PROGEO – Associação Européia para Conservação do Patrimônio Geológico). Destes trabalhos, surgiu novo grupo (GGWG – Global Geosites Working Group), o qual tinha a finalidade de apoiar esforços internacionais que facilitassem a conservação de lugares e terrenos com interesse geocientífico. Paralelamente, surge o Programa da UNESCO, World Heritage (Geosites), o qual tem como finalidade a aprovação e listagem de sítios geológicos de interesse histórico mundial. E, em 2004, a UNESCO criou a Rede Internacional de Geoparques, pautada no Programa Geoparque, conforme normas de conduta e pré-requisitos para contemplação, aos locais selecionados, de um selo da instituição, promovendo a geoconservação, fomentando desenvolvimento sustentável e turismo internacional, com educação ambiental.

Para a caracterização de um Geoparque faz-se necessário um extenso território, com limites bem definidos, o qual sirva ao desenvolvimento sócio-econômico local, contando com sítios geológicos de relevância científica especial, beleza ou raridade, sendo representativo da história geológica, dos eventos e processos de uma área[2]. Há, no entanto, uma integração do patrimônio natural em geral com o patrimônio natural geológico, o qual compreende características não renováveis, como *“formações rochosas, estruturas, acumulações sedimentares, formas, paisagens, jazimentos minerais ou paleontológicos ou coleções de objetos geológicos de valor científico, cultural ou educacional com ou de interesse paisagístico ou recreativo. Também pode-se incluir os elementos de arqueologia industrial relacionados com instalação para a exploração de recursos do meio geológico”*[3].

Os Geoparques, por sua vez, apresentam zoneamento em áreas de proteção integral, de proteção sustentável e de uso direto, apresentando geossítios e geotopos, sendo ambos espaços territoriais destinados à especial proteção. Os geossítios são locais bem definidos geograficamente, ricos em geodiversidade, merecendo preservação ambiental e conservação da paisagem, tendo em vista o interesse cultural e turístico. Apesar de protegido, não será aberto à visitação e pesquisa, no programa Geoparque. O geotopo coincide com áreas de especial importância para a compreensão da evolução

geológica, merecendo total proteção, sendo aberto à visitação pública e/ou pesquisa científica, conforme Plano de Manejo do Geoparque.[4]

2.2- Requisitos do Programa Geoparque:

Para que haja a aprovação, pelo Conselho Consultivo Internacional de geoparques, com a recomendação deste para o Diretor Geral da UNESCO, da área proposta, deve-se observar os requisitos enumerados no documento *Operation Guideline for Geoparque seeking UNESCO's Assistance* (Critérios para enquadramento em Geoparque), o qual diz:

- 1) A área deve se encaixar no conceito de geoparque da UNESCO;
- 2) **Os sítios geológicos incluídos dentro da área devem ser protegidos e formalmente gerenciados;**
- 3) Deve proporcionar o desenvolvimento ambientalmente e culturalmente sustentável, promovendo a identificação da comunidade local com sua área e estimulando novas fontes de receita, especialmente o geoturismo;
- 4) Deve servir como uma ferramenta pedagógica para a educação ambiental, treinamento e pesquisa relacionada às disciplinas geocientíficas, proporcionando programas e instrumentos que aumentem a consciência pública sobre a importância do patrimônio geológico como museus geológicos e trilhas;
- 5) Deve servir para explorar e demonstrar métodos de conservação do patrimônio geológico e deve contribuir para a conservação de aspectos geológicos significativos que proporcionem informações em várias disciplinas geocientíficas tais como geologia, economia, física, mineração, estratigrafia, mineralogia etc.;
- 6) Medidas de proteção do geoparque devem ser estabelecidas em conformidade com os Serviços Geológicos ou grupos relevantes. O geoparque **deve permanecer sob a jurisdição do Estado** no qual ele está inserido e é **responsabilidade do Estado decidir sobre a proteção de determinados sítios;**
- 7) **A legislação nacional e local relativa à proteção de sítios geológicos deve ser obedecida** e não deve haver comercialização de minerais e fósseis. Somente em certas circunstâncias deve-se permitir a coleção limitada de amostras com propósitos educativos e, preferencialmente, de sítios modificados naturalmente;
- 8) **O geoparque deve possuir um plano de manejo** contendo uma análise e diagnóstico do território, do geoparque e de seu potencial para o desenvolvimento econômico local;
- 9) **A cooperação entre autoridades públicas, comunidades locais, empresas privadas, universidades e grupos de pesquisa deve ser estimulada;**

10) A designação de uma área como geoparque da UNESCO deve receber publicidade e promoção apropriadas e a UNESCO deve ser informada sobre todos os avanços;

11) Se o território proposto para um geoparque for idêntico ou se sobrepor a uma área inscrita como patrimônio mundial ou como reserva da biosfera é necessário um esclarecimento antes de submeter à proposta.[5]

Os requisitos apresentados acima demonstram que o país que requer a bandeira de um geoparque da UNESCO, ficará responsável pelo seu gerenciamento, incluindo a proteção legal do patrimônio geológico em questão, conforme legislação nacional e local sobre sítios geológicos. Deve ter por finalidade o desenvolvimento sócio-econômico sustentável da região, devendo possuir um plano de manejo para tanto, o qual deve ser confeccionado levando-se em conta a cooperação entre poder público, comunidade local, empresas privadas, universidades e grupos de pesquisa. Visa, sobretudo, a proteção do patrimônio geológico, com desenvolvimento sócio-econômico sustentável, pautado na educação geoambiental da população. É orquestrado pelo poder público, com efetiva participação popular e do setor econômico privado. O cumprimento destes requisitos é pressuposto para o reconhecimento, pela UNESCO, do geoparque, adentrando, o Estado proponente, para a Rede Internacional de Geoparque (Global Geopark Network).

Neste contexto, é importante analisar a realidade brasileira, buscando a efetividade e cumprimento destes requisitos para a proposição de Geoparques brasileiros, tendo em vista, principalmente, o ordenamento jurídico e a realidade sócio-econômica.

3- A iniciativa brasileira de geoconservação e a proteção ao patrimônio geológico no ordenamento jurídico brasileiro:

No Brasil, o Programa Geoparque tem a iniciativa da CPRM – Serviço Geológico do Brasil, apresentando como objetivo a conservação do patrimônio geológico, com desenvolvimento sustentável, educação geológica e o turismo.

Geoparque é um projeto de proteção baseado na voluntariedade dos proprietários, em comum acordo com o Estado, que deverá efetivar normas de proteção e gestão da área. O requisito para o reconhecimento que requer a cooperação entre empresas, poder público, comunidade e pesquisadores traduz a ideologia da voluntariedade e participação de todos como uma forma de instituir a conscientização pública. Porém, o Estado proponente é quem deve indicar os sítios que deverão ser protegidos, conforme o ordenamento jurídico pátrio, referente ao patrimônio geológico.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante esclarecer que não apresenta documento específico de proteção do patrimônio geológico. Temos apenas a defesa secundária deste, quando se pretende a proteção da biodiversidade, ou do solo, ou dos recursos hídricos, como é o caso da Área de Preservação Permanente[6] (Lei 4.771/65 – Código Florestal) ou do Parque ou do monumento natural, tendo em vista que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação tem, dentre seus objetivos “*proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural*”, conforme inciso VII do artigo 4º da Lei 9.985/00. Também o Decreto 25 de 30 de novembro de 1937, que trata do patrimônio histórico e artístico natural, quando equipara a este “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”, devendo ser inscritos no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, conforme artigo 4º, 1 do referido decreto.

Quando há especificidade no patrimônio paleontológico, o ordenamento jurídico brasileiro incumbe ao IPHAN a tomada de medidas de proteção e ao DNPM a fiscalização e controle das atividades relacionadas ao patrimônio fossilífero. Neste sentido, existem alguns documentos jurídicos que regulam o assunto, como o Decreto-Lei 4.146/1942, além da Portaria n. 55/99, do Ministério da Ciência e Tecnologia, que trata da coleta do material, devendo ser informado e fiscalizado pelo DNPM, conforme estipulado no Decreto-lei acima citado. A própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seus artigos 20 e 216, V, também tratam do domínio deste patrimônio, sendo este da União. A Lei 8.176/85, em seu artigo 2º considera crime de usurpação do patrimônio da União quando explorado em desacordo com o título que legitimou a intervenção, além dos artigos 163 e 180 do Código Penal e artigos 63 e 64 da Lei 9.605/98. A Convenção UNIDROIT, firmada em Roma, em 24 de junho de 1995, internalizada através do Decreto 3.166/99, regulamenta a coleta e transporte internacional de material fossilífero.

Quanto às cavidades naturais, novo instrumento legal tem polemizado o setor jurídico e espeleológico do país. O Decreto 6.640, de novembro de 2008 modificou o Decreto 99.556/90, instituindo a possibilidade de supressão de uma cavidade, com a compensação ambiental, seja na conservação de outras cavernas, ou no pagamento de uma quantia em dinheiro. Para tanto, está pendente a apresentação de um regulamento sobre a classificação das cavidades, o qual deve ser aprovado pelo Ministério do Meio Ambiente. Nota-se, com isso, a instituição de uma insegurança jurídica quanto à proteção do patrimônio geológico, incompatível com os valores da UNESCO sobre Geoparque.

A riqueza geológica é conhecida, no ordenamento jurídico brasileiro, não só como bem ambiental, mas também como recurso mineral, de significativo valor econômico, sendo um dos setores responsáveis pelo desenvolvimento econômico do país. O Código de Mineração regulamenta, sob a competência administrativa da União, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o concurso de produtos minerais, enumerando como procedimentos administrativos aptos o regime de concessão, o regime de autorização, o regime de licenciamento, o regime de permissão de lavra garimpeira, o regime de monopolização e o regime de registro de exploração. Sendo, então, um setor econômico estratégico para o desenvolvimento econômico do país, políticas de geoconservação devem ser pensadas de forma a compatibilizar proteção /

conservação e exploração mineral. A própria Constituição da República Federativa do Brasil[7] classifica a mineração como atividade de relevante interesse nacional, colocando-a no Título sobre a Ordem Econômica e Financeira. Estabelece, portanto, critérios de sustentabilidade econômica e ambiental, ao exigir a recuperação da área minerada, o pagamento de CFEM e a indenização ao proprietário do solo.

Assim, o maior desafio é compatibilizar a proteção do patrimônio geológico com o ordenamento jurídico brasileiro, para que a criação de geoparques não seja apenas uma “bandeira”, sem nenhuma efetividade, mas também não inviabilize o desenvolvimento de importantes setores da economia brasileira.

Deve-se buscar, antes de sua instituição, uma harmonização dos valores da UNESCO com o ordenamento jurídico pátrio, evitando que empreendimentos sejam inviabilizados, tendo em vista o não licenciamento, baseado nos pressupostos do Geoparque ou que estes empreendimentos tenham sua imagem comprometida, devido à não fixação de conceitos e classificações referentes à matéria.

3.1- Natureza jurídica do Geoparque:

O tratamento jurídico do geoparque não é tarefa simples, pois trata-se de uma figura de origem internacional, que não se encaixa como nenhum instrumento pré-estabelecido em nosso ordenamento jurídico. Porém, seu reconhecimento por Estados brasileiros ensejará a adoção de medidas legais internas para a devida caracterização e sucesso nas medidas de cumprimento dos seus requisitos de formação, fiscalização e efetiva proteção ao patrimônio geológico.

Esta proteção ao patrimônio geológico, atinente ao Geoparque, por dever ser reconhecida por um Estado-membro (ente federativo), deve-se fazê-lo de maneira formal, desde já se comprometendo em zelar pelo projeto de geoconservação. Assim sendo, faz-se necessária a juridicização de uma política sócio-econômico-ambiental, a qual deve ser materializada em ato administrativo próprio. Somente após o reconhecimento formal do Estado federativo (proponente) será possível a candidatura deste perante a UNESCO.

Na Suíça, há uma harmonia quanto aos pressupostos de um Geoparque (UNESCO) e a caracterização de áreas protegidas na lei pátria, conforme pode-se averiguar no trabalho *Geoparcs en Suisse*[8], o qual aborda a matéria já indicando locais com potencial para tanto, e demonstrando compatibilidade com o ordenamento jurídico existente, com a proteção aos parques.

“A importância nacional de tais zonas protegidas será determinada em função de sua riqueza natural, sua beleza particular e sua espécie de paisagem ou ainda testemunhas do desenvolvimento da paisagem cultural existente.

Um parque nacional deve oferecer habitats intactos à fauna e à flora nativa e deve permitir à paisagem natural seu livre desenvolvimento.

(...)

Um parque natural regional é um vasto território, pouco urbanizado, que se distingue por um patrimônio natural e cultural rico, e onde as construções e instalações se integram à paisagem rural da fisionomia local.

(...)

Os locais situados em parques naturais regionais devem, essencialmente, guardar suas características rurais. A arquitetura regional tradicional deve ser predominante e evoluir com a construção de novos edifícios de qualidade. As instalações de infraestrutura devem responder principalmente às necessidades regionais e não deteriorar a paisagem. As Reservas da Biosfera – como a Entlebuch, reconhecida em 2001 pela UNESCO – correspondem em substância à categoria de parque natural regional.

Um parque natural periurbano é um território situado na proximidade de uma região densamente povoada. É como um parque nacional em miniatura.

(...)

Os parques naturais periurbanos devem ser facilmente acessíveis com os transportes públicos. As grandes reservas florestais, os cursos d'água dos rios naturais e as zonas aluviais inexplorados convém particularmente à criação de parques naturais periurbanos. Os parques reconhecidos no sentido da modificação da lei sobre a proteção da natureza podem ser reconhecidos como geoparques se satisfizerem os critérios de criação de um geoparque.[9]

Como pode-se notar, os países interessados no empreendimento Geoparque, como fomento ao geoturismo, desenvolvimento sustentável e educação geocientífica estão adequando seu ordenamento jurídico, para que situações de insegurança jurídica não se instalem, levando empreendedores de outros ramos a saírem ou não investirem no país, além de criar uma pré-condição para a efetividade da geoconservação.

Tecnicamente, já existe uma consciência quanto a necessidade de reconhecimento do patrimônio geológico brasileiro, compatibilizando geoconservação e exploração mineral. MEDINA, ao citar a Agenda de prioridades – Brasil 2005, em obra publicada no site do CETEM, cujo capítulo 3 é intitulado de “Geologia Ambiental: projeto setor mineral, tendências tecnológicas”:

“Elaborar o cadastramento de todo o patrimônio geológico mineiro, tendo em vista a conservação de geoparques, sítios paleontológicos, cavernas, antigas minas, registros geológicos da evolução do planeta Terra, áreas de beleza cênica, utilizando o Sistema de Informação Geográfica – SIG associado a banco de dados, com localização, descrição, fotos e proposta de utilização econômica e preservação e conservação do bem natural.

(...)

- Elaborar mapas de disponibilidade mineral derivados de mapas geológicos consideradas as fragilidades e potencialidades do meio físico, as restrições legais, a infra-estrutura e os direitos minerários, para viabilizar o empreendimento mineiro”. [10]

No entanto, a geoconservação em áreas de mineração é bastante polêmica no que tange ao aspecto jurídico, uma vez que ainda não existe uma política pública concretizada, que traga segurança jurídica àqueles que exploram as riquezas minerais.

Adotamos, com o objetivo de instituir uma política pública de reconhecimento de um Geoparque, com sua devida caracterização jurídica, o Método Analítico Substancial, ensinado pelo prof. Livre Docente Washington Peluso Albino de Souza, em sua obra Primeiras Linhas de Direito Econômico, tratando da construção de um instrumento jurídico.[11]. Assim, parte-se do conhecimento técnico quanto à realidade fática, analisa-se a constitucionalidade/legalidade e legitimidade das hipóteses levantadas. Então, busca-se o embasamento de normas e princípios gerais, elaborando-se ou elegendando-se um instrumento jurídico existente capaz de gerar efetividade.

Conforme explicitado pelos conceitos e estudos desenvolvidos por geólogos, biólogos e demais especialidades, Geoparque é uma área de grande extensão territorial, na qual existem vários locais com especial valor geológico, sendo estes denominados de geotopos e geossítios, devendo estes apresentar características de relevante razão para conservação e/ou proteção. Para tanto, deve o ordenamento jurídico brasileiro apresentar uma solução para a efetivação desta proteção, além da caracterização e classificação da grande área Geoparque, bem como das atividades consentidas e não consentidas neste território, conforme seus valores (paleontológico, minerológico, etc).

Ao contrário do que se pensa, embasando-se apenas no nome do instituto, o Geoparque não pode ser visto, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como um parque – unidade de conservação de proteção integral. Explica-se esta afirmativa pela análise da Lei 9.985/2000, a qual estabelece o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, nada dizendo sobre geoparques[12]. Nesta, existe apenas a preocupação secundária, em algumas unidades de conservação, quanto à defesa do patrimônio geológico. Porém, em conformidade com a própria definição de Geoparque, pela UNESCO (transcrita acima), não há, na legislação brasileira, nada que coincida com seus atributos.

O Geoparque é, conforme pode-se notar com a análise de sua história, um instrumento de política internacional, voltado para a geoconservação, confeccionado à partir de estudos e grande preocupação dos estudiosos da área. Há uma preocupação destes em esclarecer, à comunidade internacional, a importância deste patrimônio geológico para a humanidade e criar formas eficazes de sua proteção, embasada na educação ambiental.

Para tanto, o programa visa incentivar o geoturismo internacional, o desenvolvimento sustentável e a educação ambiental (geológica). Sendo assim, pode-se configura-lo como um instituto de política internacional, que tem como objetivo a geoconservação, e como fundamentos a educação ambiental, o turismo e o desenvolvimento sustentável.

Pode-se comparar o Geoparque com a Reserva da Biosfera, a qual também é fruto de uma política internacional de conservação ambiental, caracterizando-se por um extenso território, com áreas especialmente protegidas. Contamos com esta figura de proteção ambiental no Brasil, sendo esta citada, inclusive, na Lei 9.985/00, tendo em vista a instituição de unidades de conservação como áreas protegidas no seu interior.

No entanto, para que haja uma efetividade em seus objetivos e fundamentos, caso se tenha a pretensão do reconhecimento internacional[13] os países signatários do programa deverão cumprir determinados requisitos do programa da UNESCO. Algumas delas merecem especial atenção na análise jurídica:

Ao analisar os requisitos, deve-se observar o seguinte: **Os sítios geológicos incluídos dentro da área devem ser protegidos e formalmente gerenciados** explicita necessidade de medidas de proteção e gestão pelo Estado proponente. Esta é a única maneira de gerir e proteger formalmente os sítios geológicos, que são geossítios e geotopos. Para esta proteção, deve-se encontrar um instrumento jurídico compatível no ordenamento jurídico pátrio.

O sexto requisito diz: Medidas de proteção do geoparque devem ser estabelecidas **em conformidade com os Serviços Geológicos ou grupos relevantes**. O geoparque **deve permanecer sob a jurisdição do Estado** no qual ele está inserido e é **responsabilidade do Estado decidir sobre a proteção de determinados sítios**. Conclui-se, aqui, pela necessidade de conferência do programa de geoconservação com os Serviços Geológicos (que está em harmonia, tendo em vista ser uma iniciativa nacional da CPRM). Também observa-se que não há ingerência alguma de instituições internacionais, despreocupando aqueles que temem por uma tomada de decisão em que haja uma alienação da soberania. Está explícito que o geoparque continua sob a jurisdição do Estado, sendo responsabilidade deste decidir sobre a proteção de determinados sítios. Então, cabe ao Estado proponente escolher os locais que entender propícios à geoconservação, designando-os geossítios ou geotopos.

O sétimo requisito afirma que deve haver compatibilização entre a legislação local e nacional, no que tange à proteção do geoparque, sendo vedada a comercialização de minerais e fósseis dos locais protegidos, o que já é contemplado na legislação brasileira, no que tange ao patrimônio paleontológico[14].

O oitavo requisito fala da necessidade de um plano de manejo para este geoparque. Os parâmetros a serem adotados devem coincidir com os instrumentos jurídicos utilizados para a formalização da proteção e gestão dos geossítios e geotopos (tombamento, unidade de conservação, servidão administrativa etc). Neste ponto, no entanto, perceber-se uma carência em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não existe uma lei que protege a formação geológica de caráter mineral, por exemplo, dispendo apenas de leis que estabelecem os procedimentos que devem ser tomados para que se possa explorar (suprimir, destruir) esta atividade econômica. Parte-se, então, para a indicação de instrumentos jurídicos que possam suprir esta falta, mas que propiciam apenas uma proteção secundária, como as unidades de conservação.

O nono requisito enfatiza a necessidade de cooperação entre poder público, comunidade, empresas e grupos de pesquisa. Este merece atenção, uma vez que deve-se estabelecer parâmetros e formas de desenvolvimento desta, tendo como principal objetivo a implementação efetiva e eficaz do geoparque, sem gerar insegurança jurídica para o setor privado.

3.2- Caracterização jurídica das partes formadoras do geoparque e das atividades econômicas de possível conflito:

Para a análise destes requisitos, torna-se essencial analisar os pormenores de um geoparque, o qual deve apresentar: geossítios, geotopos, conservação da geodiversidade, vedações legais quanto às práticas que ameaçam o patrimônio geológico nos sítios protegidos.

Então, temos que: os geossítios e geotopos são locais bem delimitados, os quais devem ser preservados, não sendo compatível nenhuma atividade que deteriore o patrimônio geológico[15]. Para tanto, é óbvio que a simples palavra do ente federativo, de que não haverá esta ameaça, não poderá ser suficiente para o reconhecimento de um Geoparque. Deverá ele exercer sua responsabilidade de gerenciar e proteger este patrimônio geológico, conforme seu ordenamento jurídico pátrio.

O ordenamento jurídico brasileiro possibilita a proteção destas áreas de um geoparque através do tombamento ou da criação de uma unidade de conservação que tenha como objetivo a proteção geológica. Também pode-se executar pela instituição de uma servidão administrativa, na qual haverá a estipulação do uso que se dará à propriedade, pelo Poder Público, mediante prévia indenização ao proprietário da área[16]. Também caberá indenização no caso de criação de unidade de conservação de proteção integral. Da mesma maneira, discute-se, judicialmente, o cabimento de indenizações no caso de tombamentos, em que a propriedade perde seu real valor (posição minoritária)[17].

Existe, pois, um conflito de interesses entre os interesses difusos (geoconservação), o interesse privado (proprietário) e a capacidade/vontade política do Poder Público. O proprietário quer ter o direito de usar e gozar de sua propriedade, devendo ele, no entanto, observar o cumprimento da função social da mesma. E a geoconservação é uma delas (deve-se, pois, limitar o ônus do proprietário e do poder público no caso concreto). Neste caso, fala-se do tombamento, *“sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento”*[18].

Esta figura jurídica limita os direitos de uso da propriedade, sem contudo, desapropriá-la. Por outro lado, deve-se pensar, quanto a instituição de figuras jurídicas que não retiram a propriedade e/ou administração desta dos particulares, na responsabilidade referente a algum acidente que aconteça na área, com visitantes e/ou pesquisadores. Estando a propriedade com o particular, mesmo que tombada, ou criada unidade de

conservação de uso sustentável, este responderá pelos danos sofridos pelo acidentado. Embora os particulares queiram contribuir com a geoconservação, temem o peso das indenizações por possíveis acidentes no geotopo de sua propriedade. Por outro lado, este é um precioso requisito da UNESCO a cooperação de todos.

Para uma possível solução do impasse, deve-se pensar na servidão administrativa, a qual é instituída pelo Poder Público, gerando o direito à indenização pelo proprietário, não lhe retirando, todavia, a propriedade. Porém, esta fica sob a posse a gestão e responsabilidade da administração pública ou de quem esta ordene. É um instituto que resolve o problema do proprietário, quanto à responsabilidade civil. Porém, onera o Poder Público, contrariando o que diz a lei quanto à responsabilidade pela conservação do meio ambiente equilibrado, o qual classifica-se como direito difuso. Também contraria a própria diretriz da UNESCO, quanto aos requisitos para o reconhecimento do geoparque, explicitada na necessidade de cooperação do poder público, empresas, comunidade e pesquisadores. Di Pietro caracteriza a servidão administrativa como um instrumento de coerção ao setor privado:

“Considerando, pois, a servidão administrativa dentro do regime jurídico de direito público a que se submete, conclui-se que ela constitui uma prerrogativa da Administração Pública agindo com o poder de império que lhe permite onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública, sem obter previamente o consentimento do particular ou título expedido pelo Judiciário. O seu fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.[19]”

Conclui-se, então, que embora a servidão administrativa seja uma alternativa para a implementação de geotopos (abertos à visitação e pesquisa), quanto à retirada da responsabilidade civil dos proprietários, não se encaixa nos requisitos da UNESCO, por ferir a necessidade de cooperação entre setor público e privado. Retrata uma forma de burlar a cooperação do setor privado na responsabilidade de geoconservação.

Uma outra hipótese é a instituição de unidades de conservação de proteção integral ou sustentável. Tratando-se das de proteção integral, deve-se observar a imprescindível indenização do Poder Público aos proprietários, já que inviabiliza totalmente o uso da área. Efetiva-se a proteção integral, conforme legislação pátria, mas fere o princípio da cooperação entre todos na geoconservação.

As unidades de conservação de uso sustentável poderiam atender aos requisitos da UNESCO, propiciando a proteção da geodiversidade, conforme legislação pátria, com a cooperação de todos. Neste caso, haveria a cooperação do setor privado na geoconservação, de forma efetiva. Porém, ainda persistiria a responsabilidade civil por acidentes de forma integral para o proprietário, a qual deve ser aceita pelo setor privado, em decorrência da necessidade de co-participação na instituição e manutenção do geoparque.

4- Geoconservação, sustentabilidade e responsabilidade sócio-ambiental da empresa:

A maior dificuldade na instituição de um geoparque em áreas de interesse da indústria extrativa, como no quadrilátero ferrífero é a compatibilização de interesses difuso e privado. A geoconservação representa um direito difuso, em prol das presentes e futuras gerações, ao garantir a manutenção da história da formação geológica da terra e da atuação do homem. O Quadrilátero Ferrífero representa, no entanto, o maior potencial de exploração de minério de ferro do Estado de Minas Gerais. Este fato indica o conflito existente: o Estado quer arrecadação e desenvolvimento econômico e tem o dever de primar pela conservação, as Empresas Mineradoras querem o lucro pela exploração do ferro, a comunidade quer fomento à economia. No entanto, paralelamente, o Estado, as empresas e a comunidade têm o dever de buscar o equilíbrio do meio ambiente, como um direito difuso. E o Geoparque representa este cumprimento de dever constitucional: ao mesmo tempo em que visa preservar a geodiversidade, também visa a exploração econômica desta preservação, através do fomento ao geoturismo. Porém, o faturamento com geoturismo é muito inferior ao da exploração de minério de ferro, embora não haja uma necessária exclusão desta atividade, somente pela existência de um geoparque. Deve-se buscar uma compatibilização, que possibilite uma segurança jurídica aos empreendedores.

A UNESCO elege como requisito fundamental a cooperação entre poder público, empresas, comunidade e pesquisadores. Então, não haveria o reconhecimento como geoparque se os geotopos e geossítios fossem protegidos apenas por coerção do Estado, uma vez que conscientização da população em geral (incluindo empresas) é um dos objetivos do projeto.

Busca-se, então, a implementação da melhor forma de cooperação entre os setores citados.

Pelo atendimento aos princípios constitucionais, faz-se necessária a observância do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O meio ambiente protegido é um direito fundamental, inserido no Título da Ordem Social, tendo em vista representar a qualidade de vida de todos. Também é mencionado na Ordem Econômica e Financeira, em seu artigo 170:

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

- I- soberania nacional;
- II- propriedade privada;**
- III- função social da propriedade;**

- IV- livre concorrência;
- V- defesa do consumidor;
- VI- **defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação;**
- VII- redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII- busca do pleno emprego;
- IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.(grifo nosso)

A inserção do meio ambiente nos títulos da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social demonstra sua importância para ambos os aspectos. Está aí o embasamento para o compartilhamento de responsabilidades entre os setores público e privado. Na Ordem Econômica é determinada a função social da propriedade e o respeito ao meio ambiente. No entanto, deve-se observar outros princípios constitucionais importantes para o presente caso:

Artigo 176: As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Parágrafo primeiro: A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, **no interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”. (grifo nosso)

Por este dispositivo da Ordem Econômica e Financeira, nota-se a relevância nacional na exploração mineral, principal atividade econômica desenvolvida no Quadrilátero Ferrífero.

A mineração é hoje um dos principais fatores de crescimento do PIB brasileiro, exercendo efetivo interesse nacional. Neste sentido, faz-se necessária uma compatibilização da exploração mineral no Quadrilátero Ferrífero com a geoconservação. Esta só se dará com a estipulação, pelos interessados em minerar, de áreas designadas especialmente para a geoconservação e geopreservação. Assim, estarão cumprindo os princípios constitucionais da Ordem Econômica, ao mesmo tempo em que manterão sua atividade econômica em prol do interesse nacional.

4.1- A responsabilidade sócio-ambiental da empresa e a sustentabilidade na mineração:

A responsabilidade sócio-ambiental da empresa pode ser medida tendo em vista dois aspectos: o cumprimento legal e o cumprimento convencional do mercado[20]. Nota-se que o cumprimento legal não é o mais indicado na prática empresarial. Porém, as convenções do mercado, como regulamentações de bolsa de valores e certificações são responsáveis por grande parte da adequação de empresas quanto à sustentabilidade (social e ambiental).

No setor da mineração, ENRIQUÉZ[21] estuda o dilema do desenvolvimento sustentável na atividade minerária. Conclui pela importância da atividade para o desenvolvimento econômico sustentável, elencando como principal fator a eficiência da governança local na aplicação da CFEM no desenvolvimento sustentável da cidade. Confirma, então, a relevância da atividade minerária para o aumento da qualidade de vida da população, comparando os municípios mineradores com seus vizinhos não-mineradores.

Existem inúmeras certificações quanto à responsabilidade social e ambiental, tanto em instituições internacionais, como nacionais. Também existem várias regras de sustentabilidade empresarial nas bolsas de valores em todo o mundo... sendo estes mais eficientes que normas estatais para a efetivação da responsabilidade sócio-ambiental da empresa.

A sustentabilidade na mineração é, portanto, *sui generis*. Primeiramente, pela própria natureza da atividade – extração de bem não renovável; segundo, pela rigidez locacional do empreendimento, que provoca a expansão ou a criação de cidades no meio do nada; terceiro, por representar a exploração de um bem de interesse relevante nacional, pertencente à presente e futuras gerações do Brasil, devendo reverter benefícios para todos; quarto, por tratar-se de atividade econômica produtora de *commodite*, sem uma preocupação pública quanto à agregação de valor para a exportação.

Assim, a sustentabilidade na mineração torna-se um assunto especial. O Quadrilátero Ferrífero representa uma área de grandes interesses econômicos, tendo em vista a mineração (com relevância nacional). A criação de um sistema de proteção de jazidas e outros elementos geológicos que impossibilitem a atividade minerária pode comprometer o desenvolvimento sustentável do Estado, os municípios envolvidos, e do país, caso não haja uma preocupação em compatibilizar a geoconservação e a atividade minerária.

Ao mesmo tempo, para que haja a aceitação do Quadrilátero como Geoparque, pela UNESCO, o setor privado envolvido deve participar da formação deste. Para tanto, torna-se essencial o diálogo sobre as medidas jurídicas a serem tomadas para esta criação se dar da maneira mais sustentável possível (proteção geológica e exploração mineral).

5- CONCLUSÃO

A compatibilização das exigências de um instituto internacional de proteção ambiental e geológica com o ordenamento jurídico brasileiro é uma questão complicada, tendo em vista a confusa legislação pátria sobre o tema, excedendo no ambiental, faltando no geológico. Existem críticas até mesmo sobre algumas figuras do próprio ordenamento, para as quais não se vê efetividade, ou até mesmo que nunca foram criadas, por total desnecessidade, já que outras suprem suas funções (como algumas unidades de conservação). Além disso, deve-se preocupar com a harmonização entre a necessidade de proteção geoambiental e o desenvolvimento de atividades econômicas que, por certo ângulo, conflitam com os ensejos ambientalistas.

O Geoparque, assim como a Reserva da Biosfera, é um instituto internacional da política de proteção do patrimônio geológico, sendo disseminado por todo o mundo. Vários países já criaram os seus, tendo como objetivo o fomento do turismo geológico, o desenvolvimento sócio-econômico sustentável da região abrangente e a educação geoambiental.

Porém, quando se trata da criação de Geoparques no Brasil, deve-se levar em conta, primeiramente, a inexistência de uma legislação específica sobre o tema, principalmente quando se trata de formação de caráter mineral, existindo apenas no que tange à proteção do patrimônio paleontológico e espeleológico. A falta deste tratamento jurídico, na seara interna, provoca um verdadeiro rebuliço, ao ‘internalizar’ normas de cunho internacional, sem passar pelo Congresso Nacional... instaurando, ainda um ambiente de insegurança jurídica, já que não se sabe, na realidade brasileira, quais serão as atividades compatíveis, nem qual a abrangência de proteção da área escolhida, bem como o teor do seu plano de manejo.

Após a definição legal de Geoparque, na realidade brasileira, delimitando sua função, grau de proteção (no todo, nos geossítios e nos geotopos, bem como a natureza jurídica do Plano de Manejo), deve-se admitir como uma opção para a efetivação da função social das empresas mineradoras, representando a execução de sua responsabilidade sócio-ambiental, já estaria proporcionando que as futuras gerações possam conhecer e usufruir das riquezas minerais, além de fomentar como fonte de renda para toda a presente geração, o geoturismo. Se não bastasse, a educação geoambiental instrui a população (presente e futura) para a efetivação do uso sustentável dos recursos minerais.

No que tange aos Geoparques com caráter paleontológico ou espeleológico, não há grandes indagações, já que existe uma legislação brasileira que protege este patrimônio (embora carente de reforma).

Carece, no entanto, em ambos os casos (natureza mineralógica ou paleontológica/espeleológica), do pré-estabelecimento dos instrumentos jurídicos adequados para sua proteção, e que sejam compatíveis com os requisitos da UNESCO, como a participação efetiva do Poder Público, comunidade local e setor econômico.

Conclui-se, portanto, tratar-se de um importante instrumento de geoconservação e efetivação da sustentabilidade e da função social das empresas. Necessita-se, portanto, do pré-estabelecimento de critérios legais, para que proporcione uma real geoconservação, com desenvolvimento sustentável, educação ambiental, não servindo

de impasse para que os processos de licenciamento sejam desenvolvidos por falta de claras definições legais.

6- BIBLIOGRAFIA

ASSUMPÇÃO, Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia. **A institucionalização jurídica do custo dos recursos naturais e a responsabilidade social empresarial.** Revista Brasil Mineral, editora Signus, ano XXV, setembro de 2008, n. 277, setembro de 2008. , p. 62 – 69.

AZEVEDO, Úrsula Ruchkys. **Patrimônio geológico e geoconservação no Quadrilátero Ferrífero, Minas Gerais: potencial para a criação de um geoparque da UNESCO.** Tese de doutorado, defendida em Belo Horizonte, junho 2007, UFMG.

ENRIQUÉZ, Maria Amélia. **Mineração: maldição ou dávida? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira.** São Paulo: Signus Editora, 2008.

Emmanuel REYNARD, François BAILLIFARD, Jean-Pierre BERGER, Markus FELBER, Peter HEITZMANN, Raimund HIPPE, Pierre-Yves JEANNIN, Daniela VAVRECKA-SIDLER, Katharina Von SALIS. **Géoparcs en Suisse I Les géoparcs et la législation suisse** Site: http://www.geosciences.scnat.ch/downloads/geoparcs/Geopark_final_Francais.pdf Acesso em 12 de março de 2008.

Guidelines and Criteria for National Geoparks seeking UNESCO's assistance to join the Global Geoparks Network (june 2008). Site: www.unesco.org/science/earth: Acesso em 12 de abril de 2009

MANSUR, Kátia L.; NASCIMENTO, Victor M. R. do. **Disseminação do conhecimento geológico: metodologia aplicada ao projeto caminhos geológicos.** Site: <http://www.ige.unicamp.br/simposioensino/artigos/025.pdf> Acesso em 15 de julho de 2008.

MEDINA, Antonio Ivo de Menezes; CÁSSIO, Jorge Pimentel; SILVA, Roberto da; CUNHA, Fernanda Gonçalves da; JACQUES, Patrícia Düringer; BORGES, Andréa F. **Geologia Ambiental – contribuição para o Desenvolvimento Sustentável (Capítulo 3).** Site: www.cetem.gov.br.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 18 ed. São Paulo: p.144.

SILVA, José Reynaldo Bastos da; PERINOTTO, José Alexandre de Jesus. **O geoturismo na geodiversidade de Paraguaçu Paulista como modelo de geoconservação das estâncias.** In: Global tourism, vol. 3, no. 2, nov. 2007. Site: www.periodicodeturismo.com.br; Acesso em 15 de julho de 2008.

[1] A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (1972) foi o primeiro instrumento a tratar juridicamente da proteção do patrimônio geológico.

ARTIGO 2

Para os fins da presente Convenção são considerados “patrimônio natural”:

- os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por conjuntos de formações de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico;

- as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituam habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico,

- os sítios naturais ou as áreas naturais estritamente delimitadas detentoras de valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural.” (grifo nosso)

[2] No site da UNESCO podemos encontrar o Guidelines and Criteria for National Geoparks seeking UNESCO’s assistance to join the Global Geoparks Network (june 2008), o qual estipula que:

“A Geopark seeking to become member of the Global Network of National Geoparks is na área with well-defined limits and a large enough surface área for it to serve local economic and cultural development (mainly through tourism). It comprises a number of internationally important geological heritage sites on any scale, or a mosaic of geological entities of special scientific importance, rarity or beauty. These features are representative of a region’s geological history and the events and processes that formed it.

A ‘Geopark’ is a geographical area where geological heritage sites are part of a holistic concept of protection, education and sustainable development. The Geopark should take into account the whole geographical setting of the region, and shall not solely include sites of geological significance. Non-geological themes are an integrated part of it, especially when their relation to landscape and geology can be demonstrated to the visitors. For this reason, it is necessary to include also sites of ecological, archaeological, historical or cultural value. In many societies, natural, cultural and social history are inextricably linked and thus cannot be separated”. (p. 3) www.unesco.org/science/earth: Acesso em 12 de abril de 2009.

[3] MANSUR, Kátia L.; NASCIMENTO, Victor M. R. do. **Disseminação do conhecimento geológico: metodologia aplicada ao projeto caminhos geológicos**. Site: <http://www.ige.unicamp.br/simposioensino/artigos/025.pdf> Acesso em 15 de julho de 2008.

[4] SILVA, José Reynaldo Bastos da; PERINOTTO, José Alexandre de Jesus. **O geoturismo na geodiversidade de Paraguaçu Paulista como modelo de geoconservação das estâncias.** In: Global tourism, vol. 3, no. 2, nov. 2007. Site: www.periodicodeturismo.com.br; Acesso em 15 de julho de 2008.

[5] AZEVEDO, Úrsula Ruchkys. **Patrimônio geológico e geoconservação no Quadrilátero Ferrífero, Minas Gerais: potencial para a criação de um geoparque da UNESCO.** Tese de doutorado, defendida em Belo Horizonte, junho 2007, UFMG.

[6] Artigo 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que restem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Parágrafo 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

II- área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a **estabilidade geológica**, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (grifo nosso)

[7] As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Parágrafo 1º: A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Parágrafo 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

(...)

Artigo 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

Parágrafo 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

(...)

[8] Emmanuel REYNARD, François BAILLIFARD, Jean-Pierre BERGER, Markus FELBER, Peter HEITZMANN, Raimund HIPPE, Pierre-Yves JEANNIN, Daniela VAVRECKA-SIDLER, Katharina Von SALIS. Site: http://www.geosciences.scnat.ch/downloads/geoparcs/Geopark_final_Francais.pdf
Acesso em 12 de março de 2008.

[9] Tradução livre de: L'importance nationale de telles zones protégées sera déterminée en fonction de leur richesse naturelle, leur beauté particulière et la spécificité des paysages ou encore des témoignages du développement du paysage culturel qu'ils recèlent.

Un parc national doit offrir des habitats intacts à la faune et à la flore indigènes et doit permettre au paysage naturel de se développer librement.

Un **parc naturel régional** est un vaste territoire, peu urbanisé, qui se distingue par un patrimoine naturel et culturel riche, et où les constructions et installations s'intègrent dans le paysage rural ainsi que dans la physionomie des localités. Il a pour objet :

Les localités situées dans les parcs naturels régionaux doivent pour l'essentiel garder leur caractère rural. L'architecture régionale traditionnelle doit rester prédominante et évoluer avec la construction de nouveaux bâtiments de qualité. Les installations d'infrastructures doivent répondre principalement aux besoins régionaux et ne pas endommager le paysage. Les réserves de biosphère – comme l'Entlebuch, reconnu en 2001 par l'UNESCO – correspondent en substance à la catégorie de parc naturel régional.

Un **parc naturel périurbain** est un territoire situé à proximité d'une région densément peuplée. Il s'agit pour ainsi dire d'un parc national en miniature. Il comprend :

- une zone centrale de 4 km² au minimum, où la nature est livrée à elle-même et à laquelle le public a un accès limité;
- une zone de transition de 2 km² au minimum, qui permet des activités de découverte de la nature et qui sert de tampon contre les atteintes pouvant nuire à la zone centrale.

Les parcs naturels périurbains doivent être facilement accessibles avec les transports publics. Les grandes réserves forestières, les cours d'eau aux rives naturelles et les zones alluviales inexploitées conviennent particulièrement à la création de parcs naturels périurbains. Les parcs reconnus au sens de la modification de la Loi sur la protection de la nature pourront être reconnus comme géoparcs s'ils satisfont aux critères de création d'un géoparc (voir chap. 2 et 7).

- - Géoparcs en Suisse I **Les géoparcs et la législation suisse** Site: http://www.geosciences.scnat.ch/downloads/geoparcs/Geopark_final_Francais.pdf
Acesso em 12 de março de 2008.

[10] MEDINA, Antonio Ivo de Menezes; CÁSSIO, Jorge Pimentel; SILVA, Roberto da; CUNHA, Fernanda Gonçalves da; JACQUES, Patrícia Düringer; BORGES, Andréa F. **Geologia Ambiental – contribuição para o Desenvolvimento Sustentável (Capítulo 3)**. Site: www.cetem.gov.br.

[11] Este é o método ensinado pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza, sistematizador do Direito Econômico no Brasil, autor da obra “Primeiras linhas de Direito Econômico”, onde explica o método.

[12] Embora o Parque municipal de Nova Iguaçu tenha sido denominado de Geoparque, conforme informado em artigo de Felipe Medeiros, Diana Ragatky e Kátia Mansur, denominado Geoparque de Nova Iguaçu: a placa do poço das cobras. Site: http://www.fgel.uerj.br/dmpi/HipostesVulcaoNovaIgua%E7u/ExtraVolcano/2_Medeiros2004_PocoCobra.pdf acesso em 09 de setembro de 2008.

[13] Esta não foi a intenção do Parque Municipal de Nova Iguaçu, localizado no maciço Giricινό-Mendanha, de iniciativa do DRM-RJ, Universidades e Prefeitura de Nova Iguaçu, inserido no Projeto Caminhos Geológicos.

[14] Decreto 72.312/73, Portaria 55 do Ministério de Ciência e Tecnologia, artigos 163 e 180 do Código Penal e Lei 8.176/91 já tratam desta proibição de exploração sem consentimento do DNPM, comercialização e exportação de fósseis. Existe ainda o Projeto de Lei 245/96 que trata do assunto.

[15] Essas atividades são: mineração, agricultura, ecoturismo sem a devida precaução e demais áreas que, pela sua existência, desvirtuariam as características ínsitas de um geotopo ou geossítio.

Outro entendimento pode ser retirado do discurso da profa. Úrsula Ruchsky, a qual afirma que, em certos casos, a mineração é importante por fazer aflorar a formação geológica.

[16] Neste caso, deve-se averiguar se há descumprimento do requisito da Cooperação entre poder público, empresas, comunidade e pesquisadores, da UNESCO.

[17] Estes seriam possíveis gastos do poder público com a instituição de um Geoparque.

[18] Pietro, Maria Sylvia Zanella de .Direito Administrativo , 18º ed. São Paulo: Atlas, p.133.

[19] Pietro, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: p.144.

[20] ASSUMPCÃO trata esta questão em artigo na revista Brasil Mineral, folha jurídica, cujo título é “ A institucionalização jurídica do custo dos recursos naturais e a responsabilidade social empresarial, p. 62 – 69, edição ano XXV, setembro de 2008, n. 277, setembro de 2008. ASSUMPCÃO, Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia Assumpção. Aborda a responsabilidade social como uma retribuição pela riqueza mineral explorada, a qual pertence à toda humanidade, incluindo a presente e as futuras gerações. Neste sentido, cumprir-se-ia sua função social ao empreender na geoconservação.

[21] ENRIQUÉZ, Maria Amélia. Mineração: maldição ou dávida? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira. São Paulo: Signus Editora, 2008.

O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PRÁTICAS QUE SUBMETAM OS ANIMAIS A CRUELDADE: UMA ANÁLISE DA RAZÃO ANTROPOCÊNTRICA DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA NA IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES.

THE CONSTITUTIONAL PARADIGM OF PROHIBITING PRACTICES WHICH SUBMIT ANIMALS TO CRUELTY: AN ANALYSIS OF THE ANTHROPOCENTRIC REASON OF THE BRAZILIAN JURIDICAL CULTURE ON THE JURIDICAL IMPLEMENTATION OF THE WILD ANIMAL TRAFFIC CRIME.

**Norma Sueli Padilha
Maiara Cristina Lima Massine**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do novo paradigma de proteção constitucional adotado pela Carta Constitucional de 1988 no que se refere ao combate às práticas que submetam os animais à crueldade, sobretudo em relação aos que são comercializados ilegalmente, por meio do tráfico de animais silvestres. A análise jurisprudencial revela que, não raras vezes, os tribunais absolvem o infrator da norma ambiental de proteção sob o manto do Princípio da Insignificância, ou ainda, sob a alegação de que referido comércio constitui expressão da cultura popular, ou por considerar inexistente a potencialidade lesiva quando a espécie apreendida não for ameaçada de extinção. A pesquisa busca analisar a temática contrapondo as visões antropocêntrica e biocêntrica e sua influência na interpretação da norma jurídica ambiental, no intuito de refletir em que medida a cultura do antropocentrismo no trato com os animais influencia na propagação do comércio ilegal de espécies da fauna silvestre brasileira, bem como no posicionamento do interprete frente ao caso judicial concreto. Desta forma, a presente pesquisa busca analisar a implementação da proteção jurídica da fauna sob o aspecto penal, mais especificamente com referência a proibição do tráfico de animais, com fundamento na proposta do novo paradigma da tutela constitucional, e, consoante o disposto na Lei de Crimes Ambientais, correlacionando a possibilidade de sua efetividade com o paradigma da cultura tradicionalmente antropocêntrica que tem prevalecido no trato da fauna no ambiente jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVES: TRÁFICO DE ANIMAIS; CRIMES CONTRA A FAUNA; CRUELDADE; ANTROPOCENTRISMO, BIOCENETRISMO.

ABSTRACT

The present work has as a goal the study of the new paradigm of constitutional protection adopted by the 1988 Constitution when it refers to combat the practices

which undergo animals to cruelty, especially about the ones which are illegally bought through the wild animal traffic. The analysis of the jurisprudence shows that courts have usually absolved the offender from the environmental rule of protection pleading the Insignificance Principle, by saying that the trade referred constitutes an expression of the popular culture or even affirming the inexistence of the harmful potential when the species caught is not threatened by extinction. The research tries to analyze the issue by counterbalancing the anthropocentric and the biocentric views and their influence on the interpretation of the juridical and environmental rule, aiming to think over into what extent the anthropocentrism culture towards animals influence the propagation of the illegal Brazilian fauna trade, as well as the position of the interpreter towards a real lawsuit case. This way, this present research tries to analyze the implementation of the juridical fauna protection under the penal aspect, more specifically referring to the animal traffic prohibition, based on the proposal of the new paradigm of the constitutional tutelage and according to the effectiveness as the paradigm of the culture traditionally anthropocentric, which has prevailed in the way of treating fauna in the national juridical context.

KEYWORDS: ANIMAL TRAFFIC; CRIMES AGAINST FAUNA; CRUELTY; ANTHROPOCENTRISM; BIOCENTRISM.

1. INTRODUÇÃO

A questão do tráfico de animais tem se mostrado um grave problema ambiental que atinge diretamente a possibilidade de manutenção do equilíbrio de diversas espécies da fauna silvestre, razão pela qual a tentativa de combater tal prática, deve ocupar um espaço importante da luta pela preservação do meio ambiente no contexto mundial, tanto por parte das autoridades estatais, como pela mobilização da sociedade civil organizada.

Entretanto a coibição de tal pratica em todo o mundo trata-se de um luta difícil, seja pela falta de interesse político e econômico, mas até mesmo cultural, pois a conduta de se retirar espécies animais de seus *habitats* naturais e comercializá-las como objetos ou coisas de valor econômico, é legitimada pela falta de conscientização de diversas culturas humanas, principalmente em países pouco desenvolvidos, em que faz parte da tradição local, praticar a venda e a comercialização de animais silvestre em feiras, ruas e diversos tipos de comércio ilegal. E, muito embora tenha aumentado nos últimos anos o interesse dos meios de comunicação em denunciar a prática do crime de tráfico de animais, o comércio ilícito de exemplares preciosos da fauna silvestre continua a movimentar um mercado extremamente lucrativo e cruel.

Várias organizações não governamentais que atuam na área da preservação ambiental buscam meios para tentar frear a prática do tráfico de animais e propiciar uma maior conscientização popular em prol da preservação de espécies, bem como, no sentido de provocar a atuação estatal por meio da fiscalização e autuação, tais como a HSUS,[1] a WWF,[2] a IUCN,[3] o GREENPEACE,[4] e o RENCTAS,[5] entre outras.

O Brasil, devido ao seu clima tropical, sua grande extensão territorial, enquanto o maior país da América Latina e o quinto do mundo em área territorial, com variadas zonas climáticas e seus diversos biomas naturais, foi reconhecidamente destacado nos documentos da Rio 92, principalmente na Agenda 21 e na Convenção de Diversidade Biológica, como um país detentor de *megadiversidade* biológica.

Destaque-se que a Convenção da Diversidade Biológica, adotada na Rio 92 e inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n.2, conceitua diversidade biológica como

a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e ecossistemas.[6]

Desta forma, o Brasil, enquanto um dos países detentores de um inigualável patrimônio natural possui uma fauna riquíssima, que abriga inúmeras espécies, nos seus diversos biomas naturais, o que infelizmente, também o torna alvo da prática do comércio ilegal de animais, atividade ilícita que movimentou um mercado que se alastra e se diversifica, alicerçado tanto na ausência de fiscalização eficaz do Poder Público quanto na cultura de indiferença ou conivência de parte de sua numerosa população.

A grande extensão territorial do país e a falta de uma política pública governamental efetiva de preservação da fauna silvestre tornam o Estado brasileiro deficitário em uma fiscalização eficiente nas áreas de proteção ambiental e, ainda, por outro lado, a falta de conscientização da população com relação ao patrimônio ambiental, são fatores que somados facilitam e propiciam a ocorrência do tráfico de animais em grande escala, pois infelizmente os dados apontam que cerca de 38 milhões de animais são vítimas de tráfico no Brasil.[7]

Uma das principais conseqüências do tráfico é a extinção das espécies, que pode gerar uma grave ameaça ecológica para os biomas naturais. Nota-se ainda que, ao serem retirados de seu *habitat* natural, os animais traficados são vítimas de inúmeras crueldades e maus tratos, o que leva a maioria deles à morte, em conseqüência, por exemplo, da amputação de seus membros, dentes e garras, do transporte em condições precárias e sem nenhuma consideração por seu bem estar. Na prática do tráfico de animais silvestre não há qualquer limite humanitário por parte dos traficantes, que são capazes de qualquer crueldade contra suas vítimas indefesas, no intuito de burlarem a fiscalização das autoridades competentes e alcançarem o seu intento.

Neste contexto, revela-se grandiosa a proposta constitucional de proteção jurídica da fauna, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, que em no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, apresenta três direções para a sua tutela, quais sejam: a inibição de práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, bem como práticas que coloquem em risco a extinção da espécie e práticas que submetam os animais à crueldade.

Na esfera infraconstitucional coube a Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9.605/98, regulamentar a norma constitucional dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, tipificando nos artigos 29 a 37 os crimes contra a fauna.

A busca de efetividade da legislação constitucional e infraconstitucional de proteção a fauna brasileira é de suma importância na tentativa de se coibir a continuidade e a ampliação do crime de tráfico de animais silvestres, e nesse sentido, a mudança do paradigma cultural e jurídico no trato de um tema tão relevante para a preservação ambiental torna-se pressuposto essencial.

Desta forma, a presente pesquisa busca analisar a proteção jurídica da fauna sob o aspecto penal, mais especificamente com referência a proibição do tráfico de animais, com fundamento na proposta do novo paradigma da tutela constitucional, e, consoante o disposto na Lei de Crimes Ambientais, correlacionando a possibilidade de implementação judicial da legislação penal de proteção da fauna frente ao paradigma da cultura tradicionalmente antropocêntrica que tem prevalecido no trato da fauna no ambiente jurídico nacional.

2. DO CONCEITO JURÍDICO DE FAUNA

É bem verdade que a legislação ambiental brasileira é considerada bastante avançada no contexto do direito comparado, e nesse sentido a Constituição Federal de 1988 inova com relação a proteção à fauna. Contudo, para traçar o conceito jurídico de fauna é preciso recorrer aos posicionamentos doutrinários para preencher o espaço vazio conceitual da legislação.

Segundo o dicionário Aurélio, conceitua-se a fauna como sendo “o conjunto dos animais próprios de uma região ou de um período geológico”.^[8] Nesse sentido, é o entendimento adotado por José Afonso da Silva^[9] que afirma que “em sentido lato a palavra fauna refere-se ao conjunto de todos os animais de uma região ou período geológico”.

Para Paulo Affonso Leme Machado,^[10] fauna é “o conjunto de espécies animais de um determinado país ou região”, o que significa que tanto os mamíferos, como as aves, os peixes, os anfíbios, os répteis e os insetos fazem parte do conceito de fauna.

Na mesma linha leciona Édís Milaré,^[11] segundo o qual “entende-se ordinariamente por fauna o conjunto dos animais que vivem numa determinada região, ambiente ou período geológico”, ou seja, o termo fauna se refere “ao conjunto de animais que habitam o Planeta na atualidade ou que nele viveram em épocas anteriores”.

Portanto, a fauna pode ser definida como o conjunto de animais que existem ou que já existiram em uma dada região e nela tem seu habitat natural, sendo assim parte integrante do mesmo.

Os animais compõem na natureza e nos ecossistemas específicos do qual fazem parte, uma intrincada teia de equilíbrio ecológico, onde todos e cada um têm um papel indispensável e insubstituível a desempenhar, desta forma, a proposta de sua proteção constitucional, objetiva sua preservação e proteção como parte do equilíbrio essencial a sadia qualidade de vida, e vida de “todos”, sejam os animais em si mesmos considerados, seja das presentes e das futuras gerações humanas, pois todas as criaturas vivas compõem de forma indissociável a grande teia da vida.

Desta forma, a fauna encontra-se protegida enquanto “bem jurídico ambiental constitucional”, sendo elemento integrante e indissociável do *macrobem* “meio ambiente” – bem ambiental de natureza difusa –, constituindo juntamente com os elementos bióticos e abióticos, os *microbens* que compõem o todo “meio ambiente”.

3. DO CONCEITO DE CRUELDADE

A palavra crueldade é usada na “qualidade do que é cruel, ato cruel, rigor excessivo, barbaridade, desumanidade”.^[12] Trata-se de um ato sádico, desumano, doloroso, que causa sofrimento naquele que o sofre, enfim, um mal gratuito, um mal além do absolutamente necessário.

Assim, a crueldade a qual os animais são submetidos pode ser definida como todo o ato desnecessário, inútil, injustificável, desprezível, feito com requintes de violência e brutalidade. Em suma, considerar-se-á um ato praticado contra a fauna como cruel quando ele atingir a integridade físico-psíquica do animal causando-lhe sofrimento.

Não praticar crueldade contra qualquer criatura viva é um valor moral que deve perfilar o comportamento humano, um valor moral de não discriminação, inclusive de ordem biológica. Não discriminação no sentido de se compreender que a crueldade geralmente é praticada com fundamento numa ordem hierárquica que implica poder e submissão, poder de quem é cruel sobre a vítima indefesa que lhe está submetida.

Crueldade está ligada a uma idéia de poder, de superioridade daquele que é cruel contra aquele que é sua vítima e, é nessa relação nitidamente antropocêntrica que se dá a retirada dos animais silvestres de seu habitat natural para o seu uso no comércio ilícito de espécies vivas.

A própria retirada dos animais silvestres de seu habitat, subtraindo-lhes a possibilidade de vida livre e natural, sua captura violenta, seu transporte precário, e a forma degradante como são expostos a venda, como objetos ou coisas do comércio, sem qualquer consideração ao seu bem estar, deixa clara a crueldade de que são vítimas nesta prática lamentável da cultura social.

4. TRÁFICO DA FAUNA SILVESTRE

No Brasil, de acordo com dados do sítio RENCTAS (Rede Nacional contra o Tráfico de Animais Silvestres), cerca de 38 milhões de animais são retirados de seu *habitat* a cada ano, para alimentar o mercado ilícito de compra e venda de espécies da fauna.[13]

Os traficantes não se preocupam em manter o animal com vida e saudável, tanto que “para cada animal vendido ilegalmente, outros nove morreram na captura e no transporte. Isso ocorre por causa dos intermináveis maus-tratos a que são submetidos”. [14] Ou seja, basta que um animal chegue ao destino com vida para que o traficante afigure seu objetivo e seu lucro.

Não bastasse a própria crueldade e covardia na retirada dos animais do seu ambiente natural, o transporte dessas criaturas geralmente se faz de forma extremamente degradante, pois para evitar a ação da fiscalização, os traficantes os encaixotam, depenam, amputam seus membros, quebram seus ossos, furam seus olhos, arrancam seus dentes e garras, além de chegarem ao limite de sedá-los com injeções de álcool ou através da ingestão de cachaça. As cobras, por exemplo, após serem anestesiadas, muitas vezes são colocadas em meias calças e presas ao redor do corpo do contrabandista, ou mesmo colocadas no fundo de malas e, os pássaros de pequeno porte são anestesiados e colocados em tubos de PVC antes de serem escondidos nas bagagens.[15]

No tráfico de animais também vigora a lei da oferta e da procura, ou seja, quanto mais ameaçada de extinção for a espécie animal, maior é o seu valor econômico no mercado negro. Um exemplar da arara-azul-de-lear, ave que não chega a 600 exemplares no meio ambiente, é vendida de maneira ilegal à U\$ 60 mil.[16]

No Brasil este comércio ilegal movimentava por ano de U\$ 1,5 a 2 bilhões, e no mundo é movimentado cerca de U\$ 20 a 25 bilhões.[17] Com isso o tráfico de animais ocupa a posição de terceira maior atividade ilegal do mundo, deixando o primeiro e o segundo lugar para o tráfico de drogas e de armas.[18]

Há uma estimativa de que, no mundo, mais de 5.500 espécies encontram-se à beira da extinção.[19] Só o Brasil possui uma lista, publicada pelo Ministério do Meio Ambiente, com mais de 395 espécies de animais ameaçados de extinção. Contudo, a lista considera apenas os anfíbios, as aves, os invertebrados terrestres, os mamíferos e os répteis, ou seja, os peixes e os invertebrados aquáticos tidos como ameaçados não figuram nesta lista.[20]

Outra informação relevante é que, além das vendas ilícitas efetuadas diretamente pelos contrabandistas, a venda de animais silvestres movimentava também o mercado formal, no qual muitas vezes, o comércio também é praticado de forma ilegal, ou seja, sem qualquer autorização, tendo em vista a falta de fiscalização efetiva do Poder Público.

Mas por trás desta prática degradante e cruel, de se exilar estas criaturas de seu habitat natural, de se expor suas vidas e sua integridade, de se lhes negar respeito e consideração remanesce uma das causas que movimentava o comércio ilícito, qual seja, a existência de consumidores finais, a parcela da população que mantém a cultura social de comprar animais silvestres.

Praticar o comércio de animais silvestres é uma prática degradante e cruel, que desrespeita a função ecológica e colabora para a extinção de espécies, e deve ser combatida social e juridicamente – esta a intenção por trás do paradigma constitucional de proteção da fauna brasileira.

5. breve estudo da evolução legislativa ambiental no brasil em relação à fauna

Uma primeira menção de proteção jurídica da fauna no Brasil pode ser encontrada nas Ordenações Manuelinas ou Ordenações do Senhor Rey Dom Manoel, que vedava “a caça de perdizes, lebres e coelhos com redes, fios, bois ou outros meios e instrumentos capazes de causar dor e sofrimento na morte desses animais”. [21]

Em 1580 o domínio do Brasil colônia passou a pertencer à Espanha, e, em 1603, Felipe I, editou as Ordenações Filipinas, cuja aplicação foi extensiva às colônias lusitanas, o que incluía o Brasil. Referido diploma além de trazer em seu texto o conceito de poluição, também condenava ao longo do Livro V, Título LXXVIII, quem matasse animais por simples malícia, além de reforçar, no Livro V, Título LXXV, o crime de corte de árvores com frutos, condenando o infrator de ambos os crimes “a pena de degrado definitivo para o Brasil”. [22]

Após esse período colonial, mais precisamente na década de trinta do século passado, foi que começaram a surgir as primeiras normas totalmente pátrias voltadas à tutela de recursos naturais. Em 10 de julho de 1934 foi instituído o Decreto n. 24.645, que condenava os maus tratos sofridos pelos animais, estabelecendo medidas de proteção.[23] Convém ressaltar que o Decreto 24.645/34 estabeleceu medidas visando a tutela também dos animais domésticos.[24] A Lei de Contravenções Penais, o Decreto-Lei 3.688/41, estabeleceu em seu art. 64 a proibição de tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.

Contudo, foi na década de sessenta que surgiram as primeiras leis objetivando, de maneira mais clara a tutela da fauna como, por exemplo, o Código de Proteção à Fauna, Lei n. 5.197/67, que determina a proibição do comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha (Art. 3º), impondo que os crimes previstos nesta lei são inafiançáveis e serão apurados mediante processo sumário (art. 34), além de estabelecer em seu art. 1º que os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase de seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituem a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, e que são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, caça ou apanha.

Mencione-se ainda, o Código de Pesca, instituído pelo Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967,[25] muito embora vislumbre muito mais uma proteção jurídica a atividade da pesca do que propriamente uma proteção jurídica a fauna aquática.

Importante se destacar o marco histórico da construção da tutela jurídica ambiental internacional, que posteriormente influenciou a adoção da proteção ambiental pela

Constituição brasileira de 1988, que ocorreu em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, e foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, que reuniu pela primeira vez em uma conferência mundial, representantes de Estados desenvolvidos e em desenvolvimento na discussão de questões globais relativas ao meio ambiente, e inaugurou um processo de construção contínua de proteção jurídica do meio ambiente em todo o mundo, entrando para a história como um marco para a afirmação do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA).

Na sequência, o Brasil, por sua vez, a partir dos anos 80 inaugura um processo diferenciado de produção legislativa na área ambiental extremamente proveitoso para a melhoria da qualidade de proteção jurídica do meio ambiente, especialmente em razão da edição de leis mais abrangentes e pertinentes acerca do tema. Nesse sentido destaque-se a importância da promulgação da Lei de Política Nacional ao Meio Ambiente, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que pela primeira vez propõe uma política nacional de proteção ao meio ambiente enquanto considerado em seu conjunto, não de apropriação de recursos naturais, conforme as legislações anteriores.

Destaque-se também a importância, enquanto mecanismo processual de tutela ambiental, a importância e inovação da Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que ainda hoje se refere a mais importante ação judicial de defesa do meio ambiente.

Mas, especificamente no que se refere a fauna, a inovação trazida pela Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, que pela primeira vez adotou o meio ambiente equilibrado na qualidade de um direito fundamental, dedicando todo um Capítulo (VI) totalmente voltado à proteção ambiental, nele incluído a proteção da fauna, é de indiscutível valor e inigualável evolução.

ao destinar um capítulo específico à tutela ambiental, a constituição Federal de 1988[26] inaugura uma nova ética jurídica na relação entre homem e natureza-não humana. Assim, ao longo do Capítulo VI, no artigo 225 e em seus parágrafos e incisos, a Constituição impõe normas de proteção ambiental, destinando ao texto do inciso VII o combate às práticas consideradas cruéis contra a fauna ao estabelecer que

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.[27]

Analisando a norma supracitada podemos observar que a proteção jurídica da fauna contra o tráfico encontra respaldo constitucional, pois o legislador ao redigir o texto legal vedou qualquer prática lesiva à fauna, dentre as quais se inclui o comércio ilegal da fauna, pois tal conduta, como já demonstrado anteriormente, é danosa aos animais, resultando em conseqüências devastadoras tanto físicas como psíquicas para os mesmos.

Em todas as previsões de práticas lesivas constantes do inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal incide a conduta do tráfico da fauna silvestre, pois este coloca em risco a função ecológica das espécies ao suprimi-las de seu *habitat* natural; assim como pode gerar a extinção tanto da espécie traficada, como de outras que dela dependam dentro da complexidade da cadeia alimentar; além de submeter o animal a práticas de sofrimento, tortura e crueldade inaceitáveis. Portanto, é indiscutível que o combate ao tráfico de animais e à crueldade que eles sofrem encontra total respaldo na Constituição da República.

A partir da Constituição Federal de 1988 houve um aumento significativo da produção legislativa com relação a proteção do meio ambiente, bem como, ampliou-se significativamente o debate das questões ambientais, tanto por parte do Poder Público, e dos variados setores da sociedade brasileira.

Nesse sentido, os debates e documentos gerados na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida como Rio 92, aumentaram sobremaneira a discussão do tema e a evolução da produção legislativa em matéria ambiental, tendo o Brasil adotado novos e modernos modelos jurídicos de legislação, abrangendo políticas públicas ambientais, que passaram a considerar o meio ambiente enquanto um conjunto de ecossistemas complexos e diversificados e, não mais com base no tratamento específico e limitado da mera apropriação de recursos naturais.

Inaugura-se assim, um novo momento na legislação ambiental brasileira, a edição de novas leis através das quais se procura proteger a fauna, a flora e o ecossistema de forma ampla.

Destaque-se pela importância ao tema em tela, da Política Nacional de Educação Ambiental, Lei Federal nº 9.795, **de 27 de abril de 1999**, importante instrumento jurídico para a implementação de uma nova cultura de conscientização social por meio da educação ambiental em todos os níveis de ensino.

Foi nesse contexto de um novo modelo jurídico de proteção ambiental, que foi editada a Lei de Crimes Ambientais,^[28] a Lei n. 9.605/98, que regulamentou preceito constitucional e tipificou as condutas lesivas ao meio ambiente, impondo as sanções penais e administrativas cabíveis a cada caso, tratando dos crimes contra a fauna nos artigos 29 a 37.

A Lei de Crimes Ambientais tipifica a conduta de crime de tráfico de animais em seu artigo 29, e em seu parágrafo 1º, incisos I, II e III, e parágrafo 2º dispõe que:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizadas ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.^[29]

A Lei de Crimes Ambientais faz parte deste novo paradigma de proteção ambiental adotado pela Constituição Federal, trazendo a grande inovação de passar a considerar a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime ambiental, ou seja, ampliando o conceito de culpabilidade a responsabilidade social.

6. A LEI De CRIMES AMBIENTAIS E os maus-tratos contra os animais

a Lei 9.605/98 tem o escopo de regulamentar a norma constitucional procurando criar no ordenamento jurídico nacional uma sistematização de reparação do dano ambiental nas áreas penal e administrativa.

Dentre os muitos assuntos tratados na norma, foi destinada uma seção exclusiva à tutela da fauna contra inúmeros delitos, dentre os quais o único tipo penal, que objetiva combater o tráfico de animais. Assim, no artigo 29, parágrafo 1º, inciso III do referido diploma, a lei pune quem, sem permissão de autoridade competente, vende ou expõe à venda ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, seja ela nativa ou em rota migratória, buscando inibir, ou mesmo barrar o comércio ilícito da fauna.

Deste modo, a compra e venda de espécies da fauna silvestre brasileira sem a competente licença, permissão ou autorização é crime de tráfico punido pela Lei de Crimes Ambientais. Entretanto, alguns autores criticam a abordagem pouco eficiente da

legislação com relação a uma conduta criminosa tão grave e venenosa para a efetiva proteção da fauna brasileira.

Lélio Braga Calhau considera como frágil o tipo penal do artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais, pois entende que “inexiste um enquadramento típico para o caso do traficante de animais silvestres, deixando, mais uma vez, uma brecha na proteção jurídico-penal quando da aplicação da presente norma. [...] A lei quase nunca alcança o traficante”.^[30] Para ele a norma não diferencia o pequeno agressor da fauna do real traficante, ou seja, no tipo penal em questão, e em nenhum outro dentro do ordenamento jurídico brasileiro, existe qualquer distinção entre quem possui uma espécie da fauna brasileira e quem obtém lucro de maneira ilegal com a sua comercialização, sendo por isso muito difícil a aplicação da legislação e, conseqüentemente, a aplicação da justiça no caso concreto.

Como conseqüência dessa brecha legal o autor cita o fato de que na maioria dos casos as autoridades competentes “acabam processando [...] o empregado do traficante (o motorista do caminhão, o funcionário da rinha de canários etc), ficando o traficante de animais protegido por um esquema jurídico onde a própria Lei é a primeira a lhe beneficiar”,^[31] uma triste realidade que deve servir para uma mudança no atual modelo jurídico proposto pela lei, o que implica em adequá-la a uma evolução legislativa efetiva e justa a fim de inibir a ação dos traficantes e conscientizar aqueles que alimentam este mercado por meio da aquisição de animais comercializados ilegalmente, sujeitos a inúmeras crueldades.

Mesmo que sujeita a críticas após mais dez anos de sua edição, o fato é que a Lei de Crimes Ambientais representou uma inovação importante dentro do sistema de reparação do dano ambiental sob a ótica penal, pois combinou no texto da Seção I do Capítulo V, o antigo Código de Caça e o atual Código de Pesca.

Não há como negar que referida lei representou avanço na tutela ambiental penal, primeiro em razão da criação de novos crimes e segundo em razão da instituição de um aparelho de proteção administrativo e penal muito mais hábil na defesa ambiental, como no caso dos maus-tratos contra a fauna que, de contravenção passaram a serem tratados como crime, conforme determina o art. 32 da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

É ainda plausível a possibilidade da pessoa jurídica ser punida criminalmente, não excluindo a responsabilidade penal das pessoas físicas envolvidas, conforme preceitua o artigo 3º *caput* e parágrafo único da Lei dos Crimes Ambientais.

Conforme já decidiu o STJ, a possibilidade de penalização da pessoa jurídica por dano ao meio ambiente, advém de uma escolha muito mais política, como forma não apenas de punição de condutas lesivas ao meio ambiente, mas atendendo os princípios específicos do Direito Ambiental, como forma de prevenção geral e especial, e ampliando a culpabilidade no conceito moderno, a responsabilidade social (conforme REsp 564960-SC, relator Min. Gilson Dipp).[32]

Também para Édis Milaré[33] a Lei n. 9.605/98 consistiu em um avanço, pois, para ele as penas atuais deixaram de ser irreais e utópicas, como eram anteriormente, já que em muitos casos os crimes contra a fauna eram considerados inafiançáveis ou as sanções eram tão severas que acabavam não sendo aplicadas ante a desproporcionalidade existente entre o dano produzido pelo agente e a pena prevista pela norma. E, segundo o autor, muitas vezes o julgador se utilizava do princípio da insignificância ou da irrelevância penal do fato (delito de bagatela), para absolver o acusado e evitar injustiças sob sua visão acerca de injustiça.

Contudo, para alguns juristas é exatamente em relação à dosagem da pena que a Lei Federal n. 9.605/98 representou um retrocesso, pois as penas aplicadas aos delitos ambientais foram reduzidas se comparadas ao antigo Código de Caça, tornando-se favorável ao infrator como, por exemplo, no caso de comércio de animais silvestres que, de acordo com o artigo 27 do antigo Código, era punida com reclusão de 2 a 5 anos e hoje implica apenas em detenção de seis meses a 1 ano e multa, como determina o art. 29, parágrafo 1º, inciso III da Lei de Crimes Ambientais.

Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas entendem ter sido este “um dos piores erros da lei penal ambiental. O comércio, ato grave que causa, efetivamente, o maior dano à proteção das espécimes, acabou se tornando um crime de bagatela”. [34]

Laerte Fernando Levai[35] também vê como um atraso que a crueldade para com os animais tenha sido considerada como infração “de pequena monta”, e ainda, independentemente da gravidade do delito, em caso de primariedade, o autor poderá nem ser julgado.

Já Édis Milaré faz críticas à lei quanto à redação dada aos artigos, como no caso do *caput* do artigo 29 que, ao utilizar da expressão *espécimes*, no plural, remete à idéia de que o crime cometido em relação a um animal isoladamente não resultará no ilícito tipificado pela norma, tendo em vista que “o texto da lei prevalece sobre a vontade do legislador”. [36]

Finalmente, no que se refere ao artigo 30, que se encontra de maneira extensiva ligado ao tráfico e à conseqüente crueldade sofrida pela fauna, o legislador, ao redigir a norma, o faz nos seguintes termos:

Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente.

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.[37]

Sob este aspecto, a crítica de Édis Milaré[38] consiste exatamente na expressão “exportar para o exterior”, pois, segundo o autor, o legislador além de pleonástico deixou uma lacuna por não apresentar punição às práticas de comércio interno de pele e couro desses animais provenientes das mais variadas regiões brasileiras, podendo suscitar dúvidas ao aplicador quanto ao caminho a seguir frente a um caso real.[39]

Releva destacar que o crime de tráfico de animais silvestres está diretamente inserido no contexto da questão socioeconômico do país, a falta de acesso à educação, a miséria e a pobreza, o desemprego, levam parte da população a participarem de alguma forma dessa prática cruel, prejudicando sobremaneira a implementação da legislação de combate ao tráfico.

7. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O NOVO paradigma de proteção DA FAUNA

A palavra “crueldade” inserida no texto constitucional de 1988, referida a proteção jurídica destinada a fauna, é absolutamente sintomático, representando um novo limite moral a ser considerado nas condutas humanas com relação ao trato dos animais.

Considerando que crueldade é se comprazer com o sofrimento, trazendo em seu bojo diversos tipos de violência, como maus tratos, abusos, mutilações, espancamentos, tortura e todas as práticas que impliquem dor desnecessária, a Constituição Federal brasileira passa a considerar o bem-estar do animal um direito, levando em conta o interesse do animal em, no mínimo, não sofrer.

Este é o valor moral contido no inciso VII, do parágrafo 1º, do art. 225: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”[40]

Esta é a proteção constitucional devida aos animais, e se mantivermos uma leitura antropocêntrica na interpretação normativa, não se estará propiciando a efetividade da norma de proteção pretendida, nem tampouco eficácia social, pois o art. 225 se direciona a um tratamento moral diferente de muitas das práticas sociais existentes com relação aos animais.

A ética tradicional, na qual baseia-se o modelo jurídico anterior a Constituição Federal de 1988, excluía os demais seres vivos da esfera de consideração moral, a atual proposta modifica o antropocentrismo reinante na ordem jurídica constitucional, ao estabelecer

uma norma de valor moral, um comportamento de ética com relação ao tratamento jurídico da fauna.

A Constituição Federal ao proibir práticas que submetam os animais a crueldade, está direcionando a eles um regramento de consideração e respeito, reconhecendo-os como seres sensíveis e suscetíveis a dor e ao sofrimento, portanto, a questão do sofrimento animal deve ser também considerada pela legislação infraconstitucional e pelos aplicadores do direito, como uma questão moral elevada a nível constitucional, um valor constitucionalmente protegido.

Qualquer conduta humana com relação aos animais deve considerar que tal comportamento atualmente, possui importância moral constitucional, estabelecida sobre deveres humanos éticos em relação aos mesmos. Trata-se de um princípio ético-social de piedade, que ora é objeto de proteção jurídica constitucional.

Tal sistema de proteção atinge a fauna como um todo, animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (art. 225 da Constituição Federal e art. 32 da Lei 9.605/98).

A Constituição brasileira adota assim o espírito da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 27 de janeiro de 1978, na Bélgica, por proposta da União Internacional dos Direitos dos Animais que proclama:

Art. 1º. Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência.

Art. 2º. O homem, como a espécie animal, não pode exterminar outros animais ou explorá-los violando este direito; tem obrigação de colocar os seus conhecimentos a serviço dos animais.

Art. 3º. 1) Todo animal tem direito a atenção, aos cuidados e a proteção dos homens.

2) Se a morte de um animal for necessária, deve ser instantânea, indolor e não geradora de angústia.

Art. 4º. 1) Todo animal pertencente a uma espécie selvagem tem direito a viver livre em seu próprio ambiente natural, terrestre, aéreo ou aquático, e tem direito a reproduzir-se,

2) Toda privação de liberdade, mesmo se tiver fins educativos, é contrária a este direito.

Art. 5º. 1) Todo animal pertencente a uma espécie ambientada tradicionalmente na vizinhança do homem tem direito a viver e crescer no ritmo e nas condições de vida e liberdade que forem próprias da sua espécie;

2) Toda modificação desse ritmo ou dessas condições, que forem impostas pelo homem com fins mercantis, é contrária a este direito.^[41]

8. A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS AMBIENTAIS DE PROTEÇÃO A FAUNA E A CULTURA ANTROPOCÊNTRICA

O combate ao tráfico de animais implica inúmeras dificuldades reais, desde as falhas da legislação infraconstitucional, que apesar de inúmeras inovações, no que se refere a proibição do tráfico deixou de abordar o tema de forma ampla e satisfatória, até a falta de fiscalização efetiva pelo Estado e a falta de conscientização da população que acaba participando e incentivando tal prática tão deletéria ao patrimônio ambiental do país, seja sendo conivente, seja sendo indiferente.

Por outro lado, a possibilidade de efetividade da proteção legislativa perpassa também pela análise da qualidade da interpretação das normas ambientais, que podem estar sujeitas ao modelo tradicional da cultura jurídica nacional, muito mais apegada a cultura antropocêntrica, o que significa um risco a implementação do novo modelo de proteção ambiental proposto pela Constituição Federal.

Segundo Peter Singer^[42], dentro dos movimentos ecológicos, define-se o antropocentrismo como o modelo ligado “à estrutura moral tradicional, quando a preservação do meio ambiente resulta apenas da possibilidade de as pessoas continuarem a desfrutar dos seus prazeres”. Diferentemente do pensamento ecológico superficial, pois para esta tendência a preservação da natureza se dá em razão dela própria independente dos benefícios com os quais o homem possa vir a ser contemplado, tal com entendem os biocêntricos.

Laerte Fernando Levai define a visão antropocêntrica como sendo aquela que considera:

o homem como único destinatário das normas legais, que vinculam ao bem-estar da espécie dominante o respeito à vida, que defendem a função recreativa ou cultural da fauna e que consideram os animais ora coisas, ora bens ambientais, afastando a sua realidade sensível [...].^[43]

Sob o prisma antropocêntrico, a natureza e os animais deixam de ser um valor em si, transformando-se em meros recursos ambientais. Tal sistema, ao desconsiderar a singularidade de cada criatura e o caráter sagrado da vida, justifica a tutela da fauna conforme a serventia que os animais possam ter. Tratados, via de regra, como mercadoria, matéria-prima ou produto de consumo, os animais - do ponto de vista jurídico - têm negada a sua natural condição de seres sensíveis.^[44]

Pela ótica antropocêntrica o meio ambiente é tratado como fonte de bem-estar e felicidade exclusiva do ser humano. Neste aspecto, a proteção dos animais e do ambiente como um todo só se justifica em razão da utilidade que os mesmos têm para o

homem. Ou seja, os demais seres possuem uma função subalterna e de sujeição ao homem.

Alguns autores defendem a posição antropocêntrica na interpretação das normas ambientais, neste sentido Celso Antonio Pacheco Fiorillo,^[45] afirma que “os animais são bens sobre os quais incidem a ação do homem. [...] porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer o próprio homem e somente por via reflexa para proteger as demais espécies”. Por este entendimento tem-se que a tutela dada aos animais pelas normas legais não visa os animais em si, pelo contrário, o objetivo de referida tutela é a proteção tão somente do homem, pois se entende que a saúde psíquica do mesmo “não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo”.^[46] Ou seja, a proteção da fauna para essa corrente se encontra embasada exclusivamente nos anseios humanos e não no animal como uma criatura que sente dor e possui sentimentos. Assim, na visão antropocêntrica todo ato realizado com o objetivo de garantir o bem-estar humano poderá ser admitido, mesmo que se trate de um ato cruel para com os demais seres.

Já em relação à visão biocêntrica, o IBAMA^[47] a define como sendo “aquela em que a espécie humana constitui parte integrante do meio biótico e não parte dominante, tal como na visão antropocêntrica”.^[48]

Para os biocêntricos, como Laerte Fernando Levai,^[49] as normas ambientais consideram o respeito para como os animais como sendo o bem jurídico a ser primeiramente tutelado, pois acreditam que os mesmos são seres passíveis de dor e sentimentos. Desta maneira, para a corrente biocêntrica a fauna é protegida juridicamente em razão de um valor próprio, independente de sua serventia, vantagem ou mesmo proveito para o homem. Ou seja, a natureza é reconhecida como possuidora de um valor jurídico próprio.

Neste cenário homem e animal se igualam, não há preponderância entre um e outro, superioridade e inferioridade, “[...] na biosfera todos tem o mesmo direito de viver e florescer, bem como de alcançar as suas formas individuais de desenvolvimento e auto-realização dentro da Auto-realização maior”.^[50]

Na verdade, tais posições filosóficas diferenciadas em muito podem afetar o grau de implementação judicial das normas ambientais de proteção a fauna brasileira, pois influenciam direta ou indiretamente na interpretação e aplicação das mesmas pelo judiciário. Que, entretanto, devem ser afetadas apenas pelo mandamento constitucional, sob o qual o atual regime jurídico de proteção à fauna deu um considerável salto de qualidade, alterando as condições da tutela jurídica ao vedar na própria Constituição Federal a prática de crueldade contra os animais, mandamento que foi seguido pela Lei de Crimes Ambientais.

Por outro lado, as práticas sociais demonstram que uma parcela significativa da fauna brasileira é submetida a atos de crueldade e de extermínio, a ponto de crescer consideravelmente o número de espécies incluídas na lista oficial da fauna silvestre ameaçada de extinção, sendo uma das causas relevantes para tanto a prática indiscriminada do tráfico da fauna.

Desta forma, no que se refere a cultura social, nas condutas humanas com relação aos animais, ainda prevalece a ótica antropocêntrica, que por sua vez acaba por legitimar algumas práticas de crueldade contra a fauna silvestre consentidas por parcela considerável da sociedade.

Cabe ao judiciário, na implementação das normas ambientais fazer valer os valores constitucionalmente albergados para proteção da fauna e, por meio, por exemplo, da correta aplicação das normas penais de repressão ao tráfico de animais, promover uma forma de conscientização e educação ambiental, postura inovadora esta alicerçada no novo paradigma constitucional de proteção a fauna que, em nada, é auxiliado na sua aplicação, pela ótica da interpretação antropocêntrica.

A cultura antropocêntrica que domina os costumes ocidentais, direta e indiretamente, acaba por influenciar o interprete da lei, principalmente ao desconsiderar a espécime da fauna como ser senciente,^[51] e constitucionalmente digno de uma tutela jurídica voltada a consideração de seu próprio sofrimento e dor.

Nesse sentido alguns autores propõem uma linha de interpretação que busque harmonizar as posições antagônicas.

Conforme defendido por José Rubens Morato Leite

[...] a perspectiva antropocêntrica alargada propõe não uma restritiva visão de que o homem tutela o meio ambiente única e exclusivamente para proteger a capacidade de aproveitamento deste, considerando precipuamente satisfazer as necessidades individuais dos consumidores, em uma definição economicacêntrica. Com efeito, esta proposta visa, de maneira adversa, a abranger também a tutela do meio ambiente, independentemente da sua utilidade direta, e busca a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos de colaboração e interação.^[52]

Não há como refutar, dessa forma, que no sistema jurídico brasileiro, além da proteção à capacidade de aproveitamento do meio ambiente, simultaneamente, visa-se a tutelar o mesmo, para se manter o equilíbrio ecológico e sua capacidade funcional, como proteção específica e autônoma, independentemente do benefício direto que advenha ao homem.^[53]

Os doutrinadores que adotam esta visão de um antropocentrismo alargado acreditam ser ela a posição tomada pela legislação pátria quando tutela a fauna, pois ao mesmo tempo em que a norma brasileira protege o meio ambiente como dotado de valor próprio, ela tutela os interesses do homem e das futuras gerações, buscando assim harmonizar a relação entre este e a natureza não-humana.

E, em razão do equilíbrio que há nesta visão, propomos considerá-la como um verdadeiro início para a mudança da mentalidade do paradigma tradicional da cultura

jurídica. É preciso que se alargue a visão sobre os valores protegidos pela legislação ambiental referida a fauna, para que essas leis, que devem elevar o patamar de respeito e consideração devido aos animais, não o sejam apenas no texto normativo.

9. DA EFETIVIDADE DA NORMA AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS

A Carta Constitucional de 1988 inaugurou um novo modelo normativo ao destinar um capítulo exclusivo para tratar de questões ambientais, dentre as quais a proibição de qualquer ato cruel praticado contra a fauna. Contudo, a cultura jurídica tradicional no trato da fauna, qual seja, a cultura antropocêntrica, pode afetar a efetividade deste novo paradigma constitucional, na medida em que uma leitura tradicionalista pelos tribunais da prática dos crimes praticados contra a fauna, centrada apenas no valor da cultura humana, não estará promovendo a proteção pretendida pela inovação do novo paradigma constitucional com relação a fauna.

Nesse sentido, verifica-se inúmeros julgados em que o acusado é absolvido da acusação de tráfico de animais pautado no princípio da insignificância ou bagatela e sob o fundamento de que a quantidade de animais apreendidos não compromete o meio ambiente.^[54]

Parece-nos também preocupante para a efetividade do comando de proteção a fauna, julgados no sentido de que, mesmo tendo o réu alegado conhecimento da ilicitude de seu comportamento, o Tribunal decide que a conduta praticada pelo acusado “era despida de maior reprovabilidade, se enquadrando como um hábito popular suscetível de provocar equívocos no conhecimento da ilicitude do fato”.^[55]

Outro posicionamento comum nos Tribunais brasileiros, com relação a matéria em foco, e que pode-se afirmar contrário ao paradigma constitucional de proteção a fauna, identificando um caráter antropocêntrico dominante, são os julgados que afirmam ser penalmente irrelevante manter espécimes da fauna em cativeiro quando não comprovado o dano ambiental. Como no caso da apelação criminal julgada pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que absolveu o acusado por entender que a manutenção de espécies da fauna silvestre em cativeiro é expressão do costume popular para satisfação sentimental propiciada pela convivência com os animais.^[56]

Contudo, é preciso se refletir sobre os fundamentos de muitas decisões dos tribunais, como, por exemplo, a que se refere à quantidade de animais apreendidos em poder do infrator, uma vez que tanto a Constituição como a norma infraconstitucional não limitou a quantidade para efeito de caracterização do crime ambiental de dano, de crueldade, ou de tráfico. Ou seja, este posicionamento está baseado em um paradigma jurídico tradicional, fundado na cultura antropocêntrica ocidental, já não mais adotada pelo novo paradigma constitucional de proteção a fauna, prejudicando a efetividade desta proteção, e, conseqüentemente, a eficácia social da norma de tutela da fauna.

Um posicionamento mais próximo da proteção constitucional pretendida para a fauna encontra-se em julgados que admitem que desconsiderar a conduta tipificada em nosso

ordenamento jurídico em razão da pequena quantidade de espécies da fauna apreendidas em poder do infrator é *oficializar a impunidade*, constituindo verdadeiro incentivo a uma prática que pode gerar a extinção das espécies da fauna e portanto caminha de forma contrária ao pretendido na Carta Constitucional de 1988. Neste sentido, se apresenta a apelação criminal julgada pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde foi relator o Juiz Mário César Ribeiro, que em decisão unânime decidiu da seguinte forma:

PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PÁSSAROS DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA. COMERCIALIZAÇÃO POTENCIALIDADE LESIVA. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Constitui crime contra o meio ambiente a comercialização de pássaros silvestres (artigo 29, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.605/98). 2. Não exclui a tipicidade da conduta o fato de não se encontrar as espécimes apreendidas na "Lista Oficial de Espécie de Fauna Silvestre Ameaçada de Extinção". 3. O crime praticado contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção constitui causa de aumento da pena de metade (§4º, artigo 29, Lei 9.605/98). 4. É inaplicável à hipótese o princípio da insignificância. Considerar atípica a conduta de alguém que é encontrado com pequena quantidade de pássaros, é oficializar a impunidade. 5. Deixar de reprimir a conduta dos infratores significa conceder-lhes salvo conduto e incentivá-los à prática que poderá levar ao extermínio da fauna nacional. 6. Recurso provido.[57]

10. conclusão

A cruel prática do tráfico de animais figura dentre as atividades ilícitas, entre as três mais rentáveis para o crime, em todo mundo, e, infelizmente, os dados confirmam que não é diferente no Brasil, enquanto detentor de uma *megadiversidade* que atrai a cobiça não só internacional, mas também nacional sobre o patrimônio ambiental natural e sua vulnerabilidade, ainda mais exposta pela ausência de fiscalização pelo Poder Público, e de conscientização de sua população.

No contexto jurídico, muito avançamos com relação à proteção constitucional e infraconstitucional voltadas ao combate do tráfico de animais. A luta contra este crime tão cruel e covarde encontra apoio na Constituição Federal, na medida em que veda práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna, que levem à sua extinção e principalmente práticas que submetam os animais a atos cruéis.

A Lei de Crimes Ambientais, embora sujeita a críticas, alicerça o comando constitucional ao estabelecer um tipo penal específico de combate ao tráfico de animais. Contudo, para que haja possibilidade de uma maior abrangência de proteção, que crie uma repressão satisfatória na área penal, seria necessário um tipo legal menos genérico, que diferencie as ações do pequeno agressor ambiental das ações praticadas pelos verdadeiros traficantes de animais, entendidos estes como sendo aqueles que

auferem lucros com esta prática criminosa. Por outro lado, é importante que mesmo diante de uma infração supostamente fundamentada em hábitos sociais, se efetive a aplicação da norma sancionadora utilizando-se de mecanismos legais de educação ambiental como as penas alternativas.

Por outro lado, é preciso mudar o olhar dos intérpretes sobre a legislação ambiental de proteção a fauna, considerando que a questão ambiental possui basicamente duas visões filosóficas distintas, a *visão antropocêntrica*, que considera o homem com o verdadeiro destinatário das normas ambientais, colocando em segundo plano a crueldade de que os animais, enquanto seres suscetíveis de dor e sofrimento, possam ser vítimas e, por outro lado, a *visão biocêntrica*, que considera os animais dotados de valores próprios, dignos por si mesmos de proteção jurídica e, portanto, também destinatários do novo paradigma constitucional de proibição contra quaisquer atos de crueldade, mesmo decorrentes de práticas culturais.

Parece-nos ainda prevalecer em nossos Tribunais, na aplicação das normas de proteção a fauna, uma interpretação de acentuado cunho antropocêntrico, intensamente atrelada à nossa cultura ocidental, uma cultura de mera apropriação dos recursos naturais, de extrema agressividade consumista e extrativista, centrada essencialmente na manipulação e mercadorização das demais espécies.

Como ponto de partida para a mudança deste modelo cultural que prevalece na relação entre homem e natureza não-humana, alguns autores propõem um passo na concretização de normas ambientais de proteção a fauna que consideramos inicial, mas relevante, a do antropocentrismo alargado, que mescla tanto a visão antropocêntrica, como a visão biocêntrica para encontrar o equilíbrio e alcançar os objetivos da proteção ambiental da fauna, criando com isso meios efetivos para a proposta de tutela constitucional.

É preciso que o Judiciário assumira seu papel diante da proposta constitucional e implemente o novo modelo jurídico de proteção jurídica a fauna brasileira, não permitindo a fragilização da norma ambiental diante do caso concreto, pois cabe ao intérprete valorar a proposta constante no texto jurídico, ponderando-a com a prática cultural de crueldade contra os animais, e sancionar os infratores de acordo com o nível de proteção pretendido pelo espírito da norma, enfim, cabe ao Judiciário também este papel, da busca de mudança de um modelo jurídico tradicional pautado no antropocentrismo para um modelo alargado de proteção ambiental, mais eficaz para elidir a crueldade a que estão submetidos os animais vítimas do grave ilícito do tráfico.

A partir do novo paradigma de proteção constitucional à fauna, a reparação penal ambiental brasileira possui instrumentos legais para o combate ao tráfico de animais silvestres e as demais práticas de crueldade de que são vítimas constantes. Contudo, a efetividade da norma ambiental depende de se caminhar em direção a uma mudança do modelo jurídico antropocêntrico, cuja aplicação na interpretação da norma, impede o reconhecimento do valor intrínseco da vida animal.

A cultura do antropocentrismo possui estreita relação com a prática continuada do crime de tráfico de animais, nesse sentido a Constituição Federal de 1988, ao proibir quaisquer práticas de crueldade contra os animais, propôs uma mudança de paradigma com relação ao trato jurídico e social da sociedade brasileira com relação aos animais,

que eleva a competência da atuação dos Tribunais na implementação das normas ambientais penais de repressão ao tráfico da fauna, pois cabe também ao judiciário este papel de educação ambiental social, pelo caráter dissuasório da repressão penal que pode se revelar um mecanismo eficaz de prevenção das práticas sociais contrárias a proteção constitucional dos animais contra quaisquer atos de crueldade.

11. REFERENCIAS

ATANES, Silvio. Tráfico de animais: a fauna pede socorro. *Revista Horizonte Geográfico*, São Paulo, n 82, p. 39, ago 2001.

BRASIL. Constituição. Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr 2009.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr 2009.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&isConteudo=2870>>. Acesso em: 23 abr 2009.

_____. _____ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=179&idConteudo=8110&idMenu=8617>>. Acesso em: 21 abr 2009.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Criminal n. 1999.01.00.117497-1, da 4ª Turma, relator: Juiz Mário César Ribeiro. Brasília, 17/10/2000. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.asp?processoX=199901001174971>>. Acesso em: 29 abr 2009.

_____. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação Criminal n. 91.03.043764-7, da 2ª Turma, relator Juiz Peixoto Junior. São Paulo, 12/03/1996. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verpdf2.php?pdfa=63118900541046>>. Acesso em: 29 abr 2009.

_____. _____. Apelação Criminal n. 95.03.048598-3, da 2ª Turma, relator Desembargador Peixoto Junior. São Paulo, 24/08/1999. Disponível em: < <http://www.trf3.gov.br/acordao/verpdf2.php?pdfa=63102568181910>>. Acesso em: 29 abr 2009.

_____. Tribunal Superior de Justiça. Recurso Especial n. 564960, da 5ª Turma, relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 02/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?relator=GILSON+DIPP&processo=564960&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 01 maio 2009.

CALHAU, Lélío Braga. Da necessidade de um tipo penal específico para o tráfico de animais: razoabilidade da política criminal em defesa da fauna. In BEJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004.

CAVEDON, Fernanda de Salles et al. Considerações ético-jurídicas acerca do estatuto jurídico do animal: novos sujeitos de direito. In BEJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 315-332.

CÔRTEZ, Celina. Contrabando - Leão-de-chácara: O ambientalista que dedicou a vida a combater o tráfico de animais, a terceira maior atividade ilegal do mundo. *Revista Isto é*, São Paulo, n 1857. p. 100-102, 18 maio 2005.

CRUELDADE. MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=crueldade>>. Acesso em: 28 abr 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GREENPEACE. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/quemsomos/>>. Acesso em: 26 abr 2009.

IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/siucweb/guiadechefe/glossario/verbetes.htm>>. Acesso em: 26 mar 2009.

IUCN. WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Iucn>>. Acesso em: 21 abr 2009.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Pelo autor. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTONI, Ligia Meira. *Cruel tráfico de animais silvestres*. Disponível em: <<http://www.renctas.org.br/pt/informese/artigos.asp?id=10>>. Acesso em: 15 abr 2009.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; COIMBRA, José Ávila Aguiar. Antropocentrismo x Ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, n. 36, out-dez 2004. p. 9-41.

NOHARA, Irene Patrícia. Proteção jurídica da fauna. In BEJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 395-406.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2005.013281-4, da 1ª Câmara Criminal, relator Desembargador Souza Varella. Florianópolis, 11/10/2005. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAG%2B9AAKA AAKQQAAC&qTodas=2005.013281-4&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso: 29 abr 2009.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Fauna brasileira ameaçada de extinção. A última arca de Noé. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com/faunaamecada.htm>>. Acesso em: 22 abr 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SIRVINKAS, Luís Paulo. Direito ambiental, fauna e tráfico de animais silvestres. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, n. 30, abr-jun 2003. p.69.

TRÁFICO. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WANDEUR, Ana Maria. O plano diretor como instrumento da preservação da fauna ictiológica. In: BEJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 205-221.

WWF – Brasil. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/wwf_brasil/wwf/>. Acesso em: 21 abr 2009.

WWF - Worldwide Fund for Nature. WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Wwf>>. Acesso em: 21 abr 2009.

[1] *Humane Society of the United States* (Sociedade Humanitária dos Estados Unidos), é uma das maiores e mais antigas organização de proteção aos direitos dos animais, com milhões de associados em todo o mundo.

[2] *Worldwide Fund for Nature* (Fundo Mundial para Natureza), fundada em 1961 por um grupo de cientistas suíços preocupados com a devastação ambiental é uma das mais conhecidas organizações não-governamentais ambientalistas do mundo.

[3] A *União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais* (IUCN), constituída em 1948 e com sede em Gland, Suíça, é uma organização internacional voltada à conservação dos recursos naturais.

[4] O *GREENPEACE* é uma organização global e independente que defende o meio ambiente e promove a paz por meio de estímulos à mudanças de atitudes da sociedade. Assim, investiga, expõe e confronta crimes ambientais, além de lutar por soluções socialmente justas e economicamente viáveis, oferecendo esperança para todos, inclusive para as futuras gerações.

[5] A *Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres* (RENCTAS), é uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, fundada no ano de 1999 para combater o tráfico de animais silvestres por todo o Brasil com o auxílio da iniciativa privada, do terceiro setor e do poder público.

[6] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&isConteudo=2870>>. Acesso em: 23 abr 2009.

[7] MARTONI, Ligia Meira. *Cruel tráfico de animais silvestres*. Disponível em: <<http://www.renctas.org.br/pt/informese/artigos.asp?id=10>>. Acesso em: 15 abr 2009.

[8] Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira Novo Dicionário da Língua Portuguesa apud SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 480.

[9] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 175.

[10] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 728.

[11] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 311.

[12] CRUELDADE. MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=crueldade>>. Acesso em: 28 abr 2009.

[13] MARTONI, op. cit.

[14] ATANES, Silvio. Tráfico de animais: a fauna pede socorro. *Revista Horizonte Geográfico*, São Paulo, n 82, p. 39, ago 2001.

[15] ATANES, Ibid., p. 39.

[16] CÔRTEZ, Celina. Contrabando - Leão-de-chácara: O ambientalista que dedicou a vida a combater o tráfico de animais, a terceira maior atividade ilegal do mundo. *Revista Isto é*, São Paulo, n 1857. p. 100-102, 18 maio 2005.

[17] MARTONI, op. cit.

[18] CÔRTEZ, op. cit.

[19] SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Fauna brasileira ameaçada de extinção. A última arca de Noé. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com/faunaamecada.htm>>. Acesso em: 22 abr 2009.

[20] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=179&idConteudo=8110&idMenu=8617>>. Acesso em: 21 abr 2009.

[21] FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

[22] FREITAS, Ibid., p. 19.

[23] FREITAS, Ibid., p. 19.

[24] SIRVINKAS, Luís Paulo. Direito ambiental, fauna e tráfico de animais silvestres. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, n. 30, abr-jun 2003. p. 69.

[25] FREITAS, op. cit., p. 19.

[26] A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a incluir a denominação *fauna* em seu texto, haja vista as anteriores terem se valido somente da expressão *caça*. (MACHADO, 2003, p. 125).

[27] BRASIL. Constituição. Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr 2009.

[28] BRASIL, Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr 2009.

[29] BRASIL, op. cit.

[30] CALHAU, Lélío Braga. Da necessidade de um tipo penal específico para o tráfico de animais: razoabilidade da política criminal em defesa da fauna. In BEJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 462.

[31] CALHAU, Ibid., p. 457-465.

[32] BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso Especial n. 564960, da 5ª Turma, relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 02/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?relator=GILSON+DIPP&processo=564960&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 01 maio 2009.

[33] MILARÉ, op. cit., p. 874.

[34] FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de apud LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 37.

[35] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 36-37.

[36] MILARÉ, op. cit., p. 875.

[37] BRASIL, op. cit.

[38] MILARÉ, op. cit., p. 875-876.

[39] Registre-se com relação ao tema a importância da CITES (Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 54/75, e implementado pelo Decreto n. 3.607 de 21 de setembro de 2000.

[40] BRASIL, op. cit.

[41] Instituto Butantã. Disponível em: <<http://www.butantan.gov.br/ceuaib/declaracao.htm>>. Acesso em: 16 maio 2009.

[42] SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 295-296.

[43] LEVAI, op. cit., p. 138.

[44] LEVAI, op. cit., p. 6.

[45] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95.

[46] FIORILLO, Ibid., p. 100.

[47] Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), fundado em 1989, trata-se de uma autarquia federal ligada ao Ministério do Meio Ambiente que desenvolve atividades para preservar o meio ambiente, fiscalizar o uso dos recursos naturais, bem como a realização de estudos ambientais, entre outros.

[48] IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/siucweb/guiadechefe/glossario/verbetes.htm>>. Acesso em: 26 mar 2009.

[49] LEVAI, op. cit., 2004.

[50] DEVALL, Bill; SESSIONS, George apud SINGER, op. cit., p. 297.

[51] Senciência refere-se à capacidade que os animais vertebrados superiores (mamíferos, aves, peixes, répteis e anfíbios) possuem de sentir dor, medo, alegria, prazer, estresse, memória e até saudades.

[52] LEITE, José Rubens Morato apud CAVEDON, Fernanda de Salles et al. Considerações ético-jurídicas acerca do estatuto jurídico do animal: novos sujeitos de direito. In BEJAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 317.

[53] LEITE, José Rubens Morato apud CAVEDON, Ibid., p. 317.

[54] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2005.013281-4, da 1ª Câmara Criminal, relator Desembargador Souza Varella. Florianópolis, 11/10/2005. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAG%2B9AAKA AAKQQAAC&qTodas=2005.013281-4&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso: 29 abr 2009.

[55] BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação Criminal n. 91.03.043764-7, da 2ª Turma, relator Juiz Convocado Peixoto Junior. São Paulo, 12/03/1996. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verpdf2.php?pdfa=63118900541046>>. Acesso em: 29 abr 2009.

[56] BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação Criminal n. 95.03.048598-3, da 2ª Turma, relator Desembargador Peixoto Junior. São Paulo, 24/08/1999. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/acordao/verpdf2.php?pdfa=63102568181910>>. Acesso em: 29 abr 2009.

[57] BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Criminal n. 1999.01.00.117497-1, da 4ª Turma, relator: Juiz Mário César Ribeiro. Brasília, 17/10/2000. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.asp?processoX=199901001174971>>. Acesso em: 29 abr 2009.

A EFETIVIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO A BALANCED ENVIRONMENT AND THE MUNICIPAL COMPETENCE FOR THE AMBIENTAL LICENCE.

**Rosendo Freitas de Amorim
Lícia Fernandes Campos**

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a importância da competência municipal para o licenciamento ambiental na luta pela efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado. Neste sentido, busca esclarecer qual a participação do Município, como unidade da federação, na preservação do meio ambiente local, demonstrando como é feita a fiscalização das atividades nocivas ao meio ambiente, que medidas administrativas devem ser tomadas e que meios devem ser adotados para evitar a escassez dos recursos naturais. Revela-se, assim, a necessidade de encontrar o equilíbrio entre o crescimento econômico e a preservação ambiental. O instituto do licenciamento ambiental revela-se como meio eficaz que o poder público utiliza com a finalidade de controlar a degradação do meio ambiente, o que é feito através da licença ambiental, que na verdade é um ato administrativo expedido pelo órgão público competente que deve realizar um estudo prévio do impacto ambiental e averiguar as consequências das atividades potencialmente poluidoras. A licença a ser concedida é fruto do poder de polícia da administração sobre o território nacional, e está dividida em licença prévia, de instalação e de operação, tudo de acordo com o andamento do projeto a ser desenvolvido, ou melhor, o poder público deve analisar a viabilidade ambiental, aprovar ou não a atividade e exigir, quando aprovada, o cumprimento do estabelecido para que seja possível a autorização de funcionamento. Com relação à competência do município para o licenciamento, defende-se que sendo o assunto de interesse local e de acordo com o tipo de atividade a ser desenvolvida, pode o município atingido pelos resultados de um empreendimento nocivo, ser o mais indicado para solucioná-lo, já que sofrerá as consequências deste, pois está mais próximo do dano a ser causado ao meio ambiente local.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: DIREITO AMBIENTAL;
COMPETÊNCIA MUNICIPAL; LICENCIAMENTO AMBIENTAL; RECURSOS
NATURAIS

ABSTRACT

The present article aims to analyse the importance of the municipal competence for the ambiental licence, in the fight in favor of the effectiveness of the right to a balanced environment. In this sense, it tries to clarity what is the participation of the Town as a

unit of Federation, preserving the local environment and demonstrating how is done the inspection of activities which are bad for the environment, what steps should be taken and what means should be adopted to avoid the insecure of natural resources. This way is revealed the necessity of find a balance between economical increase and ambiental preservation. The Ambiental Licence institute is considered as an efficient instrument that the government uses when it aims to control environment debasement. It is done through the Ambiental Licence that, indeed, is an administrative act thrown out by a public entity responsible for the matter and that must make out a previous study about the ambiental impact and evaluate the consequences of activities potentially destructive. The licence to be gotten comes from the administration police that inspects the whole national surroundings and it can be divided in the following types: previous licence, of installment and operation, everything according to the development of the project, that is, the public governance must analyse the ambiental viability and afterward approve or not that activity, requiring, if passed in the examination, the fulfillment of established regulations in order to make possible the approval for working on. In relation to the Town competence in getting the licence the official opinion is that: being a subject of local interest and according to the modality of activity ready to be developed, the Town might be hit by the results of a bad enterprise, being the responsible element to solve the problem, provided that it will suffer the consequences, for being in the neighbourhood of the damage caused to the local environment.

KEYWORDS: KEYWORDS: AMBIENTAL RIGHT; TOWN COMPETENCE; AMBIENTAL LICENCE; NATURAL RESOURCES.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental brasileiro tem evoluído no panorama mundial diante da noção da proteção dos recursos naturais e da necessidade de controlar o seu uso, o que se afirma através de uma política de precaução, pois as perspectivas de esgotamento dos mesmos estão aceleradamente se tornando realidade.

Em vista disso, sentiu-se a necessidade de uma legislação para que os órgãos públicos possam efetivar com utilidade a preservação, ou melhor, coordenar as atividades potencialmente poluentes ao meio ambiente.

Dentre as diversas normas a serem respeitadas, destaca-se, para a instalação da própria empresa, a necessidade de licenciamento ambiental, e neste momento, normalmente, emergem dúvidas acerca da competência para expedir a licença ambiental e quais licenças deverão ser requeridas.

Este artigo objetiva demonstrar a importância do licenciamento como medida imposta para minorar ou compensar o dano ambiental. Porquanto o licenciamento trata de identificar os riscos inerentes à determinada atividade empresarial, com vistas a informar o processo decisório sobre a implementação ou não da atividade, e sobre a eleição das medidas preventivas mais adequadas para mitigar a degradação ambiental.

Analisa-se as licenças concedidas pelos órgãos competentes, e principalmente a natureza jurídica da licença e suas peculiaridades. Adicionalmente, identifica-se a

complexidade do tema competência para o licenciamento no âmbito do exercício do poder de polícia o qual está dividido entre todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pois a sociedade, especialmente a sociedade civil organizada (Associações, Organizações não Governamentais, etc.) está cada vez mais preocupada com a preservação do meio ambiente.

Em última instância, trazem-se à baila alguns casos paradigmáticos acerca do licenciamento, competência para licenciar, legislação sobre o assunto e institutos afins.

2. POR QUE EXISTE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL?

O licenciamento ambiental existe para fiscalizar e controlar o uso dos recursos naturais pelas pessoas físicas ou jurídicas nos seus empreendimentos.

Com o fim de evitar o esgotamento ou a degradação dos recursos ambientais, há necessidade de limitar o uso da propriedade privada que, algumas vezes, utiliza-se indevidamente desses recursos ambientais.

Assim, o Estado intervém, com seu poder de polícia, para condicionar os direitos individuais aos interesses da coletividade, isto é, o direito ao meio ambiente preservado. Aqui considerado como direito fundamental, de 3ª geração, perfeitamente identificável, na medida em que, cada vez mais, tem sua esfera de regulação ampliada.

Cabe ao Poder Público, utilizando o instrumento do licenciamento ambiental, averiguar o grau de poluição e garantir que as medidas preventivas e de controle adotadas nos empreendimentos sejam compatíveis com o desenvolvimento sustentável. Por desenvolvimento sustentável entende-se a coexistência pacífica e harmoniosa do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente e consequentemente da saúde pública.

A preocupação com o meio ambiente deve partir de todos, inclusive dos empreendedores, que devem ter consciência de que seus empreendimentos podem ocasionar desastres ecológicos, por poluição ou por quaisquer formas de degradação ambiental.

As atividades que destroem ou poluem o meio em que se vive, alterando os ecossistemas naturais podem provocar danos irreversíveis ao meio ambiente. Dessa forma, os empreendedores, ao identificarem os efeitos nocivos de suas atividades, devem se comprometer a promover a melhoria dos níveis de poluição, seja em termos de ar, água, solo, ruído, etc.

Destaca Assis Oliveira que “o licenciamento ambiental é o mais importante instrumento do Poder Público como o objetivo de permitir e induzir a utilização racional dos recursos ambientais, inclusive no que diz respeito a organismos estatais e paraestatais, de maneira a atingir o bem comum, manifestado na forma de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.”^[1]

Para Bessa Antunes “o mais importante de todos os mecanismos de controle da Administração Pública é o licenciamento ambiental.”[2]

Na gestão do meio ambiente, o licenciamento ambiental é o procedimento adotado pela Administração Pública para garantir o equilíbrio do meio e a qualidade de vida da coletividade, condicionando as atividades nocivas no sentido de evitar o impacto ambiental deletério, autorizando através da licença a ser concedida somente aquelas condutas que estejam compreendidas dentro dos padrões previamente fixados pela legislação ambiental adotada pelo Poder Público.

O licenciamento ambiental é um instrumento de caráter preventivo criado para a execução dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em especial de harmonizar o desenvolvimento econômico e social com a preservação do meio ambiente, promovendo o uso racional dos recursos ambientais.

3. CONCEITO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental constitui o procedimento pelo qual o órgão ambiental competente avalia os impactos ambientais esperados da instalação ou da realização de obra ou atividade efetiva ou potencialmente causadora de degradação ambiental, para, sem seguida, autorizar ou não a realização destas, ou, ainda, estabelecer determinadas condições a serem cumpridas pelo empreendedor:

“Pontifica o art. 1º, inc. I, da Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”[3]

Edis Milaré conceitua o licenciamento ambiental como uma ação típica e indelegável do Poder Executivo, na gestão do meio ambiente, por meio da qual a Administração Pública procura exercer o devido controle sobre as atividades humanas que possam causar impactos ao meio ambiente.[4]

Roberto Fink conceitua o licenciamento ambiental como o procedimento mediante o qual o órgão ambiental competente verifica se a atividade potencial ou significativamente poluidora que se pretende implementar ou que já esteja implementada está realmente em consonância com a legislação ambiental e com as exigências técnicas necessárias.[5]

Com o licenciamento ambiental visa-se o controle, conservação, melhoria e recuperação ambiental, de forma a promover o desenvolvimento sócio-econômico em consonância com os princípios do desenvolvimento sustentável: eficiência econômica, equidade

social e qualidade ambiental. Portanto, o licenciamento atua numa perspectiva que pode contribuir para uma melhor qualidade de vida das gerações futuras.

O procedimento de licenciamento ambiental está regulado pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, que regulamente a Lei Federal nº 6.938/81 e o seu processamento está contido na Resolução do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que traz importantes definições e conceitos. Entre eles, exige-se, em seu art. 3º, a elaboração do EIA (Estudo do Impacto Ambiental)/RIMA(Relatório do Impacto Ambiental) para a instalação de obras, empreendimentos ou atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, em perfeito atendimento ao disposto no art. 225, § 1º, inc. IV, da Constituição Federal.

O estudo do impacto ambiental deve ser elaborado por exigência do Poder Público, por conta do empreendedor, para que sejam avaliadas previamente as prováveis modificações nas propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que podem se manifestar em decorrência de determinado projeto proposto.[6]

O estudo do impacto ambiental tem como finalidade estabelecer de modo detalhado e fundamentado as alterações ambientais a serem introduzidas com a implantação de determinada atividade ou empreendimento.

Além do EIA, é também exigido pelo Poder Público, e deve ser apresentado pelo empreendedor, o respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, que faz parte do EIA. O RIMA é um relatório pormenorizado que deve ser redigido de forma clara, sintética e simples para que qualquer pessoa possa compreender o seu inteiro conteúdo.

4. FASES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental, apesar de ser considerado procedimento único, se encontra dividido pela legislação ambiental em várias fases com a finalidade de averiguar se os empreendimentos solicitados, sejam públicos ou particulares, encontram-se dentro dos padrões ambientais de preservação admitidos, para que seja concedida a respectiva licença ambiental compatível com o andamento processual.

O processo administrativo de licenciamento ambiental conforme dispõem o art. 19 do Decreto 99.247/90 e o art. 8º da Resolução 237/97, do CONAMA, em regra se desdobra em três fases, ou seja, três licenças que estabelecem condições e medidas de controle ambiental, que deverão ser observadas pelo empreendedor :

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

O procedimento do licenciamento tramita dentro do órgão ou entidade ambiental competente, onde as fases estão condicionadas na medida em que a etapa anterior sempre condiciona a etapa seguinte, isto é, só será concedida a licença de instalação se a licença prévia for concedida, contudo mesmo sendo concedida a licença prévia em uma fase do empreendimento não se garante que as licenças seguintes serão concedidas.

Desse modo, o licenciamento ambiental é dividido em três etapas: a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação.

Na licença prévia, deve ser avaliado se a atividade apresentada pelo empreendedor para análise e a localização do empreendimento são viáveis para o meio ambiente, isto é, qual o nível de agressão a ser suportado pelo meio sem alterar suas características essenciais.

A concessão da licença prévia é condição para aprovação das outras licenças e conseqüentemente para a edificação de todo o empreendimento, por isso, nessa etapa devem ser estabelecidos os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases.

Assis de Oliveira adverte que:

“vista sob o aspecto da proteção ambiental, além de consagradora do encerramento de uma etapa do licenciamento, avulta sobre as demais a importância da licença prévia, que determinará a localização do empreendimento. É nesta fase que são examinadas em profundidade as possíveis conseqüências que a implantação e operação do empreendimento sob licença acarretará ao meio ambiente.”^[7]

Na etapa seguinte, após a aprovação do projeto executivo elaborado com as especificações de natureza legal e técnica para a efetiva proteção do meio ambiente, se autoriza a implantação da atividade ou do empreendimento através da licença de instalação. Qualquer alteração na planta ou nos sistemas instalados deve ser formalmente enviada ao órgão ambiental para avaliação.

Depois de instalado o procedimento, para autorizar o início do funcionamento da atividade, pela licença de operação, deve o órgão responsável verificar se as exigências de controle feitas nas fases anteriores foram devidamente cumpridas fiscalizando o empreendimento.

Como exceção à regra do processo administrativo de licenciamento ambiental está previsto no parágrafo único do art. 8º e no § 1º do art. 12 da Resolução do CONAMA 237/97, o licenciamento simplificado a ser aplicado às atividades de pequeno potencial poluidor e às atividades que já estejam em funcionamento quando delas começa a se exigir a licença ambiental.

Vale lembrar que a Resolução no seu art. 18 prevê

“os prazos de validade para cada uma das licenças, sendo que para a Licença Prévia, o prazo de validade não pode ser superior a cinco anos, para a de Instalação, o prazo de validade não poderá ser superior a seis anos; e para a Licença de Operação o prazo de validade é de, no mínimo quatro e, no máximo, dez anos.”^[8]

5. NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA

A licença ambiental é o resultado do procedimento de licenciamento ambiental, onde os órgãos públicos competentes permitirão ao solicitante que realize determinadas atividades que interferem com o meio ambiente desde que sejam satisfeitas as exigências legais para evitar a degradação ambiental.

Com relação à natureza jurídica da licença ambiental, alguns doutrinadores entendem que este ato administrativo possui natureza de autorização, podendo ser suspensa ou cancelada discricionariamente pelo órgão que a concedeu, por motivos de conveniência e oportunidade. Nesse sentido Vladimir Passos de Freitas:

“O termo licença, certamente, não é o mais apropriado, pois pressupõe ato administrativo definitivo e, pelo menos para a Licença Prévia e para a Instalação, o ato é precário. Mais adequado seria usarmos a denominação autorização, esta sim, de caráter discricionário e precário.”^[9]

Contrariamente a esse posicionamento, a maior parte da doutrina entende que se trata de licença, pois desde que atendidos os requisitos previstos em lei, tem o administrador (empreendedor) o direito de obtê-la, não podendo a autoridade administrativa recusar sua concessão.

Tratando-se de atos administrativos, tanto a licença quanto a autorização correspondem aos meios em que o Estado utiliza seu poder de polícia para consentir a pretensão do administrado.

Tendo a intenção de distinguir os institutos da licença e da autorização transcreve-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles ao professor que autorização é:

“o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse (...). Na autorização embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado.”^[10]

A licença, por sua vez, nas palavras de Diógenes Gasparini,

“É o ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada, desde que satisfeitas as exigências legais. Desse modo, atendidos os requisitos previstos em lei, não tem, sob pena de ilegalidade, como ser negada pela Administração Pública a licença solicitada pelo administrado.”^[11]

A problemática da natureza jurídica da licença ambiental reside no fato de saber se esta constitui ato administrativo vinculado ou discricionário. E, ainda, se essa licença é concedida por prazo determinado ou indeterminado.

Para esclarecer a questão ensina Edis Milaré: “Na realidade, não há atos inteiramente vinculados ou inteiramente discricionários, mas uma situação de preponderância, de maior ou menor liberdade deliberativa do seu agente.”^[12]

Tratando-se a licença ambiental como gênero da licença do Direito Administrativo, sendo espécie peculiar do Direito Ambiental, ramo autônomo, com normas e princípios próprios, considera-se que a licença concedida pelo órgão ambiental deve ser submetida ao interesse público.

No período de validade da licença ambiental (mínimo de quatro e máximo de 10 anos) o empreendedor goza de estabilidade relativa. A Resolução do CONAMA 237/97 em seu art. 19 regulamenta as hipóteses de suspensão ou cancelamento, não podendo ser cancelada ou suspensa à conveniência do administrador.

Para Edis Milaré, apesar da licença ambiental ter prazo de validade estipulado, goza de caráter de estabilidade, e não poderá ser suspensa por simples discricionariedade, muito menos por arbitrariedade do administrador público, então, conforme se observa, o instituto está corretamente designado como licença.^[13]

Portanto, não é porque os órgãos ambientais licenciadores possuem uma certa dose de discricionariedade na concessão da licença ambiental (Licença Prévia e Licença de Instalação), nem mesmo pelo prazo de validade que possui, que se possa denominá-la

de autorização. Esta é o instrumento preventivo utilizado pelo Poder Público para toda atividade que faça “uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seria legalmente proibido.”[14]

6. REPARTIÇÃO GERAL DE COMPETÊNCIAS PARA O LICENCIAMENTO

Em matéria de meio ambiente, a Constituição Federal trata do assunto no § 1º do art. 225, onde dispõe:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”

Aqui se percebe a preocupação do constituinte com a conscientização da preservação e a necessidade da proteção do meio ambiente através do procedimento de licenciamento ambiental.

No que tange à partilha constitucional verifica-se que a Constituição distingue as competências da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios, reservando aos primeiros e aos últimos competências expressas. Os estados-membros, afora a competência expressa, atribuída pelo § 2º do art. 25, ficam com as competências residuais(art. 25, § 1º).

Quanto às competências legislativas, há as expressas da União, sediadas no art. 22 da Constituição e a competência concorrente da União, dos estados, Distrito Federal e municípios para legislar sobre certas matérias, discriminadas no art. 24, limitando-se a União a estabelecer normas gerais.

O parágrafo único do art. 22 que trata da competência privativa da União estabelece a possibilidade de delegação aos estados, mediante lei complementar.

No art. 24, VI da CF/88 a União tem competência para elaborar normas de caráter geral relativamente às matérias de competência concorrente, isto é, que podem ser dispostas por mais de um ente federativo. Aqui têm-se uma disponibilidade vertical de competência, de forma que a esfera de atuação de um ente competente exclui os demais.

“As normas federais devem prever molduras legais ambientais que sejam menos específicas e mais genéricas, servindo de guia e parâmetro para uma maior ‘concretude’ no ‘processo’ de verticalização da legislação concorrente.”[15]

Com relação às competências administrativas, têm-se a exclusiva da União no art. 21 e a comum aos diversos entes federativos no art. 23 da CF/88. No art. 21 o poder de

implementação das normas ambientais é atribuído somente à União com exclusão das demais. Na competência comum do art. 23, as várias entidades federativas (União, estado e município) estão em pé de igualdade para exercê-la, isto é, a competência de um dos entes federativos não afasta a competência dos demais, eles atuam complementando-se .

“Diante desse quadro percebe-se que para a competência material(de implementação) a regra adotada pelo legislador constituinte se formata de maneira diversa da competência legislativa. É que quanto a esta o rumo seguido pelo legislador constituinte foi a verticalização. Já quanto a competência material adotou-se a horizontalidade na proteção do meio ambiente. É que em relação à competência material ou de implementação, a CF/88 adotou a regra da competência comum ou paralela, e especialmente em relação ao meio ambiente, disse que compete à União, aos Estado e aos Municípios ‘ proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, preservando as florestas, a fauna e a flora’(art. 23, VI e VII).”[16]

Para solucionar os conflitos da competência comum do art. 23, aplica-se, Paulo José Farias defende a aplicação do princípio da subsidiariedade, salientando que nada deverá ser exercido por um poder de nível superior, se puder ser cumprido pelo inferior.”[17] Entendendo-se que as decisões devem ser tomadas pelo ente que esteja o mais próximo possível do dano ambiental. Então, o Município têm preferência sobre o Estado e este sobre à União.

Pelo art. 30, I da CF/88 observa-se que a competência do município é para legislar assuntos de interesse local, o que torna a competência municipal também concorrente ou, em certas hipóteses, específica, se a matéria for exclusivamente de interesse local. O inciso II do mencionado art. 30, verifica-se competir ao município suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Segundo Antonio José de Mattos Neto, “ o interesse local é, portanto, aquele que direta e imediatamente atinge a comunidade que vive o problema a solucionar pelo poder legislativo municipal.”[18]

Em termos ambientais, o interesse local funcionará como um vetor dos poderes implícitos dos Municípios para atingir tal desiderato acima descrito, o de suprir ou criar o novo, tendo em vista a sua natureza instrumental. De qualquer maneira, ele não pode ser entendido sem verificarmos a existência concreta de norma ou ato normativo de nível local, estadual e federal, sobretudo as constituições, leis orgânicas municipais ou leis complementares.”[19]

No caso da repartição das competências entre os entes federados, a doutrina manifesta-se no sentido da preponderância do interesse, no intuito de caracterizar o interesse local. Assim para exercer o poder de polícia na realização de atos materiais como o licenciamento ambiental, todos os entes políticos possuem abstratamente competência (comum) para atuar.

O licenciamento ambiental, por fazer parte do poder de polícia, decorre da competência material comum, prevista no art. 23 da CF/88, pelo que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios podem exigir o licenciamento ambiental.

No estado do Ceará, a tarefa de licenciar, denominada Processo de Licenciamento Ambiental, é efetuada pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente - SEMACE, Autarquia criada pela Lei Estadual N° 11.481 de 28 de dezembro de 1987, vinculada à Secretaria da Ouvidoria-Geral e do Meio Ambiente – SOMA.

7. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA O LICENCIAMENTO

A principal controvérsia existente é se o município possui ou não poderes para realizar o licenciamento ambiental de atividades poluidoras e quais normas jurídicas podem outorgar competência para realizá-la. Este é um tema de extrema importância, já que com o crescimento dos municípios, cada dia mais as atividades desenvolvidas nestes podem causar poluição e degradar o meio ambiente.

A estrutura administrativa brasileira é formada pelo SISNAMA, Sistema Nacional do Meio Ambiente. A participação dos entes federativos foi prevista no art. 6º da Lei 6938/81, e a redação dada pela Lei 7804/89, porém este artigo não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Assim, a norma constitucional prevalece sobre a lei ordinária, e as disposições contidas na lei 6938/81 derrogam as contidas na Resolução 237 do CONAMA.

A Resolução 237 do CONAMA, que tem por objetivo estabelecer regras para o licenciamento ambiental previsto na lei 6938/81, previu em seu artigo 6º, que o município pode realizar o licenciamento ambiental, desde que o impacto ambiental seja local ou que haja uma delegação de poderes pelo estado a este.

"Art. 6º. Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio."

Para dar maior guarida à invalidade do artigo 6º da Resolução 237 do CONAMA, na lei 6938/81, artigo 8º, I, previu-se que o CONAMA tem, dentre outras competências, estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras a ser concedido pelos estados. Assim o CONAMA ao atribuir competência pra o município licenciar atividades poluidoras, ultrapassou os limites de sua competência.

Do exposto, verifica-se que os dispositivos da Resolução CONAMA n° 237/97, conferindo aos municípios capacidade para emitir licenças ambientais, são absolutamente inválidos. Estes dispositivos ultrapassam, de muito, a competência legal do Conselho estabelecida no art. 8º, inciso I da Lei 6938/81(...) Assim, a competência do CONAMA se limita a estabelecer critérios e normas gerais para o licenciamento, não estando, obviamente, incluída a de conferir capacidade para licenciar.

Pela Lei 6938/81, o legislador federal, não outorgou poderes ao Município para realizar o licenciamento ambiental previsto nesta lei e regulamentado pelas demais normas jurídicas extravagantes. Percebe-se que a lei outorgou competência para licenciar as atividades, somente ao órgão estadual competente, integrante do SISNAMA ou ao IBAMA, órgão federal, em caráter supletivo.

Mas como poderá o município realizar a autorização ambiental em assuntos de interesse local? Será permitido pelo ordenamento jurídico pátrio?

Tem-se que ao município é possível realizar a autorização (licenciamento) ambiental de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras capazes de causar degradação ambiental. Porém esta atividade não pode estar contida na norma geral do licenciamento ambiental, ou seja, no anexo I da resolução 237 do CONAMA, já que conforme o artigo 7º da Resolução 237 do CONAMA, os empreendimentos serão licenciados em um único nível de competência, situação que vem suscitando críticas doutrinárias no sentido de sua inconstitucionalidade.

Uma outra possibilidade, para que tenha validade os dispositivos da Resolução 237 do CONAMA, que tratam do licenciamento ambiental no âmbito do municipal, seria modificar a lei 6938/81, sobretudo em seu artigo 10, acrescentando poderes ao município para realizar o licenciamento ambiental previsto nesta última lei. Neste caso sim, teria o município poderes para licenciar as atividades previstas no anexo I da Resolução 237 do CONAMA, conforme o disposto no artigo 6º desta norma.

Como ao município cabe suplementar a legislação federal e estadual, poderá instituir normas ambientais que regulem o exercício das atividades previstas no anexo I da Resolução 237 do CONAMA, desde que haja o interesse local.

Conquanto o Município não figure no rol dos habilitados a legislar em matérias afetas ao meio ambiente mercê da leitura isolada do art. 24 da CF/88, pode e deve legislar visando ao interesse local e sempre no intuito de adequar eventual norma emanada da União ou estado-membro ao interesse local. Assim, o art. 24 há de ser interpretado em conjunto com os arts. 30, incs. I e II, e com o art. 182, parágrafo 1º, todos da CF.

Em termos ambientais as atividades que estão sujeitas ao licenciamento municipal são o planejamento municipal e/ou zoneamento ambiental, os quais visam ordenar o território do município de acordo com o interesse local. Poderá fazer isto no Plano Diretor e/ou através de lei municipal.

Poderá, se for o caso, o município instituir o EPIA (Estudo Prévio de Impacto Ambiental) para atividades onde ocorra probabilidade ou perigo de significativa degradação do meio ambiente, pois, em caso contrário, se causar significativa degradação, a competência para licenciar (autorizar) a atividade é do órgão estadual ou, supletivamente, federal. Lembrando-se que deve haver o interesse local, para que haja a instituição do EPIA. Ressalta-se que este último pode ser exigido pelo município, tendo em vista o interesse local, não podendo apenas licenciar a atividade novamente, nos termos da Lei 6938/81.

Visualiza-se que o legislador pátrio foi confuso ao regulamentar o licenciamento ambiental no âmbito do município. Este, desde que amparado por lei, pode estabelecer a forma da autorização ambiental municipal e quais atividades que porventura, tenham que se submeter a esta. Para isso, deve respeitar não só a legislação federal como a do estado ao qual pertence.

Em tempos como os de hoje, onde as atividades humanas cada vez mais são causadoras de poluição ambiental, utilizando mais e mais avidamente os recursos ambientais existentes, instituir a autorização ambiental no âmbito municipal, é tornar efetiva as disposições constitucionais que têm por escopo preservar e conservar o meio ambiente para as futuras gerações.

8. CARÁTER DO ROL DAS ATIVIDADES SUJEITAS AO LICENCIAMENTO

Trata-se de um rol exemplificativo, a lista das atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. Cada ente federativo tem competência própria para listar quais atividades ou empreendimentos estarão sujeitos ao licenciamento ambiental, respeitando, logicamente, os princípios gerais do Direito Ambiental, tais como o da Prevenção, o do Desenvolvimento Sustentável, o da Função Sócio-Ambiental da Propriedade, entre outros.

Ao particular não é dada a faculdade de poluir, cabendo ao órgão ambiental competente exigir o processo licenciatório de qualquer obra, mesmo que não esteja presente no rol de atividades ou empreendimentos passíveis de licenciamento ambiental. Nesse caso, não se trata de conveniência ou oportunidade da Administração Pública, mas de certa dose deliberativa justificável pelo interesse coletivo de um meio ambiente equilibrado e saudável.

Para esclarecer o inciso I do art. 1º da Resolução 237/97 do CONAMA utiliza a expressão “empreendimentos e atividades potencial ou efetivamente poluidores”, o *caput* do art. 10 da Lei nº. 6.938/81 se refere a estabelecimentos e atividades e o *caput* do art. 60 da Lei nº. 9.605/98 fala em estabelecimentos, obras ou serviços.

Define-se atividade como qualquer ocupação de uma pessoa física ou jurídica, estabelecimento como toda organização permanente de natureza empresarial, obra como o resultado de uma ação, construção, operação ou trabalho e serviço como uma atividade material de natureza produtiva ou lucrativa.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento do tema proposto acerca do licenciamento ambiental constatou-se a necessidade de aperfeiçoar o sistema de licenciamento ambiental, tornando-o mais transparente, ágil e eficaz.

Analisando o procedimento de licenciamento observa-se a demora que os órgãos licenciadores enfrentam na análise dos requerimentos de licença. Isto não deve ser atribuído à incapacidade técnica dos referidos órgãos, mas às enormes dificuldades orçamentárias e ao reduzido número de técnicos disponíveis.

Vale ressaltar que a legislação sobre a competência para licenciar também é confusa e deficiente, o que provoca dúvidas e críticas, porquanto as questões ambientais interessam parcelas crescentes da sociedade, especialmente a sociedade civil organizada.

O supramencionado problema poderia ser amenizado com o aperfeiçoamento da Resolução CONAMA 237/97 pelo Executivo federal, combinado com um efetivo processo de revisão e consolidação da legislação ambiental pelo Congresso Nacional.

Enorme avanço para a causa da preservação ambiental e do desenvolvimento sustentável, se verifica no fato da Constituição de 1988 e da legislação ordinária haverem atribuído ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos e ambientais, armando-o com o instrumento da ação civil pública.

O licenciamento não deve ser visto como procedimento burocrático dos órgãos públicos, mas sim como a forma de controle a ser adotada para educar o particular que se utiliza dos recursos naturais, isto é, quando a atividade desenvolvida por este for potencialmente causadora de dano ao meio ambiente.

A harmonização entre o desenvolvimento econômico e um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser a meta a se perseguir para tornar mais efetivo o instrumento do licenciamento ambiental, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e para a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado.

Enfim, prioritariamente o poder público, seja federal, estadual ou municipal, tem o dever de incentivar a adoção de políticas públicas para a conscientização da população do dever de preservar os recursos naturais para que seja possível a vida saudável das futuras gerações, estabelecendo uma lista das possíveis atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental

10. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2005

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 4 ed. Rio de Janeiro: Jumen Júris, 2000.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**, v.II. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CARNEIRO, Ricardo. **Direito ambiental: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COPOLA, Gina . **Elementos de direito ambiental**. Rio de Janeiro, Temas & Idéias, 2003.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FINK, Daniel Roberto. **O controle jurisdicional do licenciamento ambiental**. FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR, Hamílton; DAWALIBI, Marcelo (orgs.). Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FINK, Daniel Roberto; MACEDO, André Camargo Horta de. **Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações**. FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR, Hamílton; DAWALIBI, Marcelo (orgs.). Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 3ed. 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KRELL, Andreas Joachin. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e as competências dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. 2ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 14 ed. atual. por Reis, Márcio Schneider e Silva, Edgard Neves da. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002 .

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental; parte geral**. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. 2 ed., ver., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo. **Competência ambiental**. Curitiba: Juruá, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 367.

[1] OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental. **Rio de Janeiro**: Lumen Juris, 2005, p. 367.

[2] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental** 4 ed . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 100.

[3] COPOLA, Gina. **Elementos de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p.204/205

[4] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 482.

[5] FINK, Daniel Roberto. **O controle jurisdicional do licenciamento ambiental**. FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR, Hamílton; DAWALIBI, Marcelo (Orgs.). Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 71

[6] COPOLA, Gina. Ob. cit., p.200.

[7] OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. Ob. cit., p. 362.

[8] COPOLA, Gina. Ob. cit., p.208.

[9] FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 3ed. 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.177

[11] GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78/79

[12] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 363.

[13] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 101/102

[14] MILARÉ, Edis. Ob cit., 2004, p. 363

[15] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 144

[16] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ob. cit., p. 146

[17] MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. 2ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005 p. 43.

[18] SILVEIRA, Patrícia Azevedo. **Competência ambiental**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 147

[19] SILVEIRA, Patrícia Azevedo. **Competência ambiental**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 149

O EU AMBIENTAL – UMA BREVE ANÁLISE DA RELAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

THE I ENVIRONMENT - ONE SHORT ANALYSIS OF THE PERSONALITY OF THE RIGHT TO PROTECT THE ENVIRONMENT

**Tais Martins
Marta Marília Tonin**

RESUMO

O estudo que ora se desenvolve tem o objetivo de examinar a importante e atual questão dos direitos de personalidade, em especial no que tange à relação entre a proteção ambiental e a afetação do indivíduo pela degradação contínua dos bens ambientais, sob a ótica do chamado ‘paradigma biocêntrico’.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE; SUSTENTABILIDADE; PERSONALIDADE.

ABSTRACT

This paper points out the analysis of an important and actual issue about personality rights, specially regarding the relation between the environmental protection and the affectation of human being caused by the continuous environment’s material degradation, under the focus of the called ‘biocentre pattern’.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL; SUSTAINABILITY; PERSONALITY

INTRODUÇÃO

O direito de personalidade possui um contorno umbilical com a temática ambiental, eis que sem o meio ambiente o homem está desligado de sua existência.

A constitucionalização do direito aprimorou as relações pessoais e patrimoniais e a complexidade ambiental traz em seu bojo um construído sobre o desenvolvimento humano. Amartya Sen^[1] prêmio Nobel de Economia indica que a evolução das pessoas depende diretamente do uso sustentável dos bens ambientais.

O entendimento preliminar da sociedade brasileira não vislumbra o indivíduo, sujeito de direito, através da sua concepção de ser. A proteção focaliza o ter como satisfação do

humano e a interação com o meio social o transforma em consumidor permanente no curso de sua vida.

Guilherme José Purvin de Figueiredo, citando Sodré, aponta para a definição de consumo e a relação com o meio ambiente:

O ato de consumir, em tese, se opõe à idéia de preservar e é preciso repensar esta relação. Por outro lado, a idéia ingênua de preservar corre o risco de esquecer a necessidade do homem de consumir. Repensar esta sociedade de uma forma realística é absolutamente imprescindível. Não se trata de opor a preservação ao consumo, mas de buscar uma saída que pode ser denominada consumo sustentável[2].

O ato de consumir e a preocupação com a circulação dos bens restringem o sujeito ao processo cultural de aquisição permanente, ou seja, a manutenção da vida estaria ligada ao construído desmedido de aparências que conduz a uma “coisificação da natureza”. Esse processo distancia o sujeito de um vértice biocomportamental, o homem e a natureza através do elo da sobrevivência e do bem estar entram em conflito com a cultura do consumo obsoleto e insustentável.

A dimensão desse apontamento converge para um repensar sobre a existência humana através da manutenção dos bens ambientais. A proteção ao meio ambiente é uma necessidade vital em processo de construção e seguindo essa concepção o direito de personalidade embasa, de maneira conceitual, os processos psicológicos, bioquímicos e fisiológicos apresentando um contorno endógeno do homem em relação ao meio ambiente.

A necessidade de consumir é inegável, mas essa não deve ser a única relação entre o homem e a natureza. A velocidade do consumo está ligada à “coisificação da natureza”. A degradação ambiental e a escassez de bens, sentida por alguns segmentos mercadológicos e motivada por distúrbios ecológicos e intempéries climáticas, convergem no preço e na escassez absoluta previsível[3]. O aumento de preço e a restrição de alguns produtos receberam influência das externalidades e da socialização dos custos ambientais.

José Robson da Silva[4] aponta os caminhos da despatrimonialização:

O meio ambiente é cada vez mais regulado, a natureza é fragmentada e patrimonializada. Esta patrimonialização concentra riquezas e desequilibra o meio social. A fragmentação e a apropriação do meio ambiente se deslocam na lógica de um mercado em expansão que, para manter-se, tem de continuamente criar valor econômico. A criação deste valor sobre bens ambientais se traduz na estratégia de transformar o que era *res nullius* em bem patrimonial, que é medido e avaliado em dinheiro pelo mercado. Isto acontece com a água, com o patrimônio genético(...) Pode-se brandir a despatrimonialização como um instrumento que humaniza e coloca o

homem no centro do sistema rompendo-se as premissas do Direito clássico. Por outro lado, a patrimonialização pode ser também apanhada numa perspectiva de promoção da pessoa humana e isso se dá justamente com a implantação de políticas públicas que permitam que pessoas sem patrimônio possam se tornar titulares de um patrimônio mínimo.

O patrimônio recebe um contorno monetário desapegado da personalidade, ou seja, do sujeito. Essa partícula gregária culmina com o aumento da miséria social. O degradar aumenta – eis que o possuidor assim o determina. A vida confortável supera a sobrevivência e, para além do bem estar, a destruição do meio compromete a existência coletiva dos sujeitos de direito.

A dimensão global do meio ambiente mantém um diálogo permanente com a vida no sentido de garantia de um futuro existencial comum numa unidade intergeracional.

No que concerne à proteção jurídica, a Constituição Federal brasileira confere dignidade e proteção aos direitos fundamentais, concedendo-lhes aplicabilidade imediata. A manutenção do meio ambiente demanda, também, uma fundamentalidade disposta e assegurada no art. 5º, art. 170, art. 225 entre outros dispositivos da Carta Magna.

Não se pode olvidar o liame existente entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o desenvolvimento econômico. A qualidade de vida do ser humano corrobora para o entendimento de que o homem e a natureza partilham do mesmo destino.

O Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, traz em seu artigo 170, o seguinte:

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

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

O artigo citado eleva à condição de princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente, visando uma mudança no padrão de acumulação de capital, de crescimento econômico, a fim de que se alcance o desenvolvimento sustentável, reforçando a importância da utilização de tecnologias limpas, de baixo impacto ambiental, que gozam de tratamento diferenciado.

A questão ambiental engloba um conjunto complexo de interações do homem com o ambiente e a destrutividade exponencial do bioma através da expansão demográfica desmedida e o esgotamento dos recursos naturais acentuam as desigualdades humanas e levam a consequência irreparável do comprometimento do homem em seu *habitat*.

O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou o legislador constituinte, no caput do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, garantindo os elementos de um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado no esteio da proposta da Carta da Terra de 1997, da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972 entre outras propostas de caráter mundial.

A relação da sociedade com o meio ambiente é conexa, visto que os problemas ambientais são sistêmicos. O desenvolvimento econômico e o desenvolvimento ambiental têm um futuro comum, numa teia de interdependências que garante o equilíbrio ecológico e, conseqüentemente, o crescimento/desenvolvimento da personalidade e do meio ambiente.

O convencional e o social convergem para um contrato humanizado com o centro de proteção voltado para a natureza e a consecução da dignidade humana dissociada da idéia de sujeito consumidor, ao tratar como cidadão destacado aquele que deseja ou pode consumir quando a busca pelo bem estar é constante na vida humana. Nas palavras de Amartya Sen: “a métrica da felicidade pode, portanto, distorcer o grau de privação, de um modo específico e tendencioso. O mendigo desesperançado, o trabalhador agrícola sem-terra, a dona de casa submissa”[5].

A influência social nas escolhas humanas e na busca das satisfações pessoais deve escalonar prioridades, ou seja, para garantir a satisfação dos consumidores não se apresenta coerente a desconsideração dos cidadãos não consumidores. Isso seria arbitrário e incoerente. O ideal se constitui numa relação equilibrada no binômio “necessidade” e “possibilidade”, entre proteção ambiental e consumo consciente.

1. O SUJEITO CONTRATUAL

O desenvolvimento da civilização coloca em cheque a função da justiça e das tarefas estatais confrontando-as com a temática ecológica. A manutenção do ambiente possui uma relação intrínseca com a garantia dos direitos de personalidade. A modificação do centro da proteção jurisdicional propiciada pela Constituição de 1988 trouxe em seu contexto uma interpretação mais humanizada dos direitos bem como a reestruturação do eixo protetivo outrora calcado no ambiente e doravante focalizada no sujeito.

O confronto do Estado de Direito, identificada a fonte na pessoa humana, com a temática ecológica desdobra-se em diferentes campos que, nesse momento, sintetizamos em três: assimilação do ambiente como bem jurídico fundamental; compreensão político-jurídica do risco como fenômeno inerente a toda decisão, pessoal ou estadual; garantia de futuro enquanto espaço de vida com dignidade, para além das gerações presentes [6].

A menção sugestiva de contratualística é frágil, visto que o homem lança mão do ambiente como possuidor. Invocando os conhecimentos sobre direitos reais e obrigacionais há uma constatação singela, o ambiente sempre fora considerado como *res nullius*. Pontua-se que não havia uma atenção referente ao *ethos* para superar o paradigma da dominação. Na viragem analítica da legislação, o homem abandona o fronte feudal, explorativo e depredatório para retomar a consciência biosocial e as suas diversas matizes. Os seres vivos e o meio ambiente possuem uma relação que ultrapassa a leitura do texto jurídico; a ética do cuidado e a responsabilidade pela manutenção da vida representam o fundamento primeiro para a garantia da vida no planeta. Nas palavras de Castanheira Neves[7]: “homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano no nosso tempo”.

A despatrimonialização do ambiente aproxima a relação de bem estar; densifica uma ligação existencial que não pode ser rompida sob a previsão da falência humana.

Cançado Trindade[8] evidencia essa ligação da vida humana através da manutenção da saúde e da proteção do meio ambiente:

Um exemplo de tais ameaças é fornecido, e.g., pelos efeitos do aquecimento global sobre a saúde humana: câncer de pele, lesão na retina ocular, catarata e eventual cegueira, lesão neurológica, menor resistência a infecções, alterações do sistema imunológico (...) Revelando-se assim a necessária convergência da proteção a saúde humana e da proteção ambiental.

Indissolivelmente ligada aos atributos que caracterizam a pessoa por meio dos direitos da personalidade, é possível afirmar que sem a manutenção do ambiente a proliferação de doenças, a degradação de elementos vitais como o ar e a água apontam para um discurso de sobrevivência e não mais de bem estar.

A proteção ao meio ambiente promove a genuína inclusão social. É algo que nivela, portanto, contribui para que uma maior parcela da população tenha a proteção constitucional. Com esta proteção se dá um passo seguro em relação ao desenvolvimento sustentável, porque não se deve deixar de considerar o homem sem sua relação de dependência com o meio ambiente como nos aponta Michel Serres na obra “O Contrato Natural”.

Michel Serres explica a natureza e a relação do homem com o meio ambiente através de um contrato natural. Essa análise se distancia de um conceito exclusivamente jurídico estruturante do Estado Ambiental, traz consigo um conceito axiológico voltado à preservação do meio ambiente.

A natureza, para Serres[9], é compreendida da seguinte forma:

Até esta manhã a natureza escapava de nós: ou a limitávamos à experiência curta do pequeno canteiro; fazíamos dela um conceito abstrato, por vezes aplicado ao homem; e, se a estudávamos nas ciências, nós a recortávamos em pedaços ainda menores; uma das crises do nosso saber vem do fato de que ele não funcionaria sem esses recortes e de que ele deve resolver os problemas impostos pela sua integração. Ei-la hoje nova e fresca, nascente: global, inteira e historiada sob os olhos da humanidade inteira e global; teórica, daqui a pouco, quando as disciplinas separadas desejarem unir-se em federação; de imediato, concreta e técnica, pois os nossos meios de intervenção atuam sobre ela que, por sua vez, atua sobre nós; rede de laços múltiplos em que todas as coisas, congruentes, conspiram e consentem, entrelaçamento que se prende por uma treliça de relações ao tecido social e humano, doravante solidário. A soma destas cordas, malha e nós, reunidos em grades diversas, conexas em todos os sentidos, define a natureza de maneira simples, clara e distinta, especulativa e técnica e de forma tal, que o passado talvez a tenha sonhado, mas com certeza jamais a concebeu nem conseguiu praticá-la. Ela é o conjunto de contratos. É curioso que só até este século tenha nascido a natureza, e realmente sob os nossos olhos, ao mesmo tempo em que a humanidade realmente solidária, quer dizer, de modo diferente dos discursos oficiais.

O bem comum decorre da natureza humana; os direitos humanos corroboram elementos do bem comum; o meio ambiente como pressuposto do desenvolvimento humano; o desenvolvimento humano inclui uma perspectiva ética. Há que se considerar, ainda, que o desenvolvimento humano possui lastro no entendimento do bem comum e do direito socioambiental. Em síntese, esse tangenciamento aborda os direitos humanos e o meio ambiente como espaço de reflexão ética.

Para Michel Serres:

Precisamos prever e decidir. Apostar, pois nossos modelos podem servir para sustentar duas teses opostas. Se julgarmos nossas ações inocentes e acharmos que estamos ganhando, a história prossegue como antes; mas se perdermos, perdemos tudo, sem preparação para alguma catástrofe. Ao contrário, deveríamos escolher a nossa responsabilidade: se perdermos, perdemos tudo, sem preparação para alguma catástrofe. Ao contrário, deveríamos escolher a nossa responsabilidade: se perdermos, não perdemos nada; mas se ganharmos, ganhamos tudo, permanecendo atores da história. Nada ou a perda de um lado, o ganho ou nada, de outro: isto não deixa dúvida. Este argumento clássico tem valor, quando um sujeito individual escolhe para si os seus atos, sua vida, seu destino, seus objetivos últimos; sem dúvida é concludente, mas sem aplicação imediata, quando o sujeito que deve decidir convoca, mais que o conjunto das nações, a humanidade. Bruscamente um objeto local, a natureza, sobre o qual um sujeito, apenas parcial, podia agir, torna-se um objetivo global, o Planeta Terra, sobre o qual um sujeito total, a humanidade, trabalha penosamente. O argumento decisivo da

aposta, logicamente vitorioso numa situação indecisa, dá, portanto, menos trabalho do que esta dupla integração[10].

A busca do direito natural e de seu fundamento traduzem uma angústia humana permanente, pois em detrimento do meio ambiente e das garantias constitucionais previamente traçadas no artigo 170 da Carta Magna tem-se em jogo as atividades econômicas e o poder monetário de exploração. O caráter fundamental do direito à vida precisa ser mantido através de diretrizes que mantenham a sobrevivência humana na mesma proporção da mitigação dos riscos ambientais.

2. O EU AMBIENTAL

Nos últimos anos, em razão da ocorrência de catástrofes ecológicas, desequilíbrios que propiciam desabrigados ambientais, o mundo tem voltado suas preocupações para as questões sobre meio ambiente. O aquecimento global, a poluição, as doenças surgidas por meio da busca de novas tecnologias atribuem ao Direito novas tarefas, principalmente ao Direito Constitucional.

A vida humana é um valor supremo no ordenamento jurídico brasileiro e a questão ambiental encontra um caráter fundamental nessa afirmativa ganhando contorno de cláusula pétrea. O meio ambiente ecologicamente equilibrado se configura como direito de personalidade, refletindo no homem como titular de um direito fundamental.

A proteção ambiental, que abrange a preservação dos bens naturais e dos elementos essenciais à vida humana, alcança uma nova interpretação como já afirmado anteriormente.

Canotilho[11] propõe a seguinte reflexão:

As dimensões normativo-materiais podem e devem reconduzir-se ao direito fundamental ao meio ambiente que, no nosso direito – recorde-se – tem dignidade constitucional formal. Quando os arestos da relação se referem a ‘direito difuso’ estão no fundo, a misturar compreensões diferentes do meio ambiente: direito ao ambiente como direito subjetivo fundamental constitucionalmente reconhecido (é a concepção portuguesa), direito ao ambiente reduzido a interesse difuso (é uma das posições da doutrina italiana ou mesmo o direito ao ambiente concebido como fim do Estado (é a posição dominante na doutrina alemã).

Complementa em outra obra[12]:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

A responsabilidade social é fundamental para a garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado, visto que essa é condição essencial para a tutela da pessoa humana, inserindo a personalidade como elemento essencial desta relação com a natureza através da dignidade humana.

A existência do homem, através do contorno da personalidade, trazem em seu bojo o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos. A qualidade de vida e a dignidade humana garantem através de uma ordem jurídica concreta a possibilidade de aquisição de direitos. A personalidade e o ambiente possuem um liame indissolúvel.

No mesmo vértice Fabiane Bessa aborda a dignidade humana[13]:

A dignidade da pessoa humana e, como sucedâneo, o respeito à natureza – como pressuposto à vida digna – constituem o cerne, os valores máximos da construção jurídica nacional e a razão de ser dos direitos humanos – e dos direitos humanos de última geração: os direitos sociais.

O bem ambiental tutela, *prima facie*, a vida humana, estando em consonância com o disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida. Em conseqüência, a garantia da vida ocorre graças ao respeito e à manutenção de um ambiente saudável.

Os custos ambientais na busca do crescimento econômico não podem ser ignorados pelo uso indiscriminado dos recursos naturais. O homem não é o senhorio do mundo, mas um usuário de suas benesses. Meio ambiente e desenvolvimento estão vitalmente conectados sob o prisma humano e constitucional. A premissa nortadora dessa pensamento tem um cerne ambientalista que propicia um repensar dos paradigmas deslocando o eixo da usurpação econômica para uma racionalidade ecológica.

Para Edis Milaré[14]:

Emerge, assim a questão: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao mesmo tempo em que se configura como um interesse difuso que se espalha pela sociedade e como um direito humano fundamental, pode caracterizar-se como um direito personalíssimo, de que é titular cada indivíduo, na busca pela realização física e psíquica da personalidade humana em sua inteireza? A pergunta é relevante, em razão dos atributos intrínsecos a essa modalidade de direito, umbilicalmente ligada à pessoa humana. São eles: i) originários: adquirem-se com o nascimento, independentemente de qualquer manifestação ou ato de vontade; nesse sentido, o art 2º do CC dispõe: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”; ii) perene: perduram por toda a vida e, por vezes, transcendem-na, refletindo-se mesmo após a morte do titular; iii) inalienáveis: em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; e mais: não podem ser subtraídos das pessoas que legitimamente o detêm; iv) indisponíveis: segundo o art 11 do CC, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”; v) absolutos: são oponíveis *erga omnes*; e vi) imprescritíveis: não estão sujeitos às regras de direito material que disciplinam o instituto da prescrição.

A Constituição Federal brasileira assegura o direito de propriedade e a livre iniciativa, mas também consagra as idéias da função social da propriedade e dos direitos da personalidade como garantias fundamentais a serem tangenciados e protegidos, pois são indispensáveis à proteção aos valores pela funcionalização dos institutos ambientais.

O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal assim prescreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como se vê, o texto constitucional consagrou o princípio do desenvolvimento sustentável ao garantir o direito e dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a toda coletividade, além de possuir caráter intergeracional, pois não visa resguardar apenas os interesses da geração atual, mas também das futuras gerações.

No Brasil, a premência e o combate aos danos ambientais são, em muito, dimensionados para os mecanismos de direito público, porém o desenvolvimento sustentável surge diametralmente voltado para a atividade empresarial – a cargo das empresas – quando do respeito ao princípio constitucional reitor da ordem econômica

que propicia um novo vértice de proteção, não se podendo esquecer que a sustentabilidade também é parte do desenvolvimento humano. Em suma, o tangenciamento privado traz consigo a superação de um antagonismo verificado na relação entre desenvolvimento e proteção ambiental. Nesse vértice vislumbra-se a compatibilização entre crescimento e desenvolvimento na superação paradigmática da ecologia sobre a economia.

Nas considerações de José Robson da Silva[15]:

A Constituição Federal de 1988 inovou o sistema de salvaguardas ambientais. No capítulo VI (Do meio Ambiente) do Título VIII (Da ordem social) está gravado que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...). O equilíbrio ambiental é crucial para que as personalidades possam ter o curso normal de desenvolvimento. Nas grandes e médias cidades, os desarranjos emocionais e físicos provocados pela poluição sonora, atmosférica, hídrica etc., afetam sim toda a sociedade e o indivíduo em particular. Subtrair do sujeito o direito subjetivo ao equilíbrio ambiental é desvirtuar a eficácia social da norma constitucional (...) A resposta que se anuncia não afirma uma dicotomia ou confrontação conceitual (direito subjetivo *versus* interesses difusos) montada em diferentes perspectivas de cunho filosófico; procura-se evidenciar que as perspectivas teleológicas do Direito na temática ambiental apontam para concreção social do equilíbrio ambiental, da tutela da natureza. Com isso, o descarte puro e simples de um conceito que espelha a individualidade, como é o caso do direito subjetivo, parece colocar o sujeito num plano inferior e alçar como valor supremo do jurídico a totalidade, a sociedade e, num lugar menor, o indivíduo. Se assim for, prescinde-se de um valioso instrumento de combate à degradação, além de promover um distanciamento do Ser, visto que a sociedade não exorcizou o indivíduo nem o lançou a um esquecimento: ao contrário, a cada dia salienta posturas de cunho individualista.

O ambiente equilibrado, como um direito fundamental, pode ser um instrumento de realização da personalidade em vários sentidos. Pelos mesmos motivos, identifica-se uma dupla face na danosidade ambiental, certo de que os seus efeitos alcançam não apenas o homem, como, da mesma forma, o ambiente que o cerca.

O ambiente equilibrado é condição para o desenvolvimento da personalidade humana. Ou seja, não se pode pensar em vida digna sem qualidade ambiental, o que liga o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado aos chamados direitos da personalidade. Perlingieri[16] menciona: “o ambiente equilibrado (...) se vincula com o fortalecimento da pessoa humana”.

Para Édis Milaré:

[...] possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto lógico e inafastável da realização do direito à sadia qualidade de vida e, em termos, à própria vida. Por isso, ele pode ser exercido por todos, seja coletivamente (interesse difuso), seja pela pessoa humana, individualmente considerada (direito subjetivo personalíssimo)[17].

O bem comum é fim social dinâmico, derivado da natureza humana, que se manifesta por meio do conjunto de condições materiais e imateriais, disponibilizadas com base em princípios distributivos e participativos que possibilitarão, a cada indivíduo da sociedade, por esforço próprio e conduta necessariamente ética, o pleno desenvolvimento das potencialidades de sua personalidade.

É preciso abordar, ainda que de passagem, a ênfase dada pelos dispositivos legais que se restringem a uma simples questão de reparação do dano, sem apresentar uma atuação preventiva, na expectativa de balizar os direitos e garantias inerentes ao meio ambiente e aos direitos da personalidade, como forma de assegurar-se a sua inclusão no conceito de cidadania.

Assim, o direito socioambiental encontra no conteúdo do bem comum, não só a ratificação da necessidade do desenvolvimento humano – uma vez que faz parte do próprio rol dos direitos humanos – mas também o imperativo de que as ferramentas jurídicas que viabilizarão este desenvolvimento reflitam o conteúdo ético deste bem comum.

Modernamente, a relação ambiente e personalidade não pode mais ser vista apenas como um empreendimento voltado ao lucro, ao consumo, mas, sim, dotada de uma função social relevante como elemento de geração e circulação de riquezas e de criação de empregos, sem descuidar da promoção e do desenvolvimento social e econômico mundiais.

Historicamente, a prevalência da diretriz econômica sobre as garantias constitucionais comprometeram essa aproximação; a proteção ambiental não está divorciada da mercantilização dos bens ambientais, mas a degradação, ao comprometer a existência humana, deve ser imediatamente cessada através das medidas jurídicas cabíveis a cada situação fática real.

A mudança tem seu núcleo modificativo na educação e nos processos de informação. A realidade social não propicia uma interpretação ambiental; essa leitura é da competência do Estado e da sociedade que garantem um bem-estar coletivo com alcance nos verdadeiros fins constitucionais e sociais. Para isso basta fazer uma leitura dos conceitos relativos ao ambiente.

Para Édis Milaré:

Direito Ecológico, Direito da Proteção da Natureza, Direito do Meio Ambiente, Direito Ambiental e Direito do Ambiente são as locuções mais encontradas para designar essa recente disciplina jurídica. Direito Ecológico é a expressão vulgarizada, empregada no Brasil, v. g., por Sérgio Ferraz e Diogo Moreira Neto. É de abrangência assaz restrita, na medida em que visa à proteção apenas dos recursos naturais, pois ecologia “é a ciência que estuda as relações entre os seres vivos e o meio em que vivem bem como as suas interações”. Não são considerados os valores culturais e artificiais, que também integram o ambiente. Direito de Proteção da Natureza foi o título de uma obra pioneira na França, que padece da mesma restrição anteriormente mencionada. Direito do Meio Ambiente é um nome de largo uso no Brasil. Contudo, presta-se a críticas, porquanto a expressão parece duplicativa para alguns (meio=ambiente), como já vimos anteriormente. Seja como for, a língua viva incorporou a expressão meio ambiente para designar uma realidade complexa e com características específicas. Tal fato explica o emprego mais largo de tal expressão, também no campo do Direito. Direito Ambiental é rubrica que tem merecido a preferência de larga messe de doutrinadores, nascida de analogia na tradução do termo *environmental*, comum em inglês para significar tudo o que se refere ao meio ambiente, redundando em ambiental no idioma português, porém ainda sem arrimo em alguns dicionários da língua. Direito do Ambiente encerra uma nomenclatura abrangente, gramatical e juridicamente exata, também utilizada pela doutrina mais moderna. É a que preferimos, não obstante a discrepância lingüística existente. [...] Sem entrar no mérito das disputas doutrinárias acerca da existência ou não dessa disciplina jurídica, podemos, com base no ordenamento jurídico, ensaiar a noção do que vem a ser o Direito do Ambiente, considerando-o como o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações[18].

A preocupação de Milaré não se traduz na celeuma doutrinária em torno da delimitação conceitual, mas sim numa proteção eficiente de um bem e na delimitação do objeto a ser protegido. Na esfera do direito de personalidade, o meio ambiente ou o direito do ambiente precisa trilhar o caminho da manutenção e da sustentabilidade ambiental sob pena de uma falência comum que converge para o desmoronamento da proteção da dignidade humana e suas conseqüências em relação à fauna, à flora e a todos os conceitos inseridos nessa disciplina jurídica.

José Rubens Morato Leite leciona:

Em sentido genérico: a) meio ambiente é um conceito interdependente que realça a interação homem-natureza; b) o meio ambiente envolve um caráter interdisciplinar ou transdisciplinar; e c) o meio ambiente deve ser embasado em uma visão antropocêntrica

alargada mais atual, que admite a inclusão de outros elementos e valores. Esta concepção faz parte integrante do sistema jurídico brasileiro. Assim, nesta concepção, entende-se que o meio ambiente deve ser protegido com vistas ao aproveitamento do homem, mas também com o intuito de preservar o sistema ecológico em si mesmo. Em sentido jurídico: a) a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais; b) o meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é um macrobem unitário e integrado. Considerando-o macrobem tem-se que é um bem incorpóreo e imaterial, com uma configuração de microbem; c) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Trata-se de um bem jurídico, autônomo, de interesse público; e d) o meio ambiente é um direito fundamental do homem, considerado de quarta geração, necessitando, para a sua consecução, da participação e responsabilidade partilhada do Estado e da coletividade. Trata-se de fato, de um direito fundamental intergeracional, intercomunitário, incluindo a adoção de uma política de solidariedade[19].

A questão ambiental engloba um conjunto de interações internas ao sistema social e deste com o ambiente. O esgotamento de recursos naturais e energéticos não renováveis, a expansão urbana e demográfica, os processos de exclusão social comprometem a qualidade de vida humana. Sinteticamente, a análise ganha um viés econômico de um bem coletivo (intercomunitário) que necessita para a sua conservação uma responsabilidade partilhada entre a sociedade, o Estado e as empresas que conjuntamente garantem um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A efetividade dos direitos ambientais está ligada à idéia de reparação do dano ambiental. Essa concepção, antes de ser legalista, é cultural, voltada filosoficamente às necessidades do homem[20].

O homem e suas necessidades dependem da manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado. A evolução cultural é o ponto convergente entre a quantificação das leis e a qualidade das mesmas no efetivo serviço de manter o bioma. O homem enquanto indivíduo, enquanto administrador, usufrutuário da natureza, não possui o direito de poluir, destruir ou comprometer a existência das espécies animais e vegetais e *ad futuram* o exaurir dos direitos da personalidade através do extermínio do sujeito.

Édis Milaré tece as seguintes considerações:

[...] Ao término destas considerações, é preciso, ainda uma vez, encarecer a importância de uma ‘revolução cultural jurídica’ que facilite aos interessados, na área do direito ou em qualquer outra, alcançar uma posição de vanguarda na consideração do mundo em que vivemos, isto é, da Terra como ‘a casa comum’ de todos os seres bióticos e abióticos, tendo a espécie humana como administradora criteriosa do sistema planetário. Nosso tempo é propício a essa grande empreitada: vemos de alguma forma os rumos que toma a sociedade pós-moderna; e mais concretamente, nos apercebemos dos graves

riscos (alguns já próximos) que envolvem a sobrevivência do Planeta, e, por conseguinte, da nossa própria espécie. Não é possível que falte a coesão mínima entre os ameaçados de um desastre comum: não somos mais que partes de um todo vivo, do qual dependemos, em absoluto para existir[21].

O horizonte da cultura humana apresenta uma complexidade irrefutável e o limite da lei se perfaz insuficiente para o controle das agruras e disparidades de compreensão do mundo.

O ser humano, como destruidor da natureza, está beirando “ecocídio”[22]. Assim como as sociedades se construíram e formaram suas matizes valorativas, a ausência de uma consciência ambiental coletiva não detém um instinto destrutivo, para alguns, inconsciente, por meio da negação de limites.

A certeza heterogênea sobre os bens ambientais eternos pode ser consciente ou inconsciente. A realidade da informação e a compreensão dessa verdade pela educação e pelos saberes não figuram como dinâmicas puramente epistemológicas.

O saber como emancipador aproxima o ser humano da verdade num primeiro momento e *a posteriori*, quiçá, a libertação “dos grilhões” da ignorância, garantindo um processo sustentável de manutenção da vida.

3. A COMPLEXIDADE DO PARADOXO PERSONALIDADE E MEIO AMBIENTE

A proteção ao meio ambiente demanda inúmeras análises: social, econômica, política e legislativa. O uso econômico não por ser a mais relevante na relação entre a economia e a ecologia. A tônica do discurso ambiental não está centrado na utopia conservacionista, mas no contexto de uma conjuntura sistêmica entre o homem-econômico e os seus direitos de personalidade. Através das variáveis de crescimento e desenvolvimento humano e econômico que não possui um contorno aprisionado no discurso ambientalista, mas vislumbra a materialização de um novo paradigma que não se restringe ao contorno consumerista. A proposta ecologista inclina os homens a uma nova sociedade que conjuga a qualidade de vida e o crescimento econômico.

As atividades econômicas devem levar em consideração a necessidade de preservação da vida com qualidade, sem descuidar da dignidade humana. Os riscos e os impactos ambientais e sociais devem ser calculados e as atividades depredatórias extintas sob pena de um dano irreparável ao bioma humano.

O ponto nevrálgico entre ambiente e personalidade não descarta de uma análise da inversão paradigmática propiciada pela Constituição de 1988 e do novo Código Civil (Lei 10.406/2002). A tutela jurisdicional não constrói seu domínio balizatório no

patrimônio; o sujeito ocupa o centro da proteção jurisdicional numa leitura despida do contorno do Código Civil anterior (Lei 3.071/1916).

Inúmeros assuntos receberam uma nova roupagem através da constitucionalização do direito como os contratos, a filiação, a empresa. O cerne desse trabalho que vai ganhando suas linhas finais destaca a importância da análise prévia dos direitos da personalidade e da classificação dos bens imóveis ligando-os à abrangente análise dos bens ambientais.

A Constituição Federal trouxe a classificação de bem de uso comum por ser esta a mais abrangente e completa no que concerne aos aspectos sociológicos. A conotação dominical e econômica é prevalente no Código Civil, a proteção ambiental não está restrita a uma apropriação individual, eis que a propriedade possui uma função social que deve ser respeitada.

Para José Robson da Silva^[23]:

O ambiente equilibrado como direito fundamental pode ser um instrumento de realização da personalidade da pessoa em vários sentidos (...) Da patrimonialização da natureza salta-se para a gestão dos recursos ambientais. Este salto não é aleatório, é necessário. A titularidade estatal sobre os bens ambientais é recebida com certa concordância pelos privados. O mesmo não ocorre quanto aos meios e às formas de administração desses bens. O discurso econômico dominante afirma que a gestão ambiental e econômica dos novos e antigos bens públicos é por demais importante para ficar apenas sob o poder do Estado. Esta tese perfilha a mesma idéia, mas com variações profundas. O Estado não pode ser o único gerente dos bens ambientais, pois tais bens integram o patrimônio difuso da sociedade. Com isso não pode ter como democrático a gerência dos bens públicos e difusos sem a participação popular.

A interpretação restritiva incita a uma análise de que os bens são dissociados dos direitos da personalidade. Para além da titularidade dos bens ambientais é preciso focar a proteção ambiental para a manutenção da vida.

O homem é muito mais do que um contratante, por várias razões. Preliminarmente, através dos meios de aquisição de propriedade ele não contaria com um outro elemento subjetivo na relação jurídica. No estudo basilar sobre direitos obrigacionais (art. 233 ao 965 do Código Civil) e reais (art. 1196 ao 1510 do Código Civil) essa distinção possui uma dissonância conhecida, mas é ponto concludente na doutrina de que a coisa de ninguém, *res nullius*, pode ser adquirida por aquele que mantiver a sua posse e venha a adquirir a propriedade. E como possuidor, ainda assim, deve ser atendida a função social da propriedade já descrita na Constituição Federal.

José Robson da Silva complementa[24]:

Essa mudança é nitidamente uma mudança de paradigma, pois como se está a ressaltar, a doutrina patrimonial clássica se estrutura em torno do fim econômico do patrimônio, a contrário senso, a doutrina do patrimônio ecológico considera primordial a pessoa em relação com outras pessoas e com o ambiente em equilíbrio. Um dos núcleos deste paradigma é a dignidade da pessoa humana. Uma dignidade não se faz sem equilíbrio ambiental e sem um patrimônio mínimo capaz de retirar o ser humano de um estado de indigência e inseri-lo na sociedade. Não se pode evidentemente reduzir a dignidade humana ao componente econômico (...) Salienta-se que no sistema capitalista há uma imbricação direta, não exclusiva entre dignidade humana e patrimônio, na perspectiva de que um fator estrutural da sociedade brasileira (capitalismo) não permite (regra geral) que pessoas sem um patrimônio economicamente relevante, ou mínimo, possam desenvolver-se plenamente.

No segundo aspecto consiste em buscar a aliança entre o desenvolvimento econômico e o aproveitamento ecologicamente sustentável da natureza, pois esses elementos de maneira conjunta garantem a manutenção dos bens ambientais evitando o esgotamento dos bens.

A questão ambiental traz em seu bojo a infungibilidade dos bens, cientificamente fundada na impossibilidade de sua restituição. Como arrebique de ilustração aponta-se para o esgotamento dos bens, provocando o perecimento da fauna e da flora. A deterioração dos bens de maneira continuada e periódica comprometerá o bem estar do amanhã, ou seja, a existência das futuras gerações.

A questão é também sociológica, pois o homem não é um possuidor, mas, sim, um indivíduo que pertence ao ambiente e dele sobrevive. Numa interpretação restrita, se fosse o caso em tela, somente o possuidor teria comprometimento na garantia da vida por meio do uso dos bens ambientais. A viragem copernicana apresenta essa roupagem inolvidável, em suma, não se pode esquecer que os pontos mais importantes são, sem dúvida, a diminuição das desigualdades sociais, a manutenção saudável do paradoxo administrativo entre exploração e manutenção do ecossistema e a garantia de uma vida saudável e digna para a humanidade, pois a globalização indica um caminho conjunto e interdependente. É preciso um contrato social para a harmonização entre o homem e a natureza.

Para Serres[25] o contrato social pode ser entendido ainda:

O contrato social generaliza esta lei da verdade quando Rousseau diz que a vontade geral não poderia errar. Sem dúvida. Se o contrato funda a sociedade, a política, por sua vez, se funda sobre o direito, pois o contrato é seu ato fundamental. A convenção,

enquanto reunião convencionada de uma multiplicidade de homens, funda-se tautologicamente na convenção, no sentido de um acordo contratual e convencional.

A dignidade humana e a relação do sujeito com o ambiente teceram um fino substrato da valorização do ser em detrimento do patrimônio (ter) e esta diretriz teórica do Direito Civil apresenta-se como uma máxima tangenciadora que se estende à proteção ambiental.

O desgaste da natureza, o aquecimento global e o avanço da industrialização não ameaçam somente a fauna e a flora. O paradoxo no bem-estar advindo da natureza, agora, recai sobre um comprometimento do futuro comum do próprio homem e, conseqüentemente, da natureza.

O engendramento das idéias encontrou marco paradigmático no ‘Contrato Natural’ de Michel Serres no que concerne ao respeito ao meio ambiente e à vida sustentável. O homem deve preservar o meio ambiente em sua acepção mais profunda: o sentido de conservação da vida. Na relação entre o contrato e a corda, o contrato social se desloca sob a forma de corda e a sociedade, em sua ligação, tem seu primeiro elo indissolúvel.

A relação do homem com a natureza une o contrato natural ao contrato social especialmente na relação de sobrevivência. O contrato natural une as pessoas vicinalmente e globalmente em grandes escopos planetários.

O sentido da dignidade da pessoa humana por meio do destaque do sujeito ético tem vértices simultâneos, pois do sentido de conservação do meio ambiente depreende-se ações coletivas como o aproveitamento de uma técnica éticamente responsável, confluindo para um desenvolvimento economicamente eficiente.

A capacidade propulsora do homem não se dissocia das legitimações políticas, éticas e jurídicas. O desenvolvimento sustentável se apresenta como resposta cultural às necessidades humanas. As indenizações, em que pese a sua complexidade, e por que não dizer a sua necessidade se configura numa solução marginal que não atenta para a conservação ambiental em seu sentido de permanência e continuidade.

Para Cristiane Derani[26]:

Uma economia ecologicamente alinhada, isto é, uma economia que considera os aspectos ambientais de qualidade do ambiente e sustentabilidade dos recursos, é uma economia que se desenvolve pautada no princípio da defesa do meio ambiente, inscrito na ordem econômica constitucional, e que se destina a realizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme dispõe o artigo 225 da Constituição.

A Constituição trouxe a lume o princípio do desenvolvimento sustentável no que concerne à ordem econômica. O desenvolvimento sustentável não pode ser descartado quando os valores vida e do bem estar recebem tutela.

As dimensões essenciais da juridicidade ambiental foram divididas por Canotilho em quatro aspectos basilares:

a) dimensão garantístico-defensiva, no sentido do direito de defesa contra as ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes públicos; b) dimensão positivo-prestacional, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e processo de realização do direito ao ambiente; c) dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente; d) dimensão jurídico-participativa, impondo e permitindo aos cidadãos e a sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais[27].

Para além da tratativa constitucional, é preciso observar o reconhecimento de um novo direito fundamental trazido pela Conferência das Nações Unidas, sobre o Ambiente Humano, em 1972, em seu Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à *liberdade*, à *igualdade*, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio ambiente cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

‘Ecologicamente equilibrado’ nos dizeres de Canotilho:

Trata-se de expressão cujo sentido precisa ser bem demarcado, sob pena de se perturbar a aplicação dos dispositivos constitucionais e das normas infraconstitucionais dela dependentes. [...] Equilíbrio ecológico é uma dessas noções aceitas pela norma jurídica, no caso, a constitucional, e que *in casu*, baseia-se na idéia de que todos os organismos vivos estão de algum modo inter-relacionados no meio ambiente natural. [...] Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela Constituição, antes de ser estático, é um sistema dinâmico.

Outro norteador do princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana é a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que traz, em seu Princípio 1, a seguinte disposição: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Ao Estado foi incumbida a tarefa de garantir um meio de vida adequado para todos os cidadãos, mas o crescimento populacional traz consigo um agravamento dos problemas sociais, ambientais, culturais complexos, embora não irresolúveis. As metas ecológicas são fundamentais para um desenvolvimento equânime da pessoa humana, pois o desenvolvimento tecnológico não supre o esgotamento do capital natural, que tem no consumismo exacerbado um entrave das práticas econômicas e da proteção jurídica do meio ambiente e, conseqüentemente, da pessoa humana.

Canotilho[28] ilustra uma visão holística e juridicamente autônoma do meio ambiente trazido pela Constituição de 1988:

Ao abraçar essa concepção holística e juridicamente autônoma do meio ambiente, o constituinte de 1988 distancia-se de modelos anteriores, praticamente fazendo meia-volta, especialmente ao admitir que: - o meio ambiente dispõe de todos os atributos requeridos para o reconhecimento jurídico expresso, no patamar constitucional; - tal reconhecimento e amparo se dão por meio de uma percepção ampliada e holística, isto é, parte-se do todo (= biosfera) para chegar os elementos; - a todos os seus elementos são apreciados em uma perspectiva relacional ou sistêmica, que vai além da apreensão atomizada e da realidade material desses mesmos elementos (ar, água, solo, florestas, etc.); - a valorização do meio ambiente se faz com fundamentos éticos explícitos e implícitos, uma combinação de argumentos antropocêntricos mitigados (= a solidariedade intergeracional, vazada na preocupação com as gerações futuras), biocêntrico e até ecocêntrico (o que leva a um holismo variável, mas, em todo caso, normalmente, acoplado a certa atribuição de valor intrínseco da natureza); - o discurso jurídico-ambiental passa, tecnicamente, de tricotômico a dicotômico, pois há decorrência da linguagem constitucional, desaparecendo o *ius dispositivum*, já que a voz do constituinte expressou-se somente por dispositivos do tipo *ius cogens* e *ius interpretativum*, o que banha de imperatividade geral as normas constitucionais e a ordem pública ambiental infraconstitucional; - a tutela ambiental deve ser viabilizada por um instrumental próprio de implementação, igualmente constitucionalizado, como a ação civil pública, a ação popular, as sanções administrativas e penais e a responsabilidade civil pelo dano ambiental, o que nega aos direitos e às obrigações abstratamente assegurados a má sorte de ficar ao sabor da boa vontade do legislador ordinário. Quanto a esse último ponto, cabe notar que a ênfase nos instrumentos de implementação é um dos mais louváveis aspectos da Constituição.

Após essa análise constitucional, trazida por Canotilho, é imprescindível retratar questões de ordem prática no que diz respeito à tarefa estatal e sua aplicabilidade. A problemática da tomada de decisão pode ter escopo na pobreza, na erosão, na contaminação da água e do ar[29]. A tarefa fiscalizadora recai sobre o Estado na

regulação da oferta dos produtos e serviços que não ofereçam risco à comunidade. O traço comprobatório das vantagens e desvantagens dos produtos e dos serviços prestados aos usuários pode ser observado através de sua taxaço e fiscalizaço. A fiscalizaço é indispensável, mas variante entre os três aspectos. Uma fiscalizaço exacerbada atrasa o processo produtivo e encarece a produço, aumentando a pecúnia sobre os produtos. No mesmo viés, uma produço competente em larga escala, mas descomprometida com a setorizaço ambiental, angaria danos sociais e ambientais nem sempre reversíveis para a comunidade.

4. LINEAMENTOS CONCLUSIVOS

O ambiente como direito humano fundamental se direciona ao desfrute das condições de vida num ambiente saudável e equilibrado. Essa afirmaço encontra respaldo no fortalecimento de iniciativas sociais e de políticas públicas que confluam para uma descentralizaço de medidas, que convergem para o fim comum do funcionamento de uma eco-socioeconomia.

Os marcos ecológicos apontam para um nível de desenvolvimento educacional e ambiental, no vértice da interferência de padrões, garantindo ao direito ambiental esse caleidoscópio valorativo e a harmonia entre crescimento/desenvolvimento ambiental e econômico.

Para Piñar Mañas, o vértice economia e ecologia tem um tangenciamento a ser destacado:

La causa de nuestras actuales preocupaciones se origina claramente por la disiciacion de dos enfoques que deberían ser coincidentes: el economico y el ambiental. Pese a que etimologicamente estas dos expresiones quieren decir lo mismo, de acuerdo com sus raíces griegas, en la práctica se há tratado de medrar empresarialmente, a costa del ambiente. Nadie salvo un pirómano perturbado o equivalente, daña conscientemente a la naturaleza sin pretender un lucro concreto, o al menos economizar esfuerzos. [...] Los mismos propósitos transitan por los médios industriales donde se intenta obtener beneficios adicionales abarantando los procesos productivos a costa de bienes comunes, que se destruyen sin pagar por ello[30].

A proposta do que vem a ser o vocábulo ‘sustentabilidade’ está em equilibrar estes dois enfoques: o econômico e o ambiental. O aspecto social surge com o paradigma biocêntrico que traz o homem, enquanto ser social por excelência, para o centro das discussões, uma vez ser ele o primeiro interessado na qualidade de vida do planeta. Se se na prática o aspecto empresarial restou melhorado tendo em vista os interesses com a preservação do meio ambiente, as grandes empresas e seus gestores

bem sabem que o lucro não pode vir a qualquer preço. Mesmo porque o dano à natureza significa a própria destruição da vida e da existência humana.

Ainda no tocante ao conteúdo da expressão, tem-se que a *sustentabilidade* é o resultado das ações humanas fundadas na ética e tem por base a transversalidade das políticas públicas. Assim, há que se fomentar parcerias entre o público e o privado, ou seja, entre as empresas e o terceiro setor, entre o Estado (nos três níveis de atuação) e as empresas, independentemente do patamar de crescimento em que estas se encontram porque o fundamental é subsidiar o *social*. Lembre-se da máxima no sentido de que se o homem não cuidar de si, não terá condições de cuidar do planeta.

O ideal do desenvolvimento sustentável, conforme seu conceito de origem pelo Relatório Brundtland (1983) como *aquela que deve atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro*, ainda não foi concretizado porque a pobreza ainda existe no mundo, somada ao desrespeito aos limites ecológicos, e o crescimento econômico ocorre apenas nos países ricos. Tem-se que agregar a participação do cidadão na mudança deste *paradigma* ou, como disse o citado Relatório, “todos nós neste planeta compartilhamos um futuro comum: morreremos ou sobrevivermos juntos”.

Nas lições de José Robson da Silva^[31]:

As configurações do princípio da dignidade humana são desenhadas, portanto, num quadro multifacetado. No âmbito de uma investigação sobre o patrimônio, fica claro que no sistema econômico do país uma pessoa não tem a sua dignidade resguardada se não é detentora de um mínimo patrimonial, como também tem esta dignidade afrontada se sua qualidade de vida for desestabilizada, se o entorno ambiental estiver em colapso, se o acesso a saúde for negado. Com isto é claro que a dignidade humana como preceito constitucional Não se restringe aos aspectos patrimoniais, passando por um conjunto de direitos humanos de cores liberais que englobam liberdade, igualdade etc., mas também por direitos de segunda geração (direitos sociais) e de terceira geração (meio ambiente equilibrado).

A ação humana não é frágil na natureza, os impactos causados pela usurpação ambiental podem trazer conseqüências desastrosas. Um princípio central organizador do mundo social ficaria tem um esteio comprometido com a manutenção dos bens ambientais que garantem a manutenção dos direitos da personalidade. A relação jurídica em sentido amplo homem-natureza.

A meta a ser alcançada com o desenvolvimento sustentável consiste em buscar a aliança entre o desenvolvimento econômico e o racional aproveitamento dos bens

ambientais evitando o esgotamento. A Constituição Federal, o Código Civil e toda sorte da produção legislativa garantem a biodiversidade.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado, portanto, um terceiro gênero, pois não se enquadra na esfera pública ou privada. Deve ser entendido como direito difuso, que pode ser definido como um interesse ou direito transindividual, ou seja, que ultrapassa a esfera de direitos e obrigações de caráter individual, sua natureza é indivisível, pois engloba além dos aspectos relativos à legislação civil, o caráter humano, visto tratar-se de um bem indispensável a manutenção da sadia qualidade de vida.

O desgaste da natureza e o avanço da industrialização não ameaçam somente a fauna e a flora. O paradoxo no bem-estar advindo da natureza, agora, recai sobre um comprometimento do futuro comum do próprio homem e, conseqüentemente, da natureza.

O conjunto de saberes dinamiza o estudo e a proteção ambiental a cada dia. A proteção do ecossistema torna-se uma proteção à vida e à dignidade humana. O desenvolvimento social e industrial trouxe consigo uma plêiade de riscos e, mais do que enumerar, é preciso controlar e criar soluções para os seus efeitos sob pena de um pericípio humano comum, pois o estudo ambiental converge para a noção de que as comunidades partilham do mesmo destino, para além da globalização.

Economia, direito e meio ambiente mostram-se indissociáveis no que concerne à administração e gestão dos bens ambientais. Ligações intrínsecas e extrínsecas dimensionam concomitantemente o mercado consumidor, a livre iniciativa e a proteção ambiental. Os eixos cultural, econômico e social da vida humana apresentam a tênue linha situada entre o explorar e o preservar o meio ambiente. Uma gestão descomprometida com as questões ecológicas não viabiliza a manutenção dos bens naturais e privilegia um desenvolvimento econômico predatório. Essa degradação paulatina e sem limites fere os princípios constitucionais e compromete a dignidade humana.

O meio ambiente, o ecossistema e a natureza necessitam de uma proteção permanente, pois o gerenciamento constante da biosfera transforma o desafio ambiental em uma oportunidade e para além disso garantem a efetividade dos direitos da personalidade além do contorno consumerista.

5. BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BESSA, Fabiane Lopes. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BORGER, Fernanda Gabriela. Responsabilidade corporativa: a dimensão ética, social e ambiental das organizações. In: DEMAJOROVIC, Jacques; JÚNIOR; Alcir Vilela (org). *Modelos e ferramentas de gestão ambiental*. São Paulo: Senac, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica da jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. P. de (org.) *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Relação de consumo, defesa da economia e meio ambiente. p. 740 In: PHILLIPI, Arlindo Júnior; ALVES, Alaôr Caffé. *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. São Paulo: Manole, 2005.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do meio ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Trad. Lúcia Mathilde Enderlich Orth. São Paulo: Cortez, 2007.

MAÑAS, José P. L. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis; LOURES, Flavia R. T. Meio ambiente e os direitos da personalidade. São Paulo, *Revista de Direito Ambiental*, v. 10, n. 37, p. 11-27, jan./mar. 2005.

NEVES, Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia da Letras, 1999.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia da Letras, 2000.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Trad. Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA, Ana Cristina Silveira. A relação do homem e meio ambiente e a reparação do dano ambiental: reflexões sobre a crise ambiental e a teoria do

risco na sociedade. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; PAVIANI, Jaime (Org.). *Direito ambiental: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária*. Caxias do Sul: Educs, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

[1] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia da Letras, 2000.

[2] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Relação de consumo, defesa da economia e meio ambiente. p. 740 In: PHILLIPI, Arlindo Júnior; ALVES, Alaôr Caffé. *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. São Paulo: Manole, 2005, pp 739-785.

[3] BORGER, Fernanda Gabriela. Responsabilidade corporativa: a dimensão ética, social e ambiental das organizações. In: DEMAJOROVIC, Jacques; JÚNIOR; Alcir Vilela (org). *Modelos e ferramentas de gestão ambiental*. São Paulo: Senac, 2006, p. 39.

[4] SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62-63.

[5] SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia da Letras, 1999, p. 61.

[6] GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do meio ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 280.

[7] NEVES, Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, p. 69.

[8] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 76.

[9] SERRES, Michel. *O contrato natural*. Trad. Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 128.

[10] SERRES, Michel. *O contrato natural*, pp. 15-16.

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica da jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 93.

[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

[13] BESSA, Fabiane Lopes. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 8.

[14] MILARÉ, Édís; LOURES, Flavia R. T. Meio ambiente e os direitos da personalidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, SP, v. 10, n. 37, pp. 11-27, jan./mar. 2005.

[15] SILVA, José Robson. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 254-256.

[16] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.171.

[17] MILARÉ, Édís. LOURES, R. T. Flavia. Meio Ambiente e os Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, SP, v. 10, n. 37, pp. 11-27, jan./mar. 2005.

[18] MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 757-759.

[19] LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 95-96.

[20] SILVEIRA, Ana Cristina Silveira. A relação do homem e meio ambiente e a reparação do dano ambiental: reflexões sobre a crise ambiental e a teoria do risco na sociedade. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; PAVIANI, Jaime (Org.). *Direito ambiental: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária*. Caxias do Sul: Educs, 2006. p. 37.

[21] MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 802. (grifos do autor).

[22] LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Trad. Lúcia Mathilde Enderlich Orth. São Paulo: Cortez, 2007. p. 190.

[23] SILVA, José Robson. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. pp. 269-276.

[24] SILVA, José Robson. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. pp. 127.

[25] SERRES, Michel. *O contrato natural*, p. 91.

[26] DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José. Purvin. de (org.) *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 100.

[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 4-5.

[28] BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 84 e 85.

[29] LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Trad. Lúcia Mathilde Enderlich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p 230.

[30] MAÑAS, José P. L. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2002., pp. 58-59. Tradução livre: A causa de nossas preocupações atuais tem origem clara e justamente em dois enfoques que deveriam ser coincidentes: o econômico e o ambiental. Aparentemente, as expressões pelo seu sentido etimológico querem dizer o mesmo, de acordo com as raízes gregas, mas na prática tem tratado de melhorar empresarialmente à custa do meio ambiente. Nada está a salvo de uma corrida pelo lucro concreto que não é conservacionista, o dano consciente da natureza não economiza esforços [...] os mesmos propósitos que transita, nos meios industriais onde se prevê a obtenção de benefícios adicionais deve baratear os processos produtivos à custa dos bens comuns, que são destruídos sem o devido pagamento.

[31] SILVA, José Robson. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. pp. 124-125

GREVE AMBIENTAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DOS TRABALHADORES

ENVIRONMENTAL STRIKE AND WORKERS' FUNDAMENTAL RIGHT TO A HEALTHY LIFE

Tháísa Rodrigues Lustosa

RESUMO

O Direito Ambiental é caracteristicamente multidisciplinar, guardando interseção com os mais variados ramos do direito, tal qual o Direito do Trabalho, bem como em todas as áreas do conhecimento. O destinatário das normas ambientais é o homem e, em razão dele, os princípios da precaução e da prevenção consagram-se como princípios ambientais basilares, pois estão diretamente associados ao direito fundamental à saúde. Neste contexto, a greve ambiental surge como um instrumento constitucional de autodefesa dos trabalhadores, objetivando evitar a concretização de um risco que, de modo geral, leva a um dano irreversível.

PALAVRAS-CHAVES: GREVE AMBIENTAL; DIREITO À SAÚDE; PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO; PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.

ABSTRACT

The Environmental Law is multidisciplinary in its essence and for this reason happens in other fields of law, as the Labor Law, and also in all areas of knowledge. The recipient of environmental standards is mankind, and for this reason, the principles of precaution and prevention in environmental law are the foundation of its system, as they are directly associated with the fundamental right to health. In this context, the environmental strike is a “self protection” strategy, to prevent the implementation of a risk that, in general, leads to irreversible damage.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL STRIKE; RIGHT TO A HEALTHY LIFE; PRECAUTIONARY PRINCIPAL; PREVENTION PRINCIPAL.

1. INTRODUÇÃO

Com a Constituição Republicana de 1988, a saúde torna-se um direito fundamental do cidadão (art. 196), atrelando-se à questão ambiental (art. 225), e a greve surge como um direito instrumental dos trabalhadores (art. 9º) para assegurar todos os seus interesses.

Posteriormente, a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho e algumas constituições estaduais dão uma nova perspectiva a greve, não limitada apenas a reivindicações de ordem econômica, mas também como um instrumento de proteção à saúde e à segurança do trabalhador, pautada pelos princípios ambientais da precaução e da prevenção. É a greve ambiental.

Para tratar sobre o tema, neste trabalho serão abordados os tópicos: direito ambiental, meio ambiente do trabalho, direito fundamental à saúde, princípio da precaução e da prevenção e greve ambiental.

2. DIREITO AMBIENTAL

O art. 3º da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interação de ordem física, química e biológica, que permite abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Apesar de recepcionado pela Constituição Federal de 1988, este conceito não é satisfatório, sendo amplo e indeterminado, deixando ao interprete o preenchimento de seu conteúdo.

O Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, através do seu voto no MS 22.164-0/SP, conceitua direito ambiental como: “um direito típico de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”[1].

Para José Afonso da Silva, o meio ambiente é “[...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A interação busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.”[2]

José Afonso da Silva apresenta uma definição limitada, deixando oculto, inclusive, os elementos do meio ambiente do trabalho que estão subentendidos nos elementos culturais. Ampliando o conceito, Norma Sueli Padilha estabelece que:

[...] Meio ambiente é tudo aquilo que cerca um organismo (o homem é um organismo vivo), seja o físico (água, ar, terra, bens tangíveis pelo homem), seja o social (valores culturais, hábitos, costumes, crenças), seja o psíquico (sentimento do homem e suas expectativas, segurança, angústia, estabilidade), uma vez que os meios físico, social e psíquico são os que dão as condições interdependentes, necessárias e suficientes para que o organismo vivo (planta ou animal) se desenvolva na sua plenitude[3].

Independentemente do conceito adotado, o meio ambiente possui uma conotação multidisciplinar[4], sendo extremamente amplo, pois perpassa por todo o ordenamento jurídico, uma vez que se associa à sadia qualidade de vida.

Dessa forma, a proteção ambiental deve ser observada em cada um dos ramos do Direito. As normas que protegem aspectos isolados da natureza e do meio ambiente devem ser observadas e interpretadas sob a óptica do direito ambiental, ou seja, ser direcionadas pelos princípios gerais de Direito Ambiental, solucionando, inclusive, possíveis conflitos de interesses de forma a possibilitar a supremacia da proteção à sadia qualidade de vida do homem.

Paulo Bessa Antunes afirma que “[...] não é possível o enquadramento do direito ambiental dentro de um modelo ‘quadrado’, que reparte o direito em diferentes departamentos estanques, e que, a partir de tal compartimentarização, define campos para a incidência desta ou daquela norma.”[5]

Paulo Affonso Leme Machado[6], por seu turno, ensina que o direito ambiental é um direito sistematizador, pois articula a legislação, a doutrina e a jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Assim, procura-se evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica.

De acordo com Guilherme José Purvin de Figueiredo[7], uma das características de qualquer disciplina voltada ao estudo de questões ambientais é a interdisciplinaridade. A referência ao meio ambiente do trabalho está presente em todos os setores do Direito do Trabalho. No Direito do Trabalho Público, tem-se, ainda que de forma tímida, a questão dos acidentes e das doenças decorrentes do meio ambiente de laboral inadequado. No Direito Individual, a concessão de adicionais de remuneração para o exercício de atividades insalubres ou perigosas. No Direito Coletivo, a importância dos sindicatos na luta pela melhoria do ambiente de trabalho.

As tutelas pretendidas pelo Direito Ambiental do Trabalho e pelo Direito do Trabalho não se confundem, como argumenta Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Importante verificar que a proteção do direito do trabalho é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve suas atividades. O direito do trabalho por sua vez, é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações jurídicas entre empregado e empregador. [8]

Assim, tem-se que o Direito Ambiental tutela a vida do ser humano, enquanto o Direito do Trabalho, a natureza jurídica das relações entre as partes envolvidas no processo econômico de produção de bens e serviços.

Dessa maneira, o Direito Ambiental acaba absorvendo temas que até então eram estudados com exclusividade pelo Direito do Trabalho e pelo Direito da Seguridade Social. Sob a ótica da Constituição Republicana de 1988, o meio ambiente do trabalho

engloba os direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo a efetiva garantia desses direitos básicos.

2.1. Destinatários das Normas Ambientais: Antropocentrismo X Ecocentrismo

Uma vez compreendido o conceito, a interdisciplinaridade e a tutela do direito ambiental, cabe analisar quem são os seus destinatários. Sobre o tema há duas correntes: a antropocêntrica e a ecocêntrica.

Pela visão antropocêntrica, o direito ao meio ambiente é voltado à satisfação das necessidades humanas. Quando o art. 225 da Constituição Republicana dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”, o “todos” está se referindo a brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Contudo, como estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente, o direito ambiental tutela todas as formas de vida, não apenas a humana, e até os bens que não possuem vida, como água, ar etc., desde que sejam essenciais à sadia qualidade de vida do homem. Sobre o tema, posiciona-se Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seus princípios fundamentais a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), adotou a visão (necessariamente com reflexos em toda a legislação infraconstitucional – nela incluída a legislação ambiental) explicitamente *antropocêntrica*, atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no País (arts. 1º, I, e 5º da Carta Magna) uma posição de centralidade em relação ao nosso sistema de direito positivo^[9].

Nesse mesmo sentido, o princípio nº 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento^[10] estabelece que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”^[11]

No entanto, como discorre Miguel Reale^[12], não se trata de ver o homem como valor absoluto, mas sim de reconhecê-lo como valor-fonte de todos os valores (hierárquica de valores), pois não haverá dano ao meio ambiente exigindo-se que ele corresponda a um bem de vida tido como essencial ao ser humano.

Tal posicionamento, como demonstra Celso Fiorillo, pode ser verificado no julgamento do *habeas corpus* nº 85.988-MC pelo Ministro Celso de Melo, quando, ao tratar da prisão cautelar, estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como “[...] verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”^[13]

Por outro lado, a visão ecocêntrica estabelece como destinatários do direito ambiental toda e qualquer forma de vida, não apenas a humana, sendo o homem encarado em patamar de igualdade com outro animal qualquer. Segundo Miguel Reale, no ecocentrismo é “[...] o ecológico um ‘*valor absoluto*’, de tal modo que não cabe mais falar em subordinação da Ecologia à Antropologia, nem tampouco que se defenda a natureza em razão da pessoa humana.” [14]

Esta visão recebe duras críticas da doutrina. Para Sandro Nahmias Melo, ela pode até comprometer a prática do direito ambiental do trabalho:

Se a corrente filosófica conhecida como ecocentrismo for adotada como linha mestra do Direito Ambiental torna-se, ao meu ver, insólito e infértil o estudo, ainda que meramente didático, do meio ambiente do trabalho. Note-se que, no meio ambiente do trabalho, os interesses do homem (trabalhador) prevalecem sobre o ecológico e o econômico.[15]

Celso Fiorillo afirma que a vida humana só será possível com a permanência da visão antropocêntrica: “[...] a vida não humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da sadia qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é o destinatário final de toda e qualquer norma.”[16]

O homem tem por objetivo conservar a natureza, claramente, em benefício seu. É nesse contexto que devem ser visualizadas as normas ambientais.

3. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apesar do Direito Ambiental ser uno e indivisível, por estar associado à noção de direito à qualidade de vida, faz-se necessário um corte epistemológico em razão de sua amplitude. Frente a isso, a literatura vê o direito ambiental sob quatro aspectos: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

Norma Sueli Padilha[17], no entanto, demonstra discordância deste posicionamento. A autora defende a existência de apenas dois aspectos do meio ambiente: o natural e o artificial, sendo este resultante da inegável interferência e interação do homem perante e diante daquele. Sob esta ótica, o meio ambiente do trabalho surge como um desdobramento do meio ambiente artificial.

José Afonso da Silva, por seu turno, distingue o meio ambiente em três aspectos (natural, artificial e cultural), mas também insere o meio ambiente do trabalho no meio ambiente artificial. Franco Giampietro estabelece que “[...] o ambiente de trabalho é um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de

direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam.”[18]

Para Guilherme Figueiredo[19], o meio ambiente se apresenta em quatro aspectos, mas a dicotomia entre meio ambiente natural e artificial não faz sentido ao se tratar do meio ambiente do trabalho. Neste caso, faz-se mister a conjunção do elemento espacial (geográfico) com o ato de trabalhar, que pode se dar em diversos ambientes, inclusive nos naturais, como a mineração, a caça, a pesca, a polícia florestal, etc.

Como demonstra Celso Antonio Pacheco Fiorillo, essa distinção em aspectos é meramente didática, objetivando facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Para o Fiorillo, o meio ambiente do trabalho pode ser definido como

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que obstem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.). [20]

A Constituição Federal tutela o ambiente do trabalho no art. 200, VIII, ao atribuir ao Sistema Único de Saúde (SUS) a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; e no art. 7º, XXIII, ao determinar “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. A Lei nº 8080/90 estabelece ainda como competência do SUS a de colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, e de atuar na execução de ações voltadas a saúde do trabalhador (art. 6º, I, c).

O meio ambiente e o trabalho são alguns dos fatores determinantes da saúde (art. 3º da lei nº 8080/90), principalmente, por ser o *habitat* laboral o lugar onde se desenrola boa parte da vida do trabalhador. Sobre o tema disserta o professor Sandro Nahmias Melo:

O meio ambiente do trabalho está inserido no ambiente em geral (art. 200, inc. VIII, da Constituição Federal), de modo que não há como se falar em qualidade de vida se não houver qualidade de trabalho, nem se pode atingir o meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando-se o aspecto do meio ambiente do trabalho.[21]

Assim, tudo que estiver ligado à sadia qualidade de vida insere-se no conceito de meio ambiente, sendo o meio ambiente do trabalho apenas uma concepção mais específica.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A relação entre meio ambiente e saúde é estabelecida constitucionalmente através do art. 225. No *caput*, descreve-se o meio ambiente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida, determinando-se, assim, os dois sujeitos da tutela ambiental: o imediato e o mediato. O primeiro é a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos, inclusive o do trabalho. O mediato é a saúde, a segurança e o bem-estar da população, que se vêm sistematizando na expressão sadia qualidade de vida.

José Afonso da Silva discorre sobre a questão:

A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento.[22]

De acordo com o art. 3º, e da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “o termo ‘saúde’ com relação ao trabalho abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene do trabalho.” [23]

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, devendo o Estado garantir a saúde do cidadão e da coletividade. O direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF) e ao meio ambiente hígido são direitos fundamentais[24], uma vez que estão diretamente ligados ao direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e ao direito à vida, como discorre Raimundo Simão de Melo:

Entendemos que um direito deve ser considerado fundamental quando sua inobservância implica na impossibilidade do exercício do direito fundamental à vida. Ou seja, o exercício de determinado direito deve ser essencial a proteção e manutenção do mais fundamental de todos os direitos, que é o direito à vida.[25]

Para Ingo W. Salet[26], os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, enquanto os direitos humanos possuem validade internacional, sendo reconhecidos em documentos de direito internacional. Os direitos naturais, por outro lado, são aqueles inerentes à natureza humana, mas que não se encontram dotados de exigibilidade no ordenamento positivo de um Estado.

Alexandre de Moraes[27] destaca que o direito à vida é o direito primordial do ordenamento jurídico, pois é um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos, inclusive o direito à saúde. O direito à vida possui uma dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda, de se ter vida digna quanto à subsistência, cabendo ao Estado o dever constitucional de assegurá-la.

Nesse ínterim, todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho limpo e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional. O inciso XXII do art. 7º da CF estabelece ainda como direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

A Agenda 21, ao tratar sobre o fortalecimento do papel dos trabalhadores e de seus sindicatos (capítulo vinte e nove), estabeleceu, entre os objetivos para o século XXI, “[...] a redução de acidentes, ferimentos e moléstias de trabalho, segundo procedimentos estatísticos reconhecidos” e o aumento da oferta de “[...] educação, treinamento e reciclagem para os trabalhadores, em particular na área de saúde e segurança no trabalho e do meio ambiente.” [28]

4.1. Jurisprudência do STF

A supremacia do direito fundamental à saúde do trabalhador foi explicitada, em sede de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.937-7/SP[29], requerida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria contra ao Governador e à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Em questão estava a Lei nº 12.684/07 do Estado de São Paulo, que “proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenha fibras de amianto em sua composição”. Como argumento de defesa à constitucionalidade da lei, tinha-se a preservação da saúde pública, de forma que a população não mais ficasse exposta aos riscos de contaminação proveniente do uso de produtos com amianto.

O STF já havia se manifestado sobre a temática em dois outros momentos: na ADIN nº 2656-9/SP e na ADIN nº 2.396-9/MS. Os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul haviam criado as leis nº 10.813/01 e nº 2.210/01, respectivamente, proibindo a produção e a comercialização de qualquer tipo de amianto, divergindo, assim, da Lei Federal nº 9.055/95, que regula o assunto e autoriza o uso, em todo território nacional, da espécie de amianto denominada “crisotila”[30]. Na oportunidade, o STF considerou as leis inconstitucionais por incompetência material dos Estados-membros para legislar sobre o assunto, uma vez que a mesma é atribuída à União, mantendo a discussão restrita ao aspecto formal das leis.

O mesmo, provavelmente, se repetiria no julgamento da ADIN nº 3.937-7/SP, no entanto, o Min. Joaquim Barbosa afastou-se das questões meramente formais e

apresentou diversos argumentos que demonstravam o risco causado pela crisotila à saúde, como: I - o Conselho Nacional do Meio Ambiente ter reconhecido, em 2004, que não há limites seguros de exposição humana à crisotila; II – a Convenção nº 162 da OIT, em que o Brasil assume o compromisso de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto; III – o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado; IV – o princípio da dignidade da pessoa humana; V – os princípios da precaução e da prevenção; VI - a existência viável de substitutivos ao amianto.

Após a exposição do Ministro, o STF indeferiu o pedido de liminar que havia sido concedido pelo Min. Relator Marcos Aurélio, prejudicando o agravo regimental, sendo vencidos três votos - dos Ministros Marcos Aurélio, Ellen Gracie e Menezes Direito.

Referida decisão foi uma vitória na defesa da saúde e do meio ambiente sadio, resta agora aguardar o julgamento da ADIN, na expectativa de que a decisão pela constitucionalidade Lei nº 12.684/07 do Estado de São Paulo se mantenha.

5. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO

José Gomes Canotilho estabelece que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos factos e jurídicos.”^[31]

O Direito Ambiental assenta-se nos princípios basilares da prevenção e precaução, pois o dano ambiental (aqui incluído o dano à saúde), em regra, é irreparável e irreversível. Cristiane Derani demonstra que esses princípios partem da idéia de risco, compreendido como a “possibilidade de perigo”.

O risco representa uma ‘possibilidade de perigo’, quer dizer, há um perigo mais ou menos previsível. O perigo pode ser definido como uma ‘situação de fato da qual decorre o temor de uma lesão física ou moral a uma pessoa ou uma ofensa aos direitos dela.’^[32]

Por seu turno, Paulo Affonso Leme Machado, remetendo-se a Gerd Winter, demonstra que perigo ambiental e risco ambiental não se confundem uma vez que aquele é proibido e deve ser excluído, enquanto o risco é tolerado e deve ser minimizado.

[...] Se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não acontece com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados. Se a legislação proíbe ações perigosas, mas

possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o ‘princípio da precaução’, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano. [33]

Utilizando a definição do Glossário de termos, expressões e siglas em saúde do trabalhador da Vigilância Sanitária da Prefeitura de São Paulo, tem-se o risco como “[...] a probabilidade de ocorrência de um evento causador de dano às pessoas e ao meio ambiente de forma leve ou grave, temporária ou permanente, parcial ou total.”[34]

Sandro Nahmias Melo define **prevenção** como a “atitude voltada para o conhecimento, análise e julgamento das potencialidades dos riscos e a disposição para intervir e evitar a ocorrência de possíveis danos às pessoas e ao meio ambiente.”[35] A prevenção encontra-se presente no princípio nº 8 da Declaração sobre Meio Ambiente do Rio de Janeiro de 1992:

A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção, consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriada.[36]

O princípio de **precaução**, por sua vez, determina que, mesmo na incerteza do risco, mas frente à irreversibilidade dos prejuízos eventuais ao ser humano, devem-se adotar medidas preventivas, pois o aspecto humano prevalece em face do econômico. “O princípio da precaução pode, portanto, ser definido como uma nova dimensão da gestão do meio ambiente na busca do desenvolvimento sustentável e da minimização dos riscos.”[37]

Nesse sentido, versa o art. 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreparável, a falta da certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.[38]

Seu fundamento pátrio encontra-se no art. 4º, I e IV da lei 6.938/81, que foi expressamente incorporado pelo art. 225, §1º, IV da Constituição Federal.

O princípio da precaução não tem por objetivo imobilizar as atividades humanas, mas sim, visa à durabilidade da sadia qualidade de vida do homem (em todas suas gerações) e à continuidade da natureza existente. Como discorre o jurista Jean-Marc Lavieille, “o princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o

que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o que nós deveríamos duvidar.” [39]

Norma Sueli Padilha e Celso Fiorillo não fazem distinção entre os princípios, utilizando a nomenclatura prevenção e precaução como sinônimas. Contudo, Paulo Bessa Antunes[40], destaca que, apesar de serem princípios muito próximos, eles não se confundem, pois o da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informação sobre eles.

Solange Teles Silva distingue tais princípios a partir da caracterização do risco hipotético e do risco certo. Citando Kourilsky e Viney, a autora estabelece que “[...] no caso da precaução, trata-se da probabilidade de que a hipótese seja exata [risco hipotético]; no caso da prevenção, o perigo está estabelecido e trata-se da probabilidade do acidente [risco certo].”[41]

Tais princípios podem ser identificados em diversos trechos do ordenamento jurídico: art. 12 da Convenção da OIT n° 155; art. 7.1. c da Convenção da OIT n° 184; arts. 160, 161, 163 do Consolidado Trabalhista; §1° do art. 229 da Constituição do Estado de São Paulo, etc.

Nesse ínterim, pode-se concluir que, em função da melhoria da qualidade de vida do homem atual e futuro, o meio ambiente deve ser protegido e a lógica do desenvolvimento das atividades humanas modificada. Os princípios da precaução e da prevenção impõem “[...] uma nova visão dos meios e instrumentos de proteção do próprio meio ambiente do trabalho”[42], uma vez que prioriza medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente laboral.

6. GREVE AMBIENTAL

O art. 9° da Carta Magna assegura o direito de greve, determinando que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Amauri Mascaro Nascimento[43] destaca que a greve é um direito fundamental do homem social tão relevante quanto os principais direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, verifica-se que a greve é um direito fundamental[44] de destaque em razão da sua natureza instrumental. Em outros termos, ela é o instrumento para o exercício de um direito fundamental material que, no caso da greve ambiental, é o direito à saúde dos trabalhadores, enquanto desdobramento do direito à vida. Nesse sentido, José Afonso da Silva se posiciona:

[...] a greve não é um simples direito fundamental dos trabalhadores, mas um direito fundamental de natureza instrumental e desse modo se insere no conceito de garantia constitucional, porque funciona como meio posto pela Constituição à disposição dos

trabalhadores, não como bem aferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses. [45]

Segundo Alexandre de Moraes, a greve pode ser definida “[...] como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados.”[46]

Arnaldo Süssekind estabelece que “o direito do Trabalho, de um modo geral, só admite a greve de finalidades profissionais, objetivando pressionar o empregador a adotar ou rever condições contratuais ou **ambientais do trabalho**”[47] (grifo do autor). Süssekind reporta-se às diversas espécies de greve: reivindicativas (busca melhoria das condições de trabalho), de solidariedade (em apoio a outras categorias), políticas (visa a transformações econômicas ou sociais) ou de protesto.

A conceituação de greve ambiental, no entanto, ainda é inexistente na legislação e escassa na doutrina pátria. Para Celso Fiorillo, “a greve [ambiental] é um instrumento constitucional de autodefesa conferido ao empregado, a fim de que possa reclamar a salubridade do seu meio ambiente do trabalho e, portanto, garantir o direito à saúde.”[48]

Raimundo Simão de Melo conceitua greve ambiental como sendo:

[...] a paralisação coletiva ou individual, temporária, parcial ou total da prestação de trabalho a um tomador de serviços, qualquer que seja a relação de trabalho, com a finalidade de preservar e defender o meio ambiente do trabalho de quaisquer agressões que possam prejudicar a segurança, a saúde e a integridade física e psíquica dos trabalhadores.[49]

O conceito de Melo traz duas inovações no instituto da greve: a paralisação individual e os requisitos de deflagração. Enquanto a greve, em sentido *lato*, tem o aspecto unicamente coletivo, a greve ambiental pode ser vista sob a ótica individual, por estar atrelada a um bem maior – a defesa do direito à vida e, conseqüentemente, à saúde.

Outro diferencial são os pressupostos de validade da greve ambiental, cuja finalidade é implementar adequadas e seguras condições de trabalho, enquanto bem de uso comum do povo. O objetivo específico de tutela é a saúde e a qualidade de vida do trabalhador. No caso em que os trabalhadores reivindicam melhorias dessas condições em razão de um risco comum, a greve deve obedecer às formalidades previstas na Lei n° 7.783/89.

Os requisitos estabelecidos pela referida Lei são: I – primeiramente, frustrar a negociação ou verificar a impossibilidade de recursos via arbitral (art. 3°); II – notificar a entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados com antecedência mínima de 48 horas da paralisação (art. 3°, parágrafo único); III - convocar

a assembléia geral pela entidade sindical para definir as reivindicações da categoria e deliberar sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços (art. 4º); IV - nos serviços ou atividades essenciais, comunicar os empregadores e os usuários sobre a decisão da greve com antecedência mínima de 72 horas da paralisação (art. 13).

Por outro lado, quando o risco à saúde e à vida do trabalhador é grave e iminente, não há que se falar em observância a requisitos formais, pois o risco é imediato, incontroverso e a sua eliminação é urgente.

Nesse sentido, foi o posicionamento jurisprudencial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, ao julgar o Dissídio Coletivo nº 153/96. Na oportunidade, os trabalhadores de uma empresa metalúrgica deflagraram greve em razão de ter sido frustrada todas as tentativas de negociação para se adequar o local laboral ao desenvolvimento das atividades de forma digna e segura, eliminando o risco grave e iminente à saúde. Apesar da alegação de inobservância dos aspectos formais para a deflagração da greve pela empresa metalúrgica, a decisão foi favorável aos trabalhadores e a greve não foi considerada abusiva, sendo resguardados todos os direitos dos grevistas.

Assim sendo, consideradas todas as circunstâncias que envolvem a deflagração do movimento paretista, não podemos declará-lo abusivo com o fundamento no descumprimento de normas legais. Tal é a gravidade dos fatos noticiados em relação ao suscitante, que a exigência do exato cumprimento da norma legal é suplantada pela necessidade imperiosa de medidas urgentes, eis que não se trata na hipótese dos autos de discutir meras reivindicações de ordem econômica e social, mas sim, de eliminação de risco de vida. Trate-se de cumprir o disposto no art. 5º da Constituição Federal. Afasto, portanto, a abusividade da greve sob o aspecto formal.^[50]

Como demonstra Raimundo Simão de Melo, analisando a legislação italiana, esse também é o entendimento expresso na “Lei de Greve nos serviços públicos essenciais” (art. 12, VII) daquele país: “as disposições do presente artigo em relação ao pré-aviso e à indicação da duração da greve não se aplicam em casos de abstenção do trabalho em defesa da ordem constitucional ou em protesto a graves acontecimentos lesivos à incolumidade e à segurança dos trabalhadores.”^[51]

Contudo, como demonstra Maristella Carvalho de Farias Aires, a greve ambiental em serviços essenciais^[52] possui uma peculiaridade, pois há conflito entre direitos fundamentais de mesma natureza: o direito à vida dos trabalhadores e o direito à vida da população. Nessa hipótese, “[...] deve-se fazer uma ponderação entre tais direitos para se adaptar a necessidade de cumprimento das formalidades da Lei de Greve à gravidade da situação a que os trabalhadores estão expostos.”^[53]

No que tange a competência, cabe à Justiça do Trabalho julgar eventuais conflitos de interesses vinculados à defesa da saúde nas “[...] hipóteses em que se busca o cumprimento a legislação trabalhista, em decorrência de situações que estejam a

caracterizar lesão ou mesmo ameaça ao ambiente do trabalho oferecidas principalmente por empregadores.”[54]

Nesse sentido, já se manifestaram os tribunais superiores: em 1999, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 206.220/MG, tendo como relator o Min. Marco Aurélio; e, em 2001, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 207.336/SP, cujo relator era o Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

6.1. Tutela Legal da Greve Ambiental

A Constituição Federal não faz referência expressa à greve ambiental. No entanto, como demonstra Raimundo Simão de Melo[55], fica indene de dúvida o seu reconhecimento através dos arts. 7º, XXII e 9º da Constituição Federal, que estabelecem, respectivamente, como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; e assegurar o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

O referido instituto também se mostra presente na Constituição com a Convenção nº 155 da OIT, que foi ratificada em 18 de maio de 1992, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 02/92 e promulgada pelo Decreto 1.295/94.

Adotando o posicionamento de Flávia Piovesan[56], a Convenção nº 155, com sua aprovação e promulgação, tornou-se norma materialmente constitucional, por tratar de direitos humanos, ou seja, do direito à saúde e à vida do trabalhador como um direito fundamental no plano internacional, conforme já explicitado anteriormente.[57]

O § 2º do artigo 229 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe que “em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco”.

Apesar de o texto supracitado ter utilizado o termo “empregado”, vale ressaltar que as regras ambientais trabalhistas abrangem qualquer meio ambiente do trabalho, ou seja, qualquer prestação de trabalho a um tomador, independentemente da relação existente (trabalho autônomo, avulso, voluntário, etc.). Dessa forma, o termo correto que deveria ter sido utilizado na Constituição do Estado de São Paulo é “trabalhador”, em sentido *lato*, pois, sendo o meio ambiente sadio um direito constitucional fundamental, não deve ser restringido a apenas uma espécie de trabalhador.

Como a Carta paulista, as Constituições dos Estados de Rondônia (art. 244, III), Rio de Janeiro (art. 293, X, *d*) e Sergipe (art. 199, III) asseguram ao trabalhador não apenas a recusa ao trabalho, como também, mais especificamente, a permanência no emprego.

Constituição do Estado de Rondônia

Art. 244. A saúde ocupacional é parte integrante do sistema estadual de saúde, sendo assegurada aos trabalhadores, mediante:

[...]

III – recusa ao trabalho em ambiente insalubre e perigoso, ou que representem graves e iminentes riscos à saúde quando não adotadas medidas de eliminação ou proteção contra eles, **assegurada a permanência no emprego**; (grifo do autor)

Constituição do Estado do Rio de Janeiro

Art. 293 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições estabelecidas na Lei Orgânica da Saúde:

[...]

X - desenvolver ações visando à segurança e à saúde do trabalhador, integrando sindicatos e associações técnicas, compreendendo a fiscalização, normatização e coordenação geral na prevenção, prestação de serviços e recuperação, mediante:

[...]

d) direito de recusa ao trabalho em ambientes sem controle adequado de riscos, **assegurada a permanência no emprego**; (grifo do autor)

Constituição do Estado de Sergipe

Art. 199. A saúde ocupacional é parte integrante do Sistema Único de Saúde, assegurada aos trabalhadores mediante:

[...]

III - direito de recusa ao trabalho em ambiente sem controle adequado de risco, com **garantias de permanência no emprego**; (grifo do autor)

A Constituição do Estado do Ceará (art. 248, XIX, c) vai mais longe, protegendo o trabalhador da redução salarial.

Constituição do Estado do Ceará

Art. 248. Compete ao sistema único estadual de saúde, além de outras atribuições.

[...]

XIX – atuar em relação ao processo produtivo, garantindo:

[...]

c) direito de recusa ao trabalho em ambientes que tiverem seus controles de riscos à vida e saúde em desacordo com as normas em vigor **com a garantia de permanência no emprego, sem redução salarial.** (grifo do autor)

Nesse mesmo contexto se apresentava a Política Estadual de Qualidade Ambiental Ocupacional e de Proteção da Saúde do Trabalhador (Lei nº 2.702/97) do Estado do Rio de Janeiro, que regulamentava os art. 284 e 290 da Constituição Estadual. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em medida liminar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1893-9, proposta pela Confederação Nacional da Indústria contra o Governo e a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, considerou tal lei inconstitucional, nos termos da ementa abaixo transcrita:

SEGURANÇA E HIGIENE DO TRABALHO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. Ao primeiro exame, cumpre à União legislar sobre parâmetros alusivos à prestação de serviços - artigos 21, inciso XXIV, e 22, inciso I, da Constituição Federal. O gênero "meio ambiente", em relação ao qual é viável a competência em concurso da União, dos Estados e do Distrito Federal, a teor do disposto no artigo 24, inciso VI, da Constituição Federal, não abrange o ambiente de trabalho, muito menos a ponto de chegar-se à fiscalização do local por autoridade estadual, com imposição de multa. Suspensão da eficácia da Lei nº 2.702, de 1997, do Estado do Rio de Janeiro.[58]

Em maio de 2004, a ADIN foi julgada, mantendo a decisão liminar. Deve-se considerar equivocada referida decisão, pois o meio ambiente do trabalho é apenas um aspecto do meio ambiente, conforme já explanado, não se confundindo com o Direito do Trabalho. A Lei nº 2.702/97 versava sobre saúde e segurança do trabalhador, que é uma questão ambiental, e o art. 24 da Carta Magna estabelece a proteção do meio ambiente e a proteção e a defesa da saúde como assuntos de competência legislativa concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Analisando a legislação internacional, Guilherme Figueiredo demonstra que a greve ambiental também está prevista no “[...] art. 21 da Lei de Prevenção de Riscos da Espanha, que autoriza os trabalhadores, após acordo por maioria de seus representantes, a paralisarem os trabalhos no caso de risco grave e iminente.”[59] Também há previsão no art. 12, VII da “Lei de Greve nos serviços públicos essenciais” da Itália, como exposto no tópico anterior.

Atualmente, está em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n° 3307/2004, de autoria do deputado federal Roberto Gouveia, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo (PT/SP), que dispõe sobre a garantia dos trabalhadores à prevenção dos riscos decorrentes do trabalho e à promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Tal proposta, também intitulada de “Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador”, destaca no parágrafo único do art. 1° que os direitos nela contidos também são garantidos aos servidores públicos. No art. 17, está prevista a greve ambiental:

Art. 17. Em condições de risco grave e iminente no local de trabalho, será lícito ao **empregado** interromper suas atividades, sem prejuízos de quaisquer direitos, **até a eliminação do risco** tendo **garantida sua permanência no emprego**.

Parágrafo único. Verificada a condição expressa neste artigo, o **trabalhador**, ao interromper suas atividades, comunicará o fato aos seus representantes locais ou sindicato para as providências previstas no Artigo 16 desta Lei o que não poderá ser motivo para sua demissão. (grifos do autor)

A primeira emenda substitutiva global do projeto, feita pelo deputado Arnaldo Faria de Sá, do Partido Trabalhista Brasileiro de São Paulo (PTB/SP), altera a redação supracitada:

Art. 16. Será lícito aos **trabalhadores** interromper suas atividades quando no local de trabalho houver condições de risco grave e iminente à sua saúde ou integridade física, sem prejuízo de quaisquer direitos, **até eliminação ou saneamento da situação, permanecendo, neste período, à disposição do empregador ou tomador do serviço para o exercício de outras atividades que lhe sejam compatíveis, sendo-lhe, ainda, garantida a permanência no emprego ou a continuação da atividade laboral ou de prestação de serviço**.

§1° Verificada a condição expressa neste artigo, **o empregado, trabalhador ou prestador de serviço**, ao interromper suas atividades, deverá comunicar o fato, **pelos meios que disponha**, aos seus representantes locais, ao sindicato da categoria profissional correspondente ou às autoridades competentes.

§2° **A comunicação a que se refere o §1° não será admitida como justificativa para demissão ou rescisão contratual de trabalho ou de prestação de serviço**. (grifos do autor)

Dessa forma, verifica-se que o texto legal foi ampliado e pormenorizado com a emenda. Substituiu-se o termo “empregado” por “trabalhador”; detalhou-se o fim do prazo de paralisação das atividades (de “até a eliminação do risco” para “até eliminação ou saneamento da situação”); ampliou-se a garantia ao trabalhador, não se limitando a de permanência no emprego, como também a de “continuação da atividade laboral ou de prestação de serviço”.

Outra modificação se deu com o parágrafo único. Como §1º, houve a substituição de “trabalhador” por “empregado, trabalhador ou prestador de serviço”, demonstrando um excesso de zelo, uma vez que o termo trabalhador engloba o empregado e o prestador de serviços. A expressão “pelos meios que disponha”, por outro lado, é de extrema relevância, pois releva o desapego ao formalismo.

Com a criação do §2º, complementa-se a idéia do §1º, com a exclusão da observância dos requisitos formais para a deflagração da greve ambiental, resguardando, assim, os direitos dos trabalhadores. Sobre a questão, já há jurisprudência, conforme explicitado.

Infelizmente, como última movimentação, em 28 de fevereiro de 2008, a Coordenação de Comissões Permanentes (CPC) da Câmara encaminhou a proposta para ser arquivada. Referida lei seria um avanço protetivo ao direito à saúde e segurança do trabalhador, podendo estimular os trabalhadores e seus órgãos representativos na busca por melhores condições ambientais de trabalho.

Dessa forma, percebe-se que greve ambiental possui previsão legal da no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a escassez legislativa e, principalmente, de garantias de permanência do trabalhador no emprego, em termos práticos, acabar por limitar a utilização deste instituto.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Ambiental, ao dispor sobre a tutela da vida humana, insere-se em todos os ramos do direito, inclusive o do trabalho. Analisando especificamente o meio ambiente do trabalho, verifica-se o direito à saúde, enquanto desdobramento do direito à vida, atrelado aos princípios da prevenção e precaução. Esses princípios basilares do Direito Ambiental determinam a adoção de medidas preventivas e precaucionárias frente à possibilidade de risco (certo ou incerto), pois o dano à saúde é, em regra, irreparável.

Nesse contexto, a greve ambiental surge como um instituto do direito trabalhista observado sob a égide do meio ambiente do trabalho. E como tal, justifica-se pelos princípios da prevenção e precaução, uma vez que possui o intuito de proteger à saúde do trabalhador frente ao risco.

Dessa forma, a greve ambiental é um direito instrumental para implementação do direito material fundamental – saúde, integridade física e vida do trabalhador. Indo mais longe, é um direito fundamental instrumental de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5, §1º da Constituição Republicana.

Sua pouca utilidade pelos trabalhadores não se deve a escassez de normas regulamentadoras, mas sim a fatores sócio, políticos e econômicos vivenciados no país. A questão econômica não pode, de maneira alguma, se sobrepor ao direito à saúde dos trabalhadores, sob dois aspectos: os trabalhadores não podem ser preteridos nem se preterirem por razões financeiras. A greve não deve apenas buscar uma vantagem pecuniária, mas, principalmente, buscar um meio ambiente de trabalho hígido e, por consequência, a saúde e segurança dos trabalhadores.

Tais conclusões podem parecer irrealistas para um país capitalista em que sua grande maioria é formada por trabalhadores que recebem salário mínimo, além de uma vasta gama de desempregados. No entanto, cabe ao poder decisório de todas as esferas públicas fazer valer a supremacia do direito à saúde. O reconhecimento legislativo, judicial e social da greve ambiental é um grande passo nessa longa jornada.

REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. **Direito de greve ambiental no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de direito do trabalho, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 129, p. 147-174, jan./mar. 2008.

CONFERÊNCIA das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Agenda 21**. Disponível em: <http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm>. Acessado em 02 de novembro de 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2º ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 10º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 17º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NAHMIA MELO, Sandro. **Meio ambiente do trabalho - direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Meio ambiente do trabalho e greve ambiental**. Revista Anamatra. Ano XVIII. nº 54. – Edição 1º semestre de 2008, pp. 47-53.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.

REALE, Miguel. **O homem e a natureza**. In: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/primvant.htm>. Acessado em 01 de maio de 2009.

_____. **Em defesa dos valores humanísticos**. In: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/primvant.htm>. Acessado em 01 de maio de 2009.

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE SÃO PAULO. **Vigilância em saúde. Glossário de Termos, Expressões e Siglas em Saúde do Trabalhador**. In: http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/saude/vigilancia_saude/trabalhador/0012. Acessado em 03 de maio de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Solange Teles da. **Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas**. In: VARELLA, Marcelo Dias, PLATIAU Ana Flávia Barros (org.). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 75-92.

[1]. MS 22.164-0/SP, apud Paulo Affonso Leme Machado, **Direito Ambiental Brasileiro**, 2009, p. 129.

[2]. **Direito Ambiental Constitucional**, 2009, p. 20.

[3]. **Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado**, 2002, p. 20.

[4]. No presente trabalho, não serão discutidas as diferenças conceituais entre interdisciplinaridade e multidisciplinaridade, sendo tais termos utilizados para transmitir a idéia de integração entre diferentes ramos do conhecimento, mais especificamente, entre o direito ambiental e as demais áreas do saber.

[5]. Apud Sandro Nahmias Melo, **Meio ambiente do trabalho e greve ambiental**, 2008, p. 47.

[6]. Op. cit., p. 54.

[7]. **Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores**, 2007, p. 55.

[8]. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 2009, p. 23.

[9]. *Ibidem.*, p. 15.

[10]. Esta Declaração foi adotada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) em 1992, sendo conhecida também como Declaração do Rio de Janeiro.

[11]. *Ibidem.*, p. 16.

[12]. O homem e a natureza, 2009, p. 01.

[13]. HC n° 85.988-MC apud Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, p. 15.

[14]. Em defesa dos valores humanísticos, 2009, p. 01.

[15]. *Op. cit.*, 2008, p. 48.

[16]. *Op. cit.*, p. 16.

[17]. *Op. cit.*, p. 25-26.

[18]. *Op. cit.*, p. 24.

[19]. *Op. cit.*, p. 42-43.

[20]. *Op. cit.*, p. 21.

[21]. Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental, 2001, p. 70.

[22]. *Op. cit.*, p. 24

[23]. Apud José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, 2008, p. 245.

[24]. As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizadas pela doutrina ora como sinônimas, ora como termos distintos. Não cabe aqui profunda discussão conceitual, destacando-se apenas que o presente trabalho considera que tais direitos não se confundem.

[25]. Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição, 2008, p. 114

[26]. Apud José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, *op. cit.*, p. 25.

[27]. Direito Constitucional, 2007, p. 30.

[28]. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Agenda 21, 2008.

[29]. STF, ADI n° 3.937-7/SP, DJe n° 192, DO de 10.10.2008, Rel Min. Marco Aurélio.

[30]. Conforme discorre o Min. Joaquim Barbosa em seu voto de vista, a crisotila é um mineral que possui a possibilidade de se reduzir à fibra, sendo utilizada para a manufatura de caixas d'água, telhas, placas de revestimento e tubos. Há três doenças, detectadas pela literatura médica brasileira, relacionadas ao seu uso: a asbestose (doença pulmonar), o câncer de pulmão e a mesotelioma (tumores formados no tecido seroso que reveste o pulmão, o coração e o abdômen).

[31]. Apud Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 57.

[32]. Apud Solange Teles Silva. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas, 2004, p. 83.

[33]. Op. cit., p. 69.

[34]. Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo. Vigilância em saúde. Glossário de Termos, Expressões e Siglas em Saúde do Trabalhador. In: http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/saude/vigilancia_saude/trabalhador/0012. Acessado em 03 de maio de 2009.

[35]. Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental, 2001, p. 117.

[36]. Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 92.

[37]. Solange Teles da Silva, op. cit., p. 79.

[38]. Apud Solange Teles da Silva, op. cit., p. 75.

[39]. Apud Affonso Leme Machado, op. cit., p. 78.

[40]. Apud Guilherme José Purvin de Figueiredo, op. cit., p. 60.

[41]. Op. cit., p. 84.

[42]. Norma Sueli Padilha, op. cit., p. 99.

[43]. Apud Raimundo Simão de Melo, op. cit., p. 89.

[44]. As considerações a cerca do conceito de direito fundamental foram abordadas no tópico “Direito Fundamental à saúde”.

[45]. Apud Raimundo Simão de Melo, op. cit., p. 87.

[46]. Op. cit., p. 196.

[47]. Apud Alexandre de Moraes, op. cit., p. 197.

[48]. Op. cit., p. 396.

[49]. Op. cit., p. 90.

[50]. Processo TRT/15º Região, DC nº 153/96, de 5.6.96, Rel. Min. José Alberto Rossi apud Raimundo Simão de Melo, op. cit., p. 96.

[51] Op. cit., p. 94.

[52]. Conforme o art. 10 da Lei nº 7.783/89, são considerados serviços ou atividades essenciais: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

[53]. Direito de greve ambiental no ordenamento jurídico, 2008, p. 151.

[54]. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 398.

[55]. Op. cit., p. 92.

[56]. Apud Maristella Carvalho de Farias Aires, op. cit., p. 153.

[57]. Observando-se o tema central do trabalho, dispensou-se a discussão sobre a maneira pela qual um tratado adentra ao ordenamento jurídico brasileiro com sua ratificação, optando-se pela oposição da autora citada. Contudo, cabe destacar que alguns doutrinadores defendem que referida Convenção foi recepcionada no plano ordinário.

[58]. Apud Guilherme José Purvin de Figueiredo, op. cit., p. 194.

[59]. Op. cit., p. 192.

INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

ECONOMIC INSTRUMENTS FOR PROTECTING THE ENVIRONMENT

**Vladimir Passos de Freitas
Fabiano Augusto Piazza Baracat**

RESUMO

O enfoque macroeconômico possui um vasto campo de aplicação no Direito Ambiental. São várias as normas que, adotando princípios de direito econômico, vêm sendo utilizadas como forma de prevenção, precaução, internalização dos custos ambientais e incentivo à proteção do meio ambiente. Faz-se uma análise de uma série de instrumentos como a compensação de reserva legal, resgate de carbono, solo criado, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, pagamentos por serviços ambientais, reposição florestal obrigatória, dentre outros, que adotam princípios tipicamente econômicos, privilegiando os interesses coletivos, possibilitando o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente. A responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental seria impensável perante a doutrina clássica penal, porém, como forma de prevenção geral e opção política e econômica do legislador, passou a ser admitida e denominada de responsabilidade moral, tendo em vista os graves prejuízos que as empresas perseguidas criminalmente acabam sofrendo em face da quebra de confiabilidade perante seus consumidores e fornecedores.

PALAVRAS-CHAVES: INSTRUMENTOS. ECONÔMICOS. MEIO AMBIENTE. INTERNALIZAÇÃO. CUSTOS. PREVENÇÃO. PRECAUÇÃO.

ABSTRACT

The macroeconomic approach has a broad scope of the Environmental Law. There are several rules that, adopting principles of economic law, are being used as a means of prevention, precaution, internalization of environmental costs and incentives for environmental protection. It is an analysis of a series of instruments as compensation for legal reserve, carbon sequestration, ground creation, transfer of the right to build, urban operations associated, payments for environmental services, forest restoration required, among others, which typically adopt economic principles, particularly the collective interests and enable social development and environmental protection. The criminal responsibility of companies would be unthinkable to the classic doctrine, but as a general prevention and economic and political choice, is now admitted and called for moral responsibility, in view of the serious damage that companies suffering criminally prosecuted in the face of broken trust with its consumers and suppliers.

KEYWORDS: INSTRUMENTS. ECONOMIC. ENVIRONMENT. INTERNALIZATION. COSTS. PREVENTION. PRECAUTION.

1. Introdução

O Direito Econômico, além de regular o mercado e a intervenção do Estado na ordem econômica, visa a proteção coletiva da sociedade. Institutos clássicos do direito público e privado são repensados com um enfoque macroeconômico em detrimento dos interesses individualmente considerados.

No Direito Ambiental essa visão geral, macroeconômica[1], possui um vasto campo de aplicação, principalmente porque, conforme prescreve o art. 225 da CF, o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Os interesses individuais são ponderados frente aos interesses coletivos e aos princípios gerais ambientais, em especial aos princípios da precaução e da prevenção, sem é claro que se cerceie, como defende Diogo de Figueiredo Moreira Neto[2], a expressão da liberdade de trabalho e de iniciativa, indissociáveis da pessoa humana (arts. 1º, IV, e 170 da CF). O próprio conflito entre proteção ao meio ambiente e desenvolvimento faz com que muitas das vezes os riscos e benefícios das atividades econômicas sejam analisados caso a caso. A lógica tradicional do direito baseado no indivíduo e na propriedade cede espaço à lógica de proteção coletiva e com isto passa muitas vezes a se chocar com o direito tradicional.

A partir deste novo marco de políticas e diretrizes, o modelo desenvolvimentista passa finalmente a ceder espaço para um modelo que privilegie a questão social e a preservação do meio ambiente em benefício dos interesses da coletividade.

Estabelecida essa linha introdutória faz-se uma análise de vários instrumentos econômicos aplicáveis à preservação do meio ambiente.

2. Tributos Ambientais e Incentivos de Mercado

São várias as normas que, adotando princípios de direito econômico, vêm sendo utilizadas como forma de prevenção, precaução, internalização dos custos ambientais e incentivos à proteção do meio ambiente.

Glenn Jenkins e Ranjit Lamech[3] lançam os fundamentos do que seriam os incentivos baseados no mercado. Gastar melhor o dinheiro maximizando o controle da poluição por dólar gasto. A internalização dos custos faz com que o mercado aplique melhor o dinheiro para reduzi-los. Segundo os autores, os instrumentos regulatórios não são suficientes, dentre outros motivos, porque os custos ambientais são suportados pela população em geral e não pelos poluidores. Os custos ambientais não afetam a decisão de poluir porque são externos aos poluidores. As atividades poluentes são exemplos primários de externalidades negativas (fatores externos). Os instrumentos regulatórios

falham em induzir o poluidor a considerar nas suas atividades os custos ambientais. Propõem os autores além dos instrumentos regulatórios, a adoção de MBI's - incentivos baseados no mercado. Podem ser sob a forma de tributos ambientais ou subsídios ambientais. Segundo a teoria econômica, ambos produzem os mesmos efeitos na internalização dos custos. Citam dentre outros o caso das indústrias onde numa custa menos para reduzir a poluição do que na outra, motivo pelo qual a indústria onde o custo é mais alto poderia subsidiar a outra onde o custo é menor para reduzir por ela. Estes incentivos baseados no mercado, segundo os autores, difeririam um pouco do PPP - princípio do poluidor pagador, porque o PPP admite tradicionalmente apenas a tributação do poluidor, mas não a oferta de subsídios.

Sustentam ainda os autores que a abordagem regulatória tradicional consiste em impor padrões fixos de tecnologias e limites. A submissão do poluidor é imperativa a sanções. A abordagem regulatória acaba forçando todos os poluidores a carregarem partes idênticas do fardo de controle desta poluição sem considerarem os custos relativos a isso. Isto é economicamente ineficiente, pois a redução da unidade poluente pode variar de acordo com a idade da planta, características de processos, etc. Os custos do controle de emissões podem variar grandemente entre e dentro de empresas e a tecnologia certa em uma situação pode ser errada em outra, desencorajando as inovações tecnológicas. A abordagem regulatória não incentiva o desenvolvimento de tecnologias que poderiam promover maiores níveis de controle. Uma empresa não será entusiasta em desenvolver novas tecnologias de controle de poluentes, que poderiam tornar-se um novo padrão a ser atingido, sem que possa se beneficiar desta inovação. Os incentivos baseados no mercado possuem, portanto, uma maior eficácia dos custos empresariais e funcionam como um incentivo contínuo ao desenvolvimento de novas tecnologias e processos de controle de emissão de agentes poluentes. A poluição tem sido frequentemente caracterizada mais como falha moral dos líderes corporativos do que um subproduto de nossa civilização. Por muitos anos incentivos baseados no mercado eram vistos como "licenças para poluir". Além da abordagem regulatória tradicional uma larga escala de MBI's podem ser usados para influenciar a redução de poluição.

Atualmente já existem em vigor vários instrumentos baseados nos incentivos de mercado, seja através de tributos ambientais, seja pela adoção de subsídios à proteção ambiental.

2.1 - Incentivos e Subsídios

Como já exposto no item anterior, segundo a teoria econômica, tanto os tributos quanto os subsídios ambientais produzem os mesmos efeitos na internalização dos custos. O resgate de carbono e a compensação da reserva legal traduzem com muita propriedade a utilização dos subsídios à proteção do meio ambiente, ficando igualmente nítido o enfoque macroeconômico que influenciou a sua criação.

Pela lógica tradicional do direito baseado no indivíduo e na propriedade, cada área rural deveria possuir os seus percentuais de reserva legal individualmente considerados, não podendo um percentual de reserva numa área com excedente ou intocada ser utilizado

para a compensação de outra que já se encontrava devastada além dos percentuais legais quando da imposição da reserva legal. O Ministério Público até hoje insiste em ações judiciais que os percentuais de reserva legal devem ser rigorosamente observados em cada propriedade. Já pelo enfoque macroeconômico, baseado num universo de relações agregadamente considerado, a compensação de reserva legal passa a ser admitida como instrumento de proteção das áreas que se encontram preservadas, sem que se prejudiquem as atividades econômicas e produção daquelas áreas que já tinham ultrapassado os percentuais de preservação. Preservação e desenvolvimento são equalizados na busca da sustentabilidade e com resultados maiores que o enfoque tradicional, posto que na maioria dos casos preservam-se áreas de mata nativa muito maiores numa região, geralmente onde o aproveitamento econômico é menos viável, do que o resultado que seria obtido com a observância dos percentuais legais em cada propriedade, o que resultaria em ilhas isoladas de preservação.

O mesmo raciocínio aplica-se ao mecanismo de resgate de carbono, que além do carbono destina-se a todos os gases causadores do efeito estufa. Pela lógica tradicional focada no indivíduo, cada ente poluidor deveria efetivar a redução dos gases de maneira individualizada. Já pela lógica macroeconômica, permite-se que aqueles que alcançaram um nível mais avançado de eficiência ou mais barato de resgate dos gases da atmosfera, cedam estes créditos para os que não conseguiram o mesmo nível de excelência ou onde os custos são muito maiores para se atingir o mesmo efeito. O enfoque macroeconômico é igualmente superior em resultados que o enfoque tradicional.

2.1.1 - Compensação de Reserva Legal

Reserva Legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas. O percentual de reserva é de 80% na Amazônia Legal; 35% em área de cerrado localizada na Amazônia Legal; 20% em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e 20% em área de campos gerais localizada em qualquer região do País (Art. 16 da Lei nº 4.771 de 15/09/1965). Existe desde o 1º Código Florestal (Decreto n. 23.793, de 23/01/1934) que em seu art. 23 a fixava em 25% das propriedades.

A reserva legal não se confunde com a preservação permanente, que é a área protegida coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.

Como limitação administrativa, a reserva legal gera para os proprietários obrigações com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. A propriedade que não tiver percentual suficiente de reserva legal deve ser recomposta num prazo de 30 anos, 1/10 da área a ser recomposta a cada 3 anos a partir de 1991 (Lei Agrícola - 8.171/91).

A compensação da reserva legal foi introduzida pela MP n 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, permitindo que uma propriedade imobiliária rural sem a composição da reserva legal necessária, compense esse passivo ambiental com reserva florestal de outra propriedade, com equivalência em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento próprio (art. 44, III, do Código Florestal).

As formas de compensação podem ser: direta (coincidência de proprietários); e indireta, através do arrendamento e aquisição de cotas de reserva florestal - CRF.

Uma servidão florestal de outra propriedade pode ser arrendada para fins de compensação. Servidão florestal, segundo o art. 44-A do Código Florestal, é a Limitação Administrativa Voluntária - renúncia vitalícia ou temporária de direito de exploração. Não se confunde com servidão administrativa. A servidão florestal permite que um proprietário com excedente florestal, especialize e arrende a área para outra propriedade com passivo ambiental. O que se observa é a configuração de uma afetação de parcela do imóvel a uma finalidade ambiental, não existindo favorecidos diretos. Na servidão florestal existe uma renúncia de direitos, quais sejam, de exploração e supressão de mata nativa.

Já a Cota de Reserva Florestal - CRF (art. 44-B do Código Florestal) é um título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal, de Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN) ou reserva legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais estabelecidos no art. 16 do Código Florestal. Depende ainda de regulamentação. A CRF só pode ser utilizada, como qualquer forma de compensação da reserva legal, em área de equivalência em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia. A CRF pode ser vendida ou doada a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito público ou privado, mediante termo assinado pelo seu titular e pelo adquirente.

Foi ainda instituído pelo art. 44, § 6º, do Código Florestal, um instrumento que visa desonerar o Estado no processo de criação e indenização dos Parques de Proteção Ambiental, pelo qual o proprietário rural poderá ser desonerado, pelo período de trinta anos, da obrigação de recomposição da reserva legal, mediante a doação, ao órgão ambiental competente, de área localizada no interior de Parque Nacional ou Estadual, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica pendente de regularização fundiária, desde que a área seja equivalente em importância ecológica e extensão e pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia. Este instrumento foi recentemente utilizado pelo IBAMA na criação do Parque Nacional de Ilha Grande[4]. Esta medida beneficia tanto os titulares de propriedades situadas no perímetro do Parque Nacional de Ilha Grande quanto os interessados em comprar os títulos dessas propriedades e repassá-los ao Ibama. Os primeiros têm seu direito de receber o valor estipulado na venda, como qualquer transação comercial de compra e venda, já os proprietários de propriedades rurais fora do Parque Nacional que comprarem os títulos e os repassarem ao instituto ambiental terão um prazo de trinta anos para efetuarem o cumprimento legal de manutenção de Reserva Legal em suas propriedades rurais. Este instrumento permitiu que a União se desonerasse das indenizações aos proprietários de imóveis no Parque Nacional de Ilha Grande.

2.1.2. Resgate de Carbono

O mercado de créditos de carbono nasceu em dezembro de 1997 com a assinatura do Protocolo de Kyoto, pelo qual os países signatários desenvolvidos devem reduzir suas emissões de gases de efeito estufa (GEE) em 5,2% em média, relativas ao ano de 1990, entre 2008 e 2012. Caso seja impossível atingir as metas estabelecidas por meio da redução das emissões dos gases e para que não se prejudique o desenvolvimento e o crescimento econômico, os países desenvolvidos poderão comprar créditos de outras nações que possuam projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). Os créditos de carbono são negociados em tonelada de CO₂ equivalente, baseados em projetos de seqüestro ou mitigação.

O MDL possibilita inúmeras alternativas de gerência de produção visando a não poluição ou a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa, desde o reaproveitamento dos gases emitidos (aterros sanitários) até a preservação de florestas nativas e a implantação de reflorestamentos, que através da fotossíntese, absorvem gás carbônico da atmosfera (CO₂) ao mesmo tempo em que mantêm o estoque de carbono nas plantas. É fundamental o conhecimento da quantidade existente de biomassa na área objeto, pois esta é o referencial para a quantidade de carbono proporcional a ser obtido.

O mercado criado possui uma lógica simples, mas envolve um processo de implantação e validação caro, demorado e ainda incerto. As agências de proteção ambiental reguladoras emitem certificados em tonelada de CO₂ equivalente que são vendidos para empresas que não conseguiram cumprir as metas de redução progressiva. Este sistema tem a vantagem de permitir às empresas o estabelecimento de metas próprias de redução sem que se prejudique a produção, buscando alternativas que melhor respondam às suas necessidades, ao mesmo tempo em que remunera a eficiência das empresas que atingiram melhores níveis e metas de redução, num processo de evolução permanente.

Há uma série de critérios para o reconhecimento dos projetos, dentre os quais a necessidade de estarem alinhados às premissas de desenvolvimento sustentável do país hospedeiro, definidos por uma Autoridade Nacional Designada (AND). No Brasil esta autoridade é a Comissão Interministerial de Mudança do Clima. Somente após a aprovação pela Comissão é que o projeto pode ser submetido a ONU para avaliação e registro.

As etapas do MDL compreendem a validação, verificação e emissão do CER (Certificado de Emissão Reduzida). A validação consiste na análise do PDD ou Project Design Document verificando-se a sua viabilidade como Projeto de MDL. Os projetos de seqüestro de carbono são norteados por uma situação de sustentabilidade da área ou região em que a mesma se situa, visando não somente os benefícios ambientais, mas também sociais. Além disto, devem atender ao pré-requisito da adicionalidade, ou seja, um avanço do meio de produção normalmente empregado e de preferência, demonstrar a necessidade dos recursos do MDL para a viabilização do projeto, assim como a tendência de evolução do meio, caso o projeto não seja implementado. Após a fase de validação o PDD é encaminhado ao Conselho Executivo que emite o seu Registro como Projeto de MDL. Concluída a etapa de Validação, segue-se a fase de Verificação, com o monitoramento e análise dos resultados atingidos pela implantação do Projeto. Após a

constatação de cumprimento das exigências do MDL encaminha-se um relatório de certificação para o Conselho Executivo que o analisa, aprova e autoriza a emissão dos CER's.

No mercado europeu a tonelada de carbono dos projetos de MDL possui um valor alto para projetos que obedecem todas as premissas do Protocolo de Kyoto. Outras alternativas de comercialização se apresentam, como a negociação bilateral entre empresas, através do Banco Mundial, e de forma organizada na Chicago Climate Exchange (CCX) e no European Union Emission Trading Scheme (EUETS), com regras mais flexíveis, onde os preços para a tonelada são mais baixos. Estima-se que o comércio de carbono no mundo deva movimentar 5 bilhões de dólares por ano.

Na tentativa de viabilizar o acesso aos pequenos produtores ou mesmo fomentar projetos de menor volume de RCE (Redução Certificada de Emissões), foi aprovada no âmbito da Convenção Internacional uma modalidade diferenciada para contemplar projetos de pequena escala, com exigências e metodologias simplificadas, no intuito de reduzir os custos de transação e incentivar o envolvimento de pequenos empresários e as ações cooperativistas.

No Brasil, o MDIC - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, em parceria com a BM&F - Bolsa de Mercadorias e Futuros e subsidiado pela FGV - Fundação Getúlio Vargas criou o MBRE - Mercado Brasileiro de Redução de Emissões. O objetivo é organizar o mercado, estabelecer um banco de projetos, com sistema de registro, armazenamento e classificação dos mesmos, reduzindo os custos de transação, dando visibilidade às iniciativas propostas e permitindo a aproximação entre os proponentes e os investidores.

2.1.3. Pagamentos por serviços ambientais.

Existem já em execução no Brasil alguns programas de pagamentos por serviços ambientais, como o de manutenção de nascentes nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, assim como o pagamento para que as populações e comunidades tradicionais das Unidades de Conservação do Estado do Amazonas preservem o meio ambiente em que vivem.

No Estado de São Paulo há um projeto da Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, denominado de Projeto Oásis, abrangendo a região metropolitana de São Paulo, mais especificamente a Represa Guarapiranga e as áreas de proteção ambiental de Capivari-Monos e Bororé-Colônia, aprox. 82 mil hectares que abastecem cerca de 4 milhões de pessoas, onde os proprietários de terras em áreas de proteção aos mananciais receberão incentivos para manter intactas as nascentes. Um dos objetivos do projeto é viabilizar as propriedades em áreas de mananciais, evitando que, em face das restrições legais que as tornam pouco valorizadas, sejam abandonadas pelos proprietários e fiquem sujeitas às invasões. Na primeira fase foram mapeadas cerca de 200 propriedades para implantação num prazo de cinco anos, com recursos de R\$ 6 milhões no pagamento de

incentivos - 50% dos quais assumidos pela própria Fundação O Boticário. O restante deverá ser captado com outras empresas.[5]

Em Minas Gerais os proprietários e posseiros rurais que preservarem as nascentes de águas em suas áreas serão remunerados pelo Governo do Estado, consoante dispõe a Lei 17.727 de 13/08/2008 (Bolsa Verde) e que ainda depende de regulamentação, estabelecendo a possibilidade de o pagamento ser realizado, inclusive, mediante créditos inscritos em dívida ativa convertidos em Obrigações ao Portador do Tesouro Nacional.

O novo programa é semelhante a outro que já funciona no Estado há mais de 5 anos denominado de Promata - Programa de Proteção da Mata Atlântica, com pagamentos aos agricultores pela prestação de serviços ambientais localizados numa distância de até três quilômetros de três parques florestais estaduais. No Promata os ocupantes de terras envolvidos no projeto recebem se cercarem as áreas de preservação, cerca de R\$ 160,00 por hectare por ano e, caso realizem reflorestamento de árvores nativas, cerca de R\$ 300,00 por hectare por ano. O projeto beneficia quase 300 agricultores em 31 municípios, totalizando mais de 17 mil hectares preservados, com prioridade para agricultores familiares e pequenos produtores, progressivamente estendido para todos os proprietários e posseiros do Estado de acordo com as disponibilidades orçamentária e financeira. O Instituto Estadual de Florestas ainda fornece sementes, adubos e arames para cercas.

Alguns municípios do Estado de Minas Gerais possuem projetos próprios dessa natureza. Em Itabira, cerca de 100 km de Belo Horizonte, existe o Ecocrédito, que autoriza o pagamento de R\$ 150,00 por hectare aos proprietários de terras que protegerem as nascentes de mananciais que abastecem a cidade. Em Extrema, sul de Minas, na divisa com São Paulo, a Lei Municipal 2.100/2005, regulamentada pelo Decreto 1.703/2006, instituiu o Projeto Conversador de Águas, possibilitando o pagamento de R\$ 150,00 por hectare ao fazendeiro que implantar saneamento ambiental, adotar práticas conservacionistas do solo e recuperar, proteger e averbar as áreas de preservação permanente e reserva legal. Como as nascentes da região pertencem ao sistema Cantareira, responsável pelo abastecimento de 50% da população de São Paulo, o programa recebe apoio técnico e financeiro do Programa de Conservação da Floresta Atlântica da The Nature Conservancy (TNC), da SABESP e da Agência Nacional de Águas (ANA).[6]

No Estado do Amazonas foi implantado o Programa Bolsa Floresta, mediante parceria com a Fundação Amazônia Sustentável. A FAS é uma organização privada de interesse público que tem por missão promover o desenvolvimento sustentável em unidades de conservação no Amazonas, visando a conservação ambiental e a melhoria da qualidade de vida das populações tradicionais. As ações da FAS estão voltadas para a redução do desmatamento, a erradicação da pobreza, o apoio à organização social, a melhoria dos indicadores sociais e a geração de renda baseada em atividades sustentáveis dentro de unidades de conservação do Amazonas. O Presidente do Conselho da Fundação é o ex-ministro do Desenvolvimento Luiz Fernando Furlan. Os recursos para custear a fundação provêm de um fundo fiduciário. O fundo já conta com R\$ 40 milhões, metade doado pelo governo do Amazonas e metade pelo Bradesco, e negocia mais R\$ 60 milhões com outros patrocinadores. O Bradesco ainda vai repassar, ao longo de cinco anos, R\$ 10 milhões anuais, obtidos com a venda de produtos financeiros associados à FAS.

O programa Bolsa Floresta, além de um pagamento de R\$50 mensais às famílias que não desmatam (Bolsa Floresta Familiar), inclui pagamentos destinados às associações dos moradores (Bolsa Floresta Associação) equivalente a 10% da soma de todas as Bolsas Floresta Familiar, cuja função é fortalecer a organização e o controle social do Programa, além de uma Renda no valor médio de R\$ 4 mil por comunidade por ano (Bolsa Floresta Renda), como apoio à produção sustentável: peixe, óleos vegetais, frutas, mel etc. O programa ainda inclui o Bolsa Floresta Social, no valor médio de R\$ 4 mil por comunidade por ano. Este componente é destinado à melhoria da educação, saúde, comunicação e transporte. Se um membro da comunidade causar uma degradação do meio ambiente, toda a comunidade é atingida, podendo perder os benefícios, o que estimula a cobrança e vigilância coletiva por todos os seus membros. As populações e comunidades tradicionais são transformadas em verdadeiros guardiões da floresta.

O Governo do Amazonas realizou a cessão onerosa dos produtos e serviços ambientais das unidades de conservação do Estado do Amazonas à FAS, com a obrigatoriedade de que os recursos obtidos sejam investidos integralmente na melhoria da qualidade de vida das populações tradicionais e na conservação ambiental das Unidades de Conservação. Esta cessão implica que a totalidade das receitas obtidas na gestão de serviços ambientais deve ser aplicada na gestão destas áreas. O projeto enquadra-se no novo enfoque de incentivo econômico e valorização da floresta em pé, denominado de REDD (Redução de Emissões baseadas em Desmatamento e Degradação), devido à redução do desmatamento esperado e que busca ser remunerado com VERs (reduções voluntárias de emissões de carbono). Busca-se valorizar a floresta em pé desestimulando a sua derrubada. [7]

2.1.4. - Solo criado, transferência do direito de construir e operações urbanas consorciadas.

O solo criado (outorga onerosa do direito de construir) é um dos instrumentos de conteúdo econômico previstos no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) que devem estar incorporados no Plano Diretor e que tem importante aplicação para a preservação do meio ambiente. Vem de uma distinção entre o direito de propriedade e o direito de construção. Admite-se a fixação de áreas onde o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Os recursos auferidos com esta contrapartida devem ser aplicados pelo Poder Público para finalidades sociais e ambientais. Quanto às ambientais, mais especificamente, na criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, na criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e na proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Assim como a outorga onerosa, a transferência do direito de construir possui conteúdo econômico também aplicável à preservação ambiental, na medida em que autoriza de acordo com o plano diretor, ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o

referido imóvel for considerado necessário para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, para a preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural e quando for necessário a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

Um outro instrumento introduzido pelo Estatuto da Cidade, a operação urbana consorciada, também pode ser utilizada para a proteção ambiental e social. Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo poder público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, mediante lei específica, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. Através da cooperação entre o poder público e a iniciativa privada, uma área destinada à implantação de um grande empreendimento, por exemplo, pode ser recuperada ambientalmente mediante a alteração de índices e potenciais construtivos pelo Poder Público, ficando o empreendedor, em contrapartida, obrigado a diversas ações compensatórias e mitigadoras, como a recuperação de áreas de preservação permanente, recolocação das famílias nela residentes, a criação de áreas verdes e a aplicação de recursos em obras, projetos e serviços públicos no próprio local da operação.

Ao mesmo tempo em que asseguram o exercício do direito de propriedade, a outorga onerosa (solo criado), a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas, instrumentos que adotam princípios tipicamente econômicos, privilegiam os interesses coletivos, possibilitando o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente.

2.1.5. Reposição Florestal Obrigatória.

O Art. 21 do Código Florestal estabelece que as empresas consumidoras de matéria prima florestal em sua produção industrial devem manter ou formar, diretamente ou em participação com terceiros, florestas destinadas ao seu suprimento, gerando créditos que permitem o seu funcionamento em quantidade equivalente ao volume consumido.

O Decreto Federal nº 5.975/2006 regulamenta o art. 21 do Código Florestal e possibilita às empresas realizarem operações de concessão e transferência de créditos de reposição florestal, de apuração de débitos de reposição florestal e a compensação entre créditos e débitos, registradas em sistema informatizado e disponibilizado por meio da Internet, sob competência do Estado de origem da matéria-prima utilizada. Faz-se um levantamento circunstanciado onde se avalia o maciço florestal com objetivo de qualificá-lo e quantificá-lo, localizando e comprovando a existência da madeira, a fim de gerar um crédito de árvores perante o órgão ambiental demonstrando a sustentabilidade da empresa. Este levantamento é averbado na matrícula do imóvel rural juntamente com o Termo de Responsabilidade pela manutenção do reflorestamento. O crédito gerado pela floresta é lançado num sistema estadual geralmente denominado de SERFLOR (Sistema de Reposição Florestal Obrigatória).

A legislação estadual do Paraná (Decreto nº 1.940/1996), por exemplo, permite a formação de florestas até sob o regime de delegação ao Estado, através de recolhimento de cotas-árvores, cujos recursos são aplicados no Programa Estadual de Desenvolvimento Florestal.

2.2. Tributos Ambientais

Como esclarece Roberto Ferraz[8], a tributação sobre os poluidores tem sido utilizada mais com objetivo arrecadatório, sem qualquer resultado ambiental. Além do mais, a tributação ambientalmente orientada visa a atividade lícita, por isto não pode ser vista como sanção, já que esta destina-se ao atos ilícitos. Dentre as espécies tributárias, faz o autor uma análise sobre o campo de atuação e quais seriam as mais indicadas para a tributação ambientalmente orientada.

O imposto não é o instrumento adequado para a tributação ambiental por ter como regra geral a não vinculação a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, não podendo, portanto, ser exigido indistintamente de um ou outro contribuinte, sob pena de violação da igualdade e da capacidade contributiva.

No entanto, nada impede que sejam introduzidos incentivos e isenções na legislação tributária para a preservação do meio ambiente, como já acontece, só que não se tratará de tributação propriamente dita. Como demonstra Roberto Ferraz, a experiência comparada indica diversos países que vêm adotando incentivos fiscais, especialmente na área do imposto sobre a renda, destinados a promover e subsidiar a implantação de equipamentos antipoluentes na indústria, admitindo depreciações excepcionalmente aceleradas para estes equipamentos. Seria um método ligado ao tributo, mas não propriamente tributário, pois trata de autênticos subsídios à aquisição de equipamentos, o que não caracteriza propriamente matéria tributária.

O Decreto Federal 755/93 estabelece para o IPI alíquotas diferenciadas para veículos movidos a gasolina e a álcool. A Lei nº 9.393/96 isentou do ITR as áreas de reserva legal, de preservação permanente, de RPPNs - Reservas Particulares do Patrimônio Natural e das áreas de servidão florestal. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) também prevê a isenção do IPTU sobre áreas de interesse ambiental. O repasse do ICMS ecológico pelo Estado aos Municípios, tendo por base parâmetros sociais e ambientais, apesar de ser uma forma de redistribuição do valor arrecadado, estimula a preservação de áreas, como a de Guaraqueçaba-PR e do Parque Nacional do Iguaçu. Recentemente, a Lei nº 11.828, de 20 de novembro de 2008, estabeleceu a suspensão da incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e posterior conversão em alíquota zero, sobre as doações em espécie recebidas por instituições financeiras públicas controladas pela União e destinadas a ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas brasileiras.

As taxas por terem como pressuposto o interesse público tutelado sob a forma de fiscalização ou de obrigatória prestação de serviço, podem ser amplamente utilizadas. José Marcos Oliveira[9] entende que as taxas ambientais devem ser graduadas conforme o custo dos serviços públicos ambientais relacionados à carga poluidora gerada pelos

contribuintes, gerando receitas para o custeio das tarefas administrativas correspondentes. Desta forma, além de induzir o poluidor a buscar alternativas de conduta menos poluidoras visando diminuir o gasto com taxas, estariam elas, possuindo ou não contraprestação como condição de sua existência, permitindo a possibilidade de seu uso para a proteção ambiental. Exemplos são as taxas referentes às atividades de licenciamento e fiscalização ambiental e as taxas relativas à extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente.

A contribuição de melhoria teria grande resultado na criação de parques e unidades de conservação, onde a valorização econômica das propriedades do entorno, em face da valorização imobiliária obtida, poderia custear não só a criação daquele parque ou unidade em específico, como incentivar a criação de outros, acabando-se com a injustiça, conforme sustenta Roberto Ferraz^[10], de o Poder Público arcar com a totalidade dos gastos e indenizações, e os particulares beneficiaram-se com a valorização propiciada pela obra sem qualquer custo para tanto.

O empréstimo compulsório por ser um tributo vinculado, instituído em função de calamidade pública ou para realização de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, também pode ser utilizado para fins ambientais.

Já a contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE, que tem como seu objetivo principal a permissão para que o Estado possa intervir em determinadas atividades econômicas, segundo Roberto Ferraz, seria o instrumento mais aceito e adequado, principalmente em resultados, para a tributação ambientalmente orientada. Uma das características das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico é a sua natureza de tributo vinculado, de maneira que sua instituição para tributação ambiental, não viola os princípios da igualdade e capacidade contributiva.

3. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

Até a Constituição de 1988, pelo clássico direito penal, era impensável se cogitar em crime de pessoa jurídica^[11], principalmente em face do art. 59 do CP, onde se enuncia como primeiro dado a ser considerado na dosimetria da pena a culpabilidade do agente, elemento de natureza inequivocamente subjetiva.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, em seu art. 225, § 3º, estabeleceu a previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e restringiu-a apenas à matéria ambiental. Houve uma clara opção política e econômica do Estado brasileiro em se permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas e tão somente como forma de prevenção geral e especial do meio ambiente.

A Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, regulamentou o disposto no § 3º do art. 225 da CF/88. Em seu art. 3º a Lei 9.605/98 prescreve de maneira inequívoca a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em matéria ambiental. ^[12]

A legislação nos crimes ambientais estabelece o sistema de dupla imputação[13]. A dupla imputação, como vem decidindo o STJ, importa em reconhecer que pessoas jurídicas e naturais farão, conjuntamente, parte do pólo passivo da ação penal, sob pena, inclusive, de trancamento da persecução. [14]

A Lei nº 9.605, no artigo 21, especifica quais são as penalidades autônomas para as pessoas jurídicas e as descreve em ordem exaustiva: multas, prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica. As penas restritivas de direitos consistem em suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, e proibição de contratar com o poder público e dele obter subsídios, subvenções ou doações. As penas de prestação de serviços à comunidade, que visam a reinserção da pessoa jurídica ao meio ambiente, consubstanciam-se em custeio de projetos ambientais, recuperação de áreas degradadas, contribuições a entidades ambientais, etc.

A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política e econômica, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma de prevenção geral e especial, diante da pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes morais.

Fernando Galvão[15] faz uma análise da incriminação da pessoa jurídica como forma de prevenção da conduta danosa ao meio-ambiente, principalmente no que se refere aos prejuízos econômicos que poderá sofrer:

... a sanção de natureza penal oferece um contra-estímulo muito mais eficiente na proteção do meio-ambiente, justamente por trabalhar em harmonia com a lógica do mercado capitalista. A pena criminal possui efeito estigmatizante que, para a pessoa física, sempre foi considerado um ponto negativo. A pessoa física tem maiores dificuldades para a reinserção social após receber a marcação oficial de criminoso. No caso da pessoa jurídica, a marca da responsabilidade criminal dificulta os negócios da pessoa jurídica e, na defesa de seus interesses econômicos, os dirigentes da pessoa jurídica são estimulados a evitar o processo penal. Na lógica do mercado, a certificação de qualidade ambiental do ISO 14.001 abre caminho para bons negócios. Já a denúncia criminal possui efeito contrário, descredencia e, em alguns casos, inviabiliza a transação comercial com a pessoa jurídica responsável por dano ambiental. O tempo se encarregará de mostrar que a opção pela responsabilização criminal da pessoa jurídica desenvolve estratégia muito eficiente na preservação do meio ambiente, em especial porque trabalha intervindo na lógica capitalista do lucro.

A pessoa jurídica que sofre uma persecução criminal, por infração de sua responsabilidade socioambiental, passa a ficar estigmatizada como degradadora do meio ambiente, com forte impacto na confiança de seus consumidores e fornecedores. A empresa passa a sofrer graves prejuízos e diversas restrições em suas negociações, de maneira que tende a buscar uma recomposição da sua imagem no mercado. A Petrobras depois dos grandes acidentes ocorridos no Rio de Janeiro, São Paulo e no Paraná, pelos quais tanto a empresa quanto seu presidente à época responderam criminalmente pelos danos causados ao meio ambiente, com grande repercussão nos meios de comunicação, implantou severas mudanças em seus instrumentos de prevenção de acidentes e hoje é um dos exemplos do setor, com redução dos níveis de poluição e incentivo às políticas

de fomento à preservação ambiental. Houve uma mudança de paradigma nas políticas da empresa.

Muitos são os países que já modificaram a dogmática penal clássica para implementação e aplicação da responsabilização penal da pessoa jurídica: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, Japão e China.

O impacto para o direito penal é tão grandioso que recentemente o Pleno do Supremo Tribunal por maioria, decidiu que pessoa jurídica não pode ser paciente de Habeas Corpus, que se destina a proteção da liberdade de ir e vir, sob pena de uma ampla reconstrução doutrinária deste remédio constitucional. [16]

Mais uma vez, na concepção clássica, focada no indivíduo, seria impensável atribuir culpabilidade à pessoa jurídica pelo seu caráter nitidamente subjetivo, mas sob uma visão coletiva e como forma de prevenção geral e especial, com forte impacto econômico para a empresa, passou a ser admitida em se tratando de proteção do meio ambiente.

4. Conclusão

A clássica dicotomia entre o público e o privado vem sendo rediscutida e reavaliada com uma publicização do direito privado e a introdução de práticas de gestão privada na esfera pública, inclusive, com o questionamento dos privilégios da administração, na tão em voga consensualidade do direito administrativo. Deve ser protegida a complexidade da sociedade como um todo, com todos seus valores históricos, naturais, culturais, econômicos, sociais e políticos.

No Direito Ambiental os interesses individuais sempre serão ponderados frente aos interesses coletivos e aos princípios gerais ambientais, em especial aos princípios da precaução e da prevenção. O próprio conflito entre proteção ao meio ambiente e desenvolvimento faz com que muitas das vezes os riscos e benefícios das atividades econômicas sejam analisados caso a caso.

José Afonso da Silva[17] ressalta que a qualidade do meio ambiente se transformou num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornou um imperativo para todos, a fim de assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de desenvolvimento, ou seja, o direito fundamental à vida. Desta forma, a proteção ao meio ambiente, como garantia do direito fundamental à vida, matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem e, portanto, preponderante, deve orientar todas as formas de atuação na tutela do meio ambiente, estando acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, direito de propriedade ou de iniciativa privada, que também estão garantidos no texto constitucional, mas que devem ser ponderados frente a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de proteger a um valor maior, a qualidade da vida humana.

A lógica tradicional do direito baseado no indivíduo e na propriedade cede espaço à lógica de proteção coletiva e com isto passa muitas vezes a se chocar com o direito tradicional. A responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental seria impensável perante a doutrina clássica penal, em face do critério subjetivo da culpa para responsabilização do agente. Porém, como forma de prevenção geral passou a ser admitida forçando, inclusive, a uma rediscussão da matéria na doutrina e na jurisprudência, onde se passou a denominar tal responsabilidade de moral. A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi uma opção política e econômica do legislador como forma de prevenção geral e especial, tendo em vista os graves prejuízos que as empresas perseguidas criminalmente acabam sofrendo em face da quebra de confiabilidade perante seus consumidores e fornecedores.

Os tributos ambientais e os incentivos de mercado, com seus efeitos de internalização dos custos, são de igual forma instrumentos de fomento à preservação, ainda pouco aplicados, considerando-se o seu potencial, e que podem ser utilizados em larga escala para a maximização dos resultados. Todos os instrumentos de incentivo analisados como compensação de reserva legal, resgate de carbono, solo criado, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, pagamentos por serviços ambientais, reposição florestal obrigatória, dentre outros, adotam princípios tipicamente econômicos, privilegiando os interesses coletivos, possibilitando o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente.

A lógica das normas de direito econômico implica, portanto, no desenvolvimento de importantes instrumentos de incentivo à proteção do meio ambiente, como forma de prevenção geral e especial, principalmente na internalização dos custos ambientais às atividades poluidoras.

Referências Bibliográficas:

BARRAL, Welber e PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2007.

JENKINS, Glenn e LAMECH, Ranjit. **Green Taxes and Incentive Policies: an international perspective**. Co-publication of the International Center for Economic Growth (ICEG) and the Harvard Institute for International Development. San Francisco: ICS Press, 1994.

FERRAZ, Roberto. **A Macrológica do Direito Econômico**. In: Revista de Direito Mercantil. São Paulo: RT, v.142, abr./jun., 2006.

FERRAZ, Roberto. **Tributação Ambientalmente Orientada**. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.) Tributação Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRAGOSO, Heleno. Apêndice aos **Comentários ao Código Penal**, vol. 1, tomo II, de autoria de NELSON HUNGRIA, 5a. edição, n 88. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FREITAS, Vladimir Passos de.; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a Natureza**. São Paulo: RT, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.

LIMIRO, Daniele. **Créditos de Carbono**: protocolo de Kyoto e projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Sistema tributário e proteção ambiental no Brasil e no Japão**. In SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord). **Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**: emergências, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2003.

[1] "Trata-se da estrutura que mais se aproxima da lógica de resultados, chegando mesmo a alterar a concepção de Estado. ... Em suma, o que caracteriza as normas de Direito Econômico não é a matéria, mas sim, o novo enfoque com que foram concebidas: o enfoque macroeconômico, isto é, macrologicamente." FERRAZ, Roberto. *A Macrológica do Direito Econômico*. In *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v.142, abr./jun., 2006. p. 80/81.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 10ª ed., 1992. p. 335

[3] JENKINS, Glenn e LAMECH, Ranjit. *Green Taxes and Incentive Policies: An International Perspective*. Co-publication of the International Center for Economic Growth (ICEG) and the Harvard Institute for International Development. San Francisco: ICS Press, 1994. p. 1-9.

[4] Edital de Compensação de Reserva Legal - IBAMA - SUPES - PR nº 01/2006

[5] Informações obtidas no site da Fundação <http://internet.boticario.com.br/portal/site/fundação>

[6] Informações obtidas nos sites do Instituto Estadual de Florestas www.ief.mg.gov.br; da Assembléia Legislativa Estadual www.almg.gov.br; da Gazeta Mercantil www.investnews.net/GZM_News; e da The Nature Conservancy www.nature.org

[7] Informações obtidas no site da FAS www.fas-amazonas.org

[8] FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada. In TORRES, Heleno Taveira (Org.) Tributação Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333/352

[9] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. "Sistema tributário e proteção ambiental no Brasil e no Japão". In SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord). Direito Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

[10] FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada. In TORRES, Heleno Taveira (Org.) Tributação Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333/352.

[11] "Nosso sistema de Direito Penal mantém-se fiel ao princípio segundo o qual as pessoas jurídicas não podem praticar crimes. A responsabilidade penal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa). A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de um crime, como titular do bem jurídico atingido através de ação delituosa, mas não pode ser autor (pois incapaz de ação e de culpa) independentemente das pessoas físicas que agem em seu nome. Estas serão os autores do crime, quando agirem em representação, por conta ou em benefício de pessoa jurídica, segundo a regra geral." FRAGOSO, Heleno. Apêndice aos Comentários ao Código Penal, vol. 1, tomo II, de autoria de NELSON HUNGRIA, 5a. edição, n 88, Forense, Rio de Janeiro, 1978. p. 628/629.

[12] "Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."

[13] "... a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, o que demonstra a adoção do chamado sistema de dupla imputação. 'Sistema de dupla imputação' é o nome dado ao mecanismo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas que contribuírem para a consecução do ato. Nosso legislador deixou clara a intenção de a persecução penal atingir a todos os entes, quer individuais, quer coletivos, envolvidos no delito ecológico". SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Método, 2003. p. 148.

[14] "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu

nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio." (STJ - REsp nº 889.528/SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 18/06/2007)

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, tendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana* " (STJ - RMS nº 16.696/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 13/03/2006)

[15] GALVÃO, Fernando. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Edição, 2003. p. 16-17.

[16] STF - HC 92.921-4/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 26/09/2008

[17] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 719.

DIREITO E GESTÃO EMPRESARIAL

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADES ANÔNIMAS E O PRINCÍPIO DO CAPITAL LOCK-IN

THE INSTITUTE OF PARTIAL DISSOLUTION IN CORPORATIONS AND THE CAPITAL LOCK-IN PRINCIPLE

Daniella Bernucci Paulino

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a possibilidade de se aplicar o instituto da dissolução parcial em sociedades anônimas. Não obstante tal possibilidade seja admitida por parte dos doutrinadores e pelo Poder Judiciário brasileiro verifica-se que tal aplicação desvirtua a essência da sociedade anônima e contraria os princípios da tipicidade e do capital lock-in implementando regras decorrentes do princípio da personalidade em sociedades de capital. As alegações de que caberia a dissolução parcial em situações que pretendam tutelar a minoria ou preservar a empresa são avaliadas e contrapostas ao riscos desta aplicação indevida em especial no que se refere aos futuros impactos econômicos destas decisões, bem como das conseqüências no que tange ao princípio da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMERCIAL, SOCIEDADES ANÔNIMAS, DISSOLUÇÃO, CAPITAL LOCK-IN

ABSTRACT

The present article intends to analyze the possibilities of applying the institute of partial dissolution in corporations. Notwithstanding that this possibility is admitted by part of legal theorists and Brazilian judiciary, we can verify that such application go against the essence of what a corporation means and contraries its principles of typicalness and lock-in capital when implements rules derived from the principle of personhood in stokeholder companies. The allegations that partial dissolution would be adequate in situations that intend to tutelage the minority or preserve the company are evaluated and compared to the risks of an undue application especially in relation to the future economic impacts of these decisions, as well as the consequences regarding the principle of juridical security.

KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, CORPORATIONS, DISSOLUTION, CAPITAL LOCK-IN

“As normas e os institutos jurídicos não podem ser inteiramente conhecidos pela simples intelecção do sentido aparente de um complexo de abstrações e dogmas ou das relações que estabelecem entre si. Respeitam, invariavelmente as utilidades que lhes confere o legislador, e, portanto, às conveniências e vontades humanas. São, quando conjugados a métodos de interpretação e aplicação do direito, técnicas de legitimação do poder político, cujos interesses e razões nem sempre são evidentes. (WARDE JÚNIOR,2007, p.1)

1. O princípio da tipicidade e a segurança jurídica nas relações societárias

É a sociedade por ações construção jurídica conceitual que se funda em certas características básicas fundamentais e se rege por determinados princípios que a distinguem dos demais tipos de fenômenos associativos.

No contexto do direito societário – que abrange diversas formas associativas com o fito de atender a objetivos negociais diversos – utiliza-se, para distingui-las, uma série de critérios e classificações cruciais para se definir o regime jurídico ideal para cada uma destas formas, bem como para estabelecer a interpretação mais adequada a cada tipo societário, no que cinge à lei e aos estatutos sociais.

A tipicidade no direito societário, ou seja, a noção de que “as partes não têm a faculdade de celebrar contratos de sociedade diferentes dos previstos na lei”(MAIA,2005, p. 8), confere às relações empresariais certo grau de segurança jurídica, imprescindível na seara negocial.

Ao se adotar determinado tipo jurídico societário dentre o leque de opções oferecidas pelo legislador assume-se um pré-definido regime jurídico e é sem dúvida este prévio conhecimento que informa decisivamente a opção do idealizador da sociedade, bem como assegura os interesses de terceiros que contratam com a sociedade tipificada.

Como afirma Pedro Maia:

O princípio da tipicidade constitui uma restrição ao princípio da autonomia privada, em especial na sua vertente de liberdade contratual [...] O princípio da tipicidade só restringe, contudo, uma das facetas da autonomia privada. As partes no contrato, não podendo embora adoptar um tipo diferente dos previstos no CSC [Código de Sociedades Comerciais]– o que traduz uma restrição à liberdade de fixação do conteúdo do contrato - , já podem decidir livremente se contratam – liberdade de contratar em sentido estrito – assim como podem escolher, também livremente, com quem contratam – liberdade de escolha do (s) outro(s) contraente(s) [...] Apesar de restringida pelo princípio da tipicidade, a liberdade de fixação do conteúdo do contrato de sociedade comercial não é de todo em todo afastada pela lei: observando o tipo e respeitando as normas de carácter imperativo que o regulam, as partes podem conformar livremente o conteúdo do contrato de sociedade [...] À consagração do princípio da tipicidade das sociedades comercial é uso apontar-se o desígnio do legislador de tutelar a segurança jurídica e, em especial, os interesses de terceiros que contratam com a sociedade. Tais interesses dos terceiros far-se-ão sentir de modo mais vincado naquelas sociedades em

que os sócios não respondem pessoal e ilimitadamente pelas dívidas da sociedade”(MAIA, 2005, p.7-9).

Em síntese, ao se adotar determinado tipo de sociedade assume-se que determinadas regras a ela serão aplicadas, garantindo-se, desta forma a necessária estabilidade nas relações empresariais.

2. O princípio da personalidade e as sociedades

Nesta ordem de idéias, podemos afirmar que uma das principais ponderações que se faz acerca da sociedade a se adotar envolve a natureza do vínculo que une os sócios. Sob este aspecto dividem-se as sociedades empresarias no que cinge a sua estrutura econômica em sociedades de pessoas e em sociedades de capital (TEIXEIRA, 2007, p. 24-25).

As primeiras seriam aquelas nas quais há especial relevo para a identidade da pessoa do sócio. A gênese volitiva orienta-se pelo desejo de estar associado a determinada pessoa e não a qualquer outra. Daí por que tais sociedades são essencialmente contratuais e destinadas à organização de pequenas e médias empresas, características comuns ao modelo da sociedade por quotas.

Já nas sociedades de capitais, a identidade do sócio é irrelevante para o surgimento ou a existência da associação importando apenas a contribuição de cada um para a formação do capital social.

É o que ocorre nas sociedades anônimas, nas quais uma massa anônima de pessoas é titular de parcelas do capital, livremente transferíveis de/e para qualquer um.

É relevante dizer que, de certa forma, todas as sociedades combinam um pouco das duas características. Mas, nas sociedades de pessoas o elemento pessoal é predominante e a existência de capital acumulado é secundária. Já nas sociedades de capital o elemento que baseia a constituição da sociedade é o capital formado pela contribuição dos investidores.

Podemos, portanto antever que será necessário amoldar a principiologia e as regras aplicáveis às sociedades a sua natureza econômica, não se podendo, em nenhuma hipótese, pretender aplicar o mesmo regime a uma sociedade de pessoas e a uma sociedade de capital, especialmente no que se refere ao chamado *status socii*, ou seja, o conjunto de direitos e deveres pertinente àqueles que detém uma parcela do capital social.

3. Direito à extinção do vínculo societário: dissolução total X dissolução parcial

“A sociedade anônima é feita para durar. A velhice, longe de diminuir suas forças, lhe dá a vantagem de uma reputação comercial estabelecida e de um ativo mais pungente”(GUYON, 1994, p. 89). Dentro desta lógica, destaca-se a sociedade anônima por ser um tipo societário capitalista e, por consequente, privilegia este modelo as regras que favorecem a formação e a manutenção de um vínculo estável, duradouro e institucional, sem qualquer apelo à *affectio societatis*.

Desta feita, no que se refere ao desfazimento do vínculo societário, tradicionalmente e em nome dos princípios que regem as sociedades capitalistas, afastou-se destas a dissolução parcial da sociedade.

De fato, pode-se dizer que dentre os direitos que formam o *status* do sócio figura o direito à dissolução, desdobrando-se este em direito de retirada e direito de rescisão. Este último, fundado na própria noção de liberdade de associação, é conferido em todos os tipos societários, tratando-se, “da complexa separação dos múltiplos interesses e titularidades patrimoniais que foram congregados para constituir uma mesma unidade jurídico-econômica, a pessoa jurídica” (BARBI FILHO, 2004, P. 51).

Lembremos que assim como se contrata a sociedade pode-se também destruí-la, sendo assegurado ao sócio o direito de extinguir os seus vínculos com a sociedade seja pelo exercício do direito de retirada, seja pelo exercício do direito à rescisão.

Todavia, não obstante a acuidade da assertiva, cumpre diferenciar entre a sistemática legal prevista para a extinção do vínculo entre sociedade e sócio nas sociedades de pessoas e nas sociedades de capitais.

O vetusto e hoje parcialmente revogado Código Comercial Brasileiro de 1850, em seus artigos 335 e 336, inserido em contexto marcadamente individualista, conferiu ao sócio o direito potestativo de dissolver totalmente a sociedade. Nas sociedades por prazo indeterminado poderia o sócio pedir a dissolução total pelo simples desentendimento ou por mero capricho.

As situações que ensejam a dissolução das sociedades são determinadas em função da pessoa do sócio e não dos interesses da pessoa jurídica. O Código, editado no apogeu da visão liberal e individualista, filiou-se à chamada Escola Contratualista, que privilegiava a vontade dos sócios sobre o interesse institucional da atividade empresarial da sociedade (BARBI FILHO, 2004, p. 51).

O rigor individualista não resistiu, contudo, à evolução econômica e para amenizar a dissolução total nas sociedades de pessoas, tendo em vista o princípio da preservação da empresa, desenvolveu-se a construção doutrinária da dissolução parcial das sociedades.

Afirma, neste sentido Trajano de Miranda Valverde

A evolução do direito comercial brasileiro reflete a necessidade de proteger a sociedade, a continuidade da empresa, contra os próprios sócios ou os eventos que pelo Código Comercial de feição individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional” (1942, p. 637)

Eis porque, em oposição à feição egoística do Código Comercial de 1850, justificou-se, no campo das sociedades pessoais e contratuais, a construção exegética que resultou na figura da dissolução parcial da sociedade.

Assim, diante da existência de sociedades com prazo indeterminado fundamentaria esta possibilidade a noção de ser a sociedade um negócio jurídico plurilateral e a necessidade de preservação de empresa, aceitando-se a elaboração de um balanço de

dissolução no qual se apura o acervo da sociedade e se reembolsa o sócio que desfaz seu vínculo societário.

Resta claro assim ter sido a dissolução parcial das sociedades fruto de construções doutrinárias em reação aos rigores da dissolução total, evitando-se extinguir empresas viáveis quando não cabíveis o recesso ou outras formas alternativas de afastamento do sócio.

No tocante à dissolução nas sociedades de capital, especialmente nas sociedades anônimas, vigora há muito regime especial, de feição moderna e adequada às sociedades institucionais. Assim, diferentemente do que ocorreu na sociedade limitada, não se fez necessária a introdução da construção doutrinária referente à dissolução parcial da sociedade. Nestas sociedades de capital sempre coube a premissa: o acionista insatisfeito deve manter-se associado até encontrar interessado em adquirir suas ações.

De fato, admite a vigente lei de sociedade por ações, nos moldes das legislações que anteriormente tratavam da matéria, a dissolução total apenas em hipóteses taxativamente enumeradas no texto legal, não acolhendo em seu teor a dissolução parcial. Eis porque não ocorreu neste tipo de fenômeno associativo a necessidade de atenuação da hipótese de dissolução total.

Se em torno das sociedades de pessoas se construiu a teoria para amenizar o então vigente Código Comercial, nas sociedades anônimas que possuem regime dissolutório próprio e recente, as hipóteses de dissolução total são excepcionais, extensamente discriminadas e procuram se restringir a situações nas quais a companhia realmente não tem como prosseguir. Fora destes casos, o acionista insatisfeito tem os remédios legais com a venda das ações em bolsa e o recesso.

Esta diferenciação se explicaria justamente pelos atributos diversos que se reconhece às sociedades personalistas e às sociedades de capital. Se naquelas a gênese volitiva se funda na pessoa de um sócio determinado, na formação de vínculos *intuitu personae* e na feição marcadamente contratual, nestas a base da associação é a contribuição do sócio ao capital social, inexistindo a *affectio societatis*.

Por outra perspectiva, pode-se ainda apontar que em suas origens surgiram, das práticas costumeiras dos comerciantes medievais, as sociedades pessoais para instrumentalizar empreendimentos de pequeno e médio porte, de natureza familiar, atando, pelo vínculo da responsabilidade ilimitada, sócios que se elegiam por suas qualidades próprias.

Mesmo as sociedades limitadas, modelo legislativo criado nos idos do século XIX, foram concebidas para atender às necessidades daqueles que ansiavam pela limitação da responsabilidade, mas não desejavam, pelo porte do empreendimento, adotar o complexo modelo da sociedade por ações.

Já a sociedade por ações tem seu nascimento marcado pela grandiosidade das expedições ultramarinas européias e sua espantosa expansão se explica principalmente pela sua habilidade de acumular grande volume de capital, interligando pessoas com perfis e interesses muito diversos.

Como aponta Celso Barbi Filho são vários os fatores que afastaram e afastam das sociedades anônimas a figura da dissolução parcial:

“Primeiramente, os acionistas não possuem vínculo contratual entre si [...]. Desse modo a disciplina de dissolução das sociedades anônimas não é a do Código Comercial, mas sim um regime próprio, hoje previsto na Lei n. 6404/1976, que não se orienta pelo caráter individualista que marca o Código de 1850 [...]Por outro lado, nas sociedades institucionais e capitalistas, sempre houve mecanismos específicos para livre entrada e saída dos sócios, indispensáveis aos próprios fins do modelo corporativo de harmonização entre acionistas e investidores e gestores [...] Ademais, sendo a sociedade predominantemente de capitais, na qual a identidade do sócio não é relevante, o eventual rompimento da *affectio societatis* – que muitos entendem inexistente neste modelo societário – não seria justificativa para autorizar a saída do sócio insatisfeito – que ali deveria permanecer até que encontrasse um adquirente para sua participação” (2004, p. 59-60).

4. Capital *lock in*

A regra geral de que deve o sócio insatisfeito permanecer até encontrar interessado em adquirir sua participação se explica por algumas características próprias das sociedades anônimas. Esta consideração nos remete à ponderação acerca da característica essencial deste tipo societário.

Sem pretender empreender uma revisão histórica da evolução das sociedades comerciais, podemos verificar, mediante breve resgate, que a evolução do capitalismo romperia com os modelos personalistas de sociedades engendrando a criação da sociedade por ações, justamente para adequar os modelos medievais à necessidade de acumulação de grande volume de capital visando ao financiamento de empresas nunca antes exploradas. Já nas suas origens, as companhias se distinguiam pela pluralidade e pela capacidade de concatenar interesses os mais diversos, revelando-se o mecanismo que possibilitou a captação de grandes aportes financeiros, reunindo pessoas com perfil e propósitos econômicos diversos, sem quaisquer laços em comum, salvo a disponibilidade de capital, ao contrário do que ocorria nas sociedades de pessoas, assentada sobre o princípio da *affectio societatis*.

Pelo seu poder de concentrar capitais e viabilizar o acúmulo de riquezas, revela-se, assim, a sociedade por ações como espetacular *Machine Juridique*, responsável pela acumulação de capitais e pelo progresso econômico nas economias de mercado.

Respondendo à pergunta antes formulada, são traços singulares da sociedade por ações a inexistência de liame contratual ou de *affectio societatis* entre os acionistas, a capacidade da sociedade de aglutinar maciço volume de recursos, a centralização do poder; a limitação de responsabilidade e a liquidez do investimento pela potencial e ampla alienabilidade das ações.

Todavia, a par de todas estas, podemos melhor compreender a natureza das companhias focando-se numa geralmente esquecida característica: sua capacidade de “prender” o capital inicial dos investidores para o capital social da companhia, por tornar muito difícil a esses investidores a subsequente retirada de ativos da empresa. Lynn Stout

afirma: “na S/A, como num poço de piche, é muito mais fácil para os investidores nela entrarem do que dela saírem”(2005, p. 489).

A doutrina norte-americana trabalha exaustivamente o conceito de capital preso (*capital lock-in*), rotulando-o de outras várias formas: partilhamento afirmativo do ativo (*affirmative asset partitioning*), ausência de condição de recompra (*the absence of a repurchase condition*) e separação patrimonial dos acionistas (*asset separation from shareholder*). Sem entrar no mérito da melhor terminologia, parece-nos razoável a assertiva de que a essência da sociedade anônima residiria na capacidade da última de facilitar aos investidores o comprometimento irreversível das suas contribuições financeiras à companhia. Como resultado, os ativos não podem ser retirados da companhia unilateralmente(SOUT,2005, p 489-502).

Em outras palavras, a sociedade por ações ofereceria a estabilidade necessária para a viabilização de empresas de grande porte e com necessidade de longos prazos para a sua consolidação, justamente por não permitir que os investidores e os credores destes retirem unilateralmente seus aportes individuais do todo investido.

5. Dissolução Parcial da sociedade anônima?

Não obstante inexista em nosso ordenamento comando legal que autorize a dissolução parcial de sociedades anônimas, institucionalizando a alternativa tem se admitido, em algumas hipóteses, o pedido judicial de dissolução parcial de sociedades anônimas.

Assim, no que se refere ao posicionamento do Poder Judiciário, podemos afirmar que o pedido de dissolução como pedido original e único da dissolução parcial é veementemente negado. Afirmam as Cortes ser juridicamente impossível o pedido por falta de norma que o preveja no ordenamento jurídico[1].

Há, contudo, julgados isolados que autorizam a dissolução parcial da companhia fechada em duas hipóteses[2]:

- como alternativa conciliatória de interesses da maioria e minoria nas situações em que a lei impõe a dissolução total. Seria assim uma alternativa a concessão do pedido de dissolução total da sociedade formulado por minoritários, dentro das hipóteses legalmente admitidas.

- como tutela da minoria deferir-se-ia o pedido criando-se uma categoria inusitada: a sociedade circunstancialmente anônima que possuiria grau de liquidez das suas ações semelhante ou até menor do que o das quotas de sociedades limitadas justificando-se a dissolução parcial. Afirmam-se, neste sentido, que não obstante apresentem em regra as sociedades anônimas as características geralmente associadas às sociedades de capital, existiriam “sociedades anônimas de pessoas”, próximas às limitadas. Seriam suas características básicas 1) a limitação à circulação das ações, seja no estatuto, seja em acordo de acionistas; 2) quorum deliberativo mais elevado do que o legal para certas e determinadas questões, tanto na assembléia geral, quanto no conselho de administração, o que equivale à atribuição de um poder de veto à minoria; 3) a distribuição equitativa dos cargos entre os grupos associados.

Nestas, de acordo com a fundamentação dos defensores desta tese, seria viável e desejável permitir-se a dissolução parcial, ou seja, a quebra da regra do capital preso.

Cumprido notar que esta tese parte da premissa de que na realidade concreta existem sociedades anônimas constituídas *intuitu personae*, não em função do capital empregado, mas sim em razão das habilidades e características pessoais dos sócios existindo, entre os mesmos, *affectio societatis*. Concluem, contudo, a nosso ver, incorretamente, ao dispor que se há este elemento pessoal, se existe a *affectio societatis*, dever-se-á admitir a dissolução parcial como uma via possível e juridicamente admissível.

É imperioso não descuidar do impacto que tais decisões podem vir a ter na esfera societária. Como afirma Armando Castelar Pinheiro, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios o Poder Judiciário prejudica o desempenho econômico “[...] estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; desencoraja investimentos e a utilização de capital disponível, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios, e diminui a qualidade da política econômica” (2005, p. 55).

6. Conclusão

Parece-nos, assim bastante difícil compatibilizar a estrutura e função econômica das sociedades institucionais e de capital à idéia de dissolução parcial.

Do ponto de vista formal não se reconhece a *affectio* em sociedades anônimas, uma vez que nessa estrutura societária, necessariamente, por força do regime legal é sempre possível a modificação dos acionistas, a qualquer tempo, pela livre transferência de ações.

Não se nega que em alguns pontos a Lei de S/A admite alguma pessoalidade nas relações entre acionistas. Vejamos a este respeito a possibilidade prevista na lei de se limitar a circulação das ações em companhia fechadas. Isto nos autorizaria criar, à margem da lei, um novo regime dissolutório para as sociedades anônimas?

Lembremos que é própria lei que distingue as companhias abertas e fechadas utilizando para tal o critério negociação das ações em mercado aberto ou não. E, é o mesmo texto legal que estabelece expressamente as diferenças entre estes regimes não se posicionando de forma alguma no que cinge à dissolução.

Como já se disse, temos que considerar que a sociedade anônima foi talhada para grandes empreendimentos. Ora, a capacidade de prender o capital (*capital lock-in*) é essencial aos projetos que requerem grandes volumes de ativos específicos da empresa, tornando a habilidade de manter esses investimentos na empresa uma característica essencial deste modelo.

Podemos, então, admitir que ao optar por este modelo jurídico de sociedade assumiria o acionista a inviabilidade ou ao menos um maior grau de dificuldade em retirar seus ativos unilateralmente.

Neste sentido, cumpre dizer que ao optar por aderir a um empreendimento organizado na forma de sociedade anônima faz o investidor um aporte que significa investimento, portanto, risco. Se se trata de um investidor minoritário, em sociedade anônima fechada, sabe este de antemão que a ele corresponderá um poder limitado, proporcional é claro, a sua limitadíssima responsabilidade.

Pelas próprias características da imputação do risco, é pequeno e limitado o papel do acionista individual das grandes sociedades de capital, o que se legitima pela respectiva limitação de responsabilidade: “por outras palavras, em matéria de exploração e gestão de actividades empresariais, se, positivamente, a um poder ilimitado deve corresponder uma responsabilidade ilimitada (*Keine Herrschaft ohne Haftung*), então também negativamente, a um poder limitado deverá corresponder uma responsabilidade limitada (*keine Haftung ohne Herrschaft*) (ANTUNES, 2006, p. 27-28).

Aceita, assim, participar de uma sociedade menos flexível e suscetível às ingerências da vontade, em razão de vasto conjunto de regras definidos pelo legislador justamente para que diminuindo os custos transacionais permita que a sociedade se consolide e se perpetue com toda a eficiência que se pretende deste modelo jurídico.

Enfim, assumindo o capital preso como característica fundamental de toda companhia, teremos que aceitar que só poderia dela se desligar o acionista que vendesse suas ações no mercado ou que em situações especialíssimas exercesse o direito de retirada, ou, se fosse o caso, pedisse a dissolução total.

Cabe destacar que esta habilidade de manter aplicado o capital desempenha fundamental função econômica e é uma das características que justifica terem as sociedades por ações assumido o status de principal modelo jurídico para as atividades econômicas, tornando possível sedimentar empreendimentos de grande porte e de larga duração.

Desta maneira, podemos dizer que não caberia, como quer parte da doutrina e dos tribunais brasileiros, nesta sociedade, por suas peculiaridades específicas, a dissolução parcial nos moldes da sociedade limitada.

Admitir-se a uma ampliação judicial das hipóteses de saída dos acionistas insatisfeitos pode acarretar efeitos contrários àqueles inspirados pelo princípio da preservação da empresa, a qual fica vulnerável a inesperadas descapitalizações pagas nas apurações de haveres. Sem mencionar a possibilidade de se criar uma indústria especulativa de acionistas que passariam a sistematicamente formular pedidos de dissolução total de companhias prósperas para auferir ganhos. Incutir nas sociedades anônimas regra decorrente dos princípios da pessoalidade, comum a outros tipos societários, é desrespeitar a máxima de segurança jurídica, flexibilizando-se elementos essenciais da sociedade, a despeito de todo o seu regime legal previsto.

7. Referências

ANTUNES, José Engracia. *Estrutura e Responsabilidade na Empresa: o moderno paradoxo regulatório*. p. 27-28. In: O Direito de Empresa e das Obrigações no Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 34120, Terceira Turma, Brasília, 26/04/1993.DJ, Brasília, 14/06/1993 p. 11785.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419174, Brasília, 28/05/2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300409115&dt_publicacao=04/08/2008. Acesso em: 22 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 111294, Terceira Turma, Brasília, 28/06/2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200201005006&dt_publicacao=10/09/2007 >. Acesso em: 22 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 111294, Brasília, Quarta Turma, 19/09/2000. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199600667578&dt_publicacao=28/05/2001 >. Acesso em: 22 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 171354, Terceira Turma, Brasília, 16/11/2000. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199800261460&dt_publicacao=05/02/2001 >. Acesso em: 22 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 247002, Terceira Turma, Brasília, 04/12/2001. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000087750&dt_publicacao=25/03/2002 >. Acesso em: 22 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 651722, Terceira Turma, Brasília, 25/09/2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400482372&dt_publicacao=26/03/2007 >. Acesso em: 22 abr. 2009.

GUYON, Yves. *La Société Anonyme*. Paris: Dalloz, 1994.

MAIA, Pedro. *Tipos de Sociedades Comerciais*. p. 7-30. In: Estudos de Direito das Sociedades. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia em um Mundo Globalizado: cooperação ou confronto? p. 51-83. In: Direito e Economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

STOUT, Lynn. *On the nature of corporations*. p. 489-502. In: Direito Empresarial, Aspectos Atuais do Direito Empresarial Brasileiro e Comparado. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VALVERDE, Trajano de Miranda. A evolução do direito comercial brasileiro, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, p. 637, dez. 1942.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos Sócios: a crise da limitação da responsabilidade e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[1] Cf. a este respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 171354, Terceira Turma, Brasília, 16/11/2000. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199800261460&dt_publicacao=05/02/2001>. Acesso em: 22 abr. 2009. E também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 34120, Terceira Turma, Brasília, 26/04/1993.DJ, Brasília, 14/06/1993 p. 11785.

[2] Cf. a este respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419174, Brasília, 28/05/2008. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300409115&dt_publicacao=04/08/2008>. Acesso em: 22 abr. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 651722, Terceira Turma, Brasília, 25/09/2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400482372&dt_publicacao=26/03/2007>. Acesso em: 22 abr. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 111294, Terceira Turma, Brasília, 28/06/2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200201005006&dt_publicacao=10/09/2007>. Acesso em: 22 abr. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 247002, Terceira Turma, Brasília, 04/12/2001. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000087750&dt_publicacao=25/03/2002>. Acesso em: 22 abr. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 111294, Brasília, Quarta Turma, 19/09/2000. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199600667578&dt_publicacao=28/05/2001>. Acesso em: 22 abr. 2009.

RESPONSABILIDADE SOCIAL

SOCIAL RESPONSIBILITY

Evelise Simone de Melo

RESUMO

Tema de extrema importância atualmente é o que trata sobre responsabilidade social da empresa. As mazelas sociais criadas pelo sistema capitalista individualista, onde somente o lucro tinha importância, hoje contam com investimentos de empresários em programas para minimizar os efeitos já incrustados na sociedade, de forma a torná-la mais justa. Não se confunde, responsabilidade social empresarial com função social da empresa, já que essa última, ditada pela imperatividade da lei, não é ação voluntária, como ocorre na primeira. A responsabilidade social é voltada a todos que interagem com a empresa, chamados de Stakeholders. Um instrumento importante para medir esse investimento praticado pelos agentes econômicos é o Balanço Social. Esse instrumento visa determinar os termos da cooperação existente entre o empresário e a sociedade na redução dos problemas sociais, bem como pode servir de instrumento publicitário para empresa. Embora a pesquisa realizada pelo Ipea tenha resultado num significativo aumento na cooperação empresarial no aspecto social, é visível que a falta de incentivo pelo Estado pode resultar no descrédito dessa atuação. Contudo, alguns entes federativos já trabalham para incentivar essa atitude humanitária.

PALAVRAS-CHAVES: EMPRESA; RESPONSABILIDADE SOCIAL; STAKHOLDER, BALANÇO SOCIAL.

ABSTRACT

Fear of extreme importance now it is what treats about social responsibility of the company. The social sore spots created by the individualistic capitalist system, where only the profit had importance, today they count with entrepreneurs' investments in programs to minimize the effects already ingrained in the society, in way to turn her fairer. It doesn't get confused, business social responsibility with social function of the company, since that last one, dictated by the law imperative, it is not voluntary action, as it happens in the first. The social responsibility is returned to all that interact with the company, calls of Stakeholders. An important instrument to measure that investment practiced by the economic units is the Social audit. That instrument seeks to determine the terms of the existent cooperation between the entrepreneur and the society in the reduction of the social problems, as well as it can serve as advertising instrument for company. Although the research accomplished by Ipea has result in a significant increase in the business cooperation in the social aspect, it is visible that the incentive lack for the State can result in the discredit of that performance. However, some federal beings already work to motivate that humanitarian attitude.

KEYWORDS: COMPANY; SOCIAL RESPONSIBILITY; STAKHOLDER, SOCIAL AUDIT.

Introdução

Desde a queda do absolutismo e com a sublevação dos direitos do homem, um direito que tomou grandes proporções e foi alçado como dos mais importantes foi o direito de propriedade. As revoluções do Século XVIII ao darem início a uma era de direitos e garantias individuais do homem, iniciaram, ao mesmo tempo uma veneração ao direito de propriedade. Tanto isso é verdade que o próprio Código de Napoleão foi chamado de Código de Propriedade.

Em nosso direito também foi possível observar tal fenômeno, com a prescrição do Código Civil de 1916. O artigo 524 do referido diploma tem a seguinte redação: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

O direito de propriedade foi tido como direito absoluto e por isso o momento histórico seguinte ao momento das revoluções, em especial a francesa e norte-americana, foi designada de era individualista.

Bem verdade que o culto a propriedade privada persiste ainda nos dias atuais, embora com a adoção de novos ideais o direito evoluiu, bem como erigiu novos direitos a um patamar de preocupação nas várias esferas do conhecimento.

Esse individualismo praticado de forma exacerbada é fator da geração das mazelas sociais. A concentração das riquezas nas mãos de poucos, a despreocupação na extração dos recursos naturais, o desprezo da vida humana, entre outras causas podem ser atribuídas a esse egocentrismo. Não obstante isso, a falta de aparelhamento do Estado para atendimento das necessidades sociais, como educação, cultura, lazer, saúde, entre outros também contribui para essa gravosa situação.

Contudo, é de se notar atualmente um crescente aumento do envolvimento da sociedade com os problemas sociais. A criação de OSS's e OSCIP's são exemplos concretos de que a sociedade não mais está alheia aos problemas sociais. Outro fator que tem se revelado de suma importância é o envolvimento de sociedades empresárias na busca de soluções para esses problemas sociais. É sobre esse tema que se pretende discorrer no presente trabalho.

1 Em busca de um conceito.

A responsabilidade social corporativa é um assunto muito debatido no momento e, por isso, torna-se necessária buscar um conceito, para que se torne seja possível o enfrentamento dos demais temas relacionados.

Contudo, pontuar a respeito de um conceito de Responsabilidade Social da Empresa é uma tarefa difícil. Difícil porque sua ação não se restringe à realização de determinado ato ou fato. Para ser uma empresa cidadã, a corporação deve realizar uma gama de ações que envolvem todos aqueles que estão ligados direta ou indiretamente com a empresa, podendo, ainda, estar ligado a ação com quem não tenha qualquer envolvimento com ela.

Arantes et al. (2004, p. 124) dizem que atualmente há a coexistência de variados sentidos atribuídos à responsabilidade social, não representando um conceito uníssono na literatura disponível a respeito.

Assim é possível verificar que Responsabilidade Social Corporativa é um termo complexo, resultante de variadas ações e ligado a vários elementos e fatores. No entanto, é possível verificar o que algumas ações não representam, quando desvinculadas de outros elementos, o termo responsabilidade social da empresa.

1.1 Responsabilidade empresarial como função social.

Tomasevicius (apud MAGALHÃES, 2008), entende que função social significa que o exercício de um direito subjetivo deve atender ao interesse público, não somente implicando em restrições ao exercício desse direito, mas, da mesma forma, em beneficiar concretamente vantagem positiva para sociedade. “(...) Dessa forma, entende-se a idéia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo”.

Mezzomo 1, a seu turno, embora se referindo especificamente ao direito de propriedade, simplifica o conceito afirmando que “(...) a função social da propriedade como a submissão do direito de propriedade, essencialmente excludente e absoluto pela natureza que se lhe conferiu modernamente, a um interesse coletivo”.

Pelo que se pode observar o princípio da função social está umbilicalmente ligado ao objetivo maior de alcançar a justiça social, que deve ser entendida como repartição equânime das riquezas (PETRUCCI, 2004).

Silva (2004, p. 793-794) esclarece que quando a constituição em seu artigo 5º, XXIII diz que a propriedade atenderá sua função social, quer dizer que o constituinte entendeu esse preceito a todo tipo de propriedade. Para o autor:

(...) O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do

trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade dos bens de produção*, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de *função social da propriedade dos bens de produção*, como de *função social da empresa*, como de *função social do poder econômico* (...).

Assim a função social não retira a liberdade de agir de acordo com os próprios interesses, cumprindo, apenas, com deveres com a sociedade, segundo os princípios e normas positivadas ou não. Magalhães (2008) conclui o seguinte:

Diante do exposto, a sociedade só poderá exigir das empresas a função social das atividades que constituem objeto dela, ou seja, ligado a sua atividade econômica exercida. Não é possível exigir, com fundamento na função social, deveres para os quais as empresas não foram criadas, porque senão só teria deveres e não direitos.

Por outro lado, a Responsabilidade Social não está, a princípio, ligada à destinação social dos meios de produção. Aliás, nada tem a ver com o objetivo social da empresa, mas sim com a interação voluntária da empresa na resolução dos conflitos sociais.

A Responsabilidade Social deve abranger todas as atividades, inclusive as não ligadas ao objeto social, de forma a gerar benefícios para a comunidade, ligada à empresa, como os trabalhadores, investindo, por exemplo, em cursos de formação, quanto às demais pessoas da sociedade, atuando, por exemplo, em patrocínio em eventos culturais (MAGALHÃES, 2008).

Assim, enquanto a função social da empresa é uma manifestação obrigatória do detentor do poder econômico de voltar sua atividade em benefício da coletividade por imposição legal, a Responsabilidade Social é uma manifestação voluntária e individual do empresário que junta esforços com os demais agentes da sociedade para apaziguar os conflitos sociais colocados em pauta.

Deve-se lembrar que, embora o conceito de função social não seja equivalente ao de Responsabilidade Social da Corporação, ele é integrante, pois ser Empresa Cidadã corresponde ao cumprimento das obrigações postas na lei, bem como no contrato social da empresa.

1.2 Responsabilidade social e filantropia.

Como a responsabilidade social da empresa está intimamente ligada às mazelas sociais, é freqüente a confusão acerca das práticas que determinam quem é empresa cidadã.

A preocupação sobre os problemas sociais geralmente afetam um campo indeterminado de pessoas. É difícil ver na rua uma criança toda suja limpando o vidro de seu carro em troca de um troco, ver um pedinte todo esfarrapado na praça de uma igreja, barracos próximos a córregos, todas essas situações provocam comoção nas pessoas.

Diante disso, é normal uma pessoa autorizar que seja limpo o vidro do carro, dê uma esmola ao pedinte, ajude uma família que se encontre nessa situação com uma cesta básica ou outra contribuição qualquer. Essas ações são consideradas filantropia.

Elenice R. Santos (2004, p. 32) considera que as ações esporádicas, como doações e outras manifestações de caridade, quando não estejam vinculados a uma estratégia da empresa, não podem ser consideradas como atuação de responsabilidade social da corporação. “Grande parte das empresas que acredita estar sendo socialmente responsável pratica, na realidade, caridade e paternalismo, seja por iniciativa de pessoas, de unidades corporativas ou de seus dirigentes”.

A filantropia é basicamente uma ação social externa à empresa, que tem como beneficiária principal a comunidade em suas diversas formas (conselhos comunitários, organizações não-governamentais, associações comunitárias) e organizações. A responsabilidade social é focada na cadeia de negócios da empresa e engloba preocupações com um público maior (acionistas, funcionários, prestadores de serviço, fornecedores, consumidores, comunidade, governo e meio ambiente), cuja demanda e necessidade a empresa deve buscar entender e incorporar aos negócios. Assim, a responsabilidade social trata diretamente dos negócios da empresa e de como ela os conduz. 2

Diante disso, verifica-se que a filantropia foi um passo inicial no sentido da responsabilidade social, mas não a representa o seu verdadeiro conceito. A ”prática de responsabilidade social vai além da postura legal da empresa, da prática de filantropia ou do apoio à comunidade. Significa mudança de atitude, numa perspectiva de gestão empresarial como foco na qualidade das relações e na geração de valores para todos” (Karideny Nardi Modesi Gomes, Responsabilidade social nas empresas: uma nova postura empresarial – o caso CST, Ethos, p. 48)

1.3 A tentativa de estabelecer um conceito.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira o primeiro significado para o termo responsabilidade é: “Qualidade ou condição de responsável”. A seu turno responsável significa: “(...) 2. Que responde legal ou moralmente pela vida, pelo bem-estar, etc., de alguém”; “3. Que tem noção exata de responsabilidade; que se responsabiliza pelos seus

atos; que não é irresponsável (...). Já o sinônimo designado para social: “(...) 3. Que interessa à sociedade”.

Ashley (apud MORAES) diz que Responsabilidade Social da empresa é:

“o compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo pró-ativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela”.

Apoiadas em Daft, Souza e Marcon (2002) entendem por responsabilidade social “(...) a obrigação da administração de tomar decisões e ações que irão contribuir para o bem-estar e os interesses da sociedade e da organização”. Para as teóricas:

A responsabilidade social do mundo corporativo abrange as relações da empresa com todos os seus públicos – acionistas, clientes, fornecedores, funcionários, governo e comunidade - de forma integrada e equilibrada, pois de nada adianta financiar ações sociais isoladas junto à comunidade e ao mesmo tempo negligenciar a segurança dos funcionários ou poluir o meio ambiente, causando danos irreversíveis de saúde à população.

Segundo Baldo & Manzanete, que consideram que essa responsabilização da empresa no campo social como uma “nova ordem social” propõe características como: o predomínio de ação comunitária tanto de ação estatal, como empresarial; modificações comportamentais profundas nas relações entre cidadão e governo; entendimento de uma nova concepção de Estado; “substituição da prevalência dos interesses corporativos pela hegemonia do interesse social”; apontamento de novas instituições sociais; redução da burocracia estatal e aumento da influência das entidades comunitárias; surgimento de novos canais de reivindicações sociais; emergência de redes de solidariedade social.

O empresário Oded Grajew faz uma colocação que sintetiza o que representa a atitude de responsabilidade do empresariado. Nesse sentido faz a seguinte colocação:

Responsabilidade social empresarial não é sinônimo de filantropia, não é sinônimo de investimento social, nem de ação social, nem de projeto social. Projeto social, investimento social, filantropia são muito importantes. Mais ainda em países com carências sociais tão grandes quanto o Brasil. A responsabilidade social empresarial é uma cultura de gestão empresarial que baliza todas as relações da empresa por princípios e valores. Isso significa funcionários, meio ambiente, fornecedores, clientes, comunidade, governo, acionistas, investidores, e que impacta todas as políticas e práticas da empresa. A responsabilidade social é uma maneira, balizada por princípios e valores, de gerir uma empresa. Não adianta a empresa pensar que é socialmente responsável apenas porque faz projeto ou investimento social. É muito importante que faça. Mas se não cuidar adequadamente de seus funcionários, se agredir o meio ambiente, se se meter em corrupção, se enganar o consumidor, se não pagar impostos, se iludir

investidores ou acionistas, não é uma empresa que entendeu o que é responsabilidade social (apud BORBA, 2004, p. 300).

Pelo que se pode perceber a abrangência que a responsabilidade social assume na atualidade determinam com que haja interpretação e seja praticada como um “compromisso ético da empresa nas suas ações e relações com cada múltiplos agentes, tais como acionistas, funcionários, consumidores, rede de fornecedores, meio ambiente, governo, mercado, comunidade”. Dessa forma, é possível visualizar que a responsabilidade social vai além da postura legal, da prática de filantropia ou do apoio à comunidade. “Significa mudança de atitude, por uma perspectiva e gestão empresarial como foco na agregação de valor para todos” (Arantes, et al., 2004, p. 126).

Em síntese, é possível perceber existem duas dimensões complementares que circundam o conceito da responsabilidade social. Num primeiro momento, a responsabilidade social pode ser entendida como “instrumento de gestão e de ampliação de competitividade da empresa, ajudando a tornar sua imagem, seu produto e sua marca reconhecidos diante de seus stakeholders e pela comunidade”. De outro lado, ela representa também “uma forma de exercício de cidadania e da ética por parte das empresas e, conseqüentemente, de seus funcionários, enquanto agentes do desenvolvimento das regiões em que atuam” (Arantes, et al., 2004, p. 126).

Assim, é necessário verificar quem são os detentores de interesse nas atividades empresariais.

1.4 Critérios da Responsabilidade Social.

Souza e Marcon (2002), citando Carrol, dizem que a responsabilidade social pode ser dividida em quatro critérios: econômico, ético, legal e discricionária. Essa divisão foi proposta a fim de avaliar o desempenho social das organizações.

O critério econômico de responsabilidade social está ligada à finalidade da empresa. Segundo Souza e Marcon (2002) esta “[...] consiste em produzir bens e serviços que a sociedade deseja e maximizar o lucro para seus proprietários e acionistas [...]”. Essa responsabilidade econômica quando intensificada é conhecida como maximização do lucro. Essa atitude, contudo, não é mais considerada um critério adequado para o desempenho do empresariado europeu, canadense e norte americano, uma vez que o ganho como única responsabilidade social gera situações difíceis da empresa em relação à sociedade (FRIEDMAN, apud SOUZA e MARCON 2002).

Embora a própria Constituição fixe o capitalismo como sistema econômico do Brasil, uma vez que deixa a Ordem Econômica sob responsabilidade da iniciativa privada, hoje a onda de socialização da propriedade, bem como a divulgação dos dados sociais, tem acendido cada vez mais a preocupação do empresário em outras áreas sociais que não o lucro desmedido. A questão ambiental, a questão da pobreza, a questão das drogas, a

questão da saúde, entre outros fatores sociais têm tido repercussão acintosa na mídia e a ausência de critério do empresário em relação a esses fatores levam a uma relação de descrédito do empresário.

Outro critério é o da responsabilidade legal que estabelece que “[...] as empresas atinjam suas metas econômicas respeitando o cumprimento das leis. Este critério baseia-se na idéia de que as políticas públicas, por meio de leis e regulamentações, definem a responsabilidade empresarial” (SOUZA e MARCON 2002).

Esse critério parece mais ligado à função social da empresa que, como foi explanado acima, embora se entenda como a propriedade em prol do social, não deixa de ser um comando legal, divergindo portanto da responsabilidade social que é a manifestação voluntária do empresário que disponibiliza recursos para as questões sociais. Contudo, sem prejuízo disso, é possível observar que, num plano mais abrangente, o cumprimento pelo empresário da função social pode gerar benefícios à sociedade e, portanto, ser em última análise considerada uma atitude de responsabilidade social.

A responsabilidade ética, mais ligada ao conceito moderno de responsabilidade social, tem o significado de fazer o certo e evitar danos, relacionando-se aos comportamentos não codificados que, em geral, não servem aos interesses diretamente econômicos da empresa, contudo às livram de danos à sua imagem institucional. “[...] Um comportamento antiético ocorre quando decisões permitem a empresa obter ganhos à custa da sociedade” (SOUZA e MARCON 2002).

Atualmente, a revolução tecnológica leva a divulgação de informações num curso muito célere pelos meios eletrônicos e audiovisuais. Hoje é possível dizer que quase tudo é do conhecimento de todos. A dispersão ética do empresário significa, em última instância, o desprezo à sociedade como um todo. Isso, levado à mídia pode repercutir de forma prejudicial ao empresário, uma vez que a sociedade não mais assente com essa atuação empresarial.

Por último, o critério da responsabilidade discricionária considerada como aquela em que o empresário contribui para a comunidade e para a melhoria da qualidade de vida.

[...] É o critério mais elevado da responsabilidade social. Inclui contribuições generosas a instituições sociais que não oferecem retornos diretos para a empresa e nem mesmo são esperados. Esta responsabilidade é voluntária e orientada pelo desejo da organização em praticar atividades sociais não impostas pela economia, pela lei ou pela ética. As organizações que desenvolvem este comportamento proativo, assumem várias responsabilidades sociais como parte de suas filosofias [...] (SOUZA e MARCON 2002).

Por esse critério o empresário desenvolve sua responsabilidade social aplicando recursos financeiros em projetos sociais já postos por outras organizações ou criando novos projetos com o intuito de desenvolver qualidade de vida e reduzir os problemas sociais existentes. Tudo isso é realizado como ato voluntário do empresariado, uma vez que não fazem parte do estatuto social da empresa, nem dos comandos legais e da exigência ética de atuação empresarial.

1.5 Os Stakeholders.

Não foi à toa que o legislador constituinte concedeu ao particular o mister de atuar no desenvolvimento econômico do país. A atividade econômica tem o intuito de criar riquezas e fomentar o desenvolvimento do país com tecnologia, serviços e produtos. Não foi, também, à toa que o constituinte determinou que a atividade econômica fosse realizada de acordo com a justiça social, uma vez que esta é prestada no seio da sociedade. Por isso é necessário avaliar com quem o empresário se interage.

O sucesso de qualquer empreendimento depende da participação de suas partes interessadas e por isso é necessário assegurar que suas expectativas e necessidades sejam conhecidas e consideradas pelos gestores. De modo geral, essas expectativas envolvem satisfação de necessidades, compensação financeira e comportamento ético. Cada interveniente ou grupo de intervenientes apresenta/representa um determinado tipo de interesse no processo. O envolvimento de todos os intervenientes não maximiza obrigatoriamente o processo, mas permite achar um equilíbrio de forças e minimizar riscos e impactos negativos na execução desse processo (WIKIPEDIA) 3.

Como foi exposto, o desenvolvimento de atividade empresária tem certa interação de um sem número de pessoas, cuja participação é imprescindível. Na verdade, a prática empresarial está intimamente vinculada as demais pessoas que se relacionam com a empresa e por isso é indispensável. As partes interessadas em uma determinada atividade empresária se denomina stakeholder.

Stakeholder são as partes interessadas em um determinado processo. São todas as pessoas envolvidas no desenvolvimento da atividade empresária, ainda que sua interação seja indireta.

Segundo estudo realizado pela Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia para identificar o ambiente total de uma organização é necessário analisar três segmentos distintos: o macro ambiente, o ambiente interno e o ambiente externo (PITANGUEIRA; et. al., 2002).

O macro ambiente é “[...] constituído pelas normas gerais de funcionamento da sociedade e dos mercados pelas suas muitas variáveis – econômicas, sociais, culturais, políticas, tecnológicas, etc.” (PITANGUEIRA; et. al., 2002)

O ambiente interno é “[...] aquele que influencia ou é influenciado por ações ou elementos que tem relação direta com as atividades empresariais”. Fazem parte desse ambiente empregados, dirigentes e acionistas (shareholders). Os primeiros são responsáveis pela parte operativa da empresa. Os segundos são as pessoas ligadas ao desenvolvimento de políticas, objetivos, metas e tomada de decisões no âmbito empresarial. Os últimos são as pessoas que financiam o empreendimento, tendo seu interesse dirigido à obtenção e lucro e dividendos, bem como na preservação do

patrimônio. Aos empregados interessa a segurança no emprego, remuneração, realização pessoal, etc. (PITANGUEIRA; et. al., 2002).

Felix (2002) sugere algumas práticas que podem ser observadas pelo empresário no sentido da responsabilidade social interna:

Em relação aos recursos humanos pode-se ter várias iniciativas de responsabilidade social dentro das empresas. Essas seriam, além do devido cumprimento dos direitos trabalhistas, também o propício de um aprendizado permanente; uma melhora do nível de informação sobre a empresa; uma maior e melhor equilíbrio entre trabalho, família e lazer; uma maior diversidade de recursos humanos; uma maior igualdade salarial; perspectivas profissionais para as mulheres; participação dos lucros para os empregados; participação do empregado em algumas decisões da empresa; respeito e aproveitamento adequado da formação dos trabalhadores; e a não discriminação de trabalhadores do sexo feminino ou de indivíduos advindos de minorias étnicas.

Ambiente externo é aquele que “[...] não influencia diretamente o funcionamento da organização, mas pode influenciar nas decisões tomadas por seus dirigentes” (PITANGUEIRA; et. al., 2002).

Sobre o ambiente externo Felix (2002) faz a seguinte asserção:

Ora, as corporações são atores bastante modificadores da vida das pessoas. As empresas, em relação às comunidades geograficamente próximas das instalações das empresas ou inseridas em seus mercados consumidores, são diretamente influenciadoras da oferta de trabalho, do nível de salários e renda e também do recolhimento de impostos. Nestes termos, percebe-se que a prosperidade, a estabilidade, a saúde e o bem-estar das comunidades circunscritas às empresas (ou a seus mercados) são, logo, imediatamente dependentes destas. Assim se faz necessário, principalmente em regiões gravadas pela injustiça e exclusão social, que as empresas estejam comprometidas com o desenvolvimento da comunidade.

Constitui esse ambiente os clientes, fornecedores, concorrentes, os grupos reguladores, a mídia, o meio ambiente, os órgãos reguladores. São clientes todos aqueles que consomem ou são induzidos a consumir produtos ou serviço, são os indivíduos que absorvem o que produz a empresa, desde uma organização, até uma pessoa física. Os fornecedores são responsáveis pela matéria prima utilizada na prática de industrialização e serviço, mantendo uma relação de dependência. Os concorrentes são empresários que disputam o mercado, afetam a oferta e procura, disponibilidade de produto e serviço, preço, qualidade, recursos e comportamento em geral. Grupos reguladores são órgãos que de alguma forma controlam ou restringem a atividade empresarial. Podem ser sindicatos, órgãos governamentais, associação de classe, entre outros. A mídia é responsável pela visibilidade da empresa, são responsáveis por veicular a atividade da empresa. O meio ambiente é onde a empresa recebe a infraestrutura onde se assenta a atividade empresarial e onde os elementos físicos essenciais ao desenvolvimento da atividade (PITANGUEIRA; et. al., 2002).

Souza e Marcon (2002) fazendo alusão a quem são os interessados, inclui nesse rol o governo e a comunidade. O governo atua na determinação e fiscalização do cumprimento da lei, proteção ambiental e outras regulações. Na sociedade estão incluídos o ambiente físico e natural, a qualidade de vida proporcionada aos habitantes. Esclarecem que é possível a existência de outros grupos com interesses especiais como comitês de ação política, grupos de defesa do consumidor, associação de classe.

Entre algumas sugestões de Felix (2002) no âmbito da responsabilidade social do ambiente externo é possível constatar que movimentos como a contratação de pessoas socialmente excluídas (com baixo nível de escolaridade e portadoras de deficiências), participação popular através de associações comunitárias, patrocínio de lazer e cultura local; obras beneficentes, participação em ações no campo da saúde, entre outras, são atuações empresariais possíveis em relação à comunidade. Na atuação com consumidores e fornecedores, são aquelas que conscientizam que seu comportamento se insere na cadeia de produção e consumo e que a eficiência e bem estar das organizações e comunidade são dela dependentes.

Como foi possível verificar acima, ainda que determinado elemento não participe diretamente das atividades empresariais é possível que tenha interação no desenvolvimento dessas atividades de modo a influenciar na produção de bens e serviços.

2 Responsabilidade Social: uma nova visão de empresa.

Como ficou explicitado acima, a responsabilidade social é um mecanismo de gerenciamento empresarial, onde a empresa concatenada com os problemas sociais e com as situações que esses problemas geram no desenvolvimento empresarial, desenvolve um trabalho voltado para redução desse problemas.

Azevedo (2004, p. 340) assevera que atualmente as corporações passam a adorar práticas de responsabilidade social mais distanciadas da filantropia, buscando cada vez mais compor suas atitudes a uma forma de estratégia de sobrevivência das empresas num mundo globalizado. Para ela, uma “empresa que deseja perenizar seu negócio, deverá adotar uma estratégia que gere valor nas dimensões econômica, ambiental e social”.

Perazzo, por sua vez, entende que a criação de um ambiente ético permite compreender e implementar a responsabilidade social corporativa que seja integrado estrategicamente na atividade empresarial, onde a mesma se conscientiza e assume a responsabilidade de sua gestão, no campo econômico, social e ambiental, bem como na cadeia completa de suas atividades, colocando um permanente diálogo com todos os interessados (2007, p. 151).

Não poderia ser diferente, uma vez que muito do que se vivencia hoje é resultante de um processo histórico onde o detento do capital buscava o seu próprio bem-estar em detrimento das gerações futuras. Contudo, numa percepção mais recente é possível

constatar que a conjunção de diversos fatores tem provocado mudanças conjunturais numa velocidade vertiginosa, onde o conhecimento tem lançado dúvida sobre verdades consagradas pelas ciências. “A cultura, valores e hábitos transformam-se, forçando o ser humano a adaptar-se a esse novo estado de coisas. Questionar, duvidar e inquirir são verbos que se conjugam com mais frequência” (Costa Filho, Adalberto Vieira, 2004, p. 250-251).

Ocorre que essa mudança está ligada a cobrança cada vez maior da sociedade. “Atualmente, a sociedade cobra o cumprimento da sua função social. A empresa passa a ter uma cobrança mais acentuada na obrigação de promover o bem-estar, de ter responsabilidade social” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 220).

Aline A. Roberto enfrenta a questão afirmando justamente essa determinação. Esclarece que “um pouco da mudança do comportamento, da sociedade reverteu-se em cobranças em relação às empresas privadas, no sentido de pressioná-las por uma postura socialmente responsável e que agregue valor ao ambiente ao seu redor” (2004, p. 173)

A sociedade exige maior transparência das atividades das empresas, bem como sobre o que elas vêm fazendo em relação aos problemas sociais. Tais levantamentos são realizados por meio de instrumentos como o Balanço Social.

2.1 Balanço Social.

Eduardo C. Borba esclarece que o Instituto Ethos publica o “Guia Balanço Social e a Comunicação da Empresa com a Sociedade”, sendo que a informação lá constante é a de que o balanço social é um “levantamento dos principais indicadores de desempenho econômico, social e ambiental da empresa e um meio de dar transparência às atividades corporativas”. Coloca que esse instrumento amplia o diálogo com o público interessado, bem como é uma ferramenta de auto avaliação, já que revela dados positivos e negativos da organização (BORBA, 2004, p. 303).

Balanço Social é um demonstrativo que reúne um conjunto de informações sobre projetos, benefícios e ações sociais dirigidas aos empregados, investidores, analistas de mercado e à comunidade. Esse demonstrativo é publicado anualmente e deve servir de instrumento estratégico para avaliar e multiplicar o exercício da responsabilidade social corporativa (IBASE).

Para o Instituto, o balanço social tem a finalidade de demonstrar o que a empresa faz através de seus profissionais, dependentes, colaboradores e comunidade, demonstrando transparência nas atividades que buscam melhorar a qualidade de vida para todos. Assim, “(...) sua função principal é tornar pública a responsabilidade social empresarial, construindo maiores vínculos entre a empresa, a sociedade e o meio ambiente”.

Sobre a função do balanço social, Pereira & Machado (2001) fazem a seguinte assertiva:

A função principal do balanço social da empresa é tornar público a responsabilidade social da empresa. Isto faz parte do processo de por as cartas na mesa e mostrar com transparência para o público em geral, para os atentos consumidores e para os acionistas e investidores o que a empresa está fazendo na área social. Assim, para além das poucas linhas que algumas empresas dedicam nos seus balanços patrimoniais e dos luxuosos modelos próprios de balanço social que estão surgindo, é necessário um modelo único - simples e objetivo. Este modelo vai servir para avaliar o próprio desempenho da empresa na área social ao longo dos anos, e também para comparar uma empresa com outra.

Moraes conta que as informações que devem ser relacionadas no balanço social, no mínimo, pertencem à própria sociedade, conclui a autora:

Fornecer informações à sociedade sobre a utilização dos recursos humanos, naturais, financeiros, tecnológicos e outros pertencem à própria sociedade (direta e indiretamente) é o mínimo que as empresas devem fazer para merecer o respeito e a credibilidade necessária à continuidade de suas operações.

Marina A. Daineze explica que tão importante quanto produtividade e capacidade de inovação tecnológica das empresas é a capacidade de estabelecer um diálogo aberto e eficaz com o público. Tal relação estabelece uma situação de boa vontade e simpatia dos grupos estratégicos com relação à organização. Esclarece que tão “importante quanto oferecer produtos e serviços de qualidade é construir relacionamentos duradouros com seus públicos estratégicos e gerar uma imagem positiva perante a sociedade” (2004, p. 85).

Com isso, mostra-se que o balanço social é instrumento de suma importância para conhecer a atual situação da participação da iniciativa privada no aprimoramento da sociedade como um todo.

3 A exigência social em prol da competitividade.

Gomes esclarece que a empresa quando socialmente responsável lida com o investimento social como um ato de gestão empresarial, não se convencendo de que aquele ato representa uma caridade. Trata referida ação como “um investimento propriamente dito, incorporando-o ao seu próprio planejamento estratégico” (2004, p. 53).

Enquanto no Brasil, há cinco anos, ninguém falava em responsabilidade social – só filantropia -, hoje somente fazer doações a entidades filantrópicas já não é objetivo principal de muitos empresários atentos à nova exigência do mercado: investir no social. O que se observa é que, diferentemente de uma ajuda assistencialista, as empresas

preocupam-se com o resultado de seus investimentos e exigem o monitoramento e a avaliação das ações (Gomes, 2004, p.53).

Quando a gestão estratégica da responsabilidade social, envolve dimensões interna e externa da empresa, traça-se o elemento central na corrida pela competitividade. Com efeito, a prática de responsabilidade social tem se revelado uma arma poderosa no fortalecimento da imagem corporativa e a torna reconhecida no seu mercado de atuação e pela sociedade em geral.

Isso tem um valor inestimável na relação com consumidores, clientes, trabalhadores, acionistas e com a sociedade em geral, podendo levar a maior “fidelização” dos consumidores, maior comprometimento por parte dos funcionários, relação mais amistosa com a comunidade e a opinião pública e maior valorização das ações da empresa (Arante, et. al., 2004, p. 133)

Gomes (Gomes, 2004, p. 45) coloca que é possível perceber que investir em ações socialmente responsáveis reflete em ganhos significativos para os empresários e para toda sociedade. “Melhora a qualidade de vida da comunidade, a economia se desenvolve, a sociedade cresce, aumenta a qualidade no ensino, entre outros benefícios”.

No entanto, é necessário distinguir responsabilidade social de uma mera ação de marketing. Ser empresa cidadã exige que a preocupação social seja concluída no âmbito de estratégia empresarial, que deve ser concebida à longo prazo. “A responsabilidade social exige coerência entre valores e atitudes, e isso é mais do que simplesmente uma “estratégia de marketing”, é um comprometimento ético com a comunidade, com a região e com o país nos quais a empresa está inserida” (Arantes, et al., 2004, p. 133).

3.1 Responsabilidade social e falta de recursos.

Recente pesquisa realizada pelo IPEA informa que houve um aumento no número de empresas participantes de programas de Responsabilidade Social. Contudo, essa mesma pesquisa revela que houve uma diminuição no investimento financeiro realizado por essas empresas.

A pesquisa oficial realizada em 2000 o recursos investidos em programas de Responsabilidade Social representavam cerca de 0,43% do PIB nacional. Contudo, na segunda edição da pesquisa, os investimentos aplicados pelas empresas em programas sociais não passou de 0,27% do PIB. O resultado demonstra que ao mesmo tempo que mais empresas deram início a algum tipo de investimento no campo social, o quantitativo desse investimento diminuiu.

Pode-se supor que a retração financeira do Sudeste, determinante para a queda de recursos ao nível nacional, seja resultado das dificuldades econômicas pelas quais o país passou em 2003, ano de estagnação da produção nacional e ano em que a pesquisa foi conduzida na região. Neste caso, apresenta-se a hipótese de que, de uma maneira geral, os recursos disponibilizados pelo setor empresarial para o combate à pobreza acompanham os movimentos da economia: quanto mais prósperos os negócios, mais verbas serão destinadas ao social e vice-versa. Esta suposição pode ser corroborada por outro dado da Pesquisa segundo o qual a maior parte dos empresários (74%) informa que a principal dificuldade para atuar no social ou expandir sua atuação diz respeito à insuficiência de recursos (IPEA, 2006, p. 18).

Assim, a falta de recursos é um fator que redundou no declive acentuado do investimento financeiro nesse tipo de empreendimento. Contudo, esse não parece ser o único fator responsável pela diminuição do investimento em programas sociais pelas empresas.

Um dado que parece estar jogado em um outro contexto que pode ser considerado de muita importância está localizado na utilização dos benefícios fiscais pelos empresários, que revela que é baixa a utilização desses recursos pelo empresariado.

Se de um lado isso parece formidável, uma vez que revela que o empresariado, ainda que sem a colaboração do Estado, tem a percepção de que a melhoria do setor social é, também, de sua responsabilidade como interveniente social, também mostra que seria possível um aumento no investimento caso houvesse maior estímulo pelo Estado da prática social. Isso é possível verificar nas respostas dadas pelos empresários quando inquiridos por não utilizar os benefícios fiscais:

Quando indagadas sobre os motivos pelos quais não recorreram aos incentivos fiscais para financiar suas ações, cerca de 40% dos empresários alegaram que o valor do incentivo era muito pequeno e que, portanto, não compensava seu uso. Para 16% as isenções permitidas não se aplicavam às atividades desenvolvidas e outros 15% nem mesmo sabiam da existência de tais benefícios. Na primeira edição da Pesquisa os dados apontavam, em linhas gerais, para esses mesmos fatores como motivos centrais da não utilização dos benefícios (IPEA, 2006, p. 19).

Isso conjugado com um outro dado também aparentemente disperso na pesquisa, sobre a avaliação do empresário e a participação para melhorar a imagem da empresa, informa podem ter o condão de informar os baixos investimentos no campo social.

No trabalho realizado em 2003, ficou demonstrado que as empresas não estão investindo para melhorar a sua imagem, muito menos os empresários têm percebido uma mudança de comportamento em relação a esse fato. Diz o texto:

Outro dado importante diz respeito à queda na proporção de empresas que acha que atuar no social melhora a sua imagem (de 26% para 19%). Este também não é um dado que surpreenda uma vez que tem estreita relação com o elevado número de pequenas

empresas no universo e porque complementa as informações anteriormente apresentadas que apontam para um recuo acentuado no percentual de empresas que realizam ações sociais com o objetivo de melhorar sua imagem (de 26% para 14%). Logo, se melhorar a imagem não é o impulsionador da ação social tampouco é percebido como resultado dela (IPEA, 2006, p. 29).

Constou da pesquisa que a maior parte dos agentes econômicos prestam essa atividade com intuito apenas filantrópico e que a satisfação pessoal é um elemento de incentivo.

Isso parece, a princípio, ser um fato extraordinário, uma vez que a atividade social se apresenta como um sentimento social para o empresariado, mas como ficou claro no ponto acima, fatores ligados à crises econômicas podem modificar o comportamento desses agentes econômicos de modo a passarem a conceber esse investimento social como supérfluo no momento de crise.

Desse modo, é necessário que o Estado interfira nesse ponto criando cada vez mais incentivos, que podem ser desde abatimentos fiscais, passando num processo de prioridade de contratação com empresas que tenham reconhecido valor por participação em programas sociais, entre outras possibilidades.

3.2 Atuação do Poder Público.

O Poder Público já percebeu que a cooperação do setor privado na realização do bem comum é muito vantajosa e tem atacado com propostas e medidas para incentivar esse tipo de parceria.

Embora a primeira pesquisa realizada pelo Ipea (2002, p. 23) tenha demonstrado que uma parte da classe empresária não tenha conhecimento em relação às isenções fiscais concedidas no caso de participação, os pesquisadores observaram que uma pequena parcela recorre a esse tipo de benefício. Assim constou do relatório:

É interessante ressaltar que somente 6% das empresas que atuam no social declararam recorrer às isenções fiscais permitidas pela legislação federal do Imposto de Renda para realizar suas ações sociais (...). Isso confirma que a política de benefícios tributários em pouco contribui para promover ações sociais de origem privada. O envolvimento social do setor empresarial acontece independentemente do Estado: trata-se de um trabalho das próprias empresas, que não reconhecem influências do governo no processo decisório de sua atuação, na operacionalização das ações e nem no volume de recursos aplicados.

Na pesquisa publicada em 2006 notou-se que houve redução significativa na utilização dos créditos fiscais. A pesquisa aponta que apenas 2% dos empresários que atuaram na resolução dos problemas sociais se beneficiou do benefício fiscal (IPEA, 2006, p. 30).

Contudo, nos dois relatórios foi apontado que um dos motivos para esse baixo nível de abatimento fiscal é que o incentivo conseguido nesse tipo de operação é muito baixo, bem como as isenções não se aplicam a determinadas atividades sociais.

Como esclarece Roberto (2004, p. 178) “o investimento social privado pode ser encarado como uma política complementar e alternativa de desenvolvimento social, pois tem como efeito, em última instância, o atendimento de demandas sociais reprimidas”.

Como esclarece Roberto (2004, p. 178) “o investimento social privado pode ser encarado como uma política complementar e alternativa de desenvolvimento social, pois tem como efeito, em última instância, o atendimento de demandas sociais reprimidas”.

Em sendo assim, o Estado deve propor mudança no seu comportamento de incentivo fiscal no que tange à prática de responsabilidade social corporativa, uma vez que o meio empresarial tem se tornado um verdadeiro coadjuvante na busca de redução das mazelas sociais.

Nesse sentido, é necessário que o Poder Público diminua os rigores da burocracia que gira em torno dos benefícios concedidos às empresas que prestam auxílio social, como forma de incentivar que o capital investido entre no ciclo do investimento social novamente. De outro lado, é também necessário que haja um significativo aumento no benefício concedido à empresa cidadã, de forma a estimulá-la a continuar investindo socialmente. Por fim, é indispensável que o governo planeje parcerias com o meio privado para tentar reduzir a demanda social.

Nesse sentido Roberto (2004, p. 197) faz a seguinte asserção:

Por fim, o estabelecimento de relações transparentes, a partir da construção de parcerias entre governo e empresas, resulta no fortalecimento da imagem de seriedade do governo como interessado em promover um ambiente de bem-estar social. Nesse sentido, o aprimoramento da informação, com vistas a desfazer a impressão de clientelismo e oportunismo, muitas vezes, associada às relações que incluem o Estado, é um dos objetivos a serem atingidos.

No âmbito legislativo, contudo, é possível verificar que o Poder Público tem trabalhado com a proposição de projetos de lei incentivando manutenção dessa parceria privada no ataque dos desgastes sociais. Nesse sentido, o site Balanço Social publicou algumas das ações que o Estado busca implantar 4.

Conclusões.

Como se pôde observar do presente trabalho, a participação da iniciativa privada tem se revelado de significativa importância como contribuição para redução das desigualdades sociais.

Isso demonstra que, sem se afastar do objetivo de lucro, situação natural de qualquer empreendimento, tendo em vista a adoção pelo Constituinte do sistema capitalista, já que conferiu à iniciativa privada a manipulação da Ordem Econômica.

Sem dúvida nenhuma, a atuação fica obstada de atingir um dos objetivos primordiais da empresa que é a produção do lucro. Ao contrário, alguns empresários conforme se procurou demonstrar visualizaram essa atitude social com cunho publicitário, ou seja, marketing pessoal para empresa.

A atuação empresarial com responsabilidade social tende a reduzir os problemas de produção, uma vez que não sendo uma atitude isolada, mas um complexo de posturas, atinge todos as pessoas que se relacionam com a empresa, como o empresário, sócios, empregados, consumidores, comunidade, entre outros órgãos.

Essa nova visão empresarial é fator muito importante, pois além de atendimento das demandas sociais, serve também como marketing para que mais empresários possam pautar sua conduta empresarial no desenvolvimento de programas sociais ou na participação dos programas já formados.

Contudo, para ser empresa cidadã, o empresário deve inserir o investimento social proposto em sua estratégia de desenvolvimento da atividade empresarial, pois, do contrário, sua atuação não passará de mera filantropia, ainda que traga benefícios sociais.

Nesse contexto estratégico, o empresário deve inserir todo o público interessado, atingindo seus funcionários, alto escalão, fornecedores, clientes, acionistas, para que haja uma atitude de coesão na tentativa de extirpação dos problemas sociais.

Ainda, é de se constatar que o investimento social privado é uma atuação conjunta em apoio ao Estado, legítimo responsável pela atuação social, uma vez que o Poder Público não consegue suprir essas necessidades sociais.

Diante disso, outro fator que deve ser melhorado é a participação mais efetiva do Estado no incentivo a atividade social do empresário. O aumento dos benefícios fiscais e a ampliação, bem como a participação conjunta do Estado no desenvolvimento dos programas sociais devem ser relevados como ponto importante nessa nova etapa da colaboração público/particular.

É necessário, ainda que o Estado reduza a burocracia na concessão dos benefícios fiscais de forma a estimular o investimento social privado, já que são constatados os benefícios que este apoio privado fornece na redução dos problemas sociais.

O aumento dos benefícios fiscais e a ampliação, bem como a participação conjunta do Estado no desenvolvimento dos programas sociais devem ser relevados como um importante fator nessa nova etapa da colaboração público/particular.

É o que talvez mais se espere do Poder Público é que a responsabilidade social das empresas não fique apenas restrita ao campo do marketing empresarial, mas que seja ampliado esse campo para vários outros benefícios para essas empresas, e mesmo que por enquanto seja apenas através de incentivos fiscais, essas empresas atuem com maior responsabilidade e seja extirpado aquele antigo pensamento de que vale a pena qualquer coisa a fim de se conseguir o que deseja.

Essa ação que se espera do Governo certamente estimulará o aumento quantitativo e qualitativo do investimento social privado na busca do bem estar social.

Referências Bibliográficas.

ARANTES, Elaine Cristina. Et al. A RSC e sua influência na percepção e decisão de compra do consumidor. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades.** v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 119-165.

AZEVEDO, Maira Tardelli de. Publicidade cidadã: como comunicar responsabilidade social empresarial. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades.** v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 333-384.

BALDO, Roberta; MANZANETE, Celeste Marinho. **Responsabilidade Social Corporativa.** Trabalho apresentado no Núcleo de Relações Públicas e Comunicação Organizacional, XXVI Congresso Anual em Ciência da Comunicação, Belo Horizonte/MG, 02 a 06 de setembro de 2003. Disponível em: <www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/responsabilidadesocial/0198.pdf>. Acesso em: 26 set. 2008.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 9 nov. 2008.

BORBA, Eduardo de Carvalho. O jornalismo impresso e as ações de marketing na R.S.E. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades.** v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 289-331.

COSTA FILHO, Adalberto Vieira. Um estudo dos balanços sociais dos bancos no Brasil. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades.** v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 245-287.

DAINEZE, Marina do Amaral. Códigos de ética empresarial e as relações da organização. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades.** v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 75-117.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio – Século XXI.** Versão 3.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FELIX, Luiz Fernando Fortes. **O Ciclo Virtuoso do Desenvolvimento Responsável**. 2002. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/docs/comunidade_academica/premio_ethos_valor/trabalhos/178_luiz_fernando_felix.doc>. Acesso em: 26 set. 2008.

GOMES, Karideny Nardi Modesi. ReSPONSABILIDADE Social nas empresas: uma nova postura. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades**. v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 33-73

INSTITUTO BRASILEIRO DE ANALISES SOCIAIS E ECONÔMICAS – Ibase. Disponível em: <www.balancosocial.org.br>. Acesso em: 9 nov. 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A função social e a responsabilidade social da empresa**. In Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v. 13, p. 30-35, 2008. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/13_prof_rodrigo2.pdf>. Acesso em: 26 set. 2008.

MEZZOMO, Marcello Colombelli.. A Função Social da Propriedade nos Contratos Agrários. **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/agrario/funcao-social.htm>>. Acesso em: 16. abr. 2008

MORAES, Daniela Andréia de. **A Responsabilidade Social e o Balanço Social da Empresa**. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/tcc/trabalhos/artigo_Daniela%20Moraes.pdf> Acesso em: 26 set. 2008.

OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. **Empresa na Sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PERAZZO, Alberto A. Ética e Responsabilidade Social: uma questão de estratégia empresarial. In: Whitaker, Maria do Carmo. **Ética na Vida das Empresas - Depoimentos e Experiências**. São Paulo: DVS, 2007.

PEREIRA, Lucas Otani; MACHADO, Felipe Morato. **Responsabilidade Social da Empresa: limites e possibilidades**. (2001). Disponível em: <<http://www.iem.efei.br/dpr/td/julho2001/pdf/Td096.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2008.

PETRUCCI, Jivago. **A função social da propriedade como princípio jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

PITANGUEIRA. Ana Cristina Sampaio; et. al.. **Responsabilidade Social/empresa/sociedade: porque se tornar uma empresa cidadã?**.(2002). Disponível em: <http://www.adm.ufba.br/pub/publicacao/6/cpa/2002/217/responsabilidade_social_empresa.pdf>. Acesso em 26 set. 2008.

ROBERTO, Aline Aparecida. As possibilidades de incentivos governamentais e o investimento social privado. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades**. v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 169-202

RODRIGUES JÚNIOR, Manuel Salgueiro. Custo-benefício na concessão de incentivos fiscais: um estudo de caso. In: **Responsabilidade Social das Empresas: A contribuição das universidades**. v. III. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 203-241

SANTOS, Elenice Roginski. Responsabilidade Social ou filantropia? In: **Revista Fae Business**. n. 9. Setembro, 2004. Disponível em: < http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_fae_business/n9/10_rs_filantropia.pdf>. Acesso em: 17 abril 2009.

SAVITZ, Andrew . **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é o lucro com responsabilidade social e ambiental**. Trad. Serra, Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Maria José Barbosa de; MARCON, Rosilene. **A Responsabilidade Social das Empresas para com Consumidores, Acionistas e Sociedade**. (2002). Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/eneo/2002/dwn/eneo2002-13.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2008.

TACHIZAWA, Takeshi. Andrade, Rui Olavio Bernardes de. **Gestão Socioambiental: estratégias na nova era da sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

WIKIPEDIA. [?]. **Stakeholder**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/stakeholder>>. Acesso em: 20 out. 2008.

1 Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/agrario/funcao-social.htm>>. Acesso em: 16.ABR.08

2 Disponível em: http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/93/servicos_do_portal/perguntas_frequentes/perguntas_frequentes.aspx. Acesso em: 17 abril 2009.

3 Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/stakeholder>>

4 Disponível em: <www.balançosocial.org.br>.

A CONTROVERTIDA NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.

THE CONTESTED LEGAL NATURE OF THE GOODWILL OF TRADE.

Fábio Gabriel de Oliveira

RESUMO

Artigo acadêmico sobre o conceito, algumas características e a natureza jurídica do Estabelecimento Empresarial. Apresenta ao leitor uma análise multidisciplinar deste relevante instituto para tentar solucionar as divergências da doutrina nacional no trato do estabelecimento empresarial, principalmente no que se refere à sua natureza jurídica. Informa o atual contexto da doutrina comercialista nacional, que, após a promulgação do Código Civil de 2002, se separou em duas correntes de entendimento. Discorre sobre a distinção entre o patrimônio e o estabelecimento e procura ao final identificar qual é a natureza jurídica do estabelecimento. Tudo isso com o intuito de contribuir com a fixação de um entendimento nacional e, assim, propiciar maior segurança jurídica na gestão empresarial.

PALAVRAS-CHAVES: ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL; DIREITO EMPRESARIAL; GESTÃO EMPRESARIAL; PATRIMÔNIO; NATUREZA JURÍDICA.

ABSTRACT

Academic article of the concept, and some characteristics of the good will of trade. Presents the reader an multidisciplinary analysis of this relevant institute to try to resolve the differences in national doctrine of the business, especially in regard to their legal nature. Inform the current context of national doctrine, which, after the enactment of the Civil Code of 2002, is now separated into two schools of understanding. Discusses the distinction between the patrimony and the good will of trade and attempts to identify, in the end, what is your legal nature. All with the aim of contributing to the establishment of a national understanding and thus provide greater legal certainty in business management.

KEYWORDS: GOOD WILL OF A TRADE; BUSINESS LAW; BUSINESS MANAGEMENT; PATRIMONY; LEGAL NATURE.

INTRODUÇÃO.

O entendimento a cerca do estabelecimento empresarial é ponto crucial para o entendimento da própria Teoria da Empresa como um todo.

Como já é pacífico o “conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico.” (ASQUINI, 1996, p.105) Dentre os seus perfis, o perfil objetivo da empresa passa por um processo paradigmático.

A tarefa de estudar o estabelecimento empresarial é árdua. Tal dificuldade levou Rubens Requião (2003, p. 270) a considerar o estabelecimento como “bizarra figura jurídica”.

Vários são os problemas enfrentados pelo operador do direito no estudo do estabelecimento empresarial e dos seus elementos constitutivos. Por exemplo: Qual é a natureza jurídica da clientela? O elemento organização faz parte do patrimônio do empresário? Como deve ser escriturado o ativo intangível que compõe o estabelecimento?

Porém, antes mesmo de enfrentar qualquer destas questões, é preciso enfrentar o problema da sua natureza jurídica. Paradigma para a solução de qualquer outra controvérsia sobre este instituto.

O tema da natureza jurídica do estabelecimento tem hoje profunda relevância para o entendimento correto do contrato de trespasse[1], afinal, a natureza do fundo de comércio é fundamental para a subsunção das normas a ele pertinentes.

É cediço que, antes do Código Civil de 2002 a doutrina nacional convergia no sentido de entender o estabelecimento como universalidade de fato. Porém, com a entrada em vigor do Código Civil, a doutrina se dividiu totalmente. Realmente, há atualmente uma cisão completa da doutrina, conforme será visto.

Somente para informação inicial, os dois livros doutrinários, publicados após o Código Civil de 2002, sobre o tema do estabelecimento empresarial no Brasil, possuem conclusões antagônicas[2].

É relevante mencionar que a fonte bibliográfica da doutrina nacional é a mesma. Tanto a interna, quanto a de direito comparado, sendo esta última, na sua maioria italiana. Afinal, a teoria da empresa adotada por nós foi inspirada pelo Código Italiano de 1942.

É certo que devemos retirar do direito comparado subsídios para as nossas conclusões, contudo, litros de tinta já foram gastos nesta tarefa.

Assim, o objetivo deste pequeno artigo é trazer um compilado da melhor doutrina comercial/empresarial do país para contribuir com o debate da natureza jurídica do estabelecimento, isso a fim de contribuir para um entendimento nacional sobre o tema.

Ora, devemos definir qual é a natureza jurídica do estabelecimento com o intuito de facilitar a hermenêutica do instituto e das relações jurídicas a ele pertinentes. É cediço que a doutrina de Direito Empresarial deve ser capaz de proporcionar para o gestor da empresa a segurança jurídica necessária para a administração do seu empreendimento.

Não é economicamente interessante, para o nosso país, insegurança jurídica no trato do estabelecimento empresarial. A insegurança dificulta transações, é contrária ao princípio da preservação da empresa e produz julgados divergentes.

Para reconhecer todas as formalidades e interpretar as conseqüências da alienação do estabelecimento, fator importantíssimo na gestão empresarial, é preciso, antes de tudo, saber qual é a sua natureza jurídica deste instituto.

Diante disso, tentaremos, humildemente, contribuir com este debate iniciando o presente estudo explicando o que é o estabelecimento, seu conceito e algumas de suas características. Posteriormente, com o alicerce do tema já construído, fixaremos foco na sua natureza jurídica.

1. CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.

Para o exercício da empresa é preciso que o empresário organize os instrumentos necessários para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços. Tais instrumentos são denominados fatores de produção.

O fator empresariedade, também conhecido como capacidade empresarial, é responsável por mobilizar e organizar os outros fatores (terra, capital, tecnologia e trabalho) em vista à atividade produtiva. (ROSSETTI, 2006, p. 139) Tal organização normalmente se faz com a formação de um estabelecimento empresarial que reúne todos os instrumentos necessários para a atividade.

A noção de estabelecimento empresarial sempre esteve vinculada a idéia da casa de comércio. João Eunápio Borges afirma que o estabelecimento é:

O gênero a que, desde as maiores e mais luxuosas casas comerciais até a mais modesta loja ou botequim, pertencem às diversas espécies de negócios. Mesmo o comerciante ambulante, embora não estabelecido em parte alguma, tem o seu estabelecimento comercial, o seu fundo de comércio. (1976, p.187-188)

É verdade que, desde as mais rudimentares formas de atividade econômica às mais complexas, sempre há um estabelecimento, mesmo para o empresário que “não esteja estabelecido em lugar algum”. (ROCHA FILHO, 1993, p. 222) Porém, é cediço que a idéia de estabelecimento surgiu com a formação das casas de comércio *per se*. Sua evolução histórica confunde-se com a própria evolução da produção e da divisão do trabalho, posto que ele é o “organismo econômico, existente desde que se viu o homem na contingência de armazenar produtos da natureza e da indústria, a fim de revendê-los.” (FERREIRA, 1956, p. 16)

Trata-se da **compreensão estática e restrita** do estabelecimento, empregado no sentido de “armazém ou loja aberta ao público pelo comerciante.” (MAGALHÃES, 1951, p. 13)

Esta noção de estabelecimento já existia desde Roma. Barbosa de Magalhães informa que “havia diversas palavras para exprimir a mesma idéia: - *negotium, mensa, merx, taberna, mercatura, negotiatio.*” (1951, p. 10)

No direito francês o estabelecimento empresarial pode ser conhecido como “*founds de commerce, maison de commerce, établissement commercial*; no italiano, *azienda, fondo, fondaco*; no espanhol, *hacienda, empresa*; no anglo-americano, *godwill, business*; no holandês, *zaak, handelszaak*; no alemão, *geschäft, handelsgeschäft, haus, handlug, unternehmen* etc.” (BORGES, 1976, p. 188) [3]

Com a evolução econômica e jurídica das sociedades, o estabelecimento passou a ser **compreendido de forma mais dinâmica**. Tanto os juristas quanto os economistas perceberam que o estabelecimento também era composto pelo trabalho das pessoas envolvidas na atividade econômica. Esse trabalho se mostrava através da **organização** dos bens. Neste sentido o estabelecimento, na sua forma dinâmica, passou a ser o “*conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa singular ou colectiva.*” (MAGALHÃES, 1951, p. 13) (grifo nosso)

Como dito, toda atividade econômica organizada deve reunir e mobilizar os instrumentos necessários para seu exercício. Esses instrumentos se revestem em bens que são fator terra e o fator tecnologia adquiridos com o fator capital. O complexo de bens **organizados** é o estabelecimento.

Assim, o estabelecimento passa a ser encarado na doutrina jurídica como algo além da casa de comércio. Ou seja, sob a perspectiva de complexo de bens **organizado** para o exercício da empresa, pelo empresário. Trata-se do **aspecto dinâmico** do estabelecimento apontado pelo doutrinador luso.

E cediço que, o complexo de bens **organizados** possui um valor agregado maior do que a soma dos bens isoladamente considerados. Pois há um enorme custo de oportunidade e de transação para organizar os bens em vista à atividade. Assim, o custo do estabelecimento é superior ao custo dos bens que o compõem, afinal, o mercado valoriza o complexo de bens quando eles já estão organizados para a atividade produtiva. Este é o valor agregado inerente à organização produtiva. “O que acontece é que, com a organização e o funcionamento, a empresa faz *a, b e c*, juntos valerem mais que a soma deles”. (PONTES DE MIRANDA, 1956, p. 365)

O aspecto dinâmico do estabelecimento abrange esse sobrevalor incorpóreo da organização produtiva.

Elaborada pelo empresário, a **organização** dos componentes corpóreos e incorpóreos necessários à atividade, é uma condição *sine qua non* para que a empresa seja eficiente nas suas trocas e, com isso, tenha o lucro necessário para sua sobrevivência no mercado. Ser eficiente e lucrar são os objetivos primeiros da empresa.

Assim, o aspecto dinâmico do estabelecimento compreende hoje a **organização** do complexo de bens. Ou seja, a mobilização dos bens para a atividade econômica criando um “organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1955, p. 16)

Oscar Barreto Filho (1988, p.63) informa que o Estabelecimento, se apresenta, “sob o **ponto de vista econômico**, como um organismo unitário resultante da **organização** concreta dos fatores da produção dirigida para uma determinada atividade produtiva.”. Em entendimento similar Barbosa de Magalhães (1951, p. 13) aduz que “sob o **ponto de vista econômico**, estabelecimento comercial é, num sentido amplo, *a organização técnica constituída por todos os factores que servem para o exercício de uma actividade comercial*”. (grifos nosso)

Percebe-se, assim, que a definição jurídica dinâmica do estabelecimento possui estreita relação com o estabelecimento sob a perspectiva econômica.

Exatamente sob essa perspectiva econômica e dinâmica o Código Civil nacional conceituou no seu art. 1.142 o estabelecimento.

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens **organizado**, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Portanto, fica clara a vinculação do conceito de estabelecimento a “outro elemento, representado pela organização que é dada a estes bens para o exercício da empresa.” (PIMENTA, 2004, p. 99-100) Assim, se conclui que sempre que houver estabelecimento haverá empresa e sempre que houver empresa haverá estabelecimento[4]. Pois não há estabelecimento sem organização, sem real exercício de uma atividade organizada.

Cabe agora traçar algumas outras considerações relevantes para a delimitação do instituto.

2. PLURALIDADE DE ESTABELECIMENTOS EMPRESARIAIS.

Já sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45 a doutrina estudava o aspecto da pluralidade de estabelecimentos. Afinal, estava expresso naquele diploma que o foro competente para processar a falência era o da sede do principal estabelecimento.

O teor do Art. 3 da Lei 11.101/05 é semelhante, veja-se:

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

A questão do principal estabelecimento já é superada. Afinal, a doutrina e a jurisprudência considerou “para a otimização do procedimento concursal, que o juízo falimentar deveria ser aquele cuja jurisdição fosse no local onde o empresário falido concentrasse o maior número de operações mercantis.” (PIMENTA, 2006, p. 96)

Ou seja, o juízo competente para o processamento da falência é aquele do principal estabelecimento real e não, simplesmente, a sede contratual descrita no ato constitutivo da empresa.

Contudo, para o operador do direito e para o gestor da empresa, é fundamental saber se a venda de uma filial é ou não a venda de um estabelecimento. Fazendo-se assim, incidir as regras específicas do contrato de *traspasse*.

Fábio Tokars (2006, p. 51) afirma que as agências, sucursais e filiais são estabelecimentos autônomos e, quando vendidos isoladamente, se constituem em um efetivo *traspasse*.

Realmente, o mesmo empresário pode ter dois ou mais estabelecimentos e a estipulação legal de “*principal estabelecimento*” não deixa margem para dúvida de que isso é possível.

Uma sociedade empresária, por exemplo, que atua no ramo de venda de material para construção, pode possuir dois ou mais estabelecimentos em locais diferentes. A alienação de um desses estabelecimentos se consubstancia em um contrato de *traspasse*, nos exatos termos em que Fábio Tokars leciona.

Contudo, a sinonímia entre os termos agência, filial e sucursal causam algumas complicações. O certo é que, como aduz Waldemar Martins Ferreira (*apud* TOKARS, 2006, p. 55), “as três expressões se empregam sem significado específico, ao arbítrio de cada comerciante ou sociedade”.

Porém, no Brasil, o termo agência tem sido mais utilizado por instituições financeiras, conforme salienta Walter T. Álvares (1969, p. 204) e Rubens Requião (2003, p. 278). Neste mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 98) chega a informar que nas “instituições financeiras, usa-se a expressão “agência”, para mencionar os diversos estabelecimentos”.

Contudo, Eduardo Goulart Pimenta (2004, p. 101) alerta que a sede, as filiais e as sucursais podem ser unidades integrantes do mesmo estabelecimento.

Realmente assiste razão o comentário de Pimenta. Entendemos que no específico caso das agências bancárias não há como enquadrá-las no conceito de estabelecimento empresarial.

Ora, se uma instituição financeira, por motivos diversos, não tiver mais interesse em manter determinada agência, ela irá passar o ponto sem que com isso se caracterize um trespasse. Afinal, na composição do estabelecimento empresarial nenhum elemento é indispensável para a sua configuração. Contudo, para ele existir é necessário um complexo de bens organizados para o exercício de determinada atividade econômica.

No mesmo sentido, vimos no item anterior que o estabelecimento é um organismo vivo e dinâmico que instrumentaliza a atividade econômica e que, por causa da sua organização, possui um valor superior aos bens singularmente considerados.

A atividade econômica de uma instituição financeira não é transferida para alguém que adquire um ponto de uma agência isolada com o seu mobiliário, exceto se essa agência for transferida juntamente com sua carteira de clientes, ou a sua marca, etc.

Assim, no específico caso de instituições financeiras, com diversas agências, o trespasse só se configurará com a alienação de bens suficientes para a manutenção da atividade exercida pelo alienante. Afinal, como bem aponta Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 123) “do ponto de vista econômico, cada estabelecimento constitui uma unidade técnica autônoma de produção.” No mesmo sentido é a lição de João Eunápio Borges (1976, p. 189), “Cada estabelecimento constituiria, pois, um empresa autônoma, uma unidade produtiva de riqueza.”

Uma agência bancária isolada não é capaz de exercer a atividade econômica da instituição financeira, assim, não pode ser considerada, como um estabelecimento.

O estabelecimento da instituição financeira deve ser entendido como o complexo dos elementos necessários para o exercício da sua atividade. Algo que engloba as suas agências, sua marca, sua clientela, etc. Um complexo de elementos organizados para sua atividade econômica.

Objetivamente, o que é preciso perquirir para a configuração de um trespasse é se foram transferidos ao adquirente os fatores de produção suficientes para a manutenção das atividades organizadas e desenvolvidas pelo alienante. A transferência de um ponto ou de uma agência, mesmo que mobiliada não é, por si só, um trespasse.

Neste mesmo sentido, a doutrina sempre entendeu corretamente um departamento isolado de uma grande corporação não se configuraria como um estabelecimento. “Caracterizando-se como um “local acessório”, em que determinadas atividades (administração e contabilidade) são praticadas.” (TOKARS, 2006, p. 54)

Em suma, tanto do ponto de vista econômico como do ponto de vista jurídico, independente do termo (agência, filial ou sucursal), para que seja considerado trespasse de um estabelecimento é necessária a transferência de uma unidade autônoma de produção. Ou seja, é necessário que o objeto da venda esteja composto e organizado para a manutenção da atividade produtiva antes desenvolvida pelo alienante.

Não é necessário que o adquirente ingresse na exata atividade do alienante, contudo, é preciso ficar sedimentado na doutrina jurídica que o trespasse só existe se o objeto da alienação for capaz de ser uma unidade produtiva. Enfim, que o objeto da alienação

esteja composto de um complexo de bens organizados para determinada atividade econômica, nos exatos termos do art. 1.142 do Código Civil.

Na verdade existem duas acepções do complexo de bens organizado. Em sentido estrito, o estabelecimento é uma unidade produtiva autônoma, que pode ser a sede da empresa, uma filial, agência ou sucursal, desde que essa possa ser capaz de servir como uma empresa. Já em termo amplo o estabelecimento é todo o complexo de bens utilizados pelo empreendedor no exercício da empresa, englobando todas as suas unidades produtivas e bens intangíveis.

3. DISTINÇÃO ENTRE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E PATRIMÔNIO.

A empresa sob a perspectiva subjetiva do empresário é sempre considerada de forma unitária. Exatamente como o patrimônio das pessoas de direito.

A confusão entre as noções de patrimônio e estabelecimento sempre existiu na doutrina. Como exemplo, temos Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 100) informando que “o patrimônio social e o estabelecimento empresarial se confundem”. Porém, para a continuidade do estudo da natureza jurídica do estabelecimento é preciso distinguir o que significa cada um desses termos a fim de evitar confusões.

Inicialmente, é preciso compreender que cada pessoa só possui um patrimônio. Esse patrimônio é a garantia das suas obrigações. Realmente, a maioria dos bens do estabelecimento faz parte do patrimônio do seu titular. Como o estabelecimento é de titularidade desta mesma pessoa, é possível até afirmar que o estabelecimento integra o patrimônio da pessoa. Contudo, existe uma grande diferença no aspecto funcional destes bens, veja-se o que informa Nelson Nery Júnior:

Esses bens devem estar organizados para a atividade da empresa, vale dizer, devem ter ligação intrínseca entre si – ligação funcional, na linguagem de Ferrari -, para que possam constituir-se e caracterizar-se como integrantes do estabelecimento. Um conjunto ou agrupamento de bens isolados, sem a ligação funcional, em princípio não se caracteriza como estabelecimento, mas sim como integrante do patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. (2002, p. 227)

Portanto, somente os bens ligados à atividade fim fazem parte do estabelecimento e todos os bens de propriedade da pessoa fazem parte do seu patrimônio.

Sylvio Marcondes (1970, p. 85) após breve exposição, conclui que o patrimônio é: “a) conjunto de relações jurídicas; b) apreciáveis economicamente; c) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa.”

Não vamos aqui, pois não é o objeto deste estudo, nos alongar nas teorias que estudam a natureza jurídica e a separação do patrimônio. Contudo, é preciso deixar claro a similitude do conceito de patrimônio tanto em Direito quanto em Contabilidade.

O patrimônio sempre foi juridicamente um complexo de relações jurídicas composta de bens, de direitos e de obrigações. Neste sentido conceitua Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 988): “conjunto de bens de propriedade de um sujeito de direito, bem como suas obrigações ativas e passivas.” E também De Plácido e Silva (2006, p. 1014) que afirma ser o patrimônio juridicamente tanto no Direito Civil, quanto no Comercial e no Público “conjunto de bens, de direitos e obrigações, aplicáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencente a uma pessoa natural e jurídica.”

Lucas Rocha Furtado (2005, p. 971) aduz que contabilmente o patrimônio é o “conjunto de bens, direitos e obrigações de qualquer pessoa física ou jurídica.” No mesmo sentido o contabilista Hilário Franco (1982, p. 20) define o patrimônio como “um conjunto de bens, direitos e obrigações vinculadas a uma pessoa ou entidade.”

Portanto, fica evidente que nesses dois sentidos (contábil e jurídico) o conceito patrimônio é idêntico. Porém, não é correto afirmar, nem para o Direito nem para a Contabilidade, que o estabelecimento está contido no patrimônio da pessoa nem também afirmar que o patrimônio está “compreendido na universalidade que irá constituir o estabelecimento”. (FURTADO, 2005, p. 972).

O certo é que são os dois, de titularidade de uma mesma pessoa de direito e que, por causa disso, constituem o acervo garantidor dos débitos constituídos pela pessoa. Mas são dois institutos diferentes e não há como um conter o outro totalmente.

O art. 45 do Código Civil informa que a existência legal das pessoas jurídicas começa a partir da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Com o registro a sociedade empresária adquire personalidade jurídica e, por isso, ela passa a possuir patrimônio próprio, separado do patrimônio das pessoas físicas que compõem o seu quadro societário. No caso do empresário individual não existe separação entre o patrimônio da empresa e o seu patrimônio pessoal.

O patrimônio da sociedade empresária é, inicialmente, constituído pelo capital investido pelos sócios na sociedade. “Da transformação do capital num complexo de bens apropriados para o exercício da atividade mercantil resulta o estabelecimento.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 62)

Assim, o Estabelecimento no seu ponto de vista estático está contido no patrimônio da pessoa, exceto nos casos em que esta mesma pessoa possua bens que não tenham ligação funcional com sua atividade. Como é o caso, por exemplo, do empresário individual. Neste caso, somente os bens aptos a instrumentalizar a atividade serão integrantes do fundo. Além disso, no seu ponto de vista amplo e dinâmico o patrimônio não comporta o estabelecimento. Ora, o fator **organização** não está contido no patrimônio da sociedade empresarial, tanto no seu conceito jurídico quanto no seu conceito contábil.

Afinal, tanto em Direito como em Contabilidade o patrimônio ativo da pessoa sempre é auferido mediante a simples soma do valor aritmético dos seus componentes. Existe,

tanto em Direito Empresarial quanto em Contabilidade a noção que o patrimônio de um empresário se expressa com o Balanço Patrimonial, ferramenta indispensável para controle da empresa e para a fiscalização administrativa.

Todas as empresas regularmente constituídas são obrigadas a elaborar o balanço patrimonial. O balanço é o reflexo fiel do patrimônio da sociedade empresária. Ele se divide em ativo, passivo e patrimônio líquido. (FRANCO, 1982, p. 20) Trata-se de um resultado aritmético (patrimônio líquido) oriundo da diminuição do ativo pelo passivo.

O ativo é composto pela soma dos créditos, direitos e bens do empresário e o passivo pelas suas obrigações. Conforme o Art. 1.188 do Código o balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza a situação real da empresa.

Contudo, não é isso que acontece.

Mesmo com a entrada em vigor da Lei 11.638/07, que alterou os artigos que regulamentam a contabilidade das sociedades empresárias, na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), não há como capitalizar de forma explícita o ativo intangível do estabelecimento.

O ativo se assemelha ao estabelecimento, porém, o fator organização não é computado na conta do ativo. Os “elementos não patrimoniais, como a expectativa de lucro, a clientela ou o bom nome que o empresário mantenha na praça, que compõem o estabelecimento, não integram o patrimônio.” (FURTADO, 2005, p. 971). Realmente não existe na conta do ativo o valor intangível inerente à organização produtiva.

O ativo intangível do estabelecimento não é contabilizado, pois segundo o SFAC 5 (*Statements of financial Accounting Concepts*), parágrafo 63, qualquer item contábil só pode ser capitalizado quando, conjuntamente, tiver definição apropriada, for mensurável, relevante e preciso.

O valor intangível ou sobrevalor incorpóreo do estabelecimento, não possui essas qualidades, afinal, antes de ser vendido como mensurar precisamente o valor do aviamento de um estabelecimento? Qualquer contabilização nesse sentido é arbitrária e temerosa. Esse valor incorpóreo do estabelecimento é atualmente o grande desafio dos contabilistas, que não conseguem ainda contabilizá-lo adequadamente, para fazer do balanço patrimonial, o reflexo real da empresa.

No caso do estabelecimento este sobrevalor é uma “*qualidade* ou *atributo* inerente ao complexo de bens que é formado o estabelecimento” (BARRETO FILHO, 1988, p. 172) e, sendo assim, não são de propriedade do empresário e, portanto, não fazem parte do seu patrimônio.

No mercado, evidentemente, todos sabem que o valor econômico real de uma empresa é maior do que o patrimônio líquido da sociedade empresária. Exatamente porque existe, no estabelecimento empresarial, um sobrevalor incorpóreo que não está contido no patrimônio.

Não há como querer que o patrimônio seja algo para o Direito Empresarial e outra coisa para a contabilidade e para o mercado. Ou seja, o patrimônio é, para as duas ciências, o

conjunto de bens, direitos e obrigações de determinada pessoa, singularmente considerados e expressos pelo balanço patrimonial. O sobrevalor econômico do estabelecimento continua sendo extrapatrimonial e não contabilizado, pois é uma qualidade ou atributo extremamente volátil de um determinado complexo de bens já organizados para uma atividade econômica. Não sobrevive em separado.

É preciso que fique entendido que o sobrevalor incorpóreo do estabelecimento não é propriedade do empresário nem faz parte do seu patrimônio, é um atributo do estabelecimento, enquanto vivo e em atividade. Ora, não há como exercer o domínio sobre a clientela e o aviamento como um todo, separado do estabelecimento.

O patrimônio sempre foi concebido pelos bens e relações jurídicas do empresário e os estabelecimentos podem, e muitas vezes são compostos por bens que não são de propriedade da sociedade. Ou seja, por bens locados ou arrendados.

Assim, o estabelecimento não está contido no patrimônio do empresário posto que ele pode não possuir todos os bens que compõem o estabelecimento e, além disso, este empresário também não é o proprietário do valor incorpóreo do estabelecimento. Este é adquirido com a organização dos fatores de produção, sendo um atributo ou qualidade do estabelecimento vivo.

No que se refere à alegação que o patrimônio está contido no estabelecimento. Não há a menor dúvida que uma pessoa de Direito pode possuir dois ou mais estabelecimentos. Fato que importa na inviabilidade lógica de um estabelecimento conter todo o patrimônio de um empresário.

Ademais, há também os bens que são de propriedade do empresário e, assim, integram o seu patrimônio, porém não fazem parte do complexo organizado para a atividade, são os bens alheios à atividade empresarial, que não fazem parte do estabelecimento empresarial.

Além disso, entendemos que as relações jurídicas do empresário são elementos da empresa e não fazem parte do estabelecimento, conforme veremos no estudo da sua natureza jurídica a seguir.

4. NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.

A natureza jurídica do estabelecimento empresarial sempre foi um tema extremamente controvertido. Esta controvérsia não é só brasileira. “Numerosas são as teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 78)

É cediço que, o conceito amplo e dinâmico do estabelecimento como complexo de bens organizados sempre trouxe dificuldades para a ciência jurídica.

O certo é que, para o estudo da natureza jurídica de um instituto, é necessário fazer uma abordagem dedutiva do direito positivo e, assim, entender a sua dogmática.

Exatamente por causa disso, a natureza jurídica do estabelecimento é diferente para cada modalidade de normatização legal a ele incidente.

Portanto, é necessária, inicialmente, uma leitura atenta de alguns dispositivos do Código Civil que regulam a nossa matéria:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento. (...)

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

O art. 1.143 do Código Civil deixa clara a unicidade jurídica do estabelecimento para que o mesmo receba “proteção jurídica específica, paralela à consagrada pelo ordenamento de cada um dos bens móveis, imóveis ou imateriais que o compõem.” (PIMENTA, 2004, p. 101)

Neste mesmo dispositivo há a uma alusão expressa à condição de objeto de direito do estabelecimento. No mesmo sentido, o Art. 44 do Código Civil não prevê o estabelecimento como pessoa jurídica de direito privado. Assim, não há, no nosso ordenamento, como conceber o estabelecimento como sujeito de direito. Portanto, todas

as teorias que personificam o estabelecimento e o identificam como titular de direito e deveres são refutadas. O estabelecimento é, sem dúvidas, um objeto de direito e, conforme expresso no artigo: “pode ser objeto de direitos e negócios jurídicos”.

As teorias imaterialistas aduzem que o estabelecimento é um bem imaterial e “abstrato resultante da organização dos elementos corpóreos”. (BARRETO FILHO, 1988, p. 93). Contudo essa teoria privilegia a organização e se esquece que, para que ela exista, é necessário um conjunto anterior de bens. Ou seja, a organização depende dos bens, afinal, a otimização dos recursos via empreendedorismo possui muitas faces, como o bom nome e a clientela, mas a organização, por si só, sem seus instrumentos, não subsiste. Não há como organizar o nada. Como o Código se referiu ao “*complexo de bens*”, não há como conceber essa teoria.

As teorias atomistas inadmitiam a relevância jurídica da unidade econômica formada pelo estabelecimento. (BARRETO FILHO, 1988, p. 95) Contudo, sua unicidade, como pode ser vista, está expressa no art. 1.143 do Código e, não há dúvidas, que o regime jurídico do estabelecimento é diferente dos bens que o compõem e assim, não há como admitir as teorias atomistas no nosso direito.

Não há também como admitir que o estabelecimento seja um patrimônio aparte ou de afetação da sociedade empresária, posto que, só a lei pode atribuir o “caráter de *patrimônio separado*, coexistindo a par do patrimônio restante do comerciante.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 105)

Portanto, restam então as duas teorias mais importantes. As que identificam o estabelecimento como universalidade de direito (*universitas juris*) e as que identificam o estabelecimento como universalidade de fato (*universitas facti*).

O Código Civil definiu assim as duas universalidades:

Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Antes do Código de 2002, a melhor doutrina comercialista nacional identificava o estabelecimento como universalidade de fato. Neste sentido haviam se manifestado autores do escol de: José Xavier Carvalho de Mendonça (1955, p. 19), Waldemar Martins Ferreira (1956, p. 28), João Eunápio Borges (1976, p. 208), Oscar Barreto Filho (1988, p. 108), Waldívrio Bulgarelli (1993, p.52), José Maria Rocha Filho (1993, p. 224), Dylson Doria (1998, p.132), Fran Martins (1998, p. 428), Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 123) e Rubens Requião (2003, p. 271), por exemplo.

Os argumentos mais fortes sobre essa caracterização eram que a universalidade de direito só pode ser criada por lei e que ela também possui legitimidade processual. Além disso, o estabelecimento não era um conjunto de direitos, ou seja, de relações passivas e ativas, e sim um conjunto de objetos de direito, criado, organizado, modificado por inteira vontade do empresário.

Contudo, o Código de 2002 regulamentou expressamente o estabelecimento e, na sua alienação, a sub-rogação dos contratos (Art. 1.148 CC); a cessão dos créditos (Art. 1.149 CC) e a responsabilidade solidária dos débitos contabilizados (Art. 1.146 CC).

Assim, vários doutrinadores concluíram que o estabelecimento seria um complexo de relações jurídicas, ou seja, uma universalidade de direito.

Neste sentido conclui Newton de Lucca (2005, p.79 e 80), Fábio Tokars (2006, p. 28), Moema Augusta Soares de Castro (2007, p. 121) e Marcelo M. Bertoldi (2008, p. 103), por exemplo. Vejam-se seus argumentos:

Em aplicação do disposto no art. 1.146, que torna o estabelecimento um conjunto de relações jurídicas ao impor a responsabilidade ao adquirente quanto aos débitos vinculados ao fundo, tem-se que a nova definição legal de universalidade de direito se amolda ao conceito de estabelecimento. Assim, temos que deverá ser construída uma nova orientação doutrinária, conferindo ao fundo de empresa a natureza de universalidade de direito. (TOKARS, 2006, p. 28)

Com a edição do atual Código Civil, que em seu art. 1.142 traz a definição de estabelecimento – “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” -, consagrado está o entendimento doutrinário dominante, no sentido de que o estabelecimento é uma universalidade de bens que passa a ser uma universalidade de direito e não universalidade de fato, como anteriormente se apresentava. (BERTOLDI, 2008, p. 103)

Ora, a partir do Código Civil de 2002, o estabelecimento passou a ser regulado, eis que autorizado pelo art. 1.143; é objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos que sejam compatíveis com a sua natureza[5]. Assim nada mais coerente do que considerar a natureza jurídica do estabelecimento como universalidade de direito. (CASTRO, 2007, p. 121)

Alfredo da Assis Gonçalves Neto (2007, p. 568 e 569) concluiu de forma diversa, para ele o “estabelecimento revela-se como um feixe de relações jurídicas complexas que envolvem o seu “funcionamento””. Diante disso, entende que o estabelecimento pode ser considerado tanto como um conjunto de bens (universalidade de fato) quanto um

conjunto de bens “no desenvolver da atividade”, sendo, nesta última concepção, uma universalidade de direito.

Em sentido semelhante, concluindo que o estabelecimento é uma universalidade de fato e também de direito, temos Gladston Mamede, veja-se:

O estabelecimento é, portanto, uma *universitas bonorum* e uma *universitas iuris*, na forma como antevista pelos artigos 90 e 91 do Código Civil, vale dizer, como “pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”, e como “complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. Tais disposições se harmonizam com o artigo 1.143 do mesmo Código Civil, inscrito no âmbito específico do livro destinado ao Direito de Empresa, segundo o qual o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos, bem como de negócios jurídicos, sejam eles translativos ou constitutivos, desde que sejam compatíveis com a sua natureza. Como universalidade de fato, isto é, conjunto de bens singulares que têm destinação unitária, admite-se, a teor do artigo 90, parágrafo único, do Código Civil, o estabelecimento de relações jurídicas próprias, tomando um ou mais bens por sua singularidade. Pode-se, por exemplo, hipotecar um imóvel, mesmo de uso, ou empenhar determinada máquina ou certo conjunto maquinário, a marca ou uma patente. Mas pode haver, simultaneamente, a negociação da *universitas iuris* em si, ou seja, de seu estabelecimento, da coletividade dos bens que se enfeixam na empresa. (2007, p. 200).

Já para Maria Helena Diniz (2009, p. 685), o estabelecimento é uma universalidade de direito “*sui generis*”, veja-se:

Consiste, pelas suas peculiaridades, em uma universalidade de direito “*sui generis*”, por não ter capacidade processual, nem ser sujeito de direito, cuja unidade decorre do seu reconhecimento, por ter valor econômico, por norma jurídica com o intuito de produzir certos efeitos, apesar de operar-se por vontade do empresário, manifestada num estatuto ou num contrato social, envolvendo (além de um conjunto de bens corpóreos), um complexo de relações jurídicas (bens incorpóreos) de uma pessoa (empresário), dotadas de valor econômico (art. 91).

Contudo, Sérgio Campinho (2003, p. 305), Lucas Rocha Furtado (2005, p. 972), Arnaldo Wald (2005, p. 735), Marcelo Andrade Féres (2007, p. 22), Waldo Fazzio Júnior (2007, p. 64) e Raquel Sztanj (2008, p. 787), por exemplo, continuam entendendo que se trata de uma universalidade de fato.

Após uma análise cuidadosa, entendemos que assiste razão aos que continuam entendendo o estabelecimento como uma universalidade de fato.

O Código Reale ao trazer no seu corpo o conceito de estabelecimento, apenas expressou o que a maioria da doutrina já entendia como estabelecimento na sua visão ampla e dinâmica. Ou seja, complexo de bens **organizado** pelo empresário para o exercício da empresa.

Ao conceituar a universalidade de fato e a universalidade de direito, também o fez, de acordo com as classificações já existentes nos manuais de direito civil.

Assim, se o legislador desejasse que a natureza jurídica do estabelecimento fosse de universalidade de direito, teria expressamente conceituado-o como complexo de relações jurídicas. Se ocorresse isso, o Código não necessitaria, sequer, expressar tantas conseqüências sucessórias. Afinal, se é complexo de relações jurídicas, claro que os débitos, créditos e contratos seguiriam a universalidade.

Não foi isso que aconteceu. O código expressamente aludiu o “complexo *de bens*” que é muito semelhante à “*pluralidade de bens*” da universalidade de fato. Além disso, o parágrafo único do art. 90 do Código Civil possui estreita relação com o art. 1.143, dando coerência normativa ao sistema jurídico privado em vigor.

Ora, é verdade que a universalidade de direito é criada por Lei. Contudo, quando o legislador decidiu inserir o Título “Do Estabelecimento”, no Livro da Empresa do Código, já a fez conceituando o estabelecimento como universalidade de fato.

Enfim, não há como fugir do conceito expresso no texto legal. Tanto é complexo de bens, universalidade de fato, que não possui capacidade processual e, no dia a dia da empresa, o empresário possui total liberdade para compor, modificar e até extinguir o seu estabelecimento empresarial.

Portanto, não assiste razão o comentário que está consagrado na doutrina o reconhecimento do estabelecimento como universalidade de direito.

Conforme alude Marcelo Andrade Féres (2007, p. 22) “a sistemática delineada pela codificação de 2002 ocupa-se dos efeitos obrigacionais da negociação unitária da *azienda*, mas isso, note-se, não significa que relações obrigacionais nela se contenham.”

Realmente, as formalidades e os efeitos do contrato de *traspasse*, nas relações jurídicas do alienante, são determinados de forma exaustiva no Codex, contudo, as relações jurídicas não fazem parte do estabelecimento *per se*. O conceito de estabelecimento foi expresso no art. 1.142 do Código, como universalidade de fato, antes deste mesmo Código sequer mencionar os efeitos da sua alienação unitária.

Lembrem-se o estabelecimento pode ser objeto unitário de negócios jurídicos, mas também pode: nascer, se desenvolver e se extinguir sem que jamais seja negociado com alguém. Assim, nada terá sido senão um complexo de bens que foi organizado e extinto por uma pessoa enquanto exercia uma empresa.

Ou seja, os bens desta universalidade são usados como o seu titular quiser, mas, caso deseje vendê-los de forma unitária, o alienante e o adquirente terão que cumprir as formalidades e arcar com os efeitos previstos de forma exaustiva pela legislação. Caso não cumpram com o que está expresso na lei, o negócio pode ser considerado ineficaz.

Porém, as relações jurídicas e o passivo do empresário não compõem o estabelecimento em si mesmo. Tanto é que, quando restarem bens suficientes para o cumprimento do passivo, o alienante não precisa se submeter às formalidades previstas no art. 1.145 do Código.

Nelson Nery Junior (2002, p. 229) aduz com correção:

Não se pode incluir no conceito de estabelecimento o passivo do empresário ou sociedade empresária. É verdade que o passivo está compreendido no patrimônio negativo da sociedade, mas não mesmo verdade é que o passivo não é imprescindível para o exercício da empresa. Daí por que não integra o estabelecimento comercial ou industrial.

Realmente, o art. 1.146 Código Civil cuida apenas da “fixação de responsabilidade sucessória.” (NERY JUNIOR, 2002, p. 229) Isto quando o estabelecimento é alienado de forma unitária de acordo com a permissão contida no art. 1.143 do mesmo diploma.

Ora, se o legislador quisesse que as relações jurídicas do empresário fizessem parte do estabelecimento ele simplesmente expressaria no texto legal que os débitos, créditos e contratos fazem parte do estabelecimento, conceituaria o mesmo como complexo de relações jurídicas (universalidade de direito). Não foi isso que aconteceu. Como dito, primeiro ele cuidou do seu conceito como universalidade de fato e, posteriormente, para facilitar à dogmática, estabeleceu os efeitos da venda unitária desta universalidade de fato nas relações jurídicas patrimoniais do alienante e do adquirente.

O que precisa ficar realmente claro é que o estabelecimento existe antes da sua alienação. O estabelecimento em atividade não é um complexo de relações jurídicas, as relações são constituídas na empresa, ou seja, na atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços. Lógico que para exercer qualquer atividade é necessário uma gama incontável de relações jurídicas. Portanto, feliz e moderna é a concepção dinâmica da empresa como um “feixe coordenado de relações jurídicas contratuais estabelecidas pelo empresário com a finalidade de organização dos fatores de produção e circulação dos bens ou serviços por ele produzidos ou distribuídos” (PIMENTA, 2006B, p. 72)

Caso o estabelecimento seja transferido, como o interesse dos credores é juridicamente relevante, as relações jurídicas do empresário alienante são amiúde reguladas, mas isso não significa que as relações jurídicas estejam contidas no estabelecimento. As relações jurídicas, reafirmo, são elementos da empresa. Fazem parte do patrimônio do empresário.

Ademais, o Código deixa claro que a não observação das formalidades (Art. 1.144) e o inadimplemento das obrigações com seus credores (Art. 1.145) se resolvem no plano da eficácia. Assim, o contrato da venda unitária do estabelecimento, sem as relações jurídicas e a transferência das obrigações do alienante, é um contrato existente e válido que pode, frise-se, **pode** ser declarado ineficaz.

Pontes de Miranda, muito antes da feitura do Código Reale já explicava esta dogmática. Ao profetizar assim a assunção das dívidas no trespasse:

Se as dívidas da empresa se transferiram, ao alienante somente se extingue a responsabilidade se o credor *consente*. A falta de consentimento não obsta à transferência, obsta à extinção da responsabilidade.

O alienante não é responsável pelos débitos posteriores à transferência e inerentes ao exercício da empresa, salvo se anteriores à eficácia quanto ao credor ou quanto a terceiros. (PONTES DE MIRANDA, 1956, p. 369)

Assim, entendemos que o passivo do patrimônio dos empresários continua a não fazer parte do estabelecimento, exatamente como já pensavam autores do escol de José Xavier Carvalho de Mendonça (1955, p. 20), Oscar Barreto Filho (1988, p. 154), Waldírio Bulgarelli (1993, p.66), José Maria Rocha Filho (1993, p. 229), Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 115), Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 102) e Rubens Requião (2003, p. 287), por exemplo.

Realmente, as relações jurídicas necessárias para a empresa fazem parte do patrimônio do empresário. Este patrimônio compreendido como “conjunto de bens, direito e obrigações de qualquer pessoa física ou jurídica” (FURTADO, 2005, p.971). O empresário é titular do estabelecimento, contudo, as relações jurídicas não fazem parte do estabelecimento, possuem relação com a empresa e são relevantes no caso de trespasse, posto que os bens do empresário sejam as garantias do adimplemento das suas obrigações.

Como o estabelecimento é composto por grande parte do ativo patrimonial do empresário, a tutela creditícia é juridicamente relevante. O legislador previu a forma da sua venda unitária, bem como os seus efeitos obrigacionais, como dito, e só.

O estabelecimento empresarial é, enfim, somente um complexo de bens organizado para o exercício de uma atividade econômica. **Uma universalidade de fato.**

Quando apenas uma unidade produtiva é vendida (sentido estrito do estabelecimento) e ainda restam bens para a solução do passivo, o alienante não precisará publicar tal negócio e todas as relações jurídicas devem ser mantidas em nome do vendedor.

Quando todo o complexo de bens organizado pelo empresário (sentido amplo do estabelecimento) é vendido, o alienante e o adquirente se tornam solidariamente responsáveis pelo pagamento dos débitos e, caso alguma formalidade seja descumprida, o negócio poderá ser declarado ineficaz.

Não há como admitir que o estabelecimento seja em determinados momentos uma coisa, universalidade de direito, e em outros momentos outra, universalidade de fato. O instituto é um só, amplo, dinâmico, mas um só. As relações jurídicas, quando se subrogam, servem para a manutenção da empresa.

Os bens incorpóreos, a propriedade industrial e o ativo intangível da organização produtiva são elementos que fazem parte da universalidade e possuem valor econômico. A organização, elemento do estabelecimento é um reflexo da empresa. Ou seja, O empresário (perfil subjetivo da empresa), exerce uma atividade através de uma gama de relações jurídicas (perfil funcional da empresa), organizando um complexo de bens (perfil objetivo da empresa) apto a gerar riqueza. Mas este perfil funcional da empresa (atividade) não está contido no perfil objetivo da empresa (estabelecimento).

Como é um complexo de bens heterogêneos, quando admitido de forma unitária, o estabelecimento é um bem composto dotado de valor econômico.

Como prescinde de imóvel para sua formação é um bem móvel.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, concluímos que o estabelecimento empresarial possui hoje um conceito legal que expressa seu caráter dinâmico. Isto porque, o elemento organização, derivado da gestão empresarial, é hoje indissociável do entendimento deste instituto.

O estabelecimento também possui duas acepções ora significando determinada unidade produtiva autônoma, a sede, filia ou agência de uma empresa (sentido estrito) ora significando todo o complexo de bens organizado pelo empresário (sentido amplo). Neste último sentido, o complexo abrange todos os elementos intangíveis da empresa e todas as suas unidades produtivas.

O estabelecimento não pode ser confundido com o patrimônio do empresário. O estabelecimento não está contido no patrimônio nem a este contém. São dois institutos diferentes. Existem elementos do estabelecimento que não estão contidos no patrimônio, como os bens de sua propriedade que não possuem vínculo funcional com a empresa e também o ativo intangível da organização produtiva, como o aviamento e a clientela.

O estabelecimento também não pode conter o patrimônio, afinal uma mesma pessoa pode possuir vários estabelecimentos e, mesmo quando encarado em sentido amplo, o estabelecimento não contém as relações jurídicas do empresário.

Quanto à natureza jurídica do instituto, entendemos que o estabelecimento é uma universalidade de fato, que é criada, organizada e pode ser extinta por inteira vontade do empresário. Uma universalidade de fato que pode jamais ser objeto de negociação unitária.

Quando o legislador inseriu o Título III, Do Estabelecimento, no livro da Empresa, o fez já informando, desde logo, que o estabelecimento é uma universalidade de bens. As formalidades previstas no art. 1.144 e a sucessão obrigacional do art. 1.146 são previstas em vista da relevante tutela dos credores do alienante.

A sucessão dos débitos não faz parte do estabelecimento, mas é a consequência legal da sua alienação unitária, quando não restarem bens do alienante para o adimplemento de suas obrigações. O contrato de trespasse, feito em desacordo, mesmo do alienante que não possuir mais bens para a cobertura do passivo, é válido, podendo, a requerimento do credor, ser declarado ineficaz

A sub-rogação dos contratos, prevista no art. 1.148, não significa que o estabelecimento é um complexo de relações jurídicas, tal disposição tem o fito de viabilizar a manutenção da atividade produtiva, da empresa em seu perfil funcional. Afinal, o adquirente quando compra um complexo de bens, já organizado para determinada atividade produtiva, pretende manter a empresa.

Entendemos que a doutrina nacional deve convergir para um único entendimento acerca do estabelecimento, afinal, na gestão empresarial é preciso que o empreendedor saiba quais são as consequências legais para os seus atos. Diante destas consequências, o empresário poderá fazer opções em vista do maior proveito da sua empresa.

Assim, humildemente contribuindo para o debate, concluímos que o estabelecimento é uma universalidade de fato, um bem composto, dotado de valor econômico, que pode ser objeto unitário de direitos e negócios jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, Walter T. *Direito Comercial*. vol. I. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. trad. Fábio Konder Comparato. In *Revista de Direito Mercantil – RDM*, Ano XXXV, n.º 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. – dez. 1996. p. 109-126.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial*. vol V e VI, 5º ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1955.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial*. vol 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Código comercial e legislação complementar anotados*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE LUCCA, Newton. *Comentários ao Código civil brasileiro: do direito de empresa*. Vol. IX. Coord. ARRUDA, Alvin; ALVIN, Tereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. vol 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. vol 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. vol II, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FRANCO, Hilário. *Contabilidade Geral*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1982.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento Empresarial. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 964 – 983.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial: estudo de direito privado*. Lisboa: Ática, 1951.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. Vol 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Frans. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Ineficácia do negócio jurídico previsto na LF 52 VIII: alienação do estabelecimento comercial (trespasse). In *Revista de Direito Privado*, Ano 03, n.º 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set. 2002. p. 225-243.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

_____. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 55 - 74, abr./jun. 2006b.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. vol 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito comercial*. vol 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. atual: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SZTAJN, Rachel. *Código Civil comentado: direito de empresa*. vol. XI. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). São Paulo: Atlas, 2008.

TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo código civil, v.XIV: livro II, do direito de empresa*. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[1] Contrato de trespasse é o contrato de alienação do estabelecimento empresarial.

[2] De um lado FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007 e do outro TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006.

[3] No direito inglês o estabelecimento é conhecido como *good will of a trade* e ,no mercado, *goodwill* significa o aviamento.

[4] Marcelo Andrade Feres (2007, p. 16) entende que sempre que houver empresa haverá estabelecimento, contudo, segundo ele, nem sempre que houver estabelecimento há empresa. Como exemplo cita uma “*azienda*, cuja exploração ainda não se iniciou”. Porém, para a formação do estabelecimento é imprescindível a organicidade da

atividade. No caso citado se trata do conceito estático e restrito do estabelecimento, ou seja, uma casa de comércio mobiliada. O estabelecimento, em seu aspecto amplo, para se configurar precisa do elemento organização. Tal organização só se alcança no exercício efetivo da atividade empresarial, como afirma João Eunápio Borges (1976, p. 188), o estabelecimento é “organismo vivo, em plena atividade e funcionamento.” Portanto, entendemos que sempre que há estabelecimento há necessariamente empresa.

[5] DE LUCCA, Newton. Comentários ao Código civil brasileiro: do direito de empresa. Vol. IX. Coord. ARRUDA, Alvin; ALVIN, Tereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.80.

**PALAVRAS E EXPRESSÕES DICIONARIZADAS PODEM COIBIR, NO
TRABALHO, PROVÁVEL ASSÉDIO MORAL NAS MENSAGENS
ELETRÔNICAS**

**PAROLE E FRASI IN LINGUA PORTOGHESE CHE PUÒ RIDURRE IL
MOBBING SUL POSTO DI LAVORO IN MESSAGGI DI POSTA
ELETTRONICA**

**Marco Antônio César Villatore
Cinthia O. de A. Freitas**

RESUMO

O assédio moral no trabalho não é assunto novo, porém, a mensagem eletrônica pelo e-mail vem se tornando um instrumento facilitador do assédio, visto que é utilizado como meio de comunicação entre empregados ou entre a chefia e os respectivos subordinados. O presente artigo discute o assédio moral no trabalho e alguns dados de como palavras escritas em e-mails podem estar relacionadas com emoções além de poderem ser identificadas com o objetivo de caracterizar o assédio moral. Sabe-se, com base em literatura existente, que a identificação de emoções em textos já vem sendo trabalhada por pesquisadores, todavia, ainda não foram localizadas, até a presente data, nos meios de publicação consultados, estudos relacionando emoções e e-mails ou e-mails e assédio moral. Reveste-se, portanto, o presente trabalho, de cunho inovador, apresentando as formas de assédio moral, seus elementos caracterizadores, as estratégias utilizadas pelo assediador e como esses procedimentos estão relacionados com as emoções. Assim, essas emoções podem ser identificadas através das frases ou dos textos escritos em e-mails, servindo o e-mail, nas circunstâncias, como elemento probante do fato ocorrido. Um dicionário sobre as palavras e expressões que podem gerar um assédio moral está sendo elaborado justamente para tentar acabar ou, simplesmente, minorar os riscos de tal prática tão prejudicial para as relações laborais. Sabe-se que algumas vezes o assédio moral é praticado sem a real intenção de fazê-lo, tendo como intuito a maior produtividade, mas a pior forma de sua prática é quando o autor do ato o pratica com a intenção de gerar desconforto constante da vítima, para que a mesma se demita por livre e espontânea vontade. O artigo apresenta, também, as responsabilidades trabalhistas, civis e criminais relacionadas com esse tipo de comportamento.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO TRABALHO, ASSÉDIO MORAL, DIREITO E TECNOLOGIA.

RIASSUNTO

Il mobbing nel lavoro non è un' tema nuovo, però, il messaggio elettronico per l'e-mail viene se tornando un strumento facilitatore del mobbing, visto che è utilizzato come meddio di comunicazione fra dipendenti oppure fra i capi e gli respectivi subordinati. Il

presente articolo discute il mobbing nel lavoro e alcuni dati di come parole scritte in e-mails possono stare relacionati con emozioni pur di la di poteren essere identificate con l'obietivo di caratterizzare il mobbing. È saputo, con base nella literatura esistente, che l'identificazione d'emozioni in testi già vengono essendo lavorate per ricercatori, tuttavia, ancora, non fuorano trovate, fino a presente data, i meddi di pubblicazione consultati, estudi relacionando emozioni e e-mails ou e-mails e mobbing. Reveste-se, pertanto, il presente lavoro, di cunho inovatorio, presentando le forme di mobbing, suoi elementi caratterizzatori, l'estrategie utilizzati per l'autore del mobbing e come questi procedimenti sono relacionati con l'emozione. Così, queste emozione possono essere identificate attraverso delle frase oppure dei testi scritti in e-mails, servindo l'e-mail, nelle circostanzie, come elemento probante del fatto acaduto. Un dizionario sul le parole e sprezzione che possono gerare un mobbing stá essendo elaborato giustamente per tentare finire oppure, semplicemente, minorare i rischi de tale pratica tanto pregiudiziale per le relazione laborale. Sapiamo che alcune volte il mobbing è praticato senza la reale intenzione di farlo, tendo come intuito la produttività più grande, però la più male forma di sua pratica è quando l'autore dell'atto lo pratica con l'intenzione di gerare sconforto costante della vitima, per che la stessa se licencie per libera e spontanea volontà. Sono presentate, anche, le responsabilítà lavoriste, civile e penale relacionate con questo tipo di comportamento.

PAROLE CHIAVE: DIRITTO DEL LAVORO, MOBBING, DIRITTO E TECNOLOGIA.

1. INTRODUÇÃO

No ambiente de trabalho, o correio eletrônico tem sido utilizado como ferramenta de comunicação entre empregados, ou mesmo entre a chefia e aqueles, do que se apresenta uma preocupação atual, com os seguintes questionamentos: Pode o e-mail conter elementos caracterizadores de assédio moral? Quais os elementos, relacionados com palavras escritas, que podem caracterizar um e-mail ameaçador ou intimidador? Podem emoções ser identificadas através das palavras contidas em um e-mail?

O tema assédio moral vem tomando interesse nacional e mundial, podendo-se, neste último aspecto, mencionar o termo “bullying” para a literatura norte-americana e o termo “mobbing” para as literaturas italiana e alemã. No Brasil, o termo “bullying” vem sendo utilizado pela mídia, e casos de assédio moral no ambiente de trabalho têm sido veiculados na imprensa televisiva.

Conceitualmente, o assédio de um modo geral é entendido como todo e qualquer comportamento que cause sofrimento psicológico ou físico à pessoa (Almeida, 2007, p. 1) ou, ainda, assédio significa “uma insistência impertinente, junto de alguém, com perguntas, pretensões etc.” (Silveira Bueno, 2007, p. 93).

Ao se mencionar assédio moral no trabalho, Hirigoyen (2001, p. 65) entende que “compreende toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade física ou psíquica de uma pessoa ou por em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho”.

Pode-se citar até como exemplos que, impor candidato político para os empregados constituiu assédio moral (Almeida, 2007, p. 1), ou ser perseguido, sistematicamente, em seu ambiente de trabalho, na hierarquia funcional, por superiores também é assédio moral (*Veredictum* – Notícias Jurídicas, 2007, p. 1).

Assédio moral ou manipulação perversa ou, por fim, terrorismo psicológico, pode ser compreendido como uma conduta psicológica que ataca a dignidade psíquica do trabalhador, exposto a situações humilhantes e constrangedoras, de forma reiterada. Em outras palavras, trata-se da exposição, repetitiva, do trabalhador a situações humilhantes ou constrangedoras, durante a jornada de trabalho, no exercício de suas funções (Almeida, 2007, p. 1).

O assédio moral relativo ao ambiente de trabalho pode chegar ao funcionário público, ao empregado, ao subordinado, ao colega ou outras denominações para os recursos humanos de uma empresa ou instituição, de diferentes formas ou através de diferentes meios, sejam na forma verbal (palavra falada), documental (palavras escritas em determinações, comunicações, e-mails), gestual e de ação.

A relevância do presente projeto de pesquisa encontra-se no fato de o assediado constituir prova material do referido fato, destacando-se que essa importância da prova em casos de assédio moral já está tratada na literatura (Silva, 2005, p. 1). No Direito, nada pode ser pleiteado perante a Justiça, se o reclamante do direito não possuir o mínimo de aporte probatório necessário a comprovar o direito alegado. Assim, meras alegações ou suposições não podem ser consideradas como provas (Silva, 2005, p. 1). Este projeto de pesquisa visa discutir como a tecnologia pode auxiliar na identificação de emoções em e-mails no tocante ao assédio moral no ambiente de trabalho.

Por outro lado, vale salientar que a própria preocupação mundial com o problema é, por si só, um sinal de sua importância, pois mostra que a atenção dos estudiosos hodiernos não se resume às questões de cunho patrimonial (como outrora), mas a uma efetiva tutela dos direitos pessoais dos sujeitos envolvidos nesta relação.

Não fosse o bastante, o ambiente laboral tem revelado um grande número de trabalhadores afastados do trabalho em decorrência de estresse e de outros tipos de doença, em sua maioria decorrente da própria relação de emprego, conquanto outros tantos se aproveitem dessa situação. Conforme Peixoto (2002, p. 15): “As relações de trabalho vêm sofrendo transformações constantes, e a falta de trabalho é motivo de sofrimento para muitas pessoas em todo o mundo; só no Brasil, 54 dentre os 170 milhões de habitantes não têm renda para sobreviver, estando abaixo da linha de pobreza”.

Nosso intuito, com o presente estudo, é harmonizar os direitos e os deveres dos sujeitos da relação empregatícia, demonstrando que se pode trabalhar entre atividade econômica da empresa e os direitos à dignidade e à intimidade do empregado. Para que esse objetivo seja mais facilmente alcançado a proposta do presente trabalho é de criar um Dicionário apontando várias palavras e expressões que indiquem um provável caso de assédio moral e que poderá ser utilizado pelas empresas para que não cometam e deixem cometer tal prática tão prejudicial para todo o ambiente laboral.

2. ASSÉDIO MORAL E O TRABALHO

Como citado por Pamplona Filho (2008, p. 3), “o tema do assédio moral se encontra na *crista da onda*. De fato, o enorme interesse despertado sobre o tema, na contemporaneidade, se revela na imensa quantidade de publicações destinadas ao esclarecimento e estudo da matéria. A própria Organização Internacional do Trabalho, em seus periódicos mais recentes, tem reservado grande espaço para a análise desse complexo fenômeno que pulula em diversos países”. Para um melhor entendimento desse fenômeno tão complexo é importante que o mesmo seja analisado de forma mais ampla.

2.1. Noções e Elementos

a) Direitos Fundamentais

A conceituação de Direitos Fundamentais, para Romita (2005, p. 36), é a seguinte: “direitos fundamentais (...) os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”.

b) Intimidade ou Privacidade

Barros (1997, p. 27) explica o seguinte: “em português, os termos privacidade e intimidade são sinônimos, constituindo elementos necessários à convivência entre os homens”.

c) Assédio

Tal qual como mencionado na Cartilha do Assédio Moral na Categoria Bancária (Sindicato dos Bancários de Pernambuco, s.d., p. 4) : “Assédio Moral ou Violência Moral no Trabalho não é um fenômeno novo. Pode-se afirmar que é tão antigo quanto o próprio trabalho. A novidade reside na intensificação, gravidade, amplitude e banalização do fenômeno. Muito mais do que isso, o novo está na abordagem que tenta estabelecer o assédio como consequência da organização do trabalho e a não tratá-lo como inerente ao trabalho” e, ainda, complementa que: “Assédio Moral no trabalho é a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes, constrangedoras, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas. Nelas predominam atitudes e condutas negativas, relações desumanas e sem ética de um/a ou mais agressores/as dirigidas a um/a ou mais subordinados/as”.

O conceito de assédio moral é também apresentado por Pamplona Filho (2008, p. 2) como sendo “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”. Adverte, ainda, o citado Autor, que “Este

nosso conceito busca um sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um privilégio da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros”.

Segundo Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt (2002, p. 177), “assédio Moral pode ser considerado como um abuso emocional, no local de trabalho, de forma maliciosa, não-sexual e não-racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, através de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento”.

De acordo com Margarida Barreto[1], assédio moral no trabalho é "a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego". Assim, o assédio moral no trabalho envolve dois tipos de sujeitos, a saber:

- a) o ativo ou assediador: é o empregador ou qualquer superior hierárquico; colega de serviço ou subordinado em relação ao superior hierárquico, sendo que na maioria das vezes parte de um superior hierárquico ou empregador (Marins, 2005, p. 5);
- b) o passivo ou assediado ou vítima: normalmente é o empregado, individualmente considerado ou uma coletividade subordinada ao assediador, todavia, poderá ser o próprio superior hierárquico quando o assédio partir de um ou vários de seus subordinados (Marins, 2005, p. 5).

Cabe, ainda, ressaltar que o assédio moral possui alguns elementos caracterizadores, quais sejam:

- a) natureza psicológica - o assédio moral se evidencia como um “terror psicológico”, realizado pelos colegas de trabalho, superior hierárquico, ou pela própria empresa;
- b) conduta ofensiva ou humilhante repetitiva e prolongada - a doutrina jurídica é unânime em determinar que um dos elementos essenciais para a caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho é a reiteração da conduta ofensiva ou humilhante, vez que somente assim, a ofensa psíquica se evidencia;
- c) finalidade - o objetivo principal do agressor é a exclusão da vítima do ambiente de trabalho.

O assédio moral no trabalho pode acontecer de três maneiras diferentes (Pamplona Filho, 2008, p. 5):

- a) vertical: é o assédio que ocorre entre pessoas de diferentes níveis na hierarquia organizacional, existindo relação jurídica de subordinação, podendo acontecer no sentido:

a.1. ascendente: quando praticado por assediador hierarquicamente superior ao assediado com intenção de atingir o subordinado;

a.2. descendente: quando praticado por assediador hierarquicamente inferior ao assediado;

b) horizontal: é o assédio que ocorre entre pessoas de mesmo nível hierárquico, não existindo relação jurídica de subordinação entre os envolvidos;

c) mista: é o assédio composto por três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e o assediado.

O entendimento geral para que a conduta de assédio moral seja caracterizada, é que essa conduta seja abusiva, degradante, de forma reiterada e consciente. Finalmente, entende-se que as discussões que envolvem o assédio moral são personalizadas pela complexidade (Silva, 2005, p. 1).

Sônia A. C. Mascaro Nascimento[2] explica que, do Estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial de Saúde (OMS), as perspectivas para os próximos vinte anos são muito pessimistas no que tange ao impacto psicológico nos trabalhadores das novas políticas de gestão na organização do trabalho vinculadas às políticas neoliberais. Predominará, nas relações de trabalho, segundo tal pesquisa, as depressões, o estresse, as angústias, os desajustes familiares e outros danos psíquicos, denotando o dano ao meio ambiente laboral.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)[3] editou, em 2002, um Informe sobre algumas formas de configuração do Assédio Moral, relacionando várias condutas que se mostraram mais típicas ou comuns. O rol estabelecia que o assédio moral consistiria em:

- Medida destinada a excluir uma pessoa de uma atividade profissional;
- Ataques persistentes e negativos ao rendimento pessoal ou profissional sem razão;
- A manipulação da reputação pessoal ou profissional de uma pessoa através de rumores e ridicularização;
- Abuso de poder através do menosprezo persistente do trabalho da pessoa ou a fixação de objetivos com prazos inatingíveis ou pouco razoáveis ou a atribuição de tarefas impossíveis;
- Controle desmedido ou inapropriado do rendimento de uma pessoa.

Com essa análise do assédio moral e do ambiente laboral, convém que sejam analisados os aspectos legislativos e de responsabilidades envolvendo o supracitado tema.

2.2. Responsabilidades e Legislação

Três são as responsabilidades que cabem ao assediador, no ambiente de trabalho:

- a) Trabalhista: justa causa;
- b) Civil: patrimônio;
- c) Criminal.

O grande problema no Brasil é a falta de lei específica, de âmbito nacional, sobre o tema. Considerando as regras constitucionais, o artigo 1º. da Constituição Federal tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

IV – o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

Além disto, o artigo 5º. refere-se a “Todos são iguais perante a Lei...”: *X – sendo inviolável a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.* No inciso XXII do mesmo artigo está estabelecido que “*é garantido o direito de propriedade*”, e o inciso XXIII determina que “*a propriedade atenderá a sua função social*”.

Ademais, o artigo 170 da Constituição Federal determina que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e o artigo 225 explica que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

A Lei 8.213/91 prevê duas modalidades de acidente de trabalho:

- artigo 19, acidente tipo, sendo aquele que ocorre no desenvolvimento das atividades profissionais e provoca lesão incapacitante para o trabalho, e
- artigo 20, o acidente por equiparação quando se tratar de doença profissional e doença do trabalho.

Deste modo, o assédio moral além de ser um dano pessoal, pode ser enquadrado no acidente de trabalho do tipo doença do trabalho (Lei 8.231/91, art. 20, inc. II) (Marins, 2005, p. 11).

O assediador pode responder, também, por uma das condutas previstas no artigo 483 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho - (Decreto-lei nº. 5.452, de 1º. de maio de 1943), que trata da rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do próprio empregado, pois, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal, “*compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*”. Em razão da lacuna existente, entretanto, a regulamentação, por enquanto, fica cargo dos Estados-membros e dos Municípios. No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei 12.250/06 veda o assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta e nas fundações públicas.

A previsão legal existe para os casos de assédio sexual, através do art. 216 do Código Penal (Lei Federal 10.224/2001) que se refere a “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

No Projeto de Lei sobre Assédio Moral, Cap. IV, artigo 52, “Considera-se assédio moral para os fins de que trata a presente Norma Regulamentadora toda ação, gesto, determinação ou palavra, praticada de forma constante por servidor, empregado público, ou cargo comissionado, abusando da autoridade que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a auto-estima ou a autodeterminação do servidor”.

Além da falta de lei específica sobre o tema, de âmbito nacional, o assediado necessita provar, ou seja, materializar as provas que confirmem a existência do fato relatado. Muitas vezes, isso não é fácil, pois o assédio moral pode estar relacionado com ações, gestos e palavras (faladas ou escritas).

3. ASSÉDIO MORAL E EMOÇÕES

É importante o entendimento de que o assédio moral passa pelas emoções de quem sofre esse tipo de conduta. A Cartilha do Assédio Moral na Categoria Bancária (Sindicato dos Bancários de Pernambuco, s.d., p. 8), explica que a vítima é isolada do grupo sem motivo ou explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada e desacreditada diante seus pares. Para tanto, o assediador pode contar com as seguintes estratégias:

- Escolher a vítima e isolá-la do grupo;
- Impedir que a vítima se expresse e não explicar o porquê;
- Fragilizar, ridicularizar, inferiorizar, menosprezar o assediado em frente aos pares;
- Culpar ou responsabilizar o assediado publicamente, levando os comentários sobre a “incapacidade” da vítima, muitas vezes, até o espaço familiar;
- Desestabilizar emocional e profissionalmente o assediado, de modo gradativo, a ponto de a vítima perder a autoconfiança e o interesse pelo trabalho;
- Destruir a vítima através da vigilância acentuada e constante. Assim, a vítima se isola da família e dos amigos, podendo passar a usar drogas, principalmente o álcool, com frequência, desencadeando ou agravando doenças pré-existentes, por exemplo, a depressão e a insônia;
- Livrar-se da vítima, forçando-a a se demitir ou mesmo dispensá-la sem justa causa, alegando insubordinação;
- Impor ao coletivo sua autoridade para aumentar a produtividade.

Ressalta-se que a humilhação repetitiva e prolongada interfere diretamente na vida do trabalhador, comprometendo sua identidade, sua dignidade, suas relações afetivas e sociais. Por tudo isso, causa graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade de trabalho, para o desemprego ou até mesmo para a morte.

Assim, o assédio está ligado ao fato de como cada pessoa reage a esse tipo de conduta. De acordo, ainda, com a Cartilha do Assédio Moral na Categoria Bancária, a qual apresenta resultados do trabalho de Margarida Barreto (Sindicato dos Bancários de Pernambuco, 2008, p.23) as mulheres podem ter crises de choro, palpitações, tremores, insônia e depressão, por exemplo. Já os homens apresentam, também, quadro depressivo e insônia, mas tendem ao alcoolismo e, principalmente, alimentam sede de vingança e ideia de suicídio. Nesta sequência, as emoções levam às doenças que apresentam formas e gravidade diferenciadas para cada caso.

Santos e Villatore (2008, p. 5212), evidenciam que “os limites de poder de direção decorrem de um dilema ainda mais profundo e constituem a base angular, a pedra fundamental de todo o Direito do Trabalho: como se estabelece a relação entre o poder do empregador e a sujeição do trabalhador e como isso é possível sem o retorno ao escravagismo”. Os autores trazem à discussão o fato de o trabalho ser “coisa” distinta e plenamente separável do corpo humano, de modo que isso significa que o trabalhador ao aliená-lo (o corpo) conserva em razão do próprio contrato uma zona privativa, sobre a qual não é lícito o empregador investir. A discussão é complexa.

4. O ASSÉDIO MORAL E SUA CARACTERIZAÇÃO NOS E-MAILS

O foco do presente artigo está nas emoções em endereços eletrônicos, dentro do que se infere em assédio moral, haja vista que o e-mail (email, mensagem, correio-e, correio eletrônico) caracteriza-se por ser um método que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação.

O termo *e-mail* é aplicado tanto aos sistemas que utilizam a Internet e são baseados no protocolo SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol* - que é o protocolo padrão para envio de mensagens), como aqueles sistemas conhecidos como Intranet, que permitem a troca de mensagens dentro de uma empresa ou organização e são, normalmente, baseados em protocolos proprietários.

Tal é a praticidade e facilidade do e-mail que as empresas e instituições o utilizam para troca de mensagens entre empregados, entre a chefia e os mesmos, entre determinados departamentos internos à empresa ou instituição e outras empresas ou departamentos externos às instituições.

Neste sentido, o e-mail é um instrumento que facilita esse tipo de conduta, visto que ninguém, além do assediado, recebe as mensagens com palavras ou textos hostis. A aparente não visibilidade do e-mail faz com que o assediador sinta-se “tranquilo” ou “à vontade” para agir, sendo que não há confronto direto, nem mesmo testemunhas presenciais ou oculares.

Por outro lado, o estudo das emoções em textos não é tema novo, sendo que muitos pesquisadores vêm trabalhando com esse tema, relacionando-o com diversas áreas de aplicação: social, médica (diagnóstico), jornalística, ciência da computação (Strappavara e Mihalcea, 2008, p. 1557), (Rubin *et al.*, 2004, p. 1), (Alm *et al.*, 2005, p. 579), (Maedche e Staab, 2000, p. 196). Não se localizou, até o momento e nos meios de publicação (nacional e internacional), trabalho técnico ou científico relativo à identificação de emoções em e-mails, como já foi asseverado na parte inicial deste artigo.

Os trabalhos supracitados utilizam bases de dados de textos já existentes, como WordNet Affect, SWAT, UPAR7, UA. Tais pesquisadores visam a relacionar as emoções (alegria, raiva, medo, surpresa, entre outros) com a semântica lexical, ou seja, considerando um conjunto de palavras existentes na língua de uma comunidade ou de um locutor (léxico) identificar os significados dessas palavras através de emoções que as pessoas sentem ao ler determinado conjunto de palavras. Por exemplo, uma ordem para o empregado executar determinada tarefa ou, ainda, um comunicado para que o empregado permaneça após o horário normal de trabalho realizando atividades não pertinentes a sua função. Alguns exemplos de textos podem ser citados:

- “Você é mesmo difícil... Não consegue aprender as coisas mais simples! Até uma criança faz isso... e só você não consegue!”;
- “É melhor você desistir! É muito difícil e isso é pra quem tem garra! Não é para gente como você!”;
- “Não quer trabalhar... fique em casa! Lugar de doente é em casa! Quer ficar folgando... descansando... de férias pra dormir até mais tarde...”;
- “A empresa não é lugar para doente. Aqui você só atrapalha!”;
- “Você é mole... frouxo... Se você não tem capacidade para trabalhar... Então, por que não fica em casa? Vá pra casa lavar roupa!”;
- “Como você pode ter um currículo tão extenso e não consegue fazer essa coisa tão simples?”;
- “Não quero mais falar sobre esse tipo de e-mail; o próximo que escrever besteira será demitido, nem que eu tenha que ir junto”;
- “Já falei anteriormente que vocês devem pensar sobre o que escrevem, se devem encaminhar para todos ou só para a coordenação, e principalmente não se devem agir com espírito de cavalo selvagem ou até mesmo com espírito de porco”.

Por estes exemplos, pode-se verificar que em poucas palavras muita coisa pode ser afirmada e, ainda, que a repetitividade e a forma como essas palavras são “sentidas” por cada pessoa faz com que o assédio moral venha a se configurar no ambiente de trabalho.

Não existe na literatura um dicionário de palavras que represente o assédio moral, sendo que tais palavras, quando escritas ou presentes em uma comunicação, ou, no caso em questão, em um e-mail, venham a constituir prova do ocorrido.

4.1. Identificação do Assédio Moral em e-mails

No ambiente de trabalho, surge o e-mail como instrumento de comunicação entre empregados e a chefia com os primeiros; repitamos o questionamento: Pode o e-mail conter elementos caracterizadores de assédio moral? Quais são os elementos, relacionados com palavras escritas, que podem caracterizar um e-mail ameaçador ou intimidador? Podem emoções ser identificadas através das palavras contidas em um e-mail?

Para responder a essas questões, o presente trabalho visa auxiliar na identificação de emoções em e-mails como formas de assédio moral em ambiente de trabalho, através das seguintes ações:

- pesquisar casos de assédio moral no trabalho através de relatos na Internet, fóruns e redes sociais, que possuam como tema o assunto em estudo. O contato com as pessoas que tinham ou não sofrido assédio moral também foi utilizado como forma de coleta, a fim de se questionar quais palavras poderiam caracterizar esse tipo de assédio;

- estabelecer uma lista de palavras (dicionário de palavras) cujos significados constam da língua portuguesa, os quais, quando utilizados em e-mails, possam caracterizar assédio moral, tais como, exemplificando:

a) ladrão, lalau, laráprio, assaltante, gatuno, bandido = aquele que furta, rouba ou assalta;

b) encrenqueiro, futriqueiro = aquele que causa encrenca, aquele que tem futrica;

c) birra, chilique, faniquito = ataque de nervos sem importância ou gravidade.

Este dicionário se refinará por meio de agrupamentos das palavras com base em sinônimos, gênero, verbo ou substantivo e, para o presente estudo, não somente as palavras são importantes, mas também a relação ou seu impacto no âmbito de trabalho, pois ao se considerarem dois exemplos:

a) Exemplo 1: “Você é um malandro!” e

b) Exemplo 2: “Convido-o para assistir ao show Ópera do Malandro”.

Observar-se-á que a palavra “malandro” está nos dois exemplos, mas somente no primeiro caso tem conotação agressiva, portanto, a relação “é um” é importante para identificar a emoção na frase exemplificada. Para que essas relações possam ser estudadas e definidas tem-se por base os preceitos da ontologia.

A ontologia representa, dentro de um domínio, um conjunto de conceitos e relacionamentos, permitindo a representação de conhecimentos através do estudo e do uso de técnicas para criação, formação e relações de base de dados (no caso em questão, do dicionário de palavras relacionadas com assédio moral), gerando classes de palavras e possuindo atributos e uma forma de relacionamento (Maedche e Staab, 2000, p. 196).

O dicionário mencionado contém, atualmente, 515 palavras, e já foram localizados 25 casos de assédio moral no trabalho através de e-mails. Todas as palavras que formam este dicionário até a presente data estão relacionadas com assédio moral e podem ser encontradas em dicionários da língua portuguesa, sendo que termos ou expressões de senso comum foram agregadas, de forma a contextualizar as palavras e o tema em questão. O objetivo é que dada uma frase ou um texto, proveniente de um endereço eletrônico, um analisador de e-mails possa apontar se existem palavras que indicam emoções relacionadas com assédio moral. Tal analisador está em desenvolvimento e realiza um processo de comparação de similaridade através de um algoritmo de busca, convertendo essa similaridade em uma visualização através de uma interface gráfica.

A interface gráfica do analisador possui quatro funções. Existem duas funções para entrada de dados, uma função para resultado da análise e outra função para consulta da base de dados relativa ao dicionário.

Com tal prática se espera que as empresas coíbam ataques indesejados aos seus trabalhadores, por vezes realizados pelos seus prepostos sem qualquer intenção de prejudicar o empregado. Outras vezes o empregador poderá ter ciência de práticas intencionais de prepostos, podendo mais facilmente advertir e punir tais representantes podendo, inclusive, dispensá-lo por justa causa na hipótese de um ato gravíssimo ou reiteração de atos desabonadores, apesar de alertado.

6. CONCLUSÃO

Para Silva (2005, p. 1), o fenômeno do assédio moral necessita do que se denomina visibilidade social e visibilidade jurídica. O autor reitera que, “somente cumprindo esse caminho, o assédio moral irá se consolidar no mundo jurídico como fenômeno definitivamente reconhecido”. Pode-se, portanto, através do presente trabalho, contribuir tecnicamente para formação das provas no contexto de assédio moral. Sendo, assim, o assédio moral poderá ter não somente visibilidade social e jurídica, mas também uma visibilidade técnico-científica. Foi demonstrado que o Assédio Moral pode gerar consequências graves para a saúde física e psíquica do trabalhador e, ainda, causar deficiências de organização de trabalho, necessário que todas as partes sociais, incluindo os Estados, orientem as empresas, os poderes públicos e parceiros sociais, com o fim de prevenir e combater o Assédio Moral. O fenômeno constitui um problema grave no meio ambiente do trabalho, por isso, é importante a criação de mecanismos jurídicos que visem inibir e punir o Assédio, pois, dentro do direito de intimidade e de honra, o trabalhador deve ter respeitada sua dignidade como ser humano. Conforme entendimento de Luiz Salvador^[1] “a humilhação repetitiva e de longa duração, interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho”. Uma das formas de se prevenir o assédio moral nas múltiplas formas de expressão dos trabalhadores sendo, talvez, a mais comum exatamente aquela por meio de mensagens enviadas por correio eletrônico, é a utilização de um mecanismo que indique quais

palavras e frases são mais facilmente caracterizadas como fonte de ataque moral. Foi pensado e se está elaborando um Dicionário com a finalidade específica de orientar os empregadores para quais palavras e expressões deverão ser banidas de suas mensagens eletrônicas.

Agradecimentos: Participam como colaboradores do presente trabalho de pesquisa o bolsista PIBIC/CNPq-PUCPR Adriano Velasco, aluno do Curso de Ciência da Computação da PUCPR e o Prof. Dr. Emerson Paraíso do Programa de Pós-Graduação em Informática (PPGIa) da PUCPR.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALM, C. O., ROTH, D., SPROAT, R. (2005). Emotions from text: machine learning for text-based emotion prediction. Proceedings of Human Language Technology Conference and Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing (HLT/EMNLP), p. 579–586.

ALMEIDA, P. D. (2007). Direito de voto: obrigar empregado a votar em patrão gera dano moral. Disponível em: fonte: <http://conjur.estadao.com.br/> Acesso em: 05 de abril de 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997.

HIRIGOYEN, Marie-France, Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano, Tradução Maria Helena Juhner, 2ª. Ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001.

MAEDCHE, A., STAAB, S. (2000). Mining ontologies from text. Proceedings of 12th International Conference on Knowledge Acquisition, Modeling and Management, EKAW 2000, Lecture Notes in Computer Science 1937, p. 189-202.

MARINS, P. M. (2005). Assédio moral no trabalho privado. Revista Eletrônica de Direito – Metropolitana IESB. Disponível em: <http://www.ump.edu.br/revista/upload/Assedio.moral.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2008.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. O assédio moral no ambiente do trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 371, 13 jul. 2004. Disponível em: . Acesso em: 17 de abril de 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego”. In “jus navigandi” Disponível em: www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 17 de abril de 2009.

PEIXOTO, Evandro. Quando o trabalho é fonte de sofrimento. Fênix Agora, Brasília, ed. 29, n. 2, fev. 2002.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

RUBIN, V.L., STANTON, J.M., LIDDY, E.D. (2004). Discerning emotions in texts. The AAAI Symposium on Exploring Attitude and Affect in Text. AAAI-EAAT'2004.

SANTOS, J. A.; VILLATORE, M. A. C. (2008). Trabalho e Corpo: Sujeição do Trabalhador e Privacidade. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador-Bahia, p. 5209-5229.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O Assédio Moral no Direito do Trabalho. Rev. TRT – 9ª. Reg. Curitiba, a. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p.177-226.

SILVA, J. L. O. (2005). Assédio moral: a importância da prova. DireitoNet. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/x/22/02/2202/ Acesso em: 05 de abril de 2008.

SILVEIRA BUENO, Francisco. Minidicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: FTD, 2007.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS DE PERNAMBUCO (s.d.). Cartilha: Assédio moral é ilegal e imoral. Projeto Assédio moral na categoria bancária: Uma experiência no Brasil. Sindicato dos bancários de Pernambuco. Disponível em: www.sindbancariospe.com.br/assediomoral.htm Acesso em: 15 de abril de 2008.

STRAPPAVARA, C., MIHALCEA, R. Learning to identify emotions in text. In: 23rd Annual ACM Symposium on Applied Computing, 2008, Fortaleza. Proc. of 23rd Annual ACM Symposium on Applied Computing - Document Engineering. New York, U.S.A. : ACM Press, 2008. v. 1. p. 1556-1560.

VEREDICTUM – Notícias Jurídicas (2007). Vítima de assédio moral será indenizado. Disponível em: <http://veredictum.adv.br/blog/2007/05/18/vtima-de-assdio-moral-ser-indenizado/> Acesso em: 05 de abril de 2008.

SALVADOR, Luiz. Assédio moral. Doença profissional que pode levar à incapacidade permanente e até à morte. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3326>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

[1] BARRETO, M. (2009). Uma Jornada de Humilhações. São Paulo: Fapesp; PUC, 2000. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

[2] NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 371, 13 jul. 2004. Disponível em: . Acesso em: 17 de abril de 2009.

[3] NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. O assédio moral no ambiente do trabalho . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 371, 13 jul. 2004. Disponível em: . Acesso em: 17 de abril de 2009.

[4] Disponível em: http://www.sinal.org.br/assedio_moral [05-abril-2008].

A GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO ATIVO INTANGÍVEL E INSTRUMENTO DE CAPITALIZAÇÃO

THE CORPORATE GOVERNANCE AS INTANGIBLE ASSETS AND INSTRUMENT OF CAPITALIZATION

**Rosíris Paula Cerizze Vogas
Bernardo Araujo Costa**

RESUMO

As relações jurídicas empresariais na sociedade contemporânea estão sujeitas a uma regulamentação cada vez mais intensa, notadamente em relação às companhias que atuam no mercado de valores mobiliários ou aquelas que necessitam de captação de recursos e investimentos para garantir o pleno desenvolvimento de seus negócios. A adoção de boas práticas de Governança Corporativa, além de contribuir para o cumprimento das regras de um mercado regulado, é forma legítima de capitalização e sustentabilidade das empresas. O presente estudo visa demonstrar que a Governança Corporativa pode ser considerada um ativo intangível, do tipo capital intelectual e capital complementar. Pretende-se ainda incitar o debate sobre a importância do desenvolvimento teórico de métodos e critérios para correta valoração e registro contábil deste ativo, propiciando às companhias maior competitividade e habilitação para atuação no mercado global.

PALAVRAS-CHAVES: GOVERNANÇA CORPORATIVA – CAPITALIZAÇÃO – ATIVOS INTANGÍVEIS

ABSTRACT

The legal business relationships in contemporary society are subject to increased regulation, especially for companies operating in the securities market or those in need of fund-raising and investments to ensure the full development of their businesses. The adoption of good corporate governance, contribute to compliance with the rules of a regulated market, and is a legitimate way of funding and sustainability of businesses. This study aims to demonstrate that corporate governance can be considered an intangible asset, such intellectual capital and supplementary capital. It is also encouraging the debate on the importance of developing theoretical methods for proper valuation and accounting records of assets, allowing the companies to greater competitiveness and enabling role in the global market.

KEYWORDS: CORPORATE GOVERNANCE – CAPITALIZATION – INTANGIBLE ASSETS

1 Introdução

Na sociedade contemporânea, a forma de capitalização de uma empresa é fator determinante para seu sucesso e perenidade no mercado. A capacidade de inovação alinhada a investimentos em processos, tecnologia, treinamento e logística, assim como a história, missão, princípios e valores das companhias, formam um rol de ativos muito valorizados na nova Economia do Conhecimento[3], os ativos intangíveis. O histórico de comprometimento e segurança repassado ao mercado por uma empresa é também critério decisivo para seu desenvolvimento, contribuindo para a qualidade na captação de recursos, bem como para o aumento das possibilidades de realização de projetos especiais como *Private Equity*^[4], *Venture Capital*^[5] ou *IPO*^[6].

A partir daí, percebe-se a necessidade da criação de mecanismos de incentivos e instrumentos de regulação da maneira como uma empresa é administrada ou controlada. São políticas, regimentos internos, delegações de responsabilidade, regimes de competência, aliados a comitês específicos que buscam assegurar que a direção da empresa está alinhada aos interesses dos acionistas e atende aos anseios dos *stakeholders*, participantes diretos da atividade econômica das companhias, tais como clientes, fornecedores, instituições reguladoras (CVM, Banco Central, etc.), o meio ambiente e a própria sociedade de modo geral.

Por outro lado, é noticiado pela imprensa especializada o aumento do número casos de fraudes, uso de informação privilegiada e abuso de poder, exemplificados pelo famoso caso envolvendo as companhias norte-americanas *Enron Corporation* e *Worldcom* que maquiaram suas demonstrações financeiras provocando uma forte queda na bolsa de valores norte-americana. Tal episódio resultou, inclusive, em significativo abalo na reputação da empresa de auditoria *Arthur Andersen*.

A partir da década de 1990, em que escândalos como estes começaram a aparecer, é que surge a Governança Corporativa para dar efetividade à redução dos conflitos de interesse, tornando-se essencial para o desenvolvimento pleno de uma empresa.

A evolução deste instituto possui bases sólidas e sua adoção tem razões substantivas para se disseminar. Organizações multilaterais como as Nações Unidas e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE percebem as práticas de Governança como pilares da arquitetura sócio-econômica mundial e um dos instrumentos para o desenvolvimento sustentável em suas três principais dimensões – ambiental, social e econômica. Assim, é essencial destacar a interligação entre o conceito de Governança Corporativa como forma de capitalização das companhias e o novo conceito de sustentabilidade, não mais vinculado apenas a movimentos assistencialistas. A sustentabilidade passa a ser o fator de harmonização entre a preservação, o desenvolvimento e a rentabilidade no âmbito de produção de uma atividade econômica.

O objetivo deste estudo é fazer uma abordagem conceitual do instituto da Governança Corporativa, bem como uma análise crítica da sua adoção no mercado brasileiro por meio da mera importação de modelos de gestão, principalmente norte americano e europeu, sem a preocupação de se considerar os elementos jurídico- socio- político -

econômicos nacionais, o que pode ter dado ensejo ao atraso na disseminação e desenvolvimento de seus pilares no Brasil.

Demonstrar-se-á que a Governança Corporativa é um importante ativo intangível, que atua diretamente no processo de confiança a ser estabelecido entre as organizações e o mercado, tornando-se, por isso, instrumento de capitalização e condutora de investimentos.

Por fim, serão analisadas as regras brasileiras atinentes ao reconhecimento contábil dos ativos intangíveis, empreendendo-se críticas à ausência de critérios objetivos para mensuração de ativos como a Governança Corporativa, que não só geram como também protegem outros valores das organizações.

2 Abordagem Conceitual da Governança Corporativa

A Governança Corporativa teve como seus primeiros fomentadores os Estados Unidos e a Inglaterra, na verdade, como resposta direta aos escândalos financeiros que provocaram a completa desestabilização do mercado de capitais naqueles países, incitando o governo e a sociedade a uma análise sistemática dos problemas estruturais do próprio mercado e da gestão das companhias dele participantes.

A Comissão *Cadbury*^[7], após extensa análise em relação à Governança Corporativa, publicou, ao final do ano de 1992, um relatório contendo práticas recomendáveis de boa governança, desbravando um caminho inovador e necessário para a condução do mercado de capitais.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC é vanguardista no estudo do tema, sendo o principal fomentador das melhores práticas de Governança. São ferramentas realmente úteis para a gestão estratégica e o monitoramento da administração de uma empresa, baseadas no princípio da transparência tanto da estrutura acionária como das demonstrações financeiras, equidade no tratamento dos acionistas e ainda, na meta global de sustentabilidade.

Apesar do propósito deste estudo não ser o de analisar os critérios conceituais do instituto da Governança, vez que sua aplicação prática e efeitos econômicos demonstram-se mais relevantes, faz-se necessário apresentar a problemática relativa à sua definição.

A Governança Corporativa não conseguiu encontrar um conceito único que completasse os anseios de todos os países envolvidos em sua criação, fundamentação e exploração, sendo declarada com diferentes características por inúmeros autores em razão da diversidade jurídico-sócio-econômica existente entre os mercados e da extensão das alterações promovidas, além dos impactos percebidos pela sua aplicação. Entretanto, há uma nítida definição de critérios protetivos basilares dos mecanismos de regulação e dos propósitos da Governança, como por exemplo, os direitos dos acionistas e *stakeholders*[8], os conflitos de agência[9], dentre outros.

Neste sentido, mesmo sabendo da importância da relativização das características conceituais da Governança em detrimento de sua aplicabilidade econômica, não se pode esquivar da eleição dos conceitos que mais se encaixam com as premissas e propostas contidas neste trabalho. Para tanto, destaca-se, em razão de semelhanças principiológicas, alguns conceitos já estabelecidos:

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.^[10]

Para Milton Nassau Ribeiro:

A governança corporativa é um sistema de gestão que privilegia o uso de instrumentos (lei, regulamentos e práticas comerciais), visando compatibilizar os diversos interesses daqueles que se relacionam com a companhia, ou seja, controladores, administradores, minoritários, comunidade e stakeholders.^[11]

Embora diversas suas definições, grande parte são destinadas a criar mecanismos que promovam a transparência, a prestação de contas, a equidade e a responsabilidade corporativa, nos termos propostos pelo IBGC em seu Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa^[12].

Ainda sobre este prisma, conforme pode ser verificado a partir dos conceitos trazidos à baila, que revelam uma preocupação em desconectar a Governança Corporativa de sua essência teórica, em sua fase inicial, o Instituto era percebido apenas como uma gestão mais efetiva e segura do mercado e das empresas, o que culminava num certo desconforto por parte dos administradores que, por consequência, acreditavam que a adoção de tais práticas provocavam meramente uma elevação no custo de administração de seus empreendimentos.

No entanto, ainda nos primórdios de sua aplicação, a Governança passa a ser requisito fundamental para o investimento de fundos de pensão norte-americanos e investidores de grande porte, principais fontes de capital naquele período. Inicia-se, então, um movimento por conscientização do mercado e seus atores, além de um processo de incentivo à aplicação de boas práticas de governança no mundo corporativo.

Os detentores do capital de investimento visualizam a adoção da Governança tanto pelas companhias quanto pelo próprio mercado regulatório como o caminho mais confiável para suas aplicações. A prática da Governança nas organizações torna-se marco decisório para o investimento, sendo que mesmo neste momento incipiente, já demonstra sua competência econômica, promovendo o primeiro distanciamento entre

seu aspecto unicamente conceitual e sua capacidade propulsora de desenvolvimento empresarial e captação de recursos.

Por estas razões, a Governança Corporativa pode ser entendida como um conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, facilitando, assim, o acesso ao capital investidor.

3 Uma Crítica à Importação de Modelos de Gestão

A Governança Corporativa, tal qual é conhecida atualmente no mercado nacional, é um modelo importado dos países desenvolvidos, sem prévia adequação à cultura brasileira, bem como aos seus princípios e fundamentos estruturantes.

Tal situação decorreu da necessidade imediata de adequação das empresas brasileiras ao novo mercado de capitais internacional, moldado a partir da edição da Lei Sarbanes & Oxley[13], o qual, na prática, apenas investia em companhias que atendiam aos preceitos da Governança Corporativa. Outro fator foi o despreparo jurídico-empresarial das companhias brasileiras que não perceberam que aquela suposta Governança Corporativa, tão distante e incompreensível, que estava sendo desenvolvida na América do Norte (Estado Unidos), na Europa (Reino Unido e Alemanha) e na Ásia (Japão), um dia poderia ser requisito primordial para o investimento do capital estrangeiro.

Sem tempo hábil e sem o devido preparo para organizar uma Governança Corporativa que tivesse como base os mesmos princípios mundialmente aplicados, mas que também tivessem as peculiaridades jurídico-socio-econômicas brasileiras, o que se fez, na verdade, foi adotar o modelo padrão internacional. Se a aplicação das práticas de Governança Corporativa nos países desenvolvidos retro mencionados for examinada com maior acuidade, perceber-se-á que as peculiaridades culturais e econômicas de cada país são determinantes na gestão das empresas.

Nos países em que o financiamento de suas operações ocorre via mercado de capitais, como nos Estados Unidos e Reino Unido, existe uma estrutura de gestão diversa daquela encontrada em países como, por exemplo, Alemanha e Japão, cujo financiamento ocorre por meio de bancos privados e/ou públicos. Os Estados Unidos e a Inglaterra têm forte proteção legal, mas participação acionária extremamente pulverizada dos investidores. Na Alemanha, não obstante a enorme proteção aos credores bancários, os pequenos acionistas têm pouca proteção legal. O Japão se situa em um estágio intermediário, mas com um sistema de gestão e de participações societárias não recomendáveis sob a ótica do sistema de gestão da Governança Corporativa^[14].

Conclui-se que não existe um modelo melhor ou pior. A base de sustentação será a mesma e cada país fará inferências no modelo original para adequar às suas peculiaridades.

O que se pretende é suscitar o debate sobre a necessidade da criação de um modelo de Governança Corporativa que, de fato, considere todas as particularidades legais e as condições sócio-econômicas do Brasil.

4 A Governança Corporativa como Ativo Intangível

A partir da evolução econômica promovida ao longo do último século, ninguém mais parece surpreender-se com as diferenças existentes entre o valor contábil e o valor de mercado de uma empresa. O valor patrimonial do rol de ativos tangíveis de uma companhia não consegue absorver por completo toda a valoração daquele empreendimento. Tal situação ocorre pelo fato da contabilidade atual ainda não abranger de forma ampla e irrestrita os aspectos não-financeiros, os denominados ativos intangíveis.

Todavia, faz-se necessário destacar que os legisladores, tanto das regras contábeis como societárias, já perceberam tais lacunas e procuram, na medida do possível, saná-las com a celeridade devida, o que pode ser exemplificado com a introdução no ordenamento brasileiro do IFRS – *International Financial Reporting Standards* e da Lei 11.638/2007, instrumentos contábil e societário, respectivamente, que buscam reorganizar a estrutura regulatória do atual mercado.

No século passado, a economia mundial era calcada em bases de sustentação bem delineadas, regras de contabilidade muito rígidas e empresas com elevado valor aplicado em ativos tangíveis. A competitividade era baseada somente no melhor aproveitamento destes ativos.

A globalização, que trouxe a celeridade no trânsito de informações, o acesso facilitado à matéria-prima, a maior conectividade entre os países, a ampliação dos mercados de produção e distribuição, não mais sendo necessário, por exemplo, que ambos estejam lotados em um único local, dentre outros fatores, adicionados ainda, aos elevados investimentos realizados pelas grandes corporações no relacionamento com clientes e fornecedores, bem como no gerenciamento e na otimização de processos e idéias, corroboraram para uma sensível alteração no modelo da economia mundial, transformando o que era considerado a riqueza e o principal valor das empresas em meros *commodities*.

Surgiram, então, os chamados intangíveis que em uma velocidade sem precedentes assumiram posição dominante na nova economia, passando a ditar e direcionar os padrões de construção e extração de valor no mercado vigente. A economia industrial cedeu lugar à economia do conhecimento.

Empresas como Google, Microsoft, Skype e YouTube ganharam destaque neste novo contexto, cujos principais e significativos definidores de riqueza são o capital intelectual das empresas, percebido como intangível, e a sua capacidade de gerar valor agregado e produzir vantagens competitivas na estratégia concorrencial imposta pelo mercado,

também entendida como ativo intangível, porém, neste caso, considerada como ativo complementar. Essas diferenciações serão apresentadas com mais detalhes logo mais.

Para uma melhor compreensão da economia do conhecimento e de seus produtores de valor, faz-se necessária a conceituação acerca dos ativos intangíveis para nortear o raciocínio lógico deste estudo.

Diversos são os institutos, as organizações e as universidades que trabalham o assunto, em uma tentativa quase lúdica de definir algo tão complexo e inovador. A OECD e o *High Level Expert Group*, iniciativa de representantes de seis organismos mundiais com interesse político em atividades de investigação relativas a redução de risco, são exemplos de organizações que trouxeram grande avanço nas pesquisas relacionadas aos ativos intangíveis.

Sem afastar a aplicabilidade das demais definições a respeito, mas, elegendo-se uma como a mais apropriada, ao menos para os marcos teóricos desta pesquisa, tem-se a definição adotada pela Comissão Européia que divide os intangíveis em quatro espécies: capital humano (conhecimento, treinamento, habilidades), capital de clientes (network, marketing), capital inovacional (segredos comerciais, projetos de pesquisa e desenvolvimento) e capital de processo (sistemas, softwares, processos, logística).

Não obstante toda a classificação supra mencionada, deve-se afirmar a inexistência de conceituação internacionalmente válida e pacífica, o que não afeta diretamente a análise em pauta, tendo em vista que a problemática apresentada demonstra um aspecto essencialmente prático que poderia ser, novamente, assim como na Governança Corporativa, desvirtuado por uma excessiva busca conceitual.

Para Sullivan, capital intelectual é o somatório de todos os intangíveis de uma empresa, estejam eles alocados no capital humano, intangível de significativo valor, mas de difícil materialização e quantificação, pois está no liame entre o que seria propriedade da empresa ou do próprio trabalhador que possui tais “qualidades”, mesmo que estas sejam adquiridas a partir de investimentos da própria empresa em capacitação de seus empregados; ou nos ativos intelectuais; ou ainda, nas propriedades intelectuais que, diferentemente do capital humano, são ambos intangíveis que geram direitos líquidos e certos de propriedade, tornando menos filosófica a teoria apresentada, a partir de indícios de sua existência real. [17]

Talvez sejam essas as principais dificuldades em trabalhar com intangíveis – a falta de um conceito internacionalmente aceito, além de sua materialização e valoração relativas, muito em virtude da falta de regras de contabilidade mundialmente definidas a esse respeito. Neste sentido, o IFRS – *International Financial Reporting Standards*, mais uma vez, mostra-se inovador em suas posições, sobrepondo a forma pela essência, a normatização pela análise fática e subjetiva, na busca por padronização contábil em âmbito mundial.

Um exemplo pode clarificar o que ora se pretende expor. Imagine-se um investidor analisando o valor do papel de grandes companhias como a Petrobras ou Vale. Quanto tempo seria despendido nesta tarefa? E quanto tempo levaria este mesmo investidor para analisar o papel de uma empresa sobre a qual ele nunca ouvira falar anteriormente? Com certeza, um tempo bem maior. Isso é o intangível [18].

Missão, valores, princípios, clima organizacional, cultura, grau de investimento em pesquisa e desenvolvimento, capacitação e recrutamento, rentabilidade, confiança, força da marca e Governança Corporativa, dentre outros, são intangíveis que devem ser mensurados, gerenciados e capitalizados em favor da empresa. Há que se reconhecer que os ativos intangíveis são a verdadeira fonte de perenidade do negócio da empresa.

Ademais, verifica-se que os intangíveis, isoladamente, já possuem singular valor. Entretanto, como apresenta Sullivan[19], quando associados aos ativos complementares, podem ser ainda mais efetivos e lucrativos para as empresas.

Ativos complementares são, basicamente, aquelas atividades que associadas aos intangíveis produzem maior valor agregado do que separadamente. São forças que se coadunam no objetivo único de melhorar a utilização de recursos, proporcionando, certamente, maior lucratividade, capacidade operacional, dentre outros.

Como já alertava Marco Aurélio Greco, o intangível “*é um determinado tipo de conhecimento que se transforma em um resultado prático que agrega valor dentro do processo econômico e que encontra mercado*” [21]. Não obstante o esclarecedor conceito remanesce a dificuldade em saber: o que é vendido e qual a razão para o pagamento daquele valor? Como mensurá-los e, posteriormente, capitalizá-los? Como prover ao mercado informações claras e suficientes para entender os ativos intangíveis da empresa?

Verificar-se-á, um pouco mais a frente, que a Governança Corporativa está presente em toda a cadeia estrutural das companhias, participando, ao menos, em dois níveis, da composição do capital intelectual, quais sejam, capital humano e ativos intelectuais, mas também, refletindo diretamente na formatação dos ativos complementares, revelando-se um conector entre estes dois ativos, formadores do capital estrutural de uma empresa.

A Governança Corporativa estabelece, a partir de sua estruturação e efetiva aplicação, uma cadeia de valores não antes vista no mercado global. O ponto de partida será sempre os ativos intelectuais da companhia voltados para Governança, basicamente compostos pela documentação que registra seus procedimentos, tais como regimentos e políticas internas, *proxy stament*[22], delegações de responsabilidade, regimes de competência, etc. No entanto, não é a mera existência de documentação regulamentadora da Governança que a torna válida e segura. O substancial é a adesão voluntária.

Não basta criar a estrutura e os meios de sua aplicação, deve-se querer, verdadeiramente, colocá-la em prática. É neste sentido que a governança deixa de ser unicamente um ativo intelectual e passa a integrar também o capital humano das companhias. Em sendo um compromisso voluntário da empresa e de seus *stakeholders*, percebeu-se que sua aplicabilidade estava intimamente atrelada à disseminação e interiorização de seus institutos, princípios e valores por todos os seus componentes.

Por fim, a Governança Corporativa demonstra ainda a capacidade de interferir, com propriedade, nos ativos complementares das companhias, em especial, num de seus principais pilares, a reputação no mercado. A Governança é um processo de confiança a ser estabelecido entre as organizações e o mercado. Portanto, a construção sólida deste relacionamento proporciona às companhias, dentre outras vantagens, a melhor

precificação de suas ações e a facilidade na captação de recursos, inclusive, com menores custos.

Estima-se que, na década de 80, 14% do mercado mundial era capitalizado por instituições bancárias. Este percentual sobe para 15% na década de 90 e atinge o seu ápice no ano de 2006, no qual a capitalização via instituições financeiras sobe para impressionantes 23%. Contudo, tal indicativo de crescimento não é verificado nos anos seguintes. Tomando por base o ano de 2008, a capitalização via instituição bancária decresceu para interessantes 18%.^[23]

Esta redução é resultado direto de um intenso trabalho realizado pelas companhias integrantes do mercado de capitais atual. As empresas perceberam que a realização de projetos de IPO, *Private Equity* e *Venture Capital* poderiam ser alternativas mais céleres e com menor custo para captação de recursos para investimentos específicos e/ou desenvolvimento de suas atividades.

Mais uma vez a Governança Corporativa possui papel singular neste contexto, vez que toda a confiabilidade do mercado perante determinada companhia, traçada a partir de reiteradas práticas de boa Governança, é critério decisivo para o investimento. Sem contar com a conseqüente valorização das ações das companhias que dependem, quase que exclusivamente, da confiança do mercado em sua forma de gestão, condução de suas atividades e demonstração de seus resultados.

5 Os Desafios para a Valoração e Registro Contábil das Práticas de Governança Corporativa

Não há dúvidas de que a Governança Corporativa é condutora de investimentos no atual mercado, podendo ser considerada como ativo intangível das companhias. Porém, o grande desafio é desenvolver bases teóricas para correta mensuração e possibilidade de contabilização destes ativos.

A proposta que ora se defende é a de que a valoração dos ativos intangíveis vai depender da percepção de valor atribuída pelos *stakeholders*. Neste sentido, as práticas de equidade, transparência, responsabilidade social ou prestação de contas de uma empresa só vão ser passíveis de mensuração, se os agentes externos (sociedade, investidores, acionistas, analistas de mercado, clientes, etc.) atribuírem valor a elas.

Importante se faz avaliar como é possível, objetivamente, estabelecer critérios para dimensionar os efeitos desta percepção dos agentes externos que atua diretamente na valoração dos ativos intangíveis. Num primeiro momento, esta análise pode parecer um tanto quanto subjetiva já que parte de juízos de valor de uma coletividade em face do que lhe é oferecido, embasados em expectativas humanas, altamente complexas e que nem sempre são racionais, bem como interesses individuais, influências e tendências. Em razão das dificuldades de se estabelecer critérios objetivos de valoração, as companhias têm, nas práticas de Governança Corporativa, ativos que apresentam somente valor econômico, mas não valor contábil.

A consultoria *Dom Strategy Partners* apresenta um raciocínio interessante em relação à Governança Corporativa como ativo intangível e a necessidade de mensuração de seu valor:

Os ativos intangíveis mais tangíveis, digamos assim, como marcas, know-how, contratos com clientes, patentes, direitos de exploração de mercados, inovações em P&D, etc já estão compreendidos pela atual redação do IFRS e, portanto, reconhecidos pelo CPC. Outros ativos intangíveis mais “etéreos”, porém não menos impactantes na geração de valor para empresas e acionistas, tais como networking, penetração em mercados, sustentabilidade, **governança corporativa**, reputação, chassis tecnológico, capital intelectual, qualidade, poder de barganha com fornecedores e nível de fidelização de clientes, dentre outros, contam para a competitividade e perenidade das empresas, mas ainda estão razoavelmente distantes de seus balanços contábeis, ficando à mercê de ponderações e percepções de analistas financeiros, market makers, investidores, acionistas, clientes e demais stakeholders. Como podemos perceber muitos destes ativos geram valor (como networking e penetração em mercados); **outros, ao contrário, protegem valor, como governança e sustentabilidade. Aqui vale a regra “se geram/protegem valor, têm valor e, se têm valor, têm que ser medidos”.**[24] (grifos nossos)

Principalmente após o advento da Lei 11.638/2007, que visa a convergência da contabilidade brasileira aos padrões internacionais (IFRS), os ativos intangíveis terão que ser incluídos nas demonstrações contábeis das companhias, as quais precisarão adotar metodologias capazes de identificar e valorar estes ativos. Trata-se de um grande desafio, na medida em que as normas internacionais definem quais ativos são passíveis de mensuração, mas não direciona a forma para sua valoração objetiva e confiável.

Nos termos da Lei 11.638/2007, que alterou o Art. 179, inciso IV e Art. 183, inciso VII, ambos da Lei 6.404/76, *os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade*, devem ser classificados na conta de ativos intangíveis e avaliados *peelo custo incorrido na aquisição deduzido do saldo da respectiva conta de amortização*.

Interpretando-se as alterações trazidas pela norma, confirma-se que as práticas de Governança Corporativa, podem sim ser consideradas como ativos intangíveis, na medida em que atuam diretamente na manutenção da companhia. Uma empresa sem reputação, imagem e confiabilidade construídas por meio de excelência na prestação de contas, transparência na divulgação de informações, responsabilidade social, tratamento equitativo aos seus acionistas, não se perpetuará no mercado. Ou seja, mais uma vez, se confirma a classificação destes ativos como intangíveis.

A lei, contudo, não esclareceu sobre a correta forma de sua valoração, isto porque estabeleceu como critério de avaliação o custo incorrido na aquisição do ativo, silenciando sobre o critério nos casos de ativos intangíveis que não foram adquiridos, mas sim criados e desenvolvidos na própria empresa, tendo capacidade não só para proteger outros valores como também para gerar benefícios econômicos futuros para a entidade.

Apesar de se acreditar na possibilidade de mensuração e contabilização da Governança Corporativa, este ativo intangível não é algo que se transaciona no mercado ou se explora economicamente. Nesse sentido, o entendimento de Karl Erik Sveiby é esclarecedor:

As empresas não transacionam seus ativos intangíveis, pois representam competências essenciais à organização, que irão tangenciar sua estratégia de negócios no mercado. Empresas que arrendam suas habilidades mais importantes estão pondo em xeque sua razão de ser, ou seja, empresas que primam pela dinamização de habilidades vitais são capazes de alavancar possibilidades de retornos mais expressivos. Dessa forma “[...] a gerência de ativos intelectuais tornou-se a tarefa mais importante dos negócios, visto que o conhecimento constitui, igualmente, o fator mais importante de produção”.^[25]

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis também não esclareceu as dúvidas em relação a este tipo de ativo intangível, tendo restringido ainda mais o seu conceito, ao dispor que um ativo será considerado intangível se forem satisfeitos os seguintes critérios:

1. for separável, ou seja, puder ser separado da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, individualmente ou junto com um contrato, ativo ou passivo relacionado, independente da intenção de uso pela entidade;ou
2. resultar de direitos contratuais ou outros direitos legais, independentemente de tais direitos serem transferíveis ou separáveis da entidade ou de outros direitos e obrigações.^[26]

Ao tratar da normatização dos critérios para reconhecimento contábil de um ativo intangível, o Pronunciamento Técnico – CPC 04 assim dispôs:

21. Um ativo intangível deve ser reconhecido apenas se:

- (a) for provável que os benefícios econômicos futuros esperados atribuíveis ao ativo serão gerados em favor da entidade; e
- (b) o custo do ativo possa ser mensurado com segurança.

22. A entidade deve avaliar a probabilidade de geração dos benefícios econômicos futuros utilizando premissas razoáveis e comprováveis que representem a melhor estimativa da administração em relação ao conjunto de condições econômicas que existirão durante a vida útil do ativo.

23. A entidade utiliza seu julgamento para avaliar o grau de certeza relacionado ao fluxo de benefícios econômicos futuros atribuíveis ao uso do ativo, com base nas evidências disponíveis no momento do reconhecimento inicial, dando maior peso às evidências externas.

24. Um ativo intangível deve ser reconhecido inicialmente ao custo.[27]

Verifica-se que não há qualquer óbice ao reconhecimento das práticas de Governança Corporativa como ativo intangível no Balanço Patrimonial das companhias. Se é provável atribuir benefícios econômicos futuros esperados em função destes ativos, resta somente mensurar com suficiente segurança o custo deste ativo, o que não parece ser tão complicado.

Não há dúvidas, de que a legislação brasileira já deu um grande passo na busca pela convergência de compreensão de conceitos e critérios de valoração dos ativos intangíveis. Todavia, importante é perceber e atentar para o fato de que nem todos os ativos intangíveis cabem nestes critérios, mas não podem ser ignorados já que também constroem e protegem valor para as organizações.

Em que pese ainda não ser possível registrar contabilmente o valor gerado ou protegido pelas práticas de Governança Corporativa, sabe-se que, na prática, os agentes externos atuam diretamente no valor das ações das empresas que a adotam, fazendo oscilar para baixo ou para cima em função de expectativas de performance, obtidas a partir do conteúdo e forma como as informações são disponibilizadas ao mercado (*disclosure e accountability*).

6 Considerações Finais

Restou claro que os ativos intangíveis possuem papel singular na chamada Economia do Conhecimento. Durante muito tempo, tais ativos eram apenas percebidos nas empresas, porém, pouco relevantes para qualquer tratativa jurídica, contábil ou, até mesmo, comercial.

Hoje, no entanto, inegável passa a ser a importância desses ativos na sociedade contemporânea. São fatores determinantes na criação de valor para uma companhia, podendo atuar, por exemplo, na maximização de resultados, incremento de receita, melhoria da rentabilidade, ganhos de escala em processo e produção, além de conduzir toda uma cadeia de conhecimento, inovação e credibilidade, indicadores intimamente relacionados com a Governança Corporativa, assim considerada como ativo intangível.

Contudo, algumas dúvidas e obstáculos ainda se colocam no caminho dos intangíveis, impactando diretamente no estudo da Governança Corporativa. Dentre estes, pode-se destacar sua complexa definição e a inexistência de métrica universalmente aceita para sua contabilização, o que impossibilita as empresas de aplicá-los na geração de seus negócios e na apresentação destes ativos em suas demonstrações financeiras.

O que se pretende é clamar pela análise, em especial, dos operadores do direito em relação aos intangíveis e toda a sua capacidade de agregar, gerar e proteger valor de uma companhia.

Em períodos que antecedem crises financeiras, em que se elevam os custos e critérios para concessão de crédito no mercado, a equidade, o dever de prestação de contas, a responsabilidade social e a transparência são apenas princípios basilares da boa Governança Corporativa, exigidos tão somente daquelas empresas atuantes no Mercado de Capitais. Entretanto, em momentos de crise, esses princípios deixam a exclusividade do mercado de capitais e são automaticamente transferidos para o mercado financeiro. Os bancos passam a adotar toda a estrutura de Governança como indicador decisivo para a concessão de crédito, o que corrobora a tese desenvolvida neste estudo no sentido de ser a Governança Corporativa uma forma de capitalização das empresas.

Espera-se que a sociedade desperte o interesse para este caminho que leva ao reconhecimento da Governança Corporativa como ativo intangível e forma de capitalização de uma empresa.

O propósito deste estudo não é o de esgotar o tema tampouco propor um modelo de valoração dos intangíveis, atividade esta que cabe muito mais aos contabilistas do que aos juristas. O que se pretende é suscitar o debate sobre a necessidade de criação de bases metodológicas sólidas e uniformes para valoração e registro destes ativos que são verdadeiros diferenciais competitivos capazes de garantir a perenidade das companhias e mais, talvez sejam eles os principais responsáveis pela proteção de sua valorização ou desvalorização, bem como habilitação para atuação no mercado global.

Em suma, pode-se dizer que a gestão do valor desta classe de ativos intangíveis que não se enquadram nas regras de contabilização, é fundamental para a geração de resultados verdadeiramente tangíveis.

7 Referências

ALVES, João Marcelo B. C. *Criação de Vantagem Competitiva através da Gestão do Capital Intelectual: Uma Proposta para a Bento Pedrosa Construções S.A.* 2005. 174 f. In Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas - Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis 9.457, de 5 de maio de 1997 e 10.303, de 31 de outubro de 2001.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

_____ e EIZIRIK, Nelson. *A Nova Lei da S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSIOLATO, José Eduardo. A economia do conhecimento e as novas olíticas indústrias e tecnológicas. LASTRES, Helena M., M. ; ALBAGLI, Sarita (Orgs). *Informação globalização na era do conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CLEMENTE, Eduardo Silveira. *Governança Corporativa e Questões Jurídicas Concretas*. Disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6049&p=1>. Acesso em 29/09/2008.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa*. Disponível no sítio <http://www.ecgi.org/codes/documents/cartilha.pdf>. Acesso em 21/09/2008.

DIAS JR., Claudelino M. e POSSAMA, Osmar. *A importância dos ativos intangíveis na concepção de organizações orientadas pelo conhecimento*. Rev. FAE, Curitiba, v.7, n.2, p.1-8, jul./dez. 2004.

EUSTACE, Clark G. *The Intangible Economy Impact and Policy Issues: Report of the European High Level Expert Group on the Intangible Economy*. European Commission, October, 2000.

FREDERICK, Richard. *Disclosure: A Corporate Governance Tool That Really Works?*. In The Third Meeting of the Russian Corporate Governance Roundtable. Moscou: 2000.

HILL, P. *Tangibles, intangibles and services: a new taxonomy for the classification of output*. Canadian Journal of Economics, vol. 32, p.426-446. Canada, April 1999.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. Coordenação: Paulo F Campos Salles de Toledo. São Paulo: IBGC, 2004.

_____. *Manual prático de recomendações estatutárias*. Coordenação: Paulo F Campos Salles de Toledo. São Paulo: IBGC, 2006.

_____. *Guia de Sustentabilidade para as Empresas*. Coordenação: Carlos Eduardo Lessa Brandão e Homero Luís Santos. São Paulo: IBGC, 2007.

JÚNIOR, Nilson Lautenschleger. *Os desafios propostos pela Governança Corporativa ao Direito Empresarial Brasileiro. Ensaio de uma reflexão crítica e comparada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LEMOS, Cristina. Inovação na era do conhecimento. LASTRES, Helena M., M. ; ALBAGLI, Sarita (Orgs). *Informação globalização na era do conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

LEV, B. *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, p. 5-104, 2001.

LEV, B. *Remarks on the Measurement, Valuation, and Reporting of Intangible Assets*. New York: Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review, vol. 9, no. 3, September, 2003, p. 17-22.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Curso de Direito Comercial: sociedade anônima*. Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995.

LOBO, Jorge. *Princípios de Governança Corporativa*. in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. Vol. 142. São Paulo: Malheiro, 2006, pp. 141-154.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Os princípios informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, in Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais, volume I. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 263-271.

NAKAMURA, Leonard I. *Intangibles: What Put the New in the New Economy?* Federal Reserve Bank of Philadelphia: Business Review, p. 3-16, Jul/Aug 1999.

_____. *Is the U.S. Economy Really Growing Too Slowly? Maybe We're Measuring Growth Wrong!* Federal Reserve Bank of Philadelphia Business Review. Philadelphia, March/April, 1997.

_____. *What is the U.S. Gross Investment in Intangibles? (At Least) One Trillion Dollars a Year!* Federal Reserve Bank of Philadelphia Working Paper. Philadelphia, October, 2001.

OECD - Organization for Economic Co- Operation and Development. *OECD Principles of Corporate Governance*. Paris: OECD Publications, 2004.

PARTNERS, Dom Strategy. *Ativos Intangíveis Valem o Quanto Pagam*. Disponível no sítio: <http://www.domsp.com.br/midia/ultimos-artigos/ultimos-artigos/midia/ultimos-artigos/ativos-intangiveis-valem-o-quanto-pagam>. Acesso em: 24/03/2009.

REILLY, R. F.; SCHWEIHS, R. P. *Valuing Intangible Assets*. New York: McGraw-Hill, 1999, p. 3-28.

RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOROS, George. *The New Paradigm for Financial Markets. The Credit Crisis of 2008 and What it Means*. United States of America: Public Affairs, 2008.

SULLIVAN, P. H. *Profiting from Intellectual Capital: Extracting Value from Innovation*. Toronto: John Wiley & Sons, 1998, p. 3-42.

TOMIYA, Eduardo. *Investment Grade: Oportunidades para empresas brasileiras valorizarem suas marcas*. Revista RI – Relações com Investidores, nº 122, Rio de Janeiro, maio/junho 2008, p. 44-47

[1] Advogado, pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET/SP, Professor Universitário.

[2] Advogada, especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP e em Direito Empresarial pela UFU/MG, mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, Professora Universitária.

[3] CASSIOLATO, José Eduardo. A economia do conhecimento e as novas olíticas indústrias e tecnológicas. LASTRES, Helena M., M. ; ALBAGLI, Sarita (Orgs). *Informação globalização na era do conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 164 - 189.

[4] É o investimento sistemático e profissional de capitais institucionais e privados em empresas de capital fechado, como parte da composição de suas carteiras.

[5] É o capital de risco alocado na criação de uma empresa nova ou na expansão de uma empresa de pequeno porte que apresenta possibilidades de crescimento exponencial.

[6] *Initial Public Offering* (Oferta Pública Inicial de valores mobiliários).

[7] A Comissão de Cadbury representou o início da discussão da Governança Corporativa na Inglaterra, e que surgiu de um trabalho conjunto da Bolsa de Valores de Londres e do Conselho de Relatórios Financeiros. A Comissão foi supervisionada por Sir. Adrian Cadbury, que na época ocupava o cargo de Chairman do Comitê de Assuntos Financeiros do Conselho de Administração do Banco da Inglaterra.

[8] São as partes interessadas ou intervenientes, ou seja, todos os envolvidos com uma organização, tais como, clientes, colaboradores, investidores, fornecedores, comunidade, etc.

[9] Os conflitos de agência podem ser definidos como a divergência de interesses entre os acionistas e gestores, onde um deles, no uso de sua posição privilegiada, pode atuar em sentido contrário aos interesses da companhia.

[10] Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 3ª ed. São Paulo: 2004, p. 6

[11] RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 27.

[12] Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). *Op. Cit.* p. 9.

[13] A Lei Sarbanes-Oxley, conhecida também como SOX, é uma lei americana promulgada em 30/06/2002 pelos Senadores Paul Sarbanes e Michael Oxley.

[14] RIBEIRO, Milton Nassau. *Op. Cit.* p. 67.

[15] SULLIVAN, P. H. *Profiting from Intellectual Capital: Extracting Value from Innovation*. Toronto: John Wiley & Sons, 1998, p. 23.

[16] ALVES, João Marcelo B. C. **Criação de Vantagem Competitiva através da Gestão do Capital Intelectual: Uma Proposta para a Bento Pedroso Construções S.A.** 2005. 174 f. il. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005, p. 76.

[17] SULLIVAN, P. H. *Op. Cit.*, p. 30.

[18] TOMIYA, Eduardo. Investment Grade: **Oportunidades para empresas brasileiras valorizarem suas marcas.** Revista RI – Relações com Investidores, , n° 122, Rio de Janeiro, maio/junho 2008, p. 44-47

[19] *Ibidem*, p. 36.

[20] *Ibidem*, p. 39.

[21] Palestra realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário em 06 de maio de 2004.

[22] Manual de Regras de Assembléia Geral.

[23] SOROS, George. *The New Paradigm for Financial Markets. The Credit Crisis of 2008 and What it Means.* United States of America: Public Affairs, 2008.

[24] PARTNERS, Dom Strategy. **Ativos Intangíveis Valem o Quanto Pagam.** Disponível no sítio: <http://www.domsp.com.br/midia/ultimos-artigos/ultimos-artigos/midia/ultimos-artigos/ativos-intangiveis-valem-o-quanto-pagam>. Acesso em: 24/03/2009.

[25] *Apud* DIAS JR., Claudelino M. e POSSAMA, Osmar. **A importância dos ativos intangíveis na concepção de organizações orientadas pelo conhecimento.** Rev. FAE, Curitiba, v.7, n.2, p.1-8, jul./dez. 2004.

[26] Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento Técnico – CPC 04. Ativos Intangíveis. P. 07.

[27] *Ibidem*, p. 09.

**DIREITO ECONÔMICO E
MODERNIDADE**

DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE: ENTRE A POLÍTICA NEOLIBERAL E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

ECONOMIC LAW AND MODERNITY: BETWEEN THE NEOLIBERAL POLITICS AND THE STATE INTERVENTION IN THE ECONOMY

Andrine Oliveira Nunes

RESUMO

O Estado, haja vista a sua razão de ser – entendida esta como a busca do bem-estar social –, adota comportamentos e exerce atividades na intenção de satisfazer as expectativas quanto ao seu desempenho. No afã de bem conduzir o processo social, o Estado envereda por caminhos arenosos, que tanto podem conduzir a bom termo, quanto resultar em desgastes desnecessários. A atividade econômica do Estado e o neoliberalismo econômico, abordado principalmente sobre o arrimo da liberdade individual, são aspectos do governo liberal-democrata vivenciado pelas sociedades atuais. Para essa doutrina, os homens devem agir livremente, buscando o melhor para si, ao sabor das forças do mercado. Os fundamentos que propiciam a atitude interventora do Estado no horizonte econômico são o equilíbrio das relações e estabilização financeira-monetária, o combate aos excessos da livre-concorrência e o controle dos mercados, a fim de efetivar seu papel precípua de agente promotor da melhoria das condições de vida dos indivíduos sob a sua jurisdição.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO. INTERVENÇÃO. REGULAÇÃO. DOMÍNIO ECONÔMICO. CONSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

The State, it has seen its reason of being – understood as the search of the social welfare –, it adopts behaviors and it exerts activities in the intention to satisfy the expectations how much to its performance. In the good eagerness to lead the social process, the State walks for arenaceous ways, that as much can lead the good term, how much to result in unnecessary consumings. The economic activity of the State and the new liberalism economic, boarded mainly on the support of the individual freedom, are aspects of the government liberal-democrat lived deeply for the current societies. For this doctrine, the men must act freely, searching optimum for itself, to the flavor of the forces of the market. The beddings that propitiate the attitude of intervention of the State in the economic horizon are the balance of the relations and financier-monetary stabilization, the combat to the excesses of the free-competition and the control of the markets, in order to accomplish its main paper of promotional agent of the improvement of the conditions of life of the individuals under its jurisdiction.

KEYWORDS: STATE. INTERVENTION. REGULATION. ECONOMIC DOMAIN. CONSTITUTION.

INTRODUÇÃO

Dentre os desafios do federalismo encontra-se a continuidade da sua independência, da sua autonomia, isto é, da permanência da sua soberania. Os reflexos da globalização no Estado, haja vista a sua razão de ser – entendida esta como a busca do bem-estar social (sua finalidade) –, adota comportamentos e exerce atividades na intenção de satisfazer as expectativas quanto ao seu desempenho. No afã de bem conduzir o processo social, o Estado envereda por caminhos arenosos, que tanto podem conduzir a bom termo, quanto resultar em desgastes desnecessários.

A pretensão do presente trabalho é situar o leitor nos fundamentos que propiciam a atitude interventora do Estado no horizonte econômico, sem que este se afaste do papel precípuo de agente promotor da melhoria das condições de vida dos indivíduos sob a sua jurisdição.

Como delimitadores do tema a ser abordado, esclareça-se que o estudo em pauta referir-se-á às seguintes condições: a atividade econômica do Estado e a busca de sua finalidade, o bem comum; o neoliberalismo econômico, abordado principalmente sobre o arrimo da liberdade individual, do agir livremente, buscando o melhor para si, ao sabor das forças do mercado, e seus reflexos sociais; o ditame constitucional, entre a teoria bem posta e a eficácia dormente.

A intervenção do Estado no domínio econômico será abordada de forma a mostrar que o Estado só intervém na economia em casos excepcionais, em conformidade com a Constituição Federal, que versa sobre os princípios reguladores da atividade econômica do Estado e de sua intervenção na economia.

1 A ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO E SUA FINALIDADE

Muitas são as necessidades coletivas. O Estado, enquanto ente maior, para satisfazer essas necessidades desenvolve atividades, tais como, prestação de serviços públicos, construção de estradas, garantir a defesa interna e externa, prestação jurisdicional, etc. Tantas atividades mostram qual é o verdadeiro fim colimado pelo Estado: o bem comum. Para tanto, necessita dispor de recursos que tornem possível a efetivação dessas atividades. Daí se extrai o conceito de atividade financeira, que nada é mais do que os meios utilizados pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas.

Quando o Estado procura fixar, cientificamente, as regras e princípios predispostos para a formação de sua receita pública e estabelecimento de sua despesa, a fim de que assegure o funcionamento de sua organização política e assente a sua própria existência, diz-se que exerce atividade financeira. (SILVA, 2004, p. 158).

Assim, toda atividade voltada para a manutenção da ordem e garantia dos institutos sociais e cujo caráter esteja incumbido pelo interesse público traduz o objeto do que se entende por atividade financeira, ou seja, gerir, arrecadar e aplicar recursos.

“Os fins da atividade financeira coincidem com as próprias finalidades da atuação estatal destinada à satisfação das necessidades coletivas” (HARADA, 2001, p. 32). Ressalte-se que o Estado o faz através do provimento e da gestão dos recursos obtidos.

As necessidades coletivas são inúmeras, abrangem as construções, a saúde, a manutenção de serviços e sua prestação, o ensino, etc. Dessa forma, o Poder Público, a partir dessas necessidades coletivas escolherá as necessidades públicas e as inserirá no ordenamento jurídico, disciplinando-as legalmente. Por isso, faz-se uma distinção entre necessidade pública e necessidade coletiva, pois aquela diz respeito à necessidade que é atendida pelo Estado, em obediência a uma norma constitucional ou legal. Dessa forma, quanto maior a necessidade pública, maior será a atividade financeira do Estado. Daí poder dizer que a atividade financeira do Estado está vinculada com a satisfação de três necessidades públicas, quais sejam: a prestação de serviços públicos; o exercício regular do poder de polícia e a intervenção do Estado no domínio econômico.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA DOCTRINA ECONÔMICA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Por meio de vários dispositivos legais pode-se verificar que a Constituição está intrinsecamente interligada com a economia, desde o preâmbulo, quando declara que o Estado Democrático deve assegurar o bem-estar e o desenvolvimento, passando pelo artigo 1º, que erige como fundamento do Estado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, chegando ao Título VII que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira.

Para tanto, cabíveis serão as considerações a respeito da existência de uma constituição econômica, onde a regulação das relações financeiras entre Estado e particulares, das liberdades econômicas, a fim de respeitar o direito de propriedade, a liberdade do trabalho, a livre concorrência, enfim, fortalecer a ordem econômica e financeira do Estado se faz presente.

A constituição econômica é a parte da constituição total, encarregada de estatuir preceitos reguladores dos direitos e deveres dos agentes econômicos, delimitando, assim, o regime financeiro do Estado.

[...]

Na realidade, trata-se de um microsistema normativo, integrado à própria carta constitucional positiva, em cujo esteio erigem-se normas e diretrizes constitucionais que disciplinam, juridicamente, a macroeconomia.

Tem como meta dar o arcabouço jurídico-constitucional à ordem econômica, assegurando seus elementos de natureza monetária, tributária e financeira, os quais irão conformá-la.

No Brasil, ele está presente de maneira nítida, determinando os campos de atuação das iniciativas pública e privada, o regime regente da relação capital/trabalho e os princípios orientadores da atividade financeira. (BULOS, 2007, p. 1236).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170 estabelece os fundamentos e os princípios da ordem econômica e acentua a importância da livre iniciativa. Daí, verifica-

se, a outorga de uma constituição econômica formal, tanto pela disposição dos princípios, diretrizes e fundamentos das atividades econômicas, como pelo sistema financeiro nacional e pelas práticas políticas a ser implementadas, como a agrícola, a agrária, a urbana, a fundiária.

Esses ditames econômico-financeiros constitucionais caracterizam-se tanto pelo sistema capitalista como pelo intervencionista, podendo ser chamado de ordenamento composto, o que “revela uma postura híbrida, porque consagra uma espécie de paralelismo de princípios” (BULOS, 2007, p. 1237). Ora a defesa da liberdade de iniciativa e a responsabilidade objetiva do Estado, ora o discurso da função social da propriedade, da valorização do trabalho e da justiça social. Visualiza-se que “a ordem constitucional econômica deve ser interpretada mediante exegese construtiva e sistemática, de modo a integrar os princípios gerais que a norteiam, com vistas a eliminar os seriíssimos conflitos depreendidos nesse campo” (BULOS, 2007, p. 1237).

O constitucionalismo no Brasil surgiu em meio aos proclames liberais, portanto, as primeiras constituições, de 1824 e 1891, não designavam qualquer intervencionismo na propriedade privada, ao contrário, pregava a sua plenitude. Somente após a reforma constitucional de 1926 é que fica atribuído ao Congresso Nacional legislar sobre comércio exterior e interior podendo autorizar limitações, a partir daí a Constituição de 1934 adere ao novo discurso, qual seja: de que a ordem econômica e social será disciplina pelo Estado, contudo somente na Constituição de 1937 é que a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico” surge pela primeira vez na legislação pátria – artigo 135. Segundo este, a intervenção só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa privada. Com a Constituição de 1946 ficam explícitos os parâmetros que norteiam a intervenção, dentre eles o interesse público, a valorização do trabalho e os direitos fundamentais. Entretanto a Constituição 1967/69 adotou, também, a intervenção direta, como forma de garantir a segurança nacional. Ao fim do período ditatorial, concomitantemente, advento da Constituição vigente, a de 1988, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só passa a ser aceita quando o interesse público é relevante ou quando se faz necessária para imperar a segurança nacional.

Assim, o que se visualiza nos dispositivos constitucionais, por maior que seja a influência do liberalismo, é a predominância de uma consequente intervenção do Estado na economia. Todavia, necessário se faz a contextualização histórica a fim de melhor compreensão dos fatos e da doutrina econômica.

O liberalismo econômico é entendido como uma teoria política econômica que defende a liberdade dos indivíduos tanto política como econômica, isto é, defende a atuação do homem na sociedade sem a intervenção do Estado. Esse pensamento teve início com a decadência do mercantilismo e consequente ascensão da burguesia.

Os princípios fundamentais do liberalismo são a preponderância do cidadão frente ao Estado, a livre iniciativa, a defesa da propriedade privada, a prevalência da lei, a independência da justiça, a livre concorrência, enfim, uma democracia aberta que permita a transparência das instituições e o exercício do espírito crítico.

Desta forma, a defesa de um sistema de economia livre, menos protecionista e intervencionista foi implantada decorrente dos ideais liberais, vislumbrados em meados do século XVIII. Daí o célebre ditado *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-*

cuja autoria é denominada a Vincent de Gournay. No contexto histórico da época, a eliminação do intervencionismo, para dar asas aos indivíduos – por isso a expressão “deixai fazer” –, assim como o estímulo à circulação de riquezas, rompendo com as barreiras alfandegárias – “deixai passar” –, eram quase que um clamor social.

Para tanto, a teorização desses ideais ficaram a cargo de Adam Smith, tido como o patriarca da economia moderna, que determinou uma doutrina ao capitalismo. A favor das liberdades individuais sem desqualificar o Estado este teórico, pregava uma economia livre, baseada na normatização política que eliminasse restrições aos indivíduos, com exceção da atuação fiscal, por entender ser justo o pagamento de impostos. Essa liberdade não geraria, no seu entendimento nenhum caos, ao contrário, acreditava que o homem, na condição de cidadão que respeita as normas, deveria deter liberdade plena para buscar o lucro, no seu negócio, que entendesse ser justo. Deixar que cada indivíduo procure seus interesses é favorecer o progresso de toda a sociedade, essa condução dos interesses, pode-se dizer até dos fatos, é dada pela mão invisível de uma ordem lógica, pois quando se está a desenvolver interesses próprios consequentemente desenvolve-se, até de forma mais eficaz, interesses outros do que se o propósito fosse o interesse social. Assim, se consolidou o liberalismo, doutrina do ideal da livre concorrência e da livre iniciativa, sem qualquer intervenção estatal (SMITH, 2003).

Diferente de Adam Smith, Thomas Hobbes acreditava que a sociedade necessitava de uma autoridade que assegurasse a ordem e a paz, criticava o liberalismo econômico sob a perspectiva de que a liberdade econômica seria pouco democrática, caracterizando-o como doutrina dos fortes e poderosos, portanto, aristocrática e individualista, e não é igualitária. A virtude da liberdade, para ele não possuía em si mesma sua razão de ser. (HOBBS, 2008).

O pensamento crítico de Hobbes não foi o único frente ao de Smith, inúmeras foram as críticas ao seu liberalismo econômico. Associado a estas, a evolução do capitalismo e o crescimento da corrente socialista, após várias crises – em especial a crise dos anos trinta –, levaram ao enfraquecimento dos ideais liberais.

Após várias crises o liberalismo enfraqueceu, dando ambiente para o intervencionismo estatal pregado por John Maynard Keynes. Para Keynes o Estado deveria interferir na economia, criando empregos, regulando o mercado de capitais, realizando obras de infra-estrutura, enfim, racionalizando a economia e dirimindo as desigualdades ocasionadas pelo mercado. (KEYNES, 1982).

No plano econômico, considera-se que a livre competição é uma ótima solução, melhor ou mais eficiente, mas não leva automaticamente a uma ordem natural. Compete ao Estado, sob esse ponto de vista, a instauração de uma ordem legal que garanta o exercício da iniciativa individual na linha da livre concorrência. Ocorre que esta intervenção estatal passou a ser vista como amarra a capacidade de desenvolvimento do setor privado, devido ao excesso de normas, consequentemente, foi previsto que o sistema intervencionista levaria ao endividamento público e à estagnação (JAKOBSEN, 2004, p. 40).

É nesse contexto que nasce o neoliberalismo, onde se reconhece que o Estado é de fundamental importância para a consolidação igualitária da economia e redução das

desigualdades sociais, mas em decorrência da globalização e dos novos ditames capitalistas, o pensamento monetarista (FRIEDMAN, 1984), deve ser o alicerce para as práticas políticas econômicas, traduzindo a liberdade como essencial para as relações do mercado, cabendo ao Estado apenas a manutenção da ordem.

Privatizações, desregulamentação de algumas atividades de Estado, desburocratização, abertura da economia para o capital internacional, competitividade acirrada, livre concorrência, tributação excessiva, enfim, tudo em nome do progresso econômico, por isso, denominado de capitalismo selvagem. Mas o neoliberalismo não abrange apenas o aspecto econômico das relações, as dimensões sociais, culturais e políticas também sofrem influência deste modelo que se apresenta como defensor da liberdade, da democracia e da igualdade.

Hoje, os excessos do neoliberalismo já são percebidos, trazendo à tona a discussão sobre a intervenção do Estado na economia, sobre a parceria público-privada, sobre não apenas o respeito, mas a concretização dos direitos sociais tão bem dispostos no texto constitucional. Precisa-se, sem dúvida, de um mercado livre que funcione cada dia melhor para acelerar o crescimento econômico e favorecer a toda a população, mas se faz necessário também um Estado mais moderno, eficiente, dinâmico e melhor informado, que saiba transferir para a sociedade civil maiores responsabilidades na gestão produtiva. Que saiba também exercer sua função de controle para garantir a estabilidade em longo prazo na política de desenvolvimento, e para corrigir as imperfeições do mercado. No entanto, na concepção do Estado de bem-estar social, ideologicamente estabelecido na Constituição Federal de 1988, não se inviabiliza ou afasta o lucro, mas procura-se lhe dar outra forma, ou seja, o lucro acompanhado do atendimento social com a partilha do seu próprio produto, que seria a função social do lucro.

Nesse passo, demonstrado está a necessidade do exercício do capitalismo regrado, sem exageros ou maiores abusos, respeitando-se o direito de todas as partes visando alcançar um equilíbrio nas relações e a suportabilidade das próprias obrigações. “O desenvolvimento não pode confundir-se com o mero crescimento da produção em termos agregados. A noção de desenvolvimento tem de integrar outros aspectos fundamentais” (NUNES, 2003, 116).

No final dos anos 90, assistiu-se ao aparecimento de um novo paradigma na concepção das políticas de desenvolvimento ao nível da negociação dos tratados e convenções. Trata-se do respeito aos direitos humanos no âmbito do desenvolvimento (GRASSET, 2004, p. 134).

O desenvolvimento econômico passa por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral da sua personalidade, a conquista do bem-estar material, mas também o desenvolvimento dos homens no plano da sua profissão, da cultura e do lazer. [...] o desenvolvimento deve colocar-se, fundamentalmente, ao serviço da satisfação das necessidades básicas das populações. (NUNES, 2003, p. 116 e 117).

Portanto, a intervenção do Estado na economia é bastante salutar, por garantir não apenas a ordem econômica, mas, e muito principalmente, viabilizar um desenvolvimento econômico da nação associado ao social e ao cultural.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A intervenção compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada – intervenção indireta –, bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico, o que se dá normalmente por meio de empresas estatais – intervenção direta. Nesse caso, o Estado opera segundo as normas do direito privado, consoante se infere no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, porém com inúmeras derrogações impostas por outras normas constitucionais, como as referentes à fiscalização financeira e orçamentária e as constantes do capítulo concernente à Administração Pública, em especial o artigo 37.

A intervenção trata-se de atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio nos casos indicados na Constituição ou em regime de competição com o particular, conforme o determine o interesse público ou razões de segurança.

A atividade que o Estado exerce a título de intervenção na ordem econômica não é assumida por ele como atividade pública. Ele a exerce, conservando a sua condição de atividade de natureza privada, submetendo-se, por isso mesmo, às normas de direito privado que não estão expressamente derogadas pela Constituição.

Historicamente, podemos dizer que a intervenção do Estado no domínio econômico vem desde a antiga Grécia e Roma. E o que mais caracterizou o comportamento do Estado diante da economia foi a política econômica do liberalismo, já debatido no capítulo anterior.

Entretanto, verificou-se que, com o passar do tempo, essa ampla liberdade dada à acomodação dos fatos econômicos, não fazia senão deixar de uma forma mais saliente a desigualdade entre regiões e, sobretudo, a desigualdade entre pessoas, passando-se então a esboçar reações naturais, sobretudo, no campo ideológico com o aparecimento de teorias que se contrapunham as que estavam em prática.

A situação ficou ainda mais crítica com o advento da Revolução Industrial, do Socialismo, e do crescimento do proletariado urbano, época em que se verificou que já não havia mais aceitação daquelas idéias liberais.

A Igreja também veio a acostar-se a essas reações, sobretudo através de lições do Papa Leão XIII, com a *Rerum Novarum*, a ponto de se perceber que já não havia mais ambiente para que o Estado tivesse uma posição de mero guardião da sociedade, sem nenhuma participação, por menor que fosse, nas atividades econômicas, inclusive atingindo até o campo de direito privado, com limitações ao direito de propriedade, de forma que já não havia mais espaço para que Estado tivesse aquela conformação. O que tornou nítida, mesmo que aos poucos, a intervenção do Estado.

Atualmente, fica difícil delimitar o grau de intervenção que o Estado exerce sobre o domínio econômico, visto que este intervém plenamente em todas as atividades econômicas, principalmente se tomarmos como parâmetro a presença do Estado, posto que este se enquadra em todas as atividades, senão vejamos: através do poder legislativo, pelas leis que elabora; através do poder executivo, pelo exercício do poder de polícia; e muito mais ainda através do poder judiciário, quando vai disciplinar e corrigir determinadas distorções que estão postas em litígio.

A intervenção do Estado na economia guarda objetivos econômicos e objetivos extra-econômicos. O Estado intervém por meio de formas permanentes ou circunstanciais ou transitórias.

Permanentemente quando traça grandes linhas da economia nacional e até os grandes objetivos sociais que ele pretende colimar ao estabelecer os planos plurianuais de investimento, ao estabelecer se deve ou não proteger a empresa nacional, se deve ou não abrir os portos ao concerto das nações estrangeiras.

Já as atividades extra-econômicas, que importam na intervenção do Estado no domínio econômico, podem ser por meio de objetivos sociais, fiscais ou políticos. De objetivos fiscais – quando o Estado institui meios para suprir as receitas de que tem necessidade; de objetivos sociais – quando o Estado traça regras que aparentemente não têm uma repercussão imediata no mundo econômico, mas que, uma vez estabelecidas, tem um retorno mediato, por exemplo: quando o Estado estabelece regras de direito do trabalho, assegura determinadas proteções aos trabalhadores, fixa parâmetros para dizer quanto será o salário do trabalhador e etc.; e de objetivos políticos – quando o Estado cuida de fomentar determinados privilégios a determinadas regiões ou quando o Estado faz investimentos de grande escala em determinadas regiões, como estimular a instalação de fábricas em determinado estado-membro ou quando se propõe a instalar refinaria de petróleo e etc.

Assim, a Constituição Federal de 88 adota o modelo neoliberal, ou seja, o Estado não intervém na econômica plenamente, mas sim de forma a regulamentar e fiscalizar a atividade econômica de natureza privada. Ademais, atua diretamente no domínio econômico através de suas empresas estatais, como mesmo se extrai das disposições contidas nos a partir do art. 173 da Constituição Federal.

Tal intervenção encontra-se inscrita no ordenamento constitucional delimitando tanto do espaço público quanto do privado na esfera da produção econômica. Assim, ao se estabelecer uma classificação para as formas de intervenção do Estado do domínio econômico, pode-se dividi-la nas seguintes categorias: a) intervenção do Estado na propriedade privada; b) intervenção do Estado na ordem econômica.

Em relação às intervenções na propriedade privada o modelo seria baseado na livre produção, liberdade de iniciativa e eficiência da propriedade e a liberdade de iniciativa. A livre intervenção estatal neste sentido, pode se dar motivada tanto pela necessidade de se reordenarem espaços, quanto em se obter maior eficiência e eficácia da estrutura de propriedade no interior da sociedade.

A intervenção do Estado na ordem econômica trata-se de uma intervenção com caráter suplementar e excepcional, realizada, por meio de um conjunto de atividades estatais, sobre o seguimento econômico. Tal intervenção funda-se nos pressupostos de segurança nacional ou é motivada pela ineficiência do particular.

Portanto, a atividade econômica é própria da iniciativa privada e o Estado, em situações excepcionais, poderá explorá-la diretamente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

4 A ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Estado normalmente atua indiretamente na Economia, de forma a discipliná-la, normatizando-a e regulamentando-a, editando leis para executar suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme dispõe o artigo 174 da Constituição Federal de 1988.

Pode-se entender por fiscalização a atribuição conferida ao Estado de fazer cumprir os princípios gerais da ordem econômica e as determinações legais do exercício do poder de polícia, preventivamente e repressivamente. O incentivo é outra forma de intervenção na economia, talvez a forma mais pacífica, e consiste no estimular do progresso da atividade econômica. São divididos em natureza não-fiscal como, por exemplo, a concessão de espaços para instalação; e de natureza fiscal, como as isenções para pagamento de impostos, observando-se que a isenção só pode ser concedida pelo ente federativo competente para instituir o tributo.

Na função de planejar, o Estado realiza as operações de diagnóstico e prognóstico, prevendo, a partir das condições atuais, as soluções futuras. No Brasil, como manifestações do planejamento, temos a lei de diretrizes e bases, planos plurianuais, e todo o planejamento, que deve estar harmônico com uma estrutura maior, na forma da lei.

O planejamento econômico contido em lei é cogente, imperativo, determinante para o setor público, não podendo ser desobedecido.

No caso do setor privado, a execução do planejamento econômico contido em lei é apenas sugerido, indicativo, aconselhado, pois, do contrário, não haveria a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica. No início, o liberalismo era sem limitações, a iniciativa era livre, entregue a privatizações. No Brasil, introduziu-se o constitucionalismo econômico com a Constituição de 1934, passando a ordem econômica a ter importância a nível constitucional. Buscou-se frear o liberalismo, sendo a livre iniciativa um fundamento, mas não o único, em igual patamar hoje está a valorização do trabalho humano e o objetivo da justiça social.

Temos por certo que o legislador constituinte não quis que a livre iniciativa fosse o maior dos pilares da economia em detrimento dos valores sociais, do interesse público e a favor do desemprego e do capital estrangeiro. Nas economias ditas capitalistas, onde a concorrência é livre, incompatíveis se apresentam as figuras dos monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras formas de se descaracterizar a livre concorrência, impedindo a livre iniciativa.

Formalmente, nada impede a existência de grupos de sociedades, com controladoras e controladas, desde que tenham por fim "combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns", como mesmo se infere na Lei n.º 6.404/76, no seu art. 265. Igualmente, em seu art. 278, a mesma lei permite a formação de sociedades consorciadas para "executar determinado empreendimento".

O que o sistema não permite é que a concorrência seja obstaculizada, o que caracteriza os cartéis, trustes, etc.. A livre concorrência é consagrada na própria Constituição Federal, em seu art. 170. Naqueles casos é que o Estado tem o dever de intervir, fiscalizando e punindo.

Como referência na legislação ordinária temos a lei antitruste – Lei 8.884/94, que elenca diversas condutas como infrações à ordem econômica. A Constituição garante, no seu art. 173, § 4º, a repressão ao abuso do poder econômico, que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, bastando só uma delas para caracterizar a necessidade da repressão.

Portanto, a intervenção do Estado no domínio econômico contribui para o desenvolvimento econômico e social, conduzindo de forma mais equânime as relações econômicas, e por consequência as sociais, integrando o disposto na Constituição com a prática vivenciada no cotidiano dos atos negociais, para, assim, concretizar o real bem-estar social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade financeira do Estado variou no tempo conforme as políticas econômicas em voga. No Estado liberal tinha uma função neutra; o Estado não interferia na economia, pois acreditava que seria danoso ao seu princípio máximo: a liberdade total do indivíduo. Assim, o setor privado se encarregaria das atividades econômicas por poder obter melhores resultados. Os tributos, recolhidos de forma igualitária no liberalismo, eram aplicados para sustentar a máquina estatal, sendo, portanto, de finalidade meramente fiscal. As receitas visavam apenas a possibilitar a satisfação das despesas, que tinham um tratamento preferencial. No Estado intervencionista, seja ele capitalista, socialista ou comunista, a atividade financeira deixa de ser neutra. Usa as finanças públicas para intervir no domínio econômico social. Desta forma, busca o bem-estar social de seus cidadãos. A principal alteração quanto aos tributos é seu efeito de proporcionalidade, ou seja, cada cidadão passou a contribuir para o Estado na medida de sua capacidade econômica. A atividade financeira adquire uma característica de "finanças funcionais", tendo o tributo além da finalidade fiscal, a extrafiscal cujo objetivo é de financiar a satisfação da coletividade e a intervenção na atividade econômica.

O neoliberalismo é a tendência econômica atual, a qual assegura a manutenção e fonte de renda dos países capitalistas. Trata-se do retorno do antigo liberalismo econômico associado às transformações tecnológicas do final do século XX, sendo que a partir daí, a estrutura estatal deixa-se levar por um papel secundário de suas obrigações para com a sociedade. Uma das inovações do modelo em relação ao liberalismo é a intervenção indireta do Estado na economia para garantir a sua sobrevivência, já que os neo-liberais não confiam na auto-disciplina espontânea do sistema. O controle dos preços é a peça-chave da economia e a função do Estado é manter o equilíbrio dos preços por intermédio da estabilização financeira e monetária, obtida basicamente com políticas antiinflacionárias e cambiais. A liberdade econômica das empresas e as leis de mercado continuam como dogmas no neoliberalismo. A nova doutrina atribui ao Estado a função de combater os excessos da livre concorrência e o controle de mercados pelos grandes monopólios. Um dos instrumentos para disciplinar a economia é, por exemplo, a criação de mercados concorrenciais por meio de blocos econômicos, como a União Européia.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 5 ed. São Paulo: Saraiva: 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito da regulação econômica: a experiência brasileira*. In: *Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GRASSET & FASQUELLE. Tradução: Joana Angélica D'Ávila Melo. *Globalização para quem?*. São Paulo: Futura, 2004.

GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HOBBS, Thomas. *O leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBSEN, Kjeld; MARTINS, Renato. *ALCA: quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.

KUTTNER, Robert. O papel dos governos na economia global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.) *No limite da racionalidade*. Trad. Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 211-234.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 78), a atividade financeira do Estado tem como características: *a presença constante de um ente público* – a atividade financeira será exercida somente por um ente público e não particular, posto que tal atividade reclama tal presença, por ser de essencial importância e complexidade; *conteúdo monetário* – a atividade financeira do Estado tem como objeto o dinheiro, ou seja, é através da captação de recursos que o Estado desenvolve suas atividades; *atividade de conteúdo econômico* – nem todas as atividades prestadas pelo Estado são financeiras. É

necessário separar o direito financeiro do direito econômico. Este tem como objeto o estudo das normas que disciplinam o comportamento econômico do Estado. Aquela tem como objeto a arrecadação, a gerência e a aplicação de recursos públicos. A atividade econômica preocupa-se em constantemente gerir bens ou serviços, enquanto que a atividade financeira preocupa-se com o fenômeno de ingresso e saída de recursos financeiros, para satisfazer as necessidades públicas e obter o bem comum. Logo, a atividade financeira do Estado tem inequivocamente um objeto econômico; e *a instrumentalidade da atividade financeira* – a atividade financeira do Estado tem um caráter instrumental porque visa, por meio da obtenção de recursos, à consecução de todas as suas atividades (saúde, família, construção de estradas, previdência social, prestação jurisdicional, educação), há uma relação de meio e fim, pois o Estado gere, aplica os recursos obtidos para a consecução de suas atividades. O Estado não visa apenas à satisfação das necessidades coletivas, este é seu fim maior, mas não único, pois há outras atividades. Dessa forma, ele se utiliza dessa função instrumental, que deverá ser desenvolvida corretamente, para desempenhar todas essas atividades.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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

Fonte: Site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 27 mar. 2009.

Para aprofundamento na matéria verificar a obra de FERREIRA, Sérgio de Andréa. Direito da Regulação Econômica: a experiência brasileira. In: *Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003.

Significado da expressão: “Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”. No contexto histórico da época,

Para referência sobre Vincent de Gournay visualizar artigo: *Vincent de Gournay*. In Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2009. Disponível em [http://www.infopedia.pt/\\$vincent-de-gournay](http://www.infopedia.pt/$vincent-de-gournay). Acesso em: 27 mar. 2009.

Adam Smith pregou o interesse pessoal e dispôs sobre a existência de uma mão invisível (que seria o Estado) que conduz a realização de um bem comum.

Para maiores informações pesquisar em: HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A crise dos anos trinta ficou caracterizada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York e um período intenso de recessão econômica. Para maiores informações e aprofundamento sobre a temática verificar a obra de HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Para aprofundamento na matéria verificar a obra do autor: KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução de Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.

O neoliberalismo prega um ajuste estrutural, sem a participação do Estado, onde haja a abertura do mercado, fomento à competitividade, privatizações, isto é, crescimento econômico.

Para maior entendimento do seja capitalismo selvagem e sua influência no Brasil verificar o artigo disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a02n57.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2009.

Exemplo característico é a crise econômica vivenciada pelos Estados Unidos. Maiores informações para o entendimento desta temática verificar a obra: GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Art. 173. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 mar. 2009.

Artigo 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o

enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 mar. 2009.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 mar. 2009.

No momento em que o Estado moderno é, precisamente, um Estado constitucional, o problema do direito de propriedade transcorre à luz da Constituição, logo, convém ponderar que o direito de propriedade não pode mais ser visto como mera extensão do direito privado, como puro direito individual. A partir daí é possível compreendê-lo como lídima instituição jurídica, agregando normas de direito privado, as quais têm necessariamente de acompanhar a disciplina suprema que a Constituição lhe impõe, com vistas a cumprir uma função social. Portanto o artigo 5º da Carta Magna em seus incisos XXII e XXIII expressa tal acepção, garantindo o direito de propriedade, devendo esta per si atender a sua função social. A função social da propriedade deve desempenhar destino economicamente útil, isto é, produtivo, com vistas à satisfação das necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem, canalizando suas potencialidades em benefício de todos, sem qualquer distinção. Evidencia a necessidade de que o uso do bem alcance sua total utilização, otimizando-se ou tentando-se otimizar os recursos disponíveis em mãos do proprietário ou impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição, em contradição com estes mesmos propósitos de natureza coletiva. A função social da propriedade, no sentido específico do preceito, traduz a idéia de realização concreta das quatro bases do urbanismo moderno: habitação, trabalho, recreação (ou lazer) e circulação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 mar. 2009

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 mar. 2009

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em 27 mar. 2009.

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em 27 mar. 2009.

Art. 173. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 mar. 2009

**DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE: A FUNÇÃO
SOCIOAMBIENTAL E A RESIGNIFICAÇÃO REFLEXIVA DO DIREITO À
INFORMAÇÃO PARA O CONSUMO**

**DERECHO ECONÓMICO Y MODERNIDAD: LA FUNCIÓN
SOCIOAMBIENTAL Y LA RESIGNIFICACIÓN REFLEXIVA DEL DERECHO
A LA INFORMACIÓN PARA EL CONSUMO**

**Antônio Carlos Efig
Leonel Vinicius Jaeger Betti Junior**

RESUMO

O Direito Econômico tem por objeto a intervenção normativa do Estado na economia (visando a correção de falhas de mercado), por finalidade a realização dos preceitos constitucionais da Ordem Econômica e por método a consideração da (macro)lógica própria das relações agregadas em ambiente de mercado. O Direito das Relações de Consumo enquadra-se neste cenário regulatório e visa, precipuamente, coibir o abuso do poder econômico e corrigir assimetrias de informação. Sendo o mercado moldado pelas preferências dos consumidores e estas definidas pelas informações disponíveis acerca dos produtos e serviços, a qualidade e o conteúdo do fluxo informacional entre fornecedores e consumidores adquire relevância para a moderna regulação econômica. No contexto da sociedade contemporânea, observa-se a conscientização acerca da questão ambiental e, também, o deslocamento das preocupações ecológicas do âmbito da produção para o do consumo, tornando necessária a regulação das relações correlatas por meio do Direito Econômico. Assim, faz-se adequada a utilização de instrumentos que aproveitem a lógica de funcionamento do próprio mercado para estimular a sustentabilidade dos hábitos de consumo. Na medida em que a questão ambiental ingressa nas preferências dos consumidores, a assimetria de informações (entre consumidores e os fornecedores acerca do impacto ambiental do consumo) permite a ocorrência da seleção adversa em relação à variável ambiental, ou seja: produtos ambientalmente corretos são excluídos do mercado por aqueles que não internalizam os custos ambientais da produção (e, portanto, custam menos). Em face desta realidade e do “filtro interpretativo” posto pelas novas necessidades sociais (sustentabilidade, principalmente), o direito à informação acerca das características, qualidade e riscos inerentes à utilização dos produtos e serviços passa por uma resignificação de conteúdo, passando, reflexivamente, a compreender as informações ambientalmente pertinentes ao impacto ambiental da produção e consumo. Desta forma, ao lado da função econômica exercida pela informação no mercado, passa ela a desempenhar, normativamente, uma função socioambiental que é, precisamente, permitir que os consumidores escolham produtos com base na qualidade/impacto/risco ambiental, evitando a sistêmica seleção adversa em relação ao fator socioambiental.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ECONÔMICO; MODERNIDADE; SOCIEDADE DE CONSUMO; DIREITO À INFORMAÇÃO; REFLEXIVIDADE; RESIGNIFICAÇÃO; FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL.

RESUMEN

El Derecho Económico tiene por objeto la intervención normativa del Estado en la economía (buscando la corrección de las fallas del mercado), por finalidad la realización de los preceptos constitucionales del Orden Económico y por método la consideración de la (macro)lógica de las relaciones agregadas en el entorno de mercado. El Derecho de las Relaciones de Consumo está contenido en este cuadro normativo y busca, precipuamente, frenar el abuso del poder económico y corregir las asimetrías de información. Puesto que el mercado es conformado por las preferencias de los consumidores y estas son definidas por la información disponible sobre los productos y servicios, la calidad y el contenido del flujo de informaciones entre proveedores y consumidores se convierte en relevante para la moderna regulación económica. En el contexto de la sociedad contemporánea, surge la conciencia acerca de la cuestión ambiental y también el desplazamiento de las preocupaciones ambientales del ámbito de la producción hasta el del consumo, por lo que es necesaria una regulación por medio del Derecho Económico. Por lo tanto, es adecuada la utilización de instrumentos que aprovechen la lógica de funcionamiento del mercado para estimular los hábitos de consumo sostenibles. Como la cuestión ambiental pasa a integrar las preferencias de los consumidores, la asimetría de la información (entre consumidores y proveedores sobre el impacto ambiental del consumo) permite la ocurrencia de la selección adversa en relación a la variable ambiental, es decir: los productos ambientalmente correctos serán excluidos del mercado por aquellos que no internalizan los costes medioambientales de la producción (y por lo tanto, son menos caros). A la luz de esta realidad y del "filtro interpretativo" puesto por las nuevas necesidades sociales (sostenibilidad, principalmente), el derecho a la información sobre las características, calidad y riesgos inherentes al uso de productos y servicios sufre una resignificación, pasando a contener, reflexivamente, la información relevante sobre los dichos impactos ambientales. Así, junto a la función económica desempeñada por la información en los mercados, esta pasa a tener una función socioambiental que es, precisamente, permitir que los consumidores puedan elegir productos con base en la calidad/impacto/riesgo ambiental, impidiendo la selección adversa sistémica en relación a el factor socioambiental.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO ECONÓMICO; MODERNIDAD; SOCIEDAD DE CONSUMO; DERECHO A LA INFORMACIÓN; REFLEXIVIDAD; RESIGNIFICACIÓN; FUNCIÓN SOCIOAMBIENTAL

INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, a sociedade moderna passou por um processo de tomada de consciência acerca do que se pode denominar, sinteticamente, "*questão ambiental*".¹

As preocupações com a degradação ambiental experimentaram, no período, um considerável deslocamento de "âmbito" e de "foco". Quando os efeitos da poluição e do

esgotamento de recursos naturais foram inicialmente identificados, somente os chamados "ecologistas" propuseram-se a estudar o problema. Atualmente, as discussões correlatas encontram-se bastante difundidas, alcançando o cotidiano do cidadão comum e os mais diversos ramos do conhecimento. Observa-se, como define VEIGA, a *emergência socioambiental*.²

Se, em um primeiro momento, a análise das causas do problema era centrada nos impactos da atividade produtiva, contemporaneamente (fins do século XX, início do século XXI), o foco analítico desloca-se para os hábitos de consumo, qualificados como insustentáveis. Conseqüentemente, observa-se a construção de um discurso social centrado no consumo sustentável. Embora este processo discursivo tenha, ainda, bastante espaço para ampliação e aprofundamento, sua existência já é uma constatação empírica decorrente de necessidades sociais (e, portanto, relevante para o Direito).

A emergência social deste discurso ambiental centrado no consumo afeta o Direito, provocando a necessidade de uma mudança nas formas de regulação.

Na medida em que a regulação direta do tipo comando/controle (permissão/proibição) tenderia, neste particular, à ineficácia ou à produção imediata de efeitos socialmente indesejáveis, apresenta-se a necessidade de se desenvolver uma moldura normativa que utilize a racionalidade própria das relações de mercado (de produção e consumo) para maximizar a eficiência regulatória. Em outras palavras, tal regulação deve ocorrer por meio dos instrumentos do Direito Econômico.

Postas as condições da modernidade, o Direito das Relações de Consumo insere-se no quadro conceitual do Direito Econômico, apresentando possibilidades normativas que trabalham com a lógica própria do mercado com vistas à realização das finalidades constitucionalmente referentes a um modelo de Desenvolvimento Sustentável.

Portanto, pode-se dizer que as condições da modernidade (principalmente a massificação das relações econômicas e a emergência socioambiental) impõem uma mudança na regulação econômica, da antiga lógica da imputação para a regulação apoiada na macrológica do Direito Econômico, finalística e reflexivamente voltada à realização do Desenvolvimento Sustentável definido na Constituição.

Neste cenário, cogita-se a regulação do fluxo de informações entre fornecedores e consumidores como forma socialmente adequada para se dar resposta normativa eficiente e satisfatória à questão ambiental no campo do consumo.

A função que a informação desempenha no ambiente de mercado é a de orientar as escolhas dos consumidores de acordo com suas necessidades e preferências. Portanto, a partir do momento em que a variável ambiental passa a integrar tais preferências, faz-se necessário garantir que aqueles sujeitos difusos tenham acesso às informações ambientalmente pertinentes aos produtos e serviços que lhes são ofertados.

Posto que a degradação ambiental cria novas necessidades e novos significados para o Direito, este passa a buscar influir sobre a realidade com vistas a solucionar a questão que lhe é apresentada, caracterizando o fenômeno ao qual GIDDENS denominou *reflexividade*.³ Isso significa, precisamente, que a sociedade contemporânea passa a rever suas práticas à luz das informações advindas destas mesmas práticas. Na medida

em que a regulação do fluxo de informações ambientalmente pertinentes aos produtos e serviços determina que se disponibilize (devolva) os dados relativos ao impacto socioambiental da produção e do consumo à sociedade, acaba por maximizar o potencial reflexivo da moderna regulação econômica.

Considerando este contexto, o presente estudo buscará definir as premissas relativas ao moderno conceito de Direito Econômico, seu objeto e método específico (**item 1**). Além disso, situar-se-á o Direito das Relações de Consumo neste cenário de regulação econômica (**item 2**), apresentando a função das informações sobre a qualidade dos produtos e serviços nos mercados, bem como a necessidade de se garantir, normativamente, que os consumidores tenham acesso a tais dados (**2.1**). Encerrando o prelúdio, será exposto o tratamento que a informação para o consumo recebe no ordenamento jurídico brasileiro (**2.2**). Apresentando o problema central da análise, investigar-se-á os desdobramentos da modernidade (**item 3**), com a emergência socioambiental (**3.1**) e de um discurso focado no consumo sustentável (**3.2**). Serão apresentados os riscos e as possibilidades socialmente emancipatórias da abordagem consumerista da questão ambiental (**3.3**) e, em seguida, o papel reflexivo do moderno Direito Econômico na regulação do consumo com vistas à maximização da eficiência e do potencial emancipatório da normatividade voltada à sustentabilidade (**item 4**). Por fim, serão apresentadas as conclusões do trabalho (**item 5**), relacionando as premissas com o problema, desvendando-se a resignificação reflexiva do direito à informação para o consumo em face da questão ambiental (**5.1**) e, também, a nova função socioambiental (determinada pela reflexividade normativa) que tal informação deve passar a desempenhar ao lado daquela função econômica espontaneamente observada no ambiente de mercado (**5.2**).

1. DIREITO ECONÔMICO: OBJETO E MÉTODO

Não são incomuns as divergências acadêmicas sobre o que seria o Direito Econômico e qual o seu objeto. Por suas amplas possibilidades e interdisciplinaridade, tal ramo da ciência jurídica acaba sendo definido pela própria complexidade. Por isso, AGUILAR afirma que a disciplina não possui bases analíticas e conceituais tão consolidadas quanto outros ramos tradicionais do Direito, como o Penal ou o Civil, por exemplo. Com isso, o autor não quer dizer que todos os civilistas estejam de acordo sobre suas classificações mas, apenas, que eles não mais discutem o que é Direito Civil.⁴

Neste cenário, perdura o debate de se o Direito Econômico constituiria um ramo autônomo do Direito ou uma "nova" metodologia de análise dos fenômenos jurídicos. A utilidade que se extrai desta indagação é a identificação das características comuns às normas direcionadas à regulação das relações de mercado e, ato contínuo, a possibilidade de ordenação destas normas sob uma plêiade coerente de princípios jurídicos que, uma vez conhecidos e desenvolvidos, ampliem a eficácia aplicativa do sistema.⁵

Pode-se afirmar que o Direito Econômico refere-se à *regulação econômica*, ou seja, às políticas públicas que efetivam intervenções sobre o domínio econômico (mercado). Tal definição contém dois aspectos: objeto e método.

O objeto (ou objetivo) do Direito Econômico é a realização das finalidades constitucionais da Ordem Econômica. Para ser válida, a regulação econômica deve ser pautada pela *técnica interpretativa específica aos princípios jurídico-constitucionais*, tornando viável uma intervenção normativa orientada à consecução das finalidades insculpidas naquelas disposições programáticas (normas que, por definição, estabelecem um "estado de coisas" a ser atingido).

Se toda norma jurídica possui conteúdo econômico (e produz repercussões econômicas), as de Direito Econômico diferenciam-se por um método específico, qualificada por deixar em segundo plano os fenômenos intersubjetivos (individuais) para se voltar à regulação de fenômenos econômicos agregadamente considerados. Estes, por seu turno, caracterizam-se por uma lógica de funcionamento completamente própria, *típica da moderna tendência de massificação das relações sociais*.

Portanto, a moderna regulação econômica passa pela *conjunção da lógica própria aos fenômenos de mercado aliada à técnica interpretativa específica aos princípios jurídico-constitucionais*.

A Ordem Econômica delineada no art. 170 da Constituição Federal assume a atividade econômica (eminentemente privada) como capaz de levar à consecução de suas finalidades específicas (proporcionar a todos existência digna de acordo com os ditames da justiça social) e dos próprios objetivos gerais da República (insculpidos no art. 3º). Todavia, já reconhece que a mecânica operacional do mercado comporta falhas⁶ que prejudicam a obtenção de benefícios sociais. Como tais falhas impedem a implementação daquelas finalidades constitucionais, fazem-se necessários instrumentos normativos que eliminem ou atenuem seus efeitos.⁷ Esses instrumentos consubstanciam-se, especificamente, nas normas de Direito Econômico. Com maior precisão, depreende-se que o Direito Econômico veicula *normas que disciplinam a atuação do Estado na economia visando a correção de falhas de mercado e, por meio dessa, busca a realização dos objetivos constitucionais da Ordem Econômica*.⁸

Para se regular relações massificadas, cujas relações de causalidade não são, a princípio, facilmente identificáveis, deve-se utilizar um instrumental analítico e prospectivo especializado, capaz de considerar a realidade econômica e as motivações/conduas dos agentes em nível agregado. Por meio de tal raciocínio *macrológico*⁹, é possível identificar tendências gerais que expressem ou contenham falhas de mercado, permitindo que se lhes dê uma *resposta normativa compatível com sua racionalidade específica*.

Sob esta ótica, as normas de Direito Econômico possuem duas especificidades: a) são concebidas menos como comandos direcionados a condutas individuais e mais como fatores que influenciarão macrológicamente as relações de mercado (minimizando os efeitos das falhas); e b) possuem aspecto teleológico na medida em que buscam, pragmaticamente, a realização dos objetivos fixados pelos princípios constitucionais da Ordem Econômica (insculpidos no art. 170 da Constituição de 1988).

Estas colocações permitem a conclusão de que a *atuação do Estado na economia com vistas à correção de falhas de mercado deve, necessariamente, ser concebida e implementada considerando a (macro)lógica própria das relações de mercado(massificadas), sob pena de ineficácia na realização dos objetivos*

constitucionais da Ordem Econômica. Por isso, afirma-se que *o Direito Econômico é um ramo qualificado por um método.*

Em suma:

i) sob o ponto de vista material, *o Direito Econômico estuda o papel que o Estado desempenha na organização jurídica da estrutura do modo de produção econômica, notadamente na implementação de políticas públicas.*¹⁰ Por meio das normas que consubstanciam essas políticas, são introduzidas variáveis compulsórias ou facultativas ao cálculo dos atores do mercado, estimulando ou reprimindo comportamentos que, provavelmente de acordo com a racionalidade econômica, seriam adotados caso não existisse regulação alguma; e

ii) do ponto de vista metodológico, as normas de Direito Econômico possuem enfoque *macrológico*, sendo concebidas não para fazer justiça entre indivíduos mas, em verdade, em um universo de relações agregadas.¹¹ Cuidam, portanto, de dar resposta às tendências gerais que consubstanciam falhas de mercado, representando a adaptação do instrumental jurídico às *"necessidades da sociedade de massa surgidas após a revolução industrial e afirmadas na modernidade, sobretudo em torno ao consumo."*¹²

2. DIREITO ECONÔMICO, REGULAÇÃO E RELAÇÕES DE CONSUMO

Neste cenário regulatório, encontram-se as normas do Direito das Relações de Consumo que, em que pese serem geralmente vistas sob a ótica das relações intersubjetivas, possuem, de fato, uma função macrológica que transcende a mera individualidade. Não à toa, muito antes de se cogitar a promulgação de um Código específico para a matéria, COMPARATO já considerava a proteção do consumidor como *um importante capítulo do Direito Econômico.*¹³

A proteção da Sociedade de Consumo (definida por relações difusas em um ambiente de mercado) implica na coerção do abuso e no estabelecimento de padrões de qualidade e segurança dos bens ofertados no mercado. Além disso, pressupõe que os consumidores tenham acesso às informações pertinentes às características (qualidade, composição, formas e riscos de utilização etc.) dos produtos e serviços, razão pela qual se impõe aos fornecedores o dever de disponibilizá-las. Restabelecendo o equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, o ordenamento jurídico acaba por colaborar para a manutenção de um ambiente de estabilidade e confiança, base necessária ao desenvolvimento das relações de mercado.¹⁴

A intervenção normativa do Estado nas relações de consumo dá-se, precipuamente, com o objetivo de combater duas das já referidas falhas de mercado: o abuso do poder econômico e a assimetria de informações. Na medida em que o mercado é moldado pelas preferências dos consumidores e que estas são definidas pelas informações que estes detêm acerca dos produtos e serviços, a qualidade e o conteúdo deste fluxo informacional adquire extrema relevância para a moderna regulação econômica. Para melhor contextualizar as possibilidades regulatórias na matéria (e a idéia que se apresentará em conclusão) faz-se apropriada uma breve exposição sobre o papel da informação na orientação das decisões de consumo.

2.1. A função econômica da informação no mercado de consumo

Segundo define a teoria econômica clássica, as transações econômicas são realizadas por agentes que buscam alocar recursos visando maximizar a *utilidade* que tais alocações podem lhes proporcionar. Tal perspectiva pressupõe que os agentes tenham acesso às informações pertinentes e possam, ainda que em nível superficial, processá-las acordo com suas preferências.

Uma das pedras angulares desse marco teórico é a noção de que os preços transmitem informações, contendo em si os dados relevantes e essenciais aos agentes interessados. Em outras palavras, os preços constituiriam sinalização precisa e suficiente acerca das características e das circunstâncias de escassez ou abundância (tanto presente quanto potencial/futura) dos produtos e serviços.¹⁵ Assim, a tomada de escolha com base nos preços (ou melhor: nas informações a eles subjacentes), conduziria ao equilíbrio do mercado e à alocação mais eficiente de recursos.

Todavia, as circunstâncias postas pela modernidade provaram que, na prática, os mercados apresentam distorções na transmissão de informações, o que leva os agentes a procederem escolhas deletérias aos seus próprios interesses e, em última análise, prejudiciais aos interesses comuns da sociedade.

A teoria da assimetria de informações tem por base a constatação de que os agentes econômicos possuem diferentes graus de acesso às informações relevantes e, também, diferentes possibilidades de processá-las, vindo a tomar, portanto, decisões com base em percepções imperfeitas e parciais da realidade. Em 2001, o Prêmio Nobel de Economia¹⁶ foi concedido a George AKERLOF (University of California - Berkeley), Michael SPENCE (Stanford University) e Joseph STIGLITZ (Columbia University), por suas pesquisas na compreensão (e possíveis formas de atenuação) dos efeitos provocados pela assimetria de informações nos mercados.

AKERLOF, em seu seminal artigo "*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*", demonstrou que a assimetria de informações (ou *déficit informacional* dos consumidores) pode dar origem ao que denominou *seleção adversa*.¹⁷ Tal fenômeno ocorre quando os vendedores são mais bem informados do que os compradores acerca da qualidade dos produtos (aí, então, a assimetria). Se o mercado não é regulado e a informação pertinente é transmitida unicamente pelo mecanismo de preços, os produtos de alta e baixa qualidade concorrem entre si tendo a expressão monetária como único critério de diferenciação disponível aos consumidores. Assim, a procura pelos produtos de alta qualidade é drasticamente reduzida (em razão de seu preço mais elevado), o que levará à inviabilização de sua oferta e, portanto, à exclusão do mercado. Logo, em razão dessa "seleção adversa", restarão disponíveis aos consumidores apenas os produtos de baixa qualidade.¹⁸

Diz-se "seleção adversa" justamente porque, em tese, o mecanismo de mercado deveria servir para selecionar os produtos de maior qualidade ofertados a um preço mais razoável, levando a uma alocação ótima dos recursos sociais (escassos) e, em última análise, ao melhor atendimento dos legítimos interesses dos consumidores (e, portanto, de toda a sociedade). Em razão do apontado déficit (assimetria) de informações, é

possível que, na ausência de regulação (ou na presença de regulação ineficiente), dê-se circunstância diversa: a seleção dos produtos de baixa qualidade, ofertados a um preço desproporcionalmente alto (o que é possível pela ausência de concorrentes de maior qualidade) gerando, portanto, efeitos deletérios aos interesses públicos.

O referido déficit informacional está no cerne do mercado de produção e consumo massificados, na medida em que os produtores/fornecedores detêm todas as informações acerca da própria concepção dos bens de consumo, controlando e determinando suas características, qualidade, quantidade, forma e riscos de utilização etc.. Na outra ponta, os consumidores não detêm os dados relevantes acerca do que consomem, seja porque efetivamente não têm acesso a essas informações ou porque, mesmo que elas estejam disponíveis (em algum lugar), o custo de sua obtenção (ainda que apenas em tempo) é por demais desvantajoso.

Com vistas a evitar (ou, pelo menos, atenuar) os efeitos negativos da seleção adversa, faz-se necessária a regulação do fluxo de informações (pertinentes aos produtos e serviços) entre fornecedores e consumidores. Para tanto, o moderno Direito Econômico concebe mecanismos normativos que impõem aos fornecedores o dever de disponibilizar tais informações de forma clara, precisa e suficiente. Ao intervir no mercado com o específico objetivo de atenuar a assimetria de informações, a regulação econômica aumenta o poder (de escolha) dos consumidores e acaba colaborando com o objetivo mais amplo de reequilíbrio das relações de consumo.

Expostas tais premissas, cabe analisar como se configura tal intervenção normativa no Direito pátrio, tanto em relação aos seus fundamentos constitucionais quanto às suas fontes legais mais específicas.

2.2. A regulação da informação para o consumo no ordenamento jurídico brasileiro

A liberdade de iniciativa é definida no art. 170, *caput*, da Constituição de 1988 como fundamento da Ordem Econômica. A finalidade desta ordem é propiciar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se princípios dentre os quais se destacam - por sua relevância ao tema proposto - os insculpidos nos incisos IV e V do art. 170: a livre concorrência e a defesa do consumidor. Pode-se, assim, dizer que, na formatação da Ordem Econômica definida na Constituição de 1988, a liberdade de iniciativa econômica é instrumentalizada (por valores como a livre concorrência e a defesa do consumidor) com vistas a propiciar condições de existência digna a todos (o que constitui a própria *finalidade* da ordem econômica).

A liberdade de iniciativa econômica não é apenas a liberdade de o fornecedor desenvolver e oferecer produtos e serviços mas, em igual medida, é a liberdade de o consumidor escolher os produtos e serviços mais adequados à satisfação de suas necessidades. Em sentido sócio-sistemático, a Constituição erige a livre concorrência como princípio da ordem econômica, assumindo-a como o meio hábil para, além de estimular uma produção mais adequada, garantir diversidade e possibilidades de escolha aos consumidores (de forma que o mecanismo de mercado possa produzir seus efeitos

desejáveis de seleção dos produtos de maior qualidade ofertados a preços mais razoáveis, maximizando o benefício social).

É imprescindível que o potencial adquirente de um produto ou serviço possa, previamente, ter acesso às informações pertinentes ao objeto da contratação, tanto para que possa decidir de forma *qualificada* entre as opções disponíveis no mercado quanto para que, após a contratação, possa usufruir dos produtos/serviços de forma *adequada*, satisfazendo suas necessidades sem incorrer em riscos à sua saúde e segurança.

Pode-se dizer que a intrínseca vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor decorre mais da diferença de quantidade/qualidade de informações detidas acerca do produto (assimetria de informações) do que da diferença de poder econômico *per se* (como pode parecer à primeira vista). É o fornecedor quem domina o processo produtivo, ou seja: projeta, fabrica, traça estratégias de *marketing* e detém todo o conhecimento pertinente à composição, qualidade, quantidade, forma e riscos de utilização dos produtos e serviços.

Na medida em que esse déficit de informação é deletério à satisfação das necessidades dos consumidores (posto que abre margem à escolhas manipuladas, inconscientes e, por isso, potencialmente desvantajosas - seleção adversa), a Lei veio reconhecer a natural vulnerabilidade desta categoria de indivíduos e, nesta medida, estabelecendo uma moldura normativa voltada ao restabelecimento do equilíbrio informacional nas relações de consumo.¹⁹

Por tais razões, o sistema jurídico, partindo do pressuposto de vulnerabilidade do consumidor, consagrou, por meio da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), o princípio do acesso, veracidade, adequação e suficiência da informação²⁰, evitando que, nas transações econômicas, o consumidor seja vítima de abusos, que influenciem - *ilegitimamente* - seu processo de escolha.

Como ensina RIZZATO NUNES, o dever de informar é o princípio fundamental do CDC e "*traz uma nova formatação aos produtos e serviços oferecidos no mercado*", tornando a informação parte integrantes daqueles, que, sem ela, sequer podem ser ofertados.²¹

A questão da informação permeia todo o Direito das Relações de Consumo, não se restringindo à formalidade na transmissão de dados. Todo o regramento pertinente às práticas comerciais e publicitárias enganosas/abusivas busca assegurar que o consumidor receba informações *verazes* acerca dos produtos e serviços, tornando-se verdadeiramente livre para escolher aqueles que melhor sirvam à satisfação de suas necessidades. É interessante notar que a própria adequação dos produtos/serviços à finalidade a que se destinam passa pela qualidade das informações disponibilizadas acerca de suas características. Neste sentido, um fato do produto (acidente de consumo, causador de dano) não raro é precedido (*causado*) pelo não cumprimento do dever de fornecer informações claras, suficientes e precisas acerca das formas de utilização daquele bem.

Interpretando o direito à informação de forma sistemática, percebe-se que sua finalidade não se restringe a possibilitar que os consumidores possam realizar escolhas qualificadas (capazes de satisfazer suas legítimas necessidades). Para além da mera

opção, o direito à informação serve, também, para resguardar a saúde e segurança dos consumidores, permitindo que estes conheçam a forma adequada de fruição dos produtos e os riscos aos quais se encontram expostos.²²

Apresentados os pressupostos do Direito Econômico e o papel de suas normas na regulação das informações pertinentes ao consumo, passa-se à segunda parte do presente trabalho, na qual buscar-se-á expor a emergência de um discurso socioambiental focado no consumo sustentável, bem como as consequências de tal fenômeno para a interpretação do referido quadro normativo.

3. DESDOBRAMENTOS DA MODERNIDADE: A EMERGÊNCIA SOCIOAMBIENTAL²³ E O CONSUMO SUSTENTÁVEL

A constatação dos efeitos socioambientalmente deletérios do industrialismo está no cerne do desencantamento com as promessas da modernidade. Dentro de um quadro mais amplo no qual se desenvolveu a percepção de que os modernos progressos da técnica, ao contrário do que se poderia desejar, vieram a aumentar a instabilidade (e insegurança) social, a percepção da questão ambiental²⁴ ganha destaque.

Em um primeiro momento, o discurso hegemônico pregava que a expansão do capitalismo industrial (também chamado "fordista") seria capaz de gerar um aumento de bem-estar, tanto em termos subjetivos (felicidade), quanto objetivos (condições materiais). Com a consolidação e evolução do modelo, começaram a se tornar evidentes os seus problemas: em primeiro lugar, quanto à desigualdade material (intrageneracional) e o abandono da esfera pública de ação (da própria ação política, preterida pelo paradigma consumista-eogista); e b) em um segundo momento, quanto à constatação da degradação ambiental por ele provocada (desigualdade intergeracional).

A crítica ao projeto industrialista/producionista, fundada na preocupação ambiental, representa o surgimento de um novo "fato social"²⁵, portador de grande potencial emancipatório, na medida em que significa o surgimento de novas agendas políticas e novas necessidades sociais.

O problema da degradação ambiental provocada pelo corrente modo produção e consumo tem pautado parte significativa das discussões políticas (e jurídicas) hodiernas. Este fenômeno é resultado de uma tomada de consciência da sociedade, decorrente da difusão de informações sobre a questão. Em razão do forte apelo que a causa ambiental possui²⁶, observa-se o surgimento do anseio social por um modelo de desenvolvimento sustentável²⁷, capaz de lidar com o problema da escassez de forma a garantir o suprimento das necessidades socioeconômicas das presentes e futuras gerações.

Cada vez mais, a preocupação socioambiental se faz presente, do cotidiano do cidadão comum às discussões acadêmicas em todas as áreas do conhecimento. Foi-se o tempo em que a pauta era exclusiva apenas dos "ecologistas". A ampla divulgação dos problemas climáticos, poluição e deterioração de recursos naturais fez surgir um âmbito de debate no qual emerge a *urgência por um modelo de desenvolvimento sustentável*.

Neste contexto, observa-se o deslocamento da preocupação ambiental do âmbito da produção para o do consumo, o que maximiza o referido potencial emancipatório na medida em que traz a esfera pública para o centro da ação privada cotidiana (o consumo), politizando o consumidor e o transformando, de um mero mandatário da própria satisfação (quando muito), em um possível agente consciente de transformação social.

Essa condição permite que se inverta o paradigma moderno de exacerbação do "privado/individual" em detrimento do "público/coletivo" (no qual o "cidadão" é visto apenas como "consumidor"). Com a introdução da preocupação coletiva com o meio ambiente nas decisões individuais de consumo, o consumidor vê-se reinvestido na condição de cidadão e, assim, passa a poder exercer, no espaço cotidiano, cada vez mais decisões de cunho político (o que adquire considerável relevância quando se tem em mente que "todos somos consumidores"²⁸ - e, acrescente-se: consumimos praticamente em tempo integral).

Para melhor situar a proposição, faz-se adequado contextualizar, historicamente, as causas e nuances do contemporâneo deslocamento do discurso ambiental para o atual foco no consumo.

3.1. Os primórdios e a evolução histórica da preocupação ambiental

Na sua origem, as preocupações com a capacidade de suporte do meio ambiente centravam-se, quase que unicamente, em torno do aumento populacional.

A primeira obra de impacto sobre o tema foi *An essay on the principle of population*, de Thomas Malthus (1803), a qual preconizava que enquanto a população crescia em progressão geométrica, a produção de alimentos crescia em progressão aritmética. Em que pese a teoria malthusiana ter se mostrado equivocada (em razão de fatores não previstos pelo autor, como a migração e o aumento da produtividade da terra e do trabalho), suas idéias ressurgiram no período posterior à 2ª Grande Guerra, renovadas pela questão ambiental.

Essa percepção foi apropriada pelo discurso hegemônico das nações industrializadas, posto que lhes era muito mais conveniente atribuir a degradação ambiental à explosão populacional nos países periféricos do que discutir seus próprios padrões de produção e consumo (e, por consequência, sua responsabilidade pela crise).

Já nos 60 e 70 do século XX, surgiram debates que sugeriam que o aumento populacional, *per se*, não era suficiente para explicar o aumento da degradação e da poluição. Ato contínuo, procederam-se estudos que apontavam o crescimento exponencial da economia (e da produção industrial) como fonte dos problemas. O relatório "*Os limites do crescimento*", elaborado pelo chamado Clube de Roma e publicado em 1972, é um expoente deste paradigma analítico, que começa a atribuir relevância à produção na causa dos problemas ambientais

Tal movimento discursivo teve seu ápice no mesmo ano de 1972, com a "Conferência da Nações Unidas sobre o meio ambiente humano - Estocolmo 72".²⁹ Nesta, travou-se

um confronto ideológico e diplomático entre o Norte e o Sul, na medida em que os denominados países em desenvolvimento exerceram forte pressão para que se reconhecesse que a principal causa da crise ambiental era o modo de vida das sociedades localizadas nos países mais ricos, as quais consumiam (e consomem) a maior parte dos recursos do planeta e geravam (e geram) a maior parte dos resíduos. Assim, a Conferência veio a concluir, formalmente, que a deterioração do meio ambiente era causada pelo crescimento populacional, pela urbanização e pela industrialização.³⁰

Com isso, o debate ambiental sofreu um grande deslocamento, com o surgimento de novos argumentos e novos significados. PORTILHO afirma que Estocolmo inaugurou o Ambientalismo Público, *aumentando a cobertura jornalística e incentivando um progressivo aumento do interesse das pessoas comuns pela questão ambiental.*³¹

Os próprios países desenvolvidos passaram a reavaliar sua condição, limitando-se, entretanto, a rever o aspecto técnico do processo produtivo de forma a torná-lo ambientalmente amigável (sem descaracterizá-lo, em essência, como produção industrial). Assim, surgiram diversas medidas regulatórias que visavam a contenção dos níveis de poluição, limitação de emissões etc..

Em suma, o surgimento de um discurso social centrado na degradação ambiental - e, principalmente, o deslocamento do foco das preocupações correlatas para os limites do processo produtivo - acabou por desconstruir o moderno paradigma (surgido com a Revolução Industrial) de que a expansão da produção e o crescimento econômico aumentam, necessariamente, o bem-estar social. Neste sentido, o próprio paradigma moderno do conflito (esquerda x direita, burguesia x proletariado) é superado pelo caráter difuso do pensamento ecológico.

Ainda que socioambientalmente promissora, a concepção teórica gestada em Estocolmo foi insuficiente. Se identificou o papel dos processos produtivos na degradação, limitou-se a encará-lo sob o ponto de vista meramente tecnicista, ignorando o outro lado da moeda: o consumo e os estilos de vida decorrentes da modernidade. Se identificou a possibilidade de superação do conflito *capital x trabalho* por meio da questão ambiental, falhou ao relevar o novo conjunto de *sujeitos difusos* que surgem no centro da relação interdependente e fluida que se constrói entre o consumo e o meio ambiente: os próprios consumidores.

3.2. O contemporâneo discurso socioambiental acerca do consumo sustentável

Mais recentemente, observa-se um novo passo na evolução destas discussões, de forma que passam a proliferar análises centradas nos impactos do consumo sobre o meio ambiente.

O início deste deslocamento se dá com o relatório da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, *Nosso Futuro Comum* (1987) que reconhece, formalmente, o impacto dos diferentes estilos de vida na degradação ambiental.³² Ainda que tímido em suas proposições (que passaram ao largo de qualquer debate sobre

redução dos níveis de consumo), o relatório foi o primeiro documento transnacional de relevância a emprestar reconhecimento à questão.

Ainda segundo PORTILHO, *esta hegemonia discursiva, contudo, começou a ser desafiada durante as preparações diplomáticas para a RIO 92, quando as negociações preliminares foram o pano de fundo para controversos debates sobre a contribuição relativa das práticas de consumo para os problemas ambientais globais.*³³

Em tais debates, os países em desenvolvimento e os novos movimentos sociais (ONGs internacionais, principalmente), esforçaram-se para atribuir uma maior parcela de responsabilidade pela crise ambiental aos padrões de consumo dos países do Norte. Em que pese a forte resistência, acabaram logrando êxito relativo e, desde então, tal tendência consolidou-se, expandiu-se e aprofundou-se.

Ao lado dos efeitos *subjetivamente* perversos do consumismo, já bem identificados³⁴, destacam-se efeitos *objetivamente* perversos do consumo desmedido, na forma de impactos ambientais que, em caráter difuso, são suportados por toda a sociedade. De forma complexa, típica da contemporaneidade, todos são, ao mesmo tempo, agentes e vítimas do problema.

Hodiernamente, constrói-se o consenso de que a solução do problema da degradação ambiental depende da adequação dos padrões de produção e consumo à capacidade de suporte do ecossistema global. A percepção da necessidade de mudanças em direção ao consumo consciente e sustentável passa a integrar o próprio espírito do nosso tempo (*Zeitgeist*) e da sociedade (*Volksgeist*). Diversos fatores reforçam a adequação desta percepção:

a) os problemas ambientais decorrentes da produção e do consumo assemelham-se em essência mas, para serem eficientemente combatidos, devem sê-lo em instâncias particularizadas de regulação;

b) a regulação da atividade produtiva pode ser eficiente até certo ponto mas possui limites e, pela razão acima apontada, não abarca a totalidade das atividades degradadoras; e

c) por outro lado, torna-se claro que a ampla conscientização acerca dos efeitos nocivos do consumo possui amplas possibilidades de, ao influir sobre a demanda, provocar alterações mais significativas e benéficas sobre as forças produtivas do que qualquer restrição legal direta.

Em que pese a corrente crítica no sentido de que o consumidor seria vítima da comunicação massificada, completamente alienado e produto de necessidades fabricadas pela indústria/mídia, o presente estudo assume que limitar a análise a tais fatores seria por demais empobrecedor. Ainda que se tome cuidado para não adotar, de forma acrítica, a "soberania" decisória e racionalidade ilimitada do consumidor (conforme definidas pela economia neoclássica), acredita-se que seja possível pensar o consumidor como um agente capaz de agir conscientemente e, portanto, de aprimorar as relações de consumo por meio de suas escolhas.

3.3. Riscos e possibilidades da abordagem consumerista da questão ambiental

Na esteira do apontado deslocamento discursivo, identifica-se o processo de conscientização do consumidor, que passa a perceber que quaisquer medidas de regulação estatal e/ou iniciativa industrial são inócuas se não acompanhadas por uma mudança em seus próprios hábitos. O surgimento deste consumidor consciente, preocupado com a repercussão socioambiental de seus hábitos de consumo (e que busca influenciar os hábitos de seus pares), acaba por gerar demanda por produtos e serviços socioambientalmente adequados e assim, reflexivamente, provocar um câmbio nas próprias relações de produção.

Identificado o fenômeno e antes de se propalar as possibilidades sociais e da regulação econômica em face da abordagem consumerista da questão ambiental, devem ser feitas advertências quanto a dois riscos que se apresentam na reavaliação de tal discurso. O primeiro: o de se atribuir toda a culpa e responsabilidade pela degradação aos consumidores, eximindo as estruturas mais organizadas (Estado e empresas) de qualquer dever de ação. É de se notar que, além de sua responsabilidade pela regulação e pela produção em sentido estrito, tais entidades são, também, consumidoras e, como tal, grandes responsáveis pelo impacto ambiental decorrente do consumo. Neste sentido, a repercussão das decisões de consumo de um Estado ou pessoa jurídica possuem, por seu volume, maior relevância individual do que as condutas do cidadão/consumidor final. O segundo: a possibilidade de exacerbação do individualismo pela acentuação demasiada do caráter subjetivo na estratégia de consumo sustentável, o que pode levar à perda de seu apelo social. Se o consumo sustentável pode ser um veículo de renovação da cidadania, também pode representar uma mera busca pela diferenciação egoísta e obtenção de *status* em certo grupo social (tornando-se *consumismo*). Se for assim pervertida, encarada e socialmente aceita, a busca pelo consumo sustentável perde completamente sua eficácia como ação social, tornando-se mais parte do problema do que da solução. Isso porque o consumo puramente egoísta (ainda que consciente) reforça a premência do privado sobre o público, enfraquecendo a ética da responsabilidade coletiva. Por outro lado, se eticamente concebida, tal busca torna-se um importante catalizador do sentimento de pertencimento e de comunidade, na medida em que todos encontram-se expostos às consequências deletérias da degradação ambiental e, ao mesmo tempo, em posição relativa de colaborar, cotidianamente, para a solução do problema.

Se identificava-se, no centro das estruturas sociais modernas, as relações de trabalho, pode-se indentificar, em suas contrapartes contemporâneas, as relações de consumo (ao lado de expressões como sociedade pós-moderna, de risco, da informação etc., fala-se em *sociedade de consumo*). A fragmentação atual retira o binômio produção/trabalho e coloca o consumo no centro organizador da sociedade, retirando-o de um ambiente pseudo-institucionalizado (como é o trabalho) para colocá-lo em um ambiente de atividades cotidianas.

Como todos somos consumidores e consumimos o tempo todo, a inclusão da variável ambiental nas decisões de consumo constitui tendência de ação social que possui inegável potencial emancipatório. Assim, para PORTILHO, o papel do discurso do consumo sustentável é o de servir de oportunidade de reflexão, de forma que "*as consequências de nossas velhas maneiras de aquisição e gasto, até então obscuras, seriam agora tornadas transparentes pelo discurso verde, com o objetivo de estimular*

Na medida em que, nas condições contemporaneidade, as relações sociais tornam-se difusas, as próprias ações emancipatórias também, de forma que os sujeitos difusos tornam-se seus principais agentes.

Na modernidade, o consumo foi sacralizado no altar da liberdade individual e acabou tornando-se um instrumento de dissolução dos espaços públicos e do fim da cidadania. O privado exacerbou-se de tal maneira que o sujeito, que era visto como cidadão, passou a ser visto tão somente como consumidor. O que lhe eram direitos sociais (moradia, educação etc.), passaram a ser encarados apenas como produtos e serviços a serem consumidos (adquiridos e fruídos individualmente).

Na contemporaneidade, sem embargo, observa-se potencial para a ocorrência de movimento oposto, ainda que pela mesma via (do consumo). Se as preocupações ambientais passam a integrar a ação cotidiana de consumo, reinsere-se a esfera pública (política) no cotidiano, ainda que por meio de uma ação aparentemente privada. Se a esfera pública outrora fora privatizada, agora o espaço privado é invadido pelo público e o consumidor passa a poder exercer a cidadania no ato de consumo (atuando privatisticamente comprometido com as consequências coletivas e difusas do seu agir).

4. O DIREITO ECONÔMICO E A REGULAÇÃO REFLEXIVA DO CONSUMO

O surgimento do anseio social por um modelo de desenvolvimento sustentável afeta o ordenamento jurídico de forma bastante ampla, impondo que toda intervenção normativa do Estado em relação à economia seja orientada, *pelo menos mediatamente*, para a promoção de tal modelo.³⁶ Mais especificamente, dentro do escopo do presente trabalho, refere-se que a emergência de um discurso ambiental centrado no consumo produz, como consequência, a necessidade de reinterpretação do Direito posto à luz das novas necessidades que dele decorrem.

O paradigma do Direito (e do que se denominou Direito Ambiental) até pouco tempo, referia-se à preservação (de espécies, de ecossistemas etc.) e, no que é relevante ao presente trabalho, à imposição de limites à atividade produtiva.

Contemporaneamente, percebe-se que regulação sobre a produção não é completamente eficiente em termos de redução da degradação ambiental, na medida em que: **a)** nem toda poluição decorre diretamente da produção (há aquela consubstanciada nos resíduos sólidos provenientes do descarte dos produtos consumidos); **b)** a regulação da produção lida com as consequências desta enquanto suas causas permanecem inalteradas; e **c)** em maior ou menor medida, as formas de regulação sobre o atual modelo de produção já foram suficientemente pensadas e, até mesmo, implementadas.

Assim, surge a necessidade de se regular o consumo. O obstáculo que se apresenta é o fato de que colocar limites diretos ao consumo privado³⁷ mostra-se extremamente problemático, na medida em que representaria potencial atentado à liberdade de escolha e, por extensão, violação dos direitos e liberdades individuais.

As tentativas de limitação ao consumo seriam de difícil implementação posto que, politicamente, não contariam com a simpatia generalizada (a maioria dos indivíduos não veria com bons olhos uma tentativa hierarquizada de se impor limites às suas atividades cotidianas) e, possivelmente, sucumbiriam perante o *lobby* de setores industriais organizados.

Ainda, é de se pensar se os efeitos imediatos da implementação precipitada de uma regulação que limite o consumo não seriam desproporcionalmente indesejáveis. Neste sentido, a teoria econômica apresenta o conceito de "dependência da trajetória". Dadas as condições do mundo tal qual postas, medidas drásticas que determinassem uma alteração brusca dos parâmetros produtivos provocariam, no curto prazo, instabilidade social (desemprego e outros efeitos deletérios decorrentes) que superariam, em ônus, os ganhos decorrentes da mudança. Tendo em mente que uma das funções precípua do Direito é garantir a paz e a estabilidade social, resta claro que tal caminho não é o mais razoável. Somente um sistema jurídico capaz de incorporar e canalizar o constante movimento de evolução dos valores fundamentais de uma sociedade pode levar adiante transformações sociais sem a necessidade de rupturas abruptas e revoluções que, por instaurarem insegurança e instabilidade, no curto e médio prazo geram mais prejuízos do que benefícios socioambientalmente desejáveis.

Diante de tal cenário, apresenta-se a possibilidade de regulação por meio do Direito Econômico, ou seja, por meio de instrumentos que aproveitem a lógica de funcionamento das relações de mercado para estimular a conscientização dos consumidores e a sustentabilidade dos seus hábitos. Com isso, parte-se estruturalmente do âmbito agregado (mercado) para influir sobre as condutas individuais mas já tendo em vista que, em um segundo momento, a mudança de hábitos de consumo, agregadamente considerada, acabará por modificar, *reflexivamente*, a formatação do próprio mercado.

O referido movimento enquadra-se no que GIDDENS denominou de Modernidade Reflexiva, ou seja, o fato de que, na vida social contemporânea, as práticas sociais são constantemente analisadas e reformadas à luz das informações produzidas acerca daquelas próprias práticas.³⁸ O fato de a sociedade passar a examinar e buscar reformar suas próprias práticas de consumo em razão das informações que surgem acerca das consequências nefastas destas práticas, constitui um movimento essencialmente reflexivo. Neste sentido, faz-se necessário o advento de modelos regulatórios e técnicas interpretativas que potencializem as possibilidades de reflexividade social.

Particularmente, torna-se relevante intervir nas relações de consumo por meio da regulação do fluxo de informações entre fornecedores e consumidores, garantindo que aqueles disponibilizem a estes as informações ambientalmente pertinentes aos produtos e serviços que oferecem e disponibilizam.

Tal perspectiva parte da constatação de que a preocupação com a questão ambiental encontra-se em processo de difusão bastante significativo (e tende a aumentar), de forma a já integrar as preferências dos consumidores. Portanto, garantir o acesso aos referidos dados ambientalmente pertinentes é garantir, em última análise, a liberdade de escolha³⁹ constitucionalmente determinada.

Desta forma, amplia-se o potencial de reflexividade social: a informação sobre a qualidade ambiental é transmitida aos consumidores (em razão da constatação dos efeitos sociambientalmente deletérios do consumo) e, uma vez recebida, retorna à sociedade, possibilitando a alteração dos comportamentos que lhe serviram de base e formando um verdadeiro ciclo virtuoso de discussão, entendimento e solução do problema.

5. CONCLUSÕES

Considerando, de um lado, os pressupostos constitucionais do Direito Econômico, a função econômica da informação nos mercados e o tratamento positivo dado à matéria pelo Direito das Relações de Consumo⁴⁰ e, de outro, a emergência da necessidade social por um modelo de desenvolvimento sustentável e o deslocamento das preocupações ambientais do campo da produção para o do consumo, articulam-se seguintes conclusões:

5.1. A resignificação do direito à informação em face do imperativo do consumo sustentável

Devido à evolução natural às sociedades, os textos normativos devem ser interpretados de acordo com as necessidades de cada época, adequando-se ao espírito do tempo no qual se dá o trabalho de reconstrução aplicativa da norma. Se quando da edição do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/90) o conceito de "informações pertinentes" estabelecido ligava-se à forma de utilização e qualidade intrínseca dos produtos e serviços, contemporaneamente, dada a conscientização acerca da urgência da questão ambiental, é inegável que a exigência de informações claras e suficientes sobre produtos e serviços compreende as informações ambientalmente pertinentes (qualidade extrínseca) àqueles bens de consumo.⁴¹

Isso é possível em decorrência da própria técnica normativa tipicamente reflexiva utilizada pelo CDC que, já inserida no âmbito de incertezas da contemporaneidade, faz uso de expressões de conteúdo vago e geral, conferindo ao aplicador do Direito uma maior "margem de manobra" e campo de atuação na reconstrução dos sentidos normativos e, assim, permitindo uma evolução dinâmica da interpretação do conteúdo normativo em face das transformações decorrentes da evolução dos legítimos anseios (necessidades) sociais.

Pode-se dizer que em face do "filtro interpretativo" posto pelas novas necessidades sociais (sustentabilidade, principalmente), o direito à informação acerca das características e riscos inerentes à utilização dos produtos e serviços passa por uma *resignificação* de conteúdo, adquirindo, reflexivamente, um novo significado. Em outras palavras, tal direito não pode mais ser compreendido apenas sob o ponto de vista (filtro interpretativo) daquele que adquire e efetivamente utiliza o produto. Com efeito, faz-se necessária a busca por um novo paradigma (e um novo significado), capaz de definir aqueles termos de "características", "qualidade" e "riscos de utilização" sob a

perspectiva complexa das necessidades (legítimas, frise-se) difusas decorrentes da questão ambiental.

Se no passado as características e a qualidade do produto eram entendidas como relacionadas à suas composição e forma de utilização, hoje tais conceitos devem abarcar as características ambientalmente pertinentes ao ciclo de produção e descarte. Se os riscos de utilização eram compreendidos como relativos à integridade física/saúde do utente, hoje devem ser compreendidos como a possibilidade de dano difuso à coletividade, na forma de impacto ambiental.

Se a necessidade social existe, a regulação estatal deve corresponder, garantindo o acesso e livre difusão dessas informações e permitindo que os consumidores possam realizar suas escolhas de forma *qualificada*.

Com efeito, a disponibilização de tal ordem de informação colabora para a formação das preferências dos consumidores, alterando, ainda que mediatamente, a demanda. Integrando o movimento de alteração da demanda, acaba por influir sobre os preços e, por consequência, a condicionar a oferta, caracterizando movimento reflexivo de inegável potencial emancipatório. Ademais, é razoável inferir que a institucionalização do dever de prestar tais informações acabará produzindo efeitos multiplicadores sobre a educação do consumidor/cidadão no que atine à preservação ambiental, ampliando a aludida reflexividade emancipatória.

5.2. A função socioambiental da informação para o consumo

Em face da emergência socioambiental⁴² e da necessidade social por um modelo de consumo sustentável, o direito a informação adquire uma nova função, ao lado daquela eminentemente econômica.

Como exposto, a teoria econômica clássica define que a função da informação nos mercados é subsidiar as decisões dos consumidores, para que possam exercer escolhas qualificadas, de forma a suprir suas necessidades de acordo com suas preferências (e legítimas expectativas). Também como referido, a moderna teoria econômica constatou que a transmissão de informações unicamente pelo mecanismo de preços possibilita o fenômeno da *seleção adversa*, em razão do qual, na ausência de regulação, os fornecedores podem ocultar informações relativas à baixa qualidade dos produtos, o que leva bens de baixa e alta qualidade a concorrerem entre si tendo o preço como único referencial de diferenciação acessível aos consumidores. Isso leva, em última instância, à exclusão dos produtos de alta qualidade ofertados a um preço razoável do mercado, em favor de produtos de baixa qualidade ofertados a preços exorbitantes.⁴³

Tanto quanto essa falta de informações sobre o produto *em si* leva à seleção adversa e ao prejuízo aos consumidores individualmente considerados, a falta de informações acerca da *qualidade e riscos ambientais* dos produtos e serviços leva à uma *seleção adversa sistêmica*, ou seja, à seleção de produtos ambientalmente nocivos que, justamente por ignorarem valores socioambientais e não internalizarem tais custos, são mais baratos.

Sem que se institucionalize, efetivamente, o dever de os fornecedores transmitirem aos consumidores as informações ambientalmente qualificadas⁴⁴, os produtos ecologicamente corretos (que custam mais) continuarão a concorrer com os que degradam o meio-ambiente (e, por isso, custam menos⁴⁵) tendo como única possibilidade de diferenciação (aos olhos dos consumidores) o preço. Com isso, os produtos "ambientalmente corretos" serão excluídos do mercado, tornando inviável a realização do consumo sustentável

Portanto, pode-se dizer que, ao lado da função econômica⁴⁶ exercida pela informação no mercado de consumo, esta passa a desempenhar uma *função socioambiental*⁴⁷ que é, precisamente, permitir que os consumidores escolham produtos com base na sua *qualidade/impacto/risco ambiental*, evitando a difusa seleção adversa em relação à variável socioambiental.

Tanto quanto o entendimento (significado) "clássico" da regulação pertinente impõe aos fornecedores o dever de informar acerca das características intrínsecas dos produtos e serviços de forma a atender os interesses individuais dos consumidores, a regulação modernamente preconizada deve garantir que estes tenham efetivo acesso às *informações ambientalmente pertinentes* (características extrínsecas / qualidade socioambiental) daqueles bens, atendendo aos interesses difusos de forma a incentivar, reflexivamente, o consumo consciente e sustentável.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRAL, Welber *et. al.* **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005.

BETTI JR., Leonel. **O Desenvolvimento Sustentável como finalidade do Direito Econômico**. Revista de Direito Empresarial nº 10. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Manole. 2004.

COMPARATO. Fábio Konder. **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2004.

_____ ; GIBRAN, Fernanda Mara. **Consumo e Pós Modernidade**. II Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental, 2008, Curitiba. Anais II Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental - Seminário, 2008.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 9, 2005, p. 27-61

FERRAZ, Roberto. A Macrológica do Direito Econômico. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 142. 2007. p. 80-86.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3a Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo, Cortez, 2005.

Salomão Filho, Calixto. *et. al.* **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

THE ROYAL SWEDISH ACADEMY. OF SCIENCES. **Markets with Asymmetric Information**. Paper disponível em http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2001/public.html. Acessado em 13/10/2008.

VEIGA. José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007.

1 Expressão que se utilizará querendo significar o conjunto de circunstâncias atinentes à interação entre sociedade e meio-ambiente, principalmente no que diz respeito aos impactos deletérios do modo de produção e consumo sobre a capacidade de suporte deste (esgotamento de recursos, poluição etc.).

2 VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. *passim*.

3 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. *passim*.

4 AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. p. 35/36.

5 BETTI JR., Leonel. **O Desenvolvimento Sustentável como finalidade do Direito Econômico**. Revista de Direito Empresarial nº 10. p. 46.

6 Falhas de mercado são circunstâncias em que as relações de mercado (não reguladas) geram custos sociais superiores aos benefícios que proporcionam. Geralmente são identificadas com distorções que não permitem que os preços forneçam sinais adequados e suficientes aos agentes econômicos (fornecedores e consumidores). Tais distorções podem se dar quanto à concorrência (concentração de poder econômico), assimetria de informações, suprimento de bens coletivos e, principalmente, quanto às externalidades (NUSDEO, p. 138/167).

7 A presença de falhas de mercado justifica a incidência das normas de Direito Econômico, evitando distorções dirigistas e falhas de regulação capazes de agravar os custos sociais envolvidos (tão ou mais que as falhas de mercado propriamente ditas). Como afirmam FARACO e SANTOS, caso a aplicação de determinada norma jurídica interfira em certa relação social quando não há falha de mercado, restará comprometida a busca pelo aperfeiçoamento deste pela inibição injustificada ao livre intercâmbio de bens e direitos ("**Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil**". p. 2).

8 BETTI JR., Leonel. *op. cit.* p. 51.

9 FERRAZ, Roberto. **A Macrológica do Direito Econômico**. *passim*.

10 AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. p. 28.

11 FERRAZ, Roberto. *op. cit.* p. 81.

12 FERRAZ, Roberto. *op. cit.* p. 85/86.

13 COMPARATO. Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**, p. 473.

14 Note-se que as grandes crises econômicas são, essencialmente, crises de confiança (como em 1929 e, mais recentemente, com a questão das hipotecas de segunda linha - *subprime*).

15 NUSDEO. Fabio. **Curso de Economia**. p. 143.

16 *Bank of Sweden Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel*.

17 Para um resumo dessas questões, consultar: **Markets with asymmetric information**. Disponível em http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2001/public.html.

18 AKERLOF denomina tais produtos problemáticos de "limões", posto que utiliza como base empírica o mercado de carros usados e estes, quando problemáticos e de baixa qualidade, são coloquialmente denominados de "*lemons*" na América do Norte (de forma semelhante a que, no Brasil, rotula-se algo problemático como um "abacaxi").

19 De forma bem mais ampla, a Lei tem por finalidade estabelecer o equilíbrio em todos os aspectos da relação de consumo.

20 Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha [...]; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, [...]; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais"; [...] Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas [...].

21 RIZZATO NUNES, **Curso de Direito do Consumidor**, p. 129.

22 Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

23 Expressão consagrada por VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. *passim*.

24 Como já exposto na introdução, expressão que significa o conjunto de circunstâncias atinentes à interação entre sociedade e meio-ambiente, principalmente no que diz respeito aos impactos deletérios do modo de produção e consumo sobre a capacidade de suporte deste (esgotamento de recursos, poluição etc.).

25 Compreendido como uma forma de concepção e ação compartilhada coletivamente, que implica no estabelecimento de regras consensuais sobre o que é certo ou errado, permitido ou proibido.

26 A degradação ambiental, por minar o suporte de recursos dos quais a espécie humana extrai as condições para a sua sobrevivência, pode, se não contida, levar à extinção da espécie.

27 Conceito que, atualmente, representa o agregado dos fundamentos e objetivos da Ordem Econômica conforme postos pela Constituição de 1988. Para um aprofundamento desta percepção, vide BETTI JR., Leonel. **O Desenvolvimento Sustentável como finalidade do Direito Econômico**. Revista de Direito Empresarial nº10, *passim*.

28 Expressão celebrizada por John F. Kennedy que a proferiu ao iniciar seu discurso ao Congresso norte-americano em 15 de março de 1962.

29 Na qual tornou-se célebre o fato de o representante brasileiro ter convidado as indústrias dos países desenvolvidos para virem poluir no país (pois, *se os países ricos não queriam mais o progresso, ele aqui seria bem vindo*).

30 PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania**. p. 45.

31 *Idem*. p. 48.

32 PORTILHO, Fátima. *op. cit.* p. 49.

33 *Idem*. p. 51.

34 É bastante difundida a assertiva de que, dadas as condições da modernidade, os sujeitos trabalham mais do que deveriam para comprar bens dos quais não necessitam e que, tampouco, colaboram para sua felicidade.

35 PORTILHO, Fátima. *op. cit.*, p. 159.

36 Por tal razão, devem ser implementadas, sistemática e eficientemente, medidas como as chamadas "licitações verdes", a tributação ambientalmente orientada, a aplicação de subsídios direcionados à pesquisa/geração/comercialização de energia renovável, o incentivo à implementação de mecanismos de comercialização de direitos oriundos da redução de emissões de gases do efeito estufa (e pela redução de desmatamento e degradação) etc..

37 Como cotas, por exemplo.

38 GIDDENS, Anthony. *op. cit. passim*.

39 Na ausência de regulação teleológica e apropriada, o consumidor que pretende agir conscientemente encontra dificuldades imensas em obter acesso às informações pertinentes ao impacto ambiental dos produtos e serviços que adquire/contrata.

40 Na Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - CDC.

41 Bem como seu processo de produção e formas de descarte.

42 VEIGA, José Eli da. *op. cit. passim*.

43 Invertendo a lógica classicamente esperada do mercado, que seria a de selecionar os produtos de maior qualidade ofertados a um preço mais razoável, levando a uma alocação ótima dos recursos sociais (escassos) e, em última análise, ao melhor atendimento dos legítimos interesses dos consumidores (e, portanto, de toda a sociedade).

44 Já prevista no ordenamento jurídico brasileiro em razão da resignificação do direito à informação, conforme referido no ponto 5.1.

45 Por não internalizarem os custos ambientais correlatos.

46 Tal função econômica é desempenhada espontaneamente no ambiente de mercado.

47 Já a função socioambiental representa a atuação principiológica do Direito Econômico buscando regular as relações de mercado para a realização do Desenvolvimento Sustentável constitucionalmente posto.

A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

L'ORDRE ÉCONOMIQUE CONSTITUTIONNELLE À LA LUMIÈRE DU PRINCIPE DE LA LIBRE CONCURRENCE

Erica Ludmila Cruz Barros

RESUMO

Uma análise da ordem econômica em todas as Constituições Brasileiras mostra as diferentes faces do Estado, em cada período, desvendando como o Estado Brasileiro disciplinava juridicamente as relações econômicas e, por fim, revela a importância de tais normas estarem consagradas em nível constitucional. O presente artigo ainda analisa a ordem econômica constitucional disposta na Constituição de 1988 frente ao princípio da livre concorrência, para isso, será demonstrado como o respeito a esse princípio traz benefícios não apenas para os agentes econômicos mais fracos, mas também, para toda a sociedade que terá uma maior quantidade de bens e serviços à sua disposição para escolher o que julgar de melhor qualidade.

PALAVRAS-CHAVES: ORDEM ECONÔMICA, LIVRE CONCORRÊNCIA, AGENTES ECONÔMICOS

RESUME

Une analyse de l'ordre économique en toutes les constitutions brésiliennes montre les différentes facettes de l'Etat, à chaque période, démontrant comment l'Etat brésilien disciplinait juridiquement les relations économiques et, enfin, révèle l'importance de la place de ces normes au niveau constitutionnel. Cet article porte aussi sur une analyse de l'ordre économique constitutionnelle contenue dans la Constitution de 1988, face au principe de la libre concurrence. À cet effet, ce travail démontrera comment le respect à ce principe apporte de bénéfices non seulement pour les agents économiques les plus faibles, mais également, pour toute la société qui ait une plus grande quantité de biens services à sa disposition pour que pour choisir ce lequel il juge de meilleure qualité.

MOT-CLES: ORDRE ÉCONOMIQUE, LIBRE CONCURRENCE, AGENTS ÉCONOMIQUES

1. INTRODUÇÃO

A finalidade da ordem econômica é organizar e regulamentar as atividades econômicas, mas para isto, é imprescindível que alguns princípios sejam obedecidos não apenas pelo Estado como pelos agentes privados.

Existiu uma época em que a participação do Estado na economia era vista pelos particulares como algo negativo, ou uma forma de atrapalhar o livre desenvolvimento do mercado, nesses tempos acreditava-se que a concorrência era regulada por regras naturais e sempre alcançava o equilíbrio. Contudo, as crises econômicas advindas do liberalismo clássico ensinaram aos países que o Estado pode ajudar nas relações de mercado sem, contudo, comprometer a economia.

Dito isso, a “intervenção” não precisa ser encarada como sinônimo de intromissão, contudo, como uma maneira aconselhável do Estado evitar abusos por parte dos agentes privados detentores de maior poder econômico e também como uma forma de garantir a concretização da tão sonhada justiça social. Diminuir a distância entre os indivíduos e buscar condições dignas para todos, é um dos fundamentos da ordem econômica atual.

Uma análise da ordem econômica em todas as Constituições Brasileiras mostra as diferentes faces do Estado, em cada período, revelando como o Estado Brasileiro disciplinava juridicamente as relações econômicas e, por fim, mostra a importância de tais normas estarem consagradas em nível constitucional. Todavia, será com o estudo da ordem econômica prevista na Constituição de 1988 que se poderá ter uma visão clara de todo o avanço no tratamento das atividades econômicas até os dias de hoje.

Por fim, a proposta desse trabalho é analisar a ordem econômica constitucional à luz do princípio da livre concorrência, para isso, será demonstrado como o respeito a esse princípio traz benefícios não apenas para os agentes econômicos mais fracos, mas também, para toda a sociedade.

2. ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A ordem econômica faz parte da ordem jurídica e demonstra, com suas normas, como o Estado organiza a economia. Foi em 1917 com a Constituição Mexicana, que uma ordem econômica, pela primeira vez, foi regulada, embora existissem normas econômicas em algumas constituições, ainda não eram organizadas, ou seja, não estavam dispostas visando alcançar alguma finalidade.

O certo é que a Constituição Federal deve trazer em seu conteúdo normas capazes de legitimar a intervenção do Estado na economia, reprimindo abuso de alguns particulares e criando condições para que outros interessados consigam ingressar no mercado econômico. No Brasil a Constituição de 1934 trouxe pela primeira vez uma disposição

de normas intituladas da “Ordem econômica e social”, contudo, como já foi exposto, isso não significa que nas anteriores não houvesse normas com conteúdo econômico.

É de grande valia o estudo das normas econômicas nas Constituições Brasileiras, afinal, tal tarefa, apesar de árdua, desvenda as faces do Estado diante da economia desde a primeira constituição brasileira.

2.1 A Constituição de 1824

Originou-se a Constituição de 1824 influenciada pelo constitucionalismo histórico do século XIX, movimento que tem em seu cerne, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual por sua importância foi adotada na parte do preâmbulo da Constituição Francesa de 1791.^[1] Ora, o absolutismo do ponto de vista ideológico, era o oposto do constitucionalismo que proclamava o limite da atuação Estatal frente às liberdades individuais.

Em 1822 houve a declaração de independência, a nação encontrava-se, pelo menos do ponto de vista formal, livre e soberana. Era normal e esperado que no bojo da Constituição existisse uma tendência liberal, em virtude do desejo dos portugueses em se inserirem nos quadros do liberalismo econômico que seduzia o mundo. ^[2]

O fato é que uma Constituição liberal tem de dispor de um conjunto de normas jurídicas capazes de garantir uma esfera de liberdade incompatível com as determinações de um Estado absolutista. Aqui os indivíduos passavam de meros súditos a detentores ou titulares de direitos. Contudo, ainda havia muito para se avançar, pois até mesmo a escravidão permaneceu viva na sociedade e na Constituição.

Sem dúvida, é totalmente contraditório que uma Constituição com propostas liberais, exclua determinada parcela de indivíduos da cidadania. Existem inúmeras razões éticas para condenar a escravidão, mas também, razões econômicas, afinal, os escravos não recebem salário em razão do trabalho que desempenham, logo, sem remuneração ficavam impossibilitados de atuarem no mercado. “Nesse marco, o trabalho escravo era uma barreira para a consolidação de um mercado de consumidores para uma sociedade liberal democrática”.^[3]

No que tange a ordem econômica, a Constituição de 1824 não trouxe título ou capítulo para discipliná-la, contudo, há certas normas que tinham por finalidade regular relações econômicas. Tratando dos direitos individuais dispostos constitucionalmente, João Bosco enumera alguns que possuem reflexos econômicos:

a transcendência e inviolabilidade dos direitos individuais ou naturais têm como conseqüências a plenitude do direito de propriedade, a liberdade de indústria e comércio, a abolição das corporações de ofício, a garantia do direito de propriedade sobre os inventos, como se infere da leitura do art. 179, parágrafos 22, 24, 25 e 26.^[4]

Enfim, o liberalismo parece ter sido de grande inspiração para a Constituição do Império, momento em que cabia ao Estado apenas assegurar que as leis naturais de mercado se desenvolvessem, quando muito, sua intervenção se limitava a afastar os embaraços que comprometiam o ritmo natural da economia.[5]

2.2 A Constituição de 1891

Em 15 de novembro de 1889, com o decreto n. 1 foi proclamada de forma provisória a República, fato este que se deu em decorrência da perda de prestígio do regime monárquico. Pode-se afirmar que a Primeira República consolidou, de fato, o liberalismo no Brasil.

A Constituição da República permaneceu em vigor até 1930, quando não teve forças contra a Revolução liderada por Getúlio Vargas.[6] Sobre a Carta de 1891, algumas observações ainda podem ser feitas:

Apesar ou por causa do aparente sucesso dessa atuação solitária do seu “elaborador maior”, a verdade é que, decorridas duas décadas da sua promulgação, já se tornava evidente que a Constituição de 1891 não dispunha de força normativa suficiente para ordenar o processo político, do que resultou o surgimento de insatisfações generalizadas, tendentes à aboli-la ou, no mínimo, a reformá-la profundamente.[7]

Se o federalismo dos Estados Unidos da América trouxe ao Brasil a sede de mudança na órbita política, em termos econômicos, pouco foi modificado, visto que a ideologia do liberalismo continuou a dominar o texto constitucional. O Direito de propriedade estava protegido pelo art. 72, § 17 da Constituição de 1891[8], e em razão deste direito, outros como a liberdade de indústria e comércio, o direito sobre os inventos industriais, a propriedade das marcas de fábrica, também eram tutelados. [9]

2.3 A Constituição de 1934

Depois da primeira guerra mundial, vários países pelo mundo sentiram a necessidade da existência de um Estado que é muito mais do que mero observador das leis naturais de mercado. A intervenção torna-se imperiosa para reprimir os abusos por parte daqueles que conseguiam se estabelecer no mercado. Pela primeira vez o constituinte brasileiro se preocupou em dedicar um título às relações econômicas, assim, do artigo 115 ao artigo 143, foram estabelecidas normas jurídicas para regular e disciplinar a “Ordem Econômica e Social”.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade tecem um interessante posicionamento sobre a Carta de 1934, que muito fala sobre o espírito dessa Lei:

Em rigor a organização dos poderes não rompera com os fundamentos liberais da tradição nacional, mantendo como órgãos da soberania, dentro dos limites constitucionais, os três poderes clássicos da teoria de Montesquieu, independentes e coordenados entre si, vedando inclusive a delegação de suas atribuições... Quanto aos direitos e garantias individuais, mantiveram-se basicamente o de nossa tradição liberal, havendo até aperfeiçoamento com respeito à proteção dos direitos líquidos e certos contra atos manifestamente inconstitucionais ou ilegais de qualquer autoridade, instituindo-se para tanto uma nova figura processual: o mandato de segurança... Mas não padece dúvida que a tônica da Constituição de 34 recaiu sobre o Estado Social. O novo pacto, sobre declarar a inviolabilidade do direito à subsistência, já não mantinha com as outras constituições o direito à liberdade em toda a sua plenitude, senão que ao garanti-lo assinalava que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, sujeitando-o assim às limitações que a lei determinasse. [10]

Vários dispositivos demonstram uma tendência democrática nessa constituição, pode-se citar o voto das mulheres[11], a preocupação do poder público com os padrões de vida nas diferentes regiões do país[12], a regulamentação de normas trabalhistas de ordem constitucional[13], entre outros.

Ainda sobre a ordem econômica e social disposta na Constituição tinha por fim também assegurar a existência digna de todos, e possibilitar a liberdade econômica. De acordo com os mandamentos constitucionais, era possível a União monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, desde que houvesse regulamentação legal e interesse público.[14]

2.4 A Constituição de 1937

Conhecida como a Polaca, por ser inspirada na Constituição Polonesa, a Constituição de 1937, trazia uma clara manifestação de poder autoritário concentrado nas mãos do Chefe do Executivo no art. 180: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.” Ora, como o parlamento esteve fechado, cabia a Getúlio Vargas disciplinar de forma autoritária o curso que o Estado deveria seguir, sem que houvesse qualquer controle sobre os decretos-lei que expedia.

Existia o título dedicado “A Ordem Econômica”, disposto do art. 135 ao art. 155. A intervenção do Estado foi positivada constitucionalmente no art. 135,[15] contudo, durante o Estado Novo, Getúlio Vargas gozou de plenos poderes, o que tornou a maioria dos dispositivos constitucionais meras folhas de papel sem nenhuma aplicabilidade.

2.5 A Constituição de 1946

Em 1945 Getúlio Vargas teve de enfrentar o desafio de redemocratizar o país, visto que o Brasil esteve na Segunda Guerra apoiando os aliados contra as ditaduras nazi-facistas. O certo é que após a segunda guerra, o autoritarismo tinha que ceder seu lugar agora fracassado para os ideais democráticos.

A Lei Constitucional 9, de 28.02.1945 foi uma das primeira atitudes do presidente, com esse instrumento legal vários artigos da Constituição até aquele momento vigente, tiveram que ser modificados, “a fim de propiciar aquele desiderato, mediante a eleição direta do Presidente da República e do Parlamento.”[16]

Essa Constituição tinha uma essência liberal, contudo, o liberalismo de 1946 era diferente, tratava-se de um “novo liberalismo”, pois levava em consideração fatores sociais que antes eram negligenciados, além disso, a autonomia da vontade recebe limitação de outros institutos de direito privado, tais como o contrato e a propriedade.[17]

Contemplou um título para a ordem econômica e social e reservou artigos para os direitos do trabalhador, legislação previdenciária, estabeleceu a percentagem de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão ou em setores da indústria e do comércio, tornou livre a associação sindical, reconheceu a greve como um direito regulado em lei.[18]

2.6 A Constituição de 1967 e A Emenda Constitucional n.1, de 1969

Foi uma Constituição bastante influenciada pela Constituição de 1937, sua característica marcante está na clara preocupação em manter a segurança nacional.

Dos artigos 157 ao artigo 166, tratou da ordem econômica e social. O art. 157 afirma que a justiça social é a finalidade da ordem econômica e elenca os seguintes princípios: livre iniciativa, valorização do trabalho como condição de dignidade humana, função social da propriedade, harmonização e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico, repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Os comentários a seguir são de José Afonso da Silva:

é menos intervencionista do que a de 1946, mas em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos do trabalhadores.[19]

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que substituiu a Constituição de 1967, inseriu o princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo.[20]

2.7 A Ordem Econômica na Constituição de 1988

Foram estudadas até aqui as disposições referentes ao ordenamento jurídico econômico desde a Constituição do Império de 1824, chega, portanto, o momento oportuno para analisar a ordem econômica disposta na Constituição Federal de 1988.

O título VII da Constituição de 1988 trata “Da Ordem econômica e financeira”, que aparece definida do art. 170 ao art. 192. Afirma o art. 170 que a ordem econômica está fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, como forma de se assegurar a existência digna para todos. Isso significa que a ordem econômica brasileira está consagrada em um regime capitalista, que admite a livre iniciativa e dá prevalência a valorização do trabalho humano sobre todos os outros valores da economia de mercado.[21]

Mas como se consegue assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social? Seria essa a finalidade da ordem econômica, mas também, o grande desafio a ser enfrentado. Justiça social não é atingida quando há grande desigualdade no nível social dos indivíduos. Com efeito, onde reina a fome, a miséria, a mortalidade infantil, o desemprego e a violência, estar-se ainda bem longe de uma existência digna para todos.

O art. 170 indica os princípios a serem observados pela ordem econômica, são estes: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. A doutrina adverte que esses não são os únicos princípios informativos da atividade econômica, além desses, existem outros que podem ser citados, a exemplo dos art. 218 e art. 219. [22]

A soberania que a Lei Maior trata no art.170 é a soberania econômica, que tem o papel de complementar a soberania política, disposta no art. 1º, I, consagrada como fundamento do Estado democrático de Direito. Ademais, é muito difícil que haja observância das normas estabelecidas na ordem econômica, quando o país tem uma dívida externa crescente e seus laços de dependência financeira apenas se estreitam com as nações mais ricas.

Na ordem econômica de 1988, talvez a idéia central e predominante, que revela o perfil econômico do Estado, esteja no art. 173, esse dispositivo afirma que as atividades econômicas serão desenvolvidas pelo setor privado, salvo quando for autorizado ao Estado explorá-las diretamente, que só será permitida nos casos de segurança nacional ou interesse coletivo na forma da lei. Ainda o §4º do artigo estabelece que a lei puna o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

3. A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

A intervenção do Estado na ordem econômica como agente normativo e regulador, precisa ser compreendida como indispensável para garantir o desenvolvimento da democracia nos termos da Constituição Federal de 1988, afinal, não se pode ter liberdade e igualdade quando a iniciativa privada distancia os indivíduos economicamente, o que impede a concretização da justiça social.

Na prática, esperar por condições ideais de mercado para que haja a atuação da “mão invisível” organizando a economia e auto-regulando o mercado, como teorizou Adam Smith, é uma utopia dentro do modelo capitalista, já que é possível ao detentor dos meios de produção encontrar fórmulas para burlar a livre concorrência e ainda cometer abusos frente ao poder econômico.

Como já foi explicada anteriormente, a ordem econômica é um conjunto de normas jurídicas pelas quais o Estado pretende organizar as atividades econômicas. Portanto, para que as atividades econômicas realizem-se nos moldes constitucionais, existem determinados princípios que servem de vetores para o Estado e os particulares que atuam no mercado. Ademais, o mercado não é uma instituição natural, que funciona com perfeição mesmo com a ausência de regramentos, tal concepção desvirtua a sua real configuração, visto que o mercado é uma instituição jurídica, dependente de um conjunto de normas postas pelo Direito para discipliná-lo. Ora, são exatamente essas normas de direito que garantirão segurança jurídica e previsibilidade econômica, condições que permitem a própria existência do mercado.^[23]

O termo “intervenção” remete o leitor, a princípio, à idéia de “invasão”, “intromissão”, mas não deve ser essa a noção a ser considerada como ponto de partida quando o assunto é a intervenção do Estado na economia. Com efeito, a postura ativa do Estado no sentido de intervir formalmente na economia, terá de estar vinculada à concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estes que estão enumerados no art. 3º da CF, como sendo: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária, II) garantir o desenvolvimento nacional, III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, IV) promover a dignidade de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para Eros Grau intervenção em seu sentido forte significa a atuação do estado em atividades que são dedicadas ao setor privado, enquanto o termo atuação do Estado se refere à ação do Estado em áreas não apenas dedicadas aos particulares, como nas atividades que lhe cabem propriamente desempenhar.^[24]

A Constituição de 1988 determina que a intervenção do Estado na ordem econômica se dará apenas de forma subsidiária, nesses termos, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado acontecerá em regime excepcional, ou seja, apenas quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou existir relevante interesse coletivo (art. 173, CF).^[25] No que tange ao exercício dos serviços públicos (atividades que cabem a princípio ao Estado), os particulares apenas em regime de excepcionalidade, quando o Estado os autoriza, podem executá-los, mas com os particulares não fica a titularidade dos serviços. Também há outras atividades em que o Estado não desenvolve com exclusividade, tais como, educação, saúde, previdência social, assistência social, logo, nada impede que tais atividades sejam também desempenhadas por particulares.^[26]

Ainda é tarefa do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer, de acordo com os ditames legais, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este indicativo para o setor privado e determinante para o setor público (art. 174 da CF). Atuar como agente normativo é trazer para a esfera da ordem econômica as normas jurídicas com o fim de regulá-la. Quando o Estado fiscaliza evita que certos particulares, detentores de maior poder econômico, ajam no mercado de maneira abusiva e em prejuízo de terceiros; na atividade de planejamento cabe ao Estado definir metas a serem cumpridas e, por fim, quando incentiva cria condições favoráveis para que os particulares atuem no mercado econômico.

No que se refere à atuação do Estado como agente regulador, argumenta José dos Santos Carvalho Filho, que essa postura do Estado não descaracteriza a sua qualidade interventiva, pois esta continuará a acontecer por meio da disposição de normas que, como finalidade principal, buscam gerir a atividade dos particulares para que não atuem de forma abusiva. “Desse modo, podemos caracterizar a função do Estado-Regulador como intervenção direta no domínio econômico”. [27]

Enfim, a intervenção do Estado nas atividades econômicas não pode ser vista como uma invasão na esfera individual, pensamento este presente naqueles que não enxergam às desvantagens e os abusos que são gerados dentro de um regime puramente liberal, ao contrário, a intervenção do Estado na ordem econômica deve permitir o desenvolvimento nacional e a concretização da justiça social.

4. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

O princípio da livre iniciativa está disposto no art. 1º, IV como fundamento do Estado Democrático de Direito, e também no art. 170, caput, ao lado da valorização do trabalho humana, como forma da ordem econômica assegurar a todos a existência digna. Vista como direito subjetivo econômico a livre iniciativa permite ao particular lançar-se no mercado, fazendo circular bens e serviços, contudo, não se trata de princípio absoluto, pois é limitado por outros princípios de ordem constitucional, tais como: princípios da livre concorrência, justiça social, proteção ao meio ambiente, direito do consumidor.

É legítimo ao Estado em prol da justiça social e do bem-estar coletivo impor limitações à livre iniciativa, mas essas limitações não são realizadas apenas pelo Estado. A atividade econômica escolhida pelo particular por razões lógicas precisa estar de acordo com os anseios dos consumidores, ou seja, dar-se-á ao consumidor aquilo que ele espera ou o que ele pode se interessar em obter. Outro fator que pode ser visto como limitação à livre iniciativa é o desenvolvimento do poder econômico privado, na medida em que gera a concentração de empresas e dificulta a entrada de outros agentes econômicos com pequenas iniciativas.[28]

O princípio da livre iniciativa pode ser analisado em relação ao direito de liberdade. São palavras de Eros Grau sobre o referido princípio:

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe da sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar de livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade.[29]

Sem dúvidas, a liberdade de lançar-se no mercado desenvolvendo uma atividade econômica para fazer circular bens e serviços e alcançar prosperidade, é uma das maneiras do ser humano encontrar a realização pessoal, por isso, o princípio da livre iniciativa também tem uma próxima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

5. O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O princípio da livre concorrência aparece como princípio da ordem econômica na Constituição (art. 170, IV). Tal princípio pode ser entendido como um dos instrumentos legais para trazer a todos uma existência digna, na medida em que possibilita uma melhor distribuição de renda, impedindo que a concentração de riquezas esteja restrita nas mãos de poucos privilegiados.

A livre concorrência só acontece quando há livre iniciativa, mas o contrário nem sempre é observado, afinal, mediante o exercício da liberdade econômica, os agentes econômicos sentindo-se “livres”, podem se valer de métodos abusivos e desleais para obterem lucros.

Luiz Roberto Barroso assegura que o princípio da livre concorrência como derivado do princípio da livre iniciativa revela a opção brasileira por uma economia de mercado. Além disso, o autor adverte que para que haja melhores preços e uma melhor qualidade dos serviços ou produtos, é importante que de um lado fique os consumidores e do outro os agentes econômicos competindo no mercado, estes que devem limitar a sua atuação dentro de um comportamento ético, sem cometerem abusos ou atitudes anticoncorrenciais, do contrário se sujeitam as penas do Estado.[30]

Quando a livre concorrência é protegida pelo Estado, não se estar somente protegendo o mercado, por conseguinte, um dos grandes beneficiados é o consumidor, que terá uma maior quantidade de bens e serviços à sua disposição para escolher o que julgar de melhor qualidade. Até mesmo os preços não são ditados pelas empresas “dominantes”, e sim, pelo mercado. O mercado ideal onde há concorrência, é também impessoal, os grandes empresários não ditam as regras de mercado, visto que o mercado não é concentrado nas mãos de poucos poderosos.

Cita-se as observações de Luciano Sotero Santiago, ao afirmar que a proteção da livre concorrência também se dá por razões de ordem pública:

O excesso de concentração de poder econômico privado, decorrente da diminuição ou ausência de livre concorrência, é prejudicial à sociedade, pondo em risco às instituições democráticas, pois aquele poder tem a capacidade de influenciar nas políticas econômicas do Poder Executivo, nas elaborações de lei pelo Poder Legislativo e nas decisões do Poder Judiciário. Além de, sempre, conseguir influir nos processos eleitorais, definindo quem se elege.^[31]

Com efeito, quando o Estado regula a concorrência, significa que criará condições para que uma empresa de pequeno porte encontre chances e meios para sobreviver no mercado, igualmente, é também reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 170, §4º, CF). Outro fator positivo da regulação da concorrência, é que sem esta, ficaria muito fácil aos agentes econômicos com maior poder econômico, expulsarem do mercado empresas menores, ora, na verdade, as pequenas empresas não teriam nenhuma chance ou de ingressar ou de permanecer no mercado. Importante lembrar que essas empresas de pequeno porte, empregam um número considerável de pessoas, logo, a “valorização do trabalho humano” também está presente na Constituição e sem dúvida, é uma maneira do indivíduo exercer a sua dignidade, pois o trabalho é uma das condições que permitem aos seres humanos sentirem-se realizados.

A livre concorrência como característica do liberalismo permite aos consumidores a opção de movimentarem-se no mercado escolhendo produtos ou serviços que julguem de melhor qualidade, em contraposição, os agentes econômicos capazes de agir com maior dedicação e empenho, ou seja, os mais talentosos, podem melhor destacar as suas atividades e colocar-se em um patamar mais elevado do que os demais, atraindo um maior número de consumidores e alcançando prosperidade econômica. ^[32]

No regime capitalista é esperada a diferenciação econômica entre as empresas, afinal, nem todos os empresários investem da mesma maneira nos meios de produção ou administram suas empresas da mesma maneira, por conseguinte, é louvável que esse destaque aconteça em razão do trabalho árduo e dedicação do agente econômico. Só pode existir livre concorrência quando existe poder econômico por parte dos agentes que atual no mercado, logo, a Constituição Federal não nega a existência do poder econômico, nesse sentido são as palavras do eminente doutrinador José Afonso da Silva: “A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso”.^[33]

Não se pode punir o empresário que a custa de trabalho árduo e dedicação destaca-se dos demais, aliás, tal possibilidade é permitida dentro do sistema capitalista, que aplaude a livre iniciativa e a fomenta, o que é reprimível é que o poder econômico seja utilizado de maneira desleal para expulsar os demais concorrentes do cenário social em flagrante desrespeito ao ordenamento jurídico.

Alguns autores consideram o conceito de livre concorrência como sendo de caráter instrumental, significando:

o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar a formação de monopólios e abuso do poder econômico visando um aumento arbitrário do lucro. [34]

Ora, no sistema capitalista a escolha de como produzir, quando produzir e para quem produzir é exclusiva do empresário, acontece que essa escolha sofrerá influências do mercado, razão pela qual, pode-se defender uma liberdade relativa, já que não há uma liberdade plena no capitalismo.[35]

Por fim, o lucro é a inspiração e a razão de trabalho dos agentes econômicos. O lucro seria o fim, no qual são empregados diversos meios para que seja conquistado, contudo, o que se quer coibir ou mesmo prevenir não é esse fim, mas os meios desleais que visam à dominação do mercado e a perda da possibilidade dos consumidores escolherem entre os serviços e produtos que julgarem de melhor qualidade.

5.1 O Caráter Positivo da Proteção da Livre Concorrência na Constituição Federal

A proteção da livre concorrência na Constituição Federal não tem um caráter eminentemente repressivo, do contrário, possui uma postura positiva, na medida em que não nega a existência do poder econômico e fomenta à livre iniciativa no setor privado, muitas vezes através de incentivos econômicos e fiscais destinados a determinados agentes econômicos.

A livre concorrência antes mesmo de beneficiar às inúmeras empresas do setor privado, beneficia à sociedade, na medida em que desconcentra o poder econômico e oferece maior número de opções aos consumidores. Tutelar a concorrência é permitir que novos agentes possam entrar e permanecer no mercado, sem a criação de barreiras.[36]

Discussões surgem no sentido da intervenção do estado como forma de regular a concorrência ferir o princípio da igualdade, mas essas críticas não procedem. É fato que a Constituição Federal também protege à igualdade, mas a igualdade elevada a nível constitucional está muito além de propiciar um tratamento isonômico a todos, do contrário, tratar com igualdade é visualizar as diferenças, ou seja, é tratar cada um na medida das suas desigualdades. Ademais, essas intervenções do Estado são bem-vindas, afinal, são concretizadas como meio de se atingir justiça social.

5.2 Os riscos da Inobservância do Princípio da Livre Concorrência

Admite-se que tanto o Estado quanto os agentes econômicos do setor privado podem desrespeitar o princípio constitucional da livre concorrência. Ora, o Estado não observa quando tem o dever de intervir para garantir a fluência do mercado, enquanto o empresário desrespeita o princípio da livre concorrência na medida em que com práticas desleais e abusivas dificulta a permanência ou impede o ingresso no mercado de outros agentes econômicos.

O art. 173, §4º da Constituição Federal determina que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário do lucro.” Nesse parágrafo nota-se o papel do Estado, por meio da lei, é de impedir as condutas desleais que possam surgir para desvirtuar o princípio da livre concorrência.

Há quem acuse o constituinte de imprecisão ao situar esse dispositivo no art. 173, visto que o “caput” trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, que só será permitida quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Dessa forma, melhor seria que a norma figurasse em artigo próprio, em razão do seu valor dentro do ordenamento jurídico constitucional.[37]

Temos um regime de economia de mercado, certamente se o empresário tivesse toda a liberdade para buscar sua realização, dificilmente levaria os meios em consideração para alcançar o fim, ou seja, o lucro. O abuso do poder econômico quando evitado impede que os consumidores terminem arcando com o ônus de um mercado concentrado nas mãos de poucos agentes onde há dominação e preços altos.

Nem sempre o empresário com maior poder econômico utiliza-se de preços altos, às vezes, é exatamente o contrário, ou seja, o empresário não interioriza os custos da produção no preço dos produtos, deixando-o com valor inferior ao que foi produzido. Essa prática é conhecida como *dumping* e a princípio, seduz inúmeros consumidores em decorrência dos preços muito baixos para o mercado. O problema é que depois de dominar o mercado, o agente econômico irá aumentar o preço de maneira absurda, causando danos às vezes irreparáveis se o *dumping* não for reprimido a tempo.

Outra razão para se prevenir abusos no mercado vem da experiência, esta demonstra que os maiores detentores de poder econômico conseguem até mesmo influenciar a política do lugar onde atuam. Tal fato é uma ameaça para um regime democrático, devendo ser evitado.[38]

6. CONCLUSÃO

A evolução da “ordem econômica” nas cartas constitucionais exposta nesse trabalho mostrou de forma breve, mas precisa, a face da regulação da econômica pelo Estado Brasileiro até os dias de hoje.

Ademais, pode-se com segurança afirmar que, na Constituição de 1988, a maior finalidade da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna, como forma de promover a justiça social. Nesses termos, é incompatível com a idéia de justiça social o aumento do desemprego, da fome, da miséria, da violência. Tais dados revelam a distância entre os indivíduos, obstáculo que ainda precisa ser superado.

Ora, as leis existem para a sociedade. A regulamentação em nível constitucional das normas econômicas de nada serviria se não tivesse como fim, melhorar a qualidade de vida das pessoas, trazendo bem-estar a todos. Com efeito, a ordem constitucional atual é fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, afinal, difícil seria alcançar a realização pessoal quando os seres humanos estão distantes do trabalho ou não gozam de liberdade para atuar no mercado.

A idéia de que a concorrência encontra nas leis naturais de mercado um equilíbrio é utópica, afinal, é normal dentro de um regime capitalista que o detentor de poder econômico busque maiores lucros, e nem todos vão agir em obediência aos princípios jurídicos, por isso, faz-se indispensável à intervenção do Estado na ordem econômica para facilitar e permitir que todos os interessados no mercado possam desenvolver as suas atividades econômicas.

Enfim, é preciso ficar claro que a livre concorrência é bem-vinda em um país capitalista, afinal, é por meio dela que se destacam os empresários mais dedicados, que investem nos meios de produção e conquistam a confiança de um maior número de consumidores. Contudo, a livre iniciativa não é um princípio absoluto, sendo limitada pelo princípio da livre concorrência, para evitar que comportamentos abusivos prejudiquem empresários, consumidores e a própria sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e o limite à atuação estatal no controle dos preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/ agosto, 2002. Disponível na Internet em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO.

-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf> . Acesso em: 23 fev. 2008.

_____. **THEMIS: Revista da ESMEC** / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, julho/dezembro Semestral ISSN 1808-6470, 2006. Disponível em: http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS_v4%20n_2.pdf#page=13. Acesso em 23 fev. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Ministério da Educação, 1988.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003

FILARDI, Felice Valentino. **Revista Eletrônica de Direito da UCB**, A História das Constituições Brasileiras frente à evolução da ordem econômica. Disponível em: <http://www.castelobranco.br/pesquisa/vol4/pdfs/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIR EITO_DA_UCB-A_HISTORIA_DAS_CONSTITUICOES_BRASILEIRAS_FRENTE_A_EVOLUCAO_DA_ORDEM_ECONOMICA.pdf> Acesso em: 03 de dez. 2008.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FONSECA, Rodrigo Garcia. O poder econômico no mercado e o seu controle na legislação antitruste. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a 41, n.164, out./dez.2004. p.107

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MALARD, Neide Teresinha. O desenvolvimento nacional: objetivo do estado nacional. **PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial.**, Brasília, v.3, n, 2, p 312-349, jan/jul. 2007. Disponível em: <http://www.uniceub.br/revistamestrado/vol3-2/pdf/Neide%20malard.pdf>. Acesso em: 25 fev.2008.

MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência: doutrina e Jurisprudência**. Salvador: Juspodium, 2008.

SANTOS, Fernando Muniz. Tutela da concorrência no Brasil: legislação concorrencial brasileira regula o mercado para garantir a livre circulação de bens e serviços. **Revista fae business**, n.2, jun. 2002 Disponível em: http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_fae_business/n2_junho_2002/ambiente_economico5_tutela_da_concorrncia_no_brasil.pdf. Acesso em: 24. fev. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

[1] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 101.

[2] FILARDI, Felice Valentino. *Revista Eletrônica de Direito da UCB, A História das Constituições Brasileiras frente à evolução da ordem econômica*. Disponível em: <http://www.castelobranco.br/pesquisa/vol4/pdfs/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIR_EITO_DA_UCB-A_HISTORIA_DAS_CONSTITUICOES_BRASILEIRAS_FRENTE_A_EVOLUCAO_DA_ORDEM_ECONOMICA.pdf>. Acesso em: 03 de dez. 2008.

[3]Ibid.

[4] FONSECA, João Leopoldo. op.cit. p104.

[5] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. op. cit. p.106.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. p. 164.

[7] MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit. p. 165.

[8] Dispõe o art. 72, §17 da Constituição de 1891: “ O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

[9] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op. cit. p. 107.\$

[10] BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 1989. p.326.

[11] Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei

[12] Art. 115, Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

[13] Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

[14] Art 116: Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as

indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

[15] Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

[16] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p.84.

[17] MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 41.

[18] FERREIRA, Waldemar Martins. História do Direito Constitucional Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 174-175.

[19] SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 87.

[20] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. op. cit. p. 122.

[21] SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 788.

[22] Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

[23] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37.

[24] GRAU, Eros Roberto. op. cit. p.94.

[25] Art. 173: Ressalvados os casos previstos nessa Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[26] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 782-783.

[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 785.

[28] SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 795.

[29] GRAU, Eros Roberto. ob.cit. p. 201.

[30] BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e o limite à atuação estatal no controle dos preços. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/ agosto, 2002. Disponível na Internet em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO.

-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf> . Acesso em: 23 fev. 2008.

[31] SANTIAGO, Luciano Sotero. Direito da Concorrência: doutrina e Jurisprudência. Salvador: Juspodium, 2008. p.31.

[32] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 458.

[33] SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 795.

[34] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. p. 1358

[35] DEL MASSO, Fabiano. Direito Econômico. p.8.

[36] SANTIAGO, Luciano Santero. op.cit. p. 44.

[37] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. op.cit. p. 138.

[38] FONSECA, Rodrigo Garcia. O poder econômico no mercado e o seu controle na legislação antitruste. Revista de Informação Legislativa. Brasília a 41, n.164, out./dez.2004. p.107

**DIREITO PENAL ECONÔMICO E TUTELA DE INTERESSES
SUPRAINDIVIDUAIS: UMA ANÁLISE DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO
DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

**DERECHO PENAL ECONÓMICO Y TUTELA DE BIENES COLECTIVOS: UN
ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE
BLANQUEO DE CAPITALES**

**Érika Mendes de Carvalho
Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira**

RESUMO

Procura-se delimitar o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de capitais, previsto pela Lei 9.613/98. Nesse contexto, diversas correntes doutrinárias se alinhavam na definição do objeto jurídico protegido no âmbito da referida lei especial. Em qualquer caso, trata-se de interesse de caráter transindividual ou difuso, objeto de acirrados debates sobre seus autênticos limites e ponto central na discussão acerca do específico papel que deve desempenhar o Direito Penal Econômico no combate à reciclagem de ativos advindos de outros ilícitos penais. Assume-se aqui a defesa da expansão do Direito Penal orientada à escrupulosa tutela de bens supra-individuais com assento constitucional. Nesse sentido, reconhece-se a pluriofensividade do bem jurídico protegido, representado, inicialmente, pela ordem socioeconômica, no peculiar aspecto da regularidade do influxo de capitais a serem injetados na economia legal (aspecto macroeconômico) e, na sequência, pela liberdade de concorrência, posto que a conduta típica desestabiliza a economia local e reduz os parâmetros de validade para a aferição da concorrência empresarial (aspecto microeconômico).

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PENAL ECONÔMICO; LAVAGEM DE CAPITAIS; ORDEM ECONÔMICA; BEM JURÍDICO PENAL.

RESUMEN

Se trata de delimitar el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales, previsto por la Ley 9.613/98. En este sentido, diversos sectores de la doctrina se vuelcan en la definición del específico objeto jurídico protegido en el ámbito de la ley especial. En cualquier caso, se trata de bien jurídico de carácter colectivo, que se ubica en el centro de muchas discusiones sobre sus autênticos límites y sobre la concreta misión del Derecho Penal Económico en la represión al blanqueo de capitales originados de otros ilícitos penales. Se defiende aquí la expansión del Derecho Penal sólidamente orientada a la protección de bienes jurídicos colectivos, con fundamento constitucional. Se reconoce la pluriofensividad del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales, representado, inicialmente, por el orden socioeconómico, en especial por la regularidad en la circulación legal de capitales (aspecto macroeconómico) y, además,

por la libre competencia, puesto que la conducta típica desestabiliza la economía del lugar y menoscaba los parámetros de validez para la determinación de la competencia empresarial (aspecto microeconómico).

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO PENAL ECONÓMICO; BLANQUEO DE CAPITALES; ORDEN ECONÓMICO; BIEN JURÍDICO PENAL.

1. INTRODUÇÃO

A intervenção jurídico-penal na proteção de bens jurídicos pauta-se pelo inarredável respeito aos princípios penais de garantia constantes da Constituição. A própria legitimidade da tutela penal encontra-se condicionada ao fundamento constitucional dos bens protegidos, dado que as conseqüências jurídico-penais são especialmente gravosas. Em conformidade com as teorias constitucionais do bem jurídico, pode-se afirmar que a eleição dos pontos de incidência da tutela penal vincula-se ao quadro axiológico delimitado pela Constituição Federal.

O bem jurídico é o interesse constitucionalmente determinado dentro do juízo axiológico elaborado pelo Poder Constituinte, que selecionou os interesses diletos da sociedade e corporificou-os como diretrizes básicas do ordenamento jurídico. A legitimidade da intervenção verifica-se quando edifica tipos penais orientados à tutela de bens jurídicos com supedâneo constitucional. [1] A proteção penal de bens jurídicos restringe-se, para alguns, àqueles de caráter individual[2], imediatamente identificados. [3]

O fenômeno da expansão do Direito Penal para propiciar a tutela penal de interesses supraindividuais é criticado por diversos setores do pensamento penal europeu, que acreditam que uma aguda massificação desses delitos estaria fundamentada exclusivamente em uma sensação de intenso temor social[4], em face do agigantamento tecnológico da sociedade pós-industrial, o que redundaria em uma tutela penal meramente simbólica. A tese em epígrafe nutre seus argumentos com perspectivas advindas do funcionalismo sistêmico construído por Jakobs, que defende a adoção de regras mais permeáveis à constante atualização pelo corpo social, bem como a substituição parcial do Direito Penal pelo Direito Administrativo sancionador. Assinala Silva Sánchez, nessa linha, que o Direito Penal não está vinculado às estruturas lógico-objetivas. Nega-se, assim, o cunho transcendente dessas condicionantes em prol de unidades de cultura e sistemas de valores diferentes, em que se rechaçam os fundamentos das bases perenes e estáveis das estruturas lógico-objetivas. Porém, não afasta a importância do conceito de pessoa e dos direitos a ela inerentes, admitindo a utilização de marcos ontológicos e de conceitos normativos em evidente perspectiva teleológica, edificada a partir das finalidades político-criminais do Direito Penal. [5]

Assume-se aqui, como premissa fundamental, que as estruturas lógico-objetivas construídas por Welzel são a pedra angular de edificação dos preceitos jurídico-penais que se ocupam do homem como ser e ente responsável dentro da sociedade, fornecendo a linha mestra e os limites necessários à intervenção penal. [6] A proteção jurídico-

penal de interesses difusos é perfeitamente conciliável com um Direito Penal moderno e garantista, desde que os princípios e valores constitucionais sejam escrupulosamente respeitados. Não se trata, em nenhum caso, de proceder à tutela de meras funções, mas de autênticos bens jurídicos de caráter transindividual. O fundamental é tomar como base as estruturas onto-axiológicas, que, embora não obstaculizem o trabalho legislativo, oferecem limites relativos a este, na medida em que a liberdade de estruturação normativa encontra-se condicionada – desde que o objetivo seja a regulação jurídica de condutas humanas – pela natureza das coisas.

É importante, porém, proceder à clara delimitação do bem jurídico tutelado naqueles delitos de caráter supra-individual, como ocorre com o delito de lavagem de capitais (art.1º, Lei 9.613/98). É forçoso reconhecer a dificuldade na conceituação dos delitos econômicos e na fixação do conteúdo do Direito Penal econômico. A conceituação deste último deve abarcar “todo fato delitivo realizado no contexto e na prática de uma atividade econômica”[7].

Nesse contexto, diversas correntes doutrinárias se alinhavam na definição do específico objeto jurídico protegido no âmbito da referida lei especial. Em qualquer caso, trata-se de interesse de caráter transindividual ou difuso[8], objeto de acirrados debates sobre seus autênticos limites e que motiva séria discussão acerca do específico papel que deve desempenhar o Direito Penal no combate à reciclagem de ativos advindos de ilícitos penais.

2. A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

A lavagem de capitais é um delito que afeta em vários aspectos a sociedade, cabendo predominantemente ao Estado o dever e o interesse em combatê-la. As lesões produzidas pelo branqueamento de ativos ultrapassam as fronteiras nacionais e os reflexos negativos das condutas atingem uma pluralidade de substratos fáticos de modo tão drástico que o Estado e os blocos governamentais seriam objeto de descrédito da sociedade caso aquelas não fossem vigorosamente reprimidas.

Tutela-se, ao tipificar como delito a lavagem de capitais, o interesse na proteção do prestígio e dignidade da atividade jurisdicional prestada pelo Estado, na medida em que este tem como função primordial controlar a ordem pública e a vida em sociedade.

Esse ponto de vista se coaduna com uma idéia restrita das incumbências atribuídas ao Estado, segundo a qual, mediante o pagamento do tributo e a autolimitação de sua liberdade em prol de pautas de convivência, o indivíduo delega ao ente estatal a função de velar pela segurança pública. Assim, reprimir a lavagem de capitais significa restaurar a validade do mecanismo de controle social de caráter penal como forma de repressão jurídica. [9]

Nesse sentido, Tigre Maia, por exemplo - embora reconheça a pluriofensividade do delito -, pontua que sobressai a faceta atinente à administração da justiça como bem jurídico protegido, porque os comportamentos ilícitos violam o interesse do Estado em

apurar a procedência de bens e em identificar o sujeito ativo. Simultaneamente, ressalta que nos delitos antecedentes onde haja a repercussão econômica ou patrimonial objetiva-se evitar que o patrimônio ilícito se distancie de sua fonte. [10] Roberto Podval, sob outra perspectiva, salienta que, “ao punir a lavagem de dinheiro, tenta-se impedir que o produto do ilícito possa ser transformado ou ‘dissolvido’ no meio social, evitando, assim, seu confisco, bem como a identificação da autoria e materialidade do crime anterior”. [11]

Ambos os autores, com razões diferentes, assumem como premissa que a lavagem de capitais afeta – de modo imediato - os interesses da Justiça[12], em especial o seu bom funcionamento, e – de modo mediato – a ordem socioeconômica, posto que a conduta delitativa em apreço se presta à eliminação dos vestígios do delito antecessor.

O delito de branqueamento de ativos, malgrado tais idéias, atinge inicialmente a ordem socioeconômica e, em um segundo momento, compromete a administração da justiça. Esta última, contudo não é o único bem jurídico protegido com a tipificação da lavagem de capitais. Admitir essa idéia, que o bem jurídico tutelado na lavagem de capitais seria apenas a administração da justiça é o mesmo que querer conferir a lavagem de capitais o condão de ser um elemento especializante, um verdadeiro diferencial em relação ao tipo penal de favorecimento real.[13] Com efeito, o bem jurídico administração da justiça não serve como limitador à incidência do tipo, pois “tornaria letra morta o *princípio da ofensividade*, e, em pouco auxiliaria para a configuração do injusto”. [14]Há, demais disso, problemas de colisão com o tipo subjetivo no que concerne à finalidade daquele que realiza a lavagem de capitais e daquele que participa do delito antecessor: praticar o delito motivado por fins financeiros assemelhar-se-ia à receptação em maior intensidade do que o favorecimento real, o que traz problemas decorrentes da elaboração das fases da consumação delitativa. [15]

Inicialmente, cumpre salientar que, se o agente praticou o delito antecedente e adiante praticou a lavagem dos capitais advindos daquele crime, poder-se-ia falar que haveria punição do exaurimento no que se refere à repetição da autoria quando se considera apenas o bem jurídico administração da justiça. Sancionar o delito antecedente sem punir a lavagem de ativos implica em grave conflito axiológico e em desconsideração da teoria monista que fundamenta o concurso de agentes, sem qualquer respaldo dogmático. Ademais, se cogitaria de um favorecimento real especial com uma pena muito mais grave, sem as excludentes de tipicidade que aquele tipo penal admite e em descompasso com o princípio da proporcionalidade quando contraposto com o delito do artigo 349 do Código Penal.

O bem jurídico administração da justiça é, para alguns, fluido[16] e excessivamente permeável à intromissão de fatores alheios aos fins do Direito Penal. [17] Logo, a Administração da Justiça não pode ser considerada autonomamente como bem jurídico do delito em apreço. E isso porque pode importar em uma renúncia à necessidade político-criminal de incriminação de uma conduta que afeta a sociedade pela inserção ilegal de valores ilícitos na economia[18] e que, portanto, demanda tipificação autônoma, não havendo razão para justificar a isenção de pena. [19]

A lavagem de capitais afeta indiretamente a administração da justiça. Porém, conferir ao branqueamento de ativos o condão de atingir apenas tal bem jurídico é circunscrever em

demasia o âmbito de atuação da conduta examinada, em desconformidade com a atual realidade jurídica e socioeconômica. [20]

3. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO DELITO ANTECEDENTE

Há um importante setor do pensamento jurídico-penal que defende que a reciclagem de ativos ilícitos tem como fundamento de incriminação os bens jurídicos afetados pelos delitos antecedentes. Assim, argumenta-se, seria possível alcançar uma proteção mais completa dos próprios interesses lesados pela prática do delito antecessor.

Na realidade, a origem desse posicionamento deita suas raízes no Código Penal espanhol, que inseriu em seus preceitos um combate mais incisivo ao narcotráfico com o artigo 546, *bis, f*, e, conseqüentemente, conferiu uma maior tutela à saúde pública através da repressão da lavagem de capitais. Vislumbrava-se na lavagem de capitais um *post factum* do tráfico que merecia ser sancionado. Assim, na lavagem de capitais, tinha-se um delito que objetivava a salvaguarda da saúde pública, por ter sido originalmente elaborado o tipo penal para maximizar a proteção a esse bem jurídico. Houve, porém, um alargamento do espectro de atuação orientado à tutela dos bens jurídicos dos delitos antecessores.

Gonzáles Rus pontua que o bem jurídico do delito antecedente permaneceria na mesma linha de ataque do delito anterior, cuja lesão seria sua continuação.[21] Tal postura não merece acolhida. Em primeiro lugar, amplia – de modo excessivo e indevido - o *iter criminis* do delito precedente[22], em desconformidade com o princípio da segurança jurídica. Demais disso, o delito de lavagem de capitais - assim configurado - careceria de um injusto próprio, o que compromete sua autonomia conceitual e valorativa. [23]

O delito antecedente – necessariamente pluriofensivo - seria concebido como um “*supertipo* penal cuja função seria atuar nas hipóteses de ineficácia de outro tipo penal, o que implicaria a própria negação da ideia de tipo. Cada situação, socialmente valiosa merece a tutela do respectivo tipo individualizador da conduta proibida”[24], o que acarretaria uma “superproteção antecipada de bens tidos como relevantes, o que resultaria no incremento *ad absurdum* da função protetora do Direito Penal”. [25]

Ante o exposto, não se pode considerar o bem jurídico tutelado pelo delito antecessor como o bem jurídico protegido pelo tipo penal que descreve as condutas de branqueamento de capitais. Esse entendimento amplia de modo incorreto os limites de incidência do tipo antecedente, produzindo uma confusão – e uma indevida fusão – valorativa extremamente nociva à função de garantia dos bens jurídicos.

4. A SEGURANÇA INTERNA DO ESTADO

O branqueamento de capitais acarreta uma sensível majoração dos riscos para a preservação do Estado Democrático e Social de Direito, uma vez que a inserção de capitais ilícitos na economia legal tem vários reflexos de ordem socioeconômica, inclusive alterando os indicadores que permitem o apontamento exato dos elementos das políticas públicas.

Na mesma esteira, a lavagem de ativos contribui para menoscabar a força do Estado como instrumento de preservação da ordem pública. O agigantamento das organizações criminosas provoca o enfraquecimento dos poderes públicos, fomentando a economia informal e facultando o alastramento da corrupção no serviço público. [26]

Assim, a macrocriminalidade organizada acaba, necessária e forçosamente, passando por uma revitalização dos seus ativos, e a lavagem de capitais torna-se uma das etapas de alocação de força monetária para a organização criminosa. De conseguinte, os reflexos dos delitos por ela perpetrados acabam por afetar a sociedade e o Estado de forma impiedosa. [27]

Nessa linha, o verdadeiro bem jurídico tutelado pelos tipos penais que incriminam a lavagem de capitais seria a segurança interna do Estado. De modo reflexo, incidiriam no combate à criminalidade organizada.

Esse entendimento, porém, é totalmente equivocado. Grande parte dos delitos supraindividuais - e não tão somente o delito em análise – influi sobremaneira sobre a segurança interna do Estado como garantidor da ordem pública.

Em adendo a essa asserção, tem-se, em primeiro lugar, que a lavagem de capitais não é realizada sempre por organizações criminosas e, em segundo lugar, que o montante de capital lavado nem sempre conduz logra atingir aspectos relevantes relacionados à própria segurança interna do Estado. De modo especial, cumpre considerar que examinar a segurança interna do Estado sob o prisma da macrocriminalidade organizada e considerá-la como parte integrante da concepção de bem jurídico é um equívoco que confunde elementos de política criminal com a própria teoria do bem jurídico-penal. Por fim, Abel Souto aduz que a lei penal apresenta como consequência jurídica do delito uma majorante da pena em relação a agentes que ocupam postos elevados dentro de cenários destinados ao branqueamento de ativos. [28]

O branqueamento de capitais incrementa o poder econômico de pessoas e organizações que assentam seus investimentos sobre o lucro advindo da atividade ilícita, o que acaba por gerar uma intromissão ilegal no Estado e por comprometer seu próprio funcionamento. O fundamento da punição, segundo essa corrente, radicaria na alteração da ordem econômica, que possibilita a infiltração social da denominada criminalidade organizada, que se insinua espuriamente na base frontal do Estado, aumentando perigosamente seu poder organizativo.

A lavagem de ativos contamina de forma perniciosa a sociedade e o Estado, daí o entendimento em exame sustentar que a própria segurança interna do Estado e inclusive a de outros países são os objetos de tutela nesses casos. [29]

A conduta típica colocaria em perigo, em última análise, as estruturas e os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, o que é exagerado. Tal argumentação

conduz a uma indevida instrumentalização do Direito Penal, pois se vale de suas conseqüências jurídicas para inibir a criminalidade organizada, ou seja, sua adoção para combater um tipo específico de delinqüência converte a tutela penal em autêntica hipótese de Direito Penal de autor.

Por derradeiro, cabe salientar que um bem jurídico amplo como o sugerido – a segurança interna - viola o princípio da ofensividade e abre margem à possibilidade de se ter um Direito Penal “de mera vontade ou de perigosidade”[30].

5. A LIVRE CONCORRÊNCIA

A livre concorrência é fundamental para a preservação da vida econômica de uma sociedade[31], sendo marcada pela intervenção estatal no campo econômico, seja pela exploração direta seja pelo dirigismo nos rumos e nortes econômicos.

Magali Klajmic aponta os papéis do Estado dentro do novo cenário econômico-social, a saber: fiscalização, incentivo e planejamento. Tais papéis são determinantes para o setor público e indicativos ao setor privado, ora fiscalizando as normativas existentes para o regramento dos agentes econômicos, ora atuando para fomentar setores da economia e do planejamento, evitando os rigores de uma racionalização vinculante da economia, com a sobreposição do sistema econômico calcado na regulação pelas leis de mercado[32].

A manutenção da igualdade na disputa pelos espaços de mercado pode conduzir ao controle e alcance do equilíbrio entre liberdade econômica, preservação do uso lícito do mercado e otimização dos recursos dentro do capitalismo concorrencial.

A defesa da igualdade na concorrência ou da paridade de forças entre os agentes econômicos é algo que o Estado deve assegurar, vez que condutas que desequilibram as regras de mercado e a paridade entre os agentes econômicos afetam a circulação da riqueza e atingem, de plano, os consumidores e toda a sociedade.

A livre concorrência é vista também como um bem jurídico igualmente lesado pela lavagem de capitais[33], já que ela é fundamento da ordem econômica, consoante prescreve o artigo 170 da Constituição. A reciclagem de capitais permite que os ativos sejam inseridos no mercado lícito de modo mais econômico e transparente. Estes não passam por todo o procedimento interno de obtenção, apuração e utilização dos ativos, ficando isentos de carga tributária e livres de fiscalização governamental direta. Isso, por sua vez, implica na injeção de capital mais barato nos mercados lícitos, provocando desequilíbrio no tratamento econômico do mercado e entre os concorrentes e os integrantes de toda a cadeia de consumo. [34]

André Luiz Callegari explica, de modo genérico, que são afetados “elementos da ordem socioeconômica como a livre concorrência, a estabilidade e a solidez do sistema financeiro porque o custo para a obtenção dos capitais de origem ilícita é menor que os custos para a obtenção de capitais de origem lícita”[35].

O delito de legitimação de capitais não está sempre coligado a um ilícito antitruste, pois nem sempre os branqueadores de capitais se encontram em empresas que tenham por finalidade auferir lucros e dividendos expressivos, sendo comum que invistam em pequenos negócios para melhor diluir o capital. Por vezes, suportam até mesmo os reveses empresariais para poderem extrair parcela limpa dos ativos, cumprindo os encargos governamentais. Assim, não despertam a atenção do Estado para o montante de capital em xeque, muito menos atraem para si problemas concorrenciais. Tal forma de proceder favorece em muito a consecução dos objetivos do agente que branqueia os ativos[36], atividade cujo êxito encontra-se condicionado à discricção e ao silêncio na realização da lavagem.

Outro aspecto que merece ser levado em conta é que os branqueadores de capitais não pretendem assumir o posto de dominadores de setor de mercado. Com efeito, não objetivam alcançar privilégios fiscais e tampouco conquistar o monopólio de determinada fração de mercado, mas apenas a fruição transparente do capital. [37]

Cumprir destacar, ainda, que agregado ao custo econômico supramencionado, deve ser computado seu valor social e jurídico - mais elevado -, pois a cominação de pena cumpre inequívoca finalidade preventivo-geral. [38]

A livre concorrência é considerada uma área sem limitações previamente cognoscíveis. A Constituição e na legislação correlata mostram uma tendência maximizadora do campo de incidência da livre concorrência, notadamente por ser um elemento da seara administrativa e empresarial, onde há uma maior flexibilidade na apreciação dos preceitos jurídicos. [39]

É preciso salientar, contudo, que os bens branqueados não necessariamente serão reempregados na economia lícita. Essa é uma presunção inocente, porquanto se imagina que os ativos serão sempre destinados consoante sua origem, ao passo que, não raras vezes, observa-se o caminho diametralmente oposto. Equívoca-se quem afirma peremptoriamente que o branqueamento está ligado obrigatoriamente à criminalidade organizada, dado que a lavagem ocorrerá, na maioria das vezes, sem que haja toda a estruturação que a macrocriminalidade econômica demanda para se organizar. [40]

Como regra geral, o argumento carreado alhures não merece prosperar na sua inteireza, uma vez que a lavagem de capitais pretende ser uma atividade insidiosa. De fato, a atuação da legitimação dos valores é realizada longe das figuras estatais de fiscalização e à margem de sua capacidade de percebê-la.

No que tange aos efeitos microeconômicos, ressalta Nuno Brandão que a reciclagem de dinheiro ocasiona também hipóteses de concorrência desleal e turbação do equilíbrio de mercado com o recurso a empresas de fachada - instaladas sob o manto da legalidade e utilizadas para a reciclagem de ativos ilícitos. A injeção de capitais ilegais permite que adotem práticas comerciais mais agressivas e menos compassadas com os limiares traçados pela economia, de modo que logram dominar o mercado e obter a supremacia no cenário econômico, acarretando o fechamento de empresas concorrentes. [41]

Nesse ponto, é necessário frisar que ainda que não se branqueiem capitais em aporte suficiente para se alcançar a dominação de mercados, pode ocorrer o aspecto inverso: com a injeção de capitais em negócios não rentáveis, pode-se chegar a um abalo da

concorrência, em razão da diluição do mercado e da construção de uma falsa imagem no cenário mercadológico do local. Com a formalização de falsos índices na economia lícita, desestabiliza-se o mercado legalmente formado, por induzir outros contendores a modificar estratégias, contaminando aqueles que estão disputando o mercado em condições de igualdade. Por todos esses motivos, a lavagem de capitais abala a microeconomia.

A imprevisibilidade da conduta do branqueador no mercado é, segundo Aránguez Sánchez, um verdadeiro atentado às regras de concorrência. Aquele não se comporta segundo critérios de racionalidade econômica, já que investe em títulos de baixa rentabilidade e isentos de controle do Estado. Não busca o lucro, mas, sim, tranquilidade. A reciclagem de ativos ilícitos atenta contra as regras de comportamento econômico no mercado e atinge, de conseguinte, a concorrência leal, bem jurídico tutelado igualmente por delitos contra o consumidor, o sistema financeiro e societário. [42]

Assim, tem-se que a tutela da livre concorrência como bem jurídico-penal no delito de lavagem de capitais também é justificável, mormente em razão dos reflexos microeconômicos dessa atividade ilícita.

6. A ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal incluiu em seus preceitos, de modo expresso, a tutela jurídica da ordem socioeconômica. Objetiva, contudo, conferir uma proteção multiforme à sociedade, determinando condutas de fiscalização e preservação do estado de equilíbrio econômico, a fim de evitar graves consequências sociais e econômicas.

Canotillo lembra que a Constituição, com base no princípio democrático, estabeleceu uma constituição econômica reproduzindo um sistema econômico, abstrato, puro e marcado pela democratização da ordem econômica e social. A política econômica e social a ser implementada pelo legislador é uma política de concretização de princípios constitucionais, e não uma política carente de carga axiológica e de neutralidade econômica. O princípio da democracia social e econômica impõe um limite e, ao mesmo tempo, um impulso ao legislador. No primeiro caso, este último não pode criar uma política econômica e social oposta às normas constitucionais e, no segundo, o legislador e os órgãos executivos sofrem uma influência positiva, sendo levados a estabelecer uma política compassada com a Constituição, com vistas a uma justa expectativa de oportunidades. [43]

O Direito Penal da economia vislumbra a ordem econômica como “a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. [44] O delito de lavagem de capitais apresenta uma gama de reflexos negativos para o regular funcionamento da ordem socioeconômica, ou seja, para a “regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia”[45], dentro das suas diversas facetas. E isso é assim porque o sistema cambial é fragilizado, o mercado se mostra aberto aos efeitos nefastos da especulação e há a perda de parcela dos valores destinados ao investimento no mercado local, nacional

e regional[46], o que sensibiliza a economia como um todo. Ademais, as pessoas possuem a justa expectativa de interagir em uma economia marcada por confiança na origem dos rendimentos e na legalidade dos negócios jurídicos entabulados com os capitais, o que não ocorre em um âmbito econômico dominado por condutas delitivas dessa natureza. [47]

Apesar dos substanciosos argumentos de matriz criminológica e econômica, tem-se que a intervenção jurídico-penal na Economia estatal poderia configurar autêntica tutela de função pela função, esvaziando de conteúdo o bem jurídico e conferindo efeitos puramente simbólicos à atuação do Direito Penal. Entretanto, o objetivo da repressão à reciclagem de ativos não é dar vazão a qualquer diretriz de índole puramente política, mas salvaguardar aspectos essenciais à manutenção da sociedade e de sua estabilidade econômica, independentemente de qualquer elemento político.

Nuno Brandão ressalta que o fenômeno do branqueamento de capitais deve ser focado pela perspectiva macroeconômica, realçando que o delito em apreço introduz falsos alarmes no mercado e afeta decisivamente a estabilidade econômica dos mercados emergentes. E isso é assim porque o que importa para o agente é a impunidade, e não margens de lucro mais atrativas. Os capitais lavados, porém, são em quantidades suficientes para gerar instabilidade monetária, pela oscilação de taxas de câmbio e juro.

Os fatores mencionados conduzem a variações no mercado e na política econômica dentro dos setores de investimento, o que distorce o mercado e compromete o desenvolvimento econômico. Isso, por sua vez, jungido à decadência de credibilidade da praça financeira, afasta investidores assustados com a ausência de transparência e respeito aos códigos de conduta empresarial e econômica. [48]

Assim, infere-se que o autor se apoia em fundamentos sólidos e corretos nos seus delineamentos sobre os reflexos negativos para as esferas da economia, pois sempre a lavagem de capitais atinge a livre concorrência, com alto potencial para afetar tal segmento da ordem econômica. Abel Souto aduz, nessa trilha, que nos delitos de reciclagem de ativos o bem jurídico tutelado é a licitude dos bens no tráfego econômico e financeiro. Observa que “o bem jurídico protegido pelo artigo 301 do nosso Código Penal constitui o interesse da comunidade em preservar a licitude dos bens que são objeto a circulação mercantil”[49], o que permitiria o normal funcionamento da economia e do mercado.

Luiz Regis Prado, com razão, expõe que “o bem jurídico protegido – de caráter transindividual – vêm a ser a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (*bem jurídico em sentido técnico*)”[50].

O tráfego lícito das riquezas permite, na sua plenitude, a liberdade econômica de um país e justifica o interesse estatal no seu controle. [51] Favorece uma maior intensidade de oportunidades negociais, o que - mesclada a uma intervenção regulatória do Estado na economia - possibilita o desenvolvimento nacional e o expansionismo das atividades empresariais, sendo certo que este cenário permite a real manifestação do poder

econômico-financeiro da sociedade e assegura a saúde econômico-financeira do país. [52]

Na mesma esteira, conquanto seja importante para os branqueadores de capitais que os ativos ilícitos circulem com intensa velocidade pelos mercados lícitos e limpos – a fim de desmarcar os traços negros desse capital -, é essencial para a sociedade que o Estado atue como ente fiscalizador e que controle positivamente o fluxo de riquezas que circulem pela ordem econômico-financeira. Evita-se, assim, que o ativo ilicitamente obtido perca seus traços identificadores[53] e, indevidamente, passe a integrar a economia legal, o que geraria déficits na apuração da realidade socioeconômica de um país ou região e uma indesejável paralisação da vida econômica.

7. CONCLUSÃO: A LAVAGEM DE CAPITAIS COMO DELITO PLURIOFENSIVO

O delito de lavagem de capitais é considerado por parte significativa da doutrina como pluriofensivo, uma vez que afeta mais de um bem jurídico. [54]

A reciclagem de capitais é o marco de inflexão entre economia legal e ilegal e há o evidente interesse de que ambas sigam separadas. Talvez esta afirmação não possa ser feita a partir de uma perspectiva puramente econômica, mas não interessa discutir se a afluência de capitais de origem ilícita sobre a economia legal pode ou não desestabilizar os mercados. A Constituição não se limita a proteger a ordem econômica, mas busca a promoção da ordem sócio-econômica e, nesse sentido, existe um claro interesse em que o capital ilegal não possa ser reintegrado ao fluxo comercial com absoluta normalidade.

Essa linha de pensamento concorre para a criação de um tipo penal sem limites previamente definidos, o que vulnera a segurança jurídica e a função limitadora dos bens jurídicos.

Outra vertente doutrinária admite que o delito de branqueamento de ativos lesa tão-somente a ordem socioeconômica e a livre concorrência.

Blanco Cordero ressalta que os capitais ilícitos apresentam potencial perigoso para a economia em face da lesão ao princípio sobre o qual esta se assenta, a saber: a livre concorrência. O delito se enquadra principalmente entre aqueles relativos à restrição da concorrência, ainda que em ocasiões oportunize estratégias agressivas de mercado que possam incidir diretamente também sobre a concorrência leal, produzindo reflexos aos princípios estabilizadores do sistema financeiro. [55]Na doutrina nacional, Marcelo Batlouni Mendroni salienta que o bem jurídico protegido é a ordem socioeconômica. Não realiza a devida diferenciação entre aspectos atinentes a esta última e à livre concorrência, equiparando-as e abstendo-se de mencionar os reflexos da reciclagem de ativos na esfera econômica, apenas relacionando alguns dos efeitos atinentes à livre concorrência. [56]

Na doutrina italiana, o bem jurídico-penal tutelado é considerado na sua totalidade. Confere-se, porém, maior força à vertente que assinala serem os bens jurídicos protegidos pelo tipo penal o patrimônio e a administração da justiça. Argumenta-se que a lavagem sempre acarreta um dano patrimonial, secundário, quando comparado à violação à administração da justiça. [57]

Tal postura, contudo, não convence. O patrimônio não é o bem jurídico tutelado pelo delito de reciclagem de ativos. É certo que a conduta afeta a ordem socioeconômica como um todo - e, desta forma, pode atingir a livre concorrência -, mas nunca diretamente o patrimônio.

Ainda existem aqueles que defendem que o interesse afetado é a ordem socioeconômica em conjunto com a administração da justiça, preponderando, para alguns, a proteção conferida à ordem socioeconômica[58] e, para outros, a tutela orientada à administração da justiça. [59] Outros, ainda, acrescentam a liberdade de concorrência como objeto de proteção e, por fim, parte da doutrina incide na errônea e criticada figura do supertipo penal, afirmando que o bem jurídico é representado pela ordem econômica, pelo sistema financeiro, pela ordem tributária, pela paz pública e pela administração da justiça.[60] Edílson Mougenot Bonfim e Márcia Monassi Mougenot Bonfim salientam que os bens jurídicos seriam os três acima alinhavados, porém desconsideram a teoria do bem jurídico e fundamentam suas idéias no funcionalismo sistêmico de Jakobs, onde se sustenta que o fim do Direito Penal é a tutela da estabilidade normativa. [61]A proposta funcionalista sistêmica, como bem se adverte, “inverte a ordem lógica, conceituando o delito e suas categorias a partir dos fins da pena, com função preventiva geral positiva”. [62]

A idéia não é correta, pois descartar o marco teórico da teoria do bem jurídico é desconhecer que a finalidade do Direito Penal individual ou supraindividual é proteger o homem [63] revalidando-o como base fundante do sistema penal[64].

A premissa inicial, da qual se parte, é a de que o delito de reciclagem de ativos conduz a uma lesão à ordem socioeconômica. A irregular injeção de capital no mercado lícito acarreta sérias conseqüências para a circulação de riquezas lícitas, obstaculizando o rearranjo interno da intervenção estatal, e dificultando o dirigismo estatal sobre a ordem socioeconômica.

A entrada de capitais ilícitos na economia legal e no mercado lícito atravança o crescimento interno e atinge a formulação das políticas econômicas de um país em ambos os planos, porém, com maior sensibilidade e intensificação, na seara microeconômica.

Noutro flanco, o branqueamento de ativos também compromete a administração da justiça, pois a atividade de clarear objetos materiais de origem escusa ofusca o interesse estatal no desbaratamento da fonte da qual emanam os bens de procedência indevida.

Tutela-se no delito de reciclagem de capitais os diversos bens jurídicos envolvidos nas distintas fases do procedimento de lavagem. [65] A tipificação da lavagem de capitais objetiva combater o foco de origem dos bens de procedência ilícita, cuja existência atravança a persecução penal; de forma mais eloquente, a tentativa é a de evitar que os ativos sejam efetivamente realocados na economia legal através das outras fases do

procedimento de branqueamento, tendo-se presentes os efeitos negativos que podem advir para a regulação jurídica da ordem socioeconômica.

O bem jurídico predominantemente ofendido é, de fato, a ordem socioeconômica, no peculiar aspecto da regularidade do influxo de capitais a serem injetados na economia legal, ou seja, o tráfego lícito de ativos dentro do circuito econômico (aspecto macroeconômico).

Protege-se também, com a tipificação em apreço, a liberdade de concorrência. Ainda que não se pretenda uma relevante dominação de mercado, a conduta típica desestabiliza a economia local, reduzindo os parâmetros de validade para a aferição da concorrência empresarial - seja pela conquista daquele, seja pelo desequilíbrio desta (aspecto microeconômico).

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese de Doutorado em Direito Penal. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela. jan. 2001.

ARÁNGUEZ SANCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

AZZALI, Giampiero. Diritto Penale dell'offesa e riciclaggio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, abr/jun. 1993

BACIGALUPO, Enrique. Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido. In: *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hamurabi. 2005, p.267 e ss

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Una respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del bien jurídico. *Revista de los Abogados Penalistas del Valle*, nº 7. Bogotá, 1980.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 9 ed. RT: São Paulo. 2004.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2 ed. Navarra: Thompson/Aranzadi, 2002.

BLANCO CORDERO, Isidoro; GARCÍA DE PAZ, Maria. Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado. *Criminalidad organizada*. Reunión de la Sección Nacional Española Preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Almagro, mayo de 1999. Universidad de Castilla – La Mancha, 1999.

BONFIM, Edílson Mougén; BONFIM, Márcia Monassi Mougén. *Lavagem de dinheiro*. Malheiros: São Paulo, 2005.

BRANDÃO, Nuno. *O branqueamento de capitais*. Coimbra: Coimbra, 2002.

CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*. Barueri: Manole, 2007.

CAPARRÓS, Eduardo Ángel Fabian. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

CASTALDO, Andrea. Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de lavado de dinero. *Rivista di Scienze Giuridiche Studi Urbinati*, nuova serie A-50, ano LXV. 1997/1998.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Lima: ARA, 2006.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: RT, 1998.

CHOCLÁN, Ángel; CALDERÓN, Ángel. *Derecho Penal: Parte Especial*. Barcelona: Bosch, 2001.

COBO DEL ROSAL, Manuel. La recepción de las normas de la comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales. *Cuadernos de Política Criminal Segunda época*. n° 85. Madrid: CESEJ, 2005.

COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais (Algumas reflexões à luz do Direito Penal e da política criminal). In: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Direito Penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editores, 1999.

DEL CARPIO DELGADO, Juana Maria. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo código penal español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Diritto Penale ‘minimo’ e nueva formula de criminalité. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc n°3, jul/set. 1999.

FARALDO CABANA, Patrícia. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela. XXI, 1998.

FLICK, Giovanni Maria. La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, out/dez. 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*. nº 26. Brasília: CADE, set/dez. 1997.

FORNASARI, Gabriele. *Il concetto di economia pubblica nel Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1994.

GOMÉZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona: Cedecs, 1995.

GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; POLAINO NAVARRETE, Miguel; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; CARMONA SALGADO, Concepción. *Curso de Derecho Penal español*. Parte Especial, v. I. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: SAFE, 2005.

KICHLING, Michael. Organized Crime Policies in Germany. In: FIJNAUT, Cirille; PAOLI, Letizia (Orgs.). *Organized Crime in Europe: Concepts, Patterns and control policies in the European Union and beyond*. Dordrecht: Springer, 2004.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros. 1998

MAROTO Y VILLAREJO, Julio-Díaz. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Madrid: Dykinson. 1999.

MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; FARALDO CABANA, Patrícia; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; PUENTE ABA, Luz Maria. *Derecho Penal económico*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas. 2006.

MOCCIA, Sergio. Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3 jul/set. Milano: Giuffrè, 1995.

PATERNITI, Carlo. *Diritto Penale dell' economia*. Torino: G. Gianpidelli, 1995.

PECORELLA, Gaetano. Circolazione del denaro e riciclaggio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc nº 4, out/dez. 1991.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: RT, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, São Paulo: RT, out-dez. 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.

___ *Direito Penal econômico* 2 ed. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativista. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v.839. set. 2005.

ROMERO FLORES, Beatriz. El delito del blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, nº 20. 2002.

ROSALES, Elsie. Notas sobre la reforma a la Ley antidrogas: posesión, comercio y reciclaje de dinero. *Relación Criminológica*. Valencia: Universidad de Carabobo, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. *Ciências Penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT, v.2. jan/jun. 2005.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 1998.

VELOSO, Ricardo Ribeiro. Problemas penais sobre a lavagem de dinheiro. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Org.). *Crimes tributários e econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VIGNA, P.L; LAUDATI, A; DELL' OSSO, P.L.M. *Sistema criminale ed economia*. Padova: CEDAM, 1998.

ZANCHETTI, Mario. Riciclaggio. In: *Digesto Delle Discipline Penali*, v. XII. Torino: UTET, 1997

ZANCHETTI, Mario *et alli*. *Commentario breve al Codice Penale*. 3 ed. Padova: CEDAM, 1999

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

[1] Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris,

1989, p.86; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003, p.21.

[2] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2000.

[3] Em sentido oposto, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

[4] Idem, Ibidem, p.30.

[5] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op.cit., p.74.

[6] Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

[7] GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p.55.

[8] Assim, por exemplo, GOMÉZ INIESTA, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona: Cedecs, 1995, p.35; MAROTO Y VILLAREJO, Julio-Díaz. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999, p.14; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico* 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p.411-412, entre outros.

[9] COBO DEL ROSAL, Manuel. La recepción de las normas de la comunidad europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 85. Madrid: CESEJ, 2005, p.63 e ss.

[10] MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*. Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1998, p.57.

[11] PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1998, nº 24, p.211; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.866.

[12] VIGNA, P.L; LAUDATI, A; DELL' OSSO, P.L.M. *Sistema Criminale ed Economia*. Padova: CEDAM., 1998, p.11.

[13] PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro...* . p.211; VELOSO, Ricardo Ribeiro. Problemas penais sobre a lavagem de dinheiro. In: *Crimes Tributários e Econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.263. Vide, também, FARALDO CABANA, Patrícia . Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, XXI, 1998, p.128.

[14] PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do delito antecedente*. São Paulo: RT, 2003, p.75.

[15] Antônio Sérgio Altieri Moraes Pitombo pontua: “Se verdadeira a relação gênero-espécie entre ambas as infrações penais, dever-se ia assentar que o crime de lavagem não seria típico, se cometido pelo autor do delito antecedente, por não se punir o *auxilium post delictum*, realizado por aquele que praticou o próprio delito anterior, seja como autor ou partícipe (art. 29 do CP)” (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do delito antecedente...* p.75-76). Em Espanha, no mesmo sentido, vide GOMÉZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales...*, p.35.

[16] PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri Moraes, op.cit., p.77.

[17] José de Faría Costa expõe: “Defendemos que a incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões ‘fracas’ que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um tipo legal, para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer actividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos” [COSTA, José de Faría. O branqueamento de capitais (Algumas reflexões à luz do Direito Penal e da política criminal). In: *Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1999, p.313].

[18] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Económico...*p.411/412. No direito penal espanhol há quem diga o contrário: GONZÁLEZ, Carlos J. Suárez. Blanqueo de capitales y merecimiento de la pena: consideraciones criticas a la luz de la legislación española. *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, nº 58, p.143-144.

[19] ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de capitales y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese de Doutorado. Universidad de Salamanca, 2001, p.295.

[20] DEL CARPIO DELGADO, Juana Maria. *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo código penal español*. Valencia: Tirant Lo Blanc. 1997, p.63. No Brasil: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Económico...*p.411.

[21] GONZÁLES RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; POLAINO NAVARRETE, Miguel; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; CARMONA SALGADO, Concepción. *Curso de Derecho Penal español*, Parte Especial, v. I. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.486.

[22] COBO DEL ROSAL, Manuel, op.cit., p.63 e ss.

[23] ABEL SOUTO, Miguel Ángel, op.cit., p.301; GÓMEZ INIESTA, Diego J., op.cit., p.32.

[24] PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri, op.cit., p.74. Nesse sentido, BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 9 ed. São Paulo: RT, 2004, p.98 e ss.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina.

A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. *Ciências Penais*. São Paulo: RT, 2005, v.2, p.150.

[25] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina, op.cit., p.150.

[26] GÓMEZ INIESTA, Diego José, op.cit., p.44.

[27] Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro; GARCÍA DE PAZ, Maria. Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado. In: *Criminalidad organizada*. Reunión de la Sección Nacional Española Preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Almagro, mayo de 1999. Universidad de Castilla – La Mancha, 1999; KICHLING, Michael. Organized Crime Policies in Germany. In: FIJNAUT, Cirille; PAOLI, Letizia (Orgs). *Organized crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*. Doordrecht: Springer, 2004, p.717 e ss.

[28] ABEL SOUTO, Miguel Ángel, op.cit., p.310-311.

[29] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de la pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, n° 58, p.152-153.

[30] PALAZZO, Francesco, op.cit., p.80.

[31] João Bosco Leopoldino da Fonseca aponta que “as questões jurídicas não podem ser analisadas somente por meio de critérios jurídicos, mais comumente abstratos. A realidade dos problemas que se põem exige que se adotem métodos que sejam mais próximos da própria vida concreta dos seres. O direito tem a ver com o comportamento humano, e este se rege sempre pela busca de uma maximização racional” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*. Brasília:CADE, 1997, n° 26, p.26).

[32] Cf. KLAJMIC, Magali. Política legal da concorrência. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: CADE, 1998, n° 27, p.81-82.

[33] Cf. GÓMEZ INIESTA, Diego José, op.cit., p.39.

[34] CHOCLÁN, Ángel; CALDERÓN, Ángel. *Derecho Penal: Parte Especial*. Barcelona: Bosch, 2001, p.336.

[35] CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*. Barueri: Manole, 2007, p.141.

[36] Nesse diapasão, acertadamente, ABEL SOUTO, Miguel Ángel, op.cit., p.334.

[37] Idem, Ibidem, p.335.

[38] Idem, Ibidem, p.336.

[39] Idem, Ibidem, p.336.

[40] Idem, Ibidem, p.336-337.

[41] BRANDÃO, Nuno. *O branqueamento de capitais*. Coimbra: Coimbra, 2002, p.22.

[42] ARÁNGUEZ SANCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.101.

[43] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.475.

[44] FARALDO CABANA, Patrícia . *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995...* p.124.

[45] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; FARALDO CABANA, Patrícia; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; PUENTE ABA, Luz Maria. *Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p.72.

[46] BACIGALUPO, Enrique. Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la EU sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtido. In: *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hamurabi, 2005, p.267 e ss.

[47] DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español...*, p.86.

[48] Vide, por exemplo, BRANDÃO, Nuno, op.cit., p.21; KAPLAN, Marcos. Economia criminal y lavado de dinero. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. ano XXIX, nº 85, jan-abr. 1996, p.229.

[49] ABEL SOUTO, Miguel Angel, op.cit., p.345; MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal económico, Parte Especial*, p.286; MAROTO Y VILLAREJO, Julio-Díaz. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, p.14; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina., op.cit., p.151-152. Na Itália, Giampiero Azzali expõe os motivos do dano à ordem econômica nos seguintes termos: “a facilidade, a rapidez e a imponência em particular da delinquência organizada para financiar a operação econômica, serão tal que se prestam a subverter cada preceito do mercado, do andamento dos preços ao regime da concorrência, das transações nas bolsas de valores e da formação dos títulos da dívida pública e da propriedade. Em tal subversão, a qualidade do capital de origem honesta aparece destinado a sucumbir diante daquele de proveniência delituosa...” (AZZALI, Giampiero. Diritto Penale dell’offesa e riciclaggio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, abr/jun. 1993, p.433). Nesse sentido, FLICK, Giovanni Maria. La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, out/dez. 1990, p.1266-1267.

[50] PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico...* p.411. Nessa linha de pensar, afirma-se, com acerto, que “em razão das graves consequências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma

categoria delitiva que atenta contra a ‘segurança da ordem econômico-financeira’; Com a criação de tipos penais especiais direcionados a combater os procedimentos de lavagem de capitais, busca-se fundamentalmente proteger a normalidade do tráfego jurídico no mundo da economia” (CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: RT, 1998, p.321).

[51] MAROTO Y VILLAREJO, Julio-Díaz, op.cit., p.14.

[52] Marco Antônio de Barros assevera que “tutela-se, a bem da verdade, o poder econômico-financeiro, com o sentido de prevenir a ocorrência de ilícitos penais que coloquem em risco a segurança de operações e transações executadas pelo mercado que, por sinal, também é acessível as organizações criminosas”. E prossegue: “...a legislação foi editada com a pretensão de garantir a saúde econômico-financeira do País, visto que objetiva impedir a legalização ou regularização de capital de capital ou de patrimônio obtido com a prática do delito antecedente” (BARROS, Marco Antônio de, op.cit., p.98-99).

[53] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel. *El delito de blanqueo de capitales*. Madri: Colex, 1998, p.285.

[54] Nesse sentido, na doutrina espanhola, vide, por ejemplo, GÓMEZ INIESTA, Diego J., op.cit., p.35; MAROTO Y VILLAREJO, Julio-Díaz, op.cit., p.14; FARALDO CABANA, Patrícia, op.cit., p.124 e ss; ROMERO FLORES, Beatriz. El delito del blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. nº 20, 2002, p.303. No Brasil, vide MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p.31; PRADO, Luiz Regis, op.cit., p.411-412; BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. Malheiros: São Paulo, 2005, p.31 e ss e, na Itália, vide MOCCIA, Sergio. Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3 jul/set. Milano: Giuffrè, 1995, p.739 e ss.

[55] BLANCO CORDERO, Isidoro, op.cit., p.224/225; ARANGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos, op.cit., p.99 e ss. No Brasil, vide MENDRONI, Marcelo Batlouni, op.cit., p.31. CALLEGARI, André Luiz, op.cit., p.141; SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 1998, p.61.

[56] MENDRONI, Marcelo Batlouni, op.cit., p.31.

[57] ZANCHETTI, Mario. Riciclaggio. In: *Digesto delle discipline penaltische*, v. XII. Torino: UTET, 1997, p.205-206; ZANCHETTI, Mario *et alli*. *Commentario breve al Codice Penale*. 3 ed. Padova: CEDAM, 1999, p.1898-1899; VIGNA, P.L.; LAUDATI, A; DELL’ OSSO, P.L.M., op.cit., p.11.

[58] CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de, op.cit., p.322-323; GÓMEZ INIESTA, Diego J., op.cit., p.35.

[59] MAIA, Rodolfo Tigre, op.cit., p.57.

[60] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p.717.

[61] BONFIM, Edílson Mougén; BONFIM, Márcia Monassi Mougén., op.cit., p.27.

[62] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 8 ed. São Paulo: RT, 2008, p.109.

[63] Luiz Regis Prado destaca que “entre os bens jurídicos individuais e metaindividuais há, em sentido material, uma relação de complementaridade. Naqueles a referência individual privada é direta; nestes a referência pessoal é indireta, em maior ou menor grau. São bens universais, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado. Aliás, essa diretriz pode ser tida como ancorada no princípio da individualização da lesividade, segundo o qual devem ser elevados à categoria de bens jurídicos tão-somente os valores cuja violação implique transgressão de um bem relacionado direta ou indiretamente ao indivíduo e à sociedade. Isso, porque como já destacado, o homem não é concebido em razão do Estado, mas sim o Estado e as demais instituições é que dependem do indivíduo” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...* p.263). Em igual sentido, DEL CARPIO DELGADO, Juana, op.cit., p.84.

[64] Nesse sentido, tem-se que “o fundamento desta última assertiva é evidente: tão-somente o ser humano – enquanto pessoa livre e responsável – pensa, raciocina, pondera, age conscientemente e pode, assim, obrigar-se ético-socialmente. Não é um simples *instrumento*, cumpridor de um determinado papel ou tarefa social. É capaz de autodeterminar e orientar o acontecer causal conforme seus desígnios. A lei penal não pode desprezar essa realidade, visto que é elaborada e posta em vigor para um mundo real, e não para um mundo fictício ou imaginário” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativista. *Revista dos Tribunais*, 2005, v.839, p.421).

[65] Como bem lembra Andrea Castaldo, “a legislação para enfrentar a lavagem de dinheiro deve ser alterada, mas desde que atenta ao perfeito conhecimento dos procedimentos, mecanismos e conforme os diferentes níveis de intervenção sobre os mesmos” (CASTALDO, Andrea. Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de lavado de dinero. *Rivista di Scienze Giuridiche Studi Urbinati*, nuova serie A-50, ano LXV, 1997/1998, p.52; PECORELLA, Gaetano. Circolazione del denaro e riciclaggio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, fasc nº4, out/dez. 1991, p.1.222).

O DIREITO ECONÔMICO: EXTRAORDINÁRIO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO

ECONOMIC LAW: EXTRAORDINARY INSTRUMENT OF DEVELOPMENT

**Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer**

RESUMO

Sob a perspectiva interdisciplinar dos novos direitos, o artigo aborda a fenomenologia social segundo a ótica econômico-jurídica, destacando a evolução histórica, o conceito, as teorias de aproximação entre a Macroeconomia e o Direito, o conhecimento específico do Direito Econômico, seus elementos teórico-fundamentantes e sua inserção como matéria constitucional, em especial, destacando o Constitucionalismo Econômico Brasileiro de 1988. Sugere a aplicação da Teoria Econômica na análise do Direito e defende o Direito Econômico como especial instrumento de desenvolvimento e modernidade. Para tanto, tratam-se, em três tópicos, os aspectos históricos e apropriados para a definição do pensar político-jurídico-econômico; a Teoria Geral do Direito Econômico; o Direito Econômico na Teoria Geral da Constituição e no Constitucionalismo Brasileiro. A investigação serve-se do meio bibliográfico e documental para colher os dados fundamentais; utilizando-se o enfoque do método qualitativo à luz de análise explicativa.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ECONÔMICO; DIREITO E ECONOMIA, DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

ABSTRACT

In the interdisciplinary perspective according to the new Laws, the article approaches the social phenomenon by an economic-legal optics, detaching the historical evolution, the concept, the theories of approach between Macroeconomics and the Law, the specific knowledge of the Economic Law, its elements theoretician-fundamentantes and its insertion as constitutional matter; specially, detaching the Brazilian Economic Constitutionalism of 1988. It suggests application of the Economic Theory to the analysis of the Law and defends the Economic Law as special instrument of development and modernity. For in such a way, it approaches in three topics, the historical and appropriated aspects to define the politician-legal-economic thinking; the General Theory of the Economic Law; the Economic Law in the General Theory of the Constitution and in the Brazilian Constitutionalism. The inquiry's consulting the documentary and bibliographical fonts and for spoon the basic data it's using the approach of the qualitative method in the light of explicative analysis.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALISYS OF LAW; ECONOMIC LAW; LAW AND ECONOMICS

INTRODUÇÃO

O pensamento humano apropria-se da fenomenologia segundo análise das experiências vivenciadas no campo das humanidades de forma interdisciplinar. Seja segundo perspectiva determinista de Karl Marx; ou conforme ao entendimento de Rudolph Stammler, em que a realidade formal do Direito visa à ação concatenada dos agentes para serem atingidos os fins da verdade fenomenológica - real; ou, ainda, seja segundo a possível síntese na interação entre o Direito - verdade formal e o fenômeno econômico - verdade real; na qual, ora a norma cria o fato econômico, ora o fato cria a norma; é incontestável que as Ciências do Direito e da Economia acompanham-se, *pari-passu*, no trato da fenomenologia social. Enquanto Karl Marx, em seu materialismo histórico, delimitou os fundamentos da inexorável influência econômica no Direito, afirmando que a *soma total das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, os alicerces reais sobre as quais se constroem as superestruturas legais e políticas;*[1] em sua vez, Stammler[2] divergiu da premissa marxiana ensinando que o mundo econômico para organizar-se necessita de regra de conduta exterior - Direito - como forma preexistente ou concomitante ao real.

Sob o enfoque sociológico, Max Weber delimitando a interação entre o Ordenamento Jurídico e o Econômico, considerou a existência de dois pontos de vista: o sociológico - inerente à economia social ou fenomenologia - e o jurídico - próprio da dogmática. No ensinamento de Weber a consideração jurídica *investiga o sentido correto de normas* cujo conteúdo deve determinar o comportamento de quem a elas está submetido enquanto a ordem econômica social traduz-se pelas *ações humanas efetivas* condicionadas pela premência de satisfação das necessidades humanas; ou seja, trata-se da realidade fática e inafastável[3]. Weber já deixa claro que *a lógica jurídica puramente profissional* e o Direito abstrato e distante do fenômeno social contrariam as expectativas sociais, pois, estas, são *orientadas de acordo com o sentido econômico ou prático-utilitário de uma norma jurídica*. Portanto, ao jurista-economista resta abandonar o purismo da formalidade em detrimento de soluções concretas e imediatas para os modernos problemas sociais.

A guiar solução intermédia entende-se necessária a pesquisa e a inovação em favor de Teoria Geral do Direito Econômico que; tendo trilhado os caminhos do extremismo em discursos ora totalmente liberais, ora característicos do intervencionismo ou, ora absolutamente dirigentes; alcance tanto os possuidores como os despossuídos, os incluídos e os socialmente excluídos; tornando a justiça solução para a real e momentânea tomada de decisão pragmática e eficiente. Ao Direito resta, inevitavelmente, acompanhar a fenomenologia social, segundo a ideologia político-social-econômica progressista e constitucionalmente adotada para o Estado. Para o momento, delimita-se o campo teórico do Direito que, não desconhecendo sua estreita ligação com a Ciência Econômica, trata do Direito Econômico; segundo orientação dogmática integrativa publicista/privatista. Assim, conforme ensina o mestre da Escola Mineira de Direito Econômico, Washington P. A. de Souza, trata-se do *ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e*

interesses individuais e coletivos, harmonizando-as - pelo princípio da economicidade - com a ideologia adotada na ordem jurídica[4].

Para a apreciação econômico-científica, a fenomenologia social pode ser percebida segundo quatro possibilidades, a saber: a) Produção, b) Repartição, c) Circulação e d) Consumo. Ao Direito Econômico compete disciplinar as relações jurídico-sociais que venham incorrer nos quatro referidos fenômenos econômicos, seja na esfera nacional - Direito Econômico; seja na esfera internacional - Direito Internacional Econômico; sempre, no entanto, cuidando das políticas macroeconômicas governamentais e na esfera das relações internacionais. Deveras importante, também, é diferenciar o campo de estudo do Direito Econômico do ramo do conhecimento que se conhece como Análise Econômica do Direito - LaE; esta, sim, voltada para a análise microeconômica da ação dos sujeitos de direito, seja em caráter normativo, quando da elaboração da norma ou positivo, quando da verificação de sua aplicação no meio social. Efetivamente a aproximação entre o Direito e a Economia, segundo a LaE, traduz-se pela defesa do comportamento técnico-racional maximizador de resultados em detrimento da prática técnico-legal estritamente formalista.

Em termos disciplinares, o Direito Econômico, ensinado, inicialmente, na Universidade de Iena, Alemanha, em 1908, tornou-se, paulatinamente, destacado em diversas Escolas; lembrando-se a Escola Francesa, e pensadores como Bernard Chenot e François Géný; a Argentina, com Esteban Cottely, Julio H. G. Oliveira e Eduardo Conessa; a Alemã, com os pensadores de Frankfurt como Walter Eucken, dentre tantos outros. No Brasil, o conhecimento em Direito Econômico foi, primeiramente, destacado pelo Visconde de Cairú, em 1827, quando da publicação, no Rio de Janeiro, das *Leituras de Economia Política ou Direito Econômico conforme a Constituição Social e Garantias da Constituição do Brasil*. Diversos centros acadêmicos brasileiros vêm tratando do tema, destacando-se, na Escola Paulista, pensadores como Eros Roberto Grau, Fabio Nusdeo, Fábio Konder Comparato, Modesto Souza Barros Carvalhosa, Orlando Gomes, Antunes Varela, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Afonso Insuela Pereira; da mesma forma, brilhantemente, atua a Escola Mineira, com pensadores como Washington P. Albino de Souza, João Bosco Leopoldino da Fonseca, Isabel Vaz e o filósofo Arthur Diniz. A Escola Gaúcha de Direito Econômico, destaca o primeiro presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o saudoso Professor Werter Faria e a Professora Guiomar Therezinha Estrella Faria, dentre tantos outros mestres referenciados na bibliografia.

O velho ramo do Direito, conhecido como Econômico, difere-se da visão jurídico-econômica, da Escola denominada *Law and Economics - LaE*, apreciada em seu tradicional entendimento, segundo o enfoque Posneriano. Entende-se esta última como inerente à natureza do Direito, incrustada na onticidade da própria Ciência Jurídica ou, ainda, segundo autores como Guiomar Therezinha Estrella Faria[5], como método interpretativo do Direito, inclusive, do Direito Econômico. Destarte, existe manancial jurídico-econômico adequado para a inevitável tomada de decisão segundo aplicação de nova análise para o problema jurídico, seja quando da elaboração da norma e funcionalização do Direito - caráter normativo; seja na verificação real do fenômeno social e prospecção de futuras possibilidades fenomenológicas - caráter positivista que permite a *escolha*, dentre as opções de política jurídica apresentadas aos legisladores e aos juízes, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social.

Atualmente, após verificação do pioneirismo de pensadores como Guido Calabresi[6], Ronald Coase[7] e Guido Alpa[8], paralelamente à abordagem jurídico-macroeconômica do Direito Econômico, tem-se a contribuição das escolas de *Law and Economic*[9], destacando-se, segundo Andrés Roemer[10], quatro enfoques básicos, a saber: o enfoque tradicional da Escola de Chicago - *Law and Economics* - LaE[11], o enfoque Neoinstitucional ou vertente dos *Property Rights* [12], o enfoque da Eleição Pública - *Public Choice*[13] e, finalmente, os Estudos da Crítica Jurídica - ECJ[14]. A priori, pode-se afirmar que, enquanto o Direito Econômico volta-se para a Análise Macroeconômica, a LaE identifica-se com a Teoria Microeconômica. De qualquer forma, esta interação entre Direito e Economia vem sendo paulatinamente construída a partir de visão progressista, não preconceituosa e interdisciplinar.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E PROPEDÊUTICOS PARA A DEFINIÇÃO DO PENSAR POLÍTICO-JURÍDICO-ECONÔMICO;

Na interminável disputa entre liberalistas, intervencionistas e totalitaristas na eterna busca, por posição social mais *justa*, equânime e segura, desenvolveu-se a ideologia jurídica que, em especial, consagrou, como inexpugnáveis, certos direitos, de forma a substituir o conflito privado pelo exercício racional-formal do poder pelo Estado. No final do Séc. XIX e na primeira metade do Séc. XX, diversos ordenamentos asseguraram práticas econômicas, bem como, direitos ligados à defesa dos interesses sociais. As Constituições que, até então, se preocupavam em assegurar direitos políticos - chamados de primeira geração, inerentes à liberdade, à vida, ao ir e vir, dentre outros da mais alta conta; passaram a tratar, também, de delimitar o uso do poder econômico - direitos sociais de segunda geração, como o fizeram as constituições do *México*, em 1917 e de *Weimar*, em 1919, além da *Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado da Rússia* de 1918.

No que concerne à doutrina, podem ser destacadas, como pioneiras, as obras de Heymann, em 1908, denominadas *Arbeiten Zum Handels Gewerbes - un landwirtschaftsrecht*, - Trabalhos sobre Direito Comercial, Direito da Empresa e Direito Agrário - e de Justus Wilhelm Hedemann, em 1918, com a criação, na Universidade de Iena, do *Institut für Wirtschaftsrecht - Instituto de Direito Econômico*; das publicações das *Mitteilungen des Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht* - Comunicações do Instituto de Direito Econômico de Iena - e dos *Schriften des Institut für Wirtschaftsrecht* - Escritos do Instituto de Direito Econômico. Em 1923 Hans Goldschmidt publicou compêndio didático denominado *Reichswirtschaftsrecht* - Direito Econômico do Império e, posteriormente, autores como Geiler, Hausmann, Rumpf, Arndt, Bauer, Thal, Reichardt, Darmstädter e Klausning, a sua vez, destacaram-se. Destas primeiras contribuições teóricas surgiram estudos outros, principalmente na Alemanha; inicialmente, associando o Direito Econômico ao esforço de guerra, e, posteriormente, assumindo posicionamentos variados conformes às diversas escolas de Direito Econômico. Hedemann, por exemplo, acreditava que o Direito Econômico tratava de inovador método realista de analisar o fenômeno sócio-jurídico-econômico como um todo; verdadeiro quadro ou moldura geral dos diversos ramos do Direito.

Esgotado o paradigma jurídico-político liberal-individualista revolucionário[15] conforme ao modelo jusnaturalista de Locke[16] e Hobbes,[17] disseminado no Constitucionalismo do Séc. XVIII até meados do Séc. XX, e delimitador do Estado politicamente organizado e respeitador das liberdades e garantias individuais, ainda, conforme aos ditames da divisão dos poderes, sistema de freios e contrapesos e outras garantias impeditivas da espoliação do cidadão e de sua liberdade no contexto social; surgiu a necessidade de novo condicionamento jurídico-formal voltado para disciplina da ação do *homo oeconomicus* protegendo, sim, suas liberdades econômicas como, também, segundo as exigências do contexto social. Já, no início do Séc. XX, pareceu notório que as disposições normativas napoleônicas de cunho individualista, e mesmo estruturadas sob a ação judicativa - *Jurisprudence*, não se apresentavam próprias ante a complexidade dos fenômenos sócio-econômicos verificados em mercado. Em especial, no desenvolver do capitalismo, como sistema econômico estruturado em economia de mercado de livre concorrência, se tornou imprescindível, além da tradicional ordenação jurídica garantidora da segurança e certeza tão necessárias aos propósitos expansionistas do capital, específico ramo jurídico ocupado com a regulatividade dos mercados e a ação dos agentes econômicos privados e Estatais. Mormente, depois da Primeira Grande Guerra, se verificou intenso movimento para a consolidação do Direito Econômico, em virtude da racionalização nos processos de produção, distribuição, circulação e consumo dos escassos recursos de forma coativa e coordenada pelos Estados. A economia de reconstrução do entre-guerras levou os diversos países vencedores, no Tratado de Versalhes, a instituírem medidas de caráter econômico fortalecedoras da ação estatal, porém, divergentes da ação estatizante e totalizadora de países como a Rússia, a Itália e a própria Alemanha; fato que levou ao segundo conflito mundial.

A Ciência Econômica, então, passou a oferecer, para o discurso jurídico, o instrumental metodológico delimitador e orientador das políticas econômicas através do emprego de seus métodos de forma a elucidar a realidade social enquanto que, ao Direito, ainda, coube a tarefa de estipular o *justo social*; ambos, voltados à consecução das políticas Estatais. Tratou-se, pois, definitivamente, de abandonar o *laissez faire* em função do chamado *Welfare State*[18] e da intervenção do Estado, organizando-se e programando-se a ação econômica de resultados. O Direito, de controlador social, passou a verdadeiro estimulador e indicador da atividade econômica, através de normas quadro, programáticas, indicativas e delimitadoras dos objetivos desenvolvimentistas nacionais sendo superado o modelo jurídico clássico, que, embora não abandonado, resultou moderno e aperfeiçoado para as novas realidades.

O Estado, pela ação de seus dirigentes, adquiriu papel predominante e ativo no direcionamento racional da economia, assim como, intensificou seu próprio atuar como agente econômico, regulador e indicador das atividades dos particulares - era a institucionalização do intervencionismo estatal. Já não havia mais espaço para o agir econômico-libertário exclusivo aos moldes da *mão invisível* de Adam Smith e; sim, a necessidade da doutrina econômica que, para além do liberalismo do próprio Smith, de John Locke e de David Hume, estimulasse a interação entre o *justo* inerente ao Direito e o *útil* próprio da concepção economicista de Jeremy Bentham e de John Stuart Mill.

Nos Estados Unidos da América, v.g. depois de 1933, com a instalação do *New Deal*, o intervencionismo passou a ser a prática estatal. O *Realismo Jurídico* abandonou o estreito caminho da jurisprudência não questionada e própria do extremismo da insegurança dos julgados[19], ocasionando, não raras vezes, arbitrariedade por parte dos

juízes na aplicação do Direito. Resposta construcionista ao Realismo Jurídico norteamericano[20], foi a tentativa de volta às *stare decisis* e à instalação de novo linguajar que convencesse e justificasse a práxis econômica, superando-se o velho Direito Econômico pelo novo Direito e Economia[21].

Em que pese, no entanto, o sucesso do intervencionismo Keynesiano, durante a primeira metade do Séc. XX, não tardaria ser possível identificar a crise do *Welfare-State* e do respectivo sistema jurídico, procurando-se, maiormente, a partir dos anos sessenta, alternativas que viabilizassem as instituições dentro de contexto social carente de soluções para problemas imediatos e conflitos sociais. O ambiente político-econômico-ideológico passou a ser favorável à volta do liberalismo, agora, conhecido como neoliberalismo. No cenário mundial, verificaram-se fatos decisivos como; o fim da guerra fria, a queda do muro de Berlim, o término das ditaduras militares nas Américas, a ascensão de Ronald Reagan, no governo dos Estados Unidos da América - EUA e de Margaret Thatcher, no Reino Unido, dentre outros, que levaram à adoção de ideologias não intervencionistas, minimalistas de Estado, flexibilizadoras e expansionistas do, agora, conhecido processo globalizante.

Enquanto o velho Direito Econômico cuidava das legislações Antitruste, de política fiscal e outras de caráter macroeconômico, o novo Direito e Economia - LaE - tratou de aplicar as premissas básicas da Microeconomia, subdivisão metodológica da Teoria Econômica, aos diversos ramos do Direito não, especificamente, afeitos ou ligados às políticas econômicas. Passou, então, a LaE, a ser aplicada na análise dos campos diversos da *Common Law* tais como: os inerentes aos *Property Rights*, ao *Law of Torts* e ao *Contract Law*, além, é claro, dos demais ramos do Direito norteamericano. Richard A. Posner[22] foi um dos pioneiros, nesta prática, ao empregar a Teoria Econômica em ramos como o Direito de Família, o Direito de Propriedade, o Direito Contratual, o Direito de Reparação de Ilícitos Cíveis, o Direito Penal e o Direito Constitucional, dentre outros.

Os pensadores racionalistas das *Economic Scholls* passaram a adotar método ideológico, característico da economia de mercado capitalista como critério de justiça que, em última análise, passou a dispor dos meios e recursos, que são escassos, segundo sua melhor forma - ótima, de utilização. Nesta perspectiva, o ideário da LaE é a preservação da vida como ideal de justiça.

Em ponto de vista amplo, LaE refere a toda a tendência crítica do realismo jurídico americano que tenha, em sua fundamentação doutrinária, a utilização da Teoria Econômica para a análise do Direito. Por outro lado, em visão *stricto sensu*, a LaE, primordialmente referida nesta abordagem teórica, deve ser entendida como a parte do referido movimento crítico que foi idealizado por Richard A. Posner[23] em sua consagrada obra *Economic Analysis of Law*. A Teoria Econômica, assim, exerce papel analítico-interpretativo junto ao Direito seja na *Common Law* ou, ainda, na *Civil Law* Brasileira segundo prática jurídico-econômica de mercado e realidade da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros - riqueza - e de eficiência econômica próprios da dialética social-econômico-normativa construtiva.

Surgida nos Estados Unidos da América, a LaE apresenta o Direito de forma realística, *despido* do ideal de justiça teórico-formal não apropriável e, ainda, fazendo observar seu cerne econômico. Através da interpretação ou análise[24] do Direito

procura-se, pela técnica analítico-metodológica carreada da Teoria Econômica, justificar a práxis jurídica de forma a verificar-lhe, como valor[25] último, o fim inafastável de maximização de resultados e eficiência. Os diplomas legais devem, efetivamente, guardar, em si, relação estreita com os mínimos pressupostos das leis econômicas de forma a facilitar a fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção de riquezas verificadas no meio social em que são criados tais diplomas; ou seja, no mercado.

Acredita-se, pois, que o método analítico-interpretativo-construtivista da doutrina *LaE* torna o *Direito jurídico-persuasivo*[26] segundo processo de análise de custo e de benefício esgotando o paradigma jurídico-coercitivo vigente. Ao invés de ter preocupação em relação ao fenômeno ocorrido, conforme ocorre no atual modelo jurídico-legal, o Direito, segundo a *LaE*, volta-se para o futuro de forma a influir a ação dos indivíduos através de conjunto de incentivos e obstáculos. O Direito e, especialmente, o Direito Econômico, portanto, além de controlador social, passa, funcionalmente, a determinar o comportamento social. O anacronismo normativo-econômico, bem como sua interpretação equivocada e ultrapassada, indubitavelmente leva à estagnação e retrocesso no processo de desenvolvimento em contrapasso com a realidade dinâmica mundial. Necessário, pois, repensar a realidade econômica nacional a partir de ótica aberta para a razão refratária aos extremismos e conforme as possibilidades do discurso jurídico vigente nas relações sociais verificáveis no contexto globalizante, qual seja, o inerente à economia de mercado neoliberal, de forma a contestar-lhe, dentro do próprio sistema, suas deficiências e a aceitar sua lógica naquilo que seja próprio à defesa dos interesses individuais e sociais.

2 TEORIA GERAL DO DIREITO ECONÔMICO;

Influenciado pelo pensamento iluminista, o capitalismo liberal fragmentador das estruturas sociais em função do individualismo metodológico na tomada de decisão econômica, levou à implementação de experiências políticas reais embasadas no pensamento de cunho socialista e no intervencionismo de Estado. As relações do Estado com a economia influenciando na produção e no destino da riqueza passaram, então, a ser assunto, sobremaneira, relevante; influenciando, inclusive, questões de soberania nacional e a liberdade dos agentes econômicos. Com o desenvolvimento da política intervencionista, principalmente, depois de 1930, os países passaram a adotar máximas econômicas que, compiladas, formaram o bojo legislativo-teorético do Direito Econômico. Decisivamente, em 1936, surgiu o trabalho do economista inglês John Maynard Keynes intitulado *The General Theory of Employment, Interest and Money*[27] que; fruto de estudos anteriores realizados a partir de 1925, também o levaram a pregar a intervenção do Estado na economia como forma de ser alcançado o equilíbrio entre oferta e demanda, uma vez que, estava provado, na prática, que aquela não sustentava e criava esta de forma automática. Era a superação do classicismo ortodoxo não intervencionista. No espaço de entre-guerras, a intervenção estatal[28] na economia foi cada vez maior inclusive contribuindo para consolidar a Ordem Jurídica própria do Direito Econômico.

A ordem econômica, em sentido natural, se apresenta como a *realidade disposta dos fenômenos observados* - atividades econômicas - segundo suas características reveladoras de economicidade ou racionalidade econômica e, portanto, conforme as máximas das leis econômicas como é verificável, por exemplo, nas leis de oferta e de demanda. Em sentido social, a ordem econômica pode ser vista conforme *as relações dos agentes econômicos a serem determinadas através da ótica do Direito*. Interagem os conceitos de Ordem Econômica, Ordem Jurídica da Economia, Ordem Pública Econômica e de Direito Econômico. Existente, no mundo real, uma Ordem Econômica inerente à relação dos agentes através da especialização e da divisão do trabalho, se determina, no Estado de Direito, a ordenação jurídica dos fenômenos sendo, então, delimitada a chamada Ordem Jurídica Econômica. A Ordem Jurídica da Economia é, pois, a parte do Direito que tem por objeto as relações econômicas.

A idéia de Ordem Pública Econômica, conforme ensina Vital Moreira[29], caracteriza-se por real dicotomia quanto à determinabilidade, por parte do ordenamento jurídico, das relações econômicas. Ora é defendida como *ordenamento impositivo e imperativo*, ora como conjunto de dispositivos de *defesa de interesses dos agentes*. Para a primeira posição, se observa o conceito clássico de ordem pública que submete a vontade das partes contrariamente à liberdade contratual e visando o bem-comum enquanto, para a segunda posição, se verifica conjunto de princípios-fundamento, em defesa ou garantia do interesse geral, determinantes da estrutura político-econômico-social do Estado. Para Max Weber, ordem econômica é entendida como *distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente - consensus - , segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o sentido desse poder fático de disposição que repousa sobre o consenso*[30]. A Ordem Jurídica da Economia é, portanto, parte da ordenação jurídica voltada para a regulação das relações sociais que tenham ou possam ter caráter econômico. Tal Ordem pode ser estipulada de forma ampla na Ordenação Pública Econômica e, mais restritamente, através do Direito Econômico.

O Direito Econômico é disciplina específica no conjunto das demais disciplinas jurídicas. Existe polêmica muito grande quando se intenta atrelar o Direito Econômico ao ramo do Direito Público ou ao ramo do Direito Privado; da mesma forma, divergências existem ao se intentar defini-lo ora pelo seu objeto, ora segundo seus agentes, e assim sucessivamente; entretanto, deve permanecer evidente o caráter interdisciplinar do Direito Econômico que trata, juridicamente, em última análise, das relações entre agentes e respectivos fenômenos econômicos observáveis no meio social.[31] As normas de Direito Econômico refletem, pois, a *síntese* entre o Direito Público e o Direito Privado e, geralmente, têm caráter indicativo programático; na medida em que buscam a regulamentação das diversas economias dentro da perspectiva de Estado atuante na Ordem Econômica de forma a balizarem metas ou objetivos econômicos, delineando direitos e restrições no atuar dos agentes, comportamentos em função de estímulos ou desestímulos e indicando possibilidades de consecução do bem-comum em termos de desenvolvimento econômico.

O Direito Econômico, consideradas que sejam as múltiplas Escolas de entendimento do econômico pode ser diversamente definido. Assim, expressam os autores lusos Antonio C. Santos, Maria E. Gonçalves e Maria Leitão Marques ensinando que o Direito Econômico é *o ramo de direito que tem por objeto o conjunto*

de princípios e normas que regem a ordenação da atividade económica pelos poderes públicos e privados.[32] Luís Cabral Moncada, chama a atenção para a vocação interdisciplinar do Direito Económico optando por considerar seu objeto mais restritamente e delimitando-o como *o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida Económica.*[33]

Já o ínclito mestre Geraldo de Camargo Vidigal conceitua-o expressando a problemática do objeto do Direito Económico que abrange grande número de situações e compartimentações do Direito ligadas ao económico. Define, pois, o Direito Económico como:

(...) o conjunto das instituições e preceitos jurídicos que ordenam já a direção das atividades económicas pelo Estado, já a intervenção estatal na economia, já o relacionamento entre os agentes dos mercados, quando se marca por um clima de dominação. O Direito Económico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social. Seu objeto não exaure as relações de mercado, que, enquanto prevalentemente inspiradas nas soluções da autonomia da vontade, desenvolvem-se no plano do Direito Comercial.[34]

Interessante é verificar o apanhado de conceitos e indispensável estudo detalhado das diversas correntes doutrinárias a respeito do Direito Económico oferecido por Modesto Carvalhosa[35]. O preclaro Mestre identificou a posição de mais de 70 juristas classificando-os em 10 Escolas básicas. Especificamente, definiu o Direito Económico com base nos dois elementos constitutivos de seu conceito central no plano dogmático - dirigismo racional e conflito de interesses; como segue:

O conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade, vincula as entidades económicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem económica, conciliando; ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades económicas privadas, na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos, objetivos estes assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa[36].

Resta evidente, pois, que o Direito Económico se caracteriza como disciplina específica, interdisciplinar, preocupada com a delimitação e determinação jurídica do atuar dos diversos agentes económicos com objetivo de possibilitar o desenvolvimento das atividades económicas, dentro da perspectiva ideológico-político-económica adotada pelo Ordenamento Magno do País. No que concerne ao conhecimento jurídico-económico voltado ao entendimento do fenómeno social de carácter económico, este é apreciado através do ramo jurídico denominado Direito Económico a ser abordado

segundo as técnicas metodológicas disponíveis tanto no Direito como na própria Economia de forma interdisciplinar. Possível, então, é a utilização dos métodos jurídicos tradicionais como o exegético, sistemático e o analítico. Ainda, no intuito de aproximar a verdade jurídico-formal da realidade sócio-econômica, são apreciáveis as máximas metodológicas da Ciência Econômica tais como a dedução, a indução, a estatística, a econometria e, conforme a LaE, a própria Teoria Econômica como instrumental interpretativo-metodológico próprio para o desvendar da norma. O Professor Washington P. A. de Souza, ao referir à análise como método comum ao Direito e à Economia, ensina sobre o que chama de *Método Analítico Substancial* caracterizado pela utilização da *observação para a explicação do fato econômico, utilizando-se dos métodos da Ciência Econômica e elaborar as hipóteses jurídicas relativas ao 'fato' observado, utilizando-se dos métodos do Direito*[37]. Desta forma, da interação das duas disciplinas, a Jurídica e a Econômica, surge a possibilidade de conhecimento das estruturas jurídicas formais e fenomenológicas; ou seja, a norma e seu conteúdo, mediante o delineamento de um Direito Econômico capaz de dar *concretude* às políticas econômicas ideologizadas, constitucionalmente, através de normas programáticas, bem como, por meio das normas ordinárias que tenham vistas ao planejamento econômico, à previsão e à prospecção. Ainda, segundo Washington P. A. de Souza, o dito *Método Analítico Substancial* composto pelos métodos da Economia e do Direito é (...) *capaz de permitir a penetração da realidade econômica para traduzir, em instrumentos jurídicos, as medidas de Política Econômica correspondentes à 'ideologia adotada'*(...).[38]

Quanto à metodologia de apresentação do conhecimento em Direito Econômico, diversas são as tentativas de abordagem do econômico pelo Direito desde a ampla visão do Direito Econômico permeado entre os dois grandes planos - Público e Privado, perpassando as escolas administrativo-economicistas até à concepção de ramo específico, com sujeito, objeto e metodologia próprios distintos dos demais ramos do Direito. A doutrina ora trata do jurídico-econômico de forma a sistematizá-lo segundo aspecto institucional macro e micro-jurídico ou setorial[39], ora segundo a fenomenologia econômica - Direito Econômico da Produção, da Repartição, da Circulação e do Consumo; ou, ainda, conforme seja regulamentar ou institucional[40], além de outras possibilidades voltadas à realidade econômica[41]. Washington P. A. de Souza atentando para visão eclética que atribui ao Direito Econômico tanto características que o lançam no campo do Direito público como no do Direito Privado, prefere o tratamento de seus elementos segundo a realidade econômica. Assim, define como teses básicas desse ramo do Direito o *tratamento do poder econômico público e privado, a ordem jurídico-econômica, sujeito e objeto do Direito Econômico, Institutos de Direito Econômico, direito dos fatos econômicos básicos: produção, circulação, repartição e consumo, Direito Econômico do Planejamento, Direito Econômico do Desenvolvimento e Direito Econômico das Relações Internacionais*[42].

Em visão conforme ao Direito Público Econômico, não definida quanto ao método com ênfase à atividade empresarial, Julio H. G. Oliveira ensina que o sujeito de direito, no caso do Direito Econômico, é o *próprio agente de mercado ou partícipe em operações de mercado; ocasional ou profissional, organizado ou não*[43]. Portanto, não é específica e determinada a participação de um agente como sujeito da relação jurídica abrangida pelo Direito Econômico; sendo, que, em verdade, as circunstâncias objetivas é que o determinam.

De outra forma, lembrando que, para a identificação do sujeito de Direito devem ser levados em conta aspectos diversos, dentre os quais, os relativos à orientação doutrinária que caracteriza este ramo do Direito - Econômico, o professor Washington A. P. de Souza ensina que, se possível é adotar posicionamento conforme Hüg identificando tal sujeito como a empresa, também o é, considerado, o Direito Econômico, como o Direito da Intervenção do Estado no Domínio Econômico, associá-lo ao próprio Estado quer atuando diretamente na economia, quer regulamentando-a[44].

Têm-se, então, como sujeitos do Direito Econômico, os diversos agentes econômicos, a saber, de ordem privada e de ordem pública e de fato. Assim, podem intervir como sujeito ativo ou passivo na relação jurídico-econômica, o próprio Estado[46], e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado. O Estado, como sujeito de Direito na relação de Direito Econômico, intervém no domínio econômico, seja como agente, seja na planificação e programação da economia - Estado Regulador e Dirigente. Como empresário, o Estado pode atuar através de sociedades de economia mista[47] e de empresas públicas[48] suplementando a atividade econômica nos setores consagrados, pela maioria das legislações, que necessitem de grandes investimentos de capital, voltados às necessidades sociais ou à prestação de serviços públicos considerados essenciais ou à atuação exclusivamente dedicada ao próprio Estado ou seus representantes - concessionários ou cessionários de serviço público. Pode, ainda, atuar na qualidade jurídica de autarquia e fundação, como, também, constituindo-se em programador da economia, devendo zelar pelo bem-estar social em busca dos ideais desenvolvimentistas que minimizem os custos sociais. Hoje, se observa a revitalização das tendências neoliberais, ainda que, certamente, não possam levar à desvinculação, por parte do Estado, de políticas sociais protetoras dos indivíduos e das coletividades no desenrolar do processo econômico.

De importante relevância é detectar, na estruturação do Estado como agente jurídico-econômico, sua concepção ideológica adotada em termos constitucionais. Decorrente da estruturação dos princípios constitucionais ideológicos de caráter econômico são as normas de Direito Econômico a serem balizadoras do sistema adotado: capitalista, socialista, comunista; ou algum outro possivelmente intermédio a estes. Conseqüência da ideologia adotada é a política econômica a ser perseguida, conformando metas e delimitando meios adequados para consecução de um bem-estar geral que pode ser alcançado em função da maior ou menor liberdade a ser propiciada aos agentes econômicos no seu atuar conforme sistema liberalizante, intervencionista ou totalizante.

Como sujeito de Direito Econômico, a empresa pode ser analisada em suas concepções econômica e jurídica. Economicamente, empresa é o *locus* da organização da produção conforme Marshall[50]; ou seja, trata da reunião dos fatores de produção - natureza, capital, trabalho, tecnologia e iniciativa empresarial - sob a capacidade organizativa e dirigente do empresário para a consecução de um específico fenômeno da economia: a produção que será vendida por determinado preço, incluindo margem de lucro, no lugar institucional da economia capitalista: o mercado[51].

Para o Direito Econômico, a empresa, seja estatal ou particular, é elemento de vital importância na consecução das políticas econômico-governamentais. Especificamente, no caso da empresa privada, ora podem ser adotados critérios

conceituais subjetivistas, para os quais a empresa e o empresário têm a mesma identidade; ora funcionais ou dinâmicos, em que é vista como empreendimento; ora patrimoniais ou objetivistas ou ainda corporativistas, quando tratada como instituição. Defende-se a empresa como propulsora da atividade voltada para objetivos desenvolvimentistas que levem à satisfação dos interesses dos indivíduos segundo *linha de maior vantagem*, entretanto, sem descuidar sua *função social* como *conditio sine qua nom* em tempos de globalização.

Washington A. P. de Souza leciona, quanto ao objeto do Direito Econômico, destacando-o como o *condicionamento jurídico da política econômica* em virtude da *"ideologia constitucionalmente adotada"* para a vida econômica, como base da política econômica que a concretize por instrumentos legais.^[52] Dessarte, de forma imediata identifica-se, como objeto do Direito Econômico, a regulamentação da atividade econômica; ou seja, a normatização das premissas condutoras da política econômica que deve vigor em relação aos sujeitos a ela submetidos. Em nível generalizador, como ramo do Direito que é, tem, o Direito Econômico, a preocupação de, em última análise, proceder à instauração da justiça no campo econômico das atividades humanas. Ainda é importante lembrar que, conforme a Escola adotada, podem ser identificados objetos específicos para o Direito Econômico tais como a ordenação dos mercados, o intervencionismo Estatal - planejamento e atividade empresarial - ou o regular das relações de poder em termos político-econômicos.

Fonte primária do Direito Econômico é a lei - preceito comum e geral que cria direitos ou determina obrigações, sendo, geralmente, programática. A ordem Jurídica da Economia, portanto, não só se compõe de preceitos fundamentantes inseridos nos textos Constitucionais; como, também, de diversos dispositivos infraconstitucionais. As normas de Direito Econômico, provindas de Órgão Legiferante ou do próprio Poder Executivo, dão, a este ramo do Direito, peculiares qualidades como observa José Wilson Nogueira de Queirós que destaca as suas características principais como: *a) incremento na quantidade de normas; b) Flexibilidade e variabilidade; c) Qualidade inferior na técnica legislativa; d) Delegação legislativa (...); e) Predominância do poder discricionário da administração; f) Enfatização do Poder de Polícia da Administração Pública, (...) e g) Tolerância de normas desprovidas do fundamento ético.*^[53]

No Estado de Direito Contemporâneo, em que a intervenção estatal na órbita econômica é constante, diferentemente das normas jurídicas em geral; se apresentam, não raras vezes, as normas de Direito Econômico despidas de coercitividade e elaboradas segundo perspectiva de um Direito Persuasivo através de estímulos direcionados para objetivos determinados pela política econômica, em óbvia conformidade com a ideologia constitucionalmente adotada. A Constituição define a principiologia fundamentante do sistema jurídico imprimindo-lhe a caracterização ideológica, inclusive, em termos de Direito Econômico, em que pese o fato de que a constitucionalização desses princípios apresenta inquestionável caráter programático delimitantes de princípios econômicos. Seguindo o Mestre luso J. J. Gomes Canotilho, resta, pois, dar efetividade a essas normas através de sua concretização por meio de processos legiferantes em instância infraconstitucional e por meio de métodos interpretativos próprios.

3 O DIREITO ECONÔMICO NA TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO E NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

No constitucionalismo hodierno, ao lado da ordenação de caráter político, encontram-se fundamentos e regras princípio-normativas determinantes da ordem jurídica econômica que embasa, juntamente com a legislação infraconstitucional, a política econômica. Trata-se, em verdade, de *Direito Econômico Constitucionalizado*; o que, absolutamente, não significa o esgotamento, no Texto Constitucional, de todos os princípios fundamento-normativos do sistema econômico adotado. Na verdade, em muitas constituições, a ordenação econômica não se apresenta em um único capítulo ou seção de texto e sim de forma *dispersa* em meio aos diversos dispositivos constitucionais.

A importância do Direito Constitucional como ordenador jurídico-sócio-econômico é delimitar a ideologia político-econômica que conformará toda a ordenação infraconstitucional, inclusive, o próprio Direito Econômico. Se não for bastante atribuir à Constituição, como Lei Magna, refletir, segundo Lassale[54], fatores reais de poder, ou, ainda, conforme Carl Schmitt[55], decisão política; resta-lhe evidenciar o disciplinamento do exercício do poder; também, segundo seu aspecto econômico.

O Constitucionalismo clássico dos Séculos XVIII e XIX, como é visto nas Constituições, Francesa, de 1793, e Norte-Americana, de 1787, tratou de ser organizativo dos poderes e declarativo de Direitos e Garantias Individuais. Resultado da liberação, destes Países, do jugo imperialista, tratou de refletir o *liberalismo político e econômico*, sendo o primeiro confundido com *as liberdades e as garantias individuais, instrumentos da resistência e da limitação do Poder, para preservar a indevassável autonomia individual* enquanto que o *liberalismo econômico repelia a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência da economia do mercado*[56]. O declínio do liberalismo econômico, entretanto, e a adoção de novas formas de intervencionismo, *Welfare-State* - Estado Social de Direito, e dirigismo levaram à constitucionalização de preceitos relativos à Ordem Econômica. Constatada, já, em fins do Séc. XIX, a debilidade das premissas econômicas clássicas, próprias da situação ideal de pleno emprego; aprimoraram-se, segundo desenvolvimento de teorias subjetivo-psicológicas do valor, os modelos econômicos evidenciadores da inter-relação entre consumidor e ofertante na determinação dos preços e a possibilidade de operação da economia em nível de produção menor do que o de capacidade máxima. Nos primeiros anos do Séc. XX, porém, restou evidente a situação de crise em termos mundiais em função, por exemplo, de fatos como a Primeira Grande Guerra, o *crash* da Bolsa de Nova Iorque e as crises político-sociais vividas em grande parte dos países.

Um dos movimentos político-sociais que influenciaram para a inserção de dispositivos de natureza econômica nos textos constitucionais foi a Revolução Mexicana do início do Século XX liderada por Emiliano Zapata e Pancho Vila. Depois de cerca de 800.000 mortes resultou em função da convenção de 31 de janeiro de 1917, convocada pelo então presidente do México Venustiano Carranza, a promulgação do progressista Texto Constitucional Mexicano. Em termos de Direito Constitucional

Econômico, determinou mudanças radicais de cunho socializante garantindo a reforma agrária, o regime de propriedade comunal dos povoados, o ensino público e gratuito além de direitos trabalhistas e previdenciários e a possibilidade de submissão do uso da propriedade privada ao interesse público[57].

Outro importante fato ocorreu em 1919. Em função dos resultados avassaladores da Primeira Grande Guerra para a Alemanha, mais exatamente em onze de novembro, o governo provisório capitulou conforme o tratado de Versalhes. Juntamente com a fuga de Guilherme II ocorreu a queda da hegemonia feudal germânica ocasionando, derradeiramente, a instauração da República de Weimar em julho de 1919 e o advento da Constituição de Weimar de 1920 a organizar uma república presidencialista. Essa Constituição dispôs sobre *A vida econômica* em sua Seção Quinta englobando os artigos 150 a 165 com medidas de natureza econômico-social[58].

A Constituição de Weimar de 1920 consagrando a democracia alemã não foi, porém, eficientemente forte para superar as pressões político-econômicas vivificadas pelo País de forma que, em 28 de janeiro de 1933, cai o governo Schleicher e Hitler[59] assume a direção daquele País.

Ainda com influência histórica para uma visão socializante da economia, principalmente nos países do extremo oriente do Continente Asiático, foi o documento denominado Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado da Rússia, em 1918, fruto do movimento político-ideológico que levou à abdicação de Nicolau II, em 15 de março de 1917. Neste ínterim, Lenin e o dirigismo bolchevique organizaram e implantaram governo socialista cuja legalidade revolucionária se intentou através da citada declaração de 06 de janeiro de 1918. Fato concomitante e de grande pressão sobre a política russa foi o envolvimento na Primeira Grande Guerra que ocasionou a assinatura de um tratado entre Rússia e Alemanha em desfavor da primeira; além das próprias dificuldades internas quanto ao desemprego e à geração de capitais para o desenvolvimento da chamada Nova Política Econômica - NEP. As circunstâncias se agravaram e, com a morte de Lenin, em 1924, assumiu Trotski, opositor à política do partido defendida por Stalin, Kalinine e Molotov, de forma que, em 1925, mudanças estruturais ocorreram no Constitucionalismo Russo que passou a estabelecer a socialização completa e a realização dos conhecidos planos quinquenais. Era a institucionalização real da orientação marxista-leninista que viria a influenciar diversos outros países, mormente, depois da Segunda Grande Guerra Mundial.

Ao lado da constitucionalização de caráter eminentemente político passou-se, assim, a desenvolver a chamada *constituição econômica* estabelecendo a ordem jurídica fundamental da atividade econômica de forma a determinar, neste aspecto, as relações envolvendo o Estado e os agentes privados no processo econômico. A interação fato-norma ou fenômeno econômico-social e político-jurídico evidenciou o dinâmico fluxo e refluxo de influência entre a realidade fática econômica e a idealização jurídica desta realidade de forma a regular o fato social e organizar, juridicamente, a sociedade[60]. Vital Moreira observa que a expressão *constituição econômica*, assumiu, inicialmente, idéia, na literatura econômica, de *estrutura ou sistema econômico* tido este como conjunto de *elementos estruturais que determinam as leis e condicionam o processo de evolução da economia* [61]

O conceito e importância do constitucionalismo econômico tomam destaque após a Primeira Grande Guerra mundial quando, em meio à crise do sistema capitalista de cunho liberal, se instituiu, como realidade, a intervenção do Estado na economia, urgindo, em decorrência, a necessidade de delimitação constitucional de sua atuação e o conseqüente fortalecimento da idéia de democracia econômica. Assim, em última análise, a Constituição Econômica determina o tipo de organização político-econômica que oscilará entre sistemas libertário-democráticos - economia de mercado - e sistemas socializantes - dirigidos e politicamente centralizados - perpassando todas as possibilidades entre estes dois extremos conforme verificada maior ou menor liberdade de ação para os agentes econômicos. Caracteriza-se, então, por se tratar de opção política fundamental idealizadora das atividades econômicas de forma programática, mas inexoravelmente ligada à realidade econômico-social.

Decorrem da constitucionalidade econômica duas idéias básicas, a saber: constituição ordenadora da atividade dos agentes econômicos e delimitadora dos princípios e fundamentos axiológicos de estruturação da atividade econômica justa. A legitimidade de uma constituição econômica está em sua conformidade com o tipo de decisão político-econômica adotada pela comunidade, incorrendo, então, ser ordem fundamental da economia de forma a determinar a estrutura ordinário-normativa do sistema econômico. Juntamente com J.J.Gomes Canotilho Vital Moreira define constituição econômica como *conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam, basicamente, a organização econômica; determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.*[64]

É importante lembrar que os conceitos de constituição econômica ora vinculam-se à participação estatal na economia de forma a determinar um Direito Administrativo Público Econômico, ora determinam a atuação dos agentes econômicos estruturando, assim, verdadeiro estatuto da empresa. A Constituição Econômica se ocupa com a inserção, no Texto Magno, de disposições sobre a ordem econômica que reflitam a realidade vigente e concreta bem como o ideal do legislador constituinte. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho; constituem objeto da Constituição econômica, *as normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir os abusos.*[65] Resulta, então, ser relevante diferenciar constituição formal e material; já que se deve levar em conta o sentido jurídico da expressão. Para Manoel Gonçalves F. Filho, a primeira é *o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico* enquanto a segunda *abrange todas as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas no documento formal que é a constituição escrita.*[66]

Portanto, uma vez considerada como conjunto de normas fundamentais que determinam a forma estrutural de um sistema econômico e suas relações de produção, a constituição econômica é tida como material. De outro modo, consideradas apenas as disposições formais do texto constitucional em detrimento de toda a ordenação jurídica de caráter econômico infraconstitucional, tem-se o sentido formal de constituição econômica. O assunto assume importância na medida em que não existe, em termos econômicos, real possibilidade indicativa dos temas a serem constitucionalmente formalizados no texto fundamental, assim como, não existe hierarquia evidente nas

disposições normativo-estruturantes de um sistema jurídico. O conteúdo da Constituição reflete decisão política.

Ao que tudo indica, então, adequadamente Vital Moreira nota a menor importância do texto constitucional formal em função da prévia existência de fundamento princípio-normativo latente e primevo inserido na estrutura do próprio sistema econômico[67]. Assim, há forte tendência a considerar a constituição econômica como somatório dos preceitos formalmente constitucionalizados e não constitucionalizados fundamentantes da economia[68].

Quando a ação econômica é regulamentada temos o conteúdo do Direito Econômico.

De outro lado, lembre-se que nem todos os aspectos tratados como econômicos, v.g., pela Constituição Brasileira são da mesma forma, tratados por outras constituições. Decorrente da especialização dos conteúdos constitucionais, surge o problema da aceitação e inserção da constituição econômica na constituição política. Esta última ocupada com a estipulação dos princípios de convivência entre Estado e sociedade privada não pode delimitar a primeira para que, também, assim o faça de forma a excluir as possibilidades de serem estipulados princípios quanto às relações entre particulares. A constituição econômica, assim, fundamenta ou determina a principiologia ou decisão política[69] que orienta - de forma programática ou diretiva[70] - a ordem jurídica da economia - conjunto normativo e jurídico-institucional voltado às relações econômicas abrangendo os diversos ramos do conhecimento jurídico e os planos jurídicos público e privado - determinando, tal ordem econômica, a Ordem Pública da Economia e o Direito Econômico.

Decorre, então, que a constituição formal pode ser vista como constituição *quadro de ordem*, nos dizeres de Vital Moreira[71] ou constituição *dirigente e programática* conforme a fala de Canotilho de tal forma que se apresente como orientação geral e delineadora do ordenamento da atividade econômica a despeito de não explicitar todos os matizes do sistema econômico adotado, mas, efetivamente, emoldurar as premissas dirigentes do econômico; sendo preenchidas, as lacunas constitucionais, conforme a interpretação sistemática do todo constitucional, a legislação infraconstitucional ou, ainda, segundo a disposição reformadora do Texto Máximo por parte do legislador reformista. Asseguram-se, assim, os ditames constitucionais de forma a definir concretude e exequibilidade ao Texto Constitucional, conforme ensina Canotilho[72]

A dicotomia Economia e Direito, então, pode ser reduzida à efetiva busca da eficiência alocativa dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento nacional e a garantia da segurança e certeza jurídica, em pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista. De outra forma, ainda pode ser dito que se trata de obtenção do consenso de práticas que possibilitem a harmonia entre *programas antiinflacionários e ordem constitucional, entre gestão de políticas públicas e reconhecimento dos direitos individuais, entre meios tidos como ilegais e fins considerados como legítimos, numa palavra entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional*[76]

No que concerne ao constitucionalismo econômico brasileiro, lembre-se que a Constituição de 1934 tratou do ordenamento da atividade econômica, primando pelos princípios da justiça e a satisfação das necessidades da vida nacional, existência digna e liberdade econômica; além de garantir monopólios estatais. Em 1937, consagrou-se a iniciativa individual delimitada pelo bem público, sendo possível, ao Estado, intervir na economia como coordenador dos fatores de produção e supridor das deficiências da iniciativa individual. Ainda, afirmava que a intervenção do estado, no domínio econômico, poderia ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. Na Constituição de 1946, priorizou-se a justiça social conciliando-a com a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano e permitindo-se o monopólio estatal segundo o interesse público. No período militar de 1967, o Texto Magno apregou a justiça social embasada nos princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho humano, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão do abuso do poder econômico, facultando ainda a intervenção no domínio econômico e o monopólio estatal.

O Constitucionalismo Brasileiro de 1988 instituiu ditames de ordem econômica e social delimitando a atuação - poder - do aparelho estatal e resguardando a liberdade dos agentes econômicos - pertencentes à sociedade civil. A ação do Estado passou a ser normativa, fiscalizadora e supletiva da ação desenvolvida pela iniciativa privada, segundo imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Em verdade, após tantas emendas constitucionais, o Texto primevo da Constituição Federal de 1988 foi flexibilizado segundo a orientação neoliberal hodierna. Somente na Ordem Econômica, mais de dez emendas alteraram dispositivos que vieram fortalecer a ação do capital privado em detrimento da ação estatal. Apesar disso, a Constituição Cidadã objetivou a prática econômica capitalista-liberal, ainda que socialmente responsável; segundo observada a co-existência em sociedade dividida e desigual. Dessa forma, o sistema de produção capitalista, embasado na ideologia liberal-individualista, não pode deixar de desconhecer a presença do elemento estatal. Atualmente, predomina na Ordem Econômica Constitucional Brasileira, a ideologia neoliberalizante do Estado-mínimo mediante privatizações, desconstitucionalização de direitos e flexibilização dos regulamentos segundo a ótica da política de *globalização*.

Como norma fundamental do Estado Brasileiro, instituindo ditames de ordem política, econômica e social, a Carta Magna de 1988, apresenta os princípios e fundamentos para a Ordem Econômica previstos em seu artigo 170. São eles: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; ainda sendo perseguidos, como objetivos fundamentais, conforme o artigo terceiro, inciso II, III e IV, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, no Brasil, a prática liberal - capitalista, a economia de mercado e a livre iniciativa, ombreadas pela valorização do trabalho humano estão constitucionalmente garantidas como expressão democrática no uso do poder econômico. De fato, esta garantida a possibilidade de ser explorada a atividade econômica desde que, segundo as leis pátrias,

de forma democrática em busca do desenvolvimento nacional ou regional. Decorrente disto, o Estado Brasileiro deve promover políticas que levem ao consenso entre o formal-legal e o técnico-racional.

De outra forma, o Aparelho Estatal Brasileiro, ainda, intervém na economia através da planificação conforme disposto no artigo 174 do Texto Magno Brasileiro. Portanto, o sistema econômico nacional segue o modelo capitalista, entretanto, segundo ditames do *Welfare-State*, em pragmática política intervencionista que prevê, para o Estado Brasileiro, além da intervenção direta como agente econômico, as funções de planejador e regulador da economia. Considerada a estrutura de divisão e atuação dos Poderes Nacionais, bem como, as inúmeras possibilidades para o Executivo legislar, inclusive através de medidas provisórias, realmente, pode verificar-se grande predominância e ingerência desse Poder na área econômica. De qualquer forma, o País, que já alcançou razoável sucesso na transição do autoritarismo burocrático para a democracia representativa;, ainda *caminha a curtos passos* em direção à implementação de políticas públicas para solução dos graves problemas econômicos de forma responsável e coerente com vistas à *governabilidade*, sem comprometer a liberdade social, os direitos e garantias constitucionais e, ainda, conseguindo a harmonia entre a dimensão legal-racional e a eficiência econômica.

Destarte, deve ser priorizada, no Constitucionalismo Econômico Brasileiro voltado para o desenvolvimento, inovadora perspectiva para a criação e análise do Direito segundo Pluralismo Econômico Líbero-Social formador de consenso jurídico-econômico, principalmente, estipulando a ideologia econômico-política adotada pela sociedade e a determinação das formas de relacionamento entre os diversos agentes econômicos, sempre, em favor da transigência e da negociação quando da adjudicação de direitos, segundo seja possibilitado o melhor uso da riqueza individual e social; ou, ainda assim, possam ser totalmente internados os custos que foram determinados sobre terceiros presentes ou para as futuras gerações em virtude das ações praticadas pelos agentes públicos ou privados. Deve, pois, o Texto Constitucional, em termos jurídico-econômicos, indicar quanto de determinado bem, considerado individualmente, se está disposto a sacrificar ou aceitar para a implementação da riqueza de outro ou da sociedade, uma vez que a atribuição e alteração da distribuição inicial de direitos, em tempos neoliberais, tem de ser executada em função da tomada de decisão racional de mercado, todavia, sempre segundo o norte seguro do institucional normativo, mormente, quando da hipótese de altos custos de transação a serem internados, no sistema, pela adoção da LaE, quando da tomada de decisões.

O método analítico- interpretativo- construtivistas da *LaE* torna o possível paradigma, para a criação de um *Direito Constitucional Econômico jurídico-persuasivo* segundo processo de análise de custos e benefícios decorrentes da ação do agente subordinado ao comando normativo, esgotando o paradigma jurídico-coercitivo vigente. O Direito Econômico, conseqüentemente, conforme à *LaE*, deve voltar-se para o futuro de forma a influir a ação dos indivíduos através do conjunto de incentivos e de obstáculos que passe, funcionalmente, a determinar o comportamento social conforme análise dos reflexos da ação dos agentes no meio social, sopesando os custos incorridos e os ganhos reais obtidos para a sociedade, a partir da conquista individual; buscando-se o ponto de equilíbrio que, economicamente, corresponde a aquele em que os custos sociais, as receitas sociais, os custos privados e as receitas privadas são idênticos. Da mesma forma, a partir do discurso jurídico-econômico, o paradigma *Constitucional*

não pode ser indiferente ao Pluralismo Líbero-Social, adotando a liberdade para a tomada de decisão que, sem embargo, não pode desconsiderar os reflexos sociais causados, internalizando-os, de forma racional-econômica, por meio de cálculo econométrico adequado que, percebendo os ganhos individuais, conheça as possíveis perdas sociais. A responsabilidade pelo uso social da riqueza individualmente apropriada, antes de imposição é necessidade que torna a convivência dos indivíduos pacífica, assim como, eficiente uma vez que, se garantida a propriedade privada, não se deixa de, também, assegurar a necessária geração de riqueza que deve, assim, traduzir a conseqüente criação de novas oportunidades para o emprego de recursos na sociedade que, então, passa a ser beneficiada pelo uso racional da riqueza individual. Da mesma forma, o indivíduo é favorecido por sua inclusão no rol daqueles que recebem os benefícios sociais de uma coletividade que cresce pelo uso racional de seus bens, evitando os desperdícios e a inatividade causadora de dano social pela deterioração do patrimônio conquistado a partir dos esforços individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De suma importância para a compreensão da fenomenologia social é a necessária interdisciplinaridade entre os diversos campos do conhecimento, portanto, o efetivo entendimento da realidade econômica perpassa a aproximação econômico-jurídica, seja pelo Direito Econômico, seja pela LaE. Justifica-se, por meio da aproximação entre a Macroeconomia e o Direito, o conhecimento específico do Direito Econômico, assim como, pela aplicação da Teoria Microeconômica ao Direito, o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito. Ambos os instrumentos científicos tornam-se extremamente úteis para o delineamento da ação concatenada em busca do desenvolvimento sócio-econômico.

O Constitucionalismo Econômico e, em especial, a Constituição Brasileira de 1988 são efetivos instrumentos de desenvolvimento e modernidade que devem ser voltados para a agilização e fluidez das relações de produção, sem, no entanto, descuidar da inclusão social e da percepção do homem enquanto razão e fim superior de todo o processo econômico e normativo. A Teoria Geral do Direito Econômico e a Teoria Geral da Constituição, assim como, o Constitucionalismo Brasileiro devem implementar o pensar político-jurídico-econômico próprio do Direito Econômico voltado para o desenvolvimento amplo de toda a sociedade pela ação Estatal que, antes de omissa ou totalizadora, deve, sim, ser adequada, suficiente, efetiva, racional, progressista e inclusora.

O conhecimento jurídico, disciplinando a existência do homem, o retira do estado de natureza e o traz para a vida em sociedade segundo adoção de critérios de convivência próprios do pacto social rosseauiano. Em que pese a utilidade na norma jurídica para disciplinar a ação dos agentes e dirimir suas desavenças, necessária se faz a adoção de critério de criação e aplicação da mesma que, a sua vez, discipline a ação dos sujeitos de direito conforme a ideologia constitucionalmente adotada e segundo escala de valores que não permita o uso irracional ou ineficiente da riqueza gerada, do meio ambiente e do esforço pelo trabalho. Para tanto, torna-se imperiosa a interatividade

entre as Ciências Econômica e jurídica; como também, entre os interesses econômicos e a premência em desfazer as desigualdades; tal qual espécie de convergência entre os ideais individuais, sociais e os princípios econômicos, sob risco de um valor perecer em detrimento da ameaça do outro.

A tendência, no campo das ações normativas e judiciais, se dá no sentido da tomada de decisões universais; mesmo que disfarçada sob a lógica de uma pseudo-individualidade. Existe conjuração ideológica universal que tende a romper com as resistências individuais - egoísmo, ambição, individualismo absolutista e inquestionável - pois, por fim, ou, ainda e melhor, como primeira razão, a humanidade tem de sobreviver, o Planeta tem de continuar existindo e o progresso do homem em direção à sua origem divina torna-se inexorável, mesmo que, antes, se tenha falhado e civilizações inteiras tenham sucumbido na névoa dos tempos. Pelo que se diz, tanto o Direito, a Ciência Econômica, a Economia e a Sociologia entre tantos outros ramos do universo grandioso, próprio do conhecimento humano, podem, de forma interdisciplinar, contribuir para a ética de alteridade - de consideração do outro durante a jornada rumo à reunião da família, à associação dos cidadãos, à comunhão dos variados povos, à internacionalização de países e, por fim, à universalização.

O que, por ora se defende, trata de moroso processo de convencimento e persuasão. Por conseqüência, em virtude da estruturação e interpretação do Direito Econômico, resta apenas e tão somente, desencorajar a deslealdade e incentivar a alteridade nacional e internacional em todas as instâncias sociais, mormente, nas relações econômicas nacionais e internacionais. Defende-se, especificamente, o Direito Econômico Persuasivo, flexível, desconectado dos *ranços dogmáticos* de tradição individual-absolutista e dirigido para a instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza que, sendo social, é individualmente apropriada, satisfazendo, por fim, os desejos gerais dos agentes econômicos e sujeitos de direitos.

Compete, para o Direito Econômico, ideal de justiça próprio da sociedade eficiente, que avalie os benefícios e os custos advindos da tomada de decisão individual e social, em ambiente institucional de mercado-social, mesmo, em tempos de globalização e de neoliberalismo. O sistema econômico interage com o jurídico-institucional; conseqüentemente, o Estado e o Direito assumem papel defensor da ação dos indivíduos, segundo suficiente flexibilidade para a adjudicação de direitos e fixação de obrigações.

Os institutos e premissas do meio social e institucional de mercado delineiam o proceder racional do *homo oeconomicus* que, não obstante, persegue objetivos outros, inclusive sociais. A LaE, como método ou instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo da Ordem Jurídica Econômica, sugere a adoção do livre arbítrio das escolhas, em meio à atitude, socialmente responsável, de maximização dos interesses individuais que, por sua vez, devem ser negociados considerando-se a natureza recíproca das conseqüências quando da tomada das decisões, por parte dos agentes econômicos.

Dadas as restrições materiais - escassez, segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto e mediante o implemento do tratamento eqüitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais, deve ser

promovida a derradeira justiça em perspectiva econômica, ao difundirem-se incentivos para a ação socialmente desejada. O paradigma de uma Ordem Jurídica Econômica de vanguarda, segundo a LaE, deve volver para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização no uso da riqueza, ainda considerando a inclusão social para o cálculo econômico. Portanto, determinando políticas econômicas progressistas, as leis jurídico-econômicas devem buscar a eficiência para a adjudicação dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento regional e a garantia da seguridade e certeza jurídica em pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista, conforme consenso para a governabilidade substantiva e a inclusão social.

A política de Estado minimalista justifica-se no fortalecimento da sociedade civil e na consecução complementar da ação estatal na atividade econômica, implementando padrões de distributividade e equidade capazes de propiciar a inclusão de todos os cidadãos presentes, respeitados os interesses das gerações futuras. Ao Direito Econômico compete maximizar o uso da riqueza, eliminando as externalidades causadas pela ação ou omissão dos agentes, assim como, implementar a negociação para a conseqüente diminuição dos custos de transação dos interesses reciprocamente considerados no processo de desenvolvimento. Associam-se, assim, as idéias de justiça distributiva, comutativa e eficiente segundo adjudicação racional da riqueza para os agentes e respectiva compensação daqueles que sofram as imposições -externalidades

De forma racional e progressiva, a Ordem Econômica, fundamentada conforme Direito Econômico voltado para o desenvolvimento deve primar pela adjudicação de direitos e determinação de obrigações, vez que pautar eficientemente as relações dos agentes públicos e privados, maximizando resultados esperados e considerando as externalidades e o reflexo social sofrido pela sociedade presente, e mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos sociais, determinados pelo ganho privado imediato dos participantes do processo de decisão, com relação aos demais indivíduos contemporâneos à tomada de decisão - alteridade - e às gerações futuras - condescendência para com a própria espécie. Seguramente, a ação conjunta advinda de tal intento fortifica o desenvolvimento universal, vez que sejam considerados critérios racionais para a inserção no contexto evolutivo mundial e sopesados os custos a serem pagos por tal avanço, sob pena de, não o fazendo, se procrastinar o grande resultado desejado: um mundo melhor, no terceiro milênio, livre de conflitos gerados pela insensatez do radicalismo e no qual se vislumbre o definitivo desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel. 1988.

ALPA, Guido *et al.* *Interpretazione Giuridica e Analisi Economica*. Milano: Giuffrè. 1982.

_____, *Interpretazione Economica del Diritto*. Rivista del Diritto Commerciale, ano 1979, Lul - Dec., 1981.

ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies: a liberal critique*. New Jersey: Princeton University Press. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____; *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 7. arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 2002.

BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections*. Cambridge University Press, 1958.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. - 39 ed. atual. e ampl. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL. Dec.- lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967 - Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências.

BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha Uma indagação em Teoria Econômica*. trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. V. 70 Yale Law Journal, p. 499, 1961.

_____, *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Ariel. 1984.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994.

_____, e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: RT .1973.

CHENOT, Bernard. *Droit Public Economique*. Paris: Les Cours de Droit. 1965.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*. V. 3, p. 1. 1960.

COTTELY, Esteban. *Teoria del Derecho Económico*. Buenos Aires: Frigerio Artes Gráficas, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed. v. VIII. arts. 170 a 232. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

COLOMER, J. M., *El Utilitarismo. Una teoria de la acción racional*. Montesinos: Barcelona. 1987.

COOTER, Robert D. e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988.

DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. Harper and Row, 1957.

DOXA. *La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)*. Doxa nº 15-16. 1994.

EUCKEN, Walter. *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*. Trad. de I. Illig Lacoste. 2 ed. esp. Madrid: Alianza, 1967.

FARBER Daniel A. e FRICKLEY Philip P. *The Jurisprudence of Public Choice*. *Texas Law Review*. v. 65, n. 5, abr. 1987.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1990.

FERREIRA, Pinto, *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 6. arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____, *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

FURUBOTN, Eirik e PEJOVICH ,Svetozar. *Introduction: The New Property Rights Literature, in The Economics of Property Rights, Ballinger*. 1974.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

G. OLIVEIRA, Julio H. *Derecho Económico: Conceptos y Problemas Fundamentales*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi. 1981.

HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics. An Introductory Analysis*. 2 ed. San Diego, CA: Academic Press Inc., 1988.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n 72. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Jan.,1991.

HORWITZ, Morton J. *Law and Economics: Science or Politics*. *Hofstra Law Review*., nº 8. 1980.

- KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*, Fundo de Cultura: Rio de Janeiro, 1964.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LIONEL, Richard. *A República de Weimar, 1919-1933*. São Paulo: Cia. das Letras. 1988.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires: Aguillar. Trad. de Ruis Rodrigues Aranda. 1960.
- MANGABEIRA, Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard: Harvard University Press. 1983.
- MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. 8 ed. London: Macmillan & Co., 1956.
- MARX, Karl. *Para a crítica da economia política: Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar*; Coleção Os Economistas; Introd. Jacob Gorender; Trad. Edgar Malagodi *et al.* São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers. 1989.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra. 1988.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.
- _____, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Centelha, 1978.
- MUELLER, Dennis C. *Public Choice*. Cambridge University Press, 1979.
- NASCIMENTO, Tupinanbá Miguel C. do, *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Arts 170 a 192. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- OTERO DIAS, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Artes Gráficas Marisal, 1966.
- PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994.
- PINHO, Diva Benevides. (Coord.) *et al. Manual de Economia*. rev. tec. Marco Antonio Sandoval de Vasconsellos. 1ed. São Paulo: Saraiva .1988.
- POLINSKY, A. Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

PULITINI F., RODOTÀ S. E e ROMANI F. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè. 1982.

QUEIROS, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RANGEL COUTO, Hugo. *La Teoría Económica y el Derecho*. México: Porrúa, 1980.

ROEMER, Andrés; *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Trad. José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Livraria Almeida Coimbra. 1991.

SHAVELL Steven, *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

SCHELEGAL, John H. *Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies*. *Stanford Law Review*. v. 36. n. 1 e 2. Jan de 1984.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Editotial Revista de Derecho Privado, 1927.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32.ed.rev. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica*. in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 74/75. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. jan./ jul., 1992.

_____, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Ltr. 2005.

_____; *Direito Econômico e Economia Política*. Belo Horizonte: Prisma Editora Cultural. s/d.

_____, *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1980.

STAMMLER, R. *Economía y Derecho. La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*. Madrid: Editorial Reus, 1929.

STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 3, 1971.

TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.

TULLOCK, Gordon. *The Politics of Bureaucracy*. Public Affairs Press. 1965

_____, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, The University of Chicago Press, 1991.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva*. Trad. de Régis Barbosa e Karen E. Barbosa, rev. téc. Gabriel Cohn, 3 ed. Brasília: Ed. da UNB, 1994.

_____; *Economía y Sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica. 1964.

WILLIAMSON, Oliver E. *Las Instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económico, 1989

[1] MARX, Karl. *Para a crítica da economia política: Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar*; Coleção Os Economistas; Introd. Jacob Gorender; Trad. Edgar Malagodi et al. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p.10.

[2] STAMMLER, R. *Economia y Derecho. La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico-social*. Madrid: Editorial Reus, 1929. p 408.

[3] Weber descarta a possibilidade do contato imediato entre os objetos das referidas ordens evidenciando que a "ordem jurídica" ideal da teoria do Direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Ver in WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva*. Trad. de Régis Barbosa e Karen E. Barbosa, rev. téc. Gabriel Cohn., 3 ed. Brasília: Ed. da UNB, 1994. p. 209.

[4] SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1980. p.3.

[5] FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. pp. 11-13

[6] Guido Calabresi foi professor de Yale e trabalhou a questão da distribuição dos riscos através do *Torts Law*, reconhecendo a reciprocidade de interesses quando da solução do problema das externalidades negativas geradas pela ação danosa que deveriam ser adjudicadas, pelo direito de indenização, segundo critérios de eficiência. Ver sua principal contribuição in CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. V. 70 Yale Law Journal, p. 499, 1961 e *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Ariel. 1984, escrito em 1970.

[7] Ronald Coase, economista, foi professor de Richard A. Posner, no final dos anos cinquenta. Na *Virginia University*, escreveu divorciando-se das teorias de A. C. Pigou, defendendo a necessária e eficiente reparação do custo social - externalidades, não segundo quem o causou, de forma apriorística, porém, segundo quem melhores - eficientes - condições tivesse para arcar com o ônus da internalização, no cálculo econométrico, principalmente, das chamadas externalidades negativas. Defendeu, como principal axioma, que quando os custos de transação estão zerados, é indiferente a adjudicação de direitos. Para maiores informações, ler COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics*. V. 3, p. 1. 1960.

[8] Guido Alpa escreveu na Itália, destacando-se: ALPA, Guido *et al. Interpretazione Giuridica e Analisi Economica. Milano: Giuffrè. 1982; Interpretazione Economica del Diritto. Rivista del Diritto Commerciale, ano 1979, Lul - Dec., 1981 e, juntamente com PULITINI F., RODOTÀ S. E e ROMANI F. Interpretazione giuridica e analisi economica. Milano: Giuffrè. 1982.*

[9] Facilitando o entendimento, as citações estrangeiras foram livremente traduzidas; da mesma forma, reconhecendo-se que as *Economic Schools* podem ser analisadas sob quatro enfoques distintos, para fins deste trabalho, *Law and Economics - LaE*, reflete, basicamente, o trabalho de Richard A. Posner e a Escola Tradicional de Direito e Economia.

[10] ROEMER, Andrés; *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Trad. José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

[11] Como subsídio bibliográfico ver: COOTER, Robert D. e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988; HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics. An Introductory Analysis*. 2 ed. San Diego, CA: Academic Press Inc., 1988; POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977; SHAVELL Steven *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. Pp. VIII, 312 e POLINSKY, A. Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

[12] A respeito do enfoque neoinstitucional da LaE, podem ser verificadas as obras de MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers. 1989.; FURUBOTN, Eirik e PEJOVICH, Svetozar. *Introduction: The New Property Rights Literature. in The Economics of Property Rights, Ballinger. 1974;* WILLIAMSON, Oliver E. *Las Instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, além das citadas neste trabalho.

[13] Enriqueça-se a pesquisa consultando FARBER Daniel A. e FRICKLEY Philip P. *The Jurisprudence of Public Choice. Texas Law Review*. v. 65, n. 5, abr. 1987; TULLOCK, Gordon. *The Politics of Bureaucracy. Public Affairs Press. 1965 e Law and Public Choice: A Critical Introduction, The University of Chicago Press, 1991,* MUELLER, Dennis C. *Public Choice. Cambridge University Press, 1979.* DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy. Harper and Row, 1957,* BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections. Cambridge University Press, 1958. ,* STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation. 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 3, 1971.;* BUCHANAN. James M. *Custo e Escolha Uma indagação*

em *Teoria Econômica*. trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993. dentre outras.

[14] Para apreciação histórica do movimento ECJ ver as obras de SCHELEGAL, John H. *Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies*. *Stanford Law Review*. v. 36. n. 1 e 2. Jan de 1984. pp. 391-411 e SCHWARTZ, Louiz B. *With Gun and Camera Through Darkest CLS - Land*. *Stanford Law Review*. v. 36, n. 1, Jan. 1984, pp. 413-455; ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies: a liberal critique*. New Jersey: Princeton University Press. 1993; bem como, o brasileiro MANGABEIRA, Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard: Harvard University Press. 1983.

[15] Como causas econômicas de superação dos princípios liberais podem ser enunciadas: a acumulação do capital industrial, o avanço tecnológico e a concentração econômica impediendo a livre concorrência de mercado.

[16] LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires: Aguillar. Trad. de Ruíz Rodríguez Aranda. 1960.

[17] HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

[18] O Estado do bem-estar social constitui-se pela ideologia intervencionista que abandonou a prática econômica dos clássicos em detrimento das idéias Keynesianas. O puro liberalismo econômico, verificado antes dos anos trinta, cedeu lugar, com a crise mundial, ao Estado forte e determinante das políticas sociais com reflexos indeléveis verificados na ordem econômico-político-jurídica. Sobre a evolução da Economia do Bem-estar, ver A. CASAHUGA. *Fundamentos normativos de la acción y de la organización social*. Ariel: Barcelona. 1985 e J. M. Colomer, *El Utilitarismo. Una teoría de la acción racional*. Montesinos: Barcelona. 1987. pp. 80-95; que analisam sua evolução e ligação com o utilitarismo; verificando, também, KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*, Fundo de Cultura: Rio de Janeiro, 1964.

[19] Bruce A. Ackerman ensina sobre a evolução do Direito e o desenvolvimento do Realismo Jurídico norte-americanos, assim como, sobre o pós-realismo-constructivista do qual, inclusive, a LaE resulta; ver in ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel. 1988. p. 17.

[20] Neste mesmo sentido, ver in HORWITZ, Morton J. *Law and Economics: Science or Politics*. *Hofstra Law Review*., nº 8. 1980. pp. 905-912, como, também, conforme visto in PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994. p. 204.

[21] Ao abordar o, então, novo discurso de Ronald H. Coase, Bruce Ackerman refere à continuidade entre o velho Direito Econômico e a nova *Análise Econômica do Direito explicitando: Somente com o novo "análisis económico del Derecho", o movimento se converte em verdadeiro caminho para a ortodoxia realista porque, então, é quando se*

faz evidente que o realismo está sendo posto em dúvida não só aqui e ali, senão em quase todas as partes por juristas que se nutrem de um fundo comum de idéias construtivas. O todo cultural se está fazendo maior que a soma de suas partes. Quando se soma ao novo o velho "análisis económico del Derecho", o resultado não é dois discursos legais especializados e sim um discurso jurídico geral. (em espanhol no original). Ver in ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico...* p.85.

[22] Ver in POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law...* pp. 15 e 16.

[23] Richard A. Posner é Juiz da 7ª Corte de Apelação dos Estados Unidos da América em Chicago, Illinois, onde, hoje, também exerce as funções de professor - *Senior Lecturer* - na Universidade de Chicago. Estudioso do Direito, o Professor Posner, em decorrência de suas pesquisas e da prática judicial elaborou, no final da década de sessenta, trabalhos de pesquisa no campo da interdisciplinaridade entre o Direito e a Ciência Econômica. Para o autor, ficou evidente que a Teoria Econômica é chave crucial de entendimento da atitude social do homem e, assim sendo, deve ser utilizada como parâmetro na descoberta do justo, segundo necessidades deste próprio ser social. Em 1973, Posner publicou, pela primeira vez, sua obra *Economic Analysis of Law* em que afirmou não pretender, aproximação: sociológica, antropológica ou filosófica do Direito mas, sim, econômica.

[24] A princípio, é questionada a tradução mais apropriada, para o português, no que diz respeito a uma possível interpretação ou análise do Direito. A literatura espanhola optou pela expressão Análise Econômica do Direito enquanto que a Professora Guiomar T. Estrella Faria o fez como Interpretação Econômica do Direito conforme se vê in FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito...* pp. 11-13. Particularmente, tem-se, que o termo análise está mais para a Teoria Econômica enquanto interpretação está para a Ciência Jurídica e, como se está a tratar de aplicação analítica da Teoria Econômica ao Direito, objetivando, em última análise, dar-lhe entendimento e aplicabilidade; acredita-se ser inócua a discussão deste gênero. Entretanto, se a LaE for entendida como método, sua metodologia leva, efetivamente, à interpretação do Direito; de outra forma, se entendida como ideologia intrínseca ao Direito torna-se verdadeiro instrumental analítico da essência da norma e da práxis jurídica; de forma a delimitar inovadora Teoria Geral do Direito.

[25] Autores como Richard A. Posner e outros da Escola de Chicago - G. Becker, H. Demsetz, F. H. Easterbrook, I. Erlich, M. Landes e G. Tullock têm a racionalidade econômica e a eficiência como valores últimos a serem perseguidos pelo Direito. Formam a corrente majoritária, conforme se vê in PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica...* pp. 58-64 e in TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987. p 71. No entanto, outros autores como Guido Calabresi, B. Ackerman, P. Bobbit, E. J. Mishan e A. M. Polinsky, participantes do setor minoritário da LaE dito *moderado* criticam Posner e identificam, além do caráter econômico do Direito, valores outros a serem considerados como os de justiça, lealdade e amor, bem como, as limitações da LaE como, v.g., a distribuição equitativa dos recursos. Ver in *La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)*. Doxa nº 15-16. 1994. pp. 945 e 949.

[26] No mesmo sentido pode ser observada a fala de Juan Torres López: *A moderna Análise Econômica do Direito passará a contemplar as leis, não como fatos passados cujos efeitos vão ser avaliados, mas como sistema de incentivos que influirão decisivamente nas ações futuras.* Ver in TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho...*p 22.

[27] KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro.* Fundo de Cultura: RJ,1964.

[28] John Maynard Keynes, apesar de divergir dos argumentos de Pigou, Hayek, Robertson, Hawtrey e outros, considerados ortodoxos, acabou, como defensor da intervenção estatal, uma vez que tentou justificar o desemprego, na economia, através do estudo da demanda e ofertas agregadas. Para maiores esclarecimentos ver in PINHO, Diva Benevides. (Coord.) *et al. Manual de Economia.* rev. tec. Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos. 1ed. São Paulo: Saraiva. 1988. pp. 203-232.

[29] MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição.* Coimbra: Faculdade de Direito. 1974. pp. 53-69.

[30] WEBER, Max. *Economía e Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva...* p. 251.

[31] Neste sentido, dispõe Júlio H. G. Oliveira: *Os fatos sociais estão submetidos ao Direito; sendo portanto, fatos jurídicos. Pertencendo muitos deles, simultaneamente, à classe dos fatos econômicos, se revestem de duplo caráter econômico-jurídico. Esta propriedade requer uma legislação diferenciada, que se adapte plenamente à natureza especial daqueles fatos. Pois "não corresponderia à realidade objetiva das coisas uma legislação que só atendera a seu aspecto jurídico, desatendendo o aspecto econômico" segundo ocorre na legislação comum. A regulação especial dos fatos sociais econômico-jurídicos é a "legislação do Direito Econômico". Suas divisões se amoldam à divisão corrente da Economia Política. Tem-se, em consequência, um Direito da Produção, Direito da Distribuição, Direito da Circulação e Direito do Consumo.* Ver in G. OLIVEIRA, Julio H. *Derecho Económico: Conceptos y Problemas Fundamentales.* 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi. 1981. p.9.

[32] SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico.* Coimbra: Livraria Almeida Coimbra. 1991. p.1.

[33] MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico.* 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora. 1988.p.12.

[34] VIDIGAL, Geraldo. *Teoria Geral do Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. p. 44.

[35] São Escolas de Direito Econômico: 1 Escola dogmática integrativa publicista/privatista: Washington P. A. de Souza: *O Direito Econômico é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as - pelo princípio da "economicidade" - com a ideologia adotada na ordem jurídica.* Enrico Allorio: *O Direito Econômico é o Direito da economia organizada - aspecto público - e o Direito*

da empresa - aspeto privado. Cesarino Júnior: *O Direito Econômico trata do complexo de normas e leis imperativas que regulamenta a agricultura, o comércio e a indústria, tendo em vista harmonizar as suas atividades e subordiná-las ao bem comum, protegendo o economicamente mais fraco contra o economicamente mais forte.* 2 Escola integrativa publicista/privatista, indefinida quanto ao método: Hamel e Lagarde defendem posição intermédia do Direito Econômico entre o ramo do Direito Público e o do Direito Privado, tendo por objetivo *reger a vida econômica e, notadamente, a produção e a circulação das riquezas.* Para Mossa, o Direito Econômico é todo o *Direito Público e Privado, de ordem individual ou coletiva, com sanção de toda natureza, inclusive penal, no qual a economia individual ou geral - até mesmo a noção de um patrimônio nacional ou da nacionalidade - é aí compreendida.* Radbruch entende o Direito Econômico como o direito da economia organizada que (...) *diferencia-se do Direito Público, na medida em que trata de matérias referentes ao empresário, fator produtivo, trabalho e gestão. Diferencia-se, por outro lado, do Direito Privado, na medida em que a sua decisiva acentuação não se encontra no capítulo dos direitos subjetivos, mas sobre a função sócio-econômica da produção.* 3 Escola autonomista de Direito Público Econômico: Bernard Chenot, um clássico do Direito Econômico, considera-o inserido no ramo do Direito Público dedicado à *delimitação das política econômicas e, mais especificamente, à intervenção do Poder na vida econômica.* Allorio Haemmerle afirma que o Direito Econômico trata da *economia estatalmente organizada.* 4 Escola de Direito Público Econômico não definida quanto ao método; Heymann teria sido o primeiro jurista a tratar do Direito Econômico como disciplina em 1908. Definiu-o como *conjunto de regras jurídicas através das quais o Estado utiliza a economia nacional, objetivando assegurar seus fins políticos e militares.* Júlio H. G. Oliveira, por sua vez, destaca a necessidade de serem levados em conta aspectos como: marco institucional, objeto, sujeito e sentido para uma cabal determinação do conceito de Direito Econômico. Afirma, pois, que se trata de um *sistema de normas jurídicas que, em um regime de economia dirigida (marco institucional), regulam as atividades de mercado (objeto) das empresas e outros agentes econômicos (sujeito) para realizar metas e objetivos de política econômica (sentido).* 5 Escola de Direito Econômico da Empresa ou do Direito Comercial Econômico: Casanova segue os trabalhos de seu mestre Mossa, identificando a empresa como objeto do Direito Econômico, assim como, essa é a orientação do comercialista Montanelli. Para Champaud, Direito Econômico é o *direito do desenvolvimento e da organização da economia industrial - sistema de produção e distribuição em massa.* 6 Escola do Direito Administrativo da Economia, não autonomista; Giorgio Cansacchi: tem concepção voltada à inserção do Direito Econômico no campo do Direito Administrativo conceituando-o como *aquela parte do Direito Administrativo concernente ao campo econômico.* Já, Huber trata o Direito Administrativo da Economia *como o conjunto das estruturas e das medidas jurídicas com as quais, servindo-se de meios administrativos, a Administração Pública influi no ordenamento da economia privada.* 7 Escola, do Direito Internacional Econômico ou do Direito das Comunidades Econômicas; Para Cartou, Direito Econômico é o Direito que organiza o espaço econômico interno desejado pelos Tratados. 8 Escola do Direito do Desenvolvimento; Granger, verificando diferenças entre o Direito Econômico, nos países desenvolvidos, e o Direito do Desenvolvimento, nos países subdesenvolvidos, atribui, ao primeiro, funções menos transformativas do que ao segundo em que o Estado deve fazer *evoluir a mentalidade social.* Direito do Desenvolvimento passa a ser, então, o *direito da organização do Estado, enquanto promotor do desenvolvimento.* 9 Escola teleológica ou de Direito Econômico Aplicado; Fábio K. Comparato entende o Direito Econômico é *a disciplina normativa da ação*

Hedemann também ensina a respeito. Para o autor, o Direito Econômico não se trata de novo ramo do Direito substitutivo dos demais, mas, simplesmente, engloba uma moldura para esses vários ramos. O Direito Econômico, pois, *permeia o espírito da economia*. A. Jacquemin entende que o Direito Econômico trata de uma nova ótica face às matérias jurídicas tradicionais. Assim, refere a uma maneira de *visualização do Direito*, uma forma de *qualificação particular de todo o Direito*. Em sua análise, releva a opinião dos economistas para o encontro das respostas jurídicas às necessidades da ordem econômica. 10 Escola de aceitação genérica e indefinida. Carnelutti vê o Direito Econômico enquanto, todo Direito que seja moderador do egoísmo humano. Ver *in* CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: RT. 1973. pp. 171 e ss.

[36] CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico...*p. 361.

[37] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. S: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977. p. 61.

[38] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico...*p. 62

[39] É o caso, por exemplo, da sistematização do Direito Econômico sugerida pelo jurista Húngaro Esteban Cottely que apresenta duas propostas: a sistematização institucional e a sistematização setorial do Direito Econômico. No que concerne à sistematização institucional, o conhecimento jurídico-econômico é subdividido em três partes a saber: Trabalho (vínculos laborais) , Vínculos Reais e Vínculos Pessoais; analisados, ainda, sob a ótica macro e microjurídica. Já, em relação à sistematização setorial, Cottely propõe estudo dos modelos econômicos setoriais e das estruturas jurídicas setoriais. Por fim, propõe a interação dos dois sistemas para uma análise completa do Direito Econômico. Ver *in* COTTELY, Esteban. *Teoria del Derecho Económico*. Buenos Aires: Frigerio Artes Gráficas, 1971. pp. 137-156.

[40] Bernard Chenot propõe a divisão do direito Público Econômico em Institucional, em que o Estado desempenha diretamente a atividade econômica; e Regulamentar, em que o Estado atua exclusivamente normatizando. Ver *in* CHENOT, Bernard. *Droit Public Economique*. Paris: Les Cours de Droit. 1965. No Brasil, Alberto Venâncio Filho, segue esta última orientação. Ver *in* VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

[41] Diferentemente do entendimento de Washington P. A. de Souza, José W. N. de Queiros subdivide o Direito Público Econômico em Direito Constitucional Econômico, Direito Administrativo Econômico, Direito Internacional Econômico, Direito Penal Econômico e Direito Econômico Monetário, além de tratar do Direito Privado Econômico. Ver *in* QUEIROS, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. pp. 51 e ss.

[42] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico e Economia Política*. Belo Horizonte: Prisma Editora Cultural. s/d. p. 106.

[43] G. OLIVEIRA, Julio H. *Derecho Económico: Conceptos y Problemas Fundamentales...* pp.29 e ss.

[44] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. ... p. 261.

[46] Segundo Max Weber, o *Estado racional* moderno se apresenta como *associação de domínio institucional* que exerce o *monopólio do poder legítimo*. WEBER, Max. *Economía e Societá*. ... pp. 1056 -1059.

[47] No caso Brasileiro, segundo o Decreto-lei 200/67, art. 5, III - *Sociedade de Economia Mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta*.

[48] No caso Brasileiro, segundo o Decreto-lei 200/67, art. 5, II - *Empresa Pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*.

[50] MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. 8 ed. London: Macmillan & Co., 1956. pp. 135 e ss.

[51] Obviamente a produção, como fenômeno econômico, não é fruto apenas da empresa. O Estado também pode produzir, como, também os indivíduos e tipos, outros, associativos, corporativos, etc. Ressalte-se, porém, que o ângulo tomado, na presente exposição, está voltado à organização econômica capitalista priorizadora da livre concorrência, da atividade empresarial e das trocas em mercado. Em um sistema coletivizante, entretanto, a organização produtiva pode ocorrer em estruturas específicas distintas. Lembre-se, também, que, até mesmo, em países capitalistas os tipos organizativos de produção podem assumir, diferentemente da forma empresarial, a forma cooperativa.

[52] SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. 1980. p. 308.

[53] QUEIROS, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico...* p. 13.

[54] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

[55] SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Madrid: Editotial Revista de Derecho Privado, 1927.

[56] HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n 72. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Jan.,1991.p. 9.

[57] O artigo 27 da Constituição Mexicana de 1917 dispunha que: *a Nação terá em qualquer tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que comandam o interesse público e também o de regular o melhor emprego dos elementos naturais e suscetíveis de apropriação, em vista de uma distribuição equitativa da riqueza pública e para a divisão das grandes propriedades territoriais; para o desenvolvimento da pequena propriedade; para a criação de novo centro de população agrícola, com as terras e as águas que lhe serão indispensáveis; para encorajar a agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade poderá causar em prejuízo da sociedade (...).*

[58] Expressavam, textualmente, os artigos 151, 152 e 153 da Constituição de Weimar de 1920, tão influentes em demais constituições: *Art. 151. A vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e com vista a garantir a todos uma existência digna do homem. nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada. Art. 152. As relações econômicas são regidas pelo princípio da liberdade dos contratos, nos termos das leis. e Art. 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites são fixados pelas leis.*

[59] Recomenda-se, ao leitor, para maiores informações, a obra em português de Lionel Richard sobre a República de Weimar e a vida cotidiana do cidadão alemão culminando com acurada referência bibliográfica e cronológica de fatos. Ver *in* LIONEL, Richard. *A República de Weimar, 1919-1933*. São Paulo: Cia. das Letras: Circulo do Livro. 1988.

[60] No mesmo sentido, ver *in* MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Centelha, 1978, pp. 9 e ss. e sua obra *Economia e Constituição...* pp. 14-15; assim como, *in* EUCKEN, Walter. *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*. Trad. de I. Illig Lacoste. 2 ed. esp. Madrid: Alianza, 1967. p. 321.

[61] MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição...* pp. 19.

[64] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991. p 147.

[65] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 6.

[66] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional...*pp. 6 e 7.

[67] MOREIRA, Vital *Economia e Constituição...* pp. 69-74.

[68] Chama-se a atenção quanto aos elementos essenciais da constituição econômica material, quais sejam: *a) a definição do tipo de organização econômica, que de perto se relaciona com 2) a delimitação de campo entre a iniciativa privada e a pública e 3) a determinação do regime básico dos fatores de produção, capital e trabalho, tudo isto enunciado pela 4) finalidade atribuída à atividade econômica*. Ver *in* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional....* p. 8.

[69] De conformidade com o ensinado por Carl Schmitt, em sua Teoria da Constituição, quando toma, esta, como decisão política: *Constituição é a concreta situação de*

conjunto da unidade política e ordenação social de um certo estado (...). Ver in SCHMITT, Carl. Teoria de La Constitución...pp. 3-5.

[70] Ver in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994. pp. 149 e ss.

[71] MOREIRA, Vital *Economia e Constituição...* pp. 90.

[72] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...*pp. 216-225.

[76] FARIA, José Eduardo, *Direito e Economia na Democratização Brasileira...* p. 15.

REGULAÇÃO JURÍDICA MUNICIPAL, LIVRE CONCORRÊNCIA E RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

MUNICIPAL LEGAL REGULATION, FREE COMPETITION AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

**Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa
Saulo de Tarso Silvestre Sanhueza Manriquez**

RESUMO

O papel assumido pelas empresas hodiernamente faz com que suas atividades tenham reflexos sistêmicos. O debate acerca da livre concorrência avulta em importância em uma economia cada vez mais oligopolística e globalizada, marcada, muitas vezes, por condutas danosas ao desenvolvimento sustentável. Assim, objetiva-se estruturar os marcos históricos, normativos e conceituais da livre concorrência e das práticas lesivas a ela sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade social das empresas (RSE); analisar os instrumentos, instituições e iniciativas (jurídicas ou não) voltados à proteção e à promoção da livre concorrência e do desenvolvimento sustentável, mormente a partir das possibilidades de atuação do município nesse sentido, mediante pesquisa exploratória, pautada no emprego da pesquisa bibliográfica. Para atender ao objetivo proposto também foi realizada uma pesquisa na internet para mapear a eventual existência de uma rede de proteção e promoção da livre concorrência a partir do uso do software NetDraw. Finalmente, foram analisadas as possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico à regulação municipal da livre concorrência, uma vez que práticas anti-concorrenciais desviam as empresas da rota do desenvolvimento sustentável e da RSE.

PALAVRAS-CHAVES: LIVRE CONCORRÊNCIA, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, REGULAÇÃO MUNICIPAL, RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

ABSTRACT

The roles undertaken by companies nowadays reveal that their activities have systemic consequences. The debate about the free competition grows in importance in an economy increasingly globalised and oligopolistic, which shows no concern to achieve sustainable development. This paper aims to outline the historical, regulatory and conceptual boundaries of free competition and practices which are harmful to it within the perspective of sustainable development and corporate social responsibility (CSR). It also aims to analyze instruments, institutions and initiatives oriented to the protection and promotion of free competition in the municipal sphere. The bibliographic exploratory research was followed by the search on the internet using NetDraw - a program for drawing networks – in order find out (in the cyberspace) if there is a

network of protection and promotion of free competition. Finally, the article analyses the efforts brought by Brazilian law to support Municipal Government to countermeasure anti-competitive behaviors – considering that anti-competitive practices diverts companies of the route of sustainable development and of Corporate Social Responsibility.

KEYWORDS: FREE COMPETITION, SUSTAINABLE DEVELOPMENT, MUNICIPAL LEGAL REGULATION, CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a investigar a livre concorrência sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade social das empresas (que deste momento em diante passará a ser designada por RSE), mormente dentro do campo de ação das cidades, partindo da concepção de que existe uma direta relação entre economia e meio ambiente, e tendo em vista que o desenvolvimento sustentável pressupõe o reconhecimento do denominado “tripé da sustentabilidade”, cujos “pés” são respectivamente a sustentabilidade econômica, a social e a ambiental[1]. Para atingir os objetivos da investigação fez-se uso de pesquisa bibliográfica e também foi realizada pesquisa na internet para mapear a existência de uma rede de proteção e promoção da livre concorrência. Feita a pesquisa, a disposição gráfica do resultado do mapeamento se deu partir do uso do software NetDraw[2].

Convém frisar, logo de início, que são bastante escassos os estudos referentes à regulação jurídica no âmbito municipal - consequência necessária da pouca valorização do direito municipal no Brasil -, muito embora existam excelentes obras de autores como Nelson Nery Costa (2000), Giovani Clark (2001) e Hely Lopes Meirelles (2003). Já os estudos concernentes ao desenvolvimento sustentável e à RSE, embora sejam assuntos recentes, já são objetos de uma grande quantidade de estudos importantes, tais como os desenvolvidos por Elmar Altvater (1999), Robert Baldwin e Martin Cave (1999) Guillermo Ricardo Foladori (2001), François Ost (1995), José Eli da Veiga (2005).

No que diz respeito à *concorrência*, a preocupação para com ela encontra raízes em passado remoto conforme será demonstrado adiante. Hoje o tema apresenta cada vez mais complexidade, sendo vários os autores que trabalham o tema. Entretanto, a livre concorrência no âmbito do direito ainda é uma área pouco explorada. Entre nós, avulta em importância as obras de Calixto Salomão Filho (1993, 2002 e 2003).

Quando tomados em conjunto a livre concorrência, o desenvolvimento sustentável e a RSE, verifica-se que os estudos que fazem a conexão entre esses pontos são ainda mais escassos, ou seja, faltam estudos aprofundados que façam a necessária relação entre eles.[3]

A leitura sistemática da Constituição de 1988 (em especial dos artigos 3º, II, e III; 170 e incisos; 174; 219 e 225) evidencia uma intersecção inarredável entre objetivos de política econômica e os objetivos do desenvolvimento sustentável. O inciso IV do artigo 170 da Constituição traz como princípio norteador da ordem econômica brasileira a

livre concorrência, resultando inafastável a importância do mesmo para os objetivos da democracia brasileira, compreendida tanto no sentido político como no econômico.

É sabido que muitas grandes empresas transnacionais superam muitos Estados em pujança econômica e financeira[4], configurando aquilo que Atilio Boron (2001) chama de “novos Leviatãs”. Para exemplificar isso, tem-se a pesquisa que já em 1989 evidenciara que 16 empresas sediadas em 4 países eram responsáveis por 60,7% da indústria de publicidade e que 6 empresas prestavam o equivalente a 62,2% dos serviços de consultoria e gestão empresarial em todo o mundo (CHESNAIS, 1996, p. 199).

Vige no mundo uma lógica econômica cada vez mais oligopolística. Daí dizer Chesnais (1996, p. 92) que “a forma de oferta mais característica no mundo é o oligopólio”. Tal forma de oferta tem raízes diversas, tais como: a) a eficiência da produção em escala que conduz à concentração econômica e financeira; b) a política econômica adotada pelos países, as quais podem ser traduzidas, por exemplo, ou em políticas voltadas à privatização, ou à estatização da economia, ou em políticas públicas de fomento, ou ainda em ofertas de subsídios a certos setores da atividade empresarial; c) a corrupção estatal e privada, esteja ela adstrita ao plano nacional, ou assuma um caráter transnacional; d) a fatores culturais e psicológicos dos povos; e, ainda, e) as condutas anti-concorrenciais.

Evidentemente, tal lógica não se aplica a todos os setores da economia, mas, tendo em vista o advento da globalização da economia e o poder de negociação das grandes empresas, a concentração econômica de alguns setores acaba por ter efeitos reflexos em quase toda a economia.

Vale dizer, que uma situação de oligopólio - até mesmo monopólio -, que não tenha como causa atos ilícitos, não significa por si mesma uma afronta ao desenvolvimento sustentável, entretanto, é inconteste que quanto maior o domínio econômico, mais tendente está uma empresa à 1) deixar, gradativamente, de priorizar o bom relacionamento com os públicos que com ela se envolvem, mormente, quando se tratar de produtos ou serviços insubstituíveis por outro e 2) deixar de zelar pela sua imagem.

O desenvolvimento sustentável e a RSE têm como grande aliado a cultura do *stakeholder capitalism*, ou seja, o capitalismo de relacionamento. Estruturas em que prevalecem oligopólios e monopólios podem perfeitamente adotar tal lógica, mas aí, dentro de uma economia de mercado, a necessidade de sua adoção deixa de ser algo tão necessário, o que abre espaço para que a indispensabilidade ou simplesmente a necessidade de certos serviços ou dos produtos acabe por se sobrepor ao equilíbrio ambiental e aos interesses de trabalhadores e de consumidores.

Problemas como a cartelização da economia, a formação de trustes e a prática de políticas comerciais como *dumping* estão inseridos nas pautas diárias dos defensores do livre mercado. No entanto, existem outras questões que perpassam o tema da livre concorrência, tais como a informalidade e a sonegação fiscal, que embora não sejam usualmente descritas como práticas anti-concorrenciais, repercutem inexoravelmente no ambiente competitivo e na sustentabilidade econômico-ambiental.

É em virtude da complexidade e conseqüências sistêmicas que perpassam a temática livre concorrência, do desenvolvimento sustentável e da RSE, que se justifica o presente estudo.

1. livre iniciativa e livre concorrência

A iniciativa é algo que sempre esteve presente na história da humanidade. A história mesma é feita de iniciativas individuais que podem ou não ganhar dimensões coletivas. A livre iniciativa tal qual se conhece hoje, além de ser uma expressão incontestada do advento do capitalismo, é, sem dúvida, fruto do aperfeiçoamento do arcabouço cultural da civilização ocidental, ou seja, da civilização greco-romana e judaico-cristã cujo núcleo é o indivíduo, que se reconhecendo como gestor de sua liberdade transforma suas forças laborais e criativas em atividade empresarial, que é aquilo que chamou Israel M. Kirzner (1986, p. 24) de “elemento empresarial na ação humana individual”.

Ocorre, que a livre iniciativa econômica nos moldes aqui discutidos só pode ser exercida no ambiente da livre concorrência do mercado - portanto sem obstáculos que a impeçam ou dificultem o seu exercício além daqueles impostos pela lei, lembrando que parte das limitações legais visam justamente criar um ambiente de livre concorrência. Assim, da livre iniciativa depende-se a competição ou concorrência. Observa Bertoldi (2003, p.148), que “a concorrência advém da competição entre empresários, sendo pressuposto lógico e essencial do sistema de economia de mercado”. Segundo Kirzner (1986, p. 13), “a competição é inerente à natureza do processo empresarial de mercado”, ou, diz ele ainda, “a atividade empresarial é inerente ao processo competitivo de mercado”. Assim, num sistema de mercado a competição entre os agentes econômicos é algo que se pode dizer elementar. Por mais que não se queira competir, os negócios, deixados à sorte dos particulares, conduzem à competição[5], conduzem a certas escolhas que possuem uma infinita gama de elementos que as informam. Somente em cenários econômicos planejados é possível afastar quase, ou por completo, a concorrência.[6]

A importância da concorrência reside na constatação de que onde há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis – o que beneficia os consumidores -, e as empresas tendem a se tornar mais eficientes e inovadoras.[7]

Por fim, vale frisar que tanto a livre iniciativa quanto a livre concorrência compõem o núcleo do liberalismo econômico, bem como, de forma necessária ou reflexa, o núcleo do liberalismo político e da democracia representativa.[8]

2. A defesa da livre concorrência: um olhar histórico

A livre concorrência é um princípio basilar da economia de mercado, no entanto a adjetivação **livre** nem sempre é verificável e nunca atingira a sua plenitude. A concorrência, assim como a iniciativa, sempre esteve presente na história humana: sempre se lutou por melhores situações econômicas e financeiras.

Ao longo da história se observam esforços, ainda que tímidos, para garantir a concorrência, evitar o monopólio e o abuso do poder econômico. No que tange ao abuso do poder econômico, na Grécia Antiga, dependente de importações, verificam-se leis que coíbiam abusos por parte de importadores e comerciantes e, mais adiante, na Idade Média, Santo Tomás de Aquino criaria a teoria do “preço justo”. Já na perspectiva concorrencial, verifica-se no Código de Justiniano proibição de certas práticas de monopólio. (CORDEIRO, 2007, p.70-73)

A crise do feudalismo e o subsequente advento das monarquias nacionais, trouxeram ao rei um controle bastante amplo da economia, o que, inegavelmente, favoreceu a ascensão do absolutismo e do mercantilismo, sendo que esse era marcado pelo protecionismo alfandegário, o metalismo e pacto colonial. Uma das marcas do pacto colonial era a possibilidade de se estabelecerem monopólios entre os Estados e as colônias, ou a possibilidade de concessão do privilégio de comércio exclusivo a particulares localizados nas colônias (CORDEIRO, 2007, p.73-74)

Na Grã-Bretanha, no fim do século XVI, os monopólios reais começam a ser contestados, conforme ocorreu com o “caso dos monopólios” de 1603, o primeiro pronunciamento judicial sobre princípios da *Common Law* referentes aos monopólios e ao poder real para concedê-los. Vale dizer, que neste momento histórico, ainda não estavam desenvolvidas as idéias de livre iniciativa e de livre comércio como postulados da liberdade econômica e da eficiência, mas o julgamento em tela já verificava o efeito nocivo do monopólio para a economia e para o bem comum (FORGIONI, 2005, p.52-53 *apud* CORDEIRO, 2007, p.74). Segue a esse caso, o “Statute of Monopolies” (1624), aprovado pelo Parlamento Inglês, que impediu que o Rei concedesse monopólios (CORDEIRO, 2007, p.74).

Com o advento das revoluções liberais desencadeia-se um processo de consolidação dos ideais do liberalismo econômico. A partir do pensamento de Adam Smith a concorrência e a não-intervenção do Estado na economia passam a ser vistas como uma solução para o problema dos monopólios. Nesse contexto, editam-se em França (1791) dois instrumentos normativos com reflexos incontestáveis para a livre concorrência, a saber: 1) o Decreto de Allarde que postulava a liberdade de comércio e indústria de forma independente das corporações de ofício e 2) a Lei Chapelier que extinguiu as referidas corporações. (CORDEIRO, 2007, p. 75-76).

Ao longo do século XIX as inovações científicas e a Revolução Industrial acabam por favorecer a ascensão de grandes empresas fabris. Após 1860 começa a se desenvolver o capitalismo financeiro. Nesse momento, afirma Cordeiro (2007, p. 76), começam a surgir “as grandes sociedades anônimas, os grandes conglomerados de empresas (*holdings*), bem como os acordos para dividir mercados e limitar a concorrência (cartéis) Esse modelo concentrador de poder econômico[9] fez com que, por exemplo, nos Estados Unidos da América, consumidores, trabalhadores, agricultores[10], pequenos empresários e imprensa[11], começassem, mormente a partir de 1880, a contestar a concentração do poder econômico, os preços praticados pelos detentores desse poder, bem como as práticas imorais para eliminar a concorrência. (BAGNOLI, 2003, p. 34 *apud* CORDEIRO, 2007, p. 77). De modo conseqüente a isso, depreende-se: 1) a “Sherman Act” (1890), que tinha por escopo neutralizar os efeitos negativos da concentração econômica sobre os consumidores e sobre a política, e, ainda, a proteção

da competição; e 2) a “Calyton Act” (1914), que definia as práticas desleais (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 53-56).

No segundo quartel do século XX inicia-se um processo de maior intervenção do Estado na economia. Surgem as *constituições sociais* como a do México (1917) e a de Weimar (1919). Nesse mesmo contexto desencadeava-se a Revolução Russa (1917). Apesar disso, aprofundava-se nos Estados Unidos o capitalismo, até que a crise de 1929 traria o “New Deal”[12], que ficou marcado por uma forte intervenção do Estado na economia.

Na Europa de 1930 até 1945 verifica-se a escalada e queda do Nacional-Socialismo alemão e do Fascismo italiano, caracterizados, embora em graus diferentes, pelo controle e pelo dirigismo da atividade econômica, ou seja, por uma mentalidade anti-liberal[13]. Tais modelos de condução da economia, conforme aduz Salomão Filho (1993, p. 58), resultam num direito concorrencial peculiar; na Alemanha, por exemplo, até que as atrocidades do nazismo viessem a lume, vigia um direito concorrencial preocupado tão somente com a lealdade das condutas empresariais e não com as concentrações econômicas.

Já nas décadas de 1950 e 1960 prevaleceu a concepção de um direito concorrencial equilibrador e tutor da concorrência. A função do antitruste aí era proteger a concorrência em si, garantindo-se que o poder dos participantes do mercado estivesse diluído, ou seja, desconcentrado (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 38). No final da década de 1970, a partir das teorias da Escola de Chicago a concentração econômica passa então a ser justificada em nome da eficiência[14] e dos benefícios que traz para o consumidor (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 21). Não obstante, verifica-se nessa mesma época na Alemanha e no Japão, uma política industrial tolerante com a concentração econômica (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 36-37). Entretanto, lembra Salomão Filho (2002, p. 38) que “uma vez concentrada a economia, ressurgiu o movimento no sentido do controle dos pólos de poder”, ou seja, à “[...] utilização do antitruste como instrumento de proteção do cidadão [...]”

Hodiernamente, para além das concepções usuais, convém dizer que vige no mundo uma mentalidade visceralmente anti-liberal, apesar da convenção sobre a “vitória do neoliberalismo”. Há que se refletir sobre a verdadeira “amplitude liberal” do neoliberalismo. Tendo em vista que um dos postulados do liberalismo é o “direito de opção”, parece que faltou aos neoclássicos uma preocupação maior com esse direito, o qual também deve ser lido à luz da livre concorrência.

Vale dizer também que numa sociedade complexa como a atual dificilmente poder-se-á atingir o sonho liberal do livre-mercado mundial e um alto grau de livre concorrência, não sendo, portanto, motivo de espécie que a estrutura predominante de oferta seja o oligopólio (quicá monopólio). Entretanto, adverte Ludwig Von Mises (1987, p. 95) que não é apenas um enorme exagero, mas incompreensão dos fatos, “[...] dizer-se, como hoje se diz, que a formação de monopólios tenha eliminado o pré-requisito essencial da realização do ideal liberal de uma sociedade capitalista”.

Tal dificuldade não se deve a um problema inerente ao “sistema capitalista”, mas sim a elementos, concepções e fatores que o circundam e que o conduzem. As políticas econômicas, por mais liberais que sejam, muitas vezes esbarram em questões políticas, como as guerras, ou em questões macroeconômicas como o protecionismo e os

subsídios a certos setores da economia, ou em planos de indução e/ou condução estatal de processos de industrialização.

Dessa forma, a análise histórica da livre concorrência, por mais respeito que venha a se ter pelo princípio, deve ser sempre uma análise contextualizada.

3. A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Todo agrupamento social que pretenda adotar a economia de mercado, deve, conforme aduz Calixto Salomão Filho (1993, p. 15), “[...] contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas”: a “Constituição Econômica, composta indubitavelmente pelo direito concorrencial, o qual é uma garantia do cidadão contra os grandes trustes e um mecanismo de manutenção do equilíbrio das forças atuantes no mercado (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 37).

No ordenamento jurídico pátrio, verifica-se a opção por um direito da concorrência voltado para a disciplina de situações monopolistas[15]. Tal opção está assente em razões históricas, posto que o sistema econômico nacional foi erigido em torno de monopólios estatais e privados. Disso decorre um direito concorrencial assente na proteção da economia popular, protetor do consumidor, a ponto de até hoje se verificarem disposições expressas acerca do “abuso de preços” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 47-48).

O legislador brasileiro optou por coibir os abusos dos detentores de poder econômico no mercado. Assim no direito antitruste brasileiro prevalece segundo Salomão Filho (2002, p. 48) “[...] o caráter institucional e imperativo do direito concorrencial”.

A Constituição de 1988 e a Lei 8.884, de 199, dão conta dessa tendência, elaborando um verdadeiro código de conduta dos detentores de posição dominante. Assim é que a Constituição tem como ilícito concorrencial central o abuso de poder econômico (artigo 173, § 4º, CF[16]). A lei por outro lado, estabelece uma série de deveres de comportamento para o detentor de posição dominante, que vão desde a proibição da prática de preços abusivos até a recusa de contratar. Esses ilícitos constituem o chamado abuso de posição dominante (artigo 20, inciso IV, da Lei 8.884/94) (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 49).

Entretanto, o legislador pátrio reconheceu a pluralidade de interesses envolvidos na tutela da concorrência, como por exemplo o dos consumidores, quando da possibilidade de serem beneficiados por uma economia de escala proporcionada por um ato de concentração[17], bem como os perigos que essa concentração implica aos próprios consumidores. Podem ser identificados três interesses tutelados pelas normas concorrenciais: “o dos consumidores, o dos participantes do mercado (concorrentes) e o interesse institucional da ordem concorrencial” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 61).

A tutela da livre concorrência no Brasil se dá pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o qual é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)[18], que é um órgão judicante – mas com papel preventivo, repressivo e educativo – com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137 de 1962 e transformado em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça[19] pela Lei 8.884/94, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE – vinculada ao Ministério da Fazenda – fora criada pela Medida Provisória n.º 813, de 01/01/1995) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE – vinculada ao Ministério da Justiça). A finalidade do SBDC é promover uma economia competitiva, por meio de mecanismos de prevenção e repressão a práticas prejudiciais ou limitadoras da livre concorrência. Às secretarias cabe o papel de instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica, emitindo pareceres que não são vinculativos e, de investigação de possíveis ilícitos concorrenciais; já ao CADE cabe, após o recebimento dos pareceres, o julgamento e decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SEAE ou pela SDE.[20]/[21] Conforme lembra Coelho (2004, p. 206), o CADE ao tipificar certa prática empresarial como infração da ordem econômica exerce competência vinculada, mas ao aplicar a respectiva sanção exerce competência discricionária.

O papel preventivo do CADE pode ser representado, de acordo com o artigo 54 e seguintes da Lei 8.884/94, pela análise dos atos de concentração. Já o papel repressivo corresponde à análise e repressão das condutas anti-concorrenciais, previstas nos artigos 20 e seguintes da referida lei, tais como cartéis, vendas casadas, preços predatórios e acordos de exclusividade, no Regimento Interno do CADE e na Resolução 20 também do CADE. Por fim, o papel pedagógico está baseado na difusão da cultura da concorrência.[22]

3.1. Concorrência Desleal

O que define a concorrência como sendo *desleal* são os meios que se empregam para se vencer a concorrência (COELHO, 2004, 190). A deslealdade pode ser específica ou genérica. Configura-se a deslealdade específica quando esta se viabiliza, mediante a “violação do segredo de empresa ou pela indução do consumidor em erro” (COELHO, 2004, p. 192), o que para o direito pátrio são consideradas condutas criminosas (nesse sentido ver a Lei 9.279/96, art. 195). Já a deslealdade genérica, acontece “quando utilizado meio imoral, desonesto ou condenado pelas práticas usuais dos empresários” (COELHO, 2004, p. 195), cujos atos não são “previstos em leis especiais, mas sim, sob o domínio do Direito Comum” (BERTOLDI, 2003, p. 149).

3.2. A Questão do Poder Econômico

A expressão “poder econômico”, conforme leciona Paulo da Silva Suordem (1995, p.113), é um **conceito de determinação impossível**, posto que

No contexto duma economia livre (de mercado) o poder económico não existe como realidade jurídica que seja possível referenciar concretamente como manifestando-se através da actividade dum complexo orgânico, de serviços ou agentes susceptíveis de ser individualizados no âmbito da realização de uma função, tarefa ou projecto, pois que

se trata (neste contexto preciso: economia de mercado) de uma realidade social extremamente difusa [este dito “poder económico”, é algo que (a existir) está disseminado (“pulverizado”) nas mãos de todos e cada um dos agentes económicos, de todas e cada uma das forças económicas e sociais].

A aceitação descuidada de tal expressão é ainda para Suordem (1995, p. 113) “uma ‘concessão’ intelectual às concepções sociológicas inspiradas na metodologia marxiana”. Tanto é assim, que dificilmente se utilizará a expressão “poder económico” para se referir às empresas públicas e às sociedades de economia mista (ou às demais denominações usuais referentes a empresas estatais). Em virtude disso, é importante lembrar a observação de Salomão Filho (1993, p. 74) de que o estudo do “poder económico” não pode buscar sua definição, mas sim deve buscar “[...] encontrar na teoria económica formas de identificar as condições necessárias para sua manifestação”. Para tanto devem ser analisados os seguintes itens: a) o mercado relevante[23]; b) participação no mercado; c) o nível de concentração; d) a natureza dos produtos e a estrutura de custos; e) a existência de barreiras à entrada. Vale dizer que “o poder económico não é punido por si”, o que o direito coíbe “é o abuso do poder económico que ameaça ou pode ameaçar a livre concorrência” (COELHO, 2004, p. 200).[24]

No entanto, o controle do poder económico serve como proteção da ordem privada com relação ao Estado e, como garantia deste contra a ordem económica privada (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 46), em outras palavras, evita-se o que poder político abocanhe o poder económico e que este domine o poder político[25]. Não obstante, com o controle do poder económico, acaba-se, pela fiscalização e repressão, por se proteger também a ordem privada contra os abusos e excessos que dela mesma podem brotar, o que consubstancia um verdadeiro requisito a uma ordem económica que pretende se auto-controlar (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 43).

O caráter imprescindível do controle do poder económico, também está assente, conforme assevera Salomão Filho (1993, p. 43), no entendimento de que o poder económico “é capaz de falsear as informações sobre o mercado”; numa situação de monopólio, por exemplo, “[...] o preço não transmite para o consumidor a real escassez do produto”.

Mas se por um lado não se pode definir o “poder económico”, o abuso do poder económico (ou infração da ordem económica) por sua vez, pode ser definido como a atuação empresarial que põe ou pode por em risco a livre concorrência, por visar “à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º da CF). A caracterização da infração da ordem económica, conforme observa Coelho (2004, p. 207 – grifo do autor),

é feita pela *indispensável* conjugação de dois dispositivos da Lei Antitruste, os arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94. Isto é, a conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu *efeito*, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20; especificamente, se dela resultar dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros.

A demonstração da infração da ordem econômica conforme lição de Coelho (2004, p. 242) “[...] se faz pela análise dos objetivos do empresário titular do poder econômico, e dos efeitos que a prática concorrencial poderia produzir ou, de fato, produziu. É irrelevante o meio empregado”. Vale frisar que para a caracterização da infração da ordem econômica, não importa se os agentes agiram ou não com culpa, muito embora não haja aqui, rigorosamente falando, a objetivação da responsabilidade como ocorre no direito civil (COELHO, 2004, p. 209).

As infrações à ordem econômica são objeto de sanção em nível administrativo, pela aplicação de penas de caráter pecuniário ou não (COELHO, 2004, p. 236). Entretanto, é preciso problematizar a questão observando que a conduta infracional pode resultar em maior desenvolvimento econômico nacional ou regional, redução do desemprego, avanços tecnológicos e produção mais eficiente, o que não poderá deixar de ser levado em conta pelo CADE. Nesse caso, se o CADE deixar de punir a infração poderá, nos termos do art. 58 da Lei 8.884/94 impor ao representado a assinatura de um **Compromisso de Desempenho**, como meio de controle efetivo dos benefícios aduzidos (COELHO, 2004, p. 205-207).

Cabe aqui lembrar a questão das *essential facility* (bens essenciais), que existe segundo Salomão Filho (2002, p. 40), “[...] diante de situações de dependência de um agente econômico com relação ao outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial”. Nesse caso, o cumprimento da função concorrencial e, diga-se, também social do detentor do poder econômico é dar provimento de acesso a esses bens essenciais a terceiros, mediante oferta abrangente, a preços adequados, sem condições iníquas ou recusa ao acesso, de modo tal a viabilizar as atividades de outros agentes econômicos. Quando isso não ocorre, mister se faz a intervenção direta do Estado, para, por exemplo, impor, quando isso for possível, a cisão do agente controlador do bem de produção essencial (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 41-47). É em virtude disso que conclui Salomão Filho (2002, p. 47), que “[...] a conduta do detentor do poder econômico no mercado é lícita na exata medida em que ele cumpre regularmente a sua função num sistema concorrencial”.

4. a livre concorrência na perspectiva do desenvolvimento sustentável

O desenvolvimento sustentável requer necessariamente a RSE e esta lastreia-se, numa economia de mercado cada vez mais informada pelos valores do *stakeholder capitalism* - o capitalismo de relacionamento -, pela presença de institutos que zelem pela concorrência sadia entre os agentes econômicos.

Muito pouco se tem estudado a RSE e o desenvolvimento sustentável a partir da livre concorrência, talvez por uma miopia de ambientalistas que, esquecendo do “tripé da sustentabilidade” por eles mesmos criado, tende a ver a insustentabilidade somente no uso inadequado dos recursos naturais e nas práticas lesivas ao meio ambiente; nada que cause espécie, posto que muitas vezes nutridos por uma mentalidade avessa ao liberalismo econômico, o que consubstancia uma linguagem dúplice, que esvazia nesses, o perfil “desenvolvimentista” que dizem possuir.

Antes de dar prosseguimento, é preciso dizer que as práticas anti-concorrenciais não se resumem àquelas elencadas nas leis 8.884/94 e 9.279/96; elas passam por questões mais profundas como a sonegação fiscal, a corrupção e a irregularidade empresarial. Práticas que conseguem eliminar a concorrência ou restringi-la provocam efeitos sistêmicos: empresas que competem com uma outra empresa que pauta suas condutas em práticas anti-concorrenciais, estarão propensas a agir de maneira insustentável, de modo tal a buscar redução de custos para poderem se manter num meio predatório. Quando se trata de impostos, numa cultura “sonegatória” como brasileira, verifica-se a insustentabilidade pelo viés competitivo na medida em que ao deixar de pagar impostos um empresário estará atuando em vantagem aos seus competidores, posto que terá menos custos, o que induzirá esses competidores a fazerem o mesmo.

É igualmente prejudicial ao sistema de mercado competitivo a proliferação de mercados extra-legais. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho, desde 1990, cerca de 85% de todos os novos empregos criados na América Latina e Caribe advém do setor extra-legal (SOTO, 2001, p. 85). A consequência disso é um círculo vicioso que faz exacerbar a tributação sobre o mercado legal, bem como fomenta uma lógica de subempregos, com vistas à redução de encargos e, paulatinamente favorece a morte precoce de empresas ou o encaminhamento delas para a informalidade, o que reduz a competição e favorece a ascensão de grandes empresas capazes de sustentar o mercado paralelo, ou que simplesmente contam com a proteção estatal.

5. livre concorrência e corrupção

A tutela da livre concorrência está diretamente relacionada com o combate à corrupção pública e privada. A corrupção é uma expressão de desvios morais e éticos e, por isso mesmo é uma questão humana, não sendo prerrogativa exclusiva de particulares, nem de funcionários públicos, tampouco de um ou outro modelo político[26]. O vocábulo corrupção traz em si um alcance conceitual amplo. No entanto, para os fins da presente investigação, é necessário olhar a corrupção a partir das relações que as empresas têm para com o Estado e seus agentes e vice-versa.

Na perspectiva da livre concorrência dentro de um Estado que se diz regulador, pode-se dizer que dificilmente uma empresa conseguirá legitimar uma condição de dominação de mercado ou se esquivar das fiscalizações e respectivas penalidades que a ela são atribuídas em virtude de práticas anti-concorrenciais, sem que haja a conivência dos agentes estatais, salvo é claro, quando se tratar de absoluta inépcia na fiscalização e coerção de práticas anti-concorrenciais.

Entretanto, as relações espúrias entre Estado e iniciativa privada, não podem ser vistas tão somente por um prisma casuístico, mas também sob a ótica da cultura de um povo, por elementos psicológicos e pela opção de política econômica adota pelos Estados. Em se tratando de Brasil há se observar nossa cultura patrimonialista, planejadora e anti-liberal:

De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo -, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência do capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo [...] (FAORO, 2001, p. 819)

Tal modelo econômico-cultural não poderia resultar em um aparelhamento estatal imparcial. É por isso que Sergio Buarque de Holanda (2006, p.146) observa que ao longo da história brasileira, verifica-se “[...]o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.

Qualquer forma beneficiamento, ou privilégios que os agentes públicos venham a oferecerem ou venham a ceder a agentes econômicos privados é uma afronta à livre concorrência. Decorre disso a importância do controle do poder econômico no âmbito nacional e, em virtude globalização econômica, também no âmbito internacional, de modo tal a se evitar que os detentores do poder econômico acabem por controlar de forma indireta, pela corrupção, as instituições públicas. No âmbito nacional a corrupção dos agentes públicos em favor de particulares e em detrimento da concorrência pode ser representada por diversas modalidades de condutas delitivas elencadas no Código Penal (arts. 317, 318, 332, 333 e 335).

Já no plano internacional tem-se a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (da OCDE) que tem por escopo criar “medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a Transações Comerciais Internacionais”.^[27] No Brasil, a Convenção fora ratificada em 15/06/2000 e promulgada pelo Decreto nº. 3.678 de 30/11/2000. Ainda no plano internacional, com finalidade semelhante à aduzida Convenção da OCDE, tem-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos que entrou em vigor em 1997. Para dar cumprimento ao estabelecido nas referidas Convenções, editou-se no Brasil a Lei nº 10.467/2002, que acrescentou ao Código Penal Brasileiro o Capítulo “II-A”.^[28]

6. A promoção da livre concorrência no âmbito da RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS

Em virtude do tema da livre concorrência no âmbito da RSE ser um tema pouco explorado pela literatura jurídica o que, conseqüentemente repercute no pequeno número de iniciativas de se promover a livre concorrência, avulta em importância o papel desempenhado pelo Instituto ETCO (Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial), na promoção do princípio, que se dá de forma bastante autônoma, muito próxima de uma disposição auto-regulatória de certos setores da economia nacional.

O Instituto ETCO, fundado em 2003, é

uma organização da sociedade civil de interesse público -OSCIP- que congrega empresas e entidades empresariais não governamentais com o objetivo de promover a melhoria no ambiente de negócios e estimular ações que evitem desequilíbrios concorrenciais causados por evasão fiscal, informalidade, falsificação e outros desvios de conduta. Numa visão mais ampla, conscientizar a sociedade sobre os malefícios sociais de práticas não éticas e seus reflexos negativos para o crescimento do país. Adicionalmente propor e apoiar iniciativas que estimulem o comportamento ético na economia. Compõem o ETCO seis câmaras setoriais congregando empresas dos segmentos de tecnologia, medicamentos, combustíveis, fumo, cervejas e refrigerantes.[29]

Além disso, dentre os objetivos do Instituto ETCO, encontram-se a conscientização da opinião pública acerca dos problemas e conseqüências da sonegação, bem como a busca por alterações legais que venham a estimular a concorrência legal.[30] Ora, para que um sistema de mercado funcione é preciso o respeito às normas que regem esse mercado.

Caso todos obedeçam às leis, um indivíduo que não as cumpra pode, individualmente e a curto prazo, auferir vantagens em detrimento de toda a coletividade. É de se esperar que os demais membros desta sociedade vendo tal comportamento passem a agir do mesmo modo, eliminando a vantagem inicial do primeiro transgressor, gerando um círculo vicioso de desrespeito às leis que acaba prejudicando toda sociedade.[31]

O descumprimento das normas que regem o bom andamento dos negócios tem efeitos sistêmicos deletérios, que põem em cheque o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a própria liberdade econômica, abrindo contra ela, espaço para a crítica e a articulação de demagogos e totalitários. Disso decorre o necessário estímulo à adesão espontânea a essas regras.

O trabalho do instituto ETCO, parte então da concepção de que o Estado é o responsável pelo bom funcionamento do mercado, legislando e fazendo cumprir suas leis, atuando como garante da propriedade privada e da segurança jurídica, a qual é indispensável para que transações econômicas sejam menos custosas e céleres – mormente numa economia cada vez mais dinâmica como a atual –, bem como para que

os investimentos, mormente aqueles de longo prazo que são indispensáveis para desenvolvimento econômico, independentemente da origem, sejam mais atrativos e mais seguros e para que as invenções e inovações sejam estimuladas pela certeza de que os direitos que sobre elas incidem serão respeitados. Estabelecida essa plataforma de raciocínio, busca o referido instituto, tornar as regras sobre a concorrência mais claras e estimular o respeito espontâneo às mesmas pelas empresas, facilitando o papel que ao Estado é destinado.[32]

7. livre concorrência e município: possibilidades de atuação

Tanto na Constituição Federal de 1988 como na Lei n. 8.884/94 perdeu-se a oportunidade, conforme observou Giovani Clark (2001, p. 126) “[...] de colocar o Município como ente capaz de combater o abuso do poder econômico, seja no nível legislativo, seja no nível administrativo”.

Ainda segundo Clark (2001, p. 127), ao município brasileiro restaria somente a faculdade para denunciar os abusos do poder econômico, bem como a possibilidade de realizar políticas públicas de cunho econômico que fomentem a competição a partir do fortalecimento de micro, pequenos e médios empreendimentos, de modo tal a dificultar o exercício arbitrário do poder econômico das empresas mais fortes.[33] Entretanto, ao Município, dentro do rol de suas competências legislativas, mormente as que lhe se abrem com a dicção “interesse local” insculpida no inciso I do art. 30 Carta Magna de 1988, existem outras possibilidades de atuação via política pública.

Na ordem econômica brasileira, além do princípio da livre concorrência, o inciso V do art. 170 da CF traz o princípio da defesa do consumidor. É importante lembrar que a defesa do consumidor passa pela defesa da livre concorrência. Tendo em vista que o Município tem competência para legislar e atuar administrativamente sobre o consumo (arts. 24, I e V, e 30, I e II, da CF 88), pode ele intervir no domínio econômico criando normas, órgãos e políticas econômicas voltadas à proteção dos consumidores. É possível então ser traçada uma política municipal de proteção ao consumidor a partir, por exemplo, de um Conselho de Defesa do Consumidor composto por representantes da sociedade civil organizada (empresários, consumidores, ambientalistas) e da administração pública, a quem compete executá-la (CLARK, 2001, p. 127-128). Além disso, ao Município já cabe a polícia de pesos e medidas, ou seja, o papel de fiscalizar e aferir os pesos e medidas para evitar a fraude e a lesão ao consumidor (COSTA, 2000, p. 172).

Além disso, cabe ao Município o papel de polícia na vigilância sanitária. Tanto a polícia de pesos e medidas quanto à polícia sanitária, podem evitar a fraude contra as relações de consumo, mas evitam ao mesmo tempo a concorrência desonesta.

Dessa forma, sob a justificativa de se proteger as relações de consumo, pode o município atuar em prol da livre concorrência por uma via indireta.

Por fim, vale dizer que o Município pode estabelecer uma política pública de regularização de empresas informais, criando bancos de dados eficientes, de modo tal a evitar que existam mercados paralelos que funcionam sem qualquer tipo de encargo,

sejam eles fiscais, trabalhistas, ou previdenciários, e, bem como, quando for o caso, sem qualquer tipo de licenciamento, o que no computo geral atenta de modo inexorável contra o paradigma do desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

A tutela da livre concorrência passa por uma enorme complexidade e muitos paradoxos. Quando se pensa em livre concorrência se está pensando em uma pluralidade de interesses, não raro conflitantes.[34]

Compreendendo essa complexidade o legislador brasileiro tentou compor na equação legal, diversas variáveis, como se nota claramente na Lei 8.884/94. Dessa forma, no ordenamento jurídico pátrio, convivem tanto os interesses dos consumidores quanto o interesse em um mercado de concorrência efetiva, os quais podem coincidir, ou seja, garantir a concorrência em si pode significar proteger os interesses dos consumidores, na medida em que o sistema concorrencial estimula a eficiência e a busca por soluções para as demandas das pessoas.[35]

Não se pode, portanto, em nome da livre concorrência, fazer uso de expedientes históricos e generalistas contra os monopólios e os oligopólios. É evidente que longe se está do ideal da concorrência perfeita, entretanto, é sobre a concepção da concorrência imperfeita que se deve trabalhar. Por isso, é sempre de oportuno lembrar, que a realidade da oferta oligopolística não esvazia os fundamentos do liberalismo econômico, sem o qual não há liberalismo político.

Posto isso, cumpre tomar cautela na abordagem da questão do “poder econômico” lembrando que não se pode defini-lo, mas tão somente identificá-lo, a partir dos quesitos colocados pela lei, em análise casuística e contextualizada. A despeito disso, o **abuso do poder econômico** pode, como visto, ser definido pelo art. 173, §4º da Constituição Federal e caracterizado pelas práticas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884, as quais são atentatórias à livre concorrência, mas também ao desenvolvimento sustentável.

Mas, além disso, quando uma empresa não paga seus tributos ou usa tecnologia ou materiais ambientalmente inadequados (advindos, por exemplo, de contrabando ou extração ilícita de madeira) está obtendo vantagens indevidas sobre os concorrentes que atuam conforme os ditames legais, o que pode desencadear um processo nocivo de indução de práticas ilegais e anti-concorrenciais em todos os agentes que atuam no mercado, abalando igualmente o “tripé da sustentabilidade”.

É aqui que entra o Estado como agente fiscalizador e coator, e, em decorrência disso é que se precisa discutir a corrupção à luz da livre concorrência, na medida em que as práticas anti-concorrenciais só se prolongam no tempo, via de regra, por uma estrutura legal e fiscalizatória inadequada, pela falta de transparência e mecanismos que assegurem o controle social e por uma cultura de conivência tanto dos atores públicos como dos atores privados.

Pensar o papel do Estado, no entanto, obriga a pensar a tutela da livre concorrência não somente pelo SBDC cujas dimensões são federais, mas sim também a partir dos Estados-membros e do Município.

No que tange ao Município, não restou a ele, possibilidades mais diretas de fiscalização e sanção das práticas anti-concorrenciais. Entretanto, pode o município, invocando o art. 30, I da Constituição Federal, legislar em prol da livre concorrência, estabelecendo, por exemplo, políticas públicas voltadas à regularização de empresas clandestinas ou ainda, invocar suas prerrogativas constitucionais para a proteção do consumidor, do meio ambiente, do comércio, e para legislar e atuar de forma reflexa sobre a defesa da livre concorrência.

Por fim, vale dizer que a livre concorrência deve ser pensada necessariamente também a partir da RSE e sua defesa deve valer-se dos recursos proporcionados pela tecnologia da informação e comunicação (TICs). E sob este aspecto, no mapeamento feito com software NetDraw (ver anexo A) não se pode verificar, na pesquisa amostral que fora realizada, uma rede sólida de tutela e promoção da livre concorrência, ficando claro que a mentalidade empresarial e estatal acerca das liberdades econômicas mais elementares ainda engatinha quando se pensa seu tratamento no ciberespaço e, com isso, deixa-se de ser melhor explorado o papel pedagógico da concorrência - na exigência de bons comportamentos, na busca por eficiência e na propulsão da criatividade -, como já o faz o Instituto ETCO.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial, volume 1: teoria geral do direito comercial, direito societário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BORON, Atílio. **Os novos Leviatãs e a polis democrática**. In: BORON, Atílio. *A coruja de minerva*. 1ª ed. São Paulo: Vozes, 2001 Rio de Janeiro: Vozes, 2001, pp. 173-224.

CARVALHO, Olavo de. **O imbecil coletivo II**. São Paulo: É Realizações, 2008.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em: 07 abr. 2008.

Empresa limpa. **Convenção da ocde sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações internacionais.** Disponível em:

<http://www.empresalimpa.org.br/Arquivos/CARTILHA_OCDE.pdf> Acesso em: 18 de mai. 2008.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.** Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/corrupt.htm>> Acesso em: 18 de mai. 2008.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Poder Econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na constituição da República Federativa do Brasil de 1998** – Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo, 2007. Disponível em: <http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=512> Acesso em: 02 jan. 2008.

COSTA, Nelson Nery. **Curso de direito municipal brasileiro.** Rio de Janeiro Forense, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** São Paulo: Globo, 2001.

GRAWUNDER, Atos de Freitas. **Mercado de produtos.** In: SOUZA, Nali de Jesus de. (coord.) *Introdução à economia.* São Paulo: Atlas, 1996.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL. Disponível em: <<http://www.etc.org.br/>> Acesso em 23 jun. 2008.

International Co-operative Alliance. Disponível em:

<<http://www.coop.org/activities/idc/2003-ica-message-en.pdf>> Acesso em 14 dez. 2007.

KIRZNER, Israel M. **Competição e atividade empresarial.** Instituto Liberal, 1986.

MISES, Ludwig Von. **As Seis Lições.** Rio de Janeiro: José Olympio: Instituto Liberal, 1986.

_____. **Liberalismo segundo a tradição clássica.** Rio de Janeiro: José Olympio: Instituto Liberal, 1987.

MOSS, Robert. **O colapso da democracia.** Rio de Janeiro: Nórdica, 1978.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRIE.htm>> Acesso em: 08 fev. 2008.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO - MINISTÉRIO DA FAZENDA. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/>> Acesso em: 12 de fev. 2008.

SORMAN, Guy. **A solução liberal**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1987.

SOTO, Hernando de. **O Mistério do Capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ANEXO A – MAPEAMENTO FEITO COM O SOFTWARE NETDRAW

? Instituições isoladas da rede

↔ Reciprocidade

** O tamanho dos círculos (“nós”) varia conforme o seu grau de importância para a rede.*

Instituições Pesquisadas:

001 Conselho Administrativo de Defesa Econômica / **002** Secretaria de Acompanhamento Econômico / **003** Secretaria de Direito Econômico / **004** Grupo de Regulação da Concorrência / **005** Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional / **006** Instituto Ethos / **007** Associação Comercial do Paraná / **008** PROCON - PR / **009** Secretaria Municipal Meio Ambiente – Curitiba /

010 Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social / **011** Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial / **012** Instituto Liberal / **013** Instituto Liberdade / **014** Instituto Millenium / **015** Instituto Friedrich Naumann / **016** Ordem Livre / **017** Instituto de Estudos Empresariais / **018** Federação das Indústrias do Estado do Paraná / **019** Federação das Indústrias do Estado de São Paulo / **020** Associação Comercial de São Paulo / **021** Instituto de Defesa do Consumidor / **022** Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial / **023** Agência Nacional de Telecomunicações / **024** Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis / **025** Agência Nacional de Vigilância Sanitária / **026** Liquigás Distribuidora S.A. Segundo Brasil / **027** Ambev / **028** Associação Brasileira de Combate à Falsificação / **029** Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, da Vida e dos Direitos Civis / **030** Associação Brasileira das Empresas de Software / **031** Associação dos Fumicultores do Brasil / **032** Associação Brasileira dos Produtores de Discos / **033** Petrobras Distribuidora S.A. / **034** Castrol / **035** Coca-Cola / **036** Fundação PROCON - SP / **037** Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro / **038** Instituto Akatu / **039** Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário / **040** Shell Segundo / **041** Repsol YPF / **042** Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal / **043** Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificantes / **044** Souza Cruz / **045** TEXACO / **046** Instituto de Pesos e Medidas do Estado do Paraná Primeiro / **047** Ministério da Ciência e Tecnologia – Estudos da Competitividade da Indústria Brasileira / **048** Programa de Pós-graduação em Economia da UFRGS –Programa de Pesquisa em Economia do Direito e das Leis / **049** Microsoft / **050** Kaiser / **051** Pepsi / **052** Esso / **053** Ministério Público da União / **054** Agência Nacional de Transportes Terrestres / **055** Instituto Nacional da Propriedade Industrial / **056** Confederação Nacional da Indústria / **057** Conselho Nacional de Combate à Pirataria (Ministério_da_Justiça).

[1] Lima (2001) alerta para outros critérios, como o adotado por Ignacy Sachs (1993) para quem, seriam cinco as dimensões de sustentabilidade: social, econômica, ecológica, espacial (equilíbrio na distribuição de atividades econômicas e assentamentos humanos) e cultural (respeito às especificidades de cada ecossistema e cultura local).

[2] O resultado do mapeamento encontra-se no Anexo A e a análise do mesmo está no tópico 9, referente à conclusão.

[3] A intersecção entre os referidos pontos é bastante delicada e nem sempre tratada com a necessária boa-fé intelectual. Infelizmente, ainda não existem bases para um debate dialético sobre o assunto, vigendo as soluções retóricas fáceis, muito próximas de técnicas mais palatáveis, tais como a propaganda.

[4] Em 2001, das 100 maiores “economias” no mundo, 51 são empresas transnacionais (ZADEK, 2001, p. 5).

[5] Claro que isso não é uma máxima, haja vista a existência de uma pujante economia vinculada ao cooperativismo. Segundo dados da Aliança Cooperativa Internacional (2003 – disponível em: <<http://www.coop.org/activities/idc/2003-ica-message-en.pdf>>) cerca de 760 milhões de pessoas no mundo são membros de cooperativas. Mas mesmo

em se tratando de cooperativismo, este só é possível dentro de sociedades abertas no sentido designado por Karl Popper, ou seja, só é possível em sociedades que respeitem as liberdades econômicas e políticas, bem como reconheçam a individualidade como realidade a ser respeitada, haja vista que sem esse pano de fundo não há que se falar em cooperação, posto que restaria ferido um dos princípios basilares do cooperativismo: a **livre associação**.

[6] É de se notar que, conforme mostrou a história, por mais que a economia planificada consiga limitar ou suprimir a **concorrência**, a planificação econômica não abole, e nem pode abolir, por completo a “livre” (?) iniciativa. A URSS é um típico exemplo disso. Quando Lênin consagrou a NEP (Nova Política Econômica), justificou-a como sendo de caráter provisório, mas a longo prazo, a provisoriedade se mostraria perene. Para tal percepção, basta notar que quando da derrocada do Estado soviético, apareceram, como que de uma “geração espontânea”, vários novos milionários, que nada mais eram que os antigos beneficiários do sistema de **capitalismo dirigido**: o empresariado lícito.

[7] Nesse sentido ver: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5bdb5ca46ba96ac09d>>

[8] Liberalismo e democracia formam uma união quase que necessária. Daí dizer Bobbio que “a prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos” (BOBBIO, 1986, p. 20-21).

[9] A título de exemplo, tem-se que nos Estados Unidos, em 1866, a empresa *Western Union*, do setor telegráfico, já tinha adquirido quase a totalidade de seus concorrentes (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 51)

[10] O descontentamento do setor agrícola estava diretamente relacionado com animosidades regionais do pós Guerra Civil: o norte industrializado vencera o sul predominantemente agrícola. Não obstante, vale lembrar que o descontentamento também estava relacionado com as construtoras de estradas de ferro: os monopólios ferroviários financiados pelos próprios agricultores, não tutelavam seus interesses, mas de modo contrário cobravam os preços mais altos possíveis pela utilização das estradas (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 52).

[11] Lembra Salomão Filho (1993, p. 53) que na época vigia nos EUA “uma economia baseada na pequena empresa e no espírito empresarial individual”.

[12] Dentre os próprios americanos não há um consenso sobre as causas da crise. O entendimento da crise de 29 demanda ainda estudos muito mais investigativos, que devem ir muito além das inúmeras conclusões desonestas que dela se extraem.

[13] Infelizmente é de praxe interpretar-se o nazismo e o fascismo como uma manifestação profundamente liberal, fatora dos valores e ideais do capitalismo, o que, evidentemente é um equívoco, que infelizmente não é possível aqui desfazer.

[14] A eficiência para a escola neoclássica de Chicago traduz-se na capacidade de produzir a custos menores, cuja conseqüência é a redução dos preços para o consumidor. Dessa forma, presumido estão os benefícios para o consumidor. Entretanto, quando da existência de um monopólio, não se pode afirmar categoricamente que o

monopolista está a “dividir seus lucros” com o consumidor, ou tampouco queira fazê-lo. (SALOMÃO FILHO, 1993, p. 19 – 20)

[15] Mesmo pensadores liberais, avessos à intervenção do Estado na economia, reconhecem que certas intervenções são de “interesse público”. Uma delas, assim considerada por Robert Moss (1978, p. 113-114), é a “contenção dos monopólios privados”. Reprimir a coerção, muitas vezes exercida pelos monopólios privados, é ainda para Moss (1978, p. 118), “uma das razões fundamentais para a existência de governos”. Além disso, observa Mises (1986, p. 35), que “na economia de mercado, a principal incumbência do governo é proteger o funcionamento harmônico desta economia contra a fraude”.

[16] Art. 173 § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

[17] Entende-se por ato de concentração o processo de análise pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) das operações de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que resultem na participação de empresa ou grupo de empresas em 20% de um mercado relevante, ou quando qualquer dos participantes tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões de reais (Lei 8.884/94, art. 54, § 3º).

[18] “O Cade é formado por um Plenário composto por um presidente e seis conselheiros, indicados pelo Presidente da República, mas que devem ser sabatinados e aprovados pelo Senado Federal, para exercer um mandato de dois anos, com a possibilidade de uma recondução, por igual período. O presidente do Cade e os conselheiros só podem ser destituídos em condições muito especiais. Esta regra fornece autonomia aos membros do Plenário do Cade, o que é fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e imparcial. O Cade também possui sua própria Procuradoria. Assim como os Conselheiros do Cade, o Procurador-Geral é também indicado pelo Presidente da República e sabatinado e aprovado pelo Senado Federal para um mandato de dois anos, renovável uma única vez pelo mesmo período” (disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b677b946ca49cb6ec488>>).

[19] A jurisdição do CADE conforme lembra Coelho (2004, p. 202), é uma “jurisdição administrativa”, posto que integra o Poder Executivo e não o Judiciário.

[20] Nesse sentido ver: 1) <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>; 2) <<http://www.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRIE.htm>>; 3) <<http://www.cade.gov.br>>; e 4) <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>.

[21] “Em 2005 foi editada portaria conjunta com o objetivo de estabelecer mecanismos de cooperação entre as referidas Secretarias visando aumentar a eficiência dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884/94, nomeadamente a Instrução Conjunta para a análise de Atos de Concentração - AC e a Análise Conjunta de Condutas Anticompetitivas (Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 33, de 4 de janeiro de 2006). Com o objetivo de racionalizar a análise de atos de concentração de menor complexidade foi editada ainda a Portaria Conjunta SEAE/SDE

n. 1, de 18 de fevereiro de 2003 e firmado o Acordo de Cooperação entre a SDE e a Procuradoria do CADE, em 19 de agosto de 2007 ” (<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRIE.htm>>).

[22] Nesse sentido ver: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f334f43bc140c09aa9>>

[23] A definição do mercado relevante é, conforme observa Coelho (2004, p. 215) “[...] casuística e leva em conta duas variáveis, a geográfica e a material.” A variável material se delinea a partir da perspectiva do consumidor, ou seja, “o mercado relevante abrange todos os produtos ou serviços pelos quais o consumidor poderia trocar, razoavelmente, o produto ou serviço acerca de cuja produção ou distribuição se pesquisa a ocorrência de infração da ordem econômica” (2004, p. 214).

[24] “É importante ressaltar que a existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, oligopólios), em si, não é ilegal do ponto de vista antitruste. O que ocorre é que nestes há maior probabilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, maior a ameaça potencial de condutas anti-concorrenciais. Tais mercados devem ser mais atentamente monitorados pelos órgãos responsáveis pela preservação da livre concorrência, sejam eles regulados ou não” (disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4ded2ef239d758f240>).

[25] “Um poder só pode ser limitado de maneira efetiva por outro poder de natureza diferente, de origem diferente, irreduzível a uma raiz comum” (CARVALHO, 2008, p. 118).

[26] A corrupção é um problema humano e, assim sendo, estará presente tanto em um regime socialista de economia planificada, como em um modelo de economia de mercado. O que difere um modelo de outro, no que concerne à corrupção, é a possibilidade de publicidade dessa corrupção via liberdade de imprensa; num regime socialista é simplesmente impossível a liberdade de imprensa como já demonstrou Milton Friedman (1986) - demonstração essa, até hoje não refutada.

[27] Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/corrupt.htm>>

[28] Nesse sentido ver: <http://www.empresalimpa.org.br/Arquivos/CARTILHA_OCDE.pdf>

[29] Disponível em: <<http://www.etc.org.br/texto.php?SiglaMenu=QSM>>

[30] Nesse sentido ver: <<http://www.etc.org.br/texto.php?SiglaMenu=OBJ>>

[31] Disponível em: <<http://www.etc.org.br/texto.php?SiglaMenu=ILG>>

[32] Nesse sentido ver: <<http://www.etc.org.br/texto.php?SiglaMenu=PUB>>

[33] Entretanto, lembra Salomão Filho (1993, p. 33-34), que “a implementação generalizada de uma política de incentivo à existência apenas de estruturas empresariais pequenas e médias poderia entrar em choque direto com os interesses dos consumidores, na medida em que desconsideraria as exigências estruturais específicas

de cada mercado. [...] A lei concorrencial protege qualquer tipo de concorrente”: o direito concorrencial é “neutro” com relação às dimensões societárias.

[34] Tamanha é a complexidade da questão da livre concorrência que ela chega a passar até mesmo pelos programas sociais. Por isso é importante que os governos, conforme observa Robert Moss (1978, p. 112), “subsidiem pessoas e não coisas”, mediante, por exemplo, a isenção de imposto de renda, garantindo o poder de escolha àqueles que se pretende ajudar, não prejudicando a competição.

[35] Após estudar e compilar dados estatísticos, colhidos em 5 países ao longo de 10 anos, Edouard Savas, evidenciou superioridade da prestação de serviços, em termos de custos e eficiência, das empresas privadas em relação aos serviços monopolizados pelo Estado. Mas tal resultado não é uma conclusão de cunho político; o que Savas realmente constatou não é a superioridade em si da empresa privada, mas sim da “concorrência” em relação ao “monopólio” (SORMAN, 1987, p. 157).

AÇÃO ECONÔMICA ESTATAL E O DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

ECONOMIC STATE ACTION AND DEVELOPMENT IN BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

**Fabiano Gomes de Oliveira
Giovani Clark**

RESUMO

A construção do mito enunciado pela Economia Clássica referente à existência de “leis naturais” capazes de regular o mercado sem a necessidade de atuação estatal, sempre opôs obstáculos a ação econômica estatal, taxada de intervenção, terminologia decorrente de preconceito do liberalismo econômico. Contudo, tal posicionamento é incoerente com a própria história da evolução do mercado, pois, a existência do mercado como instituição, somente foi possível devido à ação do Estado garantidor de sua existência e funcionamento. Conforme a Constituição Federal de 1988, de cunho desenvolvimentista, a atuação econômica do Estado brasileiro é imposta principalmente, com o objetivo de reduzir ou suprimir as diferenças sociais e regionais, dentre outros.

PALAVRAS-CHAVES: ATUAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL, DESENVOLVIMENTO, JUSTIÇA SOCIAL, LIBERALISMO, NEOLIBERALISMO DE REGULAMENTAÇÃO E NEOLIBERALISMO DE REGULAÇÃO.

ABSTRACT

The construction of the myth described by the Classical Economics on the existence of "natural laws" to regulate the market without the need for state action, always opposed obstacles to economic performance state, taxed to intervene, terminology due to prejudice the economic liberalism. However, this position is inconsistent with the very history of the development of the market, therefore, the existence of the market as an institution, was only possible by the action of the State which ensured its existence and operation. As the Federal Constitution of 1988, from developmental stamp, the Brazilian state's economic performance is something that is needed, mainly aiming to reduce or eliminate social and regional differences.

KEYWORDS: ECONOMIC STATE ACTION, DEVELOPMENT, SOCIAL JUSTICE, LIBERAL, NEOLIBERAL OF REGULATIONS, ADJUSTMENT.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento de mitos no seio social, não tem um marco histórico ou uma explicação racional demonstrando quando e como apareceu, porém, refletem os aspectos culturais ou sociológicos de uma sociedade. Mesmo relacionados, inicialmente, a deuses e divindades, os mitos também podem se referir á outros campos do conhecimento humano, como a política, a economia, a saúde e o direito.

Ensina o jurista italiano Norberto Bobbio (1997, p. 983), quanto ao significado de mito que é "un vacío inalcanzable para la conciencia y del cual nace la estructura misma de la conciencia: podemos individualizar el mecanismo del cual nace, pero no su naturaleza".

Para este trabalho, porém, interessa o mito econômico, especialmente, os referentes às "leis naturais" do mercado, defendidas pelos autores da "Economia Clássica" ou Liberal.

Por aquele modelo econômico, a presença do Estado na economia seria uma agressão às liberdades do mercado e, por assim, às liberdades do homem (indivíduo), e deveria ser combatida a todo custo. Ora, o mercado teria condições de cuidar de si próprio, já que a livre concorrência entre os agentes econômicos, eliminando os mais fracos e ineficientes, manteria o equilíbrio necessário para o seu funcionamento.

O indivíduo seria o único capaz de saber como aplicar o seu capital da melhor forma e, assim, ao procurar o melhor para si, indiretamente, buscaria o melhor para a sociedade. Desta forma, a presença do Estado é rejeitada e desnecessária, cabendo a ele, apenas, preservar a paz e proteger a propriedade, esta acima de tudo.

Era o *laissez-faire* dos anos da Revolução Industrial inglesa, bem como os ideais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", mote da Revolução Francesa, da classe burguesa em ascensão, estabelecendo seus princípios como os próprios pilares do Estado de Direito.

O liberalismo clássico era o projeto de vida burguesa, que abominava (hipoteticamente) a interferência estatal na vida do indivíduo, bem com nos seus negócios e, por conseguinte, no próprio mercado, considerando, assim, qualquer ingerência como indevida e uma violação às "leis naturais", impedindo a "justa" acumulação de riqueza pelo "próprio" trabalho.

Esta linha de pensamento, se estende por todo o século XIX e início do XX, com óbvios reflexo no direito, tão profundos, que a interferência do Estado na economia ganha o nome de "intervenção", sintetizando a idéia de total separação entre Estado e Sociedade, como se um fosse oposto ao outro, inexoravelmente.

Todavia a rejeição da presença estatal no mercado é contrária à própria história econômica, pois, o surgimento do mercado como instituição, deve-se, sobretudo, ao nascimento do Estado Nacional. Se não fossem as leis estatais, criando, limitando, regulando e protegendo, o mercado por si só, não teria conseguido desenvolver-se ao ponto de, incoerentemente, tentar impedir a presença do Estado em seu meio.

O mercado, então, não tem nada de natural. Os poderes públicos sempre agiram na vida socioeconômica, inclusive na era do liberalismo clássico. Segundo as lições de Coelho (2007), o próprio Adam Smith, em sua obra "A Riqueza das Nações", pregava a necessária ação estatal para viabilizar a produção energética das máquinas (carvão a época) e para garantir o trabalho da força laboral (política agrícola), além dos casos de omissão, desinteresse e incapacidade do setor privado. Ensina ainda Clark (2001):

Apesar de uma intervenção denominada negativa no Estado Liberal, encontramos inúmeros exemplos de atuação econômica positiva do Estado, até mesmo sistemática, neste modelo. Como a Lei do Trigo, na Inglaterra, que garantia um preço mínimo para o seu produto, buscando incentivar o agricultor, como a sujeição deste a certas regras de importação; e, ainda, as barreiras colocadas pelos Estados Unidos e Alemanha, por volta de meados de 1800, para a importação de mercadorias, no intuito de desenvolver e proteger a infantil indústria local contra os produtos da potente indústria inglesa (HUBERMAN, 1986) (p. 21-22)

Com o tempo, a sobre-exploração dos trabalhadores, criando revoltas "contraproducentes" ao capital, as crises cíclicas do capitalismo e o advento do socialismo real, o liberalismo clássico, de forma a preservar o próprio modelo capitalista, possibilitou a expansão da atuação do Estado na vida econômica, com uma série de ações sociais e econômicas.

Exemplos maiores foram o *New Deal* norte-americano após a grande depressão e o Estado de Bem-estar Social europeu após a II Grande Guerra, estabelecendo a reconstrução econômica e social da Europa em ruínas. Era o Estado Social ou Econômico.

No entanto, as idéias liberais não haviam morrido, ressurgindo com força, nos anos de 1970, após algumas décadas em "sono irrequieto", num ambiente de grave crise econômica, motivada pelo primeiro choque do petróleo, quando os Estados produtores resolveram tomar o controle de suas principais riquezas.

Nesta oportunidade, os defensores do liberalismo, agora chamado de neoliberais reguladores, apresentaram suas receitas para o restabelecimento da ordem "natural" do mercado, única forma possível de restaurar o vigor econômico, principalmente, nos EUA e Europa ocidental.

Seria necessário o desmonte de todo o aparato estatal do Bem-estar Social, como a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, enfraquecendo seus movimentos; privatização em massa das empresas estatais; regras monetárias rígidas; bem como equilíbrio orçamentário e fiscal, correspondendo a uma redução dos "gastos" sociais.

Aqueles fatos eram em resumo, o receituário do neoliberalismo de regulação, oferecido como o meio correto de reencontrar o dinamismo do mercado, conforme a forma de produção capitalista, que havia sido afastado de suas "leis naturais". Era a decretação do

fim do neoliberalismo de regulamentação, ou seja, do Estado empresário com forte presença na vida socioeconômica.

Neste contexto, sopram os ventos da "globalização", que impõem aos Estados nacionais uma submissão ao capital, que, agora, exige a abertura das economias dos países ao mercado mundial; abolição de quaisquer regras de controle do fluxo de capital; orientação ao modelo exportador, principalmente, para as nações não desenvolvidas exportadoras de matérias-primas; além da necessária desregulamentação econômica, com uma contida presença estatal na economia.

Assim, a possibilidade de implantar políticas de desenvolvimento com a modificação das estruturas sociais, ficou inviável, principalmente, para os Estados nacionais em desenvolvimento, jogando suas populações ainda mais para a miséria.

O desastre econômico e social pela combinação perniciosa do neoliberalismo regulador e globalização, não seria difícil de prever, no entanto, este pensamento tornou-se hegemônico e impositivo na agenda econômica de qualquer Estado, para transformar-se em um mito, cerceando críticas que pudessem surgir.

Contudo, a nova crise financeira (2008/2009) instalada, iniciada pela especulação irresponsável dos agentes financeiros internacionais, conhecida em sua origem como "Crise do *Subprime*", com fortes reflexos, hoje, na economia real, resultando em um período recessivo, demonstra a incapacidade auto-regulatória do mercado e a necessidade da presença estatal na economia, inclusive, no socorro às instituições à beira da falência com vultosas quantias em dinheiro do Estado.

Desta forma, este trabalho pretende, primeiro, verificar a existência de "leis naturais" do mercado e, segundo, se a ação estatal na economia é, realmente, necessária, tanto direta como indiretamente.

E ao final, a partir das análises feitas refletir se a atuação do Estado na economia, pode ser confundida com simples intervenção efêmera e ocasional, especialmente, diante da realidade brasileira, exigindo sua presença como agente indutor e promotor do desenvolvimento econômico e social, atendendo à ideologia constitucional de observância obrigatória, extraída, principalmente, dos artigos 170 a 192 da Constituição Federal.

2 DIREITO E ECONOMIA

2.1 "LEIS NATURAIS" DE QUEM?

Para esta parte do trabalho, toma-se emprestado o título do Capítulo XVII da obra de Huberman (1986), "História da Riqueza dos Homens", com a intenção de demonstrar a estreita e íntima relação entre Estado e Mercado, afastando, portanto, a existência das chamadas "leis naturais" da Economia Clássica.

Nada mais irreal do que supor que o mercado, conforme a idéia dos direitos naturais, seria deste decorrente atrelado ao próprio destino do homem: a liberdade plena e total. Assim, no campo da metafísica, próprio do jusnaturalismo, o mercado surgiria e seria regulado por "leis naturais", num processo de auto-regulamentação eficiente, descartando ou mesmo repudiando, qualquer tipo de interferência estatal.

Na verdade, o surgimento e consolidação do mercado estão umbilicalmente ligados à construção do Estado Nacional, ainda numa fase pré-capitalista, quando houve a centralização de todo o poder tributante e da violência, nas mãos de um único soberano, alijando os demais nobres (senhores feudais) de parte do poder que outrora detinham.

Era a presença de senhores diferentes em diferentes lugares ao longo das estradas comerciais que tornava os negócios tão difíceis. Necessitava-se de uma autoridade central, um Estado nacional. Um poder supremo que pudesse colocar em ordem o caos feudal. Os velhos senhores já não podiam preencher sua função social. Sua época passara. Era chegado o momento oportuno para um poder central forte. (HUBERMAN, 1986, p. 65)

Isto porque com a evolução e a força econômica da classe dos comerciantes, os "burgueses", os mesmos perceberam que a divisão do território em vários centros de poder legislativo, tributante, com pesos, medidas e moedas diversas, diminuía a possibilidade dos lucros a serem auferidos. Preleciona Grau (2005):

(...) a exigência de um sistema de normas jurídicas uniformes e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e o desenvolvimento dos mercados, ou, de modo mais geral, da sociedade civil, isto é, da coletividade que participa da distribuição dos bens e das oportunidades que nascem dos mercados. (p. 31)

Posteriormente, com o avanço do capitalismo, substituindo o processo mercantilista, ocorre a súbita tomada de poder pela classe burguesa, inaugurando, assim, uma nova fase política e econômica: o Estado burguês ou de Direito.

Os burgueses constituíam-se numa classe que se construiu ao longo dos séculos, basicamente, por comerciantes e, com o tempo, por profissionais autônomos e funcionários públicos. Localizavam-se na pirâmide social, entre os camponeses (mais pobres) e o clero e a nobreza (mais ricos), detentores do poder político. Já dominavam a economia ao tempo da Revolução Francesa e queriam o poder político.

Huberman (1986) explica, claramente, quem constituía esta classe:

Quem era a burguesia? Eram os escritores, os doutores, os professores, os advogados, os juizes, os funcionários - as classes educadas; eram os mercadores, os fabricantes, os banqueiros - as classes abastadas, que já tinham direitos e queriam mais. Acima de tudo, queriam - ou melhor, precisavam - lançar fora o jugo da lei feudal numa sociedade que realmente já não era feudal. Precisavam deitar fora o apertado gibão feudal e substituí-lo pelo folgado paletó capitalista. (...) (p. 136)

Com a tomada do poder pelos revolucionários, via a Revolução Francesa por exemplo, a classe vitoriosa, a única para ser exato, foi a burguesia, assim "o Privilégio de nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou seu lugar" (HUBERMAN, 1986, p. 138). Nascia, assim, o Estado Moderno, burguês por excelência, capitalista por essência.

A grande contradição do movimento revolucionário burguês era que desejava tomar o Estado para tirá-lo de cena da vida socioeconômica (teoricamente), isto é, queriam controlar o Estado conforme suas necessidades. Com a ascensão da classe burguesa surge outro poder, tão forte e arrogante, quanto o poder real absolutista do antigo regime, trata-se do poder econômico, traduzido pelos agentes de mercado.

O poder econômico, hipoteticamente, não admitia a interferência estatal na economia, pois, desta forma, desarranjaria o "equilíbrio natural" regulado pelo próprio mercado. Cabia ao Estado apenas preservar a paz e proteger a propriedade. Este era o espírito sob o qual, inclusive, forjou-se o direito, com profundos reflexos até os tempos atuais. Souza (2005) explica a relação entre poder econômico e direito, quando diz:

O poder econômico exprime, antes de tudo, uma concepção de "natureza política", pois que representa uma das manifestações do poder. Simbolizando uma forma de "domínio" no relacionamento entre pessoas ou entidades da mais diversa natureza, envolve, ao mesmo tempo, o aspecto jurídico que estabelece o regime dessas "relações". "Direitos" e "Obrigações" a elas estão presentes na mais variada gama, indo da imposição e do domínio absoluto até os relacionamentos democráticos e igualitários. (p. 236)

As "leis naturais", portanto, foram concebidas para o favorecimento do capital, impedindo, teoricamente, qualquer atuação estatal no campo econômico, promovendo, pela "natural" concorrência, a sobrevivência do mais forte e eficiente, com a eliminação do mais fraco e ineficiente, inclusive, relativamente à relação capital-trabalho, regulada, por sua vez, pela "lei natural" da oferta e da procura, o que permitia todos os tipos de abusos e excessos.

Neste contexto, mostrava-se razoável acreditar que "(...) a idéia de 'intervenção' tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil" (GRAU, 2005, p. 21), nada mais equivocado, pois, tratam-se ambos de manifestações da realidade humana quando da associação dos próprios homens com outros homens (GRAU, 2005).

A partir da segunda metade do século XIX, o sistema de plena liberdade já demonstrava, claramente, suas imperfeições pelo próprio excesso do poder econômico, submetendo todo o mercado a concentrações pelos mais fortes, com monopólios, oligopólios ou duopólios, minando a concorrência e colocando à deriva o próprio capitalismo. Induzindo assim a "intervenções" do Estado, cada vez mais ostensivamente, para regulá-lo, pois, "o fato é que, se deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males" (GRAU, 2005, p. 30). Exemplo típico foi a norte-americana Lei Sherman, de 1890, de combate à concentração de mercado por poderosos agentes econômicos.

Ademais, os movimentos reivindicativos dos trabalhadores cansados da exploração e o aparecimento da teoria socialista de Karl Marx, força à tomada de posição do Estado de "intervir" mais fortemente no mercado, surgindo assim as primeiras Constituições Econômicas expressas, na transição do século XIX para o XX, culminando com as constituições sociais do México de 1917 e de Weimar (austríaca) de 1919.

Este movimento pendular do capital ao social, porém, tem apenas o intuito de estabelecer a sobrevivência do sistema capitalista, controlando os movimentos dos trabalhadores, ou minimizar o colapso das crises dos mercados, afastando o risco do socialismo real e, evitando o fim do processo concorrencial.

O capitalismo, assim, se autopreserva, aceitando a "intervenção" estatal na economia, o que é necessário, aliás, para a evolução daquele. Diz Clark (2008):

Assim sendo, existe uma simbiose entre Estado e economia de mercado. Não existe esta última sem o primeiro. Por intermédio de inúmeras ações realizadas através dos tempos, o Estado ora dilata sua intervenção no domínio econômico como no período das políticas econômicas mercantilistas, patrocinadas pelos Estados absolutistas do século XVII ou, então, a restringe como nas políticas econômicas liberais construídas pelos Estados de Direito do século XIX. (p. 75)

Fica descaracterizado, assim, o mito das "leis naturais" do mercado, o qual é, sem dúvidas, uma instituição jurídica (GRAU, 2005), criado, mantido e regulado pelo Estado, não, podendo, portanto, seja por inexistência de condições, seja por instinto de preservação, existir e manter-se sem o seu criador.

2.2 NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO - REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

Com a superação do liberalismo, surge nova fase do capitalismo, caracterizado pela aguda "intervenção" do Estado na economia e no plano social, com discurso "socializante" já anunciado pelas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), instaurando assim o chamado de Estado do Bem-estar Social ou *Welfare State* ou Estado Providência.

Materialmente, ele se manifesta no *New Deal* norte-americano, no período logo após a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929 e o início da grande depressão, pelo qual o Estado tentava reerguer a economia, como um verdadeiro agente econômico, em direção oposta à tradição liberal dos EUA.

Mais intenso que o modelo norte-americano, a Europa no pós-guerra consolidou e aparelhou o Estado como agente indutor e promotor da economia, além de promover os necessários investimentos em educação, saúde, previdência e construção de uma ampla rede de proteção social, no contexto de uma sociedade arrasada pelo conflito da 2ª Grande Guerra.

Entretanto, é no pós-guerra que o ideal neoliberal regulador começa a ser desenhado por ideólogos que se colocavam como adversários férreos do chamado intervencionismo estatal na economia, considerado "(...) como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política" (ANDERSON, 2007, p. 9).

O ideário do neoliberalismo de regulação é, então, o combate à forma anterior de organização da economia pelo Estado e o solidarismo, pregando um capitalismo isento a todo e qualquer tipo de regramento eliminador da liberdade do mercado. Ou melhor, uma técnica renovada de ação estatal na vida socioeconômica mais complacente com os interesses dos donos do dinheiro.

O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos do bem-estar, e a restauração da taxa "natural" de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. Em outras palavras, isso significava reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. (ANDERSON, 2007, p. 11)

A grande oportunidade do movimento neoliberal regulador adveio com o declínio da experiência do Estado de Bem-estar Social a partir da década de 1970, principalmente após o choque do petróleo acentuando sobremaneira aquele declínio, surgindo, assim, uma nova sociedade, pautada pelo pensamento dos ideólogos do novo liberalismo econômico ou neoliberalismo regulador. Caracterizando esta sociedade, escreve Silva (1997):

A sustentação básica do Welfare State - pleno emprego, crescimento econômico e família estável - está ruindo na nova sociedade marcada pela hegemonia da técnica, com afrouxamento da relação produção-trabalho humano. O que se tem é o advento de uma sociedade dual, composta, de um lado, por pessoas muito bem empregadas e, de outro,

por um contingente mais amplo de pessoas desempregadas ou precária e instavelmente empregadas. (p.14)

Esta nova configuração social resulta das profundas modificações econômicas, facilmente caracterizada na precarização das relações de trabalho, com a flexibilização das garantias do emprego, o crescimento do desemprego e o elevado aumento dos níveis de pobreza, incluindo o surgimento da "nova pobreza" (SILVA, 1997, p. 18).

De acordo com Silva (1997, p. 21), o fenômeno da "nova pobreza" é associado ao deslocamento de pessoas e famílias para padrões de vida (inferior) ou classes sociais nas quais nunca estiveram, diferentemente daquela pobreza geracional, isto é, herdada, transmitida de pai para filho, de geração em geração.

Para os reguladores "(...) existe uma incompatibilidade original entre o mercado e a justiça social e que, evidentemente, a atitude científica e racional ordena que se escolha o mercado em detrimento da justiça social" (AKTOUF, 2007, p. 35). Assim, a consequência social da aplicação da teoria econômica do neoliberalismo de regulação, não poderia ser diferente da descrita por Therborn (2007):

Ela se manifesta na destruição social criada pelo poder do mercado. Vemos em todos os países, não somente na América Latina, tendências a um desemprego de massas de caráter permanente, uma reprodução da pobreza e, também, o surgimento de altos graus de desesperança e de violência, inclusive nos países escandinavos. Esta tendência autodestrutiva da competição atual no capitalismo, geradora de mecanismos cada vez mais intensos de exclusão social de uma grande parte da população, é um aspecto central desta contradição sociológica. (p. 47)

Têm-se, então, duas pobrezas disputando as migalhas da dinâmica do mercado, a antiga e a nova, a hereditária e a "nova pobreza". Este fenômeno toma proporções drásticas, não escolhendo nações, sejam as em desenvolvimento latino-americanas, sejam as sociais-democracias europeias, podendo ser chamado de "genocídio econômico".

O genocídio econômico é executado atualmente com uma eficácia espantosa, via políticas econômicas públicas e privadas, no Terceiro Mundo, as eternas colônias, pelos senhores dos lucros. Evidentemente, em nome da glória do capital nos reservaram as trevas do inferno, logicamente sem a aquiescência dos deuses. (SOUZA; CLARK, 2008, p. 36)

O modelo neoliberal divide-se em duas orientações paradigmáticas, quando considerados o Estado Mínimo e o Estado Máximo, na medição que se faz da presença

estatal na economia: o neoliberalismo regulador e o regulamentador. Souza (2005) descreve estas duas orientações:

Quando dirigido no sentido de mais ampla presença do poder econômico do Estado no domínio econômico, ou seja, do Estado Máximo, temos o Estado "dirigente", "planejador", "regulamentador", impropriamente chamado "intervencionista", como se verá adiante. Quando a sua presença se torna menor, configura-se o Estado Mínimo, livre-concorrencial e, quando muito, "regulador". (p. 315)

A orientação reguladora age no sentido do Estado abster-se (teoricamente apenas) de intrometer-se nas questões "naturais" do mercado, afastando-se do modelo do Bem-estar Social ou de sua atuação direta como empresário. Desta forma, apenas regularia (via normas jurídicas estatais produzidas, inclusive pelas agências reguladoras) o funcionamento do mercado, deixando este em maior liberdade de atuação, retomando (supostamente), assim, velhas máximas do liberalismo econômico, isto é, o Estado Mínimo, todavia, sem conseguir tal intento. Uma interpretação equivocada do art. 174 conjugado ao art. 173, ambos da Constituição Federal - CF, pode levar ao entendimento de que este é o papel reservado ao Estado brasileiro, não dando espaço à possibilidade de sua atuação econômica direta.

Já o modelo neoliberal regulamentador, adotado no Brasil até a década de 1990, é o que coloca o Estado na condição de empresário, criando empresas para atuar, na condição de pessoa jurídica de direito privado, de igual forma aos particulares, com os mesmos direitos e obrigações em geral (SOUZA, 2005, p. 350). Nesse modelo, a atuação estatal é ostensiva via legislação (intervenção indireta) e empresas estatais (intervenção direta).

O Brasil sofreu e sofre intensamente ao aderir a estes modelos, principalmente, o regulador. Não obstante a já gigantesca desigualdade social, tem-se que tal situação toma contornos dramáticos, principalmente com a introdução de reformas no ordenamento jurídico-constitucional, em meados da década de 1990, para permitir a adaptação da Nação às exigências do neoliberalismo regulador empurrado, ainda, pelos ventos da globalização, numa mistura perniciosa de crescimento modernizante e injustiças sociais.

Sobre a globalização, Santos (2002) assim explica:

As implicações destas transformações para as políticas econômicas nacionais podem ser resumidas nas seguintes orientações ou exigências: as economias nacionais devem abrir-se ao mercado mundial e os preços locais devem tendencialmente adequar-se aos preços internacionais; deve ser dada prioridade à economia de exportação; as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução da inflação e da dívida pública e para a vigilância sobre a balança de pagamentos; os direitos de propriedade privada devem ser claros e invioláveis; o sector empresarial do Estado deve ser privatizado; a tomada de decisão privada, apoiada por preços estáveis, deve ditar os padrões nacionais

de especialização, a mobilidade dos recursos, dos investimentos e dos lucros; a regulação estatal da economia deve ser mínima; deve reduzir-se o peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade, e transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela actuação do mercado. (p. 35)

O Estado é chamado para ser eficiente, competitivo, lucrativo, obrigando a justificar o provável retorno de cada gasto realizado ou pretendido (AKTOUF, 2004, p. 22), isto é, seu funcionamento deve ser nos moldes de uma empresa privada, não importando o sofrimento social provocado.

Esta é a lógica da conjugação do neoliberalismo regulador e globalização, uma incessante busca pelo lucro, sem importar com a crescente exclusão social, pobreza e marginalização de parcelas cada vez maiores da população, principalmente, dos países mais pobres e vulneráveis, ou mesmo com a falência de Estados soberanos, como o ocorrido com a Argentina em 2002, levando a decretação da moratória de sua dívida externa, devido a sua total insolvência.

Contudo, há estudiosos que entendem que o "processo de internacionalização das últimas décadas não é nem tão abrangente e nem tão novo quanto sugerem os arautos da globalização" (BATISTA JR., 2002, p. 40), completando que o "grau de integração da economia internacional nas décadas recentes é comparável, e em alguns aspectos até inferior, ao observado no período anterior à Primeira Guerra" (BATISTA JR., 2002, p. 40).

Porém, a globalização dos tempos atuais se dá pela forte financeirização do mercado, "isso significa passar do setor (ou organização) de produção de serviços e de utilidades da economia real para a posição de *holding* financeira cujo único objetivo é multiplicar, por toda parte, o dinheiro pelo dinheiro, custe o que custar" (AKTOUF, 2004, p. 22), não tendo o poder econômico nenhum outro objetivo, além dos ganhos do capital, "não se preocupando nem com o emprego, nem com o bem-estar da sociedade e nem, ainda menos, com a preservação da natureza" (AKTOUF, 2004, p. 22).

No entanto, é inegável que o pensamento hegemônico neoliberal regulador globalizante provoca nas sociedades e nos governos, a construção do mito, conforme descrito por Batista Jr. (2002):

Um dos efeitos práticos da mitologia da "globalização", em especial da idéia de que estamos submetidos à ação de forças econômicas globais incontroláveis, é paralisar as iniciativas nacionais, que passam a ser rotuladas como ineficazes, sem maior discussão. A mensagem central é que as políticas nacionais têm de se curvar aos imperativos da "nova economia global". Qualquer desvio em relação aos supostos consensos da "globalização" é imediatamente tachado de inviável em face do julgamento e das sanções dos mercados internacionais, vistos como todo-poderosos. (p. 38)

O Estado, portanto, deve controlar das forças privadas do mercado, agindo economicamente, direta ou indiretamente, na tentativa de desviar a direção da economia do objetivo único de proporcionar lucro para poucos, mas, permitir a redistribuição da riqueza e melhoria de vida da maioria das populações. A crise financeira atual mostra cabalmente essa necessária ação estatal na vida socioeconômica, inclusive para coibir os abusos, a ganância e a incompetência privada no mercado.

No caso do Brasil isto é um dever do Estado, pois, conforme a ideologia constitucional, extraída do *caput* do art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna com justiça social.

2.3 AÇÃO ESTATAL E A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Por ação econômica estatal pode-se entender o exercício do poder econômico pelo Estado, que se dará numa forma mínima ou máxima, conforme a orientação jurídica-política de determinada a nação em certo tempo.

Neste aspecto, deve ficar claro, neste trabalho, o que se considera como ação econômica estatal, gênero, do que se chama intervenção econômica, espécie daquela e com a qual não se confunde, já que significa, apenas, atuação estatal esporádica e extraordinária na vida econômica.

A terminologia "intervenção" se origina da noção do Estado burguês das ações econômicas estatais na economia, desta forma "(...) traduz mais propriamente um preconceito liberal, pois nesse caso o Estado estar-se-ia fazendo presente contra aquela ideologia, o que somente seria admitido como 'exceção'" (SOUZA, 2005, p. 316).

Porém, como já se discutiu anteriormente, a idéia passada pela terminologia "intervenção", quando referindo à atuação econômica estatal, é a de uma cisão sociedade-Estado (GRAU, 2005), que, na realidade, é equivocada por considerar os dois entes como decorrentes de invenções humanas desconexas, quando, no fundo, tem a mesma natureza, isto é, a da formalização de associações entre homens, variando, apenas, o grau e conformação a ser realizada. Assim, contrariamente ao termo consagrado, utilizar-se-á a expressão "ação econômica estatal" para aludir-se ao legítimo exercício do Poder Econômico pelo Estado, seja como agente direto, seja indiretamente nas suas funções regulatórias, fiscalizatórias ou de planejamento.

Ora, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, isto é, a essência da Nação, a base sobre a qual se ergue como Estado, é a dignidade da pessoa humana, de acordo com o inciso III, art. 1º da Constituição Federal. Ao mesmo tempo, consagra a dignidade da pessoa humana, como o fim da ordem econômica e financeira, conforme o *caput* do art. 170 da Constituição Federal.

Este princípio, evitando-se definições de conotações, meramente, meta-jurídicas, o que levaria à perda de sua eficácia como norma jurídica, pode ser considerado como aquele

que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, afastando, ainda, concepções transpessoalistas de Estado e Nação em prejuízo às liberdades individuais (MORAES, 2005, p. 16).

Grau (2005, p. 196) aprofunda a definição ao considerar que "embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos".

Cruz, apesar de enquadrá-los num conjunto normativo principiológico e, por isto, acarretando uma conceitualidade aberta (2001, p. 213), aponta, ainda, que os direitos fundamentais como normas jurídicas, são os que vão garantir as pretensões à realização e construção da dignidade do ser humano.

Dignidade humana expressa resumidamente a força motriz do novo paradigma do Estado Democrático de Direito. A luta por dignidade leva a sociedade, de uma postura passiva para uma atitude francamente ativa. O cliente do Estado-Providência desiste de esperar. Levanta-se e se organiza. Os limites da vontade institucional/estatal e da vontade informal/privada desaparecem. Já não há mais uma clara separação entre Estado e Sociedade, uma vez que seus canais de comunicação mesclam-se de modo atordoante. (CRUZ, 2001, p. 223)

Assim, a relação entre Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais é orgânica, pois, sem o respeito a estes não se tem o primeiro e, no cerne dos direitos fundamentais, vamos encontrar como sua essência a dignidade da pessoa humana que, por último, passa a ser então, o próprio princípio estruturante do Estado moderno e, especificamente, da República Federativa do Brasil como ente politicamente organizado.

Desta forma, para a compreensão da Constituição Econômica, vale o considerado anteriormente, principalmente, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", como estabelece o *caput* do art. 170 da Constituição Federal. É isto que a Constituição Econômica pretende, observando a ideologia exalada de seu Texto. Para alguns doutrinadores, em relação a sua ideologia, a Constituição tem contorno definido inegável.

A nossa Constituição Econômica de 1988 adotou uma ideologia constitucional neoliberal, ou seja, a economia de mercado; mas os seus pressupostos priorizam o capital nacional e sujeitam aquela à intervenção direta e indireta do Estado, no intuito de buscar os seus fins (art. 170, *caput*, da CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF). (CLARK, 2001, p. 108)

Ademais, na visão de Grau (2005), o texto constitucional adota o modelo capitalista, entretanto, configurado no sistema do Estado do Bem-estar Social (ou *Welfare state*).

Certo é, porém, que a essência de sua ideologia, quando se trata da Constituição Econômica, é assegurar a existência digna a todos, nos termos da justiça social, como fala o *caput* do art. 170 da Constituição Federal, em observância ao próprio fundamento da República brasileira, entre eles, o da dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º, CF).

Todos os outros aspectos da ideologia de coloridos matizes presentes à Assembléia Constituinte, reflexo da própria complexidade pós-moderna da sociedade brasileira, deverão gravitar ao redor do princípio da dignidade da pessoa humana, no momento em que se busca o entendimento da ordem econômica.

Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo - e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito - com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. (GRAU, 2005, p.197)

E o não atendimento a este princípio, isto é, "o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação ao princípio duplamente contemplado na Constituição" (GRAU, 2005, p.197), o que vale para os agentes econômicos públicos e privados.

Apesar de se adotar o sistema econômico de mercado, ou seja, capitalista, não é a sua lógica que deve prevalecer quando tensões ocorrerem entre os diversos princípios constitucionais econômicos, simplesmente, porque a ordem econômica constitucional não o contemplou como o seu fim ou objetivo, mas, sim, a necessidade de assegurar a existência digna a todos conforme os ditames da justiça social.

Pode-se dizer, portanto, que a ideologia constitucionalmente adotada orienta-se pelos seguintes parâmetros: uma economia de modelo capitalista, ou seja, de mercado, cujos fundamentos são a valoração do trabalho humano e a livre iniciativa, porém, com objetivos de assegurar a todos uma existência digna conforme a justiça social, com inexorável viés desenvolvimentista, decorrendo, então, o dever do Estado brasileiro de atuar no campo sócio-econômico a fim de efetivar as diretrizes constitucionais. Esta é, portanto, a ideologia constitucionalmente adotada.

Por outro lado, a Constituição Federal ao construir a estrutura da ordem econômica, sempre apontou que sua ideologia somente seria alcançada pela busca do desenvolvimento nacional (art. 3º, II; art. 174, §1º; art. 182; art. 192, todos da Constituição Federal).

Observe-se, no entanto, a diferença, de cunho qualitativo, existente entre "crescimento" ou "crescimento modernizante", quando há o incremento da atividade econômica, mas,

sem rompimento do padrão social vivenciado, mantendo a acumulação capitalista à classe dominante, de "desenvolvimento", quando ocorre, então, a modificação na estrutura da sociedade. Neste sentido, Souza (2005) diz que:

O dado referencial, diferenciador, pode ser tomado, portanto, como a idéia de "equilíbrio", a ele prendendo-se a de "desequilíbrio". No "crescimento", tem-se o "equilíbrio" das relações entre os componentes do todo, podendo haver o seu aumento quantitativo ou qualitativo, porém mantidas as proporções dessas relações. No "desenvolvimento", rompe-se tal "equilíbrio", dá-se o "desequilíbrio", modificam-se as proporções no sentido positivo. (p. 399)

Este é o espírito constitucional, conforme sua ideologia, quando diz que a ordem econômica deve-se pautar pela "redução das desigualdades regionais e sociais" (VII, art. 170, CF); "a busca pelo pleno emprego" (VIII, art. 170, CF); além do "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (...)" (IX, art. 170, CF), porque tais comandos são caros à efetivação do desenvolvimento.

A interpretação do *caput* dos artigos 173 e 174 ambos da Constituição Federal, isolados dos demais mandamentos constitucionais, ou seja, o art. 170 e seus incisos, bem como os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, previstos nos incisos dos artigos 1º e 3º, CF, respectivamente, poderia transmitir a idéia de que a ordem econômica afastaria a permissão de ação econômica estatal de forma sistemática.

Pelo art. 173, CF, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado é permitida para garantir os "imperativos da segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo", poderia levar, inicialmente, ao entendimento de aplicação em casos excepcionais.

No entanto, a "segurança nacional", de conceituação indefinida, também se refere à independência política do país, que por sua vez, importa na escolha e implementação do modelo econômico (de natureza política) de seu desenvolvimento, livre da interferência do poder econômico supranacional globalizante, que age a seu próprio benefício, ignorando a soberania dos Estados nacionais.

Da mesma forma, pode-se entender, perfeitamente, o "relevante interesse coletivo" como a necessidade de desenvolver determinada região ou território do país (ressalte-se o inciso VII, art. 170, CF - redução das desigualdades regionais e sociais) dado à extensão continental brasileira e suas profundas diferenças regionais e socioeconômicas, exigindo a ação direta do Estado ou de interposta pessoa criada para tal fim, desempenhando atividade econômica, podendo ser industrial, financeira, comercial etc., haja vista que o objetivo primordial dos agentes econômicos privados, inegavelmente, é sempre o lucro, sem a preocupação em promover o desenvolvimento econômico e social ditada pela ordem econômica constitucional.

Nesta esteira, a atuação indireta prevista no art. 174, CF, tem o condão de dar ao Estado, o papel de agente precípua como indutor da economia, ao fiscalizar, incentivar e

planejar a atividade econômica, funções estatais muito sacrificadas com a imposição do neoliberalismo regulador e a primazia do mercado (SOUZA, 2005, p. 371).

A atuação do Estado na economia revelar-se-ia, portanto, com a finalidade de garantir os equilíbrios econômicos; o desenvolvimento com justiça social e não, meramente, o crescimento; regulamentação econômica, com atuação anticíclica evitando-se as grandes crises; e redução ou desaparecimento das desigualdades sociais e regionais. Objetivos inviáveis para o mercado por si só, cujos agentes buscam apenas o lucro do capital, incapazes de promoverem aqueles objetivos.

Por último, ressalte-se a natureza dirigente da Constituição Federal de 1988. Ser dirigente significa que a Constituição não é um mero conjunto de enunciados informativos ou orientadores, a ser seguido quando e na intensidade que convier ao governo do momento, ao contrário, ela impõe, ordena, obriga, submete o governante ao que estatui, com força vinculante necessária e cumprimento imediato, "(...) coordenando uma ação estatal ativa no domínio jurídico, social, político, econômico e cultural, com fundamento na implementação dos direitos fundamentais, considerados em unidade (...)" (OLIVEIRA, 2007, p.86).

Assim, a atuação econômica estatal não é anormal, ao contrário, pois, o lucro social é diferente do lucro capitalista (SOUZA, 2005, p. 344), sendo, então, dever do Estado agir economicamente para implementar a ideologia da ordem econômica, que assegura existência digna a todos, incompatível com a própria existência da economia de mercado gerido apenas pelas forças privada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os enunciados da Economia Clássica referentes à existência de "leis naturais" capazes de regular o mercado sem a necessidade de atuação estatal, posteriormente, revigorados pelo modelo neoliberal de regulação, foram, devidamente, desconstruídos pela demonstração de que a própria existência do mercado como instituição, somente foi possível pela ação do Estado a fim de garantir sua existência e funcionamento.

Em uma relação simbiótica, o mercado existe apenas porque há um ente capaz de garantir-lhe sua sobrevivência, qual seja, o Estado, a negativa de sua atuação econômica é "antinatural". O Estado é assim, legítimo agente econômico, com plena capacidade de atuar economicamente, seja direta ou indireta.

Na realidade brasileira, contudo, esta atuação se impõe pela vontade da Constituição, de natureza dirigente, na busca pelo desenvolvimento econômico e social, haja vista as limitações das ações econômicas privadas orientadas, basicamente, para alcançar apenas os ganhos do capital, sem se importar em promover os princípios constitucionais de assegurar uma existência digna a todos conforme os ditames da justiça social.

REFERÊNCIAS

- AKTOUF, Omar. **Pós-globalização, administração e racionalidade econômica: a Síndrome de Avestruz**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinsk. São Paulo: Atlas, 2004, 297p.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Cap. 1, p.9-23.
- BATISTA JR., Paulo Nogueira. **A economia como ela é...** 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2002, 441p.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 2. Tradução Raúl Crisafio. 10. ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 280p.
- COELHO, Wladimir Tadeu Silveira. **Política Econômica do Petróleo no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito das Instituições Políticas. Defendida na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2007, 133 p.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo Souza Cruz (Coord.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001. Cap. 7, p.195-248.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 391.
- HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, 286p.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.918.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. A constituição dirigente está morta... viva a constituição dirigente! In: Luís Roberto Barroso (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. Cap. 2, p.83-112.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia**. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002, 555p. Cap. 1, 31-106p.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Renda mínima e reestruturação produtiva.** São Paulo: Cortez, 1997. Pg. 168.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e a causa das riquezas das nações.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico.** São Paulo: LTR, 2008. p. 102.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 603.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado.** 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Cap. 2, p.39-50.

REGULAÇÃO SETORIAL, INFRAESTRUTURA E MODERNIDADE: BREVES APONTAMENTOS SOB O ENFOQUE DO DIREITO ECONÔMICO

REGULATORY SECTOR, INFRASTRUCTURE AND MODERNITY: BRIEF NOTES FROM THE ECONOMIC LAW POINT OF VIEW

**Francisco Carlos Duarte
José Osório do Nascimento Neto**

RESUMO

Sob a ótica do Direito Econômico, o presente trabalho acadêmico tem por objetivo fornecer, de forma descritiva, uma visão ampla dos apontamentos que envolvem a Regulação Setorial no campo da Infraestrutura Nacional, em especial, após o lançamento do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, realizado pelo Governo Federal, no ano de 2007. O PAC consiste num programa de expansão do crescimento para o Brasil, fundamentado no conceito de investimento em infraestrutura que, aliado a medidas econômicas, visa estimular os setores produtivos e, ao mesmo tempo, levar benefícios sociais para todas as regiões do País. Nesse sentido, o estudo pretende identificar e analisar a funcionalidade da regulação jurídica, como instrumento de conexão entre a promoção do ambiente de investimento das atividades econômicas (nos setores de infraestrutura nacional) e a universalização dos serviços básicos como energia elétrica e saneamento, para o desenvolvimento nacional. Assim, somente por meio de uma regulação jurídica eficiente, torna-se possível a superação de entraves econômicos que precisam dar espaço, necessariamente, ao aumento da produtividade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais, em benefício de toda a sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: REGULAÇÃO SETORIAL; INFRAESTRUTURA NACIONAL; DIREITO ECONÔMICO E MODERNIDADE.

ABSTRACT

From the viewpoint of the Economic Law, this academic work aims to provide, in a descriptive way, a broad view of notes involving the Regulatory Sector in the Nacional Infrastructure, especially after the launch of the Growth Acceleration Program held by the Federal Government in 2007. It's a program of growth expansion for Brazil, based on the concept of investment in infrastructure that combined with economic measures aims at stimulating the productive sectors and, at the same time, bringing benefits to all regions of the country. In this sense, the study seeks to identify and analyze the functionality of legal regulation, as a mean of connection between the promotion of the investment environment of economic activities (in areas of national infrastructure) and the universalization of basic services like electricity and sanitation, for the national development. Thus, only through an efficient legal regulation, it is possible to overcome

the economic barriers that need necessarily to make room to the productivity and reduction of regional and social inequalities, to benefit the entire Brazilian society.

KEYWORDS: REGULATORY SECTOR; NATIONAL INFRASTRUCTURE; ECONOMIC LAW AND MODERNITY.

1. INTRODUÇÃO

Num contexto em que a infraestrutura nacional está em evidência, em particular, após o lançamento do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, no início do ano de 2007, pelo Governo Federal, a presente pesquisa tem por escopo identificar e analisar a funcionalidade da regulação jurídica como instrumento de conexão entre a promoção do ambiente de investimento das atividades econômicas (nos setores de infraestrutura nacional) e a universalização dos serviços básicos como, por exemplo, energia elétrica e saneamento, para o desenvolvimento nacional.

Para tanto, parte-se da premissa de que a obtenção do desenvolvimento nacional sustentável somente é possível, se houver uma expansão do investimento público e privado nos setores de infraestrutura, capaz de superar os desequilíbrios regionais e as desigualdades sociais do País. No entanto, para que haja uma adequada conciliação entre o crescimento econômico esperado e a elevação do referido investimento (sem deixar de lado o aspecto socioambiental), é necessário, em primeiro lugar, que haja um real e efetivo fortalecimento da regulação jurídica, ratificando um ambiente institucional-legal, com regras claras, estáveis e seguras, capaz de garantir: a manutenção do sistema de defesa da concorrência dentro da regulação econômica; o incentivo às parcerias entre o setor público e o investidor privado; e, principalmente, o desenvolvimento econômico e social, como forma de justiça social.

Sabendo-se que a expansão do investimento em infraestrutura é condição fundamental para a aceleração do desenvolvimento sustentável, o estudo pede a identificação e a análise jurídicas dos instrumentos que compõem esse conjunto de investimentos implementados pelo PAC, o qual está organizado em três diferentes eixos, quais sejam: a) Infraestrutura Logística, envolvendo a construção e ampliação de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias; b) Infraestrutura Energética, correspondendo à geração e transmissão de energia elétrica, produção, exploração e transporte de petróleo, gás natural e combustíveis renováveis; c) Infraestrutura Social e Urbana, englobando saneamento, habitação, metrô, trens urbanos, universalização do programa Luz para Todos e recursos hídricos.

No entanto, por se tratar de um artigo que tem por objetivo fornecer, de forma ampla e descritiva, uma visão dos apontamentos que envolvem a Regulação Setorial, delimitar-se-á esta proposta de estudo, especificamente, aos exemplos da energia elétrica e o do saneamento básico, escolha que será justificada mais adiante.

2. A CONSTRUÇÃO DA BASE TEÓRICO-EMPÍRICA E O DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

2.1. A Metodologia

Em linhas gerais, foram utilizados textos de projetos de leis e de medidas provisórias[1] (decorrentes do PAC), todos disponíveis no site do Planalto, em conjunto com a exploração de relatórios[2], também disponibilizados pelo próprio Governo Federal.

Além disso, foram utilizados arquivos eletrônicos, disponibilizados pela Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base - ABDIB[3]; *newsletters* encaminhadas, via-correio eletrônico, pelo Jornal Valor Econômico; e, demais produções científicas relacionadas, especificamente, aos marcos regulatórios existentes nos setores de infraestrutura nacional.

2.2. A noção geral de Direito Econômico

O conceito de Direito Econômico é abordado por diversos autores, alguns com ênfase para o surgimento do ramo jurídico com o advento da intervenção do Estado no Domínio Econômico; outros, de forma mais ampla, relacionando-o à atuação do Estado no setor econômico e à mútua interação entre Economia e Direito.

A visão mais ampla da formação do Direito Econômico passa, antes da intervenção do Estado no Domínio Econômico, pela relação entre Economia e Direito.

Explorando mais detalhadamente o conceito de Economia, Fábio Nusdeo[4] destaca o caráter ilimitado das necessidades humanas e a escassez dos recursos. Da conjugação desses fatores, a Economia surge como Ciência Social e não uma Ciência Exata no sentido técnico, pois, pressupõe a escassez em nível social em detrimento da visão individual.

É justamente nesse contexto que se justifica a investigação aprofundada do que seja o Direito Econômico, especialmente na perspectiva atual, que não o confunde com um ramo do direito voltado à ação do Estado "apenas" na Economia. A multidisciplinaridade típica do Direito Econômico e a marcada natureza diferenciada das normas que o caracterizam, concebidas segundo uma "macrológica"[5] voltada ao coletivo, justificam a necessidade do estudo para todos os que desejam enfrentar as questões jurídicas suscitadas no âmbito econômico e socioambiental.

2.3. O conceito de Regulação: aspectos gerais

Em decorrência da evolução histórica do conceito de Estado e das reformas estruturais, pelas quais a sociedade passou, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob o título 'Da Ordem Econômica e Financeira', passou a consagrar, ainda que de forma não explícita, o modelo de Estado Regulador, por meio do qual se objetivou a manutenção do equilíbrio das relações socioeconômicas.

Em outras palavras, o surgimento do modelo regulador surge com a necessidade não apenas de se conduzir a política econômica nacional, mas, também, para permitir que valores sociais sejam materializados, visando à concretização do interesse público, seja de maneira direta ou indireta pelo próprio Estado; ou, com a conjugação do poder público e com iniciativa privada.

É justamente nesse contexto que, por meio do Direito Econômico, o Estado cuida de estabelecer regras para controlar e fiscalizar atividades de interesse público, como instrumento de transformação da realidade social para a promoção de valores fundamentais, se caracterizando como um conjunto de princípios e normas jurídicas por meio das quais se exterioriza uma função estatal diferenciada, consistente na regulação.

Em linhas gerais, o conceito de regulação envolve inúmeros aspectos e fatores não só jurídicos como, também, sociais e econômicos, dentre outras variantes.

Na abordagem, por exemplo, de Paulo Roberto Ferreira MOTTA,

[...] a regulação nada mais é do que um processo jurídico de aprofundamento e transbordamento do poder de polícia, que também é uma intervenção pública, sobre dada atividade, realizada de modo prolongado e localizada, sendo que a intervenção se justifica perante o Direito em virtude da atividade regulada ser tida como de relevância social. Seu caráter cambiante reside exatamente neste tópico, ou seja, como a sociedade evolui, aquilo que ontem era tido como de relevância social, no presente não é, e no futuro pode voltar a ser[6].

Como bem lembra Egon Bockmann MOREIRA, a intervenção regulatória é uma das formas de intervenção estatal no domínio econômico, mas que não exige a participação material do Estado numa determinada atividade econômica. Em outras palavras, isso significa dizer que "o Estado permanece ocupando um plano lógico-normativo anterior (legislativo e regulamentar), impondo regras de conduta, controlando o seu cumprimento e impondo eventuais sanções (positivas ou negativas). O que abrange a atividade regulatória repressiva (sanções negativas) como incentivos e fomentos (Direito Promocional)"[7].

Assim, pode-se dizer que a atividade regulatória assumiu tamanha importância na atualidade, pois incide sobre atividades públicas e privadas essenciais, entre as quais se enquadra, por exemplo, a de energia elétrica e de saneamento básico.

2.4. O exemplo da Infraestrutura Energética, sob o enfoque da universalização do fornecimento de energia elétrica

A universalização do serviço de distribuição foi freqüentemente utilizada como políticas públicas[8] ao longo da história do desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, no qual o concessionário só era obrigado a realizar o fornecimento dentro dos perímetros traçados de comum acordo com as prefeituras locais[9].

Com o advento das privatizações no setor elétrico brasileiro no final da década passada, notadamente do sistema de distribuição, vislumbrou-se o aproveitamento dessa realidade por populações urbanas e rurais mais carentes, uma vez que, do ponto de vista social, a energia elétrica tem um papel de suma importância no que se refere a segurança pública, iluminação das escolas, funcionamento de aparelhos hospitalares, desenvolvimento industrial, entre outros.

Nas palavras de Luiz Antônio Mano Ugeda SANCHES, pode-se conceituar a universalização como sendo:

[...] o atendimento gradual e contínuo a todos os pedidos de fornecimento de energia elétrica realizados por pessoas físicas ou jurídicas, com enfoque em áreas de baixa densidade populacional, independentemente da capacidade financeira dos potenciais clientes, por meio de subvenção econômica. Cabe à ANEEL estabelecer regras para sua consecução, com vistas ao interesse público subjetivo incidente da inclusão social[10].

Paulo Roberto Ferreira MOTTA, por sua vez, atribui à regulação a submissão dos serviços públicos ao regime jurídico de direito público, impondo-se a prestação "de forma contínua e segura, indispensáveis e fundamentais à universalização"[11].

Lembra, ainda, que "o acesso da população à energia elétrica, telecomunicações, portos, aeroportos, estradas de rodagem, ferrovias, água, saneamento, escola, hospitais - enfim, a universalização dos serviços -, vem a ser a chave do desenvolvimento de qualquer nação, sendo o único resultado ético e legítimo a ser buscado pela regulação"[12].

A atual forma de subsidiar a universalização do fornecimento de energia elétrica foi introduzida pelas Leis anteriormente comentadas de nº. 10.438, de 2002; e de nº. 10.848, de 2004, a qual dispõe, em seu art. 13, a criação da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, visando, além do desenvolvimento energético dos Estados, a promoção da universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional.

Assim, para cumprir a meta estabelecida, a ANEEL, por meio de sua Resolução Normativa de nº. 175, de 28 de novembro de 2005, estabeleceu as condições para a revisão dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, visando à antecipação de metas, considerando os objetivos dos Termos de Compromisso firmados com o Ministério de Minas e Energia - MME, no âmbito do Programa 'Luz para Todos', estabelecendo, ainda, a necessidade de revisão dos planos de universalização e o acompanhamento trimestral das metas.

Além disso, com base na Agenda de Desafios Estratégicos 2009-2011[13], a ANEEL propõe assegurar a fiscalização, por monitoramento in loco de todas as distribuidoras, do cumprimento das metas da universalização, inclusive do Programa Luz para todos.

Como bem lembra Marçal JUSTEN FILHO, "o fornecimento doméstico de energia é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais"[14]. E, de forma inteligente e sucinta, Cláudio Smirne DINIZ resume:

[...] a regulação jurídica, voltada à universalidade dos serviços públicos, dando, por conseguinte, concreção à dignidade humana, apresenta-se como um desafio reservado ao direito. Se vencer o direito, haverá redistribuição, justiça social e respeito aos direitos fundamentais. Caso contrário, o Estado, coerente com seu passado, continuará servindo a poucos[15].

Transportando-se a análise teórica acima, para uma avaliação empírica, transcorridos dois anos do lançamento do PAC, no campo da Infraestrutura Energética, sob o enfoque da universalização da energia elétrica, pode-se dizer que foram concedidas usinas de geração de energia com um total de 23.100 MW de potência (mais de 12.200 MW médios)[16] e sistemas de transmissão com extensão total de 7.661 quilômetros[17].

Destaque para as hidrelétricas de Santo Antonio e Jirau (estado de Rondônia) e para as linhas de transmissão dos correspondentes empreendimentos, apontando a decisão do Governo Federal de explorar, com sustentabilidade, o potencial hidrelétrico existente no Brasil.

Mesmo diante de um cenário econômico que exige mais precaução, os governos, tanto federal quanto estaduais, precisam manter as agendas de concessões na infraestrutura, dando credibilidade, transparência e segurança aos investimentos já realizados e que estão por vir, até a conclusão do PAC, em 2010.

Nesse contexto, pode-se dizer que a universalização dos serviços de energia elétrica, sendo essencial para o desenvolvimento social, não pode deixar de ser considerada prioritária pelas diretrizes estratégicas governamentais.

2.5. O exemplo da Infraestrutura Urbana, sob o enfoque do Saneamento Básico

Entre as ações de saneamento, destacam-se aquelas consideradas como básicas, compreendendo o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza pública e a drenagem de águas pluviais.

A ausência desses serviços tem resultado em precárias condições de saúde de uma parcela significativa da população brasileira, com a incidência de doenças, principalmente de veiculação hídrica, tais como diarreias, hepatite, cólera amebíase, febre tifóide, esquistossomose, entre outras doenças que, em pelo século XXI, já deveriam ter sido erradicadas, se houvesse o mínimo de comprometimento com os serviços de saneamento básicos.

O desempenho do Setor de Saneamento Básico no Brasil ainda se encontra muito aquém das necessidades e demandas sociais. Segundo informações do Ministério das Cidades, o índice médio de atendimento urbano foi de 93,1% para água, 48,3% para coleta de esgotos e 32,2% para tratamento de esgotos em 2006, com elevada heterogeneidade e desigualdade regional.

O incremento domiciliar no Brasil tem sido excessivamente alto. A cada cinco anos, mais de 5 milhões de domicílios são incorporados a cidades brasileiras. Nos padrões atuais de urbanização, a sociedade brasileira requisita outra política de investimentos, que conte inclusive com fluxos contínuos de recursos.

Isso significa que a política de investimentos de saneamento básico tem variado muito em termos de disponibilidade de recursos e que o setor apresenta, possivelmente, um ciclo de desembolso excessivamente longo. Outra possível relação, que se pode estabelecer, diz respeito ao modelo centralizado em que as companhias estaduais detêm excessivamente autonomia política e administrativa. Nesse contexto, verifica-se a necessidade de se repensar o plano de (re)estruturação do programa em questão.

Nesse sentido, Fernando SARTI explica que:

[...] a manutenção ou mesmo ampliação dos fluxos atuais de investimentos no Setor de Saneamento Básico tem uma dimensão mais política e institucional que financeira. A rigor, deveria ser tratada como uma política estratégica de Estado, acima de questões partidárias/ eleitorais, de divergências entre as esferas de governo municipal, estadual e federal e dessas com as operadoras públicas e privadas. A convergência de esforços das políticas públicas e das estratégias empresariais para a realização, no próximo quinquênio, de investimentos setoriais em um patamar mínimo de R\$ 10 bilhões anuais teria fortes efeitos multiplicadores sobre toda a cadeia produtiva com a criação, no médio prazo, de mais de 2 milhões de postos de trabalho[18].

Com base nestes dados empíricos, propõe-se uma análise do Estudo denominado Panorama do Saneamento Básico no Brasil, realizado pelo Ministério das Cidades, cuja publicação ocorreu no início de Março de 2009.

Esse Estudo visa subsidiar o processo de elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) nos termos da Lei nº 11.445/2007 (de 05/01/2007).

Conforme o Capítulo IX, da Lei nº 11.445/2007, a União, no estabelecimento da sua política de saneamento básico, observará um conjunto amplo de diretrizes e objetivos. São as seguintes as diretrizes da Política Federal de Saneamento Básico:

I - prioridade para as ações que promovam a equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico;

II - aplicação dos recursos financeiros por ela administrados de modo a promover o desenvolvimento sustentável, a eficiência e a eficácia;

III - estímulo ao estabelecimento de adequada regulação dos serviços;

IV - utilização de indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento social no planejamento, implementação e avaliação das suas ações de saneamento básico;

V - melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais e de saúde pública;

VI - colaboração para o desenvolvimento urbano e regional;

VII - garantia de meios adequados para o atendimento da população rural dispersa, inclusive mediante a utilização de soluções compatíveis com suas características econômicas e sociais peculiares;

VIII - fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico, à adoção de tecnologias apropriadas e à difusão dos conhecimentos gerados;

IX - adoção de critérios objetivos de elegibilidade e prioridade levando em consideração fatores como nível de renda e cobertura, grau de urbanização, concentração populacional, disponibilidade hídrica, riscos sanitários, epidemiológicos e ambientais;

X - adoção da bacia hidrográfica como unidade de referência para o planejamento de suas ações;

XI - estímulo à implementação de infra-estruturas e serviços comuns a Municípios, mediante mecanismos de cooperação entre entes federados.

Aqui, verifica-se uma necessidade de se identificar e caracterizar a demanda por todos os componentes do saneamento básico e as necessidades de investimento para a universalização a cada um dos serviços de saneamento básico, conforme diferentes recortes socioeconômicos, territoriais, institucionais, ambientais e regionais.

Os investimentos em infraestrutura de natureza social, tendo em vista os desafios da universalização do setor de saneamento básico, da complexidade do ambiente e da sustentabilidade na prestação dos serviços, devem estar pautados pelo adequado planejamento de longo prazo, pela clareza e objetividade nas suas definições, pelo comprometimento das partes interessadas e a combinação de diferentes formas de ver o território e orientar as estratégias de ação dos Programas e serem derivados do Plano Nacional de Saneamento Básico[19].

Portanto, os investimentos no Setor de Saneamento Básico, além de atender às demandas sociais, ambientais e de saúde pública, ampliando o acesso à significativa parte da população brasileira, têm, também, suma importância na geração de emprego, renda e tributos, o que, confere a este setor um papel protagonista nas políticas e ações de enfrentamento dos impactos domésticos da atual crise global.

2.6. Breves apontamentos sob o enfoque do Direito Econômico e Modernidade

Diversos desses projetos podem ser considerados pontos de reflexão na política pública de fortalecimento da infraestrutura brasileira, cabendo ao Poder Público, principalmente, concluir os estudos, análises e inventários necessários para determinar empreendimentos que podem ser concedidos, compatibilizando as necessidades brasileiras de expansão da infraestrutura com o desenvolvimento social do País.

O serviço de coleta de esgoto é o que está mais distante de ser universalizado, ao contrário do acesso à energia elétrica, o mais próximo. Isso significa, de certa forma, que os desafios para a universalização do acesso aos serviços de infraestrutura significam mais que encontrar meios para construir e levar as redes até as residências de brasileiros de todo o País e de todas as classes de renda, mas também estruturar formas para manter os serviços em operação confiável, em quantidade e qualidade suficientes. Isso requer a conciliação de preços de serviços à capacidade de pagamento dos cidadãos de baixa renda por meio de mecanismos financeiramente sustentáveis.

A maior parte dos brasileiros presentes na fila de espera por atendimento são aqueles cuja renda familiar não ultrapassa três salários mínimos, o que é um desafio - possível de ser superado - para a realização de investimentos com sustentabilidade financeira.

Há uma necessidade de pesquisar e analisar a situação do Saneamento Básico no Brasil, enquanto política pública integrada e seus serviços nos quatro componentes, em diferentes temas de caráter transversal e na articulação com outras políticas públicas correlatas.

Se, por um lado, os recursos do PAC são muito bem-vindos (pois respondem aos anseios da sociedade brasileira por investimentos públicos na área de saneamento); por outro lado, é fundamental que isso faça parte de uma visão mais de médio e longo prazo em relação ao desenvolvimento urbano da sociedade brasileira.

A falta de regras atrapalha o desenvolvimento dos negócios - o excesso também. Em linhas gerais, a qualidade regulatória no Brasil tem sido considerada positiva, melhorando aos poucos.

O desafio brasileiro é não somente elevar o nível de investimentos, mas criar as condições para que os gargalos na infraestrutura sejam resolvidos, de forma a não se tornarem empecilhos ao crescimento da economia. Um fator determinante para as decisões de investimentos é o aparato regulatório, e é imprescindível que as regras do jogo sejam transparentes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As carências na infraestrutura brasileira demandam investimentos anuais da ordem de R\$ 88 bilhões^[20], levando-se em conta as necessidades de aportes nas áreas de petróleo e gás, saneamento, energia e telecomunicações, segundo estudos da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústria de Base (ABDIB).

Para o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), foram previstos, para o período de 2007 a 2010, um montante global de investimentos públicos e privados da ordem de R\$ 500 bilhões[21], incluindo os esforços de melhoria da infraestrutura econômica e socioambiental.

No caso do setor de energia, há consciência de que é preciso elevar a oferta em cerca de 4000 MW[22] (*megawatts*) por ano para garantir o suprimento e evitar o racionamento, como ocorreu no ano de 2001. Para isso será necessário acelerar os investimentos na área e solucionar as pendências de licenciamento ambiental. O Brasil tem todas as condições de manter sua matriz energética fortemente baseada em ativos renováveis, uma grande vantagem competitiva, diante da carência e dos impactos dos combustíveis fósseis ao meio ambiente.

Com relação à área de saneamento, o Brasil não estava fazendo seu dever de casa. A taxa de redução do déficit de saneamento vinha andando a um quarto do ritmo de redução da pobreza, nos últimos 15 anos. Apesar da defasagem de investimentos no setor, foi possível constatar que o crescimento das obras de saneamento básico aumentou sensivelmente e se equiparou ao ritmo de redução da pobreza.

Assim, é necessária a execução de uma política unificada de saneamento básico e oferta de água potável que alcance todo o território nacional, fundamentada na situação epidemiológica de doenças relacionadas à falta destes serviços e resolutiva por meio de obras de boa qualidade, que garantam à população, em especial às crianças, o seu direito fundamental à saúde e qualidade de vida.

Somente por meio de uma visão estratégica integrada entre o público e o privado a respeito dos diferentes serviços e condições futuras para o ambiente institucional, econômico e socioambiental, com informações e análises determinantes da política pública de saneamento básico e seus planos, programas e investimentos, será possível uma reversão positiva deste quadro que temos hoje.

Assim, justifica-se, com base nos dois eixos exemplificativos, que não só a falta de regras, bem como o seu excesso, dificulta o desenvolvimento dos negócios não apenas no âmbito dos investimentos públicos, como também das companhias nacionais e estrangeiras, que, direta ou indiretamente, têm sido decisivos para o implemento eficaz de importantes atividades econômicas descritas neste relatório. Nesse mesmo sentido, pode-se dizer que a qualidade regulatória brasileira tem sido considerada positiva, melhorando-se aos poucos.

A expansão do investimento em infraestrutura é condição fundamental para a aceleração do desenvolvimento sustentável no Brasil. No entanto, somente por meio de uma regulação jurídica eficiente, torna-se possível a superação de entraves econômicos que, por sua vez, precisam dar espaço, necessariamente, ao aumento da produtividade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais, em benefício de toda a sociedade brasileira.

4. REFERÊNCIAS

ABDIB, Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base. **Análise de Infraestrutura**. Disponível em: . Acessos constantes de: ago./2007 a abr./2009.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas - Práticas Sociais e Regulação Jurídica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRASIL (2009). **Balancos do PAC**. Presidência da República. Disponível em: . Acessos constantes de: ago./2007 a abr./2009.

_____. **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 de abr. de 2009.

DINIZ, Cláudio Smirne. **Atividade Econômica, Saneamento Básico e Regulação**. Curitiba, 2007. Dissertação (mestrado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

FGV (2006). **Temas para o Desenvolvimento com Equidade**. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em . Acesso em: 20 de mar. de 2009.

FERRAZ, Roberto. **A macrológica do Direito Econômico - parâmetros para a regulamentação**. In: III Congresso Ibero-americano de Regulação Econômica, 2008, São Paulo. Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação - ASIER, 2008. p. 01-12.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Caderno de Direito Constitucional**. Curitiba: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. p. 36 Disponível em: Acesso em: 12 de ago. 2007.

LANDAU, Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras - Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2003 - ABAR, p. 12.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público, nº. 10, mai./jul., 2007. Disponível em: . Acesso em: 15 de abr. de 2009.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A Regulação como Instituto Jurídico** (primeira parte). Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n.º. 4, p. 183-209, out./dez. 2003.

_____. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações**. Curitiba, 2003. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal do Estado do Paraná. p. 139.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e Agências Reguladoras: uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCINI, Maurício Serrão. **A Regulação dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. In: GIAMBIAGI, F., MOREIRA, M. (coord.). *A Economia Brasileira nos Anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 217-258.

RIGOLON, Francisco José Zagari. **Regulação da Infraestrutura: a experiência recente no Brasil**. Rio de Janeiro, Revista do BNDES, v. 4, 7: 123-150, jun. 1997.

ROLIM, Maria João C. Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARTI, Fernando. **A Importância Econômica do Setor de Saneamento Básico**. Análise Setorial. Jornal Valor Econômico, São Paulo, 03 de mar. 2009.

SCHAPIRO, Mário Gomes (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. Direito Econômico - Série GV Law. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões Polêmicas de Direito Econômico**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

[1] Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/pac/>>. Acessos constantes de ago./07 a abr./09.

[2] Idem.

[3] ABDIB, Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base. **Análise de Infraestrutura**. Disponível em:

<http://www.abdib.org.br/index/analise_infraestrutura.cfm>. Acessos constantes de: ago./2007 a abr./2009.

[4] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 32.

[5] FERRAZ, Roberto. **A macrológica do Direito Econômico - parâmetros para a regulamentação**. In: III Congresso Ibero-americano de Regulação Econômica, 2008, São Paulo. Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação - ASIER, 2008. p. 01-12.

[6] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A Regulação como Instituto Jurídico** (primeira parte). Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 1, nº. 4, p. 196, out./dez. 2003.

[7] MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público, nº. 10, mai./jul., 2007. p. 6. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 de abr. de 2009.

[8] Políticas Públicas são normas, princípios e atos voltados a um objetivo determinado de interesse geral. Deverão ser estabelecidas no espaço governamental, conjugando os objetivos e princípios das políticas de Estado com as metas e orientações políticas governamentais. Elas são definidas, necessariamente, a partir de mediações políticas. Embora não se confundam com as políticas regulatórias, nos setores sujeitos à nova regulação as políticas públicas serão implementadas, em grande parte, pelo manejo daquelas. Há uma relação de dependência entre ambas, que se complementam, conforme MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras - Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2003 - ABAR, p. 12.

[9] SANCHES, Luiz Antônio Mano Ugeda Sanches. **A Inclusão Social e os Desafios Contemporâneos do Setor Elétrico Brasileiro**. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 272.

[10] Idem. p. 273.

[11] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A Regulação como Instituto Jurídico** (primeira parte). Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 1, nº. 4, p. 209, out./dez. 2003.

[12] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações**. Curitiba, 2003. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal do Estado do Paraná. p. 139.

[13] Disponível em:
<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/cartilha_DEFINITIVA.missaoatualizada.pdf>.
Acesso em: 15 de mar. de 2009.

[14] JUSTEN FILHO, Marçal. **Caderno de Direito Constitucional**. Curitiba: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. p. 36 Disponível em:<http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_marcal.pdf>. Acesso em: 12 de ago. 2007.

[15] DINIZ, Cláudio Smirne. **Atividade Econômica, Saneamento Básico e Regulação**. Curitiba, 2007. Dissertação (mestrado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. p. 147.

[16] BRASIL (2009). **Balancos do PAC**. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/pac/balancos/>>. Acessos constantes de: ago./2007 a abr./2009.

[17] Idem.

[18] SARTI, Fernando. **A Importância Econômica do Setor de Saneamento Básico**. Análise Setorial. Jornal Valor Econômico, São Paulo, 03 de mar. 2009.

[19] Brasil (2009) **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Disponível em: . Acesso em: 15 de abr. de 2009.

[20] ABDIB, Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base. **Análise de Infraestrutura**. Disponível em:http://www.abdib.org.br/index/analise_infraestrutura.cfm. Acessos constantes de: ago./2007 a abr./2009.

[21] BRASIL (2009). **Balancos do PAC**. Presidência da República. Disponível em:<<http://www.brasil.gov.br/pac/balancos/>> . Acessos constantes de: ago./2007 a abr./2009.

[22] Idem.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E DO CONSUMIDOR: NOVO PERFIL

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE CONSUMER: NEW PROFILE

**Gina Vidal Marcilio Pompeu
Nathalie De Paula Carvalho**

RESUMO

O estudo analisa a Responsabilidade Social das Empresas e do consumidor diante do desenvolvimento econômico e das relações de mercado que se operam em esfera mundial. Consta-se que a partir da década de oitenta, o mercado transnacional passou a sofrer modificações priorizando o local de consumo, em detrimento do local de produção. Países periféricos ao priorizar a geração de empregos dotaram-se de legislação trabalhista mais flexível e garantiram incentivos fiscais visando atrair a implantação de empresas transnacionais. Para essas empresas, que buscam reduzir seus custos, o local de produção deixou de ser relevante, desde que ocorresse a possibilidade de conciliar mão de obra barata, estabilidade jurídica, e condições de infra-estrutura garantidoras de agilidade na exportação. Sob outro viés, cientes do poder dos consumidores, que exigem preço, qualidade e respeito ao meio ambiente e aos direitos de personalidade do trabalhador, quando do processo produtivo, as empresas buscam ações caracterizadas pelo que se convencionou chamar de responsabilidade social das empresas. Por meio dessas ações, o setor produtivo, além de obedecer à legislação local, busca conciliar lucratividade com participação do empresariado no desenvolvimento econômico e social, na formação de capital humano e com respeito ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA. MERCADOS. RELAÇÕES DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE SOCIAL. LUCRATIVIDADE.

ABSTRACT

The study examines corporate social responsibility and consumer in the face of economic development and relations of the market that operate in global scope. It appears that from the eighties, the market began changing transnational prioritizing the place of consumption, rather than local production. Peripheral countries to prioritize the creation of jobs provided are more flexible labor laws and tax incentives to attract guarantee the implementation of transnational corporations. For such companies, seeking lower costs, the location of production is no longer relevant, since the possibility occurred to reconcile labor, cheap, legal stability and conditions of infrastructure in export guarantees for agility. In the other hand, aware of the power of consumers, who demand price, quality and respect for the environment and rights of personality of work, during the production process, firms seek actions characterized by

what is called corporate social responsibility. Through such actions, the productive sector, besides obey the local laws, search for to reconcile profitability with participation of entrepreneurs in economic and social development, training of human capital and with respect for the environment.

KEYWORDS: ECONOMIC GLOBALIZATION. MARKETS. RELATIONS OF CONSUMPTION. SOCIAL RESPONSIBILITY. PROFITABILITY.

INTRODUÇÃO

O liberalismo econômico, base do capitalismo, provocou o incremento de um sem número de empresas dotadas de conhecimento e tecnologia, que permitiram a transnacionalização de capital, manufaturas e produtos. Já não importa onde é produzida a mercadoria, o essencial é identificar o mercado consumidor. No final do século XX e início do século XXI, a sociedade global desperta para os direitos difusos e para a necessária implementação do capital humano e social, passando a exigir das empresas não só produtos de menor custo, mas que também sejam produzidos respeitando os direitos humanos e sociais, as leis trabalhistas e o meio ambiente.

O cenário mundial é desenhado pela globalização dos mercados e das informações, bem como pela reestruturação do setor produtivo. Exige-se que um empreendimento seja considerado bem-sucedido quando alcança a satisfação de todas as partes envolvidas no processo de produção, aquisição e reconhecimento estatal e social. Assim empresários, operários, consumidores, instituições sociais, instituições estatais sob diversas óticas mantém contínuas relações que ao final apontam pela aprovação ou rejeição do produto no mercado.

Pondera-se por outro viés, por um compromisso ético dos agentes econômicos que devem respeitar o desenvolvimento sustentável do local de produção, bem como do ambiente dos mercados consumidores. A transformação do contexto econômico em esfera global implicou uma série de modificações sociais que atingiu tanto países centrais quanto periféricos. Na Europa observa-se que amplo debate sobre a responsabilidade social das empresas (RSE) perpassa a sociedade. Ela manifesta-se efetivamente contando com um significativo mercado para o comércio de produtos concebidos de forma socialmente responsável. No Brasil e em toda a América do Sul, porém, a discussão ainda é tênue.

Nesse sentido, a Responsabilidade Social das Empresas vem sendo objeto de análises mais aprofundadas, haja vista que engaja a atuação de importantes agentes de desenvolvimento econômico, podendo contribuir significativamente para a sociedade. O objetivo deste estudo é investigar a atuação dos empresários e dos consumidores frente às questões sociais, tendo como foco a problemática desta questão, sob a ótica da realidade brasileira e da possibilidade de conciliar lucro com responsabilidade social.

1 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: CONCEITO

A origem da Responsabilidade Social das Empresas remonta a década de 1950, quando os Estados Unidos começou a relacionar os direitos dos consumidores à degradação do meio ambiente. No Brasil, os primeiros registros dessas idéias se dão a partir dos anos 90, quando os setores empresariais começaram a ter um importante papel para a solução dos problemas sociais, diante das transformações ocorridas no contexto econômico do séc. XX.

A Responsabilidade Social das Empresas (RSE) vem ganhando espaço na realidade jurídica, se firmando pela atuação dos *stakeholders*^[1], designando todas as pessoas ou empresas, que, de algum modo, são influenciados pelas ações de uma organização. Desta forma, o público alvo deixa de ser apenas o consumidor final para atingir um número maior de setores sociais. Em outras palavras, designa todos os elementos que influenciam ou são influenciados por ações de uma determinada organização, podendo ser considerada como uma evolução do conceito de ambiente empresarial. Na lição de Carlos Nelson dos Reis, assim pode ser definida a responsabilidade social das empresas:

A responsabilidade social das empresas no Brasil pode ser definida como um modelo de comportamento ético e responsável na gestão das mesmas, que, em suas decisões e ações, resgatam valores e direitos humanos universais, preservando e respeitando interesses de todas as partes direta ou indiretamente envolvidas no negócio, assim como os de toda a sociedade, em uma relação na qual todos obtêm vantagens. (REIS, 2007, p.301).

Assim, a RSE vem sendo encarada como uma mudança de postura do empresariado, compromissado a agir de acordo com a vida em sociedade e ser responsável também pelos problemas coletivos, contribuindo para a sustentabilidade do meio social. Deve “resultar de uma preocupação em se aliar o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento da qualidade de vida.” (GUIMARÃES, 1984, p.215).

De uma perspectiva mais ampla, entendem F.P. de Melo Neto e C. Froes (1999, p.84), que a RSE é vista como um compromisso com relação à sociedade e à humanidade em geral, e uma forma de prestação de contas do seu desempenho, baseada na apropriação e no uso de recursos que originalmente não lhe pertencem. Assim, segundo entendem, as empresas possuem uma espécie de “dívida social”.

Uma iniciativa de responsabilidade social deve revelar a crença da empresa em sua melhoria através de seus princípios e de sua contribuição para uma sociedade mais justa. Isso significa que não basta à empresa não infringir a lei se suas estruturas refletem os mesmos problemas sociais do meio. Ela deve contribuir para o desenvolvimento social promovendo, de alguma forma, uma nova cultura, dando uma chance à melhoria dos padrões sociais. (ZULZKE, 2000, p.05-11). A definição oficial de Responsabilidade Social das Empresas é a fornecida pelo Instituto ETHOS^[2]:

Responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. A responsabilidade social é focada na cadeia de negócios da empresa e engloba preocupações com um público maior (acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, governo e meio ambiente), cuja demanda e necessidade da empresa deve buscar entender e incorporar aos negócios. Assim, a responsabilidade social trata diretamente dos negócios da empresa e de como ela os conduz. (2008, *online*).

A concepção social que vem se firmando não fica mais limitada à satisfação dos acionistas ou sócios mediante a obtenção de lucros, pautados em uma gestão de política fechada. Essa mudança se traduz na consideração de valores sociais, que ultrapassam o ganho material. Desta forma, uma empresa socialmente responsável é aquela que, pela sua criatividade, atua ao lado de projetos sociais, de entidades da sociedade, na busca de melhorias da qualidade na vida. Diante da competitividade da dinâmica econômica e das pressões exercidas pela sociedade, as empresas tornar-se-iam cada vez mais parceiras e fomentadoras de programas de responsabilidade social.

2 OS CINCO ESTÁGIOS DE DESENVOLVIMENTO ÉTICO EMPRESARIAL

Linda Starke (1999, p.09), orientada pelo modelo empresarial criado por Reidenbach e Robin[3], identifica cinco estágios do desenvolvimento ético das corporações, a saber: (a) corporação amoral; (b) corporação legalista; (c) corporação receptiva; (d) corporações éticas nascentes e (e) corporação ética.

O estágio das corporações amorais (a) é o menos desenvolvido, buscam o lucro a qualquer custo; para tanto violam normas, valores sociais e consideram seus empregados como meras unidades econômicas de produção. Representa, neste diapasão, um empresariado descompromissado com o meio social e com as instituições jurídicas do Estado.

O segundo estágio de desenvolvimento é o da corporação legalista (b). Apegada à lei, ela adota códigos de conduta, que podem ser definidos, em apertada síntese, como uma declaração formal de valores e práticas corporativas, bem como de princípios e valores, ainda que não éticos, tem por finalidade definir a conduta da corporação.

Em uma terceira etapa está a corporação receptiva (c), que se mostra responsável socialmente por conveniência; porque compreende que as decisões éticas podem ser do interesse da companhia em longo prazo, ainda que envolvam perdas de lucros econômicos imediatos. Os códigos de conduta das corporações receptivas começam a tomar forma de “códigos de ética”.

No quarto estágio, um pouco mais desenvolvido, estão as corporações éticas nascentes (d). Elas reconhecem a existência de um contrato social entre os negócios e a sociedade e assim procuram generalizar por todos os setores da corporação um equilíbrio entre as preocupações éticas e a lucratividade.

O quinto estágio da corporação ética (e) é o mais desenvolvido, Nenhuma empresa o atingiu completamente até o presente momento. Ele representa o ideal para Reidenbach e Robin (STARKE, 1999) e está consubstanciado no perfeito equilíbrio entre lucro, envolvendo a ética na recompensa aos empregados que se afastassem de ações comprometedoras, mentores para dar orientação moral aos novos empregados.

Com as mudanças no processo de organização da produção e do trabalho, bem como mediante os avanços da globalização e da abertura dos mercados, mostrou-se imperiosa a mudança do *modus operandi* das empresas. Elas não apenas podem se preocupar com a geração de riquezas, mas também com ações sociais, contribuindo para uma sociedade mais igualitária.

3 RSE E O LIBERALISMO ECONÔMICO

Adam Smith (1988, v. I, p. XII) um dos principais nomes na formação da Economia Política clássica, em sua obra “A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas” já no século XVIII fundamentou a descrição da ordem econômica nos sentimentos morais, por meio da busca pela aprovação social e nas razões maiores da acumulação e conservação da fortuna material.

Defendia que o papel do Estado estava restrito a três funções principais: defender a nação; promover a justiça, bem como a segurança dos cidadãos e empreender obras sociais necessárias que a iniciativa privada não conseguisse concretizar. Suas principais idéias foram: a identificação do bem-estar das nações com seu produto anual *per capita*; quando considerou como causa da riqueza das nações o trabalho humano, a livre iniciativa de mercado (*laissez faire*), e a especialização do trabalho como instrumento da produtividade - exemplo clássico da fábrica de alfinetes - (SMITH, 1988, v.I, p. 41-47) e a teoria do bem-estar econômico ou da “Mão Invisível”, segundo a qual as leis do mercado não devem sofrer intervenções e a economia se direcionará por si mesma para o melhor caminho, guiado por uma “mão invisível”.

Analisando a atitude governamental frente às despesas públicas, Smith criticava a aplicação dos recursos estatais em setores que não eram adequados, sendo, portanto, um desperdício do tesouro nacional. Considerava que parte do que era pago a título de impostos poderia ter sido acumulada em forma de capital, para servir como uma espécie de reserva de fundos para ulteriores necessidades.

Baseando-se no pensamento de Adam Smith, Darcy Hitchcock e Marsha Willard (2008, p.16) apontam algumas características para uma economia saudável: multiplicidade de compradores e vendedores; oportuna e acurada informação comercial; normas contábeis

claras; ausência de corrupção governamental; controle da inflação e deflação, dentre outros.

Nesse contexto, David Ricardo(2001), um dos principais seguidores de Adam Smith, sem olvidar Thomas Malthus, no livro “Princípios da economia política e da tributação”, trouxe como principal contribuição para a Teoria Econômica as teorias do valor e da repartição. Pela teoria do valor, se entende que o valor de uma mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho nela incorporado. Na teoria da repartição, defende que as leis que regulamentam a divisão do produto consideram a existência de três classes sociais distintas: os latifundiários, os operários e os capitalistas. No conflito entre essas classes, o autor toma posição pelos capitalistas.

No plano internacional, Ricardo ancorou a teoria das vantagens comparativas, ao asseverar que os países deveriam se especializar na produção daquilo que estão mais aptos a fazer; e em seguida trocar suas mercadorias para que todos aumentassem seus lucros. Foi o primeiro a constatar que o livre comércio internacional poderia beneficiar dois países e que o capital era relativamente imóvel entre as nações. Assim ponderou para a necessidade da elaboração de uma teoria apartada do comércio interno do país.

Ricardo ainda afirmava que, para que o comércio internacional fosse benéfico, não era preciso ter vantagens absolutas por todo o tempo, as quais significavam maior eficiência de produção ou uso de menos trabalho na produção. Fazia uma combinação com o que chamava de vantagem relativa, proveniente da razão entre o trabalho incorporado a duas mercadorias. Essa situação difere dois países, de modo que cada um poderia ter um produto no qual a quantidade relativa de trabalho incorporado seria menor do que a do outro, ou seja, menor custo de oportunidade para produzir uma mercadoria.

Sob esse olhar, a RSE é ditada pelo aumento dos lucros, melhor alocação orientada pelos interesses dos seus proprietários, com supedâneo na legislação. O esquema orientador do livre mercado é o seguinte: mercado livre de restrições; concorrência para atrair consumidores e assim aumentar os lucros; busca constante pela eficácia na produção; melhoria da qualidade; aumento de produtividade; redução de custos e preços; aumento de produção; geração de empregos e renda; maximização do bem-estar econômico e social.

O liberalismo clássico concebia o mercado como a melhor forma de organização econômica e social. O egoísmo é um sentimento inerente da natureza humana, conduzindo à competição e à rivalidade, sendo consideradas pelos liberais como benéficas para a sociedade, por conta do incremento e da melhoria na qualidade dos produtos ofertados.

Um dos principais defensores do liberalismo da era contemporânea é Milton Friedman (1984), que deposita sua confiança no sistema de mercado como meio para alcançar os melhores resultados para a sociedade. Valoriza o binômio capitalismo – liberdade, como sendo a mola propulsora das oportunidades de prosperidade material da humanidade. Para ele, “um problema político, como o da liberdade individual, não está dissociado da organização econômica e ajusta-se somente a um sistema de economia de mercado” (FRIEDMAN, 1984, p.XV). Para Friedman, o governo tem o escopo essencial de determinar as regras do jogo. Inclui dentre essas funções a promoção de mercados competitivos.

Como forma de atenuar essa intensidade mercantil, a Responsabilidade Social das Empresas representa um mecanismo que se contrapõe a esta lógica, sendo um elemento de regulação do mercado no estabelecimento de parâmetros para o seu funcionamento. Pela lógica do socialismo democrático, o Estado passaria a intervir no sistema de mercado para expandir o bem-estar social.

Milton Friedman (1984) considera que o progresso econômico numa economia de mercado reduz as desigualdades. Assim, sua política monetária e fiscal era ditada pela adoção de um imposto de renda progressivo que tinha como meta estimular o aumento da poupança dos indivíduos e o reinvestimento dos lucros nas empresas privadas. José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p.67) conclui que “a única responsabilidade social das empresas era gerar lucro para seus acionistas, dentro das regras da sociedade (leis).”

O objetivo do governo deve ser limitado: sua principal função deve ser a de proteger a liberdade individual contra os inimigos externos e contra os próprios compatriotas; preservar a lei e a ordem; reforçar os contratos privados; promover mercados competitivos. (FRIEDMAN, 1984, p.12).

No seu entender, a preservação da liberdade é a principal razão para a limitação e descentralização do poder do governo. (FRIEDMAN, 1984, p.13). O papel do capitalismo competitivo seria organizar a atividade econômica por meio da empresa privada e promover um mercado livre, enaltecendo o *laissez-faire*, de forma a reduzir o papel do Estado nos assuntos econômicos. Assim esclarece José Antônio Puppim de Oliveira, comentando a posição de Milton Friedman:

Usar o dinheiro das empresas para projetos fora dos objetivos de gerar lucro para os acionistas era prejudicial à sociedade, pois, reduzindo os lucros, havia menos investimentos e, conseqüentemente, menos empregos, tampouco os salários poderiam ser aumentados e poderia haver menos dinheiro dos impostos. (OLIVEIRA, 2008, p.68).

Visão diversa é apresentada pelo teórico da democracia Robert Dahl (2001, p.185-197); ao analisar as razões que levam o capitalismo de mercado a favorecer a democracia, e também aquelas que a prejudicam, ele compara a democracia e o capitalismo de mercado a duas pessoas ligadas por meio de um tempestuoso casamento. Assolado por conflitos, mas que resiste, porque nenhum dos parceiros deseja separar-se do outro. Vivendo em simbiose, para o autor, a democracia poliárquica resiste apenas nos países com economia predominantemente de mercado. A economia planificada prejudica as perspectivas democráticas. O capitalismo de mercado é favorável à democracia por suas conseqüências sociais e políticas. Ele cria um estrato intermediário de proprietários que buscam a educação, a autonomia, a liberdade pessoal, direitos de propriedade, a regra da lei, e a participação no governo.

Dahl salienta que o capitalismo de mercado cria desigualdades que limitam o potencial democrático ao gerar má distribuição de recursos e o sistema econômico não democrático provoca por fim desigualdade na distribuição dos recursos políticos. No Brasil ocorreu a democracia eleitoral, acesso ao voto universal e periódico, porém a democracia econômica e política caracterizada pela distribuição igualitária de recursos essenciais, tais quais: a riqueza, os rendimentos, status, prestígio, informação, organização das instituições, educação e conhecimento dentre outros fatores, está

distante de ser concretizada. O autor dispõe que “em nenhum país democrático existe uma economia capitalista de mercado (e provavelmente não existirá por muito tempo) sem ampla regulamentação e intervenção do governo para alterar seus efeitos nocivos.” (DAHL, 2001, p.195)

Sobre o papel dos governos na economia global, Robert Kuttner afirma que as grandes empresas globais se tornaram centros do poder econômico e financeiro concentrado e a tarefa do poder público era apoiar essa pauta de *laissez-faire*. Faz-se necessário, diante dessa realidade supranacional, a qual ele chama de globalismo, o dismantelamento das barreiras ao livre comércio e ao livre fluxo de capitais financeiros. (KUTTNER, 2004, p.214-215). Por outro lado, considera que o crescimento econômico é refém dos credores e especuladores financeiros. (KUTTNER, 2004, p.229).

Ao longo do século XX a eficiência do livre mercado começou a se chocar com a livre democracia, especialmente após as duas guerras mundiais. Atualmente os setores econômicos são liderados por grandes grupos, que assumem a forma de cartéis e sufocam a livre concorrência. No desenvolvimento desta análise, faz-se necessário uma passagem pelo capitalismo, visto como “um regime social no qual os capitais não pertencem aos que tornam produtivos pelo seu trabalho, e sim às grandes indústrias de propriedade privada. (LALANDE, 1999, p. 136).

Fábio Konder Comparato (2001, p.457) entende o capitalismo como um sistema excludente e dominador por conta do egoísmo competitivo, em razão da supremacia absoluta do mercado. Considera que esse sistema promove uma inversão ontológica: o capital é levado à posição de pessoa artificial e o homem é reduzido à condição de instrumento de produção. Essas idéias devem ser compatibilizadas com a liberdade empresarial, haja vista que o ideal do liberalismo contemporâneo é a realização de lucros com produção de bens ou prestação de serviços à comunidade. (COMPARATO, 2001, p.450). Sobre a RSE, assevera que:

A vida econômica, antes de mais nada, já não será submetida ao interesse supremo de acumulação ilimitada do capital privado, mas organizar-se-á no sentido do serviço à coletividade e do atendimento prioritário das necessidades e utilidades públicas. Em particular, as células do organismo econômico – as empresas – devem ser estruturadas de forma a afastar a soberania do capital sobre os demais agentes de produção. A atividade empresarial há de ser direcionada, por meio de estímulos e sanções adequadas, à produção de bens e serviços de interesse coletivo, conforme as diretrizes programáticas estabelecidas pelas autoridades governamentais, com a devida aprovação popular. (COMPARATO, 2001, p.464).

Nesta esteira de pensamento, encontra-se Waldírio Bulgarelli (1997), que ressalta a atividade funcional da empresa, deslocando seu titular do âmbito estrito dos direitos subjetivos (interesses egoísticos) para encaminhá-lo para o direito-função ou poder-dever. Deve estar presente a responsabilidade objetiva para com os que se relacionam com a empresa (*stakeholders*). Considera que a atividade empresarial é inspirada por um interesse público, em contraposição a tese do interesse da empresa em si mesma. Na sua lição:

Parece, pois, ter ficado claro que está em jogo uma série de interesses em relação à atividade empresarial, a que é preciso atender, justificando-se certas restrições, limites,

obrigações, ônus e responsabilidades impostos ao empresário, como agente dessa atividade e, portanto, centro de imputabilidade. O que, por outro lado, parece não excluir a perspectiva dos interesses egoísticos que estão na base da iniciativa empresarial e que lhe constituem o móvel, e em decorrência do qual se pode falar em risco da atividade e apropriação dos frutos dela decorrentes. Sem dúvida que este é o campo preferido pelos reformistas da empresa, na busca ideal de um melhor ajuste entre os interesses que se congregam na empresa inspirados certamente por idéias de efetiva justiça social. (BULGARELLI, 1997, p. 74-75).

Gabriela Mezzanotti considera que a legitimação do lucro não advém da propriedade dos meios de produção, mas sim pelo regular desenvolvimento da atividade empresarial segundo as finalidades sociais. Arremata sua posição, registrando que:

De tudo quanto o exposto, verifica-se que a empresa possui, no sistema constitucional vigente, natureza instrumental, na medida em que não é um fim em si mesmo. Isto é, admite-se a empresa como ferramenta de manutenção de princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e solidariedade social, não se podendo olvidar que seu exercício deve obedecer à livre iniciativa, à livre concorrência e à autonomia privada. Ademais, passou a constituir a espinha dorsal do sistema e premissa universal que a empresa represente o elemento mais sólido e fundamental para a construção da sociedade livre, justa e solidária, adjetivada pela luta contra a pobreza e as desigualdades sociais. O interesse coletivo na atividade da empresa se tornou manifesto, praticamente institucionalizando-a perante o ordenamento jurídico. (MEZZANOTTI, 2003, p.41).

Marçal Justen Filho (1998, p.117) também enaltece a Responsabilidade Social das Empresas, ao considerar que, em consonância com os princípios da ordem econômica, dispostos no art. 170 da CF/88, a empresa deve levar em conta a dignidade de todos os envolvidos na sua atividade, ainda que seu objetivo principal seja a obtenção do lucro. Corroborando este entendimento, frise-se que “a partir de sua expressão social, do respeito à dignidade da pessoa humana, ao valor do trabalho e à justiça social é que se legitima a livre iniciativa e a livre concorrência.” (BRUNA, 1997, p.137).

O art. 170 da Constituição Federal brasileira afirma ser “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. Nele são enumerados os seguintes princípios, de observância obrigatória, no desempenho da atividade econômica: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Isso demonstra que o liberalismo econômico foi de certa forma, mitigado pela CF/88.

A intervenção governamental na livre iniciativa (art. 173 e 174 CF/88) se dá para corrigir as distorções de mercado, ou seja, as externalidades, informações imperfeitas e poder dos monopólios. (VASCONCELOS; GARCIA, 1998, p.24). Enaltecendo a proteção do consumidor, Nunes Rizzato (2005, p. 63) afirma que “a livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado”, devendo ser oferecidos os melhores produtos e preços.

4 A RESISTÊNCIA QUANTO À RSE

Ao analisar a Responsabilidade Social das Empresas, Andrew W. Savitz (2007, p.96-97) faz uma abordagem de duas categorias de críticos: os “cínicos”, que são os simpatizantes de ideologias e consideram a responsabilidade social das empresas como um meio de promoção, ferramenta de relações públicas e os “céticos”, que argumentam não competir aos líderes de negócios envolverem-se com problemas ambientais ou sociais, sendo sua única atribuição maximizar o lucro do empreendimento.

Em apertada síntese, os argumentos para a negação da responsabilidade social das empresas são os seguintes (SAVITZ, 2007, p.100-107): a lucratividade, em vez da responsabilidade ambiental e social, é o principal objetivo das empresas; os líderes e gestores de negócios têm a obrigação de priorizar os lucros; as questões sociais, econômicas e ambientais devem ser atribuições dos governos; os ditames da RSE são incompatíveis com o livre mercado, que não incorpora esses custos; a idéia de RSE pode prejudicar o desenvolvimento econômico dos países subdesenvolvidos.

Robert Reich (2008, p.02) possui posicionamento semelhante aos “céticos”. Faz uma análise da evolução do capitalismo democrático até o Supercapitalismo, considerando que a democracia só pode ser alcançada com a participação dos cidadãos. Para ele, o capitalismo tem a função de aumentar o bolo da economia e a democracia exige centros de poderes privados, livres de uma intervenção estatal.

A transição para o Supercapitalismo se deu a partir do momento em que as grandes empresas, que não são nem morais nem imorais, segundo sua concepção, se tornaram mais competitivas, globais e inovadoras, passando a interferir nas decisões políticas. (REICH, 2008, p.05-06). Assim, o triunfo do capitalismo e o enfraquecimento da democracia se deram com o objetivo de aumentar as riquezas dos empresários, jogando os países uns contra os outros. Sobre a Responsabilidade Social das Empresas, o autor é enfático em negá-la:

Finalmente, chegarei a algumas conclusões que talvez sejam consideradas surpreendentes – entre elas, por que as iniciativas para melhorar a governança corporativa reduzem a probabilidade de que as empresas atuem com responsabilidade social; porque a promessa de democracia empresarial é ilusória; porque o imposto de renda incidente sobre as pessoas jurídicas deve ser abolido; porque as empresas não devem ter responsabilidade penal; e porque os acionistas devem ter meios para impedir que seu dinheiro seja usado pelas empresas para fins políticos, sem seu consentimento prévio. (REICH, 2008, p.07). [...] As empresas não são cidadãs. São pilhas de contratos. O objetivo das empresas é participar do jogo econômico com o máximo de agressividade e eficácia. O desafio para nós cidadãos, é impedir que elas imponham as regras do jogo. Conter o supercapitalismo para que não transborde sobre a democracia é o único plano de mudança construtivo. Tudo o mais, como deixarei claro, é brincadeira e perda de tempo. (REICH, 2008, p.12).

Von Hayek considera na obra *O caminho da servidão*, publicada pela primeira vez em 1943, que a democracia moderna, para assegurar um desenvolvimento social, tem de manter o crescimento econômico e que a liberdade de decisão do indivíduo deve ser valorizada. Pode-se fazer uma ligação da sua postura liberal com a RSE nos seguintes termos:

Pode parecer muito nobre dizer: ‘deixemos de lado a economia, vamos construir um mundo decente’. Na realidade, porém, essa é uma atitude de todo irresponsável. Com a situação mundial que conhecemos, e existindo a convicção generalizada de que as condições materiais devem ser melhoradas em certos pontos, a única possibilidade de construirmos um mundo decente está em podermos continuar a melhorar o nível geral de riqueza. Pois a moderna democracia entrará em colapso se houver a necessidade de uma redução substancial dos padrões de vida em tempo de paz, ou mesmo uma estagnação prolongada das condições econômicas. (VON HAYEK, 1990, p. 190).

É interessante notar o posicionamento de José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p.115), ao relacionar a responsabilidade social das empresas atesta que elas vêm percebendo que podem ganhar com as melhorias sociais e ambientais, buscando alternativas para a competitividade. Essas atividades podem ser encaradas como uma estratégia de negócios. Podem gerar retorno financeiro e novas oportunidades com mercados mais sensíveis. O autor ressalta desta maneira, as vantagens da responsabilidade social.

Para Milton Friedman (1984), qualquer ação que desvirtue os objetivos econômicos é maléfica para a sociedade, haja vista que seriam causadas ineficiências econômicas. A responsabilidade social das empresas é, na verdade, gerar lucros. Alerta ainda para o fato de que, por não serem especialistas em gestão social, os empresários correriam riscos de empregar indevidamente os recursos.

5 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO CONSUMIDOR

A legislação brasileira traz em seu bojo algumas previsões que interessam diretamente à questão da responsabilidade social das empresas e do consumidor, que se relacionam com a necessidade de maior inclusão, preocupação com o meio-ambiente (eco-consumidor); maior transparência das informações empresariais; inserção de valores éticos nas atividades desempenhadas, dentre outros.

Nesse sentido, a responsabilidade social do consumidor está diretamente relacionada com a busca de informações sobre a cobrança de postura ética por parte das empresas, dos governos e de outros consumidores, de modo a promover um debate mais amplo sobre a temática. Surge um novo perfil: um consumidor preocupado não apenas com os produtos finais das empresas, mas também com o que acontece antes e depois da colocação dos produtos no mercado, reflexão de relevo para a solidificação do consumo consciente que deve ser compreendido como fator impulsionador da responsabilidade social empresarial. São consumidores capazes de intervir na sociedade de consumo e

interferir nos rumos da produção. O fortalecimento dos SAC's (Serviço de Atendimento ao Consumidor) nas empresas é exemplo dessa nova postura.

O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social fez um levantamento de estudo global desenvolvido em mais de vinte países pelo instituto canadense Environics International LTDA, com o fito de acompanhar como os consumidores percebem a responsabilidade social empresarial e de que modo essa percepção se manifesta em suas atitudes e comportamentos. Confira-se o resultado:

A pesquisa aponta para a tendência, observada desde o primeiro ano de sua aplicação, de que algumas atitudes da empresa estimulam o consumidor a comprar seus produtos e a recomendá-los a seus amigos. Empatados tecnicamente, "colaborar com escolas, postos de saúde e entidades sociais da comunidade" (44%) é tão estimulante quanto "contratar pessoas portadoras de deficiência física" (42%). Da mesma maneira, algumas atitudes empresariais podem levar a que o consumidor jamais volte a consumir seus produtos. "Veicular propaganda enganosa" é a primeira delas (43%). "Causar danos físicos ou morais aos seus trabalhadores" e "colocar mulheres, crianças e idosos em situações constrangedoras em suas propagandas" são outras atitudes condenáveis. E se a empresa estiver envolvida em corrupção e pagamento de propinas? Embora não esteja entre as primeiras atitudes de rejeição, quando perguntados especificamente sobre essa questão, 80% declararam que deixariam de comprar seus produtos^[4].

Por esta via, o consumidor se transforma em agente de indução das ações das empresas, no sentido de cobrar uma postura de impacto social e ambiental entre os diversos comportamentos do empresariado. Trata-se do consumidor consciente que, por meio da informação, será mais crítico e seletivo e poderá eleger, em seus atos de compra, as empresas cujas ações de Responsabilidade Social Empresarial se destacam, "punindo" ou "premiando" de forma legítima, e assim incentivando as melhores empresas a aprofundarem suas ações de RSE e de sustentabilidade. As empresas passarão a zelar pela saúde e segurança de seus funcionários, respeitar os direitos dos consumidores, não prejudicar o meio ambiente, estimular a cidadania das comunidades, manter relações éticas com governo e sindicatos, adotar posições de transparência, caracterizadas pela prestação de contas e divulgação dos meios que utilizam para serem socialmente responsáveis.

Segundo orientações do Instituto Ethos^[5], a responsabilidade social em relação aos consumidores exige da empresa um investimento permanente no desenvolvimento de produtos e serviços confiáveis, que minimizem os riscos de danos à saúde dos usuários e das pessoas em geral.

No tocante à publicidade de produtos e serviços, deve ser garantido o uso adequado, disponibilizando informações detalhadas e visíveis nas embalagens de modo a ser assegurado suporte para o cliente antes, durante e após a aquisição. Em outras palavras, a empresa deve se alinhar aos interesses dos consumidores e buscar satisfazer suas necessidades. Trata-se de uma mentalidade diferente por parte do público alvo das atividades empresariais, que já não mais se contenta com propagandas enganosas e estão utilizando o envolvimento social (respeito às leis trabalhistas, cuidado com a saúde dos empregados, *etc.*), e ambiental como um critério de seleção.

Na esfera internacional, identificam-se casos emblemáticos que demonstram a preocupação do consumidor atual com o modo de operação das empresas: a fabricante de tênis e outros artigos *Nike* foi seriamente punida em 1990 por utilizar mão-de-obra escrava e infantil na confecção de seus produtos em países asiáticos como a China e Taiwan; a empresa de roupas *Primark* foi denunciada pela rede de televisão BBC pela mesma prática da Nike na Índia[6]; existem registros da utilização de mão-de-obra semi-escrava de imigrantes bolivianos em oficinas de costura[7]. A grife *Benetton* utiliza desde 1989 uma estratégia de comunicação publicitária baseada em imagens que retratam problemas do atual panorama mundial e não em imagens das suas roupas e vem sendo acusada de explorar os problemas sociais em proveito próprio[8].

Importante destacar a atuação das Organizações não-governamentais (ONG's), sobremaneira na Europa, na disseminação da responsabilidade social das empresas, incentivando de forma mais incisiva a cobrança de uma atitude diferenciada por parte do empresariado. A meta é conciliar a atividade lucrativa com o respeito aos direitos humanos, os principais agentes são as instituições sociais, as organizações não governamentais e os cidadãos europeus. [9]

No Brasil há legislação constitucional e infraconstitucional que determina os deveres e direitos do consumidor, relacionando-os a responsabilidade social das empresas e do consumo. A interpretação sistemática de alguns artigos constitucionais demonstra o teor dirigente em favor da RSE. Assim observe-se o disposto no art. 3º da Carta de 1988 ao prevê os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, destaca a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais; já o art. 5º enuncia os direitos fundamentais e suas garantias, enaltecendo o princípio da igualdade e da proporcionalidade; o art. 6º estabelece acesso a todos do patamar mínimo de existência por meio da efetivação dos direitos sociais. O art.7º c/c art. 10 do ADCT tratam da melhoria da condição social por meio do trabalho e da regulação das relações trabalhistas. O art. 170, conforme anteriormente explicitado, também alia o desenvolvimento da atividade econômica ao meio social.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece um Estado que intervêm, incentiva e planeja ações de responsabilidade social. No âmbito da ciência e da tecnologia, deve apoiar às empresas que invistam em pesquisas e em tecnologias adequadas ao país, garantindo a participação dos empregados nos ganhos econômicos e valorizando a produtividade dos seus trabalhos (art. 218, § 4º CF/88). Para garantir o meio-ambiente equilibrado, observa-se o necessário apoio à educação ambiental (art. 225). O Código Civil também, aborda nos arts.966; 970 e 971, ainda que de forma implícita, dispositivos que se relacionam com a RSE.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) tem como uma de suas metas unir os dispositivos do direito empresarial com os ditames da responsabilidade social.

A Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas) prevê no art. 47 como objetivos da recuperação judicial – a preservação da empresa, função social, manutenção dos empregos, estímulo à atividade econômica. Esta análise deve levar em consideração os preceitos constitucionais do art. 6º (direitos sociais – trabalho) e art. 170, VIII (pleno emprego) e o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, versando que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O art. 116, parágrafo único da Lei 6.404/76 prevê que o acionista controlador

deve realizar o objeto da empresa e cumprir a sua função social, o que já é um passo para a responsabilidade social. Também o art. 154 do mesmo diploma normativo faz referência expressa a esse assunto.

A legislação acima citada, porém não é suficiente para suprir o vácuo deixado por uma fraca constituição econômica e pela ausência de instituições sociais atuantes, que abriram espaço para o crescimento da desigualdade e exclusão social. Natalio Botana (2008, p.223-267) ao comentar em particular a situação da Argentina, revela também o caso brasileiro que vive não somente crise econômica de má distribuição de rendas, como crise de instituições. Demonstra que com a eliminação da responsabilidade compartilhada pelo comportamento de fiscalização cidadã que combina direitos com deveres persevera na América do Sul um Estado Hipertrofiado, incapaz de garantir direitos sociais.

With the elimination of the shared responsibility encompassed by fiscal citizenship insofar as it combines rights and obligations, what has emerged in its place is a sort of partial citizenship that coexists with a hypertrophic state that is unable to effectively fulfill the functions assigned to it by the political Constitution, namely, providing security, justice, national defense, education, health services and social security... the political Constitution exists to guarantee legal fairness and equal rights, a weak economic constitution opens the way for social inequality to grow. (BOTANA, 2008, p.223)

Amartya Sen preleciona a favor da ética empresarial e assevera que “a economia do bem-estar pode ser substancialmente enriquecida atentando-se mais para a ética, e que o estudo da ética também pode beneficiar-se de um contato mais estreito com a economia.” (SEN, 1999, p.105). O autor analisa o escopo dos mercados no desenvolvimento do meio social, considerando que as pessoas podem interagir e dedicar-se a atividades mutuamente vantajosas, enaltecendo a complementaridade. Discorre sobre esse aspecto no contexto dos países em desenvolvimento, categoria em que se insere o Brasil, e afirma:

A necessidade de iniciativa da política pública na criação de oportunidades sociais tem importância crucial. Como já discutido, no passado dos atuais países ricos encontramos uma história notável de ação pública por educação, serviços de saúde, reformas agrárias, etc. O amplo compartilhamento dessas oportunidades sociais possibilitou que o grosso da população participasse diretamente do processo de expansão econômica. (SEN, 2000, p.170).

A população possui um papel fundamental no fortalecimento da responsabilidade social das empresas, uma vez que seleciona, no ato do consumo, aqueles produtos ou serviços que foram postos à disposição de forma responsável. Muhammad Yunus fala em responsabilidade social corporativa (2008, p.31), ao mencionar as empresas que exercem suas atividades de maneira sustentável, v.g. evitando a venda de bens defeituosos, sem lançar resíduos tóxicos no meio ambiente. Pondera ainda, para que os lucros de uma empresa responsável devem ser nela reinvestidos, e indica que essa atuação é uma forma de mudar o panorama empresarial (YUNUS, 2008, p.37). Para isso, esclarece:

Primeiro, a empresa social criada é auto-sustentável. Não há necessidade de se injetar capital adicional nela todos os anos. É uma empresa que caminha, mantém-se e desenvolve-se por si só. Uma vez estabelecida, ela cresce por conta própria. E assim o investidor obtém mais benefícios sociais para seu dinheiro. Segundo, os investidores de uma empresa social recebem seu dinheiro de volta. Depois disso, eles podem reinvestir na empresa original ou em uma empresa social diferente. Assim, o mesmo dinheiro pode trazer mais benefícios sociais. (YUNUS, 2008, p.39).

As mudanças de paradigmas nas empresas brasileiras são objetos de pesquisas realizadas pela FIESP, demonstrando que há um crescente esforço das empresas na abertura para a coletividade. Porém, conforme tais dados, as empresas ainda não levam em conta em suas estratégias a responsabilidade social. O balanço social ainda não parece estar organicamente inserido no processo de planejamento estratégico e de desenvolvimento progressivo das práticas de responsabilidade social empresarial.

Essa realidade está sendo objeto de análise nos Estados Unidos, materializada no questionamento da prioridade entre lucros e valores sociais, conforme Augustin Landier e Viany B. Nair (2009, p.56) relatam, ao destacar que as maiores forças estão inclinadas para oferecer planos às solicitações dos empregados. Chris Laszlo (2008, p.59) demonstra a bem sucedida experiência da empresa Wal-Mart, asseverando que a sustentabilidade pode criar significantes valores econômicos que tornaram essa companhia mais inovadora e competitiva frente aos consumidores. Ainda vale mencionar as questões relacionadas às atividades empresariais e o meio-ambiente (STERN, 2007, p.177), de modo a orientar as estratégias de marketing e industrialização.

Tom Rasler (2007, p.21) apresenta três atitudes que os empresários podem tomar para o desenvolvimento de uma empresa socialmente responsável: 1) a mentalidade de caridade deve ser substituída por investimentos; 2) dar uma maior ênfase aos resultados socialmente aceitos e 3) uma mudança na atitude emocional, no sentido de afastar-se desta espécie de apelo. Nesse período, a atuação social por parte dos agentes privados e a própria questão da responsabilidade das corporações diante dos problemas sociais e ambientais começaram a destacar-se, tanto em práticas quanto em discursos.

CONCLUSÃO

A importância da Responsabilidade Social das Empresas é crescente; requer mudança de estratégia empresarial e provoca melhorias na qualidade de vida dos funcionários, bem como crescimento na produtividade. Metas empresariais que incluem ações caracterizadas pela responsabilidade social atraem apoio dos investidores e formam capital social e humano. Hodiernamente a preocupação dos agentes investidores ultrapassa a obtenção de lucros, ela almeja conciliar lucratividade com a preservação do meio ambiente e com a realização de projetos sociais. Deve-se deixar registrado que a responsabilidade social não exclui o lucro, mas racionaliza o uso dos recursos econômicos. A RSE significa a atuação empresarial a partir da geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimento tecnológico,

movimentação de mercado econômico, aplicação dos lucros obtidos em reinvestimentos que fomentam o ciclo econômico.

A intervenção do Estado para incentivar a RSE tem sido significativa e se materializa nos benefícios fiscais, inclusão de obras sociais nas cotas de responsabilidade social das empresas. Aliado a este fator, a cobrança da população e das instituições representa um papel importante nesta dinâmica econômica. O mercado consumidor assume a posição de liderança que define o processo de produção ao preferir no ato do consumo comprar mercadorias de empresas que respeitam as normas indicadoras da responsabilidade empresarial diante do ambiente sustentável.

Resta claro que a responsabilidade social das empresas resgata a sua própria função social, além da produtividade e do lucro, objetiva a qualidade nas relações com o público e constrói, desta forma, uma sociedade mais justa propiciando o desenvolvimento sócio-econômico satisfatório. Assim a RSE é ferramenta viável a dirimir o descontentamento social global causado pelo capitalismo de mercado transnacional. A sua efetivação está estreitamente relacionada com a conscientização do escopo do mercado consumidor e constitui projeto de desenvolvimento compartilhado. A construção de uma sociedade mais justa e igualitária é dever e compromisso individual e coletivo. É preciso provocar a conscientização do consumidor, para que vislumbre as formas de intervenção e o potencial de suas ações.

REFERÊNCIAS

BATISTA-RIOU, Cécile. **Droits de l'Homme et responsabilité sociétale de l'entreprise, une approche francophone**. Paris: Toogezer, 2008.

BOTANA, Natalio R. Why institutions matter. Fiscal citizenship in Argentina and the United States. In Fukuyama, Francis. **Falling Behind**. Explaining the development gap between Latin America and the United States. New York: Oxford. 2008, p. 222-267.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : UNB, 2001.

FIESP-CIESP. Núcleo de Ação Social. **Responsabilidade social empresarial: panorama e perspectivas na indústria paulista**. São Paulo: NAS, nov., 2005.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GUIMARÃES, H. W. M. Responsabilidade social da empresa: uma visão histórica de sua problemática. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 24, n. 4, out./dez., 1984.

HITCHCOCK, Darcy. WILLARD, Marsha. **The business guide to sustainability: practical strategies and tools for organizations**. Londres: Earthscan, 2008.

INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <www.ethos.org.br> Acesso em: 26 set. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Renovar, n. 212, abr./jun., 1998.

KARKOTLI, Gilson. **Responsabilidade Social Empresarial**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

KUTTNER, Robert. O papel dos governos na economia global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.) **No limite da racionalidade**. Trad. Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 211-234.

LANDIER, Augustin. NAIR, Viany B. **Investing for change: profit from responsible investment**. Nova Iorque: Oxford, 2009.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia**. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASZLO, Chris. **Sustainable value: how the world's leading companies are doing well by doing good**. Califórnia: Stanford, 2008.

MELO NETO, F. P.; FROES, C. **Gestão da responsabilidade social: o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

MEZZANOTTI, Gabriela. **A disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social**. Rio Grande do Sul: Feevale, 2003.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RASLER, Tom. **ROI for nonprofits: the new key to sustainability**. Nova Jersey: Wiley, 2007.

REICH, Robert. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REIDENBACH, R. E. and ROBIN, D. P. A Conceptual Model of Corporate Moral Development. In **Journal of Business Ethics**, n. 10, p. 273-284, 1991.

REIS, Carlos Nelson. A responsabilidade social das empresas: o contexto brasileiro em face da ação consciente ou do modernismo do mercado? **Revista Econômica Contemporânea**, Rio de Janeiro, maio/ago., 2007.

RICARDO, David. **Princípios da economia política e da tributação**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RIZZATO, Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. I.

_____. **A Riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. II.

STARKE, Linda. As cinco etapas da evolução moral da empresa. In: RAY, Michael; RINZLER, Alan (Org.). **O novo paradigma nos negócios**. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 186-199.

STERN, Alissa J. The case of the environmental impasse. In: **Harvard business review on green business strategy**. Boston: HBS press, p. 175-202, 2007.

VASCONCELOS, Marco Antônio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VON HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008.

[1] Gilson Kartoli qualifica os stakeholders como agentes externos (Estado, ONGs, Tratados internacionais, consumidores...) e internos (proprietários, acionistas e empregados) que pressionam as empresas a adotarem um comportamento que considere os aspectos sociais e éticos, além das questões econômicas e financeiras no processo de

produção e venda. In KARTOLI, Gilson. **Responsabilidade Social Empresarial**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p.15-17.

[2] O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, organização sem fins lucrativos fundada em 1998, tem como associados algumas centenas de empresas em operação no Brasil, de diferentes portes e setores de atividade. A entidade tem como missão mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerirem seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade mais próspera e justa. O Instituto Ethos dissemina a prática da responsabilidade social por intermédio de atividades de intercâmbio de experiências, publicações, programas e eventos voltados para seus associados e para a comunidade de negócios em geral.

[3] R. Reidenbach e D. Robin são os economistas responsáveis pelo principal modelo de desenvolvimento moral das corporações. A idéia foi desenvolvida e expressa no artigo A Conceptual Model of Corporate Moral Development, in **Journal of Business Ethics**, n. 10, 1991. p. 273-284.

[4] O conteúdo da publicação Responsabilidade Social das Empresas - Percepção do Consumidor Brasileiro está disponível no site www.ethos.org.br, na área de "Publicações". <<http://www.conar.org.br/html/artigos/responsabilidade%20social.htm>>

[5] Cf. <http://www.ethos.org.br/docs/conceitos_praticas/indicadores/temas/consumidores.asp>

[6] Cf. <http://www.guardian.co.uk/business/2008/jun/16/primark.child.labour>

[7] Cf. <http://blog.estadao.com.br/blog/vialli/?title=os_pecados_da_moda_rapida&more>

[8] Cf. <<http://www.sairdacasca.com/comunicacao/publicidade.asp>>.

[9] Os países de língua franco fones realizaram em 2008, seminário com o apoio da ONU e da PNUD em Rabat, visando apoiar ações de desenvolvimento de práticas e demandas por Responsabilidade Social das Empresas fundamentadas no respeito aos direitos do homem. Este seminário resultou na publicação do livro coordenado por Cécile Riou Batista et Souhila Zitouni intitulado **Droits de l'Homme et responsabilité sociétale de l'entreprise, une approche francophone**. Paris: Toogezer, 2008.

FINANCIAMENTO BANCÁRIO E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

FINANCEMENT BANCAIRE ET RESPONSABILITÉ SOCIALE ET DE L'ENVIRONNEMENT

Jailson de Souza Araújo

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar o papel das instituições bancárias e demais órgãos de financiamento no que se refere a sua responsabilidade solidária, na condição de agentes econômicos financiadores de empreendimentos potencialmente poluidores e analisar sua responsabilidade solidária, na hipótese de seus clientes financiados descumprirem leis ambientais e causarem danos ambientais. Diante da possibilidade de responsabilização cível e criminal, verificar-se-á as medidas preventivas e fiscalizadoras adotadas pelos bancos, na condição de agentes econômicos aptos a atuarem como instrumento de controle ambiental, para zelar pelo cumprimento das leis e normas de licenciamento ambiental dos empreendimentos financiados, de forma a garantir a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: ECONOMIA, FINANCIAMENTO BANCÁRIO, DANO AMBIENTAL, RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL, SOLIDARIEDADE.

RESUME

Cet article vise à aborder le rôle des banques et d'autres organes de financement dans le cadre de leur responsabilité conjointe, dans la condition d'agents économiques financiers des entreprises potentiellement polluantes, ainsi que d'examiner leur responsabilité, en supposant que leurs clients ne respectent pas les lois sur l'environnement et causent des dommages environnementaux. Face à la possibilité de responsabilité civile et pénale, il y aura des mesures de prévention et de contrôle adoptées par les banques à condition que les agents économiques en mesure d'agir comme un instrument de contrôle de l'environnement, à assurer le respect des lois et des normes de licences de l'environnement des entreprises financées, de manière à assurer l'efficacité de la protection juridique de l'environnement.

MOT-CLES: ÉCONOMIE, FINANCEMENT BANCAIRE, DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX, RESPONSABILITÉ SOCIALE ET DE L'ENVIRONNEMENT, SOLIDARITÉ.

INTRODUÇÃO

Em 1992, as atenções do mundo voltaram-se ao Brasil para discutir a defesa do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada entre 3 e 14 de junho de 1992 no Rio de Janeiro, contando com representantes de 178 países. Na oportunidade, discutiu-se a respeito da poluição do ar, da água, do solo, da pobreza, desigualdade social, superpopulação nas periferias dos grandes centros urbanos, enfim dos graves problemas ambientais enfrentados pela população mundial.

Durante a conferência, elaborou-se um documento intitulado “Agenda 21”, que é um programa de ação que viabiliza um novo modelo de desenvolvimento ambientalmente racional, conciliando métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.

Desde então, a questão tem sido debatida na esfera pública e privada, em todos os setores da sociedade e da economia com maior frequência e com maior rigor científico, com intuito de promover e desenvolvimento econômico e social fundado em premissas ambientalmente sustentáveis.

No contexto econômico, instituições bancárias são agentes de extrema relevância na medida em que fomentam o desenvolvimento através da oferta de crédito e serviços financeiros aos seus clientes, viabilizando economicamente empreendimentos.

Em 01 de agosto de 2008, através de uma iniciativa conjunta do Ministério do Meio Ambiente e bancos, inclusive o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social– BNDES, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, elaborou-se um protocolo de intenções pela responsabilidade ambiental com o objetivo de incentivar e induzir os setores produtivos da economia a adotar políticas e realizar ações que efetivamente promovam a preservação ambiental e uma contínua melhoria no bem estar social.

A questão que se pretende analisar é a mudança de postura do Estado, enquanto agente regulador da economia, ao adotar políticas econômicas disciplinadoras e impositivas (outrora meramente incentivadora de atitudes socioambientalmente responsáveis), no que se refere à vinculação da concessão de crédito por estabelecimentos bancários à observância da legislação ambiental e demais diretrizes previstas na Política Nacional de Meio Ambiente.

O tradicional papel dos bancos públicos perante a economia brasileira

Por missão corporativa, o principal papel de um banco público é fomentar o desenvolvimento econômico e social, através da oferta de crédito e serviços nas melhores condições para seus clientes.

Os bancos públicos tiveram papel essencial no desenvolvimento do país, desde a fundação do Banco do Brasil em 1808, após a chegada da família real portuguesa. À época, praticamente inexistia bancos privados, de maneira que somente as instituições financeiras controladas pelo governo administravam as economias dos brasileiros, financiavam a agricultura e investiam em empresas e em empreendimentos.

Na história econômica brasileira recente, nos momentos de inflação elevada e escassez de dinheiro privado de longo prazo, durante as décadas de 70 e 80 do século XX, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) emprestou os recursos necessários para a construção de obras de infra-estrutura e a criação de grandes empresas, como a Embraer.

Para os executivos da Caixa Econômica Federal, embora a busca por rentabilidade seja uma meta constante dentro do banco, não é correto comparar seus resultados com os dos bancos privados. "Não se deve exigir de um banco público os mesmos resultados dos bancos privados", disse o vice-presidente de controle e risco da Caixa, Marcos Roberto Vasconcelos. O vice-presidente de finanças da Caixa, Márcio Percival Alves Pinto, diz que a principal diferença entre os bancos públicos e os privados é o foco dos negócios.

Algumas das mais significativas diferenças entre bancos privados e públicos é que estes são agentes diretos na implementação de políticas de governo, como financiar investimentos, pagar benefícios de programas sociais além de adotar uma política de juros baixos, de forma a inibir a concorrência à prática de juros altos e diminuir as taxas do mercado como um todo.

Além da rentabilidade, outro critério que os executivos consideram adequado para avaliar os resultados da Caixa é o seu desempenho nas ações de governo, por exemplo, os empréstimos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Quer-se dizer: bancos públicos exercem um papel que ultrapassa a mera oferta de crédito e serviços financeiros. Na verdade, são agentes econômicos a serviço do desenvolvimento pleno.

Atualmente, as instituições bancárias controladas pelo estado perderam parte de sua razão de existir. Percebemos no atual cenário econômico brasileiro a valorização da moeda brasileira, o controle da inflação, o recebimento do grau de investimento por agências de avaliação de crédito, a crescente captação de recursos na bolsa de valores por empresas, a maciça oferta crédito e financiamentos de longo prazo por parte dos bancos privados e o aumento da entrada de capital estrangeiro. De acordo com a Receita Federal do Brasil, no 1º semestre de 2008 a balança comercial brasileira foi superavitária em razão do significativo aumento das exportações, baixo nível de desemprego, aumento da renda real e a redução da taxa de juros, que promoveu inclusive o crescimento do crédito.

Entretanto, apesar do vigor econômico que o Brasil experimenta e dos bancos estatais terem se distanciado dos propósitos que justificaram sua criação, tais instituições ainda se fazem necessárias para o desenvolvimento econômico e social brasileiro, o fato de seu foco não ser exclusivamente econômico, conforme dito, lhes permitem financiar projetos potencialmente arriscados e de cunho social de longo prazo, em setores como infra-estrutura, pesquisa tecnológica, habitação, inclusão bancária e meio-ambiente (cujo retorno financeiro pode mostrar-se eventualmente desinteressante, mas de inquestionável retorno social), projetos que não raras vezes são recusados por bancos privados, cujo direcionamento de recursos e ações é focado no lucro.

É verdade que há críticas ao modelo de gestão e direcionamento de recursos públicos, inclusive pelo modelo adotado atualmente pelo BNDES, financiador inclusive empresas de grande porte, como a Petrobras e a Vale do Rio Doce, ambas transnacionais competitivas, consideradas *blue-chips* na Bolsa de valores de São Paulo e que sozinhas correspondem a cerca de 30% do volume total de negócios, e que certamente podem ser administradas exclusivamente com recursos privados, mas ainda assim, entendemos que sua atuação, apesar de não ser perfeita, ainda se faz necessária, inclusive como agente indutor de comportamento no mercado financeiro.

O novo modelo de banco público

Recentemente, as instituições bancárias públicas, além de desempenhar os papéis já mencionados, adotaram uma nova postura, no tocante à responsabilidade ambiental.

Em 31 de agosto de 1981, a Lei 6.938/81 estabeleceu a Política Nacional de Meio Ambiente, obrigando os bancos de desenvolvimento a observarem os impactos ambientais dos empreendimentos financiados, nos termos do art. 3º, 12 e 14, que, aplicados às instituições financeiras, em amplo sentido, eleva o financiamento e o crédito a nível de instrumento de controle ambiental.

E de acordo com o art. 3º da referida Lei:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

IV - **poluidor**, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, **direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental**; (grifamos)

A equiparação do poluidor direto e indireto e a aplicação da referida Lei, no sentido de condenar ambos à reparação do dano ambiental decorrente da atividade causadora de degradação ambiental estava restrita inicialmente aos órgãos de financiamentos governamentais, mas a extensão da responsabilidade as instituições privadas foi sendo exigida, inclusive a partir da releitura do art. 12 da referida lei:

Art. 12 - **As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos** habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e **ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.**

Parágrafo único - As entidades e órgãos referidos no "*caput*" deste artigo deverão fazer **constar dos projetos** a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao **controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.** (grifamos)

Os referidos artigos impõem o dever dos órgãos financiadores e de incentivos governamentais de exigir análise ambiental prévia, com os estudos necessários para evitar a degradação ambiental e promoção da melhoria do meio ambiente como requisito obrigatório para a concessão de crédito.

De acordo com Humberto Adami, Diretor da Associação Brasileira dos Advogados Ambientalistas, entidades de financiamento não são exclusivamente bancos tradicionais, mas todas as instituições que lidam com dinheiro, ou seja, cooperativas, autarquias, sociedades de economia mista, bancos múltiplos e de investimento, e até fundos de pensão, enfim, todas aquelas instituições que possam, em sentido amplo, encaixar-se na expressão "entidades ou órgãos de financiamento e incentivo governamental". De acordo com ADAMI, o enquadramento legal de tais entidades se faz necessária, de acordo com o art. 225 da Constituição Federal brasileira, que estabelece:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações. (grifamos)

Portanto, a inclusão de bancos públicos ou privados e demais entidades de financiamento no conceito constitucional de coletividade é uma prioridade, pois, a nosso entender, não há justificativa plausível para a exclusão de tais agentes econômicos do referido conceito, cabendo a todos, indistintamente, o dever de defender e promover a preservação do meio ambiente.

De acordo com Antônio Fernando Pinheiro Pedro, da Associação Brasileira dos Advogados Ambientalistas (ABAA), citado por Liana Jhon "bancos públicos e privados são agentes econômicos, financiadores dos empreendimentos potencialmente poluidores, através dos quais são repassados os recursos - internacionais inclusive - dos bancos de desenvolvimento, portanto eles devem ser solidariamente responsáveis, no caso de não cumprimento das leis ambientais".

Em relação às conseqüências dos danos ambientais, o art. 14 determina:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, **é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros**, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.(grifamos)

Dessa forma, os bancos (em sentido amplo) poderão ser condenados a indenizar e/ou reparar os danos ambientais causados pelos seus clientes, diante de sua responsabilidade objetiva, ou seja, independente da existência de culpa, sendo necessária apenas a comprovação da existência denexo de causalidade entre a atividade bancária (ex: aprovação de projeto ou crédito sem as necessárias cautelas e diligências ambientais) e o dano ambiental.

Tal responsabilidade encontra amparo inclusive no Código Civil brasileiro, cujo art. 942 estabelece que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

Em 12 de fevereiro de 1998 foi sancionada a Lei de Crimes Ambientais, e seus arts. 2º, 3º e 4º dispõem sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades nocivas ao meio ambiente, sanções aplicáveis inclusive aos bancos:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Neste momento se inicia a discussão da co-responsabilidade criminal dos agentes financeiros, inclusive por omissão, e por não fazer qualquer distinção em relação ao agente co-responsável, as instituições financeiras (públicas e privadas) que investiram em empreendimentos poluidores ou causadores de degradação ambiental, conforme prevista na Lei de Crimes Ambientais, começam a ser responsabilizadas, na condição de co-autoras, o que gera uma situação de preocupação e insegurança no meio.

Até então, os critérios para concessão de crédito por vezes limitavam-se a exigência de informações fiscais e contábeis, de forma a verificar a viabilidade econômica do empreendimento. As informações e medidas de socioambientais pertinentes aos projetos apresentados eram relegadas a um segundo grau de importância, muitas vezes não exigidas e auditadas de forma rigorosa e criteriosa, conforme a imposição legal aos gestores de instituições financeiras.

O fato é que, diante da Lei de Crimes Ambientais, sendo o cliente de um banco condenado por crimes ambientais, dano causado por empreendimento financiado por este, a condenação poderá ser-lhe estendida, devendo solidariamente responder inclusive pela recuperação do dano ambiental. Portanto, o atendimento das medidas preventivas e dos estudos prévios necessários, que demonstram a viabilidade ambiental do projeto deverá ser realizado antes do fornecimento do crédito. E não se dá ao gestor da instituição financeira a faculdade de optar pelo atendimento ou não das referidas normas ambientais. Ao não cumpri-la, o administrador comete ato ilícito, passível de punição cível e criminal.

A responsabilização e penalização dos bancos e demais agentes financeiros representa um grande avanço na legislação brasileira e, para que se garanta a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente, esse artigo deve ser combinado com o crime de gestão temerária ambiental, previsto no art. 12 da Lei 6.938/81 e artigo 4º da Lei 7.492/86 (Lei que regulamenta os crimes contra o sistema financeiro nacional).

Todas as sanções previstas nas legislações mencionadas, tanto cíveis quanto criminais, encontram amparo legal no parágrafo §3 do art. 225 da Constituição Federal, que estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A nova postura dos agentes financeiros e iniciativas do setor bancário

Os agentes financeiros devem ter o cuidado de analisar o projeto que pretendem financiar, principalmente em se tratando de verba governamental, através dos estudos de impacto ambiental prévios ao deferimento do crédito, além de verificar o estrito cumprimento da legislação ambiental, evitando o financiamento de empresas e obras potencialmente desastrosas para a sociedade e o ambiente.

Neste propósito, segundo André Palhano, os bancos passaram a incorporar princípios semelhantes em suas operações cotidianas de crédito, criando áreas específicas. Quase todos os bancos de maior porte já possuem ou estão estruturando áreas específicas de avaliação de critérios sociais e ambientais no segmento de pessoas jurídicas. Nelas, a formação dos funcionários foge do padrão da indústria financeira: são geólogos, biólogos, cientistas sociais e técnicos ambientais, entre outros, além de estabelecerem parcerias com organizações não-governamentais e consultorias para avaliar os riscos socioambientais de seus clientes.

Apesar do investimento, sem dúvida as avaliações ambientais realizadas pelas instituições financeiras são economicamente interessantes, em virtude serem subsidiariamente uma análise de risco na oferta de crédito, na medida em que o risco de inadimplência de uma empresa potencialmente sujeita a multas ambientais e trabalhistas, ou a acidentes, é consideravelmente maior.

De acordo com Luiz Carlos Aceti Júnior, da Comissão de Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), citado por Liana Jhon "O BNDES, por exemplo, faz um levantamento do passivo ambiental das empresas, que pedem empréstimos, e deixa de financiar aquelas com passivos muito grandes". No seu entendimento, “os bancos devem zelar pelo cumprimento das leis e normas de licenciamento ambiental dos empreendimentos financiados e, para tanto, precisam ampliar a capacidade de gerenciamento ambiental e criar cláusulas condicionais para os contratos de financiamento, prevendo a suspensão dos recursos, caso o empreendedor descumpra a legislação”.

Uma das instituições com exigências desta ordem é o Banco Mundial (BIRD), que tem próprias normas ambientais para projetos, muitas vezes mais rigorosas do que a legislação vigente nos países, que recebem o financiamento. O BIRD ainda tem um painel de inspeção, que fiscaliza o cumprimento de tais normas, nas obras financiadas.

Neste sentido, é importante mencionar a importante previsão do inciso III, do art. 14 da Lei 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente), na medida em que a possibilidade de suspensão do crédito obriga o empreendimento a continuar respeitando as normas ambientais, já que deverá sofrer fiscalizações ao longo do empreendimento, e inconformidades poderão acarretar a suspensão dos recursos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...)

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; (grifamos)

Por evidente, para se evitar a insegurança jurídica, principalmente para os agentes econômicos que pretendem cumprir rigorosamente as normas que lhe são direcionadas, faz-se necessária a atuação do Banco Central do Brasil, no sentido de orientar e fiscalizar as instituições financeiras e editar normas complementares, orientando a aplicação do artigo 12º, da Lei 6.938/81, assim como o Conselho Monetário Nacional deverá impor a observância das leis ambientais as instituições financeiras nacionais e fiscalizar seu adequado cumprimento, nos termos da Lei n.º **4.595/1964 (Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências)**.

Diante da necessidade de se repensar o modelo de banco público, de forma a adaptá-lo à nova realidade brasileira, em 1º de agosto de 2008 foi celebrado um protocolo de intenções pela responsabilidade ambiental entre o Ministério do Meio Ambiente e os principais bancos públicos federais brasileiros. O protocolo atualizou os compromissos previstos na pioneira iniciativa denominada “Protocolo Verde”, firmada em 1995, para dedicar-se ao objetivo de incluir a apreciação da variável ambiental no deferimento de crédito.

Incluem-se neste protocolo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, Banco do Brasil, Banco do Estado da Amazônia, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Nordeste, e dentre os compromissos assumidos, destacamos:

I - Financiar o desenvolvimento com sustentabilidade, por meio de linhas de crédito e programas que promovam a qualidade de vida da população, o uso sustentável dos recursos naturais e a proteção ambiental, observadas as seguintes diretrizes: a) Aprimorar continuamente o portfólio de produtos e serviços bancários destinados ao financiamento de atividades e projetos com adicionalidades socioambientais; b) Oferecer condições diferenciadas de financiamento (taxa, prazo, carência, critérios de elegibilidade, etc.) para projetos com adicionalidades socioambientais; e c) Orientar o tomador de crédito de forma a induzir a adoção de práticas de produção e consumo sustentáveis.

II - Considerar os impactos e custos socioambientais na gestão de ativos (próprios e de terceiros) e nas análises de risco de clientes e de projetos de investimento, tendo por base a Política Nacional de Meio Ambiente, observadas as seguintes diretrizes: a) Condicionar o financiamento de empreendimentos e atividades, potencial ou efetivamente poluidores ou que utilizem recursos naturais no processo produtivo, ao Licenciamento Ambiental, conforme legislação ambiental vigente; b) Incorporar critérios socioambientais ao processo de análise e concessão de crédito para projetos de investimentos, considerando a magnitude de seus impactos e riscos e a necessidade de medidas mitigadoras e compensatórias; c) Efetuar a análise socioambiental de clientes cujas atividades exijam o licenciamento ambiental e/ou que representem significativos impactos sociais adversos; d) Considerar nas análises de crédito as recomendações e restrições do zoneamento agroecológico ou, preferencialmente, do zoneamento ecológico-econômico, quando houver; e e) Desenvolver e aplicar, compartilhadamente, padrões de desempenho socioambiental por setor produtivo para apoiar a avaliação de projetos de médio e alto impacto negativo.

De acordo com o Ministro do Meio Ambiente Carlos Minc, "Só vai ter crédito no Brasil quem tiver uma atividade que não polua (...)" . Segundo Minc, os bancos privados brasileiros assinarão em setembro acordo em que se comprometem a realizar operações de crédito apenas com empreendimentos sustentáveis, acordo similar ao assinado celebrado entre os bancos públicos citados.

É fundamental o comprometimento do setor bancário, público e privado, pois se um banco, seguindo critérios socioambientais, se recusar a conceder crédito para um cliente e esse mesmo cliente conseguir o crédito em outro banco, a livre concorrência e a iniciativa de utilizar o crédito, enquanto instrumento de defesa ambiental, restarão prejudicados.

A Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) e o desenvolvimento social e ambiental.

Preocupada com a repercussão da co-responsabilidade dos bancos por danos ambientais, a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) criou em Julho de 2002 a Comissão de Responsabilidade Social e Sustentabilidade com a missão de disseminar conceitos e fomentar práticas de desenvolvimento sustentável no setor financeiro nacional, apresentando os seguintes objetivos:

1. Estimular a inserção das questões de desenvolvimento sustentável no âmbito da Federação, incluindo as demais comissões;
2. Contribuir para que a Febraban transmita à sociedade o papel e a atuação do sistema financeiro para o desenvolvimento econômico e socioambiental do país;
3. Representar a Febraban perante fóruns e entidades que discutem temas de desenvolvimento sustentável, particularmente nos âmbitos social e ambiental;
4. Promover a troca de experiências relacionadas ao desenvolvimento sustentável entre os associados e desenvolver possíveis ações conjuntas;
5. Desenvolver e implementar políticas e práticas de investimento social da Febraban.

Em 29/05/2008, a Febraban debateu no 6º. Congresso de Direito Bancário a tema “co-responsabilidade dos bancos em danos contra o meio ambiente” e ressaltou a importância da incorporação de critérios socioambientais nos processos de decisão de crédito e do monitoramento das cláusulas contratuais. Uma vez que a legislação não prevê limites, a Febraban está trabalhando numa proposta para delimitar o alcance legal da co-responsabilidade dos bancos, na medida em que, segundo Sônia Favaretto, diretora de responsabilidade social da Febraban "Há um grande debate no setor financeiro, que é justamente se a responsabilidade socioambiental dos bancos tem ou não limites. A única coisa que se sabe até agora é que, em um cenário de evolução do tema da sustentabilidade, esses limites serão cada vez mais estendidos".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado é responsável pela regulação da economia e promoção do desenvolvimento econômico sustentável. Para alcançar tal propósito, vem adotando medidas disciplinadoras e impositivas (outrora meramente incentivadora de atitudes socioambientalmente responsáveis) no que se refere à vinculação da concessão de crédito por estabelecimentos bancários públicos à observância da legislação ambiental e demais diretrizes previstas na Política Nacional de Meio Ambiente, inclusive através da atuação de órgãos da administração direta e indireta (Ministério do Meio Ambiente, Banco Central, BNDES, etc.).

Tais medidas são de extrema importância, na medida em que o crédito é um forte instrumento de desenvolvimento econômico, e o condicionamento de seu fornecimento ao cumprimento de medidas e controles ambientais salutarmente trará uma grande efetividade à promoção do desenvolvimento econômico baseado na sustentabilidade, principalmente se comparado à mecanismos tradicionais de controle e monitoramento da exploração do meio ambiente nas atividades econômicas.

Neste objetivo, o “Protocolo Verde” representou um grande avanço, e a tendência é que os demais bancos e instituições financeiras sigam o exemplo, até porque clientes e acionistas, cada vez mais exigentes e ambientalmente conscientes, também esperam a adoção do compromisso efetivo da iniciativa privada pela causa ambiental.

Uma das questões que precisam ser melhor esclarecidas é a extensão e o limite da responsabilidade dos bancos e instituições financeiras na avaliação dos riscos socioambientais de seus tomadores de crédito. A ausência de critérios objetivos causa insegurança jurídica e dificulta a fiscalização e aplicação de sanções às instituições bancárias, quando se verifica que a concessão de crédito resultou num empreendimento nocivo ao meio ambiente. Mas é certo que a responsabilidade não pode ser creditada exclusivamente ao Estado nem exclusivamente aos bancos pela avaliação dos riscos socioambientais dos empreendedores. Nos termos do art. 225 da Constituição Federal, o dever de defender e preservar o meio ambiente pertence à Coletividade.

REFERÊNCIAS

ADAMI, Humberto. **A Responsabilidade Ambiental dos Bancos**. Disponível em: <http://www.abaa.org.br/artigos/artigo2.htm>. Acesso em 11/08/2008.

BELCHIOR, Luisa. **Bancos só vão financiar empreendimentos que forem sustentáveis, diz Minc**. Obtido em:

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u428824.shtml>. Acesso em 10/08/2008.

BRASIL, **Lei n.º 6.938, de 31 de Agosto de 1981**, obtida em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6938.HTM>. Acesso em: 13/08/2008

BRASIL, **Lei n.º 9.605**, de 12 de Fevereiro de 1998. Obtida em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 11/08/2008

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª ed. rev.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

HERMESINDO, Karina. *Banco pode responder por crimes ambientais*. *Revista Valor Econômico*. 30/01/2002

JHON, Liana. *Bancos discutem responsabilidades ambientais Estado de São Paulo*. 29/01/2002. disponível em:

<http://www.perfuradores.com.br/index.php?pg=view&tema=noticia&id=10568>. Acesso em: 11/08/2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2005.

PALHANO, André. **Bancos discutem critérios socioambientais do crédito**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u415604.shtml>, Acesso em 11/08/2008.

PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002

SOUZA, Paula Bagrichevsky de. **As Instituições Financeiras e a Proteção ao Meio Ambiente**. Revista do BNDES, Rio De Janeiro, V. 12, n. 23, p. 267-300, Jun. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev2312.pdf>, Acesso em 09/08/2008.

Revista Valor Econômico. Seção Finanças. 27/2/2008.

O **grau de investimento** é uma classificação dada a um país a partir de uma avaliação concedida pelas principais agências de notas de crédito, como a Fitch Ratings, a Moody's e a Standard & Poor's. Os fatores utilizados pelas agências na avaliação dos países, como as reservas internacionais, a dívida governamental, a liberdade de imprensa e a distribuição de renda. O Brasil foi considerado *investment grade* no dia 30 de abril de 2008 pela agência de avaliação Standard & Poor's e em 29 de maio de 2008 pela agência Fitch. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Aduana/Balanca/2008/junho/dadosgerais.htm>. Acesso em 11/08/2008.

Blue chips são as ações da bolsa de valores consideradas de qualidade, sendo as mais procuradas por investidores individuais e institucionais para compor suas carteiras, o que lhes confere uma maior liquidez no mercado acionário.

Conselho Nacional do Meio Ambiente.

ADAMI, Humberto. **A Responsabilidade Ambiental dos Bancos.** Disponível em: <http://www.abaa.org.br/artigos/artigo2.htm>. Acesso em 13/08/2008.

JHON, Liana. **Bancos discutem responsabilidades ambientais** Estado de São Paulo. 29/01/2002. disponível em: <http://www.perfuradores.com.br/index.php?pg=view&tema=noticia&id=10568>. Acesso em: 11/08/2008.

PALHANO, André. Bancos discutem critérios socioambientais do crédito. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u415604.shtml>. Acesso em 11/08/2008.

JHON, Liana. **Bancos discutem responsabilidades ambientais** Estado de São Paulo. 29/01/2002. disponível em:

<http://www.perfuradores.com.br/index.php?pg=view&tema=noticia&id=10568>. Acesso em: 11/08/2008.

Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/ProtocoloVerde.pdf>. Acesso em: 11/08/2008.

BELCHIOR, Luisa. Bancos só vão financiar empreendimentos que forem sustentáveis, diz Minc. Obtido em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u428824.shtml>. Acesso em 10/08/2008.

Obtido em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Cartilha/missao_resp_social.asp. Acesso em 13/08/2008

Obtido em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Cartilha/Objetivo_resp_social.asp. Acesso em 13/08/2008

Disponível em: <http://negociossustentaveis.blogspot.com/2008/05/febraban-discute-co-responsabilidade.html>. Acesso em 13/08/2008.

**POLÍTICAS ECONÔMICO-TRIBUTÁRIAS E CIDADANIA ECONÔMICA:
PELA NECESSIDADE DE AÇÕES CONJUNTAS DO ESTADO E DA
SOCIEDADE CIVIL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
AO MEIO AMBIENTE**

**ECONOMICAL AND TAX POLITICS AND ECONOMIC CITIZENSHIP: THE
NECESSITY OF JOIN ACTIONS OF THE STATE AND CIVIL SOCIETY FOR
THE ACCOMPLISHMENT OF THE BASIC RIGHT OF THE ENVIRONMENT**

**João Luis Nogueira Matias
Ana Stela Vieira Mendes**

RESUMO

O presente artigo pretende fazer uma análise de medidas a serem tomadas no campo econômico para garantir a preservação do meio ambiente na modernidade. Pressupõe a existência de uma crise ambiental e de sua relação com a economia. Aborda as particularidades do problema, no que diz respeito à problemática da superação da dicotomia entre Estado e Sociedade Civil. Na primeira parte, estudam-se os deveres estatais de intervenção econômica, especialmente através das políticas de tributação. Na segunda parte, aborda a necessidade da cooperação da sociedade civil, o que se dá pelo cumprimento dos deveres de solidariedade e do pagamento de tributos e da percepção da dimensão econômica da cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS ECONÔMICAS, TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL, CIDADANIA ECONÔMICA, MEIO AMBIENTE.

ABSTRACT

The present article intends to make an analysis of measures to be taken in the economic field to guarantee environmental preservation in modernity. It estimates the existence of an environmental crisis and its relation to economy. It approaches the particularities of the problem, in what it says respect to problematic of the overcoming of the dichotomy between State and the Civil Society. In the first part, state duties of economic intervention are studied, especially through the taxation politics. In the second part, it approaches the necessity of the cooperation of the Civil Society, what if of the one for the fulfilment of the duties of solidarity and the payment of tributes and the perception of the economic dimension of the citizenship.

KEYWORDS: ECONOMICAL POLITICS, ENVIRONMENTAL TAXATION; ECONOMICAL CITIZENSHIP, ENVIRONMENT.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, seguindo “uma irresistível tendência internacional”, abriga na ordem jurídica constitucional a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente, assim descrita: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Devemos reconhecer que o Brasil é um país privilegiado, no sentido de contar com grandes reservas de água doce e grandes áreas de florestas, que são responsáveis pelo equilíbrio ambiental do mundo inteiro. No entanto, dados apontam que quase 20% da área original da Floresta Amazônica já foram descobertos. A Mata Atlântica, rica vegetação costeira, teve 92,7% de seu território destruído em pouco mais de 500 anos.

Estas transformações começam a produzir conseqüências nefastas, que se manifestam através de desequilíbrios nos biomas, alterando a saúde e a qualidade de vida das pessoas.

São várias as formas de poluição que chegaram a níveis alarmantes: a poluição do ar, fortemente sentida em alguns grandes centros urbanos, a poluição dos mares, a redução da biodiversidade, a grande quantidade de produção de resíduos, a qual não se dá destinação adequada, aquecimento global, dentre outros. E é sabido, não há como nacionalizar ou restringir territorialmente os efeitos maléficos da destruição do ambiente natural do planeta.

A partir desta conjuntura, perfilhando-nos a um segmento considerável de pensadores, desde a propagação dos efeitos poluentes da Revolução Industrial, verificamos que esta devastação advém majoritariamente de fatores econômicos, mais especificamente, da percepção tardia e ainda hoje retardada dos bens ambientais como recursos finitos – alguns deles, inclusive não-renováveis – e de uma má adequação das atividades econômicas à internalização dos custos ambientais, tendo em vista ofertar melhores preços.

Isto traz uma série de questionamentos acerca das atividades econômicas, de como as desenvolvemos, do que precisa ser transformado e adequado às novas exigências de preservação ambiental na contemporaneidade. Por uma real questão de sobrevivência, até.

A Constituição brasileira reconhece a existência de tais distorções econômica, bem como a necessidade de adaptação da economia aos interesses ambientais. Assim, coerentemente dispõe, em seu Artigo 170, que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Apesar das acertadas previsões do constituinte, as intervenções ambientais na economia, ou melhor, às vezes em que o valor fundamental meio ambiente é considerado superior ao valor econômico ainda são incipientes, pontuais. Reconhecemos, pois, estar diante de um grave problema.

No entanto, entre o que havemos de aplicações conjuntas dos princípios econômicos e ambientais, a pequena parcela que se tem realizado, as ainda poucas intervenções verificadas, têm parte significativa relacionada a políticas de tributação, a incentivos fiscais e a utilização da função extrafiscal dos tributos. Assim, da mesma maneira que sabemos estar diante de um grave problema, também temos consciência das perspectivas potencialmente promissoras que desabrocham das atividades econômico-tributárias.

Isto já não seria, por si, uma grande novidade, tendo em vista o grande rol de pesquisadores que atualmente se debruçam sobre este tema, já sendo possível um consenso – diferentemente dos moldes preconizados pelo liberalismo – em torno da relevância da atuação estatal no processo de reversão da atual situação de crise ambiental.

O que nos chama atenção e nos movimenta a escrever neste instante, no entanto, é o fato de que, ao refletirmos sobre possíveis soluções para o problema ambiental face à instrumentalização da economia e da tributação, entendemos que, por maior que sejam os esforços dos entes públicos, no intuito de elaborar políticas, compreendemos ser este esforço insuficiente quando singularmente considerado, quando levamos em conta a complexidade atingida pelo nível de organização institucional e civilizacional contemporâneo.

Desta forma, também pensamos caber à sociedade civil uma grande parcela de responsabilidade, algumas delas relacionadas ao aprimoramento do exercício da dimensão econômica e fiscal de sua cidadania, compreendidos aí os deveres jurídicos de solidariedade social, do pagamento dos tributos e o deveres éticos relacionados à esfera dos hábitos de consumo. Não se descartam também mobilizações e parcerias da sociedade civil organizada com o poder público para que tenhamos a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente, de acordo com o que determinam os novos desafios de alcançar o patamar de Estado Democrático de Direito Ambiental.

2 ESTADO, SOCIEDADE, ECONOMIA E O MEIO AMBIENTE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TITULARIDADE DE DIREITOS E DEVERES

Durante a segunda metade do século XIX, a produção científica de Norberto Bobbio exercia uma grande influência sobre o modo de compreender as instituições. Naquele momento, ele reconheceu o público e o privado como expressões da dimensão social dos indivíduos, espécies de categorias distintas e dicotômicas, as quais se manifestariam desde os primórdios da tradição jurídica ocidental. Nas palavras do próprio autor,

(...) no entanto a contraposição entre sociedade civil e Estado continua a ser de uso corrente, sinal de que reflete uma situação real. Embora prescindindo da consideração

de que os dois processos – do Estado que se faz sociedade e da sociedade que se faz Estado – são contraditórios, pois a conclusão do primeiro conduziria ao Estado sem sociedade, isto é, ao Estado totalitário, e a conclusão do segundo à sociedade sem Estado, isto é, à extinção do Estado, o fato é que eles estão longe de se concluir (...) Estes dois processos representam bem as duas figuras do cidadão participante e do cidadão protegido que estão em conflito entre si às vezes na mesma pessoa: do cidadão que através da participação ativa exige sempre maior proteção reforça aquele mesmo Estado do qual gostaria de se assenhorear e que, ao contrário, acaba por se tornar seu patrão. Sob esse aspecto, sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e sua articulação interna.

Apesar de reconhecer o recurso didático que representa nestes termos uma dicotomia, o fato é que essa compreensão não poderá ser descontextualizada de sua historicidade.

Para servir às necessidades de nosso tempo, em que os direitos econômicos, sociais e culturais são incluídos no sistema constitucional de direitos fundamentais e passam, assim, a configurar novas exigências éticas e jurídicas do Estado, é coerente questionar o modelo que contorna a cisão entre Estado e sociedade civil, como antes exposto.

Em verdade, o nosso tempo clama por uma mudança de paradigmas, por uma reformulação das idéias relativas às organizações sociais e as formas de superação dos problemas que enfrentamos. Afinal, a concepção de espaço público não mais coincide necessariamente com a atuação estatal:

Robustece-se agora um terceiro setor, que é público, mas não estatal. Ele é composto por ONG's, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais, que atuam em prol de interesses da coletividade, e agem aglutinando e canalizando para o sistema político demandas importantes, muitas vezes negligenciadas pelas instâncias representativas tradicionais. Tais entidades, que assumem um papel de proa nas democracias contemporâneas, embora componham a sociedade civil, regem-se por uma lógica que se diferencia radicalmente da busca de maximização dos interesses privados, própria das forças econômicas do mercado.

Ao trazermos essas considerações para o caso específico do bem ambiental, isso pode ser claramente observado. Como se sabe, está-se aqui a tratar de um direito de titularidade difusa, cujos destinatários são complexamente (in)determinados, confundindo-se, assim, com as próprias pessoas que têm o dever de respeitá-lo e garanti-lo.

Conforme determina a Constituição de 1988, constitui, pois, um dever “do Estado e de todos” primar pela preservação ambiental. Poderíamos afirmar até mesmo a prescindibilidade da palavra “Estado” neste contexto, pois ao se falar em “todos”, está-se a abranger todas as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. São pertinentes as palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Herman Benjamin acerca do ordenamento constitucional brasileiro de 1988:

Comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu individualista é substituído pelo nós coletivista, e o típico nós welfarista (o conjunto dos cidadãos em permanente exigência de iniciativas compensatórias do Estado) passa a agregar, na

mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara, mas constitucionalmente legitimada, confusão de posições jurídicas; finalmente, em consequência disso tudo, o rigoroso adversarismo, a técnica do eu/nós contra o Estado ou contra nós mesmos, transmuda-se em solidarismo positivo, com moldura do tipo em favor de alguém ou em favor de algo.

De fato, percebe-se a relevância dessas inovações advindas da Constituição de 1988, que institui um Estado Democrático de Direito e, com ele, o intuito de sedimentar alguns valores do Estado de Bem-Estar Social.

Quando observamos a temporalidade do fenômeno positivado em 1988 no Brasil, tão logo verificamos que outros países, como México, nos Estados Unidos e Alemanha já haviam passado por semelhantes momentos décadas antes, e, quando tais efeitos chegaram aqui, na maioria desses outros países já era possível sentir fortemente o retorno ao liberalismo.

Assim, o que aconteceu foi que, logo após a sua promulgação de tão extensa ordem de valores, fez-se sentir muito rapidamente os efeitos do neoliberalismo, cujos principais contornos na América Latina, acompanhando a descrição de Atilio A. Boron, são: a) a mercantilização de direitos e prerrogativas conquistados, que passam a ser encarados como bens e serviços; b) desequilíbrio maniqueísta entre a relação mercado (o virtuoso) e Estado (o malfazejo); c) aproximação da cultura e da crença popular, através de um senso comum; d) propagação como o único pensamento econômico possível, gerando, assim, uma sensação de resignação e conformidade;

Diante desse quadro, o meio ambiente, enquanto conjunto de bens que é, se encontra em uma situação bastante delicada. Afinal,

atingir metas ambientais significa, muitas vezes, retirar no curto prazo recursos econômicos de investimentos produtivos ou aumentar custos de produção presentes. Assim, a garantia de um meio ambiente saudável exige sacrifícios de curto prazo e gera custos políticos elevados, uma vez que é difícil para qualquer sociedade assumir esta decisão intertemporal de sacrificar o presente em troca de um futuro mais sustentável.

Resta-nos, pois, a certeza de que os desafios que nos esperam são significativos. Diante disto, é de extrema importância acompanhar a doutrina que reafirma o Estado como o protagonista das relações sociais, especialmente no que diz respeito à sua soberania, à possibilidade de intervir economicamente para garantir o bem comum de seus súditos e, através de seu poder, dedicar inegáveis esforços para promover políticas econômicas e tributárias de desestímulo a práticas poluidoras ou de incentivo a preservação do meio ambiente.

Dessa maneira, mesmo que o particular ao qual cabe diretamente a preservação do meio ambiente natural se recuse a fazê-lo, por priorizar interesses econômicos, competirá ao ente estatal “a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos”.

Assim ressaltamos a necessidade das políticas estatais de intervenção na economia para a proteção do ambiente. Tanto é assim que o dispositivo constitucional que trata do

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de fato, é o único a prever um dever constitucional expresso, qual seja, o dever de preservação ambiental.

2.1 O dever de intervenção econômica para preservação do meio ambiente

O meio ambiente, mais do que um valor qualquer, é verdadeiro corolário do direito à vida. Ainda há pensadores que defendem a sua também instrumentalidade estrita, mas a cada dia cresce os que o reconhecem enquanto fim em si mesmo, bem como o dever de cuidar da terra, de respeitar a vida em todas as suas formas, a partir da superação do antropocentrismo, para o ecocentrismo. Dito isso, ainda entendemos ser importante frisar que a economia é um instrumento do Estado e dos cidadãos para, através dela, alcançar a dignidade e os valores eleitos democraticamente eleitos como prioritários. Ela não é, pois, um fim em si própria; diz respeito ao modo de organizar as relações entre produção e consumo, indivíduos e bens, para possibilitar o acesso ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, inclusive em um sentido imaterial, filosófico ou espiritual.

O Estado Democrático de Direito, como já foi mencionado, tem por base a dignidade humana e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Para organizar esse nível de civilidade, é necessário haver uma ordem econômica, através da qual se obtém recursos para realizar seus investimentos, a fim de possibilitar a melhoria de vida da coletividade.

E dentro disso, ainda há de se convir que realmente não há direito garantido pelo Estado a que não corresponda um custo, mesmo aqueles em que se exige um não fazer.

Da mesma forma, não há utilização ou modificação de recursos naturais que não apresente um custo ambiental, que na grande maioria das vezes, não é contabilizado pelo explorador, que acaba repassando ao final o serviço ou produto por um custo bem inferior ao real.

Foi o economista inglês John Pigou que primeiro atentou para essa deficiência da atividade econômica. E para corrigi-la, seria necessário alterar os preços dos custos de utilização do meio ambiente. Isso demandaria a formulação de políticas que acrescentassem, pois, esse sobrepreço não contabilizado à utilização dos recursos. A isto se convencionou chamar imposto pigouviano.

No entanto, devido às dificuldades práticas de quantificar os custos ambientais decorrentes do uso dos bens naturais, bem como, às pequenas possibilidades de tratamento diferenciado e isonômico de acordo com os diferentes contextos, de a solução apontada por Pigou não pode ser implementada com total precisão e nem em curto prazo, porque poderá ter impactos bastante altos para a sociedade, conforme explica o relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada:

Essas normas específicas são orientadas por relações tecnológicas que definem níveis de emissão ou de uso do recurso a serem obedecidos por todos os agentes econômicos, independentemente do seu porte, tecnologias, localização, etc. Embora o atendimento a essas normas imponha uma variação no custo do recurso ambiental, essa se realiza de

forma pouco flexível, pois impõe padrões de uso iguais a todos os usuários sem nenhuma consideração específica às características específicas de cada um.

Dessa forma, agentes econômicos com estruturas de custo completamente diferentes são incentivados a alcançar um nível de uso igual, não podendo optar por estratégias mais custo-efetivas. A implicação imediata é que os custos impostos à sociedade para atingir um mesmo objetivo ambiental são desnecessariamente altos .

Assim, uma alternativa de maior flexibilidade aos impostos pigouvianos seria a tributação ambiental , com algumas experiências já concretizadas e passíveis de ampliação em curto prazo.

Além disso, poderá desempenhar um importante papel não somente de adequação, mas também de educação dos agentes econômicos, para possibilitar, no futuro, um padrão de proteção ambiental mais rigoroso.

2.2 Políticas de tributação e preservação ambiental no Brasil atual e perspectivas para o futuro

2.2.1 A relevância da atividade tributária

A atividade econômica do Estado conta com as fontes primárias e secundárias de ingresso de recursos. Do montante das receitas gerais, a arrecadação mais significativa para o Estado é oriunda dos tributos, motivo pelo qual constatamos ser este um ponto a que se deve especial atenção.

No mais, em consequência disso, não seria possível ao Estado realizar as políticas de intervenção no domínio econômico sem contar com o capital proveniente da tributação.

Dentro desse contexto, é possível falar em um dever fundamental de pagar tributos, sobre o qual José Casalta Nabais bem nos situa, quando afirma a existência de um mínimo estadual no que diz respeito à tributação:

À semelhança do que acontece com o mínimo de existência (fisiológico e cultural) dos indivíduos, há que ter em conta também, no respeitante às necessidades do estado (e demais entidades públicas em que o mesmo se desdobra), a existência de um nível de gastos abaixo do qual o estado seria incapaz de cumprir as suas funções mais elementares. Por isso, ele tem poder de impor e cobrar os impostos necessários ao cumprimento daquelas tarefas que, independentemente do tempo e do lugar, indiscutivelmente lhe correspondem.

Diante, portanto, da necessidade de garantir a atividade estatal para perquirir os direitos fundamentais é que se justifica etica e juridicamente toda a atividade econômica e, conseqüentemente, a atividade tributária e o dever de pagar tributos. Ao mesmo tempo, não se deve perder de vista as limitações máximas ao poder de tributar, para que se não se afaste daquilo que preleciona a dignidade humana e os direitos fundamentais do contribuinte, expressos através de diversas garantias constitucionais, como a legalidade, a anterioridade, irretroatividade, a capacidade contributiva, dentre outras.

Em termos gerais, explicitamos as potencialidades de atuação do Estado no domínio econômico para preservar o meio ambiente através da intervenção nas políticas de tributação. Passemos agora a breves considerações sobre a economia, a tributação e o meio ambiente a partir do texto constitucional brasileiro.

Estariam os intérpretes da nossa Constituição autorizados a entender o meio ambiente como valor fundamental, norteador do Sistema Tributário Nacional? Ainda que no título constitucional específico da tributação não esteja literalmente prevista a utilização de políticas de tributação com esta diretriz, a resposta será afirmativa; e não o será através de um esforço hermenêutico de utilização da interpretação sistemática, mas por uma conexão direta: conquanto seja um princípio da ordem econômica a proteção do meio ambiente, a este necessariamente se submete a tributação, já que esta nada mais é do que um dos seus elementos constitutivos, essencial ao funcionamento de todo o sistema.

E a decorrência prática deste entendimento deverá se manifestar por um necessário fortalecimento, uma otimização da internalização do dever jurídico de preservar o meio ambiente, seja pelos legisladores, pelos administradores e gestores públicos e pelos magistrados nos respectivos exercícios de suas funções relacionadas à matéria tributária.

2.2.2 A tributação ambiental no Brasil: experiências existentes e as propostas de reforma tributária

A experiência pós-88 mais significativa se deu através de um critério ecológico de repartição entre os Municípios das receitas provenientes do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, numa tentativa de compensação financeira àqueles com restrições de uso do território em decorrência de mananciais de abastecimento ou de unidades de conservação ambiental.

Atualmente, essa experiência se estende mais da metade dos Estados da federação e tem alcançado resultados satisfatórios, já que incentiva um círculo virtuoso de estímulo à preservação ambiental.

Conforme os dados que apresentamos em outra oportunidade, vê-se que os principais desempenhos até agora são do Paraná, o pioneiro, e de Minas Gerais, embora outros Estados prevejam percentuais bem maiores para repartição segundo critérios ambientais.

Isso chama a atenção, porque nos faz refletir sobre a importância não somente da aprovação da legislação que institua esse tipo de medida, mas, principalmente, torna o olhar para a atribuição do executivo de elaborar meios eficazes para concretizar as políticas. E a atuação dos dois referidos Estados da Federação são exemplos da relevância prática disso.

Apesar das potencialidades e dos resultados positivos decorrentes da implementação do ICMS Ecológico, há que se reconhecer, também, a sua insuficiência para solucionar os problemas ambientais e também as suas limitações naquilo a que se propõe.

Por se tratar de um percentual fixo de redistribuição de acordo com critérios ambientais, ele tenderá a chegar a um ponto de saturação: como o estímulo a comportamentos ambientalmente desejados é oferecido a todos os Municípios, poderá chegar um momento em que os recursos a serem redistribuídos entre eles com base nesses critérios poderá se diluir, a tal ponto de não se tornar mais tão interessante investir na melhoria das condições do meio ambiente.

A esperança que sempre resta, no entanto, é que se ou quando isso vier a acontecer, a política do ICMS Ecológico tenha conseguido internalizar nos administradores e na sociedade mais do que a vontade de aumentar os seus recursos, mas verdadeiramente alcançar o sentido de educação ambiental e da cultura do cuidado e da preservação que guarda a essência deste tipo de intervenção política e econômica.

Além do ICMS Ecológico, há outras inserções do valor ambiental na tributação. Não pretendemos ser exaustivos, mas ao menos demonstrar os exemplos que venham a fortalecer e inspirar a possibilidade de estender a integração entre tributação e preservação ambiental.

Terence Trennepohl cita, por exemplo, a Lei 9.393/96, que isentou áreas de reserva legal, de preservação permanente, de reservas particulares do Patrimônio Natural e a de áreas de servidão florestal da cobrança do Imposto Territorial Rural – ITR.

Além deste, há a Lei 948/85 do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece alíquotas diferenciadas do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA para veículos movidos a gasolina e a álcool (porque estes últimos causam menor poluição atmosférica), bem como para os aqueles que realizam trabalho de limpeza urbana e coleta de resíduos. Afirma, ainda, que recentemente os carros aptos a funcionar com gás natural tiveram desconto de 75% do imposto.

Há também exemplos de matérias para as quais incentivos não seriam suficientes, motivos pelos quais se instituiu tributação positiva. O caso mais emblemático seria a cobrança de taxa para a preservação do Arquipélago Fernando de Noronha.

Em relação às contribuições de melhoria, no Estado do Rio de Janeiro há previsão de cobrança quando se trate de obra pública que acresça valor ambiental positivo a determinada propriedade, em decorrência de arborização de ruas, praças, dentre outras ações semelhantes.

As contribuições de intervenção no domínio econômico são instrumentos potencialmente poderosos no que diz respeito à proteção ambiental. Tanto pelo seu caráter vinculado, quanto pela possibilidade direta de intervenção, melhoramento e recuperação de áreas degradadas pelas atividades relacionadas à exploração de petróleo e seus derivados. Resta um trabalho de maior efetivação prática.

Apesar dos inúmeros exemplos citados, pode-se afirmar que as experiências de orientação ecológica aos tributos no Brasil ainda são principiantes e ainda há muito a ser feito, especialmente no atual contexto de discussão de uma reforma tributária.

Embora reconheçamos que a matéria já tem previsão constitucional, o que ficou explicitado logo no início deste trabalho, acreditamos que um ponto importante, no que diz respeito à alteração da Constituição, é reforçar esta determinação.

Isso se explica pelo mesmo motivo que se prevê, por exemplo, certos dispositivos constitucionais aparentemente repetitivos ou desnecessários, como a garantia de contraditório, ampla defesa, de duração razoável, dentre outras, quando poderíamos simplesmente na garantia do devido processo legal, apesar de que ele, por si, já seria suficiente para externar todos os valores e garantias necessários a um processo compatível com o que apregoa o Estado Democrático de Direito.

Tanto os estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada quanto da Consultoria Legislativa do Congresso Nacional reconhecem a necessidade de ampliação de normas constitucionais a esse respeito, especialmente para evitar que alguma aberração legislativa venha a implicar em retrocesso de proteção ambiental.

Outro aspecto importante, que ainda não foi citado, está em torno da constitucionalização da essencialidade do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – em razão das dos padrões de tecnologias de produção e das matérias-primas utilizadas.

Em suma, as alternativas de ampliação são muitas, as áreas de atuação, diversificadas e as perspectivas de atuação do poder público num futuro próximo são desafiadoras.

Acreditamos já ter deixado suficientemente clara a necessidade de qualificar a intervenção estatal na economia com a finalidade de preservar o meio ambiente. No entanto, como já foi dito anteriormente, a proposta desse trabalho se baseia fundamentalmente no reconhecimento de que, diante das atuais circunstâncias organizacionais da nossa civilização, percebe-se que as ações estatais de intervenção na economia, per si, não têm condições de alcançar o almejado resultado de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as gerações presente e futuras.

Isso não significa que tenhamos desperdiçado tempo e recursos tratando deste tema, mas sim, que uma visão compartimentalizada que esse ângulo traz será honestamente insuficiente, o que, em nenhum momento diminui a importância do aprimoramento desses estudos.

Faz-se necessário, pois, uma correlação entre o todo e as partes, entre a coletividade e o indivíduo; a adequação aos paradigmas de complexidade e ao reconhecimento da correlação entre os diversos sistemas existentes. Afinal, a nossa maneira de enxergar o mundo, a vida e os problemas existentes determinarão inexoravelmente as respostas que alcançaremos.

3 DO DEVER JURÍDICO DE SOLIDARIEDADE AO EXERCÍCIO DA DIMENSÃO ECONÔMICA DA CIDADANIA PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

“A decisão firme de um povo é mais forte que qualquer poder governamental”. Pensamos na feliz afirmação do historiador Caio Prado Jr. para iniciar este tópico porque ela consegue expressar o potencial e a responsabilidade que os indivíduos que compõem a coletividade têm em suas ações para o redirecionamento dos rumos do desenvolvimento econômico e social.

É acerca disso que passaremos a explicar, e, para tanto, serão necessárias algumas considerações, além de jurídicas, econômicas e ambientais, de ordem filosófica, moral, política.

Primeiramente, cabe fazer uma importante distinção entre Estado Social e Estado de Bem-Estar Social, para que possamos tentar situar o Estado brasileiro adequadamente. O primeiro é aquele que insere em seu ordenamento normas que positivam os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. Seu fundamento ético e político é o mínimo de justiça e igualdade material; já o segundo caracteriza-se por institucionalizar a solidariedade, em busca de atender um critério de bem-estar da maioria da população, o que acaba levando à adoção de políticas paternalistas, assistenciais, gerando cidadãos heterônomos e dependentes. Nas palavras de Adela Cortina,

O sujeito tratado como se fosse heterônimo acaba convencido de sua heteronomia e assume na vida política, econômica e social a atitude de *dependência passiva* própria de um incompetente básico. Certamente reivindica, se queixa e reclama, mas ficou incapacitado para perceber que é ele quem tem de encontrar soluções, porque pensa, com toda a razão, que se o Estado fiscal é dono de todos os bens é dele que se deve esperar o remédio para seus males ou a satisfação de seus desejos.

É possível observar no Brasil algumas das características apontadas pela autora, como as políticas assistenciais e benfeitoras, sem, no entanto, ser possível observar uma contrapartida de ações emancipatórias que tenham um alcance da mesma magnitude, o que realmente prejudica o desenvolvimento de uma consciência ativa dos cidadãos, de sua capacidade de mobilização para intervir no mundo ao seu redor. Esta realidade nos preocupa.

É possível encontrar algumas políticas de educação cidadã na área econômico-fiscal. No Estado do Ceará, por exemplo, existe o Programa de Educação Fiscal, da Secretaria da Fazenda do Estado, que visa a conscientizar, desde a infância, os alunos das redes estaduais e municipais de ensino sobre a importância de se pagar tributos e que estes desempenham importante função social, com a produção de cartilhas e revistas em quadrinhos. O ideal é que ações com este propósito possam crescer e atingir um público-alvo cada vez maior e assim ter uma repercussão significativa no corpo social.

Afinal, vivemos em um momento de crise de valores cidadãos e coletivos, em que é parca a noção de participação ativa na economia. Não obstante, ainda há um fator bastante delicado no andar das coisas: o avanço do neoliberalismo e a ausência de perspectivas de sistema econômico diverso.

José Casalta Nabais também compartilha desta opinião, quando afirma a cidadania econômica, como “contrapeso ao “prejuízo egoísta” com expressão na “força excludente e dominadora do mercado”, se ouve, de novo, o bater das badaladas da “hora dos cidadãos”.

Essa constatação é compartilhada com o filósofo Gilles Lipovetsky, que aponta um número quase irrisório de europeus, apenas 4% dos entrevistados, que estaria disposto a fazer algum sacrifício por seu país em nome da liberdade, da justiça ou da paz.

Neste contexto de desgaste, afirma que o direito e a moral vêm passando por uma reavaliação social, nos seguintes termos:

Ganha força uma nova ética democrática, não mais baseada unicamente no critério do sufrágio universal, mas que incorpora em si também o constitucionalismo e o primado dos direitos do homem, a independência das instituições políticas perante o Estado, a lógica jurídica, como princípios também reguladores da economia e da sociedade

Desta forma, segundo o raciocínio desenvolvido por ele, vivemos o momento de transição de uma cultura individualista irresponsável para o ressurgimento da ética, atendendo a um parâmetro de um individualismo responsável, aonde a responsabilidade relaciona-se com o utilitarismo, significando um dever desonerado da noção de sacrifício, sem intenção de ruptura com o sistema.

Afinal de contas, não é possível viver em uma sociedade na qual para todos só existam direitos, sem que haja a correspondência de uma “face oculta”, ou seja, de deveres jurídicos. Enquanto superdimensionamos a dimensão dos direitos, esquecemos os deveres, o que provoca um desequilíbrio no seio social, especialmente no que diz respeito à questão ambiental.

Assim, constatamos que está na ordem do dia a necessidade de avaliar o conteúdo do dever jurídico de solidariedade, porquanto este tenha uma íntima relação com a garantia de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, bem como conquanto acarrete repercussões significativas na seara econômico-tributária. O que percebemos é que estas noções ainda são pouco difundidas, inclusive na academia, motivo pelo qual a ela nos dedicamos agora, no intuito de contribuir com a sua disseminação, a partir de uma avaliação da importância da doutrina na formação jurídica.

De acordo com José Casalta Nabais, é possível afirmar que a noção de solidariedade possui alguns graus de compreensão. O que se chama de “solidariedade dos modernos” veio a se destacar especialmente após o reconhecimento e a constitucionalização dos direitos ecológicos. Difere da concepção antiga de solidariedade, justamente por aqui se tratar de verdadeiro dever jurídico, e não mais apenas de um princípio moral.

Posteriormente a esta noção inicial da solidariedade como dever jurídico, o referido autor português diferencia outros dois aspectos da solidariedade que a nós serão importantes. Primeiro caracteriza uma manifestação de natureza mutualista, ou seja, “traduzida numa repartição sustentada pela intenção de criar riqueza em comum em matéria de infra-estruturas, de bens e serviços considerados indispensáveis e necessários ao bom funcionamento e ao bom desenvolvimento da sociedade” e, posteriormente, descreve a solidariedade altruísta, aquela da qual nada se espera em troca, sem qualquer conotação remuneratória. Esta segunda visão, para o autor, é o modelo desejado para a atualidade.

Há, por fim, mais duas vertentes: uma seria a vertical, ou paternal, aquela resulta da atuação estatal, e a solidariedade horizontal, ou fraternal, cujos deveres “cabem à

comunidade social ou sociedade civil, entendida esta, com contraposição à sociedade estadual ou política, como a esfera de relações entre os indivíduos. A segunda dimensão do fenômeno é a que está diretamente relacionada a este tópico e a que vem, segundo o referido autor, adquirindo crescente relevo, a partir da constatação de

um certo fracasso da estadualidade social, um fracasso que é resultado tanto dos limites naturais que a escassez de meios coloca à realização estadual dos direitos econômicos, sociais e culturais, como do seu retrocesso atual que o abrandamento do desenvolvimento econômico, de um lado, e o egoísmo pós-moderno, de outro, vieram suportar.

Deste modo, é possível compreender que há uma relação direta entre a solidariedade e o exercício da cidadania no âmbito das relações econômicas e ambientais, através de um ponto de partida a elas comum: a necessidade de participação e articulação da sociedade civil.

Dada esta noção inicial de vinculação destas duas idéias surge a intenção de estudá-las conjuntamente, motivo pelo qual passamos a enumerar os três elementos constitutivos da idéia de cidadania, quais sejam:

1 A titularidade de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade; 2 a pertença a uma determinada comunidade política (normalmente o Estado); 3 a possibilidade de contribuir com a vida pública dessa comunidade através da participação

Observando o desenvolvimento das instituições, o complexo nível de organização social e a expansão do capitalismo, é possível constatar que o exercício da soberania popular e de participação ativa na vida pública contemporânea têm a possibilidade de ultrapassar as tradicionais noções de participação política e legitimamente intervir em outras áreas das relações humanas, alcançando proporções nunca antes vistas. Isto enseja um novo modo de compreender o alcance da cidadania.

Poderíamos citar, assim, de acordo com Adela Cortina, o reconhecimento de cinco dimensões de expressão da cidadania: a política, a social, a econômica, a civil e a intercultural. Destas, a que mais imediatamente interessa neste momento ao nosso objeto de estudo é a dimensão econômica, a qual reflete uma aspiração tanto dos setores mais conservadores quanto dos mais progressistas, a fim de que se torne possível o exercício de uma cidadania econômica e fiscal ativa, que venha a marcar a passagem do tempo dos direitos ao tempo das responsabilidades.

De uma maneira geral, é possível afirmar que os membros da coletividade ainda não despertaram para a dimensão econômica de sua cidadania. É possível sentir isto empiricamente, basta olhar ao nosso redor. Pelo fato de esta percepção gerar inquietação, ela também passou a ser objeto de investigação científica.

Nas palavras de Adela Cortina: “Em princípio, existe uma consciência muito fraca, pra não dizer nula, de que os “habitantes” do mundo econômico são cidadãos do mundo econômico. [...] os *afetados pelas decisões nelas tomadas são “seus próprios senhores e não súditos”*”.

Nesta perspectiva, Adela Cortina identifica algumas diretrizes que se identificam com a descrição de Casalta Nabais da dimensão mutualista da solidariedade, como, por exemplo: a necessidade de as empresas se reconhecerem como unidades participantes e responsáveis pelo desenvolvimento da atividade empresarial de maneira humanizada, através da aplicação do diálogo conciliador na busca de interesses universalizáveis e do fomento à cultura de cooperação, em vez da cultura do conflito entre diferentes categorias hierárquicas.

Manifestando-nos especificamente acerca das preocupações com o meio ambiente, por se tratar da proteção de um bem que envolve a atenção de múltiplos setores, exige o desenvolvimento de valores mais solidários e coletivos, que, em nossa compreensão, abarcariam também a necessidade da solidariedade altruísta, tendo em vista que nem sempre é possível auferir grandes vantagens pecuniárias quando se trata de concretizar o direito à qualidade de vida, em si inspirador preocupações como a água, as reservas florestais, a atmosfera, dentre outros bens naturais.

Gilles Lipovetsky, ao tecer considerações acerca do comportamento moral dos indivíduos relativamente ao dever de preservação ambiental face aos hábitos econômicos, dispara:

A moral ecológica no dia-a-dia é minimalista; não prescreve nenhuma auto-renúncia, nenhum sacrifício supremo, somente não desperdiçar; consumir um pouco mais ou um pouco menos [...] O consenso ecológico de nenhum modo tolheu a corrida ao crescimento e ao consumo individualista, mas gerou uma eco-produção associada a uma ecologia de consumo.

A partir dessas colocações, achamos necessário observar que, de fato, compreendemos a importância de se investir em eco-produção, eco-turismo, bem como buscar consumir produtos fabricados com tecnologia de menor potencial lesivo ao meio ambiente, estimular socialmente a adoção de produtos ambientalmente adequados, como o consumo de alimentos orgânicos, redução de utilização de sacolas plásticas, implementação de coletas seletivas de lixo em condomínio, dentre outras medidas.

No entanto, apesar de considerarmos todas estas ações como necessárias, posto que configuram verdadeiros avanços do ponto aonde estamos, fazem todo o sentido as palavras de Fátima Portilho:

Paradoxalmente, enquanto os paradigmas vigentes nas sociedades industrializadas de consumo eram apontados como a causa primeira da problemática ambiental, o consumo verde, ao contrário de promover um enfrentamento, atenderia à continuidade dos privilégios das sociedades afluentes, dando continuidade à sacralização da Sociedade de Consumo e favorecendo a expansão do capitalismo predatório. Isso tudo leva a crer que bastariam algumas, comparativamente, pequenas mudanças e tudo estaria bem. Além disso, o consumo verde atacaria somente uma parte da equação – a tecnologia – e não os processos de produção e distribuição, além da cultura do consumo propriamente dita.

Esta visão do consumo verde, unicamente, também não será suficiente para adequar o objetivo fundamental da República, que se diga de passagem, também é um objetivo da ordem econômica, de “redução das desigualdades sociais e regionais”, de democratização da qualidade de vida e dos bens de consumo mais essenciais, sem que

haja uma necessária redução no padrão de consumo das classes mais abastadas da sociedade.

Assim, para o desenvolvimento de uma cidadania econômica responsável, é preciso superar o antropocentrismo, que considera a vida não humana apenas como um instrumento a nos servir, que poderá ser explorado até a medida em que nos seja conveniente e ampliar a percepção de que nós fazemos parte desta natureza.

Enquanto não houver essa mudança de pensamento em nível individual, provavelmente não teremos meios suficientes para cumprir o nosso desafio de preservação do meio ambiente para as gerações futuras.

É necessário um trabalho de expansão de consciência acerca dos nossos hábitos pessoais e realmente repensar acerca do nosso modo de viver, de se organizar na família e na sociedade. É um grande desafio a todos, porque implicará em reeducar-se, em reorganizar hábitos, como o consumo e a nossa relação com os objetos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu analisar aspectos econômicos relacionados ao direito fundamental ao meio ambiente, a partir da característica de notadamente difusa de sua titularidade.

Assim, entendemos que deve ser superada a dicotomia entre direito público e privado, principalmente no que diz respeito aos deveres de proteção ambiental, posto que essa separação somente atrapalha o reconhecimento da responsabilidade dos dois setores, conquanto um culpa o outro por suas faltas, sem esquecer que aquele dever é igualmente de ambos.

Verificamos a importância das políticas de intervenção no domínio econômico, mais especificamente as de tributação ambiental, que, no Brasil, ainda são incipientes, mas já apresentam resultados estimulantes.

Quanto à possibilidade de uma reforma tributária, sugere-se a inclusão de dispositivos constitucionais relativos ao meio ambiente no título específico do sistema tributário nacional. Não que atualmente os intérpretes das normas tributárias já não devam obedecer ao princípio do art. 170, VI, mas, certamente, fortaleceria essa obrigação dos legisladores e gestores públicos.

Como se viu, nem tudo será intervenção econômica ou atribuição do Estado. Há que se ter cautela com o modelo do Estado de Bem-Estar Social, posto que é possível que acomode os seus cidadãos, a ponto de não compreenderem a sua responsabilidade em preservar o meio ambiente, achando que tudo deve ficar a cargo do ente estatal. Da mesma forma, o neoliberalismo avança e traz seus aspectos negativos de fetichismo material, da cultura do consumo, de forma tão forte que chega a provocar descrença quanto a outro tipo de organização econômica menos predatória. Assim, ao próprio

Estado deve caber uma tentativa de reversão destes danos, através de políticas de educação e conscientização sobre o exercício da dimensão econômica da cidadania.

Isto traz uma grande responsabilidade e novos desafios. Um aspecto que merece relevo é o reconhecimento do dever jurídico de solidariedade social e do dever fundamental de pagar impostos, tendo em vista a sua importância para a concretização dos fins a que se propõe o Estado.

A partir desta perspectiva se pode atribuir às empresas uma atuação ética e não somente preocupada com bons resultados financeiros, assim como o reconhecimento da importância da organização da sociedade civil em mobilizações sociais, do cidadão enquanto consumidor consciente.

Uma das estratégias pensadas para diminuir o problema do meio ambiente seria o estímulo ao consumo verde. No entanto, há críticas a este comportamento, posto que só haveria interferência na esfera de produção, continuando o restante do ciclo da mercadoria igualmente danoso ao meio ambiente.

No mais, essa estratégia não repara o problema do culto exagerado ao consumo, nem interfere de forma mais profunda no centro do problema ambiental. Isto segue o parâmetro de uma ética indolor do nosso tempo, que não admite sacrifícios para a preservação ambiental, a não ser pequenas e cômodas atitudes que não interfiram de forma significativa no modo de vida das pessoas, ou na organização dos meios de produção.

Acreditamos, por fim, que neste trabalho compilamos diversas formas de se pensar acerca de alternativas para auxiliar a solucionar os problemas ambientais. No entanto, nenhum deles isoladamente será suficiente.

O que há, na verdade, é uma necessidade de se repensar o padrão ético, de se respeitar a dignidade da vida em todas as suas expressões. Isto implica em revisitar a integração do ser humano com a natureza de uma maneira geral e colocar as relações econômicas em sua posição legítima de instrumentalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: [HTTP://www.mma.gov.br/ascom/ultimas/index.cfm?id=4493](http://www.mma.gov.br/ascom/ultimas/index.cfm?id=4493). Acesso: 25.11.2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. *In Direito constitucional ambiental brasileiro*. J.J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (org). São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 13 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BORON, Atílio A. Os “novos Leviatãs” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. *In Pós-neoliberalismo II: Que Estado para que democracia?* Emir Sader e Pablo Gentili (org). 4 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MORATO LEITE, José Rubens (org). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTE, Denise Lucena; MENDES, Ana Stela Vieira. Constituição, sistema tributário e meio ambiente. **Revista Nomos**. v. 28.2. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2008, p. 29-39.

CEARÁ. Governo do Estado. Secretaria da Fazenda. http://www.sefaz.ce.gov.br/content/aplicacao/internet/programas_campanhas/gerados/projeto_apresentacao.asp. Acesso: 28.04.2009.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**. Para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Trad. Silvana Corbucci Leite.

JACCOUD, Cristiane Vieira. **Tributação ambientalmente orientada**: instrumento de proteção ao meio ambiente. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_tribut_cristiane_v_jaccound.pdf. Acesso: 05.12.2008.

JURAS, Ilidia da A. G. Martins e ARAÚJO, Suely M. V. Guimarães de. **Considerações sobre reforma tributária e meio ambiente**. 2003. Disponível em http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/2003_1325.pdf. Acesso: 05/12/2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri: Manole, 2005.

LOUREIRO, Wilson. **O ICMS ecológico nos estados brasileiros**. *In* Audiência Pública sobre o ICMS Ecológico, Assembléia Legislativa do Ceará. Arquivo em vídeo da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 14 de Agosto de 2007.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina. 1998.

_____. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In* **Solidariedade social e tributação**. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord). São Paulo: Dialética, 2005.

MENDES, Ana Stela Vieira. **O ICMS ecológico como instrumento de preservação do meio ambiente**: a experiência nos Estados brasileiros e perspectivas de implementação no Ceará. Monografia de conclusão de curso. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2007.

MOTTA, Ronaldo Seroa da.; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de; MARGULIS, Sérgio. **Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária brasileira**.

Rio de Janeiro: IPEA, 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td0738.pdf. Acesso: 03/12/2008.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.

PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. Versão digitalizada. Disponível em http://www.4shared.com/get/63599169/a8ec5832/HISTRIA_ECONMICA_DO_BRASIL_-_Caio_Prado_Junior.html. Acesso: 03/12/2008.

SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. *In Direito constitucional ambiental brasileiro*. J.J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (org). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

Conforme documento do Greenpeace no Brasil entregue ao Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva. Disponível em <http://www.greenpeace.org/brasil/documentos/amazonia/carta-ao-presidente-da-rep-bli>. Acesso: 25.11.2008.

Dados oficiais do Ministério do Meio Ambiente do Brasil. Disponível em: <HTTP://www.mma.gov.br/ascom/ultimas/index.cfm?id=4493>. Acesso: 25.11.2008.

Apesar de nos afetar incisivamente, insistimos que esse não é um problema exclusivo do Brasil. Isso porque a poluição tornou-se um fenômeno mundial, que aponta para uma crise ambiental sem precedentes na história. Mas este problema não será aprofundado aqui, merece estudos apropriados.

PIGOU, John. **The economics of welfare**. 4 ed. London: Macmillan, 1952.

Conforme defende J. J. Gomes Canotilho, na obra **Direito constitucional ambiental brasileiro**. J.J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (org). São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 13 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 51-52.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**. Para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Trad. Silvana Corbucci Leite, p.61.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 47.

BENJAMIN, Antônio Herman. *In* **Direito constitucional ambiental brasileiro**. J.J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (org). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

BORON, Atílio A. Os “novos Leviatãs” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. *In* **Pós-neoliberalismo II: Que Estado para que democracia?** Emir Sader e Pablo Gentili (org). 4 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 9-11.

MOTTA, Ronaldo Seroa da.; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de; MARGULIS, Sérgio. **Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td0738.pdf. Acesso: 03/12/2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. Daniel Sarmiento (org), prefácio, p. ix.

V. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. Daniel Sarmiento (org), prefácio, p. xiv.

Este tema é bem desenvolvido por autores como Leonardo Boff, Plauto Faraco de Azevedo e Nancy Mangabeira Unger.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

Cf. MOTTA, Ronaldo Seroa da.; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de; MARGULIS, Sérgio. **Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td0738.pdf. Acesso: 03/12/2008.

idem.

idem.

idem.

Conferir mais detalhes na obra quase homônima de NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina. 1998, p. 216.

Esta pergunta nos foi dirigida pelo Professor Hugo de Brito Machado, num de nossos encontros no Curso de Mestrado na Universidade Federal do Ceará e nos levou a essas reflexões.

Cf. Já tratamos com maior profundidade desse assunto em outros estudos: MENDES, Ana Stela Vieira. **O ICMS ecológico como instrumento de preservação do meio ambiente**: a experiência nos Estados brasileiros e perspectivas de implementação no Ceará. Monografia de conclusão de curso. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2007; e CAVALCANTE, Denise Lucena; MENDES, Ana Stela Vieira. Constituição, sistema tributário e meio ambiente. **Revista Nomos**. v. 28.2. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2008, p. 29-39.

Wilson Loureiro, engenheiro florestal que trabalha com o ICMS Ecológico no Paraná, forneceu os seguintes resultados em seu Estado. De 1991, ano de implementação do tributo ambiental, até junho de 2007:

a) o total de áreas protegidas no Estado teve um crescimento de 163%, representando, em números, um salto de 792.772,81 para 2.084.971,06 Km². Inclusive, estima-se que, atualmente, cerca de 40% dos Municípios paranaenses têm a verba proveniente do ICMS Ecológico como fundamental para o bom funcionamento de suas administrações;

b) os critérios avaliados propiciam um diagnóstico verossímil em relação à situação ambiental dos Municípios, evitam troca de favores políticos e geram uma aproximação do ideal de justiça fiscal, visto que só se beneficiam do repasse os Municípios que efetivamente vêm procurando investir no desenvolvimento do meio ambiente;

c) para tornar esse investimento possível, há uma reorientação das políticas públicas dos Municípios interessados, que ocasiona a modernização institucional e até mesmo permite a capacitação de pessoas das comunidades tradicionais para o trabalho e para a educação ambiental;

d) o embelezamento dos Municípios, o desenvolvimento do turismo local e a melhora da auto-estima de seus habitantes, bem como mudança da mentalidade de descrença e ceticismo quanto ao futuro; *In* LOUREIRO, Wilson. **O ICMS ecológico nos estados brasileiros**. *In* Audiência Pública sobre o ICMS Ecológico, Assembléia Legislativa do Ceará. Arquivo em vídeo da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 14 de Agosto de 2007.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. op. cit. p. 84-85.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. op. cit. p. 86.

JACCOUD, Cristiane Vieira. **Tributação ambientalmente orientada**: instrumento de proteção ao meio ambiente. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_tribut_cristiane_v_jaccound.pdf. Acesso: 05.12.2008.

MOTTA, Ronaldo Seroa da.; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de; MARGULIS, Sérgio. **Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td0738.pdf. Acesso: 03/12/2008. e JURAS,

Ilidia da A. G. Martins e ARAÚJO, Suely M. V. Guimarães de. **Considerações sobre reforma tributária e meio ambiente**. 2003. Disponível em http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/2003_1325.pdf. Acesso: 05/12/2008.

PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. Versão digitalizada. Disponível em http://www.4shared.com/get/63599169/a8ec5832/HISTRIA_ECONMICA_DO_BRASIL_-_Caio_Prado_Junior.html. Acesso: 03/12/2008.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**. Para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Trad. Silvana Corbucci Leite, p. 51-76.

CORTINA, Adela. op. cit., p. 64.

CEARÁ. Governo do Estado. Secretaria da Fazenda. http://www.sefaz.ce.gov.br/content/aplicacao/internet/programas_campanhas/gerados/projeto_apresentacao.asp. Acesso: 28.04.2009.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In Solidariedade social e tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord). São Paulo: Dialética, 2005, p. 124.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri: Manole, 2005, p. 180 e ss.

idem, p. 183.

idem, passim.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. *In Solidariedade social e tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord). São Paulo: Dialética, 2005, p. 111-113.

idem, p. 114.

idem, p. 114.

idem, p.114-115.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In Solidariedade social e tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord). São Paulo: Dialética, 2005, p. 115.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In Solidariedade social e tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord). São Paulo: Dialética, 2005, p. 119.

CORTINA, Adela. op. cit., p. 77.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**. Para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Trad. Silvana Corbucci Leite, p.78-79.

Idem, passim.

idem, p. 195.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri: Manole, 2005, p. 195, 196.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 119.

**A GARANTIA INSTITUCIONAL DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO
ECONÔMICO MODERNO: ANÁLISE DA POSIÇÃO DOMINANTE E ABUSO
DE POSIÇÃO DOMINANTE.**

**THE INSTITUTIONAL GUARANTEE OF COMPETITION IN MODERN
ECONOMIC LAW: ANALYSIS OF DOMINANCE AND ABUSE OF
DOMINANT POSITION**

Kátia Alessandra Pastori Terrin

RESUMO

A posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de desempenhar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado. Nos termos da Lei n. 8.884/94, a posição dominante de mercado é “presumida” quando uma empresa ou grupo de empresas controla vinte por cento de mercado relevante. A maioria dos casos de abuso de posição dominante no Brasil envolve algum tipo de conduta cujo efeito ou objetivo é excluir concorrentes do mercado ou impedir que outras empresas entrem em concorrência com a empresa dominante. Neste prisma, passa-se a analisar a garantia institucional da Concorrência, identificando, punindo e reprimindo as práticas abusivas de posição dominante, buscando a proteção da ordem econômica constitucionalmente tutelada.

PALAVRAS-CHAVES: POSIÇÃO DOMINANTE. ABUSO. CONCORRÊNCIA. ORDEM ECONÔMICA.

ABSTRACT

The dominant position is a consequence and, at the same time, it is identified by the power detained by the agent, in the market, which secures the possibility to act an independent and indifferent behaviour regarding other agents, impervious to the laws of market. In having of the Law n. 8.884/94, the dominant position of market is "presumed" when an enterprise or group of enterprises controls twenty per cent of relevant market. Most of the cases of abuse of dominant position in Brazil wrap some type of conduct which effect or objective is to exclude contestants of the market or to prevent other enterprises from entering in competition with the dominant enterprise. In this prism, it passes analysing the institutional guarantee of the Competition, identifying, punishing and repressing the abusive practices of dominant position, looking for the protection of the constitutionally protected economical order.

KEYWORDS: DOMINANT POSITION. ABUSE. COMPETITION. ECONOMICAL ORDER.

INTRODUÇÃO

Urge inicialmente colocar a ressalva de que o estudo da teoria econômica levado a efeito no presente trabalho tem por escopo abstrair noções e conceitos fundamentais, sem os quais não seria possível dar adequada análise à disciplina jurídica do direito da concorrência.

Partindo-se de uma construção do direito da concorrência como garantia institucional, busca-se por meio do presente, demonstrar o verdadeiro significado da existência de concorrência, observando a necessidade de se estabelecer procedimentos no campo econômico, a fim de que esta instituição seja resguardada.

Parte-se, portanto, para a análise de alguns dos ilícitos de dominação de mercado, tal qual a posição dominante e seu abuso, buscando-se, dessa forma, chegar a uma maior compreensão da ordem econômica, com vistas à estruturação de mercado, mormente, no que tange ao direito concorrencial.

1 Posição dominante e o abuso de posição dominante

A posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.

A dificuldade em se determinar a existência de posição dominante deve partir da consideração de que a diferença entre um mercado concentrado e um mercado competitivo é questão apenas de grau. Não há método de interpretação jurídico ou fórmula matemática que possa levar a uma conclusão segura sobre a existência de posição dominante em um determinado mercado, não obstante a tentativa dos economistas nesse sentido.

A posição dominante é um fato que necessita de uma análise minuciosa para sua constatação. Uma empresa tem de comportar-se independentemente dos seus concorrentes, dos seus fornecedores e dos seus clientes, na definição da sua estratégia comercial.

Significa que ao tomar decisões em termos de política comercial, a empresa ocupa uma posição no mercado de tal relevância que não tem de se preocupar com a reação dos outros agentes econômicos.

Uma quota de mercado significativa indica freqüentemente uma posição dominante: o que importa determinar é se uma empresa detém poder de mercado. Neste sentido, uma

posição dominante permite a uma empresa exercer unilateralmente o seu poder de mercado.

Cumpra aqui esclarecer ainda que a posição dominante não configura um ilícito concorrencial, mas sim o seu abuso, conforme será melhor explanado no decorrer do estudo.

Inicialmente, destaca-se que a compreensão tradicional de negociação compulsória exclusivamente como um ilícito de abuso de posição dominante baseia-se, também, em uma errônea compreensão do significado do abuso de posição dominante. (SALOMÃO, 2003, p. 219)

Geralmente, do requisito de poder no mercado neoclássico chega-se à caracterização da negociação compulsória como abuso de posição dominante, afirmando-se que esse ilícito é caracterizado pela busca de maximização de lucros (Teoria Neoclássica) e que isso pode ser obtido através do transporte do poder no mercado (Teoria Clássica) que leva à cobrança de preços de monopólio.

2 O poder econômico e sua caracterização

Ao abordar o conceito de abuso do poder econômico, torna-se necessário, preliminarmente, dar atenção a dois conceitos jurídicos básicos, quais sejam as noções de mercado relevante e de posição dominante, posto que se faz necessário investigar a própria existência de poder econômico, para então examinar, sob o prisma jurídico, o caráter regular ou abusivo de seu exercício.

Necessário, ainda, tratar do conceito de abuso de poder econômico, compreendendo-se, funcionalmente o fato juridicamente regulado, o que determina uma melhor compreensão do instituto em questão.

2.1 Mercado relevante

Quando se fala em normas e medidas de proteção à concorrência, há que se levar em conta que para se saber se determinado ato é, ou não, violador desta protegida competição, é necessária a utilização de alguns critérios de avaliação que sirvam como norteadores. Um destes critérios é a aferição do mercado relevante.

A Lei 8.884/94 faz constantes referências ao poder de mercado da empresa, e ao se falar de mercado é indissociável a idéia de território, como medida deste mercado, sendo a área sujeita a atuação e influência de determinados agentes econômicos.

Em sua dimensão abstrata, a palavra mercado expressa permutação ou troca de produtos ou valores; o comércio, ou a relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens e serviços. Ou ainda, o conjunto de pessoas ou empresas que oferecendo ou procurando bens e serviços, determinam o surgimento desta relação. (VARELLA BRUNA, 2001, p. 74).

Neste contexto, mercado significa uma relação, por meio de atitudes e fatos coordenados, configurando certa concentração de ofertas e procura.

Segundo o autor Sérgio Varella Bruna, no sistema capitalista e globalizado da atualidade, o mercado é o grande responsável pela orientação do emprego de recursos produtivos. E é tido como um sistema, onde se realizam as forças de toda a sociedade, dentro de um espaço econômico. (2001, p. 75).

Mercado relevante, portanto, é o âmbito de atuação de determinados agentes econômicos, tanto do ponto de vista territorial quanto do material, ou seja, importa a aferição do espaço, e do segmento da atividade explorada. Assim, é possível que o mercado relevante se limite a uma cidade, a um estado, região ou país, até mesmo eventualmente, em caráter internacional. Podemos dizer que o espaço territorial e o objeto são medidas do mercado relevante.

Ainda assim, é necessário se delimitar o aspecto material de atuação do agente, isto é, o ramo seja ele qual for, desde que, obviamente, lícito: chocolates, cervejaria, medicamentos, etc. Após, há que se determinar o âmbito territorial que este fornecimento de produtos ou serviços alcança, o que é de extrema importância, principalmente diante de um país de extensas dimensões territoriais, cujos costumes e tradições regionais se diversificam intensamente.

Assim sendo, ao se analisar os efeitos da repressão aos abusos do poder econômico, não se pode pensar em um único mercado, mas em vários, que se interrelacionam, em maior ou menor grau.

E esta análise se faz perceptível face o problema concorrencial já que importa verificar quais os produtos que concorrem entre si, compondo um mercado apartado, e qual mercado deve ser considerado relevante para este fim.

Observa-se ainda que, ao se analisar a questão de mercados relevantes e a posição dominante, faz-se necessário abarcar questões relacionadas à Livre Iniciativa como pressuposto da Ordem Econômica, constitucionalmente tutelada.

Portanto, o interesse público busca, por meio da proteção da concorrência, primar pelo bem-estar social e desenvolvimento econômico.

Ademais, se por um lado, a política de concorrência visa ajustar o comportamento dos agentes de mercado para preservar o preceito constitucional da livre iniciativa e livre concorrência, por outro, a política de governo usa dos seus inúmeros instrumentos administrativos, que vão desde a negociação direta, como no caso, até a edição de normas, visando criar situações distintas de tratamento entre esses agentes, interferindo assim no curso normal da economia.

Já há alguns anos tem se verificado o crescimento da realização de atos de concentração empresarial, especialmente fusões e incorporações. Tal fato, que algumas vezes atinge repercussão nacional pelo porte das sociedades envolvidas, pode visar vários objetivos, como por exemplo, a recuperação econômica de duas empresas deficitárias, o fortalecimento da cadeia produtiva de ambas ou de uma delas, o mercado distribuidor, acesso a insumos, dentre tantas outras motivações.

Ao longo da história, as sociedades empresárias se utilizam para unir forças, ou tão somente expandir a qualidade/quantidade de sua atividade, tem como fonte principal o período pós Revolução Industrial, mormente no início do Século XIX. Com a crescente massificação do capitalismo, inclusive na seara cultural, houve por consequência, um maior despertar do empreendedor para as possibilidades concentracionistas, não somente pela própria autofagia verificada no seio do próprio mercado, mas também em razão de um mútuo interesse das sociedades empresárias, que em determinadas circunstâncias econômicas, se voltam a unir forças objetivando simplesmente melhoria nos resultados, ou mais diretamente a própria dominação do mercado. (FARIA, 2004)

Mais recentemente, com o fenômeno da globalização, principalmente com a formação de blocos econômicos multinacionais, favoreceu-se o interesse das companhias e grandes corporações em efetivar atos de concentração. Exemplos como a União Européia e o Mercosul, dentre outros, tem gerado inúmeras operações societárias de fusão e incorporação de modo a maximizar os lucros e reduzir custos de produção e logística.

Portanto, em razão das relevantes repercussões econômicas e sociais que este fenômeno crescentemente vinha ocasionando, houve o despertar do interesse estatal em regulamentar tais operações.

E a tendência desta atividade legiferante do Estado se exteriorizou em duas frentes: por um lado, a de incentivador do fortalecimento das empresas permitindo que elas atingissem um crescimento e a grandiosidade necessária a alimentar a economia; e de outro lado, a de agente coibidor dos excessos, intervindo no âmbito econômico, de modo a assegurar um mercado vivo, que não fosse estático.

Esta intervenção do Estado nas questões de ordem econômica se deu, mormente com o advento da atual Constituição Federal, em 1988, quando houve a sedimentação, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, assim dispondo no artigo 170.

[1]

O texto da atual Carta tem conteúdo de predominância neoliberal, na medida em que, a um só tempo, exalta a livre iniciativa e propriedade privada, e estabelece princípios como os do caput e dos incisos III ao IX do artigo supra transcrito, resultando em contra pesos fundamentais que tornam ilegítima a instituição de uma empresa com exclusivo objetivo de obtenção de lucro, ainda que em detrimento de fatores externos que não podem estar em desarmonia.

Diante do panorama legislativo atual no Brasil, temos que a proteção da concorrência, em cotejo com a livre iniciativa, atinge a dois espectros diversos, quais sejam: a concorrência desleal; e o abuso de poder econômico (infração à ordem econômica), sendo este último, objeto específico do estudo.

2.2 A posição dominante: Mercado e poder

Aos olhos da doutrina liberal clássica, mercado e poder econômico são noções antitéticas. Na concepção clássica de mercado, pressupunha-se uma estrutura atomizada, onde nenhum dos agentes teria o poder de determinar o conteúdo ou forma das relações econômicas.

Nesta concepção, desenvolveu-se um modelo teórico pautado nos princípios da igualdade formal e da liberdade de contratar, sendo que este modelo construído pressupunha o exercício de ganâncias individuais para se buscar o bem comum, negando o poder econômico. (GRAU, 2004, p. 41)

A preocupação com o controle do poder econômico em defesa dos mecanismos de mercado está na gênese da disciplina antitruste no Brasil. Invocando-se os ensinamentos desta teoria, Modesto Carvalhosa (1967, p.2), define o poder econômico como capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado.

Vê-se, portanto, que a noção de poder econômico traz em si a antítese do modelo de concorrência perfeita. Assim sendo, o mercado é completamente alheio e independente em relação ao indivíduo, apresentando-lhe apenas a decisão de inserir ou não neste mercado.

Destarte, ao se analisar a conceituação de poder econômico como a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, ou seja, fundamentalmente a capacidade de controlar preços, importa agora verificar qual o montante do poder econômico necessário para assumir relevância sob o ponto de vista do Direito Econômico.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. MAGNITUDE DA LESÃO. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. A prisão preventiva não deve, em princípio, ser decretada unicamente em virtude da magnitude da lesão financeira (Lei nº 7.492/86 - art. 30), dissociada do sentido usual de cautelaridade das prisões provisórias, sob pena de transformar-se numa antecipação dos efeitos da condenação, em maltrato ao princípio constitucional da presunção de inocência (CF - art. 5º, LVII). 2. O preceito do art. 30 da Lei nº 7.492/86 ("... a prisão preventiva do acusado pela prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.") deve ser interpretado sistematicamente com os arts. 20 e 86 da Lei nº 8.884/94 (Lei antitruste): aquele, enumerando as infrações da ordem econômica; e, este, dando nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal, para contemplar a prisão preventiva também como "garantia da ordem econômica". 3. Não

basta, portanto, a magnitude da lesão, senão que a conduta do acusado, vista objetivamente dentro das circunstâncias dos autos, tenha aptidão para comprometer a segurança ou a credibilidade do sistema financeiro (garantia da ordem econômica), via de regra na esteira dos núcleos do art. 20 da Lei nº 8.884/94: falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, propiciar a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição de dominação. 4. Concessão da ordem de habeas corpus. (TRF 1ª R.; HC 200301000345132; MT; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Plauto Ribeiro; Julg. 09/12/2003; DJU 30/01/2004; Pág. 11) (Publicado no DVD Magister nº 17 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

2.3 Noção jurídica de posição dominante

Primeiramente cumpre estabelecer que na análise da evolução legislativa, observa-se que a Lei 4.137/62 não fez menção à expressão “posição dominante”.

Em princípio, procurou-se definir o termo como abuso de poder econômico e o fato de dominar mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência, através de determinadas práticas elencadas naquela lei.

Contudo, é importante destacar que o conceito de posição dominante deve ser analisada partindo-se da observância do que venha a ser mercado relevante, posto que a partir desta análise chegar-se-á a uma conceituação mais fiel possível do instituto para fins acadêmicos.

Destaca-se que foi com base no Tratado de Roma, da Comunidade Econômica Européia, firmado em 1957, que a legislação brasileira se pautou para adotar o conceito de posição dominante. Referido tratado qualifica de incompatível com o mercado comum o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição de poder em relação ao mercado definido segundo características dos produtos dele integrantes, e segundo seus limites geográficos. (VARELA BRUNA, 1997, p. 108)

Como se percebe, na Comunidade Européia, a caracterização da posição dominante pode decorrer de várias circunstâncias.

Na legislação brasileira, o conceito de posição dominante foi expressamente adotado na Lei 8.884/94, não obstante a influência européia anterior, atraindo a atenção da doutrina brasileira para o tema.

Assim sendo, conceitua-se posição dominante como a detenção por determinada entidade econômica de tal quantidade de produtos, a ponto de exercer no mercado uma grande influência para a determinação de preços. (CARVALHOSA, 1967, p.8)

Portanto, a empresa revestida de poder econômico, ao encontra-se em uma posição dominante tem, mais do que em qualquer outra circunstância, uma capacidade decisória que transcende às leis concorrenciais.

3 Posição Dominante e a Lei 8.884/94

A Lei 8.884/94 qualificou como infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante. No que se refere ao conceito de posição dominante, o artigo 20, § 2º, trouxe a seguinte definição:

“Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.”

Admite, assim, a lei, a existência da posição dominante coletiva, já que se refere à empresa ou grupo de empresas.

Mais adiante, o parágrafo 3º, do mesmo artigo, estabelece a presunção de que o controle de parcela substancial de mercado relevante configura-se quando a participação de uma determinada empresa no mercado seja de ordem de vinte por cento, *in verbis*:

“A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)”

A definição legal, no entanto, não traz sem si todos os elementos necessários à compreensão do que seja posição dominante no Direito brasileiro. Refere-se à posição dominante como sendo o controle de parcela substancial de mercado relevante, presumindo existir tal controle quando haja participação de mercado na ordem de vinte por cento.

Contudo, não é suficiente, já que a presunção, isoladamente, apesar de poder apresentar alguma utilidade prática, não revela em si o que venha a ser o controle de mercado.

A posição dominante deriva, portanto, não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite independência e indiferença em relação ao comportamento dos demais agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais.

Dessa forma, deve-se levar em conta uma série de circunstâncias a fim de que se reste caracterizado ou não infração à ordem econômica. Como exemplo, cita-se a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que ante a pluralidade de mercado, e diversidade ao consumidor, não restou configurada a infração, pelo simples fato da fixação de tabela de honorários profissionais como referência. Estando esta em perfeita regularidade e ser plenamente constitucional.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (LEI N. 8.884/94, ART. 20). TABELAMENTO DE PREÇOS DE SERVIÇOS MÉDICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Consoante disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante. 2. O art. 21 do mesmo diploma legal enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, "na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos", entre as quais obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II). 3. Não configura infração à ordem econômica a simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a "conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes". 4. A fixação de tabela de honorários profissionais como referência, não compulsória, notadamente em um mercado plural e diversificado, é regular e constitucional. 5. Apelação e remessa oficial desprovidas. [2]

Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mensurar seu poder, ou seja, sua "market power", porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegure a posição dominante.

Esse problema encontra-se devidamente equacionado na lei de proteção da ordem econômica. Com efeito, a conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 diz ser presumida a existência de posição dominante nos casos em que a parcela do mercado relevante detida pelo agente for da ordem dos 20%.

Assim, não obstante esses dispositivos demonstrem que a lei optou pelo critério da "parcela de mercado", ao mesmo tempo é acolhido o critério do "poder de mercado".

Neste sentido é, pois, a constatação de que a presunção estabelecida no § 2º é relativa, *iuris tantum*. Ou seja, comprovado que o agente econômico detém e abusa de poder que lhe garante a posição dominante, ainda que não detenha 20% do mercado, seu comportamento poderá vir a ser condenado.

E, ao contrário, nos casos em que o agente econômico detenha mais de 20% do mercado, necessariamente não há infração. Claro, na medida em que este percentual cresce, há uma aproximação entre a parcela de mercado e o poder de mercado que detém.

De forma sumária, pode-se dizer que posição dominante é aquela que confere a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume de oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporciona elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante. (VARELLA BRUNA, 2001, p.115)

Denota-se, no entanto, como anota a doutrina, a necessidade da convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para que se constate que o poder por ele detido é apto a lhe assegurar uma posição dominante.

A lei brasileira é, felizmente, bastante aberta a todos esses fatores, de maneira a se constituir em eficaz instrumento, inclusive, para internalização em processos decisórios de teorias econômicas atualmente em voga.

Assim sendo, as vantagens competitivas são naturais. Se há maior eficiência não se há de punir, conforme preconiza o parágrafo primeiro do artigo 20:

"A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II" (inciso II - dominar mercado relevante de bens ou serviços).

Mas a concorrência, ainda que lícita, pode prejudicar alguns agentes econômicos, e aqui se instaura a questão acerca do abuso de poder dominante, conforme será mais bem explicitado a seguir

4 Abuso de posição dominante e a garantia institucional da concorrência.

A Constituição Federal estruturou a economia brasileira pelo princípio da livre concorrência e livre iniciativa. Logo, admite a generalidade das práticas empresariais voltadas à conquista de mercados, ainda que derivadas do exercício do poder econômico.

O problema que se coloca diz quanto ao momento em que o agente econômico ultrapassa a fronteira do regular uso do poder econômico (licitude) e ingressa no uso abusivo deste poder (ilicitude). Ou seja, o poder econômico não é em si ilícito. Ao contrário, é instrumento normal ou natural da produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado.

A consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica, seja atuando para preservar a própria livre concorrência, como agente repressor dos abusos de poder econômico. (GRAU, 2004)

Para bem compreender o artigo 173, parágrafo 4º da Constituição Federal não basta ater-se à sua parte final. A permanência no texto constitucional da locução “abuso de poder econômico” não permite considerá-lo um mero elemento de ligação aos valores que devem ser protegidos. (SALOMÃO, 2003, p. 108)

Nota-se que a defesa da concorrência é uma garantia institucional prevista na própria Carta Magna, exigindo-se uma atuação do Estado no sentido de garantir a correta atuação do mercado.

A existência de poder econômico não é incompatível com a ordem das coisas. Sua ilicitude somente ocorrerá quando houver abusividade em seu exercício, ou seja, na medida em que venha a ser desrespeitada a função que lhe é atribuída pela ordem jurídica: servir de instrumento na perseguição do desenvolvimento e da justiça social.

Assim sendo, tratando-se de uma garantia institucional, e não de um direito subjetivo individual ou de grupo, importa garantir a instituição contra potenciais efeitos lesivos.

Portanto, é preciso que a punição a abusos de posição dominante, que possam ferir a ordem concorrencial, se faça a partir de critérios objetivos, e a partir de análises dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico protegido.

É cediço na doutrina e mesmo na jurisprudência comparada, a classificação dos diversos tipos de negociação compulsória como um abuso de posição dominante.

O poder de mercado, no sentido neoclássico, não é requisito necessário nem suficiente para a caracterização do ilícito. O poder econômico pode ser também utilizado estrategicamente, para construir mais poder naquele mercado ou ainda criar outro mercado.

Dessa forma, o ilícito “abuso de posição dominante” não prescinde da existência, ao menos potencial, de um resultado econômico.

A utilização do princípio geral que condena o abuso de direito, na mensuração de licitude do uso do poder econômico, importaria na análise de adequação ou reprovabilidade da conduta.

Haveria ilicitude se o poder econômico fosse utilizado de forma não adequada, reprovável, ilegítima ou tida como tal, rompendo o "equilíbrio dos interesses em conflito ou do desvio da finalidade do direito, da sua destinação social e econômica".

Isso seria válido não apenas para os casos de abuso de posição dominante, mas também para acordos entre empresas e concentração, na medida em que estes também são vedados pela aptidão de reprodução de condições monopolísticas.

A Constituição vigente estabelece a diretriz de que a lei exprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, conforme se depreende do artigo 173, parágrafo quarto da Magna Carta.

Observa-se, no entanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular. (VARELLA BRUNA, 2001, p.129)

5 Práticas que indicam a existência de posição dominante

Muitos são os indicativos que podem presumir posição dominante. Um exemplo claro seria quando uma empresa é detentora de parcela substancial do mercado. Neste caso, presume-se que ela possua um poder econômico tal que lhe permita uma atuação independente e indiferente dos demais agentes econômicos. Mas nem sempre a detenção de substancial parcela de mercado significa posição dominante.

Outro aspecto a ser analisado diz com a concorrência potencial e as barreiras à entrada existentes.

A ausência de concorrência potencial em mercados concentrados é vista como um dos maiores indicadores da posição dominante: se a empresa encontra-se livre de pressões concorrenciais, atuais e potenciais, sua independência mostra-se em grau máximo, viabilizando a atuação.

De outra parte, muitas vezes, embora detentor de parcela substancial do mercado relevante, o agente econômico está impossibilitado de atuar seus lucros, em virtude da concorrência potencial existente ou da capacidade ociosa dos demais agentes econômicos que atuam no mercado relevante.

O acima exposto pode ser evidenciado, pois se não houver significativas barreiras à entrada, os agentes econômicos que estão afastados do mercado podem nele entrar, determinando, assim, o restabelecimento da concorrência; ou os demais agentes econômicos atuantes no mesmo mercado podem não estar produzindo de acordo com sua capacidade máxima, porque o preço praticado não compensaria o aumento da produção.

Portanto, observa-se que quando o agente econômico detentor de parcela substancial do mercado elevar os preços ali praticados, os demais aumentarão a sua produção, incrementando, de conseqüência, o grau de concorrência. (SALOMÃO, 2003)

Nesse sentido, também a atuação dos agentes econômicos estrangeiros representa uma concorrência potencial, se há a possibilidade de seu ingresso no mesmo mercado interno, ou seja, com preços competitivos.

A concorrência potencial poderá ser, de uma certa forma, "percebida" pelo agente nacional, que a considerará quando da determinação de sua estratégia no mercado. Em outras palavras, o agente econômico nacional terá seu poder de mercado mitigado (ou seja, menor grau de "independência" e "indiferença"), pois sempre levará em consideração a existência (possibilidade de entrada) e/ou o comportamento do agente estrangeiro.

Parece evidente que, de certa maneira, a concorrência potencial parte de princípios colocados pelo liberalismo econômico, tratando de modelo de concorrência bastante perfeito em que há a mobilidade dos agentes devido à inexistência de barreiras à entrada. (OLIVEIRA, 2004)

A questão assume, assim, particular relevância, quando se busca analisar que não é necessário um controle da concorrência nos casos em que o mercado é competitivo.

Os economistas sustentam que, em não havendo barreiras à entrada e à saída de novos agentes econômicos no mercado, não há por que exercer o controle do comportamento das empresas que ali atuam. Esse controle seria exercido pelo próprio mercado. (NUSDEO, 2001)

Ou seja, há a necessidade da análise de diversos ângulos e não adotar uma visão simplista abordando apenas um único aspecto. Se a empresa pratica ato que consubstancia típico abuso de posição dominante devemos entender que tinha poder suficiente para fazê-lo.

Ou seja, ao invés de se analisar a estrutura do mercado, parte-se para a verificação do comportamento do agente econômico. A posição dominante há de ser aferida em relação aos meios de ação de que dispõe o agente econômico e a possibilidade que lhe assiste de exercer influência sobre o mercado em que atua.

Muito embora a lei brasileira não defina a posição dominante. Ela exemplifica, em seu artigo vinte e um, casos de abuso de posição dominante. Doutrinariamente são tidos como manifestações de abuso de posição dominante: imposição de preços não equitativos; limitação da produção ou distribuição de produtos ou serviços, ou ainda ao desenvolvimento técnico de outros agentes econômicos; discriminação de fornecedores ou adquirentes; prática de vendas casadas.

Algumas dessas práticas podem ser melhor exemplificadas na seguinte descrição: preços não equitativos seriam aquela situação em que a lei brasileira veda a venda por preço inferior ao preço de custo e a prática de preços excessivos, como forma de resguardar a instituição concorrencial e a própria economia do país. Claro, somente haverá infração acaso estas práticas ocasionarem os efeitos do artigo vinte da lei de concorrência.

Com relação à venda justificada, há de se lembrar dos casos em que essa venda se faz de forma a ser justificada, seja pela necessidade de descarte de produtos perecíveis, brindes e descontos promocionais, tudo a depender do caráter esporádico da atitude comportamental. Se o objetivo é eliminar o concorrente, a prática do preço abaixo do custo do produto caracteriza o que se chama de preço predatório.

A utilização da doutrina da justa causa, revela, por vezes, um certo limbo pela ausência de critérios para a determinação da licitude da prática cometida pelo agente em determinadas situações limítrofes.

É bastante evidente que a prática de preços predatórios somente poderá ser atuada de forma eficaz por empresa capacitada a suportar custos elevados durante certo período, ou seja, detentora de razoável poder econômico. Por esse motivo, são colocados alguns requisitos de racionalidade para a prática dos preços predatórios.

Seguindo este raciocínio, os agentes econômicos que atuam no mercado relevante deverão ser suficientemente fracos para que se possibilite sua aniquilação. Além disso, o mercado relevante deve estar estruturado de tal forma que permita ao agente econômico prever por quanto tempo deverá praticar o preço predatório.

Não se pode olvidar ainda que, os lucros a serem obtidos com a prática deverão compensar os prejuízos incorridos pelo agente econômico ao sustentar o baixo preço. Em outras palavras, a racionalidade da conduta do agente econômico que pratica preços predatórios está relacionada ao prejuízo à concorrência que pode ser causado e, conseqüentemente ao poder de mercado detido pelo mesmo agente.

Dessa forma, ao se analisar a licitude ou não do preço predatório devem ser levados em consideração vários fatores, tais como a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos e a possibilidade de alienação dos ativos das "vítimas" do preço predatório.

Com efeito, a prática de preço predatório não seria racional (ou seja, não é apta a causar prejuízos à concorrência) se o mercado considerado for contestável, pois após o aniquilamento dos atuais concorrentes, a concorrência potencial poderia tornar-se efetiva, com a entrada de novos agentes. Da mesma maneira, pode-se lograr a eliminação dos atuais concorrentes, levando-os à falência e outro investidor adquirir os ativos da sociedade falida, iniciando, novamente, a produção. (VARELLA BRUNA, 2001). Neste caso, também pode inexistir prejuízo à concorrência (embora seja sentido um certo prejuízo aos concorrentes).

Assim sendo, nos preços predatórios, faz-se necessária a intenção que demonstre a possibilidade concreta de atingir a dominação, variando, portanto, de cada tipo específico de conduta.

Por fim, registre-se, para ressaltar, a lei brasileira, ao disciplinar o abuso de poder econômico, não exige que se constate previamente a posição dominante. Determinadas práticas são proibidas desde que acarretem os efeitos do artigo vinte, mesmo de forma potencial.

Ou seja, para caracterizar a ilicitude de uma conduta, não há necessidade de se comprovar a posição dominante do agente econômico, mas sim demonstrar a abusividade da prática de determinadas condutas, culminando, dessa forma, no desvirtuamento da função social do modelo concorrencial.

CONCLUSÃO

À Guisa de conclusão do presente trabalho destaca-se a importância de se estudar o conceito de abuso do poder econômico e sua inserção no campo do estudo do Direito Econômico e Direito Concorrencial.

Viu-se que o poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa pela capacidade de controlar preços de mercado.

Sendo o regime concorrencial regra e não exceção, impõe-se a conclusão de que, via de regra, não se admite poder econômico cujo exercício tenha por efeito a eliminação ou restrição substancial da concorrência.

Destaca-se que jamais a mera existência de poder econômico foi incriminada, mas somente o abuso no seu exercício, caracterizando-se este, por aquele que desvia-se de sua função.

Em vista do aqui exposto, tem-se por abuso de poder econômico, o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial, contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação de parcela da renda social superior aquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial.

Porém, a conduta não será abusiva quando se justifique por motivos econômicos que favoreçam o desenvolvimento e a justiça social, mesmo representando restrição à liberdade concorrencial.

Assim sendo, não se pretende a instauração de um modelo de concorrência perfeita. Ao contrário, o poder econômico é tido como um dado da realidade, um fator estrutural, que faz parte de uma técnica de produção social, atribuindo a esse poder, uma função (social) de servir ao desenvolvimento e à justiça social.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Dean F. Bueno de. **Direito Constitucional Econômico**. Juruá, 2004.

ALMEIDA, Elidius Michelli. **Abuso do Direito e Concorrência Desleal**. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHOSA, Modesto. **Poder Econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. Ed. RT, 1967.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: Globalização e Constitucionalismo**. Juruá, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998: Interpretação e crítica**. Editora Malheiros, 2004.

LALAGUNA y PALOMA DURÁN, **Una Aproximación AL análisis econômico del derecho**. Comares, 1992.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, GESNER E RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

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

[2] Decisão proferida pelo TRF 1ª R.; APL-MS 2002.34.00.014122-2; DF; Sexta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Augusto Pires Brandão; Julg. 24/09/2007; DJU 15/10/2007; Pág. 79) (Publicado no DVD Magister nº 18 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007). Acesso em 04 de março de 2009.

ATIVIDADE REGULATÓRIA NA TUTELA DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

REGULATORY ACTIVITY IN THE GUARDIANSHIP OF THE USER OF THE SERVICES OF ELETRIC ENERGY: AND ANALYSIS IN THE MARK OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER

**Leandro Konzen Stein
Aline Swarovsky**

RESUMO

As recentes modificações ocorridas no âmbito da ordem econômica pátria, mormente na década de 1990, conduzem a uma necessidade de reavaliação da estrutura básica da prestação de serviços públicos, de um paradigma de prestação direta pelo ente estatal para uma ampliação das atividades regulatórias, tendo em vista a delegação cada vez mais intensa desses serviços à iniciativa privada. Nessa nova fase, ganham relevo as agências reguladoras, enquanto entes da administração pública, responsáveis pelo controle das atividades especificamente reguladas. A defesa dos usuários, bem como a definição do marco jurídico que incide sobre essas atividades intensamente reguladas pelo Estado é tema da maior relevância para a construção de uma sólida base jurídica acerca do direito econômico e do direito administrativo pátrios. Essa tarefa perpassa a importante distinção entre usuário e consumidor e envolve os limites e possibilidades de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, notadamente os delegados. No que tange aos serviços de energia elétrica, a Agência Nacional de Energia Elétrica atua na organização do setor, por meio de um amplo conjunto de medidas que demonstram a importância desse ente na defesa dos usuários. Pontualmente, procura-se perquirir se a mudança de paradigmas se reflete também em casos polêmicos, destacando-se a possibilidade de corte do serviço em face do inadimplemento do usuário, destacando-se nessa tarefa a jurisprudência nacional, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, que recentemente se modificou.

PALAVRAS-CHAVES: ORDEM ECONÔMICA; AGÊNCIAS REGULADORAS; USUÁRIO; CONSUMIDOR; E, SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA.

ABSTRACT

The recent modifications occurred in the scope of the Brazilian economic order, mainly in the decade of 1990, lead to a necessity of reevaluation of the basic structure of the public rendering of services, from a paradigm of direct installment by the State for a magnifying of the regulatory activities, in view of the delegation each time more intense of these services to the private initiative. In this new phase, the regulating, while part of the public administration, responsible agencies gain relief for the control of the

activities specifically regulated. The defense of the users, as well as the definition of the legal mark that happens on these activities intensely regulated by the State is subject of the great relevance for the construction of a solid legal base concerning to the economic law and to the administrative law of Brazil. This task reaches the important distinction between user and consumer and involves the limits and possibilities of application of the Code of Defense of the Consumer to the public services, specifically the delegated. In what it refers to the services of electric energy, the National Agency of Electric Energy acts in the organization of the sector, by means of an ample set of measures that demonstrate its importance on the defense of the users. Promptly, it is looked to investigate if the change of paradigms reflects in controversial cases, being distinguished the possibility of cut of the service in face of the breach of contract of the user, being distinguished in this task the national jurisprudence, in special of the Superior Court of Justice, that recently was modified.

KEYWORDS: ECONOMIC ORDER; REGULATORY AGENCIES; USER; CONSUMER; AND, ELECTRIC ENERGY SERVICES.

INTRODUÇÃO

Vive-se, no âmbito do direito administrativo, em especial no sub-ramo do direito econômico, uma profunda revisão de paradigmas. A reforma do Estado ocorrida nos anos 1990 leva a uma rápida aproximação entre o direito público e o direito privado. O estudo conjunto do direito administrativo (ramo clássico do direito público) e do direito empresarial (ramo mais vinculado à privatística moderna) demonstra as possibilidades de construir-se o que Carlos Ari Sundfeld refere como um *direito administrativo econômico totalmente novo*.

A consagração das agências reguladoras como entes de controle/regulação dos serviços de infra-estrutura em detrimento da tradicional prestação direta por meio do regime de direito público altera sobremaneira o arcabouço jurídico desses serviços. Esses paradoxos acabam levando a questionamentos como a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor - instituto vinculado à hipossuficiência de uma das partes do binômio empresário/consumidor - aos usuários dos serviços públicos, notadamente os delegados.

A partir desse quadro, pretende-se no presente artigo: (a) avaliar as recentes alterações no âmbito do direito administrativo econômico, notadamente a adoção das agências reguladoras pelo direito público brasileiro, (b) visualizando, a partir disso, os limites de aplicação do CDC aos usuários dos serviços públicos, (c) com foco na atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica e seu papel regulatório no que tange aos serviços de energia elétrica. Posto esse pano de fundo teórico-dogmático, como delimitação do objeto (estudo de casos), (d) vamos verificar como se tem comportado a jurisprudência pátria sobre o corte do fornecimento de energia em face do inadimplemento do usuário.

1. A REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: a função das agências reguladoras na defesa dos usuários de serviços públicos

A atividade regulatória do Estado no processo econômico é tema de neural importância para o direito público contemporâneo. O direito administrativo passa por uma profunda revisão de paradigmas que determinavam sua dogmática desde a Revolução Francesa em 1789.

O modelo centralista de prestação direta dos serviços públicos pelo Estado não atende à complexidade social e econômica advinda do Segundo Pós-Guerra. A mudança na estrutura econômica, que ganha expressivo destaque na década de 1970, demanda uma reformulação da atividade estatal na economia. Não se quer dizer com isso que se coadune com posturas tendentes ao retorno de um Estado mínimo (liberalismo), mas sim que urge uma readaptação normativa da máquina pública na gestão dos interesses/serviços públicos. Como aponta Barroso, a ordem econômica tende a se adaptar à nova forma da economia, sem descuidar da necessidade de realização dos princípios e objetivos delineados pela Carta Política:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de texto normativos editados nos últimos anos.[1]

É no âmbito constitucional que será possível encontrar os elementos normativos fundantes da *ordem econômica*. É o conceito de Constituição econômica, o qual é bem definido por Vital Moreira:

A constituição económica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma económicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem económica concreta.[2]

A regulação brasileira encontra fundamentação primeira na seara constitucional, no capítulo relativo à ordem econômica. Com base nos princípios gerais da atividade econômica elencados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, o artigo 174 define que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, "exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". Aliás, a esse respeito,

Regular as atividades econômicas, na forma da lei, é um dever constitucional ao qual o Estado brasileiro, entenda-se aqui o Poder Executivo e Legislativo, está submetido, ressaltando que a atividade econômica é o gênero do qual os serviços públicos são a espécie.[3]

Sem sombra de dúvida, a concepção mais tradicional e difundida sobre a ordem econômica plasmada na Constituição Federal de 1988, é a realizada por Eros Roberto Grau, em livro dedicado inteiramente ao tema (*A ordem econômica na Constituição de 1988*). Resgatando alguns aspectos histórico-políticos, Grau^[4] refere que a ordem econômica liberal é substituída, na Carta Cidadã, por uma ordem econômica intervencionista que, não se descure disso, ainda é uma ordem capitalista, pois visa defender e preservar o modo de produção vigente, equacionando algumas problemáticas do sistema por meio de políticas públicas e de instrumentos de regulação/intervenção no processo de circulação de bens e serviços.

A análise dogmática é realizada por Grau no capítulo intitulado "*As formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico*", no qual procede à configuração fundamental da atividade econômica em sentido amplo. A construção do autor está fundamentada na distinção do conjunto das atividades econômicas (atividade econômica em sentido amplo) em duas categorias primordiais: (a) serviços públicos e (b) atividade econômica em sentido estrito. O Estado *atua* quando está no âmbito da atividade econômica em sentido amplo e *intervém* quando age no campo da atividade econômica em sentido estrito.

Assim, atividade econômica (em sentido amplo) é gênero que compreende todas as ações econômicas possíveis, subdividindo-se em *atividade econômica em sentido estrito* que seria a parcela privada (mercado: livre iniciativa) dessas atividades e *serviço público* que, por sua vez, compreenderia a parcela pública (estatal) das mesmas: "Como tenho observado, inexistem, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira."^[5] Serviço público é, portanto, uma espécie/tipo de atividade econômica (eis que envolve a utilização de bens e serviços que são recursos escassos) que compete, preferencialmente, ao setor público: "o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado"^[6].

Desta forma, resta clara a opção do constituinte por um modelo regulador das atividades econômicas, em que a função de agente normativo e fiscalizador do Estado deflagra a "ampliação significativa das competências públicas atinentes ao controle-regulação das atividades desempenhadas pelos particulares. O Estado determina os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto".[7] As decisões dos entes privados ficam adstritas à prévia aprovação estatal ou à sua fiscalização constante, ocasionando a conseqüente redução da vontade privada, produzindo-se o "fenômeno de funcionalização" das atividades exercidas pelos particulares.[8] Em linhas gerais, segundo anota Wald:

Reconheceu-se, pois a existência do direito de regulação, cuja autonomia não pode mais ser contestada, pois deflui do sistema constitucional vigente, que atribui a determinados órgãos estatais a competência para regular. Alguns deles já existiam antes da Constituição de 1988, como é o caso do Conselho Monetário Nacional, mas a maioria

das agências surgiu com a atribuição de serviços públicos a agências privadas, em decorrência da privatização.[9]

Dentro desse contexto e em consonância com a nova função do Estado, é que foi concebido um importante instrumento viabilizador desta atividade, que são as agências reguladoras. O modelo adotado no Brasil baseia-se na experiência norte-americana das *regulatory agencies*. No caso dos Estados Unidos, a crise de 1929 deixou claro que o liberalismo econômico já não era mais capaz de se "auto" gerir e que, sendo assim, deveria o Estado reafirmar sua posição ativa através da regulação estatal na atividade econômica.

Os norte-americanos foram os pioneiros na adoção de tal instituto, superando países de tradição no Direito Administrativo, como a própria França. O que se sucede, neste particular, é que muitos países demoraram a insurgir na desestatização e a perceber seus conseqüentes efeitos, já que os serviços públicos, quando não desempenhados pelo próprio Estado, o eram por empresas da Administração Indireta.

No Brasil, até meados dos anos 1990, os serviços públicos eram, comumente, prestados diretamente pelo Estado - por meio de órgãos da Administração Pública direta, por autarquias ou ainda por empresas estatais. Em decorrência das transformações ocorridas no Estado brasileiro naquela década[10], quando se iniciou a transferência ao âmbito privado de determinados serviços que antes eram prestados por empresas estatais, aparece a necessidade de regulamentar essas atividades para fins de proteção dos interesses da sociedade. Assim, nasce a idéia de criar os órgãos reguladores, que, posteriormente, originaram as agências reguladoras. Conforme Aragão:

Admitimos, portanto, que as agências reguladoras foram, em um primeiro momento, adotadas no Brasil em decorrência da desestatização de serviços públicos, o que está muito longe de significar que sejam por essência um instrumento de desregulação ou de da desestatização, até mesmo porque logo começaram a ser criadas agências reguladoras, não mais de serviços públicos, mas de atividades econômicas *stricto sensu*, que propiciaram um aumento da intervenção estatal sem precedentes nestes setores (por exemplo, a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS sobre os planos de saúde privados).[11]

Em decorrência do exposto aqui e de muitos outros fatores de ordem política e econômica, o quadro que se forma acaba por deflagrar um novo papel ao Estado brasileiro, no qual, ao mesmo tempo em que se abdica da prestação de muitos serviços públicos, passa-se a regulá-los e fiscalizá-los.

Muda-se, com isso, a maneira de agir do Estado brasileiro na condução de algumas atividades para anunciar uma nova ordem, em que este se abstém de prestar serviços públicos, reforçando, como dissemos, sua atuação na esfera da regulação e da fiscalização, a fim de desenvolver maior razão e eficácia.[12]

Importante deixar claro que, *prima facie*, a regulação atinge tanto o setor público quanto o setor privado, ou seja, as agências reguladoras atuam em áreas de atividades privadas (as chamadas "atividades privadas regulamentadas" ou "atividades privadas de interesse público"[13]), bem como de atividades de titularidade estatal ("serviços públicos").

A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns - enfim, as "atividades econômicas em sentido estrito") como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de "serviços públicos", exploração de "bens públicos" e de "monopólios" estatais).[14]

A efetiva criação das agências reguladoras encontra, já em âmbito constitucional, uma referência direta no art. 21, XI da CF/88, após a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95, que assim dispõe: "Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais."[15].

No âmbito infraconstitucional, as leis nº 9.427/96, nº 9.472/96 e nº 9.478/97 criaram, respectivamente, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional de Petróleo[16]).

As agências reguladoras são entidades que compõe a Administração Pública indireta, sob a forma de autarquia, já que possuem personalidade de direito público e autonomia em relação ao poder central, o que evidencia, dessa forma, uma de suas principais características, qual seja, a independência. É justamente por isso que ingressaram no ordenamento jurídico não como autarquias comuns, mas sim como autarquias em regime especial, pois estão inseridas em um regime jurídico diferenciado.

O regime especial dessas agências firma-se na "autonomia administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira".[17] As agências têm uma ampla atuação no setor regulado, devendo-se guiar pelo princípio da proporcionalidade das normas impostas aos delegatários de serviços públicos, visando uma "ponderação entre os direitos e interesses dos concessionários e dos usuários, entre si e em suas diversas espécies, e os objetivos da política pública do setor".[18] Isso deflagra a mais hodierna tendência da regulação dos serviços públicos, que se traduz "na combinação dos mecanismos regulatórios coercitivos com os instrumentos de mercado, caracterizando o que vem sendo denominado de 'regulação para a concorrência'". [19]

Enquanto instrumento governamental, as agências "possibilitarão a criação de normas para regulamentar e fiscalizar o modo de prestação dos serviços concedidos, para que o investidor privado obtenha o devido lucro em seu negócio e os usuários o serviço adequado".[20] Precisamente neste último aspecto (serviço adequado) é que se centra o presente estudo, que busca encontrar e delimitar meios dos usuários atuarem de forma mais participativa, mormente nas agências, eis que além de destinatários são parte constitutiva do contrato de serviço público[21].

2. STATUS JURÍDICO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO: possibilidades de aplicação do Código de Defesa do Consumidor

O problema atinente ao *status* jurídico daqueles que se utilizam dos serviços públicos tem-se tornado cada vez mais complexo pelas modificações ocorridas na sua prestação e nos interesses que visam atender. Como aponta Aragão, existe uma "nova dogmática dos serviços públicos [que] só pode ser alcançada em razão da mudança na concepção de interesse público, não mais um interesse público mítico, ligado ao Estado ou à sociedade abstratamente considerada, mas [...] um interesse público traduzido como a maior satisfação concreta na vida dos indivíduos."[22]

A alteração da lógica de prestação direta ("administrado") ou mesmo delegada a um único agente econômico por meio de um contrato de concessão ("usuário"), para uma lógica de mercado/concorrência ("consumidor") tornou a discussão dos limites de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços públicos uma das mais proficuas da teoria administrativista, consumerista e, principalmente, da jurisprudência a respeito do tema.

Inicialmente, e como premissa básica para aplicação do regime do consumidor aos usuários de serviço público, é indispensável reconhecer que *consumidor* e *usuário* de serviço público constituem conceitos distintos. Esta é a posição defendida majoritariamente na doutrina.

Os conceitos de consumidor e usuário partem de matrizes constitucionais diferentes. O *consumidor* é uma condição que se supõe amplamente disseminada na sociedade, plenamente integrada à organização da economia de mercado. Por isso é que a defesa do consumidor é referida como princípio da ordem econômica (art. 170, V, da Constituição) e como um dos "direitos e deveres individuais e coletivos" (art. 5º, XXXII, da Constituição). [...]

As alusões constitucionais a *usuário* são completamente distintas. Além do art. 150, § 3º, que insere o usuário na relação de prestação caracterizada como serviço público, o art. 175, II, da Constituição trata dos "direitos dos usuários" como devendo ser objeto da lei que regularia a concessão e a permissão de serviços públicos. Esse conceito está presente ainda no art. 37, § 3º da Constituição, que dá dois sentidos a *usuário* - o beneficiário dos serviços públicos (inc. I) e o administrado em geral (inc. II e III). Apenas o primeiro deles é correlato ao de consumidor. O art. 27 da EC n. 19/1998 alude à edição de uma lei de defesa do usuário de serviços públicos (art. 37, § 3º, e art. 175, II, da Constituição) - transmitindo a idéia de que se trataria de diploma inconfundível com o referido art. 48 do ADCT.[23]

Bem assevera Derani, que "o usuário de um serviço público econômico posiciona-se numa situação legal ou regulamentar do direito público. Desta constatação se tira que o usuário pode sofrer imposições unilaterais, modificando sua situação jurídica, posto que o prestador é o Estado".[24] Contudo, alerta que em contrapartida, o usuário "tem o direito de demandar a anulação de decisões ilegais que lhe forem dirigidas. Esta posição de sujeição é própria do serviço público".[25]

Em conformidade com tal entendimento, Cintra do Amaral realiza exposição esclarecedora sobre a distinção dos conceitos, partindo de premissa fundamental a respeito do contrato de concessão:

A concessão de serviço público é um contrato administrativo. Os contratos administrativos, antes de serem administrativos, são contratos. A eles se aplicam, portanto, noções da teoria geral dos contratos, que têm sido mais desenvolvidas, por motivos históricos, pela doutrina civilista, e não pela administrativista. Nesse sentido, pode dizer-se que é com acerto que a Lei 8.666/93, sem seu art. 54, dispõe que os contratos administrativos por ela disciplinados aplicam-se aos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.[26]

Outro ponto a considerar em relação à distinção, é que "consumidor é destinatário final de produto ou serviço remunerado; usuário não. O usuário é o destinatário de um serviço público, seja ou não remunerado, seja ou não a etapa final da cadeia produtiva (a etapa em que se destrói o valor de troca do bem ou serviço)"[27]. Não se deve reputar que as regras do CDC aplicáveis ao serviço público possuiriam âmbito de validade ligado à aceção da relação de consumo do próprio CDC. Existem regras próprias para o serviço público, cuja aplicação independe desse contorno subjetivo. "O CDC ignorou o conceito de usuário não porque o equiparou a consumidor, mas porque, em relação ao serviço público, optou por veicular uma regulação baseada na prestação, não no usuário ou fornecedor".[28]

Guiando-se pela proposta de Pereira, pode-se apreender que há quatro grupos de normas veiculados pelo CDC e aplicáveis ao serviço público: (a) normas que se aplicam provisoriamente, em função da lacuna legal deixada pelo artigo 27 da EC n. 19/1998, nos espaços de liberdade outorgados a cada serviço público; (b) normas de cunho processual; (c) normas condizentes à regulação do próprio serviço público, cujo fundamento de uso está no artigo 22, XXVII, da Constituição, ou seja, os poucos momentos em que o CDC veicula como se diploma administrativo fosse; e (d) normas que refletem o regime jurídico de direito público, mas que não são aplicadas, sendo sua invocação argumentativa (caráter declaratório).[29]

A primeira situação que se afigura diz respeito à disciplina provisória do art. 27 da Emenda Constitucional n. 19/1998, no qual há referência sobre a futura publicação de uma lei que preveja a tutela dos usuários de serviços públicos. Nesse sentido, já foram produzidos anteprojeto e projeto de lei sobre a matéria, que estão em tramitação no Congresso Nacional e vêm sendo elemento de apreciação doutrinária.[30] Com a edição da lei de defesa do usuário, o diploma do consumidor cairia totalmente em desuso. Contudo, entende-se que isso não aconteceria, pois o CDC depara-se com diversos campos de aplicação com respeito ao serviço público.[31]

A segunda situação passível de aplicação do CDC aos usuários de serviço público é aquela em que ele funciona como próprio diploma de direito administrativo, vislumbrando-se um caráter declaratório de determinadas normas consumeristas. Ao CDC se confere certo caráter declaratório das normas de direito público. "É fundamental perceber essa forma de referência ao CDC para que não se confunda essa invocação argumentativa com efetiva aplicação jurídica. Nesses casos, conscientemente ou não, o CDC não é efetivamente aplicado, apenas adotado como reforço argumentativo".[32] A fim de que o CDC atue como diploma de direito administrativo, são estendidos ao serviço público restritivamente os dispositivos atinentes ao mesmo e que não possuam ligação com o restante da órbita do diploma consumerista. Tais dispositivos são assim compreendidos e consagrados como legítimas normas de direito

administrativo, que não pressupõem, em hipótese alguma, a definição de uma relação de consumo, nem pontos de intersecção com a mesma.

Com relação ao caráter declaratório de certas normas consumeristas, uma de suas finalidades relevantes está em apurar os limites de aplicação do CDC, avocando o poder público ao seu dever de regulação e, conseqüentemente, de criar e efetivar mecanismos que protejam o usuário frente à sua situação de vulnerabilidade. Ou seja:

A grande utilidade da constatação da *declaratividade* dessas normas está em assegurar (a) a consciência do aplicador quanto aos limites de aplicação do CDC, evitando a usual confusão entre *usuário* e *consumidor*, (b) a tomada de responsabilidade pelo direito público pela regulação mais eficiente dos direitos dos usuários, evitando a cômoda *fuga para o direito privado*, e (c) o desenvolvimento de instrumentos do direito público, a partir do *modo de pensar* do direito consumerista, especialmente em face dos critérios de aferição e superação da vulnerabilidade técnica do usuário.[33]

O que se percebe é que na generalidade dos casos - "afinal, os espaços de liberdade em que há a aplicação própria do CDC são excepcionais -, o CDC ou é aplicado (limitadamente) como norma de direito administrativo ou é invocado (também limitadamente)"[34] com intenção puramente "declaratória ou confirmatória do regime de direito público", visando impedir "equivocos de interpretação ou aplicação". Assevera Pereira que, a despeito das reservas doutrinárias, especialmente os autores mais intensamente conectados ao direito público, "a jurisprudência tende a dar ampla e irrestrita aplicação ao CDC relativamente ao serviço público".[35] Entende o autor que tal avaliação é no mínimo equivocada, quando não superficial, pois o conteúdo estendido ao serviço público é no fundo, o que provém do próprio direito público.[36]

Como normas do CDC próprias ao serviço público, podem ser enumeradas o art. 4º, VII, do CDC, que estatui como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo a "racionalização e melhoria dos serviços públicos" e o art. 6º, X, do CDC, que relata como um direito básico do consumidor "a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral". [37]

O que se extrai dessas normas não é a extensão integral do regime do CDC ao serviço público, tampouco a comparação de usuário a consumidor. O que realmente se constata é o "reconhecimento de que o consumidor tem direito ao serviço público eficaz - o que deve ser aferido à luz do regime material do serviço público, não da disciplina das relações de consumo"[38]. A conseqüência básica e prática desses artigos "é processual (administrativo e jurisdicional), confirmando o enquadramento do serviço público no art. 81 e no art. 83 do CDC, para efeito de tutela coletiva e individual (o que deriva também do art. 22, parágrafo único, do CDC)".[39]

Analogamente, para Justen Filho, a democratização dos serviços públicos é o elo que permite a intervenção de representantes dos usuários na concepção das medidas, como mecanismo de aprimoramento da atividade estatal e diminuição do arbítrio. Segundo ele, este é o fundamento através do qual o direito do consumidor estende-se subsidiariamente aos serviços públicos e que o próprio direito do consumidor foi idealizado como meio de defesa "daquele que se encontra subordinado ao explorador de atividades econômicas, organizadas empresarialmente para a produção e apropriação de lucro".[40] Essencialmente, o serviço público é um elemento de satisfação de direitos

fundamentais, onde as condições unilateralmente estabelecidas pelo Estado refletem a maneira de atender o maior número de sujeitos, com o menor custo possível.[41]

Desse modo, resta claro que o direito positivo brasileiro adotou uma postura de aplicação do CDC aos serviços públicos (ao menos, por ora). Todavia, deve-se atentar aos limites dessa aplicação. Ou seja, "o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades econômicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo." [42]

Portanto, no momento em que a Administração Pública outorga a execução dos serviços públicos a empresas privadas, mais do que nunca é imprescindível a criação e manutenção de meios para a proteção dos usuários desses serviços, tendo em vista os princípios constitucionais que conduzem a prestação dos serviços públicos. Tendo em vista que a postura majoritária da doutrina e acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça é de aplicação do CDC aos serviços públicos *no que couber*, ganham destaque as agências reguladoras como *locus* de efetivação dos direitos dos usuários que devem exercer sua prerrogativa de cidadania participativa, exigindo do Poder Público o cumprimento das suas funções de garantidor dos direitos fundamentais por meio dos serviços públicos, bem como do equilíbrio entre prestador (notadamente os concessionários, em especial quando houver regime de concorrência) e o usuário (aplicando-se, de forma cuidadosa, a legislação de proteção do consumidor).

3. A ANEEL E SUAS FUNÇÕES NA DEFESA DO USUÁRIO/CONSUMIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA: o caso do corte de fornecimento por inadimplemento do usuário na jurisprudência pátria

O Estado, na sua função regulatória, intervém no mercado de consumo, e, conseqüentemente, nas relações advindas dessa situação. Na seara constitucional, a defesa do consumidor pelo ente político está consagrada no rol de direitos fundamentais individuais (art. 5º, XXXII, "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"), bem como é princípio geral da atividade econômica a defesa do consumidor, conforme art. 170, inc. IV, CF/88.

No Código de Defesa do Consumidor, a primeira alusão ao Estado nessa qualidade está inserida no artigo 4º, inciso II, que se refere à "ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor", elevando essa tarefa como um dos princípios da política nacional das relações de consumo. Nesta órbita fica claro o desiderato de que o Estado, ao realizar qualquer atividade pública, deve prezar pela tutela do consumidor, como assim compreende Capucho:

Qualquer que seja a via eleita, é certo que a atividade pública deverá orientar-se no sentido de prestar efetiva *proteção ao consumidor*, realçando-se mais uma vez o caráter tutelar do direito do consumidor.

O Estado, no exercício de atividades regulatórias, para responder integralmente à exigência legal deve atentar para as duas dimensões de consumidor abrangidas no Código (individual e coletivo).[43]

Nesse contexto, é relevante salientar que constitui dever das agências reguladoras, quando em jogo interesses públicos, privilegiar os direitos protetivos do usuário/consumidor, em consonância e em realização ao preceito fundamental contido no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, supracitado, combinado com o art. 175, parágrafo único, incisos II (direitos dos usuários) e IV (serviço adequado).

[...] não se pode conceber a moderna regulação exercida de forma autoritária, distante e impermeável aos interesses dos regulados (interesses também em si contraditórios, pois opõem competidores entre si, estes e os consumidores e mesmo destes todos com os demais agentes econômicos relacionados nas outras etapas da cadeia econômica), também não se admite que a regulação seja exercida sem total abertura ao controle, de métodos e resultados, com forte *disclosure* de todos os atos praticados pelo regulador, nem que ela seja exercida com isenção e distância em face de cada interesse isolado.[44]

Nesse momento, procuramos avaliar uma agência reguladora em especial, qual seja, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) na sua atividade de equalização dos interesses dos usuários dos serviços de energia elétrica. Como bem aponta Pereira, compete ao Estado proteger os usuários de forma global, ou seja, integrada à regulação do serviço público como um todo.

A defesa dos interesses dos usuários é necessariamente integrada à disciplina do serviço público como um todo e pressupõe o exame global das condições de prestação do serviço. Somente pode ser desenvolvida pelo órgão ou ente dotado de competência para regular e fiscalizar a prestação do serviço. Caso contrário, estaria consagrado o exercício concomitante de competências administrativas potencialmente conflitantes. O poder concedente ou órgão regulador poderia reputar adequada a prestação do serviço e, ao mesmo tempo, o órgão de proteção ao usuário poderia entender o contrário, aplicando sanções ao prestador. A proteção dos interesses dos usuários deve ser realizada em conjunto com a disciplina abrangente do serviço público. Não é possível determinar a extensão dos direitos dos usuários sem a concomitante verificação das condições de prestação do serviço e dos correspondentes deveres do seu prestador.[45]

A ANEEL toma medidas com intuito de assegurar os três princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor no que tange à prestação de serviços essenciais, estabelecendo que eles devem apresentar qualidade, continuidade e universalidade. Assim, as concessionárias são obrigadas a manter os padrões estabelecidos por meio da fiscalização e acompanhamento de indicadores referentes à continuidade e qualidade do fornecimento de energia elétrica.[46]

Entre as funções das agências reguladoras está imiscuído o dever de zelo pela concorrência, assim como se pode extrair da análise de dispositivos das leis e decretos que criam e regulamentam as agências. A Lei 9.427/96, que institui a ANEEL, em seu art. 3º, IX, define que compete a ela "zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica". Já em seu regulamento, o Decreto n. 2.335/97, Anexo I, no art. 3º,

II, fixa como diretriz "a regulação e fiscalização realizadas com o caráter de simplicidade e pautadas na livre concorrência entre os agentes, no atendimento às necessidades dos consumidores e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica".[47] Segundo indica Nunes, as competências da Aneel estão dispostas no artigo 3º da LEI 9.247/96, dentre as quais cabe destacar:

- implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários;
- dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;
- zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes de energia elétrica;
- fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida em doze meses;
- estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando à universalização do uso da energia elétrica.[48]

Paralelamente a isso, cabe suscitar uma questão relevante, no que concerne à possibilidade de suspensão do serviço de energia elétrica por inadimplemento do usuário. Sendo, *prima facie*, a energia elétrica um serviço público essencial, torna-se extremamente polêmica a discussão quanto à interrupção de seu fornecimento e dos limites de aplicação da legislação consumerista a tal caso.

Consoante se viu, o artigo 22 do CDC proclama a aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos, ou seja, os prestadores estão sujeitos à obrigação do serviço público essencial ininterrupto. Além disso, remete o parágrafo único do artigo à reparação dos danos: "nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código". Da leitura literal do artigo, parece, à primeira vista, que nenhum serviço essencial esteja passível de interrupção, ainda que o usuário venha a tornar-se inadimplente.[49]

De outra parte, porém, há na Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, § 3º, inciso II, a possibilidade de interrupção do serviço de público em casos específicos, quando verificada situação de emergência ou, *após aviso prévio, por inadimplemento do usuário*. Tal medida encontra acolhida também na Lei n. 9.427/99, que institui a Aneel, uma vez que admitiu expressamente a possibilidade de suspensão do serviço de energia elétrica, ainda que o consumidor seja um prestador de serviço público.[50]

Agrega-se a este contexto, ainda, a Resolução 456/2000, que dispõe sobre os pressupostos necessários para a suspensão do serviço de energia elétrica em seus arts.

90 a 94. No primeiro, encontra-se a possibilidade da concessionária suspender o fornecimento de imediato, quando verificar a ocorrência de: a) utilização de procedimentos irregulares referidos no art. 72; b) revenda ou fornecimento de energia elétrica a terceiros sem a autorização federal; c) ligação clandestina ou religação à revelia; e, d) deficiência técnica e/ou segurança das instalações da unidade consumidora, que ofereça risco iminente de danos a pessoas ou bens, inclusive ao funcionamento do sistema elétrico da concessionária.

O artigo seguinte, 91, refere-se à possibilidade de suspender o fornecimento "após prévia comunicação formal ao consumidor" nas situações em que se verificar: a) atraso no pagamento da fatura do serviço de energia elétrica; b) atraso no pagamento de encargos e serviços vinculáveis; c) atraso no pagamento dos serviços cobráveis do art. 109 (vistoria da unidade consumidora, aferição de medidor, verificação de nível de tensão, religação normal, religação de urgência e emissão de segunda via de fatura), dentre outros casos.

A seu turno, o artigo 94 prevê que, estando-se diante de consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo, deve o prestador fazer comunicação prévia, com antecedência de 15 dias, ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual antes de interromper o serviço. Posteriormente, expõe uma lista de atividades que devem seguir este procedimento, figurando entre elas: unidades de tratamento de água e esgoto; unidade hospitalar, unidade de transporte coletivo; unidade operacional do serviço público de telecomunicações e de tratamento de lixo.

A análise destas normas, especificamente em consonância com o artigo 22 do diploma do consumidor e com o art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões), vem causando constantes discussões entre doutrina e jurisprudência, com dissensões profundas entre os tribunais, sendo que se acaba diante de duas posições díspares: uma que acolhe a interrupção do fornecimento desses serviços e outra que a rejeita.

A discussão tomou dimensões tão elevadas que muitas dessas demandas acabaram chegando ao Superior Tribunal de Justiça e terminaram dividindo as duas Turmas. "A incumbência de zelar pela integridade e correta aplicação da lei federal fez a questão ganhar destaque no STJ, diante da divergência instaurada nas Cortes estaduais".^[51]

O que restou prevalecendo, como se verá adiante, no STJ foi o entendimento de que é possível proceder-se à interrupção do serviço público essencial, no caso, o de energia elétrica, após aviso prévio, quando o consumidor se encontrar inadimplente pelo não pagamento da respectiva conta. Tal posicionamento evidencia uma tendência dessa Corte no sentido do emprego cumulado da lei consumerista (princípio da continuidade) com a Lei de Concessões, que admite a interrupção dos serviços quando verificado o inadimplimento do consumidor.

Oportuno se faz aqui a importante ressalva de Bernardo da Cunha no sentido de que o STJ, "independentemente da posição adotada, emprega a mesma tese jurídica no trato de questões que envolvem os serviços e fornecimento de água, energia elétrica e telefonia".^[52]

Esmiuçando essa mutação jurisprudencial da Corte Especial, importante registro faz o Desembargador do TJ/RS Rogério Gesta Leal, nos autos de voto proferido na Apelação Cível n. 70020580437, na qual adverte sobre o superado entendimento do STJ no sentido de considerar ilegítimo o ato do prestador de interromper o serviço:

É preciso reconhecer que durante algum tempo parte da jurisprudência inclinou-se por inadmitir a suspensão do serviço ao argumento da essencialidade do bem em questão e da característica de continuidade do fornecimento de energia elétrica, com apoio no art. 22 do CDC (Lei 8.078/90). O Poder Público ou seu delegado, assim, só ficaria autorizado a proceder à cobrança executiva do débito, sob pena de infringir o art. 42, do mesmo diploma, que proíbe o uso de expedientes constrangedores na cobrança de dívidas a consumidores. Este posicionamento foi, por exemplo, em período passado, o da Primeira Turma do STJ, tendo o Min. José Augusto Delgado sido o relator do acórdão padrão que resultou no assentamento desse entendimento, nos termos do acórdão proferido no ROMS 8915-MA, unânime, j. 12.05.98, DJ 17.08.98.[53]

Sem dúvida o que ocasionou esta mudança de posicionamento do STJ foi a consagração de uma nova visão com respeito princípio da continuidade, revelando que o suscitado princípio não pode ser vislumbrado de maneira individual, considerando o consumidor que, por infortúnio, não conseguiu realizar o seu pagamento,[54] eis que:

Sua correta aplicação deve levar em consideração o interesse da coletividade, que não pode ser onerada pela inadimplência. É importante destacar que os diversos setores dos serviços públicos específicos são fortemente regulados, com minucioso plano de política de tarifas, com regras claras de fixação e reajustes firmados em contrato. A inadimplência em grande proporção põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre o Estado e as concessionárias.[55]

Pacificamente, é esse o entendimento que vem se consolidando majoritariamente no Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA - CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/96, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa,

repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial improvido.[56]

Em recentes acórdãos pode-se notar certo direcionamento em acordo com esse entendimento, nas recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO (ENERGIA ELÉTRICA). INADIMPLENTO DE FATURA ORDINÁRIA DE ENERGIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. REGULARIDADE. Mostra-se regular a suspensão do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento de fatura ordinária, visto tratar-se de débito atual. APELAÇÃO DESPROVIDA.[57]

Na ementa que segue, relatada pelo Ministro Luiz Fux, solidifica-se a posição atual do STJ que reflete propósito de proteção dos direitos fundamentais, mencionou-se que:

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. 1. A 1.^a Seção, no julgamento do REsp n.º 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei n.º 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II). 2. Ademais, a 2.^a Turma desta Corte, no julgamento do REsp n.º 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei n.º 8.987/95. 3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção. 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. 5. A Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. 6. Ressalvadas, data maxima venia, opiniões cultíssimas em contrário e sensibilíssimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 7. Por outro lado, é mister considerar que essas empresas consagram um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos. 8. Destacada minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais a municípios, universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos, submeto-me à jurisprudência da Seção. 9. Recurso especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora.[58]

Ante o exposto, certo é que cada caso deverá ser analisado guardando suas particularidades e interesses envolvidos. Em outras palavras: o caso concreto irá determinar a aplicação do Direito, à luz da supremacia do interesse da coletividade

sobre o interesse individual, sem descurar os preceitos fundamentais (individuais e sociais) insculpidos na Carta Magna, no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana. Como aponta Leal, referindo-se à Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos:

Cumpra observar, todavia, que o referido diploma legal estabelece que o corte do fornecimento de energia deve condicionar-se ao interesse da coletividade, ou seja, ele somente será possível *quando o interesse da coletividade assim o determinar*. A interrupção (ou não) do serviço deve fundamentar-se, pois, no princípio da supremacia do interesse público envolvido na espécie, que se constitui como um dos princípios fundamentais do Direito Público e sustentáculo do Poder Estatal.^[59]

Evidentemente que não se pode sobrecarregar todos os demais usuários em função da inadimplência individual de um consumidor. Isso levaria a um perigoso risco de enriquecimento ilícito, por parte de consumidor devedor e geraria incapacidade de boa prestação do serviço por parte da concessionária, podendo ainda, desestabilizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Por outro lado, não se pode olvidar que o regime aplicável ainda é o de direito público: "[...] o prestador do serviço público age na qualidade de *longa manus* do Estado, devendo orientar-se pelo regime jurídico que rege as relações jurídicas em que o Estado é parte, ou seja, não se duvida, o regime jurídico de direito público."^[60]

O impacto da inadimplência individual não pode vir em detrimento dos interesses maiores de todos. Deve-se perquirir sobre os elementos do caso concreto, ponderando-se os bens jurídicos em apreço.

[...] se a parte consumidora do serviço público não se encontra em estado de periclitación do seu mínimo existencial capaz de lhe comprometer a vida ou suas funções vitais e neurais à concretização dos direitos fundamentais, sociais e individuais, não pode simplesmente deixar de cumprir com sua quota comunitária de responder pelas condições de prestação do serviço (pagamento do preço ou tarifa públicas), sob pena de comprometer os níveis de existências digna de seus pares em igual situações de sujeitos de direito.^[61]

Desse modo, é necessário recriar uma nova estrutura normativa, regulatória e jurisprudencial capaz de dar conta da complexidade do tema, de modo a não se olvidar a natureza pública do serviço sem, todavia, resvalar a um extremo sacrifício econômico da empresa prestadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visualiza-se que cumpre ao Estado, por meio das agências, regular os campos econômicos em que predominam os interesses sociais, especialmente os serviços públicos essenciais. Para tanto, deve também desenvolver mecanismos com intuito de conduzir o prestador a um desempenho da atividade de forma mais eficiente e,

conseqüentemente, visando o alcance do serviço público a um número cada vez maior de usuários.

Entende-se, portanto, que a atividade regulatória estatal deverá atender, primeiramente, os objetivos de universalização e continuidade da prestação do serviço público, sob pena de não os cumprindo, infringir, dentre outros, os princípios constitucionais da dignidade humana e da redução das desigualdades sociais e regionais. Nesse passo, estará a se frustrar também o principal foco dos serviços públicos, que é a efetivação dos direitos fundamentais.

No que se refere pontualmente aos serviços de energia elétrica, entende-se que agência reguladora do setor (ANEEL) deveria exercer um papel mais ativo, em conjunto com os usuários, no sentido de prever a continuidade, inclusive em face da inadimplência, de serviços essenciais (como hospitais e escolas) e mesmo da impossibilidade de corte de pessoas abaixo da linha da pobreza. Desse modo, estaria garantido o serviço público, sem prejuízo dos demais direitos sociais afiançados pela Carta Constitucional, sem relegar tão-somente ao Poder Judiciário a eficácia da ordem econômico-constitucional, que, num Estado Democrático de Direito, deve englobar toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: . Acesso em: 25 out. 2008.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em: . Acesso em: 6 abr. 2009.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites de aplicação do CDC. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 163-186.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29-56.

BERNARDO DA CUNHA, Renato Alves. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 691516/RS. Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 24.10.2005, p. 193.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 705203/SP. Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 07.11.2005 p. 224.

BRESSER PEREIRA, Luiz C. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998.

CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 96-116. jan./mar. 2002.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. *A defesa dos direitos e interesses dos usuários de serviços públicos*. Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2008.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LEAL, Rogério Gesta; STEIN, Leandro Konzen. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: *Anais do IV Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais*. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras no setor de energia entre especialidade e eficiência. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57-80.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil das agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 803. set. 2002.

NUNES, Edson Oliveira et. al. *Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

PEREIRA, José Guimarães A. *Usuários de serviço público: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70020580437*, julgada em 20 de agosto de 2008, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Rogério Gesta Leal.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70027064047*, julgada em 27 de novembro de 2008, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Rogério Gesta Leal.

SILVA, Rogério Alves da. *O Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos: a defesa dos usuários de serviços públicos*. Disponível em: Acesso: 01. abr. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: (Coord.). *Direito administrativo econômico*. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 17-38.

WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico financeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, vol. 866, dez. 2007.

[1] BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.

[2] MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979, p. 41.

[3] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 38.

[4] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74-75.

[5] GRAU, op. cit., p. 103.

[6] GRAU, op. cit., p. 103.

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 29.

[8] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 29.

[9] WALD, Arnaldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico financeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, vol. 866, p. 12, dez. 2007.

[10] Para uma análise minuciosa desse processo conferir: BRESSER PEREIRA, Luiz C. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998.

[11] ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267.

[12] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 58.

[13] C ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 195.

[14] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: . (Coord.). *Direito administrativo econômico*. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 18.

[15] A redação anterior referia-se, literalmente, a "serviços públicos" de telecomunicação: "Art. 21. Compete à União [...] XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais **serviços públicos de telecomunicações**, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União." [Grifou-se]

[16] Renomeada para "Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis" pela Lei nº 11.097, de 2005.

[17] NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil das agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 803. set. 2002, p. 735.

[18] ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155.

[19] ARAGÃO, *Agências reguladoras*, op. cit., p. 156.

[20] SILVA, Rogério Alves da. *O Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos: a defesa dos usuários de serviços públicos*. Disponível em: Acesso: 02. abr. 2009.

[21] Sobre a participação do usuário, inclusive sua consideração como parte do contrato de delegação dos serviços públicos, conferir: LEAL, Rogério Gesta; STEIN, Leandro Konzen. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: *Anais do IV Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

[22] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites de aplicação do CDC. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167.

[23] PEREIRA, José Guimarães A. Usuários de serviço público: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135-136.

[24] DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75.

[25] DERANI, op. cit., p. 75.

[26] AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul 2006. Disponível em: . Acesso em: 25 out. 2008, p. 1.

[27] PEREIRA, José Guimarães A. *Usuários de serviço público*: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006, p 141-142.

[28] PEREIRA, José Guimarães A. *Usuários de serviço público: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p 141-142.

[29] PEREIRA, José Guimarães op. cit., p. 220-221.

[30] PEREIRA, José Guimarães op. cit., p. 212.

[31] PEREIRA, José Guimarães op. cit., p. 213.

[32] PEREIRA, op. cit., p. 215.

[33] PEREIRA, op. cit., p. 217.

[34] PEREIRA, op. cit., p. 217.

[35] PEREIRA, op. cit., p. 217-218.

[36] PEREIRA, op. cit., p. 218.

[37] PEREIRA, op. cit., p. 221.

[38] PEREIRA, op. cit., p. 221-222.

[39] PEREIRA, op. cit., p. 221-222.

[40] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 501.

[41] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 501.

- [42] ARAGÃO, Serviços Públicos e Direito do Consumidor, op. cit., p. 179.
- [43] CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p.112, jan./mar. 2002.
- [44] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras no setor de energia entre especialidade e eficiência. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 61.
- [45] PEREIRA, op. cit., p. 224.
- [46] ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em: . Acesso em: 06 abr. 2009.
- [47] NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil das agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, vol. 803, set. 2002, p. 738.
- [48] NUNES, Edson Oliveira et. al. *Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 128.
- [49] BERNARDO DA CUNHA, op. cit., p. 74-75.
- [50] BERNARDO DA CUNHA, op. cit., p. 75.
- [51] BERNARDO DA CUNHA, op. cit., p. 82.
- [52] BERNARDO DA CUNHA, op. cit., p. 83.
- [53] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70020580437*, julgada em 20 de agosto de 2008, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Rogério Gesta Leal.
- [54] BERNARDO DA CUNHA, op. cit., p. 91-92.
- [55] BERNARDO DA CUNHA, op. cit., p. 92.
- [56] BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 705203/SP. Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 07.11.2005 p. 224.
- [57] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70027064047*, julgada em 27 de novembro de 2008, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Rogério Gesta Leal.
- [58] BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 691516/RS. Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 24.10.2005, p.193.

[59] LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145.

[60] LEAL, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 145.

[61] LEAL, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 149.

ESTADO NACIONAL E DESENVOLVIMENTO: CONSTRUINDO UM SISTEMA FINANCEIRO A SERVIÇO DO PROJETO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

NATIONAL STATE AND DEVELOPMENT: BUILDING A FINANCIAL SYSTEM TO THE PROJECT OF NATIONAL DEVELOPMENT

Matheus Felipe de Castro

RESUMO

O presente artigo avalia a capacidade financeira do Estado brasileiro, como nação dependente e subdesenvolvida e propõe medidas de política econômica destinadas a subordinar os sistemas tributário e financeiro à realização de um projeto político de desenvolvimento nacional, fundado no pleno emprego e na justiça social, cujas linhas gerais estão traçadas na própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO; CONSTITUIÇÃO, DESENVOLVIMENTO; SISTEMA TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO.

ABSTRACT

This article assesses the financial capacity of the Brazilian State, as a dependent and underdeveloped nation, and proposes measures for economic policy to make tax and financial systems to achieve a political project of national development, based on full employment and social justice, whose main lines are drawn in Brazil's Constitution.

KEYWORDS: STATE, CONSTITUTION, DEVELOPMENT, TAX AND FINANCIAL SYSTEM.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, traçou as linhas gerais de um avançado projeto político de desenvolvimento nacional, a partir da compreensão de que a trajetória histórica da nação brasileira e de seu povo acumulou problemas relacionais e estruturais que precisam ser superados pelo desenvolvimento da própria democracia. Objetivou, com isso, construir um regime orientado para a consolidação de uma sociedade de *bem-estar*, fundada no *pleno emprego* e na *justiça social*, desempenhando papel na construção de um moderno sistema *produtivo*, que garanta desenvolvimento do *mercado interno* com agregação de *produção tecnológica avançada*, eliminação de *graves vulnerabilidades externas* (subdesenvolvimento/

dependência) e de crônicas *disparidades internas* (pobreza, marginalidade, exclusão social), inclusão de grandes parcelas subempregadas no *sistema formal de trabalho* com todos os seus benefícios (trabalhistas e previdenciários), fortalecimento dos laços de *coesão social*, construindo uma sociedade política e economicamente soberana e desenvolvida. Ou seja, um sistema econômico *funcionalizado* (politicamente dirigido) pela própria função social da propriedade privada, da empresa e do contrato, que permita o grande salto de uma democracia formal para uma democracia material ou econômica.

Entretanto, um dos principais gargalos que o Estado brasileiro enfrenta para se re-constituir em Estado desenvolvimentista (*political developer*), retomando as rédeas do desenvolvimento perdidas desde a década de 1980, é a sua capacidade financeira *lato sensu*, ou seja, sua capacidade de *se financiar* e de constituir um aparelho eficiente de financiamento do desenvolvimento nacional com base nos objetivos sociais constitucionalmente traçados. Numa nação marcada pela escassez de receita tributária, o Estado teve que se financiar junto ao capital financeiro nacional e internacional reiteradas vezes, potencializando a dependência e a manutenção do subdesenvolvimento. Os organismos financeiros internacionais impuseram reformas estruturais em contrapartida aos empréstimos, liberalizando o aparelho de Estado e desmontando importantes instrumentos de intervenção no domínio econômico.

O presente artigo tem por finalidade abordar essa relação estreita entre desenvolvimento e capacidade financeira do Estado, relação que se expressou de forma tensa na última década como uma pretensa (e, evidentemente, inexistente) contraposição entre Constituição econômica e financeira da República Federativa do Brasil, com vistas à retomada do desenvolvimento nacional. Apresenta, enfim, propostas concretas para a re-funcionalização do aparelho de Estado, para a sua reorganização financeira e tributária.

2. Capacidade financeira do Estado brasileiro

O advento da constituição dirigente no Brasil impôs ao Estado, agora economicamente intervencionista e socialmente redistribuidor, a realização de fins predispostos pela comunidade política, em contraposição ao antigo Estado de tipo liberal-abstencionista, que se limitava a estruturar e formatar o aparelho de Estado, seus órgãos específicos e suas competências, delegando à iniciativa privada e à livre concorrência a direção do desenvolvimento. A constatação da existência de uma ordem social injusta e desigual e de uma ordem econômica subdesenvolvida e dependente - destituída de dinamismo próprio que garantisse a acumulação interna de excedentes - e a predisposição de que o Estado efetivasse ações direcionadas à superação dessa realidade, caracterizou o novo quadro que marcaria a própria consolidação do Modo Capitalista de Produção a partir da Revolução de 1930.

Desde a Constituição de 1934, as novas funções que o Estado nacional chamou para si nos terrenos social e econômico colocaram a necessidade da ampliação de sua capacidade financeira *funcionalmente predisposta*. O nacional-desenvolvimentismo inaugurou uma era de grande desenvolvimento industrial capitalista, a partir da indução política do Estado, contando, para tanto, com o contingenciamento de verbas públicas

na efetivação de obras de infra-estrutura e na promoção da indústria de base. Evidentemente, a receita tributária sempre teve papel proeminente no financiamento das atividades estatais, mas historicamente acabou se mostrando insuficiente em nações de capitalismo periférico.

A economia brasileira surgiu a partir dos processos de colonização que marcaram a expansão da economia mercantil a partir de um centro inicialmente localizado na Europa Ocidental. Dessa forma, o seu desenvolvimento se operou em estreita dependência para com os capitais externos. O Estado nacional brasileiro nasceu endividado, uma vez que assumiu, no processo da Independência, boa parte da dívida externa portuguesa junto a Inglaterra, contraindo empréstimo de 2 milhões de libras esterlinas, em 1825^[1], como condição ao reconhecimento português da Independência.

Portanto, se nas nações de capitalismo central o desenvolvimento econômico foi impulsionado pela abundância de capitais, em nações localizadas na periferia do capitalismo, como o Brasil, o desenvolvimento econômico foi marcado pela escassez de capitais nacionais, em virtude do esquema colonial que impôs formas crônicas de desacumulação na periferia com correlata acumulação em prol das nações mais desenvolvidas.

O paradigma que marca, portanto, o desenvolvimento financeiro do Estado brasileiro foi o da *escassez de receita tributária* (derivada da escassez de excedentes econômicos locais), em virtude da acumulação precária derivada de uma economia periférica, especializada na produção de produtos primários para abastecimento das nações industriais da Europa e América do Norte, geradoras de mais-valor.

A depreciação dos termos de troca entre nações produtoras de bens primários e nações produtoras de bens com grande valor agregado (nações industriais, tecnologicamente inovadoras), determinou uma tendência histórica ao achatamento da acumulação interna das primeiras e, conseqüentemente, das fontes de financiamento tributário do Estado.

Essa escassez de receita tributária levou o Estado brasileiro, por um lado, a uma constante dependência de empréstimos externos, ora realizados perante governos, ora realizados perante o sistema financeiro internacional, que acabou por determinar grande vulnerabilidade do Estado frente a outras nações, aquilo que Celso Furtado designou por internacionalização dos centros da decisão econômica nacional e, por outro, a consolidação de um sistema tributário altamente regressivo, onde os setores mais débeis da cadeia econômica arcaram com a maior fatia do financiamento público.

A questão da *acumulação de excedentes internos* mostrou-se, assim, a pedra de toque da questão financeira do Estado. Um círculo vicioso onde a economia nacional não se desenvolveu ao ponto de gerar excedentes suficientes que pudessem ser reinvestidos na ampliação do parque produtivo, com geração de emprego e renda para amplas camadas da população, com o Estado, em conseqüência, não conseguindo arrecadar receita tributária suficiente para investir na *reprodução*, seja do fator *trabalho* - mediante a garantia de salário indireto, via implementação de programas sociais - seja do fator *capital produtivo* - mediante o investimento em obras públicas e indução política do desenvolvimento de atividades geradoras de mais-valor - em áreas consideradas estratégicas para o desenvolvimento nacional.

O período histórico do nacional-desenvolvimentismo foi marcado por diferentes concepções a respeito do financiamento do Estado (interno ou externo), mas na prática prevaleceu a ampla participação do capital estrangeiro na receita pública. Mesmo na era Vargas, marcada pelo nacionalismo e pela desconfiança em relação ao capital internacional, não se prescindiu dessa forma de financiamento do Estado. No período Kubitschek, o Estado brasileiro lançou mão amplamente dos capitais estrangeiros para o financiamento do Estado e da iniciativa privada, o que se transformou em verdadeira política de Estado na ditadura militar de 1964-1985.

A crise do nacional-desenvolvimentismo, internamente, e a crise da dívida, externamente, contribuíram para que o Estado brasileiro adentrasse a década de 1980 em grave colapso financeiro, que praticamente imobilizou seus instrumentos de intervenção no domínio econômico e redistribuição no domínio social. A anterior abundância de recursos, derivada dos empréstimos externos a juros negativos, foi revertida com as decisões do FED - *Federal Reserve*, de aumentar a taxa de juros estadunidense, o que inverteu o fluxo de capitais das nações periféricas para os EUA.

A década de 1980, pós-Milagre, ficaria conhecida como *década perdida* e, depois dela, o advento do neoliberalismo subverteria a própria concepção financeira do Estado, ao inserir um novo paradigma financeiro fundado não na reprodução dos fatores trabalho e capital produtivo (D-M-D'), mas na reprodução do capital financeiro e especulativo, representado no circuito condensado D-D'. A dominância do capital portador de juros teria grande impacto sobre as funções do Estado social traçado pela Constituição - a reprodução da *forma valor* financeirizada pulveriza os fundamentos de um Estado social, na medida em que os fatores capital produtivo e trabalho assalariado, que se encontram na base daquela construção política, são relativizados, enquanto produtores da riqueza nacional - e a crise financeira acima exposta imobilizaria o Estado em suas funções econômicas e sociais, tornando-o refém de medidas liberalizantes que o tornariam, em certa medida, um instrumento de *redistribuição às avessas*, pela remuneração preferencial do capital.

Mas antes do advento do neoliberalismo no país, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reafirmaria o papel dirigente do Estado, vinculando a sua capacidade financeira à realização dos fins que a comunidade política lhe definiu. A Constituição Cidadã estabeleceria um profundo e inovador programa de ações sociais e econômicas, determinando ao Estado a realização de um conjunto de atividades dirigidas à erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, bem como de atividades dirigidas ao fim de desenvolver o parque produtivo brasileiro, valorizando o mercado interno e colaborando para a superação do subdesenvolvimento e da histórica dependência brasileira. Nela, na Carta de 1988, pode-se observar a firme determinação político-jurídica de intervir ativamente em uma Ordem Econômica marcada por graves assimetrias sociais e regionais. Celso Furtado asseverava que:

O ponto de partida do estudo do desenvolvimento deveria ser não a taxa de investimento, ou a relação produto-capital, ou a dimensão do mercado, mas sim o horizonte de aspirações da coletividade em questão, considerada esta não abstratamente, mas como um conjunto de grupos ou estratos com perfil definido, assim como o sistema de decisões que prevalece nessa sociedade e os fatores limitantes que escapam ao poder interno de decisão. O desenvolvimento é a transformação do conjunto das estruturas de

uma sociedade em função de objetivos que se propõe alcançar essa sociedade. O primeiro problema é definir o campo de opções que se abre à coletividade. Em seguida se apresenta o problema de identificar entre essas opções aquelas que se apresentam como possibilidade política, isto é, que, correspondendo a aspirações da coletividade, podem ser levadas à prática por forças políticas capazes de exercer um papel hegemônico no sistema de poder.[2]

Aqui se encontra, portanto, a segunda pedra de toque do tema sobre a capacidade financeira do Estado. Parodiando Celso Furtado, o ponto de partida do estudo da capacidade financeira do Estado, deve-ser, não as taxas de arrecadação, a confecção das peças orçamentárias, a relação tributária em si ou as dimensões dos mercados tributados, mas sim o horizonte de aspirações da coletividade em questão, definidos politicamente em sua *constituição total* e que se cristalizam no projeto político de desenvolvimento nacional.

O advento do Estado social e da constituição dirigente no Brasil teve o condão de diagnosticar uma realidade social prenhe de disparidades sociais, econômicas e políticas e predispor fins, ou seja, definir metas de superação dessa realidade, mediante ações concretas a partir do terreno do político, da intervenção ativa e consciente do homem, coletivamente considerado, na história.

Dessarte, a *constituição financeira* do Estado, aqui considerada o conjunto de instrumentos jurídicos e institucionais (administrativos) criados e mantidos com a finalidade de garantir a sua capacidade financeira, deve estar submetida à realização daquele horizonte de aspirações da coletividade que foram cristalizados na *constituição social*, aqui considerada como os fins que a comunidade política dispôs para a construção de uma democracia econômica, com erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais, e na *constituição econômica*, aqui considerada como os fins que a comunidade política dispôs para construir uma nação economicamente soberana, independente e desenvolvida.

Quando se identifica, com clareza, a constituição social-econômica, como o conjunto de fins que o Estado deve alcançar, ou seja, como a sua própria razão de existência, delimita-se o quadro político-institucional onde deve ser desenvolvida a constituição financeira do aparelho de poder concentrado e organizado de uma sociedade determinada. E a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, definiu esses fins com clareza: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais; b) garantir o desenvolvimento nacional. A própria Carta definiu que a forma de se alcançar esses objetivos seria através da construção de uma sociedade de bem-estar, com pleno emprego dos fatores de produção, ou seja, do trabalho e do capital produtivo.

Com isso se quer dizer, resumidamente, que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, definiu como fim primeiro do Estado brasileiro, a administração das condições gerais à reprodução equilibrada da *forma valor*, representada no circuito produtivo D-M-D' *funcionalizado*, isto é, a reprodução do Modo Capitalista de Produção submetido à realização dos fins sociais, políticos e

econômicos definidos pela comunidade política reunida em assembléia nacional constituinte.

É esse o marco político-institucional que deve determinar a construção e reprodução da constituição financeira do Estado: o aparelho financeiro deve estar predisposto a reproduzir o circuito produtivo D-M-D' funcionalizado, o que significa, em termos miúdos, que o aparelho financeiro do Estado deve ser um instrumento de efetivação dos programas definidos nas constituições econômica e social, que compõem a constituição total, segundo um planejamento racional de transformação das estruturas social, econômica e política de uma formação social concreta.

Dessa forma, retira-se a discussão financeira e orçamentária do terreno meramente técnico-jurídico, ressaltando seus marcados aspectos políticos definidos pela Constituição de 1988. Régis Fernandes de Oliveira destaca o aspecto político do orçamento ao afirmar que ele "é um plano de ação exposto à consideração pública. Ele reflete a estratégia política do governo, as suas metas, prioridades, política social e econômica"^[3]. Realmente, através das previsões orçamentárias se pode identificar a visão ideológica de um determinado governo.

O sistema financeiro estatal que surge com o neoliberalismo e as reformas institucionais que lhe foram correlatas pressupôs, exatamente, desvincular a constituição financeira das constituições econômica e social, no interior da constituição total, como bem ressaltaram Bercovici e Massonetto^[4], diminuindo o papel teleológico daquelas e o papel instrumental da primeira.

Como fica evidente, esse procedimento separador ocorreu em função do retorno às velhas concepções de um Estado de molde liberal-abstencionista, que em não devendo se enveredar numa seara que seria de monopólio da sociedade civil e do mercado, deveria se contentar em manter uma estrutura mínima (com tripartição de poderes, divisão de competências e manutenção de uma força pública) e só. Os autores ressaltam que:

O problema deste processo de reestruturação das finanças públicas e da estrutura financeira do Estado brasileiro foi o fato de que a recomposição da capacidade de intervenção pública se esgotou na tentativa de controle sobre os gastos públicos. A constituição financeira de 1988, que deveria dar suporte para a implementação da constituição econômica de 1988, falhou nesta tarefa. Um dos motivos é a separação que a doutrina e a prática constitucionais pós-1988 promoveram entre a constituição financeira e a constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988. A constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse "neutra", meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da constituição financeira, a constituição econômica de 1988 foi transformada em mera "norma programática".^[5]

Assim diminuídas as funções teleológicas da constituição social e econômica, abriu-se espaço para o desenvolvimento de uma ordem financeira não mais compromissada com a reprodução dos fatores *trabalho* e *capital produtivo*, ou seja, da *forma valor* representada no circuito clássico D-M-D' (funcionalizado pela Constituição

de 1988), e o que se viu foi a estruturação de um sistema financeiro estatal preocupado com a reprodução do capital financeiro, representado no circuito fetichista D-D', o que pode ser facilmente percebido quando se analisa a transmutação das finalidades dos fundos públicos e do orçamento da União no período do advento do neoliberalismo.

Os fundos públicos e o orçamento geral, desde o advento do Estado intervencionista no Brasil, estiveram vinculados àquela reprodução, já mencionada, do fator trabalho, através da promoção de salários indiretos, fornecidos através da implementação de serviços públicos e direitos sociais, como saúde, educação, transporte coletivo, saneamento básico, cultura, aperfeiçoamento profissional, lazer, etc, e do fator capital produtivo, na medida em que o Estado intervinha no terreno econômico, induzindo e incentivando o desenvolvimento do setor produtivo - principalmente o substitutivo de importações - e implementando, ele mesmo, empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), encarregadas de desenvolver atividades econômicas que, pela sua natureza, demandariam altos investimentos por parte da iniciativa privada, com retorno de alto risco ou de longo prazo.

Com o advento do neoliberalismo, os fundos públicos mudam de função, não mais servido para, por meio de direitos sociais e serviços públicos, assegurar a reprodução da força de trabalho e por meio de investimentos e obras públicas reproduzir o capital produtivo, passando também a ser disputados com o objetivo de garantir a própria remuneração do capital financeiro.^[6]

Explica-se: para os economistas keynesianos, o *déficit público* seria necessário para garantir o *pleno emprego*, forma de garantir o desenvolvimento das forças produtivas e a dinâmica inovadora do Modo Capitalista de Produção regulado eis que o mercado real (não o teórico dos neoclássicos) não seria suficiente nos tempos atuais (se é que um dia o foi), para, por si só, fomentar um desenvolvimento soberano, eis que a crença num mercado auto-regulável, capaz de se auto-dinamizar já havia sido abandonada, desde a década de 1930, com as grandes crises econômicas que abateram o centro do capitalismo mundial.

Entretanto, com o neoliberalismo, a lógica de um déficit público garantidor do pleno emprego dinamizador do desenvolvimento foi abandonada em prol de outra lógica, para a qual os fundos e o orçamento do Estado devem estar direcionados à remuneração direta do capital portador de juros, o que se realizou, no Brasil, através de uma série de medidas implementadas principalmente com a Lei de Responsabilidade Fiscal - proibindo o déficit público na implementação das medidas e ações previstas nas constituições econômica e social, com o fim de garantir que a União, os Estados e os Municípios fossem dotados de solvabilidade frente ao capital portador de juros invertido em Títulos da Dívida Pública - e a instituição do *superávit* primário, espécie de fundo público destinado a garantir o pagamento dos juros da dívida pública. Explicam Bercovici e Massonetto:

Esta crise de financiamento do setor público é ainda mais grave nos países periféricos, como o Brasil, em que há insuficiência de recursos para o financiamento público da acumulação de capital. Portanto, para garantir a atração dos investimentos privados, o Poder Público brasileiro tem que estabilizar o valor real dos ativos das classes proprietárias. Ou seja, o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos

sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida. Assim, nesta etapa, o direito financeiro, na organização do espaço político-econômico da acumulação, passa a servir a uma nova função do Estado - a tutela jurídica da renda do capital e da sanção de ganhos financeiros privados, a partir da alocação de garantias estatais ao processo sistêmico de acumulação liderado pelo capital financeiro.^[7]

Com o neoliberalismo, o Estado brasileiro, que vinha se financiando de forma precária com base na receita tributária e em empréstimos contraídos junto ao capital financeiro internacional, passou a inverter sua dívida externa em dívida interna, através da securitização de títulos de sua dívida pública - como o fez os EUA e outras nações que aderiram à economia financeirizada - criando mecanismos de garantia desses títulos, como o superávit primário e a imposição de uma taxa básica de juros definida por um Banco Central independente na prática do poder político e dos representantes eleitos democraticamente pelo povo.

A estabilidade da moeda - pressuposto para a criação de um ambiente de relativa segurança jurídica, política e econômica para a proliferação do capital portador de juros - tornou-se um dogma, suplantando o desenvolvimento como meta constitucionalmente traçada pela comunidade política nacional, o que fica evidente quando o governo brasileiro traça metas inflacionárias anuais, deixando de estabelecer metas de crescimento econômico.

A deliberação sobre o orçamento público tornou-se uma questão meramente técnica, subtraída aos debates democráticos, perdendo o seu conteúdo político instrumental de garantidor da implementação das políticas sociais e econômicas previstas na Constituição de 1988. A implementação da ordem econômica e da ordem social, previstas na Constituição Cidadã, ficaram restritas às sobras orçamentárias e financeiras do Estado brasileiro.^[8] A Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, *criminalizou* o déficit público, proibindo assim a realização do pleno emprego, revogando, na prática, o princípio constitucional do pleno emprego, previsto no artigo 170, VIII, da Constituição de 1988, que permaneceu como um mero "discurso programático", ou seja, uma carta e boas intenções.

Pois bem. A constituição financeira do Estado, o seu aparelho financeiro, o seu direito financeiro, os fundos públicos (principalmente a previdência social), a receita tributária, o orçamento público devem ser redimensionados a partir das imposições concretas determinadas originariamente pela Constituição de 1988. A política monetária sempre foi um instrumento a serviço da política econômica e da política social, até que, como ressaltou Leda Paulani, se transformou na determinante primeira e tirânica de toda a estruturação macroeconômica, o que representou, na prática, a renúncia decisiva do poder que o Estado teoricamente detém de fazer política econômica^[9].

Com isso se quer dizer que não há tributo, que não há orçamento público, que não há medida financeira que não deva passar pelo paradigma que localiza esses mecanismos como instrumentos de efetivação das medidas previstas nas constituições econômica e social, ou seja, no projeto político de desenvolvimento nacional, que tem, por fim último, construir uma nação desenvolvida e soberana, que promova a eliminação da marginalidade e a diminuição das disparidades sociais e regionais.

O planejamento é o meio adequado para agregar ou sistematizar os instrumentos financeiros do Estado de acordo com as funções que a Constituição de 1988 garantiu aos seus cidadãos. Uma reforma do sistema de arrecadação (o sistema tributário nacional) de recursos de financiamento estatal deve ter como compromisso primeiro: a) o fomento à alocação de recursos na reprodução da *forma valor*, vale dizer, na reprodução dos fatores *trabalho* e *capital produtivo* (D-M-D'), principalmente do setor de inovação tecnológica, o que se opera através da isenção ou sub-taxação da produção, circulação e consumo de bens duráveis ou não e de serviços; b) a repressão à alocação de recursos na reprodução da *forma valor* financeirizada (D-D'), o que se opera através da super-taxação da atividade especulativa, do capital portador de juros e do patrimônio particular (ou seja, a acumulação pessoal, não empresarial, ou dito de outra forma, a acumulação estática em contraposição à dinâmica que se evidencia na empresa, gerando valor); c) a estruturação de um sistema amplamente fundado nos princípios da *progressividade* e da *capacidade contributiva*, fazendo com que a carga tributária recaia sobre as parcelas sociais mais abastadas; d) a vinculação direta dos recursos arrecadados à realização das medidas previstas na constituição econômica (desenvolvimento nacional, desenvolvimento tecnológico, afirmação das empresas nacionais, redução das disparidades regionais, consolidação do mercado interno como patrimônio nacional, etc.) e social (saúde, educação, esporte, lazer, previdência e assistência sociais, etc.), estruturando um sistema tributário/financeiro *redistribuidor* de riquezas, na forma de salários indiretos.

Os desafios do desenvolvimento no Brasil recolocam a necessidade de o Estado Nacional se reafirmar como *Estado financeiro*, articulando em torno de si um poderoso sistema bancário estatal encarregado de disponibilizar o crédito para o financiamento da *forma valor* produtiva [D-M-D'] e do pleno emprego, com vistas à construção de uma sociedade de bem-estar e justiça social. Os bancos para isso já existem (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil) e só precisam ser articulados, dentro de um grande projeto político de desenvolvimento nacional, com o BNDES liderando o processo de direcionamento do crédito para atividades consideradas estratégicas para a consolidação do mercado interno nacional, como o desenvolvimento tecnológico e infra-estrutura.

Quando se fala em sistema financeiro se fala de um sistema de intermediações onde quem detém poupança a disponibiliza, mediante pagamento de juros, para quem não a tem e deseja investir num ramo produtivo ou não. Hoje a poupança dos nacionais encontra-se concentrada nas mãos de bancos privados, fundos de pensão e fundos de investimento, com alto grau de instabilidade, visto que suas aplicações preferenciais encontram-se nos setores especulativos da economia, sujeitos a crises, a processos de deságio de capitais fictícios, afora as possibilidades de quebra e fraudes praticadas por seus gestores.

Nesse sentido, o Estado precisa criar formas de canalizar a poupança nacional para setores produtivos da economia, geradores de bases reais para o desenvolvimento, o que pode ser realizado através da transformação do *capital portador de juros* politicamente controlado, num instrumento de redistribuição social da riqueza gerada pela economia nacional^[10], o que já pode ser realizado através do direcionamento dos excedentes que compõem os fundos sociais (FAT, FGTS, PIS, PASEP, Fundo Soberano) para as atividades produtivas que interessam ao desenvolvimento nacional, com remuneração do capital mediante juros reincorporados aos fundos e/ou

desenvolvimento do aparelho previdenciário/assistencial do Estado, como por exemplo, com a criação de nova fonte de custeio da previdência social ou de serviços públicos essenciais.

Com isso, o Estado *funcionaliza* o próprio capital portador de juros, colocando-o a serviço da realização do projeto político de desenvolvimento nacional ao submetê-lo àquilo que deveria ser a sua função clássica: uma forma de aceleração e consolidação do circuito produtivo D-M-D', composto por capital e trabalho. Não se trata, portanto, de hostilizar o capital portador de juros, mas de submetê-lo aos interesses definidos pela comunidade política nacional.

O fundo da questão é que na atual quadra histórica do Modo Capitalista de Produção, o crédito se consolidou como o elemento central do funcionamento do sistema. Se o Estado não detém um mínimo controle sobre o sistema de crédito, a iniciativa privada o instrumentaliza para atividades de maior lucratividade imediata (atividades especulativas no circuito D-D'), que não interessam para o desenvolvimento de uma economia sólida nos marcos do Estado nacional, gerando, a médio e longo prazo, prejuízos evidentes para o conjunto da comunidade nacional.

Se o sistema creditício é submetido à Constituição, torna-se ele mesmo um instrumento de efetivação das metas por ela projetada, com grande potencial de transformação das relações sociais postas, eliminando-se disparidades internas e vulnerabilidades externas que impedem o Brasil de se consolidar como nação soberana, desenvolvida e independente. Se o Estado abre mão, em prol da iniciativa privada, do controle sobre o crédito, abre-se enorme brecha por onde se consolida a soberania de mercado em face da soberania popular.

3. Principais pontos de uma reforma tributário/financeira funcionalmente predisposta à realização do projeto político de desenvolvimento nacional

O presente trabalho não se insere nas raias de uma Teoria Geral do Estado^[11], mas sim numa teorização sobre um Estado concreto, fruto das contradições de uma formação social concreta. Trata-se da análise e síntese do aparelho de poder concentrado e organizado de uma sociedade concreta, fruto de um desenvolvimento histórico particular.

Destarte, na análise do sistema tributário/financeiro de um Estado concreto, há que se verificar de que Estado se está falando. Já se verificou que o Estado brasileiro, definido pela Constituição dirigente de 1988, é um Estado economicamente intervencionista e socialmente redistribuidor, com nítidos e explícitos compromissos constitucionais com a construção de uma sociedade de bem-estar e pleno emprego, desenvolvimento tecnológico e superação de disparidades sociais e regionais internas, bem como de vulnerabilidades externas que impedem o desenvolvimento dos potenciais sociais, políticos e econômicos da nação perante a comunidade internacional.

Não se adotou um modelo liberal-abstencionista de Estado. Portanto, se a tributação tem a finalidade de arrecadar recursos para o financiamento das atividades estatais, ela também tem a finalidade de regular as atividades econômicas (papel de

intervenção no domínio econômico) e redistribuir renda e riqueza entre os diversos setores sociais e as diversas regiões nacionais, marcadas por extremas disparidades. Dessa maneira, a formatação técnica de um sistema financeiro/tributário de uma nação vincula-se aos marcos político-institucionais constitucionalmente definidos e que expressam fins e funções que devem ser exercidas pelo Estado, vale dizer, ao papel que a comunidade política, diante de uma correlação de forças determinada, definiu como uma meta a ser efetivada.

Dessa forma, um sistema financeiro/tributário impõe algumas questões: 1) que tipo de Estado está definido pela Constituição? Um Estado liberal-abstencionista ou um Estado intervencionista-social?; 2) Quais as funções definidas a esse Estado pela sua constituição, ou, dito de outra forma, quais os objetivos a ser alcançados pelo Estado? 3) Qual o volume de recursos necessários à realização daqueles fins? 4) Quem ou que classes, categorias ou segmentos sociais arcarão com o maior peso da carga tributária, o que significa perguntar, quem arcará com o financiamento do Estado? 5) Que tipos de atividades estatais os grupos sociais estão dispostos a arcar (ou não arcar) com uma maior carga tributária?

Como se pode observar, todas elas são perguntas de natureza política e nascem da correlação das forças sociais presentes numa formação social determinada, e por isso mesmo não são estáticas, mas dinâmicas, marcadas por avanços e reveses para ambos os lados. O DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos sintetizou, em nota técnica, a resposta as perguntas elencadas acima:

O primeiro objetivo de um sistema tributário deve ser promover o desenvolvimento socioeconômico, isto é, induzir o crescimento econômico, de forma sustentável, com geração de empregos, melhor distribuição de renda, justiça social e eliminação da pobreza. Em função da acentuada concentração de renda e riqueza, o sistema tributário brasileiro, ainda mais do que em outros países, deve ser instrumento privilegiado de redistribuição de renda e recursos e desconcentração da posse da riqueza, priorizando o recolhimento de tributos dos "mais ricos" e os gastos em políticas e regiões que vão beneficiar os "mais pobres".^[12]

Entretanto, o sistema tributário/financeiro brasileiro vigente de fato, desde o advento do neoliberalismo, está fundado numa matriz teórica de corte liberal, com fundamento no pensamento dos economistas clássicos e neoclássicos. Para os economistas neoclássicos a economia seria marcada por uma situação de *equilíbrio estável* e *igualdade formal* entre os agentes econômicos, qualificada por relações *concorrenciais*, *pleno emprego* dos fatores de produção e *dinâmica automática* de desenvolvimento dos mercados, de maneira que o Estado se configuraria numa entidade estranha ao processo de desenvolvimento econômico.

Destarte, estaria vetado ao sistema tributário nacional romper o equilíbrio dos mercados, afetando as decisões dos agentes econômicos na alocação dos recursos sociais, como também estaria vetada a utilização do sistema tributário com o fim de alterar a estrutura "natural" da distribuição da renda entre os diversos setores sociais.^[13]

Esse sistema vigente de fato não corresponde à ideologia constitucionalmente adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que se definiu como carta econômica e social, e por isso mesmo, dirigente. Não é demais lembrar que

a Constituição, em seu artigo 3º, previu dois objetivos ao Estado brasileiro que devem estar no vértice da constituição do sistema tributário e do sistema financeiro público no Brasil: a) a garantia do desenvolvimento nacional; e b) a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como das desigualdades sociais e regionais.

A só citação desses dois objetivos já seria suficiente para fixar os marcos ideológicos do Estado brasileiro, como um Estado de bem-estar social, economicamente intervencionista - devendo predispor todos os meios a seu alcance para, através da intervenção consciente na realidade social, induzir o desenvolvimento econômico, social e político da nação - e socialmente redistribuidor - devendo predispor instrumentos para igualizar os desiguais sociais e regionais.

Mas a Constituição de 1988 foi além, e no seu artigo 170, previu que o Estado brasileiro deveria garantir a *justiça social*, através da garantia política do pleno emprego (inciso VIII), constituindo-se em *empregador de última instância*, o que pressupõe a realização de déficits públicos de pleno emprego; no seu artigo 145, § 1º, o princípio da *capacidade contributiva*^[14], pelo qual os contribuintes deverão ser tributados conforme sua capacidade econômica; no seu artigo 149, a previsão de instituição de *contribuições sociais de intervenção no domínio econômico*; e no seu artigo 153, inciso III e § 2º, inciso I, o critério da *progressividade*, pelo qual os tributos devem ser estruturados de forma em que suas alíquotas variem para mais à medida em que forem aumentando suas bases de cálculo^[15], vale dizer, tributando mais aqueles que detém mais poder econômico.

Como se vê, o regime tributário e financeiro atualmente vigente no Brasil não corresponde à Constituição total vigente porque há um típico conflito ideológico-constitucional entre o que é e o que deveria-ser. De um lado, vige uma Constituição de nítido corte intervencionista/social que predispõe seus instrumentos políticos com o fim equilibrar situações que se encontram em desequilíbrio e, de outro, a lhe contrastar, um típico sistema tributário de natureza liberal-abstencionista, onde o Estado deve, pelo contrário, garantir a permanência do *establishment* mediante a instituição de um sistema tributário fundado na igualdade formal^[16] de todos perante a lei ou até mesmo regressivo, onde quem tem menos poder econômico acaba por arcar com a maior fatia da carga tributária.

A correlação de forças entre as classes, frações de classe e grupos sociais é determinante para se compreender sobre quem recai, preponderantemente, a carga tributária nacional (e mesmo a sua composição), ou seja, as despesas do Estado.^[17] Fabrício Augusto de Oliveira ressalta que:

[...] a correlação das forças políticas e sociais atuantes no sistema encontram-se na base da determinação da distribuição dos impostos diretos e indiretos, ou seja, na composição da carga tributária. Caso essa correlação seja desfavorável aos trabalhadores, por exemplo, tenderão a predominar, na estrutura tributária, os impostos indiretos, que são caracteristicamente regressivos e instrumentos que contribuem para piorar a distribuição de renda, com baixas incidências sobre a renda, os lucros e o patrimônio. Caso a luta política se revele favorável para a atenuação das desigualdades sociais, certamente os impostos diretos adquirirão maior importância, como comprova a experiência dos países desenvolvidos.^[18]

O sistema tributário vigente privilegia a arrecadação fundada nos tributos indiretos (passíveis de ser transferidos para terceiros), que recaem sobre a *produção*, a *circulação*, o *consumo* de bens e serviços e o *trabalho*, independentemente da capacidade econômica de quem se tributa, enquanto um sistema tributário progressivo deveria se fundar, preponderantemente nos tributos diretos (impassíveis de ser transferidos para terceiros), que recaem sobre a *renda* e a *propriedade* ou *patrimônio*.

No primeiro caso, a carga tributária recai com mais intensidade sobre os fatores trabalho e capital produtivo, vale dizer, sobre o circuito D-M-D' (dinâmico, gerador de riqueza social), enquanto no segundo caso, a carga tributária recai com mais intensidade no capital portador de juros representado no circuito D-D' e nas grandes fortunas e propriedades, vistas essas em seu caráter estático ou meramente parasitário.^[19]

Estimativa da carga tributária brasileira, por base de incidência 2005

Tributos por base de incidência	R\$/Milhões	% do PIB	Participação percentual
Consumo	402.794	18,8	58,7
Imposto sobre Importação	9.086	0,4	1,3
Imposto sobre Produtos Industrializados	26.373	1,2	3,8
COFINS	87.902	4,1	12,8
Contribuição PIS/PASEP	22.046	1	3,2
Cide-combustíveis	7.680	0,4	1,1
CPMF	29.230	1,4	4,3
Imposto sobre Operações Financeiras	6.102	0,3	0,9
Contribuição previdenciária das empresas	48.050	2,2	7
ICMS	154.810	7,2	22,6
ISS	11.515	0,5	1,7
Renda	173.122	8,1	25,2
Imposto de Renda do trabalho	43.162	2,0	6,3
Contribuição previdenciária dos trabalhadores	22.182	1,0	3,2
Imposto de Renda do capital	51.130	2,4	7,5
Contribuição Social sobre Lucro Líquido	26.322	1,2	3,8
Outras rendas	30.326	1,4	4,4
Patrimônio	23.606	1,1	3,4
Imposto Territorial Rural	324	0,0	0,0
IPVA	10.497	0,5	1,5
ITCD	795	0,0	0,1
IPTU	9.804	0,5	1,4
ITBI	2.186	0,1	0,3

Outros tributos	86.334	4,0	12,6
Total	685.856	31,9	100,0

Fonte: Salvador (2007), com base na SRF, STN, Confaz

Obs.: 1) Não inclui depósito de FGTS, por ser considerado "salário diferido"

2) Dados dos municípios com base na variação nominal da arrecadação tributária das capitais

3) Os dados da carga em relação ao PIB apresentados por Salvador (2007) foram atualizados de acordo com os valores recalculados do PIB divulgados pelo IBGE em 2007

A tabela acima transcrita evidencia que os tributos indiretos representaram, no ano-paradigma, 58,7% do total arrecadado na União, nos Estados e nos Municípios, vistos em conjunto, enquanto o imposto sobre a renda pessoa física e jurídica alcançou apenas 25,2% do total arrecadado, e os tipos de tributos sobre a propriedade ou patrimônio, somente 3,4%.

Essa opção política pelos tributos indiretos, que oneram o capital produtivo e o trabalho - a lógica valor funcionalizada D-M-D' - constituem uma afronta ao projeto político de desenvolvimento nacional traçado na Constituição, na medida em que colaboram para a alocação de recursos nos setores especulativos marcados pela lógica D-D', imposta às nações periféricas pelo centro do capitalismo, ao mesmo tempo em que desconstroem o aparelho social do Estado, forçando para que os fundos públicos de investimento social sejam revertidos para o pagamento dos juros da dívida pública. A natureza intervencionista do Estado é diminuída na mesma medida em que é diminuída a sua natureza redistributiva.

Dessarte, o sistema tributário nacional vigente estabeleceu uma forma de redistribuição às avessas, onde a arrecadação recai preponderantemente sobre os trabalhadores, com grave carga regressiva, sendo que a receita não é destinada à implementação dos salários indiretos consubstanciados nas medidas sociais e econômicas previstas na Constituição, mas à formação de gigantescos superávits fiscais, destinados ao pagamento dos juros sobre a dívida pública aos rentistas proprietários de Títulos do Tesouro Nacional^[20].

O Banco Central do Brasil, através do Comitê de Política Monetária, estabelece a taxa básica de juros (Selic), que nada mais é que o índice de remuneração do capital portador de juros invertido nos Títulos da Dívida Pública. Aliás, na variação da taxa Selic é que se pode observar, com clareza, a correlação de forças entre o capital financeiro, de um lado, e o capital produtivo e o trabalho, de outro, no seio do governo central do Estado brasileiro, o que evidencia a natureza contraditória e correlacional do

exercício do poder, numa estrutura que internalizou a luta de classes, mediante adoção de critérios político-jurídicos de igualdade formal.

Destarte, torna-se imprescindível uma reforma que *constitucionalize* os sistemas tributário, financeiro, orçamentário e monetário nacional (momentos de uma mesma totalidade integrada), adequando-os à ideologia constitucionalmente adotada pela Carta de 1988, que é uma carta dirigente, com nítidos compromissos econômicos e sociais.

Os sistemas tributário e financeiro devem-ser, como já mencionado, instrumentos estatais destinados a: a) induzir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II), o que pressupõe incentivar a reprodução da *forma valor* (D-M-D') produtiva e reprimir a reprodução da *forma valor* financeirizada (D-D'), ou funcionalizá-la; b) servir de instrumento de redistribuição social, colaborando para a erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais.

Essa vinculação estreita e política (não-técnica) entre arrecadação (sistema tributário), administração financeira, orçamentária e monetária com a constituição econômica e social, é o fio condutor que permite reconduzir a administração financeira de Estado aos trilhos assentados pela comunidade política nacional em sua constituição. Destarte, as medidas de reforma passam por:

- 1) Exercer o controle da remessa de lucros e/ou capitais valorizados no Brasil ao exterior. A legislação brasileira privilegia a evasão de divisas, sendo paradigmática dessa questão a Lei 9.249/95, que estabelece isenção do imposto de renda sobre as remessas de lucros ao exterior, ao mesmo tempo em que a legislação impõe elevadas alíquotas para o reinvestimento interno desses mesmos capitais no setor produtivo. O investimento externo direto não deve ser hostilizado, mas sim direcionado aos setores industriais de interesse estratégico para o desenvolvimento nacional, criando-se mecanismos de incentivo da permanência desses valores no território nacional;
- 2) Controle sobre o fluxo internacional de capitais voláteis, devendo-se estabelecer pesados custos monetários sobre os capitais de curto prazo, de natureza especulativa. A taxa Tobin, idealizada pelo economista estadunidense James Tobin, da Universidade de Yale e laureado com o Nobel de Economia em 1981, pode ser o início do desenvolvimento de uma forma eficaz para controlar a expansão do capital portador de juros e forçar o retorno do capital aos circuitos produtivos, embora não pareça ser suficiente, por si só, para realizar tal tarefa.
- 3) Redução da taxa de juros da dívida pública. Desde o advento da hegemonia neoliberal, o Banco Central brasileiro passou a funcionar numa espécie de autonomia de fato. Essa independência, que não é meramente organizativa, mas política permitiu que setores representativos do capital financeiro se entrincheirassem em seus conselhos e comitês, principalmente no COPOM - Comitê de Política Monetária, de onde comandam, através da fixação da taxa Selic, os destinos da política monetária brasileira. O governo central encontra-se destituído de poder de fato sobre essa estrutura. A política de viés monetarista, fundada nas metas inflacionárias que conferem segurança jurídica ao capital financeiro, impedem o desenvolvimento de políticas de desenvolvimento mais duradouras.

4) Diminuição do superávit primário e destinação dele ao investimento em infraestrutura econômica e social. O fundo público do superávit primário nada mais é que a poupança que o governo realiza para o pagamento e segurança ao capital portador de juros, invertido em Títulos da Dívida Pública. Isso significa que os fundos estatais estão sendo utilizados para reproduzir o circuito D-D', ou seja, o capital financeiro e não para reproduzir o capital produtivo e o trabalho representados em D-M-D'. Isso, como se viu, é absolutamente contrário à ideologia constitucionalmente adotada. A utilização dos fundos públicos para o pagamento de juros da dívida pública em detrimento da implementação das medidas econômicas e sociais previstas na Carta de 1988 é inconstitucional.

5) Restabelecimento da política do déficit público de pleno emprego. Há muito se superou a visão de que os mercados se desenvolvem de forma autônoma, dinamizados por um automatismo que faz lembrar as leis do reino animal. Na verdade, o mercado é uma instituição criada e mantida pelo Estado e por ele regulado. Sem a regulação estatal, o mercado ou os mercados não tem condições de se constituírem em promotores do desenvolvimento, ainda mais em nações de capitalismo periférico, onde as pressões advindas do centro do capitalismo mundial criam tendências desindustrializantes e especializadoras das economias periféricas em setores atrasados, primário-exportadores. Cabe ao Estado e somente a ele a realização de políticas de compensação, necessárias e suficientes para suprir as deficiências do mercado interno, consolidando-o como verdadeiro patrimônio nacional, como previsto no artigo 219 da Constituição de 1988. Para tanto, a política de pleno emprego é uma das formas reconhecidas e mais eficientes de se induzir a industrialização de uma nação no rumo do desenvolvimento tecnológico e de inovação.

6) Implementação de imposto de renda e imposto sobre o patrimônio fortemente progressivos. Como já ressaltado, os impostos diretos, de caráter progressivo, que tributam mais aqueles que mais possuem capacidade contributiva é uma importante medida de justiça fiscal, que recupera o caráter redistribuidor do Estado. O princípio da igualdade formal, aqui, encontra desdobramento quando se implementam medidas de igualização formal dos desiguais, o que está plenamente de acordo com um Estado de tipo intervencionista e social.

7) Fim da isenção do IR dos juros sobre capital próprio e sobre a remessa de lucros para o exterior. Como já mencionado, a Lei 9.249/95 estabeleceu isenção do imposto de renda sobre a remessa de lucros ao exterior. Mas não só: permitiu a dedução de juros cobrados sobre o capital próprio das empresas, do lucro tributável ao Imposto de Renda e da CSLL - contribuição social sobre o lucro líquido. A Lei 9.249/95, em seu artigo 9º, permite às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real que remuneraram pessoas físicas ou jurídicas a título de juros sobre o capital próprio considerarem tais valores como despesas para fins de apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Isso representa uma gigantesca renúncia fiscal do Estado brasileiro.

8) A Isenção de imposto de renda sobre a distribuição de lucros e dividendos, estabelecida pelo artigo 10 da Lei da 9.249/95, privilegia a retirada do capital-dinheiro do circuito produtivo, migrando para o patrimônio pessoal, de natureza especulativa ou rentista. Representa gigantesca renúncia fiscal do Estado brasileiro frente ao rentismo, além de induzir a reprodução do capital portador de juros.

9) Constitucionalizar a política fiscal, financeira e orçamentária da União, tornando-as instrumentos efetivos da realização dos objetivos que a Constituição de 1988 determinou ao Estado brasileiro, ou seja, o desenvolvimento nacional (com fundamento nos seus mercados internos e na expansão do setor de inovação tecnológica), o pleno emprego e a eliminação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais, implementando um regime de verdadeira democracia econômica;

10) Priorizar a tributação direta e não cumulativa Para favorecer a observância dos princípios da capacidade contributiva, pessoalidade e progressividade (IR, IPTU, IPVA, entre outros). Os tributos indiretos (IPI, ICMS, ISS) possuem forte carga regressiva, sendo arcados pelos consumidores finais, sendo que os mais pobres arcam com as mesmas cargas de tributos que os membros das classes mais abastadas. Ademais, a cumulatividade ou "efeito em cascata" de tributos acaba por onerar sobremaneira certos produtos para o consumo final. O imposto sobre valor agregado, proposto por Celso Furtado^[21], elimina o perigo da cumulatividade, eis que tributa somente o valor agregado em cada etapa da cadeia de produção, desonerando o consumidor final;

11) Seletividade de bens e pessoas que devem e que não devem ser tributadas. Pessoas com maior capacidade contributiva devem ser tributadas enquanto pessoas com baixa capacidade econômica deveriam ficar isentas, realizando o princípio da igualização dos desiguais. Da mesma forma, produtos de primeira necessidade como alimentos, vestuário e medicamentos deveriam ser isentos de tributação. Por outro lado, os setores industriais de tecnologia de ponta e as indústrias de capital nacional deveriam receber tratamento tributário mais brando, visto que interessam para o desenvolvimento nacional e a consolidação do mercado interno.

12) A simplificação e objetividade do sistema tributário, além de conferir segurança jurídica, dificultaria as fraudes, elisões e evasões fiscais. A segurança jurídica é importante conquista do Estado democrático de direito, derivada do princípio da legalidade. Entretanto, não é um valor em si mesma. O capital financeiro goza de segurança jurídica na medida em que o Estado brasileiro garante seus lucros e ganhos. Segurança jurídica pressupõe estabilidade, mas estabilidade é algo difícil de ser alcançado numa sociedade de classes, onde a correlação de forças sociais é determinante dos rumos nacionais. Assim, a depender da correlação de forças, sempre algum grupo social se sentirá mais ou menos inseguro. Um sistema tributário e financeiro constitucionalizado é capaz de conferir maior segurança jurídica a todo o povo brasileiro, eis que a constituição é (ou deveria ser) a lei de maior estabilidade política na nação.

4. Considerações finais

A superação da crise financeira que o Estado brasileiro vivencia desde o início da década de 1980 e que paralisou sua capacidade de intervenção no terreno econômico e social e a constitucionalização do sistema tributário, do sistema financeiro estatal, do orçamento público e da política monetária, com vistas a torná-los instrumentos verdadeiros, eficientes e interligados ou concatenados de realização da constituição econômica e social de 1988, é um dos principais *nós* que precisam ser desatados para a construção de uma nação plenamente desenvolvida, com superação integral das graves

disparidades internas e das crônicas vulnerabilidades externas que assolam a nação brasileira.

A forma preferencial de financiamento do Estado mediante venda, no *mercado*, de títulos da dívida pública, remunerando-se os capitalistas financeiros mediante as mais altas taxas oficiais de juros do mundo, coloca o Estado Nacional refém, em última instância, das determinações de mercado, que se guiam pela lógica microeconômica da maximização dos lucros/minimização dos custos. Em longo prazo, essa forma de capitalização se mostrou desastrosa no Brasil, tendo sido, de alguma forma, uma das grandes responsáveis pelo grande processo de desnacionalização ocorrido na década de 1990.

A contradição reside exatamente no fato de a Constituição de 1988 ter traçado a consolidação de um forte mercado interno, fundado em sólidas bases *produtivas* de riqueza, com valorização da livre iniciativa e geração de emprego e renda, e os fatos históricos terem levado o Estado brasileiro a se capitalizar junto ao mercado financeiro, cuja lógica estrita acaba por frear exatamente os mecanismos necessários à consolidação daquele projeto, visto que prescinde da sua passagem concreta pelos fatores capital e trabalho.

Somente com um poderoso sistema financeiro constitucionalmente funcional o Estado brasileiro poderá voltar a *politizar a economia* e a *nacionalizar a política*, como queria Celso Furtado quando reclamava a emergencial internalização dos centros de decisão econômica, pressuposto da construção de uma nação política e economicamente soberana. Sem essa internalização, a esfera do poder, determinante das escolhas e opções do desenvolvimento restam alienadas a centros de decisão exterior - que se guiam pela lógica da acumulação no centro/desacumulação na periferia - ou a centros de decisão econômica - que se guiam pela lógica particular da maximização dos lucros individuais, em detrimento daquele *horizonte de aspirações* que deve guiar a trajetória de uma nação e de seu povo.

Referências

BERCOVICI, Gilberto & MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, XLIX, 2006, separata.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65.

DIEESE. Em que sentido o sistema tributário brasileiro deve ser reformulado? In: *Nota Técnica* 68. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

FURTADO, Celso. *A hegemonia dos Estados Unidos e o subdesenvolvimento da América Latina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

--. Considerações sobre o caso brasileiro. In: --. *A hegemonia dos Estados Unidos e o subdesenvolvimento da América Latina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975. Quarta parte, pp. 127-179.

JOFFILY, Bernardo. *Istoé Brasil 500 anos: Atlas histórico*. São Paulo: Três S/A, 1998.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Economia e política das finanças públicas: uma abordagem crítica da teórica convencional, à luz da economia brasileira*. Texto referência da disciplina Finanças Públicas, do Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAULANI, Leda. Alternativas para o Brasil no início do século XXI. In: SICSÚ, João (org.) *Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)*. São Paulo: Boitempo, 2007. pp. 121-130.

POCHMANN, Márcio. Gasto social, o nível de emprego e a desigualdade da renda do trabalho no Brasil. In: SICSÚ, João (org.) *Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 69-78.

SALVADOR, Evilásio. A distribuição da carga tributária: quem paga a conta? In: SICSÚ, João (org.) *Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)*. São Paulo: Boitempo, 2007. pp. 79-92.

[1] JOFFILY, Bernardo. *Istoé Brasil 500 anos: Atlas histórico*. São Paulo: Três S/A, 1998, p. 46.

[2] FURTADO, Celso. *A hegemonia dos Estados Unidos e o subdesenvolvimento da América Latina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975, p. 131.

[3] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 322.

[4] BERCOVICI, Gilberto & MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, XLIX, 2006, separata, p. 03.

[5] BERCOVICI, Gilberto & MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida. Op. cit., pp. 12-13.

[6] BERCOVICI, Gilberto & MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida. Op. cit., pp. 14.

[7] BERCOVICI, Gilberto & MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida. Op. cit., p.15.

[8] BERCOVICI, Gilberto & MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida. Op. cit., p. 17

[9] PAULANI, Leda. Alternativas para o Brasil no início do século XXI. In: SICSÚ, João (org.) *Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)*. São Paulo: Boitempo, 2007, pp. 79-80.

[10] Assim como o mercado, o capital portador de juros não é "bom" ou "mal" por natureza. Deixado por si só, tende a gerar o rentismo, a especulação e a concentração de renda sem causa. Mas uma vez politicamente controlado pelo Estado e colcado a serviço do desenvolvimento e da construção de uma sociedade fundada na justiça social, pode se tornar um instrumento de governo importante para a realização de fins éticos definidos constitucionalmente. Nesse sentido, o capital portador de juros deve ser funcionalizado, ou seja, deve ele também cumprir uma função social, na medida em que representa uma forma de propriedade do capital.

[11] O "Estado", como entidade abstrata, não existe na história. O que existem são Estados concretos se desenvolvendo no tempo. A presente tese se propôs não a análise de princípios que se revelassem aplicáveis a todos os Estados, em geral, mas a análise da lógica ou dinâmica particular de um Estado concreto: A República Federativa do Brasil, em sua fase mais desenvolvida.

[12] DIEESE. Em que sentido o sistema tributário brasileiro deve ser reformulado? In: *Nota Técnica 68*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

[13] SALVADOR, Evilásio. A distribuição da carga tributária: quem paga a conta? In: SICSÚ, João (org.) *Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)*. São Paulo: Boitempo, 2007, pp. 79-80.

[14] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65: "Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública".

[15] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. Op. cit., p. 65.

[16] Quando a Constituição de 1988 previu, em seu artigo 150, inciso II, que seria vedado à União, aos Estados e aos Municípios "instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente", por evidente não consagrou um princípio liberal da isonomia formal, mas o princípio da igualização material dos desiguais. Dessa forma, a lei tributária deve tratar igualmente os contribuintes de idêntica capacidade contributiva e desigualmente os contribuintes de diferentes capacidades contributivas, efetivando o princípio da *progressividade* e da contribuição conforme à *capacidade econômica* do contribuinte.

[17] SALVADOR, Evilásio. A distribuição da carga tributária. Op. cit., p. 82.

[18] OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Economia e política das finanças públicas: uma abordagem crítica da teórica convencional, à luz da economia brasileira*. Texto referência da disciplina Finanças Públicas, do Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2001, p. 108.

[19] SALVADOR, Evilásio. A distribuição da carga tributária. Op. cit., p. 82 chama a atenção para o caráter absolutamente regressivo dos tributos indiretos, onde o consumidor é quem acaba por arcar com o peso da carga tributária: "Trata-se do *fetich* do imposto: o empresário nutre a ilusão de que recai sobre seus ombros o ônus do tributo, mas sabe-se que esse valor integra a estrutura de custos da empresa, sendo, em geral, repassado aos preços. Os tributos indiretos são regressivos".

[20] POCHMANN, Márcio. Gasto social, o nível de emprego e a desigualdade da renda do trabalho no Brasil. In: SICSÚ, João (org.) *Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 77, lembra que: "Enquanto programas como o Bolsa Família garante a 8 milhões de famílias o acesso a um benefício monetário, cujo montante representa somente 0,3% do PIB, a política de juros do Governo Federal transfere anualmente a poucas famílias ricas uma quantia monetária equivalente a 7% do PIB. Por conta disso, torna-se muito difícil conter a desigualdade de renda e riqueza no Brasil".

[21] FURTADO, Celso. Considerações sobre o caso brasileiro. In: --. *A hegemonia dos Estados Unidos e o subdesenvolvimento da América Latina*. Op. cit., p. 157.

PROPRIEDADE, DINHEIRO E AUTOPOIESE DA ECONOMIA: O PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO DA APROPRIAÇÃO PRIVADA DE BENS ESCASSOS

ECONOMICS PROPERTY, MONEY AND AUTOPOIESIS: THE LEGITIMATION PROCESS OF PRIVATE APPROPRIATION OF SCARCE GOODS

Rafael Lazzarotto Simioni

RESUMO

Este texto procura discutir, sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, como a economia moderna produz a generalização da tolerância a respeito da apropriação privada de bens escassos, evitando a irrupção de conflitos político-ferença entre propriedade e dinheiro, disponibiliza para a sociedade um dos mais importantes instrumentos sociais de produção de tolerância diante de situações de desigualdade. E precisamente essa função de regulação do acesso a bens escassos constitui um dos maiores desafios políticos da modernidade.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE; DINHEIRO; ECONOMIA; AUTOPOIESE; NIKLAS LUHMANN.

ABSTRACT

This text is aimed at discussing, under Niklas Luhmann's systems theory perspective, how economics produces the tolerance generalization concerning private appropriation of scarce goods, thus avoiding the irruption of political conflicts. The form of economic communication, based on the difference between property and money, provides the society with one of the most important social instruments of tolerance production in the presence of inequality situations. And such access regulation function to scarce goods precisely constitutes one of the greatest political challenges of modernity.

KEYWORDS: PROPERTY; MONEY. A forma da comunicação econômica, baseada na di; ECONOMICS; AUTOPOIESIS; NIKLAS LUHMANN.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade da irrupção de conflitos sobre a apropriação privada de bens escassos é explosiva no âmbito da política. Mas então como é possível a aceitação social generalizada de uma situação de inclusão restrita e exclusão generalizada no acesso a bens de consumo essenciais? Como é possível observar a apropriação privada de recursos essenciais para a sobrevivência humana sem ver nisso um ato de poder? Como

pode se observar a própria exclusão no acesso a bens escassos e não reagir a isso com pretensões de poder?

E a questão se torna ainda mais curiosa quando se introduz a variável temporal. Porque sob uma perspectiva temporal, tanto alter quanto ego podem igualmente estar interessados no provisão futuro de bens necessários à sobrevivência. E isso significa que em uma perspectiva de longo prazo, uma situação de escassez de bens no presente constitui um motivo suficiente para alter e ego competirem pela apropriação privada desses bens de modo a garantir a segurança no provisão futuro (palavra-chave: poupança).

Quanto mais aguda é a situação de escassez de bens no presente, mais alter e ego têm motivos para se resguardar, através da formação de estoques, para o futuro. Então, quanto mais aguda é a escassez de bens no presente, mais motivos são gerados para a produção de mais escassez: quanto menor a quantidade de bens disponíveis hoje, maior é o interesse em se apropriar deles para se garantir o suprimento futuro. A escassez no abastecimento de gás, por exemplo, constitui já uma justificativa para formar estoques suficientes à garantia do abastecimento futuro. E isso significa, ao mesmo tempo, aumentar os níveis de escassez no presente sob a justificativa do futuro, para novos aumentos nos níveis de escassez.

Uma resposta a essas questões, seguindo a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, está na forma da comunicação econômica da modernidade, que disponibiliza para a sociedade um dos mais importantes instrumentos sociais de produção de tolerância diante de situações de desigualdade.

Com efeito, a economia moderna disponibiliza uma perspectiva especial de comunicação, a partir da qual uma ação de alter passa a ser entendida como vivência por ego. Precisamente a improbabilidade de uma ação ser entendida como vivência torna-se realidade no âmbito da comunicação econômica. E por isso a economia conquista uma identidade funcional singular na sociedade.

Tal como a ciência, a política e o direito, também a economia é um sistema dotado de autopoiese, isto é, um sistema dotado da capacidade de produzir a si mesmo a partir de si mesmo, de reproduzir a sua diferença constitutiva a partir daquilo que já foi por ele mesmo distinguindo. Essa circularidade explosiva apresenta um tipo de problema social muito específico: o problema de como a sociedade tolera isso.

No que segue, procuraremos explicitar, na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, como alguém pode tolerar a apropriação privada de bens escassos sem reagir a isso com violência ou com outros meios. Especialmente porque quando alguém ou algum grupo de pessoas se apropria de bens escassos, todos os outros constituem maioria. Então por que aceitar isso? Como é possível a manutenção desses níveis de tolerância? Como é possível a produção social da tolerância de ego quando alter apropria-se de modo a excluir o seu acesso a bens julgados necessários à sua própria subsistência?

Sob o nome de crítica, muitas respostas a essas questões foram dadas sob a forma da ideologia, da alienação e da violência. Na perspectiva da teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, de Niklas Luhmann, nós podemos

reconstruir esse problema como a questão fundamental para a qual o meio de comunicação da economia surge como solução.

A economia tem a ver especificamente com este problema: transformar a improbabilidade dessa tolerância reproduzida socialmente na probabilidade da aceitação social a respeito da apropriação privada de bens por alguém. Precisamente para o problema da apropriação privada de bens escassos por uns, com a exclusão de todos os demais, surge o sistema da economia, com seus dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: a propriedade e o dinheiro.

2 A PRESSÃO DA ESCASSEZ

Uma vivência de ego a respeito de uma ação de alter é algo improvável de acontecer na sociedade. Como pode uma ação de alter ser entendida por ego como vivência? Como pode uma ação de alter estar já justificada nas próprias vivências de ego?

Segundo Luhmann, isso é possível quando a ação de alter coincide com aquilo que ego também faria na mesma situação, quer dizer, quando as perspectivas de alter e ego coincidem sob a pressão da escassez.

Com efeito, a escassez justifica o fato de que uma poupança para o futuro não pode ser realizada sem perdas. E justifica também a necessidade de uma seleção dos bens poupados, com renúncia a outros. Na dimensão temporal, a orientação à escassez permite calcular o futuro. E na dimensão social esse cálculo pode ser realizado individualmente tanto por ego quanto por alter.

Guiadas pelo meio de comunicação “escassez”, as ações de alter são vivenciadas por ego como individualmente justificáveis. Quer dizer: ego aceita a apropriação privada de bens escassos praticada por alter porque ego faria o mesmo.

Em outras palavras, o meio de comunicação da escassez permite a ego observar a atuação de alter como uma vivência, não como uma ação – se ego observa a atuação de alter como ação, então a perspectiva já é política, não mais econômica. Ego vivencia a atuação de alter. Ego entende o “ato de emitir uma informação” de ego como uma vivência própria. Ego vê a atuação de alter como algo que ele mesmo faria e por isso a comunicação da escassez torna socialmente justificável a apropriação privada de bens.

Pelo menos desde Aristóteles a sociedade conhece uma diferença entre economia doméstica ou do lar (*oikonomie*) e ciência das riquezas. E desde a *oikonomie* grega se dá por evidente a existência de interdependências materiais entre a sociedade (*polis, oikos*) e o ambiente natural.

Há uma limitação da quantidade disponível de bens no mundo-natureza (terras, trabalho, alimentos, esposas, soldados, tecnologias), a qual pode ser enfrentada mediante competição ou cooperação. A apropriação privada de recursos naturais escassos então só pode gerar conflito, pois para assegurar um provisão de bens no futuro, a não-escassez de um implica na escassez de todos os demais.

3 PROPRIEDADE E DINHEIRO

Mas a apropriação privada de recursos energéticos só não se torna uma disputa política a partir do momento em que a sociedade, através do direito, cria o conceito de propriedade e, mais tarde, o conceito de dinheiro.

A propriedade juridicamente garantida permite justificar a exclusão de todos os não-proprietários. A propriedade, juridicamente instituída, produz uma diferença entre o proprietário e todos os demais não-proprietários.

A oposição *erga omnes* dos direitos reais carrega essa característica pelo menos desde o direito romano. E precisamente essa diferença entre proprietário e não-proprietário motiva a continuidade das operações econômicas. Pois ela garante que mesmo a pessoa ou a organização mais rica do mundo continuará sendo uma não-proprietária da maior parte dos bens disponíveis no mundo. E assim, mais que um meio de satisfação de necessidades, a propriedade se torna um meio de comunicação.

Do mesmo modo, o dinheiro permite aceitar as ações de outras pessoas em investir seu dinheiro naquilo que querem investir, independentemente dos motivos que cada um tenha para isso.

Propriedade e dinheiro são, portanto, meios de comunicação simbolicamente generalizados. Não se tratam apenas de meios para a satisfação de necessidades – como se diz no âmbito das autodescrições da economia. Propriedade e dinheiro são meios de comunicação que resolvem o problema da dupla contingência no aspecto da combinação entre uma ação de alterar e uma vivência de ego.

Através da propriedade e do dinheiro, ego pode entender uma ação de alterar na forma de uma vivência, isto é, ego vivencia a atuação de alterar como uma experiência própria: “eu não faria diferente”.

Diferentemente da comunicação do poder – sob a qual ego tem que reagir com uma ação de cumprimento ou de descumprimento a respeito de uma ordem proferida por alterar –, sob a comunicação da propriedade e do dinheiro, ego não tem que cumprir ou descumprir ordens de alterar: ego simplesmente vivencia a ação de alterar.

O fato de um vizinho trocar de carro até pode ser visto como uma provocação (um “provocar uma ação” correspondente). Mas somente se ego adotar a perspectiva do poder. Porque sob a perspectiva econômica, essa atuação do vizinho é entendida apenas como vivência, não como uma ação que provoca uma reação correspondente.

O fato do Reino Unido divulgar um plano de expansão no campo da energia nuclear, por exemplo, até pode ser visto, se se adotar a perspectiva política, como uma provocação aos países vizinhos. Mas a justificativa inglesa para a construção de mais usinas nucleares pode estar endereçada à comunicação econômica, isto é, pode afirmar a sua necessidade de garantir o suprimento de energia elétrica futura.

E então logo faltam argumentos para objeção: precisamente porque a decisão do Reino Unido, de uma ação política, passa a poder ser entendida como uma vivência, igualmente compartilhada por todos, em uma conhecida e vivenciada situação de escassez energética.

Essa é precisamente a função dos meios de comunicação simbolicamente generalizados “propriedade” e “dinheiro”. Com propriedade ou com dinheiro, o portador desses meios pode fazer com eles o que bem entender, porque todos os demais não-proprietários que vivenciam essa atuação encontram nesses meios de comunicação a garantia da aceitação a respeito da finalidade para a qual o proprietário destina a sua propriedade ou o seu dinheiro.

Através dos meios de comunicação da propriedade e do dinheiro, o portador deles tem já a garantia de que todos os demais não-proprietários aceitem como vivência que ele faça, com a sua propriedade ou com o seu dinheiro, o que bem entender – contra isso se fala hoje, no âmbito do direito e da política, em função social da propriedade. O dinheiro, por exemplo, permite até mesmo que o seu possuidor o empregue apenas para fazer mais dinheiro, sem uma finalidade além do fazer mais dinheiro, sem saber exatamente para que – e isso em um mundo onde pelo menos metade da população sobrevive sob condições miseráveis. Não obstante, ego aceita isso como vivência: essa é a função dos meios de comunicação simbolicamente generalizados “propriedade” e “dinheiro”.

4 PROPRIETÁRIOS E NÃO-PROPRIETÁRIOS

A propriedade pode ser entendida como um meio de comunicação. Nessa perspectiva, a propriedade disponibiliza uma forma específica de observação do mundo: a forma da diferença entre proprietários e não-proprietários.

Essa distinção permite economizar consenso, quer dizer, ao introduzir uma distinção entre proprietários e não-proprietários, o meio de comunicação “propriedade” possibilita que as operações econômicas dependam apenas do consentimento do proprietário – e não de um consenso a respeito da verdade, da democracia entre governo e oposição ou da correção normativa do direito.

A propriedade permite distinguir o seu titular de todos os demais não-proprietários. E assim a propriedade torna-se um problema apenas do proprietário. Todos os demais não-proprietários ficam, portanto, excluídos da decisão sobre os fins nos quais o proprietário pretende empregar a sua propriedade.

Além disso, a propriedade apresenta-se igualmente disponível à aquisição por qualquer um, embora poucos possam efetivamente adquiri-la. E como todos são proprietários de algum bem, a pretensão política à extinção da propriedade alheia significaria, ao mesmo tempo, a extinção da propriedade própria.

O resultado disso seria, novamente, um problema de regulação da escassez de bens, contra o qual a sociedade desenvolveu o meio de comunicação da propriedade. A própria idéia aristotélica de justiça distributiva carrega inevitavelmente esse pressuposto econômico. A tautologia do “dar a cada um o que é seu” já pressupõe uma generalização simbólica do sentido da propriedade como diferença entre propriedade e não-propriedade.

Isso significa que a propriedade não tem um fundamento além de si mesma. O seu fundamento descansa sob um paradoxo: o paradoxo da propriedade se justificar na diferença, por ela mesma produzida, entre proprietários e não-proprietários.

5 O PARADOXO DA PROPRIEDADE E SUA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA

Apesar desse paradoxo – e precisamente em razão dele –, o direito reconstrói a fundamentação da propriedade em termos de liberdade. A propriedade é entendida pela dogmática jurídica como a expressão da liberdade de auto-realização de indivíduos.

Se esse fundamento fosse levado mesmo a sério, a distribuição da propriedade só poderia ser justa sob a condição de um comunismo. Por isso a propriedade tem outro fundamento social. Ela é um produto social da necessidade de se assegurar a diferença entre proprietários e não-proprietários na comunicação econômica, isto é, na comunicação onde alter comunica algo como vivência para ego.

A propriedade garante que o seu titular exclua todos os demais potenciais titulares. E precisamente essa garantia facilita, ao mesmo tempo, a aceitação e a tolerância da apropriação privada de bens pelos não-proprietários.

Em relação ao sistema do direito, existem propriedades lícitas e ilícitas, mas também existem situações de não-propriedade lícitas: o fato de alguém não ter nenhuma propriedade não contraria o direito. A diferenciação funcional entre economia e direito, portanto, encontra na propriedade uma forma de acoplamento estrutural. A partir da qual a economia pode encontrar um fundamento jurídico à distinção por ela mesma produzida entre proprietários e não-proprietários, ao mesmo tempo que o direito pode encontrar um fundamento econômico para garantir juridicamente essa distinção.

O paradoxo então está no fato da economia criar a distinção fundamentada no direito e o direito fundamentar a mesma distinção com base na economia. E exatamente em razão desse fundamento paradoxal da distinção entre proprietários e não-proprietários, ela produz também a semântica de que a propriedade merece ser juridicamente garantida como condição da liberdade e da auto-realização de indivíduos.

6 O DESDOBRAMENTO DO PARADOXO DA PROPRIEDADE ATRAVÉS DO DINHEIRO

Mas uma referência simbólica à comunicação da propriedade não é suficiente para garantir a autopoiese do sistema/função economia. A diferença entre proprietários e não-proprietários precisa se desconectar, no plano operacional, de seus fundamentos exteriores. E isso significa que essa diferença só conquista clausura operativa quando o seu fundamento passa a ser endereçado a si mesmo, através de uma relação operativa de auto-referência.

Para essa exigência sistêmica existe o meio de comunicação “*dinheiro*”. Através do dinheiro, a diferença entre proprietários e não-proprietários pode se desconectar de justificações externas – o direito, por exemplo –, transferindo essa justificação para o plano das autodescrições.

No nível das operações do sistema, portanto, o dinheiro permite fundamentar a propriedade como propriedade de si mesmo. E um paradoxo como esse, onde o dinheiro se fundamenta na propriedade e a propriedade se fundamenta no dinheiro, torna possível o fechamento operacional e a respectiva autonomia das operações de pagamento em relação a outros sistemas.

Assim, operando com base no código “propriedade/dinheiro”, a economia conquista autopeiose. Em outras palavras, a propriedade sem a codificação secundária do meio de comunicação “dinheiro” não permite a clausura operativa da economia.

Sem a segunda codificação do dinheiro, a propriedade só pode ser entendida como forma de domínio político sobre a casa (*oikos*) ou sobre uma comunidade (*polis*). Somente com o dinheiro é que a propriedade torna-se ela mesma um bem passível de uso, fruição e disposição. E para isso o direito desempenhou uma importante contribuição: a garantia *erga omnes* do direito de propriedade, que somente depois, no campo da política do Estado Moderno, pôde ser submetida a políticas de função social.

Isso significa que em um primeiro momento, a propriedade se justificava como propriedade do solo, necessária às culturas de produção de bens indispensáveis à sobrevivência das famílias. E somente depois, com a monetarização da propriedade, mediada pelo meio de comunicação do dinheiro, é que o fundamento da propriedade se libertou de suas origens para fundamentar-se a si mesmo como um produto do investimento de dinheiro.

No âmbito das autodescrições da economia, o dinheiro é tradicionalmente entendido como um meio para a realização de trocas econômicas. A função do dinheiro, nessa semântica, é a de mediação de trocas econômicas. Através do dinheiro se pode adquirir qualquer bem disponível no mercado – inclusive bens ilícitos – porque o dinheiro simboliza um valor de troca.

Entretanto isso é válido apenas no nível da semântica da economia. Porque na perspectiva dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, o dinheiro é um símbolo, um signo que permite simbolizar relações desiguais de rendimento. Através do dinheiro a sociedade pode fazer circular esse símbolo da desigualdade de rendimentos entre proprietários de dinheiro e não-proprietários.

O resultado disso são transformações radicais no modo de organização da sociedade. Pois agora, através do meio de comunicação do dinheiro, o próprio fundamento político ou jurídico da propriedade sofre mudanças: com dinheiro, a propriedade passa a se fundamentar no seu próprio valor monetário, cuja validade não remete mais nem à garantia jurídica da propriedade privada, nem mesmo à garantia política do Império, mas tão-somente ao mercado mesmo.

Em outras palavras, a validade do dinheiro, que antes dependia do poder político do império, agora depende somente do mercado. Porque o dinheiro permite abstrair a propriedade de suas referências externas e endereçar a sua validade para si mesmo, através de uma nova dimensão comunicativa chamada mercado.

7 OS MERCADOS E A UNIVERSALIZAÇÃO DA ESCASSEZ E DOS INTERESSES ECONÔMICOS

Como um meio de comunicação, o dinheiro permite conectar o comércio local com outros comércios a longas distâncias, formando mercados. Isso significa que através da comunicação do dinheiro, não só os interesses mas também a escassez se tornam universais.

Sem o dinheiro, as trocas econômicas somente ocorreriam entre proprietários de bens diferentes condicionadas pelos interesses recíprocos nos bens trocados. A troca de excedentes de carne por excedentes de tecido, por exemplo, estaria condicionada a existência de um proprietário de tecidos interessado em carne.

Com o dinheiro, entretanto, tudo passa a poder ser trocado. Pois todos têm interesse no dinheiro, já que com dinheiro se pode comprar qualquer bem disponível no mercado, de qualquer proprietário, precisamente porque – e esse é o paradoxo – todos têm interesse no dinheiro. Em uma formulação tautológica: todos têm interesse no dinheiro porque todos têm interesse no dinheiro.

O dinheiro, portanto, não é apenas uma convenção social: é um meio de comunicação da escassez e dos interesses. Através do dinheiro, qualquer um pode observar a escassez e, ao mesmo tempo, o grau de interesse dos não-proprietários sobre determinados bens.

Em outras palavras, o dinheiro torna possível a criação de mercados sobre os quais efetuam-se atos de pagamento que atualizam o próprio meio de comunicação do dinheiro. E isso significa que para além da função de mediação de transações, o dinheiro permite resolver o problema da improbabilidade na aceitação da apropriação privada de bens escassos por uns, com a exclusão de todos os demais.

Através da comunicação do dinheiro, todos podem aceitar como vivência os atos de exclusão no acesso a bens escassos. A pergunta pelo por que alguém tem mais que outros se responde então pelo dinheiro, e não mais pela violência do poder, pela verdade da ciência ou pelo correção normativa do direito.

Ao tornar universal a escassez e os interesses, o dinheiro permite monetarizar também a propriedade. Isso significa que a propriedade passa a ter valor monetário, passa e ter um preço. O qual pode ser comunicado de modo universal na linguagem dos preços, que é o dinheiro mesmo.

Como se sabe, os preços se determinam através da escassez. E a escassez se determina pela relação entre oferta e demanda de bens. E como o dinheiro simboliza a própria escassez na forma dos preços, a escassez se torna universal. Por isso, o dinheiro é muito mais que um meio de troca, muito mais que um mediador de transações. O dinheiro simboliza a escassez generalizando-a para uma perspectiva universal.

Através da comunicação do dinheiro, todos podem saber que a gasolina não pode ser gratuita, sob pena da interrupção do seu abastecimento para todos. Todos sabem que, por uma questão puramente econômica de escassez, um recurso não renovável como o petróleo não pode mais voltar a ser vendido por U\$ 1,80 dólares o galão, como foi na década de sessenta. O dinheiro motiva a aceitação de ações como vivências em um nível de sentido muito mais sutil do que aquilo que a crítica afirma ser ideologia.

O código “propriedade/dinheiro” comunica que cada um pode fazer o que quiser com seu dinheiro. A eleição contingente de alterar a respeito dos seus investimentos então pode ser vista por ego na forma de uma vivência, quer dizer, ego pode se tornar indiferente à ação de alterar, ego encontra motivos para aceitar, como vivência própria, a ação de alterar.

Através da propriedade e do dinheiro juridicamente legitimados, a sociedade procedimentaliza o acesso a recursos escassos. E assim, a propriedade e o dinheiro motivam a aceitação e a indiferença dos não-proprietários em relação aos ricos. Em outras palavras, a propriedade e o dinheiro produzem a tolerância de ego a respeito das ações de alter.

8 A GENERALIZAÇÃO SIMBÓLICA DA ESCASSEZ

As trocas encontram no dinheiro um meio de comunicação que simboliza a escassez, substituindo-a. O dinheiro então se generaliza simbolicamente como um meio de comunicação da escassez. Ele permite simbolizar tanto a dimensão temporal dentro da dimensão social – como garantia de valor também para o futuro –, como também a dimensão objetiva (o dinheiro como medida de valor) e a dimensão social (o dinheiro como meio de troca).

Quer dizer, o dinheiro simboliza uma medida de valor (dimensão objetiva) que vale também para o futuro (dimensão temporal) como meio de troca (dimensão social). E por isso o dinheiro não pode ser entendido somente como um bem entre outros. O dinheiro simboliza a reentrada das dimensões objetiva (sistema/ambiente) temporal (passado/futuro) e social (alter/ego) dentro da dimensão social, solucionando o problema de referência à escassez de bens.

Nessas condições, o dinheiro, como meio de comunicação simbolicamente generalizado, conquista universalidade e especificidade funcional, que é a condição de possibilidade do fechamento operacional do sistema/função economia.

Assim, o dinheiro permite que a economia se diferencie de outros contextos sociais. O dinheiro dota a economia de autopoiese. Precisamente porque o dinheiro desconecta a propriedade de seus fundamentos psíquicos e orgânicos da necessidade de sobrevivência, para conectá-la apenas a um fundamento paradoxal: o dinheiro mesmo.

O dinheiro, em outras palavras, permite desconectar os atos de pagamento dos motivos de quem está pagando. Ele canaliza a observação ao ato de pagamento como tal, abstraindo-o dos sentimentos, das intenções ou dos motivos dos participantes. Porque sob a seletividade do código propriedade/dinheiro – que exclui todas as demais possibilidades de combinação de sentido –, a atuação de alter fica condicionada à distinção entre proprietários e não-proprietários e nada mais. A partir da qual ego só pode continuar essa comunicação se entendê-la como vivência própria.

O código “propriedade/dinheiro” permite que a economia reproduza operações de distinção entre proprietários e não-proprietários e, ao mesmo tempo, justifique essa distinção mesma na propriedade do dinheiro.

O dinheiro legitima a própria diferença entre proprietários e não-proprietários, permitindo desconectar as operações econômicas de referências ao ambiente. E nessas condições, a economia já não depende mais, para a sua autopoiese, de fundamentos exteriores às suas próprias operações. A economia já se torna operativamente autônoma em relação ao ambiente. Contra a propriedade só se pode opor a não-propriedade e vice versa. E isso significa que a economia conquista plena diferenciação funcional ao instituir-se sob o código da “propriedade/dinheiro”, já que a partir daí o cruzamento do

código requer apenas um único valor de negação. Ou se é proprietário ou não se é. Ou se tem dinheiro suficiente para pagar por uma propriedade ou não se tem.

E assim o sistema/função economia conquista clausura operativa, a partir da qual ela mesma se coloca em movimento para reproduzir operações de pagamento.

9 AUTOPOIESE DA ECONOMIA E DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL

Diferenciada funcionalmente, a economia já não pode mais converter o seu meio “propriedade/dinheiro” em outros. Não pode mais, por exemplo, converter dinheiro em amor sincero, nem converter propriedade em poder, tampouco converter seus atos de pagamento em verdades. E o mesmo vale para o amor, para a política e para a ciência: com amor não se produz dinheiro, nem com poder, tampouco com verdade.

Os meios se tornam autônomos, se tornam inconversíveis entre si. Possuir a verdade já não significa mais possuir riqueza econômica. Como também estar pobre não significa estar carente de amor. Ter poder político já não é o mesmo que ter dinheiro, até porque as exigências que a propriedade coloca para o proprietário limitam bastante o campo das suas possibilidades de ação política, embora – não se pode negar – fortaleça outras.

Assim, o dinheiro, como codificação secundária da propriedade, conquista a possibilidade de substituir inclusive a função de outros sistemas. A onipresença do dinheiro, por exemplo, permite a substituição da compensação das recompensas místico-religiosas pela compensação monetária. E a compensação moral se substitui pela compensação monetária através das indenizações mediadas pelo direito, nas ações de indenização por dano moral.

Com isso a economia possibilitou inclusive a superação das questões morais e religiosas que poderiam incidir sobre os participantes de uma operação econômica. A histórica reprovação moral sobre a cobrança de juros, por exemplo, atualmente parece ter caído no esquecimento.

Precisamente porque em uma economia de mercado, o julgamento a respeito de uma decisão sobre pagar ou não pagar se leva a diante sob critérios especificamente econômicos (palavra-chave: racional). Não importa nem se um dos participantes de uma operação econômica apresenta seus motivos com sinceridade. Porque com base no meio de comunicação do dinheiro, só importa quem é proprietário e quem não é, para assim se poder distinguir, na decisão econômica, as oportunidades de lucro e os riscos de prejuízo.

Também a produção de bens ou a prestação de serviços já não se realiza a indivíduos. Sob as condições de economia monetária, o cliente se despersonaliza, o cliente passa a ser o próprio mercado. Produzem-se bens e prestam-se serviços para o mercado de consumo, que pode ser local, regional ou também global. Não importa mais para quem alguém compra um computador ou faz uma cirurgia plástica. Sob a comunicação da economia, o que importa é a diferença entre proprietários e não-proprietários para, assim, calcular-se o nível de escassez na forma dos preços monetários.

E precisamente por isso se torna possível calcular também a lucratividade esperada em cada investimento. Aliás, a possibilidade de se atuar orientado ao lucro é resultado da possibilidade de uma produção orientada ao mercado.

Naturalmente, Max Weber viu isso de modo diferente: para ele, uma ordem social moderna capitalista como essa se tornou possível em razão de mecanismos religiosos de legitimação dos motivos da atuação orientada ao lucro. Na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, pode-se ver essa legitimação mesma como um resultado da própria autopoiese do sistema/função economia – já que continuam a existir operações econômicas que podem ser julgadas como morais ou imorais em comunidades diferentes, embora o caso corriqueiro seja mesmo o abandono do código “moral/imoral” e sua substituição por uma observação baseada na diferença entre altruísmo e egoísmo.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ironicamente, essa clausura operativa da economia, vale dizer, essa desconsideração da economia em relação às questões morais e políticas, é a condição de possibilidade para a realização concreta dos processos econômicos.

Só assim a economia pode continuar a operar sem depender da diferença entre ricos e pobres, ou da diferença entre cristãos e pagãos, ou entre governo e oposição etc. A práxis burguesa pretendeu isso ao propor a redução das intervenções políticas nas operações econômicas, limitando-as à garantia do direito – e depois, no Estado de Bem Estar Social, à reequilibrar as conseqüências na forma de compensações.

Por isso, a comunicação econômica produz efeitos muito mais sutis do que as teorias críticas puderam descrever sob a fórmula da ideologia. A autopoiese da economia exige essa blindagem como condição da sua própria possibilidade. E se se perguntar pelo fundamento ou pela origem de tudo isso, chega-se ao paradoxo da diferença entre proprietários e não-proprietários instituída por ela mesma como forma de regulação da escassez dos bens necessários à subsistência, legitimada por ela mesma através da codificação do dinheiro.

Afinal, a crença no progresso como abolição da escassez já comprovou que a distribuição desigual de bens não escassos produz ela mesma a escassez, a qual constitui um pressuposto da própria continuidade da produção. Quer dizer, quanto mais escassez, mais motivos são criados para aumentar a produção e a distribuição desigual de bens escassos. E a justificativa disso tudo repousa em um paradoxo: a diferença entre proprietários e não-proprietários de bens escassos, instituída pela própria forma de comunicação da economia para regular e justificar a apropriação privada de bens escassos por alguns, com a exclusão de todos os demais.

E não é nada fácil enfrentar esse tipo de estrutura social. E as teorias políticas geralmente apontam o direito como o lugar no qual pode ser possível realizar essa mediação. Mas precisamente quando a escassez de bens essenciais é demasiadamente presente na sociedade, a presença da ausência desses bens só pode ser regulada através dos preços da economia, não através das leis do direito.

Por isso, ao se pretender generalizar simbolicamente, através do direito, expectativas normativas a respeito da inclusão e da segurança no provisãoamento de bens escassos, o direito tem que trabalhar, também, com a diferença entre propriedade e falta dela. E isso significa um direito de propriedade com sensibilidade suficiente para fornecer também formas de observação do direito à propriedade, com um nível de sofisticação mais avançado do que atualmente se fala sob a fórmula da função social da propriedade.

E em uma sociedade transnacional, que tolera uma assimetria entre proprietários e não proprietários de bens escassos, o direito se torna o lugar privilegiado para realizar essa mediação de modo menos econômico, quer dizer, de modo a substituir um critério de acesso ou de inclusão baseado tão-somente no poder de pagamento, por um critério de inclusão baseado em outras formas de comunicação que ainda precisam ser inventadas.

Importantes pensadores apontam para a solidariedade, para a responsabilidade ou simplesmente para a razão. Mas no fundo trata-se da exigência sistêmica de uma nova estratégia de assimetria desses paradoxos, que não pode ser prevista, nem conjecturada. Pois a assimetria de um paradoxo sempre é o resultado de uma rede de operações sociais, nunca um ato solitário de vontade.

11 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DUPUY, Jean-Pierre. A ética dos negócios. In: MORIN, Edgard; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Trad. Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 77-89.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy policies of IEA countries: Germany*. Paris: OECD Publishing, 2007.

_____. *Energy policies of IEA countries: United Kingdom*. Paris: OECD Publishing, 2006.

_____. *Energy policies of IEA countries: United States*. Paris: OECD Publishing, 2008.

KEYNES, John Maynard. The general theory of employment. *Quarterly Journal of economics*, n. 51, February, p. 209-223, 1937.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trota, 1998

_____. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flipo Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007.

_____. Politics and economy. *Thesis eleven*, n. 53, p. 1-9, maio, 1998.

_____. Scarsità, denaro e società civile. In: _____. *Potere e codice politico*. Trad. Gustavo Gozzi. Milano: Feltrinelli, 1982, p. 100-142.

_____. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.

UNITED STATES OF AMERICA. *Energy perspectives*. US Energy Department, 2008. Disponível em: http://www.eia.doe.gov/emeu/aer/ep/ep_frame.html. Acesso em: 30.04.2008.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 271.

Cf. LUHMANN, Niklas. Scarsità, denaro e società civile. In: _____. *Potere e codice politico*. Trad. Gustavo Gozzi. Milano: Feltrinelli, 1982, p. 100-142, p. 104: “Un orientamento secondo scarsità consente la sintesi di tutti questi elementi, al punto di farli agire in unità. La loro azione comune consente di spiegare in che modo, entro quali limiti e con quali conseguenze il principio di scarsità riformuli la contingenza e la risolva in decisione.”

Cf. ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 15 [Livro I, Capítulo II, § 1º]: “é preciso falar, primeiramente, da economia do lar [...]. Os elementos da economia doméstica são [...]”. Depois Aristóteles distingue a economia doméstica da “arte de acumular fortuna” (ibidem, p. 16 [§ 2º]), para depois concluir: “é evidente, portanto, que a ciência de adquirir não é a mesma que a da economia, pois uma tem por característica ofertar os meios, enquanto que a outra faz uso deles” (ibidem, p. 22 [Capítulo II, § 2º]).

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 287.

Ibidem, p. 271.

Cf. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy policies of IEA countries: United Kingdom*. Paris: OECD Publishing, 2006. Nesse contexto pós-Kyoto – e independentemente dele – também os EUA fizeram renascer a energia nuclear através

do seu Energy Policy Act 2005: “Most important is the Energy Policy Act 2005 – a comprehensive energy legislation which has set new directions, including opening the way for a nuclear renaissance” (INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy policies of IEA countries*: United States. Paris: OECD Publishing, 2008, p. 12). Projetos nucleares também são prioridades na Alemanha (cf. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy policies of IEA countries*: Germany. Paris: OECD Publishing, 2007).

De fato, a justificativa para o retorno à energia nuclear às agendas políticas britânicas se encontra no declínio da produção de petróleo no *North Sea*, com o correspondente aumento na dependência das importações (cf. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy policies of IEA countries*: United Kingdom. Paris: OECD Publishing, 2006).

Compare-se com DUPUY, Jean-Pierre. A ética dos negócios. In: MORIN, Edgard; PRIGOGINE, Ilya et all. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Trad. Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1998 [p. 77-89], p. 83: “Os economistas, para a descreverem [a moeda], falam de ‘confiança na moeda’. Expressão vazia, que tem, pelo menos, o mérito de explicar que os homens não depositam confiança uns nos outros, mas em algo que os ultrapassa a todos. Algo que representa a transcendência da comunidade em relação a cada um dos seus membros.”

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 271.

Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 523.

Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 108 [Livro 5, n. 3].

Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 126.

Ibidem, p. 130: “Mediante la proprietà tutti i processi di comunicazione economicamente rilevanti vengono sottoposti all’univoca distinzione avere/non-avere.”

Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 522.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 271.

Ibidem, p. 255.

Cf. LUHMANN, Niklas. Consideraciones introductorias a una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. In: _____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trota, 1998, p. 116: “con ayuda de la propiedad y del dinero se posibilita la tolerancia de la riqueza como condición de una más alta especificación de los procesos económicos.”

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 255.

Ibidem, p. 272.

Aproximando-se perigosamente dessa tautologia, Keynes a revelou como um resultado da racionalidade nas decisões econômicas orientadas pela especulação financeira em situações de incerteza a respeito da “accumulation of wealth for an indefinitely postponed future”: “The psychology of a society of individuals each of whom is endeavoring to copy the others leads to what we may strictly term a *conventional judgment*” (KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment*. *Quarterly Journal of economics*, n. 51, February, p. 209-223, 1937, p. 214). Keynes esconde a tautologia ao introduzir uma referência externa – igualmente incerta na decisão –, à “psicologia” de uma sociedade de indivíduos onde cada um aspira imitar os outros.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 272.

Nesse sentido também as “fichas simbólicas” de GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 30.

No início do ano de 2008 o preço do barril ultrapassou os US\$ 100,00. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. *Energy perspectives*. US Energy Department, 2008. Disponível em: http://www.eia.doe.gov/emeu/aer/ep/ep_frame.html. Acesso em: 30.04.2008.

Cf. LUHMANN, Niklas. Consideraciones introductorias a una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. In: _____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trota, 1998, p. 115.

Cf. LUHMANN, Niklas. Scarsità, denaro e società civile. In: _____. *Potere e codice politico*. Trad. Gustavo Gozzi. Milano: Feltrinelli, 1982, p. 100-142, p. 110.

Loc. cit.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 769.

Cf. LUHMANN, Niklas. Consideraciones introductorias a una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. In: _____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostein Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 110.

Ibidem, p. 116.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 286.

Ibidem, p. 286.

Ibidem, p. 770.

Loc. cit..

Cf. LUHMANN, Niklas. Politics and economy. *Thesis eleven*, n. 53, p. 1-9, maio, 1998.

Naturalmente, o direito pode instituir exigências de explicitação dos motivos como condição da licitude de uma aquisição, como é o caso da compra de armas, de remédios controlados, de agrotóxicos, doação de tecidos humanos e até mesmo para a compra e venda de energia elétrica no Mercado Atacadista de Energia. Para a economia, contudo, as exigências do direito só podem ser observadas na forma dos programas de custos e oportunidades.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 770.

Cf. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007, p. 771.

Cf. LUHMANN, Niklas. Scarsità, denaro e società civile. In: _____. *Potere e codice politico*. Trad. Gustavo Gozzi. Milano: Feltrinelli, 1982, p. 132.

DUMPING ECOLÓGICO: UM MITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REVELADO PELA SOCIEDADE DE RISCO

ECOLOGICAL DUMPING: A MYTH OF THE ECONOMICAL DEVELOPMENT DISCLOSED FOR THE RISK SOCIETY

Thábata Biazuz Veronese

RESUMO

A política neoliberal inculca na cultura globalizada a necessidade do livre comércio para o crescimento econômico. Todavia, sem negar essa verdade, os países dominantes empregam algumas falácias nessa teoria desenvolvimentista, as quais precisam ser reveladas. Um desses mitos é o dumping ecológico, tendo em vista que os países subdesenvolvidos toleram sua prática na crença de que sua permanência incrementará a economia nacional. Contudo, essa premissa será desvendada como falsa ao concluir que seus efeitos danosos se mostram maiores do que os benefícios aparentemente anunciados. Por fim, será defendida a importância do fortalecimento da legislação antidumping nos países terceiro-mundistas, a fim de se propiciar seu verdadeiro desenvolvimento econômico e então poderem concorrer de igual para igual com os demais países do Globo.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO. SOCIEDADE DE RISCO. DUMPING ECOLÓGICO. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

ABSTRACT

The neoliberal politics infused in the globalized culture the necessity of the free commerce for the economic growth. However, without denying this truth, the dominant countries use some fallacies in this developing theory, which they need to be disclosed. One of these myths is dumping ecological, in view of that the underdeveloped countries tolerate practical its in the belief of that its permanence will develop the national economy. However, this premise will be unmasked as false when concluding that its harmful effect if show greater of what the apparently announced benefits. Finally, the importance of the strenghtness of the antidumping legislation in the countries will be defended third-worldliness, in order to propitiate its true economic development and then to be able to concur of equal for equal for equal with the too much countries of the Globe.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. RISK SOCIETY. ECOLOGICAL DUMPING. ECONOMICAL DEVELOPMENT.

1 INTRODUÇÃO

A cultura capitalista alimenta a ideologia do processo de globalização como condição essencial para a realização das necessidades humanas. Inserida nessa ideologia está a crença da imprescindibilidade da presença de empresas mundiais – multinacionais ou transnacionais – para a permanência do país no mercado globalizado. Imbuídos por esse espírito, os governantes dos países terceiro-mundistas direcionam toda a sua política no sentido de atrair as empresas mundiais ao seu território. Nessa guerra mercadológica, proliferam-se os mecanismos a serem utilizados como atrativos, tais como a isenção ou a redução de impostos, a flexibilização das legislações trabalhista, concorrencial e ambiental, entre outros.

Ocorre que os detentores do poder somente conseguem visualizar os aparentes benefícios que a permanência das empresas parece lhes trazer, que seria, em suma, o pretenso incremento na economia nacional, através da geração de empregos e da injeção de capital no mercado nacional. Contudo, após usufruir de todos os benefícios concedidos pelos governos dos países subdesenvolvidos e após esgotar os recursos naturais e não fazer nenhuma política ambiental em contrapartida, essas empresas migram para outro país subdesenvolvido que ofereça melhores condições de investimento. Além disso, destaque-se que o pretenso incremento econômico não foi efetivado, uma vez que os lucros obtidos são apropriados pelas empresas e não investidos nos países que as receberam.

Destarte, questiona-se a ocorrência do dumping ecológico, que constitui exatamente nessa prática de grandes conglomerados se instalarem em países subdesenvolvidos sob o pretexto de estarem colaborando com o crescimento econômico, quando, na verdade, estão destruindo as possibilidades de desenvolvimento econômico.

A partir da década de 70, com a intensificação do processo industrial, a comunidade internacional se deu conta dos danos ambientais resultantes do sistema capitalista e se principiou a discussão sobre a necessidade de preservação ambiental e paulatinamente se chegou ao conceito de desenvolvimento sustentável. A ideologia de externalizar os custos ambientais, ou seja, transferi-los para a sociedade, sob o argumento de que a assunção dos gastos com controle da poluição diminuiria a lucratividade, a competitividade e a oferta de empregos, aos poucos, passa a ser substituída por aquela de internalizar os custos ambientais, não mais se enxergando a empresa como detentora absoluta da produção de riquezas, mas considerando todos os fatores essenciais para a vida de qualidade. Assim, a sociedade de risco começa a desenvolver sua consciência ecológica e passa a exigir uma mudança de postura por parte das empresas e dos Governos no sentido de implantar meios de conciliar o crescimento econômico com a sustentabilidade planetária.

Assim, não se pretende negar a importância da dinamicidade da estrutura mercadológica instaurada, tampouco seus notáveis benefícios, principalmente diante da inegável irreversibilidade do processo de globalização. Porém, pretende-se, sim, apontar as falácias do modo como tem sido encarado esse processo, destacando-se a importantíssima distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico e

culminando com a demonstração do dumping ecológico como um mito do desenvolvimento econômico, para, ao final, apontar a urgência de uma revisão axiológica a fim de se proporcionar o verdadeiro desenvolvimento.

2 GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO

2.1 O fenômeno da globalização

Globalização pode ser definida como o processo de integração econômica, social, política e cultural entre as nações do Globo, cuja razão se encontra na necessidade da dinâmica capitalista de formar uma aldeia global que permita a formação de mercados crescentes entre os diversos países cujos mercados internos se apresentam saturados ou em expansão. Denota-se, pois, a sobreposição do fator econômico.

A globalização, diferentemente do que parece, não constitui um fenômeno novo. Na verdade, suas interferências por intermédio do capitalismo contemporâneo compõem “a retomada de processos e tendências bastante antigos”, como mostra a expansão ultramarina contada na história (BATISTA JUNIOR, 1997, p. 96).

Hoje, com o auxílio dos meios de informação e de transporte no grau de evolução que se atingiu, cria-se uma ideologia universal que transpõe qualquer barreira. Os mercados dominantes, comandados pelos interesses de um pequeno grupo dirigente das grandes empresas mundiais, expandem uma ideologia de consumo a nível planetário, o que facilita esse processo de integração.

“Em suma: “formam-se estruturas de poder econômico, político-social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização nítida neste ou naquele lugar, região ou Nação (...) parecendo flutuar por sobre Estados e fronteiras, moedas e línguas, grupos e classes, movimentos sociais e partidos políticos” (IANNI, 1995, p. 93, apud MARQUES NETO, 2002, p. 107).

Tendo em vista que o desenvolvimento da história acompanha o desenvolvimento do intelecto humano, vislumbra-se na atualidade a era da tecnologia, considerada responsável pela realização das necessidades humanas. A tecnologia alcança um grau tão elevado, que, no que tange à tecnologia da informação, a comunicação é instantânea, de modo a permitir que cada acontecimento seja conhecido simultaneamente em todos os lugares do Globo.

Essa simultaneidade colabora com a expansão das empresas globais, que invadem os territórios impondo uma política de comando de acordo com as prerrogativas que lhes

são convenientes para consecução de sua lucratividade acima de qualquer outro valor. Em busca dessa lucratividade, as empresas mundiais engendram uma concorrência acirrada, da qual somente sobrevive aquela que obtiver maiores resultados positivos na internacionalização dos mercados, resultados estes aos quais se denominou eficiência. Este processo configura-se num círculo vicioso, uma vez que as empresas que obtêm os melhores patamares possuem melhores condições de investimentos em pesquisas e tecnologias para avaliar os interesses do mercado consumidor, aprimorar seus produtos e escolher os lugares mais vantajosos de se investir, fazendo sucumbir aquelas que não têm as mesmas condições.

Vivemos num mundo em que o globo não está mais tradicionalmente dividido em nações, sociedades nacionais, Estados-nações. Agora o centro do mundo não é mais o indivíduo, singularmente considerado ou como minoria, grupo, classe, opinião pública, mas toda a coletividade. [...] O fenômeno da globalização é, em geral, um processo brutal e caótico. Ela força países, empresas e pessoas a competirem num mundo capitalista, onde a lucratividade é o maior objetivo (SOARES, 2005, p. 93).

Verifica-se, ao longo da história, que, se por um lado as empresas caminharam na ânsia de expandirem seu poder de mercado, por outro lado, os Estados se posicionaram a favor dessa expansão porque seus governantes acreditaram que o crescimento das empresas acarretaria o crescimento dos Estados em que tais empresas estariam instaladas. Isso porque, em tese, quanto maior o potencial da empresa, maior a oferta de empregos e maior a ingestão de dinheiro na economia.

Todavia, a história do capitalismo vivencia na atualidade um momento de crise. Essa crise econômica difundida esconde outra crise, a crise de paradigmas. Toda a problemática se dá porque durante toda a história de dominação do homem sobre a natureza, este agiu de forma a satisfazer suas necessidades, olvidando a finitude dos recursos naturais. Hoje, a concorrência atingiu um estágio em que não se vislumbra aqui ou acolá lugar para todos, nem para todas as empresas, nem para todos os indivíduos. A crise desencadeia demissões em massa em todos os cantos do mundo. A tão consagrada hegemonia econômica encontra seus limites e se perde. Pergunta-se qual o motivo que desencadeou essa crise. Muitos divagam sobre os contornos da dinâmica do mercado, entoando apenas os fatores financeiros. Contudo, a força-motriz de toda essa questão está na escolha de paradigmas. Sim, porque o paradigma exclusivamente financeiro não mais satisfaz. A crise faz pensar na necessidade de se desviar do império da informação e do dinheiro para repensar os valores que entoam os verdadeiros interesses sociais.

Nesse sentido, Santos procura desmitificar algumas idéias absorvidas pelo sistema capitalista, agora em crise:

Dentro dessa crise, vivencia-se na atualidade esta globalização perversa para a maior parte da humanidade, que sofre as conseqüências da tirania da informação e do dinheiro, cujo sistema ideológico manipulado, com o auxílio da publicidade, confunde e

influencia as ações e até o caráter das pessoas, aprofundando as desigualdades. As notícias são mascaradas e repassadas de forma a produzir fábulas e mitos. Dentre as fábulas, está a falsa idéia da comunicação instantânea, quando, na verdade, essa comunicação se faz por intermédio de objetos e não da interação de pessoas; a idéia do tempo e espaço contraído, que só são acessíveis a um número limitado de pessoas que disponibilizam de condições para isso; a idéia de desfalecimento das fronteiras e da criação de uma cidadania universal; e a idéia do neoliberalismo como fundamento da democracia (SANTOS, 2008, p. 37-43).

Interessante notar como a mídia, assaz tão suscetível de influenciar a cultura social, divulga esta crise financeira, mas também, sem uma associação nítida, tem dado crescente ênfase à questão da sustentabilidade. O impacto da industrialização sobre o meio ambiente, com o suporte da cultura do crescimento econômico a qualquer custo, desencadeou uma série de desastres ambientais responsáveis pelo delineamento do que se denominou sociedade de risco, embasada na produção e distribuição dos riscos decorrentes do desenvolvimento industrial.

2.2 A globalização como berço da sociedade de risco

Paradoxalmente, se por um lado vislumbra-se tamanha inteligência do homem ao descobrir curas de tantos males de saúde, bem como os meios de comunicação, os avanços da ciência, e a industrialização de tantos eletro-eletrônicos que facilitam o cotidiano, por outro lado, espanta sua estupidez diante da falta de cuidados ante os malefícios que todo esse “conquistar o mundo” causa em contrapartida.

Esses efeitos decorrentes da estranha falta de discernimento ao tratar dos impactos ambientais são sentidos com mais firmeza a cada dia por todas as pessoas, mesmo que inconscientemente. Constitui exemplos desses impactos a poluição das águas, do solo e do ar. Como é público e notório as conseqüências disso na Terra são tamanhas que chegam a ameaçar a própria vida do ser humano, assim como tem ameaçado de extinção várias espécies da fauna e da flora, causando o desequilíbrio do ecossistema, afora as conseqüências como o efeito estufa, o aquecimento global devido à emissão de poluentes químicos, o degelo dos pólos, o desmatamento das florestas pela busca da madeira, as queimadas, as enchentes, o aumento de dióxido de carbono no ar, a escassez dos recursos naturais, as doenças oriundas da poluição verificadas principalmente nos grandes centros urbanos, entre outros.

Nesse contexto, surge a preocupação de algumas pessoas mais conscientizadas, manifestando-se pelos quatro cantos do mundo através de movimentos em defesa da natureza, formando passeatas, constituindo organizações não-governamentais – ONGs, e, notadamente a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, e seus relatórios com repercussão mundial, cujos estudos demonstram a necessidade de se atentar para a preservação ambiental diante da limitação dos recursos naturais. OTRODUÇ

peçoasdade sejam beneficiados.s da civilizaçampo.idade de compartilhar a vida e o
privilindo-os. dian dia

Essa conscientização tem forçado os governos dos mais diversos países a se preocuparem com sua participação nessa problemática globalizada e se posicionarem no sentido de atuar de forma a diminuir os impactos ambientais, já que as investidas desenvolvimentistas até então sem o aparato de preservação revelaram um modelo insuficiente de preservação.

A sociedade de risco não mais aceita os danos ambientais como fatalidades inerentes ao processo de industrialização necessário ao desenvolvimento social, e indaga por que não controlar os efeitos negativos gerados pelo desenvolvimento industrial. Assim, questiona e exige uma mudança do comportamento empresarial no sentido de se conduzir de modo a evitar, minimizar ou corrigir os danos ambientais decorrentes da ação industrial. Eis a dificuldade anunciada como o desafio da modernidade neste início de século.

Nesse sentido, o modo pelo qual a sociedade é pensada ou concebida resulta na maneira pela qual se admite a racionalidade de suas formas de organização institucional. A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a crise representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições. Assim, considerada essa idéia de crise configura um conceito que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnicas e funcionalmente eficazes (FARIA, 2000, p. 41).

Nesse contexto, a sociedade de risco, produto da globalização, imersa nesta crise de paradigmas, desenvolve um consenso acerca dos benefícios gerados pelas empresas – basicamente, geração de emprego e aumento de renda – em contraposição ao peso da moral ecológica, que começa a despontar para além do cenário econômico, invadindo a seara social, política e jurídica, o que, por ameaçar a eficiência, desencadeia a mudança de posicionamento das empresas.

Com efeito, os riscos da modernização, ao acelerarem o processo de conscientização, alteram a redistribuição do poder no âmbito de tomada de decisão nas empresas. Questões como escolha do processo produtivo, planejamento da produção, desenvolvimento tecnológico e disposição dos resíduos, tratadas anteriormente como assuntos de soberania exclusiva dos e administradores de unidades industriais, extrapolam os muros das plantas industriais. Novos grupos e atores sociais entram em cena, exigindo que decisões tomadas nas altas cúpulas administrativas sejam revistas e que processos de produção sejam modificados (DEMAJOROVIC).

As empresas começam a tomar consciência dessa nova contextualização social e procuram adequar suas condutas a essa nova realidade a fim de não serem banidas da concorrência, que, agora, adquire novos contornos, moldados pelo desenvolvimento da conscientização ecológica, num novo conceito de eficiência. Assim, o planejamento empresarial ultrapassa as metas de números demonstrativos da produção de maior riqueza e abrange os ditames da ética, do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade socioambiental.

No entanto, o grande desafio para a consecução do desenvolvimento sustentável implica em conciliar a limitação dos recursos naturais com o ilimitado crescimento econômico, de forma a de fato expandir-se o bem-estar ao maior número possível de pessoas, assumindo que a sustentabilidade é condição necessária para o desenvolvimento e, agora, até o crescimento econômico.

A globalização, impulsionada pelo desejo de interligar os mercados, inicialmente munida apenas pelo anseio de produção de riquezas, encontra-se numa nova fase, em que a concorrência empresarial tem em vista um novo desafio para se manter no mercado globalizado. Hoje, não bastam os indicadores de maior poder econômico, mas interessa mais a conciliação do desenvolvimento tecnológico e industrial à preservação do meio ambiente. As empresas que não sustentarem esse discurso em sua base estarão eliminadas do mercado diante da tomada de consciência ecológica por parte da sociedade de risco.

3 CONSCIENTIZAÇÃO ECOLÓGICA EMERGENTE

A evolução da história acompanha a evolução do homem. E, invariavelmente, a história sempre foi escrita de acordo com o pensamento das classes dominantes.

Primeiramente, quando se deu a passagem do Absolutismo para o Estado Moderno, o capitalismo que se instalava precisava de uma concentração do poder político a fim de preservar as condições necessárias à sua afirmação e reprodução – acumulação de capital e estabilização – o que foi sendo conseguido com a efetivação do Estado de Direito, que procurou amoldar suas funções às necessidades do capitalismo. Hoje em dia, ao contrário, verifica-se uma nova fase do capitalismo, que procura diminuir cada vez mais a atuação estatal de todos os campos em que os agentes econômicos possam atuar. Ocorre que o modo produtivo capitalista desenvolve-se numa dinâmica muito mais veloz do que a regulamentação estatal da atividade econômica, de modo que os agentes econômicos acreditam que a sua atuação com maior liberdade, isenta da maior parcela possível de intervenção estatal, poderia atingir o máximo da eficiência (MARQUES NETO, 2002, p. 101-102).

Inserida neste processo de expansão capitalista encontra-se a colaboração de diversos fatores que contribuíram sobremaneira para sua consagração. Entre esses fatores estão, principalmente, a evolução dos meios de informação e de transporte, cuja atividade

propiciou a divulgação de padrões de consumo adotados como universais, independentemente de fronteiras, culturas, moedas, línguas e outros critérios.

A democracia plena é substituída pela democracia do consumo, em que os meios de produção têm que se adequar às imposições do mercado, que são feitas pela influência da mídia. Assim, as concepções de democracia, opinião pública e cidadania necessitam de urgente revisão. Daí a necessidade de elaboração de um novo discurso, capaz de desmitificar a competitividade e o consumo e ao menos atenuar a confusão dos espíritos (SANTOS, 2008, p. 54-55).

Contudo, a atualidade presencia uma crise do sistema capitalista, tanto pela realidade, que não mais comporta tais imperativos, quanto pela conscientização da sociedade, que não mais aceita tal dominação.

O atual modelo de desenvolvimento econômico ditado pelos princípios do neoliberalismo não comporta uma política de proteção ambiental, o que desencadeou o estágio de desequilíbrio mundial vivenciado atualmente, cuja característica mais marcante consiste na dissonância entre o desenvolvimento dos países chamados de primeiro-mundo e os terceiro-mundistas.

Contudo, há o surgimento de uma conscientização ecológica emergente, que interfere no comando das grandes empresas, cuja resistência, mais cedo ou mais tarde, desperta para além de seus objetivos econômicos. Isso porque o sistema ideológico parece não resistir à evidência dos fatos. A promessa de que as técnicas melhorariam a vida das pessoas se desmorona frente ao crescimento da escassez que atinge os pobres e a classe média, já que todo o progresso tecnológico não é acessível a toda a população. A consequência da incapacidade dessa população desfavorecida de seguir as regras e costumes reinantes no sistema capitalista gera a procura de novas soluções (SANTOS, 2008, p. 117-126). Some-se a isso a emergência de novos atores sociais, como as associações, organizações, corporações, os blocos econômicos – como o Mercosul e a União Européia – e as instituições internacionais – como o FMI – e a crescente influência de seu papel decisório no seio social (MARQUES NETO, 2002, p. 103), angariando forças à população que desenvolve seu senso crítico e luta por seus direitos.

A comunidade global apercebe-se da necessidade do desenvolvimento sustentável. Assim, proliferam-se os tratados internacionais sobre a preservação do meio ambiente, de modo que são exigidos padrões mínimos ambientais nas negociações internacionais.

[...] a postura antropocêntrica atualmente perde campo para a visão ecocêntrica ou geocêntrica, porque ela é a que melhor se contrapõe à idéia de antropocentrismo. Essa nova visão, que se pode definir como o homem centrado em sua casa, ou seja, o homem centrado no planeta como sua morada, é que permite o surgimento de uma ética ambiental para enfrentar o comportamento do homem em relação à natureza global (SOARES, 2005, p. 25-26).

Desenvolve-se uma conscientização ecológica no seio social que faz com que o homem não se veja mais como um ser soberano sobre a natureza, mas sim como componente desta, de forma a ensejar novas condutas mais harmoniosas nesse conviver socioambiental. A consciência ecológica desperta o senso de interligação planetária impossível de ser afastada ou ignorada sem as conseqüências desastrosas que têm se verificado no caos atual desvelado pela prática do modelo neoliberal clássico.

“As fronteiras nacionais se tornaram tênues a ponto de não podermos mais distinguir, como tradicionalmente era feito, entre as questões locais, nacionais e internacionais, pois em termos ecológicos elas se confundem” (SOARES, 2005, p. 30).

Essa integração universal impõe urgentemente uma reformulação da relação do ser humano com a natureza. E a sociedade de risco é acordada pela situação caótica com a qual se deflagra na atualidade. O Planeta pede socorro. Urge a reestruturação do sistema em prol do desenvolvimento sustentável. O sistema capitalista atende os anseios apenas daqueles que tem poder aquisitivo, excluindo a população carente de atender suas mínimas necessidades. E, mais, se continuar nesse ritmo de exploração, futuramente, não haverá dinheiro que possa satisfazer as demandas sociais, pois não haverá recursos naturais suficientes para se fabricar os bens materiais desejados pela sociedade de consumo.

Em vista disso, paulatinamente, há uma valorização do princípio da comunidade em substituição ao princípio do livre mercado. Os dogmas do livre comércio são derrubados diante de sua insustentabilidade fática verificada. Os contornos da desigualdade social tomam proporções que passam a preocupar até mesmo aqueles que não são atingidos diretamente pelo risco da pobreza e da marginalização. A sociedade de risco se dá conta dos efeitos nocivos das idéias do capitalismo consumista. Indaga-se mundialmente sobre a veracidade do significado do progresso nos termos empregados pela ideologia neoliberal.

A prova dessa tomada de conscientização ecológica está no grande número de Convenções Internacionais que têm como pano de fundo o tema da preservação do meio ambiente. Cite-se, por exemplo, a Convenção de Estocolmo de 1972, a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento do Rio de Janeiro de 1992, o Protocolo de Kyoto de 1997, entre outros.

A verdade é que o problema não está em buscar meios de promover o crescimento econômico, mas em como está sendo feita essa busca. Insensata? Inconseqüente? Ilusória? A inserção de valores éticos e ambientais é perfeitamente cabível no sistema capitalista: basta conciliar o desenvolvimento tecnológico e industrial à preservação ambiental, concretizando o que se denominou desenvolvimento sustentável, imprescindível para a sustentabilidade do próprio sistema e da própria vida.

4 O DUMPING ECOLÓGICO E O MITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O Direito Concorrencial pode ser definido como o conjunto de regras mínimas sobre a organização da ordem de mercado, no intuito de garantir a liberdade de escolha e as informações transmitidas aos consumidores.

Ocorre que, muitas vezes, essa regulamentação é desvirtuada em virtude do favorecimento dos grupos dominantes no mercado internacional. Assim tem se verificado a legislação antitruste nos países menos desenvolvidos mais flexível do que nos países desenvolvidos, sob o pretexto de incrementar a economia nacional com a presença de empresas globais em seu território.

O poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira representação da “mão invisível” de Adam Smith: o preço. O preço em uma situação normal deve ser a representação da escassez relativa de um produto. É decorrência, isso sim, do poder do agente econômico, que, sendo responsável por grande parte da produção, é capaz de reduzir a oferta de forma a obter aumento de preços e, conseqüentemente, o chamado “lucro monopolista” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 43).

O dumping ecológico “trata-se do maior efeito que a falta de harmonização entre comércio e meio ambiente pode produzir, em escala mundial” (SOARES, 2005, p. 19). O dumping ecológico falseia o preço real da mercadoria porque não internaliza os custos ambientais inseridos na produção.

A expressão dumping tem origem inglesa *to dump*, que significa esvaziar, despejar, lançar por terra. Comercialmente, a acepção é usada para definir a ação de vender produtos muito abaixo dos preços praticados no mercado no intuito de eliminar a concorrência.

O dumping ecológico se destaca na seara comercial internacional entre os vários tipos de dumping. Aparece em duas situações: quando não são incluídos nos preços os custos ecológicos e quando as empresas poluidoras se transferem para países com uma legislação ambiental menos rigorosa.

A questão a ser refletida é se os países que adotam padrões ambientais mínimos seriam realmente beneficiados no mercado internacional. As experiências práticas demonstram que somente auferem vantagens as empresas globais poluidoras, que se estabelecem sem qualquer vínculo pátrio ou ético, alcançando seu objetivo do lucro, que seria a tal vantagem. Porém, o país receptor dessas empresas tem esgotados os seus recursos naturais, sem qualquer reposição, e ainda aquele lucro não é investido no país, mas absorvido pela empresa. Além disso, o país sobeja destruído ambientalmente, desinteressante para investimento, de forma que a empresa se esvai para outro país que se apresente mais vantajoso, deixando o primeiro com grande aumento de desemprego e sem condições de promover o pretendido crescimento econômico planejado (SOARES, 2004, p. 155-156).

Entre os fatores que favorecem a formação do dumping ecológico está a crença na necessidade de crescimento econômico, pensado apenas quantitativamente, ensejando a exportação de recursos naturais como o destaque de suas economias, e as pressões econômicas internas e externas propugnando a busca pelo crescimento econômico a qualquer custo, inclusive ambiental, como se este fosse uma fatalidade natural inerente ao processo de desenvolvimento econômico.

A promessa da dominação da natureza, e do seu uso comum para o benefício comum da humanidade, conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética e da conseqüente conservação do corpo humano em mercadoria última. A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo. A promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação de riqueza, tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul. Neste século morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores, e mesmo nos países mais desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos, aqueles que vivem abaixo do nível de pobreza (o chamado “Terceiro Mundo interior”) (SANTOS, 2000, p. 57).

Nesse ponto, salutar a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico. O crescimento econômico, empregado erroneamente como sinônimo de desenvolvimento econômico, aufere tão somente os números indicados como balizadores da posição do país no mercado internacional, assim como o Produto Interno Bruto – PIB, a renda per capita, a quantidade de exportação, o valor da moeda nacional, entre outros. Já o desenvolvimento econômico acrescenta a estes índices os níveis de verificação de pobreza, desemprego, desigualdade social, qualidade da educação, moradia, atendimento à saúde, entre outros. Dessa pequena distinção percebe-se que somente o desenvolvimento econômico pode propiciar o verdadeiro desenvolvimento de um país, uma vez que os seus fatores de medição, ao contrário dos fatores do crescimento econômico, é que estão fielmente relacionados com a melhoria da qualidade de vida.

Destarte, os países subdesenvolvidos devem ter cautela no momento de negociação com as empresas mundiais, não se deixando levar pela falsa ilusão de que as ideologias dos países desenvolvidos lhes servirão de garantia de crescimento econômico.

Os modelos desenvolvimentistas da atual Sociedade de Consumo e, muito especialmente, o modelo brasileiro, são modelos absurdos, porque insustentáveis, isto é,

suicidas. Estes modelos repousam no esbanjamento orgiástico de recursos limitados e insubstituíveis. Eles significam a destruição sistemática de todos os sistemas de sustentação da vida da Terra. [...] A Sociedade de Consumo favorece uma minoria em detrimento das maiorias. Isso é assim no contexto internacional, onde países desenvolvidos vivem dos recursos dos subdesenvolvidos, e é assim dentro dos países de cada grupo. As classes dominantes, tanto nos países desenvolvidos, como mais ainda, nos subdesenvolvidos, concentram para si os privilégios e vantagens, entregando aos que não têm posses os inconvenientes dos custos ambientais e sociais” (LUTZEMBERG, 2001, p. 13-14).

Assim, os meios de comunicação devem exportar não apenas padrões culturais uniformizados de consumo, mas também a divulgação da necessidade de cuidado no trato dos recursos naturais. O modelo norte-americano, consumidor de 1/3 dos recursos não-renováveis por ano para uma população que corresponde a 7,5% da população mundial, não pode ser considerado razoável. Os demais países, principalmente aqueles classificados como sendo do Terceiro Mundo, devem extrair dessa experiência as lições condizentes da concretização de seu desenvolvimento, não podendo incorrer em erros provenientes de falácias desenvolvimentistas exportadas pelos países do Primeiro Mundo.

O problema não está em buscar o desenvolvimento, mas em como se busca esse desenvolvimento, especialmente no que tange às questões ambientais. Daí o surgimento e o crescimento da conscientização ecológica no sentido de propor o desenvolvimento sustentável, definido como aquele que satisfaz as necessidades da geração presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem também as suas.

A coletividade, até então furtada do comando de seu destino diante dos efeitos nefastos da globalização, tem a chance de renovar a democracia social através da prática do princípio da solidariedade, uma das bases do Estado Democrático de Direito.

A crise atual denota a necessidade de reconstruir a nação em prol de atender os interesses da população e não do império do dinheiro, pois o verdadeiro sentido para a realização plena da vida não será alcançado senão pela plenitude do homem. E esta cidadania plena só será possível após a reestruturação político-territorial, com uma redistribuição dos recursos, prerrogativas e obrigações, onde as diferenças são descobertas e ultrapassadas para se chegar à consciência (SANTOS, 2008, p. 79-116).

Por fim, destaque-se a disseminação do reconhecimento dos valores dados aos direitos humanos, cuja preservação é elevada em vários textos normativos internacionais, que, por sua vez, influenciam as legislações nacionais. A isto se some a criação de organismos internacionais criados em defesa desses direitos e a crescente repercussão de seus relatórios no cenário internacional (MARQUES NETO, 2002, p. 110-111).

Diante de todo este processo de internacionalização que vivenciamos na atualidade, Eros Grau declarou a necessidade de um novo Direito (GRAU, 2000, p. 81, apud MARQUES NETO, 2002, p. 112).

O Estado, parte integrante da sociedade, é também parte indispensável ao funcionamento do mercado, o que afasta obrigatoriamente a ilusão neoliberal em voga de um “fundamentalismo mercantil” – uma crença inabalável no poder de mercado em gerenciar com máxima eficiência os recursos disponíveis. Daí a asserção clássica de que o Estado como agente econômico não é a negação do modo de produção capitalista, mas responde à necessidade de sua lógica interna de expansão (DERANI, 2001, p. 193).

Neste contexto, revela-se o dumping ecológico como um mito do desenvolvimento econômico, reveladas todas as suas falácias de promessa de crescimento econômico, bem como seus efeitos danosos ao verdadeiro desenvolvimento nacional, abordadas as distinções entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico.

O dumping ecológico constitui o mais severo método de destruir o Planeta. Daí a necessidade precípua de se evitar sua realização. O crescimento econômico não pode ser priorizado em detrimento do desenvolvimento econômico, abrangendo as questões ambientais. Impende-se a construção de um paradigma ecológico, solidário e humanista em substituição ao modelo atual de crescimento econômico neoliberal.

Assim, percebe-se como a conscientização ecológica emergente na sociedade de risco deve tomar as rédeas da situação e reverter os efeitos negativos da expansão capitalista de mercado segundo os ditames da política neoliberal. É exatamente esse ideal de desenvolvimento econômico baseado no desenvolvimento sustentável que deve embasar a legislação concorrencial e ditar as regras da nova economia, sob pena de o próprio sistema se auto-extinguir e levar com ele a esperança da subsistência da própria vida humana no planeta Terra.

5 CONCLUSÃO

Do início da expansão ultramarina até o firmamento da globalização, muita coisa mudou. A transição do Estado absolutista para o Estado moderno foi acompanhada de grande evolução social. Contudo, a imbricação comercial e a interdependência econômica verificada entre os Estados não teve correspondente integração da responsabilidade socioambiental.

Nesta passagem de século surge o embrião da conscientização ecológica, despertando a humanidade para o risco de sua conduta até então endeusada. A catástrofe ecológico-financeira atual acorda as mentes dormentes de um sonho ilusório. A imposição da publicidade do consumo não subsistirá sem a reconstrução de um modelo mundial de desenvolvimento sustentável. Os países subdesenvolvidos, principalmente, tomados pela conscientização de sua população menos favorecida, se vêem imbuídos pela percepção de que o fenômeno da globalização favorece apenas os interesses comuns dos países desenvolvidos, como Estados Unidos, Europa e Japão, e passa a procurar soluções. Daí o crescimento da conscientização do combate à forma atual de globalização.

A dominação da ideologia dos países desenvolvidos defensores do livre comércio como catalisador da igualdade esconde um forte protecionismo dessas nações desenvolvidas em relação a seu produto interno e seu interesse em ter acesso a todos os mercados estrangeiros.

Nesse sentido, diminui a tolerância ao dumping ecológico nos territórios dos países subdesenvolvidos, quando estes se dão conta dos malefícios que sua prática pode trazer ao longo do tempo. Há uma mescla das crises financeira e ecológica. Vive-se um círculo vicioso em que o resultado do modelo neoliberal exclui a população dos países subdesenvolvidos de participar de forma igualitária do sistema capitalista, as empresas mundiais não conseguem espaço satisfatório no mercado internacional, os países subdesenvolvidos são discriminados no mercado internacional e já não têm mais as mesmas condições de explorar seus recursos naturais assaz tão desgastados, e assim por diante.

Esse cenário de desafio à sociedade pós-moderna foi posto à prova recentemente quando explodiu a atual crise iniciada nos Estados Unidos e que vem avassalando todos os países do Globo de forma mais forte desde meados de 2008. Dia a dia cresce o número de desempregados devido às demissões em massa das grandes empresas. Estas empresas declaram estar em crise financeira. Muitas delas pediram socorro aos Estados, e, surpreendentemente, este Estado, que pouco antes fora considerado supérfluo, tem força suficiente para socorrê-las, bem como implantar novas políticas públicas de reestruturação da economia para socorrer também sua população.

A mão invisível de Adam Smith já não mais sobrevive no atual estágio da globalização. Fala-se agora na mão visível do Estado que segura a crise. O Fórum de Davos de 2009 reconhece os riscos do livre mercado e de um neoliberalismo insustentável, e rende-se à necessidade da intervenção estatal e propõe o bem-estar e o planejamento responsável.^[1] E o G-20, por sua vez, já fala em uma “desglobalização”, referindo-se à conduta protecionista dos países para defender os seus interesses dos efeitos da crise mundial.

Os juspublicistas e politicólogos tentam, agora, encontrar um caminho de equilíbrio entre as forças mercadológicas e as finalidades instituidoras do Estado. É preciso rever as bases que fundamentam a atuação estatal para que seja cumprido o papel de atender efetivamente o real interesse público.

A globalização disseminada como um processo irreversível, bem como os recursos tecnológicos que a integram, uma vez incorporados ao cotidiano das pessoas, não precisa ser declarada ruim, mas, ao contrário, pode ser revertida em benefício não apenas de um pequeno grupo dominante, mas de toda a comunidade planetária, de modo com que a universalidade seja tomada em seu verdadeiro significado.

Nessa retomada de valores, diga-se, uma verdadeira revolução axiológica de paradigmas, a conscientização ecológica emergente na sociedade de risco deve desmitificar esse mito do crescimento econômico como sinônimo do desenvolvimento econômico, incluindo, sobremaneira, o caso da ocorrência do dumping ecológico, desmascarando suas tendências falaciosas para transformar a globalização de um fim em si mesmo para um meio de se alcançar as metas da justiça socioambiental.

Especificamente no caso do Brasil, é preciso que o Estado se volte à efetiva construção do Estado Democrático de Direito a que se propôs na Constituição Federal de 1988, sob pena desta se tornar uma simples folha de papel, como diria Ferdinand Lassale. Assim, deve promover a efetividade de sua legislação concorrencial e ambiental de modo a cumprir os ditames dos artigos 170 e 225 da Constituição Federal. Em que pese o Brasil possa ser considerado um exemplo de legislação concorrencial e ambiental, por se situar entre aqueles classificados como terceiro-mundistas, muitas vezes os governos se deixam atar suas mãos diretivas em favorecimento de interesses estrangeiros, devido ao temor da represália mercadológica e econômica. A justiça socioambiental não pode se restringir ao seu aspecto normativo. A intervenção do Estado no domínio econômico deve ser conduzida de acordo com essa previsão legal. Nessa crise mundial financeira e ecológica, caso não se ultrapasse, agora, para além do discurso, talvez depois seja tarde demais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JR., Paulo Nogueira. **O círculo de giz da globalização**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, 1997.

COSTA, Antônio Luiz M. C. **Globalização 2.0**. Carta Capital. São Paulo: Editora Três, 14 de fevereiro de 2009, p. 52-55.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de Risco e a Evolução das Abordagens de Gestão Socioambiental**. Instituto Ethos. Disponível em: http://www.ethos.org.br/Uniethos/Documents/texto_Jacques_aula_24_04.pdf. Acesso em 13/04/2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FARIA, José Eduardo de. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LUTZEMBERG, José. **Gaia – O planeta vivo (por um caminho suave)**. 3ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS. Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. v 1. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SOARES, Remi Aparecida de Araújo. **Proteção Ambiental e Desenvolvimento Econômico:** Conciliação. Curitiba: Juruá, 2005.

[1] A Revista Época de 14 de fevereiro de 2009 estampa na capa a imagem do planeta Terra com estes dizeres e traz em seu bojo uma reportagem de dez páginas sobre a atual crise econômica e o papel do Estado sendo chamado a intervir.

**A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA E OS
DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES PREVISTOS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988**

**THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF EUROPEAN UNION AND
SOCIAL RIGHTS OF WORKERS AS BRAZILIAN FEDERAL
CONSTITUTION IN 1988**

**Túlio Augusto Tayano Afonso
Lauro Ishikawa**

RESUMO

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, modificada pelo Tratado de Lisboa de Dezembro de 2007, constitui-se em um dos mais importantes instrumentos de proteção aos Direitos Fundamentais atualmente existentes. Numa análise preliminar, de conteúdo acadêmico e, portanto, teórico, a referida Carta serve de paradigma para a consagração dos Direitos Fundamentais de todos, aqui compreendidos no sentido coletivo. Analisamos em nosso estudo, os Direitos Sociais dos Trabalhadores previstos na Carta Européia, comparando esta categoria jurídica em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que sem dúvida é um grande instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e da cidadania dos brasileiros. A análise foi feita de maneira pontual e comparativa, em confronto com o texto constitucional brasileiro. Assim, pudemos verificar até que ponto a Constituição brasileira de 1988 consagra a proteção aos trabalhadores em nível de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: DIREITOS SOCIAIS; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITO DO TRABALHO; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

The Letter of Basic Rights of the European Union, modified by the Treaty of Lisbon of December of 2007, sets itself up as one of the most important instruments of protection to the Basic Rights at present existent. In a preliminary analysis, of academic content and, so, theoretical, the above-mentioned Letter serves of paradigm for the consecration of the Basic Rights of all, when they were here understood in the collective sense. We analyse in our study, the Social Rights of the Workers predicted in the European Letter, comparing this legal category regarding the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, which undoubtedly is a great instrument of realization of the dignity of the human person and of the citizenship of the Brazilians. The analysis was done in punctual and comparative way, in confrontation with the constitutional Brazilian text. So, we could check up to what I provide the Brazilian constitution of 1988 with a bridge it consecrates the protection to the workers in level of basic rights.

KEYWORDS: KEY WORDS: SOCIAL RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS, LABOR CONSTITUTION, HUMAN DIGNITY.

INTRODUÇÃO

Nosso estudo tem como escopo analisar a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia alterada em dezembro de 2007 pelo Tratado de Lisboa, no que diz respeito aos Direitos Sociais dos trabalhadores, em confronto com a Constituição brasileira de 1988. O documento europeu é hoje um dos mais modernos e importantes documentos de Direitos Fundamentais, ao lado da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Iremos identificar os dispositivos que de alguma maneira dizem respeito ao direito dos trabalhadores, demonstrando assim a proteção destinada a essa categoria jurídica, e com uma análise comparativa identificaremos até que ponto a Constituição de 1988 consagra ou não essas proteções.

1. A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia

Esse documento internacional é um poderoso instrumento de consagração dos Direitos Fundamentais[1], que tem por finalidade garantir um padrão mínimo de Direitos Fundamentais para os países integrantes do bloco[2], e serve ainda como um grande exemplo para todos os países do mundo. Logo no Preâmbulo é estabelecido:

Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

Os Estados membros são obrigados a garantir a todas as pessoas de sua comunidade os Direitos Fundamentais dispostos na Carta, e no caso objeto do presente estudo, garantir um padrão mínimo de Direitos e Proteções aos trabalhadores que ali atuam.

O Preâmbulo também esclarece:

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado

e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Podemos ainda verificar no preâmbulo da Carta, os próprios objetivos do documento, no sentido de “[...] reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”.

Esse instrumento jurídico tem como pano de fundo outros importantes documentos internacionais, uma vez que reproduz as outras cartas sociais já aprovadas pela União Européia, conforme anunciado no Preâmbulo:

A presente Carta reafirma, [...] os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, [...].

2. Os direitos sociais e dos trabalhadores na Constituição brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988 é sem dúvida a que consagrou um maior arcabouço de proteção à pessoa, dentre todas as Constituições brasileiras. O “prefácio” proposto pelo deputado Ulysses Guimarães, então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, intitulado “A Constituição Coragem”^[3], bem retratou o momento social da época:

“O homem é o problema da sociedade brasileira, sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo. Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades; contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos. É a Constituição Coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destroçou tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade, e a justiça.”

Sobre este prefácio, Paulo Bonavides e Paes de Andrade consideraram como “*ponto culminante do elogio da nova Constituição*”, mas justificaram que o mesmo foi “*retirado pela impropriedade enatureza esdrúxula do texto introdutório*”^[4]. Entretanto,

restou configurado no referido “prefácio”, a realidade vivida pelos trabalhadores brasileiros na época e a necessidade real de consagrar na Constituição Federal a proteção especial a esta categoria jurídica.

Assim, o Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 revelou a grande importância que o constituinte originário deu ao assunto ao instituir um Estado democrático de Direito:

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Com o destaque do Preâmbulo do dever de “*assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*”, percebemos que o comando do Constituinte originário é de real efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles os Direitos Sociais.

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 consagra os Direitos Sociais como sendo Direitos Fundamentais, consagrando no capítulo 2 do Título 2, vindo expresso no artigo 6º. Já no artigo 7º, temos especificamente os Direitos Sociais dos trabalhadores. A partir do artigo 8º, temos a consagração das organizações sindicais, da greve e da representação dos trabalhadores no local de trabalho.

No escólio de Wagner Balera: “*Os valores que constituem a dignificação da pessoa humana tiveram, no seu nascedouro, que ser postos à prova no ambiente em que nasceu e se desenvolveu a chamada questão social. (...) Pode-se dizer, em suma, que a questão social é a questão do trabalho e das relações entre capital e trabalho*” [5].

Esse é o cenário objeto de nosso estudo, que passaremos a comparar com a Carta européia.

3. Os Direitos Sociais dos Trabalhadores

Os Direitos Sociais são ferramentas imprescindíveis para se consagrar os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, qual seja, a igualdade. Essa igualdade, diz respeito à igualdade real e não aquela igualdade dita formal declarada quando da consagração dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão que são as liberdades públicas e a propriedade.

Quando dessa consagração se pensou em uma igualdade ficta, onde se proclamava que todos eram iguais perante a lei. Um grande exemplo disso foi a Revolução Francesa,

berço dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão, onde se dizia que se consagrava a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Porém, essa igualdade era uma igualdade ficta, onde todos eram iguais perante a lei. Não havia aqui nenhum tipo de balanceamento contratual no que diz respeito às relações de trabalho.

Com a consagração dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão, a igualdade, os Direitos Sociais dos trabalhadores são editados com a finalidade de calibrar as relações de trabalho, e com isso garantir e manter a dignidade dos trabalhadores.

A positivação dos direitos sociais é didaticamente explicada por José Joaquim Gomes Canotilho[6]:

(...) positivação dos “direitos sociais”, através da consagração constitucional de *garantias institucionais (Institutionelle Garantien)*, obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adoptar medidas estritamente conexas com o “valor social eminente” dessas instituições;

(...) positivação dos direitos sociais como *direitos subjectivos públicos*, isto é, como direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos.

E continua o constitucionalista português: “*o desenvolvimento da personalidade ancorado na dignidade da pessoa ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado*”[7].

4. Os Direitos Sociais dos Trabalhadores na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e na Constituição Federal de 1988

Faremos aqui um estudo pontual acerca do tema. Listaremos todos os dispositivos do documento que de alguma maneira dizem respeito às relações de trabalho e aos trabalhadores. Buscaremos sempre a proteção insculpida no documento europeu, para em seguida, comparar com o dispositivo brasileiro equivalente, isso se existir equivalência.

O Título I da Carta europeia é intitulado “dignidade do ser humano”. Logo no artigo 1º, temos uma característica dos Direitos Fundamentais, que é a inviolabilidade, pois expressamente há a previsão de que “a dignidade do ser Humano é inviolável”.

Ainda nesse Título, temos o artigo 5º, que proíbe a escravidão e o trabalho forçado. Há proibição para a escravidão, servidão, trabalho forçado ou obrigatório. Veta ainda o tráfico de seres humanos. Tal dispositivo é de suma importância para que não haja esse tipo de exploração do homem pelo próprio homem, para que se evite a mercantilização de pessoas objetivando usar sua força de trabalho.

A Constituição brasileira condena expressamente o trabalho forçado, excluindo-se essa prática a condenação penal que tenha esse objetivo (art. 5º XLVII, “c”).

O título 2 da Carta europeia trata das liberdades, contendo em um dos artigos, a proteção de informações pessoais, que podemos aplicar no ambiente de trabalho, onde o empregador tem o dever de zelar pelas informações pessoais dos trabalhadores. Os dados dos trabalhadores que estão em poder do empregador devem ser mantidos em sigilo. Não se pode fazer mau uso dessas informações.

No Brasil, essa mesma proteção vem insculpida no capítulo 1 do título 2, que trata dos Direitos Fundamentais. Essa proteção é garantida a todas as pessoas, e por conta disso também se estende aos trabalhadores.

Já no artigo 12 da Carta, encontramos a liberdade de reunião e de associação, e expressamente é garantida a liberdade de associação em nível sindical. Mais adiante veremos que a União consagra especificamente essa liberdade em todos os níveis.

No nosso ordenamento, poderíamos destacar inicialmente o artigo 5º, inciso XVII de nossa Constituição, que resguarda a liberdade de associação. Nesse sentido, poderíamos concluir que é livre aos trabalhadores se reunirem em sindicato, mas isso não é tão simples assim, pois o artigo 8º reconhece essa união destacando alguns requisitos para formação das entidades com essa natureza.

Temos ainda no artigo 14 da Carta o direito a educação, que no nosso caso, se traduz expressamente “*ao acesso à formação profissional [...]*”, ou seja, as pessoas possuem o direito de se profissionalizar. Em nossa Constituição poderíamos identificar esse direito analisando o bojo com que se tratam os trabalhadores, conjugando vários dispositivos constitucionais.

No artigo 15 da Carta europeia, temos a garantia a liberdade profissional e o direito a ter um trabalho. Assim dispõe tal dispositivo:

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.
2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.
3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

O item 1 estabelece o direito ao trabalho e a uma profissão, que deve ser escolhida livremente pela pessoa; assim, todos podem trabalhar e exercer uma profissão, mas não se deve impor a ninguém uma profissão. O item 2 por seu turno, traz a possibilidade do trabalhador circular livremente pelos países membros do bloco, inclusive oferecendo seus serviços onde bem entender, sem limites de fronteiras. Já o item 3 equipara essa proteção aos trabalhadores que não são oriundos dos países que fazem parte do bloco, mas que estão trabalhando em um desses países.

A Constituição de 1988 consagra a proteção ao trabalho, ofício ou profissão. Inicialmente, temos o artigo 5º inciso XIII que prevê que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Sendo assim, podemos concluir que a todos é garantida a liberdade de escolha de sua profissão, não podendo impor a ninguém uma profissão ou um ofício. O próprio *caput* do artigo 5º estende expressamente essas proteções a todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras.

Na realidade social e econômica brasileira, o direito ao trabalho, ofício ou profissão é instrumento de inclusão social. O coordenador do Núcleo de Pesquisa do Capitalismo Humanista da Pontifícia Universidade Católica, Prof. Ricardo Sayeg, adverte que “*a exclusão econômica violenta os princípios mais mezinhos de dignidade da pessoa humana e da proibição da exclusão social, o que equivale à pena de banimento, e, pior, apesar de nenhum crime o excluído haver cometido*”[8].

No que concerne a liberdade de emprego, poderíamos evocar o artigo 170, inciso XVIII, que consagra em nível de princípio da ordem econômica o pleno emprego. O direito de se buscar um emprego também faz parte do conceito de pleno emprego.

Apontados os itens relativos ao trabalho no título II da Carta Européia, passaremos agora a verificar o Título II, que trata da igualdade.

Encontramos no artigo 21 a proibição da discriminação. Apesar de ser uma norma geral não específica de Direito do Trabalho, também se aplica ao trabalhador. Esse dispositivo proíbe qualquer tipo de discriminação. Faz ainda uma ressalva no sentido de fortalecer a proibição a qualquer tipo de discriminação em razão da nacionalidade. Essa proteção é prevista no *caput* e no inciso I do art. 5º, sendo importante instrumento, inclusive, para garantir a igualdade nas relações de trabalho.

Logo no artigo seguinte da Carta Européia (22) temos declarado a igualdade entre homem e mulher, inclusive no que diz respeito a questões que envolvam o emprego, o trabalho e a remuneração. Esse dispositivo já estaria em tese absorvido pelo dispositivo anterior, mas se entendeu por bem, pela importância do trabalho, deixar especificado em um dispositivo próprio, numa clara demonstração da preocupação em relação à proteção dos trabalhadores.

A segunda parte desse dispositivo fecha a questão com a seguinte redação: “*O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicos a favor do sexo sub-representado*”.

O próximo dispositivo da Carta européia de Direitos Fundamentais que retrata a proteção ao trabalhador, é o artigo 26, que garante a integração social e profissional do deficiente. Fica expressamente consignado aqui que a Comunidade deverá respeitar as pessoas com deficiência no sentido de “[...] *assegurar sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade*”.

A Constituição brasileira de 1988 de certa maneira teria resolvido o problema da discriminação somente se utilizando do *caput* do art. 5º combinado com o inciso I, mas o constituinte originário preferiu reforçar essa proteção no caso dos trabalhadores.

A proteção ao trabalhador se inicia no inciso XX do art. 7º, onde prevê uma proteção ao mercado de trabalho da mulher, concedendo incentivos para tanto, mediante lei.

Essa proteção se completa no inciso XXV do art. 7º, que proíbe expressamente que se estabeleçam diferenças salariais, de exercício de funções e de critérios de admissão em relação ao sexo, idade, cor ou estado civil.

Encerrando essa questão, a Constituição no inciso XXXI do art. 7º completa a proteção proibindo “*qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*”.

O título IV da Carta Européia trata da solidariedade, ou seja, os Direitos Fundamentais de terceira dimensão^[9], que na verdade é um adensamento entre os Direitos Fundamentais de primeira e segunda dimensões.

O artigo que inaugura esse título, é o artigo 27 que diz respeito à informação e a consulta dos trabalhadores na empresa. Preconiza esse dispositivo o seguinte: “*deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais*”. É consagrado, assim, o Direito Coletivo do Trabalho.

Nesse sentido, a Carta garante aos trabalhadores (em todos os níveis de negociação) o direito a informação e a consulta, daquilo que as legislações pátrias dos países membros estabelecem, com a garantia de ambiente democrático nas decisões que dizem respeito aos trabalhadores. Além de trazer essa garantia aos trabalhadores, o texto estende a mesma aos seus representantes, que no caso são os dirigentes sindicais e os representantes de empresa (representante dos trabalhadores no local de trabalho).

Em nosso ordenamento jurídico, não observamos tanta democracia no que diz respeito aos trabalhadores, pois as relações coletivas de trabalho continuam ainda influenciadas pelo modelo corporativo de organização da vida laboral sindical, e coloca obstáculos a esse exercício democrático dos trabalhadores. Estamos aqui, diante da liberdade sindical plena nos moldes, por exemplo, das Convenções 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho. Nossa Constituição no seu art. 8º e seguintes não dá conta de garantir essa liberdade, pelo contrário, impõe amarras.

Logo em seguida, no artigo 28 da Carta Européia, temos consagrado o direito de negociação e de ação coletiva. O dispositivo consagra não só aos trabalhadores, mas também às entidades patronais e suas respectivas organizações, o direito de negociar e celebrar convenções coletivas em todos os níveis, e também gera a possibilidade de se utilizar de ações coletivas na proteção de seus interesses em caso de conflito. Importante ressaltar que o dispositivo faz menção aos níveis de negociação, e mais uma vez consagra essa modalidade de tratativa entre as partes.

Nossa Constituição também consagra esses direitos, mas somente aos sindicatos. Somente eles são detentores para participar das negociações coletivas de trabalho e celebrarem convenções e acordos coletivos. As ações coletivas também são inerentes aos sindicatos, não tendo o trabalhador individualmente considerado essa legitimidade.

Ao final do artigo 28 da Carta Européia, encontramos o direito de greve consagrado nesse documento como um direito fundamental, classificação essa que poucos doutrinadores ousam fazer.

A Constituição brasileira também seguiu essa classificação ao direito de greve, inserindo-a como Direito Fundamental da pessoa, consagrando a greve como sendo um direito social e um direito fundamental.

Assim dispõe a Constituição Federal em seu artigo 9º:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Como podemos observar, o texto constitucional consagra amplamente o direito de greve, deixando apenas para a legislação infraconstitucional definir serviços ou atividades essenciais, e qual a medida de atendimento das necessidades especiais da comunidade.

Um outro aspecto importante previsto na Carta é a questão do acesso a um emprego, fazendo menção ao direito de acesso gratuito aos serviços de emprego. Tal disposição vem expressa no artigo 29, possuindo a seguinte redação: *“todas as pessoas têm direito de acesso gratuito a um serviço de emprego”*.

Temos aqui proteção e fomento ao emprego. A própria Carta eleva o direito de acesso ao emprego como um Direito Fundamental, que deve ser de todas as pessoas. O texto nos leva a um entendimento que o Estado está obrigado a fornecer a todas as pessoas uma espécie de “agência de empregos” do próprio Estado, e sem custo para o trabalhador.

Nesse sentido, expressamente os direitos sociais dos trabalhadores elencados no texto constitucional do art. 7º, não dão conta de prover esse acesso. Podemos visualizar essa proteção em um dos princípios da nossa ordem econômica que consagra o pleno emprego. Ademais, em nosso ordenamento o acesso ao emprego é concretizado por políticas públicas de emprego, como p.ex., o sistema nacional de emprego.

Já o artigo 30 da Carta Européia trata da despedida sem justa causa, e prevê uma proteção para obstar tal prática. Esse preceito consagra a todos os trabalhadores proteção contra a despedida sem justa causa, e remete à legislação pátria de cada Estado membro resolver essa questão.

No âmbito internacional, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho traz dispositivos que consagram essa proteção, mas depende de ratificação pelos Países.

Em nosso ordenamento, a Constituição de 1988 também prevê a proteção contra a despedida arbitrária, no art. 7º, I, que possui a seguinte redação: “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”; tornando necessário, pois, lei infraconstitucional para regulamentar e resolver essa questão, apenas determinando obrigatoriamente uma indenização, configurada em multa pecuniária prevista na Lei do FGTS e se consubstancia em 40% sobre o saldo do FGTS.

Já o artigo 31, preconiza a respeito de condições de trabalhos justas e equitativas e saudáveis, tendo a seguinte redação:

Artigo 31:

1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas.

2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

Assim, o local de trabalho deve ser seguro, e não deve oferecer riscos à saúde do trabalhador e tampouco à sua dignidade.

Na segunda parte o artigo consagra o conceito de jornada, que nada mais é que uma limitação ao tempo de trabalho. Isso se dá por questões culturais e físicas, historicamente consagradas para que o trabalhador conviva com sua família, recomponha suas forças e tenha garantido o direito ao lazer e à cultura, continuando seu trabalho sem abalar sua saúde. Ao final, reconhece o direito às férias remuneradas.

Nossa Constituição também consagra amplamente esses direitos. No que diz respeito à saúde e segurança do empregado, temos os seguintes dispositivos constitucionais previstos no art. 7º, inciso XXII, que prevê a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”; e o inciso XXIII que consagra o “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*”.

No que diz respeito à limitação do trabalho, ainda, a Constituição brasileira limita a jornada de trabalho ao máximo de 8 horas por dia e 44 horas semanais (inciso XIII). Já o inciso XIV limita a jornada de 6 horas para os trabalhos realizados em turnos ininterruptos de revezamento. No inciso XV, temos o descanso semanal remunerado e o inciso XVI prevê a remuneração das horas extraordinárias com pelos menos 50 % a mais do que a hora normal.

A Constituição brasileira prevê, ainda, no art. XVII, as férias remuneradas, com pelo menos um terço a mais do que o salário normal. Essas proteções que vimos, na verdade estão ligadas à saúde e segurança do próprio trabalhador.

O artigo 32 da Carta consagra a proibição do trabalho infantil e concebe proteção aos jovens no trabalho, preconizando:

Artigo 32:

É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, sem prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas.

Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de proteção contra a exploração econômica e contra todas as atividades susceptíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social, ou ainda de pôr em causa a sua educação.

Inicialmente o dispositivo proíbe o trabalho infantil, estipulando como sendo idade mínima para o trabalho aquela não inferior à que cessa a vida escolar obrigatória da pessoa, e mais, mesmo essa pessoa que terminou sua escolaridade obrigatória (jovem) deve ter condições de trabalho que condizem com sua realidade de desenvolvimento físico, moral, social e educacional, sempre beneficiando sua segurança e saúde.

Nossa Constituição prevê essa proteção no inciso XXXIII do art. 7º que determina o seguinte: *“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”*, ou seja, há proibição expressa aos menores de 18 anos em praticar trabalho noturno, perigoso ou insalubre. Há proibição expressa também de exercer qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos.

O artigo 33 da Carta traz uma importante novidade neste ciclo de proteção à pessoa. É a proteção que se estende à família do trabalhador, conjugando assim sua vida familiar com sua vida profissional.

Artigo 33

Vida familiar e vida profissional

1. É assegurada a proteção da família nos planos jurídico, econômico e social.
2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho.

Na primeira parte, consagra proteção da família nos planos jurídicos, econômico e social. Aqui já é inserido a proteção aos trabalhadores. Na segunda parte, a proteção se estende à família do trabalhador, especificamente no que diz respeito a licença maternidade remunerada, inclusive no que diz respeito de filho adotivo.

Na Constituição brasileira, temos no art. 7º, XII a previsão do “*salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei*” e, ainda, no inciso XXI a “*assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas*”. Na verdade são proteções destinadas à família do trabalhador, que possuem como objetivo proteger a família de maneira geral.

Já os incisos XVIII e XIX ampliam a proteção à família do empregado, mais precisamente às crianças que acabaram de nascer. Assim determinam esses incisos: “*licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias*” e “*licença-paternidade, nos termos fixados em lei*”.

O artigo 34 da Carta europeia trata da segurança e assistência social, dispondo:

1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.
2. Todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais.
3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Podemos notar na Carta Europeia uma extensa previsão no que diz respeito a previdência e assistência social. A Constituição brasileira consagra expressamente a previdência social como sendo um dos direitos sociais no art. 6º, e depois no art. 7º, inciso XXIV o direito a aposentadoria. Podemos notar uma maior amplitude de proteção no texto da Carta europeia do que na Constituição brasileira.

CONCLUSÃO

Fizemos em nosso trabalho um estudo comparativo pontual dos direitos sociais dos trabalhadores previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cotejando nesse sentido, o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com isso, percebemos que a Constituição brasileira açambarca os mais modernos dispositivos internacionais de proteção ao trabalhador, pois constatamos que, de

maneira geral, a Constituição de 1988 além de já prever todas as proteções desse instrumento internacional, acaba indo mais além, ampliando assim a proteção.

Uma vez previsto constitucionalmente que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (CF, art. 5º, §1º), a questão ganha foro de intensa e intrincada discussão. Para André Ramos Tavares^[10]:

(...) a *aplicação* pressupões, nessa medida, não apenas a realização do Direito, mas a execução *oficial* do Direito. A mera *realização* do Direito pode ser voluntária, a cargo dos sujeitos interessados, sem interferência estatal (a sociedade experimenta e desenvolve o Direito no dia-a-dia).

Para que os trabalhadores brasileiros cheguem à plenitude de sua proteção, basta que se aplique o texto constitucional, ou seja, que se concretize o que a Constituição determina. Cabe aos operadores do Direito fazer com que realmente se efetive essa aplicabilidade.

Referências Bibliográficas

ATIVIDADES DA UNIÃO EUROPÉIA - SÍNTESE DA LEGISLAÇÃO (Portugal). Carta dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33501.htm>>. Acesso em: 28 set. 2008.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed., Brasília: OAB Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. bras., 2. ed. port. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo Humanista no Brasil. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008

[1] “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE) representa a síntese dos valores comuns dos Estados-Membros da UE”.(Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33501.htm>>. Acesso em: 28 set. 2008).

[2] “Em Junho de 1999, o Conselho Europeu de Colónia considerou oportuno consagrar numa Carta os direitos fundamentais em vigor ao nível da UE, por forma a conferir-lhes uma maior visibilidade.”. ”.(ACTIVIDADES DA UNIÃO EUROPEIA - SÍNTESE DA LEGISLAÇÃO (Portugal). **Carta dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33501.htm>>. Acesso em: 28 set. 2008).

[3] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed., Brasília: OAB Editora, 2004, p. 501.

[4] Idem, *ibidem*, p. 501.

[5] A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1.347.

[6] *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. bras., 2. ed. port. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

[7] Idem, *ibidem*, p. 247.

[8] O Capitalismo Humanista no Brasil. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1.259.

[9] Entendemos também que os Direitos Fundamentais acabam sendo uma única coisa, ou seja são indivisíveis. Entretanto adotamos essa classificação doutrinária no sentido de ter uma melhor metodologia de estudo dos mesmos.

[10] *Direito constitucional brasileiro: “hard cases” e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo; Método, 2006, p. 41

**DIREITO INTERNACIONAL:
INTEGRAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO**

À PÁZ PERPÉTUA DE I. KANT: A POSSIBILIDADE DE UM DIREITO CAPAZ DE GARANTIR UMA PAZ DOURADORA ENTRE AS NAÇÕES.

TOWARDS I. KANT'S PERPETUAL PEACE: THE POSSIBILITY OF A COSMOPOLITAN LAW CAPABLE OF SECURING A LONG LASTING PEACE AMONG NATIONS.

Andre Vitorino Alencar Brayner

RESUMO

Os constantes conflitos armados atrelados a um desenvolvimento armamentício exacerbado trazem à tona a necessidade de se constituírem mecanismos eficazes de evitar guerras futuras de maiores proporções. Neste intento, a obra de Imanuel Kant: *Zum ewigen Frieden* (À paz perpétua) é apresentada como arcabouço teórico necessário na elaboração de propostas que possam viabilizar um outro patamar nas relações internacionais. Uma paz douradora entre os Estados, construir um modelo real para a Constituição de uma paz perpétua e mundial parece no mínimo utópico. Todavia, a propositura é baseada na ação do homem, sem analisar um mundo no qual gostaríamos de viver, mas de, através do Direito, delimitar normas a serem seguidas que possibilitem Republicas a conviverem sem guerras. Normas que se preocupam com o respeito à soberania das Nações, independente do tamanho de cada Estado, com a dignidade da pessoa humana, mesmo em tempos de conflitos armado, muito antes da Declaração dos Direitos Humanos. Uma obra escrita em 1795 e que possui em seu bojo artigos que possibilitariam perceber as conseqüências do tratado de Versalhes, além de inúmeros outros acontecimentos históricos, pois um tratado de paz deve resolver as razões dos conflitos, pois senão, estará destinado a apenas adiar conflitos futuros. Propõem-se federações de Estados livres e o republicanismo como estruturas necessárias à aplicabilidade dos artigos. A paz só será atingida com o esforço humano, não se trata, aqui de afirmar ser a natureza do homem mal ou boa, no entanto os conflitos são inerentes às relações humanas, daí a necessidade do Direito. A paz, de fato, só poder ser alcançada através do continuo esforço para o racional mediar e regular a própria natureza humana.

PALAVRAS-CHAVES: PAZ. DOURADORA. RELAÇÕES INTERNACIONAIS. DIREITO.

ABSTRACT

The constant armed conflicts coupled with a exacerbated military technology bring to light the need to build effective mechanisms to prevent future wars of major proportions. In this attempt, the work of Imanuel Kant: *Zum ewigen Frieden* (the perpetual peace) is presented as necessary in the theoretical development of proposals that will make another step in international relations. Gilder peace between states, building a real model for the Establishment of a perpetual peace and world seems at least unrealistic. However, the commencement is based on the action of man, without considering a world in which we wish to live, but, by law, bound to follow rules that

allow Republic to live without war. Standards that are concerned with respect for the sovereignty of nations, independent of the size of each state, with human dignity, even in times of armed conflict, long before the Declaration of Human Rights. A work written in 1795 and that in itself has articles that would make possible understand the consequences of the Treaty of Versailles, and many other historical events, because a peace treaty must address the reasons for conflict, but it will be only to postpone conflict. It proposes future federations of free and necessary structures republicanism as the applicability of the articles. Peace will only be achieved with the human effort is not here to say that the nature of human evil or good, however the conflicts are inherent in human relations, hence the need for the law. Peace, in fact, can only be achieved through continuous effort to mediate and regulate the rational human nature itself.

KEYWORDS: PEACE, GILDER, INTERNATIONAL RELATIONS AND LAW

Introdução

Em um contexto Internacional no qual não há previsão para uma paz douradora entre Países e Estados, a corrida armamentista é capaz de produzir destruição em massa de capacidades inimagináveis. Faz-se, mister, pensar, então, em um modelo de segurança maior nas relações internacionais. É neste intuito que a presente pesquisa visa apresentar a obra de Immanuel Kant: *Zum ewigen Frieden (À paz perpétua)* escrita em 1795. Esta sem dúvida uma de suas maiores obras, representa uma proposta ousada – a de uma paz duradoura e a nível mundial. A partir dessa proposta Kant apresenta um modelo concreto de como se chegar a tal objetivo, e é exatamente o Direito o responsável por tornar esta obra um modelo realista. Trata-se da superação do idealismo através da institucionalização de princípios e regras, através do Direito.

Em sua obra Kant propõe-se a construir um modelo real para a Constituição de uma paz perpétua e mundial. Fundamental é perceber no bojo de sua obra que não se trata de analisar um mundo no qual gostaríamos de viver, mas de, através do Direito, delimitar normas a serem seguidas que possibilitem Republicas a escrever sua história. De sorte que o povo, o verdadeiro soberano, decida sobre suas vidas. Trata-se, aqui de uma questão fundamental muito presente também na obra de Maquiavel (CHEVALLIER, 2001), a de quem decide por guerra e paz, em regra, não são os que vão lutar. Destaca-se a opção na obra de Kant pela República e de que este se constitui como essencial para a constituição de sua proposta central.

A obra é composta por duas seções (Abschniten) dividida, por sua vez, por seis artigos preliminares e três definitivos, no qual cada um dos artigos será fundamental para a garantia da paz; dois suplementos (Zusätzen), o primeiro tratando da garantia da paz perpétua e um segundo que estabelece um artigo secreto para a paz perpétua; e, por fim, um anexo (Anhang) no qual se discute do desacordo (I) e do acordo (II) entre moral

e política. Todavia, serão apresentados apenas os artigos preliminares e definitivos, haja vista limitar-se a proposta desta pesquisa em demonstrar a possibilidade de uma paz duradoura através do Direito. Quanto aos suplementos e ao anexo, não se está afirmando menos importante, apenas delimitando parte da obra compreendendo a impossibilidade de discuti-la de forma adequada em poucas páginas.

Paz eterna – uma proposta realista

Inicia-se a obra, antes de adentrar nos artigos propriamente ditos, com uma sátira sobre o título, tendo em vista ser este em si de caráter ideal. Afirma o título ser oriundo de uma placa em uma pousada que remetia a um cemitério. Logo em seguida, sustenta ser sua obra um mecanismo concreto e responsável para que a referida expressão não remeta somente aos mortos, mas também aos vivos (ALVAREZ FILHO, 2005, p. 114).

É interessante perceber que Kant reconhece a natureza humana como conflituosa por essência, ou seja, contraria a natureza de uma paz eterna. Dessa forma, a paz só poderá ser garantida através de um contínuo esforço materializado pelo Direito.

Trata-se de pensar por que seria o Direito o meio para concretizar o que inicialmente poderia ser considerada uma proposta idealista? Para a elucidação desse problema, faz-se oportuno a análise de Barreto Lima e de Oliver Erbel que argumentam ser o Direito e, assim, a proposta de Kant uma produção essencialmente da ação do homem. “O direito permite a mediação político-social da realidade com a das exigências da razão” (ERBEL, 2004, p. 202)[1]. Sustenta Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2005, p.18) “haverá de ser produto da criação humana – e não cairá do céu – além de possuir como base o direito, o que faz da teoria de Kant, conseqüentemente, uma teoria do Direito”.

Erbel traz, ainda, diversos elementos na mesma perspectiva, dentre os quais os principais são: o fato de não tratar a obra de uma análise moralista ou puramente idealista, mas sempre no Direito, não qualificando a imagem do homem ou de suas atitudes como moralmente “boa” ou “má”. Percebe-se como a obra de Kant afasta-se da noção de “utopia” [2], trata-se de uma análise racional, não adentrando na questão ética propriamente dita. Outro argumento fundamental é a de que a obra não visaria, apenas, a paz, todavia a democracia e os direitos humanos, estando esses elementos como um conjunto no qual nenhum deles poderia ser modificado sem alterar a essência da proposta.

Por ser (a proposta de Kant) fundamentado em uma base material jurídica organizada, composta em artigos preliminares e definitivos, além de suplementos e anexos, não ignorando as dificuldades naturais que devem ser enfrentadas por todos os governos e sociedades, o projeto filosófico de Kant para paz eterna não é utópico, não é idealista, é real (ALVAREZ FILHO, 2005, p. 116).

A questão principal é o fato de a obra ser pautada na ação humana, na noção do homem como sujeito ativo da história. É neste sentido que a presente pesquisa visa analisar casos históricos que comprovem os ditos do Filósofo. A proposta de Kant é realista por basear-se na ação humana, através do direito e da experiência histórica, não da experiência do autor. Demonstrar-se-á como a história após sua vida comprovou muitos ditos do autor.

Dos artigos preliminares

A primeira parte da obra propriamente dita, trata-se de uma seleção de seis artigos preliminares. Estes artigos tratam de questões mais objetivas, baseando-se em questões pragmáticas de colaboração mútua entre as diversas nações, principalmente em questões concernentes à guerras. São formulações negativas e proibitivas para a convivência entre os diversos Estados.

1º. “Nenhum tratado de paz que tenha sido feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura deve ser válido[3].” (KANT, 1983, p.196)

O primeiro artigo preliminar de Kant é uma crítica aos tratados de paz que, ao contrário de eliminar as causas do conflito ou garantir uma solução minimamente satisfatória aos Estados envolvidos, visam simplesmente uma “trégua”. Como garantir a paz pensando nela apenas como momento, como transição? O autor considera que de tal maneira só haveria um “cessar fogo” (Waffensillstand). A própria noção de paz, que significa o fim de todas as hostilidades, acrescido ainda ao sentido de eterno pressupõe que não haveria como se chegar à paz com um mero armistício.

Ressalta-se, aqui, por exemplo o Tratado de Versalhes, que uniu toda Alemanha para uma nova guerra devido à insatisfação quanto aquele tratado, nas palavras de Hobsbawm (1995, p. 43): “Todo partido na Alemanha, dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Hitler na extrema direita, combinava-se na

condenação do Tratado como injusto e inaceitável”. O autor afirma ser obvio que uma das principais razões da segunda guerra fosse a insatisfação causada pelo Tratado.

Um tratado de paz deve garantir o fim das razões que levaram o conflito, deve por fim em motivos que sejam capazes de gerar novos conflitos, pois senão, estará destinado a apenas adiar conflitos futuros (NOUR, 2004, p. 30).

2º. “Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui o efeito é o mesmo) poderá ser adquirido por outro Estado mediante herança, troca, compra ou doação.[4]”

O Filósofo discorre sobre o Estado não ser patrimônio. O Estado, em sua visão, ter-se-ia de ser considerado como sociedade de homens e, assim, somente estes poderiam dele dispor. Este iluminista diferenciava Soberano e Príncipe e considerava o povo como único detentor da soberania. Desta forma, somente o soberano poderia decidir sobre tais questões, afinal trata-se ao vender um estado, de desconsiderar toda sua essência cultural e moral enraizadas em sua historia. O que Kant pretende neste artigo é justamente demonstrar como a soberania e a independência dos estados são requisitos essenciais para a manutenção da paz.

Apesar de atualmente ser bastante improvável a aquisição de um estado pelo outro nas formas supra mencionadas percebe-se que tal prática foi comum durante parte da história. Alude-se, por exemplo, ao caso de Carlos I de Habsburgo que herdou de seu pai: Países Baixos, Barante e Luxemburgo, dentre outros. Recebeu ainda de seu avô materno, Fernando de Aragão: Espanha, Nápoles e Sicília (KOSHIBA, 2000, p. 257).

3º. “Os exércitos permanentes devem, com o tempo, desaparecer totalmente[5].”

No terceiro artigo da primeira seção da obra apresentada nesta pesquisa, apresenta-se uma crítica a prontidão dos exércitos dos diversos Estados e ao serviço militar obrigatório. Esses exércitos permanentes são, e serão, enquanto existirem uma constante ameaça aos outros Estados, tendo em vista sempre estarem prontos para a guerra. Aquele Estado que pretende paz deve abdicar dos exércitos permanentes o que não significa, por sua vez, que um Estado não deva ter exercito para se defender.

Kant diferencia os exércitos voluntários que seriam recrutados quando preciso e treinados periodicamente, mas não reservados exclusivamente para guerras. Trata-se de cidadãos que no caso da necessidade poderiam intervir.

Outro grande problema gerado pelos exércitos permanentes é que devido a sua incessante ameaça aos outros Estados geram-se corridas armamentistas com gastos absurdos, afirmando o autor haver, muitas vezes, mais gastos para manter esse exercito em período de paz do que com guerras não muito longas. “Uma guerra sempre avança a tecnologia mesmo sendo guerra santa, quente, morna ou fria. P'rá que exportar comida se as armas dão mais lucro na exportação?” [6].

Ainda sobre a corrida armamentista, é imprescindível perceber a atualidade desse problema, no qual as máquinas de guerras tornam-se cada vez mais devastadoras. Destaca-se aqui o caso da bomba atômica lançada sobre Hiroshima no dia seis de agosto de 1945. A devastação foi tamanha que o acontecimento foi um dos maiores responsáveis pelo desencadeamento da guerra fria e pela maior corrida armamentista da historia. Tem-se nos dias atuais a chamada bomba de hidrogênio que em um simples teste afundou uma ilha e é capaz de provocar uma explosão ainda maior que a bomba atômica.

Para Alvarez Filho (2005) a crítica deste terceiro artigo é, em especial, a Frederico II, o Grande, pois este dispunha de um exército permanente de quatro milhões de homens que representava mais da metade da população de 6 milhões de habitantes. Durante o tempo de paz mais de quatro quintos de todo orçamento do Estado servia para sustentar o exército. Em tempos de guerra, esse valor chegava a mais de noventa por cento de todos os rendimentos, todo destinado à guerra.

Kant, como um bom iluminista, não poderia deixar de estender sua crítica também à questão do homem, a questão do indivíduo. Dispor o ser humano para matar e ser morto é “transformá-lo em mero instrumento de guerra, é tratá-lo como máquina na mão do Estado” (KANT, 1983, p. 9).[7] e tal não condiz com a natureza racional do homem.

4º. “Não se devem emitir dividas publicas em relação com os assuntos de política exterior” [8].

Neste artigo o filósofo de Königsberg analisa a dificuldade e o tempo que se leva para constituir um tesouro nacional. Este, no entanto, se esgota em pouco tempo, nos momentos de guerra. Alude-se ao chamando crédito de guerra, no qual um estado fornece o crédito necessário para a guerra de outrem. Exemplos recentes demonstram a importância da análise de Kant, por exemplo no caso dos EUA, que sempre financiaram

diversas guerras no oriente médio. Eis, naturalmente, um obstáculo para qualquer tipo de solução pacífica e, muitas vezes, obriga á outros Estados envolvidos no conflito a buscarem também países capazes de ceder crédito. Dentre inúmeros problemas que surgem consideram-se as dívidas externas que acabam por suprimir as necessidades da população ante a obrigação de pagar a dívida e seus juros absurdos, que em tempos de necessidade não são discutido de forma equânime.

Não se trata de criticar a contratação de empréstimos em si, desde que esses visem à melhoria de infra-estrutura, desenvolvimento de projetos sociais, melhorias nas condições de vida, etc. O grande obstáculo à paz é o acúmulo de riqueza para financiamento de guerras futuras.

Soraya Nour (2004) recorda também o caso da Inglaterra que fornecia recursos para a Prússia no enfrentamento contra a França e que significou para Kant o fim da própria Constituição inglesa por tentar destruir a Constituição francesa, que era, fundamentalmente, livre.

5º. "Nenhum estado deve interferir na Constituição e no governo de outro Estado pelo uso da força.[9]"

Busca-se, fundamentalmente, neste artigo compreender e garantir a soberania de cada povo. Como dito em artigos anteriores, o único soberano de cada Estado é seu povo e cada um tem direito de organizar-se como bem entende. Exemplos referentes a esse tipo de interferência existem vários: no caso da ditadura de Pinochet, no qual os EUA intervieram na derrubada do Salvador Allende, a intervenção americana no Iraque, na tentativa de golpe na Venezuela, etc.

A exceção é para o caso de anarquia. Não se deve intervir em outro estado, apenas por não concordar com o regime vigente. Soraya Nour (2004) ressalta o caso da revolução francesa, na qual diversas potências, como a Prússia, tentaram interferir no seu progresso. Tão latentes quanto foram as tentativas de barrar as revoluções comunistas nos séculos seguintes, simplesmente por não concordarem com a nova forma de um povo, de um Estado, soberano organizar-se.

Não cabe aqui a possibilidade de Estados guerreando entre si e haver a intervenção de terceiro para resolver o conflito, pois o filósofo refere-se à intervenção em questões internas de cada país. A questão da soberania em possíveis intervenções de terceiros no sentido de garantir o fim de um conflito são bem mais complexas e não é

obra desta pesquisa. Todavia, considera-se fundamental lembrar que atinentes a questões internacionais há uma necessidade de uma organização capaz de envolver diversas nações, como a ONU, sem adentrar aqui no mérito de sua força política ou igualdade representativa, para tratar de tais conflitos.

6º. ”Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos, envenenadores, a ruptura da capitulação, a traição, etc” [10].

O ultimo artigo preliminar é extremamente interessante, por que declara a guerra em si ilegítima, entretanto defende a necessidade de se manter as mínimas condições humanas quanto ao seu adversário. Condições essas para que exista a possibilidade de uma conciliação futura. A guerra representa o fim da política, representa o fim do Direito, pois certamente nela não há tribunal capaz de julgar com mínima legitimidade e legalidade. Trata-se na guerra do Estado de natureza.

O autor acredita que deva existir o mínimo de respeito na guerra. Nos dias atuais é possível invocar a convenção de Genebra e outros tratados internacionais relativos aos direitos humanos. Acordos internacionais que prevêm o mínimo de garantias para presos de guerra proibindo abusos. Delimitar o que seria o Direito dentro da guerra é uma árdua tarefa. A guerra representa o próprio Estado de natureza, ou seja a ausência de um Estado de Direito. No entanto, para o filósofo, que faleceu muito antes de qualquer convenção internacional relativa aos Direitos Humanos, a única lei possível no estado de guerra é aquela que possibilite limitar os conflitos e possibilite o fim do Estado de natureza para a instauração de um Estado jurídico.

Este artigo facilita perceber o quão alarmante são os conflitos entre EUA e países do Oriente Médio. Diante das diversas denúncias de tortura por parte de quem tem sido um dos grandes defensores dos direitos humanos, é de se pensar em quando alguma nação não terá mais rancor, mais motivos para continuar guerreando. Vislumbrar até mesmo um cessar fogo ou uma trégua no que atine as hostilidades de qualquer gênero torna-se distante.

Ultrapassar o mínimo de respeito à nação, à soberania e à dignidade humana em uma guerra só trará novos conflitos. A barbárie não será facilmente esquecida e servirá apenas de base para guerra futura. “Uma guerra de extermínio, na qual se pode produzir o desaparecimento de ambas as partes e, por conseguinte, também de todo o direito, só possibilitaria a paz perpétua sobre o grande cemitério do gênero humano” (KANT, 1983, p. 2000)[11].

Dos artigos definitivos

Antes de entrar nos artigos definitivos, inicia-se com o esclarecimento do que seria o Estado de paz e de que este só é possível existir no campo do Estado jurídico, no qual o Direito impere.

Não se deve confundir a ausência de hostilidades momentâneas com Estado de paz. O Estado de natureza não é necessariamente a todo o momento uma explosão de hostilidades como propunha Hobbes, todavia na ausência do Estado de Direito há a constante ameaça de todos contra todos, há o conflito em potencial. Deve-se instaurar, então, um Estado capaz de garantir a segurança nas relações internacionais, pois a ausência de leis causa uma constante ameaça entre os Estados. Kant, nesse sentido propõe um “Direito cosmopolita” (Weltbürgerrecht), ao invés do tradicional direito internacional (Volksrecht), como será apresentado mais adiante.

1º. A Constituição civil de cada Estado deve ser republicana.

O republicanismo é estabelecido como condição primordial à paz perpétua. Esta, pois, tem como requisitos fundamentais: a liberdade de todos os membros da sociedade enquanto homens; a dependência de todos em relação à mesma legislação – enquanto súditos – e na igualdade – enquanto cidadãos. Sobre a igualdade, afirma ser este o motivo da Constituição republicana ser pura de origem, pois tem no homem, nos cidadãos, na população a fonte do Direito e do poder. A república, então, parece ser a opção mais coerente com os requisitos a cima expostos, tendo em vista ser o sistema de governo onde todos os indivíduos são cidadãos, são iguais perante a lei. A república é o sistema que permite a intervenção de todos os cidadãos na vida política de uma dada sociedade, existe a valorização do espaço público e é constituída a partir dos mesmos princípios que se colocaram como requisitos – a liberdade e a igualdade.

“Existe alguém que esta contando com você pr’a lutar em seu lugar já que nessa guerra não é ele quem vai morrer”[12]. Tal verso escrito séculos após a teoria de Kant demonstra sua maior preocupação: nas guerras quem sofre suas conseqüências é a população como um todo e, neste sentido, caberia a ela decidir pela guerra ou pela paz. A Constituição republicana é a única que garante a liberdade para que os cidadãos decidam. Em regra, quem decide pela guerra não é atingido por suas atrocidades, ao contrário, se beneficiam de seu posto, com banquetes, festas e, principalmente, com honrarias de guerras.

A análise de Jose Mauro Couto Alvarez Filho (2005) é bastante pertinente ao comparar a crítica kantiana com o que ocorre nos EUA, nos quais o chefe de Estado tem autonomia para deliberadamente enviar tropas armadas, para até 90 dias, a qualquer lugar do mundo sem a mínima consulta ao congresso ou a vontade do povo.

Neste artigo o filósofo descreve a democracia como um modo de governar despótico o que causa muitos leitores certa surpresa. Apesar de não querer adentrar nesta discussão por ser uma questão bem mais complexa do que aparenta, faz-se mister, ao menos, esclarecer alguns pontos. Em primeiro lugar, o contexto em que vivia Kant. Na sua época, a referência de modelo democrático era o da Grécia antiga, ou melhor, o de Atenas. Neste modelo apesar de todo povo participar, nem toda população o fazia, nem todas as pessoas que viviam naquele Estado eram consideradas cidadãos. Além disso, não havia nenhuma noção sobre separação de poderes, então os mesmos que legislavam também governavam e julgavam, o que para este árduo defensor de direitos iguais caracterizava-se como despótico (não afirmo aqui não haver funções políticas diferentes ,mas que os poderes estavam centralizado em um determinado grupo social restrito, os cidadãos – homens, ateniense e maiores de idade[13]).

Para Kant, a soberania pertence ao povo, a República é o modelo a ser seguido por ser capaz de respeitar a vontade de todos, não só de uma minoria, ou de uma maioria, mas representaria a totalidade das vontades, além de possuir em seu bojo a separação de poderes. Porquanto muitos autores classificam Kant como um republicano democrático, apesar de o mesmo criticar ferrenhamente a democracia. Não há dúvida de sua contribuição para uma compreensão diferente de democracia. Todavia, ao afirmá-lo como “democrático” tem-se que ter, no mínimo, em vista que se está o analisando a partir de uma compreensão moderna do que seria a democracia. Caso contrário, qualquer análise estaria fadada a cometer um grave anacronismo histórico.

2º. O direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres.

Propõe-se, neste artigo, uma federação de estados livres. Para este pensador iluminista está muito claro que não havendo qualquer regulamentação jurídica entre os Estados há o Estado de natureza. Retoma-se aqui a idéia de o estado de natureza não significar necessariamente guerras sem fim, mas a possibilidade delas devido à insegurança jurídica. A ausência de leis que regulem as relações internacionais legitima cada Estado a portar-se como bem entende já que não haveria limites. Kant ironiza ao imaginar um Estado falando (KANT, 1983, p.212): ”não deve haver guerra alguma entre min e outro Estado, embora eu não reconheça nenhum poder legislativo supremo que possa assegurar o meu direito e ao qual eu garanta o seu[14]”.

A idéia do autor é constituir uma federação de Estados livres que fosse capaz de regulamentar pelo interesse coletivo. Os Estados têm de ser livres e autônomos na medida em que para o direito internacional pensar um Estado Mundial é inviável. Existe a necessidade de não suprimir a diversidade e as peculiaridades culturais de cada país. O autor defende neste intuito um *Volkerbund*,^[15] que se refere a uma liga de nações, uma federação de povos ao invés de um *Volkerstaad*^[16], que seria um Estado dos povos. Kant entende que na ordem do direito Internacional deve haver o pluralismo jurídico e político, para respeitar a soberania de cada Estado, de cada povo e de suas respectivas legislações.

3º. O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal. O último artigo definitivo da obra apresentada trata de um “Weltburgerrecht”.

Este é traduzido por Artur Morão (1988) como um direito cosmopolita. Reafirma-se não tratar de um princípio filantrópico, todavia jurídico. Hospitalidade é o Direito de um estrangeiro não ser tratado com hostilidade em virtude de sua vinda de outro território.

Decorrente do direito à liberdade, todo cidadão, independente de sua origem, tem direito a visitar qualquer lugar. Discute-se um direito ao solo, o qual todos deveriam usufruir. Não existiria, nesse sentido, um direito adquirido, pois o direito ao solo não é um direito privado, mas sim, um direito originário, natural. Fala-se, portanto, em direito de visita, no qual todo cidadão pode visitar qualquer lugar da terra sem ser expulso ou tratado com resistência, não obstante um comportamento condizente com as condutas previstas na legislação local. O direito referido a hospitalidade significa a possibilidade de todo cidadão visitar qualquer Estado, desde que com fins pacíficos, sem ser tratado como inimigo.

Kant denuncia inúmeras invasões e processos de colonização visto não haver respeito à comunidade local. “Os colonizados” sofriam restrições nos países colonizados e nos colonizadores.

Sobre o direito cosmopolita, as palavras do autor tornam-se imprescindíveis na medida em que percebe que as conseqüências de um desrespeito ao Direito é relevante para todos os Estados e atinge indiretamente todos os cidadãos:

A violação do direito em um lugar da terra se sente em todos os outros, a idéia de um direito cosmopolita não é nenhuma fantástica e assustadora invenção do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito do Estado – como direito das gentes para um direito publico da humanidade em geral e, assim, então para a paz perpetua.[17] (KANT, 1983, p. 216)

Do Primeiro Suplemento - Da Garantia da Paz perpétua[18]

A garantia para uma paz douradora pode residir na própria natureza conflituosa do homem. Aparece aqui a noção kantiana de sociabilidade insociável[19], ao afirmar: “a natureza, a grande artista, cujo curso mecânico faz por meio da discórdia entre os homens surgir harmonia, mesmo contra a sua vontade”. [20] (KANT, 1983, p. 217).

Kant entende que a natureza providenciou, por meio da guerra, a povoação do planeta, levou o homem a habitar as regiões mais inóspitas e obrigou o homem a relacionar-se de maneira mais ou menos legais (gesetzliche Verhältnisse). A natureza, neste sentido, faz para o seu próprio fim - da guerra o seu meio, considerando o ser humano uma espécie animal (Tierklasse). No entanto a questão é o que a natureza faz em relação a seu fim, que a razão impõe? Aqui entra a noção do dever moral, que será brevemente analisado no anexo referente à obra apresentada.

O que interessa neste contexto é o argumento utilizado por Kant, independente da questão moral do homem. O autor afirma que a convivência entre os homens é possibilitada principalmente por duas questões:

A primeira é o fato da necessidade de constituição de um Estado, no qual os vários seres racionais organizam-se para sua conservação. Surge aqui a noção de superação de um Estado de natureza[21] onde a convivência e mesmo a sobrevivência são de extrema dificuldade. Desta forma, pois, o homem obriga-se a ser um bom cidadão mesmo que por suas inclinações pessoais não seja moralmente uma pessoa boa.

A outra questão central é o comércio. Para ele a questão da necessidade de comércio que é incompatível com a guerra. “É o espírito do comércio que não pode coexistir com a guerra e mais cedo ou mais tarde se apodera de todos os povos. Isto, pois, entre todos os poderes (meios) submetidos ao Estado, o poder do dinheiro é o fiel, obrigando, não por motivos

morais, que se faça a nobre paz (KANT, 1983, p. 226)[22]”. Esclarece sobre tal Barreto Lima:

Não podem as palavras de Kant envolvendo o comércio levarem a crer que a solução de uma paz perpétua estaria no estabelecimento do comércio cuja convivência com a guerra é impossível.(...)A possibilidade comercial possivelmente eliminadora da guerra explicitada neste adicional por Kant corresponde ao comércio para satisfação das necessidades dos homens em virtude de seu habitat natural. (LIMA, 2005, p. 16).

Do segundo suplemento - Artigo secreto para paz perpétua[23]

No que concerne ao conteúdo a idéia de um artigo secreto é uma contradição devido a necessidade da transparência já discutida nesse ensaio. Todavia, analisando-se sob seu aspecto subjetivo, que diz respeito, segundo o autor, a qualidade da pessoa.

Neste artigo analisa-se o papel dos filósofos perante os governos. Esta é, sem dúvida, uma questão de muita polemica. que desde Platão aparece nos ensaios filosóficos. Para Platão, em sua obra a República (ANO), os filósofos deveriam ser aqueles que governam, por possuírem maiores capacidade de percepção e formulação em relação a sua realidade.

Para Kant (1983, p. 218), todavia, a questão é bem diferente – “Não é de se esperar e nem de se desejar que os reis filosofem ou filósofos se tornem reis, pois a posse do poder inviabiliza indubitavelmente a livre atividade da razão[24]”. Devido a esse fato, o autor defende que o artigo seja secreto – para que não cresça a sua vaidade (do filósofo) e a certeza da superioridade por suas qualidades intelectuais (LIMA, 2005, p. 17). O autor apresenta uma preocupação em não distanciar os intelectuais de seu contexto político-social, há uma necessidade emergente dos filósofos manterem um diálogo constante com sua realidade, com o concreto. De certa forma aparece a idéia que mais tarde Marx completaria – a de que não basta os filósofos pensarem o mundo, este tem de ser transformado. Demonstrando-se, assim, mais uma vez este ensaio como não-idealista.

Por fim, faz-se valioso a análise de Bobbio (2000) no qual esclarece sobre o conteúdo desse artigo. Para ele Kant destaca a importância da liberdade cultural e intelectual como elemento capaz de proporcionar a paz pública. O princípio interno ao Estado formador da paz perpétua não suporta a ausência da atividade intelectual, mas deve afastar o filósofo da tentação de servir ao poder. Diferente postura acarretaria em avaliação parcial transformando a atividade da razão em mera propaganda de Estado.

Apêndice

O apêndice é dividido em duas partes: I – “Sobre a discrepância entre moral e política a respeito da paz perpétua[25]”; II – “Da harmonia da política com a Moral segundo o conceito transcendental no Direito Público[26]”. Este apêndice discute a questão moral inserida no contexto político e jurídico. No entanto, não é finalidade dessa pesquisa discutir a fundo este apêndice por duas questões: primeiro qualquer discussão sobre moral em Kant envolve uma complexidade filosófica e uma base de leitura de outras obras do mesmo autor que não seria possível discutir neste breve ensaio. Segundo esta pesquisa tem por função apresentar as principais contribuições dessa obra dentro de uma perspectiva realista independente da questão moral. De qualquer modo algumas considerações tornam-se bastante valiosas.

Kant questiona neste apêndice a possibilidade de se unir a moral e a política e critica a idéia de que ambas são incompatíveis na atuação da situação concreta. Para o autor, ambas devem coexistir como sendo teoria e prática. Argumenta-se que a prática sem teoria é vazia de conteúdo e se encerra como fim em si mesma. A política sem moral é mera arte de utilizar o governo dos homens em benefícios próprios.

O que há de mais curioso é perceber certa aproximação entre Kant e Maquiavel. que apesar de Kant questionar ele se aproxima de Maquiavel. A grande questão é não compreender a noção pragmática da política no seu sentido pejorativo decorrente de uma má interpretação de Maquiavel influenciada por uma visão religiosa. Para ambos o problema reside no moralismo político, no qual em cada circunstância aplica-se um valor diferente. Infelizmente não tem como traçar um paralelo sobre os autores nesta pesquisa ,mas faz-se mister a análise aprofundada de Bingnotto (2001) que demonstra na obra de Maquiavel a noção de Ética em relação ao bem público, até mesmo muito influenciado pelo contexto social do movimento humanista. A questão em Kant é que sendo os fins, de fato éticos, os meios que o conduziram também o serão. A moral em Kant não é algo que o homem desenvolve, não são normas que ele estabelece, mas cabe a ele encontra-las (OLIVEIRA, 1999, p. 141). Desse modo ele as encontrou o caminho que o conduzira para aquele determinado fim tem de ser concernente a essa noção, que não pode ser reduzida ou criada no caso concreto ,mas que no mesmo se demonstra. Para ambos os autores, apesar de várias diferenças a Ética aparece como algo apriori.

Para Kant, os pressupostos jurídicos e políticos, que podem conduzir à paz perpétua têm em si o pressuposto ético e conclui que “todas as máximas que necessitam de publicidade (para não fracassarem em seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política[27]”.

Conclusão

A contribuição teórica de Kant nesta obra da possibilidade real de uma paz duradoura entre os Estados colaborou diretamente com a formulação da Liga das Nações, após primeira Guerra Mundial. No entanto a falta de capacidade de aplicar inúmeros artigos da propositura de Kant, inclusive pelo peso desmedido que determinados países desempenhavam e, por sua vez, seus interesses puramente particulares, resultaram na inaptidão daquela organização.

Após a segunda guerra criou-se a Organização das Nações Unidas que sem dúvida é bem mais representativa do que a Liga das Nações, todavia semelhantes problemas se observam. O peso político de determinados países, como os o do Conselho de Segurança dificultam uma compreensão coletiva das relações internacionais. A inércia da ONU quanto ao desrespeito de suas determinações, como no caso da guerra no Iraque, causa grande espanto, expondo sua limitação e sua distancia ao projeto proposto por Immanuel Kant.

A atualidade dessa obra é de causar grande espanto, principalmente considerado o avanço tecnológico e as conseqüências de uma nova guerra mundial. Levanta-se assim o questionamento acerca da inevitabilidade das guerras, nas palavras de Voltaire (2004, p. 266): “E o que é pior, é que a guerra é um flagelo inevitável. Se observarmos bem, todos os homens adoram o Deus Marte”. Acusar qualquer obra que vise uma paz duradoura de utópica ou idealista, mesmo sendo calcada na ação do homem corrobora com a citação supracitada.

A paz só será atingida com o esforço humano, não se trata, aqui de afirmar ser a natureza do homem mal ou boa, no entanto os conflitos são inerentes às relações humanas, daí a necessidade do Direito. A paz, de fato, só poder ser alcançada através do continuo esforço humano para o racional conter sua própria natureza. Kant neste intuito propõe uma série de artigos que possam viabilizar uma mudança estrutural nas relações internacionais.

O Direito é a ação da razão humana capaz de concretizar o que em determinados estágios da humanidade parecia ser devaneio. Falar em igualdade entre homens e mulheres, foi por muito tempo apenas um sonho, mas através da ação humana, garantiu-se o Direito. “Certamente toda experiência histórica confirma a verdade – o homem não teria alcançado o possível se inúmeras vezes não tivesse tentado o impossível” [28].

Referencias

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel á nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

EBERL, Oliver. Realismus des Rechts – Kants Beitrag zum internationalen Frieden, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 2/Februar 2004, Berlin, 2004, pp. 199-210.

ALVAREZ FILHO, Jose Mauro. **O esforço da paz internacional e o conflito no Iraque**. Monografia, 2005.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos – o breve seculo XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel: **Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf, Immanuel Kant – Werke in zehn Bänden, Bd. 9.**, hrs. von Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sonderausgabe 1983.

_____: **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Mourão, edições 70, Lisboa, 1988.

_____: **Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft**, Reclam Universal Bibliothek, 1996.

KOSHIBA, Luiz. **Historia**: origens, estruturas e processos. São Paulo: Atual, 2000.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Idealismo e Realismo: Desafio Constante de Realização das Utopias. **Mundo Jurídico**.

Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant**: Filosofia do Direito Internacional e das Relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

WEBER, Max. "A Política Como Vocaçãõ", em H. H. Gerth e C. W. Mills (eds.), *Ensaio de Sociologia*, Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

[1] No original: „*Das Recht erlaubt die Vermittlung der politisch-gesellschaftlichen Wirklichkeit mit dem von der Vernunft Geforderten*“. Todos os trechos, da referida obra, traduzidos neste trabalho são de minha responsabilidade.

[2] A palavra utopia tem origem grega e significa “não lugar”, ou seja, lugar que não existe. Termo utilizado por T. More na titulação de sua obra para mostrar uma nova concepção de cidade em contraposição à Inglaterra a sua época. Nesta obra a principal intenção de More não é constituir um modelo de programa social para a construção de uma nova Inglaterra, mas de apresentar princípios alternativos, busca-se discutir uma nova noção de ética, ao contrario do que propõe Kant.

[3] No original: „*Es soll kein Friedensschluss fur einen solchen gelten, der mit dem geheimen Vorbehalt des Stoffs zu einem kunftigen Kriege gemacht worden*“.

[4]No Original: „*Es soll kein fur sich bestehender Staat(klein oder Gross, das gilte hier gleichviel) von einen anderen Staate durch Erbung, Kauf oulder Schenkung erworben werden konnen*“.

[5] No original: “*Stehende Heere(miles perpetus) sollen mit der Zeit ganz aufhoren*”.

[6] Faz-se valioso a lembrança da ironia proferida pelo poeta Renato Russo em sua musica “Senhor da Guerra”.

[7]No original: „*zu sein einen Gebrauch vou Menschen als blossen Machinen und Werkzeugen in der Hand eines anderen (des Staats)*“.

[8] No original: „*Es solen keine Staatsschulden in Beziehung auf aussere Staatshandel gemacht warden*“.

[9] No original: „*Kein Staat soll sich in die Verfassung und Regierung eines anderen Staats gewalttatig einmischen*“.

[10]No original: „*Es soll sich kein Staat im Kriege mit einem anderen solche Feindseligkeiten erlauben, welche das wechselseitige Zutrauten em kunftigen Frieden unmoglich machen müssen: als da sind, Anstellung der Meuchlemorder (percussores), Giftmischer (venefici), Breschung der Kapitulation, Anstiftung des Verrats (perduellio) in dem bekriegten Staat, etc*“.

[11]No original: „*ein Ausrottungskrieg, wo die Vertilgung beide Teile zugleich, und mit disser auch alles Rechts trefen kann, den ewigen Frieden nur auf dem grossen Kirchhofe de Menschengattungstatt finden lassen wurde.*“

[12] O Senhor da Guerra. Renato Russo Música disco Será. Emi Odeon, 1981 .

[13] KOSHIBA, Luiz. **Historia**: origens, estruturas e processos, 2000, pág. 37.

[14] No original: „*es soll kein Krieg zwischen mir und anderen Staaten sein, obgleich inch keine oberste gezeetzgebende Gewalt erkenne, die mir mein, und de rich ihr Recht sichere*“.

[15] KANT, Immanuel: **Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf, Immanuel Kant**, 1983. pág. 209

[16] KANT, Immanuel: **Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf, Immanuel Kant**, 1983. pág. 209

[17]No original: „*Die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an alle gefüllt wird: so ist die Idee eines Weltbürgerechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eines nowendige Ergänzung des ungeschribenes Kodex, sowohl des Staats- als Volksrecht zum öffentlichen Menchenrechte überhaupt, um so zum ewigen Frieden.*“

[18] No original: „*Von der Garantie des Ewigen Friedens*”

[19]KANT, I.: *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, 1996. pag. 126

[20]No original: „*Künstlerin Natur (natura daedala rerum), aus deren mechanischen Lauf esichtbarlich Zweckmäßigkeit hervorleuchtet, durch die Zweitracht der Menschen Eintracht selbst wider ihren Willen emporkommen zu lassen*“.

[21]Como bem analisa Manfredo de Oliveira (1993, p. 176) a postura kantiana em relação a noção de contrato social é realista e inovadora em relação a outros autores da modernidade como Hobbes, Locke e Rousseau, pois ao contrario destes, ele não parte de um estado de natureza abstrato, mas de uma situação histórica, social e política.

[22]No original: „*Es ist der Handelsgeist, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann, und der früher oder später sich jedes Volk bemächtigt. Weil nämlich unter allen, der Staatsmacht untergeordneten, Mächten (Mitteln) die Geldmacht wohl die zuverlässigste sein möchte, so sehen sich die Staaten (freilich wohl nicht eben durch den Triebfedern der Moralität) gedrungen, den edeln Frieden zu befördern (...)*“.

[23] No original: ”*Geheimer artikel zum Ewigen Frieden*”

[24]No original:”*Das aber Könige filosofiren, oder Philosophen Könige würden, ist nicht zu erwarten und nicht zu wunchen; weil der Besits der Gewalt das freie Urteil der Vernunft unvermeidlich verdirbt.*”

[25] No original: “*Über die Misshelligkeit zwischen der Moral und der Politik, in Absicht auf den ewigen Frieden*”.

[26] No original: “*Von der einhelligkeit der Politik mid der Moral nach dem transzendentalelen Begrife des Öffentlichen Rechts*”.

[27] No original: “*Alle Maximen, die der Publizitat bedürfen (um ihrem Zweck nicht zu verfehlen), stamen mit Recht und Politik vereintig zusammen*”.

[28] WEBER, Max. "A Política Como Vocaçã", em H. H. Gerth e C. W. Mills, *Ensaio de Sociologia*, Rio de Janeiro: Zahar, 2002, pág. 135

**A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO NO PROCEDIMENTO DAS CARTAS
ROGATÓRIAS: A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

**THE BREACH OF BANKING SECRET IN THE PROCEEDINGS OF LETTER
ROGATORY: THE BRAZILIAN JUDICIARY POSITION**

**Antônio de Moura Borges
Carolina de Paiva Queiroz Machado**

RESUMO

Este artigo revela o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro no tocante à cooperação jurídica internacional, por meio de medidas de quebra de sigilo bancário, com o objetivo de combater a criminalidade organizada transnacional. Cartas rogatórias passivas com pedido de quebra de sigilo bancário tinham exequatur negado pelo Supremo Tribunal Federal com o fundamento de atentarem contra a ordem pública e demandarem medidas executivas. Durante 70 anos, a competência para apreciação das cartas rogatórias foi do STF. Em 2004, com a edição da Emenda Constitucional 45/04, a competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça, que editou a Resolução 09/05, inovando em alguns pontos. De início, o STJ adotou os precedentes do STF, mas, posteriormente, verificou-se maior conscientização dos julgadores quanto à necessidade de cooperação jurídica no combate à criminalidade internacional. O julgamento da CR 438/BE constituiu marco no reconhecimento da necessidade da participação efetiva do Brasil no combate ao crime organizado transnacional.

PALAVRAS-CHAVES: COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. CARTAS ROGATÓRIAS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

ABSTRACT

This article reveals the position of the Brazilian Judiciary Power as it concerns to international juridical cooperation through the breach of banking secret, with the objective of combating transnational organized criminality. Passive letters rogatories requesting breach of banking secret had the exequatur rejected by the Federal Supreme Court reasoning that they attempt against public order and demand executive measures. During seventy years, the power to decide about letters rogatories rested upon the scope of the Federal Supreme Court. In 2004, through Constitutional Amendment number 45, this power was transferred to the Superior Court of Justice, which created Resolution 09/05, innovating in some points. Initially, the Superior Court of Justice adopted the Federal Supreme Court case precedents; however, afterwards, it was noticed stronger awareness by judges as to the necessity of juridical cooperation in order to combat international criminality. The judgment of letter rogatory number 438 constituted landmark in recognizing the necessity of effective participation of Brazil in combating transnational organized crime.

KEYWORDS: INTERNATIONAL JURIDICAL COOPERATION. LETTERS ROGATORIES. BREACH OF BANKING SECRET.

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo analisar os julgados proferidos pelos Tribunais Superiores em cartas rogatórias com pedido de quebra de sigilo bancário, a fim de se extrair a orientação jurisprudencial no tocante à cooperação jurídica internacional, uma vez que se observa o aumento da criminalidade organizada transnacional decorrente das facilidades geradas pela globalização.

A proteção ao sigilo bancário, conferida pela legislação brasileira, garante que as operações bancárias realizadas não cheguem ao conhecimento de terceiros. Aos bancos é imposto o dever de manterem em segredo a identidade dos correntistas e as operações financeiras por eles realizadas. Essa proteção contribui para a criminalidade na medida em que dificulta o rastreamento de dados e propicia a impunidade dos agentes.

A cooperação jurídica surge como medida eficaz no combate à criminalidade transnacional porque permite a troca de informações transparentes e suficientes para identificação dos sujeitos criminosos. Por meio das cartas rogatórias, viabiliza-se a cooperação entre os países; contudo, no Brasil, cartas rogatórias com pedido de quebra de sigilo bancário têm encontrado resistência na orientação jurisprudencial.

Como forma de facilitar o entendimento do tema, inicia-se o trabalho com a exposição das características e do conteúdo das cartas rogatórias e análise da Resolução do STJ nº 09/2005.

Até dezembro de 2004, a competência para a concessão de *exequatur* em cartas rogatórias era do Supremo Tribunal Federal. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, em 8 de dezembro de 2004, essa competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça.

Serão examinadas, portanto, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em cartas rogatórias passivas de modo a compreender-se seu posicionamento em relação à medida de quebra do sigilo bancário. Por fim, será analisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

O procedimento metodológico adotado será de abordagem sistêmica, por meio do procedimento instrumental histórico comparativo. Será utilizada a técnica de documentação indireta de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. O instituto das cartas rogatórias

As cartas rogatórias configuram modalidade de cooperação jurídica internacional, ao lado da homologação de sentença estrangeira e do auxílio direto, que têm por objetivo solicitar ao Estado rogado que dê execução a uma decisão judicial do Estado rogante. Em seu bojo, encontra-se uma decisão estrangeira que necessita ser cumprida fora da competência jurisdicional daquele que roga.

Maria Helena Diniz (2001, p.308) define as cartas rogatórias como “uma forma de cooperação no sentido de providenciar, no estrangeiro, o (efetivo) cumprimento de medidas científicatórias, atos ou diligências de caráter executório (de uma determinada ação em trânsito no país de origem.”

Já Álvaro Garcia Júnior (1999, p. 1) considera que a carta rogatória “é o pedido formal de auxílio para instrução de processo, feito pela autoridade judiciária de um Estado à de outro Estado estrangeiro.”

De regra, as cartas rogatórias destinam-se ao cumprimento de diversos atos, como citação, notificação, coleta de provas ou medidas de caráter restritivo.

A lei do país de origem estabelece os requisitos a serem cumpridos quanto à forma e encaminhamento das rogatórias. No Brasil, o Código de Processo Civil, no capítulo referente à comunicação dos atos, dispõe sobre o procedimento das cartas rogatórias ativas. Já as cartas rogatórias passivas devem ser cumpridas de acordo com a lei do país de destino, cujas autoridades analisarão seu conteúdo para saberem da possibilidade de realização dos atos solicitados.

Para serem cumpridas no território brasileiro, as cartas rogatórias passivas necessitam do *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, conforme o disposto na Constituição Federal, artigo 105, inciso I, alínea *i*, cuja redação é a que segue: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”.

O *exequatur* configura ordem de cumprimento ao pedido da autoridade estrangeira perante o Estado brasileiro. Débora Larissa Rebeiro de Alvarenga (2007, p. 32) vê no *exequatur* “uma autorização e, ao mesmo tempo, uma ordem de cumprimento do pedido rogatório no Brasil.”

O instituto das cartas rogatórias surgiu no ordenamento jurídico brasileiro na metade do século XIX. Os juízes as recebiam e cumpriam sem nenhuma exigência ou burocracia. A maior parte das rogatórias era proveniente de Portugal, sendo que seu cumprimento no Brasil se dava sem que o governo imperial tivesse qualquer ciência a respeito, inclusive as de caráter executório (cf. Nádia de Araújo, 2008, p. 285).

A matéria somente foi disciplinada com o Aviso Circular nº 1, e a exigência do *exequatur* para cumprimento das rogatórias surgiu com a Lei 221, de 10 de novembro de 1894, que atribuía competência ao Poder Executivo.

Apenas com o advento da Constituição Federal de 1934, o Supremo Tribunal Federal passou a ser competente para concessão de *exequatur* em cartas rogatórias. Competência essa que perdurou até 2004, quando foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45.

O procedimento para obtenção do *exequatur* passa pelo juízo de deliberação. Não há, nesse juízo de deliberação, análise de mérito das razões que convenceram a autoridade estrangeira a decidir pela realização da diligência. São analisados apenas os elementos formais e a possível violação à ordem pública, à

soberania e aos bons costumes. Sem o *exequatur*, as decisões estrangeiras não têm eficácia no Brasil.

Foi no Supremo Tribunal Federal que se desenvolveram as teses aplicáveis às rogatórias. Nádia de Araújo (2008, p. 286) lembra que os vários pontos controvertidos, como a questão das cartas rogatórias executórias e a exceção de ordem pública, foram resolvidos ao longo de 70 anos, período em que a matéria foi da competência da Suprema Corte.

No Superior Tribunal de Justiça, o tema foi regulamentado pela Resolução nº 09, de 4 de maio de 2005, que inovou em alguns pontos.

O artigo 7º da referida Resolução dispõe que as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não-decisórios. Esse dispositivo resolveu divergência surgida, ainda no Supremo Tribunal Federal, que apenas reconhecia rogatória com medida executória se houvesse acordo ou convenção nesse sentido, ampliando-se, assim, o rol das rogatórias e permitindo maior participação do Brasil na esfera da cooperação jurídica internacional.

Também inova o parágrafo único do artigo 8º dessa mesma Resolução ao permitir que a medida solicitada por carta rogatória seja realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.

Por fim, esclarece que os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Para alguns estudiosos sobre o tema relativo às cartas rogatórias, do ponto de vista formal, o texto da resolução configura-se um pouco confuso em razão de tratar de maneira intercalada das cartas rogatórias e das sentenças estrangeiras. Para efeitos didáticos, seria interessante que o texto discorresse sobre os dois assuntos separadamente. (cf. Débora Larissa Ribeiro de Alvarenga, 2007, p. 27-28).

Nessa última parte, o Ministro Gilson Dipp (2007, p. 40) alerta que “a práxis da cooperação internacional está repleta de pedidos rotulados como ‘carta rogatória’, que, em substância, não passam de pedidos de cooperação jurídica de natureza administrativa”.

Para ele, em juízo de admissibilidade, é preciso ir além do rótulo e identificar, na substância, o pedido de cooperação, os traços característicos da carta rogatória a que se refere a Constituição, pois é possível que a autoridade estrangeira opte por solicitar assistência jurídica direta do Estado requerido, procedimento conhecido como auxílio jurídico direto.

O Ministro traça, ainda, a diferença entre auxílio direto e carta rogatória. Quando o Estado estrangeiro se apresenta na condição de administrador, solicitando assistência para que, no território nacional, sejam tomadas as medidas necessárias à

satisfação do pedido, tem-se o auxílio direto. Não há decisão judicial a ser executada aqui. Se houver necessidade, de acordo com a lei brasileira, de decisão judicial, deve a autoridade competente promover, na Justiça brasileira, as ações judiciais necessárias. No pedido de auxílio direto não há juízo de deliberação. Há a produção de uma decisão judicial doméstica.

Na carta rogatória, por sua vez, já existe uma decisão judicial estrangeira, à qual a autoridade brasileira competente limita-se apenas a dar eficácia. Não há análise de mérito, somente juízo de deliberação.

Assim, as cartas rogatórias apresentam-se como instrumento de cooperação jurídica internacional. Por meio de um procedimento simples, é reconhecida a eficácia, no Brasil, de decisão estrangeira, desde que não viole a ordem pública, a soberania nacional ou os bons costumes.

Trata-se de instituto que vem ganhando destaque devido ao estreitamento das relações públicas e particulares com Estados estrangeiros e que merece ser aprimorado, no âmbito do judiciário, a fim de que promova efetiva cooperação jurídica internacional.

3. A importância da cooperação jurídica internacional

No contexto do mundo globalizado, a evolução tecnológica diminuiu as distâncias e as diferenças entre os países, proporcionou comunicação mais estreita entre os povos com a transmissão de informações em tempo real e facilitou o deslocamento de valores, inclusive para paraísos fiscais.

Trata-se de uma mundialização, relacionada com a disseminação de padrões de consumo, de massificação e homogeneização de estilos de comportamentos e modos de vida, lidando portanto com a dimensão cultural e a imposição de novos hábitos sociais; a planetarização, associada às profundas mudanças referentes às políticas governamentais e às instituições que permeiam as sociedades nacionais, que passam a ser reformatadas face às exigências de novos paradigmas econômicos, estando, portanto, ligada a um modo de dominação e à miniaturização do Estado-nação; e por fim, a globalização tecnológica, referente aos modos de produzir, e impulsionada por redes de mega-conglomerados transnacionais, de produção, de finanças e de comércio desenvolvidas no alto ritmo de velocidade, o que vai revelar a projeção tentacular que tal fenômeno exerce em nível mundial, operando profundas mudanças e desconstruções na sociedade e no Estado. (cf. René Armand Dreifus, apud. Ana Paula Teixeira Delgado, 2001, p. 5).

Essas facilidades introduzidas pela globalização contribuíram para o aumento da criminalidade organizada transnacional, que prejudica a economia dos países e pode pôr em risco seu desenvolvimento econômico.

Consoante Napoleão Miranda (2004, p. 86-94), “da globalização não restaram apenas resultados positivos. Um exemplo disso é a emergência do narcotráfico

e do crime organizado em escala mundial, estimulados pelas facilidades do comércio internacional.”

O sigilo bancário é também um fator que contribui para a criminalidade transnacional. As legislações que o contemplam autorizam o sigilo das operações bancárias realizadas, vedando informações sobre clientes, valores depositados e origem desses depósitos. Aos bancos é imposto o dever de manter segredo sobre as informações e documentos relativos à movimentação financeira de seus clientes.

Com o sigilo, tem-se a segurança de que informações sobre operações bancárias realizadas não cheguem ao conhecimento de terceiros.

No Brasil, a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, restringindo o acesso às informações bancárias, salvo quando houver determinação do Poder Judiciário, nos casos específicos previstos em lei.

Mais do que em outras épocas, verifica-se, atualmente, premente necessidade de colaboração entre os países no sentido do fornecimento de informações transparentes, suficientes para a identificação dos agentes criminosos e rastreamento dos valores depositados.

Por meio da cooperação jurídica, é possível enfrentar o problema da criminalidade transnacional sem colocar em risco a soberania nacional ou a ordem pública.

Débora Larissa Ribeiro de Alvarenga (2007, p. 6) ressalta que “a cooperação internacional alcança o patamar de importante instrumento ante a interdependência cada vez maior entre as nações. O direito torna-se ferramenta importante para garantir a segurança jurídica das relações.”

Sendo as cartas rogatórias instrumento de comunicação entre autoridades judiciárias dos Estados, devem ser reconhecidas como forma de cooperação internacional, pela qual se aplica internamente uma decisão proferida pelo Estado rogante.

Não se admite mais o sentimento de cortesia no que diz respeito à cooperação entre os Estados, que os autoriza a cooperar com uma nação e não o fazer com outra, cooperar hoje e não mais amanhã, tendo como resultado da não-cooperação apenas o desprestígio internacional.

De acordo com a professora Nádia de Araújo (2008, p. 279), “a cada dia aumenta a dependência entre os Estados e o inter-relacionamento de toda ordem, entre os cidadãos”. E acrescenta a professora que a decorrência disso é um Poder Judiciário com reflexos em mais de um país. A não-cooperação, atualmente, resulta na mesma atitude por parte de outros Estados diante de nossos pedidos. Neste contexto, a cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da justiça torna-se imprescindível.

Não há falar em violação da ordem pública em relação à atitude de cooperação, porque o efeito da intervenção da ordem pública é justamente negar a lei estrangeira e, por conseguinte, não proceder à cooperação quando no caso concreto importasse em um resultado incompatível com o direito interno.

Por outro lado, o conceito de soberania foi relativizado. Não se aceita mais o Estado totalmente livre e soberano. No atual sistema de interdependência entre os países, a cooperação internacional constitui medida necessária à própria efetivação da jurisdição do Estado.

Reclama-se a cooperação do Brasil, de forma ativa e relevante, a fim de projetar o país internacionalmente e colocá-lo como participante do novo sistema globalizado que se delineia, porém, a legislação brasileira ainda não se encontra suficientemente adaptada à nova realidade mundial. A atuação do Judiciário fica aquém das expectativas internacionais. A evolução de seu pensamento tem-se apresentado de forma alheia a qualquer modernização.

Celso Albuquerque de Mello (1994, p. 160-161) entende que a moral internacional fundamenta o dever de cooperação e realça o princípio da solidariedade. De forma pessimista, aduz que a cooperação é uma obrigação difícil de ser exigida no plano jurídico internacional, uma vez que há o predomínio da idéia de soberania e egoísmo por parte de Estados. Para o autor, a ajuda internacional muitas vezes está travestida de interesses políticos e econômicos ou se transforma de instrumento de dominação.

Na realidade atual, com o crescimento das relações internacionais, os Estados são obrigados a estreitarem também as relações de cooperação a fim de buscarem alternativas para os problemas decorrentes da globalização.

Apenas em 2007, o Superior Tribunal de Justiça, timidamente, acenou no sentido do reconhecimento da importância da cooperação jurídica internacional e da possibilidade de quebra do sigilo bancário por meio de carta rogatória.

4. Julgados do STF e do STJ:

Da análise dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando ainda competente para apreciação das cartas rogatórias, observa-se certa resistência na concessão de *exequatur* para a quebra de sigilo bancário, por considerá-la medida executória.

Foi firmado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o objeto da carta rogatória deveria ser de regra uma diligência no Brasil que não dependesse de sentença para sua decretação, tal como citação, intimação, oitiva de testemunhas, obtenção de provas.

Nesse sentido foi o pronunciamento do Ministro Antônio Neder, relator da CR 3.237, publicada em 1980: “Tratando-se de providência judicial que depende, no

Brasil, de sentença que a decreta, imperiosa é a conclusão de que tal medida não pode ser executada em nosso país antes de ser homologada, na jurisdição brasileira, a sentença estrangeira que a tenha concedido”.

Das razões de decidir do referido julgado, é possível extrair, ainda, que o pedido da rogatória era o arresto de bens situados no Rio de Janeiro, que por ser medida executória não poderia receber o *exequatur*, mas caso se entendesse que a diligência rogada fosse a mera notificação do embargo decretado pelo juízo rogante, melhor sorte não haveria de ter a rogatória, uma vez que o seu cumprimento implicaria admitir juízo estrangeiro como sendo hábil para decretar o embargo de bens situados no âmbito espacial de outra soberania, em visível afronta a esta última.

Não se admitia nenhuma medida de caráter executório via carta rogatória. O procedimento para a concessão de *exequatur* consistia apenas num juízo de delibação, em que se aferia a não-violação à ordem pública ou à soberania nacional.

Desde 1953, o Supremo Tribunal Federal já decidia nesse sentido. O Ministro José Linhares, na CR 337, assim se manifestou: “Carta rogatória executória. Inadmissibilidade. Seqüestro, importando em execução forçada”.

A impossibilidade de carta rogatória executória tornou-se jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal em decorrência da reprodução automática de precedentes fundamentados na Lei nº 221, de 10 de novembro de 1894, que proibia a concessão de *exequatur* para medidas de caráter executório. Inicialmente, a competência foi atribuída ao Poder Executivo, sendo, apenas, com o advento da Constituição de 1934, transferida para o Poder Judiciário, ficando a cargo do Supremo, que continuou aplicando, até recentemente, o comando da legislação revogada.

Em 2003, no julgamento da Carta Rogatória nº 11.005, o Ministro Maurício Corrêa confirmou o entendimento do STF de que são insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, cartas rogatórias que caracterizem ofensa à ordem pública ou à soberania nacional ou que tenham caráter executório, ressalvadas as expedidas com fundamento em acordos ou convenções internacionais, reforçando a possibilidade de concessão de *exequatur* apenas para a comunicação de decisão jurídica ou ato processual oriundos de Justiça alienígena, por não haver óbice legal que obstaculizasse o deferimento de diligências dessa natureza.

Esse entendimento vinha sendo reproduzido na jurisprudência da Suprema Corte, como se pode observar dos seguintes precedentes: CR 8.622, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicada em 1º de fevereiro de 2002, ou ainda a CR 9.511, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, com publicação em 1º de fevereiro de 2001:

4. Quanto à diligência que pretende a investigação de contas bancárias, o pedido também não comporta deferimento. É que a quebra do sigilo bancário depende, no Brasil, de ordem judicial que a decreta, inexistente no caso, pois o pedido partiu do Ministério Público no Tribunal de Roma, na linha do que ficou decidido na Carta rogatória nº 7.126-4 - República Italiana (DJ 20.03.96, p. 7.875).

5. Portanto, a diligência acima referida não poderia ser executada sem que antes se procedesse à homologação, pela Justiça Brasileira, de eventual sentença estrangeira que a tivesse determinado. 6. Outrossim, o pedido também, tem caráter executório, repellido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como já afirmado (CR nº 6.779, DJU 13.03.95; CR nº 6.681, DJU 06.04.95).

No julgamento da CR 10.484, foi reproduzido o mesmo entendimento: “as diligências de seqüestro de bens e quebra de sigilo de dados, além de atentar contra a ordem pública, possuem caráter executório, o que inviabiliza a concessão do *exequatur*.”

Essa forma de julgar do Supremo Tribunal Federal foi criticada pela Professora Carmen Tibúrcio (1999, p. 80). Para ela, nenhuma medida de caráter executório pode ser requerida ao Supremo por via de rogatória, por caracterizar entendimento pacífico e sedimentado.

Antenor Madrugá (2006, p. 79) acrescenta que “várias decisões monocráticas e acórdãos se repetem para negar seqüestro de bens, quebra de sigilos legais e qualquer outro pedido proveniente de jurisdições estrangeiras que, independente do mérito e da relevância das medidas rogadas, tenham caráter executório, seja lá o que isso for”.

Também a professora Nádia de Araújo (2003, p. 260) manifesta-se no sentido de que o óbice da ordem pública não pode ter caráter absoluto e precisa ser reapreciado.

Por outro lado, o Supremo possibilitava a concessão de *exequatur* em rogatórias quando prevista em acordos internacionais. A CR 10.925, de relatoria do Ministro Maurício Correa, publicada em 2 de fevereiro de 2004, dispõe ser pacífico naquela Corte o entendimento segundo o qual não se pode cumprir no Brasil cartas rogatórias que caracterizem ofensa à ordem pública ou à soberania nacional ou que tenham caráter executório, ressalvadas as expedidas com fundamento em acordos ou convenções internacionais

Essa exceção reforçava o posicionamento da doutrina quanto à contradição instaurada pela Suprema Corte. Se carta rogatória executória fere a ordem pública e a soberania, como aceitar a celebração de tratado internacional que fere a ordem pública?

No entender de Antenor Madrugá (2006, p. 84), “uma leitura mais atenta da jurisprudência do próprio STF revela que a origem da impossibilidade de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias ‘executórias’ não guarda relação com soberania ou ordem pública, admitindo-se estes conceitos como distintos”.

De qualquer forma, manteve-se na Suprema Corte o entendimento da impossibilidade de concessão de *exequatur* para rogatórias executórias. Todavia, a leitura de alguns precedentes faz parecer que ainda não houve consenso quanto à definição de carta rogatória executória.

Conforme os precedentes do STF, a executoriedade há que ser verificada de acordo com a finalidade da diligência requerida no Brasil.

No julgamento da CR 85.255, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou: “Carta Rogatória. Citação. Admissibilidade. Busca e apreensão de menor. Ato de caráter executório. Impossibilidade”.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, na CR 98.868, afirmou que: “Carta Rogatória. Atos executórios. Quebra de sigilo bancário. Ausência de homologação de sentença. Inviabilidade de cumprimento”.

O Superior Tribunal de Justiça, com a competência para o julgamento das cartas rogatórias que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mostra-se mais sensível à cooperação jurídica internacional, porém, num primeiro momento, ficou influenciado pelo pensamento do STF, até a edição da Resolução nº 09, de 2005.

Assim, logo no início, verificou-se a reprodução pelo Superior Tribunal de Justiça do pensamento desenvolvido na Suprema Corte quanto à análise da ordem pública e da soberania.

No julgamento do AgRg na CR 998, relator para o acórdão o Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado em 30/04/2007, assim ficou decidido: “AGRAVO REGIMENTAL. CARTA ROGATÓRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA. BRASIL. ITÁLIA. DILIGÊNCIAS. VÍCIOS FORMAIS. INEXISTENTES. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. SOBERANIA. ORDEM PÚBLICA. PARCIAL PROVIMENTO.”

No julgamento da CR 226, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicada em 21/02/2006, foi decidido que: “CARTA ROGATÓRIA. DILIGÊNCIAS. BUSCA E APREENSÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE OS DECRETE. CONCESSÃO PARCIAL DO EXEQUATUR. ATOS DE INSTRUÇÃO.”

E ainda, CR 1.348, de relatoria do Ministro Barros Monteiro, publicada em 21/08/2006: “Excepcionadas as diligências que importem na quebra de sigilo telefônico, concedo o exequatur com aos interessados.”

Com a edição da Resolução nº 09, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe sobre a competência que lhe foi acrescida, em seu artigo 7º permite que as cartas rogatórias tenham por objeto atos decisórios ou não-decisórios. Isso significa que houve o reconhecimento da possibilidade de *exequatur* para carta rogatória com efeito executório.

No STJ, continua-se procedendo ao juízo de delibação caso a caso, para aferir se a medida rogada ofende ou não a ordem pública; contudo, não mais com a disposição de considerá-la um impedimento geral a todos os pedidos.

Atento, porém, à nova realidade internacional e consciente de seu papel no desempenho da cooperação jurídica internacional para o combate à criminalidade transnacional, o Ministro Luiz Fux, relator da Carta Rogatória nº 438, declarou:

Esta Corte, com a nova competência que lhe foi atribuída pela EC.45/2004, deve se atentar às necessidades da cooperação internacional, em especial no tocante ao combate ao crime organizado transnacional, e possibilitar aos demais Estados estrangeiros a investigação de ditas organizações criminosas, através da concessão do *exequatur* de cartas rogatórias com esse fim.

Com esse pensamento desenvolvido no STJ, verificou-se avanço em relação à compreensão do tema, que deixou de ser tratado com meras reproduções de precedentes. A nova posição do Tribunal busca participação mais efetiva no combate ao crime organizado transnacional, seguindo as tendências atuais impostas pela globalização.

5. Conclusões

Neste trabalho foram analisados os principais aspectos sobre as cartas rogatórias e seu papel na cooperação jurídica internacional, bem como suas diferenças em relação ao auxílio direto. Foram examinados julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que orientaram o processamento das cartas rogatórias.

Constatou-se a crescente interação entre os países em decorrência da globalização, bem assim as melhorias e os problemas decorrentes dessa evolução tecnológica. A criminalidade organizada internacional foi apontada como uma consequência negativa do fenômeno que prejudica o desenvolvimento dos Estados.

A cooperação jurídica internacional foi apontada como uma das formas de solucionar o problema, buscando-se a união dos países na luta contra o crime, a fim de juntos conseguirem rastrear pessoas e bens envolvidos na criminalidade.

Durante setenta anos, o Supremo Tribunal Federal conduziu o pensamento jurisprudencial a respeito das cartas rogatórias; sua atuação foi conservadora e omissa em relação às modificações ocorridas no cenário internacional durante todo esse tempo. Somente era deferido o *exequatur* em cartas rogatórias com pedidos de cumprimento de atos, como citação, notificação, coleta de provas ou medidas de caráter restritivo.

Em 2004, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, a competência para o julgamento das cartas rogatórias passou para o Superior Tribunal de Justiça, que vem timidamente modificando o entendimento já consolidado quanto à impossibilidade

de concessão de *exequatur* em cartas rogatórias executórias. A quebra de sigilo bancário por meio de rogatória já não é indeferida de plano, com o fundamento de violação da ordem pública. O juízo de delibação permanece.

Com o julgado proferido pelo Ministro Luiz Fux, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou estar atento às novas exigências internacionais, principalmente no tocante à relativização do conceito de soberania e da inevitável produção de efeitos de uma decisão estrangeira no âmbito de competência da lei brasileira. A preocupação em combater o crime organizado transnacional, com a possibilidade de concessão de *exequatur* em cartas rogatórias com esse fim, também foi ressaltada na mesma oportunidade.

O Brasil, por intermédio do Judiciário, precisa posicionar-se como país que acompanha as exigências mundiais e que cede à cooperação jurídica internacional para ser visto como aliado na luta contra a criminalidade organizada internacional.

6. Referências

ALVARENGA, Débora Larissa Ribeiro de. *As cartas rogatórias passivas como instrumento de cooperação judiciária internacional*. 72f. Monografia (Especialização) ? Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Constitucional, Insitudo Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2007.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg na CR 226, Rel. Min. Luiz Fux, publicado em 21/02/2006.**

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO ESTRANGEIRO E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS: UM ESTUDO COMPARATIVO FRENTE AO MODELO LATINO-AMERICANO

JUDICIAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE FOREIGN LAW AND THE ROLE OF EUROPEAN CONSTITUCIONAL COURTS : A COMPARATIVE STUDY FRONT THE LATIN AMERICA'S MODEL

**Carlos Henrique Bezerra Leite
Thaiz da Silva Vescovi**

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto abordar os modelos de controle judicial de constitucionalidade previstos na legislação brasileira, bem como, especificamente, nos países europeus, tal qual instrumentos de tutela dos direitos e garantias fundamentais. Realizando um levantamento acerca do sistema de controle judicial de constitucionalidade e do papel das Cortes Constitucionais Europeias, em prol do aprimoramento do sistema latino-americano, e, principalmente brasileiro, utilizando-se o método dedutivo e o tipo de pesquisa exploratório. O artigo dividiu-se em cinco capítulos. No primeiro introduziu-se o leitor ao tema, traçando-se os objetivos do artigo. No segundo capítulo abordou-se a importância do estudo comparativo no Estado Democrático de Direito. Já no terceiro capítulo, discorreu-se sobre os modelos de controle judicial de constitucionalidade existentes, demonstrando-se as definições, finalidades e países adeptos de cada espécie. No quarto capítulo tratou-se do papel das Cortes Constitucionais Europeias frente ao controle de constitucionalidade das leis, abordando-se as características e peculiaridades de cada uma delas. No quinto e último capítulo fez-se um estudo comparativo entre o modelo latino-americano e o europeu. Por fim, chegou-se à conclusão de que, para alcançar um controle de constitucionalidade ainda mais adequado à proteger os direitos e garantias fundamentais, faz-se necessária a utilização do modelo europeu concentrado via implementação de Cortes Constitucionais específicas - e não vinculadas à Suprema Corte - na América Latina.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE JUDICIAL – DIREITO COMPARADO – CORTES.

ABSTRACT

This study aims to address the issue concerning the models of judicial control of constitutionality contained in Brazilian law, as well, particularly, in European countries, as instruments of protection of fundamental rights and guarantees. Conducting a survey

about the judicial system of control of constitutionality and the role of European Constitutional Courts, in favor of improving the Latin America's system, and particularly in Brazil, using if the deductive method and type of exploratory research. The article was divided into five chapters. At first the reader is introduced to the theme, making itself the goals and methodology of the article. The second chapter discussed the importance of comparative study in the Democratic State of Law. Now in its third chapter, talk out about the models of constitutional control, showing up the definitions, purposes and countries supporters of each species. The fourth chapter deals with the role of European Constitutional Courts front of the control of constitutionality of laws, addressing the characteristics and peculiarities of each one. In the fifth and final chapter makes a comparative study between Latin American's model and the Europe's model. Finally, it was concluded that to achieve a control of constitutionality most appropriate to protect the rights and guarantees, it is necessary to use European concentrate model through implementation of specific Constitutional Courts - and not linked to Supreme Court - in Latin America.

KEYWORDS: CONSTITUTIONALITY – JUDICIAL'S CONTROL – COMPARATIVE LAW – COURTS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo foi realizado com o propósito de contribuir para os debates acerca do controle judicial de constitucionalidade, buscando uma reflexão, à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e de alguns países, sobre a melhor forma de efetivar tal controle com vistas à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Atentando-se para o fato de que o mundo globalizado, de consumo e produção em massa requer uma pesquisa também globalizada, tornou-se imperativa a procura por um melhor aproveitamento do controle de constitucionalidade também nesse novo cenário internacional.

Tendo em vista a atual conjuntura política, econômica, social e cultural em que vivemos, torna-se imprescindível a análise de outros modelos jurídicos, o que nos remete ao estudo do papel das Cortes Constitucionais Européias na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais e como esse estudo pode ser empregado no aprimoramento dos modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos sul-americanos.

O presente estudo, portanto, tem por escopo abordar o seguinte problema principal: como efetivar a tutela dos direitos e garantias fundamentais por meio do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público? Como problema secundário: será que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelas Cortes Constitucionais Européias pode contribuir para o sistema sul-americano, principalmente o brasileiro, na efetivação de tais direitos e garantias.

Propõe-se, portanto, uma reflexão, com arrimo no método dedutivo e o tipo de pesquisa exploratório, sobre como o sistema europeu pode ser utilizado para otimizar ainda mais

o controle de constitucionalidade sul-americano na busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

2 MODELOS DE CONTROLES JUDICIAIS DE CONSTITUCIONALIDADE

É sabido que inúmeras são as modalidades de controle de constitucionalidade existentes, estas variam sobretudo de acordo com o critério escolhido. Quanto à natureza do órgão de controle, tem-se o controle político e o judicial; quanto ao momento de exercício de controle, tem-se o preventivo e o repressivo; quanto à forma ou modo de controle judicial, há o controle por via incidental e o controle por via principal ou direta; e, por fim, quanto ao órgão judicial que exerce o controle existem o controle difuso e o controle concentrado. E é desses últimos que cuidamos de estudar nesse trabalho.

Antes de mais nada, importante esclarecer que, no que tange à divisão em modelos de controles judiciais de constitucionalidade será adotado nesse artigo científico o critério “subjetivo” ou “orgânico” do fenômeno traçado por Mauro Cappelletti[1], que baseia-se nos:

[...] órgãos aos quais pertence o poder de controle [...] No que concerne, então, ao aspecto “subjetivo” ou “orgânico”, podem se distinguir, segundo uma terminologia já bem conhecida, dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis: a) o “sistema difuso”, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e b) o “sistema concentrado”, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário.

De acordo com as palavras do autor observa-se que o aspecto subjetivo é aquele que leva em consideração os órgãos que exercem o controle de constitucionalidade. Desse modo, existiriam, portanto, o sistema difuso – onde o controle é exercido incidentalmente por todos os órgãos judiciários quando do proferimento da decisão – e o sistema concentrado – no qual o controle é exercido apenas por um único órgão judiciário.

Com a finalidade de definir as características e peculiaridades de cada um desses sistemas, bem como quais os países que fazem uso de um, outro, ou ambos sistemas, adentra-se nos próximos subitens desse trabalho.

2.1 CRITÉRIO SUBJETIVO: O MODELO DIFUSO E O MODELO CONCENTRADO.

Frente ao raciocínio traçado no item anterior, sob a perspectiva do critério “subjetivo”, faz-se necessário relembrar que o modelo “difuso” e “concentrado” fundamentam-se nos órgãos que detêm o poder de realizar o controle judicial de constitucionalidade.

Primeiramente, no que diz respeito ao modelo “difuso”, importante ressaltar que este também pode ser chamado de modelo “americano” por ter sido utilizado inicialmente pelos Estados Unidos da América, na sentença redigida por Alexander Hamilton e logo após, na famosa decisão de John Marshall no caso *Marbury versus Madison* o que será mais aprofundado no item 3.2 deste capítulo.

Tal sistema possui como característica essencial o fundamento até mesmo do Estado Democrático de Direito de que todo magistrado deve interpretar leis quando aplicando-nas ao caso concreto, e, ao realizar essa atividade certamente chegará um momento onde estará diante de um conflito de normas.

Quando isto ocorrer, deve o julgador aplicar sempre a norma constitucional em detrimento da norma ordinária, não devendo aplicar leis inconstitucionais à hipótese em concreto, sendo este o fundamento de um modelo difuso de controle judicial de constitucionalidade, senão vejamos[2]:

No método de controle “difuso” de constitucionalidade – no denominado método “americano”, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento.

Parece de simples entendimento o modelo “difuso”, todavia, surgem problemas quando da sua aplicação. A título de exemplo desses entraves, advêm o caso onde um magistrado acredita ser uma lei inconstitucional e assim a julga, não aplicando-a a um caso concreto “X”, porém, sobre a mesma lei um outro juiz não a julgou em contraste com a Constituição, aplicando-a. Tal situação traz contrastes à jurisprudência e conflitos entre órgãos, além da incerteza jurídica.

Para resolver tal inconveniente problema, faz-se necessário um órgão superior que decida em que casos uma lei deve prevalecer, ou não. Assim, haveria um sistema entre o difuso e o concentrado, caso dos Estados Unidos da América onde há a vinculação aos precedentes da Suprema Corte – típico do controle concentrado -, apesar da utilização do controle difuso. Dito isso, passa-se a analisar o modelo “concentrado” de controle de constitucionalidade. Tal modelo também pode ser denominado “austríaco”, por ter sido inicialmente elaborado por Kelsen[3] e adotado pela Constituição austríaca de 1920.

Sobre o funcionamento do aludido modelo, necessárias as palavras de Mauro Cappellletti[4], quando diz que:

[...] vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. Na verdade, no sistema de controle “concentrado”, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penasi, administrativos – são

incompetentes para conhecer, mesmo inidenter tantum e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes, salvo eventualmente [...] o seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fi de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão da constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo.

É dizer que pelos moldes do modelo “concentrado” de constitucionalidade os juízes comuns ou inferiores não possuem o poder de controlar a constitucionalidade das normas legislativas, salvo em alguns países nos quais é possível ao juiz suspender o processo e encaminhá-lo às Cortes Constitucionais quando houver suspeição de que aquela lei seja inconstitucional.

Ou seja, via de regra, quem tem o poder de fazer o referido controle de constitucionalidade é o órgão superior, um órgão judiciário adequado, sendo os juízes comuns inferiores incompetentes para tanto. É, então, o oposto do que ocorre no modelo “difuso”. Neste mesmo raciocínio, são as palavras de Luís Roberto Barroso[5]:

[...] no sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo essa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco. Foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, e aperfeiçoado por via de emenda, em 1929. Em sua formulação típica, o controle concentrado, exercido por cortes constitucionais, expressava convicções doutrinárias de Hans Kelsen, seu idealizador, e que eram diversas das que prevaleceram nos Estados Unidos.

Partindo dessa premissa, adentra-se no próximo capítulo, de modo a verificar, quais são os países adeptos do controle difuso e quais são os países adeptos do controle concentrado, ou de ambos.

2.2 PAÍSES ADEPTOS.

Primeiramente, tratando-se dos países adeptos do controle difuso ou “americano”, não é preciso grandes esforços para se verificar ser os Estados Unidos da América um dos países que utilizam do referido sistema. Mais quais seriam os outros países que também foram influenciados pelo modelo americano? Pois bem. Tal modelo expandiu-se à países colonizados pela Inglaterra, como a Austrália, Canadá e Índia, além de outros como Japão.

A Suíça, Noruega, Dinamarca e Suécia aderiram ao sistema recentemente. Nesses países, apesar de haver a prevalência pelo controle concentrado, há também a possibilidade dos juízes inferiores não aplicarem ao caso concreto leis consideradas inconstitucionais.

Já fora também aplicado na Alemanha e na Itália antigamente, nos tempos da Constituição de Weimar e nos anos de 1948 a 1956, respectivamente. Sobre o assunto, são as palavras de Mauro Cappellletti[6], quando diz que tal sistema foi implementado:

[...] sobretudo, em muitas das ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália, a Índia e em outras partes [...] o sistema americano de controle foi importado, por um ato que esteve a meio caminho entre a imposição e a imitação no Japão [...] pode ser encontrada no Direito suíço [...] também no Direito norueguês (desde o fim do século passado) e dinamarquês (a partir dos primeiros decênios do nosso século) [...] exercitado com extrema prudência e muito raramente – de controlar a conformidade das leis com a Constituição, com a consequência de não se aplicar no caso concreto uma lei considerada inconstitucional, e algo semelhante está sendo afirmado, nos ultimíssimos anos, também na Suécia. Mas também na Alemanha e na Itália [...] existiu uma ainda que breve experiência de controle de tipo “americano” [...]

Neste sentido também de expansão foi o que ocorreu com o sistema concentrado ou “austríaco”. Como o próprio nome do sistema já diz, um dos países que adotam o modelo é a Áustria, que, como foi dito anteriormente, foi a primeira a utilizá-lo, por meio da idealização feita por Hans Kelsen.

Posto em funcionamento na Áustria, muitos outros foram os países a adotá-lo como modelo de controle judicial de constitucionalidade. Dentre esses estão a Itália, em sua Constituição vigente, Bonn, Chipre, Turquia, Iugoslávia e grandes países europeus, como França, Espanha, Portugal, Bélgica, dentre outros fora da Europa. Sobre o assunto, destaca o aludido autor[7] que:

[...] Tchecoslováquia em 1920 e na Espanha, em 1931 [...] além da constituição vigente Italiana [...] onde está em vigor desde a data da criação da Corte Constitucional, isto é, desde 1956, também pela Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949, como também pela Constituição da República do Chipre, de 16 de agosto de 1960, pela Constituição Turca, de 9 de julho de 1961 e, enfim pela Constituição, de 7 de abril de 1963, da República Socialista Federativa da Iugoslávia [...]

Trascendendo essa questão, passa-se à análise do modelo adotado pelos países da América Latina, afinal, baseia-se o estudo em uma comparação entre o modelo sul-americano e o europeu, e, para tanto, necessário apontar qual o sistema escolhido por aqueles.

Dentre os países da América Latina é possível observar que não há uma opção nem pelo modelo difuso “americano”, nem pelo sistema concentrado ou “austríaco”. A grande maioria utiliza ambos os modelos, porém com características peculiares próprias, por não adotarem, por exemplo, Cortes Constitucionais ao usarem o modelo concentrado, mas sim órgãos ligados à Corte Suprema.

Esse é o caso do Brasil, onde é possível o modelo difuso e concentrado concomitantemente, mas não há uma Corte Constitucional, sendo feito o controle “austríaco” pelo Supremo Tribunal Federal[8]. Nesse mesmo sentido estão os outros países sul-americanos, com exceção do Peru, como dispõe Louis Favoreu[9]:

[...] os países da América Latina não fizeram escolha entre os modelos estadunidense e europeu: fizeram coexistir o controle concentrado e o controle difuso. Mesmo quando parecem ter optado pelo sistema da Corte Constitucional, como no Chile, constatamos que esta, na realidade, está estruturalmente ligada à Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes desta [...] podemos considerar que, ao lado dos modelos estadunidense e europeu, há também um modelo sul-americano, cujas características comuns ainda não foram definidas. Notaremos entretanto que, no Peru, a nova Constituição previu um Tribunal Constitucional [...]

Isto, pois, diferentemente dos demais países sul-americanos, o Peru foi o único a prever um Tribunal Constitucional, órgão esse de controle judicial de constitucionalidade adequado ao modelo concentrado tal qual ocorre nos demais países dele adeptos. Frente à esse raciocínio, adentra-se a importância do papel de tais cortes constitucionais, que passamos a tratar no item subsequente.

3 AS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPÉIAS

Faz-se necessário destacar que a relevância de estudar-se as Cortes Constitucionais Européias na temática relativa ao controle judicial de constitucionalidade deve-se ao fato de serem essas os órgãos competentes, via de regra, para efetuar o aludido controle por meio do sistema “concentrado” ou “austríaco”, modelo este, por sua vez, adotado pelos principais países europeus.

Sob essa perspectiva, pode-se perceber a fundamental relevância desse capítulo, que será baseado fundamentalmente na obra elaborada por Louis Favoreu[10], da qual serão abordadas, nessa mesma ordem, as seguintes: a) Corte Constitucional Austríaca; b) Tribunal Constitucional Federal Alemão; c) Corte Constitucional Italiana; d) Conselho Constitucional Francês; e) Tribunal Constitucional Espanhol; f) Tribunal Constitucional Português; e, g) Corte de Arbitragem Belga.

Dentre as elencadas acima será feita uma abordagem sistemática de modo a especificar as peculiaridades de cada uma, destacando-se fundamentalmente: a composição, o funcionamento, as atribuições, a jurisprudência e a influência sobre a ordem política e jurídica daquelas.

Assim, passa-se à análise da primeira Corte Européia: A Corte Constitucional Austríaca. Como já foi dito anteriormente, a Áustria foi o país precursor do modelo de controle “concentrado”, com a implementação da Corte Constitucional Austríaca.

Esta foi a primeira das Cortes Constitucionais instauradas e que tornou-se inspiração para as demais instituídas na Europa. Com já tratado nos capítulos anteriores, teve por idealizador Hans Kelsen, naquele tempo professor de Direito da Faculdade de Viena e, posteriormente, primeiro relator da própria Corte que criou.

No que diz respeito à composição, destaca Favoreu[11] que a “[...] corte compõe-se de um Presidente, de um vice-presidente, de 12 juízes titulares e de seis juízes suplentes”.

Estes serão nomeados pelo Presidente da Federação que, porém, não fará a escolha. Esta será feita grande parte pelo Governo Federal, parte pelo Conselho Nacional e pelo Conselho Federal.

Fica a cargo dos primeiros a escolha dos membros mais importantes: presidente, vice, juízes titulares e ainda, três juízes suplentes, já o Conselho nacional decide quais serão os três juízes titulares e dois juízes suplentes. O restante será indicado pelo Conselho Federal. Basicamente uma questão política, daí os conflitos políticos constantes entre tal órgão e outros entes governamentais.

Além da indicação do governo ou dos conselhos, para ser um membro da Corte Constitucional Austríaca é necessário que o indivíduo seja formado em Direito e tenha exercido uma profissão por, no mínimo, dez anos. Feita a nomeação, todos esses membros permanecem em suas funções até completarem setenta anos de idade, sendo a atividade incompatível com qualquer outra atividade governamental ou de representação geral.

Quanto ao funcionamento, inicialmente a Corte funciona apenas em seu caráter pleno, ou seja, composta por todos os membros, mas, pode julgar também na presença da maioria desses. Apesar dos julgamentos da Corte se darem por meio de audiências públicas, os votos não são publicados e as decisões são tomadas “a portas fechadas”.

No tocante às atribuições, tal Corte tem por principal o controle da constitucionalidade das leis e dos tratados. Tal controle pode ser feito de duas maneiras: a) a priori; b) a posteriori. Para entender-se melhor como ocorre cada um desses tipos de controle, advêm necessariamente as palavras de Louis Favoreu^[12], quando diz que:

[...] O controle a priori – Nos termos do artigo 138, alínea 2, da Constituição, “a Corte Constitucional decide, a pedido do governo federal ou de um governo do Land, se um ato legislativo ou administrativo é da competência da Federação ou dos Länder”. Esta atribuição da Corte é exercida em relação a projetos de lei, de regulamentos – ou de outros atos administrativos – ainda não votados pelas assembleias ou publicados pelas autoridades administrativas [...] O controle a posteriori – a) Os modos de acesso: Controle pelos governos provinciais [...] os governos provinciais deferiram à Corte o controle da constitucionalidade das leis federais [...] Acesso pelas jurisdições: [...] a Corte Administrativa e a Corte Suprema de Justiça foram habilitadas para enviar, à Corte Constitucional, as questões de constitucionalidade levantadas sobre as leis que deviam aplicar [...] Acesso pelos parlamentares [...] um terço dos Deputados do Conselho Nacional podem contestar a constitucionalidade de uma lei perante a Corte Constitucional [...] Acesso pelos indivíduos [...] os indivíduos podem contestar a constitucionalidade de uma lei federal com a condição de que seus direitos tenham sido violados pela lei em questão e que esta lei seja aplicável sem a intervenção de uma decisão judicial ou de uma decisão administrativa.

Já no que diz respeito às atribuições secundárias, aponta Favoreu^[13] que cumpre à Corte também julgar causas de cunho eleitoral, administrativo e profissional. Além disso, é competente para analisar iniciativas populares e referendos, conflitos entre jurisdições e autoridades administrativas, entre a própria Corte e outras jurisdições e entre aquela e o governo, podendo dirimir conflitos entre a federação e conhecer

algumas ações sobre responsabilidade, como dispõe os artigos 126, 126 a, 138, 138-2 e 141 da Constituição Austríaca.

Acerca da importância da jurisprudência, verifica-se grande quantidade de anulações de dispositivos na área entre o Estado e a coletividade, organização de comunas, e suas relações com a Federação. Em casos de vagueza da lei e de termos normativos, e atos administrativos, muitas também foram as anulações feitas pela Corte com fulcro no princípio da legalidade.

Nesse sentido, destaca-se a grande proteção aos direitos fundamentais em face de leis e atos administrativos, apesar da proteção desses serem tidos - pelos austríacos - como “menos importantes” do que os direitos garantidos pela Constituição (chamado também de direito objetivo de ordem constitucional”. Ou seja, esses quase não são aplicados, senão vejamos[14]:

[...] no Direito austríaco não há efeito direto dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: os direitos fundamentais são unicamente invocáveis contra o Estado, como decidiu a Corte Constitucional em questões recentes e principalmente em uma sentença de 1974.

Dito isso, vale ressaltar que a influência da Corte na ordem jurídica é a de que as regras declaradas constitucionais são impostas ao legislador e às autoridades administrativas, devendo os órgãos supremos e as Cortes Supremas zelar pela Constituição Austríaca.

Neste mesmo raciocínio, no que diz respeito à influência da Corte na ordem política, o sentimento da Corte é muito respeitado e a justiça constitucional já não é mais contestada pela classe política. Um grande avanço quando se lembra dos anos 1920, quando isso não ocorria naquele país.

Já adentrando-se no Tribunal Constitucional Federal Alemão, este foi criado em 1951 por influência do modelo austríaco. É composto de dezesseis membros, sendo metade eleitos pela Câmara dos Deputados e a outra metade pelo Senado, e possuem um mandato de doze anos, que não pode ultrapassar os 68 anos de idade.

Desses dezesseis, oito deles compõem uma Câmara e os restantes outra, além de um presidente e um vice-presidente. Acerca dos juízes, três de cada Câmara devem ser juízes federais, os outros dez devem ter acima de quarenta anos e possuir os diplomas exigidos para exercer funções de magistrado, serem personalidades políticas ou universitárias.

O funcionamento deste Tribunal é autônomo financeiramente e administrativamente, atuando de acordo com a divisão em duas câmaras (como já falado), devendo cada câmara ter uma função específica e ser presidida pelo presidente ou pelo vice-presidente. O procedimento ocorre de acordo com o artigo 94 da Constituição alemã e a lei de 12 de março de 1951, conforme aponta Favoreu[15].

As atribuições principais desse Tribunal estão no controle da constitucionalidade das leis e dos tratados, podendo ocorrer: a) preventivamente; b) a posteriori. O controle preventivo pode, por sua vez, dar-se de três formas: imediatamente (quando uma lei antes de ser promulgada é encaminhada pelos governadores dos *Länder* ou pelo terço

dos membros do *Bundestag* ao tribunal, que analisará sua constitucionalidade); quando dispuser sobre matéria de litígios entre órgãos constitucionais (também será remetida à lei ao Tribunal que apreciará porque o Presidente não quer promulgar aquela lei e o outro órgão defende a promulgação); retardando-se a entrada em vigor de uma lei até ocorrer a sentença do Tribunal.

No que diz respeito ao controle à posteriori, este também pode acontecer de três modos distintos: controle concentrado repressivo por via de ação; controle por meio de remessas dos Tribunais; recurso constitucional (de iniciativa dos indivíduos). Sobre como ocorre cada um desses, dispõe Favoreu que^[16]:

[...] o controle concentrado repressivo por via de ação pode ser acionado contra uma lei (federal) pelo governo de uma *Land* ou por um terço dos membros do *Bundestag* [...] o controle por meio de remessas dos Tribunais. O artigo 100 da Constituição prevê quatro casos de remessa, entre os quais apenas um refere-se às leis federais [...] Todos os tribunais foram autorizados a provocar o Tribunal Constitucional após 1956 e, atualmente, a quase totalidade das remessas são feitas por juízes ordinários e apenas 4% pelos tribunais federais [...] o recurso constitucional (de iniciativa dos indivíduos). Se a afronta aos direitos do requerente vem diretamente da lei, o recurso pode ser levado ao Tribunal Constitucional, sem outra obrigação a não ser respeitar o prazo de um ano, a contar da entrada em vigor da lei.

Dito isso, importante ressaltar também as atribuições secundárias - destacadas pelo aludido autor - do Tribunal, que possui competência para julgar casos eleitorais apenas nos apelos, acusar Presidente da República e outros entes de alta posição política por violação de lei fundamental ou federal, julgar litígios entre a federação e os *Länder*, julgar conflitos entre órgãos constitucionais da Federação, controlar a qualidade e os sentidos das normas e decidir acerca do recurso constitucional.

No que tange à jurisprudência, o Tribunal Constitucional Federal Alemão possui um grande número de decisões, freando a tendência centralizadora da Federação e na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Isto pois, apesar das limitações que impõem nesse sentido, interpretaram os principais dispositivos constitucionais que dizem respeito àqueles. Destaca-se, também, o grande número de casos fundamentados no princípio da igualdade, mas o pequeno número de conhecimento desses pelo órgão constitucional.

No quesito influência jurídica, o Tribunal é forte por ser o órgão que dita e interpreta os dispositivos de direitos e garantias fundamentais e controla as leis que são supostamente inconstitucionais, fora outras funções de importância jurídica já elencadas anteriormente.

O Tribunal também possui influência significativa na seara política, jurisdicionando a vida e os debates políticos, defendendo partidos e orientando indivíduos, solucionando conflitos entre órgãos constitucionais e entre a Federação e a *Länder*, controlando, acima de tudo, o legislador.

No que diz respeito à Corte Constitucional Italiana, tem-se que esta foi criada em 1955, e está sediada em Roma, no chamado *Palazzo della Consulta*. Compõe-se de 15 membros, dentre magistrados, professores de direito e advogados com 25 anos de exercício da profissão.

A nomeação desses, dispõe Favoreu[17], ocorre da seguinte forma: 1/3 pelo presidente; 1/3 pelas magistraturas supremas ordinárias e administrativas e 1/3 pelo Parlamento. Fruto de acordos ou de compromissos políticos entre partidos. Uma vez nomeados membros, não podem exercer qualquer outra atividade, por haver incompatibilidade de funções, todavia, possuem o mandato de 9 anos.

No que diz respeito ao funcionamento, a Corte Italiana deve respeitar o que dispõe a Constituição Italiana, nos arts. 134 a 137. Esta impõe ao aludido órgão a formação plena, por convocação do Presidente, que: designa o relator, fixa a ordem do dia e preside as sessões. O quorum obrigatório para haver julgamento é o de 11 membros (ao menos um de cada categoria), podendo as decisões serem tomadas pela maioria, e, em caso de empate, o voto do presidente é o “voto de minerva”.

Tem por atribuições principais o controle da constitucionalidade das leis, que pode ser realizado de três modos: a) preventivo (quando o governo remete as leis regionais à Corte, antes da promulgação); b) a posteriori (via remessa dos autos pelos Tribunais inferiores, usado pelas regiões face as Leis do Estado); c) a posteriori por meio de remessas dos Tribunais (para lei regionais e do Estado).

Já as atribuições secundárias dão à Corte Constitucional Italiana a competência para julgar conflitos entre poderes do Estado (Ex: Parlamento x Governo); conflitos entre Estado e regiões e acusações ao Presidente. Além disso tal órgão tem ainda a função de analisar possibilidades de organizar referendos.

Partindo-se desse pressuposto, é possível ver a grande importância do órgão para o auferimento da constitucionalidade das leis e proteção dos direitos e garantias fundamentais via jurisprudência. E é exatamente isso que ocorre.

Apesar da lentidão deste e da pouca influência da Corte no equilíbrio entre Estado e regiões teve fundamental papel na proteção dos direitos e garantias fundamentais, adaptando as leis fascistas à Constituição, neutralizando efeitos nefastos e acrescentando disposições através de sentenças aditivas ou substitutivas.

Ademais, o princípio da igualdade ocupa um lugar privilegiado, apesar de haver um limite imposto pela Corte aos direitos fundamentais - não há direitos absolutos, havendo a regra do “tolerável vida em comum”. Sobre o assunto, dispõe Favoreu[18]:

[...] entre os direitos constitucionalmente protegidos: de 1956 a 1979, sua violação foi considerada causa de anulação em cerca de metade das decisões de admissão (219 em 466) e, atualmente, em mais de dois terços. Como em outros lugares, a discussão recai sobre a escolha entre a concepção subjetiva e a concepção objetiva [...]

E ainda, a importância dada à tutela de direitos metaindividuais pela Corte[19]:

[...] beneficiários de direitos fundamentais são em princípio os indivíduos, mas as “organizações sociais” e os sindicatos ou os partidos políticos têm também, sem dúvida, a prerrogativa de invocar esses direitos na medida em que eles são compatíveis com sua finalidades. Em compensação, os órgãos públicos e empresas privadas de fins lucrativos estão excluídos.

Dito isso, ressalta-se ainda a influência sobre a ordem jurídica e política do órgão. Juridicamente teve grande importância por ter efetuado a revisão da legislação (reescreveu) do período pré-fascista. Além disso destaca-se ter: influenciado a proteção das liberdades a todos os organismos sociais (adotando o princípio da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares); proferido decisões mais explícitas quando houve resistência das jurisdições supremas aos juízes inferiores; impedindo o excesso de contratualização das decisões políticas, protegendo os direitos fundamentais. Ademais, a corte também é vista como um co-legislador.

Já adentrando-se no Conselho Constitucional Francês, tem-se que este foi criado em 1789, estando sediado em Paris em uma antiga propriedade da coroa, que inclusive teve a decoração interior escolhida pela princesa Marie Clotilde, esposa do príncipe Jérôme Napoleón, parente de Napoleão Bonaparte.

É composta de 9 membros nomeados, dos quais não é exigido capacidade jurídica, podendo acrescer membros de direito (antigos presidentes). A nomeação é feita na proporção a seguir: 3 pelo presidente; 3 pelo presidente do senado e 3 pelo presidente da Assembléia Nacional. Cada membro possui, portanto, tendências políticas parecidas com a das autoridades que os nomeiam.

O mandato desses membros é de 9 anos, sendo o terço deles renovável de 3 em 3 anos pela própria autoridade que o designou. Além disso, o presidente do Conselho é nomeado pelo Presidente da República.

As regras de funcionamento do Conselho estão, por sua vez, previstas no regimento interno e em Lei Orgânica. Desse modo, possui o órgão constitucional total controle dessas regras, ou seja, grande é o poder concentrado nas mãos deste. Não fosse o bastante, as decisões do Conselho, segundo o art. 65 da Constituição, não são suscetíveis de recurso.

No que tange às atribuições, tem-se que a principal delas é realizar o controle da constitucionalidade das leis, por meio do: a) controle preventivo (quando o governo remete as leis regionais ao Conselho, antes da promulgação); b) controle a posteriori (que é exceção: textos legislativos podem ser delegados, no todo ou em parte, à Corte. Ex: quando a lei, por erro, rege uma matéria regulamentar, o poder regulamentar pode intervir por decreto);

Fora essas atribuições, possui também competência para julgar conflitos eleitorais; relações entre poderes públicos nacionais (Ex: divisão das competências normativas e orçamentárias entre os poderes); realizar o equilíbrio entre Estado e coletividades integrantes e, por fim, o controle da entrada de normas internacionais na França, como dispõe Favoreu[20].

Passando-se à jurisprudência, tem-se que essas, fundamentalmente, enriquecem as regras fundamentais do direito francês (Ex: O Princípio da Constitucionalidade firmou-se através do Conselho). Além disso, possuem importante papel na definição dos dispositivos constitucionais aplicáveis às instituições (políticas, administrativas e jurisdicionais) e das dimensões constitucionais entre um e outro setor. Necessário aqui destacar o pensamento do francês Remy Hernu[21] frente à jurisprudência não só francesa como de toda comunidade européia:

[...] ce lien établi entre égalité de traitement et non-discrimination servira de base à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière. Il concrétise, dans le domaine économique, l'idée selon laquelle ces notions sont les deux facettes d'une même réalité, mais qui est formulée tantôt de manière positive, tantôt de façon négative.

O que significa dizer que a ligação entre a igualdade de tratamento e não discriminação constituem o fundamento até mesmo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Ele incorpora, no campo econômico, a ideia de que estes conceitos são duas faces da mesma moeda, que é formada por vezes de uma maneira mais positiva, por vezes de forma negativa. Resaltando-se assim, a preocupação dos julgadores europeus com os referidos direitos fundamentais.

Nesse sentido, muitos foram os progressos na proteção das liberdades e direitos fundamentais - o Conselho Constitucional Francês anulou 50 dispositivos legislativos com base no princípio da igualdade e, a lista de liberdades clássicas, princípios fundamentais de penal e de direitos econômicos constitucionalmente protegidos aumenta a cada ano[22] – mesmo que nenhum desses direitos sejam absolutos e a conciliação entre esses, possa limitar alguns deles.

Grande também foi a influência sobre a ordem jurídica e política, quando o Conselho questionou a distinção clássica entre direito público e privado, impondo a ambos os ramos o direito constitucional como direito fundamental. Além disso, cuidou de pacificar a vida política (a oposição tem à sua disposição um meio de assegurar que a maioria não ultrapasse os limites fixados pela Constituição).

Passando para o Tribunal Constitucional Espanhol, tem-se que este foi criado em 1980 em Madrid, sendo composto por 12 membros, dentre magistrados, “promotores”, professores universitários, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de carreira e nomeados pelo rei[23].

Apesar da nomeação dos membros ser feita pelo rei, esse tem poder meramente ilustrativo, por não ser de fato o que os escolhe. Então como são escolhidos esses nomes? Pois bem, o congresso escolherá 4 nomes, o Senado também 4, o governo aponta 2 e o Conselho Geral do Poder Judiciário também 2. Os escolhidos terão um mandato de 9 anos, renovando-se 1/3 a cada 3 anos.

O referido Tribunal Constitucional Espanhol tem seu funcionamento previsto nos arts. 159 e 165 da Constituição e Lei Orgânica, que dispõe ser aquele dividido em duas câmaras: cada uma com 6 membros nomeados pelo Tribunal Pleno, uma presidida pelo presidente e outra pelo vice. Para que possa julgar deve haver em cada câmara 2/3 dos membros presentes, também podendo funcionar com composição plena, presidida pelo presidente.

Possui como atribuição principal o controle da constitucionalidade das leis, por meio do: a) controle preventivo (esse controle foi suprimido desde 1985); b) controle a posteriori (em recurso de inconstitucionalidade; por remessa do juiz ordinário frente à inconstitucionalidade de lei; no recurso de amparo – câmara levanta de ofício a inconstitucionalidade da lei e manda ao Pleno do Tribunal).

Por atribuições secundárias poderá o Tribunal aludido regular conflitos entre órgãos constitucionais do Estado (Ex: Senado x Deputados, onde um sentiu sua competência usurpada pelo outro), equilibrar Estado e coletividades integrantes, controlar o respeito aos direitos fundamentais pelas autoridades administrativas e jurisdicionais (recurso de amparo), e ainda, controlar a entrada de normas internacionais.

Nesse sentido, a jurisprudência buscou encontrar um equilíbrio, tentando não ameaçar nem as relações do Estado nem a coletividade, protegendo acima de tudo os direitos fundamentais contra os atos administrativos e atos jurisdicionais, apesar dos “limites necessários” impostos à esses direitos (Ex: Direito de Greve *versus* respeito os serviços essenciais à comunidade). Sobre o assunto, destaca-se as palavras de Louis Favoreu[24]:

[...] a proteção dos direitos fundamentais contra os atos administrativos e atos jurisdicionais representa a outra grande tarefa do Tribunal Constitucional atualmente. Por enquanto, o juiz constitucional exerce pouco essa função, em comparação com o legislador estatal e o legislador comunitário [...] Os direitos fundamentais contêm “limites necessários”: assim, o direito de greve, cujo uso deve respeitar os “serviços essenciais da comunidade”.

Por isso, no que diz respeito à influência sobre a ordem jurídica e política o Tribunal teve importante papel na repartição das competências do Estado e as Comunidades Autônomas, reduzindo as tensões e pacificando conflitos principalmente entre o Estado e as comunidades autônomas – Catalunha e País Basco.

Além disso, destacou-se também o controle feito pelo órgão constitucional das leis anteriores à Constituição e pela extensão da autoridade da coisa julgada e do mecanismo do recurso de amparo, permitindo a verificação, pelo juiz ordinário, do respeito à jurisprudência do Tribunal.

Dito isso, convém adentrar-se no Tribunal Constitucional Português. Este encontra-se situado em Lisboa, na antiga mansão residencial de um nobre da Corte, tendo sido criado em 1983. É composto por 13 membros nomeados, que podem ser magistrados, professores universitários e advogados, dos quais 10 são designados pela Assembleia da República e 3 são cooptados por estes[25]. Feita a designação, os membros terão o mandato de 6 anos, podendo ser renovado.

O presidente do Tribunal é nomeado por seus pares pelo período de dois anos. Curiosamente, seja pela tradição científica da Universidade de Coimbra ou pela consciência europeia da importância do magistério, o Tribunal possui hoje 6 magistrados e 7 professores universitários.

Este possui por principal atribuição o controle da constitucionalidade das leis, que poderá ser feita por meio do: controle preventivo - frente às leis à requerimento do Presidente da República e às leis orgânicas posteriores a 1989 à requerimento do Presidente da República, Primeiro Ministro e 1/5 dos deputados. Neste caso a lei inconstitucional não será promulgada, a não ser que retire os dispositivos inconstitucionais.

Pode ser feita também por controle a posteriori (concentrado por via de ação ou por remessa dos Tribunais se provocado pelo MP quando o tribunal recusar-se a aplicar lei que considere inconstitucional ou que queira aplicar lei considerada inconstitucional), ou, por controle de inconstitucionalidade por omissão (o presidente da república ou das assembleias regionais podem provocar o Tribunal em caso de omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais).

Já as atribuições secundárias[26]: dão competência ao Tribunal Português para equilibrar o Estado e as coletividades integrantes (descentralização política organizada, principalmente das regiões autônomas de Açores e da Madeira); numerar as atribuições de uma corte administrativa (decidir sobre a inconstitucionalidade de todas as normas e ainda daquelas contidas nos atos administrativos).

Passa-se por conseguinte, à análise da Corte de Arbitragem Belga. Esta foi criada em outubro de 1984 em Bruxelas. O local onde está localizada fora no passado duas mansões de nobres da corte, vindo após anos transformar-se em hotel, para depois tornar-se estabelecimento empresarial e, finalmente, patrimônio público e Corte de Arbitragem.

Compõe-se de 12 membros, sendo 6 de língua francesa e 6 de língua holandesa, que deverão ter no mínimo 40 anos de idade e terem ocupado durante 5 anos as funções de Conselheiro de Estado, Conselheiro na Corte de Cassação, de referendário da Corte de arbitragem ou de Professor de Direito, ou ainda, terem sido durante 5 anos membros do Senado, da Câmara dos representantes ou de um Conselho de comunidade ou região), como tratou o aludido autor[27].

Estando o membro apto a participar da Corte, deverá ser nomeado pelo rei a partir da lista apresentada pelo Senado e pela Câmara dos representantes. Feito isso, terá um mandato até completar os 70 anos de idade. Destaca-se ainda que ambos os grupos elegem um presidente - ou seja, haverão sempre dois, um de língua francesa e outro de língua holandesa - que preside a Corte por um ano.

Como pode-se perceber, esta é a única das Cortes aqui analisadas que não possui o termo “constitucional” em seu nome. Apesar disso, a Corte Belga possui ainda o caráter de realizar o controle da constitucionalidade das leis, por meio do recurso direto (no prazo de 6 meses a contar da publicação da lei, decreto ou despacho, pode ser interposto um recurso perante à Corte, pelo Conselho de Ministros e, após 1989, por qualquer indivíduo interessado).

Pode também realizar tal controle por remessa dos autos por tribunal inferior (qualquer jurisdição pode remeter à Corte uma questão prejudicial de constitucionalidade desde que a resolução dessa questão seja indispensável na resolução da causa); e pelo sistema de filtragem (todo recurso ou questão prejudicial devem ser examinados por uma câmara restrita da Corte).

Já por atribuições secundárias, tem a função de repartir competências entre Estado e suas coletividades integrantes e entre estas coletividades; julgar acerca da regularidade de leis, atos legislativos, decretos e despachos face à Constituição; conhecer das violações ao princípio da igualdade e da não-discriminação e à liberdade de ensino

(outros direitos fundamentais não são protegidos pela Corte - justamente por esta não ser uma Corte Constitucional - mas há uma lei que via ampliar a competência dessa).

No quesito jurisprudência, destacou Favoreu^[28] que:

[...] a Corte de Arbitragem Belga proferiu suas primeiras sentenças em abril de 1985, e em julho de 1989 tinha proferido 82 sentenças, tanto em recursos como em questões prejudiciais. Sua atividade aumentou visivelmente após a extensão da competência da Corte à proteção de alguns direitos fundamentais. De julho de 1989 até o fim de 1992, ela proferiu 101 acórdãos sobre disposições legislativas federais e 18 decisões de invalidação. Estas foram em número de 25 em 1899-1994. Se acrescentarmos a elas as 28 invalidações decretadas antes de 1989, chegaremos a um total de 71 casos, o que é muito e mostra a efetividade do controle feito pela Corte de Arbitragem [...]

Apesar do número parecer ainda tímido frente à realidade brasileira, para um pequeno país como a Bélgica é um número considerável de jurisprudência e luta pela proteção da constitucionalidade das leis e dos direitos e garantias constitucionais. O que demonstra a efetividade do órgão, que cumpre uma função essencial no sistema político e jurídico belga.

Desse modo, verifica-se a importância desses institutos na efetivação dos direitos fundamentais. Dentro deste raciocínio, importantíssimo se faz o papel das Cortes Constitucionais européias na defesa dos interesses e direitos da coletividade, controlando a constitucionalidade das normas legislativas. Partindo desse pressuposto, adentra-se no item subsequente.

4 O MODELO LATINO-AMERICANO FRENTE AO EUROPEU

Primeiro, faz-se necessário apontar que a América Latina tem toda uma diferença de formação histórica e cultural frente à Europa, e não se propõe aqui neste trabalho igualar a primeira com a segunda

Sobre essa formação, é sabida a árdua tarefa de libertação e construção do contexto latino-americano, dos quais destaca-se as palavras de Daniel Maurício Cavalcante de Aragão^[29]:

[...] América colonizada pelos portugueses e espanhóis recebeu o discurso da modernidade, do Eu europeu com pretensão de universalidade. O outro, o índio, o negro escravo e, posteriormente, o latino-americano eram vistos sob a ótica européia como sendo bons selvagens, domesticados para aceitar a verdade trazida pelos europeus. Na segunda metade do século XX [...] diversas foram as contribuições de intelectuais latino-americanos e mesmo de estrangeiros na busca de conhecer o ser que representa o Outro, aquele que, partindo de sua realidade, constrói uma subjetividade marcada pela libertação.

Com base no que foi dito pelo autor, a tentativa de “europeização” da América Latina vem de longa data, desde a colonização, porém, a partir de meados do século XX, esse contexto começa a mudar. Mudar pois a América Latina inicia a sua luta pela libertação e construção de sua própria identidade.

Certamente que o cenário sul-americano necessitava caminhar com suas “próprias pernas”, não só socialmente e culturalmente, como também no cenário jurídico. Todavia, isso não significa dizer que deve a América Latina “fechar-se” para o que ocorre em outras partes do mundo, ao contrário, necessita ficar sempre atenta para evoluir-se e aprimorar-se. Assim aponta Antonio Carlos Wolkmer[1]:

[...] a edificação de um pensamento crítico latino-americano não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade européia, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção.

No contexto jurídico da América do Sul, ressalta-se, por sua vez, a luta problemática pela eficácia e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de que deve-se[31]:

[...] assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja [...] tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [...] investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos [...]

Nesse sentido, o papel do controle de constitucionalidade das leis torna-se imprescindível. Sobre o assunto, necessário relembrar o que foi dito no item 3.2 desse trabalho: quando se fala em América Latina e Brasil, o modelo adotado pelos países geralmente não é nem o difuso ou “americano” e nem o concentrado ou “austríaco”.

Exite pois, nos países latinos, a aplicabilidade de um modelo próprio, quase uma mistura entre o controle difuso e o concentrado - daí muitos doutrinadores afirmarem que o Brasil adota um sistema misto – caso de Zeno Veloso[32], Pinto Ferreira[33] e Gilmar Ferreira Mendes[34]. Quase pois, apesar de ser possível vislumbrar com clareza o uso do controle “americano” feito pelos juízes ordinários, no que diz respeito ao controle “austríaco”, o mesmo não pode ser afirmado.

Isto pois, apesar de haver um órgão superior que decida em quais casos uma lei será, ou não, inconstitucional, tal atividade não é promovida por Cortes Constitucionais - como ocorre nos países adeptos do modelo concentrado europeu - mas apenas por órgãos ligados à Corte Suprema. No caso brasileiro, exemplificativamente, é do Supremo Tribunal Federal a competência para realizar o controle concentrado, como aponta Zeno Veloso[35]:

[...] a ação direta de inconstitucionalidade é exercida perante o STF, exclusivamente, que decide a questão em primeira e única instância. O controle de constitucionalidade, em tese, é da competência privativa do órgão de cúpula do Poder Judiciário, do guardião-mor da Carta Magna.

Buscando aprimorar ainda mais esse controle, propõe-se a criação de uma Corte Constitucional desvinculada de uma Corte Suprema, tendo em vista a maior autonomia, oxigenação de pensamento e formação com membros diversificados (docentes, pesquisadores e profissionais, desde que de notório saber), como ocorre na maioria dos países europeus adeptos do controle concentrado - como demonstrado no item anterior deste trabalho. Ora, se for para aderir ao controle concentrado, que seja adotado também o item fundamental de aplicabilidade deste: a Corte, Conselho ou Tribunal Constitucional. Este também é o pensamento de Louis Favoreu, quando diz[36]:

[...] mesmo quando parecem ter optado pelo sistema da Corte Constitucional, como no Chile, constatamos que esta, na realidade, está ligada à Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes desta. De fato, podemos considerar que, ao lado dos modelos estadunidenses e europeu, há também um modelo sul-americano, cujas características comuns ainda não foram definidas [...]

Em suma, pensa-se na viabilização da utilização de uma Corte Constitucional dos moldes europeus, como ressaltado por Louis Favoreu[37] - o que já ocorre no Peru - a fim de aprimorar ainda mais o controle de constitucionalidade feito pelo sistema concentrado nos países latino-americanos, ficando a ponderação e o espaço para reflexão desta possibilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de conclusão pode-se perceber que a nova ótica globalizada tornou importante o estudo comparativo como um elemento imprescindível de aprimoramento do sistema nacional e da pesquisa científica, fundamental ao Estado Democrático de Direito e à uma melhor proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, destacou-se a necessidade da efetiva tutela daqueles direitos e garantias fundamentais por meio do controle judicial de constitucionalidade, abordando-se os modelos existentes de tal atividade segundo o critério subjetivo, bem como os países adeptos de cada modalidade. Assim, demonstrou-se que o modelo “difuso” e o “concentrado” fundamentam-se nos órgãos que detêm o poder de realizar o controle judicial de constitucionalidade, daí a importância de se estudar as Cortes Constitucionais - órgãos competentes para realizar o controle concentrado ou “austríaco” nos países europeus.

Visando auferir o papel das Cortes Constitucionais Europeias em prol do aprimoramento do sistema sul-americano, foi feita uma abordagem sistemática de modo a especificar as peculiaridades das Cortes Constitucionais austríaca, alemã, italiana, francesa, espanhola, portuguesa e belga; destacando-se fundamentalmente: a composição, o funcionamento, as atribuições, a jurisprudência e a influência sobre a ordem política e jurídica daquelas.

Dito isso, apontou-se que, apesar da América Latina possuir uma diferença de formação histórica e cultural frente à Europa e a sabida tarefa de libertação e construção do contexto latino-americano, não se propõe igualar a primeira com a segunda. No aspecto constitucional latino-americano, apesar de ter sido possível vislumbrar com clareza o

uso do controle “americano” feito pelos juízes ordinários, no que diz respeito ao controle “austríaco” via Corte Constitucional, o mesmo não pode ser afirmado. Isto pois, apesar de haver um órgão superior que decida em quais casos uma lei será, ou não, inconstitucional, tal atividade não é promovida por Cortes Constitucionais - como ocorre nos países adeptos do modelo concentrado europeu - mas apenas por órgãos ligados à Corte Suprema.

Desse modo, no que tange à implementação do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, verificou-se a importância da viabilização da utilização de uma Corte Constitucional dos moldes europeus, que permitiriam a proteção ainda mais adequada dos direitos e garantias fundamentais do povo pelo sistema concentrado nos países sul-americanos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcante de Aragão. Subjetividade do outro, processo de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. TRIBUNAIS, REVISTAS DOS. **Vade Mecum RT**. São Paulo: RT, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COURA, Alexandre de Castro. **Interpretação e aplicação dos direitos fundamentais: uma disputa de paradigmas**. Reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. (no prelo).

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA, Luis Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos: Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HERNU, Remy. **Principe d'égalié et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NETTO, Menelick de Carvalho. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. III, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Data da Elaboração: 15 de dezembro de 2008.

[1] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 66.

[2] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 77.

[3] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

[4]CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 66.

[5] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

[6] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 68-72.

[7] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 68-72.

[8] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.19-41.

[9] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 131.

[10] Ibidem p. 41-122.

[11] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 42.

[12] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 48.

[13] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 46.

[14] Ibidem p. 56.

[15] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 62.

[16] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 131.

[17] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 78-79.

[18] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 89.

[19] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 90.

[20] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 95.

[21] HERNU, Remy. **Principe d'égalié et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003. p. 2.

[22] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 99-100.

[23] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 111.

[24] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 111.

[25] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 114.

[26] Ibidem p. 114.

[27] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 120.

[28] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 122.

[29] ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcante de Aragão. Subjetividade do outro, processo de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 211.

[30] WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano. In: _____(Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 32.

[31] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 286.

[32] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

p. 61-65.

[33] FERREIRA, Luis Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 269.

[34] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

[35] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

p. 61.

[36] FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad.Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 122.

[37] *Ibidem* p. 122.

A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CONCEITO DE SOBERANIA À LUZ DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

THE UPGRADEABLE INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY IN THE THROUGH THE INTERNATIONALIZATION OF THE LAW

**Christine Oliveira Peter da Silva
Larissa Maria Melo Souza**

RESUMO

A pesquisa é desenvolvida na égide do direito constitucional e internacional, tendo por objeto o esvaziamento do conceito clássico de soberania frente aos fenômenos de universalização e globalização descritos por Mireille Delmas-Marty. A metodologia utilizada é instrumental direcionada pela doutrina – nacional e estrangeira – quanto às várias feições que giram em torno do conceito de soberania, com intuito de compreender as razões da insuficiência do conceito clássico de soberania e definir novos parâmetros de compreensão da concepção de soberania proposta por Gustavo Zagrebelsky. O tema restringe-se à determinação do entendimento de soberania sobre o olhar dos direitos humanos, em uma “sociedade aberta universal”, nas diretrizes de Peter Häberle e Markus Kotzur, e de um contrato social mundial defendido por Mireille Delmas-Marty. A pesquisa é desenvolvida no âmbito dos grupos de pesquisa de Internacionalização do Direito e Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC. Para alcançar uma concepção de soberania, desenvolvida por Markus Kotzur, que se pautava na autodeterminação do ser humano e uma “sociedade internacional universal” baseada por um contrato social mundial nos moldes propostos por Mireille Delmas-Marty, o trabalho percorre cinco etapas. Primeiro, com base na evolução histórica do conceito de soberania se reconhece a insuficiência da concepção determinada até o tratado de Westfalia (1648), em virtude de seu descompasso com o pluralismo político e social desenvolvido desde o final do século XX. A segunda é demonstrar que o conceito de soberania proposto pelo direito constitucional de soberania popular é vazio, justamente por não haver uma definição do que seja este povo, entretanto, deve-se reconhecer que esse entendimento aproxima o conceito de soberania de um caráter libertário. A terceira compreende a formulação de uma Soberania Cidadã, conforme propõe Markus Kotzur, onde a soberania se pautava na liberdade de autodeterminação do ser humano. A quarta se refere à transição do entendimento de soberania pautada na autodeterminação do ser humano para um plano internacional de sociedade aberta universal, em cooperação para efetivação da proteção à dignidade da pessoa humana. Por fim, o reconhecimento de que apesar das tensões entre existente nas relações internacionais, entre o desejo de paz e o medo, descritos por Mireille Delmas-Marty, é preciso direcionar os atos internacionais dentro de um contrato social mundial em busca da paz, pois dessa forma se aperfeiçoa o objetivo de garantir a autodeterminação do ser humano. O desenvolver desses cinco pontos permitem coadunar as soluções apresentadas para a problemática da soberania de Mireille Delmas-Marty, Peter Häberle, Markus Kotzur, em uma

tentativa de redefinir a soberania dentro dos parâmetros mundiais de universalidade e globalização e em consonância com a concepção apresentada por Gustavo Zagrebelsky.

PALAVRAS-CHAVES: SOBERANIA; AUTODETERMINAÇÃO DO SER HUMANO; SOCIEDADE ABERTA UNIVERSAL; CONTRATO SOCIAL MUNDIAL.

ABSTRACT

The research is developed in the framework of constitutional and international law, with the purpose of emptying the classical concept of sovereignty due to globalization and universalisation of phenomenon described by Mireille Delmas-Marty. The methodology is directed by the instrumental doctrine - domestic and foreign - for several features that revolve around the concept of sovereignty in order to understand the reasons for the failure of the traditional concept of sovereignty and define new parameters for understanding the concept of sovereignty proposal by Gustavo Zagrebelsky. The issue is limited to determining the understanding of sovereignty over the view of human rights in a "universal open society" in the guidelines of Peter Häberle and Markus Kotzur, and a global social contract supported by Mireille Delmas-Marty. The research is developed within the research groups of Internationalization of Law and Center for Constitutional Studies - NEC. To achieve a conception of sovereignty, developed by Markus Kotzur, which is based on the self of the human being and a "universal international society" based on a global social contract in the manner proposed by Mireille Delmas-Marty, working through five steps. First, based on the historical evolution of the concept of sovereignty recognizes the inadequacy of the design determined by the Treaty of Westfalia (1648), because of its inconsistency with political pluralism and social development since the end of the twentieth century. The second is to demonstrate that the concept of sovereignty proposed by the constitutional right of popular sovereignty is empty, precisely because there is no definition of what these people, however, it should be recognized that such approaches the concept of sovereignty of a libertarian nature. The third includes the formulation of a Sovereign Citizen, as proposed by Markus Kotzur, where sovereignty is based on freedom of the human self. The fourth refers to the transition of sovereignty based on understanding the human self to an international plan of universal open society in cooperation for the effective protection of human dignity. Finally, the recognition that despite the tensions existing between international relations, between the desire for peace and fear, described by Mireille Delmas-Marty, you must direct the international actions within a social contract in search of world peace, because that would improve the objective of ensuring the human self. The development of these five points to match the solutions presented for the problem of sovereignty in Mireille Delmas-Marty, Peter Häberle, Markus Kotzur in an attempt to redefine sovereignty within the global parameters of universality and globalization and in accordance with the design by Gustavo Zagrebelsky.

KEYWORDS: SOVEREIGNTY, SELF OF HUMAN BEINGS; UNIVERSAL OPEN SOCIETY; GLOBAL SOCIAL CONTRACT.

INTRODUÇÃO

Entre os temas atuais mais debatidos pelos estudiosos do direito internacional se encontra a definição de soberania diante da nova composição da sociedade contemporânea globalizada e universal. Desse modo, sob o manto das considerações de Gustavo Zagrebelsky, principalmente em sua obra sobre Soberania, busca-se examinar se de fato há uma superação do conceito clássico de Soberania e, em caso positivo, quais as novas diretrizes, os efeitos que esta sofre frente à internacionalização do direito. Nessa perspectiva a pesquisa centra-se na análise do possível enfraquecimento do conceito clássico de Soberania e sobre a provável necessidade de redefinição do conceito, além de inquirir os impactos sofridos pela concepção de Soberania pela internacionalização do direito.

Com base na diversidade de opiniões e da necessidade do estudo dos impactos da internacionalização do Direito sobre a Soberania, busca-se, nesse trabalho, estudar as mudanças causadas pelo universalismo e pela globalização, a fim de compreender a (des)necessidade da reformulação do entendimento clássico de Soberania.

Desse modo, a intenção é que com base na evolução histórica da concepção de soberania se possa analisar a necessidade ou não de reformulação da concepção de soberania e, em caso positivo, com base em Markus Kotzur[1] e Peter Häberle[2], desenvolver um entendimento que coadune com a intenção de um contrato social mundial proposto por Mireille Demas-Marty. Como referenciais teóricos desta pesquisa, foram adotados Gustavo Zagrebelsky, Markus Kotzur, Peter Häberle e Mireille Delmas-Marty. No concernente à Markus Kotzur, este parte da premissa de que a soberania popular possui um conceito vazio, pela indefinição do que seria povo. Por esse motivo, e com base em uma leitura da sociedade aberta de intérpretes proposta por Peter Häberle, Kotzur apresenta o deslocamento da soberania popular para uma cidadã, que se pautar na autodeterminação do indivíduo[3]. A finalidade desse trabalho, portanto, é desenvolver um tipo de pesquisa instrumental[4], direcionada pela doutrina – nacional e estrangeira – quanto às várias feições que giram em torno do conceito de soberania.

1 UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA

O poder estatal nacional sofre, na atualidade, interferência do direito internacional, muito em função da globalização. Segundo Giuseppe de Vergottini “*o processo de globalização deve ser refinado e conduzir à realização de um espaço político e jurídico unitário para além dos limites ainda existentes, para a manutenção do Estado*”[5].

No âmbito regional latino-americano, as interações entre o Direito Internacional, a Sociedade Internacional e os Estados Nacionais oferecem perspectivas interessantes quanto à concepção de Soberania Nacional[6]. Assim ocorre, pois os direitos servem melhor para a compensação horizontal dos interesses, e em menor proporção para expressar – em sentido vertical – as dependências de poder ou relações entre os países supra e subordinados[7].

Quando se fala em Soberania pensa-se um em conceito clássico, qual seja a adotada no tratado de Paz de Westfália (1648) onde se atrela ao Estado Territorial caráter supremo visando garantir a paz e a liberdade de seus súditos. No entanto, para se obter uma concepção completa é preciso considerar a soberania em âmbito nacional e

internacional, e mais, as relações horizontais e verticais de interesses. Para Markus Kotzur, a compensação das relações horizontais permite parcerias público-privadas, em uma relação cooperativa entre os cidadãos e o Estado[8]. Mas a questão está justamente no que diz respeito à relação vertical, pois nesse novo sistema, onde se encaixariam as tradicionais concepções de soberania? Nesta seara, ressalta Vergottini que é preciso encontrar mecanismos para pacificar a relação entre os distintos níveis, principalmente por se considerar a visão negativa que permeia o Estado Nacional, frente à concepção de uma gestão de interesses em nível mundial[9].

Desse modo, o entendimento clássico de Soberania encontra-se ultrapassado para a realidade global atual. Portanto, faz-se necessário o delineamento de um novo conceito de Soberania, que acompanhe as interações entre Estados Nacionais e destes com o Direito Internacional e com a Sociedade Internacional, de forma a estabelecer um equilíbrio, mesmo na relação vertical entre os sujeitos.

Gustavo Zagrebelsky apresenta como concepção de Soberania a “*situação eficiente de uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unicidade na esfera política*”[10]. A concepção clássica de Soberania de Rousseau[11] (“*toda soberania provem do povo*”) envolve uma soberania nacional e internacional, que em verdade, é desatualizada e possui contradições, isso, pois quando consideramos as percepções nacionais e internacionais, segundo Markus Kotzur, a formulação clássica de soberania é abstrata e baseia-se, por um lado, em um “grau superlativo” de um determinado fenômeno, seja em um sentido conceitual jurídico-normativo, ou de categoria sociológica; e, de outro, a soberania seria o princípio constitutivo da sociedade internacional, o que se justifica em uma vinculação jurídica mínima com uma comunidade supra-estatal[12].

Nesse sentido, Antonio Cassese afirma que o retraimento da autoridade do Estado Nacional é uma constatação, em razão da criação de Tribunais Penais Internacionais, que retiram o monopólio da punição das mãos do Estado Nacional[13]. Desse modo, pelas percepções de contrariedade da concepção clássica de soberania propostas por Markus Kotzur e do novo conceito apresentado por Gustavo Zagrebelsky, enseja-se um conceito atual de soberania, o que, no entanto, envolve a preservação do histórico da concepção de soberania, para, a partir dele, desenvolver um novo conceito envolvendo uma complexa rede de vínculos supra-estatais.

1.1 A HISTÓRIA DA SOBERANIA

Na Antiguidade, havia formações estatais independentes entre si que conviviam sem uma concepção de soberania[14]. A formação do conceito apenas surgiu no meio a Idade Média quando Carlos Magno coligou sua pretensão de domínio Universal com uma idéia de Império Romano renovado, fincando, assim, o duelo entre Estado e Igreja, pois contestava a legitimidade do poder da Igreja e do Papa para decidir sobre a guerra ou a paz[15].

Apenas com Jean Bodin fora firmado uma teoria moderna da Soberania ao conceituá-la como: “*poder sobre os cidadãos e súditos e não sujeição às Leis*”[16]. Assim, formou-se uma concepção de poder supremo, permanente, indivisível e ainda, por certo período, irresponsável, concedido ao Estado[17]. Para essa percepção importava apenas a

incomensurabilidade do Estado frente a qualquer outro Estado e conseqüentemente a impossibilidade de relações internacionais com outros Estados Soberanos[18].

Por outro lado, somente diante da nova ordem resultante do tratado de Westfalia (1648), o entendimento passou à vinculação da Soberania com o Estado Territorial, com a função de garantia da paz e da liberdade[19]. Entretanto desde o final do século passado, vários fatores como o pluralismo político e social interno, formação de centros de poder alternativos que atuam em campos políticos, econômicos, culturais e religiosos, têm contribuído para a queda da idéia de Soberania firmada no tratado de Westfália[20]. Nesse seguimento, Emmerich de Vattel[21] propôs uma nova interpretação de Soberania preceituando uma tríade para chegar a um entendimento mais amplo de soberania estatal: autogoverno, independência dos Estados e vinculação direta ao Direito Internacional. Segundo Markus Kotzur, essa tríade apresentada por Vattel é marca da Doutrina Internacional, bem como a atuação dos Estados e a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça, no que diz respeito à Soberania estatal[22]. Nos parâmetros de Vattel, um Estado Nacional é soberano quando não está submetido a nenhuma outra autoridade que não o Direito Internacional, sendo assim quem toma a decisão sobre seus súditos quando em seu território; e, ao mesmo tempo, é independente de qualquer força exterior que provenha de outros Estados Nacionais[23].

O resultado dessa nova configuração firmou-se com a criação a elaboração da Carta das Nações Unidas, no qual a Guerra passou a ser um anacronismo e a idéia de um Sistema de Segurança Coletivo começou a tomar contornos[24]. Segundo Markus Kotzur, esse grande salto evolucionário das concepções estatais gerou reflexos sobre as instituições supranacionais e inter-estatais, o que leva a, uma relativização do conceito e da própria Soberania, diante dos grandes blocos regionais formados – como a União Européia (UE)[25].

A suma da história da Soberania e de seus principais teóricos nos revela que ela está sujeita à realidade que permeia o mundo nos diversos momentos históricos da humanidade. Ademais, pode-se concluir que Soberania tem a ver com “legitimidade da competência”, o que Markus Kotzur ressalta não poder ser reduzido a um simples poder de dominação, independência e poder absoluto[26], mesmo porque, como ressalta Zagrebelsky, soberania envolve poder político de decisão, o que – até os moldes clássicos – era concentrado sobre as mãos do Estado Soberano[27].

1.2 SOBERANIA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

No âmbito do Direito Constitucional, se reconhece a decadência do entendimento clássico de Soberania, tendo em vista estar perdida a posição central do Estado Nacional[28], muito embora passe a estar baseada na Constituição. Sobre isso, se releva uma perspectiva de Soberania Popular e uma relação Soberania e Nação. Quanto ao primeiro ponto, urge que a relação entre Estado Nacional e Povo nos leva a uma decisão soberana de um poder constituinte que possui sua legitimidade democrática no povo, nos moldes clássicos desenvolvidos por Rousseau[29].

Ou seja, a legitimidade democrática para exercer a soberania está na Constituição, por esta conter os anseios do povo que a constituiu, por sua característica, enquanto democrática, de pluralidade[30]. Com base neste pressuposto que só considera Povo –

sem suas dependências e sua realidade – Sieyès[31] desenvolveu a tese pela qual o Povo é “fundamento originário” do poder constituinte, sendo sua natureza superior à própria Constituição, pois a qualquer tempo este povo pode impor nova Carta Fundamental que conste legitimidade para os atos de soberania, de forma diferente da anterior Lei Fundamental substituída[32].

No que diz respeito à concepção de povo, esclarece Peter Häberle[33] que povo, é concebido como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas (partidos, igrejas, associações, pessoas ou grupos formadores de opinião, vontades, correntes políticas, ou seja, atores cívicos), o que é adotado por J. J. Gomes Canotilho no que tange ao povo em um sentido político, como grupos de pessoas que agem segundo idéias, interesses e representações de natureza política.[34] Nessa perspectiva apresentada por J. J. Gomes Canotilho, o povo não se restringe aos súditos participantes do sufrágio, mas ao “povo real”, que é todo aquele pertencente à comunidade aberta de sujeitos constituintes[35], ou na visão de Peter Häberle, os membros da sociedade aberta de intérpretes da Constituição[36]. Nessa perspectiva, acredita Markus Kotzur que somente é legítimo para exercer atos de Soberania, seja ela nacional ou internacional, o Estado Nacional que se pauta na Soberania Popular[37], ou seja, que se funda em elementos democráticos que assegurem a participação do povo nos processos de tomada de decisão[38], pois de forma contrária não se faz presente a Democracia ou a vontade política do Povo, como indica a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos[39].

Para Zagrebelsky, a mudança no sentido da Soberania pautada na Constituição não é mero artifício que desvia os olhares do verdadeiro problema da concepção de Soberania, mas “*é um novo centro de emancipação de força concreta que assegure a unidade política estatal*”. [40] Porém, como ressalta Markus Kotzur, o conceito de Soberania Popular é vazio, pois se funda em uma idéia de “Povo” aberta e ilimitada[41]. Além do mais, aponta Antonio Cassese que em muitos momentos os Estados Soberanos se utilizam da Constituição como escudo contra as intervenções internacionais[42], por esses motivos que a solução dessa dialética mais defendida é a apresentada por J. Isensee onde a “*nação é fundada nos direitos humanos*”[43], o que sugere uma unidade política em uma premissa antropológica (dignidade humana)[44], sem desconsiderar demais elementos como a história, a cultura, a língua, entre outros. A reunião destes na Soberania Popular implica em um efeito, onde Estado Nacional e Povo se equivalem, de forma a existir o “*Povo do Estado*” determinado juridicamente pela nacionalidade[45]. Mas ressalte-se que Povo e Estado Nacional não são a mesma coisa, porque, como assevera Markus Kotzur, o Estado é “*uma concretização do povo e de seu papel no exercício das funções estatais, pois é um modelo de ordem que permite ao povo atuar politicamente*”[46]. Já o Povo segue sem uma conceituação jurídica satisfatória, restando apenas o elemento legitimador da Soberania do Povo em sua capacidade de produzir vontade livre e afastada de coações[47].

Esse elemento da Soberania Popular nos remete a algo que fica em um segundo plano, ou seja, o caráter antimonárquico e anti-absolutista e capacidade de livre autodeterminação de cada indivíduo, o que Markus Kotzur denomina como Soberania Cidadã, nos mesmos moldes de Peter Häberle, permeando tanto os Estados Constitucionais como as relações supra-estatais no âmbito internacional[48].

1.3 A SOBERANIA PAUTADA NA AUTODETERMINAÇÃO DO SER HUMANO

Em uma perspectiva internacional, não há como falar em Soberania sem adentrar na proteção universal dos direitos humanos. Assim o é, pois em meio à globalização vivida no século XXI, não é somente os Estados Nacionais que se encontram inseridos em uma Comunidade Internacional, mas também de atores cívicos, tais como grupos sociais e os próprios indivíduos, e justamente por isso que se aponta a relativização das relações entre Estado Nacional e seus cidadãos[49].

Nesse sentido, com base na soberania popular e o seu caráter de liberdade ao indivíduo para se autodeterminar, e das concepções do direito internacional a partir da proposta de E. Vettel, pode-se concluir que o conceito de Soberania para o Direito Constitucional e para o Direito Internacional possui um elo centrado no próprio ser humano, pois para o exercício de qualquer poder de soberania é preciso se pautar nos direitos humanos[50].

Portanto, a soberania não se regula no poder absoluto do monarca, nem do poder originário, mas na autodeterminação do indivíduo como elemento central de sua dignidade humana e seu papel como cidadão ativo em um Estado Constitucional e na comunidade política que o sustenta[51]. Nesse sentido, à medida que o Estado Nacional existe para o homem e para a liberdade deste, deve a soberania ser legitimada na garantia dessa liberdade humana, o que exige, segundo Markus Kotzur[52], Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário eficazes. Dessa forma, cabe ao Estado Nacional Soberano proteger efetivamente os direitos humanos sem se utilizar da Soberania como escudo para sua ineficácia[53].

Quanto a este ponto, é preciso considerar que, em alguns momentos, o Estado Nacional pode não conseguir garantir eficazmente os direitos humanos a seus súditos, o que enseja a competência da Comunidade Internacional, sem, no entanto, anular a legitimidade dos Estados Nacionais[54]. Nesse sentido, a Comunidade Internacional possui uma ordem constitucional parcial, ou seja, ela é parcialmente soberana, ao passo que sua legitimidade para matéria de direitos humanos se inicia quando fracassa o Estado Nacional Soberano[55]. Ademais, ao nos depararmos com a teoria do contrato social (Rousseau)[56], dentro da esfera do Estado Nacional, este passa a ser equiparado aos indivíduos, bem como suas relações, pois sua razão é a liberdade dos indivíduos. Nessa seara, um conceito de soberania republicano[57] consubstancia a pluralidade oculta pela formação do Estado Nacional, o que nos leva a uma Comunidade Internacional que não age de acordo com a vontade dos Estados Nacionais Soberanos, mas dos indivíduos por detrás destes Estados com as forças sociais, políticas e econômicas envolvidas.

Nessa perspectiva, para Mireille Delmas-Marty é preciso solucionar a tensão entre a competência do Estado e da Comunidade Internacional, o que busca realizar a partir da apresentação do ajustamento das relações, por meio dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade[58]. O princípio da subsidiariedade atua conjuntamente com o princípio da proporcionalidade na intenção não de limitar e dividir puramente a competência, mas como elemento regulador desta[59].

Portanto, nesses moldes, a legitimidade de atuação dos Tribunais Internacionais é subsidiária à medida que sua atuação se inicia quando esgotados todos os remédios

jurídicos disponíveis dentro do âmbito dos Estados Nacionais Soberanos, o que leva às suas decisões serem a serviço do ser humano[60].

1.4 RELAÇÕES INTERNACIONAIS COOPERATIVAS DA SOBERANIA

As inter-relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, no que tange à Soberania, demonstram a realidade do Estado Constitucional aberto e cooperativo nos moldes apresentados por Peter Häberle[61], o que em último plano se efetiva em inter-relações cooperativas de soberania, conforme Markus Kotzur[62].

A cooperação internacional entre os Estados Nacionais é uma realidade – desde 1919, com a Liga das Nações –, pautada na promoção da cooperação entre as Nações, além de garantir a paz e a segurança internacional. No mesmo sentido se encontra a criação das Nações Unidas em 1945, onde a cooperação entre os Estados passou a ser um meio para “*resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”[63].

Ademais podemos destacar o tratado firmado em 1994 que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC), que determinou diretrizes para a criação de um direito internacional humanitário e social, onde passamos de um momento de efetivação da paz negativa para uma paz positiva, ao passo da criação de uma infra-estrutura econômica, social e cultural em padrões mundiais. Com base nesta premissa, em 1970 aprovaram-se na assembléia geral da ONU os princípios fundamentais do direito internacional para as relações amistosas e cooperação entre as Nações, independente das peculiaridades políticas, econômicas e social destes[64].

Ressalta Markus Kotzur que o conceito jurídico-estatal de soberania deve estar permeado por coordenação e conjunção dos Estados Nacionais em momento material para que seus limites sejam definidos no próprio valor do ser humano[65]. Portanto, o conceito de soberania atual deve se basear em duas premissas: o Estado Constitucional fundado na dignidade da pessoa humana e, no próprio valor da pessoa de acordo com as premissas antropológicas[66], o que contém em si a dimensão de cooperação, não em uma esfera abstrata, mas de pluralidade de vinculações jurídicas e fáticas[67]. Entretanto, é preciso esclarecer que uma esfera de soberania não se sobrepõe à outra. Elas são espaços de coordenação entre si, por meio dos mecanismos de engrenagem e de interação. O que se registra é que quando o Estado Constitucional se posiciona a favor da cooperação internacional, não relativiza as concepções de soberania, mas fornece estrutura para a soberania, o que exige uma reinterpretação do conceito de soberania como uma garantia estrutural, ou seja, como um meio de efetivação da cooperação entre as nações[68].

Segundo Peter Häberle, é preciso que a sociedade aberta de intérpretes[69] considere não somente a opinião dos cidadãos do Estado no processo de tomada de decisões, mas também dos Estados estrangeiros, com seus cidadãos e da Comunidade Internacional. Por esse motivo, o Estado Constitucional cooperativo exige cooperações econômicas, sociais e humanitárias, inclusive a consciência antropológica de cooperação[70]. No que tange ao Estado Constitucional Cooperativo tendente a uma cooperação internacional, seu surgimento decorre principalmente de dois fatores: o sócio-econômico e o ideal-

moral[71]. No concernente ao primeiro, destaca-se que em virtude da globalização as relações econômicas entre os Estados Nacionais se intensificaram de modo a exigir uma cooperação econômica a níveis que compreendam adequações jurídicas em âmbito internacional[72]. Por outro lado, no que pertence ao elemento ideal-moral, possuímos os direitos fundamentais e humanos[73].

Entretanto, para efetividade de uma cooperação internacional, é preciso considerar que a diversidade dos Estados Nacionais demonstra uma variedade na estrutura dos valores entendidos como direitos humanos. Contudo, ocorre que mundialmente não existem somente países ocidentais (V.g. nações islâmicas). Mesmo porque, é necessário alertar-se para a transposição de elementos de um Estado, em razão da incompatibilidade deste puramente com as instituições a realidade do país receptor deste elemento; neste sentido, é preciso adaptar e ponderar a inserção do instituto[74]. Nesse seguimento, propõe Peter Häberle que o Estado Constitucional quando inserido na cooperação internacional, deixa de existir para si. O Estado se veste de suas responsabilidades de efetivação dos direitos fundamentais e humanos com base nos princípios gerais do direito internacional e nos direitos humanos [75].

2 INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: UMA VISÃO DO CONTRATO SOCIAL MUNDIAL A PARTIR DA AUTODETERMINAÇÃO DO INDIVÍDUO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Internacionalização do Direito é um método de estudo comparativo do fenômeno jurídico, que examina a influência do direito internacional sobre os direitos nacionais. A princípio, se divide em dois pólos: direito – internacional – econômico e direitos humanos[76]. A extensão do estudo do direito para além das fronteiras nacionais – internacionalização do direito – conforma o direito internacional. Este em *strictu sensu* não se confunde com o *jus gentium* ou com o direito universal em caráter supranacional. Segundo Delmas-Marty, ele provem do direito cosmopolita de Kant, cuja definição seria “*uma medida em que diz respeito à eventual unificação de todos os povos em determinadas leis universais*”[77], sendo que não se pode privar o cidadão do mundo de solicitar à Comunidade Internacional de ir e vir a qualquer região do mundo, independente do contrato social em nível nacional a que se submeta[78]. Mesmo com essa premissa, somente após dois séculos das idéias implantadas por Kant, iniciamos a desenvolver com base nos direitos humanos – por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos –, um projeto de lei cosmopolita[79].

De fato, a idéia de um contrato social mundial com base nos parâmetros de Kant nos remete ao que Delmas-Marty aponta como universalismo, o que não se confunde com globalização. As diferenças centram-se principalmente no que diz respeito ao local, pois “*A globalização não pode ser concebida sem o local em que se interage, em um movimento dialético permanente, enquanto que o contrário universalismo tem desenvolvido contra o local*”[80]. Ou seja, a globalização versa sobre uma simples difusão de espaços atrelado a práticas locais, ao passo que, o universalismo possui intenção mais audaciosa, tendo em vista que implica em um sentimento comum em relação a conceitos, como uma espécie de língua comum entre os locais[81]. Nesse sentido, Delmas-Marty apresenta os direitos humanos como pertencentes ao universalismo, pois se relaciona mais com a humanidade do que com o comércio e a economia mundial, apesar da difícil separação, ao se considerar que possuem origem no

direito internacional o que se aproxima mais da globalização com as leis de mercado[82].

Esclarece ainda Delmas-Marty que a concepção de um contrato social mundial remete a Kant, pois a interação de estruturas nacionais, internacionais e transnacionais de um contrato global enseja um contrato multidimensional, que conecta os agentes e instituições mesmo que diferentes de um sector para outro. A questão enfrentada neste momento é se ainda se está diante de um contrato[83]. Isso ocorre, pois diante da mudança de escala de um contrato social nacional ou regional para uma escala mundial, é preciso considerar que as relações possuem uma dinâmica entre o desejo de paz atrelado ao princípio da solidariedade (desejo de inclusão) ou de um espírito de guerra (desejo de exclusão). Ou seja, quando o equilíbrio do contrato global é afetado, pode-se ter efeitos no sentido da separação pelo medo; o que ocorre é que em um contrato mundial baseado na solidariedade a lógica é de inclusão; e no baseado pelo medo a ela é inversa, ou seja, baseia-se na exclusão, o que enseja uma transposição aparentemente impossível, pois o inimigo está inserido na Comunidade Internacional justamente pelo contrato ter de ser total – sem exclusão de atores *a priori*[84].

Quando se considera as relações internacionais no plano real, v.g. o MERCOSUL e as atuais perspectivas diante da formação UNASUL[85], as tensões políticas e econômicas entre os países latino-americanos, bem como pelas experiências da própria União Européia (UE) de aplicação do princípio da subsidiariedade (no que tange às questões jurisdicionais), pode-se concluir pela existência de pontos fracos no contrato global. A falha, segundo a professora Delmas-Marty, reside justamente na inserção de atores privados sem prejuízo ao menos formal das demais pessoas em seus direitos de liberdade e igualdade. O que Delmas-Marty apresenta é que o problema não é essas transformações, mas sim estas não estarem previstas na teoria do contrato social, até mesmo em perspectivas globais. Por isso, apresenta a necessidade de alterar o formalismo jurídico em torno das interações horizontais e verticais mistas[86].

Segundo Delmas-Marty, a dinâmica do desejo de inclusão de uma sociedade democrática é baseada em um governo de rede locais de fóruns democráticos, sob a coordenação das autoridades públicas que permitam espaço para a cidadania, conforme David Held[87]. Em verdade, essa panorâmica se assemelha aos moldes propostos por Peter Häberle em sua tese sobre a sociedade aberta de intérpretes em uma perspectiva de cooperação entre os Estados Constitucionais[88], ao passo que para David Held as pessoas possuem direitos e deveres equivalentes em áreas públicas quando as decisões a serem tomadas afetarem a seus interesses vitais[89].

Nessa perspectiva, quando se volta para um contrato total, necessita-se repensar as tendências de exclusão pelos sistemas de segurança e repressão, porém, segundo Delmas-Marty, não pode esta revisão ser limitada às concepções legais e instituições multilaterais para evitar, o que já fora alertado por Hannah Arendt[90], uma guerra civil mundial[91]. O que ocorre é que quando alienados pela lógica de exclusão pelo medo das ameaças que cercam a todos (v.g. atentados terroristas) acaba-se por rotular os que discordam do grupo a que se integra de inimigos, o que pode levar a humanidade a um estado constante de guerra e ao fim dos princípios democráticos[92].

3 PRIMEIRAS CONCLUSÕES

Portanto, diante da internacionalização do direito, como demonstra o estudo da história da Soberania, o conceito clássico proposto por Rousseau[93] encontra-se defasado, frente às exigências de uma sociedade contemporânea globalizada e universalizada. Para os padrões atuais, e em conformidade com a essência de poder político de decisão, é preciso uma Soberania Popular pautada em uma concepção de povo nos moldes propostos por Peter Häberle[94], ou seja, como sujeitos pertencentes à sociedade aberta de intérpretes, atuantes no processo de tomada de decisões. Somente dessa forma, podemos chegar a uma Soberania dita por Markus Kotzur[95] como Cidadã, onde a liberdade permita a autodeterminação do ser humano.

Por conseguinte, o conceito sugerido por Zagrebelsky, aonde “*situação eficiente de uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unicidade na esfera política*”[96] coaduna com o entendimento proposto por Markus Kotzur[97], nos parâmetros apresentados por este, em que a supremacia e a unicidade na esfera política se baseiam na autodeterminação do ser humano.

Nessa perspectiva – de uma soberania cidadã pautada pela autodeterminação do ser humano –, a sociedade internacional passa a agir de acordo com a vontade dos cidadãos por detrás do Estado Nacional, abandonando a antiga visão do Estado Nacional Soberano[98]. Assim, a cooperação entre os Estados Constitucionais passa a ser pautada no valor do ser humano, em uma sociedade aberta de intérpretes em nível supranacional permitindo um contrato social mundial (Delmas-Marty)[99] baseado no universalismo dos direitos humanos por meio de relações supranacionais, sobre o cotejo da Soberania pautada na autodeterminação do ser humano.

4 REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Fayard : Collège de France, 2003.

_____. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007.

_____. *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné* . Seuil. 2006.

_____. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008.

_____. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SILVA, Christine Oliveira Peter. A pesquisa científica na graduação em Direito. *Universitas/ Jus*: Brasília, n. 11, p. 25-43, dez. 2004.

VERGOTTINI, Giuseppe de. Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización. Trad. Enriqueta Expósito. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, p. 131-145, 2. sem./2006. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr5.pdf>>. Acesso em: 22.06.2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007.

[1] Cf. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008.

[2] Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[3] Cf. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008.

[4] Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter. A pesquisa científica na graduação em Direito. *Universitas/ Jus*: Brasília, n. 11, p. 25-43, dez. 2004, p. 33.

[5] VERGOTTINI, Giuseppe de. Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización. Trad. Enriqueta Expósito. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, p. 131-145, 2. sem./2006. Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr5.pdf>>. Acceso em: 22.06.2006, p. 132.

[6] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponible em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acceso em: 28.1.2008. p. 85.

[7] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponible em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acceso em: 28.1.2008. p. 86.

[8] Cf. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponible em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acceso em: 28.1.2008. p. 86-89.

[9] VERGOTTINI, Giuseppe de. Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización. Trad. Enriqueta Expósito. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, p. 131-145, 2. sem./2006. Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr5.pdf>>. Acceso em: 22.06.2006. p. 132.

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.

[11] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Apud. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponible em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acceso em: 20.01.2008. p. 173.

[12] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponible em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acceso em: 28.1.2008. p. 89.

[13] CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 4.

[14] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 90.

[15] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 90.

[16] Essa conformação inicial sobre Soberania proposta por Jean Bodin ligava o poder soberano a um Direito Divino e Natural e à Lei comum de todos os povos (Direito Internacional), o que concedia ao Estado uma Soberania em âmbito interno e externo, ou seja, frente a seus povos e perante os demais Estados. Depois da obra de Bodin surgiram diversos teóricos a se destacar o extremismo de Thomas Hobbes com a mesma concepção. O direito da personificação do Estado Soberano consubstanciava a idéia de um direito criado exclusivamente pelo Estado e para servir ao Estado. (BONDIM, Jean. Apud. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 90-91).

[17] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 91.

[18] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.

[19] CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 5.

[20] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 11.

[21] Cf. VATTEL, Emerich Apud KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional

moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. pp. 93 e ss.

[22] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 93.

[23] Cf. VATTEL, Emerich. Apud. HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 93.

[24] Sobre esse início do Sistema de Segurança Coletivo vide o Pacto de Briand-Kellogg do ano de 1928.

[25] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 94.

[26] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 95.

[27] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 12.

[28] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 12.

[29] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 96.

[30] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 13.

[31] SIEYÉS, Immanuel Joseph Apud. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 97.

[32] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 97.

[33] Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 19-28.

[34] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75.

[35] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 76.

[36] Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 19-28.

[37] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 98.

[38] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

[39] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 98.

[40] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 13.

[41] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 98.

[42] CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 5.

[43] ISENSEE, J. Apud KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. pp. 98-99.

[44] HÄBERLE, Peter Apud KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 99.

[45] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 99.

[46] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 100.

[47] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 100.

[48] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 101.

[49] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 105-106.

[50] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 93.

[51] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 111-112.

[52] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 113.

[53] CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 5.

[54] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 106.

[55] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras*

clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 106.

[56] Quando versamos sobre teoria do contrato social em âmbito nacional, é importante ressaltar que se trata da tese proposta por Jean-Jacques Rousseau. (Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978).

[57] Diz-se republicano, pois essa seria a concepção ocidental de soberania, tendo em vista que a idéia de poder soberano nos moldes de um Estado absolutista não corresponde ao pensamento ocidental. Confira-se sobre o tema em KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008.

[58] Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil. 2006.

[59] Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil. 2006.

[60] Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil. 2006.

[61] Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008.

[62] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008, p. 115.

[63] Carta das Nações Unidas, artigo 1º, inciso 3. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>. Acesso em 23.07.08

[64] HÄBERLE, Peter. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. pp.70-73.

[65] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México:

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 117.

[66] HOTFMANN, H. Apud KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 112.

[67] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 118.

[68] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008. p. 121.

[69] Para compreender vide HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[70] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. p. 68-69.

[71] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. p. 68-69.

[72] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. p. 68-69.

[73] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. p. 68-69.

[74] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008, p. 69-70.

[75] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. p. 75-77.

[76] Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et intertionalisation du droit*. Fayard : Collège de France, 2003.

[77] KANT, E. apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p. 53.

[78] KANT, E. Apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p. 53.

[79] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p. 53-54.

[80] ARNAUD, André-Jean. Apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p. 54.

[81] DELMAS-MARTY, Mireille. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p. 53-54.

[81] ARNAUD, André-Jean. Apud. DELMAS-MARTY, Mireille. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p. 54.

[82] DELMAS-MARTY, Mireille. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. pp.53-54.

[82] Sobre os conceitos de direitos humanos, humanidade e mercado, Demas-Marty esclarece que são de natureza indeterminada, resultantes de um século de positivismo enfraquecedor, ao menos aparentemente, da validade formal dos sistemas de direito pela indefinição da lei. (DELMAS-MARTY, Mireille. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004. p.54-55).

[83] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p. 257.

[84] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. pp. 257-258.

[85] A UNASUL (União das Nações Sul-Americanas) reúne os doze países da América do Sul e visa aprofundar a integração da região. Os principais objetivos da UNASUL são a coordenação política, econômica e social da região. Com a UNASUL, espera-se

avançar na integração física, energética, de telecomunicações e ainda nas áreas de ciência e de educação, além da adoção de mecanismos financeiros conjuntos.

[86] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. pp. 259-261.

[87] HELD, David. Apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p. 261.

[88] Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008.

[89] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p. 261.

[90] ARENDT, Hannah. Apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p.262-263.

[91] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p. 263.

[92] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p. 264.

[93] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Apud. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008. p. 173.

[94] Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008.

[95] KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008.

[96] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.

[97] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil. 2007.

[98] Entenda-se aqui o Estado Nacional que possui sua soberania pautada em si mesmo e não no povo que o legitima para atuar. Sobre o assunto vide KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un

atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28.1.2008.

[99] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil. 2007.

**OS CRIMES INTERNACIONAIS E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:
ANÁLISE DO CONCEITO DOS TIPOS PENAIIS DO ESTATUTO DE ROMA**

**LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL: ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE LOS TIPOS
CRIMINALES DEL ESTATUTO DE ROMA**

Cristiano José Martins de Oliveira

RESUMO

Neste breve trabalho, abordaremos a temática da conceituação dos crimes internacionais, ou seja, o estudo das ações humanas tratadas como delituosas internacionalmente pelo Direito, destacando primeiramente a estrutura e imputação dos crimes internacionais, para, posteriormente, fazer um parâmetro com aqueles previstos no Estatuto de Roma, diploma que criou o Tribunal Penal Internacional, cuja competência é a de julgamento de indivíduos autores dos crimes constantes no seu rol. No curso do trabalho levaremos ao leitor o conhecimento - embora que superficial - da competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional, com a descrição dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, discutindo sobre a suficiência ou insuficiência de tais tipos.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMES INTERNACIONAIS; ESTATUTO DE ROMA; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

RESUMEN

En este breve trabajo, nos acercaremos el temático del concepto de los crímenes internacionales, en otros términos, el estudio de las acciones humanas tratadas como los crímenes internacionales para la Ley, destacando la estructura e imputación de los crímenes internacionales primeramente, para, después, hacer un parámetro con aquéllos previstos en el Estatuto de Roma, una ley que creó la Corte Penal Internacional, de cuya competencia es juzgar los autores de los crímenes constante en su lista. En el curso del trabajo tomaremos al lector el conocimiento - aunque ese superficial - del competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, con la descripción de los crímenes del genocidio, los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de la agresión, discutiendo sobre la suficiencia o insuficiencia de sus tipos.

PALAVRAS-CLAVE: CRÍMENES INTERNACIONALES; ESTATUTO DE ROMA; CORTE PENAL INTERNACIONAL.

INTRODUÇÃO

A noção de crime internacional não é uma tarefa fácil de ser realizada, tendo em vista sua conceituação ampla.[1]

Historicamente, a primeira noção de crime internacional talvez tenha sido tratada com a ação humana de pirataria cometida em alto-mar. Como outros exemplos de ações humanas tratadas como delituosas internacionalmente, pode-se ainda mencionar o tráfico de escravos, o tráfico de mulheres e de crianças, o tráfico de entorpecentes, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e a lavagem de dinheiro. Para Schabas, essas espécies de crimes, para ser objeto de processo e julgamento, necessitava de regras de jurisdição especiais e, sobretudo, de cooperação entre Estados.[2]

Já Casesse, menciona que crimes internacionais seriam as graves violações às regras do direito internacional que impõem a responsabilidade penal internacional individual e, assim, diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam. Casesse ainda considera que os crimes internacionais precisam, necessariamente, conter cumulativamente os seguintes elementos: violações do direito consuetudinário internacional, bem como de tratados internacionais; regras que pretendem proteger valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, conseqüentemente, afetem todos os Estados e indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio os pretensos autores de tais infrações devem poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido a partir de agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.[3]

Dessa maneira, considera que seriam crimes internacionais somente as seguintes figuras delitivas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo (quando patrocinado pelo Estado ou, ao menos, tolerado por este).[4]

Ainda há outros doutrinadores que entendem haver dois sentidos para crimes internacionais. Um primeiro sentido ou classificação seria referente aos crimes cometidos pelos representantes do Estado, que ofenderiam a ordem, a legalidade e a segurança internacional. Assim, seriam infrações internacionais os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Segundo esses mesmos autores, uma outra classificação que compreenderia as infrações internacionais cometidas por particulares, que seriam, por exemplo, a pirataria, o tráfico internacional de entorpecentes, falsificação de moedas, crimes ambientais internacionais, crimes informáticos etc. Deste modo, enquanto a primeira categoria teria, fundamentalmente, objetivos políticos, na segunda tal fato não ocorreria.[5]

Em que pese os inúmeros ideais sobre crimes internacionais, preferimos trabalhar com o conceito subdividido em três espécies: os propriamente ditos; os transnacionais; e por contaminação ou difusão.[6]

Os propriamente ditos ou em sentido estrito, são aqueles crimes primeiramente previstos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, ou seja, os crimes contra a paz, os de guerra e os crimes contra a humanidade, crimes estes que constam atualmente no Estatuto de Roma. Tais delitos são os que atingem bens ou interesses jurídicos supranacionais, gerando uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional.

Os transnacionais são aqueles cujas características, extensão e consequências ultrapassam as fronteiras dos Estados, envolvendo portanto, mais de um Estado.

Por último, há a conceituação por contaminação ou difusão, que são aqueles crimes que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, de forma epidêmica, tudo em virtude dos meios de transporte, instantaneidade das comunicações e à atividade dos mass media, que transformaram o crime num espetáculo midiático por excelência, potencializando sua incidência.

Neste singelo trabalho, abordaremos primeiramente a estrutura e imputação dos crimes internacionais, para, posteriormente, de forma pontual, discorrer sobre a conceituação dos crimes internacionais em sentido estrito ou propriamente ditos.

1. ESTRUTURA E IMPUTAÇÃO NOS CRIMES INTERNACIONAIS

A construção de uma teoria do crime no Direito Penal Internacional enfrente algumas dificuldades, principalmente para aqueles como nós, brasileiros, argentinos e demais operadores do Direito da América Latina (assim como aqueles da Alemanha, Itália, Espanha, Portugal), pois não se pode trabalhar com o modelo jurídico de crime da tradição romano-germânica, qual seja, ação humana típica, antijurídica e culpável. Este modelo se mostra irrelevante no Direito Penal Internacional, que decorre fundamentalmente da common law anglo-saxônica.

Para a formação do Direito Penal Internacional, o sistema jurídico de maior relevância é o da common law, que é assentado em bases bastante diversas das nossas. Assim, Ambos informa que, até agora, a dogmática alemã não teve praticamente influência alguma no desenvolvimento do Direito Penal Internacional.^[7]

Ademais, a maior dificuldade para a construção de uma teoria do delito em sua dimensão internacional decorreria do fato de não se contar com uma referência de um ordenamento jurídico-penal positivo.

Além disso, há diferenças importantes entre o Direito penal interno dos Estados e o Direito Penal Internacional nas questões mais básicas da teoria geral do Direito penal, como, por exemplo, no caso do princípio da reserva legal. Na esfera interna, tal

princípio é adotado à quase totalidade das legislações modernas, já no Direito Internacional, ainda pairam dúvidas sobre sua real significação e alcance.[8]

Sobre a aplicação do princípio da reserva legal no Direito Penal Internacional, há várias teorias defendidas pelos variados doutrinadores do tema. Existe um primeiro ponto de vista que defende que o direito aplicados pelos Tribunais já existia anteriormente e, por isso, o princípio deveria ser interpretado e adaptado à lógica do direito internacional. Ainda há aqueles que sustentam que o princípio da reserva legal não pode ser aplicado no mesmo sentido estreito que é percebido no direito interno, pois, os crimes contra a paz já estariam previstos no direito internacional. Quanto aos crimes de guerra e contra a humanidade, estes também já estariam tipificados no direito interno e, em especial, pelas diversas Convenções de Haia e Genebra, antes de 1945. Mais do que isso, afirma-se que, embora os documentos internacionais não contivessem proibições penais explícitas e também não houvesse previsão de sanção, houve condenação moral e, por isso, foi necessária uma interpretação do princípio da legalidade, já que existiam razões morais e de utilidade internacional que superavam o rigor técnico do princípio.[9]

Em sentido diverso, há uma corrente que afirma a inaplicabilidade do princípio, visto que se trata de um direito majoritariamente consuetudinário e, considerando-se que a reserva legal pressupõe direito escrito, não poderia ser utilizado.[10]

Já outra corrente afirma que o princípio da legalidade não é aplicável no âmbito internacional, visto que tal deficiência deverá ser sanada com o surgimento de uma codificação deste direito. Frise-se que este posicionamento ganhou contornos de realidade com o advento do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma.[11]

Espera-se, assim, que com a crescente afirmação do Tribunal Penal Internacional, haja uma adoção de regras mais claras e concretas no que concerne não só ao princípio da reserva legal, mas a todos os critérios de teoria geral do direito, direito material e direito processual.

Dentro desse contexto, Kai Ambos sustenta a necessidade do estabelecimento de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional, que decorreria do reconhecimento da dimensão individual dos comportamentos criminais na esfera internacional, além da discussão acerca de regras gerais de imputação. Pretende, assim, a construção de uma teoria do delito no Direito Penal Internacional que tenha validade universal e seja eficiente e compreensível, servindo a uma espécie de estabilização das regras em matéria penal, na esfera internacional.[12]

Neste sentido, pode-se argumentar, por exemplo, que o Estatuto de Roma, em sua Parte 3, que trata dos Princípios Gerais do Direito Penal e contém um número considerável de dispositivos característicos de uma Parte Geral, tais como a responsabilidade individual, o concurso de pessoas, a inimputabilidade por insanidade ou por imaturidade, o erro, o estado de necessidade, a coação etc.

Todavia, tais dispositivos não estão dispostos em número e nem em forma suficientes para compor uma Parte Geral. Muito ao contrário, necessitam ser complementados por elementos externos ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional.[13]

Já Schabas considera que tais princípios de forma expressa no Estatuto, representaram um avanço na tentativa de se estabelecer um concreto Direito Penal Internacional. Logicamente que a Parte Geral do Estatuto de Roma representa uma tentativa de codificação dos princípios gerais do Direito Penal Internacional. Por certo que, um documento produzido numa Conferência Diplomática, onde havia a participação de mais de cento e cinquenta países integrantes e com visões distintas, tenha muitas imperfeições.[14]

Desta forma, nos parece imprescindível o estudo mais aprofundado no futuro de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional, para que seja possível o estabelecimento de regras relativas à teoria do crime, tudo em conformidade com a práxis internacional.

2. OS TIPOS PENAIS INTEGRANTES DO ESTATUTO DE ROMA: A COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A competência internacional do Tribunal Penal Internacional pode ser conceituada como o elemento que determinará o momento e as circunstâncias sob as quais esse Órgão Jurisdicional exercerá a jurisdição que lhe é atribuída.[15]

Em outras palavras, a análise da competência implica definir a atuação e os limites relacionados às matérias, aos sujeitos, ao espaço de incidência, bem como aos fatos objetos da entrega da prestação jurisdicional incumbida ao Tribunal Penal Internacional.

Dentro desse quadro, especificaremos aqui o âmbito de exercício do poder jurisdicional concedido ao Tribunal por meio dos critérios de fixação de competência, no entanto, dentro de tais critérios, trabalharemos apenas com a competência material (Capítulo V), deixando de lado as competências territorial, temporal e pessoal (Capítulo VI).

A natureza objetiva da pretensão, ou matéria controvertida da lide, representa o critério de fixação da competência material. E, com o intuito de reprimir os perpetradores das mais atrozes violações de vida, paz e segurança internacionais são consagrados como bens jurídicos a serem universalmente tutelados, implicando o reconhecimento de infrações internacionais passíveis de afetar a comunidade global devido a sua maior gravidade.

O projeto base do Estatuto enumerava infrações de categorias distintas. A primeira dessas categorias ficou conhecida como *core crimes*, que consistia, basicamente, em um conjunto de delitos primordiais e elementares, quais sejam, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Estes crimes, ao final da conferência de Roma, foram incorporados ao Estatuto da Corte,

dando origem aos artigos 5º a 8º, responsáveis por descrever a competência material do Tribunal. A segunda categoria de crimes proposta, cuja denominação foi de *treaty crimes*, tinha base em infrações previstas em diversos tratados internacionais. Estes crimes eram os contra o pessoal das Nações Unidas, tortura, atos de terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, apartheid, pirataria, entre outros.

Apesar de alguns países terem feito pressões para que os *treaty crimes* entrassem no rol dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, outros apresentaram forte resistência, alegando a dificuldade de definir as infrações ou mesmo de se chegar a um acordo sobre suas conceituações.

O certo é que, objetivando a maximização de signatários, apenas os core crimes foram contemplados pelo Estatuto de Roma.

2.1 O CRIME DE GENOCÍDIO

O crime de genocídio ofende diretamente os direitos humanos, sendo possível comparar sua história com a história da intolerância contra a diversidade humana.[16]

O genocídio é, na sua essência, um crime contra a humanidade, que, entretanto, dada a sua relevância, foi destacado dessa categoria de ilícitos, para que pudesse receber tratamento específico.[17]

A prática do crime de genocídio, embora se remonte a um passado longínquo, pode ser apontado como praticado principalmente no século XX, nos episódios conhecidos como Guerras Mundiais, tanto a Primeira como a Segunda Guerra; e, recentemente, nos conflitos étnicos deflagrados na ex-Iugoslávia e em Ruanda.[18]

Ressalve-se que apenas recentemente a comunidade internacional sentiu necessidade de fixar normas de direito internacional para coibir tal delito.[19]

Essa preocupação apareceu sensivelmente no período pós-Segunda Guerra, que levou à adoção, pela Resolução 260-A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951, onde ficou expresso, agora em caráter de *hard law*, o entendimento de ser o genocídio um crime internacional e a mais grave espécie de crime contra a humanidade.[20]

A prática do genocídio não é nova na história da humanidade, podendo ser encontrados vários exemplos históricos afirmativos de sua existência na antiguidade. De acordo com Luis Ivani de Amorim Araújo:

"[...] se folhearmos as páginas do Torá defrontamos o episódio em que os irmãos de Diná com o intuito de vingar o ultraje a esta praticado por Shichem, mataram todos os varões de sua tribo e levaram, ainda, como escravos as mulheres e crianças dos Schichemitas (Genesis 34.1-31)"[\[21\]](#)

De lá para cá, afirmou-se cada vez mais, no seio da sociedade internacional, o caráter de norma costumeira do crime de genocídio.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, acompanhando esta evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do direito internacional humanitário, definiu o crime de genocídio no seu artigo 6. Para os efeitos do Estatuto de Roma, entende-se por genocídio qualquer um dos atos a seguir enumerados, praticados com a intenção de destruir (física ou culturalmente), no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal, a saber: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

2.2 OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Ao contrário do que ocorreu com a definição do genocídio, o conceito de crimes contra a humanidade suscitou discussões muito intensas durante a Conferência de Roma. Deve-se ressaltar que tal fato se deu pela falta de uma convenção internacional dedicada à matéria, como ocorreu com o genocídio, apesar de haver referência a crimes contra a humanidade em alguns documentos internacionais referentes à matéria.[\[22\]](#)

A origem histórica dos crimes contra a humanidade está ligada ao massacre provocado pelos turcos contra os armênios, na Primeira Guerra Mundial, qualificado pela Declaração do Império Otomano como um crime da Turquia contra a humanidade e civilização.[\[23\]](#)

Mas foi somente no período pós-Segunda Guerra que se voltou a cotejar de tais crimes, em virtude das inúmeras atrocidades cometidas pelo Estado em que se converteu a Alemanha Nazista no Holocausto.

A definição em plano convencional desses crimes foi dada pelo artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, seguido pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Tóquio. Mais recentemente, a previsão de crimes contra a humanidade constou nos Estatutos dos Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.

A ampliação definitiva deste tipo delituoso veio aparecer no art. 7º, parágrafo 1º, do Estatuto de Roma do TPI, segundo o qual são "crimes contra a humanidade" quaisquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, a saber: a) homicídio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou transferência forçada de uma população; e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) tortura; g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste mesmo parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) desaparecimento forçado de pessoas; j) crime de apartheid; e ainda k) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental das pessoas.

Para se chegar a essa construção, foi necessário superar algumas controvérsias sérias. Assim, quatro características fundamentais podem ser destacadas desse dispositivo, a saber: o caráter generalizado ou sistemático do ataque contra uma população civil; a ausência do requisito da existência de motivos discriminatórios; o elemento subjetivo do conhecimento do referido ataque.[24]

Dessa forma, pode-se dizer que para se chegar a um conceito de crimes contra a humanidade, devem ser levados em conta dois critérios: quantitativo ou qualitativo, ou seja, que ocorra em larga escala. Mais do que isso, pode ser entendido que o Estatuto de Roma demonstra a necessidade de que a conduta implique no cometimento de múltiplos atos contra a população civil, em conformidade com uma política estatal ou de uma determinada organização.[25]

Finalmente, foi definido que os crimes contra a humanidade, para a sua configuração, exigem um elemento de intencionalidade especial, já que é necessário que se tenha conhecimento que se participa do ataque.[26]

Os crimes contra a humanidade possuem um lugar de destaque na evolução da consciência das nações, com a final reafirmação no Estatuto de Roma de que a proteção da pessoa humana é um princípio fundamental para o seu próprio desenvolvimento.

2.3 OS CRIMES DE GUERRA

Os crimes de guerra, também conhecidos como "crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados", são frutos de uma longa evolução do direito internacional humanitário, desde o século passado, tendo sido impulsionado pelo

Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ganhando foros de juridicidade com as quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e com as bases teóricas do direito costumeiro de guerra.[27]

No entanto, a idéia de se reprimir essa espécie de crimes não é nova, embora, durante muito tempo, tenha imperado a idéia da licitude da guerra. Celso Albuquerque de Mello diz que o próprio direito internacional teria surgido "essencialmente como um direito de guerra".[28]

Conforme Rezek, há dúvidas sobre a conveniência da abordagem científica de tais crimes. Isso porque, a partir de 1945, a guerra passou a ser considerada ilícita e seria perda de tempo se dedicar ao estudo

"de regras que presidem a condução das hostilidades e a preservação de um mínimo de compostura e humanidade dentro do conflito armado, já que o conflito armado, ele próprio, significa um ato ilícito. Um ato ilícito de grandes proporções, dentro do qual seria um tanto cínico ou ilusório esperar que se observassem regras miúdas, tópicas; regras de bem proceder dentro do conflito armado, ou seja, dentro daquilo que é, em si mesmo um ilícito capital".[29]

Desde os mais antigos povos, havia a preocupação com a guerra e com o estabelecimento de limites para a sua regulação. Já havia a regulação da guerra desde o século IV a.C., quando Sun Tzu descreveu o costume dominante de excluir das guerras os feridos e os velhos.[30]

Por sua vez, o Código de Manu, escrito na língua clássica indiana sânscrito, que foi a legislação do mundo indiano no período compreendido entre os séculos II a.C. e II d. C., apresentou diversas normas sobre a guerra.[31]

Gregos e romanos também estabeleceram regras sobre asilo, tratamento de feridos e prisioneiros de guerra. Talvez na Grécia, houve o mais antigo precedente de julgamento pela prática de crimes de guerra.[32]

Na Idade Média, havia várias classificações de guerra, em justa e injusta, bem como, a Igreja, por várias vezes pronunciou-se sobre os conflitos armados, em seus Concílios.

Na civilização ocidental, autores como Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Homero, Platão, Vitoria, Ayala, Suárez, Gentili e Grotius, estabeleceram uma base filosófica humanitária para regulamentação da guerra, estabelecendo as bases filosóficas para a legitimação dos conflitos.[33]

Mas somente a partir do século XIX é que se iniciou substancialmente um movimento entre os Estados para a regulamentação da guerra, com a elaboração de diversos instrumentos internacionais tratando do tema.

Também não se pode deixar de mencionar a considerável contribuição dos Tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia e Ruanda, constituídos pelo Conselho de Segurança. Seus Estatutos fazem referência às violações das leis e costumes de guerra em conflitos internacionais, mas o mais importante foi a jurisprudência desses Tribunais, que inovaram sensivelmente o campo de aplicação do delito, já que anteriormente os crimes de guerra abrangiam somente as violações de regras internacionais ocorridas em conflitos armados internacionais, no entanto, o Tribunal para a ex-Iugoslávia sedimentou o entendimento de que ocorrem, igualmente, crimes de guerra quando em conflitos internos.

Os crimes de guerra são tratados no artigo 8º do Estatuto de Roma. Segundo o parágrafo 1º desse dispositivo, o Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desses tipos de crimes.

Nos termos do longo parágrafo 2º do artigo 8º, são exemplos de crimes de guerra, entre outros, as violações graves às Convenções de Genebra, a exemplo de qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente, a saber: a) homicídio doloso; b) tortura ou outros tratamentos desumanos; c) o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; d) destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; e) o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; f) privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; g) deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; e h) tomada de reféns.

São também exemplos de crimes de guerra, ainda tipificadas no mesmo artigo, outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional, a exemplo das ações: a) dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; b) dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; c) dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados; d) lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; e) atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; f) matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; g) submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente

em perigo a saúde; h) matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo etc.

O Estatuto de Roma também traz várias novidades no campo dos crimes de guerra, como por exemplo, quando inclui, no rol dos crimes dessa espécie, os conflitos armados não internacionais, que são a maioria dos conflitos existentes na atualidade, a exemplo daqueles ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, que representaram uma séria ameaça à segurança e à paz internacional.[34]

Trata-se de casos onde as várias violações de direitos humanos ocorridas nessas localidades não foram causadas pela ação de qualquer inimigo externo, mas pela atuação violenta e arbitrária do próprio Estado. Isto não se confunde, entretanto, com as situações de distúrbios e de tensões internas, tais como os motins, os atos de violência esporádicos ou isolados ou outros atos de caráter semelhante (art. 8, parágrafo 2, alíneas "d" e "f"). Enfim, este rol exemplificativo dos crimes de guerra previstos pelo Estatuto de Roma já bastaria para justificar a criação de uma corte penal internacional de caráter permanente, com competência para processar e julgar os maiores responsáveis pela violação do direito internacional humanitário.[35]

2.4 OS CRIMES DE AGRESSÃO

Um dos temas mais sensíveis do Tribunal Penal Internacional é a tipificação do crime de agressão.

O crime de agressão, hoje previsto (mas não definido) no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, já fora denominado “crime contra a paz”. Como não há a definição da conceituação do crime de agressão, o Tribunal Penal Internacional não poderá exercer sua competência enquanto tal não existir. Tal indefinição é proveniente da indefinição da própria palavra agressão, pois sem ela, não há elemento constitutivo do “crime de agressão” e, conseqüentemente, para fundamentar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos, o que dificultou a inclusão dessa espécie de crime no Estatuto de Roma de 1998. O que ocorreu foi apenas a sua previsão.

Em face da multiplicidade de interesses dos Estados presentes na Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, não se chegou a um consenso acerca da definição do delito. Como o impasse parecia não ter fim e pela explícita necessidade da discussão de outros temas, houve a inclusão de direito, mas não de fato, do crime de agressão.[36]

Na forma do artigo 5.º, §2.º do Estatuto de Roma, a definição do abominável crime de agressão ocorrerá mediante “alteração” (artigo 121, Estatuto de Roma) ou “revisão” (artigo 123, Estatuto de Roma). De qualquer forma, só será realizada sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, o que ocorrerá - ao menos em tese - neste ano de 2009.

Mesmo assim, significou um grande avanço incluir esse tipo penal, ainda que apenas em teoria, pois consolidou-se como bem jurídico protegido pelo direito penal internacional, a paz mundial, objetivo fundamental do Tribunal e das Nações Unidas.[37]

Estes dispositivos que permitem a alteração e revisão do Estatuto, permitirão o aprimoramento dos pontos controversos e o preenchimento das lacunas eventualmente existentes e, até mesmo, incluir outros crimes de âmbito internacional que sejam tão graves como os já previstos, como o terrorismo internacional, por exemplo.

Assim, analisados os crimes inseridos na competência material do Estatuto de Roma, bem como as particularidades acerca do crime de agressão, passa-se a considerar brevemente algumas questões que motivaram a exclusão do crime de terrorismo da competência da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos mais recentes acontecimentos, a alteração do Estatuto de Roma se faz necessária, a fim de punir determinadas condutas que, até então, não eram consideradas crimes ou, simplesmente, não ocorriam com tanta frequência, como os atentados terroristas, sendo de suma importância a realização de tais alterações, pelo fim da impunidade de atos de extrema barbárie.

É neste intuito que inúmeros autores, de diversos países, apóiam a idéia de uma ampliação da competência da Corte, principalmente a favor da inclusão do crime de terrorismo, defendendo que o seu combate não exige apenas ações militares, clássicas cooperações policiais ou judiciais entre os Estados, mas exige, ainda, que haja o alargamento das competências do Tribunal Penal Internacional aos crimes de terrorismo.

Contudo, embora tenham ocorrido inúmeras demonstrações deste terrível fenômeno no decorrer do século XX, o terrorismo não é uma prática atual, sendo conhecido pela humanidade desde os tempos passados, como afirmou o eminente professor Bassiouni, ao dissertar que o terrorismo existiu, de uma forma ou de outra, em muitas sociedades ao longo do tempo em que a história tem sido recordada, e que as diferenças entre suas várias manifestações, entretanto, tem sido em seus métodos, meios e armas, pois assim como os recursos disponíveis para infligir danos significantes à sociedade se aperfeiçoam, o impacto prejudicial do terrorismo aumenta e, ao passo que as armas de destruição em massa se tornam mais acessíveis, os riscos à comunidade internacional aumentam.[38]

Deste modo, pode-se dizer que, antigamente, o terror era tido como uma forma de governar a fim de manter e preservar a soberania de um Estado, posto que era considerado um meio legítimo de defesa da ordem social. Nesta época, contemporânea à

Revolução Francesa, o terror era exercido abusivamente pelo Estado contra seus cidadãos, impondo-lhes um regime de terror, sob o impacto de leis de exceção, tribunais revolucionários, guilhotina e fuzilamentos sumários, e considera-se que nesta época é que se deu o início da prática terrorista moderna.

A partir de então é que surgiram diversos documentos jurídicos relevantes, que buscavam prover a sociedade internacional de instrumentos de combate ao terrorismo, tais como as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, documentos de reconhecido caráter universal, contando com um número expressivo de ratificações.

No que concerne à legislação sobre o tema em questão, no Brasil, não há definição do crime de terrorismo na legislação pátria, existindo apenas menções, como o disposto no artigo 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), que considera crime “praticar atos de terrorismo”, mas em face da ausência de taxatividade, isto é, sem uma descrição ou definição pela legislação do que seria considerado um ato terrorista, conclui-se que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, o crime de terrorismo.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, no Título I (“Dos Princípios Fundamentais”), destaca em seu artigo 4º, que dispõe sobre os princípios que regem as relações internacionais do país, o repúdio ao terrorismo e, ainda, no artigo 5º, inciso XLIII, considera dentre os crimes considerados como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, o terrorismo.

Já a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), nos mesmos termos da Constituição Federal, prescreve em seu artigo 2º que, dentre outras figuras típicas, o crime de terrorismo é insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.

Nesse sentido, o Brasil vem adotando os procedimentos internos necessários para que o País se vincule à totalidade dos tratados internacionais sobre a matéria, posto que, dentre os catorze atos internacionais existentes para o combate ao terrorismo, o Brasil já ratificou nove deles e outros dois estão em andamento no Congresso Nacional.

Em análise às legislações de diversos países, pode-se perceber que a maior parte delas já contempla uma definição do terrorismo e considera tais atos como crimes que, na sua maioria, são infrações de direito comum que ganham uma característica diferenciada em razão das motivações de seus autores.

Assim, dentre os ordenamentos jurídicos nacionais dos quais já consta a tipificação do crime de terrorismo, podem ser citados o da Itália, o de Portugal, o da França, o da Espanha, o da Inglaterra, o dos Estados Unidos, o da Turquia e, também, o do Sri Lanka.

Recentemente, a Assembléia Geral da ONU definiu o terrorismo global como:

“atos criminosos com o objetivo de ou calculados para provocar um estado de terror no público geral, um grupo de pessoas ou determinados indivíduos por razões políticas,

quaisquer que sejam as considerações de cunho político, filosófico, ideológico, racial, étnico, religioso ou outro que possam ser invocadas para justificá-los”

Entretanto, encontrar uma definição unânime para o terrorismo tem sido uma questão deveras dificultosa, em razão da pluralidade de condutas e pelas quais pode ser praticado e, em razão da ampla interpretação que o este termo comporta, é defendido que o terrorismo não pode ser definido pelo direito por razões técnicas e jurídicas, devendo os direitos penal e processual penal rejeitarem, por imperativo de sobrevivência, as palavras que trazem ambigüidade, o que representaria uma via aberta para o arbítrio.[39]

Diante de tal fato é que, por falta de consenso, não houve a inclusão do crime de terrorismo no rol da competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

AMBOS, Kai. *La parte general de Derecho Penal: bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, 2005.

AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional: posibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal: delicta iuris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASSIOUNI, M. Cherif. Legal control of international terrorism: a policy-oriented assessment. *Harvard International Law Journal*. Cambridge. v.43. n.1. 2002.

BIANCHI, Giorgio. Genocídio. In: *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Unb. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

CASESSE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

GIL GIL, Alícia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, n. 110).

LIMA, Renata Mantovani de; COSTA BRINA, Marina Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MALHEIRO, Emerson. *A ausência de definição do crime de agressão no Estatuto de Roma*. Disponível em: <<http://emersonmalheiro.blogspot.com/2008/06/ausncia-de-definio-do-crime-de-agresso.html>>. Acesso em: 7 jan. 09.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 54.

MELLO, Celso Renato D. Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 103.

MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado).

REZEK, José Francisco. A Constituição Brasileira e as normas de direito internacional humanitária. In: *Direito internacional humanitário*. Brasília: IPRI, 1989.

RUIZ, Fernanda; ALMEIDA, Daniel Freire e. *O julgamento de atos de terrorismo pelo Tribunal Penal Internacional*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 44, p. 139-156, set./ dez. 2005. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2009.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SUN TZU. *A arte da guerra*. São Paulo: Cultura, 1994.

VERHAEGEN, Jacques. *Les crimes internationaux et le droit pénal internationale*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60. Toulouse: Érès, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1

- [1] VERHAEGEN, Jacques. *Les crimes internationaux et le droit pénal internationale*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60. Toulouse: Érès, 1989, p. 127.
- [2] SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 21.
- [3] CASESSE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23.
- [4] CASESSE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 24.
- [5] MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5. In: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 14-15.
- [6] MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5. In: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 14-15.
- [7] AMBOS, Kai. *La parte general de Derecho Penal: bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, 2005, p. 44 e ss.
- [8] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 143.
- [9] GIL GIL, Alícia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999. p. 67.
- [10] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 20.
- [11] GIL GIL, Alícia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999. p. 68.
- [12] AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7.
- [13] AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100/101.
- [14] SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 190.

- [15] WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 92.
- [16] SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 13.
- [17] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 220.
- [18] LIMA, Renata Mantovani de; COSTA BRINA, Marina Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106.
- [19] BIANCHI, Giorgio. *Genocídio*. In: *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Unb. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 543.
- [20] SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 30 e 35.
- [21] ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal: delicta iuris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 112-113.
- [22] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 234.
- [23] JARDIM, Tarciso Dal Maso. *O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, n. 110, pp. 15-33).
- [24] LIROLA DELGADO; MARTIN MARTÍNEZ. *apud* JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 240.
- [25] LIROLA DELGADO; MARTIN MARTÍNEZ. *apud* JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 241.
- [26] LIROLA DELGADO; MARTIN MARTÍNEZ. *apud* JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 242.
- [27] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 54.
- [28] MELLO, Celso Renato D. Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 103.
- [29] REZEK, José Francisco. *A Constituição Brasileira e as normas de direito internacional humanitária*. In: *Direito internacional humanitário*. Brasília: IPRI, 1989, p. 92.

[30] SUN TZU. *A arte da guerra*. São Paulo: Cultura, 1994.

[31] MELLO, Celso Renato D. Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 103.

[32] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 44.

[33] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 45.

[34] JARDIM, Tarciso Dal Maso. *O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos*. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, n. 110, p. 26). In: MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 55.

[35] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 55-56.

[36] MALHEIRO, Emerson. *A ausência de definição do crime de agressão no Estatuto de Roma*. Disponível em:

< <http://emersonmalheiro.blogspot.com/2008/06/ausncia-de-definio-do-crime-de-agresso.html>>. Acesso em: 7 jan. 09.

[37] JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 52.

[38] BASSIOUNI, M. Cherif. *Legal control of international terrorism: a policy-oriented assessment*. *Harvard International Law Journal*. Cambridge. v.43. n.1. p.83-103. 2002.

“Terrorism has existed, in one form or another, in many societies for as long as history has been recorded. The differences between its various manifestations, however, have been as to methods, means, and weapons. As the means available to inflict significant damage to society improve, the harmful impact of terrorism increases. And as weapons of mass destruction become more accessible, the dangers to the world community increase”.

[39] RUIZ, Fernanda; ALMEIDA, Daniel Freire e. O julgamento de atos de terrorismo pelo Tribunal Penal Internacional. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 44, p. 139-156, set./ dez. 2005. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2009.

A FORMAÇÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA: CRISTIANISMO E DEMOCRACIA NA DECLARAÇÃO DE ROBERT SCHUMAN

THE FORMATION OF THE EUROPEAN COMMUNITY: CHRISTIANITY AND DEMOCRACY IN THE DECLARATION DE ROBERT SCHUMAN

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

RESUMO

O artigo busca demonstrar a convergência existente entre o pensamento democrata-cristão e sua influência no processo de unificação da Europa, através da aproximação dos discursos proclamados pelos políticos fundadores da Comunidade Européia, essencialmente protagonizada por líderes católicos e aliados ao Partido Democrata Cristão. Para tanto, procura-se, em um primeiro momento ilustrar os valores e idéias que deram origem à formação do pensamento de dirigentes europeus como forma de garantir a paz duradoura através da união político-econômico. Posteriormente, analisa-se o pensamento da doutrina social cristã na construção da ordem justa e do bem comum. Finalmente, realiza-se uma aproximação entre a Declaração de maio de 1950, como uma herança de Robert Schuman e de Jean Monnet que constitui um método que permite consolidar os fundamentos da Europa, e as instituições comunitárias envolvidas pelos ideais democrata-cristãos.

PALAVRAS-CHAVES: COMUNIDADE EUROPÉIA. CRISTIANISMO. DEMOCRACIA

ABSTRACT

This paper is intended to demonstrate the existing convergence between Christian-democratic thinking and its influence on the process of unification of Europe by bringing close together the discourses held by the politicians who founded the European Community, with the catholic leaders and allies of the Christian Democratic Party as protagonists. To achieve this goal, the first step is to illustrate the values and ideas that gave rise to the development of the European leaders' thinking as a means of guaranteeing permanent peace through political and economic union. A second step consists in analyzing the social-Christian doctrine thinking regarding the construction of a just order and commonwealth. Finally, the paper brings together the May 1950 Declaration as a legacy of Robert Schuman and Jean Monnet, constituting a method that enables the consolidation of the European premises, and the community institutions involved with the Christian-democratic ideals.

KEYWORDS: EUROPEAN COMMUNITY; CHRISTIANISM; DEMOCRACY.

INTRODUÇÃO

A formação da Europa revestiu-se pela influência do pensamento de políticos e estrategistas democrata-cristãos, considerados os principais atores e condutores do processo de unificação do continente europeu. Assim, ao aproximar os discursos proclamados pelos políticos que durante séculos viram a Europa ser o palco de freqüentes guerras sangrentas, verifica-se que a trajetória dos fundadores da Comunidade Européia foi conduzida por idéias que deram origem à formação do pensamento de dirigentes europeus como forma de garantir a paz duradoura através da união político-econômica.

Dentre os personagens de maior importância, destaca-se o francês e estrategista Jean Monnet, o ministro francês dos negócios estrangeiros Robert Schuman, o chanceler alemão Konrad Adenauer, o primeiro ministro italiano Alcide de Gasperi, todos católicos, sendo que os três últimos eram também líderes de partidos políticos católicos (Partido Cristão-Democrata) nos seus países de origem.

O contexto anunciado não pretende traçar paradigmas com os demais processos de integração existentes no âmbito internacional, mas de ilustrar os valores e ideais cristãos que moldaram a construção da Comunidade Européia, e analisar o pensamento da doutrina social cristã e a Declaração de maio de 1950 como instrumentos para a criação e consolidação das instituições comunitárias.

1 O NASCIMENTO DE UMA IDÉIA

Em seu conceito geo-cultural, a Europa vai do Atlântico aos Urais e está mergulhada nas tradições greco-romanas e judaico-cristãs. Foi da decomposição do Império Romano, e sob a égide de Roma, que se molda a cultura européia.

Jorge de Jesus Ferreira Alves salienta que,

Após a Paz de Vestfália (1648), dissociam-se, paulatinamente, os conceitos de Cristandade e Europa. A Europa apresenta-se como um conjunto de Estados, com interesses próprios em permanente antagonismo. Contrariamente aos políticos, o filósofo alemão Leibnitz pugnava pela ‘unidade européia como uma necessidade em si mesma’. Kant propõe um ‘congresso permanente de Estados’, simples ‘união voluntária a todo o tempo revogável’. [1]

A questão da paz, de sua propagação e sua manutenção representa um elemento central do debate sobre a situação política do continente e sobre as possibilidades de remediá-la. Diferentes projetos visando estabelecer uma paz perpétua, não podendo deixar de mencionar o movimento União Pan-Européia, liderado por Conde Condohove-Kalergi

que propõe em setembro de 1929, a criação de um laço federal entre os Estados europeus sem por em causa a sua soberania.[2]

O movimento para a integração europeia lançados por Richard de Coudenhove-Kalergi, caracterizado por seu dinamismo em prol da Europa durante as duas grandes guerras “prevê uma realização gradual da União pan-europeia fazendo a reconciliação franco-alemã, necessária para a manutenção da paz, o pilar desta organização”[3].

Para Fabrice Larat,

Duas preocupações principais surgem quando se trata do aparecimento desta idéia como projeto político e intelectual: a busca da paz e os mecanismos capazes de evitar os conflitos que agitaram a história do continente; a consciência da existência de uma unidade que transcende o pluralismo político, social, cultural e religiosos existente na Europa. [4]

A vontade de dotar o continente europeu de estruturas de cooperação capazes de garantir a segurança coletiva e a prosperidade econômica é anterior às propostas das organizações fundadas após 1945. A idéia da Europa é muito mais antiga e pode-se encontrar muito de seus traços nos séculos precedentes.

Na segunda metade do século XIX, a vontade de ultrapassar o nacionalismo, combinado com a idéia de solidariedade entre os povos, favorece a expansão dos ideais federalistas.

A formação de uma federação europeia capaz de assegurar a paz e a prosperidade figurava no programa de numerosas organizações. O aumento do nacionalismo que ganha espaço após a Primeira Guerra Mundial, assim que a facilidade com as massas e elites se deixam seduzir pelos reflexos *bellicistes* relançam a reflexão, embora de maneira ainda mais polarizada.[5]

A idéia de uma União Europeia foi relançada por Winston Churchill, num discurso pronunciado em setembro de 1946, na Universidade de Zurique[6]. O político britânico propõe a criação de uma estrutura regional denominada ‘Estados Unidos da Europa’, cujo projeto já havia sido executado na América em 1776.

Em agosto de 1947, ocorre em Montreux, o Congresso da União Europeia dos Federalistas. Nesta ocasião, proclama-se que, partindo dos princípios do federalismo, é possível entrar imediatamente na via de uma organização europeia supranacional aberta a todos os povos. Em dezembro do mesmo ano as organizações unionistas e federalistas reúnem-se no âmbito de um comitê internacional de coordenação dos movimentos para a unificação da Europa.

Sob a organização do comitê de coordenação internacional dos movimentos para a unificação da Europa, reúne-se em Haia, em maio de 1948, o Congresso Europeu. Presidido por Winston Churchill e na presença de 800 delegados os participantes recomendam a criação de uma Assembléia deliberativa europeia e de um Conselho

Europeu[7] especial encarregado de preparar a integração econômica e política dos países europeus. Preconizaram igualmente a adoção de uma Carta dos Direitos do Homem e a criação de um Tribunal de Justiça com vista a assegurar a sua aplicação.

Assim, a idéia de uma Europa unida iniciou apenas como um sonho de filósofos e visionários[8], no entanto, foi das cinzas dos países abalados pelos dois trágicos conflitos que avassalaram o continente na primeira metade do século XX, que surgiu a esperança de acabar com os antagonismos nacionais e a lançar as bases de uma paz entre os antigos inimigos.

Para Renaud Muselier,

Durante séculos, a Europa foi teatro de guerras tão freqüentes quanto mortíferas. Entre 1870 e 1945, a França e a Alemanha enfrentaram-se por três vezes em assustadores conflitos. Depois da segunda guerra mundial e no contexto da guerra fria, vários dirigentes europeus – Jean Monnet e Robert Schuman na França, Konrad Adenauer na Alemanha, Alcide de Gasperi na Itália – adquiriram então a convicção de que a única maneira de garantir uma paz duradoura entre seus respectivos países era unindo-os economicamente e depois politicamente.[9]

Depois da Segunda Guerra Mundial surgem as condições para se realizar as idéias de unidade. “Parece que tudo estava escrito na estrela, mas nos anos sucessivos da guerra, a Europa encontrava-se dividida em dois blocos, a parte oriental hegemônica da URSS e aquela ocidental na esfera de influência estadunidense”[10]

Entre 1945 e 1950, vários dirigentes europeus convenceram-se de que a única forma de garantir uma paz duradoura entre os seus países era uní-los simultaneamente a nível econômico e político. Empenharam-se, então, em convencer seus povos a implementarem uma nova Europa Ocidental, construída com base nos interesses comuns dos seus povos e nações e baseada em tratados que garantissem o primado da lei e a igualdade das nações.

Para alguns políticos europeus, sobretudo franceses, alemães, italianos e belgas, o único modo de evitar a contradição dos nacionalismos e da hegemonia de uma potência extra-européia era a união entre os maiores Estados do continente no âmbito de um projeto destinado a concluir-se coma criação dos Estados Unidos da Europa. “Os políticos que propunham este objetivo – Adenauer na Alemanha, Bidault e Schuman na França, De Gasperi e Storza na Itália, Spaak na Bélgica – possuíam muito em comum: governavam países destruídos, fracassados por uma guerra que anulou suas morais”.[11]

Partindo destes objetivos, Robert Schuman[12], contando com a colaboração de Jean Monnet[13], elaborou o Plano Schuman, tornando público em 9 de Maio de 1950[14], a proposta de criação de uma Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), visando o controle da produção de carvão e de aço, matérias-primas mais importantes para a produção de armamento. O Chanceler alemão Konrad Adenauer[15] também aderiu às iniciativas vislumbrando a oportunidade de pacificar a Europa. Pouco depois, os governos da Itália, da Bélgica, do Luxemburgo e dos Países Baixos também reagiram favoravelmente.

Deste projeto nasceu, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) composta por: Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Os seis países vieram a assinar o acordo constitutivo da Comunidade Européia, em Paris, em abril de 1951.

O poder decisional sobre as indústrias do carvão e do aço nestes países foi colocado sob uma autoridade comum, um órgão independente e supranacional denominado 'Alta Autoridade', presidido, na oportunidade, por Jean Monnet. Assim sendo, as matérias-primas da guerra (produção de carvão e de aço) da França e da República Federal da Alemanha, outrora inimigos, transformavam-se em instrumentos de reconciliação e de paz.[16]

Os resultados obtidos levaram os países decidiram integrar outros setores das suas economias, suprimindo os obstáculos comerciais, construindo um 'mercado comum'. Assinaram, então, em março de 1957, o Tratado de Roma, que criou a Comunidade Européia da Energia Atômica (EURATOM) e a Comunidade Econômica Européia (CEE). A partir de 1967, as instituições das três Comunidades Européias fundiram-se, passando a existir uma única Comissão e um único Conselho de Ministros, bem como o Parlamento Europeu.

Mario Toso frisa que,

A Europa unida está em transformação. Formou-se primeiramente o corpo, como queriam os pais fundadores. No entanto, se trata de dar-lhe uma alma mais profunda e consciente. A solidariedade, sobretudo como virtude, pode revigorar o projeto europeu fornecendo-lhe um espírito universal, vivificador e orientador. O perigo, de fato, é a falta de um espírito comum, de fraterna colaboração, e ainda, de um projeto mais claramente centrado nas pessoas e no povo.[17]

O continente europeu sofre ainda uma radical transformação com a queda do muro de Berlim, em 1989, e com a reunificação da Alemanha em outubro de 1990. A seguir à implosão do império soviético, em 1991, os países da Europa Central e Oriental, submetidos durante décadas ao autoritarismo do Pacto de Varsóvia, decidiram muito naturalmente que a matriz do seu futuro residia no seio da família das nações democráticas européias.

A iniciativa da Declaração de Schuman marcou o início de mais de meio século de cooperação pacífica entre os Estados-membros das Comunidades Européias, e tendo em vista uma melhor preparação da Comunidade em enfrentar as mudanças do cenário internacional, que se viabilizou uma nova reforma dos Tratados, culminando, em fevereiro de 1992, com a assinatura do Tratado da União Européia (TUE), também conhecido como Tratado de Maastricht[18], que reforçou essa integração política e introduziu novas formas de cooperação entre os governos dos países-membros, nas áreas da política externa e da segurança comum, da defesa ou da justiça e dos assuntos internos.

As últimas décadas de evolução mostram que os membros da União Européia passaram, progressivamente, da cooperação intergovernamental a um sistema comunitário

integrado e adotaram um processo paulatino de adesões que ampliou o espaço de integração das Comunidades com a aproximação de novos Estados-membros.[19]

Nas palavras de Karine de Souza Silva,

A megaestrutura das Comunidades materializou-se sob o corpo de uma organização internacional *sui g nesis*, distinta daquelas de corte clássico até então conhecidas. Apresenta peculiar estrutura, dotada de institui es próprias que, ao lado dos Estados-membros, compartilham a titularidade de um intrincado sistema de divisão de competências, que lhes confere poder para traçar políticas supranacionais que servem de base para a concretiza o de uma ampla união. [20]

Atualmente a União Européia[21] possui uma moeda única, uma união econômica e monetária e pode ser considerada a maior união multinacional e multilingu stica do mundo. Todavia,   preciso levar em conta não somente os desafios extra-bloco[22], mas sobretudo os desafios internos, a partir da diferença de desenvolvimento econ mico entre o grupo dos 15 velhos membros e o grupo dos 10 novos membros, e a batalha ideológica e política entre quem quer defender ainda a própria soberania e quem cr  no ideal comunitário, debate que torna longe a adesão de uma política externa e de defesa comum e o reconhecimento da União como um sujeito e ator no âmbito internacional.

2 A DEMOCRACIA CRISTÃ

Durante todo o percurso da história, aparecem no cenário internacional grandes figuras católicas, que procuram repensar as novas situa es   luz do Evangelho, aplicando os princípios da tradi o   elabora o de uma nova disciplina que viria a ser conhecida mais tarde como ‘Doutrina Social da Igreja’.

A visão pacifista proposta pelo Abade de Saint-Pierre[23] ainda no século XVII com o *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa* consiste na apresenta o da sociedade européia como sendo a única garantia de paz perpétua nos Estados dos príncipes cristãos como fora deles. Ao registrar o sonho de ver a Europa unida, o Abade menciona que “os sábios e os santos sem d vida desejarão o sucesso desse novo Sistema do mundo político, por ser compatível com a virtude, a razão e os interesses da justiça, da verdade e da caridade”[24].

Em 1891 o Papa Leão XIII, preocupado com a questão operária, publica a Enc lica *Rerum Novaru*[25], “o texto da enc lica   em substância uma rejei o das conseq ncias do liberalismo econ mico”[26], tais palavras defendiam o dever do Estado em garantir os direitos dos operários, entre os quais sublinha a importância do seu direito de criar sindicatos para reivindicar a realiza o de seus legítimos interesses.

Ao mencionar a Enc lica, Jean Vilain afirma que,

Não é portanto sem interesse sublinhar que a *Rerum Novarum* não apareceu na Igreja por uma espécie de geração espontânea; se considerando-se a gravidade dos acontecimentos que se desenvolviam havia mais de meio século no campo social, pode-se lamentar que a sua promulgação tenha sido tão tardia, deve-se pelo menos reconhecer nela um documento amadurecido durante longos anos e que, também em consequência dos trabalhos que a prepararam, nos traz o pensamento profundo da Igreja sobre o liberalismo econômico do século XIX.[27]

Leão XIII não só rejeita o socialismo e responsabiliza o capitalismo pela questão social, mas propõe uma verdadeira política social que inspirou toda a geração trabalhista contemporânea.

Influenciados pelos pensamentos da ‘Doutrina Social da Igreja’, que surge, em 1895, o primeiro sindicato cristão na Alemanha. De sua evolução nascem os partidos populares, com suporte nos sindicatos e grande base eleitoral.

Em 1896 o Abade Six, na França, descreve pela primeira vez os fundamentos da ação política da Democracia Cristã, considerada a corrente de pensamento político que tem como base os princípios do Cristianismo, através do caminho democrático, que consiste em: Governar-se para o povo; representação nacional e proporcional; descentralização do poder; conceder autonomia às províncias; organização e normatização da economia, e; estimular a sindicalização dos trabalhadores.

Na visão de Ignácio Delogu,

A Igreja católica, que havia desempenhado um papel não secundário na afirmação dos regimes fascistas na Europa e cuja diplomacia havia pesado em certa medida na fase precedente ao conflito e na inicial do esmo, não pesou igualmente no curso das tratativas para a solução dos problemas que a vitória dos Aliados tinha suscitado. É natural que o papel da diplomacia vaticana não tenha estado totalmente ausente ou destituído de efeitos.[28]

Os anos vinte e trinta foram para a Democracia cristã os de experimento da vida democrática, sobretudo nos países em que antes da guerra existiam potentes partidos católicos. Foram, ainda, os anos que surgiram novos partidos democratas-cristãos fundados no populismo e no pensamento de grandes filósofos católicos e de aprofundamento da Doutrina Social da Igreja.

Jean-Dominique Durand destaca os propósitos da Democracia cristã de combater,

o nacional-populismo de ideologia simplificada, muito ativa nos países comunistas, mas ainda na Europa ocidental; a crise do Estado social; o papel a pessoa humana na sociedade e afirmação de uma cultura de vida; a pobreza e a desocupação; a migração internacional que sempre pesa mais em alguns nacionais europeus; uma construção européia que se revela cada vez mais complexa; as descobertas genéticas, e manipulação da espécie humana.[29]

Na nova Europa imersa na Grande guerra é possível distinguir três tipos principais de experiências: dos partidos que se inseriram de maneira duradoura na sociedade democrática; dos partidos que haviam conhecido um sucesso extraordinário para depois desventuradamente dissolver-se; e enfim, dos movimentos que não a possibilidade de nascerem, bloqueado pelos regimes autoritários da Espanha, Portugal e Áustria.

Em 1918, ao final da Primeira Grande Guerra, surge na Itália o primeiro partido de inspiração Democrata Cristã (PPI). Em 1919 surge o fascismo na Itália, com Benito Mussolini, e em 1932 o Partido Nazista (Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães) alcança a maioria no congresso alemão e colocam Adolf Hitler^[30] no cargo de Chanceler. O mundo inicia o mergulho que o levará ao terror da Segunda Guerra Mundial, que se inicia em setembro de 1939 e vai até 1945. Com o fim da guerra e a derrubada desses regimes totalitários, a Europa, praticamente arrasada, precisa ser reconstruída, inclusive em seus sistemas políticos.

Jean-Dominique Durand lembra que,

Nos anos que seguram a Segunda Guerra Mundial, alguns partidos democratas-cristãos obtiveram o poder, em alguns, como na Alemanha e Itália, quase de modo duradouro, em outros de uma maneira mais provisória como na França, tendo representado um fato novo na vida política interna dos Estados em questão, mas também na evolução da Europa no seu conjunto, em razão do estreito vínculo entre estes e seus comuns empenhos na construção da Europa unida, e contribuíram também para acelerarem certas dinâmicas internas da Igreja católica.^[31]

A alteração da paisagem política se deu de forma tão impressionante que enquanto na Bélgica, Holanda e Alemanha o cristianismo já tinha revestido o papel de responsabilidade, o fenômeno representava na Itália e na França uma novidade absoluta.

Na Itália, após o liberalismo e o fascismo, a Democracia Cristã inaugurava em 1948 o que se definiu como a 'hegemonia católica', que permaneceu sem interrupção até 1992. Na França, o Movimento Republicano Popular (MRP) reunia cerca de um quarto do eleitorado em 1946, e Georges Bidault e Robert Schuman foram chamados para guiar a IV República de 1877 a 1939, após os católicos terem sido excluídos de todas as principais responsabilidades governativas.^[32]

Na Alemanha surge a União Democrata Cristã (CDU), um partido fundado por lideranças protestantes e católicas, onde se destacaram Konrad Adenauer^[33], Jakob Kaiser, Karl Arnold, Ernst Lemmer e, mais recentemente, Helmut Kohl. A Democracia Cristã Italiana trouxe como principal líder Alcide de Gasperi^[34], enquanto que na França se formava o Movimento Republicano Popular de François Mauriac. Foram esses partidos que lançaram, desde os primeiros tempos do pós-guerra, as bases para a Europa unificada dos dias de hoje, a partir da convicção de que a única maneira de garantir uma paz duradoura entre seus respectivos países era unindo-os economicamente e depois politicamente.

Em toda a Europa Ocidental e no Leste Europeu, mesmo sob a dominação do regime comunista, surgem partidos com fundamentação na democracia cristã, inclusive com papel destacado na derrubada da ‘Cortina de Ferro’[35], como foi o caso do partido polonês ‘Solidariedade’ de Lech Walensa.

No início de 1945 emergia, em grande parte a Europa ocidental, grandes partidos democratas-cristãos exercendo o poder de forma duradoura. O fenômeno era novo, pois, na primeira oportunidade, os democratas-cristãos abandonaram posições minoritárias que versasse sobre os aspectos políticos e eclesiásticos para tornar pólo de reagrupamento de sustento da Igreja católica.

Após as tentativas fracassadas dos governos de Hitler, Mussolini e Franco, o embaixador da Suécia no Vaticano, Lars Bergquist, lembrava que “devemos ter em conta que a UE foi fundada por católicos devotos, tais como Adenauer (alemão), Schuman (francês) e De Gasperi (italiano). Todos eles tinham como objetivo a união da Europa”[36].

Peter Sloterdijk,

Os anos finais da década de 1950 pertenceram mais e mais às mentalidades construtivas, nas quais uma abstrata devoção ao Ocidente contribuiu para o restabelecimento europeu tanto quanto neoclassicismos de toda espécie. Os anos 1960 viram surgir à luz uma nova saciedade, que criou o pano de fundo para novos riscos e novas certezas: os da democracia e do desenvolvimento industrial desenfreado.[37]

Nos anos que sucederam a Segunda Guerra Mundial, os partidos democratas cristãos se mostravam interessados em uma organização de âmbito internacional, fazendo surgir em 1947 as *Nouvelles équipes internationales* (NEI)[38]. “A denominação escolhida pela estrutura é significativa, neutra em sua forma como em seu conteúdo, especificada como ‘União Internacional dos Democratas-cristãos’, dos quais eram membros os partidos democratas-cristãos e algumas personalidades a título pessoal.”[39]

Seguindo este propósito, a criação das *Nouvelles équipes internationales*[40] e seu funcionamento seguiram uma etapa fundamental para a criação da Democracia cristã europeia, ao mesmo tempo em que se desenvolvia a integração do bloco europeu, a partir de declaração de Robert Shuman.

Na visão de Peter Sloterdijk a própria escolha das capitais da CE tornou visível os ideais pretendidos com a unificação, que o autor denomina como movimento ‘neo-europeu’.

A opção de Estrasburgo representou a vitória de uma ideologia do Ocidente que ansiava voltar às fontes da unidade dos francos abençoada pelo catolicismo romano, exatamente como haviam preconizado os ideólogos democratas-cristãos dos anos 50.[41]

Na visão de Ignazio Delogu, a Igreja perdeu grande influência no plano internacional durante a Segunda Grande Guerra e sobretudo após o término do conflito,

A Igreja católica, que havia desempenhado um papel não secundário na afirmação dos regimes fascistas na Europa e cuja diplomacia havia pesado em certa medida na fase precedente ao conflito e na inicial do mesmo, não pesou igualmente no curso das tratativas para a solução dos problemas que a vitória dos Aliados tinha suscitado. É natural que o papel da diplomacia vaticana não tenha estado totalmente ausente ou destituído de efeitos.[42]

No entanto é possível verificar que os líderes católicos das décadas centrais do século XX perceberam que os discursos materialistas representavam a negação da grandeza da dignidade humana. Singularmente os discursos coletivistas do totalitarismo, mas também as concepções da ordem política subordinadas às leis do mercado. Desses valores e idéias, nasceu na Alemanha a Economia Social do Mercado. O chamado ‘Estar do bem-estar’ e suas políticas de equilíbrio social e territorial surgiram com os governos do humanismo cristão [43].

3 A DEMOCRACIA E CRISTIANISMO PARA A EUROPA UNIDA

A condição na qual se desenvolve a ação política dos grupos democrata-cristãos após a Primeira Guerra Mundial, mudaram profundamente o plano político, bem como o plano eclesiástico. Cumpre mencionar que o primeiro conflito mundial conserva ainda traços da velha guerra dinástica que as classes dirigentes combatiam para ajustar equilíbrio e garantir poderes. Já a Segunda Guerra Mundial, foi, no entanto “‘total’ porque, combatida pelo povo que não propunham objetivos limitados e racionáveis, mas baseada na eliminação do adversário e na instauração de uma nova ordem”. [44]

A terrível crise moral, social, econômica e política provocada nos anos que sucederam a guerra foram caracterizados pela expansão dos aspectos formais da vida democrática, com um reforço do parlamentarismo, e mediante a sensível ampliação do sufrágio universal masculino.[45]

Este duplo fenômeno de expansão do parlamentarismo, seguido da retomada das discussões sobre do sistema parlamentar, determinaram as condições de existência totalmente nova para os democratas-cristãos.[46]

Se o cristianismo, em particular católico, puderam em um primeiro momento aprofundar a ampliação dos sistemas democráticos, foi em função dos acontecimentos de 1919[47], depois que ter fornecido seus esforços às forças bélicas, que se encontram fortemente integrados nas respectivas nações. Durante a guerra permaneciam em seus lugares, preparando a reentrada na sociedade através da conquista de outros credores e não credores em uma fraternidade de sofrimento.

No então, os dirigentes que tinham a intenção de fundar instituições internacionais incumbidas de organizar a paz vivenciavam a pesada herança do último meio século

sobre suas negociações, que os faziam lembrar de que não bastava uma idéia generosa para o êxito de suas propostas.

Ao tratar dos pressupostos históricos e ideais da democracia-cristã, De Gasperi assume que,

Nós tendemos a uma colaboração que é necessária para a consolidação da democracia, no entanto, nada pode contribuir mais para esta consolidação e renovação quanto a existência de uma Democracia cristã, preparada para enfrentar com entusiasmo todas as dificuldades e a assumir todas as responsabilidades que os demais se recusarem a compartilhar. Por isso, nossa formula é: buscar o maior número de aliados possíveis, agir na aliança com fé e compreensão.[48]

A interpretação oferecida pela Igreja, da guerra como catástrofe provocada pela apostasia geral e como fruto da sociedade materialista, conduz o cristianismo a assumir a sua própria responsabilidade. Depois da ‘horrrível carnificina’ e do ‘inútil estrago’, segundo a expressão do papa Benedito XV, “os católicos deveriam se empenhar na reconstrução da sociedade devastada e restaurar as relações internacionais sobre a base do princípio cristão da caridade reafirmado em 1920 com a encíclica *Pacem Dei múnus*.”[49]

A mesma personalidade dos pontífices constituíram um fator determinante para a evolução da Democracia cristã. A atenção de Pio X possui as pretensões dos democratas cristãos e a origem integralista de seu pontificado não se repetiu com Benedito XV, que deixou a democracia cristã livres de tomarem iniciativas.[50]

Pio XI observava que a posição dos laicos na sociedade um instrumento que deveria ser facilmente contornado pela Igreja, com a instauração do reino de Cristo. Na primeira encíclica do pontificado *Ubi arcano Dei*, de dezembro de 1922, onde salientava a intenção do papa de servir principalmente à uma ação católica reorganizada e concebida como um exército de batalha.

A carta ao episcopado lituano *Peculiari quadam* de junho de 1928, confirmou tal linha dotada, revelando a diferença no resguardo de alguns partidos políticos de matriz católica, motivada pela preocupação de Pio XI de que fossem evitadas confusões entre a atividade religiosa e a atividade política, no entanto, seu pontificado inserido no contexto das duas Guerras Mundiais e colocado de frente com o totalitarismo, não era favorável à Democracia cristã.

O balanço, no entanto, não foi negativo, levando em conta que o magistério do pontificado e a política aplicada resultaram reforçadas sobre o plano ideológico, com atualização da doutrina social com a publicação, em maio de 1931 da *Quadragesimo anno* “que constituiu para os democratas-cristãos um rico alimento, e a oposição internacional, com a condenação do nacionalismo exagerado, a defesa da paz”.[51]

Já o pontificado de Pio XII representava uma mudança na história da Democracia cristã. A mensagem natalina de 1942 e de 1944 o papa falou da ‘democracia verdadeira e sã’, colocando fim à estação aberta da *Graves de communi*. A democracia era

cuidadosamente acertada, cristã inspirada em princípios evangélicos e popular, e vale dizer, fundada na responsabilidade e na participação dos cidadãos. “A ação católica se configurava para Pio XII num elemento essencial para a reconquistar a sociedade de Cristo, mas, no contexto de uma sociedade democrática, assumira um papel de formadora de elite preparando os cidadãos a tomar consciência dos próprios direitos e deveres”.[\[52\]](#)

Nas palavras do Papa Pio XII, a realização e a urgência da unidade europeia enfrentavam dois obstáculos predominantes, um inerente á estrutura do Estado, e outro psicológico e moral.

O primeiro comporta uma série de problemas econômicos, sociais, militares e políticos. Os membros que desejam associar-se encontram-se em níveis diferentes, tanto no plano dos recursos naturais e do desenvolvimento industrial como no das relações sociais; só depois de ter assegurado meios de manter o equilíbrio do conjunto poderão estabelecer vida comum. Mas, ainda mais premente, avulta a exigência daquilo que se chama o espírito europeu, a consciência da unidade interna, fundada não sobre a satisfação de necessidades econômicas, mas sobre o usufruto de valores espirituais comuns, usufruto bastante evidente para justificar e manter a vontade firme de viver unidos.[\[53\]](#)

Várias eram as concessões de todos os Membros da Europa unida, desde a transferência de indústrias, readaptação da mão-de-obra, flutuações e dificuldades nos setores de produção. Tais eventualidades conduziam a incertezas de não haver uma compensação econômica breve, considerando que regiões não gozavam de nível de vida equilibrado. A opinião pública, nesse ínterim, constituía fator preponderante para que as nações não somente ficassem unidas, mas continuasse a se ajudar permanentemente.

Para Pio XII,

Se se buscam sólidas garantias para a colaboração entre países, como aliás para qualquer colaboração humana, no domínio privado ou público, nos círculos restritos ou no campo internacional, só os valores de ordem espiritual mostrarão ser eficazes, só eles permitirão triunfar das vicissitudes que as circunstâncias fortuitas, e mais freqüentemente a maldade dos homens não tardam em levantar. Entre nações como entre indivíduos, nada é duradouro sem verdadeira amizade.[\[54\]](#)

O respeito e o auxílio recíproco deveria ser reavivado, esclarecido sob todos os aspectos e difundido entre as massas, seria o conjunto de valores que cimentaria a Europa, evitando os perigos externos que a ameaçariam.

Neste contexto, a Europa unida propõe-se garantir a existência de cada um dos seus membros e a do todo por ele constituído; favorecer a prosperidade econômica, de modo que a sua potência política possa estar em condições de se fazer respeitar, como convém, no concerto das potências mundiais.

No entanto, além do fim econômico e político, a Europa unida deveria propor a afirmação e defesa dos valores espirituais, que constituem o fundamento e o sustentáculo da sua existência. O reforço da fé cristã autêntica, como base da civilização e da cultura, conduziria a Europa a conservar a integridade de suas idéias perante os adversários.

Para De Gasperi,

A Igreja vive e se envolve na sua substancial permanência acima dos partidos e dos regimes políticos. Move-se sobre um outro plano. É um absurdo imaginar que essa dirija um partido ou assuma a responsabilidade de uma política interna ou internacional. Esta responsabilidade, na democracia, pertence ao Parlamento, mas as decisões responsáveis são tomadas a partir da consciência pessoal de quem delibera e de quem governa. Esta consciência é iluminada pela filosofia, amostra de um sentimento, inspirado em uma tradição.[55]

Nas palavras de Romano Prodi, “ser cristão na política não significa ter o monopólio do cristianismo (...) é nosso dever de cristão ser o fermento da massa. A presença deste fermento nos diversos corpos políticos é o símbolo da maturidade da sociedade na qual vivemos”[56].

A propósito, Pio XII alerta para o fato de que,

Nunca porém qualquer materialismo se mostrou meio apto para implantar a paz, sendo esta, antes de mais, atitude de espírito e, só secundariamente, equilíbrio de forças externas. (...) a paz segura e estável é sobretudo problema de unidade espiritual e de disposições morais (...) a presente condições de coisas não melhorará, se todos os povos não reconhecerem os comuns fins espirituais e morais da humanidade, se não se ajudarem uns aos outros a atingi-los.[57]

A união continental entre povos, diferentes entre si, mas geograficamente e historicamente ligados uns aos outros, estava nas mãos dos políticos cristãos, que tinham a missão de ressaltar o cristianismo como forma de união pacífica dos povos.

4 A DECLARAÇÃO SCHUMAN DE 9 DE MAIO DE 1950

Durante o período que compreendeu as negociações sobre a fundação do Conselho da Europa e o início das atividades em Estrasburgo, os grupos europeístas multiplicaram os pedidos de criação de uma união mais ou menos federal que seria ativa no âmbito político, econômico e militar.[58]

Estas demandas foram atendidas com as proposições feitas pelo novo ministro francês, Robert Schuman que, na declaração de 9 de maio de 1950, apresenta um plano audacioso para a realização de uma Comunidade Européia. Este projeto retomou uma idéia desenvolvida pelo estrategista Jean Monnet, que idealizou e elaborou as bases do Plano Schuman, convenceu os líderes franceses e alemães a adotá-lo e dirigiu a Comissão Européia nos seus primeiros anos, pavimentando o caminho para o Tratado de Roma.

Na sua autobiografia, Monnet recordar o argumento que, em 1950, o conduziu a formular o Plano Schuman,

Se pudéssemos eliminar em nosso país o receio da dominação industrial alemã, o maior obstáculo para a união da Europa estaria suprimido. Uma solução que colocaria a indústria francesa na mesma base de partida que a indústria alemã, e ao mesmo tempo liberando esta das discriminações surgidas da derrota, restabeleceria as condições econômicas e políticas de um entendimento indispensável à Europa. Bem mais, poderia ser o fermento da unidade européia.[59]

Entre as primeiras linhas da declaração redigida por Jean Monnet e proferidas à imprensa por Robert Schuman, Ministro dos Negócios Estrangeiros de França, em 9 de Maio de 1950 no Salon de l'Horloge do Quai d'Orsay, e que levou à criação de uma instituição européia supranacional, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, verifica-se o desejo dos estadistas de ver a paz e a solidariedade instaladas,

A paz mundial não pode salvaguardar-se sem uns esforços criadores, equiparados aos perigos que a ameaçam.

A Europa não se fará de uma só vez, numa obra de conjunto, far-se-á graças a realizações concretas que crêem em primeiro lugar numa solidariedade de fato.

O agrupamento das nações européias exige que a oposição secular entre França e Alemanha seja superada, pelo que a ação empreendida deve considerar em primeiro lugar França e Alemanha.

Com este fim, o governo francês propõe atuar de imediato sobre um ponto limitado mas decisivo: o governo francês propõe que a produção franco-alemã de carvão e de aço, seja submetida a uma alta autoridade comum, numa organização aberta aos restantes países da Europa.

A colocação das produções de carvão e aço em comum garantirá imediatamente a criação de bases comuns de desenvolvimento econômico, primeira etapa da federação européia e mudará o destino das regiões que durante tanto tempo se dedicaram ao fabrico de armas, das quais foram elas próprias as primeiras vítimas.

A solidariedade de produção pretendida, segundo se crê, faria com que qualquer guerra entre França e Alemanha não só resultasse impensável, mas também fosse materialmente impossível"[60]

Com a Declaração de Robert Schuman, os objetivos e métodos da Comunidade estavam desde então fixados, e os aperfeiçoamentos posteriores atingiriam o estilo e os mecanismos.

Os fundadores da União Européia tinham bem presente no seu pensamento os horrores das guerras que destruíram a Europa no século XX e, através do novo projeto, eles mesmos enunciaram o propósito de que nunca mais fosse possível uma guerra entre nações européias. “A rivalidade era decidida pela guerra que só resolvia o problema por certo tempo – o tempo de preparar a desforra.”[\[61\]](#)

Ao relatar os episódios que antecederam a elaboração da proposta final francesa de 9 de maio, Jean Monnet lembra que,

O essencial se encontrava nas cento e quatro linhas já redigidas, às quais só traziam pequenas mudanças, e mais precisamente nesta linha: “Pela reunião de produções de base e pela instituição de uma Alta Autoridade nova, cujas decisões ligarão a França, a Alemanha e os países que a ela aderirem, esta proposta assentará as primeiras fundações de uma federação européia indispensável à preservação da paz”. Pedi que essa passagem fosse sublinhada porque descrevia ao mesmo tempo o método, os meios e o objetivo daqui por diante indissociáveis. A última palavra era a palavra principal: paz.[\[62\]](#)

Fabrice Larat menciona como aspecto inovador,

A declaração traduzia uma mudança na política alemã e da França. Marcava a recusa das posições maximalistas e a tomada de consciência que a eliminação da oposição secular entre a França e a Alemanha passava pelo abandono das soluções tradicionais do tipo adotadas no Congresso de Versalhes e após 1945. Neste sentido, o plano Schuman concretiza a idéia lançada por W. Churchill em seu discurso de Zurich de 19 de setembro de 1946, segundo o qual, a aproximação franco-alemã seria o alicerce da construção européia.[\[63\]](#)

Nas palavras de Monnet, “a paz mundial não poderia ser salvaguardada sem esforços criadores à altura dos perigos que a ameaçam. A contribuição que a Europa organizada e viva pode dar à civilização é indispensável para a manutenção das relações pacíficas”[\[64\]](#).

Neste momento, concretizavam-se os sonhos do Abade de Saint-Pierre que em seu Sexto discurso dizia que,

Ao contrário, pode-se dizer que como tanto o desejo de melhorar quanto o receio de piorar são paixões naturais oriundas da origem primordial do homem, o próprio pecado contribui para a formação da União Germânica; e terão sido as paixões ordinárias, a

concupiscência e outras conseqüências do pecado original que mais contribuirão para formar a União Européia.[65]

Nota-se ainda, tanto no plano econômico, como no cultural, o processo de unificação das nações européias esteve sempre guiado pela matriz cristã e que, independentemente do laicismo juridicamente implantado, os pensamentos democrata-cristãos se adapta a sua personalidade, aos seus valores e a ética dos comportamentos dos povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sonho de uma sociedade mais coesa, baseada em princípios e não em interesses, estendeu-se também à estabilização política do universalismo cristão, começando pela integração européia, essencialmente protagonizada por líderes católicos, que creram firmemente na fraternidade entre os povos como garantia de justiça e de paz.

Os testemunhos de políticos católicos na Europa foram imprescindíveis para a preservação do sistema democrático e da própria pluralidade da vida pública, que não só atuaram sem renunciar a suas crenças, mas também participaram da vida pública como conseqüência do imperativo moral de que todo homem deve ser útil a seus semelhantes, constituem o requisito essencial à própria vida comunitária.

Os partidos democratas-cristãos tiveram em comum um patrimônio cultural e político importante, mas as especificidades nacionais também tiveram seu papel significativo na realização de uma união através de uma estrutura transnacional. Destarte, as etapas do processo não foram fruto somente do dinamismo interno, mas da conjuntura da integração européia.

A democracia cristã constitui, assim, a força política cuja identidade provinha da inspiração evangélica e da Doutrina Social da Igreja católica sem ignorar a ética social protestante: formação europeísta e centrista entre os social-democratas, os liberais e os conservadores.

A queda do comunismo, o sucesso da política democrata-cristã, o processo de secularização que altera a base cristã social, trazem a dispersão dos cristãos no palco dos combates políticos, com uma diluição dos programas e nas ações dos esquerdistas, revelando a renovação do radicalismo cristão.

Desta forma, as bases da declaração de Robert Schuman de 9 de maio de 1950, proposta do estrategista Jean Monet, responde aos anseios e os ideais dos políticos, que influenciados pelo pensamento democrata-cristão inauguram o plano audacioso de construção da Comunidade Européia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Lições de Direito Comunitário**. Vol. I, Coimbra, 1992.

CHINICO, Michael. **Pio XII e os problemas do mundo moderno**. Tradução e adaptação de P. José Marins. São Paulo: Melhoramentos, 1961.

CORSINI, Umberto; KONRAD, Reppen (Coord.). **Konrad Adenauer e Alcide De Gasperi**: due esperienze di rifondazione della democrazia. Bologna: Mulino, 1984.

DE GASPERI, Alcide. **Discorso politici**. Milão: Edizioni Cinque Lune, 1969.

DELOGU, Ignazio. Empenho comum pela paz. In: GOZZI, Mario (Att. al). **Diálogo pôsto à prova**: debate entre os seguintes católicos e comunistas italianos. Tradução de Fausto Ricca. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

DURAND, Jean-Dominique. **Storia della democrazia Cristina in Europa**: dalla Rivoluzione francese al postcomunismo. Milão: Guerini e Associati, 2002.

FABRO, Nando. Do 'manifesto dos comunistas' à 'pacem in terris'. In: GOZZI, Mario (Att. al). **Diálogo pôsto à prova**: debate entre os seguintes católicos e comunistas italianos. Tradução de Fausto Ricca. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

LARAT, Fabrice. **Histoire politique de l'intégration européenne**. Paris: La documentation française, 2003.

MAMMARELLA, Giuseppe; CACACE, Paolo. **Storia e politica dell'Unione europea (1926-1999)**. Roma: Editori Laterza, 2000.

MONNET, Jean. **Memórias**. Tradução de Ana Maria Falcão. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

MUSELIER, Renaud. As integrações européia e centro-americana: uma visão francesa desses fatores de estabilidade. **Embaixada da França no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/abr/atualidades/america-latina9.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2005.

OLIVEIRA, Maria Odete de. **Relações internacionais**: estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **União Européia**: processo de integração e mutação. Curitiba: Juruá, 2002.

ROMANO, Sergio. **Disegno della storia d'Europa dal 1789 al 1989**. Milão: Editori Associati S.p.A., 2005.

SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projeto para tornar a paz perpétua na Europa**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Européia**: fontes, princípios e procedimentos. Ijuí: Unijuí, 2005.

SLOTEDIJK, Peter. **Se a Europa despertar**: reflexões sobre o programa de uma potência mundial ao final da era de sua letargia política. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

TASSINARI, Guido. **L'Unione europea**: La storia, le istituzioni, le politiche, la Costituzione: com'è l'Europa oggi e come sarà domani. Milão: Alpha Test, 2005.

TOSO, Mario. **Umanesimo sociale**: viaggio nella Dottrina Sociale della Chiesa e dintorni. Roma: Libreria Ateneo Salesiano, 2001.

YCRE, Jean-Michel. *Lês sources catholiques de l'ordoliberalisme allemand: Röpke et la pensée catholique sociale allemande*. In: COMMUM, Patricia. **L'ordoliberalisme allemand**: aux sources de l'économie sociale de marche. Cergy-Pontoise: CIRAC, 2003.

[1] ALVES, 1992, p. 16-17. A Paz de Vestfália, além de ter mudado a compreensão de que os Estados da Europa deveriam ser unidos na base de princípios formais de coexistência e tolerância mútua, em vez de uniões políticas ou religiosas, propiciou o seguinte: a) difusão da idéia de uma Europa de multiplicidade de Estados independentes e de require de seus numerosos constituintes não mais que um nominal aos simples interesses do santo Império Romano, reconhecendo o direito dos príncipes e das cidades de seguirem livres e independentes as políticas externas, concluírem tratados, trocarem representantes diplomáticos e de fazerem a guerra; b) rejeição à ortodoxia religiosa; c) representação de Estados nas discussões da Conferência Geral da Paz, criando a presunção de que as matérias diretamente importantes a algumas das partes poderiam ser, também, a preocupação geral de todas as partes. In: OLIVEIRA, 2004, p. 135-136.

[2] Bentham, Pierre Dubois, Erasmo de Roterdão, Saint-Simon e Proudhon, também podem ser considerados precursores do projeto europeu. Já neste século, os encarnadores do ideal europeu foram o Conde de Kalergi, Aristide Briand e Gustav Stresemann. Todos eles são defensores duma aliança entre os dois inimigos ancestrais: a Alemanha e a França. In: ALVES, 1992, p. 17.

[3] MAMMARELLA, CACACE, 2000, p. 5.

[4] LARAT, 2003, p. 17.

[5] LARAT, 2003, p. 18.

[6] Fragmentos do discurso de Winston Churchill na Universidade de Zurique: “Gostaria de falar, hoje, do drama da Europa (...) Entre os vencedores só se ouve uma Babel de vozes. Entre os vencidos não encontramos mais do que silêncio e desespero (...) Existe um remédio que, se fosse adotado global e espontaneamente, pela maioria dos povos dos numerosos países, poderia, como por milagre, transformar por completo a situação e fazer toda a Europa, ou a maior parte dela, tão livre e feliz como a Suíça dos nossos dias. Qual é esse remédio soberano? Consiste em reconstituir a família européia ou, pelo menos, enquanto não podemos reconstruí-la, dotá-la de uma estrutura que lhe permita viver e crescer em paz, em segurança e em liberdade. Devemos criar uma espécie de Estados Unidos da Europa. (...) Para realizar esta tarefa urgente, a França e a Alemanha devem reconciliar-se”.

[7] É uma organização essencialmente política criada pelo tratado de Londres de 5 de maio de 1949. O Conselho Europeu é a mais antiga das organizações européias. Seus Estatutos prevêm a defesa dos valores democráticos, dos valores espirituais e morais da civilização greco-romana-cristã. In: ALVES, 1992, p. 19.

[8] Victor Hugo (1802-1885) e Emile Zola (1840-1902) entre outros importantes escritores do século XIX reforçaram o movimento humanista da integração. Os ideais da paz, unidade, destino solidário dos povos e das nações também foram proclamados pelo filósofo Immanuel Kant (1724-1804), em sua obra *À Paz Perpétua*, mediante a proposta de criação de uma Federação Universal e um Governo Supranacional, eficientes e democráticos, como mandamento primeiro de autonomia da razão e da lei moral sobre a violência do homem sobre o homem. In: OLIVEIRA, 2002, p. 84.

[9] MUSELIER, 2003.

[10] TASSIRANI, 2005, p. 21.

[11] ROMANO, 2005, p. 205.

[12] Robert Schuman, (1886-1963) foi Ministro dos Negócios Estrangeiros da França entre 1948 e 1952. Originário da região da Alsácia, na fronteira entre a França e a Alemanha, apesar das suas experiências na Alemanha nazi (ou talvez devido a elas) compreendeu que a base da união da Europa consistia numa reconciliação duradoura entre a França e a Alemanha.

[13] Como consultor econômico e político francês Jean Monnet (1888-1979) dedicou a sua vida à causa da integração européia, tendo sido o inspirador do “Plano Schuman” que previa a fusão da indústria pesada da Europa Ocidental. Monnet era oriundo da região de Cognac, em França.

[14] Reconhecendo a importância da data para o início do processo de construção européia, os chefes de Estado e de Governo decidiram, na Cimeira de Milão de 1985, consagrar o dia 9 de Maio como o Dia da Europa.

[15] Konrad Adenauer (1876-1967) iniciou sua carreira durante a República de Weimar, sendo que de 1921 a 1933 foi presidente do Conselho de Estado prussiano. No final da guerra, com 70 anos, passou a dirigir um partido pequeno e pouco conhecido: A União

Cristã-Democrata (CDU). A 15 de Setembro de 1949, foi eleito pelo Parlamento, chanceler da recém nascida República Federal da Alemanha.

[16] O projeto de unificação proposta pelos políticos europeus prosseguiu gradualmente as etapas, sendo que a primeira delas se deu com a Comunidade do Carvão e do Aço, constituída em junho de 1950, “que demonstra o quanto é ainda difusa na Europa a de exagerada opinião de que as principais razões do conflito fosse a caça aos recursos naturais da parte das maiores potências do continente” In: ROMANO, 2005, p. 205.

[17] TOSO, 2001, p. 318.

[18] O Tratado da União Europeia assinado em Maastricht, entra em vigor em 1 de Novembro de 1993 e a CEE passa a ser denominada como Comunidade Europeia. Integrando no sistema comunitário um regime de cooperação intergovernativa para alguns setores, o novo tratado institui a União Europeia (EU) e atribui aos Estados-membros uma série de ambiciosos objetivos: uma união econômica e monetária a partir de 1999, a cidadania europeia e uma nova política comum; a política externa e de segurança comum (PESC), e de segurança interna. In: TASSANARI, 2005, p. 24.

[19] Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grécia, Portugal, Espanha, Áustria, Suécia e Finlândia quem até 2003, formaram a chamada *Europa dos quinze*. A Comunidade Europeia chegou em 2004 com 25 membros, após a maior ampliação de sua história por conta da adesão de Chipre, Estônia, Hungria, Polónia, República Checa, Eslovênia, Letónia, Lituânia, Malta e Eslováquia.

[20] SILVA, 2005, p. 36-37.

[21] O que se chama, hoje, de União Europeia, surgiu em 1957 como Mercado Comum Europeu, acordo firmado entre seis países da Europa ocidental, integrados à ordem capitalista e à Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), que celebraram sua integração econômica por meio do Tratado de Roma.

[22] Guido Tassinari descreve dois exemplos de desafios que podem surgir: os econômicos (à exemplo da potência chinesa) ou os culturais (à exemplo a pressão exercida pelos países islâmicos de aparente matriz religiosa que tem perturbado a estabilidade e a segurança da potência ocidental). In: TASSINARI, 2005, p. 27.

[23] Charles Irénée Castel de Saint-Pierre viveu entre 1658 e 1743. Foi influenciado pela corrente pan-europeia; pela *República Cristã* de Pierre Dubois (século XIV) ; pelo *Congregatio concordiae* do rei Podiebrad (século XIV); pelas *Economias reais* de Sully, atribuída ao próprio rei Henrique IV (século XVII) ; pelo *Discurso das ocasiões e meios para estabelecer uma paz geral e a liberdade de comércio para todos* de Emeric Crucé de Lacroix (século XVII); pelas idéias de Leibniz ao propor, no final do século XVII, uma federação europeia sob a dupla autoridade de William Penn, que sugere a conclusão de um tratado perpétuo entre os soberanos europeus (1693). In: SAINT-PIERRE, 2003, prefácio de Ricardo Seitenfus, p. 24-25.

[24] SAINT-PIERRE, 2003, p. 265.

[25] É a Encíclica *Rerum Novarum* (Coisas Novas) que dá início a ‘Doutrina Social da Igreja’. Essa doutrina é um conjunto de documentos, em sua maioria encíclicas produzidas pelos papas, que tratam a constituição das bases de uma convivência humana digna.

[26] FABRO, 1968, p. 115.

[27] VILAIN *apud* FABRO, p. 114-115.

[28] DELOGU, 1968, p. 263.

[29] DURAND, 2002, p. 296.

[30] A máquina militar do Reich era ao mesmo tempo uma máquina constitucional e administrativa que transformava longa a sua estrada, e sem dúvida, a forma de política da Europa. O período entre 1939 e o pós-guerra não foram uma longa seqüência de acontecimentos militares, mas um laboratório político. In: ROMANO, 2005, p. 179-180.

[31] DURAND, 2002, p. 191.

[32] DURAND, 2002, p. 191.

[33] Presidente do Partido Democrata Cristão, Konrad Adenauer foi eleito chanceler da República Alemã Ocidental em 1949 e reeleito em três ocasiões, e integrou Alemanha na Comunidade Européia.

[34] Toda a política de De Gasperi pretendia definir o novo papel do Estado e da democracia italiana salvaguardando a autonomia de seu partido. In: DURAND, 2002, p. 217.

[35] Expressão criada, em 1946, pelo primeiro-ministro britânico Winston Churchill, para designar a política de isolamento adotada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e seus estados-satélites após a Segunda Guerra Mundial. Durante um discurso nos EUA, Churchill declara: "De Stettin, no Báltico, até Trieste, no Adriático, uma cortina de ferro desceu sobre o continente". Inicialmente, a Cortina de Ferro é formada pelas repúblicas da Rússia, Armênia, Azerbaidjão, Belarus, Estônia, Geórgia, Cazaquistão, Quirguistão, Lituânia, Letônia, Moldávia, Tadjiquistão, Turcomenistão, Ucrânia, Uzbequistão e os estados-satélites Alemanha Oriental, Polônia, Tchecoslováquia, Hungria, Bulgária e Romênia. Todos ficam sob o estrito controle político e econômico da URSS. Em 1955 unem-se militarmente por meio do Pacto de Varsóvia. O bloco se desfaz definitivamente em 1991, com a dissolução da URSS.

[36] Trecho do artigo de Sydsvenskan, publicado em 16 Outubro 1991, intitulado: "*O caminho para a UE passa por Roma*".

[37] SLOTERDIJK, 2002, p. 22-23.

[38] No Congresso de Sorrento, de 12 a 14 de abril de 1950, Alcide De Gasperi reforçou a identidade das inspirações das Novas equipes internacionais, que deveria

conduzir uma certa semelhança, até alcançar a uniformidade na solução dos problemas comuns. In: DURAND, 2002, p. 282.

[39] DURAND, 2002, p. 281.

[40] As *Nouvelles équipes internationales* contribuíram para a integração europeia através da criação dos grupos de parlamentares, que pela primeira vez, constituiu-se de forma transnacional no Conselho da Europa, na Assembléia da CECA, bem como do Parlamento Europeu. In: DURAND, 2002, p. 283.^[40]

[41] SLOTERDIJK, 2002, p. 56.

[42] DELOGU, 1968, p. 263.

[43] O objetivo da doutrina social é a construção de uma ordem social justa e a obtenção do bem comum. Princípios formam um quadro dentro do qual esta ordem social concebe o auxílio dos conhecimentos trazidos pelas diferentes ciências. Os princípios em questão trata da dignidade da pessoa, da liberdade pessoal, da solidariedade, da ordem, da autoridade, da subsidiariedade e da justiça social. In: YCRE, 2003, p. 165. Wilhelm Röpke foi o autor liberal que junto com Walter Eucken e Alexandre Rüstow inspirou, na Alemanha, a ‘economia social do mercado’ que buscava a intervenção do Estado para garantir a própria existência do mercado.

[44] ROMANO, 2005, p. 179.

[45] DURAND, 2002, p. 153.

[46] DURAND, 2002, p. 153.

[47] Nos anos de 1919 a 1925 surgiram, na Itália, França, Espanha e Polônia novos partidos democratas de inspiração cristã. In: DURAND, 2002, p. 154.

[48] BENEDITO XV *apud* DE GASPERI, 1969, p. 268-269.

[49] DURAND, 2002, p. 156.

[50] DURAND, 2002, p. 156.

[51] DURAND, 2002, p. 157-159.

[52] DURAND, 2002, p. 192.

[53] CHINICO, 1961, p. 360.

[54] CHINICO, 1961, p. 360-361.

[55] DE GASPERI, 1969, p. 266.

[56] DURAND, 2002, p. 296.

[57] CHINICO, 1961, p. 362-363.

[58] A idéia de criar um mercado comum na Europa surgiu como forma de “reservar” o mercado europeu para as empresas européias, os investimentos europeus para o capital europeu e enfrentar a concorrência dos EUA. Isso porque o Plano Marshall, ou Plano de Reconstrução Européia (1947) com a ajuda dos EUA, já completava dez anos e era notória a grande entrada de capitais norte-americanos na economia européia. Outro motivo era tentar evitar o reaparecimento das rivalidades que foram responsáveis pela Segunda Guerra Mundial, com a recuperação econômica da Alemanha e da França num curto período de pós-guerra.

[59] MONNET, 1986, p. 259.

[60] Extratos da Declaração de 9 de Maio de 1950. Disponível em: <www.historiasiglo20.org>. Acesso em 22 jul. 2005.

[61] MONNET, 1986, p. 260.

[62] MONNET, 1986, p. 263-264.

[63] LARAT, 2003, p. 29-30.

[64] MONNET, 1986, p. 261.

[65] In: SAINT-PIERRE, 2003, p. 265.

**LEX MERCATORIA E ARBITRAGEM INTERNACIONAL: ALTERNATIVAS
PARA REGULAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL.**

**LEX MERCATORIA AND INTERNATIONAL ARBITRATION:
ALTERNATIVES FOR ADJUSTMENT AND SOLUTION OF CONFLICTS OF
INTERNATIONAL TRADE.**

**Eduardo Pires
Neiva Cristina Araújo**

RESUMO

Frente a um processo contínuo de globalização que ocorre a nível mundial, houve um crescimento e conseqüentemente uma evolução das relações internacionais, especialmente as comerciais. A contrário senso, as leis nacionais de Direito Internacional Privado não acompanharam este ritmo tornando-se inadequadas para reger os contratos internacionais decorrentes destas relações. Com isso, (re) surge a Lex Mercatoria, como um conjunto de regras constituído por usos uniformes e práticas reiteradas mais adequado às necessidades do comércio internacional. Neste trabalho realizou-se uma análise dos fundamentos da Lex Mercatoria para caracterizá-la ao final como um direito de natureza metanacional a ser aplicado pelos agentes do comércio internacional. Assim, procurou-se apresentar os instrumentos que a Lex Mercatoria dispõe para aplicação nas relações do comércio internacional, bem como, na solução de suas lides. Sendo, então, a partir desse último aspecto que buscou-se examinar a Arbitragem Internacional como alternativa para solução dos conflitos oriundos do comércio internacional, sobretudo pela sua estreita ligação com a Lex Mercatoria.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, CONTRATOS INTERNACIONAIS, LEX MERCATORIA, ARBITRAGEM INTERNACIONAL.

ABSTRACT

Front to a continuous process of globalization that occurs in the world-wide level, had a growth consequently and an evolution of the international relations, especially the commercial ones. In the contrary sense, the national laws of Private international law had not followed this rhythm, so becoming inadequate to govern the international contracts arising of these relations. With this, the Lex Mercatoria appears, as a set of rules constituted by reiterated practical and uses uniforms more adjusted to the necessities of the international trade. In this work it was analyze the foundation of the Lex Mercatoria to characterize it in the end as an extra-state right to be applied by the agents of international trade. This Way, It was tried to introduce the instruments that the Lex Mercatoria provides for application in international trade relations and to resolve their conflicts. So, from this it was sought to examine the International Arbitration as an

alternative to solve the conflict from the international trade, especially for its close connection with the Lex Mercatoria.

KEYWORDS: INTERNATIONAL PRIVATE LAW, INTERNATIONAL CONTRACTS, LEX MERCATORIA, INTERNATIONAL ARBITRATION.

Introdução

A economia e o comércio encontram-se atualmente em um processo contínuo de globalização, que teve início após a Segunda Guerra Mundial. Desta forma, há um estreitamento das relações internacionais, principalmente no que se refere àquelas de cunho comercial.

Assim, os contratos internacionais tomam uma conotação de grande relevância frente a esse processo, haja vista que é através deles que as relações internacionais, especialmente as comerciais, cada vez mais se concretizam, guiadas em princípio pelas normas de direito internacional privado de cada Estado.

No entanto, por muitas vezes estas normas estatais de direito internacional privado mostram-se inadequadas para atender às necessidades e a rápida evolução das relações internacionais do comércio. Desta forma, surge a necessidade da existência de regras mais uniformes que facilitem o comércio internacional, e para que com isso seja afastada a incerteza da aplicação de normas jurídicas nacionais conflitantes e que não acompanham a evolução dinâmica dos negócios internacionais.

Nesta perspectiva tem-se ,então, no presente trabalho, o objetivo de se analisar a (nova) Lex Mercatoria como uma forma comum de regulação das relações internacionais privadas e também como meio de solução dos conflitos advindos dos contratos internacionais, efetivamente através da arbitragem, ou seja, deseja-se apresentar a Lex Mercatoria e a arbitragem como alternativas a serem utilizadas pelos agentes do comércio internacional para regulação e solução dos conflitos advindos de suas relações contratuais.

Para tratar tais temas coube em um primeiro momento uma conceituação da Lex Mercatoria e de sua natureza jurídica, para em seguida apresentar quais os seus instrumentos de aplicação aos contratos internacionais. Por fim, procurou-se realizar uma análise sobre o instituto da Arbitragem Internacional, tendo vista, sobretudo, ser o principal instrumento viabilizador da utilização da Lex Mercatoria na solução dos conflitos oriundos dos contratos internacionais.

1 Fundamentos da Lex Mercatoria

A noção de Lex Mercatoria não é nada nova. Embora seja possível encontrar traços de sua existência em normas como a *Lex Rhodia* (300 a.C), dos fenícios, e *nauticum foenus*, dos romanos, é no período medieval que as raízes da Lex Mercatoria podem ser mais acertadamente encontradas.

A Lex Mercatoria medieval desenvolveu-se juntamente com a evolução do comércio na Europa nesse período. Iniciou-se nas cidades da Itália, onde com o gradativo enfraquecimento do poder feudal somado ao alto nível de imigração, tornaram estas cidades pólos comerciais, em que concorriam livremente comerciantes e artesões de toda a Europa, em face de sua situação geográfica intermédia entre a Europa e o Oriente Médio. Posteriormente espalhou-se pela França, Espanha, Inglaterra e pelo resto da Europa. Os mercadores levavam às grandes feiras, aos grandes mercados e aos portos principais, além de suas mercadorias, os seus usos e costumes comerciais, que acabaram por serem incorporados às regras de diferentes portos e cidades.

A Lex Mercatoria surgiu do esforço da comunidade de comerciantes da Idade Média em superar as regras inadequadas e obsoletas das leis feudais e romanas que não mais respondiam às necessidades do comércio internacional, criando desta forma um conjunto de regras uniformes e obrigatórias a reger as relações comerciais, constituindo, então, uma lei mercantil de caráter cosmopolita baseada em usos e costumes comerciais.

Conforme Antonio Amaral, as regras da Lex Mercatoria se diferenciavam daquelas locais, reais, feudais ou eclesiásticas, apresentando cinco aspectos fundamentais que as caracterizavam:

- i) eram regras transnacionais;
- ii) tinham como base uma origem comum e fidelidade aos costumes mercantis;
- iii) eram aplicadas não por juizes profissionais, mas pelos próprios mercadores, através de suas corporações ou das cortes que se constituíam nos grandes mercados o feiras;
- iv) seu processo era rápido e informal; e
- v) enfatizavam a liberdade contratual e a decisão do *caos ex aequo et bono*.^[1]

Na Inglaterra, com o surgimento e evolução da *Common Law*, no século XVII, a Lex Mercatoria adentra um processo de decadência. Os litígios comerciais, neste país, passam a ser resolvidos através da utilização da *Common law* e as regras da Lex Mercatoria, ainda que não totalmente abolidas, “foram consideradas como usos e costumes e práticas comerciais a serem provados a cada caso”^[2]

Em seguida, com a ascensão do Estado Nacional na Europa Continental, a Lex Mercatoria gradativamente perdeu espaço para as legislações estatais, que conseqüentemente foram positivando os usos e costumes utilizados nas relações do

comércio, desta forma dando fim à velha Lex Mercatoria e fazendo emergir os grandes códigos do século XIX.

Entretanto, com o rápido desenvolvimento do comércio internacional, as legislações nacionais se tornaram inadequadas para atender às necessidades dos comerciantes, e conseqüentemente frente ao crescimento cada vez maior das práticas reiteradas do comércio internacional, houve a necessidade de se reconhecer os instrumentos e estruturas da lex mercatoria.

Assim, após passar por um período de declínio em face das grandes codificações, surge na atualidade uma nova Lex Mercatoria como um conjunto de costumes e de regras que visa regular o comércio internacional, com poder normativo independente das legislações nacionais.

Embora há muito tempo já discutido, ainda não se chegou a uma definição pacífica do conceito e caracterização da Lex Mercatoria contemporânea.

Segundo Berthold Goldmann, dentre os juristas contemporâneos que trataram do assunto, “a Lex Mercatoria é um conjunto de princípios, instituições e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional.”[3]

Para Goldmann, a nova Lex Mercatoria surge como uma forma encontrada, principalmente pelos contratantes, de superar os percalços advindos das regras e soluções oferecidas pelos sistemas nacionais de lei, utilizando-se então esse conjunto de normas denominado Lex Mercatoria, fruto da autonomia da vontade, que através da prática reiterada e efetiva nas relações comerciais internacionais e arbitragem formou um corpo autônomo de direito.[4]

Langen apresenta uma conceituação extremamente sintética para a Lex Mercatoria, considerando-a como regras do jogo do comércio internacional. Este conceito abrange, na realidade, todas as controvérsias que possam ser discutidas a respeito do jogo do comércio internacional.[5]

Goldstajn identifica a Lex Mercatoria como o corpo de normas que rege as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países. Com essa conceituação Goldstajn traz o seu ponto de vista, de que os problemas do comércio internacional devem ser solucionados através do uso de princípios gerais aceitos mundialmente.[6]

Já Bermann e Kaufmann definem a Lex Mercatoria como um corpo internacional de normas, composto por entendimentos comerciais e práticas contratuais da comunidade internacional, envolvendo principalmente atividades mercantis, de navegação, de seguro e operações bancárias por empresas de todos os países. Nota-se que esta definição atinge de forma apropriada as diretrizes fundamentais da Lex Mercatoria, reconhecendo-a como um verdadeiro corpo de direito.[7]

Nas palavras de Ana Paula Martins Amaral, a nova Lex Mercatoria seria um novo direito não nacional, surgido no seio da comunidade dos comerciantes internacionais, formado por usos e costumes internacionais, jurisprudência arbitral e contratos-tipo.[8]

Irineu Strenger, ao assimilar as idéias anteriormente citadas entende a Lex Mercatoria como “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.^[9]

2 Natureza Jurídica da Lex Mercatoria

Como não poderia ser diferente, existe entre os doutrinadores internacionalistas uma discussão acirrada a respeito da natureza jurídica da Lex Mercatoria. O foco dos principais debates consiste em saber se as regras costumeiras, princípios internacionais revelados pela jurisprudência arbitral e normas de origem profissional, formadores da Lex Mercatoria são regras de direito e ainda se a Lex Mercatoria efetivamente constitui um ordenamento jurídico ou não.

Berthold Goldmann, após uma análise do conceito de regra, chegou à conclusão de que “o caráter de regras não pode ser recusado aos elementos constitutivos da Lex Mercatoria”^[10], entretanto faz o seguinte questionamento: “mas estas regras são jurídicas pela sua origem, emanam, em outros termos, de uma autoridade”?^[11]

Em resposta ao questionamento de Goldmann, sob uma ótica contemporânea Strenger assevera não haver dúvida, em nossos dias, da juridicidade das regras da Lex Mercatoria e afirma que atualmente:

[...] a sustentada dificuldade de unir indissoluvelmente direito e autoridade se afigura muito mais amenizada, pois não parece ser possível duvidar do caráter jurídico do costume, criando inúmeras entidades de direito, levando-se em conta que, especialmente no comércio, os usos e costumes se inserem com permissividade no próprio contexto legal dos sistemas nacionais, e constitui rotina sua aceitação pelos tribunais.^[12]

Em contraposição a Goldmann, Paul Lagarde considera que:

[...] não são todas as normas da Lex Mercatoria que merecem ser qualificadas como regras jurídicas, a exemplo de algumas cláusulas contratuais com a de força maior, *hardship*, e também algumas combinações contratuais novas, como as euro-emissões e os eurcréditos, dos quais o Sr. Goldmann escreveu que a repetição e a efetividade tornariam previsíveis a aparição de um sistema jurídico novo e transnacional apto a chegar à objetividade.^[13]

Lagarde ainda adverte que se deve cuidar para não qualificar de elemento da Lex Mercatoria o que poderia ser apenas uma simples prática contratual internacional, caso se queira considerar a Lex Mercatoria como uma ordem jurídica não estatal.[14]

Para apreciação da natureza jurídica da Lex Mercatoria como ordenamento jurídico, pode-se partir da teoria institucional de ordem jurídica de Santi Romano, segundo qual o Estado não é o único tipo de ordem jurídica, valendo citar como exemplo de grande expressão a ordem jurídica da Igreja Católica.[15] Para Santi Romano, haverá ordem jurídica a partir do momento em que existir o elemento de organização, e ainda segundo este autor um ordenamento poderá ser considerado como jurídico desde que seja eficaz, e ainda que as normas formadoras deste ordenamento não sejam de origem estatal.[16]

Tomando como base as lições de Santi Romano, Paul Lagarde ao analisar a Lex Mercatoria conclui que esta não forma uma ordem jurídica, pois considera “que não há uma verdadeira organização no pretense sistema jurídico da Lex Mercatoria, mas tão somente *ilhotas* de organização que aparecem no cenário do comércio internacional, não uma organização única”[17]

Conseqüentemente, com base nesse argumento é defendido por alguns doutrinadores que a Lex Mercatoria não passa de uma síntese de diversas tendências doutrinárias, ou seja, trata-se de uma simples coleção de regras e princípios, devidamente aproveitados.

Entretanto, o fato de não existir uma organização única dos comerciantes em decorrência das particularidades comerciais não implica inexistir. A existência de diversas sociedades comerciais, não quer dizer que não há uma organização, pois até mesmo na ordem jurídica estatal pode-se notar que também há a necessidade de leis especiais direcionadas a determinados grupos ou comunidades para tutelar seus interesses.[18]

Desse modo entende-se que a Lex Mercatoria atinge todos os requisitos apresentados por Santi Romano em sua teoria institucional da ordem jurídica, cabendo ressaltar que “o direito, sendo efetivo, aplicável e, sobretudo aceito socialmente, atribui ao conjunto de normas emanado da sociedade a juridicidade”. [19]

Neste sentido, Irineu Strenger entende a Lex Mercatoria como um sistema jurídico, no entanto, um sistema ainda incompleto, mas que passa por um processo de contínua elaboração, sempre buscando avanços frente às dificuldades enfrentadas no comércio internacional, e que chegará a ser, sem sombra de dúvidas, um sistema jurídico completo.[20]

Ao definir a Lex Mercatoria como uma ordem jurídica é importante que se mencione que esta ordem é na verdade um sistema de direito autônomo, ou seja, um sistema criado pelos operadores do comércio internacional espontaneamente, existindo independentemente do direito estatal interno.

Entretanto, como bem assevera José Carlos de Magalhães:

A *lex mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal. Este é o sentido e a amplitude da chamada *lex mercatoria*.

Mesmo porque, como notou Christoph W. O. Stoecker, os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de lei alternativa a ser aplicado em um litígio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças.^[21]

Após esta análise introdutória da Lex Mercatoria, definindo-a como um sistema dotado de juridicidade, cabe-nos a seguir verificar de que forma se dá a sua aplicação aos contratos internacionais.

3 Lex Mercatoria aplicada aos contratos internacionais

A aplicação da Lex Mercatoria aos contratos internacionais ocorre através dos chamados instrumentos da Lex Mercatoria. Estes instrumentos têm origem primária nos usos e costumes comerciais, que através da prática reiterada pelos agentes do comércio internacional ou através da unificação realizada por associações profissionais e instituições internacionais, transformam-se em ferramentas a serem aplicadas aos contratos internacionais.

Desta forma, são apresentados a seguir os principais instrumentos da Lex Mercatoria aplicados aos contratos internacionais.

3.1 Contratos-tipo

Os contratos-tipo são instrumentos elaborados por associações internacionais, compostas por comerciantes de um mesmo ramo profissional, que através de fórmulas contratuais padrão buscam regular as condições de compra e venda, inserindo, nos contratos, princípios justos e equitativos, além de promover a utilização da arbitragem internacional como meio para a solução de possíveis conflitos advindos destas relações contratuais.

Dentre os exemplos de associações criadoras de contratos-tipo é imprescindível que se mencione a London Corn Trade Association, criada em 1877 e reorganizada em 1886, que, no ramo do comércio de cereais, buscou introduzir uma uniformização das transações, favorecendo a adoção de usos fundamentados em princípios justos e equânimes, sobretudo para os contratos, cartas-partidas, conhecimentos e apólices de

seguro, desta forma estabelecendo a adoção de fórmulas-tipo para os contratos e demais documentos que dizem respeito ao comércio de cereais.[22]

Goldmann, ao se referir à pretensão da London Corn Trade Association, declara que:

Este programa foi totalmente realizado, uma vez que a *London Corn Trade Association* estabeleceu e colocou à disposição dos negociantes de cereais várias dezenas de contratos-tipo, cuja difusão e aplicação são consideráveis: nós os utilizamos, com efeito, em numerosíssimas vendas internacionais, independente de toda a participação de empresas inglesas, e até mesmo de membros da Associação.[23]

Na seqüência desta iniciativa, os contratos-tipo se expandiram para outros ramos do comércio internacional, como por exemplo no comércio de produtos florestais, siderúrgicos, têxteis, mineiros e bens de equipamento, como fruto do trabalho das associações profissionais ligadas a estas áreas.[24]

Portanto, a respeito da disseminação do uso dos contratos-tipo, Berthold Goldmann chega à seguinte conclusão:

Esses fatos comprovam, portanto a existência de uma rede densa e extensa de documentos, cobrindo a maioria dos países com um bom número de bens trocados no comércio internacional; e a considerar o fenômeno sem idéia preconcebida, constatamos que os contratos aí referidos não são regidos nem pela lei de um Estado, nem pela lei uniforme adotada por uma Convenção entre Estados, mas sim pelos próprios contratos-tipo.[25]

É necessário ainda ressaltar que estes contratos não se limitam à utilização de usos e costumes preexistentes, ocorre que, por muitas vezes, são criadas normas novas, sem nenhuma ligação com as normas de direito estatal e de acordo com a necessidade dos contratantes e classes de comerciantes.

3.2 Condições Gerais de Compra e Venda

A Organização das Nações Unidas, por meio da Comissão Econômica da Europa, e tendo como objetivo principal a facilitação do comércio intra-europeu, elaborou condições de compra e venda gerais, que pudessem ser aceitas e adotadas pelas associações profissionais, ou, pelo menos, por profissionais estabelecidos na Europa, não importando a posição ocupada no contrato (vendedor ou comprador).[26]

Esta normatização das condições gerais fez com que as partes, ao utilizá-las nas suas relações comerciais internacionais, só se preocupassem com as cláusulas que não poderiam ser fixadas previamente, como, por exemplo, aquelas referentes ao preço, ao prazo, forma da entrega e condições de pagamento.[27]

Ao examinar os resultados decorrentes da elaboração destas condições gerais, observa-se que os objetivos da Organização das Nações Unidas foram alcançados e ainda superados, pois, além de promover a facilitação do comércio intra-europeu, estas condições gerais de venda transcenderam as barreiras européias, passando a ser aplicadas aos contratos internacionais de vários países do Oriente Médio e também da América Latina.

3.3 Leis Uniformes

Algumas instituições internacionais, como a UNIDROIT, UNCITRAL, OEA, CIC, entre outras, exercem um papel muito importante para o desenvolvimento do comércio internacional ao realizar um intenso trabalho de unificação, síntese e consolidação das regras e práticas comerciais, transformando-as, assim, em normas uniformes que regem as relações internacionais de comércio, e que são consideradas como parte da Lex Mercatoria.

Dentre as várias normas uniformes criadas por estas entidades internacionais, cabe aqui que sejam citadas algumas de maior relevância e conseqüentemente aplicação aos contratos internacionais.

Entre estas leis uniformes encontra-se a Convenção da UNCITRAL sobre compra e venda internacional, de 1980, que foi realizada com o intuito de “uniformizar o direito relativo a compra e venda internacional, de modo a evitar a utilização do Direito Internacional Privado”[28], tendo em vista ser este considerado insuficiente para oferecer uma previsibilidade para soluções a respeito da matéria, pois a lei aplicável a cada contrato poderia ser diferente, mesmo com a utilização das mesmas regras conflituais. Com isso foi criado um direito próprio, mais adequado às necessidades do comércio internacional.

Pode-se citar também as Convenções de Haia sobre contratos internacionais, produzidas na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, nas quais se promoveu a adoção do princípio da autonomia da vontade. Estas convenções são: sobre a lei aplicável à venda de objetos móveis, de 1955; sobre a transferência de propriedade, de 1958; sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e representação, de 1978; sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias, de 1986.

Como exemplos mais recentes deve-se mencionar a publicação pela CCI, dos Costumes e Prática Uniformes para Créditos Documentário, de julho de 2007; a Convenção da Nações Unidas para o Uso das Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais, da UNCITRAL, de 2005; os Princípios Uniformes dos Contatos

Internacionais, de 2004, elaborados pela UNIDROIT; e a Lei-Modelo de Arbitragem, de 2002, desenvolvida pela UNCITRAL.

3.4 Incoterms

Das criações da Câmara de Comércio Internacional, uma das que merece maior destaque são os Incoterms. Tendo sua primeira publicação no ano de 1936, os Incoterms ou *International Commercial Terms* constituem um conjunto de regras para a interpretação de termos comerciais, que tem a finalidade de definir, no âmbito de um contrato internacional de compra e venda, o limite dos direitos e obrigações de cada parte contratante.[29]

Com a evolução dos meios de negociação e transporte de mercadoria, devido principalmente ao surgimento de novas tecnologias, houve a necessidade de um aprimoramento dos Incoterms, que, portanto, através de inúmeras alterações, são apresentados atualmente como um novo conjunto de regras chamado de Incoterms 2000.[30]

Deste modo, na elaboração de um contrato, basta que as partes apontem os Incoterms 2000 como referência e assim poderão definir o conteúdo exato de suas obrigações simplesmente por meio de siglas tais como EXW, FOB, CIF etc.[31]

Os Incoterms simplificam as relações comerciais, e é isso que justifica a sua grande utilização. São diversos os contratos-tipo e condições gerais que se referem aos Incoterms. Esther Engelberg entende que “para a elaboração de um direito profissional, fora do quadro dos Estados, os Incoterms caracterizam um progresso muito grande”.

Após estabelecidas as formas de aplicação da Lex Mercatoria aos contratos internacionais, passaremos agora a abordar a Arbitragem internacional como meio de solução de litígios decorrentes dos contratos internacionais.

4 Arbitragem internacional

A arbitragem internacional constitui um meio alternativo à jurisdição estatal para solução de conflitos, utilizado principalmente no comércio internacional justamente por permitir o uso do direito da forma mais adequada com as exigências dos agentes deste ramo. É regulada no Brasil através da Lei nº 9.307 de 1996.

Observa-se que há um vínculo estreito entre a Lex Mercatoria e a arbitragem internacional, podendo-se afirmar que a “lex mercatoria manifesta-se através de seus laudos, e sua constante utilização no plano internacional serve de emergência de um

direito com normas próprias adequadas aos usos e costumes do comércio internacional.”[32]

É na arbitragem internacional que as partes envolvidas em uma relação contratual em que exista um elemento de estraneidade encontrarão o abrigo para utilização da Lex Mercatoria como direito aplicável a um litígio oriundo daquele contrato, já que a autonomia da vontade é tida como um dos princípios fundamentais do instituto da arbitragem.

Assim, para Strenger: “o regime arbitral é que melhor exprime a independência do comércio internacional no que concerne à solução de seus problemas, residindo nos textos de suas decisões os melhores repositórios para justificar a Lex Mercatoria”[33] e conclui, acentuando que: “com efeito, a arbitragem tem sido campo fértil para justificar a implantação da Lex Mercatoria, dada a sua crescente desvinculação, seja das leis impositivas nacionais, seja das jurisdições estatais.”[34]

A respeito do nível de popularidade alcançado pela arbitragem, estima-se que em 90% dos contratos comerciais internacionais existe a previsão de cláusula arbitral, e, ainda mais especificamente, é tido que na totalidade dos contratos internacionais referentes à construção de complexos industriais e projetos de construção similares, há a presença de cláusula arbitral.[35]

Com isso percebe-se o grau de importância que a arbitragem internacional representa como forma de solução de conflitos contratuais de cunho internacional, especialmente aqueles que se referem às relações comerciais.

4.1 Breve histórico da arbitragem no Brasil

A arbitragem como mecanismo alternativo para solução de controvérsias já era prevista há décadas no direito brasileiro. O Código Civil de 1916 já regulava a matéria, bem como o Código de Processo Civil de 1973.

No entanto alguns aspectos tornavam inviável a efetiva utilização da arbitragem. Isso porque as partes, ao estabelecerem a utilização da arbitragem para solução de eventuais conflitos decorrentes de um contrato, através de cláusula arbitral, não tinham a segurança que tal cláusula seria respeitada, na medida em que qualquer das partes poderia se negar a prestar o compromisso arbitral e, como consequência, o litígio deveria ser submetido à jurisdição estatal.

Além disso, era necessária a homologação judicial do laudo arbitral, e ainda, no caso de um laudo arbitral estrangeiro, que fosse homologado não somente pelo STF mas também pelo Poder Judiciário da local da arbitragem, o que importava um duplo (e demorado, e custoso) procedimento de homologação.[36]

Não por último, a jurisprudência do STF era firme no sentido de que o Poder Judiciário brasileiro poderia examinar o mérito de decisões arbitrais, o que tornava esta decisão, na prática, uma decisão provisória porque passível de posterior revisão judicial.

Em 1996 foi editada a Lei nº 9.307, atual lei de arbitragem brasileira. Entre as inovações apresentadas pela lei de arbitragem, esta equiparou a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, chamados agora de convenção de arbitragem; deu força obrigatória ao laudo arbitral, que ganhou status de título executivo judicial, sem necessidade de homologação; instituiu o princípio da autonomia da vontade, oferecendo às partes a ampla liberdade para escolha das normas aplicáveis. Todas estas mudanças tiveram o escopo de modernizar o instituto da arbitragem com a inserção de mecanismos eficazes de preservação e garantia do procedimento.^[37]

Logo após sua promulgação, a Lei nº 9.307/96 teve a sua constitucionalidade questionada. No entanto, o Pleno do STF decidiu, em 2001, pela constitucionalidade da lei, atribuindo-lhe validade *in totum*. A arbitragem é instituto que, agora, passa a ter sua plena aplicabilidade prática também no Brasil, sobretudo no âmbito dos chamados “direitos disponíveis”.

4.2 Princípios da Arbitragem

Dois princípios são considerados como principais sustentáculos da arbitragem, desde sua formulação teórica, sua instauração até sua instrumentalidade. São eles os princípios da autonomia da vontade e da boa fé.^[38]

É sabida e concebida a importância que a vontade jurídica desempenha nas relações sociais disciplinadas pelo direito. A vontade é força criadora de direitos e obrigações. E a vontade jurídica nada mais é do que a projeção da vontade humana, manifestada livremente, capaz de produzir efeitos na esfera jurídica.^[39]

Neste sentido, o instituto da arbitragem é todo “moldado, instituído e movimentado pela força criadora da vontade”^[40]. A vontade é a própria fundamentação do direito arbitral. Com isso, em consonância com o princípio da autonomia da vontade permite-se às partes além da própria escolha da arbitragem como forma de solução de eventual litígio, ainda a escolha do procedimento arbitral, da lei aplicável e do número de árbitros a trabalharem na questão.

Juntamente com o princípio da autonomia da vontade, tem-se o princípio da boa-fé, assim também considerado com princípio fundamental do direito arbitral.

A expressão boa-fé pode-se entender em dois sentidos: em sentido lato, que está a indicar conceito variado, nem sempre preciso, mas que expressa correção, lealdade ou honestidade, é o contrário de má-fé, isto é, daquela situação reveladora da intenção, consciente de prejudicar alguém, e em certas circunstâncias a boa fé pode se sinônimo de equidade; em sentido estrito é conceito jurídico, cujo substrato é a escusabilidade do erro.[41]

Segundo o princípio da boa-fé, não devem ser criados empecilhos ao desenvolvimento da arbitragem, deve haver sempre o respeito pelo direito recíproco de ambas as partes, assim

como a absoluta confiança e respeito em relação aos árbitros.[42] “Este princípio de direito informa, estrutura e vivifica a arbitragem, nela prevalecendo sempre a boa-fé”[43]

Importante destacar que, além dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé, existem, ainda, outros princípios que norteiam o exercício da arbitragem, como os princípios do devido processo legal; da imparcialidade do árbitro; do livre convencimento do arbitro; da motivação da sentença do arbitral; e o princípio da competência.

4.3 Caracterização da Arbitragem Internacional

A doutrina e jurisprudência diferenciam a arbitragem interna da internacional, caracterizando a última como sendo aquela que envolve relação jurídica internacional, ou seja, aquela em que há presença de partes domiciliadas em países diferentes ou em que haja um outro elemento objetivo de estraneidade, como o local da constituição, ou da execução da obrigação etc.[44]

A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional oferece elementos mais precisos para definição de arbitragem internacional. De acordo com esta lei considera-se internacional a arbitragem quando as partes envolvidas na arbitragem tiverem seus estabelecimentos em Estados diversos ou ainda quando um dos seguintes locais estiver situado fora do país em que as partes têm seus estabelecimentos: i) o lugar do procedimento arbitral; ii) o lugar onde uma parte essencial das obrigações decorrentes da relação comercial deva ser cumprida, ou, por fim, o lugar com o qual o objeto da lide possua sua vinculação mais íntima. E ainda a mesma lei prevê que arbitragem é internacional quando as partes convencionarem de forma expressa que o objeto da arbitragem possui ligações com mais de um país.[45]

A Lei nº 9.307/96 não apresenta uma definição ou diferenciação da arbitragem internacional para com a interna ou nacional. Isto, no entanto, não serve de obstáculo para que se realize no Brasil a arbitragem internacional, com ampla autonomia da vontade das partes.

Há que se ater, no entanto, a uma diferenciação em relação ao laudo arbitral internacional proferido no Brasil e um laudo arbitral proferido em outro Estado. O laudo arbitral oriundo de arbitragem realizada no Brasil é considerado como sentença nacional e por isso possui força executiva independente de homologação, ao passo que o laudo decorrente de arbitragem realizada fora do território brasileiro é qualificado como sentença estrangeira, necessitando, portanto, de homologação do STJ para que adquira força executiva no território nacional.

4.4 Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem é requisito essencial para a instituição da arbitragem como forma de julgamento de uma lide e pode-se dar de duas formas: através de cláusula compromissória e através de compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é uma convenção incluída em um contrato principal ou em documento em separado que se refira a ele, pela qual as partes se comprometem em sujeitar um futuro litígio decorrente de tal contrato à jurisdição da arbitragem. À cláusula compromissória é atribuída plena autonomia frente ao contrato, isso significa que, mesmo havendo a nulidade do contrato, isso não implicará necessariamente a invalidade da cláusula compromissória.[\[46\]](#)

O compromisso arbitral, por sua vez, é o contrato pelo qual as partes sujeitam um conflito ao julgamento da arbitragem. Pode ser realizado de forma judicial ou extrajudicial.

Para que tenha validade o compromisso arbitral deve contemplar: nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem; e o lugar onde será proferida a sentença arbitral. [\[47\]](#)

A diferença fundamental entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória encontra-se no de fato de que nesta não há lide, existe apenas uma previsão de sua ocorrência, e uma vinculação à arbitragem, enquanto que naquele já há um conflito de interesses instaurado entre as partes, devendo nele ser descrito.

Seja como for, a convenção de arbitragem, conforme a Lei nº 9.307/96, só pode ser realizada por pessoas capazes e ter como objeto apenas direitos patrimoniais disponíveis. Em verdade, são estes os requisitos básicos para utilização da arbitragem elencados pela lei brasileira.

Outras legislações ou regras de instituições arbitrais definem de forma diferente as hipóteses suscetíveis de recurso à arbitragem. Neste sentido, a Lei Modelo da UNCITRAL para Arbitragem Internacional Comercial prevê que toda lide relacionada com o comércio internacional torna-se suscetível à arbitragem, dando-se uma interpretação extensiva ao conceito de comércio. Já o Regulamento de Arbitragem da

Câmara de Comércio Internacional de Paris define como suscetíveis à arbitragem os conflitos comerciais, cujo caráter seja internacional. Por sua vez o direito suíço estabelece que toda pretensão jurídica cuja natureza seja patrimonial pode ser objeto da jurisdição arbitral.[48]

4.5 Procedimento Arbitral e Lei aplicável

O instituto da arbitragem, como já dito anteriormente, oferece às partes ampla liberdade para deliberar sobre a forma de solução de seus litígios, sempre com fundamento no princípio da autonomia da vontade. Deste modo, não poderia ocorrer de forma diversa em relação à definição do procedimento arbitral e da lei aplicável.

Portanto, quanto ao procedimento arbitral, cabe em primeiro plano às partes determiná-lo, podendo elas indicar como tal as regras processuais de um determinado país, as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda, delegar ao árbitro ou tribunal arbitral a regulação de tal procedimento.[49]

Na prática o que mais ocorre é a indicação pelas partes de normas de um tribunal arbitral institucional, como as regras da Câmara do Comércio Internacional, ou de outras entidades especializadas, como o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.[50]

Se ocorrer de as partes não convencionarem a respeito do procedimento arbitral, atribui-se o encargo de discipliná-lo ao árbitro ou tribunal arbitral.

A escolha da lei aplicável também cabe, em um primeiro momento, às partes. Neste aspecto, é possível a escolha da lei do país de qualquer uma das partes, a lei de um terceiro país, ou ainda a escolha da Lex Mercatoria como direito a ser aplicado pelo árbitro ou tribunal arbitral na solução da lide.

Em relação à escolha da Lex Mercatoria como direito aplicável na arbitragem internacional ocorrida sob a Lei nº 9.307/96, Rechsteiner entende ser perfeitamente possível e válida tal escolha, com fundamento no parágrafo 2º, artigo 2º desta lei[51], concluindo sob a leitura daquele texto que:

Assim, reconhece-se, expressamente, a faculdade das partes em socorrerem-se de regras da Lex Mercatoria, quando surgir, entre elas, uma lide a ser decidida por um tribunal arbitral. A nosso ver, conforme o texto, as partes podem determinar, ainda, que as regras da Lex Mercatoria sejam aplicadas, somente parcialmente, as suas relações jurídicas, deixando o restante sob a égide de determinado ordenamento jurídico estatal. Da mesma forma, poderão pactuar seja a Lex Mercatoria levada em consideração quando o direito estatal aplicável contenha lacuna a serem, eventualmente, contempladas.[52]

A mesma regra aplicada à escolha do procedimento arbitral é válida na escolha da lei aplicável, ou seja, caso as partes não indiquem a lei aplicável à lide caberá ao árbitro ou tribunal arbitral realizar a escolha.

Quando couber ao tribunal arbitral a escolha da lei aplicável, entende-se que este deverá levar em consideração todos os direitos internos sobre direito internacional que tenham ligação relevante com o lide, o que normalmente levará à indicação de um mesmo direito aplicável. Na hipótese de existir convenção de direito uniforme que vincule as partes da lide, deverá o tribunal arbitral levá-la em consideração também.^[53]

Contudo, se nem todos os direitos nacionais indicarem o mesmo direito aplicável, o árbitro ou tribunal arbitral deverá indicar qual o direito que está mais intimamente lidado, apontando este como o direito aplicável.

A respeito da utilização, pelo tribunal arbitral, da Lex Mercatoria como direito aplicável para resolução de um conflito advindo do comércio internacional, Rechsteiner salienta que “um tribunal arbitral não está autorizado, a nosso ver, a aplicar a Lex Mercatoria enquanto as próprias partes não se manifestarem neste sentido”.^[54]

Entretanto, Goldmann, sobre este tema, observa que:

O fato é que, segundo atesta a experiência, os árbitros não têm procurado resposta para o caso concreto submetido à sua apreciação em uma lei estatal nem em um tratado internacional, mas sim em um “direito costumeiro” do comércio internacional chamado de Lex Mercatoria.^[55]

Para Strenger, este fato exposto por Goldmann encontra fundamento na independência dos árbitros, assim:

A independência do árbitro internacional o autoriza não somente a criar e aplicar um sistema autônomo de solução de conflitos de leis, mas também a descartar as disposições inadaptadas de direitos estatais, a combinar as diferentes leis, a tomar em consideração um direito comercial comum.^[56]

4.6 Eficácia Jurídica da Sentença Arbitral

Quando uma arbitragem internacional for realizada no Brasil, a sentença proferida é considerada como sentença nacional, equiparando-se às sentenças proferidas pelos tribunais estatais e por isso já estando munida de força executiva.

Em outro viés, para que uma sentença arbitral estrangeira seja reconhecida ou executada dentro do território brasileiro, é indispensável que se submeta à homologação do STJ.

No entanto, há de se perquirir se há a necessidade da força estatal para que a decisão arbitral tenha eficácia, ou, em outras palavras, se a sentença arbitral, especialmente aquelas em que há a aplicação da Lex Mercatoria, é dotada de sanção não estatal.

Respondendo a este questionamento Fouchard acentua que:

Com razão, essa sanção existe, pois a comunidade internacional dos comerciantes dispõe de numerosos meios para assegurar diretamente, sem recorrer aos juízes estatais ou à força pública o respeito ao direito anacional e às sentenças arbitrais. Nesse sentido, apontam-se as sanções pecuniárias, morais e privativas como fornecimento de caução para garantir as custas da arbitragem ou a execução da sentença, a publicidade da inexecução da sentença, a suspensão de qualidade ou o direito de membro, a interdição de utilizar no futuro as facilidades arbitrais do grupamento e a interdição de acesso às bolsas ou mercados gerido ou controlados pela instituição arbitral.^[57]

Nas palavras de Magalhães, a efetividade da sentença arbitral, especialmente na comercial, não se assenta na força estatal, mas sim na corporação em que se integram as partes que buscam a solução do conflito. Deste modo, o vencido que não cumprir os mandamentos da sentença arbitral, será automaticamente excluído de tal corporação “ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante os demais atores do comércio internacional.”^[58]

Goldmann se posiciona da mesma forma que estes autores, admitindo, no entanto, que, em algumas hipóteses, que ele considera como raras, a execução da decisão arbitral em que se aplicam as normas próprias do comércio internacional só poderá ocorrer através do recurso à força estatal. Isto, porém, não torna a sentença arbitral sem eficácia, até porque esta força executiva lhe é realmente concedida, desde que não ofenda a ordem pública do país a que se requer a execução.^[59]

Pode-se concluir, com isso, que, em regra, a sanção a que se pretende atribuir à Lex Mercatoria e as sentenças arbitrais efetivamente existe, contudo, ela se manifesta de forma diversa daquela conhecida e utilizada pelos direitos nacionais para fazerem valer seus mandamentos.^[60]

4.7 Vantagens da Arbitragem

Ao se realizar uma análise comparativa entre o recurso aos tribunais estatais e a arbitragem internacional é possível reconhecer vários argumentos que apontam a arbitragem como melhor meio para solução dos conflitos oriundos dos contratos internacionais, principalmente aqueles pertencentes ao âmbito do comércio internacional.

Como primeiro ponto, deve-se destacar que através da arbitragem se alcança uma agilidade muito superior na solução de um conflito se comparado aos tribunais estatais, principalmente se a comparação se der em vistas do Poder Judiciário Brasileiro, que, além de extremamente moroso, ainda permite um grande número de recursos contra as decisões proferidas por instâncias inferiores.[61]

Quando se submete uma lide à arbitragem, há, em regra, uma previsão de prazo dentro do qual a sentença arbitral deve ser proferida, que é bastante curto.

Outro fato que destaca as vantagens do uso da arbitragem, principalmente para os operadores do comércio internacional, é o privilégio que as partes têm de escolha dos árbitros, podendo, desta forma, escolher o árbitro ou tribunal arbitral com a qualificação, técnica e experiência necessárias para julgar sua lide, que muitas vezes é juridicamente complexa, ao contrário dos juízes estatais, que em regra não são especializados em resolver conflitos desta natureza.[62]

Pode-se ainda destacar a ampla autonomia da vontade oferecida pelo direito arbitral como uma das maiores vantagens deste em relação à jurisdição estatal, em particular ao Judiciário brasileiro, haja vista que na arbitragem as partes podem escolher as regras procedimentais e ainda o direito aplicável, inclusive a Lex Mercatoria, de acordo com as necessidades de sua lide. Necessário também salientar que as regras nacionais brasileiras sobre direito internacional, no estágio em que se encontram, não atendem às exigências do comércio internacional.

Conclusão

As relações internacionais, especialmente as de comércio, crescem de forma quantitativa a cada dia, como resultado do processo de globalização que vive o cenário internacional na atualidade.

Neste aspecto, sobretudo esses comerciantes necessitam para viabilização dos seus negócios de regras adequadas que regulem de forma eficaz e segura os seus contratos. Este papel caberia em um primeiro plano aos Estados, através de regras de Direito Internacional Privado.

No entanto, como as legislações internas têm se mostrado ao longo do tempo inadequadas e/ou diversificadas entre si para as necessidades do comércio internacional, coube aos comerciantes através do trabalho de associações profissionais e entidades internacionais a criação de suas próprias regras, mais adequadas aos seus negócios. Assim, através de práticas reiteradas e usos uniformes aceitos internacionalmente pela

comunidade dos comerciantes é que (re)surge a Lex Mercatoria, na forma de um direito metanacional, i.e. à margem do Direito estatal.

A Lex Mercatoria, podendo assim ser considerada como fonte do Direito Internacional Privado, aparece como a melhor forma, sob o ponto de vista dos operadores do comércio internacional, para regulação dos contratos internacionais e também como direito aplicável aos litígios decorrentes destes.

Nesta perspectiva, observa-se a importância que a arbitragem representa para efetividade da Lex Mercatoria, principalmente porque tem a autonomia da vontade como princípio basilar de seu funcionamento, o que significa que não há restrições impostas às partes na escolha da Lex Mercatoria como direito aplicável.

Por fim, há que se fazer duas considerações: primeiro é que a utilização da Lex Mercatoria é um meio facilitador das relações comerciais internacionais, através de regras atualizadas e condizentes com a realidade do comércio internacional, o que também vem a oferecer maior segurança jurídica para as partes, já que não há dúvida sobre o direito a ser aplicado na relação contratual; e segundo que o instituto da arbitragem internacional mostra-se ser talvez a melhor alternativa para solução dos conflitos derivados das relações do comércio internacional, porque é nele que se encontra guardada para utilização da Lex Mercatoria como direito aplicável, e também por constituir um meio mais seguro e rápido de solução de um litígio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. *Os princípios fundamentais da arbitragem*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999.

AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 592, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6262>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Fontes do Direito do comércio internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 582, 9 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6261>>. Acesso em: 10 out. 2007

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROS, Wellington Pacheco. *Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002.

BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 05 de jun. 2008.

CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Da arbitragem e seu conceito categorial*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 98, abr/jun 1988.

ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed., rev. e a atual. São Paulo: Atlas, 2007.

FIORATI, Jete Jane. *A lex mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41 n.164, p 17-30, out/dez. 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Manual de metodologia da pesquisa para o direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, 709, p.42-45, nov. 1994.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Aprendendo a exportar*. Apresenta informações gerais sobre exportação e sobre os Incoterms. Disponível em: <<http://www.aprendendoaexportar.gov.br/sitio/paginas/comExportar/significado.html>>. Acesso em 22 Abr. 2008.

OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. *A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldmann e Paul Lagarde*. In: FIORATI, J. J.; _____ (Orgs). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003.

RAVA, Ben-Hur; ROS, Luciano da. *Posicionamento da Magistratura Brasileira sobre a Nova Lex Mercatoria*. [S.l.] Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/160207.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

_____. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA VENTURELI, Carolina de Camargo. *A Nova Lex Mercatoria como Ordenamento Jurídico do Comércio Internacional*. [S.l.]. Disponível em: <<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-privado/direitocomerciointernacional/a-nova-lex-mercatoria-como-ordenamento-juridico-do-comercio-internacional>>. Acesso em: 22 mai. 2008.

SOARES, Claudio César. *Introdução ao Comércio Exterior*. São Paulo: Saraiva, 2004.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem internacional: conceitos básicos*. In: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *O papel da sociedade civil na formação do direito internacional*. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs549.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2008.

[1] AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 59.

[2] TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *O papel da sociedade civil na formação do direito internacional*. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs549.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2008, p. 7.

[3] GOLDMANN, 1964 apud AMARAL, Antonio, 2004, p. 61.

[4] GOLDMANN, 1964 apud STRENGER, 1996, p. 72.

[5] LANGEN, 1973 apud STRENGER, 1996, p.76.

[6] GOLDSTJAN, 1961 apud STRENGER, 1996, p. 77.

[7] BERNANN e KAUFMANN, 1978 apud STRENGER, 1996, p. 77.

[8] AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 592, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6262>>. Acesso em: 10 out. 2007, p. 3.

[9] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 78.

[10] OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldmann e Paul Lagarde. In: FIORATI, J. J.; _____ (Orgs). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003, p. 209.

[11] STRENGER, Irineu *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 155.

[12] *Ibidem*, p. 155.

[13] OLIVEIRA MAZZUOLI, loc. cit.

[14] OLIVEIRA MAZZUOLI, op. cit., p. 210

[15] OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldmann e Paul Lagarde. In: FIORATI, J. J.; _____ (Orgs). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003, p. 213.

[16] SILVA VENTURELI, Carolina de Camargo. *A nova lex mercatoria como ordenamento jurídico do comércio internacional*. [s.l]. Disponível em: <<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-privado/direitocomerciointernacional/a-nova-lex-mercatoria-como-ordenamento-juridico-do-comercio-internacional>>. Acesso em: 22 mai. 2008, p. 2-6, passim.

[17] OLIVEIRA MAZZUOLI, op. cit., p. 214.

[18] STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. P. 126.

[19] SILVAVENTURELI, loc. cit.

[20] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 124.

[21] FIORATI, Jete Jane. *A lex mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento*. *Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41 n.164, p 17-30, out/dez. 2007, p. 22.*

[22] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 62.

[23] GOLDMANN, 1964 apud OLIVEIRA MAZZUOLI, 2003, p. 191.

[24] STRENGER, Irineu, op. cit., p. 62.

[25] GOLDMANN, 1964 apud OLIVEIRA MAZZUOLI, 2003, p. 191/2.

[26] ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed., rev. e a atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 31.

[27] *Ibidem*, p. 31.

[28] ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 127.

[29] ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed., rev. e a atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

[30] MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Aprendendo a exportar. Apresenta informações gerais sobre exportação e sobre os Incoterms. Disponível em: <<http://www.aprendendoaexportar.gov.br/sitio/paginas/comExportar/significado.html>>. Acesso em 22 Abr. 2008.

[31] ENGELBERG, op. cit., p. 33.

[32] *Ibidem*, p. 423.

[33] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 70.

[34] *Ibidem*, p. 71.

[35] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

[36] AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 334.

[37] ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 425.

[38] ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. *Os princípios fundamentais da arbitragem*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 113.

[39] *Ibidem*, p. 113/114.

[40] *Ibidem*, p. 114.

[41] *Ibidem*, p. 126.

[42] AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 336.

[43] ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. *Os princípios fundamentais da arbitragem*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 127

[44] ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 427.

[45] Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/>

[uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) >. Acesso em 27 mar. 2008.

[46] Lei 9.303/96, artigo 8º.

[47] Lei 9.303/96, artigos 10 e 11.

[48] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

[49] *Ibidem*, p. 81.

[50] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

[51] Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

[52] RECHSTEINER, Walter Beat, *op. cit.*, p. 98.

[53] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93.

[54] RECHSTEINER, Walter Beat, *Ibidem*, 98.

[55] GOLDMANN, 1964 apud OLIVEIRA MAZZUOLI, 2003, p. 198.

[56] STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 75.

[57] FOUCHARD, 1965 apud STRENGER, 1996, p.131.

[58] MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, 709, p.42-45, nov. 1994, P. 43.

[59] GOLDMANN, 1964 apud OLIVEIRA MAZZUOLI, 2003, p.218.

[60] OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldmann e Paul Lagarde. In: FIORATI, J. J.; _____ (Orgs). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003, p.200.

[61] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

[62] RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

O PRINCIPIO HUMANITÁRIO DA PAZ ENTRE OS POVOS E O ESTADO NACIONAL. A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE HUMANITARIAN PRINCIPLE OF THE PEACE BETWEEN THE PEOPLES AND THE NATIONAL STATE. THE GLOBALIZATION OF THE HUMAN RIGHTS

Ivo Jose Kunzleer

RESUMO

o presente artigo tem o desafio de analisar a necessidade de afirmação do princípio da paz entre os povos e pessoas, numa consideração planetária. Para se chegar a este fundamento se parte do conceito de violência histórica, desde a selvageria até a atualidade. Analisa-se os conceitos do Estado no tempo, e como resultado desta violência institucionalizada. Atualmente se vive a perspectiva da afirmação da dignidade da pessoa humana e da paz entre os povos, e o poder está se estruturando em nível regional, continental e mundial, e esta globalização atinge os mais variados aspectos da vida das pessoas, bem como altera os conceitos de Estado, Soberania, Democracia, Poder e Nação. Devendo ser atualizados.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO. COOPERAÇÃO. VIOLÊNCIA. PAZ

ABSTRACT

the present article has the challenge to analyze the necessity of affirmation of the principle of the peace between the peoples and people, in a planetary consideration. To arrive at this bedding if part of the concept of historical violence, since the savagery until the present time. One analyzes the concepts of the State in the time, and as resulted of this institutionalized violence. Currently the perspective of the affirmation of the dignity of the person human being and the peace between the peoples is lived, and the power is if structuralizing in regional, continental and world-wide level, and this globalization reaches the most varied aspects of the life of the people, as well as modifies the concepts of State, Sovereignty, Democracy, Power and Nation. Having to be brought up to date.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. COOPERATION. VIOLENCE. PEACE.

Introdução

Neste artigo, tem-se o propósito de analisar alguns condicionantes antropológicos, políticos, econômicos e sociais, que são suficientes para se concluir que o paradigma do Estado-nacional na sua atual formatação conceitual está superado pelo surgimento de uma nova formatação de vida relacional entre os povos, a partir de um paradigma internacional, seja ele federativo, comunitário, ou cooperativo. Nesta análise, o principal efeito característico a ser observado é o princípio jurídico-político da paz universal entre os povos, como afirmação e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, substitutivo histórico da violência em suas mais diversas manifestações: de anexação, colonização, guerras, escravização, furto, roubo, saques, etc. Igualmente, as relações comerciais já não se estabelecem mais unicamente entre nações, mas entre povos de diferentes nações, e disto surgem os acordos comerciais, tributários e alfandegários, os pactos e cortes internacionais, os comitês de governos e potências mais fortes, ONGs, etc. O público e o privado se aproximaram em seus efeitos e conceitos, num prisma internacional, sem perder determinados laços locais.

Como ponto de partida desta investigação, tem-se a necessidade de buscar no próprio homem primitivo os elementos conceituais negativos ou negadores do princípio da paz universal, isto é a não paz, ou seja, na origem da violência, bem como nos seus condicionantes de vinculação relacional com as nacionalidades, as condições sociais, econômicas e políticas que predominaram nas relações entre pessoas e povos desde as primeiras formações sociais e estatais, da selvageria até as primeiras civilizações. Como se pode observar, eles tinham na violência e na guerra, na escravidão, o mais eficaz instrumento de dominação e colonização, e que em última *ratio* deram causa ao desenvolvimento econômico e ao surgimento do Estado como produto racional da violência entre pessoas e entre povos, e o mantiveram como instrumento de organização forçada da sociedade até os dias atuais. Foi assim, desde a origem das primeiras formações tribais, reconhecidas como nossos ancestrais humanos, permeando o Estado grego e romano, seguindo-se toda idade média até o advento das limitações ao absolutismo e ao papado e o surgimento dos processos de conscientização pelos direitos individuais, o Estado moderno, do Século XVII e XVIII, e em todas as transformações que o Estado passou até chegar a sua mais recente característica constitucional, o Estado Democrático de Direito.

A conclusão que se chega é a de que atualmente o fator relacional internacional passa a preponderar sobre o nacional, e que os povos não podem mais serem separados e subjugados por fronteiras artificiais e despóticas, e que a pessoa humana tem lugar no centro das atenções pelos seus direitos em todas as formações sociais que enveredaram pelos processos democráticos, e que a paz entre homens e povos, o respeito, a igualdade e a solidariedade não são mais apenas direitos formais citados nas constituições, mas uma realidade a ser cumprida por cada um na vida real e pelos governos dirigentes, dentro da agenda da mais plena liberdade de organização e atuação dos povos, e de um processo que ultrapasse a democracia formal para torná-la a democracia da democracia.

I – O imperialismo-globalizante e a violência entre os povos. O Estado moderno como produto da violência entre os povos e da disputa de botins, terras, escravos e repartição do poder.

Muito antes da era dos Direitos da Pessoa Humana, a violência foi um instrumento largamente utilizado em todos os domínios da sociedade, do estágio da selvageria até a civilização[1]. Não foi apenas a violência entre pessoas e comunidades primitivas, mas as nações mais desenvolvidas, durante muito tempo guerrearam entre si, e tiveram na violência uma forma de expandir-se economicamente e firmar-se como Estados nacionais soberanos. De acordo com Marx[2], foi Morgan o primeiro que, com conhecimento de causa, tentou introduzir uma determinada ordem na pré-história humana; a sua classificação continuará certamente em vigor até que um material significativamente mais amplo obrigue a modificações. Marx classifica as três épocas principais – selvageria, barbárie, civilização. Ainda de acordo com Marx[3] o estágio superior da selvageria começa com a invenção do arco e flecha, através dos quais os animais caçados passaram a ser um alimento regular e a caça um dos ramos de trabalho normais. Logo em seguida Marx[4] assevera ter sido no início da barbárie que atingimos um estágio no qual se impõe a diferença de condições naturais entre os dois grandes continentes.

O momento característico do período da barbárie é a domesticação e criação de animais e o cultivo de plantas. Ora o continente oriental, o chamado Velho Mundo, possuía quase todos os animais passíveis de domesticação e todos os tipos de cereais cultiváveis, exceto um; o ocidental, a América, dos mamíferos domesticáveis só tinha o lama, e mesmo este só numa parte do Sul, e de todos os cereais de cultivo só tinha um, mas o melhor: o milho. A diferença destas condições naturais levou a que, a partir de então, a população de cada hemisfério seguisse o seu caminho particular e a que os marcos distintivos nas fronteiras entre cada estágio fossem diferentes em cada um dos dois casos.[5]

Neste tempo histórico surge a família como núcleo parental desagregado da primitiva tribo gentílica. Da genética iroquesa surge o povo da América ocidental, das sementes genéticas grega surge o Estado Ateniense e o Estado Romano; da genética celta e alemã forma-se o Estado dos alemães.[6] São estas formações humanas primitivas, das quais se parte para explicar a dissolução da organização gentílica, que deram origem aos três grandes exemplos singulares de formações humanas: dos gregos, dos romanos e dos alemães. Importante repassar também, ainda que rapidamente as condições econômicas desta fase superior da barbárie, que minaram a organização gentílica da sociedade e que, com a chegada da civilização a eliminaram completamente[7]. Neste período histórico, a divisão do trabalho é puramente natural, existindo apenas entre os dois sexos. O homem faz a guerra, vai à caça e a pesca, e obtém a matéria-prima da alimentação e arranja os instrumentos para tal necessários. A mulher trata da casa e da confecção da alimentação e vestuário, cozinha, fia e cose.[8] Cada um deles é senhor no seu domínio: o homem na floresta e a mulher em casa. O homem asiático encontrou animais que se deixaram domesticar e que continuaram a reproduzir-se em cativeiro. Assim as tribos de pastores separaram-se da restante massa dos bárbaros: *surge a primeira grande divisão do trabalho*, e tornou-se possível pela primeira vez a troca regular da carne, leite, lã, produzidos em excedente. Perfilharam o mesmo caminho, do desenvolvimento do trabalho na horticultura e na indústria.[9] Com a guerra, os prisioneiros foram feitos escravos que passaram a multiplicar a produção de seus vencedores através do trabalho

forçado. A mesma causa que tinha assegurado a mulher a sua anterior dominação em casa – o fato de se limitar ao trabalho doméstico – assegurava agora a dominação do homem na casa: o trabalho doméstico da mulher apagava-se agora perante o trabalho de ganha-pão do homem; este era tudo, aquele um acréscimo insignificante. Razão porque, a libertação da mulher só se tornará possível quando ela puder em grande escala, em escala social, tomar parte na produção e o trabalho doméstico só ocupar em grau insignificante.[10] Com o desprestígio do trabalho da mulher e a afirmação da família patriarcal, quebra-se a ordem gentílica e surge a família singular com todo o poder. Com o descobrimento do ferro, as técnicas de cultivo se expandiram muito, e com uma atividade tão variada de ofícios que surgiram, já não podiam ser exercidos pelo mesmo indivíduo, e assim verificou-se a *segunda grande divisão do trabalho*: os ofícios separaram-se da agricultura[11], e elevou-se o valor da força de trabalho humana e a escravatura, no estágio anterior ainda insipiente e esporádica, torna-se agora componente essencial do sistema social. Com uma população mais densa, e o trabalho dividido em dois grandes ramos, a agricultura e os ofícios, obrigou a uma coesão mais estreita, e a federação de tribos aparentadas torna-se por toda a parte uma necessidade e com isso:

O chefe do exército do povo torna-se um funcionário indispensável, permanente. A assembleia popular surge em todos os lugares onde ainda não existira. Chefe do exército, conselho e assembleia popular formam os órgãos da sociedade gentílica, desenvolvida em continuação numa democracia militar. Militar porque a guerra e a organização para a guerra se tornaram agora funções regulares da vida do povo. As riquezas dos vizinhos despertaram a cobiça de povos entre os quais a aquisição de riqueza aparece já como um dos primeiros objetivos da vida. São bárbaros: pilhar é por eles considerado mais fácil e mesmo mais honroso do que conseguir alguma coisa pelo trabalho.[12]

As guerras de pilhagem elevaram o poder do chefe supremo do exército, assim como dos subchefes; a habitual eleição dos sucessores dentro das mesmas famílias passou, sobretudo desde a introdução do patriarcado, gradualmente à sucessão hereditária; primeiramente apenas tolerada, e depois reivindicada, e finalmente, usurpada; ficou assim lançada a base da monarquia hereditária e da nobreza hereditária. Surge a terceira divisão do trabalho, como decorrência da produção abundante: *os mercadores*, que se ocupam apenas da troca de produtos, e submetem os produtores, e destas relações surge à *moeda cunhada de ouro*, mais um meio de dominação sobre os produtores. Com o dinheiro, e a compra e venda de mercadorias, veio o empréstimo e com ele, o juro e o usurário.[13]

Aqui, porém, tinha surgido uma sociedade que, em virtude do conjunto das suas condições econômicas, tinha sido obrigada a cindir-se em livres e escravos, em ricos exploradores e pobres explorados, uma sociedade que não só não podia reconciliar essas oposições, mas também tinha de agudizá-las cada vez mais. Numa tal sociedade só podia existir ou numa luta aberta permanente dessas classes uma conta a outra ou então

sob a dominação de um terceiro poder que aparentemente situado acima das classes em disputa, reprimisse esse conflito aberto e só permitisse que a luta de classes se travasse, quando muito, no terreno econômico, de uma forma dita legal. A organização gentílica tinha chegado ao fim da sua existência. Tinha sido feita saltar pela divisão do trabalho e o seu resultado, a cisão da sociedade em classes. Foi substituída pelo *Estado*.^[14]

Surgem os Estados de Atenas, de Roma e o Estado Alemão, sendo a formação ateniense a mais clássica. O Estado, portanto, é um produto da sociedade num estágio determinado de desenvolvimento. O Estado, dentro da velha organização gentílica tinha característica de distribuição de seus súditos *segundo o território*; com a cisão em classes, o Estado se organiza como *poder público*, já não coincidindo com a população organizada em força militar, e para manter este poder público, foram precisos os contributos dos cidadãos – *os impostos*.^[15] Os impostos eram totalmente desconhecidos da sociedade gentílica. Foi assim no Estado feudal medieval, onde as posições do poder político se estruturaram segundo a propriedade fundiária.^[16] Com isso, se conclui que o Estado não existiu desde a eternidade. Chama-se a atenção de que, aplicando-se a teoria acima no desenvolvimento do Estado alemão no Século XIX, a violência de sangue e ferro utilizada, se explica pelo sucesso desta política, e nas razões que a levarão ao fracasso ao final. Desde o fim da idade média, a história trabalha para a constituição da Europa a partir de grandes Estados nacionais. Só tais Estados são a normal organização política da burguesia dominante europeia, e também e ao mesmo modo, condição prévia indispensável para o estabelecimento da cooperação internacional harmoniosa dos povos, sem a qual não pode existir a dominação do proletariado. Para assegurar a paz internacional, tem primeiramente de serem afastadas todas as fricções nacionais evitáveis, tem cada povo de ser independente e senhor de sua própria história.^[17]

Com os apontamentos colhidos acima, não há como deixar de concluir que as várias formações e divisões do trabalho; o surgimento da mercancia e da moeda de compra e venda; a disputa por terras, escravos e propriedades; geraram os guerreiros e as guerras de disputas de botins, e a necessidade do Estado absolutista, o domínio da Igreja e do papado e logo depois o Estado moderno, e por conta disso, a necessária violência que passou a história da humanidade até o advento das duas guerras do Século XX, da exploração do homem pelo homem, a prevalência do capital sobre a pessoa humana, etc. E foi a própria violência entre os povos, que tornou possível ao homem perceber o conteúdo universal desta violência e da necessidade de superá-la e substituí-la pela paz entre os povos, e o fim da violência contra a pessoa humana, como condição e afirmação da própria condição e direito da pessoa humana, da democracia, liberdade e da convivência solidária em nascimento como direito à fraternidade. Se a violência é uma manifestação humana universal, a paz que é seu contrário é igualmente universal, portanto, um direito inalienável de todos os povos e pessoas.

II – O Constitucionalismo do Século XX e a superação do paradigma do Estado nacional soberano. A paz entre os povos, necessária ao humanismo globalizante

Não há dúvidas de que o Estado greco-romano deixou suas marcas de organização política e ideológica sobre as concepções jusnaturalistas do Século XVIII. Desde o longo período de trevas que intermediou aquele e seu processo de transformação surgido na Inglaterra, a partir das limitações de poder impostas ao Rei João Sem Terra no pacto de juramento da Carta Magna de 1215, tido como antecedente direto das Declarações de Direitos[18]. O mesmo efeito teve o Ato Declarando os Direitos e as Liberdades da Pessoa e Ajustando a Sucessão da Coroa inglesa, no *Bill of Rights*, assinado em 13 de Fevereiro de 1689, pelo Rei Guilherme de Orange e Maria II, irmã do Rei Jaime I, que restringiu o poder do monarca e consagrou algumas garantias individuais, que passou a ser chamado de Revolução Gloriosa (Revoluções na Inglaterra). Embebidos com estes princípios, foram acontecendo transformações no velho mundo. Um século se foi e a formação estatal absolutista caiu na França revolucionária em 1789. Reflexo, que também tomara conta da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1791. Em todos estes movimentos de transformação e rupturas institucionais, os direitos pessoais e individuais tomaram o centro do debate, tanto que na Revolução Francesa sobressai o lema da “*liberdade, igualdade, fraternidade*” em vigor ainda hoje. A limitação dos poderes do Rei na Inglaterra, o Estado moderno como resultado do contrato social na França são aspectos que demonstram o grau de preocupação que as revoluções tiveram com os direitos e liberdades individuais e com a igualdade entre os povos. Precisa-se buscar o acerto conceitual histórico sobre a constitucionalização dos direitos humanos a partir destes movimentos políticos do Século XVII e XVIII para alcançar a concepção do caráter violento da formação do Estado moderno, e para afirmar a sua necessária superação histórica na atualidade, frente á edificação de conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, e afirmar o direito da dignidade da pessoa humana, e principalmente pela afirmação do princípio da paz universal entre os povos e pessoas, que é o contrário da violência universal imperante, superado pelos direitos humanos na atualidade.

Os pilares do conceito moderno de direitos do homem, de que este é dotado de direitos inatos, que precedem o Estado e a comunidade política, e que têm de ser respeitados e garantidos pelo Poder Público é uma idéia essencialmente iluminista.[19] Esta época, era necessário proteger os indivíduos do poder despótico do Estado. Foi no constitucionalismo nascido da Revolução Francesa, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que pela primeira vez na história se falou em direitos do homem em termos de declaração de intenção de Estado, ainda num enfoque puramente individualista. Este estado de situação se repetiu em grande parte no *Bill of Rights*, um elenco de liberdades públicas e garantias constitucionais em favor do cidadão americano.[20] Apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana.[21] Surgem as mais variadas críticas ao constitucionalismo liberal, o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da igreja. E com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano.[22] Vieram as transformações do Estado do Bem-Estar Social, a Revolução Russa de 1917, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.[23] O colapso da Bolsa de Valores de Nova Iorque de 1929 mostrou a profundidade da crise do capitalismo em vigor. Aconteceram as duas grandes guerras mundiais e com elas os direitos fundamentais de segunda dimensão tornaram-se uma

constante nas constituições de todas as nações, e a dignidade da pessoa humana o referencial axiológico. Surge a idéia da paz entre os povos como um elemento densificador dos direitos humanos da pessoa humanos, num enfoque universal, abrangente e diferente da visão individualista do Estado moderno. O fracasso das experiências socialistas e o advento do neoliberalismo tornaram real a possibilidade da hegemonia do capitalismo, sem precedentes sobre o resto do mundo, uma vez que decretado o fim da guerra fria.[24] Apesar de encontrarmos referências aos direitos humanos nas civilizações antigas, nos Hebreus, Gregos e Romanos, e em grande parte o Cristianismo tendo como idéia guia o humanismo[25], foi na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas que se pode observar a preocupação das nações com a paz e o desprezo com a guerra.[26] Não é por outra razão que está escrito na Carta das Nações Unidas, no seu artigo 1º do Capítulo I – dos Objetivos e Princípios das Nações Unidas: *Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz.*

A questão da paz entre os povos, pela imposição de seu avesso e negativo, a guerra e a violência, foram o motor da história e motivo de heroísmo da selvageria até a chegada da civilização, e a afirmação do Estado nacional como instrumento de dominação e controle, e na forma mais trágica inimaginável, ainda se fez sentir em nossos tempos. Ao que se deduz das notas, a vontade de guerra ainda era no mínimo igual à vontade de paz nos tempos da Revolução Francesa, e a vitória da guerra, o aprisionamento do escravo ainda eram feitos heróicos, senão vejamos:

No entanto, Locke se deu conta do internacional, ao realçar a importância crescente dos tratados. Pioneiramente, no capítulo XII do *Segundo Tratado sobre o Governo*, faz menção a um quarto poder, o *poder federativo* enquanto *poder de guerra e paz de ligas e alianças e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade*. [27]

Se da barbárie até o tempo da Revolução Francesa a guerra e a violência pessoal e entre nações e povos eram largamente utilizadas para ampliar riquezas, para repartir botins, escravizar a força de trabalho humana, não podia ser de outra forma a evolução da razão humana, para a compreensão da afirmação da dignidade da pessoa humana, e o direito de convivência pacífica das pessoas e dos povos. A universalização dessa concepção de paz entre os povos, para a afirmação de direitos humanos evoluiu muito rapidamente após a segunda guerra mundial como ato de reprovação da violência e da guerra. Com o advento das redes de comunicação, rádio e televisão, da tecnologia e recentemente com as redes de *internet*, vez que a informação instantânea da violência, mostrada aos quatro ventos do universo transforma mentes e corações, senão vejamos como esta globalização pode acontecer:

A globalização não é, portanto, um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica. A maioria das pessoas pensa que a globalização está simplesmente “retirando” poder ou influência de comunidades locais e nações para transferi-lo para a arena global. E realmente esta é uma de suas conseqüências. As nações perdem de fato parte do poder econômico que antes possuíam. Contudo, ela tem também o efeito oposto. A globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando novas pressões por autonomia local.[28]

Precisa-se compreender, como se dá esse movimento pela paz mundial, e como ele influencia na reorientação destes fenômenos de recriação do poder, e inclusive na formatação de um novo ordenamento político-ideológico, de natureza intercontinental ou internacional. Uma primeira questão que merece ser posta é a divergência ou a pluralidade de conceituação do que seja globalização. A doutrina utiliza ora como expressão econômica, ora política, e importa chamar a atenção da existência de significações distintas ao se referirem ao termo. Anthony Giddens chama a atenção de que alguns teóricos questionam tudo o que se refere a ela, e os chama de céticos. Aponta ainda, que existem também os radicais, que afirmam ser ela sentida em toda a parte.[29] O Autor arremata:

A globalização tal como à estamos experimentando é sob muitos aspectos não só nova, mas também revolucionária. Não acredito, porém, que nem os céticos nem os radicais tenham compreendido corretamente nem o que ela é, nem suas implicações para nós. Ambos os grupos vêem o fenômeno quase exclusivamente em termos econômicos. Isso é um erro. A globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica. Foi influenciada acima de tudo por desenvolvimentos nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960.[30]

Portanto, este é o espectro conceitual com o qual se irá trabalhar neste artigo. Ninguém mais haverá de negar que os direitos da pessoa humana são o centro de todo o universo de direitos, e que as constituições contemporâneas estão recheadas de carga valorativa e axiomas densificadores da dignidade da pessoa humana, e que a violência globalizada nos primórdios, precisa ser compreendida para ser substituída, e nas palavras de Edgar Morin:

O que chamamos de globalização hoje em dia é o resultado do momento atual de um processo que se iniciou com a conquista das Américas e a expansão dominadora do ocidente europeu sobre o planeta. A primeira modernização no princípio do século XVI é a globalização dos micróbios, porque os micróbios europeus, como a tuberculose e outras enfermidades chegaram às Américas ao longo dos anos. Porém, os micróbios americanos, como a sífilis, chegaram à Europa. Esta é a primeira unificação mundial danosa para todos.[31]

Disto conclui-se como correta a abordagem inicial sobre a violência, vez que esta foi um instrumento largamente utilizado nas conquistas, e na disputa pelo poder e propriedades, quando se precisou estabelecer um ente neutro que controlasse a violência, ou que tomasse para si a violência, como instituição e afirmação da paz. Ainda que fosse a paz do mais forte sobre o mais fraco, do senhor contra o escravo, do burguês contra o proletário. Fato é que o espaço para o imperialismo expansionista encontra seu esgotamento, não há mais como se valer da guerra de anexação, de escravizar homens, eis que o movimento globalizante haverá de impedir. Ao contrário, as colônias espanholas e portuguesas da América se tornaram independentes, ou pelo menos trocaram colonizador. As colônias da África, Ásia e de todo o globo passaram a ter governos nacionais com políticas locais. O Valor atribuído ao novo conceito de soberania e a afirmação da autodeterminação dos povos se tornou preponderante. A complexidade da nota de Edgar Morin está presente na explicação seguinte:

As civilizações mundiais, surgidas com os Impérios Mercantilistas do Século XVI, vêem-se redefinidos no bojo de uma civilização mundial. A internacionalização crescente convive com a transnacionalização acelerada. Ainda conta o delineamento das heranças nacionais. A dureza deste traço é recorrente. Mas são obrigatórias as linhas flexíveis da internacionalização, a indicar a formação de blocos regionais. Surgem mega-atores como a Comunidade Européia, o programa do Nafta, o mercado do Sudeste e do Pacífico asiáticos. De modo acanhado, mas irreversível, a Organização das Nações Unidas. Na América latina, a ALADI, herdeira da ALALC, o Mercosul.[32]

Soma-se a este fato a política internacional de realização de pactos e convenções bilaterais por todos os países do mundo, sobre temas públicos e privados, estabelecendo regras de comportamento e conduta para os governos e para os particulares em relações internacionais de diplomacia, comércio e alfândega, importação e exportação, tributos, etc. O Brasil é signatário de mais de trinta convenções, além de ter aderido à quase todos os tratados internacionais, e recebendo esta matéria espaço privilegiado em nossa Constituição. Conforme se observa no artigo 5º parágrafo 2º senão vejamos: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. Em todas as constituições do mundo estes direitos se universalizam, e entram nos ordenamentos jurídicos internos, hierarquizados e compatibilizados com o conteúdo normativo interno de tal forma que existem duas realidades absolutamente harmônicas: uma interna e outra internacional, onde uma não afasta nem nega a outra, e ao contrário afirmam-se mutuamente. Neste Sentido, a Constituição do Brasil de 1988 em seu artigo 4º, tem previsão expressa de que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político.

Igualmente, os sistemas jurídicos constitucionais tornaram-se verdadeiros sistemas mistos, nacionais e internacionais, e os Estados nacionais cederam em grande parte sua soberania e perderam o caráter puramente nacional, para o sistema das organizações políticas legislativas e jurisdicionais internacionais, e a combinação com os fóruns de deliberação de governos, como o G-7 e mais recentemente o G-20, a cúpula das Américas, e os organismos regionais como MERCOSUL, NAFTA, OCDE, OMC, ONU, etc. Não há mais como se falar em Estados plenamente soberanos, uma vez que esta soberania encontra suas limitações nos tratados e convenções internacionais, cuja força e eficácia vêm respaldadas nas Constituições internas de cada país. Considerando de um lado a internacionalização da política dos povos, e de outro, a pública refutação da violência, outrora motivo expansionista, e agora em seu lugar se vê construído a fortificação do sentido humano, da dignidade da pessoa humana, muito além do sentido individual que lhe havia atribuído o liberalismo oitocentista. São os fundamentos internacionais constantes expressamente ou dedutíveis do conteúdo das constituições após a segunda guerra.

III – Um Estado mundial ou internacional. Federação de Estados e o surgimento de uma nova organização de cooperação entre os povos, regulada por organismos multilaterais.

No caminho que se percorreu neste artigo, primeiramente se conceituou e fundamentou as razões da origem da violência entre os povos, da selvageria até a civilização, para se chegar à conclusão de que o Estado enquanto instrumento de organização da sociedade é um produto da violência. Agora, chega-se num tempo histórico de evolução da sociedade, em que não tem mais sentido a luta entre os povos, as guerras, e que os sistemas legais dos diversos povos e nações, se fundamentam na dignidade da pessoa humana, na afirmação do princípio da paz entre os povos e da afirmação da autodeterminação, colocando o direito do homem no centro da defesa. Ao lado da afirmação da existência pacífica e não agressão entre os povos estabeleceram-se relações internacionais de negócios e obrigações legais recíprocas entre os povos, que não são incompatíveis com o sistema legal interno, e que denotam a complexidade da globalização. É o local e o mundial convivendo num espaço de complexidade.

De acordo com Edson Ricardo Saleme, são inúmeros os fatores que levaram os comerciantes situados nas mais diversas partes do globo a agirem desta ou daquela maneira. É evidente que existe por parte de diversos Estados uma vocação para o comércio internacional como meio de se inserirem na onda globalizante, inevitável, que inclusive gerou a criação do GATT, bem como o Mercosul e o Nafta.[33] O Gatt nasceu em Bretton Woods, poucos anos após o final do mais sangrento conflito da história humana, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1947, voltado à liberalização do comércio de mercadorias, em um mundo então acostumado a lastrear o seu desenvolvimento econômico em bens corpóreos – sujeitos, portanto, à passagem física pelas fronteiras. Sobre a anunciada globalização dos mercados, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral leciona:

A idéia da ampliação territorial dos mercados e a eliminação das barreiras ao livre-trânsito dos fatores de produção – pessoas e capital, o direito à organização de bens e serviços sem restrições quanto à sua origem e também a outorga de extensiva liberdade de admissão e estabelecimento encontraram robusto fundamento no regime federal norte-americano, criado pelos constituintes da Filadélfia e introduzido na Constituição de 1789. Atribui-se, substancialmente, o grande domínio dos Estados Unidos, em termos mundiais, já ao final do século XIX e ao longo do século vindouro, à sua grandeza continental e à inexistência de barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio doméstico. Isto levou mesmo um socialista utópico, Proudhon, a visualizar uma grande tragédia no século XX, caso não se formassem federações, pela eliminação das fronteiras nacionais, o que naturalmente se aplicava ao continente europeu.[34]

De acordo com este autor o critério de divisão de mercados segundo a sua especialidade, deu origem à regionalização das economias, pela formação de blocos comerciais, e a chamada globalização. Mais do que uma globalização puramente econômica, há também uma opção política voltada à eliminação das fronteiras nacionais e das barreiras à circulação do comércio de bens e serviços, aos financiamentos internacionais e as inversões estrangeiras, opção que parte da crença de que é melhor integrar e cooperar do que, sozinhas, lutarem as nações em um mundo de profunda interdependência sob as mais variadas perspectivas.[35] No oitavo e último ciclo de negociação do Gatt, a Rodada do Uruguai – 1986 -1994, encerrou-se em 15 de abril de 1994, em Marrakech, com a assinatura da Ata final da Rodada do Uruguai com o histórico acordo para a criação da OMC.[36] A criação da OMC visou a dar uma nova configuração ao comércio mundial, sendo notável, entre as várias metas alcançadas durante a rodada do Uruguai. Em se tratando da discussão acerca da hierarquia dos tratados, preciso estar com Alberto Xavier, ao afirmar que:

Duas disposições de caráter especial apontam inequivocamente no sentido da superioridade hierárquica dos tratados. Uma é a que consta do artigo 178, segundo o qual “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreos, aquáticos e terrestres, devendo, quando à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Outra é a do artigo 192, III, b) que estabelece que a lei complementar que fixar a participação do capital estrangeiro no sistema financeiro nacional terá em vista os acordos internacionais, esclarecendo ainda o art. 52 do ADCT que as vedações a que se refere, em matéria de mercado financeiro, não se aplicam às autorizações resultantes de acordos internacionais.[37]

Com este fundamento se tem a convicção de que a internacionalização da política e da economia, da cultura, da arte e da vida e dos negócios conduz inevitavelmente a uma nova formulação das instâncias de governo e de sociedade. Do ponto de vista estritamente humanitário e não comercial ou tributário, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros Marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o

alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de que se permitisse o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional.[38] O Direito Humanitário ou o Direito Internacional da Guerra impõe uma regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional. Neste sentido, o Direito Humanitário foi uma primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado.[39]

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos.[40] Assim, o processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania estatal – passa, assim a ser uma importante resposta nesta busca de reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.[41]

Com a competência de julgar os crimes cometidos ao longo do Nazismo, seja pelos líderes do partido nazista, seja pelos oficiais militares, o Tribunal de Nuremberg teve sua composição e seus procedimentos básicos fixados pelo acordo de Londres. Nos termos do artigo 6º do acordo de Londres, são crimes sob a jurisdição do Tribunal que demandam responsabilidade individual: a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em aos tratados e acordos internacionais, ou participar de um plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações).[42]

Entre outros crimes definidos como tal no mesmo diploma. O Tribunal de Nuremberg aplicou fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade, previstos pelo Acordo de Londres. Essa virada contra a violência, tímida, mas em construção interna e internacionalmente, é uma demonstração de que o homem se tornara humano, e que a violência que outrora fora o motor do desenvolvimento e anexação de territórios e motivo de honraria na barbárie, deveria mesmo ser varrido como prática entre os povos, por conta da valorização dos Direitos Humanos. De acordo com o ensinamento de Flávia Piovesan, após a Segunda Guerra Mundial, relevantes fatores contribuíram para que se fortalecesse o processo de internacionalização dos direitos humanos. Dentre eles o mais importante foi uma maciça expansão de organizações internacionais com propósito de cooperação internacional.[43] A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos e entre estes o direito da paz entre os povos. Na esteira desta afirmação:

Instaurou-se larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu, então, o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado

internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal.[44]

Na esteira destes importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, o advento da *International Bill of Rights*, como já visto, constituiu o marco do processo de proteção internacional dos direitos dos direitos humanos. A partir dela, inúmeras outras Declarações e Convenções foram elaboradas.[45] O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, assinada em San Jose, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978.[46] Quanto à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema regional é composta por sete juízes nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção.[47] Como se percebe, o direito a paz, a partir do princípio da paz entre os povos, nasce na cinza da negação do direito de fazer guerra, isto é a paz é a negação universal da violência também universal. E como o Estado nasce e é produto legítimo da violência e da guerra, ele encontra a sua negação também no princípio da paz entre os povos, na liberdade, igualdade e solidariedade elevadas à última conseqüência, e retiradas do limbo individual e elevados a categoria de direitos da humanidade.

IV – Uma reorganização internacional do poder. Legislativo, Judiciário e Executivo. O rompimento com o paradigma para uma combinação de governo constitucional, cooperativo, federativo ou confederativo mundial combinado com a administração e gestão local.

Dentro do pensamento que se vem desenvolvendo até aqui, não há como perder de vista que a jurisdição internacional ganhou força depois da segunda grande Guerra Mundial em diversos organismos internacionais, UE, ONU, OEA, MERCOSUL, NAFTA, etc. Verdadeiros parlamentos internacionais e regionais, senão continentais, estão se estabelecendo, alguns de forma embrionária, outros já com contornos de estabilidade. Grandes comitês executivos, como o G-7 e atualmente o G-20 forma blocos executivos, representativos de governos mundiais, que decidem os mais diversos assuntos, tais como economia, meio ambiente, relações comerciais internacionais, etc. O que se pode falar disso, senão que estamos diante de verdadeira organização executiva, judicial e parlamentar de regramentos de condutas com nítida natureza internacional, senão mundial.

Conceitos antigos e aparentemente imutáveis sobre Estado, soberania, democracia, divisão dos poderes, república, tudo está em mudanças profundas e rápidas. A divisão

dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, democracia, soberania, república, nação, povo e Estado, tudo está sendo alterado pela lógica da globalização, seja econômica, tecnológica ou política. O local não é mais somente local, e o mundial é também local. As fronteiras existentes há muito são apagadas ou relativizadas pela contemporaneidade. A noção de progresso rompe com a idéia do vale tudo para aumentar o lucro, e entra nos tempos da preservação do verde, e com este a defesa da natureza e por conta dessa idéia vem a mais efetiva forma da defesa dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana, da paz e do respeito e solidariedade entre as pessoas.

É verdade que na história humana se inserem cidades, impérios, mas o fenômeno nacional é um fenômeno que vem da Idade Média, na Europa. Significa um poder que pode unificar etnias diversas e transformá-las em regiões. É um processo de séculos, com o desenvolvimento de uma administração com leis comuns, língua comum.[48] Ainda que essa idéia do fim do paradigma nacional do Estado possa parecer uma utopia, lembremos que as idéias do socialismo, de pequenos pensadores, profetas, ganharam partidos social-democratas e depois o partido bolchevique. Quer dizer, no princípio as copias parecem sempre improváveis de se realizar, e sempre na história os fatos mais importantes foram os fatos improváveis.[49]

No ano de 1978, sem nenhuma referência ao termo “globalização”, a idéia da formação de uma estrutura de poder acima e além dos estados nacionais, de caráter internacional, se encontra em Häberle e seu Estado Constitucional Cooperativo:

Há uma percepção de que o Estado Constitucional do Direito Internacional entrou em uma nova fase: o entrelaçamento das relações internacionais, objeto do Simpósio de Direito Constitucional na Basileia em 1977, ganhou intensidade, extensão e profundidade, de forma que o Estado Constitucional ocidental precisa reagir adequadamente. Neste sentido é proposto o conceito Estado Constitucional Cooperativo.[50]

Na tentativa de conceituar esta forma de poder o Häberle se refere ao “Estado Constitucional Cooperativo” dizendo que é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, a necessidade internacional de políticas de paz.[51] Häberle chama a atenção ainda de que no Estatuto da Liga das Nações (1919), já se fala do “fomento a cooperação entre nações.” Ao lado da “garantia da paz internacional e da segurança internacional”, ele se apresenta como objetivo da Liga das Nações. Também a Declaração das Nações Unidas (1945) aparece como uma reação às comoções e sofrimentos da última guerra. Ao contrário do Estatuto da Liga das Nações, a cooperação entre povos, prevista na Carta das Nações Unidas, não é colocada como objetivo e sim como meio “para resolver problemas internacionais de natureza social, cultural e humanitária, e para fomentar e sedimentar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. [52]

Com a Convenção para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, e com a instituição da Comissão Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos humanos é conferido aos membros dos Estados signatários proteção direta dos direitos fundamentais através de uma instância supranacional.[53] Em solo americano, deve ser citado especialmente a “Organização of American States” (OAS), cuja carta revisada, de 1970, contém princípios para um sistema semelhante a proteção dos direitos humanos pelo Conselho Europeu.[54] No entanto, a proteção internacional dos direitos humanos obteve vinculação jurídica contudo apenas quando, em 1976, entrou em vigor o pacto internacional sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas, de 1966.[55]

Ainda sobre o movimento europeu de tendência a unificação, A. J. Avelã Nunes refere que a partir de 1922 surgiu um forte movimento na Europa, liderado por Richard Coudenhove-Kalergi, com vistas à criação dos Estados Unidos da Europa. O objetivo era o de evitar o domínio militar soviético e o domínio econômico dos EUA e do império britânico,[56] o que era percebido:

Com a previsão do final da Guerra, os EUA e o RU decidiram que era necessário redesenhar a Europa, para à transformar em instrumento de contenção do comunismo e chegaram a planear uma União Federal Europeia sob seu controle. Em 1946 Churchill fala em Fulton (NY) da “cortina de ferro” e, em setembro desse mesmo ano, fala em Zurique dos Estados Unidos da Europa.[57]

Em 1957, foi Assinado o Tratado de Roma, que criou a *Comunidade Econômica Europeia*, simultaneamente com a criação da *Comunidade Europeia de Energia Atômica* (Euratom). Alterado em 1986 pelo *Acto único Europeu* e em 1992 pelo *Tratado de Maastricht*, que criou a União Europeia (EU), e decidiu avançar com a União Econômica e Monetária e criar a moeda única e um Banco Central Europeu.[58] Em 29 de Outubro de 2004 foi assinado em Roma o Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa.[59] Tem sido pacífica a idéia de que a prevalência do direito comunitário sobre o direito nacional somente valerá dentro dos limites das transferências de soberania outorgadas pelos estados-membros através de tratados internacionais. Após a assinatura do Tratado em 24.10.2004, o NÃO a ratificação foi identificado com o caos; o SIM foi considerado como a fonte de onde jorra o leite e o mel.[60] A partir da jurisprudência do TJCE foi ganhando foros de cidadania a tese da aplicabilidade e da eficácia direta do direito comunitário no território dos estados membros, bem como a da sua prevalência sobre o direito ordinário dos estados-membros, desde que nos limites das competências que estes tenham transferido para as instituições comunitárias, por meios de tratados internacionais. A prevalência não implica nulidade ou anulabilidade das normas internas, que continuam válidas e aplicáveis a todas as questões que não impliquem a aplicação do direito comunitário. Igualmente o TJCE decide que nenhum estado-membro pode invocar a sua constituição nacional para justificar a não aplicação de uma norma do direito comunitário.[61]

Conclusão

Ainda que seja o mais antigo movimento de expressão internacional de mudanças e transformações do Estado, seja uma cooperação, federação ou confederação, ou comunidade cooperativa, a União Européia estimulou e deu especial alento à criação de movimentos da mesma natureza em outros continentes. **O NAFTA (North American Free Trade Agreement)**. Acordo de Livre-Comércio da América do Norte surgiu em 1988, formado pelos EUA e Canadá inicialmente, mas como havia muitos interesses econômicos e políticos em jogo para o governo norte-americano, eis que queria diminuir o crescente *deficit* comercial, além de mostrar força frente à crescente organização dos Estados Europeus e as dificuldades existentes para encerrar a Rodada do Uruguai, no que diz respeito ao GATT, permitiu o ingresso do México em 1992. O acordo efetivamente entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1994.[62] A IX Conferencia dos Estados Americanos adotou, em 30 de abril de 1948, três textos: um sobre os princípios, e um texto jurídico, sobre processos decisórios. Eles entraram em vigor a 13 de dezembro de 1951 e fizeram surgir a **Organização dos Estados Americanos (OEA)**. [63] O **GATT (General Agreement on Tariffs and Trad)**. Acordo Geral de Tarifas e Comércio foi assinado em 30 de outubro de 1947 em Genebra. O GATT surgiu a partir de um projeto de convenção propondo a criação da Organização Internacional de Comercio (OIC) assinado em Havana em janeiro de 1948. Como o grupo preparatório da Conferência de Havana havia redigido um Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, e como não vingou a OIC, acabaram por contentar-se [64]. Logo após o término da Rodada Uruguai, na Conferência Ministerial de Marrakesh, verifica-se o surgimento da **OMC (Organização Mundial do Comércio)**, que surge como herdeira do GATT. [65] O **MERCOSUL (Mercado Comum do Sul)**. Foi criado através do Tratado de Assunção em março de 1991, que converteu o protocolo de Ouro Preto, que se reveste do primeiro encontro que tratou do tema. É formado pelo Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina inicialmente e depois Chile e Bolívia, com adesão da Venezuela posteriormente. [66] O MERCOSUL é gerado a partir da mesma retórica que caracterizou a **ALADI e ALALC (Associação Latino Americana de Integração)**, cuja sede é a cidade de Montevideú, no Uruguai. [67] Em 1963 foi criada a Organização de Unidade Africana (OUA), reunindo o conjunto dos países independentes do continente, inclusive os árabes. O descontentamento com a instituição resultou que na Cúpula realizada a 11 de julho de 2000 em Durban (África do Sul) ocorresse o sepultamento da OUA e o surgimento da União Africana (UA). Que enfatizou a necessidade de desenvolvimento econômico. [68] Outra organização surgida é a **OTCA – Organização do Tratado de Cooperação Amazônica**, firmado em 1978, que tem Brasília como sua sede e busca fortalecer institucionalmente a coordenação conjunta dos países amazônicos das demandas provenientes da região. [69] **A Liga Árabe**, ou (**Liga de Estados Árabes**). É uma organização de estados árabes fundada em 1945 no Cairo por sete países, com o objetivo de reforçar e coordenar os laços econômicos, sociais, políticos e culturais entre os seus membros, assim como mediar disputas entre estes. Atualmente a Liga Árabe compreende vinte e dois países islâmicos, que possuem no total uma população superior a 200 milhões de habitantes. [70] **A CARICOM**, antiga **Comunidade e Mercado Comum do Caribe** e atual **Comunidade do Caribe** ou **Comunidade das Caraíbas**, é um bloco de cooperação econômica e política, criado em 1973, formado por quatorze países e seis territórios da região caribenha. [71] **ASEAN (Associação de Nações do Sudeste Asiático)**, é uma

organização regional de estados do sul oriental asiático que foi constituída 1976 com a assinatura do Tratado de Bali. Seus principais objetivos eram estabelecer uma verdadeira zona de livre-comércio. A APEC foi fundada em 1989, através do Tratado de Canberra. Ela reuniu inicialmente onze países localizados nas margens do Oceano Pacífico.[72]

A listagem acima não esgota todas as organizações existentes pelo mundo, e que tem objetivos políticos, econômicos e de cooperação entre nações e Povos. Além destas, tem as organizações não governamentais que buscam pressionar os governos locais para obter a ampliação das políticas locais, bem como afirmar princípios humanitários e de solidariedade supranacionais ou mundiais. Todas estas formas de atuação social e política, e a organização dos povos, nos levam a conclusão de que não podemos mais tratar a realidade política, social e econômica, com os mesmos instrumentos de poder tal qual os recebemos da modernidade. O Estado soberano, a República, a Democracia, a divisão dos poderes, a família, a propriedade privada, são todas instituições que sofreram alterações e mudanças profundas, e reclamam novos contornos conceituais, principalmente em sua consideração internacional, cooperativa, federativa ou confederativa entre os povos. O velho Estado moderno, produto da violência sede espaço para a paz e solidariedade entre os povos.

Bibliografia

1. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *A Organização Mundial do Comércio – OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. In Comercio Internacional e Tributação. Heleno Taveira Tôres (coord.), São Paulo: Editora Quartier Latin. 2005.
2. CANOTILHO, Jose Joaquim. *Direito Constitucional*. 7ª edição. Coimbra, Portugal. Edições Almedina. 2003.
3. GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.
4. GIDDENS, Antony. *Mundo em Descontrole*. Tradução: Maria Lúcia X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2003.
5. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. In Obras Escolhidas. Moscovo: Editorial Progresso, 1985.
6. MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do Sec. XXI*. Paris: Editora Bertrand Brasil. 1998.
7. MORIN, Edgar. *As duas globalizações: Complexidade e Comunicação uma Pedagogia do Presente*. Edgar Morin, Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: 2ª ed. Sulina/EDIPUCRS. 2002.
8. NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora. 2007.

9. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Rio de Janeiro. Centro de Informação das Nações Unidas, 2000.
10. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Max Limonad. 2002.
11. RESENDE, Paulo-Edgar A. *A Federação como Alternativa Democrática nas Relações entre Nações*. in *Desafios da globalização*, 3ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.
12. SALEME, Edson Ricardo. *Pressupostos dos Contratos Internacionais*. In *Contratos Internacionais: aspectos gerais e com o poder público*. São Paulo: Editora Lex. 2008.
13. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2004.
14. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
15. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed. reformada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007.

[1] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. In *Obras Escolhidas*. Moscovo: Editorial Progresso, 1985, p. 228.

[2] *Ibidem*, p. 228.

[3] *Ibidem*, p. 229.

[4] *Ibidem*, p. 230

[5] *Ibidem*, p. 230.

[6] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. *Obras Escolhidas*. Moscovo: Editorial Progresso, 1985, p. 234-344.

[7] *Ibidem*, p. 355.

[8] *Ibidem*, p. 355-356.

[9] *Ibidem*, p. 356-357.

[10] *Ibidem*, p. 358.

[11] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. In *Obras Escolhidas*. Moscovo: Editorial Progresso, 1985, p. 359.

[12] Ibidem, p. 360.

[13] Ibidem, p. 361-363.

[14] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Obras Escolhidas. Moscovo: Editorial Progresso, 1985, p. 365.

[15] Ibidem, p. 365-367.

[16] Ibidem, p. 368.

[17] Ibidem, p. 422-423.

[18] GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 41.

[19] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2004, p. 21.

[20] Ibidem, p. 25.

[21] Ibidem, p. 31.

[22] Ibidem, p. 33.

[23] Ibidem, p. 33.

[24] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2004, p. 48.

[25] GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 39-40.

[26] Ibidem, p. 85-86.

[27] RESENDE, Paulo-Edgar A. *A Federação como Alternativa Democrática nas Relações entre Nações*. in *Desafios da globalização*, 3ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 29.

[28] GIDDENS, Antony. *Mundo em Descontrole*. Tradução: Maria Lúcia X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2003, p. 23.

[29] Ibidem, p. 18.

[30] Ibidem, p. 20-21.

[31] MORIN, Edgar. *As duas globalizações: Complexidade e Comunicação uma Pedagogia do Presente*. Edgar Morin, Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: 2ª ed. Sulina/EDIPUCRS. 2002, p. 39.

[32] RESENDE, Paulo-Edgar A. *A Federação como Alternativa Democrática nas Relações entre Nações*. in *Desafios da globalização*, 3ª Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes. 1997, p. 36.

[33] SALEME, Edson Ricardo. *Pressupostos dos Contratos Internacionais*. In *Contratos Internacionais: aspectos gerais e com o poder público*. São Paulo: Editora Lex. 2008, p. 19.

[34] AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *A Organização Mundial do Comércio – OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. In *Comercio Internacional e Tributação*. Heleno Taveira Tôrres (coord.), São Paulo: Editora Quartier Latin. 2005, p. 119.

[35] *Ibidem*, p. 119.

[36] *Ibidem*, p. 123.

[37] XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed. reformada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007, p. 121.

[38] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Max Limonad. 2002, p. 125.

[39] *Ibidem*, p. 126.

[40] *Ibidem*, p. 131.

[41] *Ibidem*, p. 133.

[42] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Max Limonad. 2002, p. 135.

[43] *Ibidem*, p. 139.

[44] *Ibidem*, p. 164.

[45] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Max Limonad. 2002, p. 187.

[46] *Ibidem*, p. 230.

[47] *Ibidem*, p. 240.

[48] MORIN, Edgar. *As duas globalizações: Complexidade e Comunicação uma Pedagogia do Presente*. Edgar Morin, Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: 2ª ed. Sulina/EDIPUCRS. 2002, p. 43.

[49] *Ibidem*, p. 59.

- [50] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2.
- [51] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.
- [52] Ibidem, p. 25.
- [53] Ibidem, p. 32.
- [54] Ibidem, p. 35.
- [55] Ibidem, p. 36.
- [56] NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora. 2007, p. 12.
- [57] Ibidem, p. 13.
- [58] Ibidem, p. 17.
- [59] Ibidem, p. 18.
- [60] Ibidem, p. 21-22.
- [61] Ibidem, p. 42-43.
- [62] SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 290.
- [63] Ibidem, p. 262.
- [64] Ibidem, p. 225.
- [65] AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *A Organização Mundial do Comércio – OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. In *Comercio Internacional e Tributação*. Heleno Taveira Tôres (coord.), São Paulo, Editora Quartier Latin, 2005, p. 123.
- [66] SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 296.
- [67] Ibidem, p. 295.
- [68] Ibidem, p. 340.
- [69] Ibidem, p. 304-305.
- [70] Ibidem, p. 338.

[71] Ibidem, p. 288.

[72] Ibidem, p. 343-344.

A SITUAÇÃO JURÍDICA DO IMIGRANTE ILEGAL NOS ESTADOS UNIDOS

LA SITUACIÓN DE LOS INMIGRANTES ILEGALES EN LOS ESTADOS UNIDOS

João Carlos Jarochinski Silva

RESUMO

O presente texto tem como objetivo discutir a situação jurídica do imigrante ilegal no mundo contemporâneo a partir de um importante estudo de caso que é o país que mais recebeu imigrantes no mundo, os Estados Unidos. O estudo desse caso se dará a partir da análise histórica dos textos legislativos produzidos nesse país sobre o tema, demonstrando a mudança na postura e no discurso adotado. Este estudo é sintomático da situação que os imigrantes ilegais encontram hoje nos países desenvolvidos, realçando a posição de não aceitação, que favorece a xenofobia e a intolerância, além de não garantir aos seres humanos, no caso desses imigrantes, uma proteção jurídica capaz de conferir o mínimo de dignidade e de respeito à vida.

PALAVRAS-CHAVES: IMIGRAÇÃO; ILEGALIDADE; LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA; HISTÓRIA DOS ESTADOS UNIDOS.

RESUMEN

El presente artículo tiene el objetivo de trabajar con la situación del inmigrante ilegal en el mundo contemporáneo con un estudio de importante estudio de caso que é del país que más recibió inmigrantes en el mundo, los Estados Unidos. El estudio de la situación en los Estados Unidos se iniciará con el análisis histórico de los textos legislativos producidos en este país sobre el tema, mostrando los cambios en las reglas y en el discurso político. Este estudio es sintomático de la situación en que se encuentran los inmigrantes ilegales en los países con más desarrollo, donde hay una postura de no se aceptar el otro, creando la xenofobia y la intolerancia, que en nada contribuyen para la garantía de los derechos mínimos a los seres humanos, destacándose la cuestión de la dignidad y del respecto a la vida.

PALAVRAS-CLAVE: INMIGRACIÓN; ILEGALIDAD; LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE; HISTORIA DE LOS ESTADOS UNIDOS.

A condição dos imigrantes nos Estados Unidos antes da Iª Guerra Mundial

Falar da imigração dos Estados Unidos é um dos temas mais instigantes nas humanidades. Essa ex-colônia se tornou o país no mundo que mais recebeu imigrantes

em toda a história. A questão da imigração se inicia logo com a independência das treze colônias, pois nesse momento se percebe um pequeno fluxo de irlandeses e de pessoas que viviam em possessões inglesas para a América. Na verdade, esse movimento ainda era a continuação do fluxo que tomou conta desse território durante os séculos XVII e XVIII. A independência, que ocorre em 1776, ainda não havia modificado a lógica migratória para os Estados Unidos.

Logo em 1798, a jovem nação estabelece o *Aliens Act and Aliens Enemy Act*, onde o governo prevê a possibilidade de detenção e expulsão dos estrangeiros considerados perigosos, além da possibilidade de expulsão daquelas imigrantes que viessem de países que entrassem em confronto com os Estados Unidos.

Porém, as mudanças mais significativas se dão a partir do século XIX, quando os Estados Unidos iniciam um intenso processo de recepção de imigrantes. A maioria deles vinha para trabalhar no campo e ocupar os territórios conquistados no oeste. Isso permitiu que o país adotasse uma política migratória sem qualquer tipo de restrição, pois esses imigrantes eram fundamentais para a necessidade de produção e ocupação nos novos territórios. Isto é um enorme atrativo, pois a terra é vista como uma oportunidade de melhora de vida. Vale ressaltar que essa política livre de recepção ao imigrante se dá no momento em que o maior fluxo de migrantes saía do continente europeu, sendo este um sujeito que interessava a nação norte americana, pois era branco.

Esses imigrantes também se dirigiram para serem empregados pelos proprietários rurais que necessitavam de mão-de-obra. Portanto, não é apenas a política de colonização que foi a responsável por esse fluxo de migrantes. A questão ficou mais latente quando a escravidão como instituição começou a ser debatida. Esse processo, que percorre a maior parte do século XIX, termina em um conflito extremamente violento que foi a guerra de secessão. Isso fortaleceu a posição dos imigrantes, pois em uma sociedade ainda marcada pelas diferenças raciais, preferia-se, claramente, a mão-de-obra branca em relação à negra.

Vale ressaltar que, no setor agrícola, não existia diferença entre o trabalho desenvolvido pelo imigrante e pelo escravo, pois a maioria dos serviços exigia pouquíssimo treinamento ou educação. Isso favoreceu que grupos, principalmente de europeus, que há pouco haviam deixado as zonas rurais em seus países de origem, encontrassem nos Estados Unidos um ambiente que já lhes era familiar em termos de produção.

Esse quadro, onde há a predominância de trabalhadores no campo, começa a se alterar após a guerra de secessão, quando a indústria norte-americana inicia um processo de desenvolvimento. Nesse momento, o país passa a buscar trabalhadores para a sua indústria, fazendo campanhas para que os imigrantes viessem trabalhar no setor secundário. O apelo anterior pela terra deixa de existir em 1890, pois já não há como atrair contingentes humanos por meio dessa oferta. Nessa década, a maior parte do território já estava ocupada. Porém, o país ainda necessita e muito de mão-de-obra, o que o leva a praticar intensivas campanhas em outros países, notadamente na Europa, para que essas pessoas se dirijam ao seu país.

Há uma intensa campanha que vincula os Estados Unidos como a terra da liberdade e da oportunidade. Essa campanha tem um efeito muito grande em vários locais,

principalmente quando eles sofrem com o processo de cercamento de suas áreas rurais, alterando uma estrutura de propriedade tradicional que assegurava a todos os habitantes da localidade o direito de produzir naquela terra.

Outro ponto interessante é que, com a predominância de empregos na indústria, o próprio perfil do imigrante muda. Tem-se nesse momento um predomínio do imigrante homem solitário que só terá a companhia de sua família muito tempo depois. Isso permite a afirmação que:

The mass immigration of the late nineteenth century and the first fourteen years of the twentieth century was consistent with the labor-market needs of the nation. Most of immigrants were men, whose numbers consistently exceeded the number of women by 2 to 1 and at times by 3 to 1 (for some specific ethnic groups, the male-to-female ratio was as high as 9 to 1). Jobs created during this expansive era typically required little in the way of skill, education, literacy, or fluency in English. The enormous supply of immigrants arriving during this time, who generally lacked these human capital attributes, reasonably matched the prevailing demand for labor. (BRIGGS, 1994, p.14)

Porém, essa imensa massa de imigrantes, a sua maioria formada por pessoas muito pobres, acabou gerando em diversas partes do país um número significativo de desempregados. Isso dá início a um sentimento xenofóbico entre os antigos habitantes e a massa que chega aos Estados Unidos.

A professora Rossana Reis (2003, p. 49-50), ao apresentar os argumentos de Higham, coloca que o sentimento anti-estrangeiro norte-americano se baseia em três preceitos: o anti-catolicismo, pois se considera que a obediência ao papa impede a independência necessária para se tornar um cidadão, o anti-radicalismo, evitando-se pessoas ligadas a grupos políticos considerados radicais, e o nativismo racial, que estabelece que a origem da nação se encontra nas raízes anglo-saxônicas.

Esses argumentos são muitas vezes utilizados em contraposição aos negros, mas não é só esse grupo que sofre com esse tipo de discriminação. Na verdade, esse tipo de sentimento cresce a partir do momento em que se coloca o imigrante como o responsável por uma situação econômica desconfortável para alguns setores da população. Essa afirmação que fazemos é facilmente percebida pelas charges publicadas no período, onde o cidadão norte-americano é colocado em uma posição fragilizada frente aos imigrantes que recebem salários mais baixos (APPEL, John; APPEL, Selma, 1994).

Isso denota que, apesar do discurso ser de que os Estados Unidos foram o país da imigração, a mesma não ocorreu sem o conflito. Chama a atenção o fato de que o próprio governo começa a mudar de postura, de uma totalmente aberta em relação à entrada de estrangeiros para uma mais restritiva, isto é, ele começa a selecionar quais são os imigrantes que ele deseja. Nesse sentido, Briggs (1994, p. 13) nos informa que:

There was still no ceiling on overall immigration, although some qualitative screening had been introduced, e.g. (*exempli gratia*), to forbid entry by paupers, prostitutes, and lunatics, regardless of what country they came from, and to forbid entry by Chinese – the first example of ethnic restrictions.

Além disso, impressiona o fato de no final do século XIX o governo começar a incentivar o uso do trabalhador negro; pois existia um número enorme deles, a grande maioria tendo imigrado por conta da escravidão. Os descendentes desses seres humanos trazidos da África para se tornarem escravos foram totalmente abandonados aos piores postos de trabalho, quando assim conseguiam algo. Obviamente que essa postura é restrita a alguns grupos políticos que percebem nessa situação o risco de um conflito social que seria aumentado com a entrada maciça de imigrantes, ocupando, assim, a maioria dos postos de trabalho.

A situação após a Iª Guerra Mundial e mudança de postura

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a condição de miserabilidade de diversos países piora após o conflito, o que acaba gerando um enorme fluxo migratório para o país e, que por conta da reação negativa que os setores tradicionais norte-americanos começaram a ter da massa de imigrantes do leste e do sul da Europa já no século XIX, o governo inicia um processo de limitação da entrada dessas pessoas ao seu território. Por exemplo, o país impôs algumas restrições claras à entrada desses imigrantes europeus, estabelecendo um padrão mínimo para a aceitação dos mesmos. Além disso, o número máximo de imigrantes vindos do Oriente é de 154 mil pessoas, mais os membros imediatos de suas famílias, como esposas e crianças. Já em 1921 o governo estabeleceu o *Emergency Immigration Restriction Act* que fixou limites para a entrada de pessoas no país. Essas políticas de restrições foram mantidas no *Immigration Act* de 1924, também chamado de Ato das origens nacionais.

Isso é bastante sintomático da posição que os Estados Unidos começaram a adotar no final do século XIX em matéria de imigração. Rossana Reis (2003, p. 52) coloca que a “legislação de 1924 assentou a discriminação racial na legislação, sob o argumento de que ela refletia os interesses da população já assentada, que era basicamente, manter a homogeneidade racial”.

As medidas restritivas de caráter étnico claramente favorecem a imigração de pessoas vindas da Europa ocidental e do norte, pois o restante dos povos europeus não conseguiriam se encaixar nesses parâmetros. Mais impressionante ainda é o fato dessas restrições banirem os africanos e os asiáticos do cenário migratório, mostrando o aspecto mais degradante dessa política de escolha. A professora Rossana Reis continua (2003, p. 54), destacando que essa política se fazia acompanhar de uma cidadania bastante restrita.

No campo da cidadania, a autoridade do Estado era ainda mais indiscutível. A cidadania também não era originalmente oferecida a todos, mas estava sujeita a certas condições, especialmente à raça. A naturalização, por exemplo, era restrita apenas a homens

brancos até 1870. (...) A lei de naturalização só passou a se aplicar a não-brancos em 1952.

Porém, um ponto que chama a atenção é que, apesar de todo esse discurso que valoriza o elemento étnico na questão migratória, os mexicanos permaneceram como um elemento diferenciado dentro dessas políticas, em grande medida pelo fato de os mesmos serem necessários para a agroindústria do sul do território. Porém, como destaca Zolberg (1999, p. 77), essa imigração não foi acompanhada da inserção política e social desse indivíduo.

Essa política específica em relação aos imigrantes mexicanos permanece até 1964. A partir dos anos 40, as relações entre o México e os Estados Unidos são marcadas pelo *Bracero Program* que, em vários momentos de necessidade dessa agroindústria do sul do país, promove a entrada de mão-de-obra barata para esse setor. A vantagem desse programa é que os mexicanos, devido ao diferente sistema de regulação de sua presença, podiam ser facilmente repatriados.

Passel (1994, p. 113) argumenta que o fim dos *Braceros Programs* marca a emergência de imigrantes ilegais para os Estados Unidos, pois com o fim destes não significou a diminuição do fluxo de mexicanos para os Estados Unidos, principalmente nos anos 70 e 80, momento em que o México atravessa uma grave crise econômica. Apesar dessa posição apresentada, a existência dos programas não impedia a existência de imigrantes ilegais, pois, dos 10 milhões de trabalhadores mexicanos que se dirigiram aos Estados Unidos no período de 22 anos em que o programa esteve em vigor, mais da metade era ilegal, segundo dados apresentados pelo próprio Passel (1994). Isso significa que esses programas não abarcavam todos os imigrantes em seus recrutamentos.

Porém, a própria existência de um programa como esse já denota a situação de desamparo político e social que se encontram esses trabalhadores, pois, apesar de serem regulados por um programa estatal, o mesmo só se dá em favor do Estado receptor e de seus produtores, deixando esse imigrante em uma situação de desamparo frente a essa situação. É verdade que o Estado não pode expulsá-lo a qualquer tempo, mas, como se percebe, quando for do interesse deste, ele pode simplesmente repatriar massas de mexicanos para o seu território. Não existem muitas vantagens em uma regulação desse tipo; não é um modelo como esse que se espera, pois deixa o ser humano a mercê dos interesses econômicos mais uma vez.

Tanto é assim que Rossana Reis (2003, p. 81), ao retratar a situação da imigração mexicana para os Estados Unidos nesse período, coloca que:

Até os anos 50, a imigração mexicana, legal ou ilegal, era incentivada, pois a mão-de-obra era considerada mais flexível, menos politizada, e pelo menos teoricamente, mais fácil de ser repatriada. Nos anos 50, sob efeito de uma crise econômica, e da retórica da guerra fria, o número crescente de imigrantes mexicanos começa a incomodar, em resposta, os Estados Unidos lançaram a operação *Wetback*, na qual centenas de milhares de mexicanos, legais e ilegais, foram presos e deportados.

Em 1965 os Estados Unidos estabelecem novamente um novo *Immigration Act* que estabelece o fim de uma política migratória que estabelecia padrões raciais e étnicos. Porém, apesar dessa perspectiva, o país continuou com tetos que diferenciavam o hemisfério ocidental do oriental, medida essa que duraria até 1978, quando finalmente se extingue a diferença entre os dois hemisférios.

Essa medida estabeleceu uma série de critérios para a admissão no território americano. Entre eles se destaca o de habilidades profissionais, demonstrando o momento favorável da economia americana, que necessitava de trabalhadores para determinados setores de sua economia, mas que mesmo assim se dá de maneira seletiva. O outro critério estabelecido foi o de reunificação familiar de pessoas que se encontram de maneira legal no território. Um terceiro critério para a concessão do visto para a residência é o enquadramento do imigrante como refugiado. A professora Rossana Reis afirma existirem sete critérios, porém, apesar de a legislação estabelecer esse número de parâmetros para a concessão de visto, os mesmos se encaixam dentro dos três grupos que colocamos acima.

Porém, alguns resultados não esperados começaram a aparecer quando esse ato começou a vigorar. O primeiro foi o aumento do número de latino americanos e asiáticos no território, como coloca Briggs (1994, p. 20)

A consequence of the unexpected shift in the origin of immigrants coming from Europe to Latin America and Asia after 1965 was a steady rise in the number of immediate family members accompanying each visa-holder, and an increase in the size of families with members with minor children accompanying visa-holders.

O outro foi o crescimento do número de imigrantes ilegais no território, pois como continua Briggs (1994, p. 21)

Several of the provisions of the 1965 act that contributed to the acceleration of illegal immigration had greater long-term effects. The act, it should be recalled, placed a ceiling on immigration stream. In the same vein, when the annual country limit of 20.000 immigrants was extended in 1976 to Western Hemisphere nation, Mexico, in particular, quickly accumulated a massive backlog of would-be emigrants who could not leave legally. (...) Once the single worldwide ceiling on immigration went into effect in 1978, no non-preference visas were available for people who were determined to immigrate but who did not meet in any of the three preference requirements was to enter illegally.

Essa política, que se estabeleceu como um marco nos anos 60 por contar com o apoio quase que total do congresso e da própria sociedade norte-americana, inclusive dos sindicatos, dura até as condições econômicas se dificultarem e o país se encontrar em uma recessão. Em 1980 o debate se inicia com a questão dos refugiados. Diversos setores da sociedade norte-americana afirmam que o asilo é uma porta de entrada aberta para os estrangeiros. Nesse sentido, uma escala de preferência foi feita para a concessão desse asilo, critérios como: se o refugiado era de interesse para o Estado, se ele possuía

relações com o país, se estava em perigo e não tinha outro local para ir e, se os Estados Unidos possuíam alguma responsabilidade na sua situação, refletindo a efetiva atuação militar norte-americana durante os anos da Guerra Fria.

Essa política em relação ao tema demonstra que os norte-americanos estavam, já naquela época, fechando cada vez mais suas fronteiras para a imigração. O que se vê é a associação do tema Refúgio com a imigração, o que leva os Estados a cada vez mais criarem medidas de bloqueio para essas pessoas. Nos anos 70 se fala numa invasão de refugiados ao território norte-americano. Os Direitos Humanos saem fragilizados dessa disputa. A questão da soberania e dos interesses nacionais vem se fortalecendo cada vez mais em contraposição a uma postura mais protecionista em relação ao ser humano, principalmente se ele for estrangeiro.

Em 1986, os Estados Unidos estabelecem o *Immigration Reform and Control Act* no qual objetiva diminuir o número de imigrantes ilegais em seu território, através de sanções contra os empregadores desse tipo de mão-de-obra e um amplo programa de anistia para todos os estrangeiros ilegais que moravam no país desde 1982. Esse programa começou a ser discutido em 1971 e somente depois de 15 anos foi aprovado, o que demonstra o intenso debate que marcou a questão. Para conseguir ser aprovado, o projeto teve que prever a possibilidade de um plano de vistos temporários para os trabalhadores sazonais do campo; devido ao forte *lobby* dos proprietários da agroindústria do sul.

Porém, o que se percebe com essa solução de compromisso foi que a mesma demonstrou ser ineficaz, pois as sanções dadas aos empregadores de mão-de-obra ilegal eram irrisórias frente ao lucro que essa possibilitava. Vale ressaltar que nos anos seguintes aos da aprovação da medida, os Estados Unidos investiram muito mais nos controles das fronteiras do que numa política de punição aos empregadores desse trabalhador ilegal. Além disso, argumentava-se que o programa de anistia havia sido muito generoso, o que poderia gerar a possibilidade de novas pessoas adentrarem no território com a esperança de que no futuro um outro plano, semelhante a esse, fosse estabelecido.

Conforme os números mostram, pode-se afirmar que o programa não conseguiu alcançar os seus objetivos, deixando a situação se não no mesmo patamar, em um nível pior, pois ao estabelecer alguns preceitos anti-discriminatórios, o que se percebeu foi exatamente o contrário, pois os imigrantes foram ainda mais estigmatizados. O debate permaneceu, apesar dessa iniciativa legislativa.

Com esse crescimento do debate, principalmente sobre a imigração ilegal, os Estados Unidos aprovam em 1990, um novo *Immigrant Act* que tinha o objetivo de aumentar o número de vistos legais permitidos no país. Esse ato, que contou com pouco debate público, fez com que o número de vistos concedidos para imigrantes aumentasse bastante. As regras seguiam os mesmos padrões estabelecidos em 1965, porém, com um número maior de vistos, os imigrantes com qualificação profissional foram mais facilmente aceitos no território, principalmente quando se ficava demonstrado que o seu serviço era necessário e importante para a economia do país. Outro ponto interessante foi a criação do imigrante investidor, que com isso podia se estabelecer livremente no país.

Apesar desse aumento no número de vistos concedidos, a questão do imigrante ilegal não foi respondida, pois o que esse ato fez foi modificar o número de concessões e criar um critério novo para esse visto, que obviamente não atende a quase integralidade dos imigrantes, que é o da capacidade de investimento.

Com a ineficácia do texto de 1986 e com a ausência de uma previsão expressa em 1990, foi necessário, principalmente a partir dos acalorados debates que se manifestavam na sociedade civil norte-americana, que se criasse em 1996 o *Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* para, mais uma vez, se tentar solucionar os problemas, principalmente a questão da imigração ilegal.

Vale ressaltar que esse plano foi precedido por medidas como a iniciativa 187, iniciada na Califórnia e, intitulada de *Save our State Immigrant Initiative*, que propunha a exclusão completa dos imigrantes ilegais do âmbito de atuação de quase todos os serviços públicos. Iniciativas como essa, de setores mais restricionistas, foram amplamente utilizadas pelos políticos, como coloca Rossana Reis (2003, p. 87)

No contexto da recessão econômica em que se encontrava a Califórnia, a questão dos ilegais foi considerada um bode expiatório da campanha de reeleição do governador republicano Pete Wilson, que pouco tempo antes, como congressista, tinha trabalhado pela inclusão de um programa de imigração temporária na legislação de 1986. Com apenas 15% das intenções de voto nas primeiras pesquisas eleitorais, Pete Wilson lançou uma carta aberta ao governo federal, nos principais jornais norte-americanos, defendendo a proposta 187 e acusando o governo federal de faltar com a responsabilidade de controlar a fronteira.

Outro ponto recorrente nesse período era o fortalecimento das fronteiras norte-americanas, essas que seriam os principais canais de entrada de imigrantes ilegais para os Estados Unidos, apesar de não ser o único, pois uma grande parte desses imigrantes entra no território norte-americano com o visto de turistas e depois se fixa por lá.

Outras propostas, no mínimo esdrúxulas, apareceram, como a cobrança de uma taxa para as pessoas legais que cruzassem a fronteira do México para os Estados Unidos, com o objetivo de aumentar o orçamento dos órgãos responsáveis pela fiscalização desse tipo de imigrante à adoção de um sistema informatizado de registro que criaria dificuldades a possibilidade de falsificação de documentos de permanência no país. A falta de uma documentação confiável seria a grande responsável pelo fracasso da lei anterior sobre a imigração ilegal.

Em 1994, prestes a ocorrerem às eleições para o Congresso e para alguns estados, as famosas *midterm elections*, o que demonstra que a medida tinha um claro objetivo eleitoral, o governo norte-americano estabeleceu a Operação Gatekeeper, que fortaleceria as fronteiras com o México, além de um aumento substancial no orçamento dos órgãos ligados ao controle das fronteiras e da imigração. Destaca-se o fato de os Estados Unidos relacionarem a todo o momento a imigração ilegal com o México, como se apenas os mexicanos estivessem de maneira ilegal em seu território, ou que essa fosse a única porta de entrada para essas pessoas.

Apesar dessas medidas, a lei de 1996 estabeleceu, como políticas de combate a imigração: os imigrantes ilegais sofreriam restrições de serviços públicos, a construção de uma cerca tripla de 14 milhas, próxima a San Diego, no sul da Califórnia, o aumento da patrulha de fronteira, a disposição em se criar um plano de identidades no prazo de três anos, sendo que em alguns estados, principalmente aqueles que mais sofriam com o número de ilegais, o plano seria estabelecido imediatamente, de maneira piloto, além do aumento das penas para os falsificadores de documentos e de traficantes de pessoas. Isso significa que a legislação veio consagrar a Operação Gatekeeper.

O que se percebe, principalmente na questão da fronteira com o México é o que Dauvergne (2008, p. 162) coloca, ao afirmar que “more than any other core sample, the Mexican border demonstrates the failure of modern responses to illegal immigration. It also demonstrates increased state emphasis on controlling these movements.”

Essa legislação, ainda em vigor, não conseguiu, mais uma vez, resolver a questão da imigração ilegal e, além do mais, deixou uma enorme massa de imigrantes sem o serviço de assistência do governo. Isso tudo por conta de não estarem regularizados no território e por isso mesmo serem considerados criminosos. Rossana Reis (2003, p. 88) traz um importante exemplo desta postura que vê no imigrante ilegal um criminoso ao relatar a posição defendida pelo *Orange County-based Coalition for Immigration Reform*, ao colocar a atitude dessas pessoas que atravessam as fronteiras em busca de melhores condições de vida como um “ato criminoso de violar nossas fronteiras e então trazer seus valores e suas culturas para o nosso meio, (eles) são os principais culpados dos nossos crescentes encargos financeiros e da degradação social e moral”.

Apesar dessa luta de vários setores da sociedade norte-americana contra a imigração ilegal, o que se vê é uma política mais restritiva nas fronteiras que não se faz acompanhar da mesma intervenção estatal quando esses ilegais já estão no território. Com a impossibilidade desses imigrantes se utilizarem de vários serviços públicos, o Estado, que não necessita mais gastar com esse ser humano, simplesmente o deixa de lado, não o incomodando dentro da sua sociedade, pois sabe que o mesmo tem uma função fundamental para a sua economia, atuando em diversos setores que possuem carência de profissionais, por serem setores não valorizados.

Porém, a partir dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001, a paranóia sobre a imigração ilegal retorna à pauta do dia, pois esses imigrantes são acusados, dessa vez, pela insegurança que domina o país, momento em que uma nação aterrorizada com os eventos dá ao seu governo carta branca para defender o seu país. Impressiona que esse evento ressuscitou o argumento utilizado durante a época da criação do Gatekeeper, que é o de que combater a imigração ilegal é uma política de segurança[1].

Nesse sentido, Catherine Dauvergne (2008, p. 158) destaca o aumento drástico dos gastos com essas políticas, ao dizer que

In October 2006, Congress approved \$34 billion in funding to “secure” U.S. ports and to strengthen border control. The number of border agents is slated to double between 2001 and 2008. The American National Guard has been bolstering border patrol activities since May 2006 while awaiting the training of 6,000 new agents. Even prior to the 2006 announcement, fencing both old-tech and new was being constructed. In short, by comparison with the present, Operation Gatekeeper was a mere beginning.

Conclusões:

Porém, apesar desses custos que estão se tornando proibitivos, não se foi alcançada uma eficiência maior. Percebe-se claramente que é praticamente impossível se obter um controle total sobre a fronteira, principalmente quando a mesma é, como no caso norte-americano, imensa. Além disso, para se obter sucesso com essas medidas, o Estado deve fazer uso de atitudes draconianas que não são condizentes com o que um Estado liberal se propõe a defender.

Com essa perspectiva histórica dos principais textos legislativos norte-americanos sobre a questão, fica bastante óbvio que há diversos fatores que justificam a criação de barreiras cada vez mais fortes à entrada de imigrantes, mas, apesar dos discursos inflamados em defesa de uma nacionalidade que está sendo perdida, da pureza cultural, entre outros, o principal elemento propulsor dessa paranóia em relação aos imigrantes é a questão do emprego e dos custos que esse imigrante pode gerar para o Estado por conta dos serviços públicos oferecidos.

Outra questão que ficou clara é que a imigração, ao ser objeto de uma política de governo, não fica isenta do poder dos *lobbies*, pois as alterações feitas nos atos de 1986 demonstram o poder de intervenção dos mesmos quando possuem algum tipo de interesse na questão. O Estado coloca o imigrante como inimigo perante a sua população, tanto que há a contratação de patrulheiros para controlar a entrada desses imigrantes na fronteira, o que gerou em muitos casos até a morte de pessoas, porém, apesar de todo esse discurso, os proprietários de terras do sul conseguiram o estabelecimento de concessões para continuarem a usar a mão-de-obra imigrante. Percebe-se, nesse ponto, que, quando os imigrantes são necessários, eles são recebidos no território, de uma maneira ou de outra, pois há o interesse de setores economicamente fortes para isso.

Portanto, o que se percebe é que, apesar de todo o discurso de que os Estados Unidos são a nação dos imigrantes e de que por muito tempo não houve qualquer tipo de restrição para a entrada de pessoas em seu território, isso não é totalmente verdadeiro. Fica evidente que o país, assim como a maioria dos outros Estados do mundo, fez uso de uma imigração selecionada para atender as suas demandas. Com a preocupação de criar e manter um sentimento nacional, o governo norte-americano muitas vezes impediu a entrada e, mesmo quando essa se realizava, impede que diversos setores desses imigrantes fossem admitidos como cidadãos em seu território.

Isso demonstra a incoerência do discurso que coloca os Estados Unidos como o exemplo de política de imigração livre e desfaz por completo o discurso que a nação se fundou sobre os pilares liberais, sendo esta uma das características mais marcantes dos Estados Unidos. Há quem ainda argumente nesse sentido, apesar desses princípios serem incompatíveis com a política migratória seletiva e com a escravidão que durou quase um século no país.

Além disso, ficou claro, com a quantidade enorme de textos legislativos propostos para regularem o tema, que uma postura unilateral em matéria de imigração não alcançará sucesso, pois o problema não é somente de âmbito nacional. No caso norte-americano, essa postura tem ainda um outro aspecto bastante significativo, que é o dos custos altíssimos que essa opção tem gerado. Essa opção não tem impedido o acesso e, o que é

pior, tem deixado uma enorme massa de pessoas fora das linhas básicas de atendimento social, o que por si só, já é uma enorme injustiça.

Referências:

AMIN, Samir. *Os Desafios da Mundialização*. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2006.

APPEL, John; APPEL, Selma. *Comics da Imigração na América*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

BALDWIN, David. *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*. Nova York: Columbia, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRIGGS, Vernon; MOORE, Stephen. *Still na Open Door? U.S. Immigration Policy and the American Economy*. Washington, D.C.: The American University, 1994.

CARENS, Joseph H. 1987. *Aliens and citizens: The case for open borders*. *Review of Politics* 49, 1987, p. 251-273.

DAUVERGNE, Catherine. *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*. Nova York: Cambridge, 2008.

ESTUDOS AVANÇADOS 57: Dossiê Migrações. São Paulo: Universidade de São Paulo, Maio/Agosto 2006- ISSN 0104-4014.

GHOSH, Bimal (org.). *Managing Migration: Time for a New International Regime?* Nova York: Oxford, 2000.

HOBBSBAWN, Eric. *A Era dos Impérios: 1875 – 1914*. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *A Era do Capital: 1848 – 1875*. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. *A Era das Revoluções: 1789 – 1848*. 17ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *Era dos Extremos: O Breve Século XX 1914 –1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2001.

MOSES, Jonathon. *International Migration: Globalization's Last Frontier*. Nova York: Palgrave USA, 2006.

PASSEL, Jeffrey. *Illegal Immigration to the United States: the Demographic Context*. In: Martin Cornelius; James Hollifield (orgs.). *Controlling Immigration: a Global Perspective*. Stanford: Stanford, 1994.

REIS, Rossana Rocha. *Construindo Fronteiras: políticas de imigração na França e nos Estados Unidos (1980-1998)*. São Paulo: USP, 2003. Tese de Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2003.

SAYAD, Abdelmalek. *A Imigração*. São Paulo: Edusp, 1998.

ZOLBERG, Aristide. *The Next Waves: Migration Theory for a Changing World*. In: *International Migration Review* 23 (3), 1989, p. 403-430.

_____. *Matters of State: Theorizing Immigration Policy*. In: Charles, H.; DeWind, J. Kasinitz, P. (orgs.). *The Handbook of International Migration: The American Experience*. Nova York: Russell Sage foundation, 1999, p. 71-93.

[1] Várias obras discutem a temática da imigração nos Estados Unidos, mas, sem dúvida, uma das obras que deixa a questão de maneira mais evidente após o 11 de setembro é o filme *O Visitante* (The Visitor), com direção de Thomas McCarthy. Apesar da argumentação bastante óbvia do filme, ele traz uma importante colaboração para o debate do tema nos Estados Unidos.

O PENSAMENTO CEPALINO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

THE ECLAC DOCTRINE AND INTERNATIONAL COOPERATION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA

**José Péricles Pereira de Sousa
Pedro Rafael Malveira Deocleciano**

RESUMO

Em uma abordagem concisa, este trabalho analisa a contribuição da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL) no que toca o desenvolvimento regional. Materialização de recomendações e metas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) no combate ao subdesenvolvimento nos países periféricos, a CEPAL surgiu como o organismo internacional responsável pela formulação de um pensamento econômico peculiar aos países latinos, atrelado às dimensões históricas da região, funcionando como órgão que promove a cooperação entre os países latinos. Após sessenta anos de produção de conhecimento e de construção de metas de planejamento a estes países, resta saber de que maneira esse organismo internacional exerce suas atividades e, principalmente, qual a sua importância e influência no contexto do desenvolvimento econômico e social da América Latina.

PALAVRAS-CHAVES: CEPAL. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL. AMÉRICA LATINA.

ABSTRACT

In a concise approach, this work examines the contribution of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) regarding regional development. Expression of recommendations and targets set by the United Nations (UN) to combat underdevelopment in the peripheral countries, ECLAC has emerged as the international organism responsible for formulating a peculiar economic thought to the Latin countries, combined with the historical dimensions of the region, acting as body that promotes cooperation between the Latin countries. After sixty years of production of knowledge and building of planning goals for these countries, it remains to know how this international organism performs its activities and, especially, about its importance and influence in the economic and social development in Latin America.

KEYWORDS: ECLAC. ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT. LATIN AMERICA.

INTRODUÇÃO

O neoliberalismo é um fenômeno de ordem global. Munido de um elevado grau de generalidade, que corrói as bases democráticas das nações em desenvolvimento, esta ordem econômica alberga, em sua fisiologia, um emaranhado de contradições. É verdade que não se podem negar os avanços e os prazeres que esse sistema proporcionou à humanidade, dinamizando as relações sociais em todos os seus aspectos.

No mesmo passo do avanço tecnológico e da satisfação consumerista, resta saber quais os ganhos e as perdas que essas idéias econômicas globalizadas podem ocasionar às democracias que ainda discutem os meios para a efetivação de direitos mínimos à sobrevivência digna de seus cidadãos e que refletem a respeito do papel do Estado para o desenvolvimento nacional [1].

Os países latino-americanos, nessa concepção, podem ser considerados um dos principais atores desse dilema, pois que o subdesenvolvimento e o falho planejamento estatal são problemáticas longe de serem solucionadas.

O circular processo de colonização, através da ingerência maciça das potências mundiais, retarda o eterno plano em romper a "etapa" do subdesenvolvimento.

Nesse sentido, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) surgiu com o objetivo de traçar planejamentos e metas estruturais para o desenvolvimento econômico e racional dos países latinos, respeitando as perspectivas e entraves sociais existentes nesse bloco tão heterogêneo, constituindo-se como um desdobramento da manifesta preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) em discutir e buscar soluções para o problema do subdesenvolvimento dos países periféricos.

A temática em questão visa perquirir de que maneira se comportou a CEPAL diante desse devir, avaliando a sua contribuição para a restauração dos Estados latinos, como também a sua atitude perante a atual crise econômica do mundo. Dessa forma, este trabalho será dividido na seguinte perspectiva:

1. A FORMAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS

A Organização das Nações Unidas, instituição de abrangência internacional, foi criada com o objetivo de coordenar ações em respeito à proteção da dignidade humana e de todos os outros problemas que embargam o exercício desse direito.

Abalada por duas grandes guerras e ciente dos prejuízos causados (ao homem, ao meio ambiente, à economia etc.), a grande maioria dos Estados nacionais entendeu a necessidade de desenvolver um cenário de debate, onde, pelo menos como meta, procura-se facilitar o diálogo, evitar e apaziguar os conflitos, intermediar a paz entre os povos, traçar diretrizes para solucionar a pobreza e o subdesenvolvimento. A Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirma o respeito entre os povos, como também aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Através de organizações internacionais, a ONU busca materializar os seus princípios. Estas instituições exercem as mais variadas atividades direcionadas às populações mundiais, intercedendo nas relações de comércio (OMC), nas de trabalho (OIT), na saúde (OMS), na paz (Conselho de Segurança), no patrimônio histórico (UNESCO), no combate à pobreza e à criminalidade, nas ações de proteção à mulher (CEDAW, UNIFEM), à criança (UNICEF), ao idoso, ao deficiente, na defesa dos direitos humanos (Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA) e do desenvolvimento (PNUD), dentre outras importantes incumbências.

Essa força tarefa internacional tem como desígnio fundamental mobilizar esforços para a resolução de todas as questões pertinentes à preservação ou promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se afirmar que a Carta de Declaração da ONU de 1948 influenciou, sobremaneira, as Constituições dos países que se encontravam perdidos num processo de constitucionalismo tardio.

Com uma considerável carga de disposições, os tratados internacionais estão, no decorrer do tempo, ganhando espaço nas discussões entre os Estados nacionais, tendo em vista que a participação da ONU, em muitas ocasiões, tem sido decisiva para retomada da paz e do desenvolvimento econômico-social em todo o mundo.

Muitas vezes, no entanto, não cientes dos seus deveres para com o restante da humanidade, certos Estados reafirmam o seu posicionamento de autoritarismo para transgredir as recomendações destes organismos internacionais, tendo em conta a satisfação de interesses próprios.

Por intermédio do fomento de programas, a ONU subsidia a produção de conhecimento no intuito de operacionalizar as suas diretrizes. Dentre tantos, está a problemática do subdesenvolvimento nos países periféricos [2]. A Carta das Nações Unidas é expressa no tocante à necessidade de promover o desenvolvimento das nações, promovendo o progresso econômico e social de todos os povos [3].

No mesmo diploma, observa-se a criação do Conselho Econômico e Social, como um dos principais órgãos para o estudo de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos (art. 62, Capítulo X).

Além da Carta da ONU, a meta é estabelecida, conforme atesta Avelãs Nunes, em vários outros documentos, demonstrando-se como um direito fundamental dos povos:

E a verdade é que vários documentos da ONU consagram o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental dos povos. Basta recordar o *Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (16 de Dezembro de 1996), a *Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social* (11 de Dezembro de 1969),

a *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* (aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1986) e o *Programa de Acção* aprovado em Viena em 1993, na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, no qual se proclama que o direito ao desenvolvimento é <<um direito humano universal e inalienável e uma parte integrante dos direitos humanos fundamentais>>. (2003, p. 115-116)

Preocupados em encontrar caminhos adequados as suas respectivas realidades históricas e, conseqüentemente, dimensionarem-se na realidade econômica mundial, os países latinos (principalmente aqueles que deixaram de ser colônias), vinculados à vontade da ONU, formaram a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL).

Esta instituição foi concebida para funcionar como "a principal fonte mundial de informação e análise sobre a realidade econômica e social latino-americana. Mais que isso, foi único centro intelectual em toda a região capaz de gerar um enfoque analítico próprio" (BIELSCHOWSKY, 2000, p.15). Tendo em conta a produção intelectual de economistas que lidam com esta realidade, procurou-se elaborar uma análise peculiar dos obstáculos ao desenvolvimento na América Latina.

2. O ESCOPO DA CEPAL

Em 25 de fevereiro de 1948, as metas de desenvolvimento, estabelecidas pela ONU aos países acometidos pela pobreza, exclusão social e recém-libertos do processo de colonização foram instrumentalizadas com a criação da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Por decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1947, constituiu-se, em 1948, a CEPAL.

Através de um dos seus principais organismos, o Conselho Econômico e Social, a ONU deu relevante passo, no que diz respeito à criação de uma instituição responsável por instaurar o pensamento econômico regional "numa vasta área do planeta que veio a ser referida como Terceiro Mundo" (FURTADO, 1998, p. 05).

Não se deve imaginar que o processo de concepção desse organismo se deu de maneira pacífica. A elaboração do seu primeiro documento - *O Desenvolvimento Econômico da América Latina e seus Principais Problemas*, mais conhecido como o *Manifesto da CEPAL*, de autoria de Raúl Prebisch, dá indicações contundentes da ousadia com a qual procurou se afirmar no cenário mundial.

A criação da Cepal, pela ONU, foi cercada de muita polêmica. Reivindicada pelos latino-americanos, sofreu forte resistência por parte dos Estados Unidos que não concordavam com a criação de um organismo na região possivelmente pudesse escapar do seu controle. Ficou acordado que a Cepal teria uma existência temporária e que, após três anos, sua continuidade seria avaliada (POLETTI, 2000, p. 07).

Inicialmente, com data certa para o seu término, a Cepal resistiu ao embargo norte-americano para influenciar uma política de desenvolvimento com base na industrialização.

A CEPAL esforçou-se por denunciar a incapacidade da teoria económica dominante nos grandes centros dos países capitalistas e que deles irradiava para todo o seu espaço de domínio para compreender e esclarecer os problemas estruturais dos países subdesenvolvidos. Pela primeira vez, a inteligência do Terceiro Mundo punha em causa o império hegemónico da 'ciência dominante'. (NUNES, 2004, p. 108)

Ultrapassado o período da Segunda Guerra Mundial, a América Latina começava a assimilar os pressupostos da industrialização. Em via contrária, cogitava-se que, com o fim da guerra, as exportações tradicionais retomariam o seu espaço na economia desses países, o que significaria o retorno às práticas liberais preponderantes até os anos de 1930 (BIELSCHOWSKY, 2000).

A iniciativa de pautar o desenvolvimento com base na ideologia da industrialização gerou a necessidade de formação de um pensamento regional que se adaptasse à realidade existente neste bloco sem, no entanto, desprestigiar a contribuição genérica da análise da economia [4].

A teorização cepalina iria cumprir esse papel na América Latina. Seria a versão regional da nova disciplina que se instalava com vigor no mundo académico anglo-saxão na esteira 'ideológica' da hegemonia heterodoxa keynesiana, ou seja, a versão regional da teoria do desenvolvimento. Os anos 1950 foram para CEPAL os de auge da criatividade e da capacidade de ousar e influenciar. (BIELSCHOWSKY, 2000, p.24-25)

PREBISCH, considerado um dos principais articuladores do movimento cepalino, alertou à necessidade de atendimento às peculiaridades estruturais e periféricas para uma análise mais acurada dos problemas dos países latinos, que o mercado não teria como resolver espontaneamente [5].

Em tais fronteiras, onde o próprio capitalismo não existe como genuíno produto do desenvolvimento nacional, porém, existe do modo como liderado e emanado de poucos centros de poder, sobra pouquíssimo campo a discorrer sobre ataques económicos internos a democracias do Sul global. Paulo Bonavides, em forma de questionamento, acusa:

Desnacionalizada a economia, privatizados os seus conglomerados empresariais de porte mais gigantesco, desconstitucionalizada a ordem jurídica, tudo isso em meio às crises [constituente e de unidade nacional], que espécie de soberania interna ou externa restaria ao Estado brasileiro na sociedade globalizada do século XXI? (2004, p. 55)

Dessa maneira, os grilhões que amarram as democracias do Sul global são ainda mais fortes que aqueles que aprisionam as de economias desenvolvidas. É pessimista o quadro, para Paulo Bonavides:

Não padece dúvida que o mundo ingressou numa sociedade feudalizada, onde haverá, outra vez - agora em nível de nações - , soberanos e vassalos. (...) Não se vislumbra saída para essa metamorfose do capitalismo na sua feição globalizadora; ela aflige e revoga o constitucionalismo social dos países periféricos, cujas economias debilitadas se arredam cada vez mais da concretização de suas metas emancipatórias, ao mesmo passo que se arrastam na estagnação e decadência. (2004, p. 56-57)

Entretanto, a própria CEPAL fora instituída com o escopo de assegurar a implantação de programas de desenvolvimento na região, e sua contribuição foi mais além. Formula e coordena a aplicação de políticas públicas, como também auxilia no repasse de informações imprescindíveis à cooperação e a integração entre países, no âmbito regional e internacional [6].

A Comissão, apesar da denominação, também é formada por países da Europa e da América do Norte, totalizando 48 Estados-membros e 08 membros associados, condição jurídica acordada para alguns territórios não-independentes do Caribe. Os países e territórios integrantes da CEPAL são:

Alemanha, Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Espanha, Estados Unidos da América, França, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Itália, Jamaica, Japão, México, Nicarágua, Países Baixos, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Dominicana, República da Coreia, Santa Lúcia, São Cristóvão e Neves, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Os Países-membros associados são: Anguilla, Antilhas Holandesas, Aruba, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Virgens dos Estados Unidos, Montserrat, Porto Rico, Ilhas Turcas e Caicos (CEPAL, *online*).

A CEPAL possui a sua sede localizada no Chile, possuindo duas sedes Sub-regionais, sendo que uma é pertinente aos assuntos da América Central, no México, e outra em Trinidad e Tobago. Além disso, dispõe de 05 escritórios nacionais com sede em: Brasília, Bogotá, Buenos Aires, Montevidéu e Washington. (CEPAL, *online*)

A cada dois anos a CEPAL reúne os Estados-membros para discutir temáticas que envolvam o desenvolvimento econômico e social da região, denominando-se de *Período de Sessões da CEPAL*. Ultimamente, nesse foro de debate, os representantes de cada integrante têm se dedicado, precipuamente, "ao estudo dos desafios que propõe a necessidade de retomar o caminho do crescimento sustentado, assim como a consolidação de sociedades plurais e democráticas". (CEPAL, *online*)

Através de projetos autorizados pela ONU para execução junto aos países componentes, a Comissão auxilia as perspectivas de desenvolvimento de cada nação do bloco, especialmente com seminários e conferências a divulgar números que dão prognósticos para avanços posteriores.

3. FUNÇÃO DESENVOLVIMENTISTA SOCIAL E ECONÔMICA

A contribuição cepalina, conforme exposto acima, é voltada ao conjunto de atividades direcionadas à política de desenvolvimento nos países latino-americanos, não se tratando de "uma mera justaposição de idéias genéricas sobre a evolução e o funcionamento das economias subdesenvolvidas" (RODRIGUES, 1988, p. 54). Ao contrário, trata-se de um corpo analítico específico, aplicável às condições históricas próprias da periferia latino-americana.

Vale ressaltar algumas características fundamentais no pensamento cepalino, tais como: a perspectiva epistemológica, pois, no processo de investigação, os dados da realidade constituem a base da construção do conhecimento e, por sua vez, os conceitos formulados devem se adequar a essa realidade histórica. (POLETTTO, 2000)

A preocupação em atender a realidade da América Latina levou, conseqüentemente, a críticas à teoria neoclássica que, inapropriadamente, era assimilada com pretensões universais.

A política de desenvolvimento tem que se basear em uma interpretação autêntica da realidade latino-americana. Nas teorias que recebemos e continuamos a receber dos grandes centros, há com freqüência uma falsa pretensão de universalidade. Toca-nos essencialmente, a nós, homens da periferia, contribuir para corrigir essas teorias e introduzir neles os elementos dinâmicos que requerem para aproximar-se de nossa realidade. (PREBISCH, 1964, p. 27)

Em resumo, trata-se do paradigma desenvolvimentista latino-americano, historicamente situado, rompendo o conceito de desenvolvimento linear. No entender de Fernando Henrique Cardoso: "a preocupação analítica da Cepal e sua visão estruturalista são ganhos líquidos do pensamento social latino-americano". (1993, p. 28)

A teoria estruturalista (ou da dependência), orientada pelas relações econômicas, atenta à questão da desigualdade ocasionada pela exploração dos países desenvolvidos, ditos centrais, contra os países subdesenvolvidos, chamados periféricos. Francis Fukuyama considera a obra de Prebisch o marco decisivo para o pensamento econômico predominante na América Latina. Segundo Fukuyama:

Todas as interpretações tiveram origem na obra de Raúl Prebisch, o qual notou que as relações de troca para a 'periferia' do mundo estavam declinando em relação ao 'centro'. Ele argumentava que o crescimento muito lento de regiões de Terceiro Mundo, como a América Latina, era resultado da ordem capitalista global, que mantinha essas regiões num estado de 'perpétuo desenvolvimento dependente'. A riqueza do Norte estava totalmente ligada à pobreza do Sul. (1992, p. 134)

Prebisch inicia as suas idéias com base no questionamento da teoria das vantagens comparativas de David Ricardo, segundo a qual os países deveriam especializar-se na atividade produtiva que apresentassem vantagens comparativas de custo. Sustentada em exportação de produtos agrícolas, a economia latina, segundo essa teoria, seria beneficiada, tendo em conta a redução dos preços dos produtos importados.

O pensamento estruturalista da CEPAL, no entanto, entendeu que essa prática embargaria o poder de exportação dos países latinos, comprometendo o seu desenvolvimento industrial.

É possível identificar cinco fases do pensamento da CEPAL dentre seus quase sessenta anos de existência: 1) a fase de industrialização e da inserção internacional da América Latina; 2) reformas para desobstruir a industrialização e política de integração regional; 3) reorientação dos estilos de desenvolvimento na direção da homogeneização social e na direção da industrialização pró-exportadora; 4) superação do problema do

endividamento externo; 5) transformação produtiva com equidade (BIELSCHOWSKY, 2000)

Em busca das mudanças estruturais e do aumento qualitativo em longo prazo, o pensamento cepalino procurou desmascarar o mito do desenvolvimento econômico, afirmando que o subdesenvolvimento não constitui uma etapa necessária do processo de formação das economias capitalistas modernas. É, em verdade, um processo autônomo que demanda soluções pontuais, pois, da maneira como as práticas econômicas estão sendo expressadas, o homem passa a ser o instrumento, num processo em que deveria ser o fim.

A economia representa o instrumento para a realização do homem e não um fim em si mesmo. Esta atividade deve atender ao critério de desenvolvimento de suas relações, ao mesmo tempo em que deve possuir o papel de engrandecimento do capital social.

Ora, no momento em que se percebe um desenvolvimento econômico gerador de exclusão social, faz-se necessário repensar os seus mecanismos, como também questionar as atribuições e as falhas do Estado. Nesse sentido, NUNES assevera que:

[...] a idéia de que o desenvolvimento econômico passa por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral de sua personalidade, a conquista do bem-estar material, mas também o desenvolvimento dos homens no plano da sua profissão, cultura e do lazer. Amartya Sen, lembra com justeza que o desenvolvimento é 'um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam' e que 'a expansão da liberdade humana é tanto o principal *fim* como o principal *meio* do desenvolvimento'. (2003, p. 116)

COMPARATO, ao tratar dos reflexos e das metas de globalização econômica, demonstra sua preocupação no que toca às prioridades da realidade brasileira, afirmando que: "O Estado já não define a política monetária como um meio, mas como um fim em si mesmo. As finanças são uma atividade meio de um Estado, mas no Brasil a política monetária é um fim em si mesmo" (2006, p. 02).

Não se quer dizer com isto que a empresa deva encampar a atuação que cabe, precipuamente, ao Estado, muito menos fazer caridade com o fim de diminuir as desigualdades sociais. A via conciliadora, entre as instituições públicas e a iniciativa privada, pode ser um meio para se alcançar desenvolvimento econômico e tê-lo como um sinônimo de garantia de direitos reitores da dignidade da pessoa humana.

Sabem-se perfeitamente quais são as metas da política econômica mundial, resta saber quais são as metas da América Latina, qual o projeto nacional, respectivamente, do Brasil, da Argentina, do México etc. O que se pode apreender da realidade é o fato de que esses países estão mais preocupados em implementar objetivos que não são seus, despreocupando-se do planejamento nacional (COMPARATO, 2006).

É, justamente, a condição do Estado desenvolvimentista como Estado periférico, na realidade, que exige que ele seja algo mais do que o Estado Social tradicional. A estrutura do Estado Social europeu e as intervenções keynesianas na economia são insuficientes para a atuação do Estado na América Latina. A teoria de Keynes valoriza, também, os centros nacionais de decisão para a obtenção do pleno emprego. Entretanto,

se a luta contra o desemprego exige a atuação do Estado, esta é muito mais necessária para promover as modificações estruturais necessárias para a superação do subdesenvolvimento. O papel do Estado na América Latina deve ser muito mais amplo e profundo do que nos países centrais (BERCOVICI, 2008, p. 170).

Esse questionamento é, desde muito tempo, uma preocupação manifestada pelos membros da CEPAL. Encontrar diretrizes para a reorganização do Estado, através da previsão e do planejamento das políticas econômicas e sociais.

Semelhante entendimento mantém acesa a esperança de um constitucionalismo respeitável nos países da América Latina, tendo em vista que, quanto maior o bem-estar social, maior será a confiança nas instituições estatais e na Constituição.

Pensar que a *mão invisível* possa se mostrar, suficientemente, capaz de resolver as questões econômicas e as mazelas sociais, no contexto da América Latina, é não atender ao bom senso.

Ora, se a acomodação do processo foi atribulada, mesmo em seu berço (Europa e Estados Unidos), imagine-se nos países periféricos do sistema capitalista. Amélia Cohn os menciona:

Nesse sentido, desenvolvimento para esses países, tal como atesta a vasta literatura a respeito produzida nos anos sessenta e setenta pela CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina/ONU), era confundido com industrialização da economia e com desenvolvimento social, cabendo às políticas sociais um papel secundário, voltadas aos segmentos assalariados inseridos no mercado formal de trabalho - construindo-se assim os modelos de proteção social desses países baseados numa concepção meritocrática e contributiva. (...) Como resultado, os processos de crescimento e industrialização desses países se deram calcados na desigualdade econômica e social ao mesmo tempo em que demonstraram sua incapacidade, até os dias de hoje (...) (HOFMEISTER, 2005, p. 50).

Na mesma linha de entendimento, Stephan Klasen critica a América Latina, além de perceber uma rejeição à globalização impregnada entre os países do continente:

Apesar de alguns sucessos notáveis nos anos 90, está claro que a América Latina não teve um desempenho muito significativo de crescimento e redução da pobreza, em especial se incluirmos os últimos anos de estagnação. Em consequência, houve uma desilusão geral com a globalização na região (e até um desencanto crescente com a democracia, como mostram os resultados das pesquisas do Latinobarômetro), pois parece que ela não cumpriu suas promessas em termos de crescimento maior e menor pobreza. (HOFMEISTER, 2005, p. 42).

Segundo Stephan Klasen, há três causas que redundaram no mau desempenho latino-americano, logo no alvorecer do neoliberalismo. Primeiro, os riscos da globalização - como programa de integração - não foram levados em conta pela região (liberalização muito depressa da conta de capital dos países, levando à crise da dívida externa, do câmbio, dos bancos etc.). Depois, muito pouco foi feito para garantir que a região estivesse preparada para o mundo globalizado (padrões educacionais baixos, pouca estabilidade política e social). E, por fim, houve eventos externos desfavoráveis à

América Latina (moedas subindo junto com o dólar, nos fins da década de 1990, recessão americana de 2001, crise asiática do início dos anos 2000).

Carlos Eduardo Lins da Silva é mais enfático, ao notar que a necessária distribuição global de riquezas, na verdade, era uma sutil estratégia de concentração local de riquezas que circulavam por todos os lugares mas paravam em poucos:

Diferentemente do que muitos previam, a globalização da economia nos moldes propostos pelo que se convencionou chamar de Consenso de Washington não promoveu desenvolvimento disseminado pelos continentes. Ao contrário, as estatísticas demonstram que a maioria dos países da África e da América Latina apresenta atualmente índices econômicos e sociais que são iguais ou - em muitos casos - piores do que o de vinte anos atrás. (HOFMEISTER, 2005, p. 65).

Não obstante, há uma perspectiva de cooperação internacional, em via que procura pavimentar os percalços iniciais do neoliberalismo, ademais, que procura minimizar seus efeitos negativos à América Latina, para que esta não procure caminhos alternativos, consoante alude Amélia Cohn:

O mesmo fenômeno do aumento das desigualdades sociais no interior das sociedades latino-americanas verifica-se entre os países pobres e os países ricos, ocorrendo uma reprodução ampliada das características acima apontadas. Isso certamente está refletido na mudança recente da agenda de cooperação internacional, voltada agora na relação norte/sul para o fortalecimento dos mecanismos de financiamento da estabilidade econômica global e da eficiência atribuída ao mercado; para a criação de mecanismos de enfrentamento dos riscos ambientais globais, de doenças transmissíveis, do controle do tráfico de drogas, e mais recentemente ganha destaque o combate internacional à fome. (HOFMEISTER, 2005, p. 57)

E nesse emaranhado de idéias, a Constituição surge como uma bússola, determinando, decisivamente, os rumos da economia.

A diferença essencial, que surge a partir do 'constitucionalismo social' do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As Constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é 'programática', hoje diríamos 'dirigente' [...] A Constituição Econômica quer uma nova ordem econômica, quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da autorregulação do mercado. As Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. (BERCOVICI, 2006, p. 164)

A realidade, no entanto, demonstra a existência de disparidades na relação entre a economia e o Estado, redundando em efeitos deletérios à sociedade. Percebe-se o progresso das tecnologias, no entanto, não se pode constatar o processo de desenvolvimento.

Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização. Com a modernização, mantém-se o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda.

Ocorre assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada. Embora possa haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população (BERCOVICI, 2008, p. 168).

Esse problema é fato que compromete, substancialmente, os preceitos de desenvolvimento, insculpidos no texto constitucional. O art. 3º toma como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

É dizer, o desencontro entre o desenvolvimento econômico e o social compromete a força normativa da Constituição, conformando-a na idéia fundamental de Ferdinand Lassalle, que trata a Constituição como o resultado das relações de poder nela dominantes: o poder militar, representado pelas forças armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital etc.

Não há negar, portanto, a influência que esta última expressão de poder representa para os rumos de uma Constituição de um país periférico. Mais do que o amplo dirigismo, as Constituições latino-americanas necessitam, urgentemente, demonstrar a sua força normativa, que somente poderá ser desvendada/descoberta, por intermédio da *vontade de Constituição* (HESSE, 1991). Do contrário, dar-se-á razão à Lassalle no sentido de que a Constituição nada mais representa do que simples pedaço de papel (LASSALLE, 2000) [7].

A propósito, a democracia, nessa concepção, é muito mais que votar. É se interessar pelos processos públicos de tomada de decisões; fiscalizar os gestores públicos, observando as tomadas de contas (*accountability*); diligenciar dados na Internet, e.g., a respeito dos governos, de seus órgãos e de seus orçamentos; exigir preparação técnica (cursos de aperfeiçoamento, reciclagem etc.) para os agentes públicos; ir ao Poder Judiciário (através de Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança, Habeas Data etc.) para fazer cumprir direitos transindividuais; intervir em ações judiciais, seja como *amicus curiae*, sejam intervenções como pessoas convocadas pelo juízo (*iussu iudicis*), como terceiro interessado, como litisconsorte ou, mormente, enquanto coletividade ativa representada pelo Ministério Público, dentre outras atitudes possíveis.

Não se versa aqui uma democracia meramente instrumental, em que apenas os procedimentos típicos de uma escolha de representantes são garantidos, mas sim uma democracia participativa e deliberativa. Letícia Bicalho Canêdo apresenta o quanto o sistema atual nos condiciona a uma participação esparsa:

De tão rotineiros na nossa vida política, deslembramos o fato de que a prática desses gestos e o uso desses objetos nos foram, progressivamente, impostos e codificados ao longo de dois séculos. A montagem histórica desse ritual eleitoral, que acompanhou a também lenta substituição dos meios de expressão política usados anteriormente (revolta armada, grandes comoções populares, barricadas), contribuiu para disciplinar o cidadão, ensinando-lhe a paciência no ritmo dos calendários eleitorais [8].

A democracia, portanto, é o veículo competente para reagir às conseqüências sociais nocivas de qualquer processo econômico que tenda a comprometer suprimir as liberdades públicas.

4. SOBERANIA INTERNA E ÉTICA INTERNACIONAL

Como se viu, existe um maciço esforço da comunidade internacional em implementar os direitos humanos. Para tanto, os diplomas criados pela ONU se colocam como balizas para a realização desse projeto de ordem mundial. No entanto, a questão da soberania interna ainda é um obstáculo para efetivação desses direitos.

Respaldados no poder de determinar os rumos de sua política (interna ou externa), os Estados-membros, mesmo avalizando formalmente os termos dos pactos internacionais, eximem-se de seu cumprimento. É o que afirma Mônica Teresa Costa Sousa, quando aborda o direito dos povos ao desenvolvimento: "A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento pode ser considerada pouco eficaz no sentido de apresentar compromissos internacionais gerais exigíveis, mas sem previsão de sanção em caso de descumprimento de tais acertos". (2008, p. 245)

A vinculação a estas normas, pendentes de internalização, não passam de meras recomendações, o que permite a violação às normas internacionais e o embargo à afirmação do direito internacional.

Não há, portanto, em muitas situações, meios de punir os Estados ou obrigá-los a praticar a conduta estabelecida no tratado internacional. O que resta é a condenação moral. Em casos de comoção mundial, a mídia se encarrega de agravar esta pena, causando um constrangimento ainda maior ao Estado transgressor [9].

Por outro lado, não se podem negar as conquistas que o direito internacional alcançou, tendo em vista que muitos Estados tiveram repensar as suas atitudes ante o cenário do pós-guerra, que em muito contribuiu para a flexibilização da noção de soberania. Valério Mazzuoli [10] afirma que:

A doutrina da soberania estatal absoluta, assim, com o fim da Segunda Guerra, passa a sofrer um abalo dramático com a crescente preocupação em se efetivar direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos (2004, p.347).

Em decorrência da globalização e da visibilidade dos atos praticados pelos Estados nacionais, faz-se necessário repensar o instituto da soberania, pois a realidade mundial obriga a observância de uma nova conduta. Apenas quando a conduta do Estado lesar direitos humanos, é que o sistema da ONU deve atuar para restaurar ordem.

De um lado, com relação à internacionalização, há esse avanço com relação à soberania do Estado, que passa a ser repensada, e repensada cada vez mais. A globalização requer isso, ela só existe se a soberania não for absoluta; se nós formos partir de quatro

muralhas, de quatro paredes de fronteira insuperáveis, não há que se falar em globalização, em universalização e em internacionalização. (PIOVESAN, 2002, p.51)

Tal preocupação é fundamentada na situação das Constituições dos países que, como o Brasil, sofrem com o perecimento das políticas públicas e dos direitos sociais, formando um exército de excluídos ou, simplesmente, de *refugiados* [11]. "O Estado é eficiente na sua malha repressora, em termos, mas na sua malha prestadora de políticas públicas ainda é ausente, ainda é bastante incompleto". (PIOVESAN, 2002, p.48)

Os países latinos albergam em seus respectivos territórios, um grande contingente de refugiados internos. Dessa forma, o impasse fica estabelecido. De um lado, um Estado que não protege o seu cidadão e, de outro lado, a comunidade internacional, por respeito à soberania dos povos, é impedida de interceder por esses refugiados internos. No dizer de MORIKAWA:

Sem serem protegidos e assistidos pelo país de origem ou de residência, porque permanecem como nacionais por não cruzarem uma fronteira internacional, essas pessoas não tem acesso à proteção internacional. Encontram, portanto, '*between two chairs*': entre a soberania do Estado (que não as protege) e a proteção internacional dos Direitos do Homem (a qual não têm ainda acesso). (2006, p. 295)

Verifica-se, nesse ponto, uma violação ao direito da pessoa de desenvolver as suas potencialidades, com liberdade e segurança, nos limites do seu país de origem ou onde reside. Essa violação deve ser combatida, sendo certo que a zona de transição, onde está posicionado o refugiado interno, seja regulada pelo direito internacional, como também a possibilidade de responsabilização dos países com conduta reincidente.

Além das medidas de ordem pragmáticas e repressivas, é importante salientar a política de conscientização sobre os direitos humanos e a prevenção desses atos. Nessa esteira, pode-se citar algumas medidas: "*a good governance*"; o incentivo ao desenvolvimento e a preservação da paz e da segurança; a cooperação global; e a soberania como responsabilidade (o Estado justo)". (MORIKAWA, 2006, p. 302-303)

O que se pode reafirmar é que nada adiantará o esforço de se criar direitos humanos se os deveres decorrentes desses compromissos não forem reconhecidos como obrigação jurídica e institucional. (SOUSA, 2008, p. 254)

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a CEPAL possui um papel fundamental na retomada do desenvolvimento econômico e social na América Latina. Através do planejamento, da reorganização dos Estados-membros e da cooperação mútua, será possibilitado, ao indivíduo, o exercício de suas liberdades constitucionais.

CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, é razoável considerar que a Comissão Econômica Para a América Latina e o Caribe (CEPAL), proporcionou uma significativa contribuição, não

só para a afirmação das bases de um pensamento econômico latino, como também para a implementação efetiva de projetos, com o fim de promover o desenvolvimento e garantir a cooperação entre os países latinos.

Outro mérito que pode ser creditado à CEPAL foi o seu esforço de mapear os problemas sintomáticos da América Latina e, através de suas sessões, funcionar como foro de debate para determinação de diretrizes econômicas e sociais.

A inquietação em desenvolver uma análise peculiar da realidade latina, alertou para impropriedade da aplicação sectária de teorias fabricadas nos grandes centros do pensamento econômico mundial e do simulacro de prosperidade e progresso que elas podem representar às economias em desenvolvimento.

A mobilização desse organismo internacional é instrumento imprescindível à diminuição das desigualdades sociais. Apesar da pouca visibilidade na mídia e no próprio meio acadêmico, a CEPAL é mais um organismo internacional que procura, na medida de suas limitações, operacionalizar as recomendações da ONU, atentando para promoção dos direitos do homem.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e desenvolvimento econômico**. Revista da FBDE. n. 01, out-mar. Minas Gerais: Belo Horizonte, 2008, p. 161-180.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. São Paulo: Record, 2000, v. 1.

_____. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. São Paulo: Record, 2000, v. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, Senado, 1998.

CANÊDO, Leticia Bicalho. *Aprendendo a votar*. In: PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

CARDOSO, Fernando H.; FALETTO, Enzo. Dependência e desenvolvimento econômico na América Latina. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. São Paulo: Record, 2000, v. 2.

CEPAL. Disponível em: <<http://www.eclac.org>>. Acesso em: 11 maio 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **O desafio de construir um novo poder**. Disponível em: <http://www.corecon-rj.org.br/artigos_det.asp?Id_artigos=32>. Acesso em: 20 fev. 2009.

COHN, Amélia. *Conseqüências sociais da globalização na América Latina: apontamentos*. In: HOFMEISTER, Wilhelm (org.). **Política Social Internacional**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

FURTADO, Celso. Desenvolvimento e subdesenvolvimento. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. São Paulo: Record, 2000, v. 1.

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

KLASEN, Stephan. *O impacto da globalização no desenvolvimento econômico e social da América Latina*. In: HOFMEISTER, Wilhelm (org.). **Política Social Internacional**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 13, jul./set., 2005, n. 52, Revista dos Tribunais.

MORIKAWA, Márcia Mieko. **Deslocados internos**. Entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos direitos do homem

NUNES, José Antônio Avelãs. **Neoliberalismo, globalização e desenvolvimento econômico**. In: Conferência Internacional Angola - Direito, Democracia, Paz e Desenvolvimento, edição da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto. Luanda, 2001, 103-163.

PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Globalização econômica, integração regional e direitos humanos**. Interesse público: revista bimestral de direito público. Ano 2002, v. 4, n. 13, mês JAN/MAR, p. 39-71.

POLETTO, Dorivaldo Walmor. **A Cepal e a América Latina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

PREBISCH, Raúl. Problemas teóricos e práticos do desenvolvimento econômico. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. São Paulo: Record, 2000, v. 1.

SILVA, Carlos Eduardo Lins da. *Globalização frustra esperança de mitigar a pobreza*. In: HOFMEISTER, Wilhelm (org.). **Política Social Internacional**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005

SOUSA, Mônica Teresa Costa. A ascensão do direito ao desenvolvimento na ordem jurídica internacional através das propostas das Nações Unidas **Revista Pensar**, jul./dez., 2008 v. 13, n. 2, p. 243-255, Fortaleza.

[1] Não se quer, nessa breve análise, estigmatizar a economia capitalista, responsabilizando-a por todas as mazelas mundiais, mas entender de que forma ela interfere/contribui para o desenvolvimento econômico-social dos países da América Latina.

[2] Termo cunhado por Raúl Prebisch. A categoria servia-lhe até então para salientar a vulnerabilidade latino-americana aos ciclos econômicos.

[3] **Artigo 55** - Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional;

[4] BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. São Paulo: Record, 2000, v. 1, p. 17. Uma característica adicional das idéias geradas e divulgadas pela CEPAL é o fato de que nunca foi instituição acadêmica, e que seu público-alvo são os *policy-makers* da América Latina. Por essa razão, por muito tempo a unidade e o escopo do 'sistema de economia política cepalino' permaneceram desconhecidos.

[5] Além de Prebisch, outros estudiosos conceituados imprimiram esforços para a afirmação da CEPAL em âmbito internacional, dentre eles: Aníbal Pinto, Jorge Ahumada, Celso Furtado, José Medina Echavarría, Regino Botti, Osvaldo Sunkel.

[6] **O que é a CEPAL**: Disponível em: < <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/brasil/noticias/paginas>>. Acesso em: 09 maio de 2009. O Programa de Trabalho é realizado através das seguintes divisões, unidades e serviços: Divisão de Desenvolvimento Econômico, Divisão de Desenvolvimento Social, Divisão de Desenvolvimento Produtivo e Empresarial, Divisão de Desenvolvimento Sustentável e Assentamentos Humanos, Divisão de Recursos Naturais e Infra-Estrutura, Divisão de Estatística e Projeções Econômicas, Divisão de População e Desenvolvimento, Divisão de Comercio Internacional e Integração, Divisão de Planejamento Econômico e Social (ILPES), Unidade da Mulher e Desenvolvimento, Unidade de Estudos Especiais, Unidade de Recursos Naturais e Energia, Unidade de Transporte, Unidade de Serviços de Informação, Biblioteca, Sedes Sub-regionais e Escritórios Nacionais.

[7] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 1991, p. XX. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição Jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

[8] CANÊDO, Leticia Bicalho. *Aprendendo a votar*. In: PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 517.

[9] A mídia, nesse processo, deve ser transformada, também. A responsabilidade e a ética na informação são fundamentais. Como na 'sociedade de massas', a opinião pública tornou-se o editorial do grande jornal, faz-se imprescindível que o grande jornal canalize, honestamente, o anseio cidadão.

[10] No mesmo sentido Fábio Konder Comparato. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2. ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996, p. 282.

[11] Ver a Convenção de 51 da ONU, a Convenção da OUA e a Declaração de Cartagena que reúnem definições do termo "refugiado", abarcando os casos que mais produzem refugiados, tais como: as guerras civis, violações maciças e sistemáticas a direitos humanos, atos de violência generalizada, e graves distúrbios e tensões na ordem interna do Estado.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE NAS CONSTITUIÇÕES DO MERCOSUL

TAX PAYER'S FUNDAMENTAL RIGHTS IN CONSTITUTIONS OF MERCOSUL

**Juliana Kiyosen Nakayama
Maria de Fatima Ribeiro**

RESUMO

Os direitos fundamentais do contribuinte merecem destaque no âmbito constitucional ou da legislação ordinária e da administração tributária fazer valer, efetivamente, em suas ações fiscalizadoras e aplicadoras das regras tributárias. Deve-se garantir a segurança e a justiça tributária enaltecendo os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. No âmbito do Mercosul, em matéria tributária, o processo de aproximação legislativa está direcionado na fase da coordenação de tributos ou coordenação fiscal, onde deverá se ater aos princípios da ordem democrática e atender aos ditames dos Direitos Humanos estatuídos

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS, MERCOSUL, CONTRIBUINTE

ABSTRACT

The tax payer's fundamental rights they deserve prominence in constitutional scope or ordinary legislation for tax administration to accomplish, in fiscalize and apply action of the rules taxes. Is must be guaranteed the security ande justice tax giving importance the basic rights in the Democratic State of Right. In the scope of the MERCOSUL, is substance tax, the process of legislative approach is directed in the phase of the coordination of tributes or fiscal coordination, where it will have to be abided by the principles of the democratic order and to take care of to the ditames of the decreed Human Rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS, MERCOSUL, TAX PAYER

1. Considerações sobre a proteção dos Direitos Fundamentais no âmbito do Mercosul

O Tratado de Assunção que instituiu o Mercosul^[1] tem como objetivo principal a inserção mais competitiva das economias dos países integrantes do Bloco. Visa

incrementar a produtividade, além de estimular os fluxos de comércio com outros países ou blocos. Suas características estão voltadas para a livre circulação de bens e serviços e fatores produtivos entre os países, estabelecendo uma tarifa comum em relação a terceiros países.

Os Estados partes do Mercosul apresentam quadro econômico em que o lento processo de desenvolvimento, a concentração de rendas, o excesso de tributação e falta de políticas adequadas, estabelecem a violência institucional geradora de desemprego, miséria e fome para boa parte de sua população.[2]

Embora, tendo como principal objetivo a entrada e saída de mercadorias nos países signatários do Mercosul, a valorização do homem, no que tange aos direitos e garantias fundamentais vem sendo preocupação constante dos países que integram o Bloco.

Mesmo que algumas modificações conceituais tenham sido realizadas, os princípios estruturais dos direitos humanos continuam sendo os mesmos daqueles contemplados na Declaração Universal de 1948, marco inicial para o processo de universalização dos direitos humanos, considerando as atualizações constitucionais.[3]

Na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) foram tratados os direitos essenciais da pessoa humana, ao direito à vida, à integridade pessoal, proibição da escravidão, à liberdade pessoal, à legalidade e da irretroatividade, à indenização, à liberdade de pensamento, de expressão de consciência e de religião, proteção da honra e da dignidade, à resposta, de reunião, de associação, igualdade perante a lei, listados nos artigos 1º a 26.

As Constituições dos países do Mercosul tratam sobre a proteção dos direitos humanos, sendo que a maioria, opta por aprovar a recepção de tratados internacionais, desde que sejam firmados em condições recíprocas ou igualitárias, respeitando a democracia e os direitos humanos, como pode ser observado na Constituição Argentina (artigo 75 – 24).[4]

A Carta Política do Uruguai dispõe sobre os direitos fundamentais no art. 7º, que são os direitos de primeira geração. O artigo 72 destaca os direitos sociais. Busca, entre outras disposições, a integração sócio-econômica entre as nações latino-americanas, assegurando a todos os indivíduos o princípio de igualdade e garante que todos os habitantes do Uruguai os direitos à vida, à honra, à liberdade, à segurança, ao trabalho e à propriedade protegidos. (Art. 6º e 7º)

O preâmbulo da Constituição do Paraguai esboça sobre a soberania nacional e a independência. Dispõe sobre a garantia pelo respeito aos direitos humanos, a paz, a justiça, a cooperação e o desenvolvimento político, econômico, social e cultural. (art. 145)[5]. O Paraguai trata dos direitos fundamentais no capítulo V da Constituição, dispondo sobre os direitos, as garantias e as obrigações. A Constituição também fixa deveres que devem ser cumpridos por todos da sociedade, o que seria verdadeira espécie de dever de solidariedade. Enuncia a liberdade individual, reconhece o direito de asilo, a igualdade de todos os habitantes do Paraguai, tanto em termos de dignidade como de direitos. Demonstra que os direitos e garantias não são exaustivos. (artigos 12, 43 e 45)

A Constituição brasileira apresenta os direitos e garantias individuais no artigo 5º, demonstrando que são direitos auto-aplicáveis, constituindo-se em cláusulas pétreas[6]. A Carta Política brasileira está baseada na soberania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, sob um Estado Democrático de Direito. (art. 1º - I a V) Preceitua também, no que se refere às relações internacionais, ao princípio da integração econômica, política, social e cultural entre os povos da América Latina (Art. 4º - Parágrafo Único). Adota ainda os princípios da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político. Garante também o direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

A Constituição brasileira enuncia que os direitos e garantias, nela protegidos não excluem outros provenientes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, e que as normas definidoras desses direitos e garantias fundamentais têm efeito direto. (art. 5º - Parágrafo 2º). A Emenda Constitucional 45, deu nova redação ao § 3º do referido artigo, ressaltando que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com três quintos dos votos, dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Assim, as respectivas declarações de direitos humanos nas Constituições da Argentina e Brasil, não constituem *numerus clausus*, abrindo-se a ulteriores complementações[7].

Os textos constitucionais dos países do Mercosul estão pautados na dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da defesa dos direitos fundamentais. Portanto, pode-se observar que a dimensão internacional dos direitos humanos não se permite que um bloco econômico que busca a formação de um mercado comum, deixe de lado uma real preocupação com a proteção dos direitos humanos. Ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional, abre a ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção desses direitos. Vê-se, dessa forma que as Constituições do Mercosul trazem princípios sobre direitos humanos que estão em consonância com a Convenção Americana de direitos humanos.

Os dispositivos constitucionais que protegem os direitos humanos e as liberdades fundamentais se mostram muito similares em todos os Estados integrantes do Mercosul.

Norberto Bobbio salienta sobre a era dos direitos, onde cada Estado possui um dever internacional de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana em seu território.[8]

A doutrina dos direitos fundamentais conforme a Constituição vem destacada por Canotilho, salientando que as teorias dos direitos fundamentais apenas auxiliam na busca de uma compreensão material, constitucionalmente adequada, dos direitos fundamentais. Em suma, torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais está construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico.[9]

A Constituição brasileira de 1988 constitui um marco importante na institucionalização dos direitos humanos no Brasil. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm caracterizar os princípios constitucionais. Ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional, abre a ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com a ratificação de diversos acordos internacionais.

Merecem destaques os dizeres do Professor Antonio Augusto Cançado Trindade quando ensina que a construção da moderna cidadania se insere assim no universo dos direitos humanos, e se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.^[10]

O Mercosul, conforme disposto no art. 1º do Tratado de Assunção, é uma experiência de integração meramente econômica, sendo a proteção dos direitos humanos tema político, que de alguns anos para cá, começou a ser mais destacado no processo de integração do bloco.

De fato, como acentua André de Carvalho Ramos, os objetivos comerciais e econômicos foram os que mais imperam no Tratado de Assunção como no Protocolo de Ouro Preto. Entretanto, é possível observar que a cooperação entre os países não pode ser compartilhada, já que mesmo o mais fiel defensor da soberania dos Estados reconhece a necessidade da existência de fórmulas de convivência pacífica entre estes entes soberanos em todos os campos da atividade humana, incluindo-se neles o tema da proteção dos direitos humanos.^[11]

Durante a II Jornada Tributária do Mercosul^[12] realizada em São Paulo em 1997, com o objetivo de preservar a base tributária das nações, a competitividade global das empresas, entre outras observações, foram apresentadas recomendações, envolvendo a tributação justa com o transfer pricing. Ao final vem destacado, que as referidas regras pertinentes ao preço de transferência se faça de forma justa, adequada e razoável, segundo os maiores princípios de justiça e boa-fé que devem necessariamente regular as relações fisco-contribuinte.

E neste direcionamento, escreve Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, ressaltando que a introdução da nova sistemática de controle das operações entre as partes vinculadas será tanto mais positiva quanto mais compatível for com o regramento internacional, e quanto mais preservar e enaltecer os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e dos seus negócios.^[13]

Como pode ser observada a preocupação com os direitos fundamentais tem suas passagens, mesmo que isoladas, quando refere a alguns tributos. Interessante destacar os princípios da ordem econômica, estabelecidos no artigo 170 da Carta Constitucional brasileira que deriva da liberdade de contratar, da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, pilares também que devem fortalecer o processo de integração.

Ricardo Lobo Torres, escreve que o tributo nasce no espaço aberto pela auto-limitação da liberdade, o que equivale a dizer que vive permanentemente limitado pela liberdade

individual, que lhe é existente. Assevera também, que as idéias de liberdade e tributo, e, de direitos humanos e poder de tributar, ligam-se essencialmente na mesma equação de valores e se encontram em permanente interação, sendo que a legitimidade do poder de tributar, fundada na liberdade absoluta, sendo as imunidades tributárias tão indefiníveis, como os próprios direitos da liberdade, as discriminações fiscais são desigualdades infundadas que prejudicam a liberdade do contribuinte. Qualquer discriminação injustificável que implique, excluir alguém da regra tributária geral ou de um privilégio não odioso, constituirá ofensa aos direitos humanos, posto que desrespeitará a igualdade assegurada no artigo 5º da Constituição brasileira.[14]

Flávia Piovesan[15] destaca que a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, ao modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebida.

Essa assertiva demonstra que decorre do processo de globalização a prevalência dos direitos humanos, que com isso vem destacar a abertura da Constituição brasileira às normas internacionais, abertura que constitui um traço marcante da ordem constitucional contemporânea.[16]

Em 1991, quando foi assinado o Tratado de Assunção ficou demonstrando em seu preâmbulo, a necessidade de se atingir o desenvolvimento econômico com justiça social e preservação do meio ambiente, além de melhorar as condições de vida de seus habitantes.

Logo mais, em agosto de 1995, foi elaborado o Regulamento da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, enaltecendo que os propósitos do Regulamento são entre outros, o de proteger a paz, a liberdade, a democracia e a vigência dos direitos humanos.

Atualmente não se pode negar que o respeito e a promoção dos direitos humanos é um padrão de conduta de natureza obrigatória.

2 - Compromissos Democráticos firmados pelos Estados do Bloco

Em 1992 foi firmado o Acordo entre a Comunidade Européia e o Mercosul com objetivo de ampliar o comércio e a prestação de serviços entre os blocos com a diminuição de barreiras diversas. Referido Acordo de Cooperação dispõe em suas justificativas iniciais a plena adesão aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, aos valores democráticos, ao Estado de Direito, e ao respeito à promoção dos direitos do Homem.[17]

Através deste Acordo, vê-se que o Mercosul deverá buscar sempre uma estabilidade democrática sobre o princípio de uma solução pacífica para conflitos políticos regionais e os internos. É nessa perspectiva que deve ser apresentada a importância dos direitos humanos como elemento integrativo no Mercosul.

No Tratado de Assunção não foi prevista nenhuma disposição sobre a condição de democracia no Mercosul ou a prevalência do Estado Democrático de Direito sobre

qualquer outro. Novos rumos foram dados ao bloco integracionista com a aprovação dos documentos a seguir dispostos.

A Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul abordou temas fundamentais para o tratamento uniforme dos direitos humanos. Resultou dessas abordagens a Recomendação CPC 006/96, para que fosse incluída uma verdadeira cláusula democrática que obrigasse todos os membros a manter o regime democrático, sob pena de exclusão do processo de integração. O resultado dessa recomendação foi disposto na Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático e pela Declaração Diálogo Político, ambas firmadas na Argentina, durante o X Conselho do Mercosul em 25 de junho de 1996. A primeira Declaração estabelece que toda alteração da ordem democrática constitui um obstáculo inaceitável à continuidade do processo de integração, estabelecendo uma imediata consulta entre os Estados, no caso de ruptura da ordem democrática.

Os Chefes dos Estados do Bloco do Mercosul firmaram em 1997 a Declaração de Defesa da Democracia,^[18] com o vista a necessidade de preservar e fortalecer a democracia representativa cujo valor é compartilhado por todos os seus integrantes e seu exercício efetivo constitui uma obrigação para os Estados Partes. Ficou estabelecido no referido documento que a democracia representativa é o fundamento da legitimidade dos sistemas políticos e condição indispensável para a paz, a estabilidade e o desenvolvimento da região, assim como para o processo de integração hemisférica no qual se encontram comprometidos os países integrantes do Bloco. Concordaram que a eliminação da pobreza extrema, a obtenção da justiça social, a promoção de formas de exercício da cidadania, assim como a melhoria das condições de vida e o bem estar dos povos, que são objetivos permanentes dos países, os quais podem ser mais facilmente alcançados através da cooperação e da coordenação entre os governos democráticos. Ficou reiterado que a promoção e a observância dos valores éticos e o respeito aos direitos humanos são o fundamento e a razão de ser da legitimidade dos sistemas políticos, e que somente a democracia garante efetivamente a sua vigência. Reafirmaram que toda agressão à democracia de um país da região constitui um atentado contra os princípios que fundamentam a solidariedade dos Estados americanos. Por isso, na busca da preservação da democracia representativa e da plena vigência das instituições, acordaram que, no caso de ocorrer, em qualquer dos países integrantes do bloco mercosulino, fatos que alterem o Estado de Direito ou impliquem uma ruptura da ordem constitucional, a Secretaria Pro Tempore convocará uma reunião de Ministros das Relações Exteriores para examinar a situação.

Reiterando a Declaração Presidencial de Las Leñas de 27 de junho de 1992, no sentido de que a plena vigência das instituições democráticas é condição indispensável para a existência e desenvolvimento do Mercosul, os Presidentes dos países integrantes do Mercosul afirmaram em Ushuaia na Argentina em 1998, que a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes, incluindo o Chile e a Bolívia.

Assim, toda ruptura de ordem democrática em um dos Estados partes do Mercosul dará lugar a aplicação dos procedimentos dispostos no Compromisso firmado em Ushuaia. Em caso de ruptura da ordem democrática em um Estado parte do Mercosul, os demais Estados promoverão as consultas pertinentes entre si com o Estado envolvido. A gravidade da situação será analisada e poderão ser aplicadas medidas de suspensão do

direito de participar dos distintos órgãos e processos de integração do Bloco. Referidas medidas deverão ser tomadas por unanimidade dos demais integrantes do Mercosul. Cessando os efeitos da ruptura da ordem democrática, a integração será reiniciada, quando verificado o pleno restabelecimento da ordem democrática.

No Rio de Janeiro em dezembro de 1998, os Presidentes dos Países do Mercosul juntamente com os Presidentes da Bolívia e do Chile, reafirmaram a prioridade que atribuem ao processo de integração e reiteraram seu entendimento de que o Mercosul constitui um instrumento eficaz para impulsionar a competitividade das economias dos Estados partes, dinamizar sua inserção no plano internacional e incrementar a captação de investimentos produtivos. Reiteraram, sua certeza de que o desenvolvimento do processo de integração constitui elemento essencial para assegurar o crescimento, a estabilidade econômica e níveis cada vez mais elevados de bem-estar social para os povos dos quatro países.[19] Reafirmaram os direitos humanos e liberdades fundamentais como parte indissociável da identidade permanente de suas sociedades. Nesse sentido, renovaram o compromisso compartilhado dos respectivos Governos de tornar efetivos em cada um dos países e por meio de esforços conjuntos, os enunciados e direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, ao adotar, no âmbito das comemorações dos 50 anos daqueles dois marcos da proteção internacional da pessoa humana, a Proclamação do Rio de Janeiro. [20]

Consideram que a defesa do consumidor é indissociável do desenvolvimento econômico equilibrado do Mercosul e que é dever dos Estados partes encetar esforços para atingir um nível de proteção adequado dos consumidores. Reafirmam sua vontade política em avançar no processo de harmonização da matéria na região, destacando a importância de garantir, entre outros, o direito à adequada proteção à saúde e segurança, à informação e à educação, à reparação por danos sofridos, à proteção de seus interesses econômicos e ao acesso à justiça ou a meios alternativos de solução de controvérsias. Nesse sentido, expressaram a satisfação pela aprovação da Resolução do Grupo Mercado Comum sobre Garantia Contratual, que contribui concretamente à defesa dos direitos consumidores no Mercosul, dando um primeiro e significativo passo na harmonização dos direitos do consumidor na sub-região. Saudaram a aprovação da Resolução do Grupo Mercado Comum relativa às Políticas de Apoio às Micros, às Pequenas e as Médias Empresas, a qual vem reconhecer o papel de relevo desempenhado por ela na relação de emprego e renda nas economias da sub-região.

Após outras disposições, os Presidentes reiteraram a convicção de que o êxito do processo de integração tem permitido, em patamares sem precedentes, o estreitamento contínuo das relações entre os países, em todos os setores e em todos os níveis de suas sociedades. Reiteraram, ademais que processo de integração reforça a vocação dos Estados partes para a construção de sociedades crescentemente prósperas e justas, alicerçadas no respeito dos direitos humanos e no exercício da democracia.

Em 2004, foi criado o Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito com a finalidade de analisar e reforçar o desenvolvimento do Estado, a governabilidade democrática e todos os aspectos vinculados aos processos de integração regional, com especial ênfase no Mercosul, para organizar e executar ações em matéria de investigação acadêmica, capacitação e difusão fundamentada na democracia, no respeito

aos direitos humanos e nas liberdades fundamentais, indispensáveis para o desenvolvimento, integral, justo e equitativo da região.

O Compromisso para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul foi firmado em 20 de junho de 2005 em Assunção. Destaca que os Estados Partes cooperarão mutuamente para a promoção e proteção efetiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais através dos mecanismos institucionais estabelecidos no Mercosul. O presente Protocolo se aplicará em caso de que se registrem graves e sistemáticas violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais em uma das Partes em situações de crise institucional ou durante a vigência de estados de exceção previstos nos ordenamentos constitucionais respectivos. A tal efeito, as demais Partes promoverão as consultas pertinentes entre si e com a Parte afetada. Poderá ocorrer desde a suspensão do direito a participar deste processo de integração até a suspensão dos direitos e obrigações emergentes do mesmo. O presente Protocolo se encontra aberto a adesão dos Estados Associados ao Mercosul.

Os Presidentes dos países do Mercosul assinaram um Comunicado Conjunto em 2006 reafirmando o interesse em promover o desenvolvimento integral, enfrentar a pobreza e a exclusão social, baseada na solidariedade, na cooperação como medida para fomentar a integração produtiva e a inserção de suas economias no contexto mundial bem como a implementação do Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM). Demonstraram o avanço no marco do Mercosul político nas áreas da cultura, do desenvolvimento social, migrações, seguridade social, educação, saúde, meio ambiente e promoção dos direitos humanos para o progresso dos povos do Bloco.

A Decisão do CMC Nº 05/07 de 18.01.07 aprovou o Observatório da Democracia do Mercosul associado ao Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito, para contribuir para o fortalecimento dos objetivos do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul e realizar o acompanhamento de processos eleitorais nos Estados partes do Mercosul, que contou também da adesão da Colômbia, do Chile e da Bolívia.

É comum observar que alguns países instituem legislações com baixos graus de proteção de direitos humanos, com objetivo de obter menores custos para instalação de atividades econômicas e comercialização de seus produtos. Há, portanto, uma pressão de muitos países no sentido exigir o cumprimento de alguns direitos fundamentais, fazendo desta forma com que se multiplicam acordos de livre comércio, com referência as regulações mínimas. Tais regulamentações mínimas visam demonstrar as vantagens competitivas de cada nação, sem que estas sacrifiquem ou limitem direitos humanos ou garantias fundamentais.[21] Esta prática é feita no sentido de baixar a competitividade internacional em um baixo custo laboral. Isto resulta na diminuição do custo da mão-de-obra e, conseqüentemente, do valor da mercadoria.

Deve-se evitar o prejuízo ao trabalhador e à empresa que utiliza a força braçal que causaria uma dupla tributação, com a finalidade de financiar a seguridade social de ambos os Estados, da nacionalidade e do exercício da profissão desse empregado ou do exercício da atividade dessa empresa. Essa situação, segundo Edison Fernandes, somente seria garantida através de acordos internacionais, bilaterais ou plurilaterais.[22] Embora a matéria sendo trabalhista e previdenciária envolve diretamente ao aspecto tributário, e, deve ser tratado em conjunto com a tributação.

Dáí ressaltar, que assegurar a todos a existência digna conforme dispõe a Constituição brasileira (art. 1º) nos ditames da justiça social, não é tarefa fácil em sistemas de base capitalista, considerando as limitações e as dificuldades na atual fase de integração do Mercosul.

Na prática os avanços constitucionais significam a superação das violações dos direitos fundamentais? Tais dispositivos, propostas e intenções por si só bastam para assegurar o real respeito aos direitos humanos e garantir o exercício eficaz da cidadania e a defesa do contribuinte?

3 - Proteção Constitucional do Contribuinte

De maneira geral as Constituições do Bloco prevêm princípios e demais disposições de proteção das pessoas, direitos e garantias envolvendo os contribuintes.

A Constituição Argentina enaltece que tanto a Constituição como os tratados internacionais são normas de nível superior naquele País, conforme a previsão do artigo 75 (24).^[23] O Congresso Nacional aprova os tratados de integração que dão competência e jurisdição a órgãos supranacionais, sob condições recíprocas e igualitárias, respeitando sempre a democracia e os direitos humanos. O Artigo 4º dispõe que o Governo Federal provê os gastos da Nação com as demais contribuições que eqüitativa e proporcionalmente à população imponha o Congresso Geral. Destaca assim, os princípios da eqüidade e da proporcionalidade, envolvendo a capacidade contributiva. Já o artigo 17 ressalta a proibição de confisco^[24]. De igual modo consagra a Constituição Argentina que a igualdade é a base dos impostos e das cargas públicas (art. 16).

A Carta Política do Uruguai dispõe sobre os direitos fundamentais no art. 7º. Embora o Estado seja unitário, a criação e aumento de impostos departamentais, por decreto, não fere o princípio da legalidade estrita, pois este é emanado da Junta Departamental, que exerce as funções legislativas e de controlador do governo departamental (art. 273).

O preâmbulo da Constituição do Paraguai esboça sobre a soberania nacional e a independência. O Paraguai trata dos direitos fundamentais no capítulo V da Constituição, dispondo sobre os direitos, as garantias e as obrigações. Enuncia a liberdade individual, reconhece o direito de asilo, a legalidade, a irretroatividade, a igualdade de todos os habitantes do Paraguai, tanto em termos de dignidade como de direitos. Demonstra que os direitos e garantias não são exaustivos. (art. 12, 43 e 45) De igual modo a Carta constitucional prevê também a vedação do confisco (que está inserida no contexto do direito penal).

A Constituição brasileira dispõe sobre os direitos e garantias individuais no artigo 5º, demonstrando que são direitos auto-aplicáveis e constituindo-se em cláusulas pétreas.^[25] A Carta Política brasileira está baseada na soberania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, sob o Estado Democrático de Direito. (art. 1º - I a V) Ressalta também, no que se refere às relações internacionais, ao princípio da integração econômica, política, social e cultural entre os povos da América Latina (Art. 4º - Parágrafo Único).

Estão dispostos na Constituição brasileira os princípios da legalidade, da isonomia, da irretroatividade, da anterioridade, da não confiscatoriedade, da pessoalidade, da capacidade contributiva, da seletividade, da não cumulatividade, da progressividade entre outros (artigos 145, 150, 153 e 155), além de dispor sobre a imunidade tributária (art. 150, VI).

Quanto ao Princípio da legalidade as Constituições mercosulinas destacam o processo legislativo bem como as competências em caráter excepcional do Poder Executivo. No entanto, no Brasil, as Medidas Provisórias editadas em excesso tem enfraquecido o Estado Democrático de Direito, uma vez que, são editadas muitas sem a justificada urgência e relevância (art. 62 Constituição Federal). De igual modo, na Argentina há consideráveis edições de Decretos tidos como necessários e urgentes e que não encontram amparo na Constituição.

Ao dispor sobre a igualdade, um dos pilares dos direitos fundamentais do contribuinte, prevista em todas as constituições mercosulinas deve ser interpretada no contexto constitucional e das demais legislações em conjunto com os demais princípios constitucionais, especialmente o da capacidade contributiva e o da vedação de excessos. Só haverá desigualdade suscetível de censura judicial quando o discrimine resvalar para a ofensa a direitos fundamentais, imantados também pela igualdade. Isso acontecerá se o imposto atingir o mínimo existencial, ou assumir proporção confiscatória, ou discriminar pessoas em razão do sexo, cor, religião, domicílio, etc., ou conceder a terceiros privilégios excessivos que redundem em prejuízo do contribuinte.[26] E como confiscatório pode ser considerado o ato que em virtude de uma obrigação fiscal determina uma injusta transferência patrimonial do contribuinte ao fisco, injusta pelo montante ou pela falta de amparo jurídico. Ou seja, quando não é justa nem razoável, conforme ensina Bielsa.[27]

O princípio da capacidade contributiva está aliado ao princípio da vedação do confisco, a imunidade e a isenção demonstram a proteção do mínimo necessário à existência, das condições sociais e das liberdades.[28]

No Brasil, o princípio da irretroatividade está previsto no artigo 150 da Constituição, que veda a União, os Estados e os Municípios a cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que instituir ou aumentar os mesmos. Na Constituição do Uruguai referido princípio está implícito no princípio da segurança jurídica. Na Argentina, não há previsão constitucional e a Suprema Corte admite, a validade de lei retroativa, com exceção das que regulem matéria penal ou sancionatória.

Devem ser consideradas, de forma abrangente, as deduções no imposto de renda no Brasil, para os dependentes, incluindo também a faixa de rendimentos fixados anualmente, daqueles que não serão tributados, considerando aí o mínimo existencial. Nos impostos indiretos, no Brasil, podem ser listados os impostos sobre produtos industrializados e o imposto sobre circulação de mercadorias com alíquotas seletivas, possibilitando uma tributação com alíquotas mais reduzidas ou isentas para os produtos ou mercadorias consideradas essenciais ou de primeira necessidade.

A progressividade de alíquotas tem demonstrado ao lado da generalidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva que são fortes instrumentos de justiça

tributária, se adequadamente aplicados. A progressividade deve atuar como elemento vetor para corrigir desigualdades sociais.

Outra questão de relevância é a que trata do gasto público e especialmente da destinação da arrecadação de tributos específicos. Ou seja, a aplicação do dinheiro público para diminuição da desigualdade social e distribuição da renda. Por isso a importância em estudar o tributo com a vinculação com o seu gasto (receita pública). Tal controle pode ser realizado tanto no âmbito interno quanto externo conforme determina a Constituição brasileira. Uma correta adequação do gasto público está relacionada com os direitos do homem, conforme alerta Norberto Bobbio[29], o problema fundamental dos direitos do homem, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Daí avaliar a transparência da administração pública no atendimento dos interesses da comunidade através do orçamento e da aplicação do dinheiro público. Isto porque, conforme afirmava Alfredo Becker, o tributo é um direito da sociedade e não do Estado. Tributar é um dever do Estado, porém, o tributo é um direito da sociedade. Assim, os princípios da moralidade e da eficiência, ambos previstos no artigo 37 da Constituição Federal revelam o princípio do justo gasto do tributo arrecadado.[30]

Do ponto de vista da economia internacional, é possível observar os interesses opostos entre as nações, uma vez que os países ricos utilizam os direitos humanos como argumento adicional e condicional à assistência e à cooperação econômica ao terceiro mundo. Os países em desenvolvimento, buscam obter assistência e cooperação econômica para que possam ter meios de assegurar os direitos humanos de suas populações.

Da mesma forma, a proibição da utilização do tributo com efeito de confisco, a teor do inciso IV do art. 150 da Carta Política brasileira, é considerada uma limitação constitucional ao poder de tributar. Escreveu Villegas, que há confisco quando se está face à exigência tributária que exceda a razoável possibilidade de colaborar para os gastos públicos, isto é, que vão além do que permite a capacidade contributiva do particular afetado.[31]

A razoabilidade da imposição se deve estabelecer em cada caso concreto, segundo as exigências de tempo e lugar os fins econômicos e sociais de cada imposto. Com isso, verifica-se que há confisco sempre que houver afronta aos princípios da liberdade de iniciativa, ou de trabalho ou profissão, quando ocorrer absorção pelo Estado, de valor equivalente ao da propriedade imóvel ou quando o tributo acarretar a impossibilidade de exploração de atividades econômicas.[32] Toda vez que ocorrer o confisco através da tributação elevada, haverá ofensa aos direitos fundamentais do contribuinte.

A capacidade contributiva disposta no §1º do art. 145, da Constituição brasileira, exige que o imposto seja graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte. Assim, o legislador deve graduar a exigência do imposto, segundo a capacidade contributiva do contribuinte. Este princípio está dirigido ao legislador, confirmando tal posicionamento, quando destaca que a graduação deverá ser feita com base na lei. Portanto, somente a lei poderá estabelecer esta graduação, cujo limite legal se encontra na necessidade respeitar os direitos individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal brasileira (Direitos e Garantias Individuais). Para Villegas a capacidade contributiva é o limite material quanto ao conteúdo da norma tributária, garantindo sua justiça e razoabilidade. É

também um princípio distributivo da carga tributária, integrando ainda a caracterização jurídica do tributo.[33]

A capacidade contributiva é a base fundamental de onde partem as garantias, materiais diretas ou indiretas que as Constituições outorgam aos particulares, tais como a generalidade, a igualdade, a proporcionalidade e a vedação de confisco.

O art. 3º da Constituição brasileira dispõe: I - construir uma sociedade, livre, justa e solidária. As limitações à indiscriminada instituição e cobrança de tributos, estão em última análise concentradas na idéia de justiça tributária, sendo esta consequência direta do objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade justa.[34]

A necessidade de justiça tributária está presente na quase totalidade das Constituições, sob a forma de um princípio, seja implícito ou explícito. No direito brasileiro, por mais que se afirme que este princípio não é explícito, pois entendido como uma consequência do ideal de construção de uma sociedade justa, estaria ele resguardado nas diversas formas através das quais se manifesta, quais sejam a capacidade contributiva, a progressividade, a não confiscatoriedade, além de outras já mencionadas.

A anterioridade tributária deve refletir um lapso temporal razoável para que o cidadão possa antecipar a forma e os meios com os quais vai contribuir para o custeio coletivo das despesas da sociedade e não apenas para que o governo possa exercer o seu poder arrecadador. É preciso o adequado planejamento a economia do país, para que os cidadãos vivam com segurança e previsibilidade, e isto deve interferir nas negociações do processo de integração.

A incidência de impostos indiretos existentes no Brasil tem pesadas consequências sobre o preço final dos produtos, sobrecarregando o usuário final. O Brasil destaca-se internacionalmente pela alta carga tributária sobre os contribuintes, incluindo os encargos sociais obrigatórios para as empresas.

Os países, da mesma forma que as empresas, devem competir para produzir o máximo com o custo mínimo. Os impostos são partes importante dos custos de produção e do custo de vida. O sistema tributário, da maioria dos países, que penaliza, por exemplo, os aumentos de renda, penalizam ao mesmo tempo os aumentos de produção. Para a população de maneira geral, não é importante saber se a tributação é direta ou indireta, se recai sobre empresas ou pessoas. O país em que há perda do seu capital (fuga de capitais) e do seu capital humano (emigração de profissionais),[35] apresenta dificuldade em seu desenvolvimento, quanto à qualidade de vida de seus habitantes.

O princípio da igualdade jurídica abrange o Direito como um todo. Trata de princípio essencial entre os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira e nas demais Constituições mercosulinas. Vem a calhar as orientações passadas por Geraldo Ataliba quando disserta sobre o tema enfocado não teria sentido que os cidadãos se reunissem em República, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. (...) A res publica é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em

benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade.[36]

A Exposição de Motivos do projeto do Código de Defesa do Contribuinte brasileiro,[37] abre a página de uma nova cidadania. Com ele o cidadão-contribuinte passa a ter uma relação de igualdade jurídica com o Fisco para, mediante co-responsabilidade cívica, tratarem juntos, e com transparência democrática, da origem e da aplicação da arrecadação pública. Os deveres e os direitos são mútuos; nada se presume negativamente contra um ou outro.

O projeto implica, substancialmente, uma revolução cultural na compreensão da Constituição, para nela se ler o quanto em outras sociedades democráticas, mais sólidas e corajosas no reconhecer e tornar eficazes os direitos da cidadania, já o fizeram há séculos ou décadas. Tal projeto de lei complementar pretende tornar eficaz, na relação do cidadão-contribuinte com o Fisco, a ordem de valores normatizados no sistema constitucional brasileiro.

Para tornar substantivamente eficazes os dispositivos constitucionais sobre a declaração de direitos fundamentais do contribuinte e sobre os princípios de justiça fiscal condicionadores da tributação, põe a sociedade civil em igualdade legal, a administração pública busca e consecução dos grandes ideais de justiça social e redistribuição da riqueza mediante a tributação. Enaltece que há um fortalecimento dos direitos fundamentais, seja no plano das legislações internas e dos tratados internacionais, seja no campo da reflexão jurídica e da busca da sua justificativa ética. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais do contribuinte passam a ter nova relevância.

A Constituição brasileira de 1988 dedica todo um capítulo (art. 150 a 152) às limitações ao poder de tributar, que consubstanciam os direitos básicos do cidadão frente ao poder fiscal do Estado, e, que se colocam como contraponto tributário do elenco dos direitos e garantias proclamados e assegurados pelo art. 5º. As normas constitucionais, contudo, por sua generalidade, necessitam de complementação legislativa a fim de harmonizar os direitos humanos e o ordenamento tributário positivo. Por outro lado, reafirma a preocupação com a justiça fiscal, que, sendo especial emanção da idéia de justiça social, necessita de princípios positivados que a instrumentalizem.[38] O Código de Defesa do Contribuinte, que ora se propõe, tem, por conseguinte, o objetivo de fortalecer a cidadania fiscal, complementando as normas constitucionais pertinentes e compatibilizando a legislação brasileira com a internacional num momento de globalização e expansão das economias nacionais. Destaque-se, de início, algumas disposições que, no projeto, mais afetam a relação do cidadão-contribuinte com Fisco e mais demandam o repensar de práticas consagradas no Direito Público: A cláusula que conceitua justiça tributária como aquela que atenda aos princípios constitucionais da isonomia, capacidade contributiva, eqüitativa distribuição da carga tributária, generalidade, progressividade e não confiscatoriedade (art. 3º, parágrafo único), são parâmetros para a validade dos tributos, tanto para o Fisco que o institua, quanto para o contribuinte que o conteste. Sua abstração cederá à eficácia no exame de cada caso concreto, seja no plano administrativo ou no processo judicial.

Enaltecendo, novamente, o aspecto formal do Estado Direito, tem-se que compete à lei (legislador), estabelecer os critérios tributários para não ferir dispositivos

constitucionais que desigualam os contribuintes nas mesmas condições. Daí, a legalidade destacar-se para garantir os demais princípios constitucionais.

Em matéria fiscal, a igualdade de todos perante a lei, é entendida como igualdade para os indivíduos da mesma categoria, dentro da qual a legislação não pode estabelecer diferenças de tratamento. Com isso, tributos com incidências iguais devem ser estabelecidos em condições iguais.

As pessoas políticas, enquanto tributam, não podem agir de maneira arbitrária, sem obstáculo algum, diante dos contribuintes. Nas relações com eles, submete-se a um rígido regime jurídico. Assim, regem suas condutas de acordo com as regras que veiculam os direitos fundamentais e que colimam, também, limitar o exercício da competência tributária, subordinando-o à ordem jurídica.[39]

Pode-se dizer, que diante o princípio republicano, é proibida a concessão de vantagens tributárias fundadas em privilégios dirigidos aos indivíduos isoladamente ou a determinados grupos. Desta forma, estar-se-á diante ao atendimento dos direitos fundamentais estatuídos nas Constituições dos países do bloco do Mercosul.

Um dos aspectos mais relevantes do processo de integração entre os países do Mercosul, diz respeito à eliminação de diferenças legislativas que possam dificultar ou obstaculizar o seu desenvolvimento. O Tratado de Assunção menciona o compromisso dos países membros do Mercosul de harmonizar suas legislações nas matérias pertinentes, para obter o fortalecimento do processo de integração.[40] No âmbito tributário significa inicialmente, a busca de coordenação que facilite o desenvolvimento comercial.

Não obstante o reconhecimento de que a integração de mercados e a harmonização tributária são mecanismos essenciais para o desenvolvimento econômico e social do Bloco mercosulino, os países envolvidos ainda dão os seus primeiros passos no sentido de promoverem a coordenação de seus sistemas positivos, especialmente no âmbito tributário. Pelo terceiro parágrafo do Tratado de Assunção, tem-se inicialmente, que o processo de integração nos países do Mercosul implicará na coordenação de políticas macroeconômicas, incluindo aí a política fiscal. Essa coordenação tem por finalidade assegurar o compromisso dos membros e parceiros do Mercosul em harmonizar as suas legislações, notadamente a área tributária.

A uniformização por sua vez pressupõe mais do que uma aproximação, exigindo uma identidade de texto.[41] O estabelecimento de princípios referentes a um determinado tributo pode significar o início da harmonização legislativa ele. No entanto, no âmbito do Mercosul, em matéria tributária, o processo de aproximação legislativa está direcionado na fase da coordenação de tributos ou coordenação fiscal, onde deverá se ater aos princípios da ordem democrática e atender aos ditames dos Direitos Humanos estatuídos, com o objetivo de alcançar uma tributação justa.

4 - Conclusões

O Estado é um ente criado para o atendimento do bem comum em prol de toda a sociedade que o constituiu. Dentre os principais valores pretendidos pela sociedade

brasileira, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a livre iniciativa encontram-se no topo da hierarquia dos valores preconizados pelo Estado.

Uma legítima política tributária deve ser fundada em diversos fatores e não apenas baseada na sua arrecadação procedida pelo Estado. Referida política deve atender os ditames constitucionais, visando o desenvolvimento econômico e social, garantindo os direitos do contribuinte.

Quando da harmonização dos ordenamentos vigentes (tanto interna quanto externa) dos países do Mercosul, esta deverá se preocupar mais com as vantagens competitivas, considerando os direitos humanos e garantias fundamentais de cada país, colocando-os sempre em primeiro plano.

Vale ressaltar que o bloco mercosulino não atingirá o seu processo de integração, sem compromissos efetivos, para evitar que ocorram práticas comerciais, que possam impedir, restringir ou prejudicar o livre exercício dos direitos humanos, a livre iniciativa e a livre concorrência.

A questão maior da proteção dos direitos humanos está na capacidade do Estado em exigir o respeito a estes direitos. Efetivar esses direitos, conforme escreve Konrad Hesse, ao demonstrar que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade.^[42]

O Compromisso para a Proteção dos Direitos Humanos, deverá efetivamente ser implantado com a máxima urgência e de igual modo, efetivamente aplicado para que alcance a eficácia pretendida.

Conforme foi observado, os direitos fundamentais do contribuinte devem merecer destaque não só no âmbito constitucional ou da legislação ordinária, e sim, deve a administração tributária fazer valer, efetivamente em suas ações fiscalizadoras e aplicadoras das regras tributárias. Assim, estará garantindo a segurança e a justiça tributária, e, enaltecendo os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

No entanto, no âmbito do Mercosul, em matéria tributária, o processo de aproximação legislativa está direcionado na fase da coordenação de tributos ou coordenação fiscal, onde deverá se ater aos princípios da ordem democrática e atender aos ditames dos Direitos Humanos estatuídos.

Em derradeira análise, um dos objetivos da integração econômica é elevar o bem-estar da população de todas as regiões. Assim, a redistribuição de rendas contribui para esse fim, sendo que a política fiscal tem função importante. Quanto mais baixo o padrão de vida em algumas regiões a serem integradas, mais importante a harmonização política e fiscal dos países membros nos seus aspectos redistributivos.

Para que haja integração efetiva dos países do Mercosul, é necessário que cada Estado que compõe, reveja suas políticas econômicas e sociais e seus sistemas financeiro e tributário, ajustando os setores vitais da economia e viabilizando a cidadania plena e

coletiva para os seus diversos segmentos em atendimento aos objetivos do processo de integração.

A reciprocidade de tratamento e as isonomias e as liberdades são elementos essenciais do processo de integração. Assim, estará valorizando o homem, e efetivando as liberdades de circulação de mercadorias, serviços e capitais, e dessa forma permitindo a verdadeira integração social, a econômica e a cultural nos países do Mercosul e dos países associados.

4 – Bibliografia

Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do. Visão Global da Fiscalidade no Mercosul: Tributação do Consumo e da Renda, in O Direito Tributário no Mercosul, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

Arend, Márcia Aguiar. Direitos Humanos e Tributação. <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/cot/artigos/>

Ataliba, Geraldo. Instituições de Direito Público e República. Mono, 1984.
Barreto, Ayres Fernandino. Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

Bielsa, Rafael. Estudios de Derecho Publico. Buenos Aires, Depalma, 1951.

Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.

Caliendo, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Editora Camps Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.

Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1995.
Carrazza, Roque Antonio. Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

Casella, Paulo Borba (Coordenador) Mercosul – Integração Regional e Globalização. Rio de Janeiro, Renovar, 2000;

Coelho, Fábio Ulhoa. Direito de Empresa e o Mercosul. Revista Jurídica da Instituição Toledo de Ensino, nº 19, Bauru, SP, fev.1999.

Constituições da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai.

Cretella Junior, José. Curso de Direito Tributário Constitucional. RJ, Forense, 1993.

Domingues, José Marcos. Direito Tributário e Políticas Públicas. MP Editora, SP, 2008.
Fernandes, Edison Carlos. Sistema Tributário do Mercosul. 2º ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, Edições de 1999 e 2001.

- Fernandes, Edison Carlos. Normas Tributárias no Mercosul. Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. SP, Saraiva, 1999.
- Gruppenmacher, Betina Treiger. Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna, São Paulo, Dialética, 1999.
- Hesse, Konrad. A Força Normativa da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes), Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1991.
- Marques, Eduardo Lorenzitti. Direitos Humanos no Mercosul, in Mercosul – Integração Regional e Globalização, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- Martins, Ives Gandra da Silva (coord.) Tributação no Mercosul. Pesquisas Tributárias – nova série – 3 – São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- Martins, Ives Gandra da Silva(Org.) O Direito Tributário no Mercosul. RJ, Forense, 2000;
- Martins, Ives Gandra da Silva. A Defesa do Contribuinte na Constituição Federal, in A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro, IOB, SP, 2002.
- Mazzuoli, Valério de O. Direitos Humanos & Relações Internacionais. Campinas, Agá Juris, 2000.
- Mello, Celso Duvivier Albuquerque. Direito Internacional de Integração. RJ, Renovar, 1996.
- Muzzi, Rodrigo S. A Reforma Tributária e os Contribuintes, in Neófito, <http://www.neofito.com.br/front.htm>
- Moraes, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo, Atlas, 1999.
- Nogueira, Alberto. Viagem ao Direito do Terceiro Milênio - Justiça, globalização, direitos humanos e tributação. 2001.
- Paiva, Mario. Direitos Humanos e Tributação. In <http://www.geocities.com>.
- Pezzi, Alessandra Cristiana Giacomet. Dignidade da Pessoa Humana – Mínimo Existencial e Limites à Tributação no Estado Democrático de Direito. Editora Juruá, Curitiba, 2008.
- Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 3ª ed. São Paulo, Max Limonad, 1997.
- Ramos, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. In Mercosul – Integração Regional e globalização, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- Ribeiro, Maria de Fátima. Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do MERCOSUL. In: Scientia Iuris, Revista Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 1997. vol.1

Saccani, Romeu. Direitos Fundamentais e Tributação da Pessoa Física. In Revista de Direito Tributário – nº 44, ano 12, abril/junho – 1988, São Paulo Ed. Revista dos Tribunais.

Scaff, Fernando Facury. Direitos Humanos e Tributação. Carta Forense – Direito Tributário, Edição 10/2007.

Silva, Valclir Natalino. Justiça Tributária e Segurança Jurídica. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo. nº 40. p. 70.

Soares, Mário Lúcio Quintão. Mercosul – Direitos Humanos, Globalização e Soberania. Belo Horizonte, Inédita, 1997;

Tilbery, Henry. Harmonização e Integração Tributária na América Latina, São Paulo, Ed. Bushatsky, 1971.

Torres, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia, Renovar, Rio de Janeiro, 1995.

Torres, Ricardo Lobo. Direitos humanos e tributação nos países latinos. In: MELLO, C.D.A & TORRES, R. L. Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Vol. 3

Trindade, Antônio Augusto Cançado. Memorial em Prol de uma nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional, in Revista de Direito Comparado, vol. 3, Belo Horizonte, Mandamentos Livraria e Editora, 1999.

Vilhena, O. V.(org.) Direitos humanos - normativa internacional. SP. Max Limonad, 2001.

Villegas, H. Curso de Direito Tributário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

[1] - Serão feitas abordagens sobre os Estados Partes do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) com algumas informações sobre os Estados Associados do Bloco.

[2] - Soares, Mário Lúcio Quintão. Mercosul – Direitos Humanos, Globalização e Soberania. Belo Horizonte, Inédita, 1997, p. 101.

[3] - Há, atualmente, uma tendência de atuação dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento, fortalecidos nas Conferências das Nações das Nações Unidas que mostraram a preocupação internacional sobre as condições de vida de todos os povos.

[4] - A Constituição Argentina enaltece que tanto a Constituição como os tratados internacionais são normas de nível superior naquele País, conforme a previsão do artigo 75 (24). O Congresso Nacional fica encarregado de aprovar tratados de integração que dão competência e jurisdição a órgãos supranacionais, sob condições recíprocas e

igualitárias, respeitando sempre a democracia e os direitos humanos. O artigo 33 dispõe sobre os direitos fundamentais, listando um rol exemplificativo. O artigo estabelece os conceitos e princípios fundamentais que preservam a liberdade e a segurança das pessoas. A Constituição não pode ser alterada por lei, fazendo também distinção entre os direitos sociais e individuais, exemplificando-os no artigo 42.

[5] - A Constituição paraguaia, reformada em 1992, declara em seu artigo 137 que é a lei suprema da República do Paraguai e que os tratados e convenções e acordos internacionais, aprovados e ratificados, estão no mesmo nível hierárquico da Constituição.

[6] O artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal enaltece, entre outros dispositivos, que os direitos e garantias constitucionais não podem ser alterados por Emenda Constitucional.

[7] TORRES, Ricardo Lobo. Direitos humanos e tributação nos países latinos. In: MELLO, C.D.A & TORRES, R. L. Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Vol. 3, p.115

[8] - Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.

[9] - Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1995, p. 512.

[10] - Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena – 1993), in Revista Brasileira de Estudos Políticos (80): 149-225, jan., 1995, p. 222.

[11] - Direitos Humanos e o Mercosul, in Casella, Paulo Borba. Mercosul – Integração Regional e Globalização, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 868.

[12] - As legislações dos Estados partes do Mercosul, devem ser compatíveis umas com as outras, para que prevaleça o princípio da coordenação tributária entre as várias jurisdições envolvidas, evitando uma competição fiscal entre os países. Deverá ser ampliada a rede de acordos internacionais para evitar a bitributação e para permitir a troca de informações entre as autoridades fiscais das várias jurisdições, sendo recomendado aos países do Mercosul o estabelecimento de um tratado para evitar a bitributação multilateral, cujas regras sejam interpretadas de forma harmônica com a tradição internacional. Publicado na obra coordenada pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins, O Direito Tributário no Mercosul, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.133/136.

[13] - Visão Global da Fiscalidade no Mercosul: Tributação do Consumo e da Renda. In O Direito Tributário no Mercosul, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 132.

[14] - TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia, Renovar, Rio de Janeiro, 1995, p.133 e segs.

[15] - Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 316.

[16] - Id. Ibidem, p. 317.

[17] - E no artigo 1º ao destacar os princípios da cooperação, ressalta o respeito dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais do Homem, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, inspira as políticas internas e externas das partes e constitui um elemento essencial do presente acordo.

[18] - Assinada em Assunção em 24.08.1997.

[19] - Ressaltaram o papel fundamental desempenhado pelo Mercosul como meio idôneo ao fortalecimento da capacidade dos Estados partes de fazer frente aos desafios impostos pela crise financeira internacional. Nesse sentido, sublinharam a importância de se estreitar a articulação e a coordenação dos países para lidar com essa realidade.

[20] - Os ressaltaram a assinatura da Declaração Sócio-Laboral do Mercosul, instrumento que reafirma um conjunto de direitos trabalhistas consagrados nas principais convenções internacionais sobre o tema e institui um mecanismo de acompanhamento de sua aplicação. A assinatura da Declaração Sócio-Laboral reforça significativamente a dimensão social do Mercosul e atesta o êxito da participação ativa dos diversos setores da sociedade no processo integracionista.

[21] - De fato, a disparidade entre ordens normativas nacionais mais ou menos protetoras, de direitos individuais – inclusive e principalmente – os trabalhistas – cria a possibilidade de o empresário, sediado no país menos protetivo, vender os produtos, com preços bem inferiores aos praticados nos mercados dos países mais protetivos. É o que já se denominou por *dumping* social, problema típico da globalização da economia, responsável inclusive pela manutenção de políticas protecionistas de indústrias nacionais. Cf. Coelho, Fábio Ulhoa. Direito Transnacional – O Direito de Empresa e o Mercosul, in Revista Jurídica da Instituição Toledo de Ensino, nº 19, fevereiro de 1999, p. 12.

[22] - Sistema Tributário no Mercosul, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 111.

[23] - A Constituição Argentina foi modificada em 1994 e o artigo 75 (22) foi criado para elevar certos tratados sobre direitos humanos a uma categoria de nível constitucional, tais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

[24] - A Suprema Corte Argentina qualificou como alíquota máxima de 33% a incidência do Imposto sobre a transmissão gratuita de bens. (Ricardo Lobo Torres, Anais da XX Jornadas do ILADT – 2000 – Salvador, p. 20)

[25] - O artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal enaltece, entre outros dispositivos, que os direitos e garantias constitucionais não podem ser alterados por Emenda Constitucional.

[26] - Direitos Humanos e Tributação, Ricardo Lobo Torres. Salvador, 2000, p. 26.

[27] - Rafael Bielsa, Estudios de Derecho Publico. Buenos Aires: Depalma, 1951, vol. II, p. 93.

[28] - A Constituição brasileira dispunha sobre a imunidade dos idosos (art. 153, § 2º) que foi revogada pela Emenda Constitucional 20/98. Na Argentina a Declaración de los Derechos de la Ancianidad (Decreto 32.138/48) que reconhece os direitos de assistência, proteção, moradia, alimentação, saúde entre outros.

[29] - A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 24.

[30] - Cabe ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, aos Tribunais de Conta e a sociedade organizada (art. 70 da Constituição Federal) verificar a aplicação do princípio do justo gasto do tributo arrecadado.

[31] - Villegas, Hector. Curso de Direito Tributário, trad. Roque Antonio Carrazza, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 89.

[32] - Barreto, Ayres Fernandino. Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p. 108.

[33] - Villegas, Hector. Curso de Direito Tributário, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 56.

[34] - Rodrigo S. Muzzi escreve: Para o cidadão, a característica essencial do Estado de Direito está na limitação aos poderes dos governantes, assegurando-se duas ordens de direitos individuais: aqueles que poderíamos chamar de políticos (integridade física, inviolabilidade do lar, direito à opinião, direito ao voto, etc.); e aqueles de conteúdo econômico (direito ao patrimônio, ao exercício de atividades produtivas, à vedação ao confisco, dentre outros). São, portanto, as Constituições, cartas de direitos do cidadão contra o Estado. Ressalta que os processos históricos de independência política, quando envolveram ruptura institucional, resultaram, quase sempre, de revolta de natureza tributária. A Reforma Tributária e os Contribuintes, <http://www.neofito.com.br/front.htm>.

[35] - Alan Reynolds citado por Cretella Junior, José. Curso de Direito Tributário Constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 12.

[36] - Instituições de Direito Público e República, mono, 1984, p. 175/6.

[37] - O Projeto de Lei Complementar do Senado brasileiro nº 646 de 1999, que tramita no Congresso Nacional, demonstra ser o primeiro passo do cidadão brasileiro rumo à modernidade em matéria fiscal.

[38] - Esses dois vetores – os direitos fundamentais do contribuinte e a busca da justiça fiscal, passam a vincular o direito hodierno no plano nacional e no internacional. Alguns tratados, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969), dispõem sobre os direitos básicos dos contribuintes.

[39] - Carrazza, Roque Antonio. Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 140.

[40] - (Art. 1º do Tratado de Assunção).

[41] - Fernandes, Edson. Normas Tributárias no Mercosul. Rio de Janeiro, Forense, 2000, pág. 200.

[42] - A Força Normativa da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

O SISTEMA PRESIDENCIALISTA E O MERCADO COMUM PARA O MERCOSUL

THE PRESIDENTIALIST SYSTEM AND THE COMMON MARKET FOR THE MERCOSUL

**Luis Alexandre Carta Winter
Juliana Ferreira Mointenegro**

RESUMO

Busca-se com este artigo demonstrar algum avanço obtido desde a criação do um mercado comum, bem como alguns desafios para a efetivação deste bloco chamado MERCOSUL, sob o ponto de vista integracionista. Portanto, será destacado aqui, a necessidade de superação de alguns obstáculos ainda existentes frente à Constituição dos Estados-Membros, já que não há a previsão da chamada supranacionalidade. Assim, será apresentada uma alternativa, para tornar possível o mercado comum, face a dificuldade da alteração de normas de cunho constitucional. Para viabilizar isso será necessária a utilização da chamada norma comunitária, utilizada a partir das decisões da OMC. Neste caso, em sendo constatado a incompatibilidade de uma prática comercial, o Estado simplesmente teria que alterar esta legislação para se adequar as normas impostas pela organização. E a outra questão a ser debatida neste artigo, diz respeito a implantação do mercado comum frente ao sistema presidencialista, bem como o processo de educação política baseado no modelo europeu.

PALAVRAS-CHAVES: MERCOSUL, DIREITO DA INTEGRAÇÃO, PRESIDENCIALISMO, NORMAS COMUNITÁRIAS

ABSTRACT

In this article we intend to demonstrate some advance gotten since the creation of the one common market, as well as some challenges for the efetivação of this called block MERCOSUL, under the integracionista point of view. Therefore, it will be detached here, the necessity of overcoming of some still existing obstacles front to the Constitution of State-Member, since it does not have the forecast of the call supranationality. Thus, an alternative will be presented, to become possible the common market, face the difficulty of the alteration of norms of constitutional matrix. To make possible this the use of the call will be necessary communitarian norm, used from the decisions of the OMC. In this in case that, in being evidenced the incompatibility of one commercial usage, the State simply would have that to modify this legislation to adjust the norms imposed for the organization. E to another question to be debated this article, says respect the implantation of the common market front to the presidentialist system, as well as the process of education politics based on the European model.

KEYWORDS: MERCOSUL, RIGHT OF THE INTEGRATION, PRESIDENTIALISM, COMMUNITARIAN NORMS

1. Contextualização

Considerando-se que todos os Estados-Membros do MERCOSUL[3] adotam o sistema presidencialista, o desenvolvimento do Bloco se faz pela direta interferência dos Presidentes dos países partícipes.

E é em razão disto, que o Tratado de Assunção teve um caráter extremamente simplista, quando de sua concepção, ao tratar matéria de tamanha relevância, que é a integração entre os povos.

A considerável legislação criada pelos órgãos do MERCOSUL, que criam seu direito derivado, ainda não dá escopo a uma supranacionalidade[4].

Deisy Ventura ressalta que "o direito derivado no MERCOSUL confunde-se com as próprias ordens jurídicas nacionais, naquilo que os Estados entenderem por bem incorporar, entre as decisões dos órgãos comuns[5]".

Era da vontade dos membros do MERCOSUL a criação de uma instituição internacional[6], aplicando-se a regra da unanimidade para exprimir a vontade comum, coincidente com a vontade nacional[7].

O órgão superior do MERCOSUL e de capacidade decisória, é o Conselho do Mercado Comum[8], integrado, de ordinário, pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia, com reuniões marcadas, sempre que necessário e, pelo menos, duas vezes por ano, na presença dos Presidentes da República dos quatro países. Não há supranacionalidade[9] no âmbito do MERCOSUL.

Na Constituição dos países do Bloco[10], os ministros são alçados à condição de auxiliares do Presidente da República, respondendo diretamente por ele. Questão pertinente, se considerarmos que o Presidente[11], em sua atuação perante a esfera internacional, encontra-se investido da condição de Chefe de Estado, e como tal, dotado de irresponsabilidade política[12], já que expressa a nacionalidade. Em outras palavras, o MERCOSUL sempre dependeu da vontade e do poder unipessoal dos presidentes de seus Estados-Membros.

Dividindo-se a história do MERCOSUL em duas fases, verifica-se que houve um comprometimento dos governantes na fase de implantação do bloco (1991-1994), com aumento significativo do comércio intra-Bloco.

Com a criação da Tarifa Externa Comum, dentro de um contexto de uma União Aduaneira, em 1995, uma nova fase se instaura. Consideráveis avanços em direção a União Aduaneira foram realizados, com a criação de um nada desprezível arcabouço jurídico, apesar dos conflitos entre os governos, como é natural, mormente da Argentina e do Brasil se sucederem[13], ao ponto, em um dado momento, de, virtualmente, haver

uma quase paralisia do Bloco, embora poderosamente influenciada por fatores externos[14].

Sempre considerando ser o MERCOSUL ainda voltado à intergovernabilidade, e com países que adotam o sistema presidencialista, o fato é que, a partir da implantação da TEC[15], em 1995, existiram várias decisões para além de uma União Aduaneira (que, como já visto, compreende a livre circulação de bens, capitais e livre concorrência), isto é, voltadas à implantação de um Mercado Comum (que, reiterando, como já visto, além do que contém uma União Aduaneira, propugna uma livre circulação de pessoas e serviços).

2. Decisões para além de uma união aduaneira

Fazendo-se um levantamento, ao longo do período de 1995-2007, das Decisões do CMC, pensadas para além de uma União Aduaneira, tem-se diversas medidas tomadas, que começam pelo Programa de Ação do MERCOSUL até o ano 2000 (Dec. 9/95 CMC), que propugnava como ação visando um Mercado Comum atuando nas áreas de agricultura, Indústria, minérios, energia, serviços, comunicações, transporte e infraestrutura, turismo, assuntos financeiros e tributários e políticas macroeconômicas[16]. Ainda em 1995, há a Dec. 4/95 CMC, depois substituída pela Dec. 8/96 CMC, que aprovou o Protocolo de Integração Educativa sobre Reconhecimento de Títulos Universitários para o prosseguimento de Estudos de Pós-Graduação nas Universidades dos Países do MERCOSUL, além da Dec. 7/95 CMC, que aprovou o Protocolo de Integração Educativa e Revalidação de Diplomas, Certificados, Títulos e Reconhecimento de Estudos de Nível Médio Técnico. No ano de 1996, há a Dec. 6/99, sobre a Coordenação de Políticas Macroeconômicas. Em 1997, há a Dec. 3/97 CMC, que aprovou o Protocolo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL, a Dec. 13/97 CMC, que aprovou o Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL, que já contou com seis rodadas importantes (a última em 2006), complementado em 1998, pela Dec. 9/98 CMC que aprovou o Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL - Anexos com disposições específicas setoriais e listas de compromissos específicos iniciais. Ainda em 1998, a Dec. 16/98, que aprovou o Protocolo de Harmonização de Normas em Matéria de Desenhos Industriais. Em 1999, é criada a Comissão Sócio-Laboral do MERCOSUL pela Res. 15/99 GMC[17].

Em 2000, na esteira do "Relançamento do MERCOSUL", tem-se a Dec. 30/00, sobre a Coordenação Macroeconômica. Em 2005, há a Dec. 23/05, que aprovou o Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL.

Estas ações têm o condão de trabalhar com medidas que, como anteriormente frisado, vão além da União Aduaneira. O efetivo implemento delas facilitarão, por certo, o objetivo de alcançar o mercado comum.

3. O mercado comum e o presidencialismo

O mercado comum contém as características de uma área de livre comércio, que hoje une livre circulação de mercadorias, circulação de capitais, e livre concorrência, mais as características da união aduaneira, onde há uma tarifa externa comum, e acrescida a isso, uma livre circulação de pessoas e, finalmente, uma livre circulação de serviços, havendo aqui uma uniformização da legislação dos Estados-Membros e uma coordenação de políticas macroeconômicas.

O MERCOSUL, embora almeje ser um mercado comum, encontra dificuldades em implementar a condição de união aduaneira, já que esta, como exposto, significa a adoção de uma tarifa externa comum, ou seja, usando de uma lógica reversa, ela atingirá uma das prerrogativas históricas do Poder Executivo, retirando deste, o poder de alterar, através de uma maior ou menor alíquota do imposto de importação[18], como meio regulador da demanda e a oferta[19].

A rigor, há dificuldades, em termos de MERCOSUL, para se superar a própria área de livre comércio, no que diz respeito à livre circulação de mercadorias[20].

Outro aspecto relevante: quando o MERCOSUL se tornou uma União Aduaneira, foi que os produtos originários de terceiros países aqui passaram a ingressar, não importa em qual porto, com uma mesma tarifa. Isso desnudou um velho problema: a diferença de taxas, mas principalmente de custos, entre os portos.

Com a TEC, o Brasil, temendo que seus portos perdessem, em termos de custos, para os portos da Argentina e do Uruguai, tomaram algumas providências de modo a tornar mais competitivos seus portos brasileiros.

E O NOVO MODELO PORTUÁRIO BRASILEIRO, SOB O PONTO DE VISTA DE UM ELO DE CADEIA LOGÍSTICA DE TRANSPORTE, TEVE COMO BASE JURÍDICA A LEI 8.078/90 (CÓD. DE DEFESA DO CONSUMIDOR). A PARTIR DAÍ, VÁRIAS LEIS FORAM IMPLEMENTADAS, DE MODO QUE OS PORTOS BRASILEIROS SÃO AFETADOS PELO SEGUINTE ORDENAMENTO JURÍDICO:

- **A LEI DOS PORTOS - LEI 8.630/93.**
- **LEI DAS LICITAÇÕES - LEI 8.666/93 E 8.883/94.**
- **LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - LEI 8.884/84.**
- **LEI DE CONCESSÃO - LEI 8.987/95 E 9.074/95.**
- **LEI DE DELEGAÇÃO - LEI 9.277/96.**
- **LEI DE DESESTATIZAÇÃO - LEI 9.491/97.**

A lei dos portos teve uma *vacatio legis* de cinco anos para entrar em vigor. Não houve, como se pode supor, na maioria dos portos brasileiros, um adequado preparo para a nova lei. O resultado foi inevitável, com a literal destruição do OGMO[21] de vários portos.

A resistência aos novos conceitos desta lei também atingiu a alguns dos governos estaduais que se recusaram (e se recusam) em abrir mão de suas prerrogativas, mas que não têm dinheiro para a modernização da infra-estrutura portuária.

A falta de recursos para os portos leva ao seguinte paradoxo: com o volume de exportação/importação existente, se todas as infra-estruturas de transportes rodoviário e ferroviário estivessem em boa ordem, a estrutura portuária entraria em colapso.

Na Argentina, também houve problemas semelhantes[22].

O fato é que, a tradição presidencialista, no âmbito do MERCOSUL, como demonstrado no quarto capítulo, induz a práticas populistas e clientelistas. Abdicar do controle aduaneiro e, conseqüentemente, do imposto de importação com suas funções e efeitos é ceder um espaço que talvez os governantes ainda não estejam em condições de assumir.

Em termos de MERCOSUL, a implementação, tanto da área de livre comércio, como de união aduaneira, ainda encontram dificuldades. Um exemplo simples, porém eficaz, foi a maxidesvalorização da moeda brasileira, sem consulta aos demais sócios, e por vontade única de seu governante, provocando uma séria crise na Argentina e isto foi feito com o amparo Constitucional.

Mas, indo além, já que o MERCOSUL se propõe a ser um mercado comum, na órbita deste, ainda há duas liberdades que merecem uma maior atenção: livre circulação de pessoas, com a criação de um passaporte comum e a livre circulação de serviços.

Pensando-se em termos de MERCOSUL, no que concerne à livre circulação de pessoas não haveria maiores empecilhos, já que, em todas as Constituições dos Estados-Membros, são assegurados aos estrangeiros, nos termos da lei, os mesmos direitos que os nacionais.

O problema se encontra na livre circulação de serviços. Por ela, qualquer cidadão do bloco tem o direito de exercer livremente sua profissão, em qualquer país do bloco, em igualdade de condições com os nacionais; e para tanto, serão necessários uma harmonização das legislações educacionais, com o estabelecimento de uma grade curricular mínima comum. Até aí, nada de conflituoso. A questão se modifica no aspecto de como garantir esse direito de exercício. Como os Estados não admitiriam a ingerência de outros Estados em seus assuntos internos, seria necessário criar um órgão comum que fiscalizasse o cumprimento desse direito. Fatalmente esse órgão encontraria várias legislações nacionais que colidiriam com o princípio da livre circulação de serviços, e o Estado nacional teria que modificar sua lei, muitas vezes, a contragosto. Aqui não vigora mais a regra do consenso, e sim, a da maioria e, nesta condição, as normas não seriam mais intergovernamentais, na órbita do direito internacional público, e, sim, supranacionais, com normas oriundas do direito comunitário. Eventualmente, o Estado nacional iria querer discutir alguns aspectos de sua lei, e ter-se-ia que criar um Tribunal para o exame das questões comunitárias.

E criar um Tribunal para decidir estas questões implicaria em uma mudança profunda em dois aspectos: o primeiro, seria a admissão que a norma comunitária seria superior à norma nacional; o segundo, é admitir a competência desse Tribunal sobre questões que

ocorram dentro do território nacional. Esses dois aspectos colidiriam com a constituição brasileira e uruguaia.

É bem verdade que a implantação de uma livre circulação de serviços acometeria problemas na constituição brasileira e uruguaia, independentemente do sistema político adotado, ou seja, não seria o sistema presidencialista, *a priori*, de *per se*, que iria obstaculizar essa implantação, mas, dado o centralismo político que o sistema possui, dificilmente um Presidente poderia aceitar, no exercício de seu mandato, uma perda da parcela de poder que detém[23].

O sistema personalista retratado pelo presidencialismo, no âmbito do MERCOSUL, acaba gerando distorções importantes. O temperamento de alguém que acumula a chefia de estado e de governo influenciará enormemente nas relações com os outros estados soberanos, tornando sua decisão, *a priori*, a vontade do País.

É evidente, que, em razão do estilo entre os detentores da Chefia de Estado, houve uma considerável mudança de postura, no que concerne ao MERCOSUL, principalmente entre os dois sócios maiores, em decorrência das relações entre Menem e Collor, posteriormente, aquele com Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso e este com Fernando de la Rúa, e Duhalde, ou ainda entre Nestor Kirchner e Luis Inácio Lula da Silva e este com Cristina Kirchner. Por outro lado, as queixas dos dois sócios menores, em relação ao comércio inter-regional, não podem ser ignoradas. O arrojo pelo qual se pautara o MERCOSUL, em seus dois primeiros anos, e o ritmo marcado, nos anos subsequentes, espelham, em maior ou menor grau, a expectativa de seus governantes.

A real implantação de um mercado comum implica em substanciais modificações de paradigmas, tanto da ótica governamental, quanto da população em geral. O modo de concepção dos órgãos do MERCOSUL dá ao Estado-nação[24] e a seus governantes, extraordinário poder discricionário.

Outro aspecto a ser considerado, de cunho histórico, é o temor que sempre esteve presente quando se fala em integração latino-americana[25], frente a uma hegemonia brasileira, em face de sua população e tamanho[26].

Observando a história da América espanhola, verifica-se sua caracterização exatamente por movimentos contrários à integração, inversos aos da história da América portuguesa[27]. Outro fator é o imenso vazio que existe, ao longo de boa parte das fronteiras, à exceção, é claro, da região platina[28].

O somatório destes fatores, acrescidos de crises econômicas endêmicas, acaba formando poderosos obstáculos a uma integração, idéia decorrida muito mais de uma necessidade política dos governos, do que propriamente do apoio popular[29], já que o modelo de integração escolhido privilegia a abertura do mercado para iniciativa privada, a partir de um modelo neoliberal[30], dentro daquilo que foi chamado de "Consenso de Washington[31]". Um exemplo eloqüente disso é a crise entre a Argentina e o Uruguai relativamente às papeleiras[32].

Criar um Mercado Comum diante de um sistema personalista existente na cultura e na estrutura dos países do MERCOSUL, e inseri-lo na concepção moderna de Estado é o

grande desafio, já que, para além do presidencialismo, convergem outras forças que discutem a própria existência do Estado[33]^[134].

O MERCOSUL, em razão da política dos presidentes que compõem os Estados formadores deste bloco, continua a ser mais um exemplo de cooperação[35] entre os Estados do que, propriamente, uma integração entre eles; posto isto, implicar uma mobilização maior nas áreas comerciais, sociais, culturais, alfandegárias. Não se pode pensar em uma efetiva integração calcada apenas em uma zona de livre comércio.

O presidencialismo, com sua concentração de poderes não permite, por sua própria estrutura, delegação de poderes, sem uma muito próxima fiscalização por parte do Chefe de Estado e de Governo.

4. Obstáculos ainda a serem enfrentados

Outro aspecto pouco estudado, mas de enormes repercussões, é que as implicações dentro de um mercado comum perpassam, no âmbito do direito, por uma reconfiguração deste, em todos os seus ramos. Tome-se, por exemplo, o direito civil. Por definição o direito civil é eminentemente territorial, com conceitos precisos relativamente à aquisição da propriedade, do domicílio, do regime de bens do casamento, no que concerne aos requisitos do testamento etc., ou do processo civil onde o que se terão novos recursos a exemplo do que acontece para o ingresso junto ao tribunal de justiça das comunidades europeias. Ou ainda, o próprio direito penal, com o surgimento de novos tipos penais e o desaparecimento de outros. Todos eles sofrerão, necessariamente, alargamento de conceitos.

A maior dificuldade de se implantar um mercado comum em um bloco constituído unicamente por Estados que adotam o sistema presidencialista é o fato

de os Chefes de Estado terem que abdicar de uma parcela de seu poder, no exercício de seu mandato, já que, para haver uma verdadeira integração, é *conditio sine qua non* a adoção de uma política comum, com objetivos comuns e, para tanto, são necessárias constantes adaptações econômicas dos países partícipes, com medidas nem sempre populares. Mudar um programa econômico ou diretrizes econômicas no transcurso de um mesmo mandato, sem uma consulta popular, já que os mandatários foram eleitos em razão, também, de um programa econômico, é um exercício hercúleo com sistema presidencialista, em que antecipar eleições, prática corriqueira, no sistema parlamentar, torna-se golpismo, no sistema presidencialista.

Superado este obstáculo, há ainda mais um, de natureza formal: da necessidade de se modificar a constituição brasileira e uruguaia com a finalidade de permitir-se a existência de um órgão supranacional. A questão pode ser respondida de duas formas. A primeira, pensando-se na natureza das normas comuns, das normas comunitárias colidirem com a essência, com a individualização, com os princípios maiores dos Estados-Partes. A resposta, no presente caso, é óbvia - necessita-se de uma reforma constitucional.

A segunda, pensar a natureza das normas comunitárias (dentro do contexto da livre circulação de serviços), para não colidirem com os princípios que são a essência dos Estados-Partes. Neste contexto, basta pensá-las como normas de direitos humanos (que na verdade o são, em última análise, já que versam sobre normas comuns ligadas a emprego, saúde etc.), ou ainda, como comparação, que as decisões dentro de um contexto supranacional tenham como resultado (embora de natureza distintos) similar àqueles tomados na esfera de uma OMC, onde, em se verificando a natureza incompatível de uma determinada prática comercial, havendo a condenação, o Estado simplesmente teria que alterar esta legislação. Nesta interpretação, não haveria necessidade de sequer modificar-se a Constituição. As normas seriam aplicadas unicamente dentro do Bloco. Os tratados assinados com terceiros por este Mercado Comum, continuariam a necessitar a internalização[36].

5. Considerações finais.

Para pensar-se em um mercado comum em termos de MERCOSUL há a necessidade de superação dos óbices nas Constituições brasileira e uruguaia, já que nestas não há a previsão da supranacionalidade. Na hipótese disto não ser considerado, a alternativa, para tornar possível o mercado comum, está calcada na contextualização da norma comunitária, qual seja compará-la, em termos de efeitos e não de natureza, às decisões tomadas na esfera de uma OMC, onde, em se verificando a natureza incompatível de uma determinada prática comercial, havendo a condenação, o Estado simplesmente teria que alterar esta legislação. Nesta interpretação, não haveria necessidade de sequer modificar-se a Constituição. As normas seriam aplicadas unicamente dentro do Bloco. Já os tratados assinados com terceiros por este Mercado Comum continuariam a necessitar a internalização da parte do Estado-Membro.

Resta, portanto, a segunda questão: implantado o mercado comum, como este pode existir dentro de um bloco que adota unicamente o sistema presidencialista? Este aspecto demanda um processo de educação política na qual, o modelo europeu, embora substancialmente diferente, pode servir como uma base, já que lá os Estados Nacionais mantêm consideráveis atributos do poder soberano. A resposta parece centrar-se no aspecto da jurisdição. Haverá normas de natureza comunitária e normas de competência privativa do Estado, que são necessariamente diferentes daquelas. Aspectos ligados à administração pública, forças armadas, reconhecimento de novos governos e novos Estados continuarão a serem atribuições do Estado-Nação, dentro de um mercado comum. O poder unipessoal dos Presidentes continuará a ser um dos fatores decisivos a influenciar as relações dentro do bloco, contudo, a opinião pública e o Parlamento serão novas forças presentes, possibilitando um modelo mais equilibrado dentro das relações de poder.

6. Referências

ALMEIDA, Paulo Roberto. Trajetória do MERCOSUL em sua primeira década (1991-2001: uma avaliação política a partir do Brasil). In: PIMENTEL, Otávio Luiz (Org.).

Direito da Integração - Estudos em homenagem a Werter R. Faria. Curitiba: Juruá, 2001. v. II.;

_____. O Brasil e o Futuro do MERCOSUL: Dilemas e Opções. In: CASELLA, Paulo *et al.* (Coords.). **MERCOSUL: Integração Regional e Globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

ALZAMORA, Carlos. La crisis y la capacidad de acción latinoamericana. Revista de la Integración Latino Americana, n. 105, set. 1985. *Apud* C. SCHAPOSNIK, Eduardo. **As Teorias da Integração e o MERCOSUL - Estratégias.** Florianópolis: UFSC, 1997;

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Orgs.). **Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 9. ed. Brasília: UnB, 1997;

CARLUCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro.** São Paulo: Aduaneiras, 1997;

D'ANGELIS, Wagner Rocha. **MERCOSUL - Da Intergovernabilidade à Supranacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2001;

GRIMSOM, Alejandro. Vivências do Estado como alteridade. In: FRIGERIO, Alejandro; RIBEIRO, Gustavo Lins (Orgs.). **Argentinos e Brasileiros.** Petrópolis: Vozes, 2002;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia - Entre a Factividade e Validade.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1994. v. II;

HAGE, José Alexandre A. **As Relações Diplomáticas entre Argentina e Brasil no MERCOSUL - princípios de hegemonia, dependência e interesse nacional no Tratado de Assunção.** Curitiba: Juruá, 2004;

LAMBERT, Jacques. **Os dois Brasis.** São Paulo: Nacional, 1971;

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação.** Rio de Janeiro: Campus: São Paulo: Publifolha, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia: Processos de Integração e Mutação.** Curitiba: Juruá, 1999;

PETRAS, James. **No fio da navalha - Os fundamentos do neoliberalismo.** 2. ed. São Paulo: Xamã, 1998;

ROJO, Raúl Enrique. In: TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (Orgs.). **Instituições Políticas Comparadas dos Países do MERCOSUL.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998;

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SIMÓN, José Luis Sistema político, Estado y sociedad en el Paraguay del autoritarismo contemporáneo y en el de la transición y la integración democrática. In: TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (Orgs.). **Instituições Políticas Comparadas dos Países do MERCOSUL** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998;

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **A ordem jurídica do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996;

_____. **Assimetrias entre o MERCOSUL e a União Européia**. São Paulo: Manole, 2003

ZUIDWIJK, Antonio, disponível em: <<http://ahorainfo.com.ar/?p=6265>>, acesso em: 08 fev. 2008;

[1] Doutor pela USP/PROLAM, Mestre pela UFSM/RS, Coordenador do Curso de Direito da FACINTER, Professor de Direito Internacional na PUC/PR, Unicuritiba, e FACINTER.

[2] Juliana Ferreira Montenegro, Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental, especialista em Negócios Internacionais, Professora da PUC-PR e Faculdades Dom Bosco, pesquisadora do CNPq.

[3] Formado em março de 1991 pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

[4]D'ANGELIS, Wagner Rocha. MERCOSUL - Da Intergovernabilidade à Supranacionalidade. Curitiba: Juruá, 2001, p 80) argumenta que tomando-se a "ordem comunitária como resultado do duplo fenômeno da autonomia e da hierarquização, fica patente a inexistência do direito comunitário no MERCOSUL, havendo quando muito um direito de integração. Não há supranacionalidade no modelo platino. Sua estrutura institucional se reveste de caráter intergovernamental, seus órgãos decisórios não passam de extensão do pensamento e dos interesses dos respectivos governos dos Estados-Partes, e as normas que redundam da organização internacional - sejam de fontes originárias ou derivadas -, excetuadas as de natureza administrativa, precisam ser introduzidas no sistema jurídico nacional de cada país-membro por meio de sua homologação pelo Poder Legislativo e posterior ratificação do Executivo".

[5]VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **A ordem jurídica do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 60.

[6]Não deixa de ser sintomática a declaração de Fernando Henrique Cardoso em 28.06.2001 aos integrantes do Conselho de Empresários da América Latina, de que o MERCOSUL deve começar a organizar instituições supranacionais. Tal declaração aponta para uma convergência com a posição Argentina e da União Européia, ambas

insistindo na necessidade de maior institucionalização do bloco econômico. Esta declaração de Fernando Henrique marca uma mudança na orientação do Brasil, já que o Itamaraty até então se opunha a idéia.

[7]Ricardo Seitenfus e Deisy Ventura discorrem que "obstáculos de ordem constitucional verificados no Brasil e no Uruguai, impedem a adoção da supranacionalidade no âmbito do MERCOSUL. Não parece, de todo modo, ser esta uma aspiração dos governos dos Estados-Partes, que preferem manter uma grande margem de discricionariedade em suas condutas. Neste sentido, a proposição de uma moeda única no âmbito do MERCOSUL, embora seja proposta de forma séria pelos técnicos que nela acreditam, torna-se patética na fala de governos que não asseguram sequer uma política comercial comum, quanto mais os intensos compromissos de uma política monetária partilhada". (SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 199)

[8]O art. 3º do Protocolo de Ouro Preto define o Conselho do Mercado Comum como o órgão superior do MERCOSUL, ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.

[9]Odete Maria de Oliveira (**União Européia**, p. 68) sustenta que "a noção de supranacionalidade reside na acumulação de determinadas características, como de transferência do exercício de soberania, de forma permanente, por parte dos Estados-Membros à organização da Comunidade. Tal instituto implica, por conseqüência, na criação de um poder efetivo, em virtude da força jurídica de suas decisões, incidência material de suas intervenções tanto em relação ao âmbito de atividades como de destinatários das decisões e, finalmente, face às relações diretas entre os órgãos da Comunidade e os particulares. E à p. 70, complementa que os pressupostos definidores da noção de supranacionalidade podem ser reunidos em três pilares fundamentais: a) transferência de competências; b) exercício independente destas competências; c) aplicabilidade direta e imediata do ordenamento comunitário aos seus destinatários públicos ou particulares".

[10]Por exemplo, o art. 84, I, da Constituição brasileira.

[11]Raúl Enrique Rojo ressalta, de modo bem claro que "la institución más importante de la República Argentina es el presidente. Esta situación relevante se manifiesta en dos esferas: por un lado en el avance considerable de los poderes presidenciales a costa de los del Congreso. Por outro, en cierto aspecto que excede largamente la mera ampliación de competencias, a saber: en la conversión del presidente en conductor político del pueblo argentino, pues el significado político de su gestión no será juzgado únicamente en función de las medidas llevadas a cabo do él, sino más bien por el interés y los impulsos que haya sido capaz de despertar en su pueblo". (ROJO, Raúl Enrique. In: TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (Orgs.). **Instituições Políticas Comparadas dos Países do MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 95). José Luis Simón segue a mesma orientação ao afirmar "el presidencialismo autoritario que predomina en la historia política del Paraguay hace que algunos autores sostengan que, incluso desde su nacimiento, esta República no conoció la democracia al menos hasta el inicio de la transición en 1989. El Poder Ejecutivo,

tradicionalmente predominó frente a los demás poderes y, dependiendo de quien ejerciera la primera magistratura, de hecho también fue el poder fuerte durante la etapa de la Constitución liberal de 1870". (SIMÓN, José Luis Sistema político, Estado y sociedad en el Paraguay del autoritarismo contemporáneo y en el de la transición y la integración democrática. In: TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (Orgs.). **Instituições Políticas Comparadas dos Países do MERCOSUL** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 403)

[12] Já que encarna a unidade do Estado, a nacionalidade. O Presidente, quando no exterior, por exemplo, representa a todos os súditos, independentemente de ideologias e, nesta condição, está acima das responsabilidades das políticas de governo, do programa de governo.

[13] A este respeito ver: ALMEIDA, Paulo Roberto. Trajetória do MERCOSUL em sua primeira década (1991-2001: uma avaliação política a partir do Brasil). In: PIMENTEL, Otávio Luiz (Org.). **Direito da Integração - Estudos em homenagem a Werter R. Faria**. Curitiba: Juruá, 2001. v. II. Paulo Roberto Almeida (p. 314-315), analisando a TEC sustenta "que a TEC se apresenta como uma estrutura racional em termos econômicos, comportando em seu regime normal um leque de dispersão relativamente reduzido (de 0 a 20%), que esposou características da própria tarifa aduaneira brasileira - compreensivelmente o país de maior relevância para o comércio intera e extra-regional. Sob o impacto da crise financeira asiática e em vista os problemas decorrentes do choque de competitividade externo tanto sobre o Brasil quanto a Argentina, a TEC foi objeto de revisão em dezembro de 1997, procedendo-se, por meio de acordo quadripartite, a um aumento linear de 3 pontos nas alíquotas efetivas, o que representou um aumento de 25% na tarifa média de 14% aplicada geralmente pelos países membros. Durante a reunião do Conselho do Mercado Comum (Florianópolis, 14 e 15.12.2000), os Estados Partes alegaram necessidades fiscais para não procederem à redução integral do aumento transitório da TEC. Nessa ocasião, foi acordada a redução dos níveis tarifários adicionais para 2,5 pontos percentuais, com o compromisso de estabelecer novas reduções de acordo com cronograma a ser definido até 30 de junho de 2001. Em fevereiro de 2001, contudo, o novo ministro da economia da Argentina, Domingo Cavallo, assumiu em atmosfera de crise, prometendo revitalizar a economia de seu país: sua primeira providência foi a de suspender unilateralmente a vigência da TEC para um certo número de produtos, fixando novas tarifas para dois grupos de importações (basicamente 35% para bens de consumo corrente, como forma de proteger temporariamente indústrias argentinas ameaçadas, e zero para bens de capital, de maneira a estimular-lhes a competitividade). Muito embora reunião extraordinária do MERCOSUL, em abril de 2001, tenha ratificado essas mudanças e acolhido as 'exceções temporárias' acordadas à Argentina, essa nova realidade, mais as sucessivas declarações do ministro Cavallo no sentido de fazer o MERCOSUL retroceder a um *status* de simples zona de livre-comércio, contribuíram para agravar a situação de crise política vivida pelo bloco desde a desvalorização brasileira de janeiro de 1999 e para criar uma impressão internacional de 'inviabilidade' do projeto de mercado comum em face de pressões externas tão relevantes como a criada com as negociações da Alca. A TEC deveria ter sido complementada por uma política comercial conjunta dos países membros em relação a terceiros países, mas diversos elementos dessa política permaneceram carentes de uma definição, como no caso dos incentivos fiscais. Durante a fase de transição, houve consenso de que se deveriam identificar os casos de política industrial ou fiscal suscetíveis de representar subsídios ou vantagens indevidas para

qualquer dos membros, em vista de sua harmonização ulterior, com vistas a evitar distorções comerciais na região. A despeito de esforços conduzidos na fase subsequente, não houve contudo acordo nesse sentido, o que aliás gerou polêmicas internas relativas a regimes especiais concedidos ao setor automobilístico no Brasil e na Argentina. O Brasil considera que o desmantelamento de sua política de incentivos fiscais e creditícios, como por exemplo os programas promovidos pelo BNDES, vincula-se estreitamente ao correspondente desmantelamento da aplicação unilateral e abusiva de direitos *antidumping* e medidas compensatórias no comércio intrazona. A consolidação de uma união aduaneira perde sentido se não forem criados mecanismos e disciplinas comuns nessas duas áreas. No mesmo sentido, o tema da coordenação das paridades cambiais, importante em vista de suas repercussões imediatas nas correntes de comércio e nos fluxos de capitais, foi objeto de estudos aprofundados, a partir de uma análise dos regimes cambiais nacionais existentes e do papel, na definição das paridades recíprocas, do intercâmbio intra e extrazona. Não se logrou, contudo, uma definição tendente à adoção de um sistema de bandas convergentes ou mesmo um sistema monetário baseado em paridades fixas, tendo em vista os grandes descompassos observados nos processos de ajuste e de estabilização macroeconômica, praticamente desde o início do MERCOSUL. A Argentina adotou, como se sabe, a partir de maio de 1991 (Plano Cavallo), uma lei de conversibilidade, sustentada numa paridade absoluta entre o peso e o dólar, enquanto o Brasil tardava até 1994 para iniciar seu processo de estabilização (Plano Real), parcialmente sustentado numa âncora cambial".

[14]"A despeito da vontade política dos governos dos quatro países membros, fatores de política econômica interna na Argentina e no Brasil (recessão, desemprego, sistemas de câmbio diferentes, processos eleitorais), acoplados às conseqüências das crises financeiras internacionais de fins de 1994 no México, de 1997 na Ásia e de 1998 na Rússia e no próprio Brasil em seguida, causaram sérias dificuldades para a continuada evolução positiva do processo negociador regional. A desvalorização do real, em janeiro de 1999, e a introdução subsequente de um regime de flutuação cambial deflagraram uma grave crise político-comercial e de credibilidade externa. Na esteira da crise da desvalorização, foi criado, em junho de 1999, o Grupo de Trabalho sobre Coordenação de Políticas Macroeconômicas, com vistas a retomar os entendimentos sobre o tema e propor ações tendentes ao aumento da percepção de credibilidade do bloco frente aos investidores internacionais. O exercício quadripartite de coordenação macroeconômica sem dúvida agrega projeção internacional aos programas de estabilidade monetária dos países da região, a despeito das críticas de que foram reduzidos seus resultados concretos e de que os ganhos em termos de credibilidade externa do Brasil se deveram muito mais aos indicadores macroeconômicos alcançados individualmente pelo País do que a qualquer iniciativa ou outro esforço que se possa reputar ao Grupo de Trabalho sobre Coordenação de Políticas Macroeconômicas. É acertado notar, no entanto, que a publicação em outubro de 2000 de indicadores macroeconômicos sobre aspectos fiscais e a antecipação dos prazos previstos para a definição de metas macroeconômicas não foram suficientes, por exemplo, para evitar a atual crise de credibilidade da Argentina nos mercados externos. A desvalorização do real foi igualmente impactante em termos políticos e comerciais, dada a imediata reação do setor privado argentino, logo encampada pelo Governo de Buenos Aires às vésperas da eleição. O receio, que se comprovou infundado, de inundação de produtos brasileiros nos mercados vizinhos ou de fuga de capital para o Brasil reacendeu demandas protecionistas por parte de setores de menor competitividade naquele país. Foi possível perceber-se a magnitude do problema, de toda forma, pela queda inédita no volume do intercâmbio intra-

MERCOSUL, com a redução do saldo comercial até então acumulado pela Argentina contra o Brasil. No ano seguinte, porém, os fluxos de comércio já tinham retomado os valores anteriores à crise, mas subsistiam os problemas de competitividade argentina vinculados em parte a seu regime cambial rígido". (ALMEIDA, Paulo Roberto. Ob. cit., p. 316)

[15] Ainda sobre esse assunto, lembra Paulo Roberto Almeida (ob. cit. p. 317) que na negociação da Tarifa Externa Comum (TEC) no MERCOSUL, as "diferenças de estrutura e de níveis de desenvolvimento industrial entre o Brasil e os demais parceiros resultam na aceitação, durante uma 'fase de convergência' (até 2001-2006), de listas nacionais de exclusão (para bens informáticos e de capital, por exemplo). Os países-membros também decidem harmonizar os incentivos às exportações, respeitando disposições do GATT".

[16] Os propósitos nestes setores eram: "1. La marcha hacia el Mercado Común. **1.1 Agricultura.** Se crearán en el ámbito del MERCOSUR las condiciones adecuadas para incrementar en la región la productividad de la agricultura, desarrollando su progreso tecnológico y asegurando el desarrollo racional de la producción a partir de la libre circulación de los productos agrícolas y agroindustriales y la coordinación de las acciones e instrumentos de las correspondientes políticas nacionales, inclusive en materia de abastecimiento alimentario regional. Se realizará el seguimiento y análisis de las políticas agrícolas y agroindustriales nacionales inclusive en lo que se refiere a la ayuda interna a la agricultura, teniendo como referencia el Acuerdo Agrícola aprobado durante la Ronda Uruguay del GATT. Tomando en cuenta que la agricultura constituye un sector íntimamente ligado al conjunto de la economía de los Estados Partes, será también un objetivo prioritario el potenciamiento de la agricultura del MERCOSUR en su inserción internacional. **1.2 Industria.** El objetivo es la creación de un ambiente favorable a la reestructuración y a la consiguiente mejora de la competitividad del conjunto de las industrias de la región. Dicho proceso de reestructuración deberá evolucionar gradualmente hacia el crecimiento de la capacidad de producción y de innovación tecnológica, como factores esenciales para la competitividad y la inserción ventajosa en la economía internacional. Se estimulará la cooperación industrial, la formación de cadenas tecnológicas, la especialización industrial, las alianzas estratégicas que potencien la utilización del mercado ampliado y la promoción de micro, pequeñas y medianas empresas. **1.3 Minería.** Se promoverán acciones con vista a la identificación de oportunidades de cooperación e intercambio de tecnología, de modo de promover el desarrollo de la producción minera regional. **1.4 Energía.** Los objetivos para el año 2000 en el MERCOSUR serán entre otros: La optimización de la producción y del uso de las fuentes de energía de la región. La promoción del uso racional de energía y su conservación. La promoción de la producción y uso de energías renovables con bases económicas y ambientales sustentables. La armonización de la legislación ambiental y establecimiento de estructuras organizacionales que permitan resultados equivalentes en la mitigación de los impactos sobre el medio ambiente, resultantes de la producción, transporte, almacenamiento y uso de los energéticos. **1.5 Servicios.** En la nueva etapa de profundización del proceso de integración, debe progresarse hacia la liberalización del comercio de servicios a nivel del MERCOSUR, teniendo en cuenta el Art. 1º del Tratado de Asunción. El objetivo inicial es lograr un Acuerdo Marco sobre Comercio de Servicios de MERCOSUR de conformidad con el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC. En el ámbito de las relaciones externas, los Estados Partes del MERCOSUR coordinarán su posición en las negociaciones sobre comercio

de servicios actuales y futuras que se desarrollen. **1.6 Comunicaciones.** Las principales líneas de acción son: - promover acciones conjuntas en temas referidos a las telecomunicaciones y los asuntos postales; - analizar la posibilidad de compatibilizar los planes de implementación de nuevos servicios y nuevas tecnologías; - explorar la posibilidad de realizar programas comunes de proyectos de desarrollo; - crear sistemas y medios que posibiliten el intercambio de información; - examinar la posibilidad de armonizar los procedimientos de prestación de servicios. **1.7 Transporte e Infraestructura.** El objetivo en esta área es que el transporte, en todos sus modos, contribuya al desarrollo pleno del libre comercio intrarregional, así como la inserción eficiente del MERCOSUR en el plano internacional, permitiendo que los ciudadanos y los operadores económicos del MERCOSUR participen plenamente de los beneficios derivados de la creación de la Unión Aduanera. Se deberán asimismo, identificar y promover proyectos de infraestructura que contribuyan al mejoramiento del sistema regional de transporte. **1.8 Turismo.** Se enfatizará la coordinación de las políticas de turismo de los Estados Partes para promover el intercambio cultural y de conocimientos, los intercambios comerciales y la generación de puestos de trabajo. **1.9 Asuntos Financieros.** La agenda del MERCOSUR hacia el año 2000 abarcará dos tipos de temas: Por un lado están los aspectos sobre los que es posible y deseable alcanzar un entendimiento en plazos relativamente breves. Estos abarcan las áreas del sistema financiero, seguros, mercado de valores, promoción y protección de inversiones, indicadores macroeconómicos y seguimiento de los regímenes cambiarios. También se incluyen el intercambio permanente de información y experiencias en materia financiera. El segundo conjunto de aspectos a considerar en el mediano y largo plazo, tiene relación con las negociaciones encaminadas a ampliar el acceso a los mercados financieros. **1.10 Asuntos Tributarios.** La consolidación de la Unión Aduanera presupone continuar el examen de las legislaciones tributarias, con el objetivo de identificar asimetrías, a fin de su armonización. **1.11 Políticas Macroeconómicas.** Hacia el 2000, el MERCOSUR deberá avanzar en el tratamiento de los problemas económicos coyunturales y de otra índole. Esta estrategia se corresponde con la idea de que la maduración del proceso de integración va a ir acentuando la necesidad de los gobiernos de hacer un examen conjunto de algunas medidas de política económica. Asimismo, un conocimiento más cabal de la coyuntura de los socios va a permitir un mejor diseño de las propias políticas internas. A tales efectos deberá perfeccionarse la elaboración de indicadores macroeconómicos regionales".

[17] Como bem lembra Paulo Roberto Almeida (ob. cit., p. 352), "essa comissão que não tem poder sancionador e funcionará através de recomendações diretas ao GMC, dependerá sobretudo da ação política e da pressão sindical para ampliar o seu papel e transformá-la efetivamente em um espaço de negociação, levando para o GMC as questões sociais". E ressalta um fato significativo que em abril de 1999, "houve a assinatura do primeiro 'Contrato Coletivo de Trabalho no MERCOSUL', entre a Volkswagen do Brasil e da Argentina e os sindicatos dos metalúrgicos destes dois países, estabelecendo os princípios básicos de relacionamento entre capital e trabalho no âmbito do MERCOSUL".

[18] Ressaltando que o imposto de importação, o imposto de exportação e a IOF, são, no Brasil, os impostos no qual o Poder Executivo pode alterar as alíquotas dentro do mesmo exercício financeiro.

[19] José Lence Carluci bem demonstra a importância estratégica desse controle ao ressaltar as funções e os efeitos do imposto de importação. Funções do imposto de importação: "1. Função financeira - como receita derivada da arrecadação tributária. 2. Função promocional - os direitos aduaneiros exercem função promocional quando visam encarecer de tal forma as mercadorias estrangeiras importadas, que induzem internamente os empresários nacionais a efetuar inversões de capital na produção de tais mercadorias. Diz-se que em tais casos, o Imposto de Importação está agindo no sentido do desenvolvimento industrial. Esta e a função protetora constituem os alicerces básicos do processo conhecido como substituição de importações. 3. Função seletora - em decorrência de dificuldades no balanço de pagamentos do país, surgem direitos excepcionalmente elevados, com o fim deliberado de restringir certas importações consideradas supérfluas e, dessa forma poupar divisas para cobertura de importações essenciais. a função de impedir a importação de certos produtos é que distingue os direitos seletores do de caráter financeiro. 4. Função protetora - visa favorecer a indústria incipiente, impondo uma tributação adequada, ou seja, até o limite necessário a representar uma proteção à indústria nacional, de custos mais elevados sem que, em contrapartida, essa proteção desestime a melhoria da produtividade. Principais efeitos: 1. Balanço de pagamentos - sendo a balança comercial o componente de maior peso relativo no balanço de pagamentos, são evidentes as repercussões nessa área de um maior ou menor controle das importações. 2. Efeito consumo - a introdução de uma Tarifa, ao aumentar o preço, tenderá a reduzir o consumo total. 3. Efeito de redistribuição - o livre-cambismo favorece os monopólios, ao passo que a Tarifa protege os países de economia pobre relativa. 4. Efeito emprego - pressupõe-se que, ao elevar o preço do produto importado, parte da demanda se deslocará para o similar nacional, ou seja, declínio da importação com o aumento da produção e renda nacional". (CARLUCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997. p. 75-77)

[20] A Decisão 49?01 GMC, em um passo ainda tímido, nominou os pontos de fronteira de controle integrado, derogando a Decisão 43?97 GMC. Alejandro Grimsom salienta que, "por um lado, a alfândega aparece trabalhando em diversas formas de inter-relação, tanto no nível comercial como populacional. No caso do MERCOSUL, o discurso federal de 'integração' envolve e favorece apenas às grandes empresas e não melhora a situação da população da fronteira. O problema em questão - dificuldade de construção de redes de relações e vínculos - abarca diversas esferas, contudo a causa principal que se apresenta em algumas narrações restringe-se à alfândega. Em outras histórias, esta instituição irradia o conflito para outras relações sociais". (GRIMSOM, Alejandro. Vivências do Estado como alteridade. In: FRIGERIO, Alejandro; RIBEIRO, Gustavo Lins (Orgs.). **Argentinos e Brasileiros**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 170)

[21] Órgão Gestor de Mão-de-Obra Portuária, que passou a centralizar e substituir os sindicatos como contato junto aos importadores, exportadores e armadores adotando o conceito de multifuncionalidade. Esse conceito racionalizou o uso de portuários, barateando, em tese, alguns dos custos portuários.

[22] A lei que regula os portos argentinos é a Lei 24.093, também de 1993. Sobre ela, ZUIDWIJK, Antonio, disponível em: <<http://ahorainfo.com.ar/?p=6265>>, acesso em: 08 fev. 2008. O especialista em temas portuários e marítimos assim se manifesta: "Hace quince años, se promulgaba la Ley de Actividades Portuarias N° 24.093. La norma, de solo 23 artículos, generó un cambio total en el régimen portuario argentino. Se devolvieron en forma gratuita todos los puertos a las provincias, y el Estado Nacional desaparece como propietario, administrador y operador de esas terminales. Se

crean las figuras de los puertos industriales, particulares de propiedad y uso privado comercial y la posibilidad de su fraccionamiento en unidades especializadas. La competencia que se alentó entre puertos y dentro de ellos produjo una explosión de inversiones y explica el sostenido crecimiento del comercio exterior argentino".

[23] Sobre este aspecto, significativa foi a frase do discurso de Garibaldi Alves Filho, presidente do Congresso Nacional Brasileiro, na abertura do ano legislativo de 2008, publicado na revista **Veja** ed. 2.047, de 13.02.2008, p. 48, assim proferida: "não é exagero afirmar que, a cada medida provisória editada sem os critérios de relevância e urgência, a Constituição é rasgada com desprezo. Sob tal pano de fundo, o que se distingue é um Congresso transformado em quarto de despejo de um presidencialismo de matiz absolutista".

[24] Odete Maria de Oliveira discorre que "o conceito clássico de soberania como poder absoluto do Estado-Nação, ou como definida por Panayotis Soldatos (*Le système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 18*), em termos operativos: posse plena da plenitude de competências e do poder público e de seu exercício no interior de um território, de tal forma total, exclusiva e isenta de qualquer intervenção exterior e superior a propósito destas mesmas competências". (OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia: Processos de Integração e Mutação**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 64)

[25] Carlos Alzamora expõe que "não compreendemos ainda que a negociação do poder político e econômico a nível internacional não passa pelo suplício, nem pela invocação ao altruísmo, mas pela organização de um poder de negociação em conjunto e pela execução de uma estratégia que nos permita empregar esse poder conjunto com eficácia. Enquanto os perigos se amontoam no horizonte latino-americano, nós seguimos paralisados pela falta dessa débil estrutura institucional latino americana, indecisos, talvez, para empunhar nas nossas mãos nossos próprios destinos, e o que é mais grave, impotentes para organizar nossa capacidade de decisão". (ALZAMORA, Carlos. *La crisis y la capacidad de acción latinoamericana*. Revista de la Integración Latino Americana, n. 105, set. 1985. *Apud* C. SCHAPOSNIK, Eduardo. **As Teorias da Integração e o MERCOSUL - Estratégias**. Florianópolis: UFSC, 1997. p. 12)

[26] Ou do expansionismo brasileiro. José Alexandre A. Hage argumenta "que estas características são vistas não apenas no tamanho do território e na capacidade de liderança política na região, mas são igualmente vislumbradas na presença brasileira nas sete fronteiras que o País tem além das existentes com os vizinhos que formam o MERCOSUL. Além disso, teria também de se levar em conta os laços coma região da África Austral, os países de língua portuguesa e com a República Sul-Africana, de grande importância regional para o Brasil poder arregimentar capacidades de um *global trader*, de uma potência ascendente". (HAGE, José Alexandre A. **As Relações Diplomáticas entre Argentina e Brasil no MERCOSUL - princípios de hegemonia, dependência e interesse nacional no Tratado de Assunção**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 118) Paulo Roberto de Almeida, no mesmo sentido, discorre que "contando com tais peculiaridades inerentes ao Brasil, em sua projeção natural na América do Sul, como se o País fosse o detentor da chave estratégica dos negócios da região no século XXI, mesmo considerando que não há, aparentemente, nenhuma ação diplomática ou militar brasileira que venha a se constituir num 'destino manifesto'. Esta nítida feição hegemônica do Brasil, se dará, ainda mais, se não houver um claro projeto de construção de um espaço econômico feito por todos os membros do MERCOSUL".

(ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o Futuro do MERCOSUL: Dilemas e Opções. In: CASELLA, Paulo *et al.* (Coords.). **MERCOSUL: Integração Regional e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24)

[27] LAMBERT, Jacques. **Os dois Brasis**. São Paulo: Nacional, 1971. p. 33.

[28] Jacques Lambert (ob. cit., p. 33) ressalta que "as fronteiras européias, apesar das barreiras econômicas, são linhas em que os povos vizinhos se encontram, mesmo que disso se aproveitem para lutar. Na América do Sul as fronteiras são frequentemente zonas imensas, fracamente povoadas e às vezes apenas exploradas, em que a penetração é tão difícil que isola os povos uns dos outros, não lhes sendo nem mesmo necessário vigiá-las. Nas fronteiras do Brasil com a Bolívia e sobretudo com a Colômbia e o Peru, o centro do continente, livre de qualquer população sedentária, constitui um vazio em que ainda prevalecem os meios de comunicação primitivos, cuja lentidão, pequena capacidade e preço constituem a mais eficaz das barreiras".

[29] Eduardo C. Schaposnik (ob. cit., p. 13) argumenta que "[...] é difícil distinguir quando a falta de apoio se deve a uma diminuição da crença na própria idéia de integração ou quando se trata de um declínio do modelo empregado. O que resulta evidente é que a maior parte das camadas sociais tem julgado pelos efeitos negativos registrados, porque a crise se acentuou, caíram as exportações, também o comércio intra-regional, chegando-se finalmente ao estancamento da economia e ao endividamento vertiginoso, acentuou-se a dependência e se exibiu uma série de fenômenos negativos que fez aflorar um sentimento de ceticismo, afastando até os pensadores sociais e políticos".

[30] As teorias neoliberais podem ser resumidas em cinco metas essenciais: estabilização (de preços e das contas nacionais); privatização (dos meios de produção e das empresas estatais); liberalização (do comércio e dos fluxos de capital); desregulamentação (da atividade privada); austeridade fiscal (restrições aos gastos públicos) (PETRAS, James. **No fio da navalha - Os fundamentos do neoliberalismo**. 2. ed. São Paulo: Xamã, 1998. p. 18). Perry Anderson sustenta que "se economicamente o neoliberalismo fracassou, socialmente criou sociedades mais desiguais. Mas foi política e ideologicamente onde alcançou os maiores êxitos, disseminando a idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, tem de adaptar-se a suas normas". É o que ele chama de hegemonia. (ANDERSON, Perry. **Balanço do Neoliberalismo**. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Orgs.). **Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 23)

[31] Neste particular, é interessante a análise de Otaviano Canuto, em artigo publicado pelo **Estado de São Paulo**, em 28.07.1998, sobre o assunto, intitulado "**O Pós-Consenso de Washington**" - **Passagem de Stiglitz pelo Brasil**". O autor lastima a oportunidade perdida de discussão sobre os rumos do desenvolvimento brasileiro e discorre que para Joseph Stiglitz, ex-vice-presidente e ex-economista-chefe do Banco Mundial, "o Consenso se deu em torno de se tomar a liberalização comercial, privatização, ataque à inflação e redução de déficits públicos como um conjunto de remédios necessários à América Latina". Stiglitz, citado por Canuto, salienta que o Consenso "nasceu diante do quadro generalizado de inflação alta e instável, de grandes déficits públicos, de elevados níveis de protecionismo e de visível ineficiência governamental que marcou o continente nos anos oitenta. Mas, prossegue Joseph, que

eliminar tais distorções não levam automaticamente ao desenvolvimento. Estacionar na agenda do Consenso pode vir a garantir apenas uma 'paz de cemitério', de estabilidade com estagnação". E, prossegue Stiglitz, "o Consenso deixou de fora outros instrumentos tão importantes quanto aqueles. Não tratou dos mercados financeiros, da concorrência e sua regulação, da transferência de tecnologia e do desenvolvimento de instituições. Partiu do suposto equivocado de que, nas bastaria tirar o governo do caminho para permitir aos mercados funcionarem e o desenvolvimento simplesmente adviria". E mais, continua Stiglitz, "um ponto central diz respeito à relação entre equidade e eficiência. Tem-se hoje em dia crescente consciência de que essas duas qualidades andam juntas, ao contrário do que se pensava na época em que se dizia ser necessário 'esperar o bolo crescer para depois distribuí-lo". Stiglitz evidenciou, por exemplo, "as enormes ineficiências que aparecem quando há forte desigualdade na riqueza ou na distribuição da propriedade da terra. Grandes desigualdades de renda e riqueza acentuam todos os problemas econômicos derivados das assimetrias de informações". "Mostrou também porque várias experiências de reforma agrária fracassaram por se limitarem à redistribuição de propriedade sem o acompanhamento de políticas de crédito e de assistência técnica que a sustentem. O que é mais importante: apontou para os enormes ganhos quando a experiência de reforma é sustentável." "A 'segunda geração de reformas', pós-Consenso, defendida pelo economista parte da premissa de que existem políticas com a capacidade de ampliar tanto a equidade quanto o produto. Como no caso da educação. Na ausência de educação pública, tende a ocorrer um investimento educacional abaixo do ótimo, porque pessoas pobres não podem pagar o custo pleno de sua educação e, certamente, teriam dificuldade de tomar empréstimos com base em seus ganhos futuros." Observou ainda Stiglitz "que um maior apoio público à educação, particularmente quando bem dirigido, pode não apenas aumentar as oportunidades educacionais, melhorando a equidade social, como incrementar a eficiência econômica. Assim provou a experiência no Japão, na Coreia do Sul e outros asiáticos onde o investimento pesado em capital humano foi um dos pilares de suas décadas de sucesso". E, finalmente, o terceiro ponto da pauta de reformas abordado foi o da participação dos envolvidos nas políticas públicas como requisito do sucesso destas. "Stiglitz citou pesquisas feitas no Banco Mundial com resultados que mostra ser a questão mais do que discurso retórico ou desejo inocente, tanto no caso de projetos microeconômicos, quanto no nível macro-político."

[32]A questão se refere a uma disputa que a Argentina mantém com o Uruguai relativamente à construção de duas fábricas de celulose. A Corte Internacional de Justiça de Haia (CIJ) em 2006 rejeitou a paralisação cautelar das obras de construção das fábricas.

[33]Kenichi Ohmae apresenta uma questão bastante interessante: "Num mundo onde as fronteiras econômicas estão desaparecendo progressivamente, serão suas fronteiras arbitrárias, historicamente acidentais, realmente significativas em termos econômicos? Em caso negativo, que espécies de fronteira fazem sentido? Em outras palavras, quais são, no fundo, exatamente as unidades de negócios naturais, os agregados de pessoas e de atividades suficientes e de tamanho e escala corretos através das quais deva integrar-se a essa economia?" E, ainda, o mesmo autor, p. XXI, conclui que "os Estados-nações tradicionais tornaram-se unidades de negócios inaturais, até impossíveis, numa economia global. Os Estados-regiões são, de fato, os meios mais eficazes como portas de entrada para a economia global". (OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Campus: São Paulo: Publifolha, 1999. p. XVIII). Na mesma linha, embora

com conclusões finais um pouco diferentes, Jürgen Habermas sustenta que "A economia capitalista, do mesmo modo que a instância estatal burocrática, desenvolveu um sentido sistêmico próprio. Os mercados de bens e de capital e de trabalho obedecem a uma lógica própria, independente das intenções dos sujeitos. E, ao lado do poder administrativo, incorporado nas burocracias estatais, o dinheiro tornou-se um *medium* anônimo da integração social, cuja eficácia não depende das idéias dos participantes. Essa 'integração sistêmica' entra em concorrência com a 'integração social' mediada pela consciência dos atores, ou seja, com a integração que se dá através de valores, normas e entendimento. A 'integração política', que segue o caminho da cidadania democrática, forma um dos aspectos dessa integração social geral". (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia - Entre a Fatividade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1994. v. II, p. 290)

[34]Corroborar esse entendimento Norberto Bobbio, quando assevera que "tudo corre bem quando os sujeitos da relação são cidadãos do mesmo Estado e a coisa a que se referem pertence ao território desse Estado. Mas e se um dos dois sujeitos é estrangeiro? Se os dois sujeitos pertencem a um Estado, mas a coisa a que se referem se encontra num outro Estado? Bastam essas duas perguntas para nos fazer entender que são infinitos os casos, sobretudo no mundo contemporâneo em que as relações internacionais se vão intensificando, que podem ser resolvidas, conforme se leve em conta a nacionalidade de um ou de outro sujeito, ou a nacionalidade da coisa em relação à dos sujeitos, com normas pertencentes a dois ordenamentos diferentes". (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 179)

[35]A cooperação tem por finalidade vantagens mais imediatas dos Estados, especialmente, mas não exclusivamente, na área econômica, sem que aja um aprofundamento na políticas comuns.

[36]Há discordâncias. Deisy Ventura. **Assimetrias entre o MERCOSUL e a União Européia**. São Paulo: Manole, 2003, p. 206-207, sustenta "que o poder normativo é partilhado entre o Executivo e o Legislativo no regime presidencialista brasileiro. Assim, a eventual participação do Brasil num órgão supranacional que concentre funções normativas e executivas, não pode ser considerado inconstitucional, tampouco uma inovação, já que a tradição brasileira não corrobora a separação estanque dessas competências. Uma objeção mais sólida reside no equilíbrio entre o Parlamento e a Presidência da República, em relação aos acordos internacionais eventualmente assinados pelo MERCOSUL, quando eles não possuem caráter misto (isto é, quando um acordo é assinado exclusivamente por uma entidade supranacional, sem que os Estados-Membros também sejam signatários da convenção). Tratando-se de acordos internacionais, o art. 49, I da Carta Federal atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para aprova-los, dado que comportam obrigações para o Estado brasileiro. Além disso, ao outorgar ao Presidente da República competência exclusiva para concluir tratados, convenções e atos internacionais, o art. 84, VIII submete essa competência à aprovação parlamentar. Cabe, então, perguntar se uma futura reforma dos tratados constitutivos, que outorgue verdadeira competência internacional ao MERCOSUL, poderá ser realizada sem que o Brasil proceda a uma reforma constitucional. A resposta parece ser negativa".

FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

FLEXIBILITY OF BANKING SECRECY IN THE FACE OF GLOBALIZATION

**Maite Preuilh Piedade
Denise de Souza Ribeiro**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise da flexibilização do sigilo bancário em decorrência do processo de globalização. Inicialmente aborda o fenômeno da globalização e as conseqüências ocasionadas na área jurídica. Posteriormente, sem a pretensão de exaurir o tema, examina o perfil constitucional brasileiro e estabelece sua relação com o direito à privacidade. Propõe a ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos como solução para a questão da constitucionalidade da medida de quebra de sigilo bancário, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Por fim, conclui-se pela relativização do sigilo bancário em nosso sistema constitucional para tentar conter a expansão dos crimes financeiros, intensificados pelos novos meios de comunicação e constata-se que é uma tendência mundial.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO; SIGILO BANCÁRIO;
FLEXIBILIZAÇÃO; DIREITO À PRIVACIDADE.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the flexibility of bank secrecy as a result of the globalization process. Initially addresses the phenomenon of globalization and the consequences resulting in the legal area. Thereafter, no claim to exhaust the subject, examines the constitutional profile Brazilian states and their relationship with the right to privacy. Proposes to balance the interests constitutionally protected as a solution to the question of the constitutionality of the measure of a breach of banking secrecy, according to the principle of proportionality. Finally, it is the relativization of banking secrecy in our constitutional system to try to contain the expansion of financial crimes, intensified by new media and notes that it is a worldwide trend.

KEYWORDS: GLOBALIZATION; BANKING SECRECY; RELAXATION; RIGHT TO PRIVACY

1. Introdução

O presente artigo pretende expor uma tendência à relativização do sigilo bancário nos ordenamentos jurídicos mundiais em razão das conseqüências advindas com o fenômeno da globalização.

De fato, o advento da globalização, não existe mais divisão visível entre o espaço territorial e espaço extraterritorial, os meios de comunicação tornaram-se mais rápidos e eficazes, sendo possível que os negócios se concretizem numa velocidade inimaginável outrora.

Contudo, ao mesmo tempo em que se sofisticaram as relações comerciais, constata-se, por outro lado, o aumento da criminalidade no setor financeiro, sendo necessário que os Estados permitam a relativização da quebra de sigilo bancário a fim de que seja possível o combate a estes ilícitos.

Nessa perspectiva, aborda-se o conceito de sigilo bancário em nosso sistema constitucional, procura-se verificar qual a interpretação aplicável e a proteção atribuída a esse bem jurídico. Propõe-se a ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos como solução para a questão da constitucionalidade da medida de quebra de sigilo bancário, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

A exposição está estruturada em três partes: a primeira parte aborda a globalização; a segunda, a definição de sigilo bancário em nosso sistema constitucional e a terceira, tendência global de relativização do sigilo bancário.

2. Globalização

O fenômeno da globalização, caracterizado basicamente pela integração da economia em nível supranacional[1], a crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e conseqüente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, tem produzido efeitos na produção das normas jurídicas.[2]

Segundo Ulrich Beck pode-se defini-lo como “processo que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, que revalorizam culturas locais e põem em cena terceiras culturas.”[3]

Nesse mesmo ponto de vista Octavio Ianni descreve que no âmbito global, as relações de interdependência e integração podem ser vistas como novas e consideradas de grande importância, pois têm implicações locais, nacionais e continentais.[4]

Uma das conseqüências da modernidade é a globalização, marcada por um processo de desenvolvimento desigual que tanto fragmenta como coordena, introduzindo novas formas de interdependência mundial. É um processo dialético na medida em que cria novas formas de risco e perigo ao mesmo tempo em que produzem novas possibilidades segurança global.[5]

Nesse contexto, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição das normas, já que a ordem sócio-econômica se encontra cada vez mais multifacetada e policêntrica.[6]

Conforme o pensamento de André-Jean Arnaud, partindo-se das regras do *jogo de mercado*, na globalização as relações jurídicas tendem a criar uma certa oposição entre a

racionalidade lúdica e a razão jurídica providencial, procurando, ao reequilibrar as chances entre os jogadores, respeitar a justiça social.[7]

Nessa linha, o mercado e a economia mundial necessitam de uma nova política que crie um quadro de regulamentação fundamental ao seu funcionamento, principalmente para lidar com as anomalias e disparidades que são criadas pela globalização. [8]

É notório que no curso da globalização os Estados Nacionais não estão perdendo apenas o poder decisório e normativo, mas igualmente o controle sobre a aplicação das leis regulamentadoras. Em cena, destaca-se o paradoxal princípio de autofortalecimento por meio do auto-enfraquecimento, posto que os Estados Nacionais são obrigados a delegar seus instrumentos às instâncias transnacionais[9] cooperativas a fim de terem mais chances de controle, pois somente desse modo será possível renovar e ampliar seu poder de influência e conformação na sua condição de Estado pós-nacional.[10]

Com efeito, verifica-se atualmente uma mudança representativa no alcance espacial da ação e da organização sociais que atingem uma escala inter-regional ou intercontinental. Denota-se a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social. Dessa forma, ocorre uma transformação na escala de organização social que liga comunidades distantes, ao mesmo tempo em que amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões continentais do mundo. [11]

Trata-se na verdade *de uma sociedade mundial, e não de um sistema global de sociedades regionais*[12]; onde se verifica uma relação de dependência e interdependência entre os Estados, muito mais que meras somas de individualidades.

Sob esse prisma, constata-se que, como uma tendência histórica, as funções e os processos dominantes na era da informação destacam-se por estarem organizados em torno de redes. Nesse contexto, o poder dos fluxos é mais importante do que os fluxos de poder. [13]

Observam-se novos atores, lógicas, dinâmicas e procedimentos que se interceptam e ultrapassam as fronteiras tradicionais.[14]

Depreende-se que as bases significativas da sociedade, espaço e tempo estão sendo modificadas, organizadas em torno do espaço de fluxos e de tempo. De fato, os processos de transformação social ultrapassam a esfera das relações sociais e as técnicas de produção, de forma que afetam a cultura e o poder de forma profunda.[15]

Os ordenamentos jurídicos estatais dão início ao reconhecimento da influência do meio externo, os Estados começam a se sujeitar às normas internacionais, bem como se incorporam às organizações comunitárias internacionais, o que pressupõe uma limitação da soberania. Certamente essa realidade alterou a característica mais evidente do Estado Moderno: a soberania, como forma de organização política.[16]

As reivindicações de direitos de natureza supranacional tornam-se maiores, relativizando o poder do Estado. Assim, existem ordens jurídicas distintas e autônomas num mesmo espaço geopolítico que se interpenetram de modo constante. [17]

Cumpra observar que a elaboração do conceito de soberania decorreu de esforços para tentar racionalizar o poder absoluto, com os objetivos de transformar a força bruta em domínio; converter o poder de fato em direito e outorgar ao processo político uma estrutura apta a conjugar estabilidade com mudança e legalidade com legitimidade.[18]

É certo que a concepção tradicional de Estado, no qual é considerado como uma unidade básica da ordem mundial, pressupõe uma relativa homogeneidade. Contudo, com o crescimento das organizações e coletividades internacionais e transnacionais, tais como a ONU e seus órgãos especializados e até mesmo os grupos de pressão internacionais e os movimentos nacionais, constata-se que a forma e a dinâmica do Estado se transformaram em uma arena fragmentada de formulação de decisões políticas, permeada por redes transnacionais, seja governamentais ou não governamentais e por órgãos e forças internos. [19]

Corroborando essa perspectiva, toda a engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e do pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, está sendo colocada em xeque, em razão da diversidade, da heterogeneidade e da complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo.[20]

À luz do exposto, infere-se que a globalização foi convertida em uma das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, conforme bem exposto por José Eduardo Faria:

A crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas; a desnacionalização dos direitos; a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos imigratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e por fim, o aparecimento de uma estrutura política-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no momento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.[21]

Nesse cenário, a globalização rompeu o vínculo exclusivo entre o território e o poder político, novas instituições internacionais e transnacionais têm vinculado Estados e, desse modo, transformado a soberania num exercício compartilhado de poder.[22]

Diante dos argumentos expendidos, verifica-se que as tendências e processos da globalização modificam uma constelação histórica. De sorte que o sistema econômico *internacional*, no qual os Estados fixam os limites entre a economia interna e as

relações de comércio externas, transformaram-se, no decorrer da globalização dos mercados, numa economia *transnacional*.[\[23\]](#)

Nesse diapasão, a globalidade significa o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, surgem, nesse contexto, novas relações de poder e concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre autores e unidades do Estado nacional de um lado e de outro, verificam-se atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais. [\[24\]](#)

Daí porque a linha que divide o espaço territorial do espaço extraterritorial é invisível e graças ao desenvolvimento e crescimento dos centros financeiros, bem como à sofisticação das operações comerciais e às operações *on line* de um modo geral, consta-se a expansão dos crimes relacionados à comercialização de produtos proibidos na sociedade contemporânea, tais como o tráfico de drogas, armas, pessoas e órgãos; ao dano de cofres públicos, como sonegação de impostos, corrupção, desvio de verbas, além de fraudes contra as atividades públicas e privadas, sendo o destino dos lucros dessas atividades ilícitas o sistema financeiro internacional.[\[25\]](#)

Faz-se necessário destacar que a renúncia aos controles fronteiriços no trânsito de capitais permitiu uma desastrosa dinâmica internacional, pois os Estados perdem sua soberania fiscal, os governos tornam-se passíveis de extorsão e as autoridades policiais necessitam enfrentar poderosas organizações comerciais que escondem muito bem seu capital.[\[26\]](#)

É o que se percebe com o desenvolvimento das praças financeiras *off-shore*, espalhadas pelo mundo, do Caribe à Cingapura, passando por Liechtenstein, através das quais os bancos, as seguradoras e os fundos de investimento administram o dinheiro de seus clientes, colocando-o, estrategicamente, fora do alcance dos países de origem. Referidos “portos seguros” operam sempre da mesma maneira: prometem redução ou isenção de impostos e asseguram sob sigilo bancário a identidade do titular da conta, mesmo em caso de consulta dos órgãos governamentais.[\[27\]](#)

É evidente, nesse contexto, o grande prejuízo que está sendo causado pelo sistema *off-shore*. Ressalte-se que essa situação é muito conveniente ao crime organizado internacional, pois se tornou impossível rastrear os bens ilegalmente acumulados. [\[28\]](#)

Nessa nova realidade social, com a intensificação dos crimes financeiros, fazem-se necessárias providências em âmbito global para que seja possível o combate a estes ilícitos, sendo necessário que haja flexibilização das regras do sigilo bancário.[\[29\]](#)

Aliás, a aplicação do Direito Transnacional como forma de solução de conflitos cíveis e criminais envolvendo mais de um Estado-Nação, através da distribuição da Jurisdição, já é há muito defendida por Jessup:

Seria a função do Direito Transnacional ajustar os casos e distribuir jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional. O entendimento fundamental não partiria da soberania ou do poder, mas da premissa de que a jurisdição é essencialmente uma matéria processual que poderia ser amigavelmente distribuída entre as nações do mundo.[\[30\]](#)

Depreende-se que com o fenômeno da globalização, faz-se necessário que os assuntos ligados ao desenvolvimento econômico das nações sejam tratados de forma similar, inclusive em relação ao sigilo bancário, pois não pode ser instrumento de proteção das quantias adquiridas em atividades ilícitas. [\[31\]](#)

3. Sigilo Bancário

O sigilo bancário é uma obrigação imposta às instituições financeiras de manter sigilo em suas operações ativas e passivas, bem como nos serviços prestados, podendo, sua quebra injustificada caracterizar infração penal. [\[32\]](#)

A estrutura atual do sigilo bancário foi estabelecida inicialmente pela lei 4.595/64, no seu artigo 38 e parágrafos, no qual constavam as regras de manutenção do sigilo das operações bancárias e as hipóteses de exceção ao acesso de dados. Referido dispositivo foi revogado posteriormente pela Lei Complementar n. 105/2001. [\[33\]](#)

Na atividade bancária constata-se, simultaneamente, interesses privados e coletivos, os quais podem ser analisados sob os seguintes enfoques: primeiro, o interesse do cliente na sua relação com a instituição; o interesse do banco de atuar com discrição para obter a confiança do cliente, captar recursos e proporcionar um bom e eficiente sistema bancário. Certamente, por estarem diretamente relacionadas ao desenvolvimento da economia e aos interesses da comunidade, as relações que envolvem instituições financeiras, acabam não recebendo o mesmo tratamento jurídico de outras relações comerciais. [\[34\]](#)

A classificação do sigilo bancário quanto aos direitos fundamentais tem sido objeto de ampla polêmica, já que existem duas interpretações possíveis. A primeira no sentido de que a inviolabilidade do sigilo bancário insere-se no direito à intimidade e a segunda inclui-se no direito à privacidade, o que gera conseqüências distintas quanto à publicidade das informações. [\[35\]](#)

Ora, em se tratando de direitos fundamentais, se relaciona diretamente à personalidade jurídica de seu detentor, o que torna muito mais delicada a questão,

Este é o entendimento de alguns doutrinadores:

O direito à intimidade e o direito à privacidade, especificações dos Direitos da Personalidade, estão intimamente ligados. Quando ocorre a violação de um, também existe o ataque ao outro. Além dos direitos expressos em nossa legislação (artigo 21 CC), encontram respaldo ainda mais evidenciado no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana e, da inviolabilidade da intimidade e dados pessoais (artigos 1º, inc.III e 5º, inc. X e XII, CF/88), determinando que caso ocorra a violação desses direitos sem a devida autorização, exista a reparação do dano.

Impossível, não nos referirmos neste trabalho a personalidade jurídica, pois trata ela da condição da pessoa em ser titular de direitos e deveres, sendo o primeiro bem da pessoa que lhe pertence para que ela possa ser o que é, além do instituto mais importante do Direito Civil.

Os direitos da personalidade sempre existiram, sendo encontrados em leis especiais por serem esparsos. Atualmente, foram disciplinados no Novo Código Civil, podendo, ainda, participarem de outros diplomas legais.

No nosso cotidiano, é comum nos referirmos à vida privada com os substantivos intimidade e privacidade. Ao primeiro, conceituamos familiaridade, amizade; já o segundo aquilo que é particular, é segredo, sigiloso, que não é público. O direito à intimidade é direito personalíssimo que possui por fundamento a defesa da privacidade humana, conhecido como direito ao resguardo e possui como característica básica a não exposição de elementos ou informações da esfera íntima ou reservada de seu titular.

O direito ao sigilo ou segredo é direito personalíssimo que o titular de informações que deseja mantê-las sem divulgação possui perante a pessoa que as obteve diretamente dele ou de pessoa por ele autorizada. Aquele que detém a informação de interesse personalíssimo do titular assume a obrigação de abster-se de divulgá-la a terceiros.^[36]

Como tentativa de solução, cabe esboçar um paralelo entre estes dois direitos, constatando-se que a privacidade diz respeito à integridade moral do indivíduo, sendo-lhe garantido o direito ao respeito das situações que lhes sejam próprias; ao passo que a intimidade, refere-se aos dados de seu campo íntimo, expressões de auto-estima, avaliação personalíssimas com respeito aos outros, dados que exigem do receptor da informação extrema lealdade e confiança, os quais se devastados poderiam ocasionar uma quebra na consistência psíquica do indivíduo. ^[37]

A Constituição Federal prevê no seu artigo 5, incisos X e XIII a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados, o que impossibilita interferência por parte de terceiros ou mesmo do Estado nas atividades ou relações pessoais, salvo se houver interesses sociais superiores.^[38]

Nossa Constituição Federal caracteriza-se pela ênfase dos direitos fundamentais, uma vez que foi promulgada em um momento histórico de redemocratização popular. De fato, com a abertura democrática era necessário restaurar e consolidar os direitos fundamentais, tais como o direito à privacidade, à intimidade.^[39]

Alexandre de Moraes define os direitos fundamentais como sendo:

O conjunto institucionalizados de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de proteção de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais.^[40]

A tese majoritária é no sentido de que o sigilo bancário está relacionado ao direito à privacidade, contudo, não se reveste de caráter absoluto, sujeitando-se às limitações legais e aos princípios jurídicos.^[41]

Desse modo, o sigilo bancário seria um meio para resguardar a privacidade no âmbito econômico, pois é vedada a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras. [42]

4. Relativização do sigilo bancário

A regra na atividade bancária é o sigilo das informações sobre as movimentações financeiras, no entanto, pode ser relativizado em face do interesse social, como exemplo, a necessidade de conhecimento das situações correlatas à prática de atos ilícitos, que justificaria a sua quebra.[43]

Não se deve olvidar, no entanto, que o ordenamento jurídico deve-se pautar pelos princípios constitucionais e pelo respeito aos direitos fundamentais, assegurando sua efetividade. [44]

O próprio constitucionalista, Alexandre de Moraes, se manifestou sobre o tema, no sentido de que tal inviolabilidade não é absoluta, estando sujeita à quebra para evitar atividades ilícitas, desde que obtida com autorização judicial e desde que as informações sejam obtidas apenas para a investigação em curso, sem repercussão a terceiros:

Não há dúvida, portanto, de que o desrespeito ao sigilo constitucionalmente protegido acarretaria violação à diversas garantias constitucionais. Obviamente, porém, a inviolabilidade dos sigilos bancário e fiscal não é absoluta, podendo ser afastada quando os mesmos estiverem sendo utilizados para ocultar a prática de atividades ilícitas e presentes os seguintes requisitos:[45]

Existindo antagonismo entre direitos fundamentais, cumpre destacar a importância do princípio da proporcionalidade na interpretação.

Feitas essas considerações, partindo-se do princípio da unidade da Constituição, no sentido de que nenhuma norma constitucional pode ser interpretada em contradição com outra norma constitucional e atentando-se para o fato de que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, aplicável o princípio da proporcionalidade. Nesse raciocínio, a tomada de decisão no caso concreto, deve averiguar se há harmonia com a equidade, como eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais e submeter o caso aos prós e contras, para constatar se não houve excesso na relação entre os meios e os fins. Nesse escopo, se houver uma possibilidade de uma interpretação que transpareça mais compatível com a lei maior, deve estar prevalecer sobre as demais que porventura sejam cabíveis. [46]

Convém esclarecer que os direitos humanos não podem ser aproveitados como um verdadeiro escudo protetivo para prática de atividades ilícitas, nem mesmo como argumento para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de violar o próprio Estado de Direito. Nesse aspecto, conclui-se que os direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, encontrando seus limites nos demais direitos que são por ela regulados. Daí porque, constatando-se o conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deve-se

coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito para que seja possível encontrar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com o texto constitucional e suas finalidades. [47]

Desse modo, constata-se que a essência do princípio da proporcionalidade está na preservação máxima possível dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, devendo ser escolhida a alternativa de opção menos nociva aos interesses dos indivíduos quando houver colisão de direitos.[48]

Nesta direção:

O sigilo bancário, de forma alguma, deve ser encarado como direito absoluto, pois comporta certas limitações. A divergência reside no aspecto do procedimento que deve ser tomado e de quem ele deve partir para ser quebrado. O Poder Legislativo vem constantemente legislando no sentido de conferir ao Ministério Público a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário por livre-iniciativa, isso em razão do ponto de vista em que se alicerçam, do qual enxergam que a atividade comercial estaria elencada no direito privado, porém, afirmam que nem clientes nem comerciantes podem comercializar tendo por objeto atividade ilícita, de forma que passará da esfera privada para a pública em razão da ofensa da legalidade e em especial, do bem comum da sociedade.[49]

No que tange à relação bancária, cumpre destacar que as relações estabelecidas entre o cliente e o seu banco podem se referir a créditos concedidos, débitos contraídos, ordens dadas e executadas, saldos consumidos ou ainda existentes, informações estas que compõe o universo jurídico do mundo privado. Contudo, ressalte-se que essa pertinência privada não induz necessariamente ao campo da privacidade. Dessa forma, o que irá definir essa relação será a ordem finalística.[50]

Convém enfatizar que quando se pretende apurar crimes ou fraudes tributárias seria plenamente justificado que o direito à privacidade cedesse frente ao outros princípios que representem um valor prevalente na hipótese fática.[51]

A relativização do sigilo bancário segue uma tendência mundial, pois é grande a preocupação com o combate aos crimes relacionados à movimentação financeira, os quais produzem grandes prejuízos à economia mundial, resultando uma ponderação de interesses em que prevalece o interesse público sobre o privado.[52]

Em síntese, o direito à privacidade se contrapõe a outro princípio, o de que nenhum direito à liberdade privada pode ser absoluto. Daí forçoso concluir que do confronto entre o princípio de direito individual e um interesse público, deve ser adotado o princípio da proporcionalidade, o qual tem por fim adequar a quebra de um princípio à necessidade pública, devendo prevalecer a supremacia do bem público. [53]

Convém ressaltar que presente se encontra a justa causa de quebra do sigilo bancário nos crimes de lavagem e contra o sistema financeiro nacional. Referidos tipos penais têm por característica a perda da identificação da cadeia de execução pelo registro de condutas simultâneas ou sucessivas. Note-se que estas condutas na quase totalidade acabam sendo encobertas pelo resguardo do sigilo de dados, constitucionalmente assegurado em diversos países. Contudo, observa-se que as legislações estão se

modificado, no sentido de relativização do direito, assim como ocorreu com a legislação brasileira.[54]

É o que se percebe no caso da Itália, em que a política contra a máfia resultou em 1982 na abolição do sigilo bancário.[55]

Outrossim, no caso dos Estados Unidos, em que o governo federal pressionou o paraíso fiscal de Cayman, foi assinado um acordo em 1984 suspendendo o sigilo quando houvesse indícios de envolvimento com o tráfico de drogas. No mesmo sentido, foi firmado outro acordo em 1986, prevendo a facilitação de exame das contas de pessoas que estivessem envolvidas em fraude, suborno, uso de informação privilegiada e outros crimes do tipo. [56]

No caso da Alemanha, após a segunda guerra mundial, as leis foram flexibilizadas de modo a proporcionar o acesso mais fácil aos dados.[57]

A Suíça, caracterizada pela rigidez na segurança e reforço da preservação do sigilo bancário, noticiou, recentemente, em face da pressão exercida pelos países, que pretende rever seu sistema de sigilo bancário, de forma a aceitar acordos de cooperação[58].

Hans Rudolf Merz, Presidente da Suíça, revelou que o governo estuda a possibilidade de pela primeira vez adotar leis que separam a fraude e evasão fiscal. De acordo com as leis suíças, a evasão fiscal não é crime se for cometida por um estrangeiro a seu país de origem. No caso, os bancos suíços consideram que estão apenas prestando um serviço. [59]

Essa mudança de comportamento é reflexo do temor sofrido com a possibilidade de que os Estados Unidos, a França, o Reino Unido e a Alemanha cumpram o que prometeram e saiam do G-20 com um compromisso de eliminar os paraísos fiscais. Através desta estratégia poderia se garantir um repatriamento de parte de US\$ 7 TRILHÕES, que hoje estariam nestes paraísos fiscais, sendo que, provavelmente, metade deste dinheiro situa-se nos bancos suíços.[60]

Segundo o Presidente Suíço é a atual crise financeira que está impulsionando os governos a irem buscar dinheiro. Dessa maneira, a Suíça quer evitar ser incluída em uma eventual lista de paraísos fiscais pelo G-20. [61]

Na última década, a Suíça vem passando por um processo de flexibilização de suas rígidas regras de proteção ao sigilo bancário. Atualmente existe a possibilidade de governos estrangeiros poderem entrar com o processo na Justiça do país requerendo a quebra de sigilo de contas suspeitas de abrigar recursos públicos desviados. [62]

Assim, hodiernamente, constata-se a busca de medidas de relativização do direito à privacidade dos indivíduos, as quais se tornaram mais especializadas diante dos estratagemas utilizados para a prática de ilícitos, tão frequentes nos crimes contra o sistema financeiro nacional e nos crimes de lavagem de dinheiro. [63]

5. Considerações finais

No presente artigo pretendeu-se expor que em razão das conseqüências advindas do fenômeno da globalização, principalmente com o aumento dos crimes contra o sistema financeiro, faz-se necessária a relativização do sigilo bancário para que seja possível o combate à prática desses ilícitos.

Em primeiro lugar, demonstrou-se que a globalização proporcionou uma mudança de paradigma, pois os Estados começam a se sujeitar às normas internacionais, bem com se incorporam às organizações comunitárias internacionais, o que pressupõe uma limitação de sua própria soberania.

Em segundo lugar, verificou-se uma internacionalização das relações entre os Estados, havendo necessidade de fixação de regras que ultrapassem as fronteiras nacionais.

Tal mudança de panorama enseja em uma nova reflexão sobre a própria personalidade jurídica, bem como sobre os direitos fundamentais que a cercam, tais como a intimidade e a privacidade.

Note-se que há de haver uma maior ponderação entre o público e o privado, de modo que possa haver uma preponderância em relação ao coletivo. Nessa perspectiva, quando se apuram crimes financeiros estaria plenamente justificado que o direito à privacidade cedesse frente ao próprio interesse público.

Nesse contexto, depreende-se que devem ser tomadas medidas com o intuito de reduzir os crimes financeiros internacionais que tiveram seu incremento com a expansão dos paraísos fiscais que prometem redução ou isenção de impostos e asseguram sob sigilo bancário a identidade do titular da conta, beneficiando, nesse prisma, o crime organizado, uma vez que se tornou difícil rastrear seus bens acumulados.

Nessa nova realidade social, evidenciou-se a necessidade de flexibilização do sigilo bancário, o que pode ser percebido nas modificações das legislações mundiais que tratam sobre este tema.

6. Referências Bibliográficas

ARNAUD, André-Jean. Governar sem fronteiras – entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2007.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALMON, Eliana. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** N. 33. Ano 9. Julho – setembro de 2006.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** v. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHADE, Jamil. Suíça admite pela 1 vez rever sigilo bancário. **Estado de São Paulo**. Disponível em: www.estadao.com.br/economia/not_eco334139,0.htm. Acesso em 28/04/2009.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno In **Direito, Cidadania e Políticas Públicas II - Direito do Cidadão e dever do Estado**. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2007.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global- Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Millenium, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. n. 14. Ano 4. Outubro-dezembro de 2001.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GUIMARÃES, Rafael Pereira Gabardo. Sigilo Bancário, Direitos Fundamentais e o Crime Organizado. Disponível em:

<[www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1640/Sigilo-Bancario-Direitos Fundamentais-e-o-Crime-Organizado](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1640/Sigilo-Bancario-Direitos_Fundamentais-e-o-Crime-Organizado)> Acesso em 03/05/09

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELD, David e MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001.

IANNI, Octavio, **A sociedade global**. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JESSUP, Philip C.. **Direito Transnacional**.. Editora Fundo de Cultura S/A, 1965,.

LIMA, Sabrina Ferreira. O sigilo bancário e a violação ilegal dos direitos à intimidade e privacidade. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/.../O-sigilo-bancario-e-a-violacao-ilegal-dos-direitos-a-intimidade-e-privacidade> Acesso em 03/05/09

LIMA, Niliane Meira. **O direito Constitucional à privacidade e a justa causa na quebra do sigilo bancário**. Disponível em: [www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista PGM/vol 08/10DireitoConstitucional.htm](http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista_PGM/vol_08/10DireitoConstitucional.htm) Acesso em 28/04/2009.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo em cartas rogatórias in **“Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça”**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTIN, Hans Peter e SCHUMANN, Harald. **Armadilha da Globalização**. 2 ed. São Paulo: Globo, 1998.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003.

PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio. Quebras dos sigilos bancário e fiscal: relativização da preservação da intimidade e a efetividade do processo de execução. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Ano I, n. 2, Fev. 06.

VERAS, Henrique César de Assunção. **O sigilo fiscal como obstáculo à efetividade do controle externo- uma proposta de flexibilização**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/769507.pdf>. Acesso em 28/04/2009.

WALD, Arnaldo. Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**. Ano 6 n. 22. Janeiro- Março de 1998.

[1] O termo supranacional refere-se à transferência de soberania das unidades estatais para a organização comunitária, restringindo-se, portanto, aos países da União Européia. Na verdade, seria mais preciso o termo internacional.

[2] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Millenium, 2004, p. 15.

[3] BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31-32.

[4] IANNI, Octavio, **A sociedade global**. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 147.

[5] GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991, p. 174.

[6] FARIA, José Eduardo, op. Cit., 2004, p. 15.

[7] ARNAUD, André-Jean. Governar sem fronteiras – entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2007, p.74.

[8] DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global- Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: Editora Unesp, 2005, p. 269.

[9] O termo transnacional, é utilizado pela ONU e refere-se ao que ultrapassa as fronteiras nacionais.

[10] BECK, Ulrich, op. Cit., p. 235.

- [11] HELD, David e MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001, p. 12-13.
- [12] ARNAUD, André-Jean, op. Cit., p. 84.
- [13] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 497.
- [14] FARIA, José Eduardo, op. Cit., p. 14.
- [15] CASTELLS, Manuel, op. Cit., p. 504.
- [16] CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno In **Direito, Cidadania e Políticas Públicas II - Direito do Cidadão e dever do Estado**. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2007, p. 194.
- [17] FARIA, José Eduardo, op. Cit. p. 15.
- [18] FARIA, José Eduardo, op. Cit., p. 20.
- [19] HELD, David e MCGREW, Anthony, op. Cit., p. 31.
- [20] FARIA, José Eduardo, op. Cit., p. 23.
- [21] FARIA, José Eduardo, op. Cit., p. 59-60.
- [22] HELD, David e MCGREW, Anthony, op. Cit., p. 31.
- [23] HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 103.
- [24] BECK, Ulrich, op. Cit., p. 49.
- [25] MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo em cartas rogatórias in **“Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça”**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 101.
- [26] MARTIN, Hans Peter e SCHUMANN, Harald, op. Cit., p. 89.
- [27] Ibid., p. 90.
- [28] Ibid., p. 91.
- [29] CALMON, Eliana. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. N. 33. Ano 9. Julho – setembro de 2006. p.8.
- [30] JESSUP, Philip C.. **Direito Transnacional**.. Editora Fundo de Cultura S/A, 1965, p.62.

[31] WALD, Arnaldo. Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**. Ano 6 n. 22. Janeiro- Março de 1998. p. 16.

[32] PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio. Quebras dos sigilos bancário e fiscal: relativização da preservação da intimidade e a efetividade do processo de execução. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Ano I, n. 2, Fev. 06, p. 36.

[33] VERAS, Henrique César de Assunção. **O sigilo fiscal como obstáculo à efetividade do controle externo- uma proposta de flexibilização**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/769507.pdf>. Acesso em 28/04/2009.

[34] WALD, Arnaldo, op. Cit., p. 15.

[35] VERAS, Henrique César de Assunção, op. Cit.

[36] LIMA, Sabrina Ferreira. O sigilo bancário e a violação ilegal dos direitos à intimidade e privacidade. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/.../O-sigilo-bancario-e-a-violacao-ilegal-dos-direitos-a-intimidade-e-privacidade> Acesso em 03/05/09

[37] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. n. 14. Ano 4. Outubro-dezembro de 2001. p.16 e 18.

[38] WALD, Arnaldo, op. Cit., p.20.

[39] PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio, op. Cit., p.40-41.

[40] MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 162.

[41] VERAS, Henrique César de Assunção, op. Cit.

[42] WALD, Arnaldo, op. Cit., p. 21.

[43] Ibid., p. 23.

[44] PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio, op. Cit., p. 43.

[45] MORAES, Alexandre, op. Cit., p.139.

[46] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 387-388.

[47] MORAES, Alexandre, op. Cit., p. 169-170.

[48] PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio, op. Cit., p. 46.

[49] GUIMARÃES, Rafael Pereira Gabardo. Sigilo Bancário, Direitos Fundamentais e o Crime Organizado. Disponível

em:<www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1640/Sigilo-Bancario-Direitos-Fundamentais-e-o-Crime-Organizado> Acesso em 03/05/09

[50] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. Cit., p. 20.

[51] PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio, op. Cit., p. 50.

[52] VERAS, Henrique César de Assunção, op. Cit.

[53] CALMON, Eliana, op. Cit., p.9.

[54] LIMA, Niliane Meira. , op. Cit.

[55] CALMON, Eliana, op. Cit., p.9.

[56] LIMA, Niliane Meira, op. Cit.

[57] Quebra de sigilo é procedimento comum na Europa e nos EUA. **Folhaonline**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u13808.shtml>. Acesso em 28/04/2009.

[58] CHADE, Jamil. Suíça admite pela 1 vez rever sigilo bancário. **Estado de São Paulo**. Disponível em: www.estadao.com.br/economia/not_eco334139,0.htm. Acesso em 28/04/2009.

[59] Ibid.

[60] Ibid.

[61] Ibid.

[62] Quebra de sigilo é procedimento comum na Europa e nos EUA. **Folhaonline**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u13808.shtml>. Acesso em 28/04/2009.

[63] LIMA, Niliane Meira. Op. Cit.

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS PELA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DA DITADURA MILITAR (1964 A 1985)

THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE BRAZILIAN STATE IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS BY THE VIOLATION OF THE RIGHTS OF THE VICTIMS OF THE MILITARY DICTATORSHIP (1964-1985)

Roberto Lima Santos

RESUMO

O artigo analisa a responsabilidade internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964-1985). O direito penal internacional e o direito internacional dos direitos humanos, ferramentas da justiça de transição, estabelecem parâmetros no que diz respeito a crimes contra a humanidade que repercutem na relação da soberania do Estado brasileiro com o seu dever de respeitar os tratados internacionais de direitos humanos, vinculando todos os seus poderes, especialmente quando se trata da aplicação da lei de anistia brasileira (6.683/79). Examina as reparações devidas às vítimas, em caso de condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que envolvem uma série de medidas que deverão ser dirigidas a todas as autoridades que não vêm assegurando a proteção conferida por essa norma internacional de proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: ANISTIA. DITADURA MILITAR. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This article analyses the international responsibility of the Brazilian State in the Inter-American System of Human Rights for having violated the rights of the victims of the military dictatorship (1964-1985). The interaction of the international criminal law and of the international law of human rights, transitional justice tools, which establishes parameters connected with crimes against humanity and impact on the relationship of the sovereignty of the Brazilian State with its powers, especially when it comes to enforcing the Brazilian amnesty law (6.683/79). It examines the reparations to the victims in the case of Brazil's conviction in the Inter-American Court of Human Rights, which involve a series of measures that should be addressed to all the authorities that haven't been ensuring the protection conferred by this international norm of protection of the human rights.

KEYWORDS: AMNESTY. MILITARY DICTATORSHIP. TRANSITION JUSTICE. CRIMES AGAINST THE HUMANITY. INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF BRAZILIAN STATE. INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM.

Introdução

O sigilo que se impôs sobre os crimes da ditadura militar no Brasil, cujas lembranças ficaram restritas às vítimas e seus familiares em suas relações privadas, desrespeitou o direito coletivo da sociedade brasileira ao conhecimento público das violações aos direitos humanos e forjou o esquecimento da história para escapar à composição de conflitos passados. Isso, além de perpetuar o sofrimento das vítimas e impedir a construção de uma memória coletiva, manteve essa ferida aberta.

No ano em que a lei de anistia brasileira (6.683, de 28.09.1979) completa trinta anos e sua validade vem sendo desafiada por recentes iniciativas que buscam responsabilizar, civil e penalmente, os agentes da repressão política, e sua constitucionalidade está sob julgamento no Supremo Tribunal Federal, o artigo pretende discutir alguns assuntos relacionados aos crimes da ditadura militar, bem como analisar a real possibilidade do Estado brasileiro ser responsabilizado internacionalmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante SIDH) pela omissão em exercer a persecução penal dos agentes da repressão.

A interpretação de que a anistia impede a responsabilização dos agentes da repressão não subsiste quando analisada sob a ótica do direito internacional que, intencionalmente ou não, é ignorado no caso brasileiro. Sobretudo, sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, o trabalho se interessa pelas conseqüências de uma possível condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH).

1. DITADURA MILITAR E A DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL

O fim da 2ª Guerra Mundial marcou a polarização do mundo em dois grandes blocos, com as potências vencedoras, Estados Unidos e União Soviética, dividindo as suas influências sobre o resto do globo. O Brasil e diversos outros países da região, que lutaram como aliados dos Estados Unidos na Segunda Guerra, ficaram sob a influência norte-americana, começando a partir daí o embrião de uma cooperação estratégica militar que se estendeu sob as décadas posteriores, caracterizada pela uniformidade de doutrinas, treinamento conjunto de quadros e estreita identidade ideológica.

Essa influência sobre a nova concepção de "Defesa Nacional", que visava a contenção do comunismo, ficou conhecida como "doutrina da segurança nacional", que procurava fortalecer o "Poder Nacional" não contra um ataque externo, mas contra um "inimigo interno" que teoricamente tentava solapar as instituições, num suposto contexto de "guerra interna". Dessa forma, o país não aceitaria mais divergências internas e identificava a vontade da Nação e do Estado com a vontade do regime. O sacrifício do Bem-Estar em proveito da Segurança corresponderia à supressão da liberdade, das garantias constitucionais e dos direitos humanos.

A compreensão dos regimes ditatoriais é empreendida com base nas observações de Hannah Arendt (2004a, p. 95), segundo a qual esses regimes ditatoriais em geral perseguem os opositores políticos com grande crueldade e eles se distanciam de um governo constitucional na medida em que é inconcebível a existência deste sem que se assegurem os direitos da oposição. Segundo a autora, a diferença entre os regimes totalitários e os regimes ditatoriais é que nestes os crimes são cometidos contra inimigos declarados do regime no poder, enquanto que nos regimes totalitários os crimes diziam respeito a pessoas que eram "inocentes" mesmo sob a ótica do partido no poder (ARENDR, 2004a, p. 95-96).

Assim também se caracterizou a ditadura militar que vigorou no Brasil entre 1964 a 1985, marcada pela violação de uma série de direitos fundamentais de nacionais e não nacionais por meio da organização pelo Estado de um aparelho repressivo brutal que institucionalizou a prisão, a tortura, o desaparecimento forçado e o assassinato de setores da população civil, em virtude de intolerância ideológica, pois eram considerados como opositores do regime.

Em que pese a recalcitrância do Estado brasileiro em abrir os arquivos da ditadura e estabelecer uma Comissão de Verdade que pudesse estimar o número real de crimes praticados, alguns dados estão disponíveis e outros números são estimados. O Projeto "Brasil Nunca Mais", organizado pela Arquidiocese de São Paulo, apurou a existência de cerca 1.997 notícias de torturas a presos políticos, sem contar as prisões ilegais e não oficializadas perante qualquer autoridade judiciária (ARNS, 1990, p. 86). Estima-se em 400 o número de casos de desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores ou contestadores do governo que assumiu o poder com o golpe militar de 1964, sendo que os despojos de aproximadamente 140 pessoas não foram localizados.

O aparelho repressivo da ditadura militar e sua complexa estrutura, que formalizou a convivência da burocracia dos regulamentos com a prisão, tortura e desaparecimentos forçados, caracterizam o *criptogoverno*. Arendt afirma que em todo sistema burocrático, a transferência de responsabilidades é uma questão rotineira,

[...] e se desejamos definir a burocracia em termos de ciência política, isto é, como uma forma de governo - o mando dos cargos, em oposição ao mando de homens, de um único homem, de poucos ou de muitos-, a burocracia é infelizmente o mando de ninguém e, por essa mesma razão, talvez a forma menos humana e mais cruel de governo (ARENDR, 2004a, p. 93-94).

Por essa razão para se estabelecer a responsabilidade pessoal e a culpa legal de um criminoso é preciso retirar-lhe a burocracia. A autora ainda aponta como está profundamente arraigado o medo de julgar, dar nomes e atribuir culpa aos violadores da condição humana, especialmente, no que diz respeito àqueles no exercício do poder ou em alta posição, mortos ou vivos (ARENDDT, 2004a, p. 83).

Arendt (2004a, p. 91) afirma que quando se descreve um sistema político, seu funcionamento, as relações entre os vários ramos do governo, o funcionamento das imensas maquinarias burocráticas, é inevitável falarmos em pessoas usadas pelo sistema em termos de "dentes de engrenagem e rodas" que mantêm a administração em andamento. Segundo a autora, todos os réus no julgamento do pós-guerra disseram, para se desculpar, que se eles não tivessem feito, outras pessoas o fariam. Contudo, como observou no julgamento de Eichmann em Jerusalém, toda essa história do "dente de engrenagem" não faz sentido no cenário de um julgamento, pois na sala de um tribunal não está em julgamento um sistema, uma história ou tendência histórica, mas uma pessoa, e se o réu é por acaso um funcionário, ele é acusado precisamente porque até um funcionário ainda é um ser humano, e é nessa qualidade que ele é julgado (ARENDDT, 2004a, p. 93).

A alegação para a impunidade de que só cumpriram ordens e que os crimes foram cometidos por obediência hierárquica e, portanto, seriam de responsabilidade dos seus superiores não prospera. Nas palavras de Arendt (2004a, p.94):

[...] na sala do tribunal, essas definições não têm serventia. Pois para a resposta: "Não fui eu quem cometeu o crime, mas o sistema no qual eu era um dente na engrenagem", o tribunal imediatamente propõe a seguinte pergunta: "E por que você se tornou um dente na engrenagem ou continuou a sê-lo nessas circunstâncias?" Se o acusado deseja transferir as responsabilidades, ele deve mais uma vez implicar outras pessoas, deve nomeá-las, e essas pessoas aparecem então como possíveis co-réus e não como a encarnação da necessidade burocrática ou de qualquer outro tipo. [...] Só por essa operação ter sido realizada com sucesso antes do início do julgamento (de Eichmann) é que a questão da responsabilidade pessoal, e portanto culpa legal, pôde realmente surgir.

Assim, se os torturadores da ditadura militar brasileira alegam que apenas obedeceram às ordens superiores para o cumprimento das atrocidades, é de se indagar, como fez Hannah Arendt em relação aos crimes dos nazistas, se aqueles que ocupavam altas posições no comando hierárquico teriam se dado ao trabalho de fornecer instruções para "detalhes" dos modos e instrumentos da tortura como o "pau-de-arara", o "choque elétrico", a "pimentinha" e dobradores de tensão, o "afogamento", a "cadeira do dragão", a "geladeira", os insetos, animais, produtos químicos utilizados, etc. "E foram essas 'circunstâncias' - se esse é o nome para algo que carece de uma palavra em qualquer língua - e os 'homens subalternos' responsáveis por esses atos e culpados desse horror, e não o crime de Estado, nem os cavalheiros em posições 'elevadas'" (ARENDDT, 2004a, p. 316-317).

A *banalidade do mal*, categoria arendtiana desenvolvida por ocasião da cobertura do julgamento de Eichmann em Jerusalém, em 1961, é caracterizada pela irreflexão de

Eichmann, pela sua incapacidade ou abstenção de pensar. O "problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais" (ARENDR, 2004b, p. 299). Para Bauman (2008, p. 84-85), o que distingue o mal burocraticamente administrado e realizado não é tanto a sua *banalidade*, mas a sua *racionalidade*.

No contexto brasileiro, a *banalidade* ou *racionalidade* do mal verifica-se quando os piores crimes políticos tornam-se rotina institucionalizada, sendo a tortura uma das formas do mal absoluto, a qual foi a instituição central da ditadura militar. A análise arendtiana desmistifica a construção do estereótipo do "torturador maluco, indisciplinado, emocionalmente desequilibrado", que funcionava como um alibi para a ditadura brasileira a fim de salvar a honra do regime, caso algum dia a oposição conseguisse provar os suplícios e identificar os torcionários (GASPARI, 2002, p. 24).

Por outro lado, o aumento de desaparecidos políticos a partir do AI-5 demonstra como esse instrumento indicava a instalação do estado de exceção como normalidade, o que torna inverossímil a tese de que a repressão política durante a ditadura militar no Brasil não foi uma ação coordenada do Estado, mas apenas ações isoladas da *linha dura*, ações de grupos criminosos que se instalaram no poder. A truculência do estado de exceção institucionaliza-se e o comando da lei deixa de ter exequibilidade.

Ressalte-se que a responsabilidade individual dos funcionários não afasta a necessidade de julgamento do sistema político, seja do ponto de vista jurídico ou ético. Em virtude do princípio da continuidade do Estado, todo governo assume a responsabilidade pelos atos e malfetorias de seus predecessores, e toda a nação pelos atos e malfetorias do passado.

2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Com o fim do regime militar em 1985 e a redemocratização do país, a sociedade brasileira se viu às voltas de ter que se confrontar com o seu passado de graves violações aos direitos humanos dos porões da ditadura. Dessa forma, surgem questionamentos sobre o que fazer com o aparato repressivo construído sob a égide daquele período? Quais instituições deverão ser reformadas? Como reparar o mal causados aos seus cidadãos? Deve-se punir ou não os agentes do Estado brasileiro responsáveis por inúmeros crimes?

Esses questionamentos procuram ser respondidos pelo que se convencionou chamar de *justiça de transição*, que tem por objetivo investigar a maneira pela qual sociedades marcadas por passados de abusos dos direitos humanos, atrocidades maciças ou diferentes formas de traumas sociais, incluindo genocídio, crimes contra a humanidade e guerras civis, buscam trilhar um caminho de mais democracia ou apenas de mais paz.

A *justiça de transição* envolve uma combinação de estratégias complementares de justiça e "quase-justiça", tais como a perseguição de perpetradores, estabelecimento de comissões de verdade e outras formas de investigação do passado; revelação da verdade, envidando esforços na busca de reconciliação em sociedades divididas, desenvolvendo um conjunto de reparações para aqueles que foram mais afetados pelas violações ou abusos; memorizando e relembrando as vítimas; e reformando um largo espectro de instituições arbitrárias do Estado (tais como as de segurança pública, polícia, ou forças armadas) numa tentativa de prevenir futuras violações. Embora sejam variadas, essas medidas não são alternativas, em que pese poderem ser cumpridas separadamente. Para o presidente do Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ), Juan Méndez:

Não é lícito que o Estado diga: nós não vamos processar ninguém, mas vamos oferecer reparações. Ou que diga, vamos fazer um informe da comissão de verdade, mas não vamos pagar reparações a ninguém. Cada uma dessas obrigações do Estado são independentes umas das outras e cada uma delas deve ser cumprida de boa fé (MEZAROBBA, 2007, 170).

Um dos objetivos da *justiça de transição* é promover a reconciliação das forças antagônicas do país. Contudo, na América Latina, muitas vezes, o termo reconciliação foi mal empregado, visando justificar a ausência de medidas de justiça, verdade, reparação das vítimas ou punição dos responsáveis. De fato, em vários países da América Latina que sofreram com ditaduras militares foram promulgadas leis de anistia na passagem para a transição democrática, sob a alegação de pacificação dos espíritos em prol da reconciliação nacional, mas que na realidade visavam conceder um manto de impunidade aos perpetradores.

A tese de que a concessão de uma anistia que impeça a responsabilização penal dos perpetradores de crimes no passado é mais conveniente do que suportar um período de conflito e de transição violenta se aproxima da "teoria do mal menor", segundo a qual, diante de dois males, é nosso dever optar pelo menor, sendo irresponsável nos recusarmos a escolher. Assim, no caso da anistia, entre o esquecimento dos crimes do passado e uma transição violenta, a teoria do mal menor conduziria à eleição do primeiro.

A fraqueza desse argumento é denunciada por Hannah Arendt, ao lembrar "que aqueles que escolhem o mal menor esquecem muito rapidamente que escolhem o mal" (2004a, p. 99), correndo-se o risco de cair no esquecimento que se praticou um mal, ainda que de pequena proporção. De acordo com a autora:

[...] se olharmos para as técnicas do governo totalitário, é óbvio que o argumento do "mal menor"[...] é um dos mecanismos embutidos na maquinaria de terror e criminalidade. A aceitação de males menores é conscientemente usada para condicionar os funcionários do governo, bem como a população em geral, a aceitar o mal em si mesmo. Para dar apenas um dentre muitos exemplos: a exterminação dos judeus foi precedida por uma seqüência muito gradual de medidas antijudaicas, cada uma das quais foi aceita com o argumento de que a recusa a cooperar pioraria ainda mais a

situação - até que se atingiu um estágio em que nada pior poderia possivelmente ter acontecido (ARENDDT, 2004a, p.99).

Não é possível estabelecer uma nítida relação de causa e efeito entre anistias, estabilidade social e Estado de Direito. Tomando como exemplos países como Chile e Argentina, em que inicialmente houve uma restrição da punição individual dos responsáveis para facilitar uma transição pacífica, torna-se difícil se aquilatar se tais proteções aos perpetradores foram realmente necessárias para favorecer a transição para a democracia em cada caso, ou se a democratização ocorreria de qualquer forma, mas com um grau maior de violência. Nestes países as tentativas de se evitar a responsabilização em nome da estabilidade social falharam.

De fato, a maneira como os acontecimentos vêm se sucedendo em vários países da América Latina, os inúmeros julgamentos da Corte IDH, e mais recentemente a intensa discussão nos meios jurídicos no Brasil acerca do real alcance da lei de anistia brasileira, demonstram que muitas pessoas não se esqueceram de que no passado foram tomadas muitas atitudes com base no argumento do mal menor.

Por outro lado, há indícios de que o mal menor tornou-se para a sociedade brasileira um mal muito maior, conforme estudos das pesquisadoras Kathryn Sikkink e Carrie Walling (2007), que relacionam a violência policial que impera no país ao legado da repressão da ditadura militar, e que os países que julgaram crimes praticados durante a época da repressão tiveram uma redução significativa nos índices de violência dos agentes de segurança hoje.

Não é por outra razão que o debate sobre a punição dos torturadores da ditadura militar brasileira interessa muito mais à camada mais pobre da população, submetida que está ao risco de tortura e execução sumária pelos agentes do Estado, sobretudo em locais onde há políticas de extermínio. Nas palavras das pesquisadoras americanas:

É claro que julgamentos não são a única maneira de se construir um Estado de Direito, mas os casos da América Latina, onde o Estado de Direito tem se fortalecido ao mesmo tempo em que, na maioria dos países, os julgamentos são realizados, ilustram que é irracional considerar os julgamentos de direitos humanos e a construção do Estado de Direito como dois diferentes estágios ou um processo mutuamente contraditório (SIKKINK; WALLING, 2007, p. 441-442, tradução nossa).

Destarte, não se pode desconsiderar que uma interpretação que afirme que a tortura ultrapassa o âmbito material da anistia brasileira (lei 6.683/79), possibilitando julgamentos dos perpetradores, seja benéfico para a ordem social e para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito no país.

3. A OBRIGATORIEDADE DA PERSECUÇÃO PENAL EM FACE DOS PERPETRADORES DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Os acontecimentos ocorridos durante o período de ditadura militar no Brasil, assim como a promulgação da lei de anistia em sua transição para a democracia, devem ser interpretados à luz do direito internacional dos direitos humanos e da regulamentação de suas graves violações pelo seu "braço armado", o direito penal internacional, os quais trouxeram os indivíduos, sejam vítimas ou perpetradores, para o cerne da discussão do direito internacional.

A colocação do indivíduo como sujeito de direito internacional, acaba sendo um desafio para o conceito clássico da soberania, porquanto assim como o direito internacional afirma a soberania dos Estados, ele também assegura aos direitos humanos uma posição de superioridade às leis internas dos Estados. Assim, no caso do Brasil, em respeito ao atributo de sua soberania, decidiu-se emitir uma lei de anistia, que acarretou como consequência a impunidade dos agentes do Estado que cometeram inúmeros crimes contra os dissidentes políticos, o que veio a desprestigiar inúmeros tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo país.

Com efeito, há no direito internacional um dever dos Estados de processar crimes desse jaez, muito embora a prática internacional demonstre a dificuldade de implementação dessa missão. Destarte, se os agentes da repressão política não são responsabilizados pelos crimes que cometeram, por meio de processos conduzidos pelas autoridades brasileiras, em virtude da concessão da lei de anistia, outros Estados não devem reconhecer seus possíveis efeitos internacionais e podem permitir que se iniciem procedimentos com relação a esses criminosos, com base no princípio da jurisdição universal penal.

A noção de crime contra a humanidade remonta à 1ª Guerra Mundial, especialmente após o massacre da minoria Armênia na Turquia. Contudo, foi a 2ª Guerra Mundial e a política de extermínio de judeus pelo governo nazista que determinaram os primeiros processos contra perpetradores de crimes de lesa-humanidade, pois não havia precedente na história das guerras a expulsão, a deportação e o extermínio levados a cabo por um país contra seus próprios nacionais.

Nesse sentido, o conceito de crime contra a humanidade foi afirmado para evitar que a perseguição a cidadãos nacionais não ficasse sem resposta. Os crimes contra a humanidade não diferem de outras graves violações dos direitos humanos, contudo eles se diferenciam na sua natureza coletiva e massiva e a referência às populações civis é que lhes caracteriza a sua massividade. No caso "Almonacid v. Chile", sentença de 26 de setembro de 2006, a Corte IDH assentou que

os crimes contra a humanidade incluem o cometimento de atos inumanos, como o assassinato, perpetrados em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Basta que dentro do contexto descrito só um ato ilícito como os mencionados seja cometido, para que se produza um crime de lesa-humanidade.

Dessa forma, os crimes praticados pelos agentes do Estado brasileiro contra a dissidência política caracterizam-se juridicamente como crimes contra a humanidade. Sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, inúmeros tratados de proteção dos direitos humanos subscritos pelo Estado brasileiro impõem o dever de exercer a persecução penal contra os autores que forem identificados e sua omissão configura um ilícito internacional.

Ressalte-se que o direito internacional estabeleceu a imprescritibilidade de certos crimes internacionais de maneira progressiva. Considerando que uma certa quantidade de crimes cometidos durante a 2ª Guerra Mundial corria o risco de prescrever em 26.11.1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade. No entanto, referida convenção não foi ratificada por um grande número de países, dentre eles, o Brasil, que já se encontrava em plena ditadura militar e não seria de se esperar que aderisse à uma convenção que poderia responsabilizar os próprios militares.

Ocorre que o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade faz parte do costume internacional e por essas razões, independentemente da ratificação pelo Brasil, a Convenção sobre Imprescritibilidade de 1968 é a manifestação formal de uma opinião jurídica que se consolidou através do costume internacional. Ela não inovou no ordenamento jurídico internacional quando tratou da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mas simplesmente positivou princípios gerais de direito internacional que consolidaram a norma geral e compulsória decorrente do costume internacional. Neste sentido, a Corte IDH, no "Caso Almonacid", afirmou:

Ainda que o Chile não tenha ratificado dita Convenção [sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade] esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), que não nasce com tal Convenção, porém está reconhecida nesta. Conseqüentemente, o Chile não pode deixar de cumprir esta norma imperativa".

Dessa forma, é evidente que entre 1964 a 1985, quando ocorreram os crimes praticados pela ditadura militar no Brasil, vigorava na ordem jurídica internacional a noção de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, que compõe o *jus cogens* internacional, sendo que essa norma do direito internacional é antecedente aos fatos, razão pela qual não há que se falar de aplicação retroativa desta norma.

Ademais, existe uma posição unificada pelo direito penal internacional e pelo direito internacional dos direitos humanos de considerar que as leis de anistia e de auto-anistia que impedem a investigação e a punição das graves violações de direitos humanos e dos crimes de lesa-humanidade, como a lei brasileira nº 6.683/79, são flagrantemente contrárias ao direito internacional e não tem o condão de impedir a persecução penal dos responsáveis por crimes contra a humanidade.

4. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Perante o direito internacional, um Estado é considerado responsável quando ele viola uma obrigação internacional, transgredindo esse direito. Nesse princípio fundamental da justiça, que se traduz concretamente na obrigação de manter os compromissos assumidos de boa-fé e na obrigação de reparar o mal injustamente causado a outrem, repousa a noção de responsabilidade. Assim, o Estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais, sendo a responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos uma espécie do gênero responsabilidade internacional do Estado.

Existem dois mecanismos reconhecidos pelos Estados de se constatar a responsabilidade de um Estado pela violação de seus compromissos internacionais: o modo unilateral e o modo coletivo ou institucional. Entre os mecanismos coletivos, destacam-se o sistema normativo global da ONU e os sistemas regionais de proteção, notadamente na Europa, América e África. Estes sistemas internacionais previram a instituição de Cortes de direitos humanos e outros órgãos internacionais, chamando à responsabilidade internacional os Estados violadores dos direitos humanos em seus territórios.

Consolidou-se, assim, a idéia de que a proteção de direitos humanos não faz mais parte do domínio reservado dos Estados, pois diz respeito à comunidade internacional, e as pessoas ganharam o direito de se dirigir a organismos internacionais quase-judiciais, pautando suas ações, ou ainda o direito de se dirigir às Cortes internacionais.

Sob o aspecto regional, o Brasil se submete ao SIDH, que é composto por dois regimes: um com esteio na Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH) e outro baseado na Carta de Organização dos Estados Americanos. A CADH prevê um sistema de monitoramento e implementação dos direitos que enumera, que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH) e pela Corte IDH.

Muito embora o Estado brasileiro tenha reconhecido a competência da jurisdição da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, para fatos ocorridos a partir do seu reconhecimento, há que se distinguir duas situações: (i) determinadas violações de direitos humanos previstos na CADH, como os crimes de desaparecimentos forçados, possuem caráter permanente e de execução continuada, cuja consumação se prolonga no tempo; (ii) a obrigação do Estado brasileiro em investigar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar surge com a sua adesão à CADH.

Esse último entendimento já havia sido adotado pela Corte IDH no "caso Blake v. Guatemala", sentenciado em 24 de janeiro de 1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte. "Ou seja, pelo princípio da boa-fé, o Brasil não poderá alegar que desconhecia ser possível que, casos como o da 'guerrilha do Araguaia' ou mesmo a nossa 'lei de anistia' pudessem ser apreciados pela Corte" (RAMOS, 2004, p. 310).

5. OS DIREITOS DAS VÍTIMAS VIOLADOS PELA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

A partir da sua adesão à CADH, o Estado brasileiro assumiu várias obrigações de implementar as disposições previstas neste tratado e de solucionar eventuais conflitos de seu ordenamento jurídico em face dessas disposições. Uma série de direitos e garantias assegurados pela CADH são desrespeitados pelo Estado brasileiro em relação às vítimas das graves violações contra os direitos humanos cometidas pela ditadura militar, seja pela aplicação da lei de anistia, seja pela consideração de que tais violações não são crimes contra a humanidade e, por conseqüência, são prescritíveis, seja pelo reconhecimento de coisa julgada etc., que conduzem à ausência de responsabilização penal dos agentes da repressão.

Durante um período ditatorial vários direitos civis e políticos, dentre elas as garantias processuais, previstos na CADH são violados, pois esses regimes se caracterizam pela prática de prisões arbitrárias, torturas, desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, ocultação de cadáveres, etc., dos opositores políticos do regime.

Assim, grosso modo, pode-se dizer que a ditadura militar no Brasil violou os seguintes direitos dos opositores políticos previstos na CADH: (i) o art. 4 (direito à vida); (ii) o art. 5 (direito a um tratamento humano); (iii) art. 7 (direito à liberdade pessoal); (iv) o art. 8 (direito a um julgamento justo); (v) o art. 25 (direito à proteção judicial); (vi) art. 12 (liberdade de consciência e de religião); (vii) o art. 13 (direito à liberdade de pensamento e expressão) e (viii) o art. 1, § 1 (obrigação de respeitar os direitos previstos). Como essas violações ocorreram antes do Estado brasileiro aderir à CADH, elas não podem ser conhecidas, ressalvadas aquelas violações que ostentem caráter de permanência, como o desaparecimento forçado, que possui caráter complexo e envolve a violação de uma série de direitos (prisão ilegal, assassinato e ocultação de cadáver etc.).

Quanto aos parentes de vítimas e sobreviventes, a ausência de responsabilização penal dos autores desses delitos, a partir da adesão do Brasil à CADH, implica na violação dos seguintes dispositivos da Convenção: (i) o art. 1, § 1 (obrigação de respeitar os direitos previstos); (ii) dever de adotar disposições de direito interno (art.2º); (iii) o art. 8, §1º (direito a um julgamento justo); (iv) o art. 25 (direito à proteção judicial).

A partir da interpretação desses dispositivos pelas decisões da Comissão e da Corte Interamericanas, pode-se afirmar que o Estado brasileiro vem violando os seguintes direitos dos parentes de vítimas e sobreviventes ao deixar de exercer a persecução penal em face dos agentes estatais da repressão política: (1) o direito de acesso à justiça, direito à garantia judicial e o direito a um julgamento, (2) o direito à proteção judicial, também considerado como o direito a um remédio efetivo, (3) o direito à reparação e (4) o direito à verdade.

O direito de acesso à justiça, do qual decorrem todos os demais, vem sendo interpretado como o direito a uma investigação que identifique os responsáveis pelas violações, o direito de processar as pessoas identificadas, o direito de punir os responsáveis e o direito a uma compensação pelos males sofridos. Este direito, inerente ao próprio Estado de Direito, assegura que qualquer pessoa que teve violado um interesse legítimo possa socorrer-se da garantia institucional da via judiciária a cargo do Estado.

O direito à garantia judicial, que normalmente é mais associada ao respeito ao devido processo legal no âmbito criminal, também é entendido, nos termos do art. 8, §1º, da CADH, como o direito a ser ouvido com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei.

Por sua vez, o direito à proteção judicial ou a um remédio efetivo, previsto no art. 25.1 da Convenção Americana, também é violado, pois as reparações podem vir, além das indenizações, como uma forma de acesso à verdade, responsabilização ou punição.

Quanto ao direito à reparação, a Comissão IDH tem entendido que a anistia ao inviabilizar um processo criminal também pode afetar o direito à reparação, porquanto as informações e provas coligidas na instrução criminal serviriam para embasar a pretensão na esfera cível.

No Brasil, além das ações penais, até mesmo ações cíveis de conteúdo declaratório, movidas por familiares de vítimas, ou de conteúdo condenatório, visando o ressarcimento ao erário, movidas pelo Ministério Público Federal, estão sendo inviabilizadas pela aplicação da lei de anistia brasileira. Não só os direitos das vítimas, mas também o da coletividade, à promoção dos valores da justiça de transição, são afetados pela anistia que protege os indivíduos da responsabilidade civil e impede o acesso ao pedido por danos, direta ou regressivamente, e declaratórios apurados em um procedimento cível.

Por fim, o direito à verdade, tanto para os familiares das vítimas, quanto para a própria sociedade brasileira, é obstado pela aplicação da lei de anistia. O sigilo de documentos, dados e informações nas sociedades que sofreram com ditaduras militares atinge não só o direito das famílias de mortos e desaparecidos políticos de poderem dar enterro digno a seus entes e conhecer as circunstâncias de suas mortes, bem como o interesse da sociedade de conhecer e ter acesso à sua história, que se vincula com um direito à informação em posse do Estado, sendo, portanto, um direito coletivo inerente às sociedades democráticas. A falta de conhecimento da história de um país, faz com que seu povo não possa se auto-determinar, exercendo com liberdade, maturidade e responsabilidade o poder estatal, comprometendo o exercício da plena cidadania.

6. AS REPARAÇÕES DEVIDAS ÀS VÍTIMAS

Constatadas as violações dos direitos das vítimas da ditadura militar no Brasil previstas na CADH, a reparação é a consequência maior destas violações. Logo, devemos analisar quais as possíveis reparações que o Estado brasileiro poderá ser obrigado a implementar como consequência do reconhecimento de sua responsabilidade internacional.

O dever de reparar reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos pilares fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados, constantemente afirmado pela jurisprudência da Corte IDH. Assim, ao produzir-se um fato ilícito imputável ao Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação.

As reparações ordenadas pela Corte impõem obrigações de direito internacional, cujo conteúdo que não pode ser modificado e nem seu cumprimento pode ser suspenso pelo Estado obrigado, invocando para isso disposições do seu direito interno. A recusa em reparar na íntegra o dano causado devido a leis internas, equivaleria a um regresso à tese da irresponsabilidade do Estado, quando este age de acordo com seu Direito Interno, mesmo infringindo o Direito Internacional, o que corresponderia à inexistência de uma ordem jurídica internacional.

Mireille Delmas-Marty (2004, p. 15) desenvolve uma argumentação em relação às vítimas, cujos direitos violados estão previstos em instrumentos internacionais, que se baseia na idéia de garantia coletiva. A vítima é separada do delinqüente, e são os fundos de solidariedade que lhe asseguram indenização, independentemente de qualquer envolvimento com este. Assim, é a solidariedade que prevalece sobre a culpa, sendo inevitável a aproximação do direito penal ao direito civil.

Há mudança radical de perspectiva marcada pela valorização do papel da vítima e levar em conta a vítima é fazer da reparação ou da indenização o objetivo primeiro de um julgamento e, por consequência, as técnicas de reparação se aperfeiçoam e a reparação-sanção é acompanhada de uma reparação-garantia. Dessa forma, difunde-se a idéia de que a responsabilização passa a ser substituída pela reparação em proveito de uma solidariedade diante da coletividade (DELMAS-MARTY, 2004, p. 16-17). Como esclarece Lucia Bastos (2009, p. 97-98):

Tal é a importância dessa visão da reparação, como garantia coletiva, que esse direito superaria a importância da aplicação da pena individualizada (responsabilidade individual), pois tem uma função social em relação à coletividade na qual os crimes circunscreveram-se, a fim de se evitar que violações dos direitos humanos, como torturas e desaparecimentos forçados, voltem a ser aplicados como forma de coibir as mobilizações sociais.

Por reparação entenda-se toda e qualquer conduta do Estado infrator para eliminar as consequências do fato internacionalmente ilícito, o que compreende uma série de atos, inclusive as garantias de não-repetição. "A reparação é um termo genérico que compreende as diferentes formas como um Estado pode fazer frente à responsabilidade internacional". Ademais, como a violação pode provir de diversas autoridades, é natural

que a reparação possa se dirigir, em contrapartida, a todos os espaços nos quais se exerçam as atribuições dessas autoridades, o que também justifica as diversas formas de reparação.

Tomando em consideração as necessidades, aspirações e reivindicações das vítimas, de seus familiares e da sociedade, a doutrina contemporânea desenvolveu distintas formas de reparação, a saber, *restitutio in integrum*, indenização, satisfação, garantias de não-repetição, e outras mais possíveis.

Dentre essas reparações, destaca-se neste artigo o dever de identificar a todos os responsáveis e puni-los, a fim de evitar a impunidade e prevenir a ocorrência de novas violações. Esta obrigação é extraída do art. 1.1 da Convenção Americana. Para a Corte a impunidade "propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos, deixando absolutamente indefesas as vítimas e seus familiares", sendo a impunidade entendida como "a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, processo e condenação dos responsáveis pelas violações de direitos protegidos na Convenção Americana".

Este objetivo de prevenção da ocorrência de novas violações, que se insere no chamado "dever de investigar, processar e punir", é uma forma de "garantia de não-repetição". Ressalte-se que as demais formas de reparação também possuem caráter de prevenção, ainda que reflexamente. No "caso Goiburú v. Paraguai", Cançado Trindade, assim se manifestou sobre a prevenção e a garantia de não-repetição, em seu voto-vista:

44. Tanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o Direito Penal Internacional buscam, cada um a seu modo, a *prevenção e a garantia de não-repetição* dos fatos lesivos. Ambos combatem a impunidade. O primeiro, em casos de violações *graves*, determina reparações exemplares (ou danos punitivos), como consequência jurídica de verdadeiros crimes de Estados. O segundo, determina sanções àqueles que, em nome de uma política de Estado, cometeram atos de genocídio, ou crimes contra a humanidade, ou crimes de guerra.

Essa garantia de não-repetição e de prevenção quando envolver crimes internacionais, como os crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar brasileira, vai estabelecer limitações ao direito interno, no tocante à possibilidade de reconhecimento de causas de exclusão de punibilidade, como esclarece Cançado Trindade, no mesmo voto:

45. Não há *statute of limitations*, próprio do direito interno; não há imprescritibilidade, nem prescrição extintiva, em casos de violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário. A Corte Interamericana deu sua contribuição neste sentido, como o exemplificam os *leading cases*, a respeito, de *Barrios Altos versus Perú* (2001) e de *Bulacio versus Argentina* (2003). Para os respectivos tribunais internacionais tampouco há coisa julgada (de direito interno) que os vincule, porquanto o direito aplicável é outro, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, respectivamente.

Note-se que o "caso Goiburú" refere-se a desaparecimentos forçados ocorridos no contexto da Operação Condor, o que parece ser significativo para o caso brasileiro, pois como referido, suas atividades ilícitas também se desenvolveram no país.

CONCLUSÃO

A dispensa do Estado brasileiro de não ajustar contas com o passado traumático da ditadura militar demonstra a incapacidade da sociedade brasileira em consolidar-se numa democracia plena, pois muito do autoritarismo da época perpetua-se nos dias atuais, sendo a impunidade dos poderosos e a violência com os excluídos, verdadeiras chagas que corroem a confiança nas instituições públicas e geram a apatia social, um traço característico do nosso frágil Estado de Direito, além de ser prejudicial à imagem do país perante a comunidade internacional.

A interpretação sedimentada ainda durante a vigência do regime militar de que a lei 6.683/79 anistiou os agentes do Estado que torturam e mataram os dissidentes políticos inviabilizou qualquer tentativa de se realizar o princípio da justiça, tão maltratado no país, isolando-o da comunidade jurídica internacional, pois o Brasil segue sendo o único país do Cone Sul que passou por uma ditadura militar e não deu passos concretos no sentido da responsabilização dos agentes da repressão.

O problema reside na falta de vontade do intérprete brasileiro em dar aplicação às normas internacionais de proteção aos direitos humanos que determinam o dever de processar e assegurar o direito das vítimas a um julgamento. Ocorre que as discussões em torno da lei de anistia brasileira e a ausência de persecução penal em face dos agentes da repressão política não podem passar ao largo das conseqüências perante o Direito Internacional das violações dos direitos humanos das vítimas da ditadura militar. Para além da "sanção moral" e a "publicidade negativa" contra o Estado brasileiro, há respostas jurídicas à violação das normas de Direito Internacional, porquanto estas não são meras "exortações morais", sem maiores conseqüências.

Essas conseqüências jurídicas são viabilizadas pela responsabilidade internacional do Estado, que reafirma a necessidade do Estado de respeitar seus compromissos internacionais e assegura uma série de medidas para assegurar os direitos violados, consolidando a juridicidade do arcabouço das normas internacionais de proteção aos seres humanos, indo muito além de assegurar apenas a reparação econômica às vítimas, mas determina que as suas instituições, identificando perpetradores de crimes contra a humanidade, processe-os e julgue-os. A comunidade internacional, no entanto, no rastro da justiça de transição, incentiva a conjugação das justiças retributiva e restaurativa, a fim de auxiliar na reconstrução dos laços da sociedade.

Considerando a jurisprudência da Corte IDH em casos análogos, no caso de condenação do Estado brasileiro em relação aos crimes da ditadura, pode-se antever algumas conseqüências, sem prejuízo de outras mais, tais como, a determinação: (i) para o

Legislativo revogar a lei de anistia 6.683/79 e tipificar o delito de desaparecimento forçado; (ii) para o Ministério Público e o Judiciário investigar e processar os perpetradores identificados, com a impossibilidade de se invocar coisa julgada, bem como não reconhecer a prescrição de crimes contra a humanidade e observar a orientação conferida pela jurisprudência da Corte IDH acerca dos ditames da CADH; e (c) para o Executivo realizar obrigações de fazer em prol da memória das vítimas e da promoção dos direitos humanos em áreas que envolvam segurança pública.

A responsabilização internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano na questão dos crimes da ditadura militar é a última esperança das vítimas e seus familiares para se buscar a cessação dessas graves violações aos direitos humanos, em razão da omissão e falhas das instituições oficiais internas. Nesse sentido, a luta por verdade e justiça em relação aos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar pode contribuir para tornar as instituições brasileiras, especialmente o Poder Judiciário, mais permeáveis às obrigações internacionais de direitos humanos nestes e em outros casos, de um modo geral.

REFERÊNCIAS:

ARENDRT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2004b.

ANOS de chumbo: Espanha também vai pedir a extradição de brasileiros. **Revista Consultor Jurídico (Conjur)**, São Paulo, 5 jan. 2008. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2008.

ARNS, Dom Paulo Evaristo (Org.). **Brasil**: nunca mais. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BICKFORD, Louis. The encyclopedia of genocide and crimes against humnaty. 2004, v. 3. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2008.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia. das Letras, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2007.

MEZAROBBA, Glenda. Entrevista com Juan E. Méndez, Presidente do International Center For Transitional Justice (ICTJ). **Revista Internacional de Direitos Humanos, SUR**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 173-179, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RESÍDUOS da ditadura. Juiz da Itália manda prender treze brasileiros. **Revista Consultor Jurídico (Conjur)**, São Paulo, 26 de dezembro de 2007. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2008.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, London, v. 44, p. 427-445, 2007.

TELES, Edson Luís de Almeida. **Brasil e África do Sul**: os paradoxos da democracia: memória política em democracias com herança autoritária. 2007. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VENTURA, Deisy. O regime do medo continua. **IHU On Line**: Revista do Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <http://www.unisinos.br/ihuonline/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1234>. Acesso em: 4 jan. 2009.

DEROGATIO FORI, POSSIBILIDADES E LIMITES NO SISTEMA BRASILEIRO, CONTORNOS ATUALIZADOS COM A RECENTE DECISÃO DO STJ PROLATADA NO RESP Nº 804.306-SP. PESQUISA ENRIQUECIDA COM UMA BREVE ANÁLISE COMPARADA DO INSTITUTO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO DE COMMON LAW.

DEROGATIO FORI, POSSIBILITIES AND LIMITS IN THE BRAZILIAN SYSTEM, CONTOURS UPDATED WITH THE RECENT DECISION OF THE STJ RESP Nº 804306-SP. SEARCH ENHANCED BY A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS OF THE INSTITUTE IN THE AMERICAN SYSTEM OF COMMON LAW.

Valesca Raizer Borges Moschen

RESUMO

Derogatio fori expressão latina que significa a possibilidade de as partes, através da autonomia da vontade, escolherem a jurisdição competente. A questão que se coloca é: um Tribunal nacional deve declinar sua competência em função da derogatio fori? A presente pesquisa busca sistematizar o tratamento nacional da matéria, enriquecendo-a com uma breve análise do instituto no sistema norte-americano de common law. A sistematização da competência internacional no Código de Processo Civil se dá, basicamente, através de dois artigos. No Brasil, as regras sobre competência internacional fixam monopólio jurisdicional absoluto para si, sendo apenas moderado pela possibilidade de eficácia no Brasil de julgado de outro Estado. O artigo 88 do CPC enuncia as hipóteses da chamada, doutrinariamente, de “competência concorrente”, ou ainda, relativa, alternativa ou cumulativa. Isso significa que nas situações prescritas pelo referido artigo do CPC, o sistema jurisdicional nacional admitiu que outro sistema jurisdicional exercesse, concorrentemente, sua própria jurisdição. Por outro lado, nas hipóteses do art. 89 do CPC, o sistema brasileiro excluiu qualquer possibilidade de reconhecimento de decisões de outros países acerca daquelas matérias em território nacional. Nesse trabalho busca-se sistematizar a matéria na doutrina nacional e analisar, de forma complementar, o comportamento pretoriano representado em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVES: DEROGATIO FORI. PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL. FORUM NON CONVINIENS.

ABSTRACT

Derogatio fori, latin expression that means the possibility of the parties, through freedom of choice, to choose the jurisdiction. The question is: a national court should decline jurisdiction on the basis of Derogatio fori? This research seeks to systematize national treatment of the subject, enriching it with a brief analysis of the institute in the

American system of common law. The systematisation of international jurisdiction in the Code of Civil Procedure is done, basically, by two articles. In Brazil, the rules on international jurisdiction court set absolute monopoly for itself, with only moderate efficacy in the possibility of Brazil declared in another state. Article 88 of the Code sets out the circumstances of the call, doctrinal, a "power competitor", or on, alternative or cumulative. This means that in the cases prescribed by that article of the Code, the court system acknowledged that other national judicial system had, concurrently, its own jurisdiction. Moreover, in the cases of art. 89 of CPC, the Brazilian system excluded any possibility of recognition of judgments from other countries on those matters in the national territory. In this work we attempt to systematize the subject in national doctrine and analyze, in a complementary manner, the praetorian behavior represented in a recent decision of the Superior Court, on the subject.

KEYWORDS: DEROGATIO FORI. INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE. FORUM NON CONVENIENS.

Introdução[1]:

O ano de 2008 pode ser recordado como frutífero no que tange a decisões prolatadas pelo Judiciário Brasileiro referentes ao direito internacional. Foram analisadas questões de crucial relevância para a evolução do direito do direito internacional no Brasil.

Enumeram-se: o Recurso Extraordinário nº 466 343-1/SP, de 03 de dezembro de 2008[2]; e o Recurso Especial nº 804.306 SP, de 19 de agosto de 2008[3]

A matéria em julgamento da primeira decisão envolveu a temática da não admissibilidade da prisão civil depositário infiel[4] no ordenamento jurídico brasileiro, no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica naquele sistema.

Desde uma perspectiva do debate sobre o conflito de fontes entre o direito internacional e o nacional, a alteração principal trazida por tal julgado, contrariando uma tendência jurisprudencial consolidada, foi no sentido de se confirmar a natureza especial dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados com anterioridade da Emenda Constitucional nº 45 de 2004[5].

Antes do mencionado Recurso Extraordinário, a jurisprudência nacional equiparava a natureza dos tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, às normas ordinárias, em virtude de uma interpretação literal e restritiva do artigo 105, II, a) da Constituição Federal.[6]

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, quem, ao justificar o seu voto, afirmou que "*seria necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano*", argüiu a tese que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos a característica de *supralegalidade* .

Explicou o eminente Ministro que

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

A Corte acatando a tese levantada, por unanimidade, decidiu por reservar um lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro aos tratados referenciados, estabelecendo-os abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna e lhes concedendo o status normativo de *supralegal*.

Sob o prisma do processual civil internacional e dentro dele, da temática da *derogatio fori*, é o Recurso Especial nº 804.306-SP, de 19 de agosto de 2008, a principal decisão adotada pela Justiça brasileira no transcorrer do ano próximo passado.

O presente artigo tem como escopo comentar a referida decisão, na qual a possibilidade de eleição de foro e as regras de competência concorrente do Poder Judiciário Brasileiro foram postas em xeque.

A escolha do tema se justifica pela atualidade no debate dos limites e possibilidades das cláusulas de eleição de foro no Estado Brasileiro, e, de uma forma mais ampla, insere-se no atual discussão sobre a competência internacional no direito internacional privado na América Latina.

1. Competência internacional da Justiça Brasileira.

As transformações do mundo contemporâneo e o conseqüente crescimento da mobilidade de relações jurídicas internacionais têm propiciado uma maior interdependência entre os Estados nacionais, assim como uma maior conexão entre os seus ordenamentos jurídicos.

No Estado brasileiro é cada vez mais recorrente a análise, pelo judiciário nacional, de litígios que apresentam vinculações com mais de uma ordem jurídica nacional. Tal fato leva, muitas vezes, a que outras jurisdições estejam aptas a intervir no caso concreto.

Como condição preliminar da análise pelo Judiciário nacional de causas pluriconectadas está a determinação, por tal autoridade, de sua jurisdição/competência.

A jurisdição atua *congentemente* como manifestação da potestade do Estado[7] . É, em grosso modo, um ato de soberania e, ao mesmo tempo, função e atividade [8]. A competência, por sua vez, possui uma dimensão de natureza interna, ou seja, representa "a medida da jurisdição"[9] . Desta forma, as regras que determinam *limites* à atividade

jurisdicional em relação a outros sistemas jurisdicionais estrangeiros são, na verdade, limitadores da jurisdição e não de competência; relacionam-se mais com o poder de julgar do que com a distribuição de atribuições[10].

As chamadas regras da "competência internacional[11]" do Estado brasileiro estão previstas nos artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil - CPC, sendo que o último artigo mencionado refere-se exclusivamente à litispendência internacional.

Quanto ao artigo 90, que determina que "*a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas*", observa-se que o Código de Processo Civil brasileiro, consagra, a partir da referida norma, a prevalência da competência internacional da autoridade judiciária nacional sobre os processos em curso no exterior ou sobre decisões já proferidas por tribunais estrangeiros[12].

Em relação aos artigos 88 e 89, referentes à competência concorrente e à competência exclusiva, respectivamente, são esses os responsáveis, desde a perspectiva das fontes internas, pela definição dos eventuais limites do exercício, pelo Estado Brasileiro, de sua jurisdição.

Em paralelo às regras de competência, ganham novas dimensões na hora da definição dos limites e possibilidades do exercício da jurisdição, os dispositivos constitucionais que garantem a que todos sejam assegurados o acesso à justiça[13], bem como a perspectiva de poder ser a intervenção do judiciário nacional deslocada pela vontade das partes em determinadas relações contratuais.

1.1. Competência exclusiva da Justiça brasileira.

A exclusividade de foro se apresenta quando, em certas matérias, o Estado não admite outra jurisdição além daquela de seus próprios órgãos jurisdicionais. A natureza de tal exclusividade radica na força especial do vínculo que se estabelece com um dado Poder Judiciário e, assim mesmo, na especialidade da matéria que versam[14].

Como consequência da exclusividade, o Poder judiciário nacional apenas reconhecerá soluções produzidas por sua autoridade[15]. A homologação de sentenças cuja matéria objeto do litígio estiver dentro do escopo da competência exclusiva serão, *a priori*, denegadas[16].

Os elementos fáticos descritos no Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 89, referem-se a pressupostos de exclusividade de foro, baseados no foro internacional do patrimônio. Assim, aos imóveis situados no Brasil será a justiça brasileira competente de conhecer de ações a eles concernentes. Neste mesmo sentido, será essa justiça, em detrimento de qualquer outra, a competente para conhecer de partilhas e inventários de bens situados no Brasil, ainda que, o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido no exterior[17].

No primeiro pressuposto, explica Beat Walter Rechsteiner que "*parece certo que a lei (art. 89 I) abranja todas as ações fundadas em direito pessoal e real que versem sobre bens imóveis*"[\[18\]](#) . Mas, quanto ao inventário e partilha de bens situados no Brasil, a jurisprudência brasileira tem se firmado no sentido de que tal exclusividade refere-se, apenas, à sucessão *causa mortis*.[\[19\]](#).

A afirmação acima se fortalece, pela percepção de que a competência exclusiva é de natureza excepcional, portanto sujeita a interpretação restritiva[\[20\]](#). Consequentemente, a exclusividade aludida no inciso II, do artigo 89 do Código Civil Brasileiro, não deverá abranger a partilha de bens situados no Brasil por ocasião de processo de separação judicial ou divórcio[\[21\]](#), limitando-se às relações sucessórias *causa mortis*[\[22\]](#)

A sistematização das regras de "competência internacional" no Código de Processo Civil se dá, como visto, basicamente, através de dois artigos. O art. 89 do CPC que trata de regra de competência exclusiva ou absoluta. E o artigo 88 enuncia as hipóteses da chamada doutrinariamente "competência concorrente", ou ainda, relativa, alternativa ou cumulativa.

Afirma Nadia de Araújo, que as suposições descritas nos artigos 88 e 89 não são cumulativas, bastando a ocorrência de um dos esquemas fáticos previstos naquelas normas para estabelecer a competência da justiça brasileira[\[23\]](#) , se concorrente ou exclusiva.

Isso significa que nas situações prescritas pelo art. 88 do CPC[\[24\]](#), o sistema jurisdicional nacional admitiu que outra autoridade exercesse, concorrentemente, sua jurisdição. Enquanto que nas hipóteses do art. 89 do CPC, o sistema brasileiro excluiu qualquer possibilidade de sistemas estrangeiros virem a exercer sua jurisdição[\[25\]](#). Diferentes serão as conseqüências no sistema jurídico brasileiro, dos efeitos da aplicação dos referidos artigos, das decisões proferidas por outras jurisdições. Como se verá, no caso do artigo 89, as decisões estrangeiras sobre as matérias de exclusividade da jurisdição brasileira não produzirão efeitos internamente. E no caso do artigo 88, *a priori*, sim, desde que homologadas.

1.2. Competência concorrente da Justiça brasileira.

A diferença entre a competência exclusiva e a competência concorrente reside em que em determinados supostos se admite que outra autoridade judiciária conheça a questão, ou seja, *nos casos sujeitos à competência concorrente, a lei admite que seja a lide dirimida por órgão judicial estrangeiro*[\[26\]](#).

No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, as regras contidas no artigo 88 do Código de Processo Civil Brasileiro, determinam a competência da autoridade brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver que ser cumprida a obrigação; ou III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Tais pressupostos não identificam apenas competência brasileira, mas, também, por via indireta, determinam a possibilidade de reconhecimento de que outra autoridade judiciária não nacional julgue a causa.

Neste sentido, Athos Gusmão Carneiro, ao trabalhar a competência concorrente afirma que "*casos existem nos quais a Justiça brasileira se considera competente para julgar uma demanda, mas não exclui a possibilidade de a dita causa ser julgada por Justiça estrangeira*[\[27\]](#)"

Desde uma perspectiva ainda indireta e tendo como base a *finalidade* das normas de competência[\[28\]](#), a competência concorrente possibilita, também, que a sentença do juiz estrangeiro seja cumprida no Brasil, através[\[29\]](#) do instituto da homologação de sentenças estrangeiras, desde que seguidos os devidos requisitos legais[\[30\]](#).

Como explica Ricardo Ramalho de Almeida[\[31\]](#),

O legislador brasileiro apenas estabeleceu a competência dos Juízes nacionais e determinou, em tese, os casos em que a competência de juiz estrangeiro, determinada pela Lei do País estrangeiro em questão, poderá ser reconhecida no Brasil...

No âmbito do debate relativo à competência concorrente da Justiça nacional brasileira, um ponto de crucial relevância refere-se à possibilidade de sua eventual derrogação em favor do foro contratualmente acordado entre as partes[\[32\]](#). A questão a se definir, é a de qual jurisdição prestigiar, aquela dos supostos do art. 88 ou a que as partes contratualmente dispuseram? Nas hipóteses enumeradas no referido artigo, deverá ser sempre a jurisdição brasileira a única competente para julgar a demanda?

1.3. Competência concorrente e cláusula de eleição de foro.

Tradicionalmente é admitida a autonomia da vontade da partes, como critério de determinação da jurisdição competente. Manifesta Irineu Strenger que "*os contratos internacionais do comércio, em poucas hipóteses, têm dispensado a chamada cláusula atributiva de jurisdição*[\[33\]](#)."

Trabalhando o sistema espanhol, José Carlos Fernandez Rozas e Sixto Sanches Lorenzo[\[34\]](#), afirmam que

La derogatio fori consiste en la exclusión por las partes de la competencia de los Tribunales españoles, a través de un acuerdo en el que establecen la competencia de un Tribunal extranjero.

Assim como no sistema brasileiro, salientam, ainda, os referidos autores[35] que

*... Si, posteriormente, una de las partes somete el litigio a un Tribunal español y la otra se somete tácitamente, por ejemplo contestando a la demanda, no se plantea problema alguno, dado que la sumisión ulterior de las partes a un Tribunal español deroga y se superpone al acuerdo anterior en que se sometían a un Tribunal extranjero. El verdadero problema surge cuando la otra parte interpone en firme la declinatoria por considerar que los Tribunales españoles carecen de competencia con base en el acuerdo (...) **La cuestión consiste en determina si un Tribunal español debe declinar su competencia judicial internacional en caso de derogatio fori...**(grifos nossos)*

Muito embora, aceita a autonomia da vontade, exercitável através das chamadas cláusulas de eleição de foro, a mesma esbarra em um ponto de turbulência, a **possibilidade de se afastar a jurisdição preterida pela cláusula de eleição de foro.**

Nos ensinamentos do professor Guido F. S. Soares:

Deve-se notar, de imediato, que em nenhum dispositivo do direito brasileiro há qualquer menção à possibilidade de derrogação do foro nacional, seja por vontade afirmativa das partes (o que não impede a propositura de ações em foros estrangeiros, por força de cláusulas contratuais de eleição de foro estrangeiro, mas que previne qualquer alegação de incompetência do juiz brasileiro, seja por litispendência, seja pela eleição contratual de foro estrangeiro), seja pela negativa de uma das partes em se submeter ao foro nacional (com idênticas alegações de litispendência, por ocorrer idêntica ação no exterior, ou da existência de um foro estrangeiro contratual)[36].

Isso significa que não obstante a cláusula de eleição de foro sempre ter sido aceita, com razoável tranqüilidade em âmbito nacional, seus efeitos, contudo, não o são. Afastar o exercício da função jurisdicional quando haveria, em princípio, um interesse do Estado em exercer a sua jurisdição é um tema conturbado para o judiciário brasileiro.

Para uma parte da doutrina pátria, como elucida a professora Carmen Tiburcio *"...quando as partes fixam um foro diverso daquele previsto em lei, é como se ambas, sabendo que pode surgir uma controvérsia, renunciassem a esse benefício"[37].*

Por outro lado, entende José Ignácio Mesquita que :

As normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas fundadas na soberania nacional e, por isso, não se acham submetidas à vontade das partes interessadas. Como disse Chiovenda, é 'evidente que a jurisdição que o Estado se

arroga inspirando-se em supremos interesses nacionais, não pode representar objeto de disposição das partes litigantes[38].

Diante destas duas correntes doutrinárias, a construção dos entendimentos relativos à validade das cláusulas de eleição de foro, vem sendo realizada, a partir da análise do caso concreto. Como leciona Barbosa Moreira[39]:

*Com certa freqüência, as partes de contrato com elementos internacionais fazem inserir no respectivo instrumento uma 'cláusula' (na verdade, negócio jurídico distinto) em que se elege a Justiça de determinado país como o foro próprio para o Julgamento de quaisquer litígios porventura oriundos do contrato. O direito brasileiro admite, em princípio, pactos deste gênero, seja quando designam a Justiça brasileira em hipótese não prevista legalmente como de sua competência, seja quando indicam alguma Justiça estrangeira, em hipótese incluída na competência (não exclusiva!) da Justiça brasileira. **Examina-se, naturalmente, a validade do pacto de eleição, no caso concreto. (grifos nossos)***

Frente à realidade dual da doutrina brasileira, têm-se observado, certo recrudescimento das decisões judiciais nacionais no sentido de se restringir a autonomia da vontade na escolha do foro competente, nos supostos da competência concorrente da Justiça nacional[40].

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, por via do Recurso Especial nº 804.306 SP, já referido, discutiu-se acerca da validade de cláusula de eleição de foro *vis a vis* à competência da Justiça brasileira, prestigiando a esta última.

Fazendo uma breve análise do direito comparado, recorre-se, no presente texto, ao tratamento dado à cláusula de eleição de foro, pelo sistema norte-americano a fim de melhor elucidar a questão relativa à possibilidade de derrogação do foro competente, mesmo que esse tenha sido escolhido pela via contratual.

2.0. Comentários ao direito comparado: cláusula de eleição de foro no sistema norte-americano.

The Bremen v. Zapata Off-Shore Co[41] e *Bonny v. Society of Lloyd's*[42] representam divisores de águas no tratamento norte americano relativo à validade das cláusulas de eleição de foro. Previamente a tais decisões, as cortes relutavam em aceitar essas cláusulas.

No caso de *Bremen v. Zapata*, a empresa americana, sediada em Houston, Zapata Off-Shore Co, promoveu uma licitação com o propósito de celebrar contrato cujo objeto era o reboque de uma plataforma de petróleo (denominada chaparral) de Louisiana-EUA para a Itália, tendo como foro competente, conforme previsão contratual, o de Londres.

Entretanto, na execução das atividades contratadas, especificamente no transcorrer do reboque, em funções de complicações técnicas, a plataforma sofreu avarias ficando fortemente danificada. Em decorrência, Zapata Off-Shore Co ajuíza, nos Estados Unidos - EUA, demanda requerendo reparação material pelo prejuízo causado pela empresa vencedora da licitação.

A empresa contratada, contudo, através de recurso próprio, excepciona a competência do tribunal norte-americano em virtude de uma cláusula contratual que elegia o foro de Londres para solução de eventuais litígios. Concomitantemente, a mesma sociedade, deu início a um processo judicial em Londres, em face da contratante que igualmente excepcionou a jurisdição do foro londrino. Uma terceira ação foi então proposta pela empresa rebocadora, em solo norte-americano, visando limitar a responsabilidade em virtude do acidente.

A Suprema Corte dos EUA, diante das várias ações concomitantes, acatou a cláusula de eleição de foro e decidiu que, exceto em casos de demonstração cabal de inconveniência do foro acordado, a cláusula deve ser respeitada, ainda que em detrimento da sua própria jurisdição.^[43]

Nesse importante julgado, a Suprema Corte americana estabeleceu que se a parte norte-americana provasse em instâncias inferiores que o foro eleito não seria conveniente por razões importantes e fundamentais, então se poderia admitir a jurisdição americana e ignorar a cláusula de eleição de foro. ^[44]

No caso *Bremen*, a Corte considerou a eleição do foro bastante razoável, já que pela perspectiva da segurança jurídica, o respeito à escolha do foro pelas partes traria maior certeza às transações internacionais e como o foro de Londres não estava diretamente envolvido no episódio, classificou-se como foro neutro, além de ser especializado no assunto. Ademais, ressaltou-se que todos os elementos apresentados na tentativa de afastar o foro escolhido eram previsíveis ao tempo da constituição do contrato.

A partir de então, as cortes norte-americanas começaram a aplicar as cláusulas de eleição de foro com grande frequência, até chegarem no importante caso de *Bonny v. Society of Lloyd's*, o qual foram aprofundadas as hipóteses de exceções para a aplicação das cláusulas de eleição de foro.

Desta forma, apesar de a primeira decisão ter previsto a hipótese de se excetuar a cláusula de eleição de foro, não se estabeleceu quais circunstâncias seriam necessárias para tal exceção. Somente no caso *Bonny v. Society of Lloyd's* é que se discriminou as situações possíveis para o afastamento das cláusulas eletivas.

Nesse sentido, ficou decidido que, em caso de cláusula de eleição de foro, a corte poderá declará-la nula nas seguintes situações: (a) que a cláusula haja sido incluída no

contrato como resultado de lesão ou fraude; (b) que a aplicação da cláusula resulte em uma inconveniência tão grave que a parte afetada seja privada de seu direito de acesso à justiça (*day in court*); (c) que a aplicação da cláusula resulte injusta ou irrazoável segundo as circunstâncias do caso concreto.[45].

As situações (b) e (c) do caso *Bonny v. Society of Lloyd's* caracterizam a chamada doutrina do *forum non conveniens*, nome com qual se denomina a possibilidade de uma corte declinar sua competência para julgar uma demanda por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhores atendidos em outro foro alternativo[46].

3.0. Cláusula de eleição de foro & *forum non conveniens*:

A doutrina do *forum non conveniens* se identifica por ser uma técnica processual cujo propósito é fornecer subsídios para o julgador decidir, dentre as cortes concorrentes, qual deve resolver uma controvérsia.

A regra geral é a de que se respeitem a eleição do foro acordada pelas partes. Contudo, e tendo como paradigma a doutrina norte-americana, há uma considerável carga subjetiva na análise da conveniência do foro. O juiz deve analisar os fatores que tornam o processo mais eficiente, mais célere e menos custoso; a influência que o resultado do litígio causará na comunidade do próprio foro; além de outros elementos eminentemente subjetivos.

O caráter discricionário da conveniência do foro é característica inerente da doutrina do *forum non conveniens* cuja verificação dos requisitos para aplicação deve se dar em cada caso concreto. A liberdade do juiz se fundamenta na finalidade teleológica do instituto de se preocupar principalmente com o julgamento justo.[47]

No caso do sistema jurídico norte-americano, é possível que as cortes estadunidenses declinem de suas competências com base na doutrina do *forum non conveniens*, ainda que haja cláusula eletiva de foro[48], a depender dos elementos do caso concreto. O ordenamento estadual de Nova York limitou a facultatividade das cortes estaduais de aplicar a doutrina do *forum non conveniens*, proibindo-as de invocar a doutrina quando: (i) as partes hajam submetido expressamente à competência das cortes de Nova York; (ii) no contrato tenha se elegido como lei aplicável, a lei de Nova York e (iii) o valor do contrato exceda um milhão de dólares[49].

Conquanto não exista regramento equivalente no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode deixar de destacar, prática antiga pela nossa jurisprudência, de afastar cláusula eletiva de foro em contratos envolvendo relação de consumo, onde, de certa forma, aplica-se a idéia do foro mais conveniente para o consumidor, que é a do seu domicílio.

Nesse sentido, observa-se no processo de reforma das regras processuais brasileiras, o parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil Brasileiro[50], pelo qual "A

nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para juízo de domicílio do réu".

Apesar da existência da cláusula indicando que as partes, exercendo a autonomia da vontade, tenham concordado em litigar em determinado foro, especificado no contrato, é possível a oposição da exceção do *forum non conveniens* no intuito de desaforar o processo para um foro alternativo.

A cláusula de eleição de foro, ainda que vinculante, não retira da esfera de atribuições a possibilidade de análise do próprio Tribunal de sua competência. Ou seja, nas situações em que a aplicação da cláusula se mostre irracional e injusta ou decorra de fraude ou lesão, a cláusula de eleição de foro será afastada[51].

3.1. O Recurso Especial nº 804.306-SP e os contornos da *derogatio fori* no Brasil.

Como anteriormente analisado, o artigo 88 do Código de Processo Civil cuida de hipóteses de competência concorrente (cumulativa), em que a competência do Poder Judiciário Brasileiro não afasta a de outro Estado. Assim, eventual ação que envolva uma das três hipóteses previstas no artigo em comento, pode ser proposta perante a Justiça brasileira, ou de outro país, desde que também seja competente para analisá-la.

A questão que se colocava era relativa à validade da cláusula de eleição de foro estabelecida no contrato de representação comercial firmado entre as partes *RS Componets Limited* e *RS do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda.*

Especificamente, o tema trazia à tona os seguintes pontos: validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, bem como, a necessidade de se definir se a cláusula de eleição de foro seria suficiente para afastar a competência prevista nos dispositivos do artigo 88 do CPC.

Quanto à primeira questão, decidiu a Corte que as cláusulas de eleição de foro nos contratos de adesão são válidas, conforme enuncia a Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal[52], desde que *não haja abusividade e prejuízo para a defesa*. Seguindo a decisão de primeira instância, o tribunal entendeu por "um prejuízo efetivo claro" para a parte recorrida (*RS do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda*) a mencionada escolha de foro (Londres) e, conseqüentemente, a invalidez da referida cláusula.

Em relação à derrogação da justiça brasileira quando ocorra algum dos pressupostos estabelecidos no artigo 88 do CPC, a Corte, se posicionou também favorável à decisão monocrática, da seguinte forma: "*É cabível a jurisdição nacional porque aqui deveria ser cumprida a obrigação*".

O artigo 88, como mencionado com anterioridade, estabelece em seu inciso segundo que será competente a justiça brasileira quando aqui tiver que ser cumprida a obrigação. Entendendo que a competência a que trata o artigo supra referido é cumulativa, claro seria a afirmação de serem válidas as cláusulas de eleição de autoridades administrativas

estrangeiras para o processamento e decisão de eventual controvérsia entre as partes contratantes.

A validade de escolha da jurisdição brasileira não deveria, por conseguinte, estar baseada na alegação de ser no território brasileiro o cumprimento da obrigação, pressuposto do inciso segundo, do artigo 88, sob pena de transformar de "concorrente" à "exclusiva" a competência na lei aludida. Além de desprestigiar a autonomia das partes na escolha do foro competente para julgar eventuais demandas porventura existentes em suas relações.

Dessa forma, o julgado fortalece o pensamento de que nos casos cujos elementos fáticos se enquadrem em um ou mais supostos do artigo 88 não poderá ser derogada a jurisdição brasileira pela vontade das partes, dando *caráter de exclusividade não só a competência descrita no artigo 89 do CPC, mas, também, à competência concorrente*^[53].

Para os Ministros julgadores, quando a execução contratual se dá inteiramente no território brasileiro, impõe-se o reconhecimento da competência internacional brasileira, que não pode ser afastada por cláusula contratual, posicionamento já referendado por outras decisões judiciais.

Preferiram os julgadores a doutrina menos internacionalista, que salienta que se trata de regra de fixação de competência, mais precisamente, da jurisdição nacional, cujo principal fundamento é a soberania nacional, o que impede a alteração por manifestação da vontade das partes.

Assim, os limites da jurisdição nacional, predefinidos no artigo 88, não podem ficar "a mercê" da vontade de particulares. Foi esse o principal fundamento apontado para a manutenção da competência da justiça brasileira, em detrimento da cláusula de eleição de foro estabelecida entre as partes

O Recurso Especial n. 804.306 - SP fortalece o entendimento restritivo à validade das cláusulas de eleição de foro nos supostos da concorrência concorrente brasileira, reforçando o entendimento restritivo quanto aos limites da concorrência cumulativa no Brasil, tal como já analisava Rechsteiner, que:

Se for proposta pelo autor uma ação perante o juízo do domicílio do réu no Brasil ou aqui deveria ser cumprida a obrigação principal, diverso do foro alienígena eleito pelas partes, deve prevalecer a competência do juiz brasileiro, não sendo possível, nesse caso, que a cláusula de eleição de foro, embora válida, afaste a jurisdição nacional. O direito brasileiro se distingue neste sentido de ordenamentos jurídicos estrangeiros que estão prevendo basicamente a exclusividade do foro contratual ou uma presunção de sua exclusividade no contexto internacional^[54]

Conclusão:

Não obstante a inserção cada vez mais notória do Estado brasileiro nos processos de internacionalização e da conseqüente integração de seu território à mobilidade das relações jurídicas internacionais e regionais, o sistema de regras definidoras de sua competência internacional é escasso e ainda não coaduna com as tendências contemporâneas relativas à matéria.

Em especial, observa-se a ausência da multilateralização em suas estruturas e da incorporação em tal regime normativo, de institutos jurídicos já utilizados por outros ordenamentos do continente americano, como exemplifica, o *forum non conveniens*.

A jurisprudência nacional sobre a temática vem sendo crescente, entretanto, as decisões que discutem a competência brasileira em causas pluriconectadas, conforme se buscou demonstrar, vem sendo pouco flexíveis à derrogação de tal jurisdição, seja por vontade das partes, seja em função de uma melhor conveniência a raiz do caso concreto.

A perspectiva é a de que a realização de tratados regionais ou, ainda, multilaterais referentes ao tema e, claro, à sua posterior promulgação ao sistema nacional, lhe permita uma maior aproximação às realidades e necessidades trazidas em razão das relações jurídicas contemporâneas.

Bibliografia Especializada:

ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed., Rio de Janeiro:Renovar 2006.

ALMEIDA, Ricardo R., "Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro", *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

ALL, Paula Maria, " Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino", in *Litígio Judicial Internacional, De Cita - direito do comércio internacional temas de atualidades*, 04.2005, p.422 a 444.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo :Forense, v.1., 501,1994.

BARBOSA Moreira, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 5ª série. São Paulo:Saraiva,1988.

BRAND, Ronald. "Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention" in *Reform and Development of Private International Law/* Festschrift for Sir Peter North, James Fawcett, ed., Oxford University Press, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUND, John J. et al. *Civil procedure, cases and material*. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

GARRO, Alejandro M., "Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde uma perspectiva comparada" . *De Cita - direito do comércio internacional temas de atualidades*, 04.2005, p.174 a 206.

GRECCO F., Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11ªed. São Paulo: Saraiva, 1991;

José Carlos Fernandez Rozas e Sixto Sánches Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas:Madrid, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51 a 71.

RECHSTEINER, Beat W., *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 11.ed., ver., São Paulo:Saraiva, 2007.

RIVAS, Eugenia G. *La doctrina de "forum non conveniens"*.disponível em <http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/2002/2-Semestre/doctrina%20forum.doc>. Acessado em 01.08.2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10. ed. Forense, v. 1, n. 501. 1976.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A competência internacional do Judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes*. In: Baptista, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coords.). *Direito e comércio internacional: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.

STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, 2.ed., São Paulo: Editora dos Revista dos Tribunais, 1992.

TIBURCIO,Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[1] Este artigo foi elaborado com a colaboração dos mestrandos Marcel Vitor de Magalhães e Guerra e Marcos Simões Martins Filho, ambos da UFES.

[2] Publicado em 12/12/2008.

[3] Publicado em 03 de setembro de 2008.

[4] Na atualidade, a única hipótese de prisão civil no direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional em matéria de direitos humanos, só admite a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel." (HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-10-08, DJE de 24-10-08). No mesmo sentido: HC 95.967, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-11-08, DJ de 28-11-08).

[5] A Emenda constitucional n.45, de 08 de dezembro de 2004, e publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004, alterou de forma bastante significativa o sistema jurídico brasileiro, em seus diversos aspectos. No campo do direito internacional, as duas principais modificações foram relativas, uma primeira, à incorporação do parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal, concedendo *status* de Emenda Constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados conforme o quórum ali previsto; e a outra, a transferência para o Superior Tribunal de Justiça, em detrimento do Supremo Tribunal Federal, da competência de processar e julgar os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. de acordo com novo artigo 105,I, "i".

[6] Que equipara os tratados internacionais às leis federais (ordinárias). Como *leading case* o RE 80.004/SE de 01.06.1977, DJ 29.12.77 e mais hodiernamente a ADI-MC nº 1.480 Min. Celso de Mello DJ 18.05.2001.

[7] GRECCO F., Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11ªed., São Paulo:Saraiva, 1991, p.167.

[8] ... " *a jurisdição a é ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.*" (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

[9] Para Liebman, " *a competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a 'medida da jurisdição'*. Em outras palavras, ela determina em que casos e com relação a que controvérsias tem cada órgão em

particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuída" (Enrico Tullio Liebman, Manual de direito processual civil, trad. port., Forense, 1984, v. 1, n. 24, p. 55)". Citação extraída de: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67-68.

[10] Nesse sentido, RECHSTEINER, Beat Walter, *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 11.ed., São Paulo:Saraiva, 2007, p.22 2 e SS.

[11] O Código de Processo Civil brasileiro não apenas determina regras de competência internacional, como também, as regras de competência interna. Essa é fixada segundo três critérios: o objetivo, o funcional e o territorial. Respectivamente os critérios apontados são trazidos pelo Código de Processo Civil brasileiro nos artigos 91 e 92; 93 e 94 a 100. O critério objetivo se relaciona à natureza da causa - em razão da matéria, do seu valor ou da qualidade das pessoas; o critério funcional é extraído da natureza especial e das funções que o juiz é chamado a exercer no processo; por fim o critério territorial está relacionado à atividade de cada órgão jurisdicional. Como mencionou Moacyr Amaral Santos (Comentários ao Código de Processo Civil, 10. ed. , São Paulo:Forense, v. 1, p. 301), "a distribuição das competências não se faz de modo arbitrário, mas sim segue determinados critérios. Seguindo a trilha clássica de Chiovenda, ensinou Celso Agrícola Barbi que " *a doutrina moderna mais aceita considera que a competência interna é fixada segundo três critérios: o objetivo, o funcional e o territorial. O objetivo é extraído da natureza da causa - competência em razão da matéria, ou de seu valor, ou da qualidade das pessoas; o funcional é extraído da natureza especial e das exigências especiais das funções que o juiz é chamado a exercer num processo; e o territorial relaciona-se com a circunstância territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional"*. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo:Forense, 501, p.302.

[12]. *Informativo 189 do STF -SE 5.778-EUA*.citado por CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência* , 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005, p.74.

[13] Esta garantia está prevista na Constituição Federal Brasileira, em particular no art. 5º XXXV, LXXVIII, introduzido em tal texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004. Assim como em diferentes tratados internacionais já ratificados pelo Estado Brasileiro, em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

[14] José Carlos Fernandez Rozas e Sixto Sánches Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas:Madrid, 1999, p.126.

[15] Como efeito da exclusividade, ainda salienta Athos Gusmão Carneiro, *in Informativo 189 do STF - SE 5.778-EUA," Mostra-se relevante, no contexto ora em exame, a norma inscrita no art. 90 do CPC que consagra a prevalência da competência internacional da autoridade judiciária brasileira sobre processos em curso no exterior ou sobre decisões já proferidas por tribunais estrangeiros, ainda que com trânsito em julgado, pois, enquanto não sobrevier a homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, do ato sentencial alienígena, inexistirá qualquer obstáculo a que a Justiça do Brasil*

conheça da mesma causa e de todas aquelas que, com ela, guardem relação de conexidade."

[16] No caso brasileiro, como explica Ricardo Ramalho de Almeida, " ... se de outro extremo a competência brasileira for exclusiva, acenderá imediatamente o sinal vermelho, por se tratar de motivo de per si suficiente para a denegação da homologação" , in " Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro", *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.302.

[17] Art. 89 Do Código de Processo Civil Brasileiro.

[18] RECHSTEINER, Beat W, *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 11.ed., ver., São Paulo:Saraiva, 2008, p.253.

[19] RECHSTEINER, Beat W, *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, op.cit., 253.

[20] Nesse sentido, analisando o sistema argentino, Paula Maria All, " Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino" , in *Litígio Judicial Internacional*, De Cita, Zavalia, 2005, p.429.

[21] RECHSTEINER, Beat W, *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, op.cit., 251;

[22] A respeito da interpretação restritiva da competência exclusiva da Justiça Brasileira, explica Nadia de Araújo, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*, Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p.234 que " sobre o objeto do litígio, há controvérsia, se aplicável, apenas às ações in rem - fundadas em direito real - e, não às ações in personam - fundadas em direito obrigacional" . A princípio, e seguindo de perto o entendimento da renomada autora, "essas ações só abrangem a de cunho real. As fundadas em obrigações não estão no rol do art. 89."

[23] ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed., Rio de Janeiro:Renovar 2006.p.213.

[24] Enuncia o art. 88 do Código de Processo Civil brasileiro que é competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II _ no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III_ a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil;

[25] Conforme o artigo 89 do Código Civil Brasileiro, é de competência exclusiva da justiça nacional, *ex vis*, " I. conhecer das ações relativas à imóveis situados no Brasil; II. Proceder inventários e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional" .

[26] ALMEIDA. Ricardo R. , " Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro" , *Contratos Internacionais/*

Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.301.

[27] CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, 14.ed., São Paulo:Saraiva, 2005 p.73-74.

[28] Conforme ensina Nadia de Araújo, " *outra ponderação diz respeito à finalidade da norma de competência internacional, que pode ser dividida em duas: a) quando cuida do conhecimento originário de uma lide que por sua pluriconexidade, pode ser julgada pela Justiça de um ou mais Estados; ou mesmo fi objeto de uma ação já iniciada no estrangeiro; b) Quando é analisada no momento do reconhecimento das decisões estrangeiras e laudos arbitrais (que para te eficácia no território nacional precisam ser homologadas pelo STJ) e no pedido d cumprimento de medidas judiciais rogadas por juízes ou tribunais estrangeiros , in Direito Internacional Privado: teoria e prática, 3.ed., Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p.214.*

[29] Nos casos de competência concorrente, conforme enuncia Athos Gusmão Carneiro, " *nesses casos, se a demanda vier a ser proposta e julgada fora do Brasil, a sentença do juiz estrangeiro poderá ser cumprida no Brasil, evidentemente, depois de homologada pelo Superior Tribunal de Justiça*", in *Jurisdição e Competência*, op. cit., p.74.

[30] Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou, entre outros dispositivo, o artigo 105, inciso I, alínea 'i' da Constituição Federal brasileira, transfere do Supremo Tribunal Federal Brasileiro para o Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias Em maio de 2005, através da Resolução nº 9, são estabelecidos os critérios para tal competência, em particular, o artigo nº 5º determina as condições indispensáveis à homologação de sentença estrangeira, dentre eles, haver sido a sentença proferida por tribunal competente e terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia., ou seja não haverem se submetido à jurisdição estrangeira. A princípio, e como bem explica Ricardo Almeida Ramalho, " *se a parte compareceu espontaneamente ao juízo estrangeiro e lá se defendeu plenamente, terá sido regularmente citada e não haverá problemas em considerar-se atendido o requisito da competência, reconhecendo-se À renúncia à atuação da jurisdição nacional (no caso brasileira) op.cit., 303.*

[31] ALMEIDA. Ricardo R. " Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro" , *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.303.

[32] Explica José Carlo Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, 5ª série, op.cit., p.146, que " *enquanto a competência não -exclusiva admite o pactum de foro prorrogando, isto é, escolha de foro pelas partes, a exclusiva com ele não se coaduna*".

[33] STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, 2.ed., São Paulo: Editora dos Revista dos Tribunais, 1992, p.254.

[34] José Carlos Fernández Rozas e Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999, p.140.

[35] José Carlos Fernández Rozas e Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privdo*, op.cit, 140.

[36] SOARES, Guido Fernando Silva. *A competência internacional do Judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes*. In: Baptista, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coords.). *Direito e comércio internacional: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994, p.292.

[37] TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

[38] Continua o autor, afirmando que "*Os limites da jurisdição nacional não podem, por isso, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência dos tribunais, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional. Assim, a propositura da ação perante juiz internacionalmente incompetente, mesmo sem oposição do réu, não prorroga a competência internacional desse juiz; do mesmo modo, a propositura de ação perante autoridade judiciária de um Estado internacionalmente competente para a causa não previne a jurisdição deste contra a autoridade de outro Estado que pelas leis do primeiro, também seja (concorrentemente) competente para a mesma causa. Salvo convenção em contrário, é inoperante a litispendência estrangeira (CPC, art. 90), de modo que a mesma causa pode ser simultaneamente proposta perante as autoridades judiciárias de dois Estados diferentes. As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública. Por isso mesmo, não se aplica à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a divide em competência absoluta e relativa.*" MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

[39] Barbosa Moreira, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 5ª série, op.cit., p. 146.

[40] Como chama atenção ALMEIDA. Ricardo R. , " Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro" , *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.297 e ss.

[41] 407 U.S. 1 (1972)..

[42] 3 F.3d 156 (7th Cir. 1993)..

[43] Bremen v. Zapata 407 US 1 (1972).

[44] Nesse sentido ver TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

[45] BRAND, Ronald. *Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention in Reform and Development of Private International Law: Festschrift for Sir Peter North*, James Fawcett, ed., Oxford University Press, 2002.

[46] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. Na perspectiva da utilização do instituto na América-latina, GARRO, Alejandro M., "Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada" *.De Cita, direito do comércio internacional tem de atualidades*, 04.2005, p.175.

[47] COUND, John J. et al. *Civil procedure, cases and material*. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993.

[48] RIVAS, Eugenia G. *La doctrina de "forum non conveniens"*. disponível em <http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/2002/2-Semestre/doctrina%20forum.doc>. Acessado em 01.08.2008.

[49] NYCPLR s327 (McKinney's 1987 supp) (1984 NY Laws, Ch 421, NY Gen Oblig Law s 5-401).

[50] Incluído pela Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006.

[51] *No próprio sistema norte-americano que algumas cortes (circuits) não aplicam a doutrina do forum non conveniens quando a cláusula de eleição de foro é do tipo vinculante ou obrigatórias (mandatory). No caso AAR International, Inc. v. Nimelias Enterprises S.A AAR Int'l, 250 F.3d at 525-26.*[51], a corte entendeu no sentido de que a parte que acorda com a cláusula vinculante de eleição de foro ("mandatory forum selection agreement") renuncia a todas as objeções e exceções relacionadas ao foro escolhido. Na doutrina brasileira, Barbosa Moreira, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 5ª série, op.cit. p. 146.

[52] *É válida a cláusula de eleição de foro pra os processos oriundos do contrato.* STF Súmula nº 335 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 147.*

[53] ALMEIDA. Ricardo R. , " Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro" , *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.301.

[54] RECHSTEINER, Beat W., *Direito Internacional Privado*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 235-6

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO NAS DECLARAÇÕES UNIVERSAIS DE DIREITOS HUMANOS

THE INTERNATIONAL LAW CONSTITUTIONALIZATION AND THE PROTECTION OF FREEDOM OF SPEECH AND COMMUNICATION IN UNIVERSAL DECLARATIONS FOR HUMAN RIGHTS

**Vladimir da Rocha França
Claudio Mirol Batista de Oliveira Junior**

RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em abordar o fenômeno da constitucionalização do direito internacional e suas influências no constitucionalismo brasileiro, notadamente em face à proteção ao instituto da liberdade de expressão e seus derivados, sob a ótica das principais declarações e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: DECLARAÇÕES DE DIREITOS, DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO

ABSTRACT

The main goal of this work is to approach the international right constitutionalization phenomenon and its influence on brazilian constitutionalism, specially focusing freedom of expression and its derivatives, under the light of the main declarations and international treaties for human rights protection.

KEYWORDS: RIGHTS DECLARATIONS, FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS, FREEDOM OF SPEECH AND COMMUNICATION

1. Considerações iniciais

1.1 A Liberdade de Expressão, os Direitos Fundamentais e a internacionalização do Direito Constitucional

O Direito Internacional contemporâneo, com suas repercussões no tocante à difusão do constitucionalismo e as suas derivações sob a forma do Direito Comparado e o Direito Comunitário, tem a sua origem na idade moderna com os Tratados da Westfália.

Neste veio a ser reconhecida *a primazia de uma ordem internacional baseada em estados-nações*, com o reconhecimento mútuo entre si, tanto no tocante à certeza suas fronteiras, quanto em face à legitimidade dos seus governos, dando criado o sistema europeu de estados, tal com citado por **Huntington**.^[1]

Este sistema cresce fortemente a partir do *Congresso de Viena* em 1815 que encerrou o período revolucionário com raízes na Revolução francesa, com um acordo em grande escala feito entre as potências européias, com o intuito de trazer estabilidade para o continente e equilíbrio entre os seus poderes.

As convenções de Genebra em fins do século XIX, sobre os direitos dos presos de guerra a as convenções de supressão da pirataria e do tráfico de escravos foram o primeiro passo.

A Primeira Guerra Mundial e as conseqüências do malfadado Tratado de Versalhes, que criou a Liga das Nações e a OIT, deu impulso ao aprofundamento das legislações com forte teor social, e a difusão dessas juntamente com os primeiros organismos internacionais.

Como marco inaugural do constitucionalismo de cunho social inaugurado neste período, temos respectivamente as constituições do México, de 1917 e a da Alemanha de 1919, já anteriormente mencionadas.

A difusão do constitucionalismo vem se tornando um elemento essencial da chamada *terceira dimensão de direitos fundamentais* que será caracterizada principalmente pela *internacionalização de direitos*, no rastro do processo que hoje denominamos de globalização, que, como não podia deixar de ser, passa a ter reflexos na dimensão jurídica.

O *Código de Bustamante* de 1928 deu impulso à codificação e sistematização do direito internacional privado, sendo aceito na *Conferência pan-americana de Havana* naquele ano.

Concomitantemente com a constitucionalização de grande parte do continente europeu (que em certos casos tratou-se de uma verdadeira reconstitucionalização) e posteriormente nas Américas, surgiram tratados internacionais versando sobre proteção a direitos humanos tais como a *Primeira Convenção de Genebra* em 1864 que teve o objetivo de garantir o socorro aos soldados feridos em batalha.

Posteriormente por meio das *Convenções de Haia* (1907) e das outras *Convenções de Genebra* (1925, 1929, 1949) foram celebrados tratados que estenderam princípios humanitários aos conflitos marítimos, que proibiram o uso de armas químicas ou bacteriológicas, do cuidado aos prisioneiros de guerra e a última, finalmente, estendia a proteção à população civil em zonas de conflito.

Essa tendência foi acentuada após os abusos cometidos em larga escala contra os direitos humanos durante as duas guerras mundiais, demonstrando a necessidade de documentos de proteção que atuassem em uma escala mais ampla, dando início a uma verdadeira *globalização dos Direitos Humanos*, cujo marco inicial pode ser considerado a fundação da Organização das Nações Unidas e a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que criou um marco na história do Direito Internacional, no sentido de estabelecer *parâmetros de respeito mínimos aos direitos fundamentais*, buscando estender uma proteção jurídica a todos os membros da comunidade global.

O Brasil, como crescente protagonista na arena internacional, veio, desde a Declaração de 1948, com a fundação na ONU a aderir e participar de praticamente todos os pactos internacionais de proteção a direitos fundamentais, integrando estes ao ordenamento jurídico pátrio.

Na realidade, no rastro da globalização e positivação dos direitos fundamentais, hoje vem sendo observado à formação de um verdadeiro *Direito Constitucional Internacional*, trazendo repercussões diretas sobre o sistema de direito público interno.

Bonavides bem constatou este fenômeno e suas influências em face ao constitucionalismo brasileiro expondo que “*Duas tendências observadas no campo institucional e que alguns publicistas (González, Arinos etc.) compendiam numa terminologia bastante clara e adequada – a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional – são suficientemente fortes para inculcar o grau de influência mútua verificada entre as mencionadas disciplinas. A primeira tendência afirma-se na recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna (preceitos incorporativos: Constituição alemã de 1919, art. 4º; Constituição espanhola de 1931, art. 7º; e preceitos integrativos: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, art. 26). Outras constituições, como a brasileira, proclamam o princípio de renúncia a todas as guerras de conquistas e estabelecem o recurso ao arbitramento (CF brasileira de 1946, art. 4º)*”.[2]

Continua **Bonavides** expondo que “*A segunda tendência – a constitucionalização do direito internacional – é, talvez, mais recente. Manifesta-se através da inspiração que a ordem constitucional oferece aos internacionalistas, abraçados, com fervor, à idéia de implantação de uma comunidade universal de Estados devidamente institucionalizada. A Carta da ONU (Organização das Nações Unidas) é desses documentos que sugerem a imitação, ainda um tanto rude, do modelo constitucional, como se estivesse a criar nos três órgãos básicos – a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança e a Corte de Justiça, respectivamente – a imagem dos três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que distinguem, com seu perfil característico, a organização do Estado Moderno*”.[3]

O direito brasileiro passa atualmente por uma fase no qual o sistema normativo de direito público interno vem se tornando crescentemente vinculado aos pactos internacionais de proteção aos direitos fundamentais, estes agora sob a forma de direitos humanos uma vez acrescidos do atributo de universalidade.

No tocante a este processo e em face das suas repercussões sobre o constitucionalismo brasileiro, bem aponta **Bonifácio**: “*No Brasil, o processo de constitucionalização vem seguindo esses passos, com um significativo avanço na atual Constituição. O constituinte brasileiro, acompanhando uma tendência do constitucionalismo global, percebeu o momento e não se fechou à dialética instigante do tema. Daí poder afirmar que os direitos fundamentais projetam um modelo de Estado perante a Comunidade local e Internacional e, ao mesmo tempo, recebem projeções das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo exemplo a compatibilidade do título dos direitos fundamentais com as normas dos Pactos anexos à Declaração; e ainda, se é fato que os direitos naturais são inerentes ao homem, a sua positivação, em meio ao processo constitucional histórico, confere a força de vinculação jurídica que deve acompanhar valores tão caros à sociedade, em qualquer tempo*”.[4] A adoção do *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* como diretriz primária dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, vem causando uma verdadeira revolução no direito brasileiro no tocante à hierarquização normativa. Recentemente, votos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), vieram no sentido de solidificar o entendimento de que os pactos internacionais de proteção às Direitos Humanos se sobrepõem ao *ornamento infraconstitucional interno*, encontrando-se abaixo somente do texto constitucional.

Passamos agora a expor a positivação do instituto da liberdade de expressão e de comunicação em face aos pactos internacionais de proteção aos Direitos Fundamentais.

2. Principais Declarações Internacionais de Direitos Humanos Fundamentais

2.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem

Em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas promulgou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, compilando a maior parte das liberdades conquistadas desde a Revolução Francesa.

A recém-fundada organização, cujas raízes remontam à *Carta do Atlântico* e a *Conferência de São Francisco*, teve origem em uma coalizão de estados, preponderantemente ocidentais, que se uniram com o objetivo comum de derrotar o eixo nazi-fascista, liderados pela Alemanha, Itália e Japão. Os princípios que nortearam a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) devem em muito à influência anglo-saxônica, em particular dos Estados Unidos e do Reino Unido, que inspiraram um movimento no sentido de *revitalização dos princípios do Direito Natural*, tendo a Declaração Universal tido uma forte influência por parte dos princípios jusnaturalistas, tratados como inerentes à própria condição humana.

Este movimento, sem dúvida, se deu em virtude de toda sorte de abusos e crimes de guerra provocados durante o decorrer do conflito mundial, principalmente por parte dos

estados apologistas das ideologias totalitárias, como o comunismo, o nazismo e o fascismo, vindo a se tomar a forma de *disposições fundamentais* da nascente Organização das Nações Unidas (ONU), estas enunciadas no sentido de colocar especial relevo à idéia de *Dignidade da Pessoa Humana*, com o fito de evitar que tais abusos viessem novamente a se repetir. Podemos afirmar que estas disposições, da forma em que as mesmas foram formuladas, viram dar origem a um *princípio*, servindo este de norte para os dispositivos restantes da declaração.

Este verdadeiro *núcleo principiológico*, veio influenciar direta ou indiretamente todos os documentos posteriores que trataram das matérias referentes aos direitos de natureza fundamental.

O aspecto principiológico como mostra **Comparato**, está no preâmbulo desta declaração: “*No segundo dos consideranda do preâmbulo, a Declaração menciona explicitamente as “quatro liberdades” proclamadas pelo discurso do Presidente Franklin Roosevelt, em 6 de janeiro de 1941. Ressalta-se, aí, que “o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”.* Logo no artigo I, a Declaração proclama os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade “[5].

Ao ser atribuído a aqueles princípios a natureza de *direitos da humanidade*, aumenta mais ainda a importância da Declaração, pois esta dá início a um processo histórico de positivação, em âmbito mundial, dos valores contidos dentro da idéia de direitos fundamentais, que uma vez acrescidos do atributo da universalidade, vem a ser tornar os direitos humanos atuais.

Com este movimento, iniciado pelo direito ocidental, inicia-se uma busca por uma *efetivação global de direitos e garantias fundamentais*, que perdura até hoje, através de uma série de convenções e tratados elaborados no sentido de propor a construção *de uma dimensão jurídica do fenômeno da globalização*.

Os direitos humanos ou direitos fundamentais universais começam a se difundir a partir da sua região de surgimento, a Civilização Ocidental e começa a se difundir por outras regiões do globo, não sem dificuldades de aceitação por parte das culturas não-ocidentais.

O documento da ONU vem proclamar ao mesmo tempo, os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões ao reconhecer tanto as liberdades políticas clássicas, de natureza individual, os direitos sociais básicos de natureza coletiva e anuncia o advento de uma nova ordem internacional no qual são reconhecidos direitos mínimos ao homem, agora em escala global.

A carta da ONU vem contemplar as liberdades de opinião e expressão em seu artigo 19, nos seguintes termos:

“Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.^[6]

No tocante à importância desta declaração como afirmação de princípios, afirma **Souza**, que: “*Percebe-se, pois, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio consolidar o ideal de universalização, deixando antever que os direitos humanos protegem o ser humano perante o Estado, a coletividade ou perante outros indivíduos, não importando quem seja o ocupante do pólo passivo ou ativo da relação social, bastando apenas que figure um ser humano como detentor da dignidade a ser preservada, já que o objetivo da Declaração é garantir uma vida digna a qualquer pessoa humana*”.^[7]

Embora o dispositivo seja de grande relevância moral e política, além de enunciar um princípio, há uma grande carência no tocante à sua concretização e aplicação eficaz.

Porém, deve ser ressaltado, que a grande problemática enfrentada pelo Documento das Nações Unidas, reside no fato de suas disposições *não possuírem força obrigatória perante os seus membros*, tal como, com propriedade, faz questão de ressaltar **Comparato**.^[8]

A aplicabilidade falha das disposições da ONU tem a sua raiz na própria *natureza* e na *composição institucional da organização*, pelo fato de que esta tem que obrigatoriamente observar *o respeito à soberania nacional dos seus estados-membros*, uma vez que a mesma foi fundada sob o signo do reconhecimento *do princípio da autodeterminação nacional*, trabalhando sob o paradigma *de uma ordem internacional formada por estados-nações dotados de soberania plena*.

Salvo em hipóteses bastante restritas, como as referentes à manutenção da paz e da segurança internacionais, envolvendo casos de segurança coletiva, previstas no artigo 1º e a cargo do Conselho de Segurança, a ONU *não dispõe de força coativa e não pode fazer interferências em sede de política interna*.

Isto faz com que desta forma, as Nações Unidas, tenham necessariamente que contar com uma dose de boa vontade do estado objeto da aplicação de eventuais sanções e com a concordância dos seus integrantes para que as suas disposições venham a ser aplicadas integralmente, dando abertura inevitavelmente as ingerências de ordem política. São raros os casos em que há unanimidade para deliberações, trazendo problemas evidentes no tocante à efetividade das suas disposições.

A título de exemplo, a *Corte Internacional de Justiça*, que deveria atuar como instância jurisdicional por excelência, tem a sua atuação bastante limitada, uma vez que os Estados-membros *não se submetem ao mesmo de pleno*, salvo declaração em contrário, na qual os mesmos venham a aceitar expressamente a se colocar sob sua jurisdição.

A declaração da ONU proclama ainda, em conexão com a matéria aqui abordada, a proteção da vida privada, tal como reza ainda no seu artigo XII. Este determina que:

“Art. 12. Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.^[9]

Vale lembrar que as liberdades de expressão e de imprensa, encontram seus limites no respeito à vida privada e na proteção aos direitos de personalidade, quer seja por parte dos órgãos de mídia, quer seja neste respeito por parte dos particulares, tese esta que veio a ser albergada nos termos da Declaração da ONU.

Para fiscalizar possíveis violações aos termos dos seus dispositivos fundamentais no tocante ao respeito à dignidade da pessoa humana, ainda no ano de 1946 veio a ser criada a *Comissão de Direitos Humanos*, com a função tanto de promover como de buscar a proteção desses direitos.

Eventuais violações aos direitos humanos que venham a ser praticadas podem ser denunciadas a esta Comissão, tanto por parte de pessoa natural como por pessoa jurídica.

Como bem lembra **Comparato**,^[10] são três os requisitos para o recebimento da denúncia por parte da Comissão, sendo eles *a vedação ao anonimato e a notificação insultante*, que tenha havido *o esgotamento de todos os recursos internos* e que o caso *não tenha sido objeto de algum outro procedimento internacional*.

Os poderes deste Conselho vieram a ser reforçados com a criação do *Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos*, pela Resolução 48/181, com a função expressa de promoção do respeito universal a todos os direitos da pessoa humana.^[11]

2.2 A Convenção Européia de Direitos Humanos

A declaração enunciada na carta da ONU terminou por servir de inspiração de uma série de documentos posteriores tais como a *Convenção Européia de Direitos Humanos*, adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e em vigor desde 1953, com a finalidade de proteger as liberdades fundamentais dos membros pertencentes à comunidade de estados europeus.

A devastação que a Segunda Guerra Mundial causou na Europa deu a partida para o processo de unificação do continente, este ainda em progresso e realizando-se de maneira muitas vezes problemática, principalmente em temas delicados como imigração, política externa e o âmbito das normas de direito comum e sua relação com a soberania remanescente dos seus membros.

O Direito Comunitário europeu, ao qual devem ser conformadas as legislações os membros que aderiram às suas instituições, tem como principais fontes de natureza formal as seguintes: o Tratado de Paris de 1951, que instituiu a CECA (carvão e aço); o Tratado de Roma de 1957, que instituiu a CEE; o Tratado de Roma de 1957, que instituiu a CEEA (EURATOM); o Tratado sobre a União Européia, a partir de 1993.[12]

Thorstensen aponta ainda que “*Os Tratados originais foram alterados por diversos outros Tratados e Convenções, sendo os mais importantes o Ato Único Europeu de 1986 e os Tratados de Adesão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido de 1972, da Grécia de 1979 e de Portugal e Espanha de 1985. As fontes de direito secundário ou derivado são os atos adotados pelas instituições comunitárias que têm por fim realizar os objetivos dos Tratados*”.[13]

Também devem ser lembrados os termos de adesão de 1995 pelo qual, Áustria, Finlândia e Suécia, ingressaram na União; o de Maior de 2004, pelo qual quase todos os estados do extinto Pacto de Varsóvia e alguns da antiga União Soviética ingressaram no bloco, com este grupo compreendendo a República Checa, Eslováquia, Polónia, Hungria, Letônia, Lituânia, Eslovênia, Estônia, Chipre e Malta; esse processo se acelera em Janeiro de 2007, com a adesão da Bulgária e Romênia.

Nos anos de 1972 e 1994, a Noruega assinou também os tratados de adesão, sendo, no entanto, nas duas ocasiões, rejeitadas pela população por meio de referendos. O mesmo aconteceu com a Suíça, que celebrou o tratado, mas este foi rejeitado através de referendo popular em 2001.

Atualmente, Croácia, Macedónia e Turquia são candidatos a aderir à UE. As negociações com estes países foram iniciadas em 2005, podendo vir a se estender por vários anos.

Como marco positivo formal, o tratado pioneiro que lançou a semente da União, veio a ser o de Paris em 1951 que deu origem a *Comunidade Européia do Carvão e do Aço* (CECA).

O *Tratado de Roma* em 1957 criou a *Comunidade Econômica Européia* (CEE) tendo como membros fundadores França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, objetivando a criação de um mercado comum europeu abrangendo todo o continente. O *Ato Único Europeu* de 1986 previu a criação da União Européia visando à transformação da instituição de *entidade econômica* para uma *entidade política* no continente europeu, sendo reafirmado em seu preâmbulo, o compromisso com a defesa dos direitos humanos, sendo este exercido através da *adesão, ratificação e aplicação* da *Convenção Européia de Direitos Humanos*, condição *sine qua non* para o ingresso de novos membros dentro do bloco.

A CEE, transformada pelo *Tratado de Maastricht* de 1992, e em vigor a partir de 1º/01/1993, em *União Européia*, conta ao momento da concretização deste trabalho, com vinte e sete países-membros, abrangendo a quase totalidade do continente europeu, sendo a mais bem sucedida experiência do gênero de blocos econômicos, e possui ainda uma forte conotação política, criando de fato e de direito uma verdadeira *Confederação Européia*.

O *Tratado de Maastricht* veio mais uma vez a reafirmar os termos da Convenção Européia de Direitos Humanos, consagrando normativamente a jurisprudência da Corte de Luxemburgo, colocando os Direitos Humanos como princípios gerais de direito comunitário.[14]

Expõe no *artigo F do Tratado da União Européia* que: “a União Européia respeita os Direitos Fundamentais, conforme garantidos pela convenção Européia de Direitos Humanos, e conforme resultam das tradições constitucionais comuns aos estados-membros, na condição de princípios gerais de direito comunitário”. [15]

O processo pelo qual a unificação do continente vem tomando forma, ainda vem a ser fonte de grandes controvérsias, tanto no que vem a ser pertinente em face à forma, à profundidade e a velocidade pela qual se dará a integração, bem como o alcance e as competências relativas aos órgãos comunitários e, por fim, a própria feição final que tomará um futuro estado pan-europeu.

Em artigo, aponta **Farias** que “A União Européia não seria o primeiro caso histórico de atipia quanto à Forma de Estado – a história mostra que alguns países já adotaram sistemas “*sui generis*”, sendo exemplos bastante citados *Eça doutrina que trata do tema os casos da União Soviética e a Commonwealth britânica*”. [16]

No tocante às suas perspectivas, o processo de união no momento enfrenta uma crise decorrente da não-ratificação do projeto de constituição européia, rejeitada em referendo pela França e Holanda, tendo sido adotadas em 2007 as disposições do *Tratado de Lisboa*, que prevê um processo de integração trabalhando com horizontes mais dilatados.

Existem ainda polêmicas no tocante à admissão de novos membros, tais como a Turquia, pertencente ao mundo islâmico e os países da antiga União Soviética, como a Ucrânia.

Tratados e protocolos internacionais como o *Protocolo de Kioto*, sobre o controle do clima e os contribuíram para criar a *Organização Mundial do Comércio* e o *Tribunal Penal Internacional*, projetam um futuro um pouco mais promissor para a *internacionalização do direito*, acompanhando a globalização econômica e cultural, trazendo a estas o seu necessário complemento jurídico.

A *Convenção Européia de Direitos Humanos*, em contraste com os dispositivos da Declaração da ONU, possui *aplicabilidade obrigatória e plena para os todos os estados signatários*.

Entre os direitos fundamentais clássicos, os seus artigos 8, 9 e 10 tiveram a sua redação diretamente influenciada pela inteligência dos dispositivos correspondes que foram encartados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Eles dispositivos dão guarida, *respectivamente*, aos direitos dos cidadãos da União Européia de terem respeitados a vida privada e familiar, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e à *liberdade de expressão*.

No que toca à liberdade de expressão, o dispositivo correspondente ao artigo 10, estabelece o mesmo de forma bastante ampla, englobando também a liberdade de comunicação.

O mesmo vem dispor o seguinte:

“Artigo 10 – Liberdade de Expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias sem que possa haver ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede os Estados se submeterem as empresas de radiodifusão, de cinema ou de televisão a um regime de autorização de operação”.^[17]

De acordo com o modelo adotado pelos estados europeus, a aplicação da convenção veio no sentido de impor aos seus membros uma série de *obrigações de natureza positiva* aos seus signatários, no sentido de que sejam criadas políticas públicas que visem à concretização dos direitos previstos nos seus diversos documentos.^[18] A União Européia está estabelecida em uma série de tratados que aos poucos vêm agregando inovações *de caráter constitucional*, que vão dando à instituição progressivamente as feições de *um Estado federal*.

Em que pesem os problemas enfrentados no processo de união, esta ao menos é a opinião de **Lima**, a qual assim ele expõe: *“De forma incontestável, vários elementos fundamentam este tese: o Tratado não somente contém uma Carta de Direitos Fundamentais, como também estabelece a personalidade jurídica da União Européia, com a criação de um Ministério de Relações Exteriores. Ele anuncia as competências exclusivas à União Européia e as competências compartilhadas entre a União e os Estados. Ele reforça o poder do Parlamento Europeu, reduzindo o déficit democrático da comunidade europeia. O Tratado afirma aquilo que já tinha sido estabelecido pela jurisprudência da Corte de Justiça Européia: a primazia da norma comunitária sobre a norma nacional. Para muitos, com essas novas atribuições, a União Européia teria “ultrapassados os limites”: com a ratificação do Tratado Constitucional, o projeto constitucional seria transformado na norma jurídica europeia suprema, de uma nova ordem jurídica, superposta àquelas dos Estados signatários e à qual eles estariam subordinados”*.^[19]

Eventuais violações aos seus dispositivos são verificadas pela *Corte Européia de Direitos Humanos*, órgão competente com a função de zelar pelo respeito aos direitos dos cidadãos da União. Segundo **Lima**, a corte europeia veio a se inspirar na doutrina alemã *“... denominada do Drittwirkung (“efeitos quanto a terceiros”), segundo a qual os direitos fundamentais definidos nos textos constitucionais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos quanto pelos particulares, tendo em vista o direito de outros particulares, a Corte confere a certos direitos uma eficácia “horizontal”*”^[20]

Com relação ao tema e expondo em conferência sobre a necessidade de criar um *pleno espaço transnacional de direitos fundamentais no interior da União Européia*, vem **Habermas** a considerar que o processo bem-sucedido de união econômica precisa de uma complementação na qual uma *dimensão política* crie um *modelo de cidadania pós-nacional*.^[21]

Quanto à forma de como se dará estabelecimento deste modelo, propõe o autor, que para a sua concretização, é necessário que seja exercida uma forma de *coordenação positiva* centrada na criação de um *tipo pós-nacional de solidariedade cívica*, de *caráter intervencionista* ao contrário da *coordenação negativa*, *absenteísta* e típica da primeira dimensão de direitos fundamentais, que já vem atuando com sucesso, ao menos na esfera econômica ao vir a remover os obstáculos que permitiram a integração econômica da União Européia dentro de um espaço comum e relativamente em pouco tempo.^[22]

Expõe **Habermas**, justamente a guisa de exemplo, que como primeiro e bem-sucedido passo concreto dado dentro de um novo marco constitucional numa Europa pós-nacional, foi justamente a adoção da *Carta Européia de Direitos Humanos*, estabelecendo um espaço jurídico comum de resguardo aos direitos fundamentais.

Este documento veio a se constituir em *um raro caso de consenso* entre os países-membros da União, no qual foram firmemente resguardados os direitos fundamentais, de todas as dimensões, incluindo as liberdades clássicas de *expressão e comunicação*.

2.3 O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

Sob os auspícios dos princípios enunciados pelos dispositivos enunciados pelas declarações de direitos da Organização das Nações Unidas, veio a ser instituído em 1966, *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*, visando ao melhor cumprimento das disposições relativas aos direitos fundamentais, expressa na carta de fundação da organização, atuando como um complemento específico às disposições gerais instituídos pelos documentos que criaram a organização.

Adotado em 1966, o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* (PIDCP) veio trazer mais avanços no sentido de prever uma maior proteção aos direitos já previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, buscando um maior compromisso por parte dos países membros, bem como buscou ampliar o rol das nações comprometidas com o respeito aos direitos fundamentais em escala global.

Entre os direitos passíveis de um maior reforço em sua proteção, se encontram o de liberdade de expressão, bem como dos direitos do livre exercício de opinião e de difusão de informação.

O PIDCP contemplou as liberdades de pensamento e de expressão em seus artigos 18 e 19, transcritos abaixo.

O primeiro dispositivo trata das liberdades de pensamento e consciência em geral, inserindo-a como partes das liberdades de crença e culto, fazendo eco às idéias de origem jusnaturalista, sendo clara a influência das cartas de direitos e constituições dos países ocidentais em sua redação.

“Art. 18

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

O artigo seguinte trata da proteção a aqueles que emitem ou difundem opiniões.

De relevo, é que o mesmo vem a estabelecer os limites ao exercício desses direitos, elencando os casos excepcionais nos quais essas liberdades poderão ser restritas em nome do bem comum:

Art. 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

3. O exercício de direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”[23]

Com a sua redação nitidamente influenciada pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, na qual as máquinas de propaganda dos estados totalitários, em muito ajudaram a contribuir para criar e exacerbar um clima psicossocial de conflito, o PIDCP veio inovar no sentido de estabelecer *vedações ao uso da propaganda* com finalidades de uso em face de apologia à guerra ou qualquer outro tipo de propaganda que fomenta ódio:

“Art. 20

1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.

2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.”[24]

Junto ao PIDCP, veio a ser determinada pela via de um protocolo facultativo, a competência ao Comitê de Direitos Humanos (CDH), este último instituído nos termos da própria convenção, de receber e processar denúncias de quaisquer tipos de violações aos de direitos humanos.

Estas queixas podem ser formuladas *diretamente* pelos indivíduos que foram lesados contra qualquer um dos signatários.

Vale ressaltar que a competência do CDH somente será estabelecida, desde que venha haver um reconhecimento expresso desta por parte do Estado a ser tido como réu.

Afirma **Comparato** que desse modo, “*Completava-se, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal e dava-se início à terceira etapa, relativa à criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos*”.[25]

Foi o mesmo aprovado em conjunto com o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

Um dos problemas a serem enfrentados pelo PIDCP juntamente com outros tratados de natureza semelhante é o da sua aplicabilidade em face aos países organizados sob a forma federativa de estado.

De acordo com o maior ou menor grau de autonomia dada às respectivas unidades federativas pelas constituições nacionais, o governo central, que se constitui, como dita a boa regra do federalismo, como único representante legítimo em face às convenções e

aos tratados internacionais, dificulta a aplicabilidade dos seus dispositivos em face aos ordenamentos jurídicos locais.

O Federalismo, como forma de instituição estatal, impõe *necessariamente limites à atuação do estado* da autoridade governativa central, não podendo esta se sobrepor à autoridade das unidades federativas que compõem o Estado na sua totalidade.

Ele problema se acentua, no tocante aos estados latino-americanos de maior relevo tais como a Argentina, o Brasil, Colômbia, México e Venezuela, uma vez que todos esses estados são organizados sob a forma federativa.

Para tentar resolver esses problemas de competência constitucional para a aplicabilidade dos dispositivos previstos, principalmente em sede do cumprimento de disposições relativas ao cumprimento de tratados relativos ao respeito aos direitos humanos e fundamentais, veio o PIDCP tentar fazer com que sejam respeitadas as suas disposições, através da redação do artigo 28, § 2^a, que versa no tocante à problemática enfrentada: “*O Comitê será integrado por nacionais dos estados-partes no presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica*”.^[26]

Em que pese que no tocante à intencionalidade prevista por seus redatores, o *animus* do dispositivo venha de encontro aos seus anseios dos seus redatores, à efetividade e eficácia destes dispositivos vem a ficar prejudicada pela ausência de meios dotados de capacidade coativa para garantir a observância dos seus dispositivos por parte dos estados signatários, fica prejudicada pelo excesso de elementos retóricos contidos em seus dispositivos.

2.4 Pacto de San José

Sob os auspícios dos princípios enunciados pela ONU, vieram as Américas neles se inspirarem e celebrarem o *Pacto de San José da Costa Rica* em 22 de novembro de 1969.

Sua importância, principalmente para a América Latina, aumenta em face do histórico crônico de autoritarismo nesta parte do mundo, desde a região veio a se emancipar de suas metrópoles ibéricas.

O Brasil aderiu à Convenção em 1992, estabelecendo ressalvas no tocante à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dispositivos constantes respectivamente dos artigos 45, 1º e 62, 1º, tendo promulgado o mesmo no país por força do Decreto n. 678/92. Em 2002, pelo Decreto n. 4.463, o país reconheceu a competência da CIDH para processar e julgar feitos decorrentes de violações aos termos da Convenção. ^[27]

O *Pacto de San José*, que veio instituir a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, ressaltando a liberdade de pensamento e expressão no seu artigo 13 abaixo transcrito:

“Artigo 13

Liberdade de pensamento e de expressão

§1. *Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.*

§2. *O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:*

a) *O respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*

b) *A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*

§3. *Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*

§4. *A lei pode submeter os espetáculos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.*

§5. *A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência’’. [28]*

É interessante observar como o *Pacto de San José* em seu artigo 13, § 3º, veio a se referir em particular às eventuais hipóteses de *restrições indiretas* que venham a serem estabelecidas em relação ao instituto, que possam inviabilizar o exercício das liberdades de expressão e opinião, trazendo uma série inovações ao texto original do PDICP de 1966.[29]

O dispositivo dá ênfase ao exercício da Liberdade de Expressão mediante o *exercício da atividade empresarial*, notadamente no que toca ao funcionamento das instituições que façam atividade de imprensa, rádio e televisão.

Não se pode excluir da sua competência outros meios midiáticos que venham a ser futuramente criados, em face dos avanços quase que diários da tecnologia que caracterizam tão bem os nossos dias.

O *Pacto de San José* traz ainda a guisa de inovações importantes, ao menos no que se refere ao *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*, uma previsão do direito de retificação ou resposta, em face à veiculação por parte de órgãos de comunicação de massa de qualquer natureza, de informações que contenham caráter inexato, inverídico ou ofensivo, estando o mesmo a vir a ser previsto no artigo 14 do referido pacto, abaixo mencionado:

“Artigo 14

Direito de retificação ou resposta

§1. *Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo, por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.*

§2. *Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.*

§3. *Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial”. [30]*

Para o caso de litígios decorrentes das violações desses dispositivos, o *Pacto de San José* veio determinar a criação, não só de uma comissão destinada a investigar violações aos seus dispositivos, bem como veio a estabelecer a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* como tribunal específico competente para a sua apreciação dos mesmos, com poderes de processar e julgar os casos daqueles países que vierem a se colocar sob a sua jurisdição.

Vale ressaltar que sua jurisdição é obrigatória para os estados signatários, desde que estes venham a aceitá-lo expressamente, dentro dos termos previstos pelo artigo 62, § 1º, a seguir:

“Artigo 62

§ 1. *Todo Estado Membro pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.*

§2. *A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.*

§3. *A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados Membros no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial”.[31]*

Felizmente a referida convenção veio a seguir o modelo adotado pela Convenção Européia de Direitos Humanos, este mais consistente, vindo a aceitar denúncias, no tocante à violação dos seus dispositivos, de uma comissão encarregada de apurar excessos eventualmente cometidos pelos seus estados-membros.

O *Pacto de San José* admite que a denúncia seja feita por qualquer pessoa ou grupos de pessoas admitindo ainda entidades não governamentais, estas desde que legalmente reconhecidas por pelo menos *um dos estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos* (OEA).[32]

Vale ressaltar ainda, que em casos de violação dos direitos humanos assegurados em seu texto, a referida convenção enuncia em seu artigo 29, o *Princípio da Aplicação da Norma mais Benéfica*, nos casos em que houver dúvida em face à qual norma que deverá ser aplicada no caso concreto, se a do *mandamus* da convenção ou a do direito pátrio respectivo.

É importante lembrar que pelos termos do Pacto, o princípio acima mencionado possui precedência inclusive, sobre as *regras de resolução de antinomias de direito público interno*.

3. Considerações finais

Os direitos de Liberdade de Pensamento e de Expressão vieram a surgir como consequência direta do movimento constitucionalista cujo produto contemporâneo veio a ser o *Estado Democrático de Direito*.

A Liberdade de Expressão em suas modalidades constitui elemento essencial da sociedade contemporânea que é dependente da livre circulação de informações, tornando-se essa essencial, passando a ser irradiada para todo o globo, agora como parte de um processo de globalização de direitos fundamentais, bem como da constitucionalização do direito internacional.

Além dessa dimensão, o mesmo possui uma *relevância política essencial* que é a de *servir de veículo para reivindicar e reafirmar constantemente direitos essenciais da pessoa humana*, bem como para denunciar desrespeito aos mesmos, além de constantemente agir no sentido de conscientizar e reafirmar para o público, o seu caráter de essencialidade e indispensabilidade nas sociedades contemporâneas.

O constitucionalismo brasileiro, não podendo de deixar seguir essas tendências, vem agora a estar em sintonia com as novas correntes do constitucionalismo global, incorporando elementos destes ao sistema de direito positivo interno, fazendo avançar ainda mais esse processo.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 18ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2005.

CONVENÇÃO Americana de sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**) – MRE Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>.

FARIAS, Déborah Barros Leal. União Européia: uma nova forma de Estado? **Pensar – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**. Vol. 12. Fundação Edson de Queiroz/Universidade de Fortaleza. Fortaleza, CE.

HABERMAS, Jürgen. **¿Por qué La Unión Europea Necesita de um Marco Constitucional?**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 105.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial**. Objetiva. Rio de Janeiro, RJ. 1997.

LIMA, José Antônio Farah Lopes de. **Constituição Européia e Soberania Nacional**. J.H. Mizuno Editora. São Paulo, SP. 2006.

_____. **Convenção Européia de Direitos Humanos**. J.H. Mizuno Editora. São Paulo, SP. 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, RJ. 2008.

THORSTENSEN, Vera. **Tudo sobre Comunidade Européia**. 1ª Edição. Editora Brasiliense. Brasília, DF. 1992.

[1] HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial**. Objetiva. Rio de Janeiro, RJ. 1997. P. 37.

[2] BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 18ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. P. 47.

[3] Id. Ibid. P. 46 e 47.

[4] BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais**. Coleção Professor Gilmar Mendes. Editora Método. São Paulo, SP. 2008. P. 99.

[5] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2005. P. 224.

[6] Id. Ibid. P. 235.

[7] SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, RJ. 2008. 33.

[8] COMPARATO. Op. Cit. P. 224.

[9] Id. Ibid. P.233 e 234.

[10] Id. Ibid. P.214.

[11] Id. Ibid. P.214.

[12] THORSTENSEN, Vera. **Tudo sobre Comunidade Européia**. 1ª Edição. Editora Brasiliense. Brasília, DF. 1992. P. 56.

[13] Id. Ibid. P. 56.

[14] LIMA, José Antônio Farah Lopes de. **Constituição Européia e Soberania Nacional**. J.H. Mizuno Editora. São Paulo, SP. 2006. P. 204.

[15] Id Ibid. P. 204.

[16] FARIAS, Déborah Barros Leal. União Européia: uma nova forma de Estado? **Pensar – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**. Vol. 12. Fundação Edson de Queiroz/Universidade de Fortaleza. Fortaleza, CE. P. 55.

[17] LIMA, José Antônio Farah Lopes de. **Convenção Européia de Direitos Humanos**. J.H. Mizuno Editora. São Paulo, SP. 2007. P. 237.

[18] Id. Ibid. P. 40.

[19] LIMA, José Antônio Farah Lopes de. Op. Cit. P. 53.

[20] LIMA. Op. Cit. P. 41.

[21] HABERMAS, Jürgen. *¿Por qué La Unión Europea Necesita de um Marco Constitucional?*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Nº. 105. P. 968.

[22] HABERMAS. Op. Cit. P. 961.

[23] COMPARATO. Op. Cit. P. 318 e 319.

[24] Id. Ibid. P 315.

[25] Id. Ibid. P. 224.

[26] Id. Ibid. P. 321.

[27] Id. Ibid. P. 362.

[28] Convenção Americana de sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**) – MRE Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>.

[29] Id. Ibid.

[30] Id. Ibid. P. 370.

[31] Id. Ibid. P. 367.

[32] Id. Ibid. P. 367 e 368.

**DIREITO, ARTE, LITERATURA E
INTERDISCIPLINARIDADE**

A DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA NOVA “REVOLUÇÃO DOS BICHOS”?

THE DISCRETION ON COURT DECISION: A NEW “ANIMAL FARM”?

Ana Paula Canoza Caldeira

RESUMO

O presente trabalho pretendeu analisar a crise do Direito Brasileiro no que tange ao modo de interpretar e aplicar as leis, com enfoque no indevido ativismo judicial, que vem ganhando cada vez mais força nos Tribunais. Discute igualmente os desvios causados na análise dos casos concretos que tem servido de terreno fértil para decisões desprovidas de fundamentação, arbitrárias e desvinculadas de legitimação. Foi intenção demonstrar que é possível o alcance da resposta correta na atribuição de sentido de uma lei pela hermenêutica filosófica heideggeriana-gadameriana e com espeque na tradição e pré-compreensões, conferindo-se, portanto critérios seguros no ato de decidir. Tal análise foi feita a partir da prestigiada obra de George Orwell “A Revolução dos Bichos” onde foi possível traçar um paralelo da discricionariedade dos porcos com o atual estado da arte hermenêutico no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: DISCRICIONARIEDADE – ATIVISMO JUDICIAL – RESPOSTAS CORRETAS – HERMENÊUTICA

ABSTRACT

This study sought to analyze the crisis in Brazilian law regarding the manner of interpreting and applying the law with undue focus on judicial activism that has been gaining increasing power in the Courts. It also considers deviations in the analysis of cases that have provided fertile ground for decisions which lacked legal support, or were arbitrary and illegitimate. Our intention was to demonstrate that the scope of the correct answer in assigning sense of a law is possible via philosophical hermeneutics by Heidegger and Gadamer and through the tradition and pre-understandings, making it a safe criterion to decide upon. This analysis was made by analogy with the prestigious book by George Orwell "Animal Farm" where it was possible to draw a parallel with the discretion of pigs with the current the hermeneutic state of the art in Brazil.

KEYWORDS: DISCRETION - JUDICIAL ACTIVISM - CORRECT ANSWERS – HERMENEUTICS

1) DIÁLOGO ENTRE A LITERATURA E O DIREITO: Aportes iniciais de "Revolução dos Bichos"

Inicialmente faz-se necessário estabelecer as bases da discussão e retratar a importância em se criar terreno propício para o intercâmbio entre estas duas Ciências (aparentemente) tão distintas como o Direito e a Literatura.

À primeira vista soa estranho, diante de um cenário jurídico com problemas sistêmicos tão complexos, que se abra espaço no seio acadêmico para a "arte de compor escritos"^[1].

Mas é que mesmo parecendo nada terem em comum, as distâncias entre o Direito e Literatura são menores do que se possa imaginar, e é desejável, para o fortalecimento dos dois campos cognitivos, que estas se estreitem ainda mais^[2].

Conforme Streck e Bonatto^[3]:

a literatura é expressiva em criatividade e está sempre às voltas com o incerto, com o inusitado; permite um mergulho no imaginário, no qual o sujeito vive a sua fantasia para após retornar a sua realidade. O Direito, tido na modernidade como uma ciência de fontes eminentemente normativas, permanece arraigado aos paradigmas da racionalidade, da certeza, da lógica e do positivismo. Tais diferenças demandam uma contribuição mútua, que enriqueça ambas as áreas. O intercâmbio dessas disciplinas é algo ainda por se solidificar; há um terreno fértil que renderá muitos benefícios se devidamente cultivado.

Neste sentido é que nos propusemos a trazer o texto "A Revolução dos Bichos" escrito em 1945 por George Orwell para analisar o ativismo judicial, a discricionariedade nas decisões, a possibilidade de alcançar respostas constitucionalmente corretas pelo método hermenêutico filosófico, e também o direito de igualdade, bem como o conceito de alteridade, sob o véu desta fantástica fábula que muito tem a nos dizer sobre o contexto social brasileiro.

A polêmica obra causou incômodo desde a sua publicação, inicialmente por afigurar-se sátira ao regime ditatorial estalinista. Tempos depois o texto foi utilizado como instrumento de combate ao comunismo.

Atualmente vemos no texto muito mais que isso, e desprendendo-nos das reais intenções do autor, a verdade é que "Revolução dos Bichos" pode ser usada como exemplo certo de questões que afetam setores ligados ao Direito.

O livro começa narrando o dia-a-dia de uma fazenda de propriedade do Sr. Jones, que era conhecido pelos maus-tratos cometidos aos animais que integravam aquele ambiente rural.

Incomodado com tal fato, um velho porco chamado Major conclama todos os demais bichos da fazenda para contar-lhes um sonho que tivera na noite anterior e alertar-lhes sobre a pesada e desigual vida que levam em virtude do tratamento conferido pelos humanos, instando-os a se rebelarem contra o sistema instituído e tomar o poder através de uma revolução (daí o nome do livro)^[4], representado por um simbólico hino de luta.^[5]

Apesar do mentor Major ter falecido dias após a reunião, a canção ecoou e, liderados pelos porcos Bola-de-Neve, Napoleão e Garganta, culminou com a tomada do poder pela bicharada, a expulsão do Sr. Jones e o compromisso firmado pelos animais de que a fazenda, a partir daquele momento, seria gerida pelos próprios bichos sempre imbuídos dos mais dignos propósitos de liberdade, igualdade e fraternidade, à exemplo da tríade da Revolução Francesa. Compromissados com o intento de instituir um regime mais democrático onde todos os animais tivessem direitos iguais, Sete Mandamentos foram escritos^[6] nas paredes do curral para sempre lembrar-lhes dos ideais revolucionários, dos princípios do Animalismo, bem como do sangue derramado para a formação desse novo "Estado".

Todavia, muito embora toda a luta travada para a conquista de "espaço" e pela tomada de poder, o que se viu é que em pouco tempo uma nova ordem foi instalada, subvertendo-se todas as regras antes instituídas. E impondo-se, pela força e por critérios de decisão discricionários, um cenário marcado pela opressão e pela insegurança jurídica passou a ser a realidade.

2) O TRIUNFO DOS PORCOS E O CENÁRIO SOCIAL: O perigo do casuísmo dos casos concretos

Fez-se a manhã na "Fazenda dos Bichos", agora liderada por Napoleão e seu assecla Garganta, e eis que os porcos resolvem abandonar suas pocilgas de origem e se mudam para a Casa-Grande^[7], onde estabelecem sua residência e passam inclusive (entre outras regalias) a se deitar nas camas dos antigos proprietários humanos.

Ao serem questionados por tal mudança de comportamento pelos demais bichos mais astutos, que se lembram que um dos Mandamentos veda expressamente que os animais durmam em camas, Napoleão diz que não está violando regra alguma.

Constata-se então que na verdade a lei agora estabelece que é vedado dormir em "cama com lençóis" e estando a mesma sem estas peças, não haveria impedimento algum na prática adotada.

Este é só um exemplo, pinçado do livro, da postura dos porcos em "contornar" hermeneuticamente o sentido das leis, subvertendo-as.

Tal fato guarda bastante semelhança com o cenário atual na justiça brasileira, quando as leis são manejadas de forma a beneficiar grupos determinados.

Pior se vê quando o preceito é inequívoco, mas o método hermenêutico é usado fazendo-se abarcar na nova situação posta à decisão a (falsa) impressão que se está diante de um "caso concreto" e, portanto, estar-se-ia autorizado a decidir de forma absolutamente diferente das anteriores já que esse "quê" especializante, seria o bastante para o abandono dos rumos antes tomados...

E é nesse ponto que se concentra o perigo do mau uso da discricionariedade.

O ativismo judicial que tem dominado as decisões hodiernas já começa a despertar a perplexidade e o temor da comunidade jurídica por colocar em xeque a Democracia, sendo certo que os julgadores não podem se "assenhorear do sentido dos textos".^[8]

E isto se verifica pelo fato de não poder se delegar ao juiz o poder de "fazer a melhor escolha" sem estar respaldado por um princípio de fundo.

O atual estágio do Direito Brasileiro, pelo que se tem observado, caracteriza-se por decisões absolutamente desprovidas de qualquer fundamentação, onde no mais das vezes, a pretensa alegação de antinomias principiológicas dá azo a que o juiz (solipsista) decida como bem entender, sem lastro algum, em um verdadeiro relativismo e subjetivismo sem precedentes que mais parece uma ressuscitação do que se convencionou denominar outrora de Filosofia da Consciência.

Dentro desse atual panorama jurídico, que estabelece equivocadamente diferenças estruturais entre regras e princípios, as regras são aplicáveis por mera subsunção nos chamados casos fáceis; enquanto que nos casos difíceis, isto é, quando não for identificada de imediato uma regra que se encaixe perfeitamente ao caso, chamam-se subsidiariamente os princípios para resolvê-lo. E na hipótese de existirem dois (ou mais) princípios supostamente aplicáveis ao caso, entraria em campo a técnica da ponderação de interesses, consagrada a partir dos ensinamentos de Robert Alexy^[9], que consistiria na atribuição de um peso para os princípios, sendo que nessa situação ficaria a encargo do julgador a escolha de qual princípio teria maior peso ("Lei da Ponderação").

Muito embora Alexy tenha tentado através de uma intrincada fórmula matemática^[10] criar critérios objetivos para resolver tal antinomia, o fato é que em *terrae brasilis* os juízes se baseiam tão somente em suas opiniões, não indicando a trilha hermenêutica percorrida para a escolha de um princípio em detrimento de outro, o que por certo causa bastante insegurança jurídica.

Tal inconsistência metodológica foi também denunciada por Friedrich Müller^[11] e também por Habermas^[12] que afirmam que a ponderação, no mais das vezes, remete para áreas alheias à justificação, à correção e à objetividade já que não haveria parâmetros lógicos para que o julgador, portanto intérprete da norma constitucional, manejasse tal técnica e escolhesse este ou aquele princípio.

Esta crítica é feita também por Lenio Streck^[13] que afirma que

este é o calcanhar de Aquiles das posturas positivistas: face às insuficiências/limitações das regras, face aos 'casos difíceis', face à pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra(s), o positivismo permite que o juiz faça a 'melhor escolha'.

Em suma, permite-se a instauração de uma verdadeira "katchangada"^[14].

Para combater essa irracionalidade praticada pelo julgador, que "se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade"^[15], é que talvez, paradoxalmente, seja possível atacar o problema utilizando as bases do clássico Hart^[16], mesmo sendo um positivista.

Antes é preciso dizer que o termo positivismo abarca uma série de significados e se subdivide em outras linhas que enfrentam os problemas centrais da Filosofia: positivismo como ontologia jurídica, epistemologia jurídica ou axiologia jurídica^[17].

Mas embora haja essa multiplicidade de sentidos do termo positivismo, todas elas têm em comum o fato de verem nessa escola uma contraposição ao jusnaturalismo antes vigente.

Os principais traços caracterizadores do positivismo são dois: i) a separação entre Direito e Moral e ii) a discricionariedade.

Um dos principais corifeus do positivismo é Herbert Lionel Adolphus Hart^[18] que em 1961 publica sua obra de maior expressão, "The Concept of Law".

Embora seja um autor positivista que concentra seus esforços na tese da obrigação jurídica onde o sujeito deve introjetar a noção de compulsoriedade da norma, fato é que Hart aumenta o espectro da discussão abraçando, de certa forma, noções do paradigma hermenêutico e bebendo um pouco na fonte da Filosofia da Linguagem Ordinária de Ludwig Wittgenstein.^[19]

É de preocupação do autor a questão da "textura aberta" das normas, que impõe que seu significado seja colmatado posteriormente pelo processo interpretativo, já que muitas vezes a linguagem jurídica não se mostra de maneira unívoca.

Diante desse fato é que Hart começa a desenhar sua teoria que visa a estabelecer um padrão de aplicação do Direito pelos tribunais.

Para o autor, as regras contêm uma impossibilidade intrínseca de regular *a priori* todas as situações de enquadramento. Neste sentido há casos onde essa subsunção da conduta à regra é imediata, porém em determinados casos onde essa identificação fato-regra não seja imediata, está-se diante de uma *zona de penumbra* normativa.

Nesse caso entraria a discricionariedade judicial^[20] onde o juiz poderia "criar direito". Entretanto mesmo com toda a discricionariedade admitida na doutrina de Hart, existiriam limites a que estaria atrelado o julgador.

Esse limite seria conferido pelo Direito preexistente e por demais restrições de índole formal como o respeito aos princípios insculpidos no ordenamento jurídico como um todo.

A restrição formal significa que o juiz só poderia agir valendo-se da discricionariedade nos casos previamente definidos e autorizados pelo próprio ordenamento. Já a restrição material estaria ligada à necessidade de integração e coerência com o sistema. Neste sentido, o juiz não estaria de todo livre para julgar como bem pretendesse.

Isto é, mesmo valendo-se dos dogmas do positivista Hart, o juiz não estaria "solto" hermeneuticamente no seu ato de julgar, o que de fato, contraria toda a postura atual dos positivistas discricionaristas do direito brasileiro, que pensam ser o "super ego" da sociedade e que podem dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa"^[21].

3) A ADOÇÃO DE UM NOVO MODO DE DECIDIR: a influência da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer (ou De como a tradição pode ser utilizada como norte para o alcance das respostas corretas)

A principal contribuição heideggeriana se situou no campo hermenêutico promovendo de forma substancial e definitiva o que se convencionou chamar a "viragem lingüística ontológica", mais tarde também seguida por Hans-Georg Gadamer, seu principal discípulo.

Tal virada tem como principal traço caracterizador o fato de desempenhar uma superação do esquema sujeito-objeto, "compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocado pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica"^[22].

Heidegger (junto com Gadamer) lastreou sua tese fazendo pesada crítica ao clássico processo interpretativo, que até então, percebia a interpretação como sendo o produto de uma (oper)ação feita de forma fracionada. Isto é, primeiro seria necessário compreender o texto para, passo seguinte, interpretar, e só depois, ao final aplicar a mesma. Logo, a postura hermenêutica heideggeriana se funda em duas grandes premissas, a saber: a) o círculo hermenêutico e b) a diferença ontológica.

Em resumo, pode-se, desde logo, afirmar que na visão do autor, para interpretar é necessário compreender. Para compreender é imprescindível que se tenha uma pré-compreensão, que assente suas bases em uma "estrutura prévia de sentido", entendida como^[23]: 1) Posição prévia; 2) Visão prévia, e 3) Conceção prévia.

Isto só é realizável ao tomarmos como verdadeira a tese de que, no processo interpretativo, a linguagem não é um "mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível)".

Por círculo hermenêutico entenda-se o esquema interno de lógica hermenêutico-interpretativo, iniciado por Schleiermacher, mas retomado por Heidegger (principalmente em *Ser e Tempo*, sua obra de maior relevo) em que reconhece no esquema lógico de compreensão (o círculo hermenêutico) o principal dogma da compreensão hermenêutica bem como o aporte imprescindível para a possibilidade de entendimento/percepção do próprio ser.

Neste sentido, a empreitada principal do processo de compreensão repousaria no marcado dever de "blindar-se" dos caprichos de eventuais visões particulares sobre as coisas.

Já a diferença ontológica só é alcançável inserida no contexto do círculo hermenêutico: "Eu me compreendo em meu ser e cuidado de mim e me preocupo, e nesse preocupar-me eu tenho o conceito de ser, e assim eu compreendo a mim mesmo^[24]."

Como afirmado, Heidegger deu profunda importância ao "ser"^[25] em seus estudos, rompendo com Epistemologia tida antes como uma referência principal incontestável.

Contudo o que seria, de fato, a noção do 'ser' para Heidegger? O denominado "ser no mundo" refere-se, entre outros sentidos, à figura do ser humano contextualizado, inserido no mundo em que vive, com todas as circunstâncias que o cercam e integram a sua própria essência.

Assim sendo, não haveria uma essência fundamental do ser humano; Heidegger não valora os seres humanos como um todo muito menos o ente como tal, mas sim para o estudo do ser humano, o *Dasein*^[26].

Essa expressão alemã (*Dasein*), correntemente usada por Heidegger não encontra versão correlata no vernáculo, todavia entende-se como sendo esse "ser humano contextualizado", o ser-aí.

Ou como melhor define Inwood:

Dasein é o modo de Heidegger referir-se tanto ao ser humano como ao tipo de ser que os seres humanos têm. Vem do verbo *dasein*, que significa 'existir' ou 'estar aí, estar aqui' (...) Por que Heidegger fala do ser humano dessa maneira? O ser dos seres humanos é notavelmente distinto do ser de outras entidades no mundo. 'O *Dasein* é uma entidade para a qual, em seu Ser, esse Ser é uma questão' (ST, 191). Ao contrário de outras entidades, o *Dasein* não tem essência definida. (...) O *Dasein* não é uma coisa atual definida, mas a possibilidade de vários modos de ser.

Ser, que é, portanto "jogado" (*Gerworfen*) no mundo, integrando-o. Não se trata, pois, de um ente que se porta de forma intermediária entre as outras coisas. O *Dasein* ocupa o eixo central do mundo, "reunindo os fios deste".^[27]

Dentro dessa perspectiva do *Dasein*, é importante a análise do que permite essa vivência, sendo requisito fundamental argüir as condições de possibilidade o próprio fato de poder viver a vida cotidiana, ultrapassando o mero exame da maneira pela qual vivemos.

Também é de preocupação de Heidegger buscar entender a essência originária da verdade e para tanto, num primeiro momento o autor estabelece que é imprescindível conferir especial atenção à análise dos fenômenos, sendo certo que para o filósofo, a verdade deve ser vista como desvelamento, que, penso, é a grande pedra de toque do estudo das idéias heideggerianas. Mas para entender esse processo de desvelamento é imprescindível descobrir o que o faz ficar encoberto.

A verdade como se disse é desvelamento e traduz-se na relação de concordância de um conhecimento com o seu objeto. Esta, por sua vez, é a adequação de "algo com algo" (relacional, portanto).

Chama a atenção o autor, porém, que verdade não pode ser confundida com uma noção de homogeneidade. Ao contrário, considerando que a verdade está(rá) sempre associada aos diferentes entes e seu modo de ser (com todas as suas especificidades), é natural que também tenhamos manifestações diferentes de verdade.

Isto se conjuga também com a ligação que temos uns com os outros. O ser-aí só o é porque trava relações com os demais seres no mundo.^[28] Na esteira desse raciocínio, o "com' é um modo do próprio ser".

Ainda comentando sobre o desvelamento é preciso que se faça um comentário sobre o *deixar-ser*^[29] (d)as coisas, que situa-se em relação de condição com a verdade. A verdade enquanto produto do desvelamento advém ao ente.

Neste momento o filósofo entra no debate de um tema de suma importância que é o questionamento de que se a verdade deve ser analisada sobre o prisma do ser-aí, se isto não torna a verdade "subjetiva"^[30]. Refuta, pois, Heidegger essa idéia afirmando que a verdade pode ser encontrada de forma objetiva pelo seu desvelamento. Afirmar o contrário levaria a discussão para um indesejável relativismo, ou pior, para o profundo ceticismo, que seria a negação do próprio conhecimento e, conseqüentemente, do próprio ser-aí.^[31]

Tal caminho seguido por Heidegger é denominada de "encurtamento hermenêutico", onde é expulsa (forclusão) do âmbito de discussão a noção de Deus e do Mundo (natural) do âmbito cognitivo da Filosofia, sendo válido tão-somente o "mundo hermenêutico". Para ele, essa temática (Deus-mundo) seria apenas válida para as teorias da subjetividade com a qual ele justamente pretende romper e criar novo paradigma. Assim, para o filósofo, só através da ruptura do esquema sujeito-objeto é que a Filosofia encontraria parâmetros de validade, razão pela qual Descartes passa a ser o alvo preferencial das críticas heideggerianas.

Essa mudança paradigmática, esse novo olhar lançado e proposto por Heidegger para compreender o mundo só pode ser alcançado a partir do método.

O encurtamento hermenêutico defendido por Heidegger reside nos seguintes tópicos: a) rejeição de Deus; b) rejeição do mundo e das "leis naturais"; c) como conseqüência disso, a superação da Metafísica; d) superação da relação, esquema sujeito-objeto.

O método heideggeriano também reside no enfrentamento da questão de identificar o "como" hermenêutico, isto é, o algo *como* algo do ser-no-mundo, e é isto que desloca a justificação do conhecimento, antes encontrada no esquema sujeito-objeto. Em Heidegger é a condição de possibilidade que será a razão-de-ser de todo o discurso.

Na esteira desse raciocínio, o método fenomenológico proposto pelo filósofo esteia-se em três bases, quais sejam: a) destruição; b) a redução e c) construção.

Frise-se que esse método deve se compatibilizar com a indagação do *Dasein* em si mesmo por si mesmo.

Destruição já que a adoção das teses de Heidegger implicam na total ruptura com as bases da tradição metafísica já colocadas. Já a redução se explica pela centralização das

discussões existenciais somente no *Dasein*, pela abreviação hermenêutica e forclusão do binômio Deus-mundo, guiando o olhar do ente para o ser.

A construção desse novo paradigma é encontrada pela "condução positiva do próprio ser". Vê-se, então, que nesse contexto não sobra espaço para a consciência, pelo menos como tratada anteriormente, mas sim como "ponto de abertura"^[32].

Como dito, não é possível a compreensão por etapas, ou seja, o processo interpretativo não pode(ria) ser cindido já que "o ver da visão é sempre compreender e interpretar"^[33].

E é em Gadamer, através da inauguração das bases de uma nova corrente do pensamento contemporâneo, qual seja, a hermenêutica filosófica^[34] que se fundamenta a razão na compreensão da tradição que deve ser analisada como o processo em que estamos submersos em constante recepção de conceitos, costumes e práticas e a que nos encontramos permanentemente expostos pela linguagem.

Neste contexto, na análise interpretativa da lei deve-se restaurar a autoridade da tradição^[35] para buscar o verdadeiro sentido da norma, que é, portanto único não dando margens a subjetivismos do julgador, sendo certo que estar em consonância com a tradição é aquilo que tem validade sem precisar de fundamentação. É a contínua e compulsória transmissão através da linguagem do legado de pré-compreensões que compõem o referido *Dasein*, já que o sentido da norma pode(ria) ser alcançado pelo método fenomenológico de desvelamento do seu real sentido.

Portanto, para se alcançar o verdadeiro sentido da lei o seu "momento normativo", isto é, aquilo que diz respeito a ela própria, o período histórico investigado não pode ser dissociado do momento cognitivo em que ela será aplicada, formando uma unidade inseparável, dentro da estrutura universal da experiência hermenêutica, sendo um equívoco supor que os elementos da lei estão todos "disponíveis" mesmo antes de qualquer uso que se faça dela.

Aí é que Gadamer põe foco na questão da linguagem como modo de compreensão de ser no mundo já que "ser que pode ser compreendido é linguagem" e "aquele que 'tem' a linguagem tem o mundo".^[36]

Não se pode perder de vista que dentro do ambiente hermenêutico gadameriano a lingüisticidade se insere como condição de possibilidade o que inclui a mutualidade, ou seja, a relação do ser-aí também pensada como ser-com-os-outros, observado que a fusão de horizontes da compreensão será a relação entre presente-passado onde se deve buscar o processo hermenêutico.

E quando falamos que interpretar é sempre aplicar vemos que a hermenêutica filosófica de Gadamer se aproxima da filosofia prática de Aristóteles, que se vale do conceito de *phronesis* (prudência, sabedoria prática) como modelo ideal de compreensão baseado também na ética, como modo de comportar-se no mundo. Isto é, a práxis gadameriana só pode ser lida sob o viés do pôr-se no mundo com solidariedade, sendo esta a condição decisiva e a base de toda a razão social.

Ainda com olhos voltados para os exemplos trazidos pelo texto de Orwell em a "Revolução dos Bichos" é emblemático o episódio que ocorre na fazenda em que, diante

do clima de terror instalado por Napoleão e seus seguidores, sucessivas mortes são ordenadas àqueles que ousarem contrariar as ordens emanadas pelo novo poder instituído.

Mais uma vez os bichos atordoados se lembram que o sexto Mandamento veda que um animal mate outro, ficando óbvio que a matança ocorrida dias antes não se adequava a esse preceito.

Nessa ocasião eis que alguém se lembra de retornar ao estábulo para ler mais uma vez os dizeres dos Mandamentos que ali se encontravam e qual não é a surpresa ao verem o 'real' conteúdo da norma que estabelece que "nenhum animal matará outro animal, *sem motivo*".

Apesar de ter escapado à atenção dos bichos essa explicação final justificante da morte de um bicho por outro, resta indubitável que a ação sangrenta ocorrida dias antes não era violadora de norma alguma, já que certamente havia boas razões a justificar a morte dos "traidores" aliados a Bola-de-Neve que ousavam desafiar o governo de Napoleão, que afinal agia sempre em nome do bem estar de todos...

Tais fatos só vêm a ilustrar o atual estado da arte hermenêutico no Brasil onde os juízes vem sendo chamados a se manifestarem sobre as questões mais diversas e decidem, nem sempre pautados em critérios seguros. A situação fica ainda mais evidente quando se tem em conta a jurisdição constitucional no país em que o personagem principal é a própria Corte Suprema, que diante dos pólos de tensão com os demais poderes, tem avançado progressivamente, ocupando um espaço indevido que já começa a preocupar até a setores mais conservadores do Direito e que inclusive foi recentemente denominado de "Supremocracia"^[37].

É neste contexto que a resposta hermeneuticamente correta^[38] para a interpretação dos Sete Mandamentos da Fazenda dos bichos poderia ser encontrada através da busca histórica do contexto em que as leis foram encontradas e das razões motivadoras destas.

Assim agindo-se, não restaria espaço de discricionariedade para o juiz (porcos, no caso) na atividade judicante, pois estes estariam necessariamente atrelados aos pré-juízos / pré-compreensões da lei, o que não daria azo a uma postura dissociada dos ideais democráticos do bom convívio entre os animais da fazenda, e de ruptura com o *status quo* ante opressor e desigual.

4) REFLEXÕES FINAIS

Chegamos ao final do nosso trabalho e com ele à conclusão de que é preciso aceitar-se a redefinição do papel do Judiciário, sobretudo com o estabelecimento de métodos seguros que pautem o ato de decidir, evitando-se com isso que os juízes constantemente, ao colocarem-se diante da necessidade de compreensão do sentido da lei, atribuam "grau zero" de sentido a estas sem o respeito ao contexto em que foram elaboradas e para a qual foram projetadas, em flagrante discricionariedade.

Neste contexto é "possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta; movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer estas interpretações".^[39]

Afirmamos, pois que pelo o que se viu, é possível valer-se da tradição como bússola segura para o alcance das respostas corretas e para a imposição de uma nova postura e modo de decidir e analisar o Direito, sem apostar de forma cega nas concepções e "visões de mundo" do juiz.

Empenhar toda a crença na discricionariedade judicial (e mais que isso, no ativismo judicial) e suas "boas intenções" é fragilizar a Democracia no que ela tem de mais caro que é justamente a deliberação das questões públicas e preservação dos bens jurídicos e interesses da comunidade envolvida, em ambiente seguro de consenso.

Portanto, é preciso nessa quadra da história a ruptura do atual estado da arte hermenêutico no Direito brasileiro que merece ser realinhado sob pena da instauração do "império dos porcos"...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e aplicações específicas.* (Coord. Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas em el derecho?** Bogotá: Siglo Del Hombres Editores, 1999.

BARZOTTO, Luís Fernando. Verbetes sobre "Positivismo Jurídico" *In: Dicionário de Filosofia do Direito.* Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. verbete sobre "Hans-Georg Gadamer" *In: Dicionário de Filosofia do Direito.* Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva. v. IV: A posição da Filosofia na sociedade.** Petrópolis: Vozes, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

INWOOD, Michael. **Heidegger**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

KOZICKI, Kátya. Verbete sobre "Herbert Lionel Adolphus Hart" *In: Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

LIMA, GEORGE MARMELESTEIN. ALEXY À BRASILEIRA OU A TEORIA DA KATCHANGA.

<<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>> Acessado em 03 de abril de 2009.

NUNES, Benedito. **Heidegger e Ser e Tempo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. (Estado e Constituição 6). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A crise paradigmática do Direito no contexto da resistência positivista ao (Neo)Constitucionalismo**. *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da Constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao velho positivismo**.

Disponível na Internet. http://www.estacio.br/mestrado/docs/artigo_lenio.pdf > (p.7). <Acesso em 03 de abril de 2009.>

_____. verbete sobre "Hermenêutica Jurídica" *In: Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

_____ e BONATTO, Tatiana. **"O Senhor das Moscas" e o fim da inocência**. *In: Direito e Literatura: Ensaios Críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, André. Os Direitos Fundamentais em uma perspectiva autopoietica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200

[1] Literatura, segundo a definição do léxico Michaelis

[2] Mister ressaltar, pois, que a conciliação entre o Direito e a Literatura foi muito bem pontuado por Germano Schwartz quando afirma que: "Quando o Fausto de Goethe diz que 'não me interessa mais do Direito a Ciência', a Literatura dá vazão a um sentimento que vem permeando uma série de juristas, notadamente aqueles desapegados e, talvez, desapontados, com as fórmulas clássicas de análise da ciência jurídica, quaisquer que sejam elas. Um dos grandes fatores deste fastio se deve, em grande parte, ao abandono da humanidade no Direito, ou, como bem assevera Warat, à profanação do sagrado feita pelos operadores jurídicos hodiernos. (...) Nessa esteira, a relação entre Direito e Literatura aparece como forma diversa de abordagem da ciência do Direito, calcada na superação do modelo heteropoiético/positivista, procurando novas formas de observação transdisciplinares (observação de segundo grau) que possibilitem a constatação e a superação do já referido distanciamento temporal para com a sociedade na qual se insere. "

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito.** (Estado e Constituição 6). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17/18.

[3] STRECK, Lenio Luiz e BONATTO, Tatiana. "**O Senhor das Moscas**" e o fim da **inocência.** In: Direito e Literatura: Ensaios Críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113.

[4] Afirma Major: "O homem é a única criatura que consome sem produzir. Não dá leite, não põe ovos, é fraco demais para puxar o arado, não corre o que dê para pegar uma lebre. Mesmo assim, é o senhor de todos os animais. Põe-nos a mourejar, dá-nos de volta o mínimo para evitar a inanição e fica com o restante. Nosso trabalho amanhã o solo, nosso estrume o fertiliza e, no entanto nenhum de nós possui mais que a própria pele. (...) Não está, pois, claro como a água, camaradas, que todos os males da nossa existência têm origem na tirania dos humanos? Basta que nos livremos do Homem para que o produto do nosso trabalho seja só nosso. Praticamente, da noite para o dia, poderíamos nos tornar ricos e livres. Que fazer, então? Trabalhar dia e noite, de corpo e alma, para a derrubada do gênero humano. Esta é a mensagem que eu vos trago, camaradas: rebelião! Não sei dizer quando será esta revolução, pode ser daqui a uma semana ou daqui a um século, mas uma coisa eu sei, tão certo quanto vejo esta palha sob meus pés: mais cedo ou mais tarde, justiça será feita. Fixai isso, camaradas, para o resto de vossas curtas vidas! E, sobretudo, transmiti esta minha mensagem aos que virão depois de vós, para que as futuras gerações continuem na luta até a vitória"

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 14.

[5] "Bichos da Inglaterra e da Irlanda, daqui, dali e acolá, escutai a alvissareira novidade que virá. Mais hoje e mais amanhã, o Tirano vem do chão, e os campos da Inglaterra só os bichos pisarão. Não mais argolas nas ventas, dorsos livres dos arreios, freio e espora

enferrujando e relho em cantos alheios. Riqueza incomensurável, terra boa, muito grão, trigo, cevada e aveia, pastagem, feno e feijão. Lindos campos da Inglaterra, ribeiros com águas puras, brisas leves circulando, liberdade nas alturas. Lutemos por esse dia, mesmo que nos custe a vida. Gansos, vacas e cavalos, todos unidos na lida. Bichos da Inglaterra e da Irlanda, daqui, dali e acolá, levai esta minha mensagem, e o futuro sorrirá".

[6] I) Qualquer coisa que ande sobre duas pernas é inimigo; II) O que andar sobre quatro pernas, ou tiver asas, é amigo; III) Nenhum animal usará roupa; IV) Nenhum animal dormirá em cama. V) Nenhum animal beberá álcool; VI) Nenhum animal matará outro animal; VII) Todos os animais são iguais.

[7] ORWELL, p. 57.

[8] Conforme explica Lenio Streck, "Aliás, tenho deixado igualmente claro que não se pode - e não se deve - confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Em síntese, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição".

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 142.

[9] ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. *In: A Constitucionalização do Direito*: Fundamentos Teóricos e aplicações específicas. (Coord. Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 296.

[10] ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 298.

[11] MÜLLER, Friedrich *Apud* SARMENTO, Daniel.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 142.

[12] HABERMAS, Jürgen *Apud* ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Lumen Juris, 2007. p. 300.

[13] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 173.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156.

[14] Para entender a expressão, remeto o leitor ao site abaixo onde George Marmelstein Lima faz crítica ao decisionismo judicial, denunciado em seu blog sobre Direitos Fundamentais.

LIMA, GEORGE MARMELSTEIN. ALEXY À BRASILEIRA OU A TEORIA DA KATCHANGA.

<<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>> Acessado em 03 de abril de 2009.

[15] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. rev. atual. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41.

[16] Hart também preleciona sobre a necessidade da transparência das "regras do jogo" (que ele exemplifica à luz do críquete).

HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. 1994, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 98/99.

E também conforme ressalta Streck.

STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p. 216.

STRECK, Lenio Luiz. **Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da Constituição:** passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo.

Disponível na Internet. <http://www.estacio.br/mestrado/docs/artigo_lenio.pdf> (p.7)

< Acesso em 03 de abril de 2009.>

[17] BARZOTTO, Luís Fernando. Verbetes sobre "Positivismo Jurídico" *In: Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 642.

[18] KOZICKI, Kátya. Verbetes sobre "Herbert Lionel Adolphus Hart" *In: Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 409.

[19] KOZICKI, Kátya. *Op. Cit.* p. 411.

[20] Por isso, entre outros motivos, a classificação do autor como positivista.

[21] Fato esse sempre lembrado e denunciado por Lenio Streck em diversas passagens nas suas obras anteriores mencionadas.

[22] STRECK, Lenio Luiz. verbete sobre "Hermenêutica Jurídica" *In: Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 431

[23] *Idem, ibidem.*

[24] STRECK. *Op. Cit.* p. 427.

[25] "Mas por que ser? O termo 'ser' entra numa variedade de contrastes. Contrasta em primeiro lugar com 'conhecimento' e 'ciência'. Muitos filósofos, na época de Heidegger

a antes dela, especialmente os que alegavam seguir Kant, preocupavam-se principalmente com a epistemologia, ou teoria do conhecimento, fazendo perguntas como 'O que podemos saber?' e 'Quais são os fundamentos das ciências?' Heidegger era avesso à epistemologia; esta 'afia continuamente a faca, mas nunca efetua o corte'.

INWOOD, Michael. **Heidegger**. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 23.

[26] INWOOD. *Op. Cit.* p. 29.

Termo antes já empregado por Kant, Hegel, Jaspers e Sartre.

[27] "Logo ao escolher o *Dasein* como ponto de partida de sua investigação, Heidegger não se concentra numa entidade com exclusão das outras; o *Dasein* traz consigo o mundo inteiro"

INWOOD. *Op. Cit.* p. 33.

"Em outros termos, o *Dasein* é a própria possibilidade para o homem de interrogar o ser, ao mesmo tempo em que a condição para que o ser esteja presente e seja interpretável."

HUISMAN, *Op. Cit.* p. 103.

[28] "O ente que possui nosso modo de ser, mas que nós mesmos não somos, o ente que é cada vez o outro, o outro ser-aí, o ser-aí dos outros, não está simplesmente ao nosso lado como um ente por si subsistente e, entretanto, talvez ainda ao lado de outras coisas. Ao contrário, um outro ser-aí está conosco aí: ele é um co-ser-aí. Nós mesmos somos determinados por um ser com os outros. Ser-aí e co-ser-aí são um-com-o-outro."

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 88.

[29] "Deixamos as coisas serem como elas são, entregamo-las e elas mesmas, mesmo se e justamente se nos ocupamos delas com a maior intensidade possível. Sim, justamente no uso e para o uso, preciso deixa a coisa ser o que ela é. Se eu não deixasse o giz ser o que é, se o triturasse, por exemplo, em um pilão, então não ousaria."

Ibidem. p. 107.

[30] "Deparamo-nos, assim, com o seguinte resultado: a tese acerca do pertencimento da verdade ao sujeito não explica a verdade como algo "subjetivista", mas determina justamente a subjetividade em seu ser junto ao ente por si subsistente, que é desvelado".

Ibidem. p. 121.

[31] O que tornaria estéril todo o pensamento não só heideggeriano como filosófico de um modo geral, bem como fazer inútil toda discussão travada até agora.

[32] NUNES, *Op. Cit.* p. 11.

[33] HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 210.

[34] DUQUE-ESTRADA, Paulo César. verbete sobre "Hans-Georg Gadamer" *In: Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 373

[35] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9ª Ed. Petrópolis: vozes, 2008. p. 372.

[36] *Ibidem*, p. 585.

(...) As palavras que usamos na linguagem nos são a tal ponto familiares, que estamos aí por assim dizer, nas palavras. Elas não se tornam o objeto. O uso da língua não é de modo algum o uso de algo. Nós vivemos em uma língua como em um elemento, como o peixe na água. Na lida lingüística e em tudo aquilo que nós denominamos um diálogo, nós buscamos as palavras. GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva. v. IV: A posição da Filosofia na sociedade**. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 95.

"A linguagem desponta como elemento de ligação entre o meio e o observador; a linguagem é a abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade."

TRINDADE, André. Os Direitos Fundamentais em uma perspectiva autopoietica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58.

[37] Jornal Folha de São Paulo de 04 de maio de 2009 em artigo intitulado "Omissão do Legislativo dá espaço à 'Supremocracia'"

[38] Sempre possíveis de serem alcançadas para Dworkin, Lenio Streck e Rodolfo Arango, entre outros.

Em Arango destacamos que: "De vuelta a la pregunta inicial, podemos señalar que la tesis de la única respuesta correcta invierte El punto de vista, de uno externo a uno interno, para acceder al estudio del derecho. Esta inversión de la perspectiva, socava las bases de la objetividad de las proposiciones normativas (su adecuación exclusiva a las normas jurídicas), la cual, sin embargo, es recuperada en El proceso de justificación de las decisiciones. Los limites de la actividad judicial en El casos difíciles no radican ya más en las virtudes personales del juez sino, además en la sujeción a las reglas del discurso práctico general y en la concordancia con los principios y valores sustantivos que subyacen al ordenamiento."

ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas em el derecho?** Bogotá: Siglo Del Hombres Editores, 1999. p.157

[39] STRECK, Lenio Luiz. **A crise paradigmática do Direito no contexto da resistência positivista ao (Neo)Constitucionalismo**. *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo. (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 218.

FORÇA DE LEI E FUNDAMENTO DA AUTORIDADE EM FREUD

FORCE OF LAW AND FUNDAMENT OF AUTHORITY IN FREUD

Bernardo Costa Couto de Albuquerque Maranhão

RESUMO

O presente estudo discute a concepção dos fundamentos do Direito desenvolvida por Freud em seus escritos sobre a cultura, especialmente em *Totem e tabu*. Tal concepção, embora se assemelhe, sob muitos aspectos, à teoria contratualista elaborada por Thomas Hobbes no século XVII, constitui uma contribuição singular e relevante para a reflexão acerca dos fundamentos do Direito. Entendemos que isso se deve, sobretudo, a dois elementos, a serem analisados neste estudo: o caráter violento do ato de fundação; a encenação de um Sujeito monumental de ficção. Para a análise aqui proposta dos elementos mencionados, recorreremos às obras de Jacques Derrida e Pierre Legendre.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DO DIREITO – PSICANÁLISE DA CULTURA – TEORIA DO CONTRATO SOCIAL – JACQUES DERRIDA – PIERRE LEGENDRE

ABSTRACT

This study discusses the conception of the fundamentals of Law developed by Freud in his writings on culture, specially in *Totem and taboo*. Such conception, although similar in many aspects to the social contract theory created by Thomas Hobbes in the seventeenth century, brings a singular and relevant contribution to the study of the fundamentals of Law. As we understand, this is due to mainly two elements: the violence of the founding act; the mise-en-scène of a monumental Subject of fiction. To enhance the analysis of such elements, we take profit of the works of two French authors: Jacques Derrida, philosopher; Pierre Legendre, jurist and psychoanalyst.

KEYWORDS: THEORY OF LAW – PSYCHOANALYSIS OF CULTURE – SOCIAL CONTRACT THEORY – JACQUES DERRIDA, PIERRE LEGENDRE

INTRODUÇÃO

“No princípio, era o ato”. Com essa frase, tomada do *Fausto*, de Goethe, Freud exprime a suma de sua hipótese acerca da origem da vida civilizada. Tal hipótese, Freud a formula em *Totem e tabu*, sob o gênero textual por ele denominado, paradoxalmente, de “mito científico” (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII). Trata-se de uma narrativa

ficcional inspirada pelo evolucionismo darwiniano, pautada pelas descobertas da psicanálise e da etnologia e semelhante, em diversos aspectos, à teoria do contrato social desenvolvida no século XVII por Thomas Hobbes.

Logo veremos, em linhas gerais, como se encontra estruturada essa narrativa. Interessa-nos, antes, porém, explicitar as expectativas que Freud tem em vista ao se lançar em aventura teórica tão insólita, pelo menos para um clínico. Como dissemos, o mito enunciado em *Totem e tabu* é um relato que pretende dar conta da gênese da vida civilizada, isto é, do nascimento de um mundo propriamente humano, feito de linguagem, de leis e laços sociais, capaz de razão, instituído. Com efeito, nesse texto, Freud chega a fundar, de um só golpe, a origem da lei, da linguagem e da razão, como instâncias entrelaçadas, interdependentes, valendo-se, para tanto, dos pressupostos teóricos da psicanálise, postos desde então em perspectiva mais ampla. Essa amplificação da perspectiva se obtém na medida em que os pressupostos psicanalíticos acerca do Inconsciente e do complexo de Édipo são afirmados, doravante, como universais, em dois sentidos: universais porque comuns a todos os indivíduos da espécie humana – e não mais, portanto, específicos do sujeito datado e localizado com que Freud lida em sua clínica; universais, ainda, porque estruturam não só o psiquismo individual, mas a própria vida social, em qualquer cultura. Vemos, assim, que *Totem e tabu* serve aos anseios de Freud de afirmar, em bases científicas – daí o recurso a Darwin e aos etnólogos da época – a universalidade de sua descoberta, bem como a abertura desta para o campo social[2].

Resta, agora, saber como foi possível tal façanha. Passamos, portanto, à reconstituição do relato.

1. O MITO FREUDIANO DA HORDA PRIMITIVA

Em breves linhas, trata-se do seguinte: nos primórdios, os homens, reunidos em bandos, obedecem pela força a “um pai violento, ciumento, que guarda para si todas as fêmeas e expulsa seus filhos à medida que crescem.” (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII, p. 169). O que há nesse tempo propriamente pré-histórico é um estado de natureza no qual impera a lei do mais forte, não havendo linguagem, racionalidade, norma ou laço social. “Certo dia, os irmãos, que tinham sido expulsos, retornam juntos, matam e devoram o pai, colocando assim um fim à horda patriarcal” (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII, p. 170). A partir desse crime inaugural, e da cerimônia antropofágica que se sucede a ele, originam-se as principais instituições que definem a cultura: a religião, a moral, o direito e a ordem política, sendo que, em última análise, todas as realizações da vida civilizada devem seu início a esse momento mítico de fundação.

Podemos distinguir, nessa narrativa tecida por Freud, três tempos distintos (CHAUMONT: 2001). Num primeiro momento, dá-se o complô entre os irmãos da horda, que, unidos afetivamente pelo ódio comum contra o dominador, têm como objetivo compartilhado a libertação frente ao jugo tirânico desse chefe onipotente, que exerce sobre seus dominados um misto mortífero de terror e fascínio, de medo e admiração. As relações vigentes na horda são marcadas por extrema violência. A única

lei existente é o querer do chefe, imposto pela força bruta aos demais integrantes da horda. As vontades do chefe se realizam de modo imediato, e ele

exerce sobre a horda ainda homogênea um poder bruto, na qualidade de encarnação da onipotência e foco de um fascínio próximo do poder hipnótico (...). Uma vez que apenas suas vontades são realizáveis, o chefe da horda é o detentor do poder de significar, que, ainda em estado rudimentar, aparece em colusão com o poder *tout court*^[3] (MEZAN: 2006, p. 543).

É importante notar que a conspiração que culmina no crime não é suficiente para produzir o laço social, pois o pacto formado deixa cada um só diante do fato: o crime inicial é aquele de cada um, não o de todos. Os golpes fatais são desferidos por alguém, por alguns, por muitos, não se sabe. Neste momento ainda prevalece, portanto, a horda (CHAUMONT: 2001).

O segundo tempo se inaugura com a perplexidade dos conjurados. Como consequência do ato parricida, surge imediatamente o estranhamento diante do vazio deixado pela ordem deposta, na ausência de uma nova. Algo deve ser erigido a fim de preencher essa aterradora lacuna. O assassinato do pai onipotente contém em sua gênese um erro de cálculo, na medida em que é incapaz, por si só, de solucionar o problema que o ensejou:

Os desejos sexuais não unem os homens, mas os dividem. Embora os irmãos se tivessem reunido em grupo para derrotar o pai, todos eram rivais uns dos outros em relação às mulheres. Cada um queria, como o pai, ter todas as mulheres para si. A nova organização terminaria numa luta de todos contra todos, pois nenhum deles tinha força tão predominante a ponto de ser capaz de assumir o lugar do pai com êxito (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII, pp. 172-173).

Agora que o chefe está morto, qualquer membro da horda pode se arvorar a ocupar o posto vago. De acordo com lógica de ferocidade ilimitada que preside à horda, tudo indica que o assassinato há de se repetir.

Assim, os irmãos não tiveram outra alternativa, se queriam viver juntos – talvez somente depois de terem passado por muitas crises perigosas – do que instituir a lei contra o incesto, pela qual todos, de igual modo, renunciavam às mulheres que desejavam e que tinham sido o motivo principal para se livrarem do pai. Dessa maneira, salvaram a organização que os tornara fortes (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII, pp. 172-173).

A fim de evitar que se alastre uma guerra fratricida, os irmãos decidem renunciar ao poder ilimitado outrora encarnado pelo morto. Este é, então, revestido de um caráter sagrado, passando a ser venerado como um Deus-Pai, fundador da coletividade, como instância suprema da qual emana a legitimidade das normas de convívio doravante formuladas pelo grupo. Temos, desde logo, o terceiro tempo do mito freudiano, aquele no qual se efetiva o vínculo social. Os irmãos realizam um banquete ritual, festim antropofágico através do qual, ingerindo a carne e o sangue do pai divinizado, incorporam suas virtudes e se reconhecem uns aos outros em pé de igualdade, cúmplices do mesmo crime, filhos de uma mesma origem ideal, detentores de uma fração do poder outrora unitário e ilimitado:

O violento pai primevo fora sem dúvida o temido e invejado modelo de cada um do grupo de irmãos: e, pelo ato de devorá-lo, realizavam a identificação com ele, cada um deles adquirindo uma parte de sua força. A refeição totêmica, que é talvez o mais antigo festival da humanidade, seria assim uma repetição e uma comemoração desse ato memorável e criminoso, que foi o começo de tantas coisas: da organização social, das restrições morais e da religião (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII, p. 170).

Assim, esse banquete cerimonial, ao encenar de forma ritualizada o crime inaugural, celebra e comemora o momento fundador da vida civilizada. Por meio do pacto de fundação, duas severas restrições – os tabus do incesto e do assassinato – são impostas à vida pulsional do humano, constituindo o núcleo a partir do qual há de se desenvolver toda normatividade posterior.

Anularam o próprio ato proibindo a morte do totem, o substituto do pai; e renunciaram aos seus frutos abrindo mão da reivindicação às mulheres que agora tinham sido libertadas. Criaram assim, do sentimento de culpa filial, os dois tabus fundamentais do totemismo (FREUD: *Totem e tabu*. ESB XIII, p. 172).

No contrato concebido por Freud, impõe-se, em benefício da coletividade, uma renúncia radical às pretensões individuais de onipotência. Tal renúncia é fruto de um cálculo estratégico quanto aos riscos e desvantagens que um ciclo infundável de ofensa e vingança acarretaria, na ausência do pacto, mas é também fruto do sentimento compartilhado de culpa pelo crime cometido. O cálculo, apenas, seria insuficiente: é em

virtude da culpa dos conjurados que o pai morto pode ressurgir como divindade abstrata, objeto de amor e adoração, referência absoluta da autoridade e da legitimidade.

Como já afirmamos, o “mito científico” criado por Freud procura apoio nos discursos evolucionista e etnológico, sendo evidentes as ressonâncias desses discursos na narrativa que acabamos de apreciar. Igualmente perceptíveis são os ecos advindos das tradições monoteístas do Ocidente, em especial, do Cristianismo. Contudo, especialmente para os juristas, parece saltar aos olhos a grande semelhança que há entre o relato construído por Freud e a teoria do contrato social desenvolvida por Hobbes no *Leviatã*[4].

Ora, que interesse pode haver, ainda mais para um público versado na tradição do pensamento jurídico-político ocidental, no estudo dessa espécie de arremedo mal-arrumado, meio escandaloso, do contratualismo hobbesiano? Ousamos dizer, se nos permitem, que é justamente nesse escândalo trazido à tona pela a mitologia freudiana que reside seu interesse. Esse dado escabroso se desdobra, a nosso ver, em dois pontos principais: o *crime preliminar à celebração do pacto*; a permanente *encenação de um sujeito monumental de ficção*, como efeito desse pacto.

2. O CRIME PRELIMINAR À CELEBRAÇÃO DO PACTO.

Desde o *Leviatã*, tem se desenvolvido, no pensamento jurídico-político do Ocidente, sob formas variadas, uma série de concepções, referentes ao fundamento de legitimidade da norma jurídica, que recorrem à figura de um contrato, um pacto firmado em bases racionais e voluntárias. Essa série ultrapassa o âmbito do contratualismo clássico, de Hobbes, Locke e Rousseau. Também em autores contemporâneos, a exemplo de Rawls, com seu consenso sobreposto, ou Habermas, com os pressupostos da racionalidade discursiva, há o recurso a uma convenção, isto é, a um acordo de vontades e razões, como fundamento da legitimidade. Por mais díspares que sejam entre si, todas essas formas de conceber a gênese do direito fazem ecoar o bordão bíblico do Gênesis: “no princípio, era o verbo”. Dito de outro modo, tudo está fundado no *logos*, que é razão, mas também discurso.

Filiando-se de uma maneira enxertada e marginal na tradição do pensamento contratualista, a hipótese desenvolvida por Freud em *Totem e tabu* se faz sentir como uma nota peculiar e fortemente dissonante. Afinal, em lugar de admitir essa prevalência do acordo discursivo e presumir que “no princípio, era o verbo”, Freud parte de um pressuposto antagônico, afirmando que “no princípio, era o ato”. Assim, apresenta-se o primeiro aspecto escandaloso do contratualismo à moda de Freud: a convenção fundadora do direito é precedida de um ato de violência.

Admitir que há, na gênese do direito, um gesto de força e mesmo de violência nos dá acesso a duas constatações relevantes: a) a força é um elemento constitutivo e

indissociável do direito; *b*) a legalidade, por isso mesmo, contém já em sua origem, de forma latente, o risco da tirania.

A. A força é um elemento constitutivo e indissociável do direito

No que tange a esse primeiro ponto, é ilustrativo um trecho da correspondência entre Freud e Einstein, datada de 1933, na carta intitulada *Por que a guerra?* Freud afirma: “estaremos fazendo um cálculo errado se desprezarmos o fato de que a lei, originalmente, era força bruta e que, mesmo hoje, não pode prescindir do apoio da violência” (FREUD: *Por que a guerra?* ESB XXII, p. 251)[5]. Ainda mais elucidativo é o comentário de Jacques Derrida acerca da palavra inglesa *enforceability*, que designa a aplicabilidade da norma jurídica. Essa palavra, diz Derrida, “nos lembra, literalmente, que não há direito que não implique *nele mesmo, a priori, na estrutura analítica de seu conceito*, a possibilidade de ser “*enforced*”, aplicado pela força” (DERRIDA: 2007, p. 8, grifo do autor). Assim, a expressão inglesa “*to enforce the law*”

nos lembra sempre que, se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode tornar-se justiça, por direito ou em direito, quando detém a força, ou antes quando recorre à força desde seu primeiro instante, sua primeira palavra. No começo da justiça, terá havido o *logos*, a linguagem ou a língua, mas isso não é necessariamente contraditório com outro *incipit* que dissesse: “No começo, terá havido a força” (DERRIDA: 2007, p.17).

À primeira vista, parece ocioso indicar que há, na lei, indissociavelmente, um elemento de força e mesmo de violência. Seria apenas repetir a conhecida fórmula do Estado detentor do monopólio de uso da força. No entanto, tudo isso tem outro alcance quando considerado na perspectiva aberta por Freud em seus escritos sobre a cultura. Explicando melhor, quando se concebe a civilização como governo das pulsões e quando se situam, no cerne da vida civilizada, as pulsões de destruição e agressão, ganham consistência as dimensões do conflito e do risco de abuso que a legalidade irremediavelmente envolve. Assim, aparece a força da lei como uma componente nuclear do tenso jogo de forças pulsionais verificado no seio da vida coletiva.

Com isso, fica claro que, nas posições de Freud e Derrida acerca da força da lei não há qualquer intenção de autorizar ou naturalizar a tirania ou o totalitarismo. Diversamente, o que se verifica em ambos os autores é um alerta quanto aos riscos da reversão do estado civil ao estado de natureza, riscos estes que se apresentam como um horizonte sempre à vista. Já tocamos, aqui, a segunda constatação.

B. A legalidade contém, já em sua origem, o risco latente da tirania e do totalitarismo

Na versão freudiana do contrato fundador da instância jurídico-política, a passagem do estado conflitivo de natureza ao estado civilizado não constitui uma garantia de pacífica estabilidade. Pelo contrário, há sempre o risco de ruptura da ordem civilizada. Afinal, em virtude da ambivalência dos afetos dirigidos ao pai primevo da horda e, conseqüentemente, ao deus-pai da comunidade civilizada, a culpa e a obediência à ordem instituída trazem em seu reverso o ódio e a hostilidade contra as instituições da cultura. Além disso, o amor e a identificação dos sujeitos com relação ao pai simbólico coexistem com a nostalgia referente àquele pai primitivo, capaz de exercer sobre seus comandados uma influência hipnótica arrebatadora, um misto de terror e fascínio. O possível ressurgimento da horda como massa em qualquer momento da história se deve à nostalgia inconsciente do pai primevo e ao desejo de submissão total a um chefe que decorre dessa mesma nostalgia. Vejamos como isso pode se dar de fato na vida coletiva [6].

Em *Psicologia das massas e análise do eu* (FREUD: ESB XVIII), escrito oito anos depois de *Totem e tabu*, Freud se dedica ao estudo dos fenômenos de massa, a fim de compreender como ocorrem no indivíduo o afrouxamento de certas inibições e a exacerbação de tendências agressivas latentes, quando esse indivíduo se encontra imerso numa multidão fascinada por um líder[7]. A massa é vista por Freud como uma ressurreição da horda primitiva e como um modelo do que pode resultar da suspensão ou do afrouxamento excessivo das interdições fundantes da vida civilizada. Em tais circunstâncias, ganha livre curso a manifestação da destrutividade e da crueldade inerentes à espécie; abre-se o campo ao uso perverso de um ser humano pelo outro, ao tomá-lo não como semelhante, mas como objeto de gozo, uso e abuso.

Sob circunstâncias propícias, quando estão ausentes as forças anímicas contrárias que a inibem, [a agressão cruel] se exterioriza também espontaneamente, desmascara os seres humanos como bestas selvagens que nem sequer respeitam os membros de sua própria espécie. Em conseqüência, o próximo não é somente um possível auxiliar e objeto sexual, mas uma tentação para satisfazer nele a agressão, explorar sua força de trabalho sem ressarcir-lo, usá-lo sexualmente sem seu consentimento, despojá-lo de seu patrimônio, humilhá-lo, infligir-lhe dores, martirizá-lo e assassiná-lo. *Homo homini lupus*. Quem, em face, de toda sua experiência da vida e da História, terá a coragem de discutir essa asserção? (FREUD: *O mal-estar na civilização*. ESB XXI, p. 133).

Assim, se, como afirma Freud em *O mal estar na civilização*, a limitação da vida pulsional imposta pela civilização é fonte de insatisfação e sofrimento para o humano, mais infelicidade ainda pode resultar da supressão, da inobservância ou do alargamento de tais limites. O marco civilizatório proporcionado pela palavra e pela lei é, para a psicanálise, o que mantém ativo o circuito da intersubjetividade, da alteridade e do desejo, impedindo a eclosão desmedida do gozo destrutivo.

Cabe aqui uma ressalva importante: não se deve confundir a lei e o limite aqui mencionados com a legalidade pura e simples. Afinal, *summum ius, summa iniuria*, as

maiores crueldades e injustiças podem ser cometidas em conformidade com as leis vigentes numa dada sociedade. A história é abundante em exemplos desse uso perverso do direito. A experiência do nazismo, em especial, revelou, com uma evidência sem precedentes, que o mais alto grau da civilização pode manter latente em seu reverso a mais cruenta barbárie.

Portanto, a lei de que se trata aqui é a lei fundamental, expressa nos interditos do incesto e do assassinato, tomados não ao pé da letra, apenas, mas em sentido ampliado. Afinal, além dos atos perpetrados concretamente contra o semelhante de carne e osso, são também assassinos e incestuosos os intentos de se apossar ou de dar cabo da referência fundadora de uma sociedade. Dito de outro modo, o fundamento último de legitimidade numa dada cultura é algo indisponível ao sujeito particular. Trata-se, a exemplo do Totem primitivo, de um sujeito monumental de ficção, para o qual a cultura designa um lugar absoluto e intangível.

A lógica do totemismo revelada por Freud no estudo das sociedades “selvagens” e “primitivas” vale também para as sociedades ultramodernas do Ocidente. Esse é, como dissemos, outro aspecto escandaloso do contratualismo freudiano que trataremos agora de evidenciar, com apoio na obra do jurista e psicanalista francês Pierre Legendre.

3. A ENCENAÇÃO DE UM SUJEITO MONUMENTAL DE FICÇÃO

Partindo das proposições desenvolvidas por Freud em *Totem e tabu*, Legendre aponta, como “núcleo antropológico irreduzível de qualquer cultura” (LEGENDRE: 2001, p. 13), a necessidade de assegurar aos indivíduos um segundo nascimento, para além do nascimento biológico. Além de nascer do ponto de vista da natureza, o homem deve nascer para a cultura, para a vida simbólica, intersubjetiva. Nas palavras do autor, “não basta produzir a carne humana, é preciso instituir o vivente. O homem precisa de uma razão de viver” (LEGENDRE: 2002, p. 11).

A compreensão de que é preciso instituir a vida humana tem raízes antigas na tradição jurídica ocidental, expressando-se na fórmula *vitam instituere*^[8], recuperada do direito romano pelo autor. Assim, o que Legendre qualifica como núcleo antropológico irreduzível de qualquer cultura corresponde ao acionamento da estrutura ternária destinada a instituir o vivente falante. Em outras palavras, trata-se das montagens simbólicas e normativas desenvolvidas em cada sociedade para pôr em ação o interdito do incesto e ordenar a vida do ponto de vista genealógico.

No Ocidente, esse núcleo antropológico encontra abrigo privilegiado nas montagens jurídicas desenvolvidas pela tradição ocidental para ordenar a filiação. Convém recordar, no que tange à ordenação genealógica da filiação pelo direito, que o que está em jogo aí é a triangulação edipiana entre pai, mãe e filhos de um e outro sexo,

disciplinada socialmente por regras jurídicas, em nome de uma referência simbólica que é dada pela cultura e se encontra hierarquicamente acima dos indivíduos. A filiação articula, portanto, um tempo político e um tempo familiar (LEGENDRE: 1989, pp. 71-72), a fim de instituir o vivente falante.

Etimologicamente, instituir significa fazer parar de pé, segurar firmemente, estabelecer, fundar. A palavra portuguesa *Estado* (bem como seus correspondentes nas demais línguas da Europa Ocidental) deriva do termo latino *status* e pertence à mesma linha semântica de *instituere*. *Status*, particípio passado do verbo latino *stare*, significa literalmente *o que foi posto em posição de parar de pé* (LEGENDRE: 2005a, p. 120).

O Estado faz então parar de pé alguma coisa, mas o quê? O Estado traduz uma certa versão, um estado da Referência. Ora, quem diz Referência (...) diz Terceiro, montagem de uma função normativa de diferenciação, necessária à vida na espécie falante. (LEGENDRE: 1992, p. 13).

Esse retorno à raiz etimológica destaca uma feição do Estado em que se revela seu vínculo com a instituição da vida. O Estado aparece, então, como a versão ocidental de uma categoria antropológica universal, cuja síntese se encontra na figura do Totem. Legendre recorda que, antes de atingir seu sentido tecnocrático, a noção de Estado permaneceu, na filosofia da Idade Média, vinculada à analogia com a posição vertical do corpo humano:

o homem pode estar de pé, sentado, deitado, mas é na vertical que, conformemente à Natureza, a cabeça se encontra no alto e os pés tocam o solo. (...) Esse discurso ingênuo, que não é mais o nosso, teve o mérito de pôr em cena o Estado, e por conseguinte todo o sistema normativo, como uma metáfora viva (...). A concepção naturalista do *Estado* – a figura emblemática do Gigante, teorizada por Thomas Hobbes, no século XVII, sob a metáfora do monstro Leviatã (emprestada à Bíblia) –, essa concepção é estritamente equivalente ao *Totem* africano que preside à ordem normativa. (...) O fato de que os juristas, ocidentais e não-ocidentais, não tenham consciência dessa função estrutural não muda nada no fato de que uma única e mesma lógica está em ação (LEGENDRE: 2005a, p. 120).

A objetivização positivista rechaça a idéia de um Sujeito monumental de ficção que encena teatralmente um discurso próprio, do qual dependem a normatividade social e a constituição da identidade individual e coletiva (LEGENDRE: 2001, p. 24). A descrição da sociedade em termos de tal mecanismo parece retratar uma condição excessivamente primitiva e, portanto, incompatível com a ultramodernidade regida por uma racionalidade técnico-científico-econômica.

No entanto, é bem assim, e para se convencer disso basta observar a manobra jurídica dos Estados inventados pela civilização européia: um Estado *é* uma pessoa sob estatuto instituído de ficção e é a esse Estado-Sujeito de direito, instância garantidora da causalidade na montagem legislativa e judiciária, que são imputadas as categorias ditas do direito das pessoas, notadamente no que elas tratam da divisão dos sexos, do parentesco etc. Antropologicamente, qual a diferença de princípio com relação a uma montagem fundada sobre o Totem? Estritamente nenhuma (LEGENDRE: 2001, pp. 25-26, grifo de Legendre).

A fim de responder à pergunta sobre quem é, afinal, o sujeito monumental do sistema institucional, Legendre recorre à *Odisséia*, de Homero, citando uma passagem em que Ulisses diz ao ciclope: “é Ninguém, o meu nome”[9]. Essa locução põe em evidência o verdadeiro caráter dos fundamentos do direito: trata-se de “um preenchimento necessário, um discurso de encenação destinado a autenticar um lugar vazio” (LEGENDRE : 2005b, p. 20)[10]. Esse trabalho de representação é incontornável, para qualquer sociedade humana, confrontada com o fato de que o homem é um ser de discurso. Compreender o que está em jogo nessa montagem simbólica do sujeito monumental de ficção “não consiste em descobrir que atrás do sistema institucional não há ninguém, nenhum sujeito em carne e osso, mas em reconhecer que esse *Ninguém* é um nome” (LEGENDRE : 2005b, p. 20, grifo de Legendre)[11].

Em outras palavras, um sistema institucional só pode existir e funcionar *em nome de* (LEGENDRE : 2005b, p. 20). Como observa Legendre, para que se obtenha esse *em nome de*, “montagens complexas agenciam, por meios – se me permitem dizê-lo – rasteiramente mitológicos, a representação; colocam-na em ação e lhe permitem produzir seus efeitos subjetivos e sociais” (LEGENDRE : 2005b, p. 20)[12]. Esse trabalho de representação é o que põe em cena a Referência fundadora, ou Referência absoluta, segundo as expressões caras a Legendre. Nessa perspectiva, afirma o autor,

a secularização é tão somente um dos rostos da versão ocidental, entre as versões da Referência inventadas pela humanidade. (...) Um pouco mais de atenção sobre a história do juridismo europeu ajudaria a notar, observando-se as mudanças de estado da divindade entre os ocidentais, o vai-e-vem do Deus Legislador[13] para se adaptar, a reciclagem periódica da Referência absoluta (LEGENDRE : 2005b, p. 20)[14].

Ao se observar a ordem institucional tal como Legendre a indica, percebe-se que “Deus coabita, se ousa dizê-lo, com seu próprio apagamento: a distinção do *religioso* e do *secular* advém dos efeitos da estrutura, ela não é o princípio dessa estrutura” (LEGENDRE : 2005b, p. 22)[15]. Em outras palavras, detrás da face aparente do poder secularizado permanece, sob o modo do recalque, o caráter mítico e religioso da Referência fundadora, doravante enunciada com novos nomes e encenada mediante

emblemas renovados. A estrutura permanece inalterada; o que se modifica historicamente são suas formas de representação[16].

Em perspectiva diversa, porém amplamente consoante com a de Legendre, encontramos as reflexões de Jacques Derrida em torno das relações entre a justiça, o direito e a força. Em sua conferência intitulada *Do direito à justiça*, Derrida retoma uma passagem dos ensaios de Montaigne, na qual o filósofo seiscentista se refere ao “fundamento místico da autoridade das leis”, nos seguintes termos:

Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não tem outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve (MONTAIGNE, *Essais*, III, cap. XIII, “De l’expérience”, Bibliothèque de la Pléiade, p. 1203).

Em outra passagem de Montaigne, também recuperada por Derrida, ganha destaque a operação de preenchimento de um vazio por meio de uma ficção, característica dos fundamentos do direito:

As mulheres usam dentes de marfim onde os naturais lhe faltam e, em vez de sua verdadeira tez, forjam outra de alguma maneira estranha... embelezam-se com uma beleza falsa e emprestada: assim faz a ciência (*e até mesmo nosso direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça*). (MONTAIGNE, *Essais*, II, cap. XII, Bibliothèque de la Pléiade, p. 601, grifo nosso).

Em seu comentário a esses trechos coletados nos *Ensaio*s, Derrida parte da constatação de que o fundamento da lei tem um elemento de violência que o coloca inevitavelmente fora da ordem dos discursos de justificação e legitimação, por força do próprio caráter inaugural, autofundador, de toda fundação. Isso não significa, para Derrida, que o ato fundador esteja situado fora da linguagem. Diversamente, para o autor, o fundamento ocupa um lugar particular, que ele define como um silêncio emparedado, e que, a nosso ver, corresponde àquilo que Legendre designa como um vazio preenchido por um nome. Em síntese, trata-se do fundamento místico da autoridade:

Ora, a operação de fundar, inaugurar, justificar o direito, *fazer a lei*, consistiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma,

não é justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação preexistente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar. (...) O discurso encontra ali o seu limite: nele mesmo, em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o *místico*. Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem (DERRIDA: 2007, pp. 24-25, grifos do autor).

Ao designar o fundamento da autoridade como místico, Derrida alerta que, para tanto, é necessário generalizar a estrutura e deslocar o campo semântico. Afinal, como observa Pierre Legendre, a civilização técnico-científica recalcou seus alicerces mitológicos e religiosos, de modo que já não são claramente perceptíveis, para o Ocidente ultramoderno, a feitura lógica e o caráter estrutural desse lugar terceiro, indisponível, da referência fundadora. No entanto, do ponto de vista da estrutura ternária em jogo, essa civilização encontra-se em pé de igualdade com aquelas culturas ditas teocráticas ou primitivas. Nas palavras do autor, “mesmo que Deus possa ter morrido, a lógica não morre” (LEGENDRE: 1999, pp. 12-14). Legendre comenta que a cultura ultramoderna preencheu com o ideal da Democracia o lugar vazio do fundamento. A Democracia apresenta-se, sob essa perspectiva, como vertente não-reconhecida do religioso – ou do místico, como sugere Derrida – nas sociedades ocidentais.

CONCLUSÃO

Acreditamos haver explicitado em medida suficiente, ao longo do percurso aqui traçado, alguns dos aspectos que atestam a particularidade e o interesse das contribuições legadas por Freud para uma reflexão acerca dos fundamentos do Direito.

Para concluir, parece-nos oportuno registrar uma ressalva importante. Caracterizar como místico o fundamento de legitimidade que o Ocidente ultramoderno reconhece na Democracia não configura uma perspectiva anti-democrática. Do mesmo modo, sugerir o contraponto entre as fórmulas “no princípio era o ato” e “no princípio era o verbo” não é uma tentativa de naturalizar ou apregoar o decisionismo, o império da vontade, a tirania.

Diversamente, o que pretendemos, ao levantar esses pontos, é propiciar um olhar crítico sobre as pretensões de transparência e de racionalidade plena próprias ao Ocidente, um

olhar que nos permita perceber os limites e os impasses dessa racionalidade; que leve a razão a se dobrar sobre si, sobre seu reverso obscuro, a fim de tornar consciente aquilo que está mantido sob recalque, também no que tange ao fenômeno jurídico. Em outras palavras, trata-se de reconhecer que, além da dimensão racional, há, na lei e em seus fundamentos, uma dimensão pulsional. Trata-se, ainda, de tornar mais evidente a montagem da estrutura ternária que mantém de pé, na escala da sociedade, a linguagem, a normatividade, razão. Trata-se, por fim, de lembrar que há sempre o risco de essa montagem entrar em colapso, se forçada até seu ponto de ruptura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAUMONT, Franck: “La double face du crime”, s.n. Lausanne, 2001 (mimeo). Texto gentilmente cedido pelo Prof. Célio Garcia.

DERRIDA, Jacques: *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (tradução: Leila Perrone-Moisés).

FREUD, Sigmund: *Totem e tabu*. ESB XIII. Rio: Imago, 1978. [1913]

FREUD, Sigmund: *Psicologia das massas e análise do eu*. ESB XVIII. Rio: Imago, 1978. [1921]

FREUD, Sigmund: *O mal-estar na civilização*. ESB XXI. Rio: Imago, 1978. [1930]

FREUD, Sigmund: *Por que a guerra?*, ESB XXII. Rio: Imago, 1978. [1933]

LEGENDRE, Pierre: *Le crime du caporal Lortie*. Traité sur Le Père. Paris: Fayard, 1989.

LEGENDRE, Pierre: *Sur la question dogmatique em Occident*. Paris: Fayard, 1999.

LEGENDRE, Pierre: *De la société comme Texte*. Linéaments d’une Anthropologie Dogmatique. Paris: Fayard, 2001.

LEGENDRE, Pierre: *La fabrique de l’homme occidental*. Paris: 1001 Nuits, 2002.

LEGENDRE, Pierre: *Ce que l’Occident ne voit pas de l’Occident*. Conférences au Japon. Paris: 1001 Nuits, 2005a.

LEGENDRE, Pierre: *Le désir politique de Dieu*. Études sur le montage de l’État Du Droit. Paris: Fayard, 2005b.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho: “Hobbes e as paixões”. *Tuiuti: ciência e cultura*. Faculdades Integradas da Sociedade Educacional Tuiuti, vol. 5, n. 1, pp. 60-68, março de 2006.

MEZAN, Renato: *Freud, pensador da cultura*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

MONTAIGNE: *Essais*, vol. I e II. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, s.d.

[2] Vale lembrar que *Totem e tabu* [1913] inaugura a série dos escritos sobre a cultura que Freud há de produzir, até o fim de sua obra, cujo marco final, aliás, é *Moisés e o Monoteísmo* [1939], texto este em que se opera uma retomada e uma reafirmação confiante das teses enunciadas em *Totem e tabu*.

[3] Esse poder *tout court* a que se refere Mezan seria preferencialmente denominado potência ou força, para não se confundir com o poder juridicamente instituído. O termo “colusão”, pouco usual, designa um conchavo, um conluio, uma associação escusa.

[4] Sobre esse tema, cf.: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho: “Hobbes e as paixões”. *Tuiuti: ciência e cultura*. Faculdades Integradas da Sociedade Educacional Tuiuti, vol. 5, n. 1, pp. 60-68, março de 2006.

[5] Noutra passagem do mesmo texto, Freud escreve: “O senhor começa com a relação entre direito (*Recht*) e poder (*Macht*) (...). Permita-me substituir a palavra *Macht* pelo termo, mais rotundo e direto, de *Gewalt* (força). Direito e força são hoje, para nós, antagônicos; mas não é difícil demonstrar que o primeiro surgiu da segunda. (...) Esta foi (...) a situação inicial dos fatos: a dominação por parte de qualquer um que tivesse uma potência maior – a dominação pela violência bruta ou pela violência apoiada no intelecto. (...) Havia um caminho que se estendia da violência ao direito. Que caminho era este? Penso ter sido apenas um: (...) ‘*L’union fait la force*’. A violência podia ser derrotada pela união, e o poder daqueles que se uniam representava, agora, o direito, em contraposição à violência do indivíduo só. Vemos, assim, que o direito corresponde à força de uma comunidade. Ainda é violência, pronta a se voltar a qualquer indivíduo que se lhe oponha; funciona pelos mesmos métodos e persegue os mesmos objetivos. A única diferença real reside no fato de que aquilo que prevalece não é mais a violência de um indivíduo, mas a violência da comunidade” (FREUD: *Por que a guerra?*, ESB XXII, pp. 246-247).

[6] No âmbito da ficção literária, a narrativa *O senhor das Moscas*, de William Golding [1954], ambientada numa ilha deserta onde foi deixado um grupo de crianças após uma hecatombe nuclear, põe em cena uma alegoria interessante do esforço de construção de uma vida civilizada e da reversão desta à horda violenta.

[7] Não há como evitar uma nota acerca do caráter profético do estudo *Psicologia das massas e análise do eu*, escrito quase duas décadas antes da eclosão do Reich da Alemanha hitlerista.

[8] Sobre a fórmula *vitam instituere*, Legendre comenta que essa expressão tem origem em “um fragmento de Marciano (jurisconsulto do século III), extraído do livro primeiro de suas *Institutiones*, que cita em grego uma passagem de Demóstenes” (LEGENDRE: 1999, p. 107). Esse fragmento foi conservado e inserido, no século VI, no Digesto (1, 3, 2), obra que é, como recorda Legendre, “a grande compilação de fragmentos de autores realizada pelo imperador Justiniano, tornada na Idade Média um dos pilares de sustentação do sistema jurídico do Ocidente” (LEGENDRE: 1999, p. 107). Legendre destaca que, mais do que determinar se a autoria original desse fragmento do Digesto é de Marciano ou de Demóstenes, é importante compreender o que esse texto diz: “Finalmente, o que diz o texto grego de Marciano? Ele dá uma definição geral do pacto comum da cidade, cujas prescrições *ordenam a vida* de todos os que residem nessa cidade. Tal é o sentido de toda institucionalidade, e o *vitam instituere* é, em meus trabalhos, a expressão emblemática disso” (LEGENDRE: 1999, p. 107, grifo de Legendre). No original: *Finalemment, que dit le texte grec de Marcien? Il donne une définition générale du pacte commun de la cité, dont les prescriptions ordonnent la vie de tous ceux qui résident en cette cité. Tel est le sens de toute institutionalité, et le vitam instituere en est, dans mes travaux, l’expression emblématique.*

[9] Retirado por Legendre da *Odisséia*, 9, 1, verso 366. Na tradução de Legendre: *c’est Personne, mon nom* (LEGENDRE : 2005b, p. 20). Na tradução para o português, perde-se a riqueza semântica da versão francesa, em que a palavra *personne* significa tanto “pessoa” como “ninguém”.

[10] *Un remplissage nécessaire, un discours de mise en scène destiné à authentifier une place vide.*

[11] *Le comprendre consiste non pas à découvrir que derrière le système institutionnel il n’y a personne, aucun sujet en chair et en os, mais à reconnaître que ce Personne est un nom.*

[12] *Pour obtenir cet au nom de, des montages complexes agencent, par des moyens, si j’ose dire, bassement mythologiques, la représentation, la mettent en œuvre et lui permettent de produire ses effets subjectifs et sociaux.*

[13] No que tange à posição de Deus em relação aos fundamentos do direito, na tradição jurídica ocidental, Legendre destaca que a divindade nunca foi a palavra final da estrutura. Diversamente, Deus foi “o nome, emblemático por natureza, portado pela Referência, o que é bem diferente”. (LEGENDRE : 2005b, p. 22).

[14] *La sécularisation n’est rien d’autre qu’un des visages de la version occidentale, parmi les versions de la Référence inventées par l’humanité. (...) Un peu plus d’attention portée à l’histoire du juridisme européen aiderait à douter, en observant les changements d’état de la divinité chez les Occidentaux, le va-et-vient du Dieu Législateur pour s’adapter, le recyclage périodique de la Référence absolue.*

[15] *Dieu cohabite, si j’ose dire, avec son propre effacement: la distinction du religieux et du séculier relève des effets de la structure, elle n’en est pas le principe.*

[16] Pode-se atestar, assim, a sintonia, já apontada neste estudo, entre os estudos desenvolvidos por Legendre e a indicação, dada por Freud, de que a investigação em torno do totemismo, para ser satisfatória, “deverá nos dizer sob que condições essa instituição se desenvolveu e *a quais necessidades psíquicas do homem dá expressão*” (FREUD: *Totem e tabu*, ESB XIII, p. 133, grifo nosso).

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL E A HETEROGENEIDADE DOS DISCURSOS.

CONSIDERATIONS ON THE TESTIMONY IN CRIMINAL SUIT AND HETEROGENEITY OF SPEECHES.

Carolina Salbego Lisowski

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a construção das provas testemunhais no sistema penal brasileiro. Assim, parte da prática constituída no dia a dia forense sobre o ingresso de falas individuais na esfera jurídica, tornando-as assim partes integrantes do processo. Cabe considerar, já de início, que a redução do depoimento oral à versão escrita vai de encontro à idéia de humanização do fazer jurídico. Além disso, a necessidade de formalização deste falar faz com que características individuais sejam abatidas e as peculiaridades sejam aparentemente homogeneizadas, a fim de adequar o discurso para fim específico. Assim, este estudo busca abordar e expor algumas possibilidades acerca deste falar de características próprias, a fim de entender que discurso relatado é construído aliando subjetividades.

PALAVRAS-CHAVES: DISCURSO RELATADO – DEPOIMENTOS – ORAL – ESCRITO

ABSTRACT

The current article claim to analyze the construction of testimonial proves on the Brazilian penal system. Therefore, it begins from the practices on the forensic day-by-day regarding the individual speaking entrance in the juridical sphere, coming so as a component of the process. It should be considered that the reduction of the oral deposition to the written version crashes the idea of humanization of the juridical practices. Despite, the requirement of formalization of this speaking erases some of the individual characteristics and turns peculiarities in a homogeneous mass, looking for fitness on this specific speech. So, this analysis claim to board and expose some of these possibilities related to this peculiar speaking, in order to understand that the stated speech is founded in alignment to the subjectivities.

KEYWORDS: RPORTED SPEECH – TESTEMONIES – ORAL – WRITTEN

1. Algumas considerações acerca do Processo e do Direito Penal

Mesmo que a temática do direito e do processo penal perpassasse todo este estudo, é relevante que seja considerado este tema especificamente, ao que se dedica o presente subtítulo.

O direito penal diz respeito ao ramo das ciências jurídicas que se dedica a estudar o poder punitivo do Estado e seus desmembramentos. Vale salientar que essa titularidade punitiva estatal se fez no momento em que foi suprimida a vingança privada e o monopólio dessa faculdade, antes individual, foi concedido ao Poder Público. Assim sendo, o Estado aproxima de si o direito e o dever de proteger a coletividade em face a uma conduta delitativa que infringisse a ordem e a paz social.

Já em 1905 entendia-se que o direito penal seria, segundo Franz Von Liszt, a “magna carta do [1]delinqüente, isto é, a garantia, para os que se rebelam contra o Estado e a sociedade, de uma punição segundo certos pressupostos e dentro de precisos limites legais”. Contudo, atualmente já se sabe que além de atuar em prol da coletividade, também é dever do estado proteger o autor do fato delitivo, já que o ele, mesmo podendo perder alguns direitos em face a uma pena, como o direito à da liberdade, ainda é um sujeito de direito.

Sem dúvida, esse entendimento ainda é visto com certos receios não só pelo corpo social, mas, espantosamente, também por alguns estudiosos do direito, muitas vezes moldados por um pensamento jurídico conservador e aferrado às técnicas processuais.

Não é objetivo deste artigo discutir de maneira aprofundada esse tema, contudo, a fim de demonstrar a importância da temática eleita, não se pode deixar de perceber as graves questões humanas que cercam um processo penal e que, por vezes, não são consideradas.

Acaba tornando-se fácil de entender que, na grande maioria dos casos, o princípio da paridade das armas no iter processual é apenas formal, já que a maioria dos sujeitos de um processo penal é desfavorecida econômica e socialmente e, portanto, terão, dentro dos fóruns e tribunais, as mesmas oportunidades que possuem fora deles, ou seja, pouca ou quase nenhum chance, como é na realidade de um homem pobre.

Sendo assim, se o acusado sempre parte de uma posição de desvantagem em face ao Estado que acusa, mesmo, em tese, estando à luz de uma presunção de inocência, cabe ao sistema jurídico garantir que, ao menos no decorrer desse procedimento, todas as garantias sejam dadas e a instrumentalidade do processo não aconteça como mais um prejuízo ao acusado.

Nesse entendimento, então, que este artigo alia o fazer jurídico à ciência da linguagem, fazendo com que esta se volte a uma das práticas do sistema processual – o testemunho – para entender como ela se constrói e se não acaba por ser mais um requisito formal atendido apenas com o viés de instrumentalizar um documento público, ao invés de ser um direito do cidadão.

Sobre isso, quer-se apresentar um entendimento que será retomado em fase de análise do *corpus*, qual seja, o motivo que leva este estudo a contemplar os textos referentes às provas testemunhais, decisão essa eminentemente teórica. Como exposto até então, já passou do momento de os estudos jurídicos dedicarem-se à melhoria efetiva de seus

procedimentos e não se deter apenas a como se deve aplicar técnicas. Assim, tendo esse intuito, quer-se propor com este estudo, perceber a construção da prova no processo penal, opção que exclui o texto oriundo do interrogatório do réu, já que este é meio de defesa e não meio de prova.

Ilustram esse entendimento renomados juristas como Ferrajoli [2]:

“O processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa e tem a única função de dar materialmente vida ao juízo contraditório e permitir ao imputado refutar a acusação ou aduzir argumentos para se justificar (Ferrajoli 1998, p. 471).”

Mais do que isso, ao se observar a instrumentalização da prova testemunhal, as atenções se voltam ao direito do réu ser julgado e ter em seu favor, desde a fase inquisitória, a disponibilidade de depoimentos testemunhais coerentemente construídos.

2. Sobre o que se fala e o que se escreve: Quem conta aumenta um ponto?

A produção de provas no Direito destina-se, por excelência, à importante função de aproximar, dar a conhecer, reconstruir, ao menos em parte, o fato que precisa ser esclarecido no decorrer do iter processual.

Segundo o entendimento de alguns doutrinadores, caberia ao processo judicial estudar os meios e o modo com que cada informação acerca de um fato é produzida ou conhecida, já que esse fator acaba por se tornar requisito da sentença que se formará adiante.

Ainda sobre as provas no/do processo, constam noções jurídicas que percebem a prova amplamente, e não como território restrito do direito. Inclusive, chega a se pensar nas provas entendidas somente à luz de determinadas ciências afins. Sabiamente postula Carnelutti[3] ao reconhecer “que o conceito de prova se encontra fora do Direito”.

Voltar-se, então, às áreas próximas ao direito não implica em desterritorializá-lo ou descaracterizá-lo enquanto ciência autônoma, mas sim, significa constituir um espaço do saber pronto para mobilizar conceitos outros em prol de seu fazer. Indo ao encontro desta idéia e abordando a questão probatória, Devis Echandia[4] leciona que:

“é nas ciências e atividades reconstrutivas (História, Arqueologia, Lingüística) que a noção de prova adquire um sentido preciso e especial, que é em substância o mesmo que precisa ser percebido pelo Direito e ocupado por ele (Echandia, 1984, p.25)”

É, então, a partir de percepções como este que se entende ser capaz de aproximar a ciência da linguagem, especialmente vista à luz da Análise do Discurso.

A prova testemunhal, em especial, ganha ainda mais notoriedade, já que seria ela a responsável por cumprir seu papel de maneira mais satisfatória. Segundo Malatesta (1945) [5], a prova produzida oralmente, ao menos no ato de sua produção, vale destacar, possui mais valor do que a prova escrita, aconselhando sempre a produção oral:

“La razón estará em la inferioridad que como prueba presenta siempre el escrito comparado com la palabra. Conviene no olvidar que, aun em la hipótesis em que el escrito se considere como forma original, su originalidad es siempre menos perfecta que la declaración oral (Malatesta, 1945, p. 59)”

Nesse sentido, articular de maneira satisfatória a utilização desses discursos no contexto processual é indispensável para a garantia de um conhecimento mais verossímil, trazendo o fato como ele se deu um pouco mais próximo daqueles que precisam decidir sobre ele. Em nenhum momento quer-se discutir o fato de que dito e o escrito complementam-se e que um não anula ou substitui o outro, contudo, ausente como se apresenta, muitas vezes, o discurso oral[6] no âmbito do direito, pode comprometer, de forma decisiva, o desempenho dele.

No campo do direito processual, muito se discute acerca da falha no contato que o magistrado tem sobre as provas, e de certa forma, este estudo vai ao encontro deste entendimento. Veja-se, como fim ilustrativo e exemplificativo, a problemática que se estabelece na situação do depoimento testemunhal: Decorrido um prazo considerável do dia em que determinada pessoa presenciou o fato, a mesma é chamada para contar o que viu. Daqui já se deve anotar que, presenciado o fato, a testemunha terá sobre ele uma apercepção[7] que, por sua natureza, já alterará o que foi visto. Depondo, narra ao juiz a cena, de onde estava e de como observava e o magistrado, por sua vez, re-conta a uma terceira pessoa, o servidor da justiça, que trabalha na escritura, na transcrição destes discursos orais, elaborando uma versão escrita dos mesmos.

Trata-se, por assim dizer, de uma garantia da eficácia e da segurança processual assentar-se o discurso testemunhal na esfera da homogeneidade e da transparência, em detrimento a real característica opaca de cada discurso produzido, já que o que se quer com o procedimento judicial é algo que se pode chamar de não contradição, característica inerente a prática jurisdicional, conforme postula Althusser (2008)[8] e que exige do jurista a sistematização e enquadramento do conteúdo nas formas esperadas. Não cabe, assim, para muitos doutrinadores, pensar-se em qualquer tipo de instabilidade que possa ser provocada pela relativização do que está posto no processo.

Partindo-se da cadeia enunciativa formada por testemunha, juiz e escrivão, é importante que se pergunte em que medida existem e agem as alterações correspondentes a cada

sujeito de falar distinto que re-produz a “mesma” história e como se posiciona cada sujeito em relação ao que diz. Considerando-se o postulado por Authier– Revuz (2001), que

“[...] ao estatuto que é consagrado ao conceito de língua a à concepção, posta em jogo, de sujeitos e de sua relação com a linguagem e com o sentido; essas escolhas teóricas diversas têm incidências marcantes sobre a descrição dos fenômenos estudados.” (Authier-Revuz, 2001, p.183)

Identifica-se, a partir do exposto, que a produção de um discurso caracteriza-se pela heterogeneidade tanto em relação ao sujeito produtor quanto em relação a cada condição de produção desse discurso que acaba por se alterar a fim de satisfazer buscas ideológicas como a da verdade e da segurança jurídica.

Também se pode aludir às alterações inconscientes do sujeito testemunha em seu discurso, já que, quem presencia um fato preenche as lacunas de sua observação com suas percepções subjetivas e experiências, elementos esses que se agregam ao relato, parecendo fazer parte, efetivamente dele.

Ainda, outro fator decisivo para que se identifique essa relativização da construção discursiva é a interferência pessoal de todos os sujeitos que passam a ser, autorizamente, (co) autores de um mesmo relato. O que foi observado pela testemunha no instante do fato é rememorado, re - construído e narrado no momento do depoimento, texto esse que, a cada alteração de percurso repovoa-se de sentidos, deixando de ser indubitável e transparente em seus sentidos. É por isso que se pode afirmar, então, que o encadeamento de signos do discurso “original”^[9] se altera a cada uma das interferências referidas.

Ainda, segundo Authier-Revuz (2004), o que se identifica nessas construções discursiva de discurso relatado é a interferência pessoal de todos os sujeitos que passam a ser, autorizamente, (co) autores de um mesmo relato, de forma que o encadeamento do discurso original se altera a cada uma das interferências referidas.

Pode-se compreender, à luz do aporte teórico eleito, a existência de diversos modos de representação e de falas em um discurso, afora a produção exclusiva daquele enunciador verdadeiramente tido em tal status. A referida heterogeneidade presente nos discursos, segundo Authier-Revuz (2004), pode ser explícita ou implícita nos atos enunciativos.

Em outras palavras, a autora identifica a “heterogeneidade mostrada” como a presença identificável, de outro discurso no fio do discurso inicial, característica especial dos discursos relatados e definição essa que muito bem, se aplica aos termos dos depoimentos transcritos no discurso direito. Vale destacar que não se trata aqui de um discurso que acontece paralelamente a outro. Pelo contrário, a cada intervenção pode-se investigar um discurso que se agrega ao outro, está no outro, passando a compor o mesmo fio discursivo.

Formalmente, existem formas definidas que revelam essa heterogeneidade, categorias essas consagradas nas gramáticas tradicionais, como o discurso direto, indireto e indireto livre, abordadas pela teoria de Authier-Revuz (2004). Contudo, constata-se que não são suficientes para oferecer um entendimento abrangente da complexidade de se relacionar dois eventos enunciativos. A autora afirma que é sempre um ato de enunciação que é citado e não um enunciado.

Afirmam Charaudeau & Maingueneau (2004) que:

“distinguem-se as formas não-marcadas dessa heterogeneidade e suas formas marcadas (ou explícitas). O co-enunciador identifica as formas não marcadas (discurso indireto livre, alusões, ironia, pastiche...) combinando em proporções variáveis a seleção de índices textuais ou para-textuais diversos e a ativação de sua cultura pessoal. As formas marcadas, ao contrário, são assinaladas de maneira unívoca; podem tratar-se de discurso direto ou indireto, de aspas, mas também de glosas que indicam uma não-coincidência do enunciador com o que ele diz (modalização autonímica)” (Charaudeau & Maingueneau, 2004, p.261)

Nesse sentido, por vezes, a utilização das noções de discurso direto e indireto podem ser utilizadas no intuito de garantir, por assim dizer, a propriedade de uma fala, já que no discurso direto, por exemplo, não há a voz (explícita) de outro e as palavras empregadas são as do próprio produtor primário do discurso. Contudo, é exatamente esta ilusão enunciativa que pode ser derrubada no instante em que são consideradas as alteridades ocultas em cada falar, à luz de cada memória discursiva do falante, e é sobre estes aspectos que se pretende traçar algumas notas no presente estudo.

Segundo a construção teórica acerca da teoria discursiva, Ducrot (1987) assegura que embora o discurso direto vise a informar sobre o discurso que foi efetivamente realizado, nada impede ao autor do relato apresentar uma fala que ele simplesmente suponha que tenha alguns pontos comuns com aquela sobre a qual ele quer informar seu interlocutor. Assim, como o discurso direto não procura, necessariamente, fazer uma reprodução literal, o autor do relato pode, para dar a conhecer os pontos importantes da fala original, colocar em cena uma fala diferente.

Pensando, por sua vez, no processo penal, pode-se pensar que esta proposta alia o fazer jurídico à ciência da linguagem, fazendo com que esta se volte a uma das práticas do sistema processual – o testemunho – para entender como ela se constrói, gera sentidos, mesmo que a priori seja entendido, por muitos juristas, como apenas mais um requisito formal e objetivo com a finalidade de instrumentalizar um documento público, ao invés de ser um direito do cidadão.

Destaca-se que a escolha dos processos da vara do júri dá-se por serem eles específicos quanto ao bem jurídico que tutelam, qual seja, a vida, e por corresponderem aos processos nos quais a segregação da liberdade de um réu condenado consiste nos maiores prazos previsto no ordenamento brasileiro.

Além disso, mesmo sendo direito do réu ter as testemunhas ouvidas pelos jurados, isso pode não acontecer, fato esse que torna a decisão, muitas vezes, baseada somente na transcrição dos depoimentos. Os jurados, portanto, sequer conhecerão a testemunha, menos ainda, terão acesso às suas falas sobre o caso a ser julgado. Pode-se assim entender uma *opinio delicti* baseada apenas na construção de um discurso heterogêneo e marcado pelas intervenções de diversos sujeitos, motivo que faz com que esses processos sejam escolhidos como objetos dessa pesquisa.

Mais do que isso, ao se observar a instrumentalização da prova testemunhal, as atenções se voltam ao direito do réu ser julgado e ter em seu favor, desde a fase inquisitória do processo, a disponibilidade de depoimentos testemunhais coerentemente construídos e percebidos longe de uma ilusão de objetividade.

3. Do *corpus* constituído para análise: “às palavras dos outros, às outras palavras.”[10]

A partir de depoimentos colhidos tanto na esfera já judicial, ou ainda de investigação policial, pretende-se apontar algumas marcas desse discurso próprio, produto resultante da oralidade em um contexto especial de produção. Não será considerado, ao menos neste trabalho de cunho inicial, acerca dos processos de constituição desse discurso, mas sim, partir-se-á diretamente aos resultantes. Os processos verificados tramitam na 1ª Vara Criminal da comarca de Santa Maria – RS, e foram escolhidos aleatoriamente entre os depoimentos colhidos no mês de setembro de 2008, data em que foi realizada a análise.

Interessante retomar que, conforme já exposto, como ao final objetiva-se concluir acerca do papel assumido por este discurso relatado nos rol de provas do processo, é permitido que se utilize tanto o depoimento judicial quando aquele obtido em fase de investigação, uma vez que, quando estes são acostados ao processo, são também aproveitados como peças probatórias.

Ainda sobre o *corpus*, foram considerados válidos para esta pesquisa apenas os depoimentos de cunho testemunhal, para que fosse mantida a coerência na busca dos resultados pretendidos. Tendo em vista que, como já fora exposto, este estudo pretende concluir acerca das provas que o processo dispõe para o juiz forme seu convencimento decisional, não é coerente, do ponto de vista jurídico, recorrer-se ao interrogatório do réu. Sobre isso, conforme a doutrina majoritária da área, o interrogatório do autor do fato possui natureza de defesa, e não de provas, ou seja, a escuta do réu é um direito constitucionalmente assegurado, no qual o acusado, além de dispor da presunção de inocência, deve defender-se do que lhe acusam e não fornecer provas dos fatos. Ou seja, restaria incoerente se, ao fim deste trabalho, fossem analisadas as condições das provas no processo se o *corpus* analisado sequer como prova fosse reconhecido.

Desta forma, serão recortados alguns enunciados de testemunhos que, conforme suas (re) construções escritas dão ensejo às considerações acerca deste discurso relatado que se pretende considerar neste trabalho, ao menos em parte.

4. Análises e discussões

A análise parte dos pressupostos postulados por Authier – Revuz que afirma sobre a heterogeneidade presente nos discursos, mesmo muitas vezes não aparente. É interessante destacar sobre isso, o entendimento da autora ao destacar que não existem dois discursos paralelos, ou colocados lado a lado, mas sim a um discurso *no* outro discurso, materializando um terceiro.

Inicialmente, foram selecionados trechos que, seja com as conseqüências feitas em discurso direto ou devido às marcas de primeira pessoa, pretende-se transmitir a impressão de que o relato foi somente construído pela testemunha, sem qualquer outra intervenção, e aparentemente, transmitir a idéia de transcrição pura e simples.

Depoimento Judicial 1[11]:

Depoente: eu vinha descendo a Borges, eu tinha saído do ensaio de carnaval e fui pra casa de uma amiga minha e daí eu e a Maria[12] e o Carlos[13], a gente veio embora, só que eu esqueci a chave a minha chave e voltei pra pegar na casa da minha amiga [...]

DJ 2:

[...] eu tava esperando um telemoto, que ia trazer um xis pra nós, daí desceu dois dentro de um carro lá, eu me levantei, me assustei, né, o carro veio e parou, desceu um deles “ah porque não sei o quê”[...] e falou “ah, se é por arma eu vô voltá”[...]

[...]eu nem queria ta aqui doutor, mas eu vim porque é errado isso a aí [...]

As conseqüências demonstradas acima, elaboradas em estilo direto nos DJ do *corpus* configura-se, portanto, apenas como um simulacro de fidelidade e de objetividade. Esse estilo, devido às marcas de primeira pessoa no relato e à apresentação da enunciação como dupla (polifonia de locutores), cria a ilusão de que o texto - documento foi construído apenas pela testemunha.

Ainda especificamente sobre o trecho do DJ 2, percebe-se a utilização das aspas, identificando, dentro do discurso do testemunho, outro falar, que precisa ficar explícito. Vê-se, assim, a polifonia explícita de um discurso, em meio às subjetividades inerentes a sua formulação. Sobre isso, Authier – Revuz postula: que “O lugar ‘do outro no discurso’ não é *ao lado*, mas **no** discurso. Isso posto, como lei constitutiva do tecido de todo discurso.”

No ensejo do discurso direto, mas apenas com intuito de observação, visto que não é o ponto central deste trabalho, cabe uma nota acerca da condução do depoimento. É possível identificar marcas características do discurso que são definidas pela forma com

que sua produção é conduzida. As perguntas formuladas pelo juiz podem se caracterizar como fechadas e objetivas ou abertas a mais declarações. Percebe-se que não há apenas uma pergunta inicial: “o que você viu deste fato”. Pelo contrário, após uma pergunta inicial, normalmente aberta, o juiz consegue desenhar o perfil do depoimento que é útil e esclarecedor ao processo. Ilustrando o que foi referido, têm-se:

DJ 3

Juiz: Me relata o que aconteceu?

Juiz: quem eram os dois? Não tinha mais ninguém?

Juiz: que horário ele chega? Que horário ele sai?

Ao atentar para as observações de Ducrot e de Maingueneau percebe-se o critério de essencialidade, isto é, o pressuposto que o material colhido é de cunho probatório, que será utilizado para que o juiz embase sua decisão, do juiz em julgar. Assim, o registro da fala da testemunha é apenas sobre o que for considerado fundamental para a questão.

Por esse motivo é que se encontra lugar para o discurso direto, visto que, neste estilo, é possível conservar ou acentuar o que é visto como essencial da fala relatada. No entanto, nas “transcrições”, a forma da fala da testemunha não é mantida. O texto-documento não mantém por completo a aparência de literalidade do discurso citado, pois, devido ao processo de re - produção, as diferenças interferências que ocorrem no discurso original alteram-no, seja de forma explícita ou implícita.

Pode-se afirmar isto se observadas as alternâncias que caracterizam alguns depoimentos, nos quais se alternam falas coloquiais, possivelmente próximas ao dito pela testemunha e interferências explícitas do juiz e do escrivão que, posterior a declaração oral, interferem na “transcrição”.

Termo de declarações na Delegacia de Polícia[14] 1:

*[...] que neste momento a declarante não tem em mãos o contrato de **alienação fiduciária** referente à compra do veículo [...] que o Marcos e Mateus possuem um irmão que é policial militar, e **reside** na Vila Oliveira, não **sabendo declinar** o endereço não **sabendo declinar** qual a unidade militar que ele serve [...]*

*[...] Durante a atividade **laborativa**, Cláudio começou a se desentender com outros empregados [...] (sem grifos o original).*

Uma das variações mais marcantes entre os elementos do corpus é a utilização do discurso indireto. A mescla de estilos projeta o que pode parecer implícito: a presença simultânea de mais locutores na narrativa, tendo em vista que em alguns

momentos, como no trecho acima, a fala da testemunha precisa ser adequada ao “que precisa ser dito”, desconfigurando, por completo, o que é efetivamente foi falado.

Basta que se perceba a seleção lexical utilizada para expor algumas informações e que, mesmo sem ter acesso ao discurso “original”, é notório que não está “transcrita” conforme fora dito. É fácil de se perceber que o discurso sobre interferência, as quais registram outra memória discursiva que transparece no texto.

Ainda ilustrativos destas alternâncias são dignos de nota são os verbos como *esclarecer*, *afirmar* e *negar*, pois marcam a natureza questionadora dos depoimentos e sua busca pela elucidação da “verdade dos fatos”. Pelo que os depoimentos dão a conhecer em seus produto final, fácil é de se perceber nestes empregos a influência do outro no discurso de quem fala, a fim de marcá-lo como sendo preciso e exato.

TD – DP 2:

A declarante afirma que na data de ontem, por volta da 15 horas e trinta minutos deslocou até a loja do Barra localizada na rua principal da Salgado Filho [...]

TD – DP 3:

Quando deslocava-se pela Av. Borges de Medeiros em direção a vila São João e vinha em direção aoc entro da cidade e durante o deslocamento [...] constatou que tinha esquecido a chave [...]

É nesse sentido, então, que se entrelaçam ao fato concreto, os estudos de Authier-Revuz, já que bem se pode verificar quão mutiforme é a constituição dos discursos em tela, nos quais, cada emissor deposita pré-compreensões, ideologias e marcas próprias. Além do que, não se pode olvidar que, a cada interferência que recai sobre a linha discursiva, altera-se também o referente, o objeto a forma que ele é referido.

Bem observa Authier– Revuz que há “uma forma linear de heterogeneidade, ou seja, uma irregularidade, de uma ruptura formalmente descritível da cadeia”, o que e pode reconhecer na alternância explícita das falas de pergunta e resposta nos depoimentos. Contudo, a pedra de toque dos questionamentos feitos neste trabalho são os fios não expressos no discurso e que, tacitamente, inserem-se e transformam, de forma definitiva, o discurso ‘original’.

5. Considerações finais:

Mais do que concluir sobre os fios do discurso que perpassam as construções dos discursos de depoimento, deve-se lançar luzes ao resultado dessa constatação no mundo

dos fatos. No cenário processual brasileiro, em especial no direito penal, tem-se, na prova testemunhal, uma grande formadora da *opinio* do Estado em aplicar ou não seu poder punitivo e, é nesse contexto, em que se deve reconhecer a formação deste discurso testemunhal, aparentemente descomprometido.

No decorrer deste estudo, mesmo que com reduzido *corpus* de verificação, já se mostra a elaboração de um simulacro de fidelidade e de objetividade em um estilo que opta pelas marcas de primeira pessoa no relato pela apresentação da enunciação como dupla (polifonia de locutores), a fim cria a ilusão de que o texto - documento foi construído apenas pela testemunha.

O magistrado, por sua vez, assume um papel como de mediador, já eu transforma o percurso do discurso recebido a fim de adequá-lo ao que é mais interessante ao processo, e o que cabe para esclarecer os fatos, selecionando, assim, recortes dentre o enunciado da testemunha. Portanto, com o referido trabalho, pode-se perceber que, em mais uma circunstância, o procedimento judicial deixa de lado as questões substantivas a fim de deter-se a formalidade por ela mesma.

O fato é que se quer garantir um status de segurança e objetividade processual e a constituição do discurso reflete essa necessidade de apagamento de subjetividades. Contudo, objetivar através de uma discursivização consta como uma tarefa idealizada.

Como já foi afirmado, não se quer o abandono das transcrições dos depoimentos tampouco a descon siderações deste como elementos probatórios, o que deve ser especializado nesse trato é o modo com que o sistema jurídico e seus sujeitos, como um todo, percebam as especificidades que um discurso produzido representa, não sendo aleatório nem o mesmo em todos os lugares e momentos.

6. Referências bibliográficas:

AUTHIER – REVUZ, Jacqueline. *Palavras incertas: as não coincidências do dizer*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1998.

_____. *Entre a transparência e a opacidade: um estudo enunciativo do sentido*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Algumas considerações sobre modalização automática e discurso outro*. Letras de Hoje. Porto Alegre, 34(2): 7-30, jun. 1999.

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*; tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira; 2edição. Ed. Vozes, Rio de Janeiro, 2008

CARNELUTTI, Francesco *Pruebas civiles y pruebas penales*. In: Estudios de Derecho Procesal. v. II. Buenos Aires: EJE, 1992.

CHARAUDEAU, Patrick. e MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. São Paulo: Contexto, 2004.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Argentina, Santa Fe: ed. Rubinzal-Culzoni, 1984.

DUCROT, Oswald. *O dizer e o Dito*. Revisão técnica da tradução: Eduardo Guimarães. Campinas: Pontes, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

ORLANDI, Eni P. *A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso*. Editora Campinas: Pontes, 1996

_____. *Interpretação; autoria; leitura e efeitos do trabalho simbólico*. 4ª edição. Campinas: Pontes, 2004.

_____. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*, 4ª edição, Campinas, Pontes, 2004

TOLEDO, F.A. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

[1] *Apud* TOLEDO, F.A. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998.

[3] CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. p. XIV da Introdução à 2ª ed.

[4] DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984.

[5] MALATESTA, Nicolas Framarino de. *Lógica de las pruebas em matéria criminal*. Buenos Aires: Edit. Gen. Lavalle, 1945.

[6] Pode-se aludir, nesse mesmo sentido, um princípio dos que rege o processo: a oralidade, que já é previsto como sendo um aproximador entre partes que assim atuariam discursivamente, além de ir ao encontro de uma aceleração de procedimentos. Em especial no processo penal ainda há a relevante preocupação com a proximidade do julgador e da prova, a qual acaba reduzida à suposta “transcrição” que lhe é formulada.

[7] Da psicologia, a percepção, diferente da percepção, refere-se às impressões individuais carregadas de vivências e de experiências e conceitos anteriores ao momento. A percepção puramente, seria um processo idealizado no qual existiria uma percepção neutra e sem memória das situações.

[8] ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*; tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira; 2ª edição. Ed. Vozes, Rio de Janeiro, 2008.

[9] O entendimento de “discurso original”, empregado leva em conta a idéia de que a primeira fala não é fiel ao fato. Considera-se, então, como original o fato de ser a primeira narrativa construída em face a um acontecimento, a fim de relatá-lo.

[10] Referência utilizada por Authier -Revuz quando aborda a questão da heterogeneidade constitutiva, remetendo, especialmente, à presença do outro nos discursos. Vide. Authier-Revuz, *Entre a transparência e a opacidade: um estudo enunciativo do sentido*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.21.

[11] Adiante, referido como DJ.

[12] Nome fictício para que seja assegurado o sigilo dos dados referentes ao processo e às partes.

[13] Nome fictício para que seja assegurado o sigilo dos dados referentes ao processo e às partes.

[14] Adiante referido como TD – DP.

A FORÇA NORMATIVA DA MEMÓRIA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA TRIVIALIZAÇÃO DAS REFORMAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 A PARTIR DA OBRA "REVOLUÇÃO DOS BICHOS" DE GEORGE ORWELL

THE NORMATIVE FORCE CONSTITUTIONAL MEMORY: AN ANALYSIS OF TRIVIALIZATION OF CHANGES IN BRAZILIAN CONSTITUTION FROM THE PERSPECTIVE OF GEORGE ORWELL'S ANIMALS FARM

Ernane Salles da Costa Junior

RESUMO

Esse artigo procura investigar o papel que a memória constitucional desempenha na fundamentação dos limites do poder de reforma na Constituição de 1988. A memória constitucional é entendida aqui como um elo que liga a construção jurídica no tempo presente a uma lembrança viva da força normativa e da dimensão simbólica de uma Constituição elaborada no passado. O passado das tradições jurídicas e dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente passa a ter uma função precípua que é de possibilitar que a atividade jurídica legislativa não rompa com a história institucional de uma sociedade orientada por princípios. O que se pode extrair da análise de autores como Ronald Dworkin e François Ost é que o Direito tem uma estrutura temporal e narrativa que pode muito bem servir de crítica a banalização de reformas legislativas na Constituição Brasileira. Partindo da obra *Revolução dos Bichos* e das discussões que permeiam a relação entre direito e literatura, pretende-se demonstrar que não levar a sério o aspecto narrativo do Direito, que o liga ao seu passado instituinte, significa desligar a memória constitucional de uma comunidade e os direitos fundamentais que asseguram a sua identidade e autonomia.

PALAVRAS-CHAVES: NARRATIVIDADE; FORÇA NORMATIVA; CONSTITUIÇÃO; DIREITO E LITERATURA

ABSTRACT

The aim of this paper is to investigate the role played by constitutional memory in the justification in the limits of constitutional reform powers in the Brazilian Constitution of 1988. Constitutional memory is to be understood as a link between juridical construction at present time and the living memory of normative force and the symbolic dimension of a constitutional made in the past. The history of constitutionally upheld juridical traditions and fundamental rights assumes a paramount function: to avoid normative production break its bonds with the institutional history of a society guided by principles. What springs from an analysis of legal thinkers like Ronald Dworkin and François Ost is that Law has a temporal and normative structure that can work as a criticism to the trivialization of legal changes in the Brazilian Constitution. It starts from George Orwell's *Animal Farm* and from discussions that inhabit the relationship

between Law and Literature. It intends to demonstrate that if we are not willing to take seriously the narrative aspects of Law, which links it to its foundational past, is to turn off the constitutional memory of a given community and fundamental rights that preserve its identity and autonomy.

KEYWORDS: NARRATIVITY; NORMATIVE FORCE; CONSTITUTION; LAW AND LITERATURE

Os estudos acerca da interação entre Direito e Literatura têm ganhado importância no meio acadêmico e caminham no sentido de propor alternativas capazes de conceber a fundamentação e interpretação do Direito mais abertas à realidade. A proposta que se coloca com base nessa aproximação é que a hermenêutica literária pode contribuir para uma reflexão crítica no campo jurídico, a partir da confirmação da existência de formas múltiplas de se interpretar a própria vida humana. A Literatura passa a ter a função de desmistificar a constante fetichização da lei como única fonte de verdade no Direito, e isso se torna factível na medida em que “cria, antes de tudo, a surpresa: ela espanta, deslumbra, perturba, sempre desorienta.” (OST, 2005a, p. 15).

Denegando a pretensão de pureza no Direito, apoiada na teoria positivista kelseniana (KELSEN, 1994), essa pesquisa propõe-se a pensar a abertura do universo jurídico para outras áreas do conhecimento em especial a literatura. Compreende-se aqui que o significado do Direito não pode ser encontrado somente no próprio Direito, sendo tal significação um fenômeno social complexo, que emerge das mais diversas situações vivenciadas pelas pessoas e das condições sociais e culturais presentes numa realidade histórica e concreta. Sendo assim, o sistema jurídico se insere, reflete e induz transformações no próprio contexto social, e por esse motivo interfere diretamente nas questões que perpassam a vida humana. O que se propõe com a interação desses campos teóricos é que a literatura lance igualmente seu olhar sobre a vida, possibilitando uma reflexão da importância do Direito nos tempos atuais e de questões como “quem deve obedecê-lo e por que ou, ainda, o que é justiça, o que a diferencia do sentimento de vingança etc.” (CHUEIRI, 2007, p.120).

Pode-se afirmar que a Literatura tem ainda maior liberdade, independência e capacidade de criação o que lhe oferece maiores recursos para criticar a autoridade do Direito. Essa “experiência literária está muito mais atenta à complexidade e pluralidade dos significados da vida social e, por isso, vale-se de uma narrativa cuja forma e conteúdo são mais sensíveis a tal diversidade.” (CHUEIRI, 2007, p. 121).

Esse espaço de experimentação, oferecido pela narrativa literária, possibilita ao Direito “o acesso a várias possibilidades de representação do particular, a cada experiência.” (BARACHO JUNIOR, 2007, p. 120). Se por um lado temos a generalidade contida num universo jurídico de qualificações formais e de arranjos abstratos (até porque a lei é geral e abstrata), temos de outro uma narração literária que se desdobra no particular e no concreto (OST, 2005a, p.18). E acreditamos, juntamente com Ost (2005a), que essa imersão no singular pode ser o melhor caminho para se alcançar o universal. Isso se materializa quando o texto literário passa a refutar questões do mundo jurídico e “pôr em desordem as convenções, suspender nossas certezas, liberar possíveis – desobstruir o espaço ou liberar o tempo das utopias criadoras.” (OST, 2005a, p.13).

A Literatura só poderá subverter concretamente uma realidade injusta se for também um reflexo de um tempo e um espaço. Essa perspectiva manifesta o viés democrático que a arte assume e como por meio dela identificamos a forma como as pessoas, inseridas em uma comunidade política, concebem e interpretam a justiça e o Direito. Toda a escrita literária constrói-se a partir da encenação de várias intrigas do mundo da vida, das diversas experiências, das formas de se conceber o mundo e a realidade, cuja construção resultaria do trabalho de uma “configuração narrativa”. Sendo assim, dizer que:

a ficção não carece de referência supõe descartar uma concepção estreita da mesma que relegaria a ficção a desempenhar um papel puramente emocional. De um modo ou de outro todos os sistemas simbólicos contribuem para configurar uma realidade. (RICOEUR, 2000)

Tal movimento empreendido pelas obras artísticas tem esse papel de configurar e reorganizar os fatos e as experiências do vivido, interpretando-os sob a perspectiva do imaginário humano. “O mundo do texto, pois é um mundo, entra necessariamente em conflito com o mundo real, ‘para refazê-lo’” (RICOEUR, 2000). E essa relação que se estabelece entre o literário e a vida ainda “seria incompreensível se a arte não desordenasse e re-ordenasse nossa relação com o real. minha esse finalzinho)tradução com nesse contexto. ireito interpreta a vida n reorganizaç. (RICOEUR, 2000) Isso é vislumbrado, uma vez que a literatura, em certa proporção e a partir de um recurso ficcional, permite uma reprodução do real e a crítica intrínseca a ele. A partir desse fundamento, Orwell (1947) identificará dentre as razões motivadoras[1] para escrever uma obra literária “o propósito político”, sendo que ele o compreende como:

Desejo de levar uma palavra em uma certa direção, de alterar a idéia de outras pessoas sobre o tipo de sociedade pela qual devem aspirar. Mais uma vez, nenhum livro é genuinamente livre de preconceito político. A percepção de que a arte não deveria ter nada a ver com a política é, em si mesma, uma atitude política. (ORWELL, 1947)

Nessa mesma ótica, François Ost (2005a, p.22) observa que a literatura acaba por submeter nossos códigos e nossos estereótipos a constantes e eficazes questionamentos. “Mas quem não sabe que isso não é senão, em geral, uma maneira de nos reconduzir com mais segurança à radicalidade da exigência ética de ter de assumir a liberdade e a responsabilidade que nos faz homens?” (OST, 2005a, p. 22)”

E assumir essa liberdade através da literatura significa desconstruir o formalismo do Direito pela desordem e, ao mesmo tempo, caminhar inexoravelmente para a fundamentação de um novo que possibilite a responsabilidade com a justiça para além de um sistema jurídico “aplicado ao pé da letra” (OST, 2005a, p.14). O que se propõe aqui é:

em vez de um diálogo de surdos entre direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda a convenção, ciosa de sua ficcionalidade e de sua liberdade, o que está em jogo são empréstimos recíprocos e trocas implícitas. Entre o “tudo é possível” da ficção literária e o “não deves” do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto. (OST, 2005a, p. 23).

Diante dessa possibilidade de aproximação, o que se pretende é apresentar de que forma a obra “Revolução do Bichos (ORWELL, 2007) pode oferecer um discurso crítico sobre “questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica.” (OST, 2005a, p.48). Sendo assim, nossa abordagem se insere na perspectiva do “Direito na literatura”^[2] e do ‘Direito como literatura’ o que, a partir da fábula de Orwell, nos provoca a instituir um olhar mais aguçado sobre a realidade constitucional brasileira e a necessidade de se atribuir um papel narrativo a construção legislativa e às reformas na Constituição.

A obra de Orwell narra a história de animais de uma granja que sufocados pela tirania do ser humano e orientados pelo sonho do porco, Major, de ver construída uma sociedade de iguais, decidem instituir uma revolução. Em decorrência disso, os donos da granja, sr Jones e sua família, são expulsos e os animais assumem o controle do local. Os bichos, então, comprometem-se a edificar uma nova ordem pautada nos princípios do animalismo, no respeito aos seus direitos fundamentais com pretensão de igualdade e justiça para todos. Diante disso, seria possível resumir os princípios do animalismo em sete mandamentos. “Esses sete mandamentos seriam agora escritos na parede, constituindo a *lei inalterável* pela qual a granja dos bichos deveria reger sua vida para sempre.” (ORWELL, 2007, p.24, grifo nosso). Os sete mandamentos consistem nos seguintes:

1. Qualquer coisa que ande sobre duas pernas é inimigo.
2. O que andar sobre quatro pernas, ou tiver asas, é amigo
3. Nenhum animal usará roupa.
4. Nenhum animal dormirá em cama.
5. Nenhum animal beberá álcool.
- 6..Nenhum animal matará outro animal.
7. Todos os animais são iguais. (ORWELL, 2007, p. 25).

Com o advento desses mandamentos constitucionais, os animais passaram a se reconhecer, a respeitar seus valores e a empreender um caminho em busca de uma sociedade mais igualitária. Isso em parte foi possível já que os animais participavam diretamente das deliberações e decisões políticas da Granja dos Bichos.

Ocorre que com o passar do tempo, os porcos mantiveram-se na administração da Granja dos Bichos e os sete mandamentos que deveriam ser o ideário de uma nova sociedade a ser construída passaram por alterações radicais. As constantes reformas no texto constitucional da Granja acabaram por deturpar o espírito do animalismo e os animais já nem mais lembravam pelo que lutaram na época da revolução. Os mandamentos 4, 5, 6 e 7 passaram a ser os seguintes: nenhum animal dormirá em cama *com lençóis*; nenhum animal beberá álcool *em excesso*.; nenhum animal matará outro animal *sem motivo*; todos os animais são iguais *mas alguns são mais iguais do que outros*.

As alterações nos mandamentos da granja possibilitaram a consubstanciação de um totalitarismo encoberto por uma aparente constitucionalidade. A utopia dos animais foi substituída por falsas ilusões e pela descrença em uma sociedade melhor. As reformas foram induzidas mediante interesses políticos e convertidas em meros jogos de poder que fomentavam o continuísmo dos privilégios e das formas veladas de opressão. “Já era impossível distinguir quem era homem, quem era porco.” (ORWELL, 2007, p. 112).

Através de uma narrativa literária, Orwell procura criticar as diversas formas de totalitarismo, apropriando-se dos episódios ocorridos na Revolução Russa de 1917 e no stalinismo implantado no período pós-revolução para a elaboração de uma fábula protagonizada por animais. São diversas as referências a esse momento histórico, mas o aprofundamento de tal tema não constitui objeto do presente artigo.

O que se pretende nesse momento, a partir da obra de Orwell (2007), é compreendê-la também como veículo eficaz para denunciar as interações entre Direito e poder, as reformas desenfreadas na Constituição brasileira de 1988 e a, conseqüente, ruptura da memória constitucional de uma determinada comunidade jurídica. E isso é plausível, já que o sentido de uma obra artística não se encerra na crítica que circunscreve o momento de sua elaboração. Esse ponto decorre da idéia de que compreender é sempre interpretar (GADAMER, 1997, p. 460), sendo que todo movimento hermenêutico se dá a partir de uma fusão de horizontes (GADAMER, 1997). A compreensão é possível quando o horizonte da elaboração de um texto e seu sentido inserido no tempo e espaço funde-se com o horizonte da leitura em uma outra realidade histórica, o que implicará o surgimento do novo horizonte presente.

Sendo assim, a partir do momento em que a obra literária é interpretada, passa adquirir um novo significado dentro de um novo contexto. É um processo de reconfiguração da realidade narrada (no sentido de Ricoeur (1994)), o que significa dizer que a interpretação de um texto é igualmente um exercício de reinterpretar o próprio mundo da vida. “Entre o mundo do texto e o mundo do leitor, arrisca-se um confronto, às vezes uma fusão de horizontes, e tanto mais quanto o leitor não é uma terra virgem, mas um ser já envolvido em histórias, em busca de sua própria identidade narrativa.” (OST, 2005a, p.38). Essa historicidade do intérprete permite que possamos buscar na fábula de Orwell um conteúdo crítico acerca das relações de poder, do autoritarismo forjado nas instituições aparentemente democráticas e das tramas contidas nos interesses políticos.

E esse conteúdo, oferecido pela literatura, poderá igualmente constituir instrumento para analisarmos o presente e confrontarmos com a realidade inconstitucional brasileira.

A Constituição de 1988, assim como os sete mandamentos da Granja dos Bichos, consistiu num marco de ruptura com o modelo ditatorial, podendo ser concebida, na acepção moderna, como uma “antítese do regime arbitrário.” (NEVES, 2007, p. 65). O compromisso[3] que se extraía do texto constitucional era o de fundamentar um sistema em que os direitos seriam assegurados de maneira amplamente democrática. E isso pode ser evidenciado, uma vez que a atual Constituição “tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los.” (ROCHA, 2003).

Esse movimento que se estabelece a partir do texto constitucional revela que a própria Constituição de 1988 não configura “apenas uma expressão de um ser, mas também de um dever ser: ela significa mais que um reflexo das condições fáticas de sua vigência” (HESSE, 1991, p.15). A tensão que se estabelece entre o dever ser e o ser permite que a Constituição jurídica realize-se diante de uma situação concreta. “Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a mesma” (HESSE, 1991, p. 15), a Carta Constitucional possui uma força normativa própria, o que significa dizer que embora não seja capaz de, por si só, consubstanciar os seus próprios preceitos em uma circunstância fática, “ela pode impor tarefas.” (HESSE, 1991, p.19). Nesse sentido,

a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). (HESSE, 1991, p. 19)

Da mesma forma que o homem busca “significações imaginárias instituintes” (OST, 2005a, p.45), a Constituição jurídica passa a ter um papel fundamental que é de atribuir uma dimensão simbólica ao normativo que pode exatamente servir à superação de situações concretas de negação dos direitos. (NEVES, 2005). Ao projetar-se também para o futuro, o texto constitucional apropria-se de uma força ativa que é, ao mesmo tempo, motivadora e ordenadora da vida do Estado (HESSE, 1991, p.11), o que a torna capaz de conduzir e transformar a realidade inconstitucional. É importante, assim, que a teoria jurídica “reconheça essa face simbólica do direito, e especialmente o papel pedagógico que ele exerce ao proclamar seu apego a valores.” (OST, 2005a, p.45). Nessa direção, pode-se notar que a Constituição de 1988, de certa forma, “resiste a trivialização da experiência.” (OST, 2005, p.42). Ao transcender de certo modo a própria realidade inconstitucional existente, a Constituição “fixa à sociedade um ideal

de liberdade mais elevado e contribui para que os protagonistas, considerados dignos dele, evoluam nessa direção.” (OST, 2005a, p.46).

Numa sociedade democrática, a Constituição ou “as verdades que são inscritas na parede do celeiro” (ORWELL, 2007, p.24) são, justamente, aquelas concebidas mediante um processo de negociação e acordos no interior de uma comunidade jurídica, sendo que “todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas” (HESSE, 1991, p. 20). A partir dessa vontade de Constituição, torna-se factível atribuir um valor concreto à “necessidade de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme.” (HESSE, 1991, p.19).

Isso, por sua vez, não significa que o texto constitucional permanecerá sempre inalterável, mas que as reformas poderão materializar-se quando necessárias e deverão, incondicionalmente, respeitar o espírito e o valor da Constituição, o que implicará coibir qualquer proposta de emenda que enfraqueça ou deturpe a identidade constitucional de uma comunidade jurídica. O que se procura evitar diante disso é a edição de reformas parciais no texto da Constituição, que seguindo os requisitos formais, acabem por contribuir para um suicídio do Estado de Direito e da democracia ainda que ancoradas numa aparente legalidade:

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição. (HESSE, 1991, p.22).

A estabilidade, nesse sentido, é um pressuposto da própria existência de uma força normativa da Constituição. E isso significa dizer que o texto constitucional não deve, simplesmente, adaptar-se a uma realidade inconstitucional nem se submeter a reformas orientadas por fatores reais de poder. O perigo que se incorre frente às alterações desenfreadas na Constituição de 1988, a exemplo da obra de Orwel (2007), consiste exatamente na hipótese dessa Carta Constitucional tornar-se um mero “pedaço de papel” (LASSALE, 1998, p.23) que pode ser modificado ou mesmo descartado diante da vontade daqueles que “são mais iguais do que os outros” (ORWELL, 2007, p.106).

A Constituição e as reformas as quais ela submete, nessa medida, devem orientar-se por uma finalidade normativo-jurídica e não por uma pretensão puramente política, sob pena de ser-lhe imputada uma função meramente simbólica (NEVES, 2007) em realidades marcadas pela ausência de concretização dos direitos fundamentais. Sendo assim, a Constituição será a responsável por permitir um fechamento normativo e operacional do sistema jurídico. Isso será factível na medida em que o texto constitucional for capaz de assegurar a autopoiese[4] do Direito, isto é, uma

“autodeterminidade” e autonomia do sistema de direitos, que passa a se reproduzir a partir de seus próprios critérios e códigos de preferências (lícito/ ilícito). (LUHMANN, 2002).

Nesse contexto, reformas jurídicas que não levem a sério a força normativa do texto constitucional encontram limites na possibilidade de se conceber o próprio Direito de maneira autônoma, isto é, sua capacidade de desmembrar das forças externas vinculadas a vontade de poder. Dessa forma, a Constituição será responsável por assegurar que o sistema jurídico não seja determinado imediatamente por interesses econômicos, políticos ou mesmo religiosos:

Isso não significa que o “campo” jurídico não seja condicionado por fatores econômicos e políticos, mas tão-só que a cidadania é incompatível com ingerências bloqueantes e destrutivas de particularismos políticos e econômicos na reprodução do Direito. As influências políticas e econômicas no sistema jurídico subordinam-se aos critérios estabelecidos pelo próprio sistema jurídico. (NEVES, 1994, p.259).

Essa apropriação do Direito pela política consiste numa possibilidade concreta de se verem deturpados o sentido e a força vinculante advinda do compromisso que a atual Constituição se propôs desde a sua promulgação. Dessa forma, as alterações na Lei Fundamental, quando abandonam esse vínculo com o seu respectivo passado, acabam provocando uma ruptura no tempo do Direito (OST, 2005b), já que deixariam de conceber a atividade legislativa como integrante de uma construção continuada da história narrativa de uma comunidade jurídica. Essa idéia é extraída de uma compreensão do Direito como integridade (DWORKIN, 2003), em que o exercício da atividade jurídica (legislativa e jurisdicional) passa a se inserir no tempo e na história institucional de uma sociedade orientada por princípios morais e políticos.

Para que seja possível vislumbrar tal utopia, a integridade deve, necessariamente, tornar-se um “ideal político”, o que significa dizer que as normas públicas precisam ser criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. (DWORKIN, 2003, p. 264). E isso se torna factível na medida em que o Direito é concebido como uma “coerência narrativa, entendida, desta vez como a harmonia a ser estabelecida entre todas as normas jurídicas, sucessivamente editadas no decorrer do tempo (perspectiva diacrônica).” (OST, 2005b, p.91). Trata-se de perceber que a atividade legislativa é desenvolvida dentro de um processo temporal que é contínuo e ininterrupto, porque interpreta e reconstrói as regras e princípios que já existem na memória constitucional (passado) e projeta um ideal de justiça a ser alcançado como promessa (futuro):

As afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN, 2003, p. 271)

Ao reinterpretar e “contar” em forma de normas a experiência da vida humana, a atividade legislativa acaba por se desenvolver narrativamente. Esse exercício é um “ato de ‘reunir’ – recompor – esses ingredientes da ação humana que, na experiência diária, resultam heterogêneos e discordantes.” (RICOEUR, 2000). Narrar juridicamente significa construir uma intriga enquanto fio condutor, de forma a possibilitar que as diversas histórias vivenciadas em uma comunidade política possam adquirir uma ressignificação coletiva e um sentido no tempo. “Deste caráter inteligível da trama se deduz que a capacidade para seguir a história constitui uma forma muito elaborada de compreensão.” (RICOEUR, 2000)

Diante dessa perspectiva diacrônica, notamos que a narrativa jurídica não se desliga da sua memória instituinte. Não se desvincula dos “acontecimentos que importaram e ainda importam e são suscetíveis de conferir um sentido (uma direção e uma significação) a existência coletiva e aos destinos individuais” (OST, 2005b, p. 49). A própria memória, a partir desse ponto, deixa de ser uma aquisição puramente individual para tornar-se também coletiva (HALBWACHS, 1990), já que “as histórias de vida estão a tal ponto imbricadas umas nas outras, que a narrativa que cada um faz ou recebe de sua própria vida se torna o seguimento das outras narrativas que são as narrativas dos outros.” (RICOEUR, 2008, p. 28).

Podemos, então, conceber a identidade narrativa como elemento essencial ao próprio Direito, que lhe permite o acesso a um passado lido e reorganizado a partir das memórias compartilhadas. Através dessas lembranças, “reconstrói-se a estória que está na base da atribuição de direitos e deveres que dão sentido à vida em sociedade, como é o caso dos direitos fundamentais” (SARAPU, 2008). Sendo assim, a Constituição manifesta-se como parte viva desse passado, até porque é nela que, de modo positivo, os valores fundamentais da coletividade são reafirmados com maior clareza e segurança.

A Carta Constitucional de 1988, assim como os sete mandamentos da Granja dos Bichos, seria, dessa forma, a institucionalização desse passado jurídico, uma “identidade narrativa e simbólica, um conjunto de normas e de símbolos que definem a nação na sua continuidade histórica” (OST, 2005b, p. 61). Mas esse registro num tempo pretérito não se trata de meras recordações passivas e estáticas. Há de se reconhecer uma memória constitucional viva, que não seja “a lembrança de um vestígio esquecido”, mas antes de tudo, corresponda num passado tornado presente, num passado recomposto a partir do presente. (OST, 2005b, p.61). E isso significa atribuir um valor especial à não ruptura com a história institucional do Direito, que pode ser reafirmada na vedação de reformas desenfreadas que coloquem em risco os valores que foram e ainda são compartilhados intersubjetivamente, provocando, nessa direção, um processo de amnésia continuada acerca dos direitos e dos ideários constitucionais. O risco que se tem com o advento reiterado de emendas é o da manutenção de um eterno presente no Direito, evidenciado na possibilidade de o legislador não se ater ao registro dos direitos fundamentais, instituídos enquanto limites de sua própria atuação:

Na aplicação do direito, o indivíduo tem que pressupor a obrigação advinda do passado e se deixar motivar por ela. Na medida em que a legislação e a aplicação do direito estão

vinculadas a outras normas e princípios jurídicos anteriores, a transformação de normas, no âmbito temporal do direito (“temporalização do direito”), exige o reconhecimento de tais normas e princípios.” (KIRSTE, 2003, p. 121)

O que se constata é que a banalização de alterações constitucionais pode implicar perigosas modificações no valor integrativo da Constituição e, com isso, uma atitude regressiva acerca dos direitos e dos princípios já consubstanciados na nossa ordem jurídica. A Constituição como início do direito positivo (KIRSTE, 2003) guarda essa relação com as tradições jurídicas e com os registros da história de uma coletividade. E isso é um passo relevante para que a sociedade possa construir a sua própria identidade e a confiança nos valores jurídicos inegociáveis. Como consequência, o poder constituinte derivado não poderá “escrever com total liberdade, um laço poderoso o religa ao passado das tradições recebidas.” (OST, 2005b, p.94-95). O desdém aos limites que o aspecto narrativo e temporal do Direito determina ao poder de reforma, “remete-nos ao caos inicial de cálculos de interesse ou nos leva à tendência confusa do esquecimento” (OST, 2005b, p.42). Nessa direção, a perda da memória constitucional pode muito bem ser evidenciada a partir do exemplo que a obra “Revolução dos Bichos” nos oferece:

Geralmente andavam com fome, dormiam em camas de palha, bebiam água no açude e trabalhavam no campo; no inverno, sofriam com o frio; no verão, com as moscas. De vez em quando, os mais idosos rebuscavam a apagada memória e tentavam determinar se nos primeiros dias da Rebelião, logo após a expulsão de Jones, as coisas tinham sido melhores ou piores que agora. Não conseguiam se lembrar. (ORWELL, 2007, p.103)

A tendência ao esquecimento supõe o rompimento com “um passado ‘memorável ‘ – digno de memória – onde se enraíza a identidade coletiva.” (OST, 2005b, p.50). Com isso, não há ideário constitucional nem força normativa que resista às alterações constitucionais constantes que rompam com esse laço temporal que a Constituição nos assegura. Contra as formas perversas de esquecimento “fazem-se valer os direitos da memória e, por vezes, a necessidade da instituição da recordação.” (OST, 2005b, p.162).

Apropriar-se dos valores fundamentais da Constituição, certificar os fatos acontecidos, assegurar a origem das regras, dos direitos e das pessoas (OST, 2005b, p.47) são os instrumentos que temos para nos identificar, para nos compreendermos enquanto sujeitos de direitos e estabelecermos limites a qualquer alteração no texto normativo que acarrete uma amnésia em nossa memória cultural. Na falta de tais mecanismos “surgiria o risco da anomia, como se a sociedade construísse sobre a areia.” (OST, 2005b, o.49).

As emendas constitucionais serão legítimas caso operem como recordações reconstruídas, no sentido de se ligar às tradições jurídicas crítica e reflexivamente, o que, por sua vez, permitirá que a sociedade lide de forma cada vez mais apurada com a justiça e a igualdade no universo jurídico. A atividade legislativa passa a ser concebida

como um exercício que leva a sério os valores compartilhados socialmente num passado e as transformações que a própria comunidade continua se submetendo. Reconhece-se aqui que as alterações legais são também de grande relevância para a história que se vem contando no exercício do Direito, até porque identifica no passado uma possibilidade de releitura que só é possível a partir do presente. “Graças a este jogo complexo entre a referência indireta ao passado e a referência produtora da ficção, a experiência humana, em sua dimensão temporal, não deixa de ser refigurada.” (RICOEUR, 2000).

O raciocínio jurídico, dentro dessa ótica, é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. (DWORKIN, 2003). É denunciada, com isso, a fundamentação de emendas que rompem com uma compreensão do Direito como integridade, apresentando a necessidade de se articular “tanto a estabilidade e a mudança, quanto o passado e o futuro.” (OST, 2005b, p.41).

A partir das interações que se estabelecem entre os campos do Direito e da Literatura, ou entre “A Revolução dos Bichos” (ORWELL, 2007) e a ordem jurídica constitucional, procuramos demonstrar que a força normativa da Constituição se mantém viva na medida em que podemos resgatar o valor das nossas lembranças como parte integrante da construção da narrativa jurídica. É preciso pensar nas reformas constitucionais apenas como um veículo normativo restrito e, ao mesmo tempo, capaz de trilhar caminhos para o novo, sem que com isso seja preciso se desvincular das marcas e dos registros pretéritos que a nossa Constituição nos deixou como legado.

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **A Concepção de Justiça no Grande Sertão: Veredas** – o julgamento de Zé Bebelo. In.: Revista da Faculdade de Mineira de Direito. Belo Horizonte, v 10, n. 19, p. 71-78, 1º semestre, 2007.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando do Direito**. In.: Revista da Faculdade de Mineira de Direito. Belo Horizonte, v 10, n. 19, p. 119-133, 1º semestre, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, Vozes, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p. 105-119, 1º sem/2007.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Vértice, 1990.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. 576p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427p.

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do Direito Positivo: A estrutura temporal das constituições. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, Recife, n. 13, UFPE, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/ dezembro, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 21 de Abril de 2008.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados : Revista de Ciências Sociais**, v.37, n.2, p.253-276, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.10, n. 19, p. 87 a 104, 1º sem. / 2007.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**: um conto de fadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 147p.

ORWELL, George. **Porque eu escrevo**. 1947. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/029/29orwell.htm>> Acesso em: 22 de agosto de 2008.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005a. 461p.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: EDUSC, 2005b. 409p.

PAVLOSKI, Evanir. **1984: a distopia do indivíduo sob controle**. 2005. 276p. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

RICOEUR, PAUL. **Narratividade, Fenomenologia y Hermenêutica**. In: *Anàlisi*, n 25, 2000. p.189-207. Disponível em: <<http://members.lycos.co.uk/apuntesdesociologia/archivos/ricoeur1.pdf>> Acesso em: 22 de Março de 2009.

RICOEUR, Paul. **O justo**. trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Campinas (SP): Papyrus, 1994- 3v

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **Ação Afirmativa**. 18 de out de 2003. Disponível: <<http://www.carmenrocha.com.br/>> Acesso em: 25 de jun de 2006.

SARAPU, Daniel Vieira. **O papel da memória na narração do direito: contar o direito fundamental à não discriminação racial**. 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel_vieira_sarapu.pdf> Acesso em: 11 de setembro de 2008.

[1] Orwell em seu artigo "Porque eu escrevo" (1947) afirma que "antes que o escritor comece a escrever, já terá adquirido uma atitude emocional da qual nunca escapará totalmente. É seu trabalho, sem dúvida, disciplinar seu temperamento e evitar ficar estagnado em algum estágio imaturo, em algum temperamento perverso; porém, se ele escapa completamente de todas as suas influências iniciais, terá matado o impulso de escrever. Colocando de lado a necessidade de ganhar a vida, penso que haja quatro motivos para escrever, ou pelo menos para escrever prosa. Os motivos existem em diferentes graus em cada escritor e as suas proporções variam de tempo em tempo, de acordo com a atmosfera em que ele está vivendo." (ORWELL, 1947). Tais motivos são, segundo ele, (1947) o completo egoísmo, entusiasmo estético, impulso histórico, propósito político.

[2] "Os estudos comumente classificados sob o nome geral de 'direito e literatura' (nos Estados Unidos, Law and Literature) podem, em realidade, assumir formas bastante diversas que é possível agrupar em três correntes distintas. Ao lado do direito da literatura, que estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária, distingue-se o direito como literatura, que aborda o discurso jurídico com os métodos da análise literária (é a abordagem dominante nos Estados Unidos), e por fim o direito na literatura, que é a perspectiva adotada no presente livro e que se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica" (OST, 2005a, p. 48).

[3] Esse projeto amplo de cidadania pode muito bem ser evidenciado no preâmbulo da Constituição de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito.” (BRASIL, 2007)

[4] A expressão autopoiese é originária da teoria biológica. Luhmann apropria-se desse termo e passa a utilizá-lo também nas ciências sociais. O autor procura demonstrar a importância da existência de sistemas autônomos e fechados em sociedades cada vez mais complexas.

CAOS E SENTIDO: A MORTE DA SEGURANÇA JURÍDICA, ENTERRO E CORTEJO

CHAOS AND THE MEANING: THE DEATH OF LEGAL CERTAINTY, BURIAL AND PROCESSION

Fayga Silveira Bede

RESUMO

É pelo texto (literário) que os modernos se constituem como sujeitos de sua própria história. É também por uma produção textual que eles passam a constituir para si a idéia de um direito posto, escrito, passível de maior controle e fixação de sentido. A mística da segurança jurídica levou a crer que as palavras, aprisionadas num papel, aceitariam, submissas, uma hermenêutica unidimensional e totalizadora, reduzindo a complexidade das decisões judiciais, ao apoiá-las na textualidade da lei. No entanto, a realidade viva e insubmissa contamina o discurso e desafia múltiplas interpretações. Com o aumento da complexidade, desconstitui-se o mito da segurança jurídica. A solução encaminha-se para a ampliação democrática do círculo de intérpretes, nos moldes propostos por Peter Häberle.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVE: HERMENÊUTICA. MODERNIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. MISTIFICAÇÃO. DEMOCRACIA.

ABSTRACT

It is through the text (literary) that the moderns constitute themselves as characters of their own history. It is also for a textual production that they shall be construed to themselves the idea of the right post, writing, able to more control and setting direction. The mystique of legal certainty led to believe that words, imprisoned in a paper, accept, submissive, a one-dimensional and dictator hermeneutics, reducing the complexity of judicial decisions, to support it in textual the law. However, the alive and unruly reality contaminates the speech and defying multiple interpretations. With the increase in complexity, destroying the myth of legal certainty. The solution is to forward the expansion of the circle of democratic interpreters, the way proposed by Peter Häberle.

KEYWORDS: KEY WORDS: HERMENEUTICS. MODERNITY. LEGAL CERTAINTY. MYSTIFICATION. DEMOCRACY.

“Liberdade é pouco. O que desejo ainda não tem nome”.

(Clarice Lispector)

1 INTRODUÇÃO: DO DESAMPARO DO SUJEITO NA MODERNIDADE

O desamparo. Ah, essa sombra funesta que recai sobre o homem, tão logo ele se firme sobre as próprias pernas; tão logo faça delas, asas; tão logo alce o seu primeiro vôo. Se a grande aventura da humanidade começa quando o homem moderno decide fazer de sua vida uma obra-prima, assumindo-se como autor de sua própria história, tal ousadia não poderia advir sem perdas inelutáveis para a sua economia psíquica.

Com efeito, a emergência do sujeito moderno se dá pela ruptura com a teia fortemente imbricada de tradições à qual o homem se via atado desde o seu nascimento. É que até o início da modernidade uma parte significativa de sua história já estava contada *a priori*, sendo bastante as condições de seu nascimento para determinar *o seu lugar no mundo*. Assim, nascer homem ou mulher, pertencente à aristocracia ou ao populacho, filho de sicrano ou de beltrano, nascido aqui ou acolá: e pronto: muito pouco restaria a esse homem para construir de sua biografia.

O homem estava assujeitado pela fixidez das estruturas sociais de então, é bem verdade. Mas não podemos negar, por outro lado, a existência de ganhos secundários, decorrentes por sua vez da sensação de segurança que é própria de toda submissão. Não por acaso o lamento de Manuel J. Gomes, ao afirmar que “a alienação é demasiado doce [...] e a liberdade demasiado amarga, porque está demasiado próxima da solidão. E da loucura.” [1]

Contra essa insólita propensão do homem ao assujeitamento,[2] insurge-se Etienne de La Boétie, interpelando-nos com um discurso siderado que, apesar de longínquo (sua escrita remonta a meados do século XVI) continua tão desconcertante, quanto atual:

Quero para já, se possível, esclarecer tão-somente o fato de tantos homens, tantas vilas, cidades e nações suportarem às vezes um tirano que não tem outro poder de prejudicá-los enquanto eles quiserem suportá-lo; que só lhes pode fazer mal enquanto eles preferem agüentá-lo a contrariá-lo.

Digno de espanto, se bem que vulgaríssimo, e tão doloroso quanto impressionante, é ver milhões de homens a servir, miseravelmente curvados ao peso do jugo, esmagados não por uma força muito grande, mas aparentemente dominados e encantados apenas pelo nome de um só homem cujo poder não deveria assustá-los, visto que é um só, e cujas qualidades não deveriam prezar porque os trata desumana e cruelmente.

[...]

Esse que tanto vos humilha tem só dois olhos e duas mãos, tem um só corpo e nada possui que o mais ínfimo entre os ínfimos habitantes das vossas cidades não possua também; uma só coisa ele tem mais do que vós e é o poder de vos destruir, poder que vós lhe concedestes.

Onde iria ele buscar os olhos com que vos espia se vós não lhos désseis?

Onde teria ele mãos para vos bater se não tivesse as vossas?

Os pés com que ele esmaga as vossas cidades de quem são senão vossos?

Que poder tem ele sobre vós que de vós não venha?

Como ousaria ele perseguir-vos sem a vossa própria conviência? [3]

Ao longo de seu discurso, La Boétie vai se mostrando cada vez mais perplexo com a estarrecedora capacidade do homem de se prontificar *voluntariamente* à submissão, ao ponto de não hesitar em refutar a tese de uma suposta “superioridade humana” sobre os animais, ao comparar a relativa facilidade com que sujeitamos os homens, impondo-lhes obrigações e interditos contra a sua vontade, com a árdua tarefa que enfrentamos na tentativa de adestrar animais selvagens. O autor chega consternado à conclusão de que, entre humanos e animais, é muito mais difícil dominar estes últimos, já que sua natureza os compele não à escravidão, mas sim à liberdade. [4]

Mas a tese central de La Boétie consiste na seguinte provocação: por que milhões de homens se submetem (extraíndo, diga-se de passagem, algum prazer) ao desejo tirânico de um só, que, no limite, não passa de um homenzinho de carne e osso como outro qualquer?

Sem dúvida que o humanismo de La Boétie era animado pela crença fortemente arraigada na capacidade humana de repensar e mudar o curso de sua trajetória pela simples compreensão de que uma determinada prática de sujeição não tinha fundamento lógico-racional _ merecendo, portanto, ser abandonada em prol de outra, mais consentânea com a liberdade inerente à natureza humana.

Contudo, a história da humanidade, sufragada pelas torrentes da irracionalidade, viria mostrar que o ser humano é muito mais complexo e incompreensível aos seus próprios olhos do que o otimismo filosófico de La Boétie gostaria de admitir.

A tarefa da psicanálise será justamente a de tentar explicar aquilo que no homem não se subsume aos esquemas interpretativos lógico-rationais. É o que lhe escapa, o que refoge a todo juízo de razoabilidade, o que irrompe, em lapsos desconcertantes, das profundezas do seu inconsciente: o *isso*.

Assim, perspectivando a fala de La Boétie a partir de um discurso contemporâneo, e, portanto, pós-positivista, nos apercebemos dos limites e das falácias próprias ao discurso da racionalidade moderna, que, encarcerado no mito cientificista do progresso e no fetichismo da razão, conduzia a análises reducionistas e simplificadoras, incapazes de enxergar o homem em sua complexidade.

Convém deixar claro que não estamos, com isso, advogando em favor de um irracionalismo muito caro aos que, sendo responsáveis, preferem se isentar de responsabilidade. Apenas partimos da compreensão de que se renunciarmos à

complexidade que a análise requer, teremos perdido uma bela oportunidade de ensaiar algum tipo de resposta a uma das mais importantes questões da vida humana: saber como e porque _ para desespero nosso e de La Boétie! _ estamos sempre tão prontos a nos sujeitar.

_ Afinal, Etienne, o que nos leva à condição de servos ávidos por mais e mais sujeição?

A leitura de *Totem e Tabu* – obra publicada por Freud em 1914 – nos leva à seguinte hipótese: libertar-se da sujeição do outro implica, por sua vez, sujeitar-se ao desamparo. E, nesse caso, alguns seres humanos parecem ficar em dúvida. Esse quadrante inspira cuidados. Recuemos, portanto, para uma análise mais minudente.

Sob o ponto de vista da psicanálise, é pelo Outro (e a partir dele) que nos constituímos como sujeitos. E é pela articulação da voz desse Outro, assumida internamente como sendo (parte constitutiva da) nossa, por engenhosos processos do inconsciente, que também nos *desconstituímos*. Assim, como diria o poeta Augusto dos Anjos: *a mão que afaga é a mesma que apedreja*. Com efeito, se a construção do ego se dá em meio a um terreno pantanoso, suscetível, de um lado, às pulsões libidinais do id (inconsciente); e de outro, às injunções do superego (voz disciplinadora que advém das estruturas sociais externas e é introjetada no psiquismo humano), [5] não admira que o advento da psicanálise tenha posto em xeque a própria concepção filosófica do homem, ao contrapor-se ao racionalismo iluminista do séc. XVIII. De fato, com “a enunciação do inconsciente, Freud vai revelar que a consciência é apenas uma parte visível do *iceberg*, o homem é essencialmente pulsão, desejo.” [6] Essa perspectiva nos induz a um novo “plano de pensabilidade”, [7] que nos impele a desconfiar de certas doutrinas voluntaristas que insistiam em ver no homem um ser *plenamente* livre e racional, unicamente gerido por seu livre-arbítrio.

Recolocadas as coisas nesses termos, percebemos com Freud, mas também com Foucault, que as formas de adestramento e disciplinamento impingidas historicamente ao homem são muito mais complexas e poderosas do que La Boétie poderia suspeitar nos idos do século XVI. Com efeito, a violência simbólica decorrente de uma situação de assujeitamento é uma forma de violência muito mais velada, e, portanto, mais difícil de identificar e se lhe opor.

Os mecanismos de sujeição parecem ser tão eficazes porque se utilizam de um veículo interno para se disseminarem no psiquismo do assujeitado. Explicamos: se, por hipótese, o discurso do Outro é exercido no sentido de uma violência, sua voz tende a reverberar não somente fora, mas também *dentro* de nós, como um discurso internalizado, que desautoriza e desconstrói o ego, tornando mais difícil realizar um processo de individuação emancipatório e relativamente saudável do ponto de vista psíquico. O que, em outras palavras, pode significar um ambiente propício à perpetuidade das sujeições ditas “voluntárias”.

Assim, desde que o homem moderno começou a empreender sua jornada rumo à liberdade e à insubmissão, entre recuos e hesitações – como é de praxe nesses casos – começou também a pagar o ônus pela ruptura com o(s) que lhe tiranizava(m).

Esse preço a pagar é o desamparo.

É justamente a *Totem e tabu* que Maria Rita Kehl recorre, na tentativa de explicar porque o sujeito que emerge na modernidade encontra-se no desamparo da autoridade paterna, órfão de filiação simbólica.

De acordo com esse mito fundante das origens da vida em sociedade, nos primórdios os homens viviam em bandos, como irmãos dominados pelo pai, submetidos à lei do mais forte. Em troca de sua total sujeição ao pai, recebiam a sua proteção integral.[8] Por outro lado, este pai, a um só tempo opressor e protetor, reservava-se o privilégio exclusivo do gozo de todas as mulheres. Os filhos, se não sofriam de desamparo, tampouco tinham direito ao prazer. Um belo dia, inconformados com a situação, todos os irmãos se reúnem e decidem rebelar-se contra o pai, matando-o e comendo o seu cadáver. A comida totêmica é festejada como a possibilidade de cada filho, comendo uma parte do corpo de seu pai, apropriar-se também ele de parte de seu poder. Contudo,

[...] a relação com o pai tirano é carregada de ambivalência. À grande orgia que comemora o crime libertador seguem-se a culpa e o remorso. Foi preciso que o tirano morresse, esgotando nos irmãos a vertente de ódio, para que estes se dessem conta de que também o amavam; podemos imaginar nesse pai primitivo o carisma próprio daqueles que se encontram protegidos das feridas narcísicas; podemos também conceber, sem grande esforço, que um tirano amado é aquele capaz não só de proteger seus súditos como também de fazê-los gozar das delícias de uma submissão irrestrita. Não é nisso que consiste toda nostalgia masoquista de uma submissão sem limites? [9]

Segue-se uma situação paradoxal em que os irmãos, apesar de libertos desse pai devastador, não podem usufruir dessa liberdade de forma absoluta, pois agora cada irmão representa uma ameaça potencial a todos os outros, uma vez que todos estão livres e podem, portanto, sobrepujar uns aos outros em busca da satisfação de seus desejos. Assim, além da culpa pela morte paterna, sentem o medo de que uma nova tirania se instale a qualquer momento.

Para evitarem que a morte do pai tenha sido em vão, os irmãos se organizam e re-inauguram simbolicamente a autoridade do pai na forma da lei de interdição do incesto: cada filho tem direito de acesso a todas as mulheres, à exceção da mulher de seu pai. Logo, o tabu do incesto materno implica a renúncia ao gozo absoluto: “é a interdição do incesto que torna o gozo impossível e faz dos homens sujeitos, no sentido que atribuímos à expressão ‘sujeito do desejo’ _ pois o desejo advém da perda do objeto de gozo.” [10]

Para Kehl, o mito criacionista de Freud enuncia a condição de desamparo do sujeito moderno que, ao passar da condição de filho a irmão (na esfera privada), e de súdito a cidadão (na esfera pública), perde a proteção que o pai tirânico lhe outorgava, ao fazer de sua filiação um destino pré-determinado, e, portanto, mais seguro. [11] Assim, o sujeito não passa incólume pela conquista de sua liberdade. A falta, o desamparo e a orfandade simbólica serão os fantasmas trancados nos calabouços do seu inconsciente.

2 O GÊNERO LITERÁRIO DO ROMANCE COMO MODO DE SUBJETIVAÇÃO DO SUJEITO MODERNO

Para compreender de que modo o surgimento do gênero literário do romance serviu como um lenitivo para o desamparo do sujeito moderno, e, ao mesmo tempo, contribuiu para a sua reinvenção, cumpre entendermos melhor como se configurava esta modernidade emergente.

A modernidade liberal burguesa, que vinha se engendrando, lenta e gradualmente, ao longo dos séculos XVI e XVII, só vai delinear plenamente as suas feições no decorrer dos séculos XVIII e XIX. Portanto, entra em declínio o *Ancien Régime*, em prol de um novo *ethos*, cujo núcleo central assim se estrutura, em apertada síntese:

- (i) núcleo político-jurídico: estado de Direito, supremacia constitucional, separação dos poderes; soberania popular, representação política, direitos civis e políticos;
- (ii) núcleo econômico: propriedade privada, livre iniciativa empresarial, economia de mercado;
- (iii) núcleo ético-filosófico: individualismo, liberdade pessoal, tolerância e otimismo.^[12]

Ao declínio do Estado absoluto, corresponde a emergência de um indivíduo absoluto.^[13] O poder econômico sofre um deslocamento de forças: a elite aristocrática que orbitava em torno das monarquias absolutistas e o próprio *modus vivendi* da corte começam a entrar em declínio em razão da intensificação do comércio, que faz surgir uma classe social burguesa cada vez mais enriquecida.

Disto decorre uma aporia social: o rei e sua corte ainda detêm (embora não por muito tempo) o poder político, sob a chancela da Igreja; mas é essa nova classe emergente que passa a deter o poder econômico. A situação é obviamente insustentável e não tardará muito até que a burguesia crie as condições de sua emancipação.

Como a tônica do poder econômico passa a repousar, não mais na terra, mas nas atividades mercantis (por sua vez levadas ao paroxismo pelas subseqüentes revoluções industriais), a classe burguesa daí decorrente se esforça por formular um novo paradigma político-jurídico, mais condizente com os novos interesses de acumulação do modo de produção capitalista.

A burguesia enriquecida, ávida por se desvencilhar do Estado Leviatã, com seus poderes ilimitados de intromissão nos negócios privados, acolhe prontamente o paradigma filosófico sustentado por Locke, na política, e por Adam Smith, na Economia. E aposenta, aliviada, os ideais hobbesianos de Estado, forjando as condições de

implementação do assim chamado Estado Liberal, cujos postulados encontram assento sobre: (i) o princípio da limitação à intervenção estatal; (ii) a salvaguarda das liberdades individuais, com a proteção dos direitos civis e econômicos; (iii) a crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade, reduzindo-se os papéis do Estado ao controle e manutenção da ordem (o que lhe valeu a alcunha de “Estado guardanoturno”); (iv) a crença na auto-regulação do mercado (segundo a “mão invisível de Adam Smith), de modo a livrar as atividades econômicas da burguesia da ingerência estatal; (v) a marcada separação entre direito público e privado, reservando-se a cada um o seu campo próprio de incidência, do que resulta, em termos práticos, um maior respeito à autonomia da vontade privada. [14]

O que se depreende dos novos arranjos sócio-econômicos, políticos e jurídicos, é que eles estão permeados por uma filosofia eminentemente individualista, subjacente às concepções de mundo da burguesia liberal, e, por conseguinte, às suas escolhas de vida, seja na esfera privada, seja na esfera pública.

O próprio termo “individualismo” é relativamente recente: seu emprego remonta a meados do séc. XIX. Pressupõe uma sociedade regida não só pela idéia de independência intrínseca de cada indivíduo em relação aos demais, como também pela sua independência quanto ao modelo de pensamento e conduta baseados na “tradição” _ paradigma vigente até aquele momento histórico. Ian Watt chama atenção, com muita perspicácia, para o fato de que a força que molda o culto ao *individual* é sempre *social*. E explica:

A existência de tal sociedade depende evidentemente de um tipo especial de organização econômica e política e de uma ideologia adequada [...] que proporcione a seus membros um amplo leque de escolhas e de uma ideologia baseada não na tradição do passado, mas na autonomia do indivíduo [...] Em geral se concorda que a sociedade moderna é individualista nesses aspectos e que das muitas causas históricas de seu surgimento duas têm fundamental importância: o advento do moderno capitalismo industrial e a difusão do protestantismo, sobretudo em suas formas calvinista ou puritana. [15]

O individualismo da sociedade burguesa se caracteriza precipuamente pela excessiva valorização do indivíduo.[16] Assim, é natural que essa sociedade encontre para si um gênero literário capaz de colocar o indivíduo no centro de suas preocupações: o romance é o gênero que melhor reverbera a preocupação com os particularismos, com os detalhes da vida cotidiana, com a construção psicológica dos personagens. Ao ler o romance realista, o burguês não só se vê espelhado nos personagens romanescos, mas também constitui para si novos modos de subjetivação que consagram e naturalizam os valores dos novos tempos.

Observamos que o surgimento do romance realista na Inglaterra do século XVIII com Defoe, Richardson, e Fielding constitui, de certa forma, o desdobramento de uma prática que já vinha sendo antecipada pela escrita de diários e epístolas, ambos baseados

na pré-compreensão de que a vida comum do homem comum pode ser digna de ser contada. [17]

Contudo, o uso do termo “romance” só viria a se consagrar no fim daquele século, sendo considerado um novo gênero literário por inaugurar práticas inusitadas até então, rompendo com as formas consagradas pela crítica literária da época. Entre suas principais características está a ênfase no “realismo” ficcional, o qual é obtido às custas de descrições minuciosas do tempo e do espaço onde as ações se desenrolam, numa tentativa de “fixar” os personagens, dando-lhes um lugar no mundo. Há também um apego romanesco ao detalhe, e ao detalhe do detalhe, numa tentativa de conferir maior verossimilhança à ficção. Por fim, os personagens recebem um tratamento personalizado, sendo sintomático que os autores se esmerem em individuá-los, outorgando-lhes nomes próprios, os quais devem soar críveis ao ouvido do leitor, reforçando ainda mais a impressão de realidade da ficção.[18] Finalmente, é preciso dizer que, para o romance realista, mais importante do que os fatos ocorridos, é a forma como os personagens *se sentem* em relação aos fatos, uma vez que a narrativa é contada do ponto de vista dos personagens, que são, em última instância, tratados como autênticos indivíduos.[19]

Tanto “realismo” só podia repercutir num *processo de identificação* por parte do público leitor: seja com o narrador, com o personagem, ou com o autor. O que importa é que ele, leitor, na privacidade de sua leitura, descobre, perplexo, que já não está mais sozinho no mundo; pois que há, ao seu lado, alguém que o entende como se o visse *por dentro*, alguém que lê sua alma, compartilhando dos seus pensamentos mais íntimos, seus medos mais devastadores, suas aspirações mais secretas: seu desamparo.

Quando a noite cai, lenta e rarefeita, o indivíduo leitor descobre que não está tão sozinho quanto se supunha. Há, assim como ele, outros “sonhadores de vela” irmanados no silencioso ofício da leitura. A silenciosa confraria dos “sonhadores de pequenas chamas”, celebrada por Bachelard,[20] se transmuda num ideal arquetípico na poética de Wallace Stevens, para quem leitor e livro, de tão rentes, parecem ser uma e mesma coisa:

A casa era quieta e o mundo era calmo.
Leitor virou livro, e a noite de verão

Era como ser consciente o livro.
A casa era quieta e o mundo era calmo.

Palavras eram ditas como se não tivesse livro,
Só que o leitor, curvo sobre a página,

Queria curvar-se, queria muito mais
Ser o exegeta para quem o livro é real

E a noite de verão, uma perfeição pensada.
A casa era quieta porque tinha de ser.

A quietude era parte do senso, da mente:
Acesso de perfeição à página.

E o mundo era calmo. A verdade num mundo
Calmo, em que não há outro senso, é

Calma, só verão e noite, só
leitor, ali, lendo, tarde da noite. [21]

Assim, duas idéias, em especial, são atenuantes para o desamparo do leitor na modernidade liberal burguesa: (i) a compreensão, por identificação, de que ele não está tão insulado quanto o seu individualismo o levava a crer; na verdade, é sua singularidade que o coloca entre seus pares: outros sujeitos tão singulares quanto ele; (ii) e a compreensão, por analogia, de que, assim como o protagonista do romance tem um *script* para a sua vida, também ele, leitor, pode tecer o fio de sua própria história, organizando um quadro teleológico que empreste sentido ao roteiro de sua existência. Assim, por meio da leitura dos romances, os valores estéticos do psiquismo o impelem à simbolização do real, re-significando o *non sense* da existência humana de modo a suportar o vazio da falta. [22]

É na ânsia de atenuar a falta de sentido e de verdade de que padece o sujeito moderno, que ele procura “aquecer sua vida gelada”, [23] ao ler histórias de homens comuns, que mesmo estando ao desabrigo como ele, possuem vidas que podem ser contadas porque têm um roteiro subjacente, com começo, meio e fim, e chegam a um desfecho capaz de revelar e explicar o sentido oculto de suas existências aparentemente sem sentido. [24] Ao ler um romance, enquanto rói as unhas, o sujeito moderno espera que também a sua vida possa fazer algum sentido; sentido este, que lhe será desvelado no momento final da trama. Kehl explica com aguda precisão:

Este sujeito que perdeu o amparo das certezas constituídas pelas formações simbólicas das sociedades tradicionais, condenado a viver no isolamento de seu próprio eu, tem nos seus semelhantes, se não um amparo, um espelho. Se não uma garantia de verdade, um interlocutor para a incerteza. É desta rede de interlocuções que provêm as vozes da literatura moderna: da relação com o pequeno outro e sua condição de desamparo e de dúvida, que escreve para interrogar a falência dos enunciados de verdade. O escritor, seja o escritor dos diários e ensaios, da <<escrita de si>> que proliferou a partir de Montaigne, seja o escritor de ficção característico do séc. XIX, que se projeta em personagens que são <<homens como todo mundo>> é aquele que compartilha com o leitor a descoberta de que a referência paterna é insuficiente para nos constituir no contínuo vir-a-ser da modernidade. [25]

Outra característica do romance que parece lhe conferir esse efeito lenitivo reside na sua espantosa verborragia. A princípio, essa hipótese pode soar inteiramente disparatada, por isso, vamos devagar. Com efeito, o sujeito neurótico da modernidade – eternamente culpabilizado pela sensação ilusória de que é o *único* responsável por suas escolhas – sente-se compelido a um esquadramento contínuo do eu, despejando uma falação compulsiva nos ouvidos do Outro, na esperança de que esse outro suposto seja capaz de reordenar e dar unidade ao caos e à fragmentação de que se reveste a sua frágil “identidade”. [26]

A “novela familiar do neurótico” provém do desamparo que o sujeito moderno sente por ter sido privado de um quadro mais estável de referências simbólicas: preço que ele é obrigado a pagar por ter rompido com a tradição que predeterminava as “escolhas” do homem antes da modernidade. Ocorre que, a capacidade de autodeterminação do sujeito moderno é tão incomparavelmente maior do que a que dispunha o homem na pré-modernidade, que o primeiro é levado a crer, ilusoriamente, que dispõe de uma autodeterminação *absoluta* de suas escolhas subjetivas. Assim, sente-se tão esmagado pelo peso da responsabilidade por seus erros, decorrentes de escolhas malsucedidas, que nem sequer se dá conta de que essas escolhas são muito mais tributárias de processos sociais mais amplos do que ele, ingenuamente, é capaz de suspeitar.

Pois bem. O modo como o neurótico moderno perscruta dia e noite o seu próprio eu, obsedado com a possibilidade de encontrar o fio da meada e “entender” o enredo de sua história é muito similar à compulsão que impele o romancista a uma contínua rememoração, contando tudo que diz respeito aos seus personagens nos mais ínfimos detalhes, como se a perda de um sentido transcendente pela modernidade pudesse ser compensada pelo resgate da dimensão terrena, temporal, que o romance se esmera em fixar.

Essa verdadeira obsessão do romance realista em fixar seus personagens numa dimensão temporal e espacial é sintomática do desamparo da modernidade. Para demonstrá-lo, Benjamin lembra que nos padrões literários de todos os gêneros que antecederam o romance moderno, essa preocupação nunca esteve presente, pois, de algum modo, o sujeito pré-moderno se sabia pertencente a uma pátria transcendental, que o ligava a sua ancestralidade, independentemente da fixação das noções terrenas de tempo e espaço. [27]

Por isso, nada mais pertinente do que a comparação que Lacan traça entre o romance e a neurose: ambos ficam obsessivamente presos a detalhes que acabam gerando uma sobrecarga de informações, seja no pesado texto romanesco, seja na falação do neurótico. Por outro lado, Lacan contrapõe a elegância do conto à psicanálise: em ambos é possível colher efeitos de estilo, provenientes da contração do tempo que as suas elipses possibilitam. [28]

Num sentido convergente, ao comparar os textos romanescos aos textos etnográficos, Geertz sugere que a impressão de verossimilhança de uma narrativa (perseguida obsessivamente pelos romancistas do realismo, bem como de resto pelos antropólogos) não será alcançada pela sobrecarga de detalhes sumamente específicos que tanto pesam no texto de um, como de outro.

Ao invés de investirem em tratados maçantes, Geertz recomenda aos autores a “capacidade de nos convencer de que o que eles dizem resulta de haverem penetrado numa outra forma de vida (ou, se você preferir, de terem sido penetrados por ela) _ de realmente haverem, de um modo ou de outro, ‘estado lá’.” [29]

O “estar lá” de Geertz soa como um convite, ou se preferirmos, um desafio a que o sujeito não se constitua apenas no que lê, mas também e, sobretudo, no que escreve. Como Montaigne que, ao concluir o ensaio “Do desmentido”, assevera: “Não fiz meu livro mais do que ele me fez”. Ou como Foucault, ao advertir que: “O papel da escrita é constituir, com tudo o que a leitura constituiu, um ‘corpo’ (...) como o próprio corpo daquele que, ao transcrever as suas leituras, se apossou delas e fez sua a respectiva verdade: a escrita transforma a coisa vista ou ouvida ‘em forças e em sangue’.” [30]

Assim, ao que parece, a leitura e a escritura podem se tornar modos de subjetivação ainda mais poderosos sob o ponto de vista de uma estilística da existência se, ao invés de nos prendermos ao fetichismo do detalhe, estivermos dispostos a “estar lá”: atravessando e sendo atravessados pela vida, pelo texto, pela obra. [31]

Por fim, é preciso reconhecer que, ao fazer o seu próprio elogio, a modernidade superestimou a real liberdade do homem quanto à auto-fundação de suas escolhas subjetivas, esquecendo de avisar a ele, que o próprio processo de individuação é, por si só, um produto socialmente construído. A “balança do nós-eu” _ imagem utilizada por Nobeit Elias para dar conta da complexidade resultante da polarização indivíduo-sociedade _ guarda um equilíbrio excessivamente tênue entre as possibilidades de ação individual e os limites impostos pelas estruturas sociais. [32]

Nesse sentido, negar que a ação humana tem as suas possibilidades premidas por circunstâncias as mais diversas, que a determinam a despeito da vontade do agente, dificultando e limitando a sua prática, seria incorrer num argumento falacioso e moralmente cruel, porque capaz de ensejar ainda mais culpabilização para o sujeito neurotizado que a modernidade produziu. Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer o inegável contributo que essa mesma modernidade prestou à civilização, ao engendrar homens capazes de *trair* as condições adversas de sua existência, no sentido de, contra tudo e contra todos, sentirem-se impelidos a suplantar os obstáculos estruturais, buscando linhas de fuga onde elas não existiam. [33]

Essa “vontade de potência” [34] que anima os espíritos livres a traírem as más destinações, reinventando as condições de sua emancipação, é, paradoxalmente, o sopro com que a modernidade aquece os corações enregelados dos sujeitos que ela deixou em desabrigo.

Nesse contexto, o romance realista é o modo de subjetivação encontrado pelos modernos para forjarem uma estética da existência humana, constituindo indivíduos capazes de fazerem de suas vidas uma obra de arte.

3 QUEM CONTA UM CONTO ACRESCENTA UM PONTO: DESCONSTRUINDO O MITO DA SEGURANÇA JURÍDICA

No tópico precedente, vimos que o modo de subjetivação do indivíduo moderno está intimamente associado à literatura, mais precisamente, ao romance realista, por meio do qual ele procura reparar a falta de um sentido transcendente para a sua vida. É que, procurando assegurar a fixação de uma temporalidade para a sua existência, de certa forma, o indivíduo transcende sua própria finitude, ao inscrevê-la nos anais da posteridade.

Contudo, como vimos há pouco, o texto literário que constitui os modernos como sujeitos de sua própria história, é também a razão constitutiva do seu desamparo. Ironicamente, esse sujeito desamparado da modernidade acaba recorrendo à outra estrutura discursiva, vazada sob a forma de textos normativos, na tentativa de cercar-se de algum grau de certeza em meio às grandes incertezas que o cercam.

É nesse contexto de desamparo simbólico, que o homem moderno erige para si o mito da segurança jurídica. Em meio à sua orfandade, esse homem laico, secularizado, substitui o culto da Lei de Deus pela sacralização da Lei dos homens, fazendo um movimento inconsciente de transferência do lugar do sagrado na sua vida. Para minimizar o mal-estar decorrente do ceticismo próprio da racionalidade moderna, é preciso que esse sujeito descrente, e, portanto, desamparado simbolicamente, se agarre a novas crenças – desde que elas lhe pareçam mais compatíveis com a sua condição de sujeito racional.

É por isso que, sem se dar conta, o sujeito moderno se sente tão compelido a apegar-se à idéia de que um texto escrito por homens (tão humanos quanto ele) [35] pode garantir-lhe a segurança de uma única direção, que deflui da certeza que o texto da lei lhe assegura, ao prescrever o sentido de verdade sobre os bens e valores que lhe são mais caros: a vida, a liberdade e a propriedade.

As grandes codificações derivam desse afã, que impele o sujeito da modernidade em busca de certezas; se não de uma certeza transcendente, ao menos de uma certeza terrena, laica, secular: a certeza jurídica. A certeza sobre o Direito que há de reger sua vida em sociedade. Assim, o positivismo cientificista que mobilizou as ciências sociais, também vai impregnar o imaginário dos juristas, mediante a idéia de um direito positivado, escrito, passível de maior controle e fixação de sentido.

Armados de tinta e papel, os modernos inscreveram em códigos a práxis viva de seus usos e costumes, alimentados pela ilusão de que, ao reduzi-las a termo, poderiam fixar-lhes um sentido único. A mística da segurança jurídica atingiu o seu apogeu com a Escola da Exegese, por meio da qual, gerações e gerações de juristas foram levados a crer que as palavras, devidamente aprisionadas num papel, aceitariam, submissas, uma hermenêutica unidimensional e totalizadora. Ao menos, esse era o sonho alimentado pelas grandes codificações: reduzir a complexidade das decisões judiciais, por meio de uma operação lógico-formal de aplicação mecânica da letra da lei ao caso concreto, extraindo-se o seu sentido pré-existente.

Mas os modernos, como se sabe, eram sobejamente otimistas, e na sua ânsia de ordenar o mundo, mal podiam entrever o engodo em que se apoiava o seu projeto fáustico. “Dura Lex, sed Lex” – repetiam felizes e conformados ante o império da lei, até que a realidade viva e insubmissa viesse a trair as condições pressupostas da hermenêutica clássica. Uma das primeiras controvérsias a encobrir esse céu de brigadeiro surgiria a

partir da querela entre as correntes subjetivistas e objetivistas. Essa discussão em torno da autoridade do intérprete já denunciava o grau de imprecisão a que está submetido o direito, ou, como de resto, qualquer sistema discursivo.

Com o passar do tempo, as correntes subjetivistas, que privilegiavam a busca da *intenção do legislador*, em sua atividade interpretativa, perderam espaço para as correntes objetivistas, que privilegiavam a textualidade legal de *per si*. Essa primazia se deveu, em grande parte, ao reconhecimento paulatino de que tentar apreender a intenção do legislador, quando da elaboração da lei, era um trabalho mais apropriado aos adivinhos do que aos intérpretes do direito, por várias razões.

Em primeiro lugar, a maior parte da legislação não tem um tempo de validade previamente indicado, podendo permanecer em vigor indefinidamente. Assim, muito embora sobreviesse a morte do autor da lei – e do conjunto de valores de seu tempo – a *intentio legislatoris*, a que se prendia a sua hermenêutica, continuava a vincular o mundo dos vivos, ainda que num contexto social, histórico e cultural bastante diverso.

Ora bem. Numa sociedade cada vez mais veloz, o trabalho de reconstituição do contexto histórico de criação da lei se torna cada vez mais difícil, e de êxito duvidoso. E, ainda que o jurista reúna condições de fazer um levantamento histórico a respeito, poderá se deparar muitas vezes com a obsolescência dos valores tutelados pelo legislador ao criar o texto legal – o que dá ensejo à famosa interpelação: devem os vivos ser governados pelos mortos?

Assim, os juízes, reduzidos pela Escola da Exegese à condição de “bouche de la loi”, acabaram por se insurgir contra esse modelo, ao perceberem que, em face de *hard cases*, a mera condição de “aplicadores da lei” lhes deixava constantemente em desabrigo, em caso de lacunas ou quando os critérios de solução de antinomias se mostravam insuficientes. Com o tempo, já não era mais possível esconder a obviedade de que o mesmo texto legal autoriza múltiplas possibilidades interpretativas, deixando entrever, cada vez mais, o caráter aporético da segurança jurídica.

Ulteriores desenvolvimentos por parte da hermenêutica vieram demonstrar que a tarefa de dizer o direito implica atividade muito mais complexa do que subsumir, mecânica e simplesmente, os fatos à hipótese normativa correspondente. Era preciso superar esse paradigma, passando o juiz a ser visto como um construtor de sentido, um (re)criador cuja matéria prima é o texto normativo. Assim, ao juiz-intérprete cabe o poder-dever de converter o *texto da norma* (produzido pelo legislador) em *norma*, efetivamente, isto é, em comando que emerge a partir da estrita textualidade, através de uma ação resignificadora, na esteira do que preceitua a metódica estruturante de Friedrich Müller. [36]

Pois bem. A partir do momento em que os juízes se liberaram do cárcere interpretativo em que se encontravam, as antigas fronteiras estabelecidas pela teoria da tripartição dos poderes passaram a reclamar novas teorizações, capazes de dar conta da ampliação do papel do Poder Judiciário. Com o novo paradigma, o Judiciário deve apontar as normas aplicáveis ao caso em litígio, não mais “extraíndo-lhes” o sentido previamente fixado pelo Legislador, mas *atribuindo-lhes* um sentido, de forma tópica, como propunha Theodor Viehweg, em respeito às especificidades idiossincráticas do caso concreto.

Nesse sentido, é natural que se oponham resistências e perplexidades, advindas da compreensão, típica entre os modernos, de que o Poder Legislativo tem mais legitimidade do que o Poder Judiciário para fixar um sentido para o direito, em razão do princípio democrático que o anima. Em outras palavras, importa dizer que os legisladores retiram a sua legitimidade do sufrágio que os elegeu. E os juízes, de onde retiram a legitimidade para interpretar e _ vale dizer _ recriar o direito?

Nesse ponto da reflexão, devemos questionar quais as bases de legitimação do discurso que amplia o poder hermenêutico do juiz, mesmo quando sabemos que a atividade judicante implica o poder decisório de acolher um sentido, em detrimento de outros, que, embora em potência, são afastados por exclusão. Nossa tese, em resumo, diz respeito à idéia de “administração” dos níveis latentes de caos significacional ínsitos a todo sistema discursivo. A comunicação opera em *hybris* e toda tentativa de ordenação de sentido é parcial, e, portanto, fragmentária, plural: nunca unidimensional e totalizadora. Pois quem conta um conto, acrescenta um ponto: o seu ponto de vista, ou, se preferirmos, sua mundividência. Portanto, a segurança jurídica é muito mais uma ilusão necessária (como queria Nietzsche) do que uma realidade palpável _ como ansiavam os modernos, por ocasião das grandes codificações.

Assim, se a segurança jurídica não pode ser alcançada em sua plenitude, sob pena de engessamento do sistema e comprometimento da sua capacidade de atualização de sentido; e se o direito é vida, pulsação e movimento, seja no plano fático, seja no plano axiológico; então, cumpre perspectivar a idéia de segurança jurídica muito mais como um devir, um vir-a-ser contínuo, cuja plena realização é sempre diferida, dada a sua tendencial incompatibilidade com as exigências de adequação e flexibilidade que os ideais sócio-históricos de Justiça reivindicam.

Nesse quadrante, importa deixar claro que não somos de todo refratários à idéia de segurança jurídica: a tese que buscamos refutar é apenas o pensamento mistificador e pseudo-sacralizante que impõe a sua plena realização como um objetivo viável. De nossa parte, entendemos que um objetivo dessa natureza não é nem possível, nem desejável.

Para explicar o porquê, tomemos de empréstimo as lentes da teoria literária, segundo a qual, as palavras guardam uma textura porosa, suscitando em seus leitores uma intensa atividade imaginante, ao convidá-los a um deslizamento de sentido, por deixarem ao seu encargo a tarefa de recriação de imagens que não são dadas *a priori*.

Para Bachelard, aliás, a imaginação não constitui simples *reprodução de imagens*, mas consiste, fundamentalmente, na capacidade humana de *criação de novas imagens*, a partir das que já existiam – o que por si só explicaria a multiplicidade de significados relacionáveis a um mesmo significante. [37]

Mas não somente o leitor imagina e recria, a seu modo, o texto sobre o qual se debruça. Quem narra uma história também imprime sobre ela a sua marca, reinterpretando-a. E a narração (enquanto estrutura discursiva) é o meio pelo qual o homem conta a sua história e atribui sentido a ela.

Walter Benjamin dedica um ensaio memorável ao problema da narração. Para este autor, narrar é partilhar algo de si: a vida vivida pelo narrador ou as vidas que se foram

somando à sua. De fato, o narrador é também um ouvinte. E ao recontar as histórias que lhe foram transmitidas, geração após geração, desde tempos imemoriais, opera-se uma espécie de *apropriação* da história por aquele mesmo que as conta. Uma tal apropriação não implica, de modo algum, usurpação ou desvirtuamento da verdade.

Quem narra, ilumina uma história, imprimindo-lhe a marca indelével de sua própria existência. Assim, as palavras do narrador são “vestidas a partir do coração”, numa trama cuja tessitura é urdida com os fios de seus cabelos, de tal sorte que já não se sabe onde termina o narrador e onde tem início sua história.

Muito interessante aos propósitos do nosso trabalho, observarmos que, apesar do grau de verdade que deflui de uma narração – a qual deriva de um amplo lastro de experiência de vida – para dar-se a comunicação, é preciso que ela encontre ressonância no ouvinte, a fim de banhá-lo em significâncias, uma vez que este é tido como sujeito ativo do processo; não cabendo ao narrador interpretar a história em seu lugar.

Assim, para Walter Benjamin, não obstante a exatidão com que se pode narrar uma história, “(...) o contexto psicológico da ação não é imposto ao leitor. Ele é livre para interpretar a história como quiser, e com isso o episódio narrado atinge uma amplitude que não existe na informação”. [38] Com efeito, a narração jamais exaure a sua temática, comportando infinitas possibilidades interpretativas. Como ensina Benjamin, “Metade da arte narrativa está em evitar explicações” [39] Assim, o narrador evita recair no paternalismo de quem “traduz” para seus ouvintes o “verdadeiro” significado da história. E, ao contrário do que ocorre com a mera *informação*, cujo conteúdo se esgota no momento seguinte ao de sua enunciação, uma boa *narração* jamais envelhece. Os sentidos que ela admite são tantos quantos forem os seus intérpretes. E é precisamente essa atualização de sentido que a inscreve na posteridade.

Assim, a partir da desconstrução da idéia forte de segurança jurídica, em prol de uma idéia mais fraca (e realista) da segurança jurídica como ilusão necessária, é que poderemos deslocar a tônica do falso problema de uma segurança absoluta do sistema, rumo ao verdadeiro problema da necessidade de alargamento e democratização do acesso ao processo interpretativo do direito. Isto é, quanto mais assumimos, com honestidade intelectual, a relativa insegurança de que padece qualquer sistema discursivo; tanto mais haveremos de nos empenhar em garantir que a fixação de um sentido (em detrimento de outros) leve em consideração um círculo cada vez mais ampliado de intérpretes do sistema.

4 A PROPOSTA DEMOCRÁTICA DE HÄBERLE

Peter Häberle propõe a democratização do processo interpretativo constitucional, promovendo-se a passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma sociedade aberta em que todos os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os grupos, todos os cidadãos são reconhecidos como potenciais intérpretes da Constituição.

Para Häberle, não se pode considerar unicamente a interpretação constitucional dos juízes, uma vez que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete”.^[40] O autor não está com isso a negar a importância da atividade interpretativa no estrito senso da palavra,^[41] ou seja, a “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma”^[42], operada pelos intérpretes “corporativos”, dotados pelo Estado do dever de dizer o direito. O que Häberle postula é o reconhecimento da existência paralela e/ou anterior ^[43] de uma interpretação operada em sentido lato, decorrente do elastecimento do círculo de participantes do processo de interpretação pluralista.

Com efeito, a hermenêutica constitucional da sociedade aberta propugna que os cidadãos, os grupos de interesse, os órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública - enfim, todas as potências públicas que são partícipes do processo social - atuem como pré-intérpretes da Constituição, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”.^[44]

Portanto, o método hermenêutico da Constituição aberta é tributário de uma concepção *radicalmente* democrática de interpretação constitucional, ao postular que seja reconhecida e legitimada a “abertura” do processo hermenêutico aos influxos sociais, admitindo-se (e, em certa medida, até incentivando-se!) as influências exercidas pelo meio social envolvente, no sentido de se formar uma pré-compreensão constitucional, com base na qual se torna possível desenvolver uma hermenêutica flexível, democrática, plural e, sobretudo, sensível às variações e mudanças perpetradas pelo tempo. ^[45]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de remate, convém traçarmos um paralelo. Se o mundo só é possível na medida em que podemos nomeá-lo, narrador e ouvinte são co-responsáveis na tarefa de atribuir sentido à existência. *Mutatis mutandis*, legislador e magistrado são, da mesma forma, co-responsáveis pela difícil tarefa de engendrar a melhor solução em face dos conflitos sociais, evitando recair em superficialismos que, ao reduzirem a complexidade de modo falacioso, acabam reduzindo também as chances de se constituir uma hermenêutica mais emancipatória.

Pois bem. Uma hermenêutica realmente emancipatória não pode jamais prescindir da compreensão de que todos os agentes envolvidos são sujeitos do processo interpretativo, não podendo ser objetificados a nenhum título. Isso implica, inclusive, o alargamento do círculo de intérpretes do texto normativo de tal modo a açambarcar todos aqueles que têm as suas vidas afetadas pelas normas em questão.

Todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete – é o libertário ensinamento de Peter Häberle, que reivindica uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. O teórico alemão incita os magistrados a firmarem os seus convencimentos levando em consideração, entre outros fatores, o modo como os próprios destinatários das normas as compreendem. Afinal, parece-nos bastante

razoável que as pessoas que terão suas vidas enredadas pelas normas possam ser pelo menos envolvidas no debate em torno de suas possíveis interpretações. E, a nosso ver, a ampliação desse debate, em todos os seus níveis, fortalece o processo democrático e ampara as práticas institucionais, tanto do Poder Legislativo, como do próprio Poder Judiciário. Seria, a nosso ver, uma solução reconciliadora, contribuindo para evitar qualquer possibilidade de usurpação entre os poderes. E boa o bastante para devolver a Montesquieu o merecido sono dos justos.

Por fim, se já não podemos erguer um altar ao mito da segurança jurídica plena – o que, sem dúvida, reduziria o grau de desamparo simbólico em que os sujeitos da modernidade se viram enfronhados desde a ruptura com as sociedades tradicionais – ao menos nos haveremos com a difícil (e bela) tarefa de democratização da hermenêutica pós-moderna.

4 REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *A chama de uma vela*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. *O ar e os sonhos: ensaio sobre a imaginação do movimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARREIRA, Irllys. O lugar do indivíduo na sociologia: sob o prisma da liberdade e dos constrangimentos sociais. *Revista de Ciências Sociais*, UFC, v. 34, n2, 2003.

BEDÊ, Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano II, n.3, jan./jun. 2004.

BENJAMIN, Walter. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. São Paulo, Brasiliense, 1987.

BOÉTIE, Etienne de La. Discurso sobre a servidão voluntária ou contra o um. *Cultura Brasil*. Disponível em: <www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2008.

_____. *Discurso sobre a servidão voluntária ou contra o um*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias*. Bauru: EDUSC, 2001.

ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FOUCAULT, Michel. A escrita de si. In: FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Vega, 1992.

GAULEJAC, Vincent de. O âmago da discussão: da sociologia do indivíduo à sociologia do sujeito. *Cronos*, Natal, v. 5/6, n. 1/2, 2004/2005.

GEERTZ, Clifford. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura: ensaio de síntese teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997

KAUFMANN, Pierre (org.). *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. Minha vida daria um romance. In: BARTUCCI, Giovanna. (org.) *Psicanálise, literatura e estéticas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 62.

_____. *A constituição literária do sujeito moderno. Geocities*. Disponível em <http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/3170/Kehl6.htm>. Acesso em: 1 jul. 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERI, Regina. *A psicanálise e o feminino: um horizonte da modernidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RICOUER, Paul. *Tempo e narrativa*. Tomo I. Campinas: Papyrus, 1994.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

WATT, Ian. *A ascensão do romance*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

[1] Manuel J. Gomes, vale dizer, o importante tradutor de Etienne de La Boétie para o português da belíssima obra “Discurso sobre a servidão voluntária”. *Cultura Brasil*. Disponível em: <www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf> Acesso em: 28 jun. 2008.

[2] Neste tocante, valemo-nos de um conceito operado por Foucault, para quem o assujeitamento implica, de um lado, a submissão ao poder, e de outro, a própria formação do sujeito através dessa mesma submissão.

[3] Ao ler esta obra-prima, tenho a vívida impressão de ouvir a fúria incontida de seu jovem autor, gritando a plenos pulmões um dos mais veementes protestos escritos em defesa da liberdade, da autonomia e da emancipação do homem. Cf. BOÉTIE, Etienne de La. *Discurso sobre a servidão voluntária ou contra o um*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

[4] Id. Ibid.

[5] Para maiores aprofundamentos, vide: KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. (Vide, em especial, o 1º capítulo).

[6] NERI, Regina. *A psicanálise e o feminino: um horizonte da modernidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 29.

[7] Para usar uma expressão cara a Deleuze e Guattari.

[8] Notem-se os muitos pontos de convergência entre o pai evocado por Freud e o Leviatã de Thomas Hobbes.

[9] Cf. KEHL, op. cit., p. 42.

[10] KEHL, op. cit., p. 43.

[11] Id., ibid., p. 44.

[12] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994, p. 29-43.

[13] De acordo com Maitland, *apud* WATT, Ian. *A ascensão do romance*. São Paulo: Companhia das Letras, p.56: “(...) pela primeira vez o Estado absoluto deparou-se com o indivíduo absoluto”.

[14] Cf. BEDÊ, Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano II, n.3, p. 34-39, jan./jun. 2004.

[15] WATT, Ian, op. cit., p.55-56.

[16] Com a devida *vênia*, recorreremos a uma tautologia, apenas para efeito argumentativo.

[17] Se recuarmos um pouco até o século XVII, é possível ver na prática da *escrita de si*, retomada por Montaigne (com a publicação dos *Ensaio*s, de 1580) elementos incipientes de uma tendência instituída pelo romance realista de estabelecer correlações cada vez mais estreitas entre a obra literária e a realidade por ela imitada. Vale ressaltarmos, no entanto, que Montaigne não está criando um estilo inteiramente original, pois, conforme se depreende da leitura de FOUCAULT, Michel. A escrita de si. In: FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Vega, 1992, p. 132 et seq., a escrita de si é uma prática que remonta a Sêneca, Plutarco e Marco Aurélio, entre outros, havendo sido retomada em momentos posteriores da história, embora com grandes intermitências.

[18] Ressaltamos que o nome atribuído aos personagens não estava entre as preocupações dos autores antes do advento do romance, por isso, seus personagens recebiam nomes arquetípicos (não individualizados), ou eram referidos apenas pelo sobrenome: nem sequer tinham prenome, porque não eram, na verdade, uma “pessoa”, com as singularidades que o indivíduo da modernidade requer.

[19] Para maiores aprofundamentos, vide WATT, Ian, op. cit., p. 11 a 33.

[20] BACHELARD, Gaston. *A chama de uma vela*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 31.

[21] STEVENS, Wallace. *A casa era quieta e o mundo era calmo*. Trad. R. Vasconcelos. *Afetivagem*. Disponível em < <http://www.afetivagem.blogspot.com/> >. Acesso em: 30 jun. 2008.

[22] O sujeito se constitui pela linguagem, mediação da qual ele se vale para representar simbolicamente o vazio inevitável da falta. Não é dado ao homem suportar a falta e conviver com o *non sense* da existência humana, a não ser pela capacidade de simbolização do **Real**, por meio de representações sígnicas que constituem verdadeiras estruturas de sentido. Cf. KAUFMANN, Pierre (org.). *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

[23] Na feliz expressão de BENJAMIN, Walter. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. São Paulo, Brasiliense, 1987, p. 214.

[24] KEHL, Maria Rita. Minha vida daria um romance. In: BARTUCCI, Giovanna. (org.) *Psicanálise, literatura e estéticas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 62.

[25] KEHL, Maria Rita. *A constituição literária do sujeito moderno*. Disponível em <http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/3170/Kehl6.htm>. Acesso em: 01 jul. 2008.

[26] Kehl, Maria Rita. Minha vida daria um romance, op. cit., p. 61 et seq.

[27] Benjamin, Walter, op. cit., p.212

[28] KEHL, op. cit., p. 57 et seq.

[29] GEERTZ, Clifford. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005, p. 15.

[30] FOUCAULT, Michel, op. cit., p.143.

[31] Para uma abordagem muito interessante da relação entre a vida, tal como vivida pelo sujeito (pré-figuração), a configuração da vida transformada em texto pelo autor, a re-figuração desse texto pelo leitor, e o modo como essas dimensões se entrecruzam, vide a “tríplice mimese” de RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Tomo I. Campinas: Papyrus, 1994.

[32] ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 127 et seq.

[33] Para estudos mais aprofundados (que refogem aos estreitos limites do presente trabalho) acerca do problema hipercomplexificado da dicotomia “ação x estrutura” ou “sociedade x indivíduo”, vide: BARREIRA, Irlys. O lugar do indivíduo na sociologia: sob o prisma da liberdade e dos constrangimentos sociais. *Revista de Ciências Sociais*, UFC, v. 34, n2, 2003. Para mais, conferir: GAULEJAC, Vincent de. O âmago da discussão: da sociologia do indivíduo à sociologia do sujeito. *Cronos*, PPG em Ciências Sociais, UFRN, v. 5/6, n. 1/2, 2004/2005. E finalmente: CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias*. Bauru: EDUSC, 2001.

[34] A filosofia nietzscheana é uma verdadeira intimação ao homem moderno, a que atenda ao apelo de La Boétie, e decida-se pela potência, ao invés da submissão.

[35] Com o perdão pela tautologia.

[36] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[37] BACHELARD, Gaston. *O ar e os sonhos: ensaio sobre a imaginação do movimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.1.

[38] BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 203.

[39] Idem, ibidem.

[40] Cf. prefácio de Gilmar Ferreira Mendes à edição por ele traduzida da obra de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, ed. Sergio Fabris, 1997, p. 09.

[41] Cf. HÄBERLE, op. cit. p.24.

[42] Cf. HÄBERLE, op. cit. p.14.

[43] Idem, p.25.

[44] HÄBERLE, op. cit. p. 13.

[45] A ressalva fica por conta de Bonavides, temeroso de que o emprego deste método (se levado às últimas conseqüências) possa vir a resultar em um perigoso afrouxamento da normatividade constitucional. É que, no afã de “conciliar o Direito com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato”, essa concepção poderia, se mal utilizada, prestar-se a imprimir uma aparência de racionalidade a certos anseios reformistas que, sob os auspícios da “modernidade”, do “dinamismo” e da “renovação”, terminam por impor alterações constitucionais que atendem muito mais de perto às vicissitudes dos interesses de maiorias contingenciais, do que propriamente aos legítimos anseios da sociedade plural e democrática - como desejaria Häberle. Cf.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. SP, ed. Malheiros, 2000, p.470-473.

CONTRIBUTO À ARQUITETURA JURÍDICO-POLÍTICA DO SISTEMA NACIONAL DE CULTURA - SNC

CONTRIBUTION TO LEGAL-POLITICAL ARCHITECTURE OF CULTURAL NATIONAL SYSTEM -CNS

Francisco Humberto Cunha Filho

RESUMO

O presente artigo contém a tese de que o Sistema Nacional de Cultura – SNC - já existe no Brasil, decorrendo da própria configuração do federalismo cooperativista adotado por nossa Constituição. Por conseguinte, a grande luta ora travada não é propriamente pelo referido Sistema, mas por seu aprimoramento e, especificamente, em favor de um dos seus aspectos mais deficitários, o econômico-financeiro, o qual se submete a uma condicionante gigantesca, que é a vinculação de recursos em favor da cultura. O texto também veicula a convicção de que todos os entes públicos responsáveis por políticas culturais “naturalmente” integram o SNC, mas os que vierem a fazer adesão formal podem receber tratamento diferenciado, sem que isto constitua agressão ao princípio da isonomia. Aborda ainda as condicionantes para a adesão, as formas de controle, bem como os critérios de partilha de direitos e deveres dos partícipes do pretendido pacto cultural.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA NACIONAL DE CULTURA. BRASIL. ARQUITETURA DO SNC.

ABSTRACT

This article contains the argument that the Cultural National System (CNS) already exists in Brazil, and is a consequence of cooperative federalism adopted by our Constitution. Therefore, the big fight is the improvement of the system, and specifically in favor of one of its most deficient aspects, the economic-financial, which is subject to a fine condition, which is the linking of resources in support of culture. In the text there is also the conviction that all public entities responsible for cultural policies "automatically" part of the CNS, but that will make the formal accession may receive different treatment, without aggression to the principle of equality. Also discusses the conditions for accession, the forms of control and the other rights and duties of that sign the pact culture.

KEYWORDS: CULTURAL NATIONAL SYSTEM. BRAZIL. CNS' ARCHITECTURE.

1 INTRODUÇÃO: O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA PENSADO COMO DIREITO

Nos anos de 1991 a 1993, vivenciei a experiência de Secretário da Cultura de pequeno Município do Nordeste brasileiro. No desenvolvimento das atividades planejadas para a minha Pasta enfrentei muitas dificuldades, dentre as quais a falta de recursos financeiros.

Compreendia que o Município era devedor da política cultural aos seus habitantes, mas às vezes me deparava com a mesma sensação dos desempregados que têm que sustentar a família; algo que lembrava os versos "sabe lá o que é não ter e ter que ter pra dar..." (DJAVAN, 2009).

Por outro lado, minha formação jurídica dava-me a consciência de que o Município era credor do apoio do Estado e da União, uma vez que estes são arrecadadores maiores, bem como co-responsáveis pelas atividades culturais, segundo a Constituição da República.

Assim, pensava em buscar o apoio da Secretaria Estadual da Cultura e do Ministério da Cultura, na firme convicção de que tal apoio seria um direito; mas qual não era a minha frustração ao deparar-me com a realidade de que as burocracias dos aludidos órgãos culturais tinham atitudes que me forçavam a entender algo da *realpolitik*[1]: a aquisição de benefícios e a partilha de responsabilidades não decorriam de regras claras e preestabelecidas, mas do nível de influências que o prefeito municipal (ou aqueles que com ele detinham alianças) tivesse sobre as autoridades responsáveis pela implantação das políticas culturais.

Pensei, então, que a parte mais fácil de um direito é declarar a sua existência; a parte mais difícil é torná-lo efetivo. Para efetivação, são necessárias garantias, sendo uma muito importante: a que consiste na criação de rotinas para procedimentos que se repetem, evitando, em conseqüência, por exemplo, inovações inúteis e casuísticas, a cada vez que se almeja usufruir um benefício já consagrado pelas leis. Em palavras mais familiares: seria preciso construir um modelo no qual a mútua cooperação entre os componentes da federação brasileira se procedesse a partir de um fluxo contínuo e, à falta de outra expressão, automático.

Tal pretensão nada tinha de absurdo, uma vez que a Constituição de 1988 havia inaugurado um sistema de repasse de receitas tributárias[2], no qual as características mencionadas estavam presentes. No plano de uma política pública específica, desde 1990 havia sido formalizado, por meio da Lei nº 8.080 (BRASIL. PODER LEGISLATIVO, 2009), o Sistema Único de Saúde, no qual a idéia do fluxo contínuo de cooperação também reinava.

Assim, cogitar-se em um sistema análogo para a cultura, se óbice houvesse, não seria jurídico ou operacional, mas político (falta de interesse) e ideológico (desconhecimento da importância estratégica). E se tais obstáculos existissem, deveriam ser eliminados,

porque no modelo cooperativista (BERCOVICI, 2003, p.149-156) determinado pela Constituição, a organização das políticas públicas de forma sistêmica é um dever do Estado e um direito de todos.

2 O SNC JÁ EXISTE: FALTA RECONHECER, EVIDENCIAR E APRIMORAR

Se forem tomadas definições genéricas e consensuais de que sistema é a "combinação de partes coordenadas entre si e que concorrem para um resultado ou para formarem um conjunto[3]" ou o "conjunto de elementos, concretos ou abstratos, intelectualmente organizado[4]", impõe-se reconhecer que o SNC já existe desde a promulgação da Constituição de 1988, tomada como marco inicial desta reflexão.

A dificuldade para o dito reconhecimento reside, em boa parte, na dispersa e enigmática presença do SNC no texto constitucional, mas que, grosso modo, pode ser compreendida a partir da adaptação de duas das categorias usadas por Marx: infra-estrutura e superestrutura[5]. A infra-estrutura do SNC é composta pelo conjunto das normas; a superestrutura corresponde à dimensão na qual são executadas.

As normas formam a base do Sistema em decorrência do princípio da legalidade (ROCHA, 1994), pelo qual o poder público somente age quando autorizado por lei. Por outro lado, como a Constituição determina competir concorrentemente aos entes públicos legislar sobre cultura[6], e sabendo-se que tal competência pressupõe a edição de preceitos gerais pela União e de normas específicas e complementares pelos demais, impõe-se, nesta seara, um tipo essencial de atuação sistêmica, uma vez que todas as prescrições aludidas devem guardar harmonia umas para com as outras. Deste modo, mesmo sendo a União autônoma para a edição da parte que lhe compete, em termos de normas gerais, é do interesse muito direto dos Estados/DF e Municípios o conteúdo de tal produção, pois o mesmo conterà as balizas e bitolas das disposições que pretendam acrescentar.

No que concerne à superestrutura do SNC, consistente, como defendido, na execução das normas constitucionais e legais, a Constituição é ainda menos explícita na atribuição das responsabilidades, pois quando a elas se refere, usa expressões como "O Estado garantirá...", "O Estado protegerá...", "A lei disporá...", "A lei estabelecerá...", "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá...", "Cabem à administração pública, na forma da lei..." (art. 215 e 216). Percebe-se que a Carta Política não especifica qual dos entes personificadores do Estado ou da Administração Pública editará as leis cuja criação é ordenada ou realizará os atos comandados. O conhecimento destas responsabilidades é remetido, então, a uma interpretação sistêmica[7], não apenas do texto constitucional, mas de todo o ordenamento jurídico, bem como ao entendimento teórico dos papéis que justificam as respectivas existências.

Estas assertivas evidenciam, mais uma vez, a complexidade que precisa ser enfrentada para o simples entendimento do sistema de cultura constitucionalmente desenhado. Mas tal complexidade, para ser domesticada, demanda, por questões didáticas, ser abrandada, ao menos em alguns momentos. Um deles é agora: mesmo alguém sem

qualquer noção do que seja interpretação sistêmica ou teoria do federalismo, ao ver uma mesma tarefa atribuída a mais de uma pessoa, intuitivamente pensa em qual seria a responsabilidade de cada uma.

Seria desonesto dizer que este desenho não existe, ao menos na forma de rascunho, ainda que haja resultado mais da intuição do que de uma decisão racional e deliberada. Quem pode negar que Estados e Municípios editam suas leis de tombamento ou registro "inspiradas" na legislação federal? Quem desconhece a existência, em maior ou menor escala, de equipamentos públicos propiciadores de manifestações culturais, como bibliotecas e teatros, sempre carentes de melhor utilização e aprimoramento de acervos, repertórios e equipamentos[8]?

O que há em termos de leis, órgãos e atividades relacionados à cultura já forma o nosso sistema, neste setor. Evidencia-se, contudo, a timidez deste sistema, ao ponto de padecermos da convicção, algo falsa, é claro, da própria inexistência do SNC. Esta sensação aumenta quando se toma como paradigma o Sistema Único de Saúde - SUS, que já está disciplinado e em constante aprimoramento há mais de 18 anos e, por tais razões, possuidor de bens, serviços e fluxos de atuação integrados e visíveis, que "provam" permanentemente não apenas a sua existência, mas a sua serventia[9].

Desenhar com a maior clareza possível as responsabilidades dos entes públicos, inicialmente, e dos demais atores sociais, em momento se não paralelo, imediatamente posterior, é o grande desafio para os que entendem a importância e a necessidade da organização sistêmica das políticas culturais. Principalmente porque, além do sistema nacional de cultura, de fato, o outro, o idealizado, já povoa as mentes, os discursos e até os compromissos formais entre as autoridades públicas de nosso país[10].

3 OS CHAMADOS SUBSISTEMAS DE CULTURA

O que mais evidencia a existência do SNC é a prolatada presença e funcionamento de alguns subsistemas de cultura, como os de museus e bibliotecas. A mais elementar reflexão lógica induz a esta conclusão porque não pode haver sub[sistema] sem que haja o [sistema] principal. Esta constatação induz a duas possibilidades: (1) o que chamamos de subsistemas de fato são sistemas autônomos ou (2) o SNC já existe, tanto que possui subsistemas.

Antes de serem mutuamente excludentes, as possibilidades aventadas apontam possíveis modelos de concepção para a nossa organização sistêmica da cultura.

A primeira hipótese indica uma configuração tópica do SNC, ou seja, o diferencial do sistema da cultura, relativamente aos demais que já existem, seria o de que, em virtude das múltiplas facetas e possibilidades de atuação sugeridas pelas centenas de definições da palavra cultura[11], mostrar-se-ia adequada uma construção pontual, a partir da eleição de critérios como linguagens ou equipamentos culturais.

A outra possibilidade concebe o SNC como algo que vai para além do somatório dos subsistemas hoje reconhecidos e operantes; seria, de fato, a integração dos mesmos.

Em ambos os casos impõe-se reafirmar algo anteriormente dito: o SNC já existe, faltando, efetivamente, reconhecer que seu caráter é disperso, por natureza, ou desenvolver a integração de que carece, se uma das duas opções prevalecer.

4 O MÁGICO DE OZ ESTÁ ESPERANDO GODOT

Parece inverossímil, desafiador ou fugidio dizer que o SNC já existe, principalmente pela razão de que faz pelo menos meia década que ele, enquanto reivindicação, povoa as mentes e as discussões daqueles que mais diretamente compõem a chamada *comunidade cultural* [12]. Inverossímil porque, se o sistema existe, qual a razão de tanta luta para sua implantação? Desafiador, por parecer não apenas uma constatação, mas uma afronta à idéia corrente e quase unânime de que o SNC deve ser criado. Fugidio, pois o reconhecimento da "natural" existência do sistema pode ser apenas uma solução cômoda para justificar a incapacidade ou a ausência de vontade política de efetivamente criá-lo.

Os receios são compreensíveis, mas devem ser enfrentados, diante do fato de que o reconhecimento da existência do SNC em nada diminui o trabalho a ser encetado; ao contrário, aumenta-o, no mesmo sentido fornecido pela comparação da construção de um prédio: se o terreno está limpo, o trabalho é simplesmente o de edificar; se há uma construção antiga, não pode se fugir da realidade de sua existência para, se for necessário, demoli-la e retirar os escombros; ou ainda para, no novo projeto, o planejamento ser feito levando em conta sua existência, o que, em ambos os casos, implica aumento de trabalho, insiste-se.

Constatações do tipo da que está sendo exposta raramente têm boa acolhida por quebrantarem sonhos, afrontarem apaixonados discursos e por evidenciarem que inutilmente estávamos esperando Godot (BECKETT, 2005). Reconhecer que o SNC já existe, não implica qualquer diminuição da luta a ser encetada, mas apenas uma precaução para que se evite o erro praticado por Doroty, pelo Leão, pelo Homem de Lata e pelo Espantalho ao reivindicarem do Mágico de Oz (1939) coisas que já possuíam, mas das quais apenas não tinham consciência.

5 TUDO NORMAL: FREUD EXPLICA E MARX SE REBELA

É explicável o sentimento quase geral de que o SNC precisa ser criado, mesmo diante da existência e funcionamento, em maior ou menor medida, dos até agora chamado subsistemas de cultura, provavelmente porque lhes falta algo essencial. É precisamente

essa carência - tão proeminente que chega a ser tomada como se fosse o todo do problema - que deve ser identificada e suprida.

Sendo os subsistemas os diversos veios que formam o SNC, a parte que falta ser construída é aquela que lhes garanta o aprimoramento, a integração e o funcionamento contínuo.

Aqui Marx se rebela contra a idéia acima exposta de que a infra-estrutura do sistema de cultura brasileiro seria a dimensão jurídica, retomando a convicção de que as distintas relações sociais ocorrem a partir da base ditada pela economia.

Os aspectos econômicos e financeiros são tão presentes nas reivindicações pelo SNC que muitos somente acreditam que tal sistema se constituirá se e quando houver vinculação constitucional de recursos em seu favor, nos moldes que ocorre com os setores da educação e da saúde.

Deste modo, os até agora chamados subsistemas de cultura, de fato são veios do tímido sistema já existente; outros veios podem e devem ser criados. Mas a grande luta por aquilo que vem sendo tomado por todo o sistema é, na essência, a reivindicação para que seja definido o fluxo financeiro alimentador dos veios existentes e dos que vieram a ser acrescentados.

6 OBJETIVOS DO SNC: OS FINS CONDICIONAM OS MEIOS

Um dos maiores desafios que envolvem o SNC é o de realizar a sua arquitetura jurídico-política, pois quando a mesma é debatida, intuitivamente retoma-se a questão sobre a adoção de um modelo preexistente (o do SUS, por exemplo) ou se o adequado é construir algo novo.

Não se pode olvidar também menção à idéia que refuta qualquer "sistema" para a cultura[13], mas que geralmente desfoca o debate, uma vez que tal corrente de contestação utiliza a expressão com significado distinto da idéia de uso coordenado de recursos e ações, para atrelá-la à sua matriz mais ideologizada de enquadramento em modelos da própria criatividade, portanto, algo que suprime a liberdade cultural[14].

Afastada esta última idéia, porque o sistema público de cultura, se organizado, ao contrário de tolher, ampliará as possibilidades de expressão cultural[15], uma vez que potencialmente amealhará os recursos faltantes ao exercício dos direitos culturais, inexoravelmente o modelo a ser construído ficará no entremeio de um já existente, mas necessariamente demandará criatividade, porque, de um lado, há parâmetros gerais comuns, determinados pela Constituição da República, e por outro, as peculiaridades do setor cultural.

O efetivo desenho do SNC mais uma vez remete à metáfora do planejamento de uma casa, cuja ação do arquiteto embute sua criatividade, mas indispensavelmente considera as carências, necessidades, possibilidades, anseios e sonhos dos futuros moradores. Do

mesmo modo, a arquitetura do sistema deve ser resultante destes elementos, podendo ser guiada por algumas perguntas: O que se tem? O que se quer? O que se pode? O que se deve?

As respostas a tais questões demandam a fixação de marcos, para que se evite o caos, resultante das infindáveis possibilidades que se apresentam. Com esta convicção, e sabendo que a ação política tem uma forte dimensão pragmática, que não pode ser afastada, entende-se que as respostas "ao que se tem" e "ao que se quer" estão, em síntese, contidas no Protocolo de Intenções do Sistema Nacional de Cultura (BRASIL. Ministério da Cultura, 2007, p.539-540), documento proposto pela União/Ministério da Cultura, no formato de convênio, firmado com dezenas de Estados e milhares de Municípios, pelo qual os pactuantes comprometem-se em juntar esforços para implantação do SNC, em seus âmbitos de competência. Elege-se o Protocolo como contenedor das duas respostas indicadas porque ele de fato traduz e diagnostica o quadro vigente, bem como traça os objetivos da nova situação almejada, pretensamente a ser obtida com a realização do pacto.

"O que se tem", segundo o Protocolo, pode ser inferido pela observação contrária (*acontrario sensu*) do que se almeja construir e obter. Tem-se, em síntese, um ambiente desprovido de integração dos entes da federação brasileira, no desenvolvimento de suas políticas culturais, estas que são encetadas de maneira a não obedecer aos cânones da democracia.

"O que se quer" encontra tradução nos objetivos do pacto[16], representativos de anseios quase consensuais. O acordo explicita como "objetivo geral formular e implantar políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da federação e sociedade civil, promovendo o desenvolvimento social com pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional". E os objetivos específicos são: (a) estabelecer parcerias entre os setores público e privado nas áreas de gestão e de promoção da cultura; (b) promover o intercâmbio entre os entes federados para a formação, capacitação e circulação de bens e serviços culturais; (c) estabelecer um processo democrático de participação na gestão das políticas e dos investimentos públicos na área cultural; (d) implementar políticas públicas que viabilizem a cooperação técnica entre os entes federados na área cultural; (e) articular e implementar políticas públicas que promovam a interação da cultura com as demais áreas sociais, destacando seu papel estratégico no processo de desenvolvimento social; (f) promover agendas e oportunidades de interlocução e interação entre as áreas de criação, preservação, difusão e os segmentos da chamada indústria cultural.

Para "O que se pode" e "O que se deve" também haveria a possibilidade de inferências a partir do Protocolo; porém, o nível e o volume de questões que suscitam se distanciam do consensual, quer porque o próprio instrumento remete a condicionantes externos[17], quer por envolver, mais amiúde, dimensões valorativas.

"O que se pode" fazer para construir o SNC tem os limites essencialmente definidos pelo instrumento instituidor do nosso estado democrático de direito, a Constituição da República. "O que se deve" fazer instiga à pergunta formulada no sentido de saber se aquilo que está no campo do possível é adequado e ético que seja feito. Assim, por exemplo, nada no SNC que viole a autonomia dos Estados e Município é aceitável, uma vez que tal prerrogativa é constitucionalmente protegida. Porém, construir o Sistema de

modo a que se "estimule" o uso das referidas autonomias de uma maneira almejada, isto é possível, mas nem sempre é adequado, por questões de princípios e valores. No caso aventado, ideologicamente a autonomia deve ser resguardada como valor, e não usado como instrumento de barganhas. É a cautela contra a possibilidade de os fins justificarem os meios.

Contudo, se para fins lícitos os meios devem ter a mesma natureza, não se pode desconhecer a necessidade de que também devem ser adequados. Licitude, legitimidade, adequação e eficiência são as características que devem permear os meios a serem usados para a concretização dos objetivos e metas traçados para o SNC. Se se tentasse simplificar os muitos objetivos do SNC, do mesmo modo como Jesus procedeu, ao tentar encontrar a essência dos dez mandamentos da Lei de Moisés, poder-se-ia concluir que se almeja com o sistema: (1) a integração das múltiplas políticas culturais e (2) submissão de tais políticas aos princípios e às regras da nossa democracia.

Este entendimento induz à configuração das estratégias a serem encetadas, as quais podem resultar da seguinte questão: que meios lícitos, legítimos, adequados e eficientes devem ser usados para construir um sistema de cultura integrador e democrático?

7 A METONÍMIA, AS RESPOSTAS HISTÓRICAS E OS LUGARES COMUNS

A resposta leva a lugares comuns das técnicas de planejamento em ambiente de democracia: (1) as ações culturais em um sistema demandam deliberações sobre o que deve ser integrado, de que forma e quando (planos de cultura); (2) para tais decisões pensa-se em uma autoridade legítima que represente as distintas correntes culturais da sociedade (conferências e conselhos de cultura), (3) bem como noutra que execute as deliberações (órgão executivo próprio para a cultura), e (4) que disponha dos meios necessários ao cumprimento de suas obrigações (fundo de recursos financeiros especificamente destinados à cultura).

A definição das ações a serem encetadas em decorrência do sistema é obtida a partir da elaboração de planos, dos quais decorrem programas e projetos. Eis a razão que justifica a necessidade constitucional da elaboração do Plano Nacional de Cultura, bem como a inserção, no Protocolo de adesão ao SNC, da obrigatoriedade de os Estados e os Municípios elaborarem seus próprios planos de cultura. Os planos propiciam certeza sobre os princípios e as metas a serem atingidos; além disso, são instrumentos que permitem, nos casos de interlocução e relações entre os entes da federação, que uns saibam o que os outros almejam, disto decorrendo a confiança e a segurança necessárias para que pactuem ações comuns, no campo da cultura.

Mas não basta que haja planos - que poderiam ser feitos até sob encomenda a especialistas - mas que sejam legítimos, ou seja, que representem o desejo e os anseios da sociedade. Eis a razão, pela qual, consultas a ela devem ser feitas. Por isso, pensa-se em conferências de cultura, momentos em que prevalece a opinião direta dos interessados (democracia direta); pensa-se também em conselhos de representantes (democracia representativa, por meio de colegiados específicos), compostos das

distintas correntes de pensamento e organizações existentes no meio social. Por questões operacionais até agora insolúveis, atinentes ao interesse e à efetiva possibilidade da participação de todos os legitimados nos órgãos referidos, às Conferências é atribuído o papel de definir macro-diretrizes, cuja especificação (transformação em objetivos e metas) fica ao encargo dos Conselhos.

As deliberações, para serem efetivadas, devem ficar sob a responsabilidade de uma autoridade executiva preparada para a gestão específica da cultura. Além do preparo, pensando-se em sistema, pensa-se em mútuas relações e, por conseguinte, nos interlocutores. A interlocução é mais um elemento que justifica a necessidade de órgão próprio de cultura nos distintos entes componentes de um sistema do setor, para que haja clareza a quem se dirigir e a quem responsabilizar pelas ações encetadas ou omitidas.

A autoridade responsável por executar as políticas culturais necessita ser municiada dos instrumentos necessários ao cumprimento de suas obrigações. Pensa-se quase intuitivamente que a mesma deve dispor de dinheiro, uma vez que sendo o "equivalente universal", muitos bens e serviços com ele podem ser adquiridos. E para ter dinheiro, cogita-se na obrigatoriedade de se ter fundos de recursos financeiros específicos para a cultura, como garantia da realização, pela autoridade executiva, das deliberações adotadas pelas conferências e conselhos de cultura.

Fazer *conferência de cultura* aberta a todos os interessados, ter um *conselho de cultura* plural e democrático, uma *estrutura de autoridade executiva específica* e os *recursos disponíveis*, formam o plexo garantidor do sistema de cultura com as características de integrado (em que todos os partícipes têm direitos e deveres, com os instrumentos de efetivação) e democrático.

Óbvio que estas pontuações omitem a complexidade de cada um dos tópicos abordados, como o teor e a duração dos planos, a definição dos critérios dos participantes de conferências e conselhos, o sistema de coleta das opiniões, o formato do órgão executivo, a constância dos recursos dos fundos e sua gestão, somente para citar algumas. Estas dificuldades, porém, não devem ter o condão de provocar a ojeriza aos mecanismos descritos; tampouco o fato de serem tradicionais à democracia participativa, deve induzir à conclusão de que são insubstituíveis.

A ponderação tem lugar porque a integração ao sistema de cultura pode e deve ter como base a pressuposição de um perfil garantidor dos seus valores essenciais, mas precisa estar aberto às exceções justificadas pelas peculiaridades. Assim, por exemplo, se um ente que queira integrar o sistema e, no entanto, não possui condições de atender a uma das formalidades do pacto de adesão, mas vier a demonstrar que pode, por outro modo lícito, legítimo, adequado e eficiente atingir o(s) objetivo(s) que justifica(m) sua existência, deve ser aceito[18].

Planos, conferências, conselhos, órgão e fundo específicos para a cultura são instrumentos que possibilitam viabilizar o sistema de cultura presentemente pensado para o Brasil, com as características de integrador, democrático e operante, repete-se. Mas as dificuldades e a energia empenhadas na construção de tais instrumentos são tantas e tamanhas, que é frequente a constatação de vê-los mencionados como se fossem o próprio sistema, averiguando-se, assim, uma metonímia, que é a repercussão no

mundo da linguagem, quando o meio é confundido com fim, o continente com o conteúdo, a parte com o todo.

A confusão referida, porém, não é de todo sem propósito, pois a decorrência natural e previsível da criação de cada secretaria, fundação ou departamento de cultura, a instituição dos fundos específicos, o funcionamento de todo e qualquer canal democrático, são atos que corroboram para o aprimoramento do sistema de cultura, principalmente na sua dimensão processual[19], como já tive a oportunidade de aprofundar em artigo específico[20].

Portanto, os instrumentos (fundos, conselhos, etc) não apenas facilitam, mas para que justifiquem as próprias existências e ampliem suas possibilidades operacionais, até exigem as almeçadas articulação, gestão e promoção conjunta de políticas culturais. É o caso em que a proporção na qual se averigua o desenrolar do processo, vai se obtendo o produto, ensejando, potencialmente, que com a simples dinâmica, vivencie-se um círculo virtuoso de aprimoramento do sistema brasileiro de políticas culturais, tanto na dimensão vertical[21] (relações Município(s)-Estado(s)-União, Município(s)-Estado(s), Município(s)-União e Estado(s)-União) como na horizontal (relações Município(s)-Município(s) e Estado(s)-Estado(s)).

8 QUE DIFERENÇA FAZ INTEGRAR-SE AO SNC?

As premissas de que um sistema de cultura já existe e de que as responsabilidades em assegurar plenamente o exercício dos direitos culturais é co-responsabilidade de todos os entes da federação, somadas às decantadas dificuldades para a criação do SNC, podem induzir ao desânimo à participação no pacto proposto, principalmente se alguma vantagem material imediata não for vislumbrada.

Quem vê a questão apenas por estas superficialidades, pode perguntar: por que aderir ao SNC se, face aos entes públicos, os direitos culturais não podem ser negados, mesmo àqueles que, expressa ou tacitamente, recusem participação? A resposta demanda lembrar, *a priori*, que criar direitos não resulta automaticamente na respectiva efetivação, principalmente quando envolvem a prestação de serviços ou a entrega de bens. É necessário que sejam construídas e reunidas as condições materializadoras pertinentes. A harmonização de políticas tem este intento.

Contudo, a pergunta que vem de ser respondida, tangencia outra questão de fundo: uma vez aprimorado o Sistema Nacional de Cultura, com a clara definição de seu veio pecuniário, haverá a possibilidade de diferença no tratamento, se comparados os entes que formalmente o integrarem, relativamente aos que optarem não fazê-lo?

A resposta deverá ser "sim", sob pena de ser injustificável a necessidade de adesão. Contudo, o sistema, no aspecto abordado, deve ser pensado de maneira que a responsabilidade para com os direitos culturais continue a ser devida a todos. Significa, em princípio, apenas *formas* diferentes, que podem resultar também em distintas *intensidades* dos fluxos de repasses pecuniários.

9 AS POSSÍVEIS DIFERENÇAS DE TRATAMENTO ENTRE OS QUE FORMALIZEM E OS QUE NÃO FORMALIZEM ADESÃO AO SNC

A grande vantagem da definição e do disciplinamento do veio pecuniário do SNC residiria na pretendida constância de recursos financeiros para custear as atividades das políticas culturais, materializando-se, em decorrência, a co-obrigação dos entes públicos, por meio do repasse daqueles que mais arrecadam aos que menos dispõem. Esta corrente, na nossa federação, aponta para os seguintes fluxos: União → Estado/Distrito Federal; União → Município; e Estado → Município.

O repasse de recursos, em nosso país, quanto à imperiosidade de sua ocorrência, dá-se tradicionalmente por dois critérios: obrigatório e voluntário[22]. As designações de tais transferências já se explicam, mas a delicadeza que envolve a questão autoriza a redundância que seguirá.

As transferências obrigatórias geralmente ocorrem por determinação constitucional. Assim se processam: um ente da federação arrecada valores, mas automaticamente repassa uma fatia deles aos demais, que os utilizarão livremente, no cumprimento de suas leis orçamentárias. Neste caso, os entes beneficiados não apresentam projetos e nem prestam contas àquele dos quais receberam os recursos; cumprem estas obrigações perante suas próprias autoridades legislativas (assembléias e câmaras) e fiscalizatórias (tribunais de contas e ministério público). Vê-se, assim, que este tipo de repasse, ao tempo em que assegura as mútuas responsabilidades, também garante a máxima autonomia possível.

Nas transferências voluntárias, mira-se um espelho que, naturalmente, oferece a imagem invertida: o ente detentor dos recursos atua atendendo a reivindicações pontuais, fazendo para cada demanda um pacto específico (convênio[23]); o beneficiário, além da responsabilidade perante suas próprias autoridades, deve prestar contas às daquele com o qual pactua. A síntese é a de que, neste modelo, não há continuidade da cooperação e é ínfimo respeito à autonomia.

No âmbito da cultura, a cooperação dos entes públicos dá-se por este último modelo[24], cuja permanência só agrada, no máximo, a quem é detentor de recursos a repassar, por motivos óbvios, com destaque para o controle que pode ter sobre os beneficiários. O ideal, pressupõe-se por antagonismo, seria o primeiro.

Contudo, como o formato proposto para o SNC não decorre de determinação constitucional que lhe explicita as regras, e se propõe operacionalizar, quanto aos entes integrantes, por meio de adesões[25], o resultado a ser obtido ficará entre um e outro dos modelos expostos, tanto mais próximo do segundo enquanto forem poucas as adesões ao sistema, e vice-versa.

Sendo exata a inferência de que o SNC necessariamente adotará, em termos pecuniários, um modelo misto, ou seja, de repasses obrigatórios e voluntários, àqueles somente deverão fazer jus os entes que demonstrarem a existência de plano permanente de

cultura, bem como dos instrumentos garantidores de sua efetivação, segundo os preceitos constitucionais relativos à democracia brasileira (conferências, conselhos, órgãos culturais específicos ou similares). Significa que desaparecido o plano e/ou suas garantias, bem como sendo constatado que suas existências são apenas formais, o ente que assim procede deverá ser excluído do primeiro sistema de benefícios, ficando-lhe aberta, porém, a porta que permite a busca de repasses voluntários.

Portanto, as diferenças de acesso às benesses pecuniárias do SNC poderiam ser assim sintetizadas: os formalmente integrantes do sistema teriam acesso a repasses automáticos e permaneceriam com o direito de postular repasses voluntários; os não formalmente integrantes, somente teriam acesso a estes últimos. Este tipo de diferenciação não agride o tratamento isonômico que deve ser dado aos entes da federação, pois o mesmo tipo de repasse está aberto a todos que cumpram as condições do sistema, as quais em nada agridem a autonomia e, mais que isso, impulsionam à instrumentalização necessária ao cumprimento dos objetivos de nossa República, constantes do art. 3º da Constituição Federal[26]. Ademais, a cooperação permanece, no formato já existente, de transferências voluntárias.

As reflexões formuladas induzem a uma nova percepção da participação no sistema; de fato, todos os entes públicos o integram, por adesão formal (o que assegura maior fluidez nas ações e privilegiamento da autonomia) ou tácita (com potencial direito a repasses voluntários e permanente direito de adesão).

Do ponto de vista prático, evidencia-se uma condicionante gigantesca à efetivação de um sistema que possibilite repasses financeiros automáticos aos seus integrantes: a existência de recursos permanentes, o que impele à necessidade de vinculação de verbas em favor da cultura[27].

Supondo que tal condicionante seja atendida, e que os recursos vinculados venham a ser destinados a um fundo geral, o passo seguinte da reflexão levaria à necessidade de se pensar os critérios de divisão. Certamente, os bons critérios resultarão dos bons debates. Mas esta frase não servirá de prólogo a uma fuga cômoda, que eventualmente justifique omitir a proposta que adiante se apresenta, mesmo que sua única serventia seja para a refutação, esta que só existe quando se abre o diálogo.

Em termos de proposta, o fundo deverá destinar um percentual a cada tipo de repasse: voluntário ou vinculado, preponderando favoravelmente a este último, para que não haja maior benefício aos que não formalizarem aderência ao sistema, bem como para que haja o estímulo ao ingresso no SNC.

O rateio dos recursos destinados aos repasses automáticos deve seguir critérios. O mais simples deles e mais compatível com uma Constituição que assegura "a todos o pleno exercício dos direitos culturais[28]" seria o que levasse em consideração a população dos entes pactuante, ou seja, um repasse em princípio *per capita*, mas que pudesse ser diferenciado por atribuição de "pesos", conforme o nível de responsabilidades para com a área cultural, levando-se, em conta, por exemplo, o volume de bens tombados, os acervos a serem conservados, a manifestações a serem mantidas, o índice de desenvolvimento humano, etc.

Infere-se, em decorrência da proposição formulada, que mesmo o sistema tendo fluxos regulares de rotinas e recursos, as peculiaridades do setor cultural podem demandar decisões tópicas, específicas, toda vez que a regra geral, se aplicada, agredir valores e direitos constitucionalmente consagrados[29]. É necessário pensar, construir ou definir um órgão com competência e sensibilidade específica a tal mister, dotado de um sistema de controle interno e externo que o iniba de transformar as exceções em regra ou o contrário.

A este mesmo órgão outras tarefas devem ser atribuídas, como a de aceitação, em caráter definitivo, da transformação de protocolos em efetivas adesões ao SNC, bem como os descredenciamentos, quando for constatada a regressão no cumprimento das obrigações pactuadas. O órgão cujo perfil vem de ser exposto, já existe: é o Conselho Nacional de Política Cultural - CNPC[30], o qual necessita, para as finalidades sugeridas, apenas de adaptações na estrutura e nas competências.

10 CONCLUSÕES

Da exposição que vem de ser feita, algumas conclusões decorrem:

- (1) A efetivação de políticas públicas de forma sistêmica é inerente ao federalismo cooperativista, como é o caso do modelo adotado no Brasil, para, dentre outros, o setor cultural;
- (2) A organização sistêmica, neste tipo de federalismo, envolve um aspecto de produção de normas e outro de execução das mesmas;
- (3) O sistema normativo antecede o de execução por causa da adoção do princípio do estado democrático de direito, segundo a qual o estado somente faz aquilo que a lei permite;
- (4) A simples promulgação da Constituição de 1988 já inaugurou o sistema de cultura no aspecto normativo, com reflexos imediatos no aspecto executivo, mas de dimensões acanhadas;
- (5) Mesmo com o acanhamento aludido, em maior ou menor escala, existem setores culturais organizados sistemicamente, como o de museus e de bibliotecas;
- (6) Os setores culturais já organizados normativa e executivamente vêm sendo inconscientemente chamados de subsistemas culturais; a inconsciência, contudo, corrobora a tese da já existência do SNC, inclusive no plano da lógica, porque não pode existir subsistema sem que haja o sistema;
- (7) Assim, o almejado pela militância cultural não é o SNC, que faticamente já existe desde 1988, mas o reconhecimento e aprimoramento do que existe;

(8) O aspecto mais deficitário do SNC é o seu veio pecuniário, que da tamanha importância que possui é confundido com todo o sistema;

(9) O suprimento desta deficiência pressupõe a necessidade da existência e de fluxos permanentes de recursos financeiros, o que induz à idéia de vinculação constitucional de verbas para a cultura;

(10) A partilha de tais recursos, uma vez existentes, deve ser feita por dois critérios: vinculado (para os entes que formalmente aderirem ao sistema) e voluntário (para os demais);

(11) Pelo critério vinculado, os entes recebem automaticamente recursos, independentemente de projetos pontuais, por terem previamente demonstrado ter plano de ação e gestão democrática e específica para a cultura; pelo critério voluntário, permanece o atual sistema de convênios;

(12) A distribuição de recursos entre os integrantes formais do sistema deve ser feita levando em conta a população de cada ente, mas com a possibilidade de pesos diferenciados para aqueles que demonstrarem responsabilidade e deveres culturais acentuados;

(13) O Conselho Nacional de Política Cultural deve ser aprimorado, se necessário, para ser o órgão capitaneador do SNC, definindo-lhe prioridades, referendando credenciamentos e descredenciamentos, bem como deliberando sobre as excepcionalidades decorrentes das peculiaridades culturais.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Mário Sawatani Guedes. Da Clássica à nova hermenêutica constitucional na cultura jurídica ocidental. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. **Direito, arte e cultura**. Fortaleza: SEBRAE-CE, 2008.

BECKETT, Samuel. **Esperando Godot**. Tradução e prefácio Fábio de Sousa Andrade. São Paulo: Cosas Naify, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 416/2005**. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2009.

_____. **Propostas de Emendas à Constituição nº 427/2001, 150/2003, 310/2004 e 52/2007**. Disponíveis em: . Acesso em: 17 jan. 2009.

_____. IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais - Perfil dos Municípios Brasileiros - Cultura 2006**. Disponível em: . Acesso em: 15 jan. 2009.

_____. Ministério da Cultura. **1ª Conferência Nacional de Cultura 2005/2006: estado e sociedade construindo políticas públicas de cultura**. Secretaria de Articulação Institucional do Ministério da Cultura. Brasília: Ministério da Cultura, 2007.

_____. **Mais de 2 mil cidades aderiram ao Sistema Nacional de Cultura, diz ministro**. Disponível em: . Acesso em: 15 jan. 2009.

_____. **Objetivos do SNC**. Disponível em . Acesso em: 05 jan. 2009.

_____. Poder Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2009.

_____. Poder Legislativo. **LEI Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2009.

_____. Presidência da República. Decreto Nº 5.520, de 24 de agosto de 2005. Institui o Sistema Federal de Cultura - SFC e dispõe sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Cultural - CNPC do Ministério da Cultura, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 31 jan. 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural e o direito à cultura**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Sistema Nacional de Cultura: fato, valor e norma**. Disponível em: . Acesso em: 08 jan. 2009.

_____. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

DILLINGER, William. Decentralization: politics and public services. In: AFFONSO, Rui de Brito Alves; SILVA, Pedro Luiz Barros. **A Federação em Perspectiva: ensaios selecionados**. São Paulo: FUNDAP, 1995.

DJAVAN. **Esquinas**. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2009.

EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. Tradução Sandra Castello Branco; revisão técnica Cezar Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

JIMÉNEZ, Luciana. Políticas culturales em México: uma encrucijada por descifrar. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas e BAYARDO, Rubens (orgs.). **Políticas Culturais na Ibero-América**. - Salvador: EDUFBA, 2008.

KOOGAN/HOUAISS. **Enciclopédia e dicionário ilustrado**. Rio de Janeiro: Saifer, 2000.

MÉXICO. **Sistema Nacional de Cultura**. Disponível em: . Acesso em: 26 dez. 2008.

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX: necrose**. Colaboração de Irene Nahoum; tradução de Agenor Soares Santos. - 3. ed - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

O MÁGICO DE OZ. Dirigido e produzido por Victor Fleming. Um filme de Metro-Goldwyn-Mayer, EUA, 1939, DVD (102 min), color.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Walton Alencar. Apresentação. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e outros repasses**; 2. ed. Brasília: Secretaria-Geral do Controle Externo, 2008. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2009.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia e Administração**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SILVA, Frederico A. Barbosa da. **Economia e Política Cultural: acesso, emprego e financiamento**. Brasília: Ministério da Cultura, 2007.

UNESCO. **Aspects de la politique culturelle française**. Paris: UNESCO, 1970.

Obras De Referência On Line

DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2008.

DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2008.

DICIONÁRIOS UOL. Disponíveis em:

[1] Definida por KOOGAN/HOUAISS (2000, p.1350) como a "política que visa à eficácia sem consideração por doutrinas nem princípios".

[2] Ver, por exemplo, a Seção VI (da repartição das receitas tributárias -art. 157 a 162) do Capítulo I (do sistema tributário nacional) do VI (da tributação e do orçamento) da Constituição Federal de 1988. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2009.

[3] Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2008.

[4] Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2008.

[5] SANDRONI (1996, p.401) simplifica e contrasta estes conceitos, a partir do verbete superestrutura, compreendendo-o como o "conjunto das instituições político-jurídicas e das formas de consciência social (arte, religião, filosofia) que, segundo Marx, corresponde historicamente a determinada base econômica ou infra-estrutura. Esta relação entre base e superestrutura não ocorreria de forma mecânica, mas dialética. [§] Embora Marx tenha afirmado que a infra-estrutura (o econômico) só determina a superestrutura (o político-social) em última instância, as análises desta questão constituem ponto polêmico".

[6] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX - educação, cultura, ensino e desporto. Art. 30. Compete aos Municípios: (...) II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...) IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

[7] Esta expressão técnico-jurídica é aclarada por Alcoforado (2008, p.87) que, ao correlacionar os métodos lógico e sistemático de interpretação das normas jurídicas, pondera que o limiar entre ambos é muito tênue, "porque é difícil se falar em interpretação lógica da lei, sem levar em conta o seu posicionamento e sua forma de inclusão e sistematização no ordenamento jurídico. [§] Então, é necessária a interpretação, levando em conta os princípios gerais do sistema e a procura da inter-relação dos preceitos procurando contradições, a fim de se preservar a coerência do todo".

[8] Ver a "Pesquisa de Informações Básicas Municipais - Perfil dos Municípios Brasileiros - Cultura 2006", conhecida por MUNIC, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: .

[9] Para escrever estas reflexões, debati o tema com Rodrigo Vieira Costa e Mário Pragmácio. Buscado parâmetros, fomos ao sítio , acesso em: 26 dez. 2008, no qual é exibido o Sistema Nacional de Cultura do México, constante dos seguintes itens: "*Semblanza histórica de México (1821-1999), Desarrollo histórico de la política cultural gubernamental, Perfil actual de México, Legislación cultural, Estructura del sector cultural, Financiamiento público del sector cultural, Patrimonio cultural, Establecimientos e instituciones culturales, Manifestaciones culturales, Industrias culturales, Premios y concursos e De cara al futuro*". Nos debates, inicialmente nos apressamos em concluir que o site apenas descrevia os órgãos e instrumentos de que o México dispõe para desenvolver sua política cultural; que o país de Zapata não possuía um verdadeiro sistema nacional de cultura. Contudo, aprofundando o pensamento, evoluímos para a idéia de que se as diferentes obrigações do Estado mexicano para com a cultura estavam sendo cumpridas pelos distintos órgãos apresentados; que se os cidadãos querendo exercer seus direitos culturais podiam ter acesso às normas de regência, às autoridades e aos órgãos responsáveis, aí estaria o sistema de cultura da sua pátria, quer fosse ou não formalmente assim designado.

[10] Em 14/11/2007 foi postada, no sítio eletrônico do Ministério da Cultura, matéria jornalística com o seguinte título: "Mais de 2 mil cidades aderiram ao Sistema Nacional de Cultura, diz ministro". Ver a íntegra em: .

[11] EAGLETON (2005, p.9), originariamente escrevendo em inglês, faz assertiva certamente válida aos demais idiomas ocidentais: "'Cultura' é considerada uma das duas ou três palavras mais complexas de nossa língua, e ao termo que é por vezes considerado seu oposto - 'natureza' - é comumente conferida a honra de ser o mais complexo de todos".

[12] O destaque para a expressão decorre da especificação feita por Chauí (2006, p.131-132) relativamente às expressões comunidade e sociedade: "A marca da *comunidade* é a indivisão interna e a idéia de bem comum; seus membros estão sempre numa relação face a face (sem intermediações institucionais), possuem o sentimento de uma unidade de destino, ou de um destino comum, e afirmam a encarnação do espírito da comunidade em alguns de seus membros, em certas circunstâncias. Ora, o mundo moderno desconhece a comunidade: o modo de produção capitalista dá origem à *sociedade*, cuja marca primeira é a existência de indivíduos, separados uns dos outros por seus interesses e desejos".

[13] Geralmente, esta refutação acompanha a crítica que é feita ao positivismo e ao racionalismo, a qual salienta o "acontecimento", ou seja, o eventual, o não-planejado, nas relações humanas, cuja dinâmica seria tolhida, ao menos em tentativa, pelo enquadramento em sistemas (MORIN, 2006, p.46-66).

[14] Este receio parece estar presente em todas as épocas e locais, para as atividades que envolvem, direta ou indiretamente, planejamentos no âmbito do setor cultural. A França, que desde 1959 trabalha com planejamentos culturais, ao divulgar, por meio de publicação da UNESCO, aspectos de sua política cultural, vê-se na obrigação preliminar de esclarecer que "*La planification culturelle française n'implique nullement, en effet, que l'État veuille imposer aux Français sa propre conception de la culture, ni décider des valeurs collectives de la société. Si, dans un pays non totalitaire, la culture peut être regardée comme ce qui favorise l'interrogation de l'individu sur sa condition, Il n'a jamais été envisagé que les pouvoirs publics dictent la réponse à cette interrogation, ni même déterminent les modalités de cette interrogation. [...] La planification culturelle française conduit donc tout d'abord à définir les responsabilités et l'action de l'État dans le domaine culturel, puis à montrer comment cette action est complémentaire des actions économiques et sociales traditionnellement couvertes par la planification*". (Livre tradução: "O planejamento em nada significa que o Estado queira impor aos franceses sua própria concepção de cultura, nem decidir os valores coletivos da sociedade. Se em um país não-totalitário a cultura pode ser vista como o instrumento que auxilia o indivíduo a questionar sua própria condição, é inconcebível que os poderes públicos ditem a resposta, ou mesmo determinem como tal questionamento deve ser feito. [...] O planejamento cultural conduz à definição das responsabilidades e da ação do Estado no campo cultural, bem como se presta a demonstrar que esta ação cultural é complementar às ações econômicas e sociais, que tradicionalmente são objetos de planejamento" (UNESCO, 1970).

[15] Isto se observados, em conjunto, os princípios constitucionais culturais (CUNHA FILHO, 2004, p.65-70).

[16] BRASIL. Ministério da Cultura. Disponível em: . Acesso em: 05 jan. 2009. Constam, didaticamente, os objetivos do Sistema Nacional de Cultura, do seguinte modo: "**Objetivos do SNC:** implementar uma política pública de cultura democrática e

permanente, pactuada entre os entes da federação, e com a participação da sociedade civil, de modo a estabelecer e efetivar o Plano Nacional de Cultura, promovendo desenvolvimento com pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. **Articulação:** entre setores público e privado: gestão e promoção pública da cultura; entre entes federados: coordenação para a estruturação do SNC, formação, circulação e estruturação de bens e serviços culturais. **Gestão:** processo democrático: participação da sociedade civil - produtores e usuários - nas definições de políticas e investimentos públicos; eficiência: capacitar, avaliar e acompanhar o desenvolvimento dos diferentes setores e das instituições públicas e privadas da cultura. **Informação:** criar o Sistema Nacional de Informações Culturais: dados sobre bens, serviços, programas, instituições e execução orçamentária; promover mapeamentos culturais, para o conhecimento da diversidade cultural brasileira; aumentar a transparência dos investimentos em cultura. **Promoção:** difundir e fomentar as artes e o patrimônio cultural brasileiro e universal; promover a circulação nacional e interregional de projetos; promover a transversalidade da política cultural; promover a integração entre a criação, a preservação e a indústria cultural.

[17] Ver, por exemplo, a cláusula quarta do Protocolo de adesão ao SNC.

[18] SILVA (2007, p.268-269), em sentido algo semelhante, defende que "a melhor estratégia para a construção do Sistema Nacional de Cultura parece ser o gradualismo. A heterogeneidade entre os municípios e suas dificuldades para destinar recursos próprios à cultura são significativas. A realidade política e financeira dos estados coloca limites semelhantes à adesão imediata ao sistema nacional de cultura. A definição de regras gerais e a definição de prazos largos para a adesão ao sistema permitiriam o ajustamento gradativo dos agentes público, mas também dos privados, aos processos de construção do sistema".

[19] O SNC enquanto processo, aliás, é formalmente reconhecido na parte inicial da Cláusula Segunda do Protocolo de adesão, na qual está escrito que "O Sistema Nacional de Cultura - **SNC - constitui-se de um processo** de articulação, gestão e de promoção conjunta de políticas [...]".

[20] Trata-se de "Sistema Nacional de Cultura: Fato, Valor e Norma". Disponível em: Acesso em: 08 jan. 2009.

[21] Do ponto de vista estritamente normativo, não há hierarquia entre os entes da federação brasileira, o que inibe a idéia de verticalidade nas relações entre os mesmos.

[22] Rodrigues (2008, p.4) didaticamente esclarece que "o repasse de recursos da União a Estados, ao Distrito Federal e a municípios, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, o qual não decorra de determinação constitucional ou legal ou não se destine ao Sistema Único de Saúde, é denominado transferência voluntária".

[23] Há outros formatos possíveis para a avença pela qual é feita a transferência voluntária de recursos. Rodrigues (2008, p.4) explica que "essas transferências voluntárias, em geral, são realizadas por meio de convênios e contratos de repasse, mas outros instrumentos também são utilizados para transferir recursos do Orçamento Geral da União aos demais entes da federação e entidades privadas, a exemplo do termo de parceria, firmado entre o poder público e as entidades privadas qualificadas como

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades consideradas de interesse público, previstas no art. 3º da Lei 9.790, de 1999".

[24] Jiménez (2008, p.217-8) noticia que também em seu país a cooperação entre os entes da federação mexicana, tem por bases normativa os convênios: "*México se integra por 32 estados y un distrito federal. En ese sentido, El pacto federal en materia de cultura se expresa en La firma de convenios marco de colaboración en los cuales se definen los principales programas de confluencia, así como la asignación de recursos por parte de la federación*". No mesmo sentido, em construção aplicável aos distintos modelos federalistas, Dillinger (1995, p.111) lembra que "*the problems of economies of scale and excess administrative costs posed by the benefit model can be addressed through contractual arrangements*" (Livre tradução: "os problemas das economias de escala e os custos administrativos de elevada monta decorrentes do modelo [federativo] podem ser tratados através acordos contratuais").

[25] É conveniente registrar a existência da Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 416/2005, encabeçada pelo Deputado Paulo Pimenta, do Partido dos Trabalhadores no Rio Grande do Sul, que "acrescenta o art. 216-A à Constituição para instituir o Sistema Nacional de Cultura". Contudo, tirante o fato de explicitamente constitucionalizar o SNC, referida PEC em nada inova a realidade descrita, ao estabelecer que "o Sistema Nacional de Cultura [será] organizado em regime de colaboração, de forma horizontal, aberta, descentralizada e participativa" e, no mais, apenas elenca os órgãos que dele participarão. Disponível em: . Acesso em: 17 jan. 2009.

[26] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[27] Muitas Propostas de Emendas à Constituição - PEC - já tramitaram ou continuam a tramitar, objetivando vincular recursos financeiros em favor da cultura. Dentre as que continuam sob análise estão as PECs nº 427/2001, 150/2003, 310/2004 e 52/2007. Disponível em: . Acesso em: 17 jan. 2009.

[28] Expressão extraída do caput do Art. 215, cujo teor, na íntegra, é: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais".

[29] Refletindo em abstrato sobre a teoria dos sistemas, Morin (2006, p.66), ao mesmo tempo em que questiona, sugere: "Sistema e acontecimento não deveriam, enfim, ser concebidos de maneira acoplada? A teoria dos sistemas que dispõem de uma informação organizadora geratriz (auto-organizados, autoprogramados, autogerados, automodificadores, etc) tem necessidade de integrar o acontecimento acidente-eventualidade de sua teoria. Já se pode entrever a possibilidade de uma teoria dos sistemas circunstancializados anacatastrofizáveis? Tal teoria permitiria considerar, enfim, uma teoria do devir".

[30] A composição e a competência do CNPC estão disciplinadas no Decreto nº 5.520, de 24 de agosto de 2005 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2009).

**A PEDAGOGIA DA AUTONOMIA: A INTERDISCIPLINARIDADE E O
ENSINO JURÍDICO EM PAULO FREIRE**

**THE PEDAGOGY OF AUTONOMY: THE INTERDISCIPLINARITY AND THE
JURIDICAL TEACHING IN PAULO FREIRE**

**Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab
Rogério da Silva e Souza**

RESUMO

O presente visa a analisar a contribuição da obra Pedagogia da autonomia de Paulo Freire para a prática do ensino jurídico. Para tanto, ensaiou-se uma breve biografia de Freire em consonância com as premissas de seu método, princípios e paradigmas éticos. Em seguida, fez-se a conexão entre o método freiriano e o ensino jurídico, ressaltando a proposta de interdisciplinaridade e os instrumentais utilizados para a sua implementação. Por último, foram evidenciadas algumas causas da crise do ensino jurídico, e a posição da práxis freiriana no enfrentamento e superação desta crise, especialmente, por meio de uma educação libertária, crítica e comprometida com transformação da realidade social.

PALAVRAS-CHAVES: PAULO FREIRE. PEDAGOGIA DA AUTONOMIA.
ENSINO JURÍDICO

ABSTRACT

This study intends to analyze the contribution of the book Pedagogia da Autonomia by Paulo Freire for the practice of juridical teaching. Therefore, it was rehearsed a short biography of Freire accordingly with the premises of his method, principles and ethics paradigms. Subsequently, it was connected the Freire's method and the juridical teaching, emphasizing the proposal of interdisciplinarity and the instrumentals used for its implementation. For last, there were shown some causes for the crisis of the juridical teaching, and the position of the Freire's praxis in the struggle and overcome of this crisis, specially, through a libertarian, critical and compromised education which seeks the transformation of the social reality.

KEYWORDS: PAULO FREIRE. PEDAGOGY OF AUTONOMY. JURIDICAL
TEACHING

Introdução

O presente estudo tem por proposta a leitura de *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, de Paulo Freire, e sua conexão com o ensino jurídico. Em síntese a *Pedagogia da autonomia* é dividida em três capítulos. O primeiro: "Não há docência sem discência"; o segundo: "Ensinar não é transferir conhecimento" e o terceiro: "Ensinar é uma especificidade humana".

A compreensão da leitura tem como objetivo a análise da relevância desta obra, para a urdidura de um ensino jurídico renovado em tempos de crise, porque reflexivo, dialógico e comprometido com a sociedade a que pertence, com base na construção interativa da explicação[1].

Com efeito, além da obra, objeto deste estudo, consorcia-se às leituras complementares que compreendem a mesma temática, a partir de uma pesquisa do tipo bibliográfica, de natureza qualitativa, com fins exploratórios e descritivos.

Os tópicos do artigo são elaborados sob uma premissa indutiva, vale dizer, partindo de uma breve construção biográfica de Paulo Freire, para então alcançar a ampla decorrência de sua construção educacional tais como: docência com discência, paradigmas éticos, e a problematização para o estudo do ensino jurídico em tempos de crise, com fundamento na *Pedagogia da autonomia*.

1. Quem é Paulo Freire?

A primeira questão é: quem é Paulo Freire? É indiscutivelmente um ícone da cultura brasileira, muito embora respeitado por seus feitos memoráveis, não é ainda devidamente reconhecido enquanto sujeito e educador na formação da experiência brasileira, do educador brasileiro que se dedicava à alfabetização de adultos, antes que se instalasse a ditadura brasileira de 1964, que lecionava na Europa, na América, na África, esse é pois um Paulo Freire ideal, ou seja, aquele que constrói o próprio método e o cumpre coerentemente, como diria Souza (2002, p.31)

Examinar o pensamento de Paulo Freire é compreender toda a sua vida e obra dedicadas a interpretar e a intervir nas práticas pedagógicas escolares e sociais como uma ação cultural para a liberdade pelo enriquecimento cultural dos setores populares das diferentes nacionalidades em função de uma comunidade mundial intermulticultural crítica.

Por isso não se conhece bem Paulo Freire, aquele recifense com infância marcada pela pobreza e cujo destino se transfigurou em um de seus melhores métodos: a solidariedade.[2] Por isso, Moacir Gadotti, vai refletir que o método freiriano, não se aprende nos livros, nem pode ser aplicado um método Paulo Freire, por que tal metódica se confunde com a própria vida docente de Paulo Freire (ATTA Mídia e Educação, 2006).

De fato, a prática docente pode ser individualizada ou condizente ao gesto solidário de um agente educacional no que se refere à fraternidade humana, mas a prática docente de Paulo Freire não é uma opção do educador, porém uma posição inexorável em colocar-se à defesa dos que não tiveram oportunidades sociais, ou em um mundo refratário ao discurso social. O mesmo Freire (2008, p.63) que vai manifestar-se a respeito da miséria

e da fome: "[...] é imoral e exige de minha rigorosidade científica a afirmação de que é possível mudar com a gulodice da minoria insaciável".

Em sua consciência não se pode dizer que se alcança esse ou aquele mister em matéria educacional por manifesta justiça humana. Milhares de pessoas são preteridas do ensino, às custas da marginalização social. É isso que Paulo Freire quer dizer em sua existência, um gesto de compartilhar o saber, mais que isso: contribuir à dimensão solidária do ser humano, em construção e crítica do saber, como assinala Freire (2008, p.22): "Ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção".

E o outro Paulo Freire, aquele que a academia insiste em apreciar-lhe o método? Seria este um literato? Malgrado as suas próprias discordâncias sobre o título, não pode ser negado que os escritos de Freire estão plasmados de arte, coerência e engajamento, elementos fundamentais à construção de uma literatura esclarecida.

Essa é uma questão, entretanto, a que se reserva este objeto de estudo, sem se desvencilhar daquele primeiro Paulo Freire, que não se divide. Em linhas gerais quer se traçar alguns de seus princípios, para que em uma reflexão dialética sobre o ensino jurídico, possa-se alcançar um docente humanizado e comprometido com as práticas sociais. Vale reproduzir o *tornar-se pessoa*, na perspectiva de Freire (2008, p.53):

Gosto de ser gente porque, como tal percebo afinal que a construção de minha presença no mundo, que não se faz no isolamento, isenta da influência de forças sociais, que não se compreende fora da tensão entre o que herdo geneticamente e o que herdo social, cultural e historicamente, tem muito a ver comigo mesmo.

Mas essa tendência humanizadora, conforme a boa doutrina, entrelaça-se a partir de qualificação, que conforma o sujeito num mundo social, cujas categorias, como a pedagogia e o ensino jurídico, se interdisciplinam, é o que se pode destacar na doutrina de Arnaldo Vasconcelos, na seguinte proposta:

Na primeira qualificação está o ser humano, importando que todos os fatos interessam socialmente, desde que interessem ao ser humano, este por sua vez, não poderá ser visto isoladamente. Não interessa para nenhum setor da existência humana, a pessoa isoladamente, é preciso que ela esteja envolvida no contexto social, e, pois, a conduta se qualifica como humana, ato do ser humano (VASCONCELOS, 2003, p.118).

Na segunda, por consequência da primeira é a sociedade, que desvenda a relação de interesses e necessidades sociais. É nela em que se plenificam as relações sociais, vale dizer da pessoa em contato com outras pessoas em franca intersubjetividade social, posto que só a coexistência pode dar conta da existência individual (VASCONCELOS, 2003, p.118).

Na terceira pode-se dizer que são estruturas sociais, ou sua divisão em categorias voltadas para o interesse cognitivo, podendo-se encontrar: a pedagogia, a economia, a história, a etnia, dentre outras tantas que qualificam o ser humano para a vida social, assumindo plena autonomia (VASCONCELOS, 2003, p.118)

E na quarta qualificação estará o Direito, que por sua vez é um complexo científico-cultural que pode ser conhecido sob várias ordens. O Direito é uma dimensão humana e social que envolve todas as disciplinas, vale dizer, o Direito se utiliza de todas as disciplinas para ser compreendido (VASCONCELOS, 2003, p.118).

Sob a perspectiva epistemológica vê-se que qualquer dessas quatro dimensões está em busca de uma qualificação. É nesse sentido que a proposta pedagógica freiriana interage com a prática do ensino jurídico, à medida que esta deveria atravessar e ser permanentemente atravessada por aquele saber, ao que se constrói a prática pedagógica interdisciplinar entre o eu e o mundo, como quer Lück (2007, p. 85):

[...] privilegia-se a prática de uma educação em que professores e alunos se visualizam por inteiro no processo, estabelecendo-se uma mudança de atitude a respeito da formação e ação do homem, das quais fazem parte os aspectos afetivos, relacionais e éticos, concomitante com os racionais, lógicos e objetivos.

Com efeito, avalia-se, desde já, que só se pode entender a docência com discência, no método em questão, primeiro passo para a construção de Paulo Freire no ensino em geral, e, particularmente, no ensino jurídico.

2. Docência com discência

Esta questão, como a iniciar o sujeito na dimensão docente humanizada, implica em considerar a alteridade discente na práxis docente, como diria Freire (2008, p.23); "Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender", mas isto pode não significar muito se a leitura de mundo sujeito não está ressignificada, ou seja, se não tenho uma compreensão de mundo compartilhada, é o que se tem por princípio em seu método, a saber: vivência, conscientização, dentre outros.

Primeiro porque pode haver ausência de leitura do mundo por parte do sujeito, segundo porque se a tem, tal leitura pode estar equivocada e por conseqüência o sujeito pode não conseguir ressignificá-la, e por isso Freire (2008, p.25) adverte: "é a força criadora do aprender de que fazem parte a comparação, a repetição, a constatação, a dúvida rebelde, a curiosidade não facilmente satisfeita, que supera os efeitos negativos do falso ensinar".

Para tanto, o educador não deve se esforçar para transferir o seu saber, tal qual ocorre com o "conhecimento bancário" (i.e., o conhecimento análogo à prática repetitiva para o aprendizado utilizado nas instituições financeiras), mas deve se propor a ajudar na sua construção,^[3] o que implica considerar os instrumentais mais eficazes, democráticos e inclusivos para a disseminação de saberes, dentre os quais, a arte guarda lugar de destaque.

Diz-se isto em razão da relevância deste recurso para o fomento - e para a conseqüente compreensão - do conhecimento que Freire pretende difundir, inclusive, junto àqueles que tem dificuldade de apreender por meio dos métodos mais tradicionais de ensino.

A arte, como linguagem livre, expõe conceitos e torna acessível o que parecia complexo aos não-iniciados, sobretudo, por possibilitar que a aprendizagem seja construída por

meio compartilhamento dos saberes de todos envolvidos no processo, propiciando reflexão, emancipação e reconhecimento dos sujeitos diferentes.

Por isso, Freire costumava afirmar que a arte era instrumental valioso para o processo de inserção social e política, porque atuava na própria consciência das pessoas, levando-as a refletir e firmar posicionamentos, e, ao agir assim suplantavam a idéia de que a obtenção do conhecimento se limita a mera racionalização intelectual.

Destarte, o método freiriano estimula a consciência dos discentes e docentes por meio de suas próprias percepções e idéias, tornando o conteúdo a ser ministrado inteligível, porque congruente com as práticas e vivências dos envolvidos.

De fato, ao privilegiar o conhecimento prévio dos discentes e a sua concepção em face do mundo, o pernambucano rompeu com velhos paradigmas. Mais que isto: estimulou os educandos a fazer sua própria leitura do mundo, superando o disposto nos livros para alcançar o seu cotidiano.

Assim, Paulo Freire utilizou-se da arte como eficiente instrumental tanto para o processo de ensino e aprendizado, como para o reconhecimento do educando enquanto cidadão e sujeito da sua própria história.

Segundo o autor, o uso da arte se revelava de extrema valia, principalmente, para aqueles que haviam deixado de crer na sua capacidade de aprender e ensinar, porque providenciava meios interativos, dialógicos e vivenciais, que findavam por incluir os mais diversos sujeitos e instigavam-lhes a compreender através de um processo de autonomia, criticidade e engajamento.

Sobre a autonomia, Freire destaca o compromisso do educador com o saber autônomo do educando e sobre o papel daquele de apresentar-lhe idéias e ideais de justiça, solidariedade e engajamento, inclusive, oportunizando-lhe a dúvida e os questionamentos, para que, então, aquele, enquanto sujeito opte pelo caminho a ser trilhado, ainda que, muitas vezes, distinto do que lhe fora proposto. O educador deve esclarecer, mas não pode desconsiderar as "verdades preexistentes" do educando tampouco pode decidir sobre aquele, sob pena de interromper um dos mais importantes processos decorrentes da aprendizagem, qual seja, a emancipação.

Igualmente, deve ser exposta a questão da criticidade e da dialogicidade, que embora não se confundam, em Freire são faces da mesma moeda, concretizadas por meio do respeito aos posicionamentos distintos, não como negação do proposto pelo método, mas como instrumentais de reflexão da prática implementada e conjugada "pelo próprio aprendiz em comunhão com o professor formador" (2008, p. 38).

Para tanto, o docente não pode temer a dúvida do discente, muito pelo contrário deve estimulá-la, porquanto, assim, aquele aprende tanto quanto este. A dúvida é pertinente, a divergência que incomoda traz progresso, o debate esclarece. Além disso, a humildade é máxima na égide freiriana, é a plataforma que abdica do trono em virtude das liberdades e necessidades do povo. A humildade docente não é ignorante, mas compartilha dos saberes discentes em afirmação solidária e construtiva.

Por derradeiro, relevante é discorrer sobre o engajamento, tão coerentemente forjado e disseminado, mediante a própria *práxis* freiriana, portanto, no modo como funciona a aplicação da sua teoria, que não se limitou a expressar o discurso, mas insiste acerca do direito e do dever de mudar o mundo (FREIRE, 2008, p. 53), especialmente, através do diálogo entre educador e educando, e entre os demais saberes, que se inicia em sala de aula, mas deve estar sempre sinalizando para a realidade e para necessidade de transformá-la (FREIRE, 2008, p. 69), tal qual uma ordenança cotidiana

3. Paradigmas éticos em Paulo Freire

Uma vez construído o pressuposto docência com discência, ou simplesmente: *dodiscência*, parte-se para as questões de conduta dodiscente: Por que paradigmas éticos são importantes para Paulo Freire?

O educador por excelência é comprometido com a ética, enquanto valores de conduta profissional e apreensões de conteúdo moral. E quão importante é isso para os docentes do Direito. De que vale a regra de conduta se o jurista não a exemplifica em conhecimento e projeção de sua liberdade repartida conjuntamente em sociedade?

Dos paradigmas éticos é importante que o docente do Direito, resguarde algumas condutas, como a disciplina no trabalho, o saber ouvir e o querer bem à docência e aos discentes, o respeito ao diferente, a obediência à justiça e a compreensão de que a educação é uma forma de intervenção no mundo (FREIRE, 2008, p. 98).

A disciplina no ambiente laboral é do ponto de vista externo o local em que se envolve, ou seja, a relação com a instituição onde ensina, com os outros docentes, com os próprios alunos, com os demais funcionários, uma vez que a docência, para Freire, não pode se restringir à sala de aula (FREIRE, 2008, p. 30).

Espera-se de um docente do Direito o respeito à instituição de ensino, zelando-a em atitudes e palavras como centro de formação educacional, tanto dentro como fora da instituição, por mais simples que seja, será sempre a referência particularizada do docente, detalhes que o tempo e a memória registram onde quer que esteja o educador.

Também o zelo pelos colegas de trabalho sendo solícito para que possa igualmente solicitar, e disposto ainda a cooperar com os discentes, na proporção que possa ajudá-los com a construção do saber, mas sempre os respeitando em seu espaço, bem como aos outros docentes, para que se prospere o melhor ambiente de trabalho.

Do ponto de vista interno espera-se que o docente do Direito converse com seus alunos sobre os limites de horários, as frequências, as avaliações, sem conivência com a indisciplina, desestímulo ou indolência do discente. Mas isso, indubitavelmente, só se alcançará, com a atitude positiva do docente, porquanto não se pode esperar muito do difusor de normas de conduta que não as cumpre primeiramente. Nesse sentido assinala Freire (2008, p.34)

O professor que realmente ensina, quer dizer, que trabalha os conteúdos no quadro da rigorosidade do pensar certo, nega, como falsa, a fórmula farisaica do "faça o que mando e não o que eu faço". Quem pensa certo está cansado de saber que as palavras a

que falta a corporeidade do exemplo pouco ou quase nada valem. **Pensar certo é fazer certo. (grifo nosso)**

O saber ouvir é, outrossim, de manifesta valia para todo docente, posto que este nem sempre sabe ouvir, encastela-se não raro no exercício do hábito docente, com ares de superioridade e expressa presunção, o que acaba por não recorrer ao melhor método da aprendizagem: a refutação. Refutação esta que ora vem do discente para o docente, ora deste para aquele na dialética da aprendizagem. Aquela pergunta epistemológica, desde o mais simples conceito de um instituto jurídico ao mais complexo problema de fundamento jurídico é o que motiva a pesquisa, é o que pluraliza os saberes (BACHELARD, 1996, p.17).

E o querer bem à discência, não é nenhum destaque à inobservância do corpo discente, ou fazer corpo mole, mas é antes um gesto de amor ao ensino que tem por conseqüência o amor ao discente. Há docentes que se comportam como verdadeiros tiranos domésticos em sala de aula: como aqui quem manda sou eu; tem de ser do modo como que eu quero; se você não fizer assim eu o reprovo, essas atitudes não condizem com a conduta amorosa do docente. Amar a docência e ao docente é um gesto de solidariedade, de esclarecimento é uma atitude despreziosa e altruísta no sentido de não querer outra coisa, senão o melhor do discente.

Há professores que enxergam na sala de aula o veículo de ostentação de si mesmos, com alto nível de conteúdo e de linguagem, e defendem-se alegando que o docente não pode descer ao nível do discente, isso é pura boçalidade, é um desamor, o docente tem de estar preocupado em criar meios para que os níveis do saber se equilibrem, afinal o próprio docente é produto dos bancos da academia, dos estudos pessoais, da *práxis*, das mesmas tolerâncias, dificuldades e esperanças pelas quais passam seus alunos.

Muitos partem do pressuposto de que o discente não deve ser amado porque os eles (docentes) também não o foram, ou ainda que em sala de aula não se pode amar, tem de ser indiferente ao discente, basta ensinar-lhe o conteúdo, nem sempre compreendido por falta de amor, porém, não se pode esquecer a lição de que o amor em docência é transmissível e certamente é o remédio para interromper o ciclo das gerações frustradas.

Ademais, deve ser propalado e vivenciado um engajamento genuíno com a sua comunidade. Freire (1983, p.106) costumava dizer que: "A natureza da ação corresponde à natureza da compreensão". Considerando que os educandos são partes da comunidade em que vivem, podem ser entendidos como autoridades do seu modo de ser e viver, basta que sejam direcionados a um olhar reflexivo e crítico sobre aquela, para que se entendam também como colaboradores de seu processo de conscientização e transformação. Destarte, o intento deve ser compreender para fortalecer e transformar, por meio do saber constituído e constituinte, resultante da *práxis* que o aprendiz se tornou capaz de recriar (FREIRE, 2008, p. 24).

4. Que se espera de um discente jurídico com Paulo Freire?

Ser um Paulo Freire jurista parece-nos improvável, embora ele fosse bacharel em Direito[4], não que Freire não pudesse ser um jurista, mas é que Paulo Freire foi um homem diferente, um homem do futuro. Mas se somos freirianos, que pelo menos esse dodiscente esteja comprometido com os fundamentos de Direito, qual seja a justiça e a sua legitimidade.

Mas ser comprometido com a justiça, redargüiriam alguns, nós o somos. Mas não é a justiça posta, o propósito tem haver com a justiça social de Paulo Freire, que está comprometida com a ideologia social, cujo modelo de imposição da justiça não prospera.

Parece que não, mas essas posições implicam em um giro pragmático na educação do ensino jurídico, porque a argumentação jurídica deve sofrer uma tremenda oportunização do dodiscente, ampliando a perspectiva comunicativa entre os sujeitos educacionais, o saber se transformará em uma prática aliada à justiça social.

Veja-se na perspectiva de Freire (2008, p.129): "Prefiro ser criticado como idealista e sonhador inveterado por continuar, sem relutar, a apostar no ser humano, a me bater por uma legislação que o defenda contra as arrancadas agressivas e injustas de quem transgride a própria ética".

Imagine-se um dodiscente jurista tendo de justificar a razão social de um dispositivo jurídico recorrentemente? Um dodiscente apelar para a legitimidade jurídico-política de uma situação social marginalizada? Ou um dodiscente engajado em demandas visando à justiça social? Em breve passagem o processualista Câmara (2009, p.338) reflete sobre a questão, ao tratar das tutelas possessórias, veja-se:

É certo que não há maior dificuldade em resolver um caso em que um Fulano invade um imóvel pertencente a um Beltrano, esbulhando a sua posse, e vindo este último a postular tutela jurisdicional para seu direito. A solução do problema, porém, não seria tão fácil se a invasão do imóvel fosse feita por um grupo de "sem-terras", num caso em que o imóvel invadido fosse um dos tantos latifúndios improdutivos espalhados pelo Brasil.

Antes ainda reflete Câmara (2009, p.338): "Não se pode mais aceitar a utilização apenas dos exemplos maniqueístas, envolvendo relações simples, individuais, entre Caio e Tício." Entretanto, quantos dodiscentes são decompromissados com a justiça social e que papel de formadores estão realizando para as futuras gerações do Direito?

Por que são poucos? Porque muitos juristas estão eivados de uma ideologia de mercado, e com isso nada podem aprender com Paulo Freire, muitos estão em dívida com os valores éticos, e nada podem pensar com Paulo Freire. Com efeito, pratica-se o ressaltado em Freire (2008, p.127): "Nivelam-se os patamares de deveres entre as distintas economias sem se considerarem as distâncias que separam os 'direitos' dos fortes e o seu poder de usufruí-los e a fraqueza dos débeis para exercer os seus direitos".

Maior gravame é a perspectiva de mercado na produção de saberes dos alunos, repassando-lhes técnicas de aprovação em concursos públicos, incentivando-lhes uma propalada estabilidade financeira, provocando-lhes ao pragmatismo de mercado ou acomodação na estabilidade. Refere-se a isso Freire (2008, p.143):

Um educador com muito pouco de formador, com muito mais de *treinador*, de *transferido* de saberes, de *exercitador de destrezas*. Os saberes de que este educador "pragmático" necessita na sua prática não são os de que venho falando neste livro. A mim não me cabe falar deles, os saberes necessários ao educador "pragmático" neoliberal mas, denunciar sua atividade antihumanista.

Nessa mesma esteira, devemos dissertar sobre a necessária radicalidade na defesa dos interesses humanos por aqueles que se julgam educadores, especialmente, pelo exemplo ministrado - através da práxis comprometida - aos educandos e pela conseqüente compreensão crítica da realidade e de colaboração na apreensão desta pelos socialmente excluídos (FREIRE, 2008, p. 100).

Aliás, ao educador freiriano não deve bastar o discurso fatalista, fartamente publicizado e partidário, que sugere que a exclusão social seja um mero fatídico, que sujeita a alguns de pouca sorte, elemento inerente ao desenvolvimento da sociedade. Mas deve empreender um discurso de resistência, indignação e proposição ante as injustiças sociais (FREIRE, 2008, p.101), compreendendo-se como partícipe de um projeto comum, delongado, mas libertador, que visa à conscientização e a implicação do educador e do educando na reinvenção cotidiana da realidade (FREIRE, 2001, p. 99).

5. Como aplicar a práxis freiriana em tempos de crise do ensino jurídico?

Todo o proposto seria sobremodo mais simples, se esses fossem tempos de calma e exatidão no ensino jurídico. Se assim fosse, poderíamos estabelecer contornos inequívocos sobre justiça, solidariedade e engajamento, e tão-somente alçar vôos em céus de brigadeiro no afã de concretizar amplamente uma educação para autonomia nos cursos de Direito.

A realidade do ensino jurídico, no entanto, se configura de modo bem diverso do apresentado alhures. De fato, desde a instituição das primeiras Faculdades de Direito em solos brasileiros, no início do século XIX, nunca dantes suportamos tamanha crise no ensino do Direito.

Uma das raízes para tal crise decorre da acriticidade do ensino (ENCARNAÇÃO; MACIEL, 1995, p.94), conjugados ao formalismo e ao legalismo (AGUIAR, 2004, p.184-185) que tornam a maioria dos profissionais exegetas, dissociados da sociedade e dos seus anseios. De fato, os bacharéis se tornam excelentes conhecedores da lei, mas ignorantes diante da realidade que haverá ser aplicada a legislação tão veementemente memorizada nos bancos de Faculdade. Por isto, Freire via na interdisciplinaridade, ou no encontro dos saberes, inclusive entre o acadêmico e o popular, o único meio de tornar o sujeito apto a conviver com o seu meio, respeitar os que lhe são diferentes e, assim, colaborar para a construção de uma sociedade melhor, porque pluralista, dialógica e emancipatória.

Em segundo lugar, a crise decorre da "mercantilização" do ensino jurídico, que, no mais das vezes, sobretudo, a partir da década de 80, com a disseminação das Faculdades particulares de Direito, tem se pautado no ganho do capital (MACIEL, 1995, p.94), em detrimento da qualidade e da coerência do aprendizado. O resultado desta prática tem sido o processo lento e gradual de descompromisso do aluno para com a Ciência do Direito, servindo-lhe a instituição de ensino superior como mero ritual de passagem

para obtenção de um diploma, o que se reflete, no transcorrer dos anos, nos elevados índices de reprovação dos bacharéis quando submetidos ao exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Ainda, tal convulsão pode ser julgada como fruto da ausência de ética nas escolas jurídicas, que geram

(...) mecânicos das letras formais, intérpretes incriativos(sic), de mão única, de leis postas, operadores insensíveis dos comandos normativos, cidadãos sem utopias, que receiam o novo, temem os desafios e são inseguros quanto a seu saber e quanto os nortes que orientam suas condutas (AGUIAR, 2004, p.186)

O educador em Direito, com fundamento em Freire, deve, diferentemente do açodado nas linhas supra, estimular e marcar posições éticas, as quais jamais poderão ser dissociadas de uma *práxis* coerente

Não posso ser professor se não percebo cada vez melhor que, por não poder ser neutra, minha prática exige de mim uma definição(...) Sou professor a favor da decência contra o despudor, a favor da liberdade contra o autoritarismo, da autoridade contra a licenciosidade, da democracia contra a ditadura de direita ou de esquerda. Sou professor a favor da luta constante contra qualquer forma de discriminação, contra a dominação econômica dos indivíduos ou das classes sociais. Sou professor contra a ordem capitalista vigente que inventou esta aberração: a miséria na fartura. Sou professor a favor da esperança que me anima apesar de tudo. (FREIRE, 2008, p.102-103)

Nesse contexto, a teoria e a *práxis* freirianas são essenciais para romper com o academicismo jurídico acríptico e ensimesmado, na medida em que trazem consigo elementos fundantes de criticidade, respeito para com o outro, sobretudo, com os socialmente vulneráveis, além de compromisso no engajamento da transformação e da conscientização social.

Assim, o método freiriano conjugado ao ensino jurídico pode colaborar na constituição de educandos e educadores críticos e comprometidos com o mundo em que estão inseridos, sobretudo, por defender a relevância de todos na construção de uma nova História.

Não posso me perceber como uma presença no mundo mas, ao mesmo tempo, explicá-la como resultado de operações absolutamente alheias a mim. Neste caso o que eu faço é renunciar à responsabilidade ética, histórica, política e social que a promoção do suporte a mundo nos coloca (...) **O fato de me perceber no mundo, com o mundo e como os outros me põe numa posição em face do mundo que não é de quem nada tem a ver com ele. Afinal, minha presença no mundo não é a de quem a ele se adapta mas a de quem nele se insere. É a posição de quem luta para não ser apenas objeto, mas sujeito também da História** (FREIRE, 2008, p.54) (grifo nosso).

Freire torna-se singular, também, pela preocupação de alertar aos educadores sobre a necessidade de refletir em favor de quem está sendo exercida a sua *práxis*, haja vista que esta escolha interferirá na construção da sociedade pela qual lutamos (HORTON; FREIRE, 2003,p.114). Portanto, o intento do educador não pode se resumir ao repasse de informações, ou, no contexto jurídico, ao domínio de leis e doutrinas. Todavia deve

ser cunhado por uma compreensão de mundo presente e de um engajamento em seu prospecto, para fins de justiça social e de promoção dos direitos humanos. Entendendo que o exercício do seu *munus* traz reflexos na concepção de sociedade e de justiça dos educandos, na vivência das gerações futuras, especialmente, no sentido de colaborar com o rompimento do ciclo vicioso de exclusão social brasileiro, através de uma educação de qualidade, emancipatória e solidária.

É, ainda, de Paulo Freire a idéia de que a *práxis* do educador e por conseqüência do educando deve ser acompanhada de formação e de exercício crítico permanentes, "a fim de entender teoricamente o que significa" (HORTON; FREIRE, 2003, p.208) o seu processo e o que se pretende com o seu resultado, podendo recorrer, se necessário, a instrumentais que oportunizem esta criticidade, tal qual o vivenciado pelo uso da arte.

Por fim, Freire é importante para a compreensão do direito como parte do mundo e da Ciência, como agente colaborador, mas não como o seu único formulador, razão pela qual se faz tão necessário o seu engajamento com os demais saberes, idéias e sujeitos, o que fundamentalmente pressupõe respeito ao diferente e disposição para dialogar - sem resistência e sem complexo de superioridade - com os diversos, entendendo que a liberdade e a criticidade são instrumentais imprescindíveis para uma educação genuína, comprometida e transformadora.

Conclusão

I. O método Paulo Freire associa-se com o ensino jurídico contemporâneo, especialmente, no que tange ao conteúdo e ao modo de transmissão do saber jurídico, no processo de transformação da realidade e à dialogicidade para a construção e produção de saberes.

II. A práxis da metodologia freiriana oportuniza, em tempos de crise, a democratização do ensino jurídico, por meio de uma reflexão acurada sobre a sociedade e suas interlocuções jurídicas, de um engajamento coerente na promoção da justiça social e dos direitos humanos e de um ensino ético, crítico e libertador.

III. A implementação das vivências de Freire considera e valoriza os saberes diversos, inclusive, os não-acadêmicos, bem como o papel da arte na sua disseminação e ulterior concretização.

IV. As lições de Freire são imprescindíveis para o ensino jurídico brasileiro em decorrência do seu compromisso de transformar aprendizado em realidade, promovendo a compreensão em capacidade de intervenção no mundo, que se inicia com a prática didática em sala de aula à experiência construída e materializada na vida social.

Referências

AGUIAR, Roberto A.R. de. **Habilidades:** ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ATTA Mídia e Educação. **Paulo Freire**. Dir. Paulo Aspis. Apresentação Moacir Gadotti; Ângela Antunes. São Paulo: Atta Mídia e Educação, 2006. DVD. 55'. (Coleção grandes educadores).

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: vol.III. 15ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

ENCARNAÇÃO, João Bosco; MACIEL, Getulino do Espírito Santo(org). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral, 1995.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 38ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. (Coleção Leitura).

_____. **Pedagogia dos sonhos possíveis**. São Paulo:UNESP, 2001.

_____. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo:UNESP, 2000.

_____. **Educação como Prática da Liberdade**. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

HORTON, Myles; FREIRE, Paulo. **O caminho se faz caminhando**: conversas sobre educação e mudança social. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

INSTITUTO PAULO FREIRE. **Paulo Freire**. Disponível em: << <http://www.paulofreire.org/Institucional/PauloFreire>>>. Obtido em: 03/11/2008.

LAVILEE, Christian, DIONNE, Jean. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Trad. Heloísa Monteiro e Francisco Settineri. Porto Alegre: ArtMed; Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LÜCK, Heloísa. **Pedagogia interdisciplinar**: fundamentos teórico-metodológicos. 14a. ed. São Paulo: Vozes, 2007.

SOUZA, João Francisco de. **Atualidade de Paulo Freire**: contribuição ao debate sobre a educação na diversidade cultural. São Paulo: Cortez, 2002. (Biblioteca freiriana; v.3.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[1] Christian Laville e Jean Dionne (1999, p.28), afirmam a respeito desta estratégia qualitativa, a saber: "[...] simultaneamente desenvolvida e verificada, ainda que em

parte,, em um vaivém entre reflexão, observação e interpretação, à medida que a análise progride".

[2] Paulo Reglus Neves Freire nasceu no dia 19 de setembro de 1921, no Recife, Pernambuco, uma das regiões mais pobres do País, onde logo cedo pôde experimentar as dificuldades de sobrevivência das classes populares. (INSTITUTO PAULO FREIRE, 2008, p.2).

[3] Segundo Freire (2008, p.22-23): "Se, na experiência de minha formação, que deve ser permanente, começo por aceitar que o *formador* é o sujeito em relação a que me considero o *objeto*, que ele é o sujeito que *me forma* e eu, o *objeto* por *ele formado*, me considero como um paciente que recebe os conhecimento-conteúdos-acumulados pelo sujeito que sabe e que são a mim transferidos. Nesta forma de compreender e de viver o processo formador, eu, objeto agora, terei a possibilidade, amanhã, de me tornar o falso sujeito da "formação" do futuro objeto de ato formador. É preciso que, pelo contrário, desde os começos do processo, vá ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado".

[4] Assim recorda Souza (2002, p.21): "Paulo Freire [...] Fez curso de Direito. Não exerceu a profissão de advogado. Assumiu um único processo judicial que na levou a termo. Percebeu que não tinha nascido para aquele tipo de atividade".

**SUBSIDIOS FILOSÓFICO-LITERÁRIOS PARA CONSTRUÇÃO DE EIXOS
TEÓRICOS NO CAMPO JURÍDICO: O PROBLEMA DA VERDADE, DA
OBJETIVIDADE E DA NEUTRALIDADE CIENTÍFICAS**

**PHILOSOPHICAL-GRANTS FOR CONSTRUCTION OF LITERARY
THEORIES AXLES IN LEGAL FIELD: THE PROBLEM OF TRUTH, AND
THE OBJECTIVE, AND SCIENTIFIC NEUTRALITY**

**Ivan Dias da Motta
Cássio Marcelo Mochi**

RESUMO

Com o fim do mundo clássico e já na chamada baixa medievalidade, a verdade deixou de ser procurada no seu contexto absoluto, e fragmentou-se na própria especificidade exigida pela ciência moderna, possibilitando também uma discussão mais livre e aberta a todos. No entanto, trouxe alguns complicadores como as questões referente a objetividade e da neutralidade, assim como o posicionamento que o cientista assume diante da comunidade científica. Nas vertentes de pensamento de Popper e Lakatos, estes problemas podem ser resolvidos a partir da adoção de uma metodologia adequada, assim como a execução fiel dessa metodologia. A estes fatores associam-se a questão da honestidade científica, e o imperativo de que toda teoria científica deve se dispor a uma discussão crítica sobre a sua estrutura e conteúdo.

PALAVRAS-CHAVES: EIXO TEÓRICO, LITERATURA, CIÊNCIA E DIREITO.

ABSTRACT

With the end of the classical world and have the call low medieval, the truth has to be sought in its absolute and broke up in the specificity required by modern science, which also discussed a more free and open to all. However, as has some complicating issues regarding the objectivity and neutrality, as well as the position that the scientist is ahead of the scientific community. In strands of thought of Popper and Lakatos, these problems can be solved from the adoption of an appropriate methodology, and the faithful implementation of this methodology. These factors involve the question of scientific honesty, and the imperative that every scientific theory must have a critical discussion on the structure and content.

KEYWORDS: THEORIC AXIS, LITERATURE, SCIENCE AND LAW.

INTRODUÇÃO

As questões pertinentes a verdade, nas suas diversas concepções históricas e culturais, sempre trouxeram inquietações para a existência do homem. No entanto, quando se traz este problema para o campo da ciência, é necessário delinear objetivos, métodos e limites referentes à busca e também, a um conceito que possa ser universalizado, pois uma das características imprescindíveis do conhecimento científico é o da possibilidade de universalização de suas teorias, ainda que isso não possa se feito de modo direito por uma aplicação utilitária, deve existir a possibilidade de estudar este conhecimento e deixar-se conduzir pela abstração pela qual pode conduzir o homem.

Com o advento da ciência moderna, já preconizada por Bacon na obra *Novum Organum*, algumas referências significativas e parâmetros sobre o que é a ciência para este mundo que adentra à modernidade, sofrem profundas mudanças. A verdade não se caracteriza mais como uma verdade absoluta, mas como uma verdade temporária e que sustenta somente pelo tempo de surgimento de uma outra verdade.

Com esta nova forma de enfrentar a verdade de uma ciência que se abre diante do desconhecido, enfrentando os preconceitos de um domínio da religião durante a medievalidade, é necessária a definição de métodos que se não afastam completamente das interferências metafísicas, ao menos procure isolar e diminuir esta possibilidade, tal qual nos apresenta René Descartes na obra *Discurso do Método*. Mas outros cientistas e filósofos irão apontar complicadores nesta nova relação, como por exemplo, David Hume, Newton, Marx, Einstein, Popper, Kuhn, Lakatos e outros.

Mas enfrentar o problema da verdade não é o único obstáculo, pois o conhecimento científico necessita de dois outros conceitos importantes: a objetividade e a neutralidade. Estes caminham de forma imbricada com a verdade, e de certa forma não podemos conceber um conhecimento científico onde estes três conceitos e elementos estruturantes estejam presentes.

Este paper visa estudar as relações existentes entre a verdade, a objetividade e seu oposto aparente que é a subjetividade e o problema da neutralidade, dentro da vertente da metodologia desenvolvida principalmente por Popper e Lakatos, sem deixar de abordar conceitos pontuais de outros cientistas.

2 O PROBLEMA DA VERDADE NAS CIÊNCIAS: O MUNDO CLÁSSICO, MEDIEVAL E MODERNO

O problema da verdade constituiu-se num dilema da própria existência humana. Alguns a procuram, pois esperam encontrar ao lado da verdade a justiça. Outros desejam encontrá-la independente da sua relação com a justiça, depositando na mesma uma projeção metafísica com algo que transcende ao homem dentro de sua precariedade e miserabilidade, este acreditam apenas na justiça divina. Com o advento da modernidade, o que filosófica e cientificamente antecede à própria Revolução Francesa e Revolução Industrial, uma corrente procura associar a verdade com um conhecimento empírico e

concreto, dá-se início a construção de uma verdade que não mais é absoluta, mas relativiza-se diante do universo que se vislumbra aos olhos do homem que, supondo conhecer, deseja dominar a natureza como um todo. Mas de se debate com o uso inadequado de sua racionalidade.

É no mundo grego clássico, onde a verdade é ontologicamente associada com o conhecimento, e reflexivamente com a justiça, que temos o surgimento da palavra *alétheia*, cujo significado “é o de não-esquecido, não-perdido, não-culto; é o lembrado, o encontrado, visto, visível, manifesto aos olhos do corpo e ao olho do espírito”[1].

A procura da verdade é um elemento importante dentro da estrutura do diálogo socrático, que se não podemos denotar como o primeiro a enfrentar este problema, certamente foi aquele que desenvolveu um método que ainda conduz parte de nosso desenvolvimento na pesquisa científica, o chamado “método socrático”, que pode assim ser sintetizado, segundo Chauí[2]: 1ª Parte – Protréptico (exortação) – é a chamada para o diálogo, o convite a procurar a verdade; 2ª Parte – Élenkhos (indagação) – perguntar e comentar as respostas, onde ainda podemos fazer uma segunda divisão: a) Eiróneia (ironia) – Refutação de preconceitos do interlocutor, b) Maieutiké (maieutica) – Arte de realizar um parto. É com a realização do parto que a verdade se desvela, tem o seu véu retirado, mas somente diante do homem que estiver preparado para conhecê-la. Podemos afirmar que, durante o movimento do método socrático, existem dois pontos que sempre se mantêm constantes, quais sejam, o prazer pelo diálogo e a busca da verdade.

É justamente a busca pela verdade que conduz segundo Platão, o seu mestre Sócrates à morte, conforme nos relata nas obras *Apologia de Sócrates* e *Críton*. Temos assim, uma aparente dicotomia entre verdade e justiça, onde o termina por prevalecer é o cumprimento da lei. Na obra *Apologia de Sócrates*, é o próprio acusado quem repudia veementemente o uso de qualquer artifício de seus acusadores, com o intuito de apresentar aos juízes uma suposta verdade, uma verdade desvinculada de sua essência, portanto, não mais verdade. O artifício usado pelos seus acusadores é nas palavras de Sócrates, o recurso da retórica, da arte de conduzir as idéias não pela verdade, mas antes pelo discurso distorcido por combinações lingüísticas e da arte da representação, em outras palavras, da arte cênica, recurso esse habilmente desenvolvido pelos sofistas.

Condenado, Sócrates admite que foi vencido pela verdade que não fora revelada aos juízes, sendo assim, não puderam ter acesso a justiça. Nem por isso deixaram de aplicar a lei: Sócrates deve morrer.

Enquanto Platão através da figura de Sócrates procura tratar da verdade, dentro da perspectiva de um homem que se situa dentro de uma vida política, será Aristóteles, reconhecido não somente pela cultura ocidental, mas também pelos Árabes, como *O Filósofo por Excelência*, aquele que irá procurar sistematizar a filosofia, e desenvolver reflexões ontológicas, epistemológicas, sobre o “ser”, entre outros temas e problemas de sua época. Na obra *Metafísica*, o Estagirita, como era conhecido Aristóteles, nos diz que

a especulação acerca da verdade é, num sentido, difícil, noutra, fácil: a prova é que ninguém a pode atingir completamente, nem totalmente afastar-se dela, e que cada

[filósofo] tem algo que dizer sobre a natureza, nada ou pouco acrescentando cada um à verdade, embora se faça do conjunto de todos uma boa colheita[3].

A verdade ontológica, absoluta, não pode ser objeto resultante da percepção prática, mas somente na ação reflexiva e contemplativa. O mundo grego compreendia que as ciências encontravam-se na *phýsis*, na natureza como um todo e que seria ordenada, organizada e harmonizada ao que nomeavam como *kósmos*. O oposto a este mundo ordenado e com hierarquias precisas encontrava-se a *hýbris*.

O mundo romano fora muito mais preocupado com as coisas práticas, pragmáticos e ao mesmo tempo metódicos nas suas concepções, mas mantiveram os conceitos gregos em várias circunstâncias dos problemas que o mundo, sendo que mundo é o espaço compreendido pelo domínio romano, lhes apresentaram nas suas contingências. Sendo assim, o conceito de verdade é resultado de uma observação dos fatos, e as possíveis conclusões que se possa tirar dos mesmos. É uma verdade factual, pois neste momento, não faz sentido o desenvolvimento de teorias abstratas e contemplativas, como os gregos o fizeram.

A medievalidade, marcada notadamente pela predominância do pensamento cristão católico, num primeiro momento e depois, na chamada baixa medievalidade, compartilhado pelo protestantismo, traz um elemento complicador para a ciência, que já não mais aquela referenciada pelo mundo clássico, mas sim a existência de uma “verdade revelada”, “absolutizada” na existência da “Sagrada Escritura”. A verdade é o que os pensadores cristãos expressam de acordo com uma exegese rigorosa, onde a existência da dúvida não tem espaço, pois a única verdade que possa interessar aos homens já fora dada através da Bíblia.

Ao contrário do que se possa pensar, não é esta a chamada “idade das trevas”, mas sim o de um rico período de recuperação do mundo clássico, assim como o desenvolvimento de teorias que irão suplantam as limitações impostas pelas vontades dos reis e dos papas.

Se Tomas de Aquino, e os grandes filósofos árabes, como Avicena, Averróis, Alfarabi estão na chamada alta idade média, travando um intenso e profundo diálogo sobre a eternidade do mundo, as questões que ainda despertam colocam as ciências astrofísicas e outras em evidência, como a questão: quem surgiu primeiro, Deus ou o mundo; entre outras, é Francis Bacon (1561-1626) quem será um dos principais pensadores a estabelecer um novo posicionamento para a ciência.

Francis Bacon é considerado o “patrono da ciência”[4] e tem na sua obra mais conhecida *Novum Organum*, uma referência fundamental para as ciências de uma forma geral. Inicia a sua obra dizendo que “o homem, ministro e intérprete da natureza, faz e entende tanto quanto constata, pela observação dos fatos ou pelo trabalho da mente, sobre a ordem da natureza; não sabe e nem pode mais”[5], deixando claro os propósitos de sua construção, ou seja, o homem pode dominar a natureza, na medida em que observa e constata as forças que atuam sobre as mesmas. Para Magee

Bacon foi um dos primeiros a ver que o conhecimento científico poderia dar ao homem poder sobre a natureza, portanto, que o avanço da ciência poderia ser usado para promover em escala inimaginável o progresso e a prosperidade humanos[6].

Sendo assim, Bacon retira a ciência do campo meramente especulativo, e o lança para o da utilidade, pois conhecendo as causas-efeitos dos elementos que a natureza colocava à sua disposição, poderia interferir no processo, conduzindo os resultados de acordo com a sua necessidade.

Sendo um grande empirista, o pensador francês nos diz que “a melhor demonstração é, de longe, a experiência, desde que se atenta rigorosamente ao experimento”, pois a observação atenta da repetição da causa-efeito nos permite inferir que a verdade para aquele objeto em estudo, foi encontrada, e o que resta, é apenas o fato de transformar esse conhecimento, o resultado desta verdade, um instrumento útil para permitir uma maior dominação do homem para com os fenômenos que observa e espera controlar.

Se Bacon busca determinar a verdade através de uma observação rigorosa da natureza, é René Descartes (1596-1650) quem irá introduzir o conceito da dúvida hiperbólica, em outras palavras, a verdade isenta de qualquer possibilidade de desvio, será um dos expoentes do chamado período dos grandes racionalistas. A principal obra que irá marcar a vida de Descartes é o *Discurso do Método*, ainda hoje considerado um dos principais referenciais de metodologia para essa nova ciência que se descortina nos anos de 1500 e 1600. O período em que Descartes viveu pode ser considerado de vasta produtividade no campo das ciências, que deseja mais do que nunca buscar a sua libertação do campo religioso, com o apoio dos primeiros racionalistas.

Conforme nos apresenta Huisman, no ano de 1604 Galileu (1564-1642) envia uma carta a seu amigo Paolo, onde propõe “pela primeira vez, a lei da queda dos corpos”[7], o que mais tarde seria conceituado por Newton como a Lei da Gravidade. No ano de 1605 Kepler através de suas teorias conduz o dogma “do fim do movimento circular”, culminando com as obras de Galilei, entre as quais, *Diálogo Sobre os Dois Máximos Sistemas do Mundo Ptolomaico e Copernicano*, considerada uma obra onde juntamente com a reflexão especulativa, caminha as deduções possíveis de serem observadas na natureza. Galileu, assim como outros cientistas de sua época, sofre a fúria e a resistência da chamada Santa Inquisição, tendo uma vez sido advertido pela Igreja e depois, já em 1633, é condenado a viver em reclusão na sua casa, depois de desenvolver com argumentos sólidos de que não é o sol que gira em torno da terra, mas a terra que gira em torno do sol, desfazendo assim o dogma do geocentrismo, onde a terra é o centro do universo e o homem a criação mais expressiva da vontade divina.

Neste período da história, a Inglaterra foi um celeiro de grandes pensadores, principalmente cientistas, e uma das causas desse desenvolvimento, fora certamente a liberdade de pensamento resultante de um protestantismo que ali se estabelecera com raízes profundas. É neste clima de liberdade científica que nasce Isaac Newton (1642-1727), considerado por Magee “O Supremo Cientista”[8] e autor da obra *Os Princípios Matemáticos da Filosofia Natural*, que

constituem a primeira grande exposição e a mais completa sistematização da física moderna, sintetizando num todo único a mecânica de Galileu e a astronomia de Kepler, e fornecendo os princípios e a metodologia da pesquisa científica da natureza[9].

Newton procurou separar verdade metafísica da científica, delineando os campos de ação de cada verdade, sem, contudo esquecer-se das origens ontológicas dos homens. Segundo Oliver “Newton foi um cientista extraordinário. Suas pesquisas abrangiam um campo enorme: da matemática ao estudo do movimento e das leis da gravitação”[10], sendo esta última, uma controvérsia entre os epistemólogos e da Filosofia da Ciência, pois Galileu já tinha realizado uma abordagem sobre a teoria da gravitação dos corpos. Ainda, segundo, Oliver, foi Newton quem “definiu a separação entre as leis da natureza das doutrinas sagradas, que estavam, até então, firmemente atadas”[11].

Outro expoente do pensamento científico para quem a verdade sempre fora um problema, é David Hume (1711-1776), já próximo da Revolução Francesa (1789), e no centro do período Iluminista. Hume é segundo Magee, um “cético moderado”[12], o que pode ser inicialmente observado quando nos diz que

O homem é um ser racional e, como tal, recebe da ciência sua adequada nutrição e alimento. Mas os limites do entendimento humano são tão estreitos que pouca satisfação se pode esperar neste particular, tanto pela extensão como pela segurança de suas aquisições.[13]

O ceticismo de Hume é sustentado pela busca de uma verdade e certeza[14] absoluta, a qual os homens não estão dotados a conhecer, pois segundo nos diz em seus escritos, algumas pressuposições metafísicas podem distorcer o princípio da causa e efeito. Quando temos uma pedra exposta ao sol e dizemos que a pedra esquenta porque um raio de sol incide sobre a mesma, para Hume o fato da “pedra esquenta” e “raio de sol incide”, são fenômenos que podem ser observados pelos nossos sentidos, mas a inferência da palavra “porque” não denota necessariamente a “causalidade”. O pano de fundo desta discussão toda, da qual Descartes o antecede é com relação à ciência advinda de uma construção metafísica, e de uma nova ciência que procura fundar a sua verdade dentro de um racionalismo empirista.

Contudo, a experiência como forma de se chegar à verdade, nem sempre é a única evidência confiável para se conhecer esta verdade, pois “embora a experiência seja o nosso único guia no raciocínio sobre as questões de fato, deve-se reconhecer que este guia não é totalmente infalível e que, em alguns casos, pode conduzir-nos a erros”[15].

A Revolução Francesa em 1789 amenizou significativamente os problemas entre a ciência na busca de uma verdade ainda não revelada e agora, sem a conotação de ser uma verdade absoluta, e o poder da igreja, para quem a verdade já fora revelada. No campo político aparentemente o problema fora contornado. No entanto, a Revolução Industrial, e de forma mais enfática, tomando a Inglaterra como referencial, será preciso que a ciência se alie à economia para poder explicar o surgimento de fenômenos mais complexos, e de extensões mais amplas.

A contribuição mais significativa nesse campo será aquela desenvolvida por Karl Marx (1818-1883), para quem a verdade só pode ser conhecida, se antes a sociedade compreender a economia e suas reais intenções. O método de análise desenvolvido por Marx será conhecido como Materialismo Histórico, onde a dialética será o elemento motor desse desenvolvimento. É Marx quem possibilitará principalmente às ciências sociais, uma nova forma de análise do homem e seu contexto, assim como a busca de uma verdade enclausurada no conhecimento necessário da economia, e de suas relações com o homem que é um possível sujeito de produção, mas necessariamente um sujeito de consumo. Compreender a mercadoria e suas formas de produção, assim como os elementos ideológicos que a economia traz encapsulada nas suas intenções é conhecer a verdade.

O século XX traz consigo uma série de problemas de ordem social, política, econômica, mas também um grande avanço quantitativo e qualitativo nas ciências, embora os seus resultados não sejam compartilhados por uma imensa massa de excluídos socialmente de seus benefícios. Contudo, “por pelo menos duzentos anos depois de Newton, a maioria dos ocidentais instruídos considerava a nova ciência como conhecimento certo, verdade sólida, completamente e definitivamente confiável”[16], a humanidade depositava na ciência uma verdade inabalável. A racionalidade tanto defendida pelos pensadores e cientistas do iluminismo, o controle do homem sobre a natureza, termina por mostrar ao mundo, onde o homem na busca pela verdade pode chegar: a primeira e segunda guerra mundial reflete este “estado de espírito” racionalista e científico.

Um dos expoentes dessa ciência do século XX é Einstein, cuja Teoria da Relatividade derrubava algumas das teorias desenvolvidas por Newton, no entanto, um cientista importante deste período e que muito contribuiu com as suas teorias sobre metodologia e ciência, foi Karl Popper (1902-1994) que nasceu em Viena no seio de uma família rica e com condições para se dedicar e aprofundar nos seus estudos. Foi Popper quem desenvolveu uma teoria chamada de “falsificacionista”, ou seja, uma teoria só terá o valor de verdade até momento que outra teoria mostrar que existe incoerência e inconsistência na teoria anterior, acontecendo este fato, a teoria anterior deixa de ser verdade, para tornar uma teoria “falsificada”, pois não resistiu aos testes que a conduziram como teoria verdadeira.

As estruturas internas que doravante irão guiar os caminhos da ciência do século XX e XXI terão a influência direta de Karl Popper, Thomas Kuhn e o Círculo de Viena[17]. Todos de formação positivista e na sua maioria com ligações diretas as áreas de ciências exatas, biológicas e alguns humanistas. Embora Popper tenha uma participação ativa em vários movimentos sócios, além de suas atividades acadêmicas.

3 A OBJETIVIDADE E A NEUTRALIDADE COMO ESTRUTURA DA PESQUISA CIENTÍFICA

Com o advento da ciência moderna que se inicia com Francis Bacon, de forma mais específica *O Novum Organum*, onde os referenciais sofreram substantivas mudanças, corroboradas posteriormente com o rápido avanço da ciência no século XIX e XX,

algumas questões intrínsecas à própria epistemologia da ciência produziram inquietações na comunidade científica. Duas destas inquietações, que estão interligadas, são a objetividade e a neutralidade da ciência.

A ciência moderna não se limita apenas às questões da verdade, pois existem dois elementos intrínsecos à sua própria existência, e que se acentuam no século XXI. É a questão da objetividade e da neutralidade das ciências. O racionalismo moderno, notadamente o de vertente kantiana na busca de uma razão pura, procurou estabelecer linhas de demarcação clara entre o que é o conhecimento objetivo, e o que seu antagônico, que seria o conhecimento subjetivo, estabelecendo um conceito de verdade que necessariamente antecede a essa compreensão.

Para Kant a verdade está associada com o conhecimento que temos do objeto, verdade, conhecimento e objeto, se relacionam pois “se verdade consiste na concordância de um conhecimento com o seu objeto, então através disso este objeto tem que ser distinguido de outros”[18]. A verdade depende do conhecimento que o sujeito tem do objeto, assim a mesma será conhecida a partir do momento em que o sujeito livre de sua subjetividade, estabelece um caminho seguro para a objetividade. Mas dentro de uma estrutura lógica kantiana, se existe uma afirmação de que algo é verdadeiro com certeza também existe o conhecimento que se apresente como falso, pois “com efeito, um conhecimento é falso se não concorda com o objeto ao qual se refere, embora contenha algo que poderia valer com respeito a outros objetos”[19].

Desenvolvendo a linha de pensamento originada em Kant, a verdade não poderia ser universal, uma vez que, um conhecimento que se apresenta falso diante de um objeto, pode ser verdadeiro diante do outro, “é impossível apontar um critério suficiente e ao mesmo tempo geral da verdade”[20]. O conceito equivocado do que é verdadeiro ou falso esta relacionado com o abandono ou desvio que temos do objetivismo em prol do subjetivismo.

É Kant que antecipando o positivismo desenvolvido por Comte (1798-1857), define o que se entende por objetividade e subjetividade, relacionando estes com o conceito de verdade, sendo assim, o “considerar-algo-verdadeiro é um evento em nosso entendimento que, embora podendo repousar sobre fundamentos objetivos, também exige causas subjetivas na mente daquele que julga”[21]. Se é possível aplicar esse juízo às demais pessoas, então podemos “considerá-lo verdadeiro”[22], e esta verdade, que se construiu com a participação da subjetividade, será nominada de *convicção*.

É necessário explicitar essa relação entre objetividade e subjetividade em relação a dois indivíduos, porque “a suficiência subjetiva intitula-se *convicção* (para mim mesmo), a objetiva denomina-se *certeza* (para qualquer indivíduo)”[23], pois a verdade que convence o indivíduo (enquanto um ser) e o agrada, por não constituir-se num conhecimento verdadeiro, pode não convencer aos demais indivíduos, dado que a razão destes pode estar mais próxima do estado de pureza defendido por Kant.

Karl Popper expõe as suas reflexões sobre o conceito de objetividade e subjetividade desenvolvido por Kant, diz que este usa a “palavra objetivo para indicar que o conhecimento científico deve ser justificável, independente do capricho pessoal”[24], sendo assim, o cientista estaria afastando do conhecimento científico, qualquer manifestação de sua subjetividade, ao mesmo tempo em que afirma que, uma vez

encontrada a verdade de um determinado conhecimento, nada mais resta a ser feito. Posição que Popper discorda, pois a sua teoria se desenvolve em torno do conceito de que “as teorias científicas nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis, mas que, não obstante, são suscetíveis de serem submetidas a prova”[25].

Toda teoria científica é verdadeira até que, podendo submetê-la a prova ocorre um determinado momento em que, mantidas as condições iniciais de testes, os seus postulados não mais atenda à proposta de solução desta verdade. Quanto à questão da subjetividade, Popper declina parte da responsabilidade deste conhecimento a psicologia, uma vez que a metodologia não pode resolver aquelas questões que estão fora de seu campo de aplicabilidade.

Embora Popper refute algumas considerações da postura kantiana em relação à verdade-objetividade-subjetividade, reconhece que “Kant foi, talvez, o primeiro a reconhecer que a objetividade dos enunciados científicos está estreitamente relacionado com a elaboração de teorias – com o uso de hipóteses e de enunciados universais”[26], com isso ele propõe que a ciência se afaste da subjetividade, até porque esta pode conduzir os homens a assumir uma postura de não-neutralidade, uma vez que adentram no campo do subjetivismo, também estão sujeitos a sofrer influências advindas das sensações pessoais e mesmo, do campo de vista político, da ideologia exercida pelos mais diversos grupos sociais.

Esta corrente de pensamento que procura afastar a subjetividade, e que afirma ser a objetividade “característica daquilo que é objetivo em qualquer dos sentidos desta palavra. Especialmente: atitude, disposição de espírito daquele que ‘vê as coisas como elas são’, que não as deforma nem por estreiteza de espírito nem por parcialidade”[27], busca um posicionamento também de neutralidade, que pode ser um fator complicador, principalmente quando tratamos das ciências sociais. Estas ciências trabalham com o fenômeno social, e às vezes esta observação pode produzir tanto no cientista, quanto na própria sociedade em geral, sentimentos que podem até, num primeiro momento, contrariar a nossa racionalidade e ainda que contido a sua manifestação exterior, é possível que deixe seqüelas que irão participar do processo de reflexão-construção-reconstrução do conhecimento.

Ainda que se possa citar a experiência de Hans Kelsen na construção de uma norma jurídica e de uma teoria do direito pura, distante o suficiente para não sofrer influências externas e alienígenas à sua compreensão acerca do direito, não é possível afirmar que tal realização seja possível, até porque o que se busca nos dias contemporâneos é a participação ativa da sociedade em todas as fases do processo. Ao contrário do que se possa pensar, a necessidade de participação ativa não advém necessariamente com a construção do Estado Moderno, para Sacadura Rocha ao analisar o direito através da antropologia, “cada grupo social elabora suas regras a partir de bases sociais próprias em uma relação com a natureza e com os outros homens na luta pela sobrevivência, e precisam, portanto, ser entendidas em seu contexto social”[28].

3.1 OBJETIVIDADE, SUBJETIVIDADE, NEUTRALIDADE: O PROBLEMA DA DEMARCAÇÃO DO CONHECIMENTO

Para uma compreensão mais ampla dos problemas que permeiam as questões da objetividade, subjetividade e da neutralidade, é necessário a conceituação do que venha a ser conhecimento científico e conhecimento não-científico. Para Popper a concepção sobre ciência mais difundida desde a época de Bacon é que a

la ciencia se caracteriza por su base observacional, o por su método inductivo, mientras que las pseudo ciencias y la metafísica se caracterizan por su método especulativo o, como decía Bacon, por el hecho de que operan con "anticipaciones mentales", algo muy similar a las hipótesis[\[29\]](#).

Não podemos aceitar este tipo de definição como uma limitação estanque para o conceito de ciência. Mas o que é o indutivismo? Segundo Chalmers, o princípio de indução pode ser assim exemplificado: “Se um grande número de As foi observado sob uma ampla variedade de condições, e se todos os As observados possuíam sem exceção a propriedade B, então todos os As têm a propriedade de B”[\[30\]](#). Partimos de uma observação singular para justificar uma afirmação universal, em outras palavras, do particular para o todo. Sendo assim, os indutivistas dizem que o “conhecimento científico é construído pela indução a partir da base segura fornecida pela observação”[\[31\]](#). Acreditando ter encontrado o conhecimento verdadeiro, como faz o indutivista, nada que venha depois dele, que acrescente ou retire qualquer parte, pode ser levado em consideração. Mas Popper nos diz que isto não ocorre e a Teoria de Einstein provou que nenhum conhecimento é seguro e que no máximo, temos teorias que se aproximam mais da verdade do que outras. A solução para este aparente conflito, ou mesmo crise, que na época dele foi considerado uma afronta aos cânones da ciência e do positivismo, o problema poderia ser resolvido através do “critério de demarcação e da refutabilidade”, onde,

Según esta concepción,

un sistema sólo debe ser considerado científico si hace afirmaciones que puedan entrar en conflicto con observaciones; y la manera de testar un sistema es, en efecto, tratando de crear tales conflictos, es decir, tratando de refutarlo. Así, la testabilidad es lo mismo que la refutabilidad y puede ser tomada igualmente, por lo tanto, como criterio de demarcación[\[32\]](#).

Abrindo a possibilidade de que o conhecimento seja colocado à prova no sentido de refutar a sua verdade, todas as vezes que essa teoria não puder ser superada pelos testes, podemos dizer que a sua objetividade continua intacta e que o grau de subjetividade encontra-se minimizado. O cientista deve estar disposto a colocar a sua teoria no campo da crítica da comunidade científica, não se sentindo coagido ou perseguido por tal circunstância, mas antes de tudo, como uma oportunidade de defender a objetividade de

suas teorias, e a possibilidade de que a mesma possa ser aplicada de forma universal, que é uma das características fundamentais do saber científico.

O problema da demarcação é o ponto de partida para o desenvolvimento de suas teorias, pois segundo Popper, ele “desejava traçar uma distinção entre a ciência e a pseudociência, pois sabia muito bem que a ciência freqüentemente comete erros, ao passo que a pseudociência pode encontrar acidentalmente a verdade”[33].

Uma das razões que ocasionam o freqüente erro na ciência, é que esta requer na construção das teorias o uso do método das conjecturas ousadas, em outras palavras, elaborar “uma teoria com um grande conteúdo — maior, de qualquer forma, que a teoria que, esperamos, será superada por ela”[34]. Esse grande conteúdo permitirá um aumento da base empírica, base esta que estará disponível no chamado “mundo 3”[35] de Popper e que poderá ser consultada e dar origem a construção de novas teorias.

Pode-se dizer que se para Hume a forma de compreensão da ciência se dá via psicologismo, em que a observação e a crença tem papel fundamental. Para Popper o caminho é outro, ou seja, ele precisa descartar o psicologismo de Hume e explicar a ciência pela via objetiva. Ele executa essa passagem do psicologismo para a objetividade, analisando as proposições indutivistas e apresentando asserções de falsidade que derrubam a universalização destas. No entanto, ele não refuta o conhecimento subjetivo, resultado de nossas crenças e observações, mas apenas afirma não ser este um conhecimento científico.

3.2 OBJETIVIDADE E SUBJETIVIDADE: O PROBLEMA DA LINGUAGEM

Com relação à objetividade ainda pode apontar uma outra visão, que antes de ser uma contribuição para a solução do problema, apresenta um complicador a mais. É a teoria apresentada por Gilles-Gaston Granger que se propõe analisar a questão do conhecimento com o olhar do epistemólogo e não do metafísico, pois está em busca do conhecimento científico. O ponto de partida para a determinação deste é o conhecimento sensível, ou seja, o conhecimento que podemos obter a partir de nossas sensações, principalmente por que este tem uma “precocidade e por sua universalidade”[36].

No entanto, este conhecimento é expresso através de uma linguagem carregada de subjetividade, tem símbolos que podem representar a cada interlocutor um conhecimento diferente e dissociado do universal, mas a ciência, cujo conhecimento é universal “deve excluir tais símbolos de sua língua”[37]. A experiência não pode nos revelar todo o conhecimento. A observação não encerra em si mesmo a solução de todos os problemas, este extrapola o sensível puro e deste modo “nasce um desejo de interpretar seu sentido e, em conseqüência, de filosofar”[38].

O conhecimento sensível não é por excelência um modelo para o conhecimento, ao contrário do que pensavam os empiristas. Mas o que é o empirismo para Granger? Para ele “entenderemos por empirismo, mais que um tipo particular de filosofia, um

movimento de interpretação do sentido do conhecimento, de que, parece-nos, nenhum filósofo, nunca, negligenciou totalmente”[39]. É preciso estabelecer os limites para o alcance e o poder deste conhecimento sensível. Portanto, se não podemos simplesmente despreza-lo, também não podemos inferir a ele toda a causa do conhecimento. Para uma melhor compreensão é preciso analisar o movimento do pensamento empirista, e que será feito em três etapas:

A primeira visa o que se pode designar, em termos kantianos, como uma expulsão do transcendental, sob todas as suas formas; a segunda, a reduzir tanto quanto possível – mas também instituir como cálculo – o elemento reconhecido como *a priori*, no conhecimento; a terceira vem assimilar a volta simbólica a um laço de natureza causal.[40]

Nesta primeira etapa, o objetivo é expulsar o que é transcendental de modo a inseri-lo dentro do plano da lógica, estabelecendo uma ligação entre sujeito-objeto-linguagem natural e a linguagem da ciência.

A segunda etapa, que é a de reduzir tanto quanto possível o elemento reconhecido como *a priori* no conhecimento através da lógica, reconhece o papel desta, na determinação do que deve ser o objeto da ciência. Novamente tomando as obras de Bertrand Russel, mais especificamente aquelas relacionadas à lógica, como ponto central do desenvolvimento da sua fundamentação, Granger nos diz que Bertrand Russel nos apresenta a possibilidade de

descrever o mundo numa língua que não comporte nenhuma ‘palavra lógica’, mas apenas o que ele chama de palavras-objetos. Define-as do ponto de vista lógico como palavras que ‘têm um significado, considerado isoladamente’ e do ponto de vista psicológico, como palavras aprendidas ‘sem que seja necessário que outras palavras tenham sido previamente aprendidas[41].

A tentativa de se criar essa linguagem, em que o uso de determinadas palavras ficariam proibidas, Granger diz ser “uma surpreendente confissão de um empirismo radical”[42]. O uso de palavras lógicas como: “todos” ou “alguns”; expressam julgamentos gerais e supõe “um conhecimento exaustivo das possibilidades que a experiência não pode dar”[43]. O próprio Russel admite a possibilidade de que pode existir conhecimento independente da lógica e que são obtidos de modo indutivo. E também de que é “indispensável separar a lógica da psicologia”[44], estabelecendo assim uma compreensão universal acerca dos enunciados lógicos, independente da percepção.

Mas o que retemos do conhecimento é o seu conteúdo total, tal qual pronunciamos, escrevemos ou percebemos, ou existe uma outra forma que esteja intrínseca no discurso lógico? Para Granger, o que retemos do conhecimento é “justamente uma estrutura lógica; e a epistemologia, segundo Russel tem como tarefa ‘dispor em certa ordem lógica as proposições que constituem nosso saber [...]’”[45].

A terceira etapa propõe analisar a relação causal entre empirismo-conhecimento-linguagem, onde Granger diz que podemos entender o empirismo no seu aspecto positivo, consistindo “em conceber todo conhecimento primeiro como receptáculo de conteúdos, mas sem, contudo, ter direito à idéia de ‘conteúdos formais’”[46]. Mas todo conhecimento, sendo ele empirista ou não, precisa de uma linguagem para que o mundo possa ser representado por ela. Mas entre a representação e a apreensão do conhecimento, segundo Russel, está a lógica, que é “o único instrumento de pensamento suscetível de decompor as expressões lingüísticas e fazer aparecer, nelas, as formas constitutivas dos objetos do saber”[47].

O próprio Russel acredita que a linguagem da lógica possa substituir a linguagem natural, mas não faz uma defesa insistente e prefere defender a possibilidade de ser ela um instrumento de análise. No entanto, com relação ao papel da lógica na obtenção do conhecimento, Wittgenstein apresenta uma perspectiva diferente de Russel, pois segundo Granger aquele afirma que “sua realização como sistema de signos é considerada por ele como largamente arbitrária; sua eficácia e sua consistência são as de um sistema de regras operatórias, não de um conjunto organizado de objetos”[48] e assim assume a linguagem natural um instrumento verdadeiro da construção do conhecimento. Contudo, esta linguagem deverá ser formalizada e universal e desprovida de caráter subjetivo, pois Wittgenstein acreditava ser possível a criação desta linguagem.

Com relação à experiência necessária e a lógica, Wittgenstein diz que a mesma é condicionante para a compreensão da empiria, pois “a ‘experiência’ de que necessitamos para entender a lógica *não* é a de que algo está assim e assim, mas a de que algo é: mas isso não é experiência. A lógica é *anterior* a toda experiência – de que algo é *assim*. Ela é anterior ao como, não é anterior ao quê”[49]. Se Wittgenstein acredita na anterioridade da lógica à experiência, não credita a esta a solução dos problemas acerca do conhecimento.

Mas esta limitação quanto à finalidade da lógica, mais propriamente com relação ao conhecimento, não é apresentada somente por Wittgenstein, mas Locke e Hume também tratam deste assunto com cautela, e introduz um novo agente colaborador para a obtenção do conhecimento. Segundo Granger, “para Locke e Hume, não apenas as palavras são ‘os signos das idéias’ mas ainda as ‘idéias’ são os signos das coisas”[50], esta colocação empirista é mais radical que a anterior. Para Locke, não é a lógica que ao nos emprestar a sua estrutura formal, acaba por nos conduzir ao conhecimento, mas antes dela o conhecimento já se produz nas idéias. Crítica mais contundente Locke faz ao silogismo, dizendo que o mesmo só tem utilidade nas escolas, “em que é permitido negar, sem ter vergonha, a concordância entre as idéias que manifestadamente concordam”[51], sendo assim, ele desloca do campo da lógica para o campo das idéias todo o seu edifício do conhecimento. No entanto ele não descarta a possibilidade da linguagem adular a relação última do sentido das coisas.

Para o empirismo o conhecimento é um problema do significado, mas este se recusa a “definir a significação como ato transcendental ou reduzi-la a uma ligação lógica. Mantém-se, pois, o recurso ao psicologismo, que consiste em descrever esta redução como um fato de consciência, ou como um fato público de comportamento”[52]. Mas o que é um fato? Segundo Russel os fatos pertencem ao mundo objetivo e “quando falo de um fato – não me proponho tentar uma definição exata, mas uma explicação, de tal

forma que sabemos do que estou falando – significo a espécie de coisa que torna verdadeira ou falsa uma proposição”[53]. E para Russel “uma proposição é, então, uma crença, isto é um estado de consciência”[54].

3.3 OBJETIVIDADE E SUBJETIVIDADE: IMRE LAKATOS E OS PROGRAMAS CIENTÍFICOS

Para Popper a objetividade do conhecimento científico é colocada à prova quando a teoria se apresenta para os testes de refutabilidade, vencendo-os permanece como verdade objetiva, sendo derrotada, deixa de ser verdade para que uma nova teoria possa assumir seu lugar.

Na proposta inicial de Granger, a objetividade e sua companheira, a subjetividade, o problema pode situar-se no campo da linguagem, uma vez que mesmo sendo o cientista um sujeito-observador, pode, por questões diversas, não fazer uso adequado da linguagem para expressar o que seus sentidos presenciaram. Russel e Wittgenstein tentarão solucionar este problema, com a busca de uma linguagem científica que pudesse ser universal, linguagem está que as ciências exatas, e a música já possuem. Tal projeto mostrou-se impossível, dado as dificuldades de universalização dos significados que compõe a linguagem.

Para aprofundar a proposta de discussão sobre o tema, apresenta-se a proposição de Lakatos para quem

el valor cognoscitivo de una teoría nada tiene que ver con su influencia psicológica sobre las mentes humanas. Creencias, convicciones, comprensiones... son estados de la mente humana. Pero el valor científico y objetivo de una teoría es independiente de la mente humana que la crea o la comprende. Su valor científico depende solamente del apoyo objetivo que prestan los hechos a esa conjetura[55].

O conceito de objetividade e subjetividade é um das construções cognitivas que contribuem para a existência diferenciada entre os homens e os animais irracionais, mas isso não é o suficiente para definir os objetivos de Lakatos. O crescimento científico é uma história sucessiva de progressos e retrocessos das teorias científicas, “las más importantes de tales series en el crecimiento de la ciencia se caracterizan por cierta continuidad que relaciona a sus miembros. Esta continuidad se origina en un programa de investigación genuino concebido en el comienzo”[56].

As afirmações de Lakatos se fundamentam nos seus estudos sobre filosofia e história das ciências, metodologia científica, sendo que Popper fora o seu grande referencial. Seguindo a sua linha de raciocínio, podemos inferir que na ciência moderna, fora Bacon quem iniciou e ao mesmo tempo colocou parte de sua teoria científica em teste, seguindo-se depois de Descartes, Galileo, Newton, Hume e outros, como que num encadeamento lógico de uma sucessão de teorias, onde algumas resistiram e ainda

resistem aos testes, enquanto outras foram “falsificadas”, ou seja, não passaram no teste, sendo substituídas provisoriamente por outras teorias, ou ainda, deixando espaços vagos que aguardam o surgimento de cientistas que proponham novas teorias. A verdade de uma teoria tem o seu tempo determinado pelo surgimento de uma nova teoria, que resista melhor aos ataques do “falsificacismo”, do que as anteriores.

A objetividade pode ser mantida, em contraposição ao conceito de subjetividade, porque “o programa consiste em regras metodológicas: algumas dizem as rotas de investigação que devem ser evitadas (heurística negativa), e outras, os caminhos que devem ser seguidos (heurística positiva)”[57], portanto, o cientista caminha por uma estrada onde a sinalização dos seus limites de demarcação já estão previamente definidos, não como forma de restrição de sua liberdade de abstração, mas como um fanal que orienta a sua formação enquanto cientista, e a transformação do conhecimento científico que adquire durante os sucessivos avanços nas suas pesquisas.

A relação objetividade e subjetividade, que transfere o seu campo valorativo para o conceito de honestidade e desonestidade científica por Lakatos, que nos ensina que “por tanto, la honestidad científica requiere menos de lo que se pensaba: consiste en expresar solamente teorías muy probables, o incluso, en especificar para cada teoría científica, la evidencia y la probabilidad de la teoría a La luz de la evidencia”[58]. Afastando-se a subjetividade, e mantendo a objetividade dentro das metas do programa, e das toras a serem seguidas (heurística positiva), o cientista não incorre no erro de se afastar da verdade, assim como não perde a sua condição de neutralidade, se bem que essa última questão pode ser um fato complicador no campo de algumas ciências, como por exemplo, as ciências humanas.

3.4 A NEUTRALIDADE: A RELAÇÃO CIENTISTA E OBJETO INVESTIGADO

Dentro de uma algumas áreas do conhecimento científico, certamente a neutralidade pode produzir efeitos poucos expressivos, posto que o cientista, ainda que envolvido emocionalmente com o objeto de sua teoria científica, poucas possibilidades teria de sair de seu estado de natureza, como por exemplo, o físico não pode negar que todo objeto soltado ao acaso de uma determinada altura, tende cair ao solo. Ou ainda, um cirurgião cardíaco, não contestaria em seus postulados científicos que o coração de um homem pudesse ser substituído por qualquer outro objeto, que não cumprisse as funções deste órgão.

No entanto, o mesmo não acontece quando trabalhamos no campo de pesquisa das ciências sociais, onde o objeto de pesquisa é o homem. Seria difícil, por exemplo, quando o cientista do direito estivesse disposto a estudar as condições jurídicas do sistema carcerário, ou ainda das relações de família, ou ainda da defesa do consumidor diante dos grandes planos de saúde, não transferisse parte de sua indignação diante de tamanhas injustiças e promessas não cumpridas, principalmente quando se lhe apresenta um Estado que cada vez se mostra mais impotente diante dos problemas de uma

sociedade complexa em toda a sua estrutura, que agora não é mais local e sim global. Mas apesar do possível apelo sentimental de tais afirmações, e do envolvimento direto entre cientista e objeto pesquisado, a neutralidade tem que ser buscada, ainda que o tema seja complexo e tenha que ser tratado com cautela.

Para Popper[59] a questão da neutralidade, que esta associada diretamente com a objetividade, pode ser resolvida com a utilização de métodos científicos, e por teorias que se submetam a teste de falsificabilidade, tantos quantos forem precisos, pois não podem existir enunciados últimos para a ciência. As teorias científicas não possuem uma verdade pronta e acabada, mas se desenvolvem e caminham de acordo com o progresso da sociedade como um todo.

A teoria não está associada com o poder discursivo e pessoal de seu idealizador, ainda que o elemento linguagem e clareza sejam necessários, pois “la mejor teoría es la que tiene mayor poder explicativo: la que explica más, la que explica con mayor precisión y la que nos permite hacer mejores predicciones”[60]. Se este pressuposto é apenas um derivativo da teoria cartesiana de que a clareza é indispensável para o método, Popper, apesar de admitir a possibilidade de interferência de fatores subjetivos de diversas ordens na potência criativa do cientista, expõe na sua teoria uma formas de controle a subjetividade, pois

de este modo, podemos controlar y atemperar con la autocrítica con los más severos tests que podamos planear la libertad y la audácia de nuestras creaciones teóricas. Es por aquí, a través de nuestros métodos críticos de ensayo, por donde el rigor y la lógica entran en La ciencia empírica[61].

O próprio Kant nos afirma que tal preocupação em afastar da razão aspectos que não interessam à construção da verdade, é necessário para nos distanciarmos dos erros, “é humilhante para a razão humana que nada consiga em seu uso puro, e que até necessite ainda de uma disciplina para reprimir os seus excessos e guardá-la contra as ilusões que disto resultam”[62], ainda que o projeto kantiano da construção dessa razão pura, seja motivos de críticas dentro de contextos atuais, como por exemplo, a possibilidade de afastar da razão toda e qualquer experiência exterior que afete a construção de um conhecimento puro, ou seja, do conhecimento por si mesmo, o caso do cientista é um projeto específico de homem, dada a responsabilidade que a humanidade deposita no seu poder de criatividade, reflexão e apontamentos de crises e soluções, principalmente nas ciências sociais, onde o caos se apresenta de forma mais evidente.

Uma teoria científica é aquela que se dispõe a receber críticas e se submeter a testes, não para tentar provar a sua veracidade, mas sim com a finalidade de tentar destruir o seu grau de confiabilidade, segundo as teorias de Popper. Mas se o cientista sai do grau de objetividade necessário, distorcendo o método que propôs seguir, certamente coloca em risco toda a credibilidade de sua teoria e os possíveis benefícios que poderia trazer à sociedade, neste caso, esqueceu-se da posição kantiana ao dizer que “o maior e talvez único proveito de toda a filosofia da razão pura é, pois, tão-somente negativo; serve não como um *órganun* para a ampliação, mas sim como uma disciplina para a determinação

de limites, e em vez de descobrir a verdade só possui o silencioso mérito de impedir erros”[63].

4 CONCLUSÃO

A busca da verdade como um todo, sempre se caracterizou por uma angústia da própria existência humana, no entanto, quando adentramos ao campo da ciência essa verdade assume conotações mais restritas, ainda que a especificidade conduza o cientista a procura de conceitos mais precisos, e que, pelo menos momentaneamente, para parafrasear Popper, possa satisfazer a condição de verdade, ao menos até que outra verdade seja apontada como suficiente para derrubar a sua anterior.

A ciência sabe que a verdade absoluta foge ao seu campo de atividade, e que apenas temos verdades temporárias, que deverão ser vencidas tão logo alguém apresente um projeto mais audacioso de verdade. Mas não podemos falar de ciência, ao menos depois de Francis Bacon, sem antes condicioná-la a um método, não como forma de aprisionamento, mas como um elemento estrutural importante para o desenvolvimento e exposição de uma teoria científica capaz de resistir ao máximo possível, a um conjunto de testes que a sociedade científica irá lhe impor.

A verdade sem objetividade é como uma hipótese falaciosa que se sustente não mais pela liberdade do questionar cientificamente, mas pelo poder de um discurso onde o imperativo é a força bruta, ou ainda, um discurso de apelo à autoridade. É uma hipótese que não se sustenta à prova mais elementar da metodologia científica, ou seja, uma análise da sua estrutura lógica interna.

Não é possível tratar qualquer enunciado ou teoria de forma científica, se na sua estrutura interna não estiver associada a verdade-objetividade-neutralidade, e a forma de estabelecer e manter os limites de demarcação entre o conhecimento científico e o conhecimento metafísico, parafraseando novamente Popper, é com a utilização de um método científico, posição esta também assumida por Lakatos, e disponibilizando este conhecimento para ser refutado, colocado à prova, não como forma de reafirmar sua verdade, mas com o objetivo de buscar inconsistência no seu corpo.

A pesquisa científica implica na utilização de método, ainda que posturas mais recentes como a de Boaventura Santos, defende a liberdade de uma multiplicidade de métodos em segmentos específicos do conhecimento humano, como por exemplo, nas ciências sociais, onde o objeto de pesquisa, que é diretamente o homem e sua complexidade, exija uma maior flexibilidade de métodos.

REFERÊNCIAS

Aristóteles. **Metafísica**. Livro II, Capítulo I. Coleção Os Pensadores. Trad. Vincenzo Cocco. São Paulo (SP): Abril S/A Cultural e Industrial, 1973.

BACON, Francis. **Novum Organum**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo (SP): Editora Nova Cultural, 1999.

CHALMERS, Allan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia – Dos Pré-Socráticos a Aristóteles**. 2 ed. São Paulo (SP): Companhia das Letras, 2002.

GRANGER, Gilles-Gaston. **Por um Conhecimento Filosófico**. Tradução: Constança Marcondes Cesar & Lucy Moreira Cesar. São Paulo (SP): Editora Papyrus, 1990.

HUME, David. **Investigação Acerca do Entendimento Humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo (SP): Editora Nova Cultural Ltda, 1999.

HUISMAN, Denis. **Descartes – Discurso do Método**. Apresentação e Comentários de Denis Huisman. Trad. Elza Moreira Marcelina. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília; São Paulo (SP): Ática, 1989.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Valério Rohden & Udo Baldur Moosburger. São Paulo (SP): Editora Nova Cultural, 1999.

LACEY, Hugh Matthew. **Newton – Vida e Obra**. Introdução da Coleção Os Pensadores: Newton – Leibniz (I). São Paulo (SP): Abril Cultural, 1979.

LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Versión española de Juan Carlos Zapatero. Madrid (Espanã): Alianza Editorial, 1989.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Trad. Fátima Sá Correia & Et all. São Paulo (SP): Editora Martins Fontes, 1996.

LÉLIS, Marcos T. C. **A Epistemologia Popperiana e sua Aplicabilidade na Teoria Neoclássica**. In: PERSPECTIVA ECONÔMICA, 1(2): 100-122, jul./dez.2005 ISSN 1808-575X. disponível em: <http://www.perspectivaeconomica.unisinos.br/pdfs/44.pdf>, acessado em 03/04/2009 às 23:30 hs.

MAGEE, Bryan. **História da Filosofia**. Trad. Marcos Bagno. São Paulo (SP): Edições Loyola, 1999.

OLIVER, Martyn. **História Ilustrada da Filosofia**. Trad. Adriana Toledo Piza. São Paulo (SP): Editora Manole Ltda, 1998.

POPPER, Karl R.. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Trad. Leônidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota. São Paulo (SP): Editora Pensamento-Cultrix Ltda, 1989.

POPPER, Karl R. **Conjeturas j refutaciones - El desarrollo del conocimiento científico**. Barcelona (Espanha): Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1991.

POPPER, Sir Karl R. **Conhecimento Objetivo — Uma Abordagem Evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1989.

RUSSEL, Bertrand. **Ensaio Escolhidos**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. Coleção Os Pensadores. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

SACADURA ROCHA, José Manuel de. **Antropologia Jurídica – Para uma filosofia antropológica do Direito**. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus. Tradução, Apresentação e Ensaio Introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

[1] CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia – Dos Pré-Socráticos a Aristóteles*. 2 ed. São Paulo (SP): Companhia das Letras, 2002, p. 494.

[2] Idem, p. 190.

[3] Aristóteles. *Metafísica*. Livro II, Capítulo I. Coleção Os Pensadores. Trad. Vincenzo Cocco. São Paulo (SP): Abril S/A Cultural e Industrial, 1973, p. 239.

[4] MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. Trad. Marcos Bagno. São Paulo (SP): Edições Loyola, 1999, p. 74-75.

[5] BACON, Francis. *Novum Organum*. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo (SP): Editora Nova Cultural, 1999, Livro I, Aforismos I.

[6] MAGEE, Bryan. Op. Cit. p. 74.

[7] HUISMAN, Denis. *Descartes – Discurso do Método*. Apresentação e Comentários de Denis Huisman. Trad. Elza Moreira Marcelina. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília; São Paulo (SP): Ática, 1989, p. 20.

[8] MAGEE, Bryan. Op. Cit. p. 67.

[9] LACEY, Hugh Mattew. *Newton – Vida e Obra*. Introdução da Coleção Os Pensadores: Newton – Leibniz (I). São Paulo (SP): Abril Cultural, 1979, p. VIII.

[10] OLIVER, Martyn. *História Ilustrada da Filosofia*. Trad. Adriana Toledo Piza. São Paulo (SP): Editora Manole Ltda, 1998, p. 73.

[11] Ibidem.

[12] MAGEE, Bryan. Op. Cit. p. 112.

[13] HUME, David. *Investigação Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo (SP): Editora Nova Cultural Ltda, 1999, Seção I, p. 27.

[14] Cabe salientar que o conceito de verdade no conhecimento tradicional, refere-se ao Um-único revelado, seja pelo mito, seja pelo sagrado (judaico-cristão-islâmico), enquanto a certeza pertence ao contingente da razão humana. A certeza irá substituir a verdade tradicional como afirmação de conhecimento do ser resultado da pesquisa da natureza das coisas. Daí a necessidade da realização da experiência (teoria, objeto e método científicos) como parâmetro da produção de conhecimento útil e real (positivo).

[15] *Idem*, Seção X, p. 110-111.

[16] MAGEE, Bryan. *Op. Cit.* p. 220.

[17] Segundo Lélis, “No início do século passado, formou-se em Viena um núcleo de filósofos que, liderados por Moritz Schilck (1882-1936), desenvolveram uma lógica formal para as idéias positivistas de Auguste Comte (1798-1857). É no interior deste núcleo, denominado “Círculo de Viena”, que se constitui o movimento filosófico ligado à estrutura positivista lógica. Após a Segunda Guerra Mundial ocorre uma dissolução neste grupo; por conseqüência, há uma expansão deste movimento além das fronteiras do “Círculo de Viena”. Alguns autores transferem-se para os Estados Unidos, concebendo o denominado empirismo lógico, nada mais do que um prosseguimento dos conceitos desenvolvido já na Europa”. LÉLIS, Marcos T. C. *A Epistemologia Popperiana e sua Aplicabilidade na Teoria Neoclássica*. In: *PERSPECTIVA ECONÔMICA*, 1(2): 100-122, jul./dez.2005 ISSN 1808-575X. disponível em: <http://www.perspectivaeconomica.unisinos.br/pdfs/44.pdf>, acessado em 03/04/2009 às 23:30 hs.

[18] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Valério Rohden & Udo Baldur Moosburger. São Paulo (SP): Editora Nova Cultural, 1999, Doutrina Transcendental dos Elementos, III, p. 95.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*.

[21] KANT, Immanuel. *Op. Cit.* Doutrina Transcendental do Método, Cap. II, Seção III, p. 487.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*.

[24] POPPER, Karl R.. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota. São Paulo (SP): Editora Pensamento-Cultrix Ltda, 1989, p.46.

[25] POPPER, Karl R.. *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 46.

[26] *Idem*, p. 47.

[27] LALANDE, André. Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia. Trad. Fátima Sá Correia & Et all. São Paulo (SP): Editora Martins Fontes, 1996.

[28] SACADURA ROCHA, José Manuel de. Antropologia Jurídica – Para uma filosofia antropológica do Direito. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2008, p. 18.

[29] POPPER, Karl R. Conjeturas j refutaciones - El desarrollo del conocimiento científico. Barcelona (Espanha): Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1991, p. 312. Tradução livre: “ciência se caracteriza por sua base observacional, ou por seu método indutivo, enquanto que a pseudo-ciência e a metafísica, ou como dizia Bacon, pelo feito de que operam com *antecipações mentais*, algo muito similar às hipóteses”.

[30] CHALMERS, Allan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 27.

[31] CHALMERS, Allan F. Op. Cit. p. 27.

[32] POPPER, Karl. R. Conjeturas j refutaciones - El desarrollo del conocimiento científico. Op. Cit. p. 312. Tradução livre: “um sistema só deve ser considerado científico se fazemos afirmações que podem entrar em conflito com as observações; e a maneira de testar um sistema é, de fato, tratando de criar tais conflitos, é dizer, tratando de refutá-lo. Assim, a testabilidade é o mesmo que a refutabilidade e pode ser tomada igualmente, portanto, como critério de demarcação”.

[33] Ibidem, p. 63.

[34] POPPER, Sir Karl R. *Conhecimento Objetivo — Uma Abordagem Evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1989, p. 84.

[35] Popper não descarta a existência de um conhecimento subjetivo, embora ele trate apenas do conhecimento objetivo. Para demonstrar essa sua posição, ele apresenta a existência de 3 mundos, sendo: o mundo 1 aquele das coisas físicas; o mundo 2 aquele que trata das nossas experiências conscientes (subjetivo) e o mundo 3, que é o mundo dos conteúdos lógicos de livros, bibliotecas e outros meios. (POPPER, Sir Karl R. *Conhecimento Objetivo — Uma Abordagem Evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, p. 78).

[36] GRANGER, Gilles-Gaston. *Por um Conhecimento Filosófico*. Tradução: Constança Marcondes Cesar & Lucy Moreira Cesar. São Paulo (SP): Editora Papyrus, 1990, p. 30.

[37] Idem, p. 30.

[38] Idem, p. 31.

[39] Ibidem.

[40] Idem, p. 32.

[41] Idem, p. 39.

[42] Ibidem.

[43] Idem, p. 40.

[44] Idem, p. 41.

[45] Idem, p. 42.

[46] Ibidem.

[47] Idem, p. 53.

[48] Idem, p. 55.

[49] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Tradução, Apresentação e Ensaio Introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994, p. 241. (os itálicos são do Tradutor).

[50] Idem, p. 61.

[51] GRANGER, Gilles-Gaston. *Por um Conhecimento Filosófico*. Tradução: Constança Marcondes Cesar & Lucy Moreira Cesar. Editora Papirus. p. 62. Apud. LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*, B. III, cap. 7, sec. 2.

[52] GRANGER, Gilles-Gaston. *Por um Conhecimento Filosófico*. Tradução: Constança Marcondes Cesar & Lucy Moreira Cesar. Editora Papirus. p. 62-63.

[53] RUSSEL, Bertrand. *Ensaio Escolhidos*. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. Coleção Os Pensadores. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 57.

[54] GRANGER, Gilles-Gaston. Op. Cit. p. 63.

[55] LAKATOS, Imre. *La metodología de los programas de investigación científica*. Versión española de

Juan Carlos Zapatero. Madrid (Espanã): Alianza Editorial, 1989, p. 10. Tradução livre: “o valor cognitivo de uma teoria nada tem a ver com sua influência psicológica sobre as mentes humanas. Crenças, convicções, compreensões ... são estados da mente humana. Porém o valor científico e objetivo de uma teoria é independente da mente humana que a criou ou a compreende. Seu valor científico depende somente do apoio objetivo que prestam os fatos a esta conjectura”.

[56] LAKATOS, Imre. *La metodología de los programas de investigación científica*. Op. Cit. p. 65. Tradução livre: “a mais importante de tais séries no crescimento das ciências se caracterizam por certa continuidade que relaciona a seus membros. Esta continuidade se origina num programa de investigação genuíno concebido no começo”.

[57] LAKATOS, Imre. La metodología de los programas de investigación científica. Op. Cit. p. 65. Tradução livre: “o programa consiste em regras metodológicas: algumas dizem as rotas de investigação que devem ser evitadas (heurística negativa), e outras, os caminhos que devem ser seguidos (heurística positiva”.

[58] LAKATOS, Imre. La metodología de los programas de investigación científica. Op. Cit. p. 65. Trad. Livre: por tanto, a honestidade científica requer menos do que se pensa: consiste em expressar somente teorias muito prováveis, ou inclusive, em especificar para cada teoria científica, a evidência e a probabilidade da teoria à luz da evidência”.

[59] POPPER, Karl. R. Conjeturas j refutaciones - El desarrollo del conocimiento científico. Op. Cit.

[60] Idem, p. 238. Tradução livre: “a melhor teoria é a que tem maior poder explicativo: a que explica mais, a que explica com maior precisão e que permite fazer melhores predicções”.

[61] Idem, p. 238. Tradução livre: “deste modo, podemos controlar a temperar com a autocrítica com os mais severos testes que podemos planejar a liberdade e a audácia de nossa criações teórica. É por aqui, através de nossos métodos críticos de ensaio, por onde o rigor a lógica entram na ciência empírica”.

[62] KANT, Immanuel. Op. Cit. Doutrina Transcendental do Método, Cap. II, O cânone da razão pura, p. 473.

[63] Idem.

**A AMAZÔNIA DE DJALMA BATISTA: REFLEXÕES SOBRE A OBRA
AMAZÔNIA - CULTURA E SOCIEDADE.**

**AMAZONIA BY DJALMA BATISTA: REFLECTIONS ON THE WORK
AMAZÔNIA - CULTURE AND SOCIETY.**

Juliana Terezinha da Silva Medeiros

RESUMO

O presente trabalho visa à reflexão sobre a Amazônia, suas riquezas, modo de vida, produção cultural e alguns de seus problemas baseado, principalmente, na obra Amazônia - Cultura e Sociedade de Djalma Batista. Trata-se de uma coletânea de cinco textos, organizada por Tenório Telles, publicados em revistas, resultados de ensaios, palestras e exposição em fóruns que apresentam o resultado de trabalhos em diversas áreas do conhecimento de pesquisadores tanto nacionais quanto estrangeiros e retratam o pensamento de Djalma Batista como amazônida e amazonólogo.

PALAVRAS-CHAVES: AMAZÔNIA, DESENVOLVIMENTO, SÓCIO-CULTURA.

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the Amazon, their wealth, way of life, cultural production and some of its problems based, mainly in the book Amazon - Culture and Society of Djalma da Cunha Batista. This is a compilation of five texts, organized by Tenório Telles, published in journals, results of tests, lectures and forums that have exposure on the outcome of work in various areas of knowledge of both national and foreign researchers and reflect the thinking of Djalma Batista as a “amazônida” (who was born in the Amazon region) and ”amazonólogo” (who studies or try to study, observe and think about this region in its various relevant aspects).

KEYWORDS: AMAZONIA, DEVELOPMENT, SOCIO-CULTURE.

1. Introdução

Praticamente o mundo todo já está sensibilizado em relação às questões políticas e sócio-ambientais envolvendo a Amazônia, porém a constatação do problema não é suficiente enquanto não houver mudanças de hábitos e de atitudes, ou seja, mudança de comportamento por parte do Poder Público, da comunidade internacional e principalmente da sociedade brasileira que necessita conhecer o potencial econômico e os atuais problemas envolvendo o bioma amazônico e seus habitantes para então posicionar-se, em uma visão crítica, tendo a oportunidade cobrar o seu direito à

informação e o de participar do processo de tomada de decisões envolvendo questões referentes ao patrimônio natural e sócio-cultural único da Amazônia.

Mais importante ainda é a aquisição desta visão sistêmica da “questão amazônica” por parte da sociedade amazônica, mais precisamente dos povos da floresta, restando clara a necessidade de estudo e reflexão da região sob um olhar social desprovido de idéias preconceituosas, sem objetivar comparar a visão dos grupos sociais amazônicos com a de outros já inseridos no modo de produção industrial, sob pena de estereotipar ou até de desprezar seus habitantes, seu estágio cultural. Necessita-se também analisar o modelo de desenvolvimento imposto desde a chegada dos colonizadores europeus no século XV até os dias atuais.

A visão que a sociedade brasileira tem da Amazônia e de seus habitantes e a visão que o amazônico tem de si mesmo é muito importante para o delineamento do futuro, pois nesta região as relações sociais, projetos de políticas públicas como saneamento básico, saúde e educação são altamente influenciadas pelo aspecto físico-geográfico – um dos aspectos mais importantes para a vida e economia da grande maioria de municípios é determinada pelo regime de vazante e cheia dos rios da bacia hidrográfica amazônica.

Além da floresta, a população possui identificação cultural, econômica e até afetiva com os rios. Estes são como estradas em uma região que quase não possui sistema rodoviário, ou seja, os rios são responsáveis por levar dignidade a milhares de pessoas na Amazônia, seja provendo o sustento, sendo principal meio de transporte - responsável por quase cem por cento de todas as trocas comerciais, lazer, turismo e, inclusive, do acesso a Justiça por meio da “Justiça Itinerante”[2] .

Considerando estes aspectos da região, é sempre de grande valia a contribuição de escritores como Djalma Batista, de quem alguns trabalhos foram reunidos na obra Amazônia - Cultura e Sociedade, na qual se baseia este artigo. Este estudo faz um convite a uma “caminhada” pelos cinco textos contidos na obra acima: Letras da Amazônia, Cultura Amazônica, Idéias gerais sobre a ecologia do homem amazônico, Da habitabilidade da Amazônia e Brancos e índios na formação da Amazônia. Trata-se de textos publicados no final da década de 30 até meados da década de 70 do século passado, mas que demonstram preocupações atuais de alcance até internacional, já que a Amazônia pertence a toda a humanidade. O marco inicial e final demonstra momentos totalmente diferentes com relação à capital amazonense, por exemplo – no primeiro a economia praticamente estagnada devido ao declínio da produção da borracha (com pequena recuperação durante o período da Segunda Guerra Mundial) e no último o reaquecimento da economia agora baseada nas indústrias de eletro-eletrônicos da Zona Franca de Manaus.

Destaca-se que praticamente todas as questões apresentadas podem ser repensadas e rediscutidas a partir de problemas, soluções ou até preocupações existentes à época da produção do trabalho pelo autor, mas que ainda hoje persistem, causam inquietações e clamam por respostas e por soluções pensadas, debatidas e criadas, preferencialmente, mas não exclusivamente pelos habitantes desta Região. Tudo isto demonstra a atualidade e a dinamicidade dos temas em apreço.

2. Letras da Amazônia

Letras da Amazônia é um ensaio publicado em 1938 pela Editora César. Djalma Batista, como o faz em toda a extensão dos textos que integram a obra “Amazônia Cultura e Sociedade”, inicia com uma exaltação à Amazônia, vez que fala da dificuldade que qualquer indivíduo encontra quando se propõe a falar da região em qualquer dos seus aspectos, aventurar-se neste propósito seria: enfrentar senão infinito, pelo menos o indefinido. Sendo isto perfeitamente compreensível já que, em sua visão, a Amazônia é a menos conhecida das regiões da terra. Este quadro não mudou muito atualmente, pois a julgar pela imensidão da região e pela biodiversidade que ainda é necessário descobrir e/ou aprofundar-se em estudo, muito ainda há que ser conhecido e pesquisa.

Neste primeiro texto, o autor cita as principais figuras do que ele chama de “colunas mestras da intelectualidade no extremo norte”.

Referencia primeiramente os primeiros cronistas responsáveis pelos registros das primeiras expedições feitas pelos europeus nesta região: Frei Gaspar de Carvajal com Orellana e padre Cristóbal Acuña com Ursúa., Samuel Fritz , quem levantou o primeiro mapa da região.

Depois passa a expor a trajetória de exploradores e naturalistas, que em seu ponto de vista, eram pessoas curiosas de entender o Mundo Novo, deslumbrados com tantas belezas naturais, que realizavam estudos sob aspectos naturais da região e da vida na região: geografia, zoogeografia, ictiologia, botânica, arqueologia, etnografia, hidrografia, fitologia e outras ciências; o autor sempre comenta que estes estudiosos tinham verdadeira admiração pela região.

Relata o trabalho dos folcloristas; relata o valor literário de suas obras, pois estes profissionais descreviam as lendas, costumes, a língua – como pe. Constantino Tastevin que escreveu uma *Gramática da língua tupi* e Osvaldo Orico que escreveu o *Vocabulário das crendices amazônicas*.

A um outro grupo, Djalma Batista intitula os seus membros de Reveladores da Amazônia; esta parte do texto é importante pois o autor faz uma resenha de alguma das obras dos autores citados - às vezes com riqueza de detalhes – o que aguça a curiosidade do leitor e não deixa de ser um incentivo para a leitura de obras clássicas da literatura amazônica. Neste rol encontra-se Euclides da Cunha que, na opinião do autor, traçou diretrizes seguras aos estudos amazônicos; Alberto Rangel (Inferno Verde) e Alfredo Ladislau (Terra imatura), Araújo Lima (Amazônia), barão de Sant’Anna Nery (Le pays des amazones), Inglês de Sousa (O Missionário), Carlos de Vasconcelos (Deserdados), Ferreira de Castro (A Selva), Aurélio Pinheiro (À margem do Amazonas), Ramayana de Chevalier (No circo sem teto da Amazônia), dentre outros. Ao final o autor destaca a pessoa de três autores “Três nomes de alto porte merecem ser incluídos nesta relação de amazonólogos, mercê de valor e de sua obra”, são eles: Agnello Bittencourt, Arthur Cezar Ferreira Reis e Anísio Jobim.

O autor também faz uma homenagem aos escritores do Amazonas e do Acre. Inicia homenageando os autores já falecidos na ocasião da feitura do texto como Heliodoro Balbi; depois os intelectuais militantes no cenário das letras amazônicas á época como Mário Ypiranga e Violeta Branca.

Em conclusão o autor comunica que sua intenção divulgar sua profunda admiração e divulgar os nomes destes obreiros grandiosos das letras da Amazônia. Também revela que em sua opinião, o verdadeiro símbolo da Amazônia no contexto em que vivia (1938) era a goma elástica.

3. Cultura Amazônica

Estou convicto de que só há uma força, hoje, no mundo, capaz de sustentar os ideais supremos de Liberdade, de Justiça Social e de Paz: é a cultura! (Djalma Batista)[3]

Este ensaio de interpretação sobre a cultura amazônica foi publicado originalmente na Revista da Academia Amazonense de Letras, nº 2, em maio de 1955. O texto se inicia praticamente dando um conselho, fazendo um alerta de que a cultura dos Estado que compõe a Amazônia brasileira é semelhante, e que temos que encarar os assuntos regionais englobadamente. Pensar diferente, só leva a isolacionismos e preconceitos que devem ser abolidos já que vivemos em uma parte do território brasileiro com características comuns que impõem identidade étnica e econômica, o mesmo padrão de cultura, daí a necessidade de se considerar a Amazônia como um todo.

O ensaio preliminarmente traça um perfil demonstrando que tentativa de incorporação das populações indígenas a um modo de organização social do estilo europeu foi feita pelos missionários, cuja principal característica foi a imposição do cristianismo, pois catequizar é a primeira forma, quiçá, a melhor forma de se impor um padrão cultural sobre o outro. Depois veio a política pombalina com a expulsão dos missionários jesuítas que bem ou mal já haviam iniciado um trabalho no sentido de mudar a organização social daquelas populações. Djalma Batista destaca que o movimento da Cabanagem como demonstração de um estágio de evolução cultural por parte desde de seus líderes até o mais humilde caboclo que tomou parte naquele movimento de reivindicação de mudanças sociais. O autor assinala que foi o surto da borracha quem mais impulsionou a cultura, vez que havia bases econômicas favoráveis e nas palavras de Mário Ypiranga “carreou para o Amazonas uma leva de imigrantes do pensamento, paladinos do verso, cavaleiros andantes da prosa”. [4]

Certo que mais importante do que produzir cultura, estes imigrantes vieram mais atraídos pela riqueza da região e possibilidades de sucesso financeiro do que pela nobre intenção de produção cultural. Mas esta imigração trouxe transformação no processo cultural da Amazônia como êxodo para os principais centros urbanos: Manaus e Belém, a monoextração da borracha se sobrepôs à agricultura incipiente de café e cacau, surgimento de jornais nas duas metrópoles amazônicas e outras. Isto tudo se traduziu no que o autor denominou de “ebulição mental”, que, por sua vez, não trouxe reflexos na sua totalidade positivos para toda a região, destacando uma nostalgia sobre um passado de fausto não mais existente, mas que insiste em ser demonstrado através de puro exibicionismo por parte de alguns setores de classes mais abastardas da região.

Esquemáticamente o autor destaca que: em 1955 a base da economia ainda era extrativista, faltando muito para se chegar a uma economia produtiva lucrativa no

sentido capitalista; a questão da má qualidade alimentar que ainda imperava, já que não se produzia diversidade de gêneros alimentícios, sem contar com o consumo irresponsável de certas espécies amazônicas, como os quelônios, levando quase à extinção; mercado, principalmente longe dos centros urbanos, baseado ainda em escambo – o que chamou de sistemas antiquados; pouca conscientização no que tange à escolha dos governantes locais; precárias condições sanitárias – água tratada, condições de moradia, prejudicando a saúde do povo.

Quanto ao desenvolvimento intelectual, em linhas gerais, o autor faz severas críticas à Administração Pública que não primava pelo oferecimento de boas condições educacionais à população, critica o descaso com as universidades públicas no Estado do Amazonas; inquieta-se com o não oferecimento de boas condições de estudos aos jovens; a diminuição da produção intelectual de livros e de artigos publicados em jornais; a baixa criação artística (canções, romances e poesias); relata o desejo de muitos amazonenses de emigrar em busca de melhores condições de vida – às vezes motivado pela falta de estímulo intelectual, vez que, infelizmente, a preparação intelectual não era condição principal para ocupar boas posições na sociedade e sim o bom relacionamento com os detentores do poder e riqueza; isolamento da região - neste caso o autor não reclama do local em si, pois a noção de proximidade ou distância depende de um referencial, mas condena as dificuldades que se tinha de obter informações importantes para o mundo em tempo hábil ou o atraso na chegada dos livros; dificuldade de meios de transporte que pode vir a desanimar até quem viaja para estudar; o baixo salário e o desestímulo à profissão de professor, o que se reflete na descrença no futuro por parte dos estudantes que não se sentem incentivados a estudar; o papel da família e dos estudantes no processo de baixa qualidade educacional, dentre outras mazelas apontadas.

Ao final o autor traça um plano de ação que passa pelo incentivo à criação de universidades no Estado, incentivo ao Magistério, adaptação do magistério às características do interior do Estado do Amazonas como a proteção de professoras primárias nas casas dos seringueiros, visando à própria segurança pessoal; formação de profissionais amazonenses em outros Estados e no exterior, dando condições aos mesmos de retornarem e aplicarem seus conhecimentos no desenvolvimento da região e difundir este conhecimento, multiplicá-lo; instituição de prêmios literários para valorização de criação cultural; o intercâmbio de conhecimento entre as cidades da própria Amazônia como Belém e Manaus; o autor também relata que precisávamos de contatos com inteligências adiantadas de outras terras e de muitos poetas que eternizem nos versos os anseios e sentimentos do povo. É certo que ainda hoje carecemos de intercâmbio cultural e científico no sentido de debatermos as questões mais importantes em relação à desenvolvimento econômico e social, adaptados à realidade amazônica; daí a necessidade de haver contínua troca de idéias entre as mentes adiantadas tanto do Amazonas quanto de outras partes do mundo visando a implantar um modo de produção comprometido com o meio ambiente e com o desenvolvimento social.[5]

4. Idéias gerais sobre a ecologia do homem amazônico

O quarto texto da obra analisada adveio de Conferência pronunciada em agosto de 1961, no Teatro Amazonas, a convite dos estudantes que promoveram uma Semana de

Estudos e Debates. Foi publicado na Revista da Academia Amazonense de Letras, nº 11 de maio de 1963.

O autor destaca que a interação homem-meio é conhecida e discutida a bastante tempo, sendo inegável que um influi na dinâmica de existência do outro. Quando trata da questão do povoamento, escreve que no lado oeste do continente sul-americano viveram e progrediram os Incas, mas na planície (Floresta Amazônica) não houve condições ecológicas para a formação de uma civilização no verdadeiro sentido da palavra e ainda hoje, apesar da grande miscigenação, ainda não se criou uma população numericamente suficiente para fomentar o povoamento e garantir a posse e a exploração da Amazônia. [6]

O texto destaca uma idéia defendida pelo autor, em minha opinião um pouco preconceituosa, que o fato de Amazônia possuir uma das mais altas temperaturas do planetas é fator de diminuição de capacidade laborativa por parte dos habitantes da Amazônia, sendo mister ações que visem a modificar as condições ecológicas, por exemplo: trabalhar nas primeiras horas do dia e ao entardecer; planejamento urbano no sentido de situar bairros residenciais nos lugares de maior altitude; estudo não só físico-químico, mas da dinâmica e processos biológicos dos solos na Amazônia; combate ao desmatamento; melhoramento da alimentação - aqui é destacado o problema do abastecimento insuficiente e do baixo poder aquisitivo da população (problema grave desde 1961!) que é causa de outros problemas sociais como desemprego, fome, prostituição, epidemias, habitações com falta e higiene e conforto - , pois o que se encontrava nas capitais era a escassez de alimentos protéicos e no interior havia fartura ou abundância de alimentos conforme a época do ano; combate a doenças, principalmente as parasitárias - por ser médico, o autor destaca a vitória contra a malária, alcançada à época.

Ao final do discurso, autor lembra que todas as idéias e soluções apresentadas só existirão na dependência de estudos e de pesquisas, de que não se pode deixar de prescindir e considerar a Amazônia como um “corpo harmônico”, em que não se pode quebrar esta harmonia.

5. Da habitabilidade da Amazônia

Trata-se de um trabalho apresentado no Fórum sobre a Amazônia, promovido no Rio de Janeiro, pela Casa do Estudante do Brasil, de 25 a 30 de setembro de 1963, publicado pelo Inpa - Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, em 1965, na série Cadernos da Amazônia, nº 4.

Esta parte da obra se inicia com uma comparação de dados de 1955 entre a Amazônia continental (compreendendo a parte colombiana, peruana, boliviana e brasileira) e os países da África e Ásia localizados na mesma posição geográfica. Dentre elas, a Amazônia é a região com o menor número de habitantes; com a dominação e dizimação do elemento nativo não houve a substituição por grandes massas de imigrantes; na Amazônia a população nativa é bastante reduzida e diluída na figura do miscigenado - caboclo, cafuso - , enquanto nas nações equatoriais da África e da Ásia os autóctenes são maioria superior a 95%; dentro da faixa ao norte ao sul da linha do Equador não há

nenhuma nação desenvolvida econômico e socialmente na África e Ásia, mas apenas América ou na Austrália e sempre nas vizinhanças dos paralelos de Câncer e Capricórnio (o autor usa a expressão “regiões adiantadas” quando se refere àquelas compostas por nações ricas); os dados mostram que a parte equatorial americana é um vazio demográfico, enquanto as regiões correspondentes asiáticas e africanas são superpovoadas e, a seguir, terce comentários que fazem refletir as causas do subdesenvolvimento dos países do sul do globo e da Amazônia como resultado de um processo histórico que, no desenvolver do capitalismo até à atualidade, sempre relegou, com raríssimas exceções, às ex-colônias americanas, asiáticas e africanas o papel de fornecedoras de matéria- prima ao desenvolvimento comercial e industrial das nações ricas européias (hoje, aos Estados Unidos, Canadá e Japão) impedindo o crescimento econômico com justiça social:

Em suma, a parte equatorial americana é um vazio demográfico, enquanto as regiões correspondentes asiáticas e africanas são superpovoadas, e suas características comuns, talvez extensivas às zonas tropicais, são a presença de uma população culturalmente atrasada e vigência de uma economia tipicamente subdesenvolvida. Para Pierre Gourou, os habitantes das regiões tropicais “atingiram um desenvolvimento intelectual e político muito modesto”. [7]

Na apresentação de dados demográficos sobre a região destaca a baixa ocupação demográfica, e mais uma vez enuncia um comentário, um tanto quanto preconceituoso de Pierre Gourou de que “habitualmente, as civilizações atrasadas acompanham-se de densidades fracas”, porém há nações superpovoadas na África e na Ásia que ainda não alcançaram desenvolvimento econômico satisfatório. Da mesma forma, ao tentar explicar as causas do vazio demográfico da Amazônia o autor invoca a falta de imigração sistematizada para a região; cita a imigração nordestina impulsionada pela seca ou pela ambição no período áureo da borracha e na Segunda Guerra Mundial com os soldados da borracha – afirma que este contingente populacional era cultural e biologicamente atrasado, mas exalta sua descendência nordestina (o que demonstra um contra-senso de idéias expostas neste sentido).

Nos dados raciais explica que, segundo pesquisas, foi através do nordestino que se introduziu o sangue negro na Amazônia, pois a escravidão negra aqui foi quase inexistente. Mas predomina o sangue índio na população da Amazônia. O autor discorda da superioridade das raças, mas entende que cultura se assimila e que existe uma superioridade cultural das raças, explicando que o branco da Europa e América do Norte é civilizado não por causa do pigmento da pele ou da conformação do crânio, e sim por ter uma tradição de um milênio de cultura, a que se incorporaram as heranças oriental da Grécia, do Império Romano e do Cristianismo. Também destaca que os índios do altiplano andino eram mais evoluídos culturalmente que os da Amazônia, a julgar pelo legado cultural deixado nas ruínas de Cuzco, Machu-Picchu e Tihuanaco se comparado aos da Amazônia.

Nos dados fisiológicos, por meio da apresentação do resultado de trabalhos de diversos pesquisadores, tem-se que não há diferença entre a fisiologia do homem amazônico e as de outras atitudes.

O dicionário Aurélio afirma que nosologia é o estudo das moléstias. Uma série de doenças tem constituído um entrave para à adaptação do homem ao meio amazônico, dentre elas a mais grave tem sido a malária, cujo maior significado não é letalidade, mas depauperamento e anemia que ocasiona. Após a malária, tem-se a tuberculose, doenças diarréicas e disentéricas – relacionadas a questões sanitárias, de saneamento básico e condições econômicas da população, varíola, febre-amarela, o problema dos mosquitos em geral e pragas, como as de formigas, prejudiciais à lavoura.

Quanto ao clima o texto traz dados sobre precipitação, ensolajamento, direção média dos ventos, nebulosidade média e as altas temperaturas do clima equatorial da Amazônia. Algumas considerações sobre a influência do clima sobre o homem são relacionadas, como a fadiga precoce devido ao trabalho sob exposição solar tão forte; idéias para minorar a ação maléfica dos fatores climáticos sobre o homem como adaptação do horário de trabalho a períodos em que a temperatura não está tão alta; adaptação das moradias e do vestuário ao clima.

Em alimentação e ecologia, alerta para a necessidade de se pesquisar de que a população se alimenta e qualidade destes alimentos. Sabe-se que, em 1961, havia baixo consumo de leite, carne, ovos e seus derivados e que as crianças eram as mais prejudicadas por não disporem de leite para sua alimentação. O autor destaca que a base da alimentação da população concentrava-se no peixe, na mandioca e nas frutas da florestas. Porém, estes alimentos estão sujeitos à época e muitas vezes ao acaso, daí cada habitante necessitar de uma área muito grande para coleta de alimentos naturais. Portanto, apesar de a população ser muito pequena, inexistente base alimentar, obrigando à importação de alimentos – enlatados principalmente; além disso o clima quente e úmido obriga ao consumo de alimentos mais rápido do que no clima frio. É apresentado o resultado de uma pesquisa feita no INPA em que é misturada farinha de soja à tradicional farinha de mandioca, enriquecendo o valor protéico do alimento; assim é interesse destacar que o autor afirma a importância de se introduzir a soja na região e convencer o povo e os fabricantes de farinha de que esse processo é vantajoso – o autor ressalta a importância da soja como complemento à alimentação da população, não com o objetivo de implantar grandes áreas dedicadas à monocultura para exportação, como ocorrer atualmente, acelerando o processo de desmatamento da floresta, e agravando problemas sociais como grilagem de terras.

Quanto à formação econômico-social, o texto enuncia que Arthur Cezar Ferreira Reis caracterizou cinco sociedades formadas na Amazônia: extrativista, pesqueira, agrícola, pastoril e mineradora, nas quais não se incluem os habitantes de Manaus e Belém. Essas atividades têm definido a posição histórica do homem da Amazônia, mas, infelizmente, o fator educação conta pouco na formação social da Amazônia, tendo como resultado sociedades em estágio primário de evolução, à procura de um destino social e econômico.

Como pouco se conhecia sobre a Amazônia, o autor defende a intensificação estudos antropológicos das comunidades típicas de modo a recolher a experiência acumulada através de gerações (atualmente tem-se um problema a este respeito, pois observa-se a absorção do conhecimento tradicional feita por cientistas de poderosas instituições internacionais que tem acesso ao conhecimento tradicional através do conhecimentos de comunidades tradicionais, com isso economizam tempo e dinheiro com pesquisas, utilizam este conhecimento para criação de novos produtos farmacêuticos por exemplo

e não contribuem com a melhoria da qualidade de vida daquelas comunidades); utilização das várzeas para as culturas de ciclo rápido, deixando a terra firme para os vegetais de longo ciclo; implantação de programas de saúde pública com continuidade reforma nos métodos de ensino, de modo a torná-lo ligado à terra – período escolar não pode coincidir com a época das colheitas porque os alunos abandonam a escola para ajudar suas famílias como ocorre com o cultivo da juta, colheita da castanha ou fabricação de farinha (esta solução apesar de ter seu valor social, vez que deste modo a criança aprende desde cedo o valor do trabalho e ainda ajuda a sua família, encontra atualmente óbices em diversas normas de proibição do trabalho infantil, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente nos locais em que há fiscalização oficial) e transformação industrial dos produtos primários na própria região (já se tem notado transformação neste sentido, mas ainda hoje a Amazônia é um grande pólo exportador de produtos da floresta sem nenhuma tipo de beneficiamento). Tudo isto como forma de melhorar a habitabilidade da Amazônia para seu povo, procurando entender, e em muitos aspectos, dominar o ambiente natural pela técnica, ciência e tecnologia.

6. Brancos e índios na formação da Amazônia

O último texto apresentado na obra de Djalma Batista é um ensaio publicado na Revista da Academia Amazonense de Letras, nº 16, dezembro de 1974. Inicia-se com comentários sobre o claro choque cultural estabelecido desde o início entre estes dois povos, influenciando no equilíbrio ecológico entre o homem amazônico e o meio ambiente antes existente pela imposição da cultura (principalmente portuguesa no Brasil) européia, de uma única língua em substituição das centenas aqui existentes, da religião católica através da catequese feita pelos missionários, pela imposição de outro modo de produção sendo o índio reduzido à condição de escravo (apesar desta prática não ter tido tanto sucesso como a escravidão negra no restante do país). Os povos conquistadores nada teriam conseguido na Amazônia se não tivessem recorrido à sabedoria e à ajuda indígena, pois estes sim conheciam a terra, os seus segredos e onde se “escondiam” as riquezas. Ocorre que os contatos entre as duas civilizações nem sempre eram amistosos, o que levou a inúmeros confrontos reais e ideológicos, culminando na aceitação do domínio europeu por algumas etnias por meio da aculturação e na aniquilação de outras, o que o autor chamou de luta racial secular com regressão social e cultural dos índios em alguns aspectos.

Esta luta continuou quando se alargou a fronteira extrativista com o início do ciclo da borracha, com a fuga para locais mais distantes para poder resistir ao extermínio e vem ocorrendo até hoje pois a luta pela posse da terra e defesa da cultura ainda continua no Brasil. A causa indígena nunca foi nem será motivo para o não desenvolvimento da região Amazônica, ao contrário, o mesmo só será alcançado efetivamente levando em conta a vocação natural da região e de seus moradores e comprometimento com o meio ambiente e com o desenvolvimento social

7. Considerações finais

Pensar a Amazônia e o Direito na Amazônia não é tarefa fácil, requer acuidade, paciência, boa vontade, esforço no sentido de procurar fontes fidedignas de pesquisa, interagir com a natureza e com as pessoas que habitam esta região, daí a importância de

se estudar trabalhos feitos por “gente da terra” como é o caso de Djalma Batista. Muitos das questões levantadas há mais de cinco décadas pelo autor continuam atualíssimas e requerem novas interpretações de acordo com a evolução da economia, do mercado de trabalho, da legislação ambiental brasileira – enfim, do papel que a Amazônia e o Brasil ocupam no cenário mundial.

No momento em que os textos da obra “Amazônia - Cultura e Sociedade” foram escritos a defesa do meio ambiente e da Amazônia ainda não era palavra de ordem mundialmente, mas já se pode notar uma preocupação com o desenvolvimento sustentável e com meios de dispor sadia qualidade de vida aos povos da floresta. Hoje em dia vários são os fatores que contribuem para a devastação da floresta: a pecuária, a grilagem de terras, extração madeireira, o atual expansão dos campos de soja (o autor aponta a introdução da soja na Amazônia como algo positivo, caso fosse empregada com o objetivo de oferecer uma melhor qualidade de alimentação ao povo, não para fins de larga exportação somente), reduzindo a floresta a matéria-prima para abastecer as necessidades do mercado internacional, sendo a maioria dos empreendimentos realizadas apenas porque a região dispõe de vastos recursos naturais, apoiados por políticas e projetos concebidos e planejados de fora para dentro, atendendo capital internacional principalmente.

Portanto, o surgimento de consciência ambiental faz com que a população só aceite modelos de desenvolvimento baseados em princípio de justiça ambiental e social, que possuam mecanismos de distribuição de riquezas e condições básicas de saúde aos habitantes da região, que respeitem a vocação natural da Amazônia, os direitos e a cultura das comunidades tradicionais e dos povos indígenas que aqui vivem, para a formação de uma sociedade efetivamente justa, sonho de vários amazonólogos e defensores desta terra, como certamente o foi Djalma Batista.

8. Bibliografia

BRASIL, Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988.

BRASIL, lei federal nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997.

BATISTA, Djalma da Cunha. Amazônia – Cultura e Sociedade. 3ª edição. Organização Tenório Telles: Manaus: Editora Valer, 2006.

MELLO, Thiago de. Amazonas: pátria da água. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

[1] Advogada. Mestranda em Direito Ambiental pelo Programa de Pós Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

[2] A relação estabelecida com as águas na região Amazônica coaduna-se totalmente com os fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos (lei 9.433/1997) , principalmente porque sempre se notou uma gestão que tradicionalmente proporciona o uso múltiplo das águas (art. 1º , IV):lazer, transporte, alimentação, comércio, intercâmbio entre as comunidades tradicionais, acesso à saúde, educação e justiça etc.

[3] BATISTA, Djalma da Cunha. Amazônia Cultura e Sociedade. 3ª ed. Organização Tenório Telles –Manaus: Editora Valer, 2006. p. 97

[4] Idem p. 70.

[5] Preocupação com o atual desenvolvimento sustentável

[6] A interação do homem amazônico com a natureza é nítida , porém trata-se de uma região fracamente habitada. O estado do Amazonas, por exemplo, só alcançou a marca de 02 habitantes/km² nos anos 2000, com praticamente 90% de sua população localizada na capital Manaus.

[7] BATISTA, Djalma. Amazônia Cultura e Sociedade. 3ª ed. Organização Tenório Telles – Manaus: Editora Valer, 2006. p. 116

**A TEORIA PURA DO DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DA CATEGORIA
LITERÁRIA DA NARRATIVA FUNDADORA**

**PURE THEORY OF LAW: A VIEW FROM THE LITERATURE'S CATEGORY
OF PREVIOUSLY NARRATIVE**

Letícia Garcia Rieiro Dyniewicz

RESUMO

Hans Kelsen, em *A Teoria Pura do Direito*, desenvolveu uma teoria do direito positivo baseada em um raciocínio de pureza metodológica a partir da precisão exata do objeto da ciência do direito: as normas positivadas. Dessa forma irá distinguir o direito de outros ordenamentos normativos, afastá-lo da concepção jusnaturalista de direito e creditá-lo uma suposta racionalidade. No entanto, percebe-se da análise da obra, que o dito ideal de pureza é obtido camuflando escolhas políticas feitas a priori. Portanto, esse trabalho irá utilizar a categoria do mito, que pode ser definido como uma narrativa fundadora, ou seja, uma fala que tem um lugar especial no imaginário humano, para desvelar valores encontrados na obra kelseniana. Principalmente para explicitar como a racionalidade é usada para encobrir esses ideais.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA PURA DO DIREITO, RACIONALIDADE, MITO, NARRATIVA FUNDADORA.

ABSTRACT

Hans Kelsen developed in his work *Pure Theory of Law* a study of positive law based in a thought of methodological purity. This is done because the science is defined by a very precise object: the positive rules. On this way the author will distinguish the law of other normative orders. It will put it further from the jusnaturalistic conception of law and it will give for the law a very specific kind of rationality. Although, it can be seen in his work, that the purity ideal is reached by hiding some political choices. So, this work will utilize the category of myth, which can be defined as a previously narrative, or in other words, it is a speech that have a special place in human's imaginary. It aims based on this category look forward the values hidden by the discourse of neutrality.

KEYWORDS: PURE THEORY OF LAW, RATIONALITY, MYTH, PREVIOUSLY NARRATIVE.

1. INTRODUÇÃO

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, publicada pela primeira vez em 1934, apesar de já ter sido insistentemente analisada, é lugar obrigatório de passagem para todos que desejam conhecer a teoria do Direito. Assim revisitar essa obra não é apenas um exercício de lógica, mas também de compreensão da realidade do estado liberal que ainda persiste na atualidade, apesar das inúmeras alterações de ordem jurídica, política e econômica que esse sofreu desde a metade do século XX.

Kelsen está estritamente vinculado a uma visão de mundo racionalista – característica presente na maioria dos estudos desse tempo. Reflete diretamente o período entre guerras em que está inserido, no qual a ciência estava sendo questionada e revista. Seu trabalho irá reafirmar ideários colocados pelo Estado moderno, que teve início logo após a Revolução Francesa, como o individualismo, a racionalidade e o universalismo. No entanto, tudo isso será velado atrás de um véu de racionalidade.

Esse trabalho propõe-se a analisar as possíveis ligações que existem entre a ciência do direito e o mito da racionalidade. O mito será aqui empregado como uma categoria de teoria literária chamada por François Ost de narrativa fundadora. A idéia desse estudo é que a narrativa fundadora é uma narrativa que esconde em suas frases sentidos que não podem ser captados em uma leitura mais apressada.

Segundo Ost, o homem cria o seu mundo como também cria suas histórias, e o direito é mais um desses discursos criados pelos seres humanos para legitimar e limitar o poder. Por isso, Ost afirma que inventamos estruturas e fingimos que elas são realidades. Vale, portanto, também para o direito a regra do “como se fosse verdade” tão conhecida na literatura.

Muitos são os trabalhos que estudam o direito como literatura e sua contribuição para o estudo do direito pode ser muito profícua, principalmente no que diz respeito aos assuntos ligados à Filosofia e Teoria do Direito. Isso ocorre principalmente porque ambos fundamentam-se na linguagem para sua criação, além de se utilizarem muito da interpretação em seus estudos.

É preciso, portanto, pensar quais as contribuições e em que sentido os estudiosos do direito podem usar a literatura para uma melhor compreensão do seu objeto. Essa análise deve ser feita de forma responsável, não apenas com caráter ilustrativo.

Portanto, esse artigo divide-se em duas partes. Na primeira, o objetivo é dar um panorama geral do que é o mito e a narrativa fundadora, além de apontar as aproximações entre direito e literatura. Já, na segunda, o que se busca é analisar “A Teoria Pura do Direito

2. CONCEITO DE MITO OU NARRATIVA FUNDADORA

O mito pode ser definido como uma narrativa, como o faz Everardo Rocha, em sua obra intitulada “O Que é Mito”. A partir dessa única colocação inicial é possível começar a pensá-lo como uma categoria de teoria literária, ou seja, o mito é equiparado à narrativa fundadora – opção escolhida para ser desenvolvida nesse trabalho. Privilegia-se aqui encarar o mito como uma narrativa fundadora, ou seja, uma fala que tem um lugar especial no imaginário humano e que constitui, portanto, a idéia adotada por Cornelius Castoriadis, de identidade coletiva[1]. Faz parte das categorias simbólicas que o ser humano adota em sua vida. Assim:

(...) o mito não seria uma narrativa qualquer. Se assim o fosse ele se descaracterizaria, perderia sua especificidade. Seria tragado, submerso pelo oceano de narrativas, falas e discursos humanos. O que marca o ser humano é justamente sua particularidade de possuir e organizar símbolos que se tornam linguagens articuladas, aptas a produzir qualquer tipo de narrativa. (...) O mito é, então, uma narrativa especial, particular, capaz de ser distinguida das demais narrativas humanas.[2]

Além disso, o mito geralmente constitui uma narrativa que fala sobre a origem do homem, da vida, do universo, de línguas, etc. Portanto, freqüentemente, vem para desvelar um fato misterioso, que não se sabe ao certo quando ocorreu. Suas explicações sobre esse fato incidem de forma hipotética, pois não é possível precisar exatamente como nem quando aquilo ocorreu. O interessante é que, apesar de todo o afã para se desvelar um mito, não, necessariamente, auxiliará entender a realidade presente, ou seja, saber o que realmente aconteceu na origem não é primordial para explicar os fatos que se pretende.

Outra característica do mito é o fato de ele não se dar em uma linguagem denotativa, ou seja, de forma direta, objetiva e clara. Aparece sempre em linguagem conotativa, ou seja, em linguagem figurada, assemelhando-se muito a uma fábula. É o caso, por exemplo, do mito do Édipo interpretado pela psicanálise, pelo direito, pela antropologia. Nesse arquétipo mitológico, Sófocles ao relatar uma história a recheou de personagens tão afeitos à realidade, que sua narrativa transformou-se em mito para explicar diversos aspectos da vida humana e de suas relações sociais.

Outro aspecto levantado por Claude Lévi Strauss é que o mito está muito próximo da linguagem e também da música. A primeira se dá em três níveis: o fonema, as palavras e a fala, os quais se encadeiam para permitir a fala; a música é uma combinação de fonemas que geram frases, portanto, não é usada a categoria das palavras, e assim lhe falta a significação das palavras; enquanto no mito, os fonemas não existem, apenas as palavras e as frases. Disso resulta que não há um som puro na estrutura da mitologia, ou seja, a história narrada pelo mito esconde algo que não fica muito claro a partir das frases que lemos. Ele opera exatamente como se tivesse a intenção de não deixar evidente seu objetivo. Assim:

Um mito não nos mostra seu significado básico, fundamental, através da seqüência dos acontecimentos tal como são apresentados na estória linear que lemos normalmente. Temos que perceber o mito como se percebe uma totalidade, só assim perceberemos seu significado.[3]

Portanto, é necessário ler um mito apoiado em grupos de histórias que se relacionam com ele, mas que não necessariamente estão contidos nele. Precisa-se percebê-lo como uma totalidade, não na linearidade da escrita, pois fatos apresentados aqui podem se relacionar diretamente, apenas com outros que estão muitas páginas adiante. Parece muito claro nesse ponto sua aproximação com a literatura.

O importante papel que a literatura pode ter dentro das ciências sociais é afirmado por Barthes na seguinte proposição:

(...) a literatura não diz que sabe alguma coisa, mas que sabe de alguma coisa; ou melhor: que ela sabe algo das coisas – que sabe muito sobre os homens.[4]

Assim, é preciso pensar quais as vantagens e desvantagens de pensar o direito a partir do uso de categorias literárias. É necessário tomar cuidado com os possíveis problemas que podem se originar da relação entre Direito e Literatura. François Ost faz uma análise detalhada desse estudo comparado que será tratado aqui

Ost acredita no papel da literatura como libertadora dos possíveis, das mais diversas significações, colocando as convenções em desordem, enquanto o direito codificaria a realidade em nome da segurança jurídica[5]. A literatura exerce papel crítico por meio do cômico e do escárnio, investindo contra o direito com suas gargalhadas. A narrativa também pode mostrar as desordens que conduzem a um excesso de direito, ou seja, o direito aplicado ao pé da letra. Nisso desembocam personagens cheios do direito, ou “loucos de direito”, como é o caso do Mercador de Veneza[6].

Enquanto na literatura, os personagens podem ser tomados de ambivalências e até mesmo permutar de papel durante a narrativa, no direito são criadas pessoas, que se arrogam de direitos e deveres já anteriormente dados – é um papel estereotipado. Assim:

Nesse real movediço e complexo, o direito faz escolhas que se esforça pra cumprir, em nome da “segurança jurídica” à qual atribui a maior importância. Entre os interesses em disputa, ele decide; entre as pretensões rivais, opera hierarquias. Assim o exige sua função social que lhe impõe estabilizar expectativas e tranquilizar angústias.[7]

O direito preocupa-se sempre em contemporizar situações, classificá-las, engessá-las, pois seria próprio de sua natureza, assim como também seria esse o papel da ciência moderna. Enquanto isso, a inversão de papéis da literatura pode abalar simbolicamente as convenções sociais. Exemplo claro disso são as fábulas, onde se joga sistematicamente com as mudanças de escala. Dessa maneira é que Alice ao atravessar o espelho, onde nada mais é como do outro lado, “cresce desmedidamente para denunciar a arbitrariedade posta pelo Rei e a Rainha”[8]. Barthes também faz uma comparação muito interessante da ciência com a literatura:

(...) a literatura trabalha nos interstícios da ciência: está sempre atrasada ou adiantada com relação a esta, semelhante à pedra de Bolonha, que irradia de noite o que aprovizionou durante o dia, e, por esse fulgor indireto, ilumina o novo dia que chega. A ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa.[9]

Resta claro dessa afirmação o quanto a ciência é dura em relação à vida humana, o quanto ela deixa de lado sensibilidades, anseios, desejos que se manifestam nas relações sociais. Portanto, ignora um importante dado humano, escondendo-o dentro do véu de racionalidade e universalidade. Por isso, a racionalidade pode ser apresentada como um mito, ou seja, como uma narrativa construída pelo homem em busca de operações lógicas e rápidas que dessem conta de explicar o mundo moderno que se instalava com a Revolução Industrial. Assim também, funciona o direito, que procura o geral e abstrato, enquanto a literatura se desdobra no particular e concreto. Ost observa que essa imersão no particular pode ser o caminho mais curto para se chegar ao universal.

A afirmação anteriormente feita remete-se à dialética. Assim Ost se pergunta a respeito do direito e da literatura:

Em que sentido podia Platão ver aí dois imaginários reais se eles não atuassem, ao menos em parte, no mesmo terreno? [10]

Então, a partir da teoria de Cornelius Castoriadis é possível ver que o Direito não se contenta em defender posições instituídas, mas supõe a criação imaginária de significações sócio-históricas novas e a desconstrução dos significados a que se opõe. No direito se agitariam as “forças vivas da consciência social”, e só parte desse é transposto às normas, portanto nada é tão pacífico e engessado. Seria por meio de revoluções e refundações políticas capaz de mobilizar os recursos do imaginário coletivo.

Segue daí que a jurisprudência é a parte dramática da legislação, pois mistura a ficção oficial dos códigos e as ficções vividas pelos personagens singulares da vida real. Desse modo, a norma por vezes se apodera da literatura e o contrário também ocorre. A dialética entre literatura e direito vem da inspiração comum de ambos, ou seja, a linguagem. Dessa forma afirma Ost:

Em vez de um diálogo de surdos entre um direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda convenção, ciosa de sua ficcionalidade e de sua liberdade, o que está em jogo são empréstimos recíprocos e trocas implícitas. Entre o “tudo é possível” da ficção literária e o “não deves” do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto.[11]

Sendo assim, o direito para Ost se originaria na narrativa e não nos fatos. Seria como se, de todos os roteiros que a ficção imagina, o direito selecionasse uma intriga tipo, a qual

é normatizada sob forma de regra imperativa acompanhada de sanção. Ou seja, a literatura mostra intrigas e o direito escolhe roteiros. É assim, que muitas vezes

entre direito e literatura, os jogos de espelho se multiplicam, sem que se saiba em última instância qual dos dois discursos é ficção do outro.[12]

Nesse ponto, o autor questiona-se a respeito dos ganhos do direito com o estudo da literatura. O primeiro ganho, apontado por Ost, e também, o mais superficial de todos é a erudição, que seria capaz de instruir a objetividade de uma demonstração jurídica com as citações literárias. No entanto, isso reduz o poder de força que a literatura tem, pois ao retirarmos frases soltas de seu texto, a literatura passa a ser apenas uma mensagem.

A segunda função apontada pelo autor é a de subversão crítica. A literatura pode usar a língua para dar voz ao outro, ao recalcado, ou seja, ela dá voz as minorias. É a função de conversão fundadora, não apenas se dando a pensar, mas também a valorizar e em seguida prescrever. Assim, a exploração do avesso do cenário jurídico produzirá tanto um saber crítico das constituições jurídicas como um começo de refundação destas com base em um conhecimento ampliado dos poderes da linguagem e do conhecimento da razão prática.

Ost acredita na necessidade de dar fundamento filosófico a essa postura aqui apontada. Para tanto é preciso fazer uso de fundamentos de filosofia da história, filosofia do direito e filosofia da literatura. Para que isso fique claro, o autor irá analisar através da tragédia a forma que as paixões instituíram as cidades, pois esse é o primeiro exemplo de influência da literatura no direito ou nas formas de organização de poder[13].

Assim, é que, na Antígona, Sófocles coloca na boca do coro que “as paixões que instituem as cidades, o homem as ensinou a si mesmo”, ou seja:

(...) na origem das instituições políticas e dos códigos, há pulsões, aspirações, todo um jogo de paixões. Por outro lado- segundo motivo de espanto - , a educação que transformou essas paixões em leis cívicas: “o homem as ensinou a si mesmo”. Como se pode ensinar a si mesmo? Essa forma reflexiva abre todo o direito para a realidade paradoxal da criação: com o homem e sua capacidade imaginativa surge algo que não se reduz nem ao dado natural nem às evidências analíticas.[14]

Castoriadis desenvolve essa idéia em Instituições Imaginárias da Sociedade, onde irá explicar que o “outro”, a moeda, o cidadão e as cidades são todos elementos criados pela nossa capacidade imaginativa. Ou seja, surgem das grandes narrativas que o homem conta a si mesmo. A partir daqui é que Ost irá explicar o porquê da pertinência de conceitos como a comunidade narrativa e narrativa fundadora.

O exemplo citado de comunidade narrativa é o utilizado por Sandel e Taylor, quando mostram como uma comunidade política está ligada a um imaginário histórico partilhado e quanto sua identidade é devedora da interpretação de mundo produzida pelas narrativas fundadoras. Assim, as Constituições escritas pelos juristas seriam o

relato histórico da moralidade política dessa comunidade, ou seja, as mitologias da sociedade moderna.

Outro ponto que Ost irá analisar é o papel da obra de arte. Essa teria o papel de descerrar o olhar a partir das variações imaginativas. A partir da obra, uma forma é carregada de significações e esse surgimento é um evento único, é o gesto da *poiesis*, ou seja, um sentido que adquire forma. Seria a contra-criação, pois romperia com a concepção de mundo herdado e construiria novos referenciais. É como se ao liberar uma forma nova, o artista revelasse o vestígio de um sentido, o vestígio de uma forma que dormia no imaginário coletivo, e, assim, uma imagem passa de ato a potência[15].

Esse desafio de criação que o homem tem trata-se de sua “pretensão de se igualar ao criador”[16] e de uma vontade de ter acesso à árvore do conhecimento. A verdadeira radicalidade desse gesto poético está na dupla inversão que ela prepara: inversão do possível e real e inversão do singular e universal.

Na inversão do possível e real, a obra de arte testemunha que o real é apenas uma modalidade do possível. O conhecido é apenas uma região localizada do pensável. Nesse sentido, Adorno coloca que “a realidade deve imitar as obras de arte”[17]. Já, na inversão do particular e universal, o imaginário propõe intrigas singulares que têm por efeito desarranjar o unívoco formal que gostaria de codificar todo o real. Dessa forma:

Poder-se-ia dizer que a obra de arte altera o universal e, fazendo isso, convoca o julgamento estético que Kant chamava “reflexivo”, como se a figura singular convocasse uma forma enriquecida, diversificada, de universal. A obra de arte certamente não refuta a verdade estabelecida – faz algo melhor: ela a multiplica infinitamente.[18]

É importante nesse contexto entender a recepção da obra de arte que é explicada por Ost nesse mesmo texto. Dessa análise é possível verificar como o texto jurídico também é percebido dessa forma. Portanto será explicitada a teoria da tríplice *mimesis* de Paul Ricoeur. Segundo essa teoria, a *mimesis* Dessa forma irá distinguir o direito de outros ordenamentos normativos, afastá-lo da concepção jusnaturalista de direito e creditá-lo uma suposta racionalidade. *I* é o momento da prefiguração, ou seja, da pré compreensão partilhada do mundo da ação; a *mimesis II*, é o momento em que o artista configura; e, por último, a *mimesis III*, ocorre quando o leitor espectador refigura a obra. Assim, a obra de arte tem papel mediador entre o campo histórico do agir e as questões práticas, diminuindo a distância entre ser e dever ser, e, assumindo a literatura, um papel de estrutura pré-narrativa.

Portanto, a experiência está à espera da narrativa e dos leitores. Da mesma forma o mundo do texto estaria suspenso, e o leitor, que não é terra virgem, ou seja, cada qual vem imbuído de sua concepção de mundo, que é sempre valorativa, fundiria seu horizonte com o horizonte do texto. Nesse ponto é evidente também a semelhança entre a literatura moderna e o mito porque ambos, muitas vezes, não deixam evidente a conclusão a que o leitor deve chegar. Por isso, a necessidade de esse leitor realizar a leitura responsável, ou seja, responder à expectativa do autor (*answerability*) e também responsabilizar-se moralmente na criação da obra (*responsability*)[19].

Essa leitura transforma o leitor que sempre está em busca do sentido de sua própria história. A literatura sob essa perspectiva funciona como um laboratório ético, onde não há restrições morais. Ou seja:

Laboratório do julgamento ético em situação, a literatura submete nossas convicções a diversas experiências de pensamento e variações imaginativas. Alheia a todo dogma moralista, mas também a todo meio asséptico que estaria de algum modo fora do bem e do mal, a literatura cumpre uma função de descoberta e de experimentação prática: os mais variados roteiros, e suas avaliações correspondentes são propostos ao julgamento prático.^[20]

Mais tarde, os valores aqui antevistos deverão passar pelo crivo da moral e suas exigências de universalização. Passado esse texto, o valor, que nesse meio tempo terá sido colocado em cheque com valores contraditórios, assumirá a forma, e eventualmente a sanção, da norma instituída. Mas a ética e a narrativa retomarão seu direito a partir do momento em que, por sua vez, essa norma for confrontada com o julgamento moral em situação. Assim, nos tribunais, as questões ressurgem:

surgirão conflitos de dever, apresentar-se-ão situações inéditas que levarão quem decide a reatar com a sabedoria prática, e às vezes com o trágico da ação: escolher não entre o branco e o preto, mas entre o preto e o cinza, ou, pior ainda, entre o cinza e o cinza, ou o cinza e o preto.^[21]

Por último, Ost analisará as diferenças entre direito contado e direito analisado. A teoria do direito analisado trabalha sempre de forma estanque com as categorias do ser e dever ser. O direito é capaz de criar seu fato. Com isso, a prática jurídica não cessa de relativizar a distinção de fato e direito, principalmente no plano da validação. Exemplo disso é a norma fundamental kelseniana, reconhecida pelo seu criador como uma ficção, e que, portanto, teria sua base em uma narrativa fundadora. Assim, a verdade atribuída aos entes que o direito cria e também aos entes que ele cria para se legitimar são construções, ou seja, far-se-á “como se” tudo fosse verdade. Essas ficções que o direito cria são os indicativos da natureza real da discursividade jurídica como um todo.

Já, a teoria do direito contado, admite o direito instituído pela teoria dos atos de linguagem. Dá importância às regras constitutivas, que irão produzir novas instituições. Olha o direito como se ele escrevesse roteiros deixando margens de improvisação para suas partes. Assim, é preciso que os atores concordem em entrar no jogo, que seria o caráter da força performativa. Portanto, o direito contado preocupa-se antes com a coerência narrativa do raciocínio e evidencia a importância da interpretação dos textos.

Dessa forma, Ost critica o racionalismo do direito analítico. O homem precisa também de satisfações simbólicas. Portanto, o direito precisa tanto de um elemento simbólico quanto de um elemento estratégico. Esse direito analítico puramente racional não seria ideal para pensar as transformações sociais e históricas.

Enquanto que os riscos do direito contado seriam a expansão exagerada do subjetivismo, portanto, o formalismo jurídico não deve ser abandonado; e, o fechamento do direito num comunitarismo autoritário e intolerante. Assim, há a necessidade de um momento ético-narrativo de instituição de valores, ou seja, o valor eleito deve se submeter ao teste da universalização e da objetivação.

A partir desses apontamentos é possível pensar como a construção do mito como narrativa fundadora é uma categoria válida para se pensar “A Teoria Pura do Direito” como uma criação racional que esconde sob o mito de uma suposta neutralidade suas reais pretensões políticas.

3. A TEORIA PURA DO DIREITO

O século XVIII marca o início do processo de racionalização das ciências sociais. Influenciados em grande medida pelo Iluminismo e também pela Revolução Industrial os juristas e cientistas sociais da época desenvolvem um processo que culminará no positivismo. Essa trajetória é marcada por fortes tendências de afirmação de uma cultura individualista, secularizante e liberal[22].

Segundo Norberto Bobbio, até essa época, o direito natural e o direito positivo coexistiam dentro da palavra direito. Tendo momentos em que um prevalecia sobre o outro, como, por exemplo, é o caso do direito natural durante a Idade Média. Significa dizer que até então, os juízes não estavam estritamente vinculados a um ordenamento jurídico produzido por um órgão legislativo. Podiam decidir de acordo com normas de costume, julgados anteriores realizados por outros juízes e também baseados em juízos de equidade, que resultavam de análises do caso concreto, que podem ser considerados princípios da razão natural[23]. Cabia ao Estado apenas a função de nomear o juiz – o que podia acontecer das mais variadas formas, como, por exemplo, o sorteio ou a eleição.

Esse paradigma muda com o advento do Estado Moderno, no qual passa a existir um aparato estatal realmente desvinculado da sociedade civil. No mesmo momento no campo das ciências está ocorrendo outra revolução. Essa passa a se basear em critérios de experiência, objetividade e universalidade insuflados principalmente pela necessidade que surgia de desenvolver tecnologia e ciência, já que as transformações econômicas e sociais causadas pela Revolução Industrial eram sentidas em todas as áreas. Pode, portanto, definir-se a filosofia do positivismo nas seguintes palavras:

O positivismo como filosofia geral faz a defesa de um conhecimento científico gerado pelas observações empíricas e pela experiência dos fatos, utilizando-se de metodologia própria das ciências naturais, da matemática e da lógica. Historicamente, o positivismo resulta de um longo processo de desenvolvimento das ciências naturais que vem do século XVII e XVIII.[24]

Hans Kelsen é o principal representante do positivismo jurídico no século XX, além de herdeiro da tradição kantiana, a partir da qual desenvolve sua teoria. Segundo Kant, todo objeto, para que seja conhecido, depende das categorias *a priori* do entendimento. A razão desempenha um papel unificador de modo que “toda ciência produz seu objeto ao percebê-lo como uma totalidade significativa”[25]. Dessa forma, afirma Kelsen:

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.[26]

Assim, o autor acredita que o direito como ciência só adquire sentido a partir da construção, que é feita essencialmente pela linguagem, de um ordenamento. Será esse ordenamento jurídico unitário que dará significação ao conjunto de normas estabelecidas e que, *a priori*, nada mais eram que normas caóticas desorganizadas não dotadas de sentido. Isso tornará o ordenamento coerente e o fará unitário, sem contradições.

Portanto, em “A Teoria Pura do Direito”, influenciado pelo espírito da época, que estava centrado na racionalização das ciências sociais, aproximando-as das ciências naturais, imbuíu-se de construir uma teoria do direito que pudesse ser chamada de ciência. Para isso, buscou separar do Direito conceitos políticos, religiosos e morais. Excluiu dessa teoria também questões relativas à justiça.

O autor atinge seu objetivo porque consegue separar o objeto específico da ciência do direito, nomeando então as normas como objeto do direito, as quais são descritas pela teoria do direito por preceitos. Alcança sua meta porque fez uso da teoria do conhecimento para fazer essa determinação tão difícil de ser obtida nas ciências sociais. Essa dificuldade ocorre porque:

aqui o sujeito interfere com sua subjetividade na presença do objeto. O próprio sujeito se converte em objeto de observação, ou se não é ele mesmo, são seus trabalhos, seus produtos culturais, - entre os quais se encontra o direito - onde sempre permanece presente e continua permanecendo como seu criador.[27]

Dessa forma é sempre difícil identificar o objeto, que se encontra entrelaçado com o sujeito e se confunde com a linguagem que também resulta da interação do sujeito com o objeto. Essa seria sempre a dificuldade das ciências sociais. O mérito da teoria kelseniana é, portanto, ter conseguido separar o ser do direito do que deveria ser o direito. Assim, afirma:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.[28]

Afastou, portanto, qualquer juízo valorativo que não seria próprio da ciência. Dessa forma, elaborou uma teoria pura na medida em que seguiu os postulados kantianos porque elaborou uma análise totalmente racional, contemplativa de seu objeto, sem que sofresse influências de experiências empíricas, portanto, a teoria do direito é pura “enquanto possa proporcionar os critérios ou princípios formais mediante os quais o entendimento pode apreender ou captar o jurídico”[29].

O resultado disso é uma teoria que capta muito bem a forma do direito, mas não seu conteúdo. Já que ao se perguntar o que é o direito e tentando analisá-lo racionalmente elimina qualquer espécie de contingência, da qual o conteúdo normativo faz parte, pois, esse sempre varia com o tempo e o lugar. Não queria de forma alguma teorizar a respeito de um determinado ordenamento jurídico específico, nem de normas específicas, mas, sim, sobre o que o direito teria de universalizável. Assim, que de uma análise puramente lógica o que sempre resta é a forma, e é o que faz Kelsen ao descrever o direito em sua teoria. Assim:

Esses conceitos jurídicos adquirem também o caráter de *a priori* lógicos, enquanto que uma consideração particular do conteúdo concreto de uma ordem jurídica específica é conhecido *a posteriori*, e implica uma revisão de elementos que possuam uma natureza extranormativa.[30]

Conseqüentemente, a teoria pura do direito com seu caráter essencialmente formal, explicará muito bem abstratamente o direito, mas ficará afastada dos problemas da “vida real” do direito. Juan Serra compara essa dificuldade com a de um geômetra. Esse estaria preocupado com as figuras e formas geométricas, enquanto caberia a um físico, preocupar-se com o material com o qual essas formas são feitas, suas possíveis utilizações e características para que possam ser empregadas.

Do mesmo modo, a teoria do direito de Kelsen abstém-se de se preocupar com o conteúdo das normas, bem como se elas são justas ou não, assim como com sua aplicação. A pureza portanto:

Está na forma de olhar, não na coisa que se olha. A forma de olhar determina a coisa vista, mas se reconhece que ela é algo a mais. A pureza se limita ao que se pode dizer com as categorias racionais. A Teoria Pura do Direito é uma teoria pura do direito, não uma teoria do direito puro.[31]

Dessa forma, percebe-se que a preocupação do jurista austríaco era essencialmente separar o conhecimento jurídico da política, para que fosse possível uma análise daquele sem que o direito ficasse à mercê de um determinado ideário político ou econômico. É por esse motivo que irá pensar o direito real, o direito positivado, não um direito que poderia existir, um determinado direito ideal, que não seria possível de conhecer.

O intuito de Kelsen era elaborar uma realização metodológica que não tivesse má-fé, que não viesse carregada de anseios de poder. Era a tentativa de resguardar o discurso jurídico de componentes ideológicos e também da vontade dos indivíduos detentores de poder de manipulá-lo conforme suas necessidades momentâneas[32]. No entanto, parece claro que apenas a normatividade garantida pela força da racionalidade de um ordenamento jurídico não é o meio mais eficiente de proteger o direito das vontades políticas.

Assim, como afirma Warat, percebe-se que a epistemologia da ciência, nesse caso, está apenas preocupada com a produção de um conhecimento legitimado como científico. Dessa forma, o objeto do saber não se dá em sua relação com a sociedade, mas sim em sua relação com a própria ciência. Portanto, qualquer teoria crítica questionará “a idéia de que a ciência se explica e se auto-controla, a partir de sua lógica interna”[33], ou seja:

A avaliação do significado de uma teoria científica encontra-se necessariamente determinada pela sua funcionalidade social, assim como pela análise do caráter mítico que o discurso científico adquire, a partir da negação do valor do contexto social e da exaltação do controle lógico, como condições da produção de um discurso científico.[34]

Desse modo, o que aparece é que a escolha pela dita imparcialidade da ciência também é uma opção política e ideológica, que tenta se esconder atrás da cortina da neutralidade. No caso da “Teoria Pura do Direito”, essa tentativa, para Warat, pode ser considerada como a vontade de ideologizar esse saber, o que irá preservar seu poder. Isso implica dizer que a partir da construção de um mito racional, Kelsen preserva a ciência do direito de críticas e o mantém como instrumento de conservação e não de transformação social. Essa é a função do mito ao fetichizar determinados conceitos, pois, assim, eles parecerão fora do alcance dos indivíduos.

Apesar disso, não se pode dizer que Kelsen estava deslegitimando qualquer outro tipo de análise que qualquer ciência possa fazer a respeito do Direito. Estava apenas tentando definir metodologicamente o objeto desse, para que as outras ciências, em seus campos, fizessem então análises psicológicas, sociais ou políticas. Esses estudos deveriam fazer parte de uma Sociologia do Conhecimento Jurídico, mas não de sua teoria em si. Assim afirma logo no início de sua obra:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia, sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismos metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.[35]

Nesse sentido, Bobbio aponta que, se hoje Kelsen é visto com intolerância, deve-se ressaltar que a intrusão de elementos estranhos ao objeto do direito foi o modo pelo qual diversas ideologias passaram a participar da natureza do direito em várias teorias.

Acreditava, portanto, estar desmascarando tomadas de posições políticas que eram inseridas nas correntes tradicionais, aparentemente neutras, de teoria do direito.

Cabe também ressaltar nesse ponto que sua tentativa de purificação do direito e, portanto, de um Direito que correspondesse ao todo do Estado, permite a conclusão de que apenas um Estado de Direito seria democrático. Essa foi, portanto, a forma pela qual constitui um manifesto contra os totalitarismos políticos[36], que com certeza encontraram seu ápice muito pouco tempo depois, na Alemanha nazista de Hitler, de onde foi exilado[37]. Isso fica muito claro na seguinte passagem escrita em 1954, quando o autor já estava na Califórnia, no prefácio de sua obra Teoria Geral do Direito e do Estado:

Parece que uma teoria pura do Direito, hoje é extemporânea, quando, em grandes e importantes países, sob o domínio da ditadura do partido, alguns dos mais proeminentes representantes da jurisprudência não conhecem nenhuma tarefa mais elevada que a de servir – com a sua “ciência” – o poder ideológico no momento.[38]

Kelsen acreditava que as críticas políticas feitas a sua teoria comprovavam a cientificidade de sua obra. Além disso, significava um passo para desvincular as ciências sociais das forças sociais. Assim, sua obra tem como principais preocupações as questões referentes à validade dos atos jurídicos, legalidade e conformidade da norma com a norma superior que a autoriza.

Outro ponto importante de se abordar quando se fala na Teoria Pura do Direito é que além do racionalismo metodológico utilizado para construir a teoria, Kelsen também abusou de racionalidade para afastar o direito positivo do direito natural. Dessa forma, elimina de seus objetivos a construção de uma teoria do direito justo, já que tal feito não seria realizável. Portanto:

Todo Direito positivo que corresponde ao Direito natural de uma das teorias e que, por isso, é tido como justo, contradiz o Direito natural de outra teoria e é, conseqüentemente, condenado ao injusto.[39]

Ademais, a natureza é determinada pela causalidade, que é um sistema estranho às ciências sociais, portanto não detém vontade própria, e assim não pode determinar normas. O único caso possível é quando se admite a existência de Deus, então Kelsen se posiciona da seguinte forma:

Mas dizer que Deus, através da natureza como manifestação da sua vontade – ou de qualquer outra forma – ordena aos homens que se conduzam de determinada maneira, é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do Direito em particular, pois o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado para além de toda experiência possível.[40]

Mais uma vez se verifica sua aproximação com a teoria kantiana, segundo a qual só é possível conhecer aquilo que é passível de experiência, e, por isso, o transcendental não é objeto do conhecimento humano.

Isso se justifica para o autor porque cada civilização, ou mesmo cada nação, pode possuir seu conceito próprio de justo. Daí que não é possível universalizar um determinado conceito de justiça. Segundo ele, sempre que justificamos um postulado, mesmo que racionalmente, estaríamos incorrendo em um ponto de vista subjetivo, ou seja, um desejo, o que equivaleria a incluir dentro do ordenamento jurídico um determinado valor. Dessa forma afirma Kelsen:

Ideologias típicas dessa espécie são as asserções de que algum tipo de fim último, e, portanto, de algum tipo de ordenamento definitivo da conduta humana provém da natureza, (...). Em tal pressuposição reside a essência da doutrina do chamado Direito natural. Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus.^[41]

Para o Direito positivo importa saber a conexão entre validade e eficácia do Direito, ou seja, preocupa-se com a relação entre o dever ser da realidade e o ser da norma. A validade do dever ser de uma norma jurídica não se identifica com a eficácia da ordem do ser. Elas são válidas porque estão legitimadas pela norma fundamental e não porque são eficazes, mas só valem enquanto toda a ordem jurídica for eficaz. Assim, que a eficácia é uma condição de validade, mas não representa a validade. A diferença entre juízo de validade e juízo de valor, ou seja, uma lei vale porque corresponde logicamente ao ordenamento e não porque é justa, é a principal conquista de Kelsen. Daí que:

Fundamento de validade é a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir em harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, em harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes.^[42]

Assim, a lei só será considerada válida quando colocada por um ato legislativo. A validade da norma jurídica, portanto, reside no fato de que ela tem seu fundamento em uma outra norma válida, imediatamente superior (critério hierárquico); não se liga a nenhum dever ser, apenas a esse sistema de coerência lógico e interno. Também é a norma que estabelece competência para uma determinada autoridade legiferante, e só esse é que produzirá normas válidas (critério de competência).

Desse modo, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. Como esse sistema lógico não pode ir até o infinito, Kelsen admite uma norma pressuposta, a norma fundamental, ou *grundnorm*, definida pelo autor da seguinte forma:

Dado que a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas apenas uma função teórico-gnoseológica.

Ela é pressuposta porque de forma alguma, dentro do sistema lógico criado pelo autor, ela poderia ter sido posta por alguém. Portanto, a norma fundamental pode ser considerada como um dado hipotético da razão. Não se confunde com uma norma de reconhecimento, pois essa afirma que o direito vale quando é reconhecido pelos indivíduos que a ele se subordinam. Isso fere gravemente a teoria kelseniana, já que um de seus principais postulados é de que fatos não se deduzem normas. Nesse sentido é possível extrair de seu texto a seguinte passagem:

Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento. Em outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.[43]

Daí que a norma fundamental é o fundamento do conhecimento do sistema de normas positivas, como também das proposições que tratam de descrevê-lo[44]. Será ela também que fará a diferenciação entre normas positivadas de outros tipos de normas, como as religiosas e morais, por exemplo. Também pode se concluir que as ciências normativas são o direito, a religião e a moral, pois respondem ao princípio da imputação[45]. Assim, o direito diferencia-se delas porque decorre de um silogismo lógico que parte da norma fundamental, assim, “serve como critério fictício de sentido, uma condição imaginária de significação”[46].

Nesse ponto, fica nítida a aproximação que se pode fazer entre a teoria do direito e a teoria literária. François Ost, em seu livro *Contar a Lei*, ao explicar a categoria denominada de narrativa fundadora, que se aproxima muito do conceito de mito **aqui analisado, analisará** exatamente esse aspecto da obra kelseniana. Dessa forma, o direito seria capaz de criar seu próprio fato, relativizando sempre a distinção do fato e do direito, principalmente no plano da validação. Essa seria a índole própria do direito, ou no caso aqui, da ciência do direito de se utilizar de uma capacidade imaginativa para descrever conceitos. O homem faz uso de sua imaginação instituinte para criar suas grandes narrativas[47], como por exemplo, a moeda, a figura do cidadão, as cidades. Assim:

A suposta “teoria pura” do direito revela-se tributária, ela também, de uma grande narrativa fundadora. A tradição moderna e republicana do estado de direito não o é menos, ela que se origina na fábula da saída do estado de natureza que o Ocidente narra a si mesmo desde o século XVII.[48]

Afirma-se, portanto, que o ordenamento kelseniano unitário, coerente, hierarquicamente organizado, é considerado como um mito da racionalização da ciência vivido à época. Assim como inúmeras outras ficções criadas pelos seres humanos para organizar a vida em sociedade.

Outro ponto importante a ser tratado é o que diz respeito à análise estruturalista que o autor pretende fazer do direito. Nos anos que precederam a Kelsen, a teoria do direito sempre esteve muito atrelada à abordagem funcionalista, ou seja, de para que o direito é feito[49]. O autor, portanto, procura responder a pergunta “o que é e como é o direito”[50], que estaria relacionada com a teoria estruturalista do direito. Para ele, as duas abordagens estão completamente separadas e seria função da ciência do direito preocupar-se apenas com a segunda.

Para ele, a teoria científica do direito não deveria se ocupar com a função do direito, tal análise deve ser realizada por sociólogos, por exemplo, pois os conceitos não poderiam ser definidos teleologicamente. Seu esforço, portanto, será sempre o de definir formalmente todos os elementos jurídicos, da norma ao ordenamento.

Segundo Bobbio, Kelsen não incide no erro de confundir a análise formal do direito com a concepção do direito como forma de relação social. Teria, portanto, o mérito de conseguir separar a análise funcional da análise estrutural. No entanto, parece que nesse ponto, Bobbio extrapola em sua tentativa de defender a teoria kelseniana. É possível identificar em várias passagens da obra de Kelsen que o sistema hierárquico de normas proposto por ele serviria ao fim da pacificação social. Portanto, o autor não teria conseguido atingir a total separação entre análise formal e estrutural do direito. Assim:

A redução do Direito à ordem é o único modo de racionalizar a esfera humana da ação, que é o terreno do irracional, dominado pelas paixões (Hobbes) ou pelas ideologias (Kelsen). O ideal de ordem, em outras palavras, é um ideal racional, e também o único ideal admissível para um racionalista que queira escapar do ceticismo moral.[51]

Pode-se concluir, portanto, que o direito positivo kelseniano tinha como objetivo principal opor-se à teoria do direito natural, que muitas vezes, expressa valores subjetivos, e certas vezes até mesmo irracionais, sendo, portanto, não possíveis de serem analisados pela ciência. Também de rechaçar os juristas jusnaturalistas que tentavam adequar o direito positivo a ideais de justiça, fossem esses conservadores ou revolucionários.

Percebe-se, portanto, que apesar da tentativa de neutralização, quando Kelsen admite a paz social como fim do direito e também como fim da sanção a segurança coletiva está valorando o Estado, ou seja, está colocando ele acima das tensões sociais, fundamentando assim a obrigação de obediência à norma jurídica (e política)[52]. Está aqui expressa a ideologia do Estado liberal clássico, que busca limitar as funções estatais, reduzindo-o a um aparato coercitivo, fundando assim a idéia de Estado de Direito, ou seja, um “Estado limitado pelo Direito e ao Direito”[53]. Assim, um sistema aparentemente legal se arroga de legitimidade utilizando-se do discurso da neutralidade.

Não há dúvidas que o autor tinha pretensão de legitimar um Estado liberal, no qual o órgão mais importante é o Parlamento. Isso fica claro em outras obras de Kelsen, como, por exemplo, Teoria Geral do Direito e do Estado, Quem deve ser o guardião da Constituição, Democracia, entre inúmeras outras. O que corrobora a construção aqui privilegiada é a seguinte afirmação feita por Warat:

Estamos frente a um raciocínio tipicamente mítico, onde se mencionam alguns temas ou elementos para não se estar obrigado a falar em outros, e, desta maneira, conseguir que os receptores da mensagem recebam, precisamente, sem ler na textualidade do discurso, o que queria dizer, ao silenciar.[54]

Dessa forma, conclui-se que ao se utilizar de um racionalismo e lógica extremos, Kelsen construiu uma teoria do direito capaz de não mostrar claramente sua escolha política. Apegou-se a elementos que parecem ser puramente teóricos para elaborar uma teoria diretamente ligada a ideais liberais. Assim, a legitimidade do Estado moderno que encontra o fundamento do monopólio da coerção no efeito da racionalidade e legalidade que o direito lhe empresta, cria a ilusão de que o estado necessita de uma utilização mínima da força para ter seu monopólio válido. Com isso, afasta qualquer hipótese de reflexão acerca da violência de um ordenamento normativo imposto, mesmo que criado democraticamente e também o despolitiza ao extremo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise feita da Teoria Pura do Direito a partir do conceito de narrativa fundadora estabelecido por François Ost, verificou-se que a dita teoria pura do direito vela elementos políticos e valores dentro de sua própria narrativa. Além de arrogar-se de neutralidade, quando na verdade, em suas entrelinhas, é possível identificar uma escolha política pelo regime liberal para o próprio desenvolvimento teórico proposto pelo autor.

É importante frisar que essa obra foi escrita no período entre guerras, e, que Kelsen estava preocupado em salvaguardar o direito de práticas totalitárias. No entanto, parece que sua crença desmedida na força da lei e da racionalidade interna do ordenamento jurídico não são, nem foram, suficientes para garantir minimamente direitos e garantias individuais face a regimes totalitários.

Além disso, esse trabalho, dentro de seus limites, demonstrou como a apreciação conjunta do pensamento da teoria do direito com a teoria literária pode ser muito valiosa. Foi devido a **junção** dessas duas teorias que se pode desvelar escolhas políticas e não puramente epistemológicas feitas por Kelsen na elaboração de sua obra. Vários são os exemplos que podem demonstrar essa ligação profícua.

Um deles é que ao determinar como objeto do direito normas positivadas, o autor não consegue deixar de lado sua opção liberal de garantir ao Estado o monopólio da coerção e da produção legislativa. Outro exemplo é o que se refere à finalidade do direito. Por

mais que Kelsen tenha se aproximado muito de uma teoria puramente estruturalista, não conseguiu desconectar o direito de um fim mínimo, não foi possível caracterizá-lo puramente como um instrumento que pode atingir os mais diversos fins. O autor cita em diversas passagens que o direito teria como fim a pacificação social ou a segurança coletiva.

Esse trabalho, portanto, discute as ligações que podem ser feitas entre direito e literatura, na vertente do direito como literatura. Demonstrando dessa forma como o véu da racionalidade, ou seja, o mito da racionalidade, permitiu durante um período muito grande da história (e muitas vezes ainda permite), que a ciência se arrogasse de um papel supremo frente a qualquer outro saber. Sem que assumisse que seu discurso, por fazer uma escolha, também tem elementos políticos. O fato de não deixar transparecer seus ideais é que irá caracterizar seu discurso como mítico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTHES, Roland. **Aula**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Editora Cultrix, 1979.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução Marcos Pugliese. São Paulo: Ícone Editora, 1996.

_____. **Da Estrutura à Função**: novo estudos da teoria do direito. Tradução Daniela Beccaria Versiani Barueri: Manole, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia – Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEIN, Claude. **De los espartaquistas al nazismo**: la República de Weimar. Traducción de Maria Lluisa Feliu. Barcelona: Ediciones Penínsulas, 1970.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Contribucion a La Teoria Del Derecho – Norberto Bobbio**. Valencia: Fernando Torres Editor S/A, 1980.

MILLAS, Jorge. **Los determinantes epistemológicos de la Teoria Pura del Derecho en el concimiento jurídico**. In: *Apreciacion Critica de La Teoria Pura del Derecho*. Valparaiso: Edeval, 1982. p. 31 a 64.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Tradução Vergina K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OST, François. **Contar a Lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Everardo. **O que é Mito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

SERRA, Juan.Enrique. **Algunas Dificultades para la determinacion del objeto em em conocimiento jurídico**. In: *Apreciacion Critica de La Teoria Pura del Derecho*. Valparaiso: Edeval, 1982. p. 19 a 30.

WARAT, Luis Alberto. **A Pureza do Poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

_____. **Os quadrinhos puros do Direito**. Buenos Aires: Almed.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese das Idéias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

[1] O conceito de identidade coletiva é explicado por Cornelius Castoriadis. Seria “o conjunto com o qual possamos, em aspectos essenciais, nos identificar, do qual participamos e com o qual nos preocupamos, sobre o destino do qual nos sentimos responsáveis” **Encruzilhadas do Labirinto**, IV. p. 86.

[2] ROCHA, Everardo. **O que é o mito?** São Paulo: Brasiliense, 2006. p.8.

[3] *Ibidem*, p. 82.

[4] BARTHES, Roland. **A Aula**. p. 19.

[5] OST. François. **Contar a Lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.p. 13.

[6] *Ibidem*. p. 14.

[7] *Ibidem*. p. 15.

[8] *Ibidem*. p. 17.

[9] BARTHES. p. 19.

[10] OST. **Contar a Lei**. p. 19.

[11] *Ibidem*. p. 24.

[12] *Ibidem*. p. 24.

[13] Importante lembrar nesse ponto que essa relação sempre ocorre de forma dialética.

- [14] OST. **Contar a Lei**. p. 27.
- [15] Ibidem. p.32 e 33.
- [16] Ibidem. p. 33.
- [17] Ibidem. p. 35.
- [18] Ibidem. p. 35.
- [19] Ibidem. p. 38.
- [20] Ibidem. p. 40.
- [21] Ibidem.p. 45.
- [22] WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas**. Florianópolis: Fundação Boiteux: 2006. p. 187.
- [23] BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Tradução Marcos Pugliese. São Paulo: Ícone Editora, 1996. p. 28.
- [24] WOLKMER. **Síntese das Idéias Jurídicas** p. 188.
- [25] WARAT, Luiz Alberto. **A Pureza do Poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 28.
- [26] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81 e 82.
- [27] SERRA, Juan. **Algunas Dificultades para la determinacion del objeto em em conocimiento jurídico**. In: *Apreciacion Critica de La Teoria Pura del Derecho*. Valparaiso: Edeval, 1982. p. 24.
- [28] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.
- [29] Ibidem, p. 26.
- [30] Ibidem. p. 27.
- [31] Ibidem. p. 29.
- [32] WARAT. **A Pureza do Poder**. p. 42.
- [33] Ibidem, p. 51.
- [34] Ibidem, p. 51.
- [35] KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. p. 2.

[36] HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia** – Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 437.

[37] Kelsen foi exilado nos Estados Unidos da América, de onde passou a produzir o restante da sua obra. A partir de então, seu trabalho começa a sofrer forte influência do direito de tradição anglo-saxoônica (*common law*). Curioso notar que o autor aqui discutido foi expulso da Alemanha nazista devido ao fato de ser judeu e que, justamente, o teórico contemporâneo a ele e também seu assistente, Carl Schmitt, foi um dos responsáveis por seu banimento do país.

[38] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p. XXXIII.

[39] KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. p. 239.

[40] Ibidem. p. 239.

[41] Ibidem. p. 12.

[42] KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. p. 230.

[43] Ibidem. p. 216.

[44] WARAT. **A Pureza do Poder**. p. 70.

[45] Warat define imputação como “categoria que externa a operação mental a que é preciso submeter os atos inseridos no sistema da natureza, para assim lhe atribuir significação normativa”. *A Pureza do Poder*. p. 76.

[46] WARAT, Luis Alberto. **Os Quadrinhos Puros do Direito**. p. 583.

[47] OST. **Contar a Lei**. p. 27.

[48] Ibidem. p. 28.

[49] BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novo estudos da teoria do direito. Tradução Daniela Beccaria Versiani Barueri: Manole, 2007. p. 68.

[50] KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. p.1.

[51] MIGUEL, Afonso Ruiz. **Contribucion a la Teoria del Derecho**. Norberto Bobbio. Valencia: : Fernando Torres Editor S/A, 1980.

[52] WARAT. **Pureza do Poder**. p. 91.

[53] Ibidem. p. 91.

[54] Ibidem. p. 92.

O AGENTE DO DIREITO EM LIMA BARRETO

THE AGENT OF LAW IN LIMA BARRETO

Lucas Piccinin Lazzaretti

RESUMO

Na contemplação de uma obra literária a estrita observação de sua forma estética muitas vezes não é auto-suficiente. Caso é esse da obra de Lima Barreto, autor de grande impacto social que no começo do século XX absorve toda a transição entre império e república pelo qual o Brasil estava passando para tecer críticas pontuais no tocante a estrutura social que fundava o país. Dentro dessa estrutura se encontrará os agentes de direito, personagens centrais da obra de Lima Barreto que muitas vezes são avaliados não só de acordo com um caráter de moldura social, como também sendo os articuladores da estrutura social a que Lima Barreto tanto reprova. Usar-se-á no artigo o embasamento de Sérgio Buarque de Holanda como referência acadêmica, além dos romances e contos de Lima Barreto. Demarcar o papel do agente do direito na obra de Lima Barreto é uma forma de compreender como era visto o título de bacharel no início do século XX no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: LIMA BARRETO, AGENTE DE DIREITO, SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA

ABSTRACT

In the contemplation of a literary work the strict observation of his esthetic form many times is not enough. Case of this is the work of Lima Barreto, writer of a huge social impact that in the beginning of century XX assimilated all the transition between empire and republic for what the Brazil was passing to do annalistic critics about the social structures who sustain the country. Inside of this structure can be found the agents of law, central characters in the Lima Barreto work's which many times are not assimilated just for their features in the social frame, but also as the articulators of a social structure that Lima Barreto reproves. It will be used in the article the theory of Sérgio Buarque de Holanda as an academic reference, beyond of the romances and tales of Lima Barreto. Restrict the place of the agent of law in the Lima Barreto work's is one form to understand how was seen the profession of a lawyer in the beginning of century XX on Brazil.

KEYWORDS: LIMA BARRETO, AGENT OF LAW, SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA

INTRODUÇÃO

A obra de Lima Barreto tende a ser resumida como um grande brado de protesto contra um Brasil decadente, em meio a uma estrutura social falha e corrupta, onde gritantes diferenças étnicas e sócio-econômicas se faziam visíveis a qualquer um que desejasse enxergar. Por mais que todo esse contexto pode ser realmente visualizado nos romances e contos de Lima Barreto, é infantil aos que passeiam por sua obra como um todo limitar e resumir um autor com tão grande capacidade literária a um simples escritor de panfletos políticos, como muitos o consideram.

Em obras como “Triste fim de Policarpo Quaresma” e “Clara dos Anjos”, fica evidente não só a avaliação institucional que Lima Barreto faz da sociedade brasileira do começo do século XX – com ênfase no Rio de Janeiro –, mas também das minúcias que aos poucos o autor vai explorando para por fim aflorar o que cada segmento dessa sociedade possui. Portanto, uma simples abordagem cômica da situação dos negros do Brasil logo após o início da república toma uma intenção sociológica de avaliação travestida que dá ensejo ao verdadeiro olhar que o autor fazia da sociedade de sua época. O uso da ironia e do cinismo são armas encontradas pelo autor que sofreu o preconceito da sociedade a que contesta e repudia para pronunciar-se da forma que deseja, sem ser taxado de pseudo-intelectual. Desnudado de suas armas pode se encontrar, principalmente em seus escritos menos visitados, um analista social de alta capacidade, que não se limita na produção literária de alto padrão, mas que, para além disso, preenche sua literatura com ensaios sociológicos, como pretendemos demonstrar.

Um dos alvos predileto de Lima Barreto era o agente do direito^[1]. O autor não poupará esforços em minar a lenda do título de bacharel em direito e de todas as formas possíveis tentará mostrar o quanto são vagos e hipócritas os ensinamentos jurisprudenciais no início do século XX. Desde o ataque direto aos que criam e aplicam o direito, como pequenas inserções no campo intelectual onde um bacharel é sempre menosprezado intelectualmente quando posto em contato com alguém de formação verdadeiramente erudita.

Para contextualizar a obra e avaliação aqui proposta utilizaremos o livro “Raízes do Brasil” de Sérgio Buarque de Holanda para estabelecer uma possível ponte entre um estudo realmente acadêmico e os ensaios sócio-literários de Lima Barreto.

1. EMBASAMENTOS TEÓRICOS.

No início do livro “Raízes do Brasil”, o sociólogo Sérgio Buarque de Holanda pontua algo que será de grande importância para a sequência do presente trabalho. Afirma ele; “A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas a sua tradição milenar, é, nas

origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüências”[2]. Deixando à parte a preocupação econômica substancial da formação brasileira e tomando como enfoque as estruturas sócio-estatais podemos aferir que quando o sociólogo pretende demonstrar o quanto somos efetivamente frutos de uma tentativa de extensão européia, acabamos por nos encontrar fortemente vinculados a toda tradição daqueles que aqui colonizaram. Os povos ibéricos que por toda a América estenderam seus domínios, não só trataram de aqui tentar cultivar as mesmas plantas que na Europa, houve também, mesmo que não tão intencionada quanto à agricultura, uma disseminação dos costumes e idéias que permeavam e constituíam o íterim dos povos Ibéricos.

Dentre estes tantos costumes está a formulação de uma sociedade que se diferenciava em características da sociedade existente no restante da Europa. Uma discussão que perpassou toda a época renascentista na Europa – principalmente na Itália – sobre o embate entre ócio e negócio encontrará nos povos Ibéricos um belo exemplo de uma dessas preferências. Dados aos sentimentos e contemplações ao invés do trabalho, os portugueses e espanhóis passam às colônias americanas o seu pouco apego ao esforço braçal, como também a sua desestruturada noção de nobreza. Como foi por muitos autores ironizado, no Brasil, desde sua formação, era típica a disseminação dos títulos de nobreza. Todos eram nobres e todos nobres tinham seus devidos regalos. Enquanto a França e Inglaterra, bem como a Alemanha, prezavam em separar com grande distância os nobres dos burgueses, em Portugal a burguesia tinha se tornado um setor motor do estado português, isso motivado pelas grandes navegações, o que gerava então, juntamente com a preferência pelo ócio, um alargamento da camada “nobre” da sociedade. O pouco gosto pelo trabalho e a tentativa de ganho fácil fazia com que no Brasil “qualquer pessoa com fumaças de nobreza podia alcançar proveitos derivados dos trabalhos mais humildes sem degradar-se e sem calejar as mãos.”[3].

Será justamente essa mescla entre a preferência pelo ócio com a vasta existência dos títulos de nobreza, presente no Brasil, que fará com que mais tarde, quando novamente influenciado por idéias européias, o Brasil fundará e estruturará toda a sua nova república com idiosincrasias próprias, que serão então observadas e relatadas nos escritos de Lima Barreto.

Um dos últimos países da América a abandonar o regime escravocrata; um país que mesmo sendo herdeiro de toda falta de disciplina ibérica resolve recepcionar a vertente positivista – conhecida pela matematicidade e valorização dos preceitos morais – como embasamento para a mudança entre império e república; um país que mesmo tendo começado a se voltar para a urbanização ainda mantinha toda a sua estrutura rural, é o país que Lima Barreto verá nos tempos de transição entre o século XIX e XX.

O tempo de transição entre império e república se deu sob uma forma elitizada e pouco conturbada. Tomando por base os países que sofreram derramamentos de sangue para conseguir não só sua independência, como também para efetuar a mudança de império para república, pode se dizer que o Brasil teve uma certa vantagem quanto ao nível de brutalidade. No entanto, esse afastamento do povo fez com que os cidadãos que teoricamente deveriam ser os consultados para que a fixação de uma república democrática realmente ocorresse não tiveram noção sobre o que estava acontecendo, e segundo consta, nem sequer sentiram as mudanças entre império e república. É Lima Barreto quem evidencia isso no relato fictício sobre M. J. Gonzaga de Sá; “A república

veio encontrá-lo quase só na seção, redigindo um decreto de Defensor Perpétuo e, ao lhe avisarem: ‘Seu’ Gonzaga, hoje não se trabalha; o Deodoro, de manhã, proclamou a República do Campo de Sant’Ana.”[4]. O personagem de Lima Barreto que trabalha para o Estado brasileiro nem sequer sabia sobre a importante mudança que ocorria em seu país. Apáticos os cidadãos acatam a mudança, primeiramente sugerida, e, posteriormente imposta pela elite, pois ao que tudo indica, pouco mudou-se na estrutura social. A ruptura esperada deu-se no alto âmbito do poder. Ao invés de um imperador um presidente; ao invés de acatar ordens de uma majestade acatariam ordens de um marechal.

Alterações feitas na estrutura do poder, logo a decorrência começa a se dar em forma mais impositiva também na estrutura social. O que antes se via como esporádico e valorizado de forma mesurada, começa a tomar tom de corriqueiro e a valorização se dá de forma desmesurada. É claro que a assimilação dos motivos que ocasionam essas alterações são sutis, mas de fáceis compreensão. Em um estado que se organizava na forma do império, onde as delegações eram legitimadas por um “juznaturalismo” a nobreza e a aristocracia não deviam decorrer diretamente de uma base legal e positivista. Durante o império o que ocorria eram concessões cedidas por aquele que é detentor do poder, segundo a legitimação “juznaturalista”. Na chegada da república o Estado começa a se estruturar de uma forma positivista. A legitimidade para a construção e delegação de poder não mais deve se dar de forma arbitrária, sendo que o contrato social força a existência de uma constituição que estabelece as competências, a nova aristocracia circundará os novos meandros do poder. É então que se fortalece o mito do bacharel. O que antes já vinha sendo ovacionado, porém de uma forma contida, passar a ter ares de nobreza, sempre lembrando a repudia cultural existente no Brasil aos trabalhos braçais. Evidente fica quando Sérgio Buarque de Holanda diz que; “Numa sociedade como a nossa, em que certas virtudes senhoriais ainda merecem largo crédito, as qualidades do espírito substituem, não raro, os títulos honoríficos, e alguns dos seus distintivos materiais, como o anel de grau e a carta de bacharel, podem equivaler a autênticos brasões de nobreza.”[5].

Dentre todos os conceitos em interseção entre a literatura de Lima Barreto e a sociologia de Sérgio Buarque de Holanda há um que se entrecruza de forma muito similar. Ao definir o “homem cordial”, o sociólogo torna sistemático e acadêmico um espírito que Lima Barreto já havia percebido anteriormente como intrínseco do homem brasileiro. Os homens do começo do século XX, segundo Lima Barreto, não sabiam bem ao certo o que era a definição de Estado, e, por conseqüência, também não era cientes da diferença entre vida pública e vida privada. O freqüente trato da vida pública como extensão da vida privada é o que, segundo os dois autores, levava o Brasil a um estado de pouca evolução organizacional e de fácil queda a corrupção e clientelismo. Lima Barreto irá ironizar isso em seus escritos, de forma que todas as coisas danosas e corruptas eram advindas por conseqüência direta da demasiada proximidade entre cargo público e vida privada. No capítulo dedicado ao “homem cordial” no livro “Raízes do Brasil”, há uma preocupação em iniciar a exposição através de uma idéia afirmativa sobre como deve se comportar a relação entre cidadão e estado. “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição.”[6]. Nesta definição, em que separa claramente o papel da família e do

Estado, e, mais do que isso, afasta a possibilidade de se supor o Estado uma extensão agigantada da noção de família, é que o conceito de homem cordial se delimitará.

Junta-se todas as características antes citadas, em que uma forte influência ibérica faz com que o homem brasileiro dê preferência ao ócio em vez do negócio; onde a nobreza é disseminada e a aristocracia toma ares diferentes com a chegada da república, onde se fortalece o prestígio pela carta de bacharel; e ainda há uma confusão entre o papel de família e Estado, que facilmente se chegará ao conhecimento do que é um “homem cordial”. Pouco dado ao trabalho, as formalidades burocráticas do convívio estatal, como também a dificuldade em manter a impessoalidade, o “homem cordial” é o cidadão que é parcimonioso no sentido de que não pretende se indispor com nada. Pelo contrário, tem a verdadeira intenção de seguir o rumo de sua vida sem que com isso tenha que fazer grandes esforços. Segundo Antonio Candido; “O ‘homem cordial’ não pressupõe bondade, mas somente o predomínio dos comportamentos de aparência afetiva, inclusive suas manifestações externas, não são necessariamente profundas, que se opõe aos ritualismos da polidez. O ‘homem cordial’ é visceralmente inadequado às relações impessoais que decorrem da posição e da função do indivíduo, e não da sua marca pessoal e familiar, das afinidades nascidas na intimidade dos grupos primários.”[7].

2. UM AUTOR EM SEU TEMPO.

Quando nasceu Lima Barreto, em treze de maio de 1881, o Brasil ainda esperaria sete anos para ver assinada a declaração de que o regime escravocrata estava abolido do país. Tanto o pai quanto a mãe de Lima Barreto eram mulatos e tinham fortes ligações com a escravidão, sendo seu pai nascido escravo e sua mãe filha de escrava. No entanto, por mais que Lima Barreto tenha nascido livre, essa condição não era necessariamente uma certeza de inclusão social. A escravidão tem seu último suspiro dado em 1888, mas suas conseqüências se estenderam pela última década do século XIX, e, de certa forma, também perpetuarão pelas primeiras duas décadas do século XX. Lima Barreto, apesar das dificuldades impostas pelo ambiente em que nasceu teve uma boa educação. Estudou em liceu, e ao que tudo indica teve bom proveito do tempo em que foi estudante. É o próprio Lima Barreto quem explica a sua condição de necessidade de estudos em um de seus livros mais auto-biográfico, “Recordações do Escrivão Isaías Caminha”. O personagem do livro tenciona ser doutor, pretende tirar carta de bacharel. Essa perspectiva é um tanto quanto irônica por parte de Lima Barreto, que mesmo não tendo se formado em um curso dito como superior acabou por mostrar-se mais culto do que aqueles que se pretendiam cultos em sua época. Dizia o personagem do livro; “Ah! Seria doutor! Resgataria o pecado original do meu nascimento humilde, amaciaria o suplício premente, cruciante e onímodo de minha cor”[8]. A questão da cor será uma constante na obra de Lima Barreto, seja porque hora ele estará tentando provar o seu valor intelectual que sobrepõe a sua característica étnica, seja porque hora esteja denunciando as misérias que são impostas aos que tem a mesma ascendência que ele.

Outra crítica pela qual Lima Barreto é conhecido é a depreciação, por parte do autor, a toda a estrutura que se forma ao redor da “república velha”. Não é de se dizer que Lima

Barreto seja um monarquista. A crítica feita à república se situa mais no âmbito ideológico. Ora, se a monarquia era um governo onde o imperador ditava as ordens, e, salvo exceção, não tinha o dever de ouvir com atenção os anseios do povo, e a república era onde o povo teria voz e vez, é de se imaginar a decepção que acomete um esperançoso que vê ruir em atos as ideologias republicanas. Como já foi dito a república foi algo que aconteceu no Brasil por meio das elites e para as elites. Uma mera questão de distribuição do poder. A grande decepção de Lima Barreto é com a manutenção de valores que ele julgava retrógrados e pouco virtuosos, como é o caso da demasiada valorização da carta de bacharel. Mais uma vez é na voz de um personagem que Lima Barreto se manifestará nesse ponto; “Gonzaga de Sá dizia-me (...). A mais estúpida mania dos brasileiros, a mais estulta e lorpa, é a da aristocracia.”[9]. É na tentativa de galgar, e na admiração que tem a pequena-burguesia por uma falsa e pretensa aristocracia que está uma das mais ferrenhas críticas de Lima Barreto ao seu tempo.

O último ponto ao qual é pertinente se referir é justamente o ponto ao qual essa avaliação se propõe. Saber como Lima Barreto vê e descreve os agentes de direito em seu tempo. Antes de entrar na avaliação em si é preciso explicitar algumas coisas.

Quando o Brasil declara a sua República isso é feito por intermédio das mãos dos militares. Essa classe que há muito era bem cotada no país, vinha circundando os caminhos do poder e se mostrava para os integrantes das elites como a ferramenta necessária para a tomada do poder definitivo. As elites possuíam dinheiro, influências econômicas, por consequência, tinham todo um embasamento ideológico que justificava aparentemente suas intenções, mas não tinham as ferramentas necessárias para inverter as estruturas do poder, tal como queriam. Isso fez com que os militares fossem os escolhidos pelas elites como aliados para a realização dos seus intentos. Assim se dá e fica evidente com a observação de quem foram os primeiros presidentes brasileiros. É Marechal Deodoro da Fonseca a declarar a república e Marechal Floriano a tentar fixá-la definitivamente. Lembra-se aqui que o Marechal Deodoro nem ao menos era um republicano fervoroso, e muito pelo contrário era até bem relacionado com a família real brasileira. Assim ocorre a mudança de império para república no Brasil, uma troca de majestade por militares, em nenhum momento o povo é colocado em questão. Os cidadãos brasileiros são ponto passivo na discussão. Nessa confusão em que as majestades são afastadas e os Marechais governam como se fossem majestades é que a literatura de Lima Barreto se empenha em criticar. Falando sobre assuntos aleatórios, Lima Barreto aproveita a oportunidade para tecer comentários. Tal como, ao falar sobre ruas; “A antiga chamava-se Marechal Deodoro, Ex-Imperador; e a nova, Marechal Floriano, Ex-Imperatriz.”[10]. O escritor aproveita uma situação onde elenca uma descrição sobre ruas e suas possíveis mudanças de nomeações para demonstrar o seu desprezo e opinião sobre os presidentes republicanos. Fica então entendido que os tempos não eram virtuosos, além do que havia um grande escritor para criticar e satirizar tudo que rondava a “república velha”. Tendo em vista tudo que foi pontuado pode avaliar, por fim, de que forma se dará a avaliação de Lima Barreto sobre os agentes do direito.

3. AVALIAÇÃO SOBRE OS CONTOS.

Começaremos a adentrar na obra de Lima Barreto pelos contos. Não porque sejam menos importantes ou porque tenham menos complexidade. Esse tipo de pensamento não pode ser tido pelo motivo que cairia em um juízo de valor que não é pertinente. Optamos por tal início porque a real avaliação sobre a obra foi feita em torno dos romances de Lima Barreto e a leitura dos contos foram a busca de um complemento às opiniões desenvolvidas pelo autor em seus romances.

Portanto nos limitaremos a avaliar dois contos em especial, que por mais singelos que pareçam dão a perfeita entonação para o que se pretende dizer nos romances. Assim fica entendido que os contos de Lima Barreto são, de certa forma, uma abertura para a leitura de seus romances, que é onde as idéias se fixam e se desenvolvem de uma forma até um tanto quanto similar em quase todas as suas obras. O primeiro conto, e mais conhecido, é o afamado “O homem que falava Javanês”. Trata sobre um encontro onde dois velhos amigos conversam acerca das mudanças e peripécias que aconteceram em suas vidas. Um deles, o narrador central da história, bacharel em direito diz o quanto já sofreu em sua vida até chegar à condição que se encontra no ponto em que os dois conversam. É esse conceito de sofrimento que dará uma das partes mais sutis, mas também mais importantes do texto. Ao dizer o quanto havia sofrido o narrador expõe; “Houve mesmo uma dada ocasião, quando tive em Manaus, em que fui obrigado a esconder a minha qualidade de bacharel, para mais confiança obter dos clientes, que afluíram ao meu escritório de feiticeiro e adivinho.”[11]. O personagem quer dizer com isso que, para ele, não há nada mais vergonhoso do que ter que esconder a sua condição de bacharel. Isso denota mais aprofundado no decorrer da história, em que o narrador cita que em determinado momento viu em um anúncio de jornal que havia a vaga para um conhecedor de Javanês. Essa língua, que até então era desconhecida para o personagem passa a ser conhecida através de uma enciclopédia. Lima Barreto quer dizer com isso que o bacharel tem um conhecimento de aparências, ou seja, um conhecimento de passagem, nada erudito e aprofundado. Como se não bastasse toda a crítica feita aos bacharéis, e a falta de conhecimento suposta por Lima Barreto, o escritor segue criticando por fim toda a sociedade de “cultos” de sua época. Isso se dá porque o narrador, que é um falso conhecedor de Javanês, consegue o respeito e admiração dos “cultos” da sociedade, o que denota que não só os bacharéis são falsos conhecedores, mas também que toda a sociedade é possuidora de uma falsa erudição. Vê-se aí que a crítica aos agentes do direito se faz na forma de desconstruir a ferramenta usada por esses profissionais, ou seja, atacará diretamente a falta de conhecimento e erudição que Lima Barreto vê nos agentes do direito.

O segundo conto também parte do pressuposto que a sociedade em que Lima Barreto vive é pouco dada a erudição, mas o caminho a que esse conto leva é o que importará. Enquanto o primeiro conto levava de tal modo a perceber que a crítica final era feita aos supostos “cultos” e aos bacharéis em direito, o segundo tem por intenção criticar a estrutura estatal. Denominado “Como o ‘Homem’ chegou”, é um conto misto de crítica as estruturas burocráticas do governo que dão poderes a homens desumanos e indiferentes a sociedade, com a prova de que o conhecimento gera inveja aos que se portam como “sábios”. Um homem é tido como louco no norte do Brasil, por ter conhecimentos respeitáveis, isso faz com que aqueles que se julgam “sábios” se sintam desconfortáveis com a existência desse homem. Pelo fato dos “sábios” terem contatos com o poder uma “jaula” é fabricada com a intenção de levar o “homem” preso a sua penitenciária. Acontece que a penitenciária se encontra a milhares de quilômetros do local onde mora esse homem, e ele deve ser transportado dentro da sua minúscula

cabine prisional. Por ser considerado louco e perigoso não há a possibilidade de sair da cabine, o que deixa no fim do conto subentendido que o “homem” faleceu durante o longo trajeto por inanição. Todos esses artifícios, até tidos como absurdos, são usados por Lima Barreto para demonstrar que aqueles que estão afastados do círculo do poder podem pouco contra aqueles que estão próximos. Isso fica claro quando Lima Barreto comenta sobre a polícia de uma forma jocosa; “A polícia da república, como toda gente sabe, é paternal e compassiva no tratamento das pessoas humildes que dela necessitam; e sempre, quer se trate de humildes, quer de poderosos, a velha instituição cumpre religiosamente a lei.”[12]. Junta-se essa crítica em que as estruturas do poder não servem a todos, mas sim unicamente aos que se estão próximos ao poder, com o fato de que aqueles que se inserem no controle do estado são falsos eruditos, e logo se chegará ao complexo molde crítico que Lima Barreto faz do Brasil em seu tempo. Por isso da importância desses dois contos supracitados para compreender os romances que serão avaliados. A junção das características de cada conto é em síntese a tese de Lima Barreto na maior parte de suas obras. Tal como veremos.

4. AVALIAÇÃO SOBRE OS ROMANCES.

Há, antes de entrar por fim na avaliação, algumas ressalvas que se mostram pertinentes serem feitas, com o intuito de esclarecer o trabalho aqui apresentado. Primeiramente delimitamos que nossa avaliação sobre os romances de Lima Barreto se dá de uma forma pontual e precisa, de modo que haveria muito mais para se explorar, mas que aqui extrapolaria as pretensões, sendo assim o que se busca fazer é uma conexão entre as teses antes apresentadas e trechos que confirmem tais teses dentro dos romances de Lima Barreto. Outro ponto importante é explicitar que de forma alguma se pretende aqui tomar partido em favor ou contra as colocações críticas de Lima Barreto. A avaliação se restringe a obra e as suas características, e a tese que Lima Barreto formula sobre os agentes do direito de seu tempo é importante tanto como conhecimento da história da literatura, como também a noção de formação cultural do Brasil.

Feitas as ressalvas. Dar-se-á início das conexões entre as teses formuladas com embasamento em Sérgio Buarque de Holanda, para por fim sustentar o que havíamos pontuado como a principal característica da crítica de Lima Barreto tomada dos dois contos supracitados. Comentar os romances de nosso autor em questão é sempre perpassar pelo romance “Triste Fim de Policarpo Quaresma”, no entanto, há outras obras que ressaltam a qualidade de escritor de Lima Barreto da mesma forma que o seu mais afamado livro. A obra “Vida e morte de M. J. Gonzaga de Sá.”, é talvez uma das obras em que Lima Barreto deixa o seu lado crítico se equilibrar com o seu lado escritor, proporcionando assim ao leitor a verdadeira visão do que era realmente o conhecimento de Lima Barreto. Essa obra é de caráter imprescindível, pois o personagem principal – o senhor M. J. Gonzaga de Sá – não é de forma alguma semelhante aos outros tanto personagens de Lima Barreto. É um homem de classe, com vasta noção de mundo e um apreço gigantesco pelo conhecer. Tanto é apreciador da verdadeira erudição que evita transparecer-se sábio para não ser confundido com os pseudo-intelectuais que pululam por toda sociedade. O que lhe diferenciara de fato dos homens de sua época é sua formação. “Manuel Joaquim Gonzaga de Sá era bacharel em

letras pelo antigo Imperial Colégio Dom Pedro II.”[13], e como se dirá de Gonzaga de Sá sobre suas opções; “Era preciso ser doutor, formar-se, exames, pistolões, hipocrisias, solenidades... Um aborrecimento enfim... Não quis; fez-se praticante e foi indo. Foi empregador assíduo e razoável trabalhador.”[14]. Ou seja, faz em uma só vez a opção de negar o caminho da falsa erudição, entendido por Lima Barreto como o bacharelismo em direito, e tomar um caminho que poderia conduzi-lo ao conhecimento sem falsas erudições. O que dará mais significância a escolha que fez Gonzaga de Sá é que por todo o livro terá situações de confronto em que a sua pessoa é posta a prova perante um daqueles falsos conhecedores. Os bacharéis serão um ponto em que mostrará o quanto está sendo forçada a convivência de um sábio – representado por Gonzaga de Sá – com uma sociedade de falsários. A desproporção do conhecimento do personagem principal em comparação com os bacharéis de direito é evidente pelos diálogos que desenvolve Gonzaga de Sá com o narrador do livro. O narrador do livro é um jovem amigo do personagem que decide escrever, após o falecimento do personagem, algumas memórias do que teria sido a vida daquele tão honrado homem a quem o narrador admirava. Dentre os diálogos a serem lidos haverá diversas citações de artistas, escritores e filósofos de todos os tempos e de todo o mundo emanando dos pensamentos de Gonzaga de Sá. Enquanto que dos lábios dos agentes do direito só se verá presunção e prepotência.

Enquanto em um livro Lima Barreto descreve os agentes do direito como seres opressores e falsos eruditos em outro ele os ridiculariza, dando a entender que qualquer homem que tivesse a intenção de se tornar um operador do direito não precisaria ter em verdade um conhecimento preciso e avultante, mas ao contrário, precisaria saber os jargões, usar roupas que dessem semelhança de profissão e praticar incessantemente algo que era de fácil aprendizagem. Isso demonstra-se no livro “Clara dos Anjos”, que segundo consta, era um dos livros com o qual Lima Barreto tinha suas maiores pretensões literárias. Neste livro surge o personagem de Praxedes, que por mais secundário que seja, é um fonte de escape da qual Lima Barreto usará para não romper o curso da história e mesmo assim tecer suas opiniões a cerca dos agentes do direito. “Chamava-se Praxedes Maria dos Santos; mas gostava de ser tratado por doutor Praxedes! A monstruosidade de sua cabeça o pusera a perder. Por tê-la assim, julgou-se uma inteligência, um grande advogado, e pôs a frequentar cartórios, servindo de testemunha, quando era preciso. (...) Com o tempo, tomou luzes e atirou-se a tratar de papéis de casamento e organizou uma biblioteca particular de manuais jurídicos, de índices de legislação, etc. etc. (...) Não falava senão em leis e decretos.”[15]. Esse trecho é uma boa demonstração do quão ridículo Lima Barreto tenta transformar o agente do direito. Ao apresentar o personagem dizendo o seu nome, e em seguida, fazer a ressalva de que o personagem gostava de ser tratado por doutor é uma forma de o autor demonstrar o quanto eram prepotentes os agentes do direito. Se o personagem toma essa atitude não é somente porque ele considerava galanteadora sua “profissão”, mas porque o título de doutor lhe conferia respeito perante toda sociedade. No entanto, esse respeito é em seguida quebrado pela característica física que Lima Barreto descreve e associa a um traço do caráter. Ser macrocéfalo levou o personagem Praxedes a pensar que era inteligente, ou seja, Lima Barreto diz com isso que a capacidade intelectual de um agente do direito é externa, simplesmente aparente, tal como o traço físico de Praxedes, que como se pode perceber não dá garantia nenhuma de bom uso do que se há interiormente. Só então, depois de associar a falta de capacidade intelectual que Lima Barreto aplica o golpe de misericórdia. Só depois de deixar claro que Praxedes era apenas alguém pretensioso o autor narra como o personagem alcançou suas intenções.

De uma forma simples e básica, apenas freqüentando os locais de aplicação do direito e observando os rituais, Praxedes já se torna apto a se tornar um agente do direito. O pedantismo que é tão conhecido nos agentes do direito em Lima Barreto fica claro no fim do trecho, quando o autor coloca que o personagem Praxedes organiza uma biblioteca particular com manuais jurídicos e que só fala em leis e decretos. Tira-se desse personagem cômico que, segundo Lima Barreto, em sua época qualquer um poderia ser agente do direito, sendo capaz ou não. O que precisava era ser pretensioso e pedante, sempre dando o devido respeito à falsa nobreza que exalava do bacharelismo.

No livro “Recordações do Escrivão Isaías Caminha”, tido como livro mais autobiográfico de Lima Barreto, a narração se dá de tal forma que o personagem principal, Isaías Caminha, além de recorda-se – como diz o próprio título – de fatos de sua vida, vai além e desenvolve alguns comentários que são a mais pura avaliação sociológica de Lima Barreto. A eterna desavença do personagem com os agentes do direito é advinda do fato de que o próprio personagem tinha intenções de tornar-se um bacharel em direito, mas teve suas esperanças frustradas. Como o livro é escrito com o intuito de fazer com que um personagem, que já com uma certa vivência observa os fatos ocorridos, é de se esperar que essa frustração tenha importante influência sobre os comentários do personagem. A eterna tese de que os agentes do direito, com ênfase nos bacharéis, não possuem conhecimento, e, no entanto, são quem distribuem ordens e possuem poderes também perpassa esse livro. O personagem lembra-se dos tempos em que sonhava ser bacharel, e elenca os motivos; “Quantas prerrogativas, quantos direitos especiais, quantos privilégios, esse título dava! Podia ter dois e mais empregos apesar da Constituição; teria direito à prisão especial e não precisava saber nada. Bastava o diploma.”[16]. Isso retoma a discussão de que a carta de bacharel, no caso o diploma, era o suficiente para cumprir a carência de nobreza de que o brasileiro sempre valorizou, dando todas as vantagens que acompanham e caracterizam a falta de aptidão ao trabalho típica do brasileiro, segundo Lima Barreto e corroborado por Sérgio Buarque de Holanda. Na seqüência do raciocínio há um trecho no livro agora em questão em que um amigo – de origem russa – do personagem faz oposição ao caráter passivo quanto ao trabalho por parte dos brasileiros. “Gregoróvitch incitara-me a trabalhar pela grandeza do Brasil; fez-me notar que era preciso difundir na consciência coletiva um ideal de força, de vigor, de violência mesmo, destinado a corrigir a doçura natural de todos nós.”[17]. Ou seja, o amigo de Isaías Caminha se opunha ao “homem cordial”, ao homem passivo que é dócil por natureza, que não se indispõe, e que evita ao máximo perturbar o padrão estabelecido com medo de ser prejudicado. Há ainda um trecho que é de importância relevante para ser observado; “Foram os primeiros legisladores que deram à carta esse prestígio extraterrestre... Naturalmente, teriam escrito nos seus códigos: tudo o que há no mundo é propriedade do doutor, e se alguma coisa outros homens gozam, devem-no à generosidade do doutor.”[18]. Nesse trecho, além da ironia presente, há também uma descrença, por parte de Lima Barreto, nas mudanças sociais. Quando diz que os primeiros legisladores deram o prestígio desmesurado aos bacharéis, Lima Barreto quer dizer com isso que a manutenção da classe no poder se deu com a mudança do império para república e que assim continuaria. Fica marcado nesse trecho que o poder dado aos bacharéis é o que realmente Lima Barreto quer criticar, se antes fossem sábios talvez não sofressem tais ataques. A preocupação de Lima Barreto não é só com a mudança social que gostaria de ver acontecer, mas é com todo um sistema que era falho e viciado, como foi visto nos embasamentos teóricos antes colocados.

Percebe-se então o motivo pelo qual “Triste fim de Policarpo Quaresma” é tão afamado. O sistema era falho e dava vezes à corrupção, isso já foi prescrito. Justamente por isso é que ao colocar um personagem que têm todas as idéias e características contrárias as já estabelecidas na sociedade o conflito de um bom romance aparece. Policarpo Quaresma é um personagem quixotesco como já foi dito tantas vezes, é um homem sonhador, a lutar com gigantes que somente ele vê. No entanto, não é porque somente ele vê os gigantes que de fato eles não existem. A sociedade só não vê, porque ela mesma cega-se para isso. O “homem cordial” não pretendia cegar-se para com isso ter uma vida mais cômoda? É nisso que entra a magnificência da obra de Lima Barreto. O personagem sonhador, que se contrapõe a toda estrutura vigente pretende desempenhar mudanças, no entanto se vê barrado por pessoas ineficientes e frívolas. São essas pessoas, em sua maioria, os agentes do direito. Eis o porquê da importância dos dois contos antes explicitados. Se nos outros romances de Lima Barreto havia apenas uma crítica voraz aos padrões do bacharelismo e falsa nobreza de sua época, no “Triste fim de Policarpo Quaresma” há um personagem em conflito direto. O conflito se dá porque a prática não é permitida pelos seus concidadãos. Assim sendo que há um culto exacerbado a carta de bacharel, e que esses bacharéis são “homens cordiais”, covardes para a mudança e aptos a relações beneficiadoras, e que, para além disso, pretendem-se algo que não são, ou seja, sábios e eruditos, fica claro no romance de Lima Barreto que o personagem Policarpo Quaresma não luta pela preservação e crescimento do Brasil, como é mais aparente, mas que luta, em verdade, pela reestruturação de um sistema falho e corrupto. Por mais que suas idéias sejam tidas como tresloucadas e fora de aplicabilidade – como é o caso da agricultura –, Policarpo é o único que se esforça, que busca maneiras de tirar o seu país da pasmeira. Mas não está lutando apenas com adversidades naturais, muito pelo contrário, seu maior inimigo são seus próprios conhecidos, a sua própria sociedade. As tentativas de Policarpo são todas frustradas. Os seus intentos satirizados por aqueles que o cercam. Não passa de um “qualquer sem título”, como pensarão muitos durante o decorrer do romance. E mesmo que conseguisse passar por sobre os preconceitos sociais teria ainda assim o bloqueio do Estado em sua frente. “Aquela rede de leis, de posturas, de códigos e de preceitos, nas mãos desses regulotes, de tais caciques, se transforma em potro, em polé, em instrumento de suplícios para torturar os inimigos, oprimir as populações, crestar-lhes a iniciativa e a independência, abatendo-as e desmoralizando-as.”[19]. Policarpo Quaresma é um homem qualificado para cuidar de seu país, para inovar por seu país. É alguém que busca o conhecimento e não instituições que se dizem detentoras do conhecimento, alguém que visiona, alguém que não se limita aos seus redores. Mas acaba preso. É essa prisão uma ótima forma de representar como Policarpo deveria ter se sentido por todo livro. Enquanto idealizava enxergava gigantes, se via livre. Quando começa a ver a realidade passa a ver moinhos, ou seja, sua prisão. Lima Barreto prende seu personagem de fato, o que dará no último capítulo do livro um grande desabafo de Policarpo Quaresma. O personagem se pergunta se são possíveis todas as mudanças que pretendia, não pela viabilidade do projeto, mas pelos entraves sócio-culturais, dos quais os principais responsáveis são os agentes do direito. Aliás, isso é uma característica de todos os romances de Lima Barreto. Todos se finalizam com um questionamento de viabilidade, hora se é viável o projeto de Policarpo Quaresma, hora se a vida de Gonzaga de Sá serviu a algum propósito, hora se Clara dos Anjos é inserida na sociedade ou não, hora se Isaías Caminha fez as opções certas em sua vida. A incompreensão é corrente. Tal como evidencia Policarpo Quaresma em seu desabafo; “Ninguém compreende o que quero, ninguém deseja penetrar e sentir; passo por doido, tolo, maníaco e a vida se vai fazendo inexoravelmente com a sua brutalidade e fealdade.”[20]. Se de um lado há em Policarpo

Quaresma idiossincrasias típicas de um personagem quixotesco, por outro lado há também uma decepção social que transcende toda a desilusão de combate, típica de Dom Quixote. Os sonhos não são apenas frustrados, são também mitigados por seus opositores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Tentamos através de uma conexão entre uma teoria acadêmica e um recorte sobre várias obras de um autor – no caso Lima Barreto – demonstrar como eram visto os agentes do direito no começo do século XX, e também ao fim do século XIX. A escolha de um autor como Lima Barreto para tal avaliação foi explicitada com as inserções de trechos das obras do autor. Através desses trechos percebe-se os motivos que nos levaram a optar pela obra de Lima Barreto em detrimento de outros autores de época semelhante, tal como Machado de Assis. Não foi levada em conta a preocupação literária do autor, por mais que Lima Barreto tenha se mostrado um autor de alta capacidade estilística, tanto em seus contos, quanto em seus romances. Como dirá o próprio Lima Barreto em um de seus escritos; “Não é o seu valor literário que me preocupa; é a sua utilidade para o fim que almejo.”[21].

A intenção de tal trabalho não é simplesmente fazer uma intersecção entre artistas literários com o direito, mas é também, e principalmente, abrir uma nova visão sobre o mundo em que vivemos, no caso o mundo jurídico. A visão externa é de extrema importância, ainda mais quando é feita sobre um prisma tão minucioso e qualificado como nas obras de Lima Barreto. Por mais que todo o trabalho verse sobre fatos histórico-sociais que ocorreram na passagem do século XIX para o XX no Brasil, a tese e crítica de Lima Barreto deve servir como uma alerta à todos os tempos vindouros, para que de forma alguma se perpetue uma cultura viciada e baseada em tão baixos princípios. Se superamos hoje em dia a noção de “homem cordial” e nos encontramos em uma nova fase do Brasil, não podemos deixar que os costumes típicos de uma época em que a falsa nobreza se perpetuava se estenda até nós. O fato não é uma profissão ser digna ou não de respeito, o fato é o quanto se exacerbará o culto sobre uma ou outra profissão. A formação também deve ser uma preocupação para os leitores de Lima Barreto. Se vimos que a instituição de ensino jurídico não é garantia de um conhecimento humanístico e virtuoso devemos como homens esclarecidos nos empenhar para alterar a formação dos nossos bacharéis. Lima Barreto critica tanto os médicos quanto os bacharéis em direito por prepotência, presunção e arrogância, no entanto sua crítica maior se concentra nos agentes do direito, pois são esses que se relacionam diretamente com o poder, causando maior ou menor dano a sociedade. Um mundo injusto é fruto de uma herança cultural, porém optar por permanecer em um mundo injusto e corrupto é algo inerente a cada um.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARRETO, Lima. **Clara dos Anjos e outras histórias**. São Paulo, Editora Ediouro. (Publifolha). 1997.

_____. **Os Bruzundangas**. São Paulo, Editora Ática. 2001

_____. **Recordações do Escrivão Isaías Caminha**. São Paulo, 10 ed., Editora Ática. 1998.

_____. **Triste Fim de Policarpo Quaresma**. Rio de Janeiro, 1 ed., Editora MEDIAfashion. 2008.

_____. **Vida e Morte de M. J. Gonzaga de Sá**. São Paulo, Editora Ática. 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, 26 ed., Editora Companhia das Letras. 2007.

[1] O termo “agente do direito” que nesse trabalho será empregado deve ser entendido como o agrupamento daqueles que criavam o direito, como também aqueles que praticavam o direito. Deve ser levado em conta que no tempo de Lima Barreto muitos dos agentes do direito eram também militares.

[2] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Pg. 31.

[3] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Pg. 59.

[4] BARRETO, Lima. *Vida e Morte de M. J. Gonzaga de Sá*. Pg. 26-27.

[5] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Pg. 83.

[6] *Idem, Ibidem*. Pg. 141

[7] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Pg. 17.

[8] BARRETO, Lima. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. Pg. 26.

[9] BARRETO, Lima. *Vida e Morte de M. J. Gonzaga de Sá*. Pg. 32.

[10] BARRETO, Lima. *Triste fim de Policarpo Quaresma*. Pg. 120.

[11] BARRETO, Lima. *Clara dos Anjos e outras histórias*. Pg. 209.

- [12] BARRETO, Lima. *Clara dos Anjos e outras histórias*. Pg. 237.
- [13] BARRETO, Lima. *Vida e Morte de M. J. Gonzaga de Sá*. Pg. 26.
- [14] *Idem, Ibidem*. Pg. 26.
- [15] BARRETO, Lima. *Clara dos Anjos e outras histórias*. Pg. 61.
- [16] BARRETO, Lima. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. Pg. 27.
- [17] *Idem, Ibidem*. Pg. 57.
- [18] BARRETO, Lima. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. Pg. 27.
- [19] BARRETO, Lima. *Triste fim de Policarpo Quaresma*. Pg. 149.
- [20] *Idem, Ibidem*. Pg. 232.
- [21] BARRETO, Lima. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. Pg. 65.

O SUJEITO POLÍTICO NA DEMOCRACIA E O JUÍZO POLÍTICO

THE CITIZENSHIP DEMOCRATIC AND THE POLITICIAN JUDGMENT

**Marilucia Flenik
Katya Kozicki**

RESUMO

Visa este artigo contribuir para o esclarecimento do juízo político ínsito do cidadão do Estado Democrático de Direito. A hipótese que se levanta, com fulcro no pensamento de Hannah Arendt (1906-1975) é que o paradigma da modernidade que definiu o ser humano como animal rationale deve ser ultrapassado. O juízo político será melhor descrito mediante as categorias da Estética, onde será possível apreender aquilo que “aparece” a cada um e como o mundo se revela e se constitui na intersubjetividade das opiniões. Não mais o modelo do sujeito racional prático kantiano, capaz de intuir a lei universal dentro si, mas o sujeito político imerso na contingência da pluralidade humana. Historicamente sempre houve um conflito entre a filosofia e a política, entre a teoria e a práxis. O saber teórico informou a ação dos governantes e a democracia moderna se desenvolveu mediante o sistema representativo, não havendo espaço para a manifestação da vontade popular, exceto mediante o voto para escolher a classe política. Avançar para uma democracia participativa significa reconhecer a possibilidade do juízo político, momento em que o ator cidadão é também um cidadão espectador, aquele que se afasta dos acontecimentos a fim de captar-lhes o sentido, e pode exprimir a sua opinião com veracidade, sem se contradizer. O princípio inspirador da ação política será o Amor Mundi, o respeito pela conservação do mundo comum para si, para seus contemporâneos e para as novas gerações.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES. DEMOCRACIA. CIDADANIA. JUÍZO POLÍTICO. RACIONALIDADE. ESTÉTICA. GOSTO. AÇÃO POLÍTICA. PODER DO CIDADÃO. DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

This article aims to contribute for the clarification the politician judgment citizen of the Democratic State of Right. The hypothesis that if raises, with fulcrum in the thought of Hannah Arendt (1906-1975), is that the paradigm of the modernity that defined the human being as animal rationale it must be exceeded. The judgment politician will be better described by means of the categories of the Aesthetic one, when will be possible to apprehend what “it appears” to each one and as the world shows and constitutes itself in the intersubjectivity of the opinions. No more the model of the rational citizen practical kantiano, capable to intuir the universal law inside itself, but the politician citizen immersed in the contingency of the plurality human being. Historically, always had a conflict between the philosophy and the politics, between the theory and the

practical. The theoretician knowing informed the governing's action and the modern democracy developed by means of the representative system, without spaces for the popular declaration, except by means of the vote choosing the classroom politics. To advance for a participative democracy means to recognize the possibility of the judgment politician, moment where actor citizen is also a citizen spectator, that one who moves away from the events in order to catch the direction to them, and can state its opinion with veracity, without contradicting. The inspired principle of the action politics will be world-wide love, the respect for the conservation of the common world for itself, for its contemporaries and the next generations.

KEYWORDS: KEYWORDS. DEMOCRACY. CITIZENSHIP. POLITICIAN JUDGMENT. RATIONALITY. AESTHETIC. TASTE. ACTION POLITICS. DIGNITY HUMAN.

1 - Introdução

O presente artigo questiona se de fato os cidadãos estariam aptos para assumir as tarefas que lhes incumbe no Estado Democrático de Direito, posto serem eles os detentores do poder soberano. Discute-se o juízo político como capacidade inerente ao cidadão comum, aptidão que lhe garante a participação no diálogo do espaço dos interesses coletivos, no exercício da cidadania, assumindo a responsabilidade pessoal pela conservação do mundo comum.

Ecoa até os dias de hoje as palavras de Karl Marx, quando apontou como uma ideologia o discurso de direitos humanos travado pelos liberais burgueses que escreveram a Constituição. Hodiernamente ninguém duvida que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento no Estado Democrático de Direito. Porém, a efetivação dos direitos humanos e a adoção de políticas públicas que preservem tanto o mundo cultural como o meio ambiente, estão muito longe de se alcançar. As escolhas políticas que devem ser feitas passam pela tensão entre o discurso da classe dominante que governa cada País e a população em geral. O calcanhar de Aquiles do regime democrático é justamente o relativismo das diversas opiniões conflitantes e o perigo de que a massa, talvez, não saiba o que é melhor para si mesma. As famosas “razões de Estado” do Príncipe de Maquiavel seriam motivos superiores a justificar a ação política dos governantes e seriam ditadas exclusivamente pela razão.

O sujeito abstrato universal é fruto do pensamento da modernidade e encontra em Emmanuel Kant a sua máxima expressão. Não apenas a possibilidade do conhecimento, mas, sobretudo, a razão prática especificou as condições de possibilidade de todo o ser racional intuir a lei universal e dar a si mesmo a lei da sua liberdade. Estes pressupostos são questionados, uma vez que no campo político, aquele da pluralidade humana, o sujeito deixa de ser abstrato para ser um sujeito concreto, de carne e osso que trabalha, pensa, julga, enfim, é o cidadão o construtor da democracia. Neste particular o presente artigo levanta a hipótese de que o juízo político se desloca do logocentrismo para buscar na Estética os parâmetros do julgamento, encontrando maior afinidade com o gosto que é pessoal de cada um, do que com uma razão universal abstrata.

Hannah Arendt (1906-1975) é uma pensadora importante, pois nos convida a pensar “sem corrimões”, sem padrões prévios. Visando compreender como as barbáries do século XX acarretadas pelos regimes totalitário puderam acontecer, ela se pergunta “quem” é este ente capaz de trocar um padrão moral como se troca uma camisa. O mandamento “não matarás” passou a ser “matarás”, com a justificativa de que era a lei ditada pelo Führer, o governante supremo, sendo o sujeito um mero dente da engrenagem política. Em pauta a tensão entre governantes e governados que é enfrentada por Arendt, quando trata do conflito entre a Filosofia, o saber abstrato da solidão, e a política, a arte de pensar em termos de multidão. Quando Platão presenciou a morte de Sócrates, desprezou a *doxa* da pessoa comum para criar a figura do rei-filósofo, aquele capaz de saber a verdade eterna e estabelecer leis estáveis para os assuntos humanos. Esta concepção informou o pensamento político ocidental, paradigma ora questionado.

A fim de apresentar um exemplo de cidadão que alia a *episteme* e a *doxa*, Arendt resgata a figura de Sócrates como o filósofo que perambulou na praça pública convidando seus concidadãos a pensarem e examinarem as opiniões, a fim de estabelecer a verdade possível. O princípio da não contradição é a base do sujeito que diz a sua verdade e revela como o mundo aparece para si. O *ator da vita activa* é secundado pelo *espectador da vita contemplativa*, a fim de surgir o cidadão herói, aquele que participa do espaço público das decisões políticas. Há um envolvimento total da pessoa, quando não apenas mobiliza o pensamento e a vontade, mas, sobretudo, a capacidade de julgar, que é o juízo político, aquele que norteia a ação e é expressão da liberdade humana.

Considerando que o livro *Julgar* da trilogia da *Vida do Espírito* não foi escrito, argumenta-se que o juízo político arendtiano partiria das considerações de Kant a respeito da Analítica do Belo, da Crítica da Faculdade do Juízo, e buscaria no gosto suas características. Não apenas a razão pode ditar o juízo, mas este depende também do sentimento, ou seja, o “prazer” e o “desprazer”, expresso no discurso intersubjetivo, uma vez que a realidade do mundo passa a ser compartilhada. Aferir a pertinência ou não de determinada proposição é passá-la pelo crivo da argumentação, até ao ponto que os parceiros concordem com as conclusões. O julgamento é a síntese que o espírito faz e significa muito mais que o pensar. No julgamento se encontra a vontade, a decisão para agir, a disposição de participar na construção do mundo humano.

O perigo da falta deste discernimento político ronda constantemente, pois a fuga do sujeito para dentro dele mesmo acarreta uma *hi*de indiferença que equivale à morte política, levando a pessoa a ficar alheia a qualquer compromisso com o mundo comum, tornando-se um mero dente na engrenagem dos sistemas políticos e sociais.

2 O deslocamento do logocentrismo para a estética na busca do sujeito político democrático

Pugnar por uma democracia participativa implica em perguntar quais são as capacidades inerentes ao sujeito político, aquele cidadão apto a participar da construção de um espaço público, onde os ditames escritos na Constituição do Estado Democrático de Direito possam se tornar efetivos. Trata-se de avançar do sistema representativo criado

pelos Estados modernos, para uma real conscientização dos cidadãos no que tange aos seus direitos e deveres e a possibilidade do exercício do poder político.

O pensamento de Hannah Arendt (1906-1975) tem muito a contribuir para o esclarecimento desta questão, uma vez que problematizou a existência de uma ruptura entre o passado e o futuro, resultante de acontecimentos políticos, sociais e culturais ocorridos no século XX.[1] Alinha-se a autora entre aqueles pensadores que contribuíram para desmontar a metafísica e a filosofia, construída pela chamada civilização ocidental, que teve seus primórdios na antiga Grécia.[2] O fato de ter vivenciado a condição de apátrida e o desejo de compreender como foi possível o surgimento dos regimes totalitários, consiste no “fio de Ariadne” que percorre toda a obra de Arendt, desde *As Origens do Totalitarismo* (1951) até *A Vida do Espírito* (1971-*O pensar* e 1978, publicação póstuma de *O querer*). As suas interrogações ecoam até os dias de hoje: como foi possível aquilo acontecer? Como o povo se deixou levar, sem pensar nas conseqüências? Que tipo de mal é este que aniquila com a dignidade humana? Como prevenir novas tragédias? Afinal, qual é o sentido da política? Qual o papel do cidadão na construção do mundo comum? Está o cidadão aparelhado para assumir tal responsabilidade?

A forma de agir no espaço público arendtiano tem como pressuposto as faculdades do *pensar*, do *querer* e do *julgar*. Uma vez que a terceira parte do livro *A Vida do Espírito* não foi escrita, é bem provável que Arendt partiria do pensamento kantiano, especificamente da primeira parte da Crítica da Faculdade do Juízo, a crítica da faculdade de juízo estética, para formular suas considerações a respeito da faculdade do juízo ínsito a pessoa de ação.[3] Nas *Lições Sobre a Filosofia Política de Kant* a autora perquire a filosofia política não escrita de Kant, fazendo uma releitura da Terceira Crítica, buscando neste modo de conhecimento aquele apropriado para a pessoa transitar no campo dos assuntos humanos, todos contingentes e particulares, sem estar munida de conceitos universais como parâmetros. O juízo estético se assenta na autonomia do sujeito que julga sobre o sentimento do prazer, derivado do seu gosto próprio e somente pode aspirar a generalidade de um juízo singular, sem qualquer validade universal *a priori*, como é exigência da Razão Prática, mediante o juízo categórico.

Recorde-se que Immanuel Kant (1724-1804) dera um novo sentido para o ser humano, que não é o ser “em si”, mas o ser “para” o conhecimento. Capaz de discernir entre todos os tipos de conhecimentos e alcançar os fins essenciais da razão humana, calcado na sua vontade livre, tendo a sua razão como o único juiz dos seus próprios interesses. A vontade é autônoma quando ela dá a si mesma a sua própria lei, sendo heterônoma quando recebe passivamente a lei de algo ou de alguém que não é ela mesma. Porém, nada nos garante que a razão realiza o interesse da própria pessoa, e muito menos o da própria comunidade, havendo necessidade de um critério que fundamente a lei moral e Kant formula o imperativo categórico: “*age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal.*”[4] Trata-se de uma máxima que permite aferir o “certo” do “errado” de uma determinada ação autônoma, consistindo no princípio prático supremo, que tem por fundamento a natureza racional, a qual existe como fim em si mesma, escrevendo Kant, que o “imperativo prático será, pois, como segue: *age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio.*”[5]

Kant afirmara na terceira antinomia da Crítica da Razão Pura, a tese de que existe a liberdade e a antítese de que tudo ocorre segundo leis da natureza.[6] Esta última implica no determinismo, enquanto que a primeira permite fundar uma moral, uma vez que, se há liberdade, pode haver responsabilidade pelas ações, atribuindo-se a todo o ser dotado de razão e vontade esta propriedade de se determinar a agir sob a idéia da sua liberdade. Para aquém do conhecimento dos fenômenos, o mundo sensível, regido por leis naturais (heteronomia), há o campo das coisas em si que nos afetam e, embora não possamos saber o que elas são em si, compõem um mundo inteligível, onde também existem leis, mas aquelas que o homem atribui a si próprio, fundadas na razão (autonomia). Assim sendo, a fim de subtrair a moral da esfera da teologia[7] e, mesmo assim, justificar porque a lei moral obriga, Kant resolveu o problema entre o determinismo (causa e efeito) e a liberdade, estabelecendo a diferença entre o mundo sensível e o mundo inteligível, onde o ser humano deve se considerar membro, do primeiro submetendo-se às leis da natureza. Mas, como *inteligência*, pertence também ao segundo e pode pensar a causalidade de sua vontade sob a idéia da liberdade, com a qual o conceito da autonomia está inseparavelmente ligado. Esta idéia no campo da razão prática cria condições de possibilidade da pessoa agir moralmente, significando a liberdade como capacidade de dar a si mesmo uma lei moral, permitindo a constituição do sujeito prático.[8] Dessa forma Kant trabalha sempre com duas ordens distintas, um mundo sensível, dos fenômenos, e outro inteligível, criado pela razão para se pensar a si mesma como prática, ou seja, como liberdade, capaz de descobrir os princípios subjetivos das ações, isto é, as máximas, verdadeiros princípios que valem objetivamente e informam uma legislação universal que obriga a todo o ser racional, como um imperativo categórico.[9] O filósofo de Königsber colocou o discernimento moral na *Razão Prática*, acreditando na capacidade teórica da razão humana de reconhecer a verdade por si mesma, estando apta a estabelecer uma lei universal válida para todo e qualquer ser humano. Esta concepção criou um sujeito abstrato, racional, longe de qualquer traço empírico, tendo afirmado Kant que acordara do sono dogmático quando leu David Hume que formulou a hipótese de que o sentimento figura ao lado da razão nas questões que envolvem a moralidade.[10]

Kant faz questão de desprender-se das amarras do empirismo, afirmando que o ser humano, sem o intermédio de um sentimento de prazer ou de dor, é capaz de determinar uma lei moral válida universal. Qualquer resquício de sentimento foi desprezado pelo racionalismo, pois o *homo rationale*, dotado de razão, reconhece em si mesmo os poderes para estruturar tanto a sua vida pessoal como constituir o Estado de Direito. Assim, nos fins da razão é a própria razão que se toma a si mesma como fim, sendo ela o único juiz dos seus interesses, não havendo qualquer outra instância que permaneça exterior ou superior à razão,

A dualidade metafísica kantiana, a teórica e a prática, que dizem respeito a duas realidades distintas, o “mundo sensível” e o “mundo inteligível”, é questionada por Arendt que pensa o homem na sua concretude e o enxerga como um ser plural, identificando a liberdade com a ação.[11] Arendt ultrapassa Kant, deixando de lado a razão prática kantiana, posto que calcada no eu individual pensante e no pressuposto de um mundo inteligível para a razão, duvidando de que esta *racionalidade* possa alcançar regras universais absolutas, optando por uma releitura da Crítica do Juízo, especificamente a *Analítica do Belo*, pelo viés da política. Nesta obra aparecem categorias importantes para a formulação de uma possível filosofia política que se daria

pela explicitação do juízo reflexionante estético, mentalidade alargada, desinteresse, comunicabilidade e senso comum.

Eis o deslocamento do logocentrismo para a estética, isto porque o juízo político não pode almejar a ser absoluto e inquestionável, tal qual um axioma matemático, uma vez que diz respeito a contingência humana. Qualquer pretensão de impor alguma *verdade* universal no campo da política corre o risco de se configurar numa ideologia que almeja o domínio dos governados pelos governantes, estando esta questão fora do paradigma democrático, pois o povo deve ser o verdadeiro soberano, o detentor do poder de decisão política. Exsurge a principal crítica que se faz ao regime democrático, uma vez que deixar a certeza dos padrões ditados pela razão universal implica em mergulhar na relatividade das opiniões. Se a razão que busca o juízo universal deve ceder espaço ao juízo político nos moldes do juízo estético, isto quer dizer que não apenas a razão mas, sobretudo, o sentimento das pessoas serão levados em conta a fim de se aferir o *certo* e o *errado* de determinada proposição. Debalde a razão almeja padrões precisos para a esfera dos assuntos humanos, posto que no seio da pluralidade humana vigora a relatividade das diversas opiniões. Como escapar do puro relativismo das opiniões divergentes, a fim de evitar que a democracia fique a deriva, no mar dos interesses conflitantes? Arendt enfrenta esta questão recordando que historicamente sempre houve um conflito entre a *doxa* e a *episteme* de modo a colocar em esferas separadas os dois tipos de saber, atribuindo-se uma superioridade ao conhecimento do filósofo governante, em detrimento do saber popular.

3. O conflito entre a filosofia e a política

A questão do universalismo que prega a certeza de padrões absolutos e a relatividade que vigora no campo da política é enfrentada por Arendt quando trabalha a tensão existente entre a filosofia e a política. A primeira sempre em busca de um padrão teórico adequado para resolver os assuntos humanos, e a segunda, imersa na contingência da pluralidade humana. Justamente por renegar a imposição de uma ideologia, criada a partir da perspectiva das categorias e dos interesses que informam o modo contemplativo de vida, onde vigoram a solidão e o isolamento, Arendt insurge-se contra a tradicional distinção hierárquica que opõe a minoria filosofante à maioria ignorante. Recorda que o conflito entre a *verdade* e a *opinião* é tão antigo quanto a própria filosofia e surgiu no modo de vida do filósofo e do modo de vida do cidadão. Tal celeuma nasceu com o julgamento de Sócrates. Ao procurar despertar a consciência dos cidadãos, Sócrates os levava a questionar as leis e isso Atenas não pôde perdoar. O filósofo não foi capaz de convencer os juízes de sua inocência e do seu valor e pereceu face às opiniões irresponsáveis dos atenienses. A condenação de Sócrates fez com que Platão duvidasse da validade da persuasão no âmbito da política e da viabilidade da democracia. A verdade para Platão era o oposto da opinião. Ele foi o primeiro a usar as idéias para fins políticos, na tentativa de estabelecer padrões absolutos na esfera dos assuntos humanos. A ação política passou a ser compreendida conforme o modelo da fabricação, que sempre traz um certo grau de violência, sendo tarefa dos peritos.[12] A política foi substituída como participação de cada um pela oposição entre os que sabem e decidem e os que executam, inaugurando na filosofia política o pressuposto da desigualdade. A política deixa de ser entendida como a participação na ação comum para se tornar governo para uns e obediência para a massa dos outros. Aceitar a idéia de

um governante especialista significa afirmar que há por um lado o que sabe sem fazer, e por outro o que executa sem saber. A partir daí a política já não é mais a ação comum dos cidadãos, passando a ser a arte do governo, das decisões do palácio, do gabinete do ministro ou do tecnocrata. Esta concepção perdurou ao longo do tempo, sendo questionada a fim de se alcançar uma verdadeira democracia.

No campo da política, os filósofos foram os primeiros a tomar consciência de todas as objeções que o senso comum poderia levantar contra a filosofia, sendo que a distância entre verdade e opinião é que separa o filósofo de todos os outros homens da *polis*.^[13]

No seu isolamento ele pretende alcançar uma verdade racional e pode ter a tentação de se utilizar dessa sua verdade como um padrão a ser imposto na resolução dos conflitos humanos. Mas na praça pública a verdade filosófica altera sua natureza e se torna uma opinião a mais. O sentido do mundo se revela na troca de opiniões, sendo que a verdade fatural informa o pensamento político exatamente como a verdade racional compõe o conhecimento filosófico. O respeito da faturalidade é o limite constitutivo do político. O relator dos fatos não deixa de estar na posição daquele que narra aquilo que lhe aparece. A verdade fatural para ser fidedigna relaciona-se sempre com outras pessoas. Ela diz respeito aos acontecimentos que decorrem da convivência mútua sendo estabelecida por testemunhas e depende sempre de comprovação. Fatos e opiniões pertencem ao mesmo domínio. Os fatos embasam as opiniões e cada ser humano interpreta-os de acordo com seus interesses e paixões sendo que a respeito do mesmo fato podem surgir versões diferentes e legítimas da verdade fatural, pois esta diz respeito ao ponto de vista de cada narrador.^[14]

Faz parte da política saber abranger várias posições possíveis no mundo real, a partir das quais a mesma coisa pode ser considerada, fazendo com que surjam aspectos distintos, apesar de seu caráter particular. A virtude por excelência do homem político é ver o mundo do ponto de vista dos outros, sendo a política essencialmente concebida como liberdade que se realiza na igualdade, não havendo espaço para a imposição de padrões rígidos. O cidadão da *polis* tem na livre expressão das opiniões, no estar-junto-com-os-outros, a maneira política de manifestação da verdade. Encontrar a verdade na *polis* significa partilhar o mundo com os demais, utilizando a persuasão e nunca impondo, pelo constrangimento, uma “verdade” absoluta.^[15]

4 Sócrates, o exemplo do cidadão

A fim de contextualizar o cidadão ativo, detentor do verdadeiro poder na democracia, Arendt utiliza a figura de Sócrates, para construir um *tipo ideal* ao estilo de Max Weber, desenhando uma figura mais simbólica do que histórica.^[16] Um de seus principais objetivos foi articular uma resposta à pergunta – o que nos faz pensar? – a fim de revelar um modelo do cidadão que unifica o pensamento com a ação, que não pretende ser governante, mas tampouco se submete docilmente às regras, desenvolvendo uma postura crítica e participativa nos assuntos políticos.

Sócrates foi um perfeito modelo uma vez que perambulou na praça pública, dialogando com os seus concidadãos. Representava desta forma um pensador no mundo, um cidadão-pensador. Em oposição a Eichmann, o homem que não pensava, Sócrates encarnava a figura do homem que pensava pessoalmente, que se interrogava e obrigava

os seus interlocutores a fazerem outro tanto. Desta interação surge a política, compreendida como o espaço onde se institui e se revela uma comunidade que compartilha o mundo, aceitando as divergências e o fato de que somos diferentes.

A *polis* grega antiga, tomada como modelo de esclarecimento, era o espaço da livre exposição das opiniões dos cidadãos e esta “conversa” consistia na manifestação da verdade possível, no âmbito da política, que é sempre relativa, porque para Sócrates, como para seus concidadãos, a *doxa* era a formulação em fala daquilo que *dokei moi*, o que aparece a mim.[17] Na esfera pública do domínio político o cidadão se distingue, revelando sua pessoa, expressando suas opiniões, sendo visto e ouvido pelos outros, momento em que *Ser e Aparecer* coincidem.[18]

Tal qual um moscardo Sócratese sabia ferroar os cidadãos a fim de despertá-los para o pensamento e a investigação; como parteira, auxiliava a trazer à luz o pensamento alheio, purgando as pessoas de seus preconceitos não examinados; e, finalmente, como arraia-elétrica ele produzia a perplexidade, o instante de parar e pensar, equivalente ao *thaumadzein* filosófico. Isto fazia com que os preconceitos, as crenças mal fundadas, as verdades de senso comum, assimiladas sem uma verdadeira compreensão, fossem depurados. Ao expurgar tudo o que era mal compreendido, mediante o pensamento crítico, abria-se um espaço para o julgamento. Sócrates é o fundador do diálogo político, aquele que vai além da mera comunicação entre duas pessoas, uma vez que ocorria na praça do mercado e dele participavam as pessoas livremente. Afirma Catherine Vallée que “o objeto do diálogo socrático não é nem tu, nem eu, mas o mundo que está entre nós: a coragem, a justiça, a piedade.”[19] O principal critério para o homem que diz sua própria *doxa* como verdade é que ele esteja de acordo consigo mesmo, que ele não se contradiga. O medo da contradição vem do fato de que qualquer um de nós, “sendo um”, pode ao mesmo tempo falar consigo mesmo como se fosse dois. Eis aí o surgimento da consciência moral, metaforicamente, uma verdadeira testemunha interior que me julga e me acompanha como a própria sombra.

Arendt resgata as proposições socráticas “é melhor sofrer o mal do que o cometer” e “eu preferiria que minha lira ou um coro por mim dirigido desafinasse e produzisse ruído desarmônico, e preferiria que multidões de homens discordassem de mim do que eu, *sendo um*, viesse a entrar em desacordo comigo mesmo e a contradizer-me”(Gorgias),[20] apontando este princípio da não-contradição como o marco inicial do pensamento ético ocidental. Trata-se de pensar criticamente em meio aos preconceitos, em meio às opiniões não examinadas e às crenças, revelando-se a maiêutica socrática um método para o despertar do ser humano para a problematização da vida humana em plena praça pública. O princípio da não contradição é a origem não apenas da lógica mas, sobretudo, da ética. Para que o homem possa compartilhar a sua opinião com os demais é necessário que a sua própria opinião seja tida por verdadeira e isto implica estar de acordo consigo mesmo.[21] Tal questão é da maior relevância política, pois o diálogo de mim comigo mesmo é a primeira condição do pensamento, que deixa de ser prerrogativa apenas dos filósofos, para ser qualidade também do cidadão.[22] É a garantia do bom funcionamento da *polis*, pois a veracidade, ser fidedigno consigo mesmo implica no respeito as regras de comportamento por convicção própria e não por simples medo da punição da lei ou do castigo religioso.

Assim, para a política é a valorização da opinião que é relevante, sendo que o ser humano é um ser contingente e vive no mundo onde vigora a relatividade. A verdade

absoluta não está ao alcance do homem uma vez que, se isso fosse possível, ela se imporá por si e o espaço da liberdade, a capacidade de efetuar escolhas norteadas por seus próprios critérios, desapareceria.[23] Daí a importância de Sócrates como exemplo de cidadão, uma vez que aliou o pensamento com a ação. Ele buscou na praça pública a verdade possível, através da maiêutica e da dialética, travando um diálogo com os seus concidadãos, em busca do melhor argumento. A tensão entre a práxis e a *theoria* é enfrentada por Arendt mediante as figuras do ator – momento em que o ser humano desempenha os papéis correspondentes a sua inserção na comunidade -, e do espectador – momento em que ele se afasta dos acontecimentos para compreendê-los, no recôndito de sua mente.

5 O ator e o espectador

O desdobramento efetuado por Arendt no que tange a *Vita activa* (labor, fabricação e ação) e a *Vita contemplativa* (pensar, querer, julgar), possibilita uma melhor compreensão do ser humano e das diversas áreas em que são articuladas tais atividades.

A fim de compatibilizar a vida do espírito com a vida ativa, a autora trabalha com as figuras fenomenológicas do ator e do espectador, representando o modo de vida do cidadão e o modo de vida do filósofo, afirmando que tais figuras pertencem à arte do pensamento crítico, que sempre traz implicações políticas. No espaço público o ser humano “aparece” mediante a fala, significa dizer que ele se organiza pelo discurso, objetivando a ação pautada pelos interesses comuns. Estes interesses dizem respeito a relação do agente com o mundo. A interioridade, tal qual descoberta por Santo Agostinho, do “tornar-se uma questão para si próprio”- *quaestio mihi factus sum*, [24] se projeta para a exterioridade e assume com Arendt uma dimensão de *Amor mundi*, levando a pessoa a se desvelar na esfera pública. André Duarte esclarece que no espaço político acontece a interação entre os diversos atores, que travam o diálogo que visa pautar a ação comum.[25] Desta forma, a tensão existente entre o ator e o espectador, ou seja, entre o modo de vida ativo e o modo de vida contemplativo, revela-se em sua plenitude no campo da liberdade.

O primado da vontade, capacidade de querer e de recusar, necessita não apenas do primado do futuro, mas também da capacidade da pessoa de inovar no singular. A forma como a pessoa se ajusta no mundo constitui o mundo para si. As afirmações e as negações determinam “quem” é a pessoa e a que mundo pertence. “A vontade seria considerada como um *principium individuationis*, como o órgão mental que realiza nossa singularidade.”[26] No recôndito do sujeito encontra o pensamento a sua guarida, enquanto tanto a vontade como o juízo se debruça sobre objetos particulares do mundo das aparências, que são contingentes por definição. Ao efetuar esta retirada do agir, o espírito torna-se um espectador, distingue-se do ator, pois passa a conhecer e compreender o que quer que se ofereça como espetáculo.[27]:

Por conseguinte, somente o espectador é imparcial, sendo essencial para o surgimento do juízo a retirada do envolvimento direto, para um ponto de vista exterior aos fatos. O ator, porque é parte do jogo, deve desempenhar seu papel, sendo parcial por definição, preocupado com a *doxa*, a fama – ou seja, a opinião dos outros, não se conduzindo apenas por uma “voz inata da razão”, mas principalmente pautando o seu procedimento

pelas expectativas dos outros a seu respeito. O espaço público surge desta interação entre atores e espectadores, derivado idealmente da própria faculdade de julgar, pois é por meio dela que flui a comunicação possível.

O passo inicial para a reflexão é a operação de *retirada* do mundo tal como ele aparece e um movimento introspectivo em busca do *eu*. “Estar sozinho e estabelecer um relacionamento consigo mesmo é a característica mais marcante da vida do espírito.”[28] Consiste em posicionar-se como espectador a fim de perquirir sobre o sentido do mundo. Este se revela na comunicação intersubjetiva do próprio sentido de realidade do existir humano, designado sob o conceito de senso comum[29]. Para Arendt é o senso comum que possibilita o julgamento, pois a avaliação do que é certo e do que é errado é a própria síntese que a vida do espírito efetua.[30] Esclarece a autora que dos nossos cinco sentidos, a visão, a audição e o tato são facilmente comunicáveis, porque se referem a objetos do mundo externo, podendo ser expressos em palavras. Já o olfato e o gosto fornecem sensações internas totalmente privadas e incomunicáveis.[31]

O pensamento humano lida com o produto da dessensorialização, abstraindo do mundo dos particulares em busca da significância, através da generalização, que possibilita o surgimento de um padrão aplicável às novas situações que se apresentam. Segundo Arendt, há duas operações do espírito no juízo. Primeiramente a imaginação, em que são julgados objetos não mais presentes, que foram removidos da percepção sensível imediata, tornando-se objetos para os sentidos internos. Essa operação prepara o objeto para a *operação de reflexão*, que é a verdadeira atividade de julgar alguma coisa.[32]

O critério da comunicabilidade ou da publicidade permite uma aferição a respeito da conduta, pois através do “prazer” e do “desprazer” que sente, corroborados pela “aprovação” ou “desaprovação” dos outros, poderá uma pessoa discernir se o que julga “certo” ou “errado”, não é uma ilusão de seu espírito. Arendt recordando Kant, aponta como máximas desse *sensus communis* “pense por si mesmo (máxima do Iluminismo); ponha-se, em pensamento, no lugar de qualquer outro (a máxima da mentalidade alargada); e a máxima da consistência: esteja de acordo consigo mesmo.”[33]

Mediante a imaginação podemos “alargar” o pensamento a ponto de considerar os pensamentos dos outros, comparando o próprio juízo com os juízos possíveis, colocando-se no lugar de qualquer outra pessoa. Embora o pensamento crítico seja uma ocupação solitária, ele não se dá em isolamento, uma vez que pela força da imaginação é possível considerar o posicionamento dos outros, numa operação de comparação, não para pautar o próprio juízo pelo juízo dos outros, consagrando a heteronomia, mas, pelo contrário, com independência, sopesar os juízos possíveis para, então, julgar com autonomia.[34]

É válido argumentar que no juízo político arendtiano há uma reconciliação entre o espectador e o ator, aceitando este agir em função dos parâmetros que lhe fornece o espectador, aquele que parou, refletiu, tirou conclusões, enfim, desenvolveu o pensamento crítico, capaz de nortear a ação. Afirmo Bethânia Assy que tanto a vontade como a ação possibilitam a singularidade, não havendo uma lacuna entre as noções de vontade e liberdade política.[35] Em última instância, quem julga é o próprio sujeito que vivencia ao mesmo tempo tanto a figura do ator, pois ao existir, necessariamente, ele assume inúmeros papéis na vida, e a figura do espectador quando, em pensamento, faz companhia para si próprio, sendo que essa dualidade do eu consigo mesmo, exige

uma conformidade, o ser consistente consigo mesmo, não se contradizer, regra que fundamenta a consciência moral e a ação política. Este é o deslocamento que Arendt faz quando deixa a razão prática kantiana de lado, para situar o juízo na esfera do gosto. O ato de julgar resulta tanto do pensar como do querer, o que leva a pessoa a pensar criticamente e a encantar-se mobilizando o cidadão à ação.

6 O juízo político

O tema do juízo sempre esteve subjacente nas reflexões de Arendt. Desde o início de seus estudos ela estava interessada na capacidade de julgamento como uma característica inerente da política, isto é, o juízo como a habilidade do ator cidadão se posicionar no mundo e atinar com o porquê de sua ação ou omissão. Neste caso o juízo estaria muito próximo da *vita activa*. Com o avançar dos anos, ela evoluiu para considerar o juízo como uma capacidade da *vita contemplativa*. Apenas o espectador, na solidão, julga os acontecimentos e pode dizer algo a seu respeito. Contudo, o amálgama entre o espectador e o ator é inevitável, pois o ser humano é uma unidade. Para que serviria o juízo na solidão, se a categoria essencial da política é a pluralidade e apenas no espaço da aparência é que o homem se constitui como tal?

A opinião com chance de ser acatada como veraz é aquela que passou pela triagem do pensamento, onde as proposições se sucederam logicamente, chegando-se a um ponto em que os parceiros, concordam com a decisão final, sem se contradizer.[36]

Julgar é muito mais do que um simples pensar. Eis uma chave para se avançar no caminho da investigação acerca do possível juízo político arendtiano. Arendt reconhece que há uma distinção de qualidade entre *razão* e *pensamento*, sendo que “animal racional” é o gênero humano, pois o que distingue a criatura humana dos outros animais é a razão. No entanto, “pensar” é ir além do intelecto, avançando para regiões do humano, demasiado humano. A autora não teve tempo de levar adiante esta problematização acerca da diferença entre a mera capacidade intelectual e a capacidade de julgamento e a sua implicação na *vita activa*, no que tange a atividade da ação desenvolvida no espaço político. No entanto ela recuperou a distinção feita por Kant entre razão e intelecto, que pode esclarecer a diferença entre *pensar* e *julgar*. Arendt utilizou esta separação entre o simples conhecer (*Verstand* – intelecto) e o pensar (*Vernunft* – razão) para distinguir duas formas de pensamento. A primeira diz respeito ao intelecto que deseja e é capaz de certo conhecimento verificável, mas paira na superficialidade daquilo que é sabido por todos, em linguagem socrática, não examina as opiniões em profundidade. Enquanto que a segunda, a razão, é a premência de pensar e compreender, perquirir as causas últimas, o porquê das coisas, o pensamento afeito aos filósofos, mas que Arendt supõe ser faculdade de todo e qualquer cidadão, ou seja, a faculdade do juízo. [37]

Somente quem fica no primeiro nível de conhecimento, tal qual Eichmann ficara, é incapaz de discernir o certo do errado, enfim, formular regras morais válidas de conduta. Kant colocara na razão, a capacidade de discernimento e a possibilidade de estabelecer a lei universal para todos, afirmando ser isto inerente a todo e qualquer ser humano, posto que racional. Por sua vez, Arendt, abandonou a razão prática kantiana, essencialmente capacidade da *vita contemplativa*, para situar o juízo no mundo. Para a

política não interessa o foro íntimo, mas sim aquilo que se exterioriza no mundo das aparências e que é compartilhado por toda a comunidade, com pretensão de generalidade, assumindo um caráter intersubjetivo.[38]

Se a prerrogativa política do cidadão é agir ou não, neste processo de escolha ele desencadeia todas as suas faculdades da vida do espírito, a começar pelo pensamento, quando se depara com o acontecimento que se torna objeto de interrogação para o seu conhecimento. Na seqüência ele efetua o juízo político, que consiste em tomar um posicionamento pessoal acerca do acontecimento, momento inerente da motivação para agir. Assume o comando a vontade, o querer, que determina o movimento para agir ou permanecer inerte, quando então o cidadão deixa o papel do espectador, para assumir o papel de ator.

Todo o agir é um momento no presente que visa ao futuro e neste ponto surge o querer como mola propulsora, uma vez que apenas a vontade pode ditar a ação. A vontade é a capacidade interna voltada para o futuro, onde os homens decidem quem eles vão ser e sob que forma desejam se mostrar no mundo dos fenômenos. Está ligada à ação, dizendo respeito a liberdade humana, movendo-se em uma região onde não existem quaisquer certezas. No momento em que se volta a mente para o futuro, vislumbram-se projetos que talvez nunca venham a se concretizar.

No livro *A Vida do Espírito* Arendt explica que a vontade é vista como uma faculdade humana distinta e separada do intelecto e do juízo que precedem a ação, operando o querer como o fator que a inicia. É no atributo da vontade de decidir ou não pela ação que se assenta o fundamento ontológico da liberdade política. Desse modo, a vontade é a faculdade da *vita contemplativa* que mais se aproxima da ação, uma das três atividades da *vita activa*, uma vez que tanto a vontade como a ação são decorrentes da liberdade. Não existe a possibilidade do cidadão se demitir da sua responsabilidade de ator, uma vez que tanto a ação como a omissão, representa uma tomada de posição acerca do mundo comum. A escolha a ser feita é entre ser um ator herói, que aparece em cena e age, ou ser um ator omissor, pacato cidadão, que deixa para os outros a tomada de decisões políticas, mas que inevitavelmente também arcará com as conseqüências delas.

No texto *Compreensão e Política*, de 1953, Arendt chama de “compreensão” o que posteriormente seria, provavelmente, o seu juízo político.[39] Esta ânsia de compreender e julgar os acontecimentos, num movimento de reconciliação do cidadão com o mundo é explicitada mediante a parábola de Kafka[40], onde “Ele” - o homem, o presente em luta, gostaria de saltar fora da linha de combate dos dois inimigos, o passado e o futuro e julgar de fora, como espectador. Contudo, o passado e o futuro somente existem em função de “Ele”. Arendt utiliza a imagem do paralelogramo de forças. O infinito é a sua origem a significar o passado e futuro. Quando se encontram produzem uma terceira força, a diagonal resultante que tem como origem o ponto de encontro entre o passado e o futuro. Este é o *nunc stans*, o “agora permanente”, o próprio campo de batalha onde aparece uma região para “Ele” descansar quando está exausto, sendo este o lugar do pensamento. A parábola fecha com a afirmação de que “Ele” gostaria de ser alçado à posição de juiz sobre os adversários que lutam entre si.[41] Conseqüentemente, o pensamento é a pré condição do juízo, e este é prerrogativa do cidadão, que idealmente deve exercitar a faculdade do julgamento sempre que a ação for política e se voltar para os acontecimentos do mundo comum. Afinal, um Estado conforme preconizado por Arendt, uma república, deve contar com a

participação direta de seus cidadãos, o seu maior patrimônio, nas tomadas de decisões políticas.

7 O sujeito político democrático e a capacidade de operar *milagres*

Ao colocar a liberdade na vontade e na ação, Arendt salva o homem do condicionamento permanente a que é submetido pelos processos automáticos naturais ou cósmicos e também pelos processos históricos em que está mergulhado, podendo a iniciativa humana interromper o curso dos acontecimentos.[42] A palavra “milagre” significa o inédito, o inesperado, longe da conotação religiosa de que seria exclusivamente o “bem”, podendo resultar também em uma ação que conduza ao “mal”. A liberdade se manifesta nessa capacidade de operar o milagre. A tensão entre a ação da *vita activa* e a vontade da *vita contemplativa* é equacionada mediante a responsabilidade pela construção do próprio mundo. Ao identificar a liberdade com o poder de começar a ação política conjunta, capaz de interferir nos processos desencadeados pela interação humana, a pessoa participa da “teia” de relações humanas. Na ação adquire o dom de romper o processo de causa e efeito de que a toda ação corresponde uma re-ação, e pode fazer surgir o inédito. São verdadeiros milagres que ocasionam interrupções de uma série qualquer de acontecimentos. No momento em que o espírito se volta para o futuro desloca o foco de sua atenção dos objetos para os projetos, pouco importando se eles são formados espontaneamente ou como reações antecipadas a circunstâncias futuras. No entanto, estes projetos podem se realizar ou não, havendo apenas um grau de probabilidade para sua efetivação, afirmando Arendt que no campo dos assuntos humanos vigora o acidental e o contingente.[43]

Arendt se reporta a Santo Agostinho para realçar que o simples fato de ter nascido faz do homem um verdadeiro milagre, um acontecimento de reinício de vida. A criação do homem consistiu em instaurar um *initium*, isto é, um poder de inovar, que é indissociável de uma individuação que se manifesta pela vontade.[44] Este é o maior dos acontecimentos, quando um novo ser humano adentra a esse mundo criado pelos homens, que o recebe e condiciona, mas por ter o dom da liberdade o novo sujeito pode sopesar toda a realidade encontrada e dar início a uma etapa nova, que é o período de sua vida.[45] A peculiaridade humana se manifesta nesse começo, que é a suprema capacidade de aparecer e agir no mundo. Politicamente, isto equivale à liberdade da criatura humana.[46] Dessa forma a liberdade está associada à condição humana da natalidade e a ação política é essencialmente o começo de algo novo. É com palavras e atos que o homem se insere no mundo e escreve “a história dos seres cuja essência é começar.”[47]

8 Considerações finais

A reflexão sobre a política deve partir necessariamente da pluralidade, da grandeza e da miséria da condição humana, não esquecendo que a capacidade de ação conduz os homens sempre e novos começos após as crises espirituais e políticas de cada época. *Ser e Aparecer* coincidem, pois é no mundo que o sujeito se revela, sendo que os atos e as palavras expressam a liberdade humana. Da interação dos cidadãos no espaço político surge o autêntico poder que legitima as instituições políticas e o direito positivado.

O Estado Democrático de Direito deve pautar a sua ação na vontade popular. A democracia surgiu na antiga *polis* grega, a partir do século VI a.C, e cada cidadão estava intimamente implicado neste tipo de regime político, uma vez que podia participar diretamente da vida política.[48] Esta experiência originária ilumina o debate que é travado nas democracias contemporâneas, posto que o problema principal diz respeito a forma plausível de se ouvir e colocar em prática a vontade do povo, este princípio antropológico intangível que constitui ao mesmo tempo a força e a fragilidade da democracia.

O campo da política é o do diálogo no plural que surge no espaço da palavra e da ação no mundo público. O conflito entre *verdade* e *opinião* toma formas acirradas quando alguém a partir de conceitos tidos por universais, pretende torná-los relevantes para a *polis*, sem nunca resolver adequadamente a problemática do existir humano. A verdade única é uma impossibilidade, pois no trato dos assuntos humanos vigora a *doxa*, que não se equipara a qualquer fantasia subjetiva e arbitrária, mas se opõe à verdade universal e absoluta, porque não existe em política verdade desse tipo, diante da contingência da pluralidade humana. O cidadão expressa um ponto de vista particular, uma autêntica visão do mundo de acordo com a sua situação e que representa apenas uma parcela da realidade. A multiplicidade dos pontos de vista não pode ser reduzida a uma verdade única, definitiva, válida para todos. Os padrões de juízo tradicionais perderam a autoridade, sendo que não possuímos mais regras universais confiáveis que nos orientem na apreensão e compreensão do mundo. Daí a pertinência do juízo reflexionante estético como substrato para se posicionar politicamente, quando não apenas a razão é mobilizada mas também o sentimento e a vontade, levando o cidadão a encantar-se com a ação política. No juízo político acontece uma reconciliação entre a ação (*práxis*) e o pensamento (*theoria*), na pessoa do cidadão herói, aquele que encarna as figuras do ator e do espectador e dá a sua parcela de contribuição para a construção e a conservação do mundo comum. Tal como Sócrates, o cidadão cuja vocação política é a ação, o cidadão herói não entra em contradição consigo mesmo e ao agir utiliza todas as faculdades do espírito. Para se situar no mundo, distinguir o certo do errado, o belo do feio, o verdadeiro do falso ele não pensa simplesmente, mas utiliza o sentimento e a vontade para atingir o nível de julgamento. O espanto originário que deu início à filosofia está ao alcance de qualquer um.

É tempo de se traçar um novo sujeito político, capaz de abandonar a postura egocêntrica do cidadão liberal, preocupado exclusivamente com seus interesses privados. O novo sujeito político de direito deverá assumir as tarefas do cidadão participante que cria espaços de luta tendo como bandeira os interesses coletivos e o aprimoramento das instituições sociais, jurídicas e políticas. Afinal, aqueles que cooperam e falam uns com os outros formam uma comunidade com autoridade epistêmica e tudo leva a crer que estão habilitados para emitir juízos políticos, ou seja, participar das decisões acerca das escolhas que devem ser efetuadas para salvaguardar o mundo comum. Desde a entrada em cena dos jogos de linguagem, o sujeito geral e abstrato deu lugar ao sujeito discursivo, que tem como principal característica a sua historicidade, sendo um sujeito concreto que pode dizer algo de si mesmo e, ao se compreender, apreende o todo. Em âmbito político, a verdade dos juízos universais e necessários cedeu lugar ao juízo formado a partir da opinião, a *doxa*, que parte dos pré-conceitos, no sentido do “já sabido” por qualquer um, que no encontro discursivo com o *alter* pode avaliar a validade ou não de sua opinião. No espaço coletivo da aparência, a opinião passa a ser o

juízo possível, aquele que busca a corroboração dos seus pares, no discurso travado pela descoberta dos interesses comuns e no estabelecimento de metas para a ação.

O cidadão não pode abdicar da cidadania, devendo sempre optar entre ser um cidadão-herói, aquele que assume suas responsabilidades perante si próprio e os seus amigos, ou um cidadão omissor, cuja negativa em participar contribui também para a conformação do mundo comum, sendo que tal omissão é uma forma de agir que também traz conseqüências para si próprio e para o mundo. O resgate da cidadania somente será possível mediante a ação de indivíduos históricos, localizados, verdadeiros agentes da liberdade que estejam dispostos a lutar para romper os grilhões da necessidade. Conforme Hans-Georg Gadamer, enquanto indivíduo singular no acaso de suas motivações e objetivos particulares a pessoa ainda não é um momento da história. Somente o é quando se eleva até os aspectos éticos comuns. “A força ética do indivíduo se converte num poder histórico, na medida em que ele trabalha em vista dos grandes objetivos comuns.”[49]

9. Referências bibliográficas

AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

AMIEL, Anne. **Hannah Arendt Política e Acontecimento**. Lisboa: Instituto Piaget.

ARENDRT, Hannah. **A Condição Humana**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **A Dignidade da Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

_____. **A Vida do Espírito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

_____. **Eichmann em Jerusalém. Um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Entre o Passado e o Futuro**. 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.

_____. **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.

_____. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras. 1998.

_____. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. **Verdade e Política**. Trad. Manuel Alberto. Lisboa: Relógio D Água Editores, 1995.

ARISTÓTELES. **A Política**. 15^a. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala.

_____. **Ética a Nicômaco**. Col. Os Pensadores. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1973.

ASSY, Bethânia. **Faces privadas em espaços públicos. Por uma ética da responsabilidade**. In: **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2003.

_____. **A atividade da vontade em Hannah Arendt: por um êthos da singularidade (aecessitas) e da ação**. In: **Transpondo o Abismo – Hannah Arendt entre a Filosofia e a Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. **Hannah Arendt: do mal político à ética da responsabilidade pessoal**. In: **Origens do Totalitarismo – 50 anos depois**. Orgs. Odílio Alves Aguiar *et.al.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

_____. **Hannah Arendt e a dignidade da aparência**. In: **A Banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt**. Orgs. André Duarte *et. alli.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

BEINER, Ronald. **Hannah Arendt – sobre O Julgar** In: **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.

CANOVAN, Margaret. **Hannah Arendt a reinterpretation of her political thought**. New York: Cambridge University Press, 1995.

CORREIA, Adriano. **O pensar e a moralidade**. In: **Transpondo o Abismo – Hannah Arendt entre a Filosofia e a Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

DUARTE, André. **O pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia na Reflexão de Hannah Arendt**. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A. 2000.

_____. **A dimensão política da filosofia kantiana segundo Hannah Arendt**. In: **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.

_____. **Hannah Arendt e a Modernidade: Esquecimento e Redescoberta da Política**. In: **Transpondo o Abismo**. CORREIA, Adriano. (Org.) Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FIGUEIREDO, Vinicius. **A Desconstrução da Filosofia Política**. In: **A Banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt**. Orgs. André Duarte *et. alli.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

GADAMER Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6^a. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Editora Vozes, 2004.

- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: 2002.
- HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. **A Condição Política Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1998.
- HUME, David. **Uma Investigação sobre os princípios da Moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 1ª. ed. São Paulo: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 2003.
- _____. **Crítica da Razão Pura**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.
- _____. **Crítica da Faculdade do Juízo**. 2 ed. Rio: Forense, 2002.
- _____. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.
- _____. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ed. Tecnoprint.
- _____. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 1ª. ed. São Paulo: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 2003.
- KOHN, JEROME. **O mal e a pluralidade: o caminho de Hannah Arendt em direção À vida do espírito**. In: **Origens do Totalitarismo – 50 anos depois**. Orgs. Odílio Alves Aguiar *et.al*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- LUDZ, Úrsula. **Planos de Hannah Arendt para uma Introdução à Política**. In: ARENDT, Hannah. **O que é Política? O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- PLATÃO. **A República**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- RAMOS, César Augusto. **O Conceito Político de Liberdade em Hannah Arendt**. In: **A Banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt**. Orgs. André Duarte *et. alli*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.
- ROVIELLO, Anne-Marie. **Senso Comum e Modernidade em Hannah Arendt**. Lisboa: Instituto Piaget. 1987.
- THOUARD, Denis. **Kant**. Trad. Tessa Moura Lacerda. São Paulo: Editora Estação Liberdade Ltda, 2004.
- VALLÉE, Catherine. **Hannah Arendt Sócrates e a questão do totalitarismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

[1] “A situação tornou-se desesperadora quando se mostrou que as velhas questões metafísicas eram desprovidas de sentido; isto é, quando o homem moderno começou a despertar para o fato de ter chegado a viver em um mundo no qual sua mentalidade e sua tradição de pensamento não eram sequer capazes de formular questões adequadas e significativas, e, menos ainda, dar respostas às suas perplexidades.” (ARENDDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 4^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997. p. 34-35).

[2] “Historicamente falando, o que de fato se partiu foi a trindade romana que por milhares de anos uniu religião, autoridade e tradição. A perda dessa trindade não destrói o passado, e o processo de desmontagem, em si mesmo, não é destrutivo; ele apenas tira conclusões a respeito de uma perda que é um fato e, como tal, não mais pertence à *história das idéias*, mas à nossa história política, à história do nosso mundo. O que se perdeu foi a continuidade do passado, tal como ela parecia passar de geração em geração, desenvolvendo-se no processo de sua própria consistência.” (ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 159)

[3] “Quando Kant finalmente voltou-se para a terceira Crítica, ainda a chamou, a princípio, a Crítica do gosto. Assim, duas coisas aconteceram: por trás do gosto, um tópico favorito de todo o século XVIII, Kant descobriu uma faculdade humana inteiramente nova, isto é, o juízo; mas, ao mesmo tempo, subtraiu as proposições morais da competência dessa nova faculdade. Em outras palavras: agora, algo além do gosto irá decidir acerca do belo e do feio; mas a questão do certo e do errado não será decidida nem pelo gosto nem pelo juízo, mas somente pela razão.”(ARENDDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 14)

[4] KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. p.70.

[5] KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. p. 70.

[6] TESE – A causalidade segundo as leis da natureza não é a única de onde podem ser derivados os fenômenos do mundo no seu conjunto. Há ainda uma causalidade pela liberdade que é necessário admitir para os explicar. ANTÍTESE – Não há liberdade, mas tudo no mundo acontece unicamente em virtude das leis da natureza. (KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 406-407)

[7] “Inteligência te darei e ensinar-te-ei o caminho que deves seguir; fixarei sobre ti os meus olhos. Não queiras ser como o cavalo e o mulo, que não têm entendimento. Com o

cabresto e com o freio sujeita (ó Senhor) as suas queixadas, quando não quiserem aproximar-se de ti.” (Bíblia. Salmo 31, 8-9)

[8] “Com efeito, se Kant submete o sujeito à lei moral, é para devolver-lhe sua autonomia, em outras palavras, para liberá-lo de suas vontades particulares, da preocupação com seu interesse próprio. O sujeito kantiano é livre quando consegue se desprender de seus desejos espontâneos e não quando lhes obedece. O momento instaurador da subjetividade prática é, pois, uma crítica radical do sujeito empírico e de seus desejos particulares.” (THOUARD, Denis. **Kant**. Trad. Tessa Moura Lacerda. São Paulo: Editora Estação Liberdade Ltda, 2004. p. 125).

[9] “Kant inventou a mais sofisticada, e quase impecável, resposta filosófica à nova situação criada pelo aumento de racionalidade, de um lado, e a descoberta dos limites da razão, do outro. Como é sabido, todo o edifício da solução kantiana se apóia em sua antropologia dual. Elimine-se o homem numinoso, que se chegará ao niilismo moderno puro e simples. Elimine-se o homem fenomenal, que se chegará ao universalismo formal especulativo, do qual está ausente o ator. Se rejeitássemos a antropologia dual de Kant por qualquer razão teórica ou empírica (incluindo a introspecção e as preferências valorativas), o frágil equilíbrio entre certeza e relativismo seria desfeito.” (HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. **A Condição Política Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1998. p. 76).

[10] David Hume ((1711-1776) se propôs a investigar a origem da moral a partir da hipótese de que tanto o sentimento como a razão figuram em todas as determinações que dizem respeito a moralidade. Pretendeu fundar a ciência do homem em bases experimentais, utilizando assim o método indutivo e de análise psicológica, a fim de pesquisar a subjetividade humana em busca do fundamento moral. Para o autor, a partir de suas vivências e da sua crença no mundo exterior, o ser humano estabelece a moralidade, devido a força do hábito. Como empirista, afirmou a validade da experiência, onde cada um sente e sabe, ao mesmo tempo, o que é bom e o que é mau, mediante um critério objetivo, qual seja, o princípio da utilidade: tudo o que é bom e útil para mim e para a comunidade, merece aplausos, logo, é virtude; tudo o que é ruim para mim e para os outros, merece reprovação, logo, é vício. Para além do seu lado animal, que vê, cheira, ouve, sente o tato e o gosto, o homem possui também a razão que é uma faculdade que possibilita a sua determinação em busca de fins próprios do ser humano, que constituem a cultura. Mas o seu lado cultural não se sobrepõe à natureza sendo que é esta que determina os próprios fins da raça humana. O autor foi rotulado como excessivamente cético e de ter privado a ciência e a moral de qualquer justificação racional, ao entrelaçar razão e sentimento para situar o ser humano diante da moral, questão primordial de sua existência, ao reconhecer que a questão diz respeito a sua própria felicidade ou infelicidade e também a felicidade ou infelicidade coletiva. (HUME, David. **Uma Investigação sobre os princípios da Moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da Unicamp, 1995).

[11] “A autonomia moral, como Kant a concebe, é um paradoxo para Arendt e um paradoxo trágico. Afastado do mundo, o pensador solitário está na verdade livre para fazer o que é moralmente correto, embora perca essa liberdade tão logo passe a viver em um mundo que lhe é estranho.” (KOHN, JEROME. **O mal e a pluralidade: o caminho de Hannah Arendt em direção À vida do espírito**. In: **Origens do Totalitarismo – 50**

anos depois. Orgs. Odílio Alves Aguiar *et.al.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 22).

[12] “O conflito entre o filósofo e a *polis* havia chegado a um ponto crítico porque Sócrates fizera novas reivindicações para a filosofia, precisamente por não se pretender um sábio. E é nessa situação que Platão concebeu sua tirania da verdade, segundo a qual o que deve governar a cidade não é o temporariamente bom – de que os homens podem ser persuadidos -, mas sim a eterna verdade – de que os homens não podem ser persuadidos.”(ARENDT. Hannah. **Filosofia e Política. In: A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 95).

[13] “O verdadeiro e o bem, na esfera dos assuntos humanos são, para Arendt, sempre relativos e por isso abertos ao debate e à persuasão. A verdade filosófica à maneira de Platão, com a sua preocupação de um bem absoluto, dirige-se a um homem solitário e abstrato afastado de um contexto histórico e das suas relações com os outros.”(VALLÉE, Catherine. **Hannah Arendt Sócrates e a questão do totalitarismo.** Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 57).

[14] “O que Arendt faz é convidar-nos para o debate de opinião na cena pública. Porém, deve precisar-se, para evitar qualquer equívoco, que esta relativização da verdade ética não leva a nenhum relativismo, porque Arendt afirma a imprescritível necessidade de reconhecer os fatos.”(VALLÉE, Catherine. **Hannah Arendt Sócrates e a questão do totalitarismo.** Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 87).

[15] “Persuadir, *peithein*, era a forma especificamente política de falar, e como os atenienses orgulhavam-se de conduzir seus assuntos políticos pela fala e sem uso de violência, distinguindo-se nisso dos bárbaros, eles acreditavam que a arte mais alta e verdadeiramente política era a retórica, a arte da persuasão.” (ARENDT. Hannah. **Filosofia e Política. In: A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p.91)

[16] “A grande vantagem do tipo ideal é precisamente que ele não é uma abstração personificada com algum significado alegórico a ela atribuído, mas foi escolhido dentre a multidão de seres vivos, no passado ou no presente, porque possuía uma significação representativa na realidade que apenas necessitava de alguma purificação para revelar o seu pleno significado.”(ARENDT, Hannah. **Pensamento e Considerações Morais. In: Responsabilidade e Julgamento.** São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 237).

[17] “O pressuposto era de que o mundo se abre de modo diferente para cada homem, de acordo com a posição que ocupa nele; e que a propriedade do mundo de ser o mesmo, o seu caráter comum ou objetividade, como diríamos do ponto de vista subjetivo da filosofia moderna, reside no fato de que o mesmo mundo se abre para todos e que a despeito de todas as diferenças entre os homens e suas posições no mundo – e conseqüentemente de suas *doxai* (opiniões) – tanto você quanto eu somos humanos.” (ARENDT. Hannah. **Filosofia e Política. In: A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 97.)

[18] “A *doxa*, aquilo que os homens falam-uns-com-os-outros, significa não só opinião, mas também glória e fama. Como tal, relaciona-se com o domínio político, a esfera pública onde qualquer um pode aparecer e mostrar quem é.” (ARENDT. Hannah.

Filosofia e Política. In: A dignidade da política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 97) .

[19] VALLÉE, Catherine. **Hannah Arendt Sócrates e a questão do totalitarismo.** Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 47.

[20] ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 136.

[21] “A frase socrática *sei que nada sei*, não significa mais do que: sei que não tenho a verdade para todos, não posso saber a verdade do outro, a não ser perguntando-lhe e, assim, conhecendo a sua *doxa*, que se lhe revela distintamente de como se revela aos outros.” (ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 100).

[22] “Ele queria tornar a cidade mais verdadeira fazendo com que cada cidadão desse à luz suas verdades. O método para fazê-lo é a *dialesthai*, discutir até o fim; essa dialética, entretanto, não extrai a verdade pela destruição da *doxa*, ou opinião, mas, ao contrário, revela a *doxa* em sua própria verdade. O papel do filósofo não é, então, governar a cidade, mas ser o seu moscardo, não é dizer verdades filosóficas, mas tornar seus cidadãos mais verdadeiros.” (ARENDT, Hannah. **Filosofia e Política. In: A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 97).[22]

[23] “Sócrates, com seu célebre *conhece-te a ti mesmo* mostra que apenas ao conhecer o que aparece para mim, apenas para mim, e, permanece, portanto, sempre relacionado à minha própria existência concreta, eu poderei algum dia compreender a verdade. A verdade absoluta, que seria a mesma para todos os homens, e, portanto, não se relacionaria com a existência de cada homem, dela sendo independente, não pode existir para os mortais.” (ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 100).

[24] “*Quid autem propinquius meipso mihi? Ego certe laboro hic et laboro in meipso: factus sum mihi terra difficultatis et sudores nimii.*” - Então, que há de mais próximo de mim do que eu mesmo? Decerto, eu trabalho aqui, trabalho em mim mesmo: transformei-me numa terra de dificuldades e de suores copiosos. (AGOSTINHO. **Confessiones**, Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. Cap. XVI)

[25] “Aquilo que alguns intérpretes tendem a conceber como uma ambigüidade ou uma incoerência da reflexão política arendtidana tem de ser visto, na verdade, como um sinal de sua riqueza e originalidade, que afirma tanto o caráter ‘expressivo’ e heróico da ação e do ator quanto o seu caráter dialógico, coletivo e consensual. Agindo, os homens tanto revelam ‘quem’ são em sua individualidade única quando entram em contato com uma pluralidade de semelhantes que precisam ser persuadidos de modo a colaborar para a consecução de tal ou qual iniciativa. Tanto o momento heróico, rebelde e singular da ação quanto o seu momento deliberativo, coletivo e consensual estão intimamente relacionados e não há ação possível sem a sua conjunção.”(DUARTE, André. **O Pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia na Reflexão de Hannah Arendt.** São Paulo: Editora Paz e Terra S/A. 2000. p. 234).

[26] ASSY, Bethânia. **A atividade da vontade em Hannah Arendt: por um êthos da singularidade (aeccetas) e da ação.** In: **Transpondo o Abismo– Hannah Arendt entre a Filosofia e a Política.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 48.

[27] “A retirada do envolvimento direto para uma posição fora do jogo (o festival da vida) não apenas é a condição do julgar – para ser o árbitro final na competição que se desenrola -, como também é a condição para compreender o significado do jogo. Em segundo lugar: o que interessa essencialmente ao ator é a *doxa*, uma palavra que significa tanto fama quanto opinião, pois é através da opinião da audiência e do juiz que a fama vem a se consolidar. Para o ator, mas não para o espectador, a maneira pela qual ele aparece para os outros é decisiva; ele depende do *parece-me* do espectador (o seu *dokei moi*, que dá ao ator a sua *doxa*); ele não é o seu próprio senhor, não é o que Kant chamaria posteriormente autônomo; ele deve se portar de acordo com o que os espectadores esperam dele e o veredito final de sucesso ou fracasso está nas mãos desses espectadores.” (ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 73).

[28] ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p.58.

[29] “ “O que, desde São Tomás de Aquino, chamamos de senso-comum, *sensus communis*, é uma espécie de sexto sentido necessário para manter juntos meus cinco sentidos e para garantir que é o mesmo objeto que eu vejo, toco, provo, cheiro e ouço; é a mesma faculdade que se estende a todos os objetos dos cinco sentidos. Esse mesmo sentido, um sexto sentido misterioso, porque não pode ser localizado como um órgão corporal, adequa as sensações de meus cinco sentidos estritamente privados – tão privados que as sensações, em sua qualidade e intensidade meramente sensoriais, são incomunicáveis – a um mundo comum compartilhado pelos outros. A subjetividade do parece-me é remediada pelo fato de que o mesmo objeto também aparece para os outros, ainda que o seu modo de aparecer possa ser diferente.”(ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p.39)

[30] “O aspecto mais surpreendente dessa questão é que o senso comum, a faculdade de julgar e discriminar o certo do errado, deva basear-se no sentido do gosto.”(ARENDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 64).

[31] “Em questões de gosto e olfato o *isto me agrada ou desagradado* é imediato e irresistível. E o prazer ou o desprazer, novamente, são totalmente idiossincráticos. Por que, então, deveria o gosto ser elevado, tornando-se o veículo da faculdade espiritual do juízo, não desde Kant, mas já desde Graciano? E o juízo, por sua vez – isto é, não juízo simplesmente cognitivo e que reside nos sentidos, que nos dão os objetos e que temos em comum com tudo o que vive e dispõe do mesmo equipamento sensorial, mas o juízo acerca do certo e do errado -, por que deveria ele basear-se neste sentido privado? Não é verdade que em questões de gosto estamos tão pouco aptos a comunicar que não podemos sequer discutir? A solução para este enigma é: imaginação. A imaginação, a habilidade para tornar presente o que está ausente, transforma os objetos dos sentidos objetivos em objetos *sentido*, como se eles fossem objetos de um sentido interno. Isso ocorre pela reflexão, não sobre um objeto, mas sobre sua representação. O objeto representado, e não a percepção direta do objeto, suscita agora o prazer ou desprazer.

Kant chama a isto *a operação de reflexão*.” (ARENDDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 64-65).

[32] “Essa dupla operação estabelece a mais importante condição para todos os juízos, a condição da imparcialidade, do prazer desinteressado. Fechando os olhos, tornamo-nos espectadores imparciais, não diretamente afetados pelas coisas visíveis. O poeta cego. E ainda: convertendo o que nossos sentidos externos perceberam em um objeto para os sentidos internos, comprimimos e condensamos a multiplicidade dos dados sensíveis; estamos em posição de “ver” com os olhos do espírito, isto é, ver o todo que confere sentido aos particulares. A vantagem que o espectador leva é que ele vê o jogo como um todo, enquanto cada um dos atores sabe apenas a sua parte, ou, se tivesse que julgar da perspectiva do agir, saberia apenas a parte do todo que lhe concerne. O ator é parcial por definição.” (ARENDDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 69).

[33] ARENDDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 71.

[34] “Pensar com mentalidade alargada é simplesmente o artifício por meio do qual se atinge a imparcialidade, aquele ponto de vista geral relativamente liberto das condições particulares que estão implicadas em cada ponto de vista e que é a prerrogativa da posição ocupada por aqueles que não estão envolvidos no jogo, isto é, os espectadores. Essa máxima do juízo prega o exercício de uma consideração imaginativa e não empática do outro. Trata-se de afirmar que essa modalidade de juízo nada mais expressa senão uma “opinião”, um ponto de vista, e, portanto, jamais pode pretender valer incondicionalmente. Depende antes de um assentimento de todos os outros, o que, da perspectiva arendtiana, não é mais do que uma exigência em forma de promessa.” (DUARTE, André. **A dimensão política da filosofia kantiana segundo Hannah Arendt**. In: **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 114-115).

[35] “O principal argumento deste trabalho é, ao revés, sustentar que as dimensões do futuro, este ‘ainda não’, da imprevisibilidade, da capacidade de gerar algo novo, este fim em si mesmo, da natalidade, este *initium* agostiniano, versam sobre metáforas que tanto correspondem à vontade quanto à ação.”(ASSY, Bethânia. **A atividade da vontade em Hannah Arendt: por um êthos da singularidade (aeceitas) e da ação**. In: **Transpondo o Abismo— Hannah Arendt entre a Filosofia e a Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 35).

[36] “A *dialegethia* de Sócrates significa falar de alguma coisa até esclarecê-la, com a ressalva de que o espírito faz as perguntas a si mesmo e as responde, dizendo-se sim ou não. Assim ele chega ao limite em que as coisas devem ser decididas, quando os dois falam igual e já não estão mais incertos, o que, então, estabelecemos como a opinião do espírito. Nesse diálogo silencioso de mim mesma comigo mesma que a minha qualidade especificamente humana fica provada. Em outras palavras, Sócrates acreditava que os homens não são meramente animais racionais, mas seres pensantes, e que prefeririam abrir mão de todas as outras ambições e até sofrer danos e insultos a perder essa faculdade.”(ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 157).

[37] “A faculdade de pensar – que Kant chamou *Vernunft* (razão), para distinguir de *Verstand* (intelecto) -, a faculdade de cognição é de uma natureza inteiramente diversa. A distinção, em seu nível mais elementar e nas próprias palavras de Kant, encontra-se no fato de que ‘os conceitos da razão nos servem para conceber (*begreifen*, compreender), assim como os conceitos do intelecto nos servem para apreender percepções. Em outras palavras, o intelecto (*Verstand*) deseja apreender o que é dado aos sentidos, mas a razão (*Vernunft*) quer compreender seu significado.”(ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 45).

[38] “O gosto estético (Kant) ou moral (Arendt) é suscetível dessa forma particular de universalidade que é a comunicabilidade: assim, ele não é nem subjetivo nem objetivo, mas intersubjetivo. Quando eu digo isto é belo (Kant) ou isto está bem (Arendt), não falo somente para mim, mas para todos. Exijo o assentimento dos outros, mesmo que o não constate e discuto quando eles não estão de acordo. Eu cortejo o assentimento do outro. (...) o meu juízo pode adquirir uma validade exemplar na medida em que, no caso particular em apreço, o belo ou o bem que não posso determinar de outro modo tornam-se manifestos. O meu juízo pode então ser um exemplo passível de citação ulterior quando se estiver na presença de casos análogos. (VALLÉE, Catherine. **Hannah Arendt Sócrates e a questão do totalitarismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 92).

[39] “Se a essência de toda ação, e em particular a da ação política, é fazer um novo começo, então a *compreensão* torna-se o outro lado da ação, a saber, aquela forma de cognição, diferente das muitas outras, que permite aos homens de ação, no final das contas, aprender a lidar com o que irrevogavelmente passou e reconciliar-se com o que inevitavelmente existe.”(ARENDDT, Hannah. **Compreensão e Política In: A dignidade da política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará. p. 52).

[40] “Ele tem dois adversários: o primeiro acossa-o por trás, da origem. O segundo bloqueia-lhe o caminho à frente. Ele luta com ambos. Na verdade, o primeiro ajuda-o na luta contra o segundo, pois quer empurrá-lo para frente, e, do mesmo modo, o segundo o auxilia na luta contra o primeiro, uma vez que o empurra para trás. Mas isso é assim apenas teoricamente. Pois não há ali apenas os dois adversários, mas também ele mesmo, e quem sabe realmente de suas intenções? Seu sonho, porém, é em alguma ocasião, num momento imprevisto – e isso exigiria uma noite mais escura do que jamais o foi nenhuma noite -, saltar fora da linha de combate e ser alçado, por conta de sua experiência de luta, à posição de juiz sobre os adversários que lutam entre si.”(Kafka, *apud* Arendt, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 4^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997. p. 33)

[41]ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p.154 *passim*.

[42] “A diferença decisiva entre as *infinitas probabilidades* sobre as quais se baseia a realidade de nossa vida terrena e o caráter miraculoso inerente aos eventos que estabelecem a realidade histórica está em que, na dimensão humana, conhecemos o autor dos *milagres*. São homens que os realizam – homens que, por terem recebido o dúplice dom da liberdade e da ação, podem estabelecer uma realidade que lhes pertence de direito.” (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 220).

[43] “Todas as coisas que podem *ser* ou não ser, que aconteceram, mas que poderiam não ter acontecido, são por acaso, são por acidente ou contingência. Em contraposição àquilo que necessariamente *é* como *é*, que *é* e não pode não ser. Pouca coisa é mais contingente do que atos voluntários, os quais – pressupondo-se uma vontade livre – poderiam todos ser definidos como atos que sei muito bem que poderia ter deixado de fazer. Uma vontade que não é livre é uma contradição em termos. Tudo o que acontece no campo dos assuntos humanos é acidental ou contingente.” (ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 197).

[44] “O mundo humano é constantemente invadido por estrangeiros, recém-chegados cujas ações e reações não podem ser previstas por aqueles que nele já se encontram e que dentro em breve irão deixá-lo.” (Id., **O Conceito de História – Antigo e Moderno**. In: **Entre o Passado e o Futuro**. 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997. p. 92).

[45] “Todo homem, sendo criado no singular, é um novo começo em virtude de ter nascido; se Santo Agostinho tivesse levado essas especulações às suas conseqüências, teria definido os homens não à maneira dos gregos, como mortais, mas como *natais*, e teria definido a liberdade da Vontade não como o *liberum arbitrium*, a escolha livre entre querer e não querer, mas como a liberdade de que fala Kant na *Critica da Razão Pura*. (...) o fato de os homens nascerem – continuamente recém-chegados a um mundo que os precede no tempo significa que a liberdade de espontaneidade é parte inseparável da condição humana. Seu órgão espiritual é a Vontade.” (ARENDDT, Hanna. **A Vida do Espírito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 267)

[46] “O homem é livre porque ele é um começo e, assim, foi criado depois que o universo passara a existir. No nascimento de cada homem esse começo inicial é reafirmado, pois em cada caso vem a um mundo já existente alguma coisa nova que continuará a existir depois da morte de cada indivíduo. Porque é um começo, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa. Deus criou o homem para introduzir no mundo a faculdade de começar: a liberdade.” (ARENDDT, Hannah. **Que é liberdade?** In: **Entre o Passado e o Futuro**. 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997. p. 216).

[47] ARENDDT, Hannah. **Compreensão e Política**. In: **A Dignidade da Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 52.

[48] A palavra *democracia* designa o poder do povo (*demos, kratos*). Desde o século VI a.C. a legislação de Sólon explicitou os direitos e deveres dos cidadãos. Por sua vez, as instituições de Péricles fez com que o povo da Cidade-Estado de Atenas tomasse o destino nas próprias mãos, posto que a *eclésia*, ou assembleia do povo dispunha de todos os poderes; a *bule*, conselho limitado a quinhentos membros pertencentes a todas as classes de cidadãos, era conhecida pela sabedoria de seus pareceres; os *estrategos* constituíam o poder executivo e não vinham mais apenas da aristocracia; a *heliéia* era o tribunal composto por seis mil cidadãos.

[49] GADAMAR Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6ª. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Editora Vozes, 2004. p. 291.

ANÁLISE DA OBRA “O ESTRANGEIRO” DE ALBERT CAMUS SOB A ÓTICA DA TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE BOOK “L’ÉTRANGER”, FROM ALBERT CAMUS, AND THE PROCEDURAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**Nestor Eduardo Araruna Santiago
Francisco Alexandre de Paiva Forte**

RESUMO

O presente trabalho trata do clássico *L’Étranger* de Albert Camus. O romance foi escrito em 1941 e publicado em 1942. A análise jurídico-literária de uma obra clássica como essa de Camus tem o mérito de despertar inúmeras reflexões. A mutação da acusação no processo penal diante dos discursos dos diversos atores da Justiça criminal e dos membros da sociedade e o papel, nem sempre ético, da imprensa. Outra reflexão importante é o papel do acusado na formação do convencimento do juiz. O processo penal ao qual é submetido o personagem Meursault em muito assemelha-se ao de Cristo. Desenvolve-se a idéia de que o processo penal reclama uma maior participação do acusado. O acusado não pode ficar inerte à espera de um julgamento justo, pois o Direito, dentro do qual se insere o processo penal, não é uma ilha isolada de outros fatores sociais. A indiferença do acusado em relação às convenções sociais conspira para sua condenação. Por conseguinte, o acusado tem o direito-dever de interagir com o juiz, bem como com os demais atores da persecução criminal, seja silenciando, quando entender conveniente para sua defesa, seja respondendo às indagações, a fim de concretizar o devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA. PROCESSO PENAL. PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO. ALBERT CAMUS. NECESSIDADE DE AUTODEFESA.

ABSTRACT

This paper examines the classical work of French author Albert Camus, *L’Étranger*, written in 1941 and published in 1942, from a juridical outlook, relevant to stir up several discussions on many Law-related issues. Some of these issues include the changes in prosecution and their relation to the ideas of the different players involved in Criminal Courts and of society, as well as the press, whose actions are not always based upon ethic values. Another important issue is the role of the defendant in shaping the conviction of the judge. The criminal procedure against Meursault very much resembles the procedures taken against Jesus Christ. The authors of this paper present the idea that criminal procedure requires a more intense participation of the accused individuals, who cannot remain careless, barely waiting for a fair trial, especially because Law is not completely independent of other social factors. The indifference of the defendants

regarding social covenants contributes to their conviction. Consequently, the accused has the right and the duty of interacting with the judge, as well as with the other players in criminal lawsuits, including the possibilities of being silent, if suitable for their defense, or of answering to the inquiries presented, in order to make the due process of law a reality.

KEYWORDS: LAW AND LITERATURE. CRIMINAL PROCEDURE. PARTICIPATION OF THE DEFENDANT. ALBERT CAMUS. SELF-DEFENSE.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do clássico *L'Étranger* de Albert Camus. O romance foi escrito em 1941 e publicado em 1942. Sobre o estrangeiro, o próprio Camus deu sua versão no prefácio de 1955: "Em nossa sociedade, qualquer homem que não chore no funeral de sua mãe, corre o risco de ser sentenciado à morte" (CAMUS, 1999, prefácio). Com isso Camus quis dizer que o indivíduo que não joga o jogo das convenções sociais está fadado de plano à condenação, máxime em um processo penal, onde a personalidade do indivíduo é dissecada para revelar a adaptação a tais conveniências.

A análise jurídico-literária de uma obra clássica como essa tem o mérito de despertar várias reflexões. A primeira delas é a da mutação da acusação no processo penal diante dos discursos dos diversos atores da Justiça criminal e dos membros da sociedade, sem descurar do papel, nem sempre ético da própria imprensa. É natural que o jornalista queira chamar a atenção. Esse é um dado relevante, tanto na época e circunstâncias em que se desenrola a trama do personagem Meursault quanto na época atual, supermidiática, onde os próprios leitores são também potencial fonte de informação, embora nem sempre desenvolvam a necessária reflexão crítica, comportando-se, não raro, como elementos de uma manada, ora sonâmbula e pacata, ora histérica e raivosa.

Outra reflexão - que ao cabo da leitura da obra pareceu ser a mais importante - diz respeito ao papel do acusado na formação do convencimento do juiz, na decisão final, seja absolvendo, seja condenando, ou considerando certas circunstâncias atenuantes do fato típico imputado ao acusado.

Camus já foi considerado uma espécie de Santo Agostinho agnóstico. No personagem Meursault, o processo penal ao qual é submetido em muito se assemelha ao de Cristo. Pilatos (POTTECHER, 1982, p. 251) indagou da multidão de judeus qual a acusação que pesava contra Jesus. Ao que responderam que ele incitava a nação à revolta e impedia o pagamento do tributo a César, além de denominar-se o Cristo-Rei. Diante de Cristo Pilatos pergunta se ele era rei ao que obtém a resposta de que sua única missão era testemunhar a verdade. Ao perguntar sarcasticamente o que era a verdade, Pilatos ficou sem resposta, como sem resposta estamos até hoje. Não obstante, Pilatos não vê motivo de condenação, porém a turba pede a liberdade de Barrabas e a crucificação de Cristo (POTTECHER, 1982, p. 251-253). No caso de Meursault a acusação que pesa contra ele de fato, dentro e fora dos autos, na fala do procurador (órgão de acusação) é a de ter enterrado a mãe com um coração de criminoso[1] (CAMUS, 2005, p. 148), de modo que a morte do árabe funciona apenas como pretexto e no final é mera peça secundária da tragédia pessoal do réu.

Em relação a Meursault, considerado pelo juiz como um anti-cristo, não se indagou - para crucificá-lo também - se ele era rei, assassino ou revolucionário, mas somente se havia chorado no enterro da mãe. E aqui sobressai a nota marcante de Meursault: sem pretensão alguma de reinado, sequer do outro mundo, mas somente como testemunha a observar a vida tal como ela se dava, a testemunhar a verdade percebida. Uma semelhança impressionante com a figura de Jesus.

Desenvolve-se a idéia de que o processo penal reclama uma maior participação do acusado. Se não há uma verdade absoluta a ser reconstruída – o que é a Verdade?, ecoa a pergunta formulada por Pilatos (POTTECHER,1982, p. 251) -, o acusado tem o direito-dever de, na condição de cidadão e para preservar o próprio Estado Democrático de Direito, colaborar com a melhor defesa técnica possível e até, se for o caso, efetuar sua autodefesa nas oportunidades nas quais se lhes assegura tal prerrogativa.

1 CONTEXTO DA OBRA

O livro foi escrito em plena Segunda Grande Guerra. Camus, que estudara Filosofia, de algum modo estava influenciado pelo existencialismo de Sartre. Segundo Orme (2008) a obra de Camus é marcada por uma forte preocupação com a justiça, destacando-se a compaixão e sensibilidade, numa tentativa de iluminar as concepções opostas de justiça como retribuição e justiça como misericórdia. Além disso, Camus abraça a linguagem da transparência moral para tentar reconciliar os conflitos entre as demandas de justiça e de liberdade.

Aliás, foi a preocupação de Camus em provocar reflexões morais e filosóficas nas suas obras, com maestria, que serviu de justificativa para que ele obtivesse o prêmio Nobel de Literatura em 1957.

2 O ROMANCE

O romance é dividido em duas partes. A primeira parte é caracterizada pelo silêncio do personagem. A segunda parte desenrola-se a partir da quebra do silêncio, marcada pelo assassinio de um árabe, cujo autor é o personagem principal que narra a estória em primeira pessoa: Meursault. Ao longo de toda a obra, depara-se com uma constante dualidade. Um jogo de luz e sombras; a lógica do raciocínio de Meursault e o absurdo de sua existência; sua extremada sinceridade e a mentira; a causalidade e o acaso; a consciência dos atos e um certo determinismo fisiológico, até. É bom ter em mente que Camus foi influenciado fortemente pelo fenomenologismo de Husserl. Maria Clara Duet Chagas Martinez (2007, p. 125) afirma que Camus, como inúmeros outros pensadores e escritores de seu tempo, adotou o método de Husserl. O resíduo da redução fenomenológica é o eu puro, fonte de significações. Assim, segundo a estudiosa da obra de Camus, em "O Estrangeiro" o autor prescreve a temporalidade do sujeito da escritura através de três categorias do texto literário: herói, narrador, escritor. A temporalidade desdobra-se em três níveis de compreensão. O herói está para o passado, o narrador no presente e o escritor revela o futuro, que é o vazio da morte, o ser-para-a-morte no sentido heideggeriano. As três mortes do livro têm algo em comum: a absurdidade da existência humana.

O que aparece na superfície da narração não é a vida mundana dos heróis da história, mas, sobretudo, a interpretação que o narrador dá à existência empírica de cada um. Diz

Martinez (*op. cit.*, p. 124) que a questão fundamental é a própria linguagem e não o contato com as coisas. A partir de uma escuta atenta do mundo, o homem ensaia produzir sua fala autêntica expondo a compreensão de sua existência.

As revelações que Meursault faz acerca de suas crenças ou não crenças choca todos os demais personagens e, claro, o leitor.

O romance começa com o telegrama da morte da mãe de Meursault. Embora essa primeira parte seja a mais silenciosa, como dissemos, já que a segunda inaugura uma quebra do silêncio, verifica-se de plano que a morte da mãe, tanto quanto a morte do árabe e, no final, a morte do próprio personagem, condenado à forca, é um acontecimento que leva o personagem a entrar em contato com o outro. Martinez (*op. cit.*, p. 185-186) entende que na obra em comento a morte aparece como o único acontecimento capaz de reagrupar a sociedade dos homens.

A relação entre Maria e Meursault, logo após a morte da mãe, no dia seguinte ao enterro da mãe, em que os dois saem para assistir a um filme cômico, revela o extremo da sinceridade do personagem e sua ausência de valores. Ele jamais confessa que ama Maria. E afirma que tanto faz casar com ela, como não casar, ou casar com qualquer outra. Isso lhe é indiferente. Poderá casar se ela achar que isso tem alguma importância. O fato de não tomar posição seja para o casamento, seja no emprego ante a oferta de uma promoção para Paris, promoção esta que contava com o entusiasmo de Maria, denota um personagem ausente de ambição ou, por outro lado, dotado da mais elevada ambição, a ambição de um faquir, capaz de viver bem de qualquer forma absurdamente, com prazeres ou sem prazeres. A resignação é a armadura do personagem. A tudo ele se adapta. Ficar ou partir, diz ele (CAMUS, 2005, p. 91) acerca do momento em que retornou à praia e consumou o homicídio, era tudo a mesma coisa[2].

Mas, essa sinceridade e ausência de ambição, muito mais do que de valores, denota que o personagem, no fundo, mente contra si mesmo, ou tenta experimentar o limite até onde as convenções humanas podem censurar um indivíduo.

A quebra do silêncio no dia da morte do árabe[3], a qual fecha a primeira parte do livro, repete-se no dia do julgamento com o discurso institucionalizado pela sociedade (CAMUS, 2005, p. 130); e, de certo modo, no dia da execução do condenado[4] (CAMUS, 2005, p. 185).

Meursault narra o momento do homicídio deixando a entender que tudo foi muito mais obra do acaso. E o acaso se repete, quase como uma lei. Num dos interrogatórios, o advogado atrasou-se por um contratempo (CAMUS, 2005, p. 104) e o juiz indagou ao acusado se ele gostaria de esperar que o advogado chegasse. Ele respondeu que não. O interrogatório foi realizado sem a presença do advogado. Estava tudo indo muito bem, quando novamente o acaso, um erro do escrivão, fez com que o juiz reperguntasse acerca dos tiros deflagrados contra o árabe. O acaso, portanto, do erro do escrivão fez com que o juiz perguntasse o porquê de o acusado ter esperado entre o 1º e o 2º tiro, ponto extremamente delicado para a defesa. O acusado jamais respondeu. Além disso, o jogo de luz solar, o calor, todos os fenômenos naturais e fisiológicos conspiram para os acontecimentos. Assim, da mesma forma que no dia do enterro da mãe estava quente, com um sol ardente, também no dia da morte do árabe. E por conta do calor foi que ele decidiu-se a retornar à praia após a briga com os árabes. Como a luz do sol incomodava

resolveu ele apressar um passo mesmo divisando o árabe que se aproximava. Foi então que o árabe tirou sua faca. A luz do sol refletiu sobre o aço da faca e como uma forte onda atingiu o rosto dele. Na sequência, consuma-se o homicídio, sendo de destacar que bastou um tiro para matar o árabe. Quando ele deflagrou mais quatro tiros o fez sobre o cadáver. E isso, em tese, deveria ser a parte mais gravosa de todo o processo penal.

Entretanto, o que ele constatou foi que o não ter chorado no dia da morte da mãe parecia muito mais grave do que o ter atirado quatro vezes sobre o cadáver do árabe.

Com a prisão, a obra deixa de ser silenciosa. Os diálogos são mais freqüentes. E o personagem admira-se primeiramente com a comodidade de ter um advogado dativo, ao que o juiz da instrução responde que a lei era bem feita.

No início da prisão o mais duro, segundo o narrador (CAMUS, 2005, p. 191) era ter o pensamento de homem livre. Com o tempo ele passou a ter pensamentos somente de prisioneiro. Tudo era questão de matar o tempo (CAMUS, 2005, p. 122). Do que sentira mais falta no início foi do corpo de mulher, mas isso também foi só uma questão de tempo para se acostumar.

De acordo com Renata Conde Vescovi (2008) nessa obra Camus questiona os limites éticos de um formalismo rigorosamente estruturado do Direito Penal, convocando a reflexões importantes a respeito de um processo e de um julgamento. Afinal, o que de fato é julgado, como o próprio advogado de Meursault também o fizera: um crime ou o criminoso?

O livro deixa transparecer que o fato criminoso é secundário. Relevante é o passado do acusado. Não ter chorado no velório e enterro da mãe; no dia seguinte ter iniciado uma relação amorosa, indo ao cinema assistir a um filme cômico; a amizade com uma espécie de cafetão, Raymond; o fato de não acreditar em Deus, nem em qualquer sistema de crenças e valores.

O contato pessoal do acusado com o juiz, *tête a tête* faz com os horizontes de compreensão de cada qual entrem em contato. A simpatia para com o juiz e deste para com o acusado é estremecida somente quando o magistrado tenta convencê-lo que o normal é arrepender-se diante do crucifixo de Jesus Cristo. No diálogo entre o acusado e o juiz, em que este último revela toda a sua subjetividade, a ponto de transparecer até mesmo um certo fanatismo religioso, mostrando-se inclusive disposto a ajudar o acusado, desde que ele se arrependesse, houve quase uma inversão de papéis. Embora o juiz não chegue a ficar na posição de interrogado, o réu assume a posição de observador, mais imparcial, mais racional. Para o réu isso parecia ridículo[5]. Na cena do crucifixo (CAMUS, 2005, p. 106-107), o juiz disse de forma passional que acreditava em Deus e que sua convicção era a de que nenhum seria tão culpável que não pudesse receber o perdão divino, mas era preciso que o homem se arrependesse sinceramente. O acusado que contempla tudo com imparcialidade e atenção, inclusive à maneira informal com que o juiz passou a tratá-lo, sentiu um pouco de medo, não do crucifixo, mas do juiz, porém isso parecia ridículo, afinal o criminoso era ele, Meursault (CAMUS, 2005, p. 107).

Por outro lado a introjeção do estigma do criminoso transparece na obra. Aliás, no fim desse mesmo interrogatório (CAMUS, 2005, p. 109), o juiz disse que todo criminoso a

quem ele mostrava o crucifixo acabava chorando, mas Meursault era o único que não chorava. O acusado então teve vontade de dizer - mas, não o fez - que eles choravam porque de fato eram criminosos. Recuou da fala porque se apercebeu se que era como eles.

Nota-se, assim, que a imparcialidade do acusado, além de impossível na sua inteireza, é comprometida pela introjeção, se não do sentimento de culpa - sentimento que ele não demonstra ter, pois em relação ao árabe sentiu muito mais aborrecimento do que culpa - mas, do estigma social de ser criminoso. E desta forma, sempre que surge a oportunidade de falar algo em sua defesa, acaba recuando de fazê-lo, donde se conclui que, no íntimo, o acusado deseja mesmo ser o bode expiatório da estória.

Na primeira vez em que foi interrogado, diante da simpatia do juiz, o acusado teve ímpeto de apertar a mão do juiz, mas recuou ao lembrar-se de que havia matado um homem. Esse comportamento denota que o acusado assimilou o emblema de criminoso, ainda que não tivesse ele arrependido-se, ou, quiçá, exatamente, por não ter se arrependido. Assim como certa culpa por não ter chorado no enterro da mãe irá percorrer toda a sua *via crucis* até os instantes imediatamente próximos de sua execução, quando então ele tem a clareza de que na verdade ninguém deveria ter chorado no enterro da mãe, de sorte que ele comportara-se de maneira adequada. Aliás, nesse momento final ele compreendeu que todos eram privilegiados: a turba por aplaudir e deleitar-se com a execução; e o condenado também tinha seu privilégio: o de liberar-se da culpa por não ter chorado no enterro da mãe.

A simpatia para com o juiz, no entanto, será restabelecida, embora o acusado prefira sempre a sua cela.

A visita do advogado coloca o acusado cada vez mais em contato com os argumentos estranhos ao fato criminoso que serão usados para postular a sua condenação. O advogado relata todo o dossiê que consta no processo. E pede, ele, advogado, que o acusado ajude-o na defesa, a dizer e a encontrar algo que rebata a tese da insensibilidade no dia do enterro da mãe. Aqui novamente há uma inversão de papéis: o advogado passa à condição de alguém que pede socorro ao seu próprio constituinte, exatamente pela singularidade do caso. Mas, o acusado não está disposto a mentir. E o advogado fica desapontado. Sem dúvida Meursault amava a mãe, mas isso não significa nada. Além disso, todas as pessoas sãs terão desejado com maior ou menor intensidade a morte daqueles a quem amam (CAMUS, 2005, p. 102). O advogado pediu a ele que, pelo menos, evitasse dizer isso em audiência. Mas, o acusado rebateu que sua natureza predominava sobre os sentimentos, isto é, sobre a razão.

Verifica-se aqui que o esforço do acusado de ser sincero ao extremo leva-o à mentira, contra sua própria sorte; e o que, em princípio, poderia ser uma autodefesa, toma-se uma auto-acusação. Quando ele silencia no interrogatório, por exemplo, na explicação jamais dada, acerca dos quatro tiros deflagrados contra o cadáver do árabe, silencia sempre em seu próprio prejuízo; e quando fala, também fala em prejuízo de si mesmo. Em suma, a postura do acusado é a de alguém que decide contemplar o processo com certa indiferença, buscando ser isento. A isenção e imparcialidade que se espera do juiz, bastante comprometida em face do fervor religioso do magistrado, na realidade, transborda no acusado. O acusado é imparcial além da conta. Não pede para ser preso, nem para ser condenado. Mas, se o for, aceita e acostuma-se de tal modo que todo o

desejo que tem é de ficar na sua cela e o instante de maior felicidade, em que pese a simpatia do juiz, é quando este diz que o interrogatório acabou e os guardas carcerários levam-no pelas mãos, como prisioneiro.

Outra prova da imparcialidade do acusado é quando ele narra que gostaria de ter dito ao advogado - e não disse porque o advogado ficou zangado com sua falta de colaboração na defesa - que gostaria de ser defendido naturalmente e não da melhor forma[6].

Na sessão de julgamento, a pressão popular e da imprensa, aliado a um fator também do acaso - o julgamento imediatamente anterior ao de um acusado por parricídio - fez com que a mesma fosse suspensa várias vezes. E a própria cobertura jornalística do caso Meursault na sessão de julgamento era também obra do acaso, pois o principal alvo da imprensa era o caso do parricídio (CAMUS, 2005, p. 131). Como tudo já estava montado aproveitaram a oportunidade para dar cobertura ao julgamento do personagem central, um verdadeiro estrangeiro.

A cena do julgamento com os jurados - que o acusado inicialmente não reconheceria senão como visagens -, em meio ao circo de jornalistas e espectadores fazia tudo parecer ridículo na percepção do acusado. E mesmo ciente de que eles não buscavam o ridículo, mas o crime, a diferença entre o crime o ridículo não era tão grande na percepção do acusado (CAMUS, 2005, p. 129).

O advogado de defesa diz: "Vejam a imagem desse processo. Tudo é verdadeiro e nada não é verdadeiro" (CAMUS, 2005, p. 141). E indagou ainda se estavam acusando o réu de ter enterrado a mãe ou de ter matado um homem (CAMUS, 2005, p. 148). Entretanto, o procurador acusa-o de ter enterrado a mãe com um coração de criminoso. A sessão é suspensa por urna intervenção do acaso. Um dos parentes da vítima do parricídio, cujo réu seria julgado logo em seguida, intervém da platéia clamando por justiça. A sessão é suspensa.

Quanto ao veredicto, o acusado sente mais pena do advogado do que de si mesmo. Aliás, ele fora premiado. Sua execução é sua vingança: como se a grande cólera da turba raivosa o tivesse purificado do mal (CAMUS, 2005, p. 185-186), desejoso que houvesse muitos espectadores no dia da execução com gritos de ódio.

3 A BUSCA DA VERDADE REAL E O DIREITO-DEVER DO ACUSADO DE PARTICIPAR DO PROCESSO A FIM DE POSSIBILITAR A DECISÃO MAIS JUSTA

Explica Rangel (2007, p. 7) que a verdade formada nos autos do processo criminal é uma verdade consensual diante das provas coligidas. Mas, tal consenso não é o consenso do melhor argumento no sentido habermasiano, uma vez que a liberdade e a vida são valores com os quais não se pactua consensualmente, "pelo menos enquanto eticamente considerados".

Não é exatamente o que vislumbramos no caso penal de Meursault. Ora, o julgamento de Meursault desenrolou-se num embate de argumentos recheados de falácias e, ainda que verdadeiros, no que pertine ao caráter esquisito do acusado, em nada aproveitariam em termos lógicos e razoáveis para aferir a verdade acerca da motivação assassina em relação ao árabe. E tudo isso deságua numa sentença muito ao gosto dos presentes, da

platéia ansiosa pela condenação, ou seja, resultou numa sentença, digamos “consensuada”, onde prevaleceu o melhor argumento, o que soou mais agradável ao povo.

Mas, diz Rangel (2007, p. 7) a verdade “obtida, consensualmente, somente terá validade se o for através da ética da alteridade”. Importante apontar desde logo que “os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que à procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito” (RANGEL, 2007, p. 407). Nesse tópico, o art. 5º, inc. LVI da Constituição Federal, declara como inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita. Seria o caso de indagar, transpondo o caso penal de Meursault para o atual ordenamento constitucional brasileiro, se o dossiê acerca do velório da mãe do personagem seria uma prova lícita ou não.

Não guardando o fato tratado no dossiê, qual seja o comportamento do acusado no dia do enterro da mãe, e seu caráter taciturno, com o fato investigado no processo penal (a morte do árabe), é bastante óbvio deduzir que tal dossiê constituiria a mais aberrante e inadmissível das provas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

Ilicitude da prova — Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) — Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual)... A exclusão da prova originariamente ilícita — ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação — representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ de 18-5-07).

Não obstante, na prática processual penal brasileira, sobretudo em julgamentos perante o Tribunal do Júri, sobejam exemplos em que se analisa tanto a biografia comportamental do acusado, quanto a da vítima, constituindo o fato penalmente relevante apenas um pretexto para a punição ou absolvição, conforme o “consenso social” em torno da pessoa escolhida (ou excluída) para bode expiatório, especialmente quando se descobre que o escolhido tinha alguma tara sexual, um comportamento

incestuoso, por exemplo, ainda que não guarde relação com o fato criminoso submetido ao veredicto.

No plano normativo não podemos ignorar que “o desinteresse do acusado pela ação penal pouco favorece a acusação” (BARROS, 2002, p. 170), diferentemente do que ocorre no processo civil. Mas, ao acusado não se pode exigir a imparcialidade, diz Marco Antonio de Barros (op. cit., p. 170).

É exatamente a imparcialidade que constatamos no personagem do romance ora em análise, justamente porque a parcialidade “é essencial na defesa da liberdade e demais direitos do réu, sendo manifesto o interesse público de sua preservação” (BARROS, 2002, p. 170).

A parcialidade do acusado é o que previne os excessos do Estado.

Assim, por maiores que sejam as garantias constitucionais, o acusado não pode ficar inerte à espera de um julgamento justo, pois o Direito, dentro do qual se insere o processo penal, não é uma ilha isolada de outros fatores sociais.

O direito ao silêncio que, em princípio e por princípio (da garantia do devido processo legal), não deve ser causa para agravar a situação do acusado, deve ser utilizado pelo acusado sempre em seu próprio benefício. Jamais o inverso. No presente caso, Meursault teve oportunidade de silenciar em relação ao fato criminoso do qual estava sendo acusado (a morte do árabe), mas não silenciou. Pelo contrário, descreveu minuciosamente os fatos. Entretanto, quando “acusado” de não ter chorado no enterro da mãe, de ser taciturno, esquisito, estranho, estrangeiro ao padrão que se espera como sendo de uma pessoa normal, Meursault acabou silenciando quando poderia ter revelado que era um bom filho, que amava Maria e estava comprometido a casar-se com ela, que sentiu muito quando a mãe faleceu, etc.

A indiferença do acusado em relação às convenções e, por conseguinte, em relação ao dossiê que se fez de sua psicologia e caráter taciturno explicam em parte o resultado final do processo, a condenação à morte. Quiçá tenha o autor da obra tentado passar a mensagem de que não basta confiar na segurança do sistema jurídico, por mais perfeito que ele seja ou pareça ser. É certo que o personagem tenta a todo tempo ser sincero e não fazer o jogo das convenções, mas fica também uma reflexão político-filosófica: seria de todo mal fazer o jogo das convenções para assegurar a própria liberdade? Poderíamos, por outro lado, indagar: e se o personagem tivesse feito o jogo das convenções e, ainda assim, tivesse sido condenado à morte? A mesma indagação poder-se-ia fazer, voltando ao paralelo que se fez na introdução, em relação a Jesus diante de Pilatos: qual teria sido o resultado de seu julgamento se ele tivesse respondido a Pilatos que seu reino era pacífico, sem poder temporal, e que em vez de prejudicar o imperialismo romano ajudaria a consolidar o império? Com mais razão, adiantamos a resposta, teriam os judeus motivos para crucificá-lo por traição. Mas, pelo menos ele teria tentado libertar-se vivo se fosse esse o seu intento.

Uma coisa é certa: se o juiz não é um ser insensível, mas, pelo contrário, imerso numa teia de relações sociais está sujeito a uma série de interferências no ato de julgar, sem zelar de toda a meta a ser perseguida que é a da imparcialidade e do julgamento justo, o acusado tem o direito-dever de interagir com o juiz, seja silenciando, quando entender

conveniente para sua defesa, seja respondendo às indagações, bem como com os demais atores da persecução criminal a fim de concretizar o devido processo legal. A idéia de um acusado tão inerte quanto o juiz não se coaduna com o moderno Estado Democrático de Direito. Um novo Cristo diante de um novo Pilatos haveria de responder de forma fundamentada a que reino o povo atribuía-lhe o comando, além de questionar ponto por ponto a acusação que lhe fosse imputada. Não por acaso no art.2º. da Constituição italiana está expresso que “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, tanto como indivíduo quanto nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

A Constituição brasileira, embora não seja expressa acerca das responsabilidades republicanas como é a Constituição italiana, no seu conjunto leva à mesma conclusão. A propósito o STF já decidiu que diante de prisão flagrantemente ilegal o direito de resistir é um dever de cidadania (HC 73454. 2a. Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. em 22/04/1996, DJU I 07/06/1996, p. 19.827).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manutenção do Estado Democrático de Direito e, no caso mais específico que sobressai da leitura, a garantia do devido processo legal é um dever de solidariedade política que se dirige a todos os atores do processo penal, inclusive ao acusado. Não pode ele silenciar, mesmo diante de provas ilícitas e tanto mais se ilícitas forem, quando o seu silêncio em nada aproveite na preservação do *status libertatis*, na sua condição de indivíduo detentor da cidadania. Em suma, a era dos bodes expiatórios não se coaduna com a civilização contemporânea. Todo aquele que esteja sendo alvo de uma crucificação tem não apenas o direito, mas o dever, de seguir a recomendação de Raul Seixas[7]: o melhor que se faz é fugir das causas que levarão à crucificação. Seria isto uma recomendação para acovardar-se? Depende. O que se sugere é que a liberdade do indivíduo e o Estado Democrático de Direito, ambiente no qual se assegura a liberdade de todos para a realização das potencialidades humanas, requerem uma atitude mais pró-ativa do cidadão no plano da comunicação e da interação social a fim de evitar que o Direito, em especial o processo penal, seja contaminado por uma carga excessiva de preconceitos ideológicos, de fanatismo, de subjetivismos arbitrários que redundarão em decisões injustas.

O direito de espernear, direito inalienável do acusado e também do condenado, balançando este último as grades do cárcere para que o carcereiro consulte diariamente o seu prontuário e verifique se não é hora de libertá-lo, parece mais sagrado do que o direito ao silêncio que o condena tacitamente aos olhos da sociedade.

Representa esta uma exigência elevada demais para um acusado, digamos, analfabeto? Certamente. E a educação é o caminho para salvar a humanidade da crucificação. O direito à autodefesa só há de produzir resultados efetivos plenamente numa sociedade que esteja medianamente bem educada. Em suma, para evitar a mutação da acusação penal decorrente do processo de comunicação social não basta confiar nas declarações de direitos. Há que se imiscuir no jogo da linguagem e fiscalizar ativamente, de forma interativa, a participação dos atores envolvidos na persecução criminal e na jurisdição penal.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2002. 306p.

CAMUS, Albert. **L'étranger**. Paris: Gallimard, 2005. 186p.

CAMUS, Albert; Trad. RUMJANEK, Valerie. **O Estrangeiro**. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. 126p.

MARTINEZ, Maria Clara Duet Chagas. **La démarche de la pensée dans l'oeuvre d'Albert Camus: de l'Etranger à la chute**. Porto Alegre, 2007. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. (Tese). 548p. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/11415/000614381.pdf?sequence=1..> Acesso em 18.12.2008, 10:00.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1.432p.

ORME, Mark. **The development of Albert Camus's concern for social and political justice**. Trecho da obra disponível em google.books.com. Acesso em: 30 set. 2008.

POTTECHER, Frédéric. **Les grands procès de l'histoire**. Paris: Fayard, 1982. 253p.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 884p.

VESCOVI, Renata Conde. Direito e Psicanálise: uma interdisciplinaridade absurda? **Informativo da Faculdade de Direito de Vitória**. Disponível em: www.fdv.br. Acesso em: 30 set. 2008.

[1] No original: “J’acuse cet homme d’avoir enterre une mère avec un coeur de criminel” (p. 148).

[2] No original: “Rester ici ou partir, cela revenait au même”.

[3] No original: “J’ai compris que j’avais détruit l’équilibre du jour, le silence exceptionnel d’une plage ou j’avais été heureux” (p. 95).

[4] No original: “A ce moment, et à la limite de la nuit, des sirènes ont hurlé. Elles annonçaient des départs pour un monde qui maintenant m’était à jamais indifférent” (p. 185).

[5] No original: “Je reconnaissais en même temps que c’était ridicule parce que, après tout, c’était moi le criminel” (p. 107).

[6] No original: “J’aurai voulu le retenir, lui expliquer que je désirais sa sympathie, non pour être mieux défendu, mais, si je puis dire, naturellement”. (p. 103).

[7] Na música Al Capone, em que diz: “ô Jesus Cristo/ o melhor que você faz/ é deixar o Pai de lado/ foge pra morrer em paz”.

**O PROCESSO DE INSTITUIÇÃO E DE DESTITUIÇÃO DO DIREITO
VIGENTE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA OBRA LITERÁRIA
LAVOURA ARCAICA.**

**THE PROCESS OF INSTITUTION AND DESTITUTION OF THE CURRENT
LAW: AN APPROACH FROM THE LITERARY WORK LAVOURA
ARCAICA.**

Paula Maria Nasser Cury

RESUMO

O artigo que ora se apresenta tem como objetivo promover uma interconexão entre o Direito e a obra literária brasileira Lavoura Arcaica, de Raduan Nassar. Caracterizando-se como uma das frentes de estudo da bilateralidade entre Direito e Literatura, ao lado de Direito como Literatura e Direito da Literatura, a linha de pesquisa Direito na Literatura, em que este trabalho se insere, investiga a presença de figuras e instituições jurídicas no meio literário, e de que maneira essa presença retrata o cenário social que é pano de fundo de toda norma jurídica. Nesse sentido, a análise de Lavoura Arcaica se mostra bastante proveitosa: trata-se de uma narrativa em torno das consequências da submissão de um núcleo de indivíduos a uma legislação heterônoma, antidemocrática e, conseqüentemente, opressora, em nome da ordem e da tradição. Sob o jugo de tal tipo de leis, que não acompanham as transformações por que passam essas pessoas, a obediência é alcançada puramente pela coerção. Um ordenamento jurídico assim imposto falha em demonstrar sua própria legitimidade, provocando o que Ost denomina desregramento da função simbólica. A obra literária sobre a qual versa este ensaio mostra que sob tais circunstâncias, inicia-se um processo de destituição do Direito: os pilares que o sustentam se tornam frágeis diante da insatisfação com a imposição de um destino decidido heteronomamente pelo legislador. As normas vão sendo furtivamente burladas, até caírem em desuso ou motivarem uma revolução, em ambas as hipóteses perdendo não apenas sua eficácia, mas a própria capacidade de assegurarem a coexistência dos indivíduos em sociedade. Em Lavoura Arcaica, isso culmina no caos e na destruição do sistema vigente. Ao mesmo tempo, representa um novo processo de instituição do Direito, onde o arcaico cede lugar a novas possibilidades, e onde a memória do passado é a chave para a construção de um sistema jurídico outro, mais adequado às novas expectativas e diretrizes de comportamento social.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA; AUTONOMIA; INSTITUIÇÃO E DESTITUIÇÃO DO DIREITO; DESREGRAMENTO DA FUNÇÃO SIMBÓLICA.

ABSTRACT

The article that is being presented aims to promote an interconnection between Law and the Brazilian literary work Lavoura Arcaica, by Raduan Nassar. Characterized as one of

the fronts of study of the bilaterality between Law and Literature, besides Law as Literature and Law of Literature, the research line Law in Literature, in which this essay is inserted, investigates the presence of juridical figures and institutions in the literary atmosphere, and how this presence portrays the social scenario that is the background of every juridical norm. In this sense, the analysis of *Lavoura Arcaica* is very useful: the story is a narrative about the consequences of the submission of a nucleus of individuals to an heteronomous, antidemocratic and therefore oppressive legislation, in the name of order and tradition. Under the rule of this sort of laws, that do not follow these people's transformations, obedience is reached purely because of coercion. A Law imposed this way fails to demonstrate its own legitimacy, leading to what Ost calls disregard of the symbolic function. The literary work this article is about shows that under such circumstances, a process of destitution of Law begins: the foundations that support the juridical order become fragile in face of the dissatisfaction with the imposition of a fate decided in an heteronomous way by the legislator. The norms keep being furtively disobeyed, until they fall into disuse or motivate a revolution, in both hypothesizes losing not only their efficacy, but their own capacity of ensuring the coexistence of the individuals in society. In *Lavoura Arcaica*, this culminates in chaos and destruction of the current system. At the same time, it represents a new process of institution of Law, in which the archaic gives place to new possibilities, and in which memory is the key to the construction of a different juridical system, one that is more appropriate to the new expectations and directions of social behavior.

KEYWORDS: LAW AND LITERATURE; AUTONOMY; INSTITUTION AND DESTITUTION OF LAW; DISREGARD OF THE SYMBOLIC FUNCTION.

1. INTRODUÇÃO

Analisar o Direito do ponto de vista da literatura é uma atividade, em todos os aspectos, ampliadora. As conexões entre estas disciplinas oferecem possibilidades de compreensão que, à primeira vista, podem não ser notadas. Um olhar mais atento, no entanto, mostra que ambas partilham de um meio comum: a linguagem. As manifestações literárias e o Direito a têm como ponto de partida: somente através dela podem ser exteriorizadas (e mesmo interiorizadas, porque ela é pressuposto de toda forma de compreensão). Se ela é o impulso inicial, por outro lado constitui também o limite de toda experiência, e, nesse sentido, é o extremo final da Literatura e do Direito.

Diante da enorme importância do fenômeno lingüístico, pressuposto necessário de qualquer outra manifestação que ocorra naquilo à que atribuímos o nome de mundo, cabe a reflexão: a relação entre linguagem, Direito e Literatura não é unilateral. Ambos são, ao mesmo tempo, substrato para a construção da realidade e substância formada a partir dessa mesma realidade. A linguagem fundamenta o Direito e a Literatura, como vimos, pois é a partir dela que eles podem ser pensados como estruturas possíveis. A Literatura e o Direito, por outro lado, são substrato da linguagem, na medida em que esta é afetada pelo uso que aqueles lhe atribuem, uso esse que, passando a subjazer o imaginário dos falantes, pode inovar seus sentidos. Direito e Literatura, por sua vez, estão ligados por uma relação de bilateralidade por serem narrativas que refletem o

imaginário da sociedade de uma época, instituídos por bases comuns e instituindo, ao mesmo tempo, novos conceitos que integrarão futuramente aquele imaginário.

Dadas essas conexões, é natural que Direito e Literatura tenham, há muito, travado um diálogo entre si. Em obras como *Antígona*, *O mercador de Veneza*, *O processo*, dentre outras, os relatos da realidade jurídica da época de sua escrita permeiam a narrativa de forma impressionante. As histórias contam muito do que o direito representava nas sociedades em que se passam, e deixam transparecer os aspectos sociais que cabia ao direito da época regular. Com um espaço muito maior para a imaginação, se comparada ao direito, a literatura, que lida com personagens e tem o poder de se focar no particular, insere nas realidades que cria um pouco do universo jurídico vivenciado pelos escritores.

Na trilha dessa interpenetração entre Direito e Literatura é que se apresenta o presente trabalho. Seu objetivo é, por uma análise conjunta do texto *Lavoura Arcaica*, de Raduan Nassar, e de determinados aspectos do Direito, demonstrar, em primeiro lugar, que a obra literária em questão contém, em seu tecido, muito do Direito e que, este, por sua vez, pode conter (e já conteve, em determinados momentos) muito da realidade descrita por Nassar, e, em segundo lugar, que Direito e Literatura são simultaneamente instituídos pelo imaginário coletivo e instituidores desse mesmo imaginário.

2. BREVE SÍNTESE DA OBRA *LAVOURA ARCAICA*

Em *Lavoura Arcaica*, Raduan Nassar apresenta ao leitor André, o narrador da história, membro de uma família de trabalhadores rurais. Filho de um pai caracterizado pela severidade, pelo apego à tradição e por ordenar a vida da família de acordo com suas leis, e de uma mãe extremamente afetuosa (afeto esse que é mais acentuado em relação a André que aos demais filhos), o personagem vive um conflito entre viver sob as leis paternas e honrar a tradição da família ou ser livre e realizar os seus desejos, dentre eles o de viver o amor que sente pela irmã Ana (na obra, vários indícios sugerem a reciprocidade dessa relação).

Devido ao dilema que enfrenta, e que procura esconder de todos, o protagonista decide fugir de casa. Ao fazê-lo, promove na família imenso mal-estar, pois o sentido de unidade e de integração era uma tradição arraigada na vida daquelas pessoas, transmitida de geração em geração. Durante sua ausência, Ana, a irmã por quem o protagonista se apaixonou, passa a maior parte do tempo isolada em uma capela nos domínios das terras do pai, envolvida por tristeza e mudez. Com o objetivo de devolver ao seio da família o membro desgarrado, Pedro, o filho mais velho, considerado um substituto natural à autoridade do pai, decide partir em busca do irmão. Encontra-o num sórdido quarto de pensão, e nesse cenário desenrola-se um diálogo em que André acaba por revelar a Pedro suas insatisfações com a lei imposta pelo pai, com a tradição inquestionável que todos na família seguem, e a paixão incestuosa que nutre por Ana.

Diante da exposição dos dramas vividos por André, Pedro se choca. Retorna com o irmão para casa, mas passa a demonstrar um ar sombrio e preocupado, que é contrário ao sentimento de alegria do restante da família com a volta de André.

De fato, a impressão que a família tem desse retorno é de que a harmonia quebrada com a partida será restaurada. Em verdade, porém, a volta de André é inútil, pois a desestruturação do núcleo familiar já estava consolidada mesmo antes de ele ir embora – a partida é não a causa, mas antes uma confirmação do fracasso dessa instituição. Em comemoração ao retorno de André, a família decide promover uma grande festa, que André denomina sua “páscoa”, numa alusão clara do autor a uma possível ressurreição de seu protagonista.

Ao chegar à sua casa, André encontra gradualmente os seus familiares, exceto Ana, que permanece orando na capela. O pai o convida para uma conversa, em que André, ainda que omitindo o fato de estar apaixonado por sua irmã, expõe alguns dos motivos que o levaram a partir. Sua explicação ocasiona a revolta do pai, que diz ter sempre dado ao filho tudo de que ele necessitava. André percebe o rumo que a conversa está tomando e recua, dizendo que seu mais profundo desejo é se reintegrar à família, contribuir com seu trabalho e esforço para a manutenção de sua harmonia e unidade. A mãe, que participa apenas dos momentos finais do diálogo, sente-se contente com a disposição do filho para a integração.

Um momento marcante na obra é o que se desenrola após a conversa de André com o pai. O narrador dirige-se ao seu quarto, onde Lula, o irmão mais novo, que muito o admirava, aguardava com ansiedade. Ao encontrá-lo, Lula revela que também pretende abandonar a família, por não suportar o peso da tradição. Esse fato reforça o entendimento de que a família já estava irremediavelmente desintegrada, e que a volta de André não seria capaz de modificar tal quadro. Após a conversa entre os irmãos, desenvolve-se, sutilmente, uma relação incestuosa entre eles. Na narrativa, há indícios de que André viu em Lula traços de sua amada Ana.

No dia seguinte – dia da “páscoa” de André – Ana permanece isolada. Antes do início da celebração, André nota que uma caixa que trouxera consigo quando retornara, e que guardava lembranças de sua vida fora das terras do pai, havia desaparecido. Sem creditar importância ao fato, dirige-se à área da casa onde se iniciava a festa.

Em um determinado momento, quando a maior parte dos convidados dançava alegremente, Ana, que até então não havia se reencontrado com o irmão, surge ornada com todos os adereços que estavam contidos na caixa desaparecida de André. Provocante, ela passa a dançar. Nesse momento, o pai percebe o que acontecia entre ela e o irmão, e quais eram os motivos mais secretos de sua fuga. Descontrolado em decorrência da gravidade de sua descoberta, parte em direção à filha e a assassina. Ato muito significativo, especialmente se relacionado ao fato de que o extermínio parte exatamente do responsável pela lei e pela ordem da família, e que sempre zelara por sua união. Para o pai, era preferível eliminar um integrante da família que ceder à força dos novos tempos e abandonar a tradição.

Após a morte de Ana, a obra chega ao fim, com uma breve menção à morte do pai, sem exposição de sua causa ou de qualquer outro acontecimento posterior a qualquer dos membros da família.

3. CONTAR A LEI ATRAVÉS DA NARRATIVA DE *LAVOURA ARCAICA* – UMA INTERTEXTUALIDADE POSSÍVEL.

Como já mencionado, a Literatura e o Direito têm em comum o papel de instituir sistemas e criar contextos através da linguagem. Seja na construção do imaginário popular, seja na do imaginário propriamente jurídico, a forma com que estes dois tipos de uso lingüístico se apropriam dela para traduzir em palavras uma realidade (o uso de “uma” realidade, ao invés de “a” realidade, é intencional: pretende-se por meio dele demonstrar que se trata da construção de uma realidade dentre as várias possíveis) funda uma concepção compartilhada da vivência social.

Para Umberto Eco (2003), dentre as principais funções da Literatura, destacam-se: (i) sua capacidade de manter em exercício a língua como patrimônio coletivo, (ii) sua capacidade de manter em exercício também a nossa língua individual, expressão de nossa singularidade, (iii) a leitura das obras literárias nos obriga a um exercício de fidelidade e respeito na liberdade da interpretação, (iv) a Literatura exerce um papel educativo: educação para a liberdade, para a criatividade, para a morte. Também o Direito, ao mesmo tempo em que educa para a vida em sociedade, permite a existência em coletividade, a manifestação de nossa individualidade e nos obriga a esse exercício de fidelidade e respeito na liberdade de interpretação: dispomos de liberdade para interpretar uma disposição normativa, mas essa liberdade deve encontrar limites na fidelidade e respeito ao ordenamento jurídico e aos princípios basilares da sociedade.

Em adição, um retrospecto da produção literária ao longo do tempo (embora não se trate de uma prerrogativa somente da Literatura, mas da arte como um todo e da própria ciência) é útil para que reconheçamos que “nossa história tem sido movida por muitos contos que hoje consideramos falsos” (ECO: 2003, 274). A percepção da falibilidade de nossas teses, para Umberto Eco, “deve nos tornar atentos, capazes de recolocar continuamente em questão os próprios contos que hoje julgamos verdadeiros, pois o critério da sabedoria da comunidade funda-se na vigilância contínua em relação à falibilidade do nosso saber” (ECO: 2003, 274).

Essa vigilância recomendada por Eco é pertinente não só em relação à Literatura, mas também em relação ao Direito. Conhecemos inúmeros casos de leis que, em um determinado momento, havíamos julgado “verdadeiras”, ou seja, julgamos que eram conforme ao Direito e à idéia de justiça, e que posteriormente foram afastadas por constarmos que estavam eivadas de antijuridicidade (no momento em que reconhecemos esta antijuridicidade, atestamos a falibilidade de nosso saber). A segregação racial americana e a escravidão no Brasil são apenas alguns exemplos.

Em *Contar a Lei* (2003), François Ost busca, através da análise de diversas obras literárias, analisar a conexão entre o imaginário que a Literatura institui e do qual ela é instituída e o Direito que, por seu turno, também institui imaginários e é por eles instituído. Os escritos literários e jurídicos estão impregnados de experiências que refletem o pensamento e a constituição da sociedade de uma época. Sem a pretensão de promover, neste breve ensaio, um maior aprofundamento na teoria desenvolvida por Ost

(2003) – abordando noções como a de que a Literatura, por ser uma forma de expressão artística, possui uma liberdade muito maior em relação ao Direito para narrar sua própria época, podendo criar realidades à primeira face completamente distantes da que é quotidianamente vivenciada (mas que um olhar mais atento perceberá serem reflexos e derivações desta), ou a de que a comparação que se pode estabelecer entre a biografia de um autor e o texto produzido por ele deve sempre comportar espaço para a dimensão da produção propriamente artística (recorde-se, a título de exemplo, a exposição que Ost faz das obras de Franz Kafka, e a associação entre sua vida e seus escritos. Nesta ocasião, o autor adverte que, por mais semelhantes que estas possam ser, não se pode subtrair à obra literária o seu caráter de produção artística) –, objetiva-se lançar um olhar integrador, à maneira de Ost, entre a obra *Lavoura Arcaica* e alguns aspectos do Direito brasileiro.

3.1. Liberdade e tradição

Para cumprir o papel de pacificador e estabilizador social, o Direito deve, em primeiro lugar, se identificar com a tradição da sociedade que pretende regular. Em um ordenamento jurídico que contenha normas frontalmente diversas das práticas de um povo, estas poderão até ser consideradas válidas do ponto de vista formal (ou seja, vigentes), mas não serão dotadas de eficácia perante seus destinatários. A sintonia entre a realidade instituída e o Direito instituído é um pressuposto para sua observância, posto que é nesse contexto que o sujeito do Direito exercita sua autonomia (palavra de origem grega, formada por *autos* = próprio, *nomos* = lei, norma), considerando-se não apenas subordinado a um sistema normativo, mas autor desse sistema cujas leis, por consequência, ele reconhece como legítimas, e não apenas como devidas sob pena de coerção .

Se, sob esse aspecto, verifica-se que o Direito não pode pretender sustentar-se contra a tradição, então é necessário também considerar que deve haver meios de captação, pelo ordenamento jurídico, das alterações que venham a ocorrer nessa tradição, de modo que as leis não se tornem antiquadas, mas se moldem às novas formas de pensamento que passam a embasar o comportamento do organismo vivo que é a sociedade a que se aplicam, integrando seu imaginário.

Em *Lavoura Arcaica*, o conflito entre a lei imposta pela tradição, transmitida de pai para filho, e uma geração que não se sustenta mais sob o seu comando, ilustra a necessidade de integração das novas realidades ao Direito. Escrita em 1975, época em que era intenso o êxodo rural e em que as tradições das comunidades interioranas se perdiam em meio ao caos dos grandes centros urbanos, a obra narra o questionamento de um adolescente às verdades admitidas como incontestáveis e irremovíveis pela instituição familiar. Apesar de a relação de amor incestuoso entre André e Ana ser o centro da narrativa, o sentimento de não-pertencimento à tradição familiar do trabalho na lavoura, do culto à união dos membros da família acima de suas vontades individuais, do respeito cego à autoridade paterna impregna a história. Confirma este entendimento a afirmação de Lula, o irmão mais novo, em uma das passagens finais do livro, de que não agüenta mais a prisão em que vive, os sermões do pai, o trabalho, a

vigilância do irmão mais velho (NASSAR: 2007, 277). Oprimido, o garoto confessa a André:

“Quero ser dono dos meus próprios passos; não nasci para viver aqui, sinto nojo dos nossos rebanhos, não gosto de trabalhar na terra, nem nos dias de sol, menos ainda nos dias de chuva, não agüento mais a vida parada desta fazenda imunda...” (NASSAR: 2007, 177-178).

“Quero conhecer muitas cidades, quero correr todo este mundo, vou trocar meu embornal por uma mochila, vou me transformar num andarilho que vai de praça em praça cruzando as ruas feito vagabundo; [...] vou ter a companhia de mulheres, quero ser conhecido nos bordéis e nos becos onde os mendigos dormem, quero fazer coisas diferentes, ser generoso com meu próprio corpo, ter emoções que nunca tive; [...] quero viver tudo isso, André, vou sair de casa para abraçar o mundo, vou partir para nunca mais voltar, não vou ceder a nenhum apelo, tenho coragem, André, não vou falhar como você...” (NASSAR: 2007, 178-179).

A idéia de rebelião frente à opressão de uma lei que não traduz mais a realidade daqueles a quem ela se destina, acima expressa por Lula, aparece já nos primeiros capítulos da obra, quando Pedro se encontra com André, o filho desgarrado, no quarto de pensão onde este se instalara. Como justificativa para sua insatisfação com a vida junto à família, André aponta o fato de que tudo na casa da família é impregnado pela palavra do pai, responsável por proferir pesados sermões em que prega sua lei, e que causam opressão e confusão na mente dos filhos, ao mesmo tempo em que encobrem o que de fato era a vida real.

Essa ausência de identificação com o núcleo familiar, esse sentimento de opressão e o conseqüente desejo de libertação têm relação direta com o que François Ost denomina o “desregramento da função simbólica” (OST: 2003, 384). De acordo com este autor, entende-se por função simbólica a capacidade de produção de sentimentos partilhados, especialmente através da linguagem. Seu desregramento é a ausência ou a falha das regras que permitem que se construa a intersubjetividade. Para Ost, o desregramento da função simbólica está ligado a um outro fenômeno: o fracasso da triangulação ética – relação entre o eu, o tu e o ele, na qual é possível que cada um assuma sua identidade na sociedade e seja responsável por ela[1]. Quando essa triangulação fracassa, obstaculiza-se a intersubjetividade. Com isso, o “ele” é excluído (o terceiro excluído), o acesso à lei, que se dá nessa dimensão (“o espaço terceiro da lei”) é negado, e é produzido um sujeito que Ost qualifica como “aquém da lei”, e que, nessa condição, passa a viver sob o império de uma norma arcaica de necessidade, representante de um “universo inumano do tabu e da mácula, sinônimo de terror e arbitrariedade” (OST: 2003, 387).

Em *Lavoura Arcaica*, André e Lula representam claramente esse sujeito que tenta se representar como “eu”, nível em que poderiam enfim se afirmar e se enxergar como

seres únicos, possuidores de identidades estáveis, autores de seus atos, responsáveis (dignos ou indignos) pelas suas escolhas (OST: 2003, 388).

É interessante notar que André faz um juízo crítico da atitude do pai, que doutrinava os filhos de acordo com seu direito unilateral sem perceber que, ao fazê-lo, catava da terra “a pedra amorfa que ele não sabia tão modelável nas mãos de cada um” (NASSAR: 2007, 42). É o que ocorre também no Direito, quando se pretende ignorar a evolução interpretativa que uma disposição normativa poderá sofrer ao longo do tempo: ignora-se que a lei é, assim como a palavra do pai de André, modelável, e que é preciso que isso seja levado em consideração para garantir que o Direito continue sendo observado, acompanhando as modificações no imaginário social. Como fazê-lo, ou seja, como levar em consideração a mobilidade em um ordenamento normativo? Talvez um bom começo, tanto no caso da família de André como no caso do Direito, pudesse ser a abertura de espaço para o diálogo e para o reconhecimento da autonomia do outro. Nesse sentido é que são tecidas críticas a certas inovações na legislação brasileira contemporânea, notadamente na Constituição Federal, como a emenda que permitiu a criação de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes da *stare decisis* norte-americana, mas em um contexto tipicamente brasileiro, e com particularidades também específicas deste país.

Como tudo o que é imposto sem que tenha havido um processo de argumentação que levasse à escolha das melhores razões, a lei assim outorgada torna-se absolutista, e o legislador, do alto desta espécie de totalitarismo, não percebe mais o que acontece sob seu comando. A sociedade passa a viver uma espécie de descontentamento velado, e mesmo clandestino. Em *Lavoura Arcaica*, André dá mostras dessa espécie de comportamento ao afirmar:

“[...] ninguém sentiu mais as manchas da solidão, muitas delas abortadas com a graxa da imaginação, era preciso surpreender nosso ossuário quando a casa ressonava, deixar a cama, incursionar através dos corredores, ouvir em todas as portas as pulsações, os gemidos e a volúpia mole dos nossos projetos de homicídio, ninguém ouviu melhor cada um em casa, Pedro, ninguém amou mais, ninguém conheceu melhor o caminho da nossa união sempre conduzida pela figura do nosso avô, esse velho esguio talhado com a madeira dos nossos móveis da família; era ele, Pedro, [...] era ele a direção dos nossos passos em conjunto, sempre ele, Pedro, sempre ele naquele silêncio de cristaleiras, naquela perdição de corredores, nos fazendo esconder os medos de meninos detrás das portas, ele não nos permitindo, senão em haustos contidos, sorver o perfume mortuário das nossas dores que exaltava de suas solenes andanças pela casa velha; era ele o guia moldado em gesso, não tinha olhos esse nosso avô...” (NASSAR: 2007, 43-45).

De fato, o código de conduta que regia os comportamentos da família de André levava seus componentes a esse tipo de atitude e de pensamento. Num ordenamento onde todo excesso é proibido, onde o zelo é sempre uma exigência, o desperdício um vício e uma ofensa constante ao trabalho, onde o pão que alimenta a família deveria ser amassado pelas mãos de seus próprios membros (NASSAR: 2007, 75-76), só resta aos oprimidos a saída da subversão.

André encontra uma espécie de libertação quando se dá conta de que a lei sob a qual vivia não era a única forma de Direito possível. Conclui, por força dessa constatação, que, mesmo em sua loucura, ele poderia ser mais sábio que a sabedoria do pai, que sua enfermidade era mais sã que a saúde da família, que ele não precisava reconhecer fora dele qualquer ciência, e que, no fim das contas, tudo se resumia a uma questão de perspectiva (NASSAR: 2007, 109). A partir de então, pôde assumir que “o que valia era o meu e só o meu ponto de vista” (NASSAR: 2007, 109). Nesse ponto, é importante notar: André, questionando a validade da lei paterna, acaba por cair em uma outra espécie de absolutização. Ao afirmar que o que valia era unicamente o seu ponto de vista, não se deu conta de que essa atitude poderia significar a instituição de um outro Direito tão ditatorial quanto o que lhe precedeu: um Direito em que o outro não é levado em conta, em que o diálogo inexistente e em que prepondera a relação de dominação por parte de quem detém o poder e submissão de todos os outros, em uma palavra, um direito também heterônomo. Ao contrário do que ele alega, tudo é uma questão não de perspectiva, mas de perspectivas, e dar a oportunidade para que todas elas se manifestem é o primeiro passo para que se produza uma lei da qual todos se considerem, simultaneamente, autores e destinatários. Quando isso não ocorre, a subversão apontada parágrafos acima se revela como opção para quem se julga excluído do direito. É nesse contexto que André propõe a Ana o que se segue:

“Nem nos preocupemos com tais nugas, querida Ana, é tudo tão frágil que basta um gesto supérfluo para afastarmos de perto o curador impertinente das virtudes coletivas; e que guardião da ordem é este? Aprumado na postura, é fácil surpreendê-lo piscando o olho com malícia, chamando nossa atenção não se sabe se pro porrete desenvolto que vai na direita; ou se pra esquerda lasciva que vai no bolso; ignoremos pois o edital empertigado deste fariseu, seria fraqueza sermos arrolados por tão anacrônica hipocrisia...” (NASSAR: 2007, 132-133).

Ao mesmo tempo em que sugere que ele e Ana ignorem os editos do pai, o narrador sente-se preso à tradição, e essa situação é motivo de conflito e sofrimento. Quando, algumas passagens após ter proposto essa libertação do jugo paterno, conjectura sobre sua permanência ou saída definitiva da casa, o protagonista acaba por concluir que essa não seria tarefa fácil, uma vez que “eram também coisas do direito divino, coisas santas, os muros e as portas da cidade” (NASSAR: 2007, 142), que o guardavam em seu interior.

Já próximo ao fim da história, André, reintegrado à família pela intervenção de Pedro, trava com o pai uma conversa derradeira. Nessa ocasião, ele toma coragem para expor alguns dos argumentos (omite, como era de se esperar, o amor incestuoso que sente por Ana) pelos quais fugiu. Em resposta, recebe não uma contra argumentação fundamentada e razoável, mas o peso da tradição sobre a instituição familiar. É assim que, reagindo contra o discurso do filho, o pai exige:

_ “Cale-se! Não vem desta fonte a nossa água, não vem destas trevas a nossa luz, não é a tua palavra soberba que vai demolir agora o que levou milênios para se construir; ninguém em nossa casa há de falar com presumida profundidade, mudando o lugar das palavras, embaralhando as idéias, desintegrando as coisas numa poeira, pois aqueles que abrem demais os olhos acabam só por ficar com a própria cegueira...” (NASSAR: 2007, 167).

Típico de regimes pouco democráticos, o argumento da manutenção da ordem estabelecida acima de qualquer outro princípio ou consideração elimina do Direito a possibilidade de abertura para o consenso, para a participação na formação e revisão das bases do imaginário que o institui.

Para André, a ruptura definitiva dessa ordem opressora vem de forma trágica: a dissolução da unidade familiar executada pelo próprio pai, que sacrifica a vida de Ana. Nesse momento da narrativa, em que se iniciava a destituição daquele Direito que já não mais se justificava ante a realidade dos fatos, é significativo o comentário de André de que o responsável pela derrocada era o próprio patriarca. Este, ferido nos seus preceitos, havia sido possuído pela cólera divina, e, por isso, juntamente com Ana, que perecia, também “era o guia, era a tábua solene, era a lei que se incendiava” (NASSAR: 2007, 191). Assim se dá a libertação de André.

E para um Direito contaminado por essa absolutização na determinação do conteúdo de suas normas, como viria a libertação? Talvez a Literatura possa dar uma pista: é na abertura para o diferente, na permissão para a desconstrução e reconstrução de conceitos, no olhar sempre voltado para as bases do imaginário social, enfim, é na possibilidade de intertextualidade entre o legislador, a lei e seus destinatários, que o Direito assegura a autonomia, se atualiza e se mantém, ao mesmo tempo, instituído e instituidor da sociedade.

4. CONCLUSÃO

A pesquisa do tema Direito e Literatura torna difícil, a partir do momento em que se inicia, sustentar uma visão dicotômica dos fenômenos jurídico e literário, bem como de seus papéis de instituidores do imaginário coletivo e do seu caráter estruturado sobre esse mesmo imaginário. A análise de *Lavoura Arcaica* e do Direito nela e através dela contribui para a solidificação desse pensamento. Contar a lei é uma atividade não só possível como também necessária, um exercício de ampliação. A Literatura, que como afirma Ost “jamais se reduzirá à demonstração de uma tese”, permite que sejam consideradas as incertezas, ambivalências e paradoxos comuns às relações humanas, e que, muitas vezes, o Direito tende a reduzir ou desconsiderar (OST: 2003, 386).

Lavoura Arcaica, assim, pode assumir uma dupla função face ao Direito: por um lado, testemunhar o que uma lei que não se abre à discussão, que não se fundamenta em bases intersubjetivamente partilhadas, e que não leva em consideração a pluralidade pode

representar para aqueles submetidos a ela: opressão, descontentamento, exclusão. Por outro lado, prevenir contra esse tipo de apropriação da lei, de destituição de um Direito justo e de instituição de uma ordem arcaica.

Na obra, assiste-se a este processo, no qual o pai assume o papel do “tu” tirânico, instituidor de uma lei particular e opressora. Assiste-se também ao desmoronamento dessa ordem, de uma autoridade que já não se sustenta mais. A ruptura de tal direito permite que seja instituída uma nova lei, que represente a intersubjetividade daqueles que estarão submetidos a ela e que lhes possibilite, assim, a experiência de uma liberdade responsável.

Nassar encerra a narrativa com a abertura, em forma de tragédia, dessa possibilidade de construção do novo. Com a queda da autoridade do pai, cria-se espaço para o estabelecimento de uma nova ordem. Se ela será justa ou se acabará por possuir vícios semelhantes à que lhe antecedeu, o autor não responde, cabe ao leitor decidir. E aqui, conclui-se o presente trabalho com um paralelo final entre Direito e Literatura: também em nossa sociedade, na chamada “vida real”, os papéis que a lei pode vir a assumir não estão pré-definidos: cabe a nós, autores de nossa própria história, decidirmos qual rumo ela tomará.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ECO, Umberto. *Sobre a literatura*. Rio de Janeiro: Record, 2003, 2ª ed.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

LIMA, Luiz Costa. Hermenêutica e abordagem literária. In: LIMA, Luiz Costa (org.). *Teoria da literatura em suas fontes*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Record, 2002.

LIMA, Luiz Costa. A análise sociológica da literatura. In: LIMA, Luiz Costa (org.). *Teoria da literatura em suas fontes*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Record, 2002.

LOTITO, Denise Padilha. *Estilo, metáforas, amor e sexo em Lavoura Arcaica*. São Paulo: Universidade de São Paulo: Estudos Linguísticos XXXVI, setembro – dezembro de 2007. Disponível em <http://www.gel.org.br/4publica-estudos-2007/sistema06/114.PDF>. Acesso em 20/03/09.

NASSAR, Raduan. *Lavoura Arcaica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PEREIRA, Juvelina Zompero; SILVA, Elias dos Santos. *O conflito de gerações em Lavoura Arcaica*. Usina de Letras, 2005. Disponível em <http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.phtml?cod=34734&cat=Artigos&vinda=S>. Acesso em 20/03/09.

RISSIN, Ruth. *O universo primitivo de Lavoura Arcaica*. Disponível em http://www.rio4.org.br/v2/artigos/o_universo_primitivo_de_lavoura_arcaica.pdf. Acesso em 20/03/09

[1] Ost descreve uma série de efeitos positivos que decorrem da interiorização da triangulação ética. De acordo com ele, as pretensões do “eu” são reconhecidas, e ele passa a ter acesso à linguagem comum, à qual pode imprimir sua marca própria. Assim, torna-se capaz de assumir seu lugar na família e na comunidade política, posto que aceita suas convenções de base. Isso lhe permite interagir com os outros sem dificuldades. Em síntese, torna-se um sujeito de direito, detentor de direitos e obrigações. Sua liberdade, confrontada com a lei do grupo, eleva-se ao nível da responsabilidade, e a lei moral passa a ser a inflexão de uma liberdade que interiorizou a interpelação do outro (OST: 2003, 387 – 391).

ANÁLISE DO DISCURSO DE BOLOGNA DE BENITO MUSSOLINI: O CORPO POLÍTICO FASCISTA

ANALISI DEL DISCORSO DI BOLOGNA DI BENITO MUSSOLINI: IL CORPO POLITICO FASCISTA

Rafael Mario Iorio Filho

RESUMO

O presente trabalho fora idealizado na disciplina “Literaturas Neolatinas: histórico e imaginário” ministrada pela Prof^ª. Dr^ª. Flora de Paoli Faria no Programa de Pós-graduação em Letras Neolatinas da Universidade Federal do Rio de Janeiro. A temática do curso foi a relação do corpo e sua linguagem com a criação artística literária italiana. Tal abordagem nos despertou, nas análises dos discursos de Benito Mussolini para a construção da identidade cultural italiana, que estamos pesquisando, para os mecanismos usados no discurso na formulação do corpo político totalitário fascista. Para tanto, escolhemos o discurso de Bologna, visto a sua importância como discurso que vem estabelecer as bases e idéias essenciais do fascismo. Sendo assim, o objetivo de nosso trabalho é demonstrar como se constrói o corpo político fascista através do discurso de Bologna de Benito Mussolini.

PALAVRAS-CHAVES: FASCISMO ITALIANO, DISCURSO DE BOLOGNA, CORPO, LITERATURA POLÍTICA.

RIASSUNTO

Il presente testo fu idealizzato nella disciplina “Literaturas Neolatinas: histórico e imaginário” della Prof^ª. Dr^ª. Flora de Paoli Faria e vincolata al Programa de Pós-Graduação em Letras Neolatinas da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Il tema sviluppato in questo corso aveva come scopo capire la relazione tra Il corpo e il linguaggio artistico e letterario italiano. Questa problematica, quindi, ci ha fatto associare la relazione tra il corpo e il linguaggio artistico alla nostra ricerca, che analizza i discorsi di Benito Mussolini per la costruzione della identità culturale italiana, attraverso la seguente domanda: quale sono i meccanismi usati nella formulazione del corpo politico totalitario fascista. Il discorso di Bologna è stato il testo scelto per analizzare perchè esso stabilisce le basi e le idee essenziali del fascismo.

PAROLE CHIAVE: FASCISMO ITALIANO, DISCURSO DI BOLOGNA, CORPO, LETTERATURA POLITICA.

Introdução

O presente trabalho fora idealizado na disciplina “Literaturas Neolatinas: histórico e imaginário” ministrada pela Prof^a. Dr^a. Flora de Paoli Faria no Programa de Pós-graduação em Letras Neolatinas da Universidade Federal do Rio de Janeiro. A temática do curso foi a relação do corpo e sua linguagem com a criação artística literária italiana. Tal abordagem nos despertou, quando das análises dos discursos de Benito Mussolini para a construção da identidade cultural italiana, para o estudo do Discurso de Bologna, visto a sua importância como discurso que vem estabelecer as bases e as idéias essenciais do fascismo italiano.

A história política e cultural da Europa na transição do século XIX para o século XX caracteriza-se pela aceleração da modernidade e é marcada pelo desenvolvimento e expansão de um capitalismo imperialista dos Estados, e como tal da indústria e da técnica, através de uma massificação da sociedade e do fantasma do operariado que acaba por culminar, sustentadas pelas ideologias do imperialismo[1] e do nacionalismo[2], em duas guerras mundiais.

No contexto específico da Itália, vislumbra-se neste período a tentativa de uma afirmação italiana no jogo das nações, impulsionada pelo crescimento industrial do norte italiano.

A sociedade italiana, marcada por fortes diferenças culturais e sociais, une-se socialmente no esforço da 1ª Guerra Mundial, mas, logo após, entra em crise pelas dificuldades econômicas decorrentes do conflito. Surgem, então, em 1919, o maior controle do Estado nacional sobre os *paese* (províncias), o operariado organizado para a luta política e a revolta dos católicos a favor do Papado[3].

Revoltas e greves operárias estremecem a frágil monarquia italiana, que assiste a ascensão do movimento político liderado por Benito Mussolini baseado numa coalisão de forças sociais que agregam as premissas das transformações oriundas do progresso técnico, o descontentamento dos combatentes da 1ª guerra, as idéias revolucionárias socialistas e a necessidade de expansão imperialista da burguesia industrial, ficando a monarquia a deriva da marcha sobre Roma no dia 28 de outubro de 1922, quando o partido fascista se aloja no poder[4].

Desta forma, estabelece-se o Fascismo na Itália como um movimento político totalitário[5] e totalizante, caracterizado por ser uma saída do capital nacional ao crescimento das reivindicações comunistas, pela prática econômica corporativa, por uma afirmação de uma identidade nacional italiana e pela expansão colonial.

Este movimento apresenta duas tendências ideológicas: uma revolucionária, que possui traços da cultura e das estéticas do século XIX (de D’Annunzio ao futurismo) e fundamenta-se sobre os mitos do progresso e do desenvolvimento pela indústria e pela técnica. E outra conservadora, que objetiva ser uma saída liberal

autoritária para o restabelecimento da ordem social fraturada e contensão das classes populares.

Sendo assim, o objetivo de nosso trabalho é demonstrar como se constrói o corpo político fascista através do discurso de Bologna.

Noções gerais acerca da Análise do Discurso Político

Primeiramente, é necessário dizer que o presente item será organizado da seguinte maneira: a apresentação do conceito de discurso, os conceitos que a expressão análise do discurso reúne e as grandes tendências da análise do discurso moderna.

O discurso é um ato fato de palavra e o termo discurso contém em si a idéia de movimento que pressupõe a mediação entre a linguagem, o homem e as práticas naturais e culturais que fazem parte de uma determinada sociedade.

A Análise do Discurso[6] é uma disciplina nova que nasce da convergência das correntes lingüísticas e os estudos sobre a retórica greco-romana. A definição de Análise do Discurso chama as noções da Lingüística textual na qual os elementos da frase podem ser relacionados a múltiplos sentidos lingüísticos, extra-lingüísticos e sociais.

A Análise do Discurso apresenta dois grandes filões: o primeiro é daquelas tendências de análises mais amplas, que segundo Patrick Charaudeau são caracterizadas pelo estudo do mosaico que o termo suscita. Charaudeau afirma que o “sentido amplo é apreendido quando esta disciplina tem como equivalente o estudo do discurso”. [7]

O segundo filão apresenta os sentidos restritivos da Análise do Discurso que nasceu com o intento de ter uma autonomia científica própria e de estudar o discurso como o centro de todas as suas possibilidades manifestações, distinguindo-o, assim, de todas as outras ciências que estudam os fenômenos sociais históricos, políticos, filosóficos etc.

CHARAUDEAU (2006) nos informa que as tendências da Análise do Discurso no mundo são expressadas da seguinte maneira:

a) A análise do discurso como estudo do discurso – é uma análise real da linguagem em um uso contextual e expressivo dos agentes comunicativos. Nesta situação podemos inserir diversas correntes: a análise da comunicação, a sociolingüística e a etnografia da comunicação.

b) A análise do discurso como estudo da conversação – é uma análise, ou melhor, uma corrente de estudo anglo-americana que analisa o discurso em bases da atividade de interação.

c) A análise do discurso como visão do mesmo discurso – é segundo Maingueneau uma análise que não tem por objeto nem a organização textual nem também a situação de comunicação, mas deve pensar o dispositivo da enunciação que associa organização textual e um lugar social determinado.

O nosso texto adota como pressupostos teóricos aqueles da Escola Francesa de Análise do Discurso[8] e se propõe a estudar particularmente as relações entre a força persuasiva das palavras e os seus usos na constituição da legitimidade do discurso jurídico.

A análise do Discurso consiste no fato de que os discursos tornam-se possíveis tanto na emergência de uma racionalidade política quanto na regulação dos fatos políticos.

Neste sentido, podemos elencar três lugares em que se realizam a produção dos sentidos do discurso. Assim, o objeto de desenvolvimento de nossa pesquisa se baseia sobre estes três lugares de representação que são: o primeiro *topos* é aquele da doutrina política, ou seja, consiste no sistema de pensamento que é resultado de uma atividade discursiva que procura fundar um ideal político referível à construção das opiniões. Ou seja, de uma dogmática política, não atrelada a autores especificamente, mas sim, para usar uma denominação “bourdieuniana” ao *habitus* e ao capital simbólico dos integrantes do campo político.

O segundo se caracteriza como uma dinâmica de comunicação dos atores político, ou seja, a razão ideológica de identificação imaginária da “verdade” política. Os atores do campo político fazem parte das diversas cenas de vozes comunicantes de um enredo permeado pelo desafio retórico do reconhecimento social, isto é, o consenso, a rejeição ou a adesão. Suas ações realizam vários eventos: audiências públicas, debates, reuniões, e hoje principalmente, a ocupação do espaço midiático. Precisam de filiações, estabelecendo organizações que se sustentam pelo mesmo sistema de crença política articuladora de ritos e mitos pela via dos procedimentos retóricos[9].

O terceiro se liga as influências do discurso sobre instituições que formam uma cultura política, isto é, o discurso político que não se mantém fechado no campo político, mas influencia todas as instituições culturais. Ou seja, este lugar da produção do discurso estabelece as relações entre os atores de dentro do campo e os de fora que revelam opiniões produtoras de conceitos que expandem a cultura relacionada a esse tipo de discurso.

Uma proposta de análise do discurso político através do estudo dos gêneros situacionais e visadas discursivas propostas por Patrick Charaudeau

Por outro lado, toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso decisório é polifônico (pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores), sendo possível dele se extrair diversas cadeias de discursos, e, contemporaneamente, faz surgir um novo discurso, pelo que também se

apreende a faticidade dos conflitos sociais. Nesse sentido, nos chama a atenção a ideologia que permeia esse discurso, revelando-se na representação social que o ator político faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido.

Entre os diversos estudiosos do tema, Patrick Charaudeau é o que melhor se adéqua a explicitar a ideologia[10] concretizada nos discursos políticos de Benito Mussolini.

A metodologia proposta por Charaudeau situa-se na moldura da chamada Teoria Semiolinguística do discurso, pois se alinha a uma tradição de estudo dos gêneros deliberativos e da persuasão codificados pela retórica aristotélica[11]. Parte-se de uma problemática da organização geral dos discursos, fundamentando-se em um projeto de influência do EU sobre o TU em uma situação dada[12], e para qual existe um contrato de comunicação[13] implícito de interação social.

A perspectiva de Charaudeau associa os seguintes fatores:

- a) a análise da situação – aborda os gêneros do discurso associados às práticas sociais, consideradas na estrutura das forças simbólicas (*habitus*)[14] estabelecidas e reproduzidas no campo de poder[15] no qual situa-se o estatuto de cada autor;
- b) o discurso performatizado – o discurso e o estatuto do autor são reproduzidos consciente e/ou inconscientemente pelo locutor na enunciação do que é dito;
- c) a semiolinguística – o texto produzido é resultado de processos em que os sujeitos comunicantes se relacionam em ação de influência sobre o TU perpassando diversas finalidades e situações comunicativas[16].

Assim Patrick Charaudeau explicita a sua proposta:

O sujeito, ser individual, mas também social necessita de referências para se inscrever no mundo dos signos e significar suas intenções. Logo, apóia-se numa memória discursiva, numa memória das situações, que vão normatizar o comportamento das trocas languageiras, de modo que se entendam e obedeçam aos “enjeux” (expectativas) discursivos, que persistem na sociedade e estão a guiar os comportamentos sociais, de acordo com contratos estabelecidos. Ex. Um discurso político pode se realizar como um debate, um comício, uma entrevista, um texto escrito, um papo amigável do candidato, com direito a tapinhas nas costas etc. Cada realização vai exigir uma forma diferente que está de acordo com a situação. (Charaudeau, 1992, p.47.)

Essa influência do EU sobre o TU, denominado princípio de influência, caracteriza-se como um ato de linguagem da relação que o EU (locutor) objetiva ou visa no TU (receptor) como um efeito, pedido, ordem ou, na perspectiva de nosso objeto, da imposição de uma decisão de autoridade.

O mecanismo aqui descrito denomina-se de visadas, ou seja, finalidades concretizadas no discurso a partir do princípio da autoridade do EU. São elas: a) visada prescrição – EU mandar e o TU deve fazer; b) visada solicitação – EU solicitar e o TU

deve atender;c) visada instrução – EU fazer saber fazer e o TU querer saber; d) visada demonstração – EU fazer saber com provas e o TU aceitar prova e fazer.

Enfim, para Charaudeau a situação comunicacional (que se dá pela enunciação) atrela-se ao fenômeno da organização das categorias da língua, ordenando-as através dos modos de organização descritiva, narrativa e argumentativa do texto, de maneira a expressar as posições do EU (locutor), princípio da influência, nas relações de posição de fala com o interlocutor (TU). Desta forma, teríamos três funções, ou comportamentos dos atores falantes na encenação discursiva, do modo enunciativo: alocutivo (relação de influência), elocutivo (revelação do ponto de vista do TU) e delocutivo (retomada da fala de um terceiro).

Conclusão: a construção do corpo fascista através do Discurso de Bologna

Antes de fazermos a análise em si do discurso de Bologna no intuito de vislumbrarmos a construção do corpo fascista faz-se necessário algumas considerações preliminares acerca do que é o corpo, imagem corporal e linguagem corporal.

O corpo é um sistema biofísico instrumentalizado de uma animalidade racional, em que são representados todos os nossos arquétipos e potenciais por experiências concretas.

A imagem corporal significa todas as sensações e imagens mentais que este corpo representa de si mesmo.

Desta forma, a linguagem corporal pode ser caracterizada como o dinamismo do corpo no espaço ao se autointerpretar pelas imagens e representações que faz de si mesmo.

Discurso Di Bologna

Questo discorso fu pronunciato a Bologna, al Teatro Comunale, il 3 Aprile 1921. Anche questo è un discorso sintetico, in cui appaiono le basi essenziali e le idee-forza del Fascismo. Con esso, al 1° Maggio d'infausta memoria socialista si opponeva il 21 Aprile fascista, data del Natale di Roma, consacrato al Lavoro e alla Nazione. Fra le persone citate nel discorso, giovi rammentare che Giulio Giordani fu assassinato in Bologna da un'aggressione rossa nel Palazzo d'Accursio, in pieno consiglio comunale. L'avv. Grandi è il futuro Ministro degli Affari Esteri; i nomi di Bucco, Zanardi e Bentini, note personalità del socialismo, sono presi ad esponente di tutta una categoria di uomini che, pur facendo i politicanti rossi, non avevano neppure il coraggio di una possibile rivoluzione.

Fascisti dell'Emilia e della Romagna ! Cittadini bolognesi ! Tutte le circostanze, a cominciare dalle accoglienze di ieri sera, dai canti di questa notte, a questo magnifico mareggiare di teste, al saluto che io accettai con trepida venerazione, dalla vedova del nostro indimenticabile Giulio Giordani, (applausi) alla presenza in un palco di due

donne eroiche, vedove di eroi grandissimi: parlo di Battisti e di Venezian (applausi) ; tutto ciò potrebbe trascinarci sopra un terreno dell'eloquenza che non è la mia. Ma io credo, io sono quasi certo che voi non vi attendete da me un discorso retorico, ma vi attendete da me un discorso duro ed aspro, come è nel mio costume. Ed allora noi ci parleremo schiettamente, fascisticamente.

Io ringrazio l'avv. Grandi che mi ha presentato a voi con parole troppo lusinghiere: io le accetto e credo di non commettere un peccato di orgoglio. Potrei dirvi socraticamente che se ognuno deve conoscere se stesso, anche io conosco e devo conoscere me stesso (applausi) . Come è nato questo fascismo, attorno al quale è così vasto strepito di passioni, di simpatie, di odi, di rancori e di incomprensione? Non è nato soltanto dalla mia mente o dal mio cuore: non è nato soltanto da quella riunione che nel 1919 noi tenemmo in una piccola sala di Milano. E' nato da un profondo, perenne bisogno di questa nostra stirpe ariana e mediterranea che ad un dato momento si è sentita minacciata nelle ragioni essenziali della esistenza di una tragica follia e da una favola mitica che oggi crolla a pezzi nel luogo stesso ove è nata (applausi).

Noi sentimmo allora, noi che non eravamo i maddaleni pentiti; noi che avevamo il coraggio di esaltare sempre l'intervento e le ragioni delle giornate del 1915; noi che non ci vergognavamo di avere sbaragliato l'Austria sul Piave e di averla poi mandata in frantumi a Vittorio Veneto; noi che volemmo una pace vittoriosa, noi sentimmo subito, appena cessata l'esaltazione della vittoria, che il nostro compito non era finito. Difatti ad ogni volgere di stagione si dice che il mio compito e il compito delle forze che mi seguono, sia finito. Nel Maggio 1915, quando i fasci di azione rivoluzionaria avevano spazzato da tutte le strade, da tutte le piazze e le vie d'Italia, perfino nei più piccoli borghi d'Italia il neutralismo parecchista, si disse: Mussolini non ha più niente da dire alla nazione. Ma quando vennero le tragiche e tristi giornate di Caporetto, quando Milano era grigia e terrea perché sentiva che se gli austriaci passavano e venivano nella città delle cinque giornate sarebbe stata la fine dell'Italia tutta, allora noi sentimmo di avere ancora una parola di dire. E dopo la vittoria, quando sorse la scuola della rinuncia più o meno democratica, che intendeva amputare la vittoria, noi fascisti avemmo il supremo spregiudicato coraggio di dirci imperialisti ed antirinunciatori.

Fu quella la prima battaglia che demmo nel Teatro della Scala nel Gennaio 1919. Ma come? Avevamo vinto, avevamo vinto noi per tutti, avevamo sacrificato il fior fiore della nostra gioventù, e poi si veniva a noi coi conti degli usurai, degli strozzini. Ci si contendevano i termini sacri della patria, e c'erano in Italia dei democratici, la cui democrazia consiste nel fare l'imperialismo per gli altri e nel rinnegarlo per noi (applausi) , che ci lanciavano questa stolta accusa, semplicemente perché intendevamo che il confine d'Italia al nord dovesse essere il Brennero, dove sarà fin che ci sarà il sangue di un italiano in Italia (applausi) . Intendevamo che il confine orientale fosse al Nevoso, perché la' sono i naturali, giusti confini della Patria e perché non eravamo sordi alla passione di Fiume e perché portavamo nel cuore lo spasimo dei fratelli della Dalmazia, perché infine sentivamo vivi e vitali quei vincoli di razza che non ci lega soltanto agli italiani da Zara a Ragusa ed a Cattaro, ma che ci lega anche agli italiani del Canton Ticino, anche a quegli italiani che non vogliono più esserlo, a quelli di Corsica, a quelli che sono al di là dell'Oceano, a questa grande famiglia di 50 milioni di uomini che noi vogliamo unificare in uno stesso orgoglio di razza (applausi) . Si notavano già le prime avvisaglie della offensiva pussista. Milano il 16 Febbraio assistette, fra lo sgomento e il terrore di una borghesia infiacchita e trepidante, ad una sfilata di 20 mila

bolscevichi i quali, dopo aver inneggiato a Lenin dall'alto dei torrioni del castello, dissero che la rivoluzione bolscevica era imminente.

Allora io uscii all'indomani con un articolo che fece una certa impressione anche ad alcuni amici. Era intitolato: "Contro il ritorno della bestia trionfante". Era un articolo in cui si diceva: noi siamo disposti a convertire le piazze delle città d'Italia in tante trincee munite di reticolati per vincere la nostra battaglia, per dare l'ultima battaglia contro questo nemico interno. E la battaglia disfattista iniziata con quella parata continuò per tutta l'estate quando fu rimediata fino alla nausea quella inchiesta sul disastro di Caporetto che un ministro infame, infamabile, da infamarsi (morte a Nitti, morte a Cagoia, viva d'Annunzio, applausi) aveva dato in pasto alla esasperazione ed ai giusti dolori di gran parte del popolo italiano.

Anche allora noi Fascisti avemmo il coraggio di difendere certe azioni che col misurino della morale corrente non sono forse difendibili. Ma, o signori, la guerra è come la rivoluzione: si accetta in blocco: non si può scendere al dettaglio: non si può e non si deve.

Ma intanto questa campagna aveva le sue risultanze elettorali. Un milione e 850.000 elettori misero nell'urna la scheda con la falce e il martello: 156 deputati alla Camera. Pareva imminente la catastrofe. Io fui ripescato suicida nelle acque niente affatto limpide del vecchio Naviglio. Ma si dimenticava una cosa: si dimenticava il mio spirito tenacissimo e la mia volontà qualche volta indomabile. Io, tutto orgoglioso dei miei quattromila voti, e chi mi ha visto in quei giorni sa con quanta disinvoltura accettassi questo responso elettorale, dissi: la battaglia continua! Perché io credevo fermamente che giorno sarebbe venuto in cui gli italiani si sarebbero vergognati delle elezioni del 16 Novembre, giorno sarebbe venuto in cui gli italiani non avrebbero più eletto in due città quell'ignobile disertore che io in questo momento non voglio nominare (applausi: morte a Misiano!). Tanto è vero che costui oggi essendo incapace di vivere nel dramma scende nella farsa e dopo avere disprezzato la guardia regia chiede a quella divisa la impunità e la salvezza.

Ma ancora non è finito l'avvento di questo Fascismo, di questo movimento straripante, di questo movimento giovane, ardimentoso ed eroico. io solo qualche volta, io che rivendico la paternità di questa mia creatura così traboccante di vita, io posso qualche volta sentire che il movimento ha già straripato dai modesti confini che gli aveva assegnato. Infine noi Fascisti abbiamo un programma ben chiaro: noi dobbiamo procedere innanzi preceduti da una colonna di fuoco, perché ci si calunniava e non ci si voleva comprendere. E per quanto si possa deplorare la violenza, è evidente che noi per imporre le nostre idee ai cervelli dovevamo a suon di randellate toccare i crani refrattari.

Ma noi non facciamo della violenza una scuola, un sistema o peggio ancora una estetica. Noi siamo violenti tutte le volte che è necessario esserlo. Ma vi dico subito che bisogna conservare alla violenza necessaria del Fascismo una linea, uno stile nettamente aristocratico o se meglio vi piace nettamente chirurgico.

Le nostre spedizioni punitive, tutte quelle violenze che occupano le cronache dei giornali, devono avere sempre il carattere di una giusta ritorsione e di una legittima rappresaglia. Perché noi siamo i primi a riconoscere che è triste dopo avere combattuto contro i nemici di fuori combattere ora contro i nemici di dentro che vogliono o non

vogliono sono italiani anch'essi. Ma è necessario, e fin che sarà necessario assolveremo al nostro compito in questa dura ingrata fatica.

Ora i democratici, i repubblicani, i socialisti ci muovono accuse di diverso genere. I socialisti fino a ieri hanno detto che siamo venduti ai pescicani o all'agraria. Non ci sarebbero pescicani sufficienti in Italia per sovvenzionare un movimento come il nostro e d'altra parte vi devo dire che sarebbero pescicani piuttosto stupidi perché fin dal Marzo 1919 noi nei postulati fascisti abbiamo messo dei provvedimenti fiscali assai gravi e che sono in ogni caso antipescecaneschi.

Le altre accuse che ci da la democrazia sono ridicole, le accuse che ci fanno i repubblicani altrettanto. Io non mi spiego come dei repubblicani possano essere contrari ad un movimento che è tendenzialmente repubblicano. Io comprenderei che fossero contrari ad un movimento tendenzialmente monarchico. Ci si dice: voi non avete pregiudiziali. Non ne abbiamo ed è nostro vanto non averne. Ma voi dovete spiegarvi il fenomeno dell'ira e della incomprendione dei socialisti. I socialisti avevano in Italia costituito uno stato nello Stato. Se questo nuovo stato fosse stato più liberale, più moderno, più vicino all'antico, niente in contrario. Ma questo stato, e voi lo sapete per esperienza diretta, era uno stato più tirannico, più illiberale, più camorrista del vecchio, per cui questa che noi compiamo oggi è una rivoluzione che spezza lo stato bolscevico nell'attesa di fare conti con lo stato liberale che rimane. (Applausi).

C'è chi pensa che la crisi socialista sia soltanto una crisi di uomini, di questi piccoli uomini che voi conoscete, i Bucco, i Zanardi, i Bentini (urla di abbasso) e simile tritume umano; ma la crisi è più profonda, cari amici, è un tracollo di tutti i valori. Non è soltanto una fuga più o meno ignobile di uomini perché fra tutte le cose assurde c'è stata questa: di battezzare il socialismo come scientifico. Ora di scientifico non c'è niente al mondo. La scienza ci spiega il come dei fenomeni, ma non ci spiega anche il perché di essi. Ora se non c'è niente di scientifico in quelle che si chiamano le scienze esatte, pensate se non era assurdo, se non era grottesco gabellare per scientifico un movimento vasto, incerto, oscuro, sotterraneo come è stato il movimento socialista il quale ha avuto una funzione utile in un primo tempo, quando si è diretto a queste plebi oppresse e le ha fatte scattare verso nuove forme di vita. Voi converrete con me che non si torna indietro. Non si deve fare del contrabbando stolto, reazionario o conservatore sotto il gagliardetto del fascismo. Non si può pensare a strappare alle masse operaie le conquiste che hanno ottenuto con sacrifici. Noi siamo i primi a riconoscere che una legge dello Stato deve dare le otto ore di lavoro e che ci deve essere una legislazione sociale rispondente alle esigenze dei tempi nuovi. E ciò non perché riconosciamo la maestà di S.M. il proletariato. Noi partiamo da un altro punto di vista. Ed è questo: che non ci può essere una grande nazione capace di grandezza attuale e potenziale se le masse lavoratrici sono costrette ad un regime di abbrutimento. (Applausi) E' necessario quindi che attraverso ad una predicazione e ad una pratica che io chiamerei mazziniana, la quale concilii e debba conciliare il diritto col dovere, è necessario che questa massa enorme di decine di milioni di gente che lavora, che questa enorme massa sia portata sempre più ad un livello superiore di vita.

E' stolto ed assurdo dipingerci come nemici della classe lavoratrice e laboriosa. Noi ci sentiamo fratelli in spirito con coloro che lavorano: Ma non facciamo distinzioni assurde, ma non mettiamo al primo piano il callo, specie se è al cervello. Noi non mettiamo sugli altari la nuova divinità del lavoratore manuale. Per noi tutti lavorano:

anche l'astronomo che sta nella sua specula a consultare la traiettoria delle stelle lavora, anche il giurista, l'archeologo, lo studioso di religioni, anche l'artista lavora, quando accresce il patrimonio dei beni spirituali che sono a disposizione del genere umano: lavora anche il minatore, il marinaio, il contadino. Noi vogliamo appunto che tutti i lavori si compendino e si integrino a vicenda: vogliamo che tra spirito e materia, fra cervello e braccio si realizzi la comunione, la solidarietà della stirpe. Ed allora questo fascismo è la ventata di tutte le eresie che batte alle porte di tutte le chiese. E dice ai vecchi sacerdoti più o meno piagnoni: Andatevene da questi tempi che minacciano rovina, perché la nostra eresia trionfante è destinata a portare la luce in tutti i cervelli, a tutti gli animi. E diciamo a tutti: piccoli e grandi uomini della scena politica nazionale, diciamo fate largo che passa la giovinezza d'Italia che vuole imporre la sua fede e la sua passione. E se voi non farete spontaneamente largo, voi sarete travolti dalla nostra universale spedizione punitiva che raccoglierà in un fascio gli spiriti liberi della nazione italiana. (Applausi)

Siamo dinanzi ad un fatto che è il fatto elettorale. Essendo la camera vecchia e peggio che vecchia, fradicia ed imputridita, essendo tutti i protagonisti di questa semitragedia degli uomini usati ed abusati, stanchi e peggio ancora stracchi, si impone la nuova consultazione elettorale. Ebbene, non sentite voi che se le elezioni del 1919 furono disfattiste e misianesche, le elezioni del 1921 saranno nettamente fasciste? Non sentite voi che il timone dello Stato non ritornerà più ai vecchi uomini della vecchia Italia: né a Salandra, né a Sonnino, né al lacrimoso Orlando, né al porcino Nitti? Non sentite voi che il timone passa per un trapasso spontaneo da Giovanni Giolitti, l'uomo del parecchio neutralista, del 1915 a Gabriele D'Annunzio che è un uomo nuovo? (Applausi, ovazioni prolungate: Viva D'Annunzio).

Questi vostri applausi dicono molte cose: e disperdono equivoci che sono già dispersi. Ho ricevuto oggi un messaggio in base al quale posso affermare sinceramente che il dissidio creato più o meno ad arte fra quelli che hanno difeso Fiume - e noi tributeremo sempre loro l'omaggio della nostra riconoscenza - e noi che la difendemmo all'interno, non ha ragione di essere. E Gabriele D'Annunzio porrà fine a questo dissidio che più che da legionari partiva da certi politicanti che forse non erano neppure a Fiume quando a Fiume ci si batteva sul serio. E credo di aver detto a sufficienza perché tutti mi comprendano. (Applausi)

Altro elemento di vita del fascismo è l'orgoglio della nostra italianità. A questo proposito sono lieto di annunziarvi che abbiamo già pensato alla giornata fascista: se i socialisti hanno il 1° Maggio, se i popolari hanno il 15 Maggio, se altri partiti di altro colore hanno altre giornate, noi fascisti ne avremo una: ed è il Natale di Roma. il 21 Aprile. In quel giorno noi, nel segno di Roma Eterna, nel segno di quella città che ha dato due civiltà al mondo e darà la terza, noi ci riconosceremo e le legioni regionali sfileranno col nostro ordine che non è militaresco e nemmeno tedesco, ma semplicemente romano. Noi anche così abbiamo abolito e tendiamo ad abolire il gregge, la processione: noi aboliamo tutto ciò e sostituiamo a queste forme di manifestazione passatiste la nostra marcia che impone un controllo individuale ad ognuno, che impone a tutti un ordine ed una disciplina. Perché noi vogliamo appunto instaurare una solida disciplina nazionale, perché pensiamo che senza questa disciplina l'Italia non può divenire la nazione mediterranea e mondiale che è nei nostri sogni. E quelli che ci rimproverano di marciare alla tedesca, devono pensare che non siamo noi che copiamo i tedeschi, ma sono questi che copiavano e copiano i romani, per cui siamo noi che

ritorniamo alle origini, che ritorniamo al nostro stile romano, latino e mediterraneo. E non abbiamo pregiudiziali: non le abbiamo perché non siamo una chiesa: siamo un movimento. Non siamo un partito: siamo una palestra di uomini liberi. Quando uno è stufo di essere fascista ha venti botteghe e venti chiese cui battere alla porta, per domandare ospitalità. Non abbiamo nemmeno istituti: li riteniamo superflui. Il nostro è un esercito che si riconosce dalla sua passione e dalla disciplina volontaria: che si riconosce soprattutto per ritenersi non guardia di un partito o di una fazione, ma soltanto guardia della nazione. Ci riconosciamo soprattutto dall'amore che sentiamo per l'Italia, per l'Italia resa e raffigurata nella sua storia, nella sua civiltà e raffigurata anche nella sua struttura geografica ed umana.

Ieri mentre il treno mi portava a Bologna, io mi sentivo veramente legato con le cose e con gli uomini, mi sentivo legato a questa terra, mi sentivo parte infinitesimale di quel magnifico fiume che corre dalle Alpi all'Adriatico, mi riconoscevo fratello nei contadini, che avevano il gesto sacro e grave di colui che lavora la terra; mi riconoscevo nel cielo azzurro che suscitava la mia inestinguibile passione del volo, mi riconoscevo in tutti gli aspetti della natura e degli uomini. Ed allora una preghiera profonda saliva dal mio cuore. E' la preghiera che tutti gli italiani dovrebbero recitare quando le aurore incendiano il cielo o quando i crepuscoli obnubilano la terra. Noi italiani del secolo XX, noi che abbiamo veduto la grande tragedia del compimento nazionale, noi che portiamo nel profondo nel nostro animo il ricordo di tutti i nostri morti, che sono la nostra religione, noi, o cittadini d'Italia, facciamo un solo giuramento, un solo proposito: vogliamo essere gli artefici modesti, ma tenaci delle sue fortune presenti e avvenire. (Applausi ed ovazioni)

Excerto 1: “Potrei dirvi socraticamente che se ognuno deve conoscere se stesso, anche io conosco e devo conoscere me stesso (applausi) . Come è nato questo fascismo, attorno al quale è così vasto strepito di passioni, di simpatie, di odi, di rancori e di incomprensione? Non è nato soltanto dalla mia mente o dal mio cuore: non è nato soltanto da quella riunione che nel 1919 noi tenemmo in una piccola sala di Milano. E' nato da un profondo, perenne bisogno di questa nostra stirpe ariana e mediterranea.”[17]

Comentário 1: Nesta passagem é importante notarmos três presenças do corpo fascista que nos auxiliaram, ao final do trabalho, entender a imagem deste corpo, são elas: 1- o enunciador (Mussolini) se identifica com o próprio fascismo, ao usar os pronomes pessoais de 1ª pessoa, afirmando se reconhecer a si mesmo; 2- temos, então, um corpo que se vê refletido, pois se auto-reconhece e; 3- uma localização racial e espacial deste corpo, como de estirpe ariana e mediterrânea.

Excerto 2: “Noi sentimmo allora, noi che non eravamo i maddaleni pentiti; noi che avevamo il coraggio di esaltare sempre l'intervento e le ragioni delle giornate del 1915; (...) noi che volemmo una pace vittoriosa, noi sentimmo subito, appena cessata l'esaltazione della vittoria, che il nostro compito non era finito.”[18]

Comentário 2: Novamente costata-se o uso de pronomes de 1ª pessoa, só que agora no plural “noi”, inserindo a todos os italianos, a massa, neste corpo. Atribui-se, também, uma e outra qualidade a este corpo, tal seja ser corajoso.

Excerto 3: “Avevamo vinto, avevamo vinto noi per tutti, avevamo sacrificato il fior fiore della nostra gioventù, e poi si veniva a noi coi conti degli usurai.”[19]

Comentário 3: Neste trecho verifica-se que este corpo foi construído pelo esforço juvenil do povo italiano.

Excerto 4: “ci sarà il sangue di un italiano in Itália (...) perché infine sentivamo vivi e vitali quei vincoli di razza che non ci lega soltanto agli italiani da Zara a Ragusa ed a Cattaro, ma che ci lega anche agli italiani del Canton Ticino, (...) a questa grande famiglia di 50 milioni di uomini che noi vogliamo unificare in uno stesso orgoglio di razza (...) vogliamo che tra spirito e materia, fra cervello e braccio si realizzi la comunione, la solidarietà della stirpe.”[20]

Comentário 4: Nesta parte estamos diante de um ponto bastante importante na construção do corpo fascista, visto que ressalta os elementos da construção de uma identidade cultural italiana. O sangue e o orgulho de raça que identifica e congrega todos os italianos como um povo único e distinto de todos os outros no mundo, unido por mentes em uma única ideologia (fascismo) e braços fortes para a reconstrução e crescimento da Itália.

Excerto 5 (traduzido pelo autor): “aveva dato in pasto alla esasperazione ed ai giusti dolori di gran parte del popolo italiano. Anche allora noi Fascisti avemmo il coraggio di difendere certe azioni che col misurino della morale corrente non sono forse difendibili.”[21]

Comentário 5: Um corpo que sente dor. Muito interessante esta passagem com a simbologia dos “camicie nere”, ou seja, o uniforme que identificava todos os fascistas. Eles usavam camisas negras por estarem de luto pelas dores italianas.

Excerto 6 (traduzido pelo autor): “si dimenticava il mio spirito tenacissimo e la mia volontà qualche volta indomabile. Io, tutto orgoglioso dei miei quattromila voti, e chi mi ha visto in quei giorni sa con quanta disinvoltura accettassi questo responso elettorale, dissi: la battaglia continua ! Perché io credevo fermamente che giorno sarebbe venuto in cui gli italiani si sarebbero vergognati delle elezioni del 16 Novembre (...) Ma ancora non è finito l'avvento di questo Fascismo, (...) di questo movimento giovane, ardimentoso ed eroico. Io solo qualche volta , io che rivendico la paternità di questa mia creatura”.^[22]

Comentário 6: Vislumbramos agora um corpo animalizado, narciso, feroz e com força juvenil, que pretende se impor a todos que lhe opõe a presença, principalmente, a tudo aquilo que é velho e arcaico e que se incorporaria ao próprio Mussolini.

Excerto 7: “Ma voi dovete spiegarvi il fenomeno dell'ira e della incompreensione dei socialisti. I socialisti avevano in Italia costituito uno stato nello Stato (...) Noi siamo i primi a riconoscere che una legge dello Stato deve dare le otto ore di lavoro e che ci deve essere una legislazione sociale rispondente alle esigenze dei tempi nuovi.”^[23]

Comentário 7: Finalmente, temos um corpo político que se autoreconhece, ao se comparar com outro corpo (socialismo). Constata-se neste ponto a tentativa de ocupação do espaço ideológico italiano, repudiando aquele corpo que se identifica como uma ameaça.

Teríamos, então, como imagem do corpo fascista e dos fascistas, um sistema totalitário, no qual o *Duce*, a ideologia e os italianos formam uma única massa racial revolucionária, jovem, trabalhadora, corajosa, portadora de todas as dores italianas e orgulhosa das suas capacidades na condução da Itália a grandeza mundial no jogo das nações.

Referências bibliográficas

ANDORNO, Cecília. *Linguistica Testuale*. Roma: Carocci, 2003.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. trad. Roberto Raposo. 2.ed. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ARISTÓTELES. “*Nicomachean Ethics/Rhetoric*”, in *The Works of Aristotle*, vol. II. Trad. Benjamin Jowett. Chicago: University of Chicago, 1952.

_____. *Arte Retórica e Arte Poética*. 14.ed. trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

ARON, R. *L'opium des intellectuels*. Paris: Gallimard, 1968.

BERENBLUM, Andréa. *A invenção da palavra oficial*. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2003.

BARSOTTI, Anna. *Futurismo e Avanguardie nel teatro italiano fra le due guerre*. Roma: Bulzoni Editore, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1 e 2. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 6.ed. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: UNB, 1988.

BOSWORTH, R. J. B. *MUSSOLINI's Italy – Life under the Dictatorship 1915-1945*. London: Penguin Books, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: EDUSP, 1992.

_____. *Questões de Sociologia*. Lisboa : Fim de Século, 2004.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso Político*. São Paulo: Contexto, 2006a.

_____. *Discurso das Mídias*. São Paulo: Contexto, 2006b.

_____. *Grammaire du sens et de l'expression*. Paris: Hachette, 1992.

_____. MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. São Paulo: Contexto, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré socráticos a Aristóteles*. vol.1, 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CICÉRON. *De l'Orateur*. trad. E. Courbaud. 3 vol. Paris: Les Belles Lettres, 1967.

DAHL, Robert A. *A Moderna Análise Política*. Rio de Janeiro: Lidador, 1966.

DEBORD, Guy. *Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

- FERRONI, Giulio. *Storia della letteratura italiana. Il novecento*. Milano: Einaudi, 1991.
- FREUD, Sigmund. *Mal-Estar da Civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1980.
- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, A Política e o Estado Moderno*. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.
- HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Império*. 7.ed. trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2005.
- IORIO FILHO, Rafael Mario. *Retórica*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006.
- KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. *Os Atos de Linguagem no Discurso – Teoria e Funcionamento*. Niterói: EdUFF, 2005.
- NOVAES, Adauto (org.) *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- _____. *Retóricas*. trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
- _____. *Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *The Realm of Rhetoric*. trad. William Kluback. Introduction: Carrol C. Arnold. Notre Dame, Indiana- USA: University of Notre Dame Press, 1982.
- PLEBE, Armando. EMANUELE, Pietro. *Manual de retórica*. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. trad. Ivone Castilho Benetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RENAUT, Alain. *História da Filosofia Política 3 Luzes e Romantismo*. Trad. António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- SOFFICI, Ardengo. *Estética e Política – Scritti critici 1920-1940*. Chieti: Marino Solfanelli Editore, 1994.
- TELLES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e Modernismo Brasileiro*. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.
- VERON, Eliseo. *Ideologia, Estrutura e Comunicação*. 2.ed. São Paulo: Cultrix, 1977.

http://www.psicomotricista.it/schema_corporeo/definizione.html. Acessado em 20 de dezembro de 2007.

<http://www.linguaggiodelcorpo.it>. Acessado em 20 de dezembro de 2007.

[1] Muito interessante observar a distinção que HARDT e NEGRI (2005) fazem entre imperialismo e império. “Muita gente identifica os Estados Unidos como a autoridade definitiva que rege o processo de globalização e a nova ordem mundial. Simpatizantes aplaudem este país como expoente do mundo e única superpotência, enquanto detratores o denunciam como opressor imperialista. Os dois pontos de vista partem do pressuposto de que os Estados Unidos simplesmente vestiram o manto do poder global deixado cair pelos países europeus. Se o século XIX foi o do domínio britânico, o século XX é o do domínio americano; em outras palavras, se a modernidade foi européia, a pós-modernidade é americana. A acusação mais grave que os detratores podem fazer, portanto, é de que os Estados Unidos estão repetindo as práticas dos velhos imperialistas europeus, enquanto os defensores festejam os americanos como um líder mundial mais eficaz e benevolente, que acerta onde os europeus erraram. Nossa hipótese básica, entretanto, de que uma nova forma imperial de supremacia surgiu, contradiz ambas as teorias. *Os Estados Unidos não são, e nenhum outro Estado-nação poderia ser, o centro de um novo projeto imperialista*. O imperialismo acabou. Nenhum país ocupará a posição de liderança mundial que as avançadas nações européias um dia ocuparam.” HARDT e NEGRI (2005:13).

[2] O nacionalismo nos moldes que estamos trabalhando neste texto é caracterizado como um processo de reafirmação dos valores que estão no imaginário de um povo, que os constituem o seu auto-reconhecimento.

[3] Giulio FERRONI (1991:12).

[4] Idem (1991:13).

[5] “O totalitarismo consiste na soma dos efeitos da vida social e na subordinação deles a uma norma disciplinar global, mas também na negação da própria vida social, na erosão de suas fundações, e na renúncia teórica e prática à própria possibilidade de existência de multidão. Totalitária é a fundação orgânica e a fonte a fonte unificada da sociedade e do Estado. A comunidade não é uma criação coletiva dinâmica mas um mito primordial de fundação. Uma noção originária de povo propõe uma identidade que homogeneiza e purifica a imagem da população, enquanto impede as interações construtivas de diferenças dentro da multidão”. HARDT e NEGRI (2005:130).

[6] As correntes que fazem parte da análise do discurso são: a etnografia da comunicação, a escola francesa, o pragmatismo, a teoria da enunciação, a lingüística textual, a nova retórica, a história das idéias de Foucault (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2004:43-46).

[7] CHARAUDEAU (2006:43).

[8] “O rótulo ‘Escola Francesa’ permite designar a corrente da análise do discurso dominante na França nos anos 60 e 70. Surgido na metade dos anos 60, esse conjunto de pesquisas foi consagrado em 1969 com a publicação do número 13 da revista *Languages*, intitulado ‘A Análise do discurso’ e com o livro *Análise automática do discurso* de Pêcheux (1938-1983), autor mais representativo dessa corrente. Essa problemática não permaneceu restrita ao quadro francês; ela emigrou para outros países, sobretudo para os francófonos e para os de língua latina. O núcleo dessa pesquisas foi o estudo do discurso político conduzido por lingüista e historiadores com uma metodologia que associava a lingüística estrutural a uma ‘teoria da ideologia’, simultaneamente inspirada na releitura da obra de Marx pelo filósofo Althusser e na psicanálise de Lacan. Tratava-se de pensar a relação entre o ideológico e o lingüístico, evitando, ao mesmo tempo, reduzir o discurso à análise da língua e dissolver o discurso no ideológico.” (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2004:202.)

[9] Quanto às relações da Retórica com o Direito cf. IORIO FILHO (2006: 723-726).

[10] Ideologia, para o presente trabalho, deve ser compreendida como “um sistema global de interpretação do mundo social” Cf. ARON (1968:375).

[11] Coube a Aristóteles sistematizar esse estudo, redefinindo o papel persuasivo da retórica na distinção e escolha dos meios adequados para persuadir. A retórica, tal qual a dialética, não pertenceria a um gênero definido de objetos, porém seria tão universal quanto aquela. Essa *tekhné* utilizaria três tipos de provas como meios para a persuasão: o *ethos* e o *pathos*, componentes da afetividade, além do *logos*, o raciocínio, consistente da prova propriamente dialética da retórica. Aristóteles separa, em suas análises dos diversos tipos de discurso, o agente, a ação e o resultado da ação, descrevendo os gêneros do discurso em: 1-Deliberativo- o orador tenta persuadir o ouvinte sobre uma coisa boa ou má para o futuro; 2- Judiciário- o orador tenta persuadir o julgador sobre uma coisa justa ou injusta do passado e; 3- Epidíctico e Vitupério- o orador tenta comover o ouvinte sobre uma coisa digna, bela ou infame sobre o presente. Essa matriz do sistema retórico servirá como paradigma para o estudo posterior da retórica e resistirá, sem grandes mudanças, até o século XIX.

[12] As situações dadas para o presente estudo seriam os discursos políticos de Benito Mussolini.

[13] Para Charaudeau contrato de comunicação é “um conceito central, definindo-o como o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja a sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias).” Cf. CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2004, p. 132.

[14] Categoria criada por Pierre Bourdieu para definir a estruturação de um raciocínio próprio da relação e práticas dos agentes sociais e seus campos, de forma a legitimar e criar o campo sobre o qual agem. Esse modo de pensar específico dos agentes de um campo de poder é historicamente construído, evoluindo em novas formas de adaptação e

reforço de suas convicções, sem, contudo serem atingidos seus princípios essenciais. Ele procura ser maleável aos anseios dos agentes impedidos de adentrar ao campo a fim de que possam se manter as relações de poder como legítimas.

[15] Consideramos campo como um espaço social de relações de força, traduzidas na disputa de poder entre os agentes sociais, dotado de regras e conhecimentos específicos (habitus) para a estruturação das relações de poder. O campo político é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer a política, no qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa da política, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

[16] Para depreender o panorama acerca dos diversos sentidos dados a expressão situação comunicacional Cf. CHARAUDEAU e MAINGUENEAU (2004:450). Patrick Charaudeau a associa a questões extralingüística, separando-a de contexto intralingüístico. Entretanto, para o presente trabalho não será feita esta cisão, pois os dois são sempre necessários às significações das frases. Sendo assim, contexto e situação comunicacional, aqui, serão expressões sinônimas.

[17] Tradução: Poderia dizer-lhes socraticamente que se alguém deve se conhecer, eu também conheço e devo conhecer a mim mesmo. Como nasceu este fascismo, em torno ao qual é assim vasto de paixões, simpatias, de ódios, de rancores e de incompreensões? Não nasceu somente da minha mente ou do meu coração: não nasceu somente daquela reunião que no ano de 1919 nós tivemos em uma pequena sala em Milão. Nasceu de uma profunda, e perene necessidade desta nossa estirpe ariana e mediterrânea.

[18] Tradução: Nós sentimos então, nós que não éramos os madalenos pedintes; nós que tínhamos a coragem de exaltar sempre a intervenção e as razões da jornada de 1915 (...) nós que quisemos uma paz vitoriosa, nos sentimos de repente, apenas cessada a a exaltação da vitória, que o nosso objetivo não terminara.

[19] Tradução: Tínhamos vencido, nós tínhamos vencido por todos, tínhamos sacrificado a flor da nossa juventude, e pois se vinha a nós com as contas dos agiotas.

[20] Tradução: Haverá o sangue de um italiano na Itália (...) porque ao final sentíamos vivos e vitais aqueles vínculos da raça que não liga somente os italianos de Zara a Ragusa e a Cattaro, mas que une também aos italianos do Canton Ticino (...) a esta grande família de cinquenta milhões de homens que nós queremos unificar em um mesmo orgulho de raça, queremos que entre o espírito e a matéria, entre o cérebro e o braço se realize a comunhão, a solidariedade da estirpe.

[21] Tradução: Havia dado motivos a exasperação e a justas dores de grande parte do povo italiano. Também agora, nós Fascistas temos a coragem de defender certas ações que com a medida da moral corrente não são, talvez, defensáveis.

[22] Tradução: Se esqueceria meu espírito tenacíssimo e a minha vontade algumas vezes indomável. Eu, todo orgulhoso dos meus quatro mil votos, e quem me viu nestes dias

sabia com tanta desenvoltura aceitasse esta responsabilidade eleitoral, disse: a batalha continua! Porque eu acreditava firmemente que dia haveria de chegar em que os italianos se saberiam envergonhados das eleições de 16 de novembro (...). Mas ainda não acabou o advento deste Fascismo, desse movimento jovem, construtor e heróico. Eu sozinho algumas vezes, eu que reivindico a paternidade desta minha criatura.

[23] Tradução: Mas a vocês deve se explicar o fenômeno da ira e da incompreensão dos socialistas. Os socialistas tinham constituído na Itália um Estado no Estado (...). Nós somos os primeiros a reconhecer que uma lei do Estado deve dar as oito horas de trabalho e que deve haver uma legislação social correspondente às exigências dos novos tempos.

**O ACESSO À JUSTIÇA POR EXCEÇÃO AO JUDICIÁRIO: DOS
SERTANEJOS DE CANUDOS AOS EXCLUÍDOS DO SÉCULO XXI,
PERSONAGENS REAIS NA TEORIA DE JOHN RAWLS**

**THE JUSTICE ACCESS FOR EXCEPTION TO THE JUDICIARY SYSTEM:
FROM WILDERNESS OF CANUDOS TO THE EXCLUDEDS IN THE XXI
CENTURY, REAL PERSONAGES ON THE JOHN RAWLS THEORY**

Rogério José da Silva

RESUMO

Este artigo procurou tratar da questão do acesso à justiça por via não-judiciária, demonstrando a partir da obra literária “Os Sertões” (de Euclides da Cunha) a costumeira maneira de se almejar e acreditar ter alcançado a necessária justiça num conceito razoável para se bem viver em sociedade. Para isso, valeu-se de uma alegoria que foi a de situar o contexto histórico-literário da obra euclidiana na “Teoria da Justiça” de John Rawls, atualizando o quadro do início do século XIX daquela para o tempo presente desta obra, referendando a obra de Rawls para a aplicação numa sociedade de fato, comprovando sua aplicabilidade como uma forma de oferecer a todos, em especial àqueles de menos oportunidades em nossa sociedade, uma oportunidade de acesso à justiça, uma oportunidade de terem vida digna, vida justa. Ainda, também foi objeto de análise para comparação e conclusões a respeito da eficácia e facilitação do acesso à justiça na contemporaneidade o projeto “Justiça Comunitária”, um projeto do TJDFT, formulado e coordenado pela Juíza Gláucia Falsarella Foley, para oferecer o alcance do Poder Judiciário a populações distantes geograficamente e culturalmente, os também englobados pelo conceito de hipossuficientes culturais. Por fim, aponta considerações e hipóteses a serem pesquisadas em busca de um eficaz acesso à justiça, um acesso livre de quaisquer óbices, verdadeiramente democrático.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA. JUSTIÇA COMUNITÁRIA. HIPOSSUFICIENTE CULTURAL.

ABSTRACT

This article ran upon an outside way of justice access approach on a judiciary, showing from the brazilian Euclides da Cunha literary work "Os Sertões" the usual form to aim and believe to reach a necessary justice in a reasonable well living society concept. For this, purpose an alegory was taken situating the historic-literaly context of Euclides work in "A Justice Theory" by Jonh Rawls, updating the earlier 19's century scenary to the present time as describe in his book, confirming the aplying work of Rawls theory in a real society such as a way to offer people, specially for those without oportunities in our society, the oportunity to have access to justice and a dignifying and fair life. Yet,

also was an analysis object, for comparison and conclusions intentions about contemporary facility and efficiency of justice access, the project "Justiça Comunitária", organized by the state brazil's court TJDFT, formulated and coordinated by the judge Gláucia Falsarella Foley, to bring Judiciary reach for geography and culturally isolated populations, the also called culturals underprivileged. Finally, this text aim to researchs considerations and possibilities seeking for an efective justice access, free of any obstaculization and trully democratic.

KEYWORDS: JUSTICE ACCESS. COMMUNITARIAN JUSTICE. CULTURAL UNDERPRIVILEGE.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça parece-nos ser algo indissociável da condição de se bem viver em sociedade. A pessoa que se enxerga em situação de injustiça tende a querer buscar uma solução para o impasse, de modo a querer alcançar uma solução eficaz o mais rapidamente possível, haja vista ser a condição de injustiçado um óbice para a vivência harmoniosa em sociedade.

Às injustiças todos os indivíduos que formam uma sociedade estão sujeitos. No entanto, é perceptível situações mais bizarras relacionadas às pessoas de baixa formação cultural, de poucos recursos econômicos, em síntese, os hipossuficientes culturais[i]: que diz-se de ou pessoa de poucos recursos culturais e/ou educacionais, que não é auto-suficiente, de formação cultural precária, falível numa sociedade altamente consumista como a atual, sobre o qual ainda acrescentam-se os ditos:

Em termos mais objetivos, o *hipossuficiente cultural* seria aquele que não conhece seus próprios direitos, tampouco como valer-se da ajuda necessária para torná-los efetivos; muitas vezes os analfabetos funcionais — mas não só —, inúmeros no Brasil.

Estes brasileiros — e por que não “cidadãos do mundo”? Já que vivemos a era da globalização... — surgem, principalmente, como consequência da educação defasada a que têm acesso e pelo convívio com pessoas que ignoram seus próprios direitos, o que é muito triste, pois desistir de lutar por uma questão de estratégia é o que marca a biografia de grandes personalidades de nossa história, mas desistir de lutar por ignorância os condena ao anonimato estatístico da história de nosso país. (SILVA, R. J. e GITAHY, Raquel R. C.)

A respeito da condição de se bem viver em sociedade, é fato que a história brasileira ainda caminha para uma situação real em que possamos reconhecer vivermos de fato numa sociedade justa e de oportunidades a todos os cidadãos. Alguns momentos de nossa história, ainda que controversos na ótica de modernos estudiosos, são

notadamente marcados como divisores de época. Entre estes, optamos por fazer uma abordagem tendo como pano de fundo a obra literária que retrata um fato trágico real da história nacional: a obra *Os Sertões*, de Euclides da Cunha. A esta obra, relacionamos a obra de John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, para a qual tentamos demonstrar sua efetiva aplicabilidade numa sociedade de fato, ainda que esta seja a do contexto literário-histórico da obra de Cunha.

Além desta alegoria, fomos buscar na literatura específica jurídica situações práticas que procuram atender às necessidades de todos os cidadãos no quesito acesso à justiça e encontramos um exemplo inovador na prática do Tribunal de Justiça do Distrito Federal quando da criação do projeto *Justiça Comunitária*, também já aplicado desde o ano de 2006 no Estado de Mato Grosso do Sul, que supera em grande parte os chamados JICs (Juizados Informais Cíveis), prática comum em alguns Juizados Especiais Cíveis para a resolução de conflitos “aparentemente” sem solução.

Apontados os temas que nortearão este artigo, realçada a busca da necessidade de se efetivar o direito básico e incondicional de acesso à justiça, passemos a expor a fundamentação necessária.

2. METODOLOGIA:

Este artigo utilizou como metodologia o levantamento bibliográfico, leitura e análise para produção do corpus. A abordagem essencial foi o uso do método dedutivo, pelo qual se buscou analisar informações obtidas por meio de pesquisa doutrinária e revisão literária que objetivou, essencialmente, demonstrar os óbices reais para um eficaz acesso à justiça e, então, sugerir alternativas à efetivação deste direito comum a todos e apontar caminhos futuros para a continuidade da pesquisa.

Os métodos de procedimento a serem utilizados foram o histórico, o comparativo e o tipológico.. A técnica de coleta de dados adotada foi a da documentação indireta, ou seja, a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica, além da observação e análise crítica de fatos reais.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES: DOS SERTANEJOS DE CANUDOS AOS EXCLUÍDOS DO SÉCULO XXI.

3.1 A obra euclidiana.

A obra aqui usada como alegoria é fruto da experiência de seu autor — Euclides da Cunha — como repórter na cobertura da revolta de Canudos, no interior da Bahia, para onde foi enviado em 1897, a serviço do jornal *A Província de S. Paulo*, que, mais tarde, viria a se tornar *O Estado de S. Paulo*.

A revolta foi comandada por Antônio Conselheiro, um fanático e não revolucionário — diga-se de passagem — que liderou um significativo grupo de pessoas cujos interesses se assemelhavam aos seus: queriam melhores condições de vida, justiça — ainda que muitos deles fossem verdadeiros foras da lei —, iguais oportunidades a todos, em suma, queriam vida digna.

No clássico *Os Sertões*, o autor “juntou à narração da campanha dois largos e profundos estudos sobre a terra e o homem do sertão. O autor fez da campanha de Canudos uma pintura vigorosa e um estudo fundamental como técnico, historiador e escritor. Para ele a campanha foi um crime e um erro imperdoável da República, que transformou um fanático num mártir” (LISBOA, p. 38, 2001).

Na primeira parte, *A Terra*, o autor trata de descrever o sertão de Canudos de forma primorosa, apresentado sua formação geológica, delimitando minuciosamente sua flora, procurando até interpretar sua evolução geológica, estudando a hidrografia e a conformação orográfica. Considerando o clima, expõe uma teoria sobre as secas e também descreve as caatingas, com toda sua flora específica e a influência que sofrem dos climas. O autor chega até a apontar maneiras de combater o deserto, dando-se ao cabo de com sua descrição preliminar apresentar peculiarmente o sertão nordestino a quem quiser conhecê-lo sem lá ter de pisar.

Na segunda parte, *O Homem*, o autor dá conta de descrever o ser que ali habita, procurando apontar a impossibilidade da formação de uma identidade nacional no quesito caracteres biológicos, dada a mestiçagem a qual se submeteu nosso país em sua formação, desde sua colonização e também as dimensões continentais do país, o que possibilitou (e possibilita) a existência de um povo único tão diferente entre si dado o distanciamento literal por vontade própria ou por falta de interesse daqueles que deveriam cuidar de sua integração, ao menos no que fosse necessário à sua perenidade. Dessa análise, conclui ser o sertanejo do norte um tipo fanático religioso. “Daquela complexidade étnica e sob aquelas influências ecológicas e sociológicas era inevitável o aparecimento de um Antônio Conselheiro. Fizeram-no santo devido ao seu misticismo estranho, quase um feiticeiro. Ele não deslizou para a loucura, porque o ambiente o amparou, respeitando-o.” (GALOTTI).

Conselheiro — um aparente monarquista por seus ideais e fanático inquestionável — seus seguidores pregavam contra a república, queriam ali instaurar um novo regime, uma nova forma de viver em sociedade, uma forma em que não fossem explorados para o demasiado enriquecimento do outro sem lhes dar a justa contrapartida. Houve tentativas de persuadi-los a desistirem do conflito com a sociedade tradicional e, por conseqüência, com a força da lei. Em vão, pois acreditavam em seu propósito e nada tinham a perder, já que até ali, por seu fanatismo, é que reconheciam ter perdido a vida terrena. A luta traria a todos eles a glória de se não aqui puderem desfrutar das benesses de seus ideais, ao menos no plano religioso da nova vida após a velha seriam recompensados.

Assim, então, passemos ao capítulo *A Luta*. Tudo começa por uma desavença com um Juiz de Direito de Joazeiro. Por este não querer entregar a madeira adquirida nessa cidade para o término da construção da igreja de nova Canudos. Em outubro de 1896, uma ameaça de assalto à cidade foi determinada por Conselheiro e então, por solicitação do Juiz, é enviado por ordem do Governo do Estado da Bahia uma força composta por

100 praças. O resultado já é sabido de todos. A *Luta* prossegue com um contingente cada vez maior de soldados com a incumbência de conter a insurgência daqueles de Canudos. Inúmeras vidas se perderam até a vitória da 4ª expedição militar, a mando do Governo da República. No entanto, é necessário frisar que Canudos não se rendeu, resistiu bravamente até ser totalmente dizimada.

3.2 A obra rawlsiana e sua aplicabilidade na sociedade de *Os Sertões*

Relatada a síntese da obra-alegoria de Euclides da Cunha, passemos a analisar a obra de Rawls, *Uma teoria da Justiça* procurando demonstrá-la como uma possibilidade real para se alcançar aquilo a que podemos considerar um eficaz acesso à justiça.

Uma teoria da Justiça de John Rawls, pode ser assim sintetizada, valendo-se de parte de um artigo de André Luiz Souza Coelho, intitulado *Críticas de Jürgen Habermas à 'justiça como equidade', de John Rawls*, adaptando-o ao foco deste presente trabalho, acrescentando-lhe as relações alegóricas estabelecidas junto à obra de Euclides da Cunha.

Trata-se de um verdadeiro clássico, apesar das críticas recebidas ao longo dos tempos. Em sua obra, Rawls propõe uma concepção não utilitarista da justiça, fundada numa nova versão da tese do contrato social e voltada para a integração de um amplo sistema de liberdades individuais com garantias de igualdade de oportunidades e de maior benefício aos menos favorecidos.

Já a partir deste ponto, podemos começar a traçar alguns paralelos entre as obras rawlsiana e euclidiana. A opção ainda que não racional e de pouca fundamentação de Antônio Conselheiro para a monarquia, leva-nos a crer que tratava-se de uma opção em detrimento da república-coronelistas vivida no sertão por ele e por toda sua gente. Um sistema de liberdades individuais com garantias de igualdade de oportunidade e de maior benefício aos menos favorecidos era, sem dúvida, tudo o de que precisavam! Pois não conheciam o valor da liberdade, trabalhando e vivendo num regime de quase escravidão, não se sentiam e nem eram levados a acreditar serem iguais aos seus próximos, justamente por conta da hierarquia e da desigualdade nas oportunidades e tratamento. Eles, os menos favorecidos da cadeia, ansiavam por uma vida melhor. Na crença fanática de que esta vida chegaria, motivados pelas muitas lendas espalhadas em torno da figura emblemática, misteriosa e cativante de Antônio Conselheiro, tomaram-no como líder e o elevaram à condição de salvador.

Voltando à obra de Rawls, percebemos que este define a sociedade como um sistema equitativo de cooperação e os indivíduos dessa sociedade como sendo livres e iguais. Cada um deles é racional, no sentido de que pode perseguir sua própria concepção de bem, e razoável, no sentido de que está disposto a aceitar condições equitativas de cooperação. Nessa sociedade poderá haver conflitos para se determinar a melhor distribuição dos benefícios e encargos da cooperação, de modo que uma concepção de

justiça é necessária para solucionar satisfatoriamente esses conflitos. Define uma sociedade como bem-ordenada quando os indivíduos que a integram compartilham da mesma concepção de justiça e as principais instituições da sociedade realmente atuam em conformidade com ela.

Eis, portanto, na alegoria o modelo de sociedade estabelecido em Canudos como o modelo rawlsiano, embora as instituições formais ainda estivessem por ser formadas naquela sociedade de pouco mais de 5.000 casas que abrigavam algo em torno de 20.000 pessoas. Naquele lugar, todos livres e iguais e, na medida do conceito rawlsiano, também todos racionais e razoáveis. No entanto, apenas entre si. Uma grande controvérsia, já que a não-aceitação destes pela sociedade que os rodeava, levou-os pelo fanatismo — e não pela racionalidade —, de forma lamentável, a se insurgirem contra a ordem posta. Logicamente, não é esta a essência do pensamento rawlsiano, que toma a sociedade como algo comum a todos os indivíduos. Um ideal impossível, talvez, mas um ideal. Certamente, apesar de reconhecidamente terem morrido pelo fanatismo e pela crença numa (nova) vida nova, não era de se esperar que a república tão defendida por Euclides da Cunha cometesse uma barbárie em nome da ordem estabelecida e que deveria ser mantida.

“O escritor do início da obra, positivista que acreditava na república, é o mesmo que denuncia a dor, a forma e a barbárie. Canudos foi um crime cometido para e pela reiteração da república. O cancro monarquista nunca existiu naquela terra esquecida pelos seus governantes e o Estado só chegara tão longe para trazer a injustiça e a morte. Essa não era a república reclamada pelo autor”. (Revista eletrônica *Klepsidra*, Ed. 3, Ago.-Set. de 2000)

A obra de Rawls ainda aponta diferenças entre *conceito* e *concepção* de justiça. A idéia racional básica de justiça reside na máxima de que se deve dar a cada um o que é seu, o que revela um conceito de justiça, mas não necessariamente um acordo, pois para este existir, fatores outros deveriam ser determinados, tais como o que é de cada um?, por exemplo; ou ainda, segundo qual critério isso seria determinado?, fatores estes, portanto, que demonstram não haver acordo sobre o que implica a justiça.

Daí a necessidade de se estabelecer princípios que funcionem como critério de e para a justiça em cada caso. No entanto, é exatamente aí que reside um profundo desacordo, já que os indivíduos defendem diferentes concepções de justiça, sendo necessário um procedimento para produzir entre eles um acordo válido.

Esse procedimento, de acordo com Rawls, chama-se *posição original*, o qual consiste numa situação hipotética em que alguns representantes da sociedade, colocados em condições de igualdade uns em relação aos outros, escolheriam os princípios de justiça segundo os quais gostariam de que a sociedade fosse regida. Para assegurar a necessária imparcialidade, Rawls defende colocá-los sob um *véu de ignorância* em relação à sua particular situação social, bem como a suas convicções políticas, morais, religiosas e metafísicas. Com este desenho, Rawls acredita que a posição original poderia garantir a correção do seu resultado.

Eis aí, outro ponto para relacionarmos à alegoria: teria sido Canudos um exemplo de “posição original” natural? A cidade não figurativamente coberto pelo “véu da ignorância”, e sim literalmente, tendo em comum aqueles cidadãos as mesmas vontades,

os mesmos infortúnios, muitos com graves falhas morais, mas sobretudo, o fanatismo. Não só o fanatismo lhes era comum, o que, portanto, não os diferenciava, comum também era a eles o fato de ignorarem a estrutura e a necessidade das instituições e suas leis, podemos interpretá-los como exemplos do acaso na “posição original”, unidos por um desejo em comum, mortos pela ignorância daqueles que os tinham como ignorantes?

Rawls defende que, na posição original, os representantes escolheriam dois princípios de justiça: o princípio da liberdade, o qual garantiria aos cidadãos o máximo sistema de liberdades e o princípio da diferença, que legitimaria desigualdades à medida que elas resultassem de cargos abertos a todos e garantissem a melhor situação possível para os menos favorecidos. Para justificar por que seriam escolhidos esses princípios, Rawls atrela a ação dos representantes na posição original à teoria da escolha racional que, em poucas palavras, pode ser caracterizada na hipótese de quando faltarem informações à devida escolha, a melhor estratégia a seguir é uma repartição igualitária. Eis aí, mais um elemento que fundamenta a relação com a obra euclidiana: se aos que optam pela teoria racional é possível faltarem elementos para a melhor escolha, aos fanáticos ignorantes certamente tudo faltava, mas não lhes faltava o senso da repartição igualitária, da luta de todos em nome de um bem comum.

É também a teoria da decisão racional que justificaria ser a *justiça como equidade* – a concepção informada pelos dois princípios acima – preferida ao princípio utilitarista de utilidade máxima ou média. Como esse último princípio permite que, em nome da utilidade máxima ou média, sejam sacrificados direitos de uma minoria e como nenhum dos representantes está certo de que não pertencerá a essa minoria, não se trata da melhor opção. É essa a conclusão na teoria de Rawls. Certamente também podemos relacionar que, sob a ótica dos republicanos da obra euclidiana, o princípio utilitarista de utilidade máxima ou média foi fator preponderante para o extermínio daqueles que ousaram insurgir contra a ordem estabelecida. Hoje, talvez a revolta fosse vista apenas como uma “desobediência civil”, não nos moldes arendtianos, pois à prática de fanáticos não seria razoável presumir a existência de critérios previamente definidos que se assemelhassem à desobediência civil pensada e defendida por Hannah Arendt, ainda que na realidade a revolta fosse apenas uma justa e necessária resistência à opressão dos poderosos que, ainda hoje, mais de um século depois, sabemos imperar em determinadas áreas do Norte e Nordeste.

A exposição das principais idéias de Rawls não estaria completa sem uma referência ao *equilíbrio reflexivo* e ao *consenso sobreposto*, idéias particulares mais bem explicitadas em suas obras posteriores, tais como *Liberalismo Político* e *Justiça como Equidade, uma reformulação*. Tais conceitos se prestam como dois testes de validação dos princípios de justiça escolhidos na *posição original*.

O *equilíbrio reflexivo* exige que aqueles princípios possam ajustar-se às convicções morais privilegiadas de nossa cultura, bem como que, em caso de desacordo, possam contribuir para esclarecê-las ou corrigi-las. Por essa via, é possível deduzirmos que Rawls se previne dos resultados contra-intuitivos que derivavam, por exemplo, da aplicação da máxima utilitarista. Para ele, uma vez que uma cultura aberta e democrática supostamente promove uma discussão racional de que se pode esperar, pelo menos a longo prazo, resultados corretos, toda teoria que propuser orientações que contrariem as convicções morais mais bem estabelecidas de nossa cultura deverá ser capaz de apresentar o ônus da prova. O utilitarismo, por exemplo, não era capaz de

fornecer nenhum argumento contra a escravidão ou contra o genocídio. É uma razão em favor da *justiça como equidade* que ela seja capaz de fornecer esses argumentos.

Já o *consenso sobreposto* exige que os mesmos princípios de justiça possam ser aprovados por cada uma das diversas concepções de bem existentes na sociedade, sendo que cada uma delas os aprovaria como bons segundo o seu próprio ponto de vista. Rawls diz que, embora cada uma dessas concepções pudesse considerar a *justiça como equidade* uma teoria verdadeira, ele pretende para ela apenas o status mais modesto de razoável. Por último, é preciso dizer que Rawls também se esforça para argumentar em favor da coincidência entre justiça e bem. Segundo ele, numa sociedade bem-ordenada a conduta justa é também a melhor estratégia de realização da concepção de bem de cada um, uma vez que a estrutura justa coordenaria os fins dos vários atores de modo que a satisfação de um não fosse obstáculo à satisfação do outro. Dessa forma, Rawls aposta numa estratégia argumentativa que, depois de mostrar que certos princípios são justos, tenta motivar os atores a abraçá-los em nome da melhor realização de seus próprios fins.

3.3 Hipotéticas considerações acerca das obras de John Rawls e Euclides da Cunha

Às partes *Terra, Homem e Luta* de Euclides da Cunha, Rawls apresentou-nos de forma arquetípica, mais de um século depois, em sua obra, as partes *Teoria, Instituições e Objetivos*.

A pesquisa até então realizada ainda é superficial para que possibilite apontar precisamente os fatores que possam ter levado Rawls a assim dividir sua obra. Mas é fato que a divisão interna da obra de Euclides da Cunha deu-se por influência do historiador francês *Taine*, “o qual formulou em seu livro ‘*Histoire de la Littérature Anglaise* (1863)’, a concepção naturalista da história – teoria que defendia que a história é determinada por três fatores: meio, raça e momento”. Tal concepção naturalista foi seguida por Euclides ao dividir ‘Os Sertões’ em três partes correspondentes aos fatores de *Taine*: ‘*A Terra*’, ‘*O Homem*’ e ‘*A Luta*’. É também do historiador francês a citação que consta na nota preliminar do livro a qual traz a idéia que o ‘narrador sincero’ deveria ser capaz de se sentir um bárbaro entre os bárbaros, como um antigo entre os antigos.

Precisão, como já mencionado, não temos quanto à divisão da obra de Rawls, mas relações alegóricas, que é o que temos feito ao longo deste trabalho, é possível apontarmos: tal como em Euclides, é possível que Rawls tenha optado primeiro pela *Teoria* por esta derivar-se do meio, um dos fatores determinantes na história, segundo *Taine*. Do meio, de sua vivência em sociedade, e de sua concepção de uma sociedade justa, teria então Rawls formulado o capítulo *Teoria*. Esse capítulo se divide em “Justiça como equidade” — uma maneira de considerar os princípios da justiça que, segundo o próprio Rawls, tal como outras visões contratualistas, consiste em duas partes: (1) uma interpretação de uma situação inicial e do problema da escolha colocada naquele momento, e (2), um conjunto de princípios que, segundo se procura demonstrar, seriam aceitos consensualmente; “Princípios da Justiça” — os da liberdade e da diferença; e a “Posição Original”, algo que modestamente tentamos relacionar ao episódio narrado na

obra euclidiana quando se deu a formação de Canudos, sob a liderança de Antônio Conselheiro.

À raça de *Taine*, e ao *Homem* de Euclides, proporíamos que Rawls teria tomado o próprio indivíduo como base para suas *Instituições*, capítulo este que se divide em *Liberdade igual*, *As parcelas distributivas* e *Dever e obrigação*. Metaforicamente, é possível tomarmos o homem como sinônimo de instituição, por ser ele a personalidade marcante sobre a qual teorizamos e buscamos melhores formas de conosco mesmos bem vivermos. As *Instituições* de Rawls teriam, então, o condão de prestarem-se à única instituição a que lhes interessa em primordialmente: o ser humano.

Já ao momento de *Taine*, e à *Luta* euclidiana, Rawls propôs seus *Objetivos*, capítulo este dividido em *A virtude como racionalidade*, *O senso de justiça* e *O bem da justiça*. Seriam talvez objetivos momentâneos, já que uma vez estipulados numa “posição original” não mais seriam objeto de discussão, pois estes objetivos seriam justificados pelos princípios tidos como norteadores para uma sociedade tida como justa. Objetivos certamente resultantes de uma luta de ideais, do confronto racional para, enfim, decidirem o que melhor se apresentaria a uma nova sociedade.

As hipóteses acima servem simplesmente para apresentar a obra de Rawls tendo como pano de fundo a relação com uma modesta alegoria sugerida na obra de Euclides da Cunha. As interpretações aqui apresentadas certamente não encerram a relação entre tais obras e estudos mais aprofundados poderiam, quem sabe, até apontar elementos outros que aqui ainda não foram apontados.

Mas fato é que, hoje, no atual estágio de estudos, foi possível visualizar, na obra de Euclides da Cunha, nas pessoas de seus reais personagens e na percepção da inquietude do autor diante das injustiças praticadas por um Estado intransigente, uma abstração que, muito provavelmente, poderia ser terreno fértil para a aplicação da *Teoria da Justiça* de John Rawls, ainda que seja uma teoria assaz criticada dada a sua reconhecida limitação de aplicabilidade prática a uma universalidade de pessoas, mas que num espaço delimitado, tal como era o de Canudos, pudesse talvez servir de modelo a toda uma sociedade universal, formada por indivíduos que continuam agindo de forma indiferente a seus semelhantes, que continuam incapazes de se reconhecerem parte de um todo em que as divisões geográficas, sociais e elementares são apenas reflexos, muitas vezes, das distorções históricas alimentadas por eles próprios, de maneira irracional.

4. A Justiça Comunitária do TJDF e o Acesso à Justiça no século XXI

O programa Justiça Comunitária surge como uma alternativa de acesso à justiça àqueles que sequer podem sonhar existir justiça num país como o nosso. É claro que, para estes, o conceito de justiça não é sinônimo de poder judiciário, de atuação estatal. A justiça, de fato, na qual acreditam, é algo semelhante à justiça divina, aquela que carece do surgimento de um Messias que os liberte e que os possibilite uma vida melhor.

O projeto, bem como todo o aparato do Poder Judiciário, revela-se naturalmente incapaz de poder proporcionar aos cidadãos que dele venham se valer uma vida melhor de fato, haja vista a própria expressão “vida melhor” ser algo extremamente difícil de se formular, pois como aferir o que é vida melhor num universo de pessoas com pensamentos, crenças, estilos de vida e aspirações completamente distintos uns dos outros muitas vezes?

Mas o projeto pôde oferecer a seus postulantes um agente comunitário, uma espécie de mediador que, longe de ser um Messias, um salvador, revela-se como a pessoa capaz de ajudar-lhes na resolução de seus diversos conflitos, em especial os de natureza simples, os que não demandam sua apresentação formalmente à apreciação do Poder Judiciário, pois podem ser resolvidos pelas próprias partes, por meio do diálogo, com participação da própria comunidade. Este servidor vocacional da justiça comunitária, o agente comunitário, revela-se como o facilitador para uma real democratização do acesso à justiça de forma irrestrita a todos os que dela queiram e necessitem valer-se.

A esse respeito, ressalte-se a inovação do projeto. Porém há de se lamentar a falta de exemplos práticos de casos resolvidos e/ou encaminhados para a resolução no plano formal da Justiça Comum ou Especial Cível que versem da relação entre pessoas físicas versus pessoas jurídicas.

Os casos relatados na cartilha impressa no ano de 2006, intitulada “Justiça Comunitária – uma experiência”^[ii], de autoria do Ministério da Justiça, são exemplos significativos de casos entre pessoa física *versus* pessoa física, que foram resolvidos segundo os princípios do programa, o que o comprova ser eficiente na resolução de conflitos. Mas certamente seus propósitos não podem restringir-se à resolução de casos entre particulares como tais. Insistimos: os conflitos originados essencialmente das relações de consumo entre pessoas físicas *versus* pessoas jurídicas continuam a ser ignorados pelo Poder Judiciário, em especial nos JECs e, absurdamente, pela prática inadmissível da prevaricação.

Sim, chamamos de prevaricação à prática do servidor público que se nega a prestar a orientação e a providência legal necessária ao cidadão que muitas vezes ao JEC recorre para requerer orientações e soluções relativamente simples, como a solicitação da revisão de um compromisso de pagamento por ato de compra e venda junto à loja do comércio local, seja esta de grande, médio ou pequeno porte. Ou ainda, um mero distrato, com intenção de devolução de mercadoria e indenização por tal ato para compensação do credor. Para quaisquer destes hipotéticos casos — e outros tantos não aqui mencionados, para os quais recomendamos a leitura do trabalho “Da ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais”, publicado na Revista *Intertemas*, Vol. 11, nº 11, 2006, sob o nº ISSN de 1677-1281, disponível eletronicamente em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/index/search/results>, acessado pela última vez em 24/Ago./2008 — é fato que a prestação comum deste importante órgão da justiça, o JEC, percebida ao longo dos anos é quase unânime: “Não há o que fazer!”.

Uma afronta à norma constitucional prevista no art. 5º, XXXV, a qual veta a possibilidade de exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer situação de lesão ou ameaça a direito; afronta também ao teor do art. 478, do Código Civil, combinado ao art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

O resultado desta quase unanimidade omissa e prevaricadora é que a pessoa física fica a mercê das decisões automatizadas e mecanicistas comuns nas pessoas jurídicas, reflexos da modernidade: encaminhamento do nome do devedor aos órgãos de informação — leia-se ‘restrição’ — de crédito, cumprimento do prazo contratual à espera de um possível pagamento (12, 18, 24, 36 meses às vezes) e, em caso de não pagamento, aguardar ainda pelo prazo legal de 5 anos para possível retirada da informação que restringe a vida e a reorganização econômica do devedor. As conseqüências desta postura inflexível, por força de mercado e de um órgão judiciário omissivo, são devastadoras na vida de milhares de brasileiros, os hipossuficientes culturais.

Entretanto, é bom ressaltar a respeito das conseqüências com as quais não nos conformamos por força da falta de atuação daqueles que deveriam zelar pelo equilíbrio econômico-social prestando o devido serviço aos que a ele recorressem, citando o trabalho há pouco mencionado:

(...) isso não significa inviabilizar ao credor o direito de valer-se de medidas judiciais para reaver seus bens. De forma alguma! Mas possível é reconhecer serem possíveis outras medidas, tomadas de maneira a propiciar uma melhor solução para ambas as partes, o que coadunaria objetivos comuns e manteria o equilíbrio da relação contratual até mesmo diante de um fato imprevisto. (SILVA, R. J., 2005, p. 35)

Ainda que o programa “Justiça Comunitária” seja uma realidade na ampliação do alcance do Poder Judiciário junto às demandas dos mais distantes da lei, é fato que situações entre pessoa física versus pessoa jurídica não se revelaram como uma realidade renovadora e tão eficaz quanto nos casos relatados na revista do projeto.

Esta constatação da ineficácia do acesso à justiça é coerente ainda com a realidade de algo apontado há 30 anos na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, traduzida para o português do Brasil e publicada em 1988, da qual extraímos trecho significativo e ilustrativo para a exposição:

“Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos contra grandes organizações (...)”

Em quase uma década de século XXI, obstáculos ao acesso à justiça reconhecidos já há 30 anos continuam a ser óbices ao convívio harmonioso de oportunidades a todos os conviventes em sociedade.

5. Conclusão:

Com base no levantamento de dados e nas pesquisas já realizadas, concluímos que as classes menos favorecidas de nossa sociedade pouco evoluíram se comparadas aos personagens reais da obra de Euclides da Cunha.

Nas grandes cidades, os moradores sob os viadutos, os sem-escola, os famintos, os trombadinhas são os descendentes dos personagens de *Os Sertões*. Em comum, a pobreza, a falta de oportunidades, a exploração, os desvios de conduta para a criminalidade, a crença de que um dia poderão ter vida melhor: seja no plano terrestre com a passiva espera por ajuda divina ou, mais comumente na atualidade, seja na ativa atuação por caminhos escusos na prática dos mais diversos tipos de delito visando à ascensão econômica.

Essa manutenção dos estratos sociais é o mecanismo gerador de distorções desumanas, as quais certamente motivaram John Rawls a elaborar sua Teoria de Justiça, teoria esta que visava a um recomeço, uma reavaliação da atuação do homem para com seus semelhantes e uma necessária mudança nos paradigmas até então adotados.

É este repensar, este reavaliar, este desejo de mudar para melhor que justificam idéias brilhantes — ainda que pouco práticas a toda uma sociedade — como a *posição original*, o *véu da ignorância*, e os posteriores *equilíbrio reflexivo* e *consenso sobreposto*. Tudo para que possamos entender e vivenciar uma sociedade na qual a satisfação de um indivíduo não seja obstáculo à satisfação do outro: eis a estratégia argumentativa do autor o qual procura demonstrar que, em sendo justos certos princípios, o que se tem a fazer é motivar os homens a tomá-los como meio para a melhor realização de seus próprios fins.

A aplicação da teoria de Rawls no contexto da obra de Euclides da Cunha pode esbarrar num aparente conflito: como aplicar uma teoria racional em meio a uma sociedade de fanáticos? Para sustentar a intertextualidade aqui apresentada, é preciso reconhecer que ao homem só é possível adotar uma posição ideológica que a ele venha a ser apresentada. Ora, se em pleno Sertão o conhecimento racional não era levado, tampouco buscado pelos de lá, como poderiam os personagens reais não serem fanáticos religiosos se esta era a única ideologia por eles conhecida? Ideologia que, diga-se de passagem, era fortemente disseminada especialmente pela igreja católica como forma de controle social e manutenção da ordem.

Assim, à questão primeira — como aplicar uma teoria racional em meio a uma sociedade de fanáticos? — respondemos que, independentemente de a teoria ser racional ou metafísica, o fato é que se fosse para o bem, para a libertação e para a oferta de vida digna àqueles cidadãos, em nada se oporiam aqueles homens. E mais, tal como mencionado no capítulo 2.2, a título de questão retórica, quando apontamos serem aqueles personagens típicos exemplos de líderes numa posição original natural, pois não

abriam mão de seus valores e status alcançados, mas abriam mão da condição de explorados; o véu da ignorância só os encobria das questões de estudos e teorias racionalistas, pois eram conhecedores práticos da vida indigna a qual eram submetidos pelos senhores de engenho, pelos políticos, pelos coronéis, pelo Estado.

Em síntese, atualizando a alegoria da obra literária clássica e sua relação com a obra do pensador moderno, por influência decisiva de um poder judiciário colaborador para o conflito de outrora, conivente com este capítulo pudoroso de nossa história, atrevemo-nos a afirmar, mais ainda, a desafiar o Estado-juiz a não só conhecer, mas provar o contrário se possível for, de que reconhecer e aplicar a Teoria da Justiça de John Rawls a suas motivadas decisões no atual estado democrático de direito é dever de um Estado que possui eterna dívida histórica com seus concidadãos privados de direitos e de privilégios legais.

Segundo Alessandra Gotti Bontempo (2007/2008b),

“(…) há um grande campo a ser explorado pelos operadores do Direito para uma proteção judicial dos direitos sociais mais exitosa e, para desvendar esses novos caminhos jurídicos, é imprescindível que o Poder Judiciário enfrente os desafios que terá diante de si não apenas reproduzindo, mas, sobretudo – utilizando as palavras do Ministro Eros Roberto Grau – “produzindo direito”

Ao programa Justiça Comunitária, esperamos poder aprofundar estudos sobre sua estrutura, descobrir e, se possível, colaborar para a reorientação de fluxos para novas atuações, de modo a atender outra parcela significativa de nossa sociedade, os hipossuficientes culturais ainda não alcançados pela atuação do projeto, nem por qualquer órgão de nosso Poder Judiciário, aos quais precisamos oportunizar a vivência e o desfrute de ver os resultados daquilo a que reconhecemos como, e que nossa Carta Magna assim denomina, Direitos Fundamentais. Quando enfim chegarem a este ponto, certamente haverão de saber o sabor das palavras do prof. Gilberto Giacoia (2002), para quem, em versos, “Justiça é ainda dignidade / É capacidade de comover-se / Com a dor, com a fome, com a grande temeridade / Da opressão, da exclusão e da dominação. / É ter coragem de converter-se / Enfim, justiça é libertação / É ser do mundo cidadão / Viver sem medo de ser feliz.” (p. 30)

— REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais — Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. 1ª. ed. (2005), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

Direitos sociais em Juízo: perspectivas e possibilidades. Artigo publicado na Revista da Associação Juízes para a Democracia, Ano 12, nº. 44 – Dezembro-2007 / Fevereiro-2008, p. 12.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COELHO, André Luiz Souza. **Críticas de Jürgen Habermas à ‘justiça como equidade’, de John Rawls.** artigo científico publicado em 2005, no XIV Congresso Nacional do CONPEDI, acessado eletronicamente em 20/Jul./2008.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões: (campanha de Canudos);** edição, prefácio, cronologia, notas e índices de Leopoldo M. Bernucci. – 2ª. Ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001. (Clássicos Comentados I)

GALOTTI, Oswaldo. Síntese da obra **Os sertões**, extraído do site *Casa de Cultura Euclides da Cunha*, disponível no endereço eletrônico <http://www.casaeuclidiana.org.br/texto/serto.es.asp>, Acessado em 20/07/2008.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade.** In *Argumenta*, Revista Jurídica; revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI, / Centro de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação (CPEPG). Conselho de Pesquisa e Pós Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 2. – Jacarezinho, 2002

Klepsidra, Revista eletrônica, Ed. nº. 3, Agosto e Setembro de 2000, disponível em <http://www.klepsidra.net/novaklepsidra.html>, acessada em 20/Jul./2008. Artigo coletivo, estudantes de História da USP, Trabalho intitulado “Euclides da Cunha, Os Sertões e Canudos”. SILVA, Ana Cristina Venâncio da; SCHWARCZ, Júlia; LANDULFO, Maíra; WINTER, Maria Cecília; PINTO, Tila Corazza T.; SANTOS, Inaê Lopes dos.

LISBOA, Luiz Carlos. **Tudo que você precisa ler sem ser um rato de biblioteca: guia do melhor da literatura brasileira.** São Paulo: Editora Papagaio, 2001.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **O conceito de constituição no pensamento de John Rawls.** Série “Estudos de Direito Constitucional”, coordenação de Maria Garcia. São Paulo: Thomsom IOB, 2006.

PILON, Almir José. **Liberdade e Justiça – Uma Introdução à Filosofia do Direito em Kant e Rawls.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997 (Coleção Ensino Superior).

SILVA, Rogério José da. **Da ineficácia do Acesso à Justiça aos Hipossuficientes Culturais.** (Monografia) In Revista *Intertemas*, nr. 11, Vol. 11, 2006. (Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/index/search/results>)

WARAT, Luis A. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 2, 2004.

[i] Conceito elaborado no artigo científico intitulado “*A ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais — uma abordagem sob a ótica do Direito Alternativo*”, de autoria de SILVA, Rogério José da e GITAHY, Raquel Rosan Christino, apresentado no I Congresso de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente/SP, em Maio de 2005.

[ii] Disponível em http://www.tjdft.jus.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/comunitaria.htm, de onde também se pode extrair um vídeo também intitulado “Justiça Comunitária”, o qual retrata algumas das experiências relatadas na revista. Acessado em 12/08/2008.

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E
AUTONOMIA PRIVADA**

A INFLUÊNCIA DANOSA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NOS INDIVÍDUOS E A EFETIVA PROTEÇÃO PELO ESTADO

THE INFLUENCE OF ANY MEANS OF COMMUNICATION IN EFFECTIVE PROTECTION BY INDIVIDUALS AND STATE

Clovis Renato Costa Farias

RESUMO

A atuação danosa dos meios de comunicação na sociedade contemporânea vem interferindo vorazmente na personalidade dos indivíduos, de modo a criar anseios com finalidade meramente mercadológica, existindo um processo de auto-escravização ligado ao consumo. A problemática do tema se deve ao fato de que a Constituição Federal de 1988, proíbe qualquer restrição a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, algo que acomodou o Poder Legislativo quanto à normatização da matéria com fito de restringir possíveis vergastes na personalidade dos sujeitos. Para tanto, torna-se imprescindível uma análise da atual produção da mídia nas comunicações mercadológicas, ensejando uma atuação mais rígida e efetiva dos meios legais, dos poderes públicos e da sociedade frente ao problema da interferência na psiquê individual e na vida privada das pessoas, respeitando o disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição pátria. Desse modo, urge uma compreensão deste processo modificativo do comportamento, observada ao longo dos tempos para um melhor enfrentamento da situação e preservação da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: AUTO-ESCRAVIZAÇÃO; MODIFICAÇÃO DANOSA DE CONDUTA; COMUNICAÇÃO SOCIAL; PODERES PÚBLICOS; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

The harmful role of media in contemporary society is interfering greedily in the personality of individuals in order to create concerns with purely marketing purposes, there is a process of self-enslavement linked to consumption. The big issue is due to the fact that the Constitution of 1988, prohibits any restriction on expression of thought, creation, expression and information, which welcomed the Legislative Power about the normalization of the matter with aim to restrict possible yards in the personality of subjects. Thus, it is essential analysis of current production of media in marketing communications, occasion a more rigid and effective means of legal, public authorities and society towards the problem of interference in Psiquê individual and the privacy of individuals, respecting the provisions of art. 5º, item X of the Constitution home. Thus, need an understanding of the behavior of this modified process, observed over time to better cope with the situation and preservation of human dignity.

KEYWORDS: SELF-ENSLAVEMENT; ANY MODIFICATION OF CONDUCT, SOCIAL COMMUNICATION, PUBLIC POWERS; HUMAN DIGNITY.

INTRODUÇÃO

Em um momento histórico que destaca a aquisição de bens como meio de obtenção da felicidade, inspirado por uma cultura de consumo extremamente materialista, torna-se, o cidadão, uma peça reificada de uma engrenagem, repetindo movimentos previamente sugeridos, de modo a fugir da marginalização imposta pelo sistema aos que não preenchem o perfil sugestionado.

Assim, o consumo foi estrategicamente associado à idéia de felicidade, sendo alimento da cultura de massas, que pressupõe a igualdade material entre todos e prega a plenitude do ser através da aquisição de bens e serviços. Contudo, de tal associação ideológica, surgem problemas decorrentes da posição ocupada pela maioria dos cidadãos, que sobrevivem abaixo da linha de pobreza, excluídos da própria condição de consumidores. Bem como, depara-se com a insatisfação habitual dos demais membros da sociedade, uma vez que sempre desejam novos bens, em grande parte, simplesmente pela sofisticação ou modernidade, instigando a produção desmedida, com conseqüente desgaste ambiental. Desse modo, depara-se a sociedade com um efeito colateral inverso do pretendido, ou seja, a infelicidade universal.

A relevância do tema se dá principalmente no campo constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988, proíbe no *caput* do art. 220, qualquer restrição a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, assim como, garante a livre manifestação do pensamento, desde que não anônimo, no art. 5º, inciso IV. Devendo, contudo, tais garantias serem balanceadas de modo a adequarem-se à dignidade da pessoa humana, propalada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituidor da República Federativa do Brasil.

É de se destacar, ainda, a dificuldade de configuração de tais lesões à intimidade e à vida das pessoas em sociedade, de modo que possam configurar espécies de dano moral coletivo, e, assim, criarem possibilidades de sindicabilidade por parte dos indivíduos e dos poderes instituídos para a proteção da sociedade, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de ações específicas. Sendo, para tanto, necessário um aprofundamento nos estudos sobre a matéria, para obtenção de soluções adequadas que preservem a dignidade das pessoas sem sacrificar totalmente seu direito à manifestação de pensamento e a livre iniciativa.

Surgem, então, as seguintes indagações: Qual o posicionamento do Direito Positivo brasileiro diante dos abusos praticados pelo mercado capitalista frente aos consumidores? Como podem ser feitas a prevenção e a reparação dos danos sofridos? Quais são as causas que levam os indivíduos à auto-escravização consumista? Até que ponto a cultura de consumo, desnecessariamente, modifica o cidadão produzindo ânsia de aquisição materialista? De que forma a propaganda estimula a reificação do cidadão? Como poderíamos coibir a atuação danosa de tal cultura? São essas e outras problemáticas que serão analisadas no presente trabalho, à luz constitucional, legal, histórica, sociológica e psicológica.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA SOCIEDADE DE CONSUMO

1.1 A indústria cultural e a manipulação dos indivíduos

A expressão indústria cultural foi cunhada por Theodor Adorno e Max Horkheimer[1] para indicar uma cultura baseada na idéia e na prática do consumo de “produtos culturais” fabricados em série. Nela, há a reificação da cultura e dos indivíduos em geral por meio de processos industriais, uma vez que as obras de arte são tidas como mercadorias.

A indústria cultural foi inicialmente associada às artes que, no passado, encontravam-se estreitamente vinculadas às religiões, uma vez que as primeiras obras de surgiram a serviço de um ritual inicialmente mágico e depois religioso, como nos diz Marilena Chauí[2], as artes “*produzem um encantamento do mundo, de forma que fazem surgir um sentimento de que o mundo natural e humano está em relação com o mundo sobrenatural de forças divinas que se manifestam de maneiras variadas, inexplicáveis e misteriosas.*” Tais laços só enfraqueceram com o surgimento da Filosofia e, posteriormente, das ciências técnicas, momento em que houve a passagem do mito à razão, da magia à ciência e à lógica, para tanto, liberou-as da função e finalidade religiosas, adquirindo autonomia.[3]

Vários pensadores passaram a ver tal autonomia de forma otimista, esperando que a reprodução técnica das obras de arte promovesse a democratização da cultura e do saber. Dentre eles estava Walter Benjamin[4] que considerava que a sociedade industrial levaria à reprodução das obras de arte e que isso permitiria à maioria das pessoas o acesso a criações que, até então, apenas uns poucos podiam conhecer e fruir. Fundado nos efeitos sociais e políticos causados pela invenção da imprensa por Johann Gutenberg, no século XV, e logo após, a impressão da Bíblia que teve grande impacto sobre as massas, pensou na democratização da cultura. Em sua obra, Benjamin, afirma:

[...] em sua essência, a obra de arte sempre foi reproduzível. Em contraste com a forma de reprodução do passado a reprodução técnica da obra de arte representa um processo novo, que se vem desenvolvendo na história intermitentemente, através de saltos separados por longos intervalos, mas com intensidade crescente.

Pela primeira vez no processo de reprodução da imagem, a mão foi liberada das responsabilidades artísticas mais importantes, que agora cabiam unicamente ao olho. Como o olho apreende mais depressa do que a mão desenha, o processo de reprodução das imagens experimentou tal aceleração que começou a situar-se no mesmo nível que a palavra oral.[5][6]

No entanto, o escritor desconsiderou o modo de reprodução e distribuição das obras, feito por empresas que visavam o lucro em oposição à democratização das artes como sonhou o autor.

[...] Assim, perdida a aura, a arte não se democratizou, massificou-se para o consumo rápido no mercado da moda e nos meios de comunicação em massa, transformando-se em coisa leve, entretenimento e diversão para as horas de lazer. Como escrevem Adorno

e Horkheimer, hoje, a obra de arte não transcende o mundo dado, é “sem sonho” e por isso mesmo é sono, ou seja, adormece a criatividade, a consciência, a sensibilidade, a imaginação, o pensamento e a crítica tanto do artista quanto do público.

Sob o poderio das empresas capitalistas, as obras de arte verdadeiramente criadoras, críticas e radicais foram esvaziadas para se tornarem entretenimento; e outras obras passaram a ser produzidas para celebrar o existente, em lugar de compreendê-lo, criticá-lo e propor um outro futuro para a humanidade. A força do conhecimento, crítica e invenção das artes ficou reduzida a algumas produções da arte erudita, enquanto o restante da produção artística foi destinado a um consumo rápido, transformando-se em um sinal de status social e prestígio político para artistas e seus consumidores e em meio de controle cultural por parte dos empresários e proprietários dos meios de comunicação de massa.[7]

Destarte, ao invés da democratização das artes, ocorreu uma nova submissão aos interesses do mercado capitalista, e, em decorrência disso, surgiu a indústria cultural que vem massificando-as e transformando-as em simples objeto de consumo, com conseqüente perda da sua força simbólica.

Indústria cultural atualmente é um nome genérico dado ao conjunto de empresas e instituições cuja principal atividade econômica é a produção de cultura, com fins lucrativos e mercantis. Enquadrando-se no sistema de produção cultural, a televisão, o rádio, jornais, revistas, entretenimento em geral. Sendo oportuno destacar que tais meios partícipes do sistema são elaborados de forma a aumentar o consumo, modificar hábitos, atingindo a sociedade como um todo.

Sendo tal indústria veiculada pelos meios de comunicação que tomam a cultura apenas como forma de lazer e entretenimento, prometendo e oferecendo gratificações instantâneas, de forma que a programação é dirigida ao que já sabemos e gostamos, criando em nós os desejos e oferecendo produtos para satisfazê-los; os espectadores ficam buscando nos canais algo que imediatamente satisfaça seus desejos, não nos pedem nada, senão que permaneçamos para sempre infantis.

Para a indústria cultural as obras de arte são mercadorias, como tudo que existe no capitalismo, a cultura é baseada na idéia e na prática do consumo de “produtos culturais” fabricados em série, havendo o autoritarismo sob aparência de democracia.

Segundo Chauí[8], o posicionamento mercadológico atinge tanto as obras de arte quanto as de pensamento, de forma a perderem a força crítica, inovadora e criadora. Introduce a divisão social entre elite “*culta*” e massa “*inculta*”; cria a ilusão de que todos têm acesso aos mesmos bens culturais, cada um escolhendo livremente o que deseja; sendo que as empresas de divulgação cultural já selecionaram de antemão o que cada grupo social pode e deve ouvir, ver ou ler. Ademais, inventa uma figura chamada “*espectador médio*”, “*ouvinte médio*” e “*leitor médio*”, aos quais são atribuídas certas capacidades mentais “*médias*”, certos conhecimentos “*médios*” e certos gostos “*médios*”, oferecendo-lhes produtos culturais “*médios*”. Como podemos apreender em:

As empresas de produção cultural se apropriam de produções culturais e eruditas sempre que estas começam a interessar um público, pois este é visto como grande consumidor em potencial. Vai eliminando os aspectos críticos, inovadores e polêmicos das obras e transformando-as em moda, isto é, em algo passageiro que devem vender mito enquanto é novo e, a seguir, desaparecer sem deixar rastro.[9]

Nesse contexto a arte é banalizada, de modo que passa a ser financiada por empresas que fazem tanto as reproduções simplificadas da arte erudita, quanto compram para produção em escala industrial as obras de artistas individuais e as destinam ao mercado de consumo em larga escala. Logo, passa a ser utilizada pela propaganda e pela publicidade com o intuito de persuadir as massas, atendendo apenas à sua função catártica, em que se amplia o efeito causado nos receptores, recriando a realidade de forma verossimilhante, descartando o ideário interpretativo simbólico e educativo inerentes à arte.

A propaganda objetiva persuadir por via oblíqua, criando confiança social e facilitando a associação das marcas de seus produtos com a entidade ou programa realizado com o respectivo partido político, como nos diz Guilherme Fernandes Neto:

Mesmo que se trate de propaganda institucional, a saber, a que objetiva divulgar o nome de uma instituição, demonstrando sua tradição, seriedade, responsabilidade social etc., objetiva criar um crédito social de forma a facilitar posteriormente a associação das marcas de seus produtos com a entidade ou programa realizado com o respectivo partido político; objetiva-se persuadir por via oblíqua.[10]

Desse modo, é oportuno destacarmos que a sociedade contemporânea, denominada sociedade pós-industrial ou pós-moderna, vem se desenvolvendo a partir da segunda revolução industrial no século XIX, momento em que as artes, livres da submissão à religião, foram submetidas à nova servidão a qual foi efetivada pelas regras do mercado capitalista e a ideologia da indústria cultural.

A legislação brasileira, de forma eventual, denota a sensibilidade do legislador no reconhecimento da força modificativa negativa, relacionada às condutas e praticada pelos meios de comunicação, passando a restringir sua atuação, como podemos ver nos artigos 1º e 3º da Lei 9294/96, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.

[...]

Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I - não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

II - não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

III - não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

IV – não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais;

V - não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes.[11]

Partindo da idéia de aumento do consumo e manipulação dos indivíduos pelos meios de comunicação social, de forma a modificar seus atos com fins puramente lucrativos, destaca-se seu caráter abusivo e desrespeitoso frente à humanidade. Como bem nos escreve Guilherme Fernandes Neto, “*a Comunicação Social não é um fim em si mesmo e os direitos que defluem deste sistema jurídico são direitos-função*”[12], e complementa com amparo na Constituição de 1988:

A liberdade de manifestar o pensamento, de exercer a livre iniciativa (artigo 1º, IV) e a liberdade política que advém do pluralismo (inciso V), devem ter como supedâneo a decência, o decoro do ser humano (inciso III) e os valores e direitos intrínsecos à cidadania (inciso II), o direito do consumidor.[13]

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu capítulo V, sob o Título VIII, Da ordem social, disciplina a Comunicação Social entre os artigos 220 a 224, partindo daí o sistema jurídico da comunicação social, que deve ser interpretado a partir dos direitos e garantias fundamentais.

Na esteira dos direitos e garantias fundamentais, o Decreto 52795/63 delimitou a vontade do legislador atrelada à função social em seu artigo 3º:

Art 3º Os serviços de radiodifusão tem finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.[14]

Um contorno da função social no modo de atuação dos meios de comunicação é, também, tratada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, que assim delimita:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;[15]

Dessa maneira, com a atuação da indústria cultural e o predomínio dos interesses do mercado nas relações sociais, há manipulação das carências e desvios psicológicos individuais, com fito de inserir idéias falsas de felicidade atreladas à bens e serviços, descumprindo-se, para tanto, a função social dos meios de comunicação, algo que deve ser sanado, harmonizando a necessidade das vendas pela livre iniciativa, fonte de sua sustentabilidade, com o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa.

1.2 Difusão da cultura de massa e a auto-escravização dos indivíduos

A cultura de massa surgiu com o desenvolvimento da sociedade industrial e das grandes metrópoles, momento em que os operários, em seus ambientes residenciais e de trabalho, tornaram-se uma massa consumidora dos produtos da indústria, período em que, dadas as suas péssimas condições econômico-sociais, passaram a ser consumidores, em grande escala, de versões simplificadas e inferiores dos produtos e das criações da cultura e da arte da elite.

Cultura financiada por empresas que fazem tanto reproduções simplificadas das obras da arte erudita, como compram, para produção em escala industrial, as obras de artistas individuais e as destinam ao mercado de consumo em larga escala. Assim, há exemplos

como a música sertaneja (que imita a música country norte-americana), música da discoteca, a música dos DJs, a maioria dos filmes, as novelas de televisão, etc.

O momento do aparecimento da cultura de massas é destacado por historiadores como Florival Cáceres, ao relatar a situação capitalista dominante no final do século XVIII e início do século XIX:

Os meios de produção (terras, indústria, máquinas, matérias-primas) são propriedade privada de uma classe social chamada burguesia; o trabalho dominante é o assalariado; a economia é de mercado, isto é, a maioria dos produtos é feita para transformar-se em mercadoria; emprega-se predominantemente a energia mecânica na produção; existe uma clara e extensa divisão do trabalho e cada trabalhador participa da realização de apenas uma parte do produto final, com o objetivo de produzir mais em menos tempo; há uma crescente urbanização, com o desenvolvimento das cidades e o aumento de trabalhadores na indústria e no comércio, em prejuízo da agricultura e da pecuária.[16]

Os pensadores liberais, à época, eram otimistas, crendo no futuro da razão e na evolução social como uma linha contínua e ininterrupta, que seguia paralela ao desenvolvimento da tecnologia. Refletiam apenas um lado da realidade, como diz Cáceres, “*o mundo dos ricos e cultos, os filhos diletos do capitalismo triunfante*”[17]. Porém, para a maior parte da sociedade não era isso que ocorria:

A Revolução industrial estava criando os enjeitados e deserdados do capitalismo. Para estes só existiam as durezas da industrialização. O fim do século XVII e o início do século XIX foram anos tristes, dramáticos e geniais. Dramáticos, se nos detivermos nas guerras e agitações que ocorreram no período; geniais, se nos lembrarmos dos progressos técnicos e científicos; e tristes, se pensarmos na crueldade da vida cotidiana dos menos favorecidos.

Muitos artesãos, arruinados pela concorrência da grande indústria, eram transformados em operários ou lançados como objetos gastos e obsoletos ao desemprego. O sistema capitalista criava um imenso número de desempregados, que constituía um verdadeiro exército industrial de reserva, isto é, mão-de-obra disponível, que achatava o valor dos salários e garantia trabalhadores para épocas de aumento da produção.[18]

O ônus social, após o estabelecimento da cultura de massas, foi enorme para os trabalhadores e consumidores dos produtos industrializados, bem como continua a agravar a situação dos obreiros. Existe uma auto-escravização dos indivíduos, uma vez que trabalham apenas para atender as necessidades básicas, consumir, andando na contramão da emancipação das classes proletárias, sendo o trabalho voltado apenas para a satisfação das necessidades e, conseqüentemente, não dignificando o homem.

Tal cultura é excludente e visa à mera busca de riqueza material, produzindo ânsia de dispêndio nas pessoas, que passam a viver no binômio trabalho-consumo, gastando suas horas vagas com a utilização direta de seus dividendos, esquecendo sua finalidade social de ente ativo e participativo na melhoria do grupo ao qual pertence.

Em tal situação, os valores são criados artificialmente pelo processo produtivo, de modo a sempre gerar novas necessidades e ampliar o mercado consumidor, inexistindo, para tanto, valores sociais essenciais.

Predomina o patrimônio e a aparência, cresce o individualismo vestido de uma falsa soberania do consumidor, em suas lutas diárias não tentam uma jornada de trabalho menor, mas são seduzidas a assumir mais um emprego, a acumular novas funções para garantia de um maior potencial de consumo para si e para sua família.

Os trabalhadores contemporâneos obrigam-se a laborar em condições e jornadas extremamente desgastantes e subumanas, cumprindo horários que comprometem sua saúde e segurança, de forma que, em pouco tempo, passam a desenvolver problemas físicos e psíquicos.

Diante de tal cultura, passa a se auto-escravizarem, como vemos em classes de trabalhadores como a dos professores, que, geralmente, trabalham de 75 (setenta e cinco) a 85 (oitenta e cinco) horas semanais, ou de empregados de supermercados, lojas de conveniência, eventos, dentre outros, que exaurem suas forças para obterem um padrão social mais elevado. Sem esquecer o homem do campo, que desempenha trabalhos desgastantes, por vezes desumanos, para alcançar bens que o demarquem em seu meio, como trabalhador digno, seguindo parâmetros criados pelo mercado e veiculados pelos meios de comunicação de massa.

Há, na atualidade, o reconhecimento de forte desigualdade econômico-social entre os indivíduos, algo que a legislação se propõe aperfeiçoar, algo visto, por exemplo, na Lei 8078/90 que tenta contrabalançar a situação, propondo a melhoria da qualidade de vida e o respeito à sua dignidade, entre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, especialmente no artigo 4º, incisos I, III e VI, como vemos a seguir:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.[19]

O Estado vem desenvolvendo ações governamentais no sentido de proteger efetivamente o consumidor. Pautado no princípio da vulnerabilidade técnica, jurídica e fática e na hipossuficiência processual do consumidor frente ao fornecedor, foi criado o PROCON (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor) com fim de harmonizar os interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), baseado na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Como podemos observar:

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

[...]

V - defesa do consumidor;^[20]

A positivação deste ideal protetivo visa à educação dos consumidores e fornecedores, uma vez que o cidadão deve conhecer seus direitos, com sua respectiva finalidade, modo de defesa e realização. Ademais, existe o incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança dos produtos e serviços, assim como a utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Proteção que objetiva coibir e reprimir eficientemente todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores, bem como a racionalização e a melhoria dos serviços públicos através do estudo constante das modificações do mercado.

Devendo ser levado em conta, também, a reparação efetiva em caso de lesão a tais direitos, como afirma Francisco Gaudêncio Torquato do Rego ao tratar dos “*sistemas de comunicação do governo*”: “*Não se pode conceber uma lesão sem reparação, reparações díspares, no mesmo ordenamento jurídico, sem justificativa razoável e legítima.*”^[21]

Nery Júnior aborda a hipossuficiência do consumidor e destaca a necessidade de realização da isonomia entre as partes no mercado:

O art. 4.º, n. I, do CDC reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, para que se tenha a isonomia real entre o consumidor e o fornecedor, é preciso que sejam adotados mecanismos como o da inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6.º, n. VIII, do CDC, como direito básico do consumidor. Este artigo não é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdades essa reconhecida pela própria lei.^[22]

O consumismo tem colaborado no processo de auto-escravização, de forma a transmitir aos consumidores de seus produtos uma falsa noção de igualdade entre os indivíduos. Na realidade, vem causando uma enorme exclusão, resultante da grande parcela das pessoas não possuir, sequer, a condição de consumidores diretos, tendo ínfimo poder aquisitivo. Dessa forma, torna-se necessária uma conscientização ampla da sociedade, bem como uma intervenção mais efetiva do Estado de forma educativa, legal e coativa para reduzir a atuação danosa dos meios de comunicação.

1.3 Breve esboço histórico da proteção aos hipossuficientes

A situação dos consumidores e trabalhadores sempre foi extremamente deficitária principalmente a época da Revolução Industrial, assim como o Direito no contexto mundial, comandado eminentemente pela nobreza e pela burguesia, era incipiente em relação aos menos potentes. Houve sempre o privilégio da elite em detrimento da maioria operária excluída, contudo, existiam normatizações voltadas aos interesses das minorias, mesmo que de forma esporádica.

Para lembrarmos uma das civilizações mais antigas da humanidade citamos Altamiro José dos Santos[23] que destaca o Código de Hamurabi (2300 a.C.), que já regulamentava o comércio, estando o controle e a supervisão a cargo do palácio. Demonstrando a preocupação com os males causados pelo lucro abusivo e pelos bens e serviços defeituosos. O autor prescreve que “*consoante a lei 235 do Código de Hamurabi, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano [...].*”[24]

Na Índia do Século XVIII a.C., os interesses dos consumidores já estavam resguardados, de modo que o Código de Manu previa pena de multa e punição, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros ("lei" 967) ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes ("lei" 968).[25]

No Direito Romano Clássico, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa, a não ser que estes fossem por ele ignorados. Porém, no Período de Justiniano, a responsabilidade era atribuída ao vendedor, mesmo que desconhecesse do defeito. As ações redibitórias e *quanti minoris* eram instrumentos, que amparadas à boa-fé do consumidor, ressarciam este em casos de vícios ocultos na coisa vendida. Se o vendedor tivesse ciência do vício, deveria, então, devolver o que recebeu em dobro.

Ana Paula Pazin Gomes em seu artigo relata a evolução histórica da consciência por parte das Nações de se proteger o consumidor:

O avanço tecnológico e industrial, liderado pelos Estados Unidos, pós Segunda Guerra, impulsionou a expansão do capitalismo que tem entre seus pilares o incentivo ao consumo. Durante a guerra, as prioridades eram os produtos considerados essenciais. Agora, os produtos considerados supérfluos ganham o mercado, surgindo a cada dia de mais um produto diferente, haja vista o conhecimento tecnológico e científico que naturalmente as guerras produzem. Paralelo a isso, há uma crescente preocupação com a condição humana. Os horrores do holocausto que reduziram o homem ao estado de coisa fizeram o mundo refletir e procurar meios para que episódios como esses não mais se repetissem. Assim, as Nações buscaram por meio de tratados e convenções garantir o

mínimo de dignidade ao ser humano – Os Direitos Humanos - A partir daí, o pensamento jurídico também mudou. O patrimônio, antes considerado absoluto, torna-se relativo ante o interesse social. “A sociedade contemporânea é aberta, plural, porosa, multifacetária e globalizada, trazendo consigo incontestável caráter humanista, almejando a proteção dos interesses socialmente mais relevantes, exigindo, naturalmente nova postura jurídica”.^[26]

No Brasil, a primeira menção ligada à proteção e defesa do consumidor data de 1840, no Código Comercial, que estabelecia direitos e obrigações dos passageiros de embarcações em seus artigos 629 e 632:

[...]Interrompendo-se a viagem depois de começada por demora de conserto de navio, o passageiro pode tomar passagem em outro, pagando o preço correspondente à viagem feita. Se quiser esperar pelo conserto, o capitão não é obrigado ao seu sustento; salvo se o passageiro não encontrar outro navio em que comodamente se possa transportar, ou o preço da nova passagem exceder o da primeira, na proporção da viagem andada.^[27]

Em 1962, o governo decretou a Lei Delegada nº 4, que vigorou até 1998 e visava assegurar a livre distribuição de produtos. O primeiro órgão público de proteção ao consumidor foi criado em 1976, em São Paulo, o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais conhecido como Procon. Em 1987, foi fundado o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e em 1989 foi constituída a Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em São Paulo.

A Constituição de 1988 traz a idéia de defesa do consumidor como um dos direitos e garantias fundamentais, de onde podemos destacar:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.^[28]

A realidade brasileira consumeirista foi tomando corpo entre as décadas de 40 e 60, quando foram sancionadas diversas leis e decretos federais legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Mas, só atingiu seu ápice com a Constituição de 1988, como nos relata Ana Paula Pazin Gomes:

Somente em 1988 a nossa Carta Magna, atualizou o Ordenamento Jurídico brasileiro, implantando, de uma vez por todas, o ‘ideal de justiça distributiva e igualdade substancial, ao lado do binômio dignidade da pessoa humana e solidariedade social’. No artigo 5º, XXXII, prevê a obrigação do Estado em promover a defesa do consumidor, no artigo 170, V, apresenta a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica e o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que expressamente determinou a criação do Código de Defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, foi a primeira lei brasileira de cunho especialmente consumerista, visto que, antes dele, o que utilizávamos para regulamentar a relação de consumo era o Código Civil de 1916, fundado na tradição do direito civil europeu do século anterior, ou seja, no patrimonialismo e no individualismo. O CDC reflete o que há de mais avançado nos ordenamentos em matéria de tutela ao consumidor. É dever do Estado torná-lo cada vez mais acessível à sociedade. Consumidor consciente de seus direitos é consumidor mais exigente. Fornecedor mais exigido é fornecedor mais eficiente.[29]

Dentre as leis que já tinham um cunho consumerista no Brasil podemos destacar a Lei n. 1221/51, denominada Lei de Economia Popular; a Lei Delegada n. 4/62; a Constituição de 1967 com a emenda n. 1/69. Em março de 1991 entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, que além de normatizar os direitos e garantir a proteção dos consumidores, estabeleceu responsabilidades, tipificou crimes e delimitou penalidades para as infrações cometidas nas relações de consumo, assim como criou o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Ante o exposto, percebe-se a importância que sempre foi atrelada às relações de consumo, assim como sua relevância nos ordenamentos em várias épocas e civilizações. Vê-se com bons olhos a evolução do Direito do Consumidor no Brasil que, apesar de ainda carecer de mais força para efetivação de seus princípios e normas, tem colaborado enormemente no combate a desigualdade e ao processo e reificação da sociedade.

2 DESENVOLVIMENTO E ATUALIDADE

2.1 Contextualização do Fato Social e a aquilatação da sociedade às imposições do mercado

Dando continuidade a nosso raciocínio, convém que definamos o elemento gerador da auto-escravização dos indivíduos, um fato social, que se materializa por meio da indução de comportamentos e anseios nos indivíduos, perpetrado por meio da comunicação de massa, com objetivo meramente mercadológico.

Tal fato social pode ser entendido como uma forma de forjar nos indivíduos pensamentos exteriores aos seus desejos naturais, por meio de objetos ideológicos que têm existência estabelecida em toda a sociedade. Sendo formados de modo independente quanto à participação dos membros da comunidade social, como uma espécie de norma coletiva com autonomia e poder de manipulação sobre as pessoas. Tal fenômeno social foi o objeto central dos estudos do sociólogo Émile Durkheim, que os caracterizou como o conjunto de fatos sociais estabelecidos.

Para Émile Durkheim, os fatos sociais são todas as maneiras de ser, fazer, pensar, agir e sentir desde que compartilhadas coletivamente. Variam de cultura para cultura e tem como base a moral social, estabelecendo um conjunto de regras e determinando o que é certo ou errado, permitido ou proibido. Como o próprio sociólogo afirma:

É um fato social toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior; ou ainda, que é geral no conjunto de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais.[30]

Os fenômenos sociais reproduzem em parte um modelo coletivo. São todos os que se passam no interior da sociedade, mesmo que apresentem pouco interesse social, sendo extremamente relevantes quanto à influência dos meios de comunicação social e seus objetivos frente a sociedade.

Nesse contexto, torna-se a educação responsável pela propagação dos fatos sociais (direitos e costumes), uma vez que os indivíduos já nascem inseridos em situações em que tais fatos já estão estabelecidos, com sugestões para os modos de agir, pensar e sentir que existem fora deles. Como afirma Émile Durkheim:

Um fenômeno não pode ser coletivo se não for comum a todos os membros da sociedade ou, pelo menos, à maior parte deles. Sem dúvida; mas ele é geral por ser coletivo (quer dizer, mais ou menos obrigatório), e nunca coletivo por ser geral.[31]

Os fatos sociais não excluem necessariamente a personalidade individual, mas, vem agindo permanentemente sobre os indivíduos, desde épocas puerís, moldando sua imagem (sistemas educacional, religioso e de direito). Generalizam-se por serem sociais. Assim, as ações realizadas individualmente não encaixadas no molde pré-estabelecido, adequado, são fatos patológicos, combatidos pela sociedade.

Desse elemento advém o caráter negativo da atuação dos meios de comunicação, que passam a desenvolver o consumismo na sociedade. Reconhece-se pelo poder de coerção externa, exercido ou suscetível de prática sobre os indivíduos, como bem percebeu Émile Durkheim[32].

A estipulação de modelos de conduta relacionados com a aquisição de bens, vistos como libertadores e meios de alcance da plenitude, estabelece-se como fato social e, com o tempo, finda por causar uma sensação de angústia generalizada, culminando, por vezes, com a depressão e o suicídio, muito recorrentes hodiernamente. Situações patológicas que germinam rápido no contexto de desigualdade econômica predominante, que causa uma conseqüente exclusão social, bem como frente à reconhecida insatisfação dos seres humanos, como concluiu Machado de Assis no conto '*A Igreja do Diabo*':

Conta um velho manuscrito beneditino que o Diabo, em certo dia, teve a idéia de fundar uma igreja.

[...]

- Tendes razão, acudiu o Diabo; mas o amor-próprio gosta de ouvir o aplauso dos mestres. Verdade é que neste caso seria o aplauso de um mestre vencido, e uma tal exigência... Senhor, desço à terra; vou lançar a minha pedra fundamental.

[...]

A previsão do Diabo verificou-se. Todas as virtudes cuja capa de veludo acabava em franja de algodão, uma vez puxadas pela franja, deitavam a capa às urtigas e vinham alistar-se na igreja nova. Atrás foram chegando as outras, e o tempo abençoou a instituição. A igreja fundara-se; a doutrina propagava-se; não havia uma região do globo que não a conhecesse, uma língua que não a traduzisse, uma raça que não a amasse. O Diabo alçou brados de triunfo.

Um dia, porém, longos anos depois, notou o Diabo que muitos dos seus fiéis, às escondidas, praticavam as antigas virtudes. Não as praticavam todas, nem integralmente, mas algumas, por partes, e, como digo, às ocultas.

[...]

A descoberta assombrou o Diabo. Meteu-se a conhecer mais diretamente o mal, e viu que lavrava muito. Alguns casos eram até incompreensíveis, como o de um droguista do Levante, que envenenara longamente uma geração inteira, e, com o produto das drogas socorria os filhos das vítimas.

[...]

Não se deteve um instante. O pasmo não lhe deu tempo de refletir, comparar e concluir do espetáculo presente alguma coisa análoga ao passado. Voou de novo ao céu, trêmulo de raiva, ansioso de conhecer a causa secreta de tão singular fenômeno. Deus ouviu-o com infinita complacência; não o interrompeu, não o repreendeu, não triunfou, sequer, daquela agonia satânica. Pôs os olhos nele, e disse:

- Que queres tu, meu pobre Diabo? As capas de algodão têm agora franjas de seda, como as de veludo tiveram franjas de algodão. Que queres tu? É a eterna contradição humana.[33]

Na sociedade de nosso tempo, materialista e pecuniária, predomina o patrimônio e a aparência, cresce o individualismo vestido de uma falsa soberania aos detentores de maior capital aquisitivo. Há regras ditadas pelo mercado, independentes da vontade dos indivíduos, veiculadas pelos meios de comunicação de massa, induzindo atitudes divergentes das necessidades indispensáveis.

Provoca-se verdadeira modificação das personalidades de modo a induzir ao consumismo, algo que tem sobrecarregado o meio ambiente e transformado os consumidores trabalhadores em verdadeiros escravos dos desejos artificiais, forjados pelo mercado através dos meios de comunicação.

Há uma atuação danosa de tais meios devido à sobrecarga psicológica que tem provocado nos integrantes da sociedade, pois estes absorvem automaticamente as idéias devido à força persuasiva das informações veiculadas. As pessoas são seduzidas a assumir mais trabalhos, acumular novas funções com fim de garantir um potencial mais abastado de consumo.

O *merchandising* antijurídico, uma das formas mais agressivas de atuação dos meios de comunicação social, palavra já incorporada em nosso vocabulário como espécie de propaganda não declarada[34], fere a confiança do cidadão de forma contraditória ao direito. O membro da sociedade acredita, apenas, entreter-se assistindo a programação ditada pelos meios de comunicação, sem dar-se conta da persuasão inconsciente e intencionalmente exercida pelo *merchandising*.

Ocorre tal situação quando o estímulo é captado de forma consciente, mas o destinatário não consegue reconhecer a mensagem como técnica de propaganda ou publicidade. Para tanto, nos diz Guilherme Fernandes Neto, “*o que for totalmente oculto, sub-reptício, encoberto, clandestino, o que pode ser denominado subliminar lato sensu*”[35]. O autor acrescenta:

O *merchandising* antijurídico caminha ainda para a ilicitude evidente: tangenciando a concorrência desleal, situa-se com perfeição na publicidade abusiva (explora a confiança, afrontando a função social da comunicação de massa), não se podendo deixar de mencionar a possibilidade in thesi de induzir o consumidor em erro, podendo ser, ipso facto, enganosa.[36]

Pode-se conceber o *merchandising* subliminar em dois sentidos, um amplo abrangendo o que é captado pelo consciente e não sendo a publicidade identificada como tal, bem como o estrito que não é captado conscientemente. Apesar de muitas vezes ser imperceptível, o inconsciente capta perfeitamente as mensagens, uma vez que sua memória é mais ampla que a do consciente, como nos diria Carl G. Jung:

O inconsciente encerra possibilidades inacessíveis ao consciente, pois dispõe de todos os conteúdos subliminais (que estão no limiar da consciência), de tudo quanto foi esquecido, tudo que passou despercebido [...].[37]

Guilherme Fernandes Neto complementa, ainda, com a possibilidade de manipular o consciente de forma a buscar no imaginário a associação necessária para a alteração comportamental:

[...] pode-se manipular o consciente de forma a buscar no imaginário a associação necessária para a alteração comportamental, para a criação de um desejo, ainda que este seja concebido como uma ‘forma esmaecida de intenção’.

[...]

A dissimulação da propaganda ou da publicidade, gerada por estímulos sub-reptícios, pode ter dois desideratos: um, imediato, buscar atingir o consciente com o *merchandising*, maquiado, v.g., uma publicidade como se reportagem fosse. O consumidor percebe conscientemente o estímulo de uma reportagem sobre o remédio Viagra constante na capa e nos textos da Revista Veja, desconhecendo que a capa foi vendida e que se consubstancia em publicidade explícita; outro objetivo, mediato, visar

atingir o inconsciente, criando associações, atingindo a cadeia de significantes, manipulando.[38]

Joan Ferrés, escreve sobre a publicidade camuflada que se capta de maneira inconsciente e tem o poder de burlar a racionalidade:

Outra maneira de burlar a racionalidade é mediante a publicidade indireta, ou seja, mediante a publicidade camuflada, a publicidade que se capta de maneira inconsciente, porque não é percebida como tal. Embora os estímulos sejam captados conscientemente, a sua intencionalidade publicitária não é percebida conscientemente.[39]

Kalle Lasn, um ex-produtor de documentários nascido na Estônia, no Leste Europeu, que fundou a Adbusters em 1989. Organização não-governamental canadense Adbusters Media Foundation, que edita uma revista e um site dedicados a reduzir a atuação da mídia a partir de suas próprias armas afirma que *“Nossas emoções, personalidades e valores afetivos estão sob influência da mídia e de forças culturais muito complexas.”*[40]

Algo que os legisladores vêm tentando coibir com limitações através de legislações específicas como o CBAP, Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, que visa também à confiança ligada ao conteúdo e honestidade na apresentação. Nenhum anúncio deve 'desmerecer a confiança do público', como nos diz Guilherme Fernandes Neto:

Em 5 de maio de 1980, diversas associações de classe subscreveram o CBAP, o qual, por suas considerações, comprova a importância de se manter a fé para a Comunicação Social, tendo constado 'que a publicidade deve ser confiável no conteúdo e honesta na apresentação, pois é da confiança pública que depende o seu êxito (grifamos), e continua, demonstrando que a publicidade deve reger-se 'pelo princípio da legalidade'.[41]

Ademais, o trabalho não tem proporcionado liberdade para que os indivíduos possam participar ativamente dos problemas sociais de seu meio, nem aproveitar de forma qualitativa essencial sua vida. Os trabalhadores estão sempre laborando para adquirir os bens que supostamente os façam “felizes”, vivendo apenas o binômio trabalho-consumo, cada vez mais presos, escravizados por si mesmos. Aquilatados a entender essa maneira de viver dentro dos parâmetros de normalidade, ficando assim completamente passivos, inertes, perdendo suas individualidades, transformados em coisa igual às demais sem identidade própria, produto reificado.

Após a compreensão da força exercida pelos fatos sociais veiculados pela mídia, intenta-se promover ações no sentido de responsabilizá-la dolosamente por atos negativos danosos ao consumidor. Embasados na idéia da intencionalidade modificativa prejudicial da indústria de consumo, através da cultura de massa veiculada pelos meios

de comunicação social com interesse puramente mercadológico e finalidade lucrativa, desenvolvemos o trabalho. Assim como, objetiva-se combater a lesividade social que vem sendo causada pela atuação destes meios, a opressão implícita exercida, a tirania da maioria como dito por Alexis de Tocqueville[42], que não necessariamente condiz com o ideal de felicidade, paz e harmonia social.

O consumidor é parte hipossuficiente nas relações de consumo, ou seja, a parte mais fraca no mercado consumerista dadas as suas condições sócio-econômicas. Como nos diz a Lei 8078/90 e a jurisprudência:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;[43]

'A inversão ou não do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII da Lei nº 8.078/90, depende da análise de requisitos básicos (verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor), aferidas com base nos aspectos fático-probatórios peculiares de cada caso concreto'. (REsp 435.572/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ: 16/8/2004) [44]

'A inversão do ônus da prova está no contexto da facilitação da defesa, sendo o consumidor hipossuficiente, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, dependendo, portanto, de circunstâncias concretas, a critério do Juiz'. (REsp 541.813/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJ: 2/8/2004) [45]

Os consumidores, por serem mais fracos, necessitam de proteção não apenas processual, mas amparo contra quaisquer forças que possam oprimi-lo e manipulá-lo, ou seja, que possam ferir seus direitos e garantias fundamentais, especialmente no tocante à dignidade da pessoa humana.

2.2 Efeitos da Influência dos Meios de Comunicação sobre os Indivíduos

A influência dos meios de comunicação de massa sobre as atitudes dos indivíduos tem sido um fator determinante para a auto-escravização na atualidade, obrigando os trabalhadores a jornadas de trabalho cada vez mais desgastantes. Não há uma verdadeira democratização dos produtos, mas uma indução generalizada para o consumo do supérfluo.

A propaganda estimula a reificação do cidadão através da proposta ilusória de realização plena através da aquisição de produtos e serviços, fazendo uma falsa relação entre a idéia de felicidade e o consumo. Algo que tem provocado grande desequilíbrio psicossocial, uma vez que todos são atingidos pela máquina criadora de posturas, findando com os desejos similares, com o estabelecimento da equação

patrimônio/aparência, instante em que o ter supera o ser, frustrando os partícipes que não conseguem determinado bem ou serviço.

Como efeito, decorrendo de tais distorções, percebe-se que os consumidores tornam-se coisas produzidas pela cultura de consumo, perdendo sua individualidade, fazendo o que é ditado pela sociedade de consumo sem, ao menos, questionar sobre a necessidade ou justeza de seus desejos. Vive-se o binômio trabalho/consumo e tornando-se apenas “*mais um tijolo na parede*”, como a letra da música composta por Roger Waters, ‘Another Brick In The Wall - Part III’, interpretada pela banda Pink Floyd:

Não preciso de braços em volta de mim
E não preciso de nenhuma
Droga para me acalmar
Eu vi a pichação na parede
Não vá pensar que eu preciso de coisa alguma
Não! não pense que precisarei
De coisa alguma
Ao todo, foram apenas tijolos no muro
Ao todo, vocês foram
Apenas tijolos no muro.[46][47]

Há a promoção do efêmero, com império da futilidade, de modo a caducar a função social dos sujeitos, sua intenção de participar na melhoria comunitária e particular, enfim, ocorre a perda dos objetivos naturais atrelados a busca da realização plena. O indivíduo acaba por não tomar suas próprias decisões, seus valores nascem propositadamente pelo processo produtivo para gerar novas necessidades e ampliar o mercado consumidor.

Os efeitos negativos da indústria cultural são ressaltados por Chauí ao prescrever que:

A indústria cultural vende a cultura. Para vencê-la, deve seduzir e agradar o consumidor. Para seduzi-lo e agradá-lo, não pode chocá-lo, provocá-lo, fazê-lo pensar, fazê-lo ter informações novas que o perturbem, mas deve devolver-lhe, com nova aparência, o que já sabe, já viu, já fez. A 'mídia' é o senso comum cristalizado que a indústria cultural devolve com cara de coisa nova.[48]

Há uma grande difusão de ilusões para vender os produtos e serviços, fitando ludibriar os consumidores, como resalta Marilena Chauí: “*A propaganda oferece a garantia de que o consumidor será igual a todo mundo e não um deslocado (pois consumirá o que outros consomem), mas, ao mesmo tempo, será diferente de todo mundo (pois o produto lhe dará uma individualidade especial).*”[49]

Ao surgir o anseio forjado de igualdade, o sujeito, passa a buscar atender apenas às necessidades imediatas, que são, em sua maioria, ditadas pelos meios de comunicação.

Estes são diretamente patrocinados pelo mercado e, assim, unem-se para obtenção do lucro a qualquer custo, mesmo com malferimento da psiquê coletiva. Como bem afirma Chauí:

A figura do patrocinador determina o conteúdo e a forma dos programas; os meios não podem apresentar informações desfavoráveis ao patrocinador, pois este pode suspender o patrocínio. Dessa maneira o direito a informação desaparece e os ouvintes ou telespectadores são desinformados ou ficam mal informados).[50]

O que se constata é que a qualidade de vida do trabalhador, especialmente nos países em desenvolvimento, vem sendo progressivamente degradada. Doenças até então inexistentes ou restritas a certos nichos empresariais tornam-se corriqueiras.

As Lesões por Esforços Repetitivos (LER) ou Distúrbios Osteomusculares (Dort) relacionados ao trabalho são nomenclaturas utilizadas para designar inúmeras doenças, como tenossinovites e tendinites, ou seja, inflamações que se manifestam nos tendões e nas bainhas nervosas que os recobrem. São afecções que podem acometer músculos, tendões, nervos e ligamentos de forma isolada ou associada, com ou sem a degeneração de tecidos, e que pode ocasionar a invalidez permanente.

Patologias que, em geral, são de difícil diagnóstico, o que prejudica o processo de tratamento e afeta sobretudo obreiros do sexo feminino, das mais variadas atividades, com maior incidência entre os dezoito e trinta e cinco anos. Algo já alertado por Heloani e Capitão:

Parece até que, pelo encolhimento do mercado de trabalho, as lutas dos trabalhadores restringem-se apenas à sobrevivência, assim como o quadro histórico encontrado no início do século passado, em que a luta era para não morrer, não importando o preço que teria de ser pago[...] viver como um estado apenas emergencial.[51]

Psicólogos e pesquisadores também ressaltam outros aspectos do tema:

A luta pela sobrevivência leva a uma jornada excessiva de trabalho, e as condições em que o trabalho se realiza repercutem diretamente na fisiologia do corpo. O rompimento de vínculos de relações fundamentais para manutenção e fortalecimento da subjetividade humana atua de certa forma que pode desencadear o assédio moral, o qual tem sido compreendido, atualmente, como a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho; e passam a ser mais desestabilizadoras. Mesmo assim, logo as relações ficam mais desumanas e aéticas, nas quais predominam os desmandos, a manipulação do medo, a competitividade desenfreada e os programas de qualidade total associados à produtividade e dissociados da QVT. A qualidade total sem qualidade de vida não é integral, mas parcial.[52]

A fragilidade do consumidor segue uma cadeia evolutiva, “A questão da qualidade foi sufocada pela questão quantidade, evidenciando-se na predominância do princípio da produção máxima, afirmando *no quanto mais produzimos, tanto melhor*, em detrimento da qualidade de vida.

E nessa sociedade de massas, fragilizada e impotente diante do poder econômico, posiciona-se como vítima da ganância desmedida e do desequilíbrio em todo o sistema, gerados pelo acelerado desenvolvimento econômico, o *consumidor*, reconhecidamente *vulnerável*, sensivelmente prejudicado pela massificação social.”[53]

Carlos Alberto Bittar leciona sobre o espírito do Código de Proteção ao Consumidor da seguinte forma:

Surge a lei com um regime estruturado em consonância com os avanços obtidos no exterior, em especial nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, o qual se baseia, fundamentalmente, na técnica do direito social de proteção ao economicamente mais fraco, mediante normas de reforço à sua posição jurídica, na busca do justo equilíbrio de forças.

Com isso, são explicitados os direitos do consumidor; os bens jurídicos protegidos; o sistema institucional de controle e de fiscalização; o sistema privado de defesa; os mecanismos individuais e coletivos de reações possíveis e meios processuais mais adequados para a obtenção de um pronunciamento judicial mais célere e eficaz e a satisfação imediata dos interesses dos consumidores.[54]

Para prevenir tais situações de ataque à dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 prevê a proteção dos consumidores e da ordem econômica no artigo 170:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor”, assim como, arts. 24, VIII, V e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.[55]

Tal proteção é complementada pela lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que em seu Capítulo III, ‘*Dos Direitos básicos do Consumidor*’, artigo 6º, “*São direitos básicos do consumidor: proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*”, e no artigo 7º:

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.[56]

Destarte, a proteção de trabalhadores e consumidores encontra-se em situação delicada, merecendo atenção proporcional à gravidade do problema da auto-escravização social, carecendo de maiores discussões, a fim de que efetivas propostas se concretizem.

2.3 Impacto e reação na Sociedade

A sociedade contemporânea vem sofrendo fortes impactos em suas bases por parte da exploração mercadológica dos meios de comunicação de massa. Seus integrantes vêm sendo reificados e automaticamente submetendo-se a influência dos veículos da Comunicação Social.

O resultado negativo pode ser visto em todos os setores e classes da sociedade. Pontos essenciais são abalados como a dignidade da pessoa humana, a desestruturação da família, as condições de trabalho, a paz social, a criminalidade, a duração dos bens produzidos, destruição do meio ambiente, dentre outros reflexos.

Todos os setores e classes da sociedade são afetados já que grande parte da população assiste a programação televisiva, escuta rádio, vê outdoors, recebe panfletos nos sinais e utiliza internet. Tais programações são costuradas por propagandas e publicidades, merchandising, e, mesmo legalmente proibidas, mensagens subliminares que induzem atitudes percebidas de forma consciente e inconsciente, ferindo o princípio da identificação da mensagem publicitária, além de atacar a função social da publicidade. Como reza o Art. 36 do CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.[57]

Sobre o impacto na sociedade, Guilherme Fernandes Neto[58] nos conta um episódio ocorrido no segundo semestre do ano 2000, momento em que a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Brasília começou a investigar a empresa Souza Cruz, em razão da veiculação da publicidade denominada Artista Plástico II, referente ao cigarro Free; após instaurar o Inquérito Civil 02/2000, foi obtida cópia da fita e remetida ao

Instituto de Criminalística do Distrito Federal, sendo a análise realizada por engenheiros eletrônicos do setor de audiovisual um laudo de exame de material vídeo-fonográfico, seguido de um novo laudo realizado por psicólogos do Instituto Médico Legal do Distrito Federal.

A publicidade era protagonizada por um jovem que expressava: “[...] *Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas. Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem nenhum arranhão. Eu vou deixar a minha marca*”[59]. O autor cita o resultado do laudo:

O laudo psicológico comprovou o direcionamento aos adolescentes, a possibilidade de atingir crianças e centralizou preciosos estudos nas imagens acima mencionadas, entendendo implicarem efeitos subliminares. A linguagem – constataram os peritos, ia ao encontro das dificuldades 'vivenciadas por pré-adolescentes e adolescentes', criava empatia, persuadia, razão pela qual foi assinado um termo de ajustamento de conduta suspendendo 240 comerciais, já pagos, que seriam veiculados até 31 de dezembro de 2000. Agravando os efeitos dos estímulos, foi incluída a seguinte mensagem: “O Ministério da Saúde adverte: crianças começam a fumar ao verem adultos fumando.”[60]

Alguns setores têm lutado contra a força dos meios de comunicação como no caso da Adbusters Media Foundation, que edita uma revista e um “*web site*” (www.adbusters.org) dedicados a reduzir a atuação danosa da mídia a partir de suas próprias armas. Traça críticas radicais do “*life style*” contemporâneo e ao bombardeamento diário de publicidade a que a sociedade é submetida. Defendem a “*ecologia mental*” contra a poluição publicitária, o consumismo desenfreado e o trabalho sem sentido do mundo contemporâneo. Denunciam com humor as grandes corporações - como Coca-Cola, Philip Morris, Nike, McDonald's e Calvin Klein -, que determinam o que as pessoas vão comer, beber e vestir, para onde vão viajar e até a mulher que vão desejar.

Há associações que percebem a força danosa dos meios de comunicação de massa e passam a usar a mídia com uma mensagem antimídia. Assumem que existem propagandas boas, como, por exemplo, as que tratam de ecologia. Percebem o impacto ambiental a que o planeta vem sendo submetido permanentemente. Buscam desmembrar as corporações e desenvolver uma nova cultura de mídia, cujo coração e alma não sejam comerciais.

Sendo também interessante destacar o impacto político das telenovelas, momento em que se deve analisar o seu papel para a construção do cenário de representação política e sua influência em razão das concepções que são transmitidas. Destacar seu caráter formador de opiniões, invenção de modas e criação de modos de vida que são automaticamente internalizados pelos indivíduos da sociedade. Como trata Guilherme Fernandes Neto, “*A associação efetuada sub-repticiamente, por ser apreendida pelo consciente, não é subliminar na concepção estrita, mas possui a capacidade de manipular, sendo, ipso facto, antijurídica*”.[61]

Como podemos perceber, a sociedade vem sendo bombardeada por ações imorais e antijurídicas, que devem ser atacadas pelo Direito do Consumidor e pelos demais ramos do Direito. Algumas atitudes vêm sendo tomadas em parceria indireta do Poder Público e da Sociedade Civil, tendo êxito. Porém, as ações positivas devem ser divulgadas e ampliadas para que sejam cada vez mais reduzidas as atuações que atentam contra a humanidade.

3 BASE JURÍDICA PARA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

3.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A temática de limitação dos meios de comunicação social que descumprem sua função social tem sido tratada em acordos e convenções, algo que pode ser comprovado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos[62] e na Convenção Americana de Direitos Humanos[63].

A Declaração prevê que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser molestado por causa de suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem limitação de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.” Tal declaração revela que a existência de um movimento rumo à busca e defesa da liberdade em sentido amplo, com um conceito que ultrapassa os limites de locomoção física, chegando à idéia de pensamento.

Em seu artigo 2º, a Declaração diz que todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas por ela para a humanidade, porém tal liberdade vem sendo restringida pela atuação imperceptível conscientemente pelos seres humanos. Algo que também é destacado no artigo 3º. O artigo 12 prescreve que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Cabendo ressaltar que a interferência feita pelos meios de comunicação geralmente é imperceptível conscientemente, mas efetiva-se rapidamente e desestrutura a família, a vida privada, a moral e a honra.

A liberdade de pensamento e de consciência recebe destaque especial no artigo 18 da Declaração:

Art. 18: Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Art. 19: Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.[64]

O problema da auto-escravização dos indivíduos pode ser destacado quando a Declaração trata no artigo 23 sobre o trabalho, asseverando que todo homem tem direito

ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Artigo 23

Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições eqüitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.[65]

Entretanto, a visão consumista instiga as pessoas para a aquisição exagerada de bens e serviços supérfluos, gerando clara exclusão, uma vez que a grande massa não pode obter o que os demais indivíduos da sociedade possuem, assim, induz os trabalhadores consumidores à auto-escravização, ao trabalho excessivo e a busca de novas fontes de renda.

Há constante sujeição a abusos morais por parte dos superiores hierárquicos, em razão do temor da perda do emprego, medo da via judicial para resolver os conflitos oriundos da relação de trabalho, labor em condições desumanas, trabalho de enfermos, lesões por esforços repetitivos oriundos do trabalho, dentre outras incoerências.

No caso, a exclusão social é rotineira, diante de uma realidade de escacês de emprego para grande parte da população, estando à livre escolha mitigada, ocorrendo a aceitação de quaisquer oportunidades que apareçam. As condições justas e favoráveis de trabalho são desconsideradas, pois o trabalho, quando existe, é agarrado com unhas e dentes pelos trabalhadores, inexistem questionamentos, motivos determinantes de uma despedida sem justa causa. A proteção contra o desemprego continua incipiente, bem como as rendas permanecem nas mãos de uma minoria que, via de regra, oprime a seus dependentes. Sendo positiva a existência do artigo na Declaração, porém, atualmente sem efetividade plena.

Por fim, analisamos o artigo 28 da Declaração reza que toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades enunciadas na presente Declaração. Contudo, observamos que a ordem capaz de tornar plenamente efectivos tais direitos e liberdades encontra-se ainda muito aquém da efetividade, sendo necessária uma atuação mais enérgica da sociedade e do Estado, para que tais direitos possam concretizar-se.

3.2 A Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz parâmetros para a regularização das atividades realizadas pelos meios de Comunicação Social. Tendo reservado no Capítulo V, Título VIII, *Da ordem social*, artigos 220 a 224, para o Sistema Jurídico da Comunicação Social, que deve ter como ponto de partida de suas interpretações os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, ressalta-se que a própria Constituição veda o embaraço à plena liberdade de informação em seu artigo 220, § 1º, assim como restringe a censura de natureza política, ideológica e artística no § 2º, como podemos ver:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...][66]

No entanto, em razão do Estado Democrático de Direito, deve haver um balanceamento entre a impossibilidade de restrição a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, com e dignidade da pessoa humana, relacionada com a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, de modo a manter a integridade psíquica da sociedade, bem como evitar arbitrariedades lesivas aos indivíduos. Desse modo, acertou Guilherme Fernandes Neto:

Esta liberdade de acesso e transmissão de informações possibilita ao cidadão-consumidor defender-se de eventuais movimentos episódicos de tirania econômica ou política, permite visualizar as entranhas do poder. Coíbe abusos.

Não sendo o direito à vida absoluto, a liberdade de manifestação do pensamento, criação e expressão também não o são.

Os direitos de expressar o pensamento e de criar têm limites imanentes.

[...]

Tais limitações não coíbem o povo de ter acesso às informações públicas, a saber, àquelas produzidas e/ou obtidas por entes públicos; a publicidade e a propaganda são públicas por excelência. Assim, o cidadão – consumidores ou eleitores – tem o direito à

informação sobre eventuais agressões aos direitos e garantias fundamentais, de desvio perpetrado pelo Estado, no que tange à sua organização, ao erário, à administração pública, enfim, à administração do poder, que é uno.[67]

Vale destacar também o posicionamento de Daniel Marques de Camargo, quanto ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais:

Das características relacionadas aos direitos fundamentais, importa elencar:

Limitabilidade: não são absolutos, porque podem ocorrer situações em que o exercício de um direito fundamental coloca o seu titular em choque com quem exerce um outro direito fundamental, havendo então uma colisão de direitos, resolvida não pelo aspecto da validade, mas sim pela preponderância de um ou outro direito, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A contraposição de direitos fundamentais igualmente valiosos se resolve, por conseguinte, através daquilo que se denomina relação de precedência condicionada.[68]

A dignidade da pessoa humana não se traduz em mero preço, mas em valor íntimo do ser humano. O princípio é destacado pela Constituição em seu artigo 1º, dando margem para a exigência de que todos os meios da Comunicação Social devam ser irradiados por ele. Evita que sejam veiculadas ou exploradas pela mídia enfermidades, desgraças, deformidades, impedindo assim a humilhação.

Assim, as mensagens subliminares e o merchandising antijurídico atacam a dignidade do ser humano. Denotando o poder persuasivo da propaganda, quando age apenas em função do capital, tornando-se agressora da dignidade, como assevera Guilherme Fernandes Neto:

A antijuridicidade comunicativa afeta toda a sociedade direta e imediatamente: se enganosa, proporciona, aos que de imediato percebem, a diminuição da importância da ética, do justo; se subliminar, além de se desviar de sua função social – característica da publicidade abusiva -, afeta, como a publicidade enganosa, especialmente a população mais despreparada para manter uma resistência a esta nova forma de comunicação.

Não se pode olvidar que a resistência individual cede diante da indústria cultural, da cultura de massas, e, por óbvio, diante das comunicações de massa, tenham ou não por desiderato o entretenimento.

O sujeito pensante combatido pela indústria cultural, ainda sobrevive com resistência mínima, vilipendiada, senão exterminada, por comunicações de massa antijurídicas de cunho político.[69]

O acesso à justiça efetiva deve ser eficaz, também conhecido como princípio do direito de ação, devendo haver utilidade em suas decisões. Algo que vem resguardado pela Constituição no artigo 5º, XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...][70]

Dentre os princípios que norteiam a Comunicação Social está o princípio do *restitutio in integrum*, ou da restituição integral, que objetiva a restituição ao estado anteriormente existente à situação fática modificada em razão da ilicitude. Resguardado pela Constituição no artigo 5º, V, que prescreve: “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”.[71]

A restituição integral tem sido tentada através da contrapropaganda, objetivando desfazer o mal de forma eficaz, porém sem muito êxito, uma vez que faltam parâmetros legais para açambarcar determinados casos imprevistos pelo legislador, também em razão do momento da utilização. Nestes casos de mitigação, o agente causador do ilícito acaba se beneficiando, devendo-se em tais casos serem impostas sanções para coibir novos agentes, bem como os reincidentes.

Para que a prestação se efetive, as mensagens danosas devem ser apagadas da mente dos receptores afetados, assim como os danos morais e materiais devem ser revertidos em favor da parte prejudicada pela propaganda prejudicial.

Diante do exposto, há clara preocupação do legislador constitucional ao mencionar diretamente princípios e garantias ligadas à Comunicação Social, que devem ser necessariamente respeitados e seguidos. O que vêm a dar ensejo a repressão de ações contrárias, assim como dá maior relevância ao tema.

3.3 Código de Defesa do Consumidor – CDC

A lei 8078/90 traz conceitos ligados à idéia de combate a atuação danosa de tais meios, pautada em princípios como o da confiança, da transparência, da boa-fé, da identificação da mensagem, da veracidade da mensagem, proibição do abuso de direito, e o princípio da correção de abuso comunicativo.

O Código adota o princípio da confiança, tendo, como efeito na publicidade, a proteção da legítima expectativa do consumidor, em função dos estímulos da publicidade e da conduta do fornecedor. Como previsto no Art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços [...][72]

A confiança se contrapõe aos estímulos ocultos, que buscam associações incompatíveis com o menor nível de confiança exigido por aqueles que utilizam os meios de comunicação, como nos ensina Guilherme Fernandes Neto:

Tais estímulos, técnicas, quer sejam utilizados no âmbito da propaganda eleitoral ou da publicidade – quer se esteja utilizando o conceito lato ou estrito de subliminar – afrontam de forma incontestada o primado da confiança. Utilizando o conceito de subliminar no sentido lato, pode-se imaginar a publicidade camuflada de reportagem, pela qual o consumidor nada obstante estar captando o estímulo desconhece seu verdadeiro desiderato, em razão do merchandising estar afrontando a confiança; utilizando o conceito estrito (que se conceitua como o estímulo incapaz de ser inconscientemente captado), pode-se citar o caso da MTV, no qual o estímulo sadomasoquista, impossível de ser captado conscientemente, estava sendo utilizado em horário incompatível com o estímulo, por atingir público infanto-juvenil, acrescentando-se ainda a agressão à confiança do público que era bombardeado por estímulos camuflados pela alta velocidade da exposição; assim, sobre primado da confiança deve ser erigido o princípio da identificação das mensagens propagandísticas e publicitárias.[73]

O princípio da transparência da comunicação está ligado à elaboração, ao conteúdo e a transmissão devendo a comunicação ser transparente, sem ambigüidades ou omissões sobre dados essenciais. A jurisprudência pátria no acórdão nos autos da apelação Cível 150.436-7, na ação civil pública movida pelo Ministério Público em desfavor da Globex Utilidades S.A., combatendo a publicidade omissa quanto à validade de diversas ofertas, do voto do Desembargador-relator Quintino do Prado, manifestou-se sobre a matéria:

Dos anúncios trazidos à colação com a peça de ingresso, constata-se que as divergências feitas ao público consumidor, no tocante à duração das promoções, passam facilmente despercebidas, não só pela letra minúscula usada, bem como pela incômoda posição vertical ao anúncio [...] É bom lembrar que a transparência diz respeito tanto ao objeto quanto às condições negociais.

A boa-fé é apurada na Lei 8072/98 através da utilização de critérios objetivos. Sendo ela uma das bases dos contratos civis, momento em que sua incompatibilidade configura manifesto abuso de direito. Pode ser encontrada no Código em vários momentos como, por exemplo, nos arts. 14, 20, 31, 37, § 1º, 39, incisos IV, V, VII, VIII, XIII.

O princípio da identificação da mensagem coíbe qualquer espécie de estímulo sub-reptício, as mensagens e propagandas subliminares e ocultas. O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação, como assevera o artigo 28 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária[74]. Assim reza o CDC:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.[75]

Positivou-se, também, o princípio da veracidade da mensagem, ressaltando que a mensagem deve ser honesta e verdadeira, sendo proibida a enganosidade, capaz de induzir o consumidor em erro, por ação ou omissão, como destacamos da legislação consumerista:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.[76]

A proibição do abuso de direito veda o excesso comunicativo para retaliar manifestações abusivas geradas pelos meios de comunicação de massa. O CDC trata do mesmo em seu artigo 37 supracitado. De acordo com o mesmo, será abusivo o direito de manifestar o pensamento ou informar, qualquer mensagem que não possa ser identificada claramente, caso a emissão seja indireta, maquiada, subliminar.

E, como forma de combate efetivo às incoerências com a função social da comunicação social, temos o princípio da correção de desvio comunicativo. Em que, ocorrendo desvio comunicativo deve ser o mesmo corrigido, independentemente da técnica, emissor ou mídia veiculadora da manifestação antijurídica. Devendo agir nos casos de abusividade e enganosidade. Imputa sanções para os responsáveis, como a suspensão do anúncio, custeio da contrapropaganda, e responsabilização civil. Como podemos verificar no Código consumerista:

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.[77]

Há uma ampliação do conceito de ilícito comunicativo, por afrontar a confiança. A percepção de afronta a interesses meta-individuais pelo ilícito comunicativo. O reconhecimento da existência de danos psíquicos, morais e neurológicos causados a partir dos abusos provocados pelos meios de comunicação de massa, mesmo o dano psíquico difuso em razão de merchandising antijurídico.

O conceito de ilícito está positivado no artigo 187 do Código Civil de 2002, assim delineado quando o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, para tanto, não necessitando de demonstração do elemento objetivo para caracterização do ilícito. Desse modo, torna-se um ilícito qualificado pelo desvio de finalidade, prescindindo da prova do dano e caracterizado por um perigo abstrato.

A nova conceituação de ilícito nos possibilita falar com maior propriedade dos ilícitos comunicativos, já que, no caso, nem sempre encontraremos dano concreto. Assim, podemos falar de proteção à legítima expectativa, em função de comportamento de uma das partes, podendo se falar de proteção à expectativa induzida. A expectativa advém da confiança, e em caso de quebra desta, implica, dentro da ampliação do conceito de ilícito, afronta ao princípio da confiança.

Dessarte, a ligação do Código de Defesa do Consumidor com os meios de comunicação de massa é inquestionável, mas devemos ampliar a efetividade de tais princípios para que possam realmente atingir os fins aos quais são propostos. Vale ressaltar o perigo da demora de tal efetivação, já que em cada momento, os indivíduos vêm tendo a sua confiança traída, bem como tendo suas mentes e esforços conduzidos para a subserviência ao mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A força do mercado nos meios de comunicação de massa é capaz de induzir atitudes, criar ânsia de consumo de coisas supérfluas nos indivíduos, modificando-lhes os hábitos.

Sendo a auto-escravização uma consequência destas induções, provocada pela necessidade de integração das pessoas para uma melhor convivência social. É causada principalmente pela falsa associação a idéia de felicidade proposta pelos meios de comunicação de massa, principalmente pela propaganda, promovendo o incentivo do efêmero, causando ânsia de consumo nos indivíduos, tornando-os fúteis e acabando por esquecerem sua função social, ou seja, sua participação essencial para melhorar seu meio, com conseqüente busca pela realização plena.

O indivíduo acaba por não tomar suas próprias decisões, seus valores são aquilatados por agente estranhos a sua individualidade. Passa a vivenciar o binômio trabalho-consumo, predisposto a futuras patologias físicas e mentais. Não há uma

democratização dos produtos, mas instigação generalizada ao consumo do supérfluo. Para tanto, a propaganda estimula a reificação do cidadão através da proposta ilusória de realização plena através da aquisição de produtos e serviços, fazendo uma falsa associação entre a idéia de felicidade e o consumo.

A prevenção e reparação dos danos sofridos pelos consumidores podem ser realizadas através da efetivação da conscientização dos consumidores no concernente ao conhecimento, a busca e à luta por seus direitos, assim como através da imposição da efetivação da política nacional das relações de consumo prevista na Lei 8078/90, com assistências jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Há um extenso suporte jurídico para a minoração, ou mesmo extinção de tais atitudes veiculadas pelos meios de comunicação de massa, patrocinados pelo sistema capitalista neoliberal. A Constituição Federal de 1988 já prevê em seus artigos e disposições a proteção e defesa do consumidor, assim como a implementação do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, vislumbra-se a carência de uma atuação mais enérgica da legislação e dos meios de coerção para inibir as praticas danosas à humanidade. Ressaltando o perigo da demora de tal efetivação, pois, a cada momento, os indivíduos vêm tendo a sua confiança traída e suas mentes e esforços conduzidos para a subserviência ao capitalismo mercantilista.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W., HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos**. Rio: Zahar, 1985.

AMARANTE, Maria Cecília. **Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era de sua Reprodutibilidade Técnica. In: _____ (Org.). **Obras escolhidas, I**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei n.º 8078, de 11 de Setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 19.

_____. **Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963.** Aprova Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Diário Oficial da União. Brasília DF, 12 nov. 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D52795.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

_____. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.** Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília DF, 16 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

_____. **Lei Nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. Publicado na CLB de 1850 T.11, Pág. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 435.572/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça. Brasília DF, 16 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 abr. 2009.

CÁCERES, Florival. **História Geral.** 4. ed. São Paulo: Moderna, 1996.

CAMARGO, Daniel Marques de. Os Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>> Acesso em: 10 abr. de 2009.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à Filosofia.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em: 14 set. 2007.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia.** 4. ed. São Paulo: Ática, 1988. (Coleção Grandes Cientistas Sociais)

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 3. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

FERRÉS, Joan. **Televisão subliminar:** socializando através de comunicações despercebidas. Porto Alegre: Artmed, 1998.

GOMES, Ana Paula Pazin. Evolução histórica da tutela ao consumidor. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/81/2281>>. Acesso em: 10 abr. de 2009.

HELOANI, José Roberto; CAPITÃO, Cláudio Garcia. Saúde mental e psicologia do trabalho. São Paulo, junho de 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 10 abr. de 2009.

JUNG, Carl G. **Psicologia do Inconsciente**. Petrópolis: Vozes, 1980.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REGO, Francisco Gaudêncio. **Marketing Político e Governamental**: um roteiro para campanhas políticas e estratégias de comunicação. 5. ed. São Paulo: Summus, 1985.

SANTOS, Altamiro José dos. Direitos do Consumidor. **Revista do IAP**, Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. n. 10, 1987.

TOCQUEVILLE, Alexis de. (1992) [1835-40], *De la Démocratie en Amérique*, in *OEuvres*. Paris, Gallimard, tomo II.

[1] ADORNO, Theodor W., HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Rio: Zahar, 1985.

[2] CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à Filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005, pág. 289.

[3] Op. Cit. 2.

[4] BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era de sua Reprodutibilidade Técnica. In: _____ (Org.). *Obras escolhidas*, I. São Paulo: Brasiliense, 1985.

[5]

[6] Op. Cit. 4. Pág. 180.

[7] Op. Cit. 2, pág. 290-291.

[8] Op. Cit. 2. Pág. 291.

[9] Op. Cit. 6.

[10] FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pág. 117.

[11] BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília DF, 16 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[12] Op. Cit. 8. Pág. 80.

[13] Op. Cit. 9.

[14] BRASIL. **Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963.** Aprova Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Diário Oficial da União. Brasília DF, 12 nov. 1963. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D52795.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[15] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília DF, 12 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[16] CÁCERES, Florival. *História Geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1996, pág. 268.

[17] Op. Cit. 11. Pág. 274.

[18] Op. Cit. 12.

[19] Op. Cit. 14.

[20] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[21] REGO, Francisco Gaudêncio. *Marketing Político e Governamental: um roteiro para campanhas políticas e estratégias de comunicação*. 5. ed. São Paulo: Summus, 1985, pág. 49.

[22] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 40.

[23] SANTOS, Altamiro José dos. *Direitos do Consumidor*. Revista do IAP, Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. n. 10, 1987.

[24] Op. Cit. 16. Págs. 78-79. Net: pt.wikipedia.org/wiki. Acesso em 09.04.2009.

[25] Net: pt.wikipedia.org/wiki. Acesso em 09.04.2009.

[26] GOMES, Ana Paula Pazin. *Evolução histórica da tutela ao consumidor*. 2005.

[27] BRASIL. **Lei Nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. Publicado na CLB de 1850 T.11, Pág. 57-238. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[28] Op. Cit. 19.

[29] Op. Cit. 23.

[30] DURKHEIM, Émile. *Sociologia*. 4. ed. São Paulo: Ática, 1988, pág. 190. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

[31] Op. Cit. 29. Pág. 192.

[32] Op. Cit. 29.

[33] ASSIS, Machado de. *Contos Consagrados*. Coleção Prestígio. Ediouro. s/d.

[34] FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

[35] Op. Cit. 9. Pág. 186.

[36] Op. Cit. 9. Pág. 27.

[37] JUNG, Carl G. *Psicologia do Inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 1980, pág. 150.

[38] Op. Cit. 9. Pág. 196-197.

[39] FERRÉS, Joan. *Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas*. Porto Alegre: Artmed, 1998, pág. 245.

[40] Net: www.adbusters.org. Acesso em 10.04.2009.

[41] Op. Cit. 9. Pág. 182.

[42] TOCQUEVILLE, Alexis de. (1992) [1835-40], *De la Démocratie en Amérique, in Oeuvres*. Paris, Gallimard, tomo II.

[43] Op. Cit. 14.

[44] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 435.572/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça. Brasília DF, 16 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[45] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 541.813/SP, Rel. Min. Menezes Direito. Diário da Justiça. Brasília DF, 02 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[46] Net: <http://letras.terra.com.br/pink-floyd>. Acesso em 10.04.2009.

[47] "I don't need no arms around me
And I don't need no drugs to calm me
I have seen the writing on the wall
Don't think I need anything at all
No! Don't think I'll need anything at all
All in all it was all just bricks in the wall
All in all you were all just bricks in the wall."

[48] Op. Cit. 2. Pág. 292.

[49] Op. Cit. 2. Pág. 297.

[50] Op. Cit. 48.

[51] HELOANI, José Roberto; CAPITÃO, Cláudio Garcia. *Saúde mental e psicologia do trabalho*. São Paulo, junho de 2003. Disponível em: <[http// www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 10 abril de 2009.

[52] Op. Cit. 50.

[53] AMARANTE, Maria Cecília. *Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pág. 13.

[54] BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, pág. 22.

[55] Op. Cit. 19.

[56] Op. Cit. 14.

[57] Op. Cit. 14.

[58] Op. Cit. 9. Pág. 195.

[59] Op. Cit. 57.

[60] Op. Cit. 57.

[61] Op. Cit. 9. Pág. 204.

[62]DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em: 14 abr. 2009.

[63] CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA). Disponível em: <http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_4.htm> Acesso em: 14 abr. 2009.

[64] Op. Cit. 61.

[65] Op. Cit. 61.

[66] Op. Cit. 19.

[67] Op. Cit. 9. Pág.59-60.

[68]CAMARGO, Daniel Marques de. Os Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>>. Acesso em: 11.04.2009.

[69] Op. Cit. 9. Pág. 67.

[70] Op. Cit. 19.

[71] Op. Cit. 19.

[72] Op. Cit. 14.

[73] Op. Cit. 9. Pág. 88.

[74] BRASIL. Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e seus anexos - CONAR. Disponível em: <
http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/legislacao/leg_constituicao_federal_leis/leg_cf_Codigos/leg_cf_c_conar/CodigoAuto-Regulamenta%C3%A7%C3%A3oPublicit%C3%A1ria.htm>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[75] Op. Cit. 14.

[76] Op. Cit. 14.

[77] Op. Cit. 14.

UM OLHAR REFLEXIVO SOBRE O DIREITO PERSONALÍSSIMO À IMAGEM

A REFLECTIVE LOOK IN THE PERSONAL RIGHT OF IMAGEM

**Edna Raquel Hogmann
Luciana da Silva Freitas**

RESUMO

O Novo Código Civil brasileiro dedica todo um capítulo aos assim chamados direitos da personalidade. Pela primeira vez o legislador infraconstitucional se reporta a essa categoria de direitos, como consequência de uma mudança paradigmática do direito civil - que estaria reconhecendo a proteção da pessoa como valor máximo. Neste artigo apresenta-se um breve estudo, sem a pretensão de exaurir o tema, desenvolvido com o objetivo de compreender os caminhos históricos percorridos pelos ditos direitos de personalidade, definidos como direitos subjetivos consubstanciados a partir da concepção da dignidade humana como elemento balizador, de tais direitos revelados como os elementos individualizadores das pessoas no mundo jurídico. É através desses elementos que fica caracterizada a condição individual de cada sujeito de direito. Nesse sentido, apresenta-se também um olhar reflexivo em especial ao direito de imagem, objeto de intensa discussão doutrinária visando explicar o fundamento de sua moderna proteção, aqui reproduzida. Culmina por apontar as limitações objetivas e subjetivas em relação ao direito de imagem como relevantes para a concretização do princípio da liberdade e o resgate da dignidade humana no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO - PERSONALIDADE -- IMAGEM

ABSTRACT

The New Brazilian Civil Code devotes an entire chapter to the so-called rights of personality. For the first time the legislature infraconstitucional refers to that category of rights, as a result of a paradigm shift in civil law - that would recognize the protection of person as maximum value. This article presents a brief study, without the pretension to exhaust the theme, developed with the aim of understanding the historical paths traveled by these rights of personality, defined as subjective rights embodied from the conception of human dignity as the trails of they developed as individual elements of the people in the legal world. It is through these elements that is characterized the condition of the individual subject of law. Accordingly, it is also a reflective look in particular the right of image, the object of intense discussion to explain the doctrinal foundation for its modern protection, here reproduced. Ends by outlining the objective and subjective limitations on the right of image as relevant to the principle of freedom and redemption of human dignity in the Democratic State of Law.

KEYWORDS: RIGHTS – PERSONALITY – IMAGE

INTRODUÇÃO

Um estudo a respeito dos direitos personalíssimos carece iniciar partindo do pressuposto fundamental de que o ser humano é único em sua essência e composição, indivíduo dotado de direitos naturais, essenciais e absolutos, originários de sua própria qualidade de ser humano, que se configuram como atributos indeclináveis de sua personalidade. Compete ao Estado reconhecer, propiciar e salvaguardar a cada um, aquilo que supre seus anseios e necessidades, respeitando e assegurando sua individualização.

Assim, estudar os direitos da personalidade implica na compreensão de que tais direitos constituem um ramo do direito privado que protege, na esfera jurídica, os objetos de direito que pertencem à natureza humana, tais como a vida, a inteligência, a moral, a auto-estima, a dignidade. Razão pela qual, para uma análise reflexiva da problemática do direito de personalidade, há ainda muito que se estudar. A doutrina necessita de maior esclarecimento e, por conseguinte, de consolidação, na medida em que a categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica, inclusive em relação a questões pertinentes ao seu conceito.

De toda a sorte, a pessoa, como fundamento das relações civis, é uma promissora inclinação para se realizar reflexões no direito civil.

No presente ensaio busca-se promover um olhar reflexivo a respeito da trajetória histórica dos direitos da personalidade, voltando a atenção, em especial, ao direito de imagem, objeto de intensa discussão doutrinária visando explicar o fundamento de sua moderna proteção, aqui reproduzida. Culmina por apontar as limitações objetivas e subjetivas em relação ao direito de imagem como relevantes para a concretização do princípio da liberdade e o resgate da dignidade humana no Estado Democrático de Direito.

1. A PESSOA E A PERSONALIDADE

O surgimento dos direitos da personalidade está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento dos conceitos de pessoa e personalidade no Direito, razão pela qual ora se faz uma brevíssima exposição sobre estes dois institutos jurídicos.

Na Antiguidade, em Roma, apenas os cidadãos eram titulares de direito, podendo deliberar em assembléia e resolver os problemas da *polis*. A família romana “representava uma entidade política na qual quem tinha poder era, tão somente, o *pater familias*. Somente ele podia livremente adquirir bens e deles dispor”.^[1]

José de Oliveira Ascensão[2] recorda que homem ganhou consciência da pessoa “através de duas fontes, separadas, mas convergentes no resultado: a filosofia grega; o cristianismo”. Os gregos viam o homem, distinguindo-o da cidade, num humanismo como base da identidade da pessoa. O cristianismo, por seu turno, prega o valor infinito de cada pessoa, criada à imagem e à semelhança de Deus, que tem em si plenitude da humanidade. Há a exaltação do indivíduo, dotado de livre arbítrio e que se distingue da coletividade.

Com o passar dos tempos, a integração dos diversos grupos sociais acarretou uma atribuição de poderes autônomos e iguais aos homens através de uma estrutura jurídica garantidora dos mesmos. Consolidou-se a idéia de pessoa, através do princípio que somente o homem é sujeito de direito.

Maria de Fátima Freire de Sá[3] narra a origem do termo pessoa:

“A palavra pessoa vem do latim *persona*, de *personare*, que significa ressoar. *Persona* era a máscara de que serviam os antigos atores e cuja boca, munida de lâminas metálicas, era disposta de modo aumentar a voz, para que melhor ressoasse nos vastos anfiteatros em que se representavam os dramas na antiga Roma (Lima, 1955, p. 140)”.

À exceção de entes despersonalizados com capacidade jurídica por força de lei - como herança jacente, condomínio, espólio, entre outros – todo sujeito de direito é também uma pessoa. Nos termos do art. 1º do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02), “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, aplicando-se tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas.

Registre-se que o Código Civil de 1916 afirmava que todo “homem” é capaz de direitos e obrigações, tendo esse vocábulo sido substituído por “pessoa” no novo *Codex*. Leoni Lopes de Oliveira aduz que “alguns defendem que a alteração visou a atender o princípio da isonomia entre homens e mulheres (...) não era necessária a alteração sob este enfoque visto que, evidentemente, o vocábulo homem significava gênero da raça humana e não representante do sexo masculino”.^[4]

Não se pode olvidar de mencionar a posição de José de Oliveira Ascensão^[5] que “a pessoa define-se e impõe-se por si: não é lei quem a cria”, sendo simultaneamente o (i) o fim do Direito; (ii) fundamento do direito da personalidade; e (iii) sujeito de situações jurídicas.

Assim, com o conceito de pessoa também nasceu, como conseqüência lógica, o de personalidade. Pode-se definir a personalidade como “o que faz sua figura viva se distinguir da dos outros seres animados. É o que, no direito, atribui ao homem a condição de sujeito de direito e de deveres e obrigações. É o atributo que impede que o homem seja objeto de direito.”^[6]

Lembre-se que esta concepção de personalidade difere daquela adotada pelos romanos, tradicionalmente apontados como os responsáveis pela elaboração da teoria da

personalidade. Para eles só tinha personalidade aquele cidadão que possuísse *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*. Como recorda Maria de Fátima Freire de Sá: “precisava ser livre e não escrava; ser cidadã romana e ser, ainda, patricarca da família, o *pater familias*”.^[7]

A personalidade tem início a partir do nascimento com vida - porém protegendo-se desde a concepção os direitos do nascituro (art. 2º, CC/02) - e seu fim se dá com a morte (art. 6º, CC/02). Note-se que para parte da doutrina o nascituro antes do nascimento com vida não possui personalidade, sendo apenas tutelado pelo ordenamento jurídico,^[8] enquanto que outros entendem que o concepturo é portador de personalidade e sujeito de direitos.

Consolidado o entendimento do que é personalidade, necessário frisar que a medida da personalidade é concedida pela capacidade. Vale dizer, a regra do art. 1º do CC/02 é limitada pelo Direito através da capacidade, definida como a “efetiva possibilidade concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros”,^[9] vale dizer, a possibilidade de praticar pessoalmente atos da vida civil.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sabe-se que o direito romano não conhecia mecanismos protetores dos direitos da personalidade individuais, havendo sua tutela através de manifestações isoladas. Por exemplo, para proteção contra a *iniuria* (delito que diz respeito a lesões pessoais físicas) havia a *actio iniuriarum*; para a proteção do domicílio havia a *Lex Cornelia*; para a tutela da integridade física a *Lex Aquilia*; como meio processual para defesa de direitos ínsitos à personalidade a *Lex Fábria*.^[10]

No século XVI surgiu a idéia de direito subjetivo e no século XVII a teoria do contrato social, tendo como maior expoente Jean-Jacques Rousseau. No estado de natureza o homem só tinha direitos, sendo o Estado criado para garanti-los, numa proteção apenas da liberdade formal.

No século XVIII, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) pela primeira vez disciplinaram regras de proteção do homem em face ao Estado. O cidadão passou a só ter direitos e o Estado deveres, numa libertação das várias limitações que lhe eram impostas pelos sistemas feudal e iluminista.

Ademais, também se propiciou as bases para uma nova economia sob o comando da burguesia nascida a partir da Revolução Industrial, priorizando-se a liberdade, em especial a de contratar, e o direito à propriedade privada para todos. Neste contexto, “o individualismo subordina o elemento comunitário e a solidariedade. Sobre estas base se constrói a política e o liberalismo econômico do século XIX, com a grande exaltação da propriedade”.^[11]

Essa concepção do século XIX, vigente numa época de flagrante divisão entre o direito público e o direito privado tornou diversos os ambientes de tutela da pessoa: (i) nas relações públicas, com uma proteção estabelecida pelas declarações de direitos e constituições atribuindo a igualdade formal entre os homens e liberdades em face do Estado; e (ii) nas relações privadas, o ordenamento jurídico não oferecendo uma proteção específica e individualizada do homem, imperando a autonomia privada.^[12]

A evolução histórica fez com que se desse mais conteúdo aos direitos da personalidade, não mais minimizando-os como simples atributos contra o Estado. A sociedade tornou-se mais complexa e “as relações privadas já não poderiam se valer de um sistema no qual a propriedade era a medida de todas as coisas. O direito assume efetivamente seu papel de mediador de interesses (...) e enfrenta o problema da desigualdade social”.^[13]

Assim, os direitos da personalidade floresceram no final do século XIX e se desenvolveram no século XX, ganhando o caráter de direitos fundamentais.

A evolução ora delineada fez com que o conceito de direitos da personalidade se desenvolvesse até a acepção hoje adotada no direito pátrio, consoante Orlando Gomes:^[14]“...compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém da faculdade de disposição.”.

Registre-se que houve grande controvérsia terminológica, hoje pacificada, quanto à expressão “direitos da personalidade” criada por Gierke e adotada também por Ferrara. Clássicos doutrinadores como Windscheid e Campo Grande chamavam-nos de “direitos sobre a própria pessoa”; Koehler de “direitos individuais”; Rotondi de “direitos personalíssimos”; e Gangi e De Cupis de “direitos essenciais da pessoa” ou “fundamentais da pessoa”.^[15]

3. A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são direitos privados por excelência. Importante apontar que a antiga dicotomia entre direito público e privado encontra-se mitigada ou, porque não dizer, superada em face das mudanças sociais e do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a doutrina por muito tempo debateu se os direitos da personalidade teriam a natureza de direitos subjetivos, sendo majoritária a corrente que endossa este entendimento.

O direito subjetivo pode ser definido como “a possibilidade de atuação legal, isto é, uma faculdade ou um conjunto de faculdades vinculadas à decisão de seu titular, na defesa de seus interesses, dentro do autorizado pelas normas e nos limites do exercício fundado na boa-fé.”^[16]

Os direitos da personalidade seriam subjetivos na medida em que se pode exigir a atuação do ordenamento jurídico - uma faculdade vinculada à sua decisão – para a tutela de seus interesses. Adriano de Cupis^[17] é taxativo ao afirmar que são direitos subjetivos:

“Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se ‘direitos da personalidade’. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.”

Corroboram esta posição juristas como Tobeñas, Raymond Lindon, Ravanas, Perlingeiri, Limongi França, Milton Fernandes e Orlando Gomes.^[18]

Todavia, há opiniões dissonantes: “Na verdade, tratar dos direitos da personalidade como direitos subjetivos apresenta o inconveniente (...): a utilização de uma categoria moldada para o fomento da circulação de bens em um contexto diverso, o da proteção à pessoa humana”, nos dizeres de Danilo Doneda.^[19]

Resta definir se emanam do direito natural ou do direito positivo. Aqueles que reputam os direitos da personalidade como direito natural, justificam que a lei é insuficiente para definir as várias formas de expressão do direito, pois relacionados aos atributos inerentes à condição da pessoa humana. Os direitos da personalidade se “baseavam numa realidade que estava fora e acima da norma positiva. (...) Porque é pressuposto, quer pela lei quer pelos intérpretes, que correspondem a imposições naturais: não são criações arbitrárias da lei”.^[20]

Observe-se que os direitos da personalidade não são sinônimos de direitos pessoais. Os direitos pessoais podem ser definidos como todo direito não patrimonial. Deste modo, os direitos da personalidade se subsumem nos direitos pessoais, existindo outras espécies desses últimos.

4. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Extrai-se dos direitos da personalidade algumas características comuns, tendo-se como norte o art. 11 do CC/02:

a) absolutos: direitos oponíveis *erga omnes*, implicando numa “obrigação negativa para a abstenção de qualquer ato prejudicial”.^[21] Em outras palavras, correspondem a aspectos essenciais da personalidade que são reconhecidos objetivamente por todos, inclusive o Estado. Como define Caio Mário da Silva Pereira:^[22] “uma relação oponível à generalidade dos indivíduos, isto é, dotada de

eficácia universal, sem a especificação de sua exigibilidade contra determinado sujeito passivo”;

b) necessários: é impossível sua ausência na pessoa, fazendo-os serem necessários;

c) vitalícios: somente se extinguem com a morte (haja vista que a personalidade se extingue com o óbito, consoante o art. 6º, primeira parte, CC/02), embora haja um resguardo após o falecimento. A tutela da proteção destes direitos da personalidade após a morte não abarca a defesa de direitos violados após o falecimento, mas da preservação da memória do *de cuius*;

d) intransmissíveis: por serem ínsitos ao indivíduo e terem como objeto os bens mais elevados da pessoa humana, não podem ser transmitidos, sequer por ato *causa mortis*. Aqui se inclui a inalienabilidade, “já que a inseparabilidade dos direitos da personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de leis naturais”;^[23]

e) irrenunciáveis: o titular não pode dispor destes direitos, que são adquiridos com o nascimento com vida e permanecem em sua esfera particular independente de sua vontade. O art. 11 do CC/02 trata da renúncia global, podendo haver algumas limitações, como se verá mais adiante;

f) extrapatrimoniais ou não pecuniários: não possuem conteúdo econômico, tendo várias formas de reparação, “como o direito de resposta, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar);^[24]

g) imprescritíveis: as pretensões decorrentes dos direitos da personalidade não são sujeitos à prescrição, existindo ainda que o indivíduo não goze dos mesmos. Não importa a duração da violação, ela será sempre atual e a pessoa nunca perderá a faculdade de reagir. Será prescritível somente a faculdade derivada destes direitos, tal como o direito de pleitear uma indenização pelo dano; e

h) impenhoráveis: é uma decorrência da intransmissibilidade, não podendo sofrer constrição.

Em que pesem as características acima elencadas, em face da autonomia de cada ser humano e de sua liberdade (livre arbítrio), os direitos da personalidade não gozam de um conteúdo rígido e devem dialogar com o modo de vida de seu titular.

5. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

As primeiras contribuições doutrinárias no Direito pátrio são atribuídas a Teixeira de Freitas, em seu esboço de Código Civil.

Na legislação, por seu turno, inúmeras leis esparsas, tratando de casos específicos envolvendo a personalidade humana, foram editadas sem, contudo, tipificá-los expressamente. Exemplificativamente, sem a pretensão de ser exauriente: Decreto nº 20.931/32 (sobre o exercício da medicina, proibindo a esterilização); Lei nº 5.479/68 (sobre transplantes de órgãos); Lei nº 4.701/65, regulamentada pelos Decretos nºs 60.696/67 e 61.817/67 (disciplina a política de sangue humana, inclusive vedando sua exportação); e Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa, com regras cíveis e penais contra os abusos contra à honra).

As Constituições pretéritas também trouxeram algumas normas acerca de direitos individuais, sem um tratamento expresso ou sistemático dos direitos da personalidade. A Constituição do Império de 1824 previa a inviolabilidade da correspondência, a liberdade e a igualdade. A Constituição da República de 1891 cuidou dos direitos individuais de modo orgânico, o que foi se ampliando nas Cartas subsequentes.[25]

Com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) erigiu-se “um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca”. [26]

A CF/88 traz um extenso rol destes direitos, não exaustivo. Pela primeira vez no ordenamento brasileiro os direitos da personalidade foram tipificados.

O CC/02 inseriu os direitos da personalidade na sua parte introdutória (Parte Geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Físicas, Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade) e dividiu os artigos do seguinte modo:

a) art. 11: trata da natureza dos direitos da personalidade, elencando algumas de suas características essenciais;

b) art. 12: aborda a tutela desses direitos, conferindo-lhes a mais ampla abrangência em face de ameaças ou constrangimentos (em harmonia com o art. 5º, XXXV da CF/88 que prevê o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário);

b) arts. 13 a 15: referem-se ao direito à integridade psico-física;

c) arts 16 a 19: cuidam do direito ao nome e ao pseudônimo;

d) art. 20: trata dos direitos à imagem e à honra; e

e) art. 21: refere-se ao direito à privacidade, de caráter principiológico inspirado no art. 5º, X da CF/88.

7. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PESSOA JURÍDICA

As pessoas jurídicas e as pessoas físicas gozam de um traço comum: a subjetividade. Ambas podem ser sujeito e objeto de direito (arts. 2º, 40 e 45, CC/02), o que permite a extensão dos direitos da personalidade e de sua tutela às pessoas jurídicas.

O CC/02 inclui os direitos da personalidade no título I do capítulo II, na parte acerca das pessoas físicas. O art. 52 do CC/02, por seu turno, confere às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade “no que couber”.

Obviamente que a pessoa jurídica, criação do homem, é dotada de uma personalidade jurídica que guarda semelhança com a das pessoas naturais, com algumas particularidades por conta “da diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica”.^[27]

Alguns direitos são claros que incabíveis para a pessoa jurídicas, bastando o bom senso para tanto, como os à integridade física ou à vida.

Outros direitos, todavia, são mais complexos na delimitação da incidência. No direito à imagem, por exemplo, sedimentou-se a idéia de que é aplicável às pessoas jurídicas apenas quando ferida a honra objetiva, definida como aquela externa ao sujeito, consistente no respeito, apreço e bom nome.

A súmula nº 8 do STJ, ao dispor que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, consolidou a idéia da proteção da pessoa jurídica quanto à concorrência desleal, ao abalo de crédito e ao bom nome. Há uma direta co-relação com o caráter patrimonial voltado ao lucro e à eficiência da pessoa jurídica, diferindo da visão dos direitos da personalidade em face da pessoa humana.

Ante o exposto, a conclusão de Danilo Doneda^[28] sobre a matéria é irretorquível:

“A proteção dos interesses da pessoa jurídica através de direitos da personalidade, portanto, é algo que não se adapta à trajetória e à função dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico, e a tutela dos interesses da pessoa jurídica que apresentem semelhança com os direitos da personalidade deve ser cogitado suplementarmente e nas ocasiões em que não conflitem com direitos da personalidade, estes exclusivos da pessoa humana”.

9. A QUESTÃO ESPECÍFICA DO DIREITO À IMAGEM

A palavra “imagem” possui raiz divina, pois “surgiu ao ser pronunciada por Deus, quando da criação de sua obra-prima, o homem, feito à sua imagem e semelhança (Gên. 1, 26-27), para encerrar a idéia ou o significado da ‘quase-divina emanção da personalidade humana’.”^[29]

Houve ampla discussão doutrinária visando explicar o fundamento da moderna proteção à imagem. Essas teorias foram resumidas pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Domingos Franciulli Netto^[30] nos seguintes moldes:

a) teoria negativista: refutava a existência do direito à própria imagem, da qual compartilhavam Schuster, Kohler, Gallekamp, Coviello, Rosmini, Piola Caselli, Venzi e Pacchioni, estando sepultada;

b) teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra: considera como objeto de proteção não o direito à própria imagem, mas tal faceta como fruto do direito à honra, que pode ser ofendida de diversos modos: fotografias não consentidas, reprodução não autorizada ou quando a figura é apanhada em situação inconveniente. A crítica que se faz a esta teoria é que nem sempre há estrita ligação entre os bens jurídicos honra e imagem, sendo possível a ofensa a um sem que ocorra ao outro;

c) teoria do direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo: aqui a imagem é extensão do próprio corpo. O direito à imagem está ligado ao corpo tal como o direito ao nome ao indivíduo. A objeção a esta teoria é que não se pode comparar a lesão corporal a uma ofensa à imagem ou à reprodução indevida;

d) teoria do direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada: o direito à imagem está ligado à idéia de intimidade, estabelecendo-se o princípio geral do direito de cada um limitar a seu arbítrio o uso de sua imagem. O uso indevido fere a órbita de vontade do sujeito, devendo se vedar a liberdade de se utilizar a imagem sem consentimento. A crítica a esta teoria é a mesma feita na teoria que subsume o direito à imagem ao direito à honra, acrescida do argumento que se autorizar o direito à imagem como decorrência do direito à intimidade seria esgotado seu próprio objeto, justamente, o direito à imagem;

e) teoria do direito à própria imagem como espécie do direito à identidade pessoal ou teoria da identidade: há um paralelo entre imagem e o nome das pessoas, já que ambos visam a identificação do indivíduo. Entretanto, é certo que enquanto a homonímia é possível, não há duas pessoas naturais iguais (ainda que gêmeas). A imagem exterioriza sinais identificadores da pessoa, seja psíquica, corporal ou física de singularidade única. A objeção a esta teoria reside na minimização do direito à imagem a simples componentes de identidade, mesmo erro das teses que procuram enxergar na imagem apenas a honra e a intimidade. O bem jurídico imagem possui valor próprio que não pode ser ignorado;

f) teoria do direito à própria imagem e o direito à liberdade: a utilização da própria imagem está conectada à vontade e à autodeterminação do indivíduo, que ficariam feridas com o uso indevido. A pessoa deve ter a liberdade de escolher sobre o uso de sua imagem. Como já apontado em outras teorias, a liberdade não é o objeto do direito à imagem, já que a utilização não autorizada significa ferir a faculdade da pessoa de dispor de sua imagem, sendo a liberdade um mero aspecto circunstancial;

g) teoria do patrimônio moral da pessoa: o direito à imagem integra, ao lado de outros atributos da personalidade, o patrimônio moral da pessoa. Contudo, é uma teoria vazia, pois seria aplicável a qualquer direito da personalidade, além do erro conceitual de incluir na esfera moral do sujeito o direito à imagem e não a imagem, objeto de um

direito. É a conduta em face da imagem que é disciplinada pelo Direito, sendo desnecessário procurar paradigmas nas categorias patrimoniais; e

h) teoria do direito autônomo à luz do direito positivo brasileiro: o direito pátrio, a partir do advento da CF/88, consagrou a teoria do direito à imagem como um direito autônomo, conferindo-lhe proteção legal independente de violação de outro direito da personalidade.

Ultrapassada as origens históricas dos direitos da personalidade (por consequência, do direito à imagem), expostas em seção anterior, já se concentrando no século passado, em meio das teorias acima expostas, embora não houvesse menção expressa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 1948, tratou de princípios universais, protegendo o homem ampla e irrestritamente, sendo o primeiro teto a trazer a proteção à imagem (art. 12: “ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência nem a ataques à sua honra e reputação”).

Após, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civil e Políticos, de 1966 consagrou que toda pessoa terá direito à liberdade de expressão, receber e difundir informação de qualquer natureza, ressalvado o respeito à reputação de terceiros, inspirando-se no art. 12 da Declaração de 1948.

Nesta toada, chegando ao direito positivo brasileiro, antes de 1988 a proteção ao direito à imagem dava-se no campo dos direitos personalíssimos. Houve algumas legislações esparsas que trataram deste direito, mas não expressamente.

O art. 22 da Lei Eleitoral nº 496, de 01 de agosto de 1898, previa a proteção à imagem somente no tocante ao direito autoral, estabelecendo limitações a este direito concedendo um do direito mais forte ao retratado do que ao retratista.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 dispôs no art. 666, X, que não era ofensa ao direito do autor “a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se a reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”. Este dispositivo demonstrava “a visível superioridade do direito à imagem ao direito de autor”^[31] e foi inspirado na lei sobre direito autoral alemã de 1907, sendo revogado com a promulgação da Lei nº 5.988/73 (art. 49, I, “f”).

A Lei nº 5.722/71, que instituiu o Código de Proteção Industrial, também trouxe regra sobre o tema, ao prever no art. 65, XII, que só é permitido o uso da efígie de terceiro como marca com o exposto consentimento do titular ou de seus sucessores.

Atualmente, pode-se afirmar que o direito à imagem é caracterizado como um dos direitos da personalidade expressamente previsto no art. 5º, V, X e XXVIII, “a” da CF/88 (regras auto-aplicáveis) e no art. 20 do CC/02.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) também possui regra de resguardo da imagem: “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos

espaços e objetos pessoais” (art. 17). O seu art. 240 igualmente protege a imagem ao fixar punição para quem “produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica”, assim como o art. 241 pune aquele que “fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

A Lei nº 9.601/98 (Lei do Direito Autoral), pela umbilical ligação do direito à imagem e do autor, traz regras de proteção ao autor, bem como ao retratado, ao artista, ao intérprete e ao executante (art. 7º).

O direito à imagem é o que “projetamos ou queremos que seja projetado de nós mesmos, sob o aspecto físico, para o mundo exterior. Porém, não há que se restringir a características de imagem à feição, abarcando-se aqui elementos de identificação/distinção do sujeito”.^[32]

A imagem, contudo, não está restrita ao rosto, mas a qualquer parte do corpo de um indivíduo, desde que identificável: “compreende-se, nesse conceito, não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida”.^[33]

No tocante à reprodução da voz da pessoa, seja por qualquer meio, leciona Álvaro Antônio do Cabo Barbosa:^[34] “direito de imagem: este é suficientemente amplo para, por analogia, abraçar a voz como componente da imagem, desde que possa pela voz reconhecer um sujeito”.

O direito à imagem, contudo, não se limita à exposição de aspectos físicos da pessoa, mas também a atributos construídos em nossas relações sociais, incorporando elementos intangíveis.

Luiz Alberto David Araújo^[35] apresenta uma sistematização que distingue duas espécies de imagem: imagem-retrato e imagem atributo.

A imagem-retrato seria normatizada pelo art. 5º, X da CF/88, cujo conceito assemelha-se à visão tradicional da imagem, qual seja, sobre as partes identificáveis do corpo da pessoa. Já a imagem-atributo seria regulada pelo art. 5º, V da CF/88, consistindo na imagem construída por seu titular (ou com seu consentimento) com traços próprios, ou seja, a figura pública do indivíduo perante a sociedade. Dentro de uma gama de comportamento, escolhe-se ou deixam-se escolher aqueles para a construção de uma imagem social, muitas vezes visando-se objetivo econômico^[36] (por exemplo, a carreira de uma atleta que precisa ter uma imagem de saúde para obter patrocínio ou fazer propaganda de produtos relacionados ao bem estar, não podendo ter sua imagem envolvida em episódios de uso de doping ou drogas).

Para diferenciação dos conceitos de imagem-retrato e imagem-atributo acima, Luiz Alberto David Araújo^[37] afirma que é possível o uso indevido da imagem-retrato, através de uma divulgação não autorizada, e ao mesmo tempo a imagem-atributo ser valorizada (a imagem, embora divulgada sem consentimento, é colocada num contexto benéfico ao sujeito, como quando uma pessoa famosa está fazendo filantropia anonimamente e uma fotografia é publicada sem sua aprovação, levando seu público a lhe ter mais apreço ou respeito), violando-se o direito à imagem quanto à imagem-

retrato sem que haja dano quanto à imagem-atributo. É também possível, por outro lado, a violação da imagem-retrato trazendo danos também à imagem-atributo, assim exemplificado: “uma montagem de fotografia (sem autorização do indivíduo) onde a pessoa está bebendo num bar pode causar um dano grave a sua imagem, especialmente, no caso, se ele professar uma religião onde o consumo da bebida alcoólica é proibido”.

Por óbvio, que o direito à imagem toca tanto as pessoas físicas quanto às jurídicas.

Possível ainda afirmar que, sob a ótica da proteção, o direito à imagem é meramente uma proteção jurídica contra o uso indevido da imagem de um indivíduo, resolvendo-se a questão em sede de responsabilidade civil, apurando-se perdas e danos (materiais e/ou morais), conferindo um cunho patrimonialista.[38]

Como qualquer direito da personalidade o direito à imagem é um direito subjetivo, absoluto, necessário, vitalício, instransmissível, irrenunciável, extrapatrimonial (ainda que possa ter reflexos econômicos), imprescritível e impenhorável, tal como as propriedades já elencadas do direito

No tocante às características acima, trava-se discussão acerca da natureza da legitimação dos herdeiros e sucessores para defesa da imagem de uma pessoa falecida.

Apesar do direito à imagem expirar-se com o falecimento do indivíduo, reflexos decorrentes de uma lesão *post mortem* conferem aos sucessores do morto o direito de reparação, na medida em que a preservação da imagem, salvo as excludentes legais, “é de rigor, não só por respeito à memória dos mortos, como também pelo desconforto e prejuízo que violações desse jaez poderão ocasionar ao cônjuge supérstite, aos descendentes e ascendentes.”[39]

Ainda nesse sentido, válido lembrar que a morte implica na extinção da personalidade e, por conseqüência, do direito da personalidade. Porém, a imagem física do sujeito persiste em reproduções indefinidamente, atribuindo a lei aos sucessores direito sobre estas reproduções. Não se trata de um direito da personalidade transmitido aos herdeiros na medida em que não é um direito à própria imagem, mas de um novo direito.[40]

Pode-se fixar como regra que (i) ninguém pode reproduzir a imagem de outrem sem autorização; (ii) a autorização não se presume, salvo casos particulares; e (iii) a autorização é limitada e de objeto específico.[41]

Do mesmo modo que os demais direitos da personalidade, o direito à imagem possui um núcleo duro inatacável, sofrendo limitações na área da periferia e da orla do direito, que implicam na exceção à regra acima.

Tais limitações podem decorrer de dois fatores: (i) os que emergem da própria natureza do direito e constituem restrição à sua manifestação; e (ii) aqueles fruto da obrigatória subordinação do interesse individual a exigências do interesse público em certas hipóteses.[42]

No primeiro caso inclui-se a disponibilidade voluntária do direito à imagem pelo seu titular, que “só encontra limite na impossibilidade natural de o sujeito dela se privar”[43] e no princípio maior da dignidade da pessoa humana. Esta é a hipótese de artistas, modelos, atletas que ilustram capas de revista, propagandas, comerciais, cedendo sua imagem por uma remuneração em uma relação contratual, através do princípio da autonomia da vontade.

No segundo caso, é possível afirmar que o direito à imagem pode sofrer limitações no confronto com outros direitos, como na hipótese de predominância do direito à informação e à liberdade de expressão, previstos nos arts. 5º, XIV e 220 da CF/88. Confira-se o exemplo de Luiz Alberto David Araújo:[44]

“O Presidente da República, por exemplo, não pode se insurgir contra a utilização de sua imagem dentro de um livro de História do Brasil. Não pode pretender receber indenização quando o livro de História, narrando a seqüência de presidentes do País, apresenta a sua fotografia. Da mesma maneira, não pode, certamente, pretender indenização quando o jornal estampa a sua fotografia em local público, dentro de sua atividade regular do exercício do cargo público. Portanto, estamos diante de uma situação de imagem não protegida.”

Nesse sentido, a pessoa pública no exercício de suas funções ou notória (voluntariamente ou não, como na hipótese de vítimas de atos criminosos ou de bandidos) não possui direito à imagem a ser protegido, tendo dito Rui Barbosa,[45] no início do século passado, que “queiram ou não queiram, os que se consagraram à vida pública até à sua vida particular deram paredes de vidro”. O interesse público há de prevalecer, limitando o interesse privado do titular do direito à imagem.

No tocante às pessoas notórias, Silma Mendes Berti[46] frisa, com precisão, que a “divulgação do seu retrato será, então, lícita naquele círculo ambiental no qual goze de popularidade. Lícitude que deve referir-se à imagem da pessoa ao tempo da notoriedade. Não como era antes de tê-la adquirido, nem como chegou a ser depois de havê-la perdido”.

Ademais, há violação se o uso da imagem da pessoa famosa por fora dos padrões sociais admitidos (a foto da nudez de uma atriz numa para uma revista especializada estampando um jornal sem autorização) ou fora do contexto jornalístico ou noticioso (uso da imagem para publicidade sem permissão).[47]

Assim, possível traçar três requisitos para a limitação do direito à imagem da pessoa pública ou famosa: (i) a pessoa deve ser pública, notória ou popular; (ii) a divulgação visa satisfazer o interesse público pela informação; e (iii) a imagem veiculada sem consentimento não trata da vida estritamente privada da pessoa.[48]

Do mesmo modo, não possui resguardo do direito à imagem aquela pessoa cuja imagem é divulgada num evento público, sendo o objeto da veiculação o evento e não aquele indivíduo em particular.

Aqui se vê igualmente o limite do direito à imagem no caso de julgamentos que “são públicos via de regra (art. 93, IX da Constituição Federal), o que afasta a alegação de lesão à imagem captada nessas circunstâncias”.^[49] A utilização de imagem, ainda no âmbito jurídico-policial, a fim de permitir a localização de um suspeito de crime ou obter informações que permitam solucionar um delito, não caracterizam violação ao direito de imagem, pois prevalece o interesse social.

Outra circunstância limitadora do direito à imagem é o uso científico ou didático. Na medicina é comum o uso de imagens para divulgação do emprego de técnicas cirúrgicas, novos tratamentos, embora deva ser adotado o cuidado de evitar a cognoscibilidade do paciente (caso contrário, necessário o consentimento do retratado).^[50]

Por fim, quando realizada a caricatura de uma pessoa, com sua representação humorística, não há que se falar em violação ao direito à imagem do retratado, tendo em vista o *animus jocandi* que envolve a caricatura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao logo das breves considerações deste estudo depreende-se que os direitos da personalidade estão subsumidos na categoria de direitos fundamentais, balizados pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana. Seu papel para o sujeito de direito foi, com o passar dos séculos, agigantando-se, de mero atributo em defesa ao Estado a um instrumento de transformação da sociedade para mediar conflitos e diminuir as desigualdades sociais. Seu campo de incidência não é mais apenas vertical, mas também horizontal.

A sociedade contemporânea é hipercomplexa, globalizada e tecnológica, cuja compreensão somente é possível libertando-se das amarras dos antigos conceitos positivistas. O resgate dos princípios éticos e morais e a valorização dos direitos fundamentais (por óbvio aí inclusos os direitos da personalidade) parecem ser o caminho.

Tomando o direito à imagem, em particular, esse estudo tinha a pretensão de apresentar suas principais características e aspectos mais relevantes, provendo ferramentas para sua melhor interpretação e aplicação dentro do contexto ora exposto.

É certo que o direito à imagem ganha relevância na medida em que o indivíduo possui sua imagem exposta a todo lugar e momento, desde ao caminhar pela rua (em Londres, por exemplo, há câmeras espalhadas por toda a cidade por conta de seu esquema de segurança pública) ao realizar uma compra numa loja (vide os cadastros como SPC e Serasa, cujos registros conferem ao indivíduo a imagem de bom ou mau pagador). Isto, por óbvio, sem falar da realidade virtual criada pela internet e sites como *Youtube*, com velocidade e regras próprias que muitas vezes fomentam a ilusão de que fogem ao controle do Direito e que criam um “mundo paralelo” de liberdades irrestritas.

Assim, o direito à imagem deve ser interpretado e, principalmente, protegido levando-se em conta as novas e complexas relações sociais. Para tanto, essencial compreender seu caráter de direito da personalidade, de direito fundamental permeado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O olhar para o passado (como e porquê nasceu) e suas características intrínsecas é o artifício para o aplicador do Direito ver o presente e, principalmente, o futuro que se descortina ante seus olhos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem. **Revista do advogado**. São Paulo: AASP, 2003, p. 120.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v. 9, n° 33, p. 93-116, 2006.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTC**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 16, p. 59-102, out/dez 2003.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. **A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional**, Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-58.

DUARTE, Fernanda, et al (org.). **Direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v. 8, n° 31, p. 51-70, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Milton. Proteção civil da intimidade. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 1996.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Produção intelectual dos Ministros do STJ**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/139>. Acesso em: 21 de junho de 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4. ed., 2006.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil anotado v.1**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.1.

SÁ, Maria de Fátima Freire. Personalidade civil do ser humano e direitos da personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 192-204, 1º e 2º sem. 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 499.

[1] SÁ, Maria de Fátima Freire. Personalidade civil do ser humano e direitos da personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 192-204, 1º e 2º sem. 2000.

[2] ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v. 9, n° 33, p. 93-116, 2006.

[3] SÁ, ob. cit., p. 192-204.

[4] OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil anotado v.1.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 2-3

[5] ASCENSÃO, ob. cit., p. 93-116.

[6] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4. ed., 2006, p. 167.

[7] SÁ, ob. cit., p. 192-204.

[8] AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 210.

[9] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – teoria geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 206.

[10] SÁ, ob. cit., p. 192-204.

[11] ASCENSÃO, ob. cit., p. 93-116.

[12] DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. **A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional,** Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-58.

[13] DONEDA, ob. cit., p. 35-58.

[14] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 131.

[15] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

[16] OLIVEIRA, ob. cit., p. 45.

[17] CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana, 2004, p. 24.

[18] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 5.

[19] DONEDA, ob. cit., p. 35-58.

[20] ASCENSÃO, ob. cit., p. 93-116.

[21] SÁ, ob. cit., p. 192-204.

[22] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.1, p. 40.

[23] FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v. 8, n° 31, p. 51-70, 2005.

[24] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTC**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 16, p. 59-102, out/dez 2003.

[25] BITTAR, ob. cit., p. 60.

[26] PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana** apud FACHIN, ob. cit., p. 51-70.

[27] TEPEDINO, Gustavo. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 499.

[28] DONEDA, ob. cit., p. 35-58.

[29] BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.31.

[30] FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Produção intelectual dos Ministros do STJ**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/139>. Acesso em: 21 de junho de 2008.

[31] BERTI, ob. cit., p. 26.

[32] DUARTE, Fernanda, et al (org.). **Direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

[33] CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

[34] BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25.

[35] ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem. **Revista do advogado**. São Paulo: AASP, 2003, p. 120.

[36] ARAÚJO, ob. cit., p. 122.

[37] Ibid., p. 122.

[38] DUARTE, ob. cit, p. 154.

[39] FRANCIULLI NETTO, ob. cit.

[40] BERTI, ob. cit., p. 48-49.

[41] FERNANDES, Milton. Proteção civil da intimidade. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 1996, p. 268.

[42] BERTI, ob. cit., p. 51.

[43] BERTI, ob. cit., p. 42.

[44] ARAÚJO, ob. cit, p. 122.

[45] BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990, p. 75.

[46] BERTI, ob. cit., p. 55.

[47] FARIAS; ROSENVALD, ob. cit., p. 145.

[48] BERTI, ob. cit., p. 56.

[49] BARROSO, ob. cit., p.59-102.

[50] BERTI, ob. cit., p. 61.

**A AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE DEPENDENTE QUÍMICO NO
BRASIL E A DISCUSSÃO SOBRE A INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA:
INSTRUMENTOS DE CONTROLE**

**THE PRIVATE AUTONOMY OF SUBSTANCE DEPENDENT PATIENTS IN
BRAZIL AND A DISCUSSION ON INVOLUNTARY INTERMENT:
INSTRUMENTS OF CONTROL**

Joyceane Bezerra de Menezes

RESUMO

Desenvolve uma discussão no plano do direito de personalidade, com o fim de analisar o conflito entre a autonomia privada do paciente dependente de substâncias e a atuação do médico na definição do tratamento, especialmente da internação involuntária. Adota uma metodologia de abordagem qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica de análise doutrinária e documental. Entende-se, com a análise, que o diagnóstico da dependência de substância não é condição exclusiva e suficiente para que o médico imponha a internação involuntária. Há que se observar a vontade do paciente, em atenção à sua autodeterminação. Na medida em que persistir, com juízo crítico, opondo-se à medida interventiva, a vontade do dependente prevalecerá sobre o interesse da família e/ou de terceiros. Isto em razão da cláusula geral de tutela, constitucionalmente consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, também assentado como princípio constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: AUTONOMIA PRIVADA. TRANSTORNO DE DEPENDÊNCIA A SUBSTÂNCIAS. DEONTOLOGIA MÉDICA. CONTROLE.

ABSTRACT

A discussion relating to personal rights is developed, towards analyzing the conflict between the private autonomy of the substance dependent patient and medical action, in defining treatment and specially determining involuntary interment. A qualitative methodology is adopted through bibliographical research of documents and analyses of doctrine. Through this analysis, it is understood that substance dependence is not in itself a exclusive or sufficient condition to warrant a doctor imposing an involuntary interment. While sufficient critical judgment is present in patient, the dependent's decisions prevail over those of family or third parties. This is so in light of the general clause of 'tutela', constitutionally supported by the principal of the dignity of human beings and the general right to liberty, another constitutional principal.

KEYWORDS: PRIVATE AUTONOMY OF WILL. SUBSTANCE DEPENDENCE DISORDER. MEDICAL DEONTOLOGY. CONTROL.

1 INTRODUÇÃO

Não é tranqüila a tarefa do médico em compatibilizar o respeito à autonomia privada do paciente e o tratamento psiquiátrico. A reforma psiquiátrica no Brasil traz normas que intentam regular as situações em que este conflito é mais premente, como na hipótese de internação involuntária. O contexto atual repudia o tratamento hospitalar e com ele as internações demoradas, especialmente aquelas impetradas sem a manifestação volitiva do paciente, cuja autonomia e dignidade há que se fazer respeitar.

Primariamente, importa destacar que o paciente psiquiátrico, drogadito ou alcoólatra, é também titular de direitos e dignidade. Mesmo com o estado de saúde psíquica comprometido, é necessário respeitar a condição pessoal do paciente e, conseqüentemente, a sua autodeterminação. Assim, a intervenção do médico encontra limite na autonomia privada do sujeito.

A questão se complica naquelas situações mais extremas em o paciente dependente químico está com o sistema volitivo comprometido e vivencia uma circunstância que o expõe moralmente, põe em risco a sua saúde ou a saúde de terceiros. É certo que, as normas do controle social regulam a atuação lesiva da pessoa imputável, determinam o ressarcimento dos danos causados a terceiros e podem, inclusive, autorizar a instauração de processo criminal. Porém, o que se intenta enfocar, neste trabalho, é a correlação entre o tratamento médico a ser dispensado e a autonomia do paciente. Ou seja, abordar os limites da atuação do médico ante à recusa do paciente dependente químico. Poderia o médico impor-lhe um tratamento, determinando-lhe uma internação involuntária?

Propõem-se apenas a análise dos limites da atuação do médico psiquiatra diante a autonomia privada do paciente psiquiátrico dependente de substâncias e um breve exame dos atuais mecanismos de controle para a internação psiquiátrica involuntária. O atual Código Civil Brasileiro prevê a perda relativa da capacidade para o toxicômano e alcoólatras, após o devido processo legal de interdição. Porém, muitas são as outras situações em que o dependente de substância chega a um estágio grave de comprometimento cognitivo, sem que haja sofrido qualquer restrição judicial à sua capacidade civil.

Após a análise da relação entre dever profissional do médico e a autonomia do paciente, também importa analisar o efeito da internação involuntária sobre os direitos de personalidade, bem como os atuais mecanismos de controle estatal e social para essa medida *in extremis*, cuja prescrição já é vista com reservas no plano da própria reforma psiquiátrica.

Para cumprir o objetivo, o texto é construído por três partes: a primeira parte faz uma abordagem perfunctória sobre a reforma psiquiátrica no Brasil e a deontologia médica; a segunda, dispõe sobre a autonomia do paciente na aprovação do tratamento médico, correlacionando a evolução do direito da personalidade com o avançar da reforma psiquiátrica no Brasil e, a terceira, encerra a discussão, analisando a adequação dos

instrumentos de controle da internação involuntária na garantia dos direitos do paciente e como óbice ao retorno do modelo de manicomial de intervenção.

2 A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL E AS MODALIDADES DE INTERNAÇÃO

O modelo assistencial e comunitário de saúde mental vem se sobrepondo ao modelo hospitalar, genericamente relacionado às instituições psiquiátricas de características asilares e custodiais. Em função da ascendência e fortalecimento das doutrinas humanistas e da emergência dos direitos de personalidade, a atenção à saúde mental tem prosperado para ampliar o respeito à personalidade e à dignidade do indivíduo acometido de algum transtorno. O objetivo é por abaixo as reminiscências das antigas práticas, marcadas pela negação da loucura, conforme descreve Foucault (2004). Até um passado não tão distante, a loucura e outras formas de transtornos mentais eram tratados apenas em vista da tutela da família, da segurança e da propriedade, priorizando-se as instituições em detrimento da pessoa[1].

Apesar das dificuldades em oferecer um conceito para doença mental e para transtorno de comportamento, em face dos critérios que oscilam nas diferentes épocas, conforme o ritmo de trabalho e outras fontes de estresse que, findam por desenhar novas formas de perturbações psíquicas, o Conselho da Europa reconheceu que as atitudes de respeito ao portador da doença mental evoluíram na segunda metade do século XX.

Já em 1990, o Brasil aderiu a Declaração de Caracas (1990), marco dos processos de reforma da assistência em Saúde Mental nas Américas. Por esta Declaração, dentre outros pontos, enfatizou-se a importância de um modelo assistencial pautado no Atendimento Primário da Saúde centrado na comunidade e dentro de suas redes sociais; a necessidade de uma revisão crítica do papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico na prestação de serviços; e o empenho na utilização de recursos, cuidados e tratamentos para a salvaguarda da dignidade pessoal e dos direitos humanos e civis (VENTURA, 2007, p.834).

Em 17 de dezembro de 1991, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou os princípios gerais destinados à proteção da pessoa atingida por doença mental, reconhecendo-lhes uma gama de direitos, dentre os quais: o acesso aos melhores cuidados de saúde mental disponíveis; a humanidade do tratamento, mediante o respeito à dignidade da pessoa humana; a proteção contra todas as formas de exploração, seja econômica, sexual etc; a não discriminação; o reconhecimento dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, atribuídos por instrumentos internacionais; o direito de defesa e de acesso aos tribunais; e ainda o direito à vida comunitária e ao trabalho, se possível.

Instituíram-se princípios que primam pela vida comunitária e expurgam as formas de tratamento pautadas no alijamento social. Por esta via, o internamento forçado passou a sofrer severas restrições.

A própria compreensão de doença mental, como mencionado, sofreu alterações, surgindo outras formas de perturbações psíquicas merecedoras de atenção. No Brasil, cerca de 12% (doze por cento) da população recebe algum tipo de tratamento psiquiátrico, enquanto 3% (três por cento) sofre de transtornos mentais graves[2].

A Lei n 10.216, de 6 de abril de 2001 (BRASIL, 2004, p.17) dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, adotando um modelo assistencial comunitário em saúde mental. Relativamente ao dependente de substância, há compromisso firmado pelo Brasil perante a ONU de garantir o melhor tratamento e ainda respeitar os direitos e a cidadania do dependente, considerando o tema objeto da saúde mental básica[3].

O direito à saúde constitui um direito indispensável à autodeterminação do sujeito, imbricado à manutenção de sua vida e coligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme art.196 da Constituição, “a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Como direito social, se efetiva por meio de políticas públicas destinadas ao adequado planejamento da ação estatal para garantir a todos o fim específico, qual seja a promoção, proteção e recuperação da saúde[4]. Considerando os enunciados decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o direito à saúde também pode consistir em um direito individual, derivativo do direito à vida e instrumental à realização da dignidade da pessoa humana. A própria Lei n.º.8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes no Brasil, enuncia a saúde como um direito fundamental do ser humano, no art.2º. Em face da importância da saúde para a vida biológica e social do indivíduo, há quem inclua esse bem no rol dos direitos de personalidade, em classificação específica denominada *direitos de personalidade sociais* (SZANIAWSKI, 1993, p.51). Embora não seja uníssona a aceitação dessa classificação, não se olvida afirmar que certos direitos sociais são indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa.

A saúde a que se refere a Constituição Federal de 1988, corresponde àquela definida pela Organização Mundial de Saúde como “um estado completo de bem estar físico, mental e social, o qual envolve a participação, a prevenção e a execução da medicina individual e social”. Vê-se pois, que a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana são conceitos de tal modo intrincados que uma vida sem saúde, em pouco ou nada é capaz de alcançar aquela *dignidade*.

A dignidade da pessoa humana corresponde a um *princípio constitucional conformador* (CANOTILHO, 1993, p.178) da ordem constitucional brasileira, constituindo fundamento do Estado (art. 1º., III, CF/88) e substrato teleológico dos direitos fundamentais (LUÑO, 1995, p.318), dentre os quais o direito à vida, à saúde e à liberdade.

Na sua efetivação, esse princípio demanda, não apenas o impedimento às ofensas e/ou humilhações, mas também um direito ao pleno desenvolvimento da personalidade, “[...] constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o

humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* (Selbstbestimmung des Menschen) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza”. (LUÑO, 1995, p.318).

Atenta a esses conceitos, a reforma psiquiátrica brasileira busca, por meio de princípios e ações concretas, o reconhecimento da dignidade do paciente acometido de transtorno mental e ou dependência de substância. Estabelece um rol de direitos específicos, dentre os quais, o acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, pautado no respeito e motivado para o exclusivo benefício de sua saúde de forma promover sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade, rechaçando o encarceramento em manicômios.

O tratamento ao dependente químico segue as orientações gerais da atual reforma, cuja atenção prioritária é feita pelas redes extra-hospitalares, nas quais se acham os CAPS – Centro de Atenção Psicossocial, com modalidade específica de atendimento à dependentes de substâncias.

A alternativa da internação hospitalar somente é utilizada nos casos em que os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, e mesmo assim, é terminantemente vetada a manutenção de instituições asilares. O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais ou dependência química, incluindo não apenas os serviços médicos, mas também serviços de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. Isto porque o fim primordial da internação, mesmo enquanto medida *in extremis*, será a reabilitação e reinserção do paciente ao seu meio de convívio.

2.1. Modalidades de internação psiquiátrica

A Lei prevê três tipos de internação psiquiátrica: a internação voluntária, que conta com o consentimento do paciente; a internação involuntária que se dá a pedido de terceiro, mas sem o consentimento do paciente; e a internação compulsória, determinada pelo Estado, por meio do Poder Judiciário.

Tanto a internação voluntária quanto a internação involuntária exigem a prescrição por médico registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado onde se situa o estabelecimento hospitalar. Além do laudo médico, a adoção da medida há que obedecer outros requisitos específicos que, objetivamente, procuram preservar o respeito à personalidade do paciente e a sua autonomia.

A internação psiquiátrica voluntária (IPV) depende da manifestação volitiva expressa do paciente, mediante declaração assinada no ato de sua admissão, na qual conste a sua opção por aquela modalidade de tratamento. Em consequência, o término da internação

se dará não somente por determinação do médico assistente, mas também por solicitação do paciente, conforme estabelece o art. 7º. da Lei no.10.216/2001. Nota-se, nesta modalidade de internação, um respeito absoluto à autonomia do paciente, que ainda apresenta juízo crítico e volição operantes, indispensáveis a uma escolha consciente.

Mas se, ao longo do tratamento, o médico perceber a necessidade de prolongamento do tratamento e diagnosticar o prejuízo do sistema volitivo do paciente, a internação voluntária pode se transformar em internação involuntária, o que pode relativizar o respeito à sua autonomia.

A internação psiquiátrica involuntária (IPI), a seu turno, exige tanto na internação quanto na alta, a comunicação ao Ministério Público Estadual da circunscrição territorial do estabelecimento, no prazo de setenta e duas horas após a adoção da medida. Este dispositivo também se aplicará aos casos em que uma IPV se converter em IPI. Trata-se aqui, de um mecanismo legal de controle em face dos direitos do paciente. O Ministério Público verificará, a pertinência e adequação da medida, podendo se valer de auxílio técnico de profissional competente, na tentativa de obter laudo diferenciado ou confirmatório.

Como a própria locução explica, a Internação Psiquiátrica Involuntária prescinde do consentimento do paciente que é apresentado ao médico por familiar ou responsável legal ou até mesmo por alguma autoridade legal (polícia civil ou militar, bombeiro etc), comum quanto aos andarilhos ou moradores de rua, sozinhos. Considerada uma alternativa de tratamento, em princípio ofensiva à autodeterminação, o médico haverá que analisar detidamente a sua necessidade, avaliando ainda, se o paciente, de fato, sofre o prejuízo de sua capacidade de discernimento. O Diretor da Clínica Psiquiátrica dos Hospitais da Universidade de Coimbra diz que, naquela unidade, a internação involuntária não chega a atingir 1% (um por cento) do total das internações psiquiátricas (SERRA, 2000, p.56). No Brasil, a média certamente supera esse percentual. Somente no ano de 2007, foram registradas 3.486 (três mil quatrocentos e oitenta e seis) apenas no Município de Fortaleza, estado do Ceará.

A última modalidade de internação é a Internação Psiquiátrica Compulsória (IPC) que, nos termos da legislação vigente, somente poderá ser determinada pelo Poder Judiciário, em atenção às condições de segurança do estabelecimento quanto à proteção do paciente, dos demais internados e dos funcionários. É bem certo que a medida judicial dependerá do devido processo legal, no qual não se dispensará o parecer técnico do profissional competente.

3. A deontologia médica: o poder/dever do médico nas hipóteses de internação psiquiátrica involuntária

O Código de Ética Médica estabelece que o alvo da atuação do médico é a saúde do ser humano, em função da qual empenhará todo o seu zelo e capacidade profissional. É seu dever, o respeito absoluto pela vida humana e uma atuação contínua em benefício do paciente. O médico não poderá, nos termos da deontologia médica, utilizar os seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar atentados à sua dignidade e sua integridade. Deverá, contudo, indicar o procedimento adequado à necessidade do paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e as normas legais vigentes no País, nos termos do art. 22, do Código de Ética Médica.

Tem-se aqui, o dever do médico em respeitar a dignidade do seu paciente e, conseqüentemente, a sua autodeterminação ético-existencial. O dever de envidar esforços para a preservação ou recuperação da sua saúde, sem se sobrepor a sua vontade e autodeterminação. Por esta razão lhe é defeso realizar qualquer procedimento sem o consentimento e esclarecimento prévios ao paciente ou responsável legal.

Em razão do dever de respeito à integridade da pessoa, o médico também não poderá adotar práticas que provoquem a alteração da personalidade ou da consciência do paciente, com o fito de reduzir-lhe a resistência física ou mental em investigação policial ou de qualquer outra natureza. Responderá civil, penal e administrativamente pelo cometimento de atos lesivos à personalidade e à saúde física e/ou mental do paciente.

O próprio Código de Ética Médica traz o dever de respeito à personalidade e à integridade físico-psíquica do paciente e as conseqüências decorrentes do seu descumprimento. Porém, torna obrigatória a atuação impositiva do médico quando em face do iminente perigo de vida (art.56)[5].

É fácil admitir-se a atuação impositiva do médico nas hipóteses em que o paciente não apresenta qualquer juízo crítico, discernimento ou livre e consciente manifestação volitiva. Aqui, prevalecerá a atuação profissional na tentativa de preservação da saúde e da vida da pessoa. Não há como se apurar a sua autonomia privada, posto que não há volição apta. Mesmo assim, sua atuação deve se circunscrever às práticas aceitas no país e em atenção às normas pertinentes.

Inobstante, em se tratando de paciente portador de dependência química, haverá hipóteses em que o médico estará legitimado a aplicar um tratamento à revelia de sua vontade? Caberia, nos moldes da ética médica e da legislação brasileira, a internação psiquiátrica involuntária? Quais requisitos acompanhariam a opção por este procedimento?

Na hipótese de ausência de juízo crítico, nos casos de iminente perigo de vida, o Código de Ética Médica não só autoriza, mas impõe ao médico a obrigação de adotar medidas que afastem esse perigo. É necessário averiguar, quanto ao dependente de substância, se o mesmo está sem juízo crítico e sob iminente perigo de vida. Na medida em que a ausência do discernimento estiver associada à ameaça à saúde e/ou vida de terceiros também seria razoável a medida. Nessa última hipótese, ainda se verifica maior complexidade. Na medida em que o paciente apresenta comportamento violento e

familiares se sentem ameaçados, caberia a aplicação da medida? Crê-se, nessa hipótese, que o médico terá maior responsabilidade na construção do laudo, haja vista que também se apoiará em circunstâncias alheias ao mero exame clínico[6]. Cercado de todas as cautelas, mediante autorização de familiar ou responsável, poderá proceder a internação involuntária.

4. A AUTONOMIA DO PACIENTE DEPENDENTE DE SUBSTÂNCIA

A autonomia da vontade é expressão da liberdade da pessoa. No pensamento kantiano, a autonomia é o próprio fundamento da dignidade da pessoa humana (KANT, 1984, p.141).

A personalidade humana se compõe a partir de uma montagem antropológica que envolve três elementos: a individualidade, a subjetividade e a personalidade (SUPIOT, 2006, p.15). Cada homem é um indivíduo singular, exclusivo e irrepetível, embora guarde semelhanças com os demais da espécie. Graças à razão, é um sujeito soberano, muito embora esteja subordinado à lei comum – a lei da natureza que atinge diretamente o seu processo vital, por meio da certeza de sua morte. A sua personalidade supõe dupla dimensão: corpo e espírito – a sua existência física material e a sua inteligência criacional capaz de superar sua finitude. A articulação desses elementos dúplices, matéria e espírito, biológico e racional permite a autodeterminação da pessoa, produto da sua autonomia.

Segundo Dworkin (2003, p.319) “o reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com a nossa própria personalidade (diria individualidade), coerente ou não, mas de modo distintiva”. A pessoa demenciada e, por semelhança, aquela privada de suas faculdades ainda que temporariamente, também pode ter reconhecida a autonomia. Na medida em que tenha a mínima aptidão para fazer escolhas compatíveis com os seus interesses fundamentais, considerando a vida que ordinariamente leva, deve ter respeitada a sua autonomia.

Na defesa de Dworkin, a autonomia centrada na integridade “não pressupõe que as pessoas competentes tenham valores coerentes ou que, inexoravelmente, realizem as melhores escolhas”[7].

Isto porque todas as pessoas, até aquelas de temperamento estável, são falíveis, nem sempre se orientam da forma mais adequada, em alguns momentos de suas vidas tropeçam e sofrem conseqüências negativas de escolhas impensadas. De modo sintético assinala: “quando as escolhas de um paciente com demência moderada forem razoavelmente estáveis e coerentes com o caráter geral de sua vida anterior e, grosso modo, incoerentes e autodestrutivas somente na medida em que também são as escolhas das pessoas plenamente competentes, pode-se considerar que ela ainda detém o controle de sua vida e que, por esse motivo, tem direito à autonomia” (DWORKIN, 2003, p.320).

E, quanto aos inteiramente demenciados, privados de mínimo juízo crítico, ainda se lhes garante os efeitos da dignidade da pessoa humana, especialmente quanto a medida assistencial de respeito à pessoa (SARLET, 2007, p.54). Ademais, a tutela da personalidade humana deve compreender a pessoa na sua unidade físico-psíquico-ambiental, com contradições internas e externas, potencialidades e carências, defeitos e virtudes, saúde e doença, sujeita a uma realidade metamórfica que se segue da gestação à decomposição. De onde se extrai que o indivíduo portador de transtorno psíquico, mesmo grave, também tem o direito geral de personalidade.

Segundo Burns (2007), as escolhas realizadas pela pessoa, quando examinadas sob a perspectiva da neurociência atual correspondem, de uma maneira bastante simplificada, da atuação da volição que advém de uma interação de dois sistemas neurais individuais, interagentes: um sistema *impulsivo* e um sistema *reflexivo*. O sistema reflexivo controla o sistema impulsivo por meio de vários mecanismos de controle de impulso. Nessa perspectiva, duas condições podem desequilibrar este sistema volitivo: a) um sistema reflexivo disfuncional ou, b) um sistema impulsivo hiperativo. Uma ou outra pode resultar em prejuízo à capacidade volitiva do sujeito. Para esse autor, o dependente de substância pode, em função do uso da droga, pode apresentar uma disfunção nesse sistema. Mas não significa que ipso facto a condição de dependente, esteja imerso em uma inexorável situação de apatia e alienação de sua vontade.

De tempos remotos, a sociedade em geral e, conseqüentemente, o mundo médico-legal, entendia os pacientes dependentes de substâncias como desprovidos de vontade própria em função dessa dependência. Tratavam a dependência química em semelhança aos outros transtornos mentais em geral, cerceando e limitando a autonomia do dependente. O próprio Código Civil Brasileiro, de 1916, incluía, no rol dos absolutamente incapazes, os “loucos de todos os gêneros”, albergando nesta condição todos aqueles sujeitos que fugissem à compreensão da normalidade, dentre os quais, os dependentes de substância. O atual Código Civil prevê o toxicômano e alcoólatras no rol dos relativamente incapazes. Essa possibilidade está atrelada ao devido processo legal de interdição.

O atual entendimento é de que o paciente dependente de substância mantêm a sua autonomia privada, quando tem preservada a sua capacidade cognitiva. E, por isso, poderá exercer seu direito à recusa de tratamento e/ou internamento. Isso representa, repita-se, uma forte valoração à vontade do paciente pela contínua ascensão das correntes humanistas.

No direito brasileiro, a teoria geral da liberdade de ação sustenta a autonomia individual do sujeito que deve ser mantida, exceto em casos ultra-excepcionais, de absoluta falta de discernimento. E, mesmo nestas hipóteses, a restrição à capacidade civil não deve ser integral. Na medida do possível, há que se resguardar ao dependente, a possibilidade de praticar os atos ainda compatíveis com o seu discernimento. Isto porque, mesmo acometido por algum transtorno ou dependência, o indivíduo persevera no direito ao desenvolvimento de sua personalidade, consectário da dignidade da pessoa humana.

O instituto da incapacidade civil foi construído para proteger as pessoas portadoras de “deficiência juridicamente apreciável” (PEREIRA, 2007, p.272). Nestes termos, a restrição à capacidade civil deve ser proporcional à deficiência de discernimento e aplicável apenas para resguardar o interesse da pessoa, nos restritos limites da lei[8].

Ascensão (2000, p.191) também qualifica a interdição como uma alternativa extrema, para aquela deficiência mais grave que torna o sujeito inapto a governar a sua pessoa e os seus bens. Para os portadores de deficiências menos severas, o mecanismo da inabilitação para a prática daqueles atos isolados parece mais adequado. No Brasil, além da medida extrema de intervenção, há alternativas legais de tutela da pessoa privada de discernimento, a exemplo da nulidade e anulação de atos jurídicos[9].

Relativamente ao processo de restrição da capacidade em vista da deficiência total ou parcial do discernimento, a legislação brasileira orienta, historicamente[10], a possibilidade de fixação dos limites da interdição pelo órgão julgador, abrindo flanco para manutenção de alguma esfera de capacidade, antes da declaração de completa incapacidade. Essa orientação parece adequada à cláusula geral de tutela da pessoa, cujo objetivo macro é resguardar o processo de autoconstrução que decorre, especialmente da autodeterminação ético-existencial, ainda que em áreas mínimas autorizadas pela competência atual do sujeito.

Na dicção de Oliveira, a autonomia ético-existencial corresponde ao “conjunto de princípios materiais em que se enunciam as condições concretas da dignidade da pessoa humana (...)”(OLIVEIRA, 2002, p.96). Integra a autonomia privada, faculdade do agente em “praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, forma e efeitos” (AMARAL, 2000, p.338). Pela autonomia ético-existencial, o sujeito realiza a autoconstrução de sua vida, tomando decisões que impactam imediata e diretamente o seu próprio interesse.

Assim, o direito geral de personalidade pode ser interpretado como um direito de autodeterminação ético-existencial que se materializa nas escolhas que o indivíduo vem a realizar. Por isso, a liberdade é peculiar ao desenvolvimento da personalidade e representa um pressuposto para a autodeterminação do sujeito na realização de suas potencialidades (GARCIA,2007, p.117). E a liberdade se explica pela ausência de impedimentos (DE CUPIS, 2008, p.25).

O direito geral de liberdade estabelece o direito a que o Estado não-dificulte ou não-embarace o seu exercício (ALEXY, 2008, p.234). Portanto, na medida em que o indivíduo tiver um mínimo discernimento para escolher entre a aceitação ou recusa de uma intervenção médica e/ou hospitalar, terá a liberdade de optar e deverá ser respeitado na sua decisão. Ou seja, a autodeterminação quanto à opção pelo tratamento ou internação não pode ser cerceada pelo Estado ou pelo particular sob pena de prejuízo aos direitos de personalidade, da autonomia privada e do direito geral de liberdade.

Porém, essa liberdade que dá azo à autodeterminação não poderá, como de resto os demais direitos, ser compreendida em termos absolutos. Algumas vezes, se sujeitará ao sistema de ponderação, em face de outros princípios. Se a pessoa ainda porta discernimento e comete atos que violam interesse e segurança de terceiros, o problema se converterá em questão de segurança pública e assim deverá ser tratado. Na hipótese em que o paciente incorre em violência pela incapacidade de auto-controle em função do uso de substância, é possível o diagnóstico de perda do juízo crítico, ainda que temporária, para prescrever a medida interventiva involuntária. Não se excepciona a aplicação dos dispositivos específicos para a responsabilidade civil, mas esse não é o foco da presente análise.

Além da autodeterminação, o dependente químico também terá a garantia da integridade psicofísica em face da atuação do médico. A partir do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos individuais à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à intimidade, ao acesso à justiça e devido processo legal, bem como pelos direitos sociais à saúde, ao lazer, à maternidade, à infância, à moradia e alimentação, ao ressarcimento dos danos, o ordenamento constitucional se pode afirmar a integridade psicofísica do sujeito.

O Código Civil de 2002 garante a integridade psicofísica da pessoa, a partir do art.11, quando dispõe sobre os direitos de personalidade. O respeito à integridade psicofísica resulta da cláusula geral de tutela da personalidade, fundamentada na quintessência constitucional que é o princípio da dignidade da pessoa humana[11], cuja expansão alcança toda ordem infraconstitucional. Os direitos de personalidade visam tutela da personalidade física, psíquica e moral dos indivíduos, cuja representação se faz pelos “bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem” (TEPEDINO, 2001, p.28).

A tecitura da Constituição pátria se firma na dignidade da pessoa humana cuja influência se percebe nos fundamentos e objetivos da República brasileira, bem como nos direitos fundamentais, individuais e sociais. De tudo se extrai “uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento” (TEPEDINO, 2001, p.48). E essa tutela geral não se materializa em um *numero clausus* de enunciados protetivos, mas oxigena toda a atuação do Estado e do particular no trato da pessoa, em suas mais diversas situações vivenciais. Transgride, se necessário, a dicotomia direito público *versus* direito privado. Supera a lógica dos direitos subjetivos, permitindo o reconhecimento de posições jurídicas diversas que cumprem o intento maior que é a preservação e promoção da dignidade.

A dependência de substâncias é uma situação de vida que traz conseqüências negativas para a pessoa, para a sua família e até para a sociedade. Inobstante, não determina, *ipso facto*, a negação da autodeterminação do doente, a ponto de cassar-lhe a capacidade civil, exceto se confirmado o comprometimento do juízo crítico em tempo ulterior ao efeito imediato da droga, mediante devido processo legal. E mesmo nestas hipóteses, a solução não será tão simplista.

Em tese, o Direito garante a autonomia privada do indivíduo. Além dos limites impostos pela ordem pública e os bons costumes, “o exercício da autonomia privada, como manifestação humana que pretende produzir efeitos jurídicos, exige requisitos de validade, são eles: informação, discernimento e ausência de condicionamentos externos” (NAVES e SÁ, 2002, p.119). Assim, o dependente químico deve ser informado do seu diagnóstico, assim como de todos os dados relativos ao tratamento proposto, especialmente dos efeitos, positivos e negativos. Se, tem juízo crítico para avaliar todos os dados e formular a sua escolha, discernindo o que entende melhor para si, caberá ao médico acatar a sua vontade. É certo que essa volição do paciente deve está livre de qualquer condicionante externo como pressão familiar, a coação ou a ameaça, por exemplo. Sem esses requisitos, a manifestação volitiva vem eivada de vício, o que demanda uma visão complexa por parte do médico.

5. A INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA INVOLUNTÁRIA DE PACIENTES DEPENDENTE DE SUBSTÂNCIAS E O RESPECTIVO CONTROLE

O médico, clínico geral e, em especial, o médico psiquiatra, freqüentemente, se depara com a solicitação de internação de um paciente dependente de substância, seja por ele próprio, por parentes, por responsáveis ou até mesmo por terceiros.

Quando a própria pessoa solicita a internação, há que se verificar a necessidade da medida. Mas quando a internação é solicitada por terceiros e o paciente dela discorda, o médico, como já visto, terá de avaliar também se essa recusa é fruto de uma escolha legítima, apurada em perfeito juízo crítico. Se o paciente não apresentar juízo crítico, o profissional terá maior mobilidade na determinação da sua internação.

Juízo é uma operação intelectual exercida pelo pensamento reflexivo (lógico), embora outros processos cognitivos além da ideação (afetividade, inteligência, sensopercepção, volição), contribuam para o resultado final – livre discernimento. No caso do paciente dependente de substância, alterações patológicas nesses processos cognitivos, excetuando a volição, por efeito direto ou indireto da substância, podem conduzir a quadros clínicos de claro prejuízo (delírios e alucinações, rebaixamento de consciência, agitação psicomotora, etc.) que justifiquem intervenções impositivas no campo do desejo da pessoa.

Em termos gerais, a situação ético-legal de um paciente dependente de substância pode se resumir a basicamente três hipóteses:

- I. paciente com volição claramente prejudicado (temporariamente ou permanentemente);
- II. paciente com volição preservado que solicita internamento ou tratamento;
- III. paciente com volição preservado que não deseja internamento ou tratamento.

As duas primeiras hipóteses não apresentam em si maiores dificuldades para a atuação profissional. Na primeira, uma volição claramente prejudicada resulta na limitação da autonomia do paciente, cabe ao responsável legal o direito de decidir por ele. Na ausência de um responsável legal, recai sobre o médico atendente essa responsabilidade, o que faz a cautela dobrar.

A segunda hipótese também apresenta uma situação simples. Concluindo pela volição preservada, tem-se um paciente com plena autonomia para decidir seus rumos, inclusive para escolher uma internação voluntária. Na prática, esta medida pode apresentar percalços institucionais, geralmente, ao arripio da lei, pois algumas instituições exigem a presença de um ‘responsável’ para efetivar a internação. Ora, se a autonomia executiva do paciente é verificada, ele concorda com a internação que é a alternativa de tratamento apontada pelo médico, em que se justificaria a necessidade de um ‘responsável’?

A maior dificuldade está na terceira hipótese, quando a atuação do médico se contrapõe à vontade do paciente que necessita de tratamento. Infelizmente a medicina não dispõe de testes quantitativos ou objetivos aptos a mensuração do percentual da capacidade volitiva de determinado indivíduo. Como dito, algumas correntes entendem que a própria dependência química já ressalta certo comprometimento do juízo crítico. No entanto, o médico deve guiar a sua conduta pelo bom senso, em busca de soluções que promovam o bem maior do paciente. E se, mesmo na hipótese de necessidade premente, o paciente escolhe, por escorreito discernimento a não intervenção, sua vontade há que ser respeitada.

Na prática diária, os dependentes levados a uma unidade psiquiátrica, com o propósito de internação, se apresentam sob efeito agudo da substância, síndrome de abstinência, intercorrência ou concomitância de outro transtorno mental grave, ou ainda com alterações metabólicas graves ou agitações psicomotoras, demonstrando clara incapacidade para o exercício de sua autonomia. Nesses casos, a internação é determinada, ainda que depois venha a ser suspensa, quando o paciente dependente recobra a razão e se opõe à medida. E ainda se impõe a necessidade de notificação da medida ao Ministério Público e à Comissão de Revisão de Internação Psiquiátrica para o controle externo que a legislação exige.

Ainda há uma minoria de casos em que o dependente não está sob efeito direto da substância, e se apresenta lúcido e coerente, sem indícios de sinais psicóticos. Em geral, conduzido à instituição por familiares, sob maior ou menor grau de coerção e, ao ser examinado se manifesta irredutivelmente contrário à internação. Diante do quadro, cabe ao profissional atuar eticamente, preservando a autonomia do paciente, mesmo ante as opiniões contrárias dos seus familiares. Uma obrigação invariavelmente difícil, mas juridicamente adequada. Infelizmente o familiar anseia por uma medida objetiva capaz de suprimir o desconforto doméstico que a dependência acarreta. Porém, o tratamento ao dependente químico não visa, em linha primária, uma solução familiar, mas a atenção ao dependente, cuja personalidade não pode ser desconsiderada. E, por oportuno, relembre-se o caráter subsidiário da internação que somente deve ser utilizada em caráter extremo, haja vista que o modelo de atenção à saúde mental é atualmente extra-hospitalar.

Segundo dados da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública (CEARÁ-CRIPI, 2009), no ano de 2008 houve 1659 (hum mil seiscentos e cinqüenta e nove) notificações de internações psiquiátricas involuntárias, somente em Fortaleza. No ano de 2007, esse número foi de 3.486 (três mil quatrocentos e oitenta e seis). São indicadores preocupantes pois, há dez anos, o Brasil vem reduzindo os leitos de hospitais psiquiátricos e ampliando a rede de atenção extra-hospitalar. A totalidade dessas internações podem ser uma indicação da ineficiência dos mecanismos assistenciais inaugurados com a reforma ou um reflexo da ideologia hospitalocêntrica ainda viva no imaginário dos profissionais e da própria família.

A Portaria no.2391/GM de 26 de dezembro de 2002, regulamenta as modalidades de internações psiquiátricas previstas na Lei Federal no.10.216/01 e dispõe sobre o controle externo das internações involuntárias a partir da notificação ao Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal e à Comissão Revisora das Internações Psiquiátricas Involuntárias.

O Ministério Público, em razão de suas atribuições constitucionais, é incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127, CF/88), podendo exercer outras funções que lhe forem conferidas quando compatíveis com a sua finalidade constitucional. Assim, é pertinente e valioso o exercício do controle das internações involuntárias por parte do Ministério Público que, após a sua notificação, poderá solicitar informações complementares ao médico, autor do laudo e à direção do estabelecimento, bem como realizar entrevistas com o internado, seus familiares ou quem mais julgar conveniente, e ainda, autorizar que outros especialistas examinem o internado, para obtenção de parecer escrito. O procedimento que orienta a conduta do Ministério Público nessas hipóteses, seguirá as regras gerais previstas no art. 129, VI, da Constituição Federal de 1988 e na respectiva lei orgânica.

Tanto a Lei Federal no.10.216/01 quanto a Lei do Estado do Ceará, no.12.151/93 prevêm a notificação das internações psiquiátricas involuntárias ao Ministério Público. A Comissão Revisora de que trata a Portaria no.2391/GM de 2002 não foi prevista pela lei federal no.10.216/01. Mesmo assim, essa norma ministerial impôs ao gestor estadual do Sistema Único de Saúde - SUS a constituição de uma Comissão Revisora das Internações Psiquiátricas Involuntárias, multiprofissional e com a participação de representante do Ministério Público Estadual, para o acompanhamento das internações psiquiátricas involuntárias, no prazo de setenta e duas horas após o recebimento da comunicação pertinente (art.10).

Trata-se de uma comissão composta por, no mínimo, um psiquiatra ou clínico geral com habilitação em Psiquiatria, e um profissional de nível superior da área de saúde mental, não pertencentes ao corpo clínico do estabelecimento onde ocorrer a internação, além de representante indicado pelo Ministério Público Estadual (art.10, §1º.). A Portaria recomenda, mas não impõe, a participação de representantes de associações de direitos humanos ou de usuários de serviços de saúde mental e familiares. Estabelece uma composição mínima para a Comissão, sem retirar do gestor estadual a possibilidade de ampliação dos membros para alcançar maior representatividade e legitimidade.

Relativamente ao procedimento operacional da Comissão Revisora, dispõe que esta deverá, até o sétimo dia da internação psiquiátrica involuntária, efetuar a sua revisão, emitindo laudo de confirmação ou suspensão do regime de tratamento adotado, remetendo cópia deste ao estabelecimento de saúde responsável pela internação, no prazo de vinte e quatro horas (art.12).

A mesma Portaria também permite, mas sem efeito cogente, apenas a título de recomendação, a constituição Comissões Revisoras das Internações Psiquiátricas Involuntárias, em âmbito microrregional, municipal ou por regiões administrativas de municípios de grande porte (art.10, §2º.).

Em 2003, o Secretario de Saúde do Estado do Ceará constituiu, por meio da Portaria no.1342/2003 uma Comissão Revisora de Internação Psiquiátrica, já indicando pessoalmente os membros, dentre os quais, um psiquiatra, um enfermeiro e um representante da Promotoria de Justiça da Saúde Pública. Na mesma Portaria que nomeava os membros da Comissão, foi definida a sua competência e o âmbito de sua atuação. Não foi indicado o mandato dos membros tampouco o modo de sua investidura. Estabeleceu a competência do órgão nos termos da Portaria do Ministério

da Saúde. Porém, com o novo governo, a Comissão está desatualizada e sem funcionamento, com severo prejuízo ao sistema de controle estabelecido pela legislação.

O município de Fortaleza, por meio da Portaria no.59/2006, do Secretário Municipal de Saúde instituiu uma comissão revisora de internação involuntária, composta por dois psiquiatras, uma enfermeira e um assistente social e informou a sua competência em consonância com a Portaria ministerial. No entanto, sequer fez menção ao representante do MP, como exige a norma federal. Atualmente, a Comissão municipal está em funcionamento nos limites territoriais do município Fortaleza, auxiliando os trabalhos levados a efeito pela Promotoria da Saúde estadual.

Em semelhança do que fizera o governo estadual, o município de Fortaleza, também dispôs em Portaria sobre a instituição e nomeação dos membros da Comissão. Vê-se que, tanto em sede municipal quanto no âmbito do governo estadual, a matéria foi tratada como política de governo, sem uma definição mais estável do funcionamento da Comissão, cuja atuação é cara à preservação e tutela dos direitos de personalidade dos pacientes.

Importa que se estabeleça, mais amiúde, o modo de composição, investidura e atuação dessas comissões, de modo a garantir o curso de sua atividade mesmo ao longo das mudanças de governo, evitando-se o lapso de sua atuação. Ademais, há que coordenar a atuação da Comissão Estadual e Comissão Municipal de Revisão das Internações Psiquiátricas Involuntárias visando evitar conflitos de decisão e como uma forma de otimização dos trabalhos.

Antes, porém é importante ressaltar a importância de Comissões dessa natureza, no entanto sem levantar uma crítica à forma como foram estabelecidas. É discutível a legalidade da Portaria GM no.2391/2002 no que toca à imposição da constituição desses órgãos ao gestor do SUS, haja vista a omissão da Lei a seu respeito. Sendo a Portaria um instrumento de mera regulamentação da lei, não poderia exceder, inovando a matéria. Inobstante, como se trata de ato administrativo do Ministério da Saúde, órgão ao qual o gestor local está subordinado quanto à matéria, haverá que cumprir o que se lhe impõe.

O sistema de controle das internações psiquiátricas involuntárias deve ser muito bem articulado. Em países como Portugal, esse controle é feito diretamente pelo Poder Judiciário (SERRA, 2000, 55). Se é certo que a alternativa brasileira de controle está muito mais adequada à situação do país, especialmente considerando o excesso de demandas ocorrentes no Judiciário, não menos certo é que esse controle administrativo e social das Comissões deve ser melhor articulado, como um modo de ampliar o controle já desenvolvido pelo Ministério Público, envolvendo, por aquela via, a participação de profissionais técnicos, dos segmentos da sociedade civil envolvidos, como familiares e associações de defesa dos direitos humanos.

Assim, se o Brasil não abdicou da alternativa da internação psiquiátrica involuntária, deverá estruturar um mecanismo de controle apto e competente para evitar os excessos outrora cometidos. Destaca que as pesquisas na área de atenção à saúde mental, o que não se exclui o controle da prática da internação hospitalar, está nas linhas de prioridade do Ministério da Saúde, atualmente associado ao Conselho Nacional de Pesquisa, a fim ampliar o debate e formar recursos humanos aptos à implementação do novo modelo

centrado na dignidade da pessoa do paciente e nas alternativas assistenciais antimanicomiais, mediante o envolvimento de centros brasileiros de alto nível acadêmico. Nos termos apresentados, o próprio Ministério da Saúde adverte que “os desafios da saúde pública, colocados na agenda da psiquiatria e da saúde mental pelo processo de reforma psiquiátrica, tornam-se hoje um tema irrecusável para as instituições de formação e de pesquisa no Brasil” (BRASIL, 2005, p.47-48)

Conclusões

O dependente de substância não perde o direito de autodeterminação apenas pelo fato do diagnóstico médico. É titular de direitos fundamentais, tem preservados os direitos de personalidade e a sua capacidade civil para realizar escolhas e praticar os atos que lhe compete, na medida do seu discernimento. Portanto, o diagnóstico de dependência de substância não é por si, requisito suficiente e exclusivo para justificar a cassação do consentimento do paciente.

A ascensão dos direitos fundamentais e o respeito aos direitos de personalidade vêm interferindo na disciplina da saúde mental, como um reflexo global do fortalecimento das correntes humanistas. A própria sociedade tem alterado a sua percepção sobre a loucura e admitido a inclusão das pessoas portadoras de transtornos, evitando classificações estigmatizantes. Os tratamentos não intentam a retirada do paciente do convívio social e familiar, muito pelo contrário, devem favorecer as condições de convivência e interação social.

O dependente de substância que, na leitura do Código Civil de 1916, seria incluído entre os *loucos de todos os gêneros*, a ponto de sofrer o despautério de uma inimputabilidade, tem, atualmente, reconhecido o seu potencial de desenvolvimento e sua plena capacidade. Este mesmo dependente terá a sua autonomia preservada, podendo, inclusive, rejeitar qualquer modalidade de intervenção médica. A regra geral é a preservação da capacidade de autodeterminação, e, mesmo nas hipóteses de interdição, a manutenção de alguma capacidade civil, para evitar maior dano ou dano completo ao seu potencial de autodesenvolvimento. Quando o Código Civil atual inclui os toxicômanos e alcoólatras no rol dos relativamente incapazes, presume-se prévio processo judicial de interdição.

Enfocando especificamente o binômio “autodeterminação do dependente de substâncias e o poder interventivo do médico”, tem-se que aquela deve ser preservada em atenção ao direito geral de personalidade. Apenas nas restritas hipóteses de perda do juízo crítico do paciente, o médico poderá impingir-lhe o tratamento adequado e emergencial à preservação de sua vida, saúde e bem-estar. Para fundamentar esta decisão, deverá realizar não apenas acurado exame clínico do paciente, mas também analisar o entorno social e o contexto familiar em que se insere.

A internação psiquiátrica involuntária exige, para sua regularidade, obediência aos critérios rígidos estabelecidos por lei e, para evitar o cárcere privado e alijamento social

do paciente, está sujeita ao reexame e à revisão por comissão multidisciplinar e ao controle do Ministério Público.

A transposição da teoria objetiva para a prática diária subjetiva, a avaliação dessa capacidade volitiva é bem difícil, especialmente em face da impossibilidade de quantificação do discernimento do paciente. A atuação do profissional se consubstancia em um exercício de subjetivismo. Em face disso e como uma forma de evitar o uso abusivo e desvirtuado da intervenção criaram-se os mecanismos de controle da internação psiquiátrica involuntária.

A lei no.10.216/2001 confiou a tarefa ao Ministério Público ao se devem notificar todas as internações psiquiátricas involuntárias. No entanto, na prática não se faz um controle individual dos prontuários. Na experiência do Estado do Ceará, é feito um acompanhamento amostral.

Portaria do Ministério de Justiça incluiu a figura das comissões revisoras de internação psiquiátrica involuntária para reforçar o controle exercido pelo Ministério Público. No entanto, essas comissões não estão funcionando adequadamente em todos os estados. No Ceará, há uma quebra de sua atuação na medida em que mudam os gestores e mesmo a composição dos órgãos não se faz nos termos exigidos.

Em suma, o controle das internações psiquiátricas involuntárias não segue o rito estabelecido o que amplia a possibilidade de riscos de lesão aos direitos do paciente, inclusive àquele dependente de substância.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral**. Introdução, as pessoas e os bens. Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Secretaria de Atenção à Saúde. **Legislação em saúde mental**: 1990-2004 / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Secretaria de Atenção à Saúde. – 5. ed. ampl. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BURNS, K and Bechara, A. **Decision making and free will**: a neuroscience perspective. Behav. Sci. Law 25:263-280. WileyInter Science, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

DAMASIO, A. R. **Descartes' error**: emotion, reason, and the human brain. New York:Grosset-Putnam, 1994.

- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura na antiguidade clássica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2004.
- GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral de personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *In Os pensadores*. São Paulo: Civitas, 1984.
- LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira e SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.102-127.
- OLIVEIRA, F. B. **Construindo saberes e práticas em saúde mental**. João Pessoa: UFPB/Editora Universitária, 2002, 217p.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento**. Ensaio sobre um caso de constitucionalização do direito civil. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007.
- RODRIGUES, Cunha. Sobre o estatuto das pessoas afectadas de anomalia psíquica. **A lei de saúde mental e o internamento compulsivo**. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra e Instituto de Medicina Legal de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p.19-52.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SERRA, Adriano Vaz. Comentários críticos à lei de saúde mental. **A lei de saúde mental e o internamento compulsivo**. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra e Instituto de Medicina Legal de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p.53-60.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SZANIANWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENTURA, Carla A. Arena et. al. **Psychiatric nursing care in brazil**: legal and ethical aspects. *Med Law* (2007) 26:829-840. Yozmot, 2007.

[1] Cunha Rodrigues (2000, p.21) ressalta que “Na Renascença, a loucura ainda é analisada segundo o ângulo da transcendência: instala-se nos confins do mundo, do homem e da morte como figura escatológica. Se é verdade que, com Erasmo, o humanismo, entrou, cada vez mais, no discurso da loucura, a carga de tragédia aparece em Bosch ou Brueghel e subsiste, no imaginário colectivo, como uma espécie de nave, em que rostos distorcidos pela angústia e pelo terror retratam paisagens que falam da estranha alquimia entre os saberes, as surdas ameaças de bestialidade e o fim dos tempos. A institucionalização do internamento data do século XVII. Os insensatos, os homossexuais, as viúvas que se “casam tolamente”, ou os filhos-família que querem contrair “um casamento vil”, os pobres e os vagabundos são internados em prisões e hospitais. A loucura é assimilada ao crime e retribuída como castigo”.

[2] Informações do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=24134&janela=1>. Acesso em: 14/04/09.

[3] Conforme posicionamento do Estado Brasileiro, por pronunciamento do Ministro da Saúde, na 52ª. Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas das Nações Unidas (Disponível em: http://portal.saude.gov.br/saude/area.cfm?id_area=925). Acesso em 15/04/09.

[4] A Lei no.8.080/1990 estabelece as balizas gerais e instrumentais das ações e serviços de saúde, instituindo o Sistema Único de Saúde – SUS, cuja meta é um modelo de assistência, caracterizado pela integração das atividades dos governos federal, estadual e municipal e, cuja prestação, é marcada pela universalidade, equidade e integralidade.

[5] RESOLUÇÃO CFM nº 1.246/88 (Código de Ética Médica), Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

[6] O problema é semelhante em Portugal, conforme se extrai da afirmação do Prof. Serra (2000, p.58) “a lei está pouco clara também quanto ao procedimento viável a tomar quando o indivíduo tem transtornos evidentes de comportamento, carece de internamento, não o aceita e não tem familiares próximos que determinem o internamento e o seguimento posterior”.

[7] Conforme Damásio “a autodeterminação (*free will*) é apenas um outro nome para a idéia de se escolher de acordo com resultados a longo prazo ao invés de a curto prazo”(DAMASIO, 1994).

[8] No Brasil não existe incapacidade de direito, pois todas as pessoas, a partir do seu nascimento, têm capacidade de direitos ou de aquisição de direitos (GONÇALVES, 2005, p.84). Há variação na capacidade de fato, ou seja, na capacidade pessoal de

exercício de direitos, em razão de fatores como idade, saúde, desenvolvimento mental e intelectual. A lei estabelece a figura dos absolutamente incapazes e a figura dos relativamente incapazes. Para os primeiros impõe a total restrição à capacidade civil de exercício, enquanto para os segundos reconhece uma capacidade de exercício mitigada.

[9] O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstra, na decisão abaixo, a possibilidade de nulidade de negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, mesmo sem a prévia sentença de interdição, senão veja-se:

Ementa: Busca e apreensão. Liminar deferida. Bem não localizado. Conversão em ação de depósito. Contrato de financiamento celebrado por pessoa absolutamente incapaz de exercer atos da vida civil. Decretação de nulidade que independe de sentença de interdição. Prova inequívoca da incapacidade do réu anterior à data do contrato. Eventuais momentos de lucidez que não afastam a incapacidade do agente. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Recurso improviso. **Apelação Com Revisão 1115929008. Relator(a):** Walter Cesar Exner. **Órgão julgador:** 32ª Câmara de Direito Privado. **Data do julgamento:** 10/04/2008

[10] O Decreto no.24.559/34 já permitia esse entendimento. Atualmente, a matéria segue o rito estabelecido nos arts.1.177 e seguintes do Código de Processo Civil e algumas disposições da Lei de Registros Públicos (Lei no.6.015/73).

[11] Na percepção de Dworkin (2004, p.333-334), a dignidade da pessoa humana leva à máxima de que não se devem tratar as pessoas de modo que, em sua cultura e em sua comunidade, se entenda como uma forma de desrespeito. Apesar da vasta literatura sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, não haverá se tem um conceito completo e *a priori*, pois a expressão conduz elevada carga de elementos culturais e históricos que levam a cambiância do seu conteúdo.

**COMERCIALIZAÇÃO E PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS: O USO DA
“EMPURROTERAPIA” COMO AFRONTA AO CONSENTIMENTO LIVRE E
ESCLARECIDO DOS PACIENTES/CONSUMIDORES**

**MEDICINE COMMERCIALIZATION AND ADVERTISING: THE USE OF
THE “EMPURROTERAPIA” AS IT CONFRONTS TO THE FREE AND
CLARIFIED ASSENT OF THE CONSUMER/PATIENTS**

Karlo Messa Vettorazzi

RESUMO

É preciso repensar os atuais padrões de consumo e sua interferência na vida dos cidadãos. O consumidor deve ter consciência da sua importância nas transformações econômicas, sociais e políticas. Suas opções e atos de consumo têm papel relevante na sociedade contemporânea. No que tange à questão do consumo de medicamentos existe ainda um problema maior, tendo em vista que não se trata de um bem qualquer, mas sim um objeto que não pode ser consumido e comercializado indiscriminadamente. Fato complicador nesta situação é a existência de publicidade, que mesmo com a existência de legislação que regulamente, ainda é indevida tendo em vista que incentiva a automedicação. Além disso, as indústrias de medicamentos investem em publicidade ligada diretamente aos médicos, farmácias, farmacêuticos e balconistas fato que acaba por incentivar a chamada empurroterapia. Neste sentido reside a afronta ao consentimento livre e esclarecido do paciente que acaba por ser medicado através de fármacos que muitas vezes não são os ideais ou ainda desnecessários para o seu tratamento, mas que foram vendidos tão somente com o intuito comercial. Assim os direitos personalíssimos acabam por serem afrontados, bem como ao ferir o consentimento livre e esclarecido estar-se-ia ferindo a autonomia da vontade dos consumidores que acabam por não exercer a sua vontade ao adquirirem medicamentos que não necessitariam. Com este contexto é premente a criação de uma consciência ética sobre medicamentos, pressupondo mudanças urgentes nos comportamentos e hábitos de consumo. O resultado dessa mudança de atitude é um comércio, publicidade e consumo consciente de medicamentos voltado à saúde e ao bem estar dos cidadãos. Harmonizar a relação entre comércio, publicidade e consumo de medicamentos é o novo desafio que se instaura. Desse entrosamento resultará uma nova ética: a do consumo consciente de medicamentos.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DE CONSUMO – MEDICAMENTOS – AUTONOMIA DA VONTADE – DIREITO PERSONALÍSSIMO

ABSTRACT

It's necessary to rethink the current standards of consumption and its interference in the life of the citizens. The consumer must be aware of its importance in the economic,

social

and political transformations. Its options and acts of consumption have excellent paper in the society contemporary. In what it refers to the question of the medicine consumption still exists a bigger problem, in view of that any is not about a good, but yes an object that cannot be consumed and be commercialized indiscriminately. A preoccupying fact in this situation is the advertising existence, that exactly with the legislation existence that it regulates, still is improper in view of that it stimulates the self-medication. Moreover, the medicine industries invest in on advertising to the doctors, pharmacies, druggists and store clerks directly fact that finishes for stimulating the call “empurroterapia”. In this direction confronts it inhabits it to the free and clarified assent of the patient who finishes for being medicated through drug that many times are not the still unnecessary ideals or for its treatment, but that they had been sell so only with commercial intention. Thus the exclusive rights finish for being confronted, as well as the o to wound the free assent and clarified it would be wounding the autonomy of the will of the consumers who finish for not exerting its will when acquiring medicines that would not need. With this context the creation of an ethical conscience is pressing on medicines, estimating urgent changes in the behaviors and habits of consumption. The result of this change of attitude is a commerce, advertising and conscientious consumption of medicines come back to the health and the welfare of the citizens. To harmonize the relation among commerce, advertising and consumption of medicines is the new challenge at hand. And from this relation new ethics will: one of conscientious medicine consumption.

KEYWORDS: CONSUMPTION SOCIETY - MEDICINES - AUTONOMY OF THE WILL - RIGHT EXCLUSIVE

1. INTRODUÇÃO

O estímulo permanente ao consumo é a base desse sistema, que tem a natureza como fonte inesgotável de energia e matéria-prima e como abrigo de dejetos produzidos por suas cidades e indústrias.[1]

Nosso modelo de desenvolvimento está baseado no consumo. Pois, quanto mais consumo, mais produção e, conseqüentemente, mais lucro. Os valores sociais estão esquecidos, de modo a se fazer afirmar que o sucesso do ser humano é medido por aquilo que ele consome. Como ficam os demais valores sociais, como a ética, a moral, o bem-estar coletivo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado? A resposta não é fácil, já que é o mercado que dita as regras. Para Ana Luiza Spínola,

“O modelo de progresso difundido atualmente, que estimula um consumo exagerado e que mercantiliza os recursos naturais é insustentável e precisa ser revisto. Esse modelo de desenvolvimento excessivamente consumista é altamente impactante tanto do ponto de vista social como ambiental. É por isso que a grande questão que se coloca hoje em dia é a busca de um novo modelo de desenvolvimento e de consumo que não cause tantos impactos no meio ambiente, que seja ecologicamente sustentável e que promova

uma melhor distribuição da riqueza no mundo. Para adotar a ética da vida sustentável, os consumidores deverão reexaminar seus valores e alterar seu comportamento. A sociedade deverá estimular os valores que apóiem esta ética e desencorajar aqueles incompatíveis com um modo de vida sustentável.” [2]

A Agenda XXI, ao abordar o tema “Mudança de Padrões de Consumo”, admite que as principais causas da deterioração do meio ambiente estão nos padrões insustentáveis de produção e consumo e nos impactos produzidos pela pobreza nos países em desenvolvimento. Reconhece que, em determinadas partes do mundo, os padrões de consumo são muito altos e que existe um amplo segmento da sociedade que não é atendido em suas necessidades básicas. A mudança nos padrões de consumo “*exigirá uma estratégia multifacetada centrada na demanda, no atendimento das necessidades básicas dos pobres e na redução do desperdício e do uso de recursos finitos no processo de produção.*” A Agenda XXI propõe uma mudança comportamental na forma de consumir e produzir. Propõe que os governos devem estimular grupos de consumidores, indivíduos e famílias através da “*(...) oferta de informações sobre as conseqüências das opções e comportamentos de consumo, de modo a estimular a demanda e o uso de produtos ambientalmente saudáveis.*” [3]

Esta questão do consumo exacerbado acaba por influenciar também o comércio de medicamentos, fato este que é incrementado através da publicidade dos fármacos por parte de seus produtores.

Medicamento é um produto obtido tecnologicamente que possui características altamente específicas tendo em vista que seu emprego pressupõe um diagnóstico preciso de uma situação de risco à saúde.[4]

Dessa forma o medicamento deve ser prescrito de forma particular e em casos específicos que deverão ser observados pelo médico. Mas qual a atual forma de comércio de medicamentos? E a publicidade que envolve a questão? A forma pela qual se realiza esta comercialização afronta o consentimento livre e esclarecido do paciente? Os direitos pessoais dos consumidores acabariam por serem afrontados em razão da negação da autonomia da vontade? São estas questões que permeiam o presente trabalho e que serão discutidas nas próximas linhas.

2. SOCIEDADE DE CONSUMO E MEDICAMENTOS

A sociedade moderna é constantemente incentivada pela mídia e pelo próprio modo de vida urbano a um consumo desenfreado, com a aquisição de produtos muitas vezes supérfluos e descartáveis. O status das pessoas é medido pelo que ela consome e não pelo que possa ser necessário e útil à sua vida.

A sociedade de consumo se caracteriza pela produção padronizada e em grande escala de bens a serem consumidos por pessoas que tiveram suas prioridades conduzidas por um processo de *marketing* voltado ao aumento da demanda, ainda que não tivessem necessidade real de adquirir tais produtos.[5]

Na atual sociedade de consumo, o objetivo maior do homem é consumir tudo aquilo que lhe é permitido com o fruto de seu trabalho. Quanto mais conforto as pessoas têm, mais elas esperam ter. Trata-se de sociedade voltada à produção e aquisição crescentes de bens de consumo cada vez mais diversificados. A sobrevivência dessa sociedade depende da criação de necessidades por novos produtos, pois, logo que um produto é lançado no mercado, ele deve ser consumido intensamente e em seguida substituído por outro. Quando a necessidade de adquirir esse produto não existe, é preciso criá-la, embuti-la na consciência do consumidor. Não é a tecnologia que atende às nossas necessidades, como os meios de comunicação de massa geralmente nos fazem crer, e sim as necessidades que são criadas para atender à crescente produção e à elaboração cada vez mais diversificada dos bens de consumo.

Segundo Fátima Portilho,

“A abundância dos bens de consumo continuamente produzidos pelo sistema industrial é considerada, freqüentemente, um símbolo da performance bem-sucedida das economias capitalistas modernas. No entanto, esta abundância passou a receber uma conotação negativa sendo objeto de críticas que consideram o consumismo um dos principais problemas das sociedades industriais modernas. A partir da construção da percepção de que os atuais padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental, a crítica ao consumismo passou a ser vista como uma contribuição para a construção de uma sociedade sustentável.”^[6]

A área médica e principalmente os medicamentos não ficaram alheios ao avanço desta sociedade. A pesquisa e a criação de novos princípios ativos ao mesmo tempo em que possibilitaram a melhora de vida de muitas pessoas que se encontravam ou encontram doentes. Entretanto a publicidade de medicamentos fez com que infelizmente tenha se criado a necessidade pelo consumo indiscriminado de determinados fármacos.

Contudo, os medicamentos não são mercadorias que possam ser oferecidas da mesma maneira que outros bens e serviços passíveis de regras do livre mercado.^[7]

As características inerentes ao medicamento: sua toxicidade, seus possíveis efeitos colaterais, indicações e posologia específicas, riscos de utilização e a vulnerabilidade das pessoas quando estão doentes diferenciam a propaganda de medicamentos da propaganda de outros produtos.^[8]

Considerando-se sob este aspecto, os medicamentos recebem dos vários integrantes das fases de produção, distribuição e dispensação, atenções mercadológicas, entre as quais, pode-se salientar a divulgação destes produtos frente aos prescritores e prováveis usuários.^[9]

3. PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS

Na sociedade moderna, a propaganda de medicamentos exerce um impacto sobre as práticas terapêuticas, assim como toda propaganda, de modo geral, define padrões de mercado e de comportamento quando atinge o público-alvo. Por isso, a preocupação com a qualidade da promoção de medicamentos deve ser parte do cotidiano de profissionais da saúde, assim como dos consumidores.[10]

Mas seria possível a realização de publicidade para medicamentos? É lícita, é ética esta publicidade? Como realizar publicidade de um objeto que possui restrição em seu uso, tendo em vista que se trata de drogas. Mesmo no que tange aos medicamentos que não necessitam de prescrição médica, seria lícita esta publicidade?

Inicialmente cabe salientar quem seria o público alvo desta publicidade. É evidente que os sujeitos alvo da publicidade, como qualquer consumidor, são vulneráveis. Porém neste caso específico são ainda mais vulneráveis, tendo em vista que se trata em sua grande maioria de idosos, crianças ou ainda simplesmente pessoas doentes e que por si só já se encontram vulneráveis.

Sass[11], fala de uma vulnerabilidade quase intangível, que se manifesta pelas relações interpessoais tipicamente caracterizadas pela frieza das transações comerciais cotidianas, nas quais os seres humanos são vistos apenas como potenciais compradores de produtos e serviços e, por isso mesmo, passíveis de serem seduzidos por uma nova embalagem, cores ou letras muito vistosas nos cartazes de divulgação e até mesmo “pelas doces palavras dos seus artistas preferidos que depõem a favor de determinada droga”.

Kottow[12] já possui uma reflexão no sentido de que tais práticas colocam as pessoas em uma situação de “vulnerabilidade circunstancial” ou “secundária”, cuja análise pode ser feita sob duas perspectivas. A primeira, mais teórica, discute sobre seus pressupostos e implicações sociais; e a segunda, mais engajada na busca de soluções práticas, deslocando seu eixo em direção a um maior comprometimento por meio de ações afirmativas, à semelhança do que defende a proposta de bioética de intervenção.

Nessas situações, é perfeitamente justificável, sob o ponto de vista moral, o papel controlador e regulador do Estado, que Schramm[13] desenvolve teoricamente com o que denomina de “ética da proteção”, objetivando defender todos estes sujeitos vulneráveis.

Assim deveria o Estado brasileiro assumir um papel desafiador, sendo que tal situação ocorreu em 2000 quando a ANVISA, agência estatal, assumiu responsabilidade no que tange à regulamentação da publicidade de medicamentos a partir do ano 2000. Questões referentes à propaganda - tais como, tamanho e espaçamento das letras, composição do produto, precauções, posologia etc. – ligadas à questão de proteção da saúde dos indivíduos foram contempladas na RDC 102/2000. Essa regulamentação, concretamente interventiva surgiu sob a égide da proteção da cidadania, como elemento minimizador da “vulnerabilidade circunstancial” verificada na população brasileira.

Quais seriam os argumentos que evidenciam e tornam necessária esta intervenção do Estado na publicidade de medicamentos? De início, resta necessária a proteção e intervenção do Estado, tendo em vista os prejuízos que a população sofre com propagandas enganosas, abusivas e incompletas. Entre os prejuízos diretos, destacam-se

o agravamento das situações de saúde e o dano financeiro causado pela aquisição de produtos ineficazes ou inadequados. Quanto aos danos indiretos, podem ser lembrados os recursos gastos pelo Estado para curar doenças agravadas, intensificadas pelas facilidades de acesso ao medicamento e pelo poder persuasivo da propaganda.

Esta publicidade, mesmo para medicamentos que não necessitam de prescrição médica, acarreta a chamada automedicação que entre muitas conseqüências pode levar o usuário de medicamentos à:

- intoxicações graves, que segundo o Sistema Nacional de Informações Toxicológicas (SINITOX/FIOCRUZ/MS), na primeira parcial estatística com dados da Região Sul (centros de Curitiba, Londrina, Florianópolis e Porto Alegre) no ano de 2002, revelou que 27,98% das intoxicações registradas tiveram relação com medicamentos;
- atrasar o diagnóstico correto de determinadas doenças, uma vez que o uso de medicamentos, sem orientação e acompanhamento médico, podem mascarar sintomas importantes para o diagnóstico;
- abandonar ou desistir de um tratamento, com bases científicas e adequadamente orientado, influenciado por propagandas apresentando produtos que prometem a “cura” do câncer, da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), da hipertensão, da diabetes, sem nenhuma comprovação científica para tais afirmações, além de estar explorando o estado emocional dos usuários, que acabam consumindo estes produtos acreditando nas promessas anunciadas;
- riscos de reações alérgicas, interações medicamentosas, efeitos adversos, entre outros que normalmente são omitidos nas propagandas.[14]

Este procedimento de automedicação realizada de modo muito comum pelo brasileiro tem origem em decorrência de inúmeros fatores, entre eles pode-se destacar: i) a dificuldade ao acesso à saúde tendo em vista a estrutura sucateada do sistema público de saúde brasileiro; ii) o baixo poder aquisitivo da população aliado à precariedade dos serviços de saúde são um contraste com a facilidade de se obter medicamentos - sem precisar pagar consulta e sem receita médica - em qualquer farmácia, local em que geralmente se encontra o estímulo do balconista interessado em ganhar comissão pela venda.

Entretanto não são apenas as pessoas mais carentes e sem acesso a planos de saúde privados que a automedicação ocorre, entre as camadas privilegiadas, isto também ocorre, na medida em que existe uma tendência de tomar um comprimido ao menor sintoma de mal estar, e até preventivamente, na busca de solução imediata de enfermidades a fim de não interromper as atividades cotidianas ou possibilitar um pronto retorno a elas.

Outro ponto importante que deve ser registrado, é que esta publicidade não envolve apenas os pacientes/consumidores, mas também possui como público alvo quem prescreve os medicamentos aos pacientes, ou seja, à comunidade médica.

Para este trabalho específico os laboratórios contratam os chamados propagandistas que realizam visitas aos médicos e às distribuidoras e farmácias.

Em pesquisa realizada, em 2005, com 50 médicos que trabalham em Brasília-DF, quando perguntados se recebiam visitas de propagandistas da indústria farmacêutica, 98% dos médicos confirmaram receber essas visitas. Em relação à frequência com que as visitas ocorriam, 40% dos entrevistados disseram recebê-las semanalmente, 22% mensalmente, 12% diariamente, 10% a cada três dias e 16% mencionaram outras frequências. Já 45% dos médicos alegaram receber visitas de diferentes propagandistas que divulgavam um mesmo produto. É importante salientar que 86% dos entrevistados afirmaram receber brindes durante as visitas.[15]

Quando questionados sobre a prescrição dos medicamentos, a maioria afirmou não ser influenciada pela publicidade. Contudo, 14% dos médicos entrevistados disseram prescrevê-los em função do recebimento de prêmios. No que tange à opinião sobre a influência da propaganda na prescrição de medicamentos, 68% acreditam existir uma influência direta da propaganda sobre a prescrição, 24% disseram que não há qualquer influência e 8% não têm opinião formada. Foi observado, ainda, que 68% acreditam haver inverdades ou incorreções nas peças publicitárias, 22% dos médicos confiam plenamente nas informações recebidas e 10% não têm opinião formada.[16]

A publicidade de medicamentos derivada das promoções junto aos médicos perfaz 20% das despesas da indústria farmacêutica, sendo que esta indústria gasta três vezes mais com propaganda do que com pesquisa, bem como de 15 a 20% das prescrições de um medicamento decorrem da influência das visitas.[17]

A questão ganha tons tenebrosos quando se visualiza que estas visitas são acompanhadas de dádivas e que estas influenciam as prescrições dos medicamentos aos pacientes. Portanto o que determina a prescrição do medicamento ao paciente não é a eficácia ou utilidade do medicamento, mas sim o grau de vinculação que o médico possui com o laboratório que lhe possibilita a participação em congressos através de passagens ou outras vantagens monetárias.

A noção de que os medicamentos envolvem riscos e podem ser uma ameaça eminente à saúde e, em muitos casos, à própria vida do indivíduo, no entanto, é pouco valorizada. A propaganda, associada à facilidade de acesso aos medicamentos em farmácias, supermercados e até em camelôs, cria a ilusão de que os medicamentos são produtos livres de efeitos graves.[18]

A indústria de medicamentos investe enormes somas de recursos financeiros e utiliza um sem número de estratégias de marketing, as quais, num movimento circular, acabam (re)influenciando, a seu favor, os hábitos de prescrição e consumo de medicamentos.[19]

A idéia predominantemente mercantilista na área do comércio farmacêutico afeta principalmente os países pobres ou em desenvolvimento, nos quais a cidadania não está plenamente estabelecida e a capacidade reguladora e fiscalizadora do Estado é frágil, determinando a predominância dos interesses privados sobre os coletivos.

Um fato facilmente comprovado é que em países subdesenvolvidos existe geralmente um número exorbitante de pontos de venda de medicamentos prestando, na maioria dos casos, serviços desqualificados à população. No Brasil, por exemplo, há em média uma farmácia para cada três mil habitantes, o que se vê é um excesso de pelo menos 30 mil

farmácias. Para piorar a situação, apenas 4% delas pertencem a farmacêuticos, enquanto nos países desenvolvidos, somente esses profissionais podem ser proprietários desses estabelecimentos. [20]

Contudo o alvo dos propagandistas não são apenas os profissionais da medicina, mas também os fornecedores de medicamentos (farmácias), farmacêuticos e até balconistas de farmácias.

Para a Câmara dos Deputados, em Relatório da CPI dos medicamentos, com poucas exceções, as farmácias e drogarias transformaram-se em fonte de informações distorcidas sobre os medicamentos, palco de corrupções, por atuarem transgredindo a lei, fonte de disseminação de drogas e tóxicos, de riscos de acidentes farmacológicos e de banalização do consumo. O farmacêutico, profissional que poderia fazer valer a visão sanitária e científica nesse tipo de comércio, não está presente ou não tem força para reverter o senso comercial predominante. Além disso, os balconistas e donos de estabelecimentos, ainda recebem toda a sorte de estímulos das indústrias e dos atacadistas para forçarem a venda de seus produtos. Os próprios estabelecimentos utilizam as mesmas estratégias de propaganda, sorteios e distribuição de brindes para atrair os clientes.[21]

Nesse sentido, em recente denúncia sob investigação da ANVISA, encontra-se o caso em que um laboratório e uma rede de farmácias prometem comissões a balconistas que indicarem determinados medicamentos aos pacientes.

“Na introdução do documento está a confirmação da chamada “empurroterapia”: o texto promete pagamento de comissão quando o balconista convencer o consumidor a levar para casa o similar fabricado pelo laboratório. “Esse é um hábito inescrupuloso de alguns empresários que se valem de balconistas mal treinados para promoverem a venda de seus produtos, em detrimento daqueles produtos que o consumidor eventualmente quisesse comprar”, afirma o secretário-geral da ABMIP, Sálvio di Girólamo.”[22]

Nesse sentido a “empurroterapia” vem ganhando espaço nas farmácias brasileiras, ou seja, o consumidor que não possui o conhecimento técnico médico e farmacêutico para distinguir qual seria o remédio correto para o seu tratamento, acaba por ser ludibriado pelo balconista, ou até o farmacêutico os quais, se encontram pressionados pelo proprietário da farmácia que irá lucrar ainda mais com a venda de determinado medicamento.

“A empurroterapia é uma doença grave em nossa sociedade e é alimentada tanto pela indústria farmacêutica não responsável (isso significa que deve haver a responsável escondida em algum nicho) como pela mídia, pelas agências de comunicação/propaganda, pelos donos de farmácia (sabia que existe mais farmácia no Brasil do que padaria?) e mesmo por profissionais de saúde inescrupulosos (lógico, há

felizmente muitos médicos comprometidos efetivamente com o nosso bem-estar) que estabelecem relações promíscuas com a indústria da saúde.”[23]

4. CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE/CONSUMIDOR

Após a Segunda Guerra Mundial vieram a tona inúmeras atrocidades no que tange a pesquisas em seres humanos sem o devido consentimento dos “pacientes”. Neste pós guerra o Tribunal de Nuremberg acabou em agosto de 1947, por julgar 20 médicos devido a brutais experimentos realizados em prisioneiros de guerra.

Do julgamento, extraiu-se o chamado Código de Nuremberg, que traçou pela primeira vez recomendações para a pesquisa em seres humanos, dentre elas a indispensabilidade do consentimento voluntário; a necessidade de estudos prévios em laboratórios e em animais; a análise dos riscos e benefícios da investigação proposta; a liberdade do sujeito da pesquisa em se retirar do projeto; a adequada qualificação científica do pesquisador, entre outras.

Com este histórico surgiu o conceito de consentimento como a aceção de manifestação da vontade, séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou ao contrato firmado entre elas.[24]

Neste sentido o significado de aprovação, concordância de forma livre, consciente, esclarecida e orientada, isenta de vícios, conseqüente ao ato que outrem vai praticar, invadindo, autorizadamente, a esfera físico-psíquica do paciente, quer quando sujeito participante de pesquisas médicas, quer quando submetido a atos médicos de cunho preventivo, diagnóstico ou terapêutico.

Ao indivíduo, que se quer livre, quando não afetado por deficiência física, psíquica ou anímica comprometedora das suas faculdades naturais de entendimento ou de volição, quando juridicamente capaz para o exercício dos direitos de que é titular, a ordem jurídica reconhece, e protege *erga omnes*, uma considerável esfera de autonomia. E esta autonomia exprime-se, entre o mais, pela autodeterminação em relação ao próprio corpo. Assim o paciente deve poder permitir ou impedir a intervenção do médico na sua esfera físico-psíquica, e, permitindo-a, deve poder pronunciar-se, na medida do possível, sobre o respectivo sentido e limite.

A obtenção do consentimento do paciente após a informação médica resulta do seu direito de autodeterminação, ou seja, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, recusando ou consentindo propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico.

O paciente tem direito de opor-se: i) a uma terapia; ii) de optar por um tratamento mais adequado ou menos rigorosos; iii) de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica; iv) de mudar ou não de médico ou de hospital etc.

O objetivo do princípio do consentimento informado é aumentar a autonomia pessoal[25] das decisões que afetam o bem estar físico e psíquico.

Manifestação desse princípio é o consentimento livre e esclarecido enquanto ato de decisão voluntária, baseado numa informação médica, revelada de modo claro, simples, preciso, honesto e inteligível ao relatar: o diagnóstico, com esclarecimento sobre a enfermidade e sua evolução; o prognóstico; os efeitos colaterais do tratamento; a terapia mais adequada a ser seguida, especificando seus objetivos, sua duração, suas conseqüências e seus benefícios.

A ausência do consentimento livre e esclarecido seria um delito de negligência profissional do médico se ocasionada dolosamente (CP, art. 146, § 3º, I), e a informação deficiente por ele dada ao paciente o tornará responsável pelo resultado danoso oriundo de sua intervenção, mesmo que esta tenha sido correta tecnicamente, pouco importando que o dano derive do risco comum em qualquer prática médica.

O art. 46 do Código de ética médica proíbe ao médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida, sendo reforçada pelo dispositivo nos arts. 56 e 59 desse mesmo diploma legal.

Nesse sentido o paciente que se encontra em tratamento médico deve ser informado além das terapias a serem realizadas, sobre os medicamentos a serem utilizados de forma ética e responsável e não baseado em um marketing direto junto ao médico ou frente aos fornecedores e demais integrantes da cadeia de fornecimento de medicamentos.

Além disso o paciente figura como um consumidor de produtos e em razão disso deve prevalecer o ordenamento jurídico especial a este cidadão vulnerável.

Desta feita, a informação ao consumidor é absolutamente necessária. A Constituição Federal prevê o direito à informação como garantia individual e como um dos direitos da personalidade, baseado no princípio da dignidade humana (artigos 1º, III e 5º, XIV). É preciso que a informação seja compatível com a possibilidade do consumidor exercer livremente o seu direito de escolha.

O direito do consumidor à informação qualificada possui como um dos seus pilares o princípio da liberdade. Esta consiste na capacidade de poder escolher. Mas, para ter a capacidade de opção é necessário o conhecimento sobre o que irá eleger como melhor alternativa.

O Código de Defesa do Consumidor traz expressamente a obrigação do fornecedor de bem informar o consumidor sobre o produto ou serviço que está adquirindo[26]. Sendo assim, para cumprir o que determina o CDC, a informação prestada ao consumidor deve ser esclarecedora, segura e precisa de modo a influenciar a vontade do cidadão no seu processo decisório de consumir determinados produtos. Uma população bem informada torna-se mais exigente, racional e mais consciente de seu papel com a qualidade de vida e com o bem-estar social.

Enquadrando esse dever de informação ao caso proposto, para um uso racional dos medicamentos, é preciso, em primeiro lugar, estabelecer a necessidade do uso de medicamentos; a seguir que se receite o medicamento apropriado, a melhor escolha, de acordo com os ditames de eficácia e segurança comprovados e aceitáveis. É necessário também que o medicamento seja prescrito adequadamente, na forma farmacêutica, doses e períodos de duração do tratamento; que esteja disponível de modo oportuno, a um preço acessível, e que responda sempre aos critérios de qualidade exigidos; que se dispense em condições adequadas, com a necessária orientação e responsabilidade, e, finalmente, que se cumpra o regime terapêutico já prescrito, da melhor maneira.[27]

Para Wzorek a automedicação num contexto restrito aos medicamentos de venda isenta de prescrição, traria benefícios ao indivíduo e ao governo, para o indivíduo os benefícios seriam assumir a responsabilidade sobre sua saúde, diminuição de custos com despesas médicas e comodidade na aquisição do produto; já para o governo, com a dispensa de consultas médicas haveria diminuição substancial de custos para o sistema de saúde e otimização de recursos governamentais para a saúde.[28]

Contudo, tal responsabilidade enseja em conhecimento e informação da população, entretanto o estado da arte é desfavorável a permanência da propaganda de medicamentos nos moldes que se apresenta hoje. Com o grau de instrução de nossa população, pouquíssimos indivíduos sabem reconhecer os riscos de um medicamento ou estão preocupados com possíveis contra-indicações, interações medicamentosas. No caso da compreensão de bulas o caso é ainda mais grave, pois apenas e tão somente possuindo com conhecimentos técnicos especializados é possível compreender o que está descrito.

Tendo em vista este desconhecimento generalizado, caberia à publicidade prestar estas informações, contudo nem sequer estimula sua busca, mas pelo contrário incentiva a automedicação e a utilização desnecessária de medicamentos com o condão de criar uma relação de dependência entre o indivíduo e o medicamento.

Para Heloisa Carpena, o direito de escolha do consumidor é sagrado. Mas, para tanto ele necessita de informações:

“A informação clara, objetiva, verdadeira, cognoscível permite que o consumidor instrua seu processo de decisão de compra do produto ou serviço, realizando-o de forma consciente, e assim, minimizando os riscos de danos e de frustração de expectativas. O direito de informação é garantido de forma ampla pela lei, não como fim em si mesmo, mas como condicionante do direito de escolha do consumidor.” [29]

A liberdade de escolha está referida expressamente no Código de Defesa do Consumidor como direito básico do consumidor. O exercício da escolha importa de forma mais direta para satisfação de seus próprios desejos, mas interessa à sociedade como um todo, pois, ao escolher, o consumidor indica com a sua decisão quais são os melhores e mais seguros produtos e serviços.

5. POR UMA BIOÉTICA DO CONSUMO DE MEDICAMENTOS

É importante destacar que o medicamento não é um produto de consumo qualquer, devendo ter sua propaganda focada em princípios éticos e legais e priorizar o caráter informativo e não o apelo ao consumo.[30]

Não se pode falar em ética na venda de medicamentos com o sistema que atualmente está vigente para a comercialização de medicamentos, onde se visualiza uma publicidade que apesar das determinações da ANVISA ainda continua sendo abusiva e apelatória, bem como o marketing de retribuição patrimonial realizado junto aos profissionais médicos e às farmácias, farmacêuticos e balconistas

O grande problema é que, enquanto os sistemas de saúde no mundo contemporâneo seguem sendo, basicamente, guiados por um sistema de valores, não é possível cobrar do mercado valores morais, uma vez que, na busca do lucro, ele trabalha com outra lógica que não é a sanitária.[31]

Infelizmente hoje as farmácias deixaram de serem apenas estabelecimentos que fornecem medicamentos, podendo ser comparado literalmente a um mercado persa, pois vendem de tudo, desde medicamentos até refrigerante, ursinho de pelúcia; e participam de verdadeiras guerras para atrair clientela, oferecendo descontos, lista de medicamentos com descontos especiais. Inclusive o balconista de farmácia se encontra, ao arrepio da lei, investido de um profissional que prescreve, dispensa e empurra medicamentos, em atitude de desrespeito com a população, em flagrante exercício ilegal da medicina e da farmácia.[32]

Assim resta necessária a mudança de pensamento em um sentido ético de modificar a atual estrutura de forma a privilegiar o consentimento livre e esclarecido do paciente que era recebe também a designação de consumidor e como tal deve ser tratado e respeitado. E a única forma de obtenção desta ética é a participação efetiva do Estado de forma a prevenir a população no que tange a estes abusos através da implementação de medidas que limitem a publicidade abusiva, bem como a realização de uma fiscalização séria e eficaz.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a atual sociedade de consumo está degradando o planeta, pelo abuso que se faz dos recursos naturais. Se o simples ato de consumir gera impacto no meio ambiente, resta ao cidadão optar pelo “melhor” consumo, ou seja, aquele que cause o menor impacto na natureza.

Para isso, expressões como “consumo sustentável”, “consumo consciente”, “consumo responsável”, “consumo solidário”, dentre outros compatíveis, estão sendo difundidos. Nesse sentido a questão da comercialização e publicidade de medicamentos implica em situação atual e crítica. Como analisado a publicidade de medicamentos possui

regulamentação que busca diminuir o marketing indiscriminado, contudo em razão da ausência de fiscalização tais situações ainda persistem.

Quem nunca se deparou com uma campanha publicitária em que aparece um cenário aparentemente magnífico, com uma mesa farta, repleta de alimentos apetitosos mas transbordando de gordura, bebida à vontade e pessoas reunidas, com jeito de festa da família, sorridentes, despreocupadas. Não, não se trata de uma cena real, mas de uma propaganda de remédio, que culmina sempre com a sugestão alimentarmente incorreta: faça o que tenha vontade, apenas tome um comprimido antes e outro depois (vale também tomar um líquido esverdeado de flaconetes mágicos!).[\[33\]](#)

Este tipo de publicidade influencia e apóia o procedimento de automedicação dos cidadãos brasileiros. Infelizmente tal situação também ocorre pela dificuldade em realizar o atendimento médico no Brasil. A falta de médicos, a demora no atendimento e outros empecilhos criados estrutura social falida que possui o país. Com todas estas circunstâncias para sanar imediatamente determinados problemas de saúde, o cidadão acaba por acreditar em conselhos de família e principalmente nestas publicidades vinculadas na imprensa.

No que tange ao marketing junto aos médicos, farmácias, farmacêuticos e balconistas, tem-se o surgimento de outro problema que se torna ainda mais sério do que a automedicação, qual seja a empurroterapia. Parte da indústria farmacêutica brasileira acabou por se aproveitar da possibilidade da venda de genéricos com a introdução no mercado dos medicamentos chamados de similares. Em razão disso a população sem o conhecimento técnico da diferença entre genéricos e similares acaba por ser ludibriada por balconistas buscam a questão econômica em detrimento da saúde do paciente.

Contudo, como observado, o paciente, que se inclui na figura de consumidor, deve ter o seu consentimento livre e esclarecido. Na atual sistemática não há o que se falar esclarecimento e muito menos em consentimento, fato este que de pronto estaria impossibilitando tais práticas. Assim necessita-se de uma mudança geral na sistemática, ou seja a busca de uma nova ética médica e farmacêutica, a qual não seja influenciada por questões econômicas mas que tenha como intuito a defesa do ser humano e principalmente a busca da saúde e de seu bem estar.

Impossibilitando assim a implementação dos direitos da personalidade e principalmente influenciando a autonomia privada do paciente em escolher o melhor tratamento, haja vista que este passa a ser um brinquedo da indústria farmacêutica que influencia médicos, comerciantes, balconistas, todos com o objetivo comercial de “empurrar” um medicamento - na maioria das vezes dispensável – ao consumidor.

Para esta nova ética é necessária a colaboração do consumidor também, que através de atitudes simples, como perguntarmos a nós mesmos, na hora de consumir, se determinado produto é realmente algo de que precisamos, pode ser o início de um processo de mudança maior. A proposta de um novo estilo de vida exige a libertação do consumidor das necessidades impostas pela sociedade de consumo, o que requer um processo de aprendizado, uma conscientização, e a contribuição da educação nesse processo vai ser fundamental.[\[34\]](#)

Será necessário desenvolver novos valores culturais e éticos, transformar estruturas econômicas e reorientar novos estilos vida. Ações individuais conscientes, bem informadas e preocupadas com questões ambientais aparecem como uma nova estratégia de mudanças em direção à sociedade sustentável. Por isso, é importante falar em co-responsabilidade, abrangendo os diversos atores: tanto coletivos quanto individuais.

A mudança nos hábitos de consumo de medicamentos não é uma meta fácil de ser alcançada a curto e médio prazo; o processo é gradual e os seus resultados serão sentidos ao longo do tempo. A educação e a informação transparente são fundamentais nesse processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Wilson da Costa. **Imprensa, ética e empurroterapia**. Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2008.

Câmara dos Deputados, **Relatório da CPI dos medicamentos**, Centro de Documentação e Informação; Coordenação de Informações, Brasília, 2000.

CARPENA, Heloisa. **O Direito de Escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, julho-setembro, 2004.

CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osório de. **Estudos de Utilização de Medicamentos – Noções Básicas**. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2000.

FAGUNDES, Maria José Delgado et al. **Análise bioética da propaganda e publicidade de medicamentos**. Ciência & Saúde Coletiva, São Paulo, v. 2007, n. 12, 23 jan. 2006.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Como priorizar recursos escassos em países em desenvolvimento, pp. 103 -114. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética; 2003. p. 103-114.

JORNAL HOJE (Ed.). **Laboratórios pagam farmacêuticos para indicar remédios similares**: A Anvisa investiga uma denúncia grave: um folheto assinado por um laboratório e por uma rede de farmácias promete comissão aos balconistas que indicarem determinados remédios aos pacientes.. Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2008.

KOTTOW, Michael H. Comentários sobre bioética vulnerabilidade e proteção. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética; 2003.

LEXCHIN, Joel. **Interactions between physicians and the pharmaceutical industry: what does the literature say?** Canadian Medical Association Journal, 149:1.401-1.407. 1993.

LOUBET, Luciano Furtado. **Contornos Jurídicos da Responsabilidade Pós-Consumo.** In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito Ambiental em Evolução 5.** Curitiba: Juruá, 2007.

LOURES, Flávia Tavares Rocha. **A implementação do Direito à Informação Ambiental.** In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 34, abril-junho, 2004.

MASSERA, Ana Paula Dutra. **Controle do Comportamento Privado para fins Públicos: A Monitoração de Propaganda de Medicamentos no Brasil.** Universidade de Brasília. Especialização em Saúde Pública. Brasília-DF. 2002

MINTZES, Barbara. Publicidad directa al consumidor de medicamentos de prescripción: ¿existen datos probados sobre los beneficios para la salud? **Boletín de Medicamentos Esenciales**, OMS, n.31, 2002.

NASCIMENTO, Marilene Cabral. **Medicamentos: Ameaça ou Apoio à Saúde?** Rio de Janeiro: Ed. Vieira & Lent 2003a.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania.** São Paulo: Cortez, 2005.

SASS, Hans Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. **Bioética: poder e injustiça.** São Paulo: Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética; 2003.

SCHENKEL, Eloir Paulo. (org.). **Cuidados com os medicamentos.** Porto Alegre / Florianópolis: Ed. da Universidade/UFRGS / Editora da UFSC, 1991.

SCHRAMM, Fermin Roland. Información y manipulación: ¿cómo proteger los seres vivos vulnerados? La propuesta de la bioética de la protección. Revista Brasileira de Bioética. 2005.

SILVA, De.Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** v. I. Forense: Rio de Janeiro, 1989.

SPÍNOLA, Ana Luiza S. **Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos.** In: Revista de Direito Ambiental: Revista dos Tribunais, nº 24, outubro-dezembro, 2001.

TEMPORÃO, José Gomes. **A propaganda de medicamentos e o mito da saúde.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.

VARGAS, Scheila Locha Zangali. **Propaganda de Medicamentos: Medicamento e lucro: uma associação pouco saudável.** 2005. 61 f. Monografia (Especialização) - Departamento de Enesp, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: . Acesso em: 01 dez. 2008.

ZACARIAS, Rachel. **Consumo, Lixo e Educação Ambiental: uma abordagem crítica**. Juiz de Fora: FEME, 2000.

WZOREK, Lorilei de Fátima. **Avaliação da Qualidade das Propagandas de Medicamentos: Veiculadas em Diferentes Mídias e Locais no Estado do Paraná**. 2005. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

[1] SPÍNOLA, Ana Luíza S. **Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos**. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 24, outubro-dezembro, 2001. p. 210-211.

[2] **Idem**, p. 213.

[3] Agenda XXI, capítulo 4.

[4] SCHENKEL, Eloir Paulo. (org.). **Cuidados com os medicamentos**. Porto Alegre / Florianópolis: Ed. da Universidade/UFRGS / Editora da UFSC, 1991. 173 p.

[5] LOUBET, Luciano Furtado. **Contornos Jurídicos da Responsabilidade Pós-Consumo**. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito Ambiental em Evolução 5**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 246.

[6] PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 67

[7] FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Como priorizar recursos escassos em países em desenvolvimento, pp. 103 -114. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética; 2003. p. 103-114.

[8] MINTZES, Barbara. Publicidad directa al consumidor de medicamentos de prescripción: ¿existen datos probados sobre los beneficios para la salud? **Boletín de Medicamentos Esenciales**, OMS, n.31, p. 19-20. 2002

[9] TEMPORÃO, José Gomes. **A propaganda de medicamentos e o mito da saúde**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986. 183 p.

[10] MASSERA. Ana Paula Dutra. **Controle do Comportamento Privado para fins Públicos: A Monitoração de Propaganda de Medicamentos no Brasil**. Universidade de Brasília. Especialização em Saúde Pública. Brasília-DF. 2002

[11] SASS, Hans Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética; 2003. p. 81.

[12] KOTTOW, Michael H. Comentários sobre bioética vulnerabilidade e proteção. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética; 2003. p. 75.

[13] SCHRAMM, Fermin Roland. Información y manipulación: ¿cómo proteger los seres vivos vulnerados? La propuesta de la bioética de la protección. **Revista Brasileira de Bioética**. 2005. p. 22.

[14] WZOREK, Lorilei de Fátima. **Avaliação da Qualidade das Propagandas de Medicamentos**: Veiculadas em Diferentes Mídias e Locais no Estado do Paraná. 2005. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p 24.

[15] FAGUNDES, Maria José Delgado et al. Análise bioética da propaganda e publicidade de medicamentos. **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 2007, n. 12, 23 jan. 2006. p. 226

[16] **Idem**. .p 227

[17] LEXCHIN, Joel. **Interactions between physicians and the pharmaceutical industry: what does the literature say?** Canadian Medical Association Journal, 149:1.401-1.407. 1993.

[18] VARGAS, Scheila Locha Zangali. **Propaganda de Medicamentos**: Medicamento e lucro: uma associação pouco saudável. 2005. 61 f. Monografia (Especialização) - Departamento de Enesp, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: . Acesso em: 01 dez. 2008.

[19] **Ibid**.

[20] NASCIMENTO, Marilene Cabral. **Medicamentos**: Ameaça ou Apoio à Saúde? Rio de Janeiro: Ed. Vieira & Lent 2003a.

[21] Câmara dos Deputados, **Relatório da CPI dos medicamentos**, Centro de Documentação e Informação; Coordenação de Informações, Brasília, 2000. p. 128.

[22] JORNAL HOJE (Ed.). **Laboratórios pagam farmacêuticos para indicar remédios similares**: A Anvisa investiga uma denúncia grave: um folheto assinado por um laboratório e por uma rede de farmácias promete comissão aos balconistas que indicarem determinados remédios aos pacientes.. Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2008.

[23] BUENO, Wilson da Costa. **Imprensa, ética e empurroterapia**. Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2008.

[24] SILVA, De.Plácido e. Vocabulário Jurídico. v. I. Forense: Rio de Janeiro, 1989, p. 520.

[25] Pessoa autônoma é a que não somente delibera e escolhe seus planos, mas é a capaz de agir com base nessas deliberações.

[26] Arts. 6º, III e 8º do CDC.

[27] CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osório de. **Estudos de Utilização de Medicamentos** – Noções Básicas. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2000. p. 32.

[28] WZOREK, Lorilei de Fátima. **Avaliação da Qualidade das Propagandas de Medicamentos:** Veiculadas em Diferentes Mídias e Locais no Estado do Paraná. 2005. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p 27.

[29] CARPENA, Heloisa. **O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado.** *In:* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, julho-setembro, 2004. p. 163.

[30] WZOREK, Lorilei de Fátima. **Avaliação da Qualidade das Propagandas de Medicamentos:** Veiculadas em Diferentes Mídias e Locais no Estado do Paraná. 2005. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p 27.

[31] MORAIS, Gislaine Garcia. **Medicamentos Ese raro objeto entre la ciencia, el mercado y la magia.** In Bermudez JAZ, Oliveira MA, Esher A, organizadores. Acceso a medicamentos: derecho fundamental, papel del estado. Rio de Janeiro: ENSP; 2004. p.16.

[32] Câmara dos Deputados, **Relatório da CPI dos medicamentos**, Centro de Documentação e Informação; Coordenação de Informações, Brasília, 2000. p. 126.

[33] BUENO, Wilson da Costa. **Imprensa, ética e empurroterapia.** Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2008.

[34] ZACHARIAS, Rachel. **Consumo, Lixo e Educação Ambiental: uma abordagem crítica.** Juiz de Fora: FEME, 2000. p. 26.

DA EUTANÁSIA – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE

EUTHANASIA - EFFECTIVE RIGHTS OF PERSONALITY AND CONSIDERATION OF EXCLUSIONARY THAN THE STANDARD OF UNLAWFULNESS

**Valéria Silva Galdino Cardin
Andryelle Vanessa Camilo**

RESUMO

A eutanásia é a ação ou omissão que tem como propósito acarretar ou apressar a morte de alguém para abreviar o sofrimento. A ortotanásia consiste em deixar o doente morrer naturalmente. A distanásia, que é o contrário de eutanásia, proporciona morte lenta e com sofrimento intenso. Também há a mistanásia, que ocorre quando o paciente não tem acesso ao sistema público de saúde ou o tem de forma inadequada. No Brasil, a eutanásia, em qualquer uma de suas modalidades, bem como o suicídio assistido, são incriminados. A morte deve ser pautada pelos mesmos princípios que dirigem a vida: liberdade, autonomia de vontade e dignidade. Embora a eutanásia seja formalmente antijurídica, não o é materialmente, pois não fere os interesses sociais tutelados pela norma penal. Ao contrário, defende-se que deva ser recepcionada como causa supralegal de excludente de ilicitude, por ser socialmente aceita. Mas ainda não é o ideal, por se acreditar que a eutanásia ativa, quando solicitada pelo paciente de forma livre, refletida e inequívoca, não se trata de crime. A família poderá decidir pelo doente quando este estiver inconsciente, desde que haja manifestação inequívoca dessa vontade, anterior à incapacidade. Nos casos em que o enfermo não manifestou nenhuma opinião, há que se obedecer a três critérios: a enfermidade deverá se circunscrever ao coma profundo, ao estado vegetativo, ou a doença degenerativa em estágio avançado; lapso temporal razoável determinado por lei e diagnóstico de três profissionais que atestem a irreversibilidade da doença e a impossibilidade de cura. A eutanásia ativa, realizada fora das regras sugeridas acima, deverá ser considerada homicídio. Na ortotanásia não há crime porque o paciente faz a opção de morrer naturalmente. Ainda que não haja previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, deve ser reconhecido o direito à eutanásia, dentro das hipóteses sugeridas, pois que significa morrer com dignidade.

PALAVRAS-CHAVES: EUTANÁSIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE.

ABSTRACT

Euthanasia is the act or omission which is to cause or hasten the death of someone in order to shorten her suffering. The orthothanasia is to let the patient die naturally. The

dysthanasia, which is opposed to euthanasia, provides slow death and severe suffering. There is also a social euthanasia, which occurs when the patient does not have access to the public health system and has so inadequate. In Brazil, euthanasia, in any of its modalities, as well as assisted suicide, are prosecuted. The death should be ruled by the same principles that drive the life: freedom, autonomy of will and dignity. Although euthanasia is formally against the norm, not the material is therefore not hurt the corporate interests protected by the criminal standard. Rather, it is to be approved as a cause beyond the law of exclusion of illegality, to be socially accepted. But is not ideal, because they believe that active euthanasia when requested by the patient of their own, reflected and clearly, there is no crime. The family can decide when the patient is unconscious, but it is clear manifestation of this desire, prior to failure. In cases where the patient did not express any opinion, it should be subject to three criteria: the disease should be limited to deep coma, the vegetative state, or a degenerative disease in an advanced stage; reasonable time period determined by law and a diagnosis of three who demonstrates the irreversibility of the disease and the inability to cure. The active euthanasia, carried out outside the rules suggested above, should be considered murder. In orthothanasia no crime because the patient makes the choice to die naturally. While no estimates expressed in the legal vernacular, should be recognized the right to euthanasia, in the cases suggested, because it means dying with dignity.

KEYWORDS: EUTHANASIA. FUNDAMENTAL RIGHTS. EXCLUSION OF UNLAWFULNESS.

1 INTRODUÇÃO

A eutanásia é a ação ou omissão que tem como intuito acarretar ou apressar a morte de alguém, a fim de lhe abreviar sofrimento decorrente de doença.

A Bíblia, em I Samuel 31: 1-13, registra um caso de eutanásia quando relata a história do rei Saul, que, ferido e tendo perdido uma batalha, pede a seu escudeiro que o mate.

Sêneca, que viveu cerca de 65 d.C., e foi um dos mais célebres escritores e intelectuais do Império Romano, registrou em seus escritos acerca do assunto:

Somente por causa da morte a vida não é uma punição. Debaixo dos caprichos e das vicissitudes da fortuna, posso conservar minha cabeça ereta. É que tenho alguém a quem posso recorrer. [...] Contra todos os assaltos da vida eu tenho o refúgio da morte. E, se posso escolher entre uma morte de tortura e uma morte boa e frágil, porque não escolherei esta? Assim como escolho o navio no qual viajarei ou a casa na qual habitarei, assim escolherei a morte pela qual deixarei a vida. O homem deve procurar a aprovação dos outros nos negócios da vida: sua morte é assunto seu. [1]

Quase dois mil anos se passaram desde que Sêneca deixou esse pensamento e, embora tenham ocorrido significativas modificações nos costumes, na moral e na ética, a morte ainda é um assunto que a sociedade evita, e sua discussão, mesmo no campo da ciência, causa considerável incômodo.

Hodiernamente, inúmeras áreas científicas, como a medicina, o direito, a antropologia, a sociologia, a filosofia e a religião, analisam a questão da eutanásia. Porém nunca se encontrou uma fórmula conciliatória para o tema.

Os favoráveis à sua prática argumentam que existem quadros clínicos irreversíveis em que o doente, muitas vezes, passando por insuportáveis dores e sofrimentos, suplica pela morte como forma de se livrar do padecimento que se tornou a vida.

A antecipação da morte, prosseguem eles, além de atender ao interesse do paciente, que é morrer com dignidade, possibilita a efetivação dos direitos fundamentais da autonomia de vontade e da liberdade sobre decidir acerca de seu fim.

Os que se opõem às práticas eutanásicas argumentam que é dever do Estado salvaguardar a vida humana e que possíveis direitos do doente estariam subordinados aos interesses do Estado, o que permite a este adotar medidas para prolongar a vida, até mesmo contra a vontade do seu titular.

Os contrários ainda argumentam que, se o direito à eutanásia fosse reconhecido, este poderia tomar proporções nunca dantes imaginadas, dando ensejo a abusos tais como homicídios por interesses financeiros, como por exemplo, como recebimento de heranças, de seguros de vida e até comércio de órgãos.

Para aqueles que nunca vivenciaram a realidade das unidades de terapia intensiva, onde se acomodam doentes terminais, em estado vegetativo, com doenças degenerativas, o temor ainda é maior do que a tentativa de regulamentar essa prática para os que se encontram débeis fisicamente e clamam pela morte.

Casos extremos de obstinação terapêutica podem ser vistos. Cita-se, no ano de 2007, decisão da Justiça Federal do Distrito Federal que suspendeu, por meio de liminar, a Resolução do Conselho Federal de Medicina que autorizava os médicos a interromper tratamentos e procedimentos que prolongassem a vida de pacientes terminais sem chances de cura, com a sua anuência ou de seus familiares. [2]

O avanço médico-tecnológico permite que se mantenha um enfermo indefinidamente vivo, porém conectado a aparelhos de sustentação artificial de vida, que lhe fornecem oxigenação, fluxo sanguíneo e alimentação. Ressalte-se que, nesse caso, ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido, apenas prolongam a vida da pessoa, sem oferecer nenhuma qualidade.

O pioneirismo em relação à eutanásia cabe ao Uruguai [3]. No ano de 1934, com a entrada do Código Penal vigente, esse país disciplinou, no art. 37 desse diploma, o homicídio piedoso. Para que o médico não fosse apenado, deveria ter um currículo notável, ser o ato justificado por piedade e ter o paciente manifestado o desejo de morte mais de uma vez. [4]

Na Alemanha, a eutanásia é considerada homicídio solicitado e é prevista no art. 216 do Código Penal, que estabelece pena de seis meses a cinco anos a quem praticá-la. Dependendo da gravidade da doença, a pena poderá ser aplicada no mínimo ou substituída pela suspensão condicional. E o médico, que teve apenas a intenção de reduzir o sofrimento do paciente, ministrando-lhe droga mortal, não estará cometendo crime.[5]

Na França, a prática da eutanásia é considerada assassinato e punida como homicídio voluntário – crime contra a vida prevista no Código Penal, e não há precedentes jurisprudenciais a favor dela.[6]

Na Espanha, o art. 143 do Código Penal prevê a redução da pena imposta à pessoa que incorrer na cooperação necessária ao suicídio ou homicídio-suicídio.[7]

Nos Estados Unidos, a questão não é pacífica. A Suprema Corte tem permitido o suicídio assistido, e o Estado de Oregon foi o primeiro a aprovar lei nesse sentido.[8]

A Dinamarca e a Holanda autorizam a eutanásia, sendo que esta restringe-a, entre outros, aos casos de doença incurável e depressão decorrente de senilidade, ou seja, quando o idoso se declare cansado de viver.[9]

No Brasil, o mais antigo projeto de lei a favor da eutanásia foi apresentado pelo deputado Inocêncio de Oliveira (PFL-PE), em 1981. Atualmente, qualquer pessoa que praticar a eutanásia, na modalidade ativa ou passiva, ou auxiliar em um suicídio, responderá criminalmente perante a Justiça (art. 121 do Código Penal), por induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, do Código Penal) ou por omissão de socorro.

Porém desde 1999 tramita o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal,[10] fixando sanções mais brandas[11] para a eutanásia ativa direta, desde que seja o autor cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por laços estreitos de afeição à vítima e tenha agido por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticada.

2 DOS TIPOS DE EUTANÁSIA

Para uma perfeita compreensão do tema, cumpre distinguir os tipos de eutanásia.

Eutanásia ativa é aquela que resulta de uma ação direta para pôr termo à vida do doente. Geralmente ministra-se substância letal (veneno, gás, ou qualquer outra substância tóxica) para causar a morte do enfermo.

O que a doutrina denomina como eutanásia passiva, ou ortotanásia, consiste em deixar o doente morrer naturalmente, sem o uso de aparelhos que prolonguem a vida de forma

artificial. Nesse caso, ninguém causa a morte do paciente, apenas abre-se mão de estender seu tempo de vida.

Nelson Hungria conceitua a ortotanásia como

A deliberada abstenção ou interrupção do emprego dos recursos utilizados para a manutenção artificial das funções vitais do enfermo terminal, deixando assim que ele morra naturalmente, nos casos em que a cura é considerada inviável.^[12]

Na ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte e esta não ocorrerá imediatamente à suspensão da terapêutica, mas sim de maneira progressiva, natural. Em tais casos, será válida a administração de medicamentos para atenuar o sofrimento do enfermo. A suspensão aqui é apenas o reconhecimento de que não há nada mais a ser feito.

Já distanásia, vem do grego “dis”, mal, algo mal feito, e “thánatos”, morte. Seu significado é antagônico ao de eutanásia e trata-se de obstinação terapêutica. Proporciona morte lenta, com sofrimento intenso, tanto para o doente quanto para os seus familiares. Nesse contexto, a medicina é desvirtuada, pois sua função não é apenas prolongar a vida, mas garantir qualidade a esta.

Também há a eutanásia social, ou mistanásia^[13], e se refere aos pacientes que não têm acesso ao sistema público de saúde, por falta de vagas ou de profissionais, e em decorrência disso acabam por morrer. Pode ainda ser motivada por erro médico. Os que tentam justificar esse tipo de eutanásia alegam que os recursos econômicos deverão ser reservados para os doentes capazes de voltar à vida produtiva e ao trabalho.

Leonard Martin assevera que tal tipo de eutanásia pode ser entendida como

a morte miserável, fora e antes da hora, causada por três circunstâncias: “primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e; terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas da má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos”.^[14]

Observe-se que tal forma de eutanásia é homicídio e mata milhares de pessoas no Brasil, assim como em outros países, e não é discutida pela sociedade nem nos meios científicos com a mesma veemência que as demais.

Em 2006, foi noticiado em site médico^[15] que o Ministério de Saúde iria normatizar a permanência dos pacientes nas unidades de terapia intensiva (UTI) devido à grande

demanda e diminuta oferta de leitos. O desejo era de que fosse obtida por lei autorização para retirar da UTI pacientes que não teriam mais expectativa. Tal idéia é brutal!

Questiona-se: quem asseguraria a eficácia dessa norma, o não favorecimento de pacientes em detrimento de outros? Por sorte, tal pretensão foi afastada, já que, com a divulgação da notícia, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Federal de Medicina se mobilizaram a fim de obstar a proposta.

O “*escopo do Direito é tutelar os bens ou interesses*”^[16] e a saúde é um bem constitucionalmente assegurado^[17] (art. 196 da Constituição Federal). Disso denota-se que é obrigação do Estado assegurá-la e promovê-la, inclusive em caráter assistencial,^[18] sendo-lhe vedado fazer qualquer diferenciação entre os destinatários.

A Constituição também define que os serviços estatais de atenção à saúde da população devem ser exercidos por rede regionalizada e hierarquizada. O estabelecimento e a gestão desta competem ao Poder Executivo da União (art. 84, II, da Constituição), através do Ministério da Saúde, na forma do disposto no art. 87, parágrafo único, inc. I, da Constituição.

Por se tratar de um dever de Estado, sua prestação deverá ser exercida segundo os princípios que regem a Administração Pública^[19], quais sejam, moralidade, impessoalidade, legalidade, eficiência e publicidade, sem perder de vista a igualdade, a continuidade etc.

Perfilhando o entendimento acima exposto, a verdadeira eutanásia é tão-somente aquela motivada pelo escopo de aliviar os sofrimentos e agruras de enfermos a pedido ou com o consentimento destes.

Propugna-se que quem pratique a eutanásia nesses casos restritos, que serão oportunamente abordados neste trabalho, não deva ser punido por crime algum, ainda que de homicídio privilegiado, pois se trata de ato insigne, doloroso, acompanhado de emoções, desespero, e que certamente não seria realizado em situações ordinárias.

Porém o Código Penal tipifica tais condutas, sendo que a ação ou omissão que leva à eutanásia pode caracterizar, no direito pátrio, os delitos de homicídio (art. 121) – privilegiado ou qualificado -, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122) e omissão de socorro (art. 135), todos do Código Penal.

Matar alguém (em latim *hominus excidium*) significa privar da vida, extinguir. [20]Homicídio outra coisa não é senão a eliminação da vida humana extrauterina, praticada por outra pessoa. Esse é um princípio aprimorado do ofertado pela lei, pois já estabelece a diferença entre o homicídio, suicídio, aborto e participação em suicídio.[21]

Homicídio privilegiado é causa especial de diminuição de pena e reduz esta de 1/6 a 1/3. Sua razão de existir está vinculada à menor reprovabilidade da conduta “matar” em razão de sua motivação – relevante valor moral ou social.

Por relevante valor social entende-se aquele que, além de ser do interesse do sujeito ativo do crime, também é de interesse da coletividade. Diz respeito ao pensamento médio da sociedade e também do agente do crime, porque este a integra.[22]

Relevante valor moral, por sua vez, é aquele que diz respeito apenas ao agente do crime, porém este conta com o apoio do pensamento médio da sociedade. É visto como nobre, altruísta, merecedor de indulgência.

É nesse contexto, do relevante valor moral, que a eutanásia se insere. O agente comete o homicídio movido puramente pelo espírito de piedade e humanidade. Contudo, em que pese a motivação, a conduta é penalmente tipificada e o agente será criminalmente apenado.

Destaca-se que existem magistrados que não coadunam e não admitem as práticas eutanásicas e poderiam pronunciar o agente por homicídio doloso qualificado, seja pelo uso de veneno (inc. III), seja pela utilização de recursos que dificultem ou tornem impossível a defesa do ofendido (inc. IV). Frise-se que em Portugal esse é o tratamento jurídico dispensado à eutanásia.[23]

O crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, Código Penal) incrimina a participação de alguém no suicídio de outrem, por meio de indução, instigação ou auxílio material.

As condutas criminosas são: induzir, que significa criar no pensamento de alguém a idéia suicida, fazer nascer a idéia na mente do sujeito passivo; instigar é reforçar uma idéia já existente, ou seja, o sujeito passivo já havia pensado em cometer suicídio e ao compartilhar tal informação o sujeito ativo o encoraja, estimula, prestigia sua idéia; o comportamento de auxiliar significa prestar ajuda material ao suicídio, tornando mais fácil para o sujeito passivo o cometimento do ato derradeiro.[24] É nessa conduta que incide quem coloca um copo de veneno com um canudo na frente de um tetraplégico que sozinho irá sugar.

A conduta de auxiliar, para que se configure, tem que ocorrer antes do início de qualquer ato executório do suicídio, ou seja, durante os atos preparatórios, acessórios ou secundários, porque o auxílio prestado em atos executórios implicaria responsabilidade penal por homicídio.[25]

Note-se que tal crime é de uma amplitude absurda, pois pode apenar, por exemplo, um médico que coaduna com o desígnio suicida de seu paciente, ou que, tendo conhecimento de tal intenção, não faz nada para impedi-lo.

Por fim, as condutas eutanásicas podem configurar o crime de omissão de socorro, tipificado no art. 135 do Código Penal. Esta foi elevada à categoria de crime porque decorre do não cumprimento do dever moral de solidariedade humana, inerente às pessoas que vivem em sociedade.[26]

A conduta criminosa é deixar de prestar socorro, e, no caso em exame, a “pessoa inválida ou ferida”. Por pessoa inválida entende-se aquela que, por suas próprias forças, não pode escapar de uma situação de perigo, e por pessoa ferida aquela que tem sua incolumidade física afetada.

É nessa conduta que incide o médico que deixa de ministrar medicamentos ao seu paciente que, por exemplo, se encontra em estado vegetativo. Para o ordenamento

jurídico, a objetividade jurídica são a vida e a saúde, e o médico, ao não prosseguir com a terapêutica, recai então em omissão de socorro.

Na eutanásia alguém, através de sua ação ou omissão, tira a vida de outra pessoa, e como isso é vedado pelo ordenamento jurídico o legislador associou eutanásia com os crimes que levam à morte. Contudo, a eutanásia não é homicídio, suicídio, ou omissão de socorro. Trata-se de um modo de reduzir a vida quando esta se afigura inviável em decorrência de problemas de saúde.

Nesse sentido, consigna-se decisão da Justiça francesa que absolveu uma senhora de 62 anos que matou a filha. Lydie Debaine deu tranquilizantes a Anne Marie e depois afogou-a na banheira. Na época do incidente, Anne tinha 26 anos, mas sua idade mental era a de uma criança de apenas cinco anos. Além da deficiência mental adquirida por uma meningite logo após o nascimento, a jovem sofria com crises de epilepsia, fortes dores de cabeça e vômitos havia vários anos. Seu quadro era, segundo os médicos, irreversível. As dificuldades enfrentadas pela mãe sensibilizaram o júri do tribunal, que absolveu Lydie da acusação de homicídio doloso.[\[27\]](#)

Outro caso notório, que não pode deixar de ser lembrado, é o do espanhol Ramón Sampetro. Sua história ganhou projeção com o filme *Mar Adentro*, vencedor do Oscar em 2005 como melhor filme. Ramón lutou anos na Justiça em busca de autorização para a eutanásia; porém, diante da recusa dos tribunais, 14 amigos o ajudaram a realizar pequenos atos que isoladamente não eram considerados crimes, mas que somados o levaram à morte.[\[28\]](#)

A investigação para apurar sua morte foi arquivada sem que ninguém fosse incriminado.

Outro detalhe interessante sobre a morte de Ramón é que foi gravado um vídeo com o registro de seus últimos instantes de vida. Como morreu ingerindo veneno, fez questão de deixar claro que foi ele, sozinho, quem o ingeriu, ainda que os amigos tivessem colocado o copo com o canudo à sua frente.

Esta é uma das peculiaridades da eutanásia: os enfermos que têm o raciocínio preservado não desejam que ninguém seja punido pela sua morte, e com a intenção de evitar tal acontecimento deixam cartas ou pequenos vídeos de despedida, incriminando-se pelo evento.

Existe mais um aspecto da eutanásia a ser levantado: o sofrimento que gera aos entes queridos do doente. O enfermo recebe a morte como uma libertação em decorrência do estado de saúde que enfrenta; porém, após sua partida, fica a família que o ama, os filhos não criados, os amigos que o admiram, pessoas que não coadunam com seu desejo, porque têm sua presença e sua vida como inestimáveis.

Não se deve esquecer que, para essa mesma família, decidir pela eutanásia ou ajudar o enfermo a praticá-la é também um ato de amor, destituído de egoísmo. Imagine um pai decidir pela eutanásia de seu filho de 30 anos, ou ajudá-lo a seu pedido, porque está sendo asfixiado em decorrência de esclerose múltipla. Sonhos são despedaçados, e a dor é atroz.

Assim, não é porque a eutanásia permite a abreviação da vida, em seu sentido fisiológico, que guarda correspondência com condutas penalmente tipificadas. O direito deve servir ao homem e seus operadores devem estar sensíveis às realidades sociais nas quais estão inseridos.

3 DA ESCOLHA PELA MORTE – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CORRELATOS

O que está em debate, quando se fala em eutanásia, é o respeito para com a individualidade e a solidariedade à dor de quem é acometido por grave enfermidade. Para que seja possível discorrer acerca da morte com dignidade, liberdade e autonomia de vontade, necessário se faz destacar a abrangência de cada um desses direitos constitucionalmente assegurados, a fim de embasar a escolha do paciente ou de sua família por antecipar o evento morte.

Os direitos fundamentais podem ser descritos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, tendo como fim precípua o respeito à sua dignidade, por meio da proteção contra o arbítrio do Estado, juntamente com o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.^[29]

O direito à vida está assegurada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal^[30] e se afigura como o mais fundamental de todos os direitos, e como pré-requisito à existência e exercício de todos os demais. Cabe ao Estado assegurá-lo, abordando duas concepções, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e o segundo de ter uma vida digna.

Salienta-se que a vida física não é o único e maior de todos os bens, a ponto de converter-se em dever a sua conservação a todo preço e em qualquer situação, nem a morte é um mal absoluto e definitivo, de modo que não se possa enfrentá-la com um sentido transcendente da existência humana.^[31]

José Afonso da Silva aponta que

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.^[32]

Não se deve reconhecer apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo e sua interação com o mundo exterior. A obstinação em

prolongar o máximo possível o funcionamento do organismo não deve mais encontrar guarida, simplesmente porque o preço desta é uma gama incomensurável de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para seus familiares.^[33]

Prossegue o autor:

[...] embora a vida seja o pressuposto para o exercício de todos os outros direitos, ela somente se verifica quando houver o que o autor apontou como vida na sua “acepção biográfica mais compreensiva”, assim, **uma vida meramente biológica não deve jamais constituir uma obrigação.**^[34] (grifo nosso)

Aquiescer com esse entendimento é entender que a vida humana tem outras dimensões que não somente existir e respirar. Quando se busca também a qualidade de vida, pauta-se no bem-estar do ser humano e, por esse prisma, o prolongamento da vida somente se justifica se oferecer algum benefício.^[35]

O constitucionalista Alexandre de Moraes argumenta que a eutanásia não ameaça o direito à vida, porque, quando o desejo de morrer emana do indivíduo, este já não goza da plenitude da vida, além de não poder usufruir dela com qualidade. Em alguns casos, nem mesmo as suas funções vitais são autônomas.^[36]

Até que ponto a vida deve ser imposta a um indivíduo? É inevitável que haja enfermos que vejam o tempo que lhes resta de vida como uma experiência nefasta e desejem abreviá-la. A liberdade e a dignidade são valores de grande profundidade no exercício do direito “vida”, e o final desta deve ser tomado como desdobramento natural e não como consequência a ser evitada a qualquer custo.

Quanto ao princípio constitucional da liberdade, este traz implícita a noção de respeito à autonomia dos seres humanos, a direção daquilo que diz respeito exclusivamente ao próprio indivíduo.

Para os gregos, a liberdade é um estatuto de duplo aspecto: por um lado, independência em relação a toda espécie de coação corporal; por outro, obediência às disposições gerais (lei).

John Locke, filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, que viveu no século XVII, acreditava que, por ser o homem um ser racional, a liberdade não poderia separar-se da felicidade.^[37]

Para Kant, filósofo alemão que viveu no século XVIII, sem liberdade não haveria escolha; e, sem esta, não haveria certo ou errado, nem possibilidade de estabelecer juízos de valor. O filósofo ainda diz que a liberdade é *conditio sine qua non* do direito.^[38]

Ser livre é estar disponível para fazer algo por si mesmo. A liberdade é a possibilidade de decidir e com isso autodeterminar-se, pressupondo responsabilidade do indivíduo para consigo e para com a comunidade na qual está inserido.[39]

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, formando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O direito tem como finalidade coordenar, organizar e limitar a liberdade justamente para garanti-la.^[40]

Como assegurar efetivamente a liberdade das pessoas que sofrem em consequência de enfermidades?

Para Ronald Dworkin a sociedade se preocupa com o que as pessoas individualmente pensam acerca da eutanásia porque essa decisão expressa o valor intrínseco a qualquer vida, e, por conseguinte, afeta também a dignidade de toda a coletividade. Contudo, é importante que se viva pautado pela liberdade, que pressupõe a reflexão e a autodeterminação.[41]

Acredita-se que a sociedade deve pautar-se também pela razoabilidade, respeitando ao mesmo tempo os interesses do grupo e os dos indivíduos que o compõem. Assim, no exercício da liberdade e da autonomia de vontade, o desejo de morte do enfermo deverá ser acolhido, pois não fere direitos coletivos; ao contrário, reafirma um de seus poucos direitos que ainda podem ser exercidos.

O dom da vida é concedido, e com ela a liberdade do ser humano de fazer escolhas, ainda que seja pela morte.

Quanto à dignidade da pessoa humana, esta, segundo o inc. III do art. 5º da Constituição Federal, é um dos fundamentos do Estado democrático de direito.

A dignidade pode ser compreendida como a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor^[42], o respeito que pode exigir de todos pela sua condição de ser humano.^[43] Constitui-se em guia de toda a ordem jurídica, restando indispensável sua existência para a ordem social.

Do respeito à dignidade da pessoa humana surgem consequências como a igualdade de direitos entre todos, a garantia à independência e autonomia de vontade e a não imposição de condições subumanas de vida.^[44] Reconhece-se na dignidade o privilégio de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência, vida, corpo ou saúde, e de usufruir de um âmbito existencial característico seu.

Para Ronald Dworkin, a dignidade é, em certo sentido, uma questão de convenção e seu conteúdo poderá variar de acordo com a sociedade e época. Contudo, o direito que as pessoas têm de que a sociedade reconheça a importância de sua vida não pode constituir mera convenção.[45]

A morte deve ser um reflexo de como a pessoa viveu, e esse momento deve guardar, na medida do possível, coerência com seus valores e convicções, e assim cada um deverá decidir por si o que é morrer com dignidade.[46]

A morte digna, pautada na autonomia de vontade, respeita o pluralismo moral, a diversidade de crenças. Cada um deve ter o direito de optar pelo que é mais digno para si: se é lutar ao máximo pela vida ou aceitá-la como iminente e procurar transformá-la em um momento sereno e sem dor.

A eutanásia não deve ser vista com naturalidade, porque de fato suprime o bem mais valioso, que é a vida; porém, quando por uma enfermidade for expurgado do paciente o controle sobre esta, suas demais faculdades deverão ser hasteadas, a fim de que, mesmo na hora derradeira, seus direitos fundamentais sejam tutelados.

4 DA EUTANÁSIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Como retroexposto, as condutas eutanásicas – comissivas ou omissivas, no ordenamento jurídico pátrio, são consideradas criminosas.

Porém o mesmo ordenamento jurídico elenca hipóteses em que o crime, embora exista, em decorrência da relevância da conduta não deverá ser apenado.

Parte-se do raciocínio de que delito, enquanto crime, pode ser definido em dois aspectos: formal e material. O primeiro garante a proteção a um bem juridicamente tutelado; o segundo diz respeito ao desvalor social, ou seja, ao que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera ilícito.^[47]

Acrescente-se que, para a existência do ilícito penal, é necessário que a conduta típica seja também antijurídica.

A antijuridicidade é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico. O fato típico, em regra, é uma situação que, ajustando-se ao tipo penal, torna-se antijurídica.^[48] Nota-se que há um critério negativo de conceituação da antijuridicidade: o fato típico também será antijurídico, salvo se houver causa de exclusão da ilicitude.

“Matar alguém” voluntariamente é fato típico, mas não será antijurídico, por exemplo, se o autor do fato agiu em legítima defesa. Logo, será antijurídico todo fato descrito em lei penal incriminadora e não protegido por causa de justificação.^[49]

A antijuridicidade também pode ser dividida em formal e material. A primeira será a subsunção entre o fato praticado pelo sujeito e a norma de proibição, enquanto a segunda ofenderá o interesse protegido pela norma.^[50]

A antijuridicidade pode ser afastada por determinadas causas, denominadas “causas de exclusão de ilicitude”. Por essa razão, a tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houver causa que a elimine.^[51]

As causas de justificação estão previstas no art. 23 do Código Penal; são elas o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício

regular de direito. A dúvida que surge é se existem causas de justificação além das elencadas naquele artigo.

No tocante às normas penais incriminadoras, vigora o princípio da reserva legal: não há crime sem lei anterior que o defina.^[52] Essa proibição, porém, não se estende às normas penais não incriminadoras (permissivas e supletivas), como, por exemplo, o artigo supramencionado. Assim, a lacuna de previsão legislativa pode ser suprida pelos processos de autointegração da lei penal. ^[53]

Para Luiz Regis Prado, o rol do art. 23 é exemplificativo, podendo o magistrado, quando da aplicação da lei penal, reconhecer outras causas que não foram elencadas.^[54]

Se o intuito da norma é proteger a sociedade e esta, diante de um fato, anui com o comportamento, em tese criminoso, não deve haver ilicitude, porque a necessidade de conservação do interesse comum faz com que o fato típico não se revista de antijuridicidade. Nesse caso, haverá uma causa supralegal de excludente de ilicitude.

Para Damásio de Jesus^[55] e Luiz Regis Prado, o mesmo se aplica quando houver o consentimento do ofendido.^[56]

A doutrina das justificativas supraleais funda-se na afirmação de que o direito, enquanto norma, por ser estático, não esgota todas as causas de justificativas da conduta humana.^[57]

As justificativas supraleais são aplicáveis por analogia, costumes e princípios gerais de direito, segundo o critério de prevalência, em qualquer caso, dos fins sociais a que a lei se destina e das exigências do bem comum.

O intérprete pode e deve, em certos casos, ir além da mecanicista aplicação do texto legal, buscando solução razoável e mais justa para o caso concreto.^[58]

É exatamente nesse contexto que a eutanásia surge: como causa supralegal de excludente de ilicitude. Isso se deve ao fato de a eutanásia ser socialmente aceita. O relevante valor social, pelo qual o agente está imbuído, é compartilhado pela sociedade, que enxerga no cometimento do crime o sentimento de piedade.

Dessa forma, em que pese a eutanásia seja formalmente antijurídica, pois está em desconformidade com a norma, não o é materialmente, pois não fere os interesses sociais tutelados por esta.

Paulo Daher Rodrigues, em sua obra **Eutanásia**, dedica um capítulo especial a depoimentos de pessoas que praticaram eutanásia ou a solicitaram a um profissional de saúde para minorar o sofrimento de um ente querido.^[59] Todos esses relatos fundamentam que a morte piedosa é aceita por parcela considerável da sociedade e tolerada inclusive pelo Judiciário.

Não é segredo que a eutanásia é realizada diuturnamente; o que não se conhecem, devido à incriminação, são os seus verdadeiros números.

A opção por uma morte digna e com autonomia respeita o pluralismo moral, a diversidade de crenças e os valores de vida, pois reconhece a existência de diferentes entendimentos acerca do que seja morrer dignamente.

Portanto, ainda que não haja previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, deve ser reconhecido o direito a uma morte digna e com autonomia, desde que obedecidos os requisitos que serão propostos.

5 SUGESTÃO DE *LEGE FERENDA*

Ainda que o ordenamento jurídico permita, através de causas supralegais de excludente de ilicitude, a não incriminação das condutas eutanásicas, esse não seria o modelo ideal.

Acredita-se que a eutanásia ativa, que resulta de uma ação direta para pôr termo à vida do doente, não deve ser crime quando houver a solicitação do paciente de forma livre, refletida e inequívoca.

Não se pode deixar de abordar a situação daqueles doentes que não estão aptos a decidir por si próprios, por estarem inconscientes. Nesses casos, a família poderá decidir pela eutanásia, sem incorrer em crime, desde que haja manifestação inequívoca dessa vontade, anterior à incapacidade, por meio de escritos, gravações ou testemunhas.

Acrescente-se que, em alguns casos, o enfermo não manifestou nenhuma opinião a respeito de como enfrentar a morte, ou paira dúvida quanto à sua vontade, ou a enfermidade lhe sobreveio em tenra idade, quando não poderia discernir a respeito. Em tais casos, há que se ter mais critério para a realização da eutanásia, que, em nosso entendimento, poderá ser efetivada somente se obedecer aos três critérios seguintes.

O primeiro diz respeito à gravidade da enfermidade do paciente: deverá estar em coma profundo, em estado vegetativo, ou ser portador de doença degenerativa em estágio que lhe tenha suprimido a lucidez.

Já o segundo critério se refere ao lapso temporal em que a pessoa se encontra nas situações acima citadas, devendo o legislador estabelecê-lo de modo razoável, para que não se permita a morte de alguém que poderia, com o passar do tempo, se recuperar.

O último requisito será o diagnóstico de três profissionais que atestem a irreversibilidade do caso, bem como a impossibilidade de cura.

Ressalte-se que nos inconscientes a eutanásia só poderá ser realizada se não houve, durante a capacidade, manifestação contrária do enfermo.

A eutanásia ativa realizada fora das regras sugeridas acima deverá ser considerada homicídio.

Na eutanásia passiva, ou ortotanásia, deixa-se o doente morrer naturalmente, sem o uso de aparelhos ou medicamentos que prolonguem a vida de forma artificial. Nesse caso, ninguém provoca a morte do paciente, apenas abre-se mão de estender seu tempo de vida, conforme sua manifestação volitiva.

Nesse tipo de eutanásia se incluem os casos, amplamente noticiados na imprensa mundial, da americana Terri Schiavo e da italiana Eluana Englaro.[60]

Note-se que a vida tem conceito muito mais amplo do que batimentos cardíacos e respiração; a vida tem um conceito filosófico de interação e compreensão do mundo além do corpo. A nosso ver, a vida das duas jovens acima referidas, lamentavelmente, havia muito já haviam sido suprimidas.

Por fim, a eutanásia social, que se refere aos pacientes que não têm acesso ao sistema público de saúde ou o têm de forma inadequada, deve ser considerada como criminosa, porque priva de vida alguém que poderia ter a saúde restabelecida em caso de tratamento.

CONCLUSÃO

Eutanásia é a ação ou omissão que tem como propósito acarretar ou apressar a morte de algu, a fim de lhe abreviar sofrimento decorrente de doença. Já a eutanásia passiva, ou ortotanásia, consiste em deixar o doente morrer naturalmente, sem o uso de aparelhos que prolonguem a vida de forma artificial.

A obstinação terapêutica se trata de distanásia, que é o contrário de eutanásia, e proporciona morte lenta, com sofrimento intenso, tanto para o doente quanto para os seus familiares.

Também há a eutanásia social, ou mistanásia, que ocorre quando o paciente não tem acesso ao sistema público de saúde ou o tem de forma inadequada.

No Brasil, a eutanásia, em qualquer uma de suas modalidades, bem como o suicídio assistido, são incriminados. Porém desde 1999 tramita Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, fixando sanções mais brandas para a eutanásia ativa direta.

A vida tem outras dimensões que não somente existir e respirar. O direito deve pautar-se no bem-estar do ser humano; por esse prisma, o prolongamento da vida somente se justifica se oferecer algum benefício.

A liberdade traz implícita a noção de autonomia dos seres humanos, a direção daquilo que diz respeito exclusivamente ao próprio indivíduo. No exercício da liberdade e da autonomia de vontade, o desejo de morte do enfermo deverá ser acolhido, pois não fere direitos coletivos; ao contrário, reafirma um de seus poucos direitos que ainda podem ser exercidos.

A dignidade, além de ser um dos fundamentos do Estado democrático de direito, pode ser compreendida como a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor, o respeito que pode exigir de todos.

Embora a eutanásia seja formalmente antijurídica, porque está em desconformidade com as normas penais vigentes, não o é materialmente, pois não fere os interesses sociais tutelados por estas. Ao contrário, defende-se que deva ser recepcionada como causa supralegal de excludente de ilicitude, por ser socialmente aceita.

O relevante valor moral do qual o agente está imbuído é compartilhado pela sociedade, que enxerga no cometimento do crime o sentimento de piedade.

Ainda que o ordenamento jurídico permita, por meio de causas supralegais de excludente de ilicitude, a não incriminação das condutas eutanásicas, esse não seria o modelo ideal.

Acredita-se que a eutanásia ativa não deve ser crime quando solicitada pelo paciente de forma livre, refletida e inequívoca.

A família poderá decidir pelo doente quando este estiver inconsciente, desde que haja manifestação inequívoca de sua vontade, anterior à incapacidade, por meio de escritos, gravações ou testemunhas.

Nos casos em que o enfermo não manifestou nenhuma opinião a respeito de como enfrentar a morte, ou em que pairar dúvida quanto à sua vontade, ou se a enfermidade lhe sobreveio em tenra idade, quando não poderia discernir a respeito, há que se obedecer a três critérios: a enfermidade deverá se circunscrever ao coma profundo, ao estado vegetativo, ou a doença degenerativa em estágio avançado; há que ser observado lapso temporal razoável, estabelecido por lei, para que não se permita a morte de alguém que poderia, com o passar do tempo, se recuperar; e, por fim, o diagnóstico de três profissionais que atestem a irreversibilidade do caso, bem como a impossibilidade de cura.

Saliente-se que, nos inconscientes, a eutanásia só poderá ser realizada se não houve, durante a capacidade, manifestação contrária do enfermo.

A eutanásia ativa realizada fora das regras sugeridas acima deverá ser considerada homicídio.

Na eutanásia passiva, ou ortotanásia, não há crime, porque o paciente faz a opção de morrer naturalmente, sem o uso de aparelhos ou medicamentos que prolonguem a vida de forma artificial. Nesse caso, ninguém provoca sua morte.

Conclui-se, portanto, que, embora não haja previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, deve ser reconhecido o direito à eutanásia, visto que somente a pessoa envolvida pode saber, para si ou para um ente querido inconsciente, e dentro das hipóteses previstas, o que significa morrer com dignidade.

REFERÊNCIAS

BOSCOV, Isabela. O direito a morte. **Revista Veja**, Rio de Janeiro, Editora Abril, Edição n. 1892, 16 fev. 2005.

CAMPOS, Pedro Franco de et al. **Direito penal: parte especial do Código Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 373.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A contradição no regime da separação absoluta de bens. **Revista Brasileira de Direito da Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, out.-nov. 2004.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COLLUCCI, Cláudia. Juiz obriga médicos a tentar prolongar vida de doentes terminais. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 27 nov. 2007, C 1.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Barcelona (Espanha): Editorial Ariel, 1994.

EUTANÁSIA: Ministra da Saúde recusa prioridade. Disponível em: . Acesso em 12 de abril de 2009.

FARIAS, Gisela. **Muerte voluntária**. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. v. 1, 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v 1.

MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito a morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst_0019.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v 1.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer - eutanásia, suicídio assistido**. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Maria e. **A moral devoluta**. Disponível em <<http://www.jornalopcao.com.br/index.asp?secao=Reportagens&idjornal=212&idrep=2102>>. Acesso em 17 de abril de 2009.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 529.

SILVA, Wilson H. **Eutanásia: O direito à dignidade, até mesmo na morte**. Disponível em <http://www.pstu.org.br/autor_materia.asp?id=3378&ida=18> Acesso em 20 de maio de 2008.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIOTTO, Decio. Eutanásia: desejo derradeiro. **Revista Época**, ano III, n. 133, 4 de dez. 2000.

WANDERMUREN, Jonathas Lucas. Eutanásia: deve a vida ser preservada em qualquer circunstância? **Revista Jurídica Consulex**. Ano IX, n. 199, 30 abr. 2005.

YAMAGUCHI, Nise Hitomi. É a vida um direito inviolável? **Revista Jurídica Consulex**. Ano IX, n. 199, 30 abr. 2005.

[1] RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 23.

[2] COLLUCCI, Cláudia. Juiz obriga médicos a tentar prolongar vida de doentes terminais. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 27 nov. 2007, C 1.

[3] VIOTTO, Decio. Eutanásia: desejo derradeiro. **Revista Época**, ano III, n. 133, 4 dez. 2000, p. 82 e 83.

[4] CAPÍTULO III

De las causas de impunidad

Art. 37. Del homicidio piadoso.

Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2009.

[5] WANDERMUREN, Jonathas Lucas. Eutanásia: deve a vida ser preservada em qualquer circunstância? **Revista Jurídica Consulex**. Ano IX, n. 199, 30 de abril de 2005, p. 30.

[6] Ibid.

[7] CÓDIGO Penal Espanhol. Disponível em: < <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/leis/arquivo81.html>>. Acesso em 16 de abril de 2009.

[8] WANDERMUREN, op. cit., p. 30.

[9] YAMAGUCHI, Nise Hitomi. É a vida um direito inviolável? **Revista Jurídica Consulex**. Ano IX, n. 199, 30 abr. 2005, p. 33.

[10] Disponível em: . Acesso em 16 de abril de 2009.

[11] O § 3º do art. 121: Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

[12] CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 127.

[13] O termo “mistanásia” é uma criação do padre redentorista Leonard Martin, professor de teologia moral e bioética do Instituto Teológico-Pastoral do Ceará e presidente da Sociedade Brasileira de Teologia Moral. Como um dos colaboradores do livro **Iniciação à bioética**, publicado pelo Conselho Federal de Medicina, ele defende a utilização do termo como possível substitutivo da expressão “eutanásia social”, segundo ele, incorreta. A palavra “mistanásia”, na acepção que ele propõe (sem oferecer as razões que o levaram a escolher o elemento de composição mist), tem um caráter notadamente ideológico, abarcando, sobretudo, as causas sociais da morte. Para Leonard Martin, mistanásia “é a morte miserável fora e antes do seu tempo. apud SILVA, José Maria e. **A moral devoluta**. Disponível em

<<http://www.jornalopcao.com.br/index.asp?secao=Reportagens&idjornal=212&idrep=2102>>. Acesso em 17 de abril de 2009.

[14] A mistanásia aproxima-se muito de um outro tipo de prática, comumente citada nos argumentos de quem condena a eutanásia: a eliminação de pessoas, por determinação do Estado, por meio da eugenia, a chamada “higienização social”. SILVA, Wilson H. **Eutanásia: O direito à dignidade, até mesmo na morte**. Disponível em <http://www.pstu.org.br/autor_materia.asp?id=3378&ida=18> Acesso em 20 de maio de 2008.

[15] Cf. .

[16] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, [s.d.], p. 168.

[17] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[18] Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, **sem prejuízo dos serviços assistenciais**; (grifo nosso)

[19] Art. 37 da Constituição.

[20] CAMPOS, Pedro Franco de et al. **Direito penal**: parte especial do Código Penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

[21] Ibid.

[22] Cf. Item 39 da Exposição de motivos da parte especial do Código Penal.

[23] EUTANÁSIA: Ministra da Saúde recusa prioridade. Disponível em: . Acesso em 12 de abril de 2009.

[24] CAMPOS, op. cit., p. 17.

[25] Ibid, p. 18.

[26] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 109. v 2.

[27] Disponível em: . Acesso em 14 de janeiro de 2008.

[28] BOSCOV, Isabela. O direito a morte. **Revista Veja**, Rio de Janeiro, Editora Abril, Edição n. 1892, 16 fev. 2005, p. 95.

[29] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 373.

[30] Art. 5º, caput da CF.

[31] CARVALHO, op. cit., p. 62.

[32] SILVA, José Afonso, op. cit., p. 197.

[33] SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer - eutanásia, suicídio assistido**. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 32.

[34] SILVA, José Afonso, op. cit., p. 201.

[35] SÁ, op cit., p. 32.

[36] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 320.

[37] Disponível em: < <http://gold.br.inter.net/luisinfo/cidadania/liberdade.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2009.

[38] KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 27.

[39] SÁ, op. cit., p. 54.

[40] CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A contradição no regime da separação absoluta de bens. **Revista Brasileira de Direito da Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.26, out.-nov. 2004, p.144-158.

[41] DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 314.

[42] CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.

[43] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 454.

[44] NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst_0019.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2005.

[45] DWORKIN, op. cit., p. 339.

[46] MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito a morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 99.

[47] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241. v. 1.

[48] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 167. v 1.

[49] Ibid.

[50] JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 358. v 1.

[51] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, p. 169.

[52] Art. 5º, XXXIX da Constituição Federal: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

[53] PRADO, op. cit., p. 169.

[54] Ibid.

[55] JESUS, op. cit., p. 358.

[56] PRADO, op. cit., p. 393.

[57] CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas *apud* MIRABETE, op. cit., p. 171.

[58] MARREY NETO, José Adriano *apud* MIRABETE, op. cit., p. 171.

[59] RODRIGUES, op.cit., p. 33 *et seq.*

[60] Terri, aos 27 anos, sofreu um ataque cardíaco decorrente de anos de anorexia e bulimia, o que resultou em falta de oxigenação do cérebro, e, como consequência, uma severa lesão cerebral irreversível. O esposo de Terri obteve autorização para a eutanásia em 2005, após 15 anos de estado vegetativo. Eluana, aos 20 anos, sofreu um acidente de trânsito, que a deixou em estado vegetativo por 16 anos. Em 2008 os pais de Eluana conseguiram autorização para desligar os aparelhos que a mantinham viva.

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PARA A SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE

APPLICATION OF THE PROPORTIONALITY FOR THE COLLISION SOLUTION BETWEEN THE ADVERTISING PRINCIPLE AND OF THE PRIVACY PRINCIPLE

**Zulmar Fachin
Clara Heinzmann**

RESUMO

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante dos direitos fundamentais positivados na Constituição, sendo o ser humano o núcleo central a ser protegido por esses direitos. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1948, demonstrando grande preocupação com a condição humana contemplou a concepção contemporânea dos direitos fundamentais que se caracterizam na universalidade. A universalidade estende a aplicação do direito a todos sem qualquer distinção assegurando a todo e qualquer ser humano o mínimo de dignidade. A dignidade da pessoa humana é um valor que se manifesta na autodeterminação da própria vida, trazendo consigo a pretensão de respeito das demais pessoas. Neste contexto, o direito à privacidade evoluiu e alcançou o status constitucional, trazendo consigo quatro valores considerados fundamentais à preservação do próprio direito à privacidade. Entre estes valores figuram o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à imagem. A Constituição Federal no art. 5º, X, dispõe que são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas erigindo expressamente, esses valores à condição de direito individual, buscando, desta forma, resguardar aspectos particulares da vida de cada indivíduo, restringindo deste modo à publicidade quando se trata dos direitos à privacidade. Quando da existência de colisões resultantes do exercício dos direitos fundamentais no caso concreto, um direito fundamental deve ceder espaço a outro direito com o qual colide, por meio da aplicação da ponderação de valores. Esta ponderação dá-se por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade que é um instrumento eficaz na aplicação e na defesa dos direitos e das garantias fundamentais, protegendo o indivíduo mediante um processo legal e equilibrado contra medidas arbitrárias que de algum modo possam lhe causar prejuízos ou que venham a restringir seus direitos. Com a finalidade de analisar a tendência atual da aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos entre o princípio da publicidade e os direitos à privacidade, principalmente nos Tribunais da região sul do país, alvo da pesquisa deste estudo, o presente trabalho analisou diversos acórdãos que foram proferidos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de janeiro de 2004 a janeiro de 2009.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À PRIVACIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

ABSTRACT

The dignity of the human being is a value that is manifested in the self-determination of the proper life, bringing with it the pretension of respect with the other people. In this context, the right of privacy evolved and reached the constitutional status, bringing with it four values considered basic to the preservation of the own right of privacy. Among these values appear the right of privacy, the right to the private life, the right to the honor and the right to the image. However, when there are resultant collisions in the exercise of the fundamental rights, a fundamental right must give space to another right with that which it collides, by the application of the proportionality principle. The proportionality principle is an efficient instrument in the application and the defense of the rights and the basic guarantees, protecting the individual facing a legal and balanced process against arbitrary measures that in some way they can cause damages or that they come to restrict the rights. Thus, with the purpose to analyze the current trend of the application of the proportionality principle to the solution of conflicts between the advertising principle and the rights to privacy, mainly in the Courts of the south region of the country, the present work transcribed and analyzed a variety of sentences that had been pronounced in the Court of Justice of Paraná State, Court of Justice of Santa Catarina State and Court of Justice of Rio Grande Do Sul State, in the period from January of 2004 to January of 2009.

KEYWORDS: BASIC RIGHTS. ADVERTISING PRINCIPLE. RIGHT OF PRIVACY. PROPORTIONALITY PRINCIPLE.

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante dos direitos fundamentais positivados na Constituição, sendo o ser humano o núcleo central a ser protegido por esses direitos. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1948, demonstrando grande preocupação com a condição humana contemplou a concepção contemporânea dos direitos fundamentais que se caracterizam na universalidade. A universalidade estende a aplicação do direito a todos sem qualquer distinção assegurando a todo e qualquer ser humano o mínimo de dignidade. A dignidade da pessoa humana é um valor que se manifesta na autodeterminação da própria vida, trazendo consigo a pretensão de respeito das demais pessoas. Neste contexto, o direito à privacidade evoluiu e alcançou o *status* constitucional, trazendo consigo quatro valores considerados fundamentais à preservação do próprio direito à privacidade. Entre estes valores figuram o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à imagem. A Constituição Federal no art. 5º, X, dispõe que são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas erigindo expressamente, esses valores à condição de direito individual, buscando, desta forma, resguardar aspectos particulares da vida de cada indivíduo, restringindo deste modo à publicidade

quando se trata dos direitos à privacidade. Quando da existência de colisões resultantes do exercício dos direitos fundamentais no caso concreto, um direito fundamental deve ceder espaço a outro direito com o qual colide, por meio da aplicação da ponderação de valores. Esta ponderação dá-se por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade que é um instrumento eficaz na aplicação e na defesa dos direitos e das garantias fundamentais, protegendo o indivíduo mediante um processo legal e equilibrado contra medidas arbitrárias que de algum modo possam lhe causar prejuízos ou que venham a restringir seus direitos. Com a finalidade de analisar a tendência atual da aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos entre o princípio da publicidade e os direitos à privacidade, principalmente nos Tribunais da região sul do país, alvo da pesquisa deste estudo, o presente trabalho analisou diversos acórdãos que foram proferidos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de janeiro de 2004 a janeiro de 2009.

2. DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade da sociedade impor limitações ao poder estatal e as suas autoridades constituídas. O Estado, por meio do poder constituinte originário, estabelece a força normativa que tem a prerrogativa de regular à vida dos indivíduos e tem o poder de criar e recriar o Estado, adaptando a sua legislação a realidade histórica e social da sociedade. Zulmar Fachin leciona que “o poder constituinte originário é compreendido também como um poder de fato. Encontra-se vinculado à realidade concreta da vida social em determinado espaço territorial”.^[1] Assim, o Estado tem a possibilidade de editar leis que regulam a vida do cidadão. Estas leis, contudo, devem respeitar os direitos fundamentais e as garantias individuais e coletivas. Robert Alexy, a seu turno, esclarece que duas condições tornam os direitos do homem fundamentais:

Nos objetos dos direitos do homem deve tratar-se de interesses e carências para as quais valem coisas distintas. Deve tratar-se, em primeiro lugar, de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito. Assim, muitos homens têm uma ciência fundamental de amor. Não deve haver poucos aos quais é mais importante ser amado do que participar em demonstrações políticas. Contudo, não existe um direito do homem ao amor, porque amor não deixa forçar pelo direito. A segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a ‘necessidade’ de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentalidade fundamenta, assim a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia.^[2]

Estas condições são de interesse geral, pois as necessidades humanas devem ser satisfeitas e, para que isto ocorra, o Estado deve dispor de mecanismos capazes de atender os interesses e as carências do indivíduo, por meio de políticas e legislações de ordem geral e individual.

Em relação à evolução dos direitos fundamentais como base para a compreensão da pessoa humana e como base para a afirmação da existência de direitos universais, Fábio Konder Comparato observa que:

É a partir do período axial[3] que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais porque a ela inerentes. [4]

A pessoa humana é à base de toda legislação, e exatamente por isso é o fundamento dos direitos que a resguardam dos abusos do poder do Estado e de seus órgãos. Neste sentido, entende-se que o Estado deve à pessoa respeito e tratamento igualitário, sendo responsável pela criação de normas que a protejam contra o arbítrio estatal e contra o arbítrio de terceiros. Portanto, estas normas devem ter aplicação universal, ou seja, a universalidade deve ser o traço dominante dos direitos fundamentais, empregando-se desta forma o princípio da igualdade, independentemente da classe, corporação ou instituição ao qual o indivíduo pertença, ou ainda independentemente do corpo social que o mesmo ocupa.

A dignidade da pessoa humana existe na medida em que são resguardados direitos que amparem o homem em suas necessidades vitais, que somente serão garantidas por meio do efetivo exercício dos direitos fundamentais. Para Norberto Bobbio, o princípio da dignidade da pessoa humana é um sistema de valores que se encontra fundado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, “a Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido”. [5] Ainda para Celso Lafer, “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”. [6] Desta forma, o valor atribuído à pessoa humana é parte integrante e fundamento dos direitos humanos, sendo assegurado ao homem o direito subjetivo de exercê-los.

Em relação aos termos direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta-se que ambos são utilizados pela doutrina como sinônimos, no entanto para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são aqueles aplicados na esfera do direito constitucional e os direitos humanos referem-se à relação de normas de ordem internacional:

Em que pese ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional. [7]

Ainda, em relação à definição de conceitos, devido a sua amplitude e abrangência, os direitos fundamentais sofreram uma ampliação de expressões que são utilizadas para designá-los. Conforme José Afonso da Silva:

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade

à circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*. [8]

Observe-se que os termos direitos humanos e direitos fundamentais, apesar da conotação diversa, ambos dizem respeito à universalidade dos direitos da pessoa humana, sejam direitos positivados na ordem interna, por meio da legislação constitucional, ou na ordem externa, através de leis internacionais. Neste contexto, Dalmo de Abreu Dallari, analisa que os direitos fundamentais são necessários à existência da pessoa humana, pelo fato de que “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”. [9]

Os direitos humanos são direitos que correspondem às necessidades essenciais da pessoa humana, que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade. Para que isso ocorra, há a necessidade de positivação, seja na ordem jurídica interna ou externa, pois não há a possibilidade de falar-se em princípio da dignidade da pessoa humana sem assegurar a estas garantias de ordem constitucional e internacional, garantias estas que devem ser estendidas a toda a sociedade e não somente ao indivíduo, pois a lei deve representar a vontade da sociedade, garantindo a segurança jurídica na sua aplicação.

No que tange ao rol dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio esclarece que os direitos fundamentais vão além dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, pois estão em contínua ampliação, sendo transformados conforme a evolução histórica cultural da sociedade:

O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como direitos à vida, à liberdade e à propriedade [...] a relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente. [10]

O rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, uma vez que o mesmo se amplia para atender as necessidades da sociedade que se encontra em constante evolução, criando novas necessidades que precisam ser supridas e garantidas por meio da positivação de normas constitucionais e infraconstitucionais. Sob tal perspectiva, observa Ingo Wolfgang Sarlet, que o catálogo dos direitos fundamentais fica aquém do rol dos direitos previstos na legislação internacional, “o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvada alguma exceção – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição”. [11]

Sobre a inserção dos direitos humanos na Constituição, Mário Lúcio Quintão Soares, leciona que “a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para a sua implementação. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do estado democrático de direito”.^[12] Cumpre destacar, que estas medidas devem ser implementadas pelo Estado e pelos seus órgãos, pois a lei escrita sem mecanismos de efetivação é ineficaz e inoperante e a implementação de leis que tornam efetivos os direitos humanos devem ter como princípio a universalidade, ou seja, a aplicação igualitária a todos os seres humanos.

A universalidade diz respeito à aplicação da lei para todas as pessoas, independente do tempo e do lugar em que se encontrem. Conforme Zulmar Fachin, “os direitos fundamentais caracterizam-se pela universalidade, ou seja, são direitos que valem em todos os lugares, em todos os tempos e são aplicáveis a todas as pessoas”.^[13]

Sobre a proteção dos direitos humanos, citando Norberto Bobbio, Simone Hegele Bolson explica que:

A proteção aos direitos humanos, neste século, tem sua maior e fundamental expressão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual, segundo Bobbio, pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é a afirmação dos direitos humanos enquanto sistema de princípios a serem respeitados pelos estados que a subscrevem. ^[14]

Partindo desta premissa, tem-se que os direitos humanos são a afirmação de um sistema de princípios que devem ser respeitados pelos Estados que os subscrevem, e entre estes princípios, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, havendo a compatibilização entre os valores individuais e os valores coletivos, e várias normas de direito cuidam desta relação, conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet:

A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais. É nesse contexto que se pode afirmar, que a relação entre dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com a ofensa a dignidade da pessoa. ^[15]

Enfatiza-se que a dignidade da pessoa humana figura entre os direitos fundamentais e é reconhecida pelo sistema constitucional brasileiro, constituindo um valor em si mesmo. O valor atribuído à pessoa humana é parte integrante e fundamento dos direitos humanos, por isso a Constituição valoriza as questões de interesse da coletividade humana, transformando-os em categorias supralegais, que de acordo com José Carlos Vieira de Andrade, não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos

enquanto poderes dos quais estes são titulares, mas também do ponto de vista da comunidade e dos valores que esta propõe adotar:

Pretende-se, sim, fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, com valores ou fins que esta se propõe prosseguir. Em cada um dos direitos fundamentais, entre eles ou à volta deles, a Constituição delimita espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses afirmados, que constituem bases de ordenação da vida social.^[16]

Ressalta-se que os direitos fundamentais devem ser analisados não apenas como direitos individuais, mas também como direitos coletivos. Os direitos fundamentais são valores que devem ser respeitados e positivados por um sistema legal que permita a sua aplicação e efetivação de forma com que seja possível concretizar os anseios e as necessidades da pessoa humana.

3. DO DIREITO À PRIVACIDADE

A proteção do direito à privacidade visa a resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em sua vida. Neste contexto, a Constituição Federal foi categórica em assegurar ao lesado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

De acordo com Antonio Carlos Efig, a privacidade diz respeito “a todos aqueles costumes pessoais que cabe somente ao indivíduo a escolha de sua divulgação ou não, representando a disposição do cidadão sobre todas as informações a seu respeito”.^[17] Para Ricardo Cunha Chimenti, a privacidade é o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode manter sob seu exclusivo controle:

Privacidade é o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem poder ser legalmente sujeito. Direito à privacidade, assim, poderia ser identificado como direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera íntima de sua vida privada. ^[18]

A privacidade é a capacidade concedida ao indivíduo de tirar da esfera da sua vida privada a ingerência alheia, não permitindo que terceiros tenham conhecimento de certos aspectos da sua vida, dando-lhe o direito de decidir o que vai mostrar aos outros, de que forma e em que circunstância, como observa Elimar Szaniawski:

Cada um pode viver sua vida privada da maneira que quiser, guardando-se e reservando seus aspectos secretos e íntimos da intrusão alheia. As regras ordinárias que tratam da

matéria são variadas e tem origem no direito civil e no penal, que possuem escopo de preservar a privacidade do indivíduo, de impedir o conhecimento dessa esfera por terceiros e, finalmente, de interditar que esses terceiros que obtiverem conhecimento de aspectos íntimos os divulguem a outrem. [19]

Ao analisar o direito à privacidade, José Serpa de Santa Maria, observa que “toda ausência de privacidade se condensa no modo de vivência reservada, sob a resistência moral, a qualquer forma de intromissão, bem como na razoável exclusão do conhecimento público de fatos, idéias e emoções pessoais do interessado”. [20] Ressalta-se que neste contexto, a Constituição Federal prevê expressamente a proteção do direito à privacidade, incluindo o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem no seu art. 5º, inciso X, bem como em diversos outros dispositivos, buscando resguardar aspectos particulares da vida do indivíduo, assegurando, por exemplo, a inviolabilidade da casa (art. 5º, inciso XI), do sigilo dos dados, da correspondência e das comunicações (art. 5º, inciso XII), entre outros dispositivos, alguns dos quais prevêem instrumentos processuais para assegurar o direito à privacidade, como explica Jânio de Souza Machado:

Foi com o advento da Constituição de 1988 que se trouxe para o ordenamento jurídico nacional a proteção à privacidade, tema relevante e que tem despertado a atenção dos juristas de todo o mundo já a partir d século XIX. No capítulo pertinente aos direitos e deveres individuais e coletivos, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso X, assegurou-se a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. [21]

José Afonso da Silva assevera que “a Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual”. [22] Entre estes valores figuram o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à imagem

3.1 DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade é considerado quase sempre como sinônimo de direito à privacidade, porém a intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual ele tem poder legal de evitar a intromissão dos demais, sendo uma das manifestações do direito à privacidade, tendo assim uma abrangência mais restrita. Conforme explica José Afonso da Silva, “abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional”. [23]

Para Elimar Szaniawski, “o direito à intimidade objetiva resguardar a vida íntima e privativa das pessoas, independentemente da invasão do domicílio. Pode-se violar a vida privada de alguém sem praticar a violação do domicílio deste”. [24] Para Ricardo

Cunha Chimenti, a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo que deve ser respeitada e excluída do conhecimento público:

Intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo, em que este tem o poder legal de evitar o conhecimento por parte dos demais, ou, ainda, o modo de ser da pessoa e tudo o que a ela se refira cujo conhecimento pode ser excluído de qualquer outro homem. [25]

Carlos Alberto Bittar leciona que é “de grande relevo no contexto psíquico da pessoa é o direito à intimidade, que se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares, e negociais”. [26] Assim, o direito à intimidade é o direito de preservar o que é íntimo, é o direito de resguardar o que diz respeito somente a si mesmo. Sobre o campo do direito à intimidade, Carlos Alberto Bittar, leciona ainda que:

No campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: confidências; informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais, memórias; diários; relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa ou conjugal; saúde (física e mental); afeições; entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade) e, portanto afastados da curiosidade pública. [27]

O direito à intimidade consiste no direito de impedir o acesso de terceiros a domínios da confidencialidade individual de cada pessoa.

3.2 DIREITO À VIDA PRIVADA

O direito à vida privada e o direito à intimidade são muitas vezes utilizadas como sinônimos. Contudo, segundo José Afonso da Silva, o direito à vida privada é mais abrangente que o direito à intimidade:

Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros da sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. [28]

Ainda de acordo com Ives Gandra da Silva Martins Filho, a vida privada é um círculo próximo da pessoa, situado entre a intimidade e a vida social aberta:

Vida privada é a confidência, a amizade, a reserva, e todo ato humano externo, social, lícito que as pessoas queiram preservar de sua divulgação ou conhecimento de terceiros. A vida privada não é intimidade, mas também não é vida social aberta pública. A vida privada é o círculo próximo da pessoa, situado entre a intimidade e a vida social aberta. [29]

Observa-se que, em relação ao direito à vida privada, a tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares, ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada. Além disso, o Código Civil Brasileiro, no art. 21, faz previsão expressa quanto a tutela da vida privada da pessoa natural, observando que a mesma é inviolável, podendo o juiz a requerimento da pessoa interessada adotar providências para impedir ou para fazer cessar ato que contrarie o direito assegurado ao requerente. Ricardo Fiuza, ao comentar a inviolabilidade da vida privada, observa que:

O direito à vida privada da pessoa contém interesses jurídicos, por isso seu titular pode impedir ou fazer cessar invasão em sua esfera íntima, usando para sua defesa: mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, mandado de segurança, cautelares inominadas e ação de responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial.[30]

Para Elimar Szaniawski, a vida privada trata de um direito que cada um tem para assegurar a paz, a tranquilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública:

O direito ao respeito da vida privada consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito a vida privada, a vida familiar e a vida do lar, a integridade física e moral, a honra e a reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, a não divulgação de fatos inúteis e ambaraçosos, a publicação sem autorização de fotografias privadas, a proteção contra a espionagem e as indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, a proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, a proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular.[31]

A vida privada é o direito de levar a vida sem intromissões alheias, afastado da curiosidade pública, é também o direito que tem o indivíduo de ter preservado o seu espaço íntimo e de sua família.

3.3 DIREITO À HONRA

O direito à honra consiste na proteção do direito de não ser molestado, injuriado, ultrajado ou lesado na sua dignidade ou reputação social. Segundo José Afonso da

Silva, “é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”.[\[32\]](#)

Observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento da Constituição Federal, deste modo, o direito à honra deve ser protegido, pois é na sua essência o valor atribuído à pessoa em um contexto social, sendo a sua violação considerada um atentado à dignidade da pessoa humana, permitindo ao lesado o direito de reparação. Ressalta-se que o direito à honra deve ser protegido pela legislação, pois faz parte do direito à privacidade, como explica Carlos Alberto Bittar:

Incurções na vida privada, especialmente ditadas pela evolução da tecnologia e das comunicações, tem exigido o reconhecimento expresso desses direitos e a sua regulamentação, para garantir-lhes proteção no âmbito privado. O sancionamento pelo Estado, nesse plano, vem conferindo dignidade a esses direitos. [\[33\]](#)

O direito à honra goza de aspectos amplos, como à honra objetiva e à honra subjetiva. Na lição de Carlos Alberto Bittar:

O reconhecimento do direito em tela, prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva). [\[34\]](#)

O direito à honra no aspecto objetivo volta-se para a sociedade, ou seja, é a idéia que as pessoas fazem de determinada pessoa. No aspecto subjetivo alcança a própria pessoa no que diz respeito a sua auto-estima, sobre o que a pessoa pensa de si mesma. No mesmo contexto Elimar Szaniawski, entende que:

A violação da honra, através de ato injurioso, difamatório ou calunioso, manifesta-se de maneira diversa, constituindo-se, também, em meios diversos de lesão a honra. A honra possui aspectos muito variados, sendo portanto, difícil estabelecer-se os contornos exatos de seu conceito e natureza. A honra é vislumbrada sob dois pontos de vista, em honra objetiva e honra subjetiva. A primeira consiste na boa reputação, no bom nome, na boa imagem, que a pessoa possui no seio social. A honra subjetiva diz respeito à estima da pessoa por si mesma, em relação com a consciência da própria dignidade moral. Desta maneira, temos que, dependendo do modo pelo qual se atenta contra a honra da pessoa, se por injúria, se através de difamação ou por calúnia, o atentado será contra a honra objetiva ou contra a honra subjetiva. [\[35\]](#)

Segundo Sidney Guerra, o direito à honra relaciona-se ao aspecto moral por ser um dos valores mais importantes da pessoa, conforme exemplifica:

Relaciona-se a honra ao aspecto moral, isto é, dos valores mais importantes da pessoa como por exemplo de poder andar de cabeça erguida, de as pessoas terem uma boa referência a seu respeito, enfim de poder olhar no espelho e verificar que, de fato, trata-se de um homem honrado.[36]

O direito à honra, acompanha assim a pessoa tanto na sua esfera íntima como na esfera social, sendo atributo valorativo da pessoa humana na sociedade, cabendo, em caso de lesão, indenização por dano moral e material.

3.4 DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem é considerado um bem inviolável e é protegido pela Constituição Federal e pelo Código Civil Brasileiro. Assim, para que o uso da imagem de determinada pessoa seja lícito, este uso deve ser realizado com o prévio consentimento da mesma, pois em caso de violação do direito à imagem caberá indenização por dano moral e material.

A Constituição Federal assegura o direito à imagem no art. 5º, quando estabelece, no inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e, no inciso X, quando estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O direito à imagem também é assegurado pelo Código Civil Brasileiro quando este estabelece no art. 20 que “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais”[37].

Carlos Alberto Bittar afirma, nesse sentido, que o direito à imagem ocupa lugar de destaque no cenário dos relacionamentos sociais, consistindo no direito que a pessoa tem sobre a sua própria forma, sendo este direito assegurado pela legislação brasileira, conforme esclarece:

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identificam no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras das pessoas). [38]

Rizzatto Nunes, esclarece que o direito à imagem é constitucionalmente protegido e divide-se em imagem retrato e imagem atributo:

O direito à imagem possui duas vertentes: a primeira delas é a relativa à reprodução gráfica, como o retrato (fotografia), o desenho, a filmagem. Esta tem o nome de *imagem retrato*; a segunda é a que revela as características do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e que são reconhecidos pelo corpo social. E tem o nome de *imagem atributo*. [39]

A imagem retrato é aquela que reflete as características físicas das pessoas, independente do papel social que esta ocupa e está expressa no art. 5º inciso X da Constituição Federal. E a imagem atributo, ao contrário da imagem retrato, depende do papel social desempenhado pelo indivíduo no meio social em que vive e encontra-se expressa no art. 5º inciso V da Constituição Federal. A concepção desta imagem está ligada à idéia que a sociedade faz sobre determinada pessoa.

No que diz respeito à imagem, observa-se que a diferença entre imagem privada e imagem pública da pessoa está ligada à limitação do direito a própria imagem. A imagem privada está ligada à esfera íntima da pessoa, de modo que sem autorização a exposição desta imagem não poderá ser feita. Observa-se ainda, que o uso da imagem contra a vontade da própria pessoa interessada, traz como consequência a indenização pelos danos produzidos contra a imagem do seu titular, como esclarece Antonio Chaves:

O direito exclusivo que tem qualquer pessoa a própria imagem manifesta-se, sob o ponto de vista material, numa série de faculdades, dizendo respeito as mais importantes, ao direito de divulgá-la, vendê-la, publicá-la, cedendo o titular uma dessas faculdades, em conjunto ou separadamente, no todo ou com limitações relativas a um determinado tempo, a um determinado âmbito territorial, etc. Daí resulta, implicitamente, a vedação a quem quer que seja do uso não autorizado de imagem alheia. [40]

No campo da imagem privada o direito se estende a imagem retrato e a imagem atributo, já no campo da imagem pública este direito se refere somente àquilo que é público e neste esfera não sofre restrições quanto a sua publicação. Rizzatto Nunes, explica que mesmo que a pessoa exerça papel público e daí ter imagem pública que não sofrerá restrições, não poderá ter sua imagem privada violada no diz respeito a sua intimidade, explica ainda que mesmo a imagem pública, no caso de comercial somente poderá ser utilizada com a devida autorização:

Vê-se que por ser pessoa que exerce papel social público e daí ter imagem pública, o que lhe resta de imagem privada será aquela ligada ao âmbito restrito da privacidade e da intimidade. Acresça-se, ainda, a proibição do uso comercial de toda imagem (privada, pública, retrato, atributo) sem a devida autorização. [41]

Em relação à violação do direito à imagem, Elimar Szaniawski, observa que:

A jurisprudência brasileira tem enfrentado, na maioria dos casos, a vertente patrimonial do direito à própria imagem, quando o retratado se opõe a exploração econômica de sua imagem e ao locupletamento econômico de terceiros através dessa imagem indevidamente divulgada com objetivos comerciais. Estas hipóteses figuram além de danos patrimoniais, os quais devem, igualmente, ser ressarcidos, regendo-se pelas regras aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. A utilização não autorizada da imagem de qualquer pessoa, com fins lucrativos, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização integral, tanto daquele que captou indevidamente a imagem da vítima, quanto daquele que divulgou esta imagem sem a necessária autorização. A obrigação da reparação de danos extrapatrimoniais e patrimoniais decorre do próprio uso indevido da imagem alheia, não havendo que se cogitar de prova da existência de efetivo dano, uma vez que o dano caracteriza-se com a utilização indevida da imagem com finalidade lucrativa. [42]

Deste modo, a pessoa que houver sido lesada terá direito a indenização de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo que este dano se caracteriza pela utilização indevida da imagem. Neste sentido, a Súmula 37 do STJ,[43] estabelece que o lesado pode pleitear a reparação pelo dano moral e patrimonial provocado por violação à sua imagem-retrato ou imagem-atributo e pela divulgação de escritos ou de declarações feitas.

4. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Proposições básicas que fundamentam o direito, os princípios são disposições que se espalham sobre diferentes normas, servindo de critério para a sua interpretação. Os princípios são ainda, o núcleo de um sistema de conhecimento, as premissas fundamentais de todo um sistema jurídico, são também orientações, diretrizes de caráter geral e fundamental. Conforme Miguel Reale:

Os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxi*. [44]

Antonio Bento Betioli, observa que a palavra princípio tem duas acepções: uma de natureza moral, outra de ordem lógica. Em seu significado lógico, os princípios são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um sistema de conhecimento filosófico ou científico, dividindo-se em:

a) princípios *omnivalentes*: válidos em todas as ciências, como os de identidade (“o ser é idêntico a si mesmo – A é A”), de causa eficiente (“nada existe sem sua causa ou sua razão suficiente”) e de não-contradição (“o ser não pode ser e não ser ao mesmo

tempo”). b) princípios *plurivalentes*: quando se aplicam a vários campos de conhecimento, como o de finalidade, essencial às ciências culturais mas não extensivo a todos os campos do conhecimento. c) princípios *monovalentes*: quando são válidos só para determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais do direito, aplicáveis apenas a Ciência do Direito. Deve notar, todavia, que nem todos os princípios gerais de direito tem a mesma amplitude, uma vez que há os que se aplicam neste ou naquele ramo do direito. [45]

O princípio designa a estruturação de um sistema central de idéias, pensamentos ou normas donde derivam as demais idéias, pensamentos ou normas, se reconduzem ou se subordinam, conforme Ruy Samuel Espíndola:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.[46]

Muitos são os princípios que dão diretrizes e estabelecem limitações ao direito, além de servirem como base interpretativa também tem a função informadora e normativa. Entre estes princípios está o princípio da publicidade que se encontra previsto em vários dispositivos da Constituição Federal, estabelecendo como regra a publicidade dos atos processuais. Mas a própria Constituição Federal, faz ressalvas ao princípio da publicidade quando dispõe que são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, buscando resguardar os aspectos particulares da vida de cada indivíduo.

O art. 5º, LX, da Constituição Federal estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Este preceito constitucional é completado pelo art. 93, IX, da Constituição Federal que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Esta norma pretende garantir a transparência dos atos processuais e a fiscalização dos órgãos estatais, pretende também, garantir o direito à privacidade. No que diz respeito à administração pública, o *caput* do art. 37 da Constituição Federal prevê a transparência dos atos administrativos.

4.1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O DIREITO À PRIVACIDADE

Analisando o art. 5º inciso LX, da Constituição Federal que preceitua que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, observa-se que a publicidade se restringe quando se trata

do direito à privacidade, pois prevalece o entendimento de que a defesa da intimidade é um valores do direito à privacidade.

Em relação às limitações da publicidade no que diz respeito à privacidade, José Serpa de Santa Maria leciona que:

A limitação diz respeito ao consentimento do próprio interessado na privacidade, ao prestar certas e determinadas informações, ao permitir a divulgação somente em parte, ou com restrições, as quais deverão ser observadas. Trata-se de uma participação do próprio direito à privacidade, conquanto que não devam ser ultrapassados os limites da própria permissão.^[47]

Para Sidney Guerra, a preservação da esfera privada é fundamental para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana:

A preservação da esfera privada é fundamental para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Alguns procedimentos, costumes, crenças, amizades, jeito de viver, amores preferências podem ser disponibilizados ao público; outros não o podem ser.^[48]

Ressalta-se que o direito à privacidade tem proteção constitucional assegurada, inclusive no que se refere à proteção diante dos meios de comunicação em massa. Neste contexto, explica Carlos Alberto Bittar:

Excepciona-se da proteção a pessoa dotada de notoriedade e desde que no exercício de sua atividade, podendo ocorrer a revelação de fatos de interesse público, independentemente de sua anuência. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas e outros que se mantém em contato com o público com maior intensidade). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado. Assim, sobre os fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a comunicação sem consulta do interessado.^[49]

Existem graus diferentes na escala de valores do que é comunicável ao público, pois o direito à privacidade deve ser preservado, uma vez que existem fatos, ações ou dados cuja extrapolação não interessa a outras pessoas. Esta extrapolação de informações pode ser evitada juridicamente, pois a divulgação sem o consentimento da pessoa interessada enseja indenização por dano moral e material. Analisando a questão, Carlos Alberto Bittar, esclarece que:

Assim, há que da esfera privada separar-se ações que se encartam no plano relacional e que se dimensionam em função da condição de notoriedade da pessoa, se, de um lado, comum, ou, de outro político, artista, ou desportista, abrindo-se mais o leque com respeito às últimas. Na esfera privada propriamente dita, tem-se a pessoa em seu interior

ou em sua intimidade (esfera da confidencialidade ou do segredo, reservada ao intelecto próprio) e, portanto, inatingível por ação arbitrária de terceiro.^[50]

Deste modo, o direito de comunicar sofre restrições no que diz respeito aos valores da esfera privada, sendo a indenização amplamente garantida, tal como a obtenção do direito de cessação, que tem por finalidade de cessar a prática considerada abusiva. Observa-se ainda, que entre o direito de informar e o direito de ser informado encontram-se duas situações que devem ser obrigatoriamente analisadas, conforme Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli:

Percebe-se, que a intersecção entre o direito à *privacidade e direito de informar e ser informado*, encontram-se duas situações: a potencial invasão pelo agente da comunicação da privacidade do retratado na mensagem informativa *strictu senso* (jornalística), que é uma violação evidente a um direito individual ou a renúncia voluntária de partes da privacidade do(s) indivíduo(s) retratado(s) pelo agente, com o intuito de propiciar entretenimento à massa de receptores ou à coletividade, classe ou grupo de usuários de uma determinada conexão comunicativa.^[51]

Para Zulmar Fachin, o constituinte protegeu a vida privada, proibindo que a mesma seja devassada restringindo o princípio da publicidade, como explica a seguir:

Protegeu a vida privada, proibindo que ela seja devassada e assegurando um espaço exclusivo pertencente à própria pessoa. Assim o fez, declarando inviolável a casa do indivíduo (inciso XI), bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas (inciso XII). Permitiu, ainda, a possibilidade de restrição ao princípio da publicidade (tão caro para a sociedade), quando houver exigência da intimidade ou do interesse social (inciso LX).^[52]

Neste sentido, Jânio de Souza Machado, observa que o direito à privacidade é “o espaço mínimo, tido por sagrado, aquele que não poderia ser compartilhado”.^[53] Deste modo o direito à privacidade sofre restrições no que diz respeito a terceiros, pois é um espaço restrito que cabe somente ao seu titular dispor.

Quanto ao princípio da publicidade, em relação ao direito à privacidade, cabe ao legislador o papel de analisar o caso sob a ótica do que é considerado ato público ou o que é considerado ato da esfera privada. Pois se aplica a pessoa que exerce função de administração pública a regra da publicidade, que somente é excepcionável por lei, pois a divulgação dos seus atos é obrigatória quando estão ligados ao exercício da sua função.

Na esfera privada, ou particular, a regra é oposta, pois não se permite publicar a vida privada das pessoas, não sendo, esta regra excepcionável por qualquer lei ou ato administrativo. Isto decorre da análise de que a vida exterior que envolve a pessoa nas relações de atividades públicas pode ser objeto da pesquisa e divulgação de terceiros por

serem públicas. Contudo, a vida interior, por dizer respeito à vida íntima das pessoas e dos membros de sua família não pode ser exposta sem a devida autorização das pessoas envolvidas e interessadas, pois são considerados pela Constituição Federal direitos invioláveis.

A publicidade encontra restrições quando se refere à vida privada das pessoas, principalmente no que diz respeito ao direito à privacidade, entre eles o direito à vida privada, direito à intimidade, direito à honra e o direito à imagem. Pois se entende, que a esfera privada das pessoas deve ser preservada, assim como a sua intimidade, somente podendo esta ser informada quando a pessoa detentora deste direito autorizar.

5. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A base do princípio da proporcionalidade é a idéia de assegurar ao indivíduo a sua liberdade individual em face dos interesses da administração e principalmente representar a garantia desta liberdade e a consciência da existência de direitos oponíveis ao próprio Estado, conforme leciona Suzana de Barros Toledo:

O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi à idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII. [54]

O princípio da proporcionalidade deriva da concretização do Estado de Direito, ou seja, da garantia de respeito aos direitos do cidadão, como analisa Raquel Denize Stumm, “a localização do princípio da proporcionalidade num dado sistema jurídico pode derivar da concretização do princípio Estado de Direito ou Direitos Fundamentais ou, ainda, do princípio do devido Processo Legal”. [55] Partindo desta premissa, observa-se que o princípio da proporcionalidade tem aplicação em todos os campos do direito, pois apresenta a correspondência devida entre as partes e seu todo, coibindo o abuso do direito por meio da ponderação e prudência consubstanciada em tal princípio.

A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requer a criação de instrumentos processuais adequados para garantir a atuação jurisdicional, assim o indivíduo ao ter seu direito desrespeitado, deve ter acesso aos mecanismos necessários que garantam a conservação dos seus direitos por meio da aplicação das leis, como pondera Suzana de Barros Toledo:

A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos do cidadão. [56]

Pelo princípio da proporcionalidade, o operador jurídico decide qual a prevalência de um ou de outro princípio em rota de colisão, mantendo-se o equilíbrio no momento da decisão, analisando os eventuais benefícios e malefícios que esta poderá ocasionar para as partes. Conforme Zulmar Fachin,

O princípio da proporcionalidade tem por escopo solucionar colisão de direitos fundamentais. Quando dois direitos fundamentais (exemplo: privacidade e publicidade) estiverem em colisão entre si, de modo que não for possível proteger a ambos, um deve ser sacrificado. Deve-se fazer um sopesamento, colocando frente a frente os bens colidentes, e escolher qual dos dois, diante do caso concreto, será sacrificado e qual deverá ser preservado. [57]

O princípio da proporcionalidade caracteriza-se pela necessidade de coibir o abuso do direito por meio da ponderação consubstanciada em tal princípio. Assim, o princípio da proporcionalidade, exige uma ponderação dos meios utilizados para alcançar um determinado fim que seja o mais benéfico para os envolvidos na relação judicial.

A proporcionalidade é um princípio jurídico cujas origens têm como base o processo de afirmação concreta dos direitos fundamentais, cujo campo de aplicação segundo Gomes Canotilho, “é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias dos actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie”. [58] Para José Carlos Vieira de Andrade, a proporcionalidade representa um método e um processo de legitimação de soluções constitucionalmente aplicáveis:

A proporcionalidade constitui instrumento de execução do princípio da concordância prática, representando um método e um processo de legitimação das soluções, a impor a ponderação de todos os valores constitucionalmente aplicáveis, preservando-se a constituição na maior medida possível.^[59]

O princípio da proporcionalidade é um garantia constitucional implícita que exerce a função de proteger a esfera de liberdade individual e a função de viabilizar a concretização dos direitos fundamentais, como explica Helenilson Cunha Pontes:

O princípio da proporcionalidade consubstancia verdadeira garantia constitucional imanente ao Estado de Direito contemporâneo, e exerce simultaneamente na ordem jurídica a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra as medidas estatais arbitrárias, e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e de todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípios constitucionais. [60]

Por derivar da força normativa dos direitos fundamentais e por ser uma garantia do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade tem *status* constitucional na ordem jurídica brasileira. Observa Nelson Nery Junior que “o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade encontra-se no conteúdo do princípio do Estado de Direito, havendo, ainda, quem entenda situar-se no princípio do processo legal”.^[61] Deste modo, é um instrumento eficaz na aplicação e na defesa dos direitos e das garantias fundamentais, protegendo o indivíduo mediante um processo legal e equilibrado contra medidas arbitrárias que de algum modo possam lhe causar prejuízos ou que venham a restringir seus direitos.

5.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Com base na pesquisa realizada entre o período de janeiro de 2004 a janeiro de 2009, em acórdãos proferidos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, observou-se que diante de duas previsões constitucionais, que envolvem o confronto de direitos fundamentais, a análise do caso concreto será guiada pelo princípio da proporcionalidade, onde a decisão será tomada de acordo com as circunstâncias específicas de cada situação, devendo prevalecer o direito fundamental de maior relevância no caso concreto.

Se por um lado o entendimento é de que o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, garante a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o art. 220 da Constituição Federal, veda qualquer restrição à manifestação de pensamento, por outro lado, o entendimento é no sentido de que o direito de prestar informações deve ser exercido sem excessos, isto é, o direito de bem informar a coletividade sobre fatos relevantes não pode ofender o direito à imagem dos cidadãos. Deste modo, a liberdade de imprensa é relativa, posto que deve conviver pacificamente com os demais direitos fundamentais, igualmente assegurados em âmbito constitucional. Conforme posicionamento do Tribunal de Justiça de Estado do Paraná:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INVOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM - LIBERDADE DE EXPRESSÃO - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - VEICULAÇÃO DE CRÍTICA EM JORNAL: "AUTOR QUE RESPONDE A PROCESSO POR MAU USO DO DINHEIRO PÚBLICO" - PESSOA PÚBLICA - OFENSA À HONRA NÃO VERIFICADA - AUSÊNCIA DE INJÚRIA, CALÚNIA OU DIFAMAÇÃO - COMENTÁRIO AMPARADO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO DEMONSTRADOS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. 1 - "A revelação de fatos de interesse da coletividade, ainda que imbuídos de críticas do jornalista, dentro de um juízo de razoabilidade, não configura sensacionalismo ou abuso do direito à livre manifestação

do pensamento, mormente quando envolva ato do Poder Público de repercussão geral" (Ac 14662). 2 - Não há como reconhecer na hipótese uma situação que tenha transposto a esfera do aceitável, indo além dos dissabores comuns e inerentes a cada ramo profissional, sujeitando o Apelante a uma degradação pública gratuita, sem qualquer motivação pertinente. (TJPR - 10ª C.Cível - AC 0431673-4 - Maringá - Rel.: Des. Ronald Schulman - Unânime - J. 06.12.2007)[62]

O ordenamento constitucional pátrio permite o balanceamento entre direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à imagem, à honra entre outros, que deverão ser aferidos conforme o princípio da proporcionalidade, para, ao fim, verificar qual deles, quando em conflito, deve se sobrepor ao outro. Em caso de colisão, determinados direitos, embora fundamentais, muitas vezes devem ser legalmente restringidos com o fim de proteger outros direitos também fundamentais.

Sobre a proteção à imagem e à honra da pessoa em relação à liberdade de imprensa, a seguir, o posicionamento da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO LOCAL, A RESPEITO DE IRREGULARIDADES PRATICADAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO - CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO À IMAGEM E À HONRA DA PESSOA, E DE LIBERDADE DE IMPRENSA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - JUÍZO DE PONDERAÇÃO, BUSCANDO HARMONIZAR AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO CASO CONCRETO - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE DE IMPRENSA - CARÁTER INFORMATIVO DA MATÉRIA - PREVALÊNCIA À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM VALOR ADEQUADO. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 8ª C.Cível - AC 0148831-1 - Campo Largo - Rel.: Des. Celso Rotoli de Macedo - Unânime - J. 24.03.2004) [63]

Para solucionar o conflito entre direitos fundamentais, ou seja, o direito de proteção à imagem e à honra das pessoas, garantido no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, e a liberdade de expressão e informação, previstos no art. 5º, incisos IV, IX, e no art. 220 da Constituição Federal, o legislador deve fazer uso do princípio da proporcionalidade, que por meio de um juízo de ponderação, busca harmonizar as normas constitucionais ao caso concreto, de modo a preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos.

O Tribunal de Justiça de Estado de Santa Catarina apresenta o seguinte posicionamento no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade quando do conflito entre a liberdade de expressão e pensamento e o direito à honra e à imagem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR ARGÜIDA EM SEDE DE CONTRA-RAZÖES - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO - ALEGADA OFENSA AO ART. 526 DO CPC - CÖPIA DA PETIÇÃO DO AGRAVO QUE FOI APRESENTADA EM PRIMEIRO GRAU DENTRO DO PRAZO LEGAL - PROEMIAL RECHAÇADA. Mediante o disposto no art. 526, do Código de Processo Civil, após a interposição do agravo de instrumento, o agravante deverá requerer a juntada da cópia da petição do agravo de instrumento aos autos originais, dentro do prazo de 03 (três) dias, sob pena de inadmissibilidade do recurso. **BUSCA E APREENSÃO - FOLHETOS INTITULADOS "CHEGA DE ENROLAÇÃO" - CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE PENSAMENTO E O DIREITO À HONRA E À IMAGEM - ART. 5º, IV E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EXEGESE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PREVALÊNCIA DO DIREITO À HONRA E À IMAGEM - CONCESSÃO DA LIMINAR.** Não se pode excluir a tutela de um direito ou garantia assegurado constitucionalmente em detrimento de outro, razão pela qual se deve atender à proporcionalidade no caso de conflito de direitos ou garantias. Em aplicação ao princípio da proporcionalidade, tem-se que a liberdade de expressão (art. 5º, IV) não é um direito absoluto, e deve respeitar os demais direitos fundamentais, como a honra e a imagem (art. 5º, X), evitando-se o sacrifício do bem maior em prejuízo de outro que seja igualmente importante, porém não acarrete danos tão grandes. **RECURSO PROVIDO.** (Agravamento de Instrumento n. 2007.024825-4, Primeira Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Julgado em 01/04/2008)[64]

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tem-se que a liberdade de expressão (art. 5º, IV, da Constituição Federal) não é um direito absoluto, e deve respeitar os demais direitos fundamentais, como à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal), evitando-se o sacrifício do bem maior em prejuízo de outro que seja igualmente importante. Desta forma, a liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal) não é absoluta, pois não pode ser sobreposta em face dos direitos à honra e à imagem, assegurados no art. 5º, X, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, o entendimento da Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIAS EM MATÉRIA JORNALÍSTICA - PROIBIÇÃO - CONFLITO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - LIBERDADE DE IMPRENSA - DIREITO À HONRA, INTIMIDADE E IMAGEM - PONDERAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO

Os meios de comunicação não podem extrapolar o limite do razoável, atingindo diretamente a honra, a intimidade e a imagem das pessoas, mesmo porque, no caso analisado, não há pronunciamento oficial sobre o efetivo envolvimento do profissional médico no ocorrido.

A garantia do direito de informação, elencada na Constituição Federal, não é absoluta e, existindo conflito entre direitos fundamentais, há que se observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ponderando-se os interesses em litígio, de acordo com o caso concreto. (Agravo de Instrumento n. 2004.001854-1, Terceira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: José Volpato de Souza, Julgado em: 26/03/2004)^[65]

A garantia do direito de informação, elencada na Constituição Federal, não é absoluta e, existindo conflito entre direitos fundamentais, há que se observar o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em litígio, de acordo com o caso concreto, cabendo ao intérprete proceder um contrabalanço de ambos, a fim de concluir por qual deles merece a proteção jurisdicional, à luz do princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição Federal.

No mesmo contexto, sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. DIREITO À HONRA, INTIMIDADE E PRIVACIDADE. APARENTE CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE. MATÉRIA JORNALÍSTICA. CASO CONCRETO. NOTÍCIA QUE, APESAR DE CONSTAR O NOME ERRADO DO AUTOR, FEZ COM QUE A COMUNIDADE LOCAL PENSASSE TIVESSE SIDO PRESO. FATO INVERÍDICO. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. 1. Ocorrendo aparente conflito entre dois princípios constitucionais (liberdade de expressão de imprensa. direito à honra, intimidade e privacidade), deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para a resolução do impasse. 2. Caso concreto em que o periódico local, apesar de errar o sobrenome do autor, a comunidade local identificou este como sendo a pessoa que teria sido presa. Notícia falsa a respeito do cárcere que caracteriza o dano moral. Dever de recompor os danos verificados. 3. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem assim observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70024045064, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/09/2008) ^[66]

Pelo princípio da proporcionalidade o dever de informar sofre limites em relação ao direito à privacidade e à honra. Sendo tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito, a fim de evitar contradições e antagonismos, impondo limitações ao dever de informar (liberdade de imprensa) e o direito à privacidade e à honra dos cidadãos

O direito à livre manifestação do pensamento, à comunicação e a informação encontram seus limites no direito fundamental à honra e à imagem, bem como à intimidade e à vida privada. Portanto, tem-se o que se denomina colisão ou conflito entre direitos fundamentais, cuja solução se dá pelo recurso denominado juízo de ponderação que integra o princípio da proporcionalidade. A respeito da relatividade dos direitos fundamentais em conflito, a seguir, o posicionamento Nona Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. IMPRENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. PRINCÍPIO DA PERSONIFICAÇÃO SOCIETÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE IMPRENSA. DIREITO À HONRA, INTIMIDADE E PRIVACIDADE. APARENTE CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE. MATÉRIA JORNALÍSTICA. CASO CONCRETO. NOTÍCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE TAL QUAL OS FATOS ACONTECERAM. À luz do princípio da personificação societária, regra geral do ordenamento jurídico pátrio, a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa de seus sócios. O simples fato de ser sócia-proprietária majoritária (fl. 129) não legitima a co-ré a responder o processo. Ocorrendo aparente conflito entre dois princípios constitucionais (liberdade de expressão de imprensa. direito à honra, intimidade e privacidade), deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para a resolução do impasse. Caso concreto em que o periódico limitou-se a narrar à prisão em flagrante tal qual ocorreu, inclusive com a sua não homologação pelo juízo, não havendo qualquer conduta ilícita a confortar a pretensão indenizatória em face do periódico. **NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.** (Apelação Cível Nº 70022728224, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 18/06/2008) [67]

Postam-se em aparente conflito dois princípios constitucionais: o direito à personalidade (honra, imagem, boa fama) e a liberdade de imprensa (livre expressão do pensamento). Assim, como forma de ponderar e equilibrar a colisão destes direitos, o legislador deve fazer uso do princípio da proporcionalidade, determinando qual deles, no caso concreto, deve prevalecer, isso evidencia a temática dos direitos e garantias fundamentais, que em caso de conflito devem ser sopesados por meio do princípio da proporcionalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proporcionalidade insere-se de forma implícita na Constituição Federal juntamente com os demais princípios norteadores de interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Deste modo, o princípio da proporcionalidade tem o papel de garantir a aplicação e a adequação da lei ao caso concreto. Assim, os direitos e as garantias expressos na Constituição Federal não excluem os princípios

adotados por ela, deste modo entende-se que o princípio da proporcionalidade pretende instituir a relação meio e fim, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso. Assim, o legislador deve observá-lo na regulamentação de medidas limitativas dos direitos fundamentais, quando da colisão e do conflito destes direitos, sendo que na sua aplicação, determinados direitos, embora fundamentais, muitas vezes devem ser legalmente restringidos com o fim de proteger outros direitos também fundamentais.

Portanto, com a finalidade de demonstrar a tendência atual da aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos entre o princípio da publicidade e o direito à privacidade, o presente estudo analisou diversos acórdãos que foram proferidos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de janeiro de 2004 a janeiro de 2009.

A análise apontou que, nos Tribunais pesquisados, o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado para resolver colisões entre direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito aos direitos à privacidade e à publicidade. Apontou, ainda, que os Tribunais se posicionam no sentido de haver um balanceamento entre direitos fundamentais, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, com o objetivo de verificar qual dos direitos deve se sobrepôr ao outro, em caso de colisão. Deste modo, por meio do princípio da proporcionalidade o intérprete procura encontrar o ponto de equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias, decidindo qual a prevalência, no caso concreto, de um ou de outro direito em rota de colisão.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRS**. 16/209, Porto Alegre: UFRS, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Jurídica, 2000.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLSON, Simone Hegele. **Direito do consumidor e dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 240, 1972.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et. al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

EFING, Antonio Carlos. **Banco de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

FIUZA, Ricardo. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Sidney César Silva. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

MACHADO, Jânio de Souza. **O dano moral pela violação ao direito à privacidade**: o mercosul e os direitos humanos. Unijuí: Rio Grande do Sul, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge (Coordenadores). **Direito à privacidade**. São Paulo: Idéias & Letras, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2000.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 30 jan 2009.

PONTES, Helenilson Pontes. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado de. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 05 fev. 2009.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade.** Belém: CEJUP, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[1] FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 49.

[2] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRS.** 16/209, Porto Alegre: UFRS, 1999.

[3] Período axial (de *axis*, ou *Achsenzeit*), representa o eixo histórico da humanidade – entre os séculos VIII e II a.C. – no centro do período axial (séculos 600 e 480 a.C.) coexistiram alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra, na Pérsia; Buda, na Índia; Lao-Tsê e Confúcio, na China; Pitágoras, na Grécia e Dêutero-Isaías em Israel.

[4] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

[5] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

[6] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia da Letras, 1988, p. 118.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35.

[8] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

[9] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 07.

[10] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 75- 76.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

[12] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 220.

[13] FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, p. 212.

[14] BOLSON, Simone Hegele. **Direito do consumidor e dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82.

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 103 - 104.

[16] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 144 -147.

[17] EFING, Antonio Carlos. **Banco de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

[18] CHIMENTI, Ricardo Cunha *et. al.*. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77.

[19] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 374.

[20] SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994, p. 166.

[21] MACHADO, Jânio de Souza. **O dano moral pela violação ao direito à privacidade: o mercosul e os direitos humanos**. Unijuí: Rio Grande do Sul, 2003, p. 88.

[22] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 204.

[23] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 206.

[24] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 301.

[25] CHIMENTI, Ricardo Cunha *et. al.* *Op. cit.*, p. 77.

[26] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110.

[27] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 112.

[28] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 207.

[29] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge (Coordenadores). **Direito à privacidade**. São Paulo: Idéias & Letras, 2005, p. 24.

[30] FIUZA, Ricardo. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

[31] SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 289.

[32] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 208.

[33] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 35.

[34] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 133.

[35] SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 263.

[36] GUERRA, Sidney César Silva. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 56.

[37] Observe-se, no entanto, que a norma do Código Civil (art. 21) encontra-se defasada em relação à norma constitucional (art. 5., inciso X), visto exigir que a utilização da imagem cause à pessoa dano à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou tenha fins comerciais. Tais exigências, à luz da norma constitucional, consagradora da autonomia do direito à imagem, não podem ser impostas. Em outras palavras, o dever de indenizar decorrerá tão-somente da utilização da imagem sem o consentimento do seu titular.

- [38] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 94.
- [39] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.
- [40] CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. v. 240, 1972, p. 38.
- [41] NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 41.
- [42] SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 214.
- [43] Súmula 37 do STJ – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.
- [44] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 299.
- [45] BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 353 – 354.
- [46] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.
- [47] SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994, p. 176.
- [48] GUERRA, Sidney César Silva. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 29.
- [49] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 112.
- [50] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 113.
- [51] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge (Coordenadores). *Op. cit.*, p. 279.
- [52] FACHIN, Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 44.
- [53] MACHADO, Jânio de Souza. *Op. cit.*, p. 76.
- [54] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Jurídica, 2000, p. 35.

[55] STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 97.

[56] BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*, p. 37.

[57] FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 138.

[58] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 272.

[59] ANDRADE, José Carlos Vieira de. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, ., p. 222.

[60] PONTES, Helenilson Pontes. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 54 a 56.

[61] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

[62] PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível 0431673-4**. Relator: Des. Ronald Schulman. 06.12.2007. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1&AcordaoJuris=631380>> Acesso em: 30 jan 2009.

[63] PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível 0148831-1**. Relator: Celso Rotoli de Macedo. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1&AcordaoJuris=418901>> Acesso em: 30 jan 2009.

[64] SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado de. **Agravo de Instrumento 2007.024825-4**. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=&qFrases=&qUma=&qNao=&qDataIni=01%2F01%2F2008&qDataFim=31%2F12%2F2008&qProcesso=2007.024825-%2C&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10>> Acesso em: 05 fev. 2009.

[65] SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado de. **Agravo de Instrumento 2004.001854-1**. Relator: José Volpato de Souza. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=&qFrases=&qUma=&qNao=&qDataIni=01%2F01%2F2004&qDataFim=31%2F12%2F2004&qProcesso=2004.001854-1&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10>> Acesso em: 05 fev. 2009.

[66] RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível Nº 70024045064**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2008&codigo=1277766> Acesso em: 12 fev. 2009.

[67] RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível Nº 70022728224**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2008&codigo=780295> Acesso em: 12 fev. 2009.

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEU
ALCANCE NA CONTEMPORANEIDADE**

ASPECTOS LEGAIS DA PREVIDENCIA PRIVADA

ASPECTOS LEGALES PREVISIÓN PRIVADA

Armando Canali Filho

RESUMO

Tendo como ponto de referência estimativas que apontam um aumento na média de vida da população e levando em consideração o fato de que a previdência social sinaliza que não terá condições de acompanhar esta tendência, uma vez que quanto maior a expectativa de vida, maiores os gastos da previdência com benefícios, este trabalho tem como objetivo refletir sobre os aspectos legais, bem como a importância da previdência privada como opção para assegurar a dignidade do homem na terceira idade e como fonte promissora para a movimentação da economia, à medida que, por meio de seus ativos, possibilita a reorganização da poupança doméstica brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PREVIDÊNCIA PRIVADA, ASPECTOS LEGAIS, DIGNIDADE HUMANA.

RESUMEN

Tenido como punto de referencia estimativas que apuntan un aumento en la media de vida de la población y llevando en consideración el hecho de que la previsión social señala que no tendrá condiciones de acompañar de esta propensión, una vez que cuanto mayor la expectativa de la vida, mayores los gastos de la previsión con los beneficios, en este trabajo tiene como objetivo reflejar sobre los aspectos legales, como la importancia de la previsión privada como la opción para asegurar la dignidad del hombre en la tercera edad y como fuente prometadora para la movimentación de la economía, a la medida que, por medio de sus activos, posibilita la reorganización de la ahorro domestica brasileña.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS LLAVES: PREVISIÓN PRIVADA, ASPECTOS LEGALES, DIGNIDAD HUMANA.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discorre sobre os aspectos legais da previdência privada e sua relação com os direitos da personalidade e com a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância da previdência privada no cenário nacional e mundial e seu escopo de promover a distribuição de riqueza, fomentar a economia e garantir um futuro digno ao cidadão que trabalhou e gerou riqueza a vida toda e na terceira idade tem direito a uma vida digna.

1. A TERCEIRA IDADE

Mais do que qualquer outro segmento da sociedade, os idosos são termômetro de progresso e desenvolvimento. Tal afirmação não se baseia em sentimentos ou ideais, mas sim, na mais crua e inexorável base econômica e social. Somente as sociedades que produzem excedente de bens materiais suficiente, incorporam um contingente significativo de idosos. Tais indivíduos, nas sociedades tribais, ocupam lugar de destaque por serem a memória viva e os guardiões dos valores da comunidade.

No mundo moderno, no entanto, os idosos já não têm esta função específica. Nossas sociedades dotadas de considerável instrumental tecnológico e científico produzem em seu seio percentuais crescentes de pessoas que atingem a idade madura e a velhice. Esta é uma realidade nova. Somos todos candidatos a uma vida provecta e isto impõe reflexões e mudanças, principalmente na ciência do Direito, que transformem a figura do idoso, antes vista como um ser que deveria ser amparado por motivos humanitários, em uma perspectiva política, social e econômica.

O exemplo melhor desta dualidade de situações pode ser verificado em nosso antigo Código Civil, que equiparava o idoso quase a situação de um menor ou mesmo de um insano. Após os sessenta anos, não podia casar nem dispor dos seus bens sem o aval de terceiros.

A Constituição Federal, em seu Artigo nº 230, sentencia que "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhe o direito à vida" É sem dúvida, um avanço em relação às leis civis que colocavam nossos avós na condição de quase interditos. Todavia, ainda deixa a desejar em relação às preocupações da "Organização Pan-Americana de Saúde - OPAS/OMS" que tem uma visão aguda e progressista da problemática. Segundo esta instituição que é vinculada à própria "Organização Mundial de Saúde a dinâmica que reforça o mecanismo de exclusão do idoso se realiza, através dos chamados Mitos da Velhice", conforme estudo apresentado, os quais procuram apresentar as limitações conseqüentes da senilidade como fatores impeditivos dos idosos participarem efetivamente do mercado de trabalho e do processo produtivo.

Como se vê, enquanto um texto fala em amparar e garantir bem estar (o que é justo e louvável) o outro avança e enfatiza questões como a participação efetiva do mercado de trabalho. Observe-se a diferença: um documento prescreve o apoio, o direito ao bem estar e à dignidade; o outro vai em busca do resgate da cidadania, e a dignidade inserindo o idoso entre aqueles economicamente ativos. Para tanto, evidentemente, é necessário que o Estado incentive a garanta suportes adequados para que aquele que conseguiu superar as barreiras da vida e alcançar a chamada "idade

avançada", sinte-se equiparado em oportunidades aos seus concidadãos mais jovens, livre de discriminações e preconceitos.

De fato, assiste-se hoje à discussão desta temática, com especial atenção da mídia, provocada pela aprovação do Estatuto do Idoso, um conjunto de normas legais, justas, oportunas, respondendo a um clamor social para que o Estado viesse a estabelecer mecanismos efetivos que impedissem e se necessário reprimissem (com a criminalização dos atos) a discriminação, a exploração e o esbulho da pessoa idosa.

No que diz respeito a imagem do idoso, é preciso considerar que a imagem é uma construção social muito importante. A forma com que ilustramos pessoas, raças ou classes etárias contribui sobremaneira para a posição social que queremos ocupar. Assim existem longas lutas contra os estereótipos. E vale explicar que estereótipo tem origem no verbo estereotipar, que significa, tornar fixo, inalterável.

A imagem é algo tão importante que o Estatuto do Idoso conceituou no artigo 10, parágrafo 2º, que o direito ao respeito abrange, além da questão da integridade física, psíquica e moral, a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais dos idosos.

O direito a uma imagem digna é vital para que o idoso brasileiro seja realmente respeitado por toda a sociedade e principalmente para que sua identidade-cidadã seja construída sem caricaturas. Parece até extravagância citar, de tão obvio que a dignidade e a imagem estão direta e intimamente ligadas à questão econômica e social.

Nós brasileiros vivemos muitas vezes sob mitos e inverdades. Um dos maiores erros que cometemos é considerar o idoso como uma pessoa descartável, que não trabalha e só traz despesas à família e à sociedade. Ledo engano. Nos últimos vinte anos, o idoso brasileiro teve sua expectativa de vida aumentada e, simultaneamente, deteve uma redução do seu grau de deficiência física ou mental, passando a chefiar por mais tempo sua família. Quase seis milhões de idosos brasileiros têm filhos e outros parentes sob sua responsabilidade e vivem com eles na mesma casa.

No Brasil, as Pesquisas Nacionais de Amostras de Domicílios, disponibilizadas pelo IBGE, demonstram que a participação do idoso, no mercado de trabalho, vem sendo alta, considerando os padrões internacionais. E isso está relacionado a uma particularidade muito específica do mercado de trabalho brasileiro, que é a inserção do aposentado. Mais da metade dos idosos do sexo masculino e quase um terço das mulheres idosas que estão no mercado de trabalho são aposentados.

A parcela Economicamente Ativa idosa no total da População Economicamente Ativa brasileira vem aumentando, logo, não apenas cresce o contingente de idosos em nosso país, mas também sua importância em nossa economia. Segundo o IBGE, em 1977, 4,5% da População Economicamente Ativa brasileira era composta de idosos. Essa proporção dobrou em 1998, tendo atingido 9% e pode vir a representar 13% da População Economicamente Ativa brasileira no ano 2020.

Mas o trabalho dos idosos não atinge somente os índices econômicos, o trabalho está ligado ao poder e ao respeito entre as pessoas e por isso o Estatuto do Idoso em seus artigos 26 a 28 garante o direito à profissionalização, proíbe a

discriminação em razão da idade e ainda prevê que o Poder Público deve criar e estimular programas de profissionalização especializada para idoso, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas.

Portanto, é certo que o idoso tem o direito ao trabalho, direito sim e não dever. O idoso deve ter reais chances de optar entre a aposentadoria e a continuidade do trabalho e para isso a aposentadoria deve ser digna e o trabalho precisa ser uma opção e não uma exigência para o complemento da renda familiar, assim a previdência privada é uma oportunidade de escolha para o idoso esta oportunidade é que confere dignidade.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A dignidade da pessoa humana é o cerne da personalidade de uma pessoa, é o exercício de seus direitos e que permite ao homem viver em sociedade a Juíza Leda de Oliveira Pinho descreve;

“os direitos da personalidade irradiam-se da personalidade e esta qualifica o ser humano como pessoa. Logo, a personalidade precede aos direitos da personalidade; é seu suporte necessário”.[1]

O direito da personalidade têm natureza jurídica de direito subjetivo potestativo, aloca-se no rol dos direitos subjetivos especiais, ensina o professor Dr. Wanderlei de Paula Barreto[2]:

“o direito potestativo é uma das modalidades do direito subjetivo”.

Os direitos da personalidade são os direitos que tutelam as relações jurídicas tendo como objeto do litígio a personalidade.[3]

O professor Dr. Wanderlei de Paula Barreto ensina que a eficácia dos direitos da personalidade teve origem no século XIX e XX, pois o Direito privado ocupava-se exclusivamente dos aspectos patrimoniais, com a noção jusnaturalista que os tinham como direitos fundamentais no âmbito público, e que tinham como missão proteger o indivíduo do Estado que se estendeu até a era atual, no início da Segunda Guerra Mundial.[4]

3. IMPORTANCIA DA PREVIDENCIA PRIVADA NO BRASIL

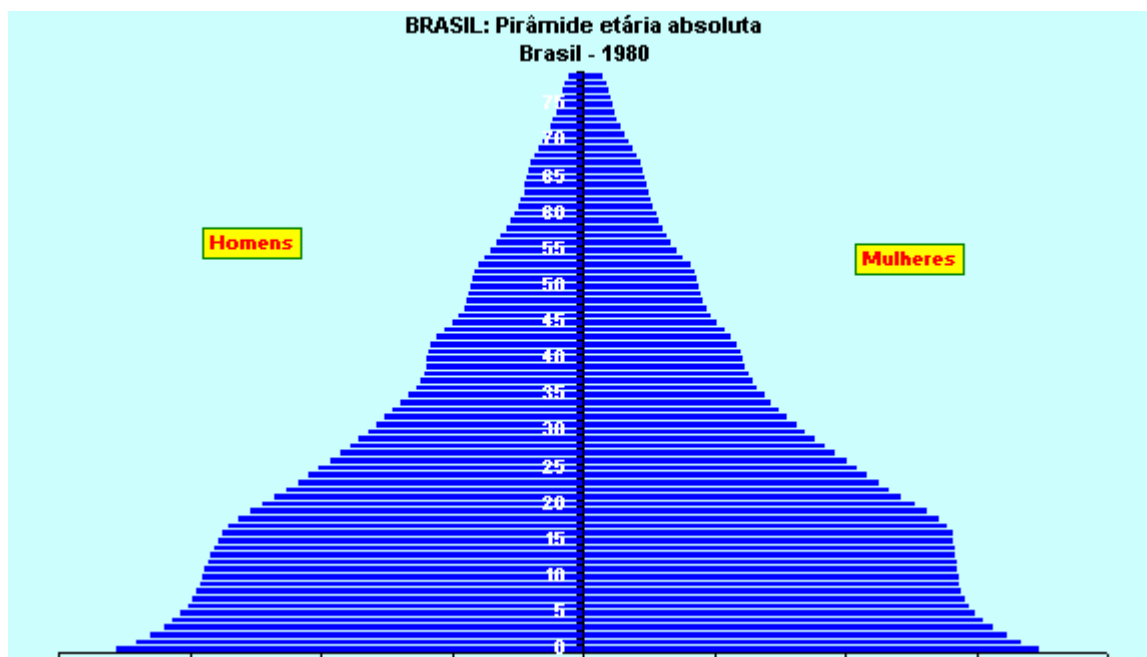
3.1 Longevidade.

O Censo Demográfico de 1940 foi o primeiro realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e é considerado um referencial não apenas por seu caráter inovador na investigação de temas até hoje atuais no contexto nacional, como também pela adoção de princípios técnicos e critérios metodológicos atualizados que conferem aos censos brasileiros uma situação de relevo no continente americano.

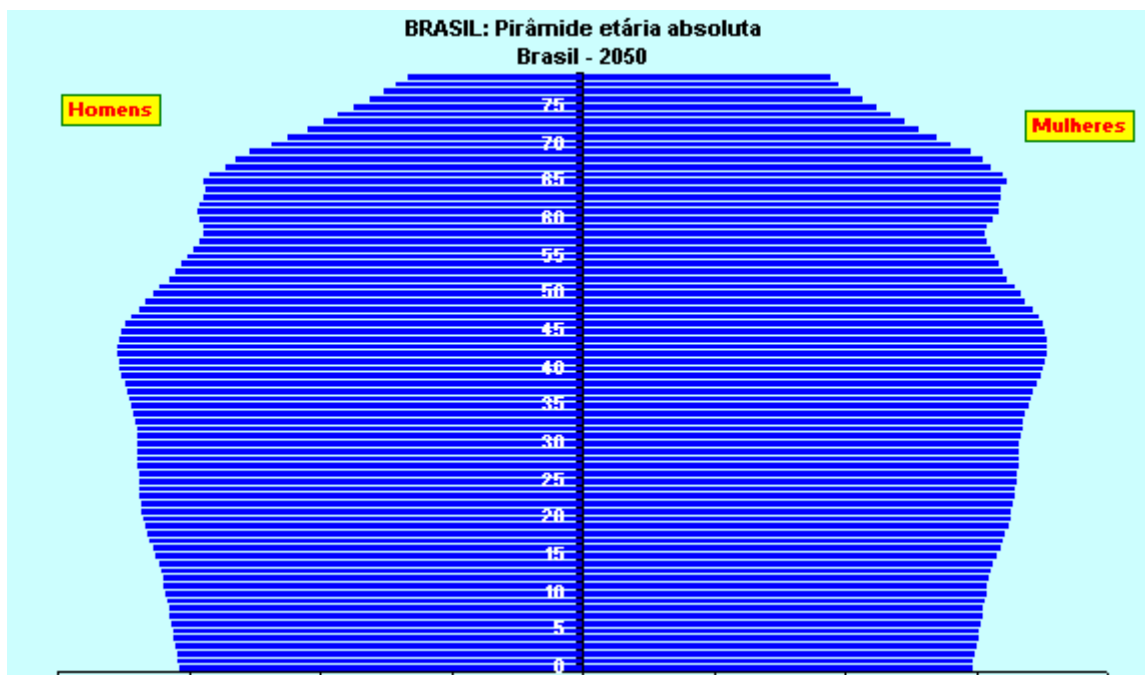
Segundo as estatísticas do (IBGE), que vêm constantemente se confirmando, em comparação com 1960, quando a atual metodologia da pesquisa

passou a ser aplicada, a expectativa de vida do brasileiro cresceu 32,4%. Há 48 anos, a expectativa de vida era de 54,6 anos em média, de acordo com as últimas estimativas, essa expectativa já alcança os 72,3 anos. É desnecessário dizer que quanto mais a população envelhece, mais a previdência social gastará com benefícios.

Sendo ainda importante voltar à atenção para conceitos como o da esperança de sobrevida, isto é, quanto um indivíduo que chega aos 40, 50 ou 60 vai sobreviver em média. O que é diferente da expectativa de vida ao nascer que é um indicador contaminado pela mortalidade infantil. Hoje, a expectativa média de vida ao nascer é de 72,3 anos. Se considerarmos a esperança de sobrevida a partir dos 60 anos de idade, chega-se aos 80,7 anos de idade em média.



A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que pelo avanço do crescimento populacional até o ano de 2050 seremos nove bilhões de habitantes no planeta, momento em que a população pela primeira vez na história da humanidade tende a se estabilizar, ou seja, parar de crescer. Hoje somos 15 mil centenários, o IBGE com base nos dados da OMS e nos indicativos de expectativa de vida do brasileiro estima que seremos dois milhões de brasileiros com idade superior aos 100 anos em 2050.



Até o momento as estimativas vêm se confirmando estamos vivendo mais e com uma qualidade de vida cada dia melhor e muitos são os fatores que contribuíram para esta mudança como a melhoria no acesso da população aos serviços de saúde, as campanhas de vacinação, o aumento da escolaridade, a prevenção de doenças e os avanços da medicina. Mas não podemos deixar de levar em consideração que os avanços no campo da biotecnologia e da genética, como as pesquisas com células tronco e o projeto genoma, por exemplo, podem alterar drasticamente essa realidade elevando a expectativa de vida a patamares que hoje seria impossível imaginar.

No entanto a previdência social dá sinais de que não terá fôlego para acompanhar essa tendência. O limite máximo do salário de benefício já indica que a previdência não conseguirá garantir o padrão de consumo na terceira idade, daqueles contribuintes que na vida laboral era superior a este teto.

Além disso, um fato que também contribui para a manutenção desse padrão de consumo é o custo de vida da terceira idade, que tem apresentado um comportamento de aumento superior ao custo de vida do resto da população. O Índice de Preço ao Consumidor da Terceira Idade, calculado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), que considera as famílias com 50% de idosos, confirma essa informação. Segundo a FGV nos últimos dez anos, a inflação para a terceira idade ficou em 224,30%, enquanto que o índice da população em geral foi de 175,96%. A questão da manutenção do padrão de consumo na terceira idade em países desenvolvidos, como Estados Unidos, Alemanha e o Japão, está sendo resolvido com o incentivo à participação do trabalhador no sistema previdenciário complementar.

3.2 Economia

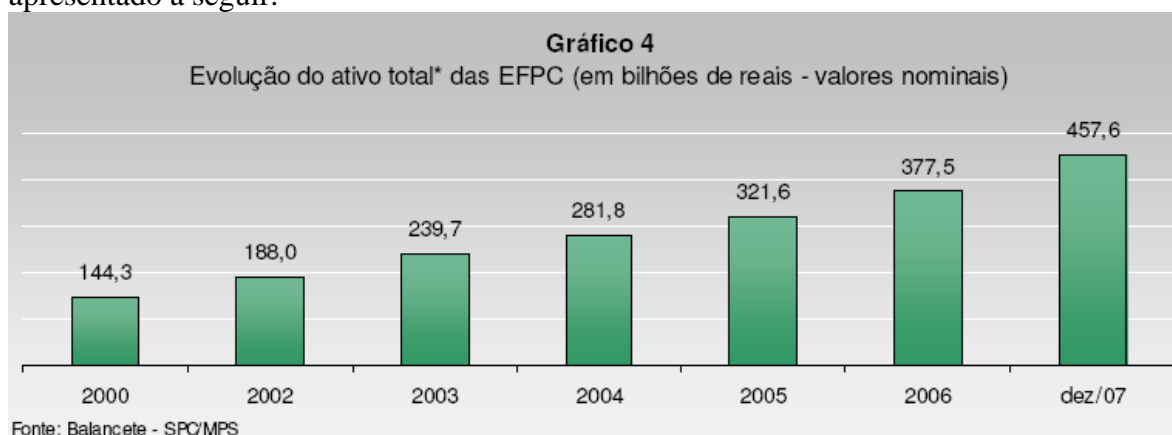
Outro fator que não pode ser esquecido é o quanto à previdência complementar pode contribuir com seus ativos na reorganização da poupança doméstica brasileira no momento em que a economia necessita aumentar urgentemente a taxa de

poupança doméstica, os fundos da previdência privada podem se transformar no maior instrumento de capitalização e de reorganização da poupança interna para os próximos anos. A magnitude das somas administradas por estas entidades e o perfil de longo prazo de seus compromissos presta solidez e robustez a poupança interna conseqüentemente minimizando os efeitos do capital externo em nossa economia. Tornando nosso mercado mais estável e menos suscetível as crises econômicas internacionais.

3.3 Previdência Privada.

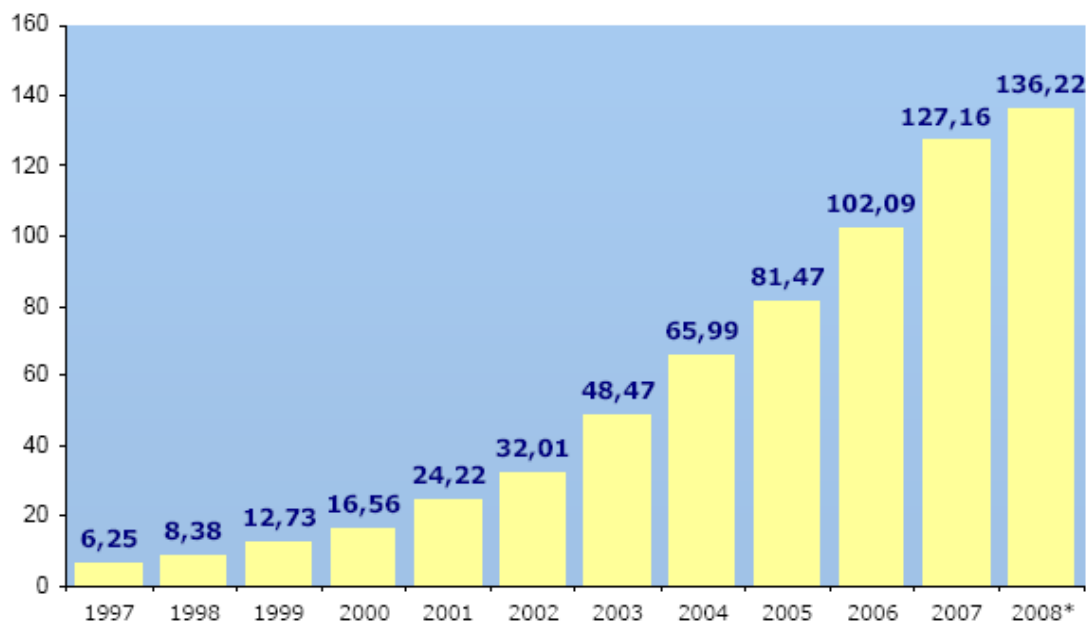
A previdência privada é um sistema que acumula recursos que garantam uma renda mensal no futuro, especialmente no período em que se deseja parar de trabalhar. Há dois tipos de planos de previdência no Brasil. A aberta pode ser contratada por qualquer pessoa, junto as EAPC - Entidade Aberta de Previdência Complementar ou as seguradoras autorizadas a atuar com fundos de Previdência Privada, e a fechada ou EFPC - Entidade Fechada de Previdência Complementar que é destinada a grupos, como funcionários de uma empresa, por exemplo, onde na maioria das vezes são mantidas pela empresa patrocinadora do plano.

Esta tendência é percebida nos dados do ultimo Informe Estatístico da Secretaria da Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social – MPS (2007) onde a previdência complementar fechada composta pelas EFPCs já conta com 368 entidades que juntas têm uma população de 6.397.308 participantes e administram 457,6 bilhões de reais, cujo crescimento desde 2000 foi de 317%, conforme o gráfico apresentado a seguir.



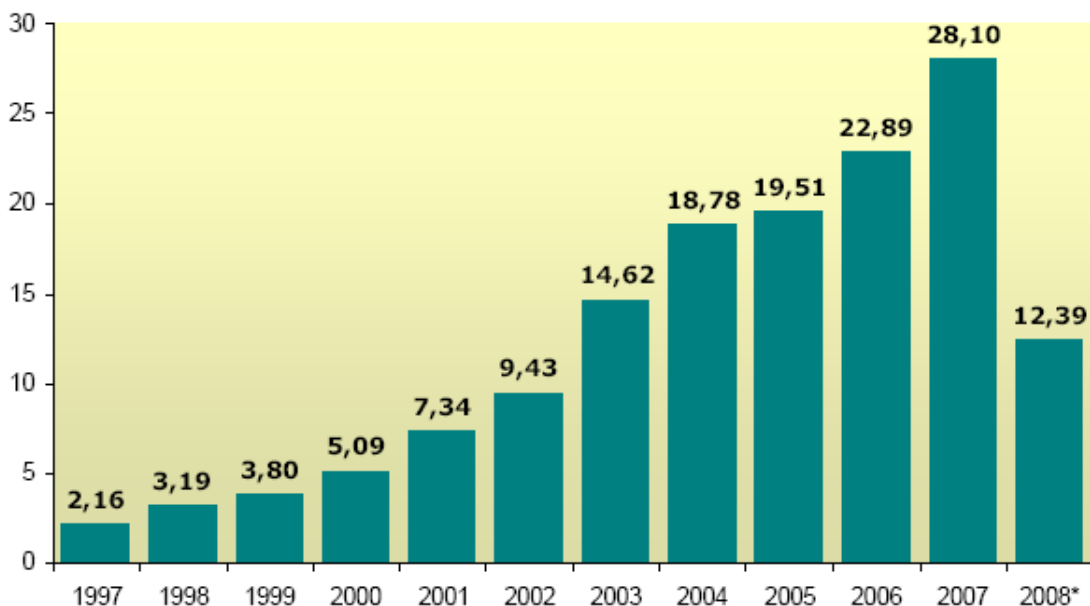
Enquanto que o mercado formado pelas EAPC em conjunto com as Seguradoras autorizadas a operar na comercialização e administração dos planos de Previdência Privada Aberta tendo como fonte a Federação Nacional de Previdência Privada (FENAPREV) já possui um estoque, conforme dados de maio de 2008, da ordem de 136,22 bilhões de reais, em comparação com os dados do mercado das EFPC o crescimento desta fatia do mercado tem sido muitas vezes maior evoluindo no mesmo período 822,58%.

R\$ Bilhões



Sendo que se considerarmos que a Previdência Privada Aberta é um mercado novo que teve início na década de 1980 enquanto a Fechada teve início em 1904 é possível estimar, com base na evolução da receita de prêmios que a Previdência Privada Aberta vem contabilizando, que esta será economicamente muito maior do que a Previdência Privada Fechada em poucos anos.

R\$ Bilhões



4. Incentivo

O Governo Federal motivado por fatores sociais como o complemento da renda na terceira idade e econômicos como a formação de uma poupança interna

robusta, criou uma gama de incentivos para que as pessoas físicas e as empresas contribuam na formação de fundos de previdência.

4.1 Estimulo à Pessoa física

Para a pessoa física a alínea *e* do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250 / 95, combinado com § 1º do art. 11 da Lei nº 9.532 / 97 as contribuições efetuadas ao PGBL cujo ônus tenha sido do contribuinte são dedutíveis do Imposto de Renda de Pessoa Física, até o limite de 12% de sua renda bruta anual tributável.

4.2 Estimulo à Pessoa Jurídica

Para a pessoa jurídica o inciso V do art. 13 da Lei nº 9.249 / 95, combinado com § 2º do art. 11 da Lei nº 9.532 / 97 as contribuições efetuadas ao PGBL cujo ônus seja da pessoa jurídica são dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, até o limite de 20% da folha salarial anual acrescida da remuneração dos dirigentes da empresa. As empresas podem utilizar os benefícios da previdência privada como programas de retenção dos melhores profissionais ou como gratificações por resultados.

4.3 Estimulo ao Prazo de Acumulação

Em relação ao tempo de contribuição a legislação oferece privilégios em relação ao acúmulo de reserva em planos de previdência privada, o primeiro deles é o fato de que os recursos aplicados não sofrem tributação sobre os rendimentos ou o capital durante o período de diferimento (acúmulo da reserva) uma vez que nos planos de previdência privada a tributação acontece exclusivamente no momento do recebimento da ou do resgate, o que não acontece nas aplicações financeiras onde nos meses de maio e novembro a tributação é cobrada através do sistema conhecido como come-cotas.

No que tange a tributação das reservas financeiras em fundos de previdência privada a Lei nº 11.053 / 04 que dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário instituiu dois sistemas de cobrança de imposto de renda sobre a previdência privada. No denominado como progressivo a tributação é devida de acordo com o valor do resgate ou da renda recebida durante o ano com a cobrança na fonte de 15% sobre o valor do resgate ou renda a título de antecipação do imposto de renda devido, que deve ser ajustada na declaração de imposto de renda do participante e outro regime regressivo onde a tributação é definitiva e cobrada na fonte e segue uma tabela decrescente de incidência, conforme o prazo da contribuição.

Tabela Progressiva:

Base de cálculo anual	Alíquota
Até R\$ 15.764,28	Isento
De R\$ 15.764,28 a R\$ 31.501,44	15%
Acima de R\$ 31.501,44	27,5%

Tabela Regressiva:

Prazo de acumulação dos recursos	Alíquota
Inferior ou igual a 2 anos	35%
Superior a 2 e inferior ou igual 4 anos	30%
Superior a 4 e inferior ou igual 6 anos	25%
Superior a 6 e inferior ou igual 8 anos	20%
Superior a 8 e inferior ou igual 10 anos	15%
Superior a 10 anos	10%

O intuito da tabela regressiva é oferecer uma vantagem ao participante que permaneça por um prazo maior dentro do plano.

5. SEGURANÇA

5.1 Modelo Comercial

Um dos fatores que confere uma maior segurança ao sistema da Previdência Privada é modelo de comercialização exigido, uma vez que segundo a legislação através do art. 1º e 2º da Lei nº 4.594 / 64 somente o Corretor de Seguros devidamente habilitado pode efetuar a intermediação entre o EAPC ou Seguradora e o participante do plano de Previdência Privada. O participante, conta, com um profissional especialista no assunto para prestar orientação e consultoria no momento da contratação, durante a vigência do contrato e na obtenção de melhores resultados para sua reserva em previdência privada.

5.2 Fundos Blindados

Já há muito debatida, a segregação do patrimônio do plano de benefícios em relação ao patrimônio da entidade de previdência complementar ou sociedade seguradora administradora do plano foi contemplada na Medida Provisória nº 252 / 05 e recebeu atenção especial da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) com a publicação da Instrução nº 459 que regulamenta os fundos com patrimônio segregado das seguradoras - os chamados planos blindados.

Esses planos oferecem mais segurança e transparência aos investidores em Planos Geradores de Benefícios Livres (PGBL) e Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL) à medida que suas aplicações não se misturam com o patrimônio das seguradoras. Nesse novo modelo o participante poderá optar também por usar parte do valor aplicado nos planos de previdência como garantia de quitação do débito em financiamentos imobiliários e assim obter taxas mais baratas junto a uma instituição financeira.

6. CONCLUSÃO

A iniciativa pioneira em manifestar o princípio da dignidade da pessoa humana é admitida como pertencente à Lei Fundamental de Bonn, (Constituição Alemã) de 23 de maio de 1949, responsável por solenizar, no seu art. Primeiro a incisiva declaração:

”A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

O preceito recolhe sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. O constitucionalismo no Brasil não ficou alheio ao tema, o Constituinte de 1988 deixou claro que o Estado Democrático de Direito que instituía tem, como fundamento, a dignidade da pessoa humana art. 1º, III da Constituição Federal.

E este é um princípio não somente intangível, dela não sendo possível dispor, mas também deve ser incomensurável, pois a dignidade de uma pessoa é algo que só a ela própria cabe avaliar.

Sendo assim a pretensão é responder a pergunta inicial através do sentimento que o constituinte de 1988 expressou claro no art. 1º da Constituição Federal;

*“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;”*

Entendo que a Previdência Privada tem como condão fornecer ao homem os meios necessários a sua existência, mas acima de tudo assegurar sua dignidade.

Referências Bibliográficas

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v.1. coord. Arruda Alvim e Tereza Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PINHO, Leda de Oliveira. Direitos da personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos: investigação sobre as possíveis correlações entre direitos. **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado**, Maringá, v.5, n.1, Jul. 2005.

Cf. RAMOS. Erasmo M. **Estudo comparado do Direito de Personalidade no Brasil e na Alemanha**. RT 799-maio 2002-91 ano.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 11^a. ed. São Paulo: SP.1984.

[1] PINHO, Leda de Oliveira. Direitos da personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos: investigação sobre as possíveis correlações entre direitos. **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado**, Maringá, v.5, n.1, p. 303-332, jul. 2005.

[2] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Eficácia dos Direitos da Personalidade em face do poder público e em face a particulares**. 10.08.2007. CESUMAR-MARINGÁ. 7p. notas de aula.

[3] Cf. RAMOS. Erasmo M. **Estudo comparado do Direito de Personalidade no Brasil e na Alemanha**. RT 799-maio 2002-91 ano.p.12

[4] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral**, v.1. Everaldo Augusto cambler[et al]; coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim. RJ: Forense, 2005. p.108

**FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE
PELO ESTADO EM CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS COMO DESDOBRAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**SUPPLY OF DRUGS AND TREATMENTS FOR HEALTH STATUS IN
RESPECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS SOCIAL RIGHTS OF
PERSONALITY BREAKDOWN**

**Carlos Malta Leite
Jacira Gonçalves Marques dos Santos**

RESUMO

RESUMO: A personalidade é característica exclusiva do ser humano e como tal, tem o direito insofismável de buscar proteção junto ao ordenamento jurídico maior para ver atendidas suas necessidades, em especial, alcançar uma vida digna e sadia, através da implementação de políticas públicas de atendimento às suas necessidades. A saúde é um desdobramento dos direitos da personalidade, eis que esta tem por pressuposto, proteger a integridade física, psíquica e a própria vida. É ainda a saúde, um direito fundamental social, e como tal encontra resistência por parte dos órgãos públicos, sob a alegação neoliberal de que os direitos fundamentais sociais oneram excessivamente o Estado, calcando-se na teoria da reserva do possível. O mínimo existencial se diferencia do mínimo vital, eis que aquele significa sua inserção na sociedade de forma a manter sua dignidade humana. O fornecimento de re-médios e de tratamentos médicos por parte do Estado, visa atender ao direito fundamental social do cidadão, como forma de proteger o maior e mais sagrado direito da personalidade, que é a vida e seus desdobramentos, como a saúde física e psíquica.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO À SAÚDE, MÍNIMO EXISTENCIAL, MEDICAMENTOS.

ABSTRACT

ABSTRACT: The personality is characteristic exclusive of the human being and as such, has the insofismável right to search protection next to the bigger legal system to see taken care of its necessities, in special, to reach a worthy and healthy life, through the implementation of public politics of attendance to its necessities. The health is an unfolding of the rights of the personality, here it is that this for has estimated, to protect the physical, psychic integrity and the proper life. It is still the health, a social basic right, and as such finds resistance on the part of the public agencies, under the neoliberal allegation of that the social basic rights burden the State excessively, paving itself in the theory of the reserve of the possible one. The existential minimum differentiates of the vital minimum, here it is that one means its insertion in the form

society to keep its dignity human being. The supply of remedies and medical treatments on the part of the State, aims at to take care of to the social basic right of the citizen, as form to protect the greater and more sacred right of the personality, that is the life and its unfoldings, as the health of the physics.

KEYWORDS: KEY-WORDS: RIGHT TO THE HEALTH, VITAL MINIMUM, MEDICINES.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a problemática da distribuição de medicamentos pelos órgãos públicos estatais para os cidadãos desprovidos de condições financeiras de adquiri-los pelas suas próprias condições. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica. Ainda, examinaremos os direitos fundamentais sociais, mínimo existencial, reserva do possível, suas características principais, o direito a vida, à saúde, e seu conceito, sempre com a abordagem dos direitos da personalidade.

Diante disso serão tecidas considerações acerca dos ensinamentos jurídicos sobre a distribuição de remédios e tratamentos médicos. Diante desse contexto, buscou-se demonstrar a obrigação do Estado no fornecimento de remédios e tratamentos médicos, baseando-se, nos direitos fundamentais de segunda geração, bem no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A previsão constitucional é o aspecto formal dos direitos fundamentais. Segundo Roberto Alexy “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”[1].

Para Canotilho[2], os direitos formalmente constitucionais são aqueles previstos em normas jurídicas de *status* constitucional, ou seja, normas formalmente constitucionais. No mesmo sentido, Jorge Miranda observa que segundo um conceito forma, os direitos fundamentais são todos aqueles assim reconhecidos pelo texto constitucional.[3]

Entende-se por direitos fundamentais aqueles que a Constituição assim os disciplinou e denominou, sendo este o seu conceito formal, embora não sejam os únicos direitos fundamentais sociais presentes na Constituição.

O constituinte brasileiro estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental em seu art. 1º, III. A partir desta previsão constitucional, a dignidade da pessoa humana deixou a esfera puramente axiológica para adentrar ao âmbito normativo, assumindo o caráter de verdadeira norma constitucional, com funções primordialmente finalística e hermenêutica. Nesta ordem, na medida em que o constituinte estatuiu, no §2º do art. 5º da CF que seriam aceitos também como direitos fundamentais outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, por certo fez referência ao princípio da dignidade da pessoa humana como um dos parâmetros materiais de identificação de direitos fundamentais fora do catálogo – e mesmo implícitos.[4]

Ainda que se considere o princípio da dignidade da pessoa humana como um critério material unificador dos direitos fundamentais, é preciso respeitar um gradualismo de sua vinculação às normas jusfundamentais, de modo que pode haver direitos formal e materialmente fundamentais que pouco se relacionem como princípio da dignidade da pessoa humana. Sua fundamentalidade, formal e material, ainda assim subsistirá, na medida em que existem outros valores que podem ter sustentado a decisão do constituinte ao positivar referidos direitos como fundamentais.[5]

Para se definir ou conceituar os direitos fundamentais sociais de forma material, há que se observar a importância e a relevância do direito. O valor que o mesmo representa para o homem, para a sua dignidade enquanto pessoa humana. Assim, pode-se afirmar que, materialmente, tais direitos podem se encontrar fora do catálogo constitucional, bem como dispersos no mesmo estatuto, de forma a possibilitar uma real compreensão da importância ética e jurídica destes direitos, para a realização dos fins a que o Estado Brasileiro se propôs.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E RESERVA IMANENTE DE PONDERAÇÃO

Ser titular de um direito fundamental social não significa ser titular de uma posição jurídica absoluta, ou definitiva, e sim, ser titular de uma posição “forte” de bem jurídico nela tutelado, vinculante para as entidades administrativas responsáveis pelo cumprimento das obrigações previstas na norma, bem como vinculante para o legislador que deverá atuar para sua concretização, sendo-lhe vedado reduzir o âmbito de proteção constitucionalmente previsto.

Nestas condições, as normas de direitos fundamentais podem ser, conforme Jorge Reis Novais: “concebidas como garantias imanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e cuja realização se encontra igualmente vinculado”.[6]

Essa compatibilização se dá segundo um exame de ponderações para se distinguir qual bem jurídico deve ceder o caso concreto em favor de outro a ele oposto, ponderação esta que não precisa ser feita a cada momento em que a norma de direito fundamental deve ser aplicada, na medida em que o legislador constituinte pondera os bens jurídicos em conflito e determina qual deles deve prevalecer, cabendo ao intérprete aplicar a norma segundo a escolha realizada pela Constituição, ficando desautorizado a realizar ponderações que contrariem o sentido já constitucionalmente determinado.

Há críticas contra o método de ponderação ou contra a noção de direitos fundamentais como princípios, o que as repele Jorge Reis Novais[7].

A reserva de ponderação dos direitos fundamentais não significa diminuir-lhes a certeza jurídica ou a jusdicialidade. Sempre que estes direitos forem veiculados por regras e não por princípios, deverão ser subsumidos ao caso concreto, compatibilizando-os com os bens jurídicos envolvidos devendo ser respeitados ao mandado de máxima aplicabilidade das normas de direitos fundamentais sociais, previstos no art. 5º,§1º da Constituição Federal.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL

Todo ser humano deve ter suas necessidades básicas atendidas para que lhe seja reconhecida uma existência e sobrevivência digna, de forma que cada homem deve ter condições iguais de participação na vida em sociedade, garantida a inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e a maior quantidade de bem-estar possível, oscilando entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.

Ensina Ricardo Lobo que o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível e que:

[...] há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Este mínimo se relaciona à dimensão essencial e inalienável da dignidade de todo ser humano sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade da pessoa humana e as condições materiais da existência não podem retroceder além de um mínimo do qual nem os prisioneiros os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.^[8]

Ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana e a personificação do homem estiverem em risco poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial^[9].

Mariana Filchtiner Figueiredo citando Sarlet ^[10], diz ser o mínimo existencial, “*as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípua da prestação assistencial*”, “*...que tornem, viável e acessível o desenvolvimento individual da personalidade.*”

Oto Bachof foi o primeiro jurista a sustentar a possibilidade de se reconhecer o direito subjetivo a recursos mínimos para existência digna, com o mínimo de segurança social sem o que a dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada de forma que “[...] o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida, e por isso, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o eu implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social.^[11]

Entre as obrigações sociais de um Estado, inclui-se também aquela direcionada e fornecida ao cidadão desprovido de recursos materiais para prover sua própria subsistência, necessitando de se integrar à comunidade numa condição mínima para uma existência digna, ^[12] levando uma vida que atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana e à existência social.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, escrevendo em co-autoria juntamente com vários outros juristas, comentam a questão do mínimo existencial,

esclarecendo que a garantia de uma existência digna vai além da mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta.[13]

O Estado social tem como fundamento, sua razão de ser e sua diretriz maior, suas políticas e práticas voltadas para o atendimento das necessidades sociais de seu povo, como forma de atender primordialmente e fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana, e, para tanto, deve criar tais políticas que supra tais necessidades maiores, como a saúde, a alimentação, a liberdade, e os meios indispensáveis à sua satisfação, pois diz com seu conteúdo material.[14]

O mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, porque este se limita a manter o indivíduo vivo, ou seja, dar-lhe segurança e garantia de vida, contudo, o mínimo existencial significa sua inserção na sociedade de forma a possuir e manter sua dignidade humana, com o atendimento às suas necessidades básicas mais importantes, suas necessidades sociais, pois, como a saúde e os meios inerentes a sua satisfação.

Proporcionar saúde, alimentos, habitação, transporte, acesso aos meios básicos de comunicação entre outros, representa uma inserção social, um direito subjetivo fundamental e social, que por certo é dever do Estado, como dito, àquele que não dispões de condições de mantê-los por si mesmo, não sendo suficiente tão somente, não o deixar sucumbir pela própria fome em razão de sua extrema pobreza.

Conclui-se assim a questão do mínimo existencial, que a garantia do mínimo existencial não necessita de previsão constitucional para ser reconhecida, tendo em vista que a decorre da proteção à vida, direito fundamental e independente de legislação de qualquer natureza por corresponder a própria existência do ser e da sociedade.

5 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE OU RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Sustentam os neoliberais que os direitos de segunda geração, vale dizer, os direitos fundamentais sociais, representam uma onerosidade excessiva para o Estado, e a sua efetivação deve ser de acordo com a disponibilidade econômica do Estado, diga-se, de acordo com sua possibilidade orçamentária.

A reserva do possível foi criada sob a influência do neoliberalismo, com o objetivo de reduzir a disparidade entre discurso constitucional e prática e por isso muitos tem defendido mudanças no sistema constitucional e a desregulamentação de direitos sociais positivados nas legislações infraconstitucional.

Segundo os liberais, os direitos fundamentais sociais são excessivamente onerosos para o Estado por demandarem prestações estatais, representando um entrave para o livre desenvolvimento econômico do país.

Nesse ambiente foi que surgiu a reserva do possível, como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo a demanda, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais. Costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, bem como a real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas, sendo a

preocupação conter as decisões judiciais que determinavam o cumprimento das prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, muitas vezes sem a menor preocupação com os reflexos sociais.[15]

Mas há quem sustente que o discurso da reserva do possível enfrenta inverdades, como Vicente de Paula Barretto, que afirma tratarem-se de “falácias”, as quais divide-as em número de três, dando pela insustentabilidade dos argumentos daqueles que sustentam a teoria, repita-se, criada pelo pensamento neoliberal a fim de negar os direitos sociais como direitos fundamentais exigíveis.

Não se pode deixar de reconhecer a coincidência que permeia o discurso neoliberal de enxugamento das estruturas burocráticas do Estado (destinadas à prestação de serviços e desenvolvimento de políticas públicas), a retórica do alto custo dos direitos sociais, e a reserva do possível.

Porém, tais custos não podem representar um obstáculo a impedir a efetivação dos direitos tidos por fundamentais, segundo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo[16].

Todavia, por certo que o Estado tem suas limitações tanto de ordem jurídica quanto de sua capacidade financeira, devendo atender várias outras atribuições as quais integram seu orçamento.

A disposição dos recursos do Estado, por sofrerem limitações de várias ordens, fez com que vários juristas, inicialmente alemães, passaram a sustentar e a desenvolver a teoria da “reserva do possível” que compreende mais do que a ausência de recursos materiais, entendendo-se ainda nesta, que:

[...] a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.[17]

Tendo por base a teoria da “reserva do possível” se poderia argumentar a negativa de assistência social a quem não faça jus por possuir condições próprias, portador de recursos suficientes para seu sustento e manutenção. Contudo, a “reserva do possível” em verdade é uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, cuidando-se por observar os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais, assumindo caráter emergencial uma crescente conscientização por parte do Poder Judiciário, que [18].

Por vezes, a “reserva do possível” “[...] tem sido utilizada para justificar, de forma falaciosa, a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”[19], sem contudo olvidar o Estado de comprovar a falta efetiva dos recursos para atender de forma satisfativa, os direitos a prestações positivas.

Em se tratando o mínimo existencial de direito subjetivo definitivo a prestações, a responsabilidade do Estado não pode ser afastada sob a argumentação da “reserva do possível” quando contraposto com direitos fundamentais e sociais, em especial, ao mínimo necessário para uma vida com acesso aos meios para sua eficácia.

Ainda com relação a “reserva do possível”, importante a colocação de José Reinaldo de Lima Lopes, comentando sobre os custos dos direitos, entre eles os sociais, quando afirma:

[...] tanto uma sociedade que pretenda viver sob a lei, sob um governo de regras e não de homens, está obrigada a gastar com a manutenção adequada de uma autoridade pública, quanto uma sociedade que pretende diminuir seus índices de desigualdade e considerar que mesmo os desafortunados da vida social merecem, isto é, têm direito a serem conservados vivos como membros da mesma sociedade.[20]

Acompanhando a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, o autor Ricardo Lobo Torres, afirma que sempre que a vida e a dignidade humana estiverem em colidência com os demais bens constitucionais, haverá sempre de prevalecer aqueles que atendam aos direitos sociais prestacionais:

[...] esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-à sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos do tudo ou nada.[21]

Em suma, a “reserva do possível” quando colocada em confronto com os direitos sociais, com o mínimo existencial, não pode ser obstáculo para sua concessão e atendimento, por revestir este último em direito a vida, a saúde, a uma vida digna na comunidade, atendendo não somente a segurança e a garantia de uma vida, de uma existência tão somente, mas todas as necessidades que representem uma qualidade mínima de vida na comunidade em que se encontra inserido o indivíduo enquanto cidadão em um estado social e democrático de direito.

A reserva do possível com relação aos direitos fundamentais sociais representa uma restrição externa que compromete a sua eficácia, onde de um lado se tem a norma de direito fundamental em sua amplitude e de outro, a reserva do possível, relacionada à escassez dos recursos necessários à efetivação deste direito.

Assim se manifesta Luiz Fernando Calil de Freitas: “Seja qual for a teoria adotada para fundamentar os limites e restrições aos direitos fundamentais, a denominada reserva do possível sempre os afeta desvantajosamente, notadamente e sobremaneira no que diz respeito aos direitos às prestações positivas ou diretos às prestações em sentido estrito”. [22]

A reserva do possível, enquanto condição que determina a verificação, pelo aplicador do direito, da existência de condições materiais para sua realização, traduz em elemento externo à norma de direito fundamental, vez que resultam em restrição em face da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis, resultando que somente diante de circunstâncias reais será viável aquilatar a extensão deste direito, confrontando a pretensão juridicamente deduzida com os recursos materiais disponíveis.

Sobre o assunto, Regina Maria Macedo Neri Ferrari, considerando o direito à saúde como um legítimo direito subjetivo.[23]

Tal verificação do elemento externo indica que a reserva do possível permitirá a compatibilização, mediante ponderação, entre elementos normativos do direito fundamental social e elementos fáticos, como a escassez de recursos, e restando claro ainda que, sempre que a escassez se relaciona com recursos econômicos, se estará diante de uma escolha política, cabendo “[...] ao Magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”, no dizer de Gustavo Amaral.[24]

6 O DIREITO À SAÚDE E SUA EFICÁCIA

A noção de saúde sofreu com o passar dos tempos uma longa evolução no próprio conceito do que seja saúde, merecendo proteção e tutela do Estado, sendo que os povos primitivos viam o doente como portadores de demônios malignos, sendo tal concepção questionada mais tarde por Hipócrates, que introduziu discussões ligadas à doença e defendeu a existência de várias causas[25].

Na Idade Média a doença voltou a ser vista como castigo divino e afastavam o doente do convívio social para evitar o contágio, fortalecendo a caridade com o surgimento dos primeiros hospitais, porém, com o advento do Renascimento ocorreram as descobertas sobre o corpo humano e o pensamento e método científico.[26].

No século XX, a proteção sanitária seria tratada como saber social e política de governo, instituindo-se os sistemas de previdência e seguridade social[27].

O direito à saúde encontra-se previsto na Constituição Federal em seu Capítulo II, sob a rubrica “Dos Direitos Sociais”, todavia, é em seu artigo 196 que garantiu a todos os cidadãos a redução do risco de doença e outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo o texto constitucional, pode-se abstrair que o direito a saúde envolve a disponibilidade atinente à suficiência dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, a acessibilidade geográfica, econômica, à informação, a aceitabilidade, a qualidade que compreende o direito de toda pessoa a utilizar-se dos benefícios do progresso científico (equipe médica capacitada, medicamentos, equipamentos hospitalares).

Todavia, para alguns juristas, o art. 196 da Constituição Federal ao garantir que a *saúde é um direito de todos*, revela princípios desconexos com a realidade, a exemplo do que afirma Ives Gandra Martins: “O art. 196 é uma excelente carta de princípios absolutamente divorciada da realidade brasileira”[28].

Tal afirmação, conforme o jurista, prende-se ao fato de que muitos que não tem saúde, não poderá reavê-la somente porque a letra da lei assim o determina.

E ainda, pelo fato de que:

[...] o acesso à assistência médica e hospitalar no País é um direito de poucos brasileiros, estando alijada grande parte da população do exercício de tal direito. Por outro lado, esse dever o Estado não cumpre, quer através da União, quer dos Estados e da grande maioria dos Municípios.[29]

Por certo que o legislador ao editar o texto constitucional não pretendeu dizer que a saúde será mantida ou restabelecida ou mantida pela simples força do texto, até porque trata-se de um fenômeno por vezes natural.

Todavia, não deixa de ter razão o jurista quando afirma que a maioria da parcela dos brasileiros, não tem acesso à saúde, entendendo esta como os meios necessários para se efetivar os tratamentos que o corpo reclama para ter saúde, tais como medicamentos, exames, hospitais, médicos, atendimentos gerais, etc.

Mas, em que pese tais considerações, continua sendo um direito do povo e um dever do Estado, por força do texto constitucional, e, para tanto, cabe ao governo aplicar políticas de atendimento de forma a dar cumprimento ao preceito constitucional, sob pena de ter que ser obrigado por força de determinações judiciais a fazê-lo.

Para Zulmar Fachim, a Constituição Federal ao estabelecer que a saúde é um direito de todos, afirma que:

Trata-se de um direito fundamental que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.[30]

Para Jorge Miranda:

A promoção da saúde, sua proteção e recuperação são deveres do Estado. O acesso às ações que garantam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, é universal e igualitário. Universal porque obriga a todos, sem exceção; igualitário, porque as ações não se comovem com a diversidade do segurado. Para garantir a saúde ou recuperá-la, todos recebem o mesmo tratamento. Para atingir estes objetivos, o sistema será único, ainda que em convênio com entidades privadas. O Brasil, diferente de alguns países europeus, não socializou a medicina, já que no artigo 199 a assistência à saúde é livre, reservada também à iniciativa privada.[31]

Em suma, o direito à saúde deve abarcar a fruição de toda gama de facilidades, bens, serviços e condições necessários para que a pessoa alcance a mantenha o mais alto nível possível de saúde[32].

7 O FORNECIMENTO DE REMÉDIOS E O TRATAMENTO DE SAÚDE

Sopesados a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a reserva do possível, o princípio da proporcionalidade, conclui-se que para atender aos direitos sociais, há necessidade de fornecimento àquele que não dispõe de condições por si só, em razão de sua escassez de recursos, por parte do ente estatal, de suprir tais necessidades como forma de dar-lhe vida digna.

Em se tratando de pessoa com sua saúde debilitada, necessitando de remédios para sua cura ou manutenção de sua vida, cabe ao ente estatal, garantir a saúde, com o fornecimento dos remédios de que necessitar. Para a concessão da tutela à saúde por parte do Estado, faz necessário se atentar para o preenchimento de pressupostos.

Tais pressupostos devem ser observados em conjunto, sendo que um complementa a análise do outro. O primeiro dos pressupostos tem por observação atender a idéia do *mínimo existencial*, no sentido de que o Estado deve intervir para assegurar condições mínimas de existência, sempre que a preservação da vida e o respeito a dignidade da pessoa humana estiverem ameaçados. Tal intervenção Estatal resulta, em um primeiro plano, a concessão voluntária do estado através da colocação dos remédios e tratamentos ao indivíduo, e num segundo momento, a necessidade da intervenção judicial para a obtenção da tutela. O segundo dos pressupostos, que se soma ao primeiro, atentaria para a exigência de que a pessoa interessada faça prova da necessidade, ou seja, que não possui meios próprios para obter a prestação em saúde, sem que ponha em risco a subsistência, própria ou da família[33].

Com relação à demonstração dos elementos probatórios, a mera exposição da receita não se encontra imune a contestação, consoante entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo.[34]

Quanto à natureza da obrigação de fornecimento dos medicamentos seria *rebus sic stantibus* e, desta forma, tem o ente estatal o dever indeclinável não apenas de alcançar esses compostos medicinais “mas também os tratamentos que a Ciência reputar necessários”, pois impossível limitar-se o juiz à “cega obediência à lista de remédios que serve, exclusivamente, para indicar os repasses da União para o Estado e para o Município”. [35]

Sustenta-se, porém, que há um dever estatal de fornecimento de medicamentos, decorrendo o mesmo da obrigação de assistência à saúde do indivíduo, no dizer de Euclides Benedito de Oliveira [36], “*que lhe garanta o direito de prorrogar o período de vida com melhor qualidade*” competindo ao Estado, em respeito aos direitos à vida e à saúde, “*o indeclinável dever de lhe proporcionar tais bens jurídicos*” [37].

Não há dúvidas de que os medicamentos encontram-se intrinsecamente ligados à saúde da população, e, portanto, de suma importância como elementos das políticas estatais da saúde.

De nada adiantaria a criação de vários postos de saúde e de hospitais, sem que fosse fornecido o necessário medicamento para atender à necessidade do indivíduo que na dispõe de condições para sua aquisição por meios próprios em razão de sua escassez de recursos.

Tal concepção resulta de interpretação conjugada do art. 1º, inciso III, art. 3º, inciso IV, e art. 197 da Constituição Federal, segundo o qual “*o direito à saúde, por ser forma de preservar a dignidade humana, constitui um direito social diferente dos demais, pois detém a qualidade de relevância pública das ações e serviços relacionados à saúde*”. [38]

Assim, diante do direito subjetivo social à saúde, tem o indivíduo possibilidade de buscar em juízo, a tutela a sua saúde, consistente em ordenar que o ente estatal lhe forneça o medicamento ou tratamento de que necessita para atender ao mínimo existencial e com isto tenha uma vida digna.

8 CONCLUSÃO

Procurando situar o leitor a nova tendência dominante, o trabalho apresentou o tema “Distribuição gratuita de medicamentos e tratamentos. Uma abordagem à luz do Direito Constitucional” versando sobre a problemática da distribuição de remédios aos hipossuficiente de recursos financeiros para sua aquisição.

Contrapondo o princípio dignidade humana e o mínimo necessário à teoria da reserva do possível, conclui-se que o ente estatal, por força do comando constitucional, não pode objetar a distribuição de medicamentos sob a assertiva de imprevisão em seu orçamento.

E falta-lhe razão em contestações desta natureza por vários motivos, sendo o principal deles, que o direito a vida e à saúde, deve sempre se sobrepor aos planos orçamentários.

Inclusive, desnecessária tal previsão, seja orçamentária seja legal, para a concessão de medicamentos que venham a garantir a saúde e a vida.

Para tanto, necessário é que o cidadão que precise do fornecimento de remédios ou tratamento médicos, demonstre não apenas através de uma simples receita, mas com provas cabais a necessidade do recebimento do remédio ou tratamento médico, bem assim a possibilidade de se utilizar de genéricos ou não, a existência de remédios ou tratamentos de custo mais baixos ou de soluções alternativas ou não, e, principalmente, sua falta de condições financeiras.

O juiz, aquilatando as alegações daquele que pretende a tutela judicial, verificará todas as circunstâncias e diante da presença do mínimo necessário, do princípio da proporcionalidade e razoabilidade e da reserva do possível alegada, esta última em sede de contestação, sopesará os fatos e circunstâncias, devendo sempre dar prevalência à vida, independentemente de se tratar de procedimentos ou medicamentos de alto custo.

A jurisprudência pátria não tem vacilado, em situações tais, em conceder a tutela judicial necessária a manutenção da vida e da saúde do cidadão, em atenção ao mínimo existencial, à luz dos preceitos constitucionais insculpidos no art. 6º e 196 da Carta Maior, sem olvidar, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, podemos concluir, de que o mínimo existencial, o princípio da dignidade humana, o direito a saúde e dos seus desdobramentos, são direitos do cidadão, em um Estado Social e Democrático de Direito.

9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CURY, Ieda Tatiane. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2004.

FACHIM, Zulmar, **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Normas constitucionais programáticas**. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. In: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Entorno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti, BARCELLOS. **Direitos Fundamentais**. Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. arts. 193 a 232, São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito à saúde: garantia e proteção pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, v. 2, n. 3, p. 36-58, nov. 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, p. 8-9. Disponível em <http://www.direito publico.com.br>. Acesso em: 4 ago. 2003.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. Direito fundamental à saúde: tutela de urgência. **Revista Forense**, v. 373, p. 421-434, maio/jun. 2004.

[1] ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 528.

[3] MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 93/94.

[4] OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

[5] Ibidem, p. 47.

[6] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

[7] Ibidem, p. 129-130.

[8] TORRES Ricardo Lobo apud OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 317.

[9] OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 318.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, p. 8-9. Disponível em <http://www.direito publico.com.br>. Acesso em: 4 ago. 2003.

[11] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. In: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

[12] Ibidem, p. 19-20.

[13] Ibidem, p. 21.

[14] Ibidem, p. 21-22.

[15] OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 182.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 27/28.

[17] *Ibidem*, p. 29.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. p. 31/32.

[19] *Ibidem*, p. 32.

[20] LOPES, José Reinaldo de Lima. Entorno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti, BARCELLOS. **Direitos Fundamentais**. Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177.

[21] LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 78.

[22] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 172.

[23] FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Normas constitucionais programáticas**. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001, p. 235.

[24] AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 208.

[25] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

[26] *Ibidem*, p. 78.

[27] *Ibidem*, p. 79.

[28] MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. arts. 193 a 232, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110.

[29] *Ibidem*, p. 110-111.

[30] FACHIM, Zulmar, **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2008, p. 257.

[31] MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 299.

[32] FIGUEIREDO, Jorge, *op. cit.*, p. 84.

[33] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 210.

[34] *Ibidem*, p. 44.

[35] SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. Direito fundamental à saúde: tutela de urgência. **Revista Forense**, v. 373, p. 421-434, maio/jun. 2004, p. 210.

[36] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito à saúde: garantia e proteção pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, v. 2, n. 3, p. 36-58, nov. 2001, p. 211.

[37] *Ibidem*, p. 211.

[38] CURY, Ieda Tatiane. **Direito fundamental à saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2004, p. 112.

SUJEITO E OBJETO DAS RELAÇÕES DE DIREITOS DA PERSONALIDADE: A HIPÓTESE DOS INVOLUNTÁRIOS EM EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS

SUBJECT AND OBJECT OF THE LEGAL RELATIONSHIPS OF THE PERSONALITY: THE HYPOTHESIS OF THE INVOLUNTARIES IN SCIENTIFIC EXPERIMENTS

Edilaine Aparecida Pelincer

RESUMO

O trabalho trata da experimentação com seres humanos utilizada na biomedicina, sob o enfoque dos direitos da personalidade. Objetiva-se mostrar que os avanços nesta área originaram o levantamento de questões novas para as quais não existe uma previsão legal, assim como a necessidade de atuação do Direito a esse respeito, principalmente, no que tange aos involuntários, que, devido à vulnerabilidade, não são capazes de exprimir sua vontade, plenamente conscientes dos fatos, nem proteger os próprios interesses. A “cobaização” do ser humano é difícil de ser freada, pois não existem normas que façam uma previsão completa de todas as situações que possam ocorrer, quando se trata de experimentação com seres humanos. Não está estabelecido, perfeitamente, o que pode ou não ser feito, quais são os limites que devem ser obedecidos, o que justifica a proteção, pelo Direito, da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE. EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS. INVOLUNTÁRIOS.

ABSTRACT

The work deals with the experimentation with human beings used in the biomedicina, under the approach of the Rights of the Personality. It was tried to show that the advances in this area had originated a survey of new questions for which a legal forecast does not exist, as well as the necessity of performance of the Right to this respect, mainly, in what it refers to the involuntaries, that, due to vulnerability, are not capable to express their will fully conscientious of the facts, nor to protect the proper interests. The transformation of the human being in guineapig is difficult of being braked, therefore norms do not exist that make a complete forecast of all the situations that can occur, when it is about experimentation with human beings. Not is established, perfectly, what can or not be fact, which are the limits that must be obeyed, what justify the protection, by the Right, the dignity of the person human being, bedding of the Democratic State of Right.

KEYWORDS: RIGHTS OF THE PERSONALITY. CIENTIFIC EXPERIMENTS. INVOLUNTARIES.

INTRODUÇÃO

Em sua vertiginosa e alucinante velocidade de desenvolvimento, a ciência vem melhorando a qualidade de vida do homem e sua relação com o meio ambiente.

Seguindo esta evolução, a biomedicina cresceu e brindou a humanidade com sucessos como a descoberta da insulina; mas, aterrorizou-a, também, com os “crimes contra a humanidade”, ocorridos nos campos de concentração nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial.

Realizada ao longo dos séculos, a experimentação com seres humanos contribuiu, enormemente, para a descoberta de novos medicamentos, vacinas, tratamentos; mas, por outro lado, abandonou, também, o ser humano à margem do caminho, uma vez que, em nome da ciência, muitos abusos ocorreram e ocorrem.

A “cobaização” do ser humano é difícil de ser freada, pois não existem normas que façam uma previsão completa de todas as situações que possam ocorrer, quando se trata de experimentação com seres humanos. Não está estabelecido, perfeitamente, o que pode ou não ser feito, quais são os limites que devem ser obedecidos.

Um fator que inviabiliza uma previsão legal satisfatória é a velocidade da produção de conhecimentos, pois uma norma, criada para regular determinado fato, pode ficar ultrapassada, muito rapidamente.

Não se pretende, aqui, apresentar abordagens ou soluções inéditas sobre o tema; o presente trabalho objetiva a reflexão sobre a experimentação com seres humanos, sob um prisma que, por sua vez, é mais uma das possíveis visões acerca do mesmo.

O tema é palpitante, pois, à medida em que são levantados alguns questionamentos, vê-se a ciência jurídica diante de situações novas, nunca previstas e que requerem posicionamentos diferentes, para os quais, talvez, a sociedade ainda não esteja preparada, mas que exigem solução urgente, a qual não deve ser postergada.

No decorrer deste trabalho, serão enfrentados vários questionamentos levantados pela doutrina, tais como: que restrições devem existir para quem pretende avançar no conhecimento, por meio da experimentação com seres humanos? por que tantos abusos ocorrem? deve o ser humano ser usado como cobaia, em testes de novos medicamentos e tratamentos? um menor deve decidir sozinho, se participará ou não de um experimento? é voluntária a decisão de um prisioneiro para quem se ofereceu comutar a pena, em troca da sua participação em um experimento? E, ainda: como se obter um consentimento livre e esclarecido do sujeito passivo da pesquisa? e se ele não tiver capacidade para anuir, seu representante poderia fazer isso por ele? pode-se revogar o consentimento, em caso de arrependimento? o participante de uma pesquisa pode retirar seu consentimento, a qualquer tempo? o sacrifício de uma pessoa em benefício da humanidade seria legítimo, juridicamente?

Estes são alguns questionamentos que se elencaram para a discussão do tema.

As descobertas científicas proporcionadas pelo avanço tecnológico aumentaram o domínio do ser humano sobre a natureza e, também, os perigos de destruição da vida. A toda a sociedade cabem as soluções e o Direito, como instrumento de controle social, que conta com o poder coercitivo, tem de dar sua contribuição, formulando leis, a fim de proteger os seres humanos e harmonizar esta proteção com o progresso científico, ambos necessários à humanidade.

1 EXPERIMENTAÇÃO COM SERES HUMANOS

1.1 CONCEITO DE EXPERIMENTAÇÃO

Para se aquilatar as dificuldades e as conotações que o tema impõe, cumpre fixar a noção de experimentação.

Consoante preleciona Elio Sgreccia,^[1] o significado da palavra experimentação não possui um entendimento unívoco.

Segundo sua orientação, há o significado “subjetivo”, que equivale a aprendizagem (apropriação de um exercício que não se possuía, anteriormente)^[2], por meio de repetição, por parte do indivíduo, de uma ação de modalidade e resultado conhecidos, de modo comum. No sentido “objetivo”, utilizado no campo médico e da pesquisa farmacológica, “experimentar quer dizer submeter à verificação, mediante o emprego direto, procedimentos ou meios (remédios) que são novos, ou permitidos, mas cuja consequência direta ou indireta, imediata ou futura não se conhece.”

Para Stella Maris Martínez^[3]:

A própria definição de ciência em sua primeira acepção, conduz à compreensão da experimentação como procedimento inegavelmente importante na formação dos conteúdos da totalidade das disciplinas ligadas a este campo.

Deve-se mencionar, também, que Evaldo Alves D’Assumpção^[4], num esclarecimento conceitual, adverte que “o termo pesquisa diz respeito a uma classe de atividades cujo objetivo é desenvolver ou contribuir para o conhecimento generalizável.”

Importante se faz elucidar que a pesquisa com seres humanos pode ser terapêutica, isto é, feita com o objetivo de tratar do paciente, desenvolvida com cuidados a ele, e pode ser clínica pura, feita em pacientes ou outros participantes, simplesmente para comprovar os dinamismos de um remédio ou uma técnica cirúrgica, por exemplo.

Celeste Cordeiro Leite Santos[5] informa que a experimentação terapêutica tem a legalidade reconhecida, em grande parte das legislações, e que toda investigação deve cumprir quatro condições de reconhecimento mundial. São elas: 1 – validação científica verificada por um comitê de revisão; 2 – o consentimento livre e informado por parte dos pacientes; 3 – o balanceamento da relação risco-benefício; 4 – a conformidade da investigação com a noção de ordem pública.

Enfim, tanto a pesquisa de novos medicamentos, novas vacinas, novos tratamentos, como a pesquisa para aperfeiçoamento de diagnóstico constituem experimentações com seres humanos.

1.2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Desde tempos remotos, experimentam-se tratamentos novos em pacientes com sintomas incomuns ou que não respondem aos tratamentos conhecidos. O Código de Hammurabi já previa a experimentação com seres humanos, inclusive premiação aos cirurgiões que obtinham êxito em suas experiências e castigos para os casos de insucesso, castigos que variavam de um simples pagamento de multa (a morte de um escravo era paga com outro escravo igual), até a amputação das mãos do cirurgião, como maneira de evitar outros erros.

Há que ser lembrado que, nos primórdios, a experimentação era feita com finalidade exclusivamente terapêutica, buscando-se a melhor forma de tratar o paciente. Com a evolução científica e tecnológica, a experimentação adquiriu caráter científico e maior interesse. Hodiernamente, além de as experimentações serem realizadas com fim terapêutico, têm o escopo de ampliar o conhecimento. Historicamente, Galileu é aceito como ponto referencial do nascimento da experimentação científica, que se deu no século XVI, e serviu, brilhantemente, a humanidade não somente com suas descobertas geniais, mas, também, com sua obstinação de buscar a verdade por meio da observação e da experimentação. Naquela época, a verdade era ditada pelos escolásticos e pela Igreja.

A ciência experimental, ao se desenvolver, durante séculos, originou a Revolução Científica. O número de cientistas, desde então, multiplicou-se, de maneira fenomenal, assim como a quantidade de novos conhecimentos e descobertas, que, fatalmente, atingirão o ser humano, de maneira positiva ou negativa.

A biomedicina é uma das áreas que maior desenvolvimento alcançou, nos últimos tempos. Oportuno se torna dizer que, quando novos conhecimentos são aplicados ao ser humano, a experimentação é sempre utilizada na primeira etapa desse processo.[6]

É bem verdade que a medicina tem destaque maior, quando se fala de experimentação com seres humanos; contudo, é válido lembrar que isto ocorre em várias outras áreas, como a odontologia, a fisioterapia, a farmácia, a economia e a educação.[7] Elio Sgreccia[8] lembra, oportunamente, que a manipulação não ocorre somente no âmbito

biológico, atualmente, mas no setor cultural, introduzindo mudanças talvez até mais graves que a biológica.

Há muito tempo, vêm sendo realizadas experiências com seres humanos, porém, com padrões éticos e qualitativos que variam, consoante William Saad Hossne e Sonia Vieira[9], de acordo com a época e o lugar onde ocorrem:

Através da experimentação deve ser garantido que os novos conhecimentos sejam aplicados para o bem da humanidade, mas, em contra partida, devem ser criados instrumentos de proteção com o objetivo de impedir os abusos da experimentação, e combater a “cobaização” do ser humano.

Foram os abusos cometidos nos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial[10] que incitaram a uma tomada de providências no sentido de se instituírem mecanismos de fiscalização sobre as experimentações com seres humanos.

A criação do Código de Nuremberg (um código de ética), em 1946, pela Associação Médica Mundial, teve por escopo estabelecer normas básicas para pesquisas em seres humanos, fixando, entre outras exigências, ser indispensável o consentimento voluntário, a necessidade de estudos prévios em laboratório e em animais, a análise de riscos e benefícios da investigação proposta, a liberdade do sujeito da pesquisa em se retirar do projeto, a adequada qualificação científica dos pesquisadores.

Por causa dos avanços científicos e tecnológicos dos anos setenta, a Organização Mundial de Saúde, juntamente com o Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas criou, em 1981, o documento “Diretrizes Internacionais Propostas Para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos”, que foi traduzido e editado, no Brasil, pelo Ministério da Saúde, em 1985, e revisto em 1993.[11]

Ainda, no Brasil, a Resolução nº 1, de 13 de junho de 1988, do Conselho Nacional de Saúde, fixou normas para a pesquisa em saúde, posteriormente revogada pela Resolução 196/96, do mesmo Conselho.

O progresso da medicina depende da experimentação com seres humanos. Mas, é difícil decidir quem deve ser submetido à experimentação e é difícil, também, determinar o ponto que separa o aceitável do inaceitável. Existe o dilema de experimentar e, por isso, é preciso abrir a discussão. Afinal, dilemas de natureza ética só podem ser resolvidos por meio do diálogo.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

A utilização de involuntários em experimentos científicos é analisada, neste trabalho, sob o enfoque dos direitos da personalidade; portanto, mister se faz uma abordagem acerca de referidos direitos.

No tocante aos direitos da personalidade, cabe lembrar que

O homem como ser social, vivendo na sociedade contemporânea, é regido em suas relações, por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de direitos e, por outro lado, impor-lhe um igual número de deveres[12].

Entre os direitos estão os direitos fundamentais que objetivam tutelar a pessoa humana, de maneira individual, de todos os ataques que se podem contra ela desencadear. Os direitos da personalidade encontram-se dentre os “direitos primeiros” e consistem na proteção dos atributos da personalidade humana.

O início da personalidade se dá com o nascimento com vida. Quanto ao término da personalidade, José Serpa de Santa Maria[13] acentua que “a personalidade civil do homem cessa quando termina a vida que o corpo anima, no fenômeno denominado MORTE, seja natural ou presumida legalmente.”

Adriano de Cupis[14] declara que não é possível ser sujeito de direitos e obrigações sem estar revestido da qualidade de pessoa e esclarece que “a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.”

Na Antigüidade, os direitos da personalidade tinham proteção por intermédio de manifestações isoladas. Uma pessoa podia defender-se por meio da *actio iniuriarum*, quando fosse ofendida por meio de injúria. O domicílio, por sua vez, era protegido pela *Lex Fabia*, que, promulgada em 81 a.C, considerava crime a violação de domicílio. O *interditum de omine libero exhibendo* e o *interditum liberis exhibendis* amparavam a liberdade de quem estivesse injustamente detido.

A partir da Idade Média, o conceito de pessoa humana passou a ser baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa. Com a Declaração dos Direitos Humanos, entre outras, o ser humano passou a ter protegidos os seus direitos fundamentais, como a vida, a igualdade, a honra, a liberdade, a integridade física e psíquica, a intimidade, o segredo.

Elimar Szaniawski [15] afirma que:

A maioria da doutrina e jurisprudência reconhece que existe determinada categoria de direitos consistentes no reconhecimento, ao ser humano, de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, decorrente da evolução

da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do Direito Natural expressado através da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, os quais possuem, predominantemente, a denominação de direitos de personalidade.

O citado autor Elimar Szaniawski[16] resume o conceito de personalidade em um “conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consistente na parte intrínseca da pessoa humana.” Para Adriano de Cupis[17], direitos da personalidade são sinônimos de direitos essenciais, fundamentando que sem eles “todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo” e a própria pessoa não existiria como tal.

Com relação ao objeto dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis[18] assinala que, entre os bens aptos a satisfazer as necessidades humanas, “os bens da vida, da integridade física, da liberdade, apresentam-se, à primeira vista, como os bens máximos, sem os quais os outros perdem todo o valor.” E complementa, ensinando que “os bens objeto dos direitos da personalidade satisfazem necessidades de ordem física ou moral.”

No tocante à realidade jurídica brasileira, Maria de Fátima Freire de Sá[19] elogia o fato de o legislador constituinte de 1988 ter acrescentado na Constituição a dignidade da pessoa como fundamento da República, entendendo que “é este o verdadeiro substrato em que se apóia o amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais do homem”, embora a proteção da dignidade humana não acabe neste ponto.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A classificação dos direitos da personalidade varia de autor para autor. Colacionam-se, neste trabalho, as classificações de um autor pátrio e de um estrangeiro.

Pierre Kayser[20] divide os direitos da personalidade em: I – Os comparáveis aos direitos reais: 1 – direito ao nome; 2 – o direito ao uso do nome da família; 3 – o direito de defesa do nome da família; 4 – o direito da pessoa sobre seu próprio corpo; 5 – o direito sobre o corpo vivo; 6 – o direito sobre os despojos mortais. II – Os comparáveis aos direitos de crédito: 1 – o direito ao respeito à vida privada; 2 – o direito de se opor à divulgação da vida privada; 3 – o direito de se opor a uma investigação na vida privada; 4 – o direito de resposta; 5 – o direito moral do autor e do inventor.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[21] classifica os direitos da personalidade em: 1 – direito à vida; 2 – direito à integridade física; 3 – direito à integridade psíquica; 4 – direito à liberdade; 5 – direito à verdade; 6 – direito à honra; 7 – direito à própria imagem; 8 – direito à igualdade; 9 – direito ao nome; 10 – direito à intimidade; 11 – direito ao sigilo; 12 – direito autoral.

A classificação dos direitos da personalidade foi incluída neste trabalho, visto que alguns direitos da personalidade pertinentes aos involuntários são afetados pelas

pesquisas científicas, tais como: o direito da pessoa sobre seu próprio corpo, o direito sobre o corpo vivo, o direito sobre os despojos mortais, o direito ao respeito à vida privada, o direito de se opor à divulgação da vida privada, o direito de se opor a uma investigação na vida privada, o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito à liberdade, o direito à verdade, o direito à honra, o direito à própria imagem, o direito à igualdade; o direito à intimidade e o direito ao sigilo.

2.3 RELAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COM EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS

Considerando que a realidade apresenta novas situações no âmbito dos direitos humanos e o permanente indagar do ser humano acerca dos meios e fins, bem como do fundamento das coisas, Pedro Federico Hooft [22], numa perspectiva filosófico-jurídica, indica o valor da dignidade humana como fundamento último e norte para conduzir as reflexões a esse respeito.

Com o avanço vertiginoso da ciência, já mencionado, anteriormente, os experimentos científicos integram, também, as novas situações que se apresentam no contexto dos direitos humanos, em especial, os que envolvem seres humanos. Afirma Silvio Romero Beltrão[23] que “as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes.” No entanto, “o princípio fundamental da dignidade humana impede que a interpretação do direito exclua da tutela jurídica os casos atípicos.”

Como informa Maria de Fátima Freire de Sá[24], “a defesa e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade alcançaram grande importância nos últimos tempos em razão dos avanços científicos e tecnológicos experimentados pela humanidade”, e, segundo ela, podem trazer benefícios, mas também podem potencializar riscos e danos às pessoas.

Leciona Pedro Federico Hooft,[25] sobre a essência dos direitos humanos contida na Carta Internacional dos Direitos Humanos, documento da Unesco, datado de 1951 e documentos similares no âmbito americano, que seus preâmbulos têm como filosofia subjacente a dignidade humana e acrescenta que “y por lo tanto contraria a toda forma de instrumentación del ser humano, –también de cualquier signo – proclive a la coisificación de la existencia.”

As palavras do autor acima mencionado amoldam-se à temática do presente trabalho, na medida em que este aborda experimentos científicos que envolvem seres humanos, que devem ter seus direitos protegidos com mais rigor, tendo em vista que os involuntários são pessoas vulneráveis e, por isso, incapazes de proteger, adequadamente, seus direitos.

De acordo com Silvio Romero Beltrão,[26] os direitos da personalidade são aqueles previstos na Constituição e no Código Civil, assim como os que forem emanção da personalidade do ser humano, sustentando que:

O fundamento dos direitos especiais da personalidade está na cláusula geral, como emanção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, com a imposição de que todas as manifestações desta dignidade sejam juridicamente tuteladas.

A "coisificação" humana que pode ocorrer nos experimentos científicos deve ser combatida pelo Direito, pois este tem no ser humano seu ponto de partida e de chegada e não pode ficar alheio a possíveis violações dos direitos da personalidade.

Partindo da compreensão ética do ser humano como pessoa, Pedro Federico Hooft[27] assevera que:

Se reconoce en cada hombre un fin, un sujeto, un valor, una dignidad inalienable, en una perspectiva incompatible con una visión meramente utilitarista, materialista, o biologista del hombre, que de hecho o de derecho lo reduzca a objeto, medio o instrumento al servicio de otros fines.

Importantes são as palavras de Celeste Cordeiro Leite Santos,[28] segundo as quais "todas as Nações enfrentam os mesmos problemas, as mesmas pressões." Nesta esteira, para Maria de Fátima Freire de Sá,[29] o significado de dignidade humana, diante de infinitudes de valores em sociedades plurais é o maior dos valores, o princípio jurídico supremo ou o princípio constitucional supremo.

Pedro Federico Hooft[30] entende que há valores essenciais, básicos, referentes à dignidade do ser humano, e que existem direitos absolutos, à medida que se ligam, de forma imediata e radical, com o núcleo essencial da pessoa, não permitindo que sejam sacrificados por razões de utilidade geral.

Por fim, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa[31] lembra bem que "todo e cada homem é o sujeito activo das relações jurídicas cujo objecto imediato é o bem jurídico da sua própria personalidade humana" e num sistema igualitário não cabe a existência de homens sem personalidade jurídica, bem como sem direitos da personalidade, a exemplo dos escravos.

3 CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

3.1 HISTÓRICO E CONCEITO

Impende observar que a experimentação com seres humanos somente deve ser realizada por meio de consentimento. São utilizadas as expressões consentimento pós-informação, consentimento informado, consentimento esclarecido para definir a atitude consciente do paciente em participar ou não de um experimento ou tratamento.

Legalmente, o termo consentimento informado foi utilizado, pela primeira vez, pelo juiz estadunidense, Benjamin Cardozo, no caso Schloendorff v. Society of New York Hospitals, em 1914, no qual faz a notável e esclarecida afirmação, considerada clássica pelos especialistas: Todo ser humano em idade adulta e com capacidade mental normal tem o direito de determinar o que será feito no seu próprio corpo[32].

O preâmbulo da Resolução 196/96, elaborada pelo Conselho Nacional De Saúde – Ministério Da Saúde brasileiro – apresenta disposições legais[33] de proteção ao ser humano como fundamento.

Os fundamentos da teoria do consentimento informado estão contidos, de modo implícito, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Estão dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade" (art. 1º). "Todos têm direito à vida, liberdade e segurança pessoal" (art. 3º). "Ninguém será submetido a tortura ou punição cruel, desumana ou degradante" (art. 5º). O Código de Nuremberg (1947) faz referência ao "consentimento voluntário". A Declaração de Helsinque (1964), revisada, pela última vez, na 41ª Assembléia Médica Mundial, Hong Kong (1989), usa consentimento informado. Referências ao mesmo termo podem ser encontradas no Belmont Report (1978) e nos códigos deontológicos e nos códigos de ética médica de diferentes nações. Uma exposição adequada sobre o mesmo tema está contida nas Proposed International Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects (1982), traduzidas para o português e publicadas, no Brasil, sob o título Diretrizes Internacionais Propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985). Uma nova edição aperfeiçoada dessa última são as Internacional Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects (1993). No Brasil, a Resolução nº 196 (1996), que estabelece diretrizes e normas regulamentadoras[34] de pesquisas envolvendo seres humanos, trata do consentimento livre e esclarecido no capítulo IV, no qual se encontra fixado que "o respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos", por si e/ou por seus representantes legais.

Ensina Celeste Cordeiro Leite Santos[35] que

O consentimento informado e voluntário da pessoa é absolutamente essencial. Isto quer dizer que a pessoa envolvida deve ter capacidade legal para dar seu consentimento e ter compreensão da matéria correspondente para permitir-lhe tomar uma decisão.

Para participar de uma pesquisa, o paciente ou seu representante assina o formulário de consentimento, que deve estar presente no protocolo de pesquisa e ser redigido de forma simples e exata.

O termo consentimento esclarecido é utilizado para diferenciar, de um lado, a atitude do paciente em concordar em ser participante do experimento, simples consentimento, da atitude, de outro lado, de participar do experimento plenamente consciente dos fatos. Nas palavras de Willian Saad Hossne e Sonia Vieira,^[36] “esclarecer é mais do que simplesmente informar.”

O termo “consentimento informado” é comum nos códigos, declarações e bibliografia médica. No Brasil, não é utilizado como se faz necessário.

Há situações em que, excepcionalmente, o consentimento informado pode ser dispensado. Justificam a isenção do consentimento a urgência, casos em que, a juízo do médico (desde que justificado), a informação pode ser prejudicial para o curso da enfermidade, pacientes incapazes que não podem outorgar um consentimento válido, a renúncia expressa do paciente que deixa a cargo de um familiar ou representante legal a decisão, casos em que representam um perigo para a saúde pública (justificam internações e tratamentos forçados) e a possibilidade de correção de uma laceração inesperada no seio de outra intervenção programada.

No entender de Celeste Cordeiro Leite Santos,^[37] a intimidade pessoal

É um patrimônio de cada pessoa e, deve ser imune a qualquer intromissão. O consentimento informado é requisito indispensável para nela intervir. Excepcionalmente e sob controle judicial, por motivos de interesse geral, poder-se-á permitir o seu acesso.

A Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, destaca quatro requisitos do consentimento informado: 1) ser elaborado pelo pesquisador principal com toda a informação necessária; 2) ser revisado e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação; 3) ser assinado pelo indivíduo alvo da pesquisa ou seu representante legal; 4) ser assinado ou identificado por impressão datiloscópica, por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa, em duas vias, ficando uma em poder do indivíduo ou de seu representante legal e outra será arquivada pelo pesquisador.

Entre os princípios básicos de pesquisa clínica formulados pela Associação Médica Mundial, está o de que a pessoa submetida a uma pesquisa clínica deverá estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, físicas e legais, a fim de dar licitude à realização da pesquisa.

Genival Veloso de França^[38] acrescenta que:

A licitude do ato médico não está no seu consentimento (do participante da pesquisa), mas na sua necessidade e na sua legitimidade(...) mesmo que a permissão tenha todas as aparências e justificativas de idoneidade, e que exista aquiescência por escrito, chega-se à conclusão de que a vida e a saúde de um indivíduo são bens inalienáveis e

irrecusáveis, os quais o bem comum tem interesse em resguardar de forma irrestrita e incondicional.

Há situações em que os participantes da pesquisa ou tratamento não são capazes para exprimir sua vontade; trata-se da vulnerabilidade.

Defende Elio Sgreccia[39] que “os incapazes de dar seu consentimento não podem participar de experimentos que requeiram o consentimento esclarecido, podendo os mesmos participarem apenas de experimentações terapêuticas.”

Sustenta Maria Helena Diniz[40] que grupos vulneráveis só podem participar de pesquisa se esta lhes trazer benefícios diretos. Vulnerabilidade, para Evaldo Alves D’Assumpção[41]:

Refere-se a uma incapacidade substancial para proteger seus próprios interesses, devido a impedimentos tais como a falta de capacidade para fornecer consentimento pós-informado, falta de meios alternativos de obter assistência médica ou outros bens necessários caros, ou situação subordinada ou inferior em um grupo hierárquico.

Para Willian Saad Hossne e Sonia Vieira[42] são vulneráveis, peculiarmente, “os que não compreendem, os que estão em situação de dependência, os que estão à morte e os que estão doentes.”

Os deficientes mentais, os senis, os de baixa escolaridade e as crianças são incluídos na categoria dos que não compreendem. Os institucionalizados, como prisioneiros, velhos asilados, menores recolhidos em orfanatos ou outros tipos de instituição estão em situação de dependência, assim como os pacientes de enfermaria, os empregados e alunos. São vulneráveis, também, as pessoas com doenças crônicas, refratárias à terapia conhecida, pois podem procurar ajuda, desesperadamente, as pessoas com doenças de tratamento conhecido, mas que necessitam de intervenção especializada para recuperação.

Maria Carolina S. Guimarães e Sylvia Caiuby Novaes[43] definem vulneráveis como:

Pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre eles e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade. A desigualdade, entre outras coisas, os torna incapazes ou pelo menos, dificulta enormemente, a sua capacidade de livremente expressar sua vontade.

A diretriz 2, das Diretrizes Éticas Internacionais Para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, elaboradas, na década de 80, pelo CIOMS[44] e OMS[45] e publicado em nova versão, em 1993, no Brasil, determina as informações que deve o investigador fornecer ao indivíduo que participará da pesquisa, quais sejam: 1 – que cada indivíduo é convidado a participar da pesquisa; 2 – quais são os objetivos e métodos que serão usados na pesquisa; 3 – a duração esperada de sua participação; 4 – os benefícios que podem ser esperados para o participante ou para terceiros, razoavelmente, como resultado da pesquisa; 5 – riscos e desconfortos previsíveis; 6 – a existência de procedimentos ou curso de tratamentos alternativos que possam ser ato vantajoso para o participante tanto quanto o procedimento ou tratamento em que estará sendo testado; 7 – a extensão com que será mantido o sigilo de registros em que o paciente estiver identificado; 8 – a extensão da responsabilidade do investigador, se for o caso de prestar serviços médicos ao participante; 9 – que será fornecido tratamento gratuito para tipos especificados de danos ligados à pesquisa; 10 – se o participante ou sua família ou dependentes serão compensados por deficiências ou morte resultantes de tais danos; 11 – e que o indivíduo é livre para se recusa a participar, e será livre para abandonar a pesquisa a qualquer momento sem penalidades ou perda de benefícios aos quais teria direito.

Assevera Maria Helena Diniz[46] que a responsabilidade pela assistência integral ao paciente pelas complicações e danos decorrentes dos riscos previstos será do pesquisador, do patrocinador da pesquisa e da instituição em que esta foi realizada. Acrescenta, ainda, que “aquele que se submeter a uma pesquisa biomédica terá direito à indenização por dano, e ninguém poderá exigir que dele (*sic*) renuncie.”

Concorda-se, aqui, com o entendimento de Tereza Rodrigues Vieira,[47]no sentido de não se dever exonerar de suas responsabilidades o médico que consegue o consentimento informado por escrito dos parentes ou do representante legal de um paciente que estiver incapacitado para decidir.

Sophie Gromb[48] debate se a obrigação é de meio ou de resultado. No que diz respeito a pesquisas sem benefício individual direto, ocorrendo dano, atribui-se a responsabilidade objetiva ao pesquisador que se compromete a conduzir a pesquisa conforme os termos preestabelecidos no protocolo, pois se trata de uma obrigação de resultado em relação à segurança dos indivíduos pesquisados.

A diretriz nº 13, das Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, determina que os participantes de pesquisas que sofrerem danos físicos, resultantes de sua participação, terão direito à assistência, financeira ou de outro tipo, que os compense equitativamente por qualquer lesão ou deficiência permanente ou temporária. Em caso de morte, seus dependentes terão direito a uma compensação material.

Um dos referenciais básicos da bioética é a proteção dos grupos vulneráveis e legalmente incapazes. A experimentação com os incapazes de dar consentimento válido só é lícita, segundo Elio Sgreccia,[49] se for realizada com finalidade terapêutica e com o consentimento dos pais ou representante legal.

Em se tratando de pesquisas com benefício individual direto por haver proximidade com o contrato médico, se o investigador provar que não houve culpa de um dos

intervenientes do grupo, poderá eximir-se da responsabilidade, já que a obrigação assumida é de meio.

Genival Veloso de França[50] esclarece que “a licitude da pesquisa não está no consenso, mas na necessidade e legitimidade da experiência em prol da vida e da saúde.” A experimentação com os incapazes de dar consentimento válido só é lícita, segundo Elio Sgreccia,[51] se for realizada com finalidade terapêutica e com o consentimento dos pais ou representante legal.

Em se tratando de pesquisas com benefício individual direto, por haver proximidade com o contrato médico, se o investigador provar que não houve culpa de um dos intervenientes do grupo, poderá eximir-se da responsabilidade, já que a obrigação assumida é de meio.

3.2 PESQUISAS COM CRIANÇAS

A diretriz 5, fixada pelas Diretrizes Éticas Internacionais Para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, determina as garantias dadas pelo investigador antes de se engajar em pesquisas envolvendo crianças, quais sejam: as crianças não serão envolvidas em pesquisas que possam ser igualmente bem executadas com adultos; o propósito da pesquisa é obter conhecimentos relevantes às necessidades de saúde das crianças; o pai, mãe ou guardião legal de cada criança devem ter dado consentimento em seu lugar; o consentimento de cada criança deve ter sido obtido, no limite de sua capacidade; a recusa da criança em participar da pesquisa deve ser sempre respeitada[52], a não ser que, segundo o protocolo de pesquisa, a criança receba terapia para a qual não existem alternativas aceitáveis, medicamente; o risco apresentado por intervenções que não visam beneficiar o participante criança individual deve ser pequeno e compatível com a importância do conhecimento a ser ganho; intervenções que visem fornecer um benefício terapêutico devem ser, provavelmente, pelo menos tão vantajosa para o participante-criança individual quanto qualquer alternativa disponível.

M. C. S. Guimarães, M. J. P. Spink, M. A. M. Antunes [53] lecionam que as crianças, os adolescentes não emancipados e as pessoas com distúrbios mentais não têm capacidade de decisão própria; por isso, é preciso que outra pessoa decida por eles.

Carlos Maria Romeo Casabona[54] pondera que o exercício do pátrio poder não permite aos pais tomarem decisões irreversíveis que acarretem sério perigo de vida aos seus filhos, ao priorizarem outros interesses.

Em pesquisas envolvendo crianças e adolescentes, portadores de perturbação ou doença mental e sujeitos em situação de substancial diminuição em suas capacidades de consentimento, deverá haver justificação clara da escolha dos sujeitos da pesquisa, especificada no protocolo, aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa, e cumprir as exigências do consentimento livre e esclarecido, por meio dos representantes legais dos referidos sujeitos, sem suspensão do direito de informação do indivíduo, no limite de sua capacidade. (IV.3, a, da Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde)

Em consonância com a lição de Tereza Rodrigues Vieira[55], deve ser respeitada a recusa do incapaz, na medida em que a experimentação não objetivar beneficiá-lo.

Ao tecer comentário sobre o art. 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente, José Carlos Dias[56] assevera que

[...] o direito ao respeito e á dignidade de que é titular o menor são ângulos que integram a escultura da personalidade em formação, daí a proteção que a lei dá a quem tem a liberdade plena como expectativa e a cidadania por inteiro como promessa.

Cumprir destacar, conforme disposição do art. 18 do Estatuto em apreço que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

3.3 PESQUISAS COM DETENTOS

A experimentação em prisioneiros é prática antiga. Antes de a mulher do embaixador inglês, em Constantinopla, Lady Wortley-Montague aplicar o “método grego”[57]em seus filhos e nos da princesa de Gales, experimentou ela o método em seis criminosos.

Formalmente, os prisioneiros têm capacidade para decidir sobre sua participação ou não em experimentos científicos, na prática são pessoa vulneráveis e sujeitas a abusos.

M. C. S. Guimarães; M. J. P. Spink; M. A. M. Antunes[58] colaboram na discussão do assunto assinalando que “sempre que houver capacidade de decisão, ainda que pequena, esta deve ser privilegiada, pois o respeito relaciona-se com o ser total, sua razão e emoções [...]”

Um ponto importante a ser discutido é a legitimidade do consentimento de um prisioneiro ao qual se oferece comutação da pena, em troca da sua participação em uma pesquisa.

Para alguns, é vedada a participação de presos sadios em pesquisas, clínicas em virtude de poderem ser influenciados por promessas de diminuição da pena, antecipação da liberdade condicional.

Admitem outros, o oferecimento voluntário de detentos, mesmo quando há gratificação relacionada à pena, desde que o consentimento seja bem esclarecido e sem engano de espécie alguma.

Repudia tal entendimento Maria Helena Diniz[59], alegando que o preso pode ser influenciado por promessas de recompensa, como a diminuição da pena e a antecipação da liberdade condicional.

Não se vê a possibilidade de um consentimento livre, realmente, e esclarecido, nesses casos; assim, rechaça-se tal entendimento, tendo em vista, por outro lado, que os detentos são seres humanos, em primeiro lugar, e, como tal, devem ser respeitados e protegidos de ações inescrupulosas que acentuam a “cobaização” do ser humano.

Conforme a diretriz nº 7, das Diretrizes Éticas Internacionais Para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, a prisioneiros com doenças graves ou em risco delas não deve ser, arbitrariamente, negado acesso a drogas, vacinas ou outros agentes, em investigação, que representem promessa de benefício terapêutico ou preventivo.

Diante da norma jurídica consubstanciada no art. 380, alínea 3, do Código de Processo Penal francês, os detentos não podem participar de experiências médicas ou científicas, uma vez que isto pode atentar contra sua integridade física ou moral, o que é discutido nos casos de experimentos com fins terapêuticos.

No Brasil, a Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, garante liberdade do consentimento aos sujeitos adultos que, embora adultos e capazes, estejam expostos a condicionamentos específicos ou à influência de autoridades, como os presidiários, assegurando-lhes a inteira liberdade de participar ou não da pesquisa, sem qualquer represália.(IV.3, b)

3.4 PESQUISAS COM MULHERES GRÁVIDAS

A idéia de se aliviar a dor do parto por meio de anestésicos foi duramente criticada pelo clero e pelo público, mas foi consagrada, quando o especialista em anestesia, o inglês John Snow, cloroformizou a rainha Vitória para dar à luz ao príncipe Leopoldo, em 1853.

A Declaração de Manila permite que somente em casos de elucidação de problemas relacionados à gravidez ou à lactação mulheres grávidas ou lactentes participem de experimentos, desde que os riscos para o feto e para a lactente sejam mínimos, proibindo sua participação, expressamente, em experimentos sem finalidade terapêutica ou que possam oferecer risco para o feto ou recém-nascido.

A Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, estabelece como exigências a serem observadas, que, na pesquisa com mulheres grávidas, deve ser levado em conta os riscos e benefícios e as eventuais interferências sobre a fertilidade, a gravidez, o embrião ou o feto, o trabalho de parto, o puerpério, a lactação e o recém-nascido; bem como devem ser precedidas de pesquisas em mulheres fora do período gestacional, exceto quando a gravidez for o objetivo fundamental da pesquisa (III.3, “u” e “v”).

3.5 PESQUISAS COM PESSOAS COM DISTÚRBIOS MENTAIS OU COMPORTAMENTAIS

Pessoas com distúrbio mental ou comportamental não podem participar de pesquisas, nas quais se possam utilizar pessoas em pleno domínio de suas faculdades mentais. A pesquisa deve objetivar conhecer as necessidades particulares de saúde dessas pessoas.

Cada pessoa deve consentir na medida de sua capacidade e, nos casos de participantes sem discernimento, o consentimento deve ser dado pelo responsável legal ou por pessoa devidamente habilitada para isso.

Maria Helena Diniz[60] salienta que “quando uma investigação tiver benefício terapêutico, sua objeção também deverá ser respeitada, salvo se não houver nenhuma outra alternativa médica razoável para seu tratamento”.

A Declaração de Helsinque, revisada em 1989, prescreve que, em caso de incompetência legal, o consentimento é obtido do guardião legal, em conformidade com a legislação nacional. Quando a incapacidade física ou mental, assim como a menoridade, impossibilitarem a obtenção do consentimento, a permissão do familiar responsável substitui a do participante, obedecendo a legislação nacional.

Aplica-se, nesse caso, o disposto na Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, IV.3, “a”, já abordado no item sobre pesquisa com crianças.

Se a pessoa tiver sido internada por ordem judicial, é necessário que o juiz autorize a sua participação no experimento.

3.6 PESQUISA COM PESSOAS ENFERMAS

Preceituam os arts. 129 e 130, do Código de Ética Médica, que a pesquisa só pode ser realizada para benefício do paciente, aliviando sua dor ou sofrimento ou recuperando sua saúde.

A experimentação com pessoas enfermas pode ter caráter terapêutico, de experimentação pura e de experimentação associada.

Quando se usa um remédio na experimentação que não objetive o bem do paciente, mas a comprovação da eficácia do medicamento ou proveito do pesquisador, além de ser necessário o consentimento esclarecido do próprio paciente, são necessárias comprovações de inocuidade e permissão de emprego no ser humano.

No caso de se utilizar um remédio com justificativa terapêutica, mas que necessita ainda de comprovação clínica e de ulteriores confirmações, o médico pode empregá-lo no doente, desde que com o seu consentimento, ou, sendo incapaz de consentir, com o consentimento dos familiares ou do tutor.

Cite-se o caso de ser empregado um método ou remédio ainda não comprovado, que represente a última chance para o doente, uma tentativa de salvar sua vida. O consentimento pode ser considerado implícito, e concedido, tacitamente, na vontade geral do paciente e dos parentes, no sentido de que tudo se faça de tudo para não se perder a vida do próprio paciente. Este é um caso de dispensa do consentimento, por se tratar de urgência.

Aplica-se, nesse caso, o disposto na Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, IV.3, “a”, já abordado no item sobre pesquisa com crianças.

3.7 PESQUISA EM EMBRIÕES

O conhecimento científico e tecnológico avançou a ponto de possibilitar a realização de pesquisas em embriões, algo recente na história da humanidade e que merece atenção por parte do Direito, de um lado, por envolver a vulnerabilidade da vida humana no seu estágio inicial, por outro, devido a manipulações que podem vir a descaracterizar o próprio ser humano.

Como informa Celeste Cordeiro Leite Santos[61], em geral, a intervenção terapêutica sobre o embrião não está proibida, mas existe unidade de critério e algumas legislações condenam a experimentação não terapêutica no embrião humano.

Elio Sgreccia[62] não faz distinção ética, para fins de vedação, entre embrião e feto, pois “se trata da vida de um ser humano no qual se deve reconhecer a dignidade da pessoa humana.”

É necessário que se avalie o risco para o embrião vivo, se a intervenção ou experimentação pode causar a morte ou se pode comprometer a integridade substancial de sua vida futura.[63]

Por se tratar o feto de indivíduo que não pode dar seu consentimento, toda intervenção terapêutica deverá ter a garantia de três condições essenciais: que seja uma exigência por motivo sério, e, por isso, não adiável para depois do nascimento com as perspectivas de melhores condições de exequibilidade; que não perceba grave risco nem para a vida nem para a integridade física do feto ou da mãe; que os pais dêem seu consentimento esclarecido, que representa e substitui a permissão do interessado.

As experimentações com finalidade unicamente de pesquisa científica devem ser consideradas imorais.[64]

Noticia Celeste Cordeiro Leite Santos[65] que não são patenteáveis modificações fisiológicas hereditárias como mudança de cor dos olhos, altura, por exemplo, o que constitui eugenia positiva ou negativa ou de criação ou seleção de raças humanas pelo ser humano.

Ainda, sobre a experimentação não terapêutica, Celeste Cordeiro Leite Santos[66] posiciona-se no sentido de que mesmo que os benefícios para a ciência sejam inestimáveis, não podem prevalecer sobre a liberdade e os direitos humanos fundamentais. E complementa, asseverando que “fazendo um balanço entre a condenação e o pragmatismo fácil, a maioria dos países opta pela condenação a qualquer tipo de intervenção não terapêutica cujo fim seja a modificação do patrimônio genético de um indivíduo.”

Quando o feto é proveniente de aborto espontâneo, além da confirmação da morte, é necessário o consentimento dos pais ou da mãe, assim como não deve haver especulação ou compensação comercial e que seja razoável e previsível o benefício dessa pesquisa no plano humano, em vista do estudo de doenças.

O consentimento informado, obtido de forma correta, legítima e fundamenta o ato médico ou de pesquisa como justo e unicamente correto.

As mesmas garantias e princípios que orientam as experimentações e pesquisas envolvendo seres humanos serão aplicadas nos experimentos em que pessoas vulneráveis são participantes.

CONCLUSÃO

Os avanços na área da biomedicina proporcionaram grandes descobertas, mas geraram, em contrapartida, inúmeros questionamentos sobre situações novas para as quais não há previsão legal.

A sociedade é incapaz de se reger só pela ética e recorre, inevitavelmente, ao Direito como modelo de organização social. Há que ser estabelecido controle sobre as novas tecnologias e o Direito deve intervir com habilidade para exercer esse controle, de maneira que não impossibilite o desenvolvimento da pesquisa científica.

O fundamento do Estado Democrático de Direito e a base de todo ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana e esta deve prevalecer sobre qualquer tipo de avanço tecnológico e científico, pois é o valor básico em todas as situações.

Qualquer atitude que reduza o ser humano à situação de coisa deve ser repudiada pelo Direito, pois o conhecimento deve estar a serviço da humanidade. As intervenções científicas sobre seres humanos que possam atingir sua vida e integridade psíco-físico-mental devem respeitar os princípios éticos e os direitos humanos.

Providências têm de ser tomadas, porque o avanço tecnológico em sua rápida evolução pode trazer incontáveis benefícios à espécie humana como, também, a sua dizimação. O ser humano corre grande risco de ser reduzido a simples objeto nas mãos de pesquisadores inconsequentes e de ver seus direitos fundamentais ignorados, ficando à margem de um processo que, em princípio, deveria ter o próprio ser humano como fim.

É preciso estabelecerem-se restrições para a experimentação com seres humanos, para conterem os exageros da ciência e se impedir a utilização desnecessária de cobaias humanas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica, p. 223-282. *In:* Maria de Fátima Freire de Sá (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Libertad de conciencia y actividad biomédica, p. 1-69. *In:* Maria de Fátima Freire de Sá (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Brasília, CFM, 1988.

D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. **Comportar-se fazendo bioética - para quem se interessa pela ética**, 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIRETRIZES E NORMAS REGULAMENTADORAS DE PESQUISAS ENVOLVENDO SERES HUMANOS, Resolução n. 196 de 10 de outubro de 1996. Ministério da Saúde – Conselho Nacional da Saúde.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, publicada no Diário Oficial da União, de 16 de julho de 1990, e retificada, em 27 de setembro de 1990.

Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Fernando; MENDEZ, Emílio García (coord.). 3 ed. São Paulo: Malheiros.

FRANÇA, Genival Veloso de França. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

FRANÇA, Inácia Sátiro Xavier de; Pagliuca, Lorita Marlena Freitag. Passos, caminhos e estradas do agir bioético na pesquisa com seres humanos. **Acta Paulista de Enfermagem**. p. 87-93, v. 17, nº 1. São Paulo: UNIFESP. Jan/mar 2004.

FREITAS, Corina Bontempo D. & HOSSNE, Willian Saad. **Pesquisa com seres humanos**. In: **Iniciação à Bioética**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1995.

GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia C. **Propostas de diretrizes para pesquisas em sujeitos humanos**. Obtido via Internet, http://www.cfm.org.br/revista/bio_1v3/proposta.html, 15/08/00.

HOSSNE, Willian Saad; & VIEIRA, Sonia. **Experimentação com seres humanos: aspectos éticos**. In: **Iniciação à Bioética**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1995.

HOOFT, Pedro Federico. **Bioética y derechos humanos: temas y casos**. Buenos Aires: Depalma, 1999.

MARTÍNEZ, Estela Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. pp-. 83-99. In: Maria de Fátima Freire de Sá (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex Livros, 1º ed., 1987.

SANTOS, Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio de um pêndulo. Bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**, v. I, São Paulo, Loyola, 1996.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

VIEIRA, Sonia; HOSSNE, Willian Saad. **Experimentação com seres humanos**, 2ª ed. São Paulo :Moderna, 1987.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**, 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

[1] SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. v. I. São Paulo: Loyola, 1996, p. 529.

[2] P. ex: um cirurgião realiza, pela primeira vez, uma intervenção que tinha visto somente sendo realizada por outra pessoa.

[3] MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 107.

[4] D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. **Comportar-se fazendo bioética – para quem se interessa pela ética**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 174.

[5] SANTOS, Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio de um pêndulo. Bioética e a lei: implicações médico legais**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 164.

[6] FREITAS, Corina Bontempo D.; HOSSNE, Willian Saad. Pesquisa com seres humanos. *In: Iniciação à bioética*, Brasília, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1998, p. 193.

[7] FREITAS, Corina Bontempo D.; HOSSNE, Willian Saad, *ibid*, p. 194.

[8] SGRECCIA, Elio. Manual de bioética, v. I. São Paulo: Loyola, 1996, p. 528; no mesmo sentido, HOSSNE; VIEIRA. **Experimentação com seres humanos: aspectos éticos**. Bioética, p. 128, 1995.

[9]FREITAS e HOSSNE, *Op. cit.* p. 127.

[10] Nos campos de concentração nazistas, prisioneiros foram submetidos a experimentações perversas de remédios, de gás, de venenos, a experiências mortais com câmaras de descompressão, para estudo dos efeitos do vôo a grandes alturas, experiências de queimadura com gás de mostarda. Foram feitas experiências de corte de ossos, de músculos e de nervos; injeções de vacinas, de presumíveis soros anticancerígenos, de hormônios.

[11]Cf. HOSSNE & VIEIRA, *ibid.*, p. 129; FREITAS e HOSSNE, *ibid.* p. 195.

[12]SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 1.

[13]MARIA, José Serpa de Santa. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex Livros, 1987, p. 26.

[14]CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 21.

[15]*Op. cit.*, p. 29.

[16]*Op. cit.*, p. 35.

[17]*Op. cit.*, p. 24.

[18]*Op. cit.*, p. 29.

[19] SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coordenadora) **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 86.

[20] KAYSER, Pierre. **Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques**. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, 3 445-509, p. 455, *Apud* SZANIAWSKI, Elimar, **Direitos da personalidade e sua tutela**, p. 52.

[21] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte especial, tomo VII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 6.

[22]HOOFT, Pedro Federico. **Bioética y derechos humanos: temas y casos**. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 65.

[23]BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53-54.

[24]*Op. cit.* p. 83-99.

[25]*Op. cit.* , p. 71.

[26]*Op. cit.* , p. 55.

[27]*Op. cit.* p. 71.

[28]*Op. cit.*, p. 62.

[29]*Op. cit.*, p. 96.

[30]*Op. cit.*, p. 73

[31]*Op. cit.*, p. 360.

[32]FRANCISCONI, Carlos Fernando, GOLDIM, José Roberto. Termo de consentimento informado para pesquisa auxílio para sua estruturação. Obtido via Internet. <http://wwwcfm.org.br/revista/bio1v3termo.html>, em 15/08/00.

[33] A presente Resolução fundamenta-se nos principais documentos internacionais que emanaram declarações e diretrizes sobre pesquisas que envolvem seres humanos: o

Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da legislação brasileira correlata: Código de Direitos do Consumidor, Código Civil e Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Saúde 8.080, de 19/09/90 (dispõe sobre as condições de atenção à saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes), Lei 8.142, de 28/12/90 (participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde), Decreto 99.438, de 07/08/90 (organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde), Decreto 98.830, de 15/01/90 (coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos no Brasil), Lei 8.489, de 18/11/92, e Decreto 879, de 22/07/93 (dispõem sobre retirada de tecidos, órgãos e outras partes do corpo humano com fins humanitários e científicos), Lei 8.501, de 30/11/92 (utilização de cadáver), Lei 8.974, de 05/01/95 (uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados), Lei 9.279, de 14/05/96 (regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), e outras.

[34] A Constituição Federal, no art. 59, estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração de: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções (do Senado Federal).

No tocante à concepção de lei, Gualter de Souza Andrade Júnior (O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica, p. 223-282. In: Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 248.), leciona que, lei *stricto sensu* ou em sentido material, “significa que é o texto legal que contém normas confeccionadas pelo legislador, em vista da competência de emitir leis, nesse sentido, que lhe foi conferida pelo povo, titular do poder soberano.” Assim, verifica-se que a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde não se enquadra no conceito material ou *stricto sensu* de lei, pois não é originada de órgão que representa a soberania popular, além do que não consta do rol do art. 59 da Constituição.

Como bem explica o supramencionado autor (op. cit., p. 249), as resoluções do Conselho Federal de Medicina não são lei em sentido estrito. Destaca, ainda, que tais normas apenas se prestam a regulamentar a responsabilidade dos médicos no âmbito administrativo, bem como são ferramentas de interpretação, ao magistrado, por exemplo, para aquilatar a correção de uma conduta médica.

A Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, tem caráter orientador no que tange a condutas e procedimentos, mas não impõe sanção para o descumprimento de qualquer de suas normas ou diretrizes. Conforme as conseqüências advindas da prática biomédica, a responsabilização poderá ser civil, penal (e terão como fundamento leis em sentido estrito, como o Código Civil, o Código Penal, por exemplo) e administrativa, cumulativamente ou não.

[35]Op. cit., p. 59.

[36]*Op. cit.*, p. 135.

[37]*Op. cit.*, p. 67.

[38]FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao código de ética médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994, p. 25.

[39]*Op. cit.*, p. 544.

[40]*Op. cit.*, p. 347.

[41]*Op. cit.*, p. 178.

[42]*Op. cit.* p. 135.

[43]GUIMARÃES, Maria Carolina S. e NOVAES, Sylvia Caiuby. Obtido via Internet, <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v3/proposta.html>, em 15/08/00.

[44]CIOMS significa Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas.

[45]OMS significa Organização Mundial de Saúde.

[46]*Op. cit.*, p. 349.

[47]VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**; 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, p. 121.

[48]*Apud* VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**, p. 121.

[49]*Op. cit.* p. 546. No mesmo sentido SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**, p. 544.

[50]FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo, p. 378-85, 1996, *Apud* DINIZ, Maria Helena Diniz, *Op. cit.* p. 348..

[51] *Op. cit.*, p. 546. No mesmo sentido SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**, p. 544.

[52]O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no art. 15, que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”

Um dos aspectos do direito à liberdade elencados, no art. 16 do referido Estatuto, compreende a opinião e expressão. O art. 17 estabelece que o direito de respeito compreende a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, o que abrange a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças.

DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO ORDINÁRIA – MENOR - PORTADOR DE DOENÇA FISTULA DIGESTIVA – MUNICÍPIO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – DEVER –O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/1990)

estabelece como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde e à alimentação (artigo 4o) – É dever do Estado (União, Estado e Município) fornecer os medicamentos e insumos indispensáveis à saúde da criança e do adolescente – Não se conhece o reexame necessário e nega-se provimento ao recurso voluntário da Fazenda do Estado. (TJSP, Ap. 8284725900, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Xavier de Aquino, j. 02/02/2009)

[53]GUIMARÃES, M. C. S.; SPINK M. J. P.; ANTUNES, M. A. M., Do respeito à compreensão das diferenças: um olhar sobre a autonomia. *Bioética*, Brasília (DF), v. 5, n. 1, p. 13-17, 1997, Apud FRANÇA, Inácia Sátiro Xavier de; PAGLIUCA, Lorita Marilena Freitag. Passos, caminhos e estradas do agir bioético na pesquisa com seres humanos. *Acta paulista de Enfermagem*, p. 87-93, v. 17, n. 1. São Paulo: UNIFESP. Jan/mar 2004, p. 90. A fonte citada somente apresenta os sobrenomes dos autores, o que impossibilita a citação dos nomes completos dos mesmos.

[54]CASABONA, Carlos Maria Romeo. Libertad de conciencia y actividad biomédica, p. 1-69. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

[55]*Op. cit.*, p. 123.

[56]Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Fernando; MENDEZ, Emílio García (coord.). 3 ed. São Paulo: Malheiros, p. 61.

[57]Na tentativa de se descobrir uma vacina para a varíola, no Oriente Médio, se fazia uma inoculação preventiva que consistia em fazer desenhos cruciformes no queixo e na bochecha das pessoas, com uma agulha molhada no líquido das lesões.

[58] GUIMARÃES, M. C. S.; SPINK M. J. P.; ANTUNES, M. A. M., Do respeito à compreensão das diferenças: um olhar sobre a autonomia. *Bioética*, Brasília (DF), v. 5, n. 1, p. 13-17, 1997, Apud FRANÇA, Inácia Sátiro Xavier de; PAGLIUCA, Lorita Marilena Freitag. Passos, caminhos e estradas do agir bioético na pesquisa com seres humanos. *Acta paulista de Enfermagem*, p. 87-93, v. 17, n. 1. São Paulo: UNIFESP. Jan/mar 2004, p. 90. A fonte citada somente apresenta os sobrenomes dos autores, o que impossibilita a citação dos nomes completos dos mesmos.

[59]*Op. cit.*, p. 356.

[60]*Op.cit.*, p. 359.

[61]*Op. cit.*, p. 163.

[62]*Op. cit.*, p. 550.

[63] Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 7º, é garantido à criança e ao adolescente o direito a proteção à vida e à saúde, por meio políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

[64]Elio Sgreccia. *Op. cit.*, p. 552.

[65]*Op. cit.*, p. 164.

[66]*Ibidem.*

O DIREITO PERSONALÍSSIMO AO NOME E A QUESTÃO DO SUB-REGISTRO

THE EXCLUSIVE RIGHT TO THE NAME AND THE QUESTION OF THE SUB-REGISTER

Edna Raquel Hogmann

RESUMO

O presente artigo tem por objeto promover uma análise reflexiva acerca da importância do exercício do direito ao nome, consubstanciado na inscrição do registro de nascimento junto ao cartório do registro civil, como um direito personalíssimo da pessoa humana e de como tal direito vem sendo negligenciado em nosso país, entre as populações carentes. Introduce a problemática do sub-registro, forma como se denomina a ausência do registro civil, em nosso país, como uma realidade objetiva que coloca anualmente milhares de crianças à margem da cidadania, sonhando-lhes direitos fundamentais e revela a inexistência de números oficiais a respeito dos adultos não registrados. Inicia no reconhecimento de que é da competência do Estado reconhecer, propiciar e salvaguardar a cada um, aquilo que supre seus anseios e necessidades, respeitando e assegurando sua individuação, a começar pela atribuição de um nome civil ao recém nato e culmina por apontar a distinção entre vigência e eficácia social da norma jurídica, revelando a necessidade de se superar os obstáculos que impedem a eficácia plena da lei 6015, Lei dos Registros Públicos, no que diz respeito ao registro do nome civil, elemento primordial para a concretização do princípio da igualdade e ao resgate da dignidade humana, no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS – NOME – REGISTRO CIVIL – DIGNIDADE HUMANA

ABSTRACT

The present article has for object to promote a reflexive analysis concerning the importance of the right of action to the name, materialized in the registration of the birth certificate next to the notary's office of the civil register, as an exclusive right of the person human being and of as such right comes being neglected in our country, between the devoid populations. It introduces the problematic one of the sub-register, forms as if it calls the absence of the civil register, in our country, as an objective reality that annually places thousand of children to the edge of the citizenship, evading taxes right basic and discloses the inexistence to them of official numbers regarding the adults not registered. It initiates in the recognition of that it is of the ability of the State to recognize, to propitiate and to safeguard to each one, what it supplies its yearnings and necessities, respecting and assuring its individuation, to start for the attribution of a legal name to the just born one and culminates for pointing the distinction between

validity and social effectiveness of the rule of law, disclosing the necessity of if surpassing the obstacles that hinders the full effectiveness of law 6015, Act of Public Registers, in what the register of the legal name says respect for the rescue and primordial element, concretion the beginning of the equality of the dignity human being, in the State Democratic of Right.

KEYWORDS: KEY-WORDS: HUMAN RIGHTS - NAME - CIVIL REGISTER - DIGNITY HUMAN BEING

INTRODUÇÃO

O ser humano é único em sua essência e composição, indivíduo dotado de direitos naturais, essenciais e absolutos, originários de sua própria qualidade de ser humano, que se configuram como atributos indeclináveis de sua personalidade. Compete ao Estado reconhecer, propiciar e salvaguardar a cada um, aquilo que supre seus anseios e necessidades, respeitando e assegurando sua individualização.

Falar-se em pessoa humana necessariamente reporta à noção de sujeito concebido como uma pessoa que existe no tempo e no espaço, e detentor de pensamentos, percepções, sentimentos, desejos e motivações, cuja existência encontra na coexistência com o outro a sua realização plena. Trata-se, então, de um ser complexo formado por um conjunto complexo de dimensões interligadas como a biológica, a psicológica, a cultural, a moral e a política.

Esse sujeito cuja existência se revela através de peculiar e inerente individualização, encontra no ordenamento jurídico a garantia de tal individualização, desde o início de seu existir enquanto pessoa, através do nome civil. Sendo certo que nome civil é como se denomina, no Direito, ao nome atribuído à pessoa física, considerado um dos Direitos fundamentais do homem, desde seu nascimento, e que se associa ao indivíduo durante toda a sua existência e, mesmo após sua morte, continua a identificá-lo. É composto de prenome, sobrenome e, em casos excepcionais, do apelido ou alcunha.

1. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS PARA QUEM?

A fórmula “direitos humanos” é uma maneira abreviada de mencionar os direitos considerados como fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa humana apesar de ter uma existência biológica não é capaz de desenvolver plenamente suas capacidades de participar plenamente da vida social e comunitária.

A esse respeito, BONAVIDES faz menção a duas acepções propostas por Hesse: uma mais ampla e outra mais restrita e normativa para a categoria, que pode ser interpretada como sendo baseadas, respectivamente, num critério material e num formal de caracterização. A mais ampla, ou seja, material, seria a dos direitos que almejam “criar e

manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”. Já a mais estrita e formal descreveria como “aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (1998, p. 514).

Nesse último sentido, cabe registrar o contributo de MELLO, ao aduzir serem os “direitos do homem [...] aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro. [...] os já existentes não podem ser retirados, vez que são necessários para que o homem realize plenamente a sua personalidade no momento histórico atual” (2000, p. 772).

No âmbito material de caracterização, tanto SILVA (1998, p. 182) quanto MELLO (2000, p. 771) fazem menção a apropriada e suficiente definição de direitos humanos levantada por LUÑO (1979, p.38/39) “como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional”.

Assim, sem que se adentre na discussão jurídico-política que envolve as questões relativas aos aspectos quanto à universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, apresenta-se esta temática sob um balizamento ético. Daí que, a concepção que se revela tem e a dignidade humana como a base fundamental, conversível em norma de ética no que pertine ao substancial, revelando que, desse modo concebidos os direitos humanos, desde um olhar ético, consubstanciam-se enquanto a garantia da dignidade humana, conformando-se como estofamento fundamental de uma ética que possa ser universalmente válida.

Sustenta-se esta compreensão apontando para uma idéia de direitos humanos que comporte em si uma unidade normativa interna baseada na dignidade isonômica para cada ser humano considerado como sujeito moral, social, político e jurídico. A consideração da retro referida unidade normativa encontra amparo e ressonância, na medida em que a construção de qualquer ordenamento que se repete “democrático e de direito” necessariamente há de se pautar sempre na garantia de condições para que o ser humano figure com protagonista e fim último. De sorte que tal como concebida e construída a unidade normativa estabelece as condições subjetivas e objetivas que apontam para a construção dos condicionamentos históricos de sua efetivação quanto, ao revés, contribuem para a crítica daqueles mesmos condicionamentos não direcionados objetivamente na perspectiva de sua efetivação

Assim o é que, todo ser humano, independente de gênero, cor, religião, opção sexual, política, ou qualquer outra designação identificadora de sua origem ou relação cultural ou econômica, deve ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornar não somente útil à humanidade, como também deve ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar de maneira equânime a todos, de sorte a que possa desenvolver plenamente todas as suas potencialidades. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se designa direitos humanos.

BIELEFELDT (2000, p.41) destaca a estreita relação dos direitos humanos com a era moderna e o progresso científico e tecnológico que, se por um lado proporcionou várias descobertas que provocaram uma enormidade de formas distintas do viver humano, trazendo mais conforto e liberdade, por outro também estabeleceu, através de uma dinâmica ímpar, uma série de temores e mazelas, que deságuam na necessidade do reconhecimento dos direitos humanos. O mesmo autor, referindo-se ao pensamento höffeniano, a respeito dos direitos humanos na modernidade, revela que “eles não se constituem apenas em *conquistas* da era moderna, ou em progresso modernista, mas também em “contraponto ao moderno” HÖFFE (1990, p.p. 138/139):

Formulando mais precisamente: nos próprios direitos humanos se reflete a embiguidade do moderno, pois surgiram da luta contra uma injustiça na sociedade moderna e, ao mesmo tempo, constituem-se em *ethos* político e jurídico de liberdade, que em sua universalidade e seu espírito emancipacionista são característicos do moderno.

Para que se possa mais objetivamente compreender o que significam esses direitos humanos, basta dizer que correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas demandas naturais que se apresentam da mesma forma para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que devem ser asseguradas a todas as pessoas. Assim, a título ilustrativo, a vida configura-se como um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então a salvaguarda da vida é uma necessidade objetiva de todas as pessoas humanas. Mas, observando como são e como vivem os seres humanos, percebe-se a existência de outras necessidades que são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, e tantas outras coisas.

Muito embora existam tantas outras necessidades fundamentais, carece apontar que esta pessoa humana para que esteja habilitada a reivindicar e a ter a garantia de tais necessidades contempladas, precisa ter uma existência formal que a distinga dos demais indivíduos no seio social. Assim, cada ser humano, cada pessoa carece de ter reconhecida sua condição de ser único e irrepetível, decorrência de uma “conscientização ética do posicionamento moral de cada indivíduo que almeja ser reconhecido e protegido em sua integridade pessoal, independente de seu papel na sociedade”(Berger e outros 1975, p.75 e SS).

Esta individualização é um aspecto essencial da era moderna. Como decorrência natural, tem-se então que todo ser humano precisa ser reconhecido enquanto tal e, portanto, tem o direito a ter um nome, enquanto designação que promova o seu reconhecimento social e o permita, na medida em que insere na ambiência político-cultural da sociedade, torná-lo apto a ser titular de direitos e deveres nesta mesma ordem social.

Assim, o nome revela-se como o componente individual em que se encerra a essência íntima de um ser humano. E se por um lado, o nome é o que antecipa, precede e aparece anunciando a pessoa humana, é a primeira impressão, é o que identifica, individualiza e torna conhecido aquele ser humano, por outro, o nome civil revela-se como o elemento basilar a habilitar a pessoa humana como titular de direitos e também de deveres na ordem social e jurídica.

2. O DIREITO AO NOME

O nome é a representação da pessoa humana. À vida segue-se o nome, identificador da pessoa, bem imediato que se lhe entrega. É o sinal caracterizador e indispensável a toda pessoa, determinante de sua personalidade pessoal e civil. É parte integrante da personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio familiar e da sociedade. E, por isto, não é possível que uma pessoa exista sem esta designação pessoal. Deste modo, revela-se um dos requisitos básicos de nossa existência social. Assim, não por acaso o terceiro entre os direitos da criança, o nome civil, recebeu da Assembléia das Nações Unidas importância similar à nacionalidade.

Constitui-se o direito ao nome como direito público subjetivo, que subsiste justamente para restringir a ingerência do Estado aos direitos da personalidade, como forma objetiva à realização do fundamento da liberdade, sem a qual inexiste dignidade. O que se protege não é propriamente o nome, mas a pessoa e sua dignidade, que seriam, através do nome, atingidas.

O nome é a primeira expressão da personalidade. Apresenta-se então como um direito absoluto (oponível erga omnes), impenhorável, imprescritível, inalienável, indisponível, inexpropriável, personalíssimo, público, e relativamente transmissível (CC/2002, arts. 17 e 18), que reflete e traduz a qualidade de ser pessoa[2].

No dizer de PEREIRA (2005, p.245) “ O Código Civil de 16, sempre pendeu para definir o nome como um direito significativo do indivíduo”. Com relação ao Código Civil de 2002, o nome se faz referência no art. 16. “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome”, tornando assim mais fácil a acessibilidade e identificação do nome dentre os direitos da personalidade. Ainda fazendo referência ao art. 16 do atual Código Civil, o legislador define dois termos componentes do nome, sendo o prenome e o sobrenome, patronímico ou apelido, sendo este relacionado a estirpe ou tronco familiar e aquele sendo a identificação individual da pessoa natural.

“Reconhecendo o direito ao nome, o Novo Código Civil, implicitamente assegura a sua transmissibilidade de geração a geração” (PEREIRA,2005.p.245), isto é, ao nascer, os genitores ou responsáveis levam ao cartório de Registro Civil o nome do recém-nascido, este nome pertencerá ao portador por toda a vida, tendo após a morte todos os direitos resguardados. “Ninguém, aliás, põe em dúvida que o direito condena a usurpação de nome alheio e concede reparação civil àquele que sofrer daí um prejuízo”. (PEREIRA,2005, p.245).

A proteção do nome é estendida ao pseudônimo, conforme dispõe o artigo 19 (“O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.”), reconhecendo-se assim uma posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome enquanto tal e tutela-se um verdadeiro aspecto do direito à identidade pessoal[3].

Consagrado enquanto um direito personalíssimo e fundamental, que é dever do Estado Democrático de Direito tutelar, todo indivíduo tem direito ao nome civil desde o seu nascimento, conforme previsto no Código Civil de 2002 e na Lei de Registros Públicos.

O nome tem basicamente duas funções: individualizadora e identificadora. A função individualizadora passa a existir da necessidade de distinguir os indivíduos que compõem a sociedade; a segunda função procede de um critério investigativo, na medida em que as relações sociais se desenvolvem e seus titulares carecem ser identificados para os fins de direitos e obrigações. A partir do reconhecimento destes dois aspectos, conseqüentemente advém dois processos concomitantes que dizem respeito ao nome civil, e que se relacionam com o direito público e o privado; um se apresenta como instrumento meramente individualizador, enquanto o outro é elemento assecuratório das relações jurídicas, na medida em que, todas as pessoas, singulares ou coletivas, integrantes de uma sociedade devem ser registradas e passíveis de serem identificadas para os fins objetivados pelo Estado, e neste contexto estão os de caráter civil, administrativo ou criminal.

O nome, com todos os seus elementos, recebe o alento legal, indeclinável, por ser direito inerente à pessoa. Os arts. 16 a 19, do atual Diploma Civil pátrio confirmam a proteção do nome da pessoa natural, sinal que representa a mesma no meio social, bem como do pseudônimo, nome atrás do qual se abriga o autor de uma obra cultural ou artística. Isso, em sintonia com as previsões anteriores da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) e da Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/98).

3. O NOME E A DIGNIDADE DO SER HUMANO

A República tem como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana, na leitura do art. 1º da Constituição Federal. Esta dignidade fundamenta-se na consciência de bem viver, na conformidade das imposições sociais. Não se discute da relevância do esforço pessoal para a construção do sentido da vida humana, mas não será o único elemento cimentador da dignidade. Muito pretende o Estado no alimentar e prover, com meios eficientes, o cidadão em suas empreitadas. O meio familiar tem a primeira preponderância neste caminhar. O meio social, em que necessariamente se desenvolvem a personalidade e a vida, igualmente projeta-se essencial nas conquistas individuais. Vale ressaltar que a individualidade se projeta no meio de vida através do nome, ao qual se agregam outros elementos provindos da modernidade. Poderá a identificação recorrer a cifras e códigos, sempre desaguando no nome, conjunto de partes que vão personalizar o cidadão. é preciso harmonizar constrangimentos com a imposição da norma vinda na Lei N. 9.708, de 18 de novembro de 1998, cujo art. 1º alterou o art. 58 da Lei nº 6.015, lendo-se: O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. § único. Não se admite a adoção de apelidos proibidos em Lei.

Oportunamente COULANGES (1919, p.187) aponta que na Idade Média, até ao século XII, o nome verdadeiro era o de batismo, ou nome individual, e os nomes patronímicos só apareceram bem mais tarde, como nomes de terras, ou como sobrenome. Entre os

antigos foi precisamente o contrário. Ora esta diferença relaciona-se, se observar-se bem, com a diferença das duas religiões. Para a antiga religião doméstica, a família era o verdadeiro corpo, o verdadeiro ser vivo do qual o indivíduo era apenas um membro inseparável: assim o nome patronímico foi o primeiro em data e o primeiro em importância. A nova religião, pelo contrário, reconhecia ao indivíduo uma vida própria, uma liberdade completa, uma independência inteiramente pessoal e não lhe repugnava de modo nenhum isolá-lo da família: por isso, o nome de batismo foi o primeiro e durante muito tempo o único. Definido o prenome como o que antecede o nome de família, ensina Ceneviva (1999:135), normalmente não é ele substituído, mas aumentado com o apelido notório, em qualquer tempo, a depender apenas da iniciativa do interessado. Os exemplos de conhecimento público mostram que usualmente o prenome se mantém, seguido do apelido. Sendo duplo o prenome, com a agregação torna-se triplo ou quádruplo, sem limitação. Criticou o mesmo publicista a redação legal (ibidem), que preferiu o qualificativo definitivo ao imutável, lido no diploma anterior; afirmou mais que de definitivo nada tem o prenome, sendo a inalterabilidade dosada pelos pretórios. Aquele novo dispositivo não revogou o art. 57 da Lei: Qualquer alteração posterior do nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa. Nem o art. 56: O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. Neste a pretensão será deduzida em juízo no curso dos 21 anos de idade, não após; na regra do art. 57 admitir-se-á mudança a qualquer tempo, motivadamente, por iniciativa do interessado.

Vê-se, pois, que a alteração do prenome, englobado no nome, viabiliza-se perfeitamente para evitar situações constrangedoras. Este constrangimento provém quase inteiramente da consciência do ser humano; ele é quem sofre com o apelativo com que o chamam, muitas vezes apresentando-se estranho tal sentir aos olhos de terceiros.

3. O REGISTRO CIVIL COMO GARANTIDOR DE DIREITOS DA PESSOA HUMANA

O direito apresenta-se como um instrumento fundamental através do qual as pessoas podem interagir no seio social, a partir dos diversos papéis que possa representar enquanto tal. É através do direito que as pessoas podem relacionar-se e, sempre que necessário, buscar a proteção jurídica.

Dispõe o Código Civil que a personalidade civil começa com a vida, mas é preciso fazer prova deste existir que se inicia. Sem o devido registro civil do recém nascido, há a sonegação do primeiro direito da cidadania, o de ter um nome identificador do indivíduo que ao mesmo tempo habilita-o como titular de direitos e obrigações na ordem jurídica que o direito estabelece. Só por meio do registro de nascimento é possível à população, por exemplo, adentrar o sistema da rede pública do Governo Federal, ter seus direitos básicos garantidos[4].

O serviço de registro público é o único serviço estatal inteiramente comprometido com a consecução da garantia da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (CF, art. 236; LRP, art. 1º; Lei nº 8.935, de 1994, art. 1º). O registro público nasceu para servir à pessoa, espelhando os fatos jurídicos relativos à vida em sua dinâmica. O registro público não é mero repositório de fatos engessados nas linhas de leis escritas; é, e sempre será, o retrato fiel da vida, este grande laboratório divino de mudanças sucessivas e infinitas, a serviço do qual o direito humano justifica a sua existência, como insubstituível elemento edificante e pacificador.

O registro civil de nascimento inegavelmente desempenha um papel estratégico como fator de expressão relacionado à cidadania. Os registros públicos de nascimentos, realizados nas serventias de pessoas naturais, são os documentos que conferem aos brasileiros a formalização de sua existência para o Estado e a sociedade em geral[5]. Evidentemente, a existência do indivíduo independe da sua formalização, porém, o seu primeiro reconhecimento legal e social ocorre através do registro de nascimento.

A universalização do registro civil no Brasil foi imposta pelo Decreto nº 9.886, de 7 de março de 1888, que instituiu a obrigatoriedade do registro de nascimento, casamento e óbito em ofícios do Estado, criados e delegados a privados.

Nos termos da Lei nº 6015/73 para todo nascimento deverá ser dado o registro no lugar de ocorrência do parto e que o prazo legal para providenciá-lo é de 15 dias para o pai, prorrogado por mais 45 dias para a mãe, na falta ou impedimento do pai. Para os nascimentos ocorridos em locais distantes mais de 30 quilômetros da sede do cartório, o prazo para fazer a declaração é de até três meses. Com a Lei nº 9.053, de 25 de maio de 1995, acrescenta-se, na redação anterior, que o registro pode ser dado também no lugar de residência dos pais.

A partir de 1990, passou a ser necessária a declaração de nascimento para proceder ao registro em cartório; documento denominado Declaração de Nascido Vivo, impresso fornecido pelo Ministério da Saúde e preenchido no local do hospital ou casa de saúde onde ocorreu o nascimento. A ausência desse documento ou em caso de nascimento em local não servido por casa de saúde, a declaração de nascido vivo poderá ser suprida por documento que ateste o fato, desde que firmado por duas testemunhas.

Importante esclarecer que a Constituição Federal, de 1988, assegura o registro civil gratuito de nascimento, direito, aliás, reforçado com a promulgação da Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, estendendo a gratuidade a todas as pessoas, indistintamente.

No Brasil, o registro civil é também um direito assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), conforme Art.10, inciso IV, que estabelece que hospitais e estabelecimentos de atenção à saúde devem “fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato”.

No entanto, segundo dados do IBGE, nosso país ainda têm um alto índice de pessoas sem registro civil e anualmente milhares de crianças deixam de ser registrados em razão de diversos fatores, dentre os quais aqueles relacionados ao aspecto monetário, à filiação ilegítima, à falta de tempo, à ignorância sobre a importância do registro civil, ao desconhecimento das leis, à negligência, à distância do domicílio ao cartório e ao grau de instrução dos pais. A falta de certidão de nascimento exclui crianças e adolescentes

de direitos garantidos, que vão desde o recebimento de doses de vacinas até a inclusão em benefícios do governo, importando em exclusão absoluta à cidadania. O Registro Civil de Nascimento revela-se então como o primeiro passo para o pleno exercício da cidadania.

O registro de nascimento é, por via de consequência, um direito que concede direitos.

4. O SUB-REGISTRO – UMA MAZELA SOCIAL

É inegável que o Brasil é um país jovem, principalmente se o compararmos com os países europeus e asiáticos, pois nossa história se resume a pouco mais de quinhentos anos, o que, para um país, é muito pouco.

A juventude do País, por muito tempo, também acompanhou os seus moradores: éramos um país jovem e formado por jovens, sendo que, segundo dados do IBGE, em 1940, apenas 4% da população tinha mais de 60 anos.

Esta realidade, porém, vem mudando numa velocidade assombrosa e para a qual não estamos preparados. O percentual de pessoas acima de 60 anos aumentou para 8,6% no ano de 2002, graças, entre outras coisas, à evolução da medicina, que permitiu uma ampliação da expectativa de vida das pessoas.

Sem contar com o fato alarmante de que nos próximos 20 anos, a população idosa no Brasil deverá passar a cifra dos 30 milhões de pessoas e representar quase 13% da população nacional (ARRUDA e DIAS, 2005, p. 1).

Por outro lado, a taxa de fecundidade vem se reduzindo ano a ano. Se em 1970 ocorriam 38 nascimentos a cada 1000 habitantes, hoje este número não passa de 21,2, aumentando drasticamente a proporção de idosos em relação às crianças; ou seja, além de termos mais idosos, temos menos crianças.

No entanto, As Estatísticas do Registro Civil, divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelam um considerável percentual de sub-registros de nascimentos, excetuando-se os estados do Paraná com - 0,1%, atrás apenas de Santa Catarina (- 0,6%)[6]. Nos dois Estados, a cobertura superou as estimativas de nascimentos, uma vez que o sub-registro ocorre por dificuldade de acesso aos cartórios, devido às grandes distâncias, características geográficas adversas, falta de fiscalização da lei que obriga os registros, inexistência de uma rede de proteção à criança na maior parte dos municípios e ausência de cartórios em 422 municípios do Brasil.

O sub-registro de nascimento é definido pelo IBGE como o conjunto de nascimentos não registrados no próprio ano da ocorrência ou até o fim do primeiro trimestre do ano subsequente. Muito embora, como já anteriormente dito, o nome e a nacionalidade sejam direitos fundamentais do ser humano, os dados oficiais revelam que no primeiro ano de vida dos brasileiros, 12,7% (409 mil pessoas) não são registrados, conforme relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2006.

A situação apresenta-se ainda mais dramática nos Estados das regiões Norte e Nordeste. Em Roraima, a taxa chega a 42,8% - a maior do país. No Piauí, é de 33,7%; e em Alagoas é de 31,6% [7]. Estima-se que, a cada ano, cerca de 400 mil crianças não são registradas. O estudo indica que os mais prejudicados são os moradores das zonas rurais em virtude das distâncias a serem percorridas até os cartórios.

Este foi o caso de dona Esperidiana[i], simpática octogenária, que acompanhada do bisneto, procurou o serviço de primeiro atendimento do Escritório de Assistência Jurídica Gratuita – ESAG, do Campus São João de Meriti, do Curso de Direito, da Universidade Estácio de Sá/RJ, no final de 2008.

Na verdade, dona Esperidiana originalmente buscara atendimento no ESAG visando uma aposentadoria, pelo fato de haver trabalhado como babá por mais de cinquenta anos para uma mesma família. No entanto, quando o estagiário que a atendeu solicitou-lhe seus documentos, ela revelou que não os possuía. Não tinha carteira profissional, não tinha identidade, não tinha CPF, nem registro de nascimento. Seus pais não tiveram condições de registrá-la e ela também nunca teve condições para tal, até porque nem sabia muito bem o que isso era, nem para que servia. Só sabia cuidar de crianças. Tanto é assim, que teve quatro filhas, doze netos e três bisnetos.

Diante disso, o estagiário esclareceu a senhorinha que necessário se fazia promover um processo judicial para que ela pudesse ter o seu registro tardio autorizado, como também o de suas filhas, na medida em que deduziu também elas não deveriam ter registro de nascimento, pois a inexistência de registro materno inviabilizava o registro civil da prole.

Dona Esperidiana, para espanto não somente do estagiário, mas de todos os demais presentes que ouviam sua história, revelou que suas filhas não precisariam comparecer para regularizar nada, pois possuíam certidão de nascimento. E como era possível? Simples. A vizinha de dona Esperidiana havia “emprestado” seu nome e, graças a essa demonstração de generosidade, suas filhas foram registradas.

O caso real acima apresentado revela com clareza solar como a pobreza e a exclusão social colocam por terra todos os valores consagrados do Estado Democrático de Direito e transformam em meras caricaturas instituições basilares como o nome, a família, o direito de sucessão, o patrimônio e tantas outras garantidoras deste mesmo Estado.

Chega a ser risível, se não fosse trágico, que uma mãe para garantir que suas filhas sejam integradas a ordem social e jurídica - ordem esta lastreada por um conjunto de normas que têm por vocação regulamentar e orientar a vida em sociedade assim como, legitimar o poder político e jurídico -, contraditoriamente tenha que as violar. Isto porque, para atribuir a existência civil de suas filhas como pessoas, existência esta prevista em lei, dona Esperidiana e sua solidária vizinha, precisaram violar essa mesma lei, com a naturalidade própria dos ignorantes, dos que ignoram porque nunca a eles foi dado o conhecimento de seus direitos, mas que precisam encontrar saídas a fim de superar a adversidade.

Dona Esperidiana não conseguia perceber qualquer irregularidade no fato de sua vizinha haver registrado suas filhas. “Afim o nome é dela e ela pode dar prá qualquer um”, defende. Dona Esperidiana não sabe ler nem escrever e nem soube explicar o

significado da palavra cidadania, mas sente na pele a falta de seus direitos mais básicos. Ela afirma que o pior mesmo é viver sem os documentos. É como se não existisse de fato. Por isso, apelou para a ajuda da amiga e vizinha. Não queria que suas filhas tivessem a mesma sina que ela tivera durante toda a sua vida, porque “gente sem documento não é ninguém”.

Para Zilda Arns, em matéria intitulada “Legião de invisíveis”, publicada no jornal O Globo, de 29 de dezembro de 2009, a certidão de nascimento para o pobre é “a porta de entrada para a cidadania, mas ela tem estado fechada”. Dona Esperidiana, encontrou uma janela para suas filhas.

Irdeane Pereira de Souza, de 15 anos, também faz parte desta legião de invisíveis, como dona Esperidiana. Irdeane procurou a Pastoral da Criança, em São Paulo, para promover o registro tardio e também registrar seu filho Lucas, de quatro meses.

Nascida em Caxias (MA), Irdeane mudou-se para Polvilho em maio, ainda grávida. Não sabia que precisava de documentos:

- Na viagem, ninguém me pediu nada. Nunca na vida me pediram documento. Agora, aqui em São Paulo, me disseram que podem até dizer que roubei o meu filho. Vou parar na polícia, presa. **Cidadania é isso, poder ser presa?** (negrito nosso). (O Globo, o País, 2008:3).

Não há, no Brasil, estatísticas oficiais sobre os brasileiros adultos sem registro civil. Inexistem sequer estimativas.

Ciganos, nômades, indígenas, caboclos e quilombolas figuram facilmente entre aqueles a quem é negado o direito fundamental da cidadania pela ausência do registro civil, muito embora, entre 2000 e 2007, segundo o IBGE, tenha havido uma redução progressiva dos sub-registro de nascimento, com destaque para a Região Norte, que passou de 47,1% para 18,1%.

Buscando a redução destes percentuais para menos de 5%, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos lançou uma campanha nacional para o registro civil e a documentação básica no ano de 2008, que terminou em meados de dezembro. No entanto, a despeito de revelar-se como uma importante iniciativa governamental, a campanha nacional para o registro civil esbarra em alguns obstáculos que se revelam entraves importantes para que sejam alcançadas as metas pretendidas: o primeiro deles é apontado pela médica Zilda Arns, fundadora da Pastoral da Criança e reconhecida como “a brasileira com mais ampla experiência na luta pela cidadania dos mais pobres no país”(O Globo, o País, 2008:3). Trata-se do fato de o Brasil possuir um sistema privado de cartórios ainda não informatizados. Com isso, fica muito difícil conseguir os dados de pais e mães provenientes de outros municípios ou estados e que não tenham em mãos seus registros de nascimento. Outro obstáculo, não menos relevante, é a exigência da comprovação de domicílio fixo pelos cartórios. Isto deixa de fora indígenas, ribeirinhos, ciganos, quilombolas e outros povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Kant leciona que “o estado de paz entre os homens não é um estado natural. Portanto, ele precisa ser buscado” (1968: 348 e ss). A tarefa da constituição de uma ordem fundada na liberdade e na paz, consiste na razão de ser da existência social da humanidade. Mas de nada vale a existência de uma ordem jurídica de liberdade igual se não alcança ao conjunto dos homens e mulheres de uma sociedade.

O artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que : “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Em similar sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo quinto preconiza que “todos são iguais perante a lei”. No entanto, o que foi possível perceber ao longo do presente ensaio é que em nosso país alguns são mais iguais que outros, na medida em que centenas de milhares de brasileiros são colocados à margem da própria existência civil pela ausência do registro de nascimento[[ii](#)].

Aqui o que se encontra na realidade objetiva e dinâmica do dia a dia da cidade e do campo são casos crassos de ausência de eficácia social da norma jurídica.

A doutrina do egolismo jurídico de Carlos Cossio (1964), elimina do plano a questão acima apontada, apenas distinguindo entre vigência e validade do direito, no que concerne à sua existência. Entende que, em tal âmbito de compreensão da norma, noções como positividade, vigência, eficácia, observação faticidade e efetividade são expressões jurídicas sinônimas.

Por seu turno, a doutrina do sociologismo jurídico se orienta de maneira díspar, identificando vigência com eficácia . Vigente é neste sentido, o direito que obtém, em realidade aplicação eficaz o que se retirou da conduta dos homens em sociedade e não o que se obtém da fria letra da norma jurídica, sem ter obtido força real bastante para impor-se aos homens em sociedade.

Não obstante uma observação mais apurada leva à percepção pela qual vigência e eficácia são conceitos diferentes. O direito vigente é a norma ou o conjunto de normas promulgadas e publicadas regularmente para entrar em vigor em determinada época, é a existência específica de uma norma. Este é o caso da Lei 6015, de 31 de dezembro de 1973, lei dos Registros Públicos, quando dispõe que o registro civil das pessoas naturais, no registro civil de pessoas naturais, é obrigatório, em face da Lei, destacando-se os de nascimento, referidos nos artigos 50 e segs., produzindo várias conseqüências jurídicas. Como conceber então essa legião invisível à qual anualmente se incorporam 400 mil novos brasileirinhos fadados à negação de sua cidadania?

A eficácia do direito, por conseguinte, como conceito diverge da positividade e da vigência; é o poder da norma jurídica de produzir efeitos, em determinado grau; em maior ou menor grau, concerne à possibilidade de aplicação da norma e não propriamente à sua efetividade.

Esse significado de eficácia a distingue, ao mesmo tempo, de vigência e, mesmo, de positividade: aquela respeita à norma existente, em dada circunstância histórica; esta representa a característica do direito regente da conduta humana.

De nada valerá para as Esperidianas, as Irdeanas e para os Lucas espalhados pelos rincões desse Brasil a fora a existência de normas que consagrem em verso e prosa os tão preciosos Direitos Humanos e a Cidadania enquanto não houver, objetivamente, uma política que dê eficácia ao conteúdo de toda esta normativa. Revela-se assim urgente e necessário a superação dos obstáculos consubstanciados pelo burocratismo e a falta de vontade política que impedem a eficácia plena da lei 6015, Lei dos Registros Públicos, tarefa *sine qua non* para a concretização do princípio da igualdade e o resgate da dignidade humana no Estado Democrático de Direito.

Mais do que nunca, casos como os apontados no presente ensaio revelam que, em matéria de Direitos Humanos, seja a que título for, se percebe a distância ainda existente em nosso país entre a lei, o direito e a justiça social.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A. e FARIÑAS DULCE, M. J. Introdução a Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos Direitos Humanos, RS: Unisinos, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada, 13ª ed., SP, Saraiva, 1999.

COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga, 2ª ed., vol. 1º, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1919.

DIAS, Jefferson Aparecido; ARRUDA, Mariana Rodrigues Chagas de. O resgate da cidadania dos idosos. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/marilia>.

Acesso em 06 mar 2009.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil 2007. Comunicação Social, Brasília, 04 de dezembro de 2008.

O GLOBO. Legião de Invisíveis, Caderno o País, p. 3, 29 de dez 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. 1. 24ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PÉREZ LUÑO, A. E. et al., Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. COSSIO, Carlos. Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

[1] A autora é doutora em Direito, professora da graduação e do programa de Pós-graduação do Curso de Direito e Coordenadora Geral de Iniciação Científica e Pesquisa da UNESA e pesquisadora da FAPERJ.

[2] Não há, no Código Civil brasileiro de 1916, menção ao direito ao nome. Considerava-se que o nome civil não constituiria um direito pessoal porque “não é exclusivo da pessoa e porque os apelidos de família são suficientes para individualizá-la”.

[3] Neste ponto também cabe menção ao Código Civil italiano, que dispõe em seu artigo 6: “Diritto al nome. — Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome e il cognome.” Como também observa-se o reflexo do Código Civil italiano, que assim prevê, no artigo 9. “Tutela del pseudonimo. — Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7.

[4] O registro de nascimento, obrigatório e gratuito, é imprescindível para que a pessoa possa provar a nacionalidade brasileira, filiação e idade. E, enquanto não feito, o recém-nascido não pode ser atendido em posto de saúde para vacinação ou ser matriculado em creche ou escola. Além disso, sem registro de nascimento não se pode tirar cédula de identidade (RG), título de eleitor, carteira de trabalho ou certificado de reservista, ou seja, quem não é registrado não pode tirar nenhum documento.

[5] Em nosso país, a atribuição de conferir aos indivíduos o seu primeiro registro de identificação, a partir do qual o cidadão passa a ser reconhecido formalmente pelo Estado e a sociedade em geral, é, na maioria das Unidades da Federação, delegada ao setor privado, sob a fiscalização das Corregedorias Estaduais de Justiça. A finalidade do sistema é oferecer prova segura e certa do estado das pessoas, fixando de modo indelével os principais fatos da vida humana, sendo, de interesse para a Nação, o registrado e os terceiros que mantêm relação com ele. No caso do assentamento de nascidos vivos, as serventias dão, através da expedição do registro e sua certidão, publicidade ao nascimento do indivíduo e, conseqüentemente, do cidadão.

[6]

[7] Norte e Nordeste mantiveram subregistros de 18,1% e 21,9%, respectivamente, em 2007.

A Região Sul tem a melhor cobertura de registros de nascimento, com percentual de sub-registro de apenas 1,4%, em 2007. A Região Sudeste teve significativa oscilação para cima nos anos de 2001 e 2002, retomando a tendência de queda em 2003. Seus percentuais, porém, sempre se posicionaram abaixo da estimativa para o conjunto do País, atingindo a proporção de 5,5%, em 2007.

[i] Trata-se de um nome fictício, ora atribuído, a fim de preservar a identidade da assistida pelo Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito, da Universidade Estácio de Sá, em São João de Meriti.

[ii] Segundo as estatísticas do IBGE, a cada ano, 400 mil crianças deixam de ser registradas no país, muito embora a tendência seja a desse número se reduzir.

UNIÃO HOMOAFETIVA E A ADOÇÃO BILATERAL POR HOMOSSEXUAIS

UNION WITH A PERSON OF THE SAME SEX AND BILATERAL ADOPTION

**Francisco Lisboa Rodrigues
Renata Maria Lopes de Brito**

RESUMO

O conceito de família, atualmente, vem sendo ampliado. Percebe-se que afetividade ganhou relevância com a crise da família patriarcal e com as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, merecendo, portanto, a proteção jurídica do Estado. A presente pesquisa tem por objetivo analisar a legitimidade das pessoas que convivem em união homoafetiva, diante da impossibilidade biológica de gerarem filhos entre si, para realizar uma adoção conjunta ou bilateral de uma criança ou adolescente, nos moldes do artigo 1.622 do Código Civil Brasileiro. Atualmente, através do uso da analogia, é possível a equiparação da união estável à família homoafetiva e, conseqüentemente, a adoção por estes casais. A jurisprudência vem avançando nesse sentido, se posicionando favoravelmente pela adoção conjunta por casais que vivem uma união homoafetiva de uma criança ou adolescente, restando evidenciado que a solidariedade e o respeito com a prole são mais relevantes para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente que o aspecto, puramente, biológico.

PALAVRAS-CHAVES: FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. ADOÇÃO BILATERAL.

ABSTRACT

With the changes in Brazilian society and the patriarchal crisis, the concept of family has changed. In this new context, the affection gained importance, as the main element to characterize a family. This research aims to analyze the legitimacy of the people who live in union with a person of the same sex, before the inability to have biological children together, to hold a joint adoption of a child or adolescent in the mold of Article 1622 of the Brazilian Civil Code. The Brazilian legal system, through the use of analogy, admits a stable union between persons of the same sex and therefore the adoption by those couples. The Brazilian case is moving forward in that direction, believing that solidarity, respect, care and the imposition of limits to the children are more relevant to the proper development of children and adolescents than the biological aspect.

KEYWORDS: FAMILY. UNION WITH A PERSON OF THE SAME SEX. BILATERAL ADOPTION.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com o presente artigo, apresentar análise da possibilidade de pessoas que convivem em união homoafetiva realizarem adoção conjunta ou bilateral de uma criança ou adolescente, nos moldes do art. 1.622 do Código Civil Brasileiro.

O tema da pesquisa representa, no campo do direito de personalidade, um estudo polêmico que, atualmente, atrai o posicionamento não só de juristas, mas de médicos, políticos, jornalistas, religiosos, bem como de acadêmicos dos mais diversos ramos.

Temas como a união estável, relações homoafetivas e a possibilidade de adoção nesses casos, trazem à tona situações ainda não abarcadas pelo legislador infraconstitucional pátrio, cabendo aos operadores do direito elaborar soluções para as diversas demandas.

Como referido, a adoção por homossexuais é um assunto extremamente polêmico, que envolve não só os aspectos jurídicos, mas questões religiosas e morais. Para uma melhor compreensão do tema, far-se-á uma breve comparação entre o antigo e o atual conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família, na concepção do código civil de 1916, era oriundo, única e exclusivamente, dos laços matrimoniais indissolúveis. Ele seguia o modelo patriarcal romano, caracterizando-se por ser um grupo, chefiado por um homem, no qual todos que dele dependiam lhe deviam obediência.

A família abrigava em seu seio não só a mulher, o homem e os filhos, mas um grande número de criados, parentes e escravos, que eram submetidos ao poder absoluto do homem, que exercia não só a função de marido e pai, mas de patriarca.

Numa época em que os casamentos eram acertados, pois tinham como objetivo a procriação e a junção dos patrimônios, e o direito à filiação era reservado apenas aos filhos concebidos dentro do casamento, era totalmente impossível o reconhecimento de institutos como a união estável e a relação homoafetiva. Sobre o tema Maria Berenice Dias (2008, p. 52) leciona que, “Os vínculos afetivos extrapatrimoniais por não serem admitidos como família, eram condenados a invisibilidade. Ainda, assim, existiam”.

Eis que os tempos mudaram e com o advento do novo Código Civil, em 2002, a abordagem conceitual de família foi modificada.

O novo Código Civil agregou as profundas alterações por que passou a família no século XX, excluindo expressões e conceitos, como filhos ilegítimos, que não mais correspondiam aos valores de uma sociedade moderna. Porém, ele ainda necessita de reparos, pois deixou de prever algumas situações como: a guarda compartilhada entre os casais, situação já reconhecida pela jurisprudência brasileira; a afetividade como forma

de criação de vínculos familiares e a legitimidade das uniões homoafetivas, existentes no mundo todo. Para Oliveira e Muniz (1990, p. 11):

A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros. Diz-se por isso que é a comunidade de afecto (sic) e entre-ajuda.

A Constituição Federal, de 1988, também, modificou o conceito de família. O texto constitucional ofertou à família a proteção do Estado, agindo acertadamente o poder constituinte originário, pois como é de ciência de todos, a família é a base da sociedade e, protegendo a família, o Estado estará protegendo o homem, dando-lhe dignidade e possibilitando o seu pleno desenvolvimento.

Em seus artigos 226 e 227, a Carta Política trata da entidade familiar, regendo situações como a união estável entre o homem e a mulher e a possibilidade de se considerar como família a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, a família passa a ser um agrupamento multifacetário, desbiologizado, podendo abranger não só as pessoas ligadas por laços biológicos, como também os oriundos da afetividade. Para Sérgio Rezende de Barros (2002, p.09)

um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

Não restam dúvidas, portanto, de que a consangüinidade deixou de ser um fator necessário para caracterizar a entidade como familiar e o afeto passaram a ser um dos requisitos essenciais para sua constituição. Segundo Maria Berenice Dias (2007, p. 53)

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. [...] não mais existem razões morais, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

Do ponto de vista legal, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, prescreveu no seu art. 5º, II, um dos conceitos de família, conforme abaixo transcrito: “II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;”

Conforme o exposto acima, percebe-se que a atual legislação permite à sociedade o início de uma família observando valores morais e éticos, não mais se restringindo aos conceitos de casamento e família monoparental, ou seja, atualmente, o conceito de família abarca todo e qualquer agrupamento de pessoas, onde esteja presente o elemento afeto. Sobre o tema:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora de proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra em norma pétrea, respeito à dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2008, p.52- 53).

Segundo Rosana Amara Girardi Fachin,

"nessa evolução, a função procriacional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família." (FACHIN, 2001, p. 04).

Cumpra mencionar que, o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, merece especial destaque no cenário familiar.

Sobre o tema, importante mencionar o posicionamento de Roger Raupp Rios :

"(...) na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade. Fica claro, portanto, que as questões relativas à orientação sexual relacionam-se de modo íntimo com a proteção da dignidade da pessoa humana. Esta problemática se revela notadamente em face da homossexualidade, dado o caráter heterossexista e mesmo homofóbico que caracteriza a quase totalidade das complexas sociedades contemporâneas." (RIOS, 2001, p. 90-91).

Desse modo, conclui-se que a família está em constante transformação, agregando novos valores que despontam diariamente, na sociedade.

Diante de tais considerações, questiona-se: pode a união homoafetiva ser enquadrada no conceito de família? É possível a pessoas que vivem uma união homoafetiva adotarem, conjuntamente, uma criança ou um adolescente?

O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar, expressamente que a união estável é formada apenas pela união entre o homem e a mulher, deixou de prever a união formada por pessoas do mesmo sexo, conhecida como união homoafetiva. DIAS (2008, p. 52) afirma que "No mundo ocidental, tanto o Estado como a Igreja buscam limitar o exercício da sexualidade ao casamento."

Caso duas pessoas tenham uma convivência pública, duradoura e contínua, cumprem seus deveres de lealdade, fidelidade recíproca, respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, mesmo que não haja coabitação, é inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo e do casamento gera direitos e obrigações que devem ser protegidos pelo direito de família. Neste âmbito, cumpre mencionar o posicionamento do doutrinador César Fiúza (2008, p.958): "Pode haver, portanto, união estável sem que haja coabitação e vida idêntica à do casamento, embora deva estar presente a intenção de constituir família".

Apesar de não existir na legislação brasileira nenhuma regulamentação que caracterize a união homoafetiva como entidade familiar possuidora de direitos e deveres, mas tendo

em vista que a Constituição Federal deve ser interpretada levando em consideração a nossa realidade histórica, hoje a união homoafetiva já pode ser considerada como união estável.

Embora haja esse reconhecimento, na prática vivemos uma realidade permeada por preconceito, discriminação e violação aos direitos humanos, seja através de violências explícitas, atitudes racistas e de exploração. Ademais, seria um retrocesso, em pleno século XXI, fazer com que a diferenciação de sexos, fosse um requisito para que determinada união tivesse a proteção do Estado.

Outrossim, apesar de a CF/88, expressamente, ter reconhecido que a união estável é formada apenas pela união entre o homem e a mulher, a lei Maria da Penha, felizmente, não deixa dúvidas de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar, conforme demonstraremos em linhas abaixo: “Art. 5º, parágrafo único, da Lei 11.340/2006: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Sobre o tema, importante transcrever o posicionamento da jurisprudência brasileira:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.
2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.
3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.
4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.
5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.
6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.
5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farsaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.

(TJ/RS, Apelação Cível No. 70001388982,7ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, por maioria – sem grifos e destaques no original).

Faz-se mister transcrever a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 3300-DF, na qual foi relator o ministro Celso de Mello, cujo objeto era o artigo 235, do Dec. Lei nº 1.001/69: “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano. Presunção de violência.”

No mencionado julgado, a corte declarou extinto o processo por perda de objeto e, por fim, salientou a discussão acerca do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar, na forma definida pelo artigo 1.723 do Código Civil, conforme abaixo transcrito:

[...] conluo a minha decisão e, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta adin impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (rtj 139/53 - rtj 168/174-175), ainda que se trate como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (rtj 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, 'in abstrato' - **considerado o que dispõe o art. 1723 do código civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.** Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. (grifo nosso).

Os critérios de interpretação utilizados nos julgados mencionados acima devem ser aplicados para fins de adoção?

A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAS HOMOAFETIVOS

Toda criança e adolescente gozam, além dos direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa, do direito à convivência familiar.

De acordo com o art. 19 do ECA : “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”. Para haver a efetivação de todos os direitos fundamentais que são assegurados à criança e adolescente é necessário, portanto, se garantir a convivência familiar.

No Brasil, o Código Civil de 1916 tratava da adoção em seus artigos 368 a 378.

Na sua redação originária, ele transferia o pátrio poder para o adotante, apenas se este não tivesse filhos legítimos, se fosse mais velho pelo menos dezoito anos que o adotado e, ainda, se tivesse mais de cinquenta anos.

A primeira importante modificação trazida pelo legislador quanto à adoção ocorreu com a Lei nº. 3.133, de 1957. Essa lei diminuiu a idade mínima para 30 anos e passou a admitir a adoção por casais que já possuísem filhos legítimos, porém na existência “dos filhos legítimos”, a relação jurídica proveniente da adoção não gerava efeitos sucessórios.

A Constituição Federal, no § 6º do art. 227, inova o conceito de adoção, fulminando várias discriminações encontradas nas legislações anteriores, igualando os direitos de todos os filhos.

Não obstante, cumpre mencionar que a adoção além de ser a forma mais completa de se dar a uma criança uma família, é um gesto de bondade que consegue transformar pessoas, antes sem parentesco entre si, em ascendentes e descendentes. O conceituado doutrinador Pontes de Miranda (2000, p.219) conceitua adoção: “é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e filiação”.

Para Beviláqua (1956, p. 351), “adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.” Compreende-se, cada vez mais, que as pessoas não se unem, somente, com a finalidade de gerar prole, como se pensava antigamente. Tanto é verdade que, a união homoafetiva já foi legalizada em lugares como: Dinamarca, Holanda e Noruega. Lá, institutos como o casamento e a adoção são regulamentados.

A adoção por homossexual, de forma unilateral, já encontra guarita na jurisprudência brasileira. A grande questão é a possibilidade da adoção bilateral por casais que vivem em união homoafetiva.

Entende-se por adoção bilateral ou conjunta, aquela realizada por casal que seja casado ou que viva em união estável, nos moldes do caput do artigo 1.622 do Código Civil, conforme abaixo transcrito:

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. [...]

Assim, basta a comprovação da estabilidade da família por meio de declaração do casal para que seja possível esse tipo de adoção.

No Brasil, inexistente obstáculo legal à adoção homossexual. Não existe nenhum dispositivo legal que impeça a adoção bilateral por pessoas do mesmo sexo, desde que eles preencham os requisitos da união estável.

De acordo com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Seção IV (Da Colocação em Família Substituta):

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;

II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;

III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;

V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

Parágrafo único. Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos.

Por analogia, equipara-se a adoção por homossexual à adoção por heterossexual, já que o único elemento discrepante é a orientação sexual do adotante, que não é requisito para a adoção.

A lei 6.015 de 1973, Lei dos Registros Públicos, que regula os registros de brasileiros, não registra nenhuma exigência formal que impeça que uma pessoa seja registrada com dois pais ou duas mães. Da mesma forma, o ECA apenas prevê no artigo 47 que:

O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes.

Nesse caso, na documentação (Certidão de Nascimento, RG) da criança adotada, não constarão mais as referências a pai e mãe, mas sim, à referência apenas a genitor ou genitores, sem distinção de gênero.

É crescente o número de pessoas com orientação homossexual que se candidatam individualmente à adoção, não havendo mais necessidade de se ocultar a orientação sexual para a habilitação. Ademais, impedir que um casal de homossexuais integre a fila de pretendentes à adoção seria ferir, claramente, os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana.

A sociedade brasileira, apesar de ser uma sociedade democrática, ainda não legislou sobre a possibilidade de adoção, conjunta, por casais que vivem em união homoafetiva, devendo o juiz, diante desses casos, basearem-se na analogia para resolver tais demandas.

Recorde-se que a homossexualidade era considerada doença, a pessoa que optava pela vida em comum com outra do mesmo sexo deveria ser levada ao médico, aos consultórios de psicólogos, psiquiatras, ou, ao sacerdote. Sobre o tema, Enézio de Deus Silva Júnior (2008, p.55) leciona que:

é uma prática sempre presente na história da humanidade, por se constituir uma das possíveis orientações afetivo-sexuais humanas – caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico que não se reduz a [sic] simples escolha ou opção.

Ainda permanece a resistência em conceder adoção a um casal que mantenha uma união homoafetiva. As justificativas são muitas: a criança seria discriminada socialmente, o que lhe poderia acarretar prejuízos psicológicos, o preconceito que define os

homossexuais como pessoas promíscuas e emocionalmente desequilibradas, os problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar, ausência da referência de ambos os sexos, dentre outras.

No entanto, não restam dúvidas de que estereotipar as pessoas que têm uma orientação sexual diferente das demais, como pessoas desajustadas, erotizadas, pecaminosas e vulgares é uma visão preconceituosa, que vem sendo reproduzida a várias gerações.

Não reconhecer a possibilidade da adoção conjunta por um casal homoafetivo é negar princípios como o da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana. Conforme acima mencionado, uma pessoa não exerce a função paterna somente pelo fato de ser o genitor da criança ou adolescente em questão, pois a família só existe de fato, caso haja amor, carinho, compreensão, solidariedade e respeito pelo menor.

Outrossim, para dar uma boa educação e afeto a uma criança ou adolescente, que são características necessárias para uma boa criação, não é requisito ser um casal de heterossexuais, portanto não restam dúvidas de que isso independe da orientação sexual, podendo um casal homossexual educar, devidamente, uma criança.

São nessa construção sentimental que percebemos o verdadeiro significado do art. 227, § 6º da CF/88 que declara que os filhos, havidos ou não de um casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Constata-se, entretanto, que o preconceito, ainda existente, faz com que o número de crianças esperando para serem adotadas seja maior do que o número de pessoas que se habilitam, por isso, é necessário que se tenha cuidado, pois ao invés de se proteger as crianças, dever este imposto pela Constituição Federal, nós estamos prejudicando-as, pois a quebra de alguns preconceitos existentes dificulta e muitas vezes impendem que uma criança possa fazer parte de uma família.

Se pararmos para pensar a quantidade de crianças que anseiam ser adotadas, beneficiadas caso seja regulamentada a adoção, conjunta, por pessoas que expressem sua sexualidade de forma diversa da convencional, as dúvidas quanto à adoção aqui salientada seriam espancadas.

É hora de abandonarmos de vez os preconceitos e nos livrarmos de qualquer tipo de hipocrisia e adotarmos uma postura que priorize os direitos das crianças e dos adolescentes do nosso País.

Devemos saber conviver com a diversidade, entendendo que as diferenças não são sinônimo de desigualdade.

Curiosamente, a adoção por homossexual solteiro, não mais se sujeita a discussões prolongadas, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que qualquer pessoa possa adotar independente da orientação sexual. Sobre o tema, é importante transcrever o posicionamento da jurisprudência brasileira:

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE O PÁTRIO PODER-ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE – DEFERIMENTO DO PEDIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo ECA e desejados por toda a sociedade. Sendo o adotante professor de ciências em colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (TJRS, AC 14.332/98, rel. Dês. Jorge de Miranda Magalhães, 26.08.1999).

No mesmo sentido,

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que

constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Percebe-se que os Tribunais vem se posicionando, visando garantir a efetividade dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Ademais, uma boa solução seria a aprovação do Projeto de Lei nº 2285/07, o Estatuto das Famílias, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, que dispõe em seu artigo 68 que:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança. (grifo nosso).

Crê-se que, desta forma, o legislador dará um grande passo na direção dos valores e condutas que se sedimentam na sociedade brasileira e que já de antes foram adotadas em alguns países europeus.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, até que se prove o Estatuto das Famílias, cabe a jurisprudência pátria isolar o preconceito e utilizando a analogia, tornar viável a adoção conjunta por casais que vivem em união homoafetiva, desde que presentes os requisitos legais do instituto, equiparando-se a adoção por homossexual à adoção por heterossexual, já que o único elemento discrepante não é requisito para a adoção.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Rezende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1997.

CHAVES JUNIOR, Edgard de Brito (Org.). **Legislação penal militar**: Código penal militar, código de processo penal militar, organização judiciária militar, regimento interno do STM, segurança nacional, legislação complementar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **União Homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. Revista Brasileira de Direito de Família. v.1, n.1, abr./jun., 1999.

_____. As Uniões homoafetivas frente à Constituição Federal. **Consulex**, Brasília, v. 12, n. 281, p. 52-53, set. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001.

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 8.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, J. L. C.; MUNIZ, F. J. F. **Direito de família**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRITÉRIOS PARA O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE

CRITERIONS OF GRATUITOUS MEDICINE'S CATERING CONSIDERING THE PERSONALITY'S RIGHTS AT CONTEMPORARY

Giseli Valezi Raymundo

RESUMO

O número de demandas judiciais por meio das quais se requer o fornecimento gratuito de medicamentos é crescente, razão pela qual o Poder Judiciário reiteradamente tem proferido decisões em que avalia determinados parâmetros (critérios), que surgiram de forma natural das teses expostas em juízo, julgando procedentes ou não os pedidos que requerem o acesso sem qualquer custo aos fármacos. O presente trabalho, à luz dos direitos da personalidade, seu alcance na contemporaneidade e de acordo com o contexto da teoria constitucional que a marca, analisará os principais critérios que têm sido apreciados nos tribunais pátrios, a fim de trazer alguma contribuição para o grande debate existente atualmente sobre o tema. A abordagem a ser feita representa diferencial quanto à análise da questão, bem como é oportuna e relevante neste momento histórico, já que o Supremo Tribunal Federal determinou a realização de audiência pública, marcada para o final do mês de abril próximo, destinada à análise dos referidos critérios.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO A MEDICAMENTOS; CRITÉRIOS; DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE.

ABSTRACT

The number of claims which the plead involves gratuitous medicine's catering is increasing and the Judiciary has been deciding it through the analysis of certain criterions, that became from the theses exposed at court and has been used naturally, adjudging for or against the pleads that requires the medicine's access with no costs. This article, considering the personality's rights at contemporary and the constitutional theory in this context, is going to analyse the mainly criterions that have been studied at the home benches, in order to bring any contribution for the great debate about it that exists nowadays. The exposition proposed it's different from others, as well as is opportune and important at this historical moment, because the Supreme Court determined the realization of an open court, on the next april month, to discuss the referring criterions.

KEYWORDS: ACCESS FOR THE MEDICINES; CRITERION; PERSONALITY'S RIGHTS AT CONTEMPORARY

1. INTRODUÇÃO

No início do mês de março do corrente ano, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, tornou público despacho por meio do qual convoca para audiência pública, a ser realizada no final do mês de abril próximo, cujo objetivo é reunir técnicos que possam esclarecer questões relacionadas às prestações públicas de saúde, dentre as quais o acesso a medicamentos.

A necessidade da realização da referida audiência decorre das inúmeras demandas envolvendo a questão, havendo a caracterização da repercussão geral e interesse público pertinente, motivo pelo qual a Corte Suprema estabeleceu temas a serem discutidos, aos quais se prefere designar de “critérios”, expressão esta que será utilizada ao longo da exposição[1].

Escolheu-se a denominação “critérios” porque os tópicos elencados têm funcionado, na prática, como parâmetros que definem o fornecimento ou não de medicamentos.

Aqueles que acham que este assunto diz respeito apenas às classes com renda inferior cometem grave engano. Há tratamentos de altíssimo custo que nem mesmo os indivíduos abastados financeiramente não terão condições de custeá-los por muito tempo se desenvolverem determinadas doenças, a exemplo de certos tipos de câncer, que demandam medicação semanal, cujas ampolas custam, cada uma, cerca de trinta mil reais.

Portanto, o assunto é de interesse de todos, merece e deve ser avaliado com muita atenção, razão pela qual se fez a escolha por analisá-los à luz dos direitos da personalidade na contemporaneidade.

Trata-se de abordagem diferencial sobre o tema, uma vez que este constantemente é debatido de outro modo, especialmente pelo viés dos preços dos medicamentos.

Não se deixa de reconhecer a importância desta discussão, mas é preciso compreender todos os aspectos que envolvem o surgimento dos principais critérios que serão analisados ao longo do artigo, especialmente quais os caminhos que um paciente tem de percorrer para obter a medicação de que precisa.

A discussão neste momento histórico, até em virtude da audiência pública que ocorrerá junto ao Supremo Tribunal Federal, é oportuna e muito importante, da mesma forma que deve ser pensada à luz das mudanças tecnológicas da contemporaneidade, a fim de que se verifique se estas fomentam ou prejudicam o acesso a medicamentos.

Este estudo, portanto, apresentará reflexões sobre o acesso a medicamentos à luz do regime jurídico dos direitos da personalidade, como forma não de restringir ou subordinar sua abrangência teórica, mas de agregar às lições já existentes mais fundamentos jurídicos para sua proteção.

Ao final, haverá reflexões sobre qual é a melhor maneira de se interpretar os principais critérios postos, conclusões estas amparadas pela teorização pertinente aos direitos da personalidade e por dados fáticos consistentes.

2. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ACESSO A MEDICAMENTOS

A Constituição de 1988 simboliza a ruptura com o regime militar, cuja característica autoritária impedia a proteção dos direitos fundamentais no Brasil. Assim, seu texto fez renascer a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CR/88).

O resgate da perspectiva da dignidade deve fazer parte e conduzir a interpretação decorrente do texto constitucional e demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de negar-se a natureza democrática do Estado de Direito e de se fomentar a existência de inconstitucionalidades.

São objetivos da República Federativa do Brasil a construção de sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos (art. 3º, I, IV da CR/88), da mesma forma que seu preâmbulo deixa claro que o Estado Democrático destina-se a assegurar, por exemplo, os exercícios dos direitos sociais, individuais, o bem-estar, a justiça e a igualdade.

Não é sem razão, portanto, que o atual texto constitucional auxilia de forma inquestionável a proteção dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que figurem dentre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, I da CR/88)[2], bem como que façam parte dos direitos fundamentais os direitos sociais.

No que diz respeito ao acesso a medicamentos, este direito está previsto no art. 6º da CR/88, uma vez que decorre do reconhecimento do direito social à saúde, ou seja, a ele se aplicam as mesmas regras válidas para os direitos fundamentais, inclusive a de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CR/88).

As reflexões postas sobre o direito à saúde levam o estudioso a relacioná-lo inevitavelmente ao direito à vida, integridades física e psíquica e à honra, do que decorre a possibilidade de se pensar, por exemplo, em direitos da personalidade (direitos físicos, psíquicos e morais).

Questiona-se, neste aspecto, se há ou não relação de semelhança ou coincidência entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, havendo inúmeras manifestações[3] que tentam explicar qual a natureza própria destes direitos.

Em meio a diversas concepções, adota-se aquela consoante a qual os direitos da personalidade não se confundem com todos os direitos fundamentais[4]. O que ocorre, em verdade, é que se trata de direitos inatos marcados pela necessidade de tutela dos valores protetores da pessoa humana[5].

Por esta razão, sua proteção não se restringe ao direito constitucional, já que:

As Constituições ocuparam-se de proteger a personalidade porque o direitos dos códigos deixou este espaço. Ao se ocupar apenas (ou dar maior ênfase) dos aspectos patrimonialísticos da existência humana, criou-se um vácuo, preenchido pela proteção constitucional à personalidade humana. (...). Se todo o sistema jurídico gravita em torno da Constituição, tudo o que nela se contém forma e informa o direito ordinário. A ordem jurídica de uma sociedade é unitária, o que afasta a tradicional contraposição direito privado/direito público. Como consequência, afasta-se também uma eventual contraposição direito civil/direito constitucional. (...). assim, não se fala mais em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo direito. (...) A pessoa humana não é, como dito antes, apenas um dado ontológico, mas traz encerrada em si uma série de valores que lhe são imanentes. A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível. (...) A tábua sistemática de proteção à dignidade humana, dentro do direito privado, configura-se justamente nos chamados direitos da personalidade. Esta categoria de direitos é plena de inquietações e dúvidas. (...). de qualquer sorte, há um dado que encontra unanimidade: a existência de um direito objetivo da personalidade, que não se limita apenas ao direito civil, mas integra todo o ordenamento de forma unitária, mesmo porque é o fundamento desse mesmo ordenamento[6].

Pelo exposto, é possível conceber que a tutela dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro dá-se em diferentes níveis, tanto constitucional, quanto civil, penal, dentre outros[7].

Assim, é possível que se pense o direito fundamental ao acesso a medicamentos sob a perspectiva jurídica dos direitos da personalidade, em conformidade com as características e demais peculiaridades próprias destes direitos.

Reitere-se, dessa forma, que este estudo, portanto, apresentará reflexões sobre o acesso a medicamentos à luz do regime jurídico dos direitos da personalidade, como forma não de restringir ou subordinar sua abrangência teórica, mas de agregar às lições já existentes mais fundamentos jurídicos para sua proteção.

3. TEMAS EM DEBATE SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Ao final da exposição acerca da natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos, revelou-se a intenção deste estudo de agregar novas bases jurídicas protetoras à espécie de direito em apreço.

Em virtude disso, a análise que se pretende fazer não deixa de considerar a importância de temas reiteradamente debatidos (ex. patentes farmacêuticas, processos de pesquisa e fabricação etc.), pois se mantém o posicionamento de que também são imprescindíveis para a solução deste grande problema de saúde pública.

Entretanto, novas formas de estudo do tema, especialmente relacionadas à efetiva realidade com que se deparam pessoas enfermas em busca de medicamentos, devem passar a fazer parte das reflexões dos estudiosos do tema.

Contudo, como o objetivo deste trabalho é o de tratar do acesso a medicamentos sob o ponto de vista dos problemas com que se deparam pessoas enfermas em busca de medicamentos, os temas descritos no parágrafo precedente abrirão espaço para a realidade social brasileira.

Dentre as diversas possibilidades, escolheu-se tratar dos principais critérios por meio dos quais os magistrados por todo o Brasil têm julgado procedentes ou improcedentes os pedidos para o fornecimento de medicamentos.

Na prática, o brasileiro que não tem condições para arcar com o custo dos medicamentos de que precisa deve procurar a rede pública que nem sempre os disponibiliza, sob os mais diversos pretextos.

Dessa forma, caso não se conforme com essa situação, a única alternativa ao interessado é a de buscar o medicamento negado junto ao Poder Judiciário, opção que vem aumentando de forma preocupante[8].

É constante em diversos julgados a delimitação, que fica a critério de cada magistrado de acordo com sua consciência e às vezes experiência de vida, de parâmetros segundo os quais o autor da respectiva demanda terá ou não seu pedido julgado procedente.

Os principais critérios que vêm sendo utilizados, bem como sua relação com o fornecimento gratuito de medicamentos à luz dos direitos da personalidade na contemporaneidade passarão a ser analisados no tópico que segue.

4. ALCANCE DO DIREITO AO ACESSO A MEDICAMENTOS NA CONTEMPORANEIDADE

Os direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade encontram vasto campo para estudo em se tratando dos critérios pelos quais os pedidos judiciais para o fornecimento de medicamentos têm sido acatados ou não.

Para aprofundar o estudo na matéria, é preciso pensar o referencial teórico a partir do qual se pretende redefinir, no sentido de que sejam redescobertos para que se amplie sua proteção, conceitos tradicionais acerca de direitos como a honra, a imagem e a própria dignidade humana.

Cabe destacar, neste aspecto, que a Constituição de 1988 traz o direito geral da personalidade, por exemplo, em seu preâmbulo, na previsão de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e inviolabilidade de vários direitos (vida, igualdade, autor etc.) previstos em seu art. 5º.

Por tal motivo, sempre que se citar no presente trabalho a expressão: *direito geral da personalidade*, assim se fará para significar que em não havendo previsão tipificada, adota-se a proteção genérica[9].

Além disso, igualmente é preciso perceber a importância do alcance da atuação de ator imprescindível no contexto da teoria constitucional contemporânea, qual seja: o Poder Judiciário brasileiro, em sua atuação *política*, por decidir questões afetas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, mas que por estes órgãos não são analisadas.

Sobre o marco temporal da contemporaneidade, é inegável que o desenvolvimento tecnológico, científico influencia o desenvolvimento do homem e, por consequência, os valores e a própria essência humana, acarretando a necessidade de que se interpretem adequadamente os direitos da personalidade, especialmente os relacionados ao acesso a medicamentos.

No que diz respeito às características dos direitos da personalidade, interessam para o estudo ora desenvolvido a noção de que estes são: a) absolutos[10]; b) irrenunciáveis[11]; c) indisponíveis[12]; d) extrapatrimoniais[13] (art. 11 do Código Civil).

Faz-se necessário explicitar, ainda, que neste estudo interessa analisar os direitos da personalidade segundo a classificação de Carlos Alberto Bittar[14]: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros como elementos externos, os segundos como intrínsecos e os últimos da pessoa e sua consciência de si e reputação em meio à sociedade.

Os exemplos que interessam a este trabalho são: os direitos físicos compreendem o direito à vida, integridade física, os direitos psíquicos ao sentimento e integridade psíquica e os direitos morais a honra[15].

Os diversos aspectos abordados nos três parágrafos precedentes a este deverão ser lembrados pelo leitor quando da menção às espécies e características dos direitos da personalidade mencionados ao longo da análise dos critérios para o fornecimento de medicamentos. Adotou-se este parâmetro para evitar repetições e explicações desnecessárias, o que prolongaria em muito a exposição, prejudicando o conteúdo do trabalho.

Partindo das premissas postas, é preciso conhecer quais os atuais e principais critérios que vêm fazendo parte das diversas decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro. As hipóteses elencadas a seguir resultam do estudo pormenorizado dos pronunciamentos judiciais pertinentes ao tema.

4.1. Protocolos clínicos: medicamentos não incluídos nas políticas públicas existentes

A apreciação deste critério, no qual se reflete acerca da obrigação do Estado de custear medicamentos não incluídos nas políticas públicas existentes, necessita de breve explicação acerca da forma pela qual o respectivo ente estatal escolhe esta ou aquela medicação para disponibilizá-la por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

No Brasil, há inúmeros atos normativos em âmbito federal e estadual que trazem a correspondência entre a doença[16] e o medicamento destinado ao seu tratamento.

A escolha das drogas decorre do que se denomina de protocolo clínico, estudo que demonstra a eficácia e pertinência da medicação para uma enfermidade específica.

Dentre eles, destaca-se a Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006, responsável pelo rol dos medicamentos excepcionais fornecidos pelo Ministério da Saúde.

No âmbito estadual, os nomes dos instrumentos normativos são diversificados. A título exemplificativo, tem-se no Estado do Paraná o “Elenco de medicamentos da assistência farmacêutica na atenção básica do Estado do Paraná – 2008” (REs. 45/93 SESA).

Na prática, tais atos normativos não fazem constar em seu conteúdo todas as substâncias químicas que poderiam ser utilizadas para uma determinada patologia, mas apenas as que são mais convenientes ao ente estatal sob o ponto de vista financeiro[17].

Exemplo significativo do que se acabou de afirmar diz respeito ao medicamento denominado *seroquel*, cujo princípio ativo denomina-se *quetiapina*[18].

Por se tratar de medicamento excepcional[19] de altíssimo custo, seu fornecimento gratuito é previsto na Portaria nº 2577/2006 apenas para a CID-10: F 20 Esquizofrenia; F 20.0 Esquizofrenia paranóide; F 20.1 Esquizofrenia hebefrênica; F 20.2 Esquizofrenia catatônica; F 20.3 Esquizofrenia indiferenciada; F 20.4 Depressão pós-esquizofrênica; F 20.5 Esquizofrenia residual; F 20.6 Esquizofrenia simples; F 20.8 Esquizofrenia hebefrênica.

Ocorre que a bula do referido fármaco prevê expressamente que este também pode ser utilizado para o tratamento da patologia pertinente ao transtorno bipolar (humor)[20].

Isso significa que estão privados de tratamento gratuito pacientes cujas patologias são: esquizofrenia não especificada (F 20.8), transtorno afetivo bipolar, episódio atual hipomaníaco (F 31.0), transtorno afetivo bipolar, episódio atual maníaco sem sintomas psicóticos (F 31.1), transtorno afetivo bipolar, episódio atual maníaco com sintomas psicóticos (F 32.2), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo leve ou moderado (F 31.3), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave sem sintomas psicóticos (F 31.4), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave com sintomas psicóticos (F 31.5), transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto (F 31.6), transtorno afetivo bipolar, atualmente em remissão (F 31.7), outros transtornos afetivos bipolares (F 31.8) e transtorno afetivo bipolar não especificado (F 31.9)[21].

Não bastasse isso, é importante enfatizar que os respectivos protocolos clínicos estão constantemente desatualizados[22], permanecendo por muito tempo sem a inclusão de drogas novas e mais eficazes.

Acrescente-se a tais dados, ainda, o fato de que há número considerável de pacientes que não adaptam à medicação prevista nos protocolos[23].

Ou seja, em regra, constam das listas estatais medicamentos de menor custo e ineficazes a alguns pacientes, representando escolhas de tratamento discriminatórias, cruéis e ofensivas ao princípio constitucional da igualdade.

A todos os pacientes atendidos pelo SUS deve ser dado tratamento adequado às suas necessidades, o que não se vislumbra na prática, uma vez que grande número de enfermos simplesmente não recebe qualquer assistência médica, pois a rede pública de saúde não disponibiliza medicamentos fora do rol dos protocolos clínicos.

Mesmo assim, as teses de defesa que acompanham as manifestações dos entes governamentais insistem na improcedência do pedido com base no fato de que há medicamento nos protocolos que também tratam da doença noticiada nos autos.

Ao se analisar este critério à luz da teoria dos direitos da personalidade, tem-se que o pleito para o fornecimento de medicamentos não pode deixar de ser acatado pelo simples fundamento de que há outros medicamentos fornecidos gratuitamente para a mesma patologia.

É preciso, no caso concreto, verificar o porquê do paciente estar solicitando medicação específica não prevista no protocolo do SUS. Se ele já experimentou outros medicamentos que não surtiram qualquer resultado ou que lhe provocaram sérios efeitos colaterais, evidentemente que lhe assiste direito quanto à obtenção da medicação requerida.

Além disso, há casos em que, de acordo com o perfil clínico do enfermo, o médico prescreve já no início do tratamento determinado medicamento, que surte efeito de imediato, mas não ser fornecido pelo SUS.

Nesta hipótese, a preservação da vida e por vezes da integridade física do paciente faz com que não se aceite impor-lhe comprometimento à saúde apenas porque o medicamento fornecido gratuitamente é diverso do prescrito, se aquele do qual faz uso é eficaz e diminui o sofrimento que a doença lhe causa.

A atenção que se deve ter em relação às peculiaridades do caso concreto[24] é plenamente compatível com a análise dos direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade no contexto da teoria constitucional na atualidade. Luís Roberto Barrozo explica esta questão:

De fato, a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se, crescentemente, de *cláusulas abertas ou conceitos indeterminados*, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. (...). A lei fornece

parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do direito, será possível a determinação da vontade legal. (...). A moderna interpretação constitucional se diferencia da tradicional em razão de alguns fatores: a norma, como relato puramente abstrato, já não desfruta de primazia; o problema, a questão tópica a ser revolvida, passa a fornecer elementos para a sua solução; o papel do intérprete deixa de ser de pura aplicação da norma preexistente e passa a incluir uma parcela de criação do direito do **caso concreto** (...).(grifos).[25]

Acrescente-se, ainda, que a imposição ao Poder Público para que forneça medicamento não previsto no respectivo protocolo clínico pode fazer com que este os reavalie e neles inclua novas drogas ou amplie as CID's para um medicamento já constante das dos referidos protocolos.

O respaldo teórico para o que se defende decorre da necessária preservação da dignidade da pessoa humana, que orienta a defesa da personalidade como direito geral, por meio do reconhecimento de que o direito físico à vida e às integridades física e psíquica[26] não podem ser nem minimizados, nem a eles se pode renunciar, pois são indisponíveis, irrenunciáveis, bem como há proteção legal para tanto na Lei Orgânica da Saúde[27].

Além disso, o art. 15 do Código Civil expressamente impede que qualquer pessoa seja submetida a tratamento médico correndo risco de vida[28]. Dessa forma, Impedir que o paciente tenha acesso a medicamentos não previstos nos protocolos clínicos do SUS é submetê-lo a tratamento médico que põe em risco sua vida. Acrescente-se, ainda, a existência das condutas tipificadas na esfera penal (arts. 129 e 131 do Código Penal)

Há decisões nos Tribunais pátrios que preservam as características essenciais dos direitos da personalidade vinculados ao critério em apreço. É o que se depreende dos julgados da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná[29] e da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIGNIDADE HUMANA. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Precedentes: RMS 17449/MG DJ 13.02.2006; RMS 17425/MG, DJ22.11.2004; RMS 13452/MG, DJ 07.10.2002. 2. (...).3. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico. Precedente: RMS 17903/MG Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ 20.09.2004. 4. Recurso

ordinário provido. (STJ – 1ª T - ROMS 20335/PR - Rel. Ministro Luiz Fux - j , 10/04/2007).

No caso dos autos, resta patente a necessidade do tratamento pleiteado (fls. 54-74/TJ), bem como a recusa pela 11ª Regional de Saúde em fornecer o medicamento - sob o fundamento de que não faz parte do protocolo de medicamentos excepcionais -, a qual configura ato ilegal e abusivo, afrontando preceito constitucional consistente no princípio da dignidade humana. Da inobservância de tais deveres origina-se o direito à saúde, previsto nos artigos 196 e 5º, XXXV, da Constituição Federal, possibilitando-a recorrer à via judicial visando assegurar seu direito. Logo, é obrigação do Estado do Paraná dispor dos fármacos requeridos, sobretudo porque "a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado, devendo ser satisfeita de modo integral e gratuito (trecho do voto - TJPR - 4ª CC - AI – 4803329 Rel. Salvatore Antonio Astuti — j. 09.12.08).

Assim, em sendo comprovado no caso concreto, por meio de laudo médico do profissional que prescreveu o medicamento à pessoa que dele necessita[30], que esta somente preserva sua saúde por meio de medicamentos que possam não estar elencados nos protocolos clínicos do SUS, seja por motivo for, seu pedido deve ser acatado, pois não há direito à vida e à integridade física pela metade. Ou eles existem por completo, ou não estão sendo observados.

No que diz respeito ao aspecto da contemporaneidade, a maior parte dos estudos sobre os direitos da personalidade destacam que o avanço, por exemplo, tecnológico e científico que influenciam de modo negativo a proteção de tais direitos, a ponto dos estudiosos do direito terem de refletir sobre este problema e teorizarem a respeito (ex. direito de privacidade, integridade física e moral do consumidor, honra dos acusados em procedimentos criminais, dentre tantos outros).

Esta lógica, contudo, não se aplica por completo ao acesso a medicamentos. Nesta seara, o avanço científico deve ser muito bem recepcionado, pois sua concretização fomenta a proteção dos direitos da personalidade. Novos fármacos mais modernos e eficazes, que não constam dos protocolos clínicos, são, em muitos casos, a única esperança para quem pode estar esperando a morte.

Assim, impedir o fornecimento de medicamentos com base no critério ora em comento não apenas infringe os direitos da personalidade, conforme já se expôs, mas também significará que pouco se reflete sobre as possibilidades de concretização destes direitos na contemporaneidade.

Por outro lado, não se pode negar que na contemporaneidade há a relativização e materialização de direitos que, em tese, têm caráter extrapatrimonial e indisponível. Este aspecto influencia de modo negativo o direito ao acesso a medicamentos, tendo reflexos quando da abordagem do item “3.7” deste trabalho[31].

Além disso, estar-se-á condenando à morte milhares de seres humanos, uma pena de morte muito mais cruel do que uma execução sumária, porque o paciente a “cumpre”

em vida, dia após dia sabendo que a morte se aproxima, estando submetido, além do abalo provocado pela patologia, à tortura e tratamento desumano e muitíssimo cruel, o que o texto constitucional proíbe (art. 5º, III da CR/88).

4.2. Hipossuficiência financeira do paciente

Há constante menção nas decisões que tratam do acesso a medicamentos à hipossuficiência financeira do autor da respectiva demanda, havendo decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio da qual se depreende que este critério deve ser observado[32].

Sobre o tema, considerando o contexto social brasileiro, é questão também de bom senso reconhecer que as medidas judiciais assecuratórias do direito ao fornecimento de medicamentos efetivamente devem ser deferidas àqueles que não têm recursos suficientes para tanto.

Vale ressaltar, entretanto, que a avaliação acerca da hipossuficiência não apenas deve ser feita em conformidade com cada caso concreto, mas também em atenção à espécie de tratamento de que necessita o paciente[33], o que é compatível com a teoria constitucional contemporânea com o que dispõe a legislação infraconstitucional (Lei n. 8080/90, art. 7º, II, cujo conteúdo já foi transcrito anteriormente).

Assim, visando a proporcionar tratamento a quem realmente não tem condições necessárias para tanto, deve-se apreciar com atenção este critério, para que não haja injustiça.

No que diz respeito aos aspectos pertinentes aos direitos da personalidade, deve-se enfatizar que não se está patrimonializando o acesso a medicamentos, pois este está preservado, não há renúncia, nem limitação do direito em si.

Preservado aos que detêm recursos para custearem seu tratamento, porque sem este não ficarão, bem como preservado aos que não podem custear seus fármacos, por se reconhecer seu acesso à medicação de que precisam. Não há neste raciocínio nenhuma caracterização econômica destes direitos no que diz respeito à sua proteção.

4.3. Medicamentos prescritos por médico não pertencente ao quadro do SUS

Tema de constante abordagem no universo do direito à obtenção de medicamentos diz respeito à existência ou não de vínculo institucional com o SUS dos profissionais que apresentam laudos médicos em juízo, atestando que seu paciente necessita de medicamentos.

Não raras vezes, em estando presente nos autos laudo de médico não pertencente ao quadro do SUS, a defesa dos entes estatais levanta dúvidas acerca da hipossuficiência do autor da demanda e da confiabilidade do conteúdo parecer médico.

Contudo, a exigência de que o médico subscritor tenha vínculo institucional com o SUS não merece ser acatada por diversas razões plenamente justificáveis.

Primeiramente, é preciso destacar que a prescrição de medicamentos por médico particular não é por si só parâmetro hábil para comprovar ou descaracterizar a hipossuficiência financeira do paciente. Esta, conforme anterior e ampla explanação feita na análise deste critério, tem peculiaridades próprias em cada caso concreto, não podendo resultar de generalização consoante a qual ao se consultar com médico particular o paciente necessariamente teria recursos suficientes para o custeio de seu medicamento.

Outrotanto, em virtude do atendimento público deficitário, a realidade da assistência médica no Brasil mostra que todos os que de alguma forma, seja por meio de planos de saúde ou não, possam evitar ter de usar os serviços públicos assim o fazem, caso contrário, não haveria mercado para inúmeras espécies de seguro-saúde.

Mesmo que assim não o fosse, é plenamente perceptível que o custo de consulta e acompanhamento de quaisquer tratamentos médicos, se comparado aos dos medicamentos, é ínfimo, de modo que muitos podem suportá-los com recursos particulares.

Além disso, é imprescindível destacar que, ao desenvolver determinada patologia, o ser humano busca a cura ou, em não havendo essa possibilidade, uma forma de diminuir seu sofrimento, junto a profissional em quem confia.

A procura por médico particular também decorre deste aspecto. Muitas vezes, o paciente passa pela análise de diversos profissionais e não encontra a segurança necessária para enfrentar o tratamento prescrito. A relação médico-paciente é, acima de tudo, uma relação de confiança.

Fazer com que aqueles que necessitam do fornecimento gratuito de medicamentos tenham de se consultar somente com profissional pertencente ao quadro do SUS para obtê-los é medida totalitária que afronta a dignidade dos pacientes e que implicará o aumento da ineficácia dos tratamentos, bem como a superlotação desnecessária do sistema público.

Isso porque, na prática, estes pacientes serão obrigados a enfrentar meses na fila de espera por uma consulta com um profissional que não os conhece, que não vem acompanhando a evolução de seu quadro clínico, o que já ocorre com os enfermos que procuram o sistema público, não podendo desenvolver seu tratamento regularmente, motivo pelo qual este tipo de imposição contraria o art. 15 do Código Civil, bem como os arts. 129 e 131 do Código Penal.

É preciso lembrar a histórica impossibilidade fática e reiteradamente noticiada do SUS atender a todos que necessitam dos seus serviços.

No que diz respeito à confiabilidade dos pareceres de médicos particulares, esta resta incólume, posto que no âmbito privado a prescrição de medicamentos é feita de modo muito menos burocrático e oneroso.

O médico prescreve ao paciente medicamentos de que este efetivamente precisa, pois não tem compromissos orçamentários a cumprir e não está vinculado a protocolos clínicos. Seu compromisso dá-se exclusivamente em prol da eficácia medicamentosa para seu paciente[34].

De qualquer forma, mesmo em havendo qualquer resquício de dúvida, é possível a produção de prova pericial, a qual, se realizada de maneira adequada, demonstrará que o médico, ainda que não integrante dos quadros do SUS, está correto em sua avaliação.

Idêntica confirmação pode não ser perquirida quanto ao laudo de médico vinculado ao SUS, uma vez que este, enquanto prestador de serviço público, tem seus atos presumidamente legítimos.

Dessa forma, se o médico do sistema público não prescrever fora dos parâmetros dos protocolos clínicos, o paciente jamais conseguirá ultrapassar esta barreira dentro do sistema público, porque sem laudo não há pedido de medicamento, não havendo possibilidade de fazer este questionamento em juízo.

Assim, no contexto atual do sistema público de saúde no Brasil, a confiabilidade quanto à prescrição medicamentosa deve ser questionada quanto aos profissionais pertencentes aos quadros do SUS.

O que se quer dizer quando se levanta dúvidas acerca da referida confiabilidade é que os médicos do SUS, evidentemente, tendem e sempre tenderão a prescrever somente medicamentos constantes dos protocolos clínicos, até em função de seu vínculo institucional.

Milhares de pessoas são e podem deixar de ser tratadas de imediato ou em certo prazo com os medicamentos que efetivamente lhes são benéficos, pela insistência quanto à utilização dos medicamentos presentes nos protocolos clínicos, os quais, conforme já se destacou ao longo do presente, estão desatualizados, são discriminatórios e cruéis em sua seleção.

Assim, no que tange à proteção dos direitos da personalidade, a exigência afronta a irrenunciabilidade e indisponibilidade. Aquela quanto à renúncia para que o tratamento seja adequado com o médico de confiança do paciente e esta pela limitação totalitária de seu direito, uma vez que a busca forçada a outro profissional lhe causará intenso sofrimento, estando este submetido à tortura psicológica pelo tratamento desumano e degradante, o que é vedado pelo texto constitucional, comprometendo sua integridade psíquica.

4.4. Pedido prévio à Administração Pública para o fornecimento de medicamentos

Tema sempre presente em demandas que versam sobre o acesso a medicamentos é a (des)necessidade do paciente ter de primeiro recorrer à Administração Pública para assegurar seu direito para só em havendo negativa desta passar a ter interesse de agir numa demanda judicial.

Sobre a questão, a primeira lembrança que vem à mente do estudioso atento é previsão constitucional do art. 5º, XXXV, consoante a qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ora, se a lei assim não pode proceder, não se pode admitir que qualquer ato, seja judicial ou não, em se tratando de direito à saúde, imponha como condição prévio pedido administrativo.

Esta conclusão, no entanto, não pode ser lançada sem que se demonstre ao leitor o lastro fático que a sustenta. A partir da experiência em patrocínio de causas pertinentes a medicamentos no Estado do Paraná, é possível ter dimensão do alcance da questão.

O procedimento da assistência pública paranaense, em especial na capital Curitiba, faz com que o interessado em receber medicamentos tenha de procurar apenas o posto de saúde que presta atendimento na região em que reside.

Neste local, na data em que nele comparece apenas agenda uma consulta com um clínico geral para que seja feita uma espécie de triagem, a fim de que se verifique qual a espécie de tratamento a que terá de ser submetido.

Após a consulta para a triagem, o paciente agendará outra consulta, em tese, com o médico na especialidade para o tratamento de sua patologia. O agendamento com o especialista será levado a efeito *em tese* porque em casos concretos o especialista apenas tem data disponível para não menos do que um ano. Nestes casos, os pacientes novamente são atendidos por um clínico geral.

Cabe ressaltar que em virtude do expressivo número de pessoas que necessitam de atendimento, o agendamento de uma única consulta demora meses, não raras vezes, mais de um ano conforme se relatou há pouco, o que põe em risco a vida do paciente, em explícita afronta ao art. 15 do Código Civil, bem como os arts. 129 e 131 do Código Penal.

Considerando que a realidade da assistência médica no Brasil não destoa e pode ser ainda pior que o contexto paranaense, compreende-se a importância e o alcance da norma constitucional que não subordina as demandas judiciais à triagem administrativa.

Entretanto, mesmo que não houvesse dispositivo constitucional sobre a questão, não faria sentido impor o prévio acompanhamento administrativo pelo simples fato de que os atos normativos por meio dos quais se estabelecem quais medicamentos serão disponibilizados para que patologias (“as listas”) são públicos.

Ou seja, podem ser consultados por qualquer cidadão junto aos respectivos órgãos governamentais, para os que eventualmente não tenham acesso ou notícia de que sua íntegra também está na internet.

Assim, basta que o interessado verifique se na “lista” há o medicamento de que precisa para a CID de sua patologia. A não-correspondência entre a CID e o medicamento é suficiente para que se caracterize o interesse de agir para a demanda judicial, sem que se necessite de uma resposta formal e negativa da Administração Pública.

Dessa forma, fazer com que o paciente que, já tendo consultado os protocolos clínicos saiba que no âmbito administrativo não lhe será fornecido o medicamento pretendido[35], tenha de passar pelo calvário das consultas em postos de saúde só para que obtenha a recusa formal do fornecimento, é, no mínimo, submetê-lo a tratamento desumano ou degradante e à efetiva tortura, restando substancialmente comprometida sua integridade psíquica[36].

4.5. Medicamentos experimentais, sem registro e outros

Comumente se debate acerca da possibilidade do Poder Judiciário autorizar o fornecimento de fármacos que ainda não tenham registro junto ao órgão sanitário responsável ou que não tenham eficácia comprovada por reiteradas prescrições.

Sobre esta questão, considerando o que já expôs até o presente momento, especialmente quando da análise do primeiro critério, reitera-se o fundamento de que não se pode admitir direito à saúde pela metade, ou ele é preservado ou é desrespeitado.

Ou seja, se o paciente, por meio de comprovação por laudo médico, demonstra que o medicamento de que precisa é eficaz e capaz, portanto, de curar sua patologia ou, pelo menos, amenizar seu sofrimento, seja ele registrado ou não, reiteradamente prescrito ou não, este deve ser fornecido.

Entende-se que o respaldo do laudo médico dá o suporte técnico necessário para que se acredite que mesmo sem o registro, mesmo sem eficácia comprovada, para o caso concreto do paciente que clama por esta espécie de medicação o uso do remédio solicitado preservará sua saúde.

Neste aspecto reafirma-se que a imposição ao Poder Público para que forneça gratuitamente medicamentos, ainda que não registrados na ANVISA, mas que têm aceitação médica, uma vez que prescritos por médico habilitado, pode despertar nos entes governamentais a importância para a inclusão nos respectivos protocolos clínicos.

A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já se manifestou sobre o tema, observe-se:

As evasivas apresentadas para o medicamento não constituem óbice ao seu fornecimento pela Administração Pública, pois o fato de não ser registrado para comercialização no Brasil ou não ser previsto na CEMEPAR para a CID que o autor é portador, não impede sua aquisição. Assim, eventual formalidade burocrática, como

aquela de fazer constar os remédios em listagem oficial, ou o fato de não fazer parte do protocolo de tratamento de determinada doença, não abstrai a gravidade da situação, erigindo-se o dever de auxílio ao impetrante, máxime quando comprovada nos autos a insuficiência de condições econômicas à aquisição dos medicamentos. (TJPR – 4ª CC Comp. Int. – MS 462.333-8 – Rel. Jurandyr Reis Junior – j. 02.12.08)[37].

Acerca deste critério, ainda cabe lembrar que a contemporaneidade, consubstanciada nas técnicas de evolução dos medicamentos está a favor da proteção aos direitos da personalidade, motivo pelo qual a recusa o seu fornecimento por este critério não apenas infringe os direitos da personalidade, conforme já se expôs, mas também significará que pouco se reflete sobre as possibilidades de concretização destes direitos na contemporaneidade.

Além disso, aplicam-se a este critério as observações feitas anteriormente sobre o art. 15 do Código Civil, que expressamente impede que qualquer pessoa seja submetida a tratamento médico correndo risco de vida, da mesma forma que os arts. 129 e 131 do Código Penal..

Representa, em verdade, fazer com que o doente renuncie a seu direito à saúde, o que prejudica sua vida, suas integridades psíquica e física, submetendo-o à pena de morte cumprida em vida e à tortura (aspectos cujo alcance e significado foram explicitados na análise).

4.6. Responsabilidade dos entes da federação quanto ao direito à saúde

As contestações apresentadas pelos entes da federação, a fim de que sua responsabilidade seja afastada, sempre tratam do tema pertinente à competência para o fornecimento de medicamentos.

É comum que um ente atribua ao outro a responsabilidade, o que, na tramitação de uma demanda, pode provocar certo tumulto procedimental, deixando, pelo decurso do tempo destinado a discutir as questões não afetas ao direito material propriamente dito, desamparado o paciente que clama pelo fornecimento dos medicamentos de que precisa.

Dessa forma, a interpretação quanto à competência a ser adotada é a que vem se verificando nos tribunais pátrios reconhecendo a solidariedade dos entes federativos[38], entendimento este que preserva a dignidade da pessoa do paciente, o direito geral da personalidade, dentro da relação processual. Isso porque seu direito ao acesso a medicamentos não será prejudicado pela discussão afeta à competência, podendo ser atendido o mais rápido possível.

4.7. Orçamento e saúde: possibilidades e responsabilidades

Um dos polos do debate sobre o acesso a medicamentos diz respeito aos recursos destinados à saúde. Não raras vezes, defende-se que os recursos para a assistência médica e farmacêutica de um modo geral é escassa e, portanto, o excesso de demandas judiciais pleiteando o acesso a medicamentos representa risco à saúde de todos.

Há reiterada menção à teoria da reserva do possível, advinda da Corte Constitucional Federal da Alemanha, segundo a qual as limitações orçamentárias comprometem a implementação dos direitos sociais. Por este motivo, a satisfação destes direitos fica condicionada à existência de condições econômicas.

Em tese, se o Estado diz que não há verbas para a saúde, por exemplo, por falta de recursos, os pedidos para que haja prestações de saúde que dependam desta verba simplesmente não serão implementados.

Ocorre que a referida teoria surgiu na Alemanha, país com contextos político e social completamente diversos do Brasil, razão pela qual sua aplicação na ordem jurídica brasileira constitui uma aberração[39].

Dessa forma, para que a análise deste critério seja levada a efeito de modo justo, é preciso refletir sobre o contexto social e político no Brasil.

Recentes notícias na esfera política levam ao conhecimento dos cidadãos gastos excessivos e impertinentes à sua finalidade com cartões corporativos, pagamento bilionário de horas extras no parlamento, aumento corriqueiro de verbas parlamentares, corrupção desenfreada e diminuição gradativa, em cada proposta orçamentária anual, de recursos destinados à saúde.

Estes são apenas alguns dos exemplos possíveis em meio a tantas outras demonstrações de que arrecadação financeira em importe considerável de fato existe no Brasil, a grande questão é a destinação dos recursos.

No que diz respeito ao contexto social, basta que se tenha a percepção de que os mandatos eletivos seguem sendo cumpridos há muitos anos e não há melhorias significativas quanto ao cumprimento de diversos direitos sociais, dentre eles, o da saúde.

Não é sem razão, portanto, que o caos social se instalou no Brasil e é sentido por todos, seja por meio que meio for: violência, falta de educação de qualidade, ausência de cultura, moradia, assistência à saúde, saneamento básico e assim por diante.

Considerando o contexto exposto, julgar improcedente o pedido numa demanda que envolve o fornecimento de medicamentos sob o pretexto de que o orçamento não é

suficiente significa incentivar os maus gestores de recursos públicos a continuarem o ciclo de corrupção e desperdícios do dinheiro do contribuinte.

Ou seja, o Poder Público estará legitimado a deixar cada vez mais de atender aos direitos sociais, não se tendo dúvida de que, pela forma com que as políticas têm deixado de ser implementadas em explícita afronta ao texto constitucional, chegará o dia em que o Estado simplesmente não mais prestará qualquer assistência pertinente aos direitos sociais.

Esta é a materialização dos direitos na contemporaneidade os quais, em tese, têm caráter extrapatrimonial e indisponível. Em virtude disso, a proteção da vida humana resta fragilizada e com ameaça de chegar ao fim.

Julgar pedidos que visam ao fornecimento de medicamentos sob o fundamento da escassez orçamentária é penalizar o cidadão, em vez de penalizar do gestor público corrupto e incompetente, por fato do qual não tem culpa.

Assim, pelo simples fato de que o Poder Judiciário é a instituição legitimada a buscar a justiça, não permitindo que a injustiça prevaleça, no contexto social e político brasileiro não pode deixar de acatar pedidos para o fornecimento de medicamentos pelo simples pretexto orçamentário.

Este entendimento tem base sólida para ser sustentado porque o assunto do qual se trata neste artigo diz respeito ao bem maior do ser humano: a vida. É possível que se contenham despesas pertinentes a exageros e desvios de verbas, mas não é possível colocar num balanço contábil a vida.

Acatar o critério em apreço para julgar improcedentes os pedidos para o fornecimento de medicamentos relativiza o direito ao acesso a medicamentos e afronta sua irrenunciabilidade e indisponibilidade, comprometendo a dignidade do paciente, concedendo-lhe uma pena de morte cumprida em vida, bem como o submetendo a tratamento desumano e degradante.

Neste caso, contudo, a principal afronta ao direito à vida, às integridades física e psíquica decorre da patrimonialização do direito à saúde. Ao contrário do que se afirmou quando da análise do critério relacionado à hipossuficiência, aqui o direito, em função da consideração econômica que lhe é imposta, não resta preservado, afrontando o caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade.

Um dos principais equívocos que pode ser verificado ao se analisar este aspecto é aquele consoante o qual a recusa em relação aos gastos com um indivíduo proporcionará bem-estar à coletividade, em função da existência de aumento dos recursos disponíveis, como se isto fosse a solução para os problemas da deficitária assistência à saúde no Brasil.

De fato não o é e causa imenso dano à sociedade, posto que cada indivíduo doente sem tratamento faz com que a sociedade tenha de arcar com o custo social das doenças.

Cada paciente não tratado é menos um cidadão vivendo sem dignidade, sem o mínimo da dignidade[40], diga-se, as complicações trazidas pela doença acarretarão demanda de

tratamento no sistema público, a harmonia social resta seriamente comprometida porque os amigos, familiares e o próprio doente sofrem muito, passam a odiar as instituições e a não contribuir com ações em favor da preservação da cidadania.

Além disso, se o paciente for portador de doença mental^[41] seu não-tratamento poderá implicar, o que não tem sido raro nos últimos tempos, homicídios, suicídios, agressões, dentre tantas outras espécies de tragédias, que deixam a sociedade assustada e perplexa, as quais estão ocorrendo em função da negligência dos entes governamentais para com a saúde mental.

Assim, o repúdio a teses orçamentárias totalitárias e extremamente desumanas, tais como a reserva do possível, deve prevalecer sem qualquer exceção, também, neste aspecto, para manter incólumes as previsões do art. 15 do Código Civil e arts. 129 e 131 do Código Penal.

Seus defensores certamente nunca passaram pela profunda dor de precisar, mas não ter acesso a medicamentos, motivo pelo qual não têm a exata dimensão daquilo que estão a tratar, razão pela qual a eles não se deve conferir nenhuma credibilidade ou chance para que suas ideias se tornem a regra.

5. O PACIENTE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO PROCESSUAL

Pouco se escreve, se decide e se reflete sobre a condição do autor da demanda nas causas cujo pedido é o fornecimento de medicamentos.

A experiência demonstra que em causas que envolvem o tema faz com que se possa aferir que os pacientes em busca de seus medicamentos, em sua expressiva maioria, evitam ao máximo procurar o Poder Judiciário.

A explicação para tanto decorre do fato de que além de suportarem sofrimento extremo com a patologia, numa demanda judicial terão de expor sua intimidade a estranhos e, mesmo que se peça seja decretado segredo de justiça na causa, é fato que inúmeras pessoas tomarão ciência de sua condição.

Na imensidão de demandas judiciais, parece que este dado não teria relevância, mas tem! Para quem terá de narrar, conviver e expor sua triste condição de saúde, um processo judicial chega a ser torturante.

Há pessoas que desenvolvem, por exemplo, doenças mentais e, em função disso, considerando a falta de conhecimento sobre o tema na sociedade como um todo, expor essa condição num processo significa poderem ser repudiadas socialmente, o que, evidentemente compromete a sua já fragilizada integridade psíquica, além de sua honra.

Além disso, o processo em si é custoso tanto financeiramente, quanto em termos de tempo e disposição para enfrentar a morosidade, os julgamentos de caráter político e não jurídico, que provocam imensa frustração.

Nesse contexto, é preciso perceber que o paciente, além de sofrer com sua patologia, terá de pedir, de enfrentar preconceitos e falta de conhecimento dos operadores jurídicos quanto aos mecanismos pelos quais funciona a assistência pública de saúde e quanto em relação à sua patologia.

Não se está no presente momento a defender que advogados, juízes e promotores tenham de ser técnicos em aspectos da medicina e administração pública, mas se está fazendo menção a algumas oportunidades em que não se demonstra interesse em conhecer estes aspectos, os quais são de extrema relevância numa causa em que se debate o acesso a medicamentos.

A falta de compreensão da dimensão do exato problema enfrentado pelo paciente[42] lhe causa sofrimento intenso, posto que além de necessitar de medicamentos, de enfrentar sua doença sente-se diminuído, humilhado pela desídia dos que decidem e participam de alguma outra forma da relação processual do qual é a parte autora.

É imprescindível destacar que mesmo os que obtêm sua medicação, enfrentam a desobediência dos entes governamentais em cumprir as ordens judiciais, tanto que não são raras as decisões que impõem multa ou determinam o bloqueio de contas públicas[43]

Não bastasse isso, muitas vezes ocorrem atrasos nas entregas dos medicamentos nas farmácias públicas, o que dá origem a conflitos entre pacientes e servidores, o que aumenta consideravelmente o sofrimento do enfermo.

Sob a perspectiva dos direitos da personalidade, os fundamentos até então postos demonstram que a honra destes pacientes e sua integridade psíquica devem ser protegidas. É preciso levar estas noções acerca dos direitos da personalidade na relação processual para a análise de todos os critérios expostos neste estudo, além de neste caso também haver proteção penal para a ofensa à integridade corporal ou a saúde (tanto física quanto psíquica) de outrem (arts. 129 e 131 do Código Penal).

Somente por meio deste processo interpretativo é que será possível perceber que impedir, com base nas reflexões acerca dos critérios expostos, o acesso a medicamentos significa penalizar o paciente, quando, na verdade, a responsabilidade cabível na matéria é do Estado que não cumpre a Constituição, uma vez que não implementa as políticas públicas necessárias, o que só faz aumentar as demandas judiciais sobre o tema.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as informações e teses expostas ao longo de presente artigo demonstram que o acesso a medicamentos, à luz dos direitos da personalidade na contemporaneidade, é problematização teórica possível em prol da defesa deste direito.

Aos que pregam que as demandas por meio das quais se requer o fornecimento gratuito de medicamentos representam judicialização excessiva e atuação política indevida do Poder Judiciário, restou claro que as causas do crescente número de demandas decorrem da incompetência do Estado em administrar as políticas públicas de saúde, bem como dos cortes orçamentários excessivos, devido à patrimonialização indevida da vida humana.

Assim, refutar pedidos de acesso a fármacos com bases neste tipo de fundamento representa penalizar de forma totalitária e, portanto, injusta os pacientes que, além de sofrerem com sua doença, têm de suportar a profunda dor de não receberem os medicamentos de que precisam, além de passar pelo constrangimento de exporem dados de sua vida a estranhos num processo judicial.

Em virtude disso, defende-se que os critérios para o fornecimento de medicamentos sejam interpretados consoante os parâmetros expostos, a fim de que não se restrinja o fornecimento de medicamentos sob o pretexto de que: a) os medicamentos não estão incluídos nas políticas públicas existentes; b) os medicamentos foram prescritos por médico não pertencente ao quadro do SUS; c) exigência para que haja prévio à Administração Pública para o fornecimento de medicamento; d) os medicamentos são experimentais sem registro junto ao órgão sanitário competente e e) há restrições orçamentárias;

Posicionamento contrário a este, legitima a condenação dos doentes à pena de morte, a qual, conforme já se destacou ao longo deste artigo, é cumprida em vida, expondo, dessa forma, o paciente à tortura e tratamento desumano e degradante, o que é vedado pelo texto constitucional, o que representa, também, afronta aos dispositivos legais que constam dos arts. 15 do Código Civil, 129 e 131 do Código Penal.

Como ensina o Prof. Eroulths Cortiano Junior, é preciso ter em mente que:

O fenômeno da repersonalização do direito vai se impondo como uma resposta à ordem criada e que não mais se encaixa na moldura dos fatos, e tampouco nas esperanças do homem. O direito não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, mas também seu sentido e sua finalidade são a proteção da pessoa. (...) ao jurista cabe, neste final de século, indicar os caminhos a serem tomados pela humanidade (...). se a história da humanidade tem sido a história do flagelo, do sofrimento e da guerra, coloca-se agora possível criar-se a história da solidariedade, justiça e do respeito. (...) Na história da humanidade não se logrou fazer a justiça vencer, e não haverá jamais vitória se não houver discussão e crítica. Se não aprendermos com nossos erros, não haverá justiça. Se não reinventarmos o direito, não haverá justiça. Se não houver respeito à pessoa humana, não haverá justiça. Haverá escuridão[44].

Assim, espera-se que na audiência pública convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal possam ser debatidas as questões postas, sob o ponto de vista ora defendido, a fim de que os Ministros que dele fazem parte não condenem à morte milhares de brasileiros[45].

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil - introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Renovar 2003.

BARROZO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, abr – jun. 2004, n. 18.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Os Direitos da personalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

COLLUCI, C. Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 jan. 2009. Folha Saúde, Caderno 7, p. 13.

JUNIOR, Eroulths Cortiano. “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edosn (org). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, abr- jun, 2001, v.2, n. 6.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, jan-mar 2004, n. 49.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. “Atividade Jurisdicional e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin.” In: KOZICKI, Katya; CHUERI, Vera Karam de (Coords). *Estudos em Direito, Política e Literatura – hermenêutica, justiça e democracia*.v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações Genéricas sobre os direitos da personalidade. *Revista CEJ*, Brasília, abr/jun. 2004, n. 25, p70-73.

PINTO, Paulo Mota “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português.” In: *A constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade. *Revista de direito privado*. São Paulo, jan-mar 2002, n.9.

Sites na internet:

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudienciaSaude.pdf>.

Acesso em 10.03.09).

Disponível em:

<http://www.saude.gov.br>.

Acesso em: 10.03.09).

[1] Os temas elencados são: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudienciaSaude.pdf>. Acesso em 10.03.09).

[2] Estes aspectos são defendidos com base nas noções de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.

[3] Carlos Alberto Bittar dá a exata dimensão do alcance do debate: “Persistem, no entanto, certas divergências doutrinárias, a começar pela própria denominação desses direitos (...). Assim (...) têm sido propostos os seguintes nomes: “direitos da personalidade” (por Gierke, Ferrara e autores mais modernos); “direitos à personalidade” ou “essenciais” ”ou “fundamentais da pessoa” (Ravá, Gangi, De Cupis);

“direitos sobre a própria pessoa”(Windgcheid, Campogrande); “direitos individuais”(Kohler, Gareis); “direitos pessoais” (Wachter, Bruns); “direitos personalíssimos”(Pugliati, Rontondi). (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.2).

[4] “Os direitos da personalidade não se confundem com todos os direitos fundamentais, inclusive com os de primeira geração, máxime os que configuram garantias aos indivíduos em face do Estado, pois são externos à pessoa, não são inatos.” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, abr- jun, 2001, v.2, n. 6, p.79-97). No mesmo sentido: “A tutela dos direitos fundamentais da pessoa na Constituição tem origem e finalidade na necessidade de criar limites ao poder político na sua capacidade para ofender a pessoa, como indivíduo e cidadão. A tutela jurídica funda-se na lei e depende dela. Os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade. (...). As experiências políticas de constitucionalização dos direitos da personalidade não devem esquecer que a defesa da pessoa pelo Direito é muito anterior a qualquer idéia de Constituição.” (PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações Genéricas sobre os direitos da personalidade. *Revista CEJ*, Brasília, abr/jun. 2004, n. 25, p70-73).

[5] Quanto à origem dos direitos da personalidade, adota-se a concepção consoante a qual transcendem o ordenamento positivo, ou seja, são inatos e fundamentais ao homem, verifica-se sua existência antes e sem dependência do direito positivado; o ordenamento jurídico os reconhece, mas não determina sua existência.

[6] JUNIOR, Eroulths Cortiano. “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edosn (org). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.51 a 56.

[7] “De modo mais específico, pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal e administrativa, quando integrante da respectiva legislação ordinária.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil - introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Renovar 2003. p.257).

[8] “Ações judiciais para a aquisição de medicamentos consumiram R\$ 52 milhões do Ministério da Saúde em 2008, o triplo do valor gasto em 2007, revela o levantamento do governo federal. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi de quase 2.000%.” (COLLUCI, C.Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 jan. 2009. Folha Saúde, Caderno 7, p. 13).

[9] Deve-se enfatizar, contudo, o entendimento de que possíveis dúvidas quanto à interpretação da aplicação e alcance dos direitos da personalidade, devem ser dirimidas tomando-se por base o *direito geral*. Por ser geral, permite-se que nele se enquadrem inesgotáveis possibilidades que surgem do caso concreto.

[10] “(...) porque se lhes não contrapõe um dever jurídico de pessoas determinadas, mas uma obrigação universal que não é necessariamente passiva, apesar de o ser

normalmente) (...).”PINTO, Paulo Mota “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português.” In: *A constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 61/83.p. 63.)

[11]“Pode-se dizer, também, serem os direitos da personalidade irrenunciáveis, pois se não é possível alienar a personalidade, então também não há que se falar em renúncia a ela.” (RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade. *Revista de direito privado*. São Paulo, jan-mar 2002, n.9, p.127).

[12] “(...) porque insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar ou até limitá-los, salvo nos casos previstos em lei (...).” (AMARAL, Francisco. Op. Cit. p.252.).

[13] “Do mesmo modo assumem caráter *extrapatrimonial*, com uma natureza diversa de qualquer espécie de consideração econômica, ainda que da sua ofensa vá resultar, em regra, o direito à indenização pecuniária, Esta, entretanto, só vai ter lugar exatamente pela impossibilidade de restituição do bem jurídico violado, dada a sua natureza pessoal e intangível.” (MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, jan-mar 2004, n. 49, p.48).

[14] BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

[15] Reitere-se que esta é concebida como reputação do indivíduo perante o meio social a que pertence (externa ou objetiva) ou perante si mesmo (interna ou objetiva).

[16] As patologias são identificadas por meio dos códigos (letras acompanhadas de números) presentes na “CID –10”, que corresponde à *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*. Ex.: CID-10 F 20 equivale à Esquizofrenia.

[17] Nas reiteradas pesquisas realizadas, constatou-se que os medicamentos de alto custo ou não integram os protocolos clínicos, ou os integram para serem prescritos apenas a uma única patologia, quando, em verdade, podem ser utilizados para mais de uma espécie de doença.

[18] No presente trabalho serão apresentados diversos exemplos pertinentes a doenças mentais, em virtude do fato de que o tratamento destas patologias foge à regra das demais e demonstra como determinadas concepções acerca dos critérios em apreço que impedem o fornecimento de medicamentos estão completamente equivocadas.

[19] São medicamentos de custo unitário elevado, segundo informação que consta do próprio site do Ministério da Saúde (Disponível em: [http://: www..saude.gov.br](http://www.saude.gov.br). Acesso em: 10.03.09).

[20]“1. COMO ESTE MEDICAMENTO FUNCIONA? SEROQUEL pertence a um grupo de medicamentos chamado antipsicóticos, os quais melhoram os sintomas de alguns tipos de transtornos mentais, tais como, alucinações (por exemplo, ouvir vozes

que não estão presentes), ter pensamentos estranhos e assustadores, mudanças no comportamento, sensação de estar sozinho e confuso. SEROQUEL **também pode ser usado para o tratamento de pessoas com um transtorno que afeta o humor, ou seja, quando elas se sentem eufóricas ou excitadas. Pessoas nestas condições, dormem menos que o usual, são mais falantes e têm pensamento e idéias rápidas. Elas também podem se sentir extremamente irritadas.** 2. POR QUE ESTE MEDICAMENTO FOI INDICADO? SEROQUEL está indicado para o tratamento de esquizofrenia (...). SEROQUEL **também pode ser usado para o tratamento de pessoas com um transtorno que afeta o humor, ou seja, quando elas estão eufóricas ou excitadas. Pessoas nestas condições, dormem menos que o usual , são mais falantes e têm pensamento e idéias rápidas. Elas também podem se sentir extremamente irritadas.**” (grifos)

[21] O mesmo ocorre com o medicamento *lamitor*, cujo princípio ativo é a *lamotrigina*. Por ser medicamentos excepcional e de custo considerável para os padrões brasileiros, tem seu fornecimento garantido pelo Portaria 2577/2006 apenas para algumas espécies de epilepsia, quando, na verdade, tem uso possível para diversos transtornos mentais, funcionando como estabilizador de humor. Pacientes com transtorno mental, entretanto, não o recebem gratuitamente.

[22] Sobre a desatualização dos protocolos clínicos, é exemplo a nova fórmula do medicamento *Seroquel*, lançada há alguns meses em sua versão: *Seroquel XRO* . Tem maior eficácia devido ao fato de agir no sistema nervoso por 24 (vinte e quatro) horas, não apenas 12 (doze) horas como seu antecessor. Para pacientes com problemas no sistema nervoso, tais como os doentes mentais, a ação medicamentosa prolongada tem benefícios imensuráveis, já que eles podem ficar permanentemente sem os sintomas da doença, com proteção integral durante o dia e a noite. Uma explicação possível para a desatualização constatada pode ser o preço do referido medicamento, que tem alto custo.

[23] As razões mais comuns para tanto têm como origem efeitos colaterais que o paciente não consegue suportar e ineficácia da droga, já que o organismo não reage à composição química prescrita.

[24] A legislação infraconstitucional também prevê ações consoante o caso concreto. A Lei nº 8.080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde, dispõe: “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para **cada caso** em todos os níveis de complexidade do sistema.” (grifos).

[25] BARROZO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, abr – jun. 2004, n. 18p. 107/109.

[26] A integridade psíquica neste artigo pode ser interpretada no presente estudo das seguintes formas: a) não se pode aumentar o abalo psicológico do paciente em função da não-previsão nos protocolos clínicos do medicamento de que precisa. O abalo interno com a patologia por si só provoca intenso sofrimento ao doente; b) quando se trata de doenças mentais, cujas características serão explicitadas no item “4” deste artigo, porque são a ele pertinentes, a integridade psíquica adiciona ao abalo psicológico provocado pelo não-fornecimento de medicamentos o fato de que a doença atinge diretamente o equilíbrio da mente humana. Assim, em se tratando de doenças psiquiátricas, o direito à vida está diretamente ligado ao direito à integridade psíquica. Caberá ao leitor, em atenção ao assunto que será abordado em cada tópico deste trabalho, entender que se está adotando uma ou outra concepção, tarefa que não encontra dificuldade, posto que os conteúdos serão explícitos a este respeito.

[27] A Lei nº 8.080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde, dispõe: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.(...). Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.”

[28] “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.”

[29] No mesmo sentido: “O fato de o Ministério da Saúde estabelecer que a doença que acomete o Impetrante é tratada com certos medicamentos não impede o fornecimento gratuito de outros, mormente quando o Impetrante fez uso daqueles sem obter qualquer melhora. “ (trecho de voto – TJRP – 5ª CC em Comp. Int. CSE 0496040-3 – Rel. Leonel Cunha – j. 25.11.08); STJ – 1ª T - MC 11.120/RS - Rel. Min. José Delgado – j. 18.05.2006; TJDFT – Conselho Especial - AReg. - 20080020060314MSG – Rel. Waldir Leôncio Júnior - j. em 10.06.2008; TJPR - 4ª CC – MSE – 5026793 – Rel. Salvatore Antonio Astuti – j. 12.12.08; TJPR – 4ª CC em Comp. Int. – MSE – 0506482-6 – Rel. Adlaberto Jorge Xisto Pereira – j. 09.09.08.

[30] O respaldo em laudo médico do profissional que acompanha o paciente é imprescindível e jamais pode ser afastado, pois os operadores jurídicos não têm conhecimento técnico na área médica para desvalorar referido atestado. Não compete ao Judiciário analisar a adequação/necessidade do medicamento postulado, apenas o médico do enfermo detém esta prerrogativa.

[31] “3.7. Orçamento e saúde: possibilidades e responsabilidades”

[32] “RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM ASMA BRÔNQUICA SEVERA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. (...). 3. Assentando o Tribunal a quo concluído que a experiência nos leva a concluir que quem ganha R\$ 350,00(trezentos e cinquenta reais) por mês, não utiliza o telefone de forma a ter uma conta mensal de R\$ 109,11 (cento e nove reais e onze centavos). Partindo do pressuposto de que a declaração de fls. 17 é verdadeira, resta a conclusão de que o autor tem outras fontes de renda, que não ficaram esclarecidas nos autos, para que possa ser avaliada a questão da impossibilidade do autor arcar com os custos dos medicamentos (...). Nenhuma prova foi feita de que o autor não tem condições de comprar o medicamento receitado. (...) Entendo improvidos, portanto, os fatos narrados na inicial constitutivos do direito do autor (fls. 107), afastar tal premissa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ - 1ª T - AgRg nos EDcl no REsp 944.105/RJ - Rel. Min. LUIZ FUX – j. 26.08.2008).

[33] É imprescindível falar em espécie de tratamento a que está submetido o paciente porque este pode pertencer a classe social abastada, mas este fato não o permite dar prosseguimento a longo tratamento cujo custo seja considerável (a exemplo de tratamentos oncológicos, cuja ampola semanal custa em torno de R\$30.000,00 - trinta mil reais). Da mesma forma, é possível que se esteja diante de medicamento que custa em torno de R\$ 100,00 (cem reais) mensais e o paciente que dele necessita não consegue suportar este custo se percebe apenas o valor do salário-mínimo.

[34]“(…) 4. O receituário originário de médico particular, se não infirmado por nenhum elemento em sentido contrário, se qualifica como prova suficiente para atestar a enfermidade que acomete a cidadã e o tratamento ao qual deve se sujeitar de forma a dela restar curada ou como meio paliativo para aliviar suas conseqüências, afigurando-se como estofa para a comprovação do que nele está estampado.” (trecho de voto - TJDFT - 2ª T - AP – 20060110717493 – Rel. TEÓFILO CAETANO – j. em 05.09.07)

[35] Considera-se que a conclusão pelo medicamento pretendido decorra de uma das duas hipóteses: ou houve experiência anterior do paciente com outros medicamentos que não surtiram o efeito pretendido ou lhe causaram sérios efeitos colaterais, ou, de acordo com o seu perfil clínico, seu médico tenha prescrito um único fármaco que possa dar algum resultado ou que já venha contribuindo positivamente para seu tratamento.

[36] Em sentido dissonante a este entendimento: (TJDFT - 6ª Turma Cível - APC – 20060110749612 – Rel. OTÁVIO AUGUSTO – j. 14.11.09)

[37] Há decisões em contrário na própria 4ª CC do TJPR e em outros Tribunais: TJPR - 4ª CC – Rel. Maria Parecida Blanco de Lima – AI – 5361868 – j. 17.02.09; TJDFT – 2ª Turma Cível - AGI 20080020051089AGI – Rel. J.J. Costa Carvalho – j. 06.08.2008; TJDFT – 6ª Turma Cível - AGI 20080020022434– Rel. Ana Maria Duarte Amarante Brito – j. 28.05.2008;

[38] Nesse sentido: TJPR - 5ª C.Cível - ACR 0388698- Rel.: Des. Leonel Cunha - Unânime - j. 14.08.07.

[39] Reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negaram os pedidos para o fornecimento de medicamentos, sob o fundamento de que haveria grave lesão à ordem e economia públicas (a exemplificar: TJPR - Órgão Especial – Suspensão de Liminar 552727-9– Rel. J, Vidal Coelho – j. 22.12.08). Felizmente, há diversas decisões em contrário: TJDFT - 4ª Turma Cível - APC 20060110440205APC – Rel. Hector Valverde Santana - j.10.09.2008; TJRS – AI – 70028204253 – Rel. José S. Trindade – j. 25.02.09; TJRS – AP - 70027768936 – Rel. Claudis Fidélis Faccenda – j. 19.02.09).

[40] “Cotejando a tese de Dworkin referente à ‘única resposta certa’ para os casos colocados sob análise do Judiciário, com esta noção de conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, entendemos ser possível vislumbrar que este mínimo (ético) da dignidade está, de fato, fora do poder discricionário do juiz. Ao se defrontar com a possibilidade de violação deste conteúdo da norma, ele não pode ponderar, afastando-a, mas deve, impreterivelmente, aplicá-la. e neste contexto, a tese da ‘única resposta certa’ assume um colorido diferente, protetor do ser humano como valor último do Direito. Sob esta ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana assume caráter de um instrumento de realização do ideal e dos valores do Estado Democrático de Direito. (...) O Direito é uma categoria intersubjetiva, de modo que as noções de justiça, equidade, devido processo legal observadas por Dworkin somente têm sentido em um ambiente social em que todos os seres humanos tenham acesso a esta justiça, equidade e devido processo legal. Este acesso só se materializa a partir da existência de algumas condições mínimas, sem as quais o ser humano deixa de ser um indivíduo consciente e autônomo, dotado de livre-arbítrio.[40]” OLSEN, Ana Carolina Lopes. “Atividade Jurisdicional e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin.” In: KOZICKI, Katya; CHUERI, Vera Karam de (Coords). *Estudos em Direito, Política e Literatura – hermenêutica, justiça e democracia*.v. 1. Curitiba: Juruá, 2006..

[41] A doença mental é provocada por desequilíbrios químicos no sistema nervoso cuja origem é genética e sem possibilidade de cura conhecida pela medicina até o momento. A única forma de conter o agravamento do quadro clínico do paciente é a utilização de medicamentos. O tratamento não é simples porque ainda não há possibilidade de se medir qual o exato grau de desequilíbrio químico do sistema nervoso do paciente, pois este dado varia de paciente para paciente, de modo que o psiquiatra precisa ministrar aos poucos várias espécies de fármacos, para que se tente alcançar o equilíbrio químico necessário ao controle da doença.

[42] A ausência de compreensão leva aos operadores jurídicos que atuam na causa, especialmente os juízes, a julgarem improcedentes pedidos com base nos critérios expostos ao longo deste artigo sem ter a exata compreensão do que eles significam.

[43] Nesse sentido: STJ - 1ª T - MC – 11.120/RS - Rel. Min. Delgado – j. 18.05.06).

[44] JUNIOR, Eroulths.... Op. Cit.p. 53 a 55.

[45] Alguns julgados proferidos no Supremo Tribunal Federal, em prol do fornecimento de medicamentos, dão esperança a quem deles precisa, razão pela qual se espera que a

alta Corte no país tenha-os na lembrança para os julgamentos que venham a ser feitos após a respectiva audiência pública destinada ao debate da questão. (Ex. STF – RE 195192 – Rel. Ministro Marco Aurélio – j. 22.02.09; STF – RE 271.286 – AGR – Rel. Celso de Mello – j. 12.12.06 e STF – RE 393175 – Rel. Celso de Mello. j. 12.12.06)

**GARANTISMO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE
NA PERSPECTIVA DOS PROTAGONISTAS PENAIS**

**CONSTITUTIONAL GUARANTISM AND PERSONALITY RIGHTS BY THE
VIEW OF CRIMINAL STARRING**

**José Sebastião de Oliveira
João Batista Garcia dos Santos**

RESUMO

O direito de personalidade de concepção civilista, é relativamente moderno no horizonte jurídico mundial e há poucos anos positivado no Código Civil Brasileiro. Todavia, sua origem e aplicação no direito penal é vetusta, sendo acompanhada esta evolução, mediante sua conceituação, desenvolvimento de teoria geral e identificação de objeto, ganhando relevo seu alce à categoria de direito fundamental na seara Constitucional, anotando-se sua utilização sob a égide da Teoria do Garantismo Penal, cuja imbricação força concluir, que personalidade enquanto norma, é princípio de Direito, de ampla aplicação em face dos protagonistas penais e seus processos.

PALAVRAS-CHAVES: PERSONALIDADE; GARANTISMO PENAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS; PRINCÍPIOS.

ABSTRACT

The personality right of civil conception is relatively modern on the legal world horizon and a few years ago positive in the Brazilian Civil Code. However, its origin and application in the criminal law is obsolete, and followed with this development, through its concept, general theory development and object identification, gaining its importance to the category of fundamental right in the constitutional seara to record their use under the aegis of the Guaranteed Penal Theory, which overlap force conclusion that personality is a principle of law, a wide application in view of the protagonists and their criminal cases.

KEYWORDS: PERSONALITY; CRIMINAL GUARANTEED; FUNDAMENTAL RIGHTS; PRINCIPLES.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende verificar a incidência dos direitos da personalidade em face dos protagonistas penais, que neste estudo, são os investigados, processados e apenados, sob o pálio da teoria do garantismo penal como referencial teórico.

Nesta ordem de idéias, objetiva-se concluir se estes direitos, atualmente de cunho civilista, possuem aplicação no âmbito do direito criminal (onde originaram-se na antiguidade clássica) bem como suas vestes e fundamentos.

O método utilizado é o de pesquisas na lei, doutrina e jurisprudências.

2 APONTAMENTOS À TEORIA GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1 Escorço histórico

Os Direitos da Personalidade eram conhecidos desde a antiguidade, mas não como estão delineados na atualidade., quando só recentemente, a partir do Século XX, passou a ter relevância, científica e positiva.

Ensina SZANIAWSKI[1] que cada cidade-estado da antiga Grécia possuía o seu ordenamento jurídico e que *“em muitas destas legislações, já era conhecido o princípio da personalidade do direito, sendo este aplicado nas relações mantidas entre os cidadãos e, principalmente, nas relações mantidas com pessoas de outra cidade-estado e com estrangeiros”*.

O repúdio à injustiça, e as proibições de atos de insolência e excessos de uma pessoa contra a outra, formavam o tripé de proteção da personalidade humana.

Segundo CAPELO DE SOUSA,[2] a tutela da personalidade em Atenas era praticada por uma ação judicial punitiva, inicialmente de caráter penal que punia os ultrajes ou sevícias praticadas contra o cidadão, e ao longo do tempo, passa a sancionar outros *“tipos legais ilícitos”* como a ofensa corporal, a difamação, a violação de mulher ou uso proibido da força sobre a coisa alheia.

Entre os séculos IV e III a.C deu-se o auge da filosofia grega, que influenciou o direito a reconhecer que cada homem possuía personalidade e capacidades jurídicas, com notável incremento para a teoria dos direitos da personalidade.

A lei e seus castigos, deixaram de ser criação divina, sendo assumidos como vontade humana, resultando que *“no pensamento grego clássico e pós-clássico, o homem*

passou a ser tido como a origem e a finalidade da lei e do direito, a nível quer de estado quer universal, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos de personalidade” [3].

Na Roma da época antiga, vigorava a vingança privada que tutelava os direitos da personalidade nos casos de morte, rapto e ofensas corporais entre outros.

Durante a República Romana (510 a.C), surge a lei das XII Tábuas contendo o “*ius civile*” e a vingança privada foi cedendo passo, já que o direito penal que era privado e inserido no direito das obrigações, tornou-se aos poucos, autônomo e o cidadão não pôde mais exercer as ações penais relativas a crimes graves (homicídio por exemplo), que começaram a ser punidos pelo Estado[4].

A República, desestabilizou-se e desapareceu com o fim da classe média, opondo as classes favorecidas e os populares, que constituíam as classes menos favorecidas.

Surge então, o Império Romano, onde o imperador de defensor da “*res publica*”, transmuta-se em Deus.É a denominada era clássica.

Os éditos do pretor ganharam importância, suplantando a lei das XII Tábuas na tutela dos direitos da personalidade, coadjuvados pela “*Lex Aquilia*” e pela “*Lex Cornelia*”.

Todavia, enquanto a “*Lex Cornelia*” tipificava de forma taxativa as injúrias que punia, o édito do pretor o fazia de forma abstrata, como cláusula geral, sendo esta a gênese do direito geral da personalidade.

No Baixo Império, de influência cristã, a tutela dos direitos de personalidade manteve-se pela jurisdição dos tribunais civis e em razão do cristianismo, tutelou-se a personalidade moral e dos bens imateriais do homem.

Com a queda do império romano, iniciou-se a Idade Média e paulatinamente, foi surgindo o conceito moderno de pessoa humana, abeberado em Alberto Magno, São Boaventura e Santo Tomás de Aquino que pontificava: “*pessoa é aquilo que é revestido de dignidade*” [5].

Entre os séculos XVI e XVII, a “*hybris*”, as “*aixias*” e as “*actio iniuriarum*” do direito grego e romano que tutelaram ao seu tempo os direitos da personalidade humana, evoluíram com o “*ius imaginis*”, conferindo o direito da pessoa sobre seu corpo; encarregando-se Hugo Donello da elaboração de alguns conceitos de direitos da personalidade como hoje são conhecidos.

Sob o pálio da doutrina do *direito natural*, [6] foram desenvolvidas no limiar do século XVIII, as noções das tutelas dos direitos individuais e da dignidade da pessoa humana, que culminariam com a moderna doutrina do direito geral da personalidade na metade do século XX.

É curial notar-se que apenas no século XVIII, o Estado reconheceu a proteção da pessoa humana, como na Inglaterra, com o aperfeiçoamento da monarquia legal, que preconizava entre os seus princípios, a *intangibilidade dos direitos fundamentais do*

homem, que evoluiu com a Declaração da Colônia de Virgínia (1776), Declaração de Independência das Treze Colônias Inglesas (1776), Constituição do Estados Unidos da América (1787), Declaração dos Direitos do Homem na França (1789), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1949), até chegar à Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica (1969).

Afirma FLORENCIO[7], que “ ao que parece, os Códigos Português de 1867, o Alemão da lavra dos pandectistas de 1896(BGB) e o Suíço de 1907, foram as mais antigas legislações a cuidar do assunto,porém, ainda muito timidamente.Em 1942,entretanto, o Código Italiano tutelou sistematicamente os direitos da personalidade, em dispositivos que possibilitavam a vítima fazer cessarem as perturbações dessa natureza,assim como obter ressarcimento pelo prejuízo experimentado.

Não se desconsiderando a evolução histórica dos direitos da personalidade, há um consenso, de que o seu direito geral é uma construção da doutrina e jurisprudência alemãs, consoante magistério de COSTA GARCIA[8], como reação aos abusos cometidos pelo nazismo.

Assim é, que foram inseridas na norma constitucional alemã do pós-guerra -a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949- proteções específicas à dignidade da pessoa humana, estabelecendo como invioláveis e inalienáveis, os direitos do homem como fundamento de cada comunidade, além de fixar, que os direitos fundamentais vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição, como direito imediatamente válido, especificando que cada qual tem direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, conquanto não viole os direitos dos outros e não transgrida o ordenamento constitucional ou a lei moral, estipulando destarte, uma cláusula geral da tutela da pessoa.

2.2 Apontamentos à teoria geral dos direitos de personalidade

2.2.1 Conceituação dos direitos de personalidade

A temática dos direitos da personalidade é fundamental no aspecto da proteção da dignidade da pessoa, demonstrando uma importância muito grande na atual sociedade contemporânea, com reflexos diretos na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

No Brasil, os direitos da personalidade, foram introduzidos de forma positiva, inicialmente, na Carta Constitucional de 1988, conforme dispõe o art. 5º.Inc.X, *In verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Com a entrada em vigência do Código Civil, de 2002, complementou-se a proteção já anteriormente encartada na Constituição Federal, outorgando a todos nós importante garantia no resguardo daquilo que nos é mais precioso, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Na lição do jurista DE CUPIS[9], “*A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica*”.

E arremata o mestre italiano:

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se direitos da personalidade. No entanto, na linguagem corrente esta designação é reservada àqueles direitos subjectivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo [10].

Para BITTAR[11], “*Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos*”.

Diversos outros doutrinadores estrangeiros e nacionais conceituaram os direitos de personalidade, entre os quais destacamos: LIMONGI FRANÇA, TOBEÑAS, SAN TIAGO DANTAS, MOTA PINTO, SILVIO RODRIGUES, PERREAU, DE CASTRO, SIMÓN CARREJO, CIFUENTES, ORLANDO GOMES, FRANCISCO AMARAL e DAISY GOGLIANO.

Há controvérsias sobre a categoria de direitos por nós denominados como sendo *direitos da personalidade*, chegando a afirmar SZANIAWSKI[12] que: “*Devido a essas controvérsias, encontraremos diversas correntes que tentam explicar a natureza dos direitos de personalidade, havendo inclusive resistência por parte de alguns autores em admitir a existência dos direitos de personalidade*”.

Notícia COSTA GARCIA[13] que: “*O direito geral da personalidade tem natureza jurídica de conceito indeterminado, da modalidade “conceito normativo”. É preciso, pois, respeitar esta especial natureza do instituto na sua definição, pois não se deve buscar uma categoria fechada, estritamente delimitada. Pelo contrário, a grande vantagem do conceito indeterminado é justamente permitir, pela largueza da sua descrição e por força da operação de concretização, contemplar variadas situações, mantendo-se constantemente atualizado*”.

2.2.2 Objeto do direito da personalidade e sua tutela

Ensina CAPELO DE SOUSA[14] que: “o objecto do direito geral de personalidade tem como limites não apenas os derivados da própria ontologia da personalidade humana mas também os emergentes de especificidade da função jurídica e do fundamento axiológico-normativo do art. 70º do Código Civil Português”.

Complementa ainda, o mesmo autor:

Daqui decorre, nomeadamente, que nem todos os elementos ou expressões humanas integram a noção de “personalidade física ou moral” juscivilisticamente tutelada. Esta terá de consubstanciar, embora na complexidade da sua estrutura, a idéia de um correspondente bem jurídico a tutelar. Ora, não revestem tal natureza, por exemplo, os sentimentos negativos do homem (como o ódio ou o racismo), os ressentimentos manifestamente exagerados em termos de adaptação social, uma hipersensibilidade humana que se deixe atingir por uma crítica normal, a vontade humana dirigida para a prática de actos criminosos ou ilícitos, as obras humanas que constituam falsificações ou contrafacção autoral e as expressões de livre arbítrio que prejudiquem a esfera privada alheia.

COSTA GARCIA[15] afirma que: “o direito geral da personalidade tem objeto limitado, malgrado o grau de indeterminação do conceito. Busca a proteção integral da pessoa no que concerne aos aspectos físicos e morais, bem como preserva a sua esfera de autonomia (liberdade). Protege não só aqueles atributos comuns a todas as pessoas, mas também a individualidade e irrepetibilidade de cada um”.

Podemos alinhar as seguintes tutelas no direito geral da personalidade:

a) tutela inibitória: busca prevenir a ocorrência do ilícito e não o dano, fulcrada no mandamento constitucional de que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

O mencionado dispositivo constitucional convolou-se em princípio genérico de prevenção, independentemente dos princípios específicos contemplados na legislação infraconstitucional.

b) tutela ressarcitória pecuniária: existente a violação, sanciona-se o comportamento do agente, visando o restabelecimento do “*status quo ante*”, mediante pagamento em dinheiro.

c) tutela ressarcitória “*in natura*” : existente a violação, sanciona-se o comportamento do agente, visando o restabelecimento do “*status quo ante*”, mediante um comportamento positivo ou uma abstenção.

d) autotutela: são os praticados em *legítima defesa* e em *estado de necessidade*.

O novo Código Civil Brasileiro disciplinou nos artigos 11 “usque” 21, os direitos da personalidade no nosso direito o que representa notável avanço, “No entanto, este capítulo do Código não pode ser visto e nem interpretado como matriz de toda a idéia sobre direitos da personalidade “ como ressalta BITTAR[16]

3 OS PRINCÍPIOS

3.1 O significado etimológico da palavra princípio

Segundo o dicionário AURELIO[17] a palavra princípio vem do latim *principiu* e entre outros, pode significar: momento ou local ou trecho em que algo tem origem, começo; causa primária, preceito, regra, lei; base germe; origem de algo, ou de uma ação ou de um conhecimento.

Esta ideação de origem ou começo, é realçada no Pentateuco, onde Gênesis é conhecido como o livro dos começos e fixada no seu primeiro versículo: *No princípio criou Deus os céus e a terra*[18].

Atualmente, o vocábulo *princípio* é de vasta utilização nos campos do conhecimento científico, filosófico e teológico ou seja, é uma palavra polissêmica.

3.2 Lineamentos sobre os princípios

Aristóteles na sua *Metaphysica*, no Livro V, alude aos *princípios primeiros*.

Como ensina MACEDO[19], na filosofia são quatro os **princípios lógicos ou metafísicos** que fundamentam o raciocínio pelo que, são conhecidos como *leis lógicas* ou *fundamentais princípios lógicos*:

a) *lei ou princípio de identidade: diz que todo pensamento enunciado é idêntico a si mesmo se sua extensão permanece invariável.*

b) *lei ou princípio de contradição: dois juízos contrários entre si não podem ser ao mesmo tempo verdadeiros: um será verdadeiro e o outro falso.*

c) lei ou princípio do terceiro excluído: de dois juízos contrários entre si, um é necessariamente verdadeiro.

Estes princípios são de Aristóteles.

d) lei ou princípio da razão suficiente: a demonstração da certeza de uma demonstração exige o suficiente conhecimento dos fundamentos bastantes, em virtude do qual tal proposição é verdadeira. Este princípio é de Leibniz.

Podemos citar ainda, os princípios de **metodologia científica** como sendo:

a) fatos: constituem o modo de ser das coisas, existentes extra-mente, ou delas independentes.

b) hipóteses: são o enunciado , ou conjunto de enunciados, que pode ser posto à prova, confirmado só indiretamente, ou por meio de suas conseqüências.

c) axiomas: constituem proposições evidentes e que portanto não precisam de demonstração.

d) definições: como determinação de conceitos, estão presentes em todas as ciências, da demonstração à sistematização.

Os **princípios teológicos** são aqueles que tratam da formulação da doutrina.

3.3 Evolução histórica dos princípios jurídicos

Os princípios jurídicos guardam a sua origem no jusnaturalismo e nesta fase estavam circunscritos a uma esfera abstrata e metafísica, inspiradora do Ideal de Justiça, mas abstraídos de qualquer normatividade, fixados como paradigmas axiomáticos, conquanto abrigados em patamar superior do ordenamento jurídico, no dizer de BONAVIDES[20] “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

A segunda fase da evolução dos princípios jurídicos denomina-se juspositivista, quando são introduzidos nos Códigos, prestando-se subsidiariamente a conferir eficácia às leis nas suas lacunas, defluindo o seu valor por derivarem da lei, consoante os ensinamentos de Gordillo Canãs, Florez Valdez e Joaquim Arce, todos citados por BONAVIDES.

Na terceira fase da evolução dos princípios jurídicos, ocorrida nas últimas décadas do século passado e denominada pós-positivismo, estudos de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, colaboraram para o estabelecimento da hegemonia axiológica dos princípios, que despiram-se da atividade integratória do Direito, positivando-se nos textos constitucionais como fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Ou seja, os princípios saíram dos códigos e do direito privado (jusprivatismo) para as constituições e o direito público (jublicismo) estabelecendo-se a concepção principialista do Direito, consoante o magistério de BONAVIDES[21] que assim se pronuncia:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

A norma e a ética, pontificam, sob o pálio dos ordenamentos jurídicos agasalhados de ideais de justiça e valores sociais materializados nos princípios.

3.4 Conceito de princípio

Levando-se em conta que o vocábulo princípio (do latim *principium*) seja polissêmico, interessa-nos, em particular, o seu significado no âmbito da ciência jurídica.

Ensina CRETELLA JUNIOR[22], que o princípio, em linguagem vulgar designa um início, um começo, em contraposição a um fim,.Seria um ponto inicial.Em sentido técnico, dissentem os doutrinadores em sua conceituação, mas na mesma razão que divergem, são unânimes em afirmar a importância que os princípios desempenham.

Antonio Bandeira de Melo, nos brindou, com antológica definição de princípio, salientando a sua importância, ao afirmar que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [23]

E mais:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.^[24]

O jurista Geraldo Ataliba^[25], com sua habitual clareza, assim definiu princípio:

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo.

Expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até às últimas conseqüências.

3.5 Diferenças entre princípios e regras

Segundo Boulanger, “a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio” o que sob sua ótica, significa que a regra é especial pois se aplica a uma determinada situação jurídica, ao passo que o princípio é geral pois comporta uma série indefinida de aplicações^[26].

Dworkin, também estabeleceu outros dois critérios diferenciadores com o mesmo intuito: o do *tudo* ou *nada* e o do *peso* ou da *importância*.

Por seu turno, Canotilho também estabeleceu diversos critérios para a distinção entre princípios e regras:^[27]

- a) grau de *abstração*.
- b) grau de *determinabilidade*
- c) caráter de *fundamentalidade* no sistema de fontes do direito

- d) *proximidade* da idéia de direito
- e) natureza *normogenética*

Estes, em apertada síntese, os critérios mais aceitos para a diferenciação entre princípios e regras que são espécies, juntamente com os valores, do gênero norma.

4 TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Garantir, é uma palavra de origem francesa, que significa afiançar, assegurar.

O garantismo penal, foi uma resposta ao descompasso existente entre a norma e a sua não efetividade no mundo jurídico, geralmente pautada pelo mistificado discurso de defesa, do estado de direito.

Segundo FERRAJOLI,[28] *“Da palavra garantismo é, então possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si”*.

Pelo primeiro significado, *garantismo* é um modelo normativo de direito no âmbito penal, qual seja: o modelo de “estrita legalidade”, assim definido pelo autor: *“sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”*.

Pelo segundo significado, *garantismo* designa uma teoria jurídica de validade e de efetividade.

E pelo terceiro significado, *garantismo* exprime uma filosofia política *“que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”*.

A teoria do garantismo penal, é uma doutrina jurídica de legitimação e perda da legitimação interna do direito penal, fornecendo uma visão crítica aos operadores do direito e estabelecida no Estado Democrático, a fim de resolver um modelo normativo, pratico e operativo.

Iniciou-se no direito penal italiano, tendo em vista a constatação naquele modelo penal, de que havia uma grande divergência entre a norma e a solução judicial, que reduzia-se a uma não efetividade daquela mesma norma.

Diante dessa divergência, surge o *garantismo* como a solução das diferenças políticas e das culturas jurídicas, em defesa do Estado Democrático de Direito, estabelecendo garantias visando uma prestação jurisdicional, consentânea com a legalidade.

O garantismo penal é teoria focada no indivíduo e na violação de seus direitos, tutelados pela Constituição Federal e demais legislações.

É difundida no direito criminal brasileiro, como bem se observa da inclusa jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal, onde fundamentou o recurso vencedor de *habeas corpus* nº 81057 de São Paulo, julgado em 25/05/2004 pela Primeira Turma, cujo relator para o Acórdão foi o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE inclusive, mediante a utilização da obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* do doutrinador Luigui FERRAJOLI, citada neste trabalho[29].

Dentre os doutrinadores pátrios, comentadores do garantismo penal, destaca-se FERNADES[30] quando afirma:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro país a introduzir em seu texto normas desse teor (José Afonso da Silva, salienta que a primeira Constituição do mundo que deu concreção jurídica aos direitos do homem foi a Constituição imperial de 1824, anterior à da Bélgica, de 1831, à qual se tem dado a primazia).

Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.

A conseqüência imediata foi a substituição das Cartas Constitucionais políticas, liberalistas, pelas Cartas Constitucionais garantidoras dos direitos sociais, prevendo a intervenção do Estado na economia, notadamente, no México (Revolução Zapatista); União Soviética (Revolução Bolchevique); Alemanha (1ª Grande Guerra Mundial, com a Constituição de Weimar); e no Brasil, com a Constituição de 1934 do período do Governo Getúlio Vargas.

5 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: O ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos fundamentais comportam diversas denominações como *direitos humanos*, *direitos individuais* e *direitos naturais* entre outras, constituindo em essência as normas inerentes à soberania popular.

BONAVIDES[31] afirma que “*Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo*” concluindo ser esta uma aceção lata, fornecendo outrossim, uma aceção mais normativa, também de Hesse, de que “*direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais*”.

Os direitos e as garantias fundamentais, tem a natureza de normas constitucionais positivas.

O direito de defesa e a sua instrumentalização, constituem finalidades dos direitos fundamentais.

Ensina BULOS[32], forte nos escólios de Canotilho, Paolo Barile e José Carlos Vieira de Andrade que: “*Como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos*”.

Já “*no posto de direitos instrumentais, consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal, etc.) fornecendo-lhes os mecanismos de tutela (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, etc.)*”.

Remata ainda o doutrinador mencionado, afirmando que: “*a finalidade instrumental das liberdades públicas permite ao particular reivindicar do Estado o cumprimento de prestações sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.); a proteção contra atos de terceiros (segurança, inviolabilidade de domicílio, dados informáticos, direito de reunião, etc) e tutela contra a discriminações (desrespeito à igualdade, proibição ao racismo, preconceito religioso, distinções de sexo, origem, cor, etc)*”.[33]

Atentos ao artigo 5º da vigente Constituição Federal, podemos destacar os seguintes princípios constitucionais penais, todos informativos do garantismo penal:

- princípio da **legalidade**.
- princípio da **humanidade**.
- princípio da **culpabilidade**.
- princípio da **intervenção mínima**.
- princípios da **personalidade** e da **individualização da pena**.

Comentando estes princípios, leciona Luisi:[34]

A presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de direito penal constitucional e de princípios constitucionais influentes em matéria penal.

Os primeiros são exclusiva e tipicamente penais, comportando sejam divididos em princípios explícitos e implícitos.

Os explícitos estão enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da Constituição. Os implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidos.

Os segundos, os pertinentes a matéria penal, geralmente não propriamente criminais, impondo-se tanto ao legislador penal como ao legislador civil, tributário, agrário, etc....Referem-se prevalentemente ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o direito penal se constitua em um poderoso instrumento de tutela de bens de relevância social.

Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embasadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios o postulado da legalidade dos delitos e das penas que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa.

Também o princípio da pessoalidade da pena, expressa uma exigência de limitação da sanção penal estritamente à pessoa do réu. Tais princípios e outros similares, como os da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade, marginam e condicionam o poder punitivo do Estado, e, segundo o magistério de F. Palazzo “situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal”.

Em sua maioria, -se não tem sua totalidade- os princípios constitucionais especificamente penais, são princípios garantidores que assinalam a presença das normativas características do Rechtsstaats.

6 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO INVESTIGADO, DO ACUSADO E DO APENADO

Quando falamos do investigado, do acusado e do apenado, estamos falando do jurisdicionado que sofreu a persecução penal e terminou sendo condenado.

Em todas essas fases, inquérito policial, processo penal e execução criminal, os direitos de personalidade se fazem presentes.

Na fase do inquérito policial que no direito processual penal brasileiro é inquisitivo, o investigado possui entre outros, os seguintes direitos:

O direito ao silêncio, de não participar da reconstituição de crime, de não se submeter a exame grafotécnico, de recusar teste de bafômetro, de recusar a fornecer sangue ou qualquer outro material genético para exames -*consubstanciando o nemo tenetur se detegere*- de avisar a família de sua prisão, de estar acompanhado de advogado em seu interrogatório, de saber qual autoridade determinou a sua custódia, de não ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita da autoridade competente, a inviolabilidade de seu domicílio, de comunicações, etc.

Na fase do processo penal, o acusado possui, entre outras garantias:

Ao juiz natural, ao promotor natural, ao devido processo legal, ao contraditório, à reserva legal, a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a presunção de inocência, a irretroatividade da lei penal, o direito de ser julgado em tempo razoável ou ser posto em liberdade[35], a individualização da pena, etc.

O mesmo pode dizer-se do princípio da dignidade humana, também albergado pelo direito processual penal, como bem se observa da seguinte jurisprudência, emanada do Supremo Tribunal Federal que pela sua Segunda Turma, julgou em 04 de março de 2008 o *habeas corpus* nº 91662 do Paraná, sendo relator o Ministro Celso de Mello que concedeu a ordem, fincado no mencionado princípio[36].

Na fase de cumprimento de pena, o apenado conserva os seus direitos de personalidade, lhe sendo garantido entre outros:

O uso de vestuário, alimentação, prestação de assistência religiosa, médica e sanitária, o trabalho e estudo para a remissão da pena, a proibição das penas cruéis, de trabalhos forçados, o banimento, a pena de prisão perpétua, cumprir pena estabelecimentos penais distintos de acordo com a natureza do delito, sexo e idade, o respeito à intimidade, integridade física e moral, bem como a amamentação aos filhos das presas, a indenização por erro judiciário ou por cumprimento de pena além da fixada na condenação, a percepção de salário por trabalho externo, etc.

7 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todo direito da personalidade é direito fundamental, já o contrário não pode ser afirmado.

Os Direitos Fundamentais, são os que se mostram formalmente expostos na Constituição Federal de 1988, sendo certo de que o critério que os delimita é o da fonte de sua atribuição, compreendendo eles, no rol dos direitos, as liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Expõe, LOBO DA COSTA,[37] que “ atuando como principio, a dignidade da pessoa humana determina o absoluto respeito ao núcleo dos direitos fundamentais, vida,

integridade física e psíquica, liberdade, autonomia e igualdade, devendo ser utilizada em situações-limite, caracterizadas pela dominação ou subjugação da pessoa.

Têm-se que o princípio da dignidade humana “constitui o princípio da culpabilidade no âmbito do Direito Penal, de modo que, estabelece concretude e especificidade àquele”.

Antevia-se, que no âmbito penal e processual penal, os direitos dos investigados, dos acusados e dos apenados, assentam-se em direitos fundamentais.

E por tal, tem-se observado no nosso ordenamento jurídico, a evolução do direito constitucional penal e do direito constitucional processual penal, ambos de cunho eminentemente garantista, em adequação ao relacionamento umbilical entre o processo, Estado e Constituição, aviventando as garantias do acusado.

Exemplificamos, com a cláusula constitucional do “*dues process of law*” que encontra, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, a vedação por completo de sua utilização, quando não respeitados os limites éticos-jurídicos na sua produção, consoante tem reiterado o Supremo Tribunal Federal[38].

A este respeito, leciona FACHIN[39] citando Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart:

... a Constituição “não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita.

O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção dos direitos materiais que podem ser violados.

Em outras palavras, “*a norma constitucional proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo*”.

Posição que ecoa em CANOTILHO[40] que preconiza:

O discurso “anti-garantístico” insinua, como é bom de ver, que a “Constituição dos direitos” e o “direito penal da liberdade” devem ser lidos ao contrário. O repto atinge o seu paroxismo nos tempos mais recentes, e em muitos campos minados de “inimizades” e de prevenção. É aqui que, mais uma vez, é posta à prova a idéia deste ponto do nosso trabalho, ou seja, raízes e cumplicidade dos direitos constitucional e penal.

Percebe-se hialinamente, na lei, na doutrina e na jurisprudência a correspondência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, apenas que “ os direitos fundamentais foram criados e concebidos tendo em vista a tutela das esferas privadas perante a ingerências do poder público- trata-se de direitos dos indivíduos face ao Estado; enquanto os direitos de personalidade, pelo contrário atendendo aos seu profundo sentido ético, não se circunscrevem a relações de natureza vertical – impõem-se a todos os níveis e em todas as direções, designadamente nas relações de direito privado”[41].

8 CONCLUSÃO

Na legislação pátria, a personalidade é positivada no art. 2º do Código Civil:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Todavia, infere-se deste modesto estudo, que personalidade enquanto norma é **princípio** e não **regra**, já que a pessoa humana é destinatária de todos os **conteúdos jurídicos** criados pela humanidade.

Sem a vida, não se pode falar em dignidade humana, alçada por muitos, a princípio-mor.

Tanto os nascituros, quanto os mortos, gozam de proteção jurídica, que não se confundem com personalidade, já que desprovidos desta.

Os prisioneiros dos campos de concentração hitleristas, como também os prisioneiros dos Gulags soviéticos, os de Abu Ghraib ou de Guantánamo, possuíam, ou possuem, a indisponível dignidade humana, ainda que, um tanto quanto suprimida ou rarefeita.

Porém, ao esvaír-se a vida, que carrega consigo a personalidade, evidentemente perece junto, a dignidade humana.

Logo, é concebível a personalidade desacompanhada de dignidade, porquanto mitigada à quase inexistência, mas, o contrário é impossível.

Percebe-se a efetividade da incidência dos direitos de personalidade em face dos protagonistas penais, todavia, permeados de abstração, irradiados pela proximidade da idéia de direito e como fundamento de validade de regras, caracterizadores dos princípios.

Desde o tempo dos éditos dos pretores, o direito da personalidade se apresentava como cláusula geral, similar ao sistema aberto do princípio que “*é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações*” [42] conforme GRAU.

E estas aplicações esparramam-se pelo Direito.

No âmbito penal, os direitos de personalidade coincidem com os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, tanto que hodiernamente são considerados sinônimos, por juristas de escol.

Conclui-se que direitos de personalidade irromperam como tutela penal na antiguidade clássica e agora retomam esta tutela, em face de sua constitucionalização, **sob as vestes de princípio informativo** do direito penal constitucional e do direito processual penal constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALUTA, José Jairo e CUNHA, J.S. Fagundes. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. 1. ed. Curitiba: Juruá. 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. / 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direitos Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CORDOBA, Jorge E; TORRES, Julio C. Sáchez. *Derechos Personalísimos*. Córdoba-Argentina: Alveroni Ediciones, 1966.

COSTA GARCIA, Enéas. *Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v.X, Rio de Janeiro:Forense, 1972.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes Editora, 1961.

DRAY, Guilherme Machado. *Direitos da Personalidade: Anotações ao Código Civil Português e ao Código do Trabalho*. Coimbra-Portugal, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. *Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora de Direito-LED, 2005.

LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A Dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MEIRA, Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas*. 3.ed., Rio de Janeiro:Forense,1972.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[1] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2ª. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

[2] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A.. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 44.

[3] CAPELO DE SOUSA, obra citada, pag. 47.

[4] Cf. MEIRA, Silvio A.B.A *Lei das XII Tábuas*.3.ed.,Rio de Janeiro:Forense,1972.p.15

[5] SZANIAWSKI, obra citada, p. 36.

[6] CORDOBA, Jorge E;TORRES, Julio C. Sáchez.Derechos Personalísimos.Córdoba-Argentina: Alveroni Ediciones,1966.p.19-20.

[7] FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes.*Direitos da Personalidade no NovoCódigo Civil*.São Paulo: Editora de Direito-LED,2005, p.146.

[8] COSTA GARCIA, Enéas. *Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 75

- [9] DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Moraes Editora, 1961, p. 13.
- [10] DE CUPIS. Obra citada, p. 17.
- [11] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed/2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.1.
- [12] SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 71.
- [13] Obra citada, p. 85
- [14] CAPELO DE SOUZA, obra citada, p. 516.
- [15] COSTA GARCIA, Enéas. Obra citada, p. 152.
- [16] BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p.46.
- [17] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Aurélio Século XXI. 3ª ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. p. 1639.
- [18] A BÍBLIA SAGRADA, tradução de João Ferreira de Almeida, Editora Vida, 1984, p. 09.
- [19] MACEDO, Silvio *apud* Enciclopédia Saraiva do Direito, ed. comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 11 e 12.
- [20] BONAVIDES, PAULO, *Apud* Ruy Samuel Espíndola. Conceito de Princípios Constitucionais. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.
- [21] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 265.
- [22] Cf. CRETILLA JUNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, v.X, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.18.
- [23] MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. Malheiros. São Paulo, 2000. p. 747
- [24] MELO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 748.
- [25] ATALIBA, Geraldo. República e constituição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1985. p. 6 e 7.
- [26] GRAU, Eros Roberto *apud* Espíndola, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 64.
- [27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *apud* Espíndola, Ruy Samuel, obra citada, p. 65.

[28] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Ed. São Paulo:Revista dos Tribunais.2006, p.785.

[29] EMENTA: Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica.

[30] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*.1ª ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p. 11.

[31] BONAVIDES, Paulo.*Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed.São Paulo:Malheiros,2008.p.560.

[32] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*.3ª ed.São Paulo: Saraiva, 2008. p.

404.

[33] BULOS, obra citada, p. 405.

[34] LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed.Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003. p.13.

[35] BALUTA, José Jairo e CUNHA, J.S.Fagundes.O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica. 1ª Ed. Curitiba: Juruá. 1997, p.101.

[36] E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - PEDIDO DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. - Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmudar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.

[37] LOBO DA COSTA, Helena Regina.A Dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.122.

[38] “No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre a obtenção e/ou produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se

revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de moer particular”.

Ministro Celso de Mello no RE nº 251.445/GO.

[39] FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Editora Método. 2008. p. 289.

[40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 235.

[41] Cf. DRAY, Guilherme Machado. Direitos da Personalidade: Anotações ao Código Civil Português e ao Código do Trabalho. 2006, p. 28.

[42] GRAU, Eros Roberto, apud Rothenburg, Claudius Walter. Princípios Constitucionais. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

PERSONALITY RIGHTS OF THE EMPLOYEE IN THE WORKING ENVIRONMENT

**Leda Maria Messias da Silva
Lory Kurahashi**

RESUMO

RESUMO: O presente artigo tem como escopo, analisar os direitos da personalidade no que tange à pessoa do empregado. Primeiramente abordou-se um estudo da teoria geral dos direitos da personalidade, e posteriormente, seu alcance no âmbito das relações de trabalho, onde o empregado, o qual necessita de ambiente de trabalho que lhe preserve a vida, com dignidade humana, vem a ser sujeito de direitos, passível de proteção jurídica, quando está diante de lesões em seus bens extrapatrimoniais. Ademais, o meio ambiente de trabalho digno é importante para a preservação da integridade física e psíquica do obreiro. Assunto polêmico, contemporâneo devido à positivação pelo Código Civil de 2002, os direitos de personalidade, porém, ainda, carecem de mais estudos, devido aos fatos que ocorrem no ambiente de trabalho, que podem constituir em lesões aos direitos de personalidade dos empregados.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE; EMPREGADO; MEIO AMBIENTE DE TRABALHO.

ABSTRACT

ABSTRACT: The present article has as goal to analyze the personality rights concerning to the employee. First it was approached a study of the general theory of personality rights, and afterwards, its grasp within the ambit of work ratio, from where the employee, who needs a working environment that preserves his/her life with human dignity, s/he becomes a person with rights of having juridical protection when s/he is facing grievance procedures in his/her sentimental values. Furthermore, a worthy working environment is important to preserve the physical and psychic integrity of the worker. It is a controversial subject, contemporary due to the positive light of the Civil Code of 2002, the personality rights still lacks more studies though, due to the fact that occurs in the working environment, that can constitute in grievance in personality rights of the employees.

KEYWORDS: PERSONALITY RIGHTS, EMPLOYEE, WORKING ENVIRONMENT.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se justifica pela necessidade de proteção aos direitos da personalidade do empregado no ambiente de trabalho.

A proteção aos direitos da personalidade tornou-se uma necessidade imediata, pois a competição gerada pela globalização e as novas tecnologias, cada vez mais representam ameaças aos atributos personalíssimos do homem, especialmente o subordinado-empregado. Os direitos à honra, à imagem, à privacidade, à dignidade humana, dentre outros, no ambiente de trabalho, devem ser resguardados.

Desta feita, a proteção aos direitos da personalidade tornou-se tema de grande importância, alcançando posição de destaque tanto na doutrina quanto nas legislações. Nos meandros dessa nova tendência, o Código Civil Brasileiro de 2002, conferiu-lhe tratamento especial, dedicando 11 (onze) artigos, agrupado em um Capítulo, denominado: Dos Direitos da Personalidade.

Portanto, o objetivo geral desse artigo, é analisar e compreender a tendência e proteção dos direitos de personalidade do empregado, e os objetivos específicos são elaborar um breve estudo da teoria geral dos direitos da personalidade, seu conceito, previsão legal, características e classificações, especificar os principais direitos de personalidade do empregado, analisar e destacar a importância dessa proteção acerca desses direitos, e a pessoa do obreiro inserido no local de trabalho.

O referido local de trabalho é o meio ambiente em que o empregado subordinado passa a maior parte de sua vida, e seu serviço seja físico ou mental, é uma prestação de seu esforço e dedicação. Para a execução dos serviços, são necessários vários cuidados, principalmente de prevenção que são fiscalizados por órgãos específicos a este ramo.

Vários são os problemas sem solução no que tange este assunto, pois, a nova realidade econômica, caracterizada pela abertura da economia brasileira, a liberação dos preços, a privatização, a formação dos blocos econômicos, a criação dos controles de qualidade, afirmação do capitalismo, desenvolvimento tecnológico e globalização, exigem que as empresas busquem alternativas para viver neste novo momento da economia do mercado e de produção, com baixos custos. Como fazê-lo sem ferir a dignidade do trabalhador? Como competir, principalmente as pequenas empresas com as grandes, sem aviltar os direitos personalíssimos dos empregados subordinados e principalmente em momento de crise mundial?

Em razão da rápida difusão das notícias envolvendo interesses sociais e particulares e também valores culturais, o tema que ora se propõe é proeminente, não só pela complexidade, como também pela violência do desrespeito aos direitos da personalidade do trabalhador empregado, ferindo a dignidade humana.

Trata-se de um estudo observacional, cuja metodologia científica versará no raciocínio indutivo, e o método auxiliar será exploratório, com abordagem histórica e atual, e

pesquisa de natureza descritiva, e bibliográfica. Ademais, a pesquisa foi formulada com busca em dados secundários. Este estudo utilizará dados já publicados, indicados para revisões, sínteses, oferecendo recursos para estudos posteriores e sendo especialmente útil para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de novas idéias. A revisão bibliográfica sobre o direito de personalidade do trabalhador, mostrará suas características e influências. O estudo é permeado pelas questões levantadas em artigos, periódicos científicos, doutrinas, publicações disponíveis na Internet, leis, jurisprudências, análise de casos concretos e de projetos de lei, enfim o que for pertinente ao estudo.

O tema que ora se propõe “Os direitos da personalidade do empregado no ambiente de trabalho” é bastante complexo, portanto, não há pretensão em esgotá-lo, e sim, trazer uma reflexão acerca do tema, ficando apenas a expectativa de que o presente trabalho possa servir como contribuição, ainda que modesta, aos estudiosos e aplicadores do Direito.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A idéia de personalidade está ligada à pessoa, pois assim terá capacidade de obterem direitos e adquirirem deveres. Esse direito de personalidade, tratado neste estudo, é imposto pelo ordenamento jurídico, e atinge um conjunto de valores intelectual, moral e físico do ser, considerando a pessoa em si, ou ligada a uma sociedade.

2.1 Conceito

Para Amauri Mascaro Nascimento, “Direitos de personalidade são aqueles de natureza extrapatrimonial que se referem aos atributos essenciais definidores da pessoa, e dentre todos os direitos são aqueles que mais de perto procuram valorizar a dignidade do ser humano”.^[1]

Direitos da personalidade e o vocábulo personalidade são diferentes, apesar de próximos por se interligarem no que tange a causa e efeito, Giselle Câmara Groeninga, vem esclarecer sobre a formação da personalidade em vocábulo, “[...] É a condição ou maneira de ser da pessoa”. Ademais a autora relata:

Em Psicanálise, o termo *personalidade* tem um sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser, e da forma como o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros. A personalidade se constrói pela combinação de aspectos herdados e constitucionais,

com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser.[2]

O meio ambiente social, familiar, e profissional, contribui para a formação da personalidade de um ser humano, no qual será sempre passível de amadurecimento. Porém esse trabalho não pretende abordar questões de cunho psicológico, mas sim jurídicas que têm a finalidade de trazer proteção ao rol dos direitos da personalidade, quando ofendidos. Esta ofensa vem a ser a causa, que tem como efeito um prejuízo pessoal individual, que encontra proteção e restabelecimento nos direitos da personalidade.

Os bens da personalidade se referem à essência do ser humano, e conseqüentemente, o direito da personalidade vem para proteger estes bens, para dar existência digna à pessoa, e de acordo está Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa.[3]

Os direitos da personalidade são valores subjetivos e razão de existência do ser humano, Adriano de Cupis comenta em sua obra:

No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal [...]. [4]

Antonio Bento Betioli preleciona:

O que se entende, então, por direitos da personalidade? São aqueles direitos que o ser humano tem em face de sua própria condição. Voltam-se para aspectos íntimos da pessoa, ou seja, tomada esta em si, como ente individualizado na sociedade. Através

deles, a pessoa é protegida em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade; eles compreendem atributos próprios de sua individualidade, e não componentes gerais (como a idade, a saúde mental, o fato do nascimento, etc.) levados em conta nos direitos da pessoa.[5]

Qualidades internas do homem, é o que diferencia dos demais, e segundo Ana Cláudia Pirajá Bandeira, personalidade vem a ser:

A personalidade é atributo que se agrega ao homem, conferindo-lhe características próprias e diferentes de todos os demais seres existentes na natureza. De fato, é a personalidade que confere ao indivíduo, de modo geral, uma fisionomia única, e peculiar, derivando daí a característica de irrepetibilidade de cada ser humano, à medida que a configuração biopsíquica nunca se manifesta igualmente em duas pessoas. Em razão desses fatos, evidente a necessidade de proteção da personalidade em face de eventuais lesões contra ela perpetradas.[6]

Goffredo Telles Júnior, traz os ensinamentos de Adriano De Cupis, que ressalta o valor dos bens extrapatrimoniais, ou seja, valores de coisas que não tem preço:

Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser.[7]

Carlos Alberto Bittar corrobora sua opinião sobre a dificuldade da teoria dos direitos da personalidade:

Em verdade, o universo desses direitos está eivado de dificuldades, que decorrem principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como liberdades públicas; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas.[8]

A projeção de um homem na sociedade, tem importância individual de cada ser, e a distinção quanto aos direitos da personalidade é feita com propriedade por Carlos Alberto Bittar:

Distinguem-se, assim, os direitos em questão dos de personalidade, tanto sob a perspectiva de análise, como sob o aspecto intrínseco, versado estes a respeito de elementos individualizadores do ser, e conseqüentemente, sobre componentes de sua personalidade. Daí o nome “direitos personalíssimos” com que foram, durante muito tempo, conhecidos: voltam-se, pois, para aspectos íntimos da pessoa, ou seja, tomada esta em si, como ente individualizado na sociedade. A pessoa é protegida em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade.[9]

Naturalmente, envolve o complexo valorativo intrínseco (intelectual e moral) e extrínseco (físico) do ser, abrangendo a pessoa em si, ou integrado à sociedade. Ademais Silvio Romero Beltrão complementa, que os bens extrapatrimoniais de um indivíduo não têm preço, que se lesados apresenta reflexo patrimonial, porém não devem utilizar o instituto como forma de enriquecimento, apesar de que a reparação de uma ofensa física ou moral é subjetivo de cada ser, o que leva o assunto a uma polêmica:

[...] os bens da personalidade possuem uma correlação imediata com o interesse econômico, em que, diante da evolução social e correspondente disposição constitucional e civil, há um reflexo patrimonial nos direitos da personalidade. É certo que o remédio contra lesões aos direitos da personalidade são de fato as aplicações de medidas próprias que visem à cessação da ofensa e à reintegração específica do bem violado, acrescido do ressarcimento patrimonial. Por sua vez, o valor da indenização vai depender da hipótese em concreto, como resposta ao fato que constitui a lesão. Contudo já apresentava Adriano de Cupis, há uma indiscutível tendência em se atribuir uma maior preocupação pela possibilidade de enriquecimento do que pelo bem físico ou moral da pessoa.[10]

Os direitos da personalidade diferenciam-se dos outros direitos por serem direitos absolutos, já que toda pessoa está obrigada a defender e respeitar seus próprios direitos humanos, de modo que outrem não possa atentar contra sua vida, sua saúde, seu corpo, sua honra, entre outros.

2.2 Previsão legal

Atualmente no Brasil, no que tange os Direitos da Personalidade em relação a previsão legal, é bem colocada por Antonio Bento Betioli:

Em primeiro, salientamos o fato de que o novo Código Civil, ao dedicar aos direitos da personalidade um capítulo específico na sua Parte Geral (artigos 11 a 21), deu um passo decisivo para a sistematização e o reconhecimento legislativo dos mesmos. E andou bem o legislador ao incluir estas disposições sobre os direitos da personalidade, uma vez que, como já foi lembrado, a pessoa é o “valor-fonte” de todos os valores jurídicos, na expressão de Miguel Reale.^[11]

O Código Civil vem tratar dos direitos da personalidade no Título I – Das Pessoas Naturais, em seu capítulo II, dos artigos 11 ao 21^[12], essa inovação foi um progresso, que resultou na inserção de um novo capítulo no diploma, e esta novidade contemporânea positivada, apesar da proteção do bem imaterial ser antigo, todas têm como centro, o ser humano, como traz em seu primeiro livro Das pessoas.

A fundamentação constitucional, também, bem colocada por Giselle Câmara Groeninga, a qual corrobora que, “[...] se podem observar os movimentos de constitucionalização e de repersonalização do Direito Civil”.^[13]

A Constituição permitiu que apareça alguns direitos da personalidade em seus primeiros artigos, que são nomeados de fundamentais, como os:

- a) Da dignidade humana no artigo 1º, inciso III;^[14]
- b) Artigo 5º, X, da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que se feridos encontram proteção ;^[15]
- c) Artigo 60, § 4º, IV, não discutir assuntos tendentes à abolir os direitos e garantias fundamentais;^[16]
- d) Artigos 194 e 196 - saúde;^[17]
- e) Artigo 199 §4º - integridade pessoal;^[18]
- f) Artigo 205 – educação;^[19]
- g) Artigo 220 – liberdade de pensamento;^[20]
- h) Artigo 228 – inimputabilidade dos menores de 18 anos;^[21]
- i) Artigo 229 – alimentos;^[22]
- j) Artigo 230 da CF – dignidade à vida.^[23]

Seguir-se-á analisando cada espécie dos direitos da personalidade, mencionados acima, porém não se pode confundir direitos fundamentais com os direitos de personalidade. A maioria dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, porém, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Ou seja, todo direito da personalidade são direitos fundamentais, mas nem todo direito fundamental são direitos da personalidade.

Portanto, não há em que se falar em diferenças, mesmo porque os direitos sociais, da personalidade e o princípio da dignidade humana estão dentro dos direitos fundamentais, conforme comenta Zulmar Antonio Fachin, “[...] Ao estabelecer as *cláusula pétreas*, o constituinte vedou a supressão dos direitos fundamentais da pessoa humana, nos quais estão incluídos os direitos da personalidade”.^[24]

2.3 Características

Notou-se no artigo 11 do CC que os direitos da personalidade, estão positivados com adjetivos intransmissíveis e irrenunciáveis, porém Bruno Miragem^[25] comenta e sua obra, sobre o Projeto de Lei do Deputado Ricardo Fiúza, que visa modificar a redação atual do artigo 11 do CC/02, em: “natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, já aceitam a nova redação, e os caracteriza da seguinte forma:

Sendo direitos ínsitos à pessoa, em suas projeções física, mental e moral, os direitos da personalidade são dotados de certas características particulares, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados.

Assim, os direitos da personalidade são:

- a) absolutos;
- b) gerais;
- c) extrapatrimoniais;
- d) indisponíveis;
- e) imprescritíveis;
- f) impenhoráveis;
- g) vitalícios.^[26]

E, finalmente, Zulmar Antonio Fachin complementa:

Os direitos da personalidade têm características próprias que, muitas vezes, os distinguem dos direitos pertencentes a outras categorias. Trata-se, em regra, de direitos inatos, essenciais, imprescritíveis, vitalícios, impenhoráveis, extrapatrimoniais, e irrenunciáveis.^[27]

Já Carlos Roberto Gonçalves diz, que além destes acima, são: ilimitados e inexpressíveis.^[28]

Diante das novas adjetivações e qualificações dos direitos da personalidade, apesar de ainda não codificados, brevemente esclarecer-se-á, cada um:

a) **INTRANSMISSÍVEIS E IRRENUNCIÁVEIS** – Ou intransmissibilidade e Irrenunciabilidade, acarretam em indisponibilidade, ou seja, os direitos da personalidade não estão a disposição para os outros, os titulares desses direitos não podem dispor destes a terceiros, de forma a transmitir por doação, por renúncia ou abandono, por isso em regra geral são absolutos, porém há exceções, que os tornam relativos, como nos casos de: cessão gratuita de órgãos do corpo humano, como autorização contratual de edição de obra literária, criação intelectual de produtos, marcas e desenhos. Também nos caso de ofensa ao direito à honra e imagem serem transferidos para seus sucessores, como prevê o artigo 493 do CC/02, onde o direito de exigir reparação e a obrigação de prestar transmite-se com a herança. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça traz, “O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”.^[29]

b) **ABSOLUTO** - alguns chamam de absolutismo, como Carlos Roberto Gonçalves^[30] denomina em sua obra, ou ainda os chamam de irrestritos, como na doutrina de Gilberto Haddad Jabur.^[31]

Todos devem respeitar o titular dos direitos da personalidade. Ademais, nota-se que absoluto para a característica dos direitos da personalidade, por ser *erga omnes*, significa que é para todos, mas na característica intransmissibilidade e irrenunciabilidade, o significado deixa de ser absoluto e torna-se relativo, devido à possibilidade de danos aos direitos da personalidade atingir os sucessores, como relata Silvio Romero Beltrão:

Os direitos da personalidade são absolutos em face de seu caráter *erga omnes*, em que a sua atuação se faz em toda e qualquer direção, sem a necessidade de uma relação jurídica direta para se respeitar este direito. Indiretamente, há uma obrigação negativa, em que todas as pessoas devem respeitar a personalidade do titular do direito.^[32]

Por outro lado, Gilberto Haddad Jabur contradiz, “O vocábulo *absolutos* traz a imediata idéia de preponderância, predomínio, supremacia. Convém, por isso, não tê-lo como sinônimo de *erga omnes*”.[33] Ademais o autor enfatiza:

[...] Deveras, se nem a metafísica alcançou o absoluto, quanto menos o direito, enquanto ciência do conhecimento humano, cujo espectro está bem distante daquele de fisionomia supra-sensível que adjetiva a própria metafísica (ciência que transcende no estudo dos seres).[34]

Absolutos ou relativos, são as características dos direitos da personalidade, onde a cada fato, é particular para cada sujeito de direitos.

c) ERGA OMNES - “É locução latina que se traduz: contra todos, a respeito de todos ou em relação a todos. [...]”, conforme explica Oscar Joseph de Plácido e Silva.[35]

d) ILIMITADOS – Apesar do código civil de 2002 qualificar apenas a alguns em seu artigo 11, Carlos Roberto Gonçalves explica, “Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausulus* nesse campo.[36]

e) IMPRESCRITÍVEIS - a proteção da violação independe do decurso do tempo, ou seja, não prescreve.

f) IMPENHORÁVEIS – Também acarretam na indisponibilidade, e em regra geral são absolutos, mas cai em exceção, e vem a ser relativo, podendo ser penhorados, quando violar direitos autorais e de imagem, ou seja, fins comerciais com retribuição pecuniária.

g) INEXPROPRIÁVEL – Significa que não são sujeitos a desapropriação, ou seja não podem ser retirados contra a vontade da pessoa.

h) VITALÍCIOS – Tem relação com o que é vital, no sentido de vida, simboliza o eternizar, significa que vai além da morte, e é possível reclamação por perdas e danos, pelo cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral, até o quarto grau, conforme o artigo 12 do CC/02.

i) EXTRAPATRIMONIAL – Vai além do patrimônio, são valores subjetivos de cada um, onde a essência do ser humano, está nos seus valores internos, porém em casos de violação, podem ser economicamente medidos em sanção pecuniária. Gilberto Haddad Jabur, aduz que, “São direitos extrapatrimoniais porque não se encontram, pura e simplesmente, estimativa em dinheiro – senão diante da lesão, para efeito de compensação [...]”.[37]

j) NATOS - também denominados de inatos ou originários, como explica Silvio Romero Beltrão, “[...] direitos originários que nascem com a própria pessoa [...]”.^[38] Ademais, Torrieri Guimarães preleciona o Direito Personalíssimo como, “É o direito individual, inato, que não pode ser transferido nem alienado, como a honra e a liberdade individual. [...]”.^[39]

k) ESSENCIAIS – Aquilo que é fundamental para o ser, vem a ser a essência do ser, ou seja, o que não pode faltar.

l) INDISPONÍVEIS – o que não se pode dispor, ou seja, colocar à disposição.

Essas são as características, citadas pela doutrina, conforme fundamentado e são aplicáveis aos direitos da personalidade do empregado em seu ambiente de trabalho, conforme serão abordados mais adiante.

2.4 Classificação

Várias são as qualidades que compõem os valores de cada ser humano, dependendo do público a que se destina o estudo, pois as diferenças culturais de cada raça são indiscutíveis, assim opta-se pela classificação dos direitos da personalidade, elaborada por Antonio Bento Betioli:

Na identificação dos direitos da personalidade leva-se em consideração os diferentes componentes da estruturação física, psíquica ou moral da pessoa, conforme se referam à sua condição de ser individual (tomado em si mesmo), ou de ser social (integrado à sociedade). Na verdade, os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são de várias ordens. Podemos dividi-los em:

a) **físicos**, como a vida, a integridade física, o corpo (próprio e alheio), as partes do corpo, a efígie (ou imagem), a voz, o cadáver, etc;

b) **psíquicos**, como as liberdade (de expressão, de culto ou de credo, a integridade psíquica, a intimidade, os segredos (pessoais e profissionais), etc;

c) **morais**, como o nome (e outros elementos de identificação), a honra (ou reputação ou boa fama), a dignidade pessoal, as criações intelectuais, o respeito e outros.^[40]

Gilberto Haddad Jabur prefere enquadrar os direitos da personalidade em dois patamares: “A. Direitos à integridade física: [...]. B . Direitos à integridade moral ou espiritual: [...]”.^[41]

Em consonância com este, Carlos Alberto Bitar afirma que, “No primeiro plano, considera-se a pessoa em si, [...] No segundo plano, toma-se a pessoa integrada na coletividade”.^[42]

Por alguns doutrinadores, a classificação é chamada por espécies, como consta na obra de Zulmar Antonio Fachin:

São várias as espécies de direitos da personalidade. Colhem-se na doutrina as seguintes: a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à honra; d) direito à integridade moral; e) direito à integridade física; f) direito à vida privada; g) direito ao próprio corpo (vivo ou morto); h) direito às partes separadas do corpo (vivas ou mortas); direito ao sangue; j) direito ao próprio nome; l) direito à intimidade; direito à própria imagem.^[43]

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, relata que cada autor adota um critério metodológico, e classifica:

[...] com base na tricotomia *corpo/mente/espírito*.

Assim, sem pretender esgota-los, classificamos os direitos da personalidade de acordo com a proteção à:

- a) vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz);
- b) integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo);
- c) integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).^[44]

Brevemente explana-se o significado de cada classificação ou espécie dos direitos da personalidade mencionados neste trabalho:

a) DIREITO À VIDA – O ordenamento jurídico fornece proteção ao direito à vida de todo e qualquer ser humano. O Código civil de 2002 traz que a vida é o bem mais valioso de uma pessoa.

b) DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA – Neste caso a proteção vem para o corpo humano, como segue.

b.1) Direito ao corpo humano – Em relação ao trabalho, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho comentam sobre as lesões, a integridade física do empregado, em nome do trabalho:

Também no âmbito de determinadas profissões (mineradores, mergulhadores etc.), o risco de lesões à saúde é inerente à atividade desenvolvida. Nesses casos, embora a prática seja lícita e autorizada, compete ao responsável pela atividade tomar todas as providências tendentes a evitar ou minimizar as possibilidades de dano, com a adoção de todos os mecanismos de segurança previstos na legislação, respondendo, porém, independentemente de culpa, pelas lesões causadas.[45]

b.2) Direito ao corpo vivo – e suas partes integrantes.

b.3) Direito ao corpo morto – Com a finalidade de proteção contra a memória do morto, e ainda, às partes do seu cadáver.

b.4) Direito à voz – o som natural e que identifica um ser humano, e os profissionais que a utilizam, como por exemplo os radialistas e comentaristas, que geralmente recorrem à legislação de direitos autorais, para garantir esse direito.

c) DIREITO À INTEGRIDADE PSÍQUICA – são ligados à inteligência e sentimentos do ser humano.

c.1) Direito à liberdade – Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Vários têm sido os enfoques com que se encara a liberdade (civil, política, religiosa, sexual etc.), com a enunciação de componentes próprios e distintos como a liberdade de locomoção, de trabalho, de exercício de atividade, de estipulação contratual, de comércio, de culto, de organização sindical, de imprensa, dentre outras.[46]

Nota-se que o artigo 5º, XV da CF, que trata do direito de ir e vir, coloca limite ao artigo 5º, XI, da CF, que a casa é asilo inviolável, salvo em alguns casos.

c.2) Direito à liberdade de pensamento – O artigo 5º, IV da CF prevê – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Complementa Manoel Gonçalves Ferreira Filho[47], a liberdade de pensamento se divide em: liberdade de pensamento de foro íntimo, e liberdade de consciência e crença, onde as leis resguardam os locais para tais cerimônias.

c.3) Direito às criações intelectuais (autoria científica, artística e literária) – na qual os autores possuem respaldo constitucional em seu artigo 5º, XXVII, XXVIII, XXIX, e outras leis específicas para participar e fiscalizar suas produções.

c.4) Direito à privacidade – Diz respeito ao direito do ser humano se isolar, ou seja, ficar só ou com ele mesmo, ou ainda com a família, ou ver suas correspondências sozinha.

Há que esclarecer, que, se estabelece uma importante distinção entre esfera privada e íntima, quando se trata de pessoas públicas e privadas.

O momento em que alguém, seja ela pública ou privada, se coloca diante do público, por exemplo na rua, que é a esfera pública, ela não pode reclamar dos direitos privados ou íntimos, por estar num concírculo público, porém, se um indivíduo resolve se tornar uma pessoa pública, seja aceitando cargo público, ou mesmo que somente venha a tornar-se candidato a cargo público, ou ainda, tem como opção a profissão de artista ou homem de letras, ela torna-se uma pessoa pública, que além de se colocar na esfera pública, esta pessoa rende-se a seu direito de privacidade, ou seja, a pessoa pública mesmo num momento de privacidade, por exemplo num restaurante, ela é reconhecido por muitos, e conseqüentemente notada, e assim não pode reclamar sua intimidade por esse fato, o que já não ocorre com um anônimo, porém na esfera íntima, a pessoa pública, corre o risco, como por exemplo, se em seu quarto, for filmada pelas câmeras de longa distância de um paparazzi, de ter seu direito à intimidade violado, sendo neste caso, há uma ofensa à sua intimidade.

c.5) Direito ao segredo pessoal profissional e doméstico - O direito à intimidade oferece maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua privacidade e intimidade, como preço da fama ou prestígio granjeados. Ressalta-se que as pessoas públicas sofrem uma limitação e não uma supressão de sua intimidade. Esta subsiste naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera íntima da intimidade.

Além da tutela constitucional, a intimidade pode ser resguardada no âmbito do direito penal e do direito civil.

O Código Penal traz de forma indireta o amparo: Violação de domínio (art. 150); Violação de correspondência (art. 151); Sonegação ou destruição de correspondência (§ 1o); Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (III); Violação de correspondência comercial (art. 152). Crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154).

Na esfera civil, não há uma adequada garantia da intimidade, porém de forma indireta nos artigos. 20 e 21, já citados anteriormente nesta.

Portanto, no campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros os seguintes bens: Confidências; Informes de ordem pessoal (dados pessoais); Recordações pessoais; Memórias; Diários; Relações familiares; Lembranças de família; Sepultura; Vida amorosa; Ou conjugal; Saúde (física e mental); Afeições; Entretenimentos; Costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno círculo de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.

d) Direito à integridade moral – Dizem respeito às questões da moral de uma pessoa.

d.1) Direito à honra – um dos mais significativos, se dividem em subjetiva, quando o indivíduo tem uma posição sobre si mesmo, e objetivo quando a sociedade posiciona o ser. Previsto constitucionalmente no artigo 5º, X, e penalmente nos tipos de calúnia, difamação e injúria.

d.2) Direito à imagem – Traz proteção jurídica pelo motivo da imagem ser a representação plástica de uma pessoa ou objeto. A finalidade da norma é garantir proteção contra ofensas ou ameaças à imagem, não só para pessoas famosas, mas também de pessoas físicas comuns, e até de pessoas jurídicas. Se dividem em: imagem-retrato e imagem-atributo.

A imagem-retrato consiste na proteção que se dá à imagem física da pessoa. A proteção é ampla e estende-se a todas as partes do corpo (boca, olhos, nariz, pernas, mãos, pés etc.). A imagem é inviolável, a não ser que sejam autorizadas, exceto exibição em documento público, como RG e CNH, ou em relação à divulgação da imagem de um fugitivo da polícia, conforme o art. 20 do CC.

Imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a imagem construída pela pessoa dentro do seu convívio social. É a forma pela qual a pessoa é vista pela sociedade, através dos atos que pratica, da maneira como se comporta. Ex: a imagem do chefe de família, do artista, do jurista, do professor, do jogador de futebol.

d.3) Direito à identidade – previsto nos artigos 16 a 19 do CC/02, já comentado ao longo desse, diz respeito a identificação das pessoas. É um sinal de identidade após registro, portanto tem função identificativa, para o reconhecimento da pessoa na sociedade, e ademais é individualizadora.

Importante, ademais, citar Elimar Szaniawisk[48], que classifica os direitos da personalidade em direitos de personalidade públicos e direitos de personalidade privados, e outros doutrinadores chegam a falar em direitos de personalidade sociais.

Calogero Gangi, ainda soma: direito de residência, de liberdade matrimonial, contratual e comercial, e de trabalho. Szaniawisk cita as posições de Martin-Ballesterro como: direito ao estado civil e linhagem, direito ao patrimônio, e menciona que Kayser traz o direito de resposta ou retificação.[49]

Diante de inúmeros adjetivos que integram e ainda vão incorporar o rol dos direitos da personalidade, Zulmar Antonio Fachin relata:

Dissertar, sobre todas as espécies seria desafio praticamente insuperável, pois cada uma delas comporta, em razão de suas peculiaridades, demorados estudos. Por outro lado, há outros direitos em fase de *gestação* e que, no decorrer dos tempos, acabam se integrando ao rol já existente, o que demonstra ser o tema inesgotável.[50]

Assim sendo, os direitos da personalidade individualizam as pessoas e as identificam em uma sociedade. Outrora se viu que dentre as várias espécies de direitos da personalidade, classificadas por vários autores, há o direito de escolha profissional ou de trabalho. Outrossim, diversos outros direitos já citados, aplicam-se aos empregados, em seu ambiente de trabalho.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO

O surgimento do Direito do Trabalho no Brasil é marcado por influências tanto externas como internas. Dentre as influências advindas de outros Estados, destaca-se a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalho em vários países, bem como o ingresso do Brasil na Organização Internacional do Trabalho – OIT. Como fatores internos, podem-se citar, entre os mais influentes, o movimento operário, que contou com a participação de imigrantes com inspirações anarquistas; o surto industrial, efeito da Primeira Guerra Mundial, por conseguinte, aumentando consideravelmente o número de fábricas e operários; e ainda, a política trabalhista de Getúlio Vargas em 1930.

Assim, em virtude da necessidade de regulamentação das relações de trabalho, ocorreu a ampliação das leis trabalhistas. Do período compreendido de 1930 até os tempos atuais, várias medidas legais de proteção ao trabalho foram expedidas pelo Governo brasileiro. Destarte, cumpre registrar quatro importantes marcos do Direito do Trabalho: a criação do Ministério do Trabalho, a criação da Justiça do Trabalho, instituída pela Constituição de 1934; ainda, a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943, bem como da Constituição Federal de 1988 que, entre outros princípios, consagrou, em seu inciso III, art. 1º, o da dignidade da pessoa humana, sem cortar os direitos e garantias individuais e coletivos por ela abraçados.

Desse modo, constata-se que o Direito do Trabalho consolidou-se como uma necessidade dos ordenamentos jurídicos em função das suas finalidades sociais, que o caracterizam como uma regulamentação jurídica das relações de trabalho, que se desenvolvem nos meios econômicos de produção de bens e prestação de serviços.

Destarte, além da consagração do Direito do Trabalho pela Constituição Federal, bem como o coroamento a este ramo do Direito através da CLT, assiste-se, ainda, a crescente edição de leis esparsas, que surgem pela necessidade de modernização das leis trabalhistas, especialmente para promoverem as normas sobre direitos sociais, com destaque para os direitos dos trabalhadores.

O Direito do Trabalho é formado por preceitos de ordem pública ou de caráter imperativo onde prevalece o amparo ao trabalhador como ser humano. É a efetiva justiça social. E para o bem-estar somático e moral do ser humano, nota-se que em algumas relações de trabalho podem ser violados os direitos da personalidade do trabalhador no que tange a integridade psíquica, a dignidade pessoal, e até com conseqüências na integridade física.

O legislador constituinte, na seara, declara no artigo 225 da CF, que o ambiente deve ser equilibrado. O meio ambiente do trabalho, que é o local onde o empregado passa a maior parte de sua vida, executando tarefas subordinadas, faz parte do equilíbrio almejado pelo legislador. Tal só pode ocorrer se os direitos de personalidade dos empregados forem respeitados no ambiente de trabalho. Entenda-se por empregado, conforme a descrição do art.3º. da CLT, a pessoa física, que presta um serviço contínuo, pessoal, subordinado e oneroso.

Edwin Krautler e Ivan Dias da Motta justificam que mesmo com o poder nas mãos do Estado, em relação aos direitos trabalhistas, e com as intenções de bem comum, se os direitos de personalidade do trabalhador vierem a ser ofendidos, levará a graves conseqüências:

[...] podem oferecer uma tendência ao esmagamento do ser humano, é na esteira de tais balizamentos que se haverão de entender os direitos da personalidade, mormente no âmbito do direito do trabalho, já que tais direitos, muitas vezes, sucumbem aos interesses econômicos.[51]

Os direitos da personalidade, em especial aqui a do empregado, tem a finalidade de manter a sua dignidade enquanto labora, e Amauri Mascaro Nascimento, a respeito, declara:

Os direitos de personalidade e as relações de trabalho destacam-se pelo seu significado, tendo em vista a defesa da dignidade do trabalhador. Há valores protegidos pela lei, como a personalidade e a atividade criativa, tão importantes como outros direitos trabalhistas, sem os quais ao trabalhador, como pessoa, não estariam sendo prestadas garantias respeitadas quanto a todo ser humano, muitas confundindo-se com os direitos humanos fundamentais, outras com os direitos de personalidade, todas tendo características peculiares em função do pressuposto que as justifica: a relação de emprego.[52]

Ademais, Carlos Henrique Bezerra Leite[53], traz um rol de discriminação nas relações de trabalho, e afirma que considera a discriminação nas relações de trabalho, “[...] uma das formas de violação aos direitos humanos”.[54]

Portanto, são exemplos de tal fato: revistas íntimas, discriminação por pessoas deficientes, por exemplo, acidentes de trabalho com perda da capacidade, ou partes do corpo, ou até a morte, escravidão em adultos ou infantil, discriminação por raça, deficiências físicas, idade, dispensas imotivadas, grau de exigência levando ao estresse provocado pelo trabalho, patologias ligadas ao esforço repetitivo, intensificação do trabalho, más condições ambientais, ergonômicos, avaliações de potencial com aumento de pressão em questão de produtividade, higiene e segurança do trabalho, jornadas

excessivas, serviços superiores às forças do trabalhador, o desvio funcional, o assédio sexual ou moral, despedida injuriosa, a punição injusta, o não reconhecimento do vínculo empregatício a dificultar a vida do trabalhador no que tange ao seu acesso ao crédito e a bens de consumo essenciais a uma vida digna, roubar-lhes os momentos de lazer, os períodos de férias, o convívio com a família, o exercício da cidadania, discriminação de gênero (se mulher ou homem), comercialização de listas negras ou deixa-la pública virtualmente, exigência de certidões negativas (quem ajuizou ação trabalhista), orientação sexual, aparência física, motivo religioso, opção política, colocar câmeras de vídeo em vestiários, banheiros, refeitórios ou outras áreas da empresa destinadas à socialização dos empregados, exigir que divulgue segredos profissionais, violação de sua correspondência pessoal, correio eletrônico, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a todo momento estar a incomodá-lo no convívio com seus familiares, ou em horários destinados ao descanso, por meio de celular ou “bip”, ou ainda em atividades que não requerem tais aparatos; exigir certa conduta de sua parte como propaganda da empresa e tantos outros.

Diante do rol mencionado brevemente, explana-se alguns exemplos de direitos da personalidade conforme a classificação geral dos direitos da personalidade, a qual se relatou anteriormente: a) vida e integridade física relaciona as partes do corpo, vida ou corpo vivo, e cadáver; b) integridade psíquica que se refere a liberdade de expressão, religiosa, privacidade e intimidade, segredo pessoais e profissionais); c) integridade moral está ligado a honra e reputação, respeito imagem, identidade pessoal e dignidade.

Como visto, na classificação dos direitos da personalidade, integridade física está ligada à proteção do corpo humano, em suas partes ou inteiro, ou seja, a vida, e não distante, até a morte do empregado por razões de trabalho. Cotidianamente, sempre ouve-se na sociedade, ou nos noticiários, sobre o acidentes de trabalho. Edwin Krautler e Ivan Motta comentam, “Não é difícil de imaginar violações à integridade física do trabalhador, gerando diminuição na capacidade laborativa pela precariedade das condições de trabalho [...]”.^[55]

Os acidentes de trabalho além de causarem traumas psicológicos, deixam marcas físicas de acidentados que necessitam de um período para tratamento, pois tal fato pode não só a diminuir a capacidade de trabalhar ou acarretar perda de partes do corpo ou órgãos, mas pode levar até a morte.

Os empresários devem fornecer todos os equipamentos e instruções, se não até treinamentos para evitar danos, como acidentes de trabalho, conforme prevê as 33 NR's da Legislação de medicina, higiene e segurança do trabalho, Lei nº 6.514/77.

Diante de tantas tecnologias e descentralização de produção por gestão empresarial, onde a produção exige muito esforço, em linhas de produção do Japão, onde é comum ouvir não somente dos chefes de produção, como dos próprios colegas de trabalho, a palavra *gambatê*, que significa esforce-se, trazendo um estresse psicológico principalmente em períodos de crise, tendo em alguns casos como consequência acidentes de trabalho, ou desastres devido à tensão emocional, como derrubar peças ou quebrar máquinas.

Ademais, o esforço repetitivo já vem sendo fato desde a revolução industrial, como demonstrado no filme Tempos Modernos^[56], que tem como ator principal Charles

Chaplin, que ao fim do expediente, leva para a rua e casa, os movimentos repetitivos do trabalho de uma forma cômica, mas que na realidade, o esforço repetitivo leva a dores tão profundas que levam até a paralisação de membros.

O meio ambiente do trabalho tem como primazia os artigos da CF: 225[57], e 200, VIII[58], e a Lei da Política de Meio Ambiente de n. 6.938/91. Edwin Krautler e Ivan Dias da Motta ainda relatam, “[...] a tecnologia, por seu turno, muda as condições ambientais [...]”[59]. E Leda Maria Messias da Silva, em seu artigo, “O cumprimento da função social no tocante ao meio ambiente de trabalho”, traz as seguintes considerações sobre meio ambiente de trabalho:

Deve-se compreender como meio ambiente equilibrado, aquele, no qual o contrato de trabalho proporcione um emprego decente.

[...] devendo o empregador zelar pelo meio ambiente de trabalho, em todos os seus aspectos, ou seja, químico, físico, biológico ou psíquico.[60]

Importantes são os detalhes para o desempenho de um bom trabalho, como a incidência da luz ou iluminação, oxigenação do ambiente, temperatura, e medidas de assento entre outras. Ergonomics Research Society, Inglaterra citado pelo autor Itiro Iida, que define ergonomia como:

O estudo do relacionamento entre o homem e seu trabalho, equipamento e ambiente, e particularmente a aplicação dos conhecimentos de anatomia, fisiologia e psicologia na solução dos problemas surgidos desse relacionamento.[61]

A questão de cronometrar produção ou medir a potência de um ser humano numa determinada tarefa, como é o caso do cortador de cana-de-açúcar, é uma forma de pressão do capitalismo, além de deteriorar a integridade física do trabalhador, também atinge a integridade psíquica, pois a saúde mental pode ser afetado pela pressão sofrida, levando ao adoecimento, como comentam Edwin Krautler e Ivan Dias da Motta:

[...] as avaliações de desempenho, com estabelecimento de metas a serem cumpridas dentro de determinado período, assim como as avaliações de potencial trazem um lado perverso, com o aumento da pressão e do estresse.[62]

Um meio ambiente higienizado, é menos propenso a infecções, não somente aos empregados, mas também a cliente e consumidores, principalmente no ramo alimentício

e biofármaco, porém não é somente a limpeza de resíduos de lixos da atividade e trabalho, mas desde o jardim, depósito, refeitório, sanitários do estabelecimento de trabalho, e o próprio trabalhador com seu uniforme, além de equipamentos de produção individual (EPIS).

As horas extras de trabalho de um obreiro quando são necessárias, são permitidas por lei, porém em demasia leva o ser humano à fadiga. Ademais, a cobrança de serviços superiores às forças do trabalhador, por vezes é o peso não da responsabilidade e cobrança pela tarefa incumbida, mais que o peso da carga em si.

Outro fato é o trabalhador ter sido contratado para uma função e sempre estar sendo adequado a funções de outrem ou tarefas sem acordo prévio entre as partes, o que leva a um desvio de função.

A integridade psíquica dos trabalhadores aclama por proteção, e se lesionada vem constringer a existência digna de ser humano. A liberdade em sentido lato, é ser livre de um compromisso, que no caso em discussão seria o trabalho, ou seja, quebrar a rotina de labore, sendo por meio de descanso semanal remunerado ou por férias. O descanso não pode ser negado a um trabalhador por motivos como alegam Edwin Krautler e Ivan Dias da Motta, “[...] tudo a lhe roubar momentos de lazer, os períodos de férias, o convívio com a família, o exercício da cidadania e, em última análise, a dignidade. [...]”.[63]

Leda Maria Messias da Silva complementa, “a todo o momento estar a incomodá-lo no convívio com seus familiares, em horários destinados ao descanso, por meio de celular ou “bip” em atividades que não requerem tais aparatos”[64]. O descanso semanal remunerado e as férias anuais, são imprescindíveis à saúde física e mental do obreiro, como a socialização e demais situações como convívio familiar.

O artigo 7º, inciso XXX da CF[65] combate a discriminação na seleção de trabalho, e durante a vigência do mesmo, como diferenciar salário e funções por opção sexual.

No que tange a liberdade de expressão, o fato de um empregado ficar sem receber o que lhe é devido, e procurar o Estado para lhe amparar, é um direito, e isso diz respeito à exigências indevidas de certidões negativas para ser contratado, Carlos Henrique Bezerra Leite coloca da seguinte forma, “As listas discriminatórias, mais conhecidas como “listas negras”, promovem exclusão de trabalhadores que tenham ajuizado ação contra ex-empregadores”[66]. E o autor continua:

[...] o uso das pesquisas processuais via internet para elaboração das chamadas “listas negras”. O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho determinou a retirada da possibilidade de consulta pela parte na pesquisa existente na página do Tribunal Superior. Recomendou, ainda, que os Tribunais Regionais do Trabalho adotassem procedimento semelhante.[67]

Outra questão que pode ser incluída na lista negra é a comercialização da mesma, citando trabalhadores que possuem restrição quanto às dívidas e criminalmente.

Igualmente, ofende a liberdade de expressão a discriminação devido aos sinais que uma pessoa carrega em seu corpo, como tatuagem, piercing, e outros signos, que podem até ter uma mensagem subliminar, mas não significa descrédito.

Carlos Henrique Bezerra Leite, em relação à discriminação por motivos religiosos, descreve um caso, no qual não somente o empresário discrimina na contratação ou dispensa sem justo motivo, bem como não impor aos seus empregados cultos, interferindo na sua opção religiosa:

Uma empresa do Rio de Janeiro firmou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta perante o Ministério Público do Trabalho obrigando-se a não discriminar trabalhadores por motivos de crença religiosa, quer no ato de admissão, quer na vigência do contrato de trabalho. Além disso, comprometeu-se a não mais realizar cultos evangélicos nas dependências da empresa durante o horário de expediente.[68]

O mesmo acima vale para as opções políticas e desportivas.

No tocante à privacidade, como já foi citado, esta diz respeito ao direito do ser humano em se isolar, ou seja, ficar só, ou com ele mesmo, ou ainda com a família, ou de ao menos ver suas correspondências sozinho.

Outrora, já citada, a diferença entre o direito à privacidade e o direito à intimidade, mas na esfera da privacidade, ou seja, aquele círculo em que a pessoa quer estar em particular, ou somente acompanhada por quem a pessoa quer, vem a ser assunto interligado a frase de alerta: “Você está sendo filmado”, atualmente, devido à tecnologia informatizada de segurança, tem-se como exagero as seguintes situações relatadas por Leda Maria Messias da Silva, “[...] colocar câmeras de vídeo em vestiários, banheiros, refeitórios ou outras áreas da empresa destinadas à socialização dos empregados[...]”.[69]

A falta de liberdade de opção, por parte do empregado, vinculado ao exercício de seu labor, invadindo a privacidade de um trabalhador, também são casos de fato, que devem ser coibidos, como exemplifica a autora:

[...] exigir certa conduta de sua parte, em períodos de recessos do trabalho, como por exemplo, só tomar a bebida “X” porque é de fabricação do empregador. [...] Em nosso entendimento, somente se justificaria uma obrigação acessória decorrente do contrato de trabalho, no sentido de que a empregada não poderia adquirir um carro da concorrente, se a mesma fosse “garota propaganda” da empresa, pois o mais, implica em invasão da vida privada da empregada.[70]

No âmbito do direito a intimidade, o tempo e espaço para a pessoa estar em esfera secreta, em assuntos que não interessam aos demais e somente a si, nota-se que este sigilo pessoal vem sendo quebrado, nos exames de admissão, com perguntas indevidas e que levam à discriminação do empregado. A maioria das seleções de trabalho são baseadas em simples entrevistas, onde perguntas por meio verbal ou escrita devem ser respondidas, e entre elas encontra-se opção religiosa, política, sexual, idoneidade judicial, e até restrições comerciais, o que leva a um pré-conceito do candidato. Leda Maria Messias da Silva enfatiza:

Como a invasão da intimidade do empregado, não concebível, também podemos citar a prática de inclusão em questionário confeccionado pela empresa e a ser utilizado no momento da admissão, com perguntas acerca do estado de saúde do empregado, quando não se tratar de doença infecto-contagiosa e , indagações referentes à orientação sexual do empregado, bem como sua orientação político-ideológica caso de exigência para que o empregado vote nesse ou naquele político ou que se filie a determinado partido político;[71]

[...] o direito à intimidade abrangem fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua família pode desconhecer, como por exemplo, suas preferências sexuais, hábitos, vícios, dentre outros, enquanto o que diz respeito á vida privada, já abrange sua relações familiares com terceiros, como interferir em empréstimo feito junto aos seus familiares ou obter informações sobre o saldo bancário do empregado;[72]

Sobre as revistas íntimas, podem até estar no contrato de trabalho, porém são exigências que não dizem respeito à finalidade do contrato de trabalho, atingindo a personalidade. Carlos Henrique Bezerra Leite exemplifica:

Uma grande empresa do Rio foi condenada a pagar 100 mil reais por dano genérico porque realizava revistas íntimas em seus funcionários. As revistas eram realizadas por sorteio, individualmente, sendo que partes íntimas dos trabalhadores ficavam à mostra para os revistadores. Além de pagar a multa, a empresa foi proibida de continuar realizando as revistas íntimas.[73]

Silva Neto apud Leda Maria Messias da Silva tratam do assunto revistas abusivas, “[...] revistas pessoais constrangedoras, com inspeção em partes íntimas dos (as) empregados (as): o art. 373-A, dispõe ser vedado proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”. [74]

Os autores abarcam outra situação, a violação dos segredos pessoais, e relatam alguns casos:

[...] violação de sua correspondência pessoal, correio eletrônico, como o e-mail. Inclusive, o inciso XII do art. 5º da Constituição prevê que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.^[75]

O Código Penal traz de forma indireta o amparo: Violação de domínio (art. 150); Violação de correspondência (art. 151); Sonegação ou destruição de correspondência (§ 1º); Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (III); Violação de correspondência comercial (art. 152). Crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154).

Na esfera civil, não há uma adequada garantia da intimidade, porém de forma indireta nos artigos. 20 e 21, já citados anteriormente nesta.

Portanto, no campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: Confidências; Informes de ordem pessoal (dados pessoais); Recordações pessoais; Memórias; Diários; Relações familiares; Lembranças de família; Sepultura; Vida amorosa; Ou conjugal; Saúde (física e mental); Afeições; Entretenimentos; Costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno círculo de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.

E quanto aos segredos profissionais, não há que exigir a quebra de segredos profissionais não fundamentados no contrato de trabalho.

Integridade moral é não permitir que se viole a dignidade de uma pessoa toque no setor moral de uma pessoa, o que leva a uma humilhação e sentimentos de inferioridade internos, e a honra possui um valor irreparável para o ser ofendido. Os delitos contra a honra, em nível penal são: a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139), e a injúria (art. 140). A calúnia consiste em atribuir falsamente a alguém a responsabilidade de um fato tido como crime. Ofende a honra objetiva, a reputação, o conceito em que cada pessoa é tida. Já a difamação consiste em atribuir a alguém determinado fato que seja ofensivo a sua reputação e a sua honra objetiva de pessoa fiel à moralidade e aos bons costumes. Na difamação o objetivo é desacreditar a vítima sem acusá-la de nenhum fato tido como criminoso. É a imputação de fato tida como imoral à reputação alheia. E a injúria trata-se de atribuir a alguém qualidade negativa ofendendo verbalmente, por escrito, ou fisicamente (injúria real), atingindo a dignidade, o decoro, a sua honra subjetiva, abatendo o ânimo da vítima.

Várias são as formas de atingir a integridade moral do trabalhador, até as dispensas absolutamente imotivadas, porém a despedida injuriosa vem a ser um trato indigno, como também a punição injusta.

Percebe-se que a reputação das pessoas está muito entrelaçada com a integridade moral, que por vezes passam por situações agregadas à questão do assédio sexual, e o por

muitos é visto como outra forma de violência psicológica contra a pessoa, portanto também atinge a integridade psíquica. O assédio fere a liberdade do indivíduo, podendo acontecer em qualquer circunstância, mas prevalece nas relações de hierarquia, podendo em casos extremos acabar em lesão à integridade física.

O respeito é o remédio para o assédio, e a lei previne e repreende. Já o assédio moral tem como sinônimo, envolver o indivíduo em humilhações, levando o cidadão a se abalar emocional e inutilmente, seja com sentimentos de mágoa, revolta, vergonha e/ou indignação. O assédio moral causa dor, tristeza e sofrimento.

Outra forma de lesão aos direitos da personalidade do trabalhador, é usar o empregado em propagandas par fins econômicos, sem permissão do mesmo, além de invadir sua privacidade, atinge seu direito a imagem.

Ademais, também vem a ser caso de discriminação de imagem ou aparência física, como da capacidade ou potencial de uma pessoa. A Lei 8.213/91 prevê que empresas com mais de 100 empregados, deve dispor de 2% a 5% de vagas aos deficientes habilitados, e a Lei 8.859/94 trata do estágio aos alunos de ensino especial. Além da falta de acessórios necessários como rampa, elevadores, sinaleiros, podem ocorrer um acidente e levar a uma piora no quadro, como também um agravo no lado psicológico daqueles com necessidades especiais.

Sem olvidar das grávidas, para as quais o artigo 373-A inciso V da CLT, e a Lei 9.029/95, prevê a proibição de discriminação. Idem para a discriminação de gênero, se mulher ou homem, nos casos de remuneração e cargo, que é proibido por lei.

A aparência física, seja altura, idade, peso ou estética também são motivos discriminatórios no cotidiano de muitas pessoas que buscam trabalho, e assim, são rejeitadas para a contratação.

Quanto à identidade pessoal, na negativa de emprego por razões étnicas Carlos Henrique Bezerra leite comenta,

A discriminação pode ocorrer pela:

? não-admissão de negros como prática genérica do empregador;

? falta de reconhecimento de qualificação profissional para eventual promoção ou aumento de salário durante a relação de trabalho;

? demissão por preconceito racial.[76]

O trabalho escravo, apesar de, infelizmente, ainda existir em muitos lugares do país, é inadmissível na sociedade. A lei é enfática na proibição. Isso é degradante aos direitos da personalidade do trabalhador, e ainda, pior do que o trabalho escravo em adultos, vem a ser o trabalho escravo infantil.

Os autores, Krautler e Motta, abordam outro assunto, onde as doenças são motivos de várias demissões. “Eventualmente, elencam-se condutas discriminatórias, mormente ligadas aos portadores do vírus HIV, [...]”.^[77] E para outros juristas, o empregador não pode exigir exames dos infectados por motivo de desconfiança de doença, porque isso não vem a ser motivo de rompimento no contrato de trabalho.

Finalizando em comentar o não reconhecimento do vínculo empregatício a dificultar a vida do trabalhador, seu acesso ao crédito e a bens de consumo essenciais a uma vida digna, retirando-lhe o direito de exercer em plenitude sua cidadania.^[78] Os créditos trabalhistas possuem natureza alimentícia, já os bens para vida digna trata-se de residência familiar, educação e cultura, e exercer a cidadania fica difícil quando na falta de registro, faltar aposentadoria de INSS, FGTS, e outros.

Ferir a dignidade é ferir os direitos humanos de toda a humanidade, não sendo possível mencionar qual caso é mais aviltante, e nem tabelar um preço.

Isso ocorre na terceirização, uma forma de flexibilizar que pode levar à precarização do trabalho.

Mister destacar a notória atuação concreta, de combate por parte do Ministério Público do Trabalho, das discriminações, que atingem os direitos da personalidade do trabalhador.

Nota-se que o trabalhador não é uma máquina sem sentimentos e dores físicas, é um ser humano, existem empregadores, que tratam o trabalhador como se o trabalho do mesmo fosse escravidão remunerada, e por outro lado, outros que pensam que o trabalho molda o caráter do ser. Tanto um como o outro moldará o caráter do ser, fixando o direito à dignidade, que se lesadas, encontram proteção jurídica, que remete à proteção do dano moral.

Segundo o disposto no artigo “Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador”, Leda Maria Messias da Silva, menciona a previsão legal do dano moral nestes casos:

Com o advento da Constituição de 1988, a indenização por danos morais, passou a ter relevo constitucional, especialmente no artigo 5º, incisos V e X, onde ficou exposto que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Outrossim, o art. 186 do Código Civil de 2002, reafirma a possibilidade de reparação por danos morais, ao enunciar que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

[...]

E, nesse contexto, a recém promulgada Emenda Constitucional n. 45, que definitivamente fixou a competência da Justiça do Trabalho para “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.^[79]

Ainda Leda Maria Messias da Silva comenta sobre o dano moral, “[...] a indenização pecuniária jamais seria suficiente para o ressarcimento integral ou jamais restabeleceria o *status quo ante*, mas ao menos serviria como lenitivo ao lesionado”.^[80]

Afinal, o homem é um ser titular de direitos, e o Código Civil de 2002, têm como principal a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana também encontra positividade importante na Carta Maior, e aplica-se às relações de trabalho o princípio da dignidade humana, constante do art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

Necessário é comentar sobre a dignidade da pessoa humana, pois quando se fala em dano moral, pressupõem-se ofensa à dignidade de uma pessoa, e, as coisas têm preço, e as pessoas tem dignidade, e a dignidade não tem preço, e quando vendida esta pessoa não tem valor.

Dignidade vem a ser um vocábulo que dá ao ser qualidade de digno, e quando lesada, a vida vem a ser rebaixada.

Leda Maria Messias da Silva termina asseverando: “[...] portanto, conclui-se que não é possível que um contrato cumpra a sua função social, sem que o mesmo na sua consecução assegure a dignidade da pessoa humana. [...]”.^[81]

Assim, perfeitamente aplicável o extenso rol dos direitos da personalidade ao meio ambiente de trabalho, ou seja, deve-se garantir a dignidade do trabalhador.

4 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO FRENTE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO

Mister lembrar o conceito de meio ambiente, e para Plácido vem a ser, “Conjunto de condições naturais em determinada região, ou, globalmente, em todo o planeta, e da influência delas decorrentes que, atuando sobre os organismos vivos e os seres humanos, condicionam, sua preservação, saúde e bem estar”.^[82]

O artigo 225 da Constituição Federal coroa a definição de meio ambiente, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e

essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações”. Ademais se tem a Lei 6.938/91 que trata da Política Nacional de Meio Ambiente.

A sadia qualidade de vida no ambiente de trabalho é fundamental para o bom desenvolvimento da atividade, e deve ser aclamada pela coletividade e garantida pela Pessoa Jurídica.

“O Direito Ambiental enquadra-se nos direitos fundamentais de terceira geração, mas de primeira preocupação”, segundo Francisco Meton Marques de Lima[83].

O meio ambiente especificamente o do trabalho, são as condições químicas, biológicas, físicas e naturais, bem como psicológicas, que cercam quem realiza esforços físicos e intelectuais para atingir algum objetivo e este local de trabalho não deve ser perigoso à vida, saúde física ou mental do empregado.

Segundo Leda Maria Messias da Silva:

O meio ambiente de trabalho deverá ser sadio, equilibrado, decente a fim de que o trabalhador possa executar o seu trabalho, com eficácia e produtividade, preservando a sua dignidade, com o auxílio de todos os envolvidos no processo, empregado, empregador e inclusive o Estado, no papel de promotor de políticas públicas.[84]

Os esforços humanos para a produção de riqueza são remunerados contraprestação de serviços e por vontade própria do empregado, porém as condições de trabalho que os cercam, devem ser fornecidas e de responsabilidade do empregador.

Essas condições em geral são: iluminação adequada, ventilações diante de excesso de calor ou conforto térmico diante do frio, ferramentas e acessórios para o trabalho, inclusive para o barulho e poeira, equipamentos de segurança, consultoria e treinamento para o melhor modo ou maneira de trabalhar, e higiene, além de boas condições de instalação elétrica para evitar choques, prevenção de incêndios, sinalizações de segurança, local e forma correta para os resíduos industriais, e toda a assistência em trabalhos em sub-solos ou minas, além do trabalho em céu aberto. Por isso a proteção do meio ambiente de trabalho é importante.

Após a Revolução Industrial na Inglaterra, vieram as máquinas, e mais adiante com a tecnologia, os acidentes de trabalho aumentaram.

Os empregadores almejam qualidade e velocidade de produção, porém o local de trabalho deve ser adequado. A Legislação de Higiene, Medicina e Segurança do Trabalho, veio para prevenir e reprimir tais situações. O Art. 7º da CF, aduz que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII – Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

A finalidade de todos estes cuidados e exigências é: integridade física e mental do empregado, que é um direito de personalidade do mesmo.

Há trabalhos com insalubridade, periculosidade, ou penosidade, cujos riscos à saúde do trabalhador, têm que ser neutralizado e ter adicional na remuneração. O artigo 7º Da CF, também declara que: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei"

A existência de Insalubridade coloca o trabalhador em ambiente cujas condições são impróprias para o trabalho, que o expõe em sua saúde. O art. 189 da CLT expõe que:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

O responsável pela pessoa jurídica tem que buscar ao máximo eliminar os riscos, e se não der ao menos diminuir e pagar o adicional pelo malefício que vai trazer ao empregado, e os graus são: 10% para o grau mínimo, 20% para o grau médio, e 40% para o grau agudo, conforme o artigo 192 da CLT.

Periculosidade são situações de risco acentuado, como casos de inflamáveis e combustíveis, e também em energia elétrica, onde seu adicional é de 30% sobre o salário.

Alguns empresários preferem pagar o adicional por achar mais barato do que buscar soluções para um ambiente de trabalho em melhores condições para a saúde do trabalhador.

Quanto ao trabalho penoso, não há normas que o regulamente, mas bem exemplificado são o caso dos cortadores de cana-de-açúcar, e outros empregados rurais em precárias condições de saneamento básico, ou ainda em regime de escravidão, sem deixar de mencionar a carga de peso que este trabalhador acaba suportando.

Outra situação que pode ocorrer no ambiente de trabalho, que Leda Maria Messias da Silva descreve em artigo, é a pressão psicológica:

Outrossim, o ambiente onde o trabalhador passa a maior parte de sua vida útil, sabe-se, muitas vezes, passa a ser um pesadelo na vida do trabalhador, pois neste ambiente pode sofrer verdadeiras torturas psicológicas, em decorrência do comportamento inadequado, ora do empregador, de um preposto ou mesmo de um colega de trabalho e até de um subordinado. O assunto é tão sério, que no aspecto psíquico, por exemplo, a degradação do ambiente pode, muitas vezes levar ao suicídio, como não raro se ouve falar, nos casos de empregados que sofrem assédio moral no ambiente de trabalho, e que em situações mais críticas perdem o interesse não só pelo trabalho, mas pela vida.[85]

Um das conseqüências do descaso com tais fatos, são empregados mais adoentados e com precoce aposentadoria, sem olvidar das lesões aos direitos da personalidade do empregado, que podem gerar indenizações por danos morais.

O local de trabalho não pode fazer mal ao empregado, por isso os direitos da personalidade, devem ser resguardados.

Quanto à fiscalização do meio ambiente do trabalho, há inspeções com a finalidade de diminuir e eliminar os riscos de acidentes do trabalho (catástrofe), no qual é diferente de doença ocupacional (por exemplo, o trabalho repetitivo), pois tal fato custa muito a toda nação, como a vida do empregado, e/ou mais custo com as pensões vitalícias.

O poder dos agentes fiscais é de vistoria no local, e pedem para eliminar ou atenuar as situações de insalubridade, periculosidade ou penosidade, ou interdição .

A medicina e Engenharia especializada do trabalho vêm para prevenir os danos aos empregados, e para isso devem passar por exames médicos periódicos.

Médicos e Engenheiros do Trabalho são especialistas que vão fazer a perícia, onde fornecem um laudo técnico sobre os riscos e saúde do trabalhador.

Há órgãos de Segurança e Medicina do Trabalho, são eles: O Ministério do Trabalho – MT, e o Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT, sem deixar de mencionar a CIPA - Comissão Interna de Prevenção e Acidentes. O artigo 160 da CLT adverte, “nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho”.

A Portaria 3214/79 trata das 29 Normas Regulamentadoras – NR’s, porém atualmente já estão em 33 NR’s.

O DRT – Delegacia Regional do Trabalho pode notificar a empresa pela certificação da insalubridade, o artigo 161 da CLT prevê:

Art. 161. O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios e de trabalho.

Portanto, o empregador deve se conscientizar, e exigir do empregado os treinamentos e uso dos equipamentos de segurança (EPI), onde esses devem estar passando periodicamente por vistorias e recebendo o CA – Certificado de autorização nos equipamentos, por outro lado, o empregado deve estar atento, ou seja, não se

desconcentrar em suas tarefas, pois o descuido pode ser fatal, e principalmente não deixar de se proteger, para chegar aos seus objetivos com segurança e dignidade.

Édis Milaré *apud* Bruno Marcos Guarnieri entendem que a melhor proposta vem a ser, “O princípio da prevenção é basilar em Direito Ambiental, concernindo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”.^[86]

O local de trabalho, como via de realizações de objetivos, são os caminhos para a existência não somente do negócio como a existência do empregado com qualidade de vida, e dignidade.

Nota-se que nas relações modernas, como por exemplo, a terceirização, o tomador de serviços se descuida do meio ambiente de trabalho dos empregados da empresa prestadora, trazendo muitos prejuízos a vida e rotina destes, no qual traz danos ou lesões aos direitos da personalidade.

Portanto o meio ambiente de trabalho vem para proteger a saúde física e psíquica, como até a vida do obreiro, pois do contrário afronta os direitos de personalidade do empregado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de trabalho está nas vidas das pessoas em todos os momentos, sendo o dia-a-dia da maioria delas, em suas horas mais úteis. Pode-se dizer, ainda, que a vida é composta de acordos ou negociações, que geram efeitos entre as partes, podendo constituir-se em relação de emprego. Nessa relação de emprego, o empregado que labora em determinado ambiente de trabalho, necessita de condições dignas para melhor desenvolver suas atividades. Na sociedade pós-moderna, o Código Civil de 2002, veio tratar dos direitos da personalidade, nos artigos 11 ao 21, onde os direitos da personalidade visam tratar do valor íntimo da pessoa, ou seja, vem a ser valor subjetivo de cada ser, os bens íntimos não podem ser tabelados com preço como o patrimônio, os quais esses direitos também são aplicáveis ao ambiente de trabalho. Assim, esse ordenamento, aplicado às relações de emprego, não visa trazer insegurança jurídica, nem tão pouco acabar com a autonomia da vontade, e sim trazer a equidade, a igualdade, para o alcance da dignidade humana no ambiente de trabalho.

O novo quadro econômico e social refletiu, por óbvio, nas relações de trabalho, mas os danos aos bens extrapatrimoniais aos empregados não são fatos contemporâneos, já existem há muito tempo, e várias são as lesões aos direitos de personalidade dos empregados, que, inclusive, podem ser até fatais quando envolvem a integridade física e psíquica deste. Os direitos da personalidade possuem características próprias como: absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, e natos, ademais, os direitos da personalidade se classificam em direitos à

integridade física e integridade psíquica e moral, no qual se subdividem em vários setores, conforme foi visto ao longo do presente artigo, no rol dos direitos da personalidade, que se lesados atingem a relação de trabalho na pessoa do empregado subordinado, e são inúmeros, não se tratando de rol taxativo.

Como foi dito, não são atuais os problemas que envolvem o meio ambiente de trabalho e a questão dos direitos de personalidade dos empregados, e, é necessário que os mesmos sejam aplicados para assegurar a dignidade do trabalhador, devendo ser, principalmente, aplicada à prevenção nas questões que envolvem tais direitos, para um local de trabalho equilibrado e sadio, que é o que preza o direito ao meio ambiente, no artigo 225 da Constituição Federal, ou seja, o meio ambiente de trabalho tem que ser equilibrado em todos os sentidos, no espaço físico, em harmonia com o natural, com zelo pela parte biológica e química do local (insalubridade), além dos resíduos e principalmente na parte psíquica do meio ambiente de trabalho, que é de responsabilidade do empregador, com a finalidade de bom desempenho nos objetivos do negócio, sem riscos de acidentes, e com dignidade humana à pessoa do empregado.

Porém, ainda são poucos os trabalhadores, que tem conhecimento e procuram proteção aos seus direitos da personalidade quando ofendidos, portanto, que num futuro próximo, este assunto seja cada vez mais debatido, no Brasil, a fim de serem respeitados rigorosamente os direitos da personalidade do empregado no ambiente de trabalho, para solucionar tantos problemas advindos do desrespeito a tais direitos e, através das devidas compensações e ressarcimentos aos empregados lesados, proporcionar a dignidade do mesmo, no ambiente de trabalho, onde dedica e passa a maior parte do tempo de sua vida. Para tanto, ele entrega de si a própria vida, o empregado vende seu esforço e tempo, para o giro do capitalismo, que sobrevive de consumidores e empregados, porém esse tempo e esforço físico ou intelectual do empregado além de ter remuneração como contraprestação de serviço, não pode ser em condições indignas que afrontam os direitos da personalidade, pois isso não afronta somente a pessoa do empregado, mas gera prejuízo a toda humanidade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá.; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *Revista Jurídica CESUMAR Mestrado*. v. 6. n. 1. dez. 2006. Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 9. ed. atual. São Paulo: Letras & Letras, 2004.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004.
- FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume I: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias.; ZIMERMAN, David. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007.
- GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. In *Revista LTr*. v. 71. n. 12. dez. 2007. São Paulo, 2007.
- GUIMARÃES, Torrieri.; MIRANDA, Sandra Julien. *Dicionário Jurídico*. 4. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2000.
- IIDA, Itiro. *Ergonomia: projeto e produção*. 3. reimp. São Paulo: Editora Edgard Blucher LTDA, 1990.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- KRAUTLER, Edwin.; MOTTA, Ivan Dias. Os direitos da personalidade, nas relações de trabalho. In *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. v. 6 n. 1. (dez. 2006). Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direitos Humanos e discriminação nas relações de trabalho. In: IESDE BRASIL S.A. *Direito individual do trabalho II*. 2. ed. Curitiba: IESDE.
- LIMA, Francisco Meton Marques. As implicações recíprocas entre o meio ambiente e o custo social do trabalho. In *Revista LTr*. v. 71. n. 03. mar. 2007. São Paulo, 2007.
- MEZZAROBA, Orides. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Legislação do trabalho. *In Revista LTr*. Publicação mensal de legislação doutrina e jurisprudência. Vol. 69, n. 04, abr. 2005. São Paulo, 2005.

_____. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. *In Revista LTr. Legislação do trabalho*. Publicação mensal de legislação doutrina e jurisprudência. Vol. 70, nº 01, Janeiro de 2006. São Paulo. 2006.

_____. O cumprimento da função social no tocante ao meio ambiente de trabalho. *In Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. V. 8 n.1 (jan./jun. 2008). Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2008.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002.

SZANIAWSK, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEMPOS MODERNOS. Direção e produção: Charles Chaplin. EUA: UNITED ARTISTS/CHARLES CHAPLIN PRODUCTIONS. 1936. 1 fita de vídeo (80 min.), VHS, musical., sem color. Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/tempos-modernos/tempos-modernos.asp>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

[1] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 458.

[2] GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. *In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias.; ZIMERMANN, David. Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007. p. 109.

[3] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002. p. 01.

[4] CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004. p. 23-24.

[5] BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 9. ed. atual. São Paulo: Letras & Letras, 2004. p. 357.

[6] BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá.; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *Revista Jurídica CESUMAR Mestrado*. v. 6. n. 1. dez. 2006. Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006. p. 49-50.

[7] TELLES JUNIOR, Godofredo apud SOUZA, loc. cit.

[8] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 01-02.

[9] BITTAR, op. cit. p. 29-30.

[10] BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28.

[11] REALE, Miguel apud BETIOLI, loc. cit.

[12] Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções e previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

[13] GROENINGA, op. cit. p. 100.

[14] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

[15] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

[16] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

[17] Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[18] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

[19] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[20] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[21] Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

[22] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

[23] Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

[24] FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 42.

[25] MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2005. p. 103.

[26] GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 151.

[27] FACHIN, op. cit. p. 35.

[28] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume I: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 156.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RSTJ, 71/83 apud GONÇALVES, op. cit. p. 157.

[30] GONÇALVES, loc. cit.

[31] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 69.

[32] BELTRÃO, loc. cit.

[33] JABUR, op. cit. p. 70.

[34] JABUR, op. cit. p. 71.

[35] SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 312.

[36] GONÇALVES, loc. cit.

[37] JABUR, op. cit. p. 48.

[38] BELTRÃO, op. cit. p. 29.

[39] GUIMARÃES, Torrieri.; MIRANDA, Sandra Julien. *Dicionário Jurídico*. 4. ed. Atual. São Paulo: Rideel, 2000. p. 67.

[40] BETIOLI, op. cit. p. 358.

[41] JABUR, op. cit. p. 108.

[42] BITTAR, op. cit. p. 68.

[43] FACHIN, op. cit. p. 35-36.

[44] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit. p. 157.

[45] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit. p. 164.

[46] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit. p. 173.

[47] FERREIRA FILHO apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit. p. 178.

[48] SZANIAWSK, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 87.

[49] GANGI, Calogero apud SZANIAWSK, op. cit. p. 89-90.

[50] FACHIN, loc. cit.

[51] KRAUTLER, Edwin.; MOTTA, Ivan Dias. Os direitos da personalidade, nas relações de trabalho. *In Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. v. 6 n. 1. (dez. 2006). Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2006. p. 500.

[52] NASCIMENTO, loc. cit.

[53] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direitos Humanos e discriminação nas relações de trabalho. In: IESDE BRASIL S.A. *Direito individual do trabalho II*. 2. ed. Curitiba: IESDE. p. 53-60 passim.

[54] LEITE, op. cit. p. 47.

[55] KRAUTLER; MOTTA, op. cit. p. 506.

[56] *TEMPOS MODERNOS*. Direção e produção: Charles Chaplin. EUA: UNITED ARTISTS/CHARLES CHAPLIN PRODUCTIONS. 1936. 1 fita de vídeo (80 min.), VHS, musical., sem color. Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/tempos-modernos/tempos-modernos.asp>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

[57] Art. 225. CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[58] Art. 200, VIII. CF. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

[59] KRAUTLER; MOTTA, op. cit. p. 506 e 507.

[60] SILVA, Leda Maria Messias da. O cumprimento da função social no tocante ao meio ambiente de trabalho. In *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. V. 8 n.1 (jan./jun. 2008). Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá, 2008. p. 107.

[61] IIDA, Itiro. *Ergonomia: projeto e produção*. 3. reimp. São Paulo: Editora Edgard Blucher LTDA, 1990. p. 01.

[62] KRAUTLER; MOTTA, loc. cit.

[63] KRAUTLER; MOTTA, op. cit. p. 509.

[64] SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Legislação do trabalho. In *Revista LTr*. Publicação mensal de legislação doutrina e jurisprudência. Vol. 69, n. 04, abr. 2005. São Paulo, 2005. p. 421-422.

[65] Art. 7. CF. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

[66] LEITE, loc. cit.

[67] LEITE, loc. cit.

[68] LEITE, loc. cit.

[69] SILVA NETO apud SILVA, 2005, loc. cit.

[70] SILVA, 2005, loc. cit.

[71] SILVA, 2005, loc. cit.

[72] SILVA, 2005, loc. cit.

[73] LEITE, loc. cit.

[74] SILVA NETO apud SILVA, 2005, loc. cit.

[75] SILVA NETO apud SILVA, 2005, loc. cit.

[76] LEITE, loc. cit.

[77] KRAUTLER; MOTTA, op. cit. p. 505.

[78] KRAUTLER; MOTTA, loc. cit.

[79] SILVA, 2005, op. cit. p. 420.

[80] SILVA, loc. cit.

[81] SILVA, 2008, op. cit. p. 108.

[82] SILVA, op. cit. p. 527.

[83] LIMA, Francisco Meton Marques. As implicações recíprocas entre o meio ambiente e o custo social do trabalho. *In Revista LTr* . v. 71. n. 03. mar. 2007. São Paulo, 2007. p. 327.

[84] SILVA, 2008, op. cit. p. 103.

[85] SILVA, 2008, op. cit. p. 105.

[86] MILARÉ, Édís apud GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. *In Revista LTr*. v. 71. n. 12. dez. 2007. São Paulo, 2007. p. 1474.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EDUCADOR E IMPLICAÇÕES NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EDUCANDO.

THE EDUCATOR'S CIVIL LIABILITIES AND IMPLICATIONS IN THE RIGHTS OF THE LEARNER'S PERSONALITY.

**Lissa Cristina Pimentel Nazareth
Clayton Reis**

RESUMO

O presente artigo tem o intento de identificar a ocorrência do assédio moral no ambiente escolar. Inicialmente, é realizado o estudo sobre os fundamentos da educação através de uma abordagem histórica demonstrando como as crianças eram educadas no seio familiar, desde a época primitiva, passando por diversas civilizações antigas até chegar à educação proporcionada pelos jesuítas no Brasil. No decorrer da pesquisa, aborda-se a estruturação do indivíduo no ambiente familiar, fator primordial para a compreensão do comportamento do indivíduo contemporâneo. São analisados os direitos da personalidade do educando e o direito à educação constitucionalmente garantido. Aponta a incidência do assédio moral no ambiente escolar, com as luzes focadas naquele educador que desqualifica, humilha, deprecia, persegue e esvazia sua vítima todas as qualidades que ela possui. O abuso de autoridade acontece quando o mais forte submete o outro. A tomada do poder se dá pela oratória do professor, que muitas vezes persegue seus alunos utilizando a nota como instrumento de poder. As pesquisas sobre a incidência de assédio moral no ambiente escolar, talvez pioneira que se coloca nesta fase dos direitos da personalidade, configura um longo percurso a ser seguido, diante da novidade do tema. Por outro lado, nas relações trabalhistas, as pesquisas vêm avançando e em virtude do descortinamento do tema, os ajuizamentos crescem de maneira progressiva. O artigo analisa a relação entre o educador e o aluno a qual deve se edificar através do respeito e da admiração recíprocos. A violação dessa linha de conduta implica em ofensa aos direitos fundamentais do educando, podendo configurar violência psíquica e culminar em responsabilização civil. Diante deste panorama, é abordado o dano moral decorrente do assédio moral e exposto o entendimento dos Tribunais acerca da matéria.

PALAVRAS-CHAVES: ASSÉDIO MORAL; DIREITOS DA PERSONALIDADE; DIGNIDADE, DIREITO À EDUCAÇÃO; RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

This research study aims at identifying the occurrence of moral harassment in school environment. Firstly, some research on the educational foundations was carried out followed by a historical approach in order to show how children were brought up in their family context, from the primitive times through different old civilizations, until

the Jesuits' period in Brazil. During the research course, an approach on the individual's structure in his/her family context, crucial for the understanding of the contemporary individual, was developed. The work also analyses the rights of the learners' personality concerning education as a right constitutionally assured. It points out the occurrence of moral harassment in school environment, whose lights are focused on the educator – the one who disqualifies, humiliates, undervalues, oppresses and takes from his/her victims all the qualities they possess. Authority's abuse occurs when the strongest one subdues the other. The power is taken by the professor's discourse which many times pursues their students by using grades as a power instrument. Research studies on the occurrence of moral harassment in school environment, may be pioneer in terms of rights of the personality and have still a long way to go, due to the novelty of the matter. However, considering work relationships, research studies show a great advance due to the unveiling of the subject and judgments grow in a progressive way. This work analyses the relationship between the educator and the learner in which respect and admiration should be the basis. The violation of that line of conduct implies in offending the learner's fundamental rights and it may constitute psychological violence, resulting in civil liability. On the face of that panorama, an approach of moral losses resulting from moral harassment is carried out and exposed for the understanding and judgment of the courts involved in the matter.

KEYWORDS: THE EDUCATOR'S CIVIL LIABILITIES AND IMPLICATIONS IN THE RIGHTS OF THE LEARNER'S PERSONALITY.

1. Introdução ao tema

O presente artigo tem como objetivo identificar a ocorrência do assédio moral no ambiente escolar.

Após breve histórico da educação, o artigo analisa a relação entre o educador e o aluno a qual deve se pautar pelo respeito e pela admiração. A violação dessa linha de conduta implica em ofensa aos direitos fundamentais do educando, podendo configurar assédio moral, no caso, violência psíquica.

A incidência do assédio moral leva a sociedade a uma profunda reflexão acerca das violações da dignidade da pessoa humana. Assédio moral, por definição, configura-se como uma espécie de abuso de poder que ocorre de modo sutil e quase que imperceptível de uma pessoa sobre a outra, tomada como vítima.

O assédio moral é um fenômeno que se manifesta nas mais variadas relações humanas: entre casais, entre irmãos, entre vizinhos, em condomínios residenciais, nas relações de trabalho, nas escolas, corporações militares, enfim, está presente no seio dos mais diversos grupos sociais e culturais.

Apesar de sempre ter existido no convívio social, o fenômeno do assédio é mais estudado no campo das relações trabalhistas. É identificado por meio de atos sistêmicos,

nocivos e repetitivos que atingem a moral do indivíduo e que podem trazer conseqüências graves à sua saúde física e psíquica.

De modo compulsivo, o assediador moral pratica a conduta abusiva, manifestando-se por intermédio de palavras, gestos e comportamentos que possam provocar dano à dignidade, personalidade e integridade psíquica da vítima, podendo até culminar em ofensa à saúde física do assediado. O assédio moral é premeditado pelo agressor que tem a intenção de abalar o estado psicológico de outra pessoa de modo sutil, através de uma forma de violência dissimulada.

Nos tempos da pós-modernidade, em que impera o comportamento individualista e competitivo entre os grupos sociais, o conceito de assédio moral é oportuno e tem o intento de abarcar as microviolências invisíveis no cotidiano. São diversos os questionamentos: como identificar o assédio moral? De que maneira deve ser combatida essa prática perversa? Haveria algum modo de coibir o assédio nas relações pessoais? Alguma lei federal se faz necessária? É necessária a instituição de políticas públicas? Qual é o meio adequado para conscientizar a coletividade acerca do tema? E no caso específico do assédio moral praticado pelo professor, quem deve responder pelos danos sofridos? A escola? O professor ou ambos? Qual o entendimento dos tribunais acerca do assunto? É mais importante punir ou prevenir?

A sociedade mundial está ameaçada, pela dificuldade de saber em que direção emprega seus valores. Em meio a esta confusão sistêmica, surge um paradoxo: como o educador deve tratar a indisciplina dos alunos sem cometer excessos? A indisciplina e a violência são temas recorrentes na atualidade e por isso, acabam sendo banalizados.

Diante de tal problemática, as possíveis soluções passam pela constatação de que a causa da rebeldia dos alunos tem por fundamento o esgotamento da estrutura familiar e social.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a obrigação dos pais ao sustento, guarda e educação dos filhos, em razão do poder familiar reconhecido pelo Código Civil. Àqueles incumbe a tarefa de velar pela sorte destes, amparando-os, educando-os e preparando-os para as dificuldades da vida. O vínculo familiar modela a alma do filho e constrói o futuro cidadão.

Da família exige-se contribuição permanente na formação moral e intelectual da prole, bem como contínua assistência afetiva, que se traduz na relação de proximidade entre pais e filhos, na manutenção do vínculo socioafetivo, ainda que não seja um vínculo natural, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor nos moldes determinados pela Lei número 11.698/2008, que dispõe sobre guarda unilateral ou compartilhada no Código Civil em vigor.

Diante do contexto social desordenado presente na pós-modernidade, muitos pais hesitam em ser firmes com seus filhos e lhes impor limites sob o argumento que quando se tornarem adultos, muitas adversidades os esperam. Outro argumento muito recorrente é a falta de tempo. A globalização incitou grandes mudanças na qualidade de vida dos cidadãos e provocou o encurtamento da presença dos pais nas tarefas de coesão da sociedade familiar. Muitos não conseguem sequer saber como foi o dia do filho na escola, outros nem ficam sabendo se o filho realmente foi à escola.

Por esses e outros motivos de cunho estrutural, é preciso que se ofereça um eixo teórico para que os papéis sociais sejam organizados. Isto se faz por intermédio da Psicologia, ciência que analisa o comportamento, os sentimentos e a razão das pessoas; da Sociologia, que investiga e examina os fenômenos sociais e do Direito, instrumento pelo qual a sociedade regula os conflitos de interesses, estabelecendo, em cada caso, pontos importantes que devem prevalecer sobre outros, e cria mecanismos que possam emprestar definitivamente às soluções propostas pela lei.

O Direito, tutela interesses individuais e coletivos, protegendo a coletividade com a força da organização social. Estado de Direito, portanto, é aquele em que as soluções dos conflitos obedecem aos primados da lei. É o contraponto do Estado violento e arbitrário.

Não basta, o primado da legalidade estrita ou que as soluções dos conflitos de interesses tenham apenas lastro no Direito. Este é basicamente, o instrumento definidor de qual o interesse subordinante, em caso de conflito, não raras vezes acaba protegendo excessivamente uma parte, deixando que o outro se torne refém dos instrumentos legais. Leis podem ser criadas, e muitas o são, entretanto, o que se pretende com o presente artigo é uma reflexão acerca do comportamento humano de forma que possam ser propostos alguns caminhos para que a sociedade consiga superar os conflitos que atravessa atualmente.

A solução que se deve buscar não pode basear-se somente no Direito, visto que tal exclusividade não garante a existência de um Estado de Justiça Social. É preciso que este próprio Estado, que cria as leis, seja mais justo e solidário, implementando condições de dignidade e respeito aos direitos fundamentais dos seus legítimos cidadãos. Garantida a vida, a saúde e a dignidade do povo, a educação representa o bem mais valioso da existência humana, eis que confere a possibilidade de influir para que os demais direitos se materializem e prevaleçam.

2. Questões históricas

A educação, elevada a um dos maiores deveres constitucionais da humanidade, já foi considerada propriedade exclusiva dos deuses.

Nas sociedades primitivas, o processo educativo era iniciado no interior do núcleo familiar e tinha continuidade nas atividades realizadas pelo grupo social, de acordo com as aptidões intelectuais e físicas de cada criança.

A educação entre os povos primitivos não era organizada. Era ministrada por meio da imitação direta do adulto pela criança. A educação teórica consistia na transmissão de conhecimentos e crenças animistas às gerações mais jovens, que eram constituídas pela interpretação das experiências vitais. Tal transmissão era realizada através de diversas cerimônias religiosas. Na Idade Antiga, os indus eram divididos em castas^[3]conviventes, mas não se comunicavam umas com as outras. As castas superiores tinham direito à educação e os pátrias indignos, infames, não tinham acesso à

cultura. Os sacerdotes determinavam a qualidade e a quantidade de conhecimento de várias castas. As mulheres eram reunidas aos escravos e pátrias, sem direito à educação. Argumentavam que “a mulher letrada não obedece, nem quer trabalhar. No Ocidente passou em provérbio: *desconfie da mula que faz him e da mulher que sabe latim*”[4]

A educação dos egípcios era bastante austera. Nota-se em seus escritos que alimentavam certo desprezo pelas classes menos favorecidas: a plebe. Existem diversos documentos históricos que demonstram os conselhos que eram dados aos escribas egípcios:

Seja um escriba. Isso lhe salvará da labuta e lhe protegerá de todo tipo de trabalho. Você será poupado de enfrentar a enxada e o alvião, de forma que não terá que carregar cestas. Você ficará livre de manipular o remo e será poupado de todo tipo de sofrimento.[5]

A relação pedagógica na cultura egípcia era fundada no pátrio poder, repetitiva e transmitida autoritariamente do pai para os filhos. Nem sempre a escrita formal estava presente no meio escolar. O vizir escreveu, mas isto poderia significar também que ditou a um escriba. Os filhos costumavam recitar, no entanto, poderiam ler ou ainda, repetir a leitura de outros. Os ensinamentos dos faraós valorizavam o falar bem e, quase nunca, o escrever bem. Embora a escrita já estivesse presente e já fosse um instrumento essencial para a cultura antiga, o ato de escrever era meramente material; uma técnica de registro dos atos oficiais utilizados por peritos não necessariamente governantes. O ato de falar se identifica com a arte de governar, que consiste em intervir nos conselhos restritos do poder e discursar para as multidões. Os egípcios que detinham o poder se preocupavam em educar futuros políticos, ensinando-lhes a obediência, bem como, educando-os nos mistérios e conhecimentos que eram a base o poder do Estado.

Com relação à educação dos gregos na antiguidade, quando se menciona a palavra “Grécia”, o primeiro nome que vem à tona é o de Homero, *o educador de toda a Grécia*[6] como dizia Platão. Alguns historiadores estimam que Homero tenha vivido entre os séculos 9 e 8 a.C. Para Mário Curtis Giordani, a história da educação grega divide-se em três períodos diferentes: Homérico, Cívico e Helenístico. O ideal da educação homérica visava o preparo para a guerra e para a oratória. A educação era ministrada nos palácios, através de manejo de armas, atividades físicas, dança e música. O período cívico coincide com a formação das cidades-estados gregas, entre as quais, Esparta e Atenas foram as que mais se destacaram.[7]

A educação espartana tinha fins cívicos e era militarizada. Esparta não tem registros acerca de formação filosófica nem artística, por outro lado, o feito mais característico de Esparta é a criação do seu Estado, que representa pela primeira vez na história da Grécia antiga, uma força educativa no mais amplo sentido da palavra.

Em Roma a educação também era direcionada à formação do ser humano para a vida em comunidade, em um caráter humanista e abrangente, mas com ênfase na formação dos filhos para serem úteis à pátria, instruindo-os de acordo com os costumes do Estado e das instituições.

A educação era orientada pelos deveres legais e a manutenção da ordem, além do culto às tradições dos ancestrais. A retórica teve importante participação no processo

educativo, justificado por ser necessária à vida pública. A escola primária romana era formada por instituições particulares, privadas que possibilitavam maior confiança aos pais, que sabiam a quem entregavam seus filhos. Nas famílias mais ricas, os pais hospedavam mestres para educarem seus filhos. O ano letivo durava de oito a nove meses.

O lar romano era tido como centro da educação, que visava sobretudo a formação do caráter moral. Já as escolas romanas exerciam uma função secundária: ensinava aos alunos pelo método da imitação. Paul Monroe relata: *O pai era o responsável pela educação moral e física do menino. A mãe ocupava uma posição muito superior às mulheres da Grécia. No lar ela era dignificada.* [8]

A civilização romana contribuiu para a realização de ideais, no entanto, sua contribuição para a educação foi de muito menor impacto do que a educação grega. Os romanos tinham ideais de educação profundamente moral, voltada para a conduta ética do indivíduo. A família romana era a principal diretriz de instituição educativa. O principal método utilizado era o da imitação. Aprendia-se muito mais pela prática do que pela teoria.

Nas escolas superiores romanas, copiava-se o modelo grego de educação. Depois de pouco tempo, essa imitação dos gregos tornou-se artificial e a vida cultural romana entrou em decadência.

O declínio do Império Romano sob o aspecto moral, ainda que fosse o maior poderio militar do mundo naquela época, com a população desprovida de objetivos e tratada a *pão e circo*, levava a educação a resumir-se num mero exercício de aprendizado de conteúdos neutros dos compêndios, fortemente controlados pelo poder imperial, o que possibilitou a sua paulatina substituição pela educação de feito cristã, cujo princípio e o objetivo primordiais estavam na evangelização dos povos e na fé católica, que existe até os dias atuais.

No decorrer da história, a educação surge como arquétipo da redenção pessoal, de sua própria condição humana que está em constante mudança. A educação, além de garantir a saúde e a sobrevivência da espécie humana, possibilitou a construção de um padrão de existência conhecido por *civilização*[9].

A educação sempre foi o elemento transformador dos povos que pôde garantir a continuidade das conquistas humanas ao longo da história. No entanto, é preciso que os educadores se percebam como agentes de mudança; que se comprometam politicamente com a tarefa de colaborar com a construção de sujeitos sociais críticos e bem informados.

3. A família e o direito fundamental à educação.

A educação deve preparar os indivíduos não somente para repetirem as ações bem sucedidas de seus antepassados, ou evitarem as mal sucedidas. Antes, educar significa

preparar para agir conscientemente, frente às já conhecidas e às novas situações que podem exigir soluções inovadoras ou até mesmo inéditas.

Deve-se levar em consideração que no mundo contemporâneo, as informações circulam rapidamente, o que exige das pessoas que busquem novas e cada vez mais complexas soluções frente aos problemas que surgem no cotidiano da sociedade. O contínuo e acelerado desenvolvimento tecnológico exige a capacidade de se colocar à frente de novas problemáticas, de maneira que a solução apresentada seja eficiente e satisfatória perante a sociedade.

Vale salientar que este artigo não se direciona para o tema da educação como um todo, mas limita-se a alguns dos aspectos educacionais e à violação dos direitos da personalidade no ambiente escolar, bem como, da dignidade da pessoa humana em seu componente valorativo.

Desta forma, consciente da profundidade que o assunto “educação” encerra, é importante abordar a definição de Émile Durkheim acerca da educação: *A educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio social a que a criança particularmente se destine.*^[10]

No trecho acima o autor trata da educação para crianças, mas é necessário ressaltar o caráter generalizado da ação educacional, voltada que é para todos os seres humanos e basicamente em todos os estágios da vida, pois o ser humano jamais deixa de receber a influência de outras pessoas e também não para de influenciá-las e, portanto, educá-las.

Nesse raciocínio, cada um e todos os seres humanos são a um só tempo educandos e educadores. A educação é um processo infinito e constante, eis até mesmo depois da morte de alguém é possível imortalizar seus conhecimentos e influenciar os demais integrantes da sociedade.

A estruturação da criança começa no ambiente familiar. O processo educativo, ainda que fundado na transmissão do conhecimento, não é limitado àquilo que se ensina e se aprende nos bancos escolares. Vai muito além e incorpora valores relevantes do ser humano, preparando-o para a vida social, para o trabalho e para o exercício da cidadania. E a formação de um ser humano tem início no seio familiar.

Criar filhos é um dos mais importantes desafios da vida e a arte menos ensinada em nossa civilização. Alguns acreditam que a mera capacidade biológica de gerar filhos os qualifica para educá-los corretamente e adequadamente. No entanto, os pais acabam por reconhecer que há muito a aprender sobre como educar um filho.

O direito à educação, como elemento do conjunto de direitos sociais fundamentais está inscrito no texto constitucional, com garantia de proteção prioritária. Esse mesmo direito também participa daquele que caracteriza a doutrina da proteção integral destinada à proteção do melhor interesse da criança e do adolescente.

Como direito fundamental, a educação, ao lado da vida e da saúde, gozam de prioridade de atendimento, principalmente em relação às crianças e adolescentes. A

educação básica tornou-se, de maneira indiscutível, o primeiro bloco de conhecimento oferecido à população infanto-juvenil na busca da concretização da cidadania. Para garantir o gozo desse direito, em seu art. 226, a Constituição Federal fixou regras e ofereceu instrumentos judiciais que assegurassem sua efetivação. Além disso, a Constituição designou seus operadores, legitimando o Ministério Público, as associações e o próprio poder público para utilizá-los se o compromisso com a educação não fosse respeitado.

A Constituição Federal incluiu a educação no art. 205 como direito fundamental – social, estabelecendo os seguintes objetivos: a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho. Na perfeita expressão de José Afonso da Silva, *integram-se nestes objetivos valores antropológico-culturais, políticos e profissionais.*^[11]

A Constituição Federal insculpiu a garantia basilar do direito fundamental à educação; em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), que indica as balizas da obrigação estatal, aprimorando-se na fixação das bases da formação integral da criança, introjetando preceitos que permitem a possibilidade de um horizonte promissor, e inova ao precisar a responsabilidade dos dirigentes de estabelecimento de ensino.

Aliada à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei. 9.394/96) oferece uma definição das bases da educação no país, delimitando seus princípios e fins, sua estrutura organizacional, dos profissionais da educação e do sistema de recursos para a educação. Além dessas, a Lei n. 7.716/89 define os crimes resultantes de preconceitos de raça e cor, penalizando a negativa ou o empecilho de inscrever ou permitir o ingresso de aluno de qualquer grau, motivado pela raça ou cor.

Enquanto o art. 6º. da Constituição Federal se limita a enunciar que a educação é um direito fundamental social e nada mais acrescenta que possa elucidar o conteúdo e abrangência deste direito, nos arts. 205 e 208 da nossa Lei Maior encontram-se esboçados os contornos essenciais deste direito fundamental à educação. Neste sentido, cabe citar Ingo Wolfgang Sarlet: *O art. 205 da CF enuncia que a educação é um direito de todos e obrigação do Estado e da família. O art. 206, em seus diversos incisos, estabelece uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo Estado e pela família na realização do direito à educação. [...] Por sua vez, verifica-se que o Constituinte cuidou de estabelecer certos mecanismos e diretrizes a serem adotados na implementação de seu dever com a educação, salientando-se a garantia desse direito.*^[12]

Numa sociedade cuja educação é tutelada por uma soma de normas constitucionais e infra constitucionais, o assédio moral dentro do ambiente escolar não deveria existir. A agressão verbal que parte de um educador em direção a um educando provoca constrangimentos e humilhações, que muitas vezes faz com que este aluno deixe de frequentar a escola, abrindo mão do seu direito à educação constitucionalmente garantido.

4. A dignidade como fundamento axiológico da pessoa humana.

Tratada como fundamento axiológico pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é a pedra angular norteadora dos demais direitos constitucionalmente garantidos.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, embora em civilizações antigas[13] possam ser identificados dispositivos legais que já se preocupavam com a proteção do indivíduo como um fim em si mesmo.

O conceito filosófico de dignidade parte da premissa de igualdades e diferenças entre os homens.

Maria Celina Bodin de Moraes explica: *Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas.*[14]

Hannah Arendt afirma que *a pluralidade humana tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença*[15]. Maria Celina complementa que ação e discurso são os maneiras pelas quais os seres humanos se comunicam uns com os outros, não como meros objetos físicos, mas como pessoas. Explica que a raiz etimológica da palavra “dignidade” provem do latim *dignus* – “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”; diz que a sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação.[16]

O conceito de dignidade é antigo, desde o Cristianismo[17], época em que se assimilou toda a cultura hebraica, a dignidade da pessoa humana encontrou seu marco fundamental na história da humanidade.

A idéia fundamental e essencial sobre o homem, presente na Bíblia, é seu caráter de imagem e semelhança do próprio Deus, de onde procederiam a sua inviolabilidade e, ainda, seu lugar na História da humanidade. Essa idéia ganhou ainda maior força com os ensinamentos de amor por todas as criaturas e ao próximo, trazidos por Cristo, segundo os quais se conhecerá o verdadeiro cristão “*se vos amardes uns aos outros*”[18]. Assim, e de acordo com o Cristianismo, o fundamento da dignidade da pessoa humana encontra-se em Deus.

O papel de Jesus Cristo na construção da filosofia cristã, não foi simplesmente o de legislador moralista, sem outra autoridade senão sua palavra.[19] A mensagem disseminada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um marco na valorização do indivíduo por meio dos princípios e idéias de dignidade e proteção da pessoa humana. A união da natureza divina à natureza humana, na pessoa do Cristo, manifesta concretamente esse novo sentido da dignidade sublime a que está designado o homem, que, por intermédio do filho de Deus, pode resgatar e restaurar a imagem e semelhança com o Criador perdida ou apagada em virtude do pecado.

Os ensinamentos de amor e o perdão conduziram o pensamento humano da Antiguidade greco-romana até o final do século XIX, quando o materialismo tomou sua forma mais evidente.

Tomás de Aquino foi o principal pensador da Idade Média a dedicar-se ao estudo e desenvolvimento do tema, que afirmava ser a dignidade inerente ao homem, na sua espécie e individualismo.

Na Idade Moderna, Giovanni Pico Della Mirandola[20], com sua obra: *De hominis dignitate oratio (Discurso sobre a Dignidade do Homem)*,[21] desenvolve o princípio, sendo pioneiro ao justificar a dignidade humana fora dos estudos da Teologia. Embora faça diversas alusões à teologia, ao lado da filosofia, Giovanni Pico Della Mirandola não estabelece uma relação de subordinação entre o Criador e a criatura.[22] Pico Della Mirandola foca a reflexão acerca do homem na liberdade, retrata a sua condição específica no mundo e a sua dignidade humana, que o eleva acima de todas as criaturas, narrando de forma poética: *Ó Adão, não te demos um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós escritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhum limite, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-se no mundo para que daí possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós escritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhum limite, determiná-las-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-se no mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até os seres que são as bestas, poderás degenerar-te até às realidades superiores que são as divinas, por decisão de teu ânimo.* [23]

A dignidade é requisito e pressuposto da democracia. Derivado do latim *dignitas* (consideração, honra, virtude), entende-se que dignidade é a qualidade moral que, possuída por um indivíduo, serve de pilar ao próprio respeito em que é tida. Juridicamente, indica honraria ou distinção conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de extrema graduação. No Direito Canônico, é *prerrogativa ou benefício* que decorre de um cargo eclesiástico.

Nos séculos XVII e XVIII, o destaque é de Samuel Pufendorf, que entende que todos devem respeitar a dignidade da pessoa humana, mesmo que seja um monarca. Ainda com fundamento *jus naturalista*, Pufendorf considerava a dignidade humana como a liberdade nata de que o indivíduo desfrutava e que lhe permitia agir de acordo com sua opção de vida. A dignidade era base da liberdade humana.

Immanuel Kant propôs a dignidade como *imperativo categórico*[24], segundo o qual, o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser “coisificado” ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. Para Kant, todo ser humano deve conceber o valor da dignidade como absoluto, no limite em que sua racionalidade

determine. Segundo o autor, as coisas, que podem ser trocadas por algo equivalente, têm preço, as pessoas, dignidade.

A essencialidade e amplitude conferidas à dignidade da pessoa humana impedem que ela seja reduzida a um conceito, eis que compreende o ser humano na sua integridade psíquica e física e garante o mínimo existencial para a plenitude da realização da personalidade dos valores da personalidade do indivíduo.

A dignidade da pessoa humana existe independente da criação do Estado, que só chancela, incorpora a sua tutela no universo das normas. O direito à vida digna é a viga mestra dos direitos e garantias fundamentais proporcionados pela Constituição Federal. Não se trata apenas de um princípio, mas de um valor fundante, norteador dos direitos da personalidade do indivíduo.

Este valor tão importante e norteador das relações humanas é essencial nas práticas pedagógicas. Quando um educando tem sua dignidade violada, num só ato, ocorre o dano moral. Se diversos atos forem praticados pelo educador, tais como perseguição, humilhações, terá este aluno o direito de pleitear uma indenização por assédio moral.

5. Breves considerações acerca dos direitos da personalidade.

A proteção jurídica dos direitos da personalidade sustenta-se em dois níveis, um de natureza constitucional[25], reunindo princípios que disciplinam e organizam a sociedade, e outro próprio da legislação ordinária[26], que desenvolve e concretiza esses princípios.

Ante a sua natureza, os direitos da personalidade não são taxativos, e sim, meramente exemplificativos. Tais direitos encontram-se em constante evolução, uma vez que sua sistematização ainda não é unânime nos ordenamentos estrangeiros. Entretanto, em boa parte das legislações, os direitos da personalidade passaram por um processo de constitucionalização, movido pelo poder estatal, cujo domínio colocava em risco a dignidade da pessoa humana.

Hoje, a dignidade da pessoa humana é o pilar de sustentação de qualquer sistema jurídico civilizado, eis que é considerada como valor soberano e inerente à ordem social justa e igualitária que encontra na pessoa o núcleo e a razão de ser de todo o ordenamento.

Renan Lotufo também conta que os direitos da personalidade passaram a ter uma relevância maior depois da Segunda Guerra Mundial, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. [27]

O autor aponta a dignidade como fundamento dos direitos da personalidade ao vincular o crescimento de tais direitos à inserção do respeito à dignidade humana nos

novos sistemas constitucionais. Para Renan Lotufo, os direitos da personalidade são o *mínimo possível para o ser humano desenvolver-se dignamente* [28].

Os direitos de personalidade são pautados no valor fundante da dignidade da pessoa humana. Tanto que Pietro Perlingieri assegura que a personalidade toma a pessoa como valor no ordenamento jurídico, atribuindo unidade a este.[29]. De acordo com Rabindranath, o direito geral de personalidade tem como objeto de estudo a própria pessoa humana, *O direito geral de personalidade, enquanto direito mãe (Mutterrecht) ou direito fonte (Quellrecht) tendo como objecto a personalidade humana no seu todo, fundamenta-se na dignidade do homem, que é um valor em si mesmo e não simplesmente um meio para os fins dos outros. Na linha de Kant, todo ser humano tem, face a qualquer outro, um direito a ser respeitado por ele como pessoa e a não ser lesado no seu existir (vida, corpo e saúde) e na sua esfera própria, bem como é obrigado a respeitar o outro de modo análogo.*[30].

Esse princípio do respeito mútuo ao qual Rabindranath se refere é um princípio fundamental que se manifesta nas ordens jurídicas evoluídas. A relação de respeito recíproco constitui a base de toda a convivência numa comunidade jurídica e de toda a relação jurídica em particular. Tal relação de respeito está na origem do próprio direito geral de personalidade, uma vez que direito ao respeito significa dar e receber tratamento digno a todo indivíduo como pessoa. De acordo com Roxana Cardoso, *os direitos de personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apóiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos de personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano*[31].

Os direitos da personalidade configuram um conteúdo mínimo para a proteção da pessoa humana, que incide sobre a sua vida, integridade física, psíquica, imagem, honra, nome, intimidade, liberdades e vida privada.

Basta que uma pessoa sinta-se ameaçada[32] física ou moralmente, para poder requerer as providências do Judiciário, eis que os direitos da personalidade devem estar acima de qualquer constrangimento legal ou burocrático.

Os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e devem ser respeitados independente de qualquer formalismo, tipicidade ou positividade. No Código Civil, o legislador reservou um capítulo específico aos direitos da personalidade, que vão do art. 11 ao art. 21. Já no primeiro artigo que versa sobre o tema, constam as características essenciais dos direitos da personalidade.

Em caso de violação dos direitos da personalidade, incide a responsabilidade civil sobre o agente ofensor. São protegidos por meios judiciais, nomeadamente pelos procedimentos cautelares, destinados a evitar ameaças de violação ou a atenuar os efeitos da agressão. Na incidência do assédio moral provocado pelo educador em face do aluno, a este cabe o direito de pleitear a cessão da lesão e ainda requerer indenização por danos morais e outros que do ato sucederem.

6. Assédio moral.

O assédio moral caracteriza-se pela exposição sistemática da pessoa a situações humilhantes e constrangedoras, de modo repetido e prolongado. O fenômeno acontece no mundo todo, sendo que sua denominação varia em alguns países[33], como por exemplo: na Inglaterra: *bullying* (*tirarizar*); na França: *harcèlement moral* (*assédio moral*); nos EUA: *mobbing* (*molestar*); no Japão: *murahachibu* (*ostracismo social*), na Espanha: *acoso psíquico* (...)

O assédio moral resultou de uma pesquisa científica realizada inicialmente por Heinz Leymann[34] e seu grupo de trabalho, por volta de 1990. Através de entrevistas com trabalhadores, o grupo analisou certos fatos ocorridos no ambiente de trabalho e detectou os efeitos nocivos que foram gerados na saúde de cada um. Essa constatação serviu para evidenciar que quando uma pessoa reclama por assédio moral sem a prova das repercussões em sua integridade física e incolumidade psíquica, o assédio não se configura.

É provável que ocorra um dano moral decorrente de uma única situação vexatória. A distinção entre o assédio moral e um dano moral poderia ser dada num exemplo pedagógico: o dano moral pode ser provocado por uma fotografia que difama uma pessoa, atingindo a sua dignidade. Já o assédio, pode se considerar como um filme, em que as situações de perseguição e humilhação se repetem constantemente, durante determinado lapso de tempo.

A intimidação sempre ocorreu nos mais diversos ambientes, mas sua nomenclatura é recente. O assédio moral pode assumir diversas formas, desde o tratamento degradante contra o próximo, insultos, ameaças, calúnias etc. Embora suas pesquisas estejam voltadas para o ramo trabalhista, o assédio moral não ocorre somente nas relações de trabalho. Ele está presente em diversos tipos de relação (vizinhos, irmãos, casais, colegas de trabalho, chefe e subordinado, médicos e enfermeiros, servidores públicos, professores e alunos). Esse fenômeno pode ocorrer tanto na esfera pública quanto na privada.

O que mais chama atenção é que muitas vezes as vítimas de assédio moral ignoram o fato de que estão sendo alvo dessa grave forma de agressão. Talvez pela habitualidade da prática ou pelo desconhecimento do assunto, as vítimas não se dão conta de que estão tendo sua personalidade degradada. Nesse caso, poderá se converter em dano existencial.

O presente estudo pretende revelar que dentro das instituições de ensino ocorre uma forma de violência que não deixa marcas explícitas, que se apresenta através de palavras sutis depreciativas, gestos que humilham os alunos, práticas de abuso de poder que Marie-France chama de *violência perversa*, [...] *Ataques perversos tem origem em um processo inconsciente de destruição psicológica, constituído de maquinações hostis, evidentes ou ocultas, de um ou vários indivíduos, sobre um indivíduo determinado, que se torna um verdadeiro saco de pancadas. Por meio de palavras aparentemente inofensivas, alusões, sugestões ou não ditos, é efetivamente possível desequilibrar uma pessoa ou até destruí-la, sem que os que a rodeiam intervenham.*[35]

O modo de agir do educador em sala de aula estabelece um tipo de relação com os alunos que colaboram ou não para o desenvolvimento buscado pela escola. Nesta relação entre professor e aluno, talvez pela convivência contínua do ano letivo, as relações (boas ou más) acabam se estabelecendo. E quando o professor toma certa “antipatia” por determinado aluno, uma relação perversa pode ser desencadeada. De acordo com Yves De La Taille, do ponto de vista da Psicologia, pode-se afirmar que a identidade do aluno é um conjunto de imagens e representações que ele tem de si próprio. Tais imagens são sempre valorativas, ou seja, estão associadas a idéias de bom ou mau, certo ou errado, admirável ou desprezível, etc. Toda e qualquer pessoa procura ter imagens positivas de si e sofre quando não consegue. Depois abandona aquelas imagens que não consegue concretizar e vai a procura de outras (por exemplo, o aluno que vai mal na escola, tem imagem negativa de si, portanto, vai procurar pessoas que se identifiquem com ele). A infância e a adolescência representam a fase da vida na qual se constrói identidade, portanto, na qual se constroem representações de si. Os desempenhos concretos e os juízos alheios desempenham importante papel na construção da identidade do aluno.[36]

Assim, os olhares dos professores, seus juízos, suas maneiras de tratar os alunos (valorizando-os ou desvalorizando-os), as humilhações ou os encorajamentos que fazem, têm influência direta na construção da identidade de seus alunos. Desta forma, o educador deve se abster de praticar gestos, brincadeiras ou dizer palavras que humilhem o aluno perante a turma e aprovar o encorajamento (esse encorajamento não diz respeito ao elogio gratuito, enganoso). Tal abstenção e aprovação têm sentido especial quando o objeto da perseguição ou do encorajamento é uma criança ou um adolescente. Sem exageros, pode-se afirmar que boa parte da formação do caráter e da vida do aluno está nas mãos do educador.

7. A responsabilidade civil dos educadores e dos estabelecimentos de ensino ante a eficácia normativa da jurisprudência.

A Constituição Federal (art. 5º, V e X)[37] passou a contemplar a obrigação de indenizar, elevando esse direito ao *status* constitucional de Direito Fundamental, ao lado dos direitos da personalidade. A Constituição refere-se de forma direta, em pelo menos cinco oportunidades, aos danos e sua indenizabilidade. Dentre eles está o art. 21, XXIII, “d”[38], que determina que responsabilidade civil do Estado por danos nucleares, independente da culpa.

Silvio Rodrigues conceitua o ato de indenizar: *Indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado.* [39]

A idéia de tornar indenizável o ofendido se confunde com o anseio de devolver à vítima ao estado em que se encontrava antes da incidência do ato danoso.

O reconhecimento do direito à indenização reflete a evolução da consciência social acerca do princípio *não lesar a ninguém*[40].

Outro Direito Fundamental é o da Educação. No rol dos direitos humanos, o Brasil encontra o fortalecimento da sua compreensão da educação como direito fundamental das crianças e dos adolescentes.

A preocupação com o direito universal à educação remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa, que representou àquela época, um avanço filosófico e ético de definir a criatura humana pelos seus direitos e deveres. Em 1948, após duas guerras mundiais, a ONU proclamou em Assembléia Geral a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que vem sendo divulgada em diversos países, mas ainda não tem aplicabilidade total.

Assim, a educação, que é uma política social básica, porque é direito de todos e dever do Estado, será garantida quando, além da família, da sociedade e do Estado, os operadores do Direito (magistrados, promotores, defensores públicos etc) estiverem comprometidos como agentes políticos para garantirem com efetividade os direitos da criança e do adolescente, porque são sujeitos de direitos fundamentais, que devem ser preservados, e não violados. São essas crianças e adolescentes igualmente sujeitos de construção futuro da nação. E qual nação nós pretendemos?

Atualmente, vive-se uma geração em que a injustiça imposta pelo sistema econômico distancia os indivíduos em estanques classes sociais, sendo que uma minoria poderosa e hipersuficiente muitas vezes lesa a maioria pouco favorecida. Para tentar dirimir tal problema, o direito deve ser a ferramenta adequada, atuando como mecanismo de justiça social, com destaque ao Código de Defesa do Consumidor destinado a proteger os hipossuficientes.

Entretanto, por ciência humana que é, o Direito evolui e se transforma com o tempo e atua como instrumento de preservação da cidadania. Nesse sentido, a responsabilidade civil funciona como mecanismo de repressão das condutas antissociais, além da reparação individual específica. Ramon Daniel Pizzaro ensina que reparar o dano, *importa restabelecer, na medida do possível, o equilíbrio preexistente alterado pelo dano. Há uma defasagem que deve ser corrigida e com este objetivo se orienta a reparação, que aparece como uma consequência lógica e natural do prejuízo injustamente sofrido.*^[41]

Hoje a jurisprudência já deixou clara a diferença entre dano moral, dano estético e vem inovando com a nova figura do dano à vida existencial.

É natural que a efetividade da responsabilidade civil se amplie com o passar dos anos, tendo em vista que ao adotar a teoria do risco através de norma genérica, o legislador avançou largos passos. O que se busca é compensar todas as vítimas da maneira mais ampla possível, sempre atento ao princípio da integralidade – *restitutio in integrum*.

A moral não foi um presente ao cidadão brasileiro dado pela nova ordem constitucional, é bom que se esclareça. Ele sempre a possuiu e, no ato da constitucionalização deste direito, lhe foi revelado com auxílio de revistas especializadas e da mídia, o que fez com que este mesmo cidadão pudesse reivindicar o

respeito da sociedade. Desde então, os Tribunais vem expedindo decisões importantes, que resultam numa espécie de cartilha educativa, como se fossem regras de conduta, que adequadamente observadas, incentivam e democratizam a educação fundamental, alicerce de um microsistema positivo que influencia nos demais segmentos da sociedade.

A jurisprudência renova e humaniza a lei. É através das decisões proferidas nos Tribunais que são escutados os gritos da multidão, o que faz com que toda a sociedade reflita acerca do verdadeiro conceito de obrigação, em busca de uma sociedade mais humanizada, não apenas preocupada com a moral, mas com o escopo de impedir o abuso dos fortes em detrimento dos fracos.

Muitos já puderam observar a repercussão da jurisprudência, uma verdadeira novidade revolucionária da certeza do Direito. A publicidade das decisões judiciais proporciona certeza aos cidadãos, para que atuem conscientes das obrigações inerentes àquilo que fazem ou deixam de fazer. Este fenômeno já acontece habitualmente. Crianças e adolescentes já são testemunhas de que as indenizações por dano moral modificam a relação entre aluno e professor, impedindo que traumas infantis continuem acontecendo, em decorrência de atos ilícitos praticados no ambiente escolar.

Um fato elucidativo é o julgado proferido pelo TJRJ, Apelação Cível n. 2006.001.47668, em que a professora reprimiu e constrangeu um aluno na frente de toda a classe, afirmando ser ladrão quem subtrai coisas alheias. Os colegas passaram a chamar o adolescente de ladrão que constrangido se retirou da escola. A escola foi condenada por dano moral inerente ao próprio ato da educadora, o que dispensou elementos probantes.

Outra decisão foi de uma aluna *menor que foi vítima de violência pelos próprios colegas que, desconfiados de ter sido a responsável pelo desaparecimento de R\$ 1,00 de uma aluna, fizeram-lhe uma revista pessoal vexatória, com invasão de suas intimidades, sem que a professora, que a tudo assistiu, interviesse para coibir o abuso. O TJRJ considerou que o Colégio procedeu com culpa no dever de vigilância e disciplina na sala de aula, perdendo o controle para os próprios alunos e aplicou indenização correspondente a 100 salários mínimos.* (Ap. 1.476/00, Des. Carlos Raimundo Cardoso, in RT 783/402).

A Suprema Corte decidiu acerca de um *acidente sofrido por menor impúbere, atingido por uma laje quando brincava no pátio de creche que frequentava, mantida pelo Estado, causando-lhe sérias lesões, gera obrigação do ente público em reparar o dano, pois age culposamente quem, pela negligência no seu dever de vigilância, causa prejuízo à saúde de pequena vítima, que, embora atendida de imediato, necessita de tratamento complementar*" (STJ -2.aT.-REsp 143.546 -ReI. Hélio Mosimann-j. 16.03.1999-RT7681184).

Para esta Corte persiste o entendimento de que se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, este deve ser responsabilizado. Ao receber uma estudante menor em qualquer dos estabelecimentos da rede pública de ensino, o Estado assume o compromisso de zelar pela preservação da integridade física daquela criança. A responsabilidade do estabelecimento de ensino é objetiva, independe do elemento culposo. No período em que o aluno está sob os cuidados da escola e dos educadores,

ocorre uma lacuna no efetivo dever de guarda por parte dos pais. Assim, os atos praticados no interior do ambiente escolar que possam resultar em danos, resultam na responsabilidade indenizatória própria da escola.

Acidentes e incidentes são corriqueiros, mas não podem ser banalizados. Com as decisões que vêm sendo proferidas, os estabelecimentos de ensino serão obrigados a prestar serviços de melhor qualidade aos alunos, zelando pela sua integridade física e psíquica, garantindo a efetivação dos direitos da personalidade do educando, fundados na dignidade da pessoa humana.

A violência no ambiente escolar, em especial a que ocorre no interior da sala de aula, local por excelência do encontro entre mestre e estudante ainda é bastante recorrente. É neste ambiente, que a interação deveria acontecer de forma respeitosa, sem coerção, sem “coisificar”; mas é neste local que pode ocorrer a construção de uma cultura abusiva no relacionamento interpessoal, no que diz respeito à responsabilidade do professor sobre a criança e o adolescente.

Recentemente, chegou ao conhecimento do Ministério Público da Vara de Infância e Juventude de Maringá o seguinte fato: Maria é funcionária da UEM (zeladora) e seu filho Pedro estuda na sétima série de um colégio próximo da Universidade. No ano de 2007 Pedro atrasou-se diversas vezes para a entrada na escola. E num dia de prova, o diretor da escola impediu que o rapaz fizesse a avaliação, por ele estar sem o uniforme escolar. A mãe do aluno afirma que foi nesta época que a perseguição começou. Todos os atos que o adolescente praticava eram extremamente vigiados. E ao menor deslize, ele era punido com suspensão e humilhação frente aos colegas. Segundo a mãe, chegou até ser chamado de “bandido”. O ato que levou Dona Maria a procurar o Poder Público, foi o fato de uma suspensão que Pedro recebeu, ficando no corredor da escola durante o horário de aula. Dona Maria foi questionar junto ao diretor o motivo de tal exposição. Que até o ano passado, quem era suspenso era levado para a coordenação e obrigado a realizar pesquisas fora do ambiente escolar. A resposta do diretor foi a seguinte: *deixar aluno bagunceiro em casa não adianta nada! Ele tem mais é que passar vergonha na frente dos outros que é para aprender a não dar mais risadinhas durante as aulas.* [42]

Atos violentos como este provocam danos às emoções, aos sentimentos, aos aspectos cognitivos, prejudicando a vida acadêmica e pessoal do aluno.

O dano moral é decorrente do assédio moral, pois o comportamento perverso do professor que persegue e assedia seus alunos provocam um desgaste considerável na relação pedagógica, provocando danos psíquicos à saúde do educando sem que se tenha consciência imediata disto. Muitas vezes, é o professor “amigão da turma” que resolve chacotear um determinado aluno e de forma indireta, o desqualifica constantemente, sem que esse gesto seja percebido como um assédio moral.

Marie-France anota que a característica do assediador é saber agir camufladamente, *os perversos sabem mascarar tão bem a própria violência que chegam muitas vezes a passar uma excelente imagem de si mesmos. O processo desqualificador pode vir a ter lugar de um modo ainda mais perverso, [...].* [43]

A dimensão da dor moral que este aluno sofre pode levar anos para ser descoberta.

A prática do assédio moral no ambiente escolar constitui uma clara violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ou direitos da personalidade, como um dos direitos fundamentais do homem, que como tal, deve ser respeitado e valorizado em qualquer tipo de relação. Na ocorrência de tal violação, deve a vítima ajuizar ação de indenização por danos morais contra a escola e contra o agressor, que responde subsidiariamente ao dano provocado. Esta é a forma de impedir que práticas como estas sejam repetidas em toda e qualquer relação social.

Entretanto, não é a punição precípua que se espera do Poder Público. A intervenção do Estado só deve ser buscada quando todas as possibilidades de resolução do conflito já estiverem esgotadas.

O que se pretende com este estudo é a conscientização de toda a coletividade acerca da existência desta violência camuflada no ambiente escolar. A repressão a condutas impróprias no universo escolar deve ser realizada primeiramente pela instituição de ensino, de forma adequada e proporcional, com apurada apreciação ao caso concreto. Ao suspender alunos agressores ou demitir professores que violam a dignidade dos alunos, apenas livram-se do problema, sem um verdadeiro enfrentamento à causa que motivou tal prática. Antes, há que se preocupar com a transmissão dos valores de respeito e solidariedade aos educadores e educandos para que todos possam atuar de maneira digna em coletividade.

9. Conclusão

Este artigo teve o intento de redefinir conceitos e alcance dos sujeitos e objetos que balizam os direitos da personalidade, no contexto da teoria constitucional contemporânea, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, foi feita uma breve análise histórica acerca do trato com a Educação nas civilizações mais antigas até atingir a contemporaneidade. Em seguida, abordou-se a importância da família na formação da personalidade do indivíduo e a proteção que o Estado lhe confere, elevando a Fundamental o Direito à Educação, que tem como valor fundante a dignidade da pessoa humana. Abordou com brevidade os direitos da personalidade e algumas questões acerca do assédio moral.

Por fim, relata algumas decisões jurisprudenciais com foco nas relações escolares, que precisam ser pautadas no respeito recíproco e dever de vigilância. A violação dessa linha de conduta implica na ofensa aos direitos fundamentais do educando, podendo configurar responsabilização civil em face do educador que praticou o ato ilícito e também do estabelecimento de ensino, que responde objetivamente.

O que se busca com este artigo é uma profunda reflexão dos educadores, que devem se preocupar com a formação e capacitação de seus alunos, sem deixar de lado seu aperfeiçoamento profissional e a responsabilidade que é inerente ao exercício da profissão de educador.

Referências

- Arendt, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BÍBLIA SAGRADA, *Evangelho segundo João*, capítulo 13, versículo 34-35.
- Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Brasil: *Código Civil Brasileiro* (Lei 10.406/2002).
- CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXVIII, separata, 1992.
- Durkheim, Émile. *Educação e sociologia: com estudo da obra de Durkheim de Paul Fauconnet*. Tradução de Lourenço Filho. 11 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978.
- Giordani, Mário Curtis. *História da Grécia - Antigüidade Clássica I*, 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1984.
- Hirigoyen. Marie- France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Trad. Maria Helena Kühner. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.
- Jaeger, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica da dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- KARDEC, Allan. *O Evangelho segundo o Espiritismo*. Trad. J. Herculano Pires. 55. ed. São Paulo: Lake, 2000.
- Lotufo, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. (arts. 1º. ao 232) São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. In: *Síntese Trabalhista*, v.14, nº. 162, Porto Alegre: Sínteses, dezembro 2002.
- Monroe, Paul. *História da educação: atualidades pedagógicas*. V. 34. 14. ed. São Paulo: Nacional, 1979.
- Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 1989.

Peixoto, Afrânio. *Noções de história da educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

Perlingieri, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972.

Pizzaro, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los médios masivos de comunicacion*. Buenos Aires: Hammurabi, 1971.

Rodrigues, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*, V. 4, 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Silva, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Souza, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Portugal: Coimbra, 1995.

Taille, Yves De La. Humilhação, encorajamento e construção da personalidade. *Revista de Psicologia da USP*. V. 09, n. 85, Ano 2002.

Vidal-Naquet, Pierre. *O Mundo de Homero*. Trad. J. Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

[1] Mestranda em Direitos da Personalidade pelo CESUMAR - Centro Universitário de Maringá. Servidora do Tribunal de Justiça do Paraná.

[2] Magistrado Aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná. Doutor e Mestre em Direito em Relações Negociais pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor do Curso de Mestrado em Direito pelo CESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito das Faculdades Integradas de Curitiba. Professor da Graduação e Especialização da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola de Magistratura do Paraná. Membro-fundador da Academia paranaense de Letras Jurídicas.

[3] *O Sistema de Castas da Índia é uma divisão social importante na sociedade Hindu, não apenas na Índia, mas no Nepal e noutros países e populações de religião Hindu. Sua origem parece proveniente da divisão entre o imigrante ária, de pele clara, e os nativos (dasya), denominados escravos (dasas), que se distinguiam pela pele escura. Os árias são descendentes dos povos brancos de famílias indueuropéias. As primeiras referências históricas sobre a existência de castas se encontram em um livro*

sagrado dos hindus, chamado Manu, possivelmente escrito entre 600 e 250 a.C. Define-se casta como grupo social hereditário, no qual a condição do indivíduo passa de pai para filho, endógamo, pois ele só pode casar-se com pessoas do seu próprio grupo. Estão predeterminados também sua profissão, seus hábitos alimentares, o tipo de vestuário e etc., o que leva à formação de uma sociedade estática. Em outras palavras, não há como escapar, é simplesmente impossível, a alguém que tenha nascido numa situação de vida miserável, trabalhar para melhorar essas condições. Não pode haver aspiração ao crescimento ou ao progresso, seja profissional, social ou mesmo espiritual, e nem de espécie alguma.(Nova Enciclopédia Ilustrada Folha A enciclopédia das enciclopédias, volume 1, p. 481.)

[4] Peixoto, Afrânio. *Noções de história da educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 18.

[5] **Idem, ibidem, p.145.**

[6] Vidal-Naquet, Pierre. *O Mundo de Homero*. Trad. J. Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 112-113.

[7] Giordani, Mário Curtis. *História da Grécia - Antigüidade Clássica I*, 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1984, p. 126.

[8] Monroe, Paul. *História da educação: atualidades pedagógicas*. Volume 34. 14. ed. São Paulo: Nacional, 1979, p. 80.

[9] *A civilização é o estágio da cultura social e da civilidade de um agrupamento humano caracterizado pelo progresso social, científico, político, econômico e artístico. Quanto maior a civilidade e mais evoluída uma nação, maior é o seu grau de civilização. O vocábulo deriva do latim Civita que designava cidade e civile (civil) o seu habitante. Todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente-se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite sua peculiaridade física e espiritual. (Jaeger, Werner. Paidéia. A formação do homem grego. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.3).*

[10] Durkheim, Émile. *Educação e sociologia: com estudo da obra de Durkheim de Paul Fauconnet*. Tradução de Lourenço Filho. 11 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978, p. 41.

[11] Silva, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p 311.

[12] Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 305.

[13] O Código de Hamurabi (1700 a.C.) 116. Se o prisioneiro morrer na prisão por mau tratamento, o chefe da prisão deverá condenar o mercador frente ao juiz. Caso o prisioneiro seja um homem livre, o filho do mercador deverá ser condenado à morte; se ele era um escravo, ele deverá pagar 1/3 de uma mina em outro, e o chefe de prisão deve pagar pela negligência.

[14] Moraes, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76.

[15] Arendt, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 188.

[16] BREUVART, Jean-Marie. *Le concept philosophique de dignité humaine. Revue d'éthique et théologie morale, n. 191, 1994, p. 104-105.* APUD Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, p 77.

[17] Segundo Diogo Leite de Campos, "a partir do Cristianismo, qualquer ser humano passou a ser pessoa (homens, mulheres, crianças, nascituros, escravos, estrangeiros, inimigos...) [...]" (CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXVIII, separata, p. 14, 1992).

[18] BÍBLIA SAGRADA, *Evangelho segundo João*, capítulo 13, versículo 34-35.

[19] KARDEC, Allan. *O Evangelho segundo o Espiritismo*, p. 41.

[20] Giovanni Pico Della Mirandola era filho de conde e condessa, nascido em Florença – Itália, vivem entre 1463 e 1494; dotado de intelectualidade invejável, desde a tenra idade, já se dedicava ao estudo do idioma árabe, latino, hebraico, sírio, dentre outros. Estudou Direito canônico, debruçou sobre a Filosofia e a Teologia. Seu principal objetivo era conciliar religião e filosofia. (nota da autora).

[21] Nesta obra, Giovanni Pico Della Mirandola desenvolve a idéia de quanto o homem é um ser digno, em virtude de sua singularidade e perfectibilidade. (nota da autora).

[22] Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais* (obra citada), p. 79.

[23] MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 38-39.

Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica da dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 75. (Em termos simples, eis o que o grande filósofo alemão Immanuel Kant chamou de imperativo categórico: você deve agir sempre baseado naqueles princípios que desejaria ver aplicados universalmente. Por que "imperativo categórico"? *Imperativo*, porque é um dever moral. *Categórico*, porque atinge a todos, sem exceção.)

[25] Com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º. III).

[26] (arts. 11 ao 21 do CC)

[27] Lotufo, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*.(arts. 1º. ao 232) São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

[28] Idem. ibidem p. 81.

[29] Perlingieri, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 42.

[30] Souza, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Portugal: Coimbra, 1995, p. 559.

[31] Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.20.

[32] Brasil: *Código Civil Brasileiro* (Lei 10.406/2002) Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

[33]. MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. In: *Síntese Trabalhista*, v.14, nº. 162, Porto Alegre: Sínteses, dezembro 2002, p.07.

[34] Leymann foi primeiro estudioso a identificar o fenômeno na Europa (Suécia) em 1984 - define este fenômeno como sendo aquele que envolve uma comunicação hostil, direcionada de forma sistemática, por um ou mais indivíduos, sobre uma pessoa que é levada para uma posição de fraqueza psicológica. (nota da autora).

[35] Hirigoyen. Marie- France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Trad. Maria Helena Kühner. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 11.

[36] Taille, Yves De La. Humilhação, encorajamento e construção da personalidade. *Revista de Psicologia da USP*. V. 09, n. 85, Ano 2002, p. 54.

[37] CF/88 – art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

[38] CF/88 art. 21 *Compete à União XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;*

[39] Rodrigues, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*, V. 4, 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

[40] O conceito de indenização e os pressupostos da responsabilidade civil receberam atenção especial. Portanto, foram contemplados num capítulo exclusivo neste trabalho. Assim, maiores detalhes sobre este princípio serão colacionados no último capítulo, que é reservado à responsabilidade civil. (nota da autora).

[41] Pizzaro, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los médios masivos de comunicacion*. Buenos Aires: Hammurabi, 1971, p. 295.

[42] Os nomes das pessoas envolvidas no fato foram substituídos para preservar a identidade de cada um. Fato real (nota da autora).

[43] Hirigoyen. Marie- France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, p. 56. (obra citada)

A PROTEÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Nilton Carlos De Almeida Coutinho

RESUMO

O presente artigo analisa os instrumentos disponíveis para a proteção ambiental, sob a ótica dos direitos da personalidade. Neste contexto, as medidas preventivas e repressivas disponibilizadas ao poder público passam a ser vistas como formas de se tutelar o direito à vida, saúde e qualidade de vida, de modo a permitir a efetivação da proteção dos direitos da personalidade. Do mesmo modo, a participação popular e os princípios de direito ambiental inseridos em nossa Constituição passam a ser vistos como orientadores da atuação estatal com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana. Ao final, passamos a tecer nossas considerações acerca da utilização do direito ambiental enquanto instrumento extremamente útil para a efetivação dos direitos da personalidade, e, em especial, do direito à vida, saúde e qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE; VIDA; SAÚDE; PROTEÇÃO ESTATAL

RESUMEN

Este artículo examina las herramientas disponibles para la protección del medio ambiente, desde la perspectiva de los derechos de la personalidad. En este contexto, la represión y las medidas preventivas a disposición del poder público se considera como formas de proteger el derecho a la vida, la salud y la calidad de vida, para que la protección efectiva de los derechos de la personalidad. Del mismo modo, la participación popular y los principios del derecho ambiental en nuestra Constitución se verá como orientar la acción del Estado encaminada a la protección de la dignidad humana. Al final, haremos nuestras consideraciones sobre el uso de la legislación ambiental como una herramienta sumamente valiosa para la realización de los derechos de la personalidad, y, en particular el derecho a la vida, la salud y la calidad de vida.

PALAVRAS-CLAVE: MEDIO AMBIENTE, LA VIDA, LA SALUD, LA PROTECCIÓN DEL ESTADO

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade constituem-se como um dos temas mais relevantes do nosso ordenamento jurídico. Isso porque o estudo do direito só se torna relevante em função do ser humano, que é dele titular. Ou seja: o direito só existe em função da pessoa humana.

Goffredo Telles Jr., citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conceitua os direitos da personalidade como direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio. São eles concebidos como direitos inerentes à pessoa humana, abrangendo seus atributos físicos, psíquicos e morais, quer sejam considerados em relação a si mesmas ou em relação aos outros indivíduos nas suas diversas atividades sociais[1].

Os direitos da personalidade são, em resumo, direitos essenciais ao exercício da dignidade da pessoa humana. São direitos subjetivos, que têm por objeto os elementos que constituem a personalidade do seu titular, considerada nos seus mais variados aspectos.

Segundo Silvio Romero Beltrão[2], os direitos da personalidade se destacam em razão de estarem fundados “no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, como elemento essencial à própria existência da pessoa”.

São direitos inatos e permanentes, nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência, tendo como finalidade primordial a proteção das qualidades e dos atributos que lhe são essenciais, de forma a salvaguardar sua dignidade e a impedir apropriações e agressões de particulares ou mesmo do . Segundo Carlos Alberto Bittar[3], direitos da personalidade são aqueles:

reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Na concepção de Orlando Gomes[4], são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos; destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.

Outra possibilidade de entendimento do tema encontra-se na definição de Francisco Amaral, para quem "direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual"[5].

Ante todo o exposto, é possível chegar-se à conclusão de que os direitos da personalidade se traduzem em direitos inerentes à pessoa humana e essenciais para sua existência com dignidade. Entre tais direitos incluem-se o direito à vida, à integridade física entre outros.

DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A proteção à vida com dignidade somente será possível caso haja a efetiva tutela de outros direitos a ela inerentes, tais como o direito à saúde e qualidade de vida.

Por se constituírem como direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, os direitos da personalidade possuem características próprias, as quais os singularizam e os diferenciam dos demais. Tais características visam permitir a adequada proteção da pessoa humana em todos os seus atributos, de forma a proteger e assegurar a concretização da dignidade da pessoa humana, a qual se constitui como fundamento da ordem jurídica.

Para Carlos Alberto Bittar[6] os direitos da personalidade são "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*".

Já para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis[7].

Segundo Orlando Gomes[8], tais direitos seriam absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários.

No mesmo sentido é a opinião de Roxana Cardoso Brasileiro Borges[9] a qual relembra que Caio Mário da Silva Pereira aponta como características dos *direitos da personalidade o fato de serem absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis*.

Gilberto Haddad Jabur[10] elenca como características predominantes dos direitos da personalidade seu aspecto inato, sua essencialidade e vitaliciedade, bem como a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade relativa, e ainda o fato de serem irrenunciáveis, intransferíveis e inalienáveis, inexecutáveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.

Como se vê, várias são as características atribuídas a tais direitos, de tal forma que se torna pertinente à análise, ainda que superficial, de algumas delas.

Primeiramente, destaque-se que a natureza de tais direitos não permite que um indivíduo deles se despoje, uma vez que há uma preocupação por parte de todo o corpo social no sentido de que tais direitos se mantenham unidos ao seu titular, pois não podem eles ser alienados ou negociados junto a outros indivíduos.

Logo, tais direitos encontram-se tão intimamente atrelados ao seu titular, que nem mesmo ele possa aliená-los ou transmiti-los a outrem, razão pela qual se passa a falar em indisponibilidade dos direitos da personalidade

Conforme assevera a doutrina, a indisponibilidade abrangeria os conceitos de intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Renan Lotufo é desta opinião, afirmando: que

“tais direitos seriam considerados indisponíveis em razão do fato do seu titular não poder se privar de tais direitos, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade”[11].

Desse modo, o titular do direito da personalidade não pode deles dispor, nem transmiti-lo a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-o, pois tais direitos acompanham seu titular durante toda a vida, sendo, portanto, deles inseparáveis.

Outra característica inerente aos direitos da personalidade refere-se a sua oponibilidade *erga omnes*, uma vez que todos os indivíduos (incluindo o próprio titular dos direitos) devem respeitá-los.

Diz-se, ainda, que os direitos da personalidade são direitos extrapatrimoniais em razão do fato de seu objeto ser insuscetível de mensuração, ou seja: não pode ser avaliado em aspectos econômicos ou pecuniários.

Há que se ressaltar, ainda, a vitaliciedade de tais direitos, ou seja: são eles inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde o seu nascimento/concepção até a morte. Aliás, consoante a lição de Silvio Rodrigues[12], é possível afirmar-se que os direitos da personalidade são direitos inerentes à pessoa e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente.

A par da existência de diversas outras características é possível concluir-se que a natureza jurídica dos bens tutelados fundamenta a necessidade de sua proteção, podendo-se, exigir sua proteção em face do próprio titular do direito.

MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não obstante a atual Constituição Federal tenha estabelecido que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual se constitui como bem de uso comum do povo, observa-se que proteção ao meio ambiente faz-se necessária a fim de permitir a proteção de outros direitos fundamentais, tal como o direito à vida e o direito à saúde.

Assim, por ser ele um bem essencial à sadia qualidade de vida, impôs-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tal regra estabelece, de maneira clara, que a proteção ao meio ambiente é medida essencial para a proteção do direito à vida, saúde e qualidade de vida.

Por expressa disposição constitucional, a saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual será garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF).

Ora, a proteção ao meio ambiente repercute, diretamente, no direito à saúde, eis que, vivendo em um ambiente ecologicamente equilibrado, sem poluição, com condições de

higiene, saneamento básico adequados, haverá uma significativa melhoria na qualidade de vida de toda a população.

Preservando o meio ambiente, a Administração Pública estará preservando saúde da população, ou, em última análise, a própria vida - a qual se constitui como um dos direitos da personalidade. Protege-se à vida antes mesmo que surja um risco concreto a esse direito. E, por esta razão, permite-se até que a atuação da Administração Pública seja, até mesmo, anterior à ocorrência do dano.

Tendo em vista o disposto em nossa Constituição Federal, bem como os diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, torna-se possível extrair diversos princípios relacionados à tutela do meio ambiente.

Em estudo acerca do sistema constitucional brasileiro, Kildare Gonçalves Carvalho[13] visualiza na Constituição de 1988 os seguintes princípios: princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (*caput* e §1º); princípio da prevenção e precaução (*caput* e §1º, IV); princípio da informação e da notificação ambiental (*caput* e §1º, VI); princípio da educação ambiental (*caput* e §1º, VI); princípio da participação (*caput*); princípio do poluidor pagador (§3º); princípio da responsabilidade da pessoa física e jurídica (§3º); princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional §1º); princípio da eliminação de modos de produção e consumo e da política demográfica adequada; e princípio do desenvolvimento sustentado (*caput*).

O Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida foi o primeiro princípio previsto na declaração de Estocolmo e proclama que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras[14]”.

Segundo Luis Roberto Gomes[15], o ambiente ecologicamente equilibrado traduz-se em um desdobramento da proteção do direito à vida, uma vez que: “a salvaguarda das condições ambientais adequadas à vida dependem logicamente da proteção dos valores ambientais”.

Tal princípio foi reafirmado pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992. Segundo deliberado naquela oportunidade, “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza[16]”.

A constitucionalização do direito ao meio ambiente permitiu uma proteção mais efetiva e eficaz do direito à vida, saúde e qualidade de vida. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente foi elevado ao status de direito fundamental e, para sua proteção, foram criados diversos instrumentos para a sua proteção.

PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA

A Constituição foi clara ao estabelecer que dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações é dever do Poder Público e da coletividade.

Deste modo, a atual Constituição Federal previu a participação da sociedade na proteção ambiental. No mesmo sentido foi a orientação seguida pela Declaração do Rio de Janeiro^[17], a qual procurou assegurar a participação de todos os cidadãos interessados nas questões ambientais.

Com base no denominado “princípio da participação comunitária” tem-se que é direito da comunidade participar na formulação e execução de políticas ambientais e na tomada de decisões que tragam repercussões na área. Desse modo, empreendimentos potencialmente poluentes ou que possam causar danos ao meio ambiente deverão ser apresentados previamente às populações a serem atingidas, possibilitando-lhes a participação no processo decisório.

A inclusão do princípio da participação comunitária em nosso ordenamento jurídico vem reforçar o mandamento constitucional segundo o qual impõe-se a todos a defesa e preservação do meio ambiente, ou seja: na busca de soluções para os problemas ambientais deve-se estimular a cooperação entre o Estado e a sociedade, por meio da participação dos diversos grupos sociais existentes, na busca de soluções para os problemas ambientais.

Destaque-se, ainda, que este princípio também se encontra relacionado ao da publicidade dos atos da Administração Pública, eis que, para que haja a adequada participação do particular na busca de soluções para os problemas ambientais, deve ela ter acesso a informações (excetuando-se nas hipóteses em que razões de segurança nacional a impedirem). O princípio da publicidade, entretanto, este será objeto de análise em item específico.

Outro ponto que merece destaque em relação a participação popular refere-se ao fato de que, para que haja a efetiva participação da sociedade na proteção do meio ambiente é necessário que esta tenha acesso à informação e educação ambiental.

Nesse aspecto, o princípio da publicidade dos atos administrativos auxilia na possibilidade de controle dos atos da Administração Pública pelos administrados, os quais são, em última análise, os verdadeiros titulares do poder outorgado a ela. Neste sentido, o princípio da publicidade possui suma importância como orientador da atuação da Administração Pública. Isso porque, em razão do fato de seus atos se relacionarem a questões que repercutirão sobre toda a comunidade, os administrados têm o direito de ter conhecimento acerca das decisões proferidas pela Administração.

Conforme magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[18], os atos praticados pela Administração devem ser amplamente divulgados, ressalvadas as hipóteses em que a lei autoriza o sigilo.

Tal publicidade permite um melhor controle do poder estatal e da moralidade administrativa, razão pela qual muitos autores afirmam que tal princípio constitui-se como requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo.

DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL

A proteção ao meio ambiente também pode ser efetivada por meio do direito à informação ambiental, segundo o qual toda pessoa tem o direito de obter do Estado informações relativas ao meio ambiente. Assim, qualquer interessado pode participar em questões relativas à defesa e/ou proteção do meio ambiente[19].

O direito à informação ambiental se justifica em razão do direito conferido a todos os cidadãos de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal direito se encontra previsto na lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual permite que qualquer pessoa legitimamente interessada tenha acesso aos resultados das análises efetuadas pelos órgãos responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, bem como das respectivas fundamentações.

O meio ambiente constitui-se como um direito fundamental, pertencente a toda sociedade, de tal modo que, devem os cidadãos ter acesso a todas as informações relacionadas à proteção desse bem jurídico.

O princípio da informação objetiva fazer com que toda a sociedade tenha conhecimento acerca da exata situação ambiental, abrangendo tanto a sua preservação quanto a sua degradação. O acesso às informações relativas ao meio ambiente foi previsto pela Declaração do Rio em seu Princípio 10.

Recorde-se, ainda, que a informação ambiental é um pré-requisito para que determinada comunidade tenha condições de se manifestar acerca de determinado evento ambiental. Por esta razão, Paulo Affonso Leme Machado[20] destaca que a informação ambiental deve ser transmitida de forma a possibilitar tempo suficiente para que os interessados possam analisar a matéria e agir em defesa de seus direitos, procurando a Administração Pública ou mesmo o Judiciário.

O direito à informação é imprescindível a fim de viabilizar a adequada participação popular na proteção desse direito fundamental à vida, que é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

DA ATUAÇÃO PREVENTIVA

Em razão da importância dos bens jurídicos tutelados, deve-se, ao máximo, evitar que lesões ao direito à vida ocorram. Neste contexto, ganham destaque as ações preventivas para a proteção de tal direito.

As ações preventivas, em nível constitucional, foram consubstanciadas por meio dos princípios da precaução e prevenção

Apesar de muitos autores utilizarem as expressões como sinônimas, o princípio da prevenção não se confunde com o princípio da precaução.

Para Rodrigo de Almeida Amoy[21], o princípio da prevenção refere-se ao perigo concreto, enquanto o da precaução refere-se ao perigo abstrato. No princípio da prevenção as conseqüências de determinado ato são previamente conhecidas, devendo, portanto, ser evitadas. Já no princípio da precaução, a proteção decorre do fato de não se saber quais danos poderão ser causados ao meio ambiente.

A diferença entre tais princípios também é apontada para Tiago Fensterseifer[22] para quem o princípio da prevenção traria consigo a idéia de conhecimento completo acerca dos efeitos de determinada intervenção no meio ambiente, ao passo que, o princípio da precaução possuiria um universo maior, por procurar atuar na proteção de um bem jurídico ambiental sobre o qual ainda não se sabe, com exatidão, quais serão as conseqüências danosas que podem vir a lhe ocorrer.

Édis Milaré traça o principal fato diferenciador do princípio da precaução para o princípio da prevenção. Segundo o citado autor a prevenção trata de riscos ou impactos já *conhecidos* pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos *desconhecidos*[23].

Porém, não são todos os autores que fazem essa diferenciação.

Assim, Conforme assevera Barreira[24] a prevenção relaciona-se à idéia da existência de um perigo comprovado, o qual deve ser eliminado. Desse modo, observe-se que o nexos causal entre a conduta e o dano ambiental encontra-se cientificamente comprovado ou é facilmente previsível.

O princípio da precaução tem como fundamento o fato de que, em razão da dificuldade em se reconstituir uma área que tenha sofrido um dano ambiental, deve-se evitar, ao máximo, que o dano chegue a ocorrer. Isso porque, em geral, a grande maioria dos danos causados ao meio ambiente são irreparáveis.

É esta, aliás, a orientação traçada pela Declaração do Rio, a qual estabelece que quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis devem ser tomadas medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Princípio 15).

Tal princípio tem como objetivo impedir o dano ambiental, ainda que sua ocorrência futura seja incerta, ou seja, sua aplicação deriva do fato de não se saber, ao certo, quais as conseqüências e reflexos que determinada conduta poderá gerar ao meio ambiente, por incerteza ou imprevisibilidade.

Para Ana Gouveia e Freitas Martins^[25] “o princípio da precaução deve ser assumido como um princípio jurídico-político orientador da política ambiental”, constituindo-se como um importante argumento para a atuação estatal na hipótese de inexistência de comprovação científica acerca do potencial de degradação em relação a determinado empreendimento ou obra. Nestas hipóteses, o princípio da precaução justifica-se em razão da relevância dos bens jurídicos tutelados, de tal forma que qualquer ameaça (ainda que não comprovada) em relação a tais bens deve ser combatida antes que possa

vir a causar algum dano, razão pela qual a atuação estatal, com vistas à proteção do meio ambiente, há de ser exigida.

A aplicação do princípio da prevenção (bem como do princípio da precaução) permite que a Administração Pública se antecipe à lesão ambiental e realize condutas atinentes à prevenção do dano, permitindo uma maior efetividade na proteção ao meio ambiente.

DA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS

O princípio da reparação foi expressamente previsto como 13º princípio da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 e decorre diretamente do princípio da prevenção e, também, do princípio do poluidor pagador.

Neste aspecto, destaca-se a importância da atividade legiferante dos Estados em relação à responsabilidade do causador do dano e à indenização das vítimas. Assim, segundo estabelecido na referida Declaração “os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais”. Tal orientação foi adotada pela Constituição de 1988 a qual estabeleceu que “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado” e “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Com base nesse princípio, aquele que causar lesão a bens ambientais deve ser responsabilizado por seus atos, reparando ou indenizando os danos causados.

O princípio da reparação obteve maior efetividade em decorrência da adoção da teoria da responsabilidade objetiva. Neste sentido, veja-se:

3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate à devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano[26].

A adoção da responsabilidade objetiva demonstra o quanto a preocupação com o aspecto ambiental tem adquirido importância na atualidade, suscitando medidas de severa sanção e responsabilização, seja ela causada de forma direta ou indireta.

Com vistas à efetiva reparação do dano causado, a Constituição Federal previu dois princípios de suma importância para tal função: o princípio do poluidor pagador e o princípio do usuário pagador.

PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

Segundo Édis Milaré[27], o princípio do poluidor pagador baseia-se na teoria segundo a qual os agentes econômicos devem levar em consideração o custo resultante dos danos ambientais no momento de se elaborar os custos da produção.

O princípio do poluidor pagador foi incorporado ao texto constitucional por meio do art. 225, § 3º, o qual estabeleceu que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Note-se, porém, consoante ensina Juliana Gerent, que tal princípio pode ser visualizado nos artigos 170, VI; 225, §1º, V; §2º e §3º de nossa Constituição Federal.[28]

No que tange à responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais, nossos tribunais já se manifestaram no sentido de que tal responsabilização “advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial[29]”.

Maria Alexandra de Sousa Aragão[30] afirma que os poluidores devem suportar também todos os custos das medidas públicas de reposição da qualidade do ambiente perdida, ou com o auxílio econômico às vítimas, além dos custos administrativos conexos. Segundo ela, o princípio do poluidor-pagador é um princípio normativo de caráter econômico, mas que, entretanto, deve ser considerado uma regra de bom senso econômico, jurídico e político.

No que pertine à intervenção concretizadora do Poder Público, torna-se fundamental que este estabeleça o conteúdo, a extensão e os limites das obrigações dos poluidores.

Uma observação que precisa ficar clara refere-se ao fato de que, segundo o princípio do poluidor pagador, este deve suportar os custos das medidas de proteção do meio ambiente e, também, procurar corrigir e eliminar as fontes poluidoras, sendo possível afirmar-se que tal princípio possui uma função preventiva, reparatória e, também, educativa. Assim, uma vez ocorrido o dano, deve o poluidor responsabilizar-se pela reparação do mesmo.

DO USUÁRIO-PAGADOR

O princípio do usuário-pagador deriva do fato de que, em razão dos recursos ambientais serem escassos, a apropriação deles, por parte de determinada(s) pessoa(s) – física(s) ou jurídica(s), gera o dever de oferecer à coletividade o direito a uma compensação. Isto

ocorre porque a produção e o consumo desses recursos podem gerar sua degradação ou escassez e a utilização gratuita de tais recursos ambientais proporciona um enriquecimento ilícito para aquele o usuário.

Aliás, no julgamento da ADI 3378/DF o STF asseverou-se que o princípio do usuário-pagador constitui-se como um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.

Segundo o magistério de Paulo Bessa Antunes, o fundamento de tal princípio reside no fato de que a sociedade não pode sustentar o ônus financeiro e ambiental de atividades que trarão retorno econômico individualizado^[31].

Já Para Paulo Affonso Leme Machado^[32], o princípio do usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar os custos necessários à utilização do recurso, bem como os custos advindos desta utilização. Para ele, tal princípio englobaria o princípio do usuário pagador, ou seja, O princípio do usuário-pagador seria gênero e o princípio do poluidor-pagador, espécie.

Como se vê, diversos são os princípios apresentados pela doutrina em decorrência da análise do texto constitucional e dos tratados internacionais inerentes a matéria.

Tais princípios devem ser observados conjuntamente, a fim de propiciar a adequada proteção ao meio ambiente, em benefício de toda sociedade.

DA ATUAÇÃO ESTATAL

Segundo Geraldo Ferreira Lanfredi^[33], a atuação preventiva consubstancia-se em limitações administrativas, desapropriações, estudos de impacto ambiental, licenças ambientais, tombamentos e inquéritos civis. Já a atuação repressiva pode se efetivar por meio de multas, interdição temporária ou definitiva de perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamentos oficiais de crédito, etc.

Dentre as ações preventivas merecem destaque o do estudo prévio de impacto ambiental e a licença ambiental.

Com relação ao estudo de impacto ambiental, a Constituição Federal conferiu à Administração Pública o poder de exigir o referido estudo para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente

Segundo a resolução CONAMA Nº 1, de 23.01.1986, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetem: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.

Com base na lição de Chambault[34], Paulo Affonso Leme Machado, afirma que o objetivo de tal estudo é fornecer às Administrações Públicas uma base séria de informações, a fim que esta possa pesar os interesses em jogo no momento da tomada de decisão. Assim, o estudo prévio de impacto ambiental traduz-se num importante instrumento de proteção ao meio ambiente, posto à disposição da Administração Pública. O bem jurídico ambiental, conforme já mencionado, é, em geral, de difícil recuperação, razão pela qual medidas preventivas devem ser utilizadas e incentivadas.

As informações apresentadas pelo estudo prévio de impacto ambiental permitirá que a Administração Pública verifique se, de fato, há (ou não) risco de que uma obra ou atividade venha a causar significativa degradação do meio ambiente.

Com relação ao licenciamento ambiental este pode ser definido como:

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso[35].

Por meio do licenciamento, a Administração Pública estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades.

Do mesmo modo, é possível falar-se em medidas repressivas, as quais devem ser utilizadas sempre que não for possível evitar-se a ocorrência dos danos.

Nesse contexto, surgiu a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

No que se refere aos aspectos penais, a lei trata do processo criminal e das infrações tipificadas como crimes ambientais. Também apresenta critérios a serem observados pela Administração Pública (*lato sensu*) na imposição e graduação da penalidade, permitindo, inclusive, que a Administração apreenda produtos e instrumentos relacionados ao crime ou infração administrativa ocorridos.

Por outro lado, observa-se na referida lei, sanções administrativas aos infratores. Segundo preconiza a doutrina, as sanções administrativas podem ser conceituadas como medidas aflictivas impostas pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito[36].

A partir do artigo 70, a lei 9.605/98 passa a tratar especificamente das infrações administrativas relacionadas ao meio ambiente. Considera-se infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”[37].

Para coibir este tipo de conduta, foram previstas as seguintes sanções: advertência; multa simples; multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades; e restritiva de direitos.

Tais sanções derivam do poder de polícia, do qual a Administração Pública é titular, bem como em razão da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, para coibir os abusos praticados, a Administração deve, observados os princípios inerentes à Administração Pública, punir os infratores com o objetivo de evitar novos danos ao meio ambiente.

CONCLUSÕES

Os direitos da personalidade são direitos personalíssimos e inerentes à pessoa humana. Fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto alicerce de nosso ordenamento jurídico.

A fim de propiciar a proteção efetiva dos direitos da personalidade a constituição Federal conferiu ao poder público poderes e prerrogativas que lhe permitissem realizar seu papel de forma adequada

Entre tais instrumentos de proteção, inclui-se a tutela do bem jurídico ambiental, o qual possui importância fundamental na manutenção do direito à vida, saúde e qualidade de vida, eis que a proteção ao meio ambiente, repercute na qualidade do ar e de toda a vida terrestre, permitindo uma vida melhor e com mais dignidade para todos os seres humanos.

Protegendo-se o meio ambiente garante-se o direito à vida das presentes e, também, das futuras gerações.

Proteger o meio o meio ambiente é, pois, um instrumento fundamental para a proteção de inúmeros direitos.

Dada a relevância do bem jurídico a ser tutelado é fundamental a utilização de atividades preventivas, bem como o controle dos fatores de degradação ambiental, por meio da imposição de sanções legais, exigindo-se a reparação do dano.

Não obstante as ações preventivas mereçam destaque em função de suas vantagens na tutela do meio ambiente, as ações repressivas também deverão se aplicadas quando não for possível evitar-se a ocorrência do dano. Tal proteção deve ocorrer da forma mais integral e eficaz possível, eis que se trata da proteção de direitos indisponíveis, que exigem uma maior atenção por parte do poder público e da sociedade.

A proteção ao meio ambiente, por meio de medidas preventivas e repressivas é uma obrigação imposta ao Estado e à coletividade, a fim de se permitir a adequada defesa dos bens jurídicos em discussão.

Por esta razão, os instrumentos criados devem ser utilizados de maneira efetiva e ampliada, de modo a permitir uma atuação estatal eficaz, efetiva e eficiente na proteção desses bens jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMOY, Rodrigo de Almeida. **A proteção do direito fundamental ao meio ambiente no direito interno e internacional**. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_de_almeida_amoy.pdf> Acesso 21 dez. 2008.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*, p. 32.

BARREIRA, Péricles Antunes. **Direito Ambiental**. Goiás: 4ª Revisão – 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade. De acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. *Direito Constitucional Positivo*, p. 753.

CHAMBAULT, J. F. Les études d'impact et La Communauté Européene. In **Revue Juridique de l'Environnement** 4/401-441, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 18ª ed., 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 24.ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana*. **Porto Alegre** : livraria do advogado, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2006.

GERENT, Juliana. **Direito ambiental e a teoria econômica neoclásica – valoração do bem ambiental**. In: *Revista Jurídica Cesumar*. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008.

GOMES, Luis Roberto. **Princípios fundamentais de proteção ao meio ambiente**. In *Revista de direito ambiental*, n. 16, ano 4, p. 164-191, São Paulo: 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada (Conflitos entre os Direitos da Personalidade)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. Política ambiental. Busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

LOTUFO, RENAN. Curso avançado de Direito Civil. Vol. 1. Parte geral. Everaldo Augusto Cambler (coord). 2 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O princípio da precaução no direito do Ambiente**. Lisboa: associação acadêmica Faculdade Direitos, Lisboa 2002.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte geral. v.1, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

[1] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Vol. I, p. 136.

[2] BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. De acordo com o novo código civil, p. 50.

[3] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, p. 1.

[4] GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 148.

[5] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução, p. 243.

[6] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, p. 11.

[7] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 1: Teoria do direito civil, p. 122

[8] GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 152.

[9] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada, p. 34.

[10] JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada (Conflitos entre os Direitos da Personalidade).

[11] LOTUFO, RENAN. Curso avançado de Direito Civil. Vol. 1. Parte geral. Everaldo Augusto Cambler (coord). 2 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, p. 79

[12] RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Parte geral. v.1, p. 81.

[13] CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo, p. 753.

[14] Princípios extraídos da biblioteca virtual de direitos humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Confere_cupula/texto/texto_1.html (trad. livre).

[15] GOMES, Luis Roberto. Princípios fundamentais de proteção ao meio ambiente. In revista de direito ambiental, p. 172.

[16] Princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.

[17] Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

[18] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, p. 89.

[19] Neste aspecto, lembre-se que a lei de ação civil pública (lei nº 7.347/85) permite que associações, obedecendo às exigências legais, promovam ações de prevenção e reparação de atos lesivos ao meio ambiente

[20] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, p. 94.

[21] AMOY, Rodrigo de Almeida. A proteção do direito fundamental ao meio ambiente no direito interno e internacional. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_de_almeida_amoy.pdf > Acesso 21 dez. 2008.

[22] FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: **A dimensão ecológica da dignidade humana**, p. 81-82

[23] MILARÉ, Édis. Direito do ambiente, p. 142.

[24] BARREIRA, Péricles Antunes. Direito Ambiental, 19-31.

[25] MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. O princípio da precaução no direito do Ambiente., 2002, p. 93

[26] REsp 578797 / RS. RECURSO ESPECIAL 2003/0162662-0. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 05/08/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 20/09/2004 p. 196. LEXSTJ vol. 183 p. 161. RNDJ vol. 60 p. 92.

[27] MILARÉ, Édis. Direito do ambiente, p. 142.

[28] GERENT, Juliana. Direito ambiental e a teoria econômica neoclásica – valoração do bem ambiental. In: Revista Jurídica Cesumar. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2008, p. 284.

[29] REsp 610114 / RN. RECURSO ESPECIAL 2003/0210087-0. Relator(a): Ministro GILSON DIPP . Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 17/11/2005 Data da Publicação/Fonte. DJ 19/12/2005 p. 463.

[30] ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O Princípio do Nível Elevado de Proteção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos, p. 185

[31] ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, p. 32.

[32] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, p. 63.

[33] LANFREDI, Geraldo Ferreira. Política ambiental. Busca de efetividade de seus instrumentos, 2007, p. 204-205

[34] CHAMBAULT, J. F. Les études d'impact et La Communauté Européene. In **Revue Juridique de l'Environnement** 4/401-441, 1985.

[35] Art. 1º, I da Resolução nº 237 , de 19 de dezembro de 1997

[36] Neste sentido, vide MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988., 2007, p. 62-63. E ainda: OSÓRIO, Fabio Medina. Direito administrativo sancionador, 2005, p. 104

[37] art. 70 da lei 9.605/98

PARTO ANÔNIMO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANONYMOUS BIRTH AND COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**Olivia Pinto de Oliveira Bayas Queiroz
Caroline Satiro de Holanda**

RESUMO

Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei n.º 3.320/2008, encaminhado pelo deputado Sérgio Barradas, o qual tem o objetivo de implementar o parto anônimo no Brasil. Tratar-se-ia de um instituto jurídico que permitiria à gestante optar pela realização do seu parto de forma anônima, sem a revelação da maternidade do nascente. Preservar-se-ia o suposto direito de liberdade da genitora de não ser mãe, bem como o direito à vida daquele que está para nascer. Diante da mencionada proposta legislativa de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, alguns questionamentos são inevitáveis: a) o direito à liberdade engloba a liberdade da genitora não ser mãe? b) o parto anônimo seria uma alternativa para garantir o direito à liberdade da genitora não ser mãe? c) a liberdade da genitora não ser mãe colide com o direito à vida do nascituro? d) a liberdade de não ser mãe se opõe ao princípio da paternidade/maternidade responsável? e) o projeto de lei que visa instituir o parto anônimo no Brasil se opõe ao direito ao conhecimento da ascendência genética pelo nascente? Não obstante a existência dessas e outras questões acerca da implementação do parto anônimo, a presente pesquisa tem como objetivo tão somente iniciar o estudo do mencionado instituto, buscando estabelecer uma relação entre o parto anônimo e os direitos fundamentais de liberdade e de personalidade. Outro corte epistemológico refere-se à abordagem apenas no tocante à figura da genitora, afastando-se por ora a perspectiva do genitor. Não há qualquer pretensão de esgotar um tema tão novo e carente de estudo no país, mas sim analisar alguns pontos controversos. Para tanto, utilizou-se de uma metodologia pura, exploratória e meramente bibliográfica, mediante a análise de livros e periódicos adequados para a construção do estudo do tema sob uma perspectiva constitucional. Trata-se, portanto, de um tema manifestamente importante ao serem identificadas as suas repercussões jurídicas e sociais.

PALAVRAS-CHAVES: PARTO ANÔNIMO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. COLISÃO. LIBERDADE DE NÃO SER MÃE. VERDADE BIOLÓGICA

ABSTRACT

In the National Congress, there is the Law Project n.º 3.320/2008, proposed by Sérgio Barradas, which has the objective of anonymous birth implementation in Brazil. It would be a juridical institute will permit to pregnant woman to choice to have her child anonymously, without child's maternity revelation. It would preserved the pregnant's right to not be a mother, and also life's right that one is just to born. So, now, knowing

about this legislative proposition suggested for Family's Law Brazilian Institute – IBDFAM, some questions are so inevitable: a) does the pregnant's right of liberty to not be a mother is part the liberty's right? b) does the anonymous birth will be an alternative to guarantee pregnant's right to not be a mother? c) does the pregnant's right to not be a mother is against to unborn's right to live? d) does the liberty to not be a mother is against to responsible paternity principle? e) does the law project 3.320/2008 is against to the one who just born's right to biologic truth? The goal of this research is just to begin the study about anonymous birth, looking for establish a relation between anonymous birth and fundamental rights of liberty and personality. Another epistemological cut is about approach only about the generator woman, letting go to another moment the generator man There's no pretension to finish this new subject, so poor of analysis in this country, but just analyze controversial points. It were apply a pure, exploratory and bibliography methodology, with books and magazines analyses appropriate to a study construction about the subject with a constitutional perspective. Therefore, this is a very important subject, mainly when can be found juridical and social consequences.

KEYWORDS: ANONYMOUS BIRTH. FUNDAMENTAL RIGHTS. COLLISION. LIBERTY TO NOT BE A MOTHER. BIOLOGIC TRUTH.

INTRODUÇÃO

O abandono de crianças é um fato social. No Brasil, a clandestinidade do abandono, atrelada à ausência de efetivação de direitos fundamentais e ao estado puerperal, faz com que recém-nascidos sejam literalmente largados de forma indigna e, até mesmo, com resquícios de crueldade.

No ano de 2008, tem-se notícia de que bebês foram abandonados por suas genitoras em lata de lixo, às margens de rio, ao longo de estrada, em ferro velho, em banheiro público e outros locais degradantes (PEREIRA; SALES, 2008, p. 160). Faz-se necessário, portanto, que o sofrimento de tantas crianças sirva pelo menos para que o Estado brasileiro, o qual tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, busque efetivar direitos fundamentais como: vida, saúde, integridade física e moral.

Não há dúvidas de que melhor seria a inexistência de crianças abandonadas. Contudo, nem sempre os genitores desejam se tornar pais. Sentir afeto por um filho deve ser algo natural e prazeroso. Entretanto, pelas razões mais variadas, muitos progenitores rejeitam seus filhos desde a gestação, não havendo condição alguma de proporcionar um crescimento e desenvolvimento adequados ao nascente[1]. A conscientização sobre tal realidade não justifica o abandono indigno, com a conseqüente condenação do bebê à morte.

Partindo desse contexto, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei n.º 3.320/2008, de autoria do deputado Sérgio Barradas, o qual tem o objetivo de implementar o parto anônimo no Brasil. Tratar-se-ia de um instituto jurídico que permitiria à gestante optar pela realização do seu parto de forma anônima, sem a revelação da maternidade da criança. Preservar-se-ia o suposto direito de liberdade da genitora não ser mãe, bem como o direito à vida do nascituro.

Diante da mencionada proposta legislativa sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, alguns questionamentos são inevitáveis: a) o direito à liberdade engloba a liberdade da genitora não ser mãe? b) o parto anônimo seria uma alternativa para garantir o direito à liberdade da genitora não ser mãe? c) a liberdade da genitora não ser mãe colide com o direito à vida do nascituro? d) a liberdade de não ser mãe se opõe ao princípio da paternidade/maternidade responsável? e) o projeto de lei que visa instituir o parto anônimo no Brasil se opõe ao direito ao conhecimento da ascendência genética pelo nascente?

Não obstante a existência dessas e outras questões acerca da implementação do parto anônimo, a presente pesquisa tem como objetivo iniciar o estudo do mencionado instituto, buscando estabelecer uma relação entre o parto anônimo e os direitos fundamentais de liberdade e de personalidade. Outro corte epistemológico refere-se à abordagem apenas no tocante à figura da genitora, afastando-se por ora a perspectiva do genitor. Não há qualquer pretensão de esgotar um tema tão novo e carente de estudo no país, mas sim analisar alguns pontos controversos.

Realizou-se o estudo mediante uma pesquisa pura, de caráter exploratório e meramente bibliográfica, mediante a análise de livros e periódicos adequados para a construção do estudo do tema sob uma perspectiva constitucional.

Inicialmente, pareceu imprescindível partir da origem do parto anônimo no Brasil, apresentando as principais características da “roda dos expostos” no país. Em seguida, analisou-se o formato proposto para que o parto anônimo seja legalizado, destacando-se suas peculiaridades e principais polêmicas.

Posteriormente, realizado o corte epistemológico e buscando responder às indagações inicialmente apresentadas, estabeleceu-se em dois tópicos um paralelo entre o parto anônimo e os direitos à liberdade da genitora não ser mãe e ao conhecimento da ascendência genética. Em seguida, buscou-se apresentar uma solução à suposta colisão^[2] dos direitos fundamentais mencionados. Por fim, apresentou-se conclusão acerca da possibilidade de aplicação do princípio da ponderação, em virtude do possível conflito entre direitos fundamentais ao se tentar implementar o parto anônimo no Brasil.

Trata-se, portanto, de um tema manifestamente importante ao serem identificadas as suas repercussões jurídicas, bem como as sociais, valendo à pena, portanto, seu estudo acadêmico.

1. ORIGEM DO PARTO ANÔNIMO NO BRASIL

A origem do parto anônimo remonta à Idade Média, época em que era bastante comum a “roda dos expostos” em diversos países europeus. Também conhecido como “roda dos excluídos” ou “roda dos enjeitados”, foi criado inicialmente para abrigar crianças indesejadas por seus genitores.

No Brasil, a roda iniciou seu funcionamento no império de D. João VI. Em razão da inexistência de locais responsáveis por adoção de menores, e da quantidade significativa de crianças abandonadas em condições selvagens, decidiu o imperador estender a

função das Santas Casas de Misericórdia para que também lhes coubesse o recebimento daquelas crianças.

Coube às Santas Casas implementar outro sistema de auxílio comum às principais cidades coloniais. Junto à parede lateral ou frontal do imóvel, pertencente ao hospital, instalava-se a Roda dos Expostos. Dispositivo bastante difundido em Portugal, a Roda consistia num cilindro que unia a rua ao interior da Casa de Misericórdia (VENÂNCIO, 2008, p. 191).

Dessa forma, poderia fazer uso da roda os pais que não desejassem ficar com seus filhos, mas, ao mesmo tempo, não quisessem expor suas identidades. O bebê era deixado em uma roda giratória, contendo uma parte exposta para o exterior da Santa Casa de Misericórdia. Após o bebê ser colocado na roda, acionava-se o sino para avisar que mais uma criança havia sido enjeitada e precisaria ser retirada daquela estrutura.

Chegaram a funcionar no Brasil cerca de doze rodas, tomando-se como maiores referências as de Recife, Salvador e Rio de Janeiro. Nos séculos XVIII e XIX, “as Casas do Rio de Janeiro e Salvador acolheram 50 mil enjeitados” (VENÂNCIO, 2008, p. 190). Mas qual o motivo de tantas crianças terem sido enjeitadas?

Na realidade, as razões que motivavam o abandono de crianças variavam, a saber: a) motivação moral, como, por exemplo, no caso de mulheres solteiras que seriam repudiadas socialmente se assumissem a condição de mãe solteira ou, ainda, filhos ilegítimos oriundos de adolescentes grávidas; b) motivação social, como a ausência de condição financeira dos pais; e c) motivação relacionada à saúde, como a doença ou morte dos pais.

Não obstante todas as razões aqui apresentadas, Renato Pinto Venâncio ainda menciona o amor como uma razão bastante para justificar a entrega de um filho:

Do ponto de vista oficial, mães ‘que davam os filhos a criar’ pareciam desalmadas e egoístas. No dia-a-dia, porém, a realidade era outra e o abandono podia representar um verdadeiro gesto de ternura. Talvez a evidência mais surpreendente disso seja os casos em que escravas enjeitavam o próprio filho, na esperança de que ele fosse criado livre (...) (VENÂNCIO, 2008, p. 202).

As rodas chegaram a funcionar até meados do século XX. Vários foram os motivos que levaram o Estado a extingui-las, sendo o principal deles o grande número de mortes de enjeitados nos leitos das Casas de Misericórdia. A maioria das mortes ocorria em virtude da ausência de estrutura física e higiênica do hospital, o qual não oferecia um ambiente saudável para aquelas crianças que, muitas vezes, já chegavam com problemas de saúde, fome e desidratação.

A última roda em funcionamento foi a da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo (2007, *online*), tendo sido fechada em 1950. Hoje, após meio século da sua extinção, retoma-se a discussão sobre a entrega anônima de um filho por seus pais, porém não mais através da roda dos expostos, e sim mediante a instituição do parto anônimo no Brasil, propondo-se a substituição do abandono pela entrega.

2. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N.º 3.320/2008

O instituto do parto anônimo já é uma realidade presente em diversos países, como França, Itália, Luxemburgo, Bélgica, Holanda, Áustria e Alemanha[3], e em vários locais dos Estados Unidos. A Coreia[4] e o Brasil vêm analisando a possibilidade de também o implementarem principalmente em razão do número freqüente de abandonos selvagens.

O projeto de lei n.º 3.320/2008, o qual visa instituir o parto anônimo no Brasil, foi apresentado ao Congresso Nacional em 09 de abril de 2008, tendo como principal justificativa evitar o abandono cruel de recém-nascidos.

Diante do número crescente de abandonos de recém-nascidos ocorridos no Brasil e das pesquisas realizadas pela Comissão Científica do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, conclui-se que a institucionalização do Parto Anônimo no Brasil faz-se extremamente necessária. Pois vem ao encontro da demanda jurídica de concretização dos direitos fundamentais positivados, atendendo, também, a repulsa social ao abandono de recém-nascidos em condições subumanas. (PL 3.320/2008)

Segundo o artigo 2º do projeto de lei 3.320/2008, seria “assegurada à mulher, durante o período da gravidez ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que gerou”. Trata-se, portanto, da liberdade de uma mulher gerar uma criança e, após o seu nascimento, não assumir sua maternidade.

O projeto de lei procura garantir à mulher não somente a possibilidade de entregar seu filho recém nascido sem a necessidade de assumir responsabilidades maternas ou sofrer penalidades[5], mas, também, que o ato da entrega possa ser realizado anonimamente.

Art. 3.º A mulher que desejar manter seu anonimato terá direito à realização de pré-natal e de parto, gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal.

Art. 4.º A mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, será informada das conseqüências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

(...)

Art. 5.º É assegurada à mulher todas as garantias de sigilo que lhes são conferidas pela presente lei.

Não obstante a previsão acerca da possibilidade da entrega do filho sem a divulgação de sua origem biológica, o próprio projeto estabelece em seu artigo 6º que “a mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto”. Caso a criança, ao atingir a maioridade, deseje obter

informações acerca de sua origem biológica, então os dados “serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial” (art. 6.º, § único).

O projeto de lei preocupou-se claramente em preservar a vida do nascituro, assegurando a sua genitora a possibilidade de não ser mãe mediante a entrega do nascente a uma instituição hospitalar. A atenção do projeto para com o direito à vida do bebê e à liberdade da genitora de não ser mãe fez com que o conhecimento da origem genética fosse condicionado a determinados requisitos, conforme se observa através da leitura do supramencionado artigo. A grande questão é que o acesso às informações referentes à verdade biológica depende de prévia autorização judicial.

Outro aspecto importante seria imaginar a existência de uma mulher interessada no parto em anonimato, sem que, contudo, quisesse fornecer informações suas ou da origem do genitor; ou, ainda, que tal genitora sequer soubesse informar acerca da origem do genitor em virtude de haver se relacionado sexualmente com diversos parceiros.

Dessa forma, a vigência do parto anônimo no Brasil poderia ocasionar colisão de direitos fundamentais? Haveria de se falar em colisão entre liberdade da gestante não ser mãe, suposto direito à intimidade da genitora e direito do nascente ao conhecimento da ascendência genética?

3. LIBERDADE DE NÃO SER MÃE E PARTO ANÔNIMO

A liberdade é um direito fundamental de primeira dimensão, oriundo da cultura francesa do *laissez-faire*, sendo concebido originalmente como um direito negativo. Para Robert Alexy (2008, p. 222), “se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma ‘liberdade negativa’. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação”.

Prevista no artigo 5.º da Constituição Federal do Brasil[6], a liberdade do ser humano diz respeito, outrossim, à autonomia de vontade e à autodeterminação. Sobre o assunto, Luis Edson Fachin (2006, p. 26) entende que:

(...) o sujeito moderno é concebido como ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao desenvolvimento autônomo da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e a natureza por meio da razão.

Perez Luño (2005, p. 324) afirma, ainda, que:

(...) El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de um lado, El reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de outro, La autodeterminación (...) que surge de la libre proyección histórica de La razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza. ...

Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais existem à luz da dignidade humana, Daniel Sarmiento (2007, p. 43) explica que

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferência do Estado ou de terceiros.

Aliando liberdade à responsabilidade, Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 54) entende que:

ser livre é estar disponível para fazer algo por si mesmo. Nesse sentido, a liberdade afigura-se como a possibilidade de decidir e, ao decidir, autodeterminar-se. Mas a liberdade pressupõe responsabilidade do indivíduo para consigo mesmo e ante a comunidade

Sabe-se, ainda, que o direito de reprodução é exercido dentro de uma perspectiva de planejamento familiar, o qual é tratado pela Constituição Federal como um direito fundamental.

Tradicionalmente, o planejamento familiar está ligado à idéia de controle de natalidade e à utilização de métodos contraceptivos. Ainda hoje, essa visão ultrapassada de planejamento familiar mantém-se presente. Para o senso comum, planejamento familiar refere-se ao domínio de métodos contraceptivos, devendo o Estado garantir à população o acesso à informação e aos meios para atingir o objetivo da contracepção.

Maurizio Mori (2001, p. 59-60) menciona pelo menos dois fundamentos em favor da liberdade de não procriar: a) a primeira refere-se ao respeito da autonomia pessoal em geral; b) a segunda relaciona-se ao direito que a pessoa tem sobre o próprio corpo (autodeterminação física).

O mesmo autor salienta que existe uma diferença entre o direito de não procriar (liberdade negativa) e o direito de procriar (liberdade positiva), qual seja: o envolvimento de uma terceira pessoa, que é o filho (MORI, 2001, p. 62). Na liberdade negativa (de não procriar), seu exercício não prejudica ninguém, pois não há nenhum terceiro envolvido. Já na liberdade positiva (de procriar), o filho (terceiro envolvido) pode vir a ter algum prejuízo/ dano, dependendo da situação.

A decisão do melhor momento para realização do projeto parental cabe aos particulares, não devendo o Estado adentrar nesta esfera de individualidade das pessoas. De acordo com o princípio da liberdade, o planejamento familiar é de livre decisão dos particulares. Nos termos da Constituição, existe tanto o direito de procriar como o de não procriar, pois cabe aos particulares decidirem como e quando terão seus filhos.

O §7º do artigo 226 da Constituição Federal dispõe que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, de modo que não se restringe ao controle de natalidade, como comumente divulgado.

O livre planejamento familiar encontra respaldo na dignidade humana, garantindo-se às pessoas a liberdade de decisão acerca da realização de seus projetos parentais.

Planejamento familiar é, portanto, uma concepção ampla, que envolve assistência e amparo à família.

Em relação ao parto anônimo, questiona-se, primeiramente, se o direito à liberdade no planejamento familiar englobaria a liberdade da genitora não exercer a maternidade; e, em um plano posterior, se essa liberdade poderia ser exercida anonimamente.

Hoje, mais do que nunca, diante das famílias plurais existentes, da evolução tecnológica e do afeto ser considerado a essência da relação familiar, não é absurdo se estabelecer conceitos diferenciados para “genitora” e “mãe”. Genitora diz respeito àquela que gerou, envolve um aspecto biológico. Mãe é a mulher que cria, educa, cuida afetuosamente daquele que se ama, de quem se preocupa ou se importa.

Essas definições podem ser claramente observadas quando se analisa famílias adotivas e socioafetivas. Em ambos os casos está presente uma relação de afeto sem a existência de um vínculo consanguíneo, o que não afasta a maternidade e o estado de filiação. Logo, pode-se falar em genitora e mãe sem que haja necessariamente uma identidade entre tais pessoas.

Através do projeto de lei, constata-se que o Estado trata de uma “liberdade positiva”, porque, até que seja publicada a lei que institui o parto anônimo, não há possibilidade de uma gestante decidir pela realização do parto de forma anônima, sem que responda juridicamente por seus atos, tampouco com uma estrutura estatal que lhe assegure tal liberdade. Após a vigência da lei, haverá, no entanto, um permissivo legal assegurando tal opção para a mulher gestante; haverá possibilidade real da gestante exercer sua liberdade de não ser mãe, e de uma forma anônima.

Mais do que a liberdade da genitora não ser mãe, o projeto de lei em análise procurou priorizar a dignidade da criança não desejada, buscando evitar um abandono selvagem e oferecer condições para que ela possa seguir sua vida em um lar saudável. Logo, falar em liberdade da genitora não ser mãe não significa afrontar a dignidade da pessoa humana, a qual deve ser buscada pela realização dos direitos fundamentais.

Importante observar que a liberdade que aqui se refere está atrelada ao direito de intimidade da genitora, do contrário não se estaria falando em “parto anônimo”. O exercício anônimo dessa liberdade feriria o direito fundamental do nascido de parto anônimo ao conhecimento de sua ascendência genética? Essa é uma outra grande questão.

4. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA E PARTO ANÔNIMO

A personalidade é um valor (PERLINGIERI, 2007, p.154) e, segundo Gizelle Câmara Groeninga (2006, p. 655), a própria concepção da personalidade se aproxima do valor “dignidade”. Segundo a mesma autora, “são tidos como Direitos da Personalidade todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa” (GROENINGA, 2006, p. 649).

Sobre os direitos de personalidade, Daniel Sarmento (2008, p. 97-98) afirma:

Segundo a definição clássica, consistiriam eles, basicamente, num direito geral à abstenção, em proveito do seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direito ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a sua personalidade. Estes bens, segundo a doutrina dominante, desdobrar-se-iam em dois grupos: os relativos à personalidade física, como a vida, o corpo, a voz, a imagem e o cadáver, e os referentes à personalidade moral ou espiritual, como a intimidade, o nome, a reputação etc.

A Constituição Federal prevê como direito fundamental os direitos da personalidade, quando, em seu artigo 5º, X prescreve que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Tendo em vista a condição do Brasil de signatário de diversos tratados internacionais, também é importante ressaltar o previsto pelo Pacto de San José da Costa Rica[7]:

Artigo 3º

Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Observe-se que o rol constante no artigo 5º, X da Constituição Federal não é taxativo, mas exemplificativo, surgindo novos direitos sempre que há transformações sociais exigindo a necessidade de proteção do indivíduo e de sua dignidade.

Nesse contexto, embora não reconhecido expressamente, o conhecimento da ascendência genética – o qual diz respeito à verdade biológica a que todos têm direito, ou seja, saber quem são seus pais biológicos – constitui uma espécie de direito da personalidade.

Acerca do mencionado direito ao conhecimento de sua origem genética, é importante dizer que o acesso a tal informação não significa reivindicar um estado de filiação[8], o qual “decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade” (DIAS, 2007, p. 326).

O projeto de lei 3.320/2008 assegura à genitora a possibilidade de não exercer a maternidade. A entrega do bebê ocorreria de forma anônima ao hospital, sem que fossem divulgadas informações referentes a sua origem.

Questiona-se: o anonimato seria um empecilho para a efetivação do direito de personalidade relativo à verdade biológica? Inicialmente pode-se constatar que a resposta é negativa. Principalmente através da leitura do próprio projeto, o qual fez a ressalva de que “a identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho”.

O projeto de lei respeitaria, portanto, o discurso de que somente conhecendo a própria ascendência e origem, o ser humano poderia conhecer a si mesmo. Desse modo, o

conhecimento da origem genética tem decorrência direta do respeito à dignidade da pessoa humana, compondo, por isso, o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Muito embora a filiação se estabeleça principalmente em face do vínculo socioafetivo, que atende aos princípios do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o direito ao reconhecimento do estado de filiação é um direito fundamental, sendo, por isso, indisponível e imprescritível.

Segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2005, p. 96), “o direito de identificação da filiação biológica e a busca da gênese humana são direitos fundamentais, sendo impassíveis de restrições”. Assim, o nascido oriundo de parto anônimo não deve ficar impossibilitado de conhecer sua origem.

Importante registrar o que dispõe o § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por este dispositivo, a Constituição Federal reconhece a existência de direitos fundamentais fora de seu texto. Esses direitos, dotados de conteúdo constitucional, formam o que se denomina de “bloco de constitucionalidade”.

As normas que formam o bloco de constitucionalidade, porque elas passam a ter *status* de direito constitucional e, como tal, são limites ao poder de legislar. As normas que formam o “bloco de constitucionalidade” podem, inclusive, funcionar como parâmetro no controle de constitucionalidade das leis.

O próprio Pacto San José da Costa Rica, conforme citado anteriormente, foi ratificado pelo Congresso Nacional pelo Decreto n.º 678/92. Trata-se, portanto, de norma pertencente ao bloco de constitucionalidade. Dessa forma, os direitos de personalidade assegurados pelo Tratado são considerados direitos fundamentais.

Utilizando as palavras de Reinaldo Pereira e Silva (2001, p. 86), “o conhecimento da ascendência biológica é direito fundamental do homem, alicerce indisponível da instituição familiar”. Vale ressaltar que o conhecimento da ascendência genética não estabelecerá uma relação entre os pais biológicos e o nascido oriundo de parto anônimo. O acesso a tal informação apenas efetivará o direito de personalidade referente ao conhecimento da sua origem, da identidade da pessoa.

Saber acerca de sua origem e conhecer a si próprio constituem as primeiras indagações do ser humano. Para determinadas perguntas, só existem respostas a partir do conhecimento da própria origem genética.

Segundo Andréa Aldrovandi e Danielle Galvão de França (2002, *online*), a questão que envolve o direito do filho a conhecer sua identidade genética é muito delicada, pois, muitas vezes, trata-se de uma necessidade da pessoa em conhecer suas origens e, assim, poder buscar, nos pais biológicos, explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos.

Ainda que o nascido oriundo de parto anônimo nunca venha a conhecer sua origem, é impossível apagar de sua memória genética a existência de genes que são de seus pais biológicos.

Em julgamento de Recurso Especial, envolvendo investigação de paternidade e pedido de alimentos, movida por filho adotivo contra pai biológico, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento acerca da possibilidade de uma pessoa adotada mover ação de investigação a fim de perquirir sua origem genética^[9], uma vez que não há no ordenamento jurídico pátrio base legal que o proíba de fazê-lo. Durante o voto, o Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, conclui:

O problema se coloca em vista do que estabelece o artigo 41 do estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a norma que ali se encontra, a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais e parente, salvo os impedimentos matrimoniais.

Cumpra, entretanto, observar que se os vínculos jurídicos desaparecem, claro que não podem extinguir os laços naturais e, por isso mesmo, persistem os citados impedimentos. E pode corresponder a uma respeitável necessidade psicológica o conhecimento dos pais biológicos, de qualquer sorte, algum interesse jurídico resta, em razão dos óbices ao casamento.

Não me animaria, ademais, a excluir por completo a possibilidade de se pedir alimentos, não obstante os termos do mencionado artigo 41. Suponha-se a hipótese de criança de tenra idade, cujos pais adotivos viessem a falecer ou a cair na miséria. Parece-me que a ela, que não foi ouvida sobre a adoção, não poderia impedir de pretender alimentos de seus pais biológicos. É o direito à vida que está aí envolvido.

Por analogia, pode-se utilizar tal entendimento para os casos de parto anônimo, dando aos filhos assim gerados, os quais nunca tiveram qualquer vínculo jurídico com os pais biológicos, a possibilidade de mover ação investigatória, conforme o caso.

5. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE *VERSUS* PERSONALIDADE

Diversas razões ocasionam o surgimento de colisões entre normas de direitos fundamentais. O princípio da unidade da Constituição (BARROSO, 2004, p. 5) e, conseqüentemente, a inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais configuram como razões freqüentes de colisões no plano abstrato (BARCELOS, 2006, p. 39). Os direitos fundamentais possuem a mesma carga axiológica e são protegidos constitucionalmente por estarem enquadrados como cláusulas pétreas, o que leva às seguintes implicações:

A primeira delas é intuitiva: se não há entre eles hierarquia de qualquer sorte, não é possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto. Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compressões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada.

A segunda implicação relevante do reconhecimento de identidade hierárquica entre os direitos fundamentais diz respeito à atuação do Poder Legislativo diante das colisões de direitos dessa natureza. Nem sempre é singela a demarcação do espaço legítimo de atuação da lei na matéria, sem confrontar-se com a Constituição. No particular, há algumas situações diversas a considerar. Há casos em que a Constituição autoriza expressamente a restrição de um direito fundamental. Aliás, mesmo nas hipóteses em que não há referência direta, a doutrina majoritária admite a atuação do legislador. (BARROSO, 2004, p. 6)

Ressalte-se que as colisões podem ser aparentes ou autênticas. Rűfner (APUD MENDES, 2003, p. 185) considera como “autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual”. Dessa forma, considerar-se-ia como autêntica a suposta colisão entre os direitos de liberdade da genitora e de conhecimento da ascendência genética do nascido de parto anônimo?

Num primeiro momento, observa-se que o próprio projeto de lei preocupou-se em garantir direitos de personalidade do nascido oriundo de parto anônimo. Não há no plano abstrato, portanto, colisão entre liberdade e direito de personalidade. Entretanto isso não exclui possível colisão no caso concreto.

Luis Roberto Barroso (2004, p. 7) ensina que a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”

Sobre a existência de colisão de direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 184) afirma que:

É possível que uma das fórmulas alvitradas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos em uma determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.

Assim, afirma-se no direito alemão, que o postulado da dignidade humana (Grundsatz der Menschenwürde) integra os princípios fundamentais da ordem constitucional (tragende Konstitutionsprinzipien) que balizam todas as demais disposições constitucionais (LF, arts. 1º, I, e 79, III). (...) Da mesma forma, tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

(...)

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma ‘ponderação de bens em vista o caso concreto’

(Güterabwägung im konkreten Fall), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (Abwägung aller Umstände des Einzelfalles).

O caso concreto, portanto, poderia levar a uma colisão de direitos fundamentais. Partindo-se do pressuposto de que boa parte das normas de direitos fundamentais possui caráter principiológico[10], a colisão entre normas de direitos fundamentais deve ser solucionada mediante a aplicação da ponderação ou balanceamento de interesses.

Canotilho (1998, p. 1109) manifesta-se da seguinte forma sobre o assunto:

As idéias de ponderação (AbWägung) ou de balanceamento (Balancing) surge (sic) em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o direito’ para resolver ‘casos de tensão’ (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos. O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. (...)

(...)

Aqui o balancing process vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à idéia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. (...) A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.

Diante da ausência de hierarquia entre normas de direitos fundamentais e da necessidade de solucionar eventuais colisões, Luis Roberto Barroso (2004, p.5-7) dispõe da seguinte forma:

Os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, temporal e especialização (...) – não são aptos, como regra geral, para a solução de colisões entre normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais. Tais colisões surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo por razões numerosas. Duas delas são destacadas a seguir: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que eventualmente entram em choque; e (ii) sendo os direitos fundamentais expressos, frequentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se (...) à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas.

Importante ainda mencionar que, segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 147), a ponderação pode ser aplicada não somente à casos concretos, mas também de forma preventiva ou abstrata. Logo, pode-se criar situações hipotéticas através das quais estariam conflitando abstratamente normas de direitos fundamentais e, previamente, antecipando-se qual deverá prevalecer. Através da aplicação da ponderação abstrata, estabelece-se um parâmetro a ser adotado quando o caso concreto se apresentar, não excluindo com isso totalmente a necessidade de utilização da ponderação concreta.

Uma análise do respectivo projeto de lei acerca de possível colisão entre liberdade e direito de personalidade – mais especificamente: liberdade da gestante não ser mãe versus direito do nascente ao conhecimento de sua ascendência genética –, requer uma ponderação preventiva.

Certamente que o direito de liberdade engloba a liberdade de não ser mãe, sendo o planejamento familiar, inclusive, um direito fundamental que nasce em consequência da autonomia de homens e mulheres decidirem quando e como se reproduzirão. A liberdade de não ser mãe também é constatada através da possibilidade da adoção no Brasil, de forma que o Estado ampara crianças e adolescentes abandonados, afastados de seus lares em virtude de violência ou simplesmente entregues por seus pais biológicos para a adoção (LÔBO, 2008, p. 254-257), independentemente do recebimento nos lares antever um cadastro acerca da origem genética de tais crianças ou adolescentes.

À semelhança do que ocorre na adoção, o parto anônimo, busca assegurar ao nascituro ou ao nascente seu direito à vida, seja no sentido restrito ou amplo, correspondendo este último à vida digna. No caso de uma gestante desejar entregar seu filho, sem que venham a ser fornecidas as informações necessárias acerca da origem do infante, é de se imaginar que o Estado não deverá se negar a tal recebimento, garantindo-se assim o bem maior do ser humano, a vida, sem mencionar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente^[11].

Logo, nos casos em que não haja o fornecimento das informações acerca da verdade biológica, não haverá que se falar em obrigação do Hospital em apresentar dados os quais não possui. Entretanto, havendo um cadastro acerca da origem genética do nascido oriundo de parto anônimo, caberá ao magistrado, após a análise do caso concreto e identificando a necessidade de transparência acerca da verdade biológica, determinar que o Hospital disponibilize as informações requeridas. Poderão ainda ser fornecidas essas informações ao interessado, caso fique comprovada a existência de doença genética. Cabendo, ainda, ressaltar que os direitos de personalidade são imprescritíveis e personalíssimos, podendo ser pleiteados a todo e qualquer tempo e somente pela pessoa interessada – ou seus herdeiros, dependendo do caso.

CONCLUSÃO

A proposta de implementação do parto anônimo no Brasil protege, outrossim, não somente a liberdade da gestante não querer ser mãe, podendo entregar seu filho biológico para o Estado e, portanto, disponibilizá-lo para uma família substituta, mas, também, o direito à vida do nascituro e seus direitos de personalidade advindos do nascimento.

O projeto de lei é bem claro ao estabelecer que será garantido o anonimato à mãe que disponibilizar seu filho nos termos do parto anônimo, contudo o próprio projeto em seu artigo 8º, ao assegurar que “a identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial”. Logo, caso o nascente, ao adquirir a maioridade desejar saber a identidade de seus pais biológicos, poderá requerer

judicialmente ao hospital que revele tal informação, preservando o direito à verdade biológica e, portanto, a dignidade da pessoa humana.

Ainda, o anonimato protege o segredo e a mentira, sendo, por isso, contrário aos direitos da criança e do adolescente. A verdade genética é um direito da personalidade, de modo que deve ser resguardado.

Uma lei não pode, portanto, proibir que uma pessoa conheça o seu verdadeiro “eu”. Não é justo nem legítimo que uma lei determine o que alguém pode ou não conhecer sobre si mesmo. Como uma pessoa poderá ser ela própria, se não tiver acesso ao conhecimento de sua origem biológica? Como se descobrir se não houver o acesso à verdade? Como se pode perceber, o direito ao conhecimento da origem genética é fundamental, de modo que não pode ser negado. É certo que o direito à intimidade também constitui um direito fundamental, mas na presente situação o direito à verdade biológica deve sobrepor-se.

O projeto de lei 3.320/2008 não se opõe à prevalência da verdade biológica ao direito de intimidade. Entretanto, o exercício do direito ao conhecimento da ascendência genética, nesse caso, dependerá de ordem judicial ou quando provada a existência de doença genética do filho. Logo, observa-se que o direito à intimidade não justifica a obliteração do direito ao autoconhecimento, cabendo apenas ao juiz, diante do caso concreto, ordenar ao Hospital que libere as informações, caso existam, acerca da origem genética do nascido oriundo de parto anônimo; ou, ainda, deverá o próprio Hospital liberar diretamente tal informação caso fique provada a existência de doença genética do filho, oportunidade que este terá de contactar seus genitores para encontrar uma solução para o seu diagnóstico.

À título de ilustração, em edição do dia 11 de dezembro de 2005, o programa de televisão “Fantástico”, da emissora Rede Globo, noticiou que filhos nascidos por meio de procriação artificial heteróloga conseguiram descobrir a identidade de seus pais biológicos por meio *Internet*. Para ajudar o filho a encontrar o pai, foi criado um sítio na *Internet*. Usando os números nas fichas médicas, a página virtual já promoveu mais de mil encontros entre irmãos ou entre filhos e seus pais biológicos. O mais interessante da reportagem é que todos se demonstravam felizes com a descoberta e mantinham um contato de amizade e respeito^[12].

Percebe-se, com o exemplo noticiado pelo “Fantástico”, que o conhecimento da identidade genética é uma necessidade natural, de modo que os filhos advindos de parto anônimo tenderão a procurar encontrar uma maneira de conhecer sua ascendência. Nesse sentido, ao garantir o conhecimento da origem genética, a lei está evitando, inclusive, que os filhos a conheçam através dos meios mais inusitados, ocasionando, com isso, instabilidade familiar.

Além disso, o conhecimento da identidade genética pelos filhos pode ser positiva para todos. É possível que os pais, filhos e irmãos biológicos se conheçam e convivam harmonicamente.

A implementação do parto anônimo no Brasil apresenta, portanto, uma aparente colisão de direitos fundamentais, trazendo o próprio projeto de lei a sua resolução quando ressalva o direito ao conhecimento da ascendência genética ao nascido anonimamente. Nesse caso, não significa que prevaleça o direito de personalidade sobre a liberdade de

não ser mãe anonimamente. A parturiente continuará com o direito de entregar seu filho para o Estado, sem assumir as responsabilidades advindas de uma maternidade, porém o anonimato do parto é que poderá ser relativizado, prevalecendo o direito de personalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 15 de maio 2009.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 838, p. 87-100, ago. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

_____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flavio. (orgs.) Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa**. Revista de Direito Administrativo. v. 1. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-36.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade do código civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (coord.) Direito civil. Direito Patrimonial. Direito existencial. Direito patrimonial. São Paulo: Método, 2006, p. 625-643.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (coord.) Direito civil. Direito Patrimonial. Direito existencial. Direito patrimonial. São Paulo: Método, 2006, p. 645-663.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório de Jurisprudência IOB. vol. 1 Tributário, constitucional e administrativo. 1ª quinzena de março de 2003. n. 5. São Paulo: IOB, p. 178-185.

MORI, Maurizio. Fecundação assistida e liberdade de procriação. **Bioética**. Brasília: 2001, v. 9, n. 2, , p. 57-70.

O GLOBO. Roda da Santa Casa de SP oficializou abandono anônimo de bebês até 1950. **Jornal: O Globo Online**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/04/298004961.asp>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto em anonimato: uma janela para a vida. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, dez/jan 2008, n. 1, p. 160-168.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. (trad. Maria Cristina de Cicco) 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer. Eutanásia, Suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira e. O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (org.) **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Maternidade negada**. In: PRIORE, Mary Del. (org) **História das mulheres no Brasil**. 9 ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 189-222.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] Segundo o Dicionário Houaiss, nascente seria aquele “que nasce, que começa a ter existência, que começa a se constituir, a tomar incremento ou forma definitiva”.

[2] Preferiu-se utilizar a terminologia “colisão” a “conflito”, seguindo a doutrina majoritária que atribui à primeira a tensão existente entre princípios e, à segunda, a tensão existente entre regras.

[3] Não houve a legalização do parto anônimo na Alemanha. Entretanto, a “babyklappe” garante a entrega de crianças anonimamente. Maiores informações no site: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,2016368,00.html>. Acesso em: 21/04/2009.

[4] Maiores informações no site: http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2009/03/116_41513.html. Acesso em 21 abril de 2009.

[5] Art. 10 do projeto de lei n.º 3320/2008. A mulher que desejar manter segredo sobre sua identidade, fica isenta de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho, ressalvado o art. 123 do Código Penal Brasileiro.

Parágrafo único. Também será isento de responsabilidade criminal quem abandonar o filho em unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada.

Art. 11. A mulher que se submeter ao parto anônimo não poderá ser autora ou ré em qualquer ação judicial de estabelecimento da maternidade.

[6] O direito de liberdade está previsto ao longo de toda a Constituição Federal de 1988, entretanto faz-se necessário registrar pelo menos o caput do artigo 5º:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[7] Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica) – Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

[8] Art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

[9] Recurso Especial nº 127.541, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

[10] Acerca do assunto, duas posições diferenciadas: a) “Com as mesmas características normativas dos princípios – na verdade, como uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – colocam-se boa parte dos direitos fundamentais, cuja proteção foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos” (BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Administrativo. v. 1. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-36.) e b) “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a

que ambos os níveis sejam nelas reunidos. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. (trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141)

[11] Art. 227/CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[12] Para obter mais detalhes sobre a reportagem, ver o site: REDE GLOBO. **Fantástico**. <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/Fantastico/0,,AA1088690-4005-389904-0-11122005,00.html>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2006.

**ASPECTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM FACE DA MULHER
VÍTIMA DA VIOLÊNCIA NA VIDA FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA
GARANTIA DA TUTELA DO SEU PATRIMÔNIO MÍNIMO.**

**PERSONALITY RIGHTS ASPECTS DUE TO THE WOMAN VICTIM OF
VIOLENCE IN THE FAMILIAR CONTACT IN THE PERSPECTIVE OF
MINIMUM HERITAGE TUTELAGE GUARANTEE.**

Paulo Roberto Monteiro do Prado

RESUMO

As transformações no campo do direito de família, em especial no que diz respeito as relações entre cônjuges e companheiros e o seu patrimônio adquirido com sacrifício ao longo da existência de uma união, está diretamente ligado à questão da dignidade da pessoa humana, como forma de lhes permitir uma vida digna no rompimento dessa união. Têm-se que a tutela à dignidade da pessoa em suas relações de vida em comum, tem isonomia entre homens e mulheres e no respeito recíproco dos cônjuges ou companheiros, acerca de se garantir um patrimônio mínimo, na ruptura da união, como direitos da personalidade na relações familiares, como forma de se garantir para a mulher, uma razoável qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVES: MULHER; VIOLÊNCIA, PATRIMÔNIO
MÍNIMO; PERSONALIDADE; DIGNIDADE HUMANA

ABSTRACT

The transformation in the family right area, especially those ones related to the relationships between spouses and partners and the heritage acquired hardly during the union, is directly related to the human being dignity as a way to allow a dignified life after a union breakup. The tutelage is seen as a person's dignity in common life relations, it has isonomy between men and women and in the spouses and partners mutual respect in a way to guarantee a minimum heritage after the union breakup as personalities rights in the familiar relationships to guarantee a reasonable life quality for a woman.

KEYWORDS: WOMAN; VIOLENCE; MINIMUM HERITAGE; PERSONALITY;
HUMAN DIGNITY.

I - INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é uma expressão abrangente, podendo se manifestar de diversas formas, sendo mais difundidas a violência física, psicológica, sexual, moral e em especial para efeito deste estudo, a violência perpetrada contra o patrimônio da mulher em suas relações domésticas e familiares.

A violência patrimonial pode por vezes se tornar ainda mais cruel do que as demais já odiosas espécies de violência. Tal fato pode ser dimensionado imaginando o exemplo da mulher que ao anunciar o término do relacionamento amoroso com seu parceiro, se depara com a total destruição de seu computador pessoal que continha todo o seu material de trabalho e todas as imagens de seu filho, desde o nascimento até os três anos de idade, sendo que a situação ganha contornos ainda mais dolorosos, quando a criança já houvera falecido e com o ato de destruir o computador o agressor privou à mãe e mulher de todas as possibilidades de rever a imagem de sua criança.

A violência patrimonial se manifesta ainda, nas hipóteses em que, entre outras, de regra, o marido/companheiro diante da inevitável partilha de bens por ocasião da dissolução do relacionamento, fabrica dívidas inexistentes como forma de subtrair da mulher parte da meação patrimonial a que teria direito.

Portanto, justifica-se a escolha deste tema em razão da inexistência de um estudo mais aprofundado sobre o tema da responsabilidade civil decorrente dos danos morais e materiais em razão da crescente violência patrimonial perpetrada contra a mulher, na perspectiva dos direitos da personalidade.

Tem-se ainda a clara compreensão, de que a pura e simples legislação punitiva em suas esferas civil e penal, não serão suficientes para conter a onda de violência que atualmente se vê destinada às mulheres, havendo necessidade da formação de uma consciência social e jurídica que coloque fim à toda sorte de violências impostas a mulher, em especial a patrimonial, não se olvidando da necessária responsabilização nas esferas penal e civil.

Para tanto, há que se desenvolver com a necessária urgência políticas públicas que insiram na comunidade nacional, a mentalidade e o respeito para com a integridade física, moral e emocional das mulheres em suas relações domésticas.

De maneira especial, tendo em vista que falta o tratamento da matéria de forma específica, também se faz necessário que se desenvolva o respeito para com o patrimônio da mulher em suas relações domésticas e familiares, vez que se verificam constantes abusos contra as mesmas, perpetrados em flagrante desrespeito, acreditando o agressor, em sua impunidade financeira decorrente de sua ardisosidade ao lesar o patrimônio da mulher.

Tal situação, somente poderá ocorrer, se a mentalidade a ser criada em respeito ao patrimônio da mesma, derivar de punição onerosa, em pecúnia contra o agressor. Desta maneira o agressor temeroso de sofrer prejuízos financeiros, se absterá de intentar qualquer prejuízo patrimonial à mulher em suas relações domésticas e familiares.

II. A PESSOA NATURAL E A SUA PERSONALIDADE.

Para Pontes de Miranda ?pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito?[1]

Entendendo a pessoa como ente capaz de ser titular de direitos, importa observar que o seguinte entendimento:

É certo afirmar que pessoa é todo aquele sujeito de direitos. É aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do direito.

Enfim, pessoa é o ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica. É o sujeito de direito.[2]

O ser humano, pessoa física é denominado pessoa natural e como tal é passível de direitos e obrigações.

Nesta esteira, pode-se afirmar que ?a pessoa natural, para o direito é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações?.[3]

Os seres humanos em sua totalidade são entes dotados de personalidade. A este respeito, Venosa assim leciona:

A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos pólos da relação jurídica.

Como temos no ser humano o sujeito da relação jurídica, dizemos que toda pessoa é dotada de personalidade.[4]

Para Pontes de Miranda, a personalidade deve ser assim definida:

A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito.

A personalidade, como possibilidade fica diante dos bens da vida, contemplando-os ou querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas como um dos termos delas.[5]

A personalidade jurídica conferida à pessoa natural, pode ser definida como personalidade e é atributo toda pessoa que nasce com vida.

A personalidade é adquirida pela pessoa natural ?a partir do momento do nascimento com vida, quando passa a respirar, adquire a capacidade de direito ou de gozo, quer dizer, a capacidade genérica de ser titular de direitos, pois a capacidade de fato, a de exercício pessoal desses direitos, só irá adquirir ao completar dezesseis anos e, mesmo assim, só podendo exercê-los assistido de seus representantes legais?.[6]

Acerca da personalidade que permeia toda pessoa natural, o professor Wanderlei de Paula Barreto ensina que:

A personalidade ou subjetividade é um título instituído pela ordem jurídica e conferindo às pessoas físicas e às pessoas jurídicas que satisfizerem os requisitos legais de sua constituição e funcionamento. ... A personalidade, portanto, constitui-se de: capacidade de direito, capacidade de fato e de um patrimônio (material e moral). Integram o patrimônio moral os chamados direitos imateriais ou direitos da personalidade.[7]

A personalidade é um atributo vinculado à própria existência da pessoa natural e lhe confere a condição para ser titular de alguns direitos.

Importante destacar o raciocínio de Capelo de Sousa que assim definiu o tema:

A personalidade surge aqui imediatizada no ser humano e configurada como objecto de direitos e deveres, não se perspectivando como elemento qualificador do sujeito da relação jurídica, enquanto tal, cuja qualificação nos é dada antes pelas idéias de personalidade jurídica, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autônomo de direitos e obrigações...[8]

A pessoa natural que nasce com vida passa é dotada de personalidade e portanto, é titular de direitos, sendo que, alguns direitos só lhes serão atribuídos a partir de determinados momentos.

A pessoa ao longo de sua vida, como forma de estabilidade social, vai aprendendo com as malícias da sociedade, de que terá que angariar ao longo de sua vida, um conjunto de bens, para que possa vir a desfrutar dos mesmos como forma de satisfação pessoal e de sua família.

Dentro dessa perspectiva, haverão coisas que se constituirão, em um patrimônio mínimo, que lhe garanta no contexto de sua família, uma vida em sociedade digna e honrada, como a sua moradia, a sua saúde, o seu meio de transporte, a sua comunicação, a sua alimentação que em breve síntese, chama-se viver com qualidade de vida.

Essa questão de qualidade vida, fica em jogo, quando o casal se desentende e opta por uma separação de fato ou de direito, fato que implicará automaticamente na divisão dos bens amealhados durante toda uma vida em comum de duas pessoas que sonhavam terminar a vida juntos, mas que por qualquer motivo, não conseguiram.

Geralmente, a pessoa mais penalizada neste processo de separação, é a pessoa da mulher, de um modo geral, a mais fragilizada porque na sua grande maioria, após o casamento ou estabelecer uma união estável, transforma-se em dona de casa, tendo uma vida inteira praticamente alheia a vida em sociedade, e neste particular, há que receber o respaldo da tutela do direito, para que saia da possível ruptura da sociedade conjugal, com um conjunto de bens, que lhe permita a continuar a ter uma vida digna e respeitosa.

III – TEORIA DO PATRIMÔNIO

O Patrimônio é "derivado do latim *patrimonium*, de *pater*, originariamente quer o vocábulo significar os *bens de família ou os bens herdados dos pais*."[9]

O conceito de patrimônio pode ser tido como "o acervo de seus bens, conversíveis em dinheiro. Há, visceralmente ligada à noção de patrimônio, a idéia de valor econômico, suscetível de ser cambiado, de ser convertido em pecúnia."[10]

Para Venosa "o patrimônio é o conjunto de direitos reais e direitos obrigacionais, ativos e passivos pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão-só os direitos pecuniários. Os direitos puros da personalidade, por nós já referidos, não devem ser considerados como de valor pecuniários imediato."[11]

Luiz Edson Fachin define o patrimônio como "conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca"[12]

A teoria clássica, que buscou entender a natureza jurídica do patrimônio, tinha entre seus fundamentos os seguintes pensamentos:

1º - A idéia de patrimônio deriva diretamente da de personalidade...; 4º - É assim, o patrimônio emanação da personalidade e a expressão do poder jurídico de que uma pessoa se acha investida.[13]

Comentando a importância do patrimônio para a pessoa De Plácido e Silva entende que "a idéia de patrimônio está intimamente ligada à de pessoa, de modo que chegam a considerá-lo como o "prolongamento da personalidade" (Raoul de la Grasserie)."[14]

O patrimônio da pessoa realmente está intimamente ligado à dignidade humana, pois a pessoa que sofre um violento abalo em seu patrimônio, quando acostumada a viver em condições financeiras favoráveis, acaba experimentando sensações e situação muito complicadas, que por vezes compromete sua vida digna.

A importância do patrimônio tem seu realce quando dimensionado em relação à mulher vítima de violência patrimonial em decorrência de atitudes lesivas do agressor que em sua imensa maioria conta com a confiança da mulher em razão de convivência familiar.

Assim sendo, se evidencia o trauma psicológico, sem embargo do material, ocasionado na mulher que descobre depois de anos de relacionamento que o antes amado marido/companheiro, lhe infligiu grave prejuízo material.

A violação dos Direitos da Personalidade no âmbito familiar ocorre por intermédio de agressões físicas, morais e materiais e também através de desvios de patrimônio de membros da família, deixando a parte lesada na miséria ou abandono, sujeita a humilhações de toda parte em sua vida.

As agressões em relação à mulher solteira, normalmente são realizadas pela figura paterna que ao invés de proteger e aconselhar, acaba com sua conduta lesiva agredindo física e psicologicamente sua filha.

Ao figurar no seio familiar como esposa ou companheira a mulher por vezes é exposta, a outra cruel violência que é a violência material que lhe é causada pelo marido ou companheiro que através de conduta desleal lhe engana e a expõe a uma situação financeira muito difícil.

V – EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA MULHER.

A Constituição de 1824, influenciada pelo regime patriarcal vigente à época, não salvaguardou as mulheres em suas relações sociais. Sendo que naquele período histórico a mulher não tinha tampouco o direito de voto. Sendo que esta linha de pensamento se manteve incólume na Constituição de 1891, ainda influenciada pelo antigo regime que tinha a mulher em clara situação de inferioridade em relação aos homens, também corroboraram para isso, serem as duas Constituições referidas meras Cartas Políticas.

A Constituição de 1934, foi o marco de mudanças históricas uma vez que na formação de sua assembléia Constituinte foi aceita a participação de mulheres. Sendo que o código eleitoral de 1932, trouxe inovações quanto ao direito de Cidadania, *a partir dessa Constituição tivemos a inclusão dos direitos sociais, como já ocorrido na Constituição de Weimar (alemã) de 1919 e da Constituição Zapatista, mexicana.*

Acerca da proteção conferida às mulheres na Constituição de 1934, dispõe Karina Melissa Cabral:

A partir dessa Carta Magna, as mulheres conquistam o direito a cidadania e passam a exercer os mesmos direitos políticos que os homens permanecendo, porém, na vida privada, subordinadas ao poder marital, ao qual deviam obediência através do Código Civil de 1916.^[15]

As Constituições de 1937 e 1946 não mencionaram de forma expressa a igualdade entre os sexos, tal qual foi firmada na Constituição de 1934. Acerca da referência expressa da igualdade entre os sexos, conforme Sílvia Pimentel:

A constituição de 1937, de reconhecida tendência autoritária e outorgada no país no momento da instalação do Estado Novo, suprimiu a referência expressa à igualdade jurídica de ambos os sexos, retornando à fórmula genérica das Constituições Brasileiras promulgadas no século anterior.^[16]

Após a emenda Constitucional de 1969, houve um grande debate acerca da manutenção do casamento como instituição indissolúvel, sendo que foi apresentada a emenda Constitucional número 09/77, que conferiu nova redação ao parágrafo 1º do art. 175, a qual não só suprimia o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial como também estabelecia os parâmetros da dissolução, que seria objeto de regulamentação via legislação ordinária. Tal dispositivo Constitucional alterado foi objeto de regulamentação, através da Lei Ordinária Federal nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, nominada no meio jurídico brasileiro de Lei do Divórcio.^[17]

Este ato foi um dos momentos de maior reconhecimento dos direitos das mulheres, não sendo por demais dizer, que representou uma espécie de libertação para algumas mulheres, as quais por vezes, padeciam por não poder dissolver o vínculo conjugal com

seus maridos, observando, que não era raro que as relações familiares à época fossem fortemente influenciadas pelo regime patriarcal e efetivamente machista.

A Constituição Federal de 1988, veio a confirmar a urgente modificação legislativa pela qual clamava a sociedade, *esta necessidade foi minorada* por algumas normas que consolidavam a situação jurídica das mulheres, principalmente as relativas ao exercício do planejamento familiar.

A Constituição de 1988, no texto de seu artigo 5º, I, trouxe expressamente a norma que veio a atender o clamor popular, culminando por dispor que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, referendado novamente, no § 5º do art. 226 do mesmo ordenamento, que em seu inciso III, pugnou como outro dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana.

Tais disposições legais vieram a consolidar a posição das mulheres na sociedade, sendo importante ressaltar o posicionamento de Karina Melissa Cabral, que assim analisou a evolução conseguida pelas mulheres na Constituição Federal de 1988:

Para as mulheres a principal alteração, veio com o advento do princípio da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, encontrado no Capítulo dos Direitos Fundamentais, e que é reforçado pelo mesmo princípio de igualdade de direitos entre os cônjuges, encontrado no capítulo da família, e que acabou por revogar toda a legislação que dava primazia ao homem, e que foi sustentado essencialmente pelo princípio da dignidade humana.^[18]

É evidente que a mulher conquistou sua igualdade jurídica perante os homens à custa de sofrimento e lutas, sendo importante destacar a lentidão do legislador para reconhecer a igualdade entre homens e mulheres enquanto titulares de direitos e obrigações, sendo que atualmente custamos a imaginar panorama jurídico diverso, lastreado solidamente pela Constituição Federal de 1988.

Pode-se assim dizer que foi a Constituição Federal de 1988, ao conferir a igualdade jurídica entre o homem e a mulher é que esta adquiriu a plenitude de seus direitos de personalidade, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana no seio de sua própria família.

VI – VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA A MULHER.

É pacífico na doutrina o entendimento de que a violência doméstica perpetrada contra a mulher ocorre principalmente no espaço doméstico e praticada por pessoas muito próximas da vítima, sendo que o agressor normalmente é o marido, companheiro, namorados, ou seja, alguém com quem ela mantém uma relação de intimidade e de afeto.

A mulher nas civilizações antigas era claramente inferiorizada em relação ao homem, sendo que nas relações conjugais o panorama era o mesmo.

No Direito Romano quiritário a mulher era submissa ao marido e portanto, estava sujeita ao *pater familias que detinha o ius vitae ac necis, onde a mulher tinha lugar do filho (in loco filiae)*

Acerca da inferioridade da mulher, Jacob Dolinger escreveu que:

Em Roma, não era o casamento que conferia poder ao marido sobre a mulher e seus bens, mas o **usus**, isto é, a aquisição da **manus**, ou seja, a aquisição, do marido ao pai, do poder que este tinha sobre a filha, o que exigia posse inimperrupta de um ano, como acontecia na aquisição da propriedade móvel, e esta posse geralmente não chegava a concretizar-se pelo afastamento da mulher da residência de seu marido, por três dias. Com o tempo foi-se generalizando o casamento **sine manus**, e no código Teodesiano já não se fala mais nesse instituto.[19]

O autor descreve a mulher como um ser do qual se poderia ter a posse. Observando que o marido passava a ter poder sobre a mulher. Anote-se que para o "Direito Romano, nem todas as pessoas detinham capacidade para possuir patrimônio. Era necessário que a pessoa fosse um *pater familias*. Sendo que Os escravos, a mulher e os filhos sob o pátrio poder não possuíam patrimônio".[20]

Na Grécia antiga a subordinação das mulheres, em relação aos homens era ainda mais acentuada, na lição de Dolinger:

Achavam os gregos que, devido à debilidade de sua natureza, a mulher era privada de sua capacidade jurídica, ficando sob eterna tutela: de início, do pai, e depois, do marido, o qual tinha direito de repudiar a esposa, dando-a a outro homem, inclusive por ato de última vontade. Dispunha-se da mulher como de mercadoria que passa de mão em mão.[21]

Assim sendo, as mulheres não tinham conquistado ainda sua real liberdade, de modo que se chegou ao absurdo do homem poder dispor da mulher como se fosse uma mercadoria, *ou uma coisa de negócio*.

Na doutrina de Maria Berenice Dias a influência da família patriarcal, inspirou o Código Civil de 1916, a jurista assim se pronunciou:

Com o casamento, a capacidade civil da mulher se relativiza, passando a se equiparar aos pródigos e silvícolas. Também necessitava ela da autorização do marido para o exercício de qualquer atividade. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça – do - casal, quem administrava os bens da esposa e dos filhos.[22]

Com o decorrer do tempo, passou-se a alterar este entendimento diminuindo o poder do marido sobre a esposa e visando resguardar o patrimônio da mulher.

Infelizmente a instituição familiar composta pelo casamento entre homem e mulher tem sofrido acentuado declínio quanto à sua formação e duração.

As causas que tem levado a essa conclusão são também verificadas em sua grande maioria nas relações de união estável.

Para Yussef Cahali os fatores desencadeantes dessa crise são: 1 - as causas econômicas, pois as mulheres passaram a procurar e ocupar o mercado de trabalho e com mais essa obrigação passa-se a conviver cada vez menos em família. 2 - os fatores espirituais e políticos, sendo que evidencia-se o pouco cuidado com as convicções religiosas e os valores espirituais. 3 - A intensa evolução dos costumes e idéias, como causa de descompasso entre os pais e filhos.[23]

E diante da ausência de vontade, força ou sabedoria para superar estes problemas, muitas vezes é verificado o fim do relacionamento conjugal. E em alguns casos o casal de *apaixonados* transmutam-se e passam a se comportar como verdadeiros perseguidores oponentes *um do outro*.

Imposta esta rivalidade, o homem *por intermédio* da lesão ao patrimônio da mulher, tem conseguido enfraquecer sua capacidade de reação, pois como na maioria dos casos tem a administração dos bens do casal, consegue manipular os mesmos de diversas maneiras, ocasionando diversos prejuízos materiais e graves prejuízos morais.

No entanto, a sociedade ainda está despertando para a triste situação em que vivem muitas mulheres que viveram e vivem sendo subjugadas em sua dignidade, *que resulta em última instância em tolhimento ao exercício dos seus direitos da personalidade*.

A violência contra a mulher, além das modalidades mais discutidas, apresenta conforme *prescrito* na Lei nº 11.340/2006, a previsão da violência patrimonial.

É de se ter violência patrimonial "entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades." (art. 7º, IV).

A violência contra o patrimônio da mulher em sua grande maioria, é feita às escondidas, sendo de difícil comprovação, pois em geral *o genitor, o companheiro* ou marido vai dilapidando os bens *da mulher* para que tenha benefícios financeiros *antes da transmissão hereditária* ou quando for o momento de partilhar os bens.

Na lide jurídica, nota-se que as mulheres tem o costume de confiar a administração dos bens do casal ao marido/companheiro, que quando evidencia que não quer mais manter a sociedade conjugal com a mulher, acaba alienando imóveis, desviando valores e fabricando dívidas, *enfim, mediante ardil, vai conseguindo fraudar o patrimônio dilapidando-o ao longo dos anos*.

Por certo, esta não é a conduta de todos os homens, mas aqui cuidamos daqueles comumente conhecidos como *de "mau-caráter"*, *que passam a não ter a mínima compaixão com o ser com quem construiu vida em comum*.

Nesta ótica, (quando a mulher que muitas vezes é vítima de outras espécies de violência por parte do marido/companheiro), vai dissolver a sociedade conjugal, é colocada frente

a uma situação financeira extremamente desconfortável, *que pode lhe deixar num verdadeiro estado de penúria*.

Passado algum tempo, acaba sendo surpreendida com a verdade, o ex-marido já arrumou outra pessoa, a qual teve um evidente ganho patrimonial na mesma época em que o ex-casal sofreu um *verdadeiro* abalo em sua *situação* financeira.

Como exemplo verifica-se a ementa do seguinte julgamento:

EMENTA: ALIMENTOS PAGOS PELO MARIDO A EX-ESPOSA. ANÁLISE DE PROVAS E INDÍCIOS. Caso em que, apesar de não ser difícil para o alimentante demonstrar redução das possibilidades financeiras, não logrou fazê-lo. **Alimentante que foi diretor de empresa renomada da capital e proprietário de mais de dez imóveis. Indícios que convencem contra a exoneração dos alimentos em face do paulatino desfazimento de patrimônio, para agora, apresentar-se como modesto pensionista do INSS. Contudo, ao mesmo tempo, sua segunda mulher, revelou aumento de patrimônio incompatível com a sua renda.** DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70023812902, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/07/2008). (grifo nosso)

Situações como as descritas e como a no julgado *evidencia, a procede perpetrada pelo ex-marido em relação ao seu patrimônio e clamam por maior atenção da comunidade jurídica, para que atitudes injustas e desleais sejam penalizadas de forma contundente pelo poder judiciário.*

VII - A DESPATRIMONIALIZAÇÃO E A REPERSONALIZAÇÃO, COMO O NOVO CONTEXTO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 1988.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã em razão do forte influência popular em sua elaboração, veio a sacramentar no direito, a especial atenção à pessoa humana.

Nesta linha de pensamento Farias e Rosenvald, asseveram que:

A despatrimonialização do direito privado e a necessária repersonalização do ser humano concorrem simultaneamente para o reconhecimento de um novo conteúdo, uma nova estrutura interna do Direito Civil, que passa a estar vocacionado à tutela privilegiada e avançada da pessoa humana, projetada em suas múltiplas, variadas, complexas e multifacetadas atividades diárias.^[24]

Esta tendência imposta pela Constituição Federal de 1988, visa resguardar especialmente as pessoas, deixando de dar tanta ênfase às coisas.

Tal situação fica evidente quando se denota a preocupação com que os direitos da personalidade foram retratados na Constituição vigente.

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, Paulo Luiz Neto Lôbo chega a importantes conclusões dentre as quais destacamos:

c) os interesses que são tutelados são fundamentalmente da pessoa humana, isto é, personalíssimos e indisponíveis, sem natureza patrimonializante;

d) a família é concebida com base nos princípios de liberdade e igualdade: igualdade total entre os cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento; liberdade de constituir e extinguir relação conjugal; liberdade assentada na garantia de integridade física, mental e moral; liberdade de fixar o número de filhos; liberdade de se planejar. Extinguem-se de vez os resíduos da família patriarcal, rompendo-se a organização hierárquica tradicional;

e) os direitos dos membros da união familiar são autônomos, independentemente do *status familiae* (estado de casado ou de filho)[25]

Nota-se uma especial atenção ao ser humano enquanto pessoa, abrangendo a esfera de proteção conferida pelo direito, mesmo que em detrimento ao antigo modelo de família, o qual limitava a abrangência do direito.

A tendência de repersonalização do direito explicitada na Constituição Federal de 1988, ganha respaldo no clamor jurídico, pois historicamente os diplomas Constitucionais pecaram na proteção à pessoa humana.

Importa ressaltar que ? as Constituições ocuparam-se de proteger a personalidade porque o direito dos códigos deixou este espaço. Ao se ocupar apenas (ou dar maior ênfase) dos aspectos patrimonialísticos da existência humana, criou-se um vácuo, preenchido pela proteção constitucional à personalidade humana.?[26]

Com o evidente resguardo da Constituição Federal de 1988 em relação à pessoa humana, verifica-se o fenômeno da despatrimonialização e a repersonalização do ordenamento jurídico, pois com a diretriz imposta pela Constituição Federal de 1988, o direito busca tutelar com mais evidência a pessoa humana, para que esta tenha assegurada condição de vida digna *e honrada perante os seus semelhantes e a sociedade onde vive*.

Nesse sentido importa entender que ? a defesa da vida com dignidade é objetivo constitucionalmente assegurado pelo poder público. Por isso, funciona como verdadeira cláusula geral, que serve como motor de impulsão de tudo que vem expresso na ordem constitucional ou mesmo infraconstitucional?[27]

A repersonalização do direito, iniciada pela Constituição Federal vigente busca proteger e disciplinar as relações interpessoais, que devem ser reguladas de modo amplo.

Demonstrando o período histórico a partir do qual o direito buscou consolidar uma maior proteção à pessoa humana, Eroulths Cortiano Junior entende que:

A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível. Aliás a conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem. Essa ligação é, assim indissolúvel.[28]

O interesse em regulamentar o patrimônio demonstrado por nossa legislação, veio em descompasso com a necessária regulamentação dos direitos da pessoa, direitos estes que podem lhe assegurar uma vida com dignidade, sendo que este é fundamento da república, conforme disposto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III.

Sobre a evidente necessidade de regulamentação legislativa acerca da matéria o Professor José Sebastião de Oliveira assim leciona:

A constituição Federal apenas explicitou o que a sociedade há muito tempo já aspirava e já tinha como características ideais da família. É dizer, a família jamais pode ser estudada e examinada com realce a um aspecto absolutamente secundário e na maioria das vezes inexistente, qual seja o patrimônio.

Ao revés, toda a ótica da família deve se restringir às relações pessoais entre os seus membros, traduzida na afetividade que deve existir entre eles.[29]

A imperiosa tendência de repersonalização da legislação pátria, foi seguida pelo Direito Civil. Sendo que "o direito, como um todo, é um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico, dentro da noção de dignidade do ser humano."[30]

Há que se entender que o direito é feito para regular as condutas humanas, é feito para o homem e a este é imperioso que se dê mais atenção do que as dispensadas em relação às coisas.

VIII - TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Em seu Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, o professor *Luiz Edson Fachin* leciona que *a configuração do patrimônio mínimo, não se funda, necessariamente sobre bem imóvel, podendo sem dúvida, abarcar elementos patrimoniais de diversa natureza*[31]

Com a nova visão de repersonalização imposta pela Constituição Federal de 1988, buscando dar maior atenção à pessoa *humana*, verifica-se no Direito Civil uma preocupação especial com determinados valores tais como dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

Importa esta preocupação do Constituinte de 1988, pois não se pode perder de vista que a pessoa tem que *ser* resguardada precipuamente pelo direito, e para que esta pessoa

tenha uma vida digna, há que se proteger e reconhecer um patrimônio mínimo que lhe resguarde condições de vida dignas.

Importa observar o entendimento de Elimar Szaniawski, sendo oportuno destacar que:

O direito especial de personalidade, *direito ao acesso a um patrimônio mínimo*, tendo ao seu lado a atuação de outros direitos, como os sociais, Garante que as pessoas tenham uma boa, senão uma razoável qualidade de vida, de acordo com o mandamento do princípio da dignidade e, desta maneira, poderão desenvolver plenamente sua personalidade.[32]

Para Farias e Rosenvald o patrimônio mínimo da pessoa humana tem que ser visto como instrumento de efetivação de garantia de vida digna pois é "através da teoria do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade." [33]

É imperioso resguardar a mulher do desvio de bens patrimoniais que visem desnudar a mulher de um patrimônio mínimo indispensável para que tenha uma vida digna perante a sociedade onde vive.

Em face dessa situação é que se faz mister a utilização de institutos jurídicos que a protegem de atitudes ardilosas e fraudulentas, onde o descuido, o que muito normal, a colocará na mais completa marginalidade de vida social, passando a figurar no rol dos excluídos que ficam à mercê da ajuda de terceiros e do assistencialismo do governo.

As idéias propostas por esta teoria, vem ao encontro ao reclamo das diretrizes inseridas pela Constituição de 1988, pois veda a exacerbada atenção ao patrimônio quando em contraponto com a dignidade e proteção de determinada patrimônio mínimo para a pessoa.

Na vida moderna, temos que esse patrimônio vida deve evidentemente, guardadas as devidas proporções de cada pessoa, de cada família em termos econômicos e culturais, estar no sentido de lhes garantir e lhes dar proteção em termos de moradia (uma casa), saúde (um plano de saúde), locomoção (veículo automotor) e acesso às comunicações de massa (telefone, rádio, televisão, etc...) e lazer (acesso a cinema, parque de diversões e teatro).

Nesta perspectiva encontramos a pessoa da mulher geralmente acompanhada de diversos filhos que após longos anos de vida em comum com seu companheiro ou marido se depara com um comunicado da intenção do rompimento da continuidade da relação.

Neste momento a parte mais forte na vida em comum, que geralmente é o homem, que em nosso país, ainda vê arraigada na pessoa do chefe de família, abusando da confiança deposita por sua esposa/companheira, em vez de proceder de forma leal e

justa, demonstra o quanto foi infeliz a escolha de sua antiga amada e lhe apresenta uma cruel realidade a de que teve seu patrimônio saqueado por que tanto amava.

IX – CONCLUSÃO

A importância do patrimônio e o entendimento da noção de patrimônio mínimo são imprescindíveis para compreendermos a gravidade de lesões ao patrimônio em decorrência de atitudes ardilosas e desleais praticadas no ambiente doméstico ou familiar.

A mulher historicamente foi relegada a uma clara situação de inferioridade em relação aos homens na qualidade de titular de direitos, sendo que a análise das Constituições anteriores ao atual regramento inserido na Constituição Federal, demonstram como era vista a mulher e o seu patrimônio.

A situação da mulher vítima de atitudes lesivas ao seu patrimônio, sendo estes atos praticados por aquele em quem tanto confiava, traz uma carga de deslealdade que atualmente impera em muitas famílias e que tanto tem contribuído para o desmantelamento de institutos consagrados como o do casamento e o da união estável.

A compreensão da conduta dos cônjuges ou companheiros atualmente passa obrigatoriamente pelo estudo das primeiras entidades familiares até o atual estágio, para verificar a origem e a evolução do comportamento humano nas uniões respaldadas pelo casamento ou a união estável.

A deslealdade vista como um dos deveres implícitos do casamento e da união estável, na constituição e estabilidade da família é fator reinante nos lares destruídos em que se vislumbram cônjuges ou companheiros enganados e muitas vezes prejudicados em seu patrimônio em decorrência de ardis articulados pelos seus consortes no momento ou próximo do desfazimento da união conjugal.

Verifica-se no cotidiano que o tema violência patrimonial praticada contra a mulher, interessa à sociedade por estar envolta a este problema, bem como ao Estado como ente interessado na manutenção do esteio da sociedade que é a família, como sua célula máter.

Atualmente não se concebe a coexistência da dignidade da pessoa humana sem um patrimônio mínimo, que varia de acordo com a situação social, cultural e financeira de cada pessoa, e, portanto, não enxergar a realidade das mulheres vítimas de violência patrimonial nas relações familiares, principalmente, quando enfrente uma ruptura, e não lhe assegurar uma tutela de seus direitos, assemelha-se a relegar a segundo plano os Direitos da Personalidade, tão imprescindíveis na vida moderna hodiernamente.

X – REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. *In* Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim (coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988**: São Paulo: Saraiva, 1989.

CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher de acordo com o novo código civil**: Leme: DE DIREITO, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO**: 11 ed. São Paulo: RT, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

DOLINGER, Jacob. **A capacidade civil da mulher casada e as relações conjugais de ordem pessoal, no código civil e na reforma da lei 4.121**: Rio de Janeiro: Biblos, 1966.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil Brasileiro contemporâneo**: Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil – teoria geral**: 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo;. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, Renan (Coord); NANII, Giovanni Ettore (Coord). **Teoria geral do direito civil**: São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**: 2 ed. São Paulo: RT, 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**: São Paulo: RT, 2002.

PIMENTEL, Sílvia. **A mulher e a constituinte – uma contribuição ao debate**: São Paulo: Cortez, 1985.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**:. parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, J. M. De Carvalho. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi.,1966, v.. XXXVI. .

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**:.3.ed., Rio de Janeiro: Forense.1973, V.III.,

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**: Coimbra: Coimbra, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

[1] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 209.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil – teoria geral**: 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 98.

[3] FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81.

[4] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2007. p. 131-132.

[5] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 207.

[6] LOTUFO, Renan (Coord); NANII, Giovanni Ettore (Coord). **Teoria geral do direito civil**: São Paulo: Atlas, 2008. p. 221.

[7] BARRETO, Wanderlei de Paula. *In* Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim (coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 38-39.

[8] SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**: Coimbra: Coimbra, 1995. p. 106 – 107.

[9] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**:. São Paulo: Forense. Vol III. p. 1131.

[10] RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**:. parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 117.

[11] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 282.

[12] FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 46

[13] SANTOS, J. M. De Carvalho. **Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi. Vol. XXXVI. p. 178.

[14] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico: 3.ed.**, Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III. p 1.131.

[15] CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher de acordo com o novo código civil**: Leme: DE DIREITO, 2004. p. 52.

[16] PIMENTEL, Sílvia. **A mulher e a constituinte – uma contribuição ao debate**: São Paulo: Cortez, 1985. p. 14.

[17] OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**: São Paulo: RT, 2002. p. 70-71.

[18] CABRAL, karina Melissa. **Direito da mulher de acordo com o novo código civil**: Leme: DE DIREITO, 2004. p. 56

[19] DOLINGER, Jacob. **A capacidade civil da mulher casada e as relações conjugais de ordem pessoal, no código civil e na reforma da lei 4.121**: Rio de Janeiro: Biblos, 1966. p. 19

[20] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2007. p. 131-132.

[21] DOLINGER, Jacob. **A capacidade civil da mulher casada e as relações conjugais de ordem pessoal, no código civil e na reforma da lei 4.121**: Rio de Janeiro: Biblos, 1966. p. 22

[22] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33.

[23] CAHALI, Yussef Said. **DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO**: 11 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 25.

[24] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p.110.

[25] BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988**: São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61.

[26] FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil Brasileiro contemporâneo**: Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 36.

[27] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p.110.

[28] FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil Brasileiro contemporâneo**: Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 42.

[29] OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**: São Paulo: RT, 2002. p. 247.

[30] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**: 2 ed. São Paulo: RT, 1993. p. 56 – 57.

[31] FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: Rio de Janeiro: Renovar, p.34.

[32] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**: 2 ed. São Paulo: RT, 1993. p. 176.

[33] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 316.

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE HOSPEDAGEM POR
“PERFIS FALSOS” NA INTERNET**

**THE LIABILITY OF HOSTING PROVIDERS FOR "FAKE PROFILES" ON
INTERNET**

**Rosiris Paula Cerizze Vogas
Rafael Neumayr**

RESUMO

Os perfis falsos – pessoas que assumem identidades alheias sem permissão – em sites de relacionamento têm se tornado uma constante na rede mundial de computadores. Em muitos casos, as intenções são difamatórias, atingindo em cheio os direitos da personalidade da pessoa que teve a identidade apossada, notadamente os direitos de imagem, nome, honra e intimidade. A vítima de um perfil falso que quiser descobrir quem seja o violador e obter ressarcimento de danos terá que acionar o Judiciário, uma vez que extrajudicialmente não são fornecidas as informações pelos controladores dos referidos sites – os provedores de hospedagem. Por meio do presente artigo, defende-se a teoria de que os provedores de hospedagem devam ser responsabilizados na ocorrência do ilícito do falso perfil, pelo fato de não controlarem o cadastramento dos usuários dessas páginas pessoais, quando o poderiam e deveriam, o que denota um serviço defeituoso.

PALAVRAS-CHAVES: PROVEDORES DE HOSPEDAGEM NA INTERNET –
PERFIS FALSOS – CADASTRAMENTO – SERVIÇO DEFEITUOSO –
RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

Fake profiles - people who take identities without permission - in relationships sites have become usual in the world wide web. In many cases, the intentions are defamatory, ritting directly to the mark the personality rights of whom that had taken identity, especially the rights of image, name, honor and intimacy. The victim of a fake profile that wants to find out who is the offender and obtain damage compensation will must sue the Judiciary, because extrajudicially are not provided information by site controlers - the hosting provider. Through this article, defend the theory that hosting providers should held the responsibility on the occurrence of illegal fake profile, considering the lacke of control on the registration of users of these personal pages, when they could and should, that show a faulty service.

KEYWORDS: INTERNET PROVIDERS, FAKE PROFILES, FAULT SERVICE,
LIABILITY.

1- Introdução

Qualquer um está sujeito a ter seus direitos da personalidade violados por meio dos chamados “perfis falsos”, que apinham a Internet em larga escala. É assustador pensar que a qualquer momento alguém possa facilmente lançar um *blog*, um *photoblog*, um *orkut*, um *facebook*, um *myspace* ou similares em nome de outra pessoa, contendo imagens e dados desta, passando-se por ela e relacionando-se com um grande número de internautas.

De fato, é muito fácil criar uma página desse tipo em nome de qualquer pessoa, juntando fotografias, dados e, em determinados casos, inclusive vídeos pessoais seus. Basta preencher com informações inverídicas, no momento do cadastro, os poucos campos determinados pelos controladores das páginas, referentes ao nome, e-mail, CPF e endereço do usuário, e em pleno funcionamento estará a página pessoal aleivosa, abrindo-se perante o violador campo fértil para cometimento, sem punição, de ilícitos de enorme gravidade.

Verdadeiramente aterrador se torna esse quadro se imaginarmos que o falso perfil pode publicar as mais inverídicas e impudicas informações a respeito da pessoa cuja identidade tenha falsamente adotado, como, e.g., a de que ela repentinamente desistiu da profissão que exercia (professor, juiz, médico, etc.) para se dedicar à prostituição – apesar de parecer um exemplo extremo, ele, infelizmente, é comum, tendo sido objeto de grande número de ações judiciais no Brasil e no mundo. Não é possível esmiuçar todos os reflexos que isso poderia ocasionar na vida da vítima: recebimento de e-mails e telefonemas indesejados, circulação de boatos no ambiente profissional, afetação do seu relacionamento com pessoas do círculo íntimo, e, em alguns casos, até mesmo perseguição de fanáticos.

Este se tornou um dos problemas mais recorrentes e graves ocasionados pela Internet, ao lado da divulgação de material envolvendo pedofilia. Pode-se afirmar que a questão do perfil falso hoje figura, portanto, como verdadeiro problema social no mundo contemporâneo, ocasionando milhares de ações judiciais ao redor do globo.

Atualmente, a pessoa lesada em sua personalidade por um perfil falso e que se aventure a se socorrer do Judiciário para buscar o culpado e ter indenizados os danos que lhe foram causados terá de percorrer uma verdadeira epopéia kafkaniana. E, após encerrada a longa (e cara) série de processos que terá que mover (contra o provedor de hospedagem, contra o provedor de acesso e finalmente contra o responsável direto pelo ilícito), é grande a chance de não conseguir resultado satisfatório. Com efeito, na maioria dos casos, a vítima do atentado não descobre quem é o responsável direto pelo perfil fraudulento, nem obtém qualquer tipo de reparação.

São ainda poucos os casos em que, diante da impossibilidade de identificação da pessoa diretamente responsável pelo perfil falso, o Judiciário permite a responsabilização do provedor de hospedagem. Quando o faz, fundamenta as decisões na teoria do risco e da responsabilidade civil objetiva, com vistas a não deixar a vítima sem qualquer tipo de

reparação. Mas por inúmeras vezes tais provedores não são responsabilizados, mesmo quando não se mostra possível descobrir quem seja o violador responsável por um “perfil falso”, ao argumento de que lhes seria impossível fazer controle de todo o conteúdo que é lançado na rede. Seria tecnicamente impraticável, segundo tese apresentada por tais empresas e em vários casos convalidadas pelas sentenças e acórdãos, fiscalizar vinte e quatro horas por dia todas as informações lançadas nos sites e páginas por elas gerenciadas.

Da forma como vêm sendo conduzidas e concluídas tais ações judiciais no Brasil, melhor faria a pessoa vitimada por um perfil falso se simplesmente se resignasse. Na sábia linguagem popular, sentar e chorar sairia mais barato.

Diante de tal quadro crítico, pergunta-se: não há nada que se possa fazer a respeito? Teria o Direito ferramentas aptas a controlar ou ao menos minimizar a prática do ilícito do perfil falso e a possibilitar a reparação dos infortúnios das vítimas?

O presente artigo pretende demonstrar que não é justo que ninguém se responsabilize por tamanha lesão aos direitos da personalidade. A vítima, além de ser alvo dos mais severos infortúnios morais, na maioria dos casos não consegue descobrir quem é o farsante, não obtém qualquer tipo de indenização e ainda tem que arcar individualmente com todos os custos processuais (várias são as decisões que entendem que aos provedores acionados e condenados sequer cabem as custas de sucumbência).

Ao contrário, defende-se aqui a tese da existência de efetiva responsabilidade por parte dos provedores de hospedagem pelos perfis falsos desenvolvidos por meio de sites de relacionamento (*blog, photoblog, orkut, facebook, myspace* e similares). Mas tal defesa não se sustenta na teoria de que lhes seria possível fazer controle de todo o *conteúdo* de forma onipresente (o que se reconhece difícilíssimo), ou na teoria que apregoa que, ao terem criado tal negócio pela Internet, teriam assumido todo e qualquer risco dele decorrente, inclusive pelos *conteúdos* lesivos lançados por seus clientes e usuários. Em que pese tais argumentos possuam pontos sólidos e coerentes, e inclusive terem sido recepcionados por algumas decisões nos tribunais – mormente quando, em determinada ação, não tenha sido possível identificar o violador, defende-se aqui a tese de que o provedor de hospedagem possui responsabilidade civil em razão da ausência de controle do cadastro dos usuários do negócio multimilionário das páginas pessoais. E isso denota um serviço defeituoso, devendo os reflexos de tal responsabilidade – reparação da vítima, em essência – se dar independentemente de ter sido identificado, em determinado caso concreto, o usuário que adotou a falsa personalidade.

2- Os Direitos da Personalidade e seus Modos de Preservação

Nos últimos tempos, temos assistido a uma profunda alteração no sistema jurídico que passa a adotar meios de tutela e preservação dos interesses do homem acima de qualquer outro valor. O ser humano passa a ser o núcleo do direito que encontra sua razão de ser na busca constante da preservação do que diretamente o satisfaz, permitindo-lhe uma máxima realização existencial.

Neste passo, a Constituição brasileira em vigor adotou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição de 1988) que significa, em síntese, a declaração de que a validade de qualquer ato nacional com repercussão jurídica, tenha como fonte a lei ou a vontade, fica vinculada à proteção do homem.

O homem passa a ser o fim, e não o meio, do Direito, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se uma cláusula geral de patrocínio e abrigo das pessoas.

Na contemporaneidade surge um novo conceito de personalidade jurídica que antes se subsumia à adstrita idéia de possibilidade de aquisição de direitos e deveres na ordem civil (artigo 1º do Código Civil de 2002), passando, agora, pela dogmática da salvaguarda de um *mínimo ético* e de um *mínimo existencial* que não podem ser ignorados pelos entes públicos ou privados em sua atuação.

Neste ponto cabe trazer à luz a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, para o qual a dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.^[3]

Atinente a isso, especialmente a partir das atrocidades cometidas pelo regime nazista após a segunda “grande guerra” e com a promulgação da “Declaração Universal de Direitos do Homem”, em 1948, surgem com mais vigor nas legislações civis de vários países os denominados “direitos da personalidade”, que têm como escopo enunciar um rol de prerrogativas e direitos subjetivos imateriais e não econômicos atinentes à preservação e tutela da pessoa, essenciais à sua vida com dignidade e integridade. Ao lado dos direitos patrimoniais, surgem outros bens, tutelados pelo Estado e vinculados à esfera íntima, personalíssima, imaterial e não econômica dos sujeitos de direitos e obrigações, a partir de uma repersonalização do Direito.

Cristiano Chaves de Farias conceitua os direitos da personalidade com o seguinte enunciado:

Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Os direitos da personalidade, portanto, possibilitam a atuação na defesa da própria pessoa, considerada em seus múltiplos aspectos (físico, psíquico, intelectual...).

Compõem os direitos da personalidade um conjunto de faculdades reconhecidas à pessoa humana, cujo objeto são os bens jurídicos caracterizados pelos diferentes aspectos da pessoa tomada em si mesma e em suas projeções e prolongamentos.^[4]

Suas características centrais estão no fato de serem autênticos direitos subjetivos, aplicáveis às pessoas naturais e jurídicas, decorrentes de sua existência, sendo absolutos (*erga omnes*), intransmissíveis, relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, vitalícios e extrapatrimoniais (artigo 11 do Código Civil de 2002).

A Constituição Federal, em especial no capítulo dos direitos e garantias individuais (artigo 5º), enuncia uma gama de direitos da personalidade.

Inovando frente ao vetusto Código de 1916 que era silente quanto ao tema e seguindo a esteira constitucional, o novel Código Civil de 2002 positiva nos seus artigos 11 ao 21 os supracitados direitos da personalidade, indicando a proteção à *integridade física* mediante a garantia do direito à vida, à saúde e à integridade corporal da pessoa viva ou morta (artigos 13 a 15); à *integridade intelectual* face aos abusos cometidos ao direito autoral pela divulgação, publicação ou transmissão indevida da palavra, de escritos e de outras manifestações do pensamento humano (artigo 20); e, por fim, a proteção à *integridade moral ou psíquica*, resguardando-se o direito à privacidade, nome, intimidade, honra e moral (artigos 16 ao 21).

Cabe deixar registrado que o rol de direitos descritos no espaço constitucional e no Código Civil de 2002, não exaure os valores e bens jurídicos a serem preservados, sendo, apenas, enunciativos das inimagináveis e incontáveis hipóteses de direitos de personalidade existentes, pois há uma verdadeira impossibilidade de exaurimento legal do tema, já que se trata de categoria de direitos elásticos por natureza.

O tema dos perfis falsos está ligado aos direitos de personalidade relativos à integridade moral e psíquica, merecendo estes o foco de nosso estudo.

A integridade moral pode ser conceituada como o conjunto de normas que visam garantir os atributos interiores e psicológicos relacionados à pessoa, tais como o nome, a honra, a imagem, a vida privada e o recato.

A imagem pode ser descrita como a exteriorização dos caracteres da personalidade de um sujeito, estando ligada aos atributos morais e valorativos que uma pessoa possui perante a sociedade (imagem-atributo), ao seu aspecto físico propriamente dito (imagem-retrato) e às peculiaridades do timbre da voz humana (imagem-voz). Em regra, a veiculação, reprodução, captação e o uso da imagem de uma pessoa devem ser precedidas de autorização, sob pena de haver a prática de ato ilícito por parte daquele que dela se utilizou.

Mereceu a imagem significativa proteção no texto constitucional de 1988, nos moldes de seu artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, sendo o mesmo seguido pelo artigo 20 Código Civil de 2002.

Carlos Alberto Bittar bem conceitua tal direito:

De enorme projeção fática, frente ao extraordinário progresso das comunicações, o direito à imagem ocupa lugar de destaque no cenário da teoria em análise, em razão dos múltiplos aspectos que envolve no relacionamento social e dos debates doutrinários travados para a sua exata qualificação jurídica.

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que uma a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).[5]

Quanto ao direito à privacidade, podemos dizê-lo como a prerrogativa disposta ao sujeito de manter-se em um ambiente de isolamento, preservando a esfera íntima de atitudes tomadas pela pessoa frente à coletividade que a cerca.

Trata-se da manutenção de um refúgio impenetrável pela sociedade. Direito individual garantido pelo artigo 5º, incisos V, X, XI, XII e LX, da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 20 do Código Civil de 2002.

Fazendo uso novamente das lições de Bittar:

De grande relevo no contexto psíquico da pessoa é o direito da intimidade, que se destina a resguardar a privacidade em seu múltiplos aspectos: pessoais, familiares, e negociais.

Diferentes denominações tem recebido esse direito, desde “*right of privacy*” ou “*right to be alone*” (no direito norte-americano); “*droit à La vie privée*” (francês); “*diritto alla riservatezza*” (italiano); “*derecho a La esfera secreta*” (espanhol); “direito de estar só”; “direito à privacidade” e “direito ao resguardo”. Consubstancia-se em mecanismos de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições e ou intromissões alheias.

[...]

Esse direito vem assumindo, paulatinamente, maior relevo, com a contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o à exposição permanente perante públicos ou mais distintos, em seus diferentes trajetos, sociais, negociais ou de lazer.[6]

Outro direito da personalidade respaldado pelo novel *Codex* e absolutamente afeito ao objeto do presente artigo diz respeito à proteção dada ao nome das pessoas naturais.

Além de direito subjetivo afirmativo (todos têm direito a possuir um nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome), a prerrogativa mostra-se igualmente como uma limitação ao uso, por terceiros, do nome de outrem. Assim, dispõe o Código Civil que a ninguém é dado empregar o nome alheio em qualquer forma de divulgação que exponham a pessoa retratada ao desprezo público, ainda que o responsável pela comunicação não possua a intenção de abalá-la moralmente. Adicionalmente, é igualmente defesa a utilização do nome de outrem, sem autorização, com vistas a obter lucros à sua custa, mormente para utilizações por meio de propaganda e publicidade. Resta ressaltar ainda que ganha idêntica proteção ao nome civil o pseudônimo pelo qual determinada pessoa é conhecida em seu meio social, este que igualmente não poderá ser utilizado para as finalidades acima dispostas, salvo havendo expressa autorização de seu titular.

Por fim, o direito à honra representa a tutela ao prestígio social da pessoa contra falsas imputações de terceiros que abalam sua reputação, sua fama, seu bom nome e decoro. É a soma dos atributos positivos que a pessoa goza em sociedade, sendo vislumbrada em seu aspecto subjetivo, através da proteção da sua auto-estima e da visão afirmativa e confiante que ela tem de si própria e pela denominada honra objetiva, que é o conceito exterior da pessoa, ou o que os outros pensam dela. Ambas recebem a garantia do direito, sendo que o “Pacto de San José de Costa Rica” determina em seu artigo 11 que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

A proteção aos direitos da personalidade é aplicada à pessoa natural e, no que couber, também à pessoa jurídica (artigo 52 do Código Civil de 2002 e Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça). Dá-se na via preventiva mediante atos que impeçam a lesão e, caso o dano já tenha sido produzido, pela via reparatória através de atos de desagravo, cessação da conduta danosa ou com uma justa e proporcional compensação pecuniária, sendo legitimados à busca desta tutela o próprio ofendido ou seus familiares.

O mundo virtual, em razão das características da distância física entre os sujeitos que se comunicam e do anonimato, representa um lugar onde a violação aos direitos da personalidade se torna cada vez mais comum.

Há certa “liberdade” para que o agente de má-fé lance na mídia virtual todo tipo de informação inverídica sobre determinada pessoa, já que os meios de controle e aferição do conteúdo e da origem do noticiado são pouco ou quase de nenhuma eficácia concreta.

O falso perfil é um dos muitos modos de lesão aos direitos da personalidade que atingem diretamente a integridade moral e psíquica do sujeito que tem seu nome, sua imagem ou seus dados pessoais vinculados ilicitamente a *site*, *blog*, *photoblog*, *orkut*, *facebook*, *myspace* ou qualquer outro modo de manifestação havida na internet, atribuindo-se a esta pessoa atitudes que não representam a sua real imagem moral-psicológica.

A título de exemplo de como as ferramentas tecnológicas podem ser nocivas, imaginemos um *blog* atribuído falsamente ao papa Bento XVI em que o mesmo passasse a fazer declarações de apologia ao aborto. O dano causado à imagem de sua santidade seria imediato e, até mesmo, indelével ante a perplexidade causada nos fieis

da igreja católica que vinculariam as declarações falsamente postadas na internet à figura do “santo padre”.

Portanto, a proteção dos direitos da personalidade é curial, havendo responsabilidade civil para os que praticam lesão a este interesse mediante a criação dos perfis falsos e, outrossim, para os provedores de internet.

3- As Espécies de Provedores de Internet

O Direito Virtual é resultado da evolução tecnológica, caracterizando-se pela sua multidisciplinaridade e por ser dotado de peculiaridades próprias e aspectos bastante técnicos. Por esta razão, para que seja possível a compreensão da responsabilidade civil dos provedores de hospedagem em decorrência dos perfis falsos na internet é fundamental a análise da base fática da questão colocada em discussão. É preciso então, fazer uma breve exposição acerca das espécies de provedores existentes atualmente e suas respectivas funções, bem como discorrer sobre o que vem a ser os perfis falsos na internet, de modo a demonstrar os danos que eles têm causado aos usuários da rede global, notadamente a flagrante violação dos direitos da personalidade da comunidade virtual.

A distinção entre as espécies de provedores de internet se faz muito útil, em função destes agentes prestarem serviços de naturezas absolutamente diversas, dependendo desta análise preliminar, o estudo do instituto da responsabilidade civil e a aplicação do direito ao caso concreto.

O termo “provedor” pode assumir diversos significados, tais como, “fornecer”, “disponibilizar”, “abastecer”. Assim, provedor de serviços de internet deve ser entendido como gênero, cujas espécies serão aqui apresentadas. De forma simples, pode-se classificar, pelo critério da atividade desenvolvida, os provedores de internet nas seguintes espécies: provedores de *backbone*, provedores de acesso, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo. Ressalte-se que um mesmo provedor pode prestar diversos serviços, enquadrando-se em mais de uma das modalidades mencionadas.

A Internet é um conjunto de redes de acesso público que formam um sistema mundial de computadores interconectados, os quais utilizam-se de protocolos de comunicação, como o TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) para transmitir informações por meio de pacotes de dados. Para que os usuários possam ter acesso à internet são necessários vários intermediários, dentre eles, os provedores de internet, os quais fornecem serviços relacionados ao funcionamento da internet ou por meio dela.^[7]

O provedor de *backbone* ou infra-estrutura é aquele (normalmente uma operadora de telecomunicações) que possui estrutura de redes capaz de manipular grandes volumes de informações, e cuja principal função é a disponibilização de conectividade. O provedor de *backbone* fornece a infra-estrutura, isto é, canais para o tráfego de dados

em alta velocidade, necessários para que outros provedores possam prestar seus serviços ao consumidor final.[8]

O provedor de acesso à internet, por sua vez, é quem mantém relação jurídica com consumidores, permitindo o seu acesso à internet por meio da autenticação destes usuários na rede. O serviço de provimento de acesso à internet não se confunde com o serviço de conectividade, vez que acrescenta a uma rede preexistente (contratada de um provedor de *backbone*) meios ou recursos que criam novas utilidades, tais como verificação de senha do usuário, contabilização do tempo de conexão, caixa postal para recebimento de mensagens, etc. No caso do provimento de serviço de correio eletrônico (e-mail), este não precisa ser prestado necessariamente pelo provedor de acesso, podendo ser contratado de outro provedor (o provedor de contas de e-mail).

Já o provedor de conteúdo é aquele que disponibiliza informações na internet, seja a título gratuito ou oneroso. Esta espécie de provedor não se confunde com o provedor de informação, o qual realmente cria as informações que são disponibilizadas na internet pelo provedor de conteúdo. O provedor de conteúdo também pode ter a autoria das informações, mas sua função primordial é a divulgação de informações na rede global, utilizando-se, para tanto, de servidores próprios ou contratados dos provedores de hospedagem.[9]

Por fim, o provedor de hospedagem oferece o serviço de armazenamento de dados, páginas e sites em seus servidores, permitindo também o acesso de terceiros a estes dados, a depender dos termos contratados com seus usuários.[10] Este tipo de provedor pode oferecer outros serviços, como por exemplo, *backup* e sistemas de segurança.

É exatamente desta espécie de provedor que este estudo irá tratar, bem como da proposta de aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva quanto aos ilícitos praticados por seus usuários.

4- O Problema dos Falsos Perfis

A Era Digital é marcada pela interatividade das relações sociais por intermédio dos meios de comunicação que evoluem em alta velocidade. Nesse compasso, aumenta exponencialmente a incidência dos casos de pessoas que já foram vítimas de falsos perfis, ou *fakes* como são comumente conhecidos no mundo virtual. O número de ilícitos ocasionados por meio eletrônico tem crescido principalmente em razão de a Internet facilitar o anonimato dos autores e criadores de páginas virtuais, tornando-se complexa e difícil a identificação dos responsáveis por abusos cometidos na *web*.

São inúmeras as finalidades que justificam a criação destes falsos perfis, dentre elas, bisbilhotar a vida de outrem anonimamente, se fazer passar por outra pessoa, difamar ou ofender alguém. Tais ações acabam por causar significativo abalo psicológico, angústia e vergonha às vítimas, além de implicar em séria ofensa aos direitos da personalidade como a honra, nome, imagem e intimidade.

O site de relacionamento social *Orkut*, pertencente à poderosa Google, fenômeno de popularidade no Brasil e no mundo, tem sido palco de escândalos envolvendo casos de *fakes*. Não obstante a fragilidade do sistema de cadastramento de usuários, que acaba por expor as pessoas no mundo digital, a proposta do site é realmente inovadora, na medida em que permite um alto grau de interatividade, sem barreiras geográficas, a um baixo custo.

Se a internet funciona como uma rede orgânica, os responsáveis pelas suas “portas de entrada e saída”, quais sejam, os provedores de serviços, devem ter condições tanto para autorizar como para restringir o acesso, criando mecanismos de identificação dos usuários em seus bancos de dados.[\[11\]](#)

O número de vítimas que se socorrem do judiciário visando à reparação dos danos morais sofridos em decorrência da atuação dos *fakes* ainda é ínfimo diante da quantidade de casos que ocorrem na rede sócio-virtual. Exemplo típico é o de jovens vítimas de difamação no *Orkut*, por meio de perfil falso criado anonimamente, e que contém textos e fotos falsas com conteúdo agressivo e desrespeitoso. Outra situação corriqueira é a criação de perfis falsos de políticos e celebridades. Estes *fakes* recebem e respondem mensagens como se fossem o artista ou político vítima do perfil, além é claro, de diversas histórias que são inventadas e os embaraços que acabam causando na sua vida pessoal e profissional. Casos há ainda de alunos que, indignados com determinado professor, lançam uma página em nome deste, se passando por ele e induzindo várias pessoas em erro, sempre com a intenção de causar-lhe humilhação.

Não bastasse a ausência de um rigor no cadastramento de usuários, os provedores de hospedagem sempre alegam a impossibilidade técnica de controle da legalidade e veracidade das informações que são inseridas, editadas e retiradas pelos milhões de perfis usuários.

Alexandre Rodrigues Atheniense adverte que:

A cada dia vem aumentando os casos em que alguns abusos têm causado impacto extremamente negativo para algumas pessoas, mesmo aquelas que não sejam usuárias daquele “site”. É comum deparar-se com perfis falsos de celebridades ou não, que foram criados por anônimos, configurando-se clara hipótese de falsidade ideológica. Este controle nem sempre é eficaz, pois o provedor não tem como controlar efetivamente a falsidade das informações. O prejuízo será maior nos casos em que o “site” permite o envio de recados por anônimos, que favorecem amplamente os crimes contra a honra. (...) Tem sido crescente a prática de outros tipos penais como apologia às drogas, racismo e incitação ao nazismo. É inegável que o serviço transmite uma falsa impressão aos usuários de que o conteúdo armazenado é legalizado, por se tratar de uma zona sem lei, contando ainda com descontrole gerencial por parte do proprietário da infra-estrutura de rede.[\[12\]](#)

O dever do provedor de hospedagem vai além da necessidade óbvia de fazer cessar a ofensa assim que provocado para tal fim e em razão da comprovação do dano e do

ilícito. O que se busca não é a ampla garantia de que todo e qualquer conteúdo criado pelos internautas seja previamente validado pelos provedores. O que se defende é o dever dos provedores em promover o monitoramento constante da rede e o estabelecimento de critérios rígidos no cadastro dos usuários.

A simples indicação, pelo provedor de hospedagem, do endereço IP – *Internet Protocol*[13] dos perfis falsos, que pode levar à origem e local do computador de onde, em determinada data e horário, partiu uma mensagem do titular da página, na maioria dos casos, não se revela suficiente, já que o agente pode estar atuando em locais públicos, como *lan houses*, e dificilmente será encontrado e o dano que provocou ficará sem reparação. Sem dúvida, a solução para a moralização do convívio na rede virtual é garantia de um cadastro fidedigno que permita o acesso a internet, o que compete exclusivamente aos provedores de serviços.

5- O Trâmite no Judiciário.

No Brasil, a pessoa lesada em decorrência do lançamento na Internet por outrem, em qualquer tipo de página pessoal, de um perfil falso em seu nome tem que necessariamente recorrer ao Judiciário. Isso porque os provedores, sejam eles de hospedagem ou de acesso, não liberam extrajudicialmente as informações acerca do usuário farsante, ao argumento de haver expressa proibição quanto a tal conduta por parte da Agência Nacional de Telecomunicações, a Anatel[14], que regula as atividades econômicas de tais empresas.

Assim, a vítima precisa, inicialmente, contratar um advogado para notificar o provedor de hospedagem (por exemplo, a empresa brasileira Google Brasil Internet Ltda., coligada à americana Google Inc., para páginas do tipo *Orkut e Blogger*), solicitando a retirada da página do ar e o imediato fornecimento dos dados do violador (tal notificação é importante inclusive para fins de produção de provas). Todavia, essa notificação, além de não causar efeitos práticos *de per se*, na maioria dos casos sequer é respondida pelo provedor.

O segundo passo é, então, mover um processo judicial contra a referida empresa, novamente sendo necessária a contratação de advogado. Após período que pode ser extenso, havendo suficiente comprovação do ilícito, os provedores de hospedagem costumam retirar do ar a página que contém o perfil falso – o que não impede que o violador lance outra no dia seguinte, por meio do mesmo provedor ou de outros – e, se o autor da ação tiver sorte, conseguirá do provedor o chamado *Internet Protocol Number* (o famoso IP). O IP, que nada mais é que um simples número que contém, em si mesmo, uma única informação relevante ao autor da ação: a indicação de qual é o provedor de acesso da rede de onde partiu, em determinado dia e horário, uma informação que foi “postada” na página em questão. Assim, se o farsante tiver atuado por meio de vários computadores, vários serão os IP’s, o que tornará ainda mais difícil a busca pelo violador e pela reparação.

Ante a recusa de fornecimento de informações completas acerca do violador – os provedores de hospedagem alegam ser-lhes impossível ter acesso a tais dados, limitando-se a fornecer o IP –, só resta à vítima uma única saída: ir de encontro ao provedor de acesso indicado no IP (são provedores de acesso no Brasil, por exemplo, a NET Virtua, a Terra, etc). Novamente se envia uma notificação (extrajudicial ou judicial), que resultará inócua, salvo em relação ao efeito de constituir em mora o provedor de acesso, e, em seguida, move-se ação judicial contra ele. Há aqui um detalhe: os provedores de acesso brasileiros não costumam manter informações sobre o IP por mais de seis meses. Assim, caso a primeira ação judicial tenha se delongado no tempo, é muito provável que, mesmo de posse do IP, tal número tenha se tornado imprestável, pelo fato de o provedor de acesso já haver descartado as informações a ele relacionadas.

Se tudo correr bem nesta segunda ação judicial, o autor obterá do provedor de acesso o nome, dados e endereço do titular da rede de onde saiu uma informação em determinado dia e horário. Não raras vezes o titular da linha é uma *lanhouse* ou um *cybercafé*, de nada servindo tal informação ao autor da ação. E, para agravar a situação, tanto na primeira quanto na segunda ação judicial, movidas contra o provedor de hospedagem e o provedor de acesso, são comuns decisões judiciais desobrigando tais empresas do pagamento de verbas de sucumbência, ao argumento de elas terem “colaborado espontaneamente” e terem agido em conformidade com as regras da Anatel:

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA – FORNECIMENTO DE DADOS CADASTRAIS – PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET – ART. 5º, XII, CF/88 – VERBAS SUCUMBENCIAIS NÃO DEVIDAS.

- À provedora de acesso à internet não é permitido liberar, via simples notificação extrajudicial, os dados cadastrais de quaisquer dos usuários de seus serviços – art. 5º, XII, CF.

- Em casos tais, a quebra do sigilo cadastral somente pode ocorrer quando solicitada por autoridade competente e pelo meio adequado, sem o que estaria violado o direito à privacidade e inviolabilidade de dados constitucionalmente protegidos.

- A espécie não configura, pois, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas, sim, uma observância, por parte da demandada, de norma constitucional impositiva, sendo indevida, neste caso, a condenação nos ônus da sucumbência.

- Apelação não provida.[\[15\]](#)

Percorridas tais etapas, dois podem ter sido os resultados obtidos. Ou se descobre quem efetivamente causou o dano, e aí novo ciclo judicial se iniciará contra tal pessoa (ação criminal e/ou ação de responsabilidade civil), ou não se desvenda quem é o autor do ilícito. Incipientes ainda são os julgados cujo resultado repercute negativamente no patrimônio dos próprios provedores de hospedagem. Estes, na grande maioria dos casos,

saem ilesos, ao argumento de não se responsabilizarem pelo que acontece na rede mundial de computadores.

6- A Responsabilidade Civil dos Provedores de Hospedagem pelos Perfis Falsos na Internet

Para se iniciar a exposição deste tópico, deve-se antes de tudo inquirir qual é a natureza jurídica da relação havida entre o provedor de hospedagem e a vítima do perfil falso (esta que não precisa ser usuária direta de qualquer página pessoal oferecida pelo provedor). Dúvidas não há, atualmente, de que se trata de verdadeira relação consumerista, não obstante na maioria dos casos as páginas pessoais serem disponibilizadas gratuitamente aos usuários e não haver relação de consumo direta entre a vítima e o provedor.

O fato de ser gratuito – na maioria dos casos – o acesso às páginas pessoais, não lhe retira a natureza de relação de consumo havida entre o usuário e o provedor. Este tem que se portar em perfeita conformidade com todas as exigências erigidas pelo Código de Defesa do Consumidor, como impossibilidade de realizar propaganda enganosa ou inserir cláusulas abusivas em contratos de adesão, em razão de se enquadrar na definição de “fornecedor”, exposta no art. 3º da norma citada. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 479.970-2 - 2.6.2005 BELO HORIZONTE AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E REVISÃO DE DÉBITO - REQUERIMENTO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM GRAU RECURSAL - INDEFERIMENTO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO - FUNDAMENTAÇÃO IDÊNTICA - PRECLUSÃO - REMUNERAÇÃO INDIRETA - RELAÇÃO DE CONSUMO - OCORRÊNCIA -PROVEDORA DE ACESSO GRATUITO À INTERNET - SERVIÇO DE TELEFONIA - TARIFA NÃO LOCAL - DEVER DE INFORMAÇÃO - NÃO-OBSERVÂNCIA - RESCISÃO CONTRATUAL - REVISÃO DO DÉBITO. [...]

- Em que pese o art. 3o, § 2o, do CDC estabelecer que, para fins de incidência de tal diploma legal, deve-se considerar como serviço "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração", deve-se ressaltar que o fato de haver prestação de serviço de acesso gratuito à internet não afasta a aplicação das normas de defesa do consumidor. Isso porque, para viabilizar tal acesso, necessária se faz a utilização do serviço de telefonia prestado por empresa parceira da provedora, razão pela qual, ainda que indiretamente, o serviço desta é remunerado.

- O fornecedor deve observar todas as cautelas possíveis no trato com o consumidor [...].^[16]

Em relação à vítima de perfil falso, tem-se que esta é considerada “consumidor por equiparação”, nos exatos termos do artigo 17^[17] do mesmo diploma de proteção às

relações de consumo[18]. De forma maciça já vêm reconhecendo os tribunais que a vítima do atentado objeto do presente artigo possui todas as prerrogativas próprias dos consumidores, inclusive a que diz respeito ao foro privilegiado do consumidor.

Estando o provedor de hospedagem abarcado pelas duras regras impostas pela legislação consumerista, pode-se concluir que a inexistência de controle do *cadastro* de usuários das páginas pessoais é considerada um *defeito* na prestação dos serviços, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990)[19]. O fato de disponibilizar uma lista de dados cadastrais de preenchimento obrigatório – o que denota o reconhecimento da importância da individualização dos usuários, para o caso de ilícitos cometidos através do veículo virtual – é absolutamente contraditório à ausência de verificação, pelo mesmo provedor, da exatidão dos dados lançados em seu sistema. Qual a razão de se impor o preenchimento de uma lista de dados, sem os conferir detidamente?

Noutras palavras, o provedor de serviços, se por um lado perfilha da relevância da vedação constitucional do anonimato[20], o faz somente “superficialmente”, mais com a intenção de convencer o Judiciário de que adotou todas as medidas que estavam à sua disposição, sem promover, na prática, a completude de tão necessário limite à manifestação do pensamento. Ora, quem está disposto a fraudar a vida alheia, roubando-lhe a identidade e violando seus direitos da personalidade, obviamente não preencherá os campos cadastrais com seus próprios dados, sendo a ferramenta do cadastro, como hoje apresentada pelos provedores de hospedagem, absolutamente inócua, não fornecendo a segurança que o consumidor e pessoas a ele equiparadas podem esperar.

Compactua deste entendimento Demócrito Reinaldo Filho:

Não adianta de nada o provedor identificar o número IP que estava sendo usado por um determinado usuário, se não checou antes se aquele usuário é realmente quem disse ser. Por isso que o processo prévio de identificação, através de coleta de dados pessoais para cadastro do usuário e checagem da veracidade desses dados é tão importante. Não se pode deixar que pessoas, sem identificação assegurada, naveguem livremente pela rede e assim possam praticar toda série de crimes. Liberdade pressupõe responsabilidade. Todo cidadão deve ter o direito de acesso à Internet, mediante abertura de uma conta junto a um provedor, e participar do livre discurso na rede, expressando suas idéias e pensamentos, mas com a contrapartida de que, vindo a lesar direitos de terceiros, sofrerá a respectiva responsabilização.[21]

A base de suporte do mencionado dispositivo do CDC, que versa sobre a responsabilidade sobre defeitos na prestação de serviços, é a teoria da responsabilidade civil objetiva. Conforme lição de Rui Stoco, “com relação aos direitos do consumidor impera a responsabilidade objetiva”[22]. E adiante aduz considerações acerca de tão importante instituto do novo direito privado, citando juristas clássicos:

A insatisfação com a teoria subjetiva, magistralmente posta à calva por Caio Mário, tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta na vulneração da norma preexistente, e comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada (Caio Mário, op. cit. 206)”.

[...]

A jurisprudência, e com ela a doutrina, convenceram-se de que a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfaz e não dá resposta segura a diversos casos. A exigência de provar a vítima o erro de conduta do agente deixa o lesado sem reparação, em grande número de casos. Com esta conotação, a responsabilidade, segundo a corrente objetivista, “deve surgir exclusivamente do fato” (Alvino Lima, op. cit., p. 121).^[23]

Tratando especificamente sobre responsabilidade civil objetiva em decorrência de defeitos na prestação de serviços no mercado de consumo, bem pondera Claudia Lima Marques:

O defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do Código. Pode ele ocorrer em qualquer tipo de produto ou serviço de consumo, nos termos do art. 3º, §§1º e 2º.

[...]

Já vimos que todo produto ou serviço apresenta uma margem de insegurança. Integraria ela o âmbito da periculosidade inerente. A dúvida aqui é: qual o grau de segurança que permite qualificar um produto como não defeituoso?

O elemento central para a construção do conceito de defeito é a *carência de segurança*.^[24]

Para eximir-se da responsabilidade pelos danos ocasionados pelo perfil falso, caberia ao provedor de hospedagem, nos termos do §3º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, argumentar e comprovar que “tendo prestado o serviço, o defeito inexistente” (inciso I) ou que culpa é *exclusiva* do consumidor ou de terceiro (inciso II).

É facilmente demonstrável que o defeito existe, ao se verificar que outros tipos de prestadores de serviço controladores de páginas pessoais fazem, senão completo, ao menos algum controle efetivo sobre a identidade dos usuários. É o caso do site de relacionamentos pessoais “Beautiful People”^[25], que demanda daqueles que pretendam se cadastrar o envio de uma fotografia sua, podendo inclusive exigir que ao lado de seu semblante seja colocado um periódico do dia, como forma de comprovar que a imagem cadastrada diz respeito ao usuário:

No dinâmico e inventivo mundo dos sites de relacionamento, a cada dia surge um novo clubinho. Fanáticos por livros, casais entediados, judeus, evangélicos e até doentes terminais já têm seus espaços garantidos. A nova moda, que chega ao Brasil nesta semana, é um portal voltado só para pessoas bonitas, o beautifulpeople.com.

Quem não se sente lá muito orgulhoso com o que vê no espelho pode até tentar a sorte, mas corre sérios riscos de dar com a cara na porta, pois nem todo mundo é aceito.

[...]

Mas é claro que a possibilidade de usar fotos falsas sempre existe. Para evitá-la, os administradores podem pedir ao suspeito de fraude uma foto com o jornal do dia.^[26]

Embora o controle feito por tal site não tenha por objetivo principal impedir violação de direitos de personalidade, justificando-se por interesses comerciais específicos – verifica-se a aparência das pessoas para impedir fraudes e, assim, evitar descrédito dos serviços ofertados que, afinal, são pagos pelos usuários –, é absolutamente replicável tal método, com implementos, a todo e qualquer servidor de hospedagem da Internet, para evitar o ilícito dos *fakes*. Ora, se alguns provedores realizam o controle em razão de interesse particular, caso contrário haverá repercussão negativa em sua esfera patrimonial, absolutamente razoável esperar que o façam igualmente para proteger direitos de maior grandeza como os da personalidade.

E alegar que tal método de controle funcionaria somente em caso de provedores de hospedagem de pequeno porte, seria “sair pela tangente”. Ora, no caso do *Orkut*, por exemplo, o grande volume de usuários do sistema é absolutamente proporcional ao sucesso comercial do grupo econômico que o administra, Google Inc. nos Estados Unidos da América e Google Brasil Internet Ltda. no Brasil, um dos mais bem sucedidos do mundo contemporâneo.

Existindo, portanto, o defeito na prestação dos serviços, não poderiam os servidores de hospedagem se esquivar da obrigação de reparar os danos ocasionados aos consumidores e aos equiparados, argumentando que o dano decorreu *exclusivamente* de culpa de terceiro, quem seja, o efetivo violador. Isso porque as mencionadas empresas possuem, senão culpa integral, uma parte dela, por terem criado tais sistemas de páginas pessoais (afinal, se elas não existissem, não seria possível a prática do perfil falso) sem mecanismos aptos à prevenção e repressão do ilícito em comento. Justo, portanto, que sejam, ao menos em parte, responsabilizadas pelo risco ocasionado.^[27]

Imprescindível diferenciar o *conteúdo* propriamente dito lançado na internet, como vídeos, fotografias, textos, desenhos, imagens, etc., dos simples *dados cadastrais*. Com efeito, impossível seria aos provedores fazer o *controle de todo conteúdo* de um grande universo de páginas pessoais, como bem colocam em suas contestações. Mas isso não se pode afirmar do controle dos dados cadastrais.

Existem medidas simples e práticas que podem ser adotadas no momento do cadastro de usuários para acesso a internet, tais como, formalização da anuência das políticas de segurança e privacidade do site, celebração de contrato digital, solicitação e conferência de dados cadastrais (nome, endereço, telefones, emails, CPF, RG, etc.). Poder-se-ia exigir dos usuários para efetivação do cadastro, por exemplo, o envio de cópia de documentos pessoais com fotografia, os quais já contêm, além da imagem do titular, o seu Registro Geral (RG) e seu registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). Além disso, em complementação, é importante a manutenção do registro das conexões dos usuários por prazos razoáveis. Talvez medidas dessa natureza não eliminassem por completo a possibilidade dos perfis falsos, mas dificultariam demasiadamente a sua proliferação na Internet, atualmente desenfreada.

Reconhece-se que a cobrança do efetivo controle do cadastramento dos usuários tornará significativamente mais trabalhosa e dispendiosa a atuação empresarial dos provedores de conteúdo. É um procedimento mais complexo, indubitavelmente, mas longe de ser impossível. Trata-se, portanto, de um sacrifício a ser suportado exclusivamente por tais gigantes do mundo virtual, sendo injusto o seu repasse às vítimas. Afinal, perfeitamente aplicável no caso a máxima “grandes poderes trazem grandes responsabilidades”.

Não se pode negar, pois, que medidas de controle sejam necessárias, devendo a evolução tecnológica dos sistemas de cadastramento de usuários acompanharem a criatividade dos *fakes*, que não poupam esforços para criar mecanismos de manipulação e fraude de dados de inocentes, praticando crimes no ambiente virtual com incrível facilidade.

Em acréscimo ao raciocínio *supra*, imperioso destacar que o ilícito do perfil falso não ocorre quando do lançamento de *conteúdos* difamatórios propriamente, mas no ato de criação da página pessoal fraudulenta. Eis que assumir falsamente a identidade de outrem é, inclusive, crime tipificado no artigo 307 do Código Penal[28], que é crime formal ou de consumação antecipada[29]. Destarte, para controle e quiçá extirpação do problema dos perfis falsos na Internet, o momento que demanda a principal atenção e controle do provedor de hospedagem é o da inauguração da página de relacionamentos pessoais, e não necessariamente o dia-a-dia de tal veículo de comunicação. Sequer seria necessária a averiguação, por parte dos provedores, de ser o usuário verdadeiramente a pessoa retratada na página virtual criada: dificilmente alguém que informasse seus próprios dados, juntando documentos pessoais que comprovassem sua identidade, criaria *fakes* lesivos a terceiros, dada à exposição a que se submeteria. Com a operacionalização de um sistema de controle próximo ao ora sugerido, seria possível matar o problema dos perfis falsos pela raiz.

O Brasil vem se conscientizando nos últimos tempos a respeito da necessidade de se obter efetivo controle do cadastramento de usuários da Internet. Assim, algumas leis, como a Lei Estadual nº 12.228/2006, de São Paulo[30], vêm impondo às *lanhouses* e estabelecimentos do gênero que cadastrem todos aqueles que utilizem os seus serviços,

inclusive mediante a captura de sua imagem, em alguns casos. Em artigo específico sobre crimes na Internet, Jorge José Lawand contextualiza essa tendência diante dos provedores de acesso a Internet:

O legislador pátrio preocupado com esta realidade, pretende estipular uma regulamentação para a questão, através do projeto de lei nº 3891, de 2000, que dispõe sobre o registro de usuários pelos provedores de serviços de acesso a redes de computadores, inclusive à Internet e mais recentemente o projeto de lei nº 6557/2002 que estabelece obrigatoriedade de identificação para participantes com acesso a salas de encontrados virtuais e troca de imagens na Rede Mundial de Computadores.

[...]

Nessa esteira vem o PL 3891/2002, o qual “obriga os provedores de serviço adicionado de acesso a redes de computadores, inclusive à Internet, a manterem registro dos usuários atendidos e dos acessos por eles realizados”.

[...]

Mais recentemente, o projeto 3891/2000 foi apensado ao PL.6557/2002 tendo sido determinada a mudança do regime de tramitação da matéria para Regime de Prioridade.

O PL 6557/2002, tem por escopo estabelecer de modo compulsório a identificação para participantes com acesso a salas de encontros virtuais e troca de imagens na Rede Mundial de Computadores – Internet.

A intenção do legislador está focada, consoante a sua justificativa, no fato de que: “As recentes denúncias de prática de pedofilia e violência contra menores têm importante foco nas salas de chat, bate-papo ou encontro virtual e troca de imagens disponibilizadas na Rede Mundial de Computadores”.[\[31\]](#)

E o problema da ausência no controle de cadastramento de usuários de páginas de relacionamento não se restringe obviamente ao Brasil. A Grã-Bretanha vem estudando forma de monitoramento de sites do gênero com vistas a combater ameaças terroristas. Uma das formas de repressão à difusão de comunicados terroristas pela Internet seria o monitoramento da identidade dos usuários.[\[32\]](#)

7- Considerações Finais

Conclui-se que atualmente qualquer cidadão está sujeito a violação de seus direitos da personalidade em decorrência da atuação dos “perfis falsos” na internet, sendo esta uma realidade cada vez mais marcante, que já se tornou um preocupante problema social na

contemporaneidade. Alguns casos já estão sendo levados ao judiciário, que até o presente momento, não deu soluções capazes de efetivamente reparar os danos sofridos pelas vítimas, devendo o Direito, por isto, evoluir para oferecer ferramentas capazes de controlar ou minimizar a prática do ilícito do perfil falso.

Os direitos da personalidade, em especial a integridade física e psíquica, são tutelados pela legislação pátria. Todavia, faltam aos aplicadores do Direito o conhecimento necessário sobre as especificidades do Direito Virtual e das suas mais diversas facetas multidisciplinares. Por esta razão, é que para o desenvolvimento deste estudo, buscou-se o aprofundamento da base fática, qual seja a análise das diferentes espécies de provedores de serviços, bem como a compreensão da problemática dos perfis falsos na rede global, para só então invocar o instituto da responsabilidade civil objetiva, isto é a aplicação do direito ao caso concreto.

É longo o percurso da vítima dos perfis falsos que pretender se socorrer ao judiciário visando a reparação do dano sofrido. Viu-se que os caminhos necessários para se chegar até o agente causador do dano são suficientes para desestimular qualquer sujeito a lutar pela preservação dos seus direitos da personalidade, isto quando se conseguir desvendar o autor do ilícito.

São raros os julgados que imputaram a responsabilidade pelo dano ao provedor de hospedagem, sendo que a teoria da responsabilidade civil em função da “Teoria do Risco da Atividade” ainda não ganhou a expressão que merece. Prevaecem os casos de julgados que acatam os argumentos dos provedores no sentido de que não podem ser responsabilizados por tudo o que acontece na rede global de computadores e também pela inexigibilidade de censura prévia do conteúdo das páginas de internet criadas pelos próprios usuários.

Restou demonstrado que há relação de consumo entre provedor de hospedagem e vítima, devendo esta ser considerada “consumidor por equiparação”, independentemente das páginas pessoais serem disponibilizadas a título gratuito aos usuários.

Em sendo assim, a inexistência de cadastramento ou cadastro insuficiente para identificação segura de um perfil na internet e até mesmo falta de conferência da exatidão dos dados de seus usuários lançados em seus sistemas, configuram-se defeitos na prestação dos serviços. Por isto, o provedor de hospedagem deve sim indenizar a vítima devendo ser-lhe atribuída responsabilidade civil objetiva, pois se estas empresas criaram sistemas que disponibilizam as páginas pessoais, de igual forma, devem criar ferramentas capazes de coibir os ilícitos praticados em decorrência de sua utilização.

O Direito vem se estruturando para acompanhar a evolução tecnológica. Por meio deste estudo, pugna-se para que este ramo do Direito, em pleno desenvolvimento, venha assegurar de forma eficiente a preservação dos direitos da personalidade, em especial a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, máxima que deve ser perseguida pela sociedade, inclusive nas relações sociais virtuais.

8- Referências

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. *É possível controlar os abusos no Orkut?*. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.10879>. Acesso em 12/04/2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2006.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade*. Porto Alegre: SAFE, 2000.

FILHO, Demócrito Reinaldo. *A Obrigação do Provedor de Identificar o Usuário que Acessa a Internet*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9173>. Acesso em: 12/04/2009.

LAWAND, Jorge José. *O Direito Penal e a Internet – O Surgimento de Novos Crimes*. In *Revista de Direito Eletrônico – Rede 3*, IBDE -Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico. n. 3. Rio de Janeiro: IBDE, 2003.

LEONARDI, Marcel. *Internet: Elementos Fundamentais*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coordenadores). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de Direito Penal*. Vol. III. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2000

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

[1] Advogado. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Professor da pós-graduação da UNA/MG. Sócio do escritório Drummond e Neumayr Advocacia.

[2] Advogada. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP e em Direito Empresarial pela UFU/MG. Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Professora Universitária.

[3]. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

[4] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2006, p. 101 e 102.

[5] BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2006, p. 94.

[6] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 94.

[7] LEONARDI, Marcel. *Internet: Elementos Fundamentais*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coordenadores). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007, p- 56,57.

[8] *Ibidem*, p. 58.

[9] *Ibidem*, p. 60.

[10] *Ibidem*, p. 59.

[11] PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

[12] ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. *É possível controlar os abusos no Orkut?*. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.10879>. Acesso em 12/04/2009.

[13] O endereço IP (Internet Protocol) pode ser considerado como um conjunto de números que representa o local de um determinado equipamento (normalmente computadores) em uma rede privada ou pública (Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Endere%C3%A7o_IP. Acesso em: 12/04/2009).

[14] Resolução 272/2001 da Anatel: “Art. 57. A prestadora observará o dever de zelar estritamente pelo sigilo inerente aos serviços de telecomunicações e pela confidencialidade quanto aos dados e informações do assinante, empregando todos os meios e tecnologia necessárias para assegurar este direito dos usuários. Parágrafo único. A prestadora tornará disponíveis os dados referentes à suspensão de sigilo de telecomunicações para a autoridade judiciária ou legalmente investida desses poderes que determinar a suspensão de sigilo”.

[15] Acórdão na Apelação nº 403159-8/000. 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, julgado em 11/11/03.

[16] TJMG – Acórdão n.º 2.0000.00.479970-2/000 (1) – Relator Desembargador Elpídio Donizetti – Diário da Justiça de 02/06/2005.

[17] Artigo 17. : “para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

[18] “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RELAÇÃO DE CONSUMO - VÍTIMAS DO EVENTO DANOSO - CONSUMIDORES POR EQUIPARAÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA PARA O PLEITO INDENIZATÓRIO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DEFEITO NO PRODUTO (...). (...) - Não obstante a inexistência de negócio jurídico entre as partes, as vítimas do evento danoso detêm legitimidade para pleitear a reparação dos danos decorrentes de fato do produto ou serviço, sendo consideradas consumidoras por equiparação, nos termos do art. 17 do CDC”. (TJMG – Apelação Cível n.º 1.0382.03.026456-0/001 – Relator Desembargador Elpídio Donizetti – publicado em 16/10/2007.

[19] Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

[20] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[21] FILHO, Demócrito Reinaldo. *A Obrigação do Provedor de Identificar o Usuário que Acessa a Internet*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9173>. Acesso em 12/04/2009.

[22] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 110.

[23] *Ibidem*, pp. 107 e 109

[24] BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

[25] <http://beautifulpeople.com>

[26] “Site de relacionamento que chega ao Brasil esta semana promete reunir apenas os bonitos”, por Letícia de Castro, publicado na Folha de São Paulo, em 09/04/2009, disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u531469.shtml>>. Acesso em: 19/04/2009.

[27] “Para o sempre citado Caio Mário o conceito de risco que melhor se adapta às condições da vida social ‘é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a ‘teoria do risco criado’ (op. cit. 268)”. STOCO, Rui, *op. cit.* p.110.

[28] Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

[29] "Consuma-se o crime quando o agente irroga, inculca ou imputa a si próprio ou a terceiro a falsa identidade, independentemente da obtenção da vantagem visada [...]. Trata-se de crime formal, que independe de ulteriores conseqüências do fato (*RT* 462/427; *JTAERGS* 72/49). MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de Direito Penal*. Vol. III. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 279.

[30] “Artigo 2º - Os estabelecimentos de que trata esta lei ficam obrigados a criar e manter cadastro atualizado de seus usuários, contendo:

I - nome completo;

II - data de nascimento;

III - endereço completo;

IV - telefone;

V - número de documento de identidade.

§ 1º - O responsável pelo estabelecimento deverá exigir dos interessados a exibição de documento de identidade, no ato de seu cadastramento e sempre que forem fazer uso de computador ou máquina”.

[31] LAWAND, Jorge José. *O Direito Penal e a Internet – O Surgimento de Novos Crimes*. Revista de Direito Eletrônico – Rede 3, IBDE - Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico. n. 3 (2003-2004). Rio de Janeiro: IBDE, páginas 28, 30 e 33.

[32] Vide extrato da matéria “Grã-Bretanha estuda projeto de monitoramento de sites de relacionamento”, publicado em 25/03/2009: “O Governo da Grã-Bretanha apresentou um projeto de combate ao terrorismo que pode obrigar redes sociais como Facebook e Orkut a transmitir detalhes sobre os amigos e contatos dos usuários.

Os ministros do País, responsáveis pela proposta, estão preocupados com a possibilidade de que sites de relacionamentos, vastamente utilizados pelos britânicos, possam ser usados por extremistas.

A idéia ainda está em estudo, segundo o Home Office, mas críticos apontam esta iniciativa do governo como prova de que existe a intenção de se infiltrar na vida de civis, o que colocaria em risco a privacidade dos cidadãos ingleses.

No entanto, as autoridades esclareceram que não se interessam pelo conteúdo das conversas, mas em saber quem está se comunicando com quem. "Deixamos claro que a revolução nas comunicações foi rápida neste país, e a maneira pela qual recolhemos dados de comunicação precisa mudar, de modo a permitir que as agências policiais mantenham sua capacidade de enfrentar o terrorismo e encontrar provas", disse um porta-voz do Home Office". (disponível em: <http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas-noticias/2009/03/25/imprensa26964.shtml>. Acesso em: 19/04/2008).

DA PEDOFILIA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA

PEDOPHILIA AND THE RIGHTS OF THE CHILD'S PERSONALITY

**Valéria Silva Galdino Cardin
Maíra de Paula Barreto**

RESUMO

Este artigo analisa a pedofilia e a pornografia infantil sob a perspectiva dos direitos da personalidade da criança. Acredita-se que a pedofilia seja uma doença moral, o que acarreta a imputabilidade penal do pedófilo. Quanto à presunção de violência nos crimes contra os costumes, para vítimas menores de 14 anos, deve-se admitir a tese da presunção absoluta, já que a relativização legitima a prostituição infantil e o abuso sexual de menores, contrariando os tratados internacionais de proteção aos direitos da criança. Em relação ao incesto, deve-se estimular a quebra do silêncio que envolve tal prática, pois se trata de problema de saúde pública. Na definição de pornografia infantil, deve-se incluir representações (em desenhos) e imagens de crianças nuas. Estas também lesam os direitos da criança, motivo suficiente para justificar a proibição deste tipo de material em qualquer meio de comunicação. A liberdade de expressão não é superior ao melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVES: PEDOFILIA. PORNOGRAFIA INFANTIL. DIREITOS DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

This article examines the pedophilia and child pornography from the perspective of the rights of the child's personality. It is believed that pedophilia is a moral disease, which entails the accountability of criminal pedophile. As the presumption of violence in crimes against the customs, for victims under 14 years of age, you must accept the thesis of absolute presumption, as the relativization legitimate child prostitution and sexual abuse of minors, in contravention of international treaties protecting the rights the child. Regarding incest, should be encouraged to break the silence surrounding this practice, because it is public health problem. In the definition of child pornography, you must include representations (in drawings) and images of naked children. They also undermine the rights of children, grounds for the prohibition of such material in any medium. Freedom of expression is not higher than the best interests of the child.

KEYWORDS: PAEDOPHILIA. CHILD PORNOGRAPHY. PERSONALITY RIGHTS.

INTRODUÇÃO

A pedofilia consiste na "perversão que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído por crianças", bem como a "prática efetiva de atos sexuais com crianças (p. ex., estimulação genital, carícias sensuais, coito etc.)".[1]

Segundo a classificação do Manual diagnóstico e estatístico de doenças mentais - quarta edição (DSM IV), o "foco parafilico da pedofilia envolve atividade sexual com uma criança pré-púbere (geralmente com 13 anos ou menos). O indivíduo com Pedofilia deve ter 16 anos ou mais e ser pelo menos 5 anos mais velho que a criança".[2]

O Código Internacional de Doenças 10 (CID-10) [3] adota outro sistema de classificação e define a pedofilia como sendo uma "preferência sexual por crianças, meninos ou meninas ou ambos, geralmente na idade pré-puberal no início da puberdade".[4] Inclui a pedofilia entre os transtornos de preferência sexual, bem como o fetichismo [5], o travestismo fetichista [6], o exibicionismo [7], o voyeurismo [8] e o sadomasoquismo [9]. Tais deformidades de preferência sexual integram os transtornos de personalidade e de comportamento em adultos.[10]

Apesar das classificações supra mencionadas entenderem que a pedofilia é um tipo de doença mental, esta não pode ser inteiramente tomada como tal porque se trata de uma perversão sexual, caracterizada por uma obsessão.[11]

Segundo Jorge Trindade e Ricardo Breier, a pedofilia "tem sido considerada uma entidade atípica. Nesse sentido, ela não encerraria a condição plena de doença ou perturbação mental como qualificativos restritos do sujeito-corpo e, talvez, pudesse ser melhor descrita como uma desordem distintivamente moral".[12]

O pedófilo, para alcançar a excitação sexual e para desempenhar a própria atividade sexual, necessita de estímulos relacionados a crianças.

Anna Oliverio Ferraris e Barbara Graziosi conceituam pedofilia e estabelecem a distinção entre esta e a pederastia:

Para definir melhor o fenômeno da pedofilia, podemos dizer que com este termo se indicam todas as formas de relação heterossexual e homossexual entre sujeitos pré-púberes (ou adolescentes não maduros intelectualmente para poder ser consentinte) de um ou outro sexo e adultos. Com o termo 'pederastia' se expressa, de modo diverso, uma forma de homossexualidade baseada na atração pelos adolescentes e pelos jovens.[13]

Já a pederastia é a "prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem".[14] Ainda que haja diferença entre a pedofilia e a pederastia, pode-se dizer que a pederastia é um tipo de pedofilia, visto que existe a relação entre um adulto e um adolescente.

Segundo o art. 2º, da Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), criança é a pessoa com até 12 anos incompletos e adolescente é a pessoa com idade compreendida entre 12 e 18 anos. No entanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, em seu art. 1º, considera criança toda pessoa menor de 18 anos. Isso porque em muitos países não existe a categoria "adolescente", passando a pessoa diretamente da infância para a idade adulta. Assim, foi necessário que se tutelasse a pessoa como criança até seus 18 anos, para que em todos os países houvesse proteção dessa faixa etária que, aqui, se considera como "adolescência".

Como a pederastia é compreendida como sendo a relação entre um homem adulto e um adolescente, é também uma espécie de pedofilia, segundo a Convenção Sobre os Direitos da Criança, que classifica como criança o adolescente até 18 anos.

Acrescente-se que a pedofilia não está restrita às práticas sexuais entre adultos e crianças, mas também pode se caracterizar na captação de imagens envolvendo crianças em atos sexuais, cujo resultado é denominado pornografia infantil ou pedopornografia.[15]

Ao longo da história sempre houve a prática de pedofilia, mas o que tem se verificado é o aumento de denúncias, bem como a facilidade que os pedófilos encontram em compartilhar seus interesses em redes virtuais.

A pedofilia e a pornografia sempre foram envoltas pelo silêncio conivente da sociedade, a qual ignorava os direitos da personalidade da criança, em especial seu direito à integridade físico-psíquica, bem como o princípio do interesse superior da criança. [16]

Ressalte-se que dificilmente o abuso vem à tona, visto que as crianças praticamente não têm voz para denunciar quando sofrem violações. E os demais responsáveis preferem se calar, diante da vergonha que sentem, ou preferem esconder o fato gravoso para não comprometer a unidade familiar.

Enumeram-se os seguintes motivos que levam as vítimas a manterem a relação incestuosa no silêncio:

medo de não serem acreditados (avalizado pelo fato de que muitas vezes são precisamente os membros da família não implicados diretamente no incesto os que negam a veracidade das declarações da vítima); vergonha de que o assunto se torne de domínio público; confiança e temor com relação ao adulto incestuoso, que pode utilizar diversas formas de chantagem para com o menor; (...) sentimentos de culpa (sobretudo nas crianças maiorzinhas e nos adolescentes, ligados ao fato de que a denúncia provoca a prisão do autor da violência e seu conseqüente afastamento da família; temor de perder os únicos pontos de referência afetivos, com os conseqüentes sentimentos de solidão, impotência e abandono).[17]

Saliente-se que o pedófilo se utiliza de estratégias para que o abuso não venha à tona, como "atribuir a responsabilidade do abuso à criança ou invocar as consequências prejudiciais à família (decepcionar a mãe, provocar a separação na família), ou a ele (ser preso) ou a ela própria (sofrer agressões físicas, ou ser morta por ele), caso revele o abuso".[18]

De fato, há um consenso social de que a prática pedofílica é um dos comportamentos mais repugnantes e abomináveis, pois não permite à pequena vítima qualquer possibilidade de defesa, além de lhe gerar consequências extremamente gravosas para o resto de sua vida. É um ato absolutamente incompreensível para a criança, sobretudo porque, na maioria dos casos, o agressor é de sua família ou alguém que ela conhece bem.

É um equívoco pensar que o pedófilo aparenta ser um monstro, alguém sujo que demonstre suas reais intenções. Geralmente, é o oposto: uma pessoa querida, amigável, aparentemente normal, acima de qualquer suspeita e que, inclusive, se relaciona com adultos.[19]

Muitos pedófilos tentam justificar seus atos dizendo que as crianças teriam consentido com a prática e, portanto, não são vítimas. Porém um adulto já completou seu desenvolvimento físico e psíquico, tem mais experiência, e possui conhecimento das consequências de sua iniciativa, enquanto a criança está iniciando este processo. Assim, nunca haverá condição de igualdade entre ambos. [20].

Pode-se dizer que não há, de fato, consentimento por parte da vítima, porque esta, muitas vezes, nem compreende o ato pedofílico, e tampouco é capaz de vislumbrar a real dimensão das consequências danosas advindas deste.

Segundo Trindade e Breier,

a pedofilia nasce dentro de um ambiente privado, o gesto pedofílico ultrapassa o nível do particular e invade os ambientes sociais, colocando-se no lado oposto do bem coletivo e dos interesses da sociedade. O agir pedofílico agride toda a comunidade na medida em que o 'outro' da relação é sempre um sujeito privado de anuência.[21]

Há que se considerar, também, que as crianças normalmente se utilizam da imitação e alguns de seus comportamentos podem ser de iniciativa própria, mas elas não tem compreensão real do que está ocorrendo. Alguns pedófilos sustentam que são, na verdade, vítimas das próprias crianças, alegando que são seduzidos por elas quando ocorre a imitação.[22]

"O impulso de imitar (nas crianças) é mais forte que nos adultos, porque as estruturas cerebrais que têm um papel superior (que estão mais envolvidas nos interesses infantis) são aquelas que regulam a motricidade e as ações concretas".[23] Mas essa atitude não deve ser utilizada para justificar o comportamento dos pedófilos.

Em decorrência disso, o acesso a páginas pornográficas na internet se torna ainda mais perigoso:

Uma exposição precoce a imagens pornográficas não somente pode perturbá-los e sensibilizá-los frente ao ato sexual numa idade em que ainda são imaturos, tanto em nível físico como cognitivo e emotivo, mas também pode torná-los mais vulneráveis às aproximações pedófilas: (...) uma das estratégias que os pedófilos usam para iniciar as crianças nas práticas sexuais consiste precisamente em mostrar a eles material pornográfico.[24]

O mesmo ocorre em relação às abordagens realizadas na mídia, ainda que teoricamente "inocentes":

São comuns abordagens sobre meninas na chamada "flor da idade" que seduzem homens mais velhos, exaltando os atributos da sexualidade efervescente provocada pela explosão de hormônios da adolescência. Um bom exemplo é o filme *Lolita* (1962), de Stanley Kubrick, baseado no livro de Vladimir Nabokov, cuja temática se tornou fetiche recorrente entre homens adultos.[25]

As atrações voltadas para o público infantil, bem como personagens sexualizados para entreter este público, instigam a sensualidade do corpo, o que gera, conseqüentemente, a imitação.

Segundo Jane Felipe, estudos da Universidade da Califórnia apontam que "dois terços dos programas de entretenimento dirigidos a crianças e adolescentes contêm piadas pornográficas ou fazem referência a sexo".[26]

Em músicas brasileiras, também é freqüente encontrarem-se temas pornográficos e pedofílicos.[27] As canções com referências explícitas ao sexo e acompanhadas por coreografias sensuais, como, por exemplo, as do gênero *funk*, fazem muito sucesso entre as crianças.[28]

Cita-se como exemplo de clara apologia à pedofilia a música "E por que não?", cantada pela banda gaúcha Bidê ou Balde. Essa música foi proibida de ser executada ou reeditada, graças a um acordo firmado, em 2006, entre o Ministério Público do Rio Grande do Sul, a gravadora Acit, a empresa Ame o Rock e o compositor Carlos de Mascarenhas Carneiro. Eis um trecho:

Eu estou amando/ a minha menina/ e como eu adoro/ suas pernas fininhas/ eu estou cantando/ pra minha menina/ pra ver se eu convenço/ ela entrar na minha/ E por que não?/ teu sangue é igual ao meu/ teu nome fui eu quem deu/ te conheço desde que nasceu/ E por que não?/ eu estou adorando/ ver a minha menina/ com algumas colegas/

dela da escolinha/ Eu, eu estou apaixonado/ pela minha menina/ o jeito que ela fala, olha,/ o jeito que ela caminha. [29]

Essa cultura apelativa, de convivência, e até mesmo de estímulo a interesses e condutas pedofílicas, deve ser amplamente combatida. Aqui, menciona-se a iniciativa dos deputados federais Rodovalho e Henrique Afonso, que, por meio do Projeto de Lei nº 2.662, de 2007, pretendem criminalizar a apologia à pedofilia.

Infelizmente, no Brasil, assim como em outros países de cultura latina, a exaltação do machismo e da conduta agressiva do homem é recorrente. Isso leva a considerar como verdadeira conquista o envolvimento sexual com meninas inexperientes, cada vez mais jovens. É necessário combater esse lado cultural pernicioso e reafirmar a proteção integral e universal dos direitos da personalidade das crianças.

Recentemente o mundo se chocou com o repugnante caso de incesto ocorrido na Áustria. Josef Fritzl, um cidadão de classe média que manteve sua filha Elisabeth em cativo, num porão, por vinte e quatro anos, dos 18 aos 42 anos, tendo com ela sete filhos. Quando começou a abusar sexualmente da filha, ela tinha apenas onze anos de idade. Assim, quando iniciou a prática incestuosa, ocorreu a pedofilia. Fritzl foi condenado à prisão perpétua; note-se, porém, que essa pena somente lhe foi atribuída pelo fato de haver uma acusação de homicídio, pois nenhum dos demais tipos penais em que foi enquadrado continha a pena máxima de prisão perpétua.

São poucos os dados registrados acerca do incesto, pelo silêncio e vergonha que envolvem tal prática. Mas os poucos dados que existem são absolutamente estupefacentes: segundo a pesquisa do Laboratório de Estudos da Criança (Lacri), de São Paulo, "estima-se que cerca de 300 mil meninas são vítimas de incesto pai-filha todos os anos e pelo menos um terço delas tenta suicídio em consequência do ato".[30]

Um outro estudo, feito pela Faculdade de Medicina do ABC Paulista em 2001, "registrou que 90% das gestações de jovens com até catorze anos foram frutos do incesto, sendo o autor na maioria das vezes o tio, o padrasto ou mesmo o pai".[31]

Ademais, de acordo com as notificações da Abrapia [32], "51% das vítimas de violência doméstica situam-se na faixa dos 0 aos 7 anos de idade. Cabe destaque para os casos de abuso sexual, onde (*sic*) 49% das vítimas têm entre 2 e 5 anos de idade sendo, sua maior parte, meninas".[33]

Essas estatísticas tornam o incesto um caso de saúde pública. Tal prática tem efeitos devastadores sobre a formação da personalidade da criança. Hélia Barbosa ressalta que o "incesto e abuso sexual nos primeiros anos de vida eliminam a autoestima da criança, que não se sente mais com direito de ser protegida nem com valor como ser humano".[34]

No mesmo sentido, afirmam Ferraris e Graziosi que "Autores e estudos diversos mostram, portanto, como as crianças vítimas de abusos - não somente sexuais (...) - têm dificuldades para se sentirem pessoas e para crescer com autonomia".[35]

Maria Berenice Dias destaca a omissão do sistema jurídico nacional, em não tipificar o incesto como crime autônomo e entre os crimes contra a liberdade sexual. Afirma que isso ocorre em virtude do imenso grau de rejeição ao incesto. As relações domésticas e de parentesco são consideradas, simplesmente, como mera agravante genérica tipificadas no art. 61, II, "e", do Código Penal.[36] O Judiciário, em geral, rejeita e descrê do incesto.

É o que descreve Elizabeth Sússekind:

Reduz ao máximo o reconhecimento de sua ocorrência, ignora os esforços para comprovar os fatos, rejeita as únicas provas que são possíveis obter nesses casos. Resiste em aceitar que pais agridam sexualmente seus filhos. Parece ser demais até para eles, juízes acostumados a avaliar e decidir conflitos, julgar estupradores, assassinos, corruptos e criminosos de todas as espécies. Aceita-se que o pai mate o filho, o filho mate o pai, isso existe e está claramente tipificado no Código Penal. Mas que o pai abuse do filho no ambiente oculto e protegido do lar, isso não. Isso talvez nem exista, não se pode atentar dessa maneira leviana contra a honra de um pai. Ainda mais se for um pai bem posicionado socialmente, que trabalhe, pague impostos, sem antecedentes, nada que o desabone frente à lei. Quase nada.[37]

A mesma autora alerta para a inversão de papéis que ocorre, muitas vezes, entre vítimas e condenados, justamente por esta negação que existe em relação ao incesto:

Como pode uma criança de quatro anos se expressar e convencer a máquina da Justiça? Que credibilidade lhe está reservada? A angústia com que se expressa em seus desenhos é reconhecida e aceita ou excluída como prova? Seus relatos entrecortados e desconexos são levados em consideração? Seus choros, seus silêncios desesperados? Seu comportamento de auto-agressão? Se não são, essas crianças vítimas é que estão condenadas. Pelos agressores e pelo sistema que não reconhece os seus sinais, os seus modos especiais de comunicação.[38]

Em âmbito internacional, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo já mencionado Decreto nº 99.710, de 1990, prevê, em seu art. 19, nº 1:

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

E a Resolução chamada "Um mundo para as crianças" [39], aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, menciona, expressamente, o abuso sexual de crianças dentro da própria família. O texto da Resolução conclama os Estados a atuarem no sentido de incriminar tais violências:

3. Proteção das crianças contra os maus-tratos, a exploração e a violência.

Eliminação do tráfico e da exploração sexual de crianças

- 45. Adotar as medidas necessárias, em todos os níveis, conforme apropriado, para incriminar e penalizar efetivamente, em conformidade com todos os instrumentos internacionais pertinentes e aplicáveis, todas as formas de exploração e abuso sexual de crianças, **inclusive dentro da própria família** ou para fins comerciais, a prostituição infantil, a pedofilia, a pornografia infantil, o turismo sexual com participação de crianças, o tráfico, a venda de crianças e de seus órgãos e a utilização de crianças em trabalhos forçados e qualquer outra forma de exploração, assegurando que o tratamento pelo sistema de justiça criminal para as crianças que foram vítimas deve dar prioridade ao melhor interesse da criança.[40] (Grifou-se)

De fato, não são temas fáceis de serem abordados, principalmente porque suscitam muitos questionamentos, não só na área jurídica, mas também nas áreas da psicologia, da medicina e da informática.

O questionamento inicial que se apresenta é referente à própria caracterização ou não da pedofilia como doença mental para que se possa determinar a imputabilidade penal do pedófilo. Acredita-se que a pedofilia seja doença moral, o que acarreta a imputabilidade penal do pedófilo. [41]

O simples fato de ser pedófilo não encontra tipificação no direito penal, como salienta Inês Ferreira Leite: "não sendo função do direito penal a tutela da moral, o mero desejo sexual (ou atracção) de um adulto por uma criança, ainda que seja expresso de alguma forma, não poderá ser sancionado criminalmente".[42]

Entretanto, se há exteriorização do desejo sexual por crianças (por exemplo, consumindo pornografia infantil), de alguma maneira já viola direitos em relação à criança. Para Trindade e Breier, "a pedofilia é sempre um comportamento que implica violência para a criança. De fato, o abuso sexual, por si só, constitui uma violência, embora esta nem sempre seja física".[43]

Assevera Patrícia Dunaigre que é justificável a intervenção penal, já que "a pedofilia é um ato criminoso, pois ameaça um princípio humanizante fundamental para a sociedade"[44], ou seja, o desenvolvimento sadio do ser humano em formação.

Outro tema que não encontra unanimidade entre os autores é o da presunção de violência nos crimes contra os costumes, para vítimas menores de 14 anos. Nesse ponto,

é importante esclarecer que, na legislação pátria, condutas pedofílicas somente são punidas por meio de outros crimes, quais sejam: estupro (art. 213 do Código Penal), atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal) e corrupção de menores (art. 218 do Código Penal). Em todos, há a violência presumida, quando se trata de vítima menor de 14 anos, conforme o art. 224, do Código Penal.

Argumenta-se que deveria haver a relativização de tal presunção nos casos em que as crianças já se "iniciaram ou contam com experiências prévias em atividades sexuais remuneradas".^[45] Porém, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não coadunam com esse entendimento. Destaca-se ainda que tal relativização não está em conformidade com os instrumentos internacionais sobre a proteção da criança e do adolescente.^[46]

Por esses motivos, sugere-se que haja uma reforma nos chamados "crimes contra os costumes", pela inadequação dos mesmos, nos tempos atuais, sendo estes agravados, quando a vítima for menor de 14 anos e o agente tenha ciência de sua idade.^[47]

É também essencial que haja modificação com relação aos efeitos da sentença penal, tratados no art. 92, do Código Penal. O genitor que perde o poder familiar em relação a um de seus filhos, quando cometeu crime doloso contra ele, o qual constitui uma conduta pedofílica, não pode continuar exercendo o poder familiar em relação aos demais filhos, pois o risco para estes é real e iminente.

2 DOS LIMITES LEGAIS PARA A IDADE NÚBIL

O direito pátrio estabelece que a pessoa maior de 18 anos pode contrair núpcias independentemente de autorização dos pais ou dos representantes legais.

Entre 16 e 18 anos só ocorre o casamento mediante o consentimento dos pais ou dos representantes legais. No entanto, o legislador, no art. 1.520^[48] do Código Civil, abriu uma brecha quanto à idade mínima para contrair casamento: no caso de gravidez ou para evitar a imposição ou cumprimento de sanção legal, excepcionalmente, o juiz poderá autorizar o casamento de quem não alcançou a idade núbil.

Esta última hipótese perdeu seu propósito, com a revogação, por meio da Lei nº 11.106, de 2005, dos incisos VII e VIII do art. 107, do Código Penal, os quais dispunham sobre a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, ou pelo casamento da vítima com terceiro, nas mesmas hipóteses, se fossem cometidos sem violência real ou grave ameaça. Portanto, o casamento do agente com a vítima, ou desta com terceiro, não mais evita a imposição ou o cumprimento de pena criminal.

Existe, inclusive, um Projeto de Lei nº 6437, de 2005, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, que tramita no Congresso Nacional para modificar a redação do art. 1.520 do Código Civil, para adaptá-lo às modificações ocorridas na esfera penal ^[49]. É oportuno ressaltar um trecho do relatório referente a esse projeto, apresentado pelo

Deputado Leonardo Picciani, o qual não concorda com a manutenção da hipótese de autorização de casamento para quem não atingiu a idade núbil por motivo de gravidez: "vejo na autorização do casamento de menores de 16 anos uma certa cobertura para atos de abusos praticados contra adolescentes".[50]

De fato, sabe-se que, nos dias de hoje, são muitos os casos de gravidez precoce, atingindo meninas cada vez mais jovens. Dessa forma, meninas de onze anos, por exemplo, que engravidam, poderiam, em tese, receber autorização para se casarem, sendo possível afirmar nesse caso, que se trata de pedofilia legalmente autorizada. Para o Deputado Picciani, é uma forma jurídica de acobertar abusos praticados contra estas meninas.

No Código Civil de 1916, havia a ressalva, no parágrafo único do art. 214, de que o juiz poderia ordenar a separação de corpos até que os cônjuges alcançassem a idade núbil. O atual Código silencia a este respeito. Portanto, acredita-se que, com a norma do art. 1.520 do Código Civil, há o risco de se legitimar casamentos precoces, em caso de gravidez.

O casamento infantil subtrai da menina grande parte de seu tempo para se desenvolver [51], em todas as áreas. Esclarece a Ficha Informativa nº 23, sobre Práticas Tradicionais Nocivas que afetam a saúde da Mulher e da Criança, publicada pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, que:

o casamento precoce inflige enorme estresse emocional, ao ser a jovem mulher removida da casa de seus pais para a do seu marido e seus sogros. Seu marido, que será invariavelmente muitos anos mais velho que ela, terá pouco em comum com uma jovem adolescente. É com este estranho homem que ela terá que desenvolver uma relação íntima, emocional e física. Ela é obrigada a ter relação sexual, apesar de, fisicamente, não estar completamente desenvolvida.[52]

Um dos obstáculos a serem superados com relação à eliminação do casamento infantil é a falta de uniformidade no que concerne à idade núbil estabelecida nas legislações dos países. Apesar de a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, de 1989, estabelecer, em seu art. 1º, que é criança a pessoa até os 18 anos, e a mesma ter obtido aceitação universal, não é essa a idade levada em consideração, em diversos países[53]. E quando se admite a idade núbil de 18 anos, frequentemente, admitem-se, também, exceções. Aliás, a falta de uniformidade nas legislações é verificada já na própria noção de abuso sexual. Como comenta Kimberly Svevo, "as definições de abuso diferem de país para país, de região para região. Em algumas nações, estas noções sequer são claras".[54]

Menciona-se ainda que uma das atividades da indústria do sexo "consiste em traficar, pela Internet, 'noivas infantis' descritas como adolescentes do 'tipo casadoiro' interessadas em fazer amigos estrangeiros".[55] O relativismo cultural impede que se evite efetivamente este tipo de situação.

3 DA PORNOGRAFIA INFANTIL

Os termos "criança" e "pornografia infantil" têm definições legais diferentes por todo o mundo" [56] e isso se apresenta como uma dificuldade, visto que as leis aplicadas em cada sociedade são inteiramente subjetivas. O que a Interpol sugere, como solução, é "trabalhar com base na lei criminal de cada país e lutar para conseguir um certo grau de harmonia jurídica em nível regional e, depois, em âmbito internacional".[57]

Na realidade, pelo fato de a Convenção sobre os Direitos da Criança ter alcançado a aceitação universal (192 países a ratificaram), não poderia mais haver dúvida a respeito de princípios e conceitos básicos sobre a criança e seus direitos.

Como afirma Pierre Dionne, a tônica no campo dos direitos humanos internacionais, no início, era no estabelecimento de padrões e denúncias de violações. Porém, agora "existe um interesse cada vez maior em assegurar a implementação efetiva dos instrumentos de direitos humanos, juntamente com a concretização progressiva das disposições neles contidas".[58] Ou seja, já existem padrões mínimos estabelecidos em convenções internacionais; o que falta é a sua implementação de fato.

O que acontece, em muitos casos, é que o argumento do relativismo cultural impede o efetivo estabelecimento de padrões mínimos. Sustenta-se que cada povo e cada cultura deve determinar quais são seus paradigmas legais e não se submeterem a padrões considerados "ocidentais", que acabariam por violar a diversidade cultural.

Tal argumento não prospera, visto que a universalidade dos direitos humanos e da personalidade está plasmada nos documentos internacionais, ratificados pela grande maioria dos países. Ademais, não se pode condenar uma criança a violações de seus direitos mais básicos simplesmente pelo fato de a mesma ter nascido em um país onde haja uma prática tradicional nociva. Os direitos humanos e da personalidade não podem ser condicionados a quaisquer fatores.

Existe grande divergência com relação ao que se deve considerar pornografia infantil. Questiona-se, por exemplo, se somente cenas de sexo com crianças reais seriam admissíveis ou se representações (em desenhos) também poderiam caracterizar pornografia infantil. Da mesma forma, indaga-se das imagens de crianças nuas.

Como bem pontuam Max Taylor e Ethel Quayle, a pornografia infantil é "uma fotografia de uma criança sendo, de alguma maneira, abusada sexualmente. (...) É portanto uma fotografia de um grave crime em progresso".[59] Dessa maneira, a pornografia infantil tem como fonte o crime de abuso sexual de crianças, o qual é preservado enquanto a fotografia (ou vídeo) existir.[60]

Segundo um documento elaborado pelo 2º Congresso Mundial contra a Exploração Sexual e Comercial de Crianças, realizado em Yokohama, Japão, em 1996, a pornografia infantil pode incluir "imagens repugnantes de brutais violações anais ou

vaginais, atos de sadomasoquismo ou de zoofilia, atos sexuais orais e outras formas de degradação, nas quais às vezes participam crianças muito pequenas ou bebês".[61]

No mesmo sentido da definição proposta pela Interpol, porém acrescentando a forma simulada de representação de atividades sexuais, o ECPAT (Eliminemos a prostituição, a pornografia e o tráfico com propósitos sexuais de crianças e adolescentes) assim definiu a pornografia infantil:

Pornografia visual: representação visual de uma criança que leva a cabo uma atividade explicitamente sexual, real ou simulada, ou a exibição obscena de genitais concebida para a gratificação sexual do usuário; implica a produção, distribuição e/ou uso de tal material.

Pornografia de áudio: O uso de qualquer dispositivo de áudio que utilize a voz de uma criança, real ou simulada, destinada a conseguir a gratificação sexual do usuário; implica a produção, distribuição e/ou uso de tal material.[62]

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, promulgado pelo Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004, igualmente inclui a forma simulada de representações sexuais. Define pornografia infantil, em seu art. 2º, alínea "c", como sendo "qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais".

O Protocolo tem como objetivo estabelecer diretrizes para que os Estados-Partes possam, de maneira coordenada, combater a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantis. O Brasil, pelo fato de ser parte no referido Protocolo, adota a definição por este proposta para a pornografia infantil.

Em conformidade com o Protocolo está a recente Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, a qual, no art. 241-E, enuncia que a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Portanto, apenas inclui a palavra "adolescente", em virtude de a Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), contemplar tal categoria.

Assim, infere-se que, em tal definição, não foram contempladas as imagens contendo pessoas com aspecto de crianças, tampouco representações de crianças não reais. Essas omissões não ocorreram na definição proposta pela Convenção sobre o Cibercrime, do Conselho da Europa, a qual entrou em vigor em 01 de julho de 2004. O art. 9º, nº 2, dispõe que pornografia infantil "inclui qualquer material pornográfico que represente visualmente: a) um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito; b) uma pessoa que aparente ser menor envolvida num comportamento sexualmente explícito; c) imagens realísticas que representem um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito".

Não obstante, a definição desta convenção não inclui a "mera" exibição de órgãos genitais ou partes púbicas das crianças. Acredita-se, portanto, que a definição mais abrangente seja a contida na decisão-quadro 2004/68/JAI [63], art. 1, alínea "b", do Conselho da União Europeia, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil:

b) "Pornografia infantil", qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente:

i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas, ou

ii) pessoas reais com aspecto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos, ou

iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos.

Tanto a definição proposta pelo Conselho da União Europeia quanto aquela enunciada pela Convenção sobre o Cibercrime incluem a modalidade de pornografia infantil aquela que utiliza imagens figuradas ou virtuais de crianças não reais. Este é o ponto mais polêmico com relação à definição de pornografia infantil.

Tal é a celeuma em torno da questão, que a Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção de Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual, firmada em 2007 (porém ainda não em vigor), deixa a cargo dos Estados-Partes a criminalização ou não da produção ou posse de material pornográfico que contenha imagens realísticas ou representações simuladas de crianças inexistentes. É o que estabelece o art. 20, nº 3, da referida convenção.[64]

Salienta Inês Ferreira Leite que, ao se incluir na definição de pedopornografia imagens de crianças não-reais, "a pornografia infantil deixará de ter sempre como fonte o abuso sexual de uma criança".[65]

Não obstante, ainda que não ocorra o efetivo abuso sexual, há que se incriminar este tipo de pornografia infantil, para que não haja o fomento à exploração sexual de crianças.[66] O art. 241-C, da Lei nº 11.829, de 2008, prevê a criminalização da conduta de "simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual", bem como vender, expor à venda, disponibilizar, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, adquirir, possuir ou armazenar este tipo de material.

Inês Ferreira Leite não concorda com a inclusão de imagens não envolvendo crianças reais na definição de pornografia infantil. Porém, ressalta que existe um forte argumento

para incriminar este tipo de pornografia infantil: "é, em si, um atentado à dignidade destas, e serve de estímulo e incentivo aos pedófilos, podendo mesmo despertar tais 'apetites' em quem não os sentiria se não houvesse entrado em contacto com este material".[67]

Destaca, ainda, a autora que, com este conceito expandido de pornografia infantil, o bem jurídico tutelado deixa de ser a liberdade sexual do menor (ou livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual), passando a ser a sua dignidade o bem a ser tutelado.[68]

Outro ponto polêmico que envolve a definição da pornografia infantil é a inserção ou não de imagens de crianças nuas. De acordo com Ferraris e Graziosi, faz-se necessária a distinção entre pornografia leve e dura (de acordo com o grau de explicitude do material mostrado ou vendido) e entre pornografia desviadora e não desviadora. Para estas autoras, "há uma progressão que vai das fotografias de crianças em trajes de banho ou nus às representações de atos sexuais, de relações incestuosas ou homossexuais, aos contatos com animais e aos horripilantes *snuff movies*".[69] Estes últimos são filmes reais de crianças sendo violentadas, torturadas e até mesmo assassinadas.[70]

Max Taylor e Ethel Quayle são da opinião de que seria mais apropriado utilizar o termo "imagens de abuso sexual" em vez de pornografia infantil, pelo fato de este último termo apresentar ambiguidade. E salientam que o termo "imagens de abuso sexual" poderia, inclusive, se referir à pornografia adulta, quando houvesse o crime de abuso sexual (sabe-se que, em virtude do tráfico humano para fins sexuais, mulheres traficadas são obrigadas a participarem de filmes pornográficos).[71]

De fato, é complexa a questão da inclusão ou não de fotografias de crianças nuas na definição de pornografia infantil, em virtude de estas poderem ser feitas sem a finalidade sexual (por exemplo, fotos familiares de crianças brincando na praia).

Não obstante, tais fotografias podem ser usurpadas e utilizadas com a finalidade de estímulo sexual para pedófilos. Atualmente, com a facilidade de se copiar fotografias pela internet, álbuns de família que estão publicados podem ser facilmente acessados e serem alvo de criminosos que buscam materiais que potencialmente poderiam ser utilizados para suas atividades ilícitas. Deste modo, fotografias familiares inseridas em sites pornográficos ferem a dignidade e a imagem tanto da criança como também dos seus familiares.

Em decorrência da evolução tecnológica, as câmeras de celulares estão sendo cada vez mais utilizadas e as fotografias de crianças nuas podem ser feitas de maneira sutil, sendo, posteriormente, publicadas.

Max Taylor e Ethel Quayle concordam somente com o conceito de pornografia infantil que tenha relação com o abuso sexual de crianças. Afirmam estes autores que:

É a ligação entre a pornografia infantil e o abuso sexual que faz a pornografia infantil ser inapropriada e ilegal; não é o fato que as pessoas possam ter fantasias obscenas, desviantes ou inapropriadas sobre algumas fotografias. Criar um balanço pragmático entre a liberdade de pensamento e expressão (e reconhecendo que estes não podem ser controlados), e a proteção à criança é o desafio que enfrentamos nesta área).[72]

Discorda-se da respeitável opinião dos autores no que tange à impossibilidade do controle da liberdade de expressão. É evidente que, no caso em pauta, a liberdade de expressão deve ceder ao interesse superior da criança. Enquanto tal fantasia permanecer no pensamento do pedófilo, sem qualquer exteriorização do mesmo, é certo que não há o que se possa fazer. No entanto, a partir do momento em que houver qualquer expressão desta fantasia, que resulte em ofensa à dignidade das crianças (não necessariamente a uma determinada criança), há que se limitar, sim, tal liberdade de expressão.

De acordo com dados da Interpol, a pornografia infantil movimentava aproximadamente 5 bilhões de dólares por ano, e vitima 7 milhões de crianças.[73] Acerca do tema, Carla Leirner afirma que "uma fotografia pode valer cem dólares, enquanto um vídeo de cinco minutos chega a mil dólares - quase sempre utilizam meninos e meninas de suas próprias famílias, como sobrinhos e irmãos, inclusive bebês [74], com idades variáveis".[75]

Acrescenta-se que o material pornográfico produzido mais recentemente apresenta crianças cada vez mais jovens.[76]

De acordo com a pesquisa de Carla Leirner, o perfil dos principais produtores brasileiros de pornografia infantil mostra que "são jovens de classe média, que possuem entre dezessete e 24 anos",[77] enquanto o perfil dos compradores aponta "homens acima de quarenta anos, profissionais liberais ou executivos bem-sucedidos".[78]

Pelo fato de o Brasil ser um dos países onde há maior número de sites de pornografia infantil e não haver um controle repressivo eficaz destes materiais, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito, no Senado Federal, para apurar a questão da pedofilia e propor medidas para o seu combate. Esta Comissão, bem conduzida pelo Senador Magno Malta, foi a responsável pela elaboração do Projeto de Lei que originou a Lei nº 11.829, de 2008.

Max Taylor e Ethel Quayle alertam para essa dificuldade de conciliar a liberdade de expressão e as limitações de censura da internet com a proteção à criança:

Uma questão central para os responsáveis pela definição de políticas é o problema de reconciliar a liberdade de expressão e as limitações de censura da Internet com os bem evidentes problemas de proteção à criança apresentados pela produção, distribuição e consumo de pornografia infantil. A cooperação internacional no sentido de harmonização legislativa tendeu a separar a regulação da pornografia infantil de questões mais amplas de censura da Internet.[79]

De fato, há quem enfaticamente refute qualquer regulação da internet pelo fato de temer a censura. Tais opiniões elevam a liberdade de expressão a uma posição que ela não ocupa, em confronto com os direitos da personalidade da criança.

Aidan White utiliza a expressão "culto da liberdade de expressão e de informação", para alertar contra o perigo da censura:

A tendência dos governos de intervir, procurar intrusos e usar métodos inflexíveis de controle precisa ser equilibrada com o culto da liberdade de expressão e de informação. Este é o princípio-chave para o desenvolvimento de novas tecnologias de informação. (...) As restrições de conteúdo devem se aplicar apenas ao estímulo direto e imediato a atos ilegais.[80]

Inês Ferreira Leite questiona sobre como se estabelecerão limites à censura, e frisa que "o melhor é recorrer à moral dominante".[81] E já que a pornografia infantil lesa os direitos da criança, isso se afigura como motivo suficiente para justificar a proibição desse tipo de material em qualquer meio de comunicação.

Agnès Fournier de Saint lembra que, na atuação da Interpol, busca-se conciliar "a proteção da liberdade de expressão e do direito à vida privada com a necessidade de proteger a dignidade e os direitos da criança".[82] Ressalva, no entanto, que essa conciliação é feita "tendo em mente que, de acordo com os termos da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, o supremo interesse da criança deve ter precedência sobre qualquer outra consideração".[83]

Helenme Sackstein salienta que "a liberdade de expressão não é um direito superior aos direitos de uma criança à dignidade, à integridade física e à proteção, como está sacralizado na Convenção dos Direitos da Criança".[84]

Hélia Barbosa destaca que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente "atribuíram à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir proteção integral, com prioridade absoluta, a todas as crianças e adolescentes. São, portanto, solidariamente responsáveis pelo respeito aos direitos dessa população".[85] Assim, os provedores e sites de relacionamentos, como parte integrante da sociedade, são também responsáveis pela garantia da proteção integral das crianças e dos adolescentes, sendo conclamados a atuar no sentido de eliminar todo e qualquer material de pornografia infantil de seus domínios.

Nesse ponto, cabe uma crítica ao § 2º do art. 241-A da Lei nº 11.829, de 2008. Originariamente, no Projeto de Lei do Senado nº 250, de 2008, preceituava-se que "As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, regularmente comunicado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput* deste artigo" (grifou-se). Não obstante, os provedores obtiveram uma lamentável vitória, conseguindo alterar o disposto no Projeto de Lei. A nova redação, contida na Lei nº 11.829, de 2008, substituiu a expressão "regularmente comunicado" pela expressão "oficialmente notificado", o que torna mais difícil a responsabilização dos mesmos.

Outrossim, é clara a existência de responsabilidade, por parte de produtores e consumidores, pelo abuso sexual das crianças envolvidas na produção e

comercialização de pornografia infantil, o que já está previsto em lei. Todos esses atores, envolvidos neste comércio sórdido, contribuíram, de alguma forma, para o abuso sexual infantil. Inês Ferreira Leite afirma que "toda a linha de distribuição, desde o produtor ao consumidor final, e qualquer conduta associada ao mercado da pedopornografia irá reportar-se a um abuso sexual de uma criança, se seguirmos o percurso inverso".[86]

Segundo Trindade e Breier, haveria a justificação para uma responsabilidade penal dos consumidores de material pornográfico infantil, sendo esta justificação "relacionada à existência de um processo causal para fins típicos: o consumidor como financiador da cadeia de abusos sexuais contra crianças".[87] Também apontam que "a legitimação da repressão penal, por si só, estaria representada pela ofensa a direitos fundamentais da criança".[88] O Brasil, pelo altíssimo número de redes pedófilas nele atuantes, "tem uma ótima clientela para as redes organizadas pedófilas. Isto por si só, justificaria a incidência de norma penal incriminadora para o consumidor de material pedófilo".[89]

Inês Ferreira Leite aponta que há uma distinção entre os crimes de tráfico (incluindo o consumo de drogas) e o consumo de pornografia infantil. Segundo a autora,

Nos crimes de tráfico punem-se condutas que, por si mesmas, não lesam de forma imediata bens jurídicos fundamentais nem pressupõem, para a sua existência, esta lesão, mas que contribuem para a lesão mais que provável destes bens jurídicos. Na pedopornografia, toda e qualquer conduta a ela associada, teve que se basear na lesão efectiva de um bem jurídico fundamental em concreto: a liberdade sexual da criança utilizada na produção do material.[90]

No mesmo sentido, afirmam Trindade e Breier que, no caso de usuários de drogas, não há lesão direta a bens fundamentais. Mas, diferentemente, "nos casos de comercialização de material pornográfico infantil, temos uma afronta ao direito à liberdade, à vida e à personalidade de uma pessoa, no caso, criança, o que caracteriza um bem jurídico fundamental".[91]

Outro fundamento que pode ser indicado para justificar a punição do consumo de material pornográfico infantil "poderá também encontrar-se na ideia de aproveitamento do produto de um crime, ideia esta que surge como *ratio* dos crimes de receptação e de branqueamento de capitais".[92]

Salienta Inês Ferreira Leite que, com a incriminação da conduta de consumo de pornografia infantil, visa-se à

tutela da livre disposição da imagem pelo menor, já que não se deverá considerar válido o consentimento do mesmo no que diz respeito à sua utilização em gravações ou espectáculos pornográficos. (...) Não estamos perante uma mera presunção, mas de um verdadeiro aproveitamento ou instrumentalização do menor, com base na sua incapacidade de opor uma resistência efectiva.[93]

A Lei nº 10.764, de 12.11.2003, que tipificou de forma significativa os abusos cometidos contra menores, no que se refere à pedofilia e ao consumo de pornografia infantil, foi fortemente criticada pelo fato de não ter incluído a tipificação da posse de material pornográfico infantil.[94]. Contudo, a Lei nº 11.829, de 2008, inclui, em seu art. 241-B, além de "possuir", as condutas adquirir ou armazenar material pornográfico.

CONCLUSÃO

A pesquisa se propôs a analisar a pedofilia e a pornografia infantil sob a perspectiva dos direitos da personalidade da criança.

Ao longo da história, sempre houve pedofilia, mas verifica-se o aumento no número de denúncias, bem como na facilidade que os pedófilos encontram para compartilhar seus interesses em redes virtuais.

Quanto à presunção de violência nos crimes contra os costumes, para vítimas menores de 14 anos, não é possível admitir a tese da presunção relativa, já que tal relativização legitima a prostituição infantil e o abuso sexual de menores, contrariando os tratados internacionais de proteção aos direitos da criança.

Em relação ao incesto, urge quebrar o silêncio que envolve tal prática, pois se trata de problema de saúde pública. É também essencial que haja modificação com relação aos efeitos da sentença penal, tratados no art. 92 do Código Penal. O genitor que perde o poder familiar em relação a um de seus filhos, quando cometeu crime doloso contra ele, o qual constitua uma conduta pedofílica, não pode continuar exercendo o poder familiar em relação aos demais filhos, pois o risco para estes é real e iminente.

Com relação à pornografia infantil, há que se recepcionar a definição proposta pelo Conselho da União Européia no ano de 2003, a qual abrangeu nesse conceito representações (em desenhos) e imagens de crianças nuas.

Não é possível defender que a liberdade de expressão seja superior ao melhor interesse da criança. A pornografia infantil lesa os direitos da personalidade da criança, motivo suficiente para justificar a proibição desse tipo de material em qualquer meio de comunicação.

É fato que existem milhares de pessoas que sentem prazer em assistir cenas de abuso sexual contra crianças, e ainda pagam por elas. Também é certo que, em decorrência disso existem outras dispostas a praticar tais atos em troca de dinheiro. Por isso, enquanto houver demanda, sem sanções efetivas, haverá a produção de material pornográfico infantil.

As leis morais da sociedade não representam mais nenhum limite para a ação desses grupos criminosos. Destarte, imprescindível a atuação do Direito, para que este cumpra um de seus objetivos mais relevantes, que é a proteção do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

<<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=pedofilia&stipe=k>>. Acesso em 15.03.2008.

. Acesso em 07.04.2009.

. Acesso em 07 de abril de 2009.

A SEXUAL preference for children, boys or girls or both, usually of prepubertal or early pubertal age. Disponível em: . Acesso em 10.03.2008.

ACORDO no RS impede execução de música que fazia apologia à pedofilia", Disponível em: . Acesso em: 10.07.2008.

ASSOCIAÇÃO Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência, cujo site é: , acesso em 12.02.2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004.

BARBOSA, Hélia. Abuso e Exploração Sexual de Crianças: Origens, Causas, Prevenção e Atendimento no Brasil. In UNESCO. **Inocência em perigo: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet.** Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

CAPPELLARI, Márcia Schmitt Veronezi. A pedofilia na pós-modernidade: um problema que ultrapassa a cibercultura. In **Em questão**, Porto Alegre, v.11, n.1, jan./jun. 2005.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Da pedofilia: aspectos psicanalíticos, jurídicos, e sociais do perverso sexual.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DELMANTO, Celso et alii. **Código Penal Comentado.** 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Transtornos Mentais), disponível em: . Acesso em 15.03.2008.

DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação Parental - Realidades que a Justiça insiste em não ver.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIONNE, Pierre. Aspectos Legais e Jurídicos: Lei Extraterritorial e Extradicação. *In* UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

DUNAIGRE, Patrice. O ato Pedófilo na História da Sexualidade Humana. *In* UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

ECPAT international (end child prostitution, child pornography and trafficking of children for sexual purposes): Disponível em: <<http://www.ecpat.net/EI/main/front/index.asp>>. Acesso em 29.09.2008.

FELIPE, Jane. **Afinal, quem é mesmo pedófilo?** *In* Cadernos Pagu - Núcleo de Estudos de Gênero UFRGS, n° 26, jan/jun 2006.

FERRARIS, Anna Oliverio e GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004.

INFORME Global de Monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes - Brasil. Publicado por ECPAT (Eliminemos a prostituição, a pornografia e o tráfico com propósitos sexuais de crianças e adolescentes), 2006, p. 22.

INSTITUTO de Psicologia da USP. Disponível em: . Acesso em 26.09.2009.

INTERNATIONAL Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems - 10th Revision - Version for 2007 (Classificação Internacional Estatística de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - 10^a Revisão - Versão para 2007. Disponível em: . Acesso em 10.03.2008.

LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia**: a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007.

LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004.

MAUR, Agnès Fournier de Saint. Abuso Sexual de Crianças na Internet: um Novo Desafio para a Interpol. *In* UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

OBSERVATÓRIO da Infância. Disponível em: . Acesso em 26.09.2009.

PEDOFILIA é doença? ...vide bula! Disponível em: . Acesso em 07.04.2009.

PÉRIAS, Gilberto Rentz. **Pedofilia**. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2009.

PORNOGRAFÍA de audio: El uso de cualquier dispositivo de audio que utilice la voz de un niño, real o simulada, destinada a conseguir la gratificación sexual del usuario; implica la producción, distribución y/o uso de dicho material. Disponível nos documentos contidos no site do 2º Congresso Mundial contra a Exploração Sexual e

Comercial de Crianças, realizado em Yokohama, Japão, de 17 a 20 de dezembro de 1996: . Acesso em 10.04.2008.

SACKSTEIN, Helenme. Realidades Locais e Ação Internacional: As ONGs têm um Papel Vital a Desempenhar. *In* UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

SILVA, Helena Oliveira da; SILVA, Jailson de Souza e. **Análise da violência contra a criança e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil**. São Paulo: Global, Brasília: UNICEF, 2005.

SÜSSEKIND, Elizabeth. A família de cabeça para baixo. *In* PIZÁ, Graça e BARBOSA, Gabriella Ferrarese (coord.). **A violência silenciosa do incesto**. São Paulo: Imprensa Oficial, Rio de Janeiro: Clínica Psicanalítica da Violência, 2004.

SVEVO, Kimberly. Resumo do Relatório Global sobre Negligência e Abuso de Crianças. *In* UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel. **Child Pornography - An Internet Crime**. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia - aspectos psicológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

UNICEF. Disponível em: . Acesso em 26.09.2009.

WHITE, Aidan. A Liberdade de Informação Diante da Preocupação Mundial com o Abuso Sexual de Crianças, Pedofilia e Pornografia na Internet. *In* UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

[1] Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=pedofilia&styp=k>>. Acesso em 15.03.2008.

[2] DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Transtornos Mentais), disponível em: . Acesso em 15.03.2008.

[3] INTERNATIONAL Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems - 10th Revision - Version for 2007 (Classificação Internacional Estatística de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - 10^a Revisão - Versão para 2007. Disponível em: . Acesso em 10.03.2008.

[4] A SEXUAL preference for children, boys or girls or both, usually of prepubertal or early pubertal age. Disponível em: . Acesso em 10.03.2008.

[5] O interesse sexual se dirige apenas para algumas partes do corpo, para alguma função fisiológica ou para peças de vestuário, adorno.

[6] Segundo o CID, travestismo fetichista é vestir roupas do sexo oposto, principalmente com o objetivo de obter excitação sexual e de criar a aparência de pessoa do sexo oposto. Se distingue do travestismo transexual pela sua associação clara com uma excitação sexual e pela necessidade de se remover as roupas uma vez que o orgasmo ocorra e haja declínio da excitação sexual. Pode ocorrer como fase preliminar no desenvolvimento do transexualismo.

[7] No exibicionismo apenas se atinge o prazer sexual em situações de importunação ofensiva ao pudor.

[8] Voyeurismo é uma prática que consiste no prazer sexual oriundo da mera observação do ato sexual de outras pessoas.

[9] Segundo o CID sadomasoquismo é a preferência por um atividade sexual que implica em dor, humilhação ou subserviência. Se o sujeito prefere ser o objeto de tal estímulo fala-se de masoquismo; se prefere ser o executante, trata-se de sadismo. Comumente o indivíduo obtém a excitação sexual por comportamento tanto sádicos quanto masoquistas.

[10] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia** - aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 30.

[11] CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Da pedofilia**: aspectos psicanalíticos, jurídicos, e sociais do perverso sexual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35

[12] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia** - aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

[13] Tradução livre do original em espanhol: *Para definir mejor el fenómeno de la pedofilia, podemos decir que con este término se indican todas las formas de relación heterosexual y homosexual entre sujetos prepúberes (o adolescentes no maduros intelectualmente para poder ser consintientes) de uno u otro sexo y adultos. Con el término 'pederastia' se expresa, en cambio, una forma de homosexualidad basada en la atracción por los adolescentes y los jovencitos.* FERRARIS, Anna Oliverio e GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 52.

[14] Disponível em: . Acesso em 10.03.2008.

[15] Cf. LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14.

[16] Prevista no item 5 (Declaração) da Resolução "Um mundo para as crianças" aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

[17] FERRARIS, Anna Oliverio; GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 110.

[18] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia** - aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

[19] Cf. DUNAIGRE, Patrice. O ato Pedófilo na História da Sexualidade Humana. In UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 15 e LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 18.

[20] Tradução livre do original em espanhol: *entre un adulto de inteligencia normal y un niño nunca hay una condición de igualdad, dado que uno tiene más experiencia que el otro: un conocimiento más vasto de las consecuencias de las iniciativas propias y ajenas.* FERRARIS, Anna Oliverio e GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 69.

[21] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia** - aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31.

[22] Cf. FERRARIS, Anna Oliverio; GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 28.

[23] Tradução livre do original em espanhol: *el impulso de imitar es más fuerte que en los adultos, porque las estructuras cerebrales que tienen un papel preeminente (que están más involucradas en los intereses infantiles) son aquellas que regulan la motricidad y las acciones concretas.* FERRARIS, Anna Oliverio e GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 28.

[24] Tradução livre do original em espanhol: *Una exposición precoz a imágenes pornográficas no sólo puede turbarlos y sensibilizarlos frente al acto sexual a una edad en que aún son inmaduros tanto a nivel físico como cognitivo y emotivo, sino que también puede hacerles más vulnerables a las aproximaciones pedófilas: (...) una de las estrategias que los pedófilos usan para iniciar a los niños en las prácticas sexuales consiste precisamente en mostrarles material pornográfico.* FERRARIS, Anna Oliverio e GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 29.

[25] CAPPELLARI, Márcia Schmitt Veronezi. A pedofilia na pós-modernidade: um problema que ultrapassa a cibercultura. In **Em questão**, Porto Alegre, v.11, n.1, jan./jun. 2005, p. 74.

[26] FELIPE, Jane. **Afinal, quem é mesmo pedófilo?** In Cadernos Pagu - Núcleo de Estudos de Gênero UFRGS, nº 26, jan/jun 2006, p. 201-223. Disponível em: , Acesso em 10.07.2008.

[27] CAPPELLARI, Márcia Schmitt Veronezi. A pedofilia na pós-modernidade: um problema que ultrapassa a cibercultura. In **Em questão**, Porto Alegre, v. 11, n.1, jan./jun. 2005, p. 76.

[28] Cf. FELIPE, Jane. **Afinal, quem é mesmo pedófilo?** In Cadernos Pagu - Núcleo de Estudos de Gênero UFRGS, nº 26, jan/jun 2006, p. 201-223. Disponível em: , Acesso em 10.07.2008.

[29] Cf. matéria "Acordo no RS impede execução de música que fazia apologia à pedofilia", Disponível em: . Acesso em: 10.07.2008.

[30] LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 19.

[31] LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 26.

[32] ASSOCIAÇÃO Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência, cujo *site* é: , acesso em 12.02.2008.

[33] SILVA, Helena Oliveira da; SILVA, Jailson de Souza e. **Análise da violência contra a criança e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil.** São Paulo: Global, Brasília: UNICEF, 2005, p. 54.

[34] BARBOSA, Hélia. Abuso e Exploração Sexual de Crianças: Origens, Causas, Prevenção e Atendimento no Brasil. In UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 26.

[35] Tradução livre do original em espanhol: *Autores y estudios diversos muestran, por tanto, cómo los niños víctimas de abusos - no sólo sexuales (...) - tienen dificultades para sentirse personas y para crecer con autonomía.* FERRARIS, Anna Oliverio e GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 127.

[36] DIAS, Maria Berenice. Incesto e o Mito da Família Feliz. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação Parental** - Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

[37] SÜSSEKIND, Elizabeth. A família de cabeça para baixo. In PIZÁ, Graça e BARBOSA, Gabriella Ferrarese (coord.). **A violência silenciosa do incesto.** São Paulo: Imprensa Oficial, Rio de Janeiro: Clínica Psicanalítica da Violência, 2004, p. 223.

[38] SÜSSEKIND, Elizabeth. A família de cabeça para baixo. In PIZÁ, Graça e BARBOSA, Gabriella Ferrarese (coord.). **A violência silenciosa do incesto.** São Paulo: Imprensa Oficial, Rio de Janeiro: Clínica Psicanalítica da Violência, 2004, p. 225.

[39] Disponível em: . Acesso em 07 de abril de 2009.

[40] A/RES/S-27/2

[41] Neste sentido, PÉRIAS, Gilberto Rentz. **Pedofilia.** Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2009, p. 15.

[42] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 13.

[43] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia** - aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

[44] DUNAIGRE, Patrice. O ato Pedófilo na História da Sexualidade Humana. In UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 20.

[45] INFORME Global de Monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes - Brasil. Publicado por ECPAT (Eliminemos a prostituição, a pornografia e o tráfico com propósitos sexuais de crianças e adolescentes), 2006, p. 22.

[46] Cf. INFORME Global de Monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes - Brasil. Publicado por ECPAT (Eliminemos a prostituição, a pornografia e o tráfico com propósitos sexuais de crianças e adolescentes), 2006, p. 22.

[47] Cf. DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 604.

[48] Art. 1.520 Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

[49] Art. 2º O art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

" Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez."(NR)

[50] Relatório do Projeto de Lei nº 6437, de 2005, elaborado pelo Deputado Leonardo Picciani.

[51] No Código Civil de 1916, em seu art. 214, parágrafo único, era possível que o Juiz permitisse o casamento de quem ainda não tivesse alcançado a idade núbil, e que decretasse a separação de corpos do casal até que esta fosse atingida. Tal parágrafo foi suprimido no Código Civil de 2002 com fundamento na proteção do casamento, cuja sobrevivência estaria seriamente comprometida à falta de convivência conjugal. A antiga norma (art. 214) padecia de conformidade social, em conotação de valores contemporâneos, uma vez que é aceita a convivência daqueles que se casaram sem o alcance da idade núbil, em decorrência de gravidez. Disponível em: . Acesso em 07.04.2009.

[52] Tradução livre do original em inglês: *Child marriage robs a girl of her childhood-time necessary to develop physically, emotionally and psychologically. In fact, early marriage inflicts great emotional stress as the young woman is removed from her parents' home to that of her husband and in-laws. Her husband, who will invariably be*

many years her senior, will have little in common with a young teenager. It is with this strange man that she has to develop an intimate emotional and physical relationship. She is obliged to have intercourse, although physically she might not be fully developed.

Ficha informativa No. 23, sobre Práticas Tradicionais Nocivas que afetam a saúde da Mulher e da Criança. Publicada pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, pela série de Fichas Informativas sobre Direitos Humanos. Título original em inglês: *Fact Sheet nº 23 - Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children. The human rights Fact Sheet Series is published by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) in Geneva.*

[53] "Um problema imediato e óbvio é que as diferentes jurisdições estabelecem diferentes idades para o que constitui uma criança. Consistente com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, no Ocidente nós tendemos a uma visão global de que a infância termina aos 18 anos, e tentamos estender a proteção legal de exploração sexual e de trabalho para todos os menores desta idade. A idade de consentimento para atividade sexual (que pode ou não estar relacionada ao que entendemos por criança), entretanto, é mais provável de ser 16 anos (e até 14 em algumas jurisdições). Em contraste, visões sociais e psicológicas sobre o que constitui uma 'criança' enfatizam que não é simplesmente um juízo cronológico, mas é também uma afirmação cultural e social. (...) Visões sobre a conveniência do trabalho infantil (e da sexualidade infantil) variam entre as culturas." Tradução do original em inglês: *An immediate and obvious problem is that different jurisdictions set different ages for what constitutes a child. Consistent with the UN Convention on the Rights of the Child, in the West we tend towards an all-embracing view that childhood ends at 18, and seek to extend legal protection from sexual and labour exploitation to all below that age. The age of consent for sexual activity (which may or may not be related to what we mean by a child), however, is more likely to be 16 (and even 14 in some jurisdictions). In contrast, social and psychological insights into what constitutes 'a child' emphasise that it is not simply a chronological judgement, but it is also a social and cultural statement. (...) Views about the appropriateness of child labour (and child sexuality) vary between cultures.* TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel. *Child Pornography - An Internet Crime*. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 3.

[54] SVEVO, Kimberly. Resumo do Relatório Global sobre Negligência e Abuso de Crianças. In UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 65.

[55] HERMOSO, Alex Corpus; CULLEN, Padre Shay. Abuso Sexual de Crianças, Pornografia Infantil e Pedofilia na Internet: um Desafio Internacional. In UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 78.

[56] MAUR, Agnès Fournier de Saint. Abuso Sexual de Crianças na Internet: um Novo Desafio para a Interpol. In UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 104.

[57] MAUR, Agnès Fournier de Saint. Abuso Sexual de Crianças na Internet: um Novo Desafio para a Interpol. In UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 105.

[58] DIONNE, Pierre. Aspectos Legais e Jurídicos: Lei Extraterritorial e Extradicação. In UNESCO. **Inocência em perigo**: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 90.

[59] Tradução livre do original em inglês: *is a picture of a child being in some sense sexually abused. (...) it is therefore the picture of a serious crime in progress.* TAYLOR, Max e QUAYLE, Ethel. **Child Pornography - An Internet Crime**. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 4.

[60] Cf. TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel. **Child Pornography - An Internet Crime**. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 8.

[61] Tradução livre do original em espanhol: *imágenes repugnantes de brutales violaciones anales o vaginales, actos de sadomasoquismo o de zoofilia, actos sexuales orales, y otras formas de degradación en las que a veces participan niños muy pequeños o bebés.* Disponível nos documentos contidos no site do 2º Congresso Mundial contra a Exploração Sexual e Comercial de Crianças, realizado em Yokohama, Japão, de 17 a 20.12. 1996: , Acesso em 10.04.2008.

[62] Tradução livre do original em espanhol: *Pornografía visual: representación visual de un niño que lleva a cabo una actividad explícitamente sexual, real o simulada, o la exhibición obscena de genitales concebida para la gratificación sexual del usuario; implica la producción, distribución y/o uso de dicho material.*

PORNOGRAFÍA de audio: El uso de cualquier dispositivo de audio que utilice la voz de un niño, real o simulada, destinada a conseguir la gratificación sexual del usuario; implica la producción, distribución y/o uso de dicho material. Disponível nos documentos contidos no site do 2º Congresso Mundial contra a Exploração Sexual e Comercial de Crianças, realizado em Yokohama, Japão, de 17 a 20 de dezembro de 1996: . Acesso em 10.04.2008.

[63] Decisão-quadro, segundo o glossário da União Européia, "é utilizada para aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Proposta por iniciativa da Comissão ou de um Estado-Membro, deve ser adoptada por unanimidade. Vincula os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios para o fazer". Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/glossary/framework_decisions_pt.htm>. Acesso em 10.05.2008.

[64] Tradução livre do original em francês: *3. Chaque Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1.a et e à la production et à la possession:*

de matériel pornographique constitué exclusivement de représentations simulées ou d'images réalistes d'un enfant qui n'existe pas;

de matériel pornographique impliquant des enfants ayant atteint l'âge fixé en application de l'article 18, paragraphe 2, lorsque ces images sont produites et détenues par ceux-ci, avec leur accord et uniquement pour leur usage privé. Disponível no site do Conselho da Europa: , Acesso em 11.03.2008.

[65] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 55.

[66] Cf. LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 57.

[67] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63. A autora acrescenta, ainda, que "em bom rigor, a defesa da dignidade do menor levaria à punibilidade da produção, cedência ou consumo de qualquer material pornográfico que envolvesse, ainda que de forma figurada, a imagem de uma criança".

[68] Cf. LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63.

[69] Tradução livre do original em espanhol: *Hay una progresión que va de las fotografías de niños en traje de baño o desnudos a las representaciones de actos sexuales, de las relaciones incestuosas u homosexuales, a los contactos con animales, a las horripilantes snuff movies.* FERRARIS, Anna Oliverio; GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 67.

[70] Cf. FERRARIS, Anna Oliverio; GRAZIOSI, Barbara. **¿Qué es la pedofilia?** Barcelona: Paidós, 2004, p. 65.

[71] Cf. TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel. **Child Pornography** - An Internet Crime. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 7.

[72] Tradução livre do original em inglês: *It is the link between child pornography and sexual abuse that makes child pornography inappropriate and illegal; it is not the fact that people might generate obscene, deviant or inappropriate fantasies around some photographs. Creating a pragmatic balance between freedom of thought and expression (and recognising that these cannot be controlled), and child protection is the challenge we face in this area.* TAYLOR, Max e QUAYLE, Ethel. **Child Pornography** - An Internet Crime. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 8.

[73] Cf. LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 50.

[74] Geralmente o abuso de bebês se dá pela forma oral. Neste sentido **Pedofilia é doença?...vide bula!** Disponível em: . Acesso em 07.04.2009.

[75] LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 53.

[76] Cf. TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel. **Child Pornography** - An Internet Crime. New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 15.

[77] LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 53.

[78] LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia:** a infância é a última fronteira da violência. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 54.

[79] Tradução livre do original em inglês: *A central issue for policy makers is the problem of reconciling freedom of speech and limitations on censorship of the Internet with the very evident child-protection problems presented by the production, distribution and viewing of child pornography. International co-operation in terms of legislative harmonisation has tended to separate the regulation of child pornography from broader censorship issues of the Internet.* TAYLOR, Max e QUAYLE, Ethel. **Child Pornography - An Internet Crime.** New York, Hove: Brunner-Routledge, 2003, p. 16.

[80] WHITE, Aidan. A Liberdade de Informação Diante da Preocupação Mundial com o Abuso Sexual de Crianças, Pedofilia e Pornografia na Internet. *In* UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 120.

[81] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 65.

[82] MAUR, Agnès Fournier de Saint. Abuso Sexual de Crianças na Internet: um Novo Desafio para a Interpol. *In* UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 105.

[83] MAUR, Agnès Fournier de Saint. Abuso Sexual de Crianças na Internet: um Novo Desafio para a Interpol. *In* UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 105.

[84] SACKSTEIN, Helenme. Realidades Locais e Ação Internacional: As ONGs têm um Papel Vital a Desempenhar. *In* UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 195.

[85] BARBOSA, Hélia. Abuso e Exploração Sexual de Crianças: Origens, Causas, Prevenção e Atendimento no Brasil. *In* UNESCO. **Inocência em perigo:** abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 28.

[86] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 59.

[87] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia - aspectos psicológicos e penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114.

[88] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia - aspectos psicológicos e penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117.

[89] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia - aspectos psicológicos e penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 116.

[90] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 60, nota de rodapé n° 124.

[91] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia - aspectos psicológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114, nota de rodapé n° 20.

[92] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 61.

[93] LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia** - Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção. Coimbra: Almedina, 2004, p. 62, nota de rodapé n° 131.

[94] Cf. LEIRNER, Carla. **Abuso sexual, pornografia: a infância é a última fronteira da violência**. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2007, p. 56.

PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
BIOLOGICAL PATERNITY X PARTNER AFFECTION PATERNITY

Viviane Cristina Rodrigues Cavallini

RESUMO

O estudo trata dos novos rumos e pilares do direito de família, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988. Para tanto, traçou-se a evolução do direito de família destacando-se a questão da despatrimonialização e da desbiologização. Procurou-se introduzir o leitor nos conceitos de paternidade biológica e de paternidade socioafetiva. Também, disserta-se sobre o valor jurídico do afeto e o princípio da afetividade como norteador do moderno direito de família, enfatizando-se a posição moderna da prevalência do afeto sobre os laços consangüíneos. A filiação socioafetiva é fruto do amor, do afeto e não da consangüinidade. Não precisa decorrer de uma gravidez. Ainda, ressaltou-se o caso do menino Sean, envolvendo a disputa de sua guarda entre o pai biológico e o seu padrasto (pai socioafetivo).

PALAVRAS-CHAVES: FAMÍLIA. PATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. DESBIOLOGIZAÇÃO.

ABSTRACT

The study treat of the new ways and law pillars of family, especially after the advent of the federal constitution of 1988. Thus, it is traced the evolution of family law including detached the question about unpatrimony and fron unbiological of the Law family. Looked to introduce the reader at the biological paternity concept and partner affectione paternity. Also, discourse on the legal value of love and affection principle as a guiding of the modern law of the family, emphasizing to the position of the modern prevalence of consanguineous affection on the links. The partner affection membership is the fruit of love, of affection and not of consanguinity. No need for an ongoing pregnancy. At Last, brought to emphasis the case of Sean Boy, involving the quarrel of his guard among biological father and his father in law.

KEYWORDS: FAMILY. PATERNITY. PARTNER AFFECTION. UNBIOLOGICAL.

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência criada para reger as relações entre os homens e como tal não pode permanecer alheia aos anseios e as transformações da sociedade, sendo portanto mutável.

A família é um dos institutos do direito que mais sofreu alterações nas últimas décadas, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se positivou os novos tipos de família, bem como a sua proteção jurídica, rompendo-se com a antiga idéia de que esta estava alicerçada no patrimônio passando a admitir o afeto como o suporte do novo conceito de família. Passou a não ser mais permitida a discriminação entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, bem como o incentivo e a facilidade de se converter a união estável em casamento.

A partir de então, novos conceitos surgiram como o de família socioafetiva, paternidade socioafetiva e filiação socioafetiva, nascendo também dúvidas jurídicas acerca dessas novas matérias e relações jurídicas. A título de reflexão, lança-se a seguinte pergunta: Entre a paternidade biológica e a socioafetiva, qual delas deve prevalecer?

Durante muito tempo a família foi vista apenas como a reunião de pessoas que possuíam o mesmo sangue, ou seja, para ser considerado membro de uma família deveria guardar com esta laços consangüíneos ou então relação de conjugalidade, que era a existente entre o marido e a esposa. Admitia apenas a família constituída através de um casamento civil e os filhos legítimos advindos desta união, relegando à própria sorte as uniões estáveis, os concubinatos e a prole extramatrimonial.

O próprio Código Civil do início do século XX (1916) reconhecia apenas a família instituída pelo matrimônio, ignorando todas as demais nuances que poderiam ocorrer, trazendo tratamento diferenciado aos filhos legítimos - concebidos na constância do casamento -, dos ilegítimos - concebidos à margem do casamento - (artigos 377 e 1605, §1º, ambos do Código Civil de 1916). A família era exclusivamente vista como uma comunidade de sangue, além de ser patriarcal e hierarquizada. Esta família patriarcal denominada de tradicional ou nuclear, era composta de pai, mãe e filhos legítimos, ou seja, de sangue.

Nesta época não havia qualquer preocupação pessoal ou sentimental com relação à nova família que se estava formando, muito menos com os seus membros. O que se privilegiava era o casamento dando continuidade àquela família, ou seja, fazendo-se perpetuar o sobrenome da família nas próximas gerações. Alguns casamentos eram "arranjados" pelos pais dos nubentes e pouco importava a vontade dos noivos, mas sim, os interesses das famílias em se unirem.

Infelizmente o legislador de 1916 (Código Civil) inverteu a importância do valor da personalidade e do patrimônio, deixando este último em evidência. Contudo, essa proteção ao patrimônio se mostra desatualizada com a estrutura familiar atualmente encontrada, vez que a maioria das famílias brasileiras são compostas de pessoas de baixo poder aquisitivo onde o patrimônio jamais de concretizará.

Na segunda metade do século XX, este pensamento patrimonialista, tradicionalista e patriarcal começa a ser visto em segundo plano e as pessoas iniciam uma preocupação muito maior com o seu bem estar do que com o seu patrimônio. Este fenômeno chama-se despatrimonialização ou repersonalização [1]. Nos anos 60 houve a revolução sexual

com a chegada da pílula anticoncepcional [2], marco histórico para as mulheres, que poderiam usufruir do prazer sexual sem a obrigatoriedade da procriação podendo realizar o planejamento familiar. Esta década e as seguintes romperam barreiras até antes intocáveis, permitindo-se a valorização do amor e do afeto contra o patrimônio.

A partir de então as pessoas se uniriam a quem se assemelhassem afetivamente. O amor e a afetividade ocupam o lugar que por muito tempo foi do patrimônio. Nitidamente verifica-se um divisor de águas antes inimaginável nas relações familiares. Houve o "aprimoramento de relações sinceras e emocionalmente concatenadas. O elemento afetivo é atomizado" [3]. Ressalta Grisard Filho que ocorreu a superação do paradigma da família patriarcal, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, ocorrendo a maximização do afeto, permitindo que as uniões fossem feitas por desejos e laços de afetividade [4].

É nítido que o caráter patrimonial arraigado no Código Civil de 1916 também se transportou para o de 2002, contudo, em menor proporção, uma vez que este último traz inserções sobre o amor e o afeto quando trata da filiação não biológica (artigo 1593, do Código Civil). A Carta Magna de 1988 também é importantíssima para o chamado caráter da despatrimonialização ou repersonalização da família, vez que em seu artigo 266, § 3º, reconhece a união estável como uma família detentora de todos os direitos e obrigações da família legalmente constituída pelo casamento. "O direito de família deve ser repensado e construído em bases mais reais para entrar em sintonia com os valores deste fim de século, que apontam para a realização da pessoa pelo que ela é e não pelo que tem" [5].

A partir de então a família começou a ser encarada como uma "relação de mútua assistência", guardando relação direta com o princípio da solidariedade. Verifica-se "uma noção de família mais democrática" [6]. "Não existe mais espaço para uniões formalmente sustentadas pela infelicidade pessoal dos seus membros. A afetividade é refratária à hipocrisia" [7].

Destacam-se as palavras de Grisard Filho que se encaixam perfeitamente no desfecho ora estudado:

Neste sentido se diz que a família é convivência orientada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade e laços emocionais conjuntos. A família é a comunidade de vida material e afetiva de seus membros, que permite a subsistência, o desenvolvimento e o conforto deles, assim como o intercâmbio solidário, a mútua companhia, o apoio moral e afetivo para alcançar o desenvolvimento pessoal, a autodeterminação e a felicidade para cada um. Também se diz, modernamente, que a família emana de um casal permanente, estável, comprometido, de união voluntária e amorosa, que cumpra a função de proteger seus componentes e os transforme para seus tratos com a sociedade [8].

Ressalta Rodrigo da Cunha Pereira que:

Nunca é demais repetir que é justamente aí, na família, que residem, nascem e morrem todas as questões mais fundamentais do ser humano. É aí que se funda e estrutura-se o sujeito [9].

Hodiernamente a família está unida por laços de amor e de afeto e não por laços patrimoniais. O caráter patrimonial foi renegado ao segundo plano deixando o *pódiu*m para o afeto e a amor. O alicerce da nova família não é mais o patrimônio, mas sim os laços afetivos. A família pode ter um patrimônio invejável, contudo se não houver amor e afetividade entre os seus membros ela está fadada ao fracasso.

1. CONCEITO DE FILIAÇÃO

Filiação é o liame que existe entre ascendente e descendente, em linha reta de primeiro grau, podendo ser consanguíneo ou não, não havendo necessidade da união sexual, vez que também pode ser decorrente de inseminação artificial homóloga e heteróloga - fecundação *in vivo*-, de implantações de embriões homólogos e heterólogos -fecundação *in vitro*-, bem como de adoção[10].

Ana Cláudia Silva Scalquette assegura que:

Filiação é a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pais e filhos, seja essa relação decorrente de vínculo sanguíneo ou de outra origem legal, como no caso de adoção ou reprodução assistida com utilização de material genético de pessoa estranha ao casal [11].

Em igual sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que filiação é:

A relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga [...] Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica ou não biológica. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade [12].

Filiação traduz-se no elo que há entre pai-mãe e filho, sendo biológico ou afetivo, não tendo exigência da união sexual, permitindo-se sua concretização através da adoção, inseminação artificial e implantação de embriões.

1.1. FILIAÇÃO BIOLÓGICA

Filiação biológica é aquela em que o filho carrega a carga genética de seu pai e de sua mãe. É derivada da identificação genética entre pai/mãe e filho. É aquela onde há a efetiva participação de um homem e de uma mulher, através da união sexual, ou então, apenas de seu material genético (inseminação artificial homóloga e heteróloga - fecundação *in vivo*- e ainda através da implantação de embriões -fecundação *in vitro*-), sendo sempre decorrente de uma gravidez. Em todos os casos haverá o material genético de ambos ou de apenas um dos pais, sendo certo que esta filiação será sempre biológica.

Segundo Luiz Edson Fachin "a paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável" [13]. Ser pai sempre foi algo considerado da ordem do natural e da ciência. É da natureza do homem o ato de procriar.

A paternidade biológica pode ser reconhecida de forma espontânea ou através de ação de investigação de paternidade, chamada de paternidade jurídica, ou seja, imposta pela lei. Nestes casos a filiação é imposta a quem nem sempre é o pai, havendo uma insegurança jurídica, vez que a identidade genética é um direito do ser humano e está inserido no rol dos direitos da personalidade.

1.2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é fruto do amor, do afeto, mas não da consangüinidade. A relação de filiação não precisa decorrer de uma gravidez onde há a participação efetiva do pai e da mãe, mas sim tem que haver a identificação da criança como filho pelos seus pais, bem como a aceitação pela criança de que é filho de sua mãe e de seu pai. "A importância jurídica do afeto, como construtor de vínculos entre as pessoas, criou essa nova forma de parentesco civil. A filiação socioafetiva é construída na convivência afetiva entre pais e filhos não biológicos"[14]. "Não se adquire com o nascimento, mas com o convívio, com o cuidado, com o morar junto aprendendo a amar e a se conhecer" [15]. "Ela não é um *dado* e sim um *construído*" [16] e [17]. "É o princípio da convivência familiar" [18].

Para José Sebastião de Oliveira "a família só tem sentido quando unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. Inexistentes estes atributos, o que existe é um mero 'elo de direito, sem vinculação fática' " [19].

Luiz Edson Fachin tece alguns comentários sobre a filiação socioafetiva:

A descendência genética é assim um dado; a filiação socioafetiva se constrói; é mais: uma distinção entre o virtual e o real. A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno-filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes [20].

Situa-se no passado o pensamento de que a filiação biológica guardava superioridade. Antes mesmo da Constituição de 1988, através da doutrina e da jurisprudência a ciência do direito começou a interpretar e valorizar o afeto, atribuindo-se relevância aos laços afetivos em detrimento dos biológicos. O direito passou a se interessar em tutelar as relações de afeto realmente existentes no lugar de se proteger as relações biológicas onde muitas vezes não havia qualquer identificação entre a criança e o seu genitor (pai ou mãe).

Segundo José Sebastião de Oliveira: "mais valem filhos felizes com pessoas (pais socioafetivos) que lhes dêem a real dimensão do que é ser filho e do que é ser tratado como tal, do que estar ligado jurídica e biologicamente a um verdadeiro vácuo de sentimentos" [21].

Os filhos não reconhecem seus pais apenas porque guardam com eles o mesmo material genético, o mesmo sangue. Respeitam-os e assim os reconhecem pelo fato de entre eles existir relação de afeto, carinho, respeito, dependência, independente de laços de sangue. O que importa para um indivíduo não é a carga genética que carrega, mas sim "que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe, que é dado pelas funções exercidas em suas vidas" [22]. A esta família dá-se o nome de família sociológica, ou seja, fundada no afeto [23].

"Enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade)" [24]. Aqui se visualiza o fenômeno da repersonalização ou despatriomonalização que são os novos moldes do direito de família.

"Para a configuração do amor e da dedicação, não há necessidade da ligação de sangue, o sentimento de estima e consideração pelos semelhantes pode ocorrer em função da própria coexistência, que oportuniza o conhecimento e a afeição" [25]. "O estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consangüíneos" [26]. O ideal seria que a filiação consangüínea correspondesse à filiação socioafetiva, contudo, nem sempre isto é possível.

1.2.1. CONSTRUÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Para que haja a comprovação da filiação socioafetiva é necessário a posse de estado de filho, o que lhe garante os mesmos direitos da filiação natural, ante o princípio da isonomia entre os filhos, garantido constitucionalmente no artigo 227, § 6º. A posse de estado de filho é a "situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal [...] para constituir-se deve ser contínua e notória" [27].

O estado de filiação significa a externalização da convivência familiar e do afeto/afetividade [28]. Não é expresso em lei, sendo formado por três elementos defendidos pela doutrina e pela jurisprudência para a sua caracterização, com sendo o nome, o trato e a fama [29].

O requisito do nome se assinala pelo uso do nome de família (sobrenome/patronímico) do pai e/ou da mãe, pelo filho.

O trato se traduz na forma como o filho é tratado por seus pais, se é provido de educação, vestuário, alimentação, assistência moral e intelectual, ou seja, se realmente é tratado como filho e se trata os pais como tal, se os reconhecem como sendo seus pais.

O elemento da fama diz respeito a como esta pessoa é vista na sociedade, se as pessoas a enxerga como sendo filho de seus pais [30], ou seja, a imagem que transpassa às pessoas.

Paulo Luiz Netto Lôbo tece comentários sobre o estado de filiação:

A aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem. De modo geral a doutrina identifica o estado de filiação quando há o *tractus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram) [31].

Luiz Edson Fachin também cuidou da posse de estado de filho:

Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na posse de estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no

tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade [32].

E mais:

Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social [33].

Para a caracterização da posse de estado de filho não há necessidade da cumulação dos três requisitos (nome, trato e fama) vez que o uso do nome de família do pai e/ou da mãe é elemento dispensável, portanto não obrigatório. Basta a presença do trato e da fama para que se tenha caracterizado o estado de filiação [34].

Para Magda Guadalupe dos Santos:

Ungido pela dimensão do tempo, o direito assenta-se, pois, no estatuto simbólico da afeição, reconhecendo como pai aquele que durante uma vida soube proteger e zelar pelo filho, ensejando-lhe o acesso à sociabilidade, com ele repartindo seus projetos, construindo seu olhar sobre o mundo, dando-lhe seu nome e seu apreço. Reconhece-se àquele que registra, educa, ama e protege uma criança o direito de ser nomeado Pai de seu filho[35].

Esta filiação obrigatoriamente está alicerçada nos pilares do amor e do afeto, vez que por muitas vezes o filho não guarda qualquer relação genética com os pais. Sua trajetória construtiva está calcada no afeto/afetividade desdobrando-se e materializando-se no tratamento da criança como seu filho, cuidando de sua educação, alimentação, vestimentas, orientações, formação moral e intelectual, independentemente da origem biológica, no modo pelo qual esta criança e seus pais serão reconhecidos perante a sociedade (fama), e em caráter não obrigatório pela utilização do nome de família dos pais pela criança.

2. DO VALOR JURÍDICO DO AFETO

De acordo com a evolução familiar verificou-se na Introdução que a base da família moderna não é mais o patrimônio nem os laços sangüíneos, mas sim os laços afetivos. Para que as pessoas se unam e formem uma família não há mais a exigência de que haja

o casamento civil muito menos de que os filhos sejam decorrentes desta união, vez que estão atados pelos nós do afeto, do amor e não pelos de sangue. Quando não há mais afeto, a viga mestre do relacionamento familiar se esvai e as pessoas se desunem, abalando a estrutura da família. "Não havendo mais afetividade, não existe razão para manutenção, aos olhos da sociedade, de uma estrutura meramente formal e vazia de fundamento" [36].

Definir o que seja afetividade e afeto não é tarefa fácil ao operador do direito. Para tanto se busca o conceito na psicologia e na sociologia, emprestando-os ao direito. Segundo o dicionário, afeto vem a ser "sentimento benévolo e terno para com alguém; amor; amizade; ternura; simpatia" e afetividade é "qualidade de afetivo; conjunto dos fenômenos afetivos; faculdade individual de experimentar ou ser afetado pelo prazer ou pela dor" [37].

Giselle Câmara Groeninga explica o que vem a ser afeto:

Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo.

[...]

Os afetos podem estar em maior ou menor sintonia com o pensamento e com a realidade externa ou dele dissociados. Por todas essas razões, cabe integrar ao conhecimento o conhecimento afetivo sobre o conhecimento [38].

O vernáculo amor não é considerado um termo técnico jurídico, contudo, com o passar dos anos passou a ter a proteção e o reconhecimento jurídico devidos, tendo valor jurídico, uma vez que as relações familiares são por ele sustentadas [39].

Atualmente os filhos não reconhecem seus pais apenas porque guardam com eles o mesmo material genético, o mesmo sangue. Respeitam-os e assim os reconhecem pelo fato de entre eles existir relação de afeto, carinho, respeito, dependência, independente de laços de sangue.

Para a afetividade pouco importa a origem genética dos indivíduos, tanto verdade que por diversas vezes percebe-se que amigos, que não guardam qualquer laço de sangue entre si, identificam-se muito mais, do que as pessoas da própria família consanguínea. "Para a configuração do amor e da dedicação, não há necessidade da ligação de sangue, o sentimento de estima e consideração pelos semelhantes pode ocorrer em função da própria coexistência, que oportuniza o conhecimento e a afeição" [40].

A própria Constituição Federal em seus artigos 226, § 3º e 227, § 6º reconhece o afeto e a convivência familiar como sendo o elo entre os membros de uma família em detrimento da origem genética e patrimonial não permitindo qualquer discriminação

com relação aos filhos e facilitando a conversão da união estável em casamento [41]. Aqui a Constituição reconhece o princípio da solidariedade entre seus membros. "Corolário da dignidade da pessoa humana tem-se o princípio da solidariedade, o qual enfeixa as relações familiares e como tal serve de base fundante ao chamado fenômeno da repersonalização" [42].

3. DO AFETO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Direitos fundamentais são os direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados na Constituição Federal. São os direitos de mais valor, de existência em si. São os direitos de primeira geração, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade.

Afirma Sérgio Resende de Barros que "não é possível pensar outros direitos fundamentais sem pensar na família" [43]. Acredita que o direito à vida, à integridade física, à liberdade, dentre outros, "dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar - o lar -, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto" [44].

Ainda, destaca:

Tendo por epicentro o afeto e por centro o lar por ele constituído e mantido, os direitos humanos familiares - tanto o direito fundamental à família, quanto os direitos operacionais da família - não mais podem ser recusados a nenhuma outra forma de entidade familiar que exista na sociedade brasileira.

[...]

Jamais devem cessar, mas sempre acelerar o seu evoluir, de modo que o direito de família brasileiro seja sempre - não só o mais humano dos direitos - como também o mais humano dos direitos humanos [45].

O direito fundamental à família tem como viga mestra o direito ao afeto, ou seja, ao amor, tendo como teto/cobertura o direito ao lar.

4. DA AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO

O vernáculo princípio origina-se do latim *principium* ou *principiu*, que significa momento em que alguma coisa tem origem; início; começo; causa primária; matéria

constitutiva; agente natural; razão; base; regra que se funda num juízo de valor e que constitui um modelo para a ação; regra; lei fundamental; preceito moral; máxima; sentença [46].

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá o sentido harmônico [47].

Depreende-se que princípio nada mais é do que a base, a viga mestra, o pilar de sustentação de um modelo, de um padrão, alicerçado num juízo de valor, axiológico.

No campo do direito, princípios são normais gerais, fundamentais e abstratas, que exprimem valores, constituindo-se em indicadores para as regras nas quais se estendem. Na esfera jurídica, princípios são conjecturas normativas basilares, de caráter geral, codificadas ou não, que revelam os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito [48].

Sendo assim, verifica-se que é o princípio que sustenta um determinado sistema. Conforme se verificou acima, modernamente as famílias estão calcadas no afeto. Desta forma pode-se afirmar que a base, a viga mestra da família é o afeto, sendo a afetividade o seu princípio.

A priori, é difícil de aceitar que a afetividade seja princípio, uma vez que a mesma não consta literalmente no texto constitucional. Contudo, referida expressão é encontrada de forma tácita no texto constitucional, quando menciona o reconhecimento da união estável (artigo 226, § 3º) e prega a igualdade entre os filhos (artigo 227, § 6º).

Maria Berenice Dias reconhece a afetividade como princípio:

A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.

[...]

A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

[...]

A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade [49].

Paulo Luiz Netto Lôbo também defende o princípio da afetividade. Entende que afetividade "é um princípio, é uma norma e tem natureza normativa" [50]. Para tanto, elenca alguns fundamentos constitucionais que permitem identificar a afetividade como princípio: a) princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); b) princípio da solidariedade (artigo 3º, I); c) princípio da convivência familiar e comunitária (artigo 227, *caput*); d) princípio da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos (artigos 226 e 227, § 6º); e) a adoção como escolha afetiva (artigo 227, §§ 5º e 6º) [51].

Sem sombra de dúvidas a afetividade é o princípio basilar do moderno direito de família. As famílias estão calcadas nas bases sólidas do amor e não mais do patrimônio. Homem e mulher se unem baseados na afetividade que os sustentam. Pais e filhos se reconhecem e se aceitam reciprocamente através do elo afetivo que os ligam, muito mais fortes que os laços consangüíneos.

5. DA AFETIVIDADE COMO PARTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dignidade da pessoa humana é a busca de algo minimamente aceitável. É algo absolutamente impostergável, irrenunciável, inatingível. Para Immanuel Kant dignidade é tudo aquilo que não tem preço. "No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade" [52].

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. É considerado o princípio dos princípios, ou então, um supraprincípio, ou ainda, valor fundamental do ordenamento jurídico [53]. González Perez afirma que a "dignidade da pessoa humana chega a ser um princípio geral do direito" [54].

Luiz Edson Fachin define dignidade da pessoa humana como sendo:

Princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o

ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar [55].

O princípio da dignidade da pessoa humana garante a deferência que cada indivíduo tem que ter com o outro e isto se inicia no âmbito da família [56]. Deste princípio pode-se extrair que ao ser humano é garantido viver com dignidade. Contudo, o que seria vida com dignidade?

O princípio da dignidade humana está calcado em três grandes pilares, quais sejam: a) o direito à vida e à existência dignas, incluindo o direito à integridade física e psíquica; b) o direito à liberdade e c) o direito à igualdade ou à isonomia [57].

A vida é considerada a viga mestra do princípio da dignidade humana, vez que, é dela que se irradiam e dependem todos os demais direitos. Sérgio Resende de Barros defende que "o direito à vida implica o direito à família" [58]. Assim, compreende-se que para que uma pessoa possa ter uma vida digna é necessário que ela tenha uma família. É necessário que para que uma criança se sinta totalmente digna que ela tenha uma família que a acolha reconhecendo-a como membro dela, permitindo que ela evolua e contribua com o desenvolvimento dos seus membros. Essa criança deve estar amparada pela figura do pai, da mãe e se possível, de irmãos.

Lourival Serejo afirma que:

No Direito de Família, a dignidade da pessoa se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e do reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio da sua família.

[...]

A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização [59].

A terceira coluna sustentável do princípio da dignidade é o princípio da igualdade ou da isonomia, segundo o qual não se permite qualquer tipo ou espécie de discriminação ou hierarquia entre os cônjuges, bem como entre os filhos biológicos e os não biológicos. Esta igualdade é exigência do próprio princípio da dignidade da pessoa humana [60].

João Baptista Villela reflete sobre o assunto:

A família não é criação do estado ou igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o leasing, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido

processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao estado, pré-existe a igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do estado ou da igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente a família não pertence a ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, a ordem do reconhecimento, pode-se observar de resto, que, ao longo da história, a autoridade intrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com um silencioso *noli me tangere!* Lucy Mair registra a propósito, que nem os governos de tendência coletivista mais exacerbada chegaram a cogitar de abolir a família, ainda quando tenham enfraquecidos os laços do matrimônio e encorajado os filhos a delatar os pais por subversão política [61].

No mesmo prisma é o entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo quando defende que "a família é concebida com base nos princípios de liberdade e igualdade: igualdade total entre os cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento" [62].

Como se percebe é nítida a valorização do ser humano no seio da família. Referida valorização guarda proporção direta com o princípio da dignidade da pessoa humana constitucionalmente garantido. "A proteção à pessoa, recebendo *status* constitucional, deve ser princípio orientador no seu tratamento em todas as esferas. A proteção aos componentes da família não constitui exceção à regra, o que conduz à sua priorização em relação ao grupo" [63]. "Impõe-se compreender família como espaço em que cada membro na condição de sujeito de direito, dotado de dignidade ocupa um lugar, ou seja, lugar de realização da dignidade das pessoas humanas" [64].

Para que se tenha dignidade humana nas relações familiares é indispensável a presença do afeto, pois caso contrário, tudo não passaria de uma família patrimonialista, tradicional, a qual já foi superada com o advento da Constituição Federal de 1988. A afetividade está arraigada ao conceito de dignidade da pessoa humana, fazendo parte do mesmo, vez que para que os homens vivam em família é exigido no mínimo laços de afeto que os unem.

Uma família que não possui laços de afeto, que está ligada apenas por questões patrimoniais ou morais possui membros com sua dignidade humana no mínimo arranhada, uma vez que não estão exercendo o princípio da liberdade e da vida digna. Atualmente a afetividade é mais um critério utilizado para se averiguar a presença do vínculo de paternidade/maternidade e é balizada no princípio da dignidade da pessoa humana.

6. DO FENÔMENO DA DESBIOLOGIZAÇÃO

O direito de família como já exposto na Introdução passou por uma radical transformação deixando o caráter patrimonialista de lado e passou a valorar o afeto

como elo entre seus integrantes. A partir da Constituição Federal de 1988 a era da desbiologização firmou-se no direito brasileiro, significando dizer que nas relações jurídicas deve ser considerado o laço do amor, o laço afetivo e não apenas o nó genético, biológico ou registral [65].

Atualmente o afeto impera nas relações familiares, deixando de lado o caráter biológico. Hoje o que vale é a verdade do coração e não a verdade do exame de DNA. A verdade sociológica predomina sobre a genética. "A verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológica-genética" [66]. "A origem do vínculo é irrelevante, o que é determinante é a situação fática em si" [67].

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que qualquer relação de filiação é socioafetiva, seja ela biológica ou não, sendo certo que "a paternidade sócio-afetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica" [68]. Aduz José Sebastião de Oliveira que "o ideal é uma conciliação entre o aspecto afetivo e o biológico, com prevalência para o primeiro" [69].

Como se percebe, o fator biológico realmente perdeu lugar para o socioafetivo, uma vez que a criança cria laços de afeto, segurança e respeito com quem se dedica aos seus cuidados, não medindo esforços para a sua criação e educação, partilhando com ela uma relação de amor, assistência material, lazer e carinho, mútuos.

Acerca do tema Fabíola Santos Albuquerque afirma:

[...] encontra eco no direito de família contemporâneo, comprometido com uma nova pauta principiológica e realizando a socioafetividade em detrimento dos ditames do biologismo. Vivenciamos a consolidação de novas molduras das relações familiares comprometidas com valores humanos e solidários; logo, inconcebível privilegiar os ditames do biologismo em prejuízo da afetividade das relações estabelecidas no tempo. A verdade arrogante da ciência, a qual se manifesta pelo exame de DNA, não pode ter o condão da primazia da verdade e simplesmente apagar todo um conjunto valorativo comprometido com a dignidade da pessoa humana. A diretriz perseguida é a estabilidade das relações de família [70].

O direito tem a força normativa de obrigar um pai e uma mãe biológicos a pagar pensão alimentícia aos filhos, contudo não tem o condão de obrigá-los a amar seus filhos biológicos. "O sistema jurídico é capaz de obrigar os pais biológicos à responsabilidade, mas não é capaz de impor a afetividade entre pais e filhos" [71] e [72]. O cordão umbilical biológico se rompe logo após o parto, mas o cordão umbilical do afeto e do amor, permanece interligado por toda vida, pois o filho que não é biológico, certamente foi muito mais querido e desejado do que o biológico, vez que a concepção deste, por vezes, se dá de forma acidental e não desejada.

Rolf Madaleno, em seu artigo intitulado *Filhos do coração* defende o fenômeno da desbiologização:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição [73].

No mesmo sentido Rodrigo da Cunha Pereira:

Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção [74].

Depreende-se que atualmente o fenômeno da desbiologização está em destaque e já superou o caráter biológico das relações de filiação, merecendo todo o respeito e o reconhecimento pelos operadores do direito, pelo fato dessas relações socioafetivas se tratarem de verdadeiras entidades familiares.

7. AFETIVIDADE E O CASO DO MENINO SEAN

Recentemente a guarda de um menino de apenas 8 anos teve repercussão internacional, vez que seu pai biológico que é americano a disputa com seu padrasto (pai socioafetivo) que é brasileiro.

A lide em testilha deve versar sobre o prisma do melhor interesse do menor, conforme dispõe o artigo 3º da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, da qual o Brasil é signatário.

Sean comprovadamente é muito bem cuidado pelo seu padrasto e o afeto e cumplicidade desenvolvidos entre os dois é fundamental para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. A socioafetividade se constrói ao longo dos anos e foi justamente isto que ocorreu com Sean e seu padrasto (pai socioafetivo).

Pelo princípio do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, é imperioso que Sean não seja retirado do seio familiar com o qual já está totalmente adaptado, sendo levado para outra Nação, onde a língua e os costumes são totalmente diferentes, bem como estaria rodeado de pessoas com a qual não guarda qualquer laço afetivo, mas apenas consanguíneo. É imprescindível que Sean fique sob a guarda e

responsabilidade do padrasto (pai socioafetivo), primando pela supremacia da filiação socioafetiva em detrimento da filiação biológica.

Nada impede, porém, que o pai biológico e o socioafetivo realizem um acordo estabelecendo o direito de visita daquele, para que assim Sean possa resgatar o contato e o convívio com o pai biológico. Plausível também pensar na hipótese de ser incluída na sua Certidão de Nascimento o nome do pai socioafetivo, mantendo-se o nome do biológico.

O que se espera é que o menor Sean não seja mais objeto de discussões e desavenças constantes entre as famílias brasileira e a americana, uma vez que esta criança precisa de um ambiente familiar equilibrado para que possa se desenvolver com dignidade.

8. CONCLUSÃO

Com a evolução do instituto da família e sua transição do caráter patrimonial para o afetivo, chamado de despatrimonialização ou repersonalização do direito de família, o afeto alcança proporção e importância até antes desconhecidas. O afeto, o amor e o companheirismo é o que devem reger as relações familiares e não mais o patrimônio, fato este já ultrapassado.

O afeto merece reconhecimento e proteção jurídica, sendo elevado à categoria de princípio das relações familiares, fazendo parte inclusive do princípio da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, ainda, que a família é o lugar de realização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros.

Quanto ao reconhecimento da filiação socioafetiva esta ganhou proporção após a promulgação da Constituição Federal e os tribunais pátrios têm dado a ela maior importância e reconhecimento em detrimento da filiação biológica.

O fenômeno da desbiologização tem imperado atualmente, vez que a relação de amor entre pai e filho não se impõe por um simples exame de DNA, reconhecido posteriormente por uma sentença. A relação de filiação é algo imensurável e é construída ao longo dos anos, no dia-a-dia. Trata-se de uma relação de extrema confiança que essa criança tem que ter para com quem depende carinho, amor, afeto e cuidados para com ela. Uma simples sentença, ainda que transitada em julgado, não tem o condão de atribuir o aspecto socioafetivo a uma relação de filiação.

A justiça é capaz de atribuir a paternidade a alguém, mas não é capaz de fazer este pai amar e se relacionar com o seu filho. Caso a ciência jurídica não reconhecesse a socioafetividade em detrimento da biologia, mantendo-se a paternidade apenas pelos laços consanguíneos, renegando o aspecto afetivo, certamente não estaria distribuindo justiça, mas estaria apenas disseminando filiações e paternidades decorrentes da coisa julgada.

No caso de Sean, primando pelo princípio do melhor interesse da criança e da dignidade humano, sua guarda deve permanecer com o padrasto (pai socioafetivo), respeitando-se os laços afetivos criados entre ambos, visto que no direito de família moderno impera o fenômeno da desbiologização em detrimento de laços consangüíneos.

9. REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliene Ferreira, DIAS, Maria Berenice (Coords.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República: Casa Civil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Presidência da República: Casa Civil*. Brasília, DF, 2000. Disponível em: . Acesso em: 24 mar. 2009.

_____. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. *Presidência da República: Casa Civil*. Brasília, DF, 2000. Disponível em: . Acesso em: 24 mar. 2009.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Presidência da República: Casa Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: . Acesso em: 26 set. 2008.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. *Presidência da República: Casa Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: em 26 set. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: . Acesso em: 24 mar. 2009.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Filiação na reprodução assistida heteróloga. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br:80/artigos/x/36/70/3670/>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Dicionário on line. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 25 set. 2008.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. V. V. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. V. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LIMA, Maria Aparecida Singh Bezerra de. Do sistema da filiação em razão da sócio-afetividade. In: _____. *Repersonalização das relações familiares em razão da filiação socioafetiva, na perspectiva dos direitos da personalidade*. 2006. f. 178-185. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Centro de Ensino Superior de Maringá, Maringá.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MADALENO, Rolf. Filhos do coração. In: *Revista Brasileira de direito de família*, n. 23.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31.
- MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 6. ed. Londrina: Eduel, 2007.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, FIUZA, César, SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NICOLODI, Márcia. *Os direitos da personalidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2008.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PATINÕ, Ana Paula Corrêa. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 16.

POLICARPO, Douglas. *A incompatibilidade da dignidade afetiva e o direito à sucessão. Uma abordagem do reconhecimento da paternidade extemporânea*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1256, 9 dez. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9257>>. Acesso em: 04 set. 2008.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

SANTOS, Jonny Maikel. *O novo Direito de Família e a prestação alimentar*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 208, 30 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=4740>>. Acesso em: 04 set. 2008.

SANTOS, Magna Guadalupe dos. Por Uma constituição simbólico-jurídica sobre o nome do pai: aspectos dos direitos de filiação e paternidade. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n. 8, p.248-249, 2001.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. São Paulo: Barros, Fisher & Associados, 2005.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva - O afeto como formador de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em 17 mar. 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- [1] GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.
- [2] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 210.
- [3] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 243-245.
- [4] GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.
- [5] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 80.
- [6] ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 372.
- [7] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 240.
- [8] GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.
- [9] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, FIUZA, César, SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 237.
- [10] Neste sentido DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. V. V. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 426-427. MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 147.
- [11] SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. São Paulo: Barros, Fisher & Associados, 2005. p. 77.
- [12] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 192.
- [13] FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 97.
- [14] PATINÕ, Ana Paula Corrêa. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 111.
- [15] DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 34-35.
- [16] DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 33.
- [17] No mesmo sentido OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 256.

- [18] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 351.
- [19] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 242.
- [20] FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 97.
- [21] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 258.
- [22] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 54.
- [23] DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 34.
- [24] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 237.
- [25] LIMA, Maria Aparecida Singh Bezerra de. Do sistema da filiação em razão da sócio-afetividade. In: _____. *Repersonalização das relações familiares em razão da filiação socioafetiva, na perspectiva dos direitos da personalidade*. 2006. f. 178-185. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Centro de Ensino Superior de Maringá, Maringá. p. 185.
- [26] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 204.
- [27] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 211.
- [28] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 510.
- [29] CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Filiação na reprodução assistida heteróloga. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br:80/artigos/x/36/70/3670/>>. Acesso em: 15 dez. 2008.
- [30] Neste sentido DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 44. PATINÕ, Ana Paula Corrêa. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 111. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 206. CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Filiação na reprodução assistida heteróloga. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br:80/artigos/x/36/70/3670/>>. Acesso em: 15 dez. 2008.
- [31] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 212.
- [32] FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 59.
- [33] FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 169.

[34] Neste sentido WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 157. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 50.

[35] SANTOS, Magna Guadalupe dos. Por Uma constituição simbólico-jurídica sobre o nome do pai: aspectos dos direitos de filiação e paternidade. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n. 8, p.248-249, 2001.

[36] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 243.

[37] Dicionário on line. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 25 set. 2008.

[38] GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise - um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 260-261.

[39] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 208.

[40] LIMA, Maria Aparecida Singh Bezerra de. Do sistema da filiação em razão da sócio-afetividade. In: _____. *Repersonalização das relações familiares em razão da filiação socioafetiva, na perspectiva dos direitos da personalidade*. 2006. f. 178-185. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Centro de Ensino Superior de Maringá, Maringá. p. 185.

[41] GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. V. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 311.

[42] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 348.

[43] BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 612.

[44] BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 612-613.

[45] BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 619-620.

[46] Dicionário on line. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2008.

[47] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

- [48] ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 12 mar. 2008.
- [49] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61.
- [50] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: BASTOS, Eliene Ferreira, DIAS, Maria Berenice (Coords.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 253.
- [51] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: BASTOS, Eliene Ferreira, DIAS, Maria Berenice (Coords.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 255-256.
- [52] KANT, Immanuel *apud* NICOLÓDI, Márcia. *Os direitos da personalidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003 .Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2008.
- [53] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 705.
- [54] PEREZ, González *apud* SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 17-18.
- [55] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 190.
- [56] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 704.
- [57] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 705.
- [58] BARROS, Sérgio Resende de *apud* DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 704.
- [59] SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 19-20.
- [60] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 716-717.
- [61] VILLELA, João Baptista *apud* DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 716-717.
- [62] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61.

- [63] POLICARPO, Douglas. *A incompatibilidade da dignidade afetiva e o direito à sucessão. Uma abordagem do reconhecimento da paternidade extemporânea*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1256, 9 dez. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9257>>. Acesso em: 04 set. 2008.
- [64] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 348.
- [65] SANTOS, Jonny Maikel. *O novo Direito de Família e a prestação alimentar*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 208, 30 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=4740>>. Acesso em: 04 set. 2008.
- [66] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 202.
- [67] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 361.
- [68] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula no. 301/STJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 795-796.
- [69] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 259.
- [70] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 365-366.
- [71] MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31. p. 39-66.
- [72] No mesmo sentido OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 255. SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva - O afeto como formador de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em 17 mar. 2009.
- [73] MADALENO, Rolf. Filhos do coração. In: *Revista Brasileira de direito de família*, n. 23. p. 22.
- [74] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 16. p. 8.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E
CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO –
ABORDAGEM SOB UMA PERSPECTIVA GARANTISTA DO PROCESSO
PENAL**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO REASONABLE LENGTH OF PROCESS –
APPROACH UNDER A GUARANTEE PERSPECTIVE OF CRIMINAL
PROCESS**

**Alba Paulo de Azevedo
Maria dos Remédios Fontes Silva**

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem acerca do direito fundamental à duração razoável do processo penal brasileiro, à luz da afirmação de um modelo democraticamente garantista harmonizado com a Constituição Federal de 1988. Revela origem e conteúdo do referido direito fundamental. Realça aspectos históricos dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, adentrando na exclusividade estatal do processo. Enfatiza o conflito entre segurança e celeridade do processo, traçando mecanismos para a consagração de uma tutela jurisdicional efetiva que reflita o equilíbrio entre rapidez e justiça. Enfrenta a questão do reconhecimento da responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo, como possível alternativa para assegurar ao cidadão o direito à tutela jurisdicional sem dilações indevidas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL. TUTELA JURISDICIONAL. CELERIDADE E EFETIVIDADE.

ABSTRACT

This article provides an approach on the fundamental right to reasonable length of Brazilian criminal proceedings, in light of the affirmation of a democratic model guarantee harmonized with the Constitution of 1988. Reveals origin and content of this fundamental right. Emphasizes historical aspects of fundamental rights and constitutionalism, entering the exclusive state of the process. Emphasizes the conflict between security and expedite the process, making arrangements for the establishment of an effective judicial protection that reflects the balance between speed and fairness. Faces the question of recognition of State liability for failure to timely process, as a possible alternative to ensure that every citizen has the right to judicial protection without undue delays.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHT. REASONABLE LENGTH OF CRIMINAL PROCESS. JUDICIAL PROTECTION. SPEED AND EFFECTIVENESS.

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que entrou em vigor em 31 de dezembro de 2004 trouxe vários novéis ao instituir a reforma do Poder Judiciário brasileiro. A primeira inovação encontra-se no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Poder-se-ia questionar se um simples comando normativo positivando orientação de longa data já perfilhada nas convenções internacionais mudaria toda uma realidade conferindo a tão almejada celeridade processual ao sistema brasileiro.

Entretanto, não se pode negar que imbuída do objetivo de entregar ao cidadão uma solução de conflitos mais célere, eficaz e justa, seja no âmbito administrativo ou judicial, ao estabelecer o direito fundamental acima mencionado, a reforma complementa e fortalece o complexo de normas constitucionais voltadas para a concretização do Estado Democrático de Direito, o qual entre os seus fundamentos centrais tem a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que precisam ser asseguradas.

A alteração do texto constitucional tem o propósito de atender exigências do momento atual impostas pela necessidade de realizar-se o caráter político, jurídico e social da jurisdição, de tal modo que o direito ao processo consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal seja interpretado doravante associado à duração razoável do processo, sendo esta deduzida não apenas como um elemento formal processual, mas como um instrumento fortalecedor da efetividade da jurisdição, sobretudo porque a tutela constitucional do processo tem *dúplice* configuração: a) *direito ao processo* (ou direito de ação e de defesa); e b) *direitos no processo* (com as garantias do devido processo legal)[1].

Os direitos fundamentais, além de ostentarem caráter normativo supremo dentro do Estado[2], sendo essenciais e intangíveis, igualmente, formam o núcleo rijo das regras do processo penal, e apesar de existirem, em primeira linha, para garantir a esfera de liberdade privada de cada indivíduo contra atos estatais, servindo como direitos de resistência do cidadão, denotam também uma dimensão objetiva-axiológica, deixando de ser valorados apenas sob uma visão individualista para serem-no sob uma perspectiva de toda a coletividade.

À luz da Constituição o processo passou a ser analisado a partir da consagração ostensiva de garantias processuais na própria Lei Maior[3], após a Segunda Guerra Mundial. Assim, lançando mão de uma categoria kelseniana, em sentido processual, a Constituição equivaleria à dinâmica jurídica introduzida na Teoria pura do direito como a parte da teoria do direito que tem por escopo o processo do direito, onde se estuda o direito em movimento, razão pela qual ainda hoje o modelo mais sofisticado de figuração da ordem jurídica, proposto por Alexy em sua Teoria dos direitos

fundamentais, distingue três níveis: o dos princípios, o das regras e o dos procedimentos[4].

Os postulados filosóficos do pensamento garantista projetam-se sobre todos os ramos do direito, e em particular sobre o processo penal, onde a leitura deste cinge-se a um sistema de garantias que encontre o perfeito equilíbrio entre a tutela dos interesses sociais – *jus perseguendi* – e a tutela dos interesses individuais – o *status libertatis* do réu – como forma de proteção e segurança da ordem jurídica.

Com o propósito de apresentar uma análise do direito fundamental à duração razoável do processo, numa perspectiva garantista do processo penal brasileiro, o presente estudo adentrará na origem e conteúdo do citado direito fundamental, percorrendo os antecedentes históricos dos direitos fundamentais, salientando o direito em foco nos documentos internacionais, delimitando-o em conteúdo e alcance no sistema jurídico nacional, em paralelo à observância de outros direitos fundamentais garantidos pelo Estado, além de enfrentar a questão da sua necessária observância e a eventual responsabilidade do poder público em caso de descumprimento do referido direito fundamental.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

2.1 Origem e conteúdo

A razoável duração do processo não é assunto novo em documentos internacionais. Desde a Magna Carta de 1215, em seu §4º, que o direito estrangeiro convive com o tema da celeridade processual, porquanto referido dispositivo já anunciava não negar ou retardar a justiça.

O art. XVIII[5] da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 também já o previa, assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, nº 5[6]. Este último não apenas assegurou o direito do réu ser julgado em prazo razoável, bem assim o de ser posto em liberdade se não for julgado nesse prazo[7].

A Convenção Européia dos Direitos Fundamentais dos Homens e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, §1º, também assegura o direito ao fim dos processos em um tempo razoável. Igualmente, as Constituições da Espanha (art. 24.2) e da Itália (art. 111, alterado em 1999) garantem um julgamento sem dilações e em prazo razoável. Ainda a 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos garante ao acusado um julgamento célere, instituto assegurado da mesma forma pela Corte Suprema de Justiça Nacional da Argentina, fundada no art. 18 da Constituição, através de sólida jurisprudência no sentido de consolidar que o acusado tem o direito a um pronunciamento que ponha termo ao processo o mais rápido possível [8].

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprovada em 1969 - Pacto de São José da Costa Rica - foi ratificada pelo Brasil e integrada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992[9]. Desde então, e por imposição do §2º do art. 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira em complementação ao texto constitucional e especificando sobretudo as regras do devido processo legal.

O direito ao processo em prazo razoável surgiu explicitamente na referida Convenção. A Constituição brasileira, a princípio omissa de modo expresso a tal respeito, foi integrada tanto pelos direitos e garantias implícitos quanto pela Convenção Americana. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, é que a promessa de realização do processo em tempo razoável passou a ser contemplada de maneira explícita no rol dos direitos fundamentais oferecidos pela Lei Maior.

Positiva-se, no direito constitucional, a duração razoável do processo, orientação já reconhecida nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que já existia de forma implícita na idéia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana, até porque o Estado é vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. Aliado a isso, considerando a indissociabilidade entre proteção judicial efetiva e prestação jurisdicional em prazo razoável, e sobretudo a ausência de autonomia desta última pretensão, é que se julga pertinente tratar da questão relativa à duração indefinida ou desmesurada do processo no contexto da proteção judicial efetiva[10].

A despeito de complexa implementação da duração razoável do processo, ressaltando serem expressivos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que concedem *habeas corpus* em decorrência do excesso de prazo da prisão cautelar, Gilmar Ferreira Mendes[11] observa que o direito à duração razoável do processo “pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica”.

O fato de o ordenamento brasileiro ainda não ter definido para uma maior clareza o que venha a ser “duração razoável” não impede a imediata aplicação do direito fundamental aqui tratado. Alguns critérios são lançados para considerar a razoabilidade de um processo, como o número das partes, a dificuldade da prova e sua valoração, a perícia técnica complexa e a multiplicidade das questões tratadas[12].

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Americana de Direitos Humanos têm adotado três critérios básicos: a complexidade do caso, a atividade processual do imputado e a conduta da autoridade judiciária. Contudo, carecem de ser fixadas quais são as variáveis ou parâmetros da razoabilidade, de sorte que não represente nada que inviabilize a persecução penal e sim que auxilie e imponha limites à eternização dos processos [13].

O certo é que, além da carga de subjetividade do dispositivo constitucional objeto desta análise, restam flagrantes a vaguidade e indeterminação do legislador constitucional ao dizer que a duração do processo deve ser razoável, até porque são

inúmeras as variáveis que concorrem contra uma padronização, notadamente levando em conta as marcantes disparidades existentes no Brasil e no próprio Judiciário, o que sinaliza para uma solução casuística, num quadro individualizado dos processos e comparativo com outros da mesma natureza que apresentem similaridades básicas[14].

2.2 Enfoque histórico dos direitos fundamentais e do constitucionalismo

Uma abordagem acerca dos direitos fundamentais se apresenta pertinente para maior clareza do tema proposto por ser assunto imprescindível à análise em torno do fenômeno Estado democrático, cujo surgimento e evolução estiveram sempre relacionados ao limite da intervenção na esfera individual.

A *priori*, a título de esclarecimento do emprego, por vezes, da terminologia “direitos humanos” para designar os direitos fundamentais no âmbito internacional, cumpre apontar dois fatores propulsores da internacionalização dos direitos fundamentais no século XX: o fim da Segunda Guerra Mundial e o desenvolvimento do direito internacional público no mesmo[15].

No pensamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, não há uma única terminologia correta para os direitos fundamentais, ressaltando, porém, que as expressões “direitos naturais” e “direitos humanos” não indicam os direitos positivados na Constituição, mas sim os direitos pré-positivos (direitos naturais) ou supra-positivos (direitos humanos), ao tempo que assinalam que “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”[16].

Buscando estabelecer um governo de leis e não de homens, o Estado de Direito surge, no final do século XVIII, de um intento de evitar o arbítrio dos governantes. Com efeito, a luta dos colonos ingleses na América do Norte e a reação do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação: o descontentamento contra um poder que atuava sem lei nem regras. A Constituição, enquanto documento escrito de organização e limitação do Poder, por sua vez também foi uma criação do mesmo século e tinha o propósito de instituir o governo não arbitrário e limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem[17].

Os direitos humanos, como critério valorativo do sistema jurídico, não têm caráter absoluto, mas, por retratarem a consagração de valores superiores, possuem prevalência axiológica na análise sistemática do direito e supremacia operacional na interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral.

Como a definição de direitos humanos sinaliza para uma pluralidade de significados, destaca-se, oportunamente, com maior ênfase a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948[18].

Os direitos naturais, como a base conceptual dos direitos humanos podem ser constatados em John Locke, o qual atribuiu a origem de todos os direitos e privilégios à lei natural, e de Tomás de Aquino, segundo o qual a lei natural possui três propriedades naturais: *originária* - lei natural tem caráter inato e intrínseco, porque Deus imprimiu os princípios da lei natural na mente dos homens; *universal* – é a mesma para todos os homens; e *imutável* – não pode ser apagada do coração dos homens[19].

Esses pensamentos serviram de inspiração às idéias que deram forma tanto à Declaração de Direitos da Virgínia quanto à Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. Contudo, somente no século XVIII, é que realmente surgem as declarações de direitos humanos promovidas por alguns Estados americanos, por ocasião de sua independência em relação à Inglaterra, inaugurando-se o denominado processo *Era Democrática* e moderno Estado de Direito liberal burguês, começando pelo Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia [20].

Contudo, somente no século XVIII, é que realmente surgem as declarações de direitos humanos promovidas por alguns Estados americanos, por ocasião de sua independência em relação à Inglaterra, inaugurando-se o denominado processo *Era Democrática* e moderno Estado de Direito liberal burguês, começando pelo Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.

A expressão *direitos do homem* foi mais difundida, no plano normativo, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 26 de agosto de 1789, com a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão foram consagradas as liberdades dos indivíduos na sua defesa contra o Estado Liberal (*individualismo*), sendo proclamados os direitos de liberdade, propriedade, segurança e resistência, donde se extrai que o Documento Francês, antes de tudo, refletia o pensamento filosófico e jurídico (*intelectualismo*) surgido a partir de uma sociedade ideal, dotado de valor universal (*mundialismo*) que ultrapassasse os limites do país[21].

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é recente na história da humanidade, porquanto nascido a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, uma vez que a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição da pessoa humana[22], resultando no extermínio de 11(onze) milhões de pessoas, sendo que desse universo 6 (seis) milhões eram judeus[23], uma vez que o legado do nazismo foi o aparato estatal enquanto principal delinqüente a condicionar a titularidade de direitos a uma única raça – a raça pura ariana.

Em face do regime de terror da II Grande Guerra, houve uma ruptura do paradigma jusnaturalista, que afirmava que os direitos humanos decorriam da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa humana. Iniciado processo de reconstrução dos direitos humanos após a II Guerra Mundial, o marco mais significativo foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, que introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

A característica da Universalidade porque a Declaração visa à extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos; e a Indivisibilidade porque a garantia dos direitos

civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Como as declarações anteriores apenas ressaltavam ora o discurso liberal da cidadania, ora o discurso social, a Declaração de 1948 inovou porque combinou o discurso liberal da cidadania com o discurso social, elencando tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais. A par de tais características tem-se que, quando um desses direitos é violado os demais também o são, pelo fato de os direitos humanos comporem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada deixando claro que a Declaração surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados[24].

Os traços de integralidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos foram reafirmados definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), na Proclamação do Teerã de 1968, na Resolução nº 32/130 da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, acerca dos critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais, na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993[25].

Essa incursão histórica mostra que a definição de direitos fundamentais, inevitavelmente, passa pelo progresso social, pelo desenvolvimento da civilização, por uma perspectiva ideológica e pelo ponto de vista axiológico do intérprete, revelando de certa forma a espinhosa missão em encontrar-se uma definição precisa.

A consagração formal e o respeito efetivo aos direitos fundamentais denotam sintomas de racionalidade das relações humanas porque quanto mais amplos forem a consagração e o respeito a eles, mais próximo se estará de uma vida social racionalizada para todos os seres humanos.

Nessa evolução do relacionamento indivíduo-Estado, a partir da necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o poder estatal intervencionista, países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista para impor ao ente público e a própria sociedade o respeito aos direitos individuais, inclusive, tendo o Brasil, conforme lembrado por José Afonso da Silva[26], sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor.

No ordenamento brasileiro, a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, consolidando a ruptura como o regime militar instalado desde 1964, trazendo o princípio da legalidade - art. 5º, inciso II e XXXIX- e o princípio da jurisdicionalidade - art. 5º, inciso XXXV-, ambos colocados como instrumentos importantes de garantia dos direitos humanos no Brasil.

Entretanto, um alerta faz-se necessário. É que apesar do atual movimento mundial de expansão dos direitos fundamentais, igualmente identificam-se inúmeras ameaças a valores ligados à dignidade humana e à limitação do poder, onde o Estado se agiganta e sob o pretexto de dar mais proteção às pessoas, suprime direitos elementares, como o direito à inviolabilidade do domicílio e das comunicações,[27] de tal sorte que a

constante lembrança da história dos direitos fundamentais ergue-se como um imperativo para que conquistas obtidas em lutas, revoluções e guerras civis não sejam suprimidas abusivamente.

3 O PROCESSO PENAL GARANTISTA

3.1 A Exclusividade estatal do processo

É cediço que a pena tem cunho eminentemente estatal, no sentido de ser pública, pelo fato de o Estado ter substituído a vingança privada estabelecendo que a pena constitui uma reação do Estado contra a vontade individual restando proibida a autotutela e a justiça pelas próprias mãos.

Perpetrado o ilícito penal, enquanto violação de um bem jurídico tutelado por legislação específica, lesando ou ameaçando direitos individuais e afetando a harmonia da convivência em sociedade, compete ao Estado a restauração da ordem jurídica por ele atingido, com o propósito de restabelecer a paz social.

A exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser interpretada em paralelo com a exclusividade processual, pois ao tempo em que o Estado estabelece que somente os juízes e tribunais podem declarar o delito e impor a pena, prevê também a imprescindibilidade de que essa sanção venha através do devido processo penal[28].

Tratando do devido processo legal, Antonio Scarance Fernandes preconiza que:

O processo constitui o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa. Daí serem examinadas primeiramente as normas constitucionais sobre o instituto do processo. É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). [...] O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa. Reflexo desse posicionamento é, na atualidade, o destaque dado ao exame das garantias do devido processo legal, abrangendo-se nelas as garantias das partes e da atividade jurisdicional.[29]

O direito de ação, que não é outro, senão o direito à jurisdição, assegura a todo indivíduo a possibilidade de reclamar do juiz a prestação jurisdicional toda vez que se sentir ofendido ou ameaçado, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Sendo três as formas de solução de um litígio: autocomposição, autodefesa e o processo, observe-se que, na primeira, a decisão da contenda é obtida pelas próprias partes; na

segunda, há a imposição da decisão de uma das partes à outra, e; na terceira, o Estado-juiz intervém, substituindo a vontade das partes pelo comando normativo, aplicando a lei ao caso concreto e extraindo a regra jurídica que valerá para as partes.

Na seara criminal, como regra, cabe ao Estado o monopólio de distribuição de justiça e o direito de punir, sendo vedada a autodefesa e a autocomposição, evitando-se que as pessoas passem a agredir umas as outras sob o pretexto de estarem defendendo seus direitos.

Entretanto, como os agentes do Estado não podem se fazer presentes em todos os lugares e a toda hora, há algumas exceções, como é o caso da legítima defesa que o cidadão se vale para proteger direito seu, configurando uma hipótese de autodefesa.

Excepcionalmente, tem-se, ainda, a hipótese de autocomposição prevista na Lei nº 9.099/95, que prevê a forma e os casos de aplicação da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, caracterizando o que se denominou de devido processo consensual[30]. Mesmo nesses dois casos, ainda é certo dizer que, no âmbito penal, a forma de solução de um litígio somente pode se dar através do processo, uma vez que em ambas as hipóteses há de existir um processo judicial regularmente instaurado seja para se comprovar a legítima defesa, seja para se proceder à transação em caso de infração de menor potencial ofensivo.

3.2 A teoria geral do garantismo e sua aplicação ao processo penal

A perspectiva garantista teve origem no movimento do *uso alternativo del diritto* nascido na década de sessenta/setenta, no interior a Associação da Magistratura Italiana[31], porém um dos grandes responsáveis pela divulgação do garantismo jurídico é o italiano Luigi Ferrajoli, magistrado aposentado e professor da Universidade de Camerino[32].

Permitindo a superação do formalismo kelseniano, abrindo as portas para uma fundamentação material das decisões judiciais, Ferrajoli, em obra datada de 1989 (*Diritto e Ragione*), lança as bases para a discussão da validação de decisões judiciais, podendo-se considerar que a perspectiva garantista consiste, principalmente, em estabelecer um núcleo de direitos cuja proteção seja imprescindível para a caracterização de um regime democrático, uma vez que tal conjunto de direitos seria dado exatamente pelos direitos fundamentais[33].

No prólogo da obra referida, Bobbio[34] definiu as grandes linhas de um modelo geral de garantismo: antes que nada, erguendo-o a tipo ideal do estado de direito, considerado não somente como estado liberal protetor dos direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um *juspositivismo* crítico contraposto ao *juspositivismo* dogmático; e, por último, interpretando-o como uma filosofia política que funda o estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que precisamente do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento)

destes direitos se extrai sua legitimidade e também a capacidade de renovar-se sem recorrer à violência subversiva.[35]

Embora desenvolvido a partir de aguda crítica ao direito penal, o garantismo vem hoje adquirindo pretensões generalizadas a ponto de erguer seu potencial à estruturação de nova concepção sobre a teoria geral do direito e do Estado (teoria política). O efeito mais visível da adoção do modelo penal de garantias é a negação do modelo ressocializador, como argumento justificador da pena, de modo que a legitimidade da sanção seja o ponto central do problema jurídico-penal refletindo diretamente na própria fundamentação política do Estado moderno[36].

Com seu arcabouço teórico fundado nos princípios da secularização (separação entre direito e moral) e da tolerância (infiéis e hereges julgados pelos tribunais e não pelos juízos eclesiásticos)[37], concebendo justificção antropológica à intervenção estatal, desmistificando o falso humanismo que recobre o mito da recuperação, o garantismo, enquanto modelo interpretativo do sistema penal, encontra perspectiva absolutamente oposta ao discurso ressocializador, por procurar deslegitimar os fundamentos jurídicos da pena, conduzindo-a a sua gênese que é a esfera política.

Hoje, tanto o direito quanto o processo penal contemporâneos passam por reformas em busca de superar crise cujos sintomas são a inflação legislativa e a falta de eficácia tutelar dos direitos individuais por parte do poder público, fatos decorrentes da incapacidade do sistema genealógicamente liberal alcançar as demandas impostas, num primeiro instante, pelo Estado social e, na atualidade, pelos riscos gerados na sociedade pós-industrial, somando-se a isso a incursão do modelo em níveis assombrosos de ilegalidade funcional administrativa e judicial, denotando a violação pelo próprio Estado de sua legalidade ordinária e constitucional[38].

Essa mesma crise ainda agride vorazmente o princípio da legalidade, gerando exercícios de poder autoritário em detrimento das garantias e do anseio, sobretudo em países periféricos, de construção da democracia a partir do paradigma do Estado de Direito. O garantismo propõe um saber jurídico-político alternativo ao neobarbarismo defensivista encabeçado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pela ideologia da Defesa Social.

Buscando estabelecer novos liames capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal[39]: 1ª) a revisão crítica da teoria de validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); 2ª) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e 3ª) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política).

Assim, partindo dessa tríplice reavaliação surge a possibilidade de construção de uma teoria geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva. Salo de Carvalho pondera que a expressão garantia pode ser empregada desde três entendimentos possíveis:

1º) processual ou instrumental, que indica falsa a interrogação ‘o que é garantia’, podendo apenas ser formulada a questão ‘como se expressam ou como funcionam as garantias’; 2º) final, visto que será garantista o sistema que maximize a tutela dos direitos fundamentais; e 3º) gradual, pois nunca serão realizadas (ou não realizadas) todas as garantias e muito menos existirão sistemas perfeitos, encontrando apenas modelos mais ou menos garantistas ou antigarantistas. A satisfação das garantias individuais e sociais expressa nas constituições democráticas indicariam, então, a maior ou menor adesão de determinado Estado ao sistema normativo garantista.[40]

Porém, uma advertência se descortina. É que o sistema jurídico da garantias reflete essencialmente um modelo jurídico-penal de tradição liberal (direito penal, direito processual, política criminal e criminológica, segurança pública), uma vez que seus contornos gerais referentes à teoria do direito e à teoria política, nada obstante forneçam elementos suficientes ao estudo proposto, não passam de um esboço, de conceitos preambulares e inacabados de uma futura teoria geral do direito e da política[41].

Imprescindível essa ressalva por indicar os limites do garantismo e a necessidade de reflexões críticas acerca do paradigma proposto, restando claro que o aporte teórico garantista é concebido como modelo doutrinário crítico das ciências penais e apesar da possibilidade de ampliação dessa perspectiva, toda essa formulação sobre a teoria geral do direito e da política não passa de especulação projetiva de modelos teóricos que estão por vir.

O processo penal contemporâneo tem uma função tipicamente garantista por assegurar ao acusado todos os direitos constitucionalmente previstos, não havendo mais lugar, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista, o qual buscava um culpado a todo custo, tolhendo-lhe a liberdade sem assegurar-lhe os direitos fundamentais[42].

Visam as garantias do processo penal a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, gerando a confiança do cidadão no Estado de Direito, não se podendo olvidar que a dignidade da pessoa humana, hodiernamente, é pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral, tendo o constituinte de 1988 feito a clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro[43].

Embasado no pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, o garantismo parte da noção meta-teórica da centralidade da pessoa e de seus direitos fundamentais, como também da anterioridade lógica da sociedade em relação ao Estado, visto como produto e servo daquela, onde o modelo de direito penal mínimo sustentado deve estar diretamente vinculado ao modelo de processo penal garantista, por estar a evolução do processo intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura de Estado em um dado período.

O sistema garantista proposto por Ferrajoli estabelece cinco princípios básicos sobre os quais deve ser erguido o processo penal[44]: a) Jurisdicionalidade – *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*; b) Inderrogabilidade do juízo; c) Separação das atividades de julgar e

acusar – *Nullum iudicium sine accusatione*; d) Presunção de inocência; e) Contradição – *Nulla probatio sine defensione*.

As recentes mudanças do processo penal brasileiro vêm fortalecendo o modelo garantista, assim como a doutrina e jurisprudência nacionais, não sendo mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional,^[45] no sentido de que todos os direitos previstos na Constituição serão assegurados ao cidadão, porque de nada adianta garantir-lhe o direito de ampla defesa se, por exemplo, sanção penal lhe for aplicada sem que possa se defender dos fatos que lhe foram imputados ou se não for citado para responder a acusação ou se for condenado por fato diverso do que constava na denúncia ou se lhe for revogado qualquer benefício legal sem sua prévia oitiva ou se o processo não tiver duração razoável^[46].

4 O CONFLITO ENTRE SEGURANÇA E CELERIDADE NO PROCESSO

4.1 Mecanismos para a consagração de uma tutela jurisdicional efetiva

O equilíbrio entre rapidez e justiça não é missão das mais fáceis. Enquanto fator de eficiência do processo, a busca de celeridade é preocupação antiga, contudo sempre se advertiu que não deve ser alcançada a qualquer preço, pois as garantias individuais hão de ser preservadas^[47].

De mais a mais, para que um processo venha a atingir o seu final em tempo próximo daquele previsto pelo legislador, é importante que o seu curso obedeça ao ritmo imposto pelo procedimento a ser seguido, sem recuos e desvios, e que não seja prolongado após encerrado, por novos movimentos. Ademais, questões que geram incidentes durante o desenvolvimento da causa são inevitáveis, razão pela qual para que não causem desvios prolongados, é melhor que sejam solucionadas pelo juiz no próprio processo, evitando-se procedimentos colaterais e excessiva demora na solução da lide^[48].

O direito do acusado de ser julgado dentro de um prazo razoável é conseqüência direta do devido processo legal. É que, uma vez decorrido lapso temporal considerável após o cometimento do delito, não apenas aparenta ineficiente, mas também indevido submeter a pessoa ao cumprimento de uma medida ou sanção penal, sobretudo esta, quando durante esse período o acusado tenha demonstrado a sua plena recuperação, mantendo-se comportado e convivendo normalmente em sociedade. A demora revela que não parece razoável que o acusado venha a ser compelido a cumprir uma pena cujo objetivo seria atingir uma recuperação que já ocorreu. Nesta hipótese, a sanção seria simplesmente retributiva, portanto, fora de sintonia com um sistema criminal de uma ordem democrática^[49].

No âmbito criminal, o estigma causado pelo processo permanece, e ainda que absolvido, o acusado traz consigo a mancha que lhe foi atribuída com a persecução penal. Esse contexto evidencia que a demora do processo criminal acarreta tormentos ao acusado,

não apenas em razão dos problemas sociais que ocasiona, mas também pelos malefícios de ordem psicológica daí originados, campo fértil para a multiplicação de doenças psicossomáticas[50].

Para ser reconhecido, um direito subjetivo a um processo célere ou com duração razoável exige do Poder Público em geral e especialmente do Poder Judiciário, a adoção de medidas destinadas a realizar tal desiderato. Abre-se, nesse caminho, um campo institucional reservado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais[51].

O assunto abarca temas complexos e variadas pretensões, tais como, a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional e de questões ligadas à efetividade do acesso à justiça[52].

Ao ressaltar a necessária colaboração de todos os que operam com o processo, José Augusto Delgado pondera que:

Entre nós não há, ainda, culto à simplificação das leis, do processo e da forma de serem apresentadas as petições iniciais, a contestação, as razões recursais e as decisões judiciais. A experiência demonstra o constante contato dos juízes com verdadeiros e bem elaborados tratados apresentados pelos advogados; estes, por sua vez, têm de decifrar a extensão dos fundamentos apresentados pelos magistrados em suas decisões, gerando, em regra, a necessidade de embargos de declaração para serem clareadas. O movimento pela simplificação do direito aplicado só terá êxito entre nós se contar com o apoio de todos os seguimentos envolvidos com a entrega da prestação jurisdicional. A pregação da doutrina em tal sentido será em vão se não contar com a colaboração do legislativo e, especialmente, dos advogados e dos juízes. Cumpre a todos encetarem movimentos sadios que produzam reflexos no Poder Legislativo e no Poder Judiciário para que se adote a cultura da simplificação do direito. [53]

O papel do Poder Legislativo é evidente no movimento pela celeridade processual. Cabe ao Legislativo atentar para a realidade, perceber as dificuldades enfrentadas pelo ordenamento vigente, promover as alterações estruturais na legislação processual, definir medidas visando a adequação desta ao direito material a que dá suporte, no intuito de tornar o processo mais ágil e justo.

O Poder Legislativo brasileiro já tem dado mostras no sentido de implementar medidas para a concretização do direito fundamental à razoável duração do processo penal. A exemplo disso, viu-se recentemente a reforma do Código de Processo Penal, onde diversas inovações foram inseridas no sistema brasileiro, tais como: 1) audiência única de instrução e julgamento com a inquirição de todas as pessoas envolvidas; 2) alegações finais orais; 3) sistema de inquirição direta de testemunhas; 4) inquirição de testemunhas por videoconferência; 5) extinção do libelo-crime acusatório e de sua

contrariedade; 6) fim do protesto por novo júri, recurso antes previsto para a defesa quando a pena imposta fosse igual ou superior a 20 anos; 7) regulamentação da vedação constitucional de provas ilícitas, assim como das provas derivadas das ilícitas.

4.2 O problema da responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo

Apesar de ainda ser considerada incipiente por alguns, a questão da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais começa a ganhar fôlego, tendo ensejado inúmeros estudos notadamente na última década, fato que se deu também em decorrência do disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal[54] e revela a preocupação com os prejuízos, por vezes, causados aos cidadãos por suportarem ônus indevido em casos de funcionamento defeituoso do serviço judiciário, como por exemplo, com a demora na prestação da tutela jurisdicional, o erro judiciário, a denegação da justiça ou eventual ação culposa ou dolosa de juízes[55].

São questões que, por mostrarem potencialidade danosa passível, inclusive, de gerar efeitos irreversíveis aos particulares, merecem um olhar mais agudo e cauteloso por parte daqueles que operam com o direito e efetivamente se preocupam em salvaguardar os interesses dos jurisdicionados, mormente por ser o acesso à justiça um direito humano fundamental dos sistemas jurídicos modernos e igualitários, reconhecido tanto no plano internacional quanto na própria Constituição Federal.

O art. 37, §6º da Constituição Federal enseja interpretações divergentes sobre o alcance da aplicação da disposição nele contida, havendo quem defenda que o Estado não responde, segundo tal norma, pelos atos do Poder Judiciário e Legislativo, limitando a aplicação da teoria do risco unicamente aos atos do Poder Executivo. Noutro viés, a doutrina que afirma o caráter de típico serviço público da atividade judiciária o faz sob o argumento de que, na medida em que se vedou ao particular o exercício da justiça por meio próprio e privado, instituiu-se, então, o serviço público judiciário que não passa de espécie do gênero serviço público.

Nesse rumo, admitir-se a irresponsabilidade estatal pela atividade jurisdicional imperfeita seria o mesmo que negar ao jurisdicionado o direito de acesso à justiça, o qual, da maneira como discutido nas últimas décadas, não se limita mais ao mero direito de petição ao órgão público competente, exigindo muito mais, inclusive que a tutela pretendida não se delongue no tempo, nem se perca com burocracia procedimental[56].

No entanto, mesmo sendo patente que a nova disposição constitucional reconhece a importância da prestação da justiça dentro de um prazo razoável, é preciso atentar que o tema exige reflexões mais aprofundadas, não sendo recomendável conclusões precipitadas acerca de um direito fundamental cujos contornos e balizas ainda estão em construção, elementos que precisam ser aclarados para que se impinja a fixação de responsabilidade civil ao Estado.

5 CONCLUSÃO

Enquanto instrumento de aplicação de política criminal, a função primordial do processo é a tutela de direitos. Concebido para fixar as regras quanto ao exercício da jurisdição, não representa o processo penal um mero instrumento técnico de acesso à justiça, pois guarda em si valores políticos e ideológicos de uma nação, refletindo as diretrizes elementares do sistema político de um país.

A busca pela celeridade constitui preocupação antiga e junto com ela sempre veio o alerta no sentido de que a rapidez processual não deve ser alcançada a qualquer custo, respeitando-se as garantias individuais. Estas, sobretudo as do processo criminal, têm o intuito de assegurar que ao acusado será dado um tratamento onde a dignidade humana seja preservada, gerando a confiança do cidadão no Estado Constitucional de Direito.

O direito fundamental à tutela jurisdicional em prazo razoável é consequência do exercício da cidadania pelas massas globalizadas, na medida em que permite que todos os indivíduos tenham acesso à justiça, refletindo um movimento de cunho mundial, cuja indeterminação do conceito deve ser analisada em cada caso concreto como o restritamente necessário para a solução da lide com segurança, mormente buscando um prazo razoável para as causas denominadas não complexas.

A celeridade processual, portanto, constitui fator indispensável para a eficiência do processo criminal, que se ocupa do restabelecimento da segurança da vida em sociedade, sob pena de a tardança no deslinde da lide transparecer uma falsa impressão de impunidade e tornar ineficiente um julgamento definitivo do acusado, o qual enquanto não submetido à medida ou à sanção devida, em regra, permanecerá no seio da coletividade. Além do mais é possível identificar quando este direito fundamental do cidadão não for assegurado, traduzido numa demora injustificada da prestação jurisdicional, descortinando eventual atividade defeituosa do Estado em aplicar o direito ao caso concreto.

Manifesta-se, assim, imprescindível o desprendimento por parte de todos os envolvidos com o processo, além de esforço e seriedade no trato da questão pelo Poder Público, especialmente pelo Judiciário, que precisa adotar alternativas para realizar tal escopo com o planejamento de políticas públicas de prestação jurisdicional efetiva e célere, levando a efeito o quanto antes a informatização do processo, nos termos da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 com medidas que: a) viabilizem a gravação do maior número possível de audiências; b) proporcionem segurança e comodidade aos interessados habilitados, por meio do acesso aos dados 24 horas, sem a necessidade do deslocamento aos fóruns para encaminhar petições ou consultar os autos; e c) imprimam a efetividade do direito à informação por parte da sociedade, pela via eletrônica, acerca de dados que não tramitem em segredo de justiça.

6 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional.** Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do estado pela não duração razoável do processo.** Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição.** 4ed. rev.e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

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

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo.** 2ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DELGADO, José Augusto. **Reforma do poder judiciário.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1902>>. Acesso em 12 de dezembro de 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. O tempo e o movimento no processo penal: a eficiência e o garantismo em uma visão equilibrada do processo penal. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009. p. 23-43.

_____. **Processo penal constitucional.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 9ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.) et al. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e garantias constitucionais. In: LIMA, Marcellus Polastri e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 1-21.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Significado epistemológico do conceito processual de constituição. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coord.). **A constituição como espelho da realidade:**

interpretação e jurisdição constitucionais em debate – homenagem a Silvio Dobrowolski. São Paulo: LTr, 2007. p.181-186.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n.27, dez. 1998. Disponível em:<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 12 jul. 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica**. 2ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RANGEL, Paulo. **O Garantismo Penal e o Aditamento à Denúncia**. Disponível em:<www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 12 jul. 2005.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 172, ano 43, p. 23-35, out./dez. 2006.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Jurisdição e Direitos Fundamentais: a Proposta do Garantismo como Separação do Formalismo Kelseniano**. Disponível em:<http://www.esmape.com.br/revista/joao_paulo_rev15.htm>. Acesso em: 13 jul. 2005.

[1]GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e garantias constitucionais. In: LIMA, Marcellus Polastri e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009. p. 2.

[2] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.54.

[3] DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 201.

[4] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Significado epistemológico do conceito processual de constituição. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coord.). **A constituição como espelho da**

realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate – homenagem a Silvio Dobrowolski. São Paulo: LTr, 2007. p.183.

[5] “Art. XVIII – Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processos simples e breves, mediante o qual a justiça o proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.

[6] “Art. 7º, nº 5 - Toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem o direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

[7] CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**. 4ed. rev.e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 225.

[8] Idem. Ibidem. p. 225-226.

[9] GRINOVER, op. cit. p. 7-8

[10] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 500-502.

[11] Op. cit. p. 501.

[12] Conforme Corte de Apelo de Ancona apud CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**. 4ed. rev.e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 227-229.

[13] Idem. Ibidem. p. 229.

[14] SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 172, ano 43, p. 23-35, out./dez. 2006. p. 27.

[15]DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit. p. 40.

[16] Idem. Ibidem. p. 53-54.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-3.

[18] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91.

[19] ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza:** uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. Idem. Ibidem. p. 36-37.

[20] Idem. Ibidem. p. 36.

[21] Idem. Ibidem. p. 61.

[22] GOMES, Luiz Flávio (Coord.) et al. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

[23] PIOVESAN, op. cit., p.92.

[24] Idem. Ibidem. p. 92-93.

[25] Idem. Ibidem. p. 94.

[26] Apud FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.12.

[27] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p.55.

[28] Cf. LOPES JUNIOR, op. cit., p. 04.

[29] FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.29

Op. cit., p. 31.

[30] GOMES, op. cit., p. 188.

[31] Idem. Ibidem. p. xxv.

[32] TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Jurisdição e Direitos Fundamentais: a Proposta do Garantismo como Separação do Formalismo Kelseniano**. Disponível :http://www.esmape.com.br/revista/joao_paulo_rev15.htm.

Acesso em: 13 de julho de 2005. p. 10.

[33] Idem. Ibidem. p.10/11.

[34] BOBBIO Apud LOPES JUNIOR, op.cit., p. 10.

[35] O texto original, na obra em referência, consta em língua espanhola, onde as linhas gerais do garantismo constam nos seguintes termos: *Antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.*

- [36] CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 25-26.
- [37] Idem. Ibidem. p. 26.
- [38] CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 98.
- [39] Idem. Ibidem. p. 98.
- [40] Op. cit., p. 99.
- [41] Op. cit., p. 99.
- [42] RANGEL, Paulo. **O Garantismo Penal e o Aditamento à Denúncia**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 12 jul. 2005. p. 31.
- [43] BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203.
- [44] LOPES JUNIOR, op. cit., p. 10/12.
- [45] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica**. 2ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 149.
- [46] CARVALHO, op. cit., p. 245.
- [47] FERNANDES, Antônio Scarance. O tempo e o movimento no processo penal: a eficiência e o garantismo em uma visão equilibrada do processo penal. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009. p. 27.
- [48] Ibidem. p. 29.
- [49] SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 455-456.
- [50] Idem. Ibidem. p. 456.
- [51] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 501.
- [52] Idem. Ibidem. p. 501.
- [53] DELGADO, José Augusto. **Reforma do poder judiciário**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1902>>. Acesso em 12 de dezembro de 2008. p.33-34.

[54] “Art. 37, §6º da CF – As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

[55] ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p.13-16.

[56] Idem. Ibidem. p. 86-87 e 148.

DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

RIGHT TO SILENCE OF THE INTERROGATION

**Alex Ferreira Batista
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa**

RESUMO

Procura com o presente trabalho elaborar uma análise sobre a garantia do direito ao silêncio, considerando o silêncio como garantia da defesa do indivíduo dentro de qualquer procedimento, seja ele extrajudicial ou judicial, público ou privado, material ou processual, especialmente no que tange a sua aplicação no interrogatório penal. O estudo pretende dar um enfoque para a garantia constitucional do direito ao silêncio através da abordagem de seus aspectos etimológicos e filosóficos, bem como de sua definição constitucional e de sua aplicabilidade nos diversos ramos do direito, especialmente no processo penal. É também, objeto deste estudo, a análise das novas idéias que ampliam a compreensão, interpretação e aplicação dessa garantia constitucional de forma a assegurar a norma constitucional e própria Constituição, autorizando que a garantia do direito ao silêncio bem como as demais garantias constitucionais do processo e do indivíduo no processo, possam ser interpretadas de maneira ampliativa a fim de que as interpretações restritivas às garantias constitucionais ou processuais sejam descartadas quando forem meio de prejudicar o indivíduo, pois contrariam o espírito e o objetivo da Carta Magna. Ainda, parte integrante deste estudo são as modificações trazidas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 10.792/03 sobre os procedimentos processuais penais, e, sobretudo sobre o devido processo legal, de modo à garantir e privilegiar que o cidadão possa sentir-se seguro pelas normas constitucionais vigentes, no sentido do respeito amplo à sua dignidade quanto pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO PENAL – INTERROGATÓRIO – GARANTIAS

ABSTRACT

This work searches to elaborate an analysis about the guarantee of the right to silence, taking the silence as a guarantee of protection of the person in any proceedings, whether extra judicial or judicial, public or private, substantive or lawsuit, especially in regard to its criminal interrogation use. The study aims to provide a focus for the constitutional guarantee of right to silence by the approach of their etymological and philosophical aspects as well as its constitutional setting and its suitability in the various branches of law, especially in criminal proceedings. This study also purposes to analysis new ideas that expand the understanding, interpretation and enforcement of this constitutional guarantee in order to ensure the constitutional norm and the Constitution, authorizing

the guarantee of the right to silence and the other constitutional guarantees of the process and fellow in the process can be interpreted in a extended way in such a manner the restrictive interpretations of constitutional and procedural guarantees are discarded when mean to harm the individual as against the spirit and purpose of the “Magnum Letter”. As well, the changes brought about in our legal system by Law No. 10792/03 of criminal court procedures, and especially on the due process to ensure and focus that the citizen can feel safe trough the existing constitutional requirements in the broad sense of respect for its dignity as human being are a component of this study.

KEYWORDS: CRIMINAL PROCESS – INTERROGATION - GUARANTEES

INTRODUÇÃO

O silêncio se reveste de elevada conotação entre vários textos já amplamente divulgados, mas um ilustra com profunda sabedoria, que é o texto bíblico. Assim, houve na passagem em Apocalipse (8:1): “*Quando o Cordeiro abriu o sétimo selo, houve silêncio no céu cerca de meia hora*”; em São Paulo aos Romanos (16:25): “*Ora aquele que é poderoso para vos confirmar segundo o meu Evangelho e à pregação do mistério, guardado em silêncio nos tempos eternos*”; em Timóteo (2:1): “*A mulher aprenda em silêncio, com toda a submissão*” e, em Salmos (39:2): “*Com o silêncio fiquei como mudo; calava-se mesmo acerca do bem; mas a minha dor se agravou*”.

Diante de tanta sabedoria divina e, com esta certeza, o silêncio aparece na ‘continuidade de um processo comunicativo’, e deixa de ser ele uma ‘parada’ para caracterizar-se como uma atividade específica. Logo, o silêncio deixa de ser um vazio e, integra-se como um fio comunicativo da existência humana. Possui assim um modo de comunicação humana, ao lado da fala, existindo aí uma determinação do relacionamento entre conotação e denotação.

Daí que, com a Constituição Federal de 1988, surge ao cidadão brasileiro a certeza de que suas ambições de liberdade e democracia teriam vez e voz caladas que foram, durante o regime da ditadura militar.

Nessa nova Constituição, vários foram os institutos encartados pela primeira vez, e ‘*o direito ao silêncio*’, foi uma das inovações no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, inserto no artigo 5º, inciso LXIII da Magna Carta.

Não apenas no artigo 5º da nova órbita constitucional, mas também, implícitos e explícitos em vários outros dispositivos constitucionais, estas garantias que fortalecem o indivíduo perante o Estado, também, indubitavelmente, fortalecendo o Estado perante o indivíduo, fizeram com que a Constituição Federal de 1988, tivesse a denominação de ‘Carta Cidadã’.

Muito embora ainda pendente de regulamentação em vários de seus dispositivos constitucionais, a Carta de 1988, sem dúvida, constitui-se naquela que entre todas as já promulgadas ou editadas, teve considerável preocupação com o indivíduo, em todos os

seus aspectos, quer seja como cidadão de direitos e garantias, quer seja como representante de entidade familiar, quer nas suas relações com o Estado, suas relações com seu trabalho, quer em todos os campos de atuação do indivíduo em contato com ele mesmo e com o Estado.

Todavia, dentre a garantias inovadas pela Constituição de 1988, mister se faz, uma análise no presente trabalho, no que tange a garantia do direito ao silêncio, explicitamente encartada pela primeira vez na Constituição vigente e, implicitamente nas anteriores.

A abordagem deste trabalho possui como componente de vital importância, o direito ao silêncio no interrogatório penal. Pois o enfoque é voltado para a garantia constitucional do direito ao silêncio e, o estudo desse assunto, originando-se através de seus aspectos etimológicos e filosóficos, de sua definição constitucional, de sua aplicabilidade no processo penal, de sua aplicabilidade nos mais diversos procedimentos legais previstos e, sua aplicabilidade no interrogatório penal.

O problema possui suas dificuldades, porém novas idéias sobre a interpretação e da efetividade da garantia do direito ao silêncio, deverão ser levadas em conta. Uma pequena contribuição será importante para diminuir as atitudes relacionadas aos atos prejudiciais no interrogatório, no tocante ao direito de silêncio.

É com esse objetivo, que o presente trabalho defende de maneira incontestável a aplicação ampla dos direitos e garantias. Aceitando tão somente sua interpretação de maneira a estender e ampliar sua aplicabilidade, de modo a sempre, garantir e privilegiar que o cidadão possa sentir-se seguro pelas normas constitucionais vigentes, no sentido do respeito à sua pessoa e à sua vida, liberdade e integridade.

Ao longo deste trabalho, iremos delimitar o entendimento da garantia do direito ao silêncio no interrogatório. Todavia, mantendo a ênfase ao silêncio, será discutida também, mais uma modificação em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a criação da Lei 10.792/03 que, sem uma discussão prévia sobre a sua relevância ou não, traz importantes e, significativas alterações em alguns procedimentos processuais penais já consolidados e que aqui serão interpretadas e sedimentadas.

Dessa forma, ao materializar no universo processual o fim de qualquer polêmica ou resistência ao direito ao silêncio, antes já consagrado pela via constitucional, bem assim fortalecer, ainda que de forma incipiente o direito ao devido processo legal já na fase do interrogatório, a lei 10.792/03 é um avanço em direção a uma realidade sócio-política-jurídica que se diz cimentada em um Estado Democrático.

Conforme se denota das assertivas do presente trabalho, a defesa do direito ao silêncio como dogma constitucional, tornou-se arma ferrenha de defesa da própria Constituição, alinhavando-se todas as hipóteses de silêncio como garantia da defesa do indivíduo dentro de qualquer procedimento.

Notório é a situação em questão, porém não é fácil de se resolver, e tem merecido amplo destaque, em busca de um tratamento constitucional mais pertinente, para que não se prejudique o interrogatório, o qual apostou o constituinte para chegar-se a tão esperada e necessária justiça.

Já dizia, Karl Jaspers, em sua obra *Philosophie* (Berlim, 1948):

“O silêncio apenas ‘paralisa a comunicação meramente empírica’; o silêncio ativo, dos que vivem numa comunidade do calar, mas que são capazes de comunicação decisiva, criando uma linguagem de gestos, independente da linguagem verbal e admitindo que ambas as linguagens estendem-se com um véu sobre a existência”.

1 - DO SILÊNCIO JURÍDICO

1.1 – Etimologia

Silêncio, do latim *Silentium* *ii* (do verbo *sileo*). Nos clássicos latinos, o termo apresenta as seguintes conotações: atenção, repouso, inatividade, sombra, obscuridade, olvido, etc. É notório que a palavra silêncio possui vários sentidos, de acordo com a forma empregada. Entretanto, juridicamente, quem apresenta o seu significado, é o Dicionário Jurídico de Plácido e Silva:

SILÊNCIO^[1]: do latim *silentium*, de *silere* – calar-se, não dizer palavra, em sentido comum exprime a quietude, a abstenção de falar, para não se dizer o que se sabe, ou o que se sente. Assim, silêncio, em acepção gramatical, é a falta ou ausência de sons, de vozes ou de palavras.

Importante ressaltar as formas do silêncio, em um contexto jurídico e, não se afastando do contexto gramatical. Assim, apresenta-se da seguinte forma:

- a) Silêncio convencional – Esta situação é observável no direito das obrigações que desobriga sobre o que não está estipulado nas cláusulas do contrato. A inexistência de cláusula penal no contrato torna nula a exigência do credor de cobrar algo a esse título. Configura-se assim o silêncio convencional, capaz de gerar conseqüências jurídicas.
- b) Silêncio da lei – Esta expressão é equivalente a *lacunas* da lei. Aquilo que não foi previsto pela lei não pode ser exigido. Pode ser interpretado ora como imperfeição do ordenamento jurídico, ora como intenção expressa e querida pelo legislador que julgue o fato como irrelevante. O silêncio da lei pode também ser justificado por motivos lógicos ou de conveniência social, e não apenas por insuficiência ou imprevisibilidade do legislador.
- c) Silêncio intencional – É uma modalidade do silêncio jurídico, que se manifesta ora em matéria cível como evasiva, caracterizando a culpa civil, ora em direito penal, de natureza mais profunda, em que o acusado não é obrigado a confessar o delito. A lei penal não obriga a auto-acusação, sempre livre da parte do acusado e nunca coacta, a ponto de a confissão arrancada à força ser causa de nulidade processual penal.

Logo, o silêncio deixa de ser um vazio e, integra-se como um fio comunicativo da existência humana. Possui assim um modo de comunicação humana, ao lado da fala, existindo aí uma determinação do relacionamento entre conotação e denotação. Nesse sentido, muito bem é observada a relação, pelo autor Luís Costa Lima^[2] ao dizer que: “A linguagem abrange dois campos expressivos, a pronúncia articulada e a ausência pronunciada, ao passo que o silêncio é um território indiviso, permanência do deserto”.

Enfim, o silêncio assume maior ou menor relevo significativo nos sistemas, situações e conjunturas psicológicas, sociais e jurídicas, de acordo com suas conexões com o todo, formado do ato que se percebe, do ato que se conceitua, da experiência e do sentido da interpretação no contexto social, e nunca como ato isolado.

É nesse sentido que o autor Sílvio de Macedo^[3] esclarece que ‘o silêncio passa a ser admitido também como elemento semiótico, antes de jurídico’.

1.2 – Silêncio na Relação Humana

Através dos tempos, o silêncio foi recebendo inúmeros significados e símbolos, que se apresentava como expressão, música, atitudes emocionais entre outras maneiras. Entretanto, na busca de se evitar uma representação agressiva, caracterizaram o silêncio como símbolo da calma, da moderação, da harmonia e, até mesmo da própria razão.

Define-se inicialmente o silêncio como manifestação da vontade, como ato que é da vontade e do pensamento, o silêncio pode traduzir não somente contrariedade, oposição e repulsa, como aprovação, consentimento e confirmação. O silêncio, como fenômeno da vontade, não representa em si, apenas um valor psicológico, mas um valor social porque, na atividade das ações humanas o silêncio é suscetível de ser apreciado quantitativa e qualitativamente.

Na verdade, o silêncio deve ser entendido como ato de vontade, emanado da vontade do indivíduo, na relação pessoa a pessoa. Onde os atos humanos não podem ser atos morais a não ser que procedam da vontade livre; pois o silêncio é um ato moral, voluntário.

Logo, o ato voluntário pode ser livre, pois a conduta silenciosa é um ato de vontade livre e, sempre que se falar em atos humanos, está se falando em atos de vontade livre. O silêncio, como humano, é um ato de vontade livre. Ainda assim, há de se levar em conta a existência de uma graduação de espontaneidade em relação ao ato de vontade livre. Como em situações de paixão, medo e violência, que poderá agir sobre a vontade e, assim diminuir ou até mesmo anular o próprio ato de vontade livre.

2 - Garantias constitucionais

É necessário que façamos uma breve introdução no que tange às garantias constitucionais do processo, assinalando que na primeira Constituição de nosso país, a de 1824, já se notavam, explicitamente, as garantias constitucionais do processo penal, muito embora ainda não se falasse expressamente do instituto do *Habeas Corpus*, regulamentação das formas de prisão, descritas no inciso X do art. 179 da Constituição Imperial, posteriormente introduzida no art. 340 do Código do Processo Penal de 1832, propiciou a inserção de tal remédio Constitucional como visto na legislação comum. Não demorou muito para sua inserção na órbita constitucional como se verá a seguir.

A primeira Constituição Republicana, da mesma forma, não deixou de incluir em seu corpo as garantias constitucionais do processo e, notadamente, fruto de nosso estudo, processual penal, conforme se verifica nos parágrafos 13, 14, 15, 16, 22 e 31 do artigo 72, quando tratou especificamente, sob o título de Garantias do Processo Criminal, trazendo como novidades, agora, a inclusão do *Habeas Corpus* como garantia Constitucional, como também a previsão expressa da Instituição do Júri como instituição a nível constitucional, conforme se denota do parágrafo 31. E a ampla defesa, como dogma constitucional, foi pela primeira vez alicerçada no texto da Constituição Republicana de 1891, conforme o parágrafo 16 do art. 72.

A Carta Constitucional de 1937, outorgada pela ditadura, reduziu as garantias processuais penais no processo, até mesmo pelo aspecto intrínseco que as ditaduras trazem de fortalecimento do Estado e supressão das garantias constitucionais individuais ou coletivas, notadamente as do processo e do direito de ação.

A Constituição Liberal de 1946, que é elogiada pelos doutrinadores em face de sua estabilidade já que durou 18 anos, trazia as garantias constitucionais do processo em toda sua plenitude, retiradas na carta ditatorial de 1937, instituindo-se a soberania dos veredictos do tribunal do júri, a abolição do foro privilegiado e dos tribunais de exceção, a volta da ampla defesa, bem especificada, com a instrução criminal ditada pelo princípio do contraditório.

A Constituição vigente, no tocante às garantias constitucionais, traz inovação primorosa. Adicionou o adjetivo “fundamental” à expressão direitos e garantias. Com certeza, tal adição se deu em face da possibilidade de se enfatizar a condição de constituição cidadã dirigida ao homem, substituindo-se a expressão “individual” por fundamental. Nessa nova Constituição, vários foram os institutos encartados pela primeira vez, e o direito ao silêncio, foi uma das inovações no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, inserto no artigo 5º, inciso LXIII da Magna Carta. Todavia, os direitos, liberdades e garantias e, direitos de natureza análoga, beneficiam de um regime específico.

Com efeito, ressalta J.J. Gomes Canotilho^[4] que

A Constituição contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma *disciplina jurídico-constitucional específica* para esta categoria de direitos fundamentais.

Ainda assim, a garantia trazida à baila pela Constituição Federal, visa uma proteção jurídica do indivíduo, através da permanência do silêncio, pressupondo que o contrário, seria uma lesão dos direitos subjetivos ou aos direitos legalmente protegidos.

Dentre outras, o inciso XXXV traz a primeira das Garantias Constitucionais do Processo, o direito à jurisdição, bem como a exclusividade do Ministério Público para a titularidade da ação penal pública.

2.1 - Garantias Constitucionais do Indivíduo no Processo

A Constituição vigente dirigiu seus dispositivos à exaltação do indivíduo, uma vez que a Constituição anterior tinha por objetivo o fortalecimento do Estado, Instituição, em detrimento do cidadão. Estávamos em pleno regime de exceção, em que as garantias individuais eram suprimidas à medida que o poder Estatal ditatorial se fortalecia. A Constituição Federal, promulgada em 1988, sem dúvida alguma, realça o ser humano.

Nesse momento, oportuno enfatizar o *devido processo legal*, como base de outras garantias constitucionais. Todavia, mesmo que o homem tenha optado pela vida em sociedade a fim de satisfazer as suas necessidades, nunca abriu mão de seu bem mais precioso: a liberdade. É, portanto, a base do Estado Democrático de Direito, juntamente com a igualdade.

O princípio do devido processo legal nasceu da busca da liberdade e da igualdade e, no Brasil somente a Constituição de 1988 o previu expressamente. No entanto, para que possamos falar do devido processo legal, é indispensável primeiramente uma noção do que é Estado de Direito.

J. J. Gomes Canotilho^[5], entende que:

O Estado de Direito não é uma forma de Estado; mas sim forma de atuação do mesmo. O Estado só interviria para salvaguardar os direitos dos cidadãos, regulando tais direitos, intervindo sempre que a ameaça existisse em relação a algum deles.

Essa intervenção seria a mínima possível, apenas equilibrando situações de desigualdades. É verdade que a idéia liberal de Estado Ideal seria aquela em que o Estado nunca intervisse nas relações entre seus indivíduos. Porém, a história provou que os indivíduos provocaram tantos danos entre si que tal idéia foi abandonada. Com a ausência do Estado, passou a existir a imposição do mais forte tecnicamente.

Assim, para regular e equilibrar as situações de desigualdade, como já mencionado, é que o Estado se fez um pouco mais presente, ainda que todo modo ameno na vida social. Esta forma de atuação do Estado se denominou Estado Social de Direito e, conceituar Estado como de Direito parece indicar que, neste Estado, as leis por ele editadas e vigentes são respeitadas, já que configuram o próprio Direito.

Para a existência de um Estado de Direito, não se faz necessária a expressa previsão do devido processo legal. Importa que um (Estado de Direito) ou outro (Devido processo legal) estejam expressamente previstos. A previsão de qualquer deles será a chave para que a sociedade possa cobrar meios mais eficazes de implantação do próprio Estado de Direito.

2.2 - Devido Processo Legal Procedimental

Princípio do processo justo. Princípio da inviolabilidade da defesa em juízo. O devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Assim, pelo princípio do devido processo legal, o autor Rui Portanova^[6], esclarece que

[...] a Constituição garante a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme previamente estabelecido em leis. Mas cuidado: numa visão restrita o devido processo legal confunde-se com o princípio da legalidade.

Fundamenta-se na garantia de um processo cujo desenvolvimento observe um preceituado na Constituição. Consiste em um conjunto de garantias que visam à ideal administração da justiça pelos juízes e tribunais. Na Constituição Brasileira de 1988, podemos encontrar as seguintes garantias:

a) decorrentes do direito à vida ou a liberdade (art. 5º):

- Prisão somente em caso de flagrante delito ou por ordem judicial;
- Direito de o acusado permanecer calado e de ter auxílio a família e de advogado;
- Direito de que a prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente e a membro da família indicado pelo acusado;
- Proibição de tortura e de tratamento desumano;
- Inviolabilidade de correspondência ou comunicação telefônica e dados, salvo por ordem judicial;
- Direito a julgamento pelo juiz natural, e não admitindo tribunal de exceção;
- Proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos;
- Proibição de prisão civil por dívida;
- Julgamento por júri nos crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos;
- Individualização e proporcionalidade da pena;
- Proibição de lei penal retroativa, salvo quando beneficie o réu;

- Proibição de penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis e superiores há 30 anos;

b) oriundas do direito de propriedade:

- Indenização prévia no caso de desapropriação;
- Garantia da intangibilidade do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada;

c) comuns à vida, liberdade e propriedade:

- Motivação das decisões judiciais e administrativas (arts. 37 e 93, IX e X);
- Duplo grau de jurisdição^[7].

É importante ressaltar que todas essas garantias encontram-se protegidas pelo artigo 60, § 4º, da CF, pois constituem direitos e garantias individuais ainda que indiretamente.

As garantias citadas buscam não somente a regularidade do processo e da boa administração da justiça, mas de uma maneira mais abrangente, buscam a dignidade da pessoa humana tal como o preceituado no art. 1.º de nossa Constituição.

2.3 - Devido Processo Legal Substantivo

O devido processo legal substantivo preceitua que a lei, além de possuir os caracteres de abstração generalidade e impessoalidade, deve ainda ser razoável e racional. Essa razoabilidade e racionalidade decorrem da observância do processo de formação das leis, não apenas do procedimento previsto na Constituição, mas também dos princípios por ela adotados. Lei que não respeita o preceituado pela Constituição pode ser lei em sentido formal, mas não no sentido material, pois viola o princípio do devido processo legal substantivo.

Tal interpretação tem suas origens no famoso caso *Marbury v. Madsom*, quando o Juiz *Marshall* afirmou a superioridade da Constituição, a necessidade das leis com ela se conformarem e a possibilidade do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Assim:

“(...) se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a

Constituição e a lei, de modo que tal tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do poder judicial”.^[8]

Daí decorre a imperatividade de o legislador elaborar a lei dentro daquilo que foi delimitado pela Constituição. Na medida em que ultrapassa tais delimitações, praticando atos não autorizados ou desrespeitando-a, desrespeita os princípios da razoabilidade, da racionalidade e da supremacia da Constituição e, em conseqüência, o do devido processo legal substantivo.

Concluindo, em sentido genérico o princípio do *due process of law* caracteriza-se, na visão Nelson Nery Júnior, *ob. cit.*, pelo trinômio “vida-liberdade-propriedade”. Tudo o que diz respeito a tutela da vida, da liberdade ou da propriedade estará sobre a devida proteção do processo legal. No seu sentido material não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer. Indica muito mais que isso, conforme foi analisado nos itens anteriores.

2.4 - Devido Processo Legal Na Constituição Federal De 1988

De início, é de se notar que a constituição federal de 1988 insere a norma que traz, expressamente, a previsão do devido processo legal no rol dos direitos fundamentais. É evidente que, com a passagem da ditadura para a tão buscada democracia, o legislador constituinte, que tratava dos direitos e garantias fundamentais no final do ordenamento constitucional, trouxe-o para o início do texto constitucional.

Agora, com correção, evidencia-se sua importância pela sua localização. E tal localização pela Constituição de 1988 foi deliberada. O devido processo legal, sem dúvida, deve ser considerado um princípio constitucional geral. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior^[9] informam que os princípios constitucionais “*são regras-mestra dentro do sistema positivo*”.

Afiançam ainda, com maestria que:

“Devem ser identificadas dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais”.

Luiz Roberto Barroso^[10] elenca três ordens de princípios constitucionais no texto constitucional brasileiro:

· Princípios Fundamentais do Estado brasileiro – o republicano (art. 1º, caput), o federativo (art. 1º, caput), o Estado democrático de direito (art. 1º, caput), o da separação de Poderes (art. 2º), o presidencialista (art. 76) e o da livre iniciativa. São decisões políticas fundamentais do constituinte;

· Princípios Gerais – coloca nesta classificação o devido processo legal, objeto do nosso estudo no presente capítulo (art. 5º, LIV). Não estruturam politicamente o Estado, mas trazem regras de limitação dos Poderes, carregando mais valorização ética e menos decisão política. Encarta entre outros o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade, (art. 5º II, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV...), etc;

· Princípios Setoriais ou Especiais – dentro da Administração Pública, os da legalidade administrativa, impessoalidade, moralidade e publicidade; dentre os da organização dos Poderes, o majoritário, o proporcional, o da publicidade e o da motivação das decisões judiciais e administrativas.

Assim, por esta explicação resumida, concluimos que o devido processo legal é um princípio constitucional legal. Está previsto em nossa Carta Constitucional, agora e unicamente de forma expressa, no inciso LIV do artigo 5º que dispõe: “Art. 5º (...): *Inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Tal dispositivo traz em si uma determinação no sentido de que tal princípio deve ser observado conjuntamente pelo Estado Democrático de Direito. É mister que se consigne que se tem evitado ao máximo conceituar o termo “devido processo legal”, para que nele se possa incluir a maior gama possível de proteção aos indivíduos, não se restringindo, em hipótese alguma, sua aplicação.

Segundo Nelson Nery Júnior^[11]:

“ (...) bastaria a constituição federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seria de absoluta desnecessidade”.

Assim, essa repetição pode ser entendida como resultado das circunstâncias históricas do advento da Constituição Federal, saída do militarismo, temor de normas não abrangentes aos direitos do homem que, como já dissemos, foram tolhidos nessa época. Daí a necessidade de que a nova Carta Magna trouxesse esses direitos de maneira muito explicitada.

A única divergência entre os doutrinadores se dá no tocante a quantos princípios decorrem com exatidão do princípio do devido processo legal. Muitos dizem que decorrem do princípio do devido processo legal os princípios do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, entre outros, e alguns até defendem, como oriundo do devido processo legal, o direito de ação.

Due process of law não pode ser aprisionado dentro dos traíçoeiros lindes de uma mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática.

Na esteira deste entendimento, o autor Rui Portanova^[12] ressalta que:

Due process of law não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um dedicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo.

Podemos então concluir que o direito de ação e o devido processo legal guardam entre si uma relação de interdependência. É correta a expressão “devido processo legal” ante a nova órbita constitucional? Questionar-se-ia ainda se a nomenclatura “devido processo legal”, ante a nova ordem constitucional é correta, ou melhor, mais adequada ante a nova constitucionalização do processo. Na verdade, devemos chamá-lo de “devido processo constitucional”.

E não pode ser diferente. Com o advento da constituição vigente, houve, sem sombra de dúvidas, como já afirmado, uma constitucionalização do processo. Muitos, senão a maioria dos princípios processuais, decorrem da ordem constitucional. Assim, muito embora respeitadas as posições doutrinárias vigentes, não se pode falar somente em garantias constitucionais do processo – o devido processo legal, e sim em Garantias e Direitos Constitucionais do indivíduo no processo – o Devido Processo Constitucional.

Assim, Antonio Scarance Fernandes^[13] acentua que

‘(...) além das garantias explícitas, de regra genérica que assegure a todos a garantia do devido processo, uma “garantia inominada” que, por construções doutrinárias e jurisprudenciais, servirá para que se considere como constitucional determinada garantia não expressa^[14].

No entender de Nelson Nery Junior^[15], o devido processo legal é “*gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.*” Esse princípio, ainda na compreensão do mesmo autor, possui três sentidos.

Um sentido genérico, que consiste na proteção a tudo que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade. Um sentido material, que se manifesta pela obrigatoriedade da administração agir somente quando a lei prevê tal ação, constituindo-se em garantia do cidadão contra abusos governamentais. E finalmente, o terceiro sentido, o processual, que consiste, “*na possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível*”

O devido processo legal é atualmente entendido como:

“o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”^[16].

Em resumo, e conforme Kazuo Watanabe^[17], “*o devido processo legal pode ser caracterizado como uma garantia constitucional do acesso à ‘ordem jurídica justa’*”.

3 - O DIREITO DE AÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Feitas tais considerações, será necessário, de início, localizar o tema proposto dentro da órbita constitucional. Encontram-se tais garantias e direitos elencados no art. 5º da Constituição Federal, na maioria de seus incisos. As garantias constitucionais processuais notadamente se dividem em duas:

- a) direito de acesso à Justiça (Direito de Ação);
- b) direito do processo (ou garantia do devido processo legal).

Ambos, indubitavelmente, se harmonizam, e sustentam toda a teia de princípios constitucionais do processo.

3.1 - Direito de Ação (art. 5º, XXXV da Constituição Federal)

Nos primórdios da humanidade, tendo em vista a inexistência do Estado na solução dos conflitos de interesses entre aqueles que compunham as comunidades sociais, comunidades em sua totalidade nômades, vigorava, nas soluções de tais litígios, o uso da força, a autotutela ou autodefesa.

Com o passar do tempo, e o desenvolvimento das atividades comunitárias, surge o encontro de uma solução mais justa, que foi a figura do juízo arbitral concretizado na figura dos árbitros, pessoas distantes das partes, porém confiáveis, a quem se atribuía a função de dizer o direito ao caso concreto solucionando o conflito de interesses. Logo, surge o Estado como capaz de se impor sobre os interesses particulares solucionando as lides através do Estado-juiz.

A evolução foi lenta, provindo desde o direito romano, desenvolvendo-se até chegar ao conceito atual de jurisdição. Entretanto, esta substituição do Estado, sobrepondo-se ao particular, dizendo o direito, aplicando a Justiça, não se faz de maneira direta.

O Estado-Juiz fica até que seja provocado por aquele que se envolve no conflito de interesses. É a concretização do princípio processual do *ne procedat iudex ex officio*, ou seja, a jurisdição é inerte, precisa ser provocada para que possa solucionar a lide. A partir daí se inicia o direito de ação, uma vez que esta provocação se dará por um instrumento processual chamado ação.

Por ação, tem entendimento Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco^[18] como:

“ (...) o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou poder de exigir esse exercício), mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”.

O direito de ação se divide, segundo Vicente Greco Filho^[19] em:

- a) plano constitucional – art. 5º XXXV da CF;
- b) plano processual – objetiva a atuação da ordem jurídica e dependente do atendimento às chamadas condições de ação.

Adverte, ainda, Greco que não há dois direitos de ação:

“Convém esclarecer, contudo, que não há dois direitos de ação, um constitucional e um processual. O direito de ação é sempre processual, pois é por meio de processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, afim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário, na correção das lesões de direitos, porém o seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão”.

Era previsto o direito de ação no art. 150, § 4º, da Constituição de 1967. Todavia, com a edição do ato Institucional nº5, esse direito, que nas Constituições anteriores era pleno, sofreu restrições conforme o art. 2º: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato Institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos”. Após a ditadura militar, e a sua supressão limitada do direito de ação, referido direito voltou com toda plenitude na Constituição Federal vigente, promulgada em 1998 no art. 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Decorrem, necessariamente, do direito de ação na Constituição Federal algumas garantias básicas:

- a) a assistência judiciária gratuita – Art 5º LXXIV da Constituição Federal – “ *O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos*”;
- b) fungibilidade dos recursos - Art. 579 do código de processo penal, “*salvo a hipótese de má fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro*”;
- c) e o estatuto no art. 126 do Código de Processo Civil que prescreve que o juiz pode lançar mão dos costumes, princípios gerais de direito e analogia, mas não pode se eximir de sentenciar:

“Art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, no julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; havendo recorrerá à analogia, costumes e princípios gerais de direito”.

4 - O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

“Artigo 5º, LXIII – O preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Referido dispositivo constitucional abriga em seu bojo o direito do indivíduo, quando da ocorrência da privação de sua liberdade, de permanecer em silêncio. Tal dogma constitucional constitui-se em direito subjetivo público. Tal direito, da permanência em estado de silêncio quando de sua prisão erigido à condição de dogma constitucional é tido por J. Crettella Júnior^[20] como direito subjetivo público inerente tão somente a prisão.

Preleciona que:

“(...) o direito subjetivo público de permanecer calado, e que de modo algum ocorrerá durante o interrogatório do acusado, pelo juiz, que tem o poder-dever de informar o interrogado que, embora não obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Ainda à luz da promulgação da Carta Magna, poder-se-ia afirmar ser até compreensível a análise de J. Crettella Júnior. Entretanto tal rigor e que por dizer radicalismo na interpretação liberal do dispositivo é por demais equivocada. Tiraria do preceito constitucional o ideal e objetivo maior que a própria lei estabelece.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao silêncio que era uma das antigas reivindicações de antigos e sensíveis criminalistas e de processualistas de prestígio e que tem sido destacado no contexto dos direitos humanos por uma nova geração de penalistas. Reza o texto da lei fundamental: "Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

O reconhecimento jurisprudencial de que o silêncio do acusado é um dos direitos constitucionais, não admite qualquer dúvida. É oportuna a invocação dos seguintes precedentes do STF:

a) "Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimento investigatório, verbis: 'tem, dentre as várias

prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal'. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal".

b) "O direito à informação da faculdade de manter-se em silêncio ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade".

A garantia não é exclusiva da pessoa presa como poderia ensejar uma interpretação meramente literal do dispositivo. Em se tratando de uma regra processual penal ela admite a interpretação extensiva como expressamente declara o art. 3º do respectivo estatuto. E outra não tem sido a compreensão dos doutrinadores e da magistratura. São inúmeros os precedentes nos quais a garantia do direito de calar é reconhecida em favor dos acusados que estão em liberdade.

O silêncio do réu não poderá mais ser interpretado em prejuízo da própria defesa e nem constituirá elemento para a formação do convencimento, favorável ou desfavorável do Juiz.

4.1 - Análise Do Artigo 5º, Inciso LXIII Da Constituição Federal

4.1.1 - O Direito de Não Fazer Prova Contra Si Mesmo

“Artigo 5º, LXIII – O preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado”.

A Constituição procurou assegurar ao preso, ao investigado e ao réu, outras garantias e outros direitos que, de maneira indireta, também servem para resguardá-lo e, assim, proporcionar-lhe maior amplitude de defesa.

Já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

Com a Convenção de Costa Rica^[21], ratificada pelo Brasil e incorporada ao direito brasileiro (Decreto 678, de 06.11.1992), o princípio foi inserido no ordenamento jurídico nacional, ao se consagrar, no art. 8º, nº 2, alínea g, que *‘toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se declarar culpada’*.

Todavia, nesse sentido, assevera o autor Antonio Scarance Fernandes^[22]

Passou a ser comum a invocação desse princípio em face do Código de Trânsito (Lei 9.503/23.09.1997) para justificar a possibilidade de recusa da pessoa a se submeter ao ‘bafômetro’, quando há suspeita de que estivesse dirigindo embriagada.

Com efeito, há derivação do direito a não se incriminar e, que decorre aí o direito ao silêncio, consagrado expressamente para o preso no art. 5º, LXIII, mas estendido pela doutrina a todo indiciado ou acusado que está sendo interrogado. Como decorrência desse direito do réu a não se incriminar, também não se admite que a eventual recusa de colaboração para produção de prova contra sua pessoa possa configurar crime de desobediência (CP, art. 330).^[23]

Há um princípio de direito natural –adverte Serrano Neves^[24]– que está acima de qualquer método de persecução penal: é o direito de não se auto-incriminar.

É a síntese do principio de que o réu não é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Razão pela qual, em certas diligências do processo, ele não estará obrigado a realizá-las. É o caso da reprodução simulada dos fatos (artigo 7º do C.P.P.), a tradicional “reconstituição” dos fatos.

Aliás, a possibilidade de silêncio em face da circunstância de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si, hoje não é aplicada tão somente em favor daquele que está sendo acusado, mas também em favor de pessoa que esteja na relação processual na condição de testemunha. Se, porventura, o que disser no procedimento próprio instaurado, puder ser usado em seu desfavor ou futuro processo criminal, pode-a silenciar, uma vez, que, como já referido, não é obrigada a fazer prova contra si mesma.

E como já lembrado anteriormente, outrossim, que o pacto de São José da Costa Rica, adotado pelo governo brasileiro, em seu artigo 8º, item “2”, letra “g”, proclama tal principio, nos precisos termos: *‘(...) direito de não ser a obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada...’*.

O réu pode até ser conduzido coercitivamente a tal ato, reprodução simulada dos fatos, para presenciá-lo, mas não é obrigado a fornecer dados ou elementos que possam ser utilizados em detrimento de si mesmo em posterior processo.

Oportuno ressaltar que a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano *Miranda v. Arizona*, em 1966, onde a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não procedido da enunciação do direitos do preso, em especial:

“*Você têm o direito de ficar calado*”.

(You have the right to remain silent)

Consigne-se que tal julgamento foi o que teve maior repercussão, porém, antes de ele consagrar o direito ao silêncio do acusado, temos, como primeira manifestação jurisdicional a respeito, o Julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, dos autos *Escobedp v. Illinois*.

Comentando o direito ao silêncio, Antônio Magalhães Gomes Filho^[25], com clareza, expõe que:

O direito a não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito á prova de acusação; sua denegação sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno ás formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional.

Entretanto, retomando o raciocínio no tocante ao silêncio constitucional, tal dispositivo deve ser analisado em consonância com a lei processual penal para que se dê a ele mesmo a dimensão pretendida pelo legislador constitucional.

E ainda, o V. Acórdão, proferido no Hábeas Corpus nº 78.708-1, em que a corroborar as assertivas anteriores assim esclarece:

“O direito ao silêncio – que não é só do preso, mas de qualquer acusado, uma vez se admita ser o ‘*nemo tenetur se detegere*’, de que deriva, um corolário inevitável por sua vez, dos princípios do ‘*due process of law*’, da presunção de não culpabilidade tratado em questões desta Casa”.

O direito ao silêncio, portanto, é direito fundamental, constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República, notadamente por seus Juízes e Tribunais. Atua como poder o fator de limitação das próprias atividades penais – persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público e Tribunais), além do que se consubstancia em instrumento insubstituível da vestuta garantia contra a auto-incriminação.

4.1.2 - O direito ao silêncio como norma garantidora dos direitos subjetivos do preso

Referido inciso do artigo 5º da Constituição Federal, que proclama a possibilidade do silêncio ao preso quando ouvido, nas oportunidades próprias já analisadas, não pode ser, por uma questão de bom senso, para o entendimento de seu alcance, analisado isoladamente. Insere-se ele numa gama de direitos subjetivos públicos que a Carta Magna coloca à disposição do preso. Iniciam-se esses com o inciso LXI:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriedade militar, definidos em lei”.

Preliminarmente, a Carta Magna faz menção à possibilidade de prisão. O direito do imputado de permanecer em silêncio quando da sua prisão, estendido pelas considerações desta obra às oportunidades de interrogatório, é, portanto, posterior à possibilidades de supressão da liberdade. Também o direito ao silêncio vem atrelado a outro direito subjetivo público daquele que tem sua liberdade tolhida. Insere-se este direito na leitura atenta do inciso LXII da Magna Carta que prescreve:

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada”.

Além de estabelecer as oportunidades próprias legais de supressão da liberdade, a Lei Maior, no afã de impedir prisões ilegais e abusivas, determina que a prisão do indivíduo, bem como o local onde se encontra quando de sua detenção devem ser imediatamente comunicados ao Poder Judiciário faz mister tal comunicação, uma vez que ao juiz compete o relaxamento imediato da prisão ilegal, com a tomada de providência por atos ilegais e abusivos da autoridade que realize a prisão.

O direito ao silêncio deve também ser analisado em conjunto com outro direito subjetivo do preso, o da identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, inscrito tal direito no inciso LXIV do artigo 5º referido: *“O preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”*.

É inegável que, em se tratando de prisão em flagrante delito, nos termos do artigo 301 do código do Processo Penal, qualquer do povo poderá, e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

A prisão pode ser feita por qualquer do povo no caso de flagrante delito, chamada de execução facultativa da prisão em flagrante; portanto facultativa à autoridade e seus agentes, pela própria diretriz profissional de prestar segurança aos cidadãos e pelas características inerentes de seus cargos, o dever de efetuar a prisão de quem esteja em flagrante delito torna-se imperioso. É a chamada execução obrigatória de prisão em flagrante delito.

Afora o caso de prisão em flagrante delito, só se pode suprimir a liberdade individual de alguém através de ordem judicial, emanada de autoridade competente, no caso a judiciária. Tal ordem só pode ser dada por Autoridade Judiciária, neste caso juiz de direito ou tribunal. É esta a interpretação literal do artigo 282 do Código de Processo Penal. A própria Carta Magna do artigo 5º, inciso LXI, extinguiu a possibilidade de a autoridade administrativa decretar a prisão das pessoas indicadas nos incisos I e III do artigo 319.

A relação guardada entre ao direito ao silêncio e a exigência da identificação daquele que efetua a prisão, é de suma importância, já que o preso tem direito de saber se a pessoa que o detém tem competência funcional para tanto. Se a pessoa que esta inquirindo é autoridade constituída para tal fim. A prisão perpetrada por pessoa incompetente é ilegal, portanto nula de pleno direito devendo ser relaxada de imediato.

Desta assertiva já flui o próximo direito subjetivo do indivíduo que guarda relação com a matéria objeto do presente trabalho. E encontra-se disciplinado no inciso LXV: “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”.

Outros direitos subjetivos existem (como é o caso dos incisos LXVI, LXVII do artigo 5º da Constituição Federal), porém os que guardam maior relação com o direito ao silêncio são aqueles que aqui foram mencionados e analisados.

5 - O DIREITO AO SILÊNCIO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como já dissemos no preâmbulo desta obra, certamente o inciso LXIII, que concede ao imputado o direito ao silêncio, teve sua origem e inspiração no direito norte-americano, mais precisamente na 5ª Emenda à Constituição datada de 1791.

Só a título de ilustração, com relação a prisão propriamente dita e a suas hipóteses constitucionais, tal dispositivo tem sua origem histórica desde a Constituição do Império de 1824 que, em seu artigo 179, assim prescrevia:

“A exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver referido serão punidos, com as penas que a lei determinar”.

E não foi diferente a previsibilidade de tal fato nas Constituições posteriores, em sua totalidade. A primeira Constituição da República, de 1891, assim definia em seu artigo 72, § 13:

“a exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinantes em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

Na Constituição de 1934, no inciso 21 do artigo 113, a possibilidade da supressão da liberdade veio assim estabelecida:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa imediatamente comunicada ao juiz competente que a relaxará, se não for legal e promoverá sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora”.

Consigne-se ilustrativamente que é perceptível o desenvolvimento das possibilidades da prisão, culminando já em textos passados com forte influência nos incisos do artigo 5º da Constituição atual. Não se pode dizer que sejam as atuais cópias dos dispositivos passados, mas sim uma melhora de qualidade não só em sua fundamentação, mas também em seus ideais constitucionais.

Aos poucos se percebe um desenvolvimento nas idéias originais das possibilidades de prisão, culminando com os dispositivos da Constituição atual, que velam por um desenvolvimento das noções embasadas em textos passados. Na constituição de 1937, a previsão constitucional dos casos de prisão vem explanada no artigo 122, inciso XI:

“À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se, senão depois de pronuncia do individuo, salvo nos casos determinados em lei mediante ordem escrita de autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada”.

Sobre o mesmo assunto assim definiu a Constituição pós-guerra de 1946, no § 20 do artigo 141: *“Ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”*.

A Constituição de 1967 (artigo 150,§ 12) e Emenda Constitucional nº 01 de 1969 (artigo 153,§ 12) prescreviam que:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou pro ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação da fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará se não for legal”.

Na ordem constitucional atual, os dispositivos passados foram encartados na Carta Magna em separado, sem contudo perder seus objetivos de garantias dos direitos

individuais quando da supressão da liberdade. Vide neste sentido os direitos subjetivos públicos do preso já analisados, sendo dispensável, portanto, a bem do próprio entendimento e interesse da obra, sua repetição.

6 - O DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Dentro do Direito Constitucional Comparado, encontramos o silêncio como norma vigente, implícita ou explicitamente, nas garantias do processo, dentre outras nas seguintes Constituições:

Norte-Americana:

“AMENDMENT VI – In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speed and public trial, by an impartial jury of the State and District wherein the crime shall have been committed, which District shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense”.

TRADUÇÃO – Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e Distrito onde o crime houver sido cometido, Distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

Encontra-se aí a preocupação do Contribuinte Norte – Americano no tocante às garantias do processo, da imparcialidade, do procedimento, sendo realizado dentro de um tempo adequado, à presença de defensor, etc. É a tônica da legislação americana de sempre privilegiar o Estado democrático de direito.

Portuguesa:

“ Artigo 32 – proteção em processos criminais:

I - Processos criminais devem prover toda proteção necessária para defesa.

II - Todo acusado de ofensa é suposto inocente até que sua condenação tenha adquirida a força de 'res judicata' e ele seja julgado tão rápido quanto for compatível com a proteção da defesa.

III - O acusado tem o direito de escolher e ser assistido pelo advogado em todos os estágios do processo. Os casos e estágios os quais isso é compulsório estão especificados pela lei.

IV - Um juiz tem inteira jurisdição na investigação preliminar. De acordo com a lei, o juiz pode delegar para outras pessoas os atos da investigação que não estão diretamente conectados com os direitos fundamentais.

V - Processos criminais são acusatórios na sua estrutura, e o julgamento e os atos da investigação preliminar a serem determinados pela lei, estão sujeitos ao princípio que ambas as partes ser ouvidas.

VI - Qualquer evidência obtida através da tortura, violação da integridade física ou moral do indivíduo, interferência injusta na vida privada, no lar, na correspondência ou telecomunicação não terão efeito.

VII - Nenhum caso pode ser impedido de ser levado a uma corte que tem jurisdição sob uma lei preexistente.

VIII - Em processos concernentes a ofensas reguladoras ao acusado, é garantido o direito de uma audiência bem como o direito de se defender”.

A Constituição lusitana, nos direitos e garantias do indivíduo no processo, exalta a defesa, bem como faz menção expressa à ilegalidade das provas obtidas por meios ilícitos, proclamando sua ineficácia como prova, implicitamente defendendo o direito ao silêncio no momento em que impede a obtenção de provas que afrontam a integridade física, o direito de liberdade e propriedade, além da vida privada e da intimidade.

7 - DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

7.1 - Inovações após o advento da Lei 10.792/2003.

Mantendo a tradição do silêncio, foi aprovada mais uma modificação em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a criação da Lei 10.792/03 que, sem uma discussão

prévia sobre a sua relevância ou não, traz importantes e, significativas alterações em alguns procedimentos processuais penais já consolidados.

Nessa primeira aproximação ao tema, que não tem a pretensão de esgotá-lo, vamos analisar dois aspectos:

- a) em um, a nova redação dada ao artigo 186 do CPP, redação essa que vai ao encontro do texto constitucional que já defendia o direito do acusado ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna de 1988);
- b) em dois, a profunda e substancial modificação do antigo artigo 187, agora artigo 188 CPP, em relação ao procedimento no interrogatório do acusado por parte do juízo do conhecimento.

Dizia o antigo artigo 186 que *"Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa"*.

Desde a Carta Constitucional de 1988, que não recepcionou tal dispositivo, o instituto do silêncio vinha sendo tratado como um direito, concedido amplamente ao sujeito, e não como alguns queriam ver, como uma estratégia não muito pertinente, e que consubstanciava ao direito de calar, a natureza de uma confissão tácita aos elementos que supostamente buscavam estabelecer-lhe qualquer tipo ou grau de culpa pelo suposto ato ilícito praticado.

A Constituição, ou melhor, o constituinte, entendia que a ação do calar, do manter-se em silêncio não era uma aceitação da culpa, mas uma garantia legal ao cidadão de não produzir, pelas respostas que poderiam ser conferidas no interrogatório, uma auto-incriminação. O manter-se em silêncio era uma das mais importantes garantias para o exercício da ampla defesa, o qual por sinal, é outro direito constitucional já definitivamente solidificado.

Agora, com a nova lei, o regramento novo propõe que "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas".

A esse novo dispositivo foi acrescido, também, um importante parágrafo único com a seguinte redação: "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa". Inegavelmente se trata aqui de harmonizar, formal e positivamente, aquilo que já estava sendo determinado pelo texto constitucional, resolvendo-se, dessa forma, uma questão que apesar de tudo criava algumas situações constrangedoras, já que não raro, muitos juizes deixavam de aplicar o comando constitucional para fazer valer a regra do ordenamento infraconstitucional.

Uma simples comparação visual do dispositivo antes e o atual:

QUADRO COMPARATIVO

Dispositivo do CPP com as alterações da Lei 10.792/2003

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Dispositivo do CPP antes da Lei 10.792/2003

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Assim, o legislador ordinário fez questão de deixar bem claro que o silêncio do réu não importará em confissão, assim como não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Proíbe-se, assim, que do silêncio decorra qualquer consequência desfavorável ao acusado. Essa norma está em perfeita consonância com os princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Ainda sobre esse tema, cumpre observar que o réu também não está obrigado a falar a verdade; quem tem a obrigação de dizer a verdade é a testemunha, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho. Em tese, a mentira do réu no interrogatório só será considerada crime se fizer auto-acusação falsa (CP, art. 341) ou se mentir sobre a sua própria identidade (art. 307, do CP).

Por seu turno, o antigo artigo 187 do código processual afirmava que "O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas". Queria com isso dizer que o ato do interrogatório do acusado era, então, uma prática absolutamente unilateral, onde as partes não tinham como intervir, sendo apenas coadjuvantes sem significância, já que só podiam manifestar-se de maneira passiva, isto é, meramente assistiam ao ato do interrogatório sem poder nele participar. É, assim que, nesse ato processual não se admitia a figura do contraditório, esse que é, sem dúvida, um dos principais elementos formadores do devido processo legal.

E, esse poder era, inclusive, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que esse tribunal superior admitia como certo e legal, a impossibilidade, pelas partes, do inexorável direito ao exercício do contraditório, quando do ato do interrogatório.

A lei 10.792/03, na nova redação dada ao art. 188 do CPP, traz uma nova oxigenação ao procedimento do interrogatório: "*Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das*

partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante".

Desde logo se entende que, agora, as partes (isto é, o defensor do acusado, mas, igualmente o Ministério Público ou o querelante), como quer a lei quando afirma "... o juiz indagará das partes...", poderão influenciar, por se fazerem ativamente presentes de algum modo, ao menos nas perguntas a serem feitas, mesmo que nesse momento inicial, o instituto do contraditório no interrogatório.

Na verdade, a lei 10.792/03 apenas autoriza às partes a "intervir ou influir" diretamente nas perguntas feitas, mas feitas, ainda, pelo juiz ou nas respostas apresentadas pelo acusado, de forma a procurar mudar um ou outro elemento, para melhor propiciar o trabalho da defesa ou do órgão acusador.

O que está a se autorizar, no momento indicado e na forma evidente, é a indicação de que ao fato apresentado se pode buscar um melhor esclarecimento, decorrendo de tal indicação a possibilidade de uma nova formulação de perguntas ao acusado, sempre feitas pelo magistrado que presidir o ato. Só que em aceitar essas perguntas e oriundas das partes, isso por si já significa uma importante revolução no jogo de poderes entre o juiz, a defesa e o órgão acusador ou o querelante.

Querendo ou não, limitada ou não, seja como for, agora é inegável que a nova lei passou a admitir, de algum modo, que as partes têm a possibilidade de buscar e influenciar, nas perguntas formuladas, antes mero exercício discricionário do juízo da causa, o próprio limite do processo penal a partir desse momento.

Vale lembrar: muito embora, ainda, caiba ao juiz apreciar a pertinência e relevância das perguntas formuladas, para depois refazê-las ou não ao acusado, é certo que uma vez indeferidas deverá cuidar-se para que constem do termo exatamente como formuladas pelas partes e as razões do indeferimento, como garantia da ampla defesa, visto que, agora, é aberta ao acusado a possibilidade de uma discussão em eventual ataque recursal sobre tal ato processual, ação que era anteriormente inimaginável.

Com a clareza que, agora, as partes poderão de alguma forma capciosa influenciar, de algum modo sutil, o momento mesmo do interrogatório do acusado, mesmo que pela via dissimulada de perguntas oferecidas ao juízo e, em fazendo isso, permitir, desde o início, a presença do contraditório e do devido processo legal.

Ao juízo é concedido o poder de ao seu particular entendimento, formular ou não as perguntas que poderão vir a ser apresentadas pelas partes. Sem dúvida que no jogo dos poderes entre os operadores do direito, isso significa um importante capítulo. Implacavelmente, isso é um fato! Está, portanto, ampliado um espaço de participação às partes que antes não existia, e que ao se fazer existir, abre-lhes um maior comando de manobras no 'iter' processual, tanto no que diz respeito à defesa, quanto para a acusação.

Dessa forma, ao materializar no universo processual o fim de qualquer polêmica ou resistência ao direito ao silêncio, antes já consagrado pela via constitucional, bem assim fortalecer, ainda que de forma incipiente o direito ao devido processo legal já na fase do

interrogatório, a lei 10.792/03 é um avanço em direção a uma realidade sócio-política-jurídica que se diz cimentada em um Estado Democrático.

Mas essa é apenas uma primeira visão dessa lei tão repleta de significações. E se o sistema não ajuda, o silêncio não pode atrapalhar aquele que faz uso dele amparado por dogma constitucional.

A lei processual estabelece ao réu a possibilidade de quatro condutas quando de seu interrogatório de mérito:

- Confessar;
- Negar;
- Mentir;
- Silenciar.

Pode confessar, ocorrendo a seu favor a atenuante específica da lei penal da confissão espontânea (artigo 65 do Código penal). Pode negar, como direito pessoal de negativa dos atos contra si imputados. Revela-se neste caso, a máxima de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Pode silenciar amparado por lei já analisada. E por fim, pode mentir, já que, como dissemos, não presta compromisso legal. Assim não há sanção para sua mentira. Dessa forma torna-se inegável que o direito ao silêncio do réu em nada pode prejudicá-lo.

Assim, aliás foi o entendimento do STJ analisando a impossibilidade de prejuízo ao réu pelo seu silêncio:

“O fato do juiz da causa ter advertido o paciente de que seu silêncio poderia prejudicá-lo, é irrelevante, na medida em que, se calado tivesse ficado, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, hoje, constitucionalmente protegido”. (6ª Turma – H.C. n.º2571 – 1/PE – Rel. Pedro Aciole – Ementário STJ, 10/671).

7.2 - Noções Gerais do Interrogatório

Indubitavelmente, o interrogatório constitui uma das partes mais importantes dentro do processo penal. É a partir dele, do contato direto do juiz com aquele que é acusado da prática do delito, que o magistrado começa a formar seu livre convencimento e a decidir a lide processual.

De maneira didática e elogiosa, Vicente Greco Filho define o interrogatório do acusado como uma audiência do réu. Claro está que se presente o réu deverá ser interrogado, preservando-lhe o direito constitucional do silêncio. Dentro da doutrina pátria, não podemos nos esquecer da conceituação de Fernando Capez^[26] que de maneira ampla o conceitua como:

“ato judicial no qual o juiz ouve o acusado sobre a imputação contra ele formulada. É ato privativo do juiz e personalíssimo do acusado, possibilitando a este ultimo o exercício da sua defesa, da sua autodefesa”.

Como já dito, o interrogatório é ato processual pelo qual o magistrado começa a criar seu convencimento sobre o fato litigioso trazido ao seu julgamento. É a primeira oportunidade em que a oralidade se fará presente, a possibilidade do contato direto com o juiz com aquele que efetivamente sabe como os outros tiveram seu início e se desenrolaram, ou seja, com aquele que sabe a verdade dos fatos, a qual é a busca incessante do juiz criminal.

O interrogatório é ato publico, ao menos como regra, e apenas em situações especialíssimas e anormais poderá realizar-se sem a publicidade característica dos atos processuais penais. Existe determinadas situações em que o juiz pode restringir a publicidade do ato processual penal, também aplicável ao interrogatório do acusado, insertas no artigo 792, também no seu parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, conhecido como o princípio da publicidade do processo:

“Art.792 – As audiências, sessões e atos processuais serão em regra públicos e se realizarão na sede dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir o porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade de audiência, da sessão ou ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou tribunal, câmara ou turma, poderá de ofício ou a requerimento de parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

7.2.1 - Da Necessidade do Interrogatório

Notadamente certo é que o interrogatório do réu constitui ato necessário e indispensável dentro do processo. Tão inquestionável é tal fato que o magistrado, ao dar por iniciada a relação processual penal com o recebimento da denúncia, determina a citação do acusado e, de imediato designa a data para o interrogatório. Isto ocorre da leitura do artigo 394 do Código de Processo Penal. Os tribunais têm decidido de maneira uniforme e pacífica da indispensabilidade do interrogatório:

“Interrogatório – Caráter indispensável – O interrogatório do réu, consubstanciando autodefesa, exsurge como imperativo jurídico-constitucional”.(STF – HC 73827-3 – Relator – Min. Marco Aurélio – D.J.U. 04.10.96, p. 37.101).

Na verdade, deve ter o indivíduo a oportunidade de ser interrogado. Tal oportunidade não deve ser retirada do acusado sob pena de nulidade absoluta. Estando presente, deve ter a oportunidade de ser interrogado, podendo, como já consignado, fazer uso do seu direito constitucional de permanecer em silêncio. E assim o é; se presente, e não interrogado, o procedimento é nulo de forma absoluta, nos precisos termos do artigo 564, inciso III, letra “e” do Código de Processo Penal Brasileiro.

Não podemos esquecer que os próprios Tribunais, quando em análise dos recursos interpostos, constatando a inexistência do interrogatório, ou a falta de oportunidade para tanto, tem convertido o julgamento em diligência, determinando à Instância Inferior a oportunidade para a realização do mesmo, sabedores que através do interrogatório podem formar, alicerçar e sedimentar suas convicções.

7.3 - Do Interrogatório

“Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Tal dispositivo surgiu, sem dúvida, de maneira irrefutável à garantia constitucional do silêncio, como dogma a ser preservado e respeitado, fazendo cair por terra as opiniões contrárias, que ainda teimam em existir, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria.

Desta forma, buscando no processo penal em consonância com o dispositivo constitucional, primeiro é preciso estabelecer quais são as oportunidades em que o imputado se manifestará dentro de um procedimento investigatório ou processual criminal.

Como é cediço, o imputado, indigitado, indiciado ou réu, terá a oportunidade de manifestar-se sobre a acusação, com base na lei processual penal, de regra, em duas oportunidades: na fase inquisitiva e na fase judicial. Dentro do Código de Processo Penal, encontramos já no artigo 6º, inciso V, a determinação da oitiva do imputado, que deverá obedecer ao dispositivo no Capítulo III do Título VII, o qual trata especificamente do interrogatório do acusado.

Tal oitiva se dará durante a lavratura do auto de prisão em flagrante delito ou durante a fase investigativa dos atos de movimentação do inquérito policial.

Que como assevera Ada Pellegrini Grinover^[27], “diversamente não poderia ser, frente às características do sistema inquisitório e do sistema acusatório”. Outra oportunidade para

oitiva do imputado é aquela que se apresenta na fase judicial quando já instaurada a ação penal, quer que pelo recebimento da denúncia nas ações penais públicas, quer pelo recebimento da queixa nas ações penais privadas.

De regra o interrogatório do imputado se dá nessas oportunidades porque, legalmente falando, a própria lei em face do princípio processual penal da livre convicção que rege o Direito Processual Penal, estabelece a possibilidade, para a consecução do convencimento do juiz na aplicabilidade da lei no caso concreto, de interrogar o imputado por mais de uma vez, ou seja, tantas quantas forem necessárias para a formação do seu convencimento.

Neste diapasão é o que dispõe o artigo 196 do Código Processual Penal:

“Artigo 196 – A todo tempo, o juiz poderá proceder novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

7.4 - Direito ao Silêncio e o Interrogatório no Processo Penal

Um momento imprescindível como oportunidade para manifestação do imputado, é o interrogatório, que traz em si também outras indagações no tocante ao direito constitucional do silêncio. Possui grande importância processual o momento em que se dá a ciência ao interessado da possibilidade de silenciar quando da oitiva.

Na fase inquisitiva: Se a ciência do direito ao silêncio é suprimida do imputado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, se iniciado o inquérito policial de peça meramente informativa, dispensável, investigativa, não tem tal omissão o condão de macular eventual ação penal a ser proposta.

Na verdade, sua consequência se restringe mais aos efeitos da prisão em flagrante delito. Poder-se-ia dizer que trataria como consequência maior o relaxamento da prisão em flagrante delito, com a imediata soltura do acusado, por vício na formação do auto de prisão em flagrante, pela não observância de forma constitucional garantidora dos direitos individuais.

Se tal omissão ocorrer dentro ainda do inquérito policial, mas em interrogatório próprio, não subsumido ao auto de prisão em flagrante delito, como é o caso das peças investigatórias iniciadas por portaria da autoridade, por requerimento da vítima, requisição da Autoridade Judiciária, Ministério Público ou Ministro da Justiça, não macularia pela característica inquisitiva do inquérito, dispensável, portanto a eventual ação penal a ser proposta.

Existe a necessidade da interpretação em conjunto com as garantias individuais (a inviolabilidade da intimidade, da casa, das comunicações e a licitude das provas) que, devem ser extraídas através de uma consequência lógica.

Vale ressaltar que a redução do valor probante de tal ato aplica-se também como segunda conseqüência em se tratando de auto de prisão em flagrante delito em que ocorresse tal omissão. Lá no auto de prisão em flagrante delito, é indiscutível que o relaxamento da prisão em flagrante é a primeira e maior conseqüência uma vez que com a mesma, a prisão efetuada se torna ilegal, retornando o indivíduo a seu estado de liberdade, que é o que a Constituição Federal coloca como um dos maiores direitos do cidadão.

Na fase judicial: De outra parte, poder-se-ia dizer que, se tal omissão ao direito de silêncio vier a ocorrer na fase judicial, entenderemos que se trata de nulidade insanável. É obrigação do juiz alertar o réu do seu direito de permanecer calado sem quaisquer conseqüência contra seu ato. Iniciada a relação processual penal, esta iniciada também a acusação propriamente dita contra o acusado que em seu direito de defesa, que é o interrogatório como já mencionamos, deve tê-lo como forma garantidora de seus direitos individuais de forma plena, ampla, sem quaisquer restrições de qualquer forma ou conteúdo.

7.5 - A Ilegalidade do Interrogatório Informal

Assentadas tais premissas, verifica-se que, sem dúvida, a doutrina e a jurisprudência são uniformes no sentido de que o direito ao silêncio dentro da regra processual deve ser informando quando do interrogatório, quer na fase policial, inquisitiva, quer na fase contraditório, judicial, e a informação sobre tal garantia deve ser feita quando dos mesmos. É evidente, que a questão do silêncio pela testemunha, que a amplitude do direito ao silêncio se tornou regra, e não poderia ser diferente.

As garantias constitucionais só podem ser ampliadas e nunca restringidas. Admite-se interpretação extensiva dessas garantias no afã de se ampliar o rol de direitos do indivíduo. Ora, está claro que a Constituição vigente foi elaborada em uma era democrática, sendo promulgada após o obscuro regime ditatorial militar. Dessa forma, é inegável que o legislador constituinte apresentou como garantias do cidadão e, que não pode e não deve ser restringida, uma vez que tal restrição afrontaria a própria constitucionalidade da interpretação.

Claramente compreendida a temática de que, as garantias constitucionais só podem ser interpretadas de modo ampliativo, sempre desenvolvendo para melhor o instituto constitucional analisado. E assim, não poderia deixar de ser com relação ao direito ao silêncio.

Surgiu no Supremo Tribunal Federal, no ano de 1999, caso inéditos nos anais judiciários no tocante à possibilidade da proteção constitucional do direito ao silêncio mesmo antes de qualquer procedimento próprio, lavratura do auto de prisão em flagrante, mais notadamente, interrogatório informal, ser utilizada como forma de incriminação do agente detido.

O V Acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 78.708-1 trata da necessidade de se informar o preso, quando do efetivo momento da prisão, do seu direito constitucional ao silêncio.

Quando da lavratura da peça legal, já informado do seu direito ao silêncio, invoca-o e dele faz uso. Nesse caso, as informações obtidas anteriormente teriam validade para incriminá-lo quando do processo judicial? Inicialmente, como defensores incondicionais das prerrogativas constitucionais no processo e mais ainda do direito ao silêncio daquele que se vê incriminado, temos que, já a partir da prisão do indivíduo quando da prática da infração penal, independentemente da peça legal atinente à prisão, deve ele ter oportuna informação do seu direito de silêncio.

O direito ao silêncio, agora analisado, antes mesmo de qualquer procedimento legal atinente à prisão, deve ser consagrado como forma de informação oportuna do réu de seu direito, para que possa ter assegurada a livre opção de utilizá-lo ou de intervir ativamente no procedimento legal, oferecendo sua versão sobre os fatos, propondo-se a prová-los, abdicando do direito de permanecer calado, já no efetivo momento em que é privado de sua liberdade.

Entretanto, não lhe pode ser subtraído mesmo que faça a opção pela sua defesa, respondendo às indagações, do direito à informação oportuna a respeito da possibilidade de permanecer em silêncio.

Na verdade, o que se procura é garantir ao preso, o direito de permanecer em silêncio, preservando que nada do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, possa ser utilizado contra ele.

O interrogatório informal, prática habitual de nossa polícia, não tem amparo legal, portanto inexistente, e não pode ser tido como meio de prova a incriminar o indivíduo, notadamente, quando feito sem as mínimas garantias constitucionais do processo, como por exemplo, o acompanhamento do mesmo por profissional do direito e a advertência da possibilidade de silêncio.

Mais ainda se o acusado optar quando da lavratura do flagrante pelo silêncio constitucional. É óbvio que, se optou pelo direito ao silêncio, tudo o que tiver dito anteriormente, desde o momento de sua prisão, não poderá ser usado contra ele, uma vez que não fora antes do ato privativo de sua liberdade informado daquele direito.

Aliás, este é o pensamento integral de Antônio Scarance Fernandes, em conferência proferida no 3º Encontro Nacional dos Advogados Criminalistas, realizado em outubro de 1998, na cidade de São Paulo.

Naquela oportunidade, lembrou o mencionado jurista que a aceitação como prova de tal confissão feita informalmente e sem as garantias constitucionais do processo se equipara às provas obtidas por meios ilícitos, não admitidas no ordenamento constitucional, conforme previsão expressa do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

Sem dúvida, o V. Julgado mencionado, bem como as análises doutrinárias sobre o mesmo no sentido de que o direito ao silêncio deve ser enunciado já no momento da

detenção do agente, é um ícone animador de que, pelo menos, a garantia do direito ao silêncio esta sendo interpretada no sentido de proteger o indivíduo, que é o objetivo maior da Carta Magna de 1988, bem como defesa incontestável deste trabalho.

8 - DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO VIRTUAL

O mundo vive a era da informação. A revolução tecnológica no campo das comunicações afeta a todos os setores da sociedade. O Direito, como ciência social, também é influenciado pelos avanços científicos.

Debate bastante atual versa sobre a utilização de meios tecnológicos para agilizar a realização de interrogatórios no processo penal, em um procedimento definido como interrogatório virtual, à distancia ou “on-line”.

O primeiro interrogatório à distância foi procedido no ano de 1996, na Comarca de Campinas, pelo, à época, juiz de direito Luiz Flávio Gomes, o qual utilizou a ‘internet’ para o envio e recebimento de mensagem de texto em tempo real. Ainda no ano de 1996, naquela mesma comarca, foi realizado interrogatório pelo sistema de videoconferência, na 1ª Vara Criminal. Segundo a Grande Enciclopédia Larousse Cultural^[28], videoconferência é definida como “teleconferência que permite, além da transmissão da palavra falada e de documentos gráficos, a transmissão das imagens animadas dos participantes”.

Tal sistema já é adotado em vários países como Estados Unidos, Inglaterra, Itália, Espanha e Argentina, sendo recentemente regulamentado em Portugal. E atualmente no Brasil, o interrogatório à distância tem sido realizado regularmente nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraíba, Paraná, e no Rio Grande do Sul.

Apesar de estar sendo procedido rotineiramente nos Estados supracitados, o interrogatório à distância não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio. Face à ausência de previsão normativa e considerando-se as direitos e garantias individuais da pessoa humana, cabe se questionar a validade e a eficácia do interrogatório virtual.

O doutrinador Tourinho Filho^[29] esclarece a relevância do interrogatório no processo penal ao estabelecer que:

“Um dos atos processuais mais importantes é, sem dúvida, o interrogatório, por meio do qual o Juiz ouve do pretense culpado esclarecimentos sobre a imputação que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento.”

Há divergências na doutrina a respeito da natureza jurídica do interrogatório. Já ultrapassada corrente doutrinária entendia tratar-se o interrogatório de mera prova. Tal compreensão decorria da posição topográfica que esse ato processual ocupa no Código de Processo Penal (CPP), ou seja, no Título VII – Da prova. Além disso, tal corrente propunha que, quando o acusado se defendia no interrogatório, fornecia elementos para

serem utilizados pelo juiz na busca da verdade. Ainda, mesmo quando o acusado permanecia em silêncio, segundo essa doutrina, ele fornecia elemento para a convicção íntima do juiz.

O direito ao silêncio é garantia constitucional estabelecida no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, inadmissível que a utilização dessa garantia viesse implicar prejuízo ao acusado.

Uma segunda corrente doutrinária comunga da idéia de que o interrogatório é ato processual de natureza mista. É meio de prova e de defesa. É visto como meio de prova, porque o acusado, ao se defender, também fornece elementos para o magistrado formar convencimento. Todavia, *como meio de defesa decorre do fato de o acusado ter a faculdade de, perante a autoridade judiciária, se contrapor às acusações que lhe são atribuídas*. O ilustre doutrinador Mirabete¹³⁰¹ defende essa posição.

Finalmente, a terceira corrente doutrinária entende que, apesar de sua posição topográfica, o interrogatório se configura em autêntico meio de defesa. Essa compreensão da natureza jurídica do interrogatório é, atualmente, dominante.

Segundo ela, *o interrogatório constitui-se em manifestação da autodefesa*, no sentido da participação do réu em momento fundamental do processo a fim de demonstrar sua versão dos fatos.

O interrogatório consubstancia-se, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes¹³¹¹, *“no direito de audiência, que consiste na possibilidade de o acusado pessoalmente influenciar na formação do convencimento do magistrado.”*

Ainda, os autores propõem que o acusado não tem a obrigação de fornecer elementos de prova, pois há norma constitucional (Inc LXIII, do art 5º, CF), que lhe assegura o direito ao silêncio. Portanto, se o acusado pode dispor do interrogatório da forma que julgar mais conveniente, ou seja, falando ou calando-se, tal ato processual não pode ser interpretado senão como meio de defesa.

Diante desse meio de defesa, tem sido questionado se o interrogatório virtual contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), pois o mesmo, em seu Art 8º, inciso I, garante ao indivíduo o direito de ser ouvido em tempo razoável por um juiz ou tribunal competente. Da mesma forma, há entendimento de que o interrogatório “on-line” contraria o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Pacto de Nova Iorque) que, em seu Art 9º, inciso 3º, garante a toda pessoa presa ou detida sob acusação de infração penal o direito de ser prontamente conduzida à presença de um juiz.

No plano constitucional, é argüido que o interrogatório à distância fere os princípios da devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da legalidade e da proporcionalidade.

Contudo, no plano das garantias constitucionais o interrogatório virtual enfrenta problemas. Porém, há que se destacar a Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou os artigos referentes ao interrogatório no Código de Processo Penal (do art 185

ao 196), e que já oportunamente fora analisados, importante a ressaltar neste momento, que a referida lei não tratou do interrogatório virtual.

9 - CONFISSÃO FICTA

Com relação à confissão ficta, ou seja, aquela proveniente da revelia do acusado, tenha-se presente que não tem ela suporte ou aplicabilidade no processo penal.

Estabeleceu-se no Código de Processo Civil, através do artigo 343, em seu § 2º, a possibilidade da confissão ficta, aquela oriunda da revelia, ou seja, da não contestação dos fatos articulados pelo autor na inicial, pelo réu.

Assim, são considerados verdadeiros os fatos argüidos pelo autor da inicial, dentro do procedimento cível, desde que não contestados pelo réu, seguindo assim o efeito da revelia como confissão.

No processo penal, mesmo que o réu não atenda o chamamento judicial, tornando-se revel, sendo citado, ou seja, tomando conhecimento da acusação que sobre si pesa, não será tida sua contumácia dentro do processo como causa de confissão ficta.

Tenha-se presente que, com o advento da lei 9271/96, que alterou a relação do artigo 366 do Código de Processo Penal, nem mesmo assim é admitida a confissão ficta.

Aliás, oportuno consignar que a lei supramencionada teve sua origem técnico-legal no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, item 2, letra “b”, que proclama que toda pessoa acusada terá comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada da acusação formulada. Ou seja, ninguém será processado sem que tenha conhecimento prévio de que contra si foi instaurado um processo criminal.

Acaba-se, portanto, com a revelia oriunda da citação editalícia, em que se presumia a ciência do acusado, pelo simples fato de se publicar um edital no Diário Oficial.

Só terá prosseguimento o processo, se efetivamente se comprovar, depois da citação por edital, quer pela presença do acusado em juízo, quer por outra forma de prova de sua ciência pessoal do fato criminoso, como constituindo defensor, que teve ele conhecimento da acusação.

Assim proclama a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal que:

“Art. 366 – Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se, for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312”.

Concluindo, temos que, mesmo citado por edital e tornando-se revel, ou suspenso o processo, não há como consequência a confissão ficta do acusado, pelo não atendimento ao chamamento judicial.

10 - O DIREITO AO SILÊNCIO DA TESTEMUNHA

O direito de silêncio no interrogatório, iniciou-se quando da abertura da Comissão Parlamentar de Inquérito do Banco Central, em que houve a discussão sobre tal direito, apresentando desta forma a importância não só para o direito e às garantias processuais, como também para o direito ao silêncio e, para a vida política do país. Houve grande repercussão também a Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico, cujo objetivo primordial foi desmascarar os grandes incentivadores do vício fácil.

Entretanto, no aspecto técnico-jurídico deixou muito a desejar em face da disposição de seus membros de aparecerem perante a mídia como salvadores da pátria, exorbitando o sentido liberal da lei e, em diversos casos, passando por cima das garantias constitucionais e processuais. Fizeram, inclusive, uso equivocado e errôneo quanto aos seus poderes jurisdicionais, sem se atentar para o aspecto da reserva jurisdicional.

Na Comissão de Inquérito do Narcotráfico, vários foram Julgados que tiveram importância ímpar na nova diretriz do direito ao silêncio, ampliando ainda mais o entendimento do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal.

No julgamento do HC nº 79.812-8-SP^[32], em medida liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello, temos a síntese de todos os Julgados do STF no sentido do direito ao silêncio, bem como a análise de um aspecto até pouco ou quase nada discutido: “A possibilidade de a testemunha silenciar”.

No aspecto do direito ao silêncio, assim preleciona referido julgado com propriedade:

“(…) ora paciente que é investigador de polícia, em Campinas foi convocado a depor, na ‘condição de testemunha’ (fls. 21), perante a CPI / Narcotráfico, no próximo dia 1º de dezembro”.

“impõe-se ao ora paciente, a obrigação perante a CPI / Narcotráfico, incumbindo-lhe ainda, o dever de responder às perguntas que lhe forem feitas, ressalvadas aquelas cuja resposta possa acarretar-lhe ‘graves danos’”. (CPC. Art. 406, I, c.c. CPP, art.3º, cc a Lei nº 1.572/52, art 6º).

Assim dispõe o V. Julgado, com relação ao direito ao silêncio, e no caso *sub judice*, mais notadamente ao da testemunha.

“Sabe-se que, embora comparecendo, assiste ao ora paciente o direito de se manter em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas pelos membros da CPI / Narcotráfico, possam acarretar-lhe grave dano (*nemo tenetur se detegere*)”. **grifo nosso**

É que os indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a auto-incriminação, consoante tem proclamado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RDA.196197, Rel. Min. Celso de Mello – HC. 78.814-PR, Relator Min. Celso de Mello, HC. 79.244-DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence).

Este entendimento, no caso em questão, também é alicerçado por outros trazidos a colação pela jurisprudência pátria, tais como:

“A condição de testemunha não afasta a garantia constitucional do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre as quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado). Com este entendimento, o Tribunal, confirmando a liminar concedida, deferiu hábeas corpus para assegurar ao paciente – inicialmente convocado à CPI/Narcotráfico, como indiciado, na eventualidade de retornar à CPI para prestar depoimento, ainda que na condição de testemunha, o direito de recusar-se a responder perguntas quando impliquem possibilidade de auto-incriminação (HC. 79.589-DF. Rel. Min Octávio Galotti, data 05.04.2000)”^[33].

Conforme bem explicita Antônio Magalhães Gomes Filho^[34]:

“Embora aludindo ao preso, a interpretação de regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão, a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação”.

Assim temos que na qualidade de testemunha, qualquer pessoa pode silenciar não só perante a Comissão de Inquérito, mas em qualquer procedimento quer extrajudicial ou judicial, em duas hipóteses:

- a) quando da resposta à indagação, esta possa incriminá-lo, ou acarretar-lhe grave dano, sendo possível a utilização de suas palavras em futuro processo criminal em que possa ser acionado diretamente (Código de Processo Penal, art. 3º^[35], c.c. artigo 406, I^[36] do Código de Processo Civil);
- b) quando deva guardar sigilo profissional; por exemplo, um advogado no exercício de sua função, conforme dispõe o artigo 207^[37] do Código de Processo Penal.

Logo é necessário considerar, ainda, que à testemunha, comparece em Comissão Parlamentar de Inquérito para ser interrogada, ou prestar depoimento, é assegurado o

direito de se fazer acompanhar por advogado, que pode ingressar livremente na sala de dependências das audiências, assim como reclamar contra a inobservância da lei, regimento ou regulamento, conforme disposição expressa do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 7º^[38].

CONCLUSÃO

No encerramento deste trabalho, é válido ressaltar os principais pontos apresentados e extrair algumas conclusões a respeito da garantia do direito ao silêncio no interrogatório. Buscou-se a todo instante, demonstrar dispositivos referentes ao âmbito constitucional e infraconstitucional, que visa a devida proteção à garantia do direito ao silêncio. Pois a questão se resume especificamente no direito ao silêncio no interrogatório.

O conceito de silêncio repousa na possibilidade constitucional de o réu permanecer calado, não advindo qualquer prejuízo ao mesmo por tal fato. Vários outros conceitos devem ser analisados para suporte ao conceito constitucional e processual penal, como o conceito no Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e na linguagem comum.

O silêncio no sentido filosófico, é uma palavra que designa o estado da pessoa que se cala, que se abstém de falar, seja pela cessação do comércio epistolar, seja pela falta de resposta. O silêncio é um ato moral e voluntário, sendo uma manifestação de vontade. Seu grau de valor moral é medido dependendo do grau de liberdade.

O direito ao silêncio deriva originalmente das garantias constitucionais do indivíduo no processo e assim, o princípio do devido processo legal se confunde com a formação do Estado Democrático de Direito, sendo uma de suas mais importantes bases. O devido processo legal não é apenas uma garantia processual, mas também uma garantia de que a lei será formulada com critérios de justiça, sempre se respeitando a Constituição, Lei Suprema de um povo.

O princípio do devido processo legal, em qualquer uma das suas acepções, visa a conquista da liberdade e da igualdade, com a efetiva realização da pessoa humana. Todavia, inerentes ao devido processo legal é o direito de ação e o acesso a justiça.

Diante do intuito já estabelecido, o presente trabalho buscou de maneira incontestável a aplicação ampla dos direitos e garantias. Aceitando tão somente sua interpretação de maneira a estender e ampliar sua aplicabilidade, de modo a sempre, garantir e privilegiar que o cidadão possa sentir-se seguro pelas normas constitucionais vigentes, no sentido do respeito à sua pessoa e à sua vida, liberdade e integridade.

Ao longo deste trabalho, a todo instante buscou-se o esclarecimento da garantia do direito ao silêncio no interrogatório. Todavia, mantendo a ênfase ao silêncio, ressaltou-se também, a modificação em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a criação da Lei 10.792/03 que, sem uma discussão prévia sobre a sua relevância ou não, trouxe

importantes e, significativas alterações em alguns procedimentos processuais penais já consolidados e que aqui foram interpretadas e sedimentadas.

Dessa forma, ao materializar no universo processual o fim de qualquer polêmica ou resistência ao direito ao silêncio, antes já consagrado pela via constitucional, ainda que de forma incipiente o direito ao devido processo legal já na fase do interrogatório, a lei 10.792/03 é um avanço em direção a uma realidade sócio-política-jurídica que se diz alicerçada em um Estado Democrático.

Conforme se denota das assertivas do presente trabalho, a defesa do direito ao silêncio como dogma constitucional, tornou-se arma ferrenha de defesa da própria Constituição, alinhando-se todas as hipóteses de silêncio como garantia da defesa do indivíduo dentro de qualquer procedimento. As oportunidades de silêncio ao imputado revelam-se nas próprias oportunidades em que será ouvido, quer na fase extrajudicial (inquérito policial) como em juízo, durante seus interrogatórios. Não pode o indivíduo ser incriminado por informações obtidas em interrogatório informal, antes da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, sem que tenha sido advertido quando do próprio ato da prisão de seu direito constitucional de silenciar. O interrogatório, por ser meio de defesa, permite ao réu silêncio, já que permite também a mentira sem qualquer prejuízo pois não responde por crime de perjúrio.

A omissão ao direito do imputado de permanecer em silêncio, se verificada no auto de prisão em flagrante, não macula eventual ação penal a ser proposta, tão somente leva ao relaxamento da prisão em flagrante por vício na formação do auto, por não observância da norma constitucional garantidora dos direitos individuais. Além dessa consequência, adviria da omissão ao direito de silêncio ao imputado a redução do valor probante de suas declarações, se prejudiciais ao mesmo.

Se verificada dentro do inquérito policial, mas em interrogatório próprio, não subsumido ao auto de prisão em flagrante delito, não macularia a ação penal a ser proposta, mas reduziria o valor probante de tal ato. Porém, se verificada a omissão à ciência ao direito ao silêncio do imputado na fase judicial, quando do interrogatório do réu, seu meio de defesa, a nulidade se apresentará insanável, sendo o ato nulo.

O direito ao silêncio é tido como norma garantidora dos direitos subjetivos públicos do indivíduo, trata-se de dogma constitucional de inovação da Carta Magna vigente, sendo inspirada no direito norte-americano. Desta forma ao imputado, quando de seu interrogatório, é assegurado não só o direito ao silêncio, mas o direito de confessar, negar e até mentir.

No tocante ao interrogatório virtual, ainda não está definido constitucionalmente, visto que alguns doutrinadores entendem ferir garantias constitucionais e processuais, como o devido processo legal e a ampla defesa, que não podem e não devem ser desprezadas. Sendo o silêncio hoje protegido constitucionalmente, qualquer afronta a este direito, convertendo-se em prejuízo ao réu ou a sua defesa, deve ser tido como medida arbitrária e inconstitucional.

A garantia do direito ao silêncio, como as demais garantias constitucionais do processo e do indivíduo no processo, só podem ser interpretadas de maneira ampliativa. Nunca

uma garantia constitucional ou processual pode ser interpretada de maneira restritiva a prejudicar o indivíduo, pois isto contraria o espírito e o objetivo da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto D.; NUNES, Vidal S. J.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 19ª ed. Vol. 2. 1998.

BROSSARD, Paulo. **Constituições e Leis a Ela Anteriores**. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público. n° 4. 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 6ª ed. 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. 2001.

CINTRA, Antonio C. de Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 17ª ed. 2000.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense. 3ª ed. 1992.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 15ª ed. 1999.

ENCICLOPÉDIA. **Grande Enciclopédia Larousse Cultural**. São Paulo: Nova Cultural. Vol. 24. 1999.

FERNANDES, Antonio Sacarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

GOMES FILHO, Antonio M. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1995.

GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7ª ed. 2001.

_____. **O Processo em sua Unidade**. São Paulo: Saraiva. 1978.

LIMA, Luis C. **A Metamorfose do Silêncio**. Rio de Janeiro: Eldorado. 1975.

MACEDO, Silvio. **Introdução à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 1993.

MIRABETE, Júlio F. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 7ª ed. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

NEVES, Serrano. **O direito de calar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1980.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2000.

SILVEIRA, Paulo F. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey. 2ª ed. 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. V. 3. 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. Campinas: Bookseller. 2ª ed. 2000.

[1] De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.758.

[2] LIMA, Luis C. **A Metamorfose do Silêncio**. Rio de Janeiro: Eldorado. 1975, p. 124.

[3] MACEDO, Sílvio. **Introdução à Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p.121.

[4] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2002, p.437.

[5] CANOTILHO, op. cit., p. 243.

[6] PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995, p.145.

[7] SILVEIRA, Paulo F. **Devido Processo Legal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1997, p.110.

[8] BROSSARD, Paulo. **Constituições e Leis a Ela Anteriores**. In Revista Trimestral de Direito Público, nº 4, 1999, p. 16

[9] ARAÚJO, Luiz Alberto David *et* NUNES, Vidal Serrano Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 45.

[10] BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996, p.147-150.

[11] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 95.

[12] PORTANOVA, *op. cit.* p. 147.

[13] FERNANDES, Antonio S. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 45.

[14] O mesmo sucedeu com a Constituição de 1988, no art. 5º, inc. LIV, que declarou que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E nesse quadro amplo que se insere o devido processo legal, que abrange as mesmas garantias de outros processos, vistas em face do processo penal.

[15] Nelson Nery Junior, **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32-42.

[16] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

[17] WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller. 2000, p.121.

[18] CINTRA, Antonio C. de Araújo; GRINOVER, Ada P. *et* DINAMARCO, Carlos R. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986, p. 146.

[19] GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 137.

[20] CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. I, 1992, p. 219.

[21] A Convenção de Costa Rica, em seu artigo 8º, contempla várias garantias processuais, a maioria já consagrada no texto constitucional. Algumas delas representam acréscimo de garantias ao acusado e, por isso, são realçadas no trabalho, como sucede com a afirmação de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo.

[22] FERNANDES, Antonio S. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 267.

[23] Foi o que declarou o Supremo Tribunal Federal em caso de recusa ‘a fornecer à autoridade policial padrões gráficos de próprio punho para a instrução de procedimento investigatório de crime de falsificação de documento’. Entendeu-se que ‘o art. 174, IV, do CPP (quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado) não obriga o indiciado a fornecer prova para caracterizar sua própria culpa, mas apenas determina a intimação deste para, querendo, fornecê-la’. (HC 77.135-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 08.09.1998, Informativo STF, nº 122, p.1).

[24] NEVES, Serrano. **O direito de calar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1980, p. 11.

[25] GOMES FILHO, Antonio M. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p.114.

[26] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.2001, p.264.

[27] GRINOVER, Ada P. **O Processo em sua Unidade**. São Paulo: Saraiva. 1978, p. 98.

[28] **Grande Enciclopédia Larousse Cultural**. Volume 24. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 5.940.

[29] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.. p. 267.

[30] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.275

[31] GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 79

[32] in Boletim Informativo do STF nº 174.

[33] In Boletim Informativo do STF nº 184.

[34] GOMES FILHO, Antonio M. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p.192.

[35] Art. 3º CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

[36] Art. 406 CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral em segundo grau”.

[37] Art. 207 CPP: “São proibidas de depor as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigada pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

[38] Art. 7º, Estatuto da Ordem dos Advogados: “São direitos do advogado: I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional.

ADMINISTRAÇÃO INCONSTITUCIONAL, ÉTICA DO EXPLÍCITO E PODER ECONÔMICO: O INFANTE COMO O OUTRO SUJEITO CONSTITUCIONAL VULNERÁVEL

UNCONSTITUTIONAL ADMINISTRATION, ETHICS OF THE EXPLICIT AND ECONOMICAL POWER: THE INFANT AS THE OTHER VULNERABLE CONSTITUTIONAL SUBJECT

**Caleb Salomão Pereira
Paula Castello Miguel**

RESUMO

Os órgãos do Estado devem se portar conforme a Constituição, que sedia o reconhecimento da insuficiência do real e a proposição de constituir uma nova realidade. Contudo, a Administração Pública não tem sido constitucional, especialmente no que se relaciona à proteção das crianças e adolescentes. Somente casos explicitamente exploradores e abusivos são tratados como causas para indignação social e conseqüente concepção e instituição de políticas protetivas destes vulneráveis constitucionais. Enquanto orientada por uma ética do explícito – a partir da qual somente chocam e, portanto, merecem reações indignadas aqueles casos de abuso explícito, de natureza física ou sexual, ou até psicológico, mas que se abeira da prática de crimes – a Administração Pública não oferecerá respostas satisfatórias, capazes, inclusive, de reduzir as ocorrências que tanta indignação causam. A Constituição impõe à sociedade e ao Estado – e, no exemplo escolhido, também à família – condutas de contenção dos abusos subliminares que estão entre as causas, estas dotadas de fenomenologia implícita, dos desajustes e abusos explícitos que causam indignação dada a sua agressividade dos sentidos. Por trás da insolúvel tensão nota-se a manifestação de uma espécie de soberania apócrifa, capitaneada pelo Poder Econômico, que se esgueira pelas frestas das omissões inconstitucionais para capturar os infantes, instituir a sociedade de consumo e, com isso, preservar seus interesses. Ao pautar o campo jurídico pela ética utilitarista, segundo a qual há razões econômicas para justificar a negativa de proteção de certos bens jurídico-constitucionais, inclusive a higidez psíquica dos infantes, a soberania apócrifa adota retórica supostamente legitimadora ancorada em Direitos Fundamentais e usufrui da conivência do Estado num empreendimento subliminar que produz a exteriorização geracional de desajustes. Atuar conforme a Constituição é mandamento que, submetendo a Administração Pública, impulsiona o Estado à lide pela fixação de limites ao exercício irresponsável de determinados direitos.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO INCONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PODER ECONÔMICO. ÉTICA DO EXPLÍCITO. VULNERÁVEIS CONSTITUCIONAIS.

ABSTRACT

The State organs must behave according to the Constitution, which holds the recognition of the insufficiency of the real as well as the proposition of constituting a new reality. However, the Public Administration has not been constitutional, especially when it is related to the protection of children and adolescents. Only explicitly abusive and exploratory cases are treated as causes to social indignation and consequent conception and institution of protective policies of these constitutional vulnerable cases. While oriented by an ethics of the explicit – from which those cases of explicit abuse, of physical or sexual nature, or even psychological, but which approaches the practice of crimes only shock, thus deserving indignant reactions - the Public Administration will not provide satisfactory answers capable of even reducing the occurrences that cause so much indignation. The Constitution imposes to the society and to the State – and, in the example chosen, to the family as well – conducts of containment of subliminal abuses which are within the causes. Such causes have implicit phenomenology, disorders and explicit abuses that cause indignation due to their aggressiveness of the senses. Behind the insoluble tension, a manifestation of some kind of apocryphal sovereignty, driven by the Economical Power, which deviates by the gaps of the unconstitutional omissions to capture the infants, to institute the society of consumerism and, therefore, preserve their interests. By relating the juridical field to the utilitarianism ethics, according to which there are economical reasons to justify the lack of protection to certain juridical-constitutional assets, including the infant psychic health, the apocryphal sovereignty adopts supposedly legitimate rhetoric anchored by the Fundamental Rights and uses the State connivance in a subliminal entrepreneurship which produces the generational exteriorization of disorders. Acting according to the Constitution is a commandment that, submitting the Public Administration, encourages the State to struggle for the establishment of boundaries to the irresponsible exercise of certain rights.

KEYWORDS: UNCONSTITUTIONAL ADMINISTRATION. CONSTITUTIONAL VULNERABLE. ETHICS OF THE EXPLICIT. ECONOMICAL POWER. FUNDAMENTAL RIGHTS.

Introdução

À ordem jurídica constitucional a *intelligentsia* jurídica tem reconhecido crescente preeminência, refletindo sua consideração como fundamento da “ordem jurídica como um todo” em circunstâncias de “extrema complexidade e transformações tão velozes da ambiência social onde esta ordem se insere e que deve regular.” Essa percepção é sublinhada por Willis Santiago Guerra Filho em interessante e breve estudo sobre o *princípio da proporcionalidade* e a *teoria do Direito*, ressoando idéias que têm transformado as relações de poder na sociedade brasileira desde cinco de outubro de 1988.

O referido doutrinador vê tal princípio como o *princípio dos princípios*, considerando que sua interpretação e aplicação orientadas por um certo tipo de racionalidade permitiria “determinar qual a melhor dentre as diversas interpretações possíveis, do

ponto de vista da promoção simultânea e equânime do Estado de Direito e da Democracia, com a gama de direitos fundamentais que lhes são inerentes” (2003, p. 283).

Noticia-se esse texto porque seu conteúdo enseja reflexões que, igualmente, perpassam a relação entre Estado de Direito, Constitucionalismo e Democracia, especialmente naquele ponto de intersecção entre Administração, regulação, poder econômico e as diretrizes constitucionais concebidas sob inspiração destes elementos. Efetivamente, as normas constitucionais demandam processo cognitivo guiado por uma racionalidade capaz de lhes conferir a eficácia necessária à impulsão do *real* em direção ao *ideal* extraível do texto constitucional e capaz de traduzir o *sentimento constitucional* referido por Pablo Lucas Verdú.

Pretende-se analisar a insatisfatória relação mantida pela Administração Pública com a Constituição, insatisfação que se agiganta à medida em que se indaga sobre o exercício do *poder regulatório* – exigido pela sociedade, do Estado, em face, *verbi gratia*, do poder econômico – com o fito de erigir trincheiras para proteger certos *vulneráveis sujeitos constitucionais* dos excessos estratégicos e comportamentais de agentes sociais e econômicos compromissados com interesses exclusivistas, excessos que se projetam *subliminarmente* e que se constituem, ao longo dos anos, nas causas remotas de desajustes sociopsíquicos que explodem corroendo o tecido social por meio de adolescentes e adultos inteiramente desajustados ao ambiente social.

Considerar-se-á, especificamente, o déficit de constitucionalidade da Administração Pública; isto é, o fato de as políticas de gestão do interesse público não serem *materialmente* orientadas pelo conteúdo principiológico das regras extraíveis das normas constitucionais e também o fato de que as mesmas teimam em sonegar – quase sempre sob o olhar apático da sociedade e das autoridades – eficácia a comandos constitucionais expressos, optando por manter-se, como Administração, em crescente déficit de constitucionalidade.

Para ilustrar essa Administração não afeita à *constitucionalidade*, foi escolhido um inegável conflito entre os direitos fundamentais de determinados sujeitos constitucionais e o exercício irresponsável das próprias razões por titulares de outros direitos. Trata-se, de um lado, da criança e do adolescente, sujeitos constitucionais psicologicamente vulneráveis, e, de outro, dos agentes do poder econômico, empresarialmente organizados.

O reconhecimento de uma *realidade* nociva ao desenvolvimento psíquico, emocional e cultural dos infantes brasileiros impôs ao constituinte de 1988 a obrigação de, *v.g.*, fixar deveres para a família, a sociedade e o Estado com vistas à sua proteção contra *toda forma* de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, opressão e abuso. Essa proteção ganha, nos termos do artigo 227 da Constituição, uma eloquente dimensão.

Ocorre que, no exercício de suas atividades econômicas, sempre dirigidas à *maximização dos lucros* e à *exteriorização dos custos*, as empresas desconsideram qualquer princípio com o objetivo de formar *consumidores*, momento em que trata como tal inclusive quem ainda não adquiriu esse *status*: aqueles sujeitos psicologicamente vulneráveis, expondo-os a uma abusiva prática de marketing, que tem

na propaganda – por suas diversas modalidades – uma ferramenta que, se se converte em algo útil e lucrativo para os investidores, tem o poder de, silenciosamente, corroer a psique dos *vulneráveis*, representando verdadeira resistência à constituição do Dever-ser insculpido no texto constitucional.

A reflexão ora desenvolvida aponta para a convivência da Administração com essas práticas ilícitas do poder econômico. Assentada, num lado, numa apatia que revela ignorância e descaso com os efeitos das técnicas de marketing aplicadas aos *vulneráveis*, e de outro uma simpatia para com esses agentes que só a infiltração do poder econômico nas entranhas do Estado, com ele se confundindo, pode explicar.

A Administração se movimenta orientada, com anuência social, por uma obtusidade que talvez tenha origens na *dessensibilização* sofrida pelas sociedades com o advento da razão científico-instrumental, cujos pressupostos cognitivos lastrearam-se no tangível, no material, no palpável. Por essa via, também lastrearam sua perceptividade no imediato, sem capacidade de perceber a fenomenologia projetada no tempo. Esse estado de anestesia em que foi lançada a sociedade tornou-a apta a perceber e chocar-se com os atos de abuso e exploração que *saltam aos olhos*, como os casos de pedofilia, abusos físicos e demonstrações de desajustes sociais, que despertam a indignação da sociedade. Tal não se dá, contudo, com as práticas socioeconômicas que, sabe-se, incluem-se nas causas desses nefastos efeitos que tantas reações despertam. Aos efeitos dessa *insensibilidade* social, com reflexos na Administração, pública e privada, que impede o reconhecimento indignado dos males que a propaganda infanto-juvenil, dar-se-á o nome de *ética do explícito*.

A Administração Pública está em débito com a sociedade no pertinente à implementação de políticas públicas dotadas de *alto teor de constitucionalidade*. O caso do *vulneráveis constitucionais* é apenas um exemplo dentre tantos outros que apontam para a inadmissível conduta omissiva e comissiva dos administradores públicos que se portam como se interpretar a Constituição fosse tarefa exclusiva do Poder Judiciário e se atuar conforme a Constituição fosse obrigação constituída unicamente após determinada decisão judicial. O texto a seguir representa uma tentativa de apreender esse fenômeno e de traduzir sua fenomenologia com o objetivo de desvelar comportamentos que transitam entre o imaginário e o sensível, o técnico e o pragmático.

1 Tensões e ficções constitucionais: sublinhando as pulsões ordenadoras[1]

Constituições, consideradas como expressão da *vontade de autoregulação* de uma determinada comunidade, são o depositário daquele amálgama de anseios colhidos – ou impostos – ao longo das refregas políticas que culminam em consensos de conveniência ou de desistência, delineando o que a teoria política Moderna nominou *constitucionalismo*. As raízes da organização política assim nominada fixam-se em todos os agrupamentos do *homo sapiens*, cujo *élan* ordenador foi registrado por Platão, Aristóteles, Cícero e depois teorizado pelos teóricos católicos que, sob sua inspiração, conceberam o *conciliarismo* num processo de *constituição* de instrumentos de controle coletivizado do poder papal.[2]

Afirmar que *Direito é Política* implica em reconhecer, na perspectiva constitucional, que as regras de Direito representam o desaguadouro da Política, conforme notado por Dieter Grimm ao ditar que “o que vale juridicamente é determinado politicamente”, consubstanciando uma relação entre Direito e Política “decisivamente cunhada pela positivação do direito”, que passou de “validade tradicional ou transcendente para validade decisionista” (2006, p.13). Ao mesmo tempo, esta se faz balizada, nos Estados Democráticos de Direito, pelos marcos normativos, de feições principiológicas, implantados pelo Poder Constituinte para promover a *constituição* da sociedade idealizada, orientada que será pelo *Dever-ser* apresentado como o *negativo* da realidade que não se deseja e pelo *Ser-parcial*, sempre presente, que se deseja preservar.

Daí não se poder negar certa dimensão utópica – no sentido fenomenológico sublinhado por Ernst Bloch[3] – do conteúdo das Constituições. Precisamente porque ela aponta para um futuro a ser tornado presente é que se deve reconhecer, no texto constitucional, essa dimensão, que nos remete ao conceito de *constituição dirigente* desenvolvido por J.J. Gomes Canotilho (2001, p. 11), inteiramente *apropriado* a sociedades políticas como a brasileira.

Essa perspectiva é especialmente pertinente em sociedades de Modernidade *prometida*, onde o *sonho iluminista* não se materializou e a esfera pública não se desenvolveu satisfatoriamente e nas quais, também por isso, os interesses comunitários que, deveriam nortear a gestão do Estado, são submetidos – por meios os mais surpreendentes – a interesses exclusivistas. Tais circunstâncias tornam de todo apropriado considerar necessário o caráter *dirigente* das Constituições como marco político-regulatório desse tipo de sociedades, conforme nota Gilberto Bercovici ao sublinhar o conteúdo *determinante* (dirigista, até) do artigo 3º da Constituição da República (2005, p. 36).

No campo cognitivo jurídico-constitucional, o cidadão se depara com efeitos *esquizóides* que apontam para uma determinada ficcionalidade das proposições democráticas contidas nesses Documentos Constitucionais e que está a revelar a eficaz operabilidade de uma espécie de *soberania apócrifa*, aquela força que subverte determinadas pulsões ordenadoras inscritas no texto, no subtexto e também no contexto constitucional de modo a elidir sua eficácia (sem adjetivos). Tal percepção leva Karl Doehring a afirmar que as correlações de poder não se refletem nos ordenamentos jurídicos e também que um determinado ordenamento constitucional, mesmo desejando ser democrático, deixa imperar a oligarquia. (2008, p. 22).

Esse fenômeno referido como *esquizofrênico* é inerente à ontologia do Direito, que – refletindo o caráter fictício das teorias políticas que almejam lhe conferir legitimidade, a exemplo de soberania popular, tripartição de poderes e democracia – não prescinde da *ficção* para promover a crença no *Dever-ser*, proposta de caráter utópico presente em todo discurso jurídico-ordenador. Karl Doehring nota o fenômeno ao afirmar que o ordenamento jurídico necessita da ficção para poder exercer suas funções (2008, p. 28)[4].

Há, então, uma dupla proposta na dicção do texto constitucional e no seu contexto-subtexto, a ser *apreendido* pelo hermenauta, aquele que não apenas *opera* o Direito, mas o constrói a partir de sua interação. O texto da Constituição traz uma meta sociopolítica fixada a partir daqueles influxos que caracterizam o movimento político-constituente,

meta esta composta por duas categorias teleológicas de pulsões ordenadoras: (i) conservadora – referente à necessidade de manutenção daqueles valores que a sociedade, em sua tradição, erigiu como inalienáveis e (ii) transformadora – referente àqueles valores reconhecidamente ausentes, mas desejáveis e indispensáveis à construção do ideal social alimentado pela crença democrática.

As proposições constitucionais situam-se numa tensa área fronteira entre a Política – que *constitui* a Constituição, dela colhendo suas macrodiretrizes – e o Direito, que recebe da Política a sua moldura, presumivelmente concebida a partir do texto e do subtexto constitucional. Uma analogia útil pode ser apresentada entre certas propriedades elétricas dos elementos químicos e as propriedades normatizantes do texto constitucional.

Realmente, na Química o conceito de *valência* é utilizado para explicar a dinâmica dos elétrons componentes do átomo de determinado elemento químico. Estudos de eletroquímica demonstram essa dinâmica no interior do átomo, sendo este dividido em camadas que revestem seu núcleo. A última destas camadas é nominada de camada “Q” e representa as extremidades do átomo que mantêm contato com outro átomo, do mesmo ou de outro elemento. Quando um elétron está posicionado nesta última das camadas, diz-se que ele está na *camada de valência*, o que significa que ele está apto, ou prestes, a mudar de átomo ou de *status*. É que essa camada, dita de *valência*, constitui aquela zona eletroquímica que propicia a troca de elétrons, a evolução daquela dinâmica que permite, por exemplo, a fusão de átomos de elementos químicos.

A dinâmica eletroquímica na camada de valência promove verdadeira batalha elétrica, travada entre o átomo ao qual pertence o elétron e aquele que exerce atração sobre este. Há uma *disputa atômica* e ao fim dela terá havido transformação no sistema químico no interior do qual se dá a *disputa*. A ponte atômica eletronicamente constituída permitirá a transposição do elétron de um para outro átomo.

Utilizando esse raciocínio desenvolvido nas Ciências Naturais, nota-se a existência de uma *zona de valência jurídico-política* no campo do Direito. Especificamente, a zona de transição de *status* do fato social para uma nova realidade fática, o que se dá também sob a tutela da norma jurídico-constitucional, é uma zona de conflito, marcada por disputas entre forças antagônicas, as mesmas que disputaram a determinação do Ser e também do Dever-ser quando das proposições constitucionais.

Nesta *zona de valência jurídico-política* são perceptíveis os conflitos de interesses, determinantes do tipo de política social e econômica a ser adotada pelo Estado. A disputa pela manutenção do *elétron* num ou noutro *átomo* ilustra a *luta pelo Direito* a ser materializado. O avançar da fronteira jurídico-normativa – significando, aqui, a mudança do Ser pela invasão do Dever-ser, ou seja: a transformação da ordem sociopolítica a partir dos balizamentos jurídico-constitucionais – remete, na analogia, ao momento em que o elétron troca de átomo.

Expressando de outro modo: aquele caráter dirigente da Constituição há de fazer prevalecer sua força normativa e impulsionar a transformação do *real*, sob pena de fraude à pulsão ordenadora textualmente concretizada pelo Poder Constituinte. Para o Estado brasileiro e seus agentes, a transposição do *real* para o *ideal* não é faculdade,

mas dever. A referida *luta pela constituição do Dever-ser* se desenvolve em *todos* os âmbitos de *poder* do Estado; para além, *v.g.*, da Jurisdição Constitucional.

1.1 Sujeitos constitucionais psicologicamente vulneráveis

Ingressemos nas especificidades do *campo* constitucional que constituirão o lócus das reflexões que se está desenvolvendo, reconhecendo, contudo, que, daquelas circunstâncias atrás descritas, se colhe a inegável percepção de que o Direito é naturalmente dotado de *obliquidade*, marca em sua face posta pelas forças erráticas, antagônicas, ontologicamente contraditórias e epistemologicamente difusas que lhe dão origem. É justamente esse perfil *oblíquo*, essência das pulsões referidas, que conferem ao texto constitucional, no que tem de fundamental, seu caráter dirigente e ao mesmo tempo *plástico* e *móbil*, permitindo seu posicionamento como matéria-prima do pensamento hermenêutico e opondo-o à *rigidez* que inspira as configurações mentais do juspositivismo legalista e que ensejam o esgotamento da interpretação sistemática no próprio texto da lei, passando ao largo dos princípios e também da contextualidade fática.

A via eleita para orientar as reflexões ora desenvolvidas envolve a identificação de personagens componentes do *sujeito constitucional*^[5] privilegiados no imaginário social e também na gramática da Constituição. Personagens que, dadas suas características psíquicas e culturais se encontram em estado de *vulnerabilidade existencial*, razão pela qual recebem multiproteção do sistema jurídico-normativo derivado das pulsões ordenadoras. Dentre essas personagens estão aqueles seres humanos que se encontram na sua *infância existencial*.

Entres as personagens constitucionais, cuja identidade se dissolve e se reafirma num processo que Michel Rosenfeld nomina *construção* e *reconstrução* de pontes entre o real e o ideal, entre os fatos e os contrafatos (2008, p. 43), algumas há que se tornam quase *invisíveis* quando se considera a dinâmica fatural e contrafactual que tem lugar naquela zona de valência jurídico-política, na qual se desenrolam os atritos entre o Ser e o Dever-ser e cuja resultante tem se caracterizado por uma cínica e renitente desconsideração do comando constitucional.

Porque a razão científica abandonou a sutilidade fenomenológica para privilegiar o visível, o tangível, o material, ou seja, aquilo que os sentidos captam e aprisionam em modelos mentais racionais, refoge à percepção do Direito – conformado a partir daqueles paradigmas racionalistas e destituídos de *ajuste fino* – tudo aquilo que se dá, primeiramente, no universo simbólico, razão pela qual o homem Moderno somente se compadece e dedica atenção aos *fatos* que seus sentidos racionalizantes alcançam. Daí o sentimento de horror deflagrado, *v.g.*, quando nos deparamos com casos de pedofilia, tão inaceitavelmente comuns em nosso tempo, ou mesmo quando sofremos com casos de pré-adolescentes grávidas, ou com adolescentes envolvidos reféns do uso do tráfico de drogas.

Essa *ética do explícito* somente instiga reações diante de circunstâncias que parecem resgatar nossa adormecida capacidade de indignação e nos chamam ao combate a essas ignomínias, chagas dos tempos que furtam a vitalidade dos *vulneráveis*. E por isso despertam a índole voluntariosa dos agentes políticos de embrutecida *sensibilidade*, que se entregam a oportunista protagonismo desvelando o embotamento de sua capacidade perceptiva para questões cuja sutileza desbordam, *e.g.*, de questões criminais e que envolvem risco social explícito, lugar jurídico onde sobejam iniciativas de proteção da criança e do adolescente.

É certo que tais iniciativas estão alinhadas com a Constituição na medida em que dão cumprimento a seus dispositivos. Há de se reconhecer, inclusive, que tais temas têm lócus especial no discurso constitucional[6]. Aliás, o advérbio de modo do parágrafo 4º, do artigo 227, ainda que dispensável, tanto traduz a relevância do tema quanto confirma a vocação do legislador para a percepção das violências e abusos *explícitos*.

Entretanto, a pulsão ordenadora que tem a criança e o adolescente como seus sujeitos ultrapassa a imposição de cuidados com manifestações *objetivas*, como esses relacionados à criminalidade que pode envolvê-los, ingressando na esfera psíquica[7], onde se desenvolvem conexões cognitivas e afetivas constituintes da *personalidade*. Correto, portanto, considerar que o dispositivo inserto no *caput* do artigo 227 da Constituição da República é amplo em relação ao seu parágrafo 4º, que se pode considerar restrito, pois voltado à questão sexual; donde se pode concluir que o *caput* é a sede de proteção contra *outros* ataques do *real* socioeconômico e cultural, o que pede, depois de idealizadas, a materialização de formas especiais de proteção.

Justamente essas formas especiais de proteção idealizadas no *caput* do artigo 227, que ecoam o comando ideal contido nos artigos 3º e 6º[8], não têm recebido (i) do legislador e (ii) dos responsáveis pela concepção e implementação de políticas públicas, e nem (iii) dos atores sociais não-governamentais, o tratamento exigido pela pulsão ordenadora. Para tanto, faltam, *verbi gratia*, políticas que denotem materialmente uma interpretação razoável do *caput* do referido artigo 227, que requer conjugação com o conteúdo dos artigos 220[9], §3º, II e 221[10], sede das regulação do poder econômico no âmbito da *comunicação*.

É que o tema, conforme referido, está localizado naquela *zona de valência jurídico-política* em que florescem as contradições e antagonismos entre o real e o ideal, entre o Ser e o Dever-ser. Explicitamente, há uma questão de *natureza econômica* que desloca o tema de uma área em que seria natural a implementação de políticas de proteção da criança e do adolescente contra *outros* tipos de exploração dos *vulneráveis* (a criança e o adolescente), para uma zona de valência na qual a soberania apócrifa impõe suas pretensões acentuando determinado tipo de *vulnerabilidade* explícita (física e sexual, *v.g.*) como forma de obscurecer vulnerabilidades de outra natureza, que exigem *sensibilidade* diferenciada, pois relacionada à psique das referidas personalidades, momento em que se escamoteiam os efeitos a longo prazo dessas *políticas*.

Por sua vulnerabilidade e também por seus potenciais etário-existenciais, criança e adolescente se constituem em importantes personagens, tanto na construção da identidade do sujeito constitucional, de que nos fala Rosenfeld, quanto no planejamento das ações de governo e também das sociedades empresariais que se dedicam à produção

de bens de consumo. Suas potencialidades cidadãs, em sentido lato, são determinantes do tratamento a eles dedicado pelas forças sociais, políticas e econômicas.

Rosenfeld, que utiliza conceitos da psicanálise, não deixou de reparar nessa vulnerabilidade do infante, lembrando que, “para adquirir uma identidade como sujeito, a criança, no entanto, deve abandonar o mundo dos objetos e entrar na ordem simbólica da linguagem”. Ao enfatizar a função mediadora da linguagem na afirmação da identidade da criança, Rosenfeld reconhece sua natureza *alienadora* na medida em que “a linguagem e as regras que a organizam em um sistema de comunicação são impostas ‘externamente’, ‘de fora’, em relação à criança” (2003, p. 33).

De fato, essa alienação da criança percebida no gradativo abandono de suas formas subjetivas de relacionamento com o seu entorno para viabilizar a adoção de outros sistemas de comunicação e de interação com seu ambiente, não deixa de representar, para a psicanálise, um tipo de *violência*. A criança precisa ser apresentada à *ordem*. Por isso que a primeira *lei*[11] a lhe alcançar é a *lei dos pais*, representativa dos valores que a família erigiu como relevantes para a formação de sua prole. Também por isso essa alienação é não só aceita, mas também estimulada, pois a família é o lócus da formação primeira, constituindo o *Outro* referencial.

Para a psicanálise, o *Outro* que educa a criança é o *pai*, que lhe impõe a *lei* (CECCHINATO, 2007, p. 22); assim como será o *Outro* o *mundo da vida* ao longo dos anos que virão, e sua relação com este mundo se dará a partir dos *quereres* que a *lei familiar* lhe ensinar. A tradição, lembra Durval Cecchinato, dizia que a criança não tem querer, expressão que, para o autor, é de muita sabedoria se a entendermos “no sentido de que a pulsão precisa ser educada, singularmente codificada pela Lei”. Na linguagem lacaniana, a explicitação desse provérbio dos antepassados está em que o desejo do ser humano é o desejo do *Outro* (*Apud* CECCHINATO, 2007, p. 23). Certamente essa *tradição*, sustentada em constatações científicas – teóricas e empíricas – orientou o Constituinte a reservar especial tratamento aos infantes, conforme atrás referido, fixando no horizonte do Dever-ser uma alternativa ao Ser da criança e do adolescente: sua *real* proteção contra quaisquer espécies de *abuso* ou *exploração*.

Nesse processo de formação é natural a transitoriedade e a instabilidade dos conceitos adotados pelas crianças, que naturalmente os veem com fluidez e com receptividade às injunções externas que lhe põem em contato com novos valores. À família, à sociedade e ao Estado, vimos, é imputada a obrigação de zelar pela formação intelectual, moral e espiritual das crianças, numa tríplice formação constitucional que visa a promover a sinergia de atores tão relevantes na expectativa (Dever-ser) de que se dê efetividade ao comando do artigo 227.

Entretanto, essa trajetória entre o Ser e o Dever-ser – ideal/real – sofre sistemáticas interrupções, articuladas por defensores de interesses que, esquadrihando as razões instrumentais de seu êxito, vêm na negativa de efetividade da pulsão ordenadora contida no texto constitucional um instrumento de manutenção de suas *vantagens competitivas* no campo da *economia empresarial*. Mais que isso: reconhecendo a imperatividade da determinação do *Outro* (CECCHINATO, 2007, p. 23), certa manifestação da *soberania oculta* – nem tão oculta assim, nesse caso – quer se transformar nesse *Outro*, usurpando tanto o poder familiar quanto o poder social e estatal no tratamento das *pulsões* infantis e adolescentes.

2 Poder Econômico: retroalimentação pela exacerbação da *sociedade de consumo*

Na privacidade das relações domésticas e no espaço público da educação formal, onde as referidas interações formativas acontecem, preenchendo as lacunas psicoexistenciais dos vulneráveis há intrusos. Intrusos que almejam se transformar no *Outro* dos infantes, especialmente motivados pela omissão familiar.

Por um lado, a publicização do Direito, fenômeno acentuado pela valorização das pulsões ordenadoras sediadas nas Constituições, intrometeu-se no ambiente particular e pautou condutas, impondo limites à família na sua relação com os *vulneráveis*. A esfera privada foi invadida por pulsões ordenadoras de natureza pública, autorizadas pela *função do Estado*. O Estado se apresenta como o *Outro* promissor e propõe impor suas crenças – condensadas pelo coletivo que se manifesta na produção normativa – à família, o que inclui a proteção ampla, mas em especial dos *vulneráveis*, momento em que, outra vez, se desvela uma capacidade embrutecida de percepção, pois somente o *óbvio* e o tangível parecem estimular e tornar aceitável a intromissão estatal. Por vezes, a vontade familiar passa a ser a vontade do *Outro*, personalizado na figura do Estado Constitucional de Direito. Tem havido, percebe-se, uma sofisticação das técnicas de formação do Direito na medida em que a Constituição se posiciona como promessa de *lei suprema*, almejando impregnar de seus comandos valorativos a produção normativa infraconstitucional (judicial, administrativa e legislativa).

A valorização da jurisdição constitucional – pelo reconhecimento de que *toda* jurisdição é jurisdição constitucional[12] – tem permeado insuficientemente o sistema jurídico dos postulados axiológicos explicitados ou *escondidos* nos princípios e regras instituídos pelo Constituinte. A hermenêutica jurídico-constitucional tem encontrado ambiente – intelectual e ideológico – favorável a construções menos excludentes de certos princípios, como estes que revelam preocupação com a *formação* de mentes e corações infantis e adolescentes. Falta, contudo, conferir impulso transformador ao *sentimento constitucional*[13] também no âmbito de atuação de todas as funções do Estado: a atuação tímida do Estado Administrador desloca toda a litigiosidade inerente à zona de valência jurídico-constitucional para o campo do contencioso judicial, onde se instalam magistrados, numa postura *teologal* e de quem se exige mais do que podem dar.

Importa sublinhar esse constante deslocamento da litigiosidade reveladora de insubmissão de certas forças socioeconômicas para o âmbito do Poder Judiciário porque, nessa via, vê-se desenvolvida uma *práxis* nociva ao Estado Democrático Constitucional, que impõe o absentismo estatal como forma de estruturar espaços de irresponsável exercício das liberdades constitucionalmente asseguradas. O referido professor espanhol anota que o “sentimento jurídico não se desenvolve apenas como aprovação do ordenamento ou como desaprovação ou repulsa do injusto [...]. Cumpre também uma função preventiva, na medida em que impede ou obstaculiza que se chegue a violar o Direito.” (VERDÚ, 2004, p. 66).

Noutra via, concomitantemente a esses esforços no campo jurídico-político conformados pela Constituição e pelo *sentimento* que a envolve, outro *intruso* se esgueira nas frestas da omissão familiar, social e também estatal. Trata-se do *poder econômico* e suas variadas manifestações. Percebe-se, *exempli gratia*, que a evolução da técnica de *management*[14] tem apurado o tratamento dos infantes como *personalidades* imprescindíveis na garantia dos negócios que dependem, também, da construção de *marcas de produtos, de serviços* e também de *causas*. Função essencial da administração de recursos privados e públicos, a *marca*[15] se converteu em instrumento indispensável das estratégias de *marketing*[16]. Essa percepção deu lugar à entronização daquelas personalidades no universo empresarial como *targets*[17] inesquecíveis no planejamento empresarial das empresas produtoras de bens de consumo. Na estratégia, o *Mercado* ambiciona ser o *Outro*, substituindo família, sociedade e Estado naquele mister de atendimento das demandas existenciais dos *vulneráveis*.

As técnicas de *management* não tardaram a erigir como totem corporativo os recursos intangíveis[18] que, ao lado de itens como recursos financeiros, físicos e humanos, sustentam e perenizam os negócios. Nesse contexto, *tecnologia & informação, métodos de relacionamento com o mercado* e *marcas* (de produto, de serviço e de causas) ganharam posição nobre no planejamento estratégico empresarial, percebido que foi seu *status* capital na constituição e desenvolvimento de negócios empresariais, superando recursos tradicionalmente valorizados, como a terra e o trabalho, por exemplo.

Daí decorre o reconhecimento irrefutável, pelos artífices do *management*, da imperatividade de conferir *significado* às suas marcas, o que é assegurado pela manipulação do inconsciente arquetípico coletivo e individual como instrumento de inserção de argumentos de adesão (compra de produtos, contratação de serviços ou dedicação a uma causa). Esse é o entendimento da teoria de gestão de marketing contemporânea (MARK; PEARSON, 2003, p. 24):

A administração do significado é relevante não apenas para o mundo comercial: de maneira um pouco mais sutil, as organizações sem fins lucrativos e os candidatos políticos enfrentam o mesmo dilema que acabamos de descrever. [...] O significado de uma marca é seu ativo mais precioso e insubstituível. Quer você esteja vendendo um refrigerante ou um candidato a presidente, aquilo que sua marca significa para as pessoas será tão absolutamente importante quanto sua função – talvez até mais – porque é seu significado que nos diz que “este me parece perfeito” ou “é este que eu quero”. **O significado fala ao sentimento, ou lado intuitivo, do público; cria uma afinidade emocional, permitindo que os argumentos mais racionais sejam ouvidos.**” (Grifos nossos)

Realmente, para os gestores de marcas, o acirramento da concorrência – potencializado pelo ganho de escala dos produtos de consumo e também pelo alcance ilimitado da propaganda a partir das novas tecnologias comunicacionais – representou um apelo à adoção de estratégias *destituídas de qualquer norteamo ético* com o objetivo de suscitar desejos e necessidades e apreender esse mesmo desejo por meio daquelas

técnicas psicomercadológicas. Nesse contexto, ignora-se a *determinação* de zelo com crianças e adolescentes, que está contida naquelas pulsões ordenadoras constitucionais, tratadas pela estratégia econômico-empresarial como se representassem uma tímida norma programática, sem qualquer conteúdo normativo.

A transmutação da marca, de veículo das qualidades de determinado produto, no próprio produto, fez o *management* do marketing reconhecer como insuficiente o *branding*[19] tradicional, exigindo das empresas que avancem para além da escolha de um nome, símbolo (logomarca), design, embalagem, propaganda e também da proteção legal. Em sociedades cujos mercados permitem o consumo de massa (*mass consumption society* e *Konsumgesellschaft*, nas sociedades norte-americana e alemã, a traduzir o impacto da idéia de *consumo* nas sociedades capitalistas), no qual um ponto percentual de *market share* (participação no mercado) implica em alterar radicalmente a rentabilidade da marca e, portanto, definir as estratégias da empresa assim como seu sucesso ou insucesso, exige-se um colossal esforço no sentido de *perenizar* a marca como instrumento capaz de *seduzir* o consumidor por seu apelo ao padrão e às qualidades do produto.

Por essas vias, a marca se transformou em um *novo fetiche*, transcendendo a própria coisa que ela representa ou nomina. E, nesse sentido, converteu-se em arma indispensável na batalha travada entre grandes empresas, sobretudo por mentes e corações dos consumidores, caminho para chegar com desejável cadência aos seus bolsos. A *anarquia* comercial e industrial em que se transformou o mercado mundial de bens de consumo, potencializado por verdadeira anomia resultante da inércia regulamentadora dos Estados, induziu os gestores das empresas de consumo a desenvolver técnicas capazes elevar à máxima potência o valor patrimonial das marcas, inclusive como forma de sobrevivência, conforme sublinha Zygmunt Bauman (1999, p. 86):

Para abrir caminho nessa mata densa, escura, espalhada e ‘desregulamentada’ da competitividade global e chegar à ribalta da atenção pública, os bens, serviços e sinais devem despertar desejo e, para isso, devem seduzir os possíveis consumidores e afastar seus competidores.

Dessa percepção – que conjuga necessidade de sobrevivência em ambientes de alta competitividade e reconhecimento das possibilidades de potencialização dos ganhos pela via do consumo de massa – a doutrina política e econômica tem, a salvo de radicalismos, se apercebido, reconhecendo que “os mercados são altamente políticos; o que está sempre em jogo para cada empresa é a sobrevivência, a ser assegurada por qualquer meio, não apenas pela competição ‘pura’” (LEYS, 2004, p. 105).

O cenário descrito por Bauman implica em forçar as empresas sob pressão a procurar “constantemente formas de expandir o mercado ou substituí-lo, e não apenas aumentar sua participação nele” (LEYS, 2004, p. 108). Dessa dinâmica imposta pelas novas configurações do mercado mundial de produtos de consumo, *v.g.*, dois movimentos políticos orquestrados pelo *poder econômico*, que movimenta suas estruturas de

soberania oculta, são (i) a expansão dos mercados “com a ocupação de esferas até então fora do mercado”[20] e (ii) e a cooptação do *poder político*, no espectro do modelo ficto-político que modula o jogo de forças próprio da democracia representativa, para a constituição de marco regulatório amigável às operações comerciais, o que implica em reduzir e/ou manipular, ou mesmo anular a presença interventiva e regulatória do Estado.[21]

Todo o esforço se volta para a outorga de significado às marcas. A estratégia submete-se ao objetivo: este, considerada a natureza das empresas referidas, é maximizar os lucros a fim de manter a capacidade de investimento e, portanto, de influência financeira e política, expressão máxima do *poder econômico*; aquela se consolida na utilização de todo e qualquer instrumento para inocular nos potenciais consumidores os *valores e significados* de suas marcas, num arranjo que vê nos *vulneráveis* uma dupla utilidade. Tanto podem constituir influência compulsória sobre seus pais e responsáveis legais – os verdadeiros *consumidores*, dada a sua autonomia e condição econômica – no *momentum* mesmo da implementação de suas estratégias, quanto podem ser precocemente envolvidos na atmosfera do *significado* de modo que, ao adquirirem autonomia como consumidores, estejam prontos para apresentar altos níveis de fidelização às marcas.

Essa estratégia depende, para sua implementação, de uma ética econômico-empresarial permissiva, capaz de desconsiderar as pulsões ordenadoras constitucionais atrás referidas, e também da cooptação direta ou indireta de instâncias do Estado e suas funções para que nenhuma política normativo-regulatória impeça a livre manipulação das mentes e corações dos *vulneráveis* e, indiretamente, dos bolsos de seus responsáveis. O *poder econômico* impõe-se como o *Outro*, substituindo sorratamente família, sociedade e Estado, impedindo que estes promovam adequada interpretação das pulsões ordenadoras, o que ensejaria a fixação de limites à grosseira manipulação que, todo momento, fere o bom senso, despreza recomendações psicológicas e descumpra a pulsão constitucional.

Referida estratégia depende, igualmente, da omissão do Estado. Seus agentes – legisladores, administradores e órgãos judiciais – precisam acumpliciar-se com as expectativas liberistas do *poder econômico* para bloquear qualquer intervenção estatal nas múltiplas atividades econômicas que se lastreiam no uso intensivo das marcas. Para isso, contam – os agentes do poder econômico – com a baixa compreensão do caráter *dirigente* da Constituição, notável nos *administradores*, públicos e privados (cuja gestão vem destituída de *constitucionalidade*, por ação ou por omissão com inaceitável frequência), nos legisladores (recorrentemente omissos diante dos comandos constitucionais) e nos órgãos judicantes (cujo exercício jurisdicional tem admitido insistente desconsideração do teor normativo da Constitucional, muitas vezes ao argumento de respeito a certos comandos constitucionais que deveriam sucumbir em face, *e.g.*, da dignidade dos *vulneráveis* constitucionais).

3 Ética do Explícito e a desconsideração pública e privada da vulnerabilidade do sujeito constitucional

Celso Furtado afirmou que “as elucubrações sobre o destino de nossa civilização, por fascinantes que ocasionalmente pareçam, são de reduzido impacto sobre o espírito do homem comum” (1996, p. 15), com o que alertava para as limitações psicológicas como fator impeditivo de concentração, por muito tempo, em “problemas que superam um horizonte temporal muito curto.”

O raciocínio do notável e saudoso professor aponta para uma deficiência – que ele põe no campo da psicologia, decerto sabendo de suas influências no código comportamental e, portanto, no campo da moral e da ética – que é determinante, *e.g.*, do modo de produção normativa das sociedades ocidentais, bem como do tipo de política de Estado que será destinado a determinadas demandas identificáveis nas pulsões ordenadoras. A fenomenologia denotativa da necessidade do agir em oposição a determinadas circunstâncias e seus efeitos socioeconômicos está vinculada ao *explícito*, às ocorrências fáticas que invadem nossa individualidade perceptiva ao ponto de despertar-nos de nosso *sono ético-racional*.

Daí falar-se em *ética do explícito* para referenciar a assumida incapacidade de apreensão – pelos instrumentos cognitivos próprios da ciência do Direito e da Moral contemporâneos, cujas raízes estão na razão científico-instrumental que fundou a Modernidade – das tensões que se instalam naquela zona de valência jurídico-política, as quais revelam o conflito entre o Ser e o Dever-ser e também entre os representantes de interesses antagônicos cuja prevalência implicará na transformação ou manutenção do *status* jurídico-social. A história do Direito demonstra que essas tensões têm produzido uma estrutura de regulação permissiva de práticas administrativas e econômicas, públicas e privadas, de nefastos efeitos para as sociedades e sustentada por um discurso racional científico-instrumentalizante promissor do *progresso*.

Contudo, a discreta fenomenologia dessas tensões, de sua lenta projeção no campo normativo e de seus tardios efeitos psicossociais e econômicos não causa suficiente impacto moral, no momento de sua gestação, para acionar os sensores de agressividade e repugnância, o que poderia desencadear expressões de repulsa no *início do processo*, como sói acontecer com ocorrências cuja explicitação agride nossa ética racional-solipsista. Há uma insuficiência de explicitação das potencialidades nocivas das práticas autorizadas ou permitidas a partir daquela tensão própria da zona de valência jurídico-política, e esta é a uma das principais causas, senão a principal, da deslegitimação política que corrói as estruturas contemporâneas ditas democrático-constitucionais.

A indiferente receptividade que a moral Moderna[22] enseja a essa fenomenologia discreta dos potencialmente nefastos marcos (des)regulatórios das práticas econômico-corporativas, por exemplo, é sintomático do solipsismo filosófico que caracteriza a filosofia moderna e das ideologias justificadoras de uma subjetividade incapaz de estender o olhar além do *imediato* cronológico e do *explícito* moral. Thomas Kesselring nota que a moral Moderna instaurou novos pressupostos antropológicos fundadores de uma moral universalista ancorada no *indivíduo racional*, donde derivam suas variedades nominadas *utilitarismo* e *contratualismo*, que colocam a categoria da utilidade em primeiro plano, revelando a prevalência de uma razão orientada para a promoção dos interesses individuais (2007, p. 130).

A moral Moderna, tal como considerada nestas linhas, propaga socialmente a ética econômico-utilitarista que prepara o campo sociopolítico favorável a uma

(des)regulação normativo-estatal permissiva de certas condutas parasitárias[23] que desagregam a vida comunitária, seja por movimentos explícitos ou seja por atitudes que, dado seu cariz subliminar, somente no longo prazo se revelam nefastas.

Essas condutas parasitárias se naturalizaram a partir da introjeção individual e social de princípios morais derivados da *filosofia da subjetividade* gestada no Ocidente Moderno, onde o *logos solipsista* sufocou a categoria coletiva representada pelo *nós*, conforme anota Manfredo Araújo de Oliveira ao comentar o pensamento de J.C. Scannone (2001, p. 397). A razão científica da Modernidade instilou no imaginário social europeu – com pretensões universalizantes – um determinado tipo de Moral, determinante de certo modelo de Direito, que privilegia o individual em detrimento do coletivo, que submete o geral ao particular e que projeta, no social, uma ética individualista e utilitarista patrocinadora de uma ética permissiva. Nas palavras de Kesselring (2007, p. 137):

Se como critério da transgressão contra as normas morais só admitimos as violações de direitos (ou aspirações) individuais, então não devemos nos admirar do fato de que o juízo ético permanece unilateral com respeito a alguns modos de ação e de algumas práticas sociais.

Decorre dessa ética permissiva, de feições individualista, utilitarista e contratualista, a naturalização dos fenômenos socioeconômicos que a teoria política e econômica qualifica como *externalização dos custos*, explicado por Kesselring (2007, p. 138) como “exploração de pessoas ou seres vivos que não pertencem ao seu próprio grupo”. O autor reconhece a existência das estratégias para uma sociedade *externalizar custos*, que podem ser repassados para o exterior (seja para grupos ou sociedades vizinhas ou geograficamente longínquas), para gerações futuras e para seres vivos não humanos, e também para outras espécies biológicas.

O subproduto dessa ética permissiva das práticas de *externalização dos custos* será sempre beneficiado por fatores geográficos, cronológicos e morais, aproveitados que são pela filosofia da subjetividade promotora da *ética do explícito*, que enseja um posicionamento psicológico-subjetivo elisivo de qualquer percepção antecipatória dos incômodos decorrentes dos efeitos nocivos daqueles subprodutos, somente convertidos em causa merecedora de exposição após seus efeitos se explicitarem existencial e materialmente. Com certeza, foi a essa *psicologia* que se referiu Celso Furtado, noutro contexto.

Em nosso contexto, a *ética do explícito* impede percepções e naturaliza condutas lesivas dos direitos subjetivos das personalidades constitucionais (os infantes, em nosso estudo), num conturbérnio transcendental estabelecido com a ética permissiva individual-utilitarista que promove – por ação ou por omissão dos constitucionalmente responsáveis: família, sociedade e Estado – interesses exclusivistas cujas práticas diuturnamente postergam os efeitos da *exteriorização dos custos* psicológicos, morais, sociais, ambientais e econômicos.

Envolvidos pela bruma moral que nasce da combinação da *ética do explícito* e da *ética individualista*, os agentes constitucionais incumbidos de promover a proteção das personalidades em mutação dos *vulneráveis* (nos termos artigos constitucionais referidos, além de outros e também dos princípios que orientam a hermenêutica constitucional) se vêem na condição de cúmplices de *inconstitucionalidades* – públicas e privadas – identificadas em abundância nas práticas pessoais, sociais, corporativas e estatais.

Fundada nessas éticas de funcionalidade adaptadas às pulsões ordenadoras de feição solipsista e promotoras de interesses exclusivistas refratários à construção do *nós* filosófico, o que seria um portal para uma nova ética, a tradição jurídica ocidental flerta com a combinação do sentimento moral derivado da *ética do explícito* e da *ética individualista*, admitindo uma permissividade que onera as personalidades constitucionais vulneráveis, porque dependentes de um *poder* (Estado) que não impera, pois objetivamente cooptado por uma soberania apócrifa e subjetivamente guiado por uma ética brutalizada que impede a interpretação dos fatos sociopolíticos e econômicos que fomentam a *sociedade de risco*.^[24]

Tão arraigado em nossa cultura esse escamoteamento dos efeitos *pro futuro* dos abusos contra sujeitos constitucionais vulneráveis, que mesmo a doutrina abalizada fixa o foco interpretativo a partir de análises orientadas pela *ética do explícito*. Veja-se, v.g., o pensamento de Canotilho, que ressalta três tipos de violência (física, política e social) a serem combatidas pela via *constitucional* (2003, p. 459). Enquadrado por aquele modelo mental racional-instrumentalizante, o notável constitucionalista lusitano refere as ocorrências acima quase como epifenômenos, desvinculados de outros tipo de *violência*, que bem podem receber o qualificativo de *simbólica*, nos termos mesmos em que tratada por Pierre Bourdieu^[25], praticada por um poder (igualmente simbólico) de “construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo” (2004, p. 9).

Enquanto as forças do Estado se concentram no combate a esses *resultados* – violência física, política e social –, num atendimento ao clamor suscitado pela *ética do explícito*, as verdadeiras *causas* desses males não recebem a censura necessária, circunstância que deflagra uma ciclicidade jamais interrompida e que retroalimenta o sistema de injustiças que, por sua vez, passa a clamar por mais e melhores remédios de combate. Nessa frondosa copa de incoerências ficam o Estado e sua retórica da eficiência, de um lado, e uma sociedade desamparada e desprotegida contra o silencioso ataque, de outro.

4 Constituição e Poder Econômico: a hermenêutica da *utilidade* dos vulneráveis constitucionais

Fixando conteúdos normativos para regulamentar, ou dirigir, a conduta da sociedade e do Estado, como faz na referida questão dos infantes *vulneráveis constitucionais*, a Constituição é *determinante* do conteúdo das políticas públicas. Ocorre que essas políticas têm sido concebidas sob influência ideológica dos administradores do Estado sem a consideração das premissas constitucionais. Quando tal não ocorre e essas

políticas são orientadas pela *vontade constitucional*, em sua execução sempre há interferências da *soberania apócrifa* para desidratá-las, gerando défices de constitucionalidade cujo tratamento tem sido reservado, precipuamente, ao Poder Judiciário, como se a sustentação do Estado Constitucional fosse responsabilidade exclusiva dos órgãos judiciais.

Ora, a responsabilidade pela interpretação constitucional e pela materialização das pulsões ordenadoras com sede na Constituição tem sido deslocada para o Poder Judiciário, revelando a inapetência dos responsáveis pelas outras funções do Estado – mormente a Administrativa – de exercer seu mister funcional *conforme a Constituição*, num compromisso de impulsionar o *real* em direção ao *ideal constitucional*. E nisso reside enorme risco à credibilidade da política no ambiente democrático, pois, neste, a legitimidade se apresenta como amálgama do agir político e esta depende da percepção de ressonância das vontades sociais (pulsões ordenadoras) na práxis político-administrativa.

Exigir do *administrador* e do *legislador* atuação conforme a constituição é reconhecer-lhe a condição de igual sujeito da interpretação constitucional. No caso tomado exemplificativamente, identifica-se grave omissão do agir estatal, o que desloca sua conduta para o campo das *inconstitucionalidades*. Ao sucumbir à brutalização dos sentidos pela hipervalorização do tangível proporcionada pelo modelo mental racional-instrumentalizante e, daí partindo, naturalizar a *ética do explícito* em face da *exploração* e do *abuso* dos constitucionalmente vulneráveis pelo poder econômico através da propaganda voltada ao público infanto-juvenil, o agente público se converte em cúmplice dos agentes socioeconômicos que não mantêm compromisso com o Dever-ser de caráter constitucional.

Ao orientar sua interpretação da Constituição e de seu próprio papel a partir de pré-juízos determinados pela retórica da ética econômico-utilitária e da ética do explícito, o agente público abdica de sua função interpretativa, ínsita à atividade que desenvolve e que “tem por finalidade precípua [...] tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas” (COELHO, 2007, p.18). Se assim se portar de modo intencional e em conluio com os agentes do poder econômico, além de inconstitucional, a conduta do agente público padecerá de outros vícios capazes de lhe projetarem para o campo da ilicitude e da prevaricação.

Normas constitucionais, dada sua natureza estruturante e dirigente, deveriam *constituir* material cognitivo do intérprete responsável por funções legislativa e administrativa *strictu sensu* e também por função jurisdicional. Em qualquer dos casos, estará o intérprete se relacionando com a gramática constitucional, decifrando *linguagens* como forma de *constituir o pacto social*, a partir da Constituição, no que de especial ela determinou sobre o caso em questão. Esse pensamento nos remete a Hans-Georg Gadamer quando considera a linguagem como “meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão” (2005, p. 497, A), sugerindo uma síntese que remonta ao pensamento de Ernst Cassirer sobre o Homem além da razão e mergulhado num universo simbólico cuja interpretação, compreensão, bem como a transmissão dessa compreensão, tendem a ser autoritárias, tanto em relação ao *objeto* quanto ao *sujeito*.

Por Cassirer pode-se abeirar da formulação de Bourdieu acerca do *poder simbólico*, atrás referida, que tem na *linguagem* uma das suas formas de expressão e que explica esse viés autoritário de modo menos sutil do que aquele extraível das reflexões de Gadamer, pois o *poder econômico*, instrumento da *soberania apócrifa*, não é adepto de sutilezas quando as mesmas não se impõem como forma de afastar resistências ao seu desiderato. Daí deriva a imperatividade de o Estado, por qualquer de suas manifestações, fidelizar-se a uma interpretação constitucional promotora da *pulsão ordenadora* identificada na conjugação dos referidos dispositivos constitucionais cuja amplitude vertical e horizontal, se materializados, ergueria as necessárias barreiras de proteção dos vulneráveis constitucionais.

No conflito aqui sublinhado a título de exemplo, o Ser constituído faticamente pela realidade socioeconômica esforça-se por manter a atividade regulatório-administrativa do Estado num nível tensoativo (superficial). Os agentes do Estado incumbidos de dar cumprimento às determinações constitucionais apequenam-se diante do desafio que seu múnus público lhes impõe e – por razões variadas – atuam de modo a *negar força normativa* aos determinados dispositivos da Constituição, como esses aqui referidos e cuja sistemática descon sideração afetam diretamente a sociedade por meio do *abuso* e da *exploração* psicológica dos vulneráveis constitucionais.

Referido comportamento administrativo dos agentes políticos dos Estados Constitucionais, como o brasileiro, parece apontar para uma espécie de *seletividade hermenêutica* que trata como merecedora de imediata implementação determinadas prescrições constitucionais e rebaixa a dispensáveis as outras cuja postergação não afetam interesses economicamente expressivos e que, cumulativamente, não geram efeitos imediatamente perceptíveis. Essa atávica *seletividade* não fugiu à argúcia Gilberto Bercovici e Luís Fernando Bassoneto, que sublinharam a preferência, dos agentes públicos, pela *constituição financeira* em detrimento da *constituição econômica*.^[26]

Essa orientação interpretativa perceptível no agir político do Estado – inegavelmente ideológica ou incontestavelmente submetida a influências econômicas – impede a imposição estatal de limitação de condutas que ofendam os vulneráveis. Disso decorre a inevitabilidade de se construir pensamento hermenêutico capaz – legitimamente – de elidir certos tipos de uso dos meios comunicação e regulamentar outros quando destinadas aos *vulneráveis infantes*, especialmente porque nem consumidores são, no sentido jurídico da expressão. O poder econômico dever ser submetido às pulsões ordenadoras que têm sede constitucional.

Parece ser indispensável considerar a necessidade de a Administração Pública proceder com exercícios hermenêuticos de fundo constitucional na determinação de suas políticas, até mesmo para “evitar que a justiça constitucional [...] se sobreponha ao próprio direito” (STRECK, 2007, p. 336). Assim, apresenta-se impostergável a imposição, aos Administradores, de conduta administrativa orientada pelo *texto constitucional* visando *constituir* a nova realidade proposta pelo Dever-ser, o que somente se fará pela elisão das práticas que, percebidas no Ser como nefastas, inspiraram a construção axiológico-gramatical como norma de conduta do poder político.

Tome-se como exemplo o *princípio da dignidade humana*, dicção constitucional representativo de pulsões ordenadoras primárias. É razoável considerar que, uma vez insculpido no *Texto Constitucional*, o contexto socioeconômico deve receber influxos desse princípio. É, *verbi gratia*, o que nos diz, entre outros, Helmut Coing (2002, p. 246, 247):

Como medida da justiça aparece, aqui, um outro valor: a *dignidade humana*. O respeito pela dignidade humana significa no direito primeiramente, que ele não permite a ofensa física ou mesmo a morte de uma pessoa; que ele protege a sua vida. Isto corresponde à antiga *neminem laedere*. Significa também que o direito respeita a pessoa como um ser intelectual, que lhe é dada a possibilidade de organizar sua própria vida, de determiná-la conforme sua personalidade.[...] Mas também diz respeito à vida interior, como o indivíduo dá sentido e conteúdo à sua existência [...].

Se o raciocínio analógico permitir, pode-se indagar: o que impede a Administração e o Legislador de balizarem seu agir *político-administrativo* a partir das prescrições constitucionais, zelando pelo conteúdo da Constituição considerada como *mapa* de movimentação da sociedade e do Estado? Pode, também *ad argumentandum tantum*, a *jurisprudência de valores*, tão incensada na doutrina, ser *antecipada* sob a forma de uma *administração de valores* de modo que à própria Administração sejam impostas práticas administrativas *conforme a Constituição*, voltadas à consideração e implementação da vontade constitucional?

Administração Pública há de ser *administração constitucional*, no mesmo raciocínio esposado por José Luiz Quadros de Magalhães ao declarar que *toda jurisdição é jurisdição constitucional*. E isso no sentido de que o múnus do agente público lhe impõe a observância da Constituição, cujo *dirigismo* não pode ser vitimado por ações orquestradas como o *poder econômico* e a soberania apócrifa e tampouco por omissões promotoras dos interesses dessas mesmas expressões de poder.

Conclusão

É inegável que aquela tensão histórica na zona de valência jurídico-política demanda arbitramento primeiramente da própria Administração, cuja estrutura e deontologia devem voltar-se à implementação de políticas capazes de maximizar a eficácia das normas constitucionais. Revela grave erro ético-cultural o deslocamento desse exercício interpretativo para o campo *judicial*, pois ao Administrador cabe desenvolver, em matéria de interesses de Estado, uma *gestão constitucional*, assim como do Poder Judiciário se exige a prática de uma *jurisdição constitucional*. É dizer: deste se exigirá o exercício de uma *pulsão corretora* – o sentido de adequar condutas aos ditames constitucionais – quando determinada conduta do agente político não se der conforme a

Constituição, fato que não exime o Administrador de praticar a referida *gestão constitucional*.

Essa assertiva se torna de todo aceitável quando se considera o caso dos sujeitos constitucionais psicologicamente vulneráveis, aqui referidos, diante das estratégias e técnicas manipuladas pelo poder econômico empresarialmente organizado. As referências às técnicas de *management* se prestaram a ilustrar o *modus operandi* do poder econômico, extremamente competente na execução de suas estratégias de concepção, desenvolvimento e manutenção de seus *negócios*. No caso específico, que trata das empresas de consumo expostas a mercados de alta competitividade, considerou-se o uso do marketing como técnica de gestão corporativa baseada em *marcas (branding)* devido à sua riqueza ilustrativa, que pode ser alcançada pela exposição do modo como suas práticas avança sobre direitos fundamentais constitucionalmente discutidos e explicitamente reconhecidos e protegidos.

Embora embalada em fórmulas lingüísticas inequívocas, a determinação constitucional de proteção dos infantes contra abusos, violências e explorações de toda ordem, não recebe dos destinatários da norma – a família, a sociedade e o Estado – qualquer consideração voltada ao reconhecimento da plena eficácia do Texto Constitucional. Nesse caso também, o conflito armado na *zona de valência jurídico-política* tem apresentado seu resultado; e se trata de resultado absolutamente inconstitucional e, por isso mesmo, danoso para a sociedade.

Derrotada nesse conflito são a família e a sociedade quando a Administração Pública se omite e não impõe freios ao *abusivo, explorador e simbolicamente violento assédio* sofrido pelos infantes, ou quando *age* em concerto com o poder econômico, que patrocina as *inconstitucionalidades*.

Quando, por ação ou por omissão, a Administração não age *conforme a Constituição*, pode-se identificar, no caso adotado como exemplo, a orientação do Estado – e, num certo sentido, das famílias e da sociedade – pela denominada *ética do explícito*, cujas origens *Modernas* e científico-rationais e inspirações liberistas e utilitaristas naturalizam a *externalização geracional dos custos* psicológicos, morais, sociais, econômicos, jurídicos e políticos: o subliminar de hoje será o explícito de amanhã. Hoje há omissão e concertamento para viabilizar a referida naturalização, amanhã a *explicitude* dos efeitos da inconstitucionalidade (que permite a desconsideração dos direitos constitucionais do vulneráveis) acossará a sociedade e fornecerá macabras estatísticas sobre desajustes sociais e violência na faixa etária pós-adolescente, ocasião em se assistirá à mobilização *dos porta-vozes da eficiência da gestão pública*, cuja retórica se concentrará nos efeitos e ignorará, como de hábito, as causas.

A leitura que se permite fazer do problema aqui exposto e sucintamente discutido desperta angústias. Especialmente porque esse atavismo do Estado em *desconformar da Constituição* desborda do exemplo eleito para guiar as reflexões e se espalha por todos os campos que constituem a sociedade. Considere-se, também como exemplo, a questão ambiental. Contudo, o exemplo trabalhado deve também apelar à nossa capacidade de indignação porque os sujeitos constitucionais em questão são absolutamente vulneráveis, respondendo facilmente às sugestões profissionalmente desenvolvidas pelo poder econômico.

Da Administração Pública é dever exigir, já se afirmou, atuação conforme a Constituição; inclusive porque se trata de múnus público que somente se legitima se exercido sob as regras e princípios firmados no Texto Supremo. Voltando à equação atrás referida cujos termos são *Direito e Política*, é de se lembrar do compromisso de todo agente político com a *política constitucional*, circunstância que lhe impõe a obrigação de contribuir para fixar novas fronteiras políticas e de impulsionar a democracia, proposta formulada por Chantal Mouffe em nome de uma *política da democracia radical* (MOUFFE, 1996, p. 17).

Mesmo a pálida democracia prometida no projeto de *constituir* uma nova sociedade, nunca adjetivada de radical, tem se perdido naquela *zona de conflito jurídico-político*, cuja dinâmica impede, *verbi gratia*, a reapropriação fático-semântica do espírito democrático, com reflexos indesejáveis nos índices de democraticidade da sociedade brasileira. Negar atuação conforme a Constituição é negar-se a trilhar os caminhos da gestão pública demófila e promover um tipo de governo que desdenha dos *vulneráveis constitucionais* e flerta com a barbárie, construída silenciosa e subliminarmente, naturalizada pelos pressupostos da ética do explícito.

Esse desdenhar da Constituição como *documento fundador e promissor* tem marcado a história das democracias representativas liberais, fato destacado por autores de refinada sensibilidade e gramática precisa, a exemplo de Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 25-26), que assim se expressa:

[...] os próprios órgãos legitimados pela Constituição voltam-se contra a sua base de legitimidade para devorá-la, tal como Cronos fizera com seus próprios filhos. Revela-se a face brutal da privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzido a mero prêmio do eleito, visto como as batatas a que faz jus o vencedor, no dizer de Machado. É o sentimento de anomia que passa a campear solto, vigoroso, alimentando-se a fartar das dificuldades que encontramos em recuperar as sementes de liberdade presentes em nossa Constituição, mergulhada em nossas tradições. E as tradições de qualquer comunidade político-jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possam ser as eventualmente vitoriosas ao longo da história.

Desempenhando o papel de Cronos[27] estão a família, a sociedade e o Estado quando admitem uma Administração Pública que contraria, em suas políticas regulatórias, a Constituição e expõem à sanha doutrinária-consumerista do poder econômico os infantes psicologicamente vulneráveis. Ainda que não realizada sob inspiração das reflexões aqui sugeridas, há notável simetria na analogia procedida acima, considerando o mito greco-romano, com os nefastos efeitos da ilicitude censurada: os infantes, tendo *devorada* sua ingenuidade psicológica e escamoteados seus direitos fundamentais, ressentem-se da introjeção extemporânea e fraudulenta de certos valores na fase inicial de sua personalidade e – decorrido o *khronos* ou *tempo* – voltam à ribalta, transformados pela exposição às práticas destrutivas, para apresentar o resultado destrutivo da permissividade da Administração Pública. Nesse momento, o *explícito* eclode e as estatísticas despertam a indignação.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia** (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis. Tradução de David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Estado adjetivado e a teoria da Constituição**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional n. 3, p. 453-477. Curitiba: Associação Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

CECCHINATO, Durval. **Psicanálise de pais**: Criança, sintoma dos pais. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CRAIG, James; GRANT, Robert. **Gerenciamento Estratégico**. Tradução de João Carlos Hoehne. São Paulo: Littera Mundi, 1999.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. Curitiba: Juruá, 2003.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**. São Paulo: Unesp, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FREUD, Sigmund. O Ego e o Id, Uma neurose demoníaca do século XVII e outros trabalhos. Tradução de Jayme Salomão. In: **Obras psicológicas completas de Freud.** Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 55-135.

_____. **O mal-estar na civilização.** Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, v. 1 (A), v. 2 (B). Tradução de Flávio Paulo Meurer, Enio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, Bragança Paulista/SP: São Francisco, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: **Direito Constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 268-283.

HOBBSAWM, Eric J. **Revolucionários.** Tradução de João Carlos Victor Garcia e Adelângela Saggioro Garcia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

KESSELRING, Thomas. O ser humano no campo de tensão entre tradição e universalização. Tradução de Suzana Albornoz. In: **Ética:** questões de fundamentação. Adriano Naves de Brito, organizador. Brasília: UnB, 2007, p. 129-146.

LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado:** Democracia neoliberal e interesse público. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MARK, Margaret; PEARSON, Carol S. **O herói e o fora-da-lei.** Tradução de Merle Scoss. São Paulo: Cultrix, 2003.

MARTINS, J.R.; BLECHER, Nelson. **O império das marcas:** Como alavancar o maior patrimônio da economia global. São Paulo: Negócio, 1997.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Teoria geral da Administração:** da revolução urbana à revolução digital. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e hermenêutica constitucional.**

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, Coord. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

_____. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. A vantagem competitiva da filantropia corporativa. In: **Ética e responsabilidade social nas empresas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 (Harvard Business Review). p. 134-166.

QUELCH, John A.; HARDING, David. Marcas do fabricante *versus* marcas próprias: Lutando para vencer. In: **Administração de marcas**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Universitária São Francisco.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: **Introdução à filosofia do Direito e à filosofia do Direito contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. Tradução de Manuel Seca de Oliveira. In: **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried, organizadores. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: **Estudos constitucionais**. Org.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. O **sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[1]*Pulsões*, vocábulo derivado do *Trieb*, de Sigmund Freud (1976, p. 87), representam uma *força psíquica constante*, motor das reações humanas em face dos acontecimentos, estímulos e ameaças que se lhe apresentam. Durval Cecchinato (2007, p. 18) comenta a idéia por trás do conceito freudiano: “Que é pulsão? Freud a define como *konstant Kraft*, força constante. Ela é simplesmente uma força ininterrupta, mesmo quando dormimos ou estamos em coma. Freud explica a idéia de pulsão: trata-se de uma força que age na interface do psíquico e do físico, animando a ambos na forma de um mesmo ser. A pulsão é uma força que procura unicamente encaminhamentos, trilhamentos, para se satisfazer. Em si, é uma força solta, indeterminada. É puro *appetitus*. É por isso que necessita de aviamentos, precisa de balizas, para que aquele ou aquela que a anima, aos poucos transforme-se em sujeito, isto é, humano, civilizado. **O próprio, o específico dessa ‘força constante’ é que ela se destine a se transformar em obras que promovam a cultura subjetiva e comunitária.**”. Por analogia, diz-se que, diferentemente das ficções teórico-normativas que têm conformado o Direito – perpetuadas pelo ensino jurídico que reproduz o modelo asséptico-formal que se tornou hegemônico por razões bem conhecidas –, o *mundo da vida* jamais foi submetido aos rígidos controles pretendidos pelos artífices do racionalismo Moderno. Ao contrário, a racionalidade é enganosa, firmando-se muito mais pela retórica da segurança e do progresso (de fato reconhecido em muitos aspectos da existência) do que pelo real sucesso de suas pretensões controladoras. Assim, *pulsão ordenadora* é expressão conjunta aplicada para traduzir certas perenes emissões de vontade da sociedade, vista como fonte jurídico-política primária e, por isso, classificada como *pulsão primária*. Trata-se de *pulsão social*, portanto, eminentemente pré-estatal, destinada à constituição de uma governança social dirigida pela promoção da vida comunitária. Em relação a ela, pulsão ordenadora, pode-se afirmar que tanto exige regulação socioestatal, quanto imprime sua marca a essa regulação, enunciando-lhe diretrizes. Essa *konstant Kraft* tem sido capturada, ao longo da história da humanidade, por diversas forças ou *pulsões reguladoras* que submetem seu *élan*. Religião (**Igreja**) e política (**Estado**) têm tido enorme êxito nessa captura, pois usuários de técnicas semelhantes, o que assemelhou seus conceitos, práxis e estruturas, conforme sublinhado por Luiz Moreira ao citar o pensamento de Paulo Prodi sobre o *eclesiasticismo* (2007, p. 74), por Carl Schmitt, quando equipara conceitos teológicos e político-seculares (2006, p. 36), por Q. Skinner, que relaciona constitucionalismo a conciliarismo (1996, p. 397) e por Harold Berman, quando reconhece a Igreja como o primeiro Estado, vendo a Modernidade já na Idade Média (2006, p. 142). *Pulsões ordenadoras*, no modelo aqui sucintamente exposto, formam uma tríade pulsional com as *pulsões reguladoras* (exercidas pelos poderes estatais e pelas sociedades quando se autoregulam) e com as *pulsões corretoras* (exercidas pelo Poder Judiciário e pelos meios alternativos de solução de controvérsias).

[2] Maurizio Fioravanti produziu excelente painel histórico sobre o *constitucionalismo* em seu **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

[3] É correto pensar que o Direito, expresso na *palavra*, cria direitos e obrigações, códigos de conduta, prêmios e sanções, mas também cria promessas, a partir das quais se realiza o *princípio da esperança*. Essa expressão titula obra de Ernst Bloch – *Das Prinzip Hoffnung* –, para quem o homem é um *animal esperançoso*, e cuja obra é considerada um libelo em nome das utopias concretas, capazes de materializar as imagens, mas também de inspirar os homens na busca de sua realização. Eric J. Hobsbawm, admirador do pensamento de Bloch, escreveu: “Estar insatisfeito, desejar vislumbrar um estado mais geral em que as coisas poderiam ser diferentes (isto é, melhores) do que são, é a forma mais elementar desse impulso humano fundamental. Sua forma mais elevadas é a Utopia - a construção da perfeição que os homens procuram ou tentam realizar ou que, pelo menos, brilha sobre eles como um sol intelectual.” (2003, p. 141). Nesse sentido, pulsão ordenadora sempre será, para sua fonte, utópica.

[4] Eis a expressão do pensamento do autor: “No entanto, é justamente da ficção que ele [ordenamento jurídico] necessita para poder exercer as suas funções. Assim, a igualdade entre os homens é uma ficção da democracia, pois a desigualdade fática em amadurecimento e sabedoria é evidente, **mas sem essa ficção teria a democracia que desistir de seu próprio sistema de sufrágio universal**. O mesmo vale para a ficção de igualdade entre homens e mulheres; ela é concebida justamente para a superação do ‘ser’ pelo ‘dever ser’, pois o fato da desigualdade ‘deve’ juridicamente ser desconsiderado.” (DOEHRINGER, 2008, p. 29). Grifos nossos.

[5] A expressão *sujeito constitucional* é tomada, com os devidos cuidado e limitada liberdade, do pensamento de Michel Rosenfeld, para quem: “[...] deve resultar claro que a personificação do sujeito constitucional deve ser evitada. Nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeito às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” (2003, p. 40,41)

[6] Explicitando a pulsão ordenadora quanto ao tema, veja-se o parágrafo 4º, do art. 227: §4º *A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*. Há inegável orientação imperativa do constituinte para a elisão e punição de um determinado tipo de vulnerabilidade dessas personalidades constitucionais.

[7] O constituinte de 1988, decerto reconhecendo a necessidade de promover efetiva proteção da criança, decidiu-intervir naquelas antinomias entre facticidade e validade, entre fatos e normas, entre o real e o ideal (referidas por Rosenfeld) e inseriu no texto da Constituição um discurso que impõe ao Estado a consideração de outros riscos a que estão expostos crianças e adolescentes nas sociedades contemporâneas. Assim está redigido o artigo 227 da Constituição da República: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*. Grifos nossos.

[8] Art 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Os grifos são nossos e se prestam a vincar a relevância do tema, que recebeu tratamento genérico e específico, mas sempre com *status* de direito fundamental.

[9] Eis o enunciado do art. 220, §3º, II: “Compete à lei federal: II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e de televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

[10] Art. 221: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferências a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; [...]; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

[11] A psicanálise, na teoria lacaniana, corrobora o pensamento, conforme interpretação de Durval Cecchinato: “São os pais que concebem e recebem o ser humano. Já em seu nascedouro, a criança, completamente desamparada, começará a receber deles a Lei, isto é, a palavra mediante a qual iniciará sua grande, contínua e infinda caminhada da representação de sua pulsão, transformando-a em seus desejos. É aí que Lacan descobre que o desejo do ser humano é desejo do Outro. [...] O Outro é essencialmente a Lei.” (2007, p. 22)

[12] Ivo Dantas, em *Constituição e Processo - vol. I – Introdução ao Direito Processual Constitucional*, cita o aforismo atribuindo seu uso original ao Prof. José Luiz Quadros de Magalhães (2003, p. 119).

[13] Pablo Lucas Verdú considera o *sentimento constitucional* como a *expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concernente ao ordenamento fundamental, que regula, como valores, a liberdade, a justiça e a igualdade, bem como o pluralismo jurídico* (2004, p. 70). Seu prolífico pensamento no campo da teoria constitucional, orientada pela idéia desse sentimento, adverte-nos afirmando que *os preceitos constitucionais conectam-se com a consciência e o sentimento constitucionais da sociedade*. (2004, p. 126).

[14] *Management* é o conjunto de conhecimentos referentes à organização e à gestão de uma empresa, isto é, sua *administração*. Estenda-se a compreensão do vocábulo: “*Objetivos, decisões e recursos* são as palavras-chave na definição de administração. *Administração* é o processo de tomar e colocar em prática decisões sobre objetivos e utilização de recursos. O processo administrativo abrange quatro tipos principais de decisões, também chamadas processos ou funções: planejamento, organização, execução e controle.” (MAXIMIANO, 2004, p. 26).

[15] Nos termos dos artigos 122 e seguintes da Lei 9.279/96, são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Nesse sentido, *marca* representa uma *propriedade industrial*, compondo o que a teoria da Administração chama de *ativos intangíveis* e *patrimônio imaterial*, distinguindo-se de ativos tangíveis, físicos ou materiais. A propriedade

industrial sobre a marca se obtém mediante registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

[16] *Marketing* é definido, no Dicionário Houaiss, como estratégia empresarial de otimização de lucros através da adequação da produção e oferta de suas mercadorias ou serviços às necessidades e preferências dos consumidores, para isso recorrendo a pesquisas de mercado, design de produtos, campanhas publicitárias, atendimento pós-venda etc.

[17] No jargão do *marketing*, uma das ferramentas do *management*, as crianças e adolescentes são um valioso *alvo*, versão portuguesa do vocábulo inglês *target*.

[18] Conforme reconhecem James Craig e Robert Grant: “Para a maioria das empresas, os recursos intangíveis são simultaneamente os mais valiosos e os mais importantes do ponto de vista estratégico, no quadro de recursos. A importância dos recursos intangíveis é cada vez mais reconhecida pelos investidores.” (1999, p. 37).

[19] No jargão do marketing: *técnicas de gestão de marca*. Traduz o know-how específico da administração de marketing que se aplica ao modo de concepção, construção e preservação da marca como patrimônio imaterial de uma empresa.

[20] “Uma das estratégias para as empresas sob pressão é expandir os mercados com a ocupação de esferas até então fora do mercado, ou seja, pela conversão em mercadorias de serviços ou produtos feitos em casa pela ‘privatização’ de serviços ou produtos feitos em casa ou pela ‘privatização’ de serviços prestados pelo Estado. Quanto mais acirrada fica a competição, mais incentivo há para ir atrás desta opção.” (LEYS, 2004, p. 108). Deve se incluir, no bojo desse raciocínio, o esforço *inconstitucional* e imoral de *incluir* os infantes no rol de *potenciais consumidores*, condição que lhes converte em *target* de todo tipo de estratégia de marketing.

[21] Colin Leys refere a hipótese: “Primeira [característica dos mercados], são sistemas de regras e regulamentos elaborados e impostos por entidades estatais e não-estatais, inclusive os próprios atores de mercado, por meio de associações de comércio, acordos e práticas informais ou pelo próprio poder de mercado [...]. No entanto, o Estado é fundamental, no sentido de que até as entidades regulatórias não-estatais funcionam com permissão explícita ou tácita do Estado. [...] Tudo está sujeito a um ou outro tipo de regulamentação. É aqui especialmente que surge a ‘política de mercado’. Uma boa parte da atenção das empresas **pode concentrar-se em mudar ou torcer estas regras** e as quantidades de recursos que são capazes de conseguir com este propósito pode ser formidável.” (2004, p. 106). Grifos nossos.

[22] Moral Moderna, no contexto, recebe a qualificação expressada por Thomas Kesselring: “Com a expressão ‘uma moral moderna’ compreendo um sistema *pós-iluminista* de normas e valores, tal como se formou desde o século XVII em partes da Europa e então se expandiu, sobretudo na Europa do Norte e países anglo-saxões [...].”

[23] Thomas Kesselring, derivando pensamento de outros autores, cita três tipos de conduta *parasitária*. O *primeiro* refere a exploração dos próprios parceiros de cooperação com, por exemplo, a quebra de promessa para vantagem própria: “Na troca cooperativa, renunciamos reciprocamente ao parasitismo, em primeiro lugar quando de

outro modo temos sanções a temer. Se as sanções são raras bem como improváveis, então cresce o estímulo para o parasitismo, e este se expande.” O *segundo* refere a exploração da própria coletividade; seus protagonistas esgotam os bens materiais coletivos [recursos naturais, v.g.] e se esquecem do senso de coletividade, segundo o qual “os interesses particulares somados são uma coisa, um bem comum (*common*) é outra. O *terceiro* tipo atribui consideração ao princípio de igualdade àqueles que ocupam o mesmo ambiente estreito, explicitando completa desconsideração pelos *externos*. “Para a exploração de pessoas ou seres vivos que não pertencem ao seu próprio grupo, há hoje um conceito corrente: a *externalização dos custos*.” (2007, p. 137, 138).

[24] Ulrich Beck (2002, p. 37) é o teórico da *modernidade reflexiva* e da *sociedade de risco*. Sua visão da Modernidade nota a presença de *perigos* e *medos* invisíveis e incompreensíveis como resultante da exacerbação da idéia de progresso e desenvolvimento, perseguidos a qualquer custo por meio de práticas cujos nefastos efeitos têm alcançado as sociedades em sua marcha *moderna*. Seu rico pensamento é aqui referido dada a sua pertinência epistemológica. A *ética do explícito* é categoria de pensamento que compõe a *sociedade de risco*.

[25] Ao reconhecer o Estado como titular do monopólio da violência legítima (2004, p. 146), o sociológico francês fez derivar desse conceito um outro por ele nominado de *poder simbólico*, entendido como “poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. (2004, p. 8). Situar o raciocínio no campo dos sistemas simbólicos, como faz Bourdieu, permite-nos enxergar o discurso argumentativo como instrumento de indução e transformação na proporção em que media o conhecimento e a própria comunicação visando à construção da realidade e de um *sentido imediato do mundo*. Apoiado no pensamento de Ernst Cassirer, Bourdieu afirma que esse *sentido imediato do mundo* supõe um *conformismo lógico*, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências (2004, p. 9). É uma espécie de *caminho da servidão*.

[26] Lenio Luiz Streck, dissertando sobre o papel da *constituição dirigente*, refere o pensamento dos autores: “Aliás, [...], é interessante notar que a tese da Constituição dirigente é boa ou má dependendo dos interesses em jogo. Como bem lembram Bercovici e Massoneto, os mesmos setores que consideram a tese da Constituição dirigente retrógrada ou ‘jurássica’ naquilo que esta tem de compromissória no plano dos direitos fundamentais-sociais, aplaudem o ‘dirigismo constitucional’ no que tange às políticas de estabilização e a supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais (políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da Constituição financeira relativamente à Constituição econômica.” (2007, p. 177 e 178)

[27] *Cronos*, o nome grego do romano Saturno, é personagem da *teoria alegórica* da mitologia. Thomas Bulfinch (1999, p. 353), narrando a história de deuses e heróis, esclarece: “Segundo essa teoria, todos os mitos da antiguidade eram alegóricos e simbólicos, contendo alguma verdade moral, religiosa ou filosófica, ou algum fato histórico, sob a forma de alegoria, mas que, com o decorrer do tempo, passaram a ser entendidos literalmente. Assim, Saturno, que devora os próprios filhos, é a mesma divindade que os gregos chamavam de Cronos (Tempo), que, pode-se dizer, **na verdade destrói tudo que ele próprio cria.**” Grifos nossos.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS E A CONSULTA POPULAR PARA GARANTIA DO DIREITO NATURAL À AUTODETERMINAÇÃO E DEMOCRACIA

EMENDAS CONSTITUCIONAIS E A CONSULTA POPULAR PARA GARANTIA DO DIREITO NATURAL À AUTODETERMINAÇÃO E DEMOCRACIA

**Camila Castanhato
Thiago Lopes Matsushita**

RESUMO

O Brasil é um Estado Republicano, pautado numa democracia semidireta e que tem sua estrutura e organização estabelecidas numa Constituição, promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita pelo povo. A Constituição Federal de 1988 estabelece o procedimento de emendas constitucionais para alterar ou acrescentar normas à Constituição. Trata-se do poder constituído reformador. Se o Brasil é uma república democrática e o poder pertence ao povo; se a Constituição é o documento máximo num Estado de Direito; se é nela que se encontram positivados os direitos e garantias fundamentais; entendemos que o povo deve ser consultado quando da alteração da Magna Carta. E isso é o que defenderemos neste breve ensaio. Mais que isso, em caso de conflito entre o Processo de criação de uma Emenda Constitucional, técnica e positivamente regular, estar em desconformidade com os preceitos consagrados dos direitos humanos, são estes o que deverão prevalecer, com a análise da possibilidade de encaminhamento de proposta de emenda constitucional para o terceiro mandato do Presidente Lula. Entendemos que para que seja atingida nossa maturidade democrática é necessário uma maior participação popular nas decisões fundamentais do Estado para, contudo, concretizar, sobretudo, a primeira dimensão dos direitos humanos, o princípio da liberdade, sem deixar de, reflexamente, concretizar as demais dimensões dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: DEMOCRACIA; PODER CONSTITUÍDO; EMENDAS CONSTITUCIONAIS; CONSULTA POPULAR.

ABSTRACT

Brazil is a Republican State, based on a semi-direct democracy and which has its structure and organization established in a Constitution, promulgated by a National Constituent Assembly, elected by the people. The Constitution of 1988 establishes the procedure for constitutional amendments in order to change or add rules to the Constitution. It is the reformer power. If Brazil is a democratic republic and the power belongs to the people; if the Constitution is the maximum document on a State of Law; if the fundamental rights and guarantees are established in the Constitution; we believe that people should be consulted when a change of the Magna Charter takes place. And that is what this brief essay defends. More than that, in case of conflict between the

procedure of the establishment of a Constitutional Amendment, technically and positively regular, be in unconformity with the precepts of human rights, these rights should prevail, especially regarding to the analysis of the possibility of proposal of a constitutional amendment for the third term of President Lula. We believe that in order to reach our democratic maturity a greater popular participation in decisions is necessary to fulfill especially the first dimension of human rights, the principle of freedom, while, reflexively, the other dimensions of human rights must be also fulfilled.

KEYWORDS: DEMOCRACY; CONSTITUTIONAL REFORMER POWER; CONSTITUTIONAL AMENDMENTS; POPULAR CONSULTATION.

INTRODUÇÃO

Presente artigo analisa a democracia brasileira, sob um enfoque humanista, mormente no que tange ao exercício do poder constituído reformador.

Para tanto, iniciamos nosso estudo a partir de conceitos da Teoria Geral do Estado: República e Democracia. Trataremos, sobretudo, de dois importantes instrumentos de participação popular nas democracias semidiretas: o plebiscito e o referendo. Trazemos, ainda, considerações sobre o poder constituinte e o poder constituído.

O enfoque humanista deste ensaio deve-se aos nossos estudos de doutoramento realizados sob a orientação do Professor Ricardo Hasson Sayeg, na disciplina Direito Econômico Humanista, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bem como a formação tradicionalmente humanista desta Universidade, que teve o primeiro Professor desta disciplina no Brasil, Wagner Balera.

Surge então o questionamento central da pesquisa: se somos uma república democrática, onde o poder pertence ao povo, que tem sua expressão máxima concretizada no documento chamado Constituição, como pode ser esta alterada sem a participação direta de seu próprio titular?

Defenderemos a necessidade de plebiscito ou referendo para a aprovação das chamadas emendas constitucionais, que materializam o poder constituído reformador.

FORMAS DE GOVERNO

A classificação mais antiga quanto às formas de governo na cultura ocidental é a de Aristóteles (“*A Política*”, Livro III, Cap. V), que se utiliza de dois critérios: um baseado no número de governantes, e outro baseado na preponderância do interesse geral sobre o particular.

Com o primeiro critério Aristóteles determina as formas puras de governo: realza, governo de um só; aristocracia, governo de um grupo; e democracia, governo republicano, popular.

No caso do segundo critério, o seu não cumprimento dá origem aos governos degenerados, pois visam à proteção dos interesses particulares em detrimento do interesse coletivo. São formas degeneradas de governo: tirania, de um único homem; oligarquia, de um grupo; e demagogia, num governo “popular”.

Maquiavel (“*Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio, I, 2*”), no século XVI, fala em “ciclos de governo”. No princípio era a anarquia, aí um rei conquista o poder e institui uma monarquia hereditária. Os descendentes dos primeiros reis degeneram e dão causa ao surgimento da tirania, que por sua vez é derrubada por uma aristocracia poderosa e descontente. Os descendentes dos primeiros aristocratas também degeneram e dão causa ao surgimento da oligarquia, que por sua vez será derrotada pela democracia, que uma vez esgotada queda em anarquia e volta-se ao início do ciclo. Para Maquiavel, “*A única maneira de evitar as degenerações, quebrando-se o ciclo, seria a conjugação da monarquia, da aristocracia e da democracia em um só governo*”. (Apud DALLARI, 2007, p. 226)

Conde de Montesquieu, em sua obra mais famosa “*O espírito das leis*” (Livro II, Cap. I) fala também em três formas de governo: República; Monarquia constitucional; Monarquia despótica.

Hoje, duas são as formas fundamentais de governo: Monarquia e República.

As monarquias podem ser absolutas, sem limites, como as que prevaleceram durante a Idade Média, em que o soberano pautava a lei em sua vontade que, aliás, representava supostos poderes divinos; ou as monarquias podem ser constitucionais, como as que surgiram com as revoluções burguesas. Estas encontram limites na Constituição, a qual obriga não somente os governados, mas, também, os governantes, caracterizando um Estado de Direito. As principais características do sistema de governo monárquico são: vitaliciedade, hereditariedade e, no caso das monarquias absolutas, a irresponsabilidade do soberano perante as leis. Nas monarquias constitucionais o soberano encontra limites na Constituição.

A República é um sistema de governo moderno, ligado ao conceito de democracia. Não se confunde as repúblicas modernas, por exemplo, com a república romana. Na antiguidade não existiam os chamados direitos individuais. O entendimento era de que as sociedades eram organicistas, pois a sociedade (o todo) antecede e vale muito mais que as partes (os indivíduos). Daí porque não se conhecia os chamados direitos individuais durante a antiguidade. Aos indivíduos não eram concedidos direitos, eles apenas existiam para manter a harmonia do todo. A ideia de direitos individuais surgiu com o Renascimento e com as doutrinas dos direitos naturais, que pautados em uma visão antropocêntrica, passaram a reconhecer os chamados direitos naturais, que são inerentes ao homem no estado de natureza e que permanecem inerentes ao homem quando da criação do Estado, que lhe é posterior, e que deve respeitar esses direitos imanescentes ao homem, tais como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Maquiavel foi quem utilizou a palavra república no conceito moderno, em oposição à monarquia (Apud DALLARI, 2007, p. 229). São características do sistema republicano de governo: a eletividade; a temporariedade; e a responsabilidade do governante perante as leis.

BRASIL: REPÚBLICA?

O Brasil, de acordo com sua Constituição de 1988, é uma República Federativa. O sistema de governo é presidencialista, conforme escolhido pelo povo via plebiscito realizado em 21 de abril de 1993.

Será?

Que somos um Estado de Direito no sentido formal não há dúvidas. Pautamos nosso comportamento em leis escritas produzidas e executadas pelos nossos representantes, os quais têm responsabilidade perante a Constituição.

Dúvida resta quanto à representação e a força da Constituição na garantia da soberania popular: nossos governantes representam de fato a vontade do povo que os elege? Somos de fato uma República, em que a vontade popular (vontade geral) prevalece sobre o interesse particular? A Constituição, estatuto máximo de um Estado de Direito e representante supremo da vontade soberana popular, tem sido tratada de forma democrática na República Federativa do Brasil? O povo tem sido consultado para as mudanças tão constantes em nossa Magna Carta?

DEMOCRACIA

O princípio republicano visa garantir o sistema democrático de governo. Aquele em que o povo é o detentor do poder. Dalmo Dallari salienta que desde as revoluções burguesas,

“A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente a sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e igualdade”. (2007, p. 151)

O princípio democrático implica, portanto, na supremacia da vontade popular, para o resguardo da liberdade e da igualdade.

Sabe-se que a democracia pode ser de três tipos: direta; representativa; e semidireta. A grande preocupação sempre foi como estabelecer meios para que o povo externar sua vontade de fato na formação política do Estado.

A democracia direta é aquela que se perfaz com a participação popular direta nas decisões políticas e administrativas de um Estado. De acordo com a maioria dos autores, esse tipo de democracia é viável somente em territórios muito pequenos, cujo colégio eleitoral seja restrito, caso contrário, torna-se impraticável. Dalmo Dallari tem um posicionamento mais ousado, para ele:

“No momento em que os mais avançados recursos técnicos para captação e transmissão de opiniões, como terminais de computadores, forem utilizados para fins políticos será possível a participação direta do povo, mesmo nos grandes Estados. Mas para isso será necessário superar as resistências dos políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes”. (2007, p. 153)

Primeiro passo para viabilizar uma democracia direta no Brasil, pois, seria a instalação de terminais de computadores a disposição da população, uma política de incentivo ao crédito para a compra desta ferramenta de inclusão e democratização da informação e mais, a viabilização de um projeto nacional de instalação da conhecida internet “wireless” para todo o território nacional. Com investimentos nesta área tecnológica, com certeza os avanços na democracia serão incomensuráveis. Um segundo passo, mais difícil como apontado por Dalmo Dallari, seria acabar com o preconceito, sobretudo, da classe política. Reforçamos o professor citando uma conhecida frase de Albert Einstein: “Mais fácil quebrar um átomo, que quebrar um preconceito”.

A democracia representativa, por outro lado, é aquela em que o governo é exercido exclusivamente pelos representantes eleitos pelo povo.

Por fim, a democracia semidireta é a que se caracteriza pela participação em parte direta, em parte representativa, do povo no exercício do poder soberano. Nesse sistema o povo elege seus representantes, mas, além disso, são previstos mecanismos de participação popular direta, tais como: plebiscito, referendo, iniciativa popular, veto popular, recall e ação popular.

O plebiscito e o referendo são formas de consulta popular. Lembrem os irmãos Prometeu e Epimeteu da mitologia grega. Prometeu significa “aquele que pensa antes, o prevenido” e Epimeteu “o que pensa depois” (SCHWAB, 2001, p. 19). O plebiscito

seria Prometeu, pois caracteriza consulta prévia; e o referendo seria Epimeteu, pois trata-se de consulta “*a posteriori*”.

O plebiscito - consulta popular realizada antes da tomada de uma decisão - tem suas raízes históricas na Roma antiga. Uma grande crítica a este procedimento democrático é que o povo pode ser facilmente enganado! A este respeito Dalmo Dallari comenta:

“Os que são mais apegados às fórmulas da democracia representativa argumentam com os riscos de uma ‘democracia plebiscitária’, afirmando que o povo poderá ser mais facilmente enganado e envolvido do que nos Parlamentos, pois não é difícil direcionar o plebiscito, fazendo a consulta sem dar ao povo todos os elementos necessários para uma decisão bem informada e consciente. Por outro lado, é generalizada, no mundo de hoje, a convicção de que o povo é mal representado nos Parlamentos, pois em muitos casos tem ficado evidente que os mandatários se orientam por interesses que não são os do povo ou que, mais grave ainda, são contrários aos legítimos e autênticos interesses do povo. Evidentemente, é necessário e possível aperfeiçoar os métodos de eleição de representantes do povo, mas não há dúvida de que o uso do plebiscito é mais condizente com a democracia direta, que hoje se tornou mais fácil de realizar em vista dos modernos meios de comunicação e consulta popular.” (DALLARI, 2007, p. 154).

No Brasil, o plebiscito está previsto no artigo 14, I, da Constituição Federal de 1988; e regulamentado pela Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998.

Cabe ressalva aos críticos do uso desse importante instrumento de participação popular direta nas tomadas de decisões importantes do país: Medo de povo? Prepotência? Inúmeros são os exemplos diários de má gestão da coisa pública pelos políticos eleitos para representar a vontade popular, mas, que, diante do poder, preferem lutar e trabalhar por interesses particulares ou de grupos específicos de afinidade. “*Data Venia*”, mas o povo já não tem sido enganado por seus representantes diariamente? Trata-se da antiga e famigerada “política do pão com circo”. Dá-se uma pequena assistência para que o povo sobreviva (pão), e coloca-se à sua disposição uma programação cultural alienante com o intuito de mantê-lo eternamente na ignorância (circo). É fácil afirmar que o povo não entende de política e não é capaz de fazer suas próprias escolhas de forma consciente. Não se lhes dá esta oportunidade. Além da educação formal de pouca

qualidade que é oferecida, condenam o povo a somente discutir sobre amenidades como “Big Brother Brasil”, novelas, fofoca dos artistas, entre outras futilidades. Por ocasião da realização do referendo sobre o desarmamento no Brasil, em 23 de outubro de 2005, presenciou-se uma discussão nacional sobre o tema das armas, seja na televisão, seja no mercadinho, na padaria, no posto de gasolina, no boteco, na feira, nos pontos de ônibus, nos colégios etc. Todos discutiam o assunto que é de suma importância para todos. O povo debatia sobre a possibilidade de ter armas de fogo ao invés de discutir coisas como: quem será eliminado ou ganhará um milhão no “Big Brother Brasil”; quem matou a mocinha da novela; que artista casou com quem; quem traiu quem; quem fez plástica; etc.

Dentro deste contexto é necessário abordar que o desenvolvimento do ser humano deve ser entendido de forma extensiva, ou seja, não apenas como desenvolvimento econômico, mas sim desenvolvimento econômico, social, político e cultural.

O destaque do desenvolvimento cultural que poderia estar incluído dentro do desenvolvimento social, onde aquele serve para garantia de não alienação da população frente ao Estado.

Essa amplitude do desenvolvimento cultural permite que o ser humano tenha instrução suficiente para se revoltar, inclusive contra o governante se for o caso, *ex vi* das situações ocorridas nos “panelaços” da Argentina e as passeatas contra a “Lei do Primeiro Emprego” na França.

Que no exercício da democracia o povo irá errar é fato. Somos seres humanos, e é de nossa natureza errar. Erramos mas aprendemos com nossos erros. Somente participando ativamente da vida política, o povo será capaz de sair da ignorância. Dentro de seus erros e acertos, irá aprender, irá dialogar, irá criar de fato um ambiente de participação política na sociedade.

Neste aspecto, Hermes Lima colaciona importante colocação de John Dewey sobre a base da democracia que é

“a fé na inteligência humana e no poder da experiência cooperante e selecionada. Não é a crença de que essas coisas já sejam em si perfeitas, mas que, através do próprio desenvolvimento, poderão gerar progressivamente o conhecimento e a sabedoria necessários para guiar a ação coletiva”. E acrescenta Hermes: “A confiança nas possibilidades do ser humano é inseparável da concepção democrática”. (s/d, p. 317, grifo nosso)

O referendo - consulta popular realizada depois da tomada de uma decisão para confirmá-la ou não - tem origem nas antigas Dietas das Confederações Germânicas e Hetélicas. Segundo Dalmo Dallari,

“O *referendum* vem sendo largamente utilizado atualmente, consistindo na consulta à opinião pública para a introdução de uma emenda constitucional ou mesmo de uma lei ordinária, quando esta afeta um interesse público relevante. (...) Em certos casos as Constituições de alguns Estados modernos exige que se faça o *referendum*, sendo ele considerado *obrigatório*, o que se dá quase sempre quanto a emendas constitucionais; em outros ele é apenas previsto como possibilidade, ficando a cargo das assembléias decidir sobre sua realização, sendo ele então chamado *facultativo* ou *opcional*.” (2007, p. 153/154, destaque nosso).

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê a forma de participação direta do povo, via referendo, no artigo 14, II. Mas não determina os casos em que ele deve ser utilizado, deixando a cargo da legislação infraconstitucional regulamentar a matéria – Lei 9.709, de 28 de novembro de 1998 – sendo ele, pois, facultativo.

A iniciativa popular, outra das formas de participação popular direta no exercício da democracia, permite a um determinado número de eleitores propor um projeto de lei. Dalmo Dallari (2007, p. 155) explica que nos Estados Unidos da América existe a previsão de iniciativa popular direta para projetos de lei, bem como para emendas à Constituição. No Brasil, a Constituição de 1988 adotou a iniciativa popular (art. 14, III), mas tão somente para a iniciativa de leis ordinárias ou complementares. Não é permitido projeto popular de emenda à Constituição, e também não se permite qualquer recurso se o Legislativo rejeitar um projeto de lei popular apresentado.

Os institutos do veto popular e do *recall* não são previstos pela legislação brasileira; mas também são formas de participação popular direta na condução da política de um Estado.

O veto popular em muito se assemelha ao referendo. Trata-se da possibilidade de uma parcela do eleitorado vetar uma lei, depois desta criada pelo Parlamento. Na lição de Dalmo Dallari:

“Pelo veto popular, dá-se aos eleitores, após a aprovação de um projeto pelo Legislativo, um prazo, geralmente de sessenta a noventa dias, para que requeiram a aprovação popular. A lei não entra em vigor antes de decorrido esse prazo e, desde que haja a solicitação por um certo número de eleitores, ela continuará suspensa até as próximas eleições, quando então o eleitorado decidirá se ela deve ser posta em vigor ou não.” (2007, p. 155).

O *recall* é um instituto norte-americano. Aplica-se a duas hipóteses diferentes: revogar o mandato de um legislador ou funcionário eletivo; e reformar decisão judicial sobre a constitucionalidade de lei.

Interessante como um instituto tão importante para a concretização de um regime democrático não é previsto na legislação Brasileira. O *recall* materializa de forma exemplar a soberania popular: seja no exercício da representação, seja na interpretação do documento supremo de um Estado de Direito, a Constituição.

No Brasil, não há meios legais que possibilitem ao povo revogar o mandato de um representante eleito que não esteja desempenhando seu papel a contento daqueles que representa. O povo deve esperar novas eleições para poder retirar um mau político. Isso leva as questões: A quem pertence o poder, ao povo ou a seus representantes? ; Como pode o povo conceder poderes por determinado prazo, sem ter o direito de revogar esses poderes quando a outra parte não cumpre adequadamente com as funções do mandato? O tema da representação é de suma importância para a concretização da democracia, mas não é objeto deste ensaio em específico. Essas questões ficam apenas para reflexão aqui.

Ademais, a Constituição de 1988, no artigo 103, ao enumerar os legitimados para propor controle direto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, não adiciona à lista o povo. Ou seja, no Brasil, não existe previsão constitucional para que o povo ajuíze ações de controle de constitucionalidade diretamente no Supremo Tribunal Federal como, por exemplo, ocorre na Alemanha e no México (recurso de amparo). Os indivíduos somente podem realizar o controle de constitucionalidade diante de casos concretos, via controle difuso, que apenas em casos de repercussão geral, podem ser analisados por nossa Corte Suprema.

Por fim, tem-se a ação popular como forma de expressão direta da soberania popular, prevista em nosso ordenamento no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988.

In verbis:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

CONSTITUIÇÃO – PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E PODER CONSTITUÍDO

A Constituição é o documento mais importante num Estado de Direito. Ela dá fundamento de validade para todas as demais normas de um sistema jurídico, de acordo com a teoria positivista de Hans Kelsen. (1984)

A Constituição regula o poder, ao passo que traz normas sobre estrutura e organização do Estado, divisão de competências e, sobretudo, os direitos e garantias fundamentais.

Para José Afonso da Silva:

“Constituição é um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em

síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”. (2005, p. 37/39)

Karl Loewenstein salienta que:

“Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – < la constitución > – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”. (1976, p. 149)

A Constituição é, pois, o documento máximo de um Estado de Direito. É a expressão máxima da soberania popular numa democracia. Ferdinand Lassalle (1985 e 2008, *passim*), numa visão sociológica, afirma que a Constituição deve corresponder à soma dos fatores reais de poder dentro de uma sociedade, caso contrário, seria apenas uma “*folha de papel*”.

Ao poder de criar uma Constituição, dá-se o nome de Poder Constituinte Originário, também chamado de inicial, genuíno, de primeiro grau ou inaugural. De acordo com a doutrina existem dois tipos de poder constituinte originário: histórico e revolucionário. O poder constituinte histórico é aquele que dá origem a primeira Constituição de um Estado. Todas as demais Constituições caracterizam-se por ser revolucionária.

São características do Poder Constituinte Originário ser: inicial, ao passo que inaugura uma nova ordem jurídica; autônomo, pois independe de qualquer outro poder; ilimitado materialmente, pois pode tratar de qualquer assunto, sem restrições de conteúdo; e incondicionado formalmente, pois não depende de nenhuma forma pré-estabelecida para se manifestar.

Esse poder de criar uma Constituição pode se expressar de forma democrática, via Assembleia Nacional Constituinte eleita pelo povo e representando a vontade deste. Mas, também, pode se manifestar de forma outorgada, imposta por uma pessoa ou por um grupo governante.

O poder de criar uma Constituição não se confunde com o poder de alterar uma Constituição.

A doutrina pátria contemporânea denomina de Poder Constituinte Originário aquele que cria uma Constituição; e de Poder Constituinte Derivado aquele que lhe decorre.

Esta terminologia é imprópria semanticamente. Um poder que é constituinte de algo, somente pode ser originário. O que lhe decorre, não tem como ser constituinte, uma vez que é derivado de outro já constituído. Por essa razão preferimos a terminologia utilizada pelo Abade Emanuel Joseph Sieyès (1748-1836) em sua obra mais famosa “Que é o terceiro estado” (“*Qu’est-ce que le tiers état?*”). Este livreto foi um manifesto inspirador da Revolução Francesa. Sieyès fala em Poder Constituinte e Poder Constituído. Manuel Gonçalves Ferreira Filho explica que

“A distinção entre o Poder Constituinte e poder constituído aparece solidamente pela primeira vez na obra de SIEYÈS. O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a, cria poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles”. (1974, p. 13/14)

O Poder Constituinte corresponde ao que hoje se denomina Poder Constituinte Originário; e o Poder Constituído é o Poder Constituinte Derivado.

O Poder Constituinte Originário é um poder de fato; o Poder Constituído é um poder de direito: existe se previsto e nas condições estabelecidas pelo Poder Originário. Sendo assim, são características do Poder Constituído: ser derivado do originário; ser limitado materialmente pelo originário; e ter uma forma pré-estabelecida para se manifestar determinada pelo Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, condicionado.

O Poder Constituído, além de derivado, limitado e condicionado é classificado em revisional, reformador e decorrente.

O Poder Constituído Revisional é aquele que prevê um prazo para que a Constituição seja inteiramente revisada. Findo este prazo, e realizada a revisão, esse poder desaparece, ao passo que já cumpriu com sua função. A Constituição Federal de 1988, do Brasil, previu uma revisão após cinco anos de sua promulgação. Esta revisão foi realizada e deu causa a seis emendas revisionais. O poder de revisar toda a Constituição esgotou-se no ato praticado, e não mais pode realizar-se, senão em fragmentos via poder reformador, que mais adiante será explicado.

O Poder Constituído Decorrente é o que permite aos Estados da Federação criar suas próprias Constituições. Não será tratado em maiores detalhes, pois não é o objeto deste estudo.

Interessa para este ensaio, mormente, o Poder Constituído Reformador. Aquele que permite alterações na Constituição, nos limites estabelecidos por esta.

O artigo 60 da Constituição brasileira de 1988 prevê o procedimento de emendas para alterar, suprimir ou acrescentar normas à Constituição. *In Verbis*:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou estado de sítio.

§2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.
§5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Nota-se que o poder de alterar a Constituição brasileira tem limites formais, materiais e circunstanciais.

São limites formais os estabelecidos: no artigo 60, incisos I, II e III, quanto à competência para apresentar projetos de emenda constitucional; no §2º, do art. 60, quanto ao quórum e procedimento mais complexos para aprovação; no §3º, do art. 60, quanto à promulgação; e, por fim, no art. 60, §5º, quanto ao momento para a apresentação de projeto de emenda constitucional.

Os limites materiais ao poder reformador são as conhecidas Cláusulas Pétreas, estampadas no §4º, I, II, III, IV, do art. 60.

E os limites circunstanciais apresentam-se no art. 60, §1º, que proíbe alteração na Constituição durante a vigência de estados de exceção.

De todas essas limitações, chama atenção para este estudo o fato de o cidadão, titular do poder político numa democracia de fato, não ter legitimidade para apresentar projetos de emenda à Constituição, senão através de seus representantes. Mais uma vez o cidadão é excluído da possibilidade direta de influir em decisões políticas fundamentais do Estado.

Desde sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, até dezembro de 2008, 57 emendas constitucionais foram promulgadas no Brasil. A população brasileira não foi convocada a se manifestar em nenhuma delas.

Algumas matérias alteradas em nossa Magna Carta são de suma importância, interessa e afeta a todos, direta ou indiretamente. Até por isso são disciplinadas pelo documento que tem supremacia no sistema jurídico. Por exemplo: EC no. 1, que dispôs sobre a

remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores; EC no. 3, que tratou de aposentadoria, tributos e novas ações de controle concentrado, inclusive a famigerada ação direta de constitucionalidade que, para muitos, remonta a institutos utilizados em períodos de exceção no País, como nas ditaduras, tanto de Vargas, quanto dos militares; EC no. 4, sobre legislação eleitoral; EC no. 16, que tratou de reeleição; as emendas que trataram de impostos, sobretudo a CPMF; as emendas que alteraram as regras da previdência social; as emendas da reforma política; etc.

PODER CONSTITUÍDO REFORMADOR NO BRASIL: DEMOCRÁTICO?

Já vimos que no conceito sociológico de Constituição, estabelecido por Ferdinand Lassalle, se ela não corresponder à soma dos fatores reais de poder dentro da sociedade, não passa de uma “*folha de papel*”, não tem legitimidade.

O sistema democrático exige que o poder seja do povo. A Constituição é, portanto, a expressão máxima da vontade popular. Mas para que ela não seja apenas uma “folha de papel”, precisa corresponder de fato aos anseios populares.

Defendemos neste artigo que uma das possibilidades para reforçar uma democracia real no Brasil é a utilização dos institutos de consulta popular – plebiscito e referendo – para as alterações da Constituição.

A corrente do Direito Econômico Humanista, preconizada pelo Professor Ricardo Hasson Sayeg, da Pontifícia Universidade Católica, estuda a viabilidade de um capitalismo sem seu elemento mais pernicioso para o ser humano: a exclusão social.¹

A proposta que apresentamos neste artigo de uma maior ação política por parte dos cidadãos, sobretudo nas alterações na Constituição, vai ao encontro da mesma finalidade da corrente do direito econômico humanista: diminuir a exclusão político-social e, contudo, garantir a dignidade da pessoa humana.

¹ Tese de Livre Docência que concedeu o Título de Professor Livre Docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo a Ricardo Hasson Sayeg, dia 08 de maio de 2009.

O conceito de cidadania engloba todas as dimensões dos direitos humanos: os direitos civis e políticos; os direitos sociais, econômicos e culturais; e os chamados direitos de terceira dimensão, relacionados ao princípio da fraternidade.

A proposta de uma maior participação popular nas decisões políticas fundamentais concretiza, notadamente, os mandamentos da primeira dimensão quanto à participação política efetiva, mas, ao mesmo tempo, concretiza, também, as demais dimensões dos direitos humanos, ao passo que um cidadão mais consciente e inserido politicamente realiza em melhores condições o princípio da igualdade e atinge gradualmente o direito ao desenvolvimento ligado a fraternidade.

É da tradição da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ser pioneira na defesa do humanismo. Primeiro por ser uma instituição católica, pautada nos valores de igualdade e fraternidade plantados por Jesus Cristo; Segundo por ser pioneira na criação de um departamento específico para tratar de Direitos Humanos, tendo a honra de ser a Instituição que acolhe o primeiro professor desta matéria no Brasil, Wagner Balera.

Foram os Gregos que inventaram a democracia. Hermes Lima salienta que:

“Desde a Grécia, o traço característico do conceito de democracia reside no reconhecimento do valor social do esforço e da opinião dos indivíduos, qualquer que seja a posição econômica ou política que ocupem. Sem dúvida, o *status* social daquela época, semelhantemente ao que ainda hoje acontece, opunha muitas restrições à plena efetivação do referido conceito. Todavia, no pensamento político dos gregos se continha já a plena afirmação de que contribuir para os valores que ordenam a existência social é direito do indivíduo, a ele inerente como pessoa, como ser humano, dotado de capacidade para a vida moral”. (s/d, p. 317, grifos nossos)

A participação nas decisões políticas é, pois, um direito natural do homem. Ele justifica o próprio princípio democrático. Daí a necessidade de que esta participação seja efetiva, mormente quanto às alterações na Magna Carta.

Hannah Arendt, importante pensadora do século XX, em “A Condição Humana”, apresenta importante diferenciação entre a vida privada e a vida pública, segundo o pensamento grego, senão vejamos:

“a capacidade humana de organização política não apenas difere, mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência, e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que lhe é comum (*Koinon*)”. (2008, p. 33)

No pensamento clássico a esfera privada visa somente ao atendimento das necessidades da vida, da sobrevivência; é a esfera em que o homem se comporta como qualquer outro animal, submetido ao poder despótico do chefe de família.

Já a esfera pública é necessariamente uma construção do homem, ao passo que nesse espaço os homens estão liberados das necessidades da vida, podendo ser livres e iguais na palavra compartilhada. Livre é o cidadão que não se submete ao governo de outro, mas, sim, aquele que governa com seus iguais. A liberdade decorre, pois, da ação política.

Para Hannah Arendt a crise da modernidade é fruto, sobretudo, da confusão que se tem feito entre as esferas pública e privada. Hoje, discute-se no ambiente público questões de sobrevivência, típicas da esfera privada. O cidadão tem se transformado em consumidor do Estado e não gerenciador do mesmo.

Incentivar a maior participação política do povo, nas decisões fundamentais de Estado, estimula o transporte do cidadão da condição de mero administrado consumidor para a posição de *bios politikos*.

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL PERMISSIVA DO TERCEIRO MANDATO DO PRESIDENTE LULA

Neste fim do segundo mandato do Presidente Lula aparece o “fantasma” do terceiro mandato do Presidente Lula, potencializado pela enfermidade que acometeu sua candidata às eleições de 2010, Dilma Rossef.

A proposta visa a permissão constitucional para que o presidente possa concorrer ao terceiro mandato, mediante consulta popular.

Esta consulta popular, flagrantemente viciada, conforme apontado pelos elevados índices de aprovação do Governo Lula e, pelas assistências sociais desviadas como paternalismo à população excluída socialmente.

O que decorre dessa condição imposta pela circunstância em que o nosso País vive é imperativa a aplicação da lei universal da fraternidade nos moldes estabelecidos pela Doutrina Humanista de Direito Econômico preconizada pelo Professor Ricardo Sayeg:

Uma vez que, tal como afirma o professor Kant de Lima e seu colega Alex Varella, da Universidade Gama Filho, “o mundo da cultura é o mundo dos valores” (Kant de Lima APUD SAYEG, p. 77), pode-se pelo Cristianismo afirmar a fraternidade como valor social e disso se desvendar o espírito objetivo da lei universal da fraternidade, que permeia todo o ordenamento do direito pelo metatexto constitucional e legislativo, como sendo o direito natural da fraternidade e, via de consequência, conformando a aplicação do direito positivo com a potencialização da dignidade do ser humano. (SAYEG, p. 77-78)

Na hipótese de conflito entre o direito positivo e o direito natural, a solução de compatibilidade é que se o direito positivo estiver em descompasso com o direito natural, é este que deve prevalecer, nos seguintes termos:

Nesse diapasão, entendo que “o direito positivo, enquanto camada de linguagem prescritiva, projeta-se sobre o contexto social, regulando as condutas intersubjetivas e direcionando-as para os valores que a sociedade quer ver praticados” (Paulo de Barros Carvalho APUD SAYEG, p. 79), com a prevalência conforme Hartmann, entretanto, do metatexto sobre o texto normativo. (SAYEG, p. 79)

Portanto, mesmo seja implementada regularmente uma proposta de emenda constitucional que permita a candidatura do Presidente Lula a um terceiro mandato, inclusive com consulta popular, a mesma estará viciada pelo paternalismo lulista e em desconformidade com a Lei Universal da Fraternidade, violando assim, o direito natural à autodeterminação e democracia.

CONCLUSÃO

A democracia é humanista, acredita nas potencialidades do homem.

O princípio democrático no Brasil visa garantir uma forma de Estado republicana. Mas, para que o povo seja capaz de exercer suas atividades enquanto ser político carece de maior participação na gestão da coisa pública, mormente no que se refere às decisões políticas fundamentais.

É preciso que o cidadão seja retirado da condição de administrado, consumidor dos serviços públicos e seja elevado à posição que lhe cabe em uma democracia real: animal político que exerce de fato o poder, ou seja, da condição de massa de manobra.

Daí porque neste estudo defendemos que, para que seja viável uma real democracia no Brasil, faz-se mister a participação popular direta nas alterações realizadas na Constituição, sendo essa participação não absoluta em si, mas sim limitada pela Lei Universal da Fraternidade.

Para tanto propomos a utilização dos instrumentos de participação popular previstos em nossa Constituição de 1988, quais sejam, o plebiscito e o referendo e no confronto do texto com o metatexto, a sobreposição do direito natural ao direito positivo, quando este estiver em desconformidade com os direitos humanos revelados e consagrados.

BIBLIOGRAFIA:

ARENDDT, Hannah. “A condição humana”. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer, 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008;

ARISTÓTELES. “A Política”. Complemento;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988;

DALLARI, Dalmo de Abreu. “Elementos de Teoria Geral do Estado”. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. “Direito Constitucional Comparado. I – O Poder Constituinte”. José Bushatsky editor, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974;

HERMES, Lima. “Introdução ao Estudo do Direito”. 24ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s/d];

KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”. 6ª. ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor, 1984;

LASSALLE, Ferdinand. “Que é uma Constituição”. 2ª. ed. São Paulo:Kairós, 1985 (primeira edição, Porto Alegre: Villa Martha, 1980);

_____. “A Essência da Constituição”. Prefácio de Aurélio Wander Bastos, 8ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, [s/d], p. 149/161.

MAQUIAVELLI, “Obras Políticas”.

MONTESQUIEU. “O Espírito das Leis”. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987;

SAYEG, Ricardo Hasson. “Doutrina Humanista de Direito Econômico: A Construção de um Marco Teórico”. Tese de Livre Docência da PUC/SP, 2009 (obra não publicada).

SCHWAB, Gustav. “As Mais Belas Histórias da Antiguidade Clássica. Os Mitos da Grécia e de Roma”. Tradução de Luís Krausz, 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001;

SIEYÉS, Abade. “Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Organização, Tradução e Estudo Introdutório de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005 (foi utilizada também a 15ª ed. SP: Malheiros, 1998).

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À CULTURA COMO UM DOS
FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO CULTURE AS ONE OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE DEMOCRATIC LAW STATE**

**Claudinei Jacob Gottens
Thiago de Barros Rocha**

RESUMO

A Constituição de 1988, retomando os rumos da democracia, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira. Ao longo da história constitucional do País, o direito à cultura evoluiu e se consagrou como direito fundamental, permitindo que a sociedade exija sua implementação, incumbindo ao Estado propiciar meios para sua efetividade e acionabilidade, dentre os quais, a edição de Leis Orçamentárias que promovam a renúncia fiscal como instrumento gerador de recursos para promoção cultural. No momento histórico atual, o direito à cultura se constitui, por ser indissociável da dignidade humana, importante fundamento do Estado Democrático de direito e sua consecução é primordial para a evolução da democracia.

PALAVRAS-CHAVES: CULTURA. DIREITO FUNDAMENTAL. DEMOCRACIA

ABSTRACT

The Constitution of 1988, trying to bring the democracy back, listed the dignity of the human being as one of the fundamental rights of the Brazilian Republic. Through the constitutional history of the country, the right to culture has become a fundamental right, allowing society to demand its implementation, making the State responsible for providing possibilities of its effectiveness and access such as the edition of budget laws which permit the inspection waiver as a tool able to generate resources for the cultural promotion. Nowadays the right to culture is considered an important fundamental right to the Democratic Law State as it is closely associated to the dignity of the human being and its consecution is essential for the democracy development.

KEYWORDS: CULTURE; FUNDAMENTAL RIGHT; DEMOCRACY

Introdução

A evolução histórica do homem o conduziu ao centro da justificação política do Estado, condicionando a atuação estatal à observância da dignidade da pessoa humana.

Os direitos inerentes ao homem, assim, passaram a pautar os atos do Estado, seja na concepção de leis, na atuação administrativa ou na atividade jurisdicional, de forma que a finalidade do ente estatal não pode ser dissociada do interesse social.

Desta percepção evolui a doutrina dos direitos fundamentais, consagrando-os como direitos indissociáveis da condição humana. O direito à cultura, como direito fundamental, reporta-se a necessidade de que o Estado adote meios capazes de efetivar a fruição e gozo dos direitos culturais, incumbindo ao Poder Legislativo a criação de leis e ao Executivo a adoção de políticas públicas que viabilizem a sua efetivação.

1. Os direitos fundamentais e a proteção do Estado

Desde as comunidades mais primitivas, o homem percebeu as virtudes da convivência em grupos. As primeiras aglomerações sociais dos homens primitivos revelaram que a perpetuidade da espécie humana dependia, em grande parte, da sua capacidade de vida em comunidade e da proteção oferecida pelo grupo ao ser individual.

Das comunidades primitivas até as grandes civilizações modernas, o homem, quase que instintivamente, percebeu o valor da proteção oferecida pelo grupo organizado, de maneira que "[...] a experiência da vida social foi formando e enraizando na consciência dos indivíduos, não só o sentimento de necessidade do Estado, como também o dever de obediência aos comandos daqueles que governam" [1].

O Estado, concebido pela criação do próprio homem diante de sua necessidade de convivência social, tinha por pressuposto a regulamentação da vida comum e a proteção da comunidade, devendo ser capaz de encontrar os limites para a coexistência das liberdades individuais do homem e a imperatividade necessária para a existência do Estado.

Diante desta constatação, a organização estatal foi se construindo com a observância dos direitos do homem em seu convívio social. A evolução das necessidades humanas, por sua vez, com o passar dos anos, fez com que a sociedade lutasse para a consagração de seus ideais, de forma que o movimento evolutivo do Estado acompanha as conquistas da sociedade.

O primeiro movimento de contraposição da vontade social à do Estado pode ser verificada por ocasião da ruptura com o Estado Absolutista. A sociedade, impulsionada pelos movimentos revolucionários e sociais do século XVIII, que culminaram, em 1789, com a Revolução Francesa, se contrapõe ao regime monárquico absolutista. Surge,

assim, o Estado Liberal, modelo estatal que sob a tríplice bandeira da luta revolucionária francesa - liberdade, igualdade e fraternidade - rompia com o *Ancien Régime* e procurava limitar os poderes da Coroa.

O Estado Liberal se caracteriza pela necessária legitimação política do poder e pela legalização das liberdades individuais, de forma que a lei passa a ser o mecanismo vinculante da atuação estatal e a liberdade do homem, como ser social, se contrapõe à supremacia da vontade do Estado.

Superado o momento de ascensão da burguesia a sociedade evolui a fim de exigir do Estado a intervenção necessária para a concretização de seus direitos, visto que os ideais que fundamentavam o Estado Liberal não se estendiam à toda população, mas, ao contrário, eram ideais classistas.

Tendo a sociedade percebido não ser possível a obtenção da igualdade através da liberdade nos moldes burgueses, visto que o liberalismo burguês não foi capaz de "[...] lidar, de um lado, com a irracionalidade do sistema capitalista, geradora de um novo feudalismo econômico encoberto pelo Estado (formal) de Direito e, de outro, com a irracionalidade representada pelo fascismo",^[2] a sociedade procura na igualdade social a forma de se contemporizar os ideais de liberdade e igualdade. Para tanto, consagra-se não mais a liberdade negativa, advinda do afastamento do Estado da regulação da vida social, mas, ao contrário, a liberdade positiva que exigia do Estado uma conduta ativa para a consecução deste ideário, de forma a intervir no sistema econômico para correção e adaptação das desigualdades sociais.

Assim, o Estado deixa a condição de passividade e se conduz a agir ativamente com a finalidade de "[...] transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material de igualdade, a fim de impedir que a desigualdade de fato destrua a igualdade jurídica".^[3]

O conteúdo material da cláusula social consiste em garantir à sociedade a existência digna através de um sistema de prestações positivas. Trata-se de opção política de fundamentalidade dos direitos inerentes ao homem, devendo o Estado proporcionar as condições dignas de existência mínima ao povo. Consiste na mudança de paradigma dos chamados direitos públicos subjetivos que deixam de ter uma característica de defesa, para assumir o papel de finalidade da ação estatal.^[4]

Desta forma, os direitos econômicos, sociais e culturais passam a constituir, no Estado Social, ao lado dos já consagrados direitos de liberdade, direitos fundamentais, merecendo proteção, consecução e observância por parte do Estado.

A evolução dos postulados sociais em conjunto com as diretrizes democráticas que se afluíram no século XVIII e se consolidaram após a segunda metade do século XX, conduziram ao modelo atual de Estado, preocupado com a efetividade dos direitos sociais consagrados pela Constituição e com a legitimidade democrática do exercício do poder: o Estado Social e Democrático de Direito.

O atual modelo estatal, pautado no direito, na legitimidade democrática e na função social, reconduz ao exercício conjunto dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A legitimidade democrática, centrada no poder advindo do povo, passa a ser o norte político a guiar a consecução dos objetivos estatais.

Observa-se, assim, que o Estado deve pautar sua conduta nos direitos fundamentais do homem de forma que: a) obedeça aos limites impostos pela liberdade política, consubstanciada na observância da cláusula democrática; b) atue, positivamente, na adoção de medidas capazes de concretizar os direitos fundamentais do homem.

Conclusivo, pois, que ao Estado incumbe a proteção dos direitos fundamentais, seja na forma negativa, respeitando os limites que lhe são impostos, seja na modalidade positiva, que lhe exige a adoção de leis e políticas públicas tendentes a garantir a fruição dos direitos consagrados pela sociedade e erigidos à fundamentalidade.

Historicamente, embora seja possível encontrarmos fontes mais remotas de preocupação com os direitos do homem, foi a partir da oposição social ao Absolutismo Monárquico, no século XVIII, que se pôde observar a evolução das preocupações de se teorizar acerca dos direitos que merecem proteção especial do Estado.

Observa-se, com isso, que a teorização dos direitos fundamentais evolui à medida que a sociedade revela novos valores e a eles atribui a necessária proteção, sendo, desta forma, o conteúdo dos direitos fundamentais revelador dos anseios da sociedade em determinado momento histórico, razão pela qual, diante da evolução do homem e da própria sociedade há, em consequência, a evolução do quadro dos direitos a merecerem tutela especial do Estado. Destarte, o conjunto de direitos erigidos a direitos fundamentais foram consagrados a cada etapa da evolução histórica da humanidade, sendo possível a distinção, em cada momento, das dimensões dos direitos fundamentais.

A liberdade advinda com o Estado Liberal constitui primeiro paradigma para a construção da teoria dos direitos fundamentais. A contraposição da liberdade individual ao poder soberano e a consagração, formalística, da igualdade, são conteúdos que remontam à primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Superado este momento histórico, com a consagração das liberdades negativas, passou-se a exigir uma ação positiva por parte do Estado a fim de criar condições que permitissem, para a sociedade, o exercício de seus direitos.

Se os direitos de primeira dimensão consagraram a liberdade do homem perante o Estado, afastando o poder absoluto e submetendo-o ao crivo da lei e da separação das funções estatais, os "[...] de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora [...] a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana".¹⁵¹

Desta forma, os direitos sociais consistem no novo marco que exige do Estado a atividade prestacional para a realização e implementação de condições dignas mínimas de sobrevivência do ser humano.

Nunca é excessivo consignar que os direitos fundamentais de primeira dimensão dependem, em grande medida, para sua máxima efetividade, das condições de subsistência digna da população, razão que sobreleva a importância dos direitos sociais, visto que aptos a propiciar as condições necessárias para a dignidade humana.

Num terceiro momento, após a Segunda Guerra Mundial, a qual acarretou profundas alterações nas comunidades internacionais, começa a surgir o sentimento de solidariedade e fraternidade dos povos.

Superadas as preocupações acerca da liberdade e das necessidades mínimas do ser humano, "[...] surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada"^[6].

Elegendo os direitos do homem como direitos fundamentais, era preciso garantir a inviolabilidade das normas que estabelecessem tais direitos. A fim de não se deixar ao legislador comum a possibilidade de mutação aos direitos consagrados com o passar histórico, a positivação dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo mereceu a dimensão de "[...] *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais", sem o que os "[...] direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política".^[7]

A constitucionalização, desta forma, garante aos direitos fundamentais sua indisponibilidade ao legislador ordinário e ao Poder Constituinte Derivado eis que consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional e dotados de imutabilidade em sede de normas constitucionais derivadas.

A história constitucional brasileira foi pródiga no vai-e-vem dos direitos fundamentais, ora os consagrando, vezes os tolhendo. A atual Carta Constitucional, porém, novamente inspirada pelos ventos da democracia, rompe com o Regime Militar de duas décadas e consagra, desde logo, em seu preâmbulo, que o Brasil é um Estado Democrático que tem como finalidade "[...] assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

A dignidade da pessoa humana foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito (Art.1º, inc. III), consistindo, em síntese, que a ordem jurídica deve primar pela observância de exaurir práticas e leis que possam tolher ou restringir a dignidade humana, fundamento último da ordem jurídica.

Desta forma, há "[...] uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos".^[8]

Derradeiro assinalar, então, sob as premissas ora lançadas, que o Estado tem obrigação, decorrente da Constituição, de propiciar para a sociedade as condições mínimas para o desenvolvimento e aprimoramento dos direitos sociais, dentre os quais, o direito à cultura, incumbindo-lhe a adoção de leis e políticas públicas que concretizem os ditames constitucionais.

2. O direito à cultura na história constitucional brasileira

Apesar de escassa efetividade, o direito à cultura reservou espaço entre as normas expressas de nossas Constituições Federais, assegurando meios ao seu acesso como direitos dos cidadãos.

A Constituição de 1824 reservou um artigo específico para o tema, prescrevendo no item 33, do art. 179, que nos "colégios e universidades serão ensinados os elementos das ciências, belas-artes e artes". De forma também reservada, a Constituição de 1891 faz menção ao direito cultural, ou simplesmente à cultura, estabelecendo como competência do Congresso incentivar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências.

Ao dedicar um capítulo especial à cultura e à educação, esta tímida tendência de reserva a direitos culturais foi superada pela Constituição de 1934, tendo o constituinte alargado a previsão de preceitos pragmáticos no Texto Maior, vindo a estabelecer, inclusive, como obrigação da União, Estados e Municípios, o favorecimento ao desenvolvimento das artes e da cultura. Em seu contexto, a cultura reservou espaço no Título V, "Da Família, da Educação e da Cultura".

Na Constituição de 1937 o estímulo, direto ou indireto, para o desenvolvimento das artes e da ciência através da iniciativa individual ou de associações, privadas ou públicas, é dever do Estado, conforme preceituava expressamente o artigo 128. Interessante notar que a partir daquele momento histórico houve a equiparação dos atentados contra os monumentos históricos, artísticos e naturais, além das paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza aos crimes cometidos contra o patrimônio nacional.

Através dos seus artigos 173, 174 e 175, a Constituição Federal de 1946 estabeleceu que as ciências, as letras e as artes eram livres e que o amparo à cultura era dever do Estado. Neste diploma legal foi prescrito que a lei promoveria a criação de institutos de pesquisas, reservando assim ao legislador infraconstitucional a tarefa de elaborar prescrições legais que atingissem o propósito almejado no texto maior.

A Carta Constitucional de 1969 dispôs em seu art. 180 como dever do Estado o amparo à cultura, sem, no entanto, ter declinado competência para sua preservação ou promoção, prevendo, apenas, que documentos, locais de valor histórico e obras, além das jazidas arqueológicas, ficariam sob a proteção especial do Estado, sendo perceptível, assim, a necessidade de controle estatal destes bens como forma de restringir-lhes ao acesso amplo da sociedade, numa clara acepção política reveladora do controle militar da época.

A atual ordem constitucional brasileira erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme expressamente consignado no artigo 1º, III, da Constituição de 1988. Desta forma, as leis que regem o País devem estar em conformidade com o comando constitucional, de forma a consagrar os direitos que dignifiquem a condição humana. Contudo, não basta a produção de normas legais. É necessário que se garanta a efetividade dos direitos fundamentais, não os deixando apenas na letra normativa, mas, ao contrário, adotando-se políticas que realmente concretizem os ditames normativos-constitucionais.

Após vinte anos de vigência constitucional, muitos dos direitos consagrados ainda estão por se concretizar. Em virtude do regime de exceção que perdurou desde 1964 no Brasil, a atual carta constitucional, inspirada nos textos democráticos da Europa e ante o receio de que fossem novamente tolhidos por um golpe, foi pródiga em relacionar extenso rol de direitos.

Desta forma, a Assembléia Constituinte, promulgou, no dia 05 de outubro de 1988, a nova Constituição brasileira que revigorava os direitos tolhidos no regime militar, inserindo, no artigo 5º, extenso rol de direitos que, porém, não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

De maneira semelhante, dos artigos 6º ao 12, a Constituição trata dos direitos sociais, consignando, no artigo 6º, serem direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Por estarem intrinsecamente ligados à dignidade humana tais direitos receberam o *status* de fundamentais, tanto que incluídos no título II, "dos direitos e garantias fundamentais", e, como consequência, possuem aplicação imediata e estão protegidos sob o manto de cláusula pétreia.

Embora tenha o legislador constituinte erigido à fundamentalidade o direito social à educação, o mesmo não o fez, expressamente, com o direito a cultura, tratando-a de forma dissociada daquele direito, porém, os vetores se complementam, de tal forma que

[...] a Constituição de 1988 deu relevante importância à cultura, tomando esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, inc. IX; 23, incs. III, letra 'a' e inc. V; 24, incs. VII a IX; 30, inc. IX e 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *Constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura.¹⁹¹

A educação, nestes termos, constitui "[...] direito de todos e dever do Estado e da família" tendo como finalidade "[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", conforme preceitua expressamente o artigo 205 da Constituição.

Denota-se, da letra normativa, que a Constituição erigiu o princípio da universalidade como orientador do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado, estabelecendo, também, o fim que deve nortear a consecução do ensino. Combinado com o Art. 6º, a educação é elevada ao nível dos direitos fundamentais do homem, uma vez que está, em termos fáticos, dissociada do direito educacional.

A exequibilidade, portanto, do direito à cultura subsiste na forma de prestações positivas do Estado, adotando leis e políticas públicas, a fim de garantir ao homem a evolução de seu patrimônio cultural para que lhe permita o desenvolvimento e o exercício da cidadania.

Observa-se, com isso, mais uma vez, que o conteúdo de fundamentalidade do direito à cultura o é tendo em vista que esse direito constitui patrimônio inalienável do ser humano e condição que lhe possibilita o conhecimento, exercício e exigibilidade dos direitos individuais.

Constitui, desta forma, o direito à cultura, indubitavelmente, direito fundamental do homem, assertiva que decorre da interpretação sistemática da Constituição e da valorização da dignidade da pessoa humana como fundamento último da ordem jurídica, subsistindo como direito que impõe ao Estado, nas esferas do governo federal, estadual e municipal, a tarefa de lhe dar efetividade prática, incentivando, protegendo, difundindo e desenvolvendo o conteúdo cultural da sociedade.

Hodiernamente, a Constituição Federal de 1988, a intitulada Carta Cidadã, dedicou uma seção exclusiva à cultura, vindo alocada na Seção II - Da Cultura -, incorporada ao Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto -, e inserida no Título VIII - Da Ordem Social.

O artigo 215 da atual Carta expressamente dispõe que o Estado garantirá, além do pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional, além de apoiar e incentivar sua valorização e a difusão de suas manifestações.

Em seu parágrafo terceiro, o constituinte, ao reservar ao legislador ordinário o desenvolvimento de medidas que objetivassem a concretização do preceito maior, fixou como seu encargo a edição de lei que estabelecesse o Plano Nacional de Cultura, com fito do desenvolvimento cultural do País e integração das ações do poder público, voltadas à produção, promoção e difusão de bens culturais (CF, art. 215, §3º, inciso II).

Fielmente, o texto constitucional estabeleceu que:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[...]

§ 3.º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - [...]

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

Da análise do dispositivo verifica-se que foram traçadas as diretrizes para a efetivação de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição Federal fixou como dever estatal assegurar à sociedade o direito de acesso às fontes para o exercício dos direitos culturais, dentre os quais a produção e difusão destes bens.

Neste aspecto, por sempre oportunas, as palavras de Celso Ribeiro Bastos[10]: "a cultura nacional deve ser protegida em todas as áreas, e sobretudo valorizada e incentivada em suas peculiaridades regionais".

Com vistas à efetivação destes preceitos, através da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, a qual foi regulamentada pelo Decreto nº 5.761, de 27 de abril de 2006, instituiu-se o Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC.

Assim, com o intuito de garantir o efetivo exercício do direito à produção e difusão de bens culturais, o Estado adota instrumentos consistentes em políticas públicas que, dentre outros meios, concedem benefícios fiscais incentivadores de projetos culturais.

3. Os mecanismos federais de incentivo à cultura instituídos pela Lei Rouanet

Com a finalidade de captar e canalizar recursos para o setor cultural, a Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991, alcunhada Lei Rouanet, instituiu no cenário jurídico brasileiro o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), estabelecendo os mecanismos através dos quais o Programa será efetivado, a saber: I - Fundo Nacional da Cultura; II - Fundos de Investimento Cultural e Artístico (FICART); e III - Incentivo a projetos culturais.

O Fundo Nacional da Cultura (FNC) é o nome criado para dar roupagem nova ao Fundo de Promoção Cultural (criado pela Lei nº 7.505/86), trazendo como seus objetivos a captação e destinação de recursos para projetos culturais compatíveis com as finalidades do PRONAC, tendo sua administração reservada ao Ministério da Cultura.

O FICART (Fundos de Investimento Cultural e Artístico) caracteriza-se pela comunhão de recursos destinados à aplicação em projetos culturais e artísticos, competindo à CVM (Comissão de Valores Mobiliários), disciplinar sua constituição, funcionamento e administração.

O último mecanismo voltado à implementação do PRONAC é o incentivo fiscal, consistente na mais comentada e buscada forma de captação e canalização de recursos para a produção e difusão de bens culturais.

Este método faculta a pessoas físicas ou jurídicas a aplicação de parcela do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, no incentivo de atividades culturais, permitindo a dedução do imposto de renda devido das quantias efetivamente despendidas nos projetos elencados no § 3º., letras *a* a *g*, do art. 18, da Lei Rouanet.

Desta feita, através de renúncia fiscal, o Estado, através de mecanismos implementados pelo legislador infra-constitucional, dá efetividade à norma lançada nos artigos 215 e 216 da Carta Constitucional, concretizando o preceito maior com a adoção de políticas orçamentárias que permitem o desenvolvimento, criação e circulação de bens ou produtos de cunho cultural.

Assim, fica constatado que através desta lei foram criados mecanismos de captação de recursos para o desenvolvimento de projetos relacionados ao setor cultural, permitindo a execução de programas, projetos e ações, concretizando-se princípios constitucionais, mormente os encampados nos artigos 215 e 216, da Carta Constitucional.

Cabe a ressalva de que este apoio não é indistinto, pois os incentivos "somente serão concedidos a projetos culturais que visem à exibição, utilização e circulação públicas dos bens culturais deles resultantes, vedada a concessão de incentivo a obras, produtos, eventos ou outros decorrentes, destinados ou circunscritos a circuitos privados ou a coleções particulares", a teor do que prescreve o art. 2º, parágrafo único, da Lei sob análise.

Desta feita, exclui-se dos mecanismos de implementação do PRONAC os projetos culturais que não têm destinação pública, relacionada à sua exibição, utilização e respectiva circulação, tendo o legislador ressaltado o interesse público como contraprestação ao fomento da atividade cultural.

Para a canalização dos recursos captados através dos mecanismos criados pelo PRONAC, os projetos culturais deverão atender objetivos pré-determinados, que visem o "incentivo à formação artístico e cultural", o "fomento à produção cultural e artística", a "preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico", o "estímulo ao conhecimento dos bens e valores culturais" e o "apoio a outras atividades culturais e artísticas".

Assim, através do diploma legal ora apresentado, os artistas e gestores culturais passaram a deter instrumentos que permitem a captação de recursos para o desenvolvimento de suas atividades, voltados a sua produção, divulgação, manutenção, enfim, à sua efetivação.

Conclusões

O Estado brasileiro proclamou no atual texto constitucional sua opção por uma república federativa, sob a forma democrática, erigindo o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Constitui-se, pois, em Estado Democrático de Direito.

A democracia, porém, não pode ser vista apenas sob a ótica política, mas, também, sob o prisma da evolução dos direitos fundamentais. Desta forma, para a consolidação do Estado Democrático, mister ser faz a efetividade dos direitos consagrados pela Constituição, dentre os quais, o direito à cultura.

O direito à cultura se revela, neste cenário, como importante pilar de sustentabilidade do Estado Democrático, mostrando-se, pois, como um de seus fundamentos, sendo parte indissociável da dignidade humana, razão determinante para que sejam assegurados meios para a efetividade de sua produção e indistinta disponibilização.

Neste aspecto, quanto a interpretação dos artigos 215 e 216 da Carta Constitucional, pertinente a lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins^[11], que atestam como um dever do Estado a adoção de políticas de incentivo da produção cultural:

Ao interpretarmos o preceito contido no dispositivo constitucional sob análise, observamos que ao Estado incumbe o dever de proteger o exercício dos direitos culturais, por meio do acesso às fontes da cultura nacional, de políticas de apoio, de incentivos e de valorização e difusão das manifestações culturais nacionais.

Em harmonia a este contexto, a Lei Rouanet instituiu mecanismos que propiciam a efetividade dos direitos culturais consagrados pela Constituição ao possibilitar a angariação de recursos por parte de produtores culturais que tenham o propósito de desenvolvimento de projetos ligados a esta área, revelando-se de salutar importância para a dignificação do ser humano e a concretização de preceito lançado como fundamento do Estado brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Nomo Verlagsgesellschaft (Germany): Baden-Baden, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988:** conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito.** Coleção Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999. 7 vol.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

HABERLE, Peter. **O Direito ao Feriado como Elemento de Identidade Cultural do Estado Constitucional.** Rio de Janeiro; Editora Lumen Júris, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio:** os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

MORENO, Beatriz González. *El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales.* Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação.** Curitiba: Juruá Editora, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

[1] GROPALLI, Alexandre. Doutrina do Estado. 2ª ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queróz. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 277, *apud*, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 33.

[2] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003, p. 11.

[3] Idem., p. 16.

[4] Cf. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª ed. Madrid: s.e., 1990, p. 32, *apud*, MORENO, Beatriz González. *El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 49.

[5] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 115-116.

[6] Idem., mesmas páginas.

[7] Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

[8] CANOTILHO, 2002, p. 476.

[9] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 311.

[10] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 688

[11] Idem, p.693

CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DO SUBSTANCIALISMO E DO PROCEDIMENTALISMO NO BRASIL OU DEMOCRACIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO SÉCULO XXI: APRESENTAÇÃO DO MODELO PARADIGMÁTICO DE JÜRGEN HABERMAS E PONDERAÇÕES CRÍTICAS DE MICHEL ROSENFELD.

CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION ABOUT SUBSTANTIAL OR PROCEDIMENTAL DEMOCRACY IN BRAZIL OR DEMOCRACY AND DEMOCRATIC STATE IN XXI CENTURY: PRESENTATION OF PARADIGM MODEL OF JÜRGEN HABERMAS AND CRITICAL ARGUMENTS OF MICHEL ROSENFELD.

Ilton Norberto Robl Filho

RESUMO

As propostas de paradigma do direito e de democracia em Jürgen Habermas são apresentadas neste artigo. Em um primeiro momento, desenvolvem-se os conceitos de paradigmas do direito nos Estados liberal e social, apontando as características social, econômica, democrática e jurídica. Ainda, discutem-se os limites e as possibilidades do Estado de bem-estar contemporaneamente e a aplicação desse modelo de forma incompleta na realidade brasileira. Passa-se à análise do paradigma procedimental do direito e do modelo democrático na obra do filósofo alemão a partir dos seus conceitos fundamentais. Por meio de algumas ponderações de Michel Rosenfeld, problematizam-se as categorias essenciais do paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. Ao final, conclui-se que as propostas do filósofo alemão auxiliam no desenvolvimento do direito e da democracia atuais e, apesar das peculiaridades institucional, política, econômica e jurídica, devem ser levadas a sério no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: HABERMAS, ROSENFELD, PARADIGMA DO DIREITO, DEMOCRACIA E ESTADO.

ABSTRACT

The proposals of the paradigm of law and the democracy on Jürgen Habermas are presented in this article. In a first moment, concepts of paradigms of law in the liberal and the social States are developed, pointing social, economic, democratic and justice characteristics. Yet, the limits and possibilities of welfare State nowadays and the incomplete application of this model in the Brazilian reality are discussed. An analysis of the paradigm of law and of the democratic model in the work of the German philosopher is made from his essential concepts. Taking some of Michel Rosenfeld's arguments into consideration, essential categories of Habermas' proceduralist paradigm of law are questioned. Finally, it is concluded that the proposals of the German philosopher help the development of law and democracy nowadays and, despite the

institutional, political, economic and justice particularities, should be taken seriously in Brazil.

KEYWORDS: HABERMAS, ROSENFELD, PARADIGM OF LAW, DEMOCRACY AND STATE.

1. Introdução

Jürgen Habermas é um dos maiores filósofos contemporâneos, sendo o seu pensamento uma tentativa sólida e abrangente de compreensão da realidade social como um todo. Em momento dito pós-moderno, de fragmentação do saber em diversos discursos particulares sobre o fenômeno social, a obra do filósofo alemão constitui-se em firme alicerce para aqueles que ainda julgam fundamental um panorama amplo das instituições políticas, jurídicas, sociais e econômicas.

Em razão da envergadura de seu projeto filosófico e dos relevantes temas enfrentados pelo pensador alemão, suas propostas têm sido objeto de intensas análises por estudiosos das mais diferentes áreas. Na filosofia do direito, não poderia ser diferente.

Desde as suas *Tanner Lectures*, observa-se no pensamento habermasiano uma crescente análise das práticas e das teorias jurídicas à luz do seu projeto filosófico geral, ou seja, a partir da teoria do discurso. Nessa análise do fenômeno jurídico, Habermas concede ênfase ao estudo do Estado, buscando compreender os limites e as possibilidades do Estado liberal, Estado social e Estado democrático de direito. A importância do modelo (tipo) de Estado é tamanha que o desenvolvimento do direito na visão paradigmática do pensador alemão relaciona-se intensamente com os modelos estatais implementados ou em vias de implementação.

Atualmente, a discussão sobre o direito, nos países democráticos contemporâneos, na leitura habermasiana, encontra-se no paradigma procedimental, que se entrelaça profundamente com o Estado democrático de direito. Não por outro motivo, o estudo deste tipo estatal no Brasil contemporâneo é fundamental.

Citam-se apenas duas razões para a imperiosidade desse debate sobre o Estado democrático de direito e o seu paradigma jurídico. A Constituição brasileira de 1988 afirma que “A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”, ou seja, por imposição do conjunto de normas jurídicas mais relevantes do sistema jurídico brasileiro, o Estado republicano brasileiro deve ser visto como democrático de direito. Ainda, a intensa e complementar, mas às vezes problemática, relação entre democracia e Estado de direito constitucional trata-se de um dos temas mais debatidos e relevantes das filosofias e teorias constitucionais.

Sendo assim, em primeiro lugar e na segunda seção, este trabalho abordará os paradigmas do direito na obra de Jürgen Habermas e os modelos de paradigmas tradicionais do direito, ou seja, o liberal e o social. De outro lado, o paradigma

procedimental do direito e o Estado democrático de direito serão objeto de estudo da terceira parte.

Na quarta seção, apresentar-se-ão em linhas gerais as ideias de democracias procedimental e substancial, relacionando-as com a judicialização dos direitos fundamentais e a efetivação da democracia no contexto brasileiro. No entanto, a principal questão a ser trabalhada versa sobre o substancialismo e o procedimentalismo de Habermas conforme as ponderações apresentadas pelo norte-americano Michel Rosenfeld no artigo “*Can Rights, Democracy and Justice be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas’s Proceduralist Paradigm of Law*”.

Esse texto de Rosenfeld abre possibilidades de discussão interessantes acerca da visão democrática procedimentalista, em especial a habermasiana, para o pensamento jurídico brasileiro contemporâneo. Por fim, serão desenvolvidas algumas considerações a guisa de conclusão.

2. Paradigmas do Direito, Estado Liberal e Estado Social na Obra de Jürgen Habermas

No texto “*Paradigms of Law*”, Habermas assevera que as ideias de paradigmas sociais são fundamentais e comumente usadas para a compreensão do sistema legal (jurídico). Em “*Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*”, o pensador alemão trabalha com o conceito de paradigmas do direito, pois sabe que “a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira”. Em um primeiro momento, o filósofo alemão descreve o paradigma estatal liberal-burguês e o modelo do Estado de bem-estar social.

A proposta liberal-burguesa concede substancial ênfase às liberdades negativas (direitos individuais dos cidadãos de não terem sua autonomia, principalmente econômica, afrontada pelo Estado), apostando que a felicidade pessoal e social advém da possibilidade de os seres humanos buscarem seus interesses individuais através de escolhas racionais. Nesse paradigma, defende-se que apenas a lei pode limitar as ações individuais, além desse modelo pressupor que as normas jurídicas devem promover igual tratamento aos cidadãos. Deve-se entender a igualdade, no contexto do paradigmático em apreço, como a impossibilidade de discriminação por meio das leis e dos demais atos estatais.

Dessa forma, o direito liberal-burguês constrói normas abstratas e gerais que desconsideram as radicais diferenças das pessoas e dos contextos reais, sendo a legislação de direito privado, a qual atribui poderes aos sujeitos jurídicos e que lhes impõe proibições, o exemplo por excelência desse modelo. Essa proposta social e o seu correspondente modelo jurídico encontram-se umbilicalmente ligados à defesa da propriedade privada por meio da regulação dos contratos, da herança e da associação entre indivíduos para fins econômicos.

Assim sendo, o paradigma liberal-burguês por meio das instituições sociais e jurídicas implementa o liberalismo econômico (livre mercado), considerando a liberdade como a faculdade que os sujeitos jurídicos individuais possuem de gerir seus assuntos privados, em especial os econômicos, com pouca intervenção estatal. Nas palavras de Habermas:

O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido de liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família.

Nesse período paradigmático, a autonomia privada começa a ganhar corpo. Desde o jusnaturalismo moderno, em especial na proposta teórica de John Locke, os europeus e norte-americanos passam a reivindicar a concretização de um conjunto de direitos julgados essenciais para a defesa da natureza humana: os direitos naturais. Gradativamente, em razão da vitoriosa Revolução Gloriosa no Século XVII na Inglaterra, assim como das conquistas da Revolução Norte-Americana de Independência e da Revolução Francesa no século XVIII, ocorre o devido reconhecimento estatal dos direitos naturais nesses países.

Inicia-se a constituição da ideia de que os indivíduos possuem uma autonomia exercida na esfera privada com o respeito do Estado. Portanto, o direito no paradigma liberal constitui-se principalmente como um conjunto de direitos subjetivos que os sujeitos privados exercem mediante a proteção estatal nas questões econômicas.

De outro lado, com o advento do positivismo jurídico, há uma substancial alteração na concepção da autonomia privada. O caráter moral dessa autonomia é posto de lado. Em verdade, o juspositivismo a partir do século XIX passa a advogar a tese de que há direitos subjetivos que protegem a autonomia privada, pois existem normas de direito objetivo – em especial as leis em sentido estrito, ou seja, normas postas pelo poder legislativo por meio do processo legislativo – que conferem esses direitos.

Sendo assim, a prática democrática seria responsável pela construção do direito objetivo que concederia os direitos subjetivos necessários à tutela da autonomia privada. Destarte, a autonomia pública (soberania popular nas democracias liberais) subordinava a possível modulação da autonomia privada.

Desse modo, sintetiza Habermas, esse desenvolvimento das autonomias privada e pública e do direito subjetivo a partir dos enfoques jusnaturalista e juspositivista:

Conforme vimos, a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, os quais pretendem uma legitimidade maior que a do processo de legislação política. O sentido garantidor da liberdade deveria outorgar aos direitos subjetivos uma autoridade moral independente da legalização democrática, a qual não poderia ser fundamentada no âmbito da própria teoria do direito. A isso se contrapõe um desenvolvimento que culmina na subordinação abstrata dos direitos subjetivos sob o direito objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota, no final de

tudo, na legalidade de uma dominação política, interpretada em termos de um positivismo do direito.

Além dessas relevantes alterações no fenômeno da autonomia privada e na sua subordinação em relação à autonomia pública, ocorre uma mudança paradigmática no direito. Após o modelo social e jurídico liberal ter se tornado hegemônico nos países centrais ocidentais, aconteceu uma intensa reivindicação de direitos e de oportunidades sociais não satisfeitas de forma adequada.

O paradigma liberal promoveu um crescimento desigual das capacidades econômicas dos cidadãos, pois o livre desenvolvimento das relações econômicas pelos agentes privados ao invés de distribuir renda e concretizar o bem comum aprofundou a disparidade econômica. Não se pode esquecer que os trabalhadores foram constantemente oprimidos com jornadas extenuantes de labor, salários baixos, ausência de uma regulamentação social protetiva pelo Estado nacional e impossibilidade de intervenção política, pois ainda não era vigente o sufrágio universal até o começo do século XX.

Outro aspecto negativo do modelo social e jurídico liberal constituía-se em negar uma divisão igualitária das liberdades individuais em virtude da sua extrema abstração da realidade e do seu compromisso com o capitalismo liberal. O melhor exemplo dessa categoria trata-se do contrato de trabalho no século XIX. Entendia-se à época que o trabalhador e o capitalista eram sujeitos de direito absolutamente livres e, para que construíssem relações jurídicas sob o manto da liberdade, deveriam pactuar mediante a realização de contrato.

Como ambos eram proprietários de um bem, o capitalista do dinheiro e o proletário da sua força de trabalho, desde que existisse acordo de vontades, poderiam disciplinar a relação de emprego entre si. Sendo assim, o paradigma do direito liberal asseverava que não era necessária a existência de normas jurídicas estatais impositivas na relação de labor.

Em verdade, caso essas normas fossem postas pelo Estado, estabeleceriam a injustiça, porque interviriam sem razão em uma relação que sujeitos livres e dotados de bens seriam impedidos de exercerem autonomamente seus interesses. No entanto, a história mostrou a intensa opressão do capital ao trabalho no paradigma do direito liberal, sendo falacioso o argumento de que eram sujeitos livres (o trabalhador pouco tinha e o capitalista possuía muito poder econômico) e de que a inexistência de normas estatais impositivas gerava liberdade (a ausência de normas jurídicas cogentes criava a possibilidade de imposição, na maior parte das vezes tirânica, da vontade do capitalista sobre o trabalhador).

Principalmente devido a essas reivindicações sociais nas modernas sociedades industriais ocidentais, surge o paradigma do Estado social. Uma das principais características do segundo modelo social constitui-se na intensa intervenção estatal na

economia e nas relações sociais, tendo por objetivo promover a igualdade e a liberdade substanciais na vida concreta das pessoas.

Habermas pondera que há diversos tipos de Estados sociais, no entanto é característica comum nesse paradigma do direito a ideia de que existem dois agentes sociais em competição: o Estado e aqueles que são submetidos à sua ordem. O Estado social acredita que uma proposta jurídica e econômica de fato igualitário e promotora das liberdades pressupõe um papel estratégico de intervenção e de regulação estatal, sendo inadequado criar um Estado e um direito que concedam extrema autonomia aos cidadãos, pois tal proposta não beneficiaria a maior parte da população.

Destarte, o Estado passa a promover a assistência social, serviços de saúde, projetos de acesso a moradias, educação formal e lazer, assim como as necessidades mais básicas dos seres humanos. De acordo com Bercovici:

O objetivo primordial do Estado Social, assim, torna-se a busca da igualdade, com a garantia da liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas através da lei. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado busca garantir é a igualdade de oportunidades, o que implica na liberdade, justificando a intervenção estatal.

Na análise dessa nova proposta social, Habermas pensa ser importante a preocupação do Estado social com a concretização da dignidade de cada ser humano através de prestações positivas e da intervenção estatais na economia e na sociedade. De outro lado, o Estado de bem-estar impõe um “paternalismo” que suprime substancialmente a autonomia dos indivíduos na visão habermasiana, além de ser um projeto social que se encontra esgotado nos países que de fato o implementaram.

O pensador alemão, no seu importante ensaio “A Crise do Estado do Bem-estar e o Esgotamento das Energias Utópicas”, trata com profundidade dos dilemas desse tipo de Estado. O principal argumento de Habermas nesse ensaio versa sobre o esgotamento da energia utópica do Estado social na Europa Ocidental e nos Estados Unidos principalmente.

No enfoque habermasiano, a crise do modelo de bem-estar encontra-se diretamente relacionada às modificações sociais que puseram fim às utopias da sociedade do trabalho. Em linhas gerais, o pensamento social observava que o conceito de trabalho abstrato – “trabalho aquisitivo controlado pelo mercado, aproveitado de modo capitalista e organizado na forma de empresas” - era fundamental nas sociedades burguesas.

Essa forma laboral influenciava os diversos papéis e funções das pessoas, assim como gerava substanciais opressões, tornando factível defender a utopia social a emancipação do trabalho, ou seja, a alteração das relações de trabalho para que o labor não fosse determinado de forma opressiva pelos capitalistas. Sendo assim, em virtude dos problemas que advêm da Primeira Guerra Mundial e da crise econômica mundial de 1929, surgem três correntes políticas na Europa no contexto da sociedade do trabalho: a

proposta russa de comunismo, as concepções autoritárias e corporativas na Itália (fascismo), Alemanha (nazismo) e na Espanha (falangismo) e, por fim, o ideário social-democrata nas democracias de massa, sendo apenas este o tributário dos movimentos de emancipação burgueses pautados no constitucionalismo democrático.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, a proposta de paradigma do Estado social foi adotada, com maior ou menor intensidade, nos países ocidentais. No entanto, nos países que adotaram com maior intensidade o modelo, observam-se desde a metade da década de setenta do século passado os limites dessa interação entre direito, economia e Estado.

Esse modelo possui dois problemas internos substanciais. Em primeiro lugar, o Estado social não possui a força necessária para implementar medidas de bem-estar em razão dos interesses dos investimentos privados que atuam no plano econômico mundial. Também, como o paradigma social não possui como proposta, pelo menos nos moldes do Estado de bem-estar implementados historicamente a partir da Segunda Guerra Mundial, o objetivo de eliminar o mercado capitalista, ele possui dificuldades substanciais em conciliar políticas públicas inclusivas e intervenção estatal com o desenvolvimento da economia capitalista.

O segundo problema interno versa sobre o aumento substancial de normas jurídicas e da burocracia, as quais diminuem intensamente a auto-realização e a espontaneidade dos indivíduos. Nessa crítica, Habermas afirma que, por mais que o Estado social promovesse a inclusão dos indivíduos e a criação de um sistema adequado de seguridade social e prestações positivas, concede-se, de outro lado, muito poder ao Estado em detrimento de uma atuação de fato democrática no bojo da sociedade civil.

Tendo esse ensaio sido produzido em 1984, o pensador alemão analisa as correntes políticas em evidência nesse período, que classifica em três grupos. O primeiro grupo corresponde às políticas legitimistas, as quais acreditam na implementação da proposta de bem-estar apesar dos seus déficits orçamentários que embaraçam as prestações positivas e as políticas públicas inclusivas, assim como da dificuldade de promoção da economia com o objetivo de inclusão dos indivíduos na sociedade de consumo. Ainda, esse grupo não se preocupa, realmente, com a efetiva democratização das relações e a problematização da invasão do poder estatal no mundo da vida.

Em diverso sentido, há os neoconservadores, apontando para uma reorientação liberalizante da relação entre Estado e mercado. Nesse pensamento, a redução da intervenção do Estado na economia ajudaria na criação de empregos e na inclusão dos cidadãos na sociedade capitalista. Esse agrupamento, que depois veio a ser conhecido como neoliberal, propõe a aproximação do Estado das corporações capitalistas, afastando a sua atuação da vontade popular (formação pública da vontade).

Por fim, surgem os críticos ao crescimento, ou seja, “diferentes tipos de minorias, das mais variadas procedências, se juntam formando uma ‘aliança antiprodutivista’ – velhos, jovens, mulheres, desempregados, gays, deficientes físicos, crentes e não crentes”. Em linhas gerais, os críticos são contrários à ideia de progresso social, principalmente na sua vertente econômica e propõem a manutenção das benesses do Estado social (políticas públicas e prestações positivas), da mesma maneira como a recusa aos ideais da sociedade do trabalho produtivista.

Na visão habermasiana, as três propostas não são adequadas. Os legitimistas, nas sociedades democráticas ocidentais em que o Estado de bem-estar foi devidamente implementado, não observam que esse paradigma encontra-se esgotado sem a possibilidade de manter sua proposta (inclusão social) nem de promover a efetiva democratização das relações interpessoais. Os neoconservadores (neoliberais), por sua vez, retrocedem socialmente reduzindo a democracia existente no modelo de Estado social e promovem o aumento das desigualdades sociais. De outro lado, inexistem qualquer proposta sólida dos críticos ao progresso.

Dessa forma, Habermas propõe uma mudança paradigmática no direito que consiga manter o projeto inclusivo do Estado de bem-estar, mas que supere suas limitações. Essa evolução no paradigma anterior advém da busca de novas relações entre poder (Estado), dinheiro (economia) e solidariedade, com a valorização desta na sociedade de comunicação.

Nesse ensaio habermasiano de 1984 encontram-se indícios do que no futuro constituir-se-ia o paradigma do direito procedimental vinculado intimamente com a sua proposta de Estado democrático de direito. Na obra “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade” de 1992 o pensador alemão começa a construir com fôlego o terceiro paradigma do direito. Antes de abordar essa nova proposta e o referido modelo de Estado, deve-se fazer uma ponderação sobre a implementação do Estado social.

Infelizmente, o modelo de Estado de bem-estar não foi plenamente estabelecido no Brasil. Uma importante razão na concretização insuficiente desse tipo estatal foi a posição periférica do Brasil no sistema capitalista, que dificultou a inserção dos cidadãos brasileiros no sistema econômico, assim como tornou mais difícil ao Estado promover políticas públicas e prestações positivas.

Pelo Estado necessitar de dinheiro, através de tributos, que advém da sociedade, não sendo a nossa economia tão próspera, a possibilidade de intervenção estatal também foi reduzida. Ainda, os recursos públicos existentes, muitas vezes, não foram utilizados em prol do bem comum, e sim no interesse da elite pátria.

Também, não se pode esquecer que o modelo de Estado social europeu e norte-americano era caracterizado por um substancial apoio popular que se manifestava constantemente nas eleições. No Brasil, viveu-se um período de ditadura militar que diminuiu substancialmente a influência dos movimentos sociais na busca de democratização do Estado e de promoção da igualdade e da liberdade substanciais.

Para modelos estatais como o brasileiro, não se pode perder de vista o seguinte comentário feito pelo próprio Habermas: “E os países que ainda não atingiram o nível de desenvolvimento do Estado social, especialmente eles, não têm nenhuma razão plausível para se desviar desse caminho”. Tal assertiva não invalida muitas das propostas feitas pelo pensamento habermasiano no paradigma do direito procedimental e no seu tipo de Estado democrático de direito, porém impõe análises mais profundas sobre a compatibilidade das suas formulações e a realidade brasileira atual.

3. Paradigma do Direito Procedimental e Estado Democrático de Direito na Obra de Jürgen Habermas

Depois da apresentação sintética das principais características dos dois paradigmas acima, o filósofo alemão propõe a adoção de um novo modelo social, que supera os aspectos negativos de ambos os sistemas vistos. Habermas, dessa forma, prescreve o emprego do paradigma procedimentalista do direito, o qual não defende de forma exacerbada o indivíduo egoísta do livre mercado ou a intervenção desmesurada do Estado nas relações sociais.

Em verdade:

Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado Social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes.

Na visão do pensador alemão, a perspectiva liberal concedia ênfase excessiva à autonomia privada e o modelo de Estado social exacerbou a implementação de práticas interventivas, porque acreditava que apenas assim, de fato, as pessoas teriam as condições materiais para serem autônomas. A visão da igualdade e da liberdade é fundamental na compreensão dos três paradigmas do direito.

No paradigma liberal, a liberdade jurídica recebeu atenção, de certa forma, demasiada. Os indivíduos dotados de direitos subjetivos podiam desenvolver seus interesses livremente no âmbito privado e em especial nas relações econômicas. Desse modo, a igualdade jurídica no sentido formal, ou seja, inexistência de discriminações negativas nas leis e demais atos normativos estatais, tinha apenas a função de possibilitar a concretização da liberdade jurídica.

A liberdade jurídica no modelo liberal gerou uma desigualdade fática substancial entre os indivíduos. Como as condições materiais dos indivíduos eram diferentes, por óbvio as pessoas não se encontravam em situações reais de igualdade. Uma família sem uma renda razoável, por exemplo, não podia ter uma moradia digna nem propiciar aos seus membros uma educação formal. Ainda, os indivíduos com baixa renda gozavam com dificuldade do lazer e, em momentos financeiros complicados ou na velhice, não tinham de quem obter assistência.

Sendo assim, com o intuito de promover a igualdade material entre os indivíduos, o Estado de bem-estar presta, por meio de políticas públicas, auxílio àqueles em situações desiguais. Não se acredita que a liberdade pode ser efetivamente exercida sem condições de mínima igualdade material.

Dessa maneira, o Estado social, de forma complexa, observa quando os indivíduos são de fato iguais e não os trata de forma diferenciada. De outro lado, compreende as

situações em que as pessoas são desiguais e, por tanto, merecem tratamento diverso. Procedendo nessa linha, acreditava-se que a sociedade caminhava na construção não apenas da liberdade e da igualdade formais, e sim no desenvolvimento da liberdade e da igualdade materiais.

Apesar de apresentar vantagens do paradigma do direito do Estado social ao modelo liberal, Habermas pensa que naquela proposta a liberdade dos indivíduos é substancialmente reduzida na esfera privada, pois somente concretiza seus objetivos “em condições e com a ajuda de meios que *reduzem* significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários”.

Desse modo, Habermas trabalha com um ideal paradigmático jurídico que não tolera desigualdades materiais profundas e ampara a construção democrática das normas e o pluralismo de ideias, bem como garante a vida privada e a intimidade dos indivíduos. Esse modelo do direito procedimental exige a construção do Estado democrático de direito, que auxilia esse paradigma do direito a ser devidamente implementado através da promoção de um sistema de direitos fundamentais.

O modelo de direito procedimental acredita na intensa e complementar relação entre autonomia privada e autonomia pública, pois o gozo de cada uma delas ajuda na efetivação da outra. Tal fenômeno ocorre pois as leis legítimas e válidas advêm de formas de produção legislativas constitucionalmente previstas que pressupõem a existência da esfera pública (uma rede social composta pela sociedade civil e pelos indivíduos autônomos privadamente). Dessa forma, não há uma prevalência da autonomia privada, em especial em questões econômicas, como no modelo liberal nem uma intervenção normalizadora na vida privada por meio de leis e medidas estatais como ocorria no paradigma do Estado social.

No modelo procedimental, a esfera pública implica a existência da sociedade civil (relações sociais horizontais entre indivíduos autônomos privadamente), ou seja, a autonomia pública necessita da autonomia privada. Portanto, a única solução para o balanceamento adequado entre o público e o privado consiste na adequada relação “entre formas de comunicação que *simultaneamente* garantam a autonomia privada e a pública *nas exatas condições das quais elas emergem*”.

O Estado democrático de direito conforme apresenta Habermas tem como premissa a necessidade de transformar o poder comunicativo desenvolvido “na esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada” em um conjunto de direitos legítimos. Ainda, a proposta habermasiana intenta estabelecer um procedimento democrático apto a constantemente efetivar a vontade democrática da esfera pública esclarecida sem a afronta a autonomia privada dos cidadãos.

Dessa forma, esse tipo estatal respeita a autonomia privada, condição *sine qua non* para que os indivíduos esclarecidos, com identidades próprias e propostas morais específicas, possam principalmente por meio da esfera pública desenvolver a autonomia pública. Por sua vez, a autonomia pública, que democraticamente forja leis e toma decisões fundamentais sobre aspectos públicos da vida em sociedade, protege a vida privada dos indivíduos.

O paradigma do direito procedimental e o Estado Democrático de Direito na visão habermasiana encontram-se em um período moral pós-convencional. Uma das principais características desse momento é que as normas jurídicas e as normas morais diferenciam-se das concepções éticas, que propõem modelos de vida boa.

Há similaridades e diferenças entre normas morais e normas jurídicas. No que se refere às semelhanças, deve-se pontuar que tanto a moral como o direito procuram construir normas legítimas para regular relações e conflitos interpessoais. De outro lado, a fundamental diferença entre esses saberes encontra-se na ideia de que a moral é um saber cultural e não pode ser imposta por si mesma, já o direito é dotado de obrigatoriedade institucional.

Os dois saberes, no processo de construção e legitimação das suas normas, necessitam aplicar o princípio do discurso, que é assim formulado por Habermas: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes dos discursos racionais”. Dito de outra forma, todas as normas que prescrevem expectativas de comportamentos generalizadas nos âmbitos temporal e social serão consideradas válidas se todos os indivíduos possivelmente afetados nos seus interesses puderem construir na esfera pública essas normas em conformidade com a teoria do discurso.

O princípio do discurso é concretizado no âmbito moral pelo princípio da moral, prescrevendo este que as normas morais serão válidas quando puderem ser justificadas “sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses”. Ainda, no campo jurídico, o princípio do discurso é efetivado pelo princípio da democracia, sendo possível elaborar as justificações das normas jurídicas por este princípio a partir de argumentos morais (razões que podem ser aceitas por todos os cidadãos de forma universal), ético-políticos (auto-entendimento coletivo a partir da visão de determinada comunidade sobre o que considera bom) e pragmáticos (analisam o jogo de interesses, devendo estes serem negociados socialmente).

Como as normas morais não podem ser impostas por ausência de coercitividade institucional, elas precisam ser transformadas em normas jurídicas dotadas de imperatividade institucional. No entanto, o *medium* direito não é construído apenas com razões morais, porque são legítimos no espaço jurídico também os argumentos ético-políticos e pragmáticos.

Desse modo, Habermas conceitua o princípio democrático: “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”. Destarte, somente serão consideradas válidas as leis que puderem ser aceitas por todos os sujeitos de direito individuais em processo discursivo em que todos os cidadãos possam participar de maneira livre e igual e, além de tudo, aceitar as leis produzidas, pois são frutos dos melhores argumentos desenvolvidos na esfera pública.

Para que esse procedimento democrático desenvolva-se, é necessário o estabelecimento de um conjunto de direitos fundamentais:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida de iguais liberdades subjetivas de ação*. (...).

- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual. (...).
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...).
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).

Habermas entende por liberdades subjetivas a possibilidade de o indivíduo, conforme a sua vontade e em determinados momentos, não participar da esfera pública e não estar obrigado a enfrentar relações regidas pela liberdade comunicativa. Esta liberdade, por sua vez, pressupõe que todas as afirmações feitas pelos membros da esfera pública, desde que questionadas, devem ser fundamentadas racionalmente com o intuito de produção de consensos.

A primeira classe de direitos fundamentais garante as liberdades subjetivas aos indivíduos, já a segunda e a terceira afirmam a autonomia privada do membro da associação de pessoas livres e iguais e a possibilidade de defesa jurídica contra afronta aos direitos dos indivíduos. O quarto grupo de direitos fundamentais promove a autonomia política e a liberdade comunicativa.

Por fim, para que ambas as autonomias sejam de fato vividas, torna-se necessária a concretização de condições de vida digna social, técnica e ecologicamente na quinta categoria de direitos. Dessa maneira, é essencial que as constituições históricas positivem esses direitos para que seja factível a efetivação das autonomias pública e privada, assim como do Estado democrático de direito.

Dito de outra forma, as liberdades subjetivas garantem a vida privada e a esfera íntima dos cidadãos, podendo os indivíduos desenvolverem sua existência particular, sentimentos e escolhas da maneira que lhes pareçam melhor. Em outro sentido, a liberdade comunicativa faculta a participação racional e motivada do cidadão na construção da esfera pública, fonte por excelência de desenvolvimento dos direitos.

A proposta de Estado democrático de direito impõe, no pensamento habermasiano, a construção da teoria do direito, da teoria da sociedade fundada na comunicação e de uma determinada concepção do direito de acordo com o paradigma procedimentalista. Nesse modelo de teoria do direito, o Estado democrático de direito é visto “como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”.

No que se refere à teoria da sociedade fundada na comunicação, observa-se que o Estado de direito constitui-se em um sistema específico de ação que relaciona o poder comunicativo informal, radicado na esfera pública desenvolvida na sociedade civil, com os processos institucionalizados de construção da vontade (leis, políticas públicas e outros atos). Por fim, a concepção de direito do paradigma procedimental propõe que o fenômeno jurídico conceda a devida garantia jurídica aos necessários pressupostos para a construção de entendimentos comunicativos sobre normas de ação a partir do agir comunicativo.

Acerca das interações entre paradigma procedimentalista e Estado democrático de direito, de um lado, e sistema econômico, de outro lado, o novo modelo social e jurídico procura amansar o capitalismo através de uma reestruturação social e das demandas ambientais. Habermas acredita ser possível realizar essa domesticação do capitalismo por meio de formas de regulação mitigadas e indiretas gestadas a partir da esfera pública, fonte do poder comunicativo que deve transformar-se em poder legítimo e institucional.

O filósofo alemão pensa que a sua teoria procedimentalista torna-se clara através da análise do pensamento e das reivindicações do movimento feminista. No século XIX, o feminismo buscava a distribuição igualitária de deveres e direitos entre homens e mulheres, ou seja, pleiteava um acesso isonômico às instituições públicas e privadas (sistema educacional, emprego, representação política e etc.) independente do gênero.

Os opositores à inclusão feminina dizem que existiam funções naturais do homem (participação política e empregos externos a casa por exemplo) e da mulher (desenvolvimento da vida no lar sob o comando do pai ou do marido), designando as mulheres que pleiteavam sua inclusão como egoístas, porque apenas pensavam na auto-realização. Apesar das importantes conquistas do feminismo liberal, somente a efetivação da igualdade formal não gerou um patamar mínimo de isonomia material entre homens e mulheres.

Dessa forma, em certas situações, as mulheres requereram um tratamento desigual em relação aos homens para conseguirem, de fato, a igualdade de situações básicas. Nesse contexto, o Estado social, comprometido com a busca por igualdade e liberdade materiais, implementou programas específicos para a condição feminina, “normas de proteção que se referem à gestação e à maternidade ou aos direitos à assistência, no caso de divórcio, as quais levam em conta diferenças biológicas concretas que têm a ver com a função de reprodução”.

No entanto, a partir dos anos sessenta do século passado, o movimento feminista observou que as políticas públicas pensadas pelo Estado de bem-estar, muitas vezes, ao invés de beneficiarem as mulheres, acabavam por prejudicá-las. Pode-se citar o exemplo da concessão de licença maternidade, a qual aumentava o risco de perda do emprego.

Habermas pensa que a luta feminista teria muito a ganhar se este movimento social compreendesse que não é mais possível defender nem o paradigma liberal nem o do Estado social. Acredita o filósofo alemão ser essencial reivindicar uma discussão ampla na esfera pública pluralista e informada sobre a construção cultural e social da realidade que emprega as pré-compreensões e interesses dos homens.

O cerne da argumentação habermasiana pode ser assim resumido. O feminismo no paradigma liberal buscou a inclusão da mulher em um mundo social construído e pautado nos interesses e nas propostas masculinas. Já o movimento feminista no paradigma do Estado de bem-estar, observando que apenas a igualdade jurídica não gera igualdade fática entre gêneros, propõe o tratamento diferenciado das mulheres com o intuito de inseri-las em instituições sociais fundamentais. Não há dúvidas da importância da inclusão das mulheres tentada no modelo social, mas esse paradigma não se atenta para a questão de que essas organizações foram desenvolvidas e pensadas pelos homens, ou seja, impõem interesses e padrões masculinos.

Assim, o grande ponto na busca por liberdade e igualdade materiais versa sobre a discussão acerca do mundo social, o qual não pode somente ser construído a partir dos anseios e interesses masculinos. Essa é a discussão primeira que necessita ser feita na esfera pública para que, de fato, seja organizado um modelo social progressista.

Desse modo, também por meio da esfera pública, Habermas propõe a construção de propostas emancipatórias da luta feminista e defende que a adoção do paradigma procedimentalista na luta feminista possibilitaria a construção reflexiva e libertária no interesse de todos os sujeitos envolvidos (homens e mulheres).

4. As Ponderações Críticas de Rosenfeld: uma Análise do Procedimentalismo e do Substancialismo em Jürgen Habermas

Michel Rosenfeld, em *“Can Rights, Democracy and Justice be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas’s Proceduralist Paradigm of Law”*, discute os paradigmas sociais e jurídicos em uma sociedade democrática, constitucionalista e pluralista, apontando os pontos positivos e algumas deficiências teóricas e empíricas do modelo procedimental do direito de Habermas, enfrentando, até, a discussão sobre a possível compatibilidade entre as lutas feministas e a utilização desse paradigma.

As ponderações apresentadas por Rosenfeld podem abrir uma perspectiva interessante e importante nas discussões sobre as visões democráticas procedimentalista e substancialista com profundas consequências no âmbito da judicialização dos direitos fundamentais e na efetivação dos preceitos constitucionais. De acordo com Barboza, a democracia procedimental “vê a jurisdição constitucional como garantidora apenas procedimental dos princípios democráticos, de forma a ajudar na compreensão e, quiçá, solução da tensão existente entre jurisdição constitucional e o princípio democrático”.

Desse modo, esse modelo democrático propõe que em uma sociedade pluralista, com diversas concepções sobre o conceito de bom, deve-se garantir a construção de um projeto social, econômico e político por meio da deliberação racional dos sujeitos envolvidos. Sendo assim, os direitos fundamentais teriam como principal função a construção de um procedimento democrático que possibilitasse a elaboração de normas legítimas por todos os sujeitos que podem ter seus interesses atingidos. Essa vertente da democracia tem Habermas como um dos seus expoentes.

Assim, o constitucionalismo seria a teoria jurídica e política que busca garantir os indivíduos contra a opressão de outras pessoas naturais, das instituições sociais e do Estado. Portanto, os direitos fundamentais representariam “valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte – de máxima manifestação da soberania popular – que garantem o funcionamento da democracia (...). E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário (...)”.

Os juristas brasileiros foram influenciados, em sua maioria, por uma visão substancialista norte-americana, que propõe a adoção do *judicial review* - possibilidade de controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Dessa forma, a discussão sobre o procedimentalismo e o substancialismo, em linhas gerais, é apresentada de forma superficial no direito brasileiro.

Alguns autores, como Lenio Luiz Streck, que defendem o constitucionalismo (substancialista), asseveram que observar os direitos fundamentais apenas como condição de possibilidade para a construção de normas de ação democráticas é reduzir o papel emancipatório desses direitos. Ainda, atento à nossa realidade social, política e jurídica, Streck defende que esse pensamento seria inaplicável em um país que não obteve todas as benesses do Estado social.

De outro lado, alguns juristas influenciados pelo procedimentalismo habermasiano procuram demonstrar como a proposta filosófica e jurídica desse pensador alemão, com as devidas adaptações, é sim adequada ao contexto brasileiro. Também, relembram aquilo que está explícito na obra habermasiana: a possibilidade de os cidadãos exigirem judicialmente a concretização dos direitos fundamentais necessários para a efetivação de um procedimento democrático e da autonomia privada, assim como a necessidade de o Estado e a sociedade promoverem direitos sociais, difusos e coletivos que tornem efetivas as autonomias pública e privada.

Acredita-se que a discussão sobre a questão do procedimentalismo e da efetivação de normas substantivas sobre o conceito de bom pode avançar, no direito brasileiro, por meio de algumas questões colocadas por Rosenfeld. Parte-se da premissa, difundida no debate sobre a obra do frankfurtiano, conforme assevera o próprio Habermas, que seu modelo é vazio de conteúdo, ou seja, é puramente procedimental.

A partir dessa assertiva do próprio pensador alemão, alguns juristas fazem a crítica a Habermas. Desse modo, interessante é o texto de Rosenfeld, o qual afirma que a proposta habermasiana não é vazia, e sim concretiza um conjunto de ideias que, em última análise, representam inúmeros direitos fundamentais previstos nas democracias pluralistas contemporâneas. Assim sendo, o estudo do texto do professor norte-americano pode abrir importantes discussões no atual estado da arte nas temáticas 1) substancialismo e procedimentalismo e 2) democracia e constitucionalismo.

Rosenfeld acredita que os diversos tipos de paradigmas jurídicos apresentam concepções diferentes sobre justiça e legitimação das normas jurídicas e de suas instituições. Nas contemporâneas sociedades pluralistas, as relações sociais são travadas entre estranhos sobre o manto da tutela impessoal da legalidade.

Como há diversas concepções sobre o que é melhor para os indivíduos e para a sociedade (diversas propostas éticas), as normas jurídicas constituem-se em elementos

unificadores desses sujeitos com projetos de vida diferenciados. Nesse contexto, torna-se possível construir um modelo de direito que se afaste de qualquer debate sobre justiça para além do formalismo legal e da impessoalidade.

Nessas circunstâncias, seria factível que os teóricos do direito, por meio de uma combinação entre positivismo jurídico e certo pensamento democrático, abandonassem a questão da justiça para além da lei (direito) e reduzissem o tema da legitimidade do poder e das normas jurídicas à legitimidade que advém do posicionamento da maioria, confinando o direito ao legalismo. Dito de outra forma, o elemento unificador de uma sociedade composta por indivíduos tão plurais seriam as normas jurídicas existentes e o processo democrático de construção dessas normas. Portanto, toda temática do direito poderia ser reduzida à problemática da legalidade.

De outro lado, também é aceitável pensar em um modelo jurídico e social que condiciona a legalidade e o pensamento democrático majoritário à proteção e à efetivação dos direitos humanos. Por medo de posicionamentos majoritários equivocados e opressores, pode-se desenvolver uma forma do direito que colocasse em segundo plano a construção democrática. De certa maneira, a regulamentação jurídica, em especial a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, caminha para a elaboração de um projeto de viés profundamente substancialista que desconfia das leis infraconstitucionais.

Na perspectiva de Rosenfeld, há um aparente círculo vicioso, isto é, ou se aceita uma proposta legalista de caráter juspositivista pautada na regra da maioria ou se filia a uma corrente que, em prol dos direitos humanos, coloca em segundo plano tanto a democracia como a legalidade. No entanto, o constitucionalista norte-americano vê no paradigma procedimental do direito possibilidades de superar dialeticamente esta aparente contradição, pois é factível propor que o pensamento constitucionalista e a defesa dos direitos humanos promovam a legitimação das leis e demais atos estatais por meio da organização democrática realizada pelas maiorias.

Ainda, Rosenfeld pensa que o paradigma procedimental de Habermas representa interessante proposta de produção da validade das normas jurídicas através de um modelo de justiça puramente procedimental, que defende a superação das possíveis tiranias da maioria por meio de interações (ações comunicativas) que propõem a busca de consenso entre sujeitos como ideal de legitimação das normas jurídicas.

Desse modo, o pensador norte-americano afirma que a teoria habermasiana tenta estruturar, de forma interessante, a defesa dos direitos fundamentais em uma sociedade em que inexistente uma concepção de bem comum compartilhada por seus cidadãos. Portanto:

o procedimentalismo habermasiano no direito não apenas oferece uma forma de resolver o conflito entre democracia e justiça, mas também desenvolve uma estabilização (interna) entre soberania popular e direitos humanos ao promover uma proposta normativa para o regime legal que satisfaz, ao mesmo tempo, democracia e justiça.

Apesar da importância e da relevância da proposta puramente procedimentalista da teoria do discurso habermasiana, a sua teoria do direito falha na tentativa de reconciliar o conflito entre democracia e legalidade, de um lado, e constitucionalismo e direitos humanos de outro lado na visão de Rosenfeld. A principal crítica à concepção jurídica da teoria do discurso habermasiana versa sobre o caráter substantivo dessa proposta, ou seja, a proposta puramente procedimental do pensador não é, de fato, pura.

Em verdade, o paradigma procedimental habermasiano parte do conceito material de pluralismo, utilizando-o para fundamentar todo seu pensamento. Outras concepções do bom como as religiosas, ou propostas menos plurais eticamente, ou plurais em sentido diverso do que a defendida pelo frankfurtiano, seriam excluídas da construção de normas jurídicas legítimas. Dito de outra forma, mesmo com os progressos feitos pela teoria procedimentalista habermasiana em comparação com os procedimentalismos de Hobbes, Kant e Rawls, aquela proposição ainda pressupõe a necessidade de utilização de certas normas substantivas.

Rosenfeld chega a esta conclusão, em linhas gerais, trabalhando os seguintes argumentos. De acordo com o paradigma procedimentalista do frankfurtiano, a legitimidade da lei pode ser medida a partir do reconhecimento recíproco, na comunidade de estranhos, que cada indivíduo constitui um sujeito igual e engajado na ação comunicativa. Dessa forma, a construção de normas jurídicas consensuais torna-se possível.

Na teoria do discurso, os direitos humanos (fundamentais) são pressupostos necessários e funcionais para o desenvolvimento da vontade coletiva capaz de legitimar discursivamente as leis. Ainda, por meio da necessidade de tratar de forma igual os cidadãos para se tornarem participantes da ação comunicativa sem ocultar suas particularidades, Habermas reuni os dois postulados positivos dos paradigmas liberal-burguês e do Estado social.

Há, na visão de Rosenfeld, um substancial ganho qualitativo no enfoque da igualdade e da diferença no paradigma procedimentalista do direito de Habermas, pois supera a miopia do direito liberal sobre a desigualdade real e a proposta interventora excessiva do Estado social. No entanto, a construção discursiva da legitimação habermasiana das normas jurídicas pressupõe a exclusão de algumas perspectivas culturais, como as metafísicas e as propostas pós-metafísicas que rejeitam a adesão acerca da prescrição da igualdade na sua modalidade pluralista.

Ainda, para que as diferentes perspectivas dos participantes da ação comunicativa criem normas jurídicas adequadas, torna-se fundamental a existência de condições materiais que permitam aos sujeitos observar sinceramente as razões trazidas pelas perspectivas de todos os indivíduos e, em razão da melhor argumentação, alterar os seus pontos de vista, os quais não podem ser imutáveis. No entanto, em certas ocasiões, por mais que ocorra a mudança de perspectiva, o consenso – ideal regulativo da teoria do discurso habermasiana – não pode ser alcançado.

A partir dessas ponderações, o constitucionalista norte-americano apresenta objeções teóricas e práticas que o feminismo coloca à proposta discursiva habermasiana. Os dois principais ataques do feminismo ao procedimentalismo do pensador alemão são: 1) mesmo que se aceite que a ação comunicativa é neutra em relação às perspectivas

masculina ou feminina, devida à intensa diferença de interpretações da realidade dessas condições, não é possível por meio da ação comunicativa reconstruir a igualdade legal e fática e 2) a teoria da ação comunicativa não consegue superar os condicionamentos do pensamento masculino ou, ainda pior, trata-se de um pensamento defensor da interpretação masculina.

Habermas responde negativamente a essas questões, pois acredita que sua teoria comunicativa é capaz de construir a igualdade legal e fática nos assuntos de gênero, assim como seu pensamento não se encontra vinculado com a interpretação do mundo masculina. Rosenfeld, por sua vez, através de considerações históricas da luta feminista norte-americana, assim como da análise da realidade estadunidense, aponta que, de fato, em razão da visão radicalmente diversa entre as perspectivas masculina e feminina, será difícil a construção consensual da igualdade legal e factual em muitos assuntos de gênero.

Também, existem bons argumentos feministas que indicam que a teoria discursiva habermasiana, por ser vinculada à perspectiva masculina de embate e competição, anula importantes diferenças entre homens e mulheres na tentativa de criação de sujeitos comunicativos iguais por meio da sujeição da mulher ao ideal masculino. Dito de outro modo, o paradigma procedimentalista habermasiano, por mais que expressamente negue, promove propostas éticas construídas pelos homens e não pelas mulheres.

Por fim, o artigo de Rosenfeld assevera que a proposta de um pluralismo apto a acomodar de forma pacífica as diversas concepções do bom (éticas) possui um papel fundamental em sociedades democráticas contemporâneas. No entanto, essa construção pluralista apenas funciona se for implementada em duas etapas.

Em um primeiro momento, o próprio conceito de pluralismo – as diversas concepções de bem devem ser acomodadas pacificamente – deve receber primazia sobre as demais. Apenas em momento posterior, tendo essa proposta ética se tornado hegemônica, as diversas ideias do bom podem ser acomodadas socialmente.

Dessa forma, a proposta procedimentalista habermasiana de forma alguma é vazia de conteúdo. Em verdade, ela parte do pressuposto substancial e ético de que o pluralismo deve ser implementado universalmente como método de validação das normas de ação em geral e das jurídicas em especial.

5. Algumas Palavras à Guisa de Conclusão

O pensamento de Jürgen Habermas sobre democracia, direitos fundamentais, paradigmas do direito, modelos estatais e moral trata-se, como dito no início deste artigo, de uma construção de peso para a filosofia geral e em especial para a filosofia do direito. Pode-se não concordar com inúmeras teses apresentadas pelo pensador alemão, porém parece inegável que sua obra já representa um clássico filosófico jurídico contemporâneo.

A sua análise sobre o paradigma do direito do Estado liberal e do paradigma do Estado social ajuda os juristas e filósofos políticos a compreenderem esses importantes tipos estatais históricos. Ainda, sua proposta do Estado democrático de direito elabora, sem dúvida, conceitos fundamentais para o desenvolvimento de modelos estatais contemporâneos e sua relação com duas faces complementares da vida humana: a autonomia privada e a autonomia pública.

Habermas enfrenta também a complexa relação entre o fenômeno jurídico e a moral, fundando uma perspectiva que, reconhecendo a devida e necessária autonomia do direito, deixa-o ser perpassado por questões morais. Deve-se pontuar que o pensador alemão não se furta ao debate claro e aberto sobre temas palpitantes, sendo um intelectual que, com seu exemplo, ajuda na construção da esfera pública que tanto defende.

Infelizmente, no Brasil, em razão da realização da discussão sobre os conceitos relativos às democracias substancial e procedimental, Habermas foi taxado por alguns, e esse rótulo acabou sendo disseminado na academia e na *praxis* jurídicas, como um autor procedimentalista que, em linhas gerais, é contrário à efetivação dos direitos por meio do poder judiciário.

Portanto, por ser um procedimentalista e pelo Brasil não ter efetivado todas as benesses do Estado social aos cidadãos, sua proposta paradigmática do direito contemporâneo não seria aplicável a esta realidade. Desse modo, vozes jurídicas asseveram que sua teoria é inaplicável ao Brasil, pois produzida na e para Alemanha.

Como demonstrado nesse artigo, de forma alguma Habermas é contrário à concretização dos direitos fundamentais e em especial por meio do poder judiciário. No seu sistema de direitos, há uma categoria específica (terceira) que versa sobre a judicialização dos direitos fundamentais. Por óbvio, o filósofo alemão aponta que em uma sociedade democrática e pluralista a esfera pública deve ter um peso substancial tanto nas decisões do poder judiciário como do poder legislativo.

Dessa forma, corretamente, o pensador alemão vê como equivocada a construção de um modelo de sociedade política que, por excelência, a efetivação dos direitos fundamentais tenha que ser prestada pelo poder judiciário. Em uma sociedade que se aproxima mais do ideal regular de uma comunidade plural e democrática, esses direitos são constantemente exercidos pelos cidadãos que, apesar de poderem pedir a tutela do poder judiciário para sua garantia, possuem-nos protegidos pelas relações sociais. Ainda, através da esfera pública, os indivíduos influenciam no processo de concretização dos direitos fundamentais por meio da legislação infraconstitucional e das políticas públicas.

É preciso lembrar que se encontra de forma explícita na obra de Habermas que, quando os países não implementarem completamente o Estado de bem-estar como o Brasil, devem concretizá-lo. No entanto, mesmo que o Brasil não tenha seguido totalmente o modelo estatal social com o intuito de desenvolver a igualdade material, há inúmeras propostas do paradigma procedimental do direito que, de alguma maneira, podem e devem ser utilizadas para pensar os problemas e temas jurídicos contemporâneos. Por exemplo, a co-originalidade entre autonomia privada e autonomia pública habermasiana sem sombra de dúvidas auxilia os juristas brasileiros nas

construções teóricas sobre o direito à intimidade e à vida privada assim como acerca dos direitos políticos e da liberdade de expressão.

No que se refere à discussão sobre o procedimentalismo na teoria de Habermas, a concepção sobre o substancialismo do pensador alemão no bojo da sua teoria do direito, conforme propõe a análise de Rosenfeld, esclarece um mal entendidos quevar ito comeveaçabermasiana - nrentes, nHorizonte: Mandamentos, 2002. que o próprio filósofo alemão ajudou a causar.

Habermas afirma que sua proposta moral e jurídica é vazia de conteúdo, devendo ser preenchida pelas decisões democráticas dos cidadãos nos termos da sua teoria procedimental pura. Essa afirmação não se encontra plenamente de acordo com seu sistema filosófico. O pensador alemão, em verdade, elabora toda uma filosofia procedimental imbuída de um ideal nobre tanto ética como juridicamente: edificação do pluralismo ético com o devido respeito à autonomia privada e à autonomia pública democrática.

Sendo assim, essa sua concepção de direito, ainda que não da forma tradicional, parte da necessidade de concretização de normas jurídicas substanciais, as quais são e foram essenciais nas sociedades democráticas ocidentais e que se encontram representadas em inúmeros direitos fundamentais reconhecidos nos âmbitos nacional e internacional.

6. Bibliografia

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre Constitucionalismo e Democracia.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Soberania e Constituição: para uma Crítica do Constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5^a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro.** 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Renovar, 2003.

FAORO, Raymundo. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. In: ROSENFELD, M. & ARATO, A. **Habermas on Law and Democracy**: Critical Exchanges. Berkeley University Press, 1998, p. 13 -25.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Tradução: Flávio Kothe, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. **Direito e Democracia**: entre Facticidade e Validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. **Direito e Democracia**: entre Facticidade e Validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

_____. **Diagnósticos do Tempo**: Seis Ensaios. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

_____. **A Inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3ª ed., São Paulo: Loyola, 2007.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução: João Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2001.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 9ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. Jürgen Habermas. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 404-408.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução: Alex Marins, 2ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: a Decisão Judicial entre o Sentido da Estrutura e a Estrutura do Sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROSENFELD, Michel. Can Rights, Democracy and Justice be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law. In: ROSENFELD, M. & ARATO, A. **Habermas on Law and Democracy**: Critical Exchanges. Berkeley University Press, 1998, p. 82-112.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 6^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3^a ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Jürgen Habermas nasceu em 1929 em Düsseldorf na Alemanha. Entre 1949 a 1954, nas Universidades de Göttingen, Zurique e Bonn, realizou estudos de Filosofia, História, Psicologia, Economia e Literatura Alemã, tendo terminado em 1954 seu doutorado em Bonn. Com seu importante trabalho “Mudança Estrutural da Esfera Pública” (Habermas, 2003a), o pensador alemão obteve em 1961 sua livre-docência em Masburgo. Na sua carreira docente, ministrou aulas de 1961 a 1964 em Heidelberg e de 1964 a 1994, com exceção do período de 1971 a 1982 que coordenou o Instituto Max Planck em Starnberg, ocupou o cargo de Professor Titular de Filosofia e Sociologia da Universidade de Frankfurt, sucedendo o filósofo Horkheimer. Contemporaneamente, é um dos filósofos mais relevantes e criativos, publicando intensamente até hoje livros, artigos científicos e textos em revistas e jornais. Sobre a vida e a obra de Habermas, veja-se Leal, 2006, p. 403-408. Os livros Cruz, 2008 e Freitag, 2005 sintetizam com competência os trabalhos filosóficos de Habermas, tendo a primeira obra uma visão mais comprometida com a filosofia do direito.

Proferidas em 1986. Veja-se Habermas, 2003b, p. 193-247.

A principal obra de Jürgen Habermas de filosofia e teoria do direito chama-se “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”, publicada no Brasil em dois volumes com os estudos preliminares e complementos (Habermas, 2003c; 2003b). Ainda, sobre importantes temas de filosofia do direito e filosofia política, como Estado Nacional e Direitos Humanos, veja-se Habermas, 2007.

Habermas, 2003b, p. 123-190; 1998, p. 13-25.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º, *caput*.

Para uma síntese dessa discussão, veja-se Barroso, 2009, p. 87-93 e Barboza, 2007, p. 23-84.

Rosenfeld, 1982, p. 82-112.

Habermas, 1998, p. 13.

Habermas, 2003b, p. 123. O pensador alemão aponta que a criação de modelos que relacionam a interpretação do sistema jurídico e o contexto social é uma constante na análise do direito no século XX na Alemanha, citando os conceitos de “ideal social” do Tribunal do Trabalho do *Reich* em Otto Kahn-Freund e de modelo social em Franz Wieacker. Veja-se Habermas, 2003b, p. 124-125. Apesar de Habermas não citar de forma direta a obra de Thomas Kuhn quando aborda as questões relativas aos paradigmas do direito, trabalha implicitamente, em linhas generalíssimas e com as devidas adaptações, com o instrumental teórico kuhniano. Veja-se Kuhn, 2005.

Habermas, 1998, p. 14.

Habermas, 1998, p. 14.

Habermas, 1998, p. 14-15. Para uma análise crítica do direito privado no paradigma liberal-burguês e sua necessária reconstrução no direito contemporâneo, veja-se Fachin, 2003. Nas suas palavras: “Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, é a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer” (Fachin, 2003, p. 6-7).

Para uma análise do Estado e da economia liberais, assim como dos autores liberais clássicos como Adam Smith e David Ricardo, veja-se Nunes, 2007, p. 178-181; p. 384-441; e p. 462-481.

Habermas, 2003b, p. 134.

Sobre o jusnaturalismo moderno, veja-se Ludwig, 2006, p. 84-92, Fonseca, 2001, p. 50-58 e Marrafon, 2008, p. 58-62.

O Estado tem como função a proteção dos direitos naturais no pensamento de John Locke (2006, p. 92): “Não é pois, sem razão que busca, de boa vontade, juntar-se com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de ‘propriedade’”.

Sobre os movimentos revolucionários acima e suas conquistas jurídicas, veja-se Comparato, 2007, p. 92-166 e Barroso, 2009, p. 11-33.

Nas palavras de Habermas (2003c, p. 116): “Nesta linha de interpretação, direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços de ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade”.

Habermas, 2003c, p. 117-119. Para uma análise do positivismo jurídico, veja-se Bobbio, 2006 e Marrafon, 2008, p. 43-54.

Juridicamente, esta relação entre autonomia pública e autonomia privada desenvolveu o positivismo jurídico, admitindo este, no extremo, “que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça – o que significava que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – esse é justamente o princípio (...)” (Kelsen, 2001, p. 47).

Habermas, 2003c, p. 123.

O liberalismo na Europa e nos Estados Unidos é substancialmente diferente da construção do pensamento liberal no Brasil. Conforme Wolkmer (2005, p. 75): “O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial”. A influência do liberalismo no Brasil ocorreu principalmente a partir da Independência em 1822. Sobre a introdução, o desenvolvimento e a influência no direito do liberalismo no Brasil, veja-se Wolkmer, 2005, p. 73-104 e Faoro, 2007, p. 78-112.

Habermas, 1998, p. 15.

De acordo com Fonseca (2001, p. 130): “A relação de emprego é vista como uma relação jurídica entre dois sujeitos de direito que tem por objeto a prestação de serviços de um a outro em troca de uma contraprestação (...). É a partir desse molde contratual, portanto, que se pressupõe a ideia de um sujeito de direito (livre, racional, capaz, com vontade autônoma) dotado de direitos subjetivos (sejam calcados no interesse ou na vontade do sujeito), que o contrato de trabalho passa a ser idealizado (...)”.

Para uma breve análise do trabalho no Brasil e da transição do período escravocrata pátrio até a intervenção do Estado brasileiro nas relações de emprego, veja-se Fonseca, 2001, p. 131-133.

Habermas, 1998, p. 17. Wolkmer (1990, p. 26) apresenta algumas características gerais do Estado social consolidadas no pensamento jurídico e político nos anos oitenta e o início dos anos noventa do século passado: “a) a poderosa tendência atual à ‘estatolatria’ (...); b) a existência de regimes de governo com preponderância do Executivo (...); c) a progressiva burocratização da administração pública e de vastos setores da Sociedade civil (...); d) a forte presença e controle estatal no âmbito da política previdenciária e sindical, e o monopólio na esfera das condições de trabalho e da vida; e) crise de legitimação estatal (...); f) a expansão do intervencionismo estatal (...)”.

O paradigma do direito do Estado social constitui-se na sua origem, em verdade, na busca por efetivação da igualdade e da liberdade substanciais em virtude da profunda reivindicação do movimento trabalhista e do temor em razão da possível revolução socialista nos países capitalistas. Ainda, em países como a Alemanha, a social-democracia acreditava ser possível chegar ao socialismo de forma democrática, sendo

fundamental o papel interventor do Estado na economia para este propósito. Sobre o Estado e o constitucionalismo sociais, veja-se Bercovici, 2003, p. 50-54; 2008, p. 290-307. Ainda, Nunes (2007, p. 196-208) no aspecto econômico apresenta o paradigma do direito do Estado social como capitalismo monopolista de Estado, pois “o estado saiu da sua tradicional política de actuação, despiu o manto que procurava apresentá-lo como instituição que nada tinha a ver com a economia e com os negócios dos homens e invadiu às claras a esfera económica” (Nunes, 2007, p. 196).

Habermas, 1998, p. 17.

Bercovici, 2003, p. 52-53.

Habermas, 2005, p. 9-36. Este texto foi proferido originalmente em 26/11/1984 na Espanha a convite do Presidente do Parlamento Espanhol.

Habermas, 2005, p. 14.

Habermas, 2005, p. 14-15.

Habermas, 2005, p. 15.

Habermas, 2005, p. 16.

Habermas, 2005, p. 16-17.

Habermas, 2005, p. 19-20.

Habermas, 2005, p. 21-23.

Habermas, 2005, p. 23-24.

Para análise sobre o neoliberalismo e suas consequências negativas no projeto inclusivo do paradigma do direito do Estado social, veja-se Nunes, 2003.

Habermas, 2005, p. 25-26.

Habermas, 2005, p. 27.

Habermas, 2005, p. 30-35.

Habermas, 2005, p. 23.

Habermas, 2003b, p. 183.

Deve-se pontuar que a busca por igualdade formal constituiu-se em uma luta social profunda, basta lembrar que as mulheres e os trabalhadores não eram tratados na esfera jurídica da mesma forma que os homens ricos. Não se pode olvidar, também, no Brasil, a existência de escravidão até o século XIX.

Habermas, 2003b, p. 155.

Habermas, 2003b, p. 155. Sobre essa questão, esclarecedor é o seguinte trecho: “Nos casos críticos, trata-se sempre do mesmo fenômeno, ou seja, o de que a realização das condições fáticas para a percepção simétrica de liberdades de ação subjetivas modifica de tal modo as situações de vida e as posições de poder, que a compensação de desvantagens situacionais culmina em certas tutelas, que transformam a almejada *autorização* para o uso da liberdade em *assistência*: é o caso de regulamentações do direito familiar ou do direito trabalhista, que *obrigam* um tipo de contrato de trabalho “normal” ou por um modelo de socialização exemplar (...)” (Habermas, 2003b, p. 155-156).

Habermas, 1998, p. 18.

Habermas, 1998, p. 18.

Tradução livre do trecho Habermas, 1998, p. 19: “between forms of communication that *simultaneously* guarantee private and public autonomy *in the very conditions from which they emerge*”.

Habermas, 2003b, p. 185.

Habermas, 2003c, p. 140.

Habermas, 2003c, p. 142.

Habermas, 2003c, p. 143.

Habermas, 2003c, p. 143.

Habermas, 2003c, p. 145.

Habermas, 2003c, p. 159-160.

Habermas, 2003b, p. 181.

Habermas, 2003b, p. 181.

Habermas, 2003b, p. 181-182.

Habermas, 1998, p. 19.

Habermas, 2003b, p. 148.

Habermas, 1998, p. 21.

Habermas, 2003b, p. 162.

Habermas, 2003b, p. 162.

Habermas, 2003b, p. 163.

Habermas, 1998, p. 22.

Habermas, 2003b, p. 164.

Habermas, 1998, p. 24-25.

Barboza, 2007, p. 25.

Barboza, 2007, p. 51.

Veja-se Streck, 2005, p. 21-63.

Veja-se Cruz, 2008, p. 69-260 e Galuppo, 2002, p. 103-218.

De acordo com Habermas (2003b, p. 189): “O paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser ‘formal’, no sentido de ‘vazio’ ou ‘pobre de conteúdo’. Pois a sociedade civil e a esfera política constituem para ele pontos de referência extremamente forte, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada”.

Rosenfeld, 1998, p. 82.

Rosenfeld, 1998, p. 82.

Rosenfeld, 1998, p. 82.

Rosenfeld, 1998, p. 82-83.

Rosenfeld, 1998, p. 83.

Rosenfeld, 1998, p. 83.

Rosenfeld, 1998, p. 83.

Rosenfeld, 1998, p. 83-84.

Tradução livre do texto Rosenfeld, 1998, p. 84: “not only does Habermas’s proceduralist approach to law offer a way to resolve the conflict between democracy and justice, it also aims at establishing an internal connection between popular sovereignty and human rights, thus providing a normative underpinning for a legal regime that is poised to satisfy both democracy e justice”.

Rosenfeld, 1998, p. 84.

Rosenfeld, 1998, p. 95.

Rosenfeld, 1998, p. 96.

Rosenfeld, 1998, p. 97.

Rosenfeld, 1998, p. 100.

Rosenfeld, 1998, p. 101.

Rosenfeld, 1998, p. 101-102.

Rosenfeld, 1998, p. 103-104.

Rosenfeld, 1998, p. 104. Veja-se a seção 3 deste artigo.

Rosenfeld, 1998, p. 105-106.

Rosenfeld, 1998, p. 107.

A DESCONSTRUÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO APLICÁVEL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPOSTO POR ROBERT ALEXY: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA FILOSOFIA DE JACQUES DERRIDA

THE DESCONSTRUCCION THE BALANCING TECHNIQUE APPLICABLE TO THE CONSTITUCIONAL RIGHTS, PROPOSE BY ROBERT ALEXY: AN REFLECTION COME FROM JACQUES DERRIDA'S PHILOSOPHY.

Isabelle de Baptista

RESUMO

Este artigo se propõe a analisar a teoria de Robert Alexy, especialmente a técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, a partir da leitura da filosofia de Jacques Derrida que propõe a desconstrução como método de trazer à tona aspectos contraditórios dos textos carregados de toda a tradição ocidental de pensamento. Também será analisada a utilização da teoria de Alexy no Brasil, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação desconstrutora.

PALAVRAS-CHAVES: PONDERAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ARGUMENTAÇÃO. RACIONALIDADE. DESCONSTRUÇÃO. LOGOCENTRISMO.

ABSTRACT

This article aims to analyse Robert Alexy's theory, specially the balancing technique applicable to the constitutional rights, from the reading of Jacques Derrida's philosophy, that proposes deconstruction as a method of bringing up contradictory aspects of texts loaded with the whole Western tradition of thought. There will also be analysed the use of Alexy's theory in Brazil, principally by the Federal Supreme Court, in the perspective of deconstructive interpretation.

KEYWORDS: BALANCING. CONSTITUCIONAL RIGHTS. PROPORTIONALITY PRINCIPLE. REASONING. RATIONALITY. DESCONSTRUCTION. LOGOCENTRISM.

1 INTRODUÇÃO

A teoria elaborada por Robert Alexy é, atualmente, considerada uma referência para estudos na área da Filosofia do Direito, da Teoria da Constituição e para a própria

aplicação prática do Direito, uma vez que o julgador, por diversas vezes, não consegue decidir com base, unicamente, nas regras postas pelo ordenamento jurídico. Em muitos casos, o julgador para implementar a melhor decisão, necessita interpretar e ponderar pela aplicação de princípios que, em determinado caso concreto, estão em conflito. Assim, na apreciação de casos difíceis o julgador deve ponderar ante a tensão permanente existente entre interesses constitucionalmente tutelados.

A construção teórica feita pelo filósofo do Direito alemão é considerada como verdadeiro divisor de águas para a moderna Ciência do Direito por permitir levar em consideração aspectos negligenciados e afastados pelo positivismo jurídico e que tanto prejudicou o alcance da finalidade precípua do Direito que é a satisfação da justiça, como o relevante valor dado aos princípios constitucionais.

Segundo Alexy, o julgador deve buscar uma decisão "racional" diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade - que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, e fazer a opção pelo princípio que contenha o mandamento que proporcione a satisfação de um dever ideal, já que princípios são comandos de otimização e, como tal, pressupõe que algo seja realizado na maior medida possível.

Nesse caso, para Alexy, estamos diante da "lei da ponderação" que consagra que quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio que está em conflito (ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito). O detalhe é que para mensurar tal situação é necessária a incidência de uma carga de argumentação.

No Brasil, a teoria de Alexy tem sido muito utilizada como referencial teórico para os muitos casos jurídicos (*hard cases*) em que o pano de fundo é a discussão e apreciação de causas que envolvam conflitos de princípios^[1]. Todavia, uma das críticas que será travada neste artigo é demonstrar como teorias construídas sob determinado referencial jurídico, social e histórico é aplicado em outro ordenamento jurídico sem qualquer tipo de contextualização.

Para tanto, a reflexão crítica da teoria de Robert Alexy, principalmente no que tange à técnica da ponderação será feita a partir da leitura da filosofia de Jacques Derrida, essencialmente em relação à metodologia por ele denominada de desconstrução.

Derrida, ao longo de sua vasta obra, empreende algo aparentemente ambicioso: questionar os elementos tradicionais do pensamento ocidental, numa abordagem que não sugere a remoção ou a extinção dos elementos e paradoxos existentes, mas, tão-somente, revelá-los, trazer-los à tona. E é neste sentido que a presente investigação caminhará. Não se trata de condenar à morte a teoria desenvolvida por Alexy, mas em evidenciar os pontos incoerentes e controversos, acima de tudo se observados sob a perspectiva da incidência de uma teoria não ajustada propriamente à realidade brasileira. É preciso enfrentar tal temática, pois em nome da ponderação, do balanceamento, verdadeiros direitos e garantias fundamentais poderão, legitimamente, serem relativizados pelo Poder Judiciário.

Este artigo se propõe a realizar um diálogo entre os contornos teóricos da filosofia de Jacques Derrida - enfocando seus aspectos fundamentais e a discussão desconstrutora que tece principalmente em relação ao direito e à lei, com base na obra *Força de lei: fundamento místico da autoridade*, juntamente com os pontos essenciais da teoria desenvolvida por Alexy, para, finalmente, realizar a tarefa de desconstruir pontos contraditórios e obscuros da teoria desse grande filósofo do Direito da atualidade. Derrida, ao efetuar a desconstrução da lei e do direito, demonstra que a força para a criação do direito compreende um ato de violência, uma vez que não há comprometimento com o justo, mas reflete um ato de autoridade.

Assim, apresentados os fundamentos teóricos imprescindíveis para a compreensão da discussão central do presente artigo, compete evidenciar, a partir de uma reflexão filosófica derridiana, como a teoria de Robert Alexy possui profundas deficiências, principalmente se analisadas e aplicadas ao sistema jurídico brasileiro sem qualquer tipo de contextualização.

2 DESCONSTRUIR A TEORIA DE ROBERT ALEXY

2.1 DESCONSTRUINDO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Antes de adentrarmos ao tema deste capítulo, mister apresentar, sinteticamente, as bases da filosofia de Jacques Derrida (1930-2004). O filósofo argelino dedicou-se a efetuar severas críticas aos aspectos fundamentais do pensamento ocidental. Sua obra não compreende uma filosofia sistemática, com contornos metodológicos, conceitos e definições bem definidos. Ao contrário, tece sua abordagem filosófica através da identificação de aporias e neologismos próprios. Sua filosofia baseia-se num processo de leitura com outras obras ou de situações em que efetua um diálogo crítico.

O resgate do movimento e da criatividade são as grandes pretensões do filósofo, em contraposição às leis do pensamento ocidental, que são: a simplicidade, pois em tudo existe uma realidade essencial, desprovida de qualquer contradição; homogeneidade, ou melhor, tudo possui uma mesma substância ou ordem; e separada e distinta de qualquer complexidade que envolva a discussão sobre a origem e a consciência de si. Tudo o que está fora dessas "leis", tende a ser excluído. Dessa forma, exclui-se a complexidade, a mediação e a diferença, passando a serem tratados como "impureza".

Outro traço característico do pensamento moderno é a instituição de conceitos sempre voltados para significados apresentados de forma dual: sensível/inteligível; ideal! real;

interno/externo; bem/mal; bom/ruim; ficção/verdade; natureza/cultura; fala/escrita; atividade/passividade etc. Para fazer a crítica a esse dualismo tão presente na metafísica ocidental, Derrida propõe a noção de *differance*, melhor traduzido para o português como diferença, que remete tanto às diferenças semânticas, genéricas, históricas, étnicas, culturais como também à prorrogação do sentido final, da verdade estabelecida, de forma que não há uma verdade e sim sua construção permanente e infinita, diante da impossibilidade de deter a verdade em uma positivação. Há sempre movimento para re-introduzir a negatividade da dúvida, que propositadamente empurra a análise da verdade sempre para frente.

Toda noção de verdade, na concepção nascida do *logos*, que gera uma "racionalidade" hegemônica, simplista e homogênea que é o alvo da crítica de Derrida e que denominou de *logocentrismo*.

Derrida também contesta o papel da escritura como ocupante de um papel secundário em relação à fala. Comumente, a fala é associada à razão e à racionalidade (aqui utilizada com a noção grega de *lagos*) e a voz é aceita como a mais próxima da verdade, por refletir a consciência individual. A escritura, por sua vez, é considerada como secundária ou suplemento da voz por se tratar de uma tecnologia criada humanamente.

A importância desse movimento de desconstrução é a ampliação dos quadros de referência que normalmente moldam nossas concepções e são tidas como verdades e acabam por proporcionar uma restrição em nossa compreensão do mundo.

A separação entre o discurso e a escrita é insustentável para Derrida. O que está subjacente a este entendimento é incessante trabalho filosófico de trazer à tona situações que aparentemente são negligenciadas se vistas sob o olhar da simplicidade e da unidade. A escritura, em seu sentido mais estrito, é virtual (como aquilo que não se realizou, mas é possível de se realizar), e não um reflexo secundário e fenomenal. A escritura não apenas reflete o que foi produzido, numa visão simplesmente subsuntiva, mas o que torna a produção possível.

Essas considerações são essenciais para proceder à desconstrução da teoria proposta por Robert Alexy. Inicialmente, cabe contextualizar a produção teórica desse importante jurista da atualidade. Segundo o relato do próprio autor no Prefácio à obra *Teoria da argumentação jurídica*, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha exigiu, através da Resolução de 14 de fevereiro de 1973, que as decisões dos seus juízes deveriam basear-se em "argumentações racionais".

Então, a questão foi saber o que é racional ou se a argumentação jurídica racional é algo que interessa não apenas aos juízes do Tribunal Constitucional Federal alemão e, também, a toda a comunidade jurídica e ao cidadão ativo na seara política. Para Alexy, a possibilidade de uma argumentação jurídica racional depende não só para o caráter científico da Ciência do Direito, mas também para a legitimidade das decisões judiciais. Dessa forma, propõe na sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica* de 1976, como deve ser entendida a argumentação jurídica, como se efetua e com que alcance ela é possível.

Também foi um marco para Alexy a questão do novo caráter assumido pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, em virtude da positivação desses direitos nas constituições modernas, com vigência imediata e, acima de tudo, o amplo controle feito através do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Dessa forma, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação racional a esses direitos e visualizou a necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, em razão da grande vagueza das formulações dos catálogos desses direitos. Nesse contexto, publica sua importante obra denominada *Teoria dos Direitos Fundamentais* em 1985.

Quanto a este aspecto, estamos diante da situação denominada por Derrida como *logocêntrica*, ou seja, por mais que haja contribuição para o Direito, a ânsia da fidelidade à racionalidade, importa na produção de uma simplicidade, homogeneidade e esgotamento da real complexidade dos fenômenos jurídicos, extremamente prejudicial, pois se trata, na verdade, de estarmos diante de uma nova roupagem à "camisa de força" conferida pelo positivismo ao Direito de completa vinculação à formalidade, mas, agora, com a utilização de um discurso de satisfação e efetivação da justiça.

É de se questionar até que ponto o juiz ao decidir com base na incidência de argumentos opta pela decisão mais "racional". Ora, a linguagem, como nos adverte Derrida, é composta de elementos que vão muito além dos aspectos externos que envolvem o significante^[2] e o significado^[3] dos signos, mas envolvem aspectos internos que são arquitetadamente ocultados. Dessa forma, é possível que o magistrado leve em consideração elementos internos que importem na opção de argumento em detrimento do outro, favorecendo a ocultação dos reais elementos que levaram ao seu convencimento.

O argumento envolve um aspecto pouco levado em consideração: a persuasão. Nesse sentido, o nível de questionamento se amplia ainda mais, diante da dúvida de se saber aferir com precisão até que ponto o magistrado não é persuadido por conta de uma carga

de valorização de argumentos artificiosos capazes de interagir no processo de formulação da decisão jurídica.

Segundo Alexy, a argumentação jurídica leva em consideração os vetores deontológicos básicos das questões práticas: ordenar, proibir ou permitir, assim, a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação prática em geral, mas se torna especial pelo fato de estar situada sob uma série de vínculos institucionais que se pode caracterizar como vinculação à lei, ao precedente e à dogmática, que se configuram como limites ao julgador.

Dessa forma, o magistrado para efetuar a argumentação prática em especial por ser limitado à lei, ao precedente e à dogmática para alcançar assim a "decisão mais racional". Mas a pergunta que se coloca: ser racional é ter coerência com a verdade? Derrida ao criticar o que denominou de *logocentrismo*, ou seja, o império do logos, demonstra que em nome da razão não há qualquer comprometimento com a verdade. A forma se torna mais relevante que a própria verdade. Nesse sentido, como aferir que o julgador não está diante de uma verdade racionalmente construída. Logo, a dúvida permanece: até que ponto a teoria de Alexy, de fato, é considerada um avanço em relação ao positivismo de Kelsen e Hart.

2.2 DESCONSTRUINDO A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Alexy aperfeiçoa a construção teórica elaborada por Ronald Dworkin, filósofo do Direito de Oxford, que iniciou uma grande discussão jurídica a respeito do seguinte questionamento: para cada caso jurídico, há uma única resposta correta?

A tese de Dworkin contrapõe ao sistema de regras positivas de Kelsen e Hart em que o sistema jurídico é composto por regras, regras válidas e/ou eficazes. Se diante da vagueza da linguagem da norma e diante de casos não regulados por leis positivas, neste espaço vazio não cabe ao juiz agir de forma subjetiva, levando em consideração a utilização de métodos. É preciso buscar no sistema de regras a resposta, utilizando-se de critérios como o hierárquico, *lex superior derogat lex inferiorem*; o critério da especialidade, *lex specialis derogat lex generalis*; e o critério cronológico, *lex posterior derogat lex priorem*.

Dworkin, contrapondo a esse modelo de regras do sistema jurídico, propõe um modelo de princípios. Por este modelo, o sistema jurídico é composto por regras e, também, por princípios jurídicos que devem permitir que o julgador encontre uma única resposta correta nos casos em que somente as regras não determinam a única resposta correta. Esse julgador, "Hércules", deve ser capaz de decidir com habilidade, sabedoria, paciência e com perspicácia, portanto, apto a encontrar a única resposta correta.

Para Alexy, a teoria de Dworkin estabelece uma grande quantidade de questionamentos e intenta aperfeiçoar tal teoria, propondo a (i) teoria dos princípios e a (ii) teoria da argumentação jurídica, que leva em consideração o critério de razão prática.

A teoria dos princípios é um dos principais aspectos da teoria de Robert Alexy. Segundo ela, as normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais são distinguidas entre dois tipos de normas: as regras e os princípios. Tanto as regras como os princípios devem ser compreendidos como *normas* porque ambos dizem o que *deve ser*. Isto é, ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas de ordem (mandado), de permissão e de proibição.

Para ele, os princípios poderiam ser caracterizados como *mandados ou ordens de otimização (Optimierungsgebote)*. Nas palavras de Alexy, "os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais/táticas existentes"^[4]. Ou seja, os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus e na medida devida do seu cumprimento, dependente das possibilidades reais e concretas, como também das possibilidades jurídicas existentes no momento da aplicação efetiva do princípio.

Já em relação às regras, ocorre o contrário. As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e que podem ou não ser cumpridas. Caso a regra seja válida, logo é obrigatório fazer exatamente o que ordena, nem mais nem menos, portanto, as regras contêm *determinações* no campo do fático e juridicamente possível.

Por todo o exposto, conclui-se que se a norma a ser aplicada exige a maior medida possível de cumprimento em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, estamos diante de um princípio. Todavia, se a norma exige somente uma determinada medida de cumprimento, trata-se de uma regra. Sobre essa temática, esclarece Alexy:

A base do argumento de princípio forma a distinção entre regras e princípios. Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quanto os seus pressupostos estão

cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma da aplicação da regra é a da subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. [...] A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação[5].

O critério empregado por Robert Alexy afirma que entre regras e princípios existe não somente uma diferença de grau, quantitativa, mas uma diferença de natureza qualitativa.

Os princípios não possuem um caráter de definitividade e subsunção como as regras, mas ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, levando em consideração possibilidades jurídicas e fáticas postas no caso concreto. Assim, os princípios não são mandatos definitivos, mas apenas um dever *prima facie*. Os princípios representam razões que podem ser desprezadas ou assimiladas por outras razões opostas, não apresentando, de imediato, uma solução para resolver a problemática existente na relação entre uma razão e sua oposição. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação com relação aos princípios contrapostos e às possibilidades do mundo fático.

De forma diversa é o caso das regras. Como exigem que se haja exatamente o que se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar, o que pode conduzir a invalidez da regra; mas se não for o caso, vale definitivamente, cumpre exatamente o seu comando deôntico.

Por isso, em um primeiro momento é possível deduzir que os princípios possuem um caráter *prima facie* e as regras um caráter definitivo. Todavia, Alexy propõe um modelo diferenciado do defendido por Dworkin, quando diz que as regras, quando válidas, são aplicadas de uma maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing fashion*) e os princípios contêm uma razão que indica uma direção da decisão, de acordo com a dimensão de peso.

Em relação às regras, a necessidade de um modelo diferenciado resulta do fato de que é possível, com motivo da decisão de um caso, introduzir nas regras uma cláusula de exceção, assim, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. E a regra de exceção pode levar a discussão para a base de um princípio.

Ademais, o caráter *prima facie* dos princípios pode ser reforçado se forem introduzidas uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou de determinados tipos de princípios, especialmente se tratarem de direitos fundamentais[6].

De todo o apresentado, verifica-se que as regras e os princípios são razões de tipos diferentes. Os princípios sempre são razões *prima facie*; as regras, a menos que tenha uma exceção, são razões definitivas.

Para identificar o ponto forte da teoria dos princípios é preciso fixar a semelhança dos princípios com o "valor", já que "toda colisão de princípios pode expressar como uma colisão entre valores e vice-versa"[7] e que o problema identificado por ocasião da colisão corresponde também a um problema de hierarquia de valores. Para Alexy, é possível uma teoria dos princípios que seja mais que um catálogo e que consista de três elementos:

(I) um sistema de condições de prioridade: por ocasião de colisão entre princípios, deve-se resolver mediante a aplicação da ponderação no caso concreto, sendo possível, também, estabelecer relações de prioridade com a decisão de outros casos. As condições de prioridade estabelecidas até o momento num sistema jurídico e as regras que se correspondem proporcionam informação sobre o peso relativo dos princípios. Dessa forma, ao elencar prioridades, permite-se a possibilidade de um procedimento de argumentação jurídica, de forma a eleger o princípio que será aplicado ao caso concreto.

(II) um sistema de estruturas de ponderação[8]: os princípios, enquanto mandatos de otimização, exigem uma realização a mais completa possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Quanto às possibilidades fáticas leva aos conhecidos princípios de adequação e necessidade. Quanto às possibilidades jurídicas implica numa "lei da ponderação" que pode ser formulada da seguinte forma: quanto mais alto o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro (proporcionalidade em sentido estrito). Isso significa que uma teoria dos princípios conduz a estruturas de argumentação racional, o que não significa a disposição deles num simples catálogo.

(III) um sistema de prioridades *prima facie*: estabelecem cargas de argumentação e criam certa ordem no campo de princípios. Assim, não contém uma determinação definitiva e sim uma determinação mais forte dos argumentos em favor de uma prioridade de um princípio que julga em sentido contrário. Com isso, a ordem depende de uma argumentação.

Tecidas tais considerações relevantes para a observância mais aprimorada da teoria dos princípios e da técnica da ponderação. Sobre esta análise, serão utilizadas as reflexões tecidas por Jacques Derrida em sua obra *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*, em que fomenta a tarefa de desconstruir questões como a justiça e o direito.

Derrida deixa às claras que o direito possui, comumente, o que denominou de "*enforceability*", melhor traduzido como "aplicabilidade". Segundo o filósofo argelino, não há direito sem força, o direito se torna justiça na medida em que se transforma em lei para, em seguida, ser aplicado justamente com a utilização da força. Nesse sentido, "[...] o direito é sempre uma força autorizada, uma força que justifica ou tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável"[9].

A força para criar o direito compreende um ato de violência, pois o direito é observado não porque ele é justo, mas sim porque reflete a imposição de uma autoridade. Daí a necessidade de desconstrução. Ao reconhecer o direito como algo criado, e não como um direito natural, é possível a direção do direito para aquilo socialmente reconhecido como justiça. Assim, a força do direito não se dá por um direito natural, mas por sua força simbólica.

Nesse sentido, por mais que a técnica de ponderação proposta por Robert Alexy seja um meio, argumentativamente construído, que forneça caminhos a fim de que o julgador tenha em suas mãos um método para efetivar a escolha do princípio aplicável ao caso concreto, caso estejam em conflito, observa-se que o Direito é implementado e imposto pelo magistrado não como um fato natural, mas é artificialmente construído para que, no caso sob análise, a melhor opção seja a escolhida e o melhor princípio cumpra, de fato, seu mandado de otimização. Dessa forma, em razão do cumprimento de um método, estamos diante de um Direito que se impõe de forma legítima, por refletir, necessariamente, a imposição de uma autoridade e, conseqüentemente, revestindo-se de violência.

Diante de conflitos entre princípios constitucionais, que traduzem direitos e garantias fundamentais, a aplicabilidade de um deles em detrimento de um outro, baseado em Derrida, sempre será um ato de força, de incidência necessária da violência da autoridade envolvida neste caso. Dessa forma, muito se distancia da justiça tão proclamada e almejada.

Ao efetuar a desconstrução da lei e do Direito, Derrida identifica três aporias em relação à justiça e ao direito, consideradas como verdadeiros axiomas pela sociedade ocidental.

A primeira refere-se a "*epokhé* da regra". É comum acreditarmos na liberdade de tal modo que, para ser justo ou até mesmo injusto, cada indivíduo deve ser responsável por sua decisão, sendo que essa esfera de liberdade ou escolha da decisão do justo deve haver simetria com uma lei, uma prescrição ou uma regra. Se houver margem para a realização de decisões, esta deverá ser conforme o direito e, conseqüentemente, justa. Nesse caso, por exemplo, o juiz quando decide não deve apenas seguir uma lei geral, mas aprová-la, esclarecer seu valor, interpretá-la em cada novo caso, pois o sentido do texto da lei está sempre aberto, a espera de nova interpretação.

Acredita-se que para cada caso deverá existir uma decisão justa, diferente e interpretada de forma única, nesse sentido Derrida chega a identificar a tarefa do julgador como uma verdadeira "máquina de calcular". Assim, a justiça enquanto aporia, compreende a imposição de um sistema, tido como justo, como algo que nunca é aqui e agora, no presente, mas que continua sendo válido, pois traz em si a possibilidade de ser aquilo a que se predispõe, mas em outro caso, ou seja, no futuro. Dessa forma, além de "justo", para Derrida o melhor seria dizer legal ou legítimo, em conformidade com um direito, regras ou convenções que "autorizam o cálculo". Pelo exposto, verifica-se que, no direito, a questão da justiça é, estrategicamente, enterrada e dissimulada.

Nesse caso, o julgador, ao implementar a técnica da ponderação, nada mais está do que reproduzindo a "máquina de calcular", como nos adverte Derrida. O alcance do justo está muito distante dessa tarefa, quiçá mecânica, de cálculo, já que a ponderação será efetivada através da utilização do princípio da proporcionalidade que importa na observância de três sub-princípios: primeiro, a análise da adequação; segundo, a necessidade; e terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito. É a verificação, matematizada, desses três critérios que importará na aplicação racional da técnica da ponderação.

Pela adequação, o julgador deve apreciar para que a restrição de um princípio seja idônea o suficiente para garantir a sobrevivência do outro, apesar de afastado; pela necessidade, o julgador irá cuidar para que a restrição de um princípio deva ser a menor possível para a proteção do interesse contrário. Já a proporcionalidade em seu sentido estrito impõe a observância de que a restrição a um interesse deva compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Como bem se observa dessa fórmula "perfeitamente" matemática, o sacrifício, o ato de violência, a imposição do entendimento de uma autoridade é o cerne de um discurso

argumentativamente construído para a efetivação de uma dissimulada justiça que terá que conviver com essas contradições.

A ponderação leva a uma visão simplista dos conflitos envolvidos, a partir do momento em que o sacrifício de relevar um princípio constitucionalmente tutelado sempre será um ato de violência da autoridade. Ademais, os limites para o uso da argumentação são, segundo Alexy, a lei, a dogmática e os precedentes. Dessa forma, um entendimento alcançado através da ponderação e aplicado a um caso concreto, servirá de limite para demais casos concretos, e o questionamento que se coloca é até que ponto um caso difícil é igual a outro que permita a aplicação, quase subjuntiva, de um entendimento "ponderado" anteriormente. Será que os princípios que se determinam a ser um mandato de otimização não serão paulatinamente colocados ao patamar de regras que se predispõe a serem aplicadas de forma subjuntiva?

Dessas reflexões, passemos à análise da segunda aporia identificada por Derrida que denominou de "assombração do indecidível". Esta aporia, na verdade, trata-se de uma variante da primeira, pois o filósofo apresenta o entendimento comum de que só há o consenso de aplicação da justiça se houver uma decisão indecidível, ou seja, se houver dúvida na escolha entre as várias interpretações possíveis. Se não houver essa dúvida, trata-se de aplicação programável e calculada da lei - "Ela seria, talvez, legal, mas não seria justa"[10].

Derrida, ao revelar esta aporia, nos alerta da tendência de identificar o alcance da justiça se o julgador teve que fazer opções e teve, em suas mãos, um caso concreto aparentemente indecidível. É a força de sua autoridade que impõe a justiça.

Mais uma vez não como fazer uma conexão com a técnica da ponderação. Nossa tradição de matematizar os conflitos, leva-nos a uma concordância, quase mitológica, pelas decisões que foram arduamente sopesadas e balanceadas pela autoridade. Derrida nos leva a compreender que a concepção de justiça está diretamente ligada à noção de ética para com o outro, todavia, a decisão escolhida jamais consegue atender inteiramente a singularidade do outro. Jamais um ato de violência pelo uso "racional" da força conseguirá de fato promover a justiça. Eis o simulacro, eis a dependência imposta à sociedade de que a substituição estatal na resolução dos conflitos, sob o argumento da jurisdição única, é a forma de se garantir o legítimo alcance da justiça.

O julgador, segundo Alexy, ao ponderar, deve levar em consideração os resultados concretos que surtirão da decisão, já que para a solução dos casos difíceis importará em certa discricionariedade para o julgador que poderá levar em consideração possíveis resultados concretos. Ou seja, quanto maior o grau de abordagem da subjetividade

envolvida na análise feita pelo julgador, melhor a motivação pela escolha de um princípio em detrimento do outro.

Segundo Derrida, eis um grande "fundamento místico da autoridade", pois jamais o julgador conseguirá inteiramente compreender a singularidade do outro e, dessa forma, a justiça que acredita implementar trata-se, tão-somente, da imposição de sua força. A justiça, nesse caso, configura como um espectro que sempre fica alojado, independente da opção feita, já que

[...] se há desconstrução de toda presunção à certeza determinante de uma justiça presente, ela mesma opera a partir de uma "idéia de justiça" infinita, infinita porque é irreduzível, irreduzível porque devida ao outro devida ao outro, antes de qualquer contrato, porque ela é *vinda*, a vinda do outro como singularidade sempre outra.[11]

Finalmente, a terceira aporia identificada por Derrida leva em consideração que a justiça se relaciona com a "urgência que barra o horizonte do saber", ou seja, diante do entendimento reiterado de que a justiça é algo que tem estar no presente, dar conta de problemas atuais, pois "[...] a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. [...] Uma decisão justa é sempre requerida *imediatamente*, de pronto, o mais rápido possível".[12] Por ser dessa forma, a justiça não poder ser tratada como um ideal que pode ser alcançado, aprofundada a sua análise e reflexão.

Todavia, a justiça se apresenta como aporia para Derrida, não se realiza no presente, tampouco é refletida para se realizar no futuro. Na verdade ela nunca se efetiva, pois considerando que a justiça reflete a responsabilidade com o outro, essa postura de alteridade é inalcançável.

Comumente somos convencidos do discurso de que quanto mais célere for a satisfação dos conflitos, mais se alcança a justiça. O problema que se coloca é que quanto mais célere, mais o julgador terá que se pautar na observância dos precedentes, da dogmática, da legislação posta - e como visto é imposta pelo uso da coerção - fazendo de cada caso concreto mais diante de tantos, banalizando a complexidade dos conflitos humanos envolvidos em cada caso, simplificando o que é, por sua natureza, complexo.

A técnica da ponderação pode muito contribuir para a "urgência que barra o horizonte do saber", como identificou Derrida, pois a partir do momento que em nome de uma celeridade, capaz de proporcionar a satisfação da justiça, entendimentos anteriores são praticamente subsumidos a novos casos difíceis, tornando o Direito cada vez mais imparcial, injusto e fruto do exercício da violência pela autoridade.

Segundo o filósofo, a justiça não se refere somente a um conceito jurídico ou político, diante da possibilidade de se abrir à transformação, à refundição ou refundação do próprio direito e da política e, a cada avanço, é preciso, novamente, reconsiderar e reinventar os próprios fundamentos do direito.

“[...] "Talvez", é preciso sempre dizer *talvez* quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. [...] Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de alibi para ausentar-se das lutas jurídicopolíticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados. Abandonada a si mesma, a idéia incalculável e doadora da justiça está mais perto do mal, ou do pior, pois ela pode sempre ser reapropriada pelo mais perverso dos cálculos. [...] Uma garantia absoluta contra esse risco só pode saturar ou suturar a abertura do apelo à justiça”.^[13]

Essas três contradições existentes e aceitas axiomáticamente são reveladas por Derrida e demonstram a sua ânsia pela justiça, capaz de desconstruí-la e almejar a construção de um direito para além dos limites por ele mesmo definidos. É preciso ter comprometimento e consciência do que está porvir, do que está para acontecer, a fim de ser possível a reflexão, o repensar, o reanalisar das construções previamente estabelecidas e fomentar o movimento, o diálogo, a mudança e, porque não, a justiça.

A intenção deste trabalho não é condenar a teoria de Alexy à sua própria sorte. Ao contrário, é trazer à luz incoerências que se não forem observadas pela autoridade, importará muito mais no implemento da violência do que propriamente o alcance da justiça.

Nesse sentido que nos adverte Derrida, a autoridade deve estar comprometida não apenas com a formalidade, com as normas que refletem a imposição de atos de violência, com a matematização da busca de soluções para os casos concretos, mas deve ter um total apego com o outro, com os interesses realmente relevantes para sujeitos envolvidos no conflito, ao revés, em nome da celeridade, da formalidade e da pretensa racionalidade, o julgador pode fazer a opção pela violência que se coloca, nesse caso, implícita ao seu dever profissional.

Na obra *Torres de Babel*, Derrida enfrenta aquilo que é a sua pedra de toque: o processo de tradução, já que, num primeiro olhar, promove a abertura e o reconhecimento de outras línguas, culturas, contextos e sujeitos.

Assim, a tradução destina-se a cumprir a sua vocação de confluir todas as línguas, diante do reconhecimento do seu passado supra-histórico, babilônico[14], reconciliando o que fora dispersado. Derrida intervém nesta obra, dialogando com Walter Benjamin, e nos alerta que, em razão das diferenças existentes, qualquer tentativa de plenitude e centralização se torna inviável. Diante do reconhecimento desse fato, eis que se torna imprescindível a tarefa do tradutor.

A tradução coloca-se como forma suplementar de promover a aproximação entre as línguas, contudo, essa intenção de aproximação por si só não é capaz de apagar as diferenças existentes. Além disso, é mister valorar o endividamento da tradução em relação ao original e as repercussões da obra traduzida e sua inserção em contextos que, por sua natureza e gênese, são essencialmente diferentes. O problema que se coloca é que como obras traduzidas são assimiladas, não no sentido e contexto no qual foram escritos, mas segundo as necessidades de quem as interpreta, capazes de promover verdadeiras adaptações convenientes.

Esse raciocínio é fundamental para as conclusões que se almeja alcançar ao final deste artigo. Pretende-se demonstrar que a tarefa de traduzir não é imparcial, não consegue trazer consigo toda a complexidade de uma realidade para a qual uma teoria foi elaborada. Simultaneamente, o original torna-se tributário do seu tradutor que impregna, naturalmente, suas próprias marcas no texto traduzido.

Conforme entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico de 09/06/2008, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, manifestou-se no sentido de que o Tribunal é competente para suprir as deficiências do Poder Legislativo, em razão dos Poderes do Estado devem ser harmônicos entre si, devendo, portanto, trabalhar de maneira ativa para a melhor elaboração das leis na sociedade.

Para o Ministro, os parlamentares representam a população pelo voto que recebem e o Supremo Tribunal Federal faz a "representação argumentativa" da sociedade. A base teórica que fundamenta tal pensamento é a tese do filósofo alemão Robert Alexy para quem os tribunais corrigem distorções do Legislativo.

Para tanto, o STF vem fomentando um ambiente mais democrático com a participação como, por exemplo, de *amicus curie*, fazendo do Tribunal um espaço para a argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições públicas, conferindo, dessa forma, mais legitimidade às suas decisões.

Ora, a tese acima descrita foi pensada e formulada para um contexto jurídico, para um modelo de organização social, bem diversa que a realidade brasileira. Robert Alexy desenvolveu essa teoria diante do agigantamento que os direitos e garantias fundamentais passaram a ter nas Constituições modernas. No Hemisfério Sul, estamos, ainda, formando nossa tradição política, fortemente influenciada pela colonização, em nosso caso, a portuguesa. Estamos praticamente num processo de existencialismo constitucional, reconhecendo que somos tutelados por uma ordem constitucional, repleta de garantias, e, aos poucos, vamos nos reconhecendo como integrantes do processo político, legitimadores da vigente Carta Constitucional e destinatários de diversos direitos e garantias.

Atualmente, os Poderes do Estado passam por uma crise de identidade justamente porque se encontram num processo de auto-conhecimento. E, nesse processo, a influência da sociedade é primordial.

Quanto à manifestação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, acima reproduzida, é preciso, nesse caso, efetivar o maior legado de Derrida. É preciso realizar a tarefa de desconstrução.

Observa-se que se trata de um ato de imposição de um entendimento construído argumentativamente e que pode muito pouco refletir os reais interesses da sociedade como legitimadora das decisões estatais. Trata-se, portanto, de um espectro do Poder Moderador de outrora, pois a solução das deficiências do Legislativo brasileiro não se resolve pela efetiva participação do Poder Judiciário, mas com o fomento das práticas realmente democráticas e no desenvolvimento de uma cultura política, que a esmagadora maioria da população brasileira jamais possuiu.

Não se está diante da nobre tarefa de reunir o que babelicamente foi separado, ou seja, a tradução aqui não se refere à simples inserção de uma teoria em um ordenamento jurídico diverso para o qual foi, inicialmente, formulada.

Com a utilização descontextualizada dessa teoria, corremos o risco de observar a mitigação e a relativização de direitos e princípios constitucionais, em nome de uma pretensa racionalidade, alcançada através da argumentação. Eis o grande legado da filosofia de Derrida: através da desconstrução trazer à luz as próprias contradições do objeto analisado.

O caso notório citado pela imprensa nacional traduz, em sua essência, a redução a função do Legislativo no Brasil, ampliando sobremaneira o papel do Judiciário, tudo isso através da utilização de discursos carregados de fortes valores argumentativos[15]. Por argumentos, persuade-se, convence-se da necessidade de determinada decisão em detrimento de outra. Dessa forma, não há propriamente o fomento das instituições democráticas, pois se existe o Judiciário com poder para atuar como órgão responsável por suprir todas as lacunas legislativas[16], não há que se falar no fomento de uma cultura política na população brasileira que capacite, a longo prazo, a conscientização e a melhoria da atuação do Legislativo no Brasil.

Derrida nos adverte que o tradutor implementa sua marca na tradução e, portanto, não há que se falar em uma tradução totalmente descompromissada com o original. As línguas foram, divinamente, separadas e, agora, não há como obter o perdão de Deus pela pretensão humana de construir a Torre de Babel. Assim, o original tornase tributário da tradução. Eis um grande risco. No caso do Supremo Tribunal Federal, um grande risco à própria democracia.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção teórica de Robert Alexy possui grande relevância para a afirmação e consolidação de uma cultura jurídica pautada na valoração de elementos negligenciados pelo positivismo jurídico como a moral, os valores e os princípios constitucionais.

Todavia, o julgador ao implementar a tarefa da ponderação entre princípios constitucionais conflitantes pode estar exercendo um legítimo ato de violência se sua atuação se pautar, apenas, num cálculo matemático. É preciso muito mais que isso. Derrida nos adverte que o compromisso deve ser, de fato, com o justo, com os interesses das partes envolvidas e que buscam no Direito a melhor solução para seus conflitos.

É preciso avançar em relação ao dogma da racionalidade, pois decisões formuladas com base em argumentações podem ocultar os reais interesses que, de fato,

influenciaram na tomada da decisão. O apego à racionalidade pode importar na aplicação legítima de uma violência por parte da autoridade. Convencer-se de que por meio de uma argumentação tida como racional fornece a base para que o julgador faça a decisão mais justa, trata-se de verdadeiro simulacro e aporia. Eis, portanto, a importância do diálogo com a filosofia. E mais/com a filosofia de um dos pensadores mais criticados da chamada pós-modernidade.

Derrida nos aguça o prazer de penetrar no texto. Fazer o texto falar por si. Instigar até que seus espectros se revelem. Para os grandes lingüistas, que aqui cito o seu maior representante, Ferdinand de Saussure, a língua falada é a que mais se aproxima da verdade. Eis uma grande ilusão da modernidade, já que a língua escrita traz em si muito mais do que está propriamente escrito. Derrida nos adverte disso e daí a necessidade desse tipo de leitura para o Direito. É preciso trazer à luz o que, de fato, está dissimulado nas decisões judiciais, é preciso que julgadores tenham compromissos com as pessoas envolvidas no caso. É para elas que o Judiciário existe e não para outros interesses que, discursivamente e argumentativamente (ou melhor, "racionalmente"), convencem e persuadem o julgador.

Os fenômenos jurídicos são, por natureza, complexos, todavia a modernidade imprimiu a árdua tarefa de torná-los simples, homogêneos e desprovidos de toda a inerente complexidade. Mister resgatar e reconhecê-los como tal. É preciso avançar em relação à mera "máquina de calcular" como nos advertiu Derrida.

A técnica da ponderação reflete, incontestavelmente, uma nova fase do Direito. Contudo, direitos fundamentais não podem ser relativizados em nome da racionalidade e do cálculo promovido na apreciação de seus elementos como a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Derecho y razón práctica.** México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002.

_____. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade.** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris. vol. 16, n. 2, jun 2003, p. 131-140.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia.** Tradução de Mirian Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla

Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Torres de Babel.** Tradução de Junia Barreto. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral.** 20. ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2000.

SILVA, Vírgílio Afonso da Silva. **Princípios e regras:** mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. p. 607-630, 2003.

[1] Cite-se, a título meramente exemplificativo, os seguintes julgados: ADI 2716-6/RO, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 07/03/2008; ADI 3070-1/RN, Relator Ministro Eras Grau, DJ de 19/12/2007; ADI 3305-1/DF, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 24/11/2006; ADI 3112-1/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 26/10/2007; ADI 3689-1/PA, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 29/06/2007; ADI 2240-7/BA, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 03/08/2007; ADI 3489-8/SC, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 03/08/2007; ADI 3316-6/MT, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 29/06/2007; AC0 876-MC-Agr/BA, Relator Ministro Menezes Direito, DJ de 01/08/2008.

[2] A imagem acústica, ou seja, a impressão psíquica do som na reprodução de um signo.

[3] O conceito da representação do signo.

[4] ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica.** México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002. p. 13 (tradução nossa).

[5] _____. **Constitucionalismo discursivo.** 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

[6] Segundo Alexy, os direitos fundamentais são considerados como o núcleo de todo o constitucionalismo discursivo e propõe que os direitos do homem e os direitos fundamentais possuem uma relação estreita. Os direitos do homem possuem como características os seguintes aspectos: são (i) universais, (ii) fundamentais, (iii) preferenciais, (iv) abstratos e (v) morais. Já os direitos fundamentais, por outro lado, são

os direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito de positivizar os direitos do homem. A positivação não anula os direitos do homem, mas confere validade jurídica a eles. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 10.

[7] ALEXY, op. cit., p. 16 (tradução nossa).

[8] Conforme leciona Alexy, “o princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. [...] O balanceamento sujeita-se a um terceiro sub-princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal). ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Ratio Juris. Vol. 16. n. 2. jun 2003, p. 135-136.

[9] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 07-08.

[10] DERRIDA, op. cit. P. 47.

[11] DERRIDA, op. cit., p. 49 (grifo do autor).

[12] DERRIDA, op. cit., p. 51 (grifo do autor).

[13] DERRIDA, op. cit., p. 51 (grifo do autor).

[14] Trata-se de uma referência que Derrida utiliza a respeito da passagem bíblica, constante no livro de Gênesis que relata a revolta organizada pelo líder tirano, cujo intento era construir a Torre de Babel para unir a terra ao céu, a fim de centralizar o poder e os povos até então reunidos. Em sua ira, Deus dispersa os povos, dando-lhes línguas diferentes, frustrando, dessa forma, o intento contralizador do tirano.

[15] Ingeborg Maus, em excelente artigo intitulado *Judiciário como superego da sociedade*, a partir da experiência do Tribunal Constitucional alemão e utilizando elementos da psicanálise, apresenta uma relevante crítica à atividade de controle normativo judicial que acaba por contribuir para a perda da racionalidade jurídica ou mesmo para racionalizações autoritárias, quando assim se manifesta "*Legibus solutus*": assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição "corretamente interpretada", podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma "ordem de valores" submetida à Constituição". (...) A prática judiciária quase religiosa

corresponde uma veneração popular da Justiça, como superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações "naturais" da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**. Novos Rumos, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento-CEBRAP, n. 58, p. 184-202, novo 2000. p. 192.

[16] Atualmente, a grande crítica tecida em relação à posição tomada pelo STF é em relação à Súmula Vinculante nº 13 que trata da vedação ao nepotismo em todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ora, o fundamento da Súmula deve-se eminentemente pela omissão legislativa a respeito do tema. Nesse caso, trata-se de total interferência nas decisões administrativas pelo Poder Judiciário como meio de impor o respeito e à observância ao princípio da moralidade contido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Além de configurada intervenção de um Poder sobre o outro, o artigo 103-A da Constituição Federal exige que para a edição de súmulas vinculantes baseiem-se em reiteradas decisões. Apesar da Constituição não fixar o número preciso de decisões que sirvam como parâmetro preciso, ocorre que o STF editou a referida Súmula Vinculante após apenas dois pronunciamentos sobre o tema e levando em consideração alguns poucos precedentes. Verifica-se que tal decisão fundamentou-se muito mais na observação da reiterada tradição de nepotismo em todos os Poderes constituídos no Brasil, do que propriamente uma análise aprofundada, fortemente discutida, de precedentes judiciais que, por força do artigo 103A da CF/88, permitem a edição de súmulas vinculantes. Ademais, fazendo, nesta ocasião, uma leitura desconstrutora, fomentar a simplicidade, o esgotamento da complexidade é uma situação que se torna mais "adequada" às autoridades comprometidas em se utilizar do Direito para impor a violência, uma vez que impor uma decisão dessa natureza é muito mais simples, do que enfrentar e fomentar o profundo diálogo social, capaz de trazer à tona a tradição patrimonialista e clientelista tão presente na formação política brasileira e, dessa forma, culturalmente promover uma mudança de entendimento em relação à coisa pública. Sobre a tradição política brasileira, " ... poder definir o coronelismo como umas instituições imaginárias centrais da sociedade brasileira. Foi a instituição imaginária que permitiu durante longo tempo a existência histórica dos mais diversos personagens políticos, dotando-os de significação. A sobrevivência do coronelismo até hoje é devida à profunda impregnação das práticas sócio-políticas brasileiras pelo imaginário do coronel. (...) Os coronéis são, de fato, criadores de códigos de comportamento social bem brasileiros, numa sociedade fechada à cidadania e centrada nas grandes famílias oligárquicas". GUALBERTO, João. **A invenção do coronel**: ensaio sobre as raízes do imaginário político brasileiro. Vitória: SPDC/UFES, 1995. p. 15.

**CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE PARTICIPATIVA: DEMOCRACIA E
CIDADANIA COMO PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A
CONCRETUDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL**

**CONSTRUCTING A PARTICIPATIVE SOCIETY: DEMOCRACY AND
CITIZENSHIP AS NECESSARY PREMISES TO THE CONCRETENESS OF
PUBLIC POLICIES OF SOCIAL INCLUSION**

**Janaina Machado Sturza
Charlise Paula Colet**

RESUMO

A análise da realidade societária brasileira revela dois vieses: uma economia moderna, porém, do outro lado, milhões de pessoas excluídas de seus direitos, bem como dos serviços proporcionados pelo Estado aos seus “cidadãos”. Tal disparidade é consequência dos processos de exclusão operados pelo sistema, pelos quais setores antes incluídos foram expulsos e marginalizados por processos de mudança social, econômica ou política, ou, ainda, de processos de inclusão limitada, em que o acesso ao emprego, renda e benefícios de desenvolvimento econômico ficam restritos a determinados segmentos da sociedade. Assim, o presente artigo estuda o papel do Estado como poder de influência exercido sobre a vida dos indivíduos que vivem sob suas normas, bem como analisa a democracia e a cidadania, a partir da participação social, como elementos de concretização de políticas públicas. Desta forma, verifica-se que a participação social é um mecanismo de garantia da efetiva proteção social contra riscos e vulnerabilidades, tendo um papel relevante na democratização da gestão e da execução de políticas sociais, visto que assegura a presença de múltiplos atores sociais, seja na formulação, na gestão e implementação, bem como no controle de políticas sociais. No contexto atual, há a necessidade de implementação de políticas públicas na medida em que um canal de comunicação do Estado com a sociedade permite a interferência e regulação do fluxo da vida cotidiana a partir do estabelecimento e metas e diretrizes como forma de efetivação plena dos direitos, gerando uma maior qualidade de vida dos cidadãos e exercício de sua cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS. DEMOCRACIA. CIDADANIA. PARTICIPAÇÃO POPULAR. INCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

The analysis of the Brazilian social reality reveals two contents: on one side, a modern economy and on the other side, millions of excluded people of their rights, as well as from the proportionate services by the state to its citizens. This disparity is a consequence of the exclusion processes operated by the system which the included sectors were expelled and marginalized by the social, economical or political change

processes or even from the limited inclusion processes, in which the job access, income and benefits of the economical development are restricted to determined society groups. So, the present paper studies the State role as an influence power practiced on the individuals lives that live under its rules, and analyzes the democracy and the citizenship through the social participation as elements of public policies concretization. In this context, it is verified the social participation as a mechanism of guarantee of effective social protection against risks and vulnerabilities, presenting a relevant role in the management democratization and the execution of social policies due to the fact that secures the presence of multiple social actors in the formulation, management and implementation, and control the social policies. In the present context, it is necessary to implement public policies as a communication channel of the State with the society to allows the interference and governance of the daily life flux though the establishment of objectives and guidelines to face a plenum effectuation of rights resulting on a higher quality of citizens life and exercise of their citizenship.

KEYWORDS: PUBLIC POLICIES. DEMOCRACY. CITIZENSHIP. POPULAR PARTICIPATION. SOCIAL INCLUSION.

Considerações iniciais

A democracia na sociedade contemporânea apresenta-se como uma forma universal de inclusão. Essa inclusão *democrática* tem algumas peculiaridades, pois se por um lado entende-se o modelo de democracia como sendo aquele que está fundado na representatividade de governos, sobre o desenvolvimento de eleições multipartidárias e livres, sobre a igualdade do voto, sobre o direito das minorias, sobre o reconhecimento de liberdades individuais e coletivas; por outro lado vê-se que esta forma de inclusão democrática ainda não é plena, mas é um processo complexo que necessita de políticas públicas eficientes que busquem a consolidação dos direitos sociais e o devido exercício da cidadania.

Desta forma, o Estado Brasileiro, enquanto promotor de políticas públicas,^[1] se caracterizava até o início dos anos 80 pela centralização decisória e financeira na esfera federal, cabendo aos Estados e municípios o papel de executores das políticas formuladas centralmente. Outra característica importante era a fragmentação institucional, além do caráter setorial, marcados pela exclusão da sociedade civil no processo de formulação das políticas, da implementação dos programas e do controle da ação governamental.^[2]

Nesse sentido, o debate sobre a reforma da ação do Estado na área social ganhou impulso nos anos 80, no âmbito do processo de democratização do país. A agenda de reforma que então se definiu, inspirando iniciativas inovadoras por parte de governos estaduais de oposição e se consolidando na Constituição de 1988, teve como eixos a

democratização dos processos decisórios e a equidade dos resultados das políticas públicas.

Assim, a partir da *Constituição Cidadã*, as políticas públicas passaram a ter outra conotação, uma vez que, finalmente, intensificou-se um movimento mais abrangente de reforma, envolvendo iniciativas de todas as esferas de governo. Intensificaram-se, sobretudo, as ações de governos municipais, que ampliaram significativamente suas políticas públicas sociais, promovendo ainda programas voltados ao desenvolvimento local.

As políticas públicas, enquanto programas de ação governamental voltados à concretização de direitos, carregam um componente finalístico, que é assegurar a plenitude do gozo da esfera de liberdade a todos e a cada um dos integrantes do povo. Em outros termos, as políticas públicas devem ter como objetivo a justiça social de fato, uma vez que derivam de ações governamentais voltadas à concretização de direitos que realmente incluam e que sejam baseados na fraternidade e no pacto entre iguais,^[3] emergindo deste processo a concretização da cidadania através da democracia.

A democracia no Estado de Direito: uma releitura necessária

A partir de um ponto de vista histórico, o conceito de democracia foi derivado da revolução, associado ao que hoje chamaria-se democracia social. Centrada no tema da igualdade (econômica e social) e assumida como um princípio ético de organização social, cuja ênfase está colocada no que a sociedade oferece para o desenvolvimento dos indivíduos (liberdade positiva), é capaz de homologar, em última instância, a democracia política com liberdade.^[4] Nesse sentido:

(...) as relações políticas da era moderna são marcadas pelos índices e âmbitos de racionalidade presentes na organização e justificação do poder político e sua vinculação com o social. Daí a tese de que o princípio da soberania popular só pode ser realizado, como quer Habermas, pressupondo-se um uso público da razão por todos os cidadãos e entre eles e as suas representações.^[5]

Desta forma, a democracia assume posição de grande dimensão na sociedade contemporânea, já que vive-se em uma única sociedade e que os eventos que ocorrem em qualquer parte do mundo afetam toda a sua estrutura de funcionamento. Por isso, é importante ter-se presente a pluralidade social, sem esquecer a diferenciação funcional que é um importante fator para a democracia.

Por conseguinte, pode-se observar e analisar a democracia no sentido do conjunto de procedimentos legítimos para redistribuir o poder na sociedade, sem necessidade de prejudicar nada sobre os conteúdos das formas institucionais atuais e futuras, superando as gastas discussões de valores sobre o *dever ser* do sistema político e da democracia, em uma tarefa árdua, para ser desenvolvida de forma consciente e comprometida com os interesses de toda a coletividade, de forma a abarcar toda a esfera pública.

Logo, o Estado Democrático Brasileiro passa por inúmeras crises dentro as quais a da legitimação das instituições tradicionais da democracia contemporânea, pois sua intervenção não consegue acompanhar as evoluções da sociedade. Ela surge “quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas”.^[6] Entretanto, ao lado da crise de legitimação, ainda existem pelo menos mais duas, a da identidade e a da eficácia. As duas se encontram entrelaçadas, pois a identidade das instituições públicas ou privadas não conseguem mais

distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como meros instrumentos de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo; em nível de eficácia, por terem perdido sua legitimidade e sua identidade, não conseguem - e sequer priorizam -, atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representam oficialmente.^[7]

Neste linear, nos surge a seguinte indagação: De que modo analisar as particularidades da democracia na sociedade contemporânea, como estrutura de um sistema político que foi se diferenciando ao longo do processo evolutivo? E como esse processo pode ser descrito? Evidente que estes questionamentos pressupõem um conjunto de relações que estão interligadas, pois supõe que o caráter de certos fenômenos se desenvolveu na sociedade, como a violência institucionalizada, o clientelismo, a exclusão e a corrupção política, o que demonstra as dificuldades e as resistências à diferenciação funcional, a qual encontra oposições por parte das estruturas hierarquizadas e estratificadas que permanecem sedimentadas na nossa sociedade.

Portanto, o conflito entre Estado e mercado, de um lado, e as estruturas interativas do mundo da vida, de outro, leva este último a se organizar em movimentos sociais fundadores da democracia que, para Habermas, é a institucionalização no sistema

político das sociedades modernas dos princípios normativos da racionalidade comunicativa.[8] A esfera pública é o local de disputa entre os princípios divergentes de organização da sociabilidade e é a instância geradora de decisões coletivas e legitimadoras da democracia.[9]

Desse modo, a existência de um espaço público não-estatal é, assim, condição necessária da democracia contemporânea, que sofre hoje uma profunda crise de legitimidade. Enfrentar os desafios de aperfeiçoar os instrumentos de governabilidade e criar novas estruturas de governança são requisitos necessários para superar a crise atual da democracia representativa. Ambos são necessários para a existência da democracia nas sociedades complexas para o controle democrático do Estado pela sociedade, garantindo-se a expressão da vontade política dos cidadãos e não apenas o interesse do mercado.

Neste sentido, ressalta-se que a existência da exclusão social e da marginalização são conseqüências de vários fatores, entre eles o fato de o Estado estar muito mais a serviço do econômico do que do social no contexto contemporâneo, fazendo com que a coletividade, ou seja, a sociedade civil, seja responsável pela busca da concretização de seus direitos, tornando-se depositários da vontade soberana popular.[10]

Assim, o processo de construção da democracia, sobretudo, tem sido tradicionalmente analisado pela ótica da relação entre Estado e sociedade política. Mais recentemente, porém, com a nova dimensão quantitativa e qualitativa das associações da sociedade civil, o processo de democratização começou a ser visto como processo de mudança na cultura política, nas práticas sociais e nas formas de ação coletiva.

Hoje, deve-se repensar a democracia sob as condições de globalização para tornar responsabilizáveis as forças transnacionais que se esquivam de qualquer regulação democrática. Contudo, a aposta na globalização da democracia é criticada pelos céticos, que sob influência marcante do realismo, questionam a necessidade, possibilidade e desejabilidade da democratização da ordem mundial em função dos impedimentos estruturais iminentes e da ausência de ética democrática no sistema internacional, no qual a segurança e a paz só podem ser garantidas por equilíbrios de poder.[11]

Todavia, a democracia não trouxe somente o fortalecimento do poder de decisão da sociedade frente ao Estado, mas também a reestruturação econômica, a crescente liberalização e as privatizações. Deste modo:

A economia exige do Estado a necessidade de aumentar a eficiência e isso leva a administração a se tornar cada vez mais burocrática e obsoleta, sendo obrigada a implantar o sistema gerencial, baseado na “descentralização, no controle de resultados e não no controle de procedimentos, na competição administrativa e no controle social direto.”[12]

Logo, a democracia política não resolveu os problemas sociais e econômicos, aumentando ainda mais as desigualdades e o desemprego. Vários direitos conquistados no decorrer da história passaram a ser prestados com qualidade inferior, entre esses a educação, a saúde, o saneamento básico, entre outros. Já quanto aos direitos políticos, a Carta Constitucional trouxe grandes e prosperas alterações.[13]

Porém, a democracia brasileira ainda se encontra cinzenta, mas em compensação a sociedade civil está em crescente ascensão em seu senso de cidadania. Por conseguinte:

Entre as novas transformações dentro do contexto da cidadania, podemos destacar a atenção despendida a alguns segmentos antigamente excluídos, como crianças e adolescentes, idosos, bem como a novos temas como a ética na política e a participação da sociedade e das instituições políticas, ONG’s, movimentos sociais, terceiro setor e o contexto da organização social de uma forma geral. [14]

Em verdade, a democracia opera na prática como um mecanismo de modernização, filtração e decantação dos processos do poder e por isso ela é um procedimento mais lento quanto às tomadas de decisões.[15] Neste sentido, faz-se necessário que a sociedade civil participe mais das decisões públicas como forma de exercer sua cidadania, buscando minimizar as conseqüências trazidas pela globalização no campo social, sob pena de termos nossos direitos restringidos, agravando-se a exclusão e a desigualdade social.

Desse modo, a realidade social transcende o todo, inclusive nosso país. A busca pela democracia efetiva acaba gerando processos que manifestam a intenção da construção de uma cidadania aberta, onde os cidadãos possam participar e controlar a gestão pública, com dimensões não só suficientes, mas necessárias para garantir a construção democrática. A democracia, portanto, caracteriza-se como a síntese do exercício do poder político exercido pelo povo, através dos princípios da igualdade e da liberdade, pois a democracia não pode existir desvinculada dos Direitos Fundamentais, uma vez que ela própria, para ter eficácia, necessita destes direitos.

Direitos e deveres em uma sociedade participativa: a *cidadania* em discussão

A história da cidadania no Brasil está diretamente relacionada ao estudo histórico da evolução constitucional do País. A Constituição imperial de 1824 e a primeira Constituição republicana de 1891 consagraram a expressão *cidadania*. Mas foi a partir de 1930 que ocorreu uma nítida distinção nos conceitos de cidadania, nacionalidade e naturalidade. Desde então, nacionalidade refere-se à qualidade de quem é membro do Estado brasileiro e o termo *cidadania* tem sido empregado para definir a condição daqueles que, como nacionais, exercem direitos políticos.[16] Nesse sentido, a cidadania pode caracterizar-se como:

um espaço de participação pública efetivo, gestando instrumentos e mecanismos concretos de ação social, gerando da forma mais consensual possível as normas de conduta e comportamento pessoal e institucional que formatam a Sociedade Civil. Com tal espectro, a cidadania contemporânea, em verdade, tem alterado o significado de participação política enquanto direito fundamental, deslocando-se para uma concepção mais inclusiva de formação discursiva da vontade coletiva; não se restringindo mais a um campo político estritamente definido pelos *locus* oficiais de poder (Estado, Sufrágio, Partidos Políticos, etc.). [17]

No Brasil a trajetória da cidadania é indissociável do processo de desenvolvimento dos direitos humanos. São facetas de uma mesma história da humanidade em busca de aperfeiçoamento das instituições jurídicas e políticas para garantia da liberdade e da dignidade humana.[18] Em verdade é uma história de lutas pelos direitos fundamentais da pessoa, lutas marcadas por massacres, violência, exclusão e outras variáveis que caracterizam o Brasil desde os tempos da colonização e que, na realidade, tem como único fim a conquista de direitos que legitimem o devido exercício da cidadania.

Na última década do século XX assiste-se, em todo o mundo, a uma multiplicação dos estudos sobre o tema da cidadania, enviando-se um grande esforço analítico para enriquecer a abordagem conceitual da noção de cidadania. O conceito de cidadania, enquanto direito a ter direitos, foi abordado de variadas perspectivas. Entre elas tornou-se clássica, como referência, a concepção de Thomas H. Marshall, que em 1949 propôs a primeira teoria sociológica de cidadania ao desenvolver os direitos e obrigações inerentes à condição de cidadão.[19]

Por conseguinte, sobre o efetivo exercício da cidadania ainda se está traçando e conquistando caminhos. Avanços importantes já foram alcançados, se levar-se em consideração que a segunda metade do século XX foi marcada por avanços sócio-políticos importantes como o processo de transição democrática, a volta de eleições diretas e a promulgação da Constituição de 1988, notadamente chamada de *Constituição Cidadã*.

Esta Carta trouxe como inovação o direito dado ao cidadão de apresentar projetos de lei, por meio de iniciativa popular, tanto ao Legislativo Federal quanto às Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. Foi assegurado também o direito de participar de plebiscito ou referendo, quando forem feitas consultas ao povo brasileiro sobre projetos de lei ou atos do governo. Além disso, foi atribuído também aos cidadãos brasileiros o direito de propor certas ações judiciais, denominadas garantias constitucionais, especialmente previstas para a garantia de direitos fundamentais. Entre essas ações estão a Ação Popular e o Mandado de Segurança, que visam impedir abusos de autoridades em prejuízo de direitos de um cidadão ou de toda a cidadania.[20]

Hodiernamente, nunca se falou tanto sobre cidadania como nos últimos anos. Mas afinal, o que é cidadania? Segundo o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “cidadania é a qualidade ou estado do cidadão”, entende-se por cidadão “o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”. No sentido etimológico da palavra, cidadão deriva da palavra *civita*, que em latim significa cidade, e tem seu correlato grego na palavra *politikos* – aquele que habita na cidade. A palavra *cidadania* foi usada na Roma antiga para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. [21]

Em uma abordagem jurídica, cidadania é a condição da pessoa natural que, como membro de um Estado, se acha no gozo dos direitos que lhe permitem participar da vida política. A cidadania é, portanto, o conjunto dos direitos políticos de que goza um indivíduo e que lhe permitem intervir na direção dos negócios públicos do Estado, participando de modo direto ou indireto na formação do governo e na sua administração, seja ao votar (direto), seja ao concorrer a cargo público (indireto).[22]

Por conseguinte, um Estado Democrático só se torna efetivo quando as relações de poder estiverem estendidas a todos os indivíduos, no qual todas as regras e procedimentos estejam demarcados, para que deste modo alcancem a participação e interlocução com todos os interessados, inclusive pelas ações governamentais,[23] uma vez que:

ser democrático, pois, deve-se contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, o atendimento às demandas públicas da maior parte possível da população.[24]

Desta forma, a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Por extensão, a cidadania pode designar o conjunto das pessoas que gozam daqueles direitos.

Neste sentido, por exemplo, pode-se dizer que todo brasileiro, no exercício de sua cidadania, tem o direito de influir sobre as decisões do governo. Mas também se pode aplicar isso ao conjunto dos brasileiros, dizendo-se que a cidadania brasileira exige que seja respeitado seu direito de influir nas decisões do governo e nesse caso se entende que a exigência não é de um cidadão, mas do conjunto de cidadãos.[25] Portanto:

[...] a concepção de poder e de governo atrela-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico e social, o papel do cidadão é o mais elevado a que um indivíduo pode aspirar. O exercício do poder pelos cidadãos, nos estritos termos da Lei e neste período histórico, é a única forma legítima pela qual a liberdade poder ser sustentada e efetivada.[26]

É importante assinalar que os direitos da cidadania são, ao mesmo tempo, deveres. Pode parecer estranho dizer que uma pessoa tem o dever de exercer os seus direitos, porque isso dá a impressão de que tais direitos são convertidos em obrigações. Mas a natureza associativa da pessoa humana, a solidariedade natural característica da humanidade, a fraqueza dos indivíduos isolados quando devem enfrentar o Estado ou grupos sociais poderosos são fatores que tornam necessária a participação de todos nas atividades sociais,[27] uma vez que ser cidadão é ter consciência não só dos seus direitos, mas também dos seus deveres, emergindo deste processo o devido exercício da cidadania.

Logo, faz-se necessário demarcar os novos espaços de comunicação política e dos novos instrumentos de participação, pois assim alcançar-se-á uma melhor eficácia quanto ao exercício de gestão dos interesses da coletividade, expandindo a democracia, de forma que a construção social alcance a cidadania contemporânea, que passa a ser representada por novos sujeitos sociais, muito mais conscientes do papel a ser desempenhado.[28] Ressalte-se, nesse contexto, que:

A gestão pública democrática de direito deve ter como base a participação efetiva de todos os membros da sociedade, para que todos tenham capacidade de participar, de ser parte do discurso, porque e se assim não for, ocorre uma crise de identidade, legitimidade e eficácia das instituições representativas do Estado. (...) Administração Pública brasileira, fechada em circuitos de poderes institucionais (Executivo, legislativo e Judiciário), como único espaço legítimo de deliberação e execução do interesse

público, o que não mais ocorre em razão da própria falência do modelo endógeno de representação política tradicional vigente até hoje.[29]

Portanto, a coletividade, neste sentido, deve buscar na Administração Pública a sua interação com a mesma, salientando a garantia de um espaço público de enfrentamento de todos os problemas sociais, culturais, políticos e econômicos, acolhendo desta forma “a deliberação e a execução das políticas públicas norteadoras das ações públicas voltadas à comunidade como um corpo político orgânico e ativo”. É este viés que deve ser seguido, no sentido de criar “condições objetivas e subjetivas para que a participação política da cidadania seja condição de possibilidade da Administração Pública Democrática”. [30]

Assim, com a verdadeira participação da maioria da população, as decisões compartilhadas entre a administração pública e a sociedade se tornarão mais efetivas, transparentes e justas, em um espaço onde se construirá a cidadania, logo, isso resultará em políticas públicas mais eficientes, concretizando desta forma a inclusão social, que surge a partir dessa “capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados, cujas bases filosóficas e operacionais precisam ser pensadas e executadas (...)”. [31]

As políticas públicas de inclusão social na contemporaneidade

A ressurreição do conceito de sociedade civil, as idéias de democracia e de uma esfera da opinião pública como um espaço universal de entendimento racional são algumas das buscas recentes para dar saída a impossibilidade dos sistemas jurídicos e no caso da democracia, para dar resposta às exclusões sociais. Dentro destas perspectivas, os sistemas jurídicos proporcionam marcos onde se delibera e constrói o consenso democrático para uma sociedade equitativa e includente, capaz de implementar políticas públicas que resultem, de fato, na justiça social.

Neste sentido, é preciso ampliar as práticas includentes, através da criação e execução de políticas públicas de inclusão social, as quais exijam a mobilização da sociedade civil e do Governo. Tem-se que políticas públicas de inclusão social caracterizam-se pela capacidade de operar incremento na renda da parcela da população menos favorecida economicamente [32] e, também, de propiciarem acesso aos bens e serviços públicos, que devem ser ofertados à população pelos Governos.

Segundo John Rawls, [33] para que haja esta maximização das expectativas dos menos favorecidos, não é necessário um crescimento econômico contínuo, mas é necessária a

reciprocidade, ou seja, “[...] independentemente do nível geral de riqueza, as desigualdades devem beneficiar os menos favorecidos tanto quanto aos demais [...]”,[34] para que se consiga “[...] um equilíbrio sustentável em uma estrutura básica justa, na qual, estando presentes as desigualdades, estas devem beneficiar os menos favorecidos, ou as desigualdades não seriam permitidas [...]”. [35] Portanto, uma estrutura básica justa é pautada em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável, de tal maneira que se consiga diminuir a distância existente entre os pólos ricos e pobres, quiçá eliminando-os, para que se chegue a um nível intermediário satisfatório.

Repensar as políticas públicas, em especial as políticas de inclusão social, que se coadunem com a realidade de um mundo globalizado, não apenas economicamente, mas também no âmbito social é, antes de tudo, analisar o fenômeno da globalização, o qual não deve ser visto apenas sob o prisma econômico. Todavia, é certo dizer que é no campo econômico que surgem as manifestações mais perceptíveis da globalização, mas a questão pode ser percebida e estudada em outras esferas da sociedade, pois mudanças importantes ocorreram também nos campos social, cultural, político e espacial.

Ainda sobre a globalização, analisar os fenômenos sociais vinculados a ela significa aceitar que esse processo modifica substancialmente o alcance dos instrumentos político-jurídicos tradicionais na persecução da inclusão social, na medida em que a complexidade das relações na contemporaneidade[36] modificaram até mesmo a noção tradicional de Estado, cujo modelo deve ser repensado, em prol da sobrevivência da humanidade.

Desta forma, tem-se que até o início do século XX preponderavam, no mundo, as idéias liberais de um Estado mínimo, que apenas mantinha a ordem e a propriedade e agia como regulador natural das relações sociais, sendo que os indivíduos eram percebidos e possuíam suas relações na sociedade de acordo com sua inserção no mercado. Após a crise de 1929, que levou o mundo a um grande colapso, intensificou-se a discussão das questões sociais. O desenvolvimento do capitalismo do tipo monopolista delimitou uma nova vinculação entre o capital e o trabalho, e entre estes e o Estado, “[...] fazendo com que as elites econômicas admittissem os limites do mercado como regulador *natural* e resgatassem o papel do Estado como *mediador civilizador*, ou seja, com poderes políticos de interferência nas relações sociais [...]”. [37]

O Estado, então, avocou para si a responsabilidade de formular e executar políticas públicas econômicas e sociais, ou seja, passou a ser o principal responsável pelas respostas às demandas sociais, tornando-se “[...] arena de lutas para o acesso à riqueza social [...]” [38], porquanto as políticas públicas envolvem conflitos de interesses entre classes sociais, na medida em que as respostas dadas pelo Estado às demandas sociais podem beneficiar alguns, em prejuízo de outros.

Nesta fase, o Estado passou a ser alcunhado de Estado Providência, cabendo-lhe a execução de políticas públicas que dessem conta das mais variadas necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa. Cumprir com este papel exigiu dos Estados enormes investimentos nas áreas sociais, fazendo com que, no final do século passado, diversos deles sofressem um forte ajuste econômico. Passou-se, assim, do paradigma liberal ao que se convencionou chamar de neoliberal, no qual a sociedade civil[39] é convocada a assumir tarefas e responsabilidades sociais que antes cabiam exclusivamente ao Estado, agora incapaz, estrutural e economicamente, de sozinho atender a todas as demandas da complexa sociedade contemporânea, imensamente influenciada e modificada pela globalização e pela explosão populacional.

Assim, acompanhando uma tendência internacionalizada, organizações e movimento social transformam-se em prestadores de serviços sociais das mais variadas naturezas, com recursos externos ou em parceria com o Governo,[40] ou seja, passaram a executar políticas públicas, as quais podem ser definidas como:

[...] un conjunto interrelacionado de decisiones y no decisiones, que tienen como foco un área determinada de conflicto o tensión social. Se trata de decisiones adoptadas formalmente en el marco de las instituciones públicas - lo cual les confiere la capacidad de obligar -, pero que han sido percibidas de un proceso de elaboración en el cual han participado una pluralidad de actores públicos y privados.[41]

Através deste conceito Vallès[42] esclarece que as políticas públicas possuem, portanto, a qualidade de obrigar seus destinatários, pois não versam sobre acordos ou pactuações voluntárias entre aqueles que decidem e aqueles aos quais se destinam as políticas, mas de imposições que se aplicam à comunidade, com base na legitimidade política daqueles. Isso, porém, não significa que políticas públicas resultam de ações unilaterais do Estado, mas, cada vez mais, implicam em uma efetiva participação da sociedade civil. Ainda, não são atividades realizadas de forma gratuita e estéril, ao acaso, mas atividades que objetivam produzir resultados, uma vez que suas resoluções, quer por meio de ações, quer de omissões, são genericamente vinculantes, ou, noutros termos, suas decisões ou não-decisões atingem, direta ou indiretamente, a totalidade da comunidade política.

Considerações finais

A pretensão na construção deste artigo não foi a de concluir-se efetivamente esta abordagem, mas apenas apresentar algumas considerações acerca de questões

observadas ao longo de sua realização. Por conseguinte, sábias são as palavras de Ost quando diz que não se pretende concluir, mas apenas apontar novos questionamentos: “(...) sobretudo, não concluir. Resistir à tentação da última palavra, esse traço feito no final das páginas acumuladas (...). Não, não é preciso concluir. É preciso pelo contrário, abrir o círculo; ei-lo tornado em espiral e turbilhão, circularidade em movimento como a própria vida e as idéias.”[43]

Assim é a pesquisa, não um estudo definitivo, mas sim uma forma de proporcionar reflexões e alternativas para produzir conhecimento sobre assuntos de direta e fundamental importância para o processo de construção e consolidação do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de seus relevantes princípios, efetivando, desta forma, a *cidadania*.

Na sociedade contemporânea, embora existam algumas diferenças nas várias democracias, certos princípios e práticas caracterizam o governo democrático como outras formas de governo. Assim, pode-se conceituar a Democracia como o governo no qual o poder e as responsabilidades são exercidos por todos os cidadãos, diretamente ou através dos seus representantes eleitos.

Portanto, é através do esforço conjunto de toda a parcela da população, bem como dos novos atores sociais e do próprio Estado, que se buscará efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos e conseqüentemente a concretização da cidadania, em um processo de democracia participativa, a qual, em primeira instância, garantirá também a eficácia das novas políticas públicas de inclusão social.

Hoje, em nossa sociedade, não se pode exercer a condição de cidadão sem a devida efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas de inclusão, que devem estar comprometidas com a coletividade, recriando o espaço público e tornando possível a ligação do princípio da igualdade política com o da participação popular em prol do interesse comum. É justamente este processo que reforçará a tese da indissociabilidade do uso da democracia como pressuposto para a conseqüente concretização e fortalecimento da cidadania. Assim tem razão Amartya Sen quando afirma que herdamos do século anterior a democracia como valor universal, mas que a efetivação deste direito universal depende da nossa luta cotidiana.

Referências

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso em: 26 abr. 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA, Ademar Antunes da. Cidadania e direitos humanos no marco do constitucionalismo. In: COSTA, Marli M. M. da. *Direito, cidadania e políticas públicas II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html. Acesso em: 29 nov. 2007.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de administração pública*, v. 35, nº1, p. 119-145, jan-fev 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: _____ (Org.). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do Futuro. In: _____ (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Editora Pioneira, 1998.

MELCHIOR, Gladis Denise. *A extrafiscalidade do ICMS e a instrumentalização de políticas públicas voltadas à consecução da justiça social: uma abordagem dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face do princípio federativo*. 2006. 265f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

OLIVEIRA, Maria Coleta; PINTO, Luzia Guedes. Exclusão Social e Demografia: elemento para uma agenda. In: OLIVEIRA, Maria Coleta (Org.). *Demografia da Exclusão Social*. Campinas: UNICAMP, 2001.

OSÓRIO, Jaime. *Lãs Dos Cara Del Espejo Ruptura y Cambio en la Sociología Latinoamericana*, Triana editores, México 1995.

OST, François. *A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Insituto Piaget, 1995.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organização de Erin Kelly e Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 3. ed. Bari: Laterza, 2005.

PANFICHI, Aldo; CHIRINOS, Paula Valéria Muñoz. Sociedade Civil e Governabilidade Democrática nos Andes e no Cone Sul: Uma Visão Panorâmica na Entrada do Século XXI. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia: Los problemas clásicos*. Madri: Alianza Editorial, 1997.

SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil. A socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

SILVA, Ademir. A política social e a política econômica. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 53, 1997.

SPINK, Peter; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. (Orgs). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Tradução Carolina Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: FVG, 1999.

VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

VIEIRA, Listz. *Os argonautas da Cidadania*. A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcossilviodesantana/cidadania.ht>>. Acesso em 04 dez 2007

[1] “[...] as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados. As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados [...]” BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso em: 26 abr. 2006.

[2] FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de administração pública*, v. 35, nº1, p. 119-145, jan-fev 2001, p. 6-7.

[3] Neste sentido, ver a obra: RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 3. ed. Bari: Laterza, 2005.

[4] OSÓRIO, Jaime. *Lãs Dos Cara Del Espejo Ruptura y Cambio en la Sociología Latinoamericana*, Triana editores, México 1995.

[5] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

[6] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

[7] LEAL, *ibidem*, p. 26-27.

[8] [...] a teoria da comunicação habermasiana pressupõe uma rede de processos comunicativos, tanto dentro como fora do complexo parlamentar e dos seus corpos deliberativos, sustentando a existência de palcos dialogicamente discursivos em que ocorre a formação da vontade e da opinião democrática. Significa dizer que é precisamente o fluxo de comunicação que evolui desde o plano da formação da opinião pública, através de discussões racionais orientadas para o entendimento mútuo, passando pelas eleições democráticas, reguladas por procedimentos que garantem a sua validade e legitimidade democráticas, até o nível das decisões políticas, em forma de lei ou outras deliberações gerenciais e executivas, que assegura que a opinião pública e o poder comunicativo sejam convertidos em poder administrativo, através, justamente, do Direito. LEAL, Rogério Gesta. *Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil*. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 184.

[9] VIEIRA, Listz. *Os argonautas da Cidadania*. A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[10] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

[11] VIEIRA, Listz. *Os argonautas da Cidadania*. A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, *passim*.

[12] SPINK, Peter; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. (Orgs). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Tradução Carolina Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: FVG, 1999, p. 11.

[13] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

[14] SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil*. A socialização política dos jovens na virada do milênio. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, p. 152-155.

[15] SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia: Los problemas clásicos*. Madri: Alianza Editorial, 1997.

[16] Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoosilvioidesantana/cidadania.ht>>. Acesso em 04 dez 2007.

[17] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

[18] COSTA, Ademar Antunes da. Cidadania e direitos humanos no marco do constitucionalismo. In: COSTA, Marli M. M. da. *Direito, cidadania e políticas públicas II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

[19] VIEIRA, Listz. *Os argonautas da Cidadania*. A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[20] DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html>. Acesso em: 29 nov. 2007.

[21] DALLARI, Ibidem.

[22] Disponível em: < <http://pt.shvoong.com/humanities/475324-que-%C3%A9-cidadania/>>. Acesso em: 04 dez 2007.

[23] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

[24] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

[25] DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html>. Acesso em: 29 nov. 2007.

[26] LEAL, 2007, op cit, p. 21.

[27] DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html>. Acesso em: 29 nov. 2007.

[28] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

[29] LEAL, ibidem, p. 41.

[30] LEAL, ibidem, p. 76.

[31] LEAL, ibidem, p. 56.

[32] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organização de Erin Kelly e Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60: O segundo princípio de justiça de Rawls determina que as desigualdades econômicas e sociais “[...] têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença) [...]”.

[33] RAWLS, ibidem, p. 90-91.

[34] MELCHIOR, Gladis Denise. *A extrafiscalidade do ICMS e a instrumentalização de políticas públicas voltadas à consecução da justiça social: uma abordagem dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face do princípio federativo*. 2006. 265f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006, p. 144.

[35] MELCHIOR, Gladis Denise. *A extrafiscalidade do ICMS e a instrumentalização de políticas públicas voltadas à consecução da justiça social: uma abordagem dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face do princípio federativo*. 2006. 265f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006, p. 144.

[36] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do Futuro. In: _____ (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Editora Pioneira, 1998, p. 24.

[37] SILVA, Ademir. A política social e a política econômica. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 53, 1997, p. 190.

[38] SILVA, ibidem, p. 189.

[39] PANFICHI, Aldo; CHIRINOS, Paula Valéria Muñoz. Sociedade Civil e Governabilidade Democrática nos Andes e no Cone Sul: Uma Visão Panorâmica na Entrada do Século XXI. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 305.

[40] OLIVEIRA, Maria Coleta; PINTO, Luzia Guedes. Exclusão Social e Demografia: elemento para uma agenda. In: OLIVEIRA, Maria Coleta (Org.). *Demografia da Exclusão Social*. Campinas: UNICAMP, 2001, p. 17.

[41] VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002, p. 377.

[42] VALLÉS, ibidem, p. 377.

[43] OST, François. *A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 389.

**O ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO NAS CAMPANHAS
ELEITORAIS E O RESPEITO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DA
IGUALDADE**

**EL ABUSO DEL PODER ECONÓMICO Y POLÍTICO EN LAS CAMPAÑAS
ELECTORALES Y LO RESPETO CONSTITUCIONAL AL DERECHO A LA
IGUALDAD**

José Antonio Capelli

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo conhecer o alcance das expressões abuso de poder econômico e abuso de poder político, sempre que tais práticas sejam verificadas no decorrer das campanhas eleitorais a cargos eletivos no Brasil, gerando um desequilíbrio entre os concorrentes. A dificuldade que tem encontrado tanto a doutrina quanto os tribunais, para aplicar as sanções cominadas a tais delitos, em virtude da inexistência de um conceito que efetivamente delimite o alcance da norma, apresenta como uma problemática que exige solução, a fim de evitar a divergência interpretativa por que hoje atravessamos. A busca de uma interpretação que venha ao encontro dos objetivos do legislador e que tenha efetiva aplicação no direito nacional, coibindo abusos e proporcionando igualdade entre os concorrentes, de forma a extirpar as influências oriundas do abuso de poder no voto do eleitor, garantindo a lisura do pleito e a legitimidade do mandato deve ser incessante. Trazemos à baila algumas interpretações doutrinárias e a jurisprudência de nossos Tribunais, que adotam uma linha de pensamento voltada para o verdadeiro espírito da norma. Nesta trilha, demonstra-se que a aplicação da norma que coíbe o abuso do poder no direito eleitoral terá aplicação efetiva apenas quando deixarmos de lado a interpretação restritiva, para buscar o seu verdadeiro significado. Por outro lado, uma questão que merece atenção diz respeito ao custeio das campanhas eleitorais, mediante obtenção de recursos de grande monta, que impõe a desigualdade entre os competidores e fere o sistema representativo. Aos operadores do direito cabe repensar também o modelo de financiamento das campanhas eleitorais, para que direitos fundamentais como a igualdade tenham eficácia.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ELEITORAL; ABUSO DE PODER; ABUSO DE PODER ECONÔMICO; ABUSO DE PODER POLÍTICO; CAMPANHAS ELEITORAIS.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo determinar el alcance de los términos de abuso de poder económico y el abuso del poder político, siempre que esas prácticas son observadas durante las campañas electorales de cargos de elección en Brasil, lo que genera un desequilibrio entre los competidores. La dificultad es que tanto la doctrina

cuanto los tribunales, para viene a aplicar sanciones a estos delitos, es debido a la ausencia de un concepto que define efectivamente el ámbito de aplicación de la norma, se presenta un problema que requiere solución, a fin de evitar divergencias interpretativas. La búsqueda de una interpretación que llega a alcanzar los objetivos del legislador y que tiene aplicación efectiva de la legislación nacional, frenar los abusos y garantizar la igualdad entre los competidores a fin de extirpar las influencias de los abusos de poder en el padrón electoral de la votación, garantizar la fluidez la elección y la legitimidad de la orden debe ser incesante. Traemos algunas interpretaciones doctrinales y jurisprudencia de nuestros tribunales, que tienen una línea de pensamiento hacia el verdadero espíritu de la norma. Este tema muestra que la aplicación de la norma de que frenar el abuso de poder en la ley electoral se aplicará únicamente eficaz si dejamos de lado la interpretación restrictiva, a buscar su verdadero significado. Por otra parte, una cuestión que merece atención se refiere a los gastos de las campañas electorales, mediante la obtención de grandes cantidades de recursos, que impone la desigualdad entre los competidores y dañar el sistema representativo. Los operadores del derecho cabe también repensar el modelo adecuado para la financiación de las campañas electorales, para que los derechos fundamentales como la igualdad son eficaces.

PALAVRAS-CLAVE: LEY ELECTORAL; ABUSO DEL PODER; ABUSO DEL PODER ECONÓMICO; ABUSO DEL PODER POLÍTICO; CAMPAÑAS ELECTORALES.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é trazer à discussão um tema que tem sido debatido no desenrolar das campanhas eleitorais, nas quais ora se imputa ao candidato o abuso do poder econômico, ora o abuso do poder político. Nestas considerações trataremos exclusivamente dos abusos praticados por mandatários ou candidatos a cargos eletivos, que podem influenciar de forma decisiva no resultado do pleito.

A Constituição Federal de 1988, também denominada de Constituição cidadã, trouxe em seu bojo um elenco de pessoas que são inelegíveis, considerados os laços de parentesco e afinidade com detentores de mandatos eletivos, além daqueles inalistáveis e dos analfabetos.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994, acrescentou as expressões probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, com a finalidade de preservar o patrimônio público de eventuais mandatários que pudessem dilapidá-lo.

A questão invocada no presente trabalho consiste em dar especial enfoque ao abuso de poder, seja ele econômico ou político.

A discussão posta visa delimitar o alcance das expressões, traçando balizas que permitam ao intérprete e aplicador da lei conhecer quais os atos que se revestem de

legalidade, estando assim os mandatários autorizados a praticá-los, sem que a eles venham ser imputadas as penalidades prescritas para o abuso.

O tema reveste-se de maior importância na atualidade, em razão do instituto da reeleição hoje vigente no país, em que o candidato permanece no exercício do cargo público e tem à sua disposição todo o poder político que a respectiva função lhe atribui.

A reeleição, na forma hoje vigente, que permite ao mandatário permanecer no cargo enquanto realiza a campanha eleitoral, visando manter-se naquele posto no período subsequente, exige um acompanhamento mais acurado, sempre com o intuito de espargir qualquer interferência que o poder político possa privilegiar o postulante, com a caracterização do abuso do poder político.

O poder econômico, por sua vez, é reconhecidamente um meio de influência e de persuasão de eleitores, provocando desequilíbrio de eleitores, provocando desequilíbrio, sempre com o intuito de espargir qualquer interferência entre as partes em disputa, o que enseja uma postura fiscalizadora rígida sobre as campanhas, aqui também com a finalidade de coibir abusos.

Por outro lado, o aporte de elevados recursos financeiros às campanhas eleitorais, especialmente aqueles oriundos de grandes empresas, representa um desequilíbrio entre os competidores, ainda que essa prática seja corroborada pela legislação vigente. Assim, uma reflexão importante é conhecer a real influência desses recursos no sistema representativo, que mantém as desigualdades ao invés de eliminá-las, chamando a atenção do legislador para aprimorar o sistema democrático brasileiro.

A conclusão que se apresenta é no sentido de que os poderes econômico e político interferem na decisão do eleitor e, mesmo quando autorizado por lei, como é o caso das doações, o aporte de quantias elevadas em nada contribuem para eliminar as desigualdades, merecendo sejam repensadas pelo legislador pátrio, para que não deitem por terra o direito fundamental da igualdade entre os cidadãos.

1. FUNDAMENTO LEGAL

A base legal da ação que busca combater os abusos do poder econômico e/ou político praticados no decorrer das campanhas eleitorais ou em épocas próximas a estas foram inseridas na Constituição Federal, em Lei Complementar e no Código Eleitoral.

A Carta Magna da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, enuncia em seu § 9º do artigo 14:

"§ 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, também conhecida como Lei das Inelegibilidades, assim dispõe:

"Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais."

"Parágrafo único - A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."

"Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou o Ministério Público poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:"

O Código Eleitoral também trata da coibição e punição dos abusos do poder econômico e político, atribuindo legitimidade ao eleitor e aos partidos políticos para denunciar:

"Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

§ 1º. O eleitor é parte legítima para denunciar os culpados e promover-lhes a responsabilidade, e a nenhum servidor público, inclusive de autarquia, de entidade paraestatal e de sociedade de economia mista, será lícito negar ou retardar ato de ofício tendente a esse fim.

§ 2º. Qualquer eleitor ou partido político poderá se dirigir ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, e pedir abertura de investigação para apurar uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou de partido político."

Para não estendermos a enumeração de leis ou de Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que regulamentam especialmente as formas de contribuição para as campanhas eleitorais, cumpre esclarecer que hoje há normatização para a realização de

doações a partidos e candidatos, sendo que estes estão obrigados a prestar contas dessa movimentação financeira à Justiça Eleitoral.

Reconhecemos que tais medidas não eliminam por si só a ocorrência de abusos, inclusive por meio de doações não contabilizadas, contudo é um avanço no controle de gastos e cabe aos partidos políticos envolvidos com o processo eleitoral, bem como a todos aqueles que tenham conhecimento dessas ilicitudes, denunciar à Justiça Eleitoral quaisquer práticas que possam interferir na vontade do eleitor.

2. ABUSO DE PODER

A caracterização do abuso de poder ocorre quando a autoridade, ainda que competente, ultrapassa os limites das atribuições que lhe foram confiadas, desviando, por consequência das finalidades administrativas.

O abuso de poder pode se dar, também, quando a autoridade pratica atos que estão além da sua competência, em desacordo com a lei, ou, ainda, quando arroga para si poderes que não lhe foram atribuídos.

O saudoso jurista Hely Lopes Meirelles traz a lição de Ripert, que afirma ser o abuso de poder uma regra inspirada na moral que deve nortear a administração pública, e não uma regra de responsabilidade^[1].

Transportando tais ensinamentos para o campo do Direito Eleitoral, a dificuldade que se apresenta para a caracterização da conduta abusiva, ou ainda, para se auferir a ocorrência do efetivo desequilíbrio entre os candidatos não é tarefa das mais simples, especialmente quando um dos concorrentes é detentor do próprio cargo em disputa, em razão da dificuldade em dissociar as figuras do candidato e do mandatário. Tal assertiva pode ser encontrada na jurisprudência que assim enuncia: "Entendo que aqui se confundem as figuras do candidato e do governador, sendo impossível dissociar-se uma de outra, uma vez que o candidato à reeleição não necessita se afastar do exercício do cargo" (Ac. nº 733, JTSE 2/2004, p. 110).

O ilustre Corregedor Regional Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina assim se pronuncia:

"Por força de princípios constitucionais fundamentais, somos uma democracia representativa fundada no pluralismo partidário e político. A legitimidade do sistema depende da lisura do processo eleitoral. Esta, por sua vez, somente se alcança quando o processo é isento dos vícios do abuso do poder econômico, do abuso do poder político, da fraude e da corrupção. O pluralismo político e partidário, de seu lado, resulta, sempre, da observância do princípio da igualdade jurídica dos partidos e candidatos, concretizada pela igualdade de oportunidade de participação no processo de formação da vontade popular. No plano político, esta vontade se expressa por meio de eleições periódicas, nas quais o sufrágio seja universal e a manifestação de vontade do eleitor, livre de qualquer vício.

Abuso do poder econômico, abuso do poder político (exercício abusivo da função pública), corrupção e fraude designam condutas ilícitas inteiramente diversas. Na verdade, porém, são conceitos indeterminados, que só podem ser classificados com base nos fatos. Tais fatos, entretanto, não poucas vezes, apresentam-se complexos, pois poder econômico poder político, corrupção e fraude se interpenetram de tal forma que pode ser difícil sua exata qualificação jurídica." (MACHADO, 2006)

Abuso de poder pode ser entendido como aquele excesso praticado pela autoridade, ou ainda, como comumente acontece, é a prática de determinado ato que favorece um terceiro, pretendo candidato, em desfavor dos demais, quebrando a igualdade de condições dos concorrentes.

Do mesmo modo que o voto do eleitor deve possuir o mesmo peso no processo de escolha, garantindo a paridade dos votos, os concorrentes também devem competir em igualdade de condições, para que todos tenham igual participação, pois "a liberdade significa que nem aos particulares nem aos Estado é lícito exercer pressões sobre o eleitor no sentido de determinar o conteúdo do seu voto ou mesmo de impedir que ele exerça esse direito" (BASTOS, 1995, p. 110).

Qualquer pressão que interfira na escolha do eleitor, seja ela advinda do poder financeiro dos candidatos ou do poder político, produz uma alteração da vontade e, por consequência, provoca a distorção da representação.

3. ABUSO DE PODER ECONÔMICO

O abuso do poder econômico, como o próprio nome diz, é a conduta abusiva que propicia uma vantagem a um dos concorrentes, tendo como fato gerador do desequilíbrio o emprego de dinheiro nas mais variadas formas.

As contribuições às campanhas eleitorais podem ser constituídas tanto por aquelas regularmente contabilizadas pelos partidos e candidatos, que se revestem de legalidade, como também de outras formas não oficiais. Tanto umas quanto outras podem ser prejudiciais à concorrência e interferir na igualdade entre os concorrentes.

Antonio Carlos Mendes, que grande contribuição prestou não só à Justiça Eleitoral paulista, quando representou o Ministério Público Eleitoral perante o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, mas também a todo o país, assim define o abuso do poder econômico:

"Abuso do poder econômico em matéria eleitoral consiste, em princípio, no financiamento, direto ou indireto, dos partidos políticos e candidatos, antes ou durante a campanha eleitoral, com ofensa à lei e às instruções da Justiça Eleitoral, objetivando anular a igualdade jurídica (igualdade de chances) dos partidos, afetando assim a normalidade e a legitimação das eleições.

Por abuso do poder econômico pode-se entender qualquer atitude em que haja uso de dinheiro em quantidade excessiva e que venha em prejuízo da liberdade de voto." (MENDES, 1988, p. 24-31)

Como já acima exposto, as doações podem ser realizadas tanto por pessoas físicas quanto jurídicas em prol de determinada candidatura. Aliás, a democracia abre espaço para que os integrantes da comunidade possam expressar os seus desejos e interesses, e não pode ser diferente quando se presencia um processo eleitoral, onde a diversidade de idéias e propostas são apresentadas e discutidas. Cada eleitor pode manifestar a sua posição, sua preferência, o mesmo acontecendo também no meio empresarial.

Não se pode olvidar que cada qual opte por uma candidatura, cuja proposta atenda seus interesses particulares, contudo, quando a defesa desses interesses avança além do campo das propostas, especialmente com o desembolso de grandes somas pecuniárias, um valor desproporcional, e que tal atitude, por si só, influencia de forma decisiva na vontade do eleitor, estamos diante do abuso de poder econômico.

O desequilíbrio pode ocorrer de duas maneiras: pela utilização de grandes somas de dinheiro pelo próprio candidato ou mediante apoio realizado por terceiros. A segunda hipótese é a que aparece com maior freqüência e na maioria das vezes de forma dissimulada, tais como a realização de propaganda, a distribuição de brindes, a participação em eventos e festas, entre outras.

O que importa é o favorecimento, o benefício obtido e que o coloca em posição de vantagem sobre os demais concorrentes, independente de tal benefício vir a ser obtido por atos do próprio candidato, ou por atos de terceiros, partidários ou simpatizantes.

Não se pode esquecer que o Brasil está situado entre os países latino-americanos, uma região que avançou democraticamente, apesar das desigualdades existentes que a tornam uma sociedade heterogênea, mas que deve manter uma preocupação contínua com os riscos a que se sujeitam estas sociedades. Convém transcrever aqui um pequeno trecho extraído do livro preparado pelas Nações Unidas com o foco na democracia:

"Pela primeira vez, essas três características convivem e a democracia enfrenta o desafio de sua própria estabilidade, coexistindo com os desafios da pobreza e da desigualdade. Os riscos que derivam dessa situação são diferentes e mais complexos do que os riscos tradicionais do golpe militar de Estado que, por outro lado, não desapareceram totalmente."

"No entanto, apesar dessa experiência ter um caráter particular, é habitual que se pense na América Latina sob a perspectiva da experiência histórica das democracias desenvolvidas, desconhecendo que a estabilidade e a expansão democráticas têm aqui conteúdos e dilemas distintos, resultados de sua própria originalidade. Essas são democracias pobres e desiguais, cujos homens e mulheres, ao mesmo tempo em que consolidam seus direitos políticos, precisam também completar suas cidadanias civil e social." (A Democracia..., 2004, p. 39)

Em sociedades desiguais, em que impera a pobreza, a influência do poder econômico é potencializada pela necessidade que tem o cidadão de obter alguma vantagem em troca da sua escolha. O financiamento da campanha é o meio indispensável para conquistar o voto, com a divulgação das propostas vinculadas ao concorrente, mediante a realização do "marketing" político, que busca solidificar ou modificar a vontade do eleitor.

O financiamento das campanhas está cada vez mais concentrado nas mãos dos conglomerados empresariais, que dispoem de recursos em alta escala, os aplicam em favor de determinados candidatos, gerando um desequilíbrio entre os concorrentes, como bem apontados por líderes latino-americanos:

"Segundo os líderes dos países maiores e dos que têm tradições democráticas mais arraigadas, as limitações têm duas origens. As limitações internas provêm da proliferação de controles institucionais inadequados, assim como da multiplicação de grupos de interesses (em especial empresariais) que funcionam como poderosos lobbies. As limitações externas provêm, basicamente, do comportamento dos mercados internacionais (em especial, mas não exclusivamente, dos financeiros), da vigilância das avaliadoras de risco e do papel dos organismos internacionais de crédito."

"Por sua vez, em países menores ou com tradições democráticas menos arraigadas, os consultados também destacam limitações externas e internas, mas as descrevem de maneira diferente. No âmbito interno, mencionam os grupos de interesses (particularmente empresários e grandes latifundiários), mas os métodos empregados já não são só lobbies, e sim práticas tais como a compra de votos e a 'fabricação' de candidatos. No externo, mencionam a dependência de organismos internacionais de crédito, e acrescentam a desmesurada influência de empresas estrangeiras instaladas nos próprios países." (A Democracia..., 2004, p. 163)

Os meios de comunicação, por sua vez, também exercem forte influência sobre a opinião pública, porque possuem o monopólio da informação e utilizam esta de forma muitas vezes manipulada^[21], pois além do caráter fiscalizador e da transparência que impõem ao administrador público, estabelecem as prioridades, mediante a formação de uma agenda que congrega os interesses empresariais, em detrimento do interesse coletivo.

Uma questão que merece reflexão, apesar de legitimada pela legislação pátria, é o aporte de elevadas quantias financeiras, normalmente advindas de grandes empresas ou instituições financeiras, que por se tornarem um meio indispensável para a conquista do cargo em disputa, acaba por vincular a atuação do eleito aos interesses privados dessas instituições, sempre com prejuízo aos interesses da coletividade.

Enquanto o cidadão dispõe de pequena quantia para participar de uma campanha, grandes empresas alocam elevadas somas de dinheiro, provocando uma desigualdade entre os cidadãos, pois a influência sobre o candidato ocorre na mesma medida em que são canalizados os recursos, ferindo, dessa forma, a igualdade entre os eleitores.

Para Bruno Wilhelm Speck (2004, p. 36): "O que torna o financiamento privado viciado é o montante da contribuição. Isto é problemático sob dois aspectos: se posso contribuir

significativamente mais do que meu vizinho, fica ferido o princípio de equanimidade eleitoral". O citado autor concluiu:

"O problema do financiamento privado não reside na origem privada dos recursos. Esta tem até efeitos benéficos, desde que mantidos determinados patamares máximos quanto aos montantes que se pode doar. O vício está na diferença entre contribuições pequenas, saudáveis, e outras, de valor elevado, que tornam a competição desigual e estabelecem vínculos de dependência, tornando a representação viciada na origem."

O modelo de financiamento vigente, em que as doações são realizadas em percentuais às respectivas rendas dos doadores, não contribui para eliminar as desigualdades e ampliar a cidadania, ao contrário, perpetua a desigualdade existente.

O direito à igualdade entre os cidadãos torna letra morta quando um concorrente a cargo eletivo recebe uma elevada doação, seja em dinheiro ou em bens, primeiro porque a população em geral não detém uma renda que lhe permita custear campanhas eleitorais, que são sustentadas por grandes empresas, e segundo, porque o candidato torna-se comprometido com os interesses dos seus financiadores, com prejuízo para o interesse maior, que é o da coletividade, visto que o sucesso de uma campanha está, na maioria das vezes, diretamente relacionado ao custo da campanha, deixando de ter eficácia o direito constitucional fundamental da igualdade, tanto no que diz respeito ao cidadão eleitor, quanto relativamente aos concorrentes.

Portanto, a influência do poder econômico, mesmo nos casos em que há legalidade no aporte dos recursos, nos leva a concluir que um pequeno grupo, que pode ser chamado de uma classe dominante, exerce forte influência sobre os eleitos e direciona os caminhos da política nacional.

4. ABUSO DE PODER POLÍTICO

O abuso do poder político não difere muito daquele tratado no tópico anterior, na medida em que seu objeto é buscar uma vantagem em relação aos demais candidatos, ou seja, é a utilização indevida do poder para influenciar o eleitor e angariar votos. Aqui o detentor do poder, o mandatário, vale-se da sua posição para agir de modo a influenciar o eleitor, em detrimento da liberdade de voto, caracterizando, assim, como ato de autoridade exercido em detrimento do voto (CONEGLIAN, 1998, p. 129-130).

Quando se faz uma leitura do abuso de poder político, nos deparamos com duas situações: a primeira delas é aquela em que um dos concorrentes está no exercício de um poder político e utiliza esse poder em benefício próprio, como meio de obter votos, mediante utilização indevida da máquina pública, concedendo, na maioria das vezes, favores administrativos, que têm por único objetivo angariar votos, ainda que inócorram prejuízos à administração pública. A segunda hipótese consiste, da mesma forma, na

utilização da máquina pública, porém, não em benefício próprio, mas de um terceiro, um candidato apoiado pelo detentor do poder.

O abuso de poder político, que mais acentuadamente se verifica, é aquele onde a propaganda é realizada com a divulgação ostensiva do nome do candidato, ou pré-candidato, pela administração pública em festas, obras, brindes, que normalmente aparecem transfigurados sob o título de apoio.

5. INELEGIBILIDADE

A conseqüência da declaração judicial que reconheça o abuso de poder, seja ele econômico ou político, é tornar o autor ou beneficiário dos fatos inelegível.

A sentença é de cunho declaratório e torna o candidato inelegível pelo prazo de três anos a contar da eleição para a qual concorreu. A sanção de inelegibilidade atinge tanto os beneficiários do ato abusivo, quanto aqueles que hajam contribuído para o mencionado ato.

Uma crítica que não pode deixar de ser feita é a que se refere ao exíguo prazo da inelegibilidade. Isto porque, tornando-o inelegível pelos próximos três anos, poderá ele concorrer novamente ao mesmo cargo nas eleições seguintes, pois estas se realizam a cada quatro anos, e nessa ocasião a sanção da inelegibilidade já se exauriu.

Portanto, o impedimento fica restrito à eleição seguinte, realizada dois anos após o pleito para o qual concorreu, nos termos da vigente legislação brasileira.

O reconhecimento da inelegibilidade, por sua vez, implica na cassação do registro do candidato, porém, se a decisão for proferida após a diplomação dos eleitos, ela servirá de base para instruir o Recurso Contra Diplomação ou a Impugnação de Mandato Eletivo.

6. POTENCIALIDADE

A investigação que se instaura para apurar os fatos, relacionados com as condutas em discussão, se presta a garantir a lisura do pleito, a probabilidade de influenciar a isonomia.

Para a caracterização do abuso de poder, segundo entendimento manifestado pelo Senhor Ministro Fernando Neves, é necessária a verificação da potencialidade dos fatos narrados influírem na vontade do eleitor e, conseqüentemente, no resultado do pleito, que poderia ser outro se não tivessem ocorrido as práticas abusivas (Ac. 752, JTSE 2/2004, p. 115).

Não se torna indispensável comparar resultados e divagar sobre a concreta influência, porque se assim for a análise, dificilmente haverá abuso de poder econômico e político.

Do mesmo acórdão acima enunciado se extrai alguns parâmetros que podem perfeitamente auxiliar o julgador na análise do caso concreto:

"Para essa análise, o julgador deve levar em conta os fatos: a quantidade, o valor da benesse, a data da prática, etc.; e as circunstâncias em que ocorridos, como o tamanho do município ou bairro, a situação financeira e a escolaridade do eleitorado, entre outras.

Cálculos matemáticos somente poderiam ser de alguma utilidade se se exigisse o nexos de causalidade, entendido esse como a comprovação de que o candidato foi eleito devido ao ilícito ocorrido. Isso, todos nós sabemos, não é possível.

O que se deve verificar é se as práticas irregulares teriam capacidade ou potencial para influenciar o eleitor, para fazê-lo votar em alguém em quem, em outra situação, não votaria.

O eleitor, assim, não teria escolhido livremente seu candidato, o que tornaria ilegítimo o resultado do pleito.

De outra parte, se fossem necessários cálculos matemáticos, seria impossível que a representação fosse julgada antes da eleição do candidato, que é, aliás, o mais recomendável, visto que, como disposto no inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/90, somente neste caso poderá a investigação judicial surtir os efeitos de cassação do registro e a aplicação da sanção de inelegibilidade." (Ac. 752, JTSE 2/2004, p. 115)

A potencialidade lesiva pode ser encontrada, a título exemplificativo, no fornecimento de alimentos, na utilização indevida de servidores, na realização de concurso público em período não autorizado, no recebimento de dinheiro de sindicato ou organização estrangeira e no uso de material público.

Neste ponto cabe chamar a atenção dos operadores do direito para a potencialidade que tem de influir no pleito a doação de elevadas quantias, o desequilíbrio financeiro entre os concorrentes, ou ainda, a influência que faz o eleitor, principalmente o menos esclarecido, que no Brasil se constitui de uma parcela considerável da população, votar em alguém em quem não votaria, não fosse o volume da campanha desenvolvida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa reflexão verificamos que o intérprete e aplicador da lei eleitoral deve estar atento para os fatos que podem comprometer a lisura do pleito.

No campo da prova dos fatos, esta deve ser robusta, no entanto, a sua qualificação como abusiva é uma questão de direito. A isto se acrescenta que dificilmente teremos a prova da efetiva influência na liberdade do voto. Nessa seara sempre existirá uma zona nebulosa.

A superação dessa questão exige uma análise detida sobre a potencialidade do fato para causar prejuízo à liberdade do voto.

Nesse sentido, o nexos de causalidade é praticamente impossível de se obter, visto que o voto é secreto e, ainda que declarado, nunca teremos a certeza de qual o prejuízo efetivo.

A forma de manter a isonomia entre os concorrentes nos pleitos eleitorais é adotar a posição reiterada do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, que vem sedimentando suas decisões sobre o critério da potencialidade da influência que gera o desequilíbrio.

Portanto, o poder econômico e o poder político devem permanecer neutros no processo eleitoral, neutralidade essa que será mantida sempre que as atitudes concretas estejam em consonância com o sistema normativo. E quando depararmos com fatos potencialmente capazes de comprometer a igualdade partidária e influenciar o eleitor, a inelegibilidade deve ser declarada.

Finalmente, o sistema de financiamento das campanhas eleitorais, da forma como previsto na legislação, nos leva a uma reflexão acerca do desequilíbrio entre os competidores, porque a probabilidade de sucesso está vinculada na mesma proporção aos recursos obtidos, que por representarem grande monta custeiam as técnicas da propaganda moderna, manipulam o eleitor e geram uma desigualdade de forças entre os competidores. Esse efeito maléfico do dinheiro sobre as campanhas eleitorais deve ser repensado para que a paridade ocorra não apenas com o voto mas também com os competidores. Dessa forma, as grandes doações, ainda que legais, representam uma forma de abuso do poder econômico, tanto pela influência que exerce sobre o eleitor e o eleito, quanto pelo desequilíbrio de força entre os concorrentes.

REFERÊNCIAS

A Democracia na América Latina rumo à uma democracia de cidadãos e cidadãs. Preparado pelo PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Tradução Mônica Hirts. Santana do Parnaíba, SP: LM&X, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt

e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 331 p. (Coleção Saraiva de legislação)

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 7. ed. rev. e atual. Brasília: TSE/SGI, v. 1, 2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral**. v. 15, n. 2, abr./jun. 2004.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral: de acordo com o Código Eleitoral e com a Lei n.º 9.504/97**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 129-130.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **O Abuso do poder econômico no processo eleitoral**. Disponível em <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/machado1.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Antonio Carlos. Apontamentos sobre o abuso do poder econômico em matéria eleitoral. **Cadernos de Direito Eleitoral e Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 24-31, mai. 1988.

SPECK, Bruno Wilhelm. Cinco teses sobre o financiamento da competição política e a proposta da respectiva reforma. **Consulex**, Brasília, DF, ano 8, n. 179, p. 35-37, jun. 2004.

[1] "A teoria do abuso do poder - afirma Ripert - foi inteiramente inspirada na moral e a sua penetração no domínio jurídico obedeceu a propósito determinado. Trata-se, com efeito, de desarmar o pretense titular de um direito subjetivo e, por conseguinte, de encarar de modo diverso direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de juízo de caducidade contra o direito que tiver sido imoralmente exercido. O problema não é, pois, de responsabilidade civil, mas de moralidade no exercício dos direitos" (MEIRELLES, 1995, P. 95).

[2] FERREIRA FILHO, 2002, p. 88: "Daí decorre que a opinião do grupo, a opinião 'pública', não se forma espontaneamente nem é unânime, ou quase. Ela é majoritária, tendo sempre pela frente opinião ou opiniões minoritárias.

A formação da opinião pública nos Estados contemporâneos é, assim, conformada ou guiada pelas técnicas de comunicação de massa, que informam, canalizam e, por fim, exprimem a 'vontade' do povo.

É evidente que essa opinião pública - convergência de opiniões individuais - pode ser manipulada por quem controlar os instrumentos de comunicação de massa. Por isso, não é difícil a um governo totalitário tornar-se aos olhos do povo o mais democrático dos regimes, por fazer aquilo e só aquilo que o povo 'quer', isto é, aquilo que foi instilado nesse mesmo povo pela sua propaganda.

O monopólio dos meios de comunicação de massa - imprensa, rádio, televisão, cinema - é mortal para a verdadeira democracia. De fato, somente a informação contraditoriamente fornecida ao povo é que resguarda a possibilidade de sua decisão consciente. Nisso está um pressuposto fundamental da sinceridade da representação, que depende também de um controle da propaganda."

CONCEPÇÕES DE PESSOA HUMANA, PLURALIDADE POLÍTICA E DEMOCRACIA.

CONCEPTIONS OF PERSON HUMAN, POLITICAL PLURALITY AND DEMOCRACY

José Marcos Miné Vanzella

RESUMO

O presente ensaio procura demonstrar que a pluralidade das concepções de pessoa humana presentes na cultura ocidental hoje vinculam a dignidade da pessoa humana à pluralidade política e à democracia. Num primeiro passo mostra, de forma sucinta e incompleta, como as concepções do homem do século XIX e XX se multiplicam e se diferenciam das concepções clássicas. Esse quadro permite a indução que a cada nova forma de compreensão da filosofia, corresponde uma nova concepção de homem. Num segundo passo, apresenta três concepções que procuram conciliar a legitimação da ordem política com essa pluralidade. Partindo de uma exposição do pensamento de Ricoeur, mostra sua crítica às posições de Rawls e de Habermas. Tenta retificar essa crítica nos termos de uma leitura por demais kantiana desses autores. Por fim conclui com a reafirmação no pluralismo irreduzível e a correlação sem identificação entre pluralidade de identidades narrativas e tradutibilidade, consenso sobreposto e racionalidade comunicativa.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVE: PESSOA HUMANA; PLURALISMO POLÍTICO POLÍTICA, DEMOCRACIA, RAZÃO COMUNICATIVA; IDENTIDADE NARRATIVA.

ABSTRACT

This essay aims to show that the plurality of conceptions of human presence in Western culture today bind human dignity to political plurality and democracy. In a first step shows, so brief and incomplete as that of the man of the XIX and XX century abound and differ from classical concepts. This framework allows the induction that every new form of understanding of philosophy, corresponds to a new conception of man . In a second step, has three designs that seek to reconcile the legitimacy of political order with that number. Assuming an exposure of the thought of Ricoeur, shows the positions of their critical Rawls and Habermas. Try to correct this criticism in terms of a reading of Kant by other authors. Finally concludes with a restatement in irreducible pluralism without identification and the correlation between multiple identities and their narratives translations, overlapping consensus and communicative rationality.

KEYWORDS: KEYWORDS: HUMAN PERSON, POLITICAL PLURALISM, DEMOCRACY, COMMUNICATIVE REASON, OVERLAPPING CONSENSUS, NARRATIVE IDENTITY.

INTRODUÇÃO

A questão que norteia esse ensaio de caráter filosófico é a seguinte: Como as diferentes concepções contemporâneas de pessoa vinculam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ao pluralismo político, à cidadania e à democracia?

Procuramos investigar algumas das principais contribuições da filosofia contemporânea para a formação da concepção de pessoa humana. Optamos por uma interpretação da questão, não restrita ao personalismo. Entendemos que a compreensão da identidade implica a compreensão do outro e do ser. Partindo de uma menção ao clássico, faremos um brevíssimo esboço didático das principais posições e contribuições, de alguns filósofos significativos para as múltiplas concepções de pessoa atualmente vigentes no ocidente. São eles: no século XIX Hegel, Marx, Nietzsche; em meados do séc. XX Mounier, Heidegger; no final do séc XX e início do séc. XXI, Ricoeur, Rawls e Habermas. Estamos cientes das lacunas inevitáveis e do caráter de um brevíssimo ensaio deste texto. Fica para uma outra oportunidade uma abordagem de autores comunitaristas. Partindo de uma provocação inspirada em Heidegger nossa abordagem terá dois momentos:

1) **Dos clássicos a Heidegger.** Neste primeiro momento procuramos mostrar a diversidade irreconciliável de doutrinas filosóficas que engendraram diferentes compreensões da pessoa humana e prepararam as condições para o debate atual.

2) **Pluralidade política e democracia a partir das sugestões de Ricoeur, Rawls e Habermas.** Nessa segunda parte abordamos três concepções atuais que reconhecem a diversidade humana e a pluralidade da razão. Essa parte que constitui o núcleo de nossa discussão está subdividida em três momentos

2.1) Ricoeur e suas críticas à Rawls e Habermas.

2.2) A compreensão do Rawls maduro e reavaliação das críticas de Ricoeur.

2.3) A compreensão de Habermas e reavaliação das críticas de Ricoeur.

Considerações finais: pessoa, pluralidade política e democracia.

1) DOS CLÁSSICOS À HEIDEGGER.

Heidegger uma vez afirmou. “De há muito que ainda não se pensa, com bastante decisão a essência do agir”. (1967, p.23). Para ele **Platão e Aristóteles** fazem do

pensamento técnica que é igual ao calcular e que implica o abandono do pensamento (1967, p. 24). A busca por um arquétipo, que resulta numa definição, (Platão, 1987, 134 et seq.), a presunção de uma substância que permanece e de uma essência pré-determinada é a condição da classificação e separação para o cálculo lógico no pensamento de Aristóteles (Aristóteles livro XII). Daí a definição do homem a partir do gênero próximo, animal, e da diferença específica, racional. Por isso a classificação e o cálculo lógico implicam para Heidegger o abandono do pensamento. A metafísica é uma grande técnica de classificação que supõe ordem e sentido atemporais (Aquino, 1988, p.3 et seq.). A assunção de um sentido estável, dado por uma definição, impede a marcha do pensamento e a reflexão sobre o sentido. Impede o questionamento do sentido. Implica na perspectiva de Heidegger o abandono do pensamento. Daí sua frase: “De há muito que ainda não se pensa, com bastante decisão a essência do agir”. Heidegger pensa a essência como estrutura na qual vigora (Heidegger 1967,p. 23). “A Essência do agir, no entanto, está em “*com-sumar*”. “*Com-sumar*” quer dizer: conduzir uma coisa ao sumo, à plenitude de sua Essência”. (p.23-24). A estrutura na qual vigora o agir não pode ser pré-determinada pela concepção metafísica clássica. A filosofia contemporânea terá que se re-pensar para pensar a pessoa humana. É o que veremos a partir de agora.

Hegel na “Fenomenologia do Espírito” foi o primeiro filósofo do pensamento contemporâneo a romper com a gramática metafísica substancialista e classificatória vinculada a uma teoria “ilemórfica”. Ele percebe que o ser definido em si, a partir da categoria de substância, é apenas uma abstração, que não dá conta da historicidade e nem do movimento do espírito. Podemos elaborar um exemplo simples que permite identificar o novo movimento do pensamento que agora se desenvolve como lógica categorial especulativa (OLIVEIRA, 1989, p.40 et. seq.). Pensamos uma caneta como substância. Mas se levantamos o braço segurando uma caneta e a soltamos. O que acontece? Nenhuma caneta solta no ar se sustenta. A caneta não é subsistente, pois não é sem sua exterioridade, o que Hegel chama ser para si, tanto sua exterioridade física, como sócio-cultural-histórica. Não podemos definir uma caneta apenas por ela mesma. Uma caneta é o resultado de toda uma história da cultura e da escrita que gerou esse artefato cultural. O que é isso? Para nós uma caneta. Para um índio pirahã pedaço de pau colorido. Os pirahã são uma tribo da Amazônia que não usam tempos verbais, não desenham e não cultivam nenhum mito de explicação da sua origem não têm escrita nem religião. A caneta não se define apenas em si mesma, mais ainda, ela também não é apenas o resultado de um processo, ela mesma também está em processo. Suponham duas canetas. Uma caneta comum, vale entre um a dois reais. A outra é uma “*Iridium*” custa uns duzentos e oitenta reais. É uma caneta tinteira símbolo de status. Saber o que é uma caneta implica olhar para todo o processo, que forma um contexto histórico. Olhar a caneta em si, olhar o para si e o que se efetiva. Hoje o domínio das letras se universalizou o sentido de caneta e sua construção efetivada pela indústria se modificou. A caneta não tem propriamente uma substância, mas está em processo. Eis o movimento reflexivo especulativo ensinado por Hegel na Fenomenologia do Espírito, que recolhe a consciência do indivíduo e da coletividade em três registros: como consciência (em si); como consciência de si (como para si); como consciência em si para si. Apresenta assim toda a história da humanidade (CHÂTELET, 1981, 179 – 180) A ontologia hegeliana possui a ambição de compreender na ciência da lógica a totalidade do real expresso como racional (188, et. seq.). Ora em Hegel, saber o que é a pessoa humana, não é dado pelo domínio de uma essência abstrata, mas pelo conhecimento do processo efetivo de desenvolvimento do espírito absoluto. Esse processo vê o homem como um ser de

relações que se transforma, transformando o mundo. A pessoa humana é um ser em processo, é um ser de relação, cuja compreensão depende da compreensão de seu lugar no processo de desenvolvimento da sociedade. Assim o homem é visto em sua relação com o direito abstrato, a moralidade subjetiva, a moralidade objetiva e o Estado pensado como Espírito Absoluto (HEGEL, 2003).

Marx, em seu conceito de homem social, aproveita da lógica e ontologia hegelianas, pensadas, porém a partir do seu materialismo dialético. (1989, p.3 et. seq.) Ele vê o homem como sujeito da história. Aqui a essência do homem se modifica com a transformação da natureza e das relações sociais, que produz as condições materiais de vida. O homem, ao mesmo tempo é resultado do processo econômico-social, e também é sujeito. Enquanto mero resultado ele está negado e alienado pela economia política (1989, p.169 et. seq.). A filosofia transforma-se na práxis, é subsumida (incorporada e superada) pelo movimento teórico e prático de libertação. (Vazquez, 1977). A dimensão social não é uma qualidade que se acrescenta a substância humana, para pensá-la integralmente. O homem não é substância. A substância é apenas uma expressão “inessencial” do pensamento abstrato, que desconhece o conjunto de relações que constituem efetivamente o ser humano em processo na história. Segundo as palavras de Marx: “Toda vida social é essencialmente *prática*. Todos os mistérios, que induzem às doutrinas do misticismo, encontram sua solução racional na *práxis* humana e no compreender dessa *práxis*” (1987, p.162). Dito isso na oitava tese contra Feuerbach, ele afirmará na décima tese: “ O ponto de vista do materialismo antigo é a sociedade civil, o do materialismo moderno, a sociedade humana ou a humanidade social.” (1987, p.163) Desse modo Marx lança sua crítica a filosofia e seu programa de mudança paradigmática e crítica a ideologia.

Shopenhauer, **Nietzsche** e Freud, cada um a seu modo serão críticos dessas pretensões totalitárias da razão, presentes no “idealismo”, que abarca das pretensões metafísicas dos clássicos até o idealismo alemão e o marxismo. Por seu turno eles irão descobrir, uma outra dimensão da realidade, o inconsciente da vontade. (SCHOPENHAUER, 1988, p.4, et, seq.) Nietzsche era um profundo conhecedor de filologia, a ciência que estuda a história do sentido das palavras e suas origens. Com um método rigoroso chamado genealogia, Nietzsche tornou-se capaz de trazer à tona esses subterrâneos da vontade. (REY, 138- 172). Nietzsche vincula a filologia às relações de poder dos grupos dominantes, que ao assumir o poder alteram o sentido e a interpretação das palavras em benefício de seus interesses. Ele é capaz de demonstrar que os conceitos fundamentais da metafísica e da ética não possuem uma essência. Mas que foram mudando no decorrer da história ao sabor dos interesses dos dominantes. São um conjunto de ficções. São ficções que interessam ao poder dominante. Quando um sentido domina e se afirma como único verdadeiro ele provoca a ocultação redobrada. O desconhecimento do desconhecimento. Identifica a origem do cristianismo, que consiste na insurreição contra o predomínio dos valores aristocráticos. Apresenta a crueldade como elemento civilizador e a consciência como instinto de crueldade que não podendo desafogar fora de si, desafoga-se em si mesmo. Apresenta a força do ideal ascético, por ser o único proposto aos homens (NIETZSCHE, 1998, p.17, et seq.). Qualquer pretensão universal é suspeita de carregar interesses particulares passados por universais. Uma subjetividade se impõe às demais. Nietzsche pensa então a afirmação da pessoa como ser si mesmo e a educação como o cuidar de si. Numa profunda afirmação do paradigma da subjetividade. Nessa trilha Foucault caminha

desenvolvendo análises rigorosas e estudos primorosos sobre a clínica, o poder, arqueologia do saber e a subjetividade que acaba por questionar.

Por outro lado o **Cristão** pensa o homem como filho de Deus e afirma o humanismo integral. Dentre os cristãos Mounier pretende superar a crise do homem do séc. XX inserindo a pessoa no centro da discussão teórica e prática. Desenvolve uma filosofia da práxis cristã, que procura pela revolução personalista a libertação do homem. Afirma:

Como pessoa o homem está para além das suas aparências das suas realizações, das suas mesmas intenções e se revela a si mesmo, não já como entidade fechada e definida, mas como uma fonte de vida, um centro de inexaurível liberdade (MOUNIER, 1955, p.80).

Ele entende que a pessoa é “inobjetável”. Não afirma uma natureza humana, mas uma condição humana. A pessoa é tensão entre vocação, encarnação e comunhão: **vocação** é o lugar na comunhão universal; **encarnação** são as condições históricas precisas; **comunhão** é à comunidade superior. Ser pessoa é: “originariamente coexistir com os outros e com as coisas, compreendê-las compreender-se compreendendo-as”. Contra o capitalismo, que afirma o individualismo e contra o comunismo que afirma o primado da matéria, propõe a sociedade personalista e comunitária que se baseia no amor e se realiza na comunhão. (MOUNIER, 1955 p. 90 et. seq.) Mounier pensa um modelo “aberto” de pessoa e uma correspondente práxis de transformação da sociedade.

Para Heidegger também o personalismo cristão permanece preso a um modelo (ideal) e com isso preso a uma técnica (HEIDEGGER, 1967,p.35). Ele afirma: “Todo humanismo ou se funda numa metafísica ou se converte a si mesmo em fundamento de uma”. (p.37). O pensamento consome a referência do Ser a essência do homem. A essência do homem não se revela num modelo antropológico. Mas na “ec-sistência” que Heidegger descreve na parte seguinte (p.42 et. Seq.). Trata-se de manter-se no questionamento mais profundo do Ser. No pensamento o ser se torna linguagem, a casa do ser. Rigor diferente da técnica é permanecer no elemento do Ser e deixar vigorar a multiplicidade de suas dimensões. O Ser é o possível. É o questionamento do ser que deixa vigorar a manifestação da essência do homem.

A filosofia como técnica de explicação é um “ismo”, ditadura da publicidade sobre a linguagem (HEIDEGGER, 2005, 48 et. seq.). O esvaziamento da linguagem ameaça a essência do homem. A essência da linguagem é ser casa da verdade do Ser.

Tornar o homem livre para sua humanidade, em oposição aos que determinam a humanidade do homem a partir de uma interpretação já assente do ente em sua totalidade. Mostra que não é suficiente afirmar que a essência do homem repousa no “ser-no-mundo”. A “essência do homem repousa na “ec-sistência”. (lançar-se fora) que é diferente da existência (estar no mundo dos entes ordenados por um sentido). Essência e existência são meras determinações metafísicas do ser. “Ecsistência” é insistência “ecstática” na verdade do Ser. “Ecsistência” é estar na clareira do Ser, (“mundo – linguagem”) pensar a Essência do ser. O que o homem é se “essencializa” como lugar

do Ser. A Essência do homem depende da “Ecsistência”, essencial para a verdade do Ser (HEIDEGGER, 1967, p.80 et. Seq.).

Valorar é roubar a dignidade. O pensamento que questiona a Verdade do Ser e com isso determina a morada da essência do homem a partir e na direção do ser não é nem ética nem metafísica. O homem que pense mais originariamente que a metafísica. E conclui anunciando o pensamento que já não é mais filosofia (HEIDEGGER, 1967, p. 99). Ao despedir-se da filosofia Heidegger descuida de saber que qualquer proposição com sentido supõe uma estrutura gramatical (APEL 2000, v1, p. 265 et. seq.). O extraordinário possível só é efetivo com a constituição de um novo campo de linguagem e sentido. Ao situar a essência do homem no extraordinário absolutamente indeterminado ele descuida de sua mediação e efetivação no mundo, que também é condição transcendental de sentido. Sua contribuição hermenêutica de abertura para a crítica das concepções anteriores ficará preservada e viva, porém passando também por nova crítica e sugestões hermenêuticas.

Abordarmos de maneira sucinta as concepções de pessoa humana ou conteúdos correlatos no pensamento dos clássicos, de Hegel, Marx, Nietzsche Mounier e Heidegger. Temos que reconhecer que essas doutrinas sobre o sentido do ser humano são irreconciliáveis. Constituem visões de mundo paradigmaticamente tão distintas que não há como reduzi-las diretamente a um denominador comum. Porém a importância da filosofia contemporânea na formação da compreensão da pessoa mostra-se pela superação da visão metafísica clássica e a afirmação da sua diversidade, nos momentos do social, do singular e do comunitário e da transcendência. Não se trata da elaboração de um conceito de pessoa, pois a pessoa é “inobjetável”.

Se somarmos essa diversidade de compreensão filosófica a diversidade de visões religiosas presentes nas culturas das atuais sociedades complexas. Tal perspectiva abre caminho para a interpretação dos autores que afirmam a necessidade da pluralidade política e da democracia, como condição da sociabilidade humana.

2) PLURALIDADE POLÍTICA E DEMOCRACIA A PARTIR DAS SUGESTÕES DE RICOEUR, RAWLS E HABERMAS

Vamos agora colher algumas sugestões hermenêuticas a partir dos autores mencionados, que nos são mais próximos. Não temos aqui a intenção de apontar especificamente para um ou outro autor. Mas apenas esboçar suas sugestões, que consideramos complementares, para a questão. Faremos nossa exposição a partir de Ricoeur. Procuraremos retificar algumas de suas críticas aos colegas, para mostrar a dificuldade de compreensão que envolve o outro e a necessidade da afirmação da pluralidade.

2.1) Ricoeur e suas críticas à Rawls e Habermas.

Com **Paul Ricoeur** podemos retomar a reflexão sobre a pessoa humana após as críticas de Heidegger e fazer novas sugestões. Ricoeur ao criticar Nietzsche e Descartes afirma que Exaltado ou humilhado o eu das filosofias do sujeito é “atópos”, não tem lugar (Ricoeur, 1991, p. 28). Abre-se o caminho para uma hermenêutica de si. Deve-se perguntar quem fala? Quem age? Quem é o sujeito moral da imputação? A resposta agora depende de uma filosofia da linguagem. A identidade pessoal está ligada a temporalidade. O si está implicado a título reflexivo nas operações em que a análise precede e volta a ele próprio. Trata-se de uma identidade narrativa. A identidade dá-se na narração. Não fora, não em si. Consagra-se certa fragmentação, que passa a ser compreendida por um enfeichamento das várias compreensões (Ricoeur, 1991, p. 31). Desse modo, pensar a pessoa implica pensar a alteridade já enquanto se pensa o si mesmo nas várias narrativas possíveis. Segundo David Levy levando em conta os mestres da suspeita Ricoeur, no prefácio de Tempo e narrativa, desenvolve a idéia de que a identidade que o sujeito adquire mediante a narrativa de sua história é o lugar onde se encontra realizada a fusão entre narrativa e ficção.

No final da obra “O justo” Ricoeur define a moralidade como “querer viver bem com e para os outros, em instituições justas.” (2008, p. 262) Apresentando o caráter teleológico dessa tríade, mostra como a dimensão universal está mesclada à histórica. Ele reafirma assim “que toda ação, toda prática, se define por esse *télos*, que *todos* os homens querem ser felizes.” (2008, p. 262). Procura então situar a questão da justiça, a partir desse “*telos*” universal.

“Mas a sede de justiça não é reservada ao nível do dever e da obrigação que em breve consideraremos. Ela é um componente fundamental do querer viver-com, mas com todos os distantes, implicados em instituições de todos os tipos que estruturam a vida em sociedade.” (2008, p. 264)

Ricoeur é fiel a tradição hermenêutica que reflete sobre o “ser-com”. Ele entende que o querer-viver junto é universal. “Mas, assim que o qualificamos pelo desejo de instituições justas, nós nos colocamos num plano em que o universal esta inextricavelmente mesclado ao contextual.” (2008, p. 264). Assim entende que a justa distância dos conflitos só pode ser concretizada com leis escritas e tribunais. Desse modo para Ricoeur: “[...]a ideia primitiva de justiça nada mais é que a manifestação em escala dialógica, comunitária e institucional do querer viver bem. (2008, p. 265). É necessário considerar que sociedades primitivas eram homogêneas em suas concepções de mundo, não havendo necessidade da distinção entre o justo e o bom.

Porém com o desenvolvimento das sociedades os conflitos sociais exigem um outro nível de organização:

Daí nasce a necessidade de um terceiro, representado em nossas sociedades civilizadas pela existência de um corpo de leis escritas, pela instauração de instituições judiciárias, pela separação de um corpo de juízes e pela seqüência de condenações que conferem cunho coercitivo à moral pública sob a guarda de um Estado de direito. É essa necessidade social de arbitragem que suscita a questão da natureza das regras capazes

de delimitar o campo do permitido e do proibido, bem como o uso considerado legítimo da coerção. (2008, p. 266).

Ricoeur retorna a Kant e a questão da razão prática com seu a priori universal, válido para todos e independente das circunstâncias de aplicação. Porém entende que o universal só pode ser um universal formal, sem conteúdo. Ao fim de sua exposição identifica o formalismo de Rawls com o de Kant entendendo que o primeiro substitui o formalismo do segundo pelo procedimento de distribuição (2008, p. 268). O que não pode ser apresentado sem importantes ressalvas como veremos adiante.

Ricoeur desenvolve no final de seu livro “O justo” um ensaio intitulado Universal e o histórico. Nele enfrenta a seguinte problemática:

O Alvo comum do debate é saber se, no plano ético, jurídico, político e social, é possível formular princípios universais, válidos independentemente da diversidade das pessoas, das comunidades e das culturas capazes de aplicá-los, sem limitações decorrentes das circunstâncias particulares de aplicação e, principalmente, da novidade dos casos surgidos na época moderna. A isso foram objetados tanto o caráter formal de princípios que ignoram da variedade dos conteúdos de aplicação, quanto o caráter anistórico de regras estranhas à variedade das heranças culturais e ao enraizamento das regras da vida em comum na prática comunitária. (2008, p. 261)

Por um lado o questionamento levantado por Ricoeur, parece levar longe demais a pretensão de uma leitura kantiana de Rawls no que tange a uma fundamentação da moral. Embora exista uma pretensão de teoria abrangente na “Teoria da justiça”, essa perspectiva não permanece no Rawls posterior, como veremos a seguir. Outro ponto relevante é a perspectiva pós-metafísica e pragmática do autor norte americano. Por outro lado, a colocação de Ricoeur, parece levar à pretensão apeliana de uma fundamentação última da ética do discurso mais estreitamente ligada a Kant. Essa pretensão também não foi acompanhada da mesma forma por Habermas. Outro ponto importante diz respeito à peculiaridade e complexidade do formalismo do autor alemão que não pode ser reduzido à leitura Kantiana.

Por hora vamos continuar a exposição de Ricoeur apresentando sua estratégia e conclusões. Em seguida faremos a apresentação de John Rawls com nossas sugestões interpretativas que discordam de Ricoeur. Num terceiro momento abordaremos a questão no pensamento de Habermas, aproveitando da exposição do autor Francês, porém mostrando nossa discrepância.

Como vimos a estratégia de Ricoeur reforça a leitura kantiana de Rawls e a leitura Kantiana e apeliana de Habermas. Essa estratégia leva a afirmação de princípios com validade formal, independente das circunstâncias históricas. No momento seguinte o autor francês apresenta o problema do trágico, circunstâncias que põe em conflito princípios julgados válidos. Usa então da crítica de Walser que quer neutralizar toda

pretensão à universalidade. Critica Walser e retoma uma posição que medeia entre fundamentação das normas universais e questões de aplicação. A passagem que segue é muito ilustrativa da posição do autor:

Se foi o conflito e, mais fundamentalmente, a violência que nos obrigou a passar de uma ética da vida boa a uma moral da obrigação e da interdição, o que nos leva a completar os princípios formais de uma moral universal com regras de aplicação preocupadas com contextos históricos é aquilo que se pode chamar de trágico da ação. (2008, p.272)

Como vimos Ricoeur reafirma a insuficiência de uma moral da vida boa e a necessidade da moral da obrigação, que implica um projeto geral e universal de justiça. Seu projeto aponta para a composição entre os dois níveis de moralidade. Ele recorre ao trágico para mostrar a insuficiência de uma moral universal validada de modo independente com relação às questões de aplicação, definindo o trágico nos seguintes termos: “O trágico consiste precisamente na exclusão de toda e qualquer composição, exclusão resultante da intransigência de cada um dos servidores de um dever absoluto e sagrado”. (2008, p.273). Trata-se de seguir uma norma por si, com um dever absoluto independente das circunstâncias. Ricoeur esclarece logo em seguida que são muitas as situações nas quais as regras morais ou jurídicas entram em conflito com a solicitude para com as pessoas. Menciona as situações de conflitos de normas como a necessidade médica de escolher entre a vida da mulher e a de um embrião.

Os princípios de justificação de uma regra moral ou jurídica deixam intactos os problemas de aplicação. Portanto, é a noção de *aplicação* que se deve considerar em toda a amplitude, para colocá-la em paralelo com a noção de *validação* que orientou a discussão anterior. Essa noção de aplicação vem de outro campo, que não o da moral ou do direito, a saber do campo da interpretação dos textos, principalmente dos textos literários ou religiosos.” (2008, p. 274)

Ricoeur como se pode ver nessa passagem procura colocar ao lado da questão da validação, a questão da aplicação, que remete ao campo da interpretação dos textos literários e religiosos. O ponto estratégico da crítica a Rawls e Habermas parece errar o alvo. Ou então, não está esclarecido de modo suficiente. Pois segundo reconhece o autor francês: “No caso de Rawls e Habermas o problema da aplicação das normas universais a situações singulares põe em jogo a dimensão histórica e cultural das tradições mediadoras do processo de aplicação.” (2008, p.274) Ambos os autores como veremos adiante embora façam uma releitura de Kant, o fazem a partir de uma perspectiva pós-metafísica, que remete ao histórico. Isso lhes daria condições de escapar ao trágico, ficando a diferença no acento ao peso dado às questões de aplicação.

Ricoeur mostra que para Walzer: “O pluralismo jurídico tende assim a ocupar o lugar de uma concepção unitária, mas apenas procedimental, de justiça.” (2008, p.,275)

Porém o autor francês não se identifica sua posição, mas a usa apenas para reafirmar a importância das questões de aplicação. Sua posição se explicita na passagem que segue:

[...]a escolha não é feita entre o universalismo da regra e a singularidade da decisão. A própria noção de aplicação pressupõe um plano de fundo normativo comum aos protagonistas. Para retomar o vocabulário de Aristóteles, não haveria problema de equidade, em situações singulares, se não houvesse um problema geral da justiça passível de reconhecimento universal. (2008, p. 278).

Ao reafirmar a necessidade de um plano de fundo normativo comum sua crítica à Walzer o reaproxima de Rawls e Habermas, embora o sentido de equidade enunciado aqui não possa ser tido de forma alguma como equivalente ao sentido enunciado por Rawls. O que ocorre é que tanto Rawls quanto Habermas trabalham no sentido de garantir um plano de fundo normativo, o que de forma alguma exclui as questões de aplicação e equidade que se encontram em outro plano complementar.

Apresentemos agora as conclusões de Ricoeur, para em seguida passarmos a nossa exposição de Rawls e Habermas e novamente pesá-las.

Em conclusão proponho as três considerações seguintes.

1. “O universalismo pode ser considerado uma idéia reguladora que possibilita reconhecer como pertencentes ao campo da moralidade atitudes heterogêneas passíveis de serem reconhecidas como co-fundadoras do espaço comum manifestado pela vontade de viver juntos.”

2. “Nenhuma convicção moral teria força caso não elevasse uma pretensão à universalidade” Mas devemos nos limitar a dar o sentido de universal presumido àquilo que se apresenta inicialmente como universal pretendido; entendemos por universal presumido a pretensão à universalidade oferecida à discussão pública à espera do reconhecimento por todos. Nesse intercâmbio, cada protagonista propõe um universal pretendido ou incoativo em busca de reconhecimento; a própria história desse reconhecimento é movida pela idéia de reconhecimento com valor universal concreto; o mesmo estatuto de idéia reguladora invocada na conclusão precedente possibilita conciliar em dois níveis diferentes – o da moral abstrata e o da sabedoria prática – a exigência de universalidade e a condição histórica de contextualização.

3. Se é verdade que a humanidade só existe em culturas múltiplas, tais como as línguas – no que consiste fundamentalmente a tese das contradições comunitaristas de Rawls e Habermas - .as identidades culturais presumidas por esses autores só são protegidas contra o retorno da intolerância e do fanatismo por um trabalho de compreensão mútua para o qual a tradução de um língua para outra constitui notável modelo. (2008, p 279)

A partir dessa passagem, vemos que Ricoeur considera o universalismo, como uma ideia reguladora, a partir da experiência “universal” manifesta pela vontade de viver junto. A ideia de uma razão “monológica” não se coaduna com as ideias pós-metafísicas de consenso sobreposto e razão pública de Rawls, especialmente no que tange a justificação pública. Entendemos que a leitura do universal como ideia reguladora, não faz juz à especificidade da compreensão que Habermas possui de universal, nem à sua perspectiva de ciência reconstrutiva. A afirmação da necessidade de um universal presumido, aproxima-se muito da compreensão pós-metafísica do autor alemão. A teoria do agir comunicativo e da razão comunicativa é também avessa à ideia de uma racionalidade monológica. Procuraremos demonstrar isso na parte que segue. Por fim lançamos a seguinte questão: será que apesar das diferentes estratégias teóricas as conclusões a que chega Ricoeur podem ser assumidas nos horizontes dos pensamentos de Rawls e de Habermas, com base em uma retificação de sua interpretação e um certo esforço de tradução? Verifiquemos a síntese conclusiva final de Ricoeur:

Seria possível reunir essas três conclusões na seguinte declaração: o universalismo e o contextualismo não se opõem no mesmo plano, mas pertencem a dois níveis diferentes da moralidade, o da obrigação presumidamente universal e o da sabedoria prática que assume a diversidade das heranças culturais. Não seria inexato dizer que a transição do plano universal da obrigação para o plano histórico da aplicação equivale a recorrer aos recursos da ética do bem viver para, se não resolver, pelo menos mitigar as aporias provocadas pelas exigências desmedidas de uma teoria da justiça ou de uma teoria da discussão que conte apenas com o formalismo dos princípios e com o rigor do procedimento. (2008, p. 280)

A tese é a não oposição no mesmo plano e a complementariedade entre universalismo e contextualismo. Entendemos que podemos demonstrar com uma breve revisão a exposição dos pensamentos de Rawls de Habermas, que essa perspectiva fundamental pode ser assumida, no horizonte teórico de ambos. Desse modo as respectivas teorias não seriam excludentes dos recursos a uma ética do bem viver.

2.2) A compreensão do Rawls maduro e reavaliação das críticas de Ricoeur.

É verdade que **John Rawls** elabora uma moral abrangente em “Teoria da Justiça”, obra diretamente abordada por Ricoeur. Porém, por outro lado, Rawls também é um dos autores que situa a questão da pessoa dentro de uma perspectiva pós-metafísica que é a filosofia política em seus escritos posteriores. Ele abre mão da elaboração de uma teoria abrangente metafísica com o desenvolvimento de sua concepção de consenso sobreposto. Os termos equitativos da cooperação social definem o conteúdo de uma

concepção política e social da justiça e da pessoa. Como se pode verificar principalmente em seus escritos: “Justiça como equidade” e “Liberalismo Político”.

Rawls atribui às pessoas duas faculdades da personalidade moral: a capacidade de formar um censo de justiça e a capacidade de desenvolver a própria concepção de bem. Essas faculdades morais são condições para a formação em uma sociedade bem ordenada de cidadãos livres e iguais (Rawls, 2003, p. 26.). Ao pensar o cidadão com suas faculdades morais Rawls pretende situá-lo simplesmente no plano da moral política. Por isso o Liberalismo político se entende como uma concepção política que deixa a filosofia como está. (Rawls, 2005, p.375) Ele não tem pretensões mais abrangentes, do que os elementos necessários para pensar uma estrutura social básica para uma sociedade pluralista, composta de cidadãos livres iguais e cooperativos. Em suas palavras: “A ideia principal é que a posição original vincula a concepção da pessoa, assim como sua concepção associada da cooperação social, a certos princípios de justiça particulares”. (Rawls, 2002, p. 161-162). As idéias fundamentais que norteiam a ordem política são passíveis de um consenso sobreposto. Isso significa que elas podem ser aceitas por todos os cidadãos razoáveis, independente das diferenças de suas visões abrangentes de bem. Nas palavras de Rawls:

Pelo contrário, dizemos que numa sociedade bem-ordenada, a concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso sobreposto razoável. Entendemos por isso que a concepção política está alicerçada em doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis embora opostas, que ganham um corpo significativo de adeptos e perduram ao longo do tempo de uma geração para outra. (2003, p. 45)

Pouco adiante ele ainda expressa os dois pontos de vista distintos afirmados pelos cidadãos. “Um deles é a concepção política de justiça que todos afirmam. O outro é uma das várias doutrinas religiosas, filosóficas e morais.” (2003, p. 45 - 46) Ora se bem entendo com a distinção entre as duas faculdades morais, e o consenso sobreposto, Rawls abre caminho para a compreensão de dois planos distintos e complementares. O plano do universalismo moral e do contextualismo ético. Isso de certa forma corresponde à reivindicação da tese conclusiva de Ricoeur. A partir da posição original e do consenso sobreposto, pessoa, sociedade e justiça devem ser pensadas juntas e em suas determinações recíprocas.

Cabe agora mostrar a perspectiva pós-metafísica do pensamento de Rawls. Em sua “Réplica a Habermas” ele afirma: “o liberalismo político não aplica o conceito de verdade moral aplicado a seus próprios juízos, políticos.” (1998, p.100) Mais adiante ele afirma respondendo a Habermas:

Creio que Habermas pensa que em minha concepção as liberdades dos modernos são um tipo de lei natural e que por isso como no caso de Kant em sua interpretação, são ideias substantivas externas que impõe assim restrições a vontade pública do povo. As

liberdades dos modernos não impõe restrições prévias a vontade constituinte do povo como objetiva Habermas. (1998 p.113-114)

Na sequência Rawls remete a tradição de Jefferson de distritos e que cada geração possa eleger sua própria constituição. Tal concepção não é adequada a uma fundamentação moral metafísica naturalista do direito. O fato de Rawls procurar derivar princípios da justiça da posição original, o que pode ser válido para diversas pessoas, das comunidades e das culturas capazes de aplicá-los, não significa que esteja pleiteando uma universalidade metafísica, pois de fato a circunscreve ao campo da moralidade política. O que Rawls faz é um experimento racional, ao qual não atribui infalibilidade.

Uma concepção da justiça deve ser suficientemente aberta para incluir modos de vida capazes de inspirar o devotamento. Em suma, a justiça estabelece os limites, o bem indica a finalidade. Assim, o justo e o bem são complementares, o que a prioridade do justo não nega em absoluto. Essa prioridade quer dizer simplesmente que, se uma concepção política da justiça, para ser aceitável, deve respeitar formas de vida variadas às quais os cidadãos possam dedicar-se, não é menos verdade que as idéias do bem sobre as quais ela se apóia devem respeitar os limites – o espaço autorizado – fixados por ela própria (2002, p. 294).

Quando Rawls afirma que concepção de justiça deve poder incluir modos de vida que indicam a finalidade, ele não apenas coloca a justiça como substância ao lado do bem. Ele vincula a “essência” da justiça ao complemento da determinação do bem, quando afirma que uma concepção de justiça para ser aceitável deve respeitar formas de vida variadas às quais os cidadãos possam se dedicar. Desse modo afirma que, para ser efetiva, a justiça tem de ser concretizada em suas determinações do bem.

Por isso, ele assevera na sequência as características de uma concepção política:

[...] As características de uma concepção política são, *em primeiro lugar*, que ela é uma concepção moral concebida para um campo específico, a estrutura básica* de um regime democrático constitucional; *em segundo lugar*, que o fato de se aceitar essa concepção política não pressupõe a aceitação de uma doutrina abrangente particular qualquer. [...] E, *em terceiro lugar*, que ela [...] nos dê certas idéias intuitivas fundamentais, consideradas como latentes na cultura política pública de uma sociedade democrática (2002, p. 295).

Uma importante distinção do pensamento de Rawls é que ele apresenta a conexão justo-bem, mantendo-se vinculado às idéias intuitivas fundamentais da cultura, porém, sem ter a pretensão de abarcar a totalidade da conexão numa visão abrangente. Uma

concepção política do justo só é efetiva apoiando-se em diferentes idéias de bem. Pergunta-se em que condições isso é possível para o liberalismo político? Rawls responde:

A principal condição parece ser que as idéias em questão devem ser idéias políticas. Elas devem pertencer a uma concepção política razoável da justiça, de maneira que 1) sejam ou possam ser compartilhadas por cidadãos considerados como pessoas livres e iguais e 2) não pressuponham nenhuma doutrina particular perfeitamente (ou parcialmente) abrangente (2002, p. 296).

Desse modo, os bens primários diferentes de valores fundamentais da existência repousam no entendimento político do que é vantajoso nas questões de justiça política (2002, p. 304). Nenhuma concepção abrangente de bem é adotada pelo conjunto dos cidadãos. Mas defendem a mesma concepção de si mesmos como livres e iguais e que suas concepções de bem tenham necessidade dos mesmos bens primários para se desenvolver (2002, p. 301). A partir dessas considerações, Rawls apresenta a lista de bens primários: direitos e liberdades básicas; liberdade de circulação, escolha e ocupação; prerrogativas de posições, responsabilidade; rendas e riquezas; bases sociais do respeito próprio (2002, p. 302). José Nedel comenta que ao declarar constantemente que seus princípios são substantivos, Rawls parece querer efetivamente superar o formalismo de Kant (1998, p.85).

Iniciemos então o esclarecimento do sentido do conceito de procedimento neutro de Rawls:

[...] um procedimento neutro poderá ser definido como se justificando com referência a valores neutros, tais como a imparcialidade, a coerência na aplicação de princípios gerais a casos que se podem razoavelmente tratar como ligados entre si [...]. A definição de um procedimento neutro pode também apoiar-se nos valores que sustentam os princípios da discussão livre e racional entre pessoas razoáveis e em plena posse das suas capacidades de pensar e julgar, preocupadas, além disso, em encontrar a verdade ou alcançar um acordo razoável, baseado na melhor informação disponível (2002, p. 308).

Um procedimento justifica-se com referência a valores neutros, correspondendo aos valores que sustentam os princípios da discussão livre e racional entre pessoas razoáveis, preocupadas em encontrar a verdade ou um acordo razoável. Rawls identifica três tipos de fundamentação, a justificação de ordem política que só leva em conta argumentos políticos, a justificação plena por uma pessoa individual e a justificação pública da concepção política pela sociedade política, a qual funciona em equipe com as outras duas justificações (1998, p. 89-90).

A teoria da justiça como equidade não é processualmente neutra, sem ressalvas importantes. É evidente que seus princípios de justiça são concretos e vão muito mais além do que os valores processuais; o mesmo acontece com suas concepções políticas da pessoa e da sociedade. Se lhe aplicamos a idéia da neutralidade processual, devemos fazê-lo na medida em que se trata de uma concepção política que visa ser o centro de um consenso por justaposição. Isso quer dizer que ela espera constituir uma base pública de justificação para a estrutura básica de um regime constitucional. Procedendo a partir de idéias intuitivas fundamentais, implícitas no seio da cultura política pública [...]. Esse terreno comum ou neutro é a concepção política da justiça enquanto centro de um consenso por justaposição (2002, p. 308-309).

Nessa passagem, Rawls não deixa dúvidas quanto a sua intenção de uma proposta que vai além de uma justiça processualmente neutra, e que se efetiva por uma base de valores razoáveis alcançados por consenso sobreposto, a partir de idéias intuitivas implícitas na cultura política pública. Conforme comenta Nythamar Oliveira, Rawls desenvolve uma teoria ideal e uma teoria não ideal, ocupando-se a segunda da exequibilidade da justiça como equidade, na medida em que a cultura política, os movimentos sociais e as reformas constitucionais viabilizam pelo “equilíbrio reflexivo”, uma aproximação dos ideais de justiça (Oliveira, 2003, p. 12). Também devemos lembrar como salienta José Nedel, que ao responder à crítica de Habermas que atribui a justiça como equidade um caráter substantivo, Rawls, não só confirma essa perspectiva em sua teoria, mas também a atribui em certo grau ao próprio Habermas (2000, p. 163).

Nessas breves páginas espero ter deixado claro motivos significativos para questionar a interpretação que Ricoeur fez de Rawls. Porém, sem nenhuma pretensão de identificá-los, essa interpretação mostra maior proximidade entre suas propostas. Desse modo a identificação de um pensamento pós-metafísico, distancia Rawls de Kant. A afirmação de uma visão não monológica da razão distingue entre razões públicas e não públicas capazes de trabalhar de modo cooperativo. Tal compreensão permite traduzir com maior clareza a tese da não oposição no mesmo plano e a complementariedade entre universalismo e contextualismo, a partir da distinção das duas faculdades morais e do consenso sobreposto.

2.3) A compreensão de Habermas e reavaliação das críticas de Ricoeur.

Abordemos agora a filosofia de **Habermas**, para pensar as conexões entre a questão da dignidade da pessoa humana, pluralidade política e democracia. Em primeiro lugar é necessário verificar como o autor apresenta a questão da dignidade humana a partir das relações interpessoais de reconhecimento recíproco. Vejamos com suas próprias palavras:

Conforme pretendo demonstrar, a “dignidade humana”, entendida em estrito sentido moral e jurídico encontra-se ligada a essa simetria de relações. Ela não é uma propriedade que se possa “possuir” como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela “intangibilidade” que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre pessoas. (Habermas, 2004, p. 47)

Não se trata de pensar aqui uma essência humana. O ego encontra-se em uma relação interpessoal que lhe permite, da perspectiva do alter, referir-se a si mesmo como participante de uma interação (2000, p.425) Habermas compreende a concepção do homem social na perspectiva da guinada linguística a qual se desenvolve tanto na pragmática como na hermenêutica. É portanto no mundo da vida que se encontra a personalidade, às voltas com as interações comunicativas e coerções sistêmicas. Ele afirma: “Aquilo que, somente pelo nascimento, transforma o organismo numa pessoa, no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto *público* de interação de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente.” (2004, p.49) É importante notar que o pano de fundo das interações sociais é para Habermas o mundo da vida. Esse conceito é lido pelo autor a partir de uma sua complexa influência hermenêutica e pragmática linguística. O contexto social de fundo é um jogo entre interações sociais sistêmicas e mundo da vida. Neste jogo vê os riscos que corre a dignidade humana, a qual se afirma a partir de uma práxis comunicativa, mas pode sucumbir às coerções sistêmicas. “A autonomia é, antes, uma conquista precária de existências finitas que só conseguem ‘se fortalecer’ quando conscientes de sua vulnerabilidade física e de sua dependência social”. (2004, p 48) Por isso Habermas afirma o seguinte: “Apenas na esfera pública de uma comunidade linguística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em indivíduo e em pessoa dotada de razão.” (2004, p. 49). Porém essa transformação não está isenta de patologias e instabilidades. Desse modo deve-se entender a constituição da subjetividade nos seguintes termos:

Com efeito, a subjetividade, [...], se constitui a partir das relações intersubjetivas para com os outros. O si mesmo individual surge apenas com o auxílio social da exteriorização e também só pode se *estabilizar* na rede de relações intactas de reconhecimento. (2004, p 47)

É importante notar que como o contexto de fundo das relações sociais é ameaçado pelas coerções sistêmicas e ações estratégicas, a estabilização da pessoa não é um processo com garantia de êxito, pois nem sempre as relações de reconhecimento estão intactas. É nesse contexto que se deve entender a expressão. “Somente as proposições ideologicamente neutras sobre aquilo que é igualmente bom para todos podem ter a pretensão de ser aceitáveis para todos por boas razões” (2004, p 46). Se há uma releitura de Kant em Habermas é importante entender, que essa releitura é feita, a partir da guinada linguística. Porém para melhor diferenciar sua proposta é necessário contrastá-la também com a proposta de Apel. Isso não foi por Ricoeur, que fez uma exposição

conjunta da proposta da ética do discurso. Veremos agora os elementos dessa apresentação e em seguida verificaremos sua distinção interna.

Ricouer, na parte dedicada à Apel e Habermas afirma:

Ora, todas as relações humanas passam inevitavelmente pelo discurso. Além disso, a ameaça de violência que como vimos, justifica a transição de uma moral da felicidade para uma moral da obrigação, convida a buscar na transferência de todos os conflitos para a região da palavra a única resposta humana à violência. Ora o compartilhamento da palavra não pode ocorrer sem a arbitragem normativas de regras que presidam a discussão. Todo o problema consiste em passar da mediação da linguagem para o direito da argumentação. (2008, p. 270)

A transição da moral da felicidade para uma moral da obrigação desenvolvida por Kant é agora abordada a partir da guinada linguística, implicando a compreensão transcendental da linguagem. Na perspectiva de Ricouer “A questão é saber se existem regras universais de validade que rejam toda e qualquer discussão possível e toda e qualquer argumentação racional. A resposta de Habermas é positiva.” (2008, p.270) Ela é positiva mesmo, porém o que Ricoeur não diferencia é que a afirmação de que não há linguagem sem regras universais, não garante que nossa intuição das regras que consideramos universais, também seja universal e supere nosso provincianismo histórico para o próprio Habermas, como veremos adiante.

Essas regras são intuídas a partir da constatação de contradições performativas descritas da seguinte forma por Ricoeur: se dizemos que a regra de discussão não é válida, começamos a argumentar; portanto nós nos contradizemos quando dizemos que uma regra de discussão não pode ser universal. (2008, p. 270-271) Após expor uma síntese das regras da ética do discurso ele afirma: “A ética da discussão é assim colocada sob o horizonte de uma utopia da palavra compartilhada, que funciona como ideia reguladora de uma discussão aberta, sem limites nem entraves.” (2008, p. 271). A afirmação de utopia mostra um não reconhecimento das pressuposições contrafáticas que os agentes de interações comunicativas fazem. Quem argumenta precisa fazer tais suposições para argumentar com coerência. Argumentar é uma atividade que pressupõe normas que lhe são constitutivas. Se o participante da argumentação não pressupõe essas normas, não faz sentido que ele argumente. Não se pode jogar xadrez sem pressupor suas regras. Quem joga xadrez está automaticamente pressupondo o respeito às suas regras. Quem argumenta também. Não se trata aqui de ideia reguladora. Mas de uma reconstrução do que é pressuposto numa ação executada no mundo da vida. Mais adiante Ricoeur levanta a seguinte crítica à ética do discurso:

É possível objetar-lhe que ela superestima o lugar da discussão nas interações humanas e, mais ainda, o lugar das expressões formalizadas da argumentação. Procurar ter razão constitui um jogo social extraordinariamente complexo e variado no qual se dissimulam paixões diversas sob a aparência da imparcialidade; argumentar pode ser uma maneira

astuciosa de continuar combatendo. De outro modo, pode-se objetar que a mediação da linguagem, legitimamente invocada como base de referência pela ética da discussão, pode orientar para outra conclusão, que não a de uma arbitragem pela argumentação. (2008, p. 277).

Concordamos com a possibilidade de uma superestima do lugar da discussão nas interações sociais, porém quando se dissimula a argumentação, já não se está mais numa ação comunicativa, mas sim numa ação estratégica. A possibilidade de outra arbitragem implica a apresentação verbal e coerente dessa outra possibilidade. De certo modo Ricoeur elabora um esboço dessa alternativa que precisamos considerar:

A linguagem não existe em forma universal, mas apenas na fragmentação do universo lingüístico. Ora, na falta de qualquer superlíngua, não estamos completamente desaparelhados; resta-nos o recurso da tradução que merece coisa melhor do que ser tratada como fenômeno secundário, [...], na tradução tem-se um fenômeno universal que consiste em dizer de outro modo a mesma mensagem.” (2008, p. 277).

As questões de tradutibilidade serão abordadas por Habermas no livro “Entre naturalismo e religião”, texto que Ricoeur não teve acesso. Por fim quando nosso autor francês questiona o trabalho de Alexy, afirmando que a validade jurídica opera em situação que não satisfazem aos pressupostos da ética do discurso, fica claro sua posição de derivar o direito da ética. Isso corresponde ao desconhecimento da arquitetura de Habermas, pois ele não deriva o direito da ética do discurso. Antes Habermas prefere derivar o direito como especificação direta do princípio do discurso que cria o campo próprio do direito, paralelo ao campo da moral. O direito é pensado na sua mediação entre faticidade e validade, e por isso mesmo não pode mais ser derivado diretamente da ética. Ao direito também são remetidas às questões de aplicação que Apel remetia a parte B de sua Ética. Essa posição gerou uma importante controvérsia com Apel que passamos a abordar a partir de agora.

Na perspectiva de Habermas o projeto de uma fundamentação última transcendental de Apel, para transformar a filosofia:

[...]parece ser incompatível com a intenção de só procurar respostas que sejam independentes em relação ao privilégio metafísico de uma interpretação da vida, quando nos nossos dias a exegese da vida é escrita sempre no plural e reclama os mesmos direitos para toda as suas vertentes. (HABERMAS, 1999, p. 185)

Ao pensar o pano de fundo das ações comunicativas, num contexto pós-metafísico, Habermas vê-se levado a pensar as interações sociais e nelas inserir o conceito de mundo da vida. (HABERMAS 2001b p.164ss). Ao iniciar a exposição do conceito de mundo da vida, na “*Teoria do agir comunicativo*”. Ele afirma que se trata de um conceito complementar ao de ação comunicativa, sua análise efetuada em termos de pragmática formal, tem por objeto apreender estruturas, que frente às formações históricas do mundo da vida se apresentam como invariantes. De modo a podermos retomar problemas que até aqui se tratou nos marcos da filosofia transcendental, e neste caso concreto endereçar nossa atenção até as estruturas do mundo da vida em geral. (HABERMAS 2001b p.164ss). Essa perspectiva, porém não é compatível com uma exegese monológica da vida.

Justamente a recusa de uma exegese monológica da vida é que remete para uma hermenêutica complexa do mundo da vida, com a afirmação de sua dimensão transcendental fraca, que se sobrepõe a qualquer jogo de linguagem de validade formal interna. Sendo esse um dos pontos mais importantes da crítica de Habermas à Apel. É também o ponto que mantém sua fundamentação aberta, pensada como “*entschränkung*”, em analogia com o princípio de indução e por isso pensada como não fundamentalista, por não se afirmar como fundamentação última. É interessante notar que, na polêmica com Rorty, está presente a análise pragmática da linguagem seguindo curso paralelo, de recusa à uma interpretação monológica do mundo da vida. O que desemboca novamente numa fundamentação aberta ao pensar o duplo sentido de verdade. A qual é pensada pragmaticamente na passagem da certeza da ação, ao questionamento teórico, deste à justificação bem fundamentada e novamente à certeza da ação pela necessidade pragmática do mundo da vida.

Para Habermas duas assunções fundamentais de Apel são problemáticas: A primeira é que “o privilégio filosófico-fundamental da ética do discurso, paga o preço da equiparação da razão comunicativa à ética do discurso. Mostra mais adiante que:

Ao contrário da razão prática, a razão comunicativa não é per se uma fonte de regras para a ação correta. Ela abarca todo o espectro das pretensões de validade (da verdade assertórica, da autenticidade subjetiva e da correção normativa), transcendendo, por isso, a esfera das questões prático-morais. (HABERMAS, 1999, 185-186).

É também de grande importância as distinções que Habermas estabelece no livro “*Direito e Democracia*” Nele, como vimos a pouco, o autor distingue com clareza os princípios do discurso, da moral e do direito e seus respectivos jogos de linguagem.

A segunda crítica, não menos importante, dirige-se ao cerne do projeto de Apel para a transformação da filosofia. Habermas rejeita o privilégio de um discurso fundamentalista. Em suas palavras:

A segunda premissa, nomeadamente o privilégio de um discurso fundacionalista em geral, encontra-se em relação imediata com o projeto de Apel no sentido de transportar as questões fundamentais de uma Primeira Filosofia – ontologia e filosofia da consciência – para o terceiro paradigma da linguagem. Subjacente a esta ‘transformação da filosofia’, encontra-se a idéia de que os conteúdos substanciais da metafísica só se conseguem hoje em dia preservar sob a forma de hipóteses globais da ciência, de estatuto falível, quanto, por sua vez, a reflexão transcendental sobre as condições da experiência objetivamente válida e da argumentação em geral nos abre uma esfera de conhecimento filosófico genuíno que sendo infalível, explica os pressupostos do princípio da falibilidade – satisfazendo, desta forma, as pretensões de uma última fundamentação. (HABERMAS, 1999, p. 186).

A partir da compreensão hermenêutica e pragmática do mundo da vida, que podemos nomear como uma interpretação complexa, Habermas não pode aceitar a infalibilidade do discurso de fundamentação. Muito embora aceite tranqüilamente sua incontornabilidade atual. Continuando mais abaixo ele afirma:

Nestes termos Habermas afirma:

Em primeiro lugar, a oposição abstrata entre filosofia e ciência faz parte do legado arquitetônico de uma filosofia da consciência que considera fundamentais as questões básicas da teoria do conhecimento. Após a viragem da pragmática lingüística são, em vez disso, as condições de uma eventual comunicação que assumem o primeiro plano. No entanto, as ciências objetivantes – enquanto formas reflexivas do nosso conhecimento do mundo objetivo - perdem, assim, a sua posição singular. Recuam para o horizonte das múltiplas formas de saber existentes na vida quotidiana e em culturas especializadas, no meio das quais a filosofia assume o papel de um intérprete que as medeia, mas que não precisa de as ‘fundamentar’ (HABERMAS, 1999, p. 187).

Está presente aqui explicitamente a perspectiva da viragem da pragmática lingüística. Porém também está implícito a concepção da hermenêutica do mundo da vida que, como vimos, com suas várias raízes, que incluem Spencer, Durkheim, Husserl etc. Tudo isso leva a afirmação da historicidade e rejeita uma perspectiva de fundamentação transcendental forte. Neste contexto para Habermas:

...a filosofia está envolvida, de fato, e por razões metódicas, em diversas cooperações multifacetadas. Já perdeu o seu lugar de juíza e de organizadora pela simples razão de não existir uma gradação hierárquica entre os discursos com meta-discursos ‘ínatos’. Entre as disciplinas e as áreas científicas que se tornaram autônomas, a conexão metateórica entre os resultados teóricos é assegurada apenas pela coerência e não mais pela ‘fundamentação’.

De resto, tanto a abordagem hermenêutica-interpretativa dos objetos simbolicamente pré-estruturados, como o método da reconstrução racional do saber pré-teórico de sujeitos com competência para julgar, falar e agir, lançam fundamentos para uma afinidade muito próxima entre a filosofia, por um lado e as Humanidades e Ciências Sociais, por outro. De uma forma geral, é a oposição abstrata entre filosofia e ‘a’ ciência [...] que é interdita. (HABERMAS, 1999, p. 187)

A rejeição de meta-discursos inatos, estende-se a um discurso primordial de fundamentação última que pretenderia dar novamente à filosofia o papel de juíza e organizadora. Entendendo que a conexão entre os resultados teóricos é assegurada pela coerência e que a abordagem hermenêutica-interpretativa dos objetos simbolicamente pré-estruturados ou o método da reconstrução racional do saber pré-teórico lançam fundamentos para uma afinidade entre filosofia, humanidades e ciências sociais. Chegamos assim a distinção do papel da filosofia para Habermas:

A peculiaridade da filosofia não consiste nem no seu método de análise conceptual nem no carácter universalista das suas problematizações. A filosofia distingue-se, sim, pela auto-referencialidade de algumas das suas argumentações. (1999, p. 187)

Portanto, a filosofia distingue-se por sua auto-fundamentação, conceito que é desenvolvido em “*Discurso filosófico da modernidade*” porém, quanto aos argumentos transcendentais Habermas adverte:

Estes apenas têm a função de demonstrar a não rejeitabilidade factual, atendendo às pressuposições gerais e necessárias de uma ordem auto-substitutiva, como é o jogo da argumentação. (1999, p. 188)

É importante perceber aqui que Habermas usa a expressão “não há de fato” outra alternativa. O que significa tratar-se de uma constatação factual e não propriamente de uma necessidade lógica. Como já havíamos visto, a necessidade lógica é apenas interna para a auto-reflexão do discurso, por isso o autor pode afirmar:

Esta comprovação da não-rejeitabilidade factual de pressuposições de teor normativo de uma prática entrelaçada internamente com a nossa forma de vida sociocultural está certamente sujeita à constância dessa mesma forma de vida. Não podemos excluir *a priori* a sua possibilidade de transformação. (HABERMAS, 1999, p. 188)

A respeito das críticas de Apel, nos textos supra citados, tem que se levar em conta que para Habermas a compreensão do Mundo da Vida, como contexto da prática comunicativa, com sua historicidade e possibilidade de desabamento, interfere nas pretensões transcendentais fortes. Espero que tal exposição seja suficiente para neutralizar em parte o “alvo comum do debate” apontado por Ricoeur.

Outro ponto importante é que para Habermas a autolegislação de cidadão não se deduz da autolegislação moral de pessoas singulares. É o princípio da democracia que deve conferir força legitimadora ao processo de normalização. Ele resulta da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica da autonomia política. Por isso é o núcleo de um sistema de direitos. A autonomia na linha do discurso apresenta o nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo. A liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se e que contam com tomadas de posição (Habermas, 1997, v1, p. 155). Em direito e democracia Habermas afirma o nexo interno que existe entre a legitimidade do direito e a democracia nos seguintes termos:

Somente a normalização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*. (Habermas, 1997, v1, p. 158).

Eis a perspectiva que resulta de uma compreensão não monológica da pessoa humana e a afirmação de sua dignidade através dos meios do direito legítimo. Novamente nas palavras de Habermas pode-se acompanhar o seguinte:

Tal sistema deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo. (...) introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito. (1997, v1, p.159)

Assegurar a autonomia pública e privada operacionaliza a tensão entre faticidade e validade, que Habermas descreveu como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito. É importante notar que enquanto instituição social e sistema de ação, é no mundo da vida que o direito é exercido. Sua doutrina vincula a preservação da dignidade da pessoa humana à democracia e ao exercício da cidadania. Entendemos que a complexidade do ser humano é irreduzível e não pode ser objetivada. Daí ser a democracia a melhor resposta a sua necessidade de auto-regulamentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PESSOA, PLURALISMO POLÍTICO, CIDADANIA E DEMOCRACIA.

Ao iniciarmos esse trabalho, apresentamos a seguinte questão: Como as diferentes concepções contemporâneas de pessoa vinculam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ao pluralismo político, à cidadania e à democracia?

Abordarmos, num primeiro passo, as concepções dos clássicos, de Hegel, de Marx, de Nietzsche, de Mounier e de Heidegger. Verificamos que essas doutrinas embora irreconciliáveis, apresentam a superação da metafísica clássica, nos momentos do social, do singular, do comunitário e da transcendência. Se somarmos a essa diversidade de compreensão filosófica a multiplicidade de visões religiosas presentes nas culturas das atuais sociedades complexas, temos uma incontornável afirmação do pluralismo político. Tal perspectiva abre caminho para a interpretação dos autores mais recentes que afirmam a necessidade do pluralismo político, da cidadania e da democracia, como condição da sociabilidade humana.

Como podemos observar Ricoeur, Rawls e Habermas, pensam a pessoa, cada um em sua diferente perspectiva hermenêutica. Porém, sempre se está ligado à questão de pensar a alteridade. Ricoeur ao inserir a questão do outro no si mesmo e abordá-la a partir das identidades narrativas condição do respeito à dignidade nas relações interpessoais, pelo respeito à singularidade; Rawls ao pensar a distinção das questões de justiça e às diferentes concepções de bem que implicam diversas referências hermenêuticas pré-reflexivas afirma o consenso sobreposto o trabalho em equipe das razões públicas e não públicas; Habermas ao desenvolver sua concepção de racionalidade comunicativa, a qual em contraste com a racionalidade monológica afirma a unidade da razão na pluralidade de suas vozes. Ele distingue do discurso racional, por especificação, a moral procedimental por um lado e o direito por outro, reservando ao direito às questões de aplicação. Direito, moral e ética de valoração forte ocorrem no mundo da vida, onde a pessoa se entende, por um processo frágil de socialização, como capaz de agir e falar. Apresenta-se a razão comunicativa como condição da aprendizagem e cooperação com o outro, no desenvolvimento da própria identidade, a partir de um agir comunicativo em oposição às patologias dos fundamentalismos exclusivistas e coerções sistêmicas. As três leituras que reconhecem a pluralidade da pessoa humana desembocam numa afirmação da justiça, que articula dignidade da pessoa humana ao pluralismo político, à cidadania e à democracia. Cada um pensa com uma configuração própria essa articulação. Mas ela está presente em todos eles.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AQUINO, Tomás O Ente e a Essência, trad. Luíz João Braúna, in “*Os Pensadores*” São Paulo, Nova Cultural, 1988.

ARISTOTELES, *Metafísica*, Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de GIOVANNI REALE. Trad. Marcelo Perine, São Paulo Loyola 3v. 2002.

APEL, Karl - Otto. *Transformação da Filosofia*. Paulo Astor Soete, São Paulo Loyola 2000, 2v.

CHATELET, François. *História da Filosofia Idéias, Doutrinas*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

HABERMAS, Jürgen *Teoria de la accion comunicativa*. Trad. Manuel Jimenez Redondo Buenos Aires: Taurus, 1999, 2v.

-----, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*, trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento, São Paulo, Martins Fontes, 2000

-----, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana*. Hacia uma eugenesia liberal? Trad. R.S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, trad. Emmanuel Carneio Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

-----, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005, 2 v.

HEGEL, Georg W. *A fenomenologia del espíritu*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1990.

-----, Georg W. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Pura*, trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, Sd.

MARX, Karl Manuscritos econômico-filosófico. In “*Os Pensadores*”, trad. José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi, Ed. Nova Cultural. 1989.

-----, Karl. Para crítica da Economia Política. In “*Os Pensadores*”, trad. José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi, São Paulo: Nova Cultural. 1989.

MOUNIER, Emmanuel. *Rivoluzione personalista e comunitária*. Edizioni di Comunità, Milano, 1955.

NIETZSCHE, *Agenealogia da Moral*. Trad. A.A. Rocha. Rio de Janeiro: Tecnoprint. 1998.

- OLIVEIRA, A *filosofia na crise da modernidade*. São Paul: Loyola,1989.
- RAWLS, John & HABERMAS, Jürgen *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins fontes. 2003.
- . *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, Expanded Edition, 2005.
- REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario *História da filosofia*. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Ed. Paulinas, V3, 1991.
- REY, Jean Michel. A Genealogia Nietzscheana. In CHATELET, François. *História da Filosofia Idéias, Doutrinas*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, p. 138- 172.
- RICOEUR, Paul *O si-mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira César. São Paulo: Papiros, 1991
- SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*, in “*Os pensadores*,” trad. Rita Correia Guedes. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- SCHOPENHAUER *O mundo como vontade e representação*. In “*Os pensadores*” trad. Wolfgang Leo Mar, Maria Lúcia Melo e Oliveira Cacciola.
- VAZQUEZ, A. Sánchez. *Filosofia da Práxis*. Trad. Luiz Fernando Cardoso. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- WITTGENSTEIN, Ludwig *Investigações filosófica*.,In “*Os Pensadores*”, trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

SAÍDAS INSTITUCIONAIS OU A FORÇA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO NA PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO?

INSTITUTIONAL RELATIONS OR DEMOCRATIC PROCESS STRENGTH IN ENFORCING THE CONSTITUTION?

**José Ribas Vieira
Vanice Regina Lírio do Valle**

RESUMO

A busca de efetividade da Constituição com auxílio da jurisdição constitucional, ainda não superou as dúvidas relacionadas à velha dicotomia supremacia do legislativo ou do judiciário. Outras alternativas todavia vem se apresentando para a construção democrática dos direitos fundamentais via jurisdição constitucional; alternativas que exploram o desenho de novas relações institucionais como a solução para a superação dos problemas de legitimidade da decisão. O texto explora os termos em que atualmente se põe o debate sobre a supremacia do legislativo e judiciário, a partir da perspectiva sugerida por JEREMY WALDRON, para depois examinar as propostas do chamado constitucionalismo cooperativo, notadamente a construção canadense do diálogo institucional. Essas novas teorias demonstram que a efetividade constitucional pode ser construída não a partir de um desenho institucional que indique que estrutura detém a última palavra em questões de direitos – mas que ao contrário, a prática mais democrática possa resultar não de uma dinâmica de “última palavra”, e sim de um diálogo permanente entre as instituições formais de poder. Ao final, o trabalho demonstra que a prática do Supremo Tribunal Federal, muito inspirada ainda nas velhas concepções do princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes, não incorporou de forma mais significativa a dimensão dialógica nas questões de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO, DIÁLOGO INSTITUCIONAL, SUPREMACIA DO LEGISLATIVO, SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA.

ABSTRACT

The fight for constitutional enforcement through judicial review has not overcome the doubts related with the old dichotomy of the legislative supremacy versus judicial supremacy. However, new alternatives have been presented in order to guarantee a democratic definition of fundamental rights through judicial review; alternatives that explore new institutional relations as a solution to overcome the matter of the decision's legitimacy. The article will explore the terms in which is enunciated the debate about legislative supremacy versus judicial supremacy, from the perspective suggested by JEREMY WALDRON. It will then examine the proposals enounced by the cooperative constitutionalism, specially the Canadian theory about institutional dialogue. These new

theories demonstrate that constitutional enforcement can be built, not from an institutional design that operates with the idea of a “final word” titleholder in the matters of rights; but on the contrary; that a democratic practice can result from a permanent dialogue between the formal power institutions. At the end, the article demonstrates that the Brazilian Supreme Court’s practice, still inspired by an old understanding of the checks and balance system, has not yet incorporated, in a significant way, the dialogical dimension in solving the questions of fundamental rights.

KEYWORDS: COOPERATIVE CONSTITUTIONALISM, INSTITUTIONAL DIALOGUE, LEGISLATIVE SUPREMACY, JUDICIARY SUPREMACY, FUNDAMENTAL RIGHTS, DEMOCRACY

1. Introdução

A teoria constitucional, ao longo da segunda metade do século passado, com a incorporação aos textos fundamentais do vetor da centralidade da pessoa e respectivas garantias, passou pelo desafio de consolidar modelos institucionais que pudessem estabelecer um equilíbrio entre a supremacia da norma constitucional e as já consagradas diretrizes de estruturação do poder político, como a especialização funcional e o princípio da separação de poderes. A busca desse balanceamento entre os órgãos constitucionais apresenta como ponto sensível o imperativo de compatibilizar a vontade do legislador com o “querer” da sociedade, estabelecido na carta constitucional. Subsistente esse debate, a teoria constitucional de nossos dias não pode desconhecer o substrato da questão: discute-se, na verdade, a presença da força representativa democrática, tanto na legitimidade do papel do legislador, quanto na preservação da supremacia da expressão do Poder Constituinte originário. Este processo de tensão institucional mereceu balizamento no constitucionalismo do final do século XX, por meio da jurisdição constitucional.

Muito embora episódios pontuais de revisão judicial das leis possam ser identificados desde o século XVIII[1], antes mesmo do clássico *Marbury vs. Madison*(1803); fato é que a elaboração teórica de um sistema de controle jurisdicional da produção legislativa tem por marco a obra clássica de KELSEN[2], que, no enfrentamento do tema, denota clara preocupação com o respeito ao legislador, e por consequência, com a importância de um desenho adequado da separação de poderes.

Muito se passou com o constitucionalismo e com a jurisdição constitucional desde esse primeiro momento de reflexão teórica, mas, nem por isso, se pode dizer o tema seja menos polêmico, no que toca à grande questão de fundo, a saber, seus fundamentos de legitimidade.

Na farta literatura sobre a matéria, apresentam-se duas vertentes principais – e na verdade, indissociáveis – de reflexão: aquela que cogita ainda da legitimidade da alternativa da revisão judicial de leis, que se desdobra o velho dilema entre supremacia do legislativo ou do judiciário e um eixo estrutural ou de organização, onde se explora como possibilidade, a formatação de modelos que possam constituir alternativas à pré-

falada dicotomia, e com isso, eventualmente se revelem capazes de superar, ao menos em parte, as objeções à jurisdição constitucional. No primeiro, o tema discute-se ainda a pertinência subjetiva da cunhagem das normas jurídicas e seu controle de compatibilidade com a Constituição; no segundo, o debate reside menos no titular e mais nas formas possíveis de relações institucionais entre esses sujeitos do poder. Entretanto, cumpre observar que, em realidade, coube à *práxis* política estabelecer os pontos centrais dessa justiça constitucional.

1.1 – O pioneirismo norte-americano: reflexões exploratórias sobre a tensão entre legislativo e judiciário e as possíveis fontes de legitimidade da decisão

Foi a teoria constitucional norte-americana, desde do final do século XVIII e ao longo de um denso processo conflitivo institucional, o campo onde primariamente se firmou a orientação prática acerca de temas atribuições do Poder Judiciário. Destaque-se, dentre os filtros lá construídos, tendo em conta as possíveis interseções institucionais, a ideia da exclusão de apreciação jurisdicional das *political questions*, reconhecendo um espaço de não-interferência judicial no sistema legislativo, quando o debate dizia respeito estritamente a questões políticas; e também o *self-restraint*, como padrão de conduta a adotar diante de conflitos institucionais e normativos

Quanto à legitimidade de atuação de cada qual das estruturas institucionais, ainda em cenário norte-americano, no final do século XIX, o constitucionalista americano Thayer[3] indicou os filtros que autorizariam a atuação do Judiciário, diante de possíveis conflitos na aplicação do texto constitucional – *self restraint* como estratégia de construção da decisão e exigibilidade de que a questão constitucional envolvida seja manifesta – explicitando que tais exigências à admissibilidade da intervenção jurisdicional descaracterizariam imputação de supremacia de um dos poderes (no caso, a Suprema Corte americana) sobre os demais.

O percurso do sistema americano de *judicial review*, inobstante os embates seríssimos ocasionalmente verificados com o Legislativo, sofreu influência de sua origem, calcada no modelo anglo-saxônico. Historicamente, em especial no final do século XVI, o sistema parlamentar inglês consolidou, numa estrutura constitucional de base de *common law* não escrita, a posição de prevalência na cunhagem da ordem jurídica. Foi essa mesma supremacia do parlamento que oprimiu a então colônia, determinando o movimento separatista. Dessa forma, o *judicial review* plasmado nos Estados Unidos dentro do modelo da Constituição de 1787, apoiando-se na experiência incorporou, de algum modo, o jogo político contido na matriz parlamentarista inglesa.

Vale ressaltar que, mesmo contemplando essa dinâmica de conflito político, a experiência prática do *judicial review* norte-americano não se mostrou apta a pacificar, naquele país, o reconhecimento de sua legitimidade. Tal fato deveu-se, num ponto, à não-consagração pela Constituição americana de norma, outorgando ao Judiciário o papel de guardião da Constituição. Num outro aspecto, apesar dos freios delimitados por Thayer ao exercício da jurisdição constitucional, a atuação da Corte Suprema americana, no caminhar dos séculos XIX e XX, envolveu vários episódios de crescente

politização, acarretando descompensação institucional em detrimento do espaço de atuação do legislativo.

Esse questionamento da adequação do *judicial review* nos Estados Unidos, dentro de um sistema ainda pautado pelo princípio de separação dos poderes fortaleceu-se com as decisões de casos como *Brown vs Board of Education* em 1954, com a discussão sobre a vedação à segregação racial nas escolas, e principalmente, com *Roe vs Wade*, em 1973, a respeito do direito de aborto.

A reação da doutrina constitucional norte-americana, desde a apresentação do debate sobre o *judicial review*, tem sido firme no sentido de observar a postura de sua Corte Suprema, sem descurar da necessidade de um desenho teórico que sistematize seus padrões de decisão. Merece destaque a contribuição de Alexander Bickel,[4] ao apontar, como justificativa da prevalência da decisão judicial sobre a força da democracia, a explicitação do princípio contramajoritário. Em sentido contrário, Bruce Ackerman[5], Mark Tushnet[6] e Larry Kramer[7] assumiram, na última década do século XX, uma posição mais radical de absoluto questionamento da fundamentação de legitimidade do sistema *judicial review*, buscando estabelecer o fulcro da matriz na noção de *we the people*, a partir da qual o reencontro do constitucionalismo com o povo permitiria, a um só tempo, uma sustentação à mais justa intervenção judicial, sem maiores arranhões à idéia de separação de poderes.

Mais recentemente, no cenário norte-americano, merecem relevo as importantes contribuições de WALDRON[8] que, enfrentando –uma vez mais– o debate acerca da legitimidade do *judicial review* e da adequação das fórmulas de supremacia do legislativo ou do judiciário, posiciona-se em favor do primeiro. Seus esforços concentram-se em minar ou criticar premissas teóricas subjacentes à prática do *judicial review*. Em artigo publicado no início de 2009 o autor ataca a suposição de que juízes teriam melhores condições para raciocinar sobre as questões morais que permeiam os debates de definição dos direitos constitucionais [9].

Essa visão idealista do judiciário, reforçada por mitificações, como aquela do célebre Juiz Hércules criada por Ronald Dworkin[10], não justificaria a prática do controle judicial de constitucionalidade das leis. Em síntese, Waldron afirma que as decisões morais envolvidas num debate constitucional não deveriam ser resolvidas sob a perspectiva de um agente moral único, que busca a melhor solução de acordo com princípios últimos de justiça. Ao contrário, com fundamento na legitimidade democrática, devem ser resolvidas por um parlamento que adjudicaria solução autoritativa para as questões de desacordo moral existentes na sociedade,.

No âmbito dessa estratégia de observação e teorização, é importante sublinhar que a doutrina norte-americana tem oferecido importantes contribuições em relação à compreensão de qual seja o verdadeiro método de trabalho da Suprema Corte e, portanto, das características e possibilidade de seu sistema de *judicial review*. Destaca-se, nessa linha mais propositiva, a identificação do chamado *constitucionalismo cooperativo*, que numa solução intermediária entre a velha dicotomia da prevalência de legislativo ou judiciário, opera com a possibilidade de convocação, pela Corte, de atores não-integrantes do judiciário, para que se consolide uma reflexão compartilhada sobre o conteúdo dos direitos.

Ainda no cenário das distintas aproximações ao impasse entre supremacia legislativa ou judicial, é de se registrar o recente trabalho de DIXON,[11] debruçando-se sobre os fatores constitutivos ao exercício da atividade legislativa – os chamados “pontos cegos” e ainda a inércia como estratégia política de ação, tendo em conta os encargos da decisão – para a partir deles evidenciar a indispensabilidade de reconhecer, na superação dos dissensos relacionados a direitos, um espectro importante de atuação da *judicial review*, manifesta porém na sua forma mais suavizada.

1.2 – A disseminação do embate: jurisdição constitucional como característica do constitucionalismo democrático pós-1945

Ao lado do contexto do *judicial review* nos Estados Unidos, para delimitar a prevalência da substância do Texto Fundamental diante do marco da estrutura poderes, cabe sublinhar o fato de que as constituições pós-1945 aperfeiçoaram essa equação, optando pela consolidação de um sistema de jurisdição constitucional, caracterizado, no mais das vezes, pela concentração da competência num Tribunal especial e ainda pela incorporação da abertura criativa à Corte, à vista do caráter principiológico do Diploma Maior. Essa opção político-institucional secundariza a questão de legitimidade –tão presente no sistema do *judicial review* americano– à conta de uma aparente neutralidade da função jurisdição constitucional como então se concebia.

A esse respeito é interessante o destaque de GARCÍA DE ENTERRÍA,[12] de que, inobstante o caráter precursor da construção kelseniana já referida nesse artigo, não foi esse o modelo que prevaleceu na Espanha e em outros países da Europa, com o reconhecimento à justiça constitucional da prerrogativa de revogação da norma jurídica controlada. Isso porque tal conteúdo decisório não pareceu ser aquele que melhor serve à consolidação da supremacia da Constituição; a decisão no modelo kelseniano puro expressaria mais uma relação entre o legislador e a Constituição do que entre a Constituição e a lei.

O tempo demonstrou, todavia, que a afirmação do caráter neutro do órgão de jurisdição constitucional não afastava ainda importantes questionamentos sobre natureza *política* das decisões atinentes à efetividade da Constituição. Assim, desde o trabalho clássico de GARCÍA DE ENTERRÍA[13] já mencionado, passando ainda por GARAPON[14], AHUMADA RUIZ,[15] até a contribuição mais recente de LINARES[16], o debate acerca da (i)legitimidade da jurisdição constitucional prossegue, sob novas luzes, atraindo a discussão acerca da motivação como elemento justificador – mas evidenciando ainda que a opção entre supremacia do legislador ou do judiciário parece ser desafio distante de superação.

Registre-se, no cenário europeu, o surgimento de nova esfera de debates, a saber, aquela relacionada com a eficácia imediata do direito comunitário, que obscurece um pouco a discussão tradicional relacionada à jurisdição constitucional, na medida em que envolve, não só a introdução de um instrumento normativo supranacional como eventual parâmetro de controle, como também deita reflexos na identificação de qual seja a estrutura institucional revestida de competência para enfrentar essas questões,

envolvendo conflito entre direito nacional e direito supranacional, comunitário. Some-se ainda a temática das chamadas normas de transposição – encarregadas de empreender, formalmente, a incorporação no direito nacional, das regras traduzidas inicialmente em Diretivas da União Européia – e, com isso, se vê que o foco principal de reflexão se distancia das cogitações fora do cenário europeu.

1.3 – Ainda o caminho exploratório: alternativas ao palco da infundável disputa entre supremacia do legislativo ou predominância da composição judiciária

Independentemente do grau de crise de legitimidade desses modelos de justiça constitucional, constata-se a sua não-adequação, seja tendo em conta os imperativos de um pleno processo democrático decisório, seja à vista dos não resolvidos impasses com a própria separação de poderes. Supremacia do legislativo ou do judiciário, ainda que debatida a partir de outras perspectivas, parece um equacionamento ainda pobre do problema, simplificando um quadro complexo de fenômenos, como os do crescente ativismo e da judicialização da megapolítica[17], que certamente não cabem nas alternativas binárias de resposta apresentadas até o momento.

Nesse universo conflitivo de afirmação constitucional que contempla as peças do inevitável xadrez do poder político, despontam experiências mais recentes de construção de modelos de jurisdição constitucional que apostam, não no prestígio absoluto a um ou outro dos braços institucionalizados do poder, mas se orientam na busca de soluções reciprocamente influentes.[18]

Ao desenvolvimento das presentes considerações, interessam particularmente as experiências identificadas por GARDBAUM[19] como o novo modelo de constitucionalismo da *commonwealth*, onde inobstante se assegure às cortes o poder de proteção aos direitos, dá-se uma separação entre *judicial review* e supremacia do judiciário, com o fortalecimento das legislaturas, de modo a que passem a dar a palavra final na definição dos direitos.

Cada qual dessas experiências –como costuma acontecer– é fortemente influenciada por injunções políticas dos respectivos países, circunstância que, evidentemente, explica as múltiplas e progressivas combinações desenhadas no Canadá, na Nova Zelândia[20] e na Inglaterra[21].

É esse último modelo –o canadense, concretizado com a aprovação da *Canadian Charter of Rights* de 1982– que se examina especificamente no presente trabalho, tendo em conta seu caráter inovador e a importância de se refletir quanto à sua aptidão para responder de forma adequada aos impasses teóricos, às insuficiências do dualismo entre supremacia do judiciário ou do legislativo.

O modelo canadense é identificado pela presença de cláusula que favorece a prática do diálogo institucional como o mecanismo mais adequado à superação do conflito, à reconciliação entre o ideal democrático representativo e a imprescindibilidade de defesa e efetividade do querer constituinte.

Também merece sublinhar, no exemplo canadense, o surgimento de um sistema destinado a reconstruir a velha ideia de equilíbrio de poderes, resultante de injunções políticas bem específicas. A estrutura jurídica do Canadá, integrante da família de sistemas da *comonn law*, apresentava, na segunda metade do século XX, um esgotamento institucional em referência à efetivação de direitos fundamentais, em especial das minorias (notadamente indígenas). Essa limitação decorria de que o seu substrato normativo era o positivismo anglo-saxônico de matriz austiniana, favorável ao respeito e cumprimento da norma estrita. A ruptura dessa dinâmica envolvia, portanto, a pretensão de formalizar-se o compromisso com os direitos fundamentais, sem que disso resultasse a perda do espaço de poder do parlamento central ou local[22]. A efetivação da “Carta de Direitos” de 1982 no Canadá tem, portanto, um tríplice significado político-institucional: 1º) a proteção de direitos; 2º) a ruptura com o positivismo de raiz austiniana; e, por fim, 3º) a configuração de outra separação de poderes com equilíbrio na prevalência do princípio da soberania do parlamento.. O mecanismo do diálogo institucional será explicitado na seqüência.

2. O modelo canadense do diálogo institucional: a busca de novo fundamento de legitimação

O desenho canadense de equilíbrio entre as pretensões de supremacia do legislativo e do judiciário funda-se em duas cláusulas contidas em sua Carta de Direitos; a saber, a Seção 1 e Seção 33. A primeira, explicitando a possibilidade de que o legislador configure o conteúdo dos direitos fundamentais, preceitua todavia que essa mesma intervenção legislativa encontra limites na exigência de justificação razoável [23]. Se, na enunciação da possibilidade da configuração legislativa do direito fundamental, o texto não traduz qualquer inovação radical; na subordinação explícita das restrições legislativas à justificativa razoável têm-se um elemento diferenciador[24]. Já a chamada Seção 33 – expressando o mecanismo comumente denominado de *overriding* – prevê que o Parlamento (central ou da província) pode expressamente editar texto legislativo que configure e limite direito consagrado pela Carta em suas Seções 2 e de 7 a 15, não obstante o signo de especial valoração expresso nessas mesmas cláusulas.[25] A idéia é que se reconheça ao legislativo a prerrogativa de, no campo sensível desses direitos especialmente valorados, intervir – mas explicitando que o faz, não obstante a proteção especial traduzida na Carta.

Antes de prosseguir no aprofundamento da análise do sentido e da dinâmica dessas cláusulas, cumpre ter em conta características próprias ao sistema canadense, que justificam a compreensão da necessidade de incorporação, por ocasião da aprovação da Carta de Direitos Fundamentais, de mecanismos institucionais como os cogitados. O primeiro aspecto a considerar é o sistema federativo canadense, que lida –de forma natural– com os mecanismos de repartição horizontal de poderes, preservando-se espaço significativo de atuação legislativa, em favor dos níveis não centrais de governo. Assim, as prerrogativas reconhecidas ao legislativo central e provincial, de delimitação dos direitos “em limites razoáveis e justificadamente demonstráveis” harmonizam-se com um modelo federativo como o lá vigente, na medida em que preservam – inobstante a

enunciação de direitos fundamentais num instrumento legislativo originário do poder central – a possibilidade de atuação dos demais parlamentos.

Na mesma linha de reconhecimento do necessário espaço de decisão ainda do parlamento, têm-se a cláusula do *overriding* que, em contrapartida aos compromissos expressos na *Charter of Rights*, assinala ao legislativo a possibilidade de (re)edição de norma jurídica – examinada ou não pelo Judiciário – reafirmando seu querer legislativo, não obstante os termos das mencionadas Seções 2 ou ainda 7 a 15. Observe-se que o *overriding*, de um lado, constitui prerrogativa do espaço decisório do Parlamento e, de outro lado, exige a explicitação de que essa mesma decisão guarda aparente rota de colisão com a Carta de Direitos. Mais ainda, à conta dessa aparente contradição – e pelo signo valoritivo especial que se reconhece aos direitos em exame, qualificados legislativamente como fundamentais – o instrumento legislativo que contenha cláusula de *overriding* está sujeito a uma cláusula de limitação temporal de cinco (5) anos.

Em ambas as cláusulas, têm-se espaço reservado à escolha pelo Parlamento; igualmente nas duas cláusulas, a opção empreendida pelo legislativo que contenha zona de incerteza quanto à compatibilidade com a Carta, deve expressamente apontada como tal – conferindo maior visibilidade à opção legislativa, ao mesmo tempo em que facilita o exercício do controle, notadamente o controle social.

A segunda característica que deita efeitos sobre a construção institucional canadense é ter como interlocutor o sistema da *judicial review* norte-americano, que, calcado na premissa da supremacia do Judiciário, permitiu a eclosão do ativismo judicial e de suas indissociadas preocupações relacionadas à questão do *déficit* democrático[26].

Fato é que o caráter inovador do modelo institucional introduzido pela *Canadian Charter of Rights*, associando jurisdição constitucional às especiais prerrogativas em favor do legislativo, despertava igualmente naquela sociedade as dúvidas atinentes à sua aptidão para prevenir os malefícios decorrentes da supremacia do judiciário.

Transcorridos quinze (15) anos de sua implementação, em 1997, vem à luz o trabalho de HOGG e BUSHELL[27] em que, a partir de observação empírica do uso pretérito das já mencionadas Seções 1 e 33, concluiu que a prática institucional construída a partir dos mecanismos descritos culminou por determinar aquilo que se veio a denominar *diálogo institucional*, na medida em que a decisão da Corte não se apresentava como definitiva, abrindo-se à possibilidade de uma rápida resposta institucional de parte do legislativo, resposta essa que se podia apresentar até mesmo como retificadora do provimento jurisdicional já havido[28]. A conclusão é de que a aprovação da Carta de Direitos, balanceada pelos mecanismos promotores do diálogo institucional, que operam segundo a lógica de balanceamento das prerrogativas de legislativo e judiciário, talvez não se mostre insatisfatória... Afinal, dentre outros benefícios, o debate contido no diálogo institucional, teria como ponto a seu favor, o potencial de despertar um debate público em relação a quais devam ser os valores que se efetivamente tuteladas pela Carta. Na lição de HAIGH e SOBKIN[29], o sistema permite à Corte o desenvolvimento de um *diálogo descritivo*[30], em que a Corte em seu pronunciamento orienta – expressando sua compreensão quanto ao conteúdo do direito fundamental em debate – a formulação dos juízos político-legislativos futuros, posicionando-se como observador imparcial no processo de densificação dos direitos, de natureza tipicamente legislativa[31], .

Diz-se então dialógica a solução, na medida em que a nenhuma das instâncias formais de poder se reconhece a prerrogativa de uma palavra final, cabendo sempre nova intervenção na sequência, numa dinâmica de construção institucional do sentido dos direitos contemplados na Carta. É ainda a observação empírica que evidencia aumento no ônus argumentativo de cada qual desses atores institucionais nas subseqüentes manifestações, assim como uma verdadeira deferência da Corte, na análise das chamadas *second look laws*.^[32]

O sistema está longe de ser imune a críticas. A ausência de ineditismo, a rigor, na fórmula que prevê uma reação institucional pelo legislativo à pronúncia judicial,^[33] e o caráter assimétrico das instâncias de poder envolvidas^[34] têm sido apontados como óbices insuperáveis à aplicação da ideia de diálogo. Outro elemento crítico tem sido a tendência do legislativo à deferência em relação à decisão judicial, muitas vezes em decorrência dos próprios ônus do processo decisório –o que culmina por apequenar as possibilidades do diálogo, nesse caso, menos por limitações do sistema e mais por renúncia implícita ao intercâmbio de ideias.^[35]

É nesses parâmetros que se concentra a discussão da teoria constitucional do Canadá e da busca, por seus constitucionalistas, de alternativa democrática entre a força da Constituição e a postura de um dos poderes constitucionais. Kent Roach^[36] reconhece que a “*Carta de 1982 não é a revolução esperada por muitos e que muitos temiam; é de preferência uma continuidade e enriquecimento do sistema canadense de common law e tradições democráticas.*”^[37]

Não há dúvida de que os instrumentos institucionais moldados no Canadá a partir de 1982 inovaram na construção de um sistema de *common law*, que prestigiava a intervenção judicial, sem conteúdo descartar o parlamento como interlocutor igualmente importante. Mas, a questão permanece: esse modelo trouxe avanço para o sistema democrático?

3 Diálogo institucional e a questão democrática ainda irresolvida

Inobstante o esforço de criação de um desenho de competências e relações institucionais do legislativo e judiciário, que permita, por uma aproximação recíproca e dialógica, um equilíbrio entre os argumentos dos riscos de ditadura – da maioria ou dos juízes –cabe assinalar que a proposta canadense não enfrenta ainda uma questão central, que decorre da evidência de que se há conflito quanto a direitos, submetido à apreciação constitucional, é porque existe dissenso quanto a esses mesmos direitos.

Impõe-se retomar esse ponto fundamental ao debate: o dissenso existe em relação aos direitos e os caminhos de superação dessa divergência são variados – mas todos eles estão sujeitos a alguma espécie de crítica. É nesse mesmo quadro compreensivo que se põe o debate da supremacia do legislativo ou do judiciário – na medida em que se investiga qual seja a instituição mais adequada, sob o prisma democrático, para a superação do dissenso; e ainda, no mesmo cenário se põe o diálogo institucional, numa perspectiva de que os estímulos recíprocos entre judiciário e legislativo se revelem aptos

a construir um consenso legitimado a um só tempo, pela representação e pela racionalidade técnica.

Explorando as possíveis causas do dissenso, DIXON[38] assinala a possibilidade de que a interface entre a questão de direitos e a interseção dos poderes políticos formalmente organizados se possa situar em dois distintos quadros: 1) o tema conflitivo se situa num “ponto cego” no quadro de conflitos sociais – escapando, portanto, à vista dos poderes formalmente constituídos, e por isso, não equacionado por eles; ou ainda 2) o impasse resulte de uma opção estratégica do legislativo, que entende os ônus da inércia como mais suaves, politicamente do que aqueles associados à concretização de uma decisão em matéria de direitos.

Fixada a premissa de que a premissa é a do dissenso quanto a direitos, em resposta, ouvem-se vozes defensoras do papel do Legislativo como Jeremy WALDRON[39] ou de alerta para os limites da proposta de diálogo institucional, expressas por pensadores como Luc TREMBLEY[40] e Jeremy WEBBER.[41]

O núcleo das críticas ao “constitucionalismo jurisdicionalizado” desponta nos textos elaborados por WALDRON[42]. Este estudioso pauta-se como irradiador do questionamento quanto ao papel limitado a ser conferido ao legislativo na discussão de polémicas de natureza moral. Sua leitura reconhece, por conseqüência, maior abertura do legislador no processo decisório sobre o aspecto da moralidade.

TREMBLEY, por sua vez, analisa criticamente o modelo de diálogo institucional, reconhecendo, de saída, que o propalado modelo canadense traduz exacerbada retórica nas relações institucionais que propõe, sem enfrentar a questão normativa principal, qual seja, os mecanismos próprios a conferir o signo de legitimidade na decisão. Sob esse enfoque – da questão da legitimidade da decisão sobre direitos – denota que nesse sistema, não haveria a prevalência do princípio contramajoritário legitimador da supremacia do Judiciário, devido aos instrumentos já citados da “Carta de Direitos” de 1982..

Ainda em relação aos potenciais benefícios da relação institucional que o modelo do diálogo institucional propõe –como técnica de legitimação– TREMBLEY se vale de uma distinção entre duas concepções possíveis de diálogos, a saber: a de caráter deliberativo e a outra de conversação. Quanto a este “diálogo conversação” – que é o que aponta decorrente da conjugação da pronúncia judicial com as Seções 1 e 33– TREMBLEY sublinha que ele não tem sentido prático, posto que pouco comprometido com as condições segundo as quais ele se empreende, e menos ainda, com a sua aptidão a determinar uma conclusão. O estudioso reforça, assim, que o mencionado modelo de “weak judicial review” do Canadá, desponta como diálogo de conversação. É só no diálogo deliberativo, pautado em condições que favoreçam não só o conhecimento das razões de decidir, mas também a formação do convencimento e a superação do dissenso, que se teria possibilidade de legitimar a decisão – e na compreensão de TREMBLEY, não é de diálogo deliberativo que cogita a Carta de Direitos.

A conclusão crítica que apresenta ao modelo, é de que o diálogo institucional proposto no Canadá enfraquece tanto o legislativo quanto o judiciário. O primeiro, posto que a decisão legislativa – ainda que tendo a si disponível as Seções 1 e 33, se veria, em alguma medida, limitada pela necessidade de superação explícita da pronúncia do

judiciário. Por sua vez, o judiciário, , que, na compreensão do autor, deveria pautar-se pelo “princípio da responsabilidade judicial” – “... *juízes que são demandados a aferir a constitucionalidade dos atos do legislativo devem seguir suas próprias convicções constitucionais...*”[43] – também se veria limitado na sua capacidade de decisão, pela necessidade de ter em conta a manifestação prévia do legislativo e/ou a sua responsabilidade de enunciar as premissas de conteúdo da Carta de Direitos como sua “resposta” na sustentação do diálogo institucional.

Ainda no plano das críticas ao modelo canadense, aponta-se a contribuição crítica de WEBBER, que está, essencialmente, próxima à do pensamento de WALDRON[44]. Como ponto de partida de suas considerações, evidencia que, a rigor, embora as cláusulas contidas nas Seções 1 e 33 da Carta de Direitos Canadense, enquanto enunciados normativos, possam ser únicas, a prática de algum nível de diálogo institucional é, em alguma medida, quase universalizada, com paralelos funcionais em quase todas as constituições mais recentes[45].

Sua visão traduz uma leitura comparativa entre as estruturas políticas da Austrália e do Canadá. O ponto de análise oferecido por WEBBER é mais o da dinâmica política; isto é, de como atores políticos atuam do que propriamente o exame da legitimidade de sua atuação. Seu questionamento quanto à “Carta de Direitos” de 1982 está voltado mais para um mapeamento “empírico” político e jurisprudencial da aplicabilidade já conferida às Seções 1 e 33 do citado documento protetivo de direitos no Canadá. Na leitura de suas investigações, reporta que a aplicação da seção 33, que assegura a possibilidade do *override* das decisões judiciais mereceu aplicação apenas dezessete vezes (tendo-se em conta o plano nacional e o das justiças provinciais), a maior parte delas localizadas na Província do Quebec.[46] WEBBER demonstra, assim, não só o reduzido alcance institucional desses instrumentos do diálogo entre o Parlamento canadense e sua Corte Suprema, como também, seu alcance mais regional.

WEBBER defende, de modo firme, que o que se encontra em jogo nas questões em que não há consenso em matéria de direitos, é o processo democrático no embate constitucional e se há prevalência de um dos poderes na articulação da solução. Esse estudioso australiano é bem claro na sua posição de não ser contra um sistema como de *judicial review* ou a quaisquer modelos institucionais; sua preocupação se volta à busca de mecanismos de prestígio ao modelo democrático, particularmente em sociedades onde uma cultura arraigada de proteção a direitos. Nesse contexto, o debate em torno dos direitos em tela não costuma envolver grosseiras violações, mas ao revés, difíceis tópicos de julgamento – e assim, a legislatura pode ainda apresentar-se como a melhor arena de decisão.

4. Os impasses institucionais da judicial review no Brasil

Percorridas essas alternativas de harmonização entre a força normativa da Constituição e as possibilidades de atuação do legislador no marco de uma justiça constitucional, cabe examinar o contexto institucional decorrente da Constituição Federal de 1988 diante desse questionamento.

Na obra **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**,^[47] demonstrou-se um alargamento das atribuições institucionais da jurisdição constitucional brasileira. Processo originado na própria Corte, a partir de um conjunto de fatores normativos, políticos e institucionais que favoreceram a expansão de competências, a exemplo daquelas assinaladas pela Lei nº 9.868/99 e, também, em especial, pela Emenda Constitucional nº 45/2004; assim como a própria (re)composição do Supremo Tribunal Federal, como resultado de nomeações concretizadas, ao longo do início do primeiro mandato do Governo Luís Inácio Lula da Silva (2003-2006), e similares.

As estratégias de afirmação institucional do STF e da jurisdição constitucional brasileira foram diversas. Na obra indicada acima, mapeou-se como o uso de novas categorias de raciocínio nos julgados – reconhecimento da “força normativa dos fatos” e “separação de poderes mitigada” – favoreceu esse movimento de conquista de espaço de competência.

Foi voz corrente no Supremo Tribunal Federal pelo seu Presidente Gilmar Mendes no correr do ano de 2008^[48] –em resposta ao apontado risco de possível substituição do Legislador pelos juízes constitucionais brasileiros –a afirmação de que é de se diferenciar representação política própria do parlamento da representação argumentativa, essa detida pela Corte^[49] É patente que, mesmo num procedimento da “práxis política”, essa afirmativa da Justiça Constitucional brasileira está mais próxima de outra modalidade de representação da sociedade e não possibilita o encaminhamento de um diálogo institucional com o legislativo.

A concepção do Ministro Gilmar Mendes, sublinhe-se, é do reconhecimento dicotômico da representatividade das demandas sociais e, nesses termos, o exercício da representação argumentativa teria pouco a se beneficiar das razões e práticas da representação política. Se isso assim é, o uso de uma solução que caminhe pela prática do diálogo institucional não se apresenta como possível – pela incompatibilidade de benefício recíproco entre duas origens tão distintas de representação e legitimidade.

Observe-se que a defesa do STF da representação argumentativa, como fundamento de legitimidade de suas decisões, está fundada na lógica sublinhada por LIMA,^[50] no sentido que “...a participação do Poder Judiciário possui por fundamento o lado abstrato da normatividade constitucional, procurando suporte nos meandros da linguagem...”.

Se há essa fissura no tocante ao entendimento de qual possa ser o veículo de legitimação das decisões judiciais – com evidente inclinação do STF no sentido de um modelo não dialógico, fundado ao revés na supremacia do judiciário – disso não decorre necessariamente a dispensa, ainda no modelo percebido pela Corte, de abertura para a legitimação democrática. Cumpre então indagar se a representatividade argumentativa postulada pelo citado ministro do Supremo Tribunal Federal, pelo menos, estaria consonante à força democrática, apontada como essencial por Jeremy WALDRON e Jeremy WEBBER.

Na pesquisa materializada pelo projeto *Dossiê Justiça*,^[51] ao examinar os denominados *hard cases*, em relação aos quais não se põe determinada resposta certa, não se identificou preocupação mais acentuada com a fundamentação democrática das decisões ali cunhadas. Em temas recentes e diversificados, como o da constitucionalidade da

pesquisa sobre células-tronco,[52] o da infidelidade partidária[53] e, por fim, da ausência de regulamentação da Emenda Constitucional nº 26/96 (criação de municípios),[54] a conclusão é de que o STF atua de forma pouco consistente no que toca à abertura para a legitimação democrática da decisão – ora apontando seu imperativo, ora entendendo que a providência não se apresenta como necessária. Essa oscilação, por sua vez, não é igualmente objeto de argumentação mais explícita – o que, em última análise, enfraquece a própria tese da representação argumentativa. Afinal, se decorre da fundamentação o traço democrático da decisão; o ônus argumentativo no afastamento da abertura democrática deveria ser maior, e não é essa a percepção que se tem identificado de parte da Corte.

Não é ocioso destacar que essa variação de estratégias decisórias da Corte não se resume à abertura dialógica para com a sociedade. Assim é que, no caso da Lei de Biossegurança e os potenciais de utilização de célula-tronco, identificou-se aparente reverência à legitimação democrática com a promoção de audiência pública. De outro lado – e talvez fundado nessa “abertura democrática”, entendeu a Corte restasse autorizada até mesmo a estabelecer condicionamentos para a manipulação genética, prevista no citado artigo 5º da Lei n 11.150/2005, desenvolvendo-se assim verdadeira atuação supletiva à do legislador, em tema tão sensível e aberto à divergência.

Já no debate relativo à regulamentação do art. 18, § 4º da CF e a disciplina da criação dos municípios (ADIO 3628), que tinha a si associado o destino a se conferir àqueles criados na ausência da norma reguladora – o exemplo sempre citado é o município bahiano de Luís Eduardo Magalhães – o Supremo “partilhou” com o Legislativo (e não com a sociedade) a busca da solução, na medida em que em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pronunciou a omissão legislativa constitucionalmente relevante e indicou devesse o parlamento cogitar, quando da regulação do tema, da superação das situações já constituídas no vazio legislativo.

4. Conclusão

A reflexão desenvolvida foi no sentido de demonstrar que o desenvolvimento da teoria constitucional contemporânea fortaleceu o princípio da prevalência da Constituição, que abriu a possibilidade da ampliação da justiça constitucional (*judicial review*) e a consequente compreensão dos conflitos institucionais, decorrentes da atuação dos juízes e da vontade do Legislador, em especial na afirmação –política ou jurídica– dos direitos fundamentais. Tal polêmica aponta para os limites impostos pelos parâmetros da separação de poderes.

Em realidade, o debate tornou-se mais denso com os questionamentos de acerca da legitimidade democrática, tanto do legislador, quanto da jurisdição constitucional. O denominado diálogo institucional proposto pelo modelo canadense, mesmo apresentando os méritos políticos e democráticos reconhecidos no pensamento de ROACH, ainda tem dificuldades a superar, em especial quando se reflete sobre os fundamentos justificadores da prevalência do Legislativo, como expostos por Jeremy WALDRON e as críticas elencadas por Jeremy WEBBER e Luc Trembley.

Transposto para o cenário brasileiro o mesmo debate de legitimidade da força de um dos poderes constitucionais, a estrutura política resultante da Constituição Federal de 1988 abriu a possibilidade para um “ativismo jurisdicional”, circunstância que agrava o debate em relação à legitimidade. A justificação, até o momento utilizada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, de que o signo de legitimidade decorreria da representação argumentativa, tampouco se apresenta como caminho de estabelecimento de um diálogo institucional, menos ainda aquela modalidade diferenciada (diálogo deliberativo) imaginado por TREMBLEY, aberto a uma textura de expansão democrática para as decisões judiciais da corte constitucional brasileira.

Explorando as implicações democráticas dessa opção supremacia do legislativo x supremacia do judiciário em *terra brasilis*, LIMA[55] afirma a viabilidade de que se possa ter uma espécie de renovação do poder constituinte, como mecanismo de atualização do sentido constitucional. Destaca todavia o autor que os juízos atinentes a essas iniciativas são nitidamente políticos, transcendendo a “...*compreensão mecânica da normatividade ou do mero discurso semiótico...*”, para exigir o enfrentamento dos conflitos que obstam a efetividade constitucional. Nesses termos, é no terreno da construção e superação política do conflito que se forjarão as soluções com real viabilidade de implementação –e não na seara da retórica idealista, que continua crendo na autonomia das disposições libertárias.[56]

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1998, p. 35-42.

AHUMADA RUIZ, Marian. **La jurisdicción constitucional en Europa**. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

COENEN, Dan T. Coenen. A Constitution of Collaboration Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue, **Willian and Mary Review**, Vol. 42, nº 5, 2001, p. 1575-1870.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-forma judicial review revisited. **I –CON**, July 2007, Vol. 5, p. 391-418.

GARAPON, Antoin. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARDBAUM, Stephen ,The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, No. 4, Fall 2001 [*on line*]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=302401>> , última consulta em 20 de fevereiro de 2009.

HAIGH, Richard e SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect? An analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts. **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 67-90

HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A.. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Law Journal**, Vol, 35, nº 1, p. 75-124

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Tradução de: La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MANFREDI, Christopher P. The day the dialogue died: a comment on Sauvé vs Canadá,. **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 106-123.

MATHEN, Caríssima. Dialogua theory, judicial review and judicial supremacy: a comment on "Charter dialogue revisited". **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 125-146.

PETTER, Andrew. Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all), **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 147-167.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canadá and the United States. **ICON** Vol. 4, Nº 2 (Apr. 2006), p. 347-370.

THAYER, Erza R.. Judicial legislation: its legitimate function in the development of the common law. *In* **Harvard Law Review** Nov1891, Vol. 5 Issue 4, p172-201.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures *in International Constitutional Law Journal* vol. 3, number 4, 2005 pp. 617 – 648.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design *in The Least examined branch*. The Role of Legislatures in the Constitutional State Cambridge. Cambridge University press, p. 355-378.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, Aug 2003; Vol. 101, *Issue* 8; ABI/INFORM Global, p. 2781-2802.

ROACH, op.cit. página 254.

VIEIRA, José Ribas e vários autores (org. Vanice Lírio do Valle) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba. Editora Juruá. 2009 no prelo.

WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation *in* BAUMAND, Richard W. e KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least Examined Branch**, The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.15 a 32.

_____. The core case against judicial review, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 6, 2006, p. 1346-1406, disponível em <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>, última consulta em 26 de janeiro de 2009.

WEBBER, Jeremy. **Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights; lessons from Canada (and elsewhere)** *in* <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html> (1 of 43) 23/1/2009 11.28;39

_____. . Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism *in The Least examined Branch*. The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 411: 43

[1] ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1998, p. 35-42.

[2] KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Tradução de: La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).

[3] THAYER, Janes B. Judicial Legislation: its legitimate function in the development of the common law. *In Harvard Law Review*, Nov 1891, Vol. 5 Issue 4, p172-201, 30p; (AN 15244372)

[4] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. (organizada por Richard W. Bauman e Tsvi Kahana), New Haven. Yale University Press. Segunda edição.1986.

[5] ACKERMAN, Bruce **We the People: Foundations** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.

[6] TUSHNET, Mark, Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design *in* (BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 355-378.

[7] KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

[8] WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review, **The Yale Law Journal**, Vol. 115, Issue 6, 2006, p. 1346-1406, disponível em <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>, última consulta em 26 de janeiro de 2009.

[9] WALDRON, J. Judges as Moral Reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, Volume 7, Number 1,p. 2–24, jan. 2009.

[10] DWORKIN, R. **Império dos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[11] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I–CON**, july 2007, Vol. 5, p. 391-418.

[12] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3ª ed., reimp, Madrid: Civitas, 2001, p. 60.

[13] O autor espanhol já apontava argumentos de superação da polêmica em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, a partir do reconhecimento de que se políticos se podiam afirmar os temas constitucionais, fato é que sua judicialização os tornava suscetível de apreciação por essa especial jurisdição, que desenvolveria – sim – atividade também política, mas a partir da perspectiva de afirmação da supremacia da constituição.

[14] GARAPON, Antoin. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[15] AHUMADA RUIZ, Marian. **La jurisdicción constitucional en Europa**. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

[16] LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leys**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

[17] HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, Vol. 11, 2008 [on line]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1138008>> , última consulta em 27 de janeiro de 2009.

[18] TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, Aug 2003; Vol. 101, *Issue* 8; ABI/INFORM Global, p. 2781-2802.

[19] GARDBAUM, Stephen, The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, No. 4, Fall 2001 [*on line*]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=302401>> , última consulta em 20 de fevereiro de 2009.

[20] O sistema neozelandês, introduzido pelo *The New Zealand Bill of Rights Act*, aprovado em 1990, apresenta como mecanismo de garantia dos direitos ali contemplados, não a prerrogativa da pura e simples negativa de aplicação da lei, mas sim a figura do *interpretative mandate*, que determina uma preferência mandatária, na interpretação da lei, em favor da compreensão que se possa revelar consistente com os direitos e liberdades contidos no respectivo *Bill of Rights*. (TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law. USA: Princeton University Press, 2008, p. 25.

[21] O *British Human Rights Act*, datado de 1998 –posterior, portanto, à experiência neozelandesa– consagra o que se chama mandato interpretativo ampliado, que se diz alargado pela previsão em favor da Corte, da afirmação da incompatibilidade entre a norma controlada e o mencionado texto legislativo. Também aqui a afirmação da incompatibilidade não determina a suspensão da aplicação da lei, mas cria um clima institucional a exigir a atuação retificadora do parlamento. Mais do que isso, o uso da afirmação da incompatibilidade permite ao Ministro responsável pelo tema valer-se de um procedimento legislativo mais célere para submeter ao parlamento nova disciplina na matéria censurada pela Corte. (TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. ... p. 27-28)

[22] Tenha-se ainda em conta que a preservação da dignidade do parlamento tinha outras implicações no sentido de pacificar as tensões entre governo canadense e a província de Quebec, que via na, possibilidade de sua intervenção legislativa local, uma garantia de ser arrastada pelo querer do governo central.

[23] 1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*. [A Carta garante os direitos e liberdades afirmados em seu texto, sujeitos tão somente aos limites razoáveis prescritos em lei, na medida em que tais limites possam ser justificados no âmbito de uma sociedade livre e democrática’]. (*The Canadian Charter of Rights and Freedom*, disponível em <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>> , última consulta em 19 de fevereiro de 2009).

[24] A cláusula se apresenta sugestiva, na medida em que pode permitir uma leitura que faça incluir a justificativa razoável como um elemento condicionante da intervenção legislativa, suscetível inclusive de crivo pelo Poder Judiciário...

[25] (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of*

this Charter. (The Canadian Charter of Rights and Freedom, disponível em <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>> , última consulta em 19 de fevereiro de 2009).

[26] HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A.. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Law Journal**, Vol, 35, nº 1, p. 75-124).

[27] HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A.. The Charter dialogue between courts ...p. 79.

[28] A pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei limitadora de direitos fundamentais, promulgada com base na Seção 1 poderia abrir ensejo à aprovação de nova lei – dessa vez, fundada em distinta justificativa, que poderia inclusive ser tida, agora, na sua segunda formulação, por adequada. Da mesma forma, a pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei poderia determinar como reação legislativa, a edição de novo diploma, agora acobertado pela cláusula protetora do *overriding*...

[29] HAIGH, Richard e SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect? An analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts. **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 67-90.

[30] Observe-se que o qualificativo adicionado pelos citados autores – diálogo *descritivo* – não se conflita com a posição adiante expressa de LUC TREMBLEY, que qualifica igualmente o diálogo apontado como desenvolvido pela Corte Canadense, tendo em conta todavia não o seu conteúdo, mas o seu potencial de, nos termos em que é travado, dar ensejo a um resultado que se possa apontar como fruto de deliberação entre as partes dialogantes.

[31] São os mesmos autores, todavia, que advertem para hipóteses em que a Corte se tenha dedicado ao que denominam de *diálogo prescritivo*, em hipóteses em que se foi além da afirmação de que o legislativo tem a oportunidade de responder à sua decisão, e pretendeu mesmo *dirigir* o processo pelo qual essa resposta legislativa deveria se realizar. (HAIGH, Richard e SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect?... p. 78).

[32] Denominam-se *second look laws* aquelas leis que, com base principalmente na Seção 1, reconfiguram direitos a partir de um pronunciamento já havido pela Corte, que tem revelado particular deferência à decisão legislativa empreendida depois da primeira pronúncia jurisdicional.

[33] PETTER, Andrew. Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all), **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 147-167.

[34] MATHEN, Caríssima. Dialogue theory, judicial review and judicial supremacy: a comment on "Charter dialogue revisited". **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 125-146.

[35] MANFREDI, Christopher P. The day the dialogue died: a comment on *Sauvé vs Canada*,. **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, nº 1, p. 106-123.

[36] ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 254.

[37] Explicitando o maior potencial do sistema de diálogo institucional canadense para a geração da necessária troca de estímulos e informações entre Judiciário e Legislativo, consulte-se o texto de ROACH em que empreende a uma análise comparativa de respostas legislativas a decisões judiciais nas Supremas Cortes norte-americana e canadense no tema de garantias asseguradas aos acusados prática de ilícito penal. Em cada das hipóteses comparadas, a decisão judicial envolvia opção nitidamente contramajoritária de garantia de direitos em favor dos acusados; e o legislativo reagiu na tentativa do afastamento das conclusões judiciais – numa estratégia que ROACH denuncia como mais preocupada, ao final, em consignar a divergência com a conclusão judicial do que com o equacionamento integral do tema dos direitos dos acusados. Fato é que o autor canadense sustenta e demonstra um leque de alternativas de resposta institucional oferecidos a cada qual dos braços especializados do poder, não disponível nos modelos tradicionais de supremacia do judiciário e que, segundo ele, contribuem de forma mais efetiva ao aprimoramento da revelação do sentido da Carta. (ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **ICON** Vol. 4, N° 2 (Apr. 2006), p. 347-370).

[38] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-forma judicial review revisited. **I – CON**, July 2007, Vol. 5, p. 391-418.

[39] WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation *in* BAUMAND, Richard W. e KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least Examined Branch**, The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.15 a 32.

[40] TREMBLEY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures **International Constitutional Law Journal** vol. 3, number 4, 2005 pp. 617 – 648.

[41] WEBBER, Jeremy. Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights; lessons from Canada (and elsewhere) in <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html> (1 of 43) 23/1/2009 11.28;39

[42] Ver notas 9 e 39 supra.

[43] TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review:... p. 635.

[44] Vide: WALDRON, J. The core case against judicial review, **The Yale Law Journal**, Vol. 115, Issue 6, 2006, p. 1346-1406, disponível em <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>, última consulta em 26 de janeiro de 2009

[45] Em verdade, o reconhecimento em si da possibilidade de delimitação legislativa do conteúdo de direitos fundamentais se constitui até mesmo cláusula explícita nos textos constitucionais alemão e português; já a possibilidade de resposta legislativa – embora, decerto, de conteúdo distinto do *overriding* – à pronúncia da Corte Constitucional também não se constitui novidade, sendo de se assinalar no passado mais recente do Brasil, por exemplo, a instituição de contribuição previdenciária em relação aos servidores públicos aposentados, que prevista pela Emenda Constitucional nº 20, foi

pronunciada inconstitucional, e restaurada pela Emenda Constitucional nº 41, em evidente resposta legislativa à pronúncia anterior de nulidade.

[46] Aqui, mais uma vez, as circunstâncias históricas e política explicam o fenômeno. Partia justamente de Quebec a maior resistência à própria Carta de Direitos Fundamentais, pelo seu virtual potencial de restringir a liberdade de atuação do legislativo local. É esse contexto histórico que explica tenha sido nessa mesma província o maior número de ocorrências de aplicação da mencionada Seção, com vistas a se construir uma espécie de “muro de proteção” às cláusulas legislativas ali editadas, que ao abrigo ao *overriding*, estariam – ao menos, pelo período de 5 anos – imunes ao controle de parte da corte constitucional. Interessante a nota de que a província de que a edição pela província de Quebec de uma cláusula geral de *overriding* pretendendo alcançar a toda a legislação anterior à Carta de Direitos, submetida à apreciação da Corte Constitucional, foi tida como válida. Com isso, favoreceu-se um ambiente menos tensionamento político – e ao término do período de vigência do *overriding*, a solução em si de adoção de uma Carta de Direitos se viu absorvida pela comunidade local.

[47] VIEIRA, José Ribas e vários autores (org. Vanice Lírio do Valle) Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Editora Juruá, 2009. E ver também verbete de autoria do autor citado “Preâmbulo” in 20 anos da Constituição Federal de 1988 (org. Walber Agra). Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009 no prelo, Nesse verbete mencionado, discutem-se a questão democrática e a separação de poderes.

[48] Veja www.supremoemdebate.blogspot.com de 2008 sobre o assunto.

[49] Vide especificamente ALEXY, Robert Teoria del discurso y derechos constitucionales. México, DF. Distribuciones Fontamara. Primeira reimpressão 2007.páginas 89 a 103 sobre a conceituação da representação argumentativa.

[50] LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

[51] VIEIRA, José Ribas e vários autores Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito da UFRJ nova série v. 1 n 3 Dez 2008. Essa obra foi produzida para viabilizar Observatório da Justiça Brasileira (OJB) com o apoio financeiro da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, articulando investigadores científicos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Departamento de Direito da Universidade de Brasília (Unb).

[52] ADI 3510, em que se examinou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.150/2005 – Lei de Biossegurança.

[53] Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 3999 e 4086) ajuizadas contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina a perda de cargos eletivos por infidelidade partidária. No mês de novembro de 2008, o Plenário do STF votou pela improcedência das ações, ao entender que o deputado não é titular do mandato e sim o partido.

[54] ADI 3682, por omissão.

[55] LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo ... p. 186.

[56] LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo ... p. 190.

O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA FALTA DE EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

THE INJUNCTION MANDATE AS A SOLUTION TO FAILURE OF EFFECTIVE OF THE CONSTITUTIONAL STANDARDS OF LIMITED EFFICIENCY

Larissa Benez Laraya

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a falta de efetividade de algumas normas inseridas na Constituição Federal de 1988, quando já passaram mais de vinte anos da sua promulgação. De início, para contextualizar a discussão do tema em questão, procurou-se demonstrar o cenário vivenciado no Brasil naquela época, que, de certa forma, propiciou o surgimento de um novo paradigma constitucional, com a elaboração de normas constitucionais de diferentes espécies, em relação a sua aplicabilidade e eficácia. Após, buscou-se demonstrar um dos possíveis elementos justificadores da falta de efetividade dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, bem como apontar os problemas dessa inércia constitucional. Diante de tais constatações, o mandado de injunção é sugerido, no presente trabalho, como um importante instrumento de efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada, passando-se a discorrer sobre sua origem histórica, previsão legal, conceito, objeto, requisitos, legitimidade e competência, até chegar nos efeitos da decisão do mandado de injunção e sua evolução jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal, que recentemente modificou seu entendimento para finalmente proporcionar efetividade aos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EFETIVIDADE – MANDADO DE INJUNÇÃO.

ABSTRACT

This paper aims to examine the lack of effectiveness of some rules into the Constitution of 1988, when it has spent more than twenty years since it has been enacted. At first, to contextualize the discussion of the topic in question, it to show the perspectives at that lived time in Brazil, which in some way, allowed the emergence of a new constitutional paradigm, with the development of constitutional requirements of different species in for their usefulness and effectiveness. Afterward, the document seeks after demonstrating one of the possible effectiveness failure reasons of fundamental rights and guarantees of citizens, as well as pointing at the problems of constitutional inertia. Faced with such findings, the mandate of injunction is suggested in this work, as an

important tool to accomplish the constitutional requirements of limited effectiveness, going to discuss its historical background, legal forecast, concept, object, requirements, legitimacy and jurisdiction, until the effects of the decision of the writ of injunction and judicial developments at the Supreme Court, which recently changed its view to provide, ultimately, effective constitutional rights and liberties and prerogatives inherent to the citizens' nationality, sovereignty and citizenship.

KEYWORDS: KEYWORDS: CONSTITUTION - EFFECTIVENESS - INJUNCTION MANDATE.

1 – INTRODUÇÃO

Após os longos anos de regime militar, indiscutivelmente marcados por terríveis mutilações aos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, por intermédio de uma Assembléa Nacional Constituinte, verdadeiramente um Congresso Constituinte,[1] foi promulgada a Constituição Federal em 05 de outubro de 1988.

Com forte inspiração no constitucionalismo alemão do pós-guerra, voltado a modificar o paradigma constitucional daquela época, em que a Constituição era vista como mero documento político e não como norma jurídica, a Constituição de 1988 apresentou um texto realmente inovador, ficando reconhecida a sua força normativa, além do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.[2]

A Constituição Cidadã, assim denominada pelo então Presidente da Assembléa Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito com a finalidade de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista sem preconceitos e fundada na harmonia social.[3]

O texto constitucional ainda declarou ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana,[4] constituindo como seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação.[5]

Assim, vale destacar que a Constituição Federal de 1988, apesar da velocidade e voracidade com que caminham suas emendas, seriamente tendentes a transformá-la em

uma verdadeira colcha de retalhos, conseguiu promover de maneira bem sucedida, a transformação de um Estado autoritário, para um Estado Democrático de Direito, além de sedimentar o mais longo período de estabilidade institucional na história brasileira.[6]

Mas, para Lenio Luiz Streck: [7]

“(...) a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos.*”

Ao bem da verdade, segundo José Afonso da Silva, a Assembléia Nacional Constituinte convocada pelo Presidente José Sarney, não foi a constituinte dos nossos sonhos, mas não se pode negar que, apesar dos esforços para dotar o país de uma Constituição digna, produziu-se uma Constituição que as circunstâncias possibilitaram. [8]

Apesar da ampla manifestação de movimentos sociais por todo país, que renderam alguns dispositivos constitucionais, entre os parlamentares integrantes da Assembléia Nacional Constituinte não havia consenso sobre os rumos do texto constitucional. Tal situação talvez explique o grande número de dispositivos de eficácia limitada ou contida, sendo postergada sua regulamentação a posterior edição de lei ordinária ou complementar.[9]

Todavia, mais de 20 (vinte) anos se passaram, e ainda existem direitos e garantias fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal sem efetividade jurídica, pois dependem de regulamentação. Diante da vergonhosa inércia do legislador infraconstitucional, além da indignação restam indagações: Como tornar as normas constitucionais realmente efetivas? Poderia o Estado contribuir, de alguma forma, com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais? Existem instrumentos jurídicos capazes de emprestar efetividade às normas Constitucionais?

2 – DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Para José Afonso da Silva a Constituição é a lei suprema do Estado. Seu conteúdo tornou-se, com o passar dos anos, cada vez mais amplo, dispondo sobre a estruturação e organização dos órgãos do Estado, formas de aquisição e exercício do poder, impondo limites a atuação do Estado assegurando direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, disciplinando o regime político, econômico, social e cultural, entre outros.[10]

Entrementes, diante do cenário em que a Assembléia Nacional Constituinte se instituiu, e da diversidade das matérias tratadas, a positivação desses temas gerou a elaboração de diferentes espécies de normas, em relação a sua aplicabilidade.

Existem várias classificações das normas constitucionais, mas para José Afonso da Silva,[11] as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas de aplicação imediata, estavam aptas para produzirem seus efeitos desde que a Constituição entrou em vigor, como, por exemplo, as normas que disciplinam sobre a estrutura do Estado (separação dos poderes, regime político, entre outras).

As normas constitucionais de eficácia contida também têm aplicabilidade imediata, mas deixam margem à atuação discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer. Pode-se exemplificar tais normas com a regra disposta no artigo 5º, inciso XIII, da CF: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Já as normas constitucionais de eficácia limitada, especialmente relevantes para o presente estudo, são aquelas de aplicação mediata e indireta, pois dependem de norma ulterior infraconstitucional para sua regulamentação e efetivação, conforme verifica-se na regra disposta no artigo 5º, inciso VI, da CF: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

Há doutrinadores como Jorge Miranda, Maria Helena Diniz e Pontes de Miranda que citam ainda uma outra categoria de normas constitucionais, as normas programáticas,

que são acima de tudo “programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado”.^[12] Tratam-se de meras intenções que o constituinte inseriu no texto constitucional para posterior tentativa de implementação, talvez porque, num primeiro momento, avaliou que não fossem tão relevantes quanto os demais direitos.

3 – DA (IN)EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Segundo o Dicionário Aurélio^[13] efetividade significa qualidade de efetivo, atividade real, resultado verdadeiro, realidade, existência. Como termo jurídico amplamente utilizado pelos juristas, efetividade significa a capacidade da norma de produzir efeitos.

Luís Roberto Barroso,^[14] entende que:

"a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social."

Mas a realidade social da maioria do povo brasileiro é bem dura e cruel. Segundo a Síntese de Indicadores Sociais referente ao ano de 2008 apresentada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas,^[15] no Brasil a *taxa de analfabetismo das pessoas com mais de 15 (quinze) anos caiu de 14,7% para 10%, no entanto, o número de pessoas que ainda não sabem ler ou escrever é muito elevado, corresponde aproximadamente a 14,1 milhões de analfabetos.*

Certamente essas pessoas desconhecem completamente a luta travada no país para transformá-lo em um Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e garantias individuais, coletivos e políticos também conquistados nessa batalha.

Assim, talvez fosse romantismo exacerbado pretender que estas pessoas tivessem a consciência de que a Constituição, que ironicamente é a expressão maior da vontade de um povo, renega alguns desses direitos e garantias por falta de regulamentação.

A falta de informação é tão grande que talvez esses indivíduos passem a vida inteira sem saber que a melhor arma para combater essa entre outras injustiças só dependem deles mesmos, o voto.

Entretanto, Franco Montoro[16] pondera que:

“O regime representativo tradicional reduz a participação do cidadão à formalidade do voto. Mas, as novas condições da vida coletiva exigem novas soluções. (...) O homem contemporâneo começa a tomar consciência de que não é somente um ‘espectador’ da história, mas seu ‘agente.’”

Desta forma verifica-se que não é apenas votar conscientemente, mas tornar-se “agente”, como, por exemplo, fiscalizar nossos representantes no Congresso Nacional, para apurar se suas promessas de campanha eleitoral realmente foram implementadas, ou se eles se preocupam em editar leis que regulamentem as normas constitucionais para finalmente efetiva-las.

Destaca-se ainda que a responsabilidade pela falta de efetividade de algumas normas constitucionais também recai sobre o poder público. A educação, por exemplo, é um direito de todos, e dever do Estado, visa o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.[17] Até que ponto o Estado contribui para efetivação desse direito fundamental do indivíduo?

Nota-se que, segundo a Magna Carta educar não é apenas ensinar a ler e escrever, mas também, e principalmente, preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, que é a capacidade de qualificar os indivíduos para integrar-se na vida do Estado, inclusive com direito de participação (ouvir e ser ouvido, votar e ser votado).[18]

Entretanto, os últimos governos, ao assumirem o poder, para ganhar maior governabilidade, ao invés de tomar a Constituição Federal como regra fundamental de seu plano de governo buscando assim sua efetividade, usurpam a função de legislar do Poder Legislativo, e, através de Medidas Provisórias, verdadeiramente legislam gerando um clima de instabilidade política e, conseqüentemente jurídica.

Marcelo Neves,[19] durante a palestra “A Constituição Simbólica Revisitada” apresentada na Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, discursou sobre as normas constitucionais, e a relação existente entre a legislação simbólica e a legislação efetiva, apta a satisfazer os anseios da sociedade:

“A inclusão no texto constitucional de determinados conteúdos que não tem uma relação com a realidade concreta do país acaba por exercer apenas uma função simbólica na medida em que esses conteúdos, na verdade, não são aplicados na prática. E nesse sentido a Constituição acaba funcionando como álibi.

(...)

Defendo uma dogmática que lute pela concretização da legislação a fim de tentar superar esse simbolismo constitucional. Temos que superar a chamada corrupção sistêmica e a exclusão social, pois são pressupostos para o Estado de Direito e realização de Direitos Fundamentais.”

Referido autor ainda destacou que, no Brasil, a reforma do Estado para a superação do que conceituou como “injustiça estrutural relacionada a constitucionalização simbólica” depende mais da concretização e realização constitucional do que de Emendas Constitucionais:

“É fundamental se realizar o Estado de Direito combatendo incansavelmente a corrupção em todas as esferas. Além disso, a luta pela realização de direitos fundamentais é imprescindível para avançarmos na questão. Por fim, o reformismo constitucional, ou seja, a utilização da bandeira de reformas constitucionais como programa de governo, é uma forte tendência a impedir a reforma do Estado no sentido da superação da injustiça estrutural relacionada a constitucionalização simbólica, prejudicando as necessárias transformações.”

Portanto, conclui-se que o maior responsável pela falta de efetividade da Constituição é o Estado, pois não cumpre de forma satisfatória os preceitos legais que lhe foram impostos, renegando a implementação de políticas públicas que realmente transformem os indivíduos em verdadeiros cidadãos, capacitando-os para a luta e defesa dos próprios direitos.

4 – DO MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 – Origem histórica

Segundo José Afonso da Silva o mandado de injunção teve origem no século XIV, na Inglaterra, nascendo do juízo de equidade.[20] Já Alexandre de Moraes aponta a origem do referido instituto no *writ of injunction*, nos Estados Unidos, indicando ainda sua existência no velho direito português.[21]

Todavia, apesar de sua origem histórica, coube à doutrina e à jurisprudência pátria delimitar os contornos e objetivos do mandado de injunção insculpido na Constituição Federal de 1988, que na visão de Alexandre de Moraes trata-se de um “(...) importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.”[22]

4.2 – Previsão legal

O mandado de injunção encontra-se disposto no artigo 5º, inciso LXXI, da CF:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

4.3 – Conceito

Trata-se de remédio ou ação constitucional, de caráter civil, com procedimento especial, destinada a suprir omissão do poder público, com a finalidade de viabilizar o exercício de um direito, garantia ou prerrogativa prevista na Constituição.[23]

Tem como finalidade principal conferir de forma imediata a aplicação de norma constitucional portadora de direitos, garantias e prerrogativas fundamentais, até então inertes por falta de lei ordinária ou complementar para sua devida regulamentação.[24]

O mandado de injunção, segundo decisão unânime do Supremo Tribunal Federal com base no artigo 5º, § 1º da CF, tem auto-aplicabilidade, não depende de lei regulamentadora.[25]

4.4 – Objeto

José Afonso da Silva indicou que o mandado de injunção tem como objeto assegurar o exercício: a) de forma plena de qualquer dos direitos constitucionais ainda pendentes de regulamentação; b) de liberdade constitucional; e, c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando também estiverem pendentes de lei que as regulamente.[26]

Alexandre de Moraes ainda ressalva que as normas constitucionais que poderão ser objeto de mandado de injunção são aquelas “(...) de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.”[27]

4.5 – Requisitos

O mandado de injunção possui apenas dois requisitos que são decorrentes: a) falta de norma reguladora de uma previsão constitucional; e, b) inviabilidade de exercer direitos, garantias e prerrogativas fundamentais previstas na Constituição.[28]

4.6 – Legitimidade

A legitimidade ativa pode ser exercida por qualquer pessoa titular de direito, garantia ou prerrogativa constitucional, cabendo, inclusive, o litisconsórcio ativo. A legitimidade passiva só pode ser exercida pelo Estado, pois ele é o único que tem o poder de editar leis.

4.7 – Competência

Segundo o disposto no artigo 102, inciso I, letra “q” da CF, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

O artigo 105, inciso I, letra “h” da CF ainda dispõe que competente ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

4.8 – Os efeitos da decisão do mandado de injunção e sua evolução jurisprudencial no STF

Segundo Alexandre de Moraes,^[29] num primeiro momento, ao julgar o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal limitava-se em reconhecer formalmente a inércia do Poder Público, dando ciência ao ente legiferante da referida omissão para que este editasse a norma reguladora, não implementando assim qualquer medida jurisdicional capaz de viabilizar o exercício do direito, respeitando o princípio constitucional fundamental da tripartição de poderes estabelecido no artigo 2º da CF. A doutrina classificou essa posição como não concretista.

Mas tal posição sofria críticas, pois destinava ao mandado de injunção os mesmos efeitos obtidos com o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da CF), sendo que se tratam de institutos diferentes, pois o constituinte os tratou de modo diverso ao elaborar o texto constitucional.

Além da posição não concretista, a doutrina também indica a posição concretista na qual o Poder Judiciário declara a existência da omissão de norma reguladora e, ato contínuo, implementa o exercício do direito obstado até que o poder competente edite a norma.

A posição concretista se subdivide em geral, quando a decisão do mandado de injunção produz efeito *erga omnes*; e, individual, quando referida decisão só produz efeitos para o autor da ação. A posição concretista geral não é muito aceita, pois fere o princípio constitucional fundamental da tripartição de poderes, gerando discussões desnecessárias ao julgamento do mérito do mandado de injunção.

Por sua vez, a posição concretista individual ainda se divide em direta e intermediária. A corrente concretista individual direta (adotada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso e Marco Aurélio) entende que o Tribunal, ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa para o autor a eficácia da norma constitucional omissa.

A corrente concretista individual intermediária (adotada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Néri Silveira) entende que o Tribunal, ao reconhecer a procedência do mandado de injunção deve fixar prazo para o Congresso Nacional elaborar a norma reguladora. Caso o Poder Legislativo permaneça inerte, o Poder Judiciário devesse implementar as condições necessárias para o regular exercício do direito do autor.

Tal corrente afigura-se a mais coerente, na medida em que não ultrapassa as barreiras impostas para a harmoniosa co-existência entre os poderes Legislativo e Judiciário, conferindo ao órgão competente a oportunidade de corrigir sua omissão. Todavia, caracterizada a completa inércia do legislador, o Poder Judiciário, aqui representado pela Corte Constitucional do nosso país, efetiva o exercício do direito salvaguardado pela Constituição Federal ao autor da ação, bem como ainda consolida sua principal função, qual seja, a de resguardar a Magna Carta.

Em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção n^{os} 670, 708 e 712 (DJ 31/10/2008), mudou consideravelmente sua posição quanto à eficácia da decisão do referido instituto.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello,^[30] relembrando a lição do saudoso Ministro Luiz Gallotti, considerou que:

“é um daqueles julgamentos em que os Ministros desta Corte Suprema, sob o olhar atento da sociedade brasileira, decidem questão impregnada do mais alto grau de relevo social e jurídico, porque o Supremo Tribunal Federal deve definir, no exame desta causa, a real natureza jurídica do mandado de injunção, em obséquio à necessidade de respeito efetivo aos direitos, prerrogativas e liberdades que a Constituição assegura aos

cidadãos desta República, cabendo-lhe, ainda, resolver o delicado tema pertinente ao exercício do direito de greve no serviço público.”

A Suprema Corte levada a exaustão pelo Congresso Nacional, devido as inúmeras vezes em que comunicou a omissão legislativa quanto a regulamentação ao direito de greve dos servidores públicos sem obter êxito, adotou a corrente concretista geral, suprimindo a lacuna constitucional, implementou ao caso o mesmo regime existente para o setor privado, conforme verifica-se na ementa transcrita abaixo:

“EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL. (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, INCISO VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS NºS 7.701/1988 E 7.783/1989.”^[31]

No início da década de 90 (noventa), com o julgamento do MI nº 107/DF, o Supremo Tribunal Federal, consolidou entendimento quanto à abrangência e os efeitos das decisões proferidas nos mandados de injunção que lhe seriam dirigidos a partir de então, nos seguintes termos:

“i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional, constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto do mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse

plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.”[32]

Assim, verifica-se que com a antiga posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o autor do mandado de injunção continuava sem poder exercer seus direitos constitucionalmente garantidos, uma vez que a Suprema Corte reconhecia que esses direitos não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de um provimento jurisdicional.

Além disso, a decisão do mandado de injunção apenas declarava a existência da omissão que impedia o pleno exercício do direito fundamental, bem como reconhecia a mora do órgão legiferante, determinando a colmatação da lacuna legislativa. Enquanto isso, o STF poderia determinar a suspensão do processo até a devida regulamentação do direito constitucional invocado.

Com o julgamento do MI nº 283/DF (DJ 14/11/1991), após a constatação da omissão, pela primeira vez, o STF fixou prazo para que fosse superada a mora legislativa. Alguns meses depois, no julgamento do MI nº 232/RJ (DJ 27/03/1992), constatada a inércia do Congresso Nacional, o Tribunal reconheceu o direito de gozo ao requerente à imunidade pleiteada.

Todavia, apesar de significarem um certo avanço, referidas posições ainda revelaram-se inadequadas, pois existiam situações que permaneciam sem solução, como, por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos. Desta forma, o STF resolveu ampliar a abrangência da garantia constitucional conferida ao mandado de injunção admitindo soluções normativas para a decisão judicial, buscando torna-la efetiva, ou seja, conforme ponderado pelo Ministro Gilmar Mendes “o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.”[33]

Referido Ministro ainda considera que essa “sistêmica conduta omissiva”[34] do Poder Legislativo sempre deverá ser submetida à apreciação de uma Corte Constitucional, que assume o importante papel de guardião da Constituição, e, assim, torna-se responsável pela “fiscalização de constitucionalidade das omissões legislativas.”[35]

O Ministro Celso de Mello[36] enfatizou que:

“A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimentos dos interesses maiores dos cidadãos.”

Cabe ainda ressaltar que os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio demonstraram certa preocupação com os alcances da decisão do referido mandado de injunção, restringindo sua abrangência apenas aos servidores filiados ao sindicato autor da ação. Além disso, alertaram sobre a possível interferência desmedida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, os problemas com a fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar, bem como o receio de abrir precedentes para novas decisões com esse caráter totalmente inovador.

Entretanto, essa inaceitável omissão do Estado, caracterizada pelo dever de editar regramentos normativos, obrigação esta estabelecida na Constituição Federal, renegando aos cidadãos o efetivo exercício de seus direitos fundamentais, é muito mais nociva e inconstitucional do que qualquer outra posição adotada pela Suprema Corte na tentativa de conferir cidadania do povo brasileiro.

5 – CONCLUSÃO

Após 20 (vinte) anos da sua promulgação, lamentavelmente a Constituição Federal ainda não se tornou totalmente efetiva na vida dos cidadãos brasileiros. Muitos indivíduos desconhecem seus direitos, garantias e prerrogativas fundamentais, bem como o poder de poderem lutar pela devida regulamentação desses direitos, pois como dizia Carl Schmitt nós somos a Constituição.

O Estado, conforme demonstrado, contribui de forma preponderante para falta de efetividade da Constituição, esquecendo-se completamente que a sociedade, ou seja, o povo brasileiro é o verdadeiro sentimento, o valor real do Brasil. Um Estado que renega aos seus cidadãos o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais, atua contra si mesmo, mina suas próprias forças, pois, em uma democracia, seu poder emana do povo.

Com a novel decisão judicial, o Supremo Tribunal Federal, buscou não só assegurar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis até a edição de norma específica que regulamente o caso concreto, mas também conferir concretude à Constituição Federal.

A posição adotada pela Suprema Corte para alcançar a efetivação da Magna Carta acabou atingindo o exercício de dois importantes direitos. Finalmente o mandado de injunção foi encarado como um instrumento capaz de tornar viável o exercício de direitos e liberdades fundamentais, tal como pretendido pelo legislador constituinte brasileiro quando fez a inserção do referido instituto no rol de garantias constitucionais.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, comentando a antiga posição adotada pelo STF quando do julgamento do MI nº 107/DF, destacou que:

“Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.”[37]

Além disso, assegurando o exercício de direitos e garantias fundamentais, bem como o respeito aos mecanismos criados para sua defesa, o Supremo Tribunal Federal confere amplo exercício da cidadania ao povo brasileiro.

Para Maria de Lourdes Manzini-Covre:[38]

“Só existe cidadania se houver a prática da reivindicação, da apropriação de espaços, da pugna para fazer valer os direitos do cidadão. Neste sentido, a prática da cidadania pode ser a estratégia, por excelência, para a construção de uma sociedade melhor. Mas o primeiro pressuposto dessa prática é que esteja assegurado o direito de reivindicar os direitos, e que o conhecimento deste se estenda cada vez mais a toda população.”

Uma sociedade consciente de seus direitos, bem como dos meios colocados a sua disposição para reivindicação desses direitos, consegue efetivamente lutar pelo completo exercício da cidadania, construindo assim um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

6 – REFERENCIAL BIBLIOGRAFICO

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 851, 1 nov. 2005. Disponível em: Acesso em: 05 jan. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, in VADE MECUM, 4ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJE 31/10/2008.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. *Síntese de Indicadores Sociais – 2008*. Disponível em: www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=1233. Acesso em: 04 jan. 09.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. 2ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1997. (Coleção Primeiros Passos).

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Marcelo. Disponível em: <www.direito2.com.br/cjf/2007/nov/22/trf2-professor-marcelo-neves-da-puc-sp-apresenta-conferencia>. Acesso em: 03 jan. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[1] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 26ª ed., 2006, p. 89.

[2] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 851, 01 nov. 2005. Disponível em: . Acesso em: 05 jan. 2009.

[3] Constituição Federal, Preâmbulo e artigo 1º, *caput*.

[4] Constituição Federal, artigo 1º, inciso III.

[5] Constituição Federal, artigo 3º.

[6] BARROSO, op. cit.

[7] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28.

[8] SILVA, op. cit., p. 865-866.

[9] STRECK, op. cit., p. 358.

[10] SILVA, op. cit., p. 43-45.

[11] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 89-91.

[12] DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p.104.

[13] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994.

[14] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 79.

[15] IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. *Síntese de Indicadores Sociais* – 2008. Disponível em: www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1233. Acesso em: 04 jan. 09.

[16] MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

[17] Constituição Federal, artigo 205.

[18] SILVA, op. cit., p. 345-346.

[19] NEVES, Marcelo. Disponível em: <www.direito2.com.br/cjf/2007/nov/22/trf2-professor-marcelo-neves-da-puc-sp-apresenta-conferencia>. Acesso em: 03 jan. 2009.

[20] SILVA. op. cit., p. 448.

[21] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2000, p.168.

[22] Ibid., p. 168.

[23] Ibid., p. 169.

[24] SILVA. op. cit., p. 448.

[25] MORAES, op. cit., p. 169.

[26] SILVA, op.cit., p. 448-449.

[27] MORAES, op. cit., p.169-170.

[28] Ibid., p.171.

[29] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2008, p.174/179.

[30] Mandado de Injunção nº 670-9/ES.

[31] Ibid.

[32] Ibid.

[33] Ibid.

[34] Ibid.

[35] Ibid.

[36] Ibid.

[37] Ibid.

[38] MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. 2ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 10. (Coleção Primeiros Passos).

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ANCORADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE BEGINNING OF THE PROPORTIONALITY ANCHORED IN THE HUMAN PERSON'S DIGNITY IN THE FEDERAL CONSTITUTION

**Lauro Ishikawa
Érica Taís Ferrara Giardulli**

RESUMO

A partir da proteção que foi dada à dignidade da pessoa humana através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e por nossa Constituição Federal em 1988, esse princípio tornou-se orientador de todos os demais. Quando princípios entram em colisão, a ponderação para prevalecer um sobre o outro, será feita pelo princípio da proporcionalidade que irá direcionar o meio mais adequado e exigível, respeitando-se o princípio da dignidade humana que será direcionador da aplicação da proporcionalidade. Em razão disso é que não devemos derivar o princípio da proporcionalidade de outro princípio, mas sim elevá-lo a posição de princípio dos princípios.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

Starting from the protection that was given to the human person's dignity through the Universal Declaration of the Human Rights in 1948 and for our Federal Constitution in 1988, that beginning became advisor of all the others. When beginnings enter in collision, the ponder for prevalent of one on the other, will be made by the beginning of the proportionality that, that will address the half most appropriate and demandable being respected the beginning of the human dignity that will be director of the application of the proportionality. In reason of that is that we should not derive the beginning of the proportionality of another beginning, but to elevate him/it the position of beginning of the beginnings.

KEYWORDS: THE HUMAN PERSON'S DIGNITY; BEGINNING OF THE PROPORTIONALITY; FUNDAMENTAL RIGHTS

Foram necessários vários séculos, entre avanços e retrocessos, para se chegar à concepção atual da dignidade da pessoa humana.

Dispensando-se nesse trabalho um estudo aprofundado na evolução histórica da dignidade humana, algumas considerações relevantes não podem ser omitidas como a grande contribuição da filosofia grega através de noções e elementos para o desdobramento posterior da noção de dignidade.

O cristianismo teve sua participação, construindo uma concepção de dignidade humana calcada na valorização do homem e pregando a igualdade universal dos seres humanos.

O pensamento de Immanuel Kant considerou não ser possível atribuir um valor (no sentido monetário) ao homem e construiu o conceito de dignidade a partir da racionalidade humana. Para Kant, o homem existe como um fim em si mesmo e não como um meio.

Após a Segunda Guerra Mundial e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foram incorporados valores para a elevação de princípios universais.

Reconhecida a dignidade pela Declaração Universal, o Professor Wagner Balera correlaciona que a *“dignidade, assim como a justiça, são os valores a que aspira o direito. Ninguém pode deixar de considerar tais valores, nem tampouco abrir mão deles”*. [3]

Para Miguel Reale[4] *foi através de um processo histórico, que a pessoa veio adquirindo consciência da irrenunciabilidade de determinados valores considerados universais atribuídos a cada um de nós, como a dignidade da pessoa humana, à salvaguarda da vida individual e coletiva, elevando-se até mesmo a uma visão planetária em termos ecológicos, sendo a finalidade do Direito, preservar e garantir tais valores em os que dele defluem – sem os quais não caberia falar liberdade, igualdade e fraternidade (...)*.

A introdução da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado em algumas Constituições alienígenas e na Constituição Brasileira de 1988, no inciso III do artigo 1º, deu à dignidade humana o caráter de norma jurídica.

Jorge Miranda[5], acertadamente, expõe que *“a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subseqüentes à segunda guerra mundial, e não por acaso”*.

A partir da recepção da dignidade humana na Constituição Pátria, esse princípio ganhou *status* de “imperativo de justiça social”. [6]

Dando seguimento nesse entendimento, Flávia Piovesan expõe que: *“O valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”*. [7]

Concluindo que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, tem-se que é princípio norteador na colisão entre princípios, vindo a traçar a valorização e a precedência dos demais princípios no caso concreto.

Sérgio Sérulo da Cunha[8], aduz que: “*princípio não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, aquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar. Daí conclui-se que há uma valorização dos princípios diante de cada caso*”.

Nesse sentido, diante da valorização dos princípios diante de cada caso, J. J. Gomes Canotilho exemplifica: “*Assim, por exemplo, dizer que o <> e o <> são dimensões do <> postulado pela dignidade da pessoa humana, e derivar o <> da interpretação do preceito constitucional garantidor deste direito, só pode ter como consequência a capitulação da <> das normas constitucionais perante a facticidade económico-social*”[9].

Isso enseja à doutrina de um capitalismo humanista que vem sendo difundida pelo Professor Ricardo Hasson Sayeg[10] que coloca que “*apesar de o modo de vida das pessoas estar inserido numa economia de mercado, impõe-se que seja indistintamente assegurado a cada um o mínimo necessário à dignidade humana, no que tange a: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância, assistência aos desamparados; tudo isso, na exata medida do que venha a preservar a inclusão social, conforme o desenvolvimento nacional, político, econômico, social e cultural*”.

Embora nossa Constituição garanta todos estes direitos, esse mínimo existencial para a nossa dignidade, nos deparamos com a realidade, onde há o amparo parcial ou não há amparo, como esposado acima sobre o direito a ter moradia e o direito ao estudo, sendo ambos inerentes à dignidade humana.

Retomando à introdução do princípio da proporcionalidade, entende Canotilho[11] que não há uma extirpação de um princípio ou mais no caso de conflito entre eles, assim, devem ser examinados com a sisudeza do julgador.

Havendo a harmonização para mediar o conflito entre os princípios e/ou direitos fundamentais, estamos diante da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, que prevê uma relativização para os valores ao contrário de um outro princípio que positiva um valor.

Antes de investigar a fundo o Princípio da Proporcionalidade e sua aplicação atual, mister fazer um esboço histórico.

A primeira aparição do Princípio da Proporcionalidade foi na Grécia antiga, pode-se assim, fazer a sua correlação no sentido dos valores dos princípios com a idéia de *meio termo* e *justa medida* desenvolvida por Aristóteles no sentido que a justiça se aplica de forma justa e proporcional, ou seja, equilíbrio e proporção à determinadas situações iguais.

No direito romano, explica Willis Santiago Guerra Filho[12] que pode-se identificar manifestações do princípio da proporcionalidade nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu *quanti interest* as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretadas por um mesmo infrator.

A moderna aplicação do princípio deu-se na Alemanha, mais precisamente, nos séculos XVII e XVIII, II Pós Guerra, onde ficou evidenciada a dimensão valorativa dos direitos. A expressão dada no direito Alemão, que para nós refere-se ao princípio da proporcionalidade é o da proibição de excesso (*Übermaßverbot, Übermassverbot*), que tem perfeita correlação com o objetivo de controle dos atos do Poder Público em benefício da moral e integridade física do cidadão. O Tribunal Constitucional Alemão, em 1971, proferiu uma decisão sobre armazenagem de petróleo, que salienta os conceitos envolvidos no princípio: o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

Aqui vale lembrar, que a *Magna Charta* inglesa de 1215 já limitava o Poder Estatal em face dos indivíduos, com o sentido de proteção de sua integridade física e moral, como se pode ver: “*O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito*”.

Também quanto à limitação do Poder Estatal na Inglaterra, importante salientar a Bill of Rights em 1689, onde a monarquia e seus súditos equipararam-se quanto a direitos.

Passando para 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou: Art. 8º: “*A lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias*”, mais uma vez demonstrando a proporcionalidade.

Em 1976, Portugal evidenciou o princípio dispondo-o na parte de direitos e deveres fundamentais, quando se refere a força jurídica, na segunda parte do art. 18º, II, da Constituição que assim prevê: “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. Fica desse modo, explícito a essência do princípio da proporcionalidade que é a preservação dos direitos fundamentais.

Em que pese esse esforço histórico mencione apenas algumas passagens que influenciaram a existência do princípio em tela, essas são as que mais se destacam, sendo que para um estudo mais aprofundado não se deve limitar somente a esses, pois seu surgimento deve-se a vários países, cabendo a origem do correto significado e aplicação à Alemanha.

O Princípio da proporcionalidade é basicamente a junção de princípios, regras e procedimento, ou seja, tem estrutura de regra que se aplica como procedimento.

Na teoria da dogmática jurídica de Alexy[13], sobre os direitos fundamentais da Constituição Alemã, seu objetivo é a elaboração de uma norma atribuída (que se produz no momento de uma correta decisão de uma norma de direitos fundamentais), de direitos fundamentais, e nessa teoria axiológica, ele distingue três dimensões sobre como os direitos fundamentais devem ser vistos, quais sejam, analítica, empírica e normativamente.

A dimensão analítica é voltada para a clarificação dos conceitos, uma análise minuciosa do conceito técnico, já que existe um uso diversificado dos direitos fundamentais. Na dimensão empírica ele enfatiza como principal fonte a jurisprudência constitucional, trata da questão da efetividade das normas, de sua aplicação. E a normativa vai tratar sobre fundamentação e complementação, que também tem a finalidade de suprir a analítica com a implementação de uma solução correta para o caso.

Partindo do entendimento que quando princípio é absoluto ele se torna regra, devemos atentar para a diferença que há entre os princípios e regras.

Como bem preconiza Alexy[14], “...princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes...são *mandamentos de otimização (que inclui também as permissões e proibições)*”. “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

Conclui-se então, que os princípios têm aplicabilidade mais flexível do que as regras, que são inflexíveis. Assim, no conflito entre regras, deve-se utilizar da cláusula de exceção ou declarar uma regra inválida, já para solucionar a colisão de princípios deve-se ver a precedência que um tem em face do outro, observando qual deles irá preservar mais algum direito fundamental, como o da dignidade da pessoa, trazendo em voga o princípio da proporcionalidade.

Ainda assim, há entendimento que esse princípio não seria um princípio e sim regra da proporcionalidade, como desenvolveu Luís Virgílio Afonso da Silva[15] em seu texto citando que Alexy e Haverkate argumentam que “*a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção, que na teoria de Alexy somente as regras são aplicadas por meio de subsunção*”.

No entanto, o termo mais utilizado e entendido como correto na linha pátria é a proporcionalidade como princípio, mesmo que sua estrutura esteja implícita em regras, conforme dito anteriormente.

Passando para a utilização do princípio esposado, o dever de utilizá-lo na interpretação decorre do sistema como um todo, da necessidade de eficácia das normas, da própria função regulativa do direito em um Estado Democrático de Direito e dos princípios que formam o seu conteúdo material. Ele visa ponderar e o Estado deverá aplicá-lo para curar, sanar quando somos restringidos dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes público e particular.

No que concerne às características de aplicação do Princípio da Proporcionalidade no caso concreto necessário um exame da exigibilidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação, o fim a ser alcançado deverá ser trilhado pelo meio adequado, apropriado. Que seja um ato apto a fomentar um outro direito fundamental.

Na exigibilidade, entre os caminhos disponíveis para se chegar ao fim desejado, o mais apropriado será o menos agressivo aos valores constitucionais que colidem com a norma interpretada.

Na proporcionalidade em sentido estrito, o meio empregado se mostra mais vantajoso, mais justo, sentido de ponderação entre o benefício a ser alcançado e o ônus que possa trazer para o cidadão (desde que não haja violação do núcleo essencial do direito fundamental).

Assim, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona, sem que com isso viole o núcleo essencial do direito fundamental.

No entanto, esse não é o entendimento de Alexy, “*que tem uma posição relativista e que é a trilhada pela nossa doutrina e jurisprudência, pois, ele não limita para além do qual seria inadmissível a restrição de um direito, ainda que em benefício de outro, sendo que este limite, para nós, é a dignidade humana...*”, como bem colocou Willis Santiago Guerra Filho[16].

Walter Claudius Rothenburg[17], em sua Palestra sobre “Limitações à Direitos Fundamentais: Alguns mitos e a máxima da proporcionalidade”, exemplifica que se um país, onde o Poder Legislativo adote a medida de que cada cidadão deverá fazer toda semana teste de HIV, sob pena de prisão perpétua, verifica-se que está se restringindo dois direitos fundamentais, quais sejam, dignidade da pessoa humana e liberdade. Mesmo assim, verifica-se que essa medida pode até ser adequada, pois ajuda a preservar a vida das pessoas; pode até ser necessária, pois não há uma alternativa que seja tão eficaz, no entanto ela é ponderada? E quanto ao custo benefício? Isso fere a dignidade, pois é desproporcional.

Sabe-se que os ramos do direito que tem mais afinidade com o princípio citado são: direito constitucional e administrativo. O Tribunal Constitucional Alemão se posiciona nesse entendimento, que seria para disciplinar direitos e garantias fundamentais das pessoas quanto ao ordenamento do Poder Estatal, mas acaba por ter que atuar em outros ramos também.

Mas, em atendimento à dinâmica e evolução do mundo e das pessoas, esse princípio acaba se estendendo para outras áreas, sendo que na área penal está em vigor a aplicação com o fim de coibir lesões aos direitos fundamentais, penas desproporcionais etc.

Embora o princípio não esteja explicitamente previsto em nossa Carta Magna, não impede a sua invocação, pois “ao qualificá-lo como “norma fundamental”, nos termos da Teoria Pura kelseneana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo “posta” (positivada) e “pressuposta” (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo)[18].

Podemos, ainda, invocá-lo através do art. 5º, §2º da Constituição: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...*”.

Em razão disso é que não devemos derivar o princípio da proporcionalidade de outro princípio, mas sim elevá-lo a posição de princípio dos princípios.

Entende-se que a partir daí, começa a ficar em evidência o valor da dignidade humana no sentido da proporcionalidade alemã, esse pensamento é o primeiro passo da longa caminhada para o reconhecimento do que hoje é um dos fundamentos da nossa República Federativa, já que se constitui de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88).

Apenas para ilustrar, cabe aqui a análise da fundamentação da decisão do STJ, que decidiu a constitucionalidade de concessão de *habeas corpus* para o acuso de crime de racismo manifestada através de suas publicações em livros, onde fora aplicado o princípio da proporcionalidade é o HC 82424/RS[19], julgado em 17/09/2003, dando preferência ao voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes onde ele discute a “*medida da liberdade de expressão permitida sem que isso leve a intolerância, racismo em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista*”.

E nesse sentido aduz: “*A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflito entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais*”.

O Presidente e Relator do acórdão, Min. Maurício Corrêa, ao falar sobre o crime de racismo proferiu: “*Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social*”. E mais: “*no estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos*”.

Em 2008, Marco Aurélio Mello[20] ao comentar seu voto proferido no julgamento acima, reiterou que o “*princípio da proporcionalidade surgia como mecanismo eficaz para realizar a ponderação exigida no caso concreto*”.

Mas há também a utilização da proporcionalidade em seu caráter negativista, ou seja, no sentido de proibição de excesso, quando por exemplo declara-se inconstitucional um ato do Poder Público.

Diferenciando a Proporcionalidade (origem alemã) e a Razoabilidade (origem anglo-saxã), tem-se que modernamente, a consagração desta última em texto positivo se deu através das emendas 5ª [21] e 14ª [22] da Constituição Norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos. É razoável o que

seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação em harmonia, o que não seja arbitrário, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Na nossa Constituição o princípio do devido processo legal vem previsto no art. 5º, inciso LIV, CF/88: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*”

Desse modo, a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos.

Diferencia Willis Santiago Guerra Filho^[23] a Proporcionalidade da Isonomia – é cabível a interpretação de que o princípio da proporcionalidade seja uma extensão do princípio da isonomia, embora ambos tenham definições distintas. A proporcionalidade permite concretamente a distribuição compatível dos direitos fundamentais sendo que a isonomia determina, abstratamente, a extensão a todos os direitos.

Depreende-se de todo o exposto, que o Princípio norteador, o princípio dos princípios, que vem a luz para a máxima efetivação dos direitos fundamentais e para uma devida solução e decisão perante um conflito, vinculadas à dignidade da pessoa humana é o princípio da proporcionalidade, instrumento que deveria ser objeto de constante fundamentação nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. Revista dos Tribunais: O Proporcional e o Razoável. Ano 91, vol. 798, abril de 2002.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Editora Malheiros. 2008. p. 90/91.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 196.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos de Direitos Fundamentais. 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 104.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Cadernos de Soluções Constitucionais: O que é um princípio. Editora Malheiros. p. 225.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional. 5ª ed. RCS Editora. p. 84.

GUERRA, Willis Santiago Guerra Filho. Teoria Processual da Constituição. RCS Editora, 2007, p. 55.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 5ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 106.

MIRANDA, Jorge. A Dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 1997, p.59

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Editora Saraiva. 1996. p. 31/32.

ROTHENBURG, Walter Claudius. I Congresso Paranaense de Direito Constitucional e Cidadania. Limitações à Direitos Fundamentais: Alguns mitos e a máxima da proporcionalidade. Londrina/PR. 29.04.2004.

SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo humanista no Brasil. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

[3] BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1.342.

[4] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Editora Saraiva. 1996. p. 31/32.

[5] MIRANDA, Jorge. A Dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 168.

[6] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 1997, p.59

[7] *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 1997, p.60.

[8] CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Cadernos de Soluções Constitucionais: O que é um princípio*. Editora Malheiros. p. 225.

[9] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de Direitos Fundamentais*. 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 104.

[10] SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo humanista no Brasil. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1263.

[11] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 196.

[12] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. RCS Editora, 2007, p. 55.

[13] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Editora Malheiros, 2008.

[14] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Editora Malheiros. 2008. p. 90/91.

[15] AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Revista dos Tribunais: O Proporcional e o Razoável*. Ano 91, vol. 798, abril de 2002.

[16] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 306

[17] Rothenburg, Walter Claudius. I Congresso Paranaense de Direito Constitucional e Cidadania. Limitações à Direitos Fundamentais: Alguns mitos e a máxima da proporcionalidade. Londrina/PR. 29.04.2004.

[18] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 106.

[19] STF HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 17/09/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 19-03-2004 PP-00017, EMENT VOL-02144-03 PP-00524

[20] MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da.

[Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 246.

[21] Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

[22] Emenda XIV, Seção 1, Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

[23] *Processo Constitucional*. 5ª ed. RCS Editora. p. 84.

TRADIÇÃO AUTOCRÁTICA, RAZÃO DUALISTA E A CONSTRUÇÃO RETÓRICA DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

TRADITION AUTOCRAT, REASON AND CONSTRUCTION DUALISTIC RHETORIC OF DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL

Newton de Menezes Albuquerque

RESUMO

O trabalho examina os impasses estruturais, históricos da plena efetivação da democracia e dos direitos fundamentais no Brasil, dada as suas condições sociais, políticas, culturais e jurídicas particularistas. Detém-se principalmente nas diferenças discrepantes entre a realidade vigente nos países capitalistas centrais, marcados pela criação de instituições minimamente inclusivas da sociedade, e a estabelecida na periferia da ordem, como o Brasil, onde a natureza autocrática da formação sócio-cultural requer a estruturação de processos heterônomos, prevalecentemente coercitivos sobre as maiorias. Para tanto se vale do diálogo com autores clássicos que estabeleceram reflexão sobre a formação histórica do Estado burocrático-autoritário como Sérgio Buarque de Holanda, Gilberto Freyre, Oliveira Viana e Florestan Fernandes, problematizando os vínculos particularistas das relações entre sociedade e Estado no Brasil e suas reverberações negativas na construção da democracia e dos direitos fundamentais, onde estes são reconhecidos retoricamente, mas inassimilados na prática das instituições.

PALAVRAS-CHAVES: AUTOCRACIA, RAZÃO, DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, ESTADO

ABSTRACT

The work examines the structural impasses, center of the full realization of democracy and fundamental rights in Brazil, given its social conditions, political, cultural and legal particularist. Holds mainly in the differences existing discrepancy between the reality in central capitalist countries, marked by the creation of institutions minimally inclusive society, and on the periphery of the established order, such as Brazil, where the autocratic nature of the socio-cultural training requires the structuring of heteronomy processes, prevailing on the coercive majorities. For this is worth of dialogue with classical authors that have discussions about the historical formation of the bureaucratic-authoritarian as Sergio Buarque de Holanda, Gilberto Freyre, Florestan Fernandes and Oliveira Viana, problematized the particularist ties of relations between society and state in Brazil and its negative reverberations in the construction of democracy and fundamental rights which are recognized rhetorically, but in practice no assimilated institutions.

KEYWORDS: AUTOCRACY, REASON, DEMOCRACY, FUNDAMENTAL RIGHTS, STATE

1. Introdução. Direitos Fundamentais e a permanência dos desafios a sua plena efetivação na contemporaneidade periférica capitalista.

As efemérides pela passagem de mais um ano de proclamação da Declaração dos Direitos Humanos propicia um momento oportuno para a reflexão sobre o sentido mandamental, imperativo de seus enunciados, de seus princípios e valores fundamentais, consagradores da dignidade da pessoa humana, mas também, uma ocasião para se analisar as causas, condicionamentos e realidades responsáveis por boa parte da inefetividade daqueles na realidade contemporânea. Declaração esta que consigna em seus artigos um repertório positivado de lutas pelos direitos fundamentais na história, albergando não somente os direitos individuais em seu plexo de direitos civis e políticos, mas também, os direitos culturais, sociais, difusos, etc.

Pois se é correto reconhecermos os avanços conquistados pela modernidade no sentido de uma ampliação da legitimidade retórica dos direitos fundamentais, banindo os estorvos doutrinários produzidos pelas teorias medievalistas da soberania monárquica, com toda sua corte de argumentos ‘naturalizadores’ das distâncias hierárquicas entre os homens, distribuídas entre as respectivas classes e estamentos sociais; porém, deve-se enfatizar os retrocessos existentes na aplicabilidade dos mesmos no âmbito das relações sociais do modo de produção capitalista. Óbices materiais que se postam como elementos desfiguradores do discurso dos direitos fundamentais, haja vista, a interpretação da pouca ou nenhuma eficácia de seus postulados frente a crueza dos interesses dominantes da ordem capitalista. Afinal como reconhecer a centralidade dos direitos a todos os homens perante um meio sócio-político alheio ao homem e suas demandas? Como compatibilizar a universalização prática dos direitos com a voracidade irrefreável do processo de acumulação de riquezas estabelecida no capitalismo que fomenta concentração crescente de riqueza e pobreza nos pólos opostos da sociedade? Enfim, como pensar a universalidade rousseau-kantiana da dignidade humano-existencial do indivíduo diante do particularismo brutal, excludente do globalitarismo neoliberal que expande as diferenças econômicas, sociais e stantartiza, homogeneíza os padrões culturais entre os povos? E mais, como articular a plena generalização dos direitos fundamentais e de suas premissas democráticas em uma ordem social, política e cultural historicamente desigual, autocrática, patrimonialista e permeada por elementos pré-modernos no âmbito das relações sociais ?

Mencione-se ainda, a re-emergência de referenciais anti-civilizatórios de cunho proto-fascista que buscam justificar o apelo a práticas insidiosas de censura, de acatamento a tortura como forma de obtenção de prova, de aniquilamento de religiões e valores considerados ameaçadores da “unidade ocidental-cristã”, entre tantas exemplos

explicitadores do antagonismo visível entre universalismo axiológico das teorias dos direitos humanos, fundamentais, e a realidade particularista do Capital com sua fúria onívora destruidora. Como atualizar o valor liberal da tolerância ao diferente, com suas distintas expressões identitárias, se as condições de reprodutibilidade do capitalismo exigem cada vez mais, subsunção da humanidade as mesmas formas e racionalidades forjadas pelo seu complexo tecnológico-produtivo? Afora as tentativas de conferir ares de aceitabilidade ao etnocentrismo imperial como intentam os Samuel Huntington e outros intelectuais engajados do *apartheid* neoliberal. Essas são apenas algumas das inúmeras questões que podem ser suscitadas em razão dos desafios colocados por todos aqueles que lutam pela efetivação dos direitos fundamentais em nosso meio, e que se vêem obrigados a revisitar as bases universalistas das diversas teorias comprometidas com a afirmação da cidadania. O desmascaramento evidente das limitações sócio-históricas e políticas da ordem liberal-capitalista na efetivação dos direitos fundamentais é tão flagrante, que sequer os defensores da atual forma de organização da sociedade procuram ocultar o conflito inevitável entre as pretensões universalistas nelas presentes, e as condições bloqueadoras de sua viabilização na atualidade, próprias a dinâmica anti-humanista do capitalismo. Não obstante perseguirem o intuito de apresentar como “universais” determinados valores que na verdade nada mais são do que expressões dos interesses da classe dominante. Pois como muito flagra Marx[1]:

“Cada nova classe que passa a ocupar o posto daquela que dominou antes dela se vê obrigada, para poder encaminhar os fins que persegue, a apresentar seu próprio interesse como o interesse geral de todos os membros da sociedade – quer dizer, expressando o mesmo em termos ideais -, a imprimir a suas idéias a forma da universalidade, a apresentar essas idéias como as únicas racionais e válidas universalmente.”

O que não obstou que o legado da tradição iluminista em favor do reconhecimento da centralidade do humano, de sua racionalidade como dimensão constitutiva e crítica do sentido da realidade, se inscrevesse na história como tentativa de refundação das justificativas do poder do Estado e das teorias jurídicas, visando transformá-las em poderosos instrumentos de emancipação do indivíduo, mormente do indivíduo-proprietário. Tradição iluminista de exaltação do homem e da razão que, infelizmente, viu-se posteriormente manietado, quando não expressamente eclipsado pela dominância do instrumentalismo mercantil vigente no capitalismo. Dualidade ínsita a racionalidade iluminista, que abre espaço para interpretações variegadas sobre o legado iluminista, o que mereceu de Adorno e Horkheimer[2] uma minudente investigação crítica em sua *Dialética do Esclarecimento*, onde se analisa a barbárie da razão instrumental como a outra face da desrazão manifestada dramaticamente no holocausto nazista. Preponderância da razão instrumental que está diretamente relacionado a assepsia técnico-burocrático de uma época marcada pela mensurabilidade contábil do mundo em consonância com a auto-realização do valor nas sociedades de produção de mercadorias. O conteúdo ético, político da razão, produzida da sociabilidade contraditória e mundana dos homens, cede lugar as fórmulas lógico-matemáticas, subsumidas a gramática técnica da dominação desprovida de fins. Ou como diz mais apropriadamente Adorno/Horkheimer[3]:

“A lógica formal era a grande escola da unificação. Ela oferecia aos esclarecedores o esquema da calculabilidade do mundo. O equacionamento mitologizante das Idéias com os números nos últimos escritos de Platão exprime o anseio de toda desmitologização: o número tornou-se o cânon do esclarecimento. As mesmas equações dominam a justiça burguesa e a troca mercantil. “Não é a regra; ‘se adicionares o desigual ao igual obterás algo de desigual’ (Si inaequalibus aequalia addas, omnia erunt inaequalia) um princípio tanto da justiça quanto da matemática? E não existe uma verdadeira coincidência entre a justiça cumulativa e distributiva por um lado e as proporções geométricas e aritméticas por outro lado? A sociedade burguesa está dominada pelo equivalente. Ela torna o heterogêneo comparável, reduzindo-o a grandezas abstratas. Para o esclarecimento, aquilo que não se reduz a números e, por fim, ao uno, passa a ser ilusão: o positivismo moderno remete-o para a literatura. “Unidade” continua a ser a divisa, de Parmênides a Russel. O que se continua a exigir insistentemente é a destruição dos deuses e das qualidades.”

Entretanto não podemos fazer um inventário unilateral do legado do Iluminismo, da modernidade e das possibilidades imaginativas, criativas e criadoras da razão. Melhor exemplo encontra-se na legitimação *erga omnes* dos direitos humanos entre todos os homens, opostamente ao que acontecia em períodos pregressos, onde o discurso dos direitos possuía como destinatária uma minoria ínfima de pessoas. Direitos Humanos que encontraram na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 um importante marco de afirmação, responsável no plano normativo pela universalização dos direitos individuais, difundindo-os pelos mais variados rincões da terra[4].

A transfiguração do sabor eminentemente europeu dos direitos fundamentais, já havia sido sentido com sua transposição ao Novo Mundo a partir da independência americana, notavelmente com base na recepção fértil lá operada entre as tradições inglesa, fundamentalmente empírica que molda a presença do direito consuetudinário no solo dos EUA, e a tradição francesa, predominantemente historicista e racional, pautada na valorização dos aspectos laicos da cultura. O que nos leva concluir que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 funcionou como o primeiro degrau do processo “evolutivo” de desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais na modernidade tardia, que foi sendo alterada/ acrescentada de novos conteúdos geracionais de direitos na medida em que houveram expansões civilizatórias das lutas “dos de baixo”, provenientes das demandas dos trabalhadores, e de protagonismo inaudito dos povos, momento histórico este que Milton Santos denominou de tempo “demográfico”. O grande problema, repto perene, horizonte insuperável e insuperado pelo modo de produção de mercadorias no tempo e no espaço presente do capitalismo, é o de tentar compatibilizar as lutas imanentes brotadas do solo histórico da afirmação soberana das maiorias políticas que forjam o direito-fato, decisionalmente fixado pelo povo; com a abstratividade, inodora adquirido pelo direito-normatividade, moldura vazia destituída de vontade, aprisionado pelos tecnocratas do judiciário[5]. Dificuldade que se faz mais nítida quando buscamos compreender as razões que levam a sua inefetividade junto aos Estados periféricos, ainda marcados pela sobrevivência de códigos sociais pré-

modernos, onde o discurso dos direitos e de sua universalidade são retoricamente proclamados, mas praticamente refutados.

No entanto, se o fosso entre universalidade dos preceitos filosóficos e jurídicos entabulados no paradigma do Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade faz-se sentir nos países centrais do capitalismo na fase financeira do capitalismo globalizado, tal realidade torna-se mais preocupante nos Estados periféricos, dada a prevalência do particularismo das condições políticas, sociais, culturais em que suas estruturas institucionais se formaram e adquiriram funcionalidade. Daí o teor de negatividade que a prática em favor da efetivação dos direitos humanos e da democracia assume por estas plagas, soando como reivindicações revolucionárias, dado os fundamentos perversamente autocráticos e anti-populares com que o Estado se plasmou. Afinal se buscarmos apreender o sentido material da constitucionalidade no Brasil, perceberemos a preponderância dos valores e imposições fáticas dos estamentos burgueses sobre os vínculos normativo-formais solenemente contidos na Constituição e em seus princípios lógicos. Empecilhos estes para a devida generalização dos direitos humanos presentes na declaração dos direitos humanos que de forma direta ou indireta já foi tematizado classicamente por pensadores brasileiros de escol á exemplo de Oliveira Viana, Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro, Gilberto Freyre, Caio Prado Júnior, Florestan Fernandes e outros, sempre a mencionar o peso dos aspectos personalistas, cultorológicos na formação histórica singular de nossas instituições. No caso dos três primeiros cabe destacar o papel que atribuem aos resquícios ibérico-patrimonialistas que cinzelaram intensamente os caracteres do Estado periférico brasileiro, sendo que os dois últimos sublinharam a natureza subordinada do capitalismo brasileiro aos fluxos internacionais do sistema e as profundas interdições que isso implicou na constituição de uma dominação fundada na restrição da cidadania às maiorias.

Portanto, apesar da brevidade do espaço tentaremos problematizar as dificuldades históricas de incorporarmos os direitos humanos como paradigma universal a regular as relações sociais no Brasil, não obstante os avanços e inúmeras conquistas obtidas pela estruturação de uma democracia política em nosso país. O que contribui decisivamente para configuração de uma razão dualista no interior de nossa tradição jurídica, onde se busca harmonizar a partir da estruturação de uma racionalidade profundamente antinômica e paradoxal, o reconhecimento formal dos direitos humanos democráticos com a manutenção da contingência dos padrões assimétricos de poder entre as classes sociais. Contradição profunda entre formas jurídicas e realidade que nos desafiam, pois se de um lado somos conscientes das inúmeras dificuldades para desbloquear o acesso das instituições, de seus processos decisórios plenos as maiorias, também sabemos que tais conquistas formais são importantes ,vitais para a expansão da luta pela democracia e dos direitos humanos entre nós. Até mesmo porquê a apreensão dos problemas, limitações e carências de nosso processo civilizatório não deve ser entendido como a manifestação de uma eventual impossibilidade de aplicarmos os direitos humanos e\ou a democracia , mas sim, das resistências que precisamos arrostar para conquistá-las efetivamente.

2. Universalismo ético-jurídico e a história modernizadora dos Direitos Fundamentais.

Porém se a abordagem dos direitos humanos geralmente se circunscreve ao estudo do nascimento e constituição da modernidade liberal, faz-se necessário retificar tais postulados narcísicos e auto-referentes, próprios da crença novidadeira do mito fundador da modernidade capitalista. Pois um olhar perfunctório sobre a longa história nos revelará um relevo mais acidentado, cheio de nuances, declives e aclives, em que de relance poderemos aferir o arcabouço rico fornecido pela Antiguidade e Idade Média para o repertório dos direitos humanos[6]. Retórica de defesa do homem, de sua liberdade política na agóra grega, ou dos valores cívicos nos autores renascentistas medievais em que já se vislumbrava o reconhecimento da “dignidade humana” como propugnava Pico Della Mirandola.

A diferença essencial entre os fundamentos apresentados na Antiguidade e Idade Média, e de outro lado a modernidade reside na aposta feita por esta do papel maior da razão institucional do Estado e de suas macroestruturas na justicialidade dos direitos. Na verdade, a história da transição para a modernidade foi um itinerário quase constante de ascese das formas jurídicas e políticas valorizadoras do indivíduo, de sua racionalidade e de seus desejos, naturalizados como manifestações óbvias, diria mesmo ontológicas do homem. O próprio Estado em sua compleição corporal – de acordo com o pensador protótipo da modernidade Thomas Hobbes – deve mimetizar a corporalidade do indivíduo. Não é a toa que Hobbes, sem nenhum exagero, pode ser classificado como o teórico mais bem acabado da modernidade emergente[7], pois traz em si os dois influxos contraditórios do capitalismo, o sentido de ordem incrustado no Estado e a justificação da autonomia individual, da lógica monopolizadora dos direitos individuais desenvolvido pelo liberalismo.

O que nos leva constatar que a introdução dos princípios e categorias dos direitos fundamentais pelo mundo, coincide com a expansão civilizatória das formas tecnológicas, jurídicas e políticas da racionalidade liberal, pautada na idéia de organização sistemática do poder, da economia e na apologia do “universo” do indivíduo-burguês. Indivíduo-burguês que se compreende como senhor vigoroso de sua razão como instância interna ordenadora do corpo e de seus desejos voluptuosos, potencialmente irracionais e não-assimiláveis a maquinaria capitalista. Divisão entre corpo - composto de fluidos, animismo e desejo – e razão, onde assoma a disciplina dos fins e a métrica do fazer produtivo buscando o mercado. O Iluminismo enquanto movimento filosófico-político e cultural enuncia uma nova era na história - apesar do brilho das produções do racionalismo grego na Antiguidade – um período onde o indivíduo se emancipa, torna-se soberano, alheio as determinações heterônomas do destino e do misticismo, crendo como nunca na sua capacidade de reinstituir, renomear o mundo com base na apreensão de suas leis inevitáveis.

O veio teórico e axiológico - afirmativo dos direitos universais dos homens – firmado na tradição iluminista sintetizada por Kant em sua obra *Metafísica dos Costumes*^[8] com seus valores fundamentais em contraponto ao utilitarismo do poder e do desejo de alguns de tornarem o indivíduo mero instrumento serviente a fins que lhe são alheios, definem o paradigma, a moldura em que entretecem os ideais da modernização esclarecida, imbuída dos propósitos civilizadores voltados para disseminação dos direitos, prerrogativas e cidadania entre os homens, assim como seu contraste face a realidade instituída pelo Capital e seus agentes dominada por apetites privatistas. A crença nas virtudes da razão, nos critérios universalistas centrados na pregação da generalização de critérios éticos e jurídicos passíveis de terem publicidade e acatamento a todos os homens indistintamente, assinala os marcos conceituais em que se plasma a teoria dos direitos humanos na modernidade.

Modernidade temperada nos valores e na esperança emancipatória, aonde o desvelar das explicações místicas, encoberta pelos véus postos pela religião fundamentalista, figura como a preocupação maior da ordem liberal em suas primícias históricas. A burguesia como sujeito histórico na transição do medievo para modernidade, ainda vê-se livre das injunções fiscais atrabiliárias do poder feudal sem encontrar-se enredada nas pressões do movimento operário, o que lhe confere ampla liberdade no exercício descortinado da crítica ao real, realizando aquilo que Immanuel Kant denominaria de submeter o mundo estabelecido, instituído ao “tribunal da razão”. Concepção emancipatória do saber presente em Kant e outros iluministas que sofre posteriormente um significativo arrefecimento até sua completa capitulação em forma de ideologia enquanto “falseamento do real” segundo Marx. Com a positivação do poder capitalista, agora acochado pelas reivindicações do “mundo do trabalho”, a busca abnegada pela verdade, pela compreensão das coisas cede lugar a mistificação, a artilosa manipulação das versões, teorias e hipóteses com o fito da eternização do Capital e de suas instituições.

Universalismo que nos albores do liberalismo civil ousara enfrentar o espectro senil das formas sociais pré-modernas, assuntando sobre o sentido profundo da realidade para além de suas expressões fenomênicas, não se dissociando do ideal de verdade, de crítica sem contemplação das manipulações ideológicas, dos falseamentos do mundo, da denúncia do mero desejo apoiado na força que costumeiramente se vale do relativismo axiológico para justificar em nome da singularidade a refutação da plena acessibilidade a todos dos direitos humanos.

Entretanto, a publicidade e a generalização de conceitos e valores como premissas estruturantes do discurso do direito, notadamente dos direitos fundamentais enquanto núcleo essencial, irreduzível da civilização liberal, parece encontrar-se carcomida pelos eflúvios do auto-interesse egoísta, liberado pela pós-modernidade, fragmentadora do real e inimiga fígada do racionalismo, e por conseguinte, da universalidade, inclusive dos direitos. Sublinhe-se ainda, o corte feito entre o alinhavo universalista dos conceitos

produzido pelo liberalismo ético-alemão manifestado em Kant, Hegel, Schelling e outros, e a dimensão pragmática, relativista dos postulados liberais anglo-saxões.

Neste sentido, pode-se perceber que apesar da contribuição relevante do jusnaturalismo de Thomas Hobbes, John Locke, Milton e suas reverberações positivas na edificação do Constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais nos EUA o papel representado por essa matriz histórico-concreta dos direitos fundamentais submete-se aos estreitos lindes do individualismo metodológico, enfatizando fundamentalmente a tutela do direito à propriedade e da esfera privada em detrimento da universalidade ética do discurso presente no idealismo alemão.

Daí a crítica que Marx fará a retórica dos direitos universais patrocinados pela burguesia, mormente daquele impregnado de uma lógica proprietarista, onde a sociedade, o direito e realidade social são apreendidos como resultados das “robinsonadas” liberais. O enaltecimento abstrato dos direitos em desconformidade com as condições materiais, histórico-sociais, em que eles se gestam e ganham efetividade, transforma por sua vez, o discurso dos direitos humanos em ideologia. Ou seja, os contornos metafísicos assumidos pela teoria dos direitos humanos na tradição liberal, notadamente a partir do vezo do individualismo metodológico, inviabilizam a captação do real e de suas determinações contraditórias. Afinal o indivíduo solto no espaço e no tempo não existe, pois o homem exsurge dentro de um contexto específico, onde o enlace de solidariedades é tecido por sua inserção no espaço social da produção e reprodução social, conformando sua consciência na interação com outros indivíduos com quem estabelece processos intersubjetivos, comunicativos, relacionais.

Pois como bem elucidou Carl Schmitt em sua análise sobre o direito, não é possível dissociar o sentido do direito fixado em sua normatividade da variabilidade de interesses contidos *in nuce* no processo decisional de aplicação do mesmo. Nas dobras da legalidade oculta-se a política com seu vórtice de interesses, vontades, potencialmente reconfiguradoras do mundo, reinstituíntes do sentido presumidamente amortecido, petrificado na norma e\ ou no ordenamento jurídico.

3. Estado brasileiro periférico e as interdições históricas a efetivação da democracia e aos direitos humanos.

O conceito de sistema político periférico desenvolve-se da percepção teórica da ampla distinção entre países capitalistas centrais que seguiram um curso de desenvolvimento baseado em processos clássicos de acumulação de capital, fundados no estabelecimento

de sistemas políticos e jurídicos autônomos; e os demais países, estruturados sob o guante da dependência externa e da restrição ao exercício da soberania política e jurídica em relação aos seus Estados, bem como na “colonização do mundo da vida” pela economia reificada de produção de mercadorias capitalista sem deixar margem para o exercício de um controle social sobre as decisões tomadas pelo Capital. Dimensão periférica da estruturação do capitalismo que produz efeitos restritivos na construção de uma civilização democrática no Brasil, em razão da prevalência de uma razão particularista em nosso processo de formação enquanto nacionalidade - resultante da edificação de um Estado Capitalista politicamente orientado[9] por uma burguesia estamental, e que se estabelece distintamente do seu homólogo europeu, como uma realidade divorciada dos influxos da universalização dos valores do liberalismo político em nosso meio.

Processo desigual na esfera internacional que decorre da multiplicidade de tempos históricos diversos que se inscrevem na estrutura de formação do capitalismo, com suas variegadas formas de ordenação político-institucional e cultural, resultantes em grande medida da interação entre a pressão das relações econômicas mercantis provenientes de fora do espaço nacional e àquelas derivadas das influências subsistentes a sua formação social prévia à recepção das relações econômicas capitalistas.

A crença ingênua de alguns analistas de que os processos de desenvolvimento econômicos, sociais e políticos e até mesmo jurídicos obedecem a uma lógica linear histórica implacável, mostra-se, para quem observa a concretude da evolução das sociedades periféricas, questionável. Particularmente em países onde as sobrevivências de formações econômicas e sociais pré-modernas funcionam como fortes impedimentos à introdução de um adequado processo de modernização capitalista clássico em suas estruturas de poder, com a preservação de lealdades estamentais que trabalham no sentido de forjar uma estratificação social avessa aos valores da liberdade e da igualdade em seu invólucro liberal, bem como na configuração jurídica concreta de Estados de Direito e das demais categorias do pensamento liberal e democrático.

A centralização de forças material e política que propiciou a constituição do Estado Nacional na transição para modernidade, calcado na secularização de suas instituições e na completa juridicização da política[10], encontra forte resistência para se adensar nos países da periferia da ordem capitalista. Principalmente após a configuração imperialista do capitalismo no século XX, baseada em uma divisão internacional do trabalho mais rígida e hierárquica, onde os Estados Capitalistas Periféricos se cingiam à mera produção de produtos complementares às economias dos países centrais, constringendo ainda mais os espaços políticos, culturais e jurídicos para a afirmação de uma identidade nacional própria. Particularmente no que se refere a constituição de um Estado calcado em um dinamismo político e social manifestadamente autônomo/soberano do ponto de vista nacional em face da ordem internacional, e democrático sob o ângulo da resolução dos litígios de interesse inerentes a uma sociedade repartida entre classes opostas, pois,

infelizmente, o que vemos em relação ao Estado brasileiro é o contrário, conforme enfatiza Florestan Fernandes:

“De acordo com a descrição apresentada, a versão final dessa forma de Estado, a que se está constituindo e consolidando com a irradiação do capitalismo monopolista pelas áreas da periferia do mundo capitalista que comportam semelhante desenvolvimento, é a de um Estado nacional sincrético. Sob certos aspectos, ele lembra o modelo ideal nuclear, como se fosse um Estado representativo, democrático e pluralista; sob outros aspectos, ele constitui a expressão acabada de uma oligarquia perfeita, que se objetiva tanto em termos paternalistas-tradicionais quanto em termos autoritários e modernos; por fim, vários aspectos traem a existência de formas de coação, de repressão e de opressão ou de institucionalização da violência e do terror, que são indistintamente fascistas[11].”

As três fases do desenvolvimento capitalista no Brasil tematizado por Florestan Fernandes: constituição de um mercado interno, maior competitividade e por fim, transição para a fase de concentração de capitais em torno de monopólios e oligopólios, apesar de suas especificidades - são perpassadas por um problema comum - o da ausência de um padrão soberano de ordenação do espaço institucional do Estado face aos centros externos de poder internacional. O que confere à construção do Estado-Nação brasileiro uma debilidade ingênita, particularmente no que se refere à dificuldade na articulação de um processo de instauração de um dinamismo social calcado na supremacia da vontade popular, bem como na estruturação de procedimentos decisórios institucionais abertos, dialógicos que valorizem a representação política, os conflitos, o poder legislativo, e que fizesse valer em sua dinâmica concreta a generalização dos direitos humanos como expressão mais lídima no âmbito do Estado da razão democrática. Pois aqui, como dizia Werneck Vianna :

“(…) o Estado-nação, inspirado no liberalismo, nascia sem uma economia que se apresentasse em homologia ele. Se, na sociedade civil, o liberalismo atuava como “fermento revolucionário”, induzindo rupturas moleculares na ordem senhorial-escravocrata, ele não poderia se comportar como princípio de sua organização, sem acarretar com isso o desmonte da estrutura econômica, fundada no trabalho escravo e no exclusivo agrário e que assegurava ao Estado uma forma de inscrição no mercado mundial e presença internacional. Ademais, o patriciado rural se comportava como um coadjuvante insubstituível, da perspectiva das elites políticas, para o controle de variáveis-chave como território e população. O liberalismo devia consistir em uma teoria confinada nas elites políticas, que saberiam administrá-lo como conta-gotas, sob o registro de um tempo de longa duração, a uma sociedade que ainda não estaria preparada para ele, sob pena da balcanização do território, a exposição ao caudilhismo e a barbárie.”[12]

Dáí o sentido profundamente heteronômico dos fluxos decisórios nos Estados Dependentes, pois apesar de serem dotados de uma relativa autonomia política, com ordenamentos jurídicos e políticos próprios, entretanto, padecem de constrangimentos irrefutáveis no exercício do poder político e na universalização ética de relações de cidadania entre os seus membros. Tanto no que refere a possibilidade de encetar iniciativas autóctones de desenvolvimento, lastreado em nossas próprias possibilidades econômicas, quanto no que atine aos limites quase intangíveis de nossas estruturas democráticas, geralmente vistas pelo Grande Capital como antifuncionais a estabilização da lógica do mercado. Dado que nossa profunda dependência estrutural às determinações do capital mundializado, sempre nos legaram uma condição de evidente subalternidade política, econômica, cultural e por via de consequência de cidadania, em que pese às intensas resistências a este processo manifestadas por setores populares. Até porque como capta magnificamente Atilio Borón:

“A democracia não convive pacificamente com os extremos: a generalização da extrema pobreza e sua contrapartida, o fortalecimento da plutocracia, são incompatíveis com seu efetivo funcionamento, Quando os pobres se transformam em indigentes e os ricos em magnatas, sucumbem à liberdade e a democracia. A primeira não pode sobreviver ali onde uns estejam dispostos a vendê-la ”por um prato de lentilhas” e outros disponham de riqueza suficiente para comprá-la a seu bel-prazer; a segunda se converte em um rito farsesco privado de todo conteúdo, abrindo caminho à reconciliação entre economia, sociedade e política pela via da restauração plebiscitária da ditadura.[13]”

Florestan Fernandes em várias passagens de sua reflexão teórica faz menção às deficiências do processo de modernização estabelecido no Brasil e em outros países da América Latina, devido à falta de incorporação plena da maioria da sociedade civil aos frutos do progresso capitalista, assim como a ausência de uma Revolução Democrática que azeitasse os dínamos de nosso Estado Nacional, assimilando a ampla maioria da sociedade civil brasileira às suas estruturas políticas, sociais e jurídicas. Basta que se detenha na natureza bastante restritiva da formação de nosso mercado consumidor, voltado quase exclusivamente para o atendimento de uma pequena elite em detrimento da constituição de um mercado de massas como ocorreu nos países capitalistas centrais. Se constituindo nos países periféricos uma modernização incompleta, insatisfatória diante dos desafios da implantação de uma ordem social competitiva nos moldes do instituído nos países capitalistas centrais, onde a difusão da força de trabalho livre, do individualismo burguês lastreado na valorização da meritocracia, na afirmação da autonomia e supremacia do poder do Estado Nacional perante centros externos e heterônomos de determinação da “vontade nacional” e na articulação dos fundamentos políticos de uma cultura liberal deitaram raízes profundas; enquanto por aqui se encontram asfixiadas, como lembra Florestan Fernandes sobre o processo de desenvolvimento do capitalismo no Brasil[14]:

“A influência modernizadora externa se ampliara e se aprofundara; mas ela morria dentro das fronteiras da difusão de valores, técnicas e instituições instrumentais para a

criação de uma economia capitalista competitiva satélite. Ir além representaria um risco: o de acordar o homem nativo para sonhos de independência e de revolução nacional, que entrariam em choque com a dominação externa. O impulso modernizador, que vinha de fora e era inegavelmente considerável, anulava-se, assim, antes de tornar-se um fermento verdadeiramente revolucionário, capaz de converter a modernização econômica na base de um salto histórico de maior vulto. A convergência de interesses burgueses internos e externos fazia da dominação burguesa uma fonte de estabilidade econômica e política, sendo esta vista como um componente essencial para o tipo de crescimento econômico, que ambos pretendiam, e para o estilo de vida política posto em prática pelas elites (e que servia de suporte ao padrão vigente de estabilidade econômica e política). Portanto, a dominação burguesa se associava a procedimentos autocráticos, herdados do passado ou improvisados no presente, e era quase neutra para formação e difusão de procedimentos democráticos alternativos, que deveriam ser instituídos (na verdade, eles tinham existência legal ou formal, mas eram socialmente inoperantes) “.

Diferenciação interna entre os “cidadãos” que engendraram o caráter assimétrico e dualista das sociedades periféricas, moldando-as à margem dos valores emancipatórios do Iluminismo clássico, e por sua vez, do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos, como mencionou Francisco Oliveira ao tratar das bases sociológicas da gestação da sociedade e do Estado brasileiros. Minando até a consolidação de uma efetiva constitucionalização do poder do Estado no Brasil é exemplo do praticado nos países que ingressaram na via moderna de desenvolvimento de suas instituições políticas e jurídicas. O que, aliás, foi tematizado por um pensador autoritário da estirpe de Oliveira Viana que atribui caracteres pouco universalistas a nossa tradição civilizatória, dado a conformação oligárquica do Estado e das instituições nacionais.

Descrição dos processos de estruturação do particularismo clânico que segundo Oliveira Viana, impediriam a generalização social dos postulados liberal-representativos da democracia procedimental, das bases filosóficas do racionalismo, e por conseguinte dos fundamentos doutrinários do constitucionalismo clássico. Para Oliveira Viana a única forma de superar os anacronismos históricos do Estado nativo, superando as interdições sócio-culturais a estruturação de uma legalidade é através do recrutamento de uma elite esclarecida, dotada de conhecimentos concretos sobre a realidade nacional que governe o país, instrumentalmente, até viabilizarem-se os pressupostos universalistas da democracia liberal..

Carência de premissas modernas que emana da influência das raízes ibéricas na formação da sociedade e do Estado no Brasil, onde o predomínio do personalismo, dos vínculos de afeto e/ou ódio sobrepujariam a impessoalidade normativa sobre o qual se apóiam o Estado de Direito de matiz liberal. O que foi problematizado por Sérgio Buarque de Holanda em seu livro *Raízes do Brasil*, ao apreender a feição singularmente cordial da razão que procede a mediação das relações sociais entre os interesses diversos, em contraste com o padrão weberiano de compreensão normativo-sistêmica e

auto-referenciada do poder burocrático do Estado. Pois Sérgio Buarque de Holanda compreendida a insustentabilidade dos aprioris liberais na explicação dos mecanismos sociais, jurídicos e culturais históricos, sociológicos de produção do poder junto a sociedade brasileira. O descompasso entre a dimensão formalista, “desencantada”, demasiadamente racionalizada dos fundamentos político-jurídicos do Estado proposto por Max Weber e Hans Kelsen como expressões da modernidade técnica do capitalismo contemporâneo, e a realidade heteróclita, compósita nascida do amálgama de relações sociais arcaicas e modernas de nossa formação sócio-cultural, nos revela as razões das dificuldades e carecimentos teóricos dos padrões iluministas clássicos usualmente sublinhados quando da interpretação do Brasil. Daí a exterioridade social, muitas vezes assumidamente simbólico do discurso constitucionalista e dos direitos fundamentais entre nós, onde o reconhecimento abstrato dos valores da igualdade e da liberdade combina-se com práticas simetricamente adversas, pautadas em profundas e perversas relações de assimetria entre os indivíduos pertencentes a diferentes classes sociais.

No máximo a idéia de Constituição foi utilizada como ícone de legitimação retórica do poder constituído como enfoca Marcelo Neves^[15] ao também constatar, em nosso país, a inexistência dos pressupostos políticos e jurídicos da formação de uma sociedade moderna, calcado na “autopoísis” dos diferentes sistemas normativos de regulação da vida social moderna. Ademais, o bacharel em Direito no Brasil sempre cumpriu a função burocrática *par excellence* no interior da administração do Estado brasileiro, sem maiores vínculos com as classes e setores subalternos que compreendiam a ampla maioria da população de nosso país.

A combinação das relações econômicas avançadas em alguns nichos do processo produtivo com a preservação de formas de dominação político-jurídico arcaicos, reprodutores de vínculos extremos de subordinação/alienação entre os homens, agudiza as contradições sociais no interior do Estado e dificulta consideravelmente a formação da cidadania. E no Brasil encontra entraves ainda mais profundos devido às enormes resistências impostas pelos estamentos dirigentes a um efetivo processo de extirpação dos fundamentos anti-igualitários e anti-republicanos de nossa formação econômica, política e institucional remanescente dos elementos escravistas e senhoriais inscritos em nossa mentalidade cultural. O que é perfeitamente sintetizado por Florestan Fernandes quando menciona que:

“Aqui, pois, é evidente que o consenso burguês concilia a ”tradição brasileira”, de *democracia restrita* – a democracia entre iguais. Isto é, entre os poderosos, que dominam a representam a sociedade civil – com a “orientação modernizadora”, de *Governo forte*. A ordem legal e política se mantém “aberta”, “democrática” e “universal”, preservando os valores que consagram o Estado de Direito; e este Estado se concretiza, historicamente, por sua vez, na medida em que tudo isso é necessário à monopolização do poder real, da autoridade e do controle das fontes de legitimidade pelas classes burguesas e suas elites. No entanto, a validade formal ou positiva e a fruição ou participação da ordem legal e política são coisas distintas: a eficácia dos

direitos civis e das garantias políticas se regula, na prática, através de critérios extrajudiciários e extrapolíticos”[16].

Arcaísmo institucional e ausência de parâmetros jurídicos modernos do Estado brasileiro periférico que se projeta na exteriorização de formas políticas marcadas pela tibieza dos procedimentos legitimatórios do poder do Estado, predominantemente ancoradas no recurso à coerção contra as classes trabalhadoras e não pela instituição do consenso ativo. Exterioridade do Estado que se origina da implantação das instituições políticas e jurídicas a partir da empresa colonizatória lusa, e não com base nas determinações interiores da sociedade civil brasileira, ainda pouco desenvolvida - no que atine as classes sociais que a formam – na gestação de uma dinâmica nacional identitária.

Natureza alienada do Estado perante à sociedade civil que permanece inabalável após a proclamação da República em virtude do declínio econômico das oligarquias da cana-de-açúcar e da ascensão de um regime de trabalho assentado sobre o emigrante, mas incapaz de instaurar uma efetiva assimilação das maiorias aos processos estatais decisórios. Pois como bem menciona Marilena Chauí[17]:

“(.....) O Estado, tenderá por isso a ser percebido com a mesma exterioridade e anterioridade que os outros dois, percepção que, aliás, não é descabida quando se leva em conta que essa imagem do Estado foi construída no período colonial e que a colônia teve sua existência legal determinada por ordenações do estado metropolitano, exterior e anterior a ela. É surpreendente, porém, que essa imagem do Estado se tenha conservado mesmo depois de proclamada a República”

Mencionando, um pouco mais à frente, que:

“Em outras palavras, seria de esperar que, com a república, a interioridade do estado à nação se tornasse evidente, pois teria sido a nação o sujeito que proclamou a república e instituiu o Estado brasileiro. Paradoxalmente, porém, a imagem do lugar do Estado não se alterou”.

Neste sentido, nem sequer a idéia positivista enquanto expressão de uma igualdade essencialmente formalista - mesmo que avessos a argumentos éticos substantivos - deitaram raízes nos estados periféricos, mormente no Brasil, pois aqui a legalidade nunca conseguiu se autonomizar minimamente perante o controle definido pelo sistema econômico. Pressuposto sobre o qual se estrutura toda a idéia de legitimidade do Estado

Liberal Moderno na medida em que figuraria como instrumento de conciliação dos interesses particulares no intuito de dar prevalência ao bem-comum ou a “vontade geral” do povo. Como menciona Florestan Fernandes ao referir-se à dominação exercida pela burguesia brasileira sobre as maiorias:

“As representações ideais da burguesia valiam para ela própria e definiam um modo de ser que se esgotava dentro de um circuito fechado. Mais do que uma compensação e que uma consciência falsa, eram um adorno, um objeto de ostentação, um símbolo de modernidade de civilização. Quando outros grupos se puseram em condições de cobrar essa identificação simbólica, ela se desvaneceu. A burguesia mostrou as verdadeiras entranhas, reagindo de maneira predominantemente reacionária e ultraconservadora, dentro da melhor tradição do mandonismo oligárquico[18]”

Contudo, no Estado brasileiro o liberalismo não conseguiu florescer de maneira a moldar uma realidade político-institucional temperada pelo culto às liberdades privadas e públicas na qual a hegemonia dos valores da competição nos mercados econômico e político ganhassem vigor, pois em nossa realidade o liberalismo sempre se apresentou como a outra face do conservadorismo excludente que priva as maiorias do acesso à cidadania ou que funciona como mecanismo retórico, comprobatório da sintonia de nossas elites com os padrões civilizatórios de alhures. O que é confirmado por Marilena Chauí quando aborda a formação de uma consciência nacional pela burguesia brasileira detendo-se sobre as evidentes debilidades de sua estruturação em face das insuficiências do processo de industrialização brasileira e seus descompassos sobre a idéia de nacionalidade, tardiamente erigida:

“Essa permanência não é casual nem espontânea, visto que a industrialização jamais se tornou o carro-chefe da economia brasileira como economia capitalista desenvolvida e independente. Na divisão internacional do trabalho, a industrialização se deu por transferência de setores industriais internacionais para o Brasil, em decorrência do baixo custo da mão-de-obra, e o setor agrário exportador jamais perdeu força social e política. Se antes o verde-amarelismo correspondia á auto-imagem celebrativa dos dominantes, agora ele opera como compensação imaginária para a condição periférica e subordinada do país[19]”.

Daí as indeléveis marcas de uma cultura dualista impressa sobre a vida social brasileira. Uma cultura que permite a compatibilização entre a defesa abstratamente retórica da igualdade formal e o problema de sua eficácia, já que esta não pode, sob nenhuma hipótese, ultrapassar os lindes estreitos dos papéis definidos pela ordem senhorial que media as relações entre as classes dominantes e as subalternas.

Apesar de toda uma leitura sociológica que busca refutar o sentido estratificante das relações de classe no Brasil, especialmente Gilberto Freyre, que, de um lado reconhece a violência extrema que marca os vínculos sociais na sociedade escravista colonial, de outro, constrói uma interpretação que destaca o ambiente de afetividade que prevalece nas relações sociais em nosso país, conformando assim, uma idiossincrática sociedade de classes, pretensamente avessa aos tradicionais “modelos de luta de classe” vigentes em outros ordenamentos sociais e políticos, pois estes acentuariam os antagonismos e as oposições inconciliáveis de interesse. Freyre reforça que aqui prevaleceria o enlace afetivo das diferenças, inclusive as de classe, azeitadas pela cordialidade tropical de nossa prática sincrética da religião, contraposta aos sangrentos conflitos confessionais existentes na velha Europa. Pois, segundo o autor, no Brasil:

“Verificou-se entre nós uma profunda confraternização de valores e de sentimentos. Predominantemente coletivistas, os vindos das senzalas; puxando para o individualismo e para o privatismo, os da casa-grandes. Confraternização que dificilmente se teria realizado se outro tipo de cristianismo tivesse dominado a formação social do Brasil; um tipo mais clerical, mais ascético, mais ortodoxo; calvinista ou rigidamente católico; diverso da religião doce, doméstica, de relações quase de família entre os santos e os homens, que das capelas patriarcais, das casas-grandes, das igrejas sempre em festas – batizados, casamentos, “festas de bandeira” de santos, crismas, novenas – presidiu o desenvolvimento brasileiro.[20]”

Especificidade da formação da “Civilização Brasileira” que de alguma maneira explicita um processo concreto de amalgamento de etnias e classes diferentes, mas que não deve encobrir a contribuição dos conflitos na sua efetiva realização, forçando os limites estreitos da ordem política, econômica e jurídica vigentes.

Intentando assim, construir um republicanismo às avessas, ocultador das enormes disparidades sociais entre as classes, no intuito de definir miticamente uma ordem social una, inquebrantável, infensa a conflitos. Afinal, mesmo a igualdade formal, insuficiente diante das contradições materiais insanáveis presentes no universo da sociabilidade capitalista, sobretudo nos países de desenvolvimento periférico como o Brasil, pressupõe uma determinada socialização política no interior das sociedades, o que não é suscetível de ocorrer em formações sócio-políticas acerbamente desiguais, voltadas predominantemente para servir a tutela dos privilégios de uma seleta minoria de oligarcas.

Daí os empecilhos para se instituir um acatamento do princípio da legalidade, fundado no apego aos valores weberianos da impessoalidade e da razão procedimentalista, peculiares ao Estado burocrático-liberal capitalista, e que compreende a existência de subsistemas sociais, entre os quais o jurídico, relativamente autônomos perante as determinações da economia.

4. Conclusão: Reconstrução política da democracia e da efetividade dos direitos fundamentais no Estado brasileiro.

Tais empecilhos estruturais de nossa formação sócio-política e cultural se agravavam no que se refere ao desenvolvimento de uma consciência democrática, posto que a conformação de uma “segunda natureza do homem”, uma espécie de “corpo moral e político” de ressonância rousseauiana, torna-se quase impossível diante dos enormes travejamentos à fixação de relações horizontais entre os indivíduos no interior do Estado brasileiro.

Realidade que já havia sido tratada por Sérgio Buarque de Holanda[21] uando faz referência à existência de uma “razão cordial” no Brasil, permeada por uma “ética privada”, fundada no culto ibérico ao personalismo do indivíduo, que por sua vez, encontra-se envolta por uma compreensão afetiva do mundo social e de suas determinações, que se sobrepõem a quaisquer tentativas de instauração de um espaço público efetivamente regido por valores democrático-republicanos.

Privatismo que torna o Estado praticamente impermeável à consecução de mudanças sociais e de uma compreensão do Estado assentado sobre a *virtù* pública – tratada classicamente por Maquiavel e pelos republicanos cívicos italianos - do Estado Democrático de Direito e a supremacia da soberania popular que resulta historicamente da constituição de uma identidade coletiva ativa da cidadania emanada do livre embate dos conflitos sociais.

Dáí as formas de ordenação do poder na sociedade brasileira estarem tão antenadas a valorizações dos mecanismos de poder geradas nos diversos níveis em que se concretiza a esfera privada da sociabilidade, o que é fácil de ser detectado na observação do fenômeno do coronelismo, da relação entre senhor de engenho e escravo e pelas outras formas de relacionamento político cingidas pelos códigos privados de conduta. O que explica o papel secundário que é reservado ao espaço público, cingindo a função de duplicador simbólico dos valores privatistas, espargindo-o como padrão organizativo “universal” de toda sociedade civil brasileira. Sem isso, as elites estamentais brasileiras temem a instalação da “desordem e da anarquia” que podem vir a ser potencialmente ocasionados por qualquer tentativa de reconhecimento do protagonismo ou da autonomia política das maiorias populares.

Dá a ênfase que os estudos políticos e sociológicos brasileiros dão à problematização dos aspectos microsociais de nosso cotidiano na procura de um estudo pormenorizado da formação de nossa mentalidade política, social e cultural patrimonialista, movida por uma “razão cordial”, apesar de circunscrita a observância dos ritos e liturgias burocráticos, e indevassável aos valores republicano-democráticos da igualdade e da liberdade. Características que se projetam na criação de uma ordem jurídica casuística, socialmente autista, e exacerbadamente procedimentalista e elitista no reconhecimento da titularidade do poder de interpretação/aplicação do ordenamento jurídico e da estrutura formal do Estado de Direito no Brasil.

A constituição de um Estado Patrimonialista que desfaz os lindes entre esfera pública e privada no Brasil, define um padrão de produção do Direito contraposto ao processo de igualação/formalização do poder no âmbito do Estado Liberal de Direito. A prevalência de formas cesaristas de exercício do poder, reveste o Estado de um profundo estranhamento com a sociedade civil, até no que tange às classes dominantes, pouco afeitas a uma legalidade aberta e dialógica na qual a titularidade do exercício do poder deve ser de todos, indistintamente.

Antes de darmos consecução a uma sociedade civil autônoma, forte, fundamos o Estado burocrático, precocemente centralizado ao nível de suas estruturas administrativo-decisórias, que busca constantemente acentuar a dimensão vertical das relações políticas e jurídicas em uma evidente manifestação da natureza antidemocrática do Estado Capitalista periférico brasileiro. Pois como havia dito Gramsci, ao referir-se às “sociedades orientais” em contraposição às “sociedades ocidentais”, “o Estado era tudo e a sociedade civil era gelatinosa”.

O que explica em grande parte as fragilidades de um processo de socialização da política no Brasil, dado o apego à *via prussiana* em nossa formação político-institucional, em que o poder em suas mais variadas formas de expressão seja cultural, política ou econômica sempre engendrou relações autoritárias entre governantes e povo. Favorecendo uma certa tendência ao conservantismo político-jurídico e ao conseqüente desprezo pela criação de processos políticos democráticos, mesmo sob uma feição minimalista-liberal a exemplo do ocorrido em países como a França, que desenvolveu um conceito de nação inclusivo, produzido antinomicamente pela disputa entre as diversas classes que a formavam.

No Estado brasileiro, contudo, as intercorrências autocráticas constantes presentes nas formas de exercício do poder político, transforma o debate doutrinário sobre as diferentes compreensões da teoria democrática da soberania, em meros devaneios retóricos, historicamente descompromissados com a estruturação de uma verdadeira Revolução Democrática no Brasil; já que esta requer a fratura dos mecanismos de construção de poder, minando as formas antidemocráticas de ordenação do poder que

historicamente tem favorecido os mecanismos de subordinação internas e externas do povo, bem como processos heterônomos de decisão presentes no Estado. As brutais assimetrias sociais reverberam sobre o tecido do funcionamento das instituições representativas formais, tolhendo-as, impedindo-as de terem uma efetividade minimamente compatível com um fundamento democrático-liberal, haja visto, que o poder estratifica-se na polaridade sobrecidadãos e subcidadãos, onde o salienta-se o aspecto predominantemente autocrático, perverso de nossas relações sociais.

No máximo nossas elites estamentais admitem formas de legitimação políticas alicerçadas no apelo ao populismo, que durante muitos anos se constituiu em instrumento de concertação política entre os interesses antagônicos da classe dominante brasileira com as massas excluídas[22], apesar de todas as dificuldades de aceitação, por parte de nossas elites, de acatamento da reivindicação “dos de baixo”, sempre vistos como potencialmente subversivos e ameaçadores da ordem social, política e jurídica estabelecida. Somente com a superação do estrutural dualismo político, jurídico e institucional do Estado brasileiro, - que se opõe ao processo de modernização e secularização do Estado Nacional Capitalista percorrido em sua via clássica -, é que poderemos configurar, de fato, uma democracia no Brasil, acabando com a polarização arcaica e socialmente perversa, entre classes sociais sobreintegradas à ordem política, cultural e econômica, e classes sociais subintegradas, à margem do acesso aos requisitos mínimos da Cidadania, mesmo sob a ótica daquela ordem jurídico-política minimalista em relação a direitos propugnados pelo Estado Liberal de Direito. Como se refere Florestan Fernandes à natureza histórica do Estado no Brasil:

“Preserva estruturas e funções democráticas, mas para os que monopolizam, simultaneamente o poder econômico, o poder social e o poder político, e usam o Estado exatamente para criar e manter uma dualidade intrínseca da ordem legal e política, graças à qual o que é oligarquia e opressão para maioria submetida, é automaticamente democracia e liberdade para a minoria dominante”[23].

Processo de construção dos fundamentos de uma democracia que não deve se restringir aos lindes da representação política, especialmente quando esta se vê obliterada pela interferência abusiva do poderio econômico, particularmente, intensa e nefasta nas ordens sociais periféricas. Institutos da democracia representativa e parlamentar que se vêem asfixiados, quando não inviabilizados em sua legitimidade política em decorrência dos imensos obstáculos que se interpõem entre as mesmas e a plena absorção das demandas por direitos apresentadas pelos setores populares às instituições do Estado.

O que demonstra de maneira inequívoca o caráter notadamente procedente das previsões de Rousseau sobre a conspurcação da vontade do representado pelo representado nas democracias liberais representativas, que se tornam ainda mais verazes nos países periféricos, especialmente em relação aos mais pobres de sua população que

se vêem excluídos de qualquer participação no processo competitivo de formação da “vontade geral” da nação contida nas sociedades capitalistas, pois como observa Florestan Fernandes:[24]

“Sem contar com um sistema de produção capitalista autônomo e universalizado tanto em bases nacionais quanto de classes, a ordem social competitiva só é eficiente e aberta para os ‘mais iguais’ (os quais oscilam, nos povos de capitalismo dependente, entre um e cinco por cento, raramente atingindo um quarto da população total). Esse pequeno setor realmente constitui toda a sociedade competitiva da Nação. Não obstante, seria incorreto dizer-se que a ordem social competitiva não exista, em tais casos, ou que ela opere como ‘um sistema fechado’. As influências sócio-dinâmicas que ela desencadeia são consideráveis, comandando todo o fluxo da reorganização da economia, da sociedade e da cultura. Além disso, ela se abre ‘para baixo’: há forte mobilidade social vertical, ascendente e descendente, com alguma “circulação das elites” e intensa absorção dos elementos em ascensão social (nacionais ou estrangeiros). Contudo, tudo se passa como um processo típico de socialização pelo tope, o qual promove uma constante redefinição das lealdades dos grupos em mobilidade ascendente e uma permanente acefalização das classes “baixas” e destituídas.”

Daí a necessidade da articulação dos processos indiretos e semidiretos da representação política, com o aprofundamento dos processos de participação popular direta, tornados concretos pelas diversas e variadas experiências de organização popular. Sem este horizonte político, se dará a continuidade de nosso processo político-institucional que transforma a democracia em mais um ícone de legitimação social, a partir do qual subjaz a dominação sempiterna das mesmas elites estamentais que nos governam secularmente.

5. Bibliografia

ADORNO/HORKHEIMER, Theodor, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, 254 p.

BÓRON, Atílio. *Estado e Capitalismo na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994, 272 p.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, 640 p.

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

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000, 103 p.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987, 413 p.

_____. *Mudança Social no Brasil*. São Paulo: Difel, 1974, 359 p.

FIORI, José Luís. *Em Busca do Dissenso Perdido: Ensaio Crítico sobre a Festejada Crise do Estado*. Rio de Janeiro: Insight, 1995, 245p.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. São Paulo: Editora Record, 35º Ed, 569 p.

HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, 220 p.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 2005, 507 p.

MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, 643 p.

_____. *O Capital, Livro I, Volume I*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, 521 p.

NEVES, Marcelo. *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade das Esferas de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina*. Trabalho apresentado ao II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de Setembro a 02 de Outubro de 1993.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, 191p.

OLIVEIRA, Manfredo. *Ética e Sociabilidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1993, 290p.

_____. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993, 94p.

POULANTZAS, Nicos (org.). *A Crise do Estado*. 2ª.ed. Tradução de José Saramago. Lisboa: Moraes Editores, 1978, 285p.

_____. *Poder Político e Classes Sociais*. Tradução de Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1986, 354p.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, 176 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 1995, 348p.

VIANNA, Luiz Werneck. *Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira*, In: AGGIO, Alberto. *Gramsci: A Vitalidade de um Pensamento*. São Paulo: Unesp, 1998.

WEFFORT, Francisco. *O Populismo na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, 181 p.

[1] MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p.72.

[2] ADORNO/HORKHEIMER. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, 254 p.

[3] ADORNO/HORKHEIMER. Op. cit., 22-23.

[4] Sobre o assunto, a universalização dos direitos humanos após a Declaração ver: CANÇADO TRINDADE, Antonio. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, 640 p.

[5] A respeito do judiciário, principalmente a estruturação antidemocrática e, por conseguinte burocratizada do poder judiciário é imprescindível a leitura da obra crítica de José de Albuquerque Rocha: *Estudos sobre o Poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, 176 p.

[6] Um livro interessante sobre a evolução do pensamento ético e seus vínculos com o direito, a moral e a religião pode ser encontrado no livro *Ética*. COMPARATO, Fábio. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, 716 p.

[7] Ver: OLIVEIRA, Manfredo. *Ética e Sociabilidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1993, 290p. OLIVEIRA, Manfredo. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993, 94p.

[8] KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 2005, 507 p.

[9] Termo utilizado por Raymundo Faoro em seu clássico *Os Donos do Poder*, São Paulo: Globo: 2001.

[10] Neste sentido, a concepção lógico-normativista de Kelsen do Direito, ao buscar construir um fundamento auto-referente para este, deve ser compreendida como a realização plena dos pressupostos weberianos da modernidade burguesa decorrentes do “Desencantamento do Mundo”, onde os conteúdos metafísicos, éticos e utópicos da pré-modernidade, cedem lugar ao espaço reificado do mercado como espaço natural da sociabilidade.

[11] FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*, p.350.

- [12] VIANNA, Luiz Werneck. *Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira*, In: AGGIO, Alberto. *Gramsci: A Vitalidade de um Pensamento*. São Paulo: Unesp, 1998. pp.187-188.
- [13] BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*, p. 13.
- [14] FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*, p. 206. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.
- [15] Neves, Marcelo. *A Constituição Simbólica*, São Paulo: 1994 191 p.
- [16] FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*, p.347.
- [17] CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*, p.42.
- [18] FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.
- [19] CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*, p. 36.
- [20] FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*, p. 355.
- [21] HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 22 p.
- [22] WEFFORT, Francisco. *O Que é Populismo?* São Paulo: Paz e Terra, 1982.
- [23] FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*, p.350.
- [24] FERNANDES, Florestan. *Mudanças Sociais no Brasil*, p.31.

A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

THE SUPREMACY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CONSTITUTIONAL STATE

Oswaldo Ferreira de Carvalho

RESUMO

O artigo examina a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, encontrando correspondência na supremacia dos direitos fundamentais ao serem estes detentores de posição privilegiada e hierarquicamente superiores na constituição. Procura-se, também, aclarar com subsídios teórico-conceituais o correto significado de direitos fundamentais. E, ainda, o artigo versa sobre a dupla natureza dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva, individual e comunitária dos direitos fundamentais, pois além de operar como garantias das posições subjetivas individuais, também operam como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE DIREITO – ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIMENSÃO SUBJETIVA – DIMENSÃO OBJETIVA

ABSTRACT

The article examines the passage of the State of Law to the Constitutional State, being match the supremacy of fundamental rights in these holders position and hierarchically superior in the constitution. Demand, too, clear with subsidies theoretical conceptual the correct sense of fundamental rights. And, furthermore, the article deals with the dual nature of fundamental rights, subjective and objective, individual and community of fundamental rights, because in addition to operate as guarantees of individual positions, also subjective operating as elements fundamental objectives that synthesize the basic values of society democratically organised and expand throughout the legal order.

KEYWORDS: STATE OF LAW – CONSTITUTIONAL STATE OF LAW – FUNDAMENTAL RIGHTS – SUBJECTIVE DIMENSION – OBJECTIVE DIMENSION

INTRODUÇÃO

O artigo tem por escopo contribuir, ainda que modestamente, para o debate crescente em torno da interpretação e concretização das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais. A finalidade precípua é fornecer subsídios teórico-conceituais com vistas no maior aprofundamento dos direitos fundamentais ante uma multiplicidade de matiz terminológica, semântica e doutrinária, necessários para uma compreensão razoavelmente adequada de tais direitos.

Antes de examinar alguns aspectos do atual estágio de desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais, o artigo destacará os elementos que influenciaram a travessia do modelo jurídico do Estado de Direito para o paradigma do Estado Constitucional. Diversamente do Estado de Direito, o chamado novo modelo estatal – Estado Constitucional de Direito –, plural e democrático, como será elucidado na primeira parte desse artigo, é aquele que garante a supremacia dos direitos fundamentais. Como moderno Estado pluralista, expressão de um modelo oposto ao Estado totalitário, afirma ser um Estado de Direito Democrático ou Democrático de Direito, é, por definição, um Estado de direitos fundamentais, conforme argumenta Paulo Otero.[1]

O artigo dedicar-se-á, na última parte, acerca da moderna teoria dos direitos fundamentais ao reconhecer uma dupla dimensão, ou dupla perspectiva dos direitos fundamentais, uma vez que esses podem ser qualificados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito ao manifestar-se, todavia, ora como *limites objetivos de racionalização* do poder e como vetor para a sua atuação. Portanto, os direitos fundamentais devem ser apurados não apenas sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares, mas também sob o enfoque da construção de situações jurídico-objetivas que concorram para o atendimento das expectativas por eles fomentadas.

É imperioso destacar e esclarecer a opção pelo sistema completo em relação às citações feitas nas notas de rodapé. Apesar de o sistema autor-data ser atualmente de crescente adesão pelos escritores em razão da economia de espaço no texto e do tempo excessivo despendido para elaborar um trabalho com citações no sistema completo, opta-se por trabalhar neste último sistema para propiciar uma maior facilidade nas consultas, a fim de que não haja necessidade de manejar constantemente a referência no final do artigo. Consigne-se que todos os dados das fontes consultadas citadas estarão imediatamente disponíveis à medida que a leitura se desenvolva neste artigo.

A pesquisa é bibliográfica e explicativa (qualitativa) com manejo de vasta literatura jurídica nacional e internacional a fim de efetuar uma análise teórico-conceitual sobre os direitos fundamentais bem como aclarar o reconhecimento de uma dupla dimensão desses direitos, com base em material constituído principalmente de livros e artigos científicos, a fim de que se compreenda o presente estudo dentro do contexto atual do constitucionalismo brasileiro (no contexto da travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito). Impende reiterar o emprego de bibliografia em língua estrangeira.

1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito

O Estado Constitucional de Direito apresenta-se, na atualidade, como a base jurídico-normativa das sociedades civilizadas. A evolução do antigo Estado de Direito (liberal ou social) para o Estado Constitucional de Direito retrata um avanço (jurídico e político) extraordinário.[2]

Gomes Canotilho leciona que o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder.[3] Quais são essas qualidades? Em primeiro lugar, para o multicitado jurista, a qualidade de poder soberano. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. Ao se articular a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado pode-se recortar os elementos constitutivos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território.[4] A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia, de acordo com Gomes Canotilho, no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também, segundo o ínclito jurista, o caráter originário da soberania, pois o Estado não necessita obter o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam ao preferir o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).[5]

O Estado, tal como foi caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Vestfália (1648). Este modelo, assente, basicamente na idéia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional caso pretenda salientar duas dimensões do Estado como comunidade juridicamente organizada: (1) o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas; (2) o **Estado Constitucional** é uma tecnologia política de equilíbrio político-social por meio da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativos medievais.[6]

Gomes Canotilho sustenta que o Estado de Direito é um Estado Constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. Para o ínclito jurista, a constituição confere à ordem estatal e aos atos dos poderes públicos medida e forma.[7] Trata-se, segundo ele, de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional (como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito) que o primado do direito do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão.[8]

O multicitado jurista assevera, ainda, que o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado Constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabe-se que o constitucionalismo, segundo Gomes Canotilho, procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Tentou-se, em outras palavras, estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Acham-se aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático. Essas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de Direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado Democrático silenciando a dimensão de Estado de Direito. O Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito.^[9]

Em seguida, Gomes Canotilho conclui ao afirmar que o

*“[...] Estado Constitucional é **mais** do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power). Se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático. Alguns autores avançam mesmo a idéia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma constitucional democrática.^[10]”*

Jorge Miranda ao debruçar sobre o conceito de Estado de Direito escreve que não é suficiente enumerar, definir, explicitar, assegurar *de per si* (isoladamente) os direitos fundamentais; requer que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção. Para o retrorreferido jurista, não basta também afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é preciso estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se desenvolva em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro. Segundo o jurista, é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de crescimento; que a garantia da liberdade se faça

mediante a divisão do poder. A síntese desses princípios, o modelo ou a idéia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.^[11]

Para Jorge Miranda, Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, pois não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que atua segundo processos jurídicos e que realiza uma idéia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.^[12]

Segundo o eminente jurista supracitado, devem figurar-se como postulados ou requisitos do Estado de Direito (passíveis de graduação e de conformação específica consoante os sistemas jurídicos e políticos) os seguintes:

- a) A definição rigorosa e garantia efectiva, no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas;
- b) A pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa;
- c) A reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados de garantias de independência dos juízes;
- d) O princípio da constitucionalidade, com fiscalização, jurisdicional ou jurisdicionalizada, de conformidade das leis com a constituição;
- e) O princípio da legalidade da Administração, com meios de impugnação contenciosa dos actos administrativos e dos regulamentos;
- f) A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes.^[13]

Segundo ensino de Thiago Lima Breus, não se pode sustentar que a travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional seja, unicamente, fruto da presença de uma Constituição rígida que dá fundamento ao Estado Constitucional. Isso porque nos modelos de Estado de Direito havia, por igual, uma Constituição no ápice de seu sistema normativo. Por evidente, a diferença entre esses modelos de Estado não se trata apenas da presença de uma Constituição, mas de uma série de elementos que alteram profundamente a ordem jurídica e as formas de sua interpretação e aplicação fática.^[14]

Não se trata, também, de acordo com o conspícuo escólio de Thiago Lima Breus, da substituição acabada de um modelo jurídico estatal por outro, distinto. Ao contrário, o

Estado Constitucional é uma versão particular, aperfeiçoada, do Estado de Direito,[15] que pretende aproveitar suas virtudes, como a busca de limitação formal do poder do soberano e superar suas vicissitudes, como a ausência de normatividade[16] do seu texto constitucional, o qual, por ser em geral tomado como um documento de teor exclusivamente político era dotado de nenhuma imperatividade. Por esse motivo, as constituições que conformam juridicamente o Estado de Direito são classificadas como constituições semânticas.[17]

A gradual substituição das constituições semânticas pelas constituições “para valer” suscitou uma série de repercussões por todo o âmbito social, em especial no atinente à dicotomia público–privado.[18]

É por isso que se afirma que uma das mais intensas transformações decorrentes da travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional se refere ao papel e ao âmbito do Estado ante a esfera da sociedade ou dos particulares. O próprio ideário do Estado de Direito tem por precípua finalidade a limitação do poder do Estado perante uma esfera de intangibilidade dos sujeitos privados. Em outras palavras, a submissão do soberano à legalidade dizia respeito, em última análise, à limitação de intervenção do Poder Público sobre a esfera privada, de forma que os dois âmbitos da vida, público e privado, tinham as suas fronteiras bem definidas.

Na esteira do pensamento de Thiago Lima Breus, com a vigência do Estado Constitucional as fronteiras entre o público e o privado se tornam tênues. Frequentemente, na atualidade, segundo o referido autor, fala-se a respeito dos fenômenos de privatização do público e, de outro lado, da publicização do privado. Excepcionando as distorções – no Brasil sempre presentes, como a patrimonialização excessiva e a apropriação privada do Estado –, os fenômenos descritos, a rigor, representam a aplicação dos princípios constitucionais a todos os âmbitos de normatividade da Constituição, que move determinados institutos de Direito Público a serem aplicados no Direito Privado e, simetricamente, propicia que institutos de Direito Privado sejam utilizados no âmbito do Direito Público.[19]

Pode-se argumentar que o fenômeno em comento, por conseguinte, não se trata nem da publicização de um, nem da privatização de outro, mas da própria *constitucionalização* de ambos.[20] De onde pode resultar uma coerente diluição do rigor da dualidade direito público–direito privado ao produzir esferas de confluência e ao fazer com que a distinção, na atualidade, não se apresente como o único e último critério para a solução de conflitos entre o Estado e os particulares.[21]

O que caracteriza efetivamente a Constituição do Estado Constitucional perante o Texto Maior de um Estado de Direito, conforme Thiago Lima Breus, é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados.[22]

O estabelecimento de metas, diretrizes ou princípios vinculados abertamente a valores e a opções políticas gerais por meio das espécies jurídico–normativas, conforme explicitado por Ronald Dworkin,[23] com vistas na redução das desigualdades sociais e o estabelecimento de políticas específicas,[24] como a prestação de serviços de

educação e saúde, por exemplo, com o escopo de que esses elementos conformem um consenso social mínimo a ser seguido pelas maiorias,[25] é característico de um paradigma de constituição não existente no âmbito do Estado de Direito.

Esse consenso mínimo, representado pelos elementos normativos que recebem um *status* hierárquico diferenciado no ordenamento jurídico, como os direitos fundamentais passam a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder deve a eles estar diretamente vinculado.[26]

Esses direitos, representantes desse consenso social mínimo e detentores de posição privilegiada na Constituição, passam a ser o escopo da atividade administrativa estatal ao demonstrar mais uma diferença em relação ao Estado de Direito, o qual tinha por finalidade a busca da realização de finalidades que se subsumiam à estrita noção de interesse público.[27]

Na contemporaneidade, tempo de vigência do Estado Constitucional, há a consagração das mais variadas concepções de *bem comum*, derivadas do pluralismo político, cultural, econômico e social em que se inserem as sociedades, tornando-se cada vez mais inviável, consoante Thiago Lima Breus, a eleição de um único interesse público a ser perseguido pelo Estado – que deve buscar, senão a integral realização dos interesses da sociedade onde está inserido, pelo menos a proteção desses interesses –, como pretendiam os teóricos do Estado de Direito como Rosseau[28] e Montesquieu.

A inserção dos direitos fundamentais em posição de supremacia ou privilegiada na esfera das constituições é fruto, para Thiago Lima Breus, dos vários compromissos sociais do Poder Constituinte que, invariavelmente, apresentam-se de forma antagônica. Essa é uma das razões pelas quais a Carta Magna assegura direitos opostos e conflituosos, como a proteção do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento, dentre outros.[29] Esses compromissos divergentes promovem a ocorrência de conflitos, tanto específicos, quanto gerais no âmbito do próprio sistema constitucional.

Thiago Lima Breus sustenta que os conflitos específicos são os decorrentes dos compromissos sociais contraditórios da Constituição e são resolvidos na aplicação concreta da Constituição, tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública por meio de interpretação, com a utilização de técnicas específicas,[30] pela aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização[31] e por intermédio da priorização de objetivos.[32]

2. Concepções de direitos fundamentais

Há certa hesitação entre os doutrinadores em torno da questão terminológica dos direitos da pessoa humana e dos direitos do cidadão, direitos estes chamados muitas vezes indistintamente de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais, além de outras terminologias (direitos fundamentais da pessoa humana, direitos do homem, direitos públicos subjetivos etc.), como se todas elas significassem a mesma coisa, quando não é bem assim. Por uma questão de precisão científica quanto à

terminologia que é adotada aqui (direitos fundamentais), necessita-se delimitar um significado razoavelmente preciso das expressões aludidas para que fique bastante claro o sentido das expressões utilizadas.

O expoente publicista português Gomes Canotilho distingue direitos do homem dos direitos fundamentais. Os primeiros (direitos do homem) compreendem os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacialmente e temporalmente. Os direitos do homem extrairiam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.[33]

José Afonso da Silva assinala que a terminologia *direitos humanos* é a preferida pelos documentos internacionais. Contra ela, assim como contra a terminologia *direitos do homem*, sustenta que não haveria direito que não fosse humano, pois somente o ser humano poderia ser titular de direitos, entendimento que vem sendo modificado pela insurgente formação de um direito especial de proteção aos animais.[34] Para esse autor, a expressão mais adequada seria *direitos fundamentais do homem*, pois, “[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.[35] Para o jurista, no qualificativo *fundamentais* vê-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais o indivíduo não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* na acepção de que a todos, por igual, devem ser reconhecidos não apenas formalmente, mas concreta e materialmente efetivados.[36] Em seguida procura exprimir outra definição para direitos fundamentais do homem, *expressis verbis*: “[...] são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.[37] Arremata o notável jurista que os direitos fundamentais do homem “são direitos constitucionais à medida que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte”.[38]

O retrorreferido publicista leciona que a expressão *direitos públicos subjetivos* constituem um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, preso, como o vocábulo *direitos individuais*, à concepção individualista do homem; em razão disso, também se tornara insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais.[39]

Conforme a precisa dicção de Pérez Luño, os *direitos humanos* são “[...] conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.[40] E o termo *direitos fundamentais* é reservado para “[...] aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.[41]

Robert Alexy ao versar sobre uma concepção formal dos direitos fundamentais manifesta seu ponto de vista orientador da seguinte maneira: “[...] os direitos fundamentais da Lei Fundamental são posições que, desde o ponto de vista do direito

constitucional, são tão importantes que sua atribuição a um indivíduo ou denegação, não pode ficar nas mãos de maioria parlamentar simples”.[42] Nessa idéia fica evidente uma tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, não sendo possível ser totalmente solucionada, contudo perfilha-se a prevalência destes sobre aquele.

Na medida em que se faz corresponder a expressão *direitos fundamentais* aos *direitos humanos* positivados nas constituições, parece seguro afirmar, na esteira do pensamento de Robert Alexy, que a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência da fundamentalidade desses direitos. Então, conforme lição de Robert Alexy, “[...] *Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo*”.[43]

O publicista lusitano Jorge Miranda destaca que a locução *direitos fundamentais* tem sido nos últimos decênios a preferida pelos doutrinadores e textos constitucionais para designar os direitos das pessoas perante o Estado, sendo esses direitos constantes na Lei Maior. Assinala que na linguagem corrente, fala-se principalmente em direitos do homem, o que é correto quando se trata dos aspectos históricos e filosóficos dos direitos inerentes à pessoa humana. Porém, quando se trata dos direitos humanos positivados na constituição, não é recomendável, segundo Jorge Miranda, a adoção do termo *direitos do homem* em sede de Direito Constitucional, sobretudo por três motivos.[44]

O primeiro deles é que, independentemente da existência dos direitos do homem oriundos da sua própria natureza, o que se cuida aqui é dos direitos expressamente assentes na ordem jurídica, sendo estes os direitos fundamentais que devem ser captados e estudados.[45]

O segundo resulta da necessidade de se considerar, no plano sistemático da ordem jurídico-constitucional, os direitos fundamentais correlacionados com outras figuras subjetivas e objetivas, como a organização econômica, social, cultural e política.[46]

O terceiro e último motivo decorre da observação, não se reduzindo os direitos fundamentais aos direitos impostos pelo direito natural, mas com um caráter mais amplo, como os direitos conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas: direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos. Muitos desses direitos são “[...] *pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os conditionalismos do respectivo país*”.[47]

Jorge Miranda entende os direitos fundamentais como os direitos ou posições jurídicas ativas dos seres humanos, individual ou institucionalmente considerados, previstos na constituição, seja na constituição formal, seja na constituição material – donde a distinção entre *direitos fundamentais em sentido formal* e *direitos fundamentais em sentido material*.[48] Essas ponderações do jurista português, conforme escólio de Dirley da Cunha Júnior, bem evidenciam a necessidade de se formular um conceito de direitos fundamentais que leve em conta não só a sua fundamentalidade formal (estão previstos formalmente na Constituição), mas, sobretudo, a sua fundamentalidade material (embora não estejam previstos formalmente na Constituição, são admitidos por ela em razão do seu e importância), uma vez que uma conceituação meramente formal – no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na

constituição formal – não é constitucionalmente adequada, posto que revela sua insuficiência, sobretudo para o entendimento que se perfilha, no sentido de defender a previsão na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 2º) de cláusula materialmente aberta ao admitir a existência de outros direitos fundamentais para além dos expressos no catálogo, seja com assento na própria Constituição (direitos implícitos e direitos decorrentes do regime e princípios por ela adotados), seja fora dela (direitos decorrentes de tratados internacionais de que o Estado Brasileiro seja parte), além do fato de que tal consideração formal nada diz sobre o conteúdo dos direitos fundamentais.[49]

Ainda, sobre a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, esta se encontra ligada, segundo Gomes Canotilho, ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional);[50] b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento solene e rigoroso) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF/1988),[51] cuidando-se, portanto, (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*.^[52]

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Embora não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como os direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.^[53]

Ingo Wolfgang Sarlet formula uma definição de direitos fundamentais baseada na doutrina de Robert Alexy com vistas no delineamento de um conceito constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. Eis a íntegra de seu pensamento:

[...] Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).^[54]

Os direitos fundamentais integram ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.^[55]

Os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que “[...] o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”.^[56] É neste contexto, conforme o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas na esfera estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito. Os direitos fundamentais integram, para o multicitado jurista, um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.^[57]

2.1 A dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

A moderna teoria dos direitos fundamentais vem reconhecendo uma dupla dimensão,^[58] ou dupla perspectiva dos direitos fundamentais, uma vez que esses podem ser qualificados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito ao manifestar-se, todavia, ora como *limites objetivos de racionalização* do poder e como vetor para a sua atuação. Os direitos fundamentais, portanto, devem ser apurados não apenas sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares (e nesse sentido eles são autênticos direitos subjetivos), mas também sob o enfoque da construção de situações jurídico-objetivas que concorram para o atendimento das expectativas por eles fomentadas.^[59]

Nesse contexto, os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica. Vale consignar, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, e a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses perante os órgãos estatais ou perante qualquer outro eventualmente obrigado, que se contraem do *dever jurídico* de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.^[60]

Conforme profícuo escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, quando se refere aos direitos fundamentais tem-se a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, surge a idéia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.^[61] Nesse sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de José Carlos Vieira de Andrade, está jungido (ligado) “[...] à protecção intencional e efectiva da

disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.[62]

Importa consignar que o direito subjetivo fundamental é apreendido e tomado em sentido amplo, uma vez que para o titular de um direito fundamental se abre um feixe de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra (direito fundamental). De um modo geral, consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se afirmar que uma série de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo fundamental se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que alude ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades pretensões e poderes de mais diversa natureza e inclusive o fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários.[63] Nesse contexto, cumpre assinalar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota de subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça da forma mais acentuada.[64] Então, no âmbito da denominada dimensão subjetiva, fala-se de direitos fundamentais subjetivos ao referir à possibilidade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.[65]

Essa dupla dimensão – subjetiva[66] e objetiva – dos direitos fundamentais está delineada na precisa e apurada decisão proferida em 1958, no caso *Lüth*, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), muito evocada em doutrina e jurisprudência alemãs, segunda a qual os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.[67]

Advirta-se, desde logo, que o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se refere ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.[68] A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva[69] e, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, conseqüentemente, de funções distintas de direitos fundamentais.[70] A doutrina atribui para a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais uma espécie de mais-valia ou de um *plus* jurídico, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais.[71]

Dirley da Cunha Júnior consigna que ambas as dimensões dos direitos fundamentais produzem o efeito fundamentador do *status* jurídico-constitucional da pessoa: como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucional do particular, como homem e como cidadão, correspondendo às exigências de uma ação negativa (ou seja, de defesa do espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva (isto é, de atualização das liberdades garantidas) de outrem; como elementos objetivos

fundamentais da ordem democrática, os direitos fundamentais inserem o particular na coletividade, constituindo as bases da ordem jurídica dessa comunidade.[72]

O jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade pontifica que os preceitos atinentes aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, como posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade (ou coletividade), como valores ou fins que esta se propõe respeitar e concretizar.[73] Por um lado, segundo o citado jurista, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em torno deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objetivas de ordenação da vida social. Por outro lado, a dimensão objetiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, como complemento e suplemento da dimensão subjetiva, ao se retirarem dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de direitos aos indivíduos. A dimensão objetiva reforçaria a imperatividade dos direitos individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade.[74]

O reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais tem implicado conseqüências expressivas. Em síntese lapidar, Paulo Bonavides enumera algumas das mais importantes que serão, em seguida, pelo menos em parte, comentadas. Segundo o renomado jurista, dessa dimensão resultaram significativas inovações constitucionais, tais como:

a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas; b) a elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um “duplo caráter” (*Doppelcharakter, Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os

tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) a introdução do conceito de *pré-compreensão* (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização.[75]

Conseqüência relevante a ser comentada, decorrente diretamente da acepção axiológica da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais da comunidade, em consonância com a lição de Dirley da Cunha Júnior, consiste na aceitação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia aferida não só sob o ângulo do indivíduo perante o Estado, mas também sob o ângulo da comunidade na qual o indivíduo se encontra inserido. Em razão dessa implicação, o exercício dos direitos subjetivos pelo indivíduo está sujeito ao seu reconhecimento pela comunidade da qual faz parte, de modo que é plenamente justificável e legítima, com base nessa dimensão axiológica objetiva dos direitos fundamentais, a imposição de restrições aos direitos subjetivos individuais ante os interesses superiores da comunidade, e até a limitação do conteúdo e alcance desses direitos, desde que preservado o núcleo essencial destes, ou seja, seu conteúdo mínimo. Daí afirmar-se que ante essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais se explica, por exemplo, a imposição do uso de cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades.[76]

Outro desdobramento estreitamente relacionado à dimensão objetiva valorativa dos direitos fundamentais reside na *eficácia dirigente* que eles produzem em relação aos órgãos do Estado. Com base nela, pode-se sustentar que os direitos fundamentais impõem ao Estado o dever permanente de concretizá-los e realizá-los. É nessa perspectiva que se vislumbra com mais exatidão o direito fundamental à efetivação da Constituição, que incumbe a todos os órgãos do Estado o dever-poder de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição. Todavia, adverte Ingo Wolfgang Sarlet, que a ordem genérica de efetivar todos os direitos fundamentais não se confunde e nem afasta a existência de normas de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, determinando ao legislador a concretização de certas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos.[77]

Os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, ainda como qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, servem de referência ou parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos do poder público.[78]

Além das conseqüências propiciadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais na sua acepção axiológica, a doutrina tem apontado para a existência de certas implicações geradas por essa mesma dimensão, porém com função autônoma, no sentido de não necessariamente vinculadas aos direitos fundamentais numa dimensão

subjativa. Como primeira implicação destaca, segundo a doutrina alemã, a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, que os identifica como diretrizes ou vetores para a aplicação e interpretação de normas infraconstitucionais, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais ao ser considerada, ainda com restrições, como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.[79] Associada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, há ainda a importante consequência da denominada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), ou seja, a eficácia irradiante desses direitos na esfera privada (relações entre indivíduo e indivíduo).[80]

Aponta-se, ainda, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá ensejo um *dever de proteção* do Estado ao qual incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela defesa daqueles direitos contra agressões oriundas, não só dos próprios poderes públicos, mas também dos particulares ou de outros Estados. Essa incumbência converge na obrigação de o Estado adotar medidas positivas de diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, injunções concretas, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, processual, procedimental etc.) com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.[81] Neste particular, colhe-se da Constituição Federal a determinação ao legislador de um dever de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), do dever de assegurar a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, XXVIII). No âmbito dos direitos sociais fundamentais, merecem destaque as normas do art. 7º, inciso X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inciso XXVII (proteção legal contra a automação) e art. 7º, inciso XX (proteção do mercado de trabalho da mulher); constituem hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção pelo Estado mediante medidas legislativas na órbita dos direitos fundamentais.[82]

Conexa com essa perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais cumpre mencionar, por fim, a considerável função dos direitos fundamentais de servirem de parâmetro para a criação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento. Nesse sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais a fim de evitar os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Nesse contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.[83]

O reconhecimento da dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais deve ser considerado, sem dúvida, como uma das mais relevantes contribuições da moderna dogmática dos direitos fundamentais, a ponto de alguns autores terem afirmado que a novel perspectiva jurídico-objetiva tem provocado a chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais” (Bettermann).[84] A descoberta dessa dimensão objetiva revela que os referidos direitos, para além de sua condição de direitos subjetivos, permitem o desenvolvimento de novos conteúdos e procedimento que

desempenham função de significativa importância na edificação de um sistema eficaz e racional para sua efetivação.[85]

Finalmente, é necessário elucidar que, na relação entre as duas dimensões ora delineadas, há de prevalecer a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por dois argumentos, conforme leciona Robert Alexy: o primeiro reside na própria finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) que consiste na proteção do indivíduo e não da coletividade, ao passo que a dimensão objetiva desempenha uma função de reforço da proteção jurídica dos direitos fundamentais subjetivos; o segundo argumento (que Robert Alexy designa de argumento da otimização), refere-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, pois o reconhecimento dos direitos subjetivos implica num grau maior de realização dessas normas-princípios definidoras de direitos fundamentais, do que a previsão de obrigações de natureza meramente objetiva.[86]

CONCLUSÃO

Cumprindo epilogar que os direitos fundamentais, principalmente em seu âmbito objetivo, apresentam-se como os fins a que o Estado deve se concentrar para proteger e efetivar.

Conclui-se que é incogitável negar que os direitos fundamentais situam-se no vértice do ordenamento jurídico-constitucional, na condição de supremacia, ou seja, em posição hierarquicamente superior, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade plena.

A travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional encontra correspondência na supremacia dos direitos fundamentais, em que estes são detentores de posição privilegiada na constituição.

Vale assinalar, como epílogo deste artigo, que o conceito formal de direito fundamental utiliza um critério formal para definir os direitos fundamentais. Significa dizer que um direito se torna fundamental pelo seu pertencimento ao catálogo de direitos fundamentais incluídos na Constituição. Esse conceito, todavia, não é satisfatório, haja vista que existem direitos fundamentais que não estão incluídos no rol de direitos fundamentais da Constituição. Esse problema pode ser sanado com a cláusula de abertura constitucional a outros direitos fundamentais, como textualmente previstos no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Impende consignar que os direitos fundamentais passam estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assumo o poder deve a eles estar diretamente vinculado.

O reconhecimento da dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais deve ser reputado, sem dúvida, como uma das mais relevantes contribuições da moderna dogmática dos direitos fundamentais, visto o alargamento e desenvolvimento deles na ordem jurídico-constitucional. A descoberta da dimensão objetiva revela que os referidos direitos, para além de sua condição de direitos subjetivos, permitem o

desenvolvimento de novos conteúdos e procedimento que desempenham função de significativa importância na edificação de um sistema eficaz e racional para sua efetivação

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67–79, jul./set. 1999.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008. (Coleção de direito e ciências afins, v. 1).

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p. 1–12, jan. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. IVt.

OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

[1] OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 179.

[2] Para o expoente professor Luiz Flávio Gomes, o Estado Constitucional de Direito é caracterizado pelo seguinte decálogo: (1) pluralidade de fontes normativas; (2) positividade não só legal senão também constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo; (3) subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal e, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; (4) superação da democracia formal (democracia das maiorias) pela

democracia substancial (ou material); (5) distinção entre vigência e validade da lei; (6) convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico; (7) eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis; (8) revisão do papel do juiz; (9) revisão do papel da ciência jurídica; e (10) revisão e atualização normativa do princípio do devido processo legal. GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 15, 17–18 (Coleção de direito e ciências afins, v. 1).

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 89.

[4] Para Gomes Canotilho, esses três elementos – povo, território e poder – são os elementos decantados (exaltados, engrandecidos), sobretudo pela doutrina de direito internacional. Note-se, porém, que o conceito de Estado em direito constitucional e em direito internacional não é coincidente. CANOTILHO, 2003, p. 90.

[5] *Idem*, p. 89–90.

[6] *Idem*, p. 90.

[7] *Idem*, p. 245.

[8] CANOTILHO, 2003, p. 246.

[9] *Idem*, p. 92–93.

[10] *Idem*, p. 100. Grifo nosso.

[11] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. IV t. p. 195–196.

[12] *Idem*, p. 196.

[13] MIRANDA, 2000, p. 198.

[14] BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37–38.

[15] Para Gustavo Zagrebelsky, “quando se compara os caracteres concretos do Estado de Direito do século XIX com os do Estado Constitucional atual, adverte-se que, mais do que uma continuação, trata-se de uma profunda transformação que afeta inclusive a concepção do Direito”. ZAGREBELSKY, 1999 apud BREUS, 2007, p. 38.

[16] Para Konrad Hesse, a Constituição não significa simples pedaço de papel tal como caracterizada por Lassalle, o qual a teorizava como despicienda de força normativa, à luz dos valores predominantes no auge do liberalismo. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9, 25.

[17] Segundo Dirley da Cunha Júnior, a constituição semântica, em lugar de ser concebida como um instrumento de limitação do poder apresenta-se como um instrumento a serviço do poder, de modo a estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 119.

[18] BREUS, op. cit., p. 38.

[19] BREUS, 2007, p. 39.

[20] Aduz Juarez Freitas que a clássica dicotomia “[...] não apresenta maior consistência em face da superação de abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só, compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno da Constitucionalização do Direito”. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225.

[21] BREUS, op. cit., p. 40.

[22] BREUS, 2007, p. 41.

[23] Para Ronald Dworkin, as normas constitucionais são o gênero das espécies normativas, regras, princípios e políticas (policies). Argumenta o autor que, com certa frequência, o termo princípio é utilizado de modo genérico, isto é, projetado de maneira negativa, representando todo o conjunto de padrões normativos que não são regras. Há que, todavia, já de início, delinear uma distinção mais apurada entre princípios e políticas. Sustenta Ronald Dworkin que política é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum Estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Já princípio pode ser como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que o IDH deva ser majorado, é uma política, e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção se torna problemática, entretanto, caso tome um princípio como expressão de um objetivo social (é objetivo de uma sociedade que nenhum homem se beneficie de seus próprios delitos) ou interpretasse uma política como resultado de um princípio, ou seja, o princípio de que o objetivo que a contivesse seria meritório. Nessa linha de raciocínio, para Ronald Dworkin, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, ao passo que os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

[24] Sobre políticas públicas específicas determinadas pela Constituição, sustenta Gomes Canotilho que os “[...] direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõem uma política de solidariedade social. Os direitos sociais realizam-se através de políticas públicas (‘política de segurança social’, ‘política de saúde’, ‘política de ensino’), orientados segundo o princípio básico e estrutural da solidariedade social.

Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Europeia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados”. CANOTILHO, 2003, p. 511–512.

[25] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 59.

[26] Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o poder público e as entidades privadas estão vinculados aos direitos fundamentais, visto que a vinculação a estes (direitos fundamentais) constitui precisamente uma das dimensões da eficácia, à medida que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/1988) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 388.

[27] Conforme lição de Thiago Lima Breus, o interesse público é compreendido como uma noção abrangente que englobaria os interesses de todos os indivíduos e da sociedade como um todo. Segundo ele, no contexto das sociedades contemporâneas, marcado por um profundo pluralismo, torna-se cada vez mais difícil a tarefa de se eleger um interesse público desta espécie, correspondente aos interesses de todos e ao bem comum. BREUS, 2007, p. 43.

[28] Sobre a vontade geral que contempla os interesses individuais e deve ser salvaguardada pelo Estado, manifesta-se Rousseau: “Ela é sempre constante, inalterável e pura, mas está subordinada a outras que a sobrepujam. Cada qual desvinculado seu interesse do interesses comum, vê que não pode separá-los por inteiro, porém sua parte do mal público parece-lhe insignificante quando comparado ao bem exclusivo que pretende apropriar-se”. ROSSEAU, 1989, apud BREUS, 2007, p. 43.

[29] BREUS, 2007, p. 44.

[30] Luís Roberto Barroso sustenta que o ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 151 e seguintes.

[31] Dirley da Cunha Júnior leciona que o princípio da concordância prática ou da harmonização consiste numa imposição ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens jurídico-constitucionais em rota de colisão (ou conflito), de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, mas ao mesmo tempo promovam a conciliação desses bens. Este princípio, segundo o autor, decorre do princípio da unidade da Constituição e tem sido invocado largamente para resolver colisões entre

direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos; fundamentado na idéia de que todos os bens jurídico-constitucionais ostentam igual valor, situação que impede a negação de um perante o outro ou vice-versa. CUNHA JÚNIOR, 2008, 218–219.

[32] BREUS, 2007, p. 45.

[33] CANOTILHO, 2003, p. 393.

[34] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 176.

[35] *Ibidem*, p. 178.

[36] *Ibidem*, mesma página.

[37] *Ibidem*, p. 179.

[38] *Ibidem*, p. 180.

[39] *Ibidem*, p. 176.

[40] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. p. 46.

[41] *Idem*, mesma página.

[42] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 395. Tradução nossa. O original em língua espanhola tem o seguinte teor: “[...] los derechos fundamentales de La Ley Fundamental, son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su atribución a um individuo o denegación, no pueden quedar em manos de la mayoría parlamentaria simple”.

[43] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 73, jul./set. 1999.

[44] MIRANDA, 2000, p. 52.

[45] MIRANDA, 2000, p. 53.

[46] *Idem*, p. 54.

[47] *Idem*, mesma página.

[48] *Idem*, p. 7.

[49] CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 523–524. Perfilham esse mesmo entendimento: Ingo Wolfgang Sarlet, o qual consigna que o conceito materialmente aberto de direitos

fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF/1988, encerra expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais – SARLET, 2007, p. 101; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 52–57; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 260; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2007. p. 685.

[50] CANOTILHO, 2003, p. 403.

[51] SARLET, 2007, p. 88–89.

[52] MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003. p. 87.

[53] SARLET, 2007, p. 89.

[54] SARLET, 2007, p. 91.

[55] Idem, p. 70. Vale anotar a percuciência análise de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sobre uma multiplicidade de problemas relacionados à interpretação dos direitos fundamentais e oferecem a seguinte definição de *direitos fundamentais* nestes termos: “Diretos fundamentais são direitos público–subjctivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

[56] CABRAL PINTO, 1994 apud SARLET, 2007, p. 71.

[57] SARLET, 2007, p. 71–72.

[58] Não confundir o tema de que ora se cuida com o já discorrido: dimensões ou “gerações” de direitos fundamentais. Alude-se à existência de uma “dupla dimensão”, de uma “dupla natureza”, de um “duplo caráter” ou de uma “dupla função”. Em qualquer dos casos, subjetiva e objetiva, individual e comunitária dos direitos fundamentais. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 114.

[59] CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 590. Gomes Canotilho faz referência à fundamentação subjetiva e à fundamentação objetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais que, para ele, exprimem as seguintes acepções: “[...] Com esta idéia de **fundamentação subjetiva** procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a

sua situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por ex., quando se consagra, no art. 37º/1 da CRP, o ‘direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio’, verificar-se-á um fundamento subjectivo ou individual se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e idéias. Fala-se de uma **fundamentação objectiva** de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta ‘fundamentação objectiva’ que se pretende salientar quando se assinala à ‘liberdade de expressão’ uma ‘função objectiva’, um ‘valor geral’, uma ‘dimensão objectiva’ para a vida comunitária (‘liberdade institucional’). CANOTILHO, 2003, p. 1256–1257. Grifo no original.

[60] MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p. 2, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2008.

[61] SARLET, 2007, p. 178.

[62] ANDRADE, 2004, p. 119.

[63] SARLET, op. cit., p. 178–179.

[64] Idem, p. 179.

[65] Idem, p. 180.

[66] Conquanto essa seja a perspectiva de maior realce dos direitos fundamentais, ela convive com uma dimensão objetiva, pois ambas mantêm uma relação de remissão e de complemento recíproco. MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 256.

[67] Conferir: *BVerfGE 7, 198/204* e seguintes apud SARLET, 2007, p. 168.

[68] ANDRADE, 2004, p. 115. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação. SARLET, 2007, p. 169.

[69] ANDRADE, 2004, p. 116.

[70] SARLET, op. cit., p. 169.

[71] ANDRADE, op. cit., p. 142. Saliente-se que a expressão “mais-valia” utilizada por José Carlos Vieira de Andrade não deve ser entendida no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, porém como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

[72] CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 592.

[73] ANDRADE, 2004, p. 115.

[74] *Idem*, mesma página.

[75] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 588–589. Grifo no original.

[76] CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 593. No mesmo sentido a lição expendida por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*: “[...] Essa dimensão objetiva produz conseqüências apreciáveis. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legítima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Outra importante conseqüência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados”. MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 256–257.

[77] SARLET, 2007, p. 172.

[78] A esse respeito vejam-se as ilações de José Carlos Vieira de Andrade. ANDRADE, 2004, p. 158–159.

[79] SARLET, *op. cit.*, p. 173.

[80] *Idem*, p. 174.

[81] SARLET, 2007, p. 175. No mesmo sentido: MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 257. Estes eminentes juristas na página citada entendem que existe alguma intervenção da dimensão objetiva no âmbito da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, e de forma lapidar aduzem o seguinte: “[...] O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais. Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, à medida que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade”.

[82] SARLET, *op. cit.*, p. 175.

[83] SARLET, 2007, p. 176. No mesmo sentido, tem-se a pertinente a lição de José Carlos Vieira de Andrade. ANDRADE, 2004, p. 150–153.

[84] BONAVIDES, 2004, p. 587. De acordo com o insigne jurista, a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais provocou uma expressiva variação qualitativa na compreensão dos direitos fundamentais, uma vez que rompeu e mudou uma antiga relação direta, exclusiva e unidimensional entre o cidadão e o Estado característica do *status negativus* e do subjetivismo individualista do regime liberal, sucedendo outra relação, agora mais ampla, pluridimensional e plurifuncional, característica do *status positivus*, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade

e o Estado, de modo que os direitos fundamentais, outrora jungidos (ligados) à relação cidadão–Estado, extrapolam-na, ganhando validade universal e compondo a abóbada de todo o ordenamento jurídico como direito constitucional de cúpula. *Idem*, p. 587–588.

[85] CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 595.

[86] ALEXY, 1990 apud SARLET, 2007, p. 181.

A INDISPENSABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

THE INDISPENSABILITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF POPULAR PARTICIPATION TO THE ESTABLISHMENT OF DEMOCRACY

Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques

RESUMO

O presente trabalho procura estabelecer a relação entre a Democracia e da Participação Popular, considerando esta como sendo um direito fundamental e como requisito indispensável para a construção da Democracia. Inicia-se com o aprofundamento dos temas ligados a Democracia, começando pelos seus aspectos conceituais. Após, faz-se uma análise da questão do povo como legitimador da soberania popular e da própria legitimação da Democracia. Introduce-se a Democracia Participativa como evolução do próprio conceito, responsável por sanar as limitações das formas tradicionais de Democracia, quais sejam: a direta e a representativa. Também é colocada como o grande marco de transformação na postura dos cidadãos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, POVO.

ABSTRACT

This study seeks to establish the relationship between democracy and popular participation, considering this as a fundamental right and a prerequisite for building democracy. Begins with the deepening of the issues related to democracy, beginning with its conceptual aspects. Following, an analysis of the issue of legitimacy of the people and popular sovereignty and the legitimacy of democracy itself. Is added to the development of participatory democracy as the concept is responsible for remedying the limitations of traditional forms of democracy, namely: the direct and representative. It is placed as the major milestone of processing in attitude of Brazilian citizens.

KEYWORDS: DEMOCRACY, PARTICIPATION, PARTICIPATIVE DEMOCRACY, FUNDAMENTAL RIGHTS, PEOPLE.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do vasto e importante tema da Democracia, detendo-se sobre a Participação Popular como direito fundamental e como elemento indispensável para a construção da mesma.

Parte-se para a análise de alguns aspectos marcantes da Democracia Participativa Brasileira. Têm-se a crítica de que, na atual conjuntura social brasileira, podemos concluir que estamos diante de uma “quase democracia”, apesar de, no âmbito da legislação o Brasil não tenha praticamente nada a acrescentar. Embora não seja perfeita, nossa Constituição pode ser considerada como uma das mais modernas e democráticas do mundo. O que pretendeu o constituinte foi deixar claro que o povo está apto a fiscalizar e participar da elaboração e concreção dos programas e políticas de gerência da coisa pública, só resta-nos implementar esta prática.

Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no legítimo exercício da autoridade.

Dedica-se ao tema da participação popular, começando pelo enfoque nos aspectos conceituais do povo e da participação.

O item seguinte é dedicado ao enunciado das formas de concepção de povo, baseado no ensaio “Quem é o povo?”, pergunta brilhantemente respondida pelo professor Friedrich Müller. As concepções estabelecidas por Müller foram: “povo” como povo ativo, povo como “Ícone”, “povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, e “povo” como conceito de combate.

Na esteira dos grandes autores, segue-se com uma enunciação de diversas teorias acerca das formas de participação, segundo José Gomes de Canotilho. Quais sejam: a democratização-caos, a participação por representação e meramente sufragadora, a participação radical-democrática, a participação pluralista, a participação como autodeterminação individual e fator de aprimoramento do sistema e a participação como instrumento da destruição do *status quo*.

O próximo tópico já traz em seu enunciado o assunto de que trata: o Direito Fundamental de Participação na Constituição Federal de 1988. Analisa-se, pois, os artigos que tratam da questão da participação em Nossa Carta Magna.

A seguir, tratamos de quatro falácias que acabem dificultando a prática da participação popular. São elas: 1-“O povo não têm competência para decidir e legislar; por isso mesmo elege seus representantes mais “capacitados”. 2 - “As consultas populares são indesejáveis, pois a tendência do povo é aprovar as propostas mais conservadoras”. 3 – “Os mecanismos de participação popular enfraquecem os partidos políticos e esvaziam o Poder Legislativo”. 4 - “O excesso de participação popular leva ao indiferentismo, à apatia política”.

1 Aspectos conceituais de povo e de participação

Disse Lincoln que democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo. Dessa máxima lapidar infere-se que o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres.

Infere-se também que a participação ocupa, aí, um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia em que avulta, por conseguinte, o povo – povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder.

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesse.

Duas perguntas são cabíveis, todavia, para dar mais certeza, ênfase e precisão ao entendimento dessa dicção fundamental, tão atropelada de equívocos cortados de erros e abusos. A primeira – “Que é o povo?” – formulada desde Rousseau e Kelsen, e a segunda – “Quem é o povo?” – aperfeiçoada em concretude, e levantada no Brasil por Friedrich Müller, que a fez objeto de um ensaio primoroso, onde ele cuida haver suscitado a questão fundamental da Democracia.

Democracia significa identidade de governantes e governados, de sujeito e objeto do poder, significa império do povo sobre o povo. Todavia, o que é este ‘povo’?. Pressuposto fundamental da democracia é que pela pluralidade de seres humanos forme nela uma unidade. Para isso é o ‘povo’, como unidade, tão necessária, tão essencial que não é apenas objeto senão algo mais, a saber, sujeito do poder. Pelo menos na esfera abstrata deve ser isto. Contudo, não há nada mais problemático para uma consideração dirigida à realidade do fato do que precisamente aquela unidade que aparece sob a designação de povo.

Em oposição frontal ao homem da *volonté générale*, de Rousseau, aquela em que o homem do degrau inferior, entretanto em sociedade, só é livre como povo, ou seja, quando ascende ao patamar da vontade geral e se aliena naquele organismo de soberania que é a sobredita vontade.

Ali, o poder popular instala a sede de sua legitimidade. No mecanicismo, ponto de partida da tese contratualista de Rousseau, não há povo; no organicismo, ponto de chegada, sim.

O povo em Kelsen, ao contrário, é junção ou agregado de vontade; em Rousseau uma só vontade, vontade geral, derivada indubitavelmente de uma concepção mecanicista em estado rudimentar, suscetível de padecer, a seguir, transmutação organicista em seu ponto terminal, a saber, na ocasião mesma em que se constitui por vontade nova e superior, subsistente em si mesma, não importa o grau de abstração nem o teor de realidade inerente ao processo de mudança que a fez surgir.

Já um terceiro conceito do povo, desenvolvido nas reflexões de Muller, guarda, ao revés daquele puramente formalista de Kelsen, um teor de pluralidade e concretude, posto que seu ponto de partida, perpassado de pessimismo, reside ainda no domínio da metáfora, do símbolo, da alegoria. Mas tão-somente como crítica ao povo-ícone, algo que não foi posto por ele; de conseguinte, já encontrado e deformado pelos desvios de sua manipulação política, obviamente executada pelos poderes estabelecidos em proveito da classe dominante.

Na seqüência desta análise, movida por inteiro de um senso crítico da realidade, desfilam outras acepções com que se busca caracterizar “povo”. Todavia, povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, e destinatário de prestações civilizatórias do Estado, até chegar ao que nos parece o termo de um profundo desdobramento conceitual: povo conceito de *combate*, já na região da positividade da democracia.

Desvendada, porém, a hipocrisia da classe dominante, nem por isso se deve rejeitar o conceito de povo-ícone ou riscá-lo de nosso vocabulário; o povo ícone é o povo do Contrato Social e da *volonté générale* de Rousseau, da Revolução Americana e da Revolução Francesa, sem dúvida a mais importante máquina de guerra do pensamento político; povo equiparado à Nação ou desta desvinculado no derradeiro período da convulsão francesa, inspirando, legitimando e escrevendo nas constituintes as primeiras Declarações de Direitos incorporados a textos constitucionais.

Quem é o povo, e onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito. O povo da “quase democracia” vigente na era da globalização não é verdadeiramente povo.

Esse povo, tão difícil de definir e tão fácil de conjeturar na importância constituinte de sua titularidade soberana, marca de nosso tempo, pode, todavia, ser decifrado em seu teor mais significativo, se o ligarmos, como já se fez, ao âmbito daquelas duas interrogações, das quais uma foi detidamente examinada nas respostas de Afonso Arinos e Hans Kelsen, as quais, de maneira direta ou indireta, se vinculam de certo modo às reflexões filosóficas contidas no Contrato Social e na *volonté generale* de Rousseau.

Democracia é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim totalmente tangível, o Estado Democrático de Direito.

Concretizar a democracia é, num certo sentido, em termos de fazê-la eficaz, remover os bloqueios, desobstruir os caminhos da participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com freqüência, para estancar-lhe a correnteza das idéias. Busca-se interromper um processo, tolhendo o curso à navegação popular rumo ao exercício do poder legítimo e democrático.

A participação deu princípio à democracia na categoria tradicional e clássica dos chamados direitos fundamentais da primeira geração.

A idéia de participação está, de um certo modo, associada ao processo democrático ocorrido em diversas fases da história da humanidade, desde a *pólis* da Grécia antiga até

as formas de administração participativa e gestões compartilhadas nas organizações atuais.

Existem diferentes abordagens para o que se entende por participação, limitadas quanto ao seu alcance, a partir do seu conceito mais amplo, forma legítima da influência de indivíduos sobre decisões que afetam suas vidas.

Nas definições de participação, extraem como variável comum e fundamental a referência a um processo de influência, poder, controle e intervenção. Nessa perspectiva, podemos concluir que participação é ato de influir, de exercer controle, de ter poder, de estar envolvido ativamente.

A participação como estratégia social desempenha um papel importante na redução da alienação dos colaboradores das organizações públicas ou privadas na tomada de decisão, na resolução de problemas e na implantação de mudanças institucionais, o mesmo acontecendo aos cidadãos com relação ao Estado, ou seja, a participação faz aumentar a legitimidade e viabiliza um maior controle social das ações públicas.

Quanto à capacidade do povo em tomar parte das decisões públicas que dizem respeito à cidadania, alguns tenderão a considerar que os membros da sociedade em geral não dispõem das aptidões necessárias à implantação da democracia.

Entretanto, quanto à capacidade do povo para participar das decisões coletivas, podemos auferir que um povo desenvolvido é um povo equilibrado que busca o novo por intermédio da participação popular, da adequação dos objetivos e prioridades às reais necessidades da sociedade, da viabilidade e integração dos recursos e esforços. Associando o desenvolvimento da democracia ao processo participativo, é possível assegurar que a governabilidade é um conceito importante porque, à medida que a população se torna mais esclarecida, mais educada e mais bem informada, cresce a demanda por serviços em quantidade e qualidade.

A participação constitui uma necessidade humana em que, do ponto de vista progressista, faz crescer a consciência crítica dos membros participantes, fortalece seu poder de reivindicação e os prepara para adquirir mais poder, além de facilitar a resolução dos conflitos.

Podemos enumerar alguns princípios relativos aos resultados benéficos da participação:

- i. A participação é uma necessidade humana e, por conseguinte, constitui um direito das pessoas;
- ii. A participação justifica-se por si mesma, não por seus resultados;
- iii. A participação é um processo de desenvolvimento da consciência crítica e de aquisição de poder;
- iv. A participação leva à apropriação do desenvolvimento pelo povo;
- v. A participação é algo que se aprende e aperfeiçoa;
- vi. A participação pode ser provocada e organizada, sem que isto signifique necessariamente manipulação;
- vii. A participação é facilitada com a organização e a criação de fluxos de comunicação;
- viii. Devem ser respeitadas as diferenças individuais na forma de participar;

- ix. A participação pode resolver conflitos, mas também pode gerá-los, o que não deve ser encarado de forma negativa;

A democracia participativa conduz a população a níveis cada vez maiores de participação decisória, eliminando a divisão de funções entre aqueles que planejam e decidem no topo da organização e os que executam e sofrem as conseqüências das decisões na base. Considera-se ainda a participação uma habilidade que, por não ser inata, deve ser aprendida e aperfeiçoada continuamente pelo homem. Assim também as especificidades que constituem a dinâmica da participação devem ser compreendidas e continuamente dominadas pelas pessoas. Na verdade, parece evidente que a melhor maneira de se aprender a participar é praticando a participação no dia-a-dia.

Caracteriza-se basicamente a participação em dois tipos:

Participação direta – quando o indivíduo age isoladamente procurando influenciar as decisões organizacionais e nelas interferir; e

Participação indireta – quando a vontade do indivíduo se manifesta por meio de representantes escolhidos por eles para representá-los junto às instituições.

No conceito das ações governamentais, a democracia participativa está avançando em razão do crescimento da consciência política do cidadão.

A democracia, que nasceu dos ideais filosóficos do povo grego, ao longo da história, mesmo sofrendo alguns percalços, constitui-se num marco para a sociedade do século XX que, apesar das inúmeras guerras, foi talvez o período da história em que mais se tenha contribuído para a consolidação da democracia, graças ao desenvolvimento social que elevou o nível de conscientização civil.

A importância da democracia nos dias atuais é, para Paulo Bonavides, mais do que um simples sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou mesmo uma forma de vida, pois “tende a se converter, ou já se converteu, no mais novo direito dos povos e dos cidadãos. É direito de qualidade distinta, direito que eu diria da quarta geração”.

A atual Constituição Brasileira preconiza em seu preâmbulo que foi constituído “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada numa harmonia social (...)”. Estabeleceu ainda, no Parágrafo Único do artigo 1º, o nobre princípio democrático segundo o qual “todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Com isso ficou estabelecida a origem do poder popular e a forma de sua expressão por meio da democracia direta e da democracia representativa.

Norberto Bobbio também observa que “a democracia não goza no mundo de ótima saúde, como de resto jamais gozou no passado, mas não está à beira do túmulo”. Para ele, “o modelo do Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade

monística”. E considera que “a sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista”.

A construção de um verdadeiro Estado Democrático é vislumbrada por Dalmo Dallari, “desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente”. Na sua visão, alguns pressupostos devem ser atingidos, tais como eliminação da rigidez formal; supremacia da vontade do povo; a preservação da liberdade; a preservação da Igualdade.

A propósito, observa o autor: “quando um governo, mesmo bem intencionado e eficiente, coloca sua vontade acima de qualquer outra, não existe democracia”.

A participação tem sido uma tendência nas formas da gestão e que o cidadão, cada vez mais consciente de seu papel, facilmente não desistirá de buscar espaços na sociedade para exercer o controle social das ações dos diversos atores sociais, especialmente agora que ele pode dispor de vários meios para manifestar sua opinião e avaliar as instituições, contando com o uso das novas tecnologias da informação.

As novas tecnologias da informação, por exemplo, a Internet, segundo CASTELLS, aumentam a possibilidade de participação do indivíduo nas decisões compartilhadas em todos os setores do Estado. Assim, a utilização de novos meios de comunicação e desenvolvimento de “organizações neogovernamentais” podem “articular os cidadãos com o Estado, mantendo-os informados e permitindo debates em torno das questões que os afetem diretamente”.

BOBBIO denominou de “computadocracia” essas facilidades de acesso às informações e a conseqüente expansão da democracia participativa.

2 Teorias acerca das formas de participação, segundo Canotilho

O sentido sociológico que pretendemos dar ao termo tem origem na obra de Marcel Prélot, o qual evidencia que “a participação consiste etimologicamente em ‘tomar parte’”. Aquele que participa torna-se parte do todo, fica presente no todo, não obstante conserve sua personalidade distinta do todo”. O publicista francês após tecer comentários sobre a insolúvel dualidade de um participante, e utilizando uma figura lingüística, sintetiza seu pensamento sobre este assunto nos seguintes termos: “a participação pode ser definida como este aspecto do comportamento político no qual o cidadão intervém na Cidade como membro desta, embora seja, vis-à-vis a ela, pessoa distinta”. Assim, o termo será utilizado para indicar a interferência do cidadão ou das organizações da cidadania na definição dos rumos do Estado a que pertence.

A vontade estatal deve ser considerada como os rumos adotados pelo Estado ou a ele impostos, tanto no nível da macroestrutura que define o seu sistema político, assim como a ação quotidiana de funcionamento da “máquina”, o que vale dizer adoção de políticas, efetivação de direitos, estabelecimento do raio de ação, etc.

A compreensão de direito fundamental abraça dois aspectos, um formal e outro material. No aspecto formal, ele se distingue por estar previsto na norma de maior prestígio hierárquico do ordenamento e, dentro dela, por gozar de prerrogativas e seguranças especiais, como a de constituir cláusula pétrea ou de ter uma eventual supressão ou modificação extremamente dificultada. Do ponto de vista material, são aqueles direitos que uma vez suprimidos ou que tenham impedida ou negligenciada a sua efetivação, afetam de forma irremediável a dignidade da pessoa humana.

Ponto básico para a compreensão da participação popular na formação da vontade estatal são a soberania, bem como o tema com ela imbricado da fundamentação filosófica do poder.

Se fosse posta a questão de qual a legítima fonte do poder estatal, e alguém respondesse a tal pergunta observando a letra das Constituições ocidentais da atualidade, não resta dúvida de que a resposta poderia vir sob a forma do jargão político-jurídico que anuncia que “todo poder emana do povo”.

Hodiernamente, proclama-se a vivência da fase de soberania nacional, mas a ela se chegou a duras penas, e o estágio em que estamos ainda muito se distancia do idealizado. A bem da verdade, o próprio Povo não tomou conhecimento de que é soberano de si. E isso se justifica pela longa tradição de submissão das massas às elites, que nas mais distintas épocas, mantiveram-nas, sob pretextos diversos, afastadas das benesses do poder. Invocando geralmente uma investidura divina, cometeram todo tipo de atrocidade, saqueando os tesouros da matéria e da alma humana, em nome do egoístico enriquecimento pessoal.

Não é somente nas democracias que se pode averiguar a participação política, mas seguramente pode-se dizer que não se encontra uma democracia em que não haja participação. Já definida por Lincoln com muita simplicidade como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, a democracia em sua essência pressupõe um único titular para o poder, ao mesmo tempo que operacionalizador do Estado e beneficiário da ação estatal, o Povo.

Seguindo o estudo de Joaquim José Gomes Canotilho, o eminente constitucionalista português, vislumbraríamos um quadro de teorias sobre a participação popular na democracia com o seguinte delineio:

A democratização-caos - Trata-se de uma corrente que vê a idéia democrática com extrema cautela, tendo como principal argumento a incompetência da massa popular para o gerenciamento de negócios tão complexos como os de um Estado; ademais, a politização e engajamento excessivo das massas gera descontroles como os verificados nos Estados fascistas. A bem da verdade, para esta teoria, a democracia presta-se tão somente a justificar o Estado de Direito.

Participação por representação e meramente sufragadora - Essa linha de pensamento, menos radical que a anterior, reconhece que o povo tem o direito de escolher seus representantes. Nada mais que isso. Assim, a escolha daqueles que ocuparão as posições decisórias do Estado é a forma legítima, ponderada e viável de participação. A síntese deste pensamento se resumiria pela expressão “democracia indireta ou representativa”.

Participação radical-democrática - É o pólo oposto às duas teorias anteriores. Preconiza que entre o Estado e a vontade da população nenhum obstáculo deve existir, nem mesmo os personificados por representantes. Do “Século das Luzes” vem o seu principal representante, Jean-Jacques Rousseau, que chegava a defender que qualquer norma que obrigasse o povo, sem que por este fosse diretamente aprovada, seria nula de pleno direito.

Participação Pluralista - Esta teoria passa a ter um enfoque moderado, mais abrangente e moderno da democracia. Admite-a como um “método de decisão no sentido tradicional”, em que prevalece a vontade expressa pela maioria. Mas não se limita aí: amplia a compreensão de que a participação se dá por outros canais que não somente a escolha de representantes. Aliás, a possibilidade de participação isolada de determinados grupos sociais por meios diversos, às vezes criativos e inusitados, ou previstos e tolerados, atendem a um interesse fundamental do sistema, qual seja, a sua própria manutenção.

Participação como autodeterminação individual e fator de aprimoramento do sistema - Esta corrente, sintetizada no pensamento de Habermas, aprofunda a idéia pluralista, saindo da compreensão de que a sociedade deve abrir espaço para seus distintos grupos, até fazer chegar essa mesma abertura para cada indivíduo. Acredita que os grupos são sempre conflituosos, vez que o pensamento dos que o compõem não é idêntico, mas apenas aproximado, havendo sempre uma margem de atrito entre seus membros. Só o indivíduo pode apresentar à sociedade a sua própria aspiração. Deste modo, advoga a autodeterminação pessoal dentro da democracia, maneira exclusiva ou, no mínimo principal, de levar ao aprimoramento do sistema, do Estado e das relações sociais, a fim de que seja atingido o objetivo de elevação intelectual e material da humanidade.

Participação como instrumento da destruição do *status quo* - A perspectiva última desta teoria ligada aos pensadores socialistas é o desaparecimento de toda e qualquer estrutura que subordine o ser humano, inclusive e principalmente o Estado. Anuncia um momento de autogestão pessoal plena e socialmente satisfatória, denominada de anarquismo. O advento deste tempo é inexorável, mas cada pessoa deve dar a sua contribuição para o encurtamento do prazo. A participação, por tanto, deve se fazer em qualquer esfera de poder, seja pública ou privada, com referência ao Estado, aos empregadores e até mesmo à família, no sentido de perverter sempre o *status quo* repressivo e injusto.

3 O direito fundamental de participação popular na Constituição Brasileira de 1988

Dentre os institutos clássicos da participação popular além do voto, três estão expressamente previstos no artigo 14 de nossa Constituição Federal. A transcrição do dispositivo elucida qualquer dúvida que possa existir:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

O Congresso Nacional regulamentou os institutos da chamada democracia semidireta ou mista através da Lei nº 9709, de 18 de novembro de 1998, com a contribuição do professor potiguar Paulo Lôpo Saraiva.

Outros dispositivos espalhados pela Lei Fundamental dão indicativos sobre competência e procedimento para o exercício das práticas de participação. Assim, por exemplo, o artigo 49, XV estabelece competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a referendo, bem como para convocar plebiscito; o artigo 18, em seus parágrafos 3º e 4º, prevêem o plebiscito como requisito determinante para incorporação, criação, subdivisão de Estados-Membros, Territórios ou Municípios; o artigo 2º do Ato das Disposições Transitórias determinou o plebiscito, realizado em 1993, para a escolha do sistema e da forma de governo do Brasil; o artigo 61 e seu parágrafo 2º dispõem sobre a iniciativa popular.

A Constituição Federal faz ainda referência a outras possibilidades de participação popular na gestão pública, por exemplo, a participação do usuário na prestação dos serviços públicos (art. 37, parágrafo terceiro), no âmbito da seguridade social (art. 194, VII), na área da saúde (art. 198, III), no planejamento e execução da política agrícola (art. 187, caput), na área da assistência social (art. 204, II), além de outras modalidades de acesso a dados e informações públicas, favorecendo assim aos cidadãos o conhecimento e a fiscalização dessas ações. Também procurando dar a importância devida à transparência das contas públicas, a Constituição Federal estabelece, no parágrafo terceiro, artigo 30, que as contas dos municípios deverão anualmente ficar à disposição de qualquer contribuinte para exames e apreciação por sessenta dias, podendo este questionar sua legitimidade nos termos da lei. Considere-se esta medida uma excelente oportunidade de participação oferecida ao cidadão, embora sejam claras as suas dificuldades de entender o tema, sobretudo pela sua complexidade.

Outro aspecto a ser observado é que as Constituições mais atualizadas vêm abrindo outras “portas” de participação à sociedade civil organizada, para a determinação dos rumos públicos. De acordo com o grau de obrigatoriedade quanto aos poderes constituídos, José Canotilho classifica a dita participação em três modalidades:

Participação não-vinculante - Ocorre quando da admissão em protestos, pedidos de informações e coisas do gênero. A Constituição brasileira de 1988 deixa entrever essa modalidade em alguns incisos do seu artigo 5º, tais como o IV (liberdade de manifestação e pensamento), VI (liberdade de consciência e crença), IX (liberdade de atividade artística, intelectual, científica e de comunicação), XIV (direito de acesso à informação) e LXXII (concessão de habeas data).

Participação vinculante - Caracteriza-se pela interferência direta na tomada de decisão do Estado, quando este transfere competência de poder ou o exerce de forma associada.

A nossa Constituição é prodigiosa nesta modalidade. Passível de omissões ou de crítica quanto ao exagero do reconhecimento da participação popular vinculante, dos indivíduos ou de setores da sociedade, nós a identificamos nos seguintes artigos da mencionada Carta: Art. 5º, incisos XVIII (liberdade de associação combinada com a de auto-organização), XXXVIII (júri popular) e LXXIII (ação popular); Art. 8º, VI (obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho); Art. 10 (participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação); Art. 31, § 3º (exame das contas públicas municipais diretamente por qualquer contribuinte); Art. 89, VI (participação de 6 cidadãos “comuns” na composição do Conselho da República); Arts. 111 e 116 (participação de empregados e empregadores nos órgãos da justiça do Trabalho); Art. 187 (planejamento e execução da política agrícola com a participação de setor produtivo); Art. 204, I e II (participação da população, por meio de organizações representativas, na descentralização, formulação das políticas e no controle das ações da assistência social); Art. 206, VI (gestão democrática do ensino público).

Participação vinculante e autônoma - Percebida quando há uma verdadeira reserva de poderes para o exercício em separado do Estado. Este só interfere em caso extremo, para fazer valer os princípios ditados pelo constituinte ou as normas a todos impostas. Este tipo é brindado com os recursos que o tornam efetivo. São perceptíveis em alguns artigos de nossa Constituição: Art. 17, § 1º (autonomia dos partidos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, bem como acesso aos recursos do fundo partidário); Art. 207 (autonomia das universidades); Art. 217, I, e § 1º (autonomia das entidades desportivas, inclusive da Justiça do setor); Art. 226, § 7º (liberdade de planejamento familiar) e Art. 231 (reconhecimento da organização social dos índios).

É ilusório conceber que a participação do cidadão apenas interfere nos rumos estatais nas formas e pelos meios previstos na legislação positivada. Mas sensato é dizer que, muitas vezes, o que prevê a lei, não consegue efetivação, situação esta que configura o eterno embate entre o ideal e o real.

Por outro lado, a História demonstra que a interveniência do povo, nas mais distintas civilizações e em todas as épocas, quando fez-se imperiosa, não deixou de correr. Esta afirmativa evoca, primeiramente, a lembrança de conflitos armados, revoluções, lutas contra tiranias, substituição de titulares do poder... Mas embute também outros aspectos, como o “parecer” cotidiano que a coletividade emite sobre o gerenciamento de sua Nação. Este “parecer” é conhecido na Ciência Política como opinião pública.

Bem verdade é que a doutrina não consegue definir o que seja opinião pública, e tampouco dar-lhe uma coloração ideológica precisa. Todos os que estão no poder ou querem a ele chegar, evocam-na para justificar sua permanência ou como legitimadora de uma possível ascensão. Deste os tiramos gregos, imperadores romanos, passando pelos revolucionários da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, ou os outros da “Ditadura do Proletariado”, chegando até os representantes dos regimes militares, bem como os do chamado neoliberalismo, de uma forma ou outra, apegam-se à máxima *vox populi, vox Dei*, como justificadora de suas pretensões e ações.

De fato, a opinião pública celebrada por Bakunin, o anarquista, como “o maior poder social, o único que podemos respeitar, superior ao Estado, à Igreja, ao Código Penal, a

carceiros e a verdugos”, vem receber apreciação mais crítica a partir de Marx, do qual merece o tratamento de “falsa consciência, ideologia, pois numa sociedade dividida em classe, emascara o interesse da classe burguesa”.

Outro tópico que os modernos estudos sobre o tema abordam, refere-se ao intento de desfazer o aspecto monolítico deixado pela expressão “opinião pública”, a qual leva a transparecer uma uniformidade de pensamento de toda a sociedade sobre os temas de interesse geral. Pelo menos dois grandes equívocos devem ser explicitados:

1º - na sociedade coexistem, ao mesmo tempo e sobre os mesmos assuntos, diferentes linhas de pensamento, donde se conclui que não há uma, mas diversas “opiniões públicas”;

2º - está cientificamente demonstrado, por meios hábeis (pesquisas, por exemplo) que a chamada opinião pública não é produto do pensamento de toda a sociedade, mas de uma parcela desta; aliás, na maioria dos casos, a soma das diversas correntes de opinião é ainda menor que o total de omissões.

Mas não cabe, no presente trabalho, descer a detalhes do estudo que merece o tema; tão-somente visa a sustentar que qualquer que seja a concepção que se tenha sobre opinião pública, enaltecida ou degradante, de desconfiança ou de fé, não se pode negar que no seio das comunidades humanas existe uma força normativa que não consegue ser enquadrada em diplomas legais e que também não se confunde com o que se convencionou chamar de direito consuetudinário. Algo aproximado ao que Eugen Erlich chama de “direito vivo”, uma essência invisível que rejuvenece as normas, altera a compreensão dos magistrados e estabelece a convivência social segundo o grau de evolução da coletividade, exatamente porque, como diria Rousseau, trata-se de “uma lei gravada menos no mármore ou no bronze, que no coração dos cidadãos”. Lei esta que é corroborada pelas citações bíblicas a seguir:

Porque esta é a aliança que firmarei com a comunidade de Israel, depois daqueles dias, diz o Senhor: Na mente lhes imprimirei o meu direito, e também no coração o escreverei e serei o seu Deus e eles serão o meu povo. (BÍBLIA SAGRADA, Jeremias 31:33)

Quando, pois os gentios, que não têm lei, procedem por natureza, de conformidade com a lei, não tendo lei, servem eles de lei para si mesmos. Estes mostram a norma da lei gravada no seu coração, testemunhando-lhes também a consciência e os seus pensamentos... (BÍBLIA SAGRADA, Romanos 2:14-15)

Do que foi visto até agora, não pode restar dúvida de que a participação popular é efetivamente um direito fundamental, tanto em forma, quanto em essência. Sua presença física esparrama-se em todo o corpo da Constituição, de maneira mais aparente nos artigos já mencionados ao longo deste trabalho, mas implicitamente em toda a obra dos constituintes de 1988.

Um dos depoimentos mais favoráveis a esta tese poderemos colhê-lo na norma positivada no parágrafo único do artigo 1º de nossa Lei Fundamental vigente: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Aliás, esta disposição juntamente com aquela contida no Preâmbulo (Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático...”), permitem uma ousadia classificatória do direito à participação ainda maior: antes de ser um direito fundamental é um direito fundante, ou seja, um direito do qual decorre a própria significação dos modos de vidas e convivência pelos quais optamos. Tem-se, por conseguinte, que não pode ser suprimido ou sequer agredido, muito ao contrário, deve ser fomentado e gozar de todas as garantias institucionais necessárias à sua efetivação, sob pena de se ver riscada a palavra “democrático” da expressão “Estado Democrático de Direito” que designa a nossa República Federativa do Brasil (Art. 1º CF / 88, caput).

O estudo da participação popular no Estado, embora “eterno”, é sempre palpitante, pois a concretização deste objetivo ainda configura como um ideal distante, em grande parte do Planeta, sobretudo nos países em que imperam enormes desníveis sociais, entre os quais, infelizmente, está incluído o nosso.

4 Falácias sobre a participação popular

1. - “O povo não têm competência para decidir e legislar; por isso mesmo elege seus representantes mais “capacitados”. - Trata-se de conhecida assertiva, sempre utilizada quando o julgamento popular pode contrariar os interesses dos poderes constituintes. Do ponto de vista teórico, avulta, igualmente, o argumento da impossibilidade de se conciliar democracia representativa e democracia direta, retornando a antiga polêmica entre Sieyès (soberania nacional) e Rousseau (soberania popular) e entre Montesquieu e Rousseau.

O argumento da incompetência do povo para votar em referendos e tomar iniciativas legislativas atinge não apenas formas de democracia direta, mas coerentemente, a própria democracia representativa. Se o povo é incapaz de tomar decisões sobre determinadas questões, por que não o seria para escolher seus representantes? Ora, a competência “técnica” é essencialmente necessária para preparar as decisões e depois implementá-las; não se pode exigir competência específica do eleitorado sobre todas as questões de interesse coletivo. Os parlamentares também não são multicompetentes! A decisão política sobre prioridades ou objetivos, assim como a opinião pública diferencia-se da decisão técnica, referente à eficácia dos meios em relação aos fins. Numa democracia representativa, as questões políticas não são tomadas pelos técnicos da administração ou especialistas, mas pelo Parlamento, formado de não-especialistas. O que importa é a ampla discussão pública sobre as eventuais vantagens e desvantagens, sobre os recursos e as conseqüências políticas, econômicas, sociais e culturais da proposta em questão. A difusão dos debates no Parlamento ou outras instâncias deve ser obrigatória nos meios de comunicação de massa, deve estar prevista em lei complementar. A informação, portanto, é o primeiro passo para enfrentar a “incompetência” do povo.

2 - “As consultas populares são indesejáveis, pois a tendência do povo é aprovar as propostas mais conservadoras”. - Trata-se de outro aspecto da assertiva “o povo não sabe votar”. Significa aceitar, também, que eleições são nefastas porque o povo escolhe os piores candidatos. Ora, se é verdade que, em muitos casos, sobretudo no Brasil, amplos segmentos das classes dominadas votam contra seus “interesses de classe”, não se pode confundir os resultados com o processo; democracia não se confunde com “progressismo”, democracia é sinônimo de soberania popular. Além disso, porque se deve admitir, a priori, que o eleitorado é mais vulnerável às pressões ou a propaganda conservadora do que os membros do Parlamento? Nos Estados Unidos, a tendência de aprovação é muito maior para textos originados do Congresso do que oriundos de iniciativa popular. Os americanos parecem mais “liberais” em questões econômicas e mais “conservadores” em questões sociais e de costumes. Entre os analistas, predomina a opinião de que um referendo em âmbito federal, o que ainda não existe nos Estados Unidos, revelaria a face mais conservadora da “maioria silenciosa”, que se sente traída por uma “classe política intelectual e liberal”.

Para esse tópico, vale o mesmo já dito acima: O suposto “conservadorismo” popular não pode ser invocado como obstáculo para a realização de consultas regulares. Trata-se de aumentar a informação e, sobretudo, incentivar as diversas formas de participação popular, inclusive ampliando o escopo das iniciativas populares em todos os níveis.

3 - “Os mecanismos de participação popular enfraquecem os partidos políticos e esvaziam o Poder Legislativo”. - Este é, provavelmente, o argumento mais “sublimado” na discussão entre parlamentares que se dizem democratas, pois como podem justificar a opinião à participação popular?

Há grande vantagem dos mecanismos de participação popular: além de garantir a soberania popular, servem para corrigir a tendência oligárquica dos partidos e do Parlamento.

Os partidos reagem mal, também temerosos da suposta (ou previsível) “infinidade” do eleitorado, quando resultados em referendos possam significar uma certa “desautorização” dos parlamentares. É possível que o eleitor seja mais dócil, em termos da orientação partidária, à escolha de nomes do que à votação em uma proposta concreta, muitas vezes alheia a clivagens partidárias.

Ora, é possível que os partidos tenham, embora suspeitosos da participação popular, interesses reais na realização de consultas populares, justamente para enfrentar crises decorrentes de questões que superam o programa partidário; evitam-se rupturas, deixando a decisão final para os eleitores em assuntos polêmicos, como por exemplo, pena de morte, divórcio, aborto, defesa ecológica, adesão a tratados internacionais, etc).

Outra vantagem pode advir para os pequenos partidos ou bloco de partidos, que não conseguem maioria suficiente para realizar uma reforma ou implementar certos pontos de seu programa, passíveis, no entanto, de aprovação pela opinião pública. O referendo

efetivo, ou sua possibilidade, pode superar desacordos e/ou impasses. Isso favorece um novo tipo de negociação entre os partidos e entre os parlamentares e o povo.

4 - “O excesso de participação popular leva ao indiferentismo, à apatia política”. - O que será “excesso” de participação? Num país como o Brasil, marcado por séculos de política oligárquica, com todos os males do coronelismo, do clientelismo e do fisiologismo, frutos de uma visão deturpada sobre o poder público e a intervenção do Estado, será razoável desconsiderar a abertura de múltiplos canais de participação?

Creio, pelo contrário, que quanto maior for a participação popular, maiores serão as chances de se criar, no povo, a consciência de seus direitos, em todos os sentidos. É claro que todos os riscos, inerentes à prática democrática, estão presentes, inclusive aqueles já levantados sobre o suposto “conservadorismo” do eleitorado. O povo pode participar ou não; corresponder ou não às expectativas “mais democráticas”; mas a exigência de participação está posta. Ela justifica-se no próprio processo.

A apatia política é tão comentada nos meios europeus que Norberto Bobbio chega a falar dos riscos do “qualunquismo” ou, do seu inverso, do “cidadão total”. B. Chénot faz as contas e sugere que um suíço altamente participativo votaria um domingo por mês – desde questões de interesse nacional, como armamento nuclear ou participação em organizações internacionais, até pequenas decisões comunais, envolvendo gabarito de prédios, tráfego de automóveis, etc. A abstenção eleitoral na Suíça, hoje, chega a 58%, tendo sido de apenas 38% no período 1914 a 1944. Mas ninguém põe em dúvida que, para o cidadão suíço, a democracia funciona. Não me parece razoável estabelecer comparações absolutas com o Brasil; se fosse o caso, teríamos que comparar tudo, desde a distribuição de renda até as taxas de escolaridade, a atuação da política e da justiça, etc.

Concluindo: não existe “excesso” de participação no Brasil. Se existe indiferentismo do brasileiro em relação à política, as causas são outras, não pelo seu excesso, mas justamente pelo contrário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação ocupa um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia em que avulta, por conseguinte, o povo – povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder.

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesse.

Democracia é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim totalmente tangível, o Estado Democrático de Direito.

Concretizar a democracia é, em termos de fazê-la eficaz, remover os bloqueios, desobstruir os caminhos da participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência. Busca-se interromper um processo, tolhendo o curso à navegação popular rumo ao exercício do poder legítimo e democrático.

A participação constitui uma necessidade humana em que, do ponto de vista progressista, faz crescer a consciência crítica dos membros participantes, fortalece seu poder de reivindicação e os prepara para adquirir mais poder, além de facilitar a resolução dos conflitos.

Dentre os resultados benéficos da participação, têm-se que: ela justifica-se por si mesma, não por seus resultados; é um processo de desenvolvimento da consciência crítica e de aquisição de poder; é algo que se aprende e aperfeiçoa.

Os cidadãos devem se encarregar do governo, por intermédio de seus representantes livremente eleitos e mediante a criação de formas organizadas de participação e de fiscalização da gestão e do orçamento público.

O estudo da participação popular no Estado, embora “eterno”, é sempre palpitante, pois a concretização deste objetivo ainda se configura como um ideal distante, em grande parte do Planeta, sobretudo nos países em que imperam enormes desníveis sociais, entre os quais, infelizmente, está incluído o nosso.

Um dos princípios fundamentais do Estado constitucional é que o caráter público é a regra, e segredo de exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção.

Todas as decisões e atos dos governantes devem ser conhecidos pelo povo soberano e isto sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo.

A democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente. Uma das razões da superioridade da democracia diante dos estados absolutos funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao “poder sem máscara”.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie (Org.). *Direito e Democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. 237 p.

BESSA, Antonio Marques. *Quem governa? uma análise histórico-política do tema da elite*. São Paulo: Data Publicação, 1993

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 7ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, PAULO. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. *O que é participação?*. 8ª ed. São Paulo: Braziliense, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é Participação Política?*. São Paulo, Ed. Brasiliense, Coleção Primeiros Passos.

DEMO, P. *Participação é conquista: noções de política social e participativa*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.

DINIZ, Eli e AZEVEDO, Sérgio (org). *Reforma do Estado e democracia no Brasil*. UnB/ENAP, Brasília, 1997

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Democracia humana*. Rio de Janeiro. Brasil. José Olympio. 1958.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição: as constituições do Brasil*. Rio de Janeiro. Brasil. Forense, 1976.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993

MARCHAIS, Georges. *O Desafio democrático*. Lisboa. Centro do Livro Brasileiro. 1974.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. *Temas de direito constitucional*. Cuiabá: Edições FESMP, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Almir de. *Democracia e direitos humanos*. Juiz de Fora. Brasil. Instituto Cultural Santo Tomás de Aquino. 1983.

PATEMAN, Carole *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia*. Lisboa, Gradiva, 1998

SILVA, José A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1999.

TOURAINE, Alain. *O que é Democracia?* Petrópolis. Vozes. 1996

VENOSA, Roberto. Organização e a panacéia participativa ou participação e a panacéia organizacional? Rio de Janeiro. FGV, *Revista de Administração Pública*, 8(4): 80 – 102, out/dez. 1974.

VIEIRA, José Ribas(org). *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WEFFORT, Francisco C. *Por que Democracia?* São Paulo. Brasiliense. 1984;

CAPITAL SOCIAL E DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DA ESCOLA DO CAPITALISMO HUMANISTA

SOCIAL CAPITAL AND DEMOCRACY IN THE PERSPECTIVE OF THE HUMANIST CAPITALISM SCHOOL

Rodrigo de Camargo Cavalcanti

RESUMO

O presente artigo pretende debater a nova visão do Direito pela ótica do Capitalismo Humanista e a forma com que este pode ser construído em face das especificidades da sociedade contemporânea, inserida num mundo globalizado e cuja responsabilidade sobre a eficácia do ordenamento jurídico vai além das mãos do Estado, instituição esta que se vê obrigada a assumir um caráter descentralizado, cujas funções acabam por atravessar o formalismo alcançando, enfim, o cidadão, que passa a assumí-las enquanto indivíduo e parte social. Alguns atos, tanto negativos quanto positivos, delegados por conta desta responsabilidade (poder) acabam por adquirir um novo formato, cuja perspectiva extraímos do conceito de Capital Social, consoante firmado a partir do importante estudo de Robert Putnam sobre o processo de descentralização do Estado italiano a partir da década de 1970. Tal conceito nos fornece instrumentos e condições vitais para a observância da Lei Universal da Fraternidade, conforme muito nos ensina o Eminentíssimo jurista Ricardo Hasson Sayeg, precursor da Escola do Capitalismo Humanista: “o espírito capitalista e o espírito de fraternidade são convergentes na medida em que não existe capitalismo sem que se reconheçam os direitos humanos. Ambos que se impõem independentemente de se positivar”.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA; CAPITAL SOCIAL; FRATERNIDADE; EDUCAÇÃO

ABSTRACT

The following article intend to debate the new vision of Law by the optical of Humanist Capitalism and the way that it can be built when seen the contemporary society, inserted in a global world and wich responsibility about the efficacy of the Law system goes beyond the hands of State, institution wich is obligates to assume a fragmented paper, wich functions ends to cross formalism reaching the citizen that starts to take them as an individual and part of the society. Some acts, positives and negatives, delegated because of this responsibility (power) ends to aquire a new format, wich perspective we take from the concept of Social Capital, as said in the important study of Robert Putnam about the decentralization process of the Italian State since 1970. This concept gives us instruments and vital conditions to the analysis of the Fraternity Universal's Law, as we learn with the Jurist Ricardo Hasson Sayeg “the capitalist and the fraternity spirits

converge in a way that there is no capitalism without recognizing the human rights. Both of them impose regardless been written”.

KEYWORDS: DEMOCRACY; SOCIAL CAPITAL; FRATERNITY; EDUCATION

1. INTRODUÇÃO

Uma pesquisa do comportamento da sociedade civil e dos servidores públicos do final de 2008 foi realizada encomendada pela Comissão de Ética Pública da Presidência da República à Faculdade de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB). O estudo almejou aferir o padrão ético dos mencionados segmentos com vistas à apresentação ao Chefe do Executivo Federal de uma proposta de aprimoramento do Código de Condutas da Alta Administração Federal.

Tal pesquisa, denominada *Padrão de Conduta Ética dos Servidores Públicos*, envolveu 2 mil populares de todos os Estados e 1.027 servidores federais estaduais e municipais de seis estados (MG, PA, PB, PR, RJ e SP) e do Distrito Federal, e apurou, em relação às pessoas da sociedade civil entrevistadas, que 25,7% delas não se consideram éticos e que 78,4% já descumpriram a lei. Além disso, 28,1% dos entrevistados utilizariam o cartão corporativo governamental para gastos pessoais, enquanto 50,3%, ou seja, metade de todos os entrevistados admitiu que empregaria parentes no serviço público se tivesse cargo para tal.

Por outro lado, a pesquisa envolvendo os servidores públicos revelou que 18,6% deles não se consideram éticos e 45,3% já deixou de acatar a lei. Demais disso, se tivessem um cartão corporativo governamental, 58,3% dos servidores entrevistados também o usariam para despesas pessoais, assim como 35,4%, se pudessem, empregariam parentes no serviço público. Mais de um quarto dos entrevistados (26,7%) diz que a categoria não está voltada para o interesse público. Dos servidores, 18,1% admitiram já terem cobrado propina.

Vitor Rolf Laubé, advogado público e pós-graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sobre os resultados, comenta:

“Com efeito, analisados os resultados desses dois grupos, para logo se percebe que tanto sociedade civil como servidores públicos possuem padrões éticos similares, o que deriva, seguramente, do fato destes últimos correspondem a uma parcela daquela. Além disso, infere-se que, infelizmente, ambos os segmentos possuem ou toleram um arquétipo de conduta não absolutamente reto, de sorte a admitir práticas não probas”.¹

Tais dados revelam um país com cidadãos cuja moral individual se encontra, de certa forma, desconexa com os valores de justiça que emanam da ordem jurídica vigente. Essa desconexão com o ordenamento jurídico nos leva a um estado de ausência de certeza jurídica, fragmentando e isolando os indivíduos, criando algo no sentido, em linhas abstratas, de um estado de natureza hobbesiano.

Assim, nosso foco estará centrado na solução democrática da fragmentação supra referida, pois o consenso inerente à democracia é essencial para a legitimação das

normas jurídicas, tendo em vista os ditames de nossa Constituição Federal. Além do mais, a ausência de consciência pelos cidadãos de tal consenso e de quem são os reais titulares do poder permite a aplicação da força de forma desmedida, pois sem o acompanhamento e controle públicos destes atos. Neste sentido, Bobbio, com toda propriedade, nos alerta pelo perigo da redução da justiça à força:

A distinção entre validade e justiça serve precisamente para distinguir a justiça da força. Onde essa distinção desmorona e a justiça se resolve na validade, a distinção entre justiça e força também não é mais possível.[2]

Rousseau, refutando o discurso de que a justiça é a vontade do mais forte:

A força é uma potencia física: não vejo qual moralidade possa derivar dela. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade: quando muito é um ato de prudencia.[3]

Para o efetivo desenvolvimento democrático, entendemos como primordial e urgente a internalização das normas jurídicas no corpo social, utilizando como instrumento a educação e tendo como fim a dignidade da pessoa humana e, para o seu alcance, os valores que integram o conceito de Capital Social, sempre na observância da Lei Universal da Fraternidade.

Assim, nos dizeres do Eminentíssimo Professor Dr Ricardo Hasson Sayeg:

sociedade fraterna é aquela que, sem reservas, atribui satisfatividade aos direitos humanos. Basta isso, porque isso há de acontecer naturalmente na medida em que a fraternidade descola o Homem do centro das coisas para o meio difuso delas. Por estar o Homem no meio difuso das coisas, o humanismo da fraternidade aceita que tudo vem da partícula de Deus, que é o elemento comum da formação do Universo como crêem os físicos pela Teoria do Big-Bang, independentemente de uma visão teocêntrica.[4]

Nesta forma, entendemos como ponto de partida o conceito de Direito conforme nos leciona o Professor Sayeg, enquanto

“síntese do conhecimento humano juridicamente manifestado e, por isso, um objeto cultural, autorizando a relacioná-lo a outras áreas do saber”[5]

2. ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIEDADE EM FACE DA LEI UNIVERSAL DA FRATERNIDADE

É o Capitalismo Humanista que nos fornece a base para a percepção de mundo sob a democracia que, por sua vez, tem como papel, num paralelo com a percepção visual do ser humano singularmente considerado, de fusão, aquela criada pelo nosso cérebro na formulação de uma única imagem, onde os dois *olhos* “*fabricam*” *uma informação única, “fundida”*[6], *uma síntese (não soma, nem acumulação) das informações captadas pelos nossos olhos. Essa percepção de mundo, mecânica e natural ao nosso organismo, é a que pretendemos trazer à luz da Fraternidade que, nas palavras do Prof. Sayeg,*

“é a medida da proporcionalidade entre a economia e a justiça social, que deve se estender a todos e a tudo”[7].

Sayeg nos fornece fundamento de forma vasta e completa em seu estudo da legitimidade da Fraternidade enquanto Lei universal, norte valorativo para o Direito contemporâneo. Advém da visão de que o capitalismo é fruto de uma sociedade que se constituiu eminentemente cristã, embuída de seus valores, os quais estabelecem de forma latente a sua ordenação moral.

Essa nova percepção do Direito, essa quarta via doutrinária chamada de Capitalismo Humanista, vê o mercado como instrumento do ser humano para a consecução da primeira, segunda e terceira dimensões de direitos humanos, num mundo onde não há mais espaço para a lógica positivista e fria das normas, assim como não há também espaço para a lógica hiperinflacionada do bem-estar social a qualquer custo, nem da absolutização das liberdades individuais em prejuízo daqueles que, como consequência da selvageria do mercado, são marginalizados.

Além do que, foi-se o tempo em que se pretendeu fundar o direito em correntes, como bem nos demonstra Luiz Sergio Fernandes de Souza, cuja pretensão se baseia em

“construir-se uma teoria pura, em dois sentidos: livre de valorações morais, que constituem o conteúdo da ética, e independente das considerações relativas aos fatos sociais(...)”[8].

Diferentemente, o Capitalismo Humanista se funda no que Sayeg chama de pós-neotomista, um jusnaturalismo que se posiciona via culturalismo jurídico no direito natural, sem caráter teocêntrico, fundado na lei universal da fraternidade conformando o capitalismo e, em decorrência, o direito econômico positivado.

Tal teoria foi construída tendo por base o direito econômico e, como não poderia deixar de ser, tratando da crise do liberalismo, da conjunção entre este e a democracia e da difusão do conceito de economia social de mercado, que relativiza o direito subjetivo de propriedade com o equilíbrio social, valendo-se das liberdades.

Neste ponto, desenvolve importante capítulo colocando lado a lado o Liberalismo e a Democracia, enquanto conceitos de onde emanam princípios complementares entre si.

Assim, nos ensinamentos de Sayeg :

Penso, como pós-neotomista, nessa trilha, que a aliança entre os Homens liberais e democratas, tal como está na Constituição do Brasil, mediante a aplicação do princípio

natural da proporcionalidade, é justamente a solução da indagação de como se construir, sob a plataforma cultural da Humanidade, um capitalismo estruturado sob a economia de mercado, em conformidade com as perspectivas de fraternidade do humanismo integral, que se aplicam ao domínio econômico em prol da vida e do Planeta, com vetor na dignidade do ser humano[9].

Trataremos aqui de cuidar somente de um dos aspectos inerentes ao conceito integral do Capitalismo Humanista, qual seja, o democrático, parametrizado pelo conceito de capital social e sua forma de concretização na sociedade, esta consoante a definição de Maritain, através do educacionismo e da interdisciplinaridade, de Cristovam Buarque e Edgar Morin, respectivamente.

Sobre a definição de Democracia, acompanharemos Accioli:

“Sem pretender, finalmente, definir com rigor a palavra democracia, poderíamos alinhar alguns princípios cardeais que melhor a caracterizariam, tais como: a preponderância da vontade popular, com a participação do povo nas decisões governamentais; a harmonia – tanto quanto possível – estabelecida entre os governantes e governados, caracterizando o governo pelo consentimento; a garantia da liberdade, em seu sentido mais genérico; o asseguramento da igualdade, como a preservação do princípio irrecusável da isonomia; a aplicação diuturna da justiça social”[10].

No período medieval, a importância do catolicismo para o desenvolvimento da democracia, esta então na forma do que Maritain sintetiza como “estado de espírito”, foi crucial em prol da superação de particularismos cívicos e políticos, libertando-se o homem, assim, nas palavras de Miguel Reale, para adquirir um significado originário pelo simples fato de ser homem, propagando, desta forma, uma nova moral extraordinariamente democrática.[11]

Neste sentido, urge frisar o que nos leciona Sayeg:

“Assim, a fraternidade que é tratada pelo liberalismo como um sentimento moral é temperada pelo dever dela na democracia, que também não pode ser radical, porque se sopesa com a posição liberal”. [12]

A moral, tratada enquanto dever na democracia, se insere na doutrina relativa aos fins expansivos do Estado que, conforme nos ensina Wilson Accioli:

“Desde Platão esta teoria prosperou, pois, já na República, ele assinalava como supremo objetivo o Estado ideal, quer dizer, aquele que realizava a justiça, que se identificava exatamente com a virtude global. Mas é com Hegel, por certo, que ocorre um renascimento mais vigoroso das doutrinas antigas. Com efeito, põe em destaque o autor da Fenomenologia do Espírito que ‘o Estado é a realidade da idéia moral’”. [13]

A moral social, enquanto conjunto de valores de determinada sociedade, ganha consistência, peso e relevância ao tempo em que as teorias de desconsideração da subjetividade do texto normativo e a sua vagueza semântica se tornam instrumentos poderosos para os mais temerosos fins, auxiliando negativamente na fragmentação da

unidade entre os indivíduos, sendo esta unidade responsável por formar o que Maritain, acompanhado por Accioli, com todo o seu magistério, traduz como Sociedade, qual seja, produto da razão e da moral (aquilo que os antigos chamavam de ‘virtude’). [14] Desta forma, enquanto a Fraternidade, inserida consoante dever na Democracia, nos confere fundamento e norte valorativo, a teoria do capital social de Robert Putnam vai conceder instrumentos práticos para a construção social neste caminho de múltiplas vias visando, sempre, a evolução no valor central da cultura cristã supra mencionado.

Desta forma, à sociedade, cerne dos valores da qual emana a Fraternidade, e ao Estado Democrático, ente público cuja incumbência é a realização do bem comum e a observância a tais valores, mister se faz a promoção de qualidades cívicas aos indivíduos que os compõem, a fim de que aquela seja consideravelmente embuída de capital social e este, conforme Accioli, de “notório senso de responsabilidade”. [15]

O desenvolvimento da Democracia mediante o capital social busca oferecer um outro método de integração da sociedade que não uma integração meramente sistêmica presente no utilitarismo. Não é o capital social um fim, nem um conceito principiológico, mas, a nosso ver, é instrumento para a perfeita observância da Lei Universal da Fraternidade.

Neste sentido, enfatiza Edgar Morin:

Quantos sofrimentos e desorientações foram causados por erros e ilusões ao longo da história humana, e de maneira aterradora, no século XX! Por isso, o problema cognitivo é de importância antropológica, política, social e histórica. Para que haja um progresso de base no século XXI, os homens e as mulheres não podem mais ser brinquedos inconscientes não só de suas idéias, mas das próprias mentiras. O dever principal da educação é de armar cada um para o combate vital para a lucidez. [16]

3. capital social

Utilizar-nos-emos como base o trabalho de Robert Putnam, professor da Universidade de Harvard, em seu livro *Comunidade e Democracia, A Experiência da Itália Moderna*.

Para Robert Putnam, capital social diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuam para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas. O capital social facilita a cooperação espontânea [17]

Putnam realizou louvável estudo sobre o capital social na Itália, comparando o norte e o sul deste país e qual a proporção entre os índices de capital social e os econômicos e sociais dessas regiões. Conforme Putnam, citado por Rattner, capital social

“fundamenta-se nas relações entre os atores sociais que estabelecem obrigações e expectativas mútuas, estimulam a confiabilidade nas relações sociais e agilizam o fluxo de informações, internas e externas”. [18]

A nossa escolha pelo estudo desenvolvido por Putnam se deu, de fato, pela intensidade que este oferece a quatro aspectos que entende fundamentais para abarcar o conceito de Capital Social e, conseqüentemente, do que chama de “comunidade cívica”: São eles:

- Participação cívica: diz respeito ao interesse pelas questões públicas, no reconhecimento e na busca pelo bem público. Importante frisar que a leitura de Putnam nos oferece uma visão que nada tem a ver com um comportamento ‘altruísta’ do indivíduo, nem com deixar para trás os interesses particulares inerentes ao indivíduo. Está diretamente associado com o que Tocqueville chama de “interesse próprio corretamente entendido”, definido no contexto das necessidades públicas gerais, um interesse particular “esclarecido”, não “míope”, o interesse próprio que é sensível ao interesse dos outros.

- Igualdade política:

“Tanto o poder absoluto quanto a falta de poder podem levar à corrupção, pois as duas coisas incutem um senso de irresponsabilidade”. [20]

É primordial que os indivíduos de uma sociedade estabeleçam relações horizontais de reciprocidade e cooperação, e não relações verticais de autoridade e dependência. Interajam como iguais, e não como patronos e clientes ou como governantes e requerentes. Convém salientar neste ponto que a sociedade contemporânea não prescinde de forma alguma à divisão do trabalho ou à liderança política, mas a igualdade política deve permear o Estado Democrático de Direito, seguindo a regra basilar da reciprocidade.

Solidariedade, confiança e tolerância:

“A confiança mútua é talvez o preceito moral que mais necessita ser difundido entre as pessoas, caso se pretenda manter a sociedade republicana”. [21]

A necessidade do combate ao isolamento e à desconfiança mútua é essencial para superar mais facilmente o oportunismo, através de relações de confiança. Conforme Putnam:

“Os laços de parentesco desempenham um papel especial na solução dos dilemas da ação coletiva. Em certos aspectos, os laços de sangue são comparáveis aos vínculos horizontais do engajamento cívico, porém a família é mais universal”. [22]

Associativismo: As associações civis contribuem para a eficácia e a estabilidade do governo democrático, tanto por causa dos seus efeitos internos ao indivíduo quanto dos efeitos externos sobre a sociedade.

“Isso é corroborado por dados extraídos de pesquisas sobre cultura cívica realizadas com cidadãos de 5 países, incluindo a Itália, mostrando que os membros das associações tem mais consciência política, confiança social participação política e ‘competência cívica subjetiva’”. [23]

Em vez de controles e relações de dominação patrimonialistas, o capital social favorece o funcionamento de normas e sanções consentidas, ressaltando os interesses públicos coletivos. De fato, segundo sua percepção do problema, o processo de acumulação de capital social — cooperação, confiança, reciprocidade, civilidade e bem-estar coletivo; enfim, o conjunto de elementos que desenham uma comunidade cívica — faz-se acompanhar de prosperidade econômica, desenhando uma espécie de círculo virtuoso.

Neste aspecto, como indica Durkheim:

Se, por outro lado, recordamos que a consciência coletiva se reduz cada vez mais ao culto do indivíduo, veremos que o que caracteriza a moral das sociedades organizadas, comparada com a das sociedades segmentárias, é que ela tem algo mais humano, portanto, mais racional (...) Ela nos pede apenas que sejamos justos, que cumpramos nossa tarefa, trabalhemos para que cada um seja convocado para a função que pode desempenhar melhor e receba o justo preço de seus esforços. As regras que a constituem não tem uma força coercitiva, que sufoca o livre exame; (...) há que evitar achar insuficiente tal ideal, a pretexto de que está demasiado ao nosso alcance. Um ideal não é mais elevado por ser mais transcendente, mas porque nos prepara perspectivas mais vastas. [24]

Os resultados e benefícios que advém de uma sociedade com alto índice de capital social são há muito conhecidos por pesquisadores de diversas áreas, apesar da divulgação e do número de pesquisas sobre o assunto estarem muito aquém de sua real importância e atualidade.

Bernardo Kliksberg, em artigo publicado pela Unesco juntamente à Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, nos apresenta alguns dos vínculos estabelecidos por acadêmicos com fundamentos base advindos do conceito de capital social:

- Existe relação econométrica importante entre um clima de confiança e as normas de cooperação cívica, por um lado, e o crescimento econômico no médio e no longo prazos, pelo outro (Knack e Keefer, 1996).
- Existe profunda relação comparativa internacional entre o clima de confiança e fatores como eficiência judicial, ausência de corrupção, qualidade da burocracia, e o pagamento dos impostos (La Porta, López de Sillanes, Shleifer e Vishny, 1997).
- O capital social acumulado numa família influi no rendimento escolar nas crianças (Teachman, Paasch e Carver, 1997).
- A família, unidade básica do capital social, influi, como já assinalado, em múltiplas dimensões, desde a absorção de imigrantes (Hagan, Mac Millan e Wheaton, 1996), até a criminalidade (Wilson, 1994).
- O grau de associativismo, a participação, ou não, em organizações, influi no rendimento econômico diferenciado de microempresas de pobres (Narayan e Pritcher, 1997).[25]

Henrique Rattner, Professor titular da FGV, pós doutor em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts - MIT – EUA, no seu artigo “Prioridade: construir o capital social” nos fornece um exemplo de institucionalização do capital social na Noruega, um dos países de maior IDH do mundo, pela Comissão Governamental de Valores Humanos, em 1998, com os seguintes objetivos:

- a) criar na sociedade uma consciência crescente sobre os valores e os problemas éticos;

- b) contribuir para um maior conhecimento do desenvolvimento de valores humanos em nossa cultura contemporânea;
- c) identificar desafios atuais em matéria ética da sociedade e discutir possíveis respostas;
- d) promover a integração dos diferentes setores a este debate; [26]

Os benefícios de um relevante enfoque ao capital social são muitos e cada vez mais percebidos, o que proporciona a este conceito característica crescente de instrumento tanto teórico quanto prático em prol do desenvolvimento econômico, político, social e cultural da sociedade.

O Banco Mundial, com a ajuda do governo da Dinamarca, formou uma equipe especial de funcionários e consultores externos chefiados por Ismail Serageldin, vice-presidente do departamento de Desenvolvimento Ambiental e Socialmente Sustentável, para o desenvolvimento de um projeto denominado *The Initiative on defining, monitoring and measuring social capital* (*The World Bank, 1998*).

Higgins elenca os objetivos deste projeto. Urge destacar três deles:

- Trabalhar com o capital social existente, em especial associações e organizações comunitárias, para desenhar e executar projetos. Isto tem a potencialidade de: a) melhorar o cumprimento de objetivos nas populações beneficiárias, b) reduzir os custos do projeto, c) melhorar a sustentabilidade, d) fortalecer a sociedade civil através destas organizações;
- Investir diretamente em capital social. Isso pode ser feito através de treinamento e capacitação de organizações locais com aporte financeiro direto;
- Encaminhar pesquisas ulteriores sobre as conseqüências distributivas e de crescimento que se podem gerar pelo fortalecimento do capital social, o mesmo que desenvolver estratégias de trabalho com organizações da sociedade civil. [27]

Capital social é, per se, fator decisivo de aporte financeiro, estando diretamente relacionado com investimento para o Banco Mundial. Percebeu acertadamente esta instituição que, mais que um redutor de custos a médio e longo prazo, é um agregador de valor à sociedade como um todo, sendo um aditivo de confiabilidade no cumprimento dos negócios jurídicos, na respeitabilidade ao limite do outro e na visão de comunidade cívica, com a consciência inerente aos cidadãos das benesses que advém pelo respeito mútuo e ao espaço comum. Um empreendedor nato sabe muito bem que a análise do requisito da previsibilidade se encontra muito antes da aplicação das normas pelo Poder Judiciário, pois a sua provocação pressupõe a alocação de recursos, tanto públicos como privados, que certamente seria evitada numa sociedade locupletada de capital social.

Como já visto acima, o Banco Mundial tem adotado tal conceito partindo da lógica de que o desenvolvimento completo do ser humano não se faz somente enquanto indivíduo, mas inserido na sociedade mediante, além de outros aspectos, o aumento das eficiências econômicas. No Brasil, em 27 de maio de 2003, o Banco Mundial

desenvolveu o seminário *Construindo o desenvolvimento por meio do capital social - estudos de caso do Nordeste do Brasil*, em que se discutiu o conceito de capital social e suas conseqüências nas políticas de desenvolvimento regional e local a partir de exemplos das intervenções feitas no município de Alcântara (MA) e na península de Utapagipe, região administrativa de Salvador (BA).

Em 29 de Julho de 2004, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura-IICA e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o Banco Mundial realizou um seminário de uma série intitulada *Diálogos Sobre Redução de Pobreza Rural no NE* com o tema *Medindo Capital Social para o Desenvolvimento*.

Vê-se o crescente interesse do Banco Mundial no desenvolvimento deste conceito. Não esqueçamos de que é uma Instituição Financeira de alcance global. Se pensarmos ainda como um banco de origem eminentemente liberal, buscando investir conseqüentemente somente naquilo que lhe trará lucro, num raciocínio onde a dignidade da pessoa humana, a princípio, deveria ser tratada secundariamente, tal enfoque de investimento não faz sentido. Porém, como bem indica Putnam utilizando como modelo seu estudo na Itália moderna,

“As possibilidades de desenvolvimento sócio-econômico de uma região neste século dependeram menos de seu potencial sócio-econômico inicial do que de seu potencial cívico. Tanto quanto podemos julgar por essa simples análise, a atual correlação entre civismo e economia reflete principalmente o impacto do civismo sobre a economia, e não o inverso”. [28]

O desenvolvimento do capital social é crucial para as relações jurídicas, no momento que a auto-regulação já se faz realidade em alguns ambientes comerciais e cuja expansão para todo o globo é inevitável aos países que almejam prosperidade social e econômica. Erick José Travassos Vidigal, na sua tese de mestrado “A paz pelo comércio: A auto-regulação das relações econômicas internacionais e o livre comércio como alternativa à inaplicabilidade da jurisdição nos conflitos internacionais”, transcreve, a título de elucidação, importante trecho do preâmbulo dos Princípios de Supervisão Efetiva do Mercado elaborados por iniciativa do *Council of Securities Regulators of the Americas – COSRA*

Em um sistema de auto-regulação, os profissionais do mercado, tais como os operadores e intermediários de mercado, desenvolvem, implementam e fazem cumprir as regras que regem suas atividades. A auto-regulação poupa os recursos do governo e fomenta o desenvolvimento de regras benéficas e viáveis para o mercado, bem como oferece mais flexibilidade na resolução de problemas complexos, quando comparada a uma intervenção direta do governo. Em países onde não existem organizações auto-reguladoras, dever-se-ia considerar o estabelecimento destas. A supervisão governamental sobre os auto-reguladores é, todavia, de vital importância para garantir proteção contra possíveis conflitos entre o interesse privado da indústria e o interesse público. [29]

No âmbito internacional ainda, caminhando junto à idéia do círculo virtuoso de Putnam, o autor nos ensina que:

O vínculo circular que se estabelece entre comércio e comunicação apresenta-se como um dos maiores responsáveis pelos avanços obtidos pela raça humana, desde sua primeira experiência social. Quanto mais desenvolvido o comércio, mais propícia se torna a comunicação. Quanto mais se desenvolve a comunicação, mais propício se torna o comércio. [30]

3.1. ASSOCIATIVISMO

No liberalismo clássico, o que se busca defender a qualquer preço é a liberdade individual. Não há lugar para partidos, grupos ou comunidades de intermediação entre o indivíduo e o Estado. Nas palavras de Putnam, sobre o início do século XIX, pós Revolução Francesa:

“Inspirados na rigorosa doutrina do *laissez faire*, os governos liberais da França, Itália e de outros países aboliram guildas, dissolveram entidades religiosas e desencorajaram a formação de quaisquer ‘combinações’ sociais ou econômicas semelhantes. Para impor essa nova ordem, as autoridades francesas e italianas mantinham sob rígida vigilância (e não raro tentavam extinguir) até mesmo as mais inócuas manifestações de sociabilidade organizada (...)”. [31]

Este contexto de tentativa de erradicar as associações nos lugares em que a política do *laissez faire* se fazia mais presente foi o vigente ao mesmo tempo em que Tocqueville encontrava nos norte-americanos um egoísmo que chamou de “esclarecido”.

O “egoísmo esclarecido” de Tocqueville se manifestaria através de uma pedagogia permanente e pragmática da real concretização da democracia. Entendeu que:

“É encarregando os cidadãos da administração dos pequenos negócios, muito mais do que lhes entregando o governo dos grandes, que se pode levá-los a se interessarem pelo bem público e a enxergarem a necessidade que têm sem cessar uns dos outros para produzi-lo (...) Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos, se unem sem cessar. Não apenas têm associações comerciais e industriais de que todos participam, mas possuem além dessas mil outras: religiosas, morais, graves, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e minúsculas”. [32]

O fascínio que a sociedade norte-americana causou em Tocqueville e que se observa em sua obra é percebido por Putnam, que segue uma linha doutrinária chamada de *neotocquevilliana*, como podemos observar em “Bowling alone: America’s declining social capital”:

“Desde a publicação da obra ‘Democracia na América’ de Alexis de Tocqueville, os Estados Unidos tem tido um papel central nos estudos sistemáticos sobre as relações entre democracia e sociedade civil (...) Quando Tocqueville visitou os Estados Unidos em 1830, foi a propensão dos americanos pela associação cívica, enquanto fator-chave para o trabalho democrático, o que mais o impressionou”. [33]

Putnam constantemente trata do conceito de associativismo como um indicador e impulsionador de estímulos sociais em prol da eficiência no desenvolvimento econômico, visto que abre espaço para os cidadãos criarem vínculos de confiança recíproca e, conseqüentemente, contratarem com mais segurança e respeito mútuo para

que, assim, todos se sintam mais à vontade para multiplicar a prática do relacionamento, aumentando o dinamismo na circulação de dinheiro e mercadorias.

Putnam estuda em sua obra a diferença entre o Norte e o Sul da Itália no desenvolvimento social e econômico, baseando na cultura cívica de ambos os ambientes para compreender a diferença no nível de capital social e a relação direta que encontrou com o nível de desenvolvimento.

Através de seu estudo de campo realizado de 1970 – ano em que se deu início a descentralização do governo italiano e a criação dos governos regionais – até 1990, constatou, mediante análise estatística comparativa das regiões italianas que o associativismo voluntário fez crescer no norte italiano o republicanismo comunal. O desenvolvimento da república nas comunas italianas do norte foi uma consequência natural do crescimento de noção política e cívica dos seus cidadãos. Enquanto que no sul, a incidência de organizações paralelas ao Estado Democrático era constante, segmentando a sociedade, enfraquecendo a unidade social e, conseqüentemente, individualizando cada vez mais os cidadãos, se é que pudessem se chamar assim.

As históricas associações italianas mostradas por Putnam auxiliaram fortemente à eficácia e estabilidade dos governos democráticos, por conta de seus efeitos internos e externos. No âmbito interno, as associações incutem em seus membros hábitos de cooperação e espírito público. Os associados têm a necessidade de tornarem suas atitudes mais moderadas em virtude da interação grupal e das múltiplas pressões, gerando também um senso de responsabilidade comunitária para com os empreendimentos coletivos. No âmbito externo, essas associações, por estarem mais próximas das dificuldades a serem desenvolvidas para o crescimento regional, mais facilmente, e de forma mais célere, conduzem os seus vínculos para a aplicação das soluções mais viáveis. Putnam cita Milton Esman, pesquisador sobre desenvolvimento do Terceiro Mundo:

“é essencial contar com uma vasta rede de associações para poder verdadeiramente combater a pobreza em massa (...) Não podemos conceber nenhuma estratégia de desenvolvimento que combine aumento de produtividade com ampla distribuição de benefícios, na qual as organizações participativas locais não tenham papel destacado”. Neste ambiente de associativismo em que surgem valores como fez o republicanismo em meio à região norte italiana. Tratar o Estado-nação como “coisa pública”, comandado este Estado por um eleito pelo povo, mostra que o cidadão percebeu que suas necessidades deveriam ser observadas por quem o governa. Somente assim conquistaria seus objetivos enquanto pessoa, e teria segurança para criar vínculos de confiabilidade recíproca, com a observância de princípios claros estabelecidos e defendidos por seu representante. Diferentemente da Monarquia, onde o poder emana do próprio monarca, sem necessariamente olhar para os interesses do povo que governa. [34]

O associativismo caracteriza-se, enquanto forma de organização social, pelo seu caráter normalmente de voluntariado, por reunião de dois ou mais indivíduos, no seu uso como instrumento da satisfação das necessidades individuais humanas (nas suas mais diversas manifestações).

Todas as constituições do mundo liberal-democrático explicitam, de alguma forma, a necessidade de assegurar e garantir a liberdade de associação. Nos últimos anos, essa idéia tem ocupado grande espaço de debate, principalmente a premissa central de Putnam, para quem a problemática da economia das sociedades contemporâneas localiza-se, entre outros pontos, no envolvimento dos cidadãos com associações não-políticas como requisito essencial da constituição de normas e valores de adesão à democracia. Nossa Constituição Federal, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, no seu artigo 5º, XVII, expressa ser plena a liberdade de associação para fins lícitos sendo, inclusive, conforme o inciso XVIII do mesmo artigo, vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Recorrer ao Poder Judiciário para solução de conflitos é um dos aspectos que reforçam a importância do associativismo, a fim de que se resolvam as questões o máximo possível próximas das pessoas e da comunidade a que estão relacionadas, principalmente nas análises do contexto atual em que somos mais simpáticos ao Direito Reflexivo de Gunther Teubner, porém, é indiscutível a importância do caráter de legitimidade de parte conferido às associações em nosso arcabouço jurídico pátrio, merecendo destaque no que diz respeito às ações onde o objeto permeia direitos fundamentais e difusos, passando pelo mandado de segurança (art. 5º, LXX, “b”), ação civil pública (principalmente na defesa da Ordem Econômica e de seus fins e fundamentos na forma elencada no artigo 170 da CF de 1988), e, inclusive, na denúncia de irregularidades ao Tribunal de Contas da União (art. 74, §2 da CF).

Franco Montoro fez questão de sublinhar, já em 1981, o direito de participar no desenvolvimento como o “novo direito social”:

“em lugar de ser tratado como um objeto das atenções paternalistas dos detentores do Poder, o homem tem o direito de ser considerado pessoa consciente e responsável capaz de ser sujeito e agente no processo do desenvolvimento”. [35]

Nesse sentido, as associações são as principais escalas da democracia na sociedade e sua importância na Ordem Econômica é ímpar. Sob o Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira” Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, o artigo 174, § 2º proclama que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. No presente momento buscamos adequar a interpretação dos artigos da Carta Magna ao viés neotocquevilliano de Robert Putnam, tendo por fim o regime Capitalista Humanista de Mercado, observando a Lei Universal da Fraternidade.

O benefício do associativismo se mostra, a nosso ver, central, e o papel da educação na promoção dos valores que o baseiam é primordial e merece tratamento especial. Na educação, compartilhamos o viés de Cristovam Buarque no que este considera o novo mote ideológico-político da super-modernidade, qual seja, o Educacionismo, atrelado à interdisciplinariedade de Edgar Morin, conforme veremos mais a frente.

4. EDUCAÇÃO

A palavra “educação” tem sua origem do latim *educatio, educationis*.

Significa, segundo o ilustre dicionarista Aurélio Buarque de Holanda,

Processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando a sua melhor integração individual e social. [36]

Através da educação é que se constroem os cidadãos capazes de exigir direitos e de agir de acordo com seus deveres, gerando qualificação para o trabalho e senso crítico, sendo pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado Democrático de Direito.

A Democracia, aliás, só poderá ser buscada em sua plenitude se a sociedade for, em suas condições mínimas, livre para escolher e agir. Para que a liberdade seja inerente à sociedade, a educação deve ser própria da sua cultura e dos seus costumes sociais, já que esta é a responsável pela formação, através do conhecimento, elevando a compreensão do cidadão sobre si mesmo e sobre o mundo à sua volta. Enquanto direito humano, tem sua imutabilidade garantida, devendo ser oferecida a todos de forma eficiente e contínua, não só quando prestada pelo Poder Público, como quando prestada pelo particular.

A consideração da educação ao status de direito basilar da liberdade e da democracia é urgente para a percepção de seu conceito como primordial ao desenvolvimento da sociedade. Na forma de serviço público, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento são determinantes para a educação, pois o são para o setor público, não podendo, dessa forma, a educação ser tratada como se fosse atividade econômica em sentido estrito [37] quando oferecida pelo setor privado, com a consequência daquelas funções como meramente indicativas.

4.1. EDUCACIONISMO

O Educacionismo, nas palavras de seu idealizador Cristovam Buarque,

“é uma ideologia que centra o progresso e a utopia em uma revolução pela educação. Na visão tradicional, a educação é um serviço; no educacionismo é o instrumento de construção e transformação social: é o vetor civilizatório. Na visão economicista, desigualdade ou igualdade são corrigidas ou criadas pela economia; no educacionismo, o berço da igualdade ou desigualdade está no berço social: a escola”. [38]

Tal ideologia parte do pressuposto de que a grande questão do atual momento em que vivemos, nas palavras de Buarque, de super-modernidade, é a educação colocar valores éticos da igualdade de oportunidades entre classes e entre gerações para a definição dos objetivos sociais, a partir dos quais se construirá a racionalidade econômica que determinaria como a técnica transformaria a natureza nos homens e seus produtos.

Em trecho do seu Livro “O que é Educacionismo”, o autor dedica um capítulo à correlacionar Educacionismo e valor, no sentido não de vincular o valor das coisas somente à quantidade de trabalho humano que elas contêm, nem ao subjetivismo do comprador e do vendedor no momento da mudança de dono do produto pois, assim, não se considera o valor adquirido pelas coisas ao serem feitas durante o processo de transformação da natureza. Em suas palavras,

“Numa economia em que o trabalho do homem é cada vez menos necessário no processo direto de produção, porque realizado por máquinas inteligentes, a teoria baseada na quantidade de horas de trabalho não consegue explicar como é formado o

valor das coisas. E neste momento histórico em que o meio ambiente está ameaçado, é insensato não incorporar o valor da natureza na formação do valor dos produtos”. [39]

Desta forma, sua inovação é oportuna ao oferecer

“uma nova visão para a teoria do valor. O valor de um produto vem da quantidade de conhecimento envolvido no seu desenvolvimento. O valor das coisas equivale à soma das horas, meses e anos no processo educacional, incluindo o desenvolvimento científico e tecnológico necessário à sua concepção e fabricação, ao seu desenho, ao projeto de suas partes, à montagem e à qualificação dos operadores que as fabricarão”. [40]

Ou seja, educação como fonte do valor das coisas.

A educação é o meio de democratização da sociedade. Não pelo método cartesiano e de centralização do saber, conformadores da base de poder da tecnocracia, consoante impera atualmente, ressaltando Rattner, que a cultura oficial

“ênfatisa o individualismo e o desinteresse pelo bem-estar coletivo. Estimula o consumo afluente e o enriquecimento individual como principais objetivos na vida, o que enfraquece o tecido social e leva à sua desagregação. A predominância de valores contrários à solidariedade e cooperação resulta em expansão das redes de corrupção e delinqüência em todos os níveis da sociedade” [41].

Importante esclarecer, portanto, que a tese aqui esboçada não condiz de forma alguma com aquela concepção outrora incorporada nas décadas de 1950-60, que considerava a força de trabalho “capital humano”. Partia-se do pressuposto que, quanto maior a qualidade técnica e a eficiência do trabalhador, angariadas por meio da educação técnica, conseqüentemente há aumento na produtividade, o que influi positivamente em seu salário proporcionando, naturalmente, uma equalização social.

Como muito bem nos mostra Frigotto, através deste enfoque, o problema da desigualdade tende a reduzir-se a um problema de não-qualificação. [42]

Entender a educação como investimento em mão-de-obra face às demandas do mercado de trabalho é puro reducionismo ao não considerar as dimensões psicossociais e de motivação da força de trabalho.

Além do que, tal perspectiva liberal da educação não se coaduna com qualquer pretensão de desenvolvimento em um Estado Democrático de Direito de fragilidade institucional e de desigualdade estrutural latentes, como o Brasil. Neste quadro, a curta história de convivência democrática atrelada à alta concentração de renda é o espaço ideal para políticas de mero cunho paliativo e o paternalismo que, por sua vez, se conforma perfeitamente em ambientes onde os instrumentos em prol da democracia são de pouco ou distorcida utilização.

4.2. ANTROPO-ÉTICA

Em face desses questionamentos é que evocamos a teoria do Eminentíssimo filósofo Edgar Morin, no que diz respeito à interdisciplinaridade e ao pensamento complexo.

Em suas palavras,

Produzimos a sociedade que nos produz. Ao mesmo tempo, não devemos esquecer que somos não só uma pequena parte de um todo, o todo social, mas que esse todo está no interior de nós próprios, ou seja, temos as regras sociais, a linguagem social, a cultura e normas sociais em nosso interior. Segundo este princípio, não só a parte está no todo como o todo está na parte. Isto acarreta consequências muito importantes porque, se quisermos julgar qualquer coisa, a nossa sociedade ou uma sociedade exterior, a maneira mais ingênua de fazê-lo é crer (pensar) que temos o ponto de vista verdadeiro e objetivo da sociedade, porque ignoramos que a sociedade está em nós e ignoramos que somos uma pequena parte da sociedade. Esta concepção de pensamento dá-nos uma lição de prudência, de método e de modéstia [43].

Morin nos alerta sobre a necessidade do enfoque da educação num sentido que chama de antro-po-ético. Utiliza esta terminologia para evocar o que o filósofo considera a trindade formadora do homem, qual seja, o aspecto individual, o social e o genético. Enxergar por essa perspectiva da trindade de Morin, da necessidade de uma educação “antro-po-ética”, acarreta uma visão interdisciplinar desta educação, onde a integração das disciplinas se faz regra para um aprendizado distante da concepção fragmentada e dividida do mundo, que impede a visão total da realidade.

Essa visão fragmentada, consoante Morin, faz com que os problemas permaneçam invisíveis para muitos, principalmente para muitos governantes.

E hoje que o planeta já está, ao mesmo tempo, unido e fragmentado, começa a se desenvolver uma ética do gênero humano, para que possamos superar esse estado de caos e começar, talvez, a civilizar a terra.

O pensamento complexo conduz-nos a uma série de problemas fundamentais do destino humano, que depende, sobretudo, da nossa capacidade de compreender os nossos problemas essenciais, contextualizando-os, globalizando-os, interligando-os: e da nossa capacidade de enfrentar a incerteza e de encontrar os meios que nos permitam navegar num futuro incerto, erguendo ao alto a nossa coragem e a nossa esperança.[44]

5. CONCLUSÃO

Pretendemos, aqui, demonstrar a importância do Capital Social para o desenvolvimento da sociedade. Partimos do pressuposto de que o Direito vai muito além daquele positivado, se fazendo construção diária, como nas palavras do Eminentíssimo Jurista francês Norbert Rouland:

“Um direito ainda mais vinculado à moral, menos imperativo, mais maleável e menos espesso: essas são algumas direções que cumpriria abrir”.[45]

Para a construção deste direito enquanto manifestação cultural é evidente a importância do capital social enquanto ferramenta para a construção de uma sociedade justa e solidária, numa economia que realmente caminhe conforme os ditames da justiça social. A concepção do Direito evocada por Sayeg em face da Lei Universal da Fraternidade está em total consonância com o capital social aqui exposto – sendo este também um agregador de valor ao mercado - se observarmos a obviedade de que o fortalecimento do tecido social através da propagação de valores como solidariedade, respeito mútuo, reciprocidade e associativismo, limita, por exemplo, a possibilidade de cometimentos de atos ilícitos ou de descumprimento de negócios jurídicos, fatos que, estes sim, acarretam graves agressões à rede social, impossibilitando o depósito de confiança que sempre foi e será um fator determinante para o saudável fluir dos negócios e da saudável convivência humana.

Além do que, o ser humano é sujeito ativo e fim da ordem econômica, proprietário de direitos essenciais mais que à sua subsistência, mas à maturação constante do seu direito de escolha. Esse direito, no âmbito da sociedade, se faz presente nos seus instrumentos democráticos de atuação e participação, instrumentos estes dos quais a fundação é o próprio associativismo, cuja consolidação depende do nível de desenvolvimento de todo o arcabouço que engloba o capital social, conjunto de valores-instrumento frutos da pedagogia institucional do auto-governo, individual ou socialmente falando, ou seja, da internalização do que seria uma real democracia [46].

Se conduzirmos o povo por meio das leis e realizarmos a regra uniforme com a ajuda dos castigos, o povo procurará evitar os castigos, mas não terá o sentimento da vergonha. Se conduzirmos o povo por meio da virtude e realizarmos a regra uniforme com a ajuda dos ritos, o povo adquirirá o senso da vergonha e além disso se tornará melhor. Confúcio (551-479 a.C.) [47]

Referências bibliográficas

ACCIOLI, Wilson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

AUMONT, Jaques. *A Imagem*. Ed. Papyrus, 13ª edição, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2ª Ed. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2008.

BUARQUE, Cristovam. *O que é Educacionismo*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRIGOTTO, Gaudêncio. *A Produtividade da Escola Improdutiva*. 2ª edição. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986.

HIGGINS, Silvio Salej. *Fundamentos Teóricos do Capital Social*. Chapecó: Argos, 2005.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira

KLIKSBERG, Bernardo. *América Latina : uma região de risco, pobreza, desigualdade e institucionalidade social*; tradução de Norma Guimarães Azeredo . Brasília: UNESCO, 2002.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2008*

MONTORO, André Franco, 1914. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981

MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo, SP: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

PUTNAM. Robert Putnam. *Bowling Alone: America's declining social capital*. Journal of Democracy, n. 6.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a Experiência da Itália Moderna*; tradução Luiz Alberto Monjardim. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2003.

RATTNER, Henrique. *Prioridade: Construir o Capital Social*. www.espacoacademico.com.br/021/21rattner.htm

VIDIGAL, Erick J. T., *A paz pelo comércio: A auto-regulação das relações econômicas internacionais e o livre comércio como alternativa à inaplicabilidade da jurisdição nos conflitos internacionais*.

LAUBÉ, Vitor Rolf. “*Ética pública e corrupção*”. A Tribuna Piracicabana, Piracicaba, São Paulo: 2008.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Doutrina Humanista de Direito Econômico. A Construção de um Marco Teórico*.

[1] LAUBÉ, Vitor Rolf. *Ética pública e corrupção*. Piracicaba, São Paulo: A Tribuna Piracicabana, 2008.

[2] BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2a Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p.41

[3] BOBBIO, Norberto. Op. cit. p.42

- [4] SAYEG, Ricardo Hasson. SAYEG, Ricardo Hasson. *Doutrina Humanista de Direito Econômico. A Construção de um Marco Teórico.* p. 46
- [5] SAYEG, Ricardo Hasson. Op. cit., p. 16
- [6] AUMONT, Jacques. *A Imagem.* 13^a ed., Campinas: Ed. Papyrus, 2008, p.47
- [7] SAYEG, Ricardo Hasson. Op. cit., p. 81
- [8] SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito.*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p.58.
- [9] SAYEG, Ricardo Hasson. Op. cit., p.86
- [10] ACCIOLI, Wilson. *Teoria Geral do Estado.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p.312.
- [11] ACCIOLI, Wilson. op. cit. p. 307
- [12] SAYEG, Ricardo Hasson. Op. cit., p. 86
- [13] ACCIOLI, Wilson. op. cit. p. 211
- [14] ACCIOLI, Wilson. op. cit. p. 04
- [15] ACCIOLI, Wilson. op. cit. p. 219
- [16] MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro.* São Paulo, SP: Brasília, DF:UNESCO, 2000 p. 25.
- [17] PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a Experiência da Itália Moderna;* tradução Luiz Alberto Monjardim. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 177
- [18] RATTNER, Henrique. *Prioridade: Construir o Capital Social.* www.espacoacademico.com.br/021/21rattner.htm
- [20] PUTNAM, Robert D. op. cit. p.102
- [21] PUTNAM, Robert D. op. cit. p.103
- [22] PUTNAM, Robert D. op. cit. p.134.
- [23] PUTNAM, Robert D. op. cit. p.105.
- [24] DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social.* São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.430

- [25] KLIKSBERG, Bernardo. *América Latina : uma região de risco, pobreza, desigualdade e institucionalidade social*; tradução de Norma Guimarães Azeredo . Brasília: UNESCO, 2002.
- [26] RATTNER, Henrique. op. cit.
- [27] HIGGINS, Silvio Salej. *Fundamentos Teóricos do Capital Social*, Chapecó, SC: Ed. Argos, 2005, p.25-26.
- [28] PUTNAM, Robert D. op. cit. p.166
- [29] VIDIGAL, Erick J. T., *A paz pelo comércio: A auto-regulação das relações econômicas internacionais e o livre comércio como alternativa à inaplicabilidade da jurisdição nos conflitos internacionais*. p. 101
- [30] VIDIGAL, Erick J. T. op. cit. p.98
- [31] PUTNAM, Robert D. op. cit. p.148.
- [32] HIGGINS, Silvio Salej. apud TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: Editora UnB. 1997, p. 127-131.
- [33] PUTNAM. Robert Putnam. *Bowling Alone: America's declining social capital*. Journal of Democracy, n. 6, p. 65.
- [34] ESMAN, Milton apud Putnam, Robert D. op. cit., p.115
- [35] MONTORO, André Franco, 1914. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 180-181.
- [36] HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, verbete *educação*.
- [37] GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105
- [38] BUARQUE, Cristovam. *O que é Educacionismo*. São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção Primeiros Passos; p.19
- [39] BUARQUE, Cristovam. op. cit. p. 88
- [40] BUARQUE, Cristovam. op. cit. p. 92
- [41] RATTNER, Henrique. *Prioridade: Construir o Capital Social*, ver em www.espacoacademico.com.br/021/21rattner.htm
- [42] FRIGOTTO, Gaudêncio. *A Produtividade da Escola Improdutiva*. 2ª edição. São Paulo:Cortez; Autores Associados, 1986. p.136

[43] Edgar MORIN. *Da necessidade de um pensamento complexo*. In: Francisco Menezes Martins e Juremir Machado da Silva (org), *Para navegar no século XXI*. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs. 2000.

[44] MORIN, Edgar. *Op. Cit.*. p.11

[45] ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2003

[46] HIGGENS, Silvio Salej. *op. cit.* p.142

[47] ROULAND, Norbet. *Op. Cit.* p.31

**ENSINO DO DIREITO NO BRASIL:
REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E
EXPERIÊNCIAS**

ENSINO DO DIREITO NO BRASIL
THE LEGAL EDUCATION IN BRAZIL

Adriana Barbosa da Silva
Cesar Floriano de Camargo

RESUMO

RESUMO: O Ensino Jurídico no Brasil encontra-se em transição legislativa que reflete em sua estrutura material e formal. Através de análise histórica dos cursos de Direito, desde sua criação, período imperial, ditadura e república compreende-se a atual situação do ensino, as interferências dos órgãos representativos como a Ordem dos Advogados do Brasil e a função do Estado, através do Ministério da Educação e Cultura. O raciocínio jurídico deve ser estimulado pelo professor e as instituições de ensino superior, conseqüentemente, devem investir na capacitação docente. De forma crítica, analisa-se os atuais projetos pedagógicos do curso de Direito e propõe-se mudanças reais visando a melhoria na qualidade do ensino.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS- CHAVE: ENSINO JURÍDICO; OAB; MEC.

ABSTRACT

ABSTRACT: The Legal Education in Brazil is in transition legislation that reflects in its structure and formal material. Through historical analysis of the courses of law understand the current situation of education, the interference of representative bodies such as the Brazilian Bar Association and the function of the state, through the Ministry of Education and Culture. In criticism, analyzes the current projects is teaching the course of law and proposes to real changes to improve the quality of education.

KEYWORDS: KEY WORDS: LEGAL EDUCATION; OAB; MEC

INTRODUÇÃO

É sabido, no universo do conhecimento, que do ato de pensar resultam o levantamento de problemáticas, das quais emergem a necessidade e encontrar soluções para essas questões.

Dista de muito tempo, o pensar quanto ciência, com a finalidade de possibilitar a amplitude e o aprofundamento das questões as quais se lançam desafios para que possam ser de forma fundamentada na ciência, solucionadas.

O mundo do Direito, não se mostrou alheio a estas necessidades e notórios pensadores buscaram compreender o Direito como ciência social, visando uma sociedade mais organizada e justa.

O Brasil passa de uma fase colonizadora, para uma fase império, culminando no acontecimento republicano. Entretanto, desde a fase imperial, época em quem nasce o curso de Direito no Brasil, este vem sofrendo modificações, vezes de vanguarda, outras de conservadorismo extremo.

Neste ensaio, almeja-se lançar lampejos de idéias, trazidas das discussões e obras que versam sobre a temática, com a finalidade de apresentar, não de forma cabal, mais sim de maneira ilustrativa, elementos reflexivos acerca do ensino jurídico no Brasil República.

Tal missão não se esgota em si mesma, como antes dito, almeja a mesma aguçar aqueles que por ela se depararem, a contribuir de sobremaneira à ciência do Direito, compreendendo que somente por meio de uma discussão reflexiva acerca da conjuntura atual da sociedade brasileira, é que se pode de forma científica buscar elementos para a solução dos conflitos atuais.

Para tanto, prima-se pela necessidade do aprendizado continuado, ou do despertar para habilidades e práticas, afastando-se de elementos unicamente economicistas, para que o conhecer dos fatos atuais e da realidade do hoje, ciente do passado, possa-se contribuir para a construção de uma melhor sociedade, cuja missão deve corroborar a Ordem dos Advogados (OAB) e o Ministério da Educação e Cultura (MEC).

1 - A ORIGEM DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

1.1 - O ato de pensar como precursor do ensino

Antes de analisar-se o ensino jurídico brasileiro, é interessante vislumbrar-se que na formação evolutiva do homem, que foi a clássica antiguidade, na academia de Platão, as habilidades intelectuais se manifestavam almejando um preparo racional e intelectual.
[2]

Outros fatos foram também de suma relevância ao surgimento do ensino como ciência, como aconteciam nas reuniões de cunho científico no Liceu de Aristóteles, cujo papel principal era o de formar pensadores, e dentre esses o pensar do Direito.

Mesmo tendo num primeiro plano, a influência das escolas filosóficas no ensino do Direito, este estudo, ganha no curso da evolução humana uma característica cristã, dada a influência da igreja no contexto social e político de determinada época.[3]

Verifica-se dessa forma, que determinada conjuntura do estado social de determinado povo, vai direta e indiretamente influenciando o Direito e sua cientificidade.

Com esse cunho, ou seja, ver o Direito de forma científica e técnica quebra-se paradigmas que outrora eram tidos como absolutos e únicos.

Bom exemplo desses estados fáticos sociais, é o apartar do Direito da Religião, não sofrendo mais, interferências diretas dessa. Livre, vez que, encontrando-se desatrelado da religião, pode como ciência autônoma avançar no sentido de buscar soluções jurídicas para os conflitos da sociedade contemporânea.

1.2 - A transformação do ensino jurídico no Brasil

O ensino jurídico no Brasil, após movimentos sociais e políticos nas academias de Direito em Portugal, ganha corpo com o advento da Constituição de 1824, a qual de forma expressa autoriza a criação desses cursos no Brasil. E foi a Lei Imperial de 11 de agosto de 1827, que corporifica a previsão constitucional fazendo surgir as Academias de Direito, uma em São Paulo e outra em Olinda, ambas ligadas ao clero, vez que em São Paulo nasce no Largo de São Francisco e em Olinda no Mosteiro de São Bento.[4]

Assim, no ano de 1854, estes cursos são denominados de Faculdades de Direito, além do que se tem nesse ano a transferência do curso de Olinda para Recife.[5]

Neste contexto histórico-social, murmura-se na época, que o nascimento dos cursos de Direito tinha como plano de fundo estruturar a classe política dominante da época, nesse diapasão, escreve Rodrigues[6] quando em sua obra, se manifesta no sentido deste entendimento.

[...] a criação dos cursos jurídicos no Brasil foi uma opção política e tinha funções básicas:

- a) sistematizar a ideologia político-jurídica do liberalismo, com a finalidade de promover a integração ideológica do estado nacional projetado pelas elites;
- b) a formação da burocracia encarregada de operacionalizar esta ideologia, para a gestão do estado nacional.

Tal entendimento perde a relevância, dada a premissa de um novo pensar, a de formar bacharéis com mais apego à técnica jurídica numa nova conjuntura do País, naquele momento.

Neste sentido, aduz Bastos,[7] que o surgimento e estruturação dos cursos de Direito no Brasil ligavam-se de forma umbilical à uma nova consolidação do Estado Imperial, ainda tendo insurgências das expectativas e contradições das elites brasileiras.

1.3 - O Direito e o Brasil Imperial

A idéia do surgimento dos cursos de Direito no Brasil encontrava-se envolto mesmo que de maneira substancial a um pensamento ideológico e político naquele período.

Os aparecimentos desses cursos marcam nova postura, a qual desvincula-se da realidade social, voltado à formação da nova elite brasileira. Entretanto, as Faculdades de Direito de São Paulo e de Recife, apartam-se desse conjunto de idéias calcadas em interesses de grupos para uma concepção humanística e cultural, retomando o discurso filosófico como crítica construtiva à ciência do Direito, discutindo-se o positivismo com a finalidade de melhor compreendê-lo, buscando, ato contínuo, novos caminhos.

Embora em Recife e em São Paulo houvesse uma preocupação jurídica filosófica do direito, cada uma engaja numa vertente, onde a de Recife investe na formação de juristas e a de São Paulo na de operadores políticos. Dada a essa vertente, tem-se na escola de Recife uma cientificidade de maior relevância ao direito privado, chamado de Direito Civil puro, dado ao fundamento no pandectismo alemão, advindo da filosofia de Silvio Romero e de Tobias Barreto.

Desta ordem filosófica de formação de juriconsultos, ressalta-se o grande pensador jurídico, Clóvis Beviláqua, o qual alcança relevância nacional quando elabora o Projeto do Código Civil de 1916, o qual vigorou por décadas, até o advento do atual código de janeiro de 2002.

No período pré-republicano, os conceitos humanísticos, e a relevância de se encontrar técnicos a conduzir o novo Estado, que encontrava-se na iminência de porvir, tem-se que as questões tratadas em cada complexo de formação jurídica, Recife e São Paulo, puderam contribuir de sobremaneira, à estruturação da nova República.

2 - O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL REPÚBLICA

2.1 - O *Apartaid* do Clero e o Direito

Com a nova ordem política, dada a proclamação da República, novos paradigmas surgem para as Faculdades de Direito, uma delas é a exclusão da igreja do contexto jurídico, haja vista, ter sido o direito eclesiástico, retirado do currículo das duas

faculdades na época,[8] bem como, advindo do emergente movimento feminista, tem-se por meio do Decreto n. 3.903, de 12 de janeiro de 1901, a possibilidade de que mulheres pudessem ingressar nos cursos de Direito.

Tal feito advém da denominada reforma ao ensino jurídico, proposta por Leôncio de Carvalho no ano de 1879, vez que, nesse contexto, contempla o denominado ensino livre, tornando-se o marco da primeira grande expansão do ensino do Direito no Brasil.

O ápice de toda essa mudança proporcionou ao Direito um *status* de autonomia, onde a advocacia torna-se autônoma e sem apego ao Estado, nascendo nesse contexto a Ordem dos Advogados do Brasil, e não conseqüente regulamentação da profissão do advogado, a tão somente aqueles que possuíam o bacharelado.

2.2 - Nova República e velhos hábitos

As mudanças na conjuntura social da época, a qual passava por nova fase, que caminharia até 1964, registrou ocorridos fáticos de grande relevância para o Direito quanto ciência, haja vista que, tais cursos passam a correlacionar com concepções ideológicas do poder político, fato este que, provocou mudanças na grade curricular, dada a insurgência forte do positivismo na época, culminando no regramento dos cursos jurídicos brasileiros frente ao Estado.

Nessa fase, encontrava-se clara a existência de um confronto entre a existência de um conceito de aprendizagem conservadora, advinda do regime autoritário de uma faculdade pública burocratizada e, em contra partida a este, o ensino moderno e mais reflexivo, o qual preponderava o ser pensante, capacitando o alunado a pensar sobre os problemas sociais de sua geração, apontando soluções jurídico-científicas.

O curso de Direito caracteriza-se, então, ao ter uma grade curricular rígida e conservadora, capaz de formar um profissional retrógrado aos antigos pensamentos. Mesmo com um novo Estado, a formação dos juristas e bacharéis, tendiam ao passado, não permitindo que o neófito pudesse melhor compreender o contexto social em que vivia, nem tão pouco propor modificações a esse sistema.

Nem tão pouco havia para as faculdades a possibilidade de elaborar novo currículo acadêmico, que atendesse aos anseios da nova sociedade evolutiva, dada a imposição Estatal em tal seara. [9]

3. MODELO CONTEMPORÂNEO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

O Ensino Superior está passando por grandes mudanças, especialmente nos últimos dez anos, especialmente após publicação da portaria do MEC n. 1.886/94, que fixou as

diretrizes curriculares e o conteúdo dos cursos jurídicos, ocasionando mudanças estruturais no que diz respeito aos padrões de qualidade. Verbo conjugado no gerúndio porque tais alterações ainda não estão nem perto do fim, sendo que há uma grande revolução no sistema de ensino jurídico no Brasil tendo como partes envolvidas a Instituição de Ensino Superior (IES), o Aluno, os Professores e o amplo agente fiscalizador que é o Poder Executivo Federal, através do Ministério da Educação e Cultura (MEC), atuando decisivamente nos processos de autorização e reconhecimento de cursos de Direito.

Hodiernamente já não basta que os alunos obtenham a titulação da graduação como finalidade educacional, mas, que os meios e métodos de ensino sejam correspondentes e satisfatórios ao que certifica tal titulação. Neste período de transição é natural que apareçam críticas, interpretadas como forma de as imperfeições do sistema de ensino serem superadas e aperfeiçoadas.

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), desde a década de 1990 também passou a exercer forte influência na avaliação externa dos cursos de Direito, e "cumpriu fundamental importância no tocante à reforma do ensino jurídico no país. Isso porque como nenhuma outra corporação profissional, a OAB pode interferir na conformação dos elementos essenciais que determinam as capacidades e características de suas futuras gerações de profissionais."[10]

Ainda, "a Portaria n. 005/95, em conformidade com a Portaria do MEC n. 1.886/94, dispõe os critérios para a manifestação da OAB nos pedidos de criação e reconhecimento de cursos jurídicos. Em seus sete artigos, pode-se verificar que a competência para apreciar e julgar estes pedidos é da Comissão de Ensino Jurídico. Portanto, essa comissão é de suma importância para a participação da OAB junto ao MEC para criação e reconhecimento de cursos jurídicos emergentes no Brasil, assumindo funções acadêmico- burocráticas e constituindo um desafio real de aplicação de critérios de qualidade projetados para os cursos de Direito"[11]

3.1 - O Ensino do Direito e a Formação Jurídica

Apesar do MEC ser presença constante nas IES, neste caso específico, nos cursos de Direito, e ditar diretrizes curriculares, autorizando-os ou não, reconhecendo-os ou não, os projetos pedagógicos de ensino são meramente teóricos e não correspondem à prática universitária. Por outro lado, as IES estão preocupadas somente com os lucros e por isso, necessitam do "alvará", ou seja, da habilitação de funcionamento concedido pelo MEC, onde os alunos que figuram nesta relação de consumo, independentemente da IES ser particular ou pública persiste a relação contratual, não obtêm êxitos profissionalmente quando egressos, em consequência da baixa qualidade de ensino.

De fato, muitas instituições educacionais, tanto públicas, como privadas, encontram dificuldades em auferir conceitos satisfatórios nos vários quesitos avaliados (projeto acadêmico, organização didático-pedagógica, infra-estrutura dentre outros), nas periódicas avaliações do MEC, no momento que não conseguem se adequar aos

critérios exigidos. Salienta-se, nesse contexto, o conceito insuficiente de muitas instituições no provão (Exame Nacional de Cursos), o qual, equivocadamente, a mídia concentrou toda a atenção nesse instrumento, como se o mesmo fosse o único instrumento de avaliação existente. [12]

As IES elaboram Projetos Pedagógicos em conformidade com as exigências legais, no entanto, não conseguem aliar sua execução prática à teoria, simulando, quando vistoriados pelo Governo Federal, dados essenciais como, por exemplo, realização de monitorias, tutorias, execução de projetos de extensão, entre outros.

3.2 - O Raciocínio Jurídico e seus Impedimentos

Em todas as áreas a deficiência das IES é marcante, seja no Ensino, na Extensão e na Pesquisa. Tais atividades, interligadas e obrigatórias por lei, atendem as necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel em Direito, eis que no Ensino o aluno tem como fonte principal de conhecimentos, o professor, que, mal capacitado e desmotivado economicamente, não traduz competência e habilidades, têm carga- horária excessiva em atividades, com hora- aula sobrecarregada, onde não somente prepara aula, mas também a ministra, atende alunos, participa de reuniões docentes.

Nos cursos de Direito, também exercem função jurídica profissional alheia ao magistério, como requisito essencial à sua captação de renda econômica e sustento familiar, além de exemplificação real ao aluno de situações fáticas na seara jurídica.

Na Extensão, os projetos carecem pela falta de investimentos e disponibilidade de professores (insuficiência de material humano) a exercerem com dedicação tais ensinamentos, gerando atendimentos sociais mal realizados (Assistência Judiciária) ante grande público alvo (população carente) que buscam nas IES alternativas não oferecidas pelo Estado (Defensorias Públicas), e alunos ainda despreparados ao ofício.

Na Pesquisa, a situação piora, pois quase não há no corpo docente professores titulados *stricto sensu*, com conseqüente falta de publicações e produções científicas. Os graduados e professores também não aproveitam o material oriundo de trabalhos de curso da graduação, como artigos jurídicos, devido à burocracia das IES em divulgar e publicar este material. Algumas IES publicam somente trabalhos individuais de professores Mestres ou Doutores, esquecendo-se de fomentar a pesquisa na graduação e especialização, estimulando o raciocínio jurídico.

A capacitação docente, e sua ausência, prevista nos Projetos Pedagógicos também se constitui uma grande farsa (mesmo exigida pela CAPES- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), existindo somente como estatística para fiscalização, onde o candidato à ajuda de custo em viagem, hospedagem e mensalidades, tem quase que sempre, dispender primeiramente com todas as despesas e depois solicitar reembolso pela IES, causando grandes frustrações quando indeferido sua solicitação pelos mais variados motivos, sejam, número de bolsas limitadas à

quantidade ou matéria, ajuda em percentuais irrisórios ou ridículos, como 5% ou 10% e demais constrangimentos.

O corpo docente é substituído sem respeito ao tempo de trabalho e experiência profissional (apesar do Plano de Carreira) vez que a cada alteração nos comandos, como Coordenação de Curso ou Direção, alteram-se também a "equipe de camaradas" quando não, são colocados na "geladeira" com redução drástica na carga-horária. Afirmar que isto não ocorre é desconhecer o funcionamento interno das IES e, socorrer-se às leis trabalhistas, não corresponde à lógica do caso, sendo que os professores, assim como quaisquer empregados subordinados e temerários de desemprego, assinam os documentos que formalizam e legalizam os abusos cometidos pela IES empregadora, como carta de solicitação de redução espontânea de carga-horária, alterações no plano de carreira, desenquadramentos, sob pena de danos maiores.

O Brasil jamais teve aristocracia colonial de sangue ou de títulos" (apud MAESTRI, Mário. O sobrado e o cativo: a arquitetura urbana no Brás. Passo Fundo: UPF, 2001, p.41). Assim, os primeiros colonizadores, oriundos de classes portuguesas desprivilegiadas, ao chegar no Brasil, tinham por primeira preocupação explorar as riquezas naturais em busca da prosperidade, deixando a preocupação com a erudição em segundo plano. Dentro dessa sombria perspectiva histórica, a profissão de professor nunca foi realmente valorizada no Brasil, podendo ser esta desvalorização a causa maior das atuais mazelas do povo brasileiro como a miséria, violência e a insuficiência prestacional do Estado de uma forma geral. [13]

As diretorias executivas e cargos de direção, como são de confiança e assim devem ser, não raras vezes são ocupados por parentes e afins de reitores e/ou proprietários das IES particulares e públicas, que são favorecidos em razão de amizade e parentesco em testes seletivos de "faz-de-conta". Salientando-se que não se discutem as competências e habilidades destes, mas o nepotismo como regra e não exceção, gerando decisões que não são discutidas e contestadas pelos colegiados ou conselhos de professores, visto que a última instância (Conselho Administrativo da Unidade- CONSAUN/ Direção e Coordenação e Conselho Superior- CONSEPE/ Reitor e Diretorias) decidem de modo definitivo.

A discricionariedade acadêmica está novamente só no papel e o poder decisório, regulamentar e executivo concentra-se na figura única do reitor, sem colegiados, que governa as IES como uma verdadeira monarquia.

Nas IES públicas obedece-se o disposto na Constituição Federal, artigo 206, V, que determina o ingresso por concurso público do corpo docente, conferido igualdade de direitos, mas nas IES particulares, os professores menos apegados à ética e valores morais, despontam vantagens nas contratações e progressões horizontais e verticais, que deveria ser totalmente objetiva, curricular, documental, ao agradar e simpatizar com as filosofias da reitoria e seus familiares, chegando a ocupar cargos e funções, bem remuneradas, por sinal, em detrimento daqueles que se prepararam intelectualmente e profissionalmente. Exercita-se a não expressão constitucional do livre pensamento e sua manifestação, em total subserviência e concordância com atos e decisões proferidas dentro da IES, valendo o ditado popular "manda quem pode e obedece quem tem razão".

4. A QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

O ensino deve garantir os padrões de qualidade, conforme preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 206, VII, além de várias disposições afins na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB- n. 9394/96). Logo, esclarece-se que não se vislumbra uma cega maldade ou má-intenção generalizada pela IES, mas herança cultural educacional voltada à geração de lucros em premissa ao fornecimento de estudo. Aí o cerne da reforma no sistema de ensino jurídico no Brasil, iniciado nos anos 80 e em seu ápice contemporâneo.

Eduardo Bittar[14], assevera a necessidade de se atingir padrão de qualidade no ensino, devendo as IES se adaptarem aos novos preceitos normativos (Lei n. 9.394/96; 9.131/95; portaria 1.647/2000, etc.), afirmando que:

A renovação advinda da proposta de qualidade conduz a um processo contínuo de reavaliação dos processos de prestação de serviços, satisfação e alcance da melhor proposta pedagógica. (...) A idéia de qualidade que está a permear todo capítulo sobre a educação no texto da Constituição Federal de 1988 (...) Qualidade de ensino é uma premência como outras, em meio às modificações vividas pela sociedade e sentidas por todo o mercado profissional. Qualificar é a palavra quando como meta se almeja a plenipotência da oferta de condições completas, para que sejam supridas todas as possibilidades de desenvolvimento de atividades educacionais curriculares, extracurriculares, essenciais, complementares, básicas, fundamentais, interdisciplinares, técnicas, éticas (...).

As IES funcionam como uma empresa cuja finalidade principal é a renda, os lucros e não o ensino. Seus alunos são clientes ou consumidores e os professores o objeto de trabalho. Economiza-se no quadro de funcionários, diminui-se a quantidade de professores em sala de aula, em estágios simulados e reais, em avaliações através de créditos em substituição às notas, em orientações de trabalhos de curso, ainda que sem defesa ou explanação oral, e os que permanecem assumem a tarefa enciclopédica de fazer de tudo um pouco, mesmo que fora de sua linha de pesquisa e atuação jurídica.

A tendência é dispensar os professores que não exerçam o magistério como atividade profissional única ou principal (juizes promotores, advogados) e contratar egressos da graduação com tempo disponível para o magistério, situação alarmante para os cursos jurídicos, onde não somente importa a didática e metodologia docente, e também, o cotidiano forense e sua prática profissional. Justifica-se a medida por serem os operadores do Direito carentes em realizações adstritas do magistério, algumas ainda não informatizadas, como o preenchimento manual de Diários de Classe, controle de frequências e faltas constantes devido a impedimentos da função (plantões, para os Delegados de Polícia, realização de Tribunais de Júri e audiências, para os advogados, como exemplo).

Os cursos jurídicos são baratos em sua manutenção pelas IES, pois a despesa vem exclusivamente do corpo docente, já que, quase sempre, a biblioteca, secretaria,

internet, entre outros ambientes são de uso comuns a outros cursos oferecidos. O investimento em capacitação profissional, exigida pelo MEC, é mais dispendiosa que a contratação de Mestres e Doutores já titulados, que, sabe-se veladamente, emprestam suas titulações em troca de apreciável remuneração, sem estrito cumprimento da carga-horária distribuída ou exercício de atividades administrativas, não sabendo, pasmem, alguns deles, sequer o local em que a IES está domiciliada.

São objetos de titulação para preenchimento dos requisitos do INEP/MEC e por estes, e outros motivos, brincam de ensinar, juntamente com a IES e o agente fiscalizador, no mais das vezes, realiza "turismo" em suas visitas, não se comportando com rigor e seriedade esperado pela legislação. O aluno, envolto em tantas facilidades (cite-se os cursos de férias, provas substitutivas, provas coletivas, notas acrescidas à avaliação por participação em desfiles cívicos, doações comunitárias e do gênero) reflete no mercado de trabalho e na reprovação em concursos públicos, ENADE e exame de ordem.

Não evolui em aprimoramento e aquisição valores positivos, nem em responsabilidades sociais, nem como pessoa. Seu prejuízo não é o financeiro, mas o moral, o social, somando-se às fileiras dos neófitos desabilitados e tendentes à corrupção, extorsão e delitos afins, como meio de obterem honorários e meios de subsistência visto que com o exercício honroso e profissional de sua formação acadêmica não sabem como proceder.

Não aprenderam nos estágios a redigir e elaborar petições porque para o professor é humanamente impossível ensinar no coletivo aquilo que somente se aprende no individual, as técnicas e procedimentos necessitam do exercício e habitualidade para se fazerem presentes, sem mencionar os alunos mais desinformados, desinteressados e envergonhados que calam-se e engolem a ignorância de não saber fazer, descompromissados com a realidade, com a lide, com o cliente carente, com eles próprios. Enfim, falta comprometimento com a verdade e com a lei educacional, em todos os sentidos e agentes.

(...) é verdade que, de outro modo, que dentre todas as tarefas pedagógicas, a mais difícil é a que consiste em expor problemas científicos de tal forma que um espírito não preparado, mas bem-dotado, possa compreendê-lo e formar opinião própria. Isso, para nós, corresponde ao único êxito absoluto. [15]

4.1 - Cursos Jurídicos Autorizados e Credenciados no Brasil

As instituições da Educação Superior, incluindo-se os cursos de Direito, têm que seguir determinadas regras para abrir novos cursos e diplomar seus concluintes, conforme certos padrões de qualidade. Todos os cursos são criados por meio de um ato legal, que pode ser chamado de criação ou autorização, dependendo da organização acadêmica da instituição. Nas disposições do MEC, "o ato de criação é restrito às universidades e centros universitários. Geralmente é resultado da aprovação de um colegiado superior da instituição, como o Conselho Universitário, Conselho de Ensino ou similar. Neste caso, não é necessária a aprovação de nenhuma instância superior".

O ato de autorização é necessário às instituições não-universitárias: faculdades integradas, faculdades, escolas ou institutos superiores. Neste caso elas devem submeter as suas propostas de criação dos cursos de graduação a instâncias superiores: Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação, quando forem instituições públicas federais ou privadas. Já as instituições públicas estaduais e municipais deverão submeter seus pedidos de abertura de cursos aos respectivos Conselhos Estaduais de Educação.[16]

As formalidades da criação e autorização são indispensáveis quando as IES desejam abrir novos cursos e realizar o processo seletivo, porém, de modo transitório, pois após esta fase é necessário o reconhecimento do mesmo para emissão de diplomas e certificações, tendo validade de aproximadamente cinco anos de funcionamento.

Através do Provão (ou ENADE) realizado pelo MEC, a IES pode perder seu reconhecimento, em razão dos conceitos obtidos associada a adequada capacitação do corpo docente. Tais procedimentos encontram previsão legal na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

As conseqüências para os cursos que não cumprirem as determinações da supervisão vão desde a assinatura de um termo de compromisso para ajustes até, no limite, a eventual suspensão do processo seletivo. O processo teve início em outubro de 2007 com a supervisão de 80 cursos de Direito com desempenho fraco. Na primeira fase, concluída em 18 de janeiro de 2008, 29 Termos de Saneamento de Deficiências foram firmados, com uma redução de 6.315 vagas. Na segunda fase, concluída em 17 de abril, 22 Termos de Saneamento de Deficiências foram assinados, com redução de 14.372 vagas. O objetivo é melhorar o nível do curso de Direito e ter a certeza de que os estudantes formados estão, de fato, preparados para o mercado de trabalho. Em 2003, foram autorizados 66 cursos de Direito no Brasil. Em 2006, outros 84 receberam aval para funcionar. Esse número deve decrescer. Até abril de 2008 apenas quatro haviam recebido a certificação do MEC para abrir as portas.[17]

4.2 - A Importância da OAB nos Cursos Jurídicos

No processo de autorização dos cursos de graduação de Direito, Medicina, Odontologia e Psicologia, inclusive em universidades e centros universitários, a Secretaria de Educação Superior considera a manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Nacional de Saúde". (Art. 28, §2º do Decreto nº 5773, de 9 de maio de 2006).

O MEC realiza o processo de autorização das IES através de uma comissão de especialistas, composta membros da OAB, sendo que recentemente o MEC publicou uma portaria (n. 1.886/94 e n. 877/97) definindo novas regras para a criação, autorização e reconhecimento de cursos de Direito.

De acordo com essas regras, os pareceres da OAB passam a ter peso maior na decisão final do ministério. Quando os pareceres são desfavoráveis, os cursos têm que,

obrigatoriamente, passar por nova avaliação, que deve ser feita por uma comissão técnica[18].

A Ordem diz que só autoriza cursos em cidades com mais de cem mil habitantes e que deve ser adotada a proporção de uma vaga para cada mil habitantes. Há anos, a OAB vem criticando o que chama de "abertura desproporcional de cursos jurídicos". Segundo a instituição, a proliferação faz com que surjam cursos que não oferecem a formação adequada aos alunos. De acordo com a entidade, os baixos índices de aprovação nos exames de ordem feitos em todo o país evidenciam esse problema. O exame da OAB é requisito obrigatório para que o bacharel em direito possa exercer a profissão de advogado.

Nos últimos anos, conforme estatísticas da comissão de ensino jurídico houve um aumento de 2.533% no número de inscritos no Exame de Ordem e uma reprovação média de 80% dos candidatos.

Os requisitos analisados pela OAB compreendem desde a totalidade das instalações indicadas no projeto de criação ou autorização do curso, como estar o núcleo de Prática Jurídica, em instalações próprias e adequadas e com recursos materiais e humanos suficientes, acervo bibliográfico em número mínimo e plano de carreira docente, respectivos programas de capacitação e níveis salariais praticados.

5. Considerações Finais

Muitas questões aqui abordadas já foram experimentadas e significaram maior e melhor qualidade em ensino superior, mas depende de vontade conjunta e também de preceito e sanção legal que vise sua exigibilidade e eficácia. Com a promulgação do Decreto n. 5773/2006, que dispõe sobre a organização do ensino superior, avaliação de cursos e instituições, grande avanço ocorreu no ensino superior, restando agora colocá-lo em prática e aperfeiçoar ou complementar suas imperfeições, aguardando como resultado o real cumprimento constitucional de ensino com qualidade, preparando o indivíduo para o exercício da cidadania e conferindo-lhe aptidão para o mercado de trabalho.

Para o MEC, exige-se maior rigor e fiscalização aos seus regulamentos. Para as IES, nos cursos de Direito, mais humanismo com o corpo docente, capacitando-os profissionalmente, estabelecendo prazos para tal objetivo e somente em não cumprimento destes, a dispensa dos professores acomodados e despreparados, melhorando a qualidade de ensino através do conhecimento e didática de seus professores, cobrando-lhes produção/publicação científica.

Utilização de métodos de ensino pelos professores, capazes de tornar o aluno crítico, reflexivo, formando seu próprio conhecimento, fazendo com que haja um estudo mais consciente e comprometido com a realidade social. E mais, ínfima tolerância aos alunos que não estudam, que "colam", que plagiam, que faltam às aulas, respeitando-se o

regulamento acadêmico e aplicando, nos casos necessários, a reprovação como medida de seleção e aptidão de aproveitamento de estudo.

Promover diversificação das aulas, oferecendo cursos e palestras além da matriz curricular, aproveitando para contemplar leis esparsas não estudadas à contento nos planos de ensino, evitando-se aulas magnas, jornadas, seminários que envolvam assuntos tediosos e repetitivos. Acompanhamento ao egresso, inclusive aquele que não realizar manifesto desejo imediato de realizar especializações *lato e stricto sensu*. E por último, concedendo maior autonomia aos Colegiados de Curso, evitando que suas decisões sejam revisadas, em qualquer matéria, como reconsideração recursal, pelos CONSAUN e CONSEPE.

6. Referências bibliográficas

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. **Direito e ensino jurídico: legislação educacional**. São Paulo: Atlas, 2001.

Constituição da república federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Ministério da Educação e Cultura. Disponível em <<http://www.mec.gov.br/>> Acesso em 18abr2009.

OLIVEIRA, Rômulo André Alegretti de. **Qualidade e risco no ensino jurídico brasileiro: uma abordagem sistêmica**. Disponível em <<http://www.ulbrajus.com.br>>. Acesso em 15abr.2009, p3.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **O perfil do profissional do direito neste início de século XXI**. Jus Navigandi, Teresina, Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.>>. Acesso em 11 abr. 2009.

Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em <<http://www.oab.gov.br/>> Acesso em 18abr2009.

RIVAS, Leonardo José de Pádua. **O ensino jurídico brasileiro e propostas para a melhoria da qualidade de ensino**. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 13abr2009, p.3.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. 1993.

SILVA, Francisco de Assis. **História do Brasil: colônia, império, república**. São Paulo: Moderna, 1992.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **Reflexões críticas e algumas propostas para incremento da qualidade de ensino jurídico brasileiro**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br>. > Acesso em 15.abr.2009.

WEBER, Max. **A ciência como vocação**. Tradução Jean Melville. Martin Claret: 2006, p. 31.

[1] Mestrandos em Direito da Personalidade, do Centro de Ensino Superior de Maringá-CESUMAR.

[2] O termo academia, tem sua idéia advinda da escola filosófica de Platão, cujo fito era o de estudar junto aos jardins de Academo, um herói ateniense, fato este que dá nascimento ao termo academia, hoje entendidas como as IES. Neste sentido, cabe referirmo-nos a interpretação de que a academia deve ser o espaço para se adquirir conhecimentos e a partir deles estrutura-se a compreensão do eu, como agente de tais ensinamentos, que estarão fadados à prescrição ou à prática, esta sendo desenvolvida, necessariamente, com base na realidade circundante, o que determina a relação entre ensino, pesquisa e extensão.

HOUAISS e outros, 2001, p. 36

[3] BITTAR. 2001. p. 49.

[4] SILVA, 1992, p. 132-133.

[5] RODRIGUES. 1995.

[6] Ibid. 1993, p. 13.

[7] BASTOS, 2000, p. 01-02.

[8] BASTOS, 2000.

[9] OLIVEIRA, 2004, Acesso em 11abr2009.

[10] RIVAS, Leonardo José de Pádua. www.jus.com.br. Acesso em 13abr2009, p.3

[11] RIVAS, Leonardo José de Pádua. www.jus.com.br. Acesso em 13abr2009, p.3.

[12] OLIVEIRA, Rômulo André Alegretti de. www.ulbrajus.com.br. Acesso em 15abr2009, p3.

[13] SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. www.jus2.uol.com.br . Acesso em 15abr2009.

[14] BITTAR, Eduardo C. B. p. 29.

[15] WEBER, Max. p. 31.

[16] www.mec.inep.gov.br/ acesso em 18abr2009

[17] www.mec.gov.br/ acesso em 18abr2009.

[18] www.oab.gov.br/acesso em 18abr2009.

ENSINAR DIREITO DIREITO

TEACHING LAW RIGHT

André Luís Luengo

RESUMO

Esta pesquisa aborda aspectos pertinentes a formação do docente e discente no ensino superior, especialmente no curso de Direito, levando-se em conta as mudanças advindas do mercado de trabalho e das novas diretrizes emanadas na seara educacional. A atual demanda empregatícia e social credita ampla expectativa quanto aos saberes com os quais os egressos das Academias de Direito serão recebidos no mercado de trabalho. A Sociedade conclama que a formação desses novos profissionais seja pautada não só no conhecimento teórico, mas também balizada no pensamento, análise e reflexão de ações e voltada a comportamentos atitudinais e procedimentais.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO SUPERIOR – CARREIRA JURÍDICA – FORMAÇÃO DOCENTE – ALUNO – INTERAÇÃO EDUCACIONAL

ABSTRACT

This research approaches pertinent aspects the formation of the professors and students in the superior education, especially in the Law course, considering the changes which came from the labor market and from the new guidelines emanated in the educational field. The current demands employment and social credits wide expectation in relation to the knowledge with which the concluders of the Academies of Law will be received in the labor market. The Society calls that the formation of these new professionals be scheduled not only in the theoretical knowledge, but also in the thought, analysis and reflection of actions turned to attitudes and procedures behaviors.

KEYWORDS: SUPERIOR EDUCATION – JURIDIC CAREER - FORMATION OF THE PROFESSORS – STUDENTS – EDUCATIONAL INTERECTION

1 - INTRODUÇÃO

Embora não seja a regra, há professores do curso de Direito que tem a sua formação profissional como docente resumida muita das vezes única e exclusivamente no seu conhecimento técnico como Delegado de Polícia, Juiz de Direito, Promotor de Justiça, Advogado etc.

Talvez, até se possa tolerar este mister como um atributo ao exercício profissional da atividade docente no curso de Direito, mas certamente não se deve pautar apenas nisto. Em que pese a imensurável contribuição prática levada à sala de aula, por vezes, conjuntamente são trazidas algumas mazelas peculiares ao empirismo.

Além do que nesse labor o docente acaba inconscientemente por repetir condutas dos mestres que outrora foram os responsáveis pela sua formação, principalmente plagiando aqueles a quem mais admirava, no fenômeno conhecido como identificação.

Contudo, a recíproca é verdadeira, no sentido de que, da mesma forma há a rejeição quanto aos métodos a que foi submetido por outros professores, não tão admirados.

Com este objetivo e considerando a natural evolução da sociedade e conseqüentemente do ensino faz-se necessário a mudança na educação superior e no curso de Direito.

Porém o problema não se resume em depositar toda a culpa aos professores. As eventuais falhas havidas são frutos de todo um sistema e não apenas duma categoria específica.

Por outro lado a formação dos professores não pode ser reduzida à dimensão técnica dos âmbitos pedagógico e organizacional.

Deve haver reforma, mas a mesma não se deve balizar apenas na forma como aprimorar a formação no nível pedagógico ou da organização do estabelecimento de ensino, mas sim efetivamente discutir as reais finalidades dessa formação.

Pretendo neste texto, prestar a minha contribuição, focando a análise na formação de professores.

Neste contexto, faz imperioso que também haja mudança no modo como os professores ensinam, para que assim possa ser moldada a futura geração.

Claro que toda mudança delonga tempo, mas é óbvio que primeiro haja transformações daqueles que ensinam e assim conseguir o efeito prático almejado.

O que precisa acontecer é a mudança.

O profissional-professor tem de possuir a formação acadêmica pela titulação. O título lhe dá essa legitimidade.

Constantemente as Autoridades Educacionais proferem diretrizes neste condão, havendo significativo crescimento da procura por profissionais com titulação acadêmica para a composição dos quadros docentes das instituições.

Esta medida causará indubitavelmente significativa inclinação para a pesquisa e para a construção do conhecimento na formação dos graduandos. Mas, para que isto aconteça, há de exigir a eficaz formação pedagógica e didática daquele que ministrará o ensino superior, ou seja, do professor. Ele deverá ser forjado de forma a incutir nos alunos capacidades mais complexas; habilitá-los à arte de apresentar solução nova aos problemas por meio de julgamentos conscientes.

Por outro lado é salutar aproveitar a virilidade física, emocional e até intelectual dos jovens, convolvando-as para as relações humanas e conseqüentemente, para a evolução da sociedade. Saber aproveitar os conhecimentos trazidos pelo corpo discente, observando o meio sócio-cultural-econômico que habitam.

O pupilo deve ser co-criador com o professor. A época de aprendizagem resumida na absorção passiva já cessou. O aluno precisa atuar em conjunto e com independência junto ao professor, mas é claro respeitando a disciplina que não se tisa e nem se curva, principalmente no interior de uma *casa de cultura*.

Assim sendo e analisando a forma como algumas instituições de ensino preparam os seus aprendizes para o mercado de trabalho, se percebe a necessidade da melhoria nas suas formações. A começar pelos professores que lecionam no curso de Direito os quais precisam de formação pedagógica específica, visto muitos deles exercerem a docência como a segunda atividade profissional.

Noutras situações, é corriqueiro o docente dividir o seu escasso tempo com outras instituições de ensino e até porque não mencionar ainda com os cursos de especialização *lato e stricto sensu*, muito dos quais sequer se preocupam com a preparação dos professores.

Urge que haja a assunção da responsabilidade entre a instituição, corpo docente e a coordenação, visando dar efetividade na consecução do seu projeto político pedagógico.

O corpo docente necessita efetivamente interagir com o corpo técnico da instituição de forma a propiciar a execução do projeto com base nas diretrizes educacionais, focando sempre as peculiaridades do público discente e suas futuras exigências postas pelo mercado de trabalho.

2 - FORMAÇÃO PROFISSIONAL DO PROFESSOR JURÍDICO

O professor em geral é formado no curso de habilitação ao magistério em nível de 2º grau e superior, por meio de um conjunto de disciplinas dispostas com objetivos a uma unidade teórico-metodológica do curso.

Para tanto, recebe formação teórico-científica e a formação técnico-prática. Naquela o conhecimento se prende na formação acadêmica específica das disciplinas em que o docente irá se especializar e também em formação pedagógica visando adquirir conhecimentos. Nesta, receberá formação específica para a docência.

Quando se pergunta da formação pedagógica do professor nos cursos de direito, antes é preciso analisar este papel institucional na *formação docente*.

Mesmo que atualmente esta conscientização se resuma à cada indivíduo ou no máximo ao âmbito de algumas instituições comprometidas com os propósitos institucionais e educacionais, sempre há de ser feita tal análise.

Enquanto isto não acontecer, como questionar o nível de aprendizagem?

O professor não pode ser o senhor do conhecimento e transmitir apenas aquilo que lhe aprouver, adotando apenas uma corrente doutrinária e deixando de levar em consideração as teorias dos demais doutrinadores, ou seja, levo ao conhecimento dos alunos aquilo que é a minha verdade absoluta. Na obra *Pedagogia do Oprimido* (Paulo Freire, 1987, p. 58) define essa atitude educacional como educação bancária, com os seguintes termos:

“Na visão ‘bancária’ da educação, o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber. Doação que se funda numa das manifestações instrumentais da ideologia da opressão – a absolutização da ignorância, que constitui o que chamamos de alienação da ignorância, segundo a qual esta se encontra sempre no outro”.

É possível apresentar algumas razões para que isto ocorra em especial a falta de conhecimentos pedagógicos e didáticos por parte dos docentes, tendo em vista que os professores dos cursos de Direito, na sua maioria são escolhidos dentre aqueles profissionais de carreiras jurídicas. Esta situação é apontada de forma crítica na obra *Didática e Aula em Direito* (FERREIRA SOBRINHO, 2000, p. 68-70):

“[...] são escolhidos entre profissionais de renome, advogados, juízes e promotores públicos, detentores de conhecimentos profissionais (saberes) específicos, como forma de atrair maior respeitabilidade à instituição de ensino [...] a maioria desses profissionais não possui qualquer formação docente [...] e o pior, acreditam que conhecimentos como didática, metodologia, etc, são tolices que não tem relevância para a docência”. [...] acreditam que esta formação é suficiente para a docência. Porém, nem o mestrado, nem o doutorado, muito menos a graduação preparam o profissional para a docência, já que assentam suas preocupações na área da pesquisa, portanto, na formação de pesquisadores e não de docentes”.

O primeiro ato de consciência do professor de direito, como dos demais, é reconhecer a docência como um exercício profissional. Identificar-se como professor, educador, ou seja, estar ciente da sua responsabilidade de preparar alunos para se tornarem cidadãos, membros de uma família, de uma comunidade profissional e participantes ativos na vida cultural e política da sociedade.

Depois de cômico da sua atividade profissional, deve desenvolvê-la não como o segundo emprego, mas como se fosse um ourives que irá desbastar a pedra bruta, convolvando-a em pedra polida, transformando-a em uma jóia.

Este é um dos aspectos mais importante na docência. Essa atividade que o professor desenvolve de ser um ourives, ou seja, depois de receber o pupilo forjado com as características do meio em que vive, irá lapidá-lo e posteriormente deve restituí-lo ao meio de origem. Deve agir com esta seriedade mesmo a despeito do exercício de outras

atividades profissionais ou no caso de se dedicar exclusivamente à docência, de dividi-la com outras instituições de ensino.

Isto é o comprometimento social e profissional do professor, conforme escreve Libâneo na sua obra *Didática* (Libâneo, José Carlos, 1994, p. 47):

“O trabalho docente constitui o exercício profissional do professor e este é o seu primeiro compromisso com a sociedade. Sua responsabilidade é preparar os alunos para se tornarem cidadãos ativos e participantes na família, no trabalho, nas associações de classe, na vida cultural e política. É uma atividade fundamentalmente social, porque contribui para a formação cultural e científica do povo, tarefa indispensável para outras conquistas democráticas”.

Este compromisso do professor é muito importante, pois sendo o magistério um ato político na concepção geral da expressão, ele precisa analisar as condições sociais nas quais se manifestam os interesses das classes, fazendo com que haja um engajamento na luta por melhores condições de vida e transformações econômicas, políticas e culturais da sociedade.

O docente, sendo detentor do conhecimento, figura como o centro do processo de ensino-aprendizagem. Porém, na formação jurídica, ante as peculiaridades pertinentes às atividades, é impossível manejar o ensino-aprendizagem da forma tradicional.

Neste processo o docente do direito precisa aplicar uma visão construtivista do aprendizado vendo-o não como uma forma linear, mas sim interativo; trabalhando com a noção de que as coisas devem fazer sentido.

A despeito de qualquer tipo de menosprezo, faz-se imperioso destacar que a fórmula comum aplicada na base escolar tradicional, fulcrada na assimilação e geralmente na fixação ou ainda na prática de exercícios repetitivos e no reforço de hábitos mentais, não é suficiente no ensino jurídico.

No estudo do Direito é imperiosa a compreensão das suas teorias e institutos por meio das reflexões. A esse respeito cito a passagem magistral extraída da obra *Introdução ao Estudo do Direito* (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, 1996, p. 21):

"[...] sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estuda-lo sem interesse pelo domínio técnico de seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia incosequente".

O graduando do Direito vê-se compelido a atingir capacidades mais complexas do saber, ou seja, ao palmilhar esta estrada de ensino o aluno deve deixar o papel da passividade de lado e ser capaz de entabular um pensamento crítico, de realizar uma tomada de consciência e ausência de neutralidade.

Concernente a isso, Freire aduz o seguinte na obra *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa* (Freire, P. 1996, p. 102-103):

“Não posso ser professor a favor de quem quer que seja e a favor de não importa o quê. [...] Sou professor a favor da decência contra o despudor, a favor da liberdade contra o autoritarismo, da autoridade contra a licenciosidade, da democracia contra a ditadura de direita ou de esquerda. [...] Assim como não posso ser professor sem me achar capacitado para ensinar certo e bem os conteúdos de minha disciplina não posso, por outro lado, reduzir minha prática docente ao puro ensino daqueles conteúdos. Esse é um momento apenas de minha atividade pedagógica. Tão importante quanto ele, o ensino dos conteúdos, é o meu testemunho ético ao ensiná-los”.

Isto se faz necessário para que o aluno possa futuramente lidar de forma competente com as novas situações que certamente irão surgir no dia a dia jurídico-profissional, visto que a ciência jurídica é conhecida como *ciência do deve ser*.

Em termos técnicos, o Conselho Nacional de Educação – Câmara de Educação Superior instituiu através da Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, diretrizes para o curso de graduação em Direito, bacharelado.

Mas, como já exposto, somente isto não basta, pois é necessário ter uma postura diferenciada por parte dos docentes que realmente estejam comprometidos com suas responsabilidades.

Veja a colocação a este respeito na obra *Educação para mudança: recriando a escola para adolescentes* (HARGREAVES, A., EARL, L. e RYAN, J. 2001, p. 189):

“Os professores são, em última análise, os reformadores da escola. As tentativas de mudar as escolas terão pouco ou nenhum impacto sobre os alunos, a menos que afetem o modo como os professores ensinam e os jovens aprendem”.

Pois bem, o fato de traçar diretriz ou inovações certamente não é o diferencial. O que realmente faz a diferença é a consciência do real papel do professor universitário na sala de aula.

O professor tem de levar em conta o meio social de origem do aluno, bem como o seu conhecimento anterior, joeirado das eventuais concepções equivocadas. Deve ter em mente que o aprendizado humano acontece nas situações sociais da vida das pessoas, situação que será levada em consideração para a construção da compreensão dos alunos, pois tornando o ensino e a aprendizagem semelhante à vida real, haverá melhor estímulo de aprendizagem e entendimento.

Deste modo, a Instituição de Ensino que zelar pela independência funcional dos seus docentes, conquistará um verdadeiro ambiente de trabalho apto a galgar o binômio ensino-aprendizagem. Ambos devem ser protagonistas no processo de aprendizagem, pois mesmo que possa eventualmente haver fins distintos, em algum momento nessa caminhada o foco é o aluno-ensino-aprendizagem.

Por isso, registro a expressão constante na obra *O Professor Universitário na transição de paradigmas* (Cunha, Maria Isabel, 1998, p. 79):

“Uma professora diz que para o aluno decolar vôo é preciso autonomia e alguém que sinalize. Só que o professor não pode ser o único a sinalizar”.

Neste aspecto é de suma importância a existência da normatização, traçando o sustentáculo a ser seguido e obedecido pelas instituições de ensino.

Também é importante quando um novo docente é contratado para laborar na Instituição, receber por inteiro a proposta pedagógica do curso.

As disciplinas jurídicas são como as demais, inter-relacionadas, multidisciplinares.

Acaso tal medida não seja prontamente tomada, certamente haverá a fragmentação do conhecimento.

Ante a importância desta interação, temos o Plano de Desenvolvimento Pedagógico (PDI), exigido pelo MEC. Ele funciona como um plano estratégico do estabelecimento de ensino e de crescimento Institucional. Nele vêm descritos os objetivos e princípios educacionais da instituição, bem como os meios e recursos necessários que serão disponibilizados na consecução das suas metas.

Já o Projeto Político Pedagógico (PPP) traz os mecanismos organizacionais que irão programar as atividades acadêmicas voltadas ao ensino e até de pesquisas, tanto na graduação como pós-graduação, orientando inclusive a contratação dos docentes e demais funcionários, bem como seus aperfeiçoamentos. O mesmo possui a nomenclatura de projeto político, pois contribui com as transformações da qualidade de vida da sociedade, definindo o perfil dos profissionais que desejam se formar.

Neste projeto deve haver toda a articulação orgânica dos professores, das disciplinas, dos alunos, das atividades; interação com a sociedade e, mais que a

confeção de um documento, ele é uma verdadeira demonstração de interação do corpo docente com os demais setores da instituição.

Assim se constrói um projeto pedagógico que exprima os anseios coletivos, como fruto de um trabalho em equipe.

Por meio deste projeto cabe ao docente, não se resumir em ser apenas professor de uma única e fechada disciplina, mas inteirar-se com os demais colegas, integralizando todo o curso, até porque o direito é matéria essencialmente interdisciplinar.

Diante da demanda do mercado profissional, o professor tem de se aliar com o saber pedagógico, pois é importante ferramenta para desenvolver habilidades e competências nos alunos, promovendo um entendimento não fragmentado do saber jurídico, pelo já comentado princípio da interdisciplinariedade e ainda, como se vê na obra Didática (Libâneo, José Carlos, 1994, p. 74):

“No seu trabalho cotidiano como profissional e como cidadão, o professor precisa permanentemente desenvolver a capacidade de avaliar os fatos, os acontecimentos, os conteúdos da matéria de um modo mais abrangente, mais globalizante”.

O docente que tiver conhecimento neste campo terá mais chance de contratação.

3 – ALUNO E PROFESSOR

Eis a razão de todo o labor docente, ou seja, dar a luz do conhecimento àquele que a procura.

Hoje, vivemos num mundo contemporâneo, repleto de incerteza e de complexidade.

A figura do tempo se tornou preciosa demais e a evolução ocorre a cada segundo, da mesma forma que a troca de informação.

Por conta disto, não há mais como se construir o aprendizado estanque, calcado na superficial compreensão de idéias e de conceitos. Isto não apenas no enfoque das disciplinas estudantis, mas também em âmbito do estilo de vida.

Porém, no mundo do ensino o que se espera do aprendiz é torná-lo competente e apto a não só reproduzir eventuais informações armazenadas, mas sim que

seja capaz de aplicá-las as novas condições surgidas. O progresso do aluno deve expandir além dos limites da sala de aula.

O aluno há de ser orientado a compreender as informações ministradas e ligá-las entre as diferenças disciplinas, criando com isso estratégias de entendimento, numa verdadeira simetria.

Assim, ou seja, dotado de uma base de conhecimento interligado por meio de estratégias na solução de problemas, conseguirá reunir vários recursos intelectuais à medida que cada obstáculo apareça.

Neste processo deve-se levar em consideração a forma como cada aluno absorve o aprendizado e o compreende, pois há muita individualidade e particularidade nesta ação. Por isso é de suma importância que o professor seja um profissional dedicado e atento ao seu trabalho, enfim um profissional perspicaz.

Outro aspecto importante do aluno que o docente deve enxergar é dispensar-lhe muita atenção no conhecimento que ele traz e concomitantemente procurar libertá-lo das equivocadas concepções, muita das vezes aptas a obstaculizar por completo o novo aprendizado, pois pode funcionar como uma verdadeira barreira quase que intransponível. Paralelo a isso, deve o mestre saber aproveitar as abstrações do pupilo.

Há a necessidade de lidar com diferentes grupos sociais e até culturais e mesmo assim, o professor precisará se valer e usar o meio social onde o aluno vive para conseguir construir a sua compreensão.

O desbaste da pedra bruta não pode ser levado a efeito retirando-a do seu mundo real.

Piaget define esta situação como assimilação, ou seja, é por meio deste processo cognitivo pelo qual uma pessoa integra pelas novas experiências os novos estímulos às estruturas cognitivas que já possui, (PIAGET, 1996, p. 13):

“ [...] uma integração à estruturas prévias, que podem permanecer invariáveis ou são mais ou menos modificadas por esta própria integração, mas sem descontinuidade com o estado precedente, isto é, sem serem destruídas, mas simplesmente acomodando-se à nova situação”.

Na sua missão o professor necessita ainda desenvolver no pupilo a arte e habilidade de pensar, pois o aprendizado exige a compreensão do que se está aprendendo. É salutar deixar de decorar palavras e entender as idéias.

A este respeito, novamente salutar o texto extraído da obra Educação para mudança: recriando a escola para adolescentes (HARGREAVES, A., EARL, L. e RYAN, J. 2001, p. 188):

“Apenas quando percebem que não compreendem algo e têm modos de corrigir isso é que podem passar de compreender palavras para compreender idéias em um texto”.

Não se concebe mais a forma ainda usual da didática "ensino-aprendizagem" fixada na absorção de conhecimento, na qual cabe ao aluno o papel de objeto receptor e domesticado.

É necessário mais que isto. Há a necessidade dum processo de socialização do aluno numa dinâmica voltada a absorção de comportamentos e atitudes formadoras da construção auto-suficiente de um sujeito social competente, passível de constante atualização do seu conhecimento.

Deve haver o entrosamento entre aluno-professor. Para Piaget trata-se do processo de desenvolvimento da autoconsciência e faz parte do princípio de autonomia.

No início a consciência dorme. Esta falta de consciência do eu, além da consciência centrada na autoridade do outro impedem a cooperação. Mas pelo fato do indivíduo submeter-se às regras, praticando-as em função do outro, ele acaba neste estágio passando para o nível da cooperação, pois dessa relação, o indivíduo se depara com condições de possibilidades de identificar o outro como ele mesmo e não como si próprio, situação asseverada na sua obra o julgamento moral na criança (PIAGET, Jean, 1977, p. 94):

"Na medida em que os indivíduos decidem com igualdade - objetivamente ou subjetivamente, pouco importa - as pressões que exercem uns sobre os outros se tornam colaterais. E as intervenções da razão, que Bovet tão justamente observou, para explicar a autonomia adquirida pela moral, dependem, precisamente, dessa cooperação progressiva. De fato, nossos estudos têm mostrado que as normas racionais e, em particular, essa norma tão importante que é a reciprocidade, não podem se desenvolver senão na e pela cooperação. A razão tem necessidade da cooperação na medida em que ser racional consiste em 'se' situar para submeter o individual ao universal. O respeito mútuo aparece, portanto, como condição necessária da autonomia, sobre o seu duplo aspecto intelectual e moral. Do ponto de vista intelectual, liberta a criança das opiniões impostas, em proveito da coerência interna e do controle recíproco. Do ponto de vista moral, substitui as normas da autoridade pela norma imanente à própria ação e à própria consciência, que é a reciprocidade na simpatia"

É importante o “aprender a apreender”, devido ao fato do aluno criar a capacidade de saber pensar, de avaliar processos, de interpretar a realidade, podendo assim nela intervir como sujeito apto a praticar mudanças.

O construtivista espanhol Coll é um dos autores que explicita esse princípio. Ele apresentou o “aprender a aprender” como a finalidade última da educação numa perspectiva dessa construção (Coll, 1994, p. 136):

“Numa perspectiva construtivista, a finalidade última da intervenção pedagógica é contribuir para que o aluno desenvolva a capacidade de realizar aprendizagens significativas por si mesmo numa ampla gama de situações e circunstâncias, que o aluno “aprenda a aprender”.

Esta condição desenvolvida pelo pupilo vislumbra-se como que uma atitude inconsciente de pesquisa, com a significação de eclodir e motivar o questionamento, com uma acurada curiosidade crítica.

Através desta visão didática o professor viabilizará uma competência de interação produtiva com a sociedade, num verdadeiro contato do pupilo com o mundo.

Importante nesta tarefa o professor não se desvencilhar, mas ao contrário sempre prestigiar o conhecimento já trazido pelo aluno, em especial sua cultura do saber atinente a sua particular formação.

Assim, o processo de aprender a aprender não significa simplesmente acumular conhecimento, mas sim, saber manejá-lo e reproduzi-lo, com as renovações que se fizerem necessárias, aí está o seu dinamismo.

Afasta-se destarte o armazenamento do conhecimento decorado ministrado através de infindáveis horas de aulas e avaliado pelas enfadonhas provas. Parte-se agora a privilegiar a ação de ser um questionador ferrenho tanto no campo teórico como no prático, intervindo na realidade através destas atitudes.

O aluno deve deixar a posição de passividade, consistente em funcionar como uma copiadora, para ser um crítico interventor na realidade.

É necessário despertar no aluno os binômios encorajar e estimular o potencial do aluno; potencializar a sua criatividade e sensibilidade; a praticar a reflexão e a inovação baseadas em experiências e vivências; a fazer boas perguntas; enfim, realizando uma verdadeira parceria.

É uma linha de mão dupla, pelo fato do professor, sendo parceiro neste processo, também aprender.

E uma coisa é certa, o atual professor outrora foi um aluno. Mais que isto, o professor é um eterno aprendiz.

A dificuldade que existe para o aluno também é real para o professor. Não é apenas mudando ou produzindo novos textos nos livros ou criando recursos inclusive tecnológicos que as mudanças irão simplesmente acontecer.

É inegável que o professor deva aprender os novos métodos de ensinar. Para isto o docente precisa primeiro desaprender muito do que até então sabia e retransmitia com confiança aos alunos.

Talvez, para o professor seja mais difícil do que para os alunos, pois deverá aprender a ensinar de uma maneira que ele mesmo não o foi.

A este respeito temos a lição de Freire, por ele próprio relatada de modo ainda mais incisivo na obra *A importância do Ato de Ler* (Freire, P. 1982 p.16):

“Fui alfabetizado no chão do quintal de minha casa, à sombra das mangueiras, com palavras do meu mundo, não do mundo maior dos meus pais. O chão foi o meu quadro-negro; gravetos, o meu giz.”

Hoje, talvez até haja facilidade outras do que outrora (várias escolas, formas de locomoção, professores em número suficiente quantitativamente falando), mas por outro lado, há a desvantagem da ferrenha competição estabelecida, do corre-corre do dia a dia, enfim, num mundo com mais condições de sobrevivência para uns, em determinado momento, algumas situações se tornaram mais difíceis para outros.

4 - CONCLUSÕES

Diante desta modesta abordagem e discussão, o importante é realçar a formação que as instituições de ensino superior necessitam adotar tanto na estruturação do seu corpo docente como administrativo, visando dispensar um efetivo e eficaz ensino ao corpo discente, cumprindo assim o projeto político pedagógico e a sua função social.

Torna-se evidente a necessidade de cooperação entre a administração do curso e do corpo docente, viabilizando a aplicação dos conhecimentos técnicos específicos no projeto que levará em consideração as características da instituição e os seus objetivos, além da análise do público discente e das exigências do mercado de trabalho da sua futura vida profissional.

O profissional docente a ser formado, precisa ser um analisador crítico e reflexivo na produção de novos conhecimentos educacionais e em constante busca da construção de estabelecimentos de ensino dotados das mínimas condições aptas a colocar em prática aos alunos os seus conhecimentos adquiridos.

Para tanto há a necessidade de primeiro estabelecer a sua identidade profissional de professor, com a contemplação profunda dessa sua atividade de educador, compreendendo que há saberes peculiares desta profissão, os quais vão muito além das técnicas pertinentes ao ofício de docente, em especial conhecimento pedagógico e didático-metodológico.

O contexto globalizado de nosso conhecimento contemporâneo exige que as teorias atuais em educação, se aproximem do aprender a aprender.

O professor não pode mais permanecer reduzido a um simples ministrador de aulas ou *ensinador de copiadores*.

A escola há de ser compreendida como algo superior àquele local onde simplesmente se repassa, se aprende ou se reproduz as coisas.

O ambiente da sala de aula deve ser adequado e contribuir ao sistemático processo, inclusive equipada com suportes eletrônicos e afins.

Esta tarefa não é fácil, pois tudo que importa em mudança obviamente encontrará resistência tanto de professores, instituições de ensino e de alunos.

Mas, acredito que para o sucesso deste processo, primeiro devemos contar com a real capacitação dos professores e paulatinamente ir desencadeando as outras conquistas.

Talvez, deva também ocorrer uma reformulação do currículo universitário com a adoção de um ciclo comum, básico.

Este ciclo seria igual para todas as carreiras e nele o aluno receberia o ensino-aprendizagem de modo a se capacitar e instruir para a fase seguinte específica à sua intenção de vontade.

Acredito que hoje o aluno, na maioria das vezes adolescente e imaturo em alguns aspectos, acaba optando por determinada carreira e adiante se percebe da escolha errada.

É comum ver aluno do segundo ou até do terceiro ano de faculdade, desistir e novamente prestar vestibular para cursar outra faculdade. Isto pode gerar a frustração, muito gasto e perda do precioso tempo.

Com a implantação deste ciclo comum, seria criado um suporte estratégico no processo de conhecimento apto a coibir tais acontecimentos ou ao menos minimizá-los.

Sem adentrar na seara da sua estrutura, o ciclo poderia conter disciplinas aptas a sensibilizar o raciocínio lógico, de indução e dedução do aluno e concomitantemente à forma de se expressar através do vernáculo e do alienígena.

Nesta fase o aluno que ainda não tivesse optado quanto a sua futura formação, ou mesmo aquele simpatizante quanto à determinada carreira, seria

municado com informações lógicas e de espírito crítico visando inteirar-se por completo a respeito do assunto.

Munido destas informações, que não se resume em estocar coisas sabidas, mas sim criar habilidades de elucidar desafios e enfrentar a realidade, o aluno seria induzido a criar o seu próprio horizonte.

Escolhida a estrada a ser palmilhada, o aprendiz passaria a nela receber orientações de como caminhar.

Assim, durante esta sua formação passaria dum amontoado de conhecimento recebido do professor para uma verdadeira capacitação metodológica visando corroborar a sua competência nas criações de soluções dos problemas, enfrentando novos desafios da realidade e a todo instante refazendo os seus conhecimentos.

Este é o intuito que deve imperar no educador contemporâneo, ou seja, conseguir ser um motivador do aluno para o seu semelhante ideal.

O aluno quando procura o professor não o quer apenas para aprender (decorando, copiando, fazendo as provas, colando), mas quer sim “aprender a aprender”.

O professor necessita construir no pupilo a atitude de ser um pesquisador e de desenvolver a sua própria capacidade.

O mercado de trabalho vivendo na sangrenta competição econômica exige um trabalhador (*professor*) capaz de saber pensar, participante da sistemática do processo e que se expresse bem, estando apto a formular raciocínio lógico-abstrato.

Foi-se a época do servidor robotizado, conquistado via treinamentos, pois isto foi importante na época da revolução industrial (máquinas).

No mundo globalizado o trabalhador necessita duma formação sólida apta a constantes reciclagens, atualizações e a saber repensar.

Por isto o trabalhador precisa aprender a aprender, senão fica para trás.

O trabalhador há de ser sujeito da sua própria história e mais que isto, deve saber fazer a sua própria história.

Os eventuais imprevistos que porventura surjam, serão vencidos estrategicamente, desde que o trabalhador tenha sido forjado com competência de conhecimento.

O importante é termos a certeza de que o sujeito deva sempre ser capaz de manusear e produzir o conhecimento, olhando à frente e nunca de costas para o futuro. Vamos sair da caverna em busca da luz, como aprendemos na alegoria do mito da caverna de Platão.

Sem desmerecer os demais professores, pois cada seara educacional possui suas especificidades, o docente da carreira jurídica deve estar ciente de que das cadeiras da faculdade onde leciona sairão futuros Delegados de Polícia, Juizes de Direito, Promotores de Justiça, Advogados, Defensores Públicos, Procuradores de Estado, enfim, profissionais que manterão entraves diários e passarão a zelar pelo nosso segundo maior bem: a liberdade.

Serão tais profissionais os responsáveis em decidir sobre a nossa permanência em liberdade ou sobre o nosso aprisionamento.

Serão deles também, nesse mundo contemporâneo e capitalista, as decisões sobre os destinos dos nossos bens materiais, ou seja, nosso patrimônio, nossa casa, nosso veículo etc.

Eis o mistério do assunto.

Espero que a contribuição externada sirva para que as instituições de ensino superior mantenham os seus projetos político-pedagógico adequados as atuais necessidades condizentes com a formação profissional dos seus alunos, reverenciando a formação pedagógica do seu corpo docente como mola propulsora desse eficaz projeto.

Com certeza, as instituições que adotarem as inovações à formação docente ocuparão papel de destaque num futuro próximo.

Porém, não há formula mágica para este importante passo, não há receita pronta.

Como sempre textualizado pelo filósofo Frances Michel Foucault, que sirvam estas palavras como chave para as interpretações necessárias ou eventuais embates julgados pertinentes, mas o importante é que efetivamente as mudanças ocorram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COLL, C. S. Aprendizagem escolar e construção do conhecimento. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

CUNHA, Maria I. O professor universitário na transição de paradigmas. Araraquara: JM, 1998.

DUARTE, N.. Vigotski e o "aprender a aprender": crítica às apropriações neoliberais e pós-modernas da teoria vigotskiana. Campinas: Autores Associados, 2000.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. "in" Introdução ao Estudo do Direito .São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA SOBRINHO, J. W. **Metodologia do Ensino Jurídico e Avaliação em Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Didática e Aula em Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FONSECA, Vitor. **Aprender a aprender: a educação cognitiva.** Porto Alegre: Artmed, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso o College de France (1975-1976).** Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999 (coleção tópicos).

FREIRE, Paulo. **A constituição de uma nova cultura política.** Villas-Boas, R. e Telles, D. S. Poder Local, Participação Popular, Construção da Cidadania. São Paulo (SP), Instituto Cajamar, Instituto Pólis, FASE e IBASE, 1995

_____. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa.** São Paulo (SP): Paz e Terra, 1996.

_____. **A importância do Ato de Ler.** 1982.

_____. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HARGREAVES, Andy, EARL, Lorna e RYAN, Jim. **Educação para a mudança: criando a escola para adolescentes.** Porto Alegre: Artmed, 2001.

LIBANEO, José C. **Didática.** São Paulo: Cortez, 1994.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Pedagogia jurídica.** Curitiba: Juruá, 2002.

MASETO, Marcos T. **Competencia Pedagógica do Professor Universitário.** São Paulo: Summus, 2003.

PERRENOUD, Philippe. **A prática reflexiva no ofício de professor: profissionalização e razão pedagógica.** Porto Alegre: Artmed Editora, 2002.

_____. **10 novas competências para ensinar.** Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

_____. **Avaliação: da excelência à regulação das aprendizagens-entre duas lógicas.** Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

_____. **Construir as competências desde a escola.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

_____. **A Arte de construir competências.** Revista Nova Escola. São Paulo, Abril Cultural, set., 2000.

PIAGET, Jean. **O julgamento moral na criança.** Editora Mestre Jou. São Paulo, 1977.

_____. **Para onde vai a educação?** Rio de Janeiro, Olympio – Unesco, 1973.

_____. GRECO, P. **Aprendizagem e conhecimento**. São Paulo: Freitas Bastos, 1974.

_____. INHELDER, Bärbel. **A psicologia da criança**. São Paulo: DIFEL, 1982.

_____. **Biologia e Conhecimento**. 2ª Ed. Vozes : Petrópolis, 1996.

_____. **A equilibração das estruturas cognitivas**. Rio de Janeiro : Zahar, 1975.

_____. **Sobre a pedagogia (textos inéditos)**. São Paulo: Casado Psicólogo, 1998.

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Lea das Graças Camargos. **Docência no ensino superior**. Vol. I. São Paulo: Cortez, 2002.

RIBEIRO JR, João. **A formação pedagógica do professor de direito**. 2. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo : Cortez, 1996.

VENTURA, Deisy. **Ensinar Direito**. Barueri, SP: Manole, 2004.

A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO

THE IMPORTANCE OF THE ETHICS IN LEGAL EDUCATION

Andrine Oliveira Nunes

RESUMO

Ao investigar o comportamento moral dos homens, seja consigo mesmo ou com os demais, a ética tem por objeto o dever-ser da conduta. O objeto da ética é descobrir, esclarecer, fundamentar certos comportamentos morais ao longo do tempo desenvolvidos pelas mais diversas sociedades. Entenda-se, o intuito de tal ciência não é de justificação, mas de explicação, entendimento, com a teleologia de aprimorar o comportamento humano prático-moral. Todavia, verifica-se, por hora, uma insensibilidade à postura ética chegando, em alguns casos, ao total descaso com a temática e sua prática. Mecanismo essencial para o comportamento legítimo, a ética se faz primordial no ensino jurídico, tanto pela formação do profissional do direito como pela própria natureza e finalidade do ensino, qual seja, a efetivação dos valores éticos-morais.

PALAVRAS-CHAVES: ÉTICA. MORAL. ENSINO JURÍDICO.

ABSTRACT

When investigating the moral behavior of the men, either I obtain exactly or with excessively, the ethics have for object must to be of the behavior. The object of the ethics is to discover, to clarify, to base certain moral behaviors throughout the time developed by the most diverse societies. Is understood, the intention of such science is not of justification, but of explanation, agreement, with the purpose to improve the human behavior practical-moral. However, it is verified, for the moment, a insensitivity lack to the ethical position arriving, in some cases, to the total indifference with thematic and practical its. Essential mechanism for the legitimate behavior, the ethics if makes primordial in legal education, as much for the formation of the professional of the right as for the proper nature and purpose of education, which is, the concretion of the ethical-moral values.

KEYWORDS: ETHICS. MORAL. LEGAL EDUCATION.

“[...] Há duas espécies de virtudes, a intelectual e a moral. A primeira deve, em grande parte, sua geração e crescimento ao ensino, e por isso requer experiência e tempo; ao passo que a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, de onde o seu nome se

derivou, por uma pequena modificação dessa palavra (do grego: *ethos*, e sua derivação *ethiké*).” (ARISTÓTELES, 2005, p. 40).

“[...] o que pode existir de mais valioso na vida, quer dos indivíduos, quer dos povos, senão alcançar a plena felicidade? Pois é disto exatamente que se trata quando falamos de ética. Podemos errar de caminho na nossa vida, e nos embrenharmos perdidamente, como Dante, na selva da escuridão. Jamais nos enganaremos, porém, quanto à escolha do nosso destino: nunca se ouviu falar de alguém que tivesse a infelicidade por propósito ou programa de vida.

Ora, a felicidade não é uma dádiva, e sim a recompensa de um esforço constante e bem orientado. Daí a importância suprema da investigação sobre o que é bom ou mau para se alcançar esse objetivo [...]” (COMPARATO, 2006, p.17).

INTRODUÇÃO

O uso excessivo, a invocação exagerada, a possibilidade de situar-se em qualquer discurso, acabaram por trivializar conteúdos de expressão como a ética. A maioria apregoa e entende que seu conteúdo já foi assimilado, portanto, quando de seu pronunciamento percebe-se uma insensibilidade e, até hostilidade dos ouvintes. No entanto, se faz necessária a abordagem sobre a ética, tema diretamente relacionado com a carga emocional e com os sentimentos humanos, visto que a crise vivida pela humanidade é de cunho moral. Da mesma forma, o ensino jurídico, que também se encontra em crise, necessita de melhorias, principalmente, no campo da eticidade. Assim, o presente trabalho tem a teleologia de, por meio do conteúdo significativo da ética, elucidar a importância da sua inserção no ensino jurídico, pautando a conduta do corpo docente e discente.

1 CONCEITO DE ÉTICA

De natureza milenar, desde os escritos de Pitágoras – século VI a.C.; tida como ciência, por possuir princípios, método e objeto próprios; derivada do grego *ethos*, que significa modo de ser, costumes, virtude, qualidade; considerada como a teoria da conduta humana em relação a si e aos demais seres; a ética investiga o comportamento moral dos homens em sociedade, “aprimora e desenvolve seu sentido moral e influencia a conduta.” (HARTMANN, 1935, p. 34).

Envolve, pois, os estudos de aprovação ou desaprovação da ação dos homens e a consideração de valor como equivalente de uma medição do que é real e voluntarioso no campo das ações virtuosas.

Encara a virtude como prática do bem e esta como a promotora da felicidade dos seres, quer individualmente, quer coletivamente, mas também relação às normas comportamentais pertinentes.

Analisa a vontade e o desempenho virtuoso do ser em face de suas intenções e atuações, quer relativos à própria pessoa, quer em face da comunidade em que se insere. (SÁ, 2001, p. 15).

A ética depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, suas condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais. (VÁZQUEZ, 2000, p. 22).

Na terminologia da técnica profissional, a ética é o vocábulo usado sob a expressão de ética profissional, para indicar a soma de deveres, que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com os clientes e todas as demais pessoas com quem possa ter trato. Em regra, a ética profissional é fundada no complexo de normas, estabelecidas pelos usos e costumes, é o dever ser jurídico. Assim, “a ética é uma disciplina normativa, não por criar normas, mas por descobri-las e elucidá-las. Mostrando às pessoas os valores e os princípios que devem nortear sua experiência.” (HARTMANN, 1935, p. 34).

2 ÉTICA X MORAL

Derivada do grego “*ethos*”, que significa costumes, a ética pode ser definida como a ciência do *ethos*, a teoria dos costumes. É um dos mecanismos de regulação das relações sociais do homem que visa garantir a coesão social e harmonizar interesses individuais e coletivos.

Derivada do latim “*mos*”, que significa hábitos, a moral é um conjunto de regras próprias de uma cultura, isto é, é um conjunto de princípios, valores e normas que regulam a conduta humana em suas relações sociais, existentes em determinado momento histórico.

Etimologicamente ética e moral detém o mesmo significado, no entanto, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis, o que corrobora para que a ética seja mais teórica que a moral, ou seja, mais direcionada a uma reflexão sobre os fundamentos do que a moral, que é o próprio objeto da ética.

Derivado do latim *moralis* (relativo aos costumes), na forma substantiva designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é *honesto e virtuoso*, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade.

A moral, assim, tem âmbito mais amplo que o Direito, escapando à ação deste muitas de suas regras, impostas aos homens como deveres.

Na forma adjetiva qualifica tudo que concerne à moral.

Diz-se, também, *ética*, que é a ciência da moral. (SILVA, 2004, p. 930).

Assim, a ética não cria a moral, não estabelece seus ditames, mas visa analisá-los em decorrência do tempo e da história, pois a ética se depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e

a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais.

Por isso, pode-se assinalar a ética como a ciência dos costumes, da moral, de uma esfera do comportamento humano. Contudo, não podendo confundir a teoria com seu objeto de estudo: o mundo moral.

Ao contrário das proposições éticas, que detém o mesmo rigor, coerência e fundamentação que as proposições científicas, os juízos, princípios e normas de uma moral não detém o mesmo caráter científico, sendo na maioria das vezes incompatíveis com a ciência, seja ela natural ou social.

Diferentemente da ética que pode ser sinalizada como uma ciência – ética científica, a moral não há de ser estigmatizada como tal, o que pode ocorrer é um conhecimento científico sobre a moral, mas não existe uma moral científica. Do mesmo modo que nas outras ciências, o científico baseia-se no método, na abordagem do objeto, e não no próprio objeto, por exemplo: o mundo físico não é científico, entretanto seu estudo faz parte da ciência física.

Logo, se não existe uma moral científica, nada impede que exista um estudo acerca do seu objeto, isto é, conhecimentos científicos sobre o homem, a sociedade, enfim, sobre o comportamento humano moral.

Aí entra o papel da ética, servir de alicerce para fundamentar uma moral, sem ser normativa ou preceptiva. Por não ser a moral, a ética não pode ser reduzida a normas ou ditames, seu objetivo é explicar a moral efetiva e, desta forma poder influir na própria moral.

3 OBJETO DA ÉTICA

Desde a origem do homem como ser social que este se depara com a necessidade de pautar seu comportamento em normas, sejam elas prescritas ou costumeiras, normas estas avaliadas pelo seu foro íntimo, isto é, há um julgamento prévio da licitude do ato, tecendo um sentido de obrigatoriedade de cumprimento das mesmas, a fim de ditar seu comportamento numa maneira correta de agir.

De forma que o homem antes de agir, procurar impor juízo de valor ao ato, por mais que tal juízo seja unilateral, íntimo, pessoal, ou seja, independente da preexistência de norma prescrita a respeito.

Depois de vários milênios, passou-se a refletir sobre a conduta humana e seu juízo de valor. O comportamento humano prático-moral, ainda que sujeito a variações em decorrência do tempo e da sociedade, interessou aos filósofos, cientistas, pesquisadores. O que acabou por configurar a passagem do plano da prática moral – a moral efetiva, vivida, para a teoria moral – a moral reflexa, dando-se início ao pensamento filosófico, haja vista os problemas teóricos-morais, isto é, éticos apresentados.

Na Antiguidade Clássica, Aristóteles tenta descobrir o que é bom, se propondo a solucionar um problema teórico, com intuito de influenciar *a posteriori* o comportamento humano prático-moral. No entanto, definir o que é bom não soluciona

os problemas práticos colocados ao indivíduo no cotidiano. Antes de saber o que deve ser feito, deve o indivíduo mensurar o que tem valor, isto é, o que é tido como valioso para ele. Após responder tal questionamento de foro íntimo é que poderá solucionar o problema prático-moral, visto que o dever ser está intrinsecamente ligado ao que é valioso, pois a ética está alicerçada em valores designados como bons. Segundo Adolfo Sánchez,

Os homens, porém, em seu comportamento prático-moral, não somente cumprem determinados atos, como, ademais, julgam ou avaliam os mesmos; isto é, formulam juízos de aprovação ou de reprovação deles e se sujeitam consciente e livremente a certas normas ou regras de ação. Tudo isso toma a forma lógica de certos enunciados ou proposições. (VÁZQUEZ, 2000, p. 19).

Isto é, a norma. Esta dita o que deve ser, o que é tomado como regra, modelo, paradigma, forma ou tudo que se estabelece em lei ou costume para servir de pauta ou padrão na maneira de agir, dita o preceito a ser respeitado. “A norma é a regra de conduta que postula dever.” (VÁZQUEZ, 2000, p.38).

Ademais, o problema da essência do ato moral envia ao problema da responsabilidade. Ou seja, o problema da liberdade de vontade é ato reflexo à responsabilidade. Só se pode conceber o comportamento moral se relacionado à responsabilidade, pois o indivíduo é livre, podendo fazer o que quiser. A tomada de decisão é eivada de livre arbítrio, o ato e o juízo do indivíduo deve ser pessoal, e não ditados por um poder superior, afinal, agir dentro da ética, respeitando a moral, é uma escolha unilateral, de foro íntimo.

Decidir e agir numa situação concreta é um problema prático-moral; mas investigar o modo pelo qual a responsabilidade moral se relaciona com a liberdade e com o determinismo ao qual nossos atos estão sujeitos é um problema teórico, cujo estudo é da competência da ética. (VAZQUEZ, 2000, p.18/19).

Assim, o objeto da ética é descobrir, esclarecer, fundamentar certos comportamentos morais ao longo do tempo desenvolvidos pelas mais diversas sociedades, entenda-se, o intuito de tal ciência não é de justificação mas de explicação, entendimento, com a teleologia de aprimorar o comportamento humano prático-moral.

Portanto, diferente de outrora, onde o problema central era descobrir o que era bom, atualmente, pode-se citar como problemas éticos fundamentais a luta pela definição da essência do comportamento humano e a sua relação e diferença com outras formas de comportamento como: a religião, a política, o direito, a atividade científica, a arte, o trato social, etc.

4 CAMPO DA ÉTICA

Ao se refletir sobre a prática e a teoria da moral, concluiu-se que a ética poderia contribuir para fundamentar ou justificar certas formas de comportamento moral. Assim, de início, tentou-se ver na ética, enquanto disciplina teórica, norma fundamental que indicasse o melhor comportamento moral. Buscando, para tanto, comparações entre o comportamento moral e as necessidades sociais, tentando conceituar o que é bom, a fim de normatizar a atuação humana.

Mas a função fundamental da ética é a mesma de toda teoria: explicar, esclarecer ou investigar uma determinada realidade, elaborando os conceitos correspondentes. Por outro lado, a realidade moral varia historicamente e, com ela, variam os seus princípios e as suas normas. A pretensão de formular princípios e normas universais, deixando de lado a experiência moral histórica, afastaria da teoria precisamente a realidade que deveria explicar. (...) O valor da ética como teoria está naquilo que explica, e não no fato de prescrever ou recomendar com vistas à ação em situações concretas. (VÁZQUEZ, 2000, p. 20/21).

Em reação aos excessos outrora praticados, quando do estudo do que é bom, da essência da moral e do comportamento humano; hoje a ética procura se deter nos problemas de linguagem e raciocínio moral. Visto que formular juízos de valor sobre a prática moral da sociedade em certas épocas a fim de determinar uma moral absoluta e universal não cumpre com o desenvolvimento intelectual e, conseqüentemente, prático moral. Pois a ética, ao vislumbrar tais pluralidades (de comportamento, de tempo, de moral, etc.), deve tentar explicar o por quê de tais práticas.

A ética parte do fato da existência da história da moral, isto é, toma como ponto de partida a diversidade de morais no tempo, com seus respectivos valores, princípios e normas. Como teoria, não se identifica com os princípios e normas de nenhuma moral em particular e tampouco pode adotar uma atitude indiferente ou eclética diante delas. Juntamente com a explicação de suas diferenças, deve investigar o princípio que permita compreendê-las no seu movimento e no seu desenvolvimento. (VÁZQUEZ, 2000, p. 22).

5 A ÉTICA COMO SISTEMA FILOSÓFICO

Por ser definida como um conjunto sistemático de conhecimentos racionais ou objetivos a respeito do comportamento humano moral, a ética nos é apresentada como um objeto específico que se pretende estudar cientificamente. O que contrapõe ao fim principiológico anteriormente adotado, qual seja: a ética como simples capítulo da filosofia (concepção tradicional). Em favor desta visão tradicionalista, foram proposta várias opiniões a fim de negar o caráter científico e independente da ética. Como não elaborar proposições objetivamente válidas, mas juízos de valor ou normas que não podem pretender essa validade. O fato da ética ser vislumbrada como uma filosofia especulativa, ou seja, sem levar em conta a ciência e a vida real é mais uma forma de negá-la como sistema.

A ética filosófica se preocupa em concordar seus ditames com os princípios filosóficos universais, em oposição à realidade prática dita pelo desenvolvimento histórico e real corroborando para o caráter absoluto das concepções sobre o bom, o dever, os valores.

Numa época em que a história, a antropologia, a psicologia, e as ciências sociais nos proporcionam materiais valiosíssimos para o estudo do fato moral, não se justifica mais a existência de uma ética puramente filosófica, especulativa ou dedutiva, divorciada da ciência e da própria realidade humana moral. (VAZQUEZ, 2000, p.26).

No entanto, por deter caráter filosófico, argumenta-se que as questões éticas constituíram sempre uma parte do pensamento filosófico. Visto que desde a origem da filosofia, decorrendo por um vasto período, por não se ter ainda discorrido sobre outras

ciências, a filosofia centralizava toda a realidade natural, humana, se apresentando como saber total.

Na medida em que a abordagem científica se estende progressivamente a novos objetos ou setores da realidade, inclusive à realidade social do homem, vários ramos do saber se desprendem do tronco comum da filosofia para constituir ciências especiais com um objeto específico de investigação e com uma abordagem sistemática, metódica, objetiva e racional comum às diversas ciências. Como exemplo temos a psicologia, ciência natural e social.

Hoje, para que tais ciências adquiram a verdadeira natureza científica deve haver um desligamento da filosofia especulativa. Portanto, a ética deve buscar estudar o homem, o seu comportamento como ser social, real, dentro dos valores morais ditados pela sociedade, tendo como base a sua existência histórica e social a fim de caracterizá-la como sistema.

6 O VALOR OBJETIVO DA MORAL-ÉTICA

Valor não é propriedade de objetos em si, mas propriedade adquirida graças à sua relação com o homem como ser social. Mas, por sua vez, os objetos podem ter valor somente quando dotados realmente de certas propriedades objetivas.

É o homem, como ser histórico-social e com a sua atividade prática, que cria os valores e os bens nos quais se encarnam, independentemente dos quais só existem como projetos ou objetos ideais. Os valores são, pois, criações humanas, e só existem e se realizam no homem e pelo homem.

As coisas não criadas pelo homem (os seres da natureza) só adquirem um valor entrando numa relação especial com ele, integrando-se no seu mundo como coisas humanas ou humanizadas. Suas propriedades naturais, objetivas, só se tornam valiosas quando servem para fins ou necessidades dos homens e quando adquirem, portanto, o modo de ser peculiar de um objeto natural humano.

A objetividade do valor não é oriunda das idéias platônicas (seres ideais) nem dos objetos físicos (seres reais, sensíveis), é uma objetividade especial, humana, social, que não se pode reduzir ao ato psíquico de um sujeito individual nem tampouco às propriedades naturais de um objeto real. Trata-se de uma objetividade que transcende o limite de um indivíduo ou de um grupo social determinado, mas que não ultrapassa o âmbito do homem como ser histórico-social.

Os valores morais não existem em si e por si independentemente dos objetos reais, nem tampouco independentes da relação com o sujeito, o homem, existem objetivamente com uma objetividade social, isto é, unicamente em um mundo social, pelo homem e para o homem.

7 ÉTICA CIENTÍFICA

A ética é a ciência que, tendo por objeto essencial o estudo dos sentimentos e juízos de aprovação e desaprovação absoluta realizados pelo homem acerca da conduta e da vontade, propõe-se a determinar qual o critério segundo a conduta e a vontade se

distinguem, ou ainda, qual é a norma que se opera ou que se deva operar a vontade de tal conduta, qual é o fim que a mesma deva cumprir, em que relações de valor estão com observância daquela norma e a obtenção daquele fim gerando diversas formas de condutas, na sociedade e na época à qual praticada.

O objeto da ética científica são as relações entre a vontade e a conduta, como isto se processa perante o coletivo e o individual, em causa, efeito, no tempo, no espaço, em qualidade, quantidade, em face das ambiências próximas e distantes.

Logo, o que torna científico um conhecimento, isto é, o que fundamenta uma moral, não é a opinião isolada deste ou daquele pensador, mas o rigor com que, de forma racional, estuda-se um objeto determinado, sob um aspecto especial, metodologia definida, tudo na busca da explicação de acontecimentos que possam ter validade geral e aceitabilidade lógica.

8 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO

Ao analisar a significação, conteúdo, incidência e valoração da ética, visualiza-se a necessidade de associação desta temática com o ensino jurídico, haja vista a importância deste na sociedade, tanto para a boa formação dos profissionais do direito, zeladores aptos pelas normas e diretrizes sociais, como pela consecução e efetivação dos valores éticos-morais.

Ademais, como bem apregoa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o ensino jurídico perpassa por males que carecem de atenção desvelada a fim de não padecer de forma vital. Males estes que já foram detectados por diversos autores, Eduardo de Oliveira Leite, João José Caldeira Bastos, Leonel Severo Rocha, Getulino Maciel, José Eduardo Faria, João Bosco da Encarnação, Álvaro Melo Filho, Horácio Wanderlei Rodrigues, Paulo Roney Ávila Fagúndez, entretanto, é na obra de Roberto Aguiar que se encontram descritos tais malefícios por meio dos critérios de avaliação e melhoria no ensino jurídico questionados pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Ministério da Educação.

Dentre os vícios que permeiam o ensino jurídico é válido salientar: o conservadorismo, formalismo, o ideário de repetição e não de criação, o isolamento em relação à sociedade e a outras ciências, o crescente número de faculdades de direito privadas, a estrutura pedagógica atrasada, a ausência de comprometimento do corpo docente e discente, enfim, a falta de ética.

Se o papel do operador do direito, e, muito principalmente, do professor de direito é ensinar os direitos e a defesa destes, como fazê-los sem pautar a conduta nos valores éticos e morais? Como bem assinala o professor Renato Nalini: “De nada vale reconhecer a dignidade da pessoa, se a conduta pessoal não se pautar por ela”. (NALINI, 2001, p.36).

Esta postura caracterizada por ética é mais do que opcional ao profissional do Direito, chega a ser obrigacional, haja vista a sua relação íntima com o dever ser jurídico, na luta pela defesa dos direitos fundamentais, seja advogado, juiz, promotor, defensor, professor de direito, enfim, quem quer que lide com a aplicabilidade das normas prima por associá-las à conduta ética.

Para tanto, segue alguns questionamentos e sugestões a fim de melhorar a aplicabilidade dos valores acima debatidos: O que um professor do ensino jurídico poderia desenvolver em sala de aula para que a maioria dos alunos se interessasse pelas atividades e tarefas realizadas? Que conteúdos são mais adequados para que os alunos fiquem motivados para estudar? Qual o papel do professor do ensino jurídico? Considerando a atividade do professor como uma prática educativa, quais seriam suas atitudes fundamentais? Quais os valores norteadores de sua prática pedagógica?

O professor deve buscar desenvolver aulas teórico-expositivas, seguidas de atividades práticas, em grupo, voltadas para a análise crítica dos conteúdos ministrados. Deve pautar-se em ideais educacionais construtivistas e integradores, pois percebe-se que o ensino jurídico requer mudanças. Modificações em sua estrutura metodológica também são bem-vindas, na medida em que possibilitam aos alunos uma formação crítica, voltada para o contexto social. O professor, enfim, deve proceder a uma verdadeira *faxina pedagógica*, de sorte a integrar a teoria à prática em sala de aula, fato que resultará, quando de sua adoção em larga escala, não só na formação de juristas, mas também de pesquisadores sociais e cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, com atuação crítica e participativa no meio social em que estão inseridos.

O professor deverá, na seleção dos conteúdos, guardar observância a critérios como: validade, relevância, graduabilidade, acessibilidade, interdisciplinariedade, articulação com outras áreas, cientificidade, adequação. Por exercer uma função formadora, o docente, além do conhecimento da ciência, deve inserir conteúdos como socialização, valores, solidariedade, respeito, ética, política, cooperação e cidadania.

A função do professor, no âmbito do Direito, vem instituída no bojo da Constituição Federal, que considera a versada profissão um *múnus público*. Dessa maneira, a utilização exclusiva do modelo de ensino tradicional por alguns docentes dos cursos de Direito (notadamente daqueles que ocupam altos cargos públicos, em sua maioria carentes de conhecimentos didáticos e pedagógicos) pode estar incapacitando seus alunos para que tenham possibilidade de exercer tal função. É importante que os educadores do ensino jurídico percebam as mazelas que essa forma de educar promove e assumam, definitivamente, sua responsabilidade diante dos alunos que estão formando, o futuro de nosso país. Tal transformação, no entanto, requer uma mudança íntima do docente, notadamente no que se refere à organização de seu processo pedagógico, que deve pautar-se numa abordagem mais humanista e de interação com os docentes, numa pedagogia jurídica conscientizadora, em que o professor deixa de ser o detentor do poder e passar a exercer um papel de mediador na construção do conhecimento. Afinal, a real preocupação de um professor universitário deve ser a qualidade do ensino que está promovendo.

O professor deve reorganizar seu processo pedagógico. Uma das ferramentas mais importantes para a transformação deste paradigma é a utilização do diálogo professor/aluno, porquanto não há possibilidade de questionamento sem diálogo. O docente, para tanto, não deve assumir uma postura acrítica, e deve estar disposto a adaptar-se às mudanças, desvencilhando-se de qualquer vestígio de conservadorismo. No que diz respeito à forma de avaliação dos alunos, oportuno observar que, quando o professor passar, efetivamente, a exercer um ensino crítico e interacionista, poderemos obter avaliações conscientes, pois não basta mudar a forma de avaliar, se, na prática, não houver mudança metodológica e de processo de ensino. A proposta seria uma

avaliação com as seguintes características: processual, dialógica, includente, histórica, multifacetada, com autonomia intelectual, formativa, criativa e não comparativa. Em outros termos, a avaliação deixa de ter o intuito de punir ou disciplinar o aluno.

A fim de que possa desenvolver uma prática formativa, verdadeiramente educativa, indica-se a realização de um diagnóstico aqui compreendido com uma situação de análise, de reflexão sobre o circunstante, o local e o global. Nesse contexto didático-pedagógico, o docente tem tomar algumas atitudes: averiguar a quantidade de alunos, os novos desafios impostos pela sociedade, as condições físicas da instituição a que estiver vinculado, os recursos disponíveis, nível, as possíveis estratégias de inovação, as expectativas do aluno, o nível intelectual, as condições socioeconômicas (retrato sociocultural do aluno), a cultura institucional, a filosofia adotada pela universidade e/ou instituição de ensino superior, enfim, as condições subjetivas e objetivas em que o processo de ensino ocorrerá.

Entremostra-se válido para o docente buscar novas técnicas, desbravar novos caminhos, numa investida esperançosa de quem deseja fazer o melhor, do ponto de vista metodológico. Para tanto, ele precisa pautar-se em valores necessariamente inclusivos, introduzindo recursos que propiciem uma dimensão interativa na sala de aula, que passará a ser vislumbrada como um espaço de competência técnica, política e de crescimento humano, inesgotável nas suas possibilidades.

Isto posto, resta à sociedade, a fim de viabilizar uma vida mais próspera, recompor seus referenciais, seus valores morais, isto é, buscar pautar, incessantemente, sua conduta na ética, mediante opção pessoal, pois, somente através do compromisso íntimo de cada um é que se poderá regular as relações entre os indivíduos, teleologia ética. “Se vier a ser recomposto o referencial de valores básicos de orientação do comportamento, será viável a formulação de um futuro mais promissor para a Humanidade ainda envolvida no drama da insuperação das angústias primárias.” (NALINI, 2001, p. 36).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caracterizada como um conjunto de regras de comportamento que tendem a auxiliar o homem na realização do bem, a ética é a responsável pela elucidação e descobrimento das regras, fazendo translúcida o significado de seus princípios e norteando sua existência.

O ensino jurídico está viciado. Conservadorismos, formalismos, falta de interdisciplinariedade, estrutura pedagógica falha, predomínio de faculdades privadas que visam as leis do mercado, ou seja, o capital, enfim, ausência de compromisso docente e discente, isto é, ausência de ética.

Sobra à sociedade acadêmica jurídica, pautar sua conduta pelo primado dos valores morais, hoje esquecidos, pois, se assim não for, de nada adiantará pregar direitos, palavras sem obras no máximo suscitaram comoção, mas não mudanças, estas só ocorrem quando há exemplos, estes sim são arrebatadores. Portanto, a associação entre a conduta escolhida por seus operadores e os ditames éticos por estes pregados se faz mais do que necessária, se faz de aplicabilidade urgente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A.R. de. *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martins Claret, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ENCARNAÇÃO, João Bosco; MACIEL, Getulino do Espírito Santo. (Orgs.) *Seis temas sobre o ensino jurídico*. São Paulo: Cabral, 1995.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *A crise do ensino jurídico*. Disponível em: <<http://www.roney.floripa.com.br/docs/crise.doc>>. Acesso em: 24/11/2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O ensino jurídico. In: *Encontro UnB – Ensino Jurídico*. Brasília: Editora da UnB, 1979, p. 69-71.

HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. 2. ed. Berlin, 1935.

MELO FILHO, Álvaro. *Metodologia do Ensino Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MORA, José Ferrater. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SÁ, Antonio Lopes de. *Ética profissional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Tradução de João Dell'Anna. *Ética*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

Para maiores informações e aprofundamento na matéria averiguar as obras: Aristóteles. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martins Claret, 2005; COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Tradução de João Dell'Anna. *Ética*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

A história da ética, seus fundamentos e posicionamentos estão descritos na obra: MORA, José Ferrater. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A ética aristotélica tem por finalidade descobrir o que é bom, o bem absoluto. Em “Ética a Nicômaco” Aristóteles traça que o bem supremo é a felicidade alcançada pela prática constante da virtude, diferenciando-a dos instintos e das emoções. Dispõe que a virtude é obtida através do exercício, é um hábito, algo volitivo; enquanto que os instintos e as emoções são involuntários. Da mesma forma com as aptidões físicas ou intelectuais e faculdades quando menciona que estas são inatas, ao passo que a virtude pode ser implantada. Aristóteles versa ainda sobre a teoria do justo meio enfatizando a virtude como o justo meio entre dois vícios extremos, v.g.: a virtude temperança está entre o vício extremo menor: desenfreno, e o vício extremo maior: embotamento; a liberalidade entre a prodigalidade e avareza; o valor entre a temeridade e a covardia. Portanto, a virtude é considerada como o aprimoramento de algo próprio do indivíduo, ou seja, “o homem virtuoso é aquele que mergulha no desenvolvimento integral de suas faculdades”. (NALINI, 2001, p. 53). Para maiores informações e aprofundamento na temática: Aristóteles. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martins Claret, 2005.

Em artigo intitulado “O ensino jurídico” o autor salienta algumas falhas dispostas no sistema de ensino jurídico, desde a concepção do que se entende por ensino, perpassando pelo despreparo dos professores; pela falta de disponibilidade para o magistério, isto é, a relação entre a carreira de professor e o status sem compromisso; a falta de interdisciplinariedade; a pressão do mercado de trabalho e a relação deste com as faculdades de direito; até sobre a situação estudantil de obrigatoriedade de trabalho para manutenção dos estudos. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O ensino jurídico. In: Encontro UnB – Ensino Jurídico Brasília. Brasília: Editora da UnB, 1979, p. 69-71).

Todos são autores da obra “Seis temas sobre o ensino jurídico”, organizada por João Bosco da Encarnação e Getulino do Espírito Santo Maciel, São Paulo: Cabral, 1995.

MELO FILHO, Álvaro. *Metodologia do Ensino Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *A crise do ensino jurídico*. Disponível em: <<http://www.roney.floripa.com.br/docs/crise.doc>>. Acesso em: 24/11/2008.

AGUIAR, Roberto A.R. de. *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

Em julho de 2000 a Ordem dos Advogados do Brasil propôs e divulgou, juntamente com o Ministério da Educação, os critérios de avaliação das instituições de ensino jurídico, haja vista a preocupação com o projeto didático-pedagógico e suas conseqüências, principalmente no que diz respeito ao perfil destes cursos e sua relação com a sociedade. (Vide análise destes critérios em: AGUIAR, Roberto A.R. de. *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 221-230.)

O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO EFETIVADO PELO METODO DEDUTIVO E EM CONFRONTO COM O MÉTODO SOCRÁTICO

LA ENSEÑANZA JURÍDICA BRASILEÑA EFECTIVADA POR EL MÉTODO DEDUTIVO Y LA CONFRONTACIÓN CON EL MÉTODO SOCRÁTICO

David Hermes Depiné

RESUMO

O ensaio se apresenta no sentido de abordar uma face da crise do ensino jurídico tal qual se apresenta, contudo especificamente no tocante ao método utilizado, sem contudo desconsiderar as outras dimensões da crise do ensino jurídico neste momento histórico frente ao qual o Brasil se posta. Por meio de uma abordagem histórica do ensino jurídico brasileiro, por meio da utilização do método dedutivo de ensino, em aulas quase que exclusivamente expositivas, em compasso messianicamente descrita por Paulo Freire como concepção bancária de ensino no qual o aluno é um recipiente a ser preenchido por conhecimento. Nesse ponto, apresenta-se a utilização do método socrático de ensino como meio de resgatar o aluno em seu compromisso de ser o principal autor do processo de ensino/aprendizagem.

PALAVRAS-CHAVES: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ENSINO NO BRASIL, CRISE DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO, MÉTODO DEDUTIVO, MÉTODO SOCRÁTICO

RESUMEN

La prueba se presenta para hacer frente a una crisis en la cara de la educación jurídica como tal se presenta, sin embargo específicamente sobre el método utilizado, sin embargo, hacer caso omiso de las otras dimensiones de la crisis en la educación jurídica en este momento histórico en el que la parte delantera se llama Brasil. A través de un enfoque histórico de la educación jurídica de Brasil a través del uso de método deductivo de la enseñanza en las clases expositivas casi exclusivamente en la barra como se describe messianicity por Paulo Freire bancario concepto de la educación en el cual el estudiante es un recipiente para ser llenado por el conocimiento. En este punto, es el uso del método socrático de la enseñanza como un medio para rescatar a los estudiantes en su compromiso de ser el principal autor de la enseñanza / aprendizaje.

PALAVRAS-CLAVE: EVOLUCIÓN HISTORICA DE EDUCACIÓN JURÍDICO BRASILEÑA, LA CRISIS EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN EL BRASIL, EL MÉTODO DEDUCTIVO, MÉTODO SOCRÁTICO.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem sua finalidade delimitada no enfrentamento do método dedutivo com o método socrático. Para tanto, inicialmente se realizará uma breve perquirição histórica acerca do ensino jurídico no Brasil, e posteriormente uma análise do sistema principalmente adotado no sistema de ensino jurídico brasileiro, o método dedutivo, procurando, derradeiramente, confronta-lo com o método socrático.

Aqui não se desconhecem as mazelas pelas quais passa o ensino, não só jurídico no país. Dentre os principais pontos da crise, apresentam-se a crise econômica, enfrentada por toda a sociedade, a mercantilização do ensino, a brutalização do professor e o trato do aluno como cliente e não como aluno, são pontos nevrálgicos da questão.

O arremesso para fora da família do papel de principal educador, em nossa sociedade hodierna, também é ponto a influenciar a crise do ensino, repisa-se, não só jurídico.

Nesse particular, a concepção bancária de ensino de Paulo Freire assume papel messiânico no sentido de descrever tal qual foi, é e possivelmente será todo o ensino no país, convertendo os seres humanos em recipientes de conhecimento a serem preenchidos.

2. O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O direito brasileiro teve início na Faculdade de Direito de Coimbra, no século XIX, onde eram encaminhados os filhos abastados das classes dominantes da época para buscarem formação acadêmica, até a efetiva implantação do curso de Direito na cidade de Olinda e em São Paulo, com a sanção da Carta de lei de 11 de agosto de 1827.

Os estudantes de direito acompanharam as transformações liberais da Faculdade de Direito de Coimbra, elaborada através do estatuto nº 1772, transportando mais tarde para o Brasil a cultura vivenciada em Portugal no século XVIII.

A expansão ideológica fomentada na época, com o florescimento do iluminismo liberal que de certa forma influenciou o conhecimento dos estudantes brasileiros da Coimbra clássica.

Com efeito, os estudantes que freqüentavam as cátedras de direito de Coimbra, ocuparam cargos de relevância na estruturação do Estado Imperial brasileiro. Observa-se que a influencia ideológica liberal jurídica portuguesa da época, acabaram por influenciar as reivindicações dos currículos das primeiras escolas jurídicas brasileiras no início do século XIX.

Em 11 de agosto de 1827, houve edição de lei que organizou a estrutura curricular destinando o estudo do direito civil e comercial (quarto ano) e ao estudo da economia política e prática processual (quinto ano).

Destaca-se ainda que aqui está ocorrendo o fim do absolutismo, colocando, também, em crise o sistema de ensino científico com a escola eclesiástica.

O novo modelo proposto científico jus-racional, solicitava nova base retórica, onde seu alcance seria fundamentado no pátio da sociedade em construção. Assim, a forma de regulação liberal das relações sociais impulsionaria os estudos jurídicos da época: o normativismo positivista, "O positivismo da ciência jurídica do séc. XIX tinha, com a formação de um sistema fechado de direito privado e de uma teoria geral do direito civil, não apenas imposto pela primeira vez no direito positivo as exigências metodológicas do jusracionalismo, mas tinha ao mesmo tempo exprimido do ponto de vista científico e justificado do ponto de vista espiritual a imagem jurídica da sociedade civil do seu tempo.^[1]".

Observa-se que a evolução do ensino caminhou paralelamente com o aparecimento de projetos de codificações do direito civil brasileiro por Teixeira de Freitas, em compilação as instituições do estatuto privado de Napoleão. Destarte, o lapso temporal para a edição do código civil brasileiro foi de cinquenta anos, até a elaboração do código civil de 1916 elaborado por Clóvis Beviláqua.

Era evidente o déficit na formação de profissionais do direito para atender as expectativas pós-proclamação da República. Desta feita, por pressão da sociedade, o Estado realizou, por assim dizer, a primeira reforma do Ensino Jurídico, onde deixaram de ser monopólios de Olinda e de São Paulo, criando novas faculdades, sendo a primeira criada em 1891, na Bahia.

Assim, aparece o "ensino livre^[2]", onde o centro era a crença de que a educação era a força inovadora da sociedade a ser expandida:

"Afastem-se os entraves à criação de escolas, de cursos, de faculdades e estas florescerão vigorosas. O princípio de seleção natural encarregar-se-á de 'fiscalizar' a escola, só sobrevivendo os mais aptos, os melhores. O próprio ensino oficial só terá a lucrar com isto, a concorrência das escolas particulares obrigando-o a manter um ensino elevado."

Assim, resta por latente o discurso liberal da época, onde se evidencia a seleção natural do profissional de direito pelo mercado de trabalho. Neste período já era evidente a preocupação com a ploriferação de cursos jurídicos: "*As primeiras críticas ao discurso hegemônico liberal ocorreram a partir da constatação da massificação ocorrida pela expansão indiscriminada dos cursos de Direito, conforme os padrões da época. Surgia o ilustrativo termo "fábricas de bacharéis^[3]".*

A transformação vivida pela fase do liberalismo com a afirmação do Estado Liberal que foi buscado desde o início do que já era estruturado em Coimbra, buscava nesta oportunidade consolidar o poder da burguesia no domínio da ciência jurídica.

Desta feita, em 1911, (Rivadavia) e 1915, (Carlos Maximiliano), buscou a consolidação da ideologia liberal vivenciada na época onde o símbolo maior era a codificação.

Em 1927, com o aumento indiscriminado do curso jurídico, já haviam 14 cursos e 3200 alunos matriculados.

Nesta fase o ensino jurídico representa o amadurecimento das instituições educacionais no Brasil. Porém, esse amadurecimento acabou por cristalizar um modelo de ensino jurídico, a ser reproduzido a partir da matriz liberal.

Assim, a função social do ensino jurídico no período no século XIX, demonstrou, ratificar o modelo liberal, interpretá-lo, dar vida e continuidade aos currículos ideologicamente preparados. Metodologicamente o avanço foi minado, e seu resultado foi voltado para a pedagogia tradicional.[4]

Em 1827, a disciplina de Direito Eclesiástico tornou-se optativa em 1879 e foi excluída em 1895. A burguesia da época solicitava o poder da classe burguesa sobre a produção do conhecimento, como era com as Ciências Naturais.

Em 1931, houve a chamada reforma do 'Chico - Ciência', tendo como mérito institucionalizar definitivamente a 'universidade', em nítida ação dirigida à inovação dos ideais educacionais da república velha.

O fé na ideologia do papel transformador da escola, com a instalação e atualização da universidade apresentada por Francisco Campos. Organizando a Universidade do Rio de Janeiro (especialmente para o ensino jurídico), exteriorizando a demanda do mercado na época, direcionando o estudo do positivismo e enaltecendo as regras de gerais de direito pátrio, mantendo-se o liberal da fase anterior.

Para Dantas[5]. Em seu texto sobre a "Renovação do Direito", em 1941, afirmou sobre os rumos da educação no Direito:

"Só se consideraria, pois, em crise, no mundo de hoje, uma Faculdade em que o saber jurídico houvesse assumido a forma de um precipitado insolúvel, resistente a todas as reações. Seria ela um museu de princípios e praxes, mas não seria um centro de estudos. Para uma escola de Direito viva, o mundo de hoje oferece um panorama de cujo esplendor raras gerações de juristas se beneficiam."

Observa-se que novamente o ensino jurídico brasileiro estava em crise, razão pela qual, necessitava de alteração curricular que ocorreu em 1961. O Conselho Federal de Educação, aparece, colocando então um mínimo exigido aos cursos de Direito.

O objetivo era que os cursos tivessem um mínimo necessário para a formação jurídica dos estudantes do curso de direito. Novamente não existia controle sobre os cursos, tampouco da classe, sendo o controle exercido pelo mercado de trabalho[6].

Em 1964 com o golpe militar, ocorreu mudança na estrutura dos cursos de direito, não havendo espaço para a nova didática de ensino, neste período negro da dava-se valorização ao tecnicismo que embasou a reforma educacional de 1968.

O objetivo do era dar suporte ao crescimento econômico brasileiro da época, e novamente pulava a frente o número de vagas, desprezando as metas educacionais qualitativas. Assim, das sessenta e uma faculdades existentes em 1964, multiplicaram para cento e vinte e duas em dez anos.

Esse período foi um dos momentos de maior crise no ensino jurídico brasileiro, pois decorria de uma conjunção de fatores apresentados “*crise organizacional, didática, metodológica, curricular, mercadológica*”.

Mantivera o ideal de modificação da grade curricular em 1972 como solução da crise, contudo, os cursos de Direito receberam nova modificação curricular por determinação da Resolução n. 3, do Conselho Federal de Educação. Um dos fundamentos da reformulação curricular de 1972 consistia em que o obstáculo à implantação de “soluções inovadoras” na metodologia do ensino jurídico decorria da “dilatada extensão” do currículo mínimo dos cursos de Direito.

Observa-se que o resultado foi idêntico a reforma apresentada em 1961.

A limitação pedagógica das reformas educacionais refletiu nas duas décadas seguintes, lacuna para o ensino jurídico brasileiro. Acalorava-se a discussão da reforma do ensino jurídico e das metodologias liberais da fase imperial, representando perdas para a emancipação, geradas no período de “otimismo pedagógico”, da “Escola Nova” e de Estado Social.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram transformações substantivas no ensino jurídico, direitos e garantias haviam sido introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela nova carta constitucional onde a constituição cidadã permitiu inovações nos cursos de Direito.

Em meados de 90, o Brasil contava com 186 cursos de Direito no país, que mantinham a mesma estrutura de 1973, e o produto do ensino jurídico se tornou insatisfatório para a preparação de bacharéis para um mercado profissional saturado.

Os aspectos da crise “crônica” do ensino jurídico floresciam com toda força, pois estava estagnado o crescimento econômico, e em contra partida, não havia mercado de trabalho para albergar todos os profissionais com uma formação minimamente requerida, tornando-se assim, verdadeira fábrica de ‘cabeças ocas’.

Com a promulgação da Constituição de 1988, possibilitou o amplo debate sobre a deficiência do ensino jurídico no país e o efetivo resguardo ao Direito àqueles que necessitavam de profissionais qualificados com a finalidade de ofertar e promover Justiça.

Sendo assim, a repercussão social da crise dos cursos de Direito, obrigou a OAB, por meio de sua Comissão de Ensino Jurídico, que desde 1992 iniciou um estudo nacional buscando uma “*reavaliação da função social do advogado e de seu papel como cidadão*”.

A busca pela melhor qualificação dos profissionais da área de Direito no Brasil teve como regulamentação a Resolução CFE n. 03/72, até aquele momento ainda responsável pelas diretrizes do ensino jurídico.

Acompanhando as grandes repercussões desse processo de avaliação do ensino jurídico, da Comissão de Ensino Jurídico da OAB, surgiu a Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico da SESu/MEC.

A conclusão do processo de análise auto-avaliativa da prática dos cursos de Direito resultou na elaboração do texto final da Portaria 1.886/94 do MEC, revogando a Resolução CFE n. 03/72, passando a regular as diretrizes curriculares mínimas para os cursos de Direito no Brasil.

Com efeito, ante ausência de atuação do Estado, a Portaria 1.886/94 poderia ter seguido os mesmos caminhos da regulamentação anterior. Todavia, a presença de outras regras, entre as quais a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), permitiram a criação de um sistema de avaliação do ensino superior sob o encargo do Estado, pelo Exame Nacional de Cursos (Lei 9.131/95), para à avaliação do desempenho discente, e as Avaliações Institucionais Externas, voltadas à análise das condições de ensino das Instituições de Ensino Superior (IES).

As inovações da Portaria 1.886/94, reforçadas por uma política estatal de fiscalização e avaliação periódica das IES, repercutiram positivamente no cenário educacional do Direito. O intervencionismo estatal chegara com meio século de atraso no ensino jurídico.

No tocante aos conteúdos, a adoção de um currículo mínimo e a obrigatória composição desse com disciplinas regulares, cumprindo um mínimo de 3.300 horas de carga horária de atividades.

Outras inovações qualitativas da Portaria 1.886/94, superando as reformas anteriores, vieram pela criação de novas atividades nunca exigidas perante os cursos de Direito, entre elas, a monografia final, o cumprimento de carga horária de atividades complementares e a obrigatoriedade de cumprimento do estágio de prática jurídica.

3. A APLICAÇÃO DO MÉTODO DEDUTIVO

O método dedutivo[7] é demonstrado ante a aplicação da lógica pura, a conclusão na sua totalidade a partir de premissas de maneira que se **garante a veracidade das conclusões, se não se invalida a lógica aplicada**. Trata-se do **modelo axiomático proposto por Aristóteles como método científico ideal**.

A base racionalista (Descartes, Spinoza, Leibniz), pressupõe que apenas a razão pode conduzir ao conhecimento verdadeiro. Partindo premissas como verdadeiras e inquestionáveis (premissa maior), o pesquisador estabelece relações com uma proposição particular (premissa menor) para, através de raciocínio lógico, obter à verdade daquilo que propõe (conclusão).

Segundo Torres[8], observa-se que a aplicação do método dedutivo não é inerente somente as ciências sociais, sendo aplicados também, as ciências exatas, como a física e a matemática.

Com efeito, com o método dedutivo, através do raciocínio dedutivo, tautológico, permite ao cientista concluir de maneiras diferentes a mesma afirmação, sem acrescentar informação ao que já se sabia.

Segundo Cruz e Ribeiro[9], o método dedutivo leva o pesquisador de matéria eminentemente conhecida rumo ao abstrato, com pouca margem de erro; por outro lado, é de alcance limitado, pois a conclusão não pode exceder as premissas apresentadas, preocupando-se mais com a doutrina do que com o resultado do caso.

Assim, a dedução consiste em recurso metodológico onde a racionalização e ou a combinação de idéias interpretativas valem mais que a experimentação de caso por caso. Em outro sentido, é dizer que o raciocínio que caminha do geral para o particular, ou seja, tem-se o ponto de partida de forma evidente para se obter uma determinada resposta.

O propósito do método dedutivo é explicitar o conteúdo das premissas, pois parte do geral para se chegar ao particular.

Com efeito para a metodologia é importante entender que no método dedutivo a necessidade de explicação não reside nas premissas, mas sim, nas relações as premissas e a conclusões.

Nesse argumento para que a conclusão ‘todos os cães têm um coração’ fosse falsa, as duas premissas teriam de ser falsas ou ao menos, uma delas: ou nem todos os cães são mamíferos ou nem todos os mamíferos têm um coração. Os dois tipos de métodos até aqui esboçados têm funções diversas – no dedutivo busca-se explicitar o conteúdo das premissas; no indutivo procura-se ampliar o alcance dos conhecimentos.

3.1.HIPOTÉTICO-DEDUTIVO

Referido método é uma percepção de ausência de conhecimento, ou seja, é formulado hipóteses e, após o exame sob o crivo do método de inferência dedutiva, examinando assim a ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese.

Segundo Ferreira[10], o método hipotético dedutivo o início se dá através do conhecimento de lacunas do conhecimento, analisando e formulando novas hipóteses e concluindo testando as hipóteses formuladas.

Observa-se que para chegar ao método hipotético dedutivo, há necessidade de uma crítica profunda do indutismo, ou seja, é o caminho pelo qual se chega ao conhecimento passando pela formulação do problema, pela solução proposta centrada na conjectura, deduzindo as consequências nas resoluções passíveis do problema, da etapa de confirmação das respostas e com acertos e erros e finalizando com a observação.

4. O MÉTODO SOCRÁTICO

O filósofo Sócrates nasceu em Atenas, em 470 a.c e morreu em 399 a.c, passou toda a sua vida em Atenas e com 70 anos, foi condenado por corromper jovens e por não acreditar nos deuses da cidade.

Utilizava como seu método de transmissão de conhecimentos e sabedoria, o diálogo. Entendia que a palavra deveria ser utilizada para levar o conhecimento sobre o mundo e do ser humano a todos que estavam dispostos a aprender. Sócrates acreditava na superioridade da fala sobre as palavras escritas.

Não escrevia seus ensinamentos, pois acreditava que a palavra escrita era artificial.

Os ensinamentos de Sócrates que conhecemos são aqueles que foram escritos por seus pupilos, Platão e Xenophon. Seus ensinamentos visavam chegar ao entendimento de conceitos com justiça, amor e virtude, procurando definições gerais para tais idéias. Acreditava que o vício era o resultado da ignorância e que as pessoas não são más por escolha, a virtude vêm do conhecimento, assim, aqueles que têm conhecimento têm virtude e, portanto, agem corretamente e as pessoas que não agem eticamente, o fazem por falta de conhecimento.

O método socrático consiste na prática de discurso caracterizado pela maiêutica e pela ironia, levando seu interlocutor a entrar em contradição, tentando depois levá-lo a chegar à conclusão de que o seu conhecimento é limitado.

Assim, o método socrático é uma abordagem para geração e validação de idéias e conceitos baseada em perguntas, respostas e mais perguntas.

Ao ser aplicado ao ensino de direito, parte de um pressuposto inteiramente diverso do método expositivo e por esse rótulo incluem-se várias formas ativas do ensino.

A aula no método socrático não é uma dissertação, mas sim um debate, uma espécie de mesa redonda, o professor não é expositor, mas sim o mediador entre os alunos.

Alvaro Melo Filho^[11] leciona que:

“À luz do método socrático a aula não é uma dissertação, mas um debate, onde o professor não é um expositor, mas um mediador de um dialogo entre alunos, abstendo-se sempre, o professor, de fazer qualquer afirmação categórica. A idéia subjacente a este método é que o aluno deve acostumar-se a encontrar por si mesmo as soluções jurídicas e confronta-las com as opiniões manifestadas por seus colegas.”

Observa-se que é possível encontrar três variantes deste método, o método socrático puro, o método de casos jurisprudenciais e o método de problemas.

O método socrático puro consiste na obtenção de respostas através de questionário dirigido aos alunos que através de indução e indução, de análise a encontrar princípios ou regras estabelecido pelo legislador com base em ciência ou fim pratico, na justiça ou na equidade, na utilidade ou na necessidade[12].

O método de casos jurisprudenciais, conhecido por *case method*, criado em 1870 na Universidade de Harvard, pelo professor Langdell. Este método é o que mais possui aplicação e aceitação na educação jurídico norte – americana. O objeto de aplicação do método de estudos de casos – *case method*, consiste em estudar sentenças e acórdãos de juizes e Tribunais sobre diversos casos, retirando dos julgados, através de raciocínio indutivo, a compreensão dos principais campos ou classificação no direito aplicada aos casos postos a estudo[13].

O método de estudo socrático através de problema[14] difere do método de estudo de caso pois enquanto o método de estudo de caso se dá através de estudo de texto extraído de decisão de juizes ou tribunais, o método de estudo de problemas se dá pelo estudo de problemas hipoteticamente criado pelo professor e posto aos alunos.

“O método de problemas ou o *problem method* difere do *case method* na medida em que se discutem problemas hipoteticamente criados pelo professor e, conseqüentemente, possivelmente desprovidos de uma solução jurisprudencial. Os problemas são debatidos em suas diversas implicações jurídicas e os alunos perquirem as soluções possíveis por meio de um diálogo sob a direção do professor. O método de problemas, de modo geral, apresenta seis fases no seu desenvolvimento: apresentação do problema, hipótese, definição, explorações lógicas, apresentação de provas e generalidades”

Desta feita, tem-se que o método socrático mesmo com as variantes apresentadas é perfeitamente utilizável e configura-se a melhor maneira de por em prática uma metodologia ativa. A indução dos alunos a pesquisa de conhecimento através do método socrático através de suas variações torna o acadêmico como verdadeiro protagonista do ensino, deixando de ser meramente expectador para atuar no palco do conhecimento debatendo assuntos, teses, idéias fazendo inferência, argumentando e sustentando seu ponto de vista.

Assim, efetivamente caso ocorra a adoção do método socrático, que requer estrutura mínima de material com a distribuição antecipada de material de estudo que devem ser compreendido pelos alunos antecipadamente, salienta-se que ante as dificuldades de implantação do método socrático, a recompensa é altamente compensada com a eficiência do ensino ministrado.

5. CONCLUSÃO

Da abordagem realizada apresentam-se dois pontos principais que merecem destaque. O método dedutivo de abordagem de ensino é o amplamente mais utilizado em nosso sistema, não por superioridade, mas sim, pela economia e facilidade de aplicação. O método indutivo/socrático puro, em contra partida, unanimemente apresenta-se como método superior, contudo a superioridade alcançada exige dispêndio maior de recursos, mais tempo para preparo de aula, turmas menores, e o comprometimento por parte de todos os envolvidos.

O método dedutivo se assenta quase que exclusivamente na capacidade do professor enquanto orador, de reter a atenção de seus interlocutores, tornando-o o principal autor do método de ensino/aprendizagem.

O método indutivo ao contrario exige do aluno estudo prévio da matéria a ser enfrentada em sala de aula, o submete ao enfrentamento de problemas, tornando-o o principal Autor do processo de ensino/aprendizagem.

Assim, o aluno no método indutivo, apreende não só definições e conceitos, mas apreende a utiliza-los para a solução de problemas. Outro aspecto do método indutivo é a inserção do aluno, de pronto, a uma situação de estudo, de preparação, que não pode ser prontamente lograda com o método dedutivo.

Conclui-se o presente estudo, portanto, com a sugestão de aplicar-se ao ensino jurídico brasileiro o método socrático, submetendo o aluno dos cursos jurídicos à obrigação de tornarem-se os principais autores em seu processo de formação profissional. É com essa mudança de posição que o ensino, não só jurídico nacional pode vir a salvar-se. Comprometendo-se os diretamente interessados, pela sorte de seu sucesso.

Caso contrário, continuará a cumprir-se o profetizado por Paulo Freire, na tratativa de seres humanos como concavidades a serem preenchidas pelos professores.

6. REFERENCIAL TEÓRICO

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. RJ: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. **Metodologia Científica – teoria e prática**. Rio de Janeiro: Gisella Narcisi, 2003.

DANTAS, San Tiago. Renovação do Direito. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Encontros da UnB. Ensino Jurídico. Brasília: UnB, 1978 - 1979.

Disponível em: <<http://www.molwick.com/pt/metodos-cientificos/524-metodoscientificos.html>>. Acesso em: 10 abril 2009

FERREIRA, Rosila Arruda. **A pesquisa científica nas Ciências Sociais: caracterização e procedimentos**. Recife: UFPE, 1998.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 12. ed. Campinas: Paz e Terra, 1979.

<http://www.molwick.com/pt/metodos-cientificos/524-metodoscientificos.html>>. Acesso em: 10 abril 2009

_____. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 17. ed. São Paulo: Paz e terra, 1996.

_____. *Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 abril 2009.

MELO FILHO, Álvaro. **Metodologia do ensino jurídico**. 3. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984..

TORRES, J. **Método dedutivo VS método indutivo**. [online] Disponível em . Acesso em 10 de maio de 2009.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

[1] WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian p.628

[2] BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. RJ: Lumen Juris, 2000., p.75-76,

[3] MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 abril 2009.

[4] "Esse debate se acirrou no centenário da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil – 1927, mas apesar das reformas de ensino da 1.a. República, não houve mudança significativa no ensino jurídico." SIQUEIRA, Márcia Dalledone. *op.cit.* p.34-35.

[5] DANTAS, San Tiago. Renovação do Direito. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Encontros da UnB. Ensino Jurídico. Brasília: UnB, 1978 - 1979. p.44.

[6] VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.p.318.

[7] Disponível em: <<http://www.molwick.com/pt/metodos-cientificos/524-metodoscientificos.html>>. Acesso em: 10 abril 2009

[8] TORRES, J. **Método dedutivo VS método indutivo**. [online] Disponível em . Acesso em 10 de maio de 2009.

[9] CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. **Metodologia Científica – teoria e prática**. Rio de Janeiro: Gisella Narcisi, 2003. p. 34.

[10] “Desencadeia-se a partir da percepção de uma lacuna nos conhecimentos científicos produzidos em uma determinada área até aquele momento, em função da qual se formula novas hipóteses. Em seguida, através do processo de inferência dedutiva, testa-se as hipóteses”. FERREIRA, Rosila Arruda. **A pesquisa científica nas Ciências Sociais: caracterização e procedimentos**. Recife: UFPE, 1998.p. 94.

[11] MELO FILHO, Álvaro. **Metodologia do ensino jurídico**. 3. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984.p.90.

[12] Id. Ibid., p. 90.

[13] Id. Ibid., p. 90/91.

[14] Id. Ibid., p. 91.

**A INTERDISCIPLINARIDADE NOS CONCURSOS DE INGRESSO NA
CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS NOVOS DESAFIOS PARA O
ENSINO JURÍDICO**

**INTERDISCIPLINARITY IN ENTRANCE EXAMINATIONS FOR BRAZILIAN
LAW ENFORCEMENT CAREERS: THE NEW CHALLENGES FOR LAW
TEACHING**

**Eliezer Gomes da Silva
Laura Jane Ribeiro Garbini Both**

RESUMO

Este trabalho tem o propósito de discutir a relevância da perspectiva in-terdisciplinar na seleção dos conteúdos das provas dos concursos públicos para ingresso nas carreiras jurídicas, em especial a do Ministério Público e os desafios ao ensino jurídico relacionados a esta proposta. A discussão acerca da contribuição da interdisciplinaridade na compreensão do fenômeno jurídico, para além do ganho qualitativo no entendimento das complexidades das relações sociais contemporâneas, encontra suporte na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e nas Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito. A introdução de conteúdos de caráter interdisciplinar em concursos públicos da área jurídica pode contribuir – os autores argumentam – para o fortalecimento dos laços entre o direito e a democracia, com positivos ganhos em relação à proteção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: INTERDISCIPLINARIDADE, MINISTÉRIO PÚBLICO, ENSINO JURÍDICO, CONCURSO PÚBLICO

ABSTRACT

The paper aims to discuss the relevance of the interdisciplinary perspective when establishing the subject matter in entrance examinations for Brazilian law enforcement careers, particularly the “Ministério Público” (Prosecution Service), the challenges it poses to the teaching of law and the potential impact to the legal practice. Besides the qualitative gain in the understanding of the complexity of contemporary social relations, the proposal is supported by constitutional and legal rules as well as curricular directives of the Brazilian educational authorities. The introduction of interdisciplinary contents in public examination for law enforcement careers can contribute – the authors argue – to the strengthening of bonds between law and democracy and, as a consequence, to the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: INTERDISCIPLINARITY, BRAZILIAN MINISTÉRIO PÚBLICO, PROSECUTION SERVICE, LAW TEACHING, ENTRANCE EXAM

1. Introdução

Ante o enorme interesse, por parte de graduados em Direito em se submeterem a concursos públicos de ingresso na carreira do Ministério Público, abre-se a oportunidade de repensar os conteúdos programáticos a serem aferidos dos candidatos, especialmente no que tange à inserção de disciplinas que, embora voltadas ao enfrentamento de temas caros ao Direito, transcendam, do ponto de vista teórico e metodológico, a perspectiva exclusivamente jurídica. Para tanto, tecemos considerações jurídicas, pedagógicas e epistemológicas em torno do aproveitamento, pelo Direito, do diálogo interdisciplinar, especialmente por parte de uma instituição como o Ministério Público, constitucionalmente incumbida da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127 da CF).

2. Interdisciplinaridade, transdisciplinaridade e educação republicana - o curso de graduação em Direito no complexo cenário contemporâneo

Enuncia o artigo 205 da Constituição Federal, como uma das finalidades da educação, o preparo do educando para o “*exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”, preceito repisado no artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (doravante LDB) – Lei 9349/96. Especificamente em relação à educação superior, a LDB elenca, como alguns de seus objetivos, “formar diplomados nas diferentes áreas do conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para o “*desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo*” (artigo 43, I) e a *participação no desenvolvimento da sociedade brasileira*” (artigo 43, II). Como exemplo de novos esforços nessa direção, temos a *inclusão da Filosofia e da Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio* (artigo 35, IV da LDB, incluído pela lei 11684/08).

Denota-se, de modo insofismável, que o comando constitucional, fielmente seguido em vários dispositivos da LDB, quer que o processo educacional não se limite apenas à consolidação ou ao aperfeiçoamento do conhecimento técnico, científico ou profissional, mas que também capacite, instrumentalize o educando a inserir-se como cidadão consciente, crítico e participativo da sociedade brasileira. Afinal, se a sociedade brasileira vem constitucionalmente pautada nos princípios e fundamentos de um estado democrático de direito, republicaneamente voltado para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I da Constituição Federal), promover no educando o aperfeiçoamento do pensamento crítico-reflexivo e equipá-lo, cognitivamente, com as ferramentas necessárias a uma participação ativa na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática não se revestem em meros nortes ideológicos de certa orientação pedagógica, ou de certo projeto político. Trata-se de claro e nítido comando constitucional que quer ver o processo educacional como elemento catalisador do aperfeiçoamento das instituições democráticas e de superação de seus óbices, na linha do que MORIN enuncia como “*democracia cognitiva*”:

Uma tradição de pensamento bem enraizada em nossa cultura que molda os espíritos desde a escola elementar e nos ensina a conhecer o mundo por meio de “idéias claras e independentes”. Esta mesma tradição nos estimula a reduzir o complexo ao simples, a separar o que está ligado, a unificar o que é múltiplo, a eliminar tudo o que traga

desordens ou contradições para nosso entendimento. O problema crucial de nosso tempo é o da necessidade de um pensamento apto a enfrentar o desafio da complexidade do real, isto é, de perceber as ligações, interações e implicações mútuas, os fenômenos multidimensionais, as realidades que são, simultaneamente, solidárias e conflituosas (como a própria democracia que é o sistema que se nutre de antagonismos, regulando-os). Pascal já havia formulado o imperativo de pensamento que seria preciso introduzir, atualmente, em todo nosso ensino, a começar pelo maternal.[1]

Sem perder esse norte constitucional, a Câmara de Ensino Superior do Conselho Nacional de Educação (CNE/CES), no exercício da competência regulamentar conferida à União de “baixar normas gerais” (artigo 9º, § 1º, c da Lei 91931/95, recepcionado pelo artigo 9º, VII da LDB), editou a resolução n. 9/04, instituindo as *diretrizes curriculares nacionais* para o curso de graduação em Direito. Já em seu artigo 2º, § 1º, IV, a resolução previu como elementos estruturantes do projeto pedagógico do curso “*formas de realização da interdisciplinaridade*”, para em seu artigo 3º dispor, de forma absolutamente harmônica com referido comando constitucional e com a LDB:

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania. [2]

“*Sólida formação geral, humanística e axiológica*”, “*adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais*”, “*postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica*”, considerada indispensável ao “*exercício da ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania*” são expressões que não deixam qualquer dúvida da importância que o curso de graduação em Direito deve reservar aos saberes e métodos propedêuticos, interdisciplinares, notadamente no domínio do que se convencionou chamar de “*humanidades*”, de modo a ver aprimorada a autonomia de pensamento e a renovação das ideias, simultaneamente à inserção social, política, histórica, cívica do acadêmico de Direito. Concretizando essa orientação – técnica, crítica, ética e política – a resolução CNE/CES n. 9/04, estabeleceu, em seu artigo 5º, que os cursos de graduação em Direito deveriam contemplar, em seu projeto pedagógico e em sua organização curricular, “*conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação*”:

I – *Eixo de formação fundamental*: tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo, dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

II – *Eixo de formação profissional*, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se

necessariamente, dentre outros, condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual.

III – *Eixo de formação prática*: objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de curso e Atividades Complementares. [3]

Sobressaem-se como de especial destaque no referido dispositivo regulamentar não apenas a enumeração exemplificativa de disciplinas humanísticas no *eixo de formação fundamental* (Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia), como a ressalva de que *os três eixos de formação deveriam estar interligados*. Como se não bastasse, mesmo quando trata do eixo de formação profissional, a resolução frisa que as diversas disciplinas jurídicas (ou “ramos do Direito”) deveriam ser “*estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais*”.

Essa expressa interligação dos eixos de formação do acadêmico de Direito, em plena consonância com as mais recentes abordagens sistêmicas em matéria educacional, que se firma como exigência necessária diante da complexidade das estruturas do ser, do pensar e do agir nas contemporâneas vicissitudes históricas,[4] supera a simples justaposição de diferentes disciplinas (pluri, poli ou multidisciplinaridade), em prol da *interdisciplinaridade* e sua evolução dinâmica, a *transdisciplinaridade*. Consolida-se uma tendência que, na feliz expressão de Boaventura SANTOS, pode ser traduzida como a passagem da *ideia de universidade para a de universidade de ideias*. [5]

Situadas, segundo NICOLESCU, entre as “quatro flechas lançadas de um único arco do conhecimento” (a disciplinaridade e a multidisciplinaridade seriam as outras duas),[6] a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade despontam como as de maior relevância para uma educação não apenas voltada ao eficiente domínio de um ramo especializado do saber (aspecto técnico-profissional), mas também comprometida com o aperfeiçoamento da aptidão crítico-reflexiva e com a valorização da sensibilidade ética e política do educando. A propósito, cabe aqui uma nota conceitual proposta por MORIN, um dos redatores da célebre *Carta da Transdisciplinaridade* [7]:

A transdisciplinaridade se caracteriza geralmente por esquemas cognitivos que atravessam as disciplinas, por vezes com uma tal virulência que as coloca em transe. Em resumo, são as redes complexas de inter, poli e transdisciplinaridade que operaram e desempenharam um papel fecundo na história das ciências.

As idéias de inter e de transdisciplinaridade são as únicas importantes. Devemos “ecologizar” as disciplinas, isto é, levar em conta tudo o que lhe é contextual, aí compreendidas as condições culturais e sociais. É necessário que vejamos em que contexto elas nascem, como colocam seus problemas, como se esclerosam ou se metamorfoseiam. O metadisciplinar – meta significando ultrapassar e conservar – deve levar em conta tudo isso. Não se pode jogar fora o que foi criado pelas disciplinas, não

se pode quebrar todas as clausuras. Este é o problema da disciplina, da ciência e da vida: é preciso que uma disciplina seja ao mesmo tempo aberta e fechada.

Em conclusão, para que nos serviriam todos os conhecimentos parcelares se não os confrontássemos uns com os outros, a fim de formar uma configuração capaz de responder às nossas expectativas, necessidades e interrogações cognitivas?[8]

Ressalve-se, contudo, que apesar de distintas, as “quatro flechas” não são antagônicas, mas mutuamente complementares:

Como no caso da disciplinaridade, a pesquisa transdisciplinar não é antagonista, mas complementar à pesquisa pluri e interdisciplinar. A transdisciplinaridade é, no entanto, radicalmente distinta da pluri e da interdisciplinaridade, por sua finalidade: a compreensão do mundo presente, impossível de ser inscrita na pesquisa disciplinar. A finalidade da pluri e da interdisciplinaridade sempre é a pesquisa disciplinar. Se a transdisciplinaridade é tão freqüentemente confundida com a inter e a pluridisciplinaridade (como, aliás, a interdisciplinaridade é tão freqüentemente confundida com a pluridisciplinaridade), isto se explica em grande parte pelo fato de que todas as três ultrapassam as disciplinas. Esta confusão é muito prejudicial, na medida em que esconde as diferentes finalidades destas três novas abordagens.

Embora reconhecendo o caráter radicalmente distinto da transdisciplinaridade em relação à disciplinaridade, à pluridisciplinaridade e à interdisciplinaridade, seria extremamente perigoso absolutizar esta distinção, pois neste caso a transdisciplinaridade seria esvaziada de todo seu conteúdo e sua eficácia na ação seria reduzida a nada.[9]

As considerações de MORIN e de NICOLESCU encontram eco nos argumentos utilizados no parecer n. 211/04, do Conselho Nacional de Educação, que serviu de base para a resolução n. 09 do CNE/CES:

Nesse passo, importa conceber a graduação no ensino jurídico como uma “formação inicial” para o exercício da profissão, implicando, como reza a LDB, continuidade e aprofundamento de estudos, sempre renovados em decorrência dos avanços da ciência, da tecnologia e de novas escalas de valores, com implicações na constituição de novas e desafiadoras situações e relações jurídicas, que justificam e exigem especializações em diferentes áreas ou ramos jurídicos, atuais ou novos, e em núcleos temáticos específicos.

Assim, o Direito retomará o seu papel de controle, construção e garantia do desenvolvimento da sociedade, evitando que se repita a postura cômoda de nada inovar, dando-se as faculdades por satisfeitas com a simples execução do currículo mínimo em que já se transformara o “currículo pleno”, como continua ocorrendo, bastando a realização e aprovação da monografia.

O ensino jurídico não pode comprazer-se com a emissão de diploma de graduação para aqueles que concluíram com aproveitamento médio, regular, as matérias ou disciplinas jurídicas estabelecidas na norma, muitas vezes cursadas mediana e compulsoriamente, apenas porque a norma (grade curricular) o exigiu, no limite do *quantum satis* para a sua creditação acadêmica.

Não raro, também, matérias e disciplinas se justificam tão somente pela satisfação tecnicista, dogmática e personalista de grande contingente dos que atuam nos cursos jurídicos, sem o indispensável comprometimento com a nova ordem política, econômica, social, e com seus pluralismos políticos, jurídicos, regionais e axiológicos que caracterizam a contemporaneidade brasileira e a comunidade das nações. Com efeito, esse contexto está a exigir bastante autonomia intelectual e lúcido raciocínio jurídico, com as visíveis características de cientificidade e criticidade, epistemologicamente sedimentados, centrados também em uma escala de valor dignificante para o Brasil, para a pessoa humana e para os cidadãos, no pluralismo anteriormente remetido.

(...) As diretrizes curriculares, portanto, no curso de Direito, como nos demais, se voltam e se orientam para o devir, para o vir-a-ser, sem prejuízo da imediata inserção do profissional no mercado de trabalho, como co-responsável pelo desenvolvimento social brasileiro, não se podendo direcioná-las a uma situação estática ou contextual da realidade presente.^[10]

Referido parecer, ao realizar um esboço histórico das linhas mestras do ensino do Direito, desde a criação dos primeiros cursos no Brasil, em 1827, realçou o conservadorismo pedagógico dos currículos (que, grosso modo, permaneceram inalterados até 1962), em sintonia com um conservadorismo político-ideológico. Tanto que, mesmo com a substituição do “currículo único” pelo “currículo mínimo”, de 1962 a 1984, as instituições de ensino superior abdicaram do direito/dever de, ao construírem seus currículos plenos, incorporarem instrumentos pedagógicos próprios de uma educação republicana. Optou-se, na maioria expressiva dos cursos de Direito, por modelos afinados com o que Paulo FREIRE chamou de “educação bancária”^[11]. Extrai-se do parecer:

Com algumas poucas modificações decorrentes da influência do positivismo no período republicano, o currículo se manteve com o mesmo núcleo fixado da lei 314/1895 até 1962, quando o Conselho Federal de Educação avançou na concepção até então vigente de “currículo único”, rígido, uniforme, para todos os cursos, inalterado até em razão da lei, para a nova concepção de “currículo mínimo” para os cursos de graduação, incluindo-se, portanto, o bacharelado em Direito, na forma e sob a as competências previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 4024/61.

Esses enfoques revelam, dentre outros motivos, como o curso de Direito esteve, durante o Império e no período republicano até 1962, sob forte e incondicional controle político-ideológico, constituindo-se “currículo único”, com as poucas alterações já apontadas, o que explica a enraizada resistência a mudanças, somente incentivadas, ainda que de forma tênue, a partir de 1962, com a implantação do primeiro currículo mínimo nacional, para o curso de Direito.

(...) Apesar do estímulo que se continha no novo modelo, para que as instituições de ensino superior tivessem mais liberdade, porque a elas incumbia a formalização e operacionalização do seu “currículo pleno”, ainda assim o currículo de Direito se manteve rígido, com ênfase bastante tecnicista, sem a preocupação maior com a formação da consciência e do fenômeno jurídicos, não se preocupando com os aspectos humanistas, políticos, culturais e sociais, mantendo-se, assim, o citado tecnicismo, próprio do início e de boa parte do período republicano anterior.^[12]

Tal análise do anacronismo dos currículos dos cursos de Direito é compartilhada por diversos autores que se dedicaram a discutir a realidade do ensino jurídico brasileiro. Seja em relação aos conteúdos “mínimos”, seja no tocante ao isolacionismo das diversas disciplinas e, principalmente, no que concerne à falta de conscientização de que a educação (mormente a de cunho jurídico) deve voltar-se para o desenvolvimento no educando de habilidades que o capacitem para a autonomia de pensamento, para a visão crítica, inter e transdisciplinar da realidade. Rememoremos alguns desses estudos:

É o que ocorre por exemplo no ensino dos estatutos fundamentais do direito civil, em que, por vezes, a propriedade, a família e o contrato, vêm sendo tradicionalmente apresentados como se fossem “gavetas fechadas”, que somente se abrem no momento em que são estudados. Esse afastamento não se manifesta somente entre os ramos do próprio direito civil, mas também em relação a outras categorias do saber. Assim, torna-se inconcebível que se estude a civilística dissociada do direito constitucional, no qual encontramos seus princípios retores, bem como os da sociologia, da filosofia ou da história. Trata-se, portanto, de uma “unidisciplinaridade”, fragmentando-se o conhecimento em disciplinas, cujo resultado apresenta-se no afastamento de diálogos com outros saberes. Com isso, as soluções jurídicas, cultuadas pelo Código ou criadas pela jurisprudência, acabam por serem apresentadas como destituídas dos problemas que as geraram. Sua conseqüência, bem como das premissas anteriores, é a apresentação do Direito como um “dado” e não como um “construído”, que se esboça no distanciamento entre o Direito ensinado e o Direito vivido.[13]

A interdisciplinaridade nada mais é do que a comunicação global entre as disciplinas autônomas. Pode ser entendida de duas maneiras distintas: como um novo paradigma científico, privilegiando o tratamento de problemas enxergados em seu conjunto e rejeitando o tratamento disciplinar autônomo; ou como conseqüência de um paradigma aberto e da necessidade de expansão das disciplinas nas diversidades científicas.

Esta interdisciplinaridade estabelece a necessidade do professor-jurista de praticar a sua dogmática e ao mesmo tempo pensar a respeito de sua disciplina e enxergar criticamente posições que não mais se coadunem com a realidade, compreendendo os seus limites e buscando novas saídas através da interrogação de outras realidades científicas.

Isso será concretizado através da consideração do Direito como um todo, rompendo-se as barreiras entre os diferentes ramos do Direito – e também entre outras ciências – no sentido de possibilitar ao aluno a percepção do mundo jurídico como resultado agregado de fatores ideológicos, sociais, políticos, culturais e históricos.

(...) Deste modo, à evidência de que o conhecimento jurídico vem sendo produzido de maneira fragmentada, forma-se um conhecimento limitado, ao mesmo tempo em que se produz um emaranhado de informações e noções análogos, desagregados e até mesmo antagônicos, todos tidos como legítimas representações da realidade.[14]

Contanto, se as dimensões do esforço em relacionar as matérias jurídicas já são grandes, ainda procurar estar atento a outros ramos do saber pode enriquecer nossas observações. Mormente na perspectiva de outros conhecimentos os quais nos vêm para informar o que costumou-se denominar “humanidades”. Assim, estaríamos buscando aportes para além das relevantes e necessárias sociologia e filosofia do Direito.

Abrir a possibilidade para que o aluno curse disciplinas em conhecimentos afins como filosofia, sociologia, psicologia, letras, ciência política, entre outras, nos seus próprios departamentos pode auxiliar na verificação do fenômeno jurídico sobre outra ótica, estimulando a interdisciplinaridade até pelo contato do estudante de Direito com alunos de outros cursos.[15]

Com o afã de reverter esse quadro, em 1984 foi baixada a portaria n. 1886, do Ministério da Educação, fixando as “diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico”. Apesar de o parecer n. 211/04 do CNE ressaltar a contradição terminológica e conceitual do objeto da referida portaria – eis que a ideia de “diretrizes” conflitava com a persistência de um currículo mínimo rígido – apontou um inegável avanço para a paulatina construção de uma educação jurídica consentânea com os ditames constitucionais:

A portaria 1886/94 trouxe inovações que se constituíam avanços para o ensino jurídico, especialmente pelo seu direcionamento à realidade social e integração dos conteúdos com as atividades, dando dimensão teórico-prática ao currículo e ensejando a formação do senso crítico dos alunos, além de contemplar mais flexibilidade na composição do currículo pleno, através de disciplinas optativas e diferentes atividades de estudos e de aprofundamento em áreas temáticas.[16]

Sem embargo, foi apenas com o advento da lei 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) que o conceito de “*diretrizes curriculares*” foi se consolidando, inclusive com o paulatino desenvolvimento pelo Conselho Nacional de Educação, como demonstram os pareceres 776/97 e 507/99:

Os cursos de graduação precisam ser conduzidos, através das Diretrizes Curriculares, a abandonar as características de que muitas vezes se revestem, quais sejam as de atuarem como meros instrumentos de transmissão de conhecimento e informações, passando a orientar-se no sentido de oferecer uma sólida formação básica preparando o futuro graduado para enfrentar os desafios das rápidas transformações da sociedade, do mercado de trabalho e das condições de exercício profissional.[17]

A flexibilização enfocada induz maior nível de responsabilidade das instituições de educação quando da “elaboração de sua proposta pedagógica coerente com essa nova ordem e com as exigências da sociedade contemporânea”. Nesse novo contexto, no entanto, não convivem bem a portaria ministerial n. 1.886/94, com a alteração que lhe introduziu a portaria n. 3/96, como se constata pela análise de cada dispositivo do referido ato normativo, que esposou uma visão do currículo do curso jurídico bem diversa daquela que, cinco anos depois, resulta da nova política educacional brasileira contida na Lei de Diretrizes e Bases n. 9.394/96, construída sobre os pilares da nova Ordem Constitucional de 1988.[18]

Portanto, a resolução n. 09/04, do Conselho Nacional de Educação, ao fixar as *diretrizes curriculares nacionais* para o curso de Direito, a par de cumprir o ditame constitucional de uma educação de “republicana”, dialógica ou libertária (como poderia se referir FREIRE), porque também voltada para a cidadania - que a LDB aprofundou, ao propor dimensões éticas, críticas e políticas (e não apenas técnico-profissionais) - trouxe um extraordinário aporte não apenas para a renovação do ensino jurídico ou para a formação de profissionais mais comprometidos com as interseções sócio-políticas da

teoria e da prática jurídicas. Sedimentou um arcabouço normativo para que o Direito se alinhe às complexas exigências teóricas, práticas e políticas do mundo pós-moderno.

3. A necessidade de uma sintonia entre os concursos de ingresso na carreira do Ministério Público e o caráter interdisciplinar, republicano, da política educacional do país na área do Direito

Se de um lado as diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito – resolução n. 9 do CNE/CES – prestigiam uma visão inter e transdisciplinar do Direito e seu comprometimento com a realidade social e política, a capacidade de reflexão autônoma e o engajamento ético do educando, os concursos públicos para ingresso na carreira do Ministério Público ainda não refletem os fins e princípios embaixadores das referidas diretrizes curriculares. Concentram-se exclusivamente na avaliação de disciplinas de formação profissional, como se as disciplinas do eixo de formação fundamental não tivessem qualquer relevância para o desempenho das atividades profissionais do futuro Promotor de Justiça. Isso ocorreu nos últimos concursos de ingresso para o Ministério Público Federal,[19] Ministério Público de São Paulo,[20] Ministério Público do Rio Grande do Sul,[21] Ministério Público do Rio de Janeiro,[22] Ministério Público de Minas Gerais, [23]Ministério Público da Bahia, [24] Ministério Público de Goiás,[25] Ministério Público do Pará[26] e Ministério Público do Paraná,[27] para citarmos apenas o modelo federal e o de outros oito Estados da Federação.

Em Santa Catarina, ocorreu situação peculiar. O regulamento de seu 33º concurso (de 26-09-07) dispôs, em seu artigo 4º, que “as provas versarão sobre todos os ramos do Direito, incluindo Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Administrativo, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Falimentar, Direito Tributário, Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Direito Eleitoral, Organização Judiciária de Santa Catarina, Organização e Estatutos dos Ministérios Públicos da União e do Estado, além de questões de Língua Portuguesa”. O subsequente edital (de 13-11-07), ao explicitar os pontos do programa do concurso (artigo 11) incluiu amplos conteúdos de Filosofia do Direito, Sociologia do Direito (insertos no tópico “fundamentos e noções gerais do Direito”), Criminologia e Política Criminal (que constituem tópico autônomo do programa, não agrupados no tópico “Direito Penal”, solução adotada por Minas Gerais). Possível que esse tenha sido o caminho encontrado para contornar suposto óbice à inclusão de tais conteúdos no programa do concurso, tendo em vista o artigo 16, § 1º da resolução n. 14 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 20-11-06), a dispor que “*as provas versarão exclusivamente sobre matérias jurídicas detalhadas no programa*”, redação que (por força da resolução n. 24/07) foi acrescida do seguinte texto: “*facultando-se a aplicação de prova sobre conhecimento da língua portuguesa*”.

Com efeito, já em 11-06-07, o Diário de Justiça da União publicava decisão monocrática de 01-06-07, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, deferindo liminar, no mandado de segurança n. 26440-3, em favor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para cassar os efeitos de liminar exarada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que suspendia a realização de concurso público no Rio de Janeiro, por suposta inadequação do regulamento do concurso com o constante na resolução n. 14/06, inclusive (no que tange à matéria aqui tratada), por restringir o concurso a matérias jurídicas (e o concurso carioca previa prova de língua portuguesa).

Na decisão, conquanto monocrática e liminar, consta já uma crítica expressa a um certo extravasamento das funções regulamentares pelo CNMP, ao editar a resolução n. 14/06:

É de inequívoca densidade a plausibilidade dos fundamentos da impetração: parece ultrapassar as raias admissíveis do poder normativo do CNMP para concretizar os princípios constitucionais da administração pública, estipulados no art. 37 da Constituição, a edição de regras que se sobreponham às interpostas na matéria pelos órgãos competentes conforme as leis nacionais ou locais que disciplinam a autonomia administrativa dos Ministérios Públicos estaduais, salvo expressa declaração de sua inconstitucionalidade. (Excerto da decisão liminar do Ministro Sepúlveda Pertence, na Medida Cautelar em mandado de segurança 26.440-3-DF, publicada no DJ de 11/06/07, p. 47).

Sem embargo, não será preciso, por ora, nem apelar para bem-intencionados artifícios ou “dribles” à resolução 14/06 (como trazer os conteúdos interdisciplinares ao programa, embora os abrigando sob os títulos de disciplinas inequivocamente consideradas como jurídicas) ou fundamentar-se na plausível inconstitucionalidade de fundo da resolução n. 14/06 do Conselho Nacional do Ministério Público, por extrapolar seu poder normativo. O fundamento constitucional não é despido de interesse, seriedade ou relevância. Ocorre que, para o tema que aqui enfrentamos (de necessidade de que os concursos de ingresso na carreira do Ministério Público guardem compatibilidade com os ditames constitucionais e infraconstitucionais da política educacional do país – artigo 205 da CF, LDB - e sua regulamentação específica pelas competentes autoridades educacionais - resolução CNE/CES n. 04/09), possível a compatibilização da referida resolução do CNMP com referido sistema normativo.

Esse viés argumentativo (que ganha força suplementar com as implicações de âmbito pedagógico e epistemológico já antecipadas na seção anterior, e que serão aprofundadas a seguir) provê, desde logo, sólida segurança jurídica para que as comissões de concurso inovem na regulamentação dos certames, auxiliando e apoiando os hercúleos e louváveis esforços das autoridades educacionais em reorientar o pensamento crítico e a prática jurídicas à luz das exigências éticas, políticas e sócio-econômicas da complexidade pós-moderna. A propósito (e isso é importante para, além da legalidade, endossar a legitimidade da resolução n. 09/04 do CNE), há de ser lembrado que o processo de construção das referidas diretrizes curriculares contemplou orientações das comissões de especialistas no ensino do Direito, da Ordem dos Advogados do Brasil e de diversas entidades públicas e privadas, em especial a ABEDI – Associação Brasileira do Ensino do Direito – além da discussão em congressos específicos e audiências públicas.

Ao que se pode vislumbrar, se o conteúdo das disciplinas tratadas nos concursos públicos de ingresso na carreira do Ministério Público já seguiam o conservadorismo teórico, político e metodológico das grades curriculares das Faculdades de Direito (problema que as novas diretrizes curriculares do CNE pretendem corrigir), tem-se a impressão de que a resolução n. 14/06, do Conselho Nacional do Ministério Público, acabou por tornar ainda mais tímidas ou receosas as iniciativas de ampliação dos horizontes programáticos dos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público. Ao dispor, em seu artigo 16, § 1º, que “as provas versarão exclusivamente sobre matérias jurídicas detalhadas no programa, facultando-se a aplicação de prova sobre conhecimento da língua portuguesa”, a resolução parece ter sido absorvida, pelos

Ministérios Públicos, no sentido de que, com exceção de língua portuguesa, os concursos deveriam versar tão-somente sobre disciplinas jurídicas. Esse é um óbice, a nosso ver inexistente, pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar, referido artigo da resolução faz referência a “*matérias jurídicas*”, termo que não se confunde com “*disciplinas jurídicas*”. Matéria jurídica é qualquer *tema* que possa ser diretamente relacionado com o Direito, não se confundindo com o recorte específico de determinada *área* ou *ramo* de conhecimento do Direito, equivalente a uma dada disciplina jurídica (Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional etc.). Tivesse a resolução se referido a “disciplinas jurídicas”, teríamos maiores dificuldades em compatibilizá-lo com o arcabouço constitucional e infraconstitucional referidos na seção anterior do presente trabalho e as concepções pedagógicas dele decorrentes.

A menção a “matérias jurídicas” (ou seja, temas de relevante conhecimento jurídico) permite um recorte inter ou transdisciplinar cada vez mais necessário, na atual conjuntura complexa do conhecimento, do direito e da vida. Medicina Legal, Psiquiatria Forense, Balística Forense, Engenharia Legal, Argumentação Jurídica, Oratória Forense, não podem ser consideradas disciplinas jurídicas, mas correspondem a um dos exemplos de interdisciplinaridade em torno de questões ou *matérias* de interesse jurídico. Tais *disciplinas* especializadas continuarão pertencendo à Medicina, à Engenharia, à Criminalística, à Teoria da Comunicação, à Pragmática ou à Linguística. O mesmo poderia ser dito em relação à Filosofia do Direito, à Sociologia do Direito, à Antropologia Jurídica, à Psicologia Forense, à Criminologia e à Política Criminal, que constituem, evidentemente, disciplinas de interesse jurídico, com enfoque interdisciplinar. Como diz MORIN:

A interdisciplinaridade pode significar que diferentes disciplinas encontrem-se reunidas como diferentes nações o fazem na ONU, sem entretanto poder fazer outra coisa senão afirmar cada uma seus próprios direitos e suas próprias soberanias em relação às exigências do vizinho. Ela pode também querer dizer troca e cooperação e, desse modo, transformar-se em algo orgânico.[28]

Também cabe aqui uma distinção importante, feita por NICOLESCU:

A interdisciplinaridade tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra. Podemos distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) um grau de aplicação. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) um grau epistemológico. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) um grau de geração de novas disciplinas. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, a arte informática. Como a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar. Pelo seu terceiro grau, a interdisciplinaridade chega a contribuir para o big-bang disciplinar. [29]

Não será preciso encontrar uma já consolidada adjetivação ao nome da disciplina (“do direito”, “jurídico”, “legal”) para reconhecer o campo de estudo como de natureza interdisciplinar. Ciência Política, História, Economia, Ética, Psicologia, Sociologia, Filosofia “puras” podem dialogar com o Direito, por exemplo, a partir de princípios, métodos, conclusões, associações, inferências gerais, suscetíveis de aplicação a contextos específicos do Direito, sem que se constituam em ramos especializados das referidas ciências e, ainda assim, constituírem-se em “matérias jurídicas” ou “matérias de relevante interesse jurídico”. Afinal, não se pode conceber que as relações interdisciplinares devam sempre ser intermediadas por uma disciplina “aplicada”, e não também por uma disciplina “geral”. Como esclarece NICOLESCU, a “aplicação” é apenas um dos três graus de interdisciplinaridade. O contato de disciplinas de caráter geral corresponde a um segundo grau de interdisciplinaridade, o “grau epistemológico”.

Em segundo lugar, damos um passo além da interdisciplinaridade – e ingressamos na transdisciplinaridade – sempre que essas relações do Direito com outras áreas do saber impliquem numa comunicação mais sutil (e não menos poderosa), mais imprevisível (e nem por isso caótica), como verdadeira “ponte” entre as disciplinas. Abrange áreas livres do conhecimento integrado e sistemas complexos de mútua imbricação teórica e metodológica, que ultrapassam tradicionais fronteiras epistemológicas de uma ou outra disciplina, porque transitam em várias delas, sem que se possam constituir em “domínio” ou “propriedade” de uma disciplina específica:

Como o prefixo "trans" indica, a transdisciplinaridade diz respeito ao que está, ao mesmo tempo, *entre* as disciplinas, *através* das diferentes disciplinas e *além* de todas as disciplinas. Seu objetivo é *a compreensão do mundo presente*, e um dos imperativos para isso é a unidade do conhecimento.

Existe algo entre ou através das disciplinas e além de todas as disciplinas?

Na presença de vários níveis de realidade, o espaço entre as disciplinas e além das disciplinas está cheio, assim como o vácuo quântico está cheio de possibilidades: da partícula quântica às galáxias, do quark aos elementos pesados, que condicionam o aparecimento da vida no universo. A estrutura descontínua dos *níveis de realidade determina a estrutura descontínua do espaço transdisciplinar*, que por sua vez explica por que a pesquisa transdisciplinar é radicalmente distinta da pesquisa disciplinar, mesmo quando totalmente complementar. *A pesquisa disciplinar diz respeito, na melhor das hipóteses, a um único e mesmo nível de realidade*; além do mais, na maioria dos casos, refere-se a apenas um fragmento de um nível de realidade. Por outro lado, *a transdisciplinaridade diz respeito à dinâmica engendrada pela ação de diferentes níveis de realidade ao mesmo tempo*. A descoberta dessas dinâmicas passa necessariamente pelo conhecimento disciplinar. Embora não se trate de uma nova disciplina ou de uma nova superdisciplina, a transdisciplinaridade é nutrida pela pesquisa disciplinar; ou seja, a pesquisa disciplinar é esclarecida de maneira nova e fecunda pelo conhecimento transdisciplinar. Nesse sentido, a pesquisa disciplinar e transdisciplinar não são antagônicas, mas complementares.

A disciplinaridade, a multidisciplinaridade, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade são como quatro flechas lançadas de um único arco: o conhecimento.^[30]

O conhecimento transdisciplinar de questões ou matérias jurídicas não pertence ao Direito mas transita – com absoluta pertinência e importância – por alguns de seus fundamentos teóricos e práticos mais caros. Essa a natureza (complexa e fértil) do conhecimento científico na pós-modernidade, que a noção de transdisciplinaridade procura instrumentalizar. Não para dissolver ou fragmentar disciplinas, mas para proporcionar aberturas a novos olhares, novas perspectivas e, quiçá, novas disciplinas, por vezes a partir de diálogos de início tidos como impertinentes:

A abertura se faz necessária. Ela ocorre, por vezes, quando o olhar ingênuo de um amador estranho à disciplina resolve um problema cuja solução era invisível a ela própria. O olhar ingênuo que, evidentemente, não conhece os obstáculos que a teoria existente estabelece para a elaboração de uma nova visão pode, geralmente por caminhos erráticos, permitir-se esta visão.

(...) Se o caso de Darwin e de Wegner são excepcionais, pode-se entretanto adiantar que a história das ciências não é somente a da constituição e proliferação de disciplinas, mas também a de rupturas de fronteiras disciplinares, de sobreposições de problemas de uma disciplina sobre outra, de circulação de conceitos, de formação de disciplinas híbridas que terminaram por se autonomizar. É, igualmente, a história da formação de complexos nos quais diferentes disciplinas se agregam e se aglutinam. Dito de outra forma, se a história oficial da ciência é da disciplinaridade, a “inter-trans-poli-disciplinaridade”, embora ligada e inseparável dela, constitui uma outra história, que lhe é associada e inseparável.^[31]

Ecologia, Responsabilidade Social, Relações de Gênero, Transparência, Corrupção, Juventude, Relações Raciais, Terceira Idade, Violência Urbana, Violência Doméstica, Drogadição, Urbanismo, Habitação, Segurança Pública, Controle da Sociedade Civil, são alguns exemplos de novas áreas do conhecimento que surgem a partir de problemas sociais concretos de natureza intrinsecamente “transversais” ou transdisciplinares, e nem por isso não relevantes como possíveis “matérias jurídicas”. Daí o parecer 211/04 do CNE, ao fundamentar os eixos interligados de formação (fundamental, profissional, prática), que seriam incorporados pelo artigo 5º da resolução n. 9/04, ter ressaltado a necessidade de conteúdos que “revelam inter-relações com a realidade nacional e internacional, segundo uma perspectiva histórica e contextualizada dos *diferentes fenômenos relacionados com o direito*”. Por isso, não temos dúvida em afirmar que “*matéria jurídica*” é qualquer *fenômeno relacionado com o Direito*, ainda que, por seu viés eventualmente inter ou transdisciplinar, nem sempre possa ser identificado como pertencente a uma dada “*disciplina jurídica*”.

Em suma, afóra a inarredável necessidade de as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público serem compatíveis com o sistema normativo geral (tanto que o próprio artigo 1º da resolução n. 14/06 do CNMP ressalva que os regulamentos e editais de concurso deverão observar referida resolução “*sem prejuízo de outras normas de caráter geral compatíveis com o disposto nesta Resolução, salvo se contrariarem normas constantes em Leis Orgânicas do Ministério Público*”), nem mesmo a literalidade do artigo 16, § 1º da resolução 14 do CNMP autoriza a interpretação de que (à exceção da língua portuguesa), apenas disciplinas jurídicas possam ser objeto de aferição nos concursos públicos para ingresso na carreira do Ministério Público.

4. Compatibilização entre a missão constitucional do Ministério Público e uma visão interdisciplinar das questões sociais de relevância jurídica – O ENADE como inspiração aos concursos públicos para ingresso na carreira do MP

Reivindicar que os concursos de ingresso na carreira do Ministério Público incorporem uma visão interdisciplinar das questões sociais de relevância jurídica, diretriz proclamada e normatizada na política educacional do país, não se constituirá, decerto, em qualquer entrave à missão constitucional do Ministério Público. Muito pelo contrário. Reza a Constituição, em seu artigo 127, incumbir ao Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, “*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Com tão larga missão constitucional, detalhada em tantas outras funções institucionais (entre as quais fiscalizar a adoção de políticas públicas pelos diversos setores governamentais - artigo 129, II da CF), não se pode conceber que o Ministério Público, ao recrutar seus novos membros, limite-se a aferir, sob o exclusivo enfoque unidirecional do Direito (por suas “disciplinas jurídicas”) os conhecimentos, aptidões e habilidades dos candidatos.

Defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis e zelar pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais pressupõe não apenas domínio de conhecimentos, técnicas e métodos jurídicos. Pressupõe, mais que nunca, experiente manejo do conhecimento interdisciplinar da realidade brasileira, a possibilitar amplos e ricos subsídios a muitas manifestações jurídicas. Mais que isso, uma abertura fundamental para inserir-se em meio a discussões cotidianas, não necessariamente restritas à disciplina jurídica, ainda que tratem de matérias de relevância jurídica (vide, a propósito, FOWLER)[32], sendo aqui pertinentes as ponderações de Boaventura SANTOS:

As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular. Esses conhecimentos têm de ser tornados disponíveis e, sobretudo no que respeita aos conhecimentos sobre administração da justiça no nosso país, esses conhecimentos têm ainda de ser criados.

É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso, como se viu, vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos de maior se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade. Daqui resultará uma certa fractura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico mas sim como fisiológico. Essas fracturas e os conflitos a que elas derem lugar são a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça.[33]

A natureza singular do Ministério Público, no cenário constitucional e político brasileiro, como órgão do Estado encarregado de defender a democracia e os interesses sociais e individuais indisponíveis, eventualmente até contra o Estado, tem despertado interesse crescente de pesquisadores das áreas das ciências sociais, no Brasil e no exterior.[34] Uma instituição que transcende as dimensões profissionais, para atuar como componente importante da ordem constitucional, política e democrática brasileira, como verdadeiro agente da transformação social não pode prescindir do olhar inter ou

transdisciplinar, nem deixar de valorizá-lo, reconhecê-lo como importante, *desde o concurso para ingresso na instituição.*

Nesse sentido, e em plena coerência com as diretrizes curriculares nacionais para o curso de Direito, oportuno sejam inseridas nos concursos de ingresso questões atinentes ao *eixo de formação fundamental*, que estabeleçam “*as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo, dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia*”. A proposta oferece uma oportunidade para que, no âmbito das Faculdades de Direito, as perspectivas interdisciplinares e o pensamento humanístico sistêmico sejam prestigiados, valorizados. Frise-se, a propósito, que apesar do enorme contingente de Bacharéis em Direito que prestam concursos para o Ministério Público, as comissões organizadoras desses concursos ainda não atentaram para o fato de que, *na definição dos itens programáticos, poderão também influenciar, direta ou indiretamente, a própria conformação dos currículos das Faculdades de Direito.* No estágio atual, em que nenhuma reflexão alheia à disciplina jurídica é objeto de questionamento nos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público (e o mesmo se diga em relação ao exame da OAB e aos concursos de ingresso na Magistratura), sinaliza-se que disciplinas importantes como Sociologia, Filosofia, Política, Economia, Direito e Sociedade, conquanto desejáveis para o enriquecimento cultural, não seriam imprescindíveis na aferição das competências, habilidades e aptidões do futuro Promotor de Justiça.

A proposta de inserção, nos concursos de ingresso, de um conteúdo interdisciplinar de relevância jurídica acaba representando um grande reforço às louváveis iniciativas do Conselho Nacional de Educação de fazer com o ensino do Direito se conforme com as exigências de reflexão crítica e de qualificação para o exercício da cidadania, no contexto do que temos denominado, com amparo constitucional e na LDB, de “*educação republicana*”. Docentes e pesquisadores dessas disciplinas, nos cursos de Direito, não mais teriam que ouvir comentários pragmáticos (ou jocosos) como os de que suas disciplinas, embora importantes, “*não caem nos concursos jurídicos*”. Diretores de instituições de ensino superior pensariam duas vezes antes do sacrifício da carga horária de disciplinas ligadas ao eixo de formação fundamental, em favor das disciplinas ligadas ao eixo de formação profissional. Professores de disciplinas técnicas ou profissionais também se veriam obrigados a, quanto possível, contextualizar, criticamente, suas ideias, teorias e perspectivas. Com isso, estimula-se a verdadeira integração entre os três eixos de formação (o *fundamental*, o *profissional* e o *prático*), tanto nos concursos públicos de ingresso em carreiras jurídicas quanto nos próprios cursos de graduação.

Nesse quadro, parece-nos pertinente seja criado no concurso para ingresso na carreira do Ministério Público um núcleo programático denominado “**Direito e Interdisciplinaridade**” (vimos, com NICOLESCU, que *a inter e a transdisciplinaridade operam num continuum*), em torno do qual seriam propostas questões escritas – de múltipla escolha (na fase preambular) e discursivas (na segunda fase) – em que matérias relevantes ao Direito pudessem ser analisadas em diálogo com algumas das disciplinas constantes no “*eixo de formação fundamental*”, como previsto nas diretrizes curriculares nacionais: Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia, Sociologia, ao que se acrescentaria Criminologia e Política Criminal, eis que a cláusula “*entre outras*”, nas diretrizes curriculares nacionais,

marca o caráter exemplificativo (e não taxativo) das disciplinas enumeradas e cremos ninguém possa negar a relevância e oportunidade de discussões criminológicas e político-criminais para a formação do aluno de Direito e para o futuro Promotor de Justiça.[35]

A fim de evitar demasiada imprevisibilidade no manejo dos conteúdos interdisciplinares, dificultando a preparação para o concurso e a elaboração e correção das questões, os regulamentos de concurso, além de *limitarem os questionamentos interdisciplinares às provas escritas*, deverão prever a divulgação, com a devida antecedência, das referências bibliográficas, isto é, uma lista de textos - livros e artigos - previamente indicados pelo examinador do núcleo programático “**Direito e Interdisciplinaridade**”, em torno dos quais seriam embasadas as questões. Solução semelhante tem sido adotada nos processos seletivos para ingressos nos programas de mestrado e doutorado das universidades brasileiras, bem como nos exames vestibulares, em relação à prova de literatura brasileira. Em algumas universidades (como a UNICAMP), também é divulgada lista de textos nos exames de habilidades específicas para candidatos a cursos como artes visuais, artes cênicas, música). Por outro lado, não sendo necessário (nem conveniente) que, em cada concurso, sejam exaustivamente contempladas todas as disciplinas do eixo fundamental, também para tal restrição a lista de textos se prestará. Assim, cada concurso poderá dar ênfase a determinadas associações interdisciplinares, sem que seja preciso encontrar um examinador com conhecimentos enciclopédicos, profundo conhecedor de todos os ramos em que essas correlações se revelem possíveis. A lista de textos (que, evidentemente, pode e deve sofrer alterações significativas a cada concurso), torna mais factível e equitativa, em termos práticos, a elaboração e correção da prova pelo examinador e a adequada preparação por parte do candidato.

Para que se tenha uma ideia concreta de que a elaboração de questões, de múltipla escolha e discursivas, em torno da perspectiva “**Direito e Interdisciplinaridade**” é operacionalmente viável (e de sua importância crescente, segundo a política educacional vigente), poderíamos citar o ENADE – Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - aplicado na área do Direito, como um paradigma inspirador dos novos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público. Vejamos:

Em perfeita coerência com a política educacional, a ser materializada em cada curso de graduação pelas diretrizes curriculares nacionais, a lei 10861/04, que instituiu o SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – criou o ENADE, aplicado com periodicidade máxima de três anos, dispondo em seu artigo 5º:

Art. 5º A avaliação do desempenho dos estudantes dos cursos de graduação será realizada mediante aplicação do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE.

§ 1º O ENADE aferirá o desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos previstos nas diretrizes curriculares do respectivo curso de graduação, suas *habilidades para ajustamento às exigências decorrentes da evolução do conhecimento e suas competências para compreender temas exteriores ao âmbito específico de sua profissão, ligados à realidade brasileira e mundial e a outras áreas do conhecimento.*

§ 5º O ENADE é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação, sendo inscrita no histórico escolar do estudante somente a sua situação regular com relação a essa obrigação, atestada pela sua efetiva participação ou, quando for o caso, dispensa oficial pelo Ministério da Educação, na forma estabelecida em regulamento.

Perlustrando o último ENADE aplicado aos cursos de Direito (2006), percebe-se nitidamente a coerência da autoridade educacional máxima de, cumprindo os ditames constitucionais e infraconstitucionais de uma educação que temos nos referido como “republicana”, inserir na prova temas interdisciplinares e transversais, em conformidade com as diretrizes curriculares do curso de Direito. Contempla não apenas uma avaliação acerca dos conteúdos programáticos de natureza técnica, científica ou profissional, mas também suas *habilidades* (“para ajustamento às exigências decorrentes da evolução do conhecimento”) e suas *competências* (“para compreender temas exteriores ao âmbito específico de sua profissão, ligados à realidade brasileira e mundial e a outras áreas de conhecimento”), como previsto no artigo 5º, § 1º da lei 10861/04, acima transcrito.

Em meio às questões (de múltipla escolha e discursivas) propostas na parte de “formação geral”, no último ENADE, são dignos de destaque, para a argumentação aqui tecida, os seguintes temas: indicadores do fracasso escolar no Brasil (questão 1), nacionalismo e diversidade cultural (questão 3), arte e literatura (questão 2), formação da consciência ética (questão 4), identidade nacional e globalização (questão 5), embriaguez ao volante (questão 6) jovens e mercado de trabalho (questão 7), filosofia existencialista (questão 8), políticas afirmativas e sistema de cotas (questão 9), violência urbana (questão 10).

Nas questões propostas na parte de “formação específica” (eixo de formação profissional), os examinadores não se descuidaram dos conteúdos e reflexões próprias das disciplinas ligadas ao eixo de formação fundamental, como Sociologia, Ética, Filosofia e Ciência Política (questões 11 a 15). Cumprindo a orientação de que os eixos de formação devem estar interligados, observa-se, mesmo nas questões mais voltadas para conteúdos de conhecimento específicos, a inserção de elementos interdisciplinares como pano de fundo à “solução” de problemas técnicos. Citem-se alguns exemplos: as respostas às questões 19 e 20 (que tratam de temas de Direito Penal e de Direito Processual Penal) estavam relacionadas a um excerto da obra *Miseráveis*, de Victor Hugo; a questão 23 engendra um recorte histórico a uma questão de Direito constitucional; a questão 25, de Direito Constitucional e Administrativo, tinha por cenário excerto de obra de Machado de Assis; a questão 28, de Direito Civil e Direito Processual Civil, toma como ponto de partida excerto da *Suma Teológica*, de São Tomás de Aquino; a questão 29, sobre acidente de trabalho, é elaborada em torno da canção *Construção*, de Chico Buarque; a questão 32 articula responsabilidade civil com o terrorismo; a questão 37, discursiva, que trata de Direito Constitucional e Direito Tributário, traz como premissa analítica excerto da obra *Coronelismo*, de Victor Nunes Leal; a questão 40, também discursiva, fundamentada a partir de um texto do sociólogo Otávio Ianni, propõe uma articulação entre globalização, terrorismo, segurança pública e direitos humanos.

O ENADE (cuja edição, de 2006, é anexada ao presente estudo) serve como evidência eloqüente de que as diretrizes curriculares nacionais do curso de direito podem e devem ser levadas em consideração, de forma concreta, nos diversos instrumentos de

avaliação. Não apenas para medir conhecimentos, mas habilidades e competências, de reflexão crítica autônoma e pensamento sistêmico, tendo por inspiração fatos e acontecimentos do cenário brasileiro e mundial, em perspectivas contemporânea e histórica. Além disso, o ENADE não se revela como mero “estímulo” à renovação dos cursos de Direito. A submissão ao ENADE é obrigatória, seus resultados constam do histórico escolar do aluno e servem também como elemento importante na classificação dos cursos jurídicos, comprometendo-se o MEC a premiar o desempenho dos melhores alunos com bolsas de estudos e auxílios, em cursos de graduação e pós-graduação (artigo 5º, § 10 da lei 10861/04).

Com o tempo, os cursos de graduação em Direito estarão tão adaptados ao ENADE (até porque dependerão de bons indicadores de desempenho – inclusive no ENADE - para sua sobrevivência e reconhecimento público) e, por conseguinte, às *diretrizes curriculares nacionais*, que a realização de concursos públicos, nos moldes dos tradicionalmente realizados para ingresso na carreira do Ministério Público, representará autêntico anacronismo científico, pedagógico e institucional. Principalmente quando se cogita da grandiosa missão constitucional do Ministério Público.

5. Os desafios para o ensino jurídico da perspectiva interdisciplinar

Pelo exposto, parece ser ultrapassada a fragmentação do conhecimento acerca da realidade e dos problemas cada vez mais complexos nas suas inter-relações e características de transversalidade e multidimensionalidade. Desse modo, ao ensino jurídico neste contexto é imprescindível: i) a compreensão do contexto através do inventário e análise dos dados e informações; ii) a compreensão da relação global-local, articulando não de forma necessária mas dialógica as partes e o todo, o particular e o universal; iii) a ciência e a compreensão das diferentes dimensões de agenciamento e repercussão dos fatos que compõem a realidade das relações sociais; iiiii) a compreensão, enfim, da complexidade, da interdependência entre os elementos constituintes da realidade.

No campo do ensino do Direito isto significa superar supostas dicotomias e incompatibilidades, ou falsos dilemas entre uma formação técnica ou humanística. Significa, de acordo com POMBO[36] - ao propor uma tipologia das práticas de investigação interdisciplinar - compreender o surgimento de novas experiências e de novas e diversas modalidades institucionais que ensaiem modelos e métodos de trabalho que são claramente interdisciplinares ou, pelo menos, procuram sê-lo. Na classificação da autora as novas modalidades constituem-se em:

a) *Práticas de importação*, que são aquelas práticas decorrentes de limites sentidos no interior das disciplinas especializadas. O aprofundamento da investigação numa disciplina leva ao reconhecimento da necessidade de transcender as suas fronteiras, sendo preciso recorrer a outros campos para uma compreensão mais abrangente e abalizada do problema ou caso em questão.

b) *Práticas de cruzamento*, relativas a problemas que, tendo a sua origem numa determinada disciplina, irradiam para outras, invadem outros domínios, circulam, revelam-se enquanto “problemas indisciplinados”. Segundo POMBO, a ideia subjacente é a de que o problema (ou caso) é um espaço objetivo de determinações, irreduzível a uma lógica essencialmente subjetiva de entendimento. Trata-se de uma

“interdisciplinaridade de interdependência“ ou ainda uma “interdisciplinaridade unificadora”.

c) *Práticas de convergência*, relativas às disciplinas que lidam com a apreensão de um objeto circunscrito em uma determinada área geográfica, cultural, histórica e linguística. São as práticas conhecidas também pelo nome de “estudos por áreas” nas quais a circulação e a troca das formas de apreensão dos diferentes campos constroem uma real dimensão das complexidades.

d) *Práticas de descentração*, que têm na sua origem a irrupção de problemas impossíveis de reduzir às disciplinas tradicionais. Estes problemas podem ser problemas novos, em grande parte resultante do próprio desenvolvimento científico e da capacidade tecnológica que o homem adquiriu para intervir na ordem da natureza.

e) *Práticas de comprometimento*, aquelas que visam questões vastas e difíceis, questões que resistem a todos os esforços desenvolvidos ao longo dos séculos com vista à sua solução, mas que reclamam soluções urgentes.

Assim, é imprescindível em uma proposta educativa interdisciplinar o encaminhamento de formas de superação de um dos principais problemas e focos de tensão no campo das ciências sociais em geral e das ciências sociais aplicadas em particular (do Direito, inclusive), que é a já notada dicotomia de qualquer ordem, especialmente entre a formação profissional e a produção científica. Ou seja, o desafio se dá em como estabelecer, no caso do Direito, uma interlocução menos delgada, para não dizer quase que totalmente desvinculada, entre a reflexão teórica e a prática jurídica, sendo que esta nem sempre é balizada pelos parâmetros da Academia e da legitimidade científica.

Fomentar a constituição de uma reflexão científica, densa e consistente em termos epistemológicos e metodológicos (imperiosa no campo do Direito) e que transita, de modo coletivo e interdisciplinar, pelas dimensões das práticas de importação, do cruzamento, da convergência, do descentração e do comprometimento nas atividades de ensino, pesquisa e da extensão, potencializa no estudante de graduação a vivência intelectual de agenciar dialogicamente a sua atuação profissional, com a urgente e necessária inserção no campo do conhecimento jurídico através do acesso, da análise, da discussão, da crítica e da produção desse conhecimento.

Em síntese, a interdisciplinaridade é uma perspectiva que abre espaço para o essencial debate qualitativo em torno dos avanços e retrocessos do ensino, da pesquisa e da extensão no campo das humanidades, reforçando a idéia de que o Direito é também constitutivo desse campo, notadamente quando problematiza a Constituição Federal e a organização das instituições sociais e políticas. A inclusão de tópicos de Sociologia, Filosofia, Psicologia, Antropologia (entre outros campos do saber) nos programas de concursos de ingresso na carreira do Ministério Público (e, da mesma forma, da Magistratura) atribui essencial significado ao diálogo contínuo entre o “mundo da prática” e o da “produção acadêmica”. Mais do que isso, colabora de maneira singular e enfática na formação de profissionais do Direito capazes de fazer repercutir na sua prática cotidiana as preocupações com os Direitos Fundamentais, com a Democracia e com o Estado de Direito republicano, além de outras preocupações tão urgentes e pungentes como aquelas relacionadas ao trabalho e à exclusão social, à justiça e à cidadania.

6. Conclusões

Do conjunto das ponderações, reflexões e informações acima lançadas, poderíamos tecer as seguintes conclusões e proposições:

1) A inserção, no programa dos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público, de conteúdos interdisciplinares, harmoniza-se perfeitamente com as diretrizes curriculares nacionais para o curso de Direito (resolução CNE/CES 09-04), notadamente no que concerne à interligação entre os eixos de formação fundamental e os de formação profissional.

2) Sem prejuízo da plausível inconstitucionalidade da resolução n. 14/06, do Conselho Nacional do Ministério Público, que em princípio extrapola seu poder normativo (consoante já sinalizado em decisão monocrática liminar do STF), o artigo 14 da referida resolução, ao referir-se a “matérias jurídicas” (temas de relevância jurídica) e não a “disciplinas jurídicas” (ramos da ciência do Direito) não constitui óbice regulamentar à inserção de disciplinas não jurídicas nos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público, desde que suscetíveis de associação com matérias de relevante interesse jurídico. Até porque o conhecimento científico, na complexa realidade pós-moderna, procura, cada vez mais, abrir horizontes para a inter e a transdisciplinaridade.

3) A capacidade de reflexão crítica autônoma e a qualificação para o exercício da cidadania, com participação ativa no desenvolvimento da sociedade brasileira, constituem objetivos claros da política educacional do país, absolutamente compatíveis com a missão constitucional do Ministério Público (artigo 127 da CF). As abordagens inter e transdisciplinares de questões e problemas nacionais contribuem para o alcance desse desiderato, tanto no que diz respeito à formação educacional quanto no que tange às importantes aptidões, habilidades e competências que devem ser estimuladas no exercício do cargo de Promotor de Justiça.

4) Para valorização da desejada inter e transdisciplinaridade, recomendável seja previsto um núcleo programático denominado “**Direito e Interdisciplinaridade**”. Em torno desse núcleo seriam elaboradas questões de relevância jurídica seriam postas, a serem discutidas à luz de aportes, diálogos e imbricações de disciplinas como Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia, Sociologia, Criminologia e Política Criminal, correspondentes ao eixo de formação fundamental das diretrizes curriculares nacionais.

5) A fim de evitar demasiada imprevisibilidade no manejo dos conteúdos interdisciplinares, dificultando a preparação para o concurso, a elaboração e correção equitativa das provas, recomenda-se que os regulamentos de concurso contemplem a divulgação, com a devida antecedência, de textos (artigos e livros) indicados pelo examinador do tópico “**Direito e Interdisciplinaridade**”. A lista de textos deverá embasar todas as questões, tanto nas provas de múltipla escolha como nas provas discursivas, *não se recomendando arguição oral desse núcleo programático*.

6) As provas do ENADE – Exame Nacional de Desempenho de Estudos - a que periodicamente se submetem os acadêmicos de Direito, constituem-se em relevantes exemplos de manejo de questões interdisciplinares, em plena coerência com as

diretrizes curriculares nacionais, o que pode inspirar as futuras formações de provas nos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público. Não apenas no que concerne ao eixo de formação geral, quanto no tocante às questões ligadas aos eixos de formação profissional e prática.

7) A inserção de conteúdos interdisciplinares nos concursos para ingresso nas carreiras jurídicas prestigia um ensino jurídico que alarga, aprofunda, torna mais densa a análise e compreensão das complexidades que tecem as relações sociais na sua concretude.

Referências bibliográficas

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, 2002.

BAHIA. Ministério Público. Resolução n. 43, de 16 de setembro de 2008. Regulamento para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia . **Diário do Poder Judiciário**, Salvador, 16 set. 2008. Seção 1, p. 1427-1429.

BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 776, de 3 de dezembro de 1997. Orientação para as diretrizes curriculares dos cursos de graduação. Relatores: Carlos Alberto Serpa de Oliveira, Éfrem de Aguiar Maranhão, Eunice Durham, Jacques Velloso e Yugo Okida. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2004.

BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 211/04, de 8 de julho de 2004. Reconsideração do Parecer CNE/CES n. 55/2004, referente às diretrizes curriculares nacionais para o curso de graduação em direito. Relator: Edson de Oliveira Nunes. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2004.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004. Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º out. 2004.

BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Superior. Resolução n. 93, de 4 de setembro de 2007. Estabelece normas sobre o [24º] concurso para ingresso na carreira do Ministério Público Federal. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 05 out. 2007. Disponível em: http://www2.pgr.mpf.gov.br/concurso/procuradores/24o-concurso_documentos/resolucao_24_cpr.pdf. Acesso em: 20/04/2009.

BÜLLESBACH, Alfred. Ciências do Direito e Ciências Sociais. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSLOVSKY, Salo Vincour. How Public Prosecutors get to be Cause Lawyers: the transformation of the Brazilian Ministério Público. In: JOINT ANNUAL MEETING OF THE LAW AND SOCIETY ASSOCIATION (LSA) AND THE RESEARCH COMMITTEE ON SOCIOLOGY OF LAW (RSCL of ISA), 2007, Berlin. [**Trabalho apresentado**]. Berlin: Law and Society Association, 2007.

FOWLER, Marcos Bittencourt. O Ministério Público a caminho da interdisciplinaridade. In: **Livro de teses: o Ministério Público Social**. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público : Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 411-418.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GOIÁS. Ministério Público. Resolução n. 17, de dezembro de 2007. Aprova o edital do concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Goiás: “promotor de justiça substituto”. **Diário Oficial do Estado de Goiás**, Goiânia, 21 dez. 2007. p. 3.

JANTSCH, Ari Paulo; BIANCHETTI, Lucídio (Org.). **Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito**. Petrópolis: Vozes, 1995.

LIMA DE FREITAS; MORIN, Edgar; NICOLESCU, Basarab (Redatores). Carta da transdisciplinaridade. In: CONGRESSO MUNDIAL DE TRANSDISCIPLINARIEDADE, 1., 1994, Convento de Arrábida [Portugal]. **[Documento divulgado]**. Disponível em: http://www.ccsa.ufrn.br/5sel/v2/pdf/minicurso15_carta_transdisciplinaridade.pdf. Acesso em: 09 mar. 2009.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no Direito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 413.

McALLISTER, Lesley. **Making Law matter: Environment protection and legal institutions in Brazil**. Stanford: Law Books, 2008.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Regulamento para o XLVIII Concurso [para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais], de 17 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/extranet/portal/index.jsp>. Acesso em: 20/04/2009.

MORIN, Edgar. Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios. Trad. de Edgard de Assis Carvalho. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 468.

NISCOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento: transdisciplinaridade. In: ENCONTRO CATALISADOR [do CETRANS], 1., 1999, Atibaia. **[Documento apresentado]**. São Paulo: Centro de Educação Transdisciplinar, 1999. Disponível em: <http://www.ufrj.br/leprans/link/conhecimento.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2009.

PARÁ. Ministério Público. Resolução n. 8, de 11 de agosto de 2005. Altera o Regulamento do Concurso Público de ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Pará. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 16 ago. 2005, republ. 17 ago. 2005.

PARANÁ. Ministério Público. Conselho Superior. Regulamento do concurso para ingresso na carreira do Ministério Público, de 2 de maio de 2008. Disponível em: <https://www2.mp.pr.gov.br/cconcursos/web_menu_inicial/web_menu_inicial.php>. Acesso em: 20/04/2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o Direito e a Pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 509.

POMBO, Olga. Práticas interdisciplinares. **Sociologias**, Porto Alegre: PPGAS/UFRGS, n. 15, jun. 2006 .

RIO DE JANEIRO (Estado). Ministério Público. Conselho Superior. Deliberação CSMP n. 55, de 04 de dezembro de 2008. Aprova o Regulamento do XXXI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do MPRJ. Disponível em : <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/Internet/Concursos/Concurso_Promotor/XXXI_Concurso_Inscricoes/regulamento.pdf>. Acesso em: 20/04/2009. p. 2.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. Edital n. 50, de 18 de dezembro de 2008. Regulamento do XLV concurso para ingresso à carreira do MPRS. **Diário Eletrônico do Ministério Público**, Porto Alegre, 18 dez. 2008. p. 2. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/de/arquivos/DEMP_2008_12_18.pdf>. Acesso em: 20/04/2009>.

SADEK, Maria Tereza. **Ministério Público Federal e a administração da justiça**. São Paulo: Sumaré, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

SÃO PAULO. Ministério Público. Aviso n. 486, de 21 de agosto de 2008. Regulamento do 86º concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 22 ago. 2008. Seção 1, p. 33.

[1] MORIN, Edgar. **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios. Trad. de Edgard de Assis Carvalho. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 74.

[2] BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004. Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º out. 2004. Seção 1, p. 17.

[3] BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n. 9, op. cit., p. 17.

[4] Vide, a propósito: ELGES, Norberto. Ciência, interdisciplinaridade e educação. In: JANTSCH, Ari Paulo; BIANCHETTI, Lucídio (Org.). **Interdisciplinaridade**: para além da filosofia do sujeito. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 51-84; FRIGOTTO, Gaudêncio. A interdisciplinaridade como necessidade e como problema nas ciências sociais, *ibid.*, p. 25-49; JANTSCH; BIANCHETTI. Universidade e interdisciplinaridade, *ibid.*, 195-204; SEVERINO, Antônio Joaquim. O uno e o múltiplo: o sentido antropológico do interdisciplinar, *ibid.*, p. 159.

[5] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997, p. 226.

[6] NISCOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento: transdisciplinaridade. In: ENCONTRO CATALISADOR [do CETRANS], 1., 1999, Atibaia, p. 3 [**Documento apresentado**]. São Paulo: Centro de Educação Transdisciplinar, 1999. Disponível em: <<http://www.ufrj.br/leptrans/link/conhecimento.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2009.

[7] LIMA DE FREITAS; MORIN, Edgar; NICOLESCU, Basarab (Redatores). Carta da transdisciplinaridade. In: CONGRESSO MUNDIAL DE TRANSDISCIPLINARIEDADE 1., 1994, Convento de Arrábida [Portugal]. [**Documento divulgado**]. Disponível em: <http://www.ccsa.ufrn.br/5sel/v2/pdf/minicurso15_carta_transdisciplinaridade.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2009.

[8] MORIN, op. cit., p. 51.

[9] NICOLESCU, op. cit, p. 3.

[10] BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 211/04, de 8 de julho de 2004. Reconsideração do Parecer CNE/CES n. 55/2004, referente às diretrizes curriculares nacionais para o curso de graduação em direito. Relator: Edson de Oliveira Nunes. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2004. Seção 1, p. 16-17.

[11] “Em lugar de comunicar-se, o educador faz “comunicados” e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção “bancária” da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. Margem para serem colecionadores ou fichadores das coisas que arquivam. No fundo, porém, os grandes arquivados são os homens, nesta (na melhor das hipóteses) equivocada concepção “bancária” da educação. Arquivados, porque, fora da busca, fora da práxis, os homens não podem ser. Educador e educandos se arquivam na medida em que, nesta distorcida visão da educação, não há criatividade, não há transformação, não há saber. Só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente, que os homens fazem no mundo, com o mundo e com os outros. Busca esperançosa também.”

(FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 58).

[12] BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 211/04, op. cit., p. 7.

[13] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o Direito e a Pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 509.

[14] MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In: RAMOS, op. cit., p. 468.

[15] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no Direito. In: RAMOS, op. cit., p. 413.

[16] BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 211/04, op. cit., p. 13.

[17] BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 776, de 3 de dezembro de 1997. Orientação para as diretrizes curriculares dos cursos de graduação. Relatores: Carlos Alberto Serpa de Oliveira, Éfrem de Aguiar Maranhão, Eunice Durham, Jacques Velloso e Yugo Okida. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2004. Seção 1, p. 2.

[18] BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CES n. 507/99, apud _____. _____. Parecer CNE/CES n. 211, op. cit., p. 15.

[19] BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Superior. Resolução n. 93, de 4 de setembro de 2007. Estabelece normas sobre o [24º] concurso para ingresso na carreira do Ministério Público Federal. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 05 out. 2007. Seção 1, p. 1427 - 1429. Disponível em: http://www2.pgr.mpf.gov.br/concurso/procuradores/24o-concurso_documentos/resolucao_24_cpr.pdf. Acesso em: 20/04/2009. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Constitucional e Direitos Humanos, Direito Administrativo e Direito Ambiental, Direito Tributário e Direito Financeiro, Direito Econômico e Direito do Consumidor, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Eleitoral, Direito Penal, Direito Processual Penal.

[20] SÃO PAULO. Ministério Público. Aviso n. 486, de 21 de agosto de 2008. Regulamento do 86º concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 22 ago. 2008. Seção 1, p. 33. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Comercial, Direito da Infância e da Juventude, Direito Processual Civil, Tutela de interesses difusos e coletivos, Direito Constitucional e Direitos Humanos, Direito Administrativo.

[21] RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. Edital n. 50, de 18 de dezembro de 2008. Regulamento do XLV concurso para ingresso à carreira do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Eletrônico do Ministério Público**, Porto Alegre, 18 dez. 2008. p. 2. Disponível em: <

http://www.mp.rs.gov.br/areas/de/arquivos/DEMP_2008_12_18.pdf>. Acesso em: 20/04/2009>. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Municipal, Direito Eleitoral, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Registral, Direito de Empresa, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito institucional do Ministério Público, Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito do Idoso, Direito das pessoas portadoras de deficiência e direito urbanístico.

[22] RIO DE JANEIRO (Estado). Ministério Público. Conselho Superior. Deliberação CSMP n. 55, de 04 de dezembro de 2008. Aprova o Regulamento do XXXI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disp. em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/Internet/Concursos/Concurso_Promotor/XXI_Concurso_Inscicoes/regulamento.pdf>. Acesso em: 20/04/2009. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Eleitoral, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Empresarial, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Princípios institucionais do Ministério Público, Direito Tributário.

[23] MINAS GERAIS. Ministério Público. Regulamento para o XLVIII Concurso [para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais], de 17 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/portal/index.jsp>>. Acesso em: 20/04/2009. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Penal e Criminologia, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Tributário, Legislação Especial.

[24] BAHIA. Ministério Público. Resolução n. 43, de 16 de setembro de 2008. Regulamento para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia . **Diário do Poder Judiciário**, Salvador, 16 set. 2008. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Direito Civil, Direito Comercial, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, direitos transindividuais, legislação institucional.

[25] GOIÁS. Ministério Público. Resolução n. 17, de dezembro de 2007. Aprova o edital do concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Goiás: “promotor de justiça substituto”. **Diário Oficial do Estado de Goiás**, Goiânia, 21 dez. 2007, p. 3. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Penal e Processual Penal, Direito Civil e Processual Civil, Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral, Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Tributário, Legislação Orgânica Nacional e Estadual do Ministério Público e Legislação de Organização Judiciária do Estado de Goiás.

[26] PARÁ. Ministério Público. Resolução n. 8, de 11 de agosto de 2005. Altera o Regulamento do Concurso Público de ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Pará. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 16 ago. 2005, republ. 17 ago. 2005. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Legislação referente ao Ministério Público Nacional e Estadual, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Tutela

dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (patrimônio público e social, meio ambiente, infância e juventude, consumidor, acidentes do trabalho e portadores de deficiência), Direito Tributário, Direito Comercial (Falências e Concordatas), Direito Eleitoral, Direito Agrário, Língua Portuguesa.

[27] PARANÁ. Ministério Público. Regulamento do concurso para ingresso na carreira do ministério público de 02 de maio de 2008. Disponível em: <https://www2.mp.pr.gov.br/cconcursos/web_menu_inicial/web_menu_inicial.php>.

Acesso em: 20/04/2009. Contemplou as seguintes disciplinas: Direito Penal, Direito Eleitoral, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Direito da Infância e da Juventude, Legislação do Ministério Público, Direito Processual Penal, Direito da Execução Penal, Direito das pessoas portadoras de deficiência e idosos, Direito do Consumidor, Direito Previdenciário, Direito Civil, Direito Comercial, Organização e Divisão Judiciária, Direito Tributário, Direito Processual Civil, Direito Administrativo, Direito Sanitário e Saúde do Trabalhador.

[28] MORIN, op. cit., p. 50.

[29] NICOLESCU, op. cit., p. 2.

[30] NICOLESCU, op. cit., p. 3

[31] MORIN, op. cit., p. 42.

[32] FOWLER, Marcos Bittencourt. O Ministério Público a caminho da interdisciplinaridade. In: **Livro de teses: o Ministério Público Social**. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público : Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 411-418.

[33] SANTOS, op. cit., p. 180.

[34] ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, 2002; COSLOVSKY, Salo Vincour. How Public Prosecutors get to be Cause Lawyers: the transformation of the Brazilian Ministério Público. In: JOINT ANNUAL MEETING OF THE LAW AND SOCIETY ASSOCIATION (LSA) AND THE RESEARCH COMMITTEE ON SOCIOLOGY OF LAW (RSCL of ISA), 2007, Berlin. **[Trabalho apresentado]**. Berlin: Law and Society Association, 2007; LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; McALLISTER, Lesley. **Making Law matter: Environment protection and legal institutions in Brazil**. Stanford: Law Books, 2008; SADEK, Maria Tereza. **Ministério Público Federal e a administração da justiça**. São Paulo: Sumaré, 1998.

[35] “A criminologia é uma ciência que não pode prescindir da colaboração das várias ciências sociais, se quiser investigar os factos sociais relacionados com a prática de crimes, sua origem e respectivo combate. A sua importância para o saber jurídico reside na disponibilização de conhecimentos sobre os factos e na sua interpretação; e, assim, na contemplação da realidade social pelo penalista, que pensa em termos normativos. A consideração do efeito da norma jurídica para o indivíduo e para a sociedade como um todo pode assim exercer uma influência benéfica sobre a aplicação das normas do

direito penal, sobre o tratamento jurídico dos objectivos na execução das penas e sobre a política criminal. A importância da criminologia para a formação jurídica reside, além disso, também no conhecimento de outros estilos de trabalhar e de pensar.” (BÜLLESBACH, Alfred. Ciências do Direito e Ciências Sociais. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 498).

[36] POMBO, Olga. Práticas interdisciplinares. **Sociologias**, Porto Alegre: PPGAS/UFRGS, n. 15, jun. 2006 .

A PRIVATIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR E OS OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

LA PRIVATIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA SUPERIOR Y LOS OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO NACIONAL

**Giovani Clark
Samuel Pontes do Nascimento**

RESUMO

O presente trabalho traz dados importantes da política educacional brasileira, tratando com atenção especial as mudanças trazidas pela Reforma do Estado 1990. As políticas públicas brasileiras para educação superior foram inseridas dentro do contexto de um Estado Regulador, atendendo apenas às políticas econômicas do capital privado, principalmente transnacional, de ampliação dos lucros. Com isso, o crescimento do ensino superior nos últimos anos ficou praticamente restrito a um novo grupo de instituições, as privadas com fins lucrativos. Estas instituições se multiplicaram extraordinariamente, e cursos como o de graduação em Direito tiveram, nelas, crescimento de mais de 180 % no número de matrículas, enquanto o setor público cresceu pouco mais de 20%. Os prejuízos desse crescimento, que é estritamente numérico e quantitativo, vão além dos danos causados a estudantes que não conseguem ter seus diplomas mesmo após a conclusão de seus cursos. A política de indução do setor privado com finalidade lucrativa para assumir a manutenção do ensino superior contraria a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de, mais gravemente, impedir a concretização de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento nacional.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO SUPERIOR; DESENVOLVIMENTO; PRIVATIZAÇÃO; REFORMA DO ESTADO; REGULAÇÃO; GRADUAÇÃO EM DIREITO.

RESUMEN

Las políticas públicas para la enseñanza superior en Brasil están inseridas en el contexto del Estado Regulador, y solamente atienden a las políticas económicas del capital, especialmente internacional, de aumento de los lucros. Así, perpetuase nuestro papel de colonia, sea en la cultura o en la educación, y, por eso, también en la economía, en estos tiempos mutantes del siglo XXI. Una nación desarrollada es compuesta, según la Constitución, de ciudadanos preparados y de profesionales de cualidad. Ocurre, por lo contrario, que el proceso de Reforma del Estado ha implantado un sistema de enseñanza superior (profesional) que viola el texto constitucional e impide la concretización del desarrollo nacional.

PALAVRAS-CLAVE: ENSEÑANZA SUPERIOR; DESARROLLO; PRIVATIZACIÓN; REFORMA DEL ESTADO; REGULACIÓN; DERECHO.

1. INTRODUÇÃO – EDUCAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 optou por listar os objetivos da República brasileira, dentre os quais está o de *garantir o desenvolvimento nacional* (CF, art. 3º, II). No texto constitucional, diversos dispositivos se relacionam claramente com o objetivo desenvolvimentista e a ele dão conteúdo. Assim, é possível afirmar de saída que jamais aquele *desenvolvimento* será alcançado sem que, antes, tenha-se realizado o *pleno desenvolvimento da pessoa*, preparando-a, por meio da educação, para o *exercício da cidadania e qualificando-a ao trabalho* (CF, art. 205). Entende-se, na Constituição, que uma nação desenvolvida é aquela formada de cidadãos preparados e profissionais qualificados.

O presente estudo parte, então, desse entendimento acerca da educação, mas procura embrenhar-se em novas análises e redefinições a partir da ótica do Direito Econômico.

Um dos meios de realizar a qualificação para o trabalho é através das instituições de ensino superior – IES. Nos últimos anos, a educação superior tem passado por intensas mudanças, as quais provocam acirrados debates a respeito da adequação do modelo implementado em face da Constituição. Nesse contexto, os governos recentes consideraram a expansão do setor privado a melhor solução para o déficit de acesso ao ensino de nível superior, mas restam graves dúvidas quanto ao ajuste às normas constitucionais.

Um dos mais graves e atuais problemas da educação superior diz respeito à atuação do Poder Público como responsável pela normatização, autorização e avaliação do setor privado. Em outros termos, existe uma clara política pública de regulação do ensino superior favorável ao capital privado. Com isso, e diante do crescimento extraordinário das particulares, o presente trabalho se propõe a analisar, a partir dos anos 1990, as medidas de (re)organização da educação superior, as quais seguiram as diretrizes dadas pelo Plano de Reforma do Aparelho do Estado adotado pelo Governo brasileiro a partir de 1995.

O trabalho mostrará os efeitos dos atos jurídicos que permitiram a exploração econômica da educação no nível superior. Através de decretos presidenciais, hoje revogados, o governo federal permitira que pessoas jurídicas de direito privado fossem credenciadas no ministério da educação como entidades mantenedoras de instituições de ensino superior. Como se verá a seguir, o crescimento das instituições com fins lucrativos foi responsável, apenas no curso de graduação em Direito, pelo aumento de 186% no número de matrículas entre os anos de 1999 e 2007.

2. O ADVENTO DA INICIATIVA PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR A PARTIR DA LDB (LEI Nº 9.394/96)

A partir da promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, em 1996 (Lei nº 9.394/96), as autoridades governamentais firmaram o entendimento de que a iniciativa privada não deveria apenas se limitar à *subsidiariedade* ao atuar na educação superior, mas deveria, sim, inserir-se num contexto de *mercado*, sendo possível inclusive a atuação com fins lucrativos. E, como será demonstrado a seguir, foram exatamente as instituições que visam lucro as responsáveis pelo extraordinário aumento das matrículas no setor privado nos últimos anos.

Ocorre que, lamentavelmente, desconsiderou-se a completa ausência de expressões relativas à finalidade lucrativa de instituições de educação na LDB. A idéia de exploração empresarial da educação nasceu para o mundo jurídico-legal através do Decreto Presidencial nº 2.207/97. Na verdade, o que a LDB prescreve é uma distinção entre as instituições mantidas pelo setor privado, classificando-as como (i) *particulares em sentido estrito*, (ii) *comunitárias* (iii) *confessionais* e (iii) *filantrópicas*. Em momento algum, ao descrever cada uma dessas categorias, a LDB autoriza a exploração do ensino com fins lucrativos. Note-se o que está escrito na Lei federal nº 9.394/96:

Art. 20. As instituições **privadas** de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - **particulares em sentido estrito**, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II – **comunitárias**, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de pais, professores e alunos, que incluam em sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - **confessionais**, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - **filantrópicas**, na forma da lei. (grifos nossos)

O Decreto nº 2.207/97, pretendendo regulamentar o artigo 20 da LDB, dividiu as instituições de ensino superior em *públicas* e *privadas*, e asseverou que estas – as entidades mantenedoras das instituições *privadas* – poderiam constituir-se sob a forma de sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, de associações de utilidade pública, de fundações e de **sociedades mercantis**.

Fez questão ainda o Presidente da República de frisar no art. 3º do Decreto nº 2.207/97 que “as entidades mantenedoras **com fins lucrativos** submetem-se à legislação que rege as sociedades mercantis, especialmente na parte relativa aos encargos fiscais, parafiscais e trabalhistas”.

Restou nítida a intenção de permitir, ou mesmo induzir, os empresários a assumir a manutenção da educação superior. E, ainda mais, quando em agosto de 1997 o Dec. nº 2.306/97 revogou o Dec. nº 2.207/97 e trouxe em seu primeiro artigo o seguinte:

Art. 1º As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, previstas no inciso II do art. 19 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, poderão assumir qualquer das formas admitidas em direito, **de natureza civil ou comercial** e, quando constituídas como fundações, serão regidas pelo disposto no art. 24 do Código Civil Brasileiro. (grifo nosso)

O governo federal da época forçou a interpretação do art. 20 da LDB para fazer crer que aquelas instituições do inciso primeiro chamadas de “particulares em sentido estrito” deveriam ser mantidas exclusivamente por entidades com fins lucrativos, ou seja, de natureza comercial. Assim, a classificação proposta pelos decretos presidenciais passou a ser adotada, desde a realização do Censo da Educação Superior de 1999, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, apresentando as instituições privadas de ensino superior dentro das seguintes categorias administrativas:

PRIVADA:

PARTICULAR

COMUNITÁRIA/CONFESSIONAL/FILANTRÓPICA

De acordo com essa classificação, a categoria “privada” (LDB, art. 20, *caput*) incluiria entidades privadas *com fins lucrativos* – que seriam as **particulares** – e entidades privadas *sem fins lucrativos*, as comunitárias, confessionais e filantrópicas. Percebe-se que o termo “particular” usado pelo INEP substitui a expressão legal “particular em sentido estrito”, e ademais, refere-se exclusivamente às entidades com finalidade lucrativa.

Dessa forma, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, a política educacional de nível superior passou a assumir função econômica de grande impacto ao abrir para o mercado a exploração comercial do ensino.

Atualmente, com a vigência do novo Código Civil, e com a revogação dos Decretos presidenciais nºs 2.207/97, 2.306/97 e 3.860/01, os quais tratavam da “organização do ensino superior”, é indispensável rever a interpretação do art. 20 da LDB. O Dec. nº 5.773/06, ainda vigente, absteve-se de reclassificar o que já está explícito na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional quanto às formas jurídicas de entidades privadas mantenedoras, e deteve-se apenas em dispor “sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino”.

Agora, preservando-se a lucidez da classificação da LDB (art. 20 e incisos) acordante com o Código Civil atual (art. 44 e incisos), entende-se que instituições de ensino “privadas” são aquelas mantidas por *associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos*. Logo, as mantenedoras que não apresentarem as características de “comunitárias”, “confessionais” ou “filantrópicas”, na forma descrita pela LDB (art. 20, II, III e IV), devem, então, ser consideradas “particulares em sentido estrito” (conforme LDB, art. 20, I), sejam elas associações, fundações ou partidos políticos (Código Civil, art. 44).

Em nossa visão, o que se deve ter por clarividente a partir daqui é que, numa leitura mais rigorosa, a finalidade lucrativa não é admitida pela LDB numa leitura mais rigorosa, e, por isso, todas as pessoas jurídicas de direito privado previstas no Código Civil podem ser incluídas nas “particulares em sentido estrito”, com exceção da Sociedade, que é a forma jurídica própria do exercício de empresa, e, por essência, tem por fim primordial o lucro (CC/02, Parte Especial, Livro II, Título II – Da Sociedade). Quer-se com isso retificar o equívoco interpretativo – cometido pelos Decretos presidenciais já mencionados – de se confundir a categoria “particulares em sentido estrito”, prevista no inciso I, do artigo 20, da LDB, com entidades que tenham fins lucrativos.

3. OS NÚMEROS DO CRESCIMENTO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

Pela análise dos dados do Censo do Ensino Superior (INEP/MEC, 2007), é possível constatar que o crescimento do número de matrículas, entre a promulgação da LDB (1996) e o ano de 2006, concentrou-se predominantemente no setor privado, devido à criação, somente ali, de criação de mais de 1000 (um mil) novas instituições. Nesse período, houve um acréscimo de cerca de 400.000 (quatrocentas mil) matrículas nas instituições públicas, enquanto o setor privado absorveu mais de 2.000.000 (dois milhões) de novas matrículas. Quer dizer, as instituições privadas matricularam 5 (cinco) vezes mais alunos do que as públicas, nesses dez anos.

Entretanto, é preciso notar que, das duas milhões de novas matrículas do setor privado, quase 90% (noventa por cento) foram realizadas nas instituições *particulares*, ou seja, aquelas mantidas por entidades com finalidade lucrativa.

Com essas informações, é possível notar que todo aquele esforço interpretativo dos Decretos presidenciais n^{os} 2.207/97, 2.306/97 e 3.860/01, os quais autorizaram expressamente a atuação de empresas (instituições com fins lucrativos) na educação nacional, deve ser considerado como parte de um conjunto de atos de política econômica voltados para a formação de um grande “mercado educacional”. Esse mercado é hoje comemorado por uns, e criticado por outros.

3.1. A mudança nos critérios estatísticos e o caso do curso de graduação em Direito.

A missão de realizar o levantamento anual de informações estatístico-educacionais de âmbito nacional é de competência do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. A coleta de dados sobre a educação superior é realizada pelo INEP seguindo procedimentos criados por ato normativo do Ministério da Educação (Dec. 6.425/08).

Depois da promulgação da Lei n^o 9.394/96 (LDB) e dos Decretos n^{os} 2.207/97 e 2.306/97, os critérios de coleta de dados em relação à categoria administrativa foram modificados. As estatísticas da educação superior até o ano de 1998 ainda classificavam as instituições, quanto à categoria administrativa, em “federal”, “estadual”, “municipal” e “**particular**”. A partir do censo de 1999, a classificação passou a ser mais detalhada, a fim de identificar o início das atividades das instituições mantidas por entidades com fins lucrativos.

As categorias administrativas passaram a ser divididas em dois grupos, um das públicas e outro das privadas, da seguinte forma:

Pública:

Federal

Estadual

Municipal

Privada:

Particular

Comunitária, Confessional e Filantrópica

Os dados das instituições de ensino superior mantidas por entidades privadas com finalidade lucrativa foram então computados na categoria “particular”. E foi essa categoria de instituições que alavancou o crescimento da oferta de vagas.

É possível verificar o contraste evolutivo das matrículas entre as instituições públicas e as privadas tomando como referência o curso de graduação em Direito, desde 1999 até 2007. Naquele ano, as matrículas em instituições privadas somavam 276 mil, frente às 52.5 mil matrículas em instituições públicas (INEP/MEC, 1999). Em 2007, as públicas haviam aumentado as matrículas no curso de Direito em 24%. Por sua vez, as privadas cresceram 98% (INEP/MEC, 2007).

Se nos fixarmos no crescimento apenas da categoria das entidades com fins lucrativos, os números são ainda mais impressionantes. No mesmo período, de 1999 a 2006, o número de matrículas no curso de Direito aumentou nada menos do que 186%. As matrículas passaram de 120 mil, em 1999, para 343 mil novos alunos do Curso de Direito só em 2007.

4. O “MERCADO EDUCACIONAL”

NUNES, et al. (2005, p. 264) afirma que um “aspecto importante da educação superior no Brasil é a forte presença de instituições e respectivas matrículas no setor privado, configurando um verdadeiro ‘mercado educacional’(...)”. Essa presença significa, em números, 3,5 milhões de estudantes matriculados em 2006. Quer dizer, 74% das matrículas do ensino superior estão concentradas nas instituições *privadas*.

Desses três milhões e meio de estudantes, mais da metade (1.924.166) estão matriculados em instituições *particulares*, com fins lucrativos, cuja atividade foi permitida somente a partir dos Decretos 2.207/97, 2.306/97 e 3.860/01. Ou seja, esses quase dois milhões de novos alunos só tiveram acesso ao ensino superior através da oferta de vagas por um “mercado educacional”, ou seja, só puderam ingressar no ensino superior por causa do incentivo público dado à criação de empresas educacionais.

Tem-se consolidado um mercado próprio para a educação superior com grande impacto na economia brasileira. Grandes grupos empresariais passaram a atuar no setor. Compras, fusões e venda de ações tornaram-se eventos comuns entre as mantenedoras de ensino superior. Empresas brasileiras e estrangeiras do setor já começaram, inclusive, a adquirir mantenedoras no país, inclusive com negociações em Bolsa de Valores.

4.1 O “mercado educacional” e os prejuízos causados à educação superior

Toda essa repercussão econômica que o ensino superior *privado com fins lucrativos* tem causado nos últimos anos é vista por parcela dos estudiosos como contrária aos princípios da Constituição da nossa República.

Em termos constitucionais, a educação tem três objetivos: o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (CF, art. 205). É possível afirmar que os dois últimos são desdobramentos do primeiro, senão vejamos: uma pessoa plenamente desenvolvida é aquela preparada para o *exercício da cidadania e qualificada para o trabalho*. E, uma vez que esse *desenvolvimento da pessoa* seja entendido como parte do objetivo republicano de “*garantir o desenvolvimento nacional*” (CF, Art. 3º, II), a relação entre este desenvolvimento (nacional) e a educação é indiscutível e direta.

GRAU (2007, p. 216) afirma que o desenvolvimento perquirido no inciso II do artigo 3º da Constituição de 1988 é um processo que “deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”. Assim, a educação deve contribuir para o desenvolvimento nacional (Art. 174, § 1º da CF) de forma objetiva, ou seja, por meio da formação de cidadãos e profissionais que supram as demandas sociais, culturais, tecnológicas e pessoais, e não somente as do mercado. Ainda GRAU (2007, p. 216) faz questão de frisar que a idéia de mudança inerente ao desenvolvimento não se trata apenas de mudança econômico, mas, “amplamente, sobretudo mudança social”.

A Constituição, quando autoriza a iniciativa privada a atuar na educação, apenas o faz sob as seguintes condições: desde que atenda às normas gerais da educação nacional e se submeta a autorização e avaliação pelo Poder Público. A Constituição jamais autorizou, na ótica de uma interpretação sistemática, que se fizesse da educação uma atividade econômica propriamente dita.

Ainda segundo a Constituição de 1988, toda atividade econômica deve observar o princípio da redução das desigualdades regionais (CF, Art. 170, VII). Aliás, como foi expresso no Plano Nacional de Educação 2001-2011 (BRASIL, 2001), é preciso notar que há grande desigualdade na distribuição de vagas por região, o que “resulta da concentração das matrículas em instituições particulares das regiões mais desenvolvidas. O setor público, por outro lado, está mais bem distribuído e cumpre assim uma função importante de diminuição das desigualdades regionais - função esta que deve ser preservada”.

A exploração econômica do ensino superior faz parte de um amplo processo de “mercantilização da educação”, o que está em desacordo a Constituição, uma vez que

esta, ao dispor sobre a educação, não a constituirá “mercadoria”, mas, sim, instrumento para o “pleno desenvolvimento da pessoa” (CF, art. 205).

JACOB (2006, p.84) afirma que a mercantilização, no ensino superior, é consequência do crescimento das instituições “privadas com fins exclusivamente lucrativos” e da abertura das instituições públicas para o mercado. Estas “passaram a buscar na prestação de serviços no mercado o caminho para gerar receitas, visando à complementação salarial e a manutenção de várias atividades institucionais com vistas a reduzir a situação de penúria produzida pela política governamental” (JACOB, 2006, p. 85).

Ainda, segundo JACOB (2006, p. 85), a mercantilização provocou graves consequências para a educação brasileira:

“(…) a universidade, de produtora do conhecimento, transformou-se em uma organização social, abandonando a formação e a pesquisa para lançar-se no mercado competitivo, bem como subordinando a produção acadêmica às demandas e necessidades do capital e do mercado impostas pelos financiadores”.

Para além das fronteiras brasileiras também há forte contraposição à presença de empresas na exploração irrestrita da educação. Em junho de 2008, na Colômbia, foi realizada, pelo Instituto Internacional da UNESCO para a Educação Superior na América Latina e no Caribe (IESALC-UNESCO), a Conferência Regional de Educação Superior na América Latina (CRES-2008). A Declaração final da CRES-2008 afirma peremptoriamente que:

A Educação Superior como bem público social enfrenta correntes que promovem sua mercantilização e privatização, assim como a redução do apoio e financiamento do Estado. É fundamental reverter esta tendência, de tal forma que os governos da América Latina e do Caribe garantam o financiamento adequado das instituições de Educação Superior pública e que estas respondam com uma gestão transparente. **A Educação não pode, de modo algum, reger-se por regulamentos e instituições com fins comerciais, nem pela lógica do mercado.** (IESALC, 2008) (sem negrito no original)

4.2 O crescimento da educação superior e a influência da iniciativa privada

Costuma-se considerar um dado positivo o fato de, em 2006, o número de matrículas no ensino superior ser duas vezes e meia o de 1996, ano de promulgação da atual LDB. Ocorre que o principal responsável por essa expansão foi o setor empresarial. Quer dizer, dentro do setor privado há uma nítida predominância das particulares **com** fins lucrativos em relação às particulares **sem** fins lucrativos, ao ponto destas terem apresentado praticamente nenhum aumento de matrículas entre 2005 e 2006.

O ritmo de crescimento das entidades com fins lucrativos é extraordinário, a ponto de aumentar quatro vezes mais do que as públicas o número de matrículas no período de 1999 a 2006.

Esses dados mostram a força do “mercado educacional”. Se o problema no Brasil era apenas o baixo acesso ao ensino de nível superior, a iniciativa privada se mostrou suficiente para superar os obstáculos.

Entretanto, é preciso analisar com acuidade as conseqüências desse modelo de educação privada. No contexto mercadológico, a educação é tratada como serviço, ao invés de bem público, direito de todos, como afirma a Constituição no art. 205. E a privatização da prestação desses serviços, quando exercidos com finalidade lucrativa, transforma a “educação” em *mercadoria*, negociada e posta à disposição dos consumidores em um mercado lucrativo.

O “serviço de ensino superior” quando é vendido no mercado gera uma relação jurídica de consumo, e não uma relação de cidadania. Com isso, atrai para as relações entre educando e instituição prestadora as normas próprias do Direito do Consumidor.

Além disso, grandes empresas mantenedoras do ensino superior chegam a realizar práticas específicas de mercado – como fusões, absorções, compras e vendas de ações. Diante da relevância econômica que tem hoje a educação superior, já se pleiteia a criação de uma forma própria para a regulação econômica da educação. NUNES, et al. (2005, p. 283) afirma que a regulação do ensino superior precisa estar atenta aos “aspectos econômicos próprios de uma economia de mercado (com ênfase nas chamadas “falhas de mercado”: monopólios, oligopólios, *dumping*, etc.)”.

Portanto, a inclusão do ensino superior no mercado exige uma reflexão aprofundada sob o enfoque do Direito Econômico. Planejamento, regulação, defesa do consumidor, soberania econômica e outros institutos precisam ser agora, ainda mais, aplicados na Educação Superior.

5. A EDUCAÇÃO SUPERIOR E A REFORMA DO ESTADO

Com a reforma do Estado brasileiro, implementada nos anos 1990, a educação foi inserida pelos reformadores em um processo chamado de *publicização*. Diz o “Plano Diretor para a Reforma do Aparelho do Estado”, publicado pela União em 1995, que *publicização* seria o processo de “descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado (...)”. (BRASIL, 1995)

Nesta assertiva, o Plano já anunciava duas profundas alterações na educação brasileira: (a) a redefinição do papel do Estado para torná-lo mero agente regulador e promotor da educação como *serviço*; (b) outra que transferiu para o setor privado (chamado de “setor público não-estatal”) os investimentos necessários à expansão do ensino de nível superior.

Ressalte-se que o tratamento da educação como *serviço* foi estratégico naquele processo de reforma do Estado. Quer dizer: uma vez que a educação fosse tratada como *serviço*, ela poderia ser incluída no processo de *publicização*. Desse modo, o Estado reduziria seu papel de executor ou prestador direto de **serviços**, mantendo-se restrito ao “**papel de**

destes, principalmente dos **serviços sociais como educação e saúde (...)**". (BRASIL, 1995)

Quando o Plano falava que *publicizar* seria transferir a execução de alguns serviços para o "setor público não-estatal", o termo "público" aí empregado referia-se ao setor privado, que, apenas numa acepção amplíssima, seria também público por integrar a sociedade.

Assim, o processo de *publicização* da educação consistiu, na realidade, em transferir a prestação do serviço educacional para o setor privado. A educação estava inserida num grupo de serviços identificados como "competitivos ou não-exclusivos de Estado". Dessa forma, já que a prestação de *serviços de educação* poderia ser competitiva numa ambiente de mercado, decidiu-se transferi-la para exploração pelo setor privado.

Além de transferir os *serviços sociais* para o setor privado, a reforma implementada ainda previa a necessidade de se estabelecer um "sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle". Esse sistema gerou consequência direta para novo papel do Estado no processo de *publicização*. Ao transferir para o setor privado (sociedade) a prestação direta de serviços como "educação, saúde, cultura e pesquisa científica", o Estado assume as funções de provedor (financiamento) e regulador (controle). Assim, o tal "sistema de parceria" estabelecido nos casos de *publicização* obriga o Estado a subsidiar e regular os serviços, os quais são prestados pelo setor privado, inclusive com fins lucrativos.

A *publicização* da educação teve início real com a vigência dos Decretos presidenciais nºs 2.207/97, 2.306/97 e 3.860/01 (todos conferindo novo sentido ao artigo 20 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996), depois da publicação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

O último dos decretos *publicizantes* (Dec. nº 3.860/01) confirmava a posição política a favor da lucratividade:

Art. 3º As pessoas jurídicas de direito privado mantenedoras de instituições de ensino superior poderão assumir qualquer das formas admitidas em direito de natureza civil ou comercial, e, quando constituídas como fundação, serão regidas pelo disposto no art. 24 do Código Civil Brasileiro.

(...)

Art. 6º As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior com finalidade lucrativa, ainda que de natureza civil, deverão elaborar, em cada exercício social, demonstrações financeiras atestadas por profissionais competentes.

A partir de então, a presença de instituições de educação com finalidade lucrativa foi dada como adequada ao novo papel do Estado, cujas funções são predominantemente reguladoras.

5.1 Reforma do Estado e Anomalia na Educação Superior – Decreto nº 2.207/97

O Decreto 2.207/97, primeiro a regulamentar a educação superior no Sistema Federal de Ensino, criou um grave desvio no processo de *publicização* idealizado no citado Plano Diretor para a Reforma do Aparelho do Estado. O fato é que aquele Decreto presidencial (assim como os dois seguintes, 2.207/97 e 3.860/01) veio autorizar sociedades mercantis a manter instituições de educação superior. Estas mantenedoras, portanto, estavam livres para explorar a educação superior como atividade econômica, e não como “*serviços sociais transferidos ao setor público não-estatal*”.

Com isso, uma séria anomalia surgiu na educação superior: (1) no processo de *publicização* da educação, previu-se um sistema de parceria com o setor privado prestador do *serviço social*, em que o Estado funcionaria como *regulador e financiador* do serviço transferido; (2) porém, foi autorizada a transferência da educação superior para sociedades mercantis, as quais passaram a explorar a educação com fins estritamente lucrativos; (3) a educação superior passou, assim, a ser tratada como **atividade econômica**, contrariando o Plano de reforma do Estado (que a considerava “serviço social”), de forma que, mesmo sendo prestado um serviço de fins lucrativos o Estado permaneceu com políticas de financiamento; quer dizer, o Estado passou a se obrigar a financiar sociedades mercantis de educação superior, com programas como o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior – FIES e o Programa Universidade para Todos – PROUNI.

Todo esse desvio, defendemos, é resultado de um erro anterior cometido pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado: a inclusão do ensino na categoria de “serviços sociais”, contrariando a Constituição Federal de 1998, a qual não deixa dúvidas de que a educação é um **direito social**, um bem público – CF, arts. 6º, 23, V, 205 e 227.

5.1.1 A Inconstitucionalidade da Educação-serviço

Aparentemente singelo, o uso da expressão “serviço social” ao se referir à educação é, na verdade, origem de gravíssimas distorções na ordem jurídico-constitucional.

Quando a Constituição de 1988 faz referência à educação, ela o faz sem deixar dúvidas da sua natureza de “direito social”. Logo no artigo 6º, no Capítulo dos Direitos Sociais, afirma: “São **direitos** sociais a educação, a saúde, o trabalho, (...)”. E no capítulo próprio, seção Da Educação, ratifica: “Art. 205. A educação, **direito** de todos e dever do Estado e da família, (...)”.

A educação, em nossa República, é um “direito de todos” destinado ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, e, não, um serviço competitivo subjugado à dinâmica mercadológica. O caráter “social” que o Plano de reforma quis dar à educação, não foi suficiente para suplantar a inconstitucionalidade de seu tratamento como serviço “competitivo ou não-exclusivo de Estado”.

Dessa forma, se a educação era um serviço competitivo, ela deveria ser exposta a um ambiente também competitivo, qual seja, o mercado. Em síntese: se o serviço é competitivo, e próprio do mercado, não é um serviço social. E isso foi confirmado quando decretada pelo Presidente da República (Decretos nºs 2.207/97, 2.306/97 e

3.860/01) a autorização às entidades mercantis para prestar *serviço* de educação superior.

Sem dúvida, a educação-serviço viola as normas constitucionais que, ao contrário, constituem a educação-direito. Mas viola também a LDB, que não autorizou o lucro quando descreveu as *particulares em sentido estrito* – art. 20, I.

É tamanha a incongruência entre o conceito de educação-serviço e a ordem constitucional que o próprio Plano de Reforma do Aparelho do Estado tornou-se inaplicável. Repetimos: o predicado “social” que o Plano quis conferir ao serviço educacional – *educação-serviço social* – é incapaz de esconder a violação ao conceito constitucional de educação-direito.

Toda a pretensa fundamentação jurídica do processo de *publicização* é de tal forma incoerente que se mostrou inexequível na educação. Vejamos:

5.1.2 Privatização ou *Publicização* da educação superior?

Aquela distinção básica entre *privatização* e *publicização* se mostrou inócua após a regulamentação da educação superior. É que neste caso, a transferência não foi feita para o tal “setor público não-estatal”, mas, sim, para entidades privadas com fins lucrativos. É inadmissível chamar as sociedades mercantis que prestam serviço de ensino superior de “setor público não-estatal”.

Ainda, verdade é que “serviços competitivos” jamais podem ser confundidos com “serviços sociais”. A não ser por um equívoco grosseiro ou má-fé. Serviços sociais visam proporcionar assistência a determinada pessoa ou grupo de pessoas em situação de carência ou necessidade. Ao contrário, serviço competitivo é aquele marcado pela rivalidade e pela concorrência, características do mercado. Logo, serviços sociais jamais serão competitivos.

Considerar que um determinado *serviço* deve deixar de ser executado pelo Estado devido a sua natureza competitiva, é atribuir a tal serviço uma qualidade própria de **mercado**. Assim, mostra-se obsoleta a distinção entre *privatização* e *publicização*, segundo a qual privatizar seria “transferir para o setor privado a tarefa de produção”, e publicizar, transferir para o “setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos do Estado” (BRASIL, 1995).

Ora, sendo fato que a educação superior foi transferida para sociedades mercantis, seria até jocoso dizer que essa transferência consistiu numa *publicização*. Primeiro porque, sendo a competitividade um elemento constitutivo do mercado (habitat natural do setor privado), a transferência de serviços competitivos é objeto de *privatização*, e não de *publicização*. Segundo porque sociedades mercantis são o próprio setor privado, e jamais poderiam compor um tal setor público não-estatal.

6. O DIREITO ECONÔMICO E A PRIVATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

Pela ótica do Direito Econômico, não há outra justificativa para esse modelo implantado no ensino superior no Brasil do que a necessidade de seguir uma lógica ditada pelos grandes detentores internacionais do capital, através de políticas econômicas voltadas para ampliar os seus lucros. Nenhuma outra hipótese justificaria a iniciativa tomada pelo Governo brasileiro (a partir de 1995) quando definiu seu Plano de Reforma do Estado, pois, ao final, as políticas públicas refletiram tal e qual as orientações do Banco Mundial sobre a educação superior.

Para o Banco Mundial era necessário reformar a educação de nível superior nos Estados em desenvolvimento para que pudessem competir na economia mundial, pois esta dependeria cada vez mais de conhecimentos técnicos e científicos. E como são países com recursos escassos, a expansão do ensino superior não poderia ser creditada ao Fisco, principalmente quando se tratasse de nações em que não se tivesse alcançado certa equidade e qualidade no acesso à educação básica. (BANCO MUNDIAL, p. 28)

A meta a ser alcançada pelos países em desenvolvimento, quanto à expansão da educação superior, não poderia gerar aumento de gastos públicos. Seria necessário, então, seguir quatro orientações-chave (BANCO MUNDIAL, 1995, p. 29):

Fomentar a diferenciação das instituições, incluindo o **estabelecimento de instituições privadas;**

Proporcionar incentivos para que as instituições públicas diversifiquem as fontes de financiamento, entre elas, a participação dos estudantes nos gastos, a estreita vinculação entre o financiamento fiscal e os resultados;

Redefinir a função do governo na educação superior;

Adotar políticas que estejam concretamente destinadas a priorizar a qualidade e a equidade.

Assim, é possível verificar que o Brasil se mostrou fiel cumpridor do Banco Mundial, ao ponto deste citá-lo como exemplo de Estado nacional que ajudou o setor privado a superar dificuldades financeiras através de empréstimos e bolsas de estudo a estudantes necessitados que busquem as instituições privadas (BANCO MUNDIAL, 1995, p. 42-43). Exatamente para esses e outros fins foram instituídos os programas nacionais, respectivamente, FIES (Lei nº 10.260/2001) e o PROUNI (Lei nº 11.096/05).

Toda essa “imprescindibilidade” de “apoiar” o setor privado, a fim de preparar as nações em desenvolvimento para um futuro “mercado mundial” nada mais foi do que um reflexo direto do final da guerra fria e da queda do socialismo real no final do século passado. Aquele documento do Banco Mundial, inclusive, faz referência à necessidade de um novo marco jurídico para os antigos países socialistas (BANCO MUNDIAL, 1994, p. 40).

Diante da implosão do Estado Regulamentador, ou seja, do Estado empresário e implementador direto de direitos como a educação, foi edificado o Estado Regulador.

Este não somente privatiza e desestatiza algumas atividades econômicas e serviços públicos que estavam em suas mãos, passando ao capital, mas também cria/amplia mercados de bens e serviços para o setor privado, seja normatizando e/ou apoiando financeiramente (FIES e PROUNI, no caso de ensino brasileiro), e/ou ainda tornam os serviços estatais precários e/ou sucateados.

“Com a regulação, usada como único remédio salvador do mundo e protegida de grandes contestações pela mídia dos “donos do poder” (FAORO, 2000), o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através das normas legais (leis, decretos, portaria); assim como de forma intermediária, via agências de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens ou insumos nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços/tarifas, etc” (SOUZA & CLARK, 2008, P. 70).

No caso específico do ensino superior no Brasil, passamos a desenvolver a técnica interventiva reguladora onde o Estado, mais especificamente a União, deixou de ampliar o número de vagas nas entidades públicas de ensino superior, em relação ao crescente número de alunos desejosos a esse tipo de ensino, e reduziu os investimentos em suas entidades. Nessa área não existiu a transferência das universidades ou faculdades públicas para o setor privado, mas, por outro lado, foram adotadas políticas públicas estatais (educacionais, econômicas, sociais), conjuntamente com as políticas econômica privadas, criando/expandindo o mercado, e logicamente uma demanda, para esse tipo de ensino enquadrando-o como mercadoria e produtor de lucros.

Tais políticas públicas foram implementadas sem qualquer preocupação com os comandos constitucionais impositivos, tanto para a educação (Arts. 205, 209, 213 da CF), ciência e tecnologia (Art. 218 da CF) como para a ordem econômica e financeira (Art. 170, I, VII e VIII). Novamente o Estado brasileiro, em detrimento da Constituição e dos anseios sociais, se mostrou um gerenciador dos interesses privados, distorcendo as normas jurídicas e reforçando o nosso papel de colônia pós-moderna.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas brasileiras para educação superior na atualidade estão inseridas dentro do formato do Estado regulador, e somente atendem às políticas econômicas do capital, principalmente transnacional, de ampliação dos lucros. Portanto, perpetua-se o nosso papel de colônia, seja na cultura ou na educação, e conseqüentemente na economia, nesses tempos mutantes do século XXI.

A política econômica e educacional estatal (União) para o setor de ensino privado não é de omissão ou de simples auto-regulação do setor, totalmente vedado pela ordem jurídica, mas sim de apoio normativo (MEC) e financeiro (crédito aos estudantes do setor e reserva de vagas), sobretudo para as particulares em sentido restrito (com fins lucrativos), assim como pela ações de quase não expansão da vagas de seu ensino superior e de restritos investimentos nas estruturas existentes. Os dados do Censo da Educação Superior (INEP/MEC, 2007), já citados, comprovam isso.

O incentivo à lucratividade na educação superior, por meio de Decretos que permitiram a atuação das antigas sociedades mercantis – hoje apenas *sociedades* – como mantenedoras de instituições de ensino superior, feriu gravemente a ordem jurídica determinada pela Constituição de 1988 e pela LDB de 1996. Temos a convicção de que as categorias institucionais criadas pela LDB abrangem todas as pessoas jurídicas de direito privado previstas no Código Civil (art. 44 e incisos), com exceção das sociedades (empresariais), por patente incompatibilidade com a ordem jurídico-constitucional vigente.

Desenvolvimento, assim como quer e impõe o documento jurídico fundamental da nossa República, nunca será alcançado se for mantido o modelo mercadológico da educação superior. Para acabar com esse modelo inconstitucional e ilegal, é necessário, urgente e inadiável a “reforma” do atual modelo de política educacional, antes que “descubram” a inconstitucionalidade e resolvam “emendar a Constituição” para que ela se adéqüe mais uma vez ao “mercado global” – a exemplo da revogação do art. 171 da CF.

8. REFERÊNCIAS

ABMES – Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior. *Ofício encaminhado ao Ministro da Educação, em 17 de abril de 2007*. Disponível em: http://www.abmes.org.br/Textos/Manuais/PDE/PDE_ABMES.pdf. Acesso em: 30 mar. 2009.

BANCO MUNDIAL. *La Enseñanza Superior: las lecciones derivadas de la experiencia*. 1st. Ed. Washington, D.C. BIRD/BANCO MUNDIAL, 1995.

BARREYRO, Gladys Beatriz Barreyro. *Mapa do Ensino Superior Privado*. Brasília : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2008.

BOVENTTI, Rodolfo V.. *Avanço verde-amarelo*. In: Revista Ensino Superior, Edição 119. São Paulo: Editora Segmento, 2008. Disponível em <http://revistaensinosuperior.uol.com.br/textos.asp?codigo=12195>. Acesso em: 25 set 2008.

BRASIL. *Decreto nº 2.207 de 15 de abril de 1997*. DOU: 16/04/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2207.htm. Acesso em: 03 abr 2009.

BRASIL. *Decreto nº 2.306 de 19 de agosto de 1997*. DOU: 20/08/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2306.htm. Acesso em: 03 abr 2009.

BRASIL. *Decreto nº 3.860 de 9 de julho de 2001*. DOU: 10/07/01. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3860.htm. Acesso em: 03 abr 2009.

BRASIL. *Decreto nº 5.773 de 9 de maio de 2006*. DOU: 10/05/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm. Acesso em: 03 abr 2009.

BRASIL. *Lei nº 10.172 de 9 de janeiro de 2001*. Brasília: DOU: 10/01/01. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10172.htm. Acesso em: 03 abr 2009.

BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI1.HTM. Acesso: 25 set. 2008.

CLARK, Giovani. *O Município em Face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2000. 913 p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

IESALC – Instituto Internacional da UNESCO para a Educação Superior na América Latina e Caribe. *Declaração da Conferência Regional de Educação Superior na América Latina e no Caribe*. Cartagena de Índias: 2008.

INEP/MEC. *Sinopses Estatísticas da Educação Superior*. Brasília, 1999. Disponível em: www.inep.gov.br. Acesso: 25 set. 2008.

INEP/MEC. *Sinopses Estatísticas da Educação Superior*. Brasília, 2007. Disponível em: www.inep.gov.br. Acesso: 25 set. 2008.

JACOB, Vera Lúcia Chaves. *O Público e o Privado na Educação Superior Brasileira: a privatização na Universidade Pública*. SILVA, Maria Abádia da; SILVA, Ronalda Barreto (orgas). *A idéia de Universidade: rumos e desafios*. Brasília: Líber Livro Editora, 2006. pp. 67-90

NUNES, Edson; MARTIGNONI, Enrico; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Economia Política e Regulação da Educação Superior no Brasil*. In: XIMENES, Daniel de Aquino. *Avaliação e Regulação da Educação Superior: Experiência e Desafios*. Brasília: Funadesp, 2005. pp. 263-311

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Ltr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões Polêmicas de Direito Econômico*. São Paulo: Ltr, 2008. 105 p.

Para outros, estaria subentendido no texto constitucional que à iniciativa privada caberia apenas atuar subsidiariamente ao Estado, pois educação é um “direito” cujo dever de garanti-lo cabe ao Estado. Esta nos parece ser a melhor interpretação do art. 205 e seguintes da CF/88, embora os fatos tenham corrido no sentido contrário, chegando o setor privado à marca de 74% das matrículas do ensino superior em 2006.

O Decreto nº 2.207, de 15 de abril de 1997, foi o primeiro a regulamentar as instituições de ensino superior do Sistema Federal de Ensino. Foi revogado pelo Dec. Nº 2306 do mesmo ano.

O art. 1º do Dec. nº 2.207/97 se referia às pessoas jurídicas de direito privado previstas no Código Civil de 1916, art. 16, I e II.

Interessante notar que o Dec. 2.306/97 deixou claro que o governo entendia por “particulares em sentido estrito” aquelas que tivessem fim lucrativo. Veja-se: “Art. 7º As instituições privadas de ensino, classificadas como **particulares em sentido estrito, com finalidade lucrativa**, ainda que de natureza civil, quando mantidas e administradas por pessoa física, ficam submetidas ao regime da legislação mercantil, quanto aos encargos fiscais, parafiscais e trabalhistas, como se comerciais fossem, equiparados seus mantenedores e administradores ao comerciante em nome individual”. (grifo nosso)

Cf. INEP/MEC, 2007.

Cf. Estudo do INEP, realizado por Gladys Beatriz Barreyro, intitulado “Mapa do Ensino Superior Privado” (BARREYRO, 2008).

Registre-se que, sucessivamente, a regulamentação da educação superior deu-se por esses Decretos, os quais estão inteiramente revogados, desde a publicação do Dec. 5.773/06.

Aproximadamente. Em 2006, o número de matrículas no setor privado era de 3.467.342; em 1998, era de 1.133.102 (INEP/MEC).

Vultuosas negociações começaram a ser realizadas na Bolsa de Valores de São Paulo-BOVESPA, desde março de 2007, quando a Anhanguera Educacional, mantenedora de ensino superior, abriu suas ações para venda. Essas e muitas outras informações a respeito da venda de ações na BOVESPA podem ser encontradas em <http://www.contee.org.br/noticias/enem/> e em <http://revistaensinosuperior.uol.com.br/>.

São aquelas chamadas pelo INEP de *particulares*.

Os dados usados no presente tópico foram extraídos das Sinopses Estatísticas da Educação Superior 2007 elaboradas pelo Instituto de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, do Ministério da Educação (INEP/MEC, 2008).

No período de 1999 a 2006, enquanto o setor público cresceu cerca de 45%, só as *particulares com fins lucrativos* cresceram quase 200%. O número de matrículas nestas *particulares* em 2006 (1,9 milhão) já superava em muito o total do setor público (1,2 milhão) Em 1999, a situação era inversa: 650 mil matrículas para todo o setor privado e 830 mil para o público.

A imprensa especializada noticia, em tom comemorativo, que o setor educacional é o terceiro segmento no país em que mais ocorreram fusões e aquisições no último ano, com movimentação de quase R\$ 250 milhões só neste primeiro semestre de 2008. Cf. BOVENTTI, “Avanço verde-amarelo”, disponível em

<http://revistaensinosuperior.uol.com.br/textos.asp?codigo=12195> . Acesso em: 25 set 2008.

A Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior – ABMES propõe a criação de uma Agência Nacional de Educação Superior, como uma autarquia federal vinculada ao MEC, nos moldes das outras agências reguladoras já existentes (ABMES, 2007).

Conferir adiante o tópico “A inconstitucionalidade da educação-serviço”.

A decisão foi tomada nos seguintes termos: “Finalmente, por meio de um programa de *publicização*, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. (BRASIL, 1995).

“Sociedade” aqui deve ser entendida como sinônimo de “setor público não-estatal”. Ou seja, no final das contas está-se falando mesmo é do *setor privado*.

O Plano foi publicado em novembro de 1995 pela Câmara de Reforma do Estado, após aprovação do Presidente da República. Cf. http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM (Acesso em: 25 set 2008).

O FIES, instituído pela Lei nº 10.260/01, integra um programa destinado a financiar a graduação na educação superior de estudantes que não têm condições de arcar integralmente com os custos de sua formação. O PROUNI foi instituído pela Lei nº 11.096/05 e se destina a conceder bolsas de estudo, integrais e parciais, para estudantes de instituições privadas de ensino superior, “com ou sem fins lucrativos”.

DO MANUALISMO AO ENSINO JURÍDICO CRÍTICO

FROM “MANUALISMO” TO CRITICAL LEGAL EDUCATION

Guilherme Perez Cabral

RESUMO

Pretende-se, por meio do presente trabalho, colocar em discussão o ensino jurídico, contrapondo duas perspectivas: a concepção tradicional, aqui denominado manualismo, termo utilizado em alusão aos manuais – seu principal instrumento pedagógico, ao lado dos códigos – e a concepção crítica, a qual implicaria uma superação das visões e práticas “manualistas”. Adotam-se, como critérios para a distinção, as diferenças na compreensão do processo ensino-aprendizagem e do fenômeno jurídico, as quais, por sua vez, conduzem a um antagonismo paradigmático anterior, correspondente à forma como se apreende o conhecimento e a realidade – traduzido por Edgar Morin na diferenciação entre o paradigma da simplificação e o paradigma da complexidade.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO; MANUALISMO; PERSPECTIVA CRÍTICA; PENSAMENTO COMPLEXO

ABSTRACT

It is intended, with this article, to reflect about legal education, based on two contrasting perspectives: the traditional one, here called manualismo, term used in reference to its main teaching tool, alongside the codes, and the critical one, which is understood as a solution of traditional visions and practices. It is used as criterion to distinguish these perspectives differences in understanding of the teaching-learning process and the legal phenomenon, which, in turn, lead to a previous paradigmatic antagonism, relating to the way it is understand the knowledge and the reality – translated by Edgar Morin in the differentiation between the simplification’s paradigm and the complexity’s paradigm.

KEYWORDS: LEGAL EDUCATION; CRITICAL PERSPECTIVE; COMPLEX THOUGHT

Introdução

Pretende-se no presente trabalho refletir sobre o *ensino jurídico*, a partir de duas perspectivas vinculadas à forma como se compreende duas questões fundamentais que envolvem aludido tema: uma atinente à visão, uni ou multidimensional, que se adota frente ao fenômeno jurídico; outra referente à concepção, uni ou bilateral, adotada frente

ao processo de ensino-aprendizagem, seus objetivos e aos papéis dos educadores e dos educandos.

Analisar-se-á, de um lado, a perspectiva tradicional, que se denominará *manualista*, em referência ao seu principal instrumento de trabalho ao lado dos códigos, o manual; de outro lado, a perspectiva que se denominará crítica, a qual se pretende uma superação dos hábitos e práticas do *manualismo*.

Tal discussão remete, necessariamente, a um conflito anterior, mais profundo, acerca da própria concepção de conhecimento e de realidade. Trata-se da dicotomia, trabalhada por Edgar Morin, entre os paradigmas *da simplificação* e *da complexidade*.

O primeiro, sob égide do qual a ciência moderna tem progredido, busca revelar a ordem perfeita e impecável do cosmos, sua leis necessárias e absolutas, e abarcar, dominar e controlar a totalidade. Atua por meio das operações lógicas da *disjunção* e da *redução*, produzindo uma visão mutiladora e unidimensional da realidade (MORIN, 1990, p. 16, 17 e 86).

Já o segundo, assumindo a realidade como algo ambivalente, complexo, "um tecido de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados", vale-se, no processo de conhecimento, das operações de *distinção*, *conjunção* e *implicação* que permitem "distinguir sem separar, associar sem identificar". Assume, ademais, o princípio dialógico, pelo qual mantém a dualidade na unidade, associando termos ao mesmo tempo complementares e antagônicos. Sabe, de qualquer forma, que não pode escapar às incertezas, que nunca se terá o saber total (MORIN, 1990, p. 20, 21, 22, 100 e 101).

A perspectiva complexa reconhece que o homem está condenado a "um pensamento que não tem nenhum fundamento absoluto na certeza" e que não pode evitar as contradições. Assim, "a complexidade está lá onde não se pode vencer uma contradição", a qual não significa necessariamente um erro, mas indicar, pelo contrário, "o atingir de uma camada mais profunda da realidade que, justamente porque é profunda, não pode ser traduzida para a nossa lógica" (MORIN, 1990, p. 93, 99 e 101).

A análise das perspectivas *manualista* e crítica do ensino jurídico, partindo do reconhecimento da complexidade e da multidimensionalidade do homem e dos contextos sociais exige, todavia, uma advertência inicial. Não pretende atingir uma definição rigorosa das citadas perspectivas educacionais, dentro de fronteiras rígidas, tampouco supõe que as características que se trabalhará a seguir encontram-se, de forma rigorosa, em educadores modelos - plenamente "manualistas"/"tradicionais" ou, no outro extremo, 100% progressistas, críticos.

Busca, apenas, com a presente reflexão, estimular o debate acerca do ensino jurídico, descortinando, projetando, explicitando possibilidades de superação do autoritarismo, do dogmatismo e da fragmentação do processo de ensino-aprendizagem tradicionalmente praticado nas faculdades de direito.

Propõe, dessa forma, uma discussão que, partindo de debates e atividades em sala de aula e de leituras efetuadas, referentes à disciplina "Metodologia do Ensino Superior" - cursada no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade

Metodista de Piracicaba - possa traduzir aprendizagens significativas adquiridas ao longo processo educativo.

1. A perspectiva do *manualismo*

1.1. O paradigma da simplificação

Remete o *manualismo* a um enfoque da realidade, do conhecimento e da ciência jurídica pautado no paradigma da *simplificação*.

Pretende "colocar ordem" no universo, controlá-lo, dominá-lo em sua totalidade, afastando dele qualquer desordem. Ao mesmo tempo, não pode conceber, de forma complementar, a unidade e a multiplicidade do real. Prescreve, assim, diante da complexidade do realidade, uma *disjunção*, separado o que está ligado, e/ou uma *redução*, unificando o que está disperso. Por meio da simplificação, a ciência consagrou o objetivo de revelar a simplicidade, que estaria por detrás da aparente de desordem, multiplicidade, confusão dos fenômenos (MORIN, 1990, p. 86 e 87).

Descartes foi o formulador do princípio da *disjunção*, como grande paradigma do pensamento ocidental moderno, separando sujeito e objeto, e, em esferas próprias, a filosofia e a pesquisa reflexiva, de um lado, e a ciência e a pesquisa objetiva de outro, enfraquecendo a comunicação entre elas. Promoveu, ainda, uma dissociação que atravessou todo o universo: razão/emoção; alma/corpo; existência/essência, etc. (MORIN, 2007, p. 26).

A ciência simplista, no seu delírio pela coerência absoluta, gerou numa série de "patologias": a *hipersimplificação*; a *hiperespecialização*, separando a ciência em disciplinas fechadas sobre si mesmas, que fragmentam o real; o *idealismo*, consubstanciado na possessão do real pela idéia; o *doutrinarismo*, estabelecendo teorias fechadas e petrificadas, convencidas de sua verdade e invulneráveis a questionamentos externas; e, finalmente, a *racionalização*, entendido como o querer encerrar a totalidade do real num sistema coerente, afastando tudo o que o contradiz (MORIN, 1990, p.22, 23 e 102; MORIN, 2007, p. 22, 23 e 30) e que

se crê racional porque constitui um sistema lógico perfeito, fundamentado na dedução ou na indução, mas fundamenta-se em bases mutiladas ou falsas e nega-se à contestação de argumentos e à verificação empírica (MORIN, 2007, p. 23).

Nesse estágio pode-se incluir, no geral, a ciência jurídica e a prática de ensino que a acompanha.

1.2. A perspectiva reduzida e fragmentária do direito

A *redução* operada pela mentalidade simplificadora leva à limitação do direito ao seu aspecto lógico-formal. Analisa o direito sob a perspectiva interna, encerrando-o dentro de um sistema lógico perfeito. Dessa maneira, promove uma racionalidade e uma interpretação que assegure ao ordenamento jurídico os atributos da unidade, coerência (omitindo contradições internas) e plenitude (afastando as lacunas, omissões).

Com a finalidade de criar, a partir do direito posto, condições de decidibilidade, o jurista produz uma ciência aplicada que se presta a *confirmar* a razão e a autoridade dos textos legais, "que recebe os textos e procura racionalmente torná-los utilizáveis, gozadores de autoridade e fundamento" (NOBRE, 2006, p. 78).

Age, tal como o jurista medieval em relação aos textos romanos (LIMA LOPES, 2002, p. 128), de forma a inferir harmonia, coerência, unidade e uma razão objetiva dos textos legais. Esses, no entanto, fruto histórico e político, são produzidos no contexto dos conflitos e contradições sociais e, por isso, são contraditórios, conflituosos.

O desenvolvimento dessa racionalidade acaba, porém, rareando as relações entre o direito e a filosofia, a história e a sociologia. Priva, dessa forma, a ciência de se conhecer, de refletir sobre si mesma, de se questionar como instrumento de dominação ou de emancipação.

Torna-se hegemônico um pensamento lógico-formal, normativista, que se afasta e adquire autonomia da realidade histórico-social do qual emerge e da qual constitui instrumental.

Ademais, sob o princípio da *disjunção*, ocorre a divisão do ordenamento em áreas denominadas pelo nome do respectivo código: direito constitucional, direito civil, direito processual civil, direito penal, etc.

Dessa forma, o direito é repartido em disciplinas *hiperespecializadas*, fechadas em si mesmas, que não conversam entre si. Resta, então, produzido um conhecimento fragmentado, que:

extrai um objeto de seu contexto e de seu conjunto, rejeita os laços e as intercomunicações com seu meio, introduz o objeto no setor conceitual abstrato que é o da disciplina compartimentada, cujas fronteiras fragmentam arbitrariamente a sistemicidade (relação da parte com o todo) e multidimensionalidade dos fenômenos (MORIN, 2007, p. 41).

Emerge, enfim, uma ciência *dogmática, idealista, racionalista e fragmentada* que reduz e fraciona a realidade complexa; que faz crer que o corte arbitrariamente operado sobre o real, simplificado, é o próprio real; que retalha o tecido complexo das realidades (MORIN, 1990, p. 17): "Uma construção que assume o caráter de realidade" (NOBRE, 2006, p. 77), deixando de lado, na sua compreensão, a presença do fenômeno social e histórico.

A ciência jurídica, dessa forma, simplifica, reduz e compartimenta a si e ao mundo, isolando o conhecimento e fazendo com que as grandes questões humanas desapareçam frente aos problemas técnicos específicos (MORIN, 2007, p. 43). Afasta-se do enfrentamento dos problemas fundamentais e globais com que se depara o homem e o próprio direito, como produto das incertezas, contradições e possibilidades dos seres humanos e do grupo social.

1.3. A concepção de ensino-aprendizagem

a) a perspectiva *bancária*

Decretada a certeza e a ordem do direito simplificado, o papel do docente, convencido de sua verdade, limita-se a transmitir ao aluno o conteúdo desse dogma e da razão que lhe é própria, controlando, ao final, num momento único avaliativo, os resultados obtidos pelos alunos.

Ao aluno cabe interiorizar a informação, tal como lhe é apresentado, "de maneira que as ações habituais são a repetição do que se tem que aprender e o exercício, entendido como cópia do modelo, até que seja capaz de automatizá-lo" (ZABALA, 1988).

O ensino é visto, assim, como a transmissão unilateral de conhecimentos, pelo docente (sujeito do processo), e a aprendizagem a "reprodução de informação, sem mudanças, como se tratasse de uma cópia na memória", no aluno, mero objeto do processo (ZABALA, 1988).

Trata-se da *educação bancária*, em que o professor detentor do conhecimento ensina o aluno, ignorante: "O educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador. Educa-se para arquivar o que se deposita" (FREIRE, 1979, p. 38).

Por ser *bancária* privilegia os pólos predominantemente passivos do educando, o *ler* e o *ouvir*, em prejuízo dos pólos eminentemente ativos - o *falar* e o *escrever* (GADOTTI, FREIRE e GUIMARÃES, 2000, p. 119).

b) a perspectiva fragmentária e dogmática

Sendo o conteúdo fragmentário e restrito ao texto legal, compartimentado e dogmático se torna o ensino jurídico. Opera por meio das disciplinas *hiperespecializadas*, fechadas em si mesmas, com os limites dados pelo respectivo código.

Perde o caráter "jurídico" a discussão das questões sociais, históricas, filosóficas e políticas do direito, que ficam limitadas a poucas e desvalorizadas disciplinas, tornadas "perfumaria". Não se valoriza o olhar externo sobre o direito tampouco a complexidade e a multidimensionalidade que disto deriva.

Acaba, dessa forma, o objeto do ensino jurídico, bancário, limitando a conteúdos de *informação* - a transferência das informações, fatos, conceitos, princípios e teorias - e de *habilidades/procedimentos* (MASETTO, 1997) próprios à ciência jurídica fragmentada e reduzida a uma perspectiva lógica interna.

Desconsiderada a complexidade do homem, de seu mundo experimental (ZABALA, 1998), e do próprio objeto do conhecimento, entende-se a construção do conhecimento jurídico linearmente: um acúmulo crescente de informações e habilidades, a partir do "depósito" seqüencial (na seqüência dada pelo código), programado e fragmentado, por meio de disciplinas dogmáticas, organizadas em forma de pré-requisitos umas às outras.

1.4. O manual como símbolo da perspectiva tradicional

Enfim, trata-se de um enfoque da ciência jurídica e do ensino que tem o manual como seu grande símbolo.

Primeiro, pelo fato de constituir esse o principal instrumento de ensino e pesquisa. O processo didático-pedagógico *manualista* baseia-se na repetição bancária e parcelada dos dogmas do texto da lei, interpretadas, de forma simplificada, pelos *manuais*.

Esses são entendido no sentido de obras doutrinárias, de caráter opiniático. Pouco diferem umas das outras, consubstanciando-se, na maioria dos casos, as atuais, em repetições, cópias, daquelas produzidas no passado, por autores consagrados: "os manuais de hoje em dia não diferem dos manuais surgidos há 30 anos - aliás (...) os de hoje são piores e mais rasos, por serem cópias dos antigos" (NOBRE, 2006, p. 60-61).

Segundo, pelo fato de sintetizar, na sua definição, a idéia básica do paradigma simplificador. De fato, esse pretende ver alcançado, controlado e ensinado o conhecimento da totalidade da realidade "que é manobrado ou acionado pelas mãos" (FERREIRA, 1989, p. 415).

Proporciona o ensino da realidade que, ordenada e domesticada, cabe na palma de nossas mãos.

2. A perspectiva crítica

2.1. O paradigma da complexidade

Complexo, como ensina Morin, significa "o que foi tecido junto", havendo, assim, complexidade,

quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente entre o objeto do conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. A complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade (MORIN, 2007, p. 38).

Assim, irrigado pelo reconhecimento da complexidade, o pensamento complexo, foge aos determinismos, à busca pela ordem impecável e eterna do universo, própria da lógica simplificadora.

Aspira, por outro lado, o conhecimento multidimensional, não-parcelar, não-reductor. Sabe, porém, como ponto de partida, da impossibilidade do conhecimento do todo, da dominação e controle total do real, pretendida pela mentalidade simplificadora (MORIN, 1990, p. 08 a 10).

Busca, assim, um pensamento aberto, reflexivo, auto-crítico, apto à auto-reforma, que se esforça por encontrar metapontos de vista (MORIN, 2007, p. 32). Preocupa-se em distinguir, mas sem fragmentar, e em conjugar, mas sem reduzir, apreendendo, do real, relações de ambivalência, e, portanto, ao mesmo tempo de implicação e separação.

É o pensamento que une e distingue, no lugar do pensamento que reduz e separa (MORIN, 2007, p. 46). Ao invés, portanto, da *redução* e da *disjunção*, vale-se das operações da *distinção*, *conjunção* e *implicação*:

Juntai a causa e o efeito, e o efeito voltará sobre a causa, por retroação, o produto será também produtor. Ides distinguir essas noções e ides juntá-las ao mesmo tempo. Ides juntar o Uno e o Múltiplo, ides unir, mas o Uno não se dissolverá no Múltiplo e o Múltiplo fará apesar de tudo parte do Uno (MORIN, 1990, p. 112).

Dessa forma, visa superar as patologias do *doutrinarismo*, da *racionalização* e do *idealismo*.

2.2. A visão complexa e multidimensional do direito

O paradigma da complexidade conduz a uma visão complexa e multidimensional do direito, a qual deve permear o ensino jurídico crítico.

A visão crítica deve reconhecer, no fenômeno jurídico, afastando a *redução*, a multiplicidade dimensional. Isso implica na possibilidade e na necessidade de uma reflexão tanto a partir de uma perspectiva lógico-formal, interna, como a partir de uma perspectiva externa, como fenômeno social, histórico, econômico, filosófico e político.

Incumbe-lhe, portanto, além da leitura formal, deslocar-se deste "nível lógico interno para o processo de conhecimento externo (sociológico-histórico-político), em cujo espaço repensa e desmitifica a própria natureza da ordem legal reinante" (WOLKMER, 2006, p. 96).

Ressalta-se, porém, que a multiplicidade de leituras não pode levar à *disjunção*, própria da simplificação. Ao distinguir diversas dimensões no direito não se pode isolá-los.

O enfoque crítico visualiza, ao mesmo tempo, a multiplicidade e a unidade do fenômeno jurídico, compreendendo-o em sua complexidade, em sua lógica organizacional interna e sob os pontos de vista histórico, sociológico, pedagógico, econômico e filosófico. Apreende, ainda, a multiplicidade de interações, interferências nisso envolvidas.

Não voltando as costas ao contexto, ao global, inclui no "jurídico" a reflexão sobre os pressupostos do direito, sobre as bases em que se assenta sua lógica, sobre sua origem histórica. Considera, dessa forma, as relações materiais e os interesses que o condicionam e o manipulam.

2.3. A concepção de ensino-aprendizagem

a) A aprendizagem e o conhecimento

Uma perspectiva crítica, pressupondo a complexidade, demanda um entendimento da aprendizagem não como a cópia das informações no aluno receptor, mas como um *processo pessoal, idiossincrásico e significativo* de mudanças.

A idéia de "processo", isto é, de marcha, de curso, de "ir adiante", já traz em si o que é central na concepção aprendizagem: a mudança, a transformação.

Trata-se de uma transformação operada no sujeito, ao entrar em contato com o objeto e com as experiências, ao incorporar, assimilar, tornar sua dada realidade (PAIVA, 2007).

Diz-se que é *pessoal* pois, embora seja realizada no convívio, nas vivências sociais, processa-se no indivíduo, em sua singularidade. Os tempos, as dificuldades, as facilidades são diferentes para cada um.

Diz-se, em complementação, que é *idiosincrásico*, com base em três pontos: a) cada indivíduo percebe e representa os acontecimentos e os objetos de forma única e pessoal; b) o repertório individual condiciona e orienta a predisposição para a aprendizagem; e, finalmente, c) o processo de aprendizagem está intimamente relacionado com o aspecto emocional, afetivo dos educandos (FERRÃO, 2000, p. 73).

Reconhece-se, nesse sentido, a *subjetividade* do conhecimento, e, dessa forma, que a mudança operada no educando, no processo de aprendizagem, não consiste numa captação objetiva da realidade.

Com efeito, o sujeito aborda e capta os objetos de acordo com as vivências, que, portanto, interferem, induzem o significado, para ele, do mundo. O homem pensa e compreende a partir de suas experiências, de sua vida, que o condiciona, nada podendo falar de um "existente objetivo", que o exclui, que o nega (PAIVA, 2007).

A própria etimologia dos termos indica a relação íntima entre sujeito e objeto. Sujeito significa o que está posto sob, dando suporte ao que vem por cima; o alicerce, o fundamento. Já objeto significa aquilo que está posto sobre, lançado diante de. Por conseguinte, o objeto não está isolado, implica uma relação com o sujeito, "o que dá existência" (PAIVA, 2005, p. 207-214).

O educando assimila, faz seu o outro, a experiência. E então, condicionado e guiado por sua história, atribui-lhe significados: como afirma Paiva, "conhecemos os fatos transformado em nós" (PAIVA, 2007).

Diz-se, finalmente, que é *significativo* pois permite uma permanente (re)construção de significados dos objetos, vivências. Dessa forma, relacionando-se, interagindo-se conhecimentos pré-existentes aos novos conhecimentos, a aprendizagem possibilita uma mudança no significado da experiência (FERRÃO e RODRIGUES, 2000, p. 73 e 74).

Dessa forma, a perspectiva crítica, concebendo a subjetividade do conhecimento e da aprendizagem, exige que se *religie* sujeito e objeto, reconhecendo, ao mesmo tempo, com base no princípio dialógico, a associação desses dois elementos antagônicos mas complementares.

Faz imprescindível, portanto, no processo de ensino-aprendizagem, a consideração permanente das vivências, do mundo experimental, das expectativas dos educandos, tomadas como ponto de partida (ZABALA, 1998).

Afasta, assim, porque irreal, impossível, qualquer possibilidade de uma aprendizagem que seja uma cópia, no educando, da informação do educador. Nega, também, veementemente, porque mutiladora da complexidade e da diversidade, qualquer identificação da escola com uma linha de montagem fabril, cujo resultado "é a produção rápida e controlada de objetos iguais", num sentido em que "A igualdade dos objetos finais é a prova da qualidade do processo" (ALVES, 2001, p. 35 e 36).

b) A "do-discência" e pesquisa

A partir da compreensão idiossincrásica, subjetiva, pessoal e significativa da aprendizagem, adota-se a perspectiva de que ensinar não é transferir conhecimentos, mas criar possibilidades para sua construção (FREIRE, 1996, p. 22).

Parte-se do pressuposto de que na educação tanto educador como educando devem ser sujeitos do processo de (re)construção compartilhada do saber. Devem desenvolver, ao mesmo tempo, papéis de docência, de discência e de pesquisa, vistas as três como "indicotomizáveis" (FREIRE, 1996, p. 28).

Diante da complexidade do real, e, assim, da impossibilidade de tratamento total do conteúdo pelo educador, deve este atuar como facilitador, provocador, estimulando a autonomia, a curiosidade e a capacidade crítica do educando. Desse modo, possibilita a criação, no ambiente de ensino-aprendizagem, de "condições em que aprender seja criticamente possível" (FREIRE, 1996, p. 28).

O ensino, assim, pressupondo educadores e educandos criadores, instigadores, curiosos, inquietos (FREIRE, 1996, p. 26), articulando-se em torno do princípio da atividade mental dos educandos, e visando sua autonomia, passa a ser entendido como:

um processo de construção compartilhada de significados, orientados para a autonomia do aluno, e que não opõe autonomia - como resultado de um processo - à ajuda necessária que este processo exige, sem a qual dificilmente se poderia alcançar com êxito a construção de significados que deveriam caracterizar a aprendizagem escolar (ZABALA, 1998).

Nesse sentido, uma concepção inovadora no ensino do direito, em contraposição à tradicional, seria aquela baseada numa relação horizontal, dialogal, crítica e ativa, na qual tanto o educador como o educando são pesquisadores do direito e de seu significado multidimensional.

Ao invés do manual adotado pelo professor - representando a verdade, a resposta dogmática transmitida unilateralmente e previamente a qualquer investigação - a pesquisa, a busca e a construção do saber, num contexto de troca e de diálogo (FREIRE, 1979, p. 68).

c) O ensino jurídico crítico

A visão complexa e multidimensional do direito harmoniza-se e exige um ensino jurídico *pertinente*, no sentido empregado por Morin: um ensino que torna evidente o contexto, o global, o multidimensional, e o complexo (MORIN, 2007, p. 36).

Nesse sentido, a perspectiva do ensino jurídico crítico deve, inicialmente compreender o direito em sua multidimensionalidade. Deve, portanto, considerar as perspectivas interna e externas do direito - incluindo-o na realidade complexa e contraditória do homem e da vivência social.

Cabe-lhe, nesse sentido, valorizar a filosofia, a sociologia, a psicologia e a história do direito, permitindo que educando e educador questionem e reflitam sobre o direito,

como um todo e nos seus diversos sentidos. Isso inclui o estudo sobre sua formação, pressupostos e papéis na sociedade e sobre os interesses aos quais se presta.

Reconhecendo as contradições do fenômeno jurídico, os conflitos que reflete, o ensino jurídico crítico deve se afastar da pretensão e afirmação frenética da coerência, da harmonia. Assim, a partir de uma reflexão profunda, no contexto acadêmico da docência-discência-pesquisa, poderá mitigar e questionar a razão e a autoridade do texto dogmático.

O docente deve, enfim, trazer para a sala de aula as grandes indagações e problemas com que se depara o homem e o próprio direito - como a noção de vida, liberdade, igualdade, justiça, moral, etc. - somando-os aos problemas técnicos específicos, estimulando, assim, seu enfrentamento crítico pelos educandos.

Tal multidimensionalidade, destaca-se, não pode ser entendida de forma fragmentária. Há, nesse sentido, a necessidade de *religar* o direito compartimentado pela disjunção simplificadora.

Exige-se, portanto, que o ensino jurídico se afaste das disciplinas hiperespecializadas, fechadas em si, denominadas pelo respectivo código. Essas implicam na equivocada concepção limitadora do "conhecimento do todo ao conhecimento das partes, como se a organização do todo não produzisse qualidades ou propriedades novas em relação às partes consideradas isoladamente" (MORIN, 2007, p. 42).

Faz-se fundamental, assim, para o conhecimento do global, a formulação de *metapontos* de vistas, sobre o conhecimento, a vida, o homem e o direito, que permeiem todo o ensino, promovendo, então, a *transdisciplinaridade*.

Dessa forma, sob égide dos metapontos de vistas, eliminam-se as disciplinas estanques e fragmentárias, presas às leis e aos códigos. Em seu lugar, emergem *unidades de formação* multidimensionais, que devem trazer em si a concepção da complexidade e da não linearidade do conhecimento e reconhecer a influência e a importância das vivências, do mundo experimental do educando no processo de aprendizagem.

Tais unidades devem, nesse sentido, conferir importância aos *enfoques transversais* - assim denominados porque passam por todas as unidades de formação e, ao mesmo tempo, não pertencem a nenhuma delas (PERRENOUD, 2002, p. 29). Assim, podem contribuir com várias competências, habilidades e atitudes, as quais, por sua vez, para serem desenvolvidas no educando, dependem de várias unidades (PERRENOUD, 2002, p. 25).

Além de ampliar o âmbito do conteúdo *informacional e procedimental* (habilidades) a ser construído, o ensino jurídico crítico, acaba, ainda, valorizando o conteúdo *atitudinal* (ZABALA, 1998; MASETTO, 1997). Esse implica em valores, princípios, de natureza acadêmica, profissional e social, tais como a curiosidade científica, a busca crítica pelo saber, a solidariedade, o respeito, a tolerância, a abertura ao diálogo, etc.

Considerações Finais

A postura *manualista* e sua lógica simplicadora, vinculadas a uma concepção bancária de ensino e um entendimento unidimensional e dogmático do direito, apresentam-se, em suma, inadequadas diante da realidade de vida social, em que os problemas e as questões a serem enfrentadas são cada vez mais transversais, multidimensionais e globais (MORIN, 2007, p. 36).

Mostra-se indispensável uma a mudança radical paradigmática para que se superem, no campo do ensino jurídico, "os estereótipos cognitivos, as idéias recebidas sem exame, as crenças estúpidas não-contestadas, os absurdos triunfantes (...) que faz reinar em toda parte os conformismos cognitivos e intelectuais" (MORIN, 2007, p. 27) - representadas, aqui, pelos manuais.

Trata-se de mudança na direção da compreensão da complexidade, da multidimensionalidade e da transdisciplinaridade, do direito e do ensino jurídico, e da concepção bilateral do processo de ensino-aprendizagem, protagonizado por sujeitos da história e do processo pedagógico.

Ansioso de promover uma inteligência geral, "apta a referir-se ao complexo, ao contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global" (MORIN, 2007, p. 27), pretende-se, com a perspectiva crítica do ensino jurídico, para além do que a formatação do "operador do direito", a formação do homem, cidadão e profissional, autônomo e consciente de suas responsabilidades, comprometido com o destino do mundo e da sociedade, e com o homem concreto (FREIRE, 1979, p. 25).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubem. **A escola com que sempre sonhei sem imaginar que pudesse existir**. 3ª ed. Campinas: Papirus, 2001.

FERRÃO, Luis e RODRIGUES, Manuela. **Formação Pedagógica de Formadores**. Lisboa:Lidel, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. Trad. Moacir Gadotti e lílian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 34ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GADOTTI, Moacir; FREIRE, Paulo; GUIMARÃES, Sérgio. **Pedagogia: diálogo e conflito**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. Lições Introdutórias. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MASETTO, Marcos. **Didática: a aula como centro**. 4ª ed. São Paulo: FTD, 1997.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Dulce Matos. 2ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

_____ **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 12ª ed. São Paulo: Cortez, Brasília: UNESCO, 2007.

NOBRE, Marcos *et alii*. **O que é Pesquisa em Direito?** São Paulo: Quarter Latin, 2006.

PAIVA, José Maria. **História da Educação**: Apontamentos Metodológicos. Revista diálogo educacional, PUC-PR. Curitiba, v. 5, n. 14, p. 207-214, 2005.

_____ Aula ministrada na disciplina "História da Educação: Teorias e Métodos", no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 02/05/2007

PERRENOUD, Philippe *et alii*. **As competências para ensinar no século XXI**. A formação dos professores e o desafio da avaliação. Trad. Cláudia Schilling e Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZABALA, Antoni. **A prática educativa. Como ensinar**. Porto Alegre, Artmed, 1988.

**A DESCONSTRUÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL:
CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS PARA UMA REFLEXÃO A RESPEITO DO
MERCADO DE TRABALHO OPORTUNIZADO PELOS CONCURSOS
PÚBLICOS NO BRASIL**

**THE DESCONSTRUCCION OF THE LAW COURSES IN BRAZIL:
PHILOSOPHICAL CONSIDERATIONS TO AN REFLECTION ABOUT THE
PUBLIC SECTOR THROUGH THE OPEN COMPETITIONS IN BRAZIL**

Isabelle de Baptista

RESUMO

O presente artigo busca relacionar a desconstrução de Jacques Derrida como alicerce filosófico para a análise crítica dos cursos jurídicos no Brasil e as consequências do vigente modelo de ensino no mercado de trabalho oportunizado no setor público através dos concursos públicos. Inicia-se com uma abordagem geral acerca da linha filosófica e a abordagem sobre o papel da universidade num mundo globalizado feita por Derrida em sua obra *A universidade sem condição*. Segue-se, então, uma análise do histórico dos cursos jurídicos brasileiros, desde sua implantação até os dias atuais. Por fim, tem lugar uma reflexão das consequências do ensino jurídico sobre a formação dos profissionais que integram os quadros da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVES: DESCONSTRUÇÃO; ENSINO JURÍDICO; CONCURSO PÚBLICO.

ABSTRACT

The present article aims to link the Jacques Derrida's deconstruction like philosophical foundation for the critical analysis of the Brazilian Law courses and the consequences of the model of teaching in the public sector through the open competitions. It starts with a general approach of this philosophical line and approach on the paper of the university in a globalized world was done by Derrida in his book *The university without condition*. Then, it goes through a analysis of the History of Brazilian Law courses, Finally, it takes place a reflection about the consequences to Law teaching on the formation of the professionals who integrate of the Public Administration.

KEYWORDS: DESCONSTRUCTION, LAW TEACHING, PUBLIC COMPETITIONS.

1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico no Brasil, desde a sua implantação, objetiva, basicamente, formar e capacitar profissionais para integrar a burocracia estatal. Tal cenário mantém-se hodiernamente por conta do interesse, praticamente unânime, dos estudantes de Direito pelas carreiras nos quadros da Administração Pública.

Os cursos de Direito, desde seu nascedouro, reproduzem a ideologia liberal dominante[1], com forte controle estatal sobre seus currículos, sendo predominante o ensino sob o paradigma do dogmatismo, ausente de qualquer fomento a uma visão crítica e contextualizada com as complexidades sociais.

Todavia, diante do contexto social, econômico, político e histórico, a sociedade brasileira carece de profissionais do Direito que sejam capazes de atenuar as mazelas sociais e promover, de fato, a justiça, ou seja, faz-se necessário um avanço à mera formação tecnicista e voltada meramente para a composição de quadros para a Administração Pública. Tal mudança, sem dúvida, pela formação do profissional do Direito. Passa pelo projeto político-pedagógico das muitas faculdades de Direito existentes no Brasil.

Este artigo se propõe a desconstruir o ensino jurídico no Brasil sob a ótica da formação dos profissionais que integram os quadros do serviço público, utilizando, para isso, as considerações filosóficas de Jacques Derrida, tecidas principalmente nas obras *Gramatologia* e *A universidade sem condição*.

Em relação ao ensino superior, de forma genérica, faz-se necessária uma análise do esgotamento do ensino tradicional, baseado na formação meramente tecnicista, voltado tão-somente para a análise e aplicação da legislação, predominando a visão reducionista do Direito como sendo, apenas, o ordenamento jurídico positivado pelo Estado.

Derrida, em sua obra *A universidade sem condição*, reflete sobre o lugar da Universidade num mundo globalizado e a importância das diversas áreas do conhecimento ligadas às Humanidades, dentre elas o Direito, de contribuir para a reflexão sobre sua própria história e, conseqüentemente, contribuir para o advento de uma nova Universidade que, de fato, cumpra sua função contestadora, questionadora, democrática e incondicional, sob o ponto de vista da influência de outros poderes, como o estatal e o econômico que interferem diretamente nas atividades de ensino e pesquisa desenvolvidas pela Universidade.

É preciso destacar as influências da globalização, da visão de mundo sob o aspecto plural, da complexidade da sociedade pós-moderna[2], e que o ensino do Direito deve estar contextualizado e comprometido com a formação de profissionais que, de fato, contribuam para a construção de uma sociedade brasileira mais justa e democrática, principalmente para a grande maioria dos estudantes que integrará os quadros da Administração Pública através da aprovação em concursos públicos.

2 DERRIDA E A DESCONSTRUÇÃO

Ao longo de sua vasta obra, o filósofo argelino Jacques Derrida (1930-2004) efetuou severas críticas aos aspectos fundamentais do pensamento ocidental. Não se preocupou em formar uma filosofia sistemática, didática, com contornos metodológicos, seus conceitos e a definições claras das aporias e neologismos propostas pelo filósofo. Ao revés, sua filosofia baseia-se num processo de leitura com outras obras, especialmente as literárias, efetuando um diálogo crítico. Nesse processo dialógico, Derrida explana sua metodologia, seus alicerces teóricos e filosóficos que marcam seu pensamento.

Em uma de suas primeiras obras, *Gramatologia*, Derrida empreende algo aparentemente ambicioso: questionar os elementos tradicionais do pensamento ocidental, numa abordagem que não sugere a remoção ou a extinção desses elementos e paradoxos existentes, mas, tão-somente, revelá-los, daí a desconstrução.

Derrida critica o que se apresenta como hegemônico, trazendo à tona discussões que haviam sido negadas na obra ou em um texto. Assim, ao estabelecer um diálogo com os textos e os contextos que analisa, Derrida os deixa falar de si mesmos, por intermédio de suas próprias contradições.

O resgate do movimento e da criatividade são os grandes intuitos do filósofo, em contraposição às leis do pensamento ocidental, que são: a simplicidade, pois em tudo existe uma realidade essencial, desprovida de qualquer contradição; homogeneidade, ou melhor, tudo possui uma mesma substância ou ordem; e separada e distinta de qualquer complexidade que envolva a discussão sobre a origem e a consciência de si. Tudo o que está fora dessas “leis”, tende a ser excluído. Dessa forma, exclui-se a complexidade, a mediação e a diferença, passando a ser tratados como “impureza”.

Outro traço característico do pensamento moderno é a instituição de conceitos sempre voltados para significados apresentados de forma dual: sensível/inteligível; ideal/ real; interno/externo; bem/mal; bom/ruim; ficção/verdade; natureza/cultura; fala/escrita; atividade/passividade etc.

Toda noção de verdade, na concepção nascida do *logos*, que gera uma “racionalidade” hegemônica, simplista e homogênea que é o alvo da crítica de Derrida e que denominou de *logocentrismo*.

A importância do pensamento de Derrida é a capacidade de colocar tudo em movimento, promover um re-pensar constante e fazer da dúvida a parte integrante de todo o processo, pois a identidade do significado esquia-se de si mesma e desloca-se incessantemente. Eis, portanto, a desconstrução.

2.1 DESCONSTRUINDO A UNIVERSIDADE

Importante análise fomentada por Derrida é com relação ao lugar da Universidade num mundo globalizado. Na obra *A universidade sem condição*, Derrida efetua uma análise que ele mesmo identifica a desconstrução como “o direito incondicional de colocar questões críticas” e como forma de responder ao seguinte questionamento: “pode a Universidade (e de que maneira?) afirmar uma independência incondicional, reivindicar uma forma de *soberania*, [...] uma espécie excepcional de soberania, [...] sem deixar-se conquistar ou comprar a qualquer preço”[3].

A universidade, para Derrida, deveria ser o local de liberdade acadêmica incondicional para o questionamento, para a proposição e, ainda, “[...] o direito de dizer publicamente tudo o que uma pesquisa, um saber e um pensamento da *verdade* exigem”[4].

A busca da verdade dá lugar a discussões infundáveis, mas o lugar privilegiado para esses debates é a universidade e, especialmente, nos departamentos pertencentes às Humanidades, dentre elas o Direito.

O problema maior que se apresenta é a interferência do processo de globalização em todas as instituições, cabendo à universidade se colocar “*sem condição*”, daí o título da obra, ou seja, os poderes, inclusive e principalmente o econômico, não devem influenciar na busca da verdade. A universidade se distingue das demais instituições de pesquisa justamente porque estas não possuem a independência para o ensino e a pesquisa. O que move a universidade é a busca pela verdade que, a qualquer tempo, pode e deve ser revista, num constante e incessante processo de discussão e revisão.

Derrida reconhece que essa universidade que ele mesmo propõe não existir, ela deveria ser “[...] o lugar em que nada está livre do questionamento, nem mesmo a figura atual e determinada da democracia; nem mesmo ainda a autoridade da forma ‘questão’, do pensamento como ‘questionamento’.”[5] Ou seja, deve ser o lugar da resistência crítica, inclusive de valores dogmáticos e injustos que permeiam o pensamento.

Inicialmente, Derrida analisa o papel das Humanidades, das searas do conhecimento ligadas ao conceito de homem, com o intuito de refletir sobre sua própria história, seus axiomas e sobre o próprio conceito de homem. Nesse processo, Derrida aponta que o processo de globalização está promovendo um novo conceito, um novo direito do homem, que é, “[...] hoje, a declaração renovada e reelaborada dos “Direitos do Homem” (1948) e a instituição do conceito jurídico de “Crime contra a Humanidade” (1945) constituem o horizonte da *mondialisation*[6] e do direito internacional”[7]. Assim, a globalização, além de seus aspectos reconhecidamente econômicos, quer também ser um processo de humanização, dando novos contornos ao conceito de homem, relativizando, em nome de outros poderes (como o econômico e o político), o tratamento e a discussão sobre o próprio homem.

Daí a necessária desconstrução do ambiente de ensino e, com isso, conclamar por “novas” Humanidades, pois

[...] embora essas discussões possam ser críticas ou desconstrutivas, referindo-se à questão e à história da verdade em sua relação com a questão do homem, do próprio do homem, do direito do homem, do crime contra a humanidade, etc., tudo isso deve em princípio encontrar seu lugar de discussão *incondicional* e sem pressuposto, seu espaço legítimo de trabalho e de reelaboração, *na* Universidade e, nela, por excelência, *nas*

Humanidades. Não para aí se fechar, mas, ao contrário, para encontrar o melhor acesso a um novo espaço público, transformado por novas técnicas de comunicação, de informação, de arquivamento e de produção do saber[8].

Derrida almeja que a incondicionalidade da universidade se transforme em algo útil a uma outra forma de democracia, ainda por vir, ainda não experimentada, que deve ser, por excelência, desenvolvida no ambiente acadêmico, que seja capaz de permitir a abertura da universidade para além de seus muros reais e atinja, de fato, o mundo exterior.

Disso decorre outro aspecto do “sem condição”, constante no título da obra, que é em relação a certa falta de “poder” e independência das universidades, por depender de fatores externos ao seu funcionamento. Para ser incondicional, a universidade deve se opor a um grande número de poderes, como o poder estatal (para Derrida a universidade não deve continuar reproduzindo valores e mitos construídos em torno do Estado-nação e em relação aos mitos da soberania indivisível; a universidade não deve ser cosmopolita, mas universal), o econômico (especialmente em relação às concentrações de capitais nacionais e internacionais que financiam diretamente determinadas linhas de pesquisa, todas em prol de interesses particulares de tais organizações), o poder midiático, ideológicos, religiosos, culturais, entre outros que, de alguma forma, interferem e limitam a atividade de ensino.

A influência desses poderes promove a vulnerabilidade da universidade que passa a exibir a sua impotência, “[...] a fragilidade de suas defesas perante os poderes que a comandam, assediam-na e tentam dela se apropriar”[9].

A incondicionalidade, portanto, é, ao mesmo tempo, a força invencível da universidade, pois assim cumpre sua função, mas também é a sua fragilidade, por exprimir a sua impotência em relação à força dos poderes que a comandam.

Sim, ela se rende, às vezes se vende, arrisca-se a servir simplesmente para ocupar, tomar, comprar, prestes a se tornar uma sucursal de conglomerados e firmas internacionais. Essa é hoje, nos Estados Unidos e no mundo todo, uma jogada política maior: em que medida a organização da pesquisa e do ensino deve ser sustentada, ou seja, direta ou indiretamente controlada, digamos de maneira eufemística “patrocinada”, visando a interesses comerciais e industriais? Sabemos que, dentro dessa lógica, as Humanidades são com frequência reféns dos departamentos de ciência pura ou aplicada que concentram os investimentos supostamente rentáveis de capitais estrangeiros no mundo acadêmico.[10]

Diante desse cenário, Derrida questiona se é possível que a universidade afirme sua independência incondicional e reivindique sua soberania para possuir o direito de dizer tudo – ou não, se for necessário – sem se arriscar ao pior, sem ter que se render, se moldar, se fazer conquistar a qualquer preço?

Ao responder ao questionamento, Derrida aponta as próprias incoerências existentes dentro das universidades e realiza a desconstrução do ato de professar a verdade, da influência da política do virtual que afetam o lugar e a natureza do trabalho universitário, da teologia, da história do trabalho, dos efeitos da globalização.

Indigna-se diante do fato das Humanidades serem limitadas (e se limitarem) a dizer o que crêem verdadeiro somente dentro da universidade. Derrida alerta da importância da publicação do conhecimento, democratizando-o e submetendo-o a novas discussões.

Ao analisar o trabalho desenvolvido na universidade, questiona o diferente status adquirido pelos diversos trabalhadores dentro da universidade, pelas diversas áreas do saber, bem como pelos saberes que produzem sobre o mundo. Evidencia a diferença da profissão do professor que vai muito além de professar uma verdade, uma doutrina, dogmas construídos dentro mesmo do espaço acadêmico, trata-se de um compromisso a ser mantido, uma declaração de responsabilidade com a discussão, com a crítica, com a mudança, com a democratização da informação, com a manifestação pública das ideias e com a publicação delas, pois

A idéia de profissão pressupõe que, para além do saber, da habilidade e da competência, um compromisso testemunhal, uma liberdade, uma responsabilidade juramentada, uma fé jurada obrigue o sujeito a prestar contas diante de uma instância a ser definida. Enfim, nem todos os que exercem uma profissão são professores. Precisaremos, portanto, levar em conta essas distinções, que são às vezes embaralhadas: entre trabalho, atividade, produção, ofício, profissão, professor, entre o professor que dispensa um saber ou professa uma doutrina e professor que pode também, enquanto tal, assinar obras – que talvez já o faça ou fará amanhã[11].

Derrida também alerta sobre a influência do virtual, do ciberespaço, da microinformática e da robótica, denunciando o fim do trabalho, “[...] embora para o senso comum seja difícil imaginar um mundo sem trabalho ou um trabalho que não seja *no mundo* ou seja *para o mundo*”[12]. Esses acontecimentos, frutos da globalização, precisam ser refletidos pela universidade. Não se trata mais de se render à força do poder econômico e mitigar esses acontecimentos que ocorrem sob os nossos olhos.

Ademais, diante do desemprego que se instala com o processo de virtualização, o espaço acadêmico se torna um refúgio, mas também um espaço estreito e incapaz de absorver a massa dos desempregados. O espaço acadêmico se transforma, cada vez mais, em um atrativo, mas e o comprometimento? E o ato de fé na transformação? Ou seja, os efeitos da lógica do trabalho desenvolvidos pela globalização, mitigam ainda mais o espaço que por sua natureza deveria estar aberto para os vocacionados. Na sua instituição, a universidade se apresentou e se representou a partir do lugar privilegiado do filósofo, do professor como filósofo. Depois, “[...] o salário e a glória articulam entre si o funcionamento econômico e a consciência profissional”[13].

Enfim, Derrida questiona os limites clássicos estabelecidos para as humanidades e a forma como se constituíram no mundo. Ao efetuar tal desconstrução, Derrida promove, na verdade, um convite aos profissionais e trabalhadores das universidades para exercerem a função de se colocarem como uma força de resistência e de dissidência. É preciso resgatar a própria história das Humanidades como forma de compreensão do próprio presente, rumo ao infinito; é preciso não se amoldar, não aceitar as verdades e dogmas já construídos. E, ainda, adverte no fim de sua intrigante obra: “vão com calma, mas apressem-se, pois não sabem o que os aguarda”. [14]

3 TRAJETÓRIA DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: DA IMPLANTAÇÃO AOS DIAS ATUAIS

Para efetuar a complexa tarefa de apontar as falhas do ensino jurídico no país e suas repercussões no mercado de trabalho, mister analisar, mesmo que sucintamente, a implantação dos cursos jurídicos no Brasil.

O ensino do Direito se colocou, desde sua implantação, como o principal instrumento de controle social e reprodução dos valores liberais. Daí a difusão através do positivismo jurídico dos dogmas da imparcialidade e da segurança jurídica.

No Brasil, em seu período colonial (1500-1822), não foi permitido o estabelecimento de cursos jurídicos pela Coroa Portuguesa, uma vez que representava uma ameaça ao domínio colonial. Com a Independência (1822), houve a necessidade de se fomentar a criação de uma cultura jurídica própria, já que uma lei de 20 de outubro de 1823 determinava que os Ordenamentos, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 continuassem valendo no Brasil independente, até a organização de um ordenamento jurídico próprio.

Dessa forma, após a Independência, o governo imperial tratou de criar condições políticas para a instauração de cursos jurídicos no Brasil, sendo, finalmente, instituídas pela lei de 11 de agosto de 1827. No ano seguinte, tiveram início os primeiros cursos de Direito no Brasil, precisamente nas cidades de Olinda e São Paulo. Sobre esse período, cabe aqui citar os comentários feitos por Ricardo Marcelo Fonseca:

O Brasil entra na época liberal como um país que recém conquistou sua independência política e que busca estruturar-se jurídica e politicamente num contexto de tensão. De um lado, estão presentes as sombras do velho mundo do antigo regime, que, no âmbito jurídico, pode-se perceber claramente na renitência da vigência das velhas Ordenações Filipinas e da legislação portuguesa colonial (sobretudo no direito privado); mas de outro lado, num convívio nada harmônico, percebe-se um conjunto de idéias novas, provenientes dos lugares em que ocorreram revoluções liberais, que tentam colocar o jovem Estado brasileiro entre as nações modernas.^[15]

Assim, enfrentar a transição de cultura arcaica, colonial, patrimonialista, com forte controle estatal, para uma cultura liberal, moderna, baseada na defesa da propriedade privada, com o mínimo de interferência estatal na vida privada, foi o grande desafio para a formação de nossa cultura jurídica própria.

Acrescido a esta problemática, os métodos de ensino praticados nos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo eram reconhecidamente precários, a começar pelas instalações físicas não condizentes (em Olinda, a faculdade instalou-se no Convento de São Bento até 1852; em São Paulo, no Convento de São Francisco), além do desrespeito pelos alunos e da falta de autoridade dos professores que não davam condições para o desenvolvimento adequado do ensino.

Ademais, a estrutura curricular implantada era copiada do curso de Direito da Universidade de Coimbra e a metodologia de ensino continuava sendo a aula-

conferência (vulgarmente reconhecido como ensino “coimbrão), o mesmo praticado na antiga Metrópole. Assim, como refletir o novo, se a estrutura continuava sendo arcaica e tradicional? Por conta dessas deficiências, segundo Ricardo Marcelo Fonseca, “[...] a cultura jurídica brasileira, na primeira metade do século XIX, ainda não tinha tido condições de sair de sua situação de um casulo”.^[16]

Estruturar uma cultura jurídica passa pela formação de pensadores do Direito, todavia, desde sua implantação, os cursos formavam mais advogados, administradores e políticos, sendo a maioria dos egressos absorvida pelo serviço público. A grade curricular era controlada diretamente pelo Estado (desde a implantação em 1827 até 1961 os currículos eram predeterminados, com pequenas adaptações ao longo do tempo) e servia para a reprodução do paradigma liberal e dos valores das classes dirigentes. A sala de aula se torna o *locus* privilegiado para a reprodução de tais valores, com a utilização de uma metodologia tradicional que muitas vezes impedia uma visão mais crítica por parte dos alunos.

O dogmatismo positivista foi incorporado à ação pedagógica e o Direito passa a ser utilizado como a principal ferramenta de controle social e reprodução do *status quo* da sociedade dirigente. Não é à toa que nossa principal codificação do início da República no Brasil foi o Código Civil de 1916, cujos principais pilares foram a defesa da propriedade privada, da família patriarcal, da autonomia da vontade e dos contratos civis, protegidos pelo princípio do *pacta sunt servanda*.

Bourdieu e Passeron, na obra *A reprodução*, demonstra que toda ação pedagógica é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural.

A ação pedagógica promove a reprodução da cultura dominante e o espaço escolar é o ambiente fértil para a inculcação do arbitrário cultural. Em relação aos cursos de Direito, por traz dos dogmas tão defendidos como os da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, tudo isso protegido por uma legislação, ou seja, com um “manto mágico” da legalidade, encobre a violência simbólica da defesa, pelo ordenamento positivado, de estereótipos, do patrimônio privado e do *status quo* da classe dominante, manipulando as reais complexidades da sociedade brasileira, induzindo a comportamentos, dogmas, controle e formação de hábitos por parte da sociedade como um todo.

Dessa forma, camufla-se a desigualdade social, ocultam-se emoções, envolvem e contam com a adesão da massa, tornando-a incapaz de compreender as estruturas sociais dominantes e, assim, mitigando qualquer ação ou crítica sobre tal contexto no qual historicamente estão inseridos.

Sobre a ação pedagógica, ensinaram Bourdieu e Passeron:

[...] é objetivamente uma violência simbólica, num primeiro sentido, enquanto que as relações de força entre os grupos ou as classes constitutivas de uma formação social então na base do poder arbitrário que é a condição da instauração de uma relação de comunicação pedagógica, isto é, da imposição e da inculcação de um arbitrário cultural segundo um modo arbitrário de imposição e de inculcação (educação)^[17].

Todavia, a inculcação de um único paradigma baseado no dogmatismo e em valores liberais e individualistas, não mais corresponde com as complexidades típicas da sociedade contemporânea. Tal paradigma, portanto, está sofrendo um profundo esgotamento por conta do modelo legalista, formal e tecnicista não fornecer adequados suportes para a solução de conflitos.

A neutralidade como tema tão caro ao positivismo jurídico não mais se coaduna com as atuais complexidades sociais. Observa-se, com muita clareza, que se trata mais de um mito do que propriamente uma prática jurídica. A crença na imparcialidade está sendo extremamente abalada, pois está às claras o quanto o Direito se aplica na práxis por conta da explícita parcialidade de seus intérpretes. Para a sociedade pós-moderna, apenas a dogmática não consegue suprir a função que foi atribuída ao Direito por muito tempo: a existência de um aparato legal com vistas ao controle social.

Dessa forma, “[...] natural, pois, substituir os paradigmas racionais de fundamentação jurídica (jusnaturalismo e positivismo) quando eles não mais acompanham as incontestes transformações sociais e econômicas por que passam as modernas sociedades políticas”[18], ensina-nos, com propriedade, Antonio Carlos Wolkmer.

Considerando a falta de preparo dos profissionais do Direito, a precariedade dos serviços prestados, a inércia do Poder Judiciário em dar respostas justas aos conflitos sociais submetidos à sua apreciação, observa-se, especialmente a partir da década de 1970, uma crescente crítica ao modelo de ensino jurídico praticado no Brasil, tanto em relação aos currículos como aos conteúdos ministrados em sala de aula, reprodutores de valores completamente distantes da realidade social. A partir desse cenário, destaca-se a participação da Ordem dos Advogados (OAB) no Brasil que, em 1991, instituiu uma Comissão de Ciência e Ensino Jurídico, cuja principal função foi diagnosticar a situação do ensino do Direito e do mercado de trabalho para advogados. Os resultados ensejaram diversas medidas e ações por parte da OAB em relação à avaliação dos cursos jurídicos e mudanças na estrutura curricular.

Diante da crise demonstrada através de diversas pesquisas feitas pela OAB e ainda em razão de uma forte reivindicação social, o Ministério da Educação (MEC), em março de 1993, nomeou a Comissão de Especialistas de Ensino de Direito, aglutinando servidores do aludido Ministério e renomados profissionais da área jurídica, com a função de apresentarem propostas concretas para a solução da crise no ensino. Estabeleceu-se propostas em relação à elevação da qualidade das faculdades, sistemas de avaliações internas e externas, bem como a reforma dos currículos.

Como resultado foi editada a Portaria MEC nº 1.886/1994, trazendo em seu bojo as novas diretrizes curriculares para os cursos de Direito no Brasil. Segundo Horário Wanderlei Rodrigues, a Portaria “[...] continha uma série de orientações que obrigatoriamente teriam de ser levadas em consideração, não apenas na elaboração da grade curricular, mas também no tratamento dado aos conteúdos das matérias”[19].

As mudanças implementadas pela Portaria foram imprescindíveis e um marco significativo para a efetivação da qualidade de ensino nas faculdades de Direito no Brasil através da substituição da própria mentalidade preponderante, arcaica e obsoleta. Entretanto, como tais mudanças necessitavam de partícipes dispostos a aplicá-las, segundo Horário Wanderlei Rodrigues, “[...] isso fez com que a reforma, em muitos

aspectos e instituições, fosse meramente formal e, portanto, efetivamente inexistente”.^[20]

Assim, considerando que não houve engajamento pelas diversas mudanças impostas, tampouco motivação para a substituição do ensino dogmático, a Portaria 1886/1994 restou revogada pela Resolução CNE/CES nº 9/2004, que institui novas diretrizes curriculares para o curso de graduação em Direito, determinando em seu artigo 3º:

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Apesar do interesse estatal e social pela modificação de paradigmas e mentalidades, a crise no ensino jurídico toma sua dimensão mais drástica. De um lado o Ministério da Educação concedendo centenas de autorizações de abertura de cursos superiores em Direito, de outro as frequentes avaliações, como o Provão e o atual ENADE, demonstrando a insuficiência do ensino desenvolvido pela maioria desses cursos.

A preocupação que se apresenta, após esse esforço sobre os cursos jurídicos no Brasil, é a ocupação de cargos públicos por profissionais formados sob esse panorama, especialmente na compreensão das complexidades típicas da sociedade pós-moderna e das vicissitudes da sociedade brasileira. Daí a necessária tarefa da desconstrução. É preciso trazer à tona o que não é enfrentado, discutido e criticado em relação aos concursos públicos no Brasil.

4 DESCONSTRUÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: REFLEXÕES FILOSÓFICAS SOBRE O MERCADO DE TRABALHO OPORTUNIZADO PELOS CONCURSOS PÚBLICOS

Derrida em sua obra *A universidade sem condição* efetua a tarefa de desconstruir o ambiente acadêmico atual, fortemente influenciado pelos efeitos da globalização. A principal característica dos tempos pós-modernos é a incapacidade de gerar consenso, diante das profundas modificações na estrutura social com novos hábitos, novos valores, novas regras sociais, desmistificações e tomadas de consciências geradoras de desestruturas sociais, capazes de promover a aceitação e relativização de novas concepções a respeito das relações sociais. Segundo Eduardo C. B. Bittar

[...] a pós-modernidade não surge como algo pensado, não é fruto de uma corrente filosófica. Muito menos constitui um grupo unitário e homogêneo de valores, ou modificações facilmente identificáveis, mas sim uma força subterrânea que irrompe à superfície somente para mostrar o seu vigor, aqui e ali, trazendo instabilidades, erosões e erupções, sentidas como abalos da segurança territorial na qual se encontravam

anteriormente instaladas as estruturas valorativas e vigas conceptuais da modernidade.[21]

Esse cenário de profundas modificações, geralmente, é insuficientemente abordado nos cursos de Direito no Brasil. A dogmática, a visão simplista e homogênea do Direito, juntamente com metodologia de estudos apenas da legislação, ainda predominam no ensino superior. As complexidades da sociedade acabam sendo mitigados, diluídos sob uma aparência de neutralidade, sendo o Direito tratado como apenas um fetiche para a resolução dos conflitos sociais numa perfeita denominação feita por Luis Alberto Warat como “senso comum teórico do saber jurídico”[22]. O Direito que é ensinado nas faculdades de Direito apenas reproduzem tal senso comum, “coisificando” e simplificando os reais problemas da sociedade brasileira, importando-se muito mais na reprodução do *status quo* do que na justa resolução dos conflitos sociais.

Sobre este assunto, merece destaque os ensinamentos de Lenio Luiz Streck

Nesse sentido, a pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a “sabedoria” codificada e a conviver “respeitosamente” com as instituições que aplicam (e interpretam) o Direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático e suas referências de verdade são ideológicas e não metodológicas), explica porque a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação e na pós-graduação, é exclusivamente bibliográfica, como exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios tribunais. [...] O casuísmo didático é a regra do expediente das salas de aula do cursos de Direito, e o *pragmatismo positivista, o carimbo do cotidiano das decisões*. [23]

Assiste-se, portanto, o quanto os cursos jurídicos se comportam para reproduzir todas as principais características da sociedade ocidental, pautada na simplificação de institutos jurídicos que, por sua natureza, são complexos. Tício e Caio continuam sendo os exemplos dos manuais civilistas; reproduz-se o mito de que a pena não passa da pessoa do condenado, ora, e a sua estrutura familiar, social, profissional de fato não são abalados? Na seara do direito administrativo, tanto nas academias, como nos tribunais e nas provas de diversos concursos públicos, ainda é adotado como referência bibliográfica os manuais de juristas que teceram seus estudos para fins de afirmação da legalidade do governo militar no Brasil[24].

Além desse contexto, outra importante razão para o esgotamento do ensino superior de uma forma geral no Brasil, ocorreu por conta da implantação do modelo econômico neoliberal que propiciou a mercantilização e a privatização da educação no Brasil a partir da década de 90 do século passado.

Tal modelo foi implantado com a utilização do discurso de crise, ineficiência, inoperância e insuficiência do aparato estatal no que tange ao fornecimento qualitativo de serviços públicos, dentre eles os educacionais, fomentando a privatização desse setor, conforme tendência neoliberal, num resgate explícito da linguagem e do discurso do Estado mínimo.

O Estado se torna mero regulador, deixando para a iniciativa privada a responsabilidade pela execução dos serviços públicos, mitigando o espaço público e transformando cidadãos em consumidores. Dessa forma, o Estado desonera-se de fazer significativos investimentos no setor e de acompanhar a crescente demanda por oferta qualitativa de serviços educacionais. Sobre esta temática, importante manifestação de David Stival

Existem muitas e boas razões que justificam a presença do estado na educação, em todos os níveis, indo desde questões de justiça social, desenvolvimento da nação, formação do cidadão, entre outras; e existem pelo menos duas fortes razões para que o ensino não seja gerido prioritariamente pela livre iniciativa: a primeira, bastante óbvia, refere-se à incapacidade de um setor baseado num sistema de mercado atender a uma população empobrecida, obtendo, ainda, algum lucro com isso; a segunda, já não tão evidente, refere-se à incapacidade da livre iniciativa garantir estabilidade do sistema de ensino ao longo do tempo, haja vista a conhecida volubilidade do mercado, que varia de acordo com o humor das bolsas de valores, quando não pelo tilintar dos lucros, ficando as populações dependentes de um modelo baseado tanto na sorte como na perspicácia especulativa[25].

Segundo Derrida, a universidade não está imune das influências da globalização e da política neoliberal e, para tanto, resgata a história do trabalho para demonstrar a importância da atividade docente comprometida com a responsabilidade de transmissão do conhecimento conectado com as típicas complexidades atuais e das forças ocultas que influenciam e determinam as tomadas de decisão tanto por parte da iniciativa privada como do setor público, que muitas vezes coloca em ação as determinações de grandes conglomerados privados.

Com isso, em relação ao processo educacional, corre-se o risco das parcelas da população brasileira que realmente necessitam de serviços educacionais ficarem à deriva desse processo, fomentando ainda mais a exclusão, a diferença social e marginalização tão presente no cotidiano de grande parcela da população brasileira.

Ao transformar cidadãos em consumidores, o *locus* de exercício da cidadania fica mitigado. A capacidade de reunião dos cidadãos em torno de uma causa pública se torna cada vez mais difícil pelo próprio sistema implantado de segregação e exclusão, propiciado pelas práticas neoliberais de fomento ao consumo. E em uma sociedade com extremo déficit de democracia, poucos são os cidadãos que conseguem se reunir para reivindicar seus direitos. Assim, resta evidente que a educação tratada como mercadoria propicia as práticas mercantilistas, todavia destrói os espaços públicos de exercício da cidadania e da ética coletiva. Privilegia-se o indivíduo, seu currículo, suas conquistas pessoais, o quanto se torna competitivo no mercado, entretanto, sua contribuição para a coletividade, o desenvolvimento de uma educação pautada no respeito ao outro, na alteridade, pouco interessa ao atual sistema.

Boaventura de Souza Santos chama atenção para a crise do contrato social da modernidade. O contrato social foi a metáfora fundadora da obrigação política da modernidade ocidental e expressão da regulação social e emancipação social, bem como da racionalidade política e social. Segundo Boaventura, “[...] a abrangência, das possibilidades de contratualização tem como contrapartida uma separação radical entre incluídos e excluídos”[26], o que gerou uma economia socializada “[...] em pequenas ilhas de inclusão que passaram a existir em vastos arquipélagos de exclusão”. [27] Esse

contrato entra em crise com a acelerada fragmentação da sociedade acrescida de todo um convencimento de que o bem comum e a vontade geral, valores caros ao contrato social da modernidade, deixem de fazer sentido.

A exclusão é produzida tanto pelo pré-contratualismo como o pós-contratualismo, todavia o atual é cercado de consensos liberais que se desdobram em quatro:

Em primeiro lugar, o *consenso económico neoliberal*, também conhecido como consenso de Washington. [...] Diz respeito à organização da economia global, incluindo a produção, os mercados de produtos e serviços, os mercados financeiros, e assenta na liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, minimalismo estatal, controle da inflação, primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução do défice público, concentração de poder mercantil nas grandes empresas multinacionais e do poder financeiro nos grandes bancos transnacionais. [...]

O segundo consenso é o *consenso do Estado fraco*. [...] Nele o Estado deixa de ser o espelho da sociedade civil para passar a ser o seu oposto, e a força do Estado passa a ser a causa da fraqueza e da desorganização da sociedade civil. O Estado, mesmo o Estado formalmente democrático, é considerado inerentemente opressivo, ineficiente e predador, pelo que o seu enfraquecimento é pré-condição para o fortalecimento da sociedade civil. [...]

O terceiro consenso é o *consenso democrático liberal* e consiste na promoção internacional de concepções minimalistas de democracia como condição de acesso dos Estados nacionais aos recursos financeiros internacionais. [...]

Por último, o consenso liberal integra ainda o *consenso do primado do direito e dos tribunais*. [...] Este modelo dá total prioridade à propriedade privada, às relações mercantis e ao sector privado, cuja operacionalidade assenta em transacções seguras e previsíveis, garantidas contra os riscos de violações unilaterais. Tudo isto mais central, enquanto garantes do comércio jurídico e instâncias de resolução de litígios.[28]

Essas problemáticas precisam ser enfrentadas pelos cursos de Direito. Não são cabíveis cursos que apenas ensinam a dogmática, distanciados de fatores e fatos históricos que, apesar de ocultos, são determinantes em muitas decisões tomadas pelos setores privado e público. É preciso que os cursos de Direito capacitem profissionalmente indivíduos que sejam comprometidos com a vida, com a justiça e com a equidade.

Também é preciso avançar em relação ao ensino meramente bancário que predomina nos cursos de Direito no Brasil, capaz de desumanizar o indivíduo, pois segundo Paulo Freire

[...] os opressores, falsamente generosos, têm necessidade, para que a “generosidade” continue tendo oportunidade de realizar-se, da permanência da injustiça. A “ordem” social injusta é a fonte geradora, permanente, dessa “generosidade” que se nutre da morte, do desalento e da miséria.[29]

Dessa forma, Paulo Freire denuncia o quanto o sistema falseia e camufla a generosidade com o intuito, apenas, de dominar e de se fazer impor seus padrões de conduta. Em razão do comprometimento com a reprodução do sistema, o processo educativo possui

diversas dificuldades para efetivar a tão sonhada “libertação” dos indivíduos pela educação, pois é muito mais trabalhoso para o educador implementar uma postura comprometida com a formação de pessoas, com o fomento da autonomia, da libertação de oprimidos e servís e que seus educandos sejam capazes de se conscientizar e, assim, promover alguma diferença no mundo, ao menos transformando a sua própria realidade.

É preciso que os ensinamentos de Paulo Freire adentrem às salas de aula dos cursos de Direito no Brasil, pois sua pedagogia se volta para a vida, para o resgate dos “esfarrapados do mundo”. É preciso que os discentes tenham clareza sobre as forças dominantes influenciam no processo político, legislativo e judicial. Não é suportável mais a predominância de que um ensino “coimbrão”, baseado tão-somente na leitura de códigos e legislações, desconectado da realidade dos educandos.

A sociedade brasileira, com todas as suas deficiências, contando com uma população majoritariamente composta de excluídos, carente de serviços públicos dos mais elementares, como saneamento básico, até os mais complexos como fornecimento de energia elétrica e serviços médico-hospitais, resta duvidosa a forma de ingresso de servidores públicos aos quadros administrativos, principalmente os integrantes das áreas jurídicas.

Reiteradamente, assiste-se ao descaso por parte do Estado, na assistência das necessidades dos cidadãos brasileiros. Culpa-se à burocracia, às amarras legais do regime jurídico administrativo, da inoperância e ineficiência histórica do aparato estatal, todavia, o Estado só se movimenta porque há agentes públicos responsáveis pelas diversas atividades administrativas. Ora, se esses agentes públicos, especificamente os das áreas jurídicas, são formados segundo os padrões ocidentais da simplicidade, da homogeneidade, da ocultação e mitigação dos conflitos sociais, como serão capazes de dar resposta ágeis, contextualizadas, que sirvam para promover a qualidade dos serviços prestados pelas instituições públicas?

Ademais, outra problemática que se coloca é que a quase totalidade dos concursos públicos exigem dos candidatos a servidores públicos, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, apenas uma conferência das regras positivadas pelo ordenamento jurídico, numa reprodução da estrutura educacional bancária como nos advertiu o mestre da educação Paulo Freire.

Além da exigência, apenas, de memorização das normas vigentes no ordenamento jurídico, alguns concursos chegam a exigir banalidades sem precedentes, como no caso divulgado pelo jornal virtual Folha Online[30] do certame para a contratação de 40 (quarenta) escriturários (servidores encarregados dos registros dos atos públicos) pela Prefeitura Municipal Taubaté, cujas questões sobre atualidades questionavam aos candidatos a servidores públicos, quem havia participado do último programa de televisão denominado “Big Brother” e qual o casal do meio artístico que recentemente havia dissolvido a relação matrimonial.

Ora, diante desses fatos, torna-se imperioso a exigência e o comprometimento pelas faculdades de Direito no que tange a melhoria da qualidade de ensino ofertada, como também a seleção de servidores públicos através de métodos que explorem não apenas a memorização das regras e princípios vigentes no ordenamento jurídico, mas que explore o perfil do candidato, sua disponibilidade em servir numa função pública (sem que isso

seja uma defesa à subserviência), sua disposição à independência e altivez em relação as ingerências de natureza política que influenciam na atividade administrativa, visando a consolidação das instituições públicas, na defesa da qualidade do serviço prestado à sociedade brasileira e, via de consequência, no fomento e no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maior contribuição da tarefa da desconstrução é trazer à tona questões ocultadas em nome de uma pretensa verdade, capaz de encobrir as relações de interesse e dominação, na lógica de afirmação dos elementos culturais típicos da sociedade ocidental.

Em relação ao ensino jurídico, a tarefa da desconstrução ganha fascinantes contornos, uma vez o Direito foi utilizado historicamente para a afirmação do liberalismo e todo o seu padrão comportamental. Na sociedade pós-moderna, em que não há mais a tendência de obtenção da unanimidade em razão das típicas complexidades da sociedade contemporânea, o ensino do Direito não pode mais se basear no paradigma do único discurso liberal, não mais correspondente com o atual contexto social.

A prática docente deve ter o compromisso com a responsabilidade, e isso nos adverte Derrida. A responsabilidade de estar numa universidade que se rende aos poderios e aos jogos de interesse impostos pela globalização, pela privatização do espaço público, pela mitigação das tensões sociais, na trivialização do sentimento humano. É preciso uma postura de independência, de autonomia, de ser a voz da dissidência e da contrariedade. Não há verdade, até a sua discussão, revisão e construção de uma nova verdade.

Nesse sentido, preocupa o ensino jurídico pautado na reprodução do arbitrário cultural do liberalismo, baseado no dogmatismo e na impossibilidade de uma visão comprometida, parcial dos fatos jurídicos.

Trata-se também de uma situação preocupante a contratação de servidores públicos através de certames que apenas exigem a memorização da regra positivada no ordenamento jurídico vigente, desconectada com a realidade social e dos sutis artifícios utilizados pelos detentores do poder para transformar seus interesses privados em públicos, utilizando para isso os trâmites legislativo, executivo ou judicial.

A consciência de que o sistema pré-contratual ou pós-contratual, segundo ensinamentos de Boaventura de Souza Santos, existe para gerar exclusão em prol dos interesses de pequenas categorias sociais, localizadas nas suas “ilhas de inclusão”. O servidor público, para adequadamente desempenhar suas funções públicas, precisa ter consciência desse contexto. Precisa ter a consciência de que sua atividade deve fomentar e satisfazer o interesse de toda a sociedade e não se render ao comodismo e a simplificação das atividades públicas.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. **A reprodução: elementos de uma teoria do sistema de ensino**. Rio de Janeiro, Francisco Alves Editora, 1975.

DERRIDA, Jacques. **A universidade sem condição**. Tradução de Evando Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

_____. **Gramatologia**. Tradução de Mirian Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos Del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre La Universidad**, Madrid, n. 8, p. 97-116, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

STIVAL, David. Por uma nova política educacional no ensino superior. **Diálogo. Revista temática acadêmico-científica do Centro Universitário La Salle**. Canoas, n. 8. p. 19-38, jan./jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[1] Wolkmer leciona que “... o fenômeno jurídico que florescerá na moderna cultura europeia ocidental, a partir do século XVII e XVIII, corresponderá à **visão de mundo**

predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Soberano. Ao se conceber o Direito como produto da vida humana organizada e como expressão das relações sociais provenientes de necessidades, constatar-se-á que, em cada período histórico da civilização ocidental, domina um certo tipo de ordenação jurídica. Nessa perspectiva, [...] o Direito da sociedade moderna, realçando sua adequação ao tipo de sociedade emergente (sociedade burguesa), com o modo de produção material (economia capitalista), com a hegemonia ideológica (liberal-individualista) e com a forma de organização institucional de poder (Estado Soberano) que passa a ser configurada na dominação racional-legal (burocracia)". WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 26, grifo nosso.

[2] Pós-modernidade se refere à condição do capitalismo contemporâneo que produz influências em toda atuação humana. François de Lyotard foi um dos pioneiros na identificação desse movimento na obra "A condição pós-moderna" (1979), caracterizada pelo fim das grandes metanarrativas, ou seja, o descrédito dos grandes esquemas explicativos do saber e da política. Dominam, neste cenário, os *experts*, o saber científico se reduz a tal ponto de ficar restrito a especialistas.

Vários autores atualmente debruçam suas análises para compreensão dos efeitos desse movimento, em que destacamos Zygmunt Bauman, que nomeia de "modernidade líquida", esse processo de elevação do indivíduo enquanto consumidor, descrença dos valores "sólidos", velocidade diante da revolução tecnológica que impõe um ritmo esquizofrênico à vida, a exclusão dos elementos "impuros" da sociedade entre eles a segregação racial, e, acima de tudo, **a pós-modernidade "... vive num estado de permanente pressão para se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregulamentar e privatizar.** [...] A busca da pureza moderna expressou-se diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas; a busca da pureza pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes". BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 26, grifo nosso.

[3] DERRIDA, Jacques. **A universidade sem condição.** Tradução de Evando Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003. p. 21-23, grifo do autor.

[4] Ibid., p. 14.

[5] Ibid., p. 18.

[6] Derrida prefere o termo *mondialisation* a *globalization*, com o intuito de preservar a noção e a referência ao mundo.

[7] Ibid., p. 14-15, grifo do autor.

[8] Ibid., p. 15-16, grifo do autor.

[9] Ibid., p. 20.

[10] Ibid., p. 21.

[11] Ibid., p. 54.

[12] Ibid., p. 56-57, grifo do autor.

[13] Ibid., p. 68.

[14] Ibid., p. 83.

[15] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos Del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre La Universidad**, Madrid, n. 8, p. 97-116, 2005. p. 99.

[16] Ibid., p. 103.

[17] BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. **A reprodução: elementos de uma teoria do sistema de ensino**. Rio de Janeiro, Francisco Alves Editora, 1975. p. 21.

[18] WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XV.

[19] RODRIGUES, Horário Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 83.

[20] Ibid., p. 97.

[21] BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

[22] WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

[23] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70-71, grifo do autor.

[24] Cite-se, como exemplo, os manuais de direito administrativo de Hely Lopes Meirelles e José Cretella Jr.

[25] STIVAL, David. Por uma nova política educacional no ensino superior. **Diálogo. Revista temática acadêmico-científica do Centro Universitário La Salle**. Canoas, n. 8. p. 19-38, jan./jun. 2006. p. 24-25.

[26] SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 318.

[27] Ibid., p 323.

[28] Ibid., p. 329-330, grifos do autor.

[29] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

[30] Em Taubaté, concurso para escriturário tem questões sobre BBB e casal "global". **Folha Online**, São Paulo, 18 abr. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u393419.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

O ENSINO JURÍDICO A DISTÂNCIA NO BRASIL NESTE NOVO MILÊNIO: SONHO OU REALIDADE?

THE LEGAL DISTANCE EDUCATION IN BRAZIL IN THIS NEW MILLENNIUM: DREAM OR REALITY?

**Jamila de Souza Gomes
Cristiane Winckler**

RESUMO

O grande desafio da educação no século XXI é promover o desenvolvimento humano, baseado em quatro pilares fundamentais: o aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser. O ensino jurídico como importante vetor da evolução da sociedade, desempenha papel primordial nesta transformação. Infelizmente, o ensino jurídico não ficou imune aos fracassos da educação tradicional. Necessário se faz rever as bases educacionais e tornar a universidade um ambiente mais atrativo que possibilite a construção do conhecimento. O ensino jurídico a distância trouxe ao mesmo tempo inclusão social e inércia na produção do conhecimento, como também ausência de formação de espírito crítico. O papel do professor nunca foi tão relevante como nos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO; DESENVOLVIMENTO HUMANO; ENSINO JURÍDICO A DISTÂNCIA; INCLUSÃO SOCIAL; DEMOCRATIZAÇÃO DO ENSINO; PROFESSOR; CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO.

ABSTRACT

The greatest challenge of the XXI is to promote the human development based on four fundamental pillars: learn to know, learn to do, learn to live together and learn to be. The juridical teaching as an important vector of society evolution, has primordial role in this change. Unfortunately, the juridical teaching was not immune to the failures of traditional education. It is necessary to review the educational bases and make the university a more attractive place which make it possible the building of knowledge. The educação a distancia brought at the same time social inclusion and inertia in the production of knowledge, as well as lack of formation of critic sense. The role of the teacher has never been so relevant as in the present days.

KEYWORDS: : EDUCATION, HUMAN DEVELOPMENT, JURIDICAL TEACHING DISTANCE, SOCIAL INCLUSION, TEACHING DEMOCRATIZATION, TEACHER, KNOWLEDGE BUILDING.

INTRODUÇÃO

A educação tem passado por constantes alterações nos últimos séculos. Não há como negar que até mesmo o ensino jurídico tem se submetido á tais alterações, contudo entre todas essas inovações o objetivo da educação ainda se mantém, qual seja, promover a inclusão social e despertar o senso crítico nos alunos, uma vez que este é elemento essencial no processo cognitivo.

Entre tantas modificações surge o ensino a distância, que tem se tornado uma realidade na sociedade, sendo certo que a consequência dessa modalidade tem sido a inclusão social

Não se pode olvidar que, muito embora existam vantagens no ensino jurídico a distância, algumas deficiências ainda existem, tais como a inexistência de relação direta entre aluno e professor, o que será abordada no presente artigo.

Com certeza a educação deve buscar sempre atender o desafio do século XXI, porém há que primar sempre pela qualidade do ensino, principalmente do ensino jurídico.

A mudança deve sempre ser bem vinda quando estiver respaldada de soluções para os conflitos pré-existentes. No caso do ensino jurídico alguns problemas podem ser vislumbrados de pronto, tais como, má preparação do docente, salas com número de alunos exageradamente maiores do que o conveniente.

O que se sabe é que, seja a distância ou não, o ensino fornecido pela instituição deve fornecer o mínimo para que haja uma formação técnica e de qualidade.

Tanto o ensino jurídico tradicional como o ensino jurídico a distância deve ser o lugar apropriado para incitar a pesquisa, compreensão e sobretudo a argumentação.

Outro fator importante é o papel do professor no ensino a distância, que diversamente do que se imagina, tem sido muito mais importante nessa modalidade de ensino, uma vez que ele possui papel de mediador.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EDUCAÇÃO

Na Grécia Antiga, surge um modelo de cultura e educação que marcará o Ocidente. A *paideia*, o ideal de educação grego, incluía a formação integral do ser humano, com a *gymnastiké* (educação do corpo, por meio da educação física e atlética) e a *mousiké* (educação da mente ou do espírito, por meio das musas, incluindo a música e a poesia).

A educação grega está intimamente associada à filosofia. Os sofistas eram professores itinerantes e remunerados que educavam os gregos, principalmente na arte da dialética e nas questões da política. Platão, discípulo de Sócrates, funda por volta de 387 a.C. sua célebre Academia. Na República, Platão expõe seu ideal de educação,

centrado no exercício da filosofia. Por volta de 335 a.C., Aristóteles, discípulo de Platão na Academia, funda sua própria escola, o Liceu.

A educação elementar em Roma era geralmente realizada em casa, pelos pais ou por um tutor, que ensinavam a criança (em geral a partir dos sete anos) a ler, escrever e calcular. Havia também, para quem preferisse, escolas primárias. A educação das meninas terminava aqui; se um menino fosse destinado para algum tipo de educação adicional, ele seria enviado, por volta dos 12 anos, para estudar literatura e gramática latina com um gramático, a partir dos 15 anos com um retórico, e posteriormente com um filósofo. Os mosteiros, muito importantes para a preservação da ciência e da cultura antigas, surgem por volta do século IV. A partir do século IX, o ensino clássico medieval passa a se fundamentar nas sete artes liberais: o trivium (gramática, retórica e dialética) e o quadrivium (geometria, aritmética, astronomia e música). A formação e o desenvolvimento das bibliotecas também merecem destaque na Idade Média, exercendo influência decisiva na história da educação. Maior estabilidade política garantiu ao Império Romano do Oriente (ou Bizantino, cuja capital era Constantinopla) a continuidade da tradição romana na educação, além da continuidade lingüística por meio do latim. Não houve no Oriente, como no Ocidente, o predomínio do ensino religioso, mas sim do estudo dos clássicos, e por isso o Oriente garantiu a transição do conhecimento dos gregos e romanos para a civilização ocidental moderna. Com a urbanização e o desenvolvimento do comércio... ABC do Ead – p. 2

3 A EDUCAÇÃO NO SÉCULO XXI

A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais, conforme o conceito elaborado pela Lei de Diretrizes e Bases. (Lei n.º 9.394, de 20/12/1996). Neste norte, o legislador identificou como formadores da personalidade e, por consequência, responsáveis pela educação, não só o Estado e as instituições de ensino privadas, como também, a família e a comunidade nas suas multifaces.

Esse pensamento traduz perfeitamente o que se espera da educação no século XXI: comprometimento do Estado e da sociedade em todas as esferas, em busca do desenvolvimento humano.

Seguindo uma perspectiva social, e não utilitarista, o termo desenvolvimento humano reflete ideais ligados aos problemas gerados pela falência do Estado, não só no sistema educacional, mas principalmente, voltados ao princípio da dignidade da pessoa humana. A pobreza, a fome, o elevado índice de mortalidade infantil, o caos na saúde pública, o desemprego, o envolvimento dos jovens com as drogas, a explosão da criminalidade e da violência; todas essas mazelas da sociedade e muitas outras podem ser superadas através da educação.

Para Elias de Oliveira Motta “este posicionamento, que incentiva a integração da escola não só com as empresas, mas também com a comunidade como um todo, é uma decorrência lógica de nossa evolução social e econômica e de uma visão sistêmica da educação”.^[1]

O crescimento de uma nação possui relação diretamente proporcional à realização pessoal de cada um. Pessoal não no sentido individualista, egoísta, hedonista... Mas uma satisfação plena de alguém que se considera parte de um mecanismo interligado aos outros seres humanos e à natureza e, que aproveita todos os recursos de informação e tecnologia para uma maior interação e desenvolvimento coletivo.

Partindo dessa premissa, a Comissão Internacional sobre a educação para o século XXI, apresentou relatório à UNESCO estabelecendo quatro os pilares básicos da educação: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser.

Nenhum conhecimento se adquire sem o interesse em explorar seja lá qual for o objeto de estudo. Isso quer dizer, assimilar e destacar as características que o integram. Observando o bebê, a mãe identifica no seu choro a fome, a dor, o sono. Mesmo sem possuir uma visão nítida, o recém nascido já sabe qual é o cheirinho da mamãe, e reconhece sua voz em meio à multidão. É esta sintonia que faz com que a mãe tenha a atitude correta para acalmar o seu filho. Eles se conhecem.

O aprender a fazer parece estar mais ligado ao tecnicismo, onde a prática é sua mestra. É a materialização do aprendizado teórico.

A vida em sociedade é algo complexo, que exige atitudes flexíveis, bom senso, solidariedade, para não dizer altruísmo. É o abdicar, por vezes, do bem estar individual em benefício da coletividade.

Conhecer a si mesmo. Eis o desafio lançado. Muitos de nós leva uma vida inteira para descobrir quais as coisas de que realmente gosta, seus sonhos, dons, vontades, o que nos faz feliz. Outros, nem desta forma chegam à conclusão de quem realmente são. Conhecer a si mesmo é o primeiro passo para entender os sentimentos alheios. Aprender a ser.

Não se faz necessário ser especialista na área da educação para afirmar que no ensino tradicional o aprender a conhecer e aprender a fazer ofuscam o brilho dos outros dois fundamentos. Para Jacques Delors:

(...) em regra geral, o ensino formal orienta-se, essencialmente, se não exclusivamente, para o *aprender a conhecer* e, em menor escala, para o *aprender a fazer*. As duas outras aprendizagens dependem, a maior parte das vezes, de circunstâncias aleatórias quando não são tidas, de algum modo, como prolongamento natural das duas primeiras. Ora, a Comissão pensa que cada um dos “quatro pilares do conhecimento” deve ser objeto de atenção igual por parte do ensino estruturado, a fim de que a educação apareça como uma experiência global a levar a cabo ao longo de toda a vida, no plano cognitivo como no prático, para o indivíduo enquanto pessoa e membro da sociedade.

Desde o início dos seus trabalhos que os membros da Comissão compreenderam que seria indispensável, para enfrentar os desafios do próximo século, assinalar novos objetivos à educação e, portanto, mudar a idéia que se tem da sua utilidade. Uma nova

concepção ampliada de educação devia fazer com que todos pudessem descobrir, reanimar e fortalecer o seu potencial criativo – revelar o tesouro escondido em cada um de nós. Isto supõe que se ultrapasse a visão puramente instrumental da educação, considerada como via obrigatória para obter certos resultados (saber-fazer, aquisição de capacidades diversas, fins de ordem econômica), e se passe a considerá-la em toda a sua plenitude: realização da pessoa que, na sua totalidade, aprende a ser.[2]

Estabelecidos os fundamentos da educação do século XXI, cumpre adaptar o ensino à esse novo modo de visualizar o mundo, otimizando a troca de experiências, o aprender e o ensinar simultaneamente.

4 EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Caracteriza-se educação a distância como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos.[3]

CONCEITOS EAD - DIVERSOS

4.1 ASPECTOS NORMATIVOS DA EAD

A educação a distância é regulada pelo Decreto n. 5.622/2005, que regulamentou o art. 80 da Lei 9.394/1996, art.87; que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Decreto 2.494 de 10 de fevereiro de 1998. Portaria 301/98 Pós-graduação: lato sensu: art. 2 e 3 dec.2494. Resolução 1/2001 da camara de educação superior do conselho nacional de educação – pós-graduação.

Quanto ao tratamento oferecido à pós-graduação, explica Roberto Fragale Filho:

É preciso distinguir aqui duas possibilidades, relacionadas com a oferta de pós-graduação *strito sensu* e *lato sensu*. Enquanto, no Dec. 2.494/98, a regulamentação da primeira é remetida a uma outra ocasião (art.2.º, §1.º), a segunda não é objeto de qualquer consideração. Na verdade, elas acabaram sendo regulamentadas pela Res. 1/2001 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, que estabeleceu, de forma genérica, as normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação no país. Por conta de seu art. 3.º, os cursos de pós-graduação *strito sensu* a distância serão oferecidos exclusivamente por instituições credenciadas para tal fim pela União, obedecendo às mesmas exigências de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento estabelecidas pela referida regulamentação. Eles devem,

necessariamente, incluir provas e atividades presenciais, observando-se que os exames de qualificação e as defesas de dissertação ou tese também devem ser presenciais, diante de banca examinadora que inclua pelo menos um professor não pertencente ao quadro docente da instituição responsável pelo programa. Por fim, a avaliação efetuada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) utilizará critérios que garantam o cumprimento do preceito de equivalência entre a qualidade da formação assegurada por esses cursos e a dos cursos presenciais. Embora, consoante o art. 6.º da referida resolução, os cursos de pós-graduação *lato sensu* oferecidos por instituições de ensino superior ou por instituições especialmente credenciadas para atuarem nesse nível educacional independam de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento, quando realizados a distância, eles só podem ser oferecidos por instituições credenciadas pela União e devem incluir, necessariamente, provas presenciais e defesa presencial de monografia ou trabalho de conclusão de curso (art. 11), com seus diplomas devendo indicar, entre outras coisas, o ato legal de credenciamento da instituição (art. 12, §1.º, I). [4]

O artigo 9.º do mesmo diploma legal dispõe em seu parágrafo único que as instituições de pesquisa científica e tecnológica, públicas ou privadas, de comprovada excelência e de relevante produção em pesquisa, poderão solicitar credenciamento institucional, para a oferta de cursos ou programas a distância de especialização, mestrado, doutorado e educação profissional tecnológica de pós-graduação.

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EAD

Há registros de cursos de taquigrafia a distância, estampados em anúncios de jornais, desde a década de 1720. Este período até meados de 1970, foi considerado a primeira geração da EaD. O início da EaD desenvolveu-se através de cursos por correspondência, que utilizava materiais impressos de estudo. Neste período, o modelo dominante do capitalismo era o fordismo, que teve seu auge na década de 1920. Esse modelo industrial propunha uma grande produção para um grande número de destinatários e possuía três características básicas: baixa inovação dos produtos, pouca variabilidade dos processos de produção e um nível mínimo de organização de trabalho. Desta forma, a educação nesta época tinha a finalidade de atender basicamente às necessidades deste modelo econômico, numa perspectiva positivista. O ensino se tornou mecanizado, padronizado, produzido e consumido em massa. Em ritmo acelerado, várias propostas de criação de cursos a distância se espalharam com o aparecimento das sociedades, instituições e escolas. Destaque para os cursos técnicos de extensão universitária. Todavia, o paradigma de que os cursos por correspondência tinham um caráter supletivo, inviabilizou muitos cursos universitários a distância, que teve poucas experiências bem sucedidas mesmo em países de primeiro mundo. Na década de 1960 inicia-se a queda do modelo fordista. Esse período é marcado pela transição do modelo econômico, que não conseguiu mais atender ao processo operacional e, por novas concepções de educação, inspiradas na evolução tecnológica. São criadas novas formas de organização de trabalho. Neste contexto surgiu a segunda geração da EaD.

A segunda geração da EaD incorporou o uso de novas mídias como a televisão, o rádio, as fitas de áudio e vídeo e o telefone. Um momento importante é a criação das universidades abertas de ensino a distância, influenciadas pelo modelo da Open University britânica, fundada em 1969, que se utilizavam intensamente de rádio, TV, vídeos, fitas cassetes e centros de estudo, onde aconteciam múltiplas experiências pedagógicas. O interesse pela EaD teve um aumento significativo a partir destas experiências bem sucedidas. Surgiram assim as megauniversidades abertas a distância, em geral as maiores, em número de alunos, de seus respectivos países, como o Centre National d'Enseignement à Distance (CNED) na França; etc. Este período caracterizado pela utilização de meios de comunicação audiovisuais vai até o início da década de 1990.

A partir daí o modelo econômico vivenciado é o neofordismo. O neofordismo caracteriza-se pela alta inovação dos produtos e grande variabilidade do processo produtivo, todavia, ainda se utilizava de uma organização de trabalho típica do modelo fordista. Passou a surgir então uma proposta mais flexível de educação, a fim de atender aos anseios sociais. Os cursos eram menores, mas a atualização era constante. Esta nova geração introduziu a utilização do videotexto, do microcomputador, da tecnologia de multimídia, do hipertexto e de redes de computadores, caracterizando a educação a distância on-line. A terceira geração da evolução da EaD seria marcada pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e da comunicação. Por volta de 1995, com a incontrolável propagação da internet no mundo, surge um novo espaço para a educação, o ambiente virtual de aprendizagem, digital e fundamentado na rede mundial de computadores. [5]

A primeira experiência de EaD no Brasil deu-se através da Rádio Sociedade do Rio de Janeiro que transmitia programas de literatura, radiotelegrafia e telefonia, línguas e outros, em 1923. O Instituto Universal, fundado em 1941, utilizando material impresso, também é lembrado como pioneiro da EaD no Brasil. Todavia, a EaD somente teve expressão com a criação do Programa Nacional de Teleducação (Prontel) em 1972. Em 1981, o Sistema Nacional de Radiodifusão se fortaleceu com a criação do Fundo de Financiamento da Televisão Educativa (Funtevê), que passou a transmitir programas educativos em parceria com várias rádios educativas e canais de TV. Instituições privadas e governos estaduais também começaram a desenvolver projetos, destaque para o Movimento de Educação de Base (MEB) em 1956. Outras iniciativas se seguiram nas décadas de 60 e 70. No final dos anos 1970, foi criado o Telecurso de Segundo Grau, numa parceria entre a FPA (TV Cultura) e a Fundação Roberto Marinho (TV Globo), que se destaca pela continuidade de transmissão e recepção das teleaulas, gerando posteriormente o Telecurso de Primeiro Grau em 1980 e Telecurso 2000 na década de 1990. Ainda na década de 1970, destaque para o Movimento Brasileiro de Alfabetização (Mobral) e para o Programa Logos, que de 1977 a 1991 qualificou cerca de 35 mil professores em 17 estados, basicamente utilizando material impresso. Em 1980 a Universidade de Brasília (UnB) iniciou trabalhos a distância. Em 2007, mais de 2,5 milhões de usuários estudaram a distância no Brasil.[6]

Os números dos usuários da educação a distância realmente impressionam. Vale lembrar, que esses alunos encontram-se divididos em níveis e modalidades educacionais da seguinte forma: educação básica (somente em casos excepcionais), educação de jovens e adultos, educação especial, educação profissionalizante (cursos técnicos de

nível médio e tecnológicos de nível superior), educação superior(cursos seqüenciais, de graduação, especialização, mestrado e doutorado).[7]

4.3 MÉRITOS DA EAD

Primeiramente, destaca-se a importância dessa modalidade de educação no que tange à democratização do ensino e a inclusão social. Elegendo condições flexíveis na forma de ingresso, ou seja, prescindindo do vestibular, a EaD amplia as possibilidades de acesso à grande parte da população.

Frise-se ainda, que os cursos são oferecidos em diversos horários, permitindo ao acadêmico uma otimização do tempo, isso quando o próprio aluno não escolhe o seu horário(e-learning).

O investimento em um curso superior a distância costuma ser notadamente inferior aos valores desembolsados nos cursos presenciais.

Pesquisas demonstram que o aprendizado na EaD se dá na mesma proporção da educação tradicional, muitas vezes com mais eficiência.

O tempo é de certa forma melhor aproveitado haja vista que por ser uma modalidade mais estruturada, as horas/aula são repassadas normalmente de forma ininterrupta.

O aluno tem a oportunidade de ter professores de renome nacional e internacional.

Os materiais impressos geralmente são de boa qualidade. A EaD dispõe de sistemas de aprendizado sofisticados tais como a videoconferência.

Na universidade aberta, todos podem se matricular independentemente de educação prévia, o curso pode ser iniciado a qualquer momento e em qualquer lugar, inclusive em casa.

3.4 DAS FALHAS DA EAD

Indubitavelmente é uma forma interessante de se aprender. Todavia, possui falhas como qualquer modalidade de educação. O principal ponto negativo do ensino jurídico reside na distância entre professor e aluno e alunos entre si. Neste sentido é a visão de Lorenzo García Aretio:

El objetivo de la socialización presenta dificultades para ser logrado mediante esta modalidad. Las ocasiones para la interacción personal de los alumnos y de éstos con su profesor son escasas, aunque de no ser así se desvirtuaría el propio concepto de educación a distancia. Pocas ocasiones pueden presentarse para la realización de

actividades culturales, deportivas, de movilización a escala comunitaria o grupal, etc. [8]

E ainda:

Las ventajas de la riqueza de la relación educativa personal entre profesor y estudiante se ven empobrecidas. La retroalimentación, el feed-back puede ser muy lento en la educación a distancia. La rectificación de posibles errores cometidos en el diseño, en los materiales, en los mensajes, en la evaluación, et., presenta mayores dificultades que en los procesos educativos presenciales. [9]

Entretanto, Aretio diz que os tutores presenciais e os novos meios tecnológicos reduzem estes inconvenientes. [10]

Para Francisco José da Silveira Lobo Neto:

Junto com a interação professor-aluno, a relação entre colegas de curso, mesmo a distância, é uma prática valiosa, capaz de contribuir para evitar o isolamento e manter um processo instigante, motivador de aprendizagem, facilitador de interdisciplinaridade e de adoção de atitudes de respeito e de solidariedade. Sempre que necessário, os cursos de graduação a distância devem prever momentos presenciais. Sua frequência deve ser determinada pela natureza da área do curso oferecido. O encontro presencial, no início do processo, é importante para que os alunos conheçam professores, técnicos de apoio e seus colegas, facilitando, assim, contatos futuros a distância.[11]

Maria Luiza Belloni, aponta o tradicional uso do telefone como uma forma de interação pessoal entre professor e aluno na educação a distância:

Em situações de aprendizagem a distância, a interação pessoal entre professores e alunos é extremamente importante e neste caso o uso do telefone pode ser de grande eficácia, sendo totalmente diferente do uso pelo estudante de um programa informático mesmo que este lhe ofereça muitas possibilidades interativas: na primeira situação há intersubjetividade e retorno imediato, troca de mensagens de caráter socioafetivo, enquanto na segunda há busca e troca de informações. Em ambas as situações pode e deve ocorrer aprendizagem, e os dois tipos de meios evocados podem e devem ser úteis e complementares para a EaD.[12]

Da falta de interação entre professor e aluno surgem diversos outros problemas. A vantagem da relação pessoal entre professor e aluno e entre os alunos se vêem empobrecidas. Muitos alunos não respondem à exigência da autodisciplina indispensável no ensino a distância. O professor não possui a mínima noção do aprendizado do aluno, uma vez que nesta modalidade de educação o contato se restringe a questionamentos do aluno ao professor, e não o contrário, e ainda somente quando o aluno desejar. Por vezes a timidez e o medo de se manifestar perante todos os alunos conectados representa obstáculo ao conhecimento. No ensino presencial, a convivência rotineira com os demais se não elimina esse problema, minimiza-o. Os professores devem estar preparados para este tipo de ensino, com variadas técnicas. As relações sociais ficam prejudicadas. Os alunos são meros receptores de conhecimento, e com tanta informação a dificuldade em assimilar isso tudo é considerável. Não há espaço para a construção do conhecimento e um pensamento crítico. Para Marcos T. Masetto:

A ênfase no processo de aprendizagem exige que se trabalhe com técnicas que incentivem a participação dos alunos, a interação entre eles, a pesquisa, o debate, o diálogo; que promovam a produção do conhecimento; que permitam o exercício de habilidades humanas importantes como pesquisar em biblioteca, trabalhar em equipe com profissionais da mesma área e de áreas afins, apresentar trabalhos e conferências, fazer comunicações, dialogar etc.; que favoreçam o desenvolvimento de habilidades próprias da profissão na qual o aluno pretende se formar; que motivem o desenvolvimento de atitudes e valores como ética, respeito aos outros e a suas opiniões, abertura ao novo, criticidade, educação permanente, sensibilidade às necessidades da comunidade na qual o comunicar conhecimentos seja por meio de meios convencionais, seja por meio de novas tecnologias. [13]

Carmem Maia, comentando Dreyfus e Albert Borgmann, anota:

Para Dreyfus, os alunos virtuais não teriam a experiência que vem da resposta direta às situações arriscadas e perceptualmente ricas que o mundo nos apresenta. Sem a experiência de seus sucessos e fracassos incorporados em situações reais, eles não seriam capazes de adquirir a habilidade de um *expert*, que responde imediatamente a situações presentes como um mestre. Para Dreyfus, a expertise não pode ser adquirida no ciberespaço desencorporado, pois necessita do exercício de interconexão de corpos, da intercorporalidade, da presença de uma sala de aula.(...)

Outro autor que argumenta na mesma direção é Albert Borgmann, em seu *Holding on to reality*. Para ele, a educação implica disciplina para sustentar o esforço de aprendizado, que por sua vez precisa do suporte de tempo, espaço e socialização que têm sido partes da natureza humana desde que nos envolvemos em um mundo de informações naturais. Além disso, as universidades virtuais poderiam ajudar a perpetuar um problema, o dos preconceitos, que as universidades reais já começaram a resolver, pois nestas os ‘superiores’ e ‘inferiores’ são obrigados a conviver frente a frente com tarefas comuns e exigentes. Para Borgmann, o campus tradicional recria uma ordem espacial e temporal cara à informação natural. As aulas têm seu tempo e espaço específicos. Elas ocorrem em salas cavernosas com boa parte da atenção centrada em uma pessoa. Seminários são

conduzidos em pequenas salas com grande interação de alunos e professores. Os laboratórios têm um cheiro característico e envolvem o tato, assim como a visão e a audição. As bibliotecas oferecem espaços para leituras silenciosas. Lanchonetes nos cercam com seu zumbido confortante. Mesmo na pequena escala do escritório, escrever aqui, procurar uma pasta ali, levantar para pegar um livro da estante caracterizam-se como envolvimento menores do corpo que ajudam a espacializar e temporalizar a informação, tornando mais provável sua transformação em conhecimento. A informação tecnológica, ao contrário, brota infinita e incansavelmente de uma fonte em direção a um corpo imobilizado por um sentido. Ou assim seria se microcomputadores fossem uma fonte de informação verdadeiramente rica. Mas o que ocorre é um desequilíbrio proibitivo entre a informação tecnológica abundante, de um lado, e a capacidade de absorção severamente atrofiada, de outro. [14]

Pode ocorrer também fenômeno de um monopólio em que instituições se consagrem no cenário nacional, passando a educar em massa, com os melhores professores e recursos tecnológicos, sendo procuradas e as demais repelidas.

Considerando que tanto nos cursos de graduação como de especialização, mestrado e doutorado, busca-se uma formação não só teórica e prática, mas humanista, o ensino jurídico a distância não se mostra como a melhor alternativa. O ideal seria mesclar a educação tradicional com os avanços tecnológicos da educação a distância.

Para Jacques Delors:

Todas as universidades deviam tornar-se “abertas” e oferecer a possibilidade de aprender a distância e em vários momentos da vida. A experiência do ensino a distância demonstrou que, no nível de ensino superior, uma dose sensata de utilização dos meios de comunicação social, de cursos por correspondência, de tecnologias de comunicação informatizadas e de contatos pessoais, pode ampliar as possibilidades oferecidas, a um custo relativamente baixo. Estas possibilidades devem incluir, ao mesmo tempo, a formação profissional e os ensinamentos de enriquecimento pessoal. Além disso, de acordo com a idéia segundo a qual cada um deve simultaneamente aprender e ensinar, a universidade deve apelar mais à colaboração de especialistas além dos professores de ensino superior: o trabalho de grupo, a cooperação com a comunidade circunvizinha, o trabalho de estudantes a serviço da comunidade, são alguns dos fatores a que podem enriquecer o papel cultural das instituições de ensino superior e como tal merecem ser encorajados.[15]

4 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

A Lei de 11 de agosto de 1827 criou dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais no Brasil, um na cidade de São Paulo e outro em Olinda. A origem dos cursos está relacionada com a necessidade de uma estrutura político-administrativa que viabilizasse a independência. Todavia, após a instalação dos cursos priorizou-se a formação de juízes e advogados. O aprendizado no Brasil Império era muito semelhante ao que ocorre ainda hoje, ou seja, as universidades não preparam o profissional para a profissão nem para a vida, sua formação vem da experiência no mercado de trabalho.[16]

Com efeito, a principal diferença do Brasil Império e dos dias de hoje é a explosão da oferta de cursos jurídicos no país. Infelizmente, o ensino jurídico não ficou imune aos fracassos da educação tradicional.

A péssima qualidade dos cursos de direito fica evidente quando se observa o elevado índice de reprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, combinado com a postura de profissionais que não possuem compromisso nenhum com a ética, a moral e a justiça. Os acadêmicos do último ano das universidades de direito hoje não possuem nem ao menos noção de dogmática jurídica, como esperar então uma atitude crítica? Na opinião de Alberto Consolaro, a essência da universidade está em formar sujeitos capazes de produzir e manifestar um pensamento crítico:

A universidade, uma comunidade pensante, existe para ensinar a desenvolver o espírito crítico de seus estudantes e o seu próprio julgamento. Educar para a universidade significa ensinar a pensar sozinho. Os indivíduos assim formados devem ser capazes de pensar e criticar com independência e saber transmitir à sociedade este espírito. Esta é a essência da universidade.[17]

Contemporaneamente não mais se sustenta a concepção de que o acadêmico simplesmente assista às aulas como telespectador. A visão de que o docente é um ser superior, dotado de sabedoria infinita, há muito tempo foi superada. A universidade tem de representar um caldeirão de idéias, somente assim abrirá caminhos para a construção do conhecimento.

Partindo deste pressuposto, tornar a universidade atrativa não é tarefa das mais fáceis. Entretanto, a combinação entre professores de qualidade voltados a uma formação humanística, ambiente reflexivo, didática eficiente, estrutura física capaz de abrigar a pesquisa científica inovadora, disponibilidade de recursos tecnológicos e troca de experiências entre os alunos e a comunidade, seria um bom começo.

Para Pedro Demo:

O que a universidade deve ter de especial é mérito acadêmico inequívoco, comprovado na capacidade permanente de reconstrução própria do conhecimento, formação extremamente qualitativa de seus alunos, habilidade de manejar a fronteira das inovações importantes na sociedade e na economia. Se esse fosse o caso, haveria pouco

que reclamar sobre custos, por exemplo, porque não existe educação qualitativa barata, mas sobretudo porque, sendo o manejo inteligente do conhecimento o fato diferencial entre os povos, não há preço para essa competência humana. Isso também fundamentaria, de sobra, sua gratuidade, não, porém, o discurso social mentiroso que imagina estar defendendo os pobres. Estes não passam do ensino fundamental.[18]

É fato que as universidades públicas, sobretudo as mais conceituadas, constituem território das classes média e alta. Poucos são os jovens que após ter concluído o ensino fundamental e médio em escola pública conseguem ingressar no ensino superior. Sendo esta dificuldade aparente até mesmo nas instituições privadas, o que dizer da universidade pública?

Fortalecer a educação pública desde o ensino fundamental, passando pelo ensino médio e preparando o aluno para ingressar na universidade, seria o projeto ideal.

Mas como a realidade e o sonho quase sempre estão muito distantes, o Estado não dispendo dos recursos necessários para essa arrojada reforma, busca alternativas que somente acentuam as diferenças. Um exemplo é a criação do sistema de cotas. Fala-se em cotas para afro-descendentes, índios, pobres, etc. A falha no sistema permanece, e cria-se outro problema ainda mais grave, que é a subdivisão da população em “comunidades”, tais quais às da internet (Orkut).

A importância do ensino jurídico está se perdendo no mundo globalizado. A explicação é de que o mercado gira em torno das ciências econômicas, administrativas, de produção, comércio exterior, tecnologias de informação, etc.

Com tanto assunto, não há tempo para se discutir o direito, até porque seria inútil. Enquanto se discute, o cenário mundial já se modificou. É o direito sempre correndo atrás da evolução (involução?) da sociedade. Involução no sentido de ter que avançar, ultrapassar conceitos e modelos, para ao final da trajetória concluir que tudo o que tínhamos lá no início era, senão melhor, ao menos palpável, concreto, real. Toma-se como exemplo o uso de terapias alternativas para cura de determinadas doenças, a procura cada vez maior por alimentos orgânicos, a fuga da metrópole em busca de uma vida simples no campo. Até receber cartas era muito mais romântico do que o tal do e-mail.

É uma pena que no passado também tenham se perdido valores essenciais para a vida em sociedade. Da problematização levantada até o presente momento, a relativização da ética e da moral constitui o ponto nuclear da crise do ensino jurídico no Brasil.

Poucos são os acadêmicos que elegem o Direito por ideologia. A maioria ingressa na universidade ainda muito jovem, sem saber ao certo qual rumo tomar na vida. A escolha é determinada basicamente por uma perspectiva de status social e perseguição do lucro (ilusão). Outros ainda escolhem o Direito somente pra pleitear vaga em concursos públicos que exigem graduação em curso superior.

Destarte, as instituições de ensino jurídico jogam no mercado profissionais sem o mínimo de conhecimento do direito positivado, incapazes de qualquer atitude reflexiva e desprovidos da genuína consciência ética e moral.

Para José Renato Nalini, à deontologia forense aplica-se um princípio fundamental: agir segundo ciência e consciência. Ciência a significar o conhecimento técnico adequado, exigível na generalidade, quanto à consciência:

Formar a consciência é o objetivo mais importante de todo o processo educativo. Ela é que avalia o acerto das ações, ela é que permite reformular o pensamento e as opções. Somente ela permitirá coerência ao homem, propiciando-lhe comportar-se de acordo com a própria consciência. Por isso é que a formação da consciência, além de ser o objetivo mais importante, resume em si todo o inteiro processo educativo.[19]

A relevância em despertar a consciência no acadêmico de direito toma suas reais proporções na medida em que não podemos apostar na evolução espontânea da sociedade como pressuposto para uma ascensão qualitativa do ensino jurídico no país. Para José Renato Nalini: “A decantação dos maus costumes para ver aflorar os bons não tem sido a regra na história das civilizações. Há razões para muito ceticismo e, até, para certo pessimismo. O momento de se pensar seriamente em ética **era ontem**, não amanhã.”[20]

Na visão de Eduardo Bittar:

A opção pela ética é uma opção que procura direcionar esforços no sentido do enriquecimento do estoque de paradigmas construtivos e dignificantes da humanidade. Por ser patrimônio da humanidade, o conjunto de todos os valores, ações e ideologias que contribuem em seu favor merece proteção e culto diários, para que se possa realmente estabelecer os parâmetros para uma sociedade de fato livre e igualitária.[21]

Neste diapasão, a ética e a moral são valores que devem fazer parte do cotidiano de todos os indivíduos, de forma ininterrupta.

Relativamente aos operadores do direito, quando a ética e a moral lhes faltarem, ameaçados estarão também o Estado Democrático de Direito e a justiça.

Por esta razão, muito antes do ensino abordar a dogmática, deve orientar o acadêmico a construir uma vida fundamentada nos valores éticos e morais. Deontologia jurídica deve ser disciplina presente e obrigatória em todos os currículos de ciências jurídicas e sociais.

Após discorrer sobre a problemática da estrutura interna do ensino jurídico, pertinente a ponderação a respeito do avanço incontrolável do número de cursos de direito existentes no país.

A oferta indiscriminada de cursos jurídicos no País tem uma razão de ser: em nenhum momento da história se lucrou tanto com a educação como hoje em dia. Para Fernando Facury Scaff:

Não se deve perder de vista a função social dos operadores do direito, sua formação deve sempre ter por escopo a importância de sua atuação como vetor do desenvolvimento e da redução das desigualdades sociais, em busca da Justiça, e não como um instrumento de manutenção e reação às mudanças sociais. Faz-se observar que nem sempre o moderno, o mais recente, quer dizer novo. As mudanças se operam com o ultrapassamento de problemas através da efetiva alteração de paradigmas, e não com o retorno a experiências malsucedidas, travestidas de modernidade. Não mais se admite uma educação que sacrifique a qualidade, e o ensino, o desenvolvimento humano para obtenção de lucro, denominando inclusão social. Expandir sem qualidade será o suicídio de uma geração.[22]

Enquanto as instituições de ensino superior se multiplicam numa velocidade admirável, multiplica-se também o número de profissionais desorientados e desempregados por conta da péssima qualidade do curso.

Assim, temos graduados em direito ocupando vagas nas mais diversas áreas, cargos e salários.

Os cursos preparatórios para concursos nunca tiveram tantos alunos na disputa. Mesmo com curso superior, grande parte deles se prepara para ingressar no funcionalismo público ainda que seja para ocupar uma função de ensino médio.

A solução talvez esteja em barrar o credenciamento dos cursos, com normas mais rigorosas, todavia, estar-se-ia criando outro problema, a grande dificuldade em se ingressar no curso superior. Também não podemos negar a função social das instituições de ensino na geração de empregos.

Em meio à gigantesca onda dos cursos de direito, o ensino jurídico a distância se destaca por características peculiares, e é alvo de acalorados debates.

4.1 O ENSINO JURÍDICO A DISTÂNCIA

Outra crítica relevante à Educação a Distância se fundamenta na inexistência de ambiente para formação de um pensamento crítico. Conseqüentemente, também não há

espaço para a construção do conhecimento. O caminho da ética e da moral, também não são ensinados nas instituições de ensino jurídico a distância. Para San Tiago Dantas:

Considerando que as falhas na modalidade de ensino a distância verificam-se basicamente na falta de interação entre aluno e professor e alunos entre si, o que dificulta sobremaneira e construção do conhecimento, o pensamento crítico e a formação ética e moral, é o pensamento de San Tiago Dantas:

Pela educação jurídica é que uma sociedade assegura o predomínio dos valores éticos perenes na conduta dos indivíduos e sobretudo dos órgãos do poder público. Pela educação jurídica é que a vida social consegue ordenar-se segundo uma hierarquia de valores, em que a posição suprema compete àqueles que dão à vida humana sentido e finalidade. Pela educação jurídica é que se imprimem no comportamento social os hábitos, as reações espontâneas, os elementos coativos, que orientam as atividades de todos para as grandes aspirações comuns.^[23]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise no ensino jurídico se tornou um fato indiscutível, não há como negar as causas desse problema generalizado, porém, durante alguns anos se buscou incansavelmente a solução para essa gravosa crise, sendo certo que nada se resolveu.

Deste modo, a EAD surge como uma modalidade de ensino não presencial, que tem como objetivo principal fornecer o ensino, não respeitando empecilhos outrora existentes, tais como, barreiras geográficas e falta de tempo.

Deste modo, evidente a existência de falhas nessa modalidade de ensino, contudo, deve-se ter em mente que apenas alguns detalhes podem fazer a diferença.

O que o EAD pretende, não é romper com a tradicional forma de ensinar, em absoluto, porém deseja apenas facilitar a vida daqueles que desejam buscar novos conhecimentos mas não pode de modo algum se desvencilhar da ética e da moral, pois já não há espaço para as faculdades que buscam somente o lucro infundável, uma vez que o próprio mercado de trabalho seleciona os novos profissionais.

Por fim, independentemente da modalidade de ensino, não se pode esquecer valores considerados essenciais para a vida em sociedade, não há que se permitir a relativização da ética e da moral, pois só assim a solução surgirá para a crise no ensino jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARETIO, Lorenzo García. *La educación a distancia: De la teoría a la práctica*. Barcelona: Ariel, 2006.
- BASTOS, Aurélio Wander. *O Ensino Jurídico no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BELLONI, Maria Luiza. *Educação a distância*. 3.ed. Campinas, SP; Autores Associados, 2003.
- BITTAR, Eduardo C.B.. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CONSOLARO, Alberto. *O “Ser” Professor: arte e ciência do ensinar e aprender*. 4.ed. Maringá : Dental Press, 2005.
- DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 5.ed. São Paulo:Cortez; Brasília : MEC:UNESCO, 2001.
- DEMO, Pedro. *A Nova LDB: Ranços e Avanços*. 18ed. Campinas: Papirus, 2004.
- Decreto Lei n. 5.622 de 10 de dezembro de 2005. Art.1 e 2.
- FRAGALE, Roberto Filho. *Educação a distância: análise dos parâmetros legais e normativos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GUAREZI, Rita de Cássia Menegaz. *Educação a distância sem segredos*. Curitiba: Ibpex, 2009.
- LOBO, Francisco José da Silveira Neto. *Educação a distância: referências e trajetórias*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Tecnologia Educacional, 2001.
- MAIA, Carmem. *ABC da EaD; a educação a distância hoje*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- MORAN, José Manoel et alli. *Novas tecnologias e mediação pedagógica*. 3ed. Campinas, SP: Papirus, 2000.
- MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional e educação no século XXI*. Brasília:UNESCO, 1997.
- NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCAFF, Fernando Facury. *OAB Recomenda: Um Retrato dos Cursos Jurídicos*. Brasília:OAB, Conselho Federal. 2001.

-
- [1] MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional e educação no século XXI*. Brasília:UNESCO, 1997. p.213.
- [2] DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 5.ed. São Paulo:Cortez; Brasília : MEC:UNESCO, 2001. p.85.
- [3] Decreto Lei n.5.622 de 10 de dezembro de 2005. Art. 1.
- [4] FRAGALE, Roberto Filho. *Educação a distância: análise dos parâmetros legais e normativos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.21/22.
- [5] MAIA, Carmem. *ABC da EaD; a educação a distância hoje*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 21-23.
- [6] GUAREZI, Rita de Cássia Menegaz. *Educação a distância sem segredos*. Curitiba: Ibplex, 2009. p. 34 a 38.
- [7] Decreto Lei n. 5.622 de 10 de dezembro de 2005. Art.2.
- [8] ARETIO, Lorenzo García. *La educación a distancia: De la teoría a la práctica*. Barcelona: Ariel, 2006. p. 87/88.
- [9] Idem.
- [10] Ibidem.
- [11] LOBO, Francisco José da Silveira Neto. *Educação a distância: referências e trajetórias*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Tecnologia Educacional, 2001. p. 132.
- [12] BELLONI, Maria Luiza. *Educação a distância*. 3.ed. Campinas, SP; Autores Associados, 2003. p .58
- [13] MORAN, José Manoel et alli. *Novas tecnologias e mediação pedagógica*.3ed. Campinas, SP: Papirus, 2000. P. 143-144.
- [14] MAIA, Carmem. Op.cit., p.12.
- [15] DELORS, Jacques. *Op.cit.* p.144
- [16] BASTOS, Aurélio Wander. *O Ensino Jurídico no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 1 ,42.
- [17] CONSOLARO, Alberto. O “Ser” Professor: arte e ciência do ensinar e aprender. 4.ed. Maringá : Dental Press, 2005. p. 23.

[18] DEMO, Pedro. *A Nova LDB: Raços e Avanços*. 18ed. Campinas: Papirus, 2004. p.82.

[19] NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.183.

[20] *Idem*. p.203, 204.

[21] BITTAR, Eduardo C.B.. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. 2ed. SãoPaulo: Saraiva, 2004. p.65.

[22] SCAFF, Fernando Facury. *OAB Recomenda: Um Retrato dos Cursos Jurídicos*. Brasília:OAB, Conselho Federal. 2001. p.80.

[23] DANTAS, San Tiago. *Palavras de um professor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.57

**AS DEFICIÊNCIAS DO ENSINO JURÍDICO NAS INSTITUIÇÕES
UNIVERSITÁRIAS E NA FORMAÇÃO DO PROFESSOR E DO ACADÊMICO**

**THE DEFICIENCIES OF LEGAL EDUCATION IN THE UNIVERSITY
INSTITUTIONS AND THE FORMATION OF THE PROFESSOR AND THE
ACADEMIC**

**Maurício Gonçalves Pereira
Marcio Fernando Candéo dos Santos**

RESUMO

As instituições universitárias estão num processo de transformação constante, diante das exigências da própria sociedade. A abertura constante de novos cursos, em especial o Curso de Direito, tem levado à formação de profissionais desqualificados para a função, visto que na sua base escolar e durante o ensino superior tem uma má-formação. Ainda, as instituições de ensino superior não tem oferecido condições para uma boa formação do professor, sendo este um instrumento fundamental na relação ensino aprendizagem. Além da estrutura física e pedagógica, a universidade deve buscar uma boa formação ao professor, para que ele não fique identificado com a sua profissão, mas sim como aquele ser capaz de transmitir seus conhecimentos e identificar os caminhos a serem seguidos pelo acadêmico, segundo as regras da docência.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO UNIVERSITÁRIO, PROFESSOR, DIREITO, ACADÊMICO

ABSTRACT

The colleges are in transformation process up against demand for society itself. The constant opening of new colleges degrees, especially the law degree, that have graduated professionals disqualified for the practice, since in their schooling got to poor formation, and in higher education too. Also, the colleges have not been given support for a better formation of the professors, which is a vital tool in teaching learning relationship. Beyond the building and educational infrastructure, the college should seek the best education to the professors, so that he not be identified with their profession, but that can be transmit their knowledge and identify the paths to be followed by academic, as rules of teaching staff.

KEYWORDS: HIGHER EDUCATION, PROFESSOR, LAW, ACADEMIC

INTRODUÇÃO

Com a globalização, a educação vem passando por grandes transformações. Nestes aspectos surgem muitos pontos de interrogação, tanto para a formação básica como para a formação do nível superior.

As instituições de nível superior tem possibilitado uma formação profissional adequada? O que esta sendo feito pelas instituições com relação à parte de estrutura física, estrutura pedagógica, recursos para pesquisas, laboratórios e principalmente na preparação do corpo docente? E o curso de direito oferece boa formação para seus acadêmicos? O que o egresso espera do curso de direito?

O ensino universitário do futuro está voltado mais para o estudo *on line* e esta é uma preparação necessária pelas instituições, que deverão preparar o corpo docente e abrir espaço para que o acadêmico conclua a graduação com formação acadêmica e profissional.

Há que se abordar ainda a formação continuada, ou seja, o profissional da atualidade e do futuro necessita de estudo contínuo, seja em nível de especialização, mestrado, doutorado ou pós-doutorado. O mercado de trabalho se movimenta constantemente, esta sempre se inovando e, como ele, a formação do profissional dada no passado não é a mesma do presente, pois já não mais existe “o formado que era para a vida toda”.

Se o profissional exige boa formação, o corpo docente tem que estar um passo a frente, com informação atualizada, sendo esta uma tarefa complexa que exige tempo e dedicação por parte do docente. Para isso, as instituições devem fornecer suporte em todos os sentidos para a qualificação e preparação do docente, possibilitando que o acadêmico tenha as informações completas e precisas.

O exercício da profissão docente requer uma sólida formação, seja na área que for, não sendo diferente na formação jurídica, nesta sendo, aliás, imprescindível. O professor de direito não é formado para lecionar, mas para exercer a profissão na área jurídica. E, para dar aulas, não basta saber a matéria e ter boa oratória. Para ser professor exige-se muito mais, exige-se preparação contínua e atualizada. Todavia, nem sempre o professor tem só a atividade em sala de aula como única ocupação, cumulando geralmente atividades paralelas, especialmente a advocacia e o exercício de algumas funções públicas, restando assim prejudicada a docência, eis que dificulta sua melhor preparação como docente. Por sua vez, o acadêmico fica à mercê dessa falta de preparo, ainda que o mercado de trabalho lhe exija boa e sólida formação.

Ao bacharelado em direito é ofertada uma gama de áreas para sua atuação, seja na advocacia, promotoria de justiça, magistratura, defensoria pública, além de muitas outras profissões decorrentes do ingresso em cargo público.

O que se nota é o descompasso na qualificação do aluno ingressante no mundo jurídico e os serviços prestados pelas entidades de nível superior, em especial com a formação do docente, fato que resulta em um graduando sem respaldo técnico científico de base.

Assim, esses vícios tornaram-se cíclicos e o maior prejudicado se torna o ensino jurídico, dentro do qual não se vê possibilidades de melhoras pelo total descompasso existente.

Com isso, o presente trabalho tem por objetivo levantar essa discussão sobre o ensino universitário, em especial o ensino jurídico, com vistas a uma reflexão sobre a formação das instituições de ensino superior, dos corpos docente e discente, tudo objetivando uma melhoria no ensino jurídico.

2. O ENSINO UNIVERSITÁRIO

As instituições de ensino superior e o ensino estão passando por transformações devido às exigências da sociedade, conforme as demandas. As universidades não são apenas fornecedoras de títulos, mas formadores de opinião, ou seja, as instituições universitárias criam, desenvolvem pesquisas, ciências e estimulam as descobertas. Nesse aspecto Zabalza em sua obra retrata:

*“é preciso ressaltar o novo sentido atribuído à universidade e as profundas **modificações** que tal instituição vem sofrendo desde a virada de século e de milênio. A fim de nos atermos a alguns pontos básicos, gostaria de referir-me, em particular, às características e à problemática que as universidades atuais apresentam em relação a três aspectos de grande importância - **a transformação ‘do próprio cenário universitário ao sabor das fortes mudanças políticas, sociais e econômicas das últimas décadas; o sentido formativo da universidades e dos atuais dilemas e das contradições para cumprir essa missão; finalmente, a estrutura organizacional e a dinâmica de funcionamento das universidades como instituições.** Os três aspectos constituem pontos de referência fundamentais para podermos entender o sentido da docência universitária e nosso papel como docentes.”^[1]*

A universidade faz parte das dinâmicas sociais e se submete aos processos e às incertezas de âmbito político, econômico, social e cultural. A discussão sobre as perspectivas futuras do ensino superior brasileiro pode ser vista de duas formas: transformar a estratificação que hoje existe em uma diferenciação real e a de traduzir o corporativismo que hoje paralisa o sistema em formas autênticas e adequadas de autonomia. Estas duas questões dependem de uma terceira, que é a da eventual tendência à substituição da lógica do controle institucional e formal, que até hoje predominou, por mecanismos semelhantes ao de mercado. Estas questões estarão condicionadas à expansão que o ensino superior deverá ter e que, ainda que não repita as altas taxas de crescimento das décadas anteriores, devido à incorporação do contingente feminino e dos estudantes noturnos, deverá sem dúvida reagir de forma vigorosa ao represamento ocorrido nos últimos dez anos.

O ensino universitário do futuro será menos presencial. A necessidade de deslocamento físico de alunos e professores para determinados locais serão reduzidos. Muitas aulas presenciais e práticas continuarão existindo, pois são imprescindíveis para determinados cursos técnicos. As aulas ministradas por professores renomados serão bem aproveitadas. Elas serão cada vez melhor ilustradas por meios gráficos e áudios visuais.

As aulas não ficarão mais disponíveis apenas para grupos restritos de alunos de uma determinada instituição. Serão repassadas ao vivo, mediante convênios e parcerias, para milhares de alunos localizados em qualquer parte do mundo. As universidades terão que admitir que nunca conseguirão excelência em todos os saberes.

Diante disso, no futuro, as matrizes curriculares de um curso universitário poderão ser montadas a partir de disciplinas ofertadas em diversas instituições, estejam elas no país ou no exterior. Imagina-se ainda que, no futuro, as famílias ricas poderão optar por educar seus filhos de forma individualizada, como antigamente. Quem dispuser de recursos poderá utilizar-se do ensino exclusivo, planejado e adaptado ao perfil do estudante. Mediante uma remuneração especial, as famílias poderão selecionar determinados especialistas, ou tutores, para ajudarem no planejamento e na gestão do processo educativo de seus filhos.

3. A NECESSIDADE DA FORMAÇÃO CONTÍNUA

Hoje em dia, não basta só um curso universitário, é preciso dar continuidade aos estudos ao longo da vida. Na atualidade, a universidade tem o papel importante no processo de formação pós-universitária, levando conhecimentos específicos em áreas afins, sendo cobradas atualizações contínuas em suas ofertas de cursos. Em uma nova etapa marcada pelo desenvolvimento econômico e social dos novos tempos, com as novas tecnologias e os novos sistemas produtivos, é exigida do profissional formação em áreas específicas com desenvolvimento e atualizações contínuas, com novas formações e inovações.

Anteriormente, a formação universitária era vista como uma formação para a vida toda, sendo que nos dias atuais essa ideia mudou. Um exemplo dessa mudança é o aluno de intercâmbio que pode cursar parte de seus estudos em uma universidade e outra parte em outra com disciplinas equivalentes.

As atividades desenvolvidas no programa de educação continuada abrangem: a) elaboração de diagnósticos sobre as necessidades de capacitação pedagógica dos docentes; b) definição de prioridades e estabelecimento de planos de ação para o atendimento das necessidades identificadas; c) realização de atividades de capacitação pedagógica de docentes, tais como: mini-cursos, jornadas, atendimento personalizado, assessoria aos cursos; estabelecimento de mecanismos de acompanhamento e avaliação das atividades e o seu impacto sobre a qualidade do ensino ofertado pela Instituição.[2]

Esta-se diante de um novo cenário, com o qual todos devem se adaptar. A sociedade não é mais estável e agora esta em constantes modificações, obrigando as

instituições de ensino a acompanharem as novas dinâmicas da globalização e da formação contínua, estando mais abertas com as mesmas.

4. A NOVA CULTURA UNIVERSITÁRIA

Devido a este recente cenário, a educação universitária deverá renovar o seu sentido e a sua missão para obter um novo e abrangente entendimento de aprendizagem como processo contínuo, e não restrito ao período universitário, surgindo, assim, novas discussões, voltadas a novos paradigmas de estruturação, administração das organizações e discussão de missão e metas estratégicas para enfrentar o atual momento. É preciso ressaltar o novo sentido atribuído à universidade e as profundas modificações que tal instituição vem sofrendo desde a entrada do milênio, ou seja, a transformação do próprio cenário universitário ao sabor das fortes mudanças políticas, sociais e econômicas, bem como no sentido formativo da universidade, a estrutura organizacional e a dinâmica de funcionamento dessa instituição.

Uma visão em longo prazo faz produzir no aluno a busca constante por qualificação, capacitação com atitudes, técnicas e competência, habituando-o a continuar aprendendo por si só.

Em torno da sociedade há um mundo novo a exigir reciclagem profissional constante, absorvendo novos conhecimentos e novas tecnologias, evidenciando que quem não se atualiza não tem vez.

A par disso, a universidade não pode renunciar ao processo seletivo e aqueles indivíduos que não podem acompanhar o sistema estabelecido poderão buscar novos caminhos. Esse processo seletivo tem que se mantido, pois a instituição precisa atestar a competência profissional de seus egressos, impedindo os não capacitados de exercerem uma profissão.

Dentro deste contexto, já não é preciso ensinar tudo em curto prazo, ou seja, é necessário registrar bem as bases necessárias para que o aluno possa continuar se aprofundando no âmbito científico depois que sair da universidade, iniciando sua profissão de forma a desenvolver a capacidade de lidar com informações, a criatividade e o planejamento.

A elevação da qualidade do ensino, além de melhorar o atendimento ao público, eleva o padrão ético de nosso meio. Assim, o conhecimento deve ser aplicado de forma global, interdisciplinar, criando o hábito de refletir sobre um ângulo amplo e não restrito, adaptando-se a diversos contextos e problemas com autonomia na aprendizagem, incorporando novas tecnologias com recursos no desenvolvimento das aprendizagens, como conduzir ao trabalho ativo autônomo, tendo condições de desenvolver do planejamento à execução da atividade.

A nova universidade apresenta novas propostas de atividade relativas à dinâmica científica e social como o esporte, a cultura, a literatura, a arte, a natureza, oferecendo

ao jovem novas experiências e provocando uma revolução em seu intelectual, emocional e social.[3]

Uma das formas de ampliar esses conhecimentos é o intercâmbio entre universitários, em que são aprendidas pelos participantes novas culturas, novas situações e reforçando a formação acadêmica. Outras maneiras ainda são o desenvolvimento de trabalhos de natureza social, a realização de animações culturais e o trabalho como voluntário em comunidades, dentre outras formas.

O leque de possibilidades de qualificação é amplo e as instituições formativas ampliam esses espaços, incentivando os alunos a buscarem novos horizontes fora de seus horizontes. Dessa forma, a extensão é vista em termos de difusão da cultura e de integração da universidade com a população. As vias serão, naturalmente, a extensão com a finalidade de divulgação de conhecimentos científicos e artísticos, sendo que o caráter da extensão está marcado pela autoridade do saber universitário e pelo seu paternalismo em relação às comunidades, tanto da cidade como do campo. Sendo a extensão um trabalho, pressupõe-se que a sua ação resultante seja uma ação deliberada, criando um produto. Este produto se chama transformação. Ora, é o trabalho expresso como outro conhecimento que se presta à transformação. É constituído, a partir da realidade humana, e só com ela é possível criar-se um mundo, também, mais humano. É pelo trabalho que se vai transformando a natureza e criando cultura.[4]

No atual contexto, a atualização e a inserção da universidade na nova realidade implicarão revisões de suas formas de organização, do relacionamento dos seus atores-chave e a adoção de novos parâmetros, mas sem reduzi-la à instituição de ensino ou adaptá-la a um modelo que trate a produção do conhecimento de forma seletiva, somente para aqueles grupos que tem algo imediato a oferecer para o mercado.

5. O DOCENTE NO CONTEXTO DA UNIVERSIDADE

A qualificação científica e pedagógica dos docentes é um dos fatores básicos da qualidade na universidade. O professor constitui um processo imprescindível para melhorar o nível de conhecimento sobre o aluno e sobre o compromisso com a qualidade. Por este ângulo, alguns aspectos constituem-se em pontos de referência fundamentais para se poder entender o sentido da formação e a docência universitária.

A massificação e a progressiva heterogeneidade dos alunos, a redução de investimentos, a nova cultura de qualidade, as novas orientações na formação, a incorporação de tecnologias de comunicação e informação e novos sistemas de gestão constituem-se em elementos básicos neste atual cenário universitário. Um deles diz respeito à formação de professores, que tem constituído um desafio para os pesquisadores, gestores de políticas educacionais e entidades sindicais. Estudos recentes sobre a profissionalização do professor frente às novas mudanças propositadas pelas legislações atuais apontam a preocupação com um quadro que se destaca no âmbito profissional mais amplo,

inserindo essa temática num contexto de crise, na medida em que estas não tem valorizado a prática docente desses profissionais.

Para Zabalza, há três grandes dimensões na definição do papel docente:

- **dimensão profissional** que permite o acesso aos componentes essenciais que definem essa profissão: quais são suas exigências (retorno esperado pela atuação profissional), como constrói sua identidade profissional e em torno de quais parâmetros o faz, quais são os principais dilemas que caracterizam o exercício profissional, quais são as necessidades de formação inicial e permanente, etc.

- **dimensão pessoal** que permite considerar alguns aspectos de grande importância no mundo da docência: tipo de envolvimento e compromisso pessoal característico da profissão docente, ciclos de vida dos docentes e situações pessoais que os afetam (sexo, idade, condição social, etc.) problemas de ordem pessoal que costumam acompanhar o exercício profissional (burn out, estresse, desmotivação, etc), fontes de satisfação e insatisfação no trabalho, a carreira profissional.

- **dimensão administrativa** que nos situa diante dos aspectos mais claramente relacionados com as condições contratuais, com os sistemas de seleção e promoção, com os incentivos, com as condições (carga horária, horários, obrigações vinculadas ao exercício profissional, etc.).^[5]

O movimento de educadores, entidades institucionais e sindicais na década de 90 constituiu-se num período cheio de contribuições extremamente férteis ao campo da formação de professores, seja do ponto de vista legal, seja do prisma teórico-metodológico. Mas, a valorização e a construção da identidade do professor continuam com pouca ou nenhuma articulação com uma política que ofereça condições favoráveis de trabalho, associando sua profissionalização, aqui entendida como o reconhecimento do professor como ser humano e como profissional sensibilizado e estimulado para o seu auto-desenvolvimento. Nesse sentido Zabalza afirma:

Dito em termos simples, muitos professores universitários autodefinem-se mais sob o âmbito científico (como matemáticos, biólogos, engenheiros ou médicos) do que como docentes universitários (como “professor” de ...). Sua identidade (o que sentem sobre o que são, sobre o que sabem; os livros que lêem ou escrevem; os colegas com quem se relacionam; os congressos que freqüentam; as conversas profissionais que mantém, etc.) costuma estar mais centrada em suas especialidade científicas do que em suas atividades docentes.^[6]

Um dos pontos críticos dos professores é a questão de não ter identidade profissional definida, estando sua preparação pautada na prática da sua formação acadêmica, como

matemático ser matemático, engenheiro ser engenheiro, advogado ser advogado, por exemplo. Desta forma, não fica definido quem é professor, o que dificulta a construção de uma identidade profissional vinculada à docência, já que tal profissional não se identifica exatamente como professor.

A docência implica em desafios e exigências, sendo necessários conhecimento específico, didática, habilidades para exercê-la adequadamente. Assim como em qualquer outro ramo profissional, a docência exige conhecimento e competência, preparação específica, requisitos de ingresso, plano de carreira e formação continuada.

O professor, na verdade, atua não só como docente, mas também como advogado ou pesquisador, este se dividindo em assessores, negociadores em busca de convênios e financiamentos, representante da instituição onde se apresenta, seja ela em âmbito nacional ou internacional. As atividades se dividem ainda em vários ramos, cabendo ao bom profissional da educação a administração, pois cada uma dessas tarefas exige conhecimento e tempo para se dedicar e necessita de estudos específicos em cada área, fazendo com que muitos docentes não priorizem a função de professor.

Por um lado, o trabalho ficou mais amplo com diversos tipos de recursos, especialmente aqueles originados do desenvolvimento da tecnologia, tais como: a internet, vários tipos de documentos, materiais pedagógicos, pesquisas de campo, livros diversificados, dentre outros. O profissional da educação desenvolve o papel de facilitador da aprendizagem, mas o que lhe falta é tempo disponível para a preparação do roteiro de aula.

Para a atividade de docência, exige-se um alto nível de preparo, pois a tarefa é complexa e se exige bom conhecimento da disciplina. Além disso, o ensino é uma atividade interativa realizada com os seus mais diversos alunos, cada um com características diferentes, exigindo do educador diferentes habilidades, tais como boa comunicação, compromisso com a aprendizagem do aluno e a busca de meios para facilitá-la, estímulo ao interesse, motivação para o aprendizado e, se for o caso, exteriorização de elogios. É importante também que o professor tenha em mente que o ensino também significa trocar experiências com os alunos, trocando informações e buscando se conhecer os objetivos do aluno em nível de aprendizado, auxiliando-o na sua necessidade de informação.

Com a complexidade que envolve a profissão docente e suas especificidades com o ofício de ensinar, surgem as preocupações mais gerais que se centram nos processos de construção do conhecimento, saberes e identidade do professor, profissionalização docente, professor crítico-reflexivo, professor investigativo, professor pesquisador, desenvolvimento profissional do professor, entre outros, atendendo especificidades diferenciadas, mas que convergem suas contribuições na busca de novos referenciais teórico-metodológicos, buscando suplantiar os velhos paradigmas de formação docente.

Dentro da nova cultura, é importante que o professor faça parte de grupos de profissionais de educação de diversas áreas, saindo do individualismo e passando a fazer parte de um grupo de formadores, visto que a identidade do profissional não se constrói em torno apenas da disciplina que atua, mas em volta do projeto formativo a que pertence.

Outra dificuldade encontrada entre os profissionais da educação é levar ao aluno o conhecimento da profissão que será exercida. No âmbito jurídico, exemplo claro de tal afirmação situa-se na situação do professor de direito que não pratica a profissão do exercício do direito, o qual tem dificuldade de credibilidade e eficácia na transmissão do conteúdo ao aluno, vez que não tem vivência real da profissão. Para professores que não tem a possibilidade do exercício de labor diverso da docência, uma das soluções seria a iniciativa de alternância implementada por instituições de ensino, oferecendo aos professores a possibilidade de cumprir parte de seu horário de trabalho colaborando em empresas ou instituições do setor, ampliando seus recursos e abrindo um leque de possibilidades, pois o professor poderá manter convênios com essas empresas e indicar seus alunos para o desenvolvimento de estágios.

Outro ponto importante a considerar é o fator satisfação, já que quando o profissional estiver realizado torna-se possível a otimização institucional das universidades, bem como o aprimoramento da qualidade do processo educativo formativo. Para que isso ocorra é preciso melhorar as condições de trabalho com recursos disponíveis, como remuneração, carga horária, número de alunos, tudo compatível com a função. Quanto maior a satisfação, maior o desempenho e a melhora das relações entre o sujeito e o trabalho.

Com essas novas demandas, as instituições de ensino tem de enfrentar o novo cenário de formação para o exercício profissional alterando suas políticas de administração de pessoal, necessitando o professor de novas competências profissionais. Os novos docentes devem incorporar, além do ensino, o domínio das novas tecnologias, internet, habilidades em desenvolver trabalho em equipe, novos métodos pedagógicos, habilidades em assessoramento, mantendo um bom relacionamento em um contexto transnacional com habilidade lingüística e apresentando uma aprendizagem construída com aperfeiçoamentos e especializações constantes.

A carreira docente não só tem importância no desenvolvimento pessoal e profissional do professor, mas este deve manter compromisso com a instituição que nele investiu.

Neste novo contexto dessas novas idéias, são necessárias e imprescindíveis a mudança e inovação das práticas docentes, não mais como no princípio da racionalidade técnica, que estabelece como alguns princípios, via de regra, a tarefa a alguns que pensam e outros que executam a prática docente. Sob esse prisma, há a evidência da superação da divisão entre teoria e prática, entre escola e universidade, das políticas públicas descontextualizadas das necessidades inerentes ao ensino e da escola. Validar essas ações requer, antes de tudo, contar com a efetiva adesão dos professores na reversão do processo vivido até hoje, esquivando-se dos controles burocráticos e técnicos das reformas educativas, a partir da compreensão que estes venham a ter sobre o processo de constituição da sua identidade profissional.

6. A FORMAÇÃO DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

O grande desafio é a formação dos professores universitários capazes de enfrentar as diversidades do mundo acadêmico, os quais devem enfrentar as seguintes questões segundo Miguel Zabala:

- *Sentido e relevância da formação: que tipo de formação? Formação para que?*
- *Conteúdo de formação: formação sobre o que?*
- *Destinatários da formação: formação para quem?*
- *Agentes da formação: quem deve ministrá-la?*
- *Organização da formação: que modelos e metodologias?*[\[7\]](#)

Aprender é conseguir uma modificação relativamente estável da conduta. Quando se aprende alguma coisa nova, age-se conduzindo-se de uma maneira também nova, em função daquilo que se aprende.

Não há dúvida que se aprende em todo momento, em toda circunstância, em toda idade, e o professor é responsável pelo seu saber, sua formação, mantendo-se um equilíbrio entre a formação que interessa a si e uma formação que o professor tenha reconhecimento institucional. Para que esse equilíbrio ocorra é bom que se elimine os obstáculos que dificultam o aprendizado, estimulando, motivando, conhecendo o interesse e as contribuições que essa aprendizagem trará.

É importante que o professor defina em que se baseia sua formação, seja ela geral, formação para docência, para pesquisa, para o ensino ou aprendizagem ou ainda para exercer tarefas de gestão, buscando-se, após isso definido, um melhor preparo na área definida.

O docente tem a responsabilidade da formação, eis que a sua iniciativa continuará com um papel importante dentro da instituição, principalmente quando há a reflexão sobre a própria prática como uma das condições básicas para a qualificação da docência.

Considera-se também um ponto importante que a instituição conte com equipe da própria universidade para desenvolver planos abrangentes, tais como pesquisas, supervisionamentos, desenvolvimento de material didático, para dar continuidade e estabilidade aos projetos, restringindo a utilização de pessoal de outras instituições só para casos específicos de atividades, tais como cursos e oficinas de duração limitada. Deve-se valorizar e respeitar o papel dos participantes na formação e buscar sistemas participativos em seu desenvolvimento.[\[8\]](#)

O exercício da profissão docente requer uma sólida formação, não apenas nos conteúdos científicos próprios da disciplina, como também nos aspectos correspondentes da sua didática e ao encaminhamento das diversas variáveis que caracterizam a docência, sendo que muitos professores possuem lacunas na formação pedagógica e na atuação

docente e demonstram dificuldades na adoção e utilização de novas metodologias, estratégias e materiais de apoio. A formação de professores universitários, no sentido de qualificação científica e pedagógica, é um dos fatores básicos da qualidade da universidade e este tem sido um dos motivos explicativos do aumento progressivo da formação continuada.

7. O ENSINO JURÍDICO – A ARTE DE ENSINAR

O curso de direito já esteve em alta e era muito valorizado, representando uma profissão de *status* cujo acesso era para a minoria, para a elite. Havia muitas dificuldades para o ingresso por causa da metodologia de ensino, tradicionalista e dogmática. A razão para tal crise mostra que a sociedade contemporânea organiza-se e vê o mundo com olhos diferentes daqueles em relação aos quais se acostuma a trabalhar.

Durante cerca de três mil anos o homem desenvolveu habilidades para compreender o mundo a partir de idéias e conceitos talhados e registrados pela escrita, matéria-prima para o desenvolvimento do saber. Com a revolução tecnológica isso tudo mudou, haja vista que atualmente o saber não é mais uma apreensão do conhecimento reflexivo e abstrato. Para o mundo contemporâneo, o conhecimento é quase sempre visual e concreto.

Os meios de comunicação atuais permitem que quase tudo possa ser visualizado; o que antes era demonstrado mediante esforço abstrato hoje pode ser facilmente visualizado pelas pessoas, tudo esta ao alcance das pessoas. A despeito disso tudo, a maioria dos professores não passou por qualquer processo sistemático de formação pedagógica

Grande parte dos professores não se importa com a formação pedagógica. Assim, Gil em suas lições declara:

Alega-se como justificativa a esta situação, que o professor universitário, por lidar com adultos, não necessita tanta da formação didática quanto os professores do ensino médio e fundamental, que lidam principalmente com crianças e adolescentes. De acordo com este raciocínio, o mais importante para o desempenho dos professores universitário é o domínio dos conhecimentos referentes à matéria que leciona, aliado, sempre que possível, à prática profissional. Seus alunos por serem adultos e por terem interesses sobretudo profissionais, estariam suficientemente motivados para a aprendizagem e não apresentariam problemas de disciplina como em outros níveis de ensino.[9]

Assim, nos cursos jurídicos principalmente, basta saber a matéria e tem uma boa oratória para ser chamado de professor. Com o aumento do número de cursos de direito em faculdades particulares, aumenta também os profissionais de educação da área

jurídica sem preparo algum, mesmo com as exigências da qualidade dos cursos, com as vistorias e pelo rigor do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os quais não conseguem inspecionar a todos.

Essa crise não será superada somente com medidas administrativas, com controles de qualidades aleatórios, com reformulações curriculares ou com o aumento de investimentos pelas faculdades de direito, nem mesmo com o rigor dos testes seletivos dos professores, que servem apenas para aumentar a implantação de cursinhos preparatórios e que não modificam a realidade do ensino, apenas aprimoram métodos para aprovação nos testes.

Tal crise será superada quando for possível compreender que o direito não é um dado da natureza, mas uma construção da razão humana que precisa ser compreendido para poder ser aplicado e criticado ou, quando não, adequar-se à sua finalidade maior de fazer justiça, sendo a base teórica do direito alicerçada no mundo construído mediante abstrações, com finalidade de regular a convivência entre homens. Para que seja possível o estudo do direito, é necessário compreender suas teorias, sua linguagem e seus institutos através de leituras, de reflexões e do diálogo, e isso não pode ser substituído pelas novas formas de assimilação do conhecimento.

Apontam para uma forma de pensar o ensino jurídico, segundo CAMPILONGO:

A educação a nível universitário converteu-se então, numa banal e descompromissada atividade de informação genérica e ou profissionalizante – com os alunos sem saber ao certo o que fazer diante de um conhecimento transmitido de maneira desarticulada e pouco sistemática, sem rigor metodológico, sem reflexão crítica e sem estímulo às investigações originais. A ênfase à ‘rentabilidade’ educacional anulou por completo a função formativa da universidade brasileira, mediante uma crescente marginalização das atividades criativas e críticas. Como decorrência, as estruturas universitárias se verticalizam, em detrimento da autonomia acadêmica e da flexibilidade horizontal de projetos interdisciplinares, ao mesmo tempo em que os corpos docentes se dispersaram entre departamentos estanques e fechados em sua própria rotina burocrática.^[10]

É fundamental, portanto, o estabelecimento de um ponto de partida comum entre professor e aluno para que seja possível o início de uma caminhada que tenha por objetivo o estabelecimento dos diálogos necessários à construção do conhecimento jurídico e, juntamente com a coordenação dos cursos, vê-se que nenhum trabalho será possível sem especial atenção às disciplinas que trabalham com a teoria geral do direito e de matérias especializadas. É importante a criação de fóruns para possibilitar o debate entre os professores das diferentes disciplinas, propiciando estudo integrado do direito e rompendo com a visão de que é possível ensinar o direito de forma compartimentada em áreas de saber hermeticamente fechadas para as demais.

O problema do ensino jurídico é que não só reproduz as deficiências no processo educacional como as agrava, posto que não só a metodologia didática como também o conteúdo são apresentados dentro de uma perspectiva essencialmente dogmática

autêntica, restando ao aluno aceitá-las. Os professores de direito, por vezes, atuam de maneira autoritária, vendo o aluno como um incapaz. Considerando que o aluno já vem do ensino fundamental e médio com certos problemas e dificuldades, como o de ortografia e estrutura lógica, este ser em formação torna-se incapaz de compreender e entender o direito. Não bastasse isso, o aluno também é oprimido quando é submetido a um tipo de ensino que empobrece e sufoca a sua capacidade de pensamento autônomo e de posicionamento crítico diante da realidade do conteúdo de ensino.

Os que pretendem que os cursos de direito sejam apenas formadores de técnicos em direito acusam os que lutam pela teoria versus prática de teóricos. Já os que querem um curso de direito voltado a um questionamento da relação entre direito, sociedade e Estado, buscam formar juristas críticos, acusando aqueles de serem dogmáticos e práticos.

O ensino jurídico esta em crise pela incapacidade de formar verdadeiros juristas, tarefa esta assimilável a um autodidata, pois o ensino se limita apenas a transmitir conhecimentos e fenômenos que os meios modernos de comunicação também sabem fazer de forma eficiente.

José de Oliveira Ascensão[11] critica tal conduta: “O Direito é ensinado em numerosos cursos, com caráter complementar em relação ao objeto ministrado: tem função informativa. Nos cursos de Direito, porém, esse ensino deve ser essencialmente formativo. Ele não (...) deve tender a fornecer aos alunos o conhecimento de muitas leis: deve sobretudo preparar o aluno para saber pensar o Direito, capacitando-o para abordar os casos jurídicos com que vier a deparar. Por outro lado só um ensino crítico permite ao jurista em formação ser um agente de mudança e sobreviver a ela. Se todo ensino do Direito fosse um ensino de leis, o ‘jurista’, quando essas leis fossem revogadas, não saberia nada. Se for um ensino formativo, ele terá a base na qual poderá enquadrar todas as alterações legislativas que surgem. Aprender-se-á por si a importância deste aspecto em termo de reforma legislativa...”

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que a ciência jurídica esta mais de um século atrasada em relação às demais ciências. Conhecimentos fundamentais produzidos pela teoria da linguagem, pela hermenêutica, pela sociologia, pela ciência política, pela economia, entre outras, não foram ainda por ela assimilados. Pelo contrário, em muitos casos são simplesmente negados em nome da lei, vez que, afinal, como regra geral, vigora no direito o princípio da verdade formal. E não são apenas os conhecimentos das ciências humanas e sociais. E não são somente os novos conhecimentos técnicos produzidos pelas demais ciências que são despiciendo dos alunos ou deixados de lado como se nenhuma importância tivessem, mas também as noções nas áreas da informática, da comunicação, da medicina, da biologia e tantas outras utilizadas direta ou indiretamente pelo direito também o são.

Horácio Wanderlei Rodrigues[12] apregoa que, “como lugar de conhecimento sobre as condições de possibilidades da ação humana projetada no mundo, os cursos jurídicos não dão conta (ou não querem fazê-lo) de captar as contradições da realidade. A sua busca de auto-suficiência no jurídico os torna impotentes para entenderem qualquer fenômeno a um palmo do código. A análise interdisciplinar e a utilização dos novos instrumentos produzidos pela tecnologia, principalmente nas áreas de informática

e comunicação, hoje não são apenas possibilidades a serem encaradas: são necessidades que se impõem frente à complexidade do mundo contemporâneo.”

Essas críticas são importantes para desvelar problemas graves no ensino jurídico. Agora é tempo de superar, tempo de surgir novas idéias para a construção de um novo ensino jurídico, com reforma de seu currículo, através do qual se possa observar a influência social sobre o curso de direito.

Só a partir de propostas efetivamente novas pode-se repensar o ensino do direito. Não há como mudá-lo estruturalmente se não se substituir a própria percepção do mundo, revolucionando as teorias dominantes na área jurídica; mudanças cosméticas não bastam, e necessário implodir a estrutura existente e construir uma nova.

8. A LDB e o professor de Direito

Idealisticamente, a educação tem o papel de produzir e transmitir conhecimentos entre os envolvidos no processo de aprendizagem, quais sejam, o educador e o educando. Educação “é o “eixo” em torno do qual giram as transformações modernas, agindo como referência matricial da pesquisa e da intervenção na realidade.”[13]

Nesta toada, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), norma de 20 de dezembro de 1996, presta-se a disciplinar a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias (§ 1º, do artigo 1º), a qual se deve vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social (§ 2º, do artigo 1º).

Contudo, ainda que tenha havido avanços educacionais com o advento desta legislação específica, existem ainda inúmeras situações que merecem ser melhormente tratadas e resolvidas. Assim é que, por exemplo, sob uma análise liberal, atualmente há a prevalência dos melhores sob os demais, fato que, por si só, já contraria o primeiro princípio de ensino[14] contido na LDB.

Além disso, a despeito da liberdade de aprendizado, ensino, pesquisa e divulgação da cultura, do pensamento, da arte e do saber apreçados pela legislação referida, percebe-se o professor como voz repetidora dos conteúdos oficiais, enfatizando a memória e a pedagogia da ordem. Criticamente, é facilmente visualizável que o positivismo estampa os interesses metódicos da sociedade político-econômica dominante, voltando-se ao ensino dos conteúdos e métodos que melhor lhe interessam. Paulo Freire assinala que o ato de conhecer o crescimento existente é reduzido “a uma mera transferência deste conhecimento. E o professor se torna exatamente o especialista em transferir conhecimento. Então, ele perde algumas das qualidades necessárias, indispensáveis, requeridas na produção do conhecimento, assim como no conhecer e conhecimento existente. Algumas destas qualidades são, por exemplo, a ação, a reflexão crítica, a curiosidade, o questionamento exigente, a inquietação, a incerteza – todas estas virtudes indispensáveis ao sujeito cognoscente.”[15]

Esse positivismo na prática do ensino jurídico é atitude que deve ser repelida, já que, conforme adverte Horácio Wanderlei Rodrigues[16], “as salas de aula se transformaram em lugares de reprodução de leis mortas que se chocam com a realidade social. O aluno é preparado para trabalhar com códigos e esses são insuficientes para embasar atividades profissionais que busquem atender aos diversos e conflitantes interesses sociais. A prática jurídica embasada unicamente no direito positivo só pode servir a grupos e classes dominantes, mantendo marginalizados os oprimidos e dominados.”

A educação dos professores tem buscado sobremaneira enfatizar o processo de internalização[17] do conhecimento em detrimento da conscientização, restringindo a liberdade do aluno no ato pedagógico escolar e omitindo-se na tolerância à diferença, situações que demonstram a ineficácia do contido no inciso IV[18], do artigo 3º, da prefalada LDB.

Analisando-se os demais princípios do processo de ensino, em atendimento aos reclamos de interesses arraigados nos elaboradores do texto legal, concebe-se claramente a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, na forma preceituada no inciso V, do lembrado artigo 3º da LDB.

Observando-se outros princípios estampados na legislação específica, há também menção ao dever principiológico da “valorização do profissional da educação escolar” (inciso VII, artigo 3º, da LDB). Ora, perquirindo-se as condições de trabalho e formação do professor, bem como a sua respectiva remuneração, tem-se que efetivamente este é mais um princípio utópico estampado na norma legal, eis que, como adverte especificamente José Renato Nalini[19] na área jurídica, o sustento à família não é o objetivo prioritário pretendido pelo professor, sendo comum a vocação e a busca de prestígio.

Outrossim, a proliferação dos cursos de Direito e a ausência de controle rígido por parte dos órgãos públicos impedem que o padrão de qualidade seja um valor máximo inerente ao processo educativo. Some-se a isso a ausência de atividades extra-escolares, notadamente as de pesquisa, e a incoerência da exteriorização prática do conhecimento adquirido como situações que agravam, ainda mais, este quadro ora apresentado, como já tratado alhures.

Ao revés de toda a situação retro esposada, deve-se buscar alternativas para que o ensino se dê crítica e reflexivamente, impondo ao sujeito

Deve-se, também, procurar instigar a prática da pesquisa como atividade paralela ao ensino. Neste diapasão, Maria Isabel da Cunha[20] assevera que “unir ensino e pesquisa significa caminhar para que a educação seja integrada, envolvendo estudantes e professores numa criação do conhecimento comumente partilhado. A pesquisa deve ser usada para colocar o sujeito dos fatos, para que a realidade seja apreendida e não somente reproduzida.”

Torna-se, pois, imperiosa a necessidade de nova interpretação e efetiva aplicação dos preceitos contidos na LDB com vistas à, flexibilizando-se o positivismo jurídico que impera nos Cursos de Direito, formação de alunos observadores e críticos, aptos a efetivamente criarem alterações do cenário onde vivem, não atuando apenas como reprodutores reducionistas do texto legal.

9. O BACHAREL DE DIREITO E O MERCADO DE TRABALHO

A tarefa da universidade é oferecer o que a sociedade necessita e não o que a sociedade procura. Os bens que a sociedade procura são, em geral, bem conhecidos e, para isso, não se necessita de uma universidade. A universidade tem que oferecer o que mais ninguém pode dar.

A universidade não tem como objetivo precípua colocar o aluno o mais rapidamente possível numa empresa, vez que para isso existem as agências de intermediação de mão-de-obra. Também não tem que ensinar o que as empresas querem: os desejos das empresas não são as obrigações das universidades. A universidade não pode ensinar somente habilidades, mas as bases do conhecimento científico.

O professor acredita que o aluno é adulto e que vem voluntariamente: não tem que vigiá-lo nem conduzi-lo com proximidade como faria com um aluno do ensino fundamental, e nem dar apontamentos das disciplinas, mas guiá-lo sobre o que deve aprender, ler e estudar. Dar parâmetros para que o aluno aprenda a trabalhar, ler e estudar dentro e fora do período de aula.[21]

Uma vez que se compreende que as habilidades se referem ao que o indivíduo dá conta de fazer e as estratégias ao que o indivíduo utiliza para aprender, é interessante pensar-se em como as pessoas gostam de aprender.

Alonso define estilos de aprendizagem como *“traços cognitivos, afetivos e fisiológicos que servem de indicadores relativamente estáveis de como os alunos percebem, inter-relacionam e respondem a seus ambientes de aprendizagem.”*[22]

Durante a aprendizagem acadêmica esta situação fica evidenciada nas diferentes disciplinas, cujos professores apresentam seus conteúdos de acordo com os seus estilos de aprendizagem e obrigam, muitas vezes, o aluno a se adaptar a essa maneira peculiar de aprender. O ideal seria que pudessem desenvolver diferentes estilos, conforme a situação ou a tarefa apresentada, mas a verdade é que se acaba dando preferência a um estilo mais do que a outro, devido às preferências pessoais.

Ao olhar em volta, depara-se com um paradoxo presente no contexto educacional. Ao mesmo tempo em que a maioria dos educadores concorda que o modelo tradicional de ensino-aprendizagem é inadequado para os novos tempos, ao entrarem em suas salas de aulas e fecharem suas portas, acabam traduzindo o modelo negado em ações que substanciam a sua prática.

Os alunos ingressam na universidade com alguns interesses profissionais definidos e já fazem exigências, mesmo sendo eles aprendizes, ao passo que os professores se obrigam a suprir as necessidades dos alunos, fato que leva a universidade a ampliar e a diversificar a oferta de formação, de maneira que se adapte melhor às expectativas diferenciadas.

O ensino de direito deve assumir o papel de formar profissionais conscientes de seu papel na sociedade, ou seja, estar qualificados para exercer diversos papéis da área jurídica e conscientes de sua contribuição dentro de uma sociedade.

Quem escolhe o curso de direito como carreira encontra um amplo leque de opções profissionais podendo se encaixar dentro de seu perfil. Essa escolha é feita no final do curso e não precisa ser definitiva, podendo mudar a qualquer tempo, desde que reúna os requisitos exigidos. Se a pessoa optar pela advocacia, poderá, após uma aprovação em concurso público, assumir outra função definida no edital de convocação, podendo ser juiz, promotor, defensor público ou procurador.[23]

Na atualidade, os advogados estão deixando de ser chamados apenas para a resolução judicial de conflitos já instaurados. Começam a ser consultados por pessoas e empresas antes que as decisões sejam tomadas, trabalhando, com isso, preventivamente e antecipando-se na solução de conflitos que ocorreriam no futuro.

Para se colocar no mercado de trabalho é importante que o profissional de direito integre a associação de classe, publique artigos, participe de debates e palestras de seu interesse. Os cursos de direito possuem grande demanda em decorrência da boa perspectiva de emprego na advocacia com a ampliação dos novos ramos do direito como a bioética, meio ambiente, informática, entre outros. Permite também a formação jurídica a realização de concursos públicos para o ingresso nas carreiras de juiz, promotor ou procurador, delegado, defensor público, diplomata ou fiscal, por exemplo, ainda que na seleção de tais cargos os exames sejam por demais exigentes frente aos conhecimentos obtidos geralmente pelos egressos dos cursos de direito, sendo que os candidatos, quase que à unanimidade, frequentam cursinhos preparatórios para a obtenção das pretendidas aprovações.

Doutro vértice, as empresas privadas constituem outro vasto campo de trabalho, em áreas como direito comercial, previdenciário, trabalhista, tributário, societário e administrativo.

Para que o acadêmico gradue-se na universidade com uma boa formação é necessário que as ações docentes sejam muito bem preparadas e planejadas, através de estratégias adequadas, com uma maior probabilidade de atingir os objetivos propostos.

Também é necessário toda uma estrutura institucional a cargo da universidade. O planejamento da atividade docente, segundo Rodrigues, deve partir de um diagnóstico da realidade, que considere:

- a) *As necessidades e as expectativas dos alunos;*
- b) *Os objetivos e conteúdos da disciplina ou módulo no contexto do curso (ementa ou temas, carga horária, localização na grade curricular, etc.); e*
- c) *Os recursos disponíveis na IES para o seu desenvolvimento (laboratórios, biblioteca, audiovisual, espaço físico, etc.).*[24]

Seguindo tais quadros retratados retro, o futuro do ensino jurídico no país não se apresenta claro ou promissor. O número de escolas é excessivo, a formação dos alunos é precária, o mercado não consegue absorver tantos formandos e se tornam extremamente excludentes, preferindo egressos de faculdades de “primeira linha”. Grande parte das instituições de ensino jurídico, hoje, não formam e não pesquisam, não tem compromissos sociais e profissionais.

Reflexo disso é que desde já se pode detectar os prejuízos que os maus profissionais do direito causam em sua atuação, à medida que se tornam maus operadores de direito, sem a devida qualificação, podendo impor significativos danos às partes interessadas, especialmente na inobservância dos direitos legitimamente assegurados aos envolvidos.

Neste diapasão, o desempenho do profissional do direito, seja na área em que for, somente terá o sucesso alcançado se a sua base de ensino for satisfatória, tanto durante a graduação, como também no ensino fundamental e médio, jamais se olvidando de interagir dinamicamente com as novas informações cotidianamente apuradas.

10. CONCLUSÃO

Com este trabalho, foram levantadas várias falhas, tanto na preparação do corpo docente, como na formação do profissional formado.

Como o mercado de trabalho se movimenta e evolui constantemente, surge a necessidade de profissionais habilitados continuamente, cujos centros preparadores por excelências, quais sejam, as instituições de ensino, não estão, infelizmente, preparadas e atualizadas para tais exigências.

A formação em direito carece de ampla reforma, partindo das instituições universitárias oferecendo melhor estrutura, seja física ou pedagógica, possibilitando ao docente melhores condições, com o fito da busca da continuação dos estudos.

Também, o docente deve buscar sempre a sua formação continuada, assim agregando mais conhecimento de cunho crítico-científico, a fim possibilitar o melhor encaminhamento do acadêmico no caminho por ele seguido para a busca das informações e conhecimento.

Deve-se também flexibilizar o positivismo jurídico marcante nos cursos de Direito, com vistas à formação de verdadeiros agentes de modificação do mundo jurídico, não apenas meros e inférteis repetidores do texto legal.

Já o acadêmico universitário, em especial de direito, embora o campo de trabalho seja vasto, deve ter um preparo adequado, não bastando simplesmente a graduação, mas sim havendo a necessidade da busca incessante pelo fortalecimento dos seus conhecimentos.

11. BIBLIOGRAFIA

Ascensão, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa : Fundação C. Gulbenkian, 1978.

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra? Inquietações prepositivas sobre gestão, liderança e ética**. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

CAMPILONGO, CF. F. e FARIA, J. E. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre – Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

CUNHA, Maria Isabel da. **O bom professor e sua prática**. 20ª edição. Campinas : Papyrus Editora, 2008

DEMO, Pedro. **A nova LDB: Rancos e avanços**. 21ª edição. Campinas : Papyrus Editora, 2008

FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1983.

FRIGOTTO, G. **Educação e a crise do capitalismo real**. São Paulo : Cortez, 1996.

GIL, A. C. **Metodologia do Ensino Superior**. 3. Ed. São Paulo : Atlas, 1997.

LIBÂNEO, José Carlos. **Organização e gestão da escola: teoria e prática**. Goiânia : Alternativa, 2001.

MARIN, A. J. (Org.) (2000). **Educação Continuada**. Campinas (SP) : Papyrus.

MENDES, Durmeval Trigueiro. **Existe filosofia da educação brasileira? In Filosofia da educação brasileira**. Rio de Janeiro ? Civilização Brasileira, 1983, p. 63.

NALINI, José Roberto. **Ética Geral e Profissional**. 6ª edição. São Paulo : RT, 2008

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O Direito errado que se conhece e ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e seu ensino**. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. (Org.). *A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 93-133.

ZABALZA, Miguel A. **O ensino Universitário: seu cenário e seus protagonistas**. Porto Alegre : Artmed, 2004.

-
- [1] ZABALZA, MIGUEL A. **O ensino Universitário: seu cenário e seus protagonistas**. Porto Alegre : Artmed, 2004.
- [2] MARIN, A. J. (Org.) **Educação Continuada**. Campinas : Papyrus, 2000.
- [3] ZABALZA, MIGUEL A. **Ob. cit.**
- [4] FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1983.
- [5] ZABALZA, MIGUEL A. **Ob. cit.**
- [6] **Ob. cit.**
- [7] **Ob. cit.**
- [8] ZABALZA, Miguel A. **Ob. cit.**
- [9] GIL, A. C. **Metodologia do Ensino Superior**. 3. Ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- [10] CAMPILONGO, C. F. e FARIA, J. E. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.
- [11] **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa : Fundação C. Gulbenkian, 1978, p. 490, *apud* RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O Direito errado que se conhece e ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e seu ensino**. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. (Org.). *A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 93-133.
- [12] **O Direito errado que se conhece e ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e seu ensino**. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. (Org.). *A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 93-133.
- [13] DEMO, Pedro. **A nova LDB: Rarões e avanços**. 21ª edição. Campinas : Papyrus Editora, 2008, p. 11.
- [14] Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- [15] *Apud* CUNHA, Maria Isabel da. **O bom professor e sua prática**. 20ª edição. Campinas : Papyrus Editora, 2008, p. 31.
- [16] **Ob. Cit.**, p. 93-133.
- [17] Para Trigueiro Mendes a “internalização significa a consciência passiva, implícita, acompanhada pela percepção difusa quanto aos fenômenos culturais, econômicos e

políticos”. MENDES, Durmeval Trigueiro. **Existe filosofia da educação brasileira? In Filosofia da educação brasileira.** Rio de Janeiro ? Civilização Brasileira, 1983, p. 63.

[18] IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

[19] **Ética Geral e Profissional.** 6ª edição. São Paulo : RT, 2008, p. 339.

[20] **Ob. cit.**, pág. 32.

[21] ZABALZA, MIGUEL A. **Ob. cit.**

[22] ALONSO, C. M.; GALLEGO, D. J.; HONEY, P. 1994

[23] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ob. Cit.**, p. 93-133.

[24] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ob. cit.**, p. 93-133.

DISSIPANDO O “MAL CONSTRUÍDO” NO DIREITO: A PESQUISA COMO PRINCÍPIO EDUCATIVO NO ENSINO JURÍDICO

DISSIPANT LE « MAL CONSTRUIT » DANS LE DROIT : LA RECHERCHE COMME PRINCIPE EDUCATIF DANS L'EDUCATION JURIDIQUE

Rosalice Fidalgo Pinheiro

RESUMO

No cenário jurídico nacional, nota-se relativo atraso da pesquisa no Direito em relação a outras ciências. É nesse momento que se indaga, a partir da idéia sustentada por Pedro Demo, se a pesquisa, para além de um princípio científico, pode ser considerada como princípio educativo no ensino jurídico. Seria este o caminho capaz de conferir ao jurista a formação de um intelectual crítico, apto a ler a realidade com sentido social e atuar com vistas a transformá-la? Para enfrentar este problema, procede-se ao exame do ensino do Direito Privado, dividindo-se o trabalho em sete tópicos. Os três primeiros dedicam-se a delinear o paradoxo identificado na atuação do jurista por Pietro Barcellona e Michel Miaille, depositando-se na “pedagogia do ser” o caminho para dissipá-lo. Os quatro tópicos restantes ocupam-se da pesquisa, partindo da indagação acerca de seu significado para contrapô-lo ao panorama da pesquisa jurídica nacional. Eleita como princípio educativo, e não apenas científico, a pesquisa é diretriz capaz de formar no aluno dos cursos jurídicos, o pensamento crítico. Eis a pretensão última que se espera alcançar: formar um jurista apto a romper com o “círculo mágico de fórmulas abstratas” e o “mal construído” do Direito, e atuar como intelectual crítico, empreendendo a leitura e transformação da realidade com um sentido social.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO – JURISTA – PESQUISA – ENGENHEIRO SOCIAL - “MAL CONSTRUÍDO” – PENSAMENTO CRÍTICO.

RESUME

Dans la scène juridique, il ya de retard sur la recherche dans le droit par rapport à d'autres sciences. C'est là où il demande de l'idée soutenue par Pedro Demo, si la recherche en plus d'un principe scientifique, peut être considérée comme un principe éducatif en matière d'éducation juridique. Il serait en mesure de le donner à le juriste la formation d'un intellectuel critique, capable de lire la réalité avec un sens social et d'agir afin de la transformer? Pour résoudre ce problème, si procède à l'examen de l'enseignement du droit privé, divisant le travail en sept thèmes. Les trois premiers sont consacrés aux décrivant le paradoxe dans l'action du juriste par Pietro Barcellona et Michel Miaille, déposant dans la "pédagogie de l'être" la voie à la dissiper. Les quatre autres traitent de sujet de la recherche, en partant de la question sur le son sens pour le pondre en contrepoint à la paysage de la recherche juridique. Elu comme un principe

educatif, et pas seulement scientifique, la recherche est la directive capable de guider les élèves du cours de droit pour la pensée critique. C'est le dernier mouvement, qui devrait atteindre: créer un juriste capable de briser le « cercle magique des formules abstraites » et le « mal construit » du droit, et agir en tant que critique intellectuelle, faisant la lecture et la transformation de la réalité avec un sens sociale.

MOT-CLES: L'ÉDUCATION JURIDIQUE - JURISTE - RECHERCHE - INGÉNIERIE SOCIALE - "MAL CONSTRUIT" - LA PENSÉE CRITIQUE.

INTRODUÇÃO

Afirmar com Pietro Barcellona, que "a sociedade dos juristas-engenheiros é uma quimera, uma abstração",^[1] constitui-se um paradoxo. Eis que o século XX rompeu com a imagem do jurista como mero vigilante de uma ordem jurídica cristalizada, para fazê-lo participante de sua construção.

Contudo, o paradoxo logo se desfaz: o jurista^[2] ainda continua envolto por um "círculo mágico de fórmulas abstratas", pois difícil é abandonar o "terreno seguro", apto a guiá-lo pelo horizonte normativo, mesmo que isso signifique esquecer-se da justiça do caso concreto. Por conseguinte, a construção que os juristas empreendem revela-se, por vezes, na reprodução de um construído que já existe.^[3] Ao indagar-se por que os bacharéis continuam, por vezes, incapazes de empreender uma leitura axiológica do sistema jurídico, a resposta aponta para o ensino jurídico.

Os avanços tecnológicos, vivenciados nas últimas décadas, converteram o conhecimento mais recente em objeto de propriedade, que confere posição dominante ao seu titular. ^[4] Porém, a universidade brasileira não tem se mostrado capaz de empreender a construção e reconstrução desse conhecimento, tão-pouco, com sentido social.

No cenário jurídico nacional, esse panorama agrava-se: a unidisciplinaridade e a escassez da investigação científica, pretensamente neutra, contribuem para render relativo atraso à pesquisa no Direito em relação a outras ciências.

É nesse momento que se indaga a partir da idéia sustentada por Pedro Demo, se a pesquisa, para além de um princípio científico, pode ser considerada como princípio educativo no ensino jurídico. Seria este o caminho capaz de conferir ao jurista a formação de um intelectual crítico, capaz de ler a realidade com sentido social e atuar com vistas a transformá-la?

Para enfrentar esse problema, reservam-se as páginas que se seguem, tecendo a pesquisa como princípio educativo no Direito Privado. Os três primeiros dedicam-se a delinear o paradoxo identificado na atuação do jurista por Pietro Barcellona e Michel Miaille, depositando-se na "pedagogia do ser" o caminho para dissipá-lo. O restante do trabalho, dividido em quatro tópicos, ocupa-se da pesquisa, partindo da indagação acerca de seu significado para contrapô-lo ao panorama de pesquisa jurídica nacional. A pesquisa

como princípio educativo e não apenas científico é eleita como diretriz capaz de formar no aluno dos cursos jurídicos, o pensamento crítico. Eis a pretensão última que se espera alcançar: formar um jurista apto a romper com o "círculo mágico de fórmulas abstratas" e atuar como intelectual crítico, capaz de ler e transformar a realidade com um sentido social.

1 FÓRMULAS ABSTRATAS: O CÍRCULO MÁGICO DO JURISTA

O século XX retratou na imagem do jurista um novo papel: o de engenheiro social, ampliando seus horizontes com vistas a abarcar a esfera social.

Em defesa desse papel, o Direito aproxima-se da sociedade, levando o jurista a atuar como intérprete das instâncias ou necessidades de uma sociedade em transformação.^[5] Neste passo, o operador jurídico deixa de ser visto como vigilante de uma ordem jurídica cristalizada. Ao descobrir o significado dos valores que emergem da sociedade, torna-se, por meio de lei, um participante de sua construção.^[6]

Contudo, adverte Pietro Barcellona, que "a sociedade dos juristas-engenheiros é uma quimera, uma abstração", pois há duas sociedades diversas: a dos grupos sociais que guardam consigo o interesse que o Direito desempenhe tão-somente uma função marginal, como mero guardião de uma política empresarial; e de outro, aquela que demanda justiça para os excluídos.^[7]

Nessa dualidade social, o jurista ainda continua preso ao que Pietro Barcellona denomina de um "círculo mágico de fórmulas abstratas", pois abandonar o "terreno seguro da sistemática normativa" consiste em colocar em xeque a autonomia do Direito e a legitimação do jurista como cientista.^[8] Eis que como cientista que é, não poderia se ocupar da política ou da práxis social, sem deixar de sê-lo. Cabe-lhe tão-somente guiar-se pelo horizonte normativo, esquecendo-se da justiça do caso concreto.

Essa é a imagem do jurista que, por vezes, predomina nas faculdades de direito, reduzido a mero técnico. Para tanto, ainda se recorre ao esquema da subsunção: o caso concreto deve ser reconduzido a uma hipótese normativa. Porém, o ingresso dos fatos aos conceitos gerais é precedido da depuração de suas particularidades, que impedem seu enquadramento.^[9] Nesta perspectiva, o fato concreto mostra-se idêntico ao fato previsto, delineando uma racionalidade dedutiva.

Esse procedimento afasta o Direito de seus condicionantes econômicos, culturais, históricos e concretos, encerrando a atividade dos intérpretes em uma reconstrução do sistema,^[10] por meio da investigação de conceitos gerais, que delineiam a racionalidade do complexo normativo. Esta racionalidade dedutiva, que compõe o círculo mágico do jurista, é transposta para o ensino jurídico, e de modo emblemático, para o ensino do direito civil.

Arremata Pietro Barcellona, que a superação dessa cultura jurídica requer a renúncia ao sistema e a recuperação do caráter histórico e social das abstrações jurídicas.^[11] E para

alcançá-lo, a presente discussão direciona-se para uma indagação: o que se quer do acadêmico de Direito?

2 O "MAL CONSTRUÍDO" DO DIREITO

O "recoo do formalismo jurídico", pronunciado por Franz Wieacker,^[12] nas primeiras décadas do século XX, mostrou que a tarefa do profissional do Direito vai além da mera subsunção dos fatos às previsões normativas. É preciso descobrir os valores que inspiraram a norma jurídica. Trata-se de delinear uma percepção axiológica do Direito, pois:

...um advogado que não tenha todas essas noções será capaz talvez de uma tarefa mecânica de subsunção: pegar o fato e encontrar a norma aplicável; mas ele não será capaz, jamais, de, através de uma análise de interesses, de uma análise axiológica do texto legal, exercer uma advocacia criativa, que abra caminhos novos e que seja a provocação para que o Judiciário também exerça uma tarefa de jurisprudência criativa.
^[13]

O Direito constrói-se na combinação dialética entre a lei e a jurisprudência. Para tanto, caminha a tarefa do intérprete na aplicação dos princípios jurídicos. Demanda-lhe um esforço no sentido de construir a regra aplicável ao caso concreto, o que não se faz sem uma ponderação de valores.

Constata-se, então, que o jurista tem por missão criar a regra jurídica, de tal modo, que ela se aproxime ao máximo do ideal de justiça. Por conseguinte, o Direito não é um "dado", mas um construído.^[14]

Abre-se, então, espaço para uma indagação, realizada por Michel Miaille: "de facto, que significa isso de o jurista construir?"^[15] E responde: "é preciso convir que a 'construção' dos nossos juristas é, a maior parte do tempo, do tipo da 'reprodução' de um construído que já existe".^[16] É suficiente melhorar o Direito, sem, no entanto, intervir na sua essência? Por outras palavras, bastaria "encher odres velhos com vinho novo"?^[17]

É necessária uma ruptura com esse panorama, formando bacharéis capazes de empreender uma leitura axiológica do sistema jurídico. Para tanto, requer-se da universidade a formação de uma capacidade de reflexão crítica nos acadêmicos de Direito. Eis que:

O jurista não pode ser um homem que vá atrás dos fatos. Ele tem de ser um homem capaz de exercer uma reflexão crítica sobre a adequação entre a norma e os problemas, e de exercer esta reflexão crítica não apenas numa linha de eficácia, não apenas numa linha a que realmente o empirismo leva que a de verificar se o Direito está servindo eficientemente ao sistema, mas uma linha crítica aos próprios valores fundamentais do próprio sistema dominante, numa linha que seja capaz de propor uma reformulação dos próprios valores fundamentais do sistema dominante.[18]

Ocorre que por meio de um ensino que apenas reproduz conhecimento, essa capacidade crítica não é alcançada. E:

Não é suficiente porque o ensino meramente exegético - e de uma exegese no mal sentido, no sentido de uma interpretação da lei com os recursos meramente de gramática ou, no máximo, da sistemática externa do Código, da taxonomia, ou de argumentos ligados a trabalhos preparatórios da lei, esse ensino, evidentemente não leva a nada, leva a formação de leguleios, leva à formação de rábulas. E, por respeitáveis que sejam os seus esforços, não são advogados porque não estarão aptos àquela tarefa de desbravamento de caminhos, de provocação da criação de uma jurisprudência nova (...), porque como juízes não estarão aptos a esta criação.[19]

Impõe-se uma indagação: como formar nos alunos que reflitam criticamente acerca do Direito, e atuem, no sentido de construir, em lugar de reproduzir o conhecimento jurídico?

Antes de responder essa pergunta, é necessário voltar as atenções para a relação de ensino-aprendizagem que se desenvolve nos cursos de Direito, com vistas a encontrar na "pedagogia do ter" a tradução do "mal construído do direito".

3 POR UMA "PEDAGOGIA DO SER"[20]

Nos cursos jurídicos, verifica-se que o ensino do Direito civil desenrola-se sob a égide de uma "pedagogia fundada sobre a memorização", transmitindo-se um saber formal presente nos livros e no professor, bastando apreender, memorizar e aplicar regras e proposições.[21] No entanto, a pedagogia que precisa estar presente no ensino do Direito civil em constante transformação é uma "pedagogia da capacidade de pensar e de saber", pela qual o professor ajude o aluno a compreender e a pensar por si mesmo, mediante um processo de trocas intersubjetivas.[22] Trata-se da "pedagogia do ser", destinada a descobrir e pôr em evidência, as qualidades de cada estudante e completamente oposta a uma "pedagogia do ter", baseada em "ter" notas, diplomas ou conhecimentos.[23]

Partindo-se do pressuposto de que uma "pedagogia do ter" seria insuficiente para gerar juristas aptos a desempenhar sua responsabilidade social, indaga-se quais seriam os caminhos para alcançar uma "pedagogia do ser".

Nos quadros de uma pedagogia fundada sobre a memorização, o aluno é reduzido a um papel meramente passivo da relação ensino-aprendizagem. Sob essa ótica, o ensino do Direito Civil é caracterizado por um procedimento de exclusão, através da "interdição": somente a palavra do professor ocupa espaço, deixando à margem a palavra do aluno. Assim, tolhem-se suas experiências e impede-se o diálogo com outras disciplinas.[24] Essa relação de ensino-aprendizagem, na qual resta ausente o diálogo e a troca de idéias, é aperfeiçoada pela utilização do método expositivo.

Surgem, então, os inconvenientes de uma aula expositiva, presentes na obtenção de um "conhecimento puramente formal e receptivo do saber - já que o conteúdo das notas do professor vai direto ao caderno do aluno, sem a intermediação das informações pelo acadêmico." [25]

Não obstante tais críticas, José Lamartine Corrêa de Oliveira coloca-se contra o exegetismo, e em defesa das preleções.[26] Do mesmo modo, advertem Paulo Freire e Ira Shor, [27] que o professor pode ser muito crítico fazendo preleções.

Portanto, a questão não está propriamente no método a ser utilizado, mas em sua exclusividade, rejeitando-se outras formas de ensino como seminários e estudo de casos, mostrando-se como um obstáculo para a abertura de um espaço, no qual os alunos expressem suas opiniões.

A conseqüência desse ensino, é a reprodução e não a construção ou criação de novos saberes jurídicos, o que se reflete na sociedade, através do desempenho da atividade do jurista. Trata-se da concretização do que Michel Mialle descreve ao argumentar: "É preciso convir que a 'construção' dos nossos juristas é a maior parte do tempo, do tipo da 'reprodução' de um construído que já existe".[28]

Ocorre que a "reprodução" do conhecimento jurídico traz consigo a atuação ideológica. Ao apresentar conceitos, princípios e soluções do Direito Civil, como dogmas, distanciados dos problemas que o geraram, os valores a serem recepcionados são os mesmos que se encontram presentes em sua base, delineada no século XIX, por uma orientação patrimonialista.

Portanto, os valores transmitidos por esse ensino não serão aqueles que tornarão o jurista apto, a desempenhar sua responsabilidade social. Trata-se do que Eroulth Cortiano JR. demonstra, no caso do ensino do direito de propriedade:

A Constituição de 1988 assumiu francamente um posicionamento possibilitador da construção de um novo discurso proprietário, agora baseado na função social da propriedade e na supremacia dos valores existenciais diante dos valores patrimoniais. A implantação da nova sistemática proprietária, entretanto, não se faz de modo pronto com o advento da Constituição: somente a atividade constante do operador do direito permitirá que o novo modelo de propriedade, plural e solidário, prevaleça diante do

ultrapassado discurso, que teima em manter-se no discurso do ensino do direito de propriedade.

Em um ensino jurídico descontextualizado, dogmático e unidisciplinar - como é o ensino do direito no Brasil - o princípio proprietário e o modelo proprietário ganham longa vida, e superam suas próprias rupturas... [29]

Diante de tais afirmações, poder-se-ia indagar se o mesmo que ocorre com o ensino do direito de propriedade, não é exatamente o que ocorre com o ensino dos contratos e da família.

Se assim for considerado, o ensino jurídico não cumpre com sua tarefa de transformação da sociedade. Evidencia-se que a educação não é a alavanca para transformação da sociedade, justamente porque deveria sê-lo.[30]

A educação somente pode ser considerada como fator de transformação social, na medida em que se formem sujeitos que, ao exercer sua atividade profissional na sociedade, atuem neste sentido.[31]

No entanto, o quadro descrito do ensino jurídico do Direito Civil não contribuiu para que isso ocorresse, ao contrário, formam-se juristas sem percepção crítica, incapazes de lerem sua própria realidade.[32]

Portanto, surge uma questão a ser resolvida: trata-se de saber como formar juristas capazes de lerem sua própria realidade, atuando na transformação da sociedade na qual se encontram inseridos. Para responder à esta questão, entra em cena, a pesquisa e a necessidade para a qual ela aponta: a construção de um pensamento crítico.

4 CONHECIMENTO E PESQUISA NA UNIVERSIDADE

Se o conhecimento jurídico não é mais considerado como pronto e acabado, não se pode esperar que as faculdades de Direito sejam meros centros de reprodução de um Direito, mas sim de sua construção.

Os avanços tecnológicos, vivenciados nas últimas décadas, converteram o conhecimento em principal fator de progresso pessoal e coletivo. Na "sociedade de conhecimento", este último representa a grande propriedade, ao colocar seu titular em posição dominante.[33]

Contudo, esse conhecimento é exclusivo e excludente: requer os meios adequados para sua produção e gestão, afastando de seu acesso aqueles que não são detentores desses meios. Por conseguinte, o conhecimento revela-se no conjunto de ferramentas que determinam o desenvolvimento econômico e o progresso da sociedade.[34]

Cabe à universidade construir e reconstruir esse conhecimento. Porém, os contornos dessa tarefa, emoldurados sob a tríade - ensino, pesquisa e extensão -, revelam-se deficientes. A universidade não vai além de um ensino que se traduz em reprodução do conhecimento e pouco chega à pesquisa e extensão:

A trilogia 'ensino, pesquisa, extensão' sinaliza, assim, uma etapa vencida da universidade, na qual continuamos ainda apegados porque não estamos conseguindo acompanhar o ritmo de mudanças imposto pela intensividade do conhecimento e também porque fazemos parte de um processo recente e certamente ainda imaturo. É fundamental perceber, então, que uma instituição universitária que apenas repassa conhecimento de segunda mão não é, a rigor, necessária. A tarefa de repassar conhecimento vai sendo tomada, com grandes vantagens, pela instrumentação eletrônica. É neste sentido que a aula, se for apenas para expor idéias alheias, de fora para dentro e de cima para baixo, não cabe, por dois motivos principais: porque não ocorre a reconstrução do conhecimento, e porque não permite competência profissional renovadora.[35]

Se a causa central da universidade é o conhecimento, na sua construção e reconstrução repousa sua tarefa. Mas, não basta dominar conhecimentos, pois na sociedade atual, estes logo se desfazem com o tempo. É preciso saber construí-los e reconstruí-los com um sentido social. E, para tanto, Pedro Demo sustenta a pesquisa não apenas como um princípio científico, mas educativo.[36]

5 O QUE É PESQUISA?

Para Pedro Demo "pesquisa é a atividade básica da ciência, a atividade científica pela qual se descobre a realidade, partindo do pressuposto de que ela não se desvenda na superfície e não é o que se apresenta a primeira vista." [37]

Para Magda Macedo "pesquisa é a investigação e o estudo, minudentes e sistemáticos, com fito de descobrir ou estabelecer fatos ou princípios relativos a um campo qualquer do conhecimento. Ela é uma atividade voltada para solução de problemas através do emprego de processos científicos." [38]

Dessas definições retira-se um elemento comum: pesquisar é descobrir. Por meio da pesquisa descobre-se o que não é visível para explicar o que é visível. Por outras palavras, é possível comparar a pesquisa à visita que se faz a uma casa, nos termos propostos por Michel Miaille:

i) O visitante de uma casa pode ser conduzido por um guia, com vistas a descobrir seus compartimentos. Porém, há portas que sempre ficarão fechadas, comportando zonas que não se visitam, pois seu itinerário não corresponde à lógica do edifício;

ii) Diversamente, o próprio visitante poderia se deixar conduzir nesta visita, destituído de um guia. Neste caso, ele abriria as portas que quisesse, até mesmo, aquelas que normalmente estariam fechadas ao público;

iii) E por fim, poderia não se tratar de um visitante, mas do próprio morador dessa casa. Alguém que conheceria seu interior, em cada canto, em cada detalhe, não havendo zonas para descobrir.[39]

Trata-se de três visões diferentes de uma mesma casa, ou ainda, de três casas diferentes. Do mesmo modo, há várias percepções possíveis do Direito, cada uma com sua racionalidade, com seus interesses e conseqüências.

Da metáfora de Michel Miaille retira-se uma lição: a exemplo do que ocorre com a casa, o aluno é introduzido em um universo jurídico. Por essa introdução apresenta-se a tarefa de abrir certas portas, de lhe conduzir os passos para um determinado sentido, chamando a atenção para este ou aquele ponto.[40] A pesquisa no Direito pode ser comparada a esse itinerário, cujo sentido e desenvolvimento não são deixados ao acaso, mas direcionados para certo sentido, e a visão que tiverem do Direito Privado, dependerá, portanto, da visão que lhes for mostrada por esta visita guiada. E se todo itinerário comporta uma lógica e suas conseqüências, isto significa que nenhuma pesquisa é neutra.

Resta saber qual é o lugar da pesquisa no Direito.

6 O PANORAMA DA PESQUISA JURÍDICA NO BRASIL

A situação da pesquisa jurídica no Brasil pode ser descrita como de relativo atraso em relação a outras ciências. Segundo Marcos Nobre, concorrem para tanto, dois fatores: (i) o isolamento do Direito em relação a outras ciências; e (ii) a confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica. [41]

Em atenção ao primeiro desses fatores, as pesquisas jurídicas ocorrem, com frequência, no cenário nacional, em centros isolados e não em grupos. Trata-se da imagem

...do doutrinador 'perdido' em sua biblioteca, imerso em um mar de livros, a construir uma opinião abalizada sobre os fatos e a norma. Principalmente, porque a identidade da doutrina está assentada em um duplo fator: a primazia da dogmática (ainda que incorporando um certo fascínio pelas outras contribuições possíveis da Economia, da História, da Estatística, da Antropologia e, sobretudo, da Sociologia ao discurso jurídico) e o 'magistério' dos professores (expresso em manuais e decantados pelo prestígio universitário).[42]

Esse isolamento do jurista encontra tradução no ensino jurídico: a propriedade, a família e o contrato são constantemente apresentados como se fossem "gavetas fechadas", que somente se abrem no momento em que são estudados.[43]

Esse afastamento refere-se, ainda, a outras categorias do saber. Estuda-se a civilística dissociada não apenas de outras áreas do Direito, mas de outras ciências, como a história, a sociologia, a filosofia e a antropologia. O contato com as ciências humanas importa, tão-somente, quando delas se extraí algum elemento de reflexão jurídica, subtraindo-se no restante.[44] Cobre-se o ensino jurídico de uma unidisciplinaridade, fragmentando-se o conhecimento em disciplinas, cujo resultado apresenta-se na interdição do diálogo com outros saberes.[45]

Por conseguinte, as soluções jurídicas, enunciadas pela legislação ou criadas pela jurisprudência, apresentam-se destituídas dos problemas que as geraram. Arremata-se o Direito como um "dado" e não como um "construído", que se esboça na distância entre o Direito vivido e o Direito ensinado.

A ausência de pesquisa científica no ensino jurídico corresponde a uma porta fechada para "descobrir e interpretar fatos que estão inseridos em uma determinada realidade". [46] Trata-se de dizer: a pesquisa não pode ser neutra, pois como pondera Orlando de Carvalho, "não há sistemas neutros (...) todo o Direito é ideológico." [47]

Impõe-se a interdisciplinaridade à pesquisa jurídica, sendo insuficiente retratar a realidade pelo instrumental de uma única ciência, reduzindo a sua totalidade a esse recorte. A complexidade da realidade requer olhares de todos os lados, delineando uma perspectiva interdisciplinar, que não descuida da profundidade, antes, "representa uma estratégia mais cuidadosa e sistemática de aprofundamento do conhecimento." [48]

Considerando que a interdisciplinaridade não é relativa a uma pessoa, mas a um grupo, torna-se imprescindível ao Direito o olhar da sociologia, da filosofia, da história, da antropologia e de outras ciências que possam dialogar com o jurídico. Isto remete as reflexões para a pesquisa como princípio científico, eis o segundo fator que contribui ao relativo atraso da pesquisa jurídica no Brasil.

O ensino jurídico carrega consigo uma distinção quanto ao significado da pesquisa para os práticos e para os acadêmicos. Para advogados, juízes e promotores, a pesquisa jurídica constitui-se no levantamento dos dados que sustentam uma tese nos tribunais. Para os acadêmicos, a busca das decisões tomadas nos tribunais destina-se a uma análise crítica; a tese ainda não está pronta, pois será o resultado dessa pesquisa.[49] Porém, essa distinção é constantemente dissipada nas faculdades de direito, prevalecendo na academia, o significado que a pesquisa tem para os práticos.

Em Marcos Nobre, essa confusão é sinalizada pela técnica do parecer: toma-se como modelo de pesquisa a escolha de argumentos, presentes em parcela da doutrina e jurisprudência, capazes de fundamentar a tese a ser defendida. Trata-se de um tipo de investigação científica que parte da resposta, em lugar de buscar no material disponível a melhor solução para o caso concreto.[50]

Diante dessa constatação, indaga-se acerca da suficiência da pesquisa como princípio científico. Pondera Pedro Demo, que a universidade brasileira, na tríade - ensino,

pesquisa e extensão -, pouco ultrapassa as atividades de ensino.[51] Trata-se de dizer: poucas instituições de ensino implantam os programas de educação tutorial e iniciação científica no âmbito do Direito. Desenvolvem-se grupos de pesquisa, quando muito, alavancados pela Pós-graduação *stricto sensu*, arrematando-se a presença mitigada da pesquisa jurídica no Brasil.

Laura Garbini Both traduz em dados esse panorama da pesquisa, por meio dos programas de educação tutorial:

Com base nos dados da CGRAG, no ano de 2007 existiam 326 grupos PET nas IES brasileiras, distribuídos por praticamente todo o território nacional, agregando 3.200 alunos dos mais diversos campos do conhecimento. Os grupos PET organizados nos cursos de Direito e cadastrados na SESu - conforme a mesma fonte - somam até esse ano de 2008 apenas 5 (cinco): Universidade Federal do Maranhão, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade Federal do Paraná, Universidade de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Considerando que, segundo dados do MEC, no ano de 2007 existiam 1066 cursos de graduação em Direito reconhecidos no Brasil, tem-se que apenas 0,46% deles constituem grupos PET.[52]

Os programas de educação tutorial revelam decisiva contribuição para construção e reconstrução do conhecimento com sentido social na Universidade. Para, além disso, ainda contribuem para que esse conhecimento seja manejado pelo acadêmico com autonomia.[53] Ambas as contribuições entrelaçam-se para dissipar a confusão entre formação profissional e produção científica, apontando para uma ruptura com o "mal construído" do direito.

Cogita-se, portanto, que a pesquisa seja trazida para dentro do ensino jurídico, não apenas como princípio científico, mas, ainda, educativo. Em relação a primeira das afirmações, a reforma empreendida pela Portaria n. 1886/94, do MEC, deu o primeiro passo neste sentido: a elaboração do trabalho de conclusão de curso. Enunciado sob a forma de uma monografia, este requisito inseriu a pesquisa dentre os pilares da formação jurídica. Não obstante as dificuldades que essa prática tem encontrado, atenua-se o "caráter essencialmente dogmático e profissionalizante do saber jurídico", tornando-o mais crítico e criativo:

Essa inovação deu oportunidade ao docente de mostrar aos alunos a diferença existente entre a pesquisa para produção de trabalho profissional e para a elaboração da monografia, porque na primeira o aluno está fazendo a pesquisa para elaboração de uma peça processual, uma pesquisa jurisprudencial, tem como tese principal a defesa de seu cliente. Na segunda é totalmente diferente, a pesquisa destina-se a elaboração da monografia, a qual segue um 'rito', não processual, mas acadêmico, realizado em várias fases.[54]

7 A PESQUISA COMO PRINCÍPIO EDUCATIVO NO ENSINO JURÍDICO: EM DIREÇÃO AO PENSAMENTO CRÍTICO

Em face de uma "sociedade do conhecimento", que rapidamente se transforma, é essencial ao jurista, saber pensar por si próprio. Trata-se de aprender a aprender, o que lhe confere autonomia intelectual, seja para ocupar novos espaços de trabalho, ou para se fazer ator das mudanças sociais.

Por conseguinte, mais do que um princípio científico, a pesquisa pode se mostrar como um princípio educativo. "Educar pela pesquisa", como sustenta Pedro Demo, pode se traduzir em um mandato do ensino jurídico? Afirma esse autor, que:

Não há aprendizagem adequada sem pesquisa e elaboração própria. Não se aprende a formular, sem o desafio da autonomia na argumentação. Não aparece o profissional renovado e renovador, se não souber conjugar sabiamente teoria e prática, bem como desconstruir e reconstruir conteúdos. 'Educar pela pesquisa', ao lado de construir e reconstruir conhecimento, é mando central da universidade. Porquanto faz parte do perfil do profissional moderno, da ótica da universidade e sempre conjugando qualidade formal e política.[55]

A sala de aula é o ponto de partida para pesquisa como princípio educativo: professor e aluno tornam-se sujeitos de um processo educacional, calcado da problematização, crítica e criação do Direito. Deste modo, aprender não é apenas construir ou reconstruir o conhecimento, mas, ainda, desconstruí-lo.[56]

Considerando que a pesquisa é uma busca de conhecimento que parte da inquietação e do questionamento, ela contribui à resolução de problemas e é capaz de estabelecer um diálogo com a realidade. Esse diálogo deve ser crítico, contribuindo para construir processos emancipatórios no Direito.

Mas, no que consiste o pensamento crítico?

Ensina Michel Miaille, que dirigir críticas é exercer sobre coisas ou pessoas um número de juízos que visem corrigir tal erro, colmatar uma lacuna, denunciar insuficiências, em um sentido comum. Assim, criticar não é pôr em causa, pois o conjunto do edifício não é posto em questão, pelo simples fato de tomar posições, juízos, críticas. Eis que as críticas feitas não bastam para disfarçar a afinidade de correntes filosóficas e políticas.[57]

O verdadeiro significado de crítico é buscar o que não é visível para explicar o visível e definindo-se a localização histórico-espacial da construção teórica. Volta-se para a idéia de pesquisa como descoberta, uma vez que ela torna visível o invisível.

Ocorre que o pensamento abstrato é capaz de evocar coisas ou realidades que estão ausentes. Mas o pensamento crítico é mais do que abstrato: é dialético. O pensamento dialético parte do fato que o mundo é complexo, compreendendo sua existência contraditória. Não se limita a descrever o que é visível, demonstrar como algo se apresenta, pois encara um objeto não apenas em seu estado atual, mas na totalidade de sua existência, tanto no passado que o produziu, como no futuro, que poderá superá-lo. Ele não se contenta em descrever um acontecimento, mas o concebe na totalidade do passado e do futuro da sociedade que o produziu. Por isso, esse pensamento pode fazer aparecer o que a realidade presente esconde, e que se mostra como igualmente importante. O pensamento crítico suscita o que não é visível para explicar o visível, recusando-se a crer que a realidade limita-se ao visível.[58] Portanto, o que não é revelado torna-se importante para fazer conhecer o que está aberto, como argumenta Eroulths Cortiano Jr:

Assim, a compreensão do direito de propriedade passa por saber o que está sendo oculto, e que não pode ser exposto por conta das próprias limitações do discurso. Essa a perspectiva que deve ser usada pelo professor e pelo aluno: tentar desvendar o que não se mostra. Onde se fala proprietário, encontrar o não-proprietário; quando se cuida da propriedade, visualizar as propriedades; no momento em que se aluda à tutela da propriedade, pensar as tutelas de acesso à propriedade. [59]

Abrir portas que sempre permanecem fechadas, significa, portanto, abrir as portas para o "método dialógico",[60] produzindo um pensamento crítico sob um novo cenário da relação de ensino-aprendizagem entre professores e alunos.

Trata-se de uma pedagogia de reflexão crítica, que retire o aluno de seu papel tradicionalmente passivo, evidenciado por alguém que apenas deve ouvir e memorizar e, por fim, repetir tudo o que foi "aprendido" em sala de aula. Eis que a transformação da função do jurista em nossa sociedade ocorre proporcionalmente à mudança do papel desempenhado pelo aluno na relação ensino-aprendizagem. Caminha-se, assim, em direção a uma "pedagogia do ser", que sugere a mudança da própria relação entre professores e alunos, para construção de novos saberes.

Rompe-se com o paradigma tradicional, representado pela "educação bancária",[61] segundo a qual não cabe ao aluno intervir na realidade apresentada pelo professor, e que se limita a tornar a formação do bacharel em Direito, em um acúmulo de informações e reprodução de teorias e proposições afastadas da realidade.

O "método dialógico" encontra-se ligado ao pensamento crítico e ao processo de transformação da sociedade. Eis que o diálogo é uma postura necessária para agir criticamente, para refletir sobre sua realidade, tornando-nos capazes de transformá-la.[62] Ajusta-se ao fato de que a ciência tem historicidade, sendo inevitável que um novo conhecimento seja ultrapassado por outro que há de surgir.[63]

Por outro lado, a reflexão crítica não parte nunca do nada, pois o conhecimento de hoje é o ultrapassar o de ontem, mas não no sentido de melhorá-lo, mas de propor um outro

modo de colocar o problema. Todo conhecimento científico é obtido violentamente contra outro que se afirma como ciência, exigindo por vezes, golpes de força para se libertar. Há nisto uma transformação do conhecimento que o destrói como pretensão científica e substitui-lhe por outro universo. A reflexão científica convida-nos a um ultrapassar, isto é, abrir portas que se mantêm fechadas, de tal sorte que o pensamento crítico é um esforço de reflexão com todos os riscos e suas aberturas. [64]

A pesquisa, como princípio científico e educativo na universidade, tem como horizonte último a construção da cidadania. Não apenas porque professor e aluno mostram-se como sujeitos do processo educativo, mas porque a pesquisa tende a formar um pensamento crítico. Trata-se de romper o "mal construído" do Direito e formar o jurista como um "intelectual crítico, empenhado não mais em defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e seus interesses inalienáveis." [65]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança no papel a ser desempenhado pelo jurista, nos termos de um engenheiro social, não foi suficiente para afastá-lo do século XIX. Eis que ele ainda continua envolto por um "círculo mágico de fórmulas abstratas", que encerra sua atuação no esquema lógico da subsunção, afastando-o dos condicionantes econômicos, históricos e culturais e encerrando-o na reprodução do sistema. Nestes termos, delineia-se em sua atividade o "mal construído" do Direito.

Atentando-se para o fato de que não basta "encher odres velhos com vinho novo", deposita-se no ensino jurídico a permanência desse papel desempenhado pelo profissional do Direito. Constata-se na "pedagogia do ter" uma relação de ensino aprendizagem que confere ao aluno uma atuação passiva, tornando-o incapaz de ler criticamente a realidade. Proclama-se a formação de um pensamento crítico como objetivo a ser alcançado por uma "pedagogia da capacidade de pensar e saber", que deve se fazer presente no ensino jurídico.

Para tanto, trilhou-se o caminho pavimentado pela pesquisa, cujo panorama no cenário jurídico nacional traduz relativo atraso em relação a outras ciências. Contribuem para isso, a unidisciplinaridade e neutralidade da pesquisa no Direito, e o fato de sua prática traduzi-la de modo mitigado, como princípio, tão-somente, científico.

É nesse momento, que as críticas suscitadas por Pedro Demo encontram lugar: a tarefa da universidade é construir e reconstruir o conhecimento. Porém, ela não ultrapassa um ensino que consiste em mera reprodução do conhecimento e que pouco chega a pesquisa e extensão.

É preciso saber construir e reconstruir o conhecimento, com um sentido social. Sustenta-se, então, a pesquisa como princípio não apenas científico, mas educativo, como propõe aquele autor.

Voltando as reflexões para o significado do que é pesquisa, a partir da metáfora delineada por Michel Miaille, restou claro que pesquisar é descobrir. Buscar no que não é visível, a explicação do que é visível. Trata-se de recorrer ao pensamento dialético, que se revela interdisciplinar, como premissa de condução para o pensamento crítico. Somente a capacitação do aluno de Direito, como apto a ler criticamente a realidade contribuirá para a formação da cidadania, e do jurista como intelectual crítico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB e o ensino jurídico**. Novas diretrizes curriculares. Conselho Federal da OAB, 1996. p. 129-139.

ALMEIDA, Maria Suely Cruz de. Os trabalhos de conclusão de curso e a contribuição para a produção do conhecimento científico no ensino do direito. **Anais do Conpedi**. Manaus, 2006, Fundação Boiteux.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, p. 63-81, 1994.

BARCELONA, Pietro. **La formación del jurista**. Madri: Editorial Civitas, 1977.

BOTH, Laura Garbini. O programa de educação tutorial (PET) na formação do bacharel em direito: reflexões teóricas e relato de um experiência no âmbito dos direitos humanos e democracia. **Cadernos da escola de direito e relações internacionais da UniBrasil**, v. 8, n. 8 (jun./jul. 2008). Curitiba: UniBrasil, 2008.

CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DEMO, Pedro. **Conhecimento e aprendizagem na universidade**, março/abril, 1999, fotocopiado.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Direito, Estado e sociedade**, n. 15, ago.-dez., p. 1999.

FERNÁNDEZ, Rosário Valpuesta. Una reflexion sobre el conocimiento. GARRIGÓS, Lucía Provencio (Ed.). **Abarrotes**. La constucción social de las identidades coletivas en amércia latina. Universidad de Murcia, 2006.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **RBPG**, v. 1, n.2, p. 53-70, nov. 2004.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. **Medo e ousadia**. O cotidiano do professor. Trad. de: Adriana Lopez. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1994.

NOBRE, Marcos. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil. Imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, nº 39, ano 11, p. 40-67, jan-mar, 1987.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. Por estranho que pareça estudar ainda é preciso. **Revista da OAB/RJ**. Rio de Janeiro, n. 16, p. 41-53, 2. quadr. 1981.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SCAFF, Fernando Facury. Ensino, pesquisa e profissões jurídicas. **Jornal da Ciência**. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, n. 2788, 13 de junho de 2005.

THIBIERGE, Catherine. "pédagogie de l'être". (Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, nº 2, p.306-313, avril-juin, 1998.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

[1] BARCELLONA, Pietro. **La formación del jurista**. Madri: Editorial Civitas, 1977, p. 27.

[2] Trata-se do jurista, aqui tomado como aquele que está a operar com o Direito diariamente, seja ele advogado, juiz, professor ou pesquisador, atuando nos diversos setores da vida jurídica.

[3] Como aponta MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa : Estampa, 1994, p. 174.

[4] FERNÁNDEZ, Rosário Valpuesta. Una reflexion sobre el conocimiento. GARRIGÓS, Lucía Provencio (Ed.). **Abarrotes**. La constucción social de lãs identidades coletivas en amércia latina. Universidad de Murcia, 2006, p. 418.

[5] BARCELLONA, op. cit., p. 25.

- [6] BARCELLONA, op. cit., p. 26.
- [7] Op. cit., p. 27.
- [8] Op. cit., p. 40-41.
- [9] BARCELLONA, op. cit., p. 34.
- [10] BARCELLONA, op. cit., p. 33.
- [11] Op. cit., p. 52.
- [12] WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967, p. 626.
- [13] OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. Por estranho que pareça estudar ainda é preciso. **Revista da OAB/RJ**. Rio de Janeiro, n. 16, p. 41-53, 2. quadr. 1981, p. 44.
- [14] MIAILLE, op. cit., p. 173.
- [15] Op. cit., p. 173.
- [16] Op. cit., p. 174.
- [17] Op. cit., p. 175.
- [18] OLIVEIRA, op. cit., p. 48.
- [19] OLIVEIRA, op. cit., p. 49.
- [20] A denominação é de Catherine THIBIERGE: "pédagogie de l'être". (Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n^o 2, p.306-313, avril-juin, 1998. p. 309)
- [21] THIBIERGE, op. cit., p. 310.
- [22] "O ensino do direito, que aprova um amplo emprego à memorização e à exposição de saberes formais, ainda que um curso magistral, porque centrado principalmente no conteúdo da matéria, ganharia ao se polarizar também na pessoa dos alunos." Tradução livre de: "*L'enseignement du droit, qui accorde une large place à la mémorisation et à l'exposé de savoirs formels lors des cours magistraux, parce que centré principalement sur le contenu de la matière, gagnerait à se polariser aussi sur la personne des étudiants.*" (THIBIERGE, op. cit., p. 310)
- [23] THIBIERGE, op. cit., p. 310-311.
- [24] CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150.
- [25] CORTIANO JR., op. cit., p. 150.

[26] "A mim me parece que sem a presença - como elemento importante do ensino da aula expositiva não é possível que o estudante chegue lá. Porque para o estudante chegar a esta tarefa de reflexão crítica tem de lhe ser fornecida, inclusive, a noção de sistema. Não apenas 'sistema' no sentido externo, taxinômico, quer dizer, a maneira como as matérias se arrumam entre as normas, dos pensamentos e fundamentos comuns que inspiram normas aparentemente distantes umas das outras nas mesmas leis ou em leis diversas e que, não obstante, se ligam por um pensamento comum. É preciso que isto seja desmontado para o estudante, para que ele perceba qual é a lógica interna do conteúdo do pensamento do sistema dominante para que, conhecendo-a, possa criticá-la." (**Por estranho que pareça estudar ainda é preciso**, p. 48). Neste sentido, cf. ainda: OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil. Imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, nº 39, ano 11, p. 40-67, jan-mar, 1987, p. 53).

[27] "Ao criticar a educação 'bancária', temos que reconhecer que nem todos os tipos de aulas expositivas podem ser considerados educação 'bancária'. Você pode ser muito crítico fazendo preleções". (**Medo e ousadia**. O cotidiano do professor. Tradução de Adriana Lopez. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996., p. 53).

[28] Op. cit., p. 174.

[29] CORTIANO JR., op. cit., p. 169.

[30] "Sabemos que não é a educação que modela a sociedade mas, ao contrário, a sociedade é que modela a educação segundo os interesses dos que detêm o poder. Se é assim, não podemos esperar que a educação seja a alavanca da transformação destes últimos. [...] na educação libertadora, o professor usa o espaço educacional sem ser ingênuo. Ele sabe que a educação não é a alavanca para a transformação revolucionária precisamente porque deveria sê-lo!" (FREIRE; SHOR, op. cit., p. 49-50).

[31] É por isso, que aduz Roberto A. R. de AGUIAR: "O advogado não pode, como agente essencial da aplicação e criação do Direito, ser apenas um repetidor, mas um incentivador e agente da transformação técnica, a fim de que a sociedade não fique à mercê dos autoritarismos, dos abusos de poder, das desobediências à legalidade, da banalização da violência e da morte. O advogado há de ter uma ação transformadora dessas práticas ancestrais". (A contemporaneidade e o perfil do advogado. *In*: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB e o ensino jurídico. Novas diretrizes curriculares**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 129-139, p. 131)

[32] "A tarefa reprodutiva da ideologia dominante leva a obscurecer a realidade, a evitar que as pessoas adquiram uma percepção crítica, que 'leiam' sua própria realidade de forma crítica, que aprendam a razão de ser dos fatos que elas descobrem." (FREIRE; SHOR, op. cit., p. 49-50).

[33] FERNÁNDEZ, op. cit., p. 418.

[34] FERNÁNDEZ, op. cit., p. 418.

[35] DEMO, Pedro. **Conhecimento e aprendizagem na universidade**, março/abril, 1999, p. 4, fotocopiado.

[36] DEMO, op. cit., p. 4.

[37] ALMEIDA, Maria Suely Cruz de. Os trabalhos de conclusão de curso e a contribuição para a produção do conhecimento científico no ensino do direito. **Anais do Conpedi**. Manaus, 2006, Fundação Boiteux, p. 5.

[38] ALMEIDA, op. cit., p. 5.

[39] Op. cit., p. 16.

[40] Op. cit., p. 17.

[41] **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

[42] FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **RBPG**, v. 1, n.2, p. 53-70, nov. 2004, p. 62.

[43] "O estudo do Direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, etc. Os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado e os valores privatísticos ao Direito Público." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 55)

[44] NOBRE, op. cit., p. 26.

[45] CORTIANO JR., op. cit., p. 132.

[46] FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Direito, Estado e sociedade**, n. 15, ago.-dez., p. 1999, p. 66

[47] Apud FACHIN, op. cit., p. 63. Justifica o autor: "...não há sistemas neutros porque o sistema externo 'é um sistema de educação jurídica, quer dizer, um sistema de comunicação da matéria da lei e um sistema de persuasão sobre o interesse da lei', daí lhe advindo 'um indiscutível relevo para a compreensão do ordenamento: dos seus valores, do seu 'projecto' ideológico e sociológico, numa palavra, da sua tática e da sua estratégia (...). Sem dúvida, a minha crítica é ideológico-política e não podia conscientemente não o ser, porque todo o Direito é ideológico-político (e tanto mais quanto menos o mostra...) como ideológico-político é o seu sistema de exposição." (CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1., p. 15)

[48] DEMO, op. cit., p. 4.

[49] Cf. SCAFF, Fernando Facury. Ensino, pesquisa e profissões jurídicas. **Jornal da Ciência**. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, n. 2788, 13 de junho de 2005.

[50] Op. cit., p. 31-32.

[51] Op. cit., p. 4. Segundo Laura Garbini Both: "... as atividades de ensino consistem na promoção de cursos, oficinas, seminários didáticos e técnicos, na realização de visitas técnicas e de trabalhos de campo, na organização de grupos de trabalho e atividades culturais, como também, na participação em congressos, seminários e simpósios; as atividades de pesquisa consistem no desenvolvimento de projetos, trabalhos, artigos, monografias - individuais ou coletivas visando a publicação em periódicos, anais, livros, jornais; e, finalmente, as atividades de extensão consistem no desenvolvimento de atividades para a comunidade interna (na própria Instituição de Ensino Superior) e externa (segmentos da sociedade civil e do poder público)." (O programa de educação tutorial (PET) na formação do bacharel em direito: reflexões teóricas e relato de um experiência no âmbito dos direitos humanos e democracia. **Cadernos da escola de direito e relações internacionais da UniBrasil**, v. 8, n. 8 (jun./jul. 2008). Curitiba: UniBrasil, 2008, p. 40).

[52] Op. cit., p. 41.

[53] Cf. BOTH, op. cit., p. 42.

[54] ALMEIDA, op. cit., p. 5.

[55] DEMO, op. cit., p. 9.

[56] Paulo Freire e Ira Shor advertem para o fato de que "O educador libertador tem que estar atento para o fato de que a transformação não é só uma questão de métodos e técnicas. Se a educação libertadora fosse somente uma questão de métodos, então o problema seria mudar algumas metodologias tradicionais por outras mais modernas. Mas não é esse o problema. A questão é o estabelecimento de uma relação diferente com o conhecimento e com a sociedade." (*Op. cit.* p. 48)

[57] Op. cit., p. 21.

[58] "Assim funciona o que eu chamo o pensamento crítico: ele merece este qualificativo neste sentido em que, suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ele se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível. Ele sabe que a realidade está em movimento, quer dizer, que qualquer coisa para ser apreendida e analisada tem de o ser no seu movimento interno; não se pode, pois, abusivamente reduzir o real a uma das suas manifestações, a uma das suas fases". (MIAILLE, op. cit., p. 22)

[59] Op. cit., p. 171.

[60] Paulo FREIRE e Ira SHOR explicam o "método dialógico": "[...] o diálogo deve ser entendido como algo que faz parte da própria natureza histórica dos seres humanos. É parte de nosso progresso histórico do caminho para nos tornarmos seres humanos. [...] o diálogo é uma espécie de postura necessária, na medida em que os seres humanos se transformam cada vez mais em seres criticamente comunicativos. O diálogo é o momento em que os humanos se encontram para refletir sobre sua realidade tal como a fazem e re-fazem. Outra coisa: na medida em que somos seres

comunicativos, que nos comunicamos uns com os outros enquanto nos tornamos mais capazes de transformar nossa realidade, somos capazes de *saber que sabemos*, que algo *mais* do que só saber. [...] Através do diálogo, refletindo juntos sobre o que sabemos e não sabemos, podemos, a seguir, atuar criticamente para transformar a realidade." (Op. cit., p. 122-123)

[61] Cf. FREIRE; SHOR, op. cit., p. 123.

[62] FREIRE; SHOR, op. cit., p. 123.

[63] FREIRE; SHOR, op. cit., p. 126.

[64] "Talvez haja portas que possamos abrir que as doutrinas precedentes e as afirmações de hoje mantêm fechadas. É esse ultrapassar a que vos convida toda a reflexão científica: e, como qualquer reflexão científica, ela reveste de algum modo o caráter de uma aventura. Ninguém sabe que dificuldades nos esperam nessa exploração". (MIAILLE, op. cit., p. 25)

[65] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, p. 63-81, 1994, p. 81.

ESTRATÉGIAS DE AVALIAÇÃO NO ENSINO JURÍDICO

VALUATION STRATEGIES IN LEGAL EDUCATION

**Rosendo Freitas de Amorim
Olivia Pinto de Oliveira Bayas Queiroz**

RESUMO

Constata-se uma crise no ensino jurídico do Brasil, como parte do problemático quadro apresentado pelo sistema educacional do país, consequência da precariedade da educação básica. Não obstante os problemas enfrentados pelo ensino superior brasileiro em geral, o ensino jurídico possui problemas particulares, relacionados ao perfil do professor e do aluno, à metodologia e avaliação do ensino, bem como à estrutura curricular, dentre outros aspectos. Partindo desse pressuposto, faz-se necessária uma reflexão no sentido de não somente reconhecer deficiências, mas principalmente de sugerir propostas capazes de contribuir para melhoria do ensino jurídico no Brasil. O presente estudo objetiva analisar o sistema de avaliação do processo ensino/aprendizagem e propor estratégias avaliativas capazes de contribuir para a transformação do ensino jurídico brasileiro. Mediante pesquisa bibliográfica, buscou-se responder aos seguintes questionamentos: a) O que é avaliação? b) Quais os métodos avaliativos? c) Como se caracterizam? d) Quais as críticas que sofrem? e) Tais métodos são adequados para avaliar a aprendizagem do ensino jurídico? Por quê? Para tanto, foi necessária a contextualização sobre a atual conjuntura do ensino jurídico. Em seguida, tomou-se a avaliação como instrumento capaz de transformar o ensino jurídico nacional, partindo do seu conceito, características, espécies, críticas, para, ao final, analisar a viabilidade e adequação dos instrumentos avaliativos no ensino do Direito no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: ENSINO JURÍDICO, APRENDIZAGEM, AVALIAÇÃO, CRISE.

ABSTRACT

There is a crisis in legal education in Brazil, as part of the problem table by the country's educational system, to the precariousness of basic education. Despite the problems faced by the Brazilian higher education in general, the legal education has particular problems, related to the profile of the professor and the student, the methodology and evaluation of teaching and the curriculum structure, among other things. On this assumption, it is necessary to consider not only to acknowledge shortcomings, but mainly to suggest proposals able to contribute to improvement of legal education in Brazil. This study aims to analyze the system for evaluating the teaching / learning strategies and propose evaluation capable of contributing to the transformation of legal education in Brazil. Through literature search, we tried to

answer the following questions: a) What is evaluation? b) What are the evaluation methods? c) How to characterize? d) What are the criticisms that have? e) These methods are adequate to evaluate the learning of legal education? Why? Thus, it was necessary to contextualize the current situation of legal education. Then took up the assessment as a tool capable of transforming the national education law, starting from its concept, characteristics, species, critical to the end, examine the feasibility and appropriateness of assessment tools in the teaching of law in Brazil.

KEYWORDS: KEY WORDS: LEGAL TEACHING, LEARNING, VALUATION, CRISIS.

INTRODUÇÃO

O ensino jurídico encontra-se em crise. Trata-se de um quadro enfrentado pelo sistema educacional como um todo (ENCARNAÇÃO, 1995, p. 110), fruto da educação básica. Não obstante os problemas comuns ao sistema educacional geral, o ensino jurídico também possui problemáticas particulares, relacionadas ao perfil do professor e do aluno, à metodologia do ensino e de avaliação, à estrutura curricular e outros aspectos.

Partindo desse pressuposto, faz-se necessária uma contribuição no sentido de, não somente conscientizar a respeito do atual momento educacional, mas, principalmente, de oferecer soluções capazes de transformar o ensino jurídico.

O presente estudo, portanto, tem por objetivo analisar o sistema de avaliação de aprendizagem para, ao final, propor estratégias avaliativas capazes de contribuir para a transformação do ensino jurídico brasileiro.

Mediante pesquisa bibliográfica, buscou-se responder aos seguintes questionamentos: a) O que é avaliação? b) Quais os métodos avaliativos? c) Como se caracterizam? d) Quais as críticas que sofrem? e) Tais métodos são adequados para avaliar a aprendizagem do ensino jurídico? Por quê?

Previamente torna-se pertinente uma análise acerca do ensino jurídico brasileiro hodierno, buscando apresentar uma contextualização sobre a atual conjuntura educacional. Em seguida, toma-se a avaliação como um significativo instrumento capaz de aprimorar o ensino jurídico, partindo do seu conceito, características, espécies, críticas, para, ao final, analisar a viabilidade e adequação dos instrumentos avaliativos no ensino do Direito no Brasil.

1 ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Não há que se falar em ensino sem aprendizagem, tampouco em aprendizagem sem ensino. Afinal, “não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto, um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender” (FREIRE, 2007, p. 23).

Para que o processo de aprendizagem tenha sucesso é necessário um ensino de qualidade. Mas o que vem a ser qualidade no processo de ensino? Quais os parâmetros para se estabelecer a qualidade do ensino de um curso superior?

Segundo Getulino do Espírito Santo Maciel (1995, p. 90-91), a qualidade do ensino refere-se à análise global dos seguintes elementos: corpo docente, corpo discente, estruturação dos currículos, filosofia da instituição na condução do tripé ensino/pesquisa/extensão e absorção pelo mercado de trabalho da mão-de-obra formada.

O curso de Direito é composto por um corpo docente que, em sua grande maioria, exerce o magistério como uma segunda profissão ou até mesmo por diletantismo, razão pela qual os professores costumam ser desinteressados pela formação didático-pedagógica. Essa situação gera ausência de interação docente-discente, aulas expositivas dogmáticas e desprovidas de diálogo com o alunado – fruto do processo de aprendizagem daqueles que hoje fazem parte do corpo de professores da universidade –, ensino acrítico e, ainda, desinteresse do estudante por pesquisas. Cabe ressaltar que a estrutura curricular “mínima” costuma ser confundida com “suficiente”, responsável pela não formação de profissionais “plenos”, mas de “menor alcance” (FARIA, 1995, p. 102).

Outro aspecto a ser analisado, refere-se ao tipo de aluno predominante no ensino superior. Ferreira Sobrinho (1997, p. 54) distingue o aluno nominal do aluno real, sendo o primeiro o “que apenas está presente em uma sala de aula, por imposição curricular”, e o segundo o “que lá se encontra com o desejo de aprender alguma coisa”.

Nas universidades, infelizmente, predomina o aluno nominal. Trata-se de um indivíduo desinteressado das coisas sérias do estudo mas que pretende colar grau com um mínimo de esforço. Frequenta as aulas apenas porque as disciplinas fazem parte da exigência de conclusão do curso. Entretanto, se pudesse, ficaria em casa, na praia ou nos barzinhos da vida, encharcando-se de bebida alcoólica ou de outra coisa pior, à espera do diploma que cairia do céu. (FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 54)

Diante desse quadro, como o mercado de trabalho poderá absorver a quantidade de mão-de-obra resultante do processo falho de ensino-aprendizagem? Afinal, supõe-se que os bacharéis que se graduem em tal contexto, genericamente, não estejam aptos para representarem a sociedade juridicamente, seja no campo público ou privado.

Mais do que ensinar o exercício de uma atividade profissionalizante, os cursos de Direito deveriam formar cidadãos, educar para a cidadania, colaborar para a conscientização do indivíduo sobre o seu papel social, desenvolver o raciocínio crítico, ensinar a pensar.

Acerca da educação como instrumento de cidadania, Leonel Severo Rocha (1995, p. 69-70) apresenta comentários ao “balanço da educação imperial” feito em 1882 por Rui Barbosa:

(...) Assim, ele [Rui Barbosa] entendia que a educação era uma das condições necessárias para a existência de uma cidadania plena (ROCHA, 1995, p. 69-70).

(...) Rui Barbosa estava consciente de que Mill tinha vantagem, em relação a Comte, de recusar *a priori* toda concepção determinista do indivíduo, fundada, como pregava o positivismo, na existência da revolução de leis naturais, pois o inglês defendia de maneira intransigente a liberdade. Para Mill, a liberdade era a própria condição de existência do indivíduo.

Assim, pensamos que a metodologia intuitiva de Rui Barbosa deve ser interpretada na perspectiva de Mill, fundada na liberdade; jamais poderia levar a políticas autoritárias. O método intuitivo de Rui Barbosa, como premissa necessária ao desenvolvimento da sociedade, defendia a criatividade e a liberdade. (ROCHA, 1995, p. 79-80)

João Bosco da Encarnação (1995) entende que o Direito deveria ser comprometido com a Verdade (Filosofia), com a resposta prática a essa Verdade (Arte) e com a técnica, o direito processual (Tecnologia). Entretanto, após análise, o mesmo autor conclui que:

(...) o Direito fica no meio do caminho, como técnica esvaziada. Ignora o seu nascedouro na essência do seu “ser social”, e não desemboca na realidade prática da vida social.

Essa a razão para que o Direito permaneça alheio à vida da sociedade, como propriedade dos técnicos, os “juristas”, e nas mãos deles, cada vez mais se “tecnize” e se isole. (ENCARNAÇÃO, 1995, p. 114)

A partir da constatação supracitada, cabe tentar mudar essa realidade. Não adianta atribuir culpa ao “sistema” e furtar-se enquanto, professor, aluno ou cidadão, de tomar iniciativas no sentido de superar esta realidade. Conforme Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 18):

Alardear a incapacidade discente para a reflexão e a crítica é fácil. Constatar a inexistência das condições necessárias mínimas ao desenvolvimento dos estudos superiores é chavão surrado que não pode mais ser repetido de forma leviana e aleatória, como se o problema escapasse da nossa esfera de atuação.

Dentro desse contexto, pretende-se analisar instrumentos avaliativos, suas características, aplicabilidade, críticas e, por fim, sua viabilidade e adequação ao ensino nos cursos de Direito do Brasil, possibilitando uma transformação na melhoria da qualidade do ensino jurídico nacional.

2 AVALIAÇÃO DO PROCESSO ENSINO E APRENDIZAGEM

Segundo Vani Moreira Kenski (1989, p. 131), “o ato de avaliar está presente em todos os momentos”. Diariamente costuma-se assumir posições, atribuir juízos, tudo baseado na individualidade, valores e personalidade de cada um.

A avaliação da aprendizagem em uma escola ou universidade é “o processo que envolve o conhecimento da realidade e sua transformação, conseguinte as estratégias, instrumentos, registros e intervenções compõem a avaliação” (BENFATTI, 2008, p. 17).

A avaliação, portanto, é necessária para que se verifique o grau de aprendizagem pelo aluno do conteúdo estudado. O nível de aprendizagem poderá ser constatado através de nota ou conceito. A nota é apenas uma conseqüência do processo ensino/aprendizagem, e não um fim em si mesmo, ou o objetivo maior a ser buscado.

Contudo, verifica-se que a avaliação sofreu uma transformação em seu sentido, na realidade, uma perversão. Acerca da “avaliação perversa” ou “perversão da avaliação”, Celso dos Santos Vasconcellos (1992, p. 9) dispõe:

No princípio era o caos. Um dia, o professor descobriu que podia mandar o aluno para fora de sala de aula, que a instituição cuidava de ameaçá-lo com a expulsão. Mais tarde um pouco, descobriu que tinha em suas mãos uma arma muito mais poderosa: a nota. Começa a usá-la, então, para conseguir a ordem no caos. O caos se fez cosmos, o maldito cosmos da nota...

Há uma inversão de valores no processo de aprendizagem, em que se busca obter uma nota a todo custo, como se os fins justificassem os meios. Para tanto, não somente os alunos fazem uso de “cola” ou “pesca”, mas também de técnicas de memorização, “decorando” nomes, datas, dispositivos legais.

A “cola” é repudiada por tratar-se de pesquisa em procedimento avaliativo no qual não é permitida a consulta a materiais, acarretando, portanto, desigualdade entre os avaliados. No entanto, a famosa “decoreba” ainda é exigida dos alunos, por terem que se preparar para processos avaliativos que não exigirão dos mesmos um raciocínio reflexivo ou crítico, mas apenas números e frases prontas.

A memorização por si só proporciona apenas uma aprendizagem superficial, a qual será esquecida ao final da avaliação; não há um conhecimento contínuo, conteúdos acumulados, pois o que se memorizou objetivando uma nota, após a sua obtenção não há porque continuar armazenado no cérebro.

Dessa forma, a memorização com a finalidade apenas de obtenção de nota também deve ser repudiada. Para tanto, o professor é um agente importante, pois é o responsável pelo estabelecimento do processo de avaliação a ser utilizado.

O professor não pode sucumbir e utilizar a avaliação como um instrumento de poder, subjulgando seus alunos. Tal comportamento contribui ainda mais para uma cultura de submissão à nota.

(...) todos os dias tem-se o poder sendo exercitado inadequadamente dentro da universidade. Toma-se como referencial o seguinte: (...) quando um professor

universitário decide, aleatoriamente, quem passará de ano e quem será reprovado, qual o rótulo que se pode dar para isto? Talvez poder seja uma palavra aceitável, não acham?

Com efeito, (...) existe indubitavelmente uma relação de poder. Mas poder utilizado nocivamente, quase sempre como instrumento de satisfação de desequilíbrios pessoais. (...)

Infelizmente não é possível, pelo menos atualmente, evitar que os professores universitários exercitem, de forma abusiva ou inadequada, a idéia de avaliação. Entendem como avaliação algo que é apenas uso arbitrário da condição de professor, uma vez que avaliar não é uma tarefa simples. (FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 88-89)

Importante mencionar o *stress*, a ansiedade, a angústia e o sofrimento pelos quais passam diversos alunos quando estão em “semana de prova”. Sobre o assunto, Xênia Diógenes Benfatti (2008, p. 19) dispõe:

(...) Quanto maior a expectativa anunciada pelo professor, maiores serão as possibilidades da ansiedade ser instaurada antes, durante e depois da aplicação dos testes. Há relatos de alunos que falam de suas angústias geradas em momentos de testagem, e que destacam a atitude docente como recorrente a essa tensão. Outros chegam em sua sala de aula nos dias de folga nos dias de prova e fazem tantas recomendações que chegam a amedrontar o aluno, e há ainda os que se recusam a falar e tirar suas dúvidas, e o que circulam, insistentemente, pela sala a procura de situações inflacionárias. Tais comportamentos não valorizam a aprendizagem, mas sim o poder e a autoridade do exame.

A avaliação também não pode ser utilizada como instrumento de vingança pessoal do professor contra o aluno, tampouco como meio de barganha, objetivando a obtenção de favores imorais. A avaliação deve ser “efetiva” (FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 90), resultando da correta apreciação pelo professor.

A avaliação é consequência natural do processo de aprendizagem. Não deve ser vista como um fim em si mesmo, pois o que se busca em sala de aula é “ensinar e aprender” recíprocos entre professor-aluno, e não apenas uma nota.

Ainda sobre o assunto, Xênia Diógenes Benfatti (2008, p. 14) defende que:

A atividade avaliativa impressa no planejamento deverá estar pautada para a transformação dos sujeitos protagonizados nas atividades desenvolvidas, e não somente para a verificação dos dados coletados. A razão da avaliação não deverá estar dirigida para a nota, mas para as ações e atividades que possibilitem a compreensão dos sujeitos e a superação dos desafios da aprendizagem individual e coletiva. A nota não pode ser o centro do processo de ensino e de aprendizagem, quando assim é colocada tira-se de foco o que deve justificar a aprendizagem, que é a descoberta, a construção e o desenvolvimento do ser. O estudo não pode estar a serviço da nota, mas a serviço da aprendizagem e do desenvolvimento do ser.

Vale ressaltar que a nota nem sempre traduz com fidedignidade o grau de conhecimento e aprendizagem do alunado. Aspectos que interferem negativamente no grau de

fidedignidade da nota alcançada: ansiedade prévia e durante a avaliação, assuntos de foro íntimo ligados à vida privada do aluno, questões mal-elaboradas, pressão do professor durante a avaliação.

Mesmo com tantos riscos da nota obtida pelo aluno não corresponder ao seu verdadeiro grau de apreensão e conhecimento, a avaliação ainda é um instrumento necessário ao sistema de aprendizagem.

O grande desafio reside em avaliar da forma mais fidedigna possível. Para tanto, o professor possui um importante papel, devendo, pois, possuir uma preparação didático-pedagógica para elaborar procedimentos avaliativos adequados aos alunos que possui, à matéria que ensina e desenvolve com seus alunos. Além do conhecimento pleno do assunto estudado, é preciso, também, criatividade na elaboração de atividades.

Também é imprescindível ter em mente que a avaliação não consiste em um momento estanque, isolado do todo. Se a avaliação faz parte do processo de aprendizagem, então ela está presente em todos os momentos do ensino. Afinal, “alunos e professores estão permanentemente avaliando a tudo e a todos” (KINSKI, 1989, p. 133).

Partindo desse pressuposto, defende-se que avaliação isolada e aplicada em um determinado momento da aprendizagem não será reflexo do processo como um todo, somente referindo-se àquela determinada situação. Qual metodologia de avaliação deve, então, ser utilizada pelo professor que busca avaliar o seu aluno de uma forma mais fidedigna e comprometida com um projeto de ensino do curso de Direito, voltado ao estudo reflexivo e raciocínio crítico?

A avaliação efetiva vai se dar durante o processo, nas relações dinâmicas de sala de aula que orientam as tomadas de decisões freqüentes, relacionadas ao tratamento do conteúdo e à melhor forma de compreensão e produção do conhecimento pelo aluno.

Para que isso ocorra faz-se necessário que o professor esteja permanentemente atento às alterações de comportamento dos alunos. Que haja um clima favorável à participação de todos em sala de aula. Que os alunos não se sintam reprimidos e possam manifestar suas dúvidas, inquietações e incompreensões quanto ao que está sendo aprendido. (KINSKI, 1989, p. 139)

A mesma autora sugere a realização de auto-avaliação pelos alunos, e formulação de atividades pelo professor através de paradas para reflexão, “para que os alunos individualmente ou em grupos possam utilizar o conjunto de conhecimentos apreendidos para criar, questionar, sugerir, procurar novas formas de aplicar aquele saber, enfim mostrar as transformações que o novo saber lhes proporcionou” (KINSKI, 1989, p. 141).

A auto-avaliação nesse contexto passa a ter uma grande importância. A opção por um ensino transformador leva a que o aluno precise ter oportunidades de desenvolvimento de sua capacidade crítica e, para isso, é importante que ele tenha condições não só de criticar o que lhe é externo. Que essa capacidade se volte para dentro de si mesmo nas suas relações com o conhecimento e com os outros, através da auto-crítica, da auto-avaliação.

(...) Essas paradas para reflexão tendo em vista a verificação da aprendizagem dos alunos não podem ser, porém, o único elemento sob o qual o aluno vá ser avaliado. O professor precisa ter a preocupação de, no decorrer do processo, utilizar diferentes meios através dos quais os alunos tenham oportunidades de demonstrar o seu aprendizado, as relações que vem estabelecendo entre o novo conhecimento e as aprendizagens anteriores, e as relações que fazem entre o conteúdo aprendido e a realidade histórico-concreta em que se situam. Para isto deve o professor propor a execução de diferentes atividades pelos alunos, elaboradas em grupo ou individualmente, como a realização de experimentos, elaboração de projetos, participação em discussões etc... (KINSKI, 1989, p. 141-142)

Como aplicar em termos concretos tal concepção em turmas com aproximadamente cinquenta alunos? Realmente é desumano exigir do professor conhecer individualmente cada um de seus cinquenta alunos (sem mencionar que os professores costumam ser responsáveis por diversas turmas!) e, além disso, ser capaz de avaliar fidedignamente cada um diariamente.

Como utilizar-se de todos os instrumentos avaliativos adequados, oferecendo espaço para a discussão e reflexão em sala de aula, quando se tem apenas uma carga-horária, em geral, insuficiente para lecionar todo o conteúdo programático da matéria? Sabe-se que algumas disciplinas são prejudicadas em virtude da ausência de horas-aula suficientes para o programa ser “ensinado”, ou seja, através de aulas expositivas fechadas, sem abertura para debates e questionamentos . Imagine-se, então, se o professor decidir fazer uso de avaliações diárias reflexivas?

Vale ressaltar, também, a comodidade (e, em alguns casos, a necessidade!) em utilizar-se de avaliações de “fácil” correção. Os professores normalmente são responsáveis por diversas turmas, disciplinas, algumas vezes em instituições diferentes, para poder sustentar-se economicamente. Dessa forma, para conseguirem cumprir o prazo estabelecido pelas instituições de ensino, têm que se valer de mecanismos nem sempre adequados ao ensino transformador, como, por exemplo, o uso de provas objetivas.

A realidade do sistema avaliativo reflete apenas uma das vertentes da crise enfrentada pelo ensino jurídico. É preciso que o professor assuma a responsabilidade que lhe é exigida, principalmente no âmbito do ensino jurídico, o qual exige uma formação cidadã, crítica, reflexiva.

(...) a responsabilidade do professor na apresentação de um determinado tema é absoluta, dependendo dos elementos levantados pelo docente, ele estará proporcionando aos alunos a possibilidade de novas incursões no conhecimento jurídico, limitando a criatividade e o exercício da imaginação O Direito – e esta é uma das razões que explica o desinteresse dos alunos pela ciência jurídica – é apresentado como algo definitivo, acabado, pronto, como ciência estática quando, na realidade, é essencialmente dinâmica.

O exame das fontes – doutrina, legislação, jurisprudência, teses, revistas jurídicas -, quando realmente realizado (e aqui o pressuposto de um corpo docente gabaritado deve ser inquestionável) conduz normalmente o corpo discente no mesmo caminho. (LEITE, 1995, p. 36)

O compromisso do professor é essencial para o enfrentamento da crise do ensino jurídico, bem como os gestores das instituições de ensino jurídico . É sob uma perspectiva de avaliação transformadora, que o professor deve buscar que os resultados do processo avaliativo constituam parte de um diagnóstico fidedigno da realidade ensino-aprendizagem, proporcionando tomadas de decisões sobre o que fazer para superar os problemas constatados (VASCONCELLOS, 1992, p. 49).

Para tanto, faz-se necessário analisar criticamente alguns instrumentos avaliativos e sua viabilidade para a avaliação no ensino jurídico.

3 INSTRUMENTOS AVALIATIVOS

3.1 PROVA

Inicialmente, é importante observar que prova não é sinônimo de avaliação. A prova é “um instrumento de avaliação que verifica o desempenho do aluno em uma determinada circunstância de aprendizagem” (BENFATTI, 2008, p. 14). Constitui, portanto, apenas um dos vários instrumentos avaliativos existentes no processo de aprendizagem.

A aplicação de provas é bastante comum no ensino jurídico. No entanto, para o seu uso adequado, faz-se necessário que o professor esteja preparado para o “devido emprego técnico-pedagógico de elaboração e análise desses instrumentos” (BENFATTI, 2008, p. 11). Tal preparação é importante em virtude dos seguintes aspectos:

(...) As provas elaboradas sem o conhecimento técnico-pedagógico necessário apresentam questões mal formuladas, valorização dos itens inadequada, conteúdo não representativo e critérios não definidos, são instrumentos que fazem do aluno vítima de um resultado não representativo. (BENFATTI, 2008, p. 12)

Antes da elaboração de uma prova torna-se imprescindível que o professor tenha em mente algumas questões: “quais os objetivos de aprendizagem; qual a função destes objetivos e o que os alunos sabem após as aulas ministradas”(FERREIRA, SOBRINHO, 1997, p. 92).

Após os questionamentos prévios, o professor está apto a elaborar sua prova que poderá ser escrita ou oral, dissertativa ou objetiva. No curso de Direito é importante priorizar a argumentação. Dessa forma, deve o professor utilizar-se principalmente de testes dissertativos, seja oral ou escrito. Através de tal estilo, será possível avaliar o raciocínio lógico seguido pelo aluno até a sua conclusão.

No entanto, Dinah Martins de Souza Campos (apud FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 93) apresenta não somente vantagens, mas também desvantagens das questões dissertativas:

1. Vantagens:

- relativamente fáceis de serem organizadas.
- podem ser rapidamente escritas no quadro negro.
- não exigem grande número de questões.
- possibilitam ao aluno organizar seu pensamento e apresentá-lo subjetivamente.
- avaliam a capacidade de interpretar, avaliar e criticar do aluno.

2. Desvantagens:

- ressentem-se de uma amostra adequada.
- podem não ser representativas do rendimento do aluno.
- valorizam mais a habilidade de redação do que o conteúdo.
- a correção é difícil, reflete a influência de fatores pessoais do professor que a corrige.
- gastam muito tempo e energia do aluno e do professor.

A desvantagem mais preocupante da prova dissertativa reside na possibilidade de refletir a subjetividade do professor na sua correção. A prova objetiva, por sua vez, afasta a tal influência, entretanto não deixa de apresentar uma série de desvantagens.

Há uma grande necessidade do estudante de Direito em treinar a redação, raciocínio lógico, quesitos não avaliados pelos testes objetivos. Questões de certo/errado, de verdadeiro/falso, de correspondência, de múltipla escolha, de ordenação favorecem o “chute”, o improvisado, a sorte. Mais do que nunca, observa-se que a nota em testes objetivos não reflete com fidedignidade a aprendizagem dos conhecimentos pelo aluno.

Entretanto, isso não quer dizer que questões objetivas sejam proibidas no ensino jurídico:

Eventualmente o professor de Direito poderá fazer testes objetivos. Mas certamente não deverá utilizá-los como regra, a menos que queira ver seus alunos sendo craques na arte de ligar respostas e preencher lacunas e ignorantes naquilo que precisarão quando ingressarem na vida profissional. (FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 98)

Os testes orais revelam grande importância no curso de Direito, afinal, o profissional da área deverá utilizar-se da retórica em sua atuação enquanto advogado, promotor,

procurador e juiz. Para que o aluno desenvolva a retórica em sala de aula faz-se necessário que o professor evite comentários jocosos pelos alunos, imponha educação e respeito ao colega que está sendo avaliado.

José Wilson Ferreira Sobrinho (1997, p. 98-99) dispõe da seguinte forma sobre o assunto:

Como se pode pensar um Bacharel em Direito que não conheça, pelo menos, rudimentos da retórica? Certamente que isto não é razoável como também não é crível que um grande cirurgião possa não manejar o bisturi de forma impecável.

(...) Portanto, o exame oral, no caso do Curso de Direito, ainda tem sua validade. Aliás, é recomendável que o professor faça, de modo intermitente, exames orais dentro da sala de aula a fim de desinibir os alunos, principalmente aqueles que se mostrem vocacionados para a docência.

Entretanto, as provas orais não devem ser utilizadas isoladamente. Elas devem coexistir com os demais tipos avaliativos, principalmente pelo fato de pessoas diferentes possuírem atributos diferentes. Existem indivíduos com talento para a escrita, outros que se sobressaem na oratória. Um teste oral privilegiaria uns em detrimento de outros, não refletindo com fidedignidade a aprendizagem de cada um dos alunos.

Importante observar que, mesmo uma prova bem elaborada, ou seja, equilibrada quanto ao conteúdo abordado e pontuação distribuída, composta de itens objetivos e dissertativos, pode não refletir fidedignamente o processo de aprendizagem.

Nesse sentido, Xênia Diógenes Benfatti (2008, p. 11-12) apresenta algumas críticas ao sistema de avaliação mediante provas:

(...) a prova é um instrumento de avaliação que oferece informações circunstanciais e passíveis de não representação. (...)

Utilizar somente provas para avaliação da aprendizagem é reduzir a avaliação e limitar suas funções e princípios, tornando-a inexpressiva. O professor precisa reconhecer que ao avaliar ele emite um juízo de valor sobre o desempenho discente, portanto, compete-lhe utilizar instrumentos adequados para o conhecimento da realidade em estudo. (BENFATTI, 2008, p. 11-12)

Logo, deve o professor aplicar instrumentos diversificados e adequados para a avaliação do ensino/aprendizagem, objetivando mudar aquilo que deva ser modificado para melhorar a qualidade do ensino.

3.2 TRABALHOS INDIVIDUAIS OU EM EQUIPE

O professor deve estimular o lado pesquisador do aluno. O objetivo de um trabalho, enquanto método de avaliação, é a pesquisa do conteúdo solicitado pelo aluno, seja realizado em equipe ou individualmente.

O trabalho individual revelará a pesquisa, esforço, capacidade de síntese e argumentação de cada aluno sobre o tema solicitado. O cuidado e atenção, no entanto, que o professor deve possuir na avaliação refere-se às fontes de pesquisa.

O acesso à *internet* pelos alunos tem tornado mais presente o plágio de obras acadêmicas. Dessa forma, o que deveria ser um trabalho de pesquisa, com a apresentação de várias fontes, posicionamentos doutrinários e legislação pertinente, torna-se objeto de crime autoral ou, quando muito, um mero “recorta e cola” de fontes diferenciadas, sem a apresentação de qualquer argumento pessoal do aluno frente ao assunto.

Trata-se de uma realidade fática presente, inclusive, em trabalhos elaborados individualmente ou em equipe, devendo ser veementemente coibido. Não obstante a dificuldade da pesquisa individual como instrumento avaliativo, a mesma deve ser estimulada, pois quando realizada com compromisso, consolida o processo de ensino e aprendizagem.

Uma vez vencido o aspecto da veracidade da autoria da pesquisa, passa-se a analisar o trabalho em grupo. O trabalho em grupo permite uma maior integração entre os alunos. Colabora para uma organização e divisão de tarefas, estimulando a solidariedade e a vivência entre seus pares.

Entretanto, mediante uma análise crítica do instrumento avaliativo em tela, o professor deve estar consciente de que, barreiras existem para que o seu objetivo nem sempre seja alcançado. Divisão desigual de tarefas entre os membros da equipe, esforço e empenho da minoria do grupo, utilização do período de reunião em grupo para tratar de assuntos alheio ao do trabalho, são problemáticas comuns ao se utilizar do trabalho em equipe.

José Wilson Ferreira Sobrinho (1997, p. 95), referindo-se ao trabalho em equipe realizado fora da sala de aula, é bastante enfático ao tecer suas críticas:

Na verdade esse tipo de avaliação não serve para nada, salvo para que um trabalhe e os outros espertalhões assinem o trabalho que não ajudaram a escrever. Infelizmente a regra é esta: nem todos os membros do grupo trabalham realmente.

(...) Portanto, os trabalhos em grupo que são feitos fora da sala de aula não são um bom indicativo de participação coletiva, a menos que o professor, se dispuser de tempo, solicite a cada membro do grupo que, sem tempo para decorar, exponha na sala de aula a parte que lhe coube na divisão do trabalho. (...)

A participação do grupo, portanto, é nominal, admitidas as exceções de estilo. A avaliação, neste caso, é injusta: é injusta com aquele que trabalhou sozinho e com aqueles que não trabalharam mas ganharão mas ganharão a nota respectiva. (...) Para que uma avaliação seja pelo menos aceitável é preciso que ela seja capaz de identificar tais distorções na participação de um trabalho. Se não identificar isto será mais uma

forma de premiar a apropriação indevida do trabalho alheio por estudantes que não passam de vagabundos sentados em bancos universitários.

Diante de tal enfoque negativo, pergunta-se: deve o trabalho em grupo ser aplicado? Celso dos Santos Vasconcellos (1992, p. 48) posiciona-se da seguinte forma:

Muitas vezes, os professores apontam a dificuldade de avaliar o trabalho em grupo. O enfrentamento desta questão exige que múltiplos aspectos sejam analisados, a começar pela própria proposta de trabalho que o professor faz: até que ponto ela está clara para o professor e para os alunos? Um outro elemento que deve ser considerado: reclama-se muito que os alunos não sabem trabalhar em grupo, mas será que em algum momento esses alunos foram devidamente orientados do ponto de vista da metodologia de trabalho em grupo? O professor deve capacitar os educandos, deixar claro quais os objetivos do trabalho e acompanhar o desenrolar do mesmo. Diante das dificuldades, primeiramente o grupo deve tentar resolvê-las; se não conseguir deve solicitar ajuda do professor, que deve ficar o porquê dos diferentes níveis de participação.

Em termos de avaliação, uma alternativa é o professor dar o total de pontos para que o grupo distribua a cada membro, de acordo com critérios estabelecidos (“quem não trabalha, não come”). Vejamos um exemplo: o professor entende que trabalho vale 9; como são seis elementos, o grupo recebe o total de 54 pontos. Trata-se de uma tentativa de gestão coletiva tanto da produção do conhecimento (o que é fundamental), quanto da avaliação.

Cabe inicialmente ao professor, portanto, deixar bem claro para si e para os alunos os propósitos do trabalho. Tratar-se-á de um trabalho com o objetivo do professor abordar um assunto de uma maneira mais dinâmica? Ou para formar consenso em grupos? Ou, ainda, adotando uma linha descompromissada com o ensino, terá o trabalho em grupo o intuito de que o próprio professor possa ter um “descanso” nas aulas em que as equipes estiverem trabalhando? O professor deve ter plena consciência dos seus objetivos.

Uma vez estabelecidos os seus objetivos enquanto professor, devem os alunos tomar conhecimento do trabalho: tema tratado, tarefas a serem cumpridas, formato exigido (forma escrita, oral, tempo de apresentação), prazo estipulado e demais aspectos relevantes. O professor ter o cuidado de ressaltar a relevância do tema a ser pesquisado e discutido, estimulando, assim, os alunos a realizarem-no.

Dessa forma, o trabalho em grupo poderá perfeitamente ser utilizado como instrumento avaliativo no ensino jurídico.

3.3 SEMINÁRIO

O seminário caracteriza-se pelo envolvimento dos alunos com a pesquisa de temas a serem discutidos em sala de aula, partindo de uma exposição dialogada pelos alunos responsáveis. É necessária, para tanto, a preparação dos alunos sobre a temática objeto

do seminário, bem como uma revisão literária do material estudado, a fim de esclarecer dúvidas quanto à interpretação dos textos (FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 82-83).

O professor deverá orientar os alunos sobre o procedimento a ser seguido no seminário: temas, material de pesquisa, responsabilidade de cada aluno, datas, texto-roteiro sobre as atividades a serem desenvolvidas. Ao final das atividades, é importante que os alunos participem com suas conclusões sobre o tema em discussão, apresentando suas opiniões e críticas.

O seminário pode ser utilizado como metodologia de ensino ou de avaliação. A sua aplicação no ensino torna as aulas mais dinâmicas, possibilitando a maior participação da turma. E a sua utilização como método de avaliação proporciona uma maior preocupação com a pesquisa do assunto, bem como maior interesse em participar ativamente das atividades sugeridas, tendo em vista o aluno estar sendo avaliado durante todo o seminário.

A auferição de nota pelo professor poderá ser feita a partir da abordagem do tema pelo aluno responsável, bem como pela participação e contribuição dos demais para a discussão do assunto, seja através de perguntas, colocações, pesquisas extras, contanto que sejam pertinentes à matéria em análise.

O seminário, portanto, constitui um interessante mecanismo de avaliação do ensino jurídico, uma vez que envolve a pesquisa, a retórica, a argumentação e o contato com as pessoas (colegas de sala), estimulando a solidariedade e respeito.

4 ESTRATÉGIAS DE AVALIAÇÃO NO ENSINO JURÍDICO

Antes de analisar a viabilidade e adequação de alguns instrumentos avaliativos no ensino jurídico brasileiro, é imprescindível identificar os objetivos do curso de Direito. Eduardo Oliveira Leite (1995, p. 25/31) dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

O curso de Direito deve ter como meta a formação de juristas capazes não só de interpretar o fenômeno jurídico (...) mas capazes de adquirir um conhecimento integral da sociedade onde se encontra inserido o fenômeno jurídico. Capazes de entender que a norma jurídica resulta de um duplo movimento: de uma opção valorativa, a partir de julgamentos de valor, e dos reflexos impostos pela realidade social; ou seja, o Direito como elemento condicionante e condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta.

O ideal, considerando a complexidade da vida profissional do bacharel em Direito e os objetivos do curso jurídico – desenvolvimento do raciocínio e espírito crítico – continua sendo uma aula que não se limite a mera informação, de ordem legal ou doutrinária, mas que favoreça a transposição destes elementos à realidade (...).

Não somente a aula deve afastar-se do padrão expositivo, oferecendo meras informações a serem absorvidas como verdades absolutas, mas também as avaliações

devem corresponder ao que busca a Escola Reflexiva[1]. Raciocínio e espírito crítico devem estar atrelados à análise teórica e fática do Direito.

A análise jurisprudencial reúne os atributos supramencionados, necessários ao estudante de Direito, pois exige conhecimento prévio legal e doutrinário acerca da situação que lhe é apresentada. O aluno deve analisar criticamente o caso concreto à luz do Direito, identificando, portanto, princípios, dispositivos constitucionais e legais e a doutrina adequada à questão apreciada.

A apreciação legal e doutrinária encontrará seu desfecho na análise jurisprudencial (ou fática) e, nessa esfera (...) o aluno espontaneamente procurará aprofundar seu conhecimento e seus estudos, numa postura juridicamente crítica, só possível onde já há preliminarmente conhecimento e análise do fenômeno jurídico.

(...) A jurisprudência, de certa forma, conduz forçosamente ao prático, ao cotidiano, porque ela nada mais é do que a postura crítica do ordenamento em relação ao fato. (LEITE, 1995, p. 34-35)

O aluno pode analisar jurisprudências individualmente ou em grupo, através de testes dissertativos ou objetivos, na forma escrita ou oral, com ou sem consulta a materiais. O estudo de casos, portanto, permite a variação de abordagens avaliativas.

As disciplinas propedêuticas, contudo, não podem se utilizar de análises jurisprudenciais, ressalvadas as devidas exceções. Por tratarem-se de matérias iniciais e preparatórias, necessitam avaliar a aprendizagem dos conceitos e características dos institutos. Dessa forma, pertinente é a utilização de provas, dissertativas e/ou objetivas.

Não somente nessa situação devem as provas ser aplicadas. Na realidade, é necessário que haja uma interação entre os instrumentos avaliativos, de forma que o ensino e a avaliação sejam dinâmicos. Aulas e avaliações podem se utilizar de diferentes métodos, buscando interagir melhor com cada um dos alunos da sala de aula, além de tentar alcançar e desenvolver atributos peculiares aos diversos tipos de estudantes.

No que tange à auto-avaliação, trata-se de um instrumento avaliativo *sui generis* que requer maior criticidade e maturidade dos alunos, razão pela qual deve ser objeto de um estudo próprio.

O enfoque em trabalhos em grupo também é importante para o ensino jurídico. O profissional do Direito lida diretamente com pessoas, seja enquanto advogados, ao tratar com seus clientes ou com os demais membros da banca de advogados do escritório; seja enquanto funcionário público, ao lidar com causas coletivas, crimes e investigação, cargos administrativos e repartições públicas, magistratura, Defensoria e Ministério Públicos e outros.

Lidar com o Direito é lidar com pessoas, do contrário significa isolar-se e observar o Direito à distância da sociedade (se é que isso é possível!). Os trabalhos em grupo oferecem essa oportunidade de solidariedade e diálogo entre os seus membros.

O estágio prático supervisionado ao final do curso, principalmente em parceria de órgãos como a Defensoria Pública, promove abertura de horizontes sociais aos alunos.

O alunado chega ávido por situações-problema, elaboração de petições, ajuizamentos e, logo a partir do atendimento, depara-se com problemáticas completamente distanciadas do seu mundo vivido.

A partir de tal contato inicial, os estudantes do Curso de Direito começam a enxergar outras camadas sociais e, portanto, outros problemas, passando a tomar consciência de uma realidade que não faz parte do pequeno mundo no qual se encontra. Isso pode gerar maior sentimento de humildade, solidariedade, envolvimento com programas sociais.

Trata-se de colocar em prática o educar para a cidadania, promovendo situações de maior compreensão da realidade da qual faz parte, do papel social que ocupa, das responsabilidades sociais, bem como da autonomia para posicionar-se e atuar da forma como lhe aprouver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A avaliação pode constituir-se num importante mecanismo de transformação do ensino jurídico no Brasil. Através de instrumentos avaliativos adequados, o aluno poderá alcançar de maneira mais clara os objetivos do curso de Direito, desenvolvendo o raciocínio e espírito crítico.

Avaliações realizadas mediante análises jurisprudenciais, participação em estágio prático supervisionado, aplicação de provas, realização de trabalhos individuais ou em grupo, seminários, são estratégias viáveis para avaliar o ensino jurídico, haja vista desenvolverem a criticidade, a argumentação, a retórica, a escrita, o raciocínio lógico e a solidariedade entre os colegas de sala. Na realidade, faz-se necessário a interação entre os diversos instrumentos avaliativos, devendo cada qual ser utilizado no contexto e no momento adequado.

Para tanto, cabe ao professor analisar a adequação de cada instrumento avaliativo em conformidade com o projeto de ensino jurídico de cada da instituição, o tema em estudo, a carga horária da disciplina, a quantidade de alunos na sala de aula e outros aspectos que o professor julgue necessário.

Faz-se necessário que haja uma conscientização pelo professor da sua função de educador, formando o indivíduo para viver em sociedade, educando-o para o exercício da cidadania.

Constata-se, portanto, o importante papel do professor e da avaliação do processo ensino e aprendizagem como agente e instrumento, respectivamente, de transformação e melhoria do ensino jurídico no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de Aguiar. **Habilidades**: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2004.

ALARCÃO, Isabel. A escola reflexiva. In: ALARCÃO, Isabel. (org.) **Escola reflexiva e nova racionalidade**. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 15-30.

BENFATTI, Xênia Diógenes. *Provas: uma crítica e reflexão sobre essa prática de avaliação*. In: ABSIL, Wilhelmus Jacobus. **Pedagogia universitária III**: ação docente e os desafios do fazer pedagógico na universidade. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2008, p. 11-27.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *A questão do ensino jurídico*. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da; MACIEL, Getulino do Espírito Santo. (orgs.) **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995, p. 105-123.

FARIA, José Eduardo. O ensino jurídico. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da; MACIEL, Getulino do Espírito Santo. (org.) **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995, p. 99-103.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 36. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

KENSKI, Vani Moreira. *Avaliação da aprendizagem*. In: VEIGA, Ilma Passos Alencastro. **Repensando a didática**. São Paulo: Papirus, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A aula em direito*. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da; MACIEL, Getulino do Espírito Santo. (org.) **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995, p. 13-43.

MACIEL, Getulino do Espírito Santo. Por um ensino jurídico crítico. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da; MACIEL, Getulino do Espírito Santo. (org.) **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995, p. 89-98.

ROCHA, Leonel Severo. *Ensino do direito e cultura política*. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da; MACIEL, Getulino do Espírito Santo. (org.) **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995, p. 67-88.

VASCONCELLOS, Celso dos Santos. **Avaliação**: concepção dialética-libertadora do processo de avaliação escolar. Cadernos Pedagógicos do Libertad. 2.ed. São Paulo: Libertad-Centro de Formação e Assessoria Pedagógica, 1992, v. 3.

[1] Trata-se de uma “organização (escolar) que continuamente se pensa a si própria, na sua missão social e na sua organização, e se confronta com o desenrolar da sua atividade em um processo heurístico simultaneamente avaliativo e formativo. Se, como dizia Habermas, só o EU que se conhece a si próprio e questiona a si mesmo é capaz de aprender, de recusar tornar-se coisa e de obter a autonomia, eu diria que só a escola que se interroga sobre si própria se transformará em uma instituição autônoma e responsável, autonomizante e educadora. Somente essa escola mudará o seu rosto”(ALARCÃO, 2001, p. 15).

A FORMAÇÃO DO DOCENTE DE DIREITO: UMA IDENTIDADE DESEJADA

TRAINING OF TEACHERS OF LAW: AN IDENTITY DESIRING

Tháisa Haber Faleiros

Marcelo Campos Galuppo

RESUMO

A maioria dos cursos de Direito no país é ministrada em escolas particulares (90%). O professor é quase sempre contratado como horista, pois, via de regra, exerce a docência como uma segunda atividade. A atividade profissional principal é, normalmente, o exercício da advocacia, da magistratura, da promotoria pública, da defensoria pública, etc. A sociedade brasileira, de modo geral, habituou-se a pensar o ensino do direito como um ensino de leis e, nessa medida, também absorveu, sem maior discussão, o fato de que advogados, juízes, promotores de justiça, delegados e outros profissionais da área jurídica são os profissionais mais indicados para serem os professores de direito, porque prevalece o pressuposto de que quem sabe fazer, sabe ensinar. O ingresso na docência em instituições privadas quase sempre é resultado de convite formulado pelo coordenador ou diretor do curso. O presente trabalho procura refletir sobre a construção de uma identidade como docente para o professor de direito. Deve-se desenvolver uma outra forma de agir do professor de direito, fundamentada na identidade de um profissional docente e não na identidade de um profissional que também ministra aulas. É preciso discutir as alternativas para isso. O docente de direito deve ser um profissional centrado na epistemologia crítico-reflexiva, que tenha o pensamento orientado para a pesquisa, socialmente contextualizado e consciente, comprometido com a ação e preocupado com a dimensão afetiva dos seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: IDENTIDADE DOCENTE. ENSINO SUPERIOR. ENSINO JURÍDICO.

ABSTRACT

Most courses of law in the country is taught in private schools (90%). The teacher is almost always employed by hour because, usually, carries on teaching as a second activity. The main professional activity is usually the practice of law, the judiciary, the public prosecutors, the public advocacy, etc.. Brazilian society in general are accustomed to thinking of the right to education as a school of law, and thus also absorbed without further discussion the fact that lawyers, judges, promoters of justice, prosecutors and other legal professionals in the area are those most given to the teachers of law, because the prevailing assumption that those who know how, know teach. The entry into the teaching in private institutions is almost always the result of invitation of the coordinator or director of the course. The work aims to reflect on the construction of identity as a teacher for the teacher of law. Should develop a different way of acting professor of law, based on the identity of a professional teacher, not the identity of a professional who also Minister classes. We must discuss alternatives to it. The teaching

of law must be a professional focused on critical constructivist epistemology, which has guided the thinking for the search, contextual and socially conscious, committed to action and concerned about the affective dimension of human beings.

KEYWORDS: TEACHER IDENTITY. HIGHER EDUCATION. LEGAL EDUCATION.

1. INTRODUÇÃO

Sem desconsiderar a função dos cursos de direito em preparar futuros profissionais (operadores práticos do direito), precisamos denunciar que ainda se manifesta nesses ambientes um profundo descompasso entre os atuais paradigmas teóricos e metodológicos com o que se entende por EDUCAÇÃO[1].

A despeito de termos ultrapassado 180 anos, desde a criação dos cursos jurídicos no Brasil, não houve mudança substancial no modelo de ensino, que ainda é o mesmo de décadas passadas. O professor ainda é visto como uma autoridade; suas aulas assumem invariavelmente a forma de palestras e as avaliações que aplica resumem-se a testar a capacidade do aluno de decorar artigos de lei.

Por isso, não são infundadas as críticas que usualmente se fazem à qualidade do ensino jurídico no Brasil. Muitos o classificam como livresco, bancário, expositivo, coimbrão, dentre outros. No quadro da baixa qualidade da educação jurídica nacional, além de destacar-se o grande número de cursos de Direito existentes[2], bem como seus currículos e metodologias de ensino-aprendizagem concentrados na transmissão do conhecimento do professor para o aluno por meio de aulas expositivas não dialogadas[3], aponta-se também a prática pedagógica do docente como fator agravante da situação.

A maioria dos cursos de direito é oferecida por instituições de ensino privadas[4], onde os professores são contratados, em regra, como horistas, que ministram suas aulas conforme sua disponibilidade de tempo, constituindo-se a docência como sua segunda atividade profissional, já que muitos deles são

“primeiramente” advogados, juízes, promotores, delegados, defensores públicos, entre outros. Sendo a docência uma atividade complementar e não muito rentável, não há interesse em nela se investir tempo, ou dinheiro. Essa falta de construção de uma identidade docente, essa visão do docente como profissional que “também ministra aulas” contribuem para a desqualificação do ensino jurídico.

A grande questão é: aquele que, sem qualquer formação pedagógica, que aprende a ministrar aulas por ensaio e erro, desconsiderando o caráter do sujeito com o qual trabalha (o aluno), bem como domínios de técnicas específicas que levam à competência pedagógica (VASCONCELOS, 2000, p.1) pode ser chamado de “professor”?

Pensar essa prática pedagógica, primeiramente, “exige que se leve em consideração o espaço onde ocorrem a formação e a atuação desse profissional, ou seja, o espaço universitário” (RIBEIRO JR., 2001, p. 11). É preciso que se repense os “segmentos da universidade quanto às suas reais funções e estratégias de formação de profissionais” (RIBEIRO JR., 2001, p. 11), no sentido de se constituir dentro desse ambiente um espaço pedagógico, que não se resume no mero incentivo à especialização em disciplinas pedagógicas instrumentais, mas que os leve a se comprometerem com a “elaboração dos planejamentos curriculares e de ensino, nos cursos oferecidos pela instituição, nas reuniões dos diferentes colegiados, nas assessorias técnico-pedagógicas, nas avaliações dos cursos, projetos e programas, isto é, em todos os espaços existentes no cotidiano universitário” (RIBEIRO JR., 2001, p.13).

É, portanto, preciso que os docentes entendam como sendo fundamental o papel que deles é esperado na necessária busca de melhoria do ensino jurídico, para que, conhecendo-o e entendendo-o como adequado e factível, possam efetivamente empregar-se na missão da melhoria da qualidade desse ensino, rompendo com o modelo tradicional, centrado apenas no professor especialista em determinada área do conhecimento, que só se preocupa com o repasse de informações.

Se “para educar adequadamente é preciso que tenhamos professores em condições de realizar seu papel na relação ensino-aprendizagem, bem como seu papel na sociedade”, é somente “a partir de uma outra forma de agir do professor de direito, fundamentada na identidade de um profissional docente e não na identidade de um profissional que também ministra aulas” que teremos um profissional capaz de “contribuir efetivamente para a melhoria da qualidade de ensino nos cursos de direito” (CARLINI, 2008, p.322).

O propósito desse trabalho é, num primeiro momento, analisar de que forma a má qualidade do ensino jurídico no Brasil está ligada à prática pedagógica do docente do direito. Posteriormente, tem-se por fim detectar qual o papel esperado desse docente a partir dos principais textos legais que normatizam o ensino do direito, verificando qual o perfil ideal (legal) que se espera dele. Assim, procura-se contribuir para a reflexão sobre a necessidade de construção de uma identidade para o docente de Direito e o quanto isso poderá significar de melhoria para a qualidade do ensino jurídico no Brasil.

2. METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO

Para que se possa esclarecer o enfoque metodológico dado à pesquisa, priorizando o contexto histórico, cumpre-se delinear alguns aspectos ideológicos relevantes, em razão da sua influência no pensamento jurídico.

O ensino do Direito não pode ignorar as várias formas pelas quais ele (ensino) pode se apresentar. Essas formas determinam, em consequência, raciocínios abertos à reflexão crítica. Tanto se pode ensinar o Direito valendo-se de raciocínios presos às leis e aos códigos, indiferentes ao contexto humano norteador da ordem jurídica (o que não se recomenda), como também, ao contrário, levando-se em conta que o fenômeno jurídico resulta da “coexistência humana”. (HERKENHOFF, 2004, p.14).

Assim, é preciso que aquele que ensina Direito se posicione sobre a sua real função, permitindo que aquele que aprende faça a sua escolha, proporcionando-lhe um aprendizado voltado à ruptura dos modelos estruturais de dominação e mais preocupado com a “valorização das potencialidades da criatura humana”. (HERKENHOFF, 2001, p. 31).

Para compreender o Direito voltado ao homem, faz-se necessário um estudo inserido num contexto histórico, de modo a permitir-nos uma análise mais profunda da natureza de certos modelos jurídicos, levando-se em consideração crenças e convicções ideológicas que marcaram a sua trajetória.

Para isso, buscou-se apoio em estudos elaborados por autores que vêm buscando

dessacralizar e romper a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de ‘esclarecimento’, ‘autoconsciência’, ‘emancipação’ e ‘transformação’ da realidade social. (WOLKMER, 2006, p. 11).

È preciso passar a refletir sobre o Direito e a questionar a sua “legalidade” tradicional, determinante de uma época cultural, repensando seu papel emancipador e renovador.

O trabalho procura debruçar-se na análise desses aspectos, para que, num processo de reconstrução, antever um modelo teórico democrático para o Direito numa abordagem multidisciplinar-sociológica, política, filosófica e jurídica. Esses aspectos conduzem-nos a uma reflexão sobre a “deificação da ciência como fator alienante na sociedade moderna” (KATO, 1994, p. 170), circunstância alienante e resultante do pensar estático de uma época cujo modelo liberal-dogmático e lógico-formal prioriza a lei, deixando-se de se ver o Direito como uma atividade verdadeiramente científica, eminentemente crítica e especulativa – o que exige uma formação reflexiva, não dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações socioeconômicas e sobre a natureza ideológica de toda ordem jurídica.

A pesquisa tem em foco também a preocupação com a postura metodológica mantida nos cursos jurídicos que, na maioria das vezes, atém-se apenas ao aspecto formal do Direito, declinando de uma atitude reflexiva e não apenas técnico/prática, comumente usada hoje nos cursos jurídicos, pois apesar das exigências práticas que a politização das questões jurídicas impõem, grande parte dos profissionais do direito é formada num dogmatismo que não permite sequer o debate desses problemas.[5]

È impossível aceitar (como faz o pensamento jurídico tradicional) o Direito como um conjunto de normas e defini-lo por meio de normas limitadas ao Estado e aos grupos dominantes. È preciso optar por um

humanismo dialético - isto é, o humanismo em que as coisas são vistas em totalidade e movimento; a concentração quantitativa produz o salto qualitativo; os contrários se interpenetram; e a própria negação se faz acompanhar da negação da negação (em que subsistem, reenquadrados e transfigurados, aspectos daquilo mesmo que se negou; qualquer transformação opera com elementos preexistentes e, não havendo um erro absoluto, qualquer erro não passa de uma verdade torcida). (LYRA, 1986, p. 295).

É preciso referir-se à Ciência Jurídica como se inserida na história, confrontando fatos e instituições, verificando a influência recíproca existente entre ambas e valorizando essa interação.

Pode-se notar que o pensamento jurídico crítico no Brasil (ainda que não se tenha pretendido usar todos os autores desse paradigma) se mostra marcado por variados enfoques. Entretanto, verifica-se que o enfoque da historicidade é unânime particularmente quando os autores, embora embasados por epistemologias distintas, buscam a compreensão das funções político-ideológicas que geram o normativismo estatal e questionam a base epistemológica da produção da ciência jurídica tradicional. Diante desse quadro, busca-se a historicidade como afirmação da temporalidade da experiência humana, considerando que a natureza humana é histórica e, quando na história, experiência.

Com base nesse enfoque histórico, procurou-se efetuar a análise pretendida, mediante o procedimento da pesquisa bibliográfica para caracterizar a trajetória do ensino jurídico no Brasil.

Vale ressaltar que, como se dirá a seguir, muitas vezes o estudo do Direito, partindo de dentro dos cursos jurídicos, ainda que em nível de pós-graduação, não consegue atingir a dimensão crítica que se pretende. Diante desse quadro, fez-se necessária uma aproximação com a área educacional como universo adequado para a tentativa de se dar corpo aos questionamentos relacionados à situação do ensino jurídico em nosso país.

3. CRISE NO ENSINO JURÍDICO

O direito é um fenômeno cultural, uma estratégia sócio-adaptativa que serve para generalizar expectativas de comportamento que, por natureza, são complexas.

Por procurar gerir os comportamentos sociais e, portanto, pretender intervir em todos os sistemas sociais, tais como economia, política, ética e outros, o estudo do direito pode partir de diversos pontos de vista. Em outras palavras, o direito pode ser objeto de estudo da Antropologia, Psicologia, História, Educação, Sociologia e, claro, da própria Ciência Jurídica.

Quando se estuda o direito, visto de fora, como o fazem os estudiosos dessas outras ciências sociais, a análise procura se dar no sentido de localizá-lo na sociedade, procurando fazer um levantamento crítico-reflexivo de suas nuances sociais. No entanto, tradicionalmente, nos cursos jurídicos, tanto na Graduação quanto na Pós-graduação, o direito, como objeto de estudo, é visto como sendo apenas um conjunto de normas jurídicas que formam o sistema jurídico positivo de uma determinada sociedade.

Dizendo de outra forma, os cursos jurídicos estão mais atentos em assegurar que os alunos conheçam bem as leis e a estrutura lógica das mesmas dentro do sistema, para, depois, caso se interessem, procurem estudá-las e compreendê-las em perspectivas éticas, sociológicas, filosóficas, políticas e críticas, o que dificilmente se conseguirá fazer dentro de cursos jurídicos, ainda que em nível de pós-graduação, restando a alternativa de fazê-lo sob a ótica de alguma outra ciência que veja o direito de fora.

De forma geral, privilegiando uma formação dita 'prática', tanto as Escolas de Direito quanto os alunos desprezam disciplinas que pudessem lhes dar uma melhor formação crítica, fazendo com que os mesmos não tenham uma formação adequada, o que pode ser explicitado pelo baixo índice de aprovação nas provas para concursos públicos ou para habilitação junto à Ordem dos Advogados do Brasil. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 5)

Salvo exceções, a prática docente nos cursos de direito resulta da tradicional perspectiva positivo-normativista, enquanto paradigma constitutivo do método de ensino. Segundo esse método, um texto normativo é um documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento jurídico) pleno, lógico e recortado dentro do sistema social, cabendo apenas determinar-lhe o sentido "exato" pelo entendimento dos respectivos conceitos, termos e enunciados normativos ou pela busca de sua finalidade. Os cursos de direito (com exceção de alguns, é claro)[6] parecem restringir-se a transmitir conhecimento e não produzi-lo. Parecem não terem agregado aos seus currículos a pesquisa, a investigação, os experimentos, que afinal de contas são os que possibilitam um conhecimento sistemático, útil e cooperativo. Trata-se de pedagogia tecnicista preocupada apenas em formar indivíduos eficientes e capazes de contribuir para o aumento da produtividade da sociedade.[7]

Entre as conseqüências fundamentais da utilização desse método, está a de que todo o direito pode ser "ensinado" se forem transmitidas as premissas básicas do sistema. As funções crítico-reflexivas, tão importantes para a formação do estudante, são deixadas à categoria de disciplinas introdutórias nos currículos das faculdades,

predominando, de forma desproporcional, as disciplinas cuja função é menos a de "formar" os alunos e mais a de lhes "informar", de maneira estereotipada e padronizada, sobre a linguagem necessária ao aprendizado da dogmática, fazendo com que o direito pareça (para o estudante) como uma série de dados sem vinculação entre si e sem vinculação com os outros ramos do conhecimento e da sociedade mesma.

E parece que a

sociedade brasileira, de modo geral, se habituou a pensar que o ensino de direito é um ensino de leis e, nessa medida, também absorveu sem maior discussão o fato de que advogados, juízes, promotores de justiça, delegados e outros profissionais da área jurídica são os profissionais mais indicados para serem os professores de direito, porque prevalece o pressuposto de que quem sabe fazer, sabe ensinar. (CARLINI, 2008, p. 329).

Uma análise no sentido de buscar respostas na trajetória da consolidação do ensino jurídico no Brasil, poderá demonstrar que, por trás do dogmatismo, está a adoção de um ensino mais preocupado em atender aos interesses políticos do Estado[8], do que, propriamente, de desenvolver a consolidação de uma cultura jurídico-intelectual no Brasil.

Nesse sentido,

o professor fala em códigos e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático e suas referências de verdade são ideológicas e não metodológicas), explica porque a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação e na pós-graduação, é exclusivamente bibliográfica e legalista, tal como é a jurisprudência de nossos Tribunais. (STRECK, 1999, p. 64).

Ou seja, a inflexibilidade ou inamovibilidade da estrutura dos cursos jurídicos acaba condenando os estudantes e os professores a tornarem-se reféns de uma estrutura dogmática que os deixa incapazes de entender os novos tipos e formas de conflitos e tensão social, estando aptos a compreender o fenômeno jurídico apenas como um esquema estritamente prático-legalista, sem submeter-se a valores que podem pautar sua maior ou menor racionalidade. Quer-se dizer que o ensino jurídico meramente de informação e estritamente instrumental é produtor de um sistema jurídico esclerosado[9]. Inclusive,

parece haver um senso comum inclusive entre os próprios alunos, de que não é necessário que todos os professores de direito tenham efetiva preparação para o exercício da docência. É preciso que tenham carreiras jurídicas, porque

desse modo conseguem praticar um bom ensino, ser um bom professor, porque têm facilidade de aliar a teoria e a prática. (CARLINI, 2008. p. 329).

Diante dessas reflexões, ainda que apenas iniciais, podem ser colocados os seguintes problemas sobre o tema:

a) O direito vem sendo ensinado na perspectiva de uma atividade neutra, sem levar em conta o fato de que a educação em todas as áreas do conhecimento está envolta numa gama de relações de dominação e subordinação que não podem desconsideradas;

b) Diante do neoliberalismo e pela ótica do capital, a formação dada aos estudantes vem sendo vista apenas como produto;

c) Não se tem visto um compromisso dos cursos jurídicos nos avanços da ciência por não priorizarem a pesquisa[10] e ignorarem inovações metodológicas;

d) Os currículos das Faculdades de Direito, na sua maioria, apresentam-se erigidos sobre uma grade curricular voltada à formação tecnicista e são centrados no positivismo normativista;

e) O discurso proferido nas Faculdades de Direito não se coaduna com a prática, resultando na formação imperfeita do aluno, não lhe permitindo atender às necessidades sociais ou mesmo jurídicas da sociedade[11].

Entretanto, segundo Tardif e Lessard (2007, p.7), a situação deveria ser diferente, já que

deste ponto de vista, pode-se afirmar que o ensino em ambiente escolar representa, em igual título que a pesquisa científica, o trabalho industrial, a tecnologia, a criação artística e a prática política, uma das esferas fundamentais de ação nas sociedades modernas, ou seja, uma das esferas em que o social, através de seus atores, seus movimentos sociais, suas políticas e suas organizações, volta-se reflexivamente a si mesmo para assumir-se como objeto de atividades, projetos de ação e, finalmente, de transformações.

4. CRISE DO DIREITO E PRÁTICA DOCENTE

Entende-se, parafraseando Kant, que educar é operar a “saída” de um processo de “menoridade” (*apud* FOUCAULT, 2001, p. 337) para nos conduzir nos domínios

em que convém fazer uso da razão. Entretanto, essa saída é caracterizada por Kant como uma obrigação do homem, ou seja, é o homem que tem que procurar sair do seu estado de menoridade e só poderá sair dele através de uma mudança que ele próprio operará em si mesmo. Portanto, é preciso que se dê uma palavra de ordem: “tenha coragem, a audácia de saber”. Mas esse conceito em Kant vai além do que usualmente se chama de liberdade de consciência (FOUCAULT, 2001, p. 339). Trata-se daquilo que ele chama de uso privado da razão, que se manifesta quando o homem está engrenado como peça de uma máquina, ou seja, quando está inserido na sociedade com um papel a desempenhar. Por exemplo, como soldado, como pastor, como contribuinte de impostos, etc., o homem não precisa ser um ser obediente, numa obediência cega e tola, mas deve fazer uso da razão “adaptado a essas circunstâncias determinadas; e a razão deve submeter-se então a esses fins particulares” (FOUCAULT, 2001, p. 339). Neste contexto a razão não é livre. No entanto, o homem pode raciocinar como ser racional (e não como peça na engrenagem) e isto se dá quando raciocina como membro da humanidade racional e aí o uso da razão deve ser livre e público (FOUCAULT, 2001, p. 339).

Trazendo essas idéias ao foco central do presente artigo, podemos dizer que os temas (razão particular e razão universal) tratados por Kant, embora tangencialmente, constituem uma boa descrição daquilo que se pretende defender aqui.

Nos cursos de direito, tem-se estimulado muito o exercício da razão particular, ou seja, os alunos entendem o funcionamento do sistema e sabem até que ponto estão submetidos à sua autoridade e podem combatê-la, sem dismantelar as estruturas. No entanto, não se dá a oportunidade para que desenvolvam a razão universal, que é aquela que existe para dar ao homem a “emancipação” [12], enquanto possibilidade de resistência às formas de dominação vigente. Com outras palavras e repetindo o que já se vem dizendo ao longo do texto, os alunos de direito, quando saem da faculdade, estão aptos a reproduzir o sistema posto, de forma muito eficiente até, mas não estão aptos a pensá-lo, como bom ou ruim, e a repensá-lo numa possibilidade diferente.

Não que a Educação seja necessariamente um fator de emancipação. Pode vir a não ser, se tomarmos como exemplo o projeto educacional inicial de Wiemar[13], nunca imaginaríamos que ele pudesse admitir a ascensão do nazismo. Mas a educação é a única ação emancipatória capaz de frutificar no homem a crítica ao *status quo*. Portanto, tudo vai depender do projeto educativo que se queira programar.

Ante os múltiplos desafios do futuro, a educação surge como um triunfo indispensável à humanidade na sua construção dos ideais de paz, de liberdade e de justiça social. Ao terminar os seus trabalhos, a comissão faz, pois, questão de afirmar a sua fé no papel essencial da educação, no desenvolvimento contínuo, tanto das pessoas como das sociedades. Não como um “remédio milagroso”, não como um “abre-te-sésamo” de um mundo que atingiu a realização de todos os seus ideais, mas, entre outros caminhos e para além deles, como uma via que conduza a um desenvolvimento humano mais harmonioso, mais autêntico, de modo a fazer recuar a pobreza, a exclusão social, as incompreensões, as opressões, e as guerras. (DELORS, 1999, apud GOMES, 2007, p.114).

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 205, prescreve que educar é proporcionar “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua (real) qualificação para o trabalho”. Isso significa que cabe às universidades a formação de profissionais aptos a operar o direito como prática social, produto de um processo argumentativo e democrático e acessível a todos.

Desta forma, torna-se imprescindível uma mudança de paradigmas no processo ensino-aprendizagem, onde se propugne por uma docência integral, interdisciplinar (vertical e horizontalmente), onde se conjugue, efetivamente, ensino, pesquisa e extensão.

Assim, qualquer mudança que se projete para a melhoria do ensino jurídico no Brasil, deveria propor como objetivos:

a) Implementação de um ensino jurídico dotado de uma linha crítica dos tradicionais conceitos jurídicos, visando dar ao futuro profissional (e ao aluno cidadão – porque a preocupação da educação não é só com o mercado, mas com a sociedade como um todo) uma visão mais reflexiva com vistas a uma ação transformadora da realidade que o cerca, sempre comprometido com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

b) Implementação de um ensino que possa identificar e criticar a irracionalidade presente no sujeito cognitivo do direito e nas instituições, “assim como nos discursos que se pretendem racionais – as ideologias” (ROUANET, 1998, p.13).

c) Implementação de um ensino jurídico dotado de uma metodologia interdisciplinar que proporcione, não somente o raciocínio lógico-dedutivo das normas jurídicas nem somente os tradicionais métodos interpretativos exegéticos, mas também os provenientes da mais moderna hermenêutica constitucional pós-positivista e das mais diversas áreas do conhecimento, para que o aluno possa conhecer o direito a partir e além dos seus códigos lingüísticos.

d) Implementação de um ensino jurídico voltado para o desenvolvimento de pesquisas;

Todas essas táticas que servem para repensar o paradigma dogmático, tradicional, positivista, ainda vigente nas faculdades de Direito, pelo qual se impõe ao aluno um ensinamento pronto e acabado. (CURY, 1995, In: BALZAN; SOBRINHO, 2000. p.149), **só poderão ser implementadas quando se decidir repensar a identidade do professor de direito**[14]. E a superação deste estado de coisas depende menos de instituições regulamentadoras ou fiscalizadoras tais como o MEC ou a OAB. **Parece-nos que a solução tem que vir principalmente daqueles que estão envolvidos direta e efetivamente com o processo de ensino-aprendizagem.**

É necessário, portanto, que se defina a real função social da universidade, pois já está esgotado o modelo desenvolvimentista que tanto incentivou o seu crescimento. É preciso que se repense a universidade a partir do seu espaço pedagógico e que se reflita sobre a função do professor como o principal ator nesse espaço.

5. IDENTIDADE DOCENTE E FORMAÇÃO DIDÁTICO-PEDAGÓGICA DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

5.1. A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE DO PROFESSOR DO ENSINO SUPERIOR

A preocupação com a profissionalização do ensino tem sido, há algum tempo, alvo de debates, pesquisas e reformas “visando transformar e melhorar tanto a formação dos mestres quanto o exercício da docência” (LESSARD; TARDIF, 2007, p. 26).

Nessa esteira, muitas proposições têm sido feitas a respeito, havendo alguns pontos comuns entre elas.

Segundo Nóvoa (1992, p. 33) uma identidade docente se constrói na medida em que se atenda a três processos: o processo de produção da vida do professor; o processo do desenvolvimento profissional, que se refere aos aspectos da profissionalização

docente; e o processo de desenvolvimento institucional para consecução de seus objetivos educacionais.

È preciso, outrossim,

(...) promover uma ética profissional fundamentada no respeito aos alunos e no cuidado constante de favorecer seu aprendizado; construir com as pesquisas uma base de conhecimentos ao mesmo tempo rigorosa e eficiente que possa ser realmente útil na prática; derrubar as divisões que separam os pesquisadores e os professores experientes e desenvolver colaborações frutuosas; valorizar a competência profissional e as práticas inovadoras mais que as ações realizadas segundo receitas ou decretos; introduzir nos estabelecimentos escolares uma avaliação do ensino que permita uma melhora das práticas e dos atores; fortalecer a responsabilidade coletiva dos professores e favorecer sua participação na gestão da educação; (...) reduzir a burocracia que desvia, muitas vezes, as reformas a seu favor; introduzir no ensino novos modelos de carreira favorecendo uma diversificação de tarefas; valorizar o ensino na opinião pública... (LESSARD; TARDIF, p.26).

Entretanto, o diagnóstico é desfavorável:

Os professores se sentem pouco valorizados e sua profissão sofreu uma perda de prestígio; a avaliação agravou-se, provocando uma diminuição de sua autonomia, a formação profissional é deficiente, dispersiva, pouco relacionada ao exercício concreto do serviço; a participação à vida dos estabelecimentos fica reduzida, a pesquisa fica aquém do projeto de edificação de uma base de conhecimento profissional, etc. Além disso, **muitos professores permanecem amarrados a práticas e métodos tradicionais de ensino, enquanto os estabelecimentos escolares são, muitas vezes, refratários a reformas**, seja por inércia e costume, seja simplesmente porque não recebem recursos financeiros, materiais e temporais necessários para levá-las adiante.(grifo nosso) (LESSARD; TARDIF, 2007, p. 26-27).

Outro fator relevante para a análise da questão da identidade está no fato que, como vivemos num momento de competitividade, muitas pessoas utilizam-se da docência como uma segunda atividade. Portanto, hoje, é comum o ingresso de profissionais de outras áreas que não a da docência superior. Esses profissionais trazem, se dúvida alguma, imensa bagagem de conhecimentos, embora nenhuma no campo didático-pedagógico. Quando passam a atuar como professores no ensino superior, fazem-no sem qualquer processo formativo, nem mesmo depois de assumirem suas disciplinas, ignorando quase que por completo os processos metodológicos. Ou seja, entram sem experiência didática e permanecem sem respaldo da instituição para melhor desenvolver sua profissão, pois não há projetos que contribuam para a formação complementar dos docentes tais como estudos e encontros acadêmicos que abordem

temáticas de cunho educacional, de modo a contribuir para uma postura mais reflexiva do professor em relação a sua prática.

Quer-se dizer que “a própria estruturação das organizações escolares e do trabalho dos professores se presta pouco a uma profissionalização séria desse ofício”, privilegiando “práticas marcadas pelo individualismo, ausência de colegialidade, o recurso à experiência pessoal como critério de competência, etc.” (LESSARD; TARDIFF, p.27).

Ou seja,

longe de se estar profissionalizando, constata-se que esse diferentes fatos levantam no fundo toda a questão da proletarização do trabalho docente, ou, ao menos, da transformação de grupos de professores em equipes de executivos que não têm nenhum vínculo com as decisões que os afetam. (LESSARD; TARDIF, 2007, p. 27).

4.2. A CONSTITUIÇÃO DA IDENTIDADE DOCENTE DO PROFESSOR DE DIREITO: A LEGISLAÇÃO A RESPEITO

A constituição da profissão docente está relacionada com a idéia de educação como processo que se efetiva nas sociedades humanas para que os indivíduos empreendam tanto sua trajetória pessoal quanto sua participação no projeto coletivo das sociedades.

Esse processo histórico se efetivou pelo intercâmbio de valores culturais ao longo do tempo.

Recorrendo a referências ocidentais dessa história, encontram-se elementos que mostram como as sociedades, em diferentes épocas, foram produzindo formas singulares de concretização do trabalho docente[15].

No Brasil, só com a chegada da Corte portuguesa em nosso território, é que surgiram os cursos superiores. Antes disso, para se cursar uma universidade era necessário deslocar-se à Europa.

A partir de 1827, foram criados os cursos jurídicos no Brasil, um em Olinda e outro em São Paulo. Esses cursos procuravam formar pessoas por meio da transmissão de conhecimento e experiências profissionais que eram transmitidos por um professor (que sabia e conhecia) para um aluno (que não sabia nem conhecia), seguida por uma avaliação que dizia se o esse estava apto ou não, para exercer aquela profissão. Esses

professores, por óbvio, não tinham sido formados no Brasil, mas vinham de instituições européias.

Logo depois, com a expansão dos cursos superiores, o corpo docente precisou ser ampliado, normalmente, com professores que eram renomados por suas outras atividades profissionais. Até a década de 1970, como formação, só era exigido desse professor o bacharelado e o exercício competente de sua profissão. Acreditava-se que quem sabia atuar na vida profissional, sabia ensinar.

A partir da Constituição Federal que, ao dispor no art. 206 sobre os princípios da educação nacional, quais sejam “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte o saber” (inciso II), “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino” (inciso III) e “garantia de padrão de qualidade” (inciso IV), passou-se a garantir autonomia, liberdade e qualidade no ensino jurídico. Esses princípios são corroborados pelo artigo 214 que prevê o estabelecimento do plano nacional de educação, colocando entre seus objetivos: “III – a melhoria da qualidade do ensino; IV – a formação para o trabalho; V – a promoção humanística, científica e tecnológica do país”.

Estabeleceu-se assim para a educação – e, por decorrência, para o trabalho docente – a responsabilidade de uma prática em ambiente democrático, com livre circulação de idéias, em constante aperfeiçoamento, através da qual seja formado, com qualidade e integralmente, o educando, tanto nos seus aspectos éticos quanto nos conhecimentos e habilidades. (FREITAS, 2006, p. 362).

Foi, portanto, só na década de 90, especialmente para se dar cumprimento à Constituição Federal cumprir com a responsabilidade solidária da sociedade para com a educação, que as entidades profissionais começaram a se mobilizar em suas respectivas áreas, dentre elas a Ordem dos Advogados do Brasil, que criou a Comissão de Ensino Jurídico em 1991.

(...) a OAB não só fez editar diversas obras, mas também organizou seminários para discussão do Ensino do Direito.

(...) No relatório apresentado ao final do Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos, realizado em Brasília em dezembro de 1993, pela comissão de especialistas nomeada pelo MEC, nesse ano, para que fossem estabelecidas mudanças no currículo dos cursos jurídicos, especificamente no tocante ao corpo docente, foram feitas observações acerca da necessária ‘qualificação e capacitação do corpo docente’, com a recomendação de que este tivesse titulação acadêmica ao menos em nível de especialização, isso ‘na impossibilidade de curso de Pós-Graduação *stricto sensu*’” (FREITAS, 2006, p. 362-363).

Surge, então, uma nova concepção de ensino universitário. A avaliação da educação passa a ser uma das prioridades das políticas públicas e das entidades de classe.

A portaria do MEC n. 1886 de 1994, que fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, trouxe várias disposições no tocante à prática docente, que foram incorporadas e aperfeiçoadas pela Resolução n. 211/04. Estabeleceu que o professor deveria estar apto a desenvolver atividades de ensino, pesquisa e extensão; “atender às necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel em Direito” (art.3º.); estar permanentemente atualizado, incluindo na programação de sua disciplina, se necessário, “as demais matérias e os novos direito”, observando a interdisciplinaridade (art. 6º., parágrafo único); treinar os alunos “nas atividades profissionais da advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público”, no núcleo de prática jurídica (art. 10, parágrafo 1º.); no estágio supervisionado, trabalhar com atividades “exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociação coletivas, arbitragens e conciliação” (art. 11).

Em 1996 surge a Lei 9.394 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional- que situou a prática docente, dentre outros fatores, como foco central da qualidade da educação (DEMO, 1997, p. 45), atribuindo-lhe amplas incumbências.

Quanto ao aspecto da formação, estabelece que o docente universitário deve ter domínio de sua área de conhecimento. Tal exigência fica evidenciada nos incisos II e III do artigo 52, que menciona que os professores deverão na proporção de um terço trabalhar no regime de tempo integral, e dispor de titulação acadêmica (mestrado e doutorado). Para atender à necessidade de formação de docentes qualificados, existem ofertas de preparação em cursos de pós-graduação, de especialização, mestrado e doutorado em educação, no entanto, são vagas limitadas, que não comportam o número de docentes e têm um custo muito elevado.

Muitas inovações relativas ao projeto pedagógico e ao perfil desejado do discente, envolvendo aspectos ético-comportamentais, de habilidades e de conhecimentos foram trazidas pela Resolução n. 09/04.

Entretanto, a despeito de toda essa legislação pertinente à matéria, entende-se que nenhuma delas trouxe contribuição significativa para a questão didática dos cursos. Não sinalizam no sentido da importância na formação de professores de direito, ou de sua capacitação que propiciassem verdadeira compreensão da amplitude e possibilidades da atuação docente.

A resolução n. 9, por exemplo, determina no parágrafo 1º. do art. 2º., que sejam atendidos onze elementos estruturais no projeto pedagógico dos cursos de direito. Em nenhum dos onze existe qualquer referência à formação ou à composição do quadro de docente. Não há exigência ou recomendação quanto à titulação ou recursos didáticos a serem utilizados, assim como não há recomendação alguma em relação ao perfil desejado para o docente.

Paradoxalmente, determina, no artigo 3º., que os cursos de direito deverão permitir que o graduando alcance sólida formação geral, humanista e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais. Também prevê que ele deverá desenvolver uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da ciência do direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Ora, esses atributos todos somente poderão ser alcançados por alunos que tenham construído uma relação ensino-aprendizagem com um profissional que seja também portador de sólida formação, com capacidade crítica, apto a valorizar dos fenômenos jurídicos e sociais e, sobretudo, com postura reflexiva.

Em sentido contrário, o que se tem observado na prática é que os professores universitários, em sua grande maioria, principalmente nas universidades privadas, são professores horistas, que não permanecem no seu local de trabalho mais do que o tempo necessário para darem suas aulas. Não há, em grande parte dos casos, qualquer incentivo para o estudo, para a pesquisa e para a vivência acadêmica.

“O ingresso na docência nos cursos de direito em instituições privadas quase sempre é resultado de convite formulado pelo coordenador ou diretor do curso”[16], bastando ainda (como na época da fundação dos cursos) formação específica, sucesso nas atividades profissionais e domínio de conhecimentos na disciplina que vai ministrar.

O aspecto pedagógico fica de lado, seja porque nunca se dá oportunidade de entrar em contato com essa área, ou porque a vêem como algo supérfluo ou

desnecessário para uma atividade de ensino. Grande parte dos professores desconhece o mínimo de didática e mesmo de metodologia do trabalho científico. Em consequência disso, o ensino constitui-se em mera distribuição de saber, uma venda de conhecimentos.

O modelo de ensino é mera reprodução de um conhecimento presente nos livros específicos da área, muitas vezes já defasados e com uma temática distante das discussões mais atualizadas.

Não se compreende que a aula é mais do que um momento de transmissão de um conteúdo qualquer, mas também a utilização de uma metodologia específica que a acompanha. Lamentavelmente, essa concepção equivocada parte dos próprios alunos dos cursos de direito que, em geral, esperam que seus professores sejam profissionais na área jurídica, estranhando quando entre eles há aquele que pretenda ser, ou seja, efetivamente, apenas professor de direito sem exercer nenhuma outra atividade profissional.

Esses profissionais, docentes nas horas vagas, valem-se de exemplos vivenciados nas suas carreiras jurídicas. Para a maior parte dos alunos, isso tem o condão de aproximar a teoria da prática. Aqueles professores que não presenteiam os alunos com exemplos vivenciados são alvos de severas críticas, muitas vezes com a afirmação de “sabe a matéria, mas não sabe ensinar”. (CARLINI, 2008, p. 329). Entretanto, pensando estar usando apropriadamente do “método do caso” (muito rico pedagogicamente), acabam-se valendo da narrativa do “causo” acontecido no dia-a-dia profissional. E quando contam suas “histórias”, em que o problema jurídico e sua solução vêm juntos, impedem o aluno de criar seu próprio raciocínio e uma possível outra saída jurídica para o conflito.

Muitas vezes o exemplo utilizado pelo professor vem na seqüência da exposição de um conceito ou de um artigo de lei, criando a falsa impressão de que os fenômenos sociais surgirão sempre em forma organizada e que a construção do raciocínio jurídico se faz por meio da leitura do direito positivado.

A prática profissional em outras carreiras jurídicas se adéqua perfeitamente ao modelo de ensino de direito que se pratica com habitualidade no Brasil, pois este privilegia a dogmática jurídica e não o estudo dos fenômenos sociais e sua repercussão na sociedade. O ensino de direito se faz com muita freqüência, a partir do estudo da lei e, nessa perspectiva, nada melhor que um docente que conheça a lei e os casos em que ela pode ser aplicada.

Utiliza-se quase que exclusivamente da aula-expositiva, sem a utilização de outros recursos didático-pedagógicos que poderiam contribuir para a formação de uma relação ensino-aprendizagem mais conectada com as necessidades do aluno no mundo contemporâneo. Não se trata de transformar a aula em mero espetáculo pirotécnico com aparelhos de última geração tecnológica. Trata-se de se utilizar de recursos pedagógicos que tragam o aluno para o centro da relação ensino-aprendizagem, que motivem sua participação na aula e fora dela e, que o tornem construtores permanentes de seu próprio conhecimento.

A prática da sala de aula deve mudar para uma troca de idéias entre professor e aluno a fim de produzir o debate necessário à realização do árduo desafio de fazer avançar o conhecimento, principalmente o conhecimento do Direito, por demais formalista e conservador. O aluno de direito deveria ser constantemente desafiado a manter uma atitude de prontidão e investigação, sendo capaz de reagir positiva e criativamente às mudanças, atitude esta necessária para a atuação no mundo contemporâneo. (RIBEIRO JR., 2001, p. 57).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA IDENTIDADE DOCENTE DO PROFESSOR DE DIREITO

Os desafios da busca por uma identidade docente passam, primeiramente, pela busca da profissionalização do professor, que por sua vez, não será feita sem a qualificação pedagógica, que significa muito mais do que uma mera especialização em conhecimentos específicos de sua área.

Nesse sentido, não basta apenas que o professor tenha domínio de conhecimentos básicos e que sua prática profissional seja atualizada constantemente. É preciso que ele tenha tudo isso, o que se adquire com a participação em cursos de aperfeiçoamento, especialização, congressos, simpósios e etc. É essencial, outrossim, que o docente saiba relacionar sua área de saber com as demais ciências. Para que isso seja possível, aponta-se a pesquisa como atividade que se realiza por meio de seus estudos e suas reflexões críticas sobre temas teóricos ou experiências pessoais, que reorganizam seus conhecimentos, dando-lhes novo significado, produzindo textos que possam ser lidos e discutidos por seus alunos e colegas.

A pesquisa auxilia o professor a ter uma melhor fundamentação teórica de sua prática pedagógica auxiliando-o, também, a conhecer e contextualizar a realidade local.

Para tanto, o professor precisa conceber-se um sujeito pesquisador, em que, desde sua formação, tenha espaços/tempos de reflexão, discussão e questionamentos, em uma perspectiva crítico-reflexiva.

Faz-se necessário exigir do professor um domínio na ação pedagógica.

È necessário que o professor domine quatro pontos fundamentais para tornar-se um profissional do ensino: o conceito de ensino-aprendizagem, o professor como gestor do currículo, a compreensão da relação professor-aluno e aluno-aluno, o domínio da tecnologia educacional. (MELLO, 2007, p. 98).

O professor tem, então que: ter clareza sobre o que significa aprender (quais são os princípios básicos da aprendizagem); fazer relações da sua disciplina com as demais disciplinas do currículo; desempenhar um papel de orientador das atividades que permitirão ao aluno aprender; e ser eficiente e eficaz no uso das tecnologias que favoreçam o processo de aprendizagem.

É também necessário que o professor tenha noção da sua dimensão política no exercício da docência universitária, pois ao entrar em sala de aula, não deixa de ser um cidadão que se encontra em um processo histórico e dialético, que participa da construção da sociedade em que se insere.

É verdade que no Brasil, “sobretudo a partir da década de 1970, no geral, o pensamento pedagógico deu um salto de qualidade, buscando o que de melhor já se havia produzido mundialmente” (RIBEIRO JR., 2001, p.73). Entretanto, a maioria dos professores permanece distante de se adequar a “uma formação técnico-pedagógica que vença o positivismo, o corporativismo, a parcialização, o burocratismo em que a formação social brasileira mergulhou a prática educacional” (RIBEIRO JR. , 2001, p. 73).

Como se disse na introdução, não se desconsidera que o Ensino Jurídico tenha também a função de preparar operadores técnicos do direito. Entretanto, não é essa a sua exclusiva função. A Instituição de Ensino Superior deve primar pela produção de conhecimentos, mas sempre direcionando-os para o questionamento da realidade, para a valorização da pessoa. Para tanto, deve-se valer de um profissional docente que possa ser chamado de educador, ou seja, aquele que verdadeiramente possa ser a consciência crítica da cultura jurídica brasileira e tenha noção de seu verdadeiro papel de agente de mudança social, contribuindo para construir uma sociedade mais solidária, fraterna e pluralista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALZAN, Newton Cesar; SOBRINHO, José Dias (org.) **Avaliação Institucional** - teorias e experiências. São Paulo: Cortez. 2 ed., 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Justiça**. A Função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1994. p.119.

CARLINI, Angélica . O professor de direito: perspectivas para a construção de uma identidade docente. In: Angélica Carlini; Daniel Torres Cerqueira; José Carlos de Araújo Almeida Filho. (Org.). **180 anos do Ensino Jurídico no Brasil**. Campinas: Millennium, 2007.

CURY, Vera de Arruda Rozo. O currículo e a medida do social: estudo de um curso de Direito - contribuição para avaliação institucional. In: BALZAN, Newton Cesar; SOBRINHO, José Dias (org.) **Avaliação Institucional** - teorias e experiências. São Paulo: Cortez. 2 ed., 2000.

FOUCAULT, Michel. O que são as Luzes? In: **Ditos e escritos II**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FREITAS, Maria Aparecida Giannini. **Ensino jurídico: o perfil docente desejado**. In: Anuário Abedi. Florianópolis: Boiteux, 2006

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**. Monografias e teses jurídicas. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOMES, Luiz Roberto. **Educação e consenso em Habermas**. Campinas: Alínea, 2007.

HERKENHOFF, João Batista (199). **Para onde vai o Direito?** Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3 ed., 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Direito e Utopia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 5 ed., 2004.

KATO, Shelma Lombardi. A crise do Direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Justiça**. A função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1994.

LESSARD, Claude; TARDIF, Maurice. **O trabalho docente**. Petrópolis: Vozes, 2007.

LYRA, Doreodó Araujo. **Desordem e Processo**. Porto Alegre: Safe, 1986.

MELLO, Reynaldo Irapuã Camargo. **Ensino Jurídico. Formação e Trabalho Docente**. Curitiba: Juruá, 2007.

NÓVOA, Antonio (Coord). **Os professores e sua formação**. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1995.

RIBEIRO JR., João. **A formação pedagógica do professor de direito**. Campinas: Papirus, 2001.

ROUANET, Sérgio Paulo. Introdução. In: **As razões do iluminismo**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

SAVIANI, Dermeval. **Escola e democracia**. São Paulo / Campinas. Cortez / Autores Associados, 1983.

SOUZA CRUZ, Álvaro. **Habermas e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2006.

VASCONCELOS, Maria lucia M. Carvalho. **A formação do professor de ensino superior**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva. 5 ed., 2006.

[1] O destaque tem o sentido proposital de entender educação como um processo que leva o homem não só a informar-se (adquirir conhecimento) como de formar-se (tornar-se um ser ético e autônomo na sociedade que integra).

[2] “Em abril de 2007 dados do Instituto Nacional de Pesquisas de Educação – Inep, informam que já são mais de mil cursos de direito em todo país(...)”. (CARLINI, 2008, p.).

[3] Ainda que o ensino superior como lugar de “reprodução do saber profissionalizante” tenha cedido lugar à pesquisa como “cerne do ensino universitário” (GALUPPO, 2008, p. 17), no pós-ditadura militar, infelizmente até os dias atuais, tradicionalmente, o ensino do Direito é feito propugnando mais para a *reprodução* do que para a *produção* de novos saberes científicos.

[4] Não que essa realidade não seja vivenciada pelas instituições públicas, pois também elas admitem em seus quadros professores em dedicação parcial, com outras atividades profissionais. Contudo, nas instituições públicas a maioria dos professores tem dedicação exclusiva à docência, onde há incentivo para o estudo, a pesquisa e a vivência acadêmica, o que não ocorre frequentemente nas privadas.

[5] Nesse sentido ver CAMPILONGO, Celso. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Justiça**. A Função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1994. p.119.

[6] Segundo o artigo 52 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, as Universidades gozam de autonomia plena, isto é, não precisam de autorização do Ministério da

Educação para criar novos cursos, sedes, aumentar ou diminuir o número de vagas, fechar cursos, expedir diplomas. Mais do que a formação na graduação, as Universidades oferecem pesquisa e extensão. Além disso, elas precisam ter 70% do corpo docente formado por professores titulados e oferecer cursos em pelo menos cinco áreas do conhecimento. Os centros universitários também têm certa autonomia, e precisam ter 70% de professores titulados, mas não são obrigados a fazer pesquisa. Também não precisam oferecer pós-graduação *stricto sensu*. Já as faculdades e institutos superiores não gozam de nenhuma autonomia. Precisam de autorização do MEC para fazer qualquer coisa. Seus diplomas têm de ser registrados por uma universidade, os professores não precisam ser titulados, e só oferecem cursos de graduação ou pós-graduação *lato sensu*. Nem sempre os cursos de Direito são ministrados por Universidades.

[7] Nesse sentido ver SAVIANI, Dermeval. **Escola e democracia**. São Paulo/Campinas: Cortez / Autores Associados, 1983.

[8] Ensina-se o direito como esse sistema escalonado de normas, sem, contudo, analisar seus aspectos ideológicos. Desconsidera-se que “depois de Marx e Freud, não podemos mais aceitar a idéia de uma razão soberana, livre de condicionamentos materiais e psíquicos. Depois de Weber, não há como ignorar a diferença entre uma razão substantiva, capaz de pensar fins e valores, e uma razão instrumental, cuja competência se esgota no ajustamento de meios e fins. Depois de Adorno, não é possível escamotear o lado repressivo da razão, a serviço de uma astúcia imemorial, de um projeto imemorial de dominação da natureza e sobre os homens. Depois de Foucault, não é lícito fechar os olhos ao entrelaçamento do saber e do poder. Precisamos de um racionalismo novo, fundado numa nova razão” (ROUANET, 1998, p. 12).

[9] Baseado naquilo que Rouanet chama de razão louca “que abdica de suas prerrogativas críticas, inclusive da prerrogativa de desmascarar a pseudo-razão, a serviço do poder e do desejo, e é uma razão narcísica, ingênua e arrogante ao mesmo tempo, que, por desconhecer o irracional que a cerca, torna-se presa dele” (ROUANET, 1998, p. 13).

[10] “Nesse sentido, a pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a sabedoria codificada e a conviver respeitosamente com as instituições que aplicam (e interpretam) o Direito positivo.” (STRECK, 1999, p. 64). E aqui o autor se refere a todas as Instituições de Ensino (inclusive Universidades e Centros Universitários) que têm como exigência, para assim se classificarem junto ao MEC, de fazer pesquisa. O que ele quer enfatizar é que a pesquisa não deve ser feita apenas para atender a uma exigência formal, imitando a prática de reprodução do direito que se tem visto no ensino. Para ele a pesquisa destina a investigar se o conhecimento pronto e acabado da sala de aula se adequa às novas exigências sociais. Com outras palavras, a pesquisa deveria ter o efeito de desconstruir o discurso e não de reafirmar as instituições, sob pena de recair, ela mesma, nas armadilhas do Positivismo.

[11] “O quadro descrito acima certamente não representa a totalidade do ensino jurídico no país, mas, infelizmente, permanece majoritário até os dias de hoje. É por isso que essa ótica mecanicista da Justiça, que imparcialmente deve encontrar a verdade, saúda,

na atualidade, propostas favoráveis a efeitos vinculantes e concentradores das decisões judiciais de tribunais superiores, tais como as invocações legislativas recentes sobre o instituto do controle da constitucionalidade das leis.” (SOUZA CRUZ, 2006, p. 6).

[12] Nesse sentido, vide GOMES, Luiz Roberto. **Educação e consenso em Habermas**. Campinas: Alínea, 2007.

[13] A República de Weimar (1919-1933), nascida a partir da Constituição Alemã de 1919 num país transtornado pela guerra, traumatizado pela derrota e suas conseqüências, viu nascer os sonhos de homens e mulheres dos mais diversos horizontes, lutando para lançar as bases de uma nova ordem de liberdade.

[14] “Este quadro é do conhecimento da Associação Brasileira de Ensino do Direito (Abedi) que, em encontro realizado no mês de abril, no Rio de Janeiro, decidiu abrir uma agenda de trabalho focada no profissional da educação jurídica.” (CARVALHO, 2009).

[15] Este trabalho se exime de percorrer o perfil do docente nos primórdios da História para dedicar-se apenas à análise das transformações relativas à passagem de uma sociedade em que a educação acontecia por impregnação cultural para uma sociedade dotada de um sistema organizado de educação estatal, quando ressurgiu a atividade docente como a concebemos hoje. Com relação à trajetória histórica, ver: PONCE, 1994 pp. 41,80; COSTA, 1995 pp. 75, 81, 82.

[16] Nas instituições públicas o ingresso se faz por concurso público, com exigências de titulação e de pesquisa entre outras a serem cumpridas.

**HERMENÊUTICA E TRANSFORMAÇÃO
DO MÉTODO JURÍDICO NA
CONTEMPORANEIDADE**

ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS CANDIDATOS A CARGOS PÚBLICOS COM MAUS ANTECEDENTES E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ETHICS IN THE PUBLIC ADMINISTRATION: CANDIDATES TO PUBLIC OFFICES WITH PREVIOUS BAD BEHAVIOR AND THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Alberto Nogueira Júnior

RESUMO

O estudo aborda os diferentes modos segundo os quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem estado a interpretar o princípio – norma – valor da moralidade pública, como fator impeditivo de acesso aos cargos públicos efetivos e políticos. Chama a atenção para o fato de que, sob a vigência da “Constituição – Cidadã” de 1988, as mais recentes decisões da Suprema Corte sobre o tema desvalorizaram o princípio da moralidade pública em face do princípio da legalidade, ao contrário do que foi sua postura hermenêutica desde a Constituição Federal de 1946. Destaca a insegurança jurídica provocada pela surpresa da adoção da Súmula Vinculante no 13; a alternativa que a Suprema Corte tinha de chegar a resultados bastante próximos, se houvesse julgado dois recursos extraordinários aos quais fora atribuído o efeito de repercussão geral, quatro meses antes; nota a ausência de fundamentação quanto a essa escolha, o que contraria o disposto no art. 93, IX e X da CF/88; e aponta a contradição na atual posição hermenêutica da Corte, variando a proteção preventiva da ética na Administração Pública segundo o procedimento para o provimento respectivo – se por concurso público, ou por eleição – tudo isso contribuindo para a não-construção do direito fundamental a uma Administração Pública Ética, e para o descrédito da Administração Pública perante a sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ÉTICA – DIREITO FUNDAMENTAL – MORALIDADE PÚBLICA – PRINCÍPIO – FORÇA NORMATIVA – CANDIDATOS – MAUS ANTECEDENTES - CARGOS PÚBLICOS – OBSTÁCULO AO ACESSO – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA PERMISSIVA – SÚMULA VINCULANTE 13 – REPERCUSSÃO GERAL

ABSTRACT

The study addresses the different ways in which the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court has been to interpret the principle - standard - value of public morality, as a factor blocking access to public permanent and political posts. Draws attention to the fact that, under the term of "Constitution - Citizen" of 1988, the latest decisions of the Brazilian Supreme Court on the issue devalued the principle of public morality in the face of the principle of legality, contrary to what was his hermeneutics posture since

the Federal Constitution of 1946. Highlights the legal insecurity caused by the surprise of the adoption of "Súmula Vinculante" number 13; the alternative that the Supreme Court had to reach results very close to, if there was dismissed two extraordinary appeals which had been allocated to the effect of "general repercussion", four months before; note the absence of reasons for that choice, which contravenes the provisions of art. 93, IX and X of Federal Constitution of 1988, and suggests the contradiction in the current hermeneutics position of the Supreme Court, varying the preventive protection of ethics in government following the procedure for filling their posts - whether by tender or by election - all contributing for non-construction of the fundamental right to a governmental ethics, and to discredit the government towards society.

KEYWORDS: ETHICS - PUBLIC ADMINISTRATION - FUNDAMENTAL RIGHT - PUBLIC MORALITY - PRINCIPLE - NORMATIVE EFFECTIVENESS - CANDIDATES - BAD BEHAVIOUR - PUBLIC OFFICES - BLOCKING ACCESS - SUPREME COURT - PERMISSIVE JURISPRUDENCE - "SÚMULA VINCULANTE" 13 - "GENERAL REPERCUSSION"

I- A MORALIDADE PÚBLICA COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

A moralidade pública é um conceito jurídico indeterminado, de várias significações.

Assim, por exemplo, Odete Medauar afirma que “[...] o princípio da moralidade é de difícil ou até impossível expressão verbal, na forma escrita ou oral”^[1]. A autora ainda elenca opiniões doutrinárias compreendendo o princípio como resultado de “regras de conduta tiradas da disciplina da Administração”, o “fim do interesse público”, a “boa administração”, e da “boa-fé e lealdade da Administração”. ^[2]

II- O PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE SUA FORÇA NORMATIVA DIRETA E IMEDIATA

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal ilustra os variados modos de se interpretar e aplicar o princípio da moralidade pública; inclusive, vinha reconhecendo-lhe força normativa própria, até recentemente.

Assim, quando do julgamento do MS nº 22493-RJ, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, dec. p. maioria pub. DJU 11.12.1996, p. 49765, o Eg. STF declarou a inconstitucionalidade de “leis”, “decretos”, “atos normativos”, “instruções normativas”, ou “acordos firmados entre as partes” para o fim de se instituir “privilégios para uns em detrimento de outros”, posto que, “além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública”.^[3]

A moralidade pública, neste precedente, não só não se circunscreveu à área menor da legalidade, como serviu de fundamento para a invalidação de quaisquer atos – legais, normativos ou negociais – como inconstitucionais, por lesivos aos “princípios éticos e morais” que vinculam toda a atuação da Administração Pública.

Quando do julgamento da ADI nº 2661-MA, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, dec. un. pub. DJU 23.8.2002, p. 70, a qual versava sobre matéria bancária e administrativa – inclusão das disponibilidades de caixa de Tesouro Estadual em edital de venda do Banco do Estado do Maranhão – a Suprema Corte declarou que o princípio da moralidade pública expressava um “valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico”, “condicionando a legitimidade e a validade dos atos estatais”, e que representava um “verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado”.^[4]

Seja como “princípio”, como “valor”, ou como “norma”, a moralidade pública não só teve reconhecida força normativa própria, vinculativa de todas as atividades da Administração Pública, direta e indireta, de todos os Poderes, de todas as esferas políticas, mas também que era dotada de eficácia direta constitutiva de competências administrativas, tornando desnecessária a intermediação de lei entre a Constituição Federal e o exercício de competências regulamentares e interventivas por parte de órgãos administrativos.

Esse o conteúdo das decisões proferidas quando do julgamento da ADC – MC nº 12-DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, dec. p. maioria publicada no DJU de 01.09.2006, p. 15 ^[5] e MS nº 21.729-DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p. Acórdão Min. Néri da Silveira, dec. pub. DJU 19.10.2001, p. 33^[6].

A eficácia normativa direta do princípio da moralidade pública também serviu historicamente de embasamento para que a Corte Suprema entendesse haver proibições ao exercício de direitos, não obstante ausência de lei expressa a respeito.

Assim, sob a égide da Constituição Federal de 1946, decidiu o Eg. STF que era lícito a juiz recusar-se a dar posse a serventurário que apresentara falso atestado de moralidade. ^[7]

Na vigência da Constituição Federal de 1969, decidiu que mulher casada apenas no religioso também não poderia concorrer ao cargo político ocupado por seu marido, embora a Lei de Inelegibilidades se referisse apenas à esposa casada civilmente.^[8]

Já sob os auspícios da “Constituição – Cidadã” de 1988 e da Emenda Constitucional nº 45/2004, que os Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça não poderiam advogar uma vez empossados, muito embora não houvesse proibição expressa neste sentido nas normas daquela Emenda Constitucional.^[9]

Mas, quando do julgamento da ADI nº 3026-DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, dec. p. maioria pub. DJU 29.09.2006, p. 31, o princípio da moralidade foi inserido no âmbito restrito da legalidade, sem existência jurídica fora desse limite.^[10]

III- UTILIDADE MERAMENTE SIMBÓLICA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA?

Se assim realmente for, se tudo se limitar à “legalidade” e aos limites postos por ela, para que falar-se então em “moralidade”?

Qual a utilidade que da “moralidade pública” se poderia extrair, senão a de uma ilusão, uma miragem, uma mistificação cujo maior, senão único, propósito seria o de falsear a realidade constitucional, e favorecer o adiamento, sempre e sempre, das mudanças profundas que a sociedade está a reclamar desde sempre?

A “moralidade pública” não passaria de uma norma simbólica, “norma – álibi”, valendo-me da expressão de Marcelo Neves.^[11]

Como, talvez, acabou por ser demonstrado quando do julgamento da ADPF nº 144-DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, sendo autora a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em sessão realizada em 06.08.2008, oportunidade em que se afirmou o direito de registro de candidaturas a cargos políticos eletivos, mesmo quando o candidato tivesse “maus antecedentes”.

O impacto desastroso que essa decisão poderá trazer à sociedade, e ao direito fundamental que ela tem de contar com uma Administração Ética, foi ilustrado por declaração proferida pelo Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, noticiada pela imprensa dois dias depois, no sentido de que também os candidatos a cargos públicos efetivos, providos através de aprovação em concursos públicos, teriam direito às respectivas nomeações e posses, não sendo óbice o fato de os candidatos possuírem maus antecedentes, enquanto não proferida sentença condenatória transitada em julgado.^[12]

IV- “GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA” E “RELEVANTE MULTIPLICAÇÃO DE PROCESSOS” – NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A EDIÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES

Estando a situação nesses termos, sobreveio o julgamento da ADC nº 12-DF, em sessão realizada em 20.08.2008, e a Suprema Corte não só reiterou a decisão proferida em sede de medida cautelar, emprestando interpretação conforme à Constituição, “para deduzir a função de chefia do substantivo “direção”, constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da Resolução nº 07, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça”, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Marco Aurélio e Menezes Direito, como também resolveu baixar a Súmula Vinculante nº 13, cujo enunciado diz:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, unilateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A surpresa foi geral.[13]

Para o atendimento do requisito instituído no art. 103-A da CF/88, com a redação dada pela Emenda nº 45/2004, a Suprema Corte haveria que ter proferido “reiteradas decisões” sobre o tema.

Mas os precedentes declinados foram a ADI nº 1521-4-RS, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, dec. p. maioria pub. DJU 12.03.1997[14]; o MS nº 23.780-5-MA, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, dec. un. pub. DJU 03.03.2006[15]; e o RE nº 579951-RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, além da própria ADC nº 12.

O detalhe: as duas últimas decisões foram prolatadas naquela mesma sessão de 20.08.2008.

Seriam esses precedentes bastantes para se ter por atendida a norma do art. 103-A da CF/88?

Uma decisão proferida há onze anos, outra há dois anos, e outras duas na mesma data em que se resolveu baixar a Súmula Vinculante, dois anos depois daquela segunda?

Não creio que se possa razoavelmente responder que sim.

Certo, as expressões “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” são conceitos jurídicos indeterminados, sem conteúdo previamente definido pela própria lei, necessitando de ser integrada pelo seu intérprete e aplicador, em cada situação concreta.

Mas algum parâmetro objetivo há que se estabelecer, à guisa de “standard”, sob pena de favorecer-se o arbítrio e a insegurança jurídica, inclusive na hipótese de adoção e mudança de Súmulas Vinculantes por motivos circunstanciais e efêmeros, como, por exemplo, e apenas a título argumentativo, em uma situação na qual a Corte Suprema entendesse que deveria melhorar sua imagem perante a opinião pública.

Nada impede que se extraia esse parâmetro objetivo do direito comparado.

Assim, por exemplo, no México, para que se possa formular uma “jurisprudência obrigatória”, cuja tese haverá que ser cumprida pelas autoridades

inferiores como “normas de interpretação de certas leis”, é necessário que pelo menos cinco decisões consecutivas e uniformes tenham sido proferidas sobre determinado ponto de direito.[16]

A adoção da Súmula Vinculante no. 13 também foi surpreendente por outra causa.

É que, em 02.04.2008, o Supremo Tribunal Federal havia decidido atribuir eficácia de repercussão geral aos REs nºs 579.951-4-RN e 568.596-9-MG, ambos da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandovsky, o primeiro recurso versando sobre “nepotismo”, e o segundo, sobre “inelegibilidade de ex-cônjuge de prefeito reeleito”.

Por que o STF preferiu aguardar quatro meses para julgar a ADC nº 12 e editar a Súmula Vinculante no. 13, ao invés de julgar aqueles recursos extraordinários, cujas decisões teriam idênticas eficácias vinculativas para as instâncias e tribunais ordinários, é coisa que caberia ao Pretório Excelso ter esclarecido, em cumprimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, estabelecido na norma do art. 93, IX e X da CF/88.

IV - SITUAÇÃO HOJE EXISTENTE EM MATÉRIA DE PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS, SEGUNDO O PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA, TAL COMO INTERPRETADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Enfim, o resultado dessa série de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a moralidade pública e a ocupação de cargos públicos é que:

- Com relação aos parentes de políticos, até o terceiro grau, não poderão ocupar cargos, empregos ou funções públicos no mesmo ente ou órgão, e isso por força de aplicação direta do princípio da moralidade pública.

- Todavia, para que um candidato a cargo público eletivo seja havido como inelegível, somente por causa de sentença condenatória transitada em julgado se poderá chegar a esse resultado, já que o princípio da moralidade pública dependeria dos limites dados pela lei.

E os candidatos a cargos ou empregos públicos efetivos encontram-se ainda sujeitos, aqui e ali, a terem recusada a posse, em caso de terem “maus antecedentes”, mas o Supremo Tribunal Federal já está considerando a hipótese de permitir-lhes o acesso àqueles cargos públicos efetivos, por piores que sejam os seus antecedentes

sociais, novamente, porque o princípio da moralidade pública dependeria dos contornos dados pela lei, não sendo bastante para, só por si, impedir as posses daqueles candidatos.

Mas não creio ser possível admitir-se que a moral pública mude, apenas porque a forma de provimento de cargos públicos efetivos e políticos seja diferente.

E menos ainda, se é do mesmo e único princípio constitucional da moralidade pública que se está a tratar, quando do exame de sua aplicação em cada caso concreto, tanto fazendo se os cargos públicos sejam efetivos ou eletivos.

VI – O EMBATE CONTINUA: O DIREITO À INFORMAÇÃO PÚBLICA, COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO INDIRETA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA x A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Mal o Supremo Tribunal Federal decidiu que o princípio da presunção da inocência deveria prevalecer diante do princípio da moralidade pública, e a Associação dos Magistrados Brasileiros providenciou a divulgação, em seu “site” na INTERNET, de listas de candidatos a prefeito nas capitais que estavam a responder a inquéritos criminais, ações de improbidade administrativa ou criminais, ou a processos na Justiça Eleitoral, mas que ainda não haviam sido definitivamente condenados por sentença transitada em julgado. A repercussão foi imediata: de uma média mensal de 110 mil acessos, o “site” da AMB alcançou, em três dias, a marca de 224 mil acessos. [17]

O impacto da informação eletrônica provocou a reação de candidatos que tiveram seus nomes incluídos nessas listas,[18] e do Exmo. Sr. Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia. [19] O Exmo. Sr. Presidente do TSE, Ministro Carlos Ayres Britto, que, logo após a decisão proferida pela Corte Eleitoral, prometeu tornar públicas as informações judiciais dos candidatos com “fichas sujas”, mas que acabou por recuar dois dias depois da promessa, manifestou-se preocupado com algum “ímpeto persecutório” que estaria a acompanhar os argumentos favoráveis àquelas iniciativas de divulgação de informações públicas.[20]

Não restou esclarecido pelo Exmo. Sr. Presidente do TSE, contudo, se o Tribunal detectara alguma atividade concreta das instâncias eleitorais ordinárias que pudesse ser interpretada, ainda que em um exame superficial e indiciário, como reveladora de algum desvio de finalidade, ou de intuito “persecutório” contra algum determinado candidato ou partido político.

É claro, naturalmente, que a suspeita de perseguição teria sido mais compreensível se houvesse sido alardeada, por exemplo, pelos réus que estão a responder no processo do “mensalão”, ora em julgamento no Supremo Tribunal Federal, e que também estão a concorrer nas eleições municipais deste ano.[21]

Mas como alguém poderá defender qualquer espécie de proibição de divulgação daquelas listas pela AMB sem que, ao mesmo tempo, não acabe por defender também a censura à liberdade de manifestação do pensamento, protegida constitucionalmente?

Afinal, se uma candidata que ainda não registrara sua candidatura pôde ter lícitamente publicada entrevista em jornal, em nome da liberdade à informação[22], porque não seria igualmente lícito, com base nesta mesma liberdade, divulgar-se que esta mesma candidata estaria a responder a alguma ação judicial por atos praticados no exercício de mandato anterior, embora ainda não julgada?[23]

VII – ALGUMAS LIÇÕES

A sucessão desses episódios serve para que se extraiam algumas lições.

A mais evidente – a crescente força que os meios de comunicação eletrônica vêm adquirindo como instrumentos não só de informação, mas como armas do jogo político.

O distanciamento entre a sociedade e os canais convencionais de expressão, formulação e atuação desse jogo político, aí incluídos os políticos que deveriam representá-la.

Igual distanciamento entre o ordenamento jurídico positivo e as aspirações da vontade popular, e a assunção, pelos juízes e tribunais ordinários, como função própria, e a título de proteção a princípios constitucionais fundamentais, do papel de intérpretes daquela vontade popular, numa tentativa de superação da crise do sistema legislativo, e da figura do próprio legislador como garante dos direitos fundamentais, assim como, e por conseqüência, da maior importância que o processo judicial está a ser revestido, como instrumento e local de realização dessa atuação substitutiva do legislador.

Mas não só o processo judicial. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição Federal está a se valer de outros locais para as defesas dos interesses e posições em conflito, e os juizes ordinários mostram estar inseridos nessa sociedade, como atores políticos não-estatais, auto-organizados em associações, evidenciando-se um mais crescente distanciamento entre a magistratura de carreira e o Supremo Tribunal Federal, o que permitiria discutir se este último ainda pode ser havido como legítimo representante da magistratura nacional, considerada em sua face de organização administrativa.

Por último, mas em não em menor ordem de importância – a demonstração, haurida no plano dos fatos sociais, da indivisibilidade dos direitos fundamentais, e do reforço de eficácias e de legitimidade que mutuamente se dão.

VIII – CONCLUSÕES

O princípio da moralidade pública é um conceito jurídico indeterminado, podendo assumir vários significados.

Até recentemente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha admitindo força normativa própria ao princípio da moralidade pública, inclusive para instituir competências, impor restrições ao exercício de direitos e condicionar a validade e a eficácia de atos jurídicos.

Com a orientação que o Supremo Tribunal Federal está começando a dar à força normativa do princípio da moralidade pública, submetendo-a aos contornos da lei, está ele sob o risco de transformar-se em apenas uma ilusão, uma figura simbólica, vazia de conteúdo e que poderá ser usado, ainda, para adiar as respostas de que a sociedade tanto necessita para resolver suas graves carências institucionais.

Há necessidade de fixação de parâmetros objetivos que sirvam de norte para a aplicação dos conceitos de “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos, como condição para a edição de Súmulas Vinculantes; pode-se, com esse escopo, recorrer-se aos exemplos oferecidos pelo Direito Comparado.

O resultado das interpretações estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da eficácia, ou não, do princípio da moralidade pública, como elemento obstativo da posse de candidatos a cargos públicos, segundo sejam esses efetivos ou políticos, é contraditório, e reduz as expectativas da sociedade de poder vir a contar com uma Administração Ética.

Os meios de comunicação eletrônica vêm adquirindo força cada vez mais crescente como instrumentos não só de informação, mas como armas do jogo político.

Observa-se também um cada vez mais distanciamento entre a sociedade e os canais formais de sua representação política, e entre os juízes e tribunais ordinários e o Supremo Tribunal Federal, o que permitiria discutir se este último ainda pode ser havido como legítimo representante da magistratura nacional.

A série de episódios serviu para ilustrar a indivisibilidade dos direitos fundamentais, e do reforço de eficácias e de legitimidade que mutuamente se dão, também no plano dos fatos sociais.

[1] MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

[2] *Ibid.*, p. 94/96. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82: “Ocorre que da dificuldade de se definir o conteúdo de um princípio jurídico não pode derivar sua inaplicabilidade, pois, segundo a lição de Francesco Manganaro, justamente daí deriva a necessidade de cercá-lo de todos os possíveis significados, de molde a ampliar sua incidência.”

[3] “MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA VENDA DE EMPRESA ESTATAL. UTILIZAÇÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1197, DE 24.11.95. PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO: POSSIBILIDADE DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ESTABELECEER LIMITES PARA A ACEITAÇÃO DE MOEDAS CONVERTIDAS EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA COMO MEIO DE PAGAMENTO: SEU RECEBIMENTO EM TRANSAÇÃO REALIZADA ENTRE A UNIÃO FEDERAL E PARTICULARES VALENDO-SE DE TÍTULOS PÚBLICOS. ATO JURÍDICO PERFEITO: INEXISTÊNCIA. APILCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES: ARTIGO 37, INCISO XX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. [...] 5. Não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre as partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento dos outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública. 6. O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu ‘caput’ – obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade – e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, artigo 5º, ‘caput’). Mandado de segurança indeferido e cassada a liminar concedida.”

[4] “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE AUTORIZA A INCLUSÃO, NO EDITAL DE VENDA DO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, DA OFERTA DO DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO TESOUREIRO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTRARIEDADE AO ART. 164, § 3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO – MEMBRO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PLAUSIBILIDADE JUÍDICA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, COM EFICÁCIA ‘EX TUNC’. AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS ESTADOS – MEMBROS SERÃO DEPOSITADAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI NACIONAL. [...] O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO – CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. – A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético – jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. A *ratio* subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor

essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado. Precedentes: ADI 2600-ES, Rel. Min. Ellen Gracie. As exceções à regra geral constante do art. 164, § 3º da Carta Política – apenas definíveis pela União Federal – não de respeitar, igualmente, esse postulado básico, em ordem a impedir que eventuais desvios ético-jurídicos possam instituir situação de inaceitável privilégio, das quais resulte indevido favorecimento, destituído de causa legítima, outorgado a determinadas instituições financeiras de caráter privado. Precedente: ADI 2600-ES, Rel. Min. Ellen Gracie.” Na mesma linha, veja-se ADI-MC 3578-DF, STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, dec. pub. DJU 24.02.2006, p. 06.

[5] “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO nº 07, DE 18.10.2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...] A Resolução nº 0705 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º Do art. 103-B da Carta – cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdo na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo ‘caput’ do mesmo artigo 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.”

[6] “MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXECUTORA DE POLÍTICA CREDITÍCIA E FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUISITAR INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DESTINADOS A INSTRUIR PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE SUA COMPETÊNCIA. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, AO BANCO DO BRASIL S/A, SOBRE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS, SUBSIDIADOS PELO TESOURO NACIONAL, COM BASE EM PLANO DE GOVERNO, A EMPRESAS DO SETOR SUCROALCOOLEIRO. ALEGAÇÃO DO BANCO IMPETRANTE DE NÃO PODER INFORMAR OS BENEFICIÁRIOS DOS ALUDIDOS EMPRÉSTIMOS, POR ESTAREM PROTEGIDOS PELO SIGILO

BANCÁRIO, PREVISTO NO ART. 38 DA LEI n° 4595/1964, E, AINDA, AO ENTENDIMENTO DE QUE DIRIGENTE DO BANCO DO BRASIL S/A NÃO É AUTORIDADE, PARA EFEITO DO ART. 8° DA LC n° 75/1993. O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO ESTADO É DIRIGIDO A COIBIR ATIVIDADES AFRONTOSAS À ORDEM JURÍDICA E GARANTIA DO SIGILO BANCÁRIO NÃO SE ESTENDE ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. A ORDEM JURÍDICA CONFERE EXPLICITAMENTE PODERES AMPLOS DE INVESTIGAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 129, INCISOS VI, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ART. 8°, INCISOS II E IV E § 2° DA LEI COMPLEMENTAR N° 75/1993. NÃO CABE AO BANCO DO BRASIL NEGAR, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, INFORMAÇÕES SOBRE NOMES DE BENEFICIÁRIOS DE EMPRÉSTIMOS CONCEDIDOS PELA INSTITUIÇÃO, COM RECURSOS SUBSIDIADOS PELO ERÁRIO FEDERAL, SOB INVOCACÃO DO SIGILO BANCÁRIO, EM SE TRATANDO DE REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS PARA INSTRUIR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, ‘UT’ ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. NO CASO CONCRETO, OS EMPRÉSTIMOS CONCEDIDOS ERAM VERDADEIROS FINANCIAMENTOS PÚBLICOS, PORQUANTO O BANCO DO BRASIL OS REALIZOU NA CONDIÇÃO DE EXECUTOR DA POLÍTICA CREDITÍCIA E FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL, QUE DELIBEROU SOBRE SUA CONCESSÃO E AINDA SE COMPROMETEU A PROCEDER À EQUALIZAÇÃO DA TAXA DE JUROS, SOB A FORMA DE SUBVENÇÃO ECONÔMICA AO SETOR PRODUTIVO, DE ACORDO COM A LEI n° 8427/1992. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.”

[7] RMS – embargos 1500-MG, STF, Rel. Min. Luiz Gallotti, dec. un. pub. DJU 02.05.1958, p. 5729: “[...] RECUSA DE JUIZ EM DAR POSSE A SERVENTUÁRIO, POR NÃO TER A NOMEAÇÃO SIDO PROCESSADA LEGALMENTE, UMA VEZ QUE FORA APRESENTADO FALSO ATESTADO DE MORALIDADE. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DO JUIZ. EMBARGOS RECEBIDOS PARA CASSAR A SEGURANÇA.”

[8] RE n° 98.935-PI, STF, Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, dec. un. pub. DJU 26.11.1982, p. 12125: “É LEGÍTIMA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL QUE CONSIDEROU INELEGÍVEL A ESPOSA CASADA APENAS RELIGIOSAMENTE COM O TITULAR DO CARGO, POR ENTENDER QUE ‘QUEM ANALISA DETIDAMENTE OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A CONSTITUIÇÃO NA PARTE ATINENTE ÀS INELEGIBILIDADES, HÁ DE CONVIR QUE SUA INTENÇÃO, NO PARTICULAR, É EVITAR, ENTRE OUTRAS COISAS, A PERPETUIDADE DE GRUPOS FAMILIARES, OU OLIGARQUIAS, À FRENTE DOS XECUTIVOS’. SERIA ILÓGICO CONCEDER-SE À CONCUBINA CASADA NO RELIGIOSO, O QUE E NEGA À ESPOSA LEGÍTIMA. A LEI DAS INELEGIBILIDADES COMPORTA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DA APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO LEGAL AO CASO CONCRETO. RE NÃO CONHECIDO.”

[9] ADI n° 3367-DF, STF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, dec. pub. DJU 17.03.2006, p. 04: “[...] 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional no. 45/2004. Pendência

de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º Ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo o função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional.”

[10] “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ART. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. ‘SERVIDORES’ DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos ‘servidores’ da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’ para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas ‘agências’. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei nº 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio

da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.”

[11] NEVES, Marcelo. A Constituição Simbólica., São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994, p. 37: “O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar ‘a confiança do cidadão no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado’. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político. O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.” À p. 39: “A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.” À p. 40: “Entretanto, embora seja de relativizar-se os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir ‘um sentimento de bem-estar’(‘resolução de tensão’) e, portanto, servir à lealdade das massas.” À p. 41: “A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas através do ato legislativo que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.” À p. 52: “O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A ‘conciliação’ implica a manutenção do ‘status quo’ e, perante o público-espectador, uma ‘representação/encenação’ corrente dos grupos políticos divergentes.” Por fim, à p. 88, “fine”/89: “Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que através dos ‘donos do poder’ e sem prejuízo para os grupos privilegiados, deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral. O ‘constitucionalismo aparente’ implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional.”

[12] Jornal “O Globo”, de 08.08.2008, caderno O País, p. 09: “Análise de vida pregressa em concursos pode mudar – Para ministro, só decisões definitivas impedem candidato de concorrer a vaga no serviço público – [...] A análise da vida pregressa de pessoas que participam de concursos públicos, exigência do poder público, também sofrerá alterações a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de reafirmar

que só com condenação definitiva da Justiça é possível vetar candidaturas a cargos efetivos. No fim da sessão de anteontem, o ministro Marco Aurélio Mello fez questão de citar diversos recursos extraordinários em que inscritos em concursos, que tinham condenações ainda não definitivas, haviam conseguido o direito de continuar na disputa por uma vaga no serviço público. Segundo Marco Aurélio, como no caso de candidaturas políticas, também os candidatos a concursos públicos só podem ser impedidos de concorrer se houver sentença definitiva. Já o Ministro Ayres Britto destacou outra decisão da Corte: na análise da vida pregressa de candidatos a concurso, processos sem condenação definitiva poderiam ser levados em conta. Essa discussão foi interrompida, mas poderá ser objeto de novo questionamento. Durante o debate sobre a importância dos princípios da moralidade e probidade administrativa, o exemplo de candidatos a concursos era citado pelos que defendiam que se levasse em conta a vida pregressa também para os que disputariam eleições.”

[13] “CARGOS DE CONFIANÇA. PARENTESCO. NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO. PROIBIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL. ADI. LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado ‘nepotismo’ tratamento uniforme dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consanguíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes. CARGOS. EXTINÇÃO. INICIATIVA. ADI. LIMINAR. Ao primeiro exame, exsurge conflitante com a Carta Política da República preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias. Impõe-se, na espécie, a iniciativa de lei em tal sentido pelo Poder ou Órgão (MP) em que situados.”

[14] “MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado.”

[15] BENÍCIO, Abraão. *Jornal do Estado*, Paraná, 20 jul. 2008. Disponível em: <[16] SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 270: “ARTURO SALINAS MARTINEZ distingue, no direito positivo mexicano, as seguintes características: a) um conceito específico de jurisprudência obrigatória, caracterizado por cinco decisões consecutivas e uniformes sobre determinado ponto de direito, aprovado por maioria ou por unanimidade segundo seja o órgão que as dite; b) uma noção geral de jurisprudência que compreende decisões dos apontados órgãos, mas que não reúnem condições para se tornar jurisprudência obrigatória; c) há também um conceito do que se chama ou se pode chamar de ‘jurisprudência unificadora, conceito muito restrito e que também é obrigatório’.”

[17] G1 – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO, São Paulo, 25.07.2008, texto disponível em [18] Revista VEJA.com, caderno Brasil: Eleições 2008, 23.07.2008, texto disponível em [19] Agência Brasil, Ivan Richard, 06.08.2008, texto disponível em [20] Blog Acerto de Contas, texto disponível em [21] JURID, 08.09.2008, texto disponível em [22] Blog Acerto de Contas, André Raboni, texto disponível em [23] Revista Veja.com, caderno “Brasil: Eleições 2008”, 23.07.2008, op. cit.: “Candidatos atacam a lista dos “fichas – sujas” da AMB – (...) Para os partidos que apóiam Marta Suplicy, é “surpreendente” ver uma associação “cujos integrantes têm a responsabilidade de administrar a Justiça cometer um gesto que caracteriza prejulgamento ou rito simbólico de execução sumária”. Conforme a nota, Marta está na lista por causa de “uma ação movida pelos opositoristas contra a então prefeita, ainda sem julgamento em qualquer instância, e na qual Marta já obteve liminar favorável”. A coligação diz estudar possíveis ações judiciais contra a AMB. (...)”.

**PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A NOVA HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL: PODER JUDICIÁRIO, O RECONHECIMENTO DO
TERCEIRO GIGANTE , DE “BOCA DA LEI” A “BOCA DO DIREITO ”**

**LEGAL PÓS-POSITIVISM AND THE NEW CONSTITUTIONAL
HERMENEUTICS: TO BE ABLE JUDICIARY, THE RECOGNITION OF THE
THIRD GIANT, OF “MOUTH OF THE LAW” THE “MOUTH OF THE
RIGHT”**

Alessandro Martins Prado

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar como ocorreu a superação jusprivatista do direito, fundamentada no positivismo jurídico, através do declínio do Estado Liberal e a conseqüente ascensão do Estado Social, com sua rápida passagem para o Estado Democrático de Direito, de órbita juspublicística, com efeito, eminentemente concretizador dos direitos e garantias fundamentais, dada a reaproximação do direito com os valores ético-morais, fundamentado agora na dignidade da pessoa humana. Por sua vez, toda evolução ocorrida, principalmente a partir da segunda metade do Século XX, provocou profunda evolução constitucional, fortalecendo o Estado Democrático de Direito, possibilitando maior margem de ação do poder judiciário, que agora passa a ser reconhecido efetivamente como o terceiro poder, concretizador dos direitos fundamentais por meio da majoração de importância dos operadores do direito que deverão através de uma hermenêutica constitucional concretizadora, interpretar o direito com o auxílio de princípios fundamentais e da técnica da ponderação.

PALAVRAS-CHAVES: PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL; EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The present work intends to demonstrate as the jusprivatista overcoming of the right, based on the legal (positivism) occurred, through the decline of the Liberal State and the consequent ascension of the Social State, with its fast ticket for the Democratic State of Right, juspublicística orbit, with effect, eminently concretizador of the rights and basic guarantees, given the (reaproximação) of the right with the ethical-moral values, now based on the dignity of the person human being. In turn, all occurred evolution, mainly from the second half of Century XX, provoked deep constitutional evolution, fortifying the Democratic State of Right, making possible bigger edge of action of the judiciary power, that now starts to be recognized effectively as the third power, concretizador of

the basic rights for way of the increase of importance them operators right it that they will have through a concretizadora constitutional hermeneutics, to interpret the right with assists it of basic principles and the technique of the balance.

KEYWORDS: AFTER-POSITIVISMO LEGAL; CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS; EFETIVAÇÃO OF THE BASIC RIGHTS.

1. Introdução

A nova Hermenêutica Constitucional é fruto da superação da ordem jusprivatista representada pelo positivismo jurídico estanque, completamente afastado dos valores éticos morais que devem acompanhar o direito. A superação desta fase positivista é possível observar principalmente a partir da metade do Século XX, após os horrendos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, dos regimes Fascistas e Nazistas, na Europa, e da redemocratização do Brasil, com a Constituição Federal de 1988.

Infelizmente, a humanidade precisou assistir atônita às ações praticadas pelo Regime Fascista na Itália, Nazista na Alemanha, e as ações praticadas pelas Ditaduras Latino Americana, sempre legitimadas pelo positivismo jurídico débil, para reagir em um movimento de valorização da dignidade humana, reaproximando o Direito dos valores ético-morais.

Essa reaproximação, representada, principalmente pelo declínio do Estado Liberal e rápida ascensão do Estado Social, que, por sua vez, possibilitou a concretização do Estado Democrático de Direito, exigiu a criação de nova hermenêutica constitucional, afastada das normas estanques, baseada nos princípios e valores, representando a reaproximação da filosofia com o direito.

Não obstante, todos esses movimentos ocorreram de forma muito rápida, de modo que é possível observar grande confusão entre os juristas e operadores do direito, principalmente entre aqueles tradicionais que ainda não absorveram referidas mudanças, se prendendo as velhas práticas de interpretação do direito.

Toda essa mudança é indubitavelmente positiva, já que reaproximou o direito dos valores ético-morais, da reflexão, tornando possível a concretização dos direitos fundamentais, principalmente em países periféricos.

Outrossim, se faz necessário um esforço dos operadores do direito em geral para compreender essa nova hermenêutica constitucional e superar as eventuais dúvidas ainda existentes com relação a técnica da ponderação dos princípios.

2. A superação da ordem jusprivatista para a órbita juspublicística

No século XIX foi possível observar o ápice do Estado Liberal e da teoria jusprivatista, com amplo movimento de codificação de leis de cunho eminentemente individualistas que acabou resultando no positivismo filosófico.

O positivismo filosófico, por sua vez, desencadeou o positivismo jurídico, como muito bem enfatizam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentais (...) (2008, p.334).

Este distanciamento do direito dos valores ético-morais provocados pelo positivismo exacerbado servirá de base para os regimes Fascista na Itália e Nazista na Alemanha, cujos atos praticados mancharam para sempre a história da humanidade. Referidos atos só foram possíveis em razão de serem fundamentados e justificados por leis ilegítimas, porém em vigor. Neste contexto, por mais absurdas que fossem as ações praticadas, estavam devidamente positivadas em leis, senão vejamos:

(...) Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e da obediência a ordens emanadas da autoridade competente (...) (BARROSO e BARCELLOS, 2008, p.336-337).

O distanciamento da lei para com os valores morais e os acontecimentos históricos fundamentados cegamente no positivismo jurídico fora registrado também por DIMOULIS e MARTINS:

Decerto, o impacto do Terceiro Reich “gravitava nas mentes” dos juízes que se esforçavam para se distanciar de correntes hermenêuticas do passado (positivistas ou imbuídas de valores racistas e nacionalistas), integrando na argumentação elementos de direito natural de inspiração anglo-saxônica (cfr. a citação de Benjamim Cardozo na decisão) assim como referências a valores democráticos. Isto explica a profusão em torno do conceito de “ordem axiológica objetiva” (2008, p. 279) (grifo nosso).

Referidos autores comentam em sua obra o julgamento, pelo Tribunal Alemão, do caso Luth[1], que ficou famoso por ser considerado marco histórico da criação da nova dogmática relacionada a liberdade de expressão e aos direitos fundamentais.

GUERRA FILHO (2007, p.143), também faz registro na sua obra: “Teoria Processual da Constituição”, a respeito dos acontecimentos do regime nazista e a repugnância ao positivismo que se seguiu:

A referência feita a um jargão em língua alemã não foi mero acaso, pois é da recente experiência constitucional alemã – quando após a hecatombe nazista se retoma o projeto político-jurídico anti-positivista da época da República de Weimar – que se extrai os melhores subsídios para aprofundar a questão aqui colocada, da necessidade de desenvolver uma forma específica de interpretar a Constituição. O contato com essa experiência modelar mostra como a nova metódica hermenêutico-constitucional resultou de uma íntima colaboração entre produção teórica e elaboração jurisprudencial, em nível de jurisdição constitucional (grifo nosso).

Apesar das atrocidades provocadas pelos movimentos nazista, na Itália e fascista, na Alemanha, fundamentados cegamente no positivismo débil, referidos fatos históricos contribuíram como foi possível observar para a decadência do positivismo. BARROSO (2008, p.28), leciona que o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico, de modo que a aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório do pós-guerra, promovendo o constitucionalismo moderno a reaproximação entre ética e Direito.

É neste contexto histórico que é possível observar o declínio do positivismo e a ascensão do pós-positivismo com a reaproximação do direito aos valores éticos e morais.

Neste contexto, ocorre a superação da ordem jusprivatista, dando lugar a ordem juspublicística, de modo que a teoria dos princípios, como assevera Paulo Bonavides (2008, p.294), chega à presente fase do pós-positivismo promovendo a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, provocando a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação da normatividade dos princípios, que não mais são vistos como normas programáticas; o reconhecimento definitivo da positividade e concretude dos princípios sobretudo por obra das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse deslocamento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios sobre as leis.

3. A ascensão dos direitos e garantias fundamentais e de seus princípios no pós-guerra

Péres Luño (1999, p.122) assevera que ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, foi possível observar grande renovação constitucional em razão das novas exigências políticas e sociais, estigmatizadas, segundo se constata na quase integralidade das Cartas, por uma reafirmação da fé na legalidade democrática e nos direitos fundamentais, com preeminência dos direitos sociais.

Como visto no tópico anterior, os acontecimentos horrendos da Segunda Guerra Mundial, legitimados em parte em razão do positivismo exacerbado nos regimes fascista e nazista, foram fundamentais para provocar o declínio do modelo jusprivatista e legitimar a renovação das cartas constitucionais, com a conseqüente sobrevalorização dos direitos fundamentais e sociais, verdadeira pilastra sustentadora da legalidade democrática.

Corroborando, Luis Roberto Barroso (2008, p.103), ensina que a reconstitucionalização da Europa ocorreu imediatamente após o fim da Segunda Grande Guerra, desenvolvendo-se ao longo da segunda metade do Século XX, enquanto que no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional ocorreu no ambiente de reconstitucionalização do País, por ocasião da discussão prévia, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988.

Demonstra-se desta forma, que nenhum movimento de direito, está dissociado dos fatos históricos e culturais de seu tempo. Wilhelm Humboldt, citado por Korand Hesse leciona:

Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se. **Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se** (Humboldt apud HESSE, 1991, p.16) (Grifo nosso).

Peter Harbele, por sua vez, citado por Andreas J. KRELL (2002, p. 29), pactua do mesmo entendimento ao afirmar que a constituição de um Estado não é somente texto jurídico ou regulamento normativo, mas também expressão do seu desenvolvimento cultural, como “meio de auto-afirmação cultural de seu povo (Harbele apud KRELL (2002, p. 29).

É importante deixar claro que estamos falando de toda uma mudança de paradigma ocorrido, principalmente, a partir da segunda metade do século XX, de modo que o constitucionalismo que nos interessa é o relacionado à constitucionalização do direito,

como efeito expansivo e vinculante das normas constitucionais, estendendo seus tentáculos e influenciando todos os ramos do direito.

Neste sentido, BARROSO (2008, p. 114), leciona que a idéia de constitucionalismo do Direito do pós-guerra está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia por todo o sistema jurídico, de forma que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade de todas as normas do direito infraconstitucional.

Neste diapasão, AGRA (2008, p. 496), registra que “atualmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos tanto de forma subjetiva quanto, principalmente, na sua forma objetiva, no sentido de uma cominação vinculante para todos os poderes”.

Toda essa mudança de paradigma exige a criação de uma nova forma de pensar o Direito, de interpretar e criar o direito, exigindo que doutrinadores, juízes, advogados, promotores e todos os envolvidos na máquina judiciária tenham conhecimento desta mudança de paradigma, o que, infelizmente, ainda não ocorreu principalmente nos países ditos periféricos como é o caso do Brasil, o que será objeto de estudo de nosso próximo tópico.

4. A hermenêutica constitucional do Estado Democrático de Direito

Como podemos ver os acontecimentos, principalmente no pós-guerra, fizeram com que ocorresse uma mudança de paradigma na forma de pensar o direito. Eduardo Ritt (2002, p. 47), neste sentido leciona que os novos direitos passam de individuais a sociais de todas as matizes: dos trabalhadores, das mulheres, das crianças, do meio ambiente, do consumidor, tornando-se as relações humanas cada vez mais complexa em razão das transformações sociais, da tecnologia, típicos de uma sociedade de massa, em permanente mutação.

Em um curto período da história passamos do Estado Social, para o Estado Democrático de direito, onde se verifica que não adianta apenas prever um razoável rol de direitos fundamentais, mas sim, buscar formas de tornar referidos direitos efetivos.

Neste sentido, leciona BONAVIDES (2001, p.219):

Com efeito, o Estado de Direito é o Estado de Justiça. Não é meramente um sistema de leis, porque as leis, segundo a doutíssima lição de Juarez Freitas, podem ser injustas. Podem ser por igual severas demais, dacionianas, tirânicas, cruéis. Leis que não libertam mas oprimem, como nas ditaduras. O arbítrio pode corromper e degradar o Estado das Leis e o Estado das Constituições, mas nunca o Estado Justo, feito precisamente do respeito a lei e à Constituição, à legalidade e a constitucionalidade.

O Direito é Justo porque é legítimo; só a lei pode ser injusta porque nem sempre é legítima.

O desafio desta nova hermenêutica trazida pelo Estado Democrático de Direito, sucessor do Estado Social, que agora busca a concretização dos direitos fundamentais, passa a exigir a participação de todos que, por alguma razão, estão inseridos em algum fato que exige a interpretação da norma na solução de um conflito. Neste sentido, vale lembrar os sábios ensinamentos de Peter HABERLE (2002, p.15) “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.

Logo, essa nova hermenêutica constitucional exige uma constituição diferenciada, com normas abertas e princípios, o que exigirá mais dos operadores do direito em busca da justiça, em busca da vontade da constituição, como ensina HESSE (1991, p. 19), que a força normativa da constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade, a força normativa da constituição deve se converter em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Assim, embora a constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas aos operadores do direito e a constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, de modo que, se tornará em força ativa apenas quando se fizerem presentes na consciência geral, particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só na vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Corroborando, faz-se salutar transcrever os ensinamentos do iminente jurista GUERRA FILHO (1997, p.16):

Atualmente, uma constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece. (Grifo nosso)

Por sua vez, CAPPELLETTI (1999, p.67), apresenta observações dignas de nota em sua obra: “Juízes Legisladores?”, onde ensina que independentemente da eventual inserção dos direitos sociais nas constituições, os textos constitucionais e, em seu âmbito, os catálogos dos direitos fundamentais, são normalmente redigidos de forma mais breve e sintética, com implícita menção das leis ordinárias, e os seus preceitos são normalmente formulados assegurando valores tais como: liberdade, igualdade, justiça, democracia, dignidade, de modo a deixar claro a prioridade de certos valores e de regras de procedimentos, como o de tratar todos de forma igual, por exemplo.

4.1 De boca da lei a boca do direito

No novo contexto trazido pelas cartas constitucionais, no Estado Democrático do Direito, o juiz deixa de ser a boca da lei, como previu Montesquieu, para passar a ser a boca do direito, ou seja, passa a ter papel fundamentalmente efetivo e determinante na interpretação da lei, em busca do direito e da concretização da justiça.

Neste diapasão, assevera MARINONI (2005, p. 30):

O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o protetor de um direito que toma em consideração a lei e à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que sua aplicação não é possível diante dos princípios da justiça e dos direitos fundamentais. O neo constitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei. Não é por outra razão, aliás, que Ricardo Guastini afirma que a rigidez da constituição e a sua garantia são condições necessárias de se pensar na “constitucionalização do ordenamento jurídico” (...)

Mauro Cappelletti (1993, p.46-47), neste mesmo sentido, demonstra que na evolução da sociedade moderna, pluralista, não cabe mais o papel de um poder judiciário ausente, apenas aplicador da lei pura e simplesmente, há necessidade de que este, o Poder Judiciário, o “terceiro poder”, assuma a sua responsabilidade perante essas “transformações do mundo real”, elevando-se ao nível dos demais poderes e tornando-se enfim o “terceiro gigante”, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Por sua vez, Guerra Filho (1997, p. 36), corrobora, esclarecendo que o poder judiciário não pode mais se limitar a mera função de aplicação do Direito, devendo, assumir sua responsabilidade, seu papel criativo, de produtor do direito, para conseguir vencer os conflitos sociais do mundo atual.

No Estado Democrático de direito, não cabe mais aos operadores do direito aquela concepção limitada de que o direito se resume à lei que está em vigor, isso foi superado, principalmente depois das atrocidades que a humanidade assistiu, legitimada por essa máxima de se cometer absurdos contra seres humanos, desrespeitando direitos fundamentais, ações essas “legitimadas” por leis positivadas, ou pela, simplesmente letra morta e seca da lei.

Alias o iminente jurista, Paulo Bonavides (2001, p. 219), faz anotações dignas de reprodução: “O Direito é Justo porque é legítimo: só a lei pode ser injusta porque nem sempre é legítima”.

A contribuição do movimento pós-positivista torna clara a noção de que não se pode mais querer que o juiz seja mero aplicador da lei seca, refém de leis que podem sequer ser legítimas, devendo assumir um papel ativo, mais responsável na busca do direito.

Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 320-321), apresenta lição digna de nota:

(...) É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor; o juiz e o cientista do direito são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado de participação política, relevando as mazelas do direito positivo e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras (...).

Outrossim, é também de Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 321), o complemento da lição, onde esclarece que a nova hermenêutica constitucional e processual, acentuadamente instrumentalista, superou a fase autonomista do direito processual, que está em vias de extinção, promovendo a relativização do direito-processo, libertando velhos preconceitos formalistas, de modo que a mentalidade dos juízes estejam acompanhada por obcecada preocupação pelo compromisso com a efetividade da justiça.

No pós-positivismo foi possível constatar o que alguns autores chamaram da “Revanche de Grécia sobre Roma”^[2], ou seja, da filosofia e da reflexão sobre o positivismo, representado por leis estanques, rígidas, incapazes de evoluir conforme as necessidades do mundo moderno. Essa nova concepção filosófica e reflexiva da busca pelo Direito, exige uma nova abordagem dos seus operadores, fundamentada em princípios, em valores fundamentais, na reflexão e muitas vezes até mesmo na ponderação, o que será objeto de nosso último item.

4.2. Efetivando os Direitos Fundamentais

GUERRA FILHO (2007, p. 93) ensina que o primeiro passo para distinguir a forma correta de se interpretar a Carga Magna de um ordenamento jurídico está relacionado exatamente com a definição da opção feita pelo legislador constitucional quanto ao modelo de “Estado de Direito” escolhido, ou seja, a concepção clássica de feição liberal, ou a concepção pós-positivista de Estado Social de Direito. Sabemos que o legislador constituinte brasileiro optou pela segunda concepção, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em razão de seu momento histórico cultural, obteve êxito no país.

O mesmo autor assevera ainda:

Em um plano jusfilosófico, a antítese registrada exprime-se no confronto, sempre renovado, **entre posições que se apegam ao direito positivado, como o único dotado de validade, e aquelas que, de uma forma ou de outra, não reconhecem uma cisão total entre Ser e Dever-Ser jurídico, buscando, assim, quer em um plano fático, quer em outro plano, metafísico, a verdadeira fonte da validade jurídica** (GUERRA FILHO, 2007, p. 94) (grifo nosso).

Como a opção do legislador constituinte de 1988 foi pelo Estado Social de Direito, temos que estudar algumas relações deste estado com os direitos fundamentais, elencados, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

4.2.1 O efeito vinculante dos direitos fundamentais

A nova hermenêutica constitucional exige a compreensão da força vinculante dos direitos fundamentais, principalmente em razão de uma de suas características, qual seja, seu reconhecimento universal. Neste diapasão, vale transcrever os ensinamentos de Robert Alexy:

Passaram-se, hoje quase no dia, rigorosamente, 50 anos desde que a assembléia geral das nações unidas, em 10 de dezembro de 1948, aprovou a declaração dos direitos do homem universal. Nisso, não se tratou de alguma das numerosas resoluções das nações unidas. Noberto Bobbio designou, acertadamente, a declaração dos direitos do homem universal como a “até agora maior prova histórica para o ‘*consensus omnium gentium*’ com respeito a um sistema de valores determinados”. Que se tratava de um consenso sobre valores fundamentais de significado eminente e estava claro aos 48 estados, naquele tempo, representados na assembléia geral. O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de designar os direitos do homem “como o ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações”. Com isso, então, duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início, claramente, diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal (ALEXY, 2007, p. 41).

DIMOULIS e MARTINS (2008, p. 104-105), ensinam que nosso ordenamento jurídico evidenciou a condição de eficácia imediata dos direitos fundamentais[3], ao mesmo tempo em que deixa claro que referidos direitos vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo, de modo que este último não pode restringir um

direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes.

Robert Alexy, por sua vez, assevera a importância da prioridade que deve receber os direitos fundamentais, senão vejamos:

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Nisto, que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, portanto, para satisfazer sua pretensão de correção, expressa-se a prioridade dos direitos do homem. Direitos do homem estão, com isso, em uma relação necessária para com o direito positivo, que está caracterizada pela prioridade dos direitos do homem (...) (ALEXY, 2007, p. 47).

Essas digressões nos remetem, inevitavelmente, a discussão do efeito horizontal dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, o que veremos no próximo tópico.

4.2.1.1 Do efeito horizontal na ordem constitucional brasileira

DIMOULIS e MARTINS (2008, p.113), ensinam que o efeito horizontal possui caráter mediato/indireto e, excepcionalmente, caráter imediato/indireto, de modo que o efeito indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, irradiação) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional, o que ficou evidenciado no tópico anterior nos comentários de referidos autores ao parágrafo 1º do artigo 5º de nossa Carta Magna. Por sua vez, referidos autores, ensinam que o efeito horizontal imediato, refere-se ao vínculo de direito das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução de conflitos interindividuais, asseverando que neste caso, haverá necessidade da intervenção estatal, para o reconhecimento do direito fundamental de uma das partes, mesmo que o conflito seja eminentemente privado.

Completa ainda os iminentes juristas:

Isso indica que um possível reconhecimento do efeito direto não pode prescindir da mediação do Estado. Seu fundamento jurídico consiste novamente no art. 5º, parágrafo 1º, da CF indicando a obrigação do Estado de fazer respeitar os direitos fundamentais com o afastamento ou a reparação de uma agressão oriunda de particulares (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p.113)

Fica demonstrado assim porque os direitos fundamentais podem ser classificados com caráter horizontal de aplicação mediata/indireta e imediato/direto, já que, apesar do caráter direito da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante a decisão jurisdicional do Estado.

Finalmente, DIMOULIS e MARTINS (2008, p.113), esclarecem que o ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações, enquanto que, os particulares devem respeitar os direitos fundamentais conforme forem concretizados por leis infraconstitucionais, podendo ainda, os direitos fundamentais serem aplicados perante os particulares por irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente das clausulas gerais, tais como o princípio da boa fé, bons costumes, função social do contrato e etc.

4.2.2 Vinculação e flexibilidade das normas fundamentais

Antes de estudarmos propriamente dita a questão da vinculação e de sua flexibilidade, precisamos entender a diferença entre princípios e normas, de modo que iremos utilizar dos ensinamentos de ALEXY (2007, p. 64):

Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, **princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização.** Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Estas são, além de regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. As colisões de direitos fundamentais supra descritas deve, segundo a teoria dos princípios, ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. (...) Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios e, com isso, essencialmente, um litígio sobre ponderação (Grifo nosso).

Segundo referido autor, como foi possível constatar, princípios são mandamentos de otimização, que, quando colidentes, deverão ser resolvidos pelo interprete através da técnica da ponderação dos valores em discussão.

O mesmo autor, também faz definição de regras digna de nota:

Completamente de outra forma são as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço da fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção (ALEXY, 2007, p.64).

As regras possuem aplicação mais restrita, diretamente relacionando o caso concreto com a prescrição legal, podendo ser, como vimos anteriormente, até mesmo consideradas ilegítimas.

Desta forma, quanto a vinculação e flexibilidade das normas fundamentais, ALEXY (2007, p. 69), chama a atenção para o fato de que em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, de modo a serem interpretadas como meras proposições programáticas. Não obstante, a teoria dos princípios, segundo o mesmo autor, pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível, já que declara as normas que são plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade, de modo que a teoria dos princípios se apresenta como uma solução importante para os casos de vinculação e colisão das normas fundamentais.

4.2.2.1 As três regras extraídas da sentença do caso Lüth

A sentença do caso Lüth projetou importantes reflexões que são utilizadas pelo tribunal constitucional alemão até nos dias de hoje, e por todos os ordenamentos jurídicos fundamentados no Estado Democrático de Direito. Trata-se de três importantes idéias extraída de referido julgamento, senão vejamos:

A primeira é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão clássicos contra o estado. Os direitos fundamentais personificam, como diz o tribunal constitucional federal, “também um

ordenamento de valores objetivos” (...) Pode-se referir a isso e dizer que a primeira idéia fundamental da sentença - Lüth consiste nisto, que os direitos fundamentais têm não só caráter de regras, mas também de princípios. A segunda idéia, estreitamente unida a primeira, é que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas, muito mais além, “para todos os âmbitos do direito”. Com isso produz-se um “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários. A terceira idéia resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser solucionada. A mensagem mais importante para a vida cotidiana jurídica da decisão Lüth diz, por isso: “torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens” (ALEXY, 2007, p.108).

A hermenêutica constitucional deve observar essas três regras extraídas do caso Lüth como verdadeiros mandamentos a serem seguidos e respeitados. Não obstante, é importante esclarecer que se existe certa posição confortável quanto a aplicação da técnica da subsunção nos ordenamentos jurídicos modernos, existe, também, grande polêmica relacionada aos critérios da ponderação. Só para citar alguns exemplos, Jürgen Habermas (ALEXY, p.108) alega que o critério da ponderação poderia tirar a força normativa dos princípios, no que ele chama de perda da “primazia rigorosa”, além do risco das sentenças fundamentadas na ponderação tornarem-se irracionais.

Estamos em um momento de transição histórico-evolutiva que demonstra a superação de antigas formas de interpretação. Neste sentido, vamos citar os ensinamentos de Lenio Luiz Streck, retirados do prefácio da obra de Antonio Nedel (2006, p.1-2):

A teoria das fontes foi superada pela Constituição; a teoria da norma dá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo fundado na relação epistemológica sujeito-objeto dá lugar ao giro lingüístico-ontológico (*ontologisch Wwendung*). Penso, pois, que o problema do direito é aplicativo. É *applicatio*, como diz Gadamer. E para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar, mas de compreender. Isto significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar, e, enquanto o compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

Toda a superação do pós-positivismo, representada pela reaproximação do direito aos valores morais e éticos, e através do surgimento da nova hermenêutica constitucional pode ser como ensina NEDEL (2006, p.292), denominada como o retorno à realidade concreta da vida, num mundo autenticamente humano, que não pode prescindir da própria dignidade humana. Trata-se, na verdade, da reabilitação humanista do direito através de uma tópica jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual momento histórico-jurídico que estamos passando exige a compreensão e até mesmo a aceitação de alguns setores jurídicos mais conservadores de que a hermenêutica constitucional mudou para acompanhar a evolução do movimento pós-positivista que possibilitou a superação do Estado Liberal, com a ascensão do Estado Social e rápida implantação do Estado Democrático de Direito.

Isso tudo, só foi possível em razão das mudanças de paradigma que ocorreu principalmente a partir da segunda metade do Século XX, com a queda dos regimes fascistas e nazistas na Europa e dos regimes ditatoriais na América Latina, em especial no Brasil, com a reconstitucionalização e a Constituição de 1988.

As mudanças são bem vindas e muito positivas, já que reaproximaram o Direito dos valores ético-morais e da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a real importância do Poder Judiciário, como sendo o Terceiro Poder, ou, nas palavras de Mauro Cappelletti, o Terceiro Gigante.

Cabe agora aos operadores do direito valorizar essa nova hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, e desenvolver a mesma para que seja possível superar as questões relacionadas as dúvidas que são levantadas quanto ao uso da técnica da ponderação dos princípios.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. Princípio republicano. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria da argumentação jurídica:** teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy Editora, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã.** São Paulo: Método, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A Democracia participativa e a crise do regime representativo no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã.** São Paulo: Método, 2008.

_____. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello.** São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveria. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Significado e atualidade da separação dos poderes. AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 102, p.112, jun. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradutor Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos nos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Ganira da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (Coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Coord.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional na constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas**. In: VIEIRA, José Ribas (org). Rio de Janeiro: Forense Editora, 2008.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

_____, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. Ed. Madrid: Ed. Techos, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização e o controle de mérito do ato administrativo pelo judiciário. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SANTIVANEZ, José Antonio Riviera. La doctrina constitucional em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. **Armário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Buenos Aires, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Diálogo Jurídico**, (S.l.), ano 1, v. 1, n. 3, p. 14-15, jun. 2001.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Desvelando os discursos positivistas. In: NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica**: clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro:

[1] Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direitos contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil (Dimououlis e Martins, 2008, p.264).

[2] “Ontem os Códigos; hoje as Constituições, a Revanche de Grécia sobre Roma” A primeira parte da frase foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado e avulso pela IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma”, tal como se deu em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

[3] Referidos autores comentam o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

**ENTRE O TEMPO & O ESPAÇO: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS
ENTRE OS ESTUDOS JURÍDICOS COMPARATIVOS E O MÉTODO
COMPARATIVO NO APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO**

**BETWEEN THE TIME & THE SPACE: CONVERGENCES AND
DIVERGENCES BETWEEN THE COMPARATIVE LEGAL STUDIES AND
THE COMPARATIVE METHOD IN THE PERFECTIONING OF THE LAW**

André Pires Gontijo

RESUMO

O relatório de pesquisa no âmbito do direito constitucional-internacional, cujo objeto consiste em realizar um estudo comparativo entre dois referenciais teóricos (Mireille Delmas-Marty e Peter Häberle) que utilizam certos métodos de comparação jurídica para alcançarem o aperfeiçoamento do estudo do Direito. Mediante pesquisa instrumental com investigação bibliográfica, sem a pretensão de esgotamento da estrutura do pensamento dos autores, pretende-se identificar, a partir das respectivas teorias, pontos de convergência e divergência entre os referenciais teóricos. A justificativa para essa pesquisa reside no campo da percepção de como o sistema jurídico, diuturnamente, modifica-se em face da realidade que o circunda, motivo pelo qual se faz necessária a escolha de referenciais que atendam às demandas e aos interesses da compreensão da realidade. O problema de pesquisa cinge-se nas seguintes indagações: os métodos de Mireille Delmas-Marty e Peter Häberle são convergentes ou divergentes na busca pelo aperfeiçoamento do estudo do Direito? Tais métodos comparativos são relevantes para a definição da personalidade do indivíduo diante da contemporaneidade? A hipótese de pesquisa estabelece que os métodos comparativos em análise não são divergentes na busca pelo aperfeiçoamento do estudo jurídico. Em consequência, a convergência entre estes métodos comparativos contribuem para a definição da personalidade do indivíduo na contemporaneidade, na medida em que primam pela sua colocação como centro das atenções no âmbito do sistema jurídico. Embora partam de pontos de partidas distintos e utilizem de maneira diferenciada os elementos que compõe a comparação jurídica, observa-se que ambos os referenciais teóricos buscam alcançar semelhantes objetivos, dentre os quais, o principal deles é estabelecer a dignidade da pessoa como valor norteador de suas teorias. Logo, os referenciais teóricos em análise não são excludentes entre si. Ao contrário, por buscarem interesses comuns, ainda que com premissas diversas, o método comparativo dos direitos fundamentais e a internacionalização dos direitos humanos podem constituir um diálogo frutífero na construção de um sistema jurídico que contemple os valores nacionais, mas que, ao mesmo tempo, alcance os valores comuns no âmbito do sistema internacional. A percepção da realidade pelo instrumental adotado pela Internacionalização dos Direitos associada à concepção de direitos fundamentais alcançada pelo Método Comparativo pode ser útil na confecção de uma esfera pública mundial, em que os valores comuns podem ser construídos a partir da percepção do diálogo entre as culturas. Apostos os diversos procedimentos constitucionais, a ordem internacional poderá buscar uma harmonização dos espaços normativos a tal ponto que

os diferentes ritmos, um dia, poderão sincronizar-se na mesma balada. É necessário repaginar a discussão – no contexto da teoria constitucional – para um debate mais amplo. A abertura do Estado Constitucional Cooperativo não irá apenas expressar o ideal de uma comunidade mundial de Estados Constitucionais, mas a intenção cosmopolita da abertura para o internacional também implica a migração de valores constitucionais, de metodologia de trabalho no âmbito da interpretação dos direitos fundamentais para o ambiente internacional, incluindo, principalmente, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e, como consequência, o reconhecimento da identidade do sujeito como centro do sistema jurídico e seu papel na contemporaneidade, como artífice do processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos, envolvendo o cruzamento dos traçados dos Estados Constitucionais com os da Internacionalização do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL-INTERNACIONAL; ESTUDOS JURÍDICOS COMPARATIVOS PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO; ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E O DESENVOLVIMENTO DO MÉTODO COMPARATIVO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The research report has elaborated in constitutional-international law context, and the object is a comparative study between two theoretical authors (Mireille Delmas-Marty and Peter Häberle) that using certain methods of legal comparison to achieve the improvement of the study of law. Through bibliographical technical research, without the pretense of exhaustion of the structure of theoretical authors' thinking, the objective is to identify, from their theories, points of convergence and divergence between the theoretical references. The research's justification lies in the perception's field of how the legal system constantly modifies itself in the face of reality that surrounds the reason why it is necessary to select the references that meet the demands and interests of the reality understanding. The problem of research focuses on the following questions: methods of Mireille Delmas-Marty and Peter Häberle are converging or diverging in the search by improving the study of law? These comparative methods are relevant to defining the personality of the individual facing the contemporary? The hypothesis states that the research methods in comparative analysis are not divergent in the search by improving the legal study. Consequently, the convergence of these comparative methods helps to define the personality of the individual in contemporary in that precedence for putting the subject as a center of attention within the legal system. Although departing from different points of departure in a different way and use the elements that make up the legal comparison, it appears that both theoretical authors seek achieve similar goals, among which the main one is to establish the dignity of the person as a guiding value of their theories. Therefore, the theoretical references in question make not mutually exclusion between itself. Instead, to look for common interests, even with different assumptions, the comparative method of fundamental rights and the internationalization of human rights can be a fruitful dialogue in building a legal system which includes the national values, but at the same time, reach common values within the international system. The perception of reality by instrumental adopted by the Internationalization of Law associated with the design of basic rights

achieved by the comparative method may be useful to build a global public sphere in which common values can be constructed from the perception of the dialogue between cultures. Affixed the various constitutional procedures, the international order may seek a harmonization of regulatory spaces to the point that the different rhythms, one day, can synchronize the same ballad. It is necessary to redefine the discussion – in the context of constitutional theory – to extend the debate. The opening of the Constitutional Cooperative State will not only express the ideal of a world community of Constitutional States, but the cosmopolitan openness intention to international also involves the migration of constitutional values, the methodology of work with the fundamental rights interpretation for the international context, including especially the regional systems of human rights protection and, consequently, the recognition of the subject identity as the legal system center and its role in the contemporary times, as an architect of the decision-making process on human rights, involving the traces crossing of the Constitutional States with the Internalization of Law.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL-INTERNATIONAL LAW; INTERNALIZATION OF LAW. CONSTITUTIONAL COOPERATIVE STATE AND THE DEVELOPMENT OF COMPARATIVE METHODS AMONG FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca realizar um estudo comparativo entre dois referenciais teóricos (Mireille Delmas-Marty e Peter Häberle) que utilizam certos métodos de comparação jurídica para alcançarem o aperfeiçoamento do estudo do Direito. Não se pretende aqui esgotar a estrutura do pensamento dos autores, mas sim identificar, a partir das respectivas teorias, pontos de convergência e divergência entre os referenciais teóricos.

A justificativa para essa pesquisa reside no campo da percepção de como o sistema jurídico, diuturnamente, modifica-se em face da realidade que o circunda, motivo pelo qual se faz necessária a escolha de referenciais que atendam às demandas e aos interesses da compreensão da realidade.

O problema dessa pesquisa cinge-se nas seguintes indagações: os métodos de Mireille Delmas-Marty e Peter Häberle são convergentes ou divergentes na busca pelo aperfeiçoamento do estudo do Direito? Tais métodos comparativos são relevantes para a definição da personalidade do indivíduo diante da contemporaneidade?

Por meio de um tipo de pesquisa instrumental doutrinário, parte-se de hipótese de investigação, a qual estabelece que os métodos comparativos em análise não são divergentes na busca pelo aperfeiçoamento do estudo jurídico. Em consequência, a convergência entre estes métodos comparativos contribuem para a definição da personalidade do indivíduo na contemporaneidade, na medida em que primam pela sua colocação como centro das atenções no âmbito do sistema jurídico.

Os dois primeiros itens buscam abordar as respectivas teorias comparativas. Na construção de ambos, ter-se-á como meta identificar semelhanças nas construções teóricas, analisando metodologicamente as premissas iniciais das teorias, a fim de se

alcançar o pano de fundo e a finalidade que elas possuem. O terceiro item exporá a comparação entre os autores, com o intuito de tentar comprovar a hipótese científica que ora se apresenta.

Diante do exposto, convida-se o intérprete a prosseguir na leitura desta e pesquisa e a contribuir, de forma crítica e combativa, na busca pela resposta do problema no qual a pesquisa é fundada.

1 OS ESTUDOS JURÍDICOS COMPARATIVOS DE MIREILLE DELMAS-MARTY

1.1 A "ILUSÃO MUNDIAL"

Os Estudos Jurídicos Comparativos para a Internacionalização do Direito tem como premissa o conteúdo dos direitos humanos, dos quais se desencadeia o processo de mundialização do direito. Com base nos direitos do homem, tal estudo aborda o processo de mundialização em escala européia ou ocidental. Levando em conta as diversidades sociais, culturais, econômicas, busca compartilhar suas premissas com outros ordenamentos, cujo objetivo é estabelecer um método que permita abranger o maior número de sistemas jurídicos, ou seja, busca elaborar o que seria identificado como um direito comum, tendo em vista que o método comparativo é responsável pelos avanços do direito internacional[1].

Inicialmente, a "mundialização decorreria dos direitos do homem", tendo em vista o processo de universalidade iniciado com a Declaração de 1789 e depois com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948. Todavia, a história européia foi baseada em um "direito de vocação universal", em que "o direito comum era aplicado como um método de racionalidade e guiava a interpretação de um direito local muito diversificado e complexo"[2]. Percebe-se, então, que o direito nacional surgiu da aplicação de um direito comum, elaborado a partir do direito Romano e que foi se tornando nacional com a emergência dos Estados até o século XIX.

Com isso, o "sonho da universalidade" foi retomado com o direito comparado, "fundado sobre os princípios comuns das nações civilizadas". Porém, ressalte-se que o termo "nações civilizadas" foi posto em xeque, uma vez que a primeira metade do século XX foi marcada por duas guerras mundiais, "revelando a prática de degradação e destruição sistemática da pessoa que o direito destas nações não soube impedir".[3]

Diante disso, a crescente "globalização dos riscos"[4] possibilitou o surgimento de um direito universal, tendo como um dos grandes resultados a Declaração Universal de 1948 e sua reafirmação pela Convenção de Viena de 1993. Após a Segunda Guerra Mundial, a grande novidade é que os direitos humanos se tornaram juridicamente oponíveis aos Estados, transformando-se em verdadeiros princípios de direitos, pois nasceram sob a forma de declarações de princípios, portanto, submetidos à boa vontade dos Estados[5].

Por outro lado, os direitos humanos, quando comparados com os princípios gerais do direito, são específicos e se sustentam em uma extrema heterogeneidade, pois inspiram valores diversos[6]. Desse modo, o processo de mundialização pôde se basear no conteúdo dessa diversidade e, sem "dissociar os direitos humanos dos direitos

econômicos", o conteúdo dos primeiros serve como bússola e as características contidas nas relações econômicas como o verdadeiro motor da mundialização[7].

Os direitos humanos e a economia não se opõem, embora suas finalidades sejam diferentes: o primeiro luta contra as disparidades e precariedades e o segundo explora as diferenças e impõe a flexibilidade. Entretanto, na realidade, os dois modelos se mesclam, gerando uma desordem, seja na produção de normas, seja no seu ordenamento no espaço e no tempo. Isto é, considerados aspectos da mundialização, os direitos humanos e a economia contribuem para a denominada "desordem normativa", concorrendo para a confusão dos signos tradicionais[8].

1.2 A DESORDEM NORMATIVA: O FENÔMENO DA MUNDIALIZAÇÃO

O fenômeno da mundialização tem como pano de fundo a "desordem normativa", que se apresenta como uma proliferação anárquica de normas, cujas formas "permanecem diferentes de um campo para outro" em que se confundem as "soft norms" da economia e a "vagueza" dos direitos humanos. Tal processo de mundialização envolve o tempo e o espaço na sua conjectura. Em comparação com a figura do Estado, titular do poder normativo e garantidor de estabilidade, a economia e os direitos humanos permitem localizar as normas no espaço e inscrevê-las no tempo, de tal modo que esses dois campos conjugam a "desestatização do espaço" e a "desestabilização do tempo".[9]

No que diz respeito à economia, o fenômeno da "desregulamentação" não é o inverso da regulamentação, mas uma releitura do controle normativo segundo outros dispositivos - mais obscuros e complexos - em um ambiente de proliferação normativa, cuja flexibilidade, que tem como escopo o desfazimento de fronteiras, concebe o *soft law*, responsável pela própria proliferação.[10]

Por outro lado, os direitos humanos, rotulados com o escopo de colocar fronteiras para proteger o "irredutível humano", possuem a imprecisão e a vagueza, o que os conduzem a diversos poderes disseminados (margens nacionais de apreciação), transferidos do emissor (aquele que edita a norma) para o receptor (responsável por aplicá-la). Este procedimento possui o risco de tornar o sistema de proteção relativo e, com isso, enfraquecê-lo, pois fora concebido para ser um sistema universal.[11]

Enquanto os sistemas jurídicos nacionais se acomodam em uma estabilidade e em uma precisão estabelecidas pela segurança jurídica, no âmbito desse processo de mundialização, a elaboração de um direito comum em escala mundial é concebível apenas com a associação dos paradoxos existentes entre economia e direitos humanos[12]. Isto é indicativo da existência de dois modelos, variantes quanto à forma e à expressão normativa:

	MECÂNICO	
<i>Modelo</i>	(PRINCÍPIO DA HIERARQUIA)	PROCESSO ORGÂNICO
<i>Norma</i>	Rigidez da regulamentação tradicional - espaço jurídico fechado, homogêneo e hierarquizado	- Espaço aberto e heterogêneo - múltiplas conexões
<i>Forma</i>	Pirâmide	Rede de conexões, como o caule

No entanto, o que se observa é que não se tratam de modelos antagônicos, pois não há simetria entre eles. O que deixa de ser um "paradoxo", torna-se um "novo paradoxo", pois são modelos caracterizados como uma via de mão-dupla, em que ora há substituição entre os modelos, ora há complementação. O curioso é que, enquanto o modelo mecânico é substituído pelo processo orgânico no âmbito da economia, semelhante movimento de substituição acontece, mas em sentido inverso, no âmbito dos direitos humanos.[13]

O intérprete determina o sentido dos direitos humanos de acordo com o seu próprio sistema de valores em função da vagueza e da imprecisão com as quais se apresentam. Isto dá ensejo a dois fenômenos que acontecem, respectivamente no direito interno e no direito internacional: (a) margem judiciária de apreciação e (b) margem nacional de apreciação. Trata-se de técnicas jurídicas pelas quais poderia se utilizar a vagueza dos direitos humanos para reduzir o universalismo, a fim de se alcançar uma definição comum.[14]

A mundialização reforça a crítica das margens de interpretação reconhecidas pelo juiz nacional, na medida em que os direitos humanos - no âmbito internacional - ainda são tidos como uma violação à soberania estatal. Por outra parte, ao "juiz europeu dos direitos do homem" (o "juiz internacional"), conferem-se três poderes na determinação do sentido das normas de direitos humanos:

- (a) Como intérprete da norma européia, ele "co-determina" o sentido dela cada vez que ele explicita pela definição de critérios múltiplos com freqüência, tal ou qual princípio de forma um pouco vaga. Nesse ponto, seu papel parece com o do juiz nacional quando ele interpreta o direito interno;

- (b) Como "juiz internacional", entretanto, o "juiz europeu" não é apenas intérprete das normas internacionais (Convenção Européia de Direitos Humanos), e sim a confronta, por ocasião de sua aplicação, ao direito interno. Isto lhe confere o poder de influenciar, de "pré-determinar" o direito interno, colocando margens que o legislador nacional, a princípio, deverá observar;

- (c) Por fim, agrega-se um poder próprio do juiz encarregado de interpretar e de aplicar as normas relativas aos direitos humanos.[15]

Logo, os direitos humanos mantêm toda uma força simbólica que vem da sua origem "meta-jurídica", o que os coloca no primeiro lugar de um processo de "sobre-determinação" pelo qual se manifesta "um verdadeiro código cultural que se impõe a todos, ao intérprete como ao executor do direito, ao leitor como ao redator da norma, e lhes dita as soluções a serem adotadas".[16]

Nesse aspecto, em função das atribuições conferidas, o "juiz internacional" pode garantir a "vocaçao universal dos direitos do homem". Todavia, a atuação do juiz internacional perante a vagueza dos direitos humanos faz surgir dois paradoxos. O primeiro se relaciona com a subjetividade desse juiz, ou com o nível de decidibilidade[17] que, em grau escalonado, leva ao que se chama de "governo dos juizes", que, pela subjetividade, "enfraquece inevitavelmente o sistema, não apenas pelo

risco de arbítrio que ele acarreta, mas pela negação que implica quanto à idéia do universalismo".[18]

O segundo paradoxo que se apresenta é a definição da margem nacional de interpretação pelos tribunais internacionais acerca das normas internacionais genéricas. Ela concerne "na delicada interpretação das limitações dos direitos do homem quando eles não são definidos com precisão nos próprios textos internacionais, mas admitidos a título temporário em casos de circunstâncias excepcionais", ou de modo definitivo, com menção às "restrições necessárias numa sociedade democrática". As críticas não se referem tanto à margem, mas à elasticidade com a qual os tribunais internacionais se utilizam para interpretar temas sensíveis e de natureza controvertida. Todavia, suprimir a idéia da margem nacional de apreciação em nome de uma escolha "binária" (integração européia ou soberania dos Estados) seria o mesmo que "renunciar à mundialização dos direitos do homem nos campos onde eles seriam precisamente mais úteis porque o afrontamento seria mais forte".[19]

Portanto, é necessário "renunciar a um pensamento binário" que se recusa a "considerar um espaço plural como um dado a respeitar e de aceitar a evolução das práticas do tempo". Nesse ponto, acredita-se que "a confusão dos traçados" - tanto no espaço como no tempo - deve ser levada em consideração para mediar a "desordem aparente introduzida pela mundialização do direito" e também para "extrair os elementos que permitem a necessária recomposição da ordem aceitável".[20]

1.3 O TEMPO E O ESPAÇO NA CONFUSÃO DOS TRAÇADOS

No plano do espaço, a deslocação "política", conhecida como a reivindicação da descentralização de competências políticas do ente central para os entes periféricos, é acompanhada também pela privatização (total ou parcial), outro tipo de deslocação que ameaça a "esfera pública", a qual resulta "de um processo de diferenciação, às vezes simbólico, entre Estado e sociedade civil".[21] Nesse aspecto,

"O termo 'privatização' refere-se sobre uma primeira distinção entre os sujeitos de direito público (os Estados, seus representantes e as coletividades territoriais, que são responsáveis pela promoção e defesa do interesse público comum) e os sujeitos de direito privado (que defendem seus próprios interesses). Mas as novas formas de internacionalização são introduzidas progressivamente entre os sujeitos privados em seu cenário internacional que não se limita às relações inter-estatais. Mas a entrada em cena não tem o mesmo significado para todos".[22]

Observa-se que as fontes do Direito não emanam mais de apenas um órgão estatal, pois atores privados estão realizando atos de natureza pública e atores públicos (estatais) estão praticando atos privados[23]. Nesse caso, está ocorrendo a descentralização das fontes. Isto é decorrente da "atribuição progressiva de competências e capacidades dos Estados às organizações internacionais e supranacionais"[24], permitindo que diversos atores possam controlar o Direito.

Tal descentralização das fontes pode ser compreendida, então, como o deslocamento das fontes "do centro para a periferia"[25], em que se verifica um processo de expansão do Direito, na medida em que os assuntos tratados anteriormente pelo direito nacional

estão sendo resolvidos pelo direito internacional, o que indica a criação de novas fontes de Direito a partir da movimentação dos atores[26].

Nesse aspecto, a compreensão adequada da deslocação (mundialização) constitui em um reforço das interações globais, isto é, "de todas as relações que se organizam num espaço "desestatizado": relações privadas, mas também públicas; relações infra, mas também supranacionais".[27]

Estas interações do espaço também são perceptíveis no âmbito dos direitos humanos, todavia, com diferente grau de proporcionalidade. O papel do setor privado e da sociedade civil organizada é considerável nesse campo, mas a "efetividade dos direitos, como já se viu, visa inicialmente o controle, e a noção de controle supõe a intervenção dos organismos de caráter público"[28]. Nesse aspecto, evidencia Delmas-Marty:

"Os membros da sociedade civil tornam-se atores em nome do universalismo: de uma parte, as vítimas de violações de direitos humanos, as quais podem agir contra um Estado, a título individual ou coletivo, quando o recurso for admitido perante um sistema regional de proteção ou perante a Comissão das Nações Unidas para Direitos Humanos; de outra parte, podem se tornar atores de crimes internacionais, notadamente crimes contra a humanidade, que podem ser processados no Tribunal Penal Internacional. Mesmo que se tenha observado um crescente papel das Organizações Não-Governamentais (ONGs) no direito internacional dos direitos humanos, o poder 'legiferante' da sociedade civil se limita à participação indireta das ONGs, tanto em nível de elaboração das normas mundiais, quanto ao estabelecimento das estruturas judiciais e jurisdicionais".[29]

No âmbito do espaço europeu, direitos humanos e economia podem se encontrar na confusão dos traçados institucionais, sobretudo no que diz respeito à atuação e a forma como se apresentam as "Cortes Regionais". O Tribunal Europeu das Comunidades Européias, cujo escopo estaria na resolução dos conflitos envolvendo o direito comunitário, aprecia questões em que os direitos humanos estão envolvidos. Por outro lado, a Corte Européia de Direitos Humanos, competente para analisar as controvérsias acerca dos direitos do homem, pode ter semelhante "desequilíbrio institucional", caso seja necessário "submeter o direito do mercado aos direitos do homem"[30], em uma leitura da perspectiva institucional dos direitos fundamentais.

O tempo, "única fonte verdadeira do direito"[31], não permanece mais imóvel como ocorria no direito tradicional, simbolizado pelos códigos concebidos como monumentos eternos[32]. Ou seja, o tempo torna-se flexível e, em razão disso, flexibilidade e período evolutivo marcam a ruptura com o tempo imóvel da ordem jurídica tradicional e com a identificação do espaço jurídico entre a sociedade civil e o Estado[33].

A flexibilidade está relacionada ao direito econômico, pois este é caracterizado pelo seu caráter supletivo e de possibilidade de adaptação, uma vez que é capaz de se modificar a todo o momento em função dos equilíbrios econômicos e sociais. Já os direitos do homem possuem o caráter abertamente evolutivo, conforme se verifica nos numerosos protocolos adicionais, e também nos "preâmbulos que se referem como prolongamento daquele da declaração universal dos direitos concebidos como um ideal comum". Eles exigem um reexame constante das decisões jurídicas, "tendo em conta especialmente a evolução da ciência e da sociedade".[34]

Dessa maneira, a flexibilidade - associada ao período evolutivo e à fragilidade do princípio hierárquico - constitui a aparição de um novo processo de encadeamento de normas, "levando ao refluxo do Estado em benefício de um mercado sem fronteiras". Nesse novo processo, orgânico, verifica-se que "a norma não tem mais a rigidez da regulamentação tradicional, desenvolvendo-se num novo espaço "não euclidiano" concebido como um campo aberto e heterogêneo".[35]

Por outro lado, a natureza reversível da norma parece ser incompatível com os direitos humanos, vez que sua evolução está condicionada, a princípio, a uma extensão progressiva desses direitos, o que demonstra que o tempo da economia não é o mesmo dos direitos do homem[36].

A esse respeito, o período atual caracteriza-se pela "aceleração dos tempos jurídicos" de cada espaço normativo, em uma associação do espaço virtual e do tempo real. O fenômeno apresenta-se de um espaço a outro, tanto que o direito resiste à internacionalização, mas não pode impedir a natural interdependência entre os sistemas jurídicos causadas pelas interações normativas e jurisdicionais. Uma primeira hipótese caracterizaria certa "ausência de sincronia" ("*asynchronie*") de um espaço a outro, em que o pluralismo ordenado atuaria na concordância do tempo jurídico, motivo pelo qual seria necessária uma "sincronização" ("*synchronisation*"), buscando uma compatibilidade ou harmonia dos ritmos diferenciados.[37]

Entretanto, se não for admitida a sincronização com a respectiva harmonização, é necessário explorar a noção de "policronia" ("*polychronie*"), em que velocidades variadas do sistema jurídico se apresentam no âmbito do mesmo espaço normativo. Nessa segunda hipótese, a policronia funcionaria como o instrumento facilitador da sincronização, em que o pluralismo ordenado atuaria, via margem nacional de apreciação, nas variações de ritmos de transformação, pois seria contra-produtivo impor a todos os Estados o mesmo ritmo, ao mesmo tempo. Assim, da ausência de sincronia (diferentes espaços, diferentes velocidades) à policronia (um espaço, várias velocidades) podem-se criar condições de possibilidade de uma sincronização pluralista.[38]

Portanto, a proposta dos Estudos Jurídicos Comparativos[39] envolve uma análise procedimental dos processos de interpretação e de interação entre os atores nos níveis nacional, regional e mundial, sobre as relações jurídicas que abordam o fator econômico e o conteúdo dos direitos humanos, as quais necessitam do exame do tempo e do espaço para a sua percepção. Esse é o conceito "perceptível" de Internacionalização do Direito.

1.4 EM BUSCA DO "DIREITO COMUM": ESTUDOS JURÍDICOS COMPARATIVOS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Ao estudar a Internacionalização do Direito como um movimento, com ênfase nos processos de interação, níveis e velocidades de transformação organizacional, em vez de uma formulação objetiva, que alcançasse os números como o resultado, assume-se o risco teórico de pôr em xeque a própria idéia de sistema jurídico, ou até de destruir a primeira intuição que existe no ordenamento legal, cuja espécie normativa resiste à Internacionalização e à sua Globalização[40].

A uma escala menor, pode-se pensar que a "visão euclidiana" (moderna), identificada pela legislação dos Estados e representada como um sistema de regras e de instituições

com hierarquia e território sincronizados, agora está envolta por uma visão "não-euclidiana" ("pós-moderna"). Com a proliferação, diversificação e dispersão das fontes, o monopólio do Estado está sendo contestado através dos seus principais valores: (a) o Estado como figura central desaparece frente à descentralização das fontes; (b) a esfera pública administrada pelo Estado passa por sua privatização e finalmente, e sobretudo, o "Estado-Nação", expressão da soberania de uma comunidade feita de interesses entrelaçados e aspirações idênticas, está ameaçado pela Internacionalização do Direito. O Estado já não é apenas o único comandante a bordo.[41]

Assim como as interações provocam movimentos de integração, existe a possibilidade de desintegração do sistema jurídico enquanto as alterações de nível entre as diversas áreas - nacional, regional e mundial - estão refletidas nos movimentos de expansão, podem também apresentar declínio. Finalmente, as mudanças podem facilitar a sincronização de ritmos, como pode ser visto em nível mundial, entre a economia e os direitos humanos[42].

Isto significa que todos os três eixos (ordem, espaço e tempo normativos) apresentam um potencial dinâmico e em marcha, mas a sua dissociação produziu movimentos aparentemente contraditórios, não-lineares e desordenados. Para passar da desordem à ordem, é necessário fortalecer as correlações de formação jurídica, balanceando a estabilidade, uma vez que esta, de forma excessiva, pode afetar o desenvolvimento sustentável. Isso caminha paralelamente com os instrumentos tradicionais de estabilização (a hierarquia das normas e das instituições) que reúnem várias características, as quais contribuem para estabilizar ao menos o balanço jurídico destes conjuntos, a fim de torná-los mais sustentáveis.[43]

A onipresença das práticas hegemônicas impondo transplantes jurídicos muito pouco pluralistas e o aumento das chamadas práticas ultra-liberais, além de uma justaposição de sistemas autônomos supostamente para regulamentar eles próprios, não parecem capazes de resolver o enigma do "Um" ao "Múltiplo". Quanto à hipótese de um pluralismo ordenado, é provável que ele iria requerer uma transformação no sentido literal do termo porque a transformação constitui precisamente o passar de uma simples forma para uma forma complexa, ou até mesmo "hiper-complexa", nas representações do sistema jurídico.[44]

Conseqüentemente, para compreender essa desordem, surge o estudo com o objetivo de ordenar o múltiplo, pois ainda que "na presença de divergências, a unificação é juridicamente possível sem riscos de hegemonia, graças à síntese que a análise comparativa permite realizar."[45]

Diante disso, a análise comparativa propõe que, como tal desordem favorece a diversidade - portanto o pluralismo -, deve-se trabalhar para ordenar a multiplicidade, sem reduzi-la a uma simples unificação. Desse modo é que se indaga: como será feita tal ordenação, sem perder os traços da multiplicidade?

Se, por hipótese, os sistemas nacionais são diferentes e se a síntese que permitiria definir um direito único ou uniforme é excluída por razões jurídicas ou políticas, a aproximação não pode ser concebida senão em relação a uma referência comum, as quais são regras comuns mínimas, princípios diretores "que, precisamente porque mínimas, não irão além da promoção de um direito único que se chocaria a fortes

resistências." Entretanto, não se trata de inventar critérios deixados à fantasia de cada julgador, com o risco de instaurar um "governo de juízes" e, sim, extrair os critérios, mais que definidos pelos juízes, a partir de informações existentes.[46]

Assim, a utilidade dos instrumentos de proteção dos direitos do homem é indicar, para além dos princípios vagos, uma coerência do conjunto que possa indicar a direção a seguir. Busca-se, dessa forma, ordenar o múltiplo, para conduzir a uma possível unificação daquilo que parecia, à primeira vista, vago, impreciso, apesar de ser o instrumento para possibilitar a ordenação dos direitos. Logo, os direitos do homem seriam o traço comum a todos os direitos.

2 ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A ÊNFASE NO MÉTODO COMPARATIVO PARA O DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS

2.1 A PREMISSA ANTROPOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana constitui a premissa (metodológica) cultural e antropológica do Estado Constitucional, que foi influenciada por Kant (imperativo categórico) e Hegel ("só uma pessoa respeita aos demais como pessoas"). A dignidade humana se sustenta no modelo de Constituição escrita - que se inspira em textos religiosos (como a Bíblia) - ante o respeito que demonstra e o grau de aceitação de milhões de pessoas, precisamente a partir de uma cultura que confere à palavra escrita uma função central na vida espiritual de todas as sociedades.[47]

Häberle tem apreço pela relação entre a idéia de democracia e a dignidade humana: "a democracia é a consequência organizativa da dignidade do homem". O valor da dignidade humana se justifica em virtude do contexto pós-bélico que a Alemanha passou. Ter em um documento escrito a simbologia da dignidade humana como na Lei Fundamental de Bonn é uma consequência para as Constituições de países que passaram por severas crises de princípios éticos.[48]

Com efeito, Häberle se baseia nos textos clássicos e recentes para defender esta concepção antropocêntrica de Constituição. Tanto os textos tradicionais sobre os direitos fundamentais, como os textos recentes, mais funcionais, se dirigem plenamente a serviço do ser humano, de sua dignidade, de sua liberdade e igualdade. Logo, todos os textos constitucionais, todo o Estado constituído e limitado por eles, todas as normas de organização e procedimento, assim como todas as tarefas do Estado estão ordenadas em função do ser humano.[49]

Esta valorização do sujeito como centro das discussões jurídicas e a relevância que se confere à sua dignidade atingem diretamente o aspecto econômico: requer-se uma teoria constitucional do mercado que determine as fronteiras do pensamento econômico unilateral e resgate o conceito de dignidade do homem[50] a fim de se estruturar um mundo humanamente digno e que se pretenda proteger o meio ambiente, ou seja, transformar a proteção ambiental em uma tarefa cultural para efetivar a dignidade humana às futuras gerações[51].

Por ser um conceito geral e abstrato, a dignidade humana é concretizada a partir da percepção, "entre linhas", dos diversos textos constitucionais, os quais possuem uma concepção culturalmente específica. Isto revela certa dependência cultural das diversas

concepções de dignidade humana, o que motiva a indagação de Häberle: "existe um 'núcleo' da dignidade humana que seja independente do âmbito cultural?". Esta pergunta é respondida a partir dos direitos fundamentais, partindo-se da idéia de que o conjunto dos direitos individuais por um lado e os deveres, por outro, formam uma estrutura que permite ao ser humano "chegar a ser pessoa", "ser" e "continuar sendo". É nesta garantia jurídica de identidade que dignidade humana encontra seu lugar central. Logo, para respaldar essa tese, é preciso compreender a formação da identidade humana em uma sociedade e em que medida se pode partir de um conceito de identidade válido entre culturas em um aspecto universal.^[52]

O conceito de dignidade humana não deve ser tomado apenas levando-se em conta uma cultura específica, pois, ao se examinar o conceito de identidade^[53] nas diversas culturas, o resultado da análise mostra que certos componentes fundamentais da personalidade humana devem ser extraídos de todas as culturas, com o qual se extrai um conceito de dignidade humana que não seja reduzido a uma cultura específica. Logo, a especificidade cultural das concepções sobre a dignidade humana se converte na especificidade cultural no tempo, de modo que a fórmula do objeto se converte na fórmula do sujeito, na qual o Estado Constitucional realiza a dignidade humana tornando os cidadãos sujeitos de sua atuação.^[54]

Dessa forma, destaca-se a dignidade humana como uma forma de auto-apresentação de uma pessoa constituída em indivíduo, como "direito à autodeterminação informacional", o que abre o marco da dignidade humana para abranger as condições de possibilidade sociais e jurídicas. Promove-se, assim, o desaparecimento da separação entre Estado e sociedade, reconhecendo-se em um só patamar Estado, sociedade e indivíduo.^[55]

2.2 O TEMPO E O ESPAÇO COMO DIMENSÕES EVOLUTIVAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A evolução do sistema jurídico acontece, por um lado, pela via do tempo ou do que se convencionou chamar de "história constitucional"^[56]. Huber procurou oferecer de que modo a subjetividade das forças atuantes e a objetividade do espírito de uma época se apresentam inseparavelmente ligadas e demonstram a sua luta pela Constituição, em meio a uma estrutura ordenada das instituições do Estado e das normas, além das grandes correntes de idéias e da agitada onda de interesses. Nesse aspecto, sustenta-se um conceito "substancial de Constituição", que se apresenta na forma de reconstrução de processos evolutivos que envolvem uma comparação no tempo das regras jurídicas pertencentes a uma comunidade, as quais ordenam as relações internas entre cidadão e Estado e as relações com outras comunidades.^[57]

A forma textual das disposições constitucionais é tão diversa em virtude da pretensão de processar o tempo de diferentes maneiras. Dirige-se ao passado, ao presente e ao futuro, encontrando seu fundamento na diversidade de funções do texto constitucional. Certos textos "homenageiam" o passado ao assegurar as garantias institucionais (Carl Schmitt) para a proteção do seu conteúdo material. Outros inovam, com a expressão de um "pensamento funcional programático", instituindo normas que pretendem salvaguardar o futuro do Estado Constitucional. Esta função está presente nos textos que garantem a Constituição como "processo público", em que se organiza a abertura da Constituição e se formulam "os objetivos, projetos, chamados, esperanças e tarefas".^[58]

Isto se sucede de modos diferenciados, pois alcança desde o desenvolvimento dos direitos humanos ou das tarefas do Estado, passando, inclusive, pelo processo de mudança (formal e informal) do texto constitucional. Assim, a Constituição alcança o termômetro entre "a constância" e "a mudança", entre a estática e a dinâmica, entre a regulação e a adaptação, entre configuração criativa e conservadora, sendo, ao mesmo tempo, garantia e documento de um povo, em que a "mescla" do Estado Constitucional permite cumprir sua função estabilizadora de criar unidade e diversidade plural, de poder atuar com estímulo e limite, isto é, como fundamento e limite do poder.[59]

Por outro lado, a transformação evolutiva do sistema jurídico ocorre também com a *comparatística* sendo aplicada no espaço, isto é, a comparação jurídica utilizada no reconhecimento dos processos de desenvolvimento do Estado Constitucional (em última instância o sistema jurídico) somente pode ocorrer se for levado em conta o espaço. A partir de 1989, é visível uma comunidade de produção e recepção mundial, em que os textos constitucionais, os paradigmas científicos, as resoluções judiciais são envoltos pelo "processo de globalização". Com isso, há também a recepção de uma "realidade constitucional", em que os países começam a estudar as experiências que outros países já tiveram[60]. Tal constatação tem conseqüências, como o entrosamento da comparação jurídica como o quinto método de interpretação constitucional. Além disso, no âmbito dos direitos fundamentais, estabelece-se a integração destes com o Estado Constitucional, por meio do postulado de uma "interpretação conforme os direitos humanos" e sua condensação nos "princípios gerais do direito", como demonstrou o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias ao anunciar o "direito constitucional comum europeu" em suas decisões.[61]

Um pluralismo do escrito e do não-escrito de múltiplos espaços e etapas constitui um dos problemas das fontes do Direito no Estado Constitucional. A metáfora fonte do Direito é criticada por Peter Häberle em virtude do fato de não conseguir expressar a importância constitutiva da "sociedade aberta de intérpretes", pois, para o autor, só é possível utilizar o conceito de fonte do Direito com muitas ressalvas, haja vista a produção dos intérpretes e a pluralidade de conceitos jurídicos que devem ser interpretados. Por outra parte, o autor considera também mais que duvidosa a distinção habitual entre "fontes formais do Direito" e "fontes do conhecimento do Direito". O "direito dos juízes", por exemplo, está estabelecido desde muito tempo "entre" estas categorias. Neste tipo de Estado Constitucional, a antiga alternativa entre direito legislado e direito de criação judicial se converte "em tanto este como o outro" nas fontes do Direito.[62]

Na atualidade, as Constituições nomeiam fontes abertas do Direito, como os direitos humanos (fontes internacionais), não se tratando de apenas um diagnóstico empírico, mas de uma justificativa filosófica. As palavras-chave "tempo e Constituição" (ou "tempo e cultura constitucional") apontam a abertura e a pluralidade das fontes do direito como um instrumento e um procedimento que permitem ao Estado Constitucional manter o equilíbrio entre "constância" e "mudança" e entre estabilidade e flexibilidade. Logo, as "mesclas" flexíveis dos métodos de interpretação como das fontes do Direito permitem a conservação do Estado Constitucional "no curso do tempo".[63]

Há uma crítica construtiva de Häberle ao processo estabelecido nas recentes Constituições, que, por um lado, privilegiam o caráter aberto e recepcionam as "novas"

fontes do Direito e, por outro, desdobra-se em um aspecto negativo, na medida em que se confere "novas formas" às "velhas" fontes, como a nomeação das antigas fontes do Direito - princípios gerais do Direito, direitos humanos reconhecidos internacionalmente, outros direitos fundamentais "distintos" dos "existentes" por escrito. Estas novas fontes do direito constituem um enriquecimento dos processos de determinação do Direito, o que faz com que o Estado Constitucional seja acomodado em contextos regionais ou universais de uma "sociedade mundial" ou da humanidade, o que permite um refinamento no processo interno de criação normativa. Ademais, permite ainda utilizar a comparação jurídica por meio das experiências jurídicas de outras comunidades, o que quebra a idéia simplista da soberania e da construção escalonada da ordem jurídica.[64]

Na prática da aplicação do Direito (no "negócio hermenêutico da interpretação") se produz freqüentemente a interação criativa e a colaboração múltipla dos diversos "planos", o que "não é possível reduzir à imagem da 'hierarquia'". Assim, os princípios constitucionais e as normas legislativas interagem de distintas maneiras no âmbito dos direitos fundamentais, de modo que não se produz a interpretação das leis em consonância com o conteúdo constitucional, mas também a "interpretação da Constituição conforme às leis". Além disso, tampouco pode captar-se pela imagem da "hierarquia" a influência dos "princípios gerais de direito" que transcendem a órbita do Estado em direção à formação do direito europeu. Isto também vale para a eficácia, interna ou de outro tipo, dos direitos fundamentais, pois "seu 'universalismo' relativiza seu nacionalismo".[65]

Ademais, as reflexões praticadas até agora sugerem a "despedida" do Estado nacional e das doutrinas tradicionais sobre as fontes do direito. A penetração da categoria dos "princípios gerais do direito" quebra o caráter estatal das fontes do Direito, e de maneira semelhante faz referência aos princípios "pré-estatais" ou "pré-positivos" - como "direitos humanos universais" - por via das "cláusulas de realização dos direitos fundamentais". Nesse aspecto, resultam relevantes os processos que permitem pensar o surgimento de um "direito comum", em especial na Europa, pois, na medida em que a teoria constitucional nacional e a jurisdição constitucional se "europeízam", o corpo jurídico nacional se enriquecerá e se pluralizarão as fontes nacionais do Direito, abrindo-se a interpretação para "fora". Como consequência, todos os processos evolutivos que permitem qualificar a comparação jurídica como "quinto método" de interpretação constituem uma despedida da "estatização" na doutrina das fontes do Direito. Tal processo evolutivo caracteriza o Estado Constitucional em sua atual etapa textual, saindo do papel e impregnando a realidade constitucional.[66]

Logo, tempo e espaço são duas das dimensões correlativas, "irmãs", que requerem a compreensão histórico-evolutiva do Estado Constitucional, o qual se mostra cada vez mais global no espaço. Estas dimensões trabalham o Estado Constitucional como um tipo de "projeto de desenvolvimento". Assim, o Estado Constitucional assegura sua continuidade no curso do tempo por meio de procedimentos que envolvam o equilíbrio entre a constância e a mudança, pois está conectado de maneira diferenciada com o paradigma da evolução.[67]

2.3 O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O Estado Constitucional Cooperativo é o modelo teórico proposto por Peter Häberle para desenvolver seu pensamento em torno da proposta de uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Como modelo teórico, o Estado Constitucional - que tem como fundamento a lógica da cooperação - busca aperfeiçoar os Estados de Direito existentes com elementos que possibilitem uma aproximação entre os povos por meio do elemento cultural.

A teoria da Constituição como ciência da cultura oferece as chaves de natureza científico-cultural que explicam a racionalidade das construções constitucionais, opõe a natureza cultural do constitucionalismo ao decisionismo, identifica sua teoria com um intenso diálogo interdisciplinar e sublinha a relevância da teoria cultural da Constituição enquanto gera segurança para a norma suprema e para o Estado. Trata-se de converter as convicções de liberdade, dignidade, seguridade, justiça e equidade que sustentam uma comunidade em conduta e norma de garantia. A dimensão cultural da Constituição impede flutuações arbitrárias da norma, faz previsível e controlável o funcionamento das instituições, reduz a tensão entre governantes e governados, deixa clara a natureza da luta pelo poder, e reforça o Estado de Direito mediante um sistema espontâneo, geral, e duradouro de adesão à norma.[68]

O Estado Constitucional Cooperativo é uma forma de Estado Constitucional ocidental, que se apóia na garantia de uma democracia pluralista, nos direitos fundamentais, nos elementos da divisão de funções estatais de poder e em um Judiciário independente os quais devem ser ampliados no âmbito da sociedade. Ela encontra sua identidade também no Direito Internacional - no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais -, na percepção da cooperação, da responsabilidade internacional e da solidariedade. Ele integra o Estado como tipo e como ideal relativo no Direito Internacional Comunitário, correspondendo, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.[69]

O Estado Constitucional Cooperativo *vive* da cooperação com os outros Estados, comunidades e organizações internacionais. Toma para si as estruturas constitucionais do direito internacional comunitário sem perder os seus próprios contornos. Confere prosseguimento à "constituição" do Direito Internacional Comunitário sem supervalorizar as possibilidades deste. Trabalha no desenvolvimento de um "Direito Internacional Cooperativo" a caminho de um "Direito Comum de Cooperação".[70]

A partir do Estado Constitucional Cooperativo, Häberle propõe uma releitura do Estado Nacional e dos seus elementos, visto que, ao invés de se fechar em seu sistema jurídico, o Estado deve ser aberto, plural e em busca do diálogo. Cuida-se de uma nova releitura da soberania, uma soberania que leve em conta a abertura do Estado constitucional para o direito internacional.

Este modelo teórico necessita de uma *sociedade aberta* de intérpretes, um tipo de sociedade em que exista a participação ativa do cidadão no âmbito do processo de tomada de decisão. Uma sociedade informada que tenha em mente o seu papel perante a Constituição, de modo a efetivá-la, por meio da interpretação aberta e plural, como elemento constitutivo de um processo público.

O Estado Constitucional Cooperativo se baseia, em um primeiro momento, em dois motivos e pressupostos: (i) o sociológico-econômico e (ii) o ideal-moral. O Estado

Constitucional Cooperativo se realiza por meio das inter-relações econômicas e a efetiva conjuntamente com sua evolução, pois o conhecimento das formas econômicas de cooperação e a sua aplicação em conceitos, processos e competências jurídicas adequadas exigem a interligação com métodos e objeto da Teoria Geral do Estado.[71]

Por outro lado, os pressupostos ideais morais do Estado Constitucional Cooperativo apenas podem ser apontados. São obtidos pela construção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no âmbito da sociedade aberta. Por essa razão, Häberle afirma que a "sociedade aberta" apenas adquire o predicado "aberta" quando também for uma *sociedade aberta internacionalmente*. Os direitos fundamentais e os direitos humanos remetem o Estado e seus cidadãos ao "outro", ao chamado "estrangeiro", isto é, a outros Estados com suas sociedades ou cidadãos estrangeiros. O Estado Constitucional Cooperativo vive de *necessidades* de cooperação no plano econômico, social e humanitário, bem como - em consonância com a premissa antropológica da dignidade da pessoa humana - se sustenta da consciência e de cooperação, como a internacionalização da sociedade, da rede de dados, esfera pública mundial, da política e da legitimação proveniente do espaço público internacional.[72].

O Estado Constitucional Cooperativo se realiza no âmbito do direito internacional. Como modelo teórico, a possibilidade de cooperação permite "exportar" os elementos constitutivos do Estado Constitucional - direitos fundamentais, democracia pluralista, Jurisdição Constitucional - e até compartilhar as experiências destes elementos com os outros Estados Constitucionais. Contudo, Häberle salienta a necessidade de se ter temperamentos com a "importação" destes elementos constitutivos: devem ser eles adaptados à realidade cultural de cada Estado.[73]

Logo, a proposta do Estado Constitucional Cooperativo esboça a seguinte tipologia de elementos que devem estar inseridos no âmbito das constituições dos Estados:

- (a) preâmbulo que reconhece a inclusão da comunidade ou família de povos, bem como finalidades educacionais;
- (b) reconhecimento da tarefa de cooperação regional;
- (c) artigo sobre solidariedade;
- (d) recepção de pactos de direitos humanos regionais ou universais;
- (e) integração de normas de direito internacional universalmente reconhecidas;
- (f) artigo sobre a primazia ou a colisão em favor do direito internacional, em especial dos direitos humanos;
- (g) normas de interpretação de acordo com o direito internacional, mas não apenas em favor dos direitos humanos;
- (h) artigo sobre fontes do direito aberto ao direito internacional;
- (i) cláusulas de interpretação abertas ao direito estrangeiro.[74]

A discussão sobre a presença desses elementos nos diversos Estados intensificou-se no ano de 1989. Nesse ano *mirabilis*, o qual representa um novo eixo histórico no mundo, que gera uma tendência para transformar o Estado Constitucional naquilo que defende[75], no âmbito em que diversos autores refletem sobre a formação de comunidade global de nações[76] (ou "quadro global dos Estados Constitucionais"), Häberle propõe o "quinto" método de interpretação constitucional: a *comparação* dos direitos fundamentais no âmbito da etapa evolutiva do Estado Constitucional.[77]

2.4 A COMPARATÍSTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A comparação jurídica deve ser incorporada de maneira efetiva e aberta na interpretação dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional Federal (TCF), que antes exercia um papel solitário nesta empreitada, agora é acompanhado pela doutrina e prática do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e da Corte Européia de Direitos Humanos sobre os direitos fundamentais, os quais são obtidos de uma "comparação jurídica valorativa", como "princípios gerais de direito". Por outro lado, as Constituições que surgiram no final dos anos 70 e início dos anos 90 fazem remissão expressa a alguns dos grandes textos de direitos fundamentais[78].

O método comparativo constitui importante ferramenta de interpretação constitucional de cunho cooperativo, ao estimular a análise crítica do ordenamento interno, a compreensão das diferenças e, em última análise, ao revelar a compreensão do sujeito intérprete sobre o próprio conceito de direitos fundamentais.

Por meio do método comparativo, compartilham-se experiências positivas nos diversos Estados Constitucionais, de modo que se pode alcançar com estas receitas de sucesso um "direito comum de cooperação", cujo enfoque se estabelece no desenvolvimento da proteção dos direitos humanos. O prestígio do Estado Constitucional Cooperativo cresce com sua força para a realização cooperativa dos direitos fundamentais. A estatalidade ganha, nesse aspecto, um novo patamar de legitimação. O "direito comum de cooperação" recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos, integra-os para "tarefas da comunidade" e tem neles um garante confiável.[79]

No âmbito internacional do Estado Constitucional, o intérprete dos direitos fundamentais tem que levar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos. A abertura dos conteúdos e das dimensões dos direitos fundamentais é consequência da evolução do "Estado Constitucional Cooperativo". Desse modo, surge uma comunidade de interpretação dos direitos fundamentais, isto é, a sociedade aberta dos intérpretes dos direitos fundamentais se faz internacional e se diferencia de acordo com as convenções regionais dos direitos humanos e com a afinidade cultural.[80]

A comparação constitucional é a via pela qual as diversas Constituições podem se comunicar. Os processos de criação e recepção não se realizam por si sós, pois requerem que os atores no procedimento de recepção busquem - de maneira aberta e sensível - observar as qualidades típicas e individuais do Estado Constitucional "vizinho". Assim, os processos de recepção requerem a comparação jurídica, a qual somente pode ter êxito se realizada como comparação cultural. Na comparação, os atores podem se concentrar na política jurídica (legislador) ou na atividade interpretativa (juízes e teóricos), de modo que, no campo de forças do Estado

Constitucional, a comparação jurídica conquistou a posição de "quinto método" de interpretação, ao lado dos métodos propostos por Savigny.[81]

No Estado Constitucional Cooperativo, a soberania passa por uma releitura: o elemento nacional-estatal é relativizado e a pessoa ("*idem civis et homo mundi*") avança para além das fronteiras estatais, para o ponto central e comum da atuação estatal: a "realização cooperativa dos direitos fundamentais"[82]. A soberania, que tinha um aspecto histórico constitucional e internacional isolados, passa agora a ter uma integração entre o aspecto constitucional e o internacional. A partir de sua releitura, a soberania constitui a autodeterminação do indivíduo como elemento central da dignidade humana, sobretudo no que diz respeito ao seu papel como cidadão ativo no Estado Constitucional e na comunidade política que o sustenta, em especial no que tange à garantia dos direitos fundamentais[83].

3 COMPARAÇÃO ENTRE OS REFERENCIAIS TEÓRICOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS MÉTODOS COMPARATIVOS

Mireille Delmas-Marty e Peter Häberle são comuns em alguns pontos: ambos são teóricos destinados ao aperfeiçoamento do Direito; ambos possuem nos direitos humanos a esperança para a construção de uma ordem jurídica fraterna; ambos defendem a competitividade e a existência do mercado, vista pela perspectiva institucional que denota o conteúdo dos direitos humanos.

A comparação dos assim chamados referenciais teóricos pode ser feita sob diversos pontos de vista. A escolha, no entanto, perpassa por apenas três relações: (1) as premissas e os pontos de partida; (2) os critérios tempo, espaço e fontes do Direito e (3) a teoria desenvolvida para a comparação jurídica.

O ponto de partida de Peter Häberle é a explosão da ordem nacional para a ordem internacional. Häberle crê na figura do Estado e acredita que suas instituições podem evoluir em dois estágios: (1) o primeiro, considerando a Constituição como processo público, aberta e pluralista, como centro do sistema jurídico e norteadora do Estado de Direito, alçando-o em Estado Constitucional, em função da Supremacia da Constituição, no diálogo institucional dos Poderes e na proteção dos direitos fundamentais em suas perspectivas e (2) o segundo, considerando a Constituição aberta não só aos intérpretes, mas também ao diálogo com outros Estados Constitucionais, Häberle cria um modelo teórico - o Estado Constitucional Cooperativo - em que o diálogo entre as culturas permite "reunir" os valores protegidos no âmbito nacional, com uma releitura dos direitos fundamentais a partir dos direitos humanos, via método comparativo, nesse modelo ideal, aplicável posteriormente a todos os Estados Constitucionais.

Para o desenvolvimento de sua teoria, ele utiliza os três elementos - tempo, espaço e fontes do Direito - simultaneamente. Na comparação jurídica do espaço, Häberle acentua a existência de uma comunidade mundial de produção e recepção do sistema jurídico, envolvido no que ele chama de "processo de globalização"[84]. O tempo, embora o considere como fator evolutivo, é visto a partir de um sistema racionalizado (passado, presente e futuro), considerando as garantias institucionais (passado), a perspectiva objetiva e as normas programáticas (futuros) na evolução do sistema constitucional.

Quanto às fontes normativas, por outro lado, ainda que acredite na modificação das fontes normativas, não as restringindo no aspecto formal, mas ressaltando o aspecto material (considera, por exemplo, o juiz como "criador do direito constitucional"), Häberle o faz apenas no âmbito estatal, considerando a rede de internacionalização dos dados e os atores da sociedade aberta apenas como participantes do processo público, que ocorre na(s) arena(s) institucional(is) do Estado.

Por outro lado, há a tendência dos Estados Constitucionais à abertura de seus textos constitucionais para a cooperação no âmbito internacional com outros Estados e com organizações internacionais, pois os Estados Constitucionais não existem mais para si e constituem uma comunidade universal aberta, que se manifesta por meio dos direitos fundamentais e da internacionalização dos direitos humanos, inclusive sob a forma de políticas públicas - nacionais e internacionais - em favor dos direitos humanos. Eles se desdobram em objetivos educacionais equivalentes, ou ainda na normatização de valores fundamentais, como a política pela paz mundial, a promoção da fraternidade e da cooperação internacionais, ou na obrigação de proporcionar ajuda ao desenvolvimento e à ajuda humanitária[85].

Para Häberle, os diversos textos constitucionais têm a distinta função de criar, garantir e desenvolver sistemicamente o consenso básico e a pluralidade no Estado Constitucional. As cláusulas de reconhecimento, de identidade e de valores fundamentais, como em matéria de justiça social, economia, democracia e dignidade humana, fixam a Constituição em seus princípios, apoiados em um consenso básico, cuja pretensão é realizar aspectos da justiça e do bem comum. Esta tarefa pode ser observada nos textos constitucionais recentes e em suas funções. Entre elas destaca-se a proteção do meio ambiente, que é uma crescente e diversificada tarefa do Estado, mas não deixa de ser um direito fundamental com o escopo de garantir o bem comum[86].

Mireille Delmas-Marty desenvolve a mundialização na busca pelo valor comum contido no conteúdo material dos direitos humanos. Contudo, ao perceber a complexidade do sistema jurídico internacional, defende que os dois lados da moeda - economia e direitos humanos - não são antagônicos, mas complementares em alguns pontos. Não é à toa que considera os direitos humanos como bússola para a economia, motor pulsante da mundialização.

Delmas-Marty extrapola a figura do Estado como apenas o único capaz de produzir o direito. A autora percebe a existência de diversos atores - públicos e privados, cívicos e econômicos, *experts* - nos diferentes níveis - nacional, regional e mundial - os quais interagem na busca pela concretização de interesses individuais e comuns. Além de considerar os atores privados capazes de serem fontes normativas, ela conjuga os elementos tempo e espaço de forma dinâmica, por meio da percepção da existência virtual de ambos e da aproximação dos ritmos dos diferentes atores para concretizar a harmonização dos sistemas, em busca do valor comum.

Um ponto em comum entre os autores diz respeito ao estudo da influência sobre os textos oficiais (no caso, a Constituição ou o seu projeto). Häberle demonstra a necessidade de se conferir importância aos projetos de Constituição, incidindo sobre eles uma análise científica, pois nesses textos se objetivam e cristalizam - de maneira única - conteúdos e procedimentos, idéias e realidades, esperanças e desejos. Seus autores expressam diversos graus de criatividade, na medida em que os projetos de

Constituições recebem e combinam elementos muito dispersos e bastante heterogêneos, como as sentenças constitucionais, as práticas dos Estados, construções teóricas e doutrinárias, além de textos dos pactos regionais e universais de direitos humanos, dos modelos de Constituições dos outros países ou da própria história constitucional.[87]

Mireille Delmas-Marty, por outro lado, cria uma teoria procedimental para identificar os atores e fatores internacionais que interferem na realidade dos sistemas jurídicos nacionais. Com isso, busca identificar qual o grau de interferência de determinado ator regional ou mundial ou, ainda, se determinado texto regional ou nacional detém relação com um determinado sistema jurídico.

A promoção das liberdades fundamentais pode servir como orientação e auxílio nos futuros processos interpretativos dos direitos fundamentais. Estes são criados normativamente, configurados e desenvolvidos em benefícios de "resultados globais", individuais e coletivos. O que o exercício das liberdades produz nos campos político, econômico e cultural influi - a longo prazo - nos direitos fundamentais, na sua configuração normativa e nas vias de sua concretização. Os processos de produção e recepção normativa seguem o caminho que passa pelos direitos fundamentais.[88]

Häberle considera "direitos fundamentais" a soma dos direitos humanos com os "direitos nacionais dos cidadãos", e busca interpretar os direitos fundamentais conforme os direitos humanos, de modo que "os direitos humanos internacionais prevaleçam sobre os direitos fundamentais nacionais"[89].

Para Häberle, a doutrina do contrato social constitui o marco teórico dos direitos fundamentais (Locke acentua a liberdade e a propriedade; Hobbes, a vida e a segurança). Hoje, a releitura de "contrato constitucional" deve se estender do nível nacional ao nível mundial, isto é, ao lado da sociedade de cada Estado Constitucional e seu "*status civilis*", surge de maneira complementar uma "sociedade mundial", com a consequência de um *status mundialis* fundamental de cada indivíduo. Logo, nesse campo de forças, deve-se imaginar um "contrato social mundial", em que os contratantes são todos os indivíduos, todos os Estados Constitucionais e todos os povos, incluindo as gerações futuras, as quais devem garantir os direitos humanos de cada um. Häberle assevera, ainda, que a teoria do direito internacional pode se encontrar atrasada em relação ao reconhecimento dos direitos humanos e em relação à capacidade jurídica internacional do indivíduo, mas acentua que é papel da teoria constitucional fundar uma teoria dos direitos humanos, mediante o contrato social, que sejam gerais e se protejam por meio de um parâmetro mundial.[90]

Mireille Delmas-Marty também busca a (re)formulação de um contrato social mundial, a partir da refundação dos poderes. O questionamento de como aplicar o valor da democracia em um direito mundial está associado a este outro: pode-se aplicar a fórmula da teoria geral dos direitos fundamentais ao conteúdo dos direitos humanos? Se a resposta for sim, abre-se espaço para a constitucionalização do direito internacional via perspectiva objetiva e "dimensão da norma fundamental valorativa" dos direitos fundamentais, isto é, as instituições e os valores bem sedimentados no âmbito nacional podem auxiliar a construção de uma esfera pública mundial a partir de procedimentos que organizem procedimental e politicamente os direitos humanos por meio do estabelecimento da democracia.

CONCLUSÃO

Embora partam de pontos de partidas distintos e utilizem de maneira diferenciada os elementos que compõe a comparação jurídica, observa-se que ambos os referenciais teóricos buscam alcançar semelhantes objetivos, dentre os quais, o principal deles é estabelecer a dignidade da pessoa como valor norteador de suas teorias.

Logo, os referenciais teóricos em análise não são excludentes entre si. Ao contrário, por buscarem interesses comuns, ainda que com premissas diversas, o método comparativo dos direitos fundamentais e a internacionalização dos direitos humanos podem constituir um diálogo frutífero na construção de um sistema jurídico que contemple os valores nacionais, mas que, ao mesmo tempo, alcance os valores comuns no âmbito do sistema internacional.

A percepção da realidade pelo instrumental adotado pela Internacionalização dos Direitos associada à concepção de direitos fundamentais alcançada pelo método comparativo pode ser útil na confecção de uma esfera pública mundial, em que os valores comuns podem ser construídos a partir da percepção do diálogo entre as culturas. Apostos os diversos procedimentos constitucionais, a ordem internacional poderá buscar uma harmonização dos espaços normativos a tal ponto que os diferentes ritmos, um dia, poderão sincronizar-se na mesma balada.

O pluralismo constitucional se movimenta perante a comunidade internacional, isto é, os valores constitucionais estão presentes na seara internacional[91].

Os pactos internacionais de direitos humanos, bem como os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, são todos eles elementos configuradores da mencionada abertura do Estado Constitucional Cooperativo ao ambiente internacional de maneira que hoje estaria aparecendo indícios do que se poderia denominar de "Comunidade Internacional de Estados Constitucionais", no sentido kantiano da paz perpétua[92].

Portanto, é necessário repaginar a discussão - no contexto da teoria constitucional - para um debate mais amplo[93]. A abertura do Estado Constitucional Cooperativo não irá apenas expressar o ideal de uma comunidade mundial de Estados Constitucionais, mas a intenção cosmopolita da abertura para o internacional também implica a migração de valores constitucionais, de metodologia de trabalho no âmbito da interpretação dos direitos fundamentais para o ambiente internacional, incluindo, principalmente, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos[94] e, como consequência, o reconhecimento da identidade do sujeito como centro do sistema jurídico e seu papel na contemporaneidade, como artífice do processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos, envolvendo o cruzamento dos traçados dos Estados Constitucionais com os da Internacionalização do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 75, 223 (243 e ss.). Disponível em: <<http://www.bverfg.de>>. Acesso em: 26.7.2008.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Leçons inaugurales de Collège de France: Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris, França: Collège de France, Fayard, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Granada, Espanha, a. 3, n. 5, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>>. Acesso em: 28.7.2006.

KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003, p. 112-113. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 26.1.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. *Informativo 449*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 1º.2.2007.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set. 2005.

[1] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 02-03; DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 9.

[2] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 1.

[3] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 2.

[4] Nesse aspecto, afirma Jürgen Habermas que "depois de muito tempo objetivamente uniu o mundo para fazer uma comunidade involuntária fundada sobre os riscos expostos por todos" (apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 2).

[5] DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. X.

[6] DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 180. Como ressalta Mireille Delmas-Marty, para descobrir a grande variedade de sistemas jurídicos por meio da comparação, é preciso olhar para além da diversidade, em função de seu caráter universal ou universalizante (Em especial, ver DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 8: "Ainsi le comparatiste, curieux de découvrir l'extrême variété des systèmes de droit, creuse-t-il aussi parfois, pour chercher par-delà la diversité, quelque chose sinon d'éternel, du moins d'universel ou d'universalisable.").

[7] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 3. Ver também DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 190.

[8] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 72.

[9] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 72.

[10] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 72-73.

[11] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 73.

[12] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 73-77.

[13] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 79-80.

[14] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 80.

[15] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 81-82.

[16] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 82-83.

[17] Sobre a decidibilidade, ver por todos FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

[18] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 83-84.

[19] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 84.

[20] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 86.

[21] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 86.

[22] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 173. Tradução livre de: "Le terme de privatisation renvoie d'abord à une première distinction entre les sujets de droit public (les États, leurs représentants et les collectivités territoriales, qui sont chargés de défendre et promouvoir les intérêts publics communs) et les sujets de droit privé (qui défendent leurs intérêts propres). Or les nouvelles formes d'internationalisation font progressivement entrer les sujets privés sur une scène internationale qui ne se limite plus aux relations inter-étatiques. Mais cette entrée en scène n'a pas la même signification pour tous."

[23] Em especial, ver DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 326-328.

[24] VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set. 2005, p. 136.

[25] DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 53.

[26] VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set. 2005, p. 137.

[27] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 91.

[28] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 91.

[29] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 173. Tradução livre de: "Les membres de la société civile deviennent acteurs au nom de l'universalisme: d'une part, comme victimes de violations des droits de l'homme, ils peuvent agir contre un État, à titre individuel ou collectif, quand le recours est admis, devant les cours régionales ou devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU; d'autre part comme auteurs de crimes internationaux, notamment les crimes contre l'humanité, ils peuvent être poursuivis devant les tribunaux pénaux internationaux. Même si l'on observe un rôle croissant des organisations non gouvernementales (ONG) en droit international des droits de l'homme, le pouvoir 'législatif' de la société civile se limite à la participation indirecte des ONG, tant à l'élaboration des normes mondiales qu'à la mise en place des structures judiciaires ou juridictionnelles."

[30] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 93-95.

[31] DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 59.

[32] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 96.

[33] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 88.

[34] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 96-97.

[35] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 79.

[36] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 98.

[37] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 200-201.

[38] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 201.

[39] Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Leçons inaugurales de Collège de France: Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris, França: Collège de France, Fayard, 2003.

[40] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 255.

[41] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 255-256.

[42] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 256.

[43] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 257.

[44] DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 257-258.

[45] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 112.

[46] DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 118-119.

[47] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LVII.

[48] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXVII.

[49] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 115-116.

[50] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXV; de maneira específica, ver HÄBERLE, Peter. Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Granada, Espanha, a. 3, n. 5, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>>. Acesso em: 28.7.2006.

[51] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 115-116. Em destaque, o "Kant verde": "En vista de la penetración de la idea de la

protección del ambiente (mediada por la 'natureza como cultura'), puede llegarse a un antropocentrismo 'moderado', pero con ello no hemos encontrado todavía a un Kant 'verde'".

[52] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 169-170.

[53] Sobre o conceito de identidade, ressalta Häberle: "si se observan los conceptos de identidad psicológicos y científico-sociales, se advierte una similitud material (no terminológica): la identidad parece realizarse en una libertad contenida por un "marco" determinado; dicho marco es, en parte, también la "superestructura" jurídica de la sociedad, y en él, el principio de la dignidad humana transmite al individuo determinadas "concepciones normativas de la persona", las cuales se hallan marcadas por la cultura en la que han surgido" (Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 170).

[54] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 170-171.

[55] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 171.

[56] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 58.

[57] HUBER, E. R. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* apud HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 58-59.

[58] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 117-118.

[59] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 118-119.

[60] Nesse aspecto, Häberle cita como exemplos aspectos do constitucionalismo, como a experiência do federalismo, o desenvolvimento da jurisdição constitucional, principalmente do olhar dos países mais "jovens" para os mais "antigos".

[61] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 60. Por outro lado, assim se manifesta o Tribunal Constitucional Federal alemão: "Assim como não pode haver dúvida de que os Estados membros desejam dotar a Comunidade com um Tribunal, ante ao qual estarão abertas as vias jurisdicionais tal como hão surgido por meio dos séculos na tradição e na cultura jurídica europeia comum. O juiz nunca foi na Europa simplesmente *'la bouche qui prononce les paroles de la loi'*; o direito romano, o *common law* inglês, o direito comum, eram em boa medida uma criação judicial... os tratados comunitários devem entender-se também à luz da tradição e da cultura jurídica comum europeia" (Cf. ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 75, 223 (243 e ss.). Disponível em: <<http://www.bverfg.de>>. Acesso em: 26.7.2008).

[62] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 124-125.

[63] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 125.

[64] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 126.

[65] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 126-127.

[66] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 127-128.

[67] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 59.

[68] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXIII.

[69] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2-5.

[70] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9-10.

[71] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18-19.

[72] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 19; ver também HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 69.

[73] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20-22.

[74] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 57-58.

[75] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXXVII.

[76] Em especial, ver BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999; DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

[77] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 162.

[78] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 163.

[79] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63-65 e 70.

[80] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 163-164.

[81] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 164-165.

[82] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 71.

[83] Esta concepção é desenvolvida por Markus Kotzur, professor doutor da Universidade de Leipzig e orientando de Peter Häberle. Kotzur acredita que só uma concepção instrumental da soberania, a serviço do ser humano, pode justificar qualquer forma de exercício do poder (Cf. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003, p. 112-113. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 26.1.2008).

[84] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 59-61.

[85] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 73-75.

[86] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 119.

[87] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 123.

[88] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 182.

[89] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 185-186.

[90] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 182-183.

[91] HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 120-121.

[92] HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 124.

[93] Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. *Revista Jurídica*, vol. 07, n. 72. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 8.6.2008.

[94] Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional Europeo. Cuestiones Constitucionales*: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 02, enero/junio 2000. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/ver/cconst/cont/2/art/art4.htm>>. Acesso em: 7.7.2008.

**A ESSÊNCIA DO DIREITO: OS CAMINHOS DA PROTEÇÃO DA
PERSONALIDADE E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**THE ESSENCE OF THE LAW: THE WAYS OF PROTECTION OF PERSON
AND HUMAN DIGNITY**

Cleyson de Moraes Mello

RESUMO

A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no Direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do direito, a partir da tutela da dignidade da pessoa. O Direito alinhado a hermenêutica filosófica assume, pois, um viés transformador. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio causado pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. É, neste sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária à construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão do direito, como modo de ser-no-mundo.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO. DIGNIDADE HUMANA. SER-NO-MUNDO, DASEIN

ABSTRACT

The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the protection of the dignity of the person. The Right aligned the philosophical hermeneutics is therefore a bias processor. Hence the need to understand the law from being-in-the-world (In-der-Welt-Sein). The legal thought can not be designed from a predominantly caused by the limits of reason and built with the power of abstract rationality. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the law, as a way of being-in-the-world .

KEYWORDS: RIGHT. HUMAN DIGNITY. BEING-IN-THE-WORLD, DASEIN

1 INTRODUÇÃO

Pensar o Direito em sua forma mais originária. Este é o desafio em direção às sendas da realização da proteção da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. É um pensar o Direito com as lentes voltadas para o mais essencial: a *dignidade humana como valor fundamental da Constituição da República* (art.1º, III, da CRFB/88).

O "saber" jurídico não pode ficar atrelado ao ente, dominado pela sua estrutura, mas sim deve caminhar sempre para além deste, ultrapassando-o, constantemente. O operador jurídico deve procurar superar o texto da lei, em busca do seu fundamento - em direção ao ser. O saber essencial do Direito não está posto, não é algo dado, objetificado (entitativo), mas sim desvelado ao julgador na análise do caso concreto decidendo. É um "saber" essencial que passa por cima do ente e procura atingir a sua forma mais originária. Somente quando ultrapassamos o ente, em busca do seu ser, as "proposições" jurídicas terão alguma justificação.

Nesse contexto, HEIDEGGER, na obra *Sobre o Humanismo*, afirma que "somente na medida em que o homem, ec-sistindo na Verdade do Ser, pertence ao Ser, é que pode provir do próprio Ser a recomendação das prescrições que tornar-se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. O *nómos* não é apenas a lei, porém, mais originalmente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser. Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada da Verdade do Ser."^[1]

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da "coisificação" do Direito, não pensado em sua essência, é o sentido de sua decadência. Sem a percepção desta essência todo o esforço e o cuidado para se "dizer o direito" transborda no vazio. As normas jurídicas em abstrato devem ganhar mais plenitude e colorido se considerarmos os estudos avançados de hermenêutica jurídica e concretude judicial, uma vez que aquela deixa de ser considerada como hermenêutica de orientação metodológica-científica (modo de conhecer) para ser estudada como hermenêutica ontológica (modo de ser).

O *pensar usual* (pensar o ente) dos operadores do direito é aquele em que a *personalidade humana* não é considerada como vetor máximo do ordenamento jurídico, senão como aptidão de ser titular de direitos e deveres, conforme prescreve o artigo 1º do Código Civil, ou seja, considerada como sinônimo de capacidade jurídica. Ao contrário, a compreensão da *personalidade jurídica* deve se dar em duas vertentes: a primeira, como a possibilidade de ser sujeito de direitos e deveres e a segunda, e mais relevante, como o *sentido existencial do próprio ser humano*, visto como valor fundamental de nosso ordenamento jurídico. Neste caso, é o princípio da dignidade da pessoa humana ressoando em sua mais nobre originalidade (pensar do ser).^[2]

A dificuldade da compreensão do Direito a partir da sua forma mais originária reside, de certa forma, no despreparo e na incapacidade da maioria de nossa comunidade acadêmica de enfrentar os fundamentos do direito. É, pois, necessário colocar o Direito no caminho de sua origem ou nos desviarmos dele a partir de interpretações equivocadas.

Fazer do direito posto uma verdade, isto significa certamente fazer uma superação do texto normativo (algo dado), uma "personalidade". O encobrimento do ser do direito é fruto de uma tradição liberal-individualista-normativista no qual o Código Civil sempre desempenhou uma referência normativa predominante e exclusiva no recinto das relações interprivadas.

A cultura jurídica operada em salas de aula e nos tribunais de justiça deve ser desconstruída (visão de um sistema fechado codicista) em busca de uma postura mais aberta, prospectiva que dê suporte a uma sociedade complexa e pluralista. Isso não quer dizer que o julgador desconsidere a segurança jurídica e passe a decidir de forma arbitrária (neste caso, estaríamos diante de um Estado-Judiciário). Pelo contrário, a jurisprudência deve reconhecer a eficácia normativa dos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídicas de direito privado, bem como recorrer à hermenêutica jurídica não como um conjunto de métodos (hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica). É a reconstrução do direito civil a partir do *como hermenêutico*, ou seja, um *locus* hermenêutico com fincas no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa humana.[3] É o *poder ser* acerca das realidades humanas e pessoais.

A personalidade jurídica não pode ser considerada como um reduto do poder do indivíduo, mas sim "como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade".[4]

A dogmática jurídica não pode esconder as vicissitudes da realidade material (mundo vivido) que o Direito deve tutelar, em especial, nas questões diretamente relacionadas ao Homem, sua dignidade e personalidade.

Este é o enorme desafio do jurista no início do século XXI: saber e conhecer o que seja o Homem, o que é a pessoa humana, sua dignidade e personalidade jurídica.

Na esteira da filosofia existencialista, a personalidade humana deve ganhar *status* de valor jurídico de cunho existencialista, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos típicos adotado pelo Código Civil. Daí a importância do entrelaçamento principiológico entre o direito civil e os direitos humanos.

Na verdade, tais questionamentos caminham para uma oportuna (re)fundamentação do pensamento jurídico. Sem focar o Direito na dignidade da pessoa humana, como pode o operador do direito aplicar as regras do direito posto? O primeiro passo é, pois, conhecer a dimensão ontológica do Direito.

A partir desse novo *locus hermenêutico*, a relação jurídica deve ser compreendida como a realização do Direito, inserida no seu contexto histórico-cultural, ou seja, a idéia de relação jurídica deve estar em harmonia com os direitos fundamentais, com vistas a repersonalização da pessoa. É a realização do direito conduzida por uma questão prévia: a sintonia do Direito com os cânones da tutela da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de uma nova racionalidade a partir de uma perspectiva ontológico-existencial.[5]

Melhor dizendo: é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de inter-relação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É o Direito inserido na pós-modernidade.

É justamente por isso que os operadores do direito precisam ajustar a dogmática jurídica ao novo, ao efêmero, ao *poder-ser*, a diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações jurídicas civilísticas a partir de sua dinamicidade espaço-tempo cultural.

O jurista não pode fechar os olhos para esta nova realidade, refugiando-se num formalismo positivista que prescindia de aproximações com a hermenêutica filosófica e constitucional.

É desta forma que o Direito não pode se ancorar no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do Direito. O Direito deve restar harmonioso com o modo de ser-no-mundo (mundo da vida). Dessa maneira é possível reconhecer o fundamento da concretização normativa desejada.

O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução da ciência jurídica, já que a concretização normativa ficará garantida através dos pilares do círculo hermenêutico.

A superação da filosofia da consciência, da relação sujeito-objeto, do subjetivismo, é à busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser-no-mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do Direito. É o caminho para a (de)sentificação do Direito, já que um ente não pode fundar os entes. É a partir da hermenêutica como modo de ser-no-mundo que o Direito deve procurar caminhar por uma área de valores humanos peculiares, subtraídos à lógica formal do direito positivo.[6]

O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Desse modo, é a partir do pensar originário que a ciência jurídica vai desdobrando o seu jogo de preceitos legais. No viço dessa originalidade, pensar o Direito quer dizer: vir e chegar à plenitude de ser no Direito é a clareira, *aletheia*; é a essência do pensamento jurídico em seu desvelar-se, em seu dar-se originário. Vê-se, pois, a produção do Direito e não, simplesmente, a sua (re)produção jurídica. É essa operação do pensamento jurídico que possibilita a sua renovação pela (re)fundamentação de seu ser.

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*.

O Direito deve ser compreendido de modo originário e autêntico, desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária do Direito.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DISCURSO LEGITIMADOR DO DIREITO

É certo que na civilização moderna o conceito de pessoa brilha como estrela de primeira grandeza em seus mais diversos matizes nos campos da Moral, do Direito, da Filosofia, da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia, da Religião, etc. Daí as diversas linhas teóricas e paradigmas que possuem como epicentro o conceito de pessoa. Nesta perspectiva torna-se difícil à busca de uma definição precisa acerca da dignidade da pessoa humana, em especial, na seara jurídica.

Na filosofia moderna, duas linhas teóricas condicionam-se mutuamente:[7] "é a reformulação do conceito de pessoa no campo conceptual da metafísica da subjetividade, intentada por Descartes e pelos cartesianos, que é o alvo da crítica empirista; e é a polêmica com essa crítica que leva Kant a um último e mais radical aprofundamento da concepção de pessoa em direção ao terreno da subjetividade absoluta. Na verdade, de Descartes a Kant e de Hobbes a Hume o conceito de pessoa oscila entre a unidade da consciência-de-si e a pluralidade das representações do Eu, aquela primeira e originária, essas coordenadas nominalisticamente nas múltiplas designações de que a pessoa é objeto."

Portanto, que é o homem? A despeito da interrogação filosófica sobre o homem no correr dos séculos, aqui, adotar-se-á o paradigma heideggeriano, ou seja, é na dimensionalidade do Dasein que a dignidade da pessoa humana e a sua personalidade se desvelarão, uma vez que neste espaço o homem não é um ente, senão o aí-do-ser. É um novo paradigma de fundamentação do direito, já que pautado na dimensionalidade ontológica da pessoa humana.

Hoje em dia, o dizer o Direito nos chega por meio de um pensamento jurídico alienante e silente, pautado em um positivismo legalista.

Angustiante por natureza, a busca desenfreada pela segurança jurídica sufoca cada vez mais o pensar original. Um sistema jurídico axiologicamente neutro, a-temporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado e uma ameaça a ser controlada pelos juristas. Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a reificação do direito. Isso representa uma prestação jurisdicional restrita às atividades lógicas, científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: o pensar o ser e a verdade da faticidade do ser-aí.

Dessa maneira o estatuto legitimador do Direito não será mais de cunho objetivista. Uma espécie de antropologia da faticidade abre-se como único lugar para a problematização do homem e da filosofia.[8] E por que não dizer do Direito? É, pois, um novo plano para se dizer o Direito em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. É a filosofia de Heidegger ancorada nos teoremas da diferença ontológica

e círculo hermenêutico. É neste nível que o Direito passa a receber seu estatuto legitimador.

Caberá, pois a jurisdição constitucional enfrentar as questões acerca da natureza da dignidade da pessoa humana a partir das especificidades dos casos concretos decididos (concretude judicial), a partir de uma (re)fundamentação do pensamento jurídico.[9]

A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de a priori do conhecimento na ontologia como hermenêutica da faticidade, como analítica existencial. É, pois, o Dasein como ser-no-mundo, como pressuposto de qualquer teoria do conhecimento ou fenômeno jurídico.

A dignidade é intrínseca a todo e qualquer ser humano. Neste sentido, o artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948) determina que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade."

Em *Ser e Tempo*, Heidegger chama a atenção, logo no início, para a importância da compreensão pré-ontológica do ser. O filósofo afirma que "esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença. A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (pre-sença) no tocante ao ser ser." [10]

Heidegger afirma, em entrevista ao *Der Spiegel*, que Dasein (pre-sença, ser-aí) "não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na pre-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história, etc." [11]

Dessa maneira a compreensão da dignidade da pessoa humana não é uma compreensão empírica de algo enquanto algo, e sim condição de possibilidade desta última.

É necessário, pois, que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana seja reconduzido a uma matriz heideggeriana, cujo ser-no-mundo é constituição necessária e fundamental do *Dasein*. É um existencial.

3 DIGNIDADE E HUMANIDADE: A NECESSIDADE DE ULTRAPASSAMENTO DO ANIMAL RATIONALE EM DIREÇÃO A SUA EC-SISTÊNCIA

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da avalanche do ente, não pensado em sua essência, é o sentido da "decadência", mencionada em *Ser e Tempo*. Da mesma forma, o esquecimento da tutela da dignidade humana em favor da idéia minimalista do homem-objeto, é o sentido da "decadência" do Direito.

A metafísica pensa o homem a partir da animalitas. Ela não o pensa na direção de sua humanitas.[12] É dessa maneira que Heidegger remete o ser humano para o lugar da compreensão do ser. Em *Sobre o Humanismo*, o filósofo afirma que "só se pode dizer ec-sistência da Essência do homem, isto é, do modo humano de "ser", pois somente o homem, até onde alcança a nossa experiência, foi introduzido no destino da ec-sistência." [13]

Heidegger chama a ec-sistência do homem, o estar na clareira do Ser. "Esse modo de ser só é próprio do homem. Assim entendida, a ec-sistência não é apenas o fundamento de possibilidade da razão, *ratio*. É também onde a Essência do homem conserva a proveniência de sua determinação." [14]

Assim, o que o homem é repousa em sua ec-sistência. A ec-sistência em Heidegger não se identifica com o conceito tradicional de existência. Ele afirma que "Kant apresenta a existência como sendo realidade, no sentido de objetividade da experiência. Hegel determina a existência, como a idéia da subjetividade absoluta, que se sabe a si mesma. Nietzsche concebe a existência, como o eterno retorno do mesmo." [15]

Dessa maneira, na esteira da concepção heideggero-gadameriana, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da "compreensão do Ser", isto é, a partir da analítica existencial do "ser-no-mundo". Na concretude judicial, a partir das circunstâncias do caso concreto decidendo, sempre que o indivíduo for considerado como objeto cognoscível (como ente - direito coisificado), a sua dignidade será atingida de forma inequívoca.

É neste sentido que doutrina e jurisprudência possuem papel relevante nessa mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o Direito é desvelado a partir da ec-sistência. Pois é ec-sistindo que o homem pode pensar a Verdade do Ser. A ec-sistência do homem é uma ec-sistência Histórica.[16] O que se percebe é a necessidade de contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana.

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra (des)respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana.

O Ser não pode ser pensado a partir do ente, tal qual a metafísica do "esquecimento do ser". A Verdade do Ser, como a própria clareira, permanece oculta à metafísica. Heidegger afirma que "o Ser se clareia para o homem no projeto ec-stático. Todavia, esse projeto não cria o Ser. Ademais, o projeto é essencialmente um projeto lançado. O que lança no projeto, não é o homem mas o próprio Ser. Esse destina o homem na ec-sistência do Da-sein, como sua Essência." [17]

Heidegger procura "destruir" a metafísica ocidental, ancorada em concepções objetificantes, para introduzir uma relação entre ser humano e coisas que precede qualquer relação. É no viés ontológico que a compreensão do ser como *Dasein* supera os paradigmas objetificantes.

Neste contexto Heidegger afirma que "ora, o que uma coisa é, em seu ser, não se esgota em sua ob-jetividade e principalmente quando a ob-jetividade possui o caráter de valor. Toda valorização, mesmo quando valoriza positivamente, é uma subjetivação. Pois ela não deixa o ente ser mas deixa apenas que o ente valha, como objeto de sua atividade (*Tun*). O esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz. Dizer-se que "Deus" é o "valor supremo", é uma degradação da Essência de Deus. Pensar em termos de valor é aqui - como alhures - a maior blasfêmia, que jamais se possa pensar com relação ao Ser. Pensar contra os valores não significa, por conseguinte, tocar os tambores da desvalorização (*Wertlosigkeit*) e da nulidade (*Nichtigkeit*) do ente mas significa: pro-pôr ao pensamento, contra a subjetividade do ente, como simples ob-jeto, a clareira da Verdade do Ser."[18]

Dessa forma, o pensamento jurídico objetificante somente será superado a partir da (re)fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, a qual o homem se ex-põe por sua Essência lançada.[19] Heidegger explica que o homem nunca é homem como um "sujeito" se referindo a objetos, de sorte que sua Essência esteja na relação sujeito-objeto. Ao contrário, o homem é, em sua Essência, primeiro ec-sistente na abertura do Ser.[20]

Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar a *humanitas do homo humanus*. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do homem, isto é, na direção da Verdade do Ser (o homem mais do que o *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser.

Daí que o substrato material da dignidade da pessoa humana somente será desvelado se o operador do direito caminhar inicialmente em direção ao seu fundamento mais originário, qual seja: *Dasein*, ser-no-mundo, ser-aí, pre-sença. É a partir deste *locus hermenêutico* que se irradiam os preceitos e regras que orientará o homem, experimentado a partir da ec-sistência do Ser, historicamente situado.

Somente na ec-sistência do homem na Verdade do Ser é que o Direito poderá ser (des)velado de forma legítima constituindo o lugar originário de sua dignidade e personalidade.

A dignidade da pessoa humana é, pois, um sendo. Melhor dizendo: uma con-juntura, sempre de acordo com o destino Histórico do homem que mora na Verdade do Ser. Logo, a contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana é necessária e relativa. Vejamos alguns exemplos: a) a colocação de algemas em todo e qualquer indivíduo? b) a aplicação da pena "de cara para a parede" a todos os alunos travessos? c) a disponibilização das notas dos alunos nos corredores universitários? d) a impossibilidade de matrícula do aluno por falta de pagamento? e) o aborto nas questões da anencefalia? f) a questão do direito das famílias, em especial, a homoafetividade e a concepção do "poli-amor"? g) a questão da transfusão de sangue em relação às "testemunhas de Jeová"? h) o direito de morrer com "qualidade de vida"?

Neste caso, cabe a pergunta: a dignidade do *homo humanus* não estaria acima do multiculturalismo? Seria o caso da adoção de um paradigma universal mínimo que

traduzisse uma espécie de "invariantes ontológicas" ou "invariantes ec-sistentes"? já que em certas regiões atos atentatórios a dignidade humana são tidos como legítimos e suportados pela prática social.

BIBLIOGRAFIA

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.94-95.

_____. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.33.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, p.XXII.

STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia: Ensaio e Conferências Filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003, p.16.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A Parte Geral do Novo Código Civil - estudos na Perspectiva Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.

VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. Tradução Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987. p.32.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Antropologia Filosófica II*. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2003, p. 195.

[1] HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.94-95.

[2] MELLO, Cleyson de Moraes. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, p.XXII.

[3] Ibid.

[4] TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A Parte Geral do*

Novo Código Civil - estudos na Perspectiva Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.

[5] MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

[6] Nessa linha de pensamento, Gianni Vattimo afirma que "se é verdade que é preciso procurar obter também no campo das ciências humanas uma forma de rigor e de exatidão que satisfaça as exigências de um ser metódico, isto deve fazer-se desde que se reconheça o que existe no homem de irreduzível e peculiar; e esse núcleo é o humanismo da tradição, centrado em torno da liberdade, da escolha, da imprevisibilidade do comportamento, isto é, da sua constitutiva historicidade." VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. Tradução Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987. p.32.

[7] VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Antropologia Filosófica II*. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2003, p. 195.

[8] STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia: Ensaio e Conferências Filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003, p.16.

[9] Neste contexto, existem doutrinadores que negam a possibilidade de os juízes ingressarem na esfera do conteúdo ético da dignidade, já que tal tarefa deve ser efetuada a partir de um debate público que se processará na esfera parlamentar.

[10] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.33.

[11] Revista Tempo Brasileiro, n.50, julho/set. 1977. In HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.309

[12] HEIDEGGER, op.cit., 1995, p.40.

[13] Ibid., p.41

[14] Ibid.

[15] Ibid. p.43-44

[16] Ibid., p.59.

[17] Ibid., p.61.

[18] Ibid., p.78.

[19] Ibid. p.79.

[20] Ibid.

A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

THE USE OF THE LEGAL PRINCIPLES IN THE SOLUTION OF CONFLICTS AS FORM OF ACCOMPLISHMENT OF JUSTICE

**Edilaine Aparecida Pelincer
Lysian Carolina Valdes**

RESUMO

O Direito não está confinado apenas na lei, que não acompanha satisfatoriamente as mudanças e as evoluções sociais prevendo e regulando todas as situações que possam vir a ocorrer, vislumbra-se, então, quão valiosos são os princípios dentro dessa perspectiva, visto que, na era da pós-modernidade lograram obter um espaço comum junto às regras. O presente trabalho objetiva demonstrar a importância da utilização dos princípios jurídicos, na solução de conflitos, a partir da teoria de Robert Alexy, segundo a qual, os princípios são normas que determinam que algo deve ser realizado na melhor forma possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nessa perspectiva, denota-se que os princípios colaboram com o Direito para que este cumpra a sua função social de solucionar conflitos de interesses, buscando a Justiça como forma de respeitar a dignidade de todo ser humano, valor fundante do arcabouço jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA JURÍDICA. SOLUÇÃO DE CONFLITOS. PRINCÍPIOS. JUSTIÇA.

ABSTRACT

Right not is confined only in law, that satisfactorily does not follow the social changes and evolutions foreseeing and regulating all the situations that can come to occur, glimpses, then, the principles are valuable inside of this perspective, since, in the age of post modernity they had cheated to get a common space next to the rules. This present work objective to demonstrate the importance of the use of the legal principles, in the solution of conflicts, from the theory of Robert Alexy, second which, the principles are norms that determine that something must be carried through in the best possible form, considering existing the legal and realities possibilities. In this perspective, it denoted that the principles collaborate with the Right so that this fulfills its function social to solve conflicts of interests, searching Justice as form to respect the dignity of all human being, fundamental value of the juridical structure.

KEYWORDS: LEGAL HERMENEUTICS. SOLUTION OF CONFLICTS. PRINCIPLES. JUSTICE.

INTRODUÇÃO

O foco central do presente trabalho é a demonstração da importância dos princípios no ordenamento jurídico nacional, a partir da teoria de Robert Alexy, em especial, no que diz respeito à distinção entre regras e princípios, como forma de se alcançar a Justiça no caso concreto.

Na abordagem sobre a distinção entre regras e princípios, constata-se que, estes ganharam força normativa a partir da sua exata diferenciação. Importante destacar, nesta seara, que, ambos, regras e princípios, são, na verdade, espécies do gênero norma jurídica e possuem caracteres distintos.

Aspecto de grande relevância do presente trabalho se refere à importância que os princípios adquiriram na Nova Hermenêutica Constitucional, que possui entre suas múltiplas funções a de integralizar e complementar o Direito, servindo de parâmetro para resolver problemas jurídicos da forma mais correta possível.

Não poderia deixar de trazer à tona a importância que os princípios adquiriram dentro do ordenamento jurídico aberto, notadamente, em razão de estar superada a tese positivista, a qual admitia o uso dos princípios apenas em hipótese de lacunas na ordem jurídica.

Superada está a fase em que os princípios serviam à lei e dela dependiam, sendo considerados como de hierarquia inferior, fonte secundária e subsidiária, atualmente, foram erigidos ao patamar de fundamento de todo o ordenamento jurídico e encabeçam o sistema constitucional, contando, ainda, com uma função axiológica vazada, tomando emprestadas as palavras de Paulo Bonavides, em novos conceitos de sua relevância.

Na última parte do trabalho, será demonstrado que, em circunstâncias especiais, a aplicação da norma que regula o caso concreto pode resultar inadequada, ou mesmo inexistir, vindo em socorro do julgador os princípios jurídicos, permitindo que as particularidades da situação possam ser melhor atendidas na primeira hipótese, e preenchendo o vazio legal gerado, na segunda, de modo que a Justiça seja alcançada na solução de conflitos.

2 O PÓS-POSITIVISMO E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Na era pós-positivista vivenciada pelo Direito, constatou-se que o ordenamento jurídico necessitava da introdução de elementos extranormativos, com a inserção de valores materiais, o que permitiu a construção de uma teoria do Direito mais adaptada à realidade social na qual estava inserida.

O Direito não poderia ser apenas uma exposição de preceitos normativos, possibilitando a incorporação de novas concepções teóricas e uma maior autonomia na elaboração conceitual, com a finalidade de conciliar a realidade humana.

Para Norberto Bobbio[1]:

A versão moderada do positivismo ético difere da extremista porque, à diferença desta última, não diz que o direito é um bem em si, e antes o valor supremo, pelo que necessita-se sempre a ele obedecer, mas diz somente que o direito é um meio (em termos Kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, devemos obedecer ao direito. Porém, a versão moderada não diz que a ordem seja o valor supremo: se, num determinado momento histórico, um certo valor parece superior à ordem existente e com ele contraste, pode-se então romper a ordem [...] para realizar tal valor.

Assim, concretizou-se a necessidade de abertura do sistema fechado, vez que, os postulados eminentemente normativos poderiam não atender aos anseios sociais diante do estágio de desenvolvimento que lhe é peculiar da coletividade.

Nesse contexto, a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e ética.

Tal visão é trazida ao mundo jurídico pela escola Pós-Positivista, que, sem sombra de dúvidas, é a responsável pela valoração dos princípios e a normatização dos mesmos.

Pode se ponderar que o pós-positivismo é a designação provisória e genérica deste contexto, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras.

Além disso, permite-se afirmar, sem exagero, que o pós-positivismo é o responsável pelo encontro da norma com a ética, com a introdução aos ordenamentos de ideais de justiça e valores sociais materializados sobre a forma de princípios.

Acrescente-se a isso que, no pós Segunda Guerra Mundial, as Constituições passaram a emitir decisões políticas fundamentais, determinando-se as prioridades dos ordenamentos jurídicos. Os princípios jurídicos, ao mesmo tempo em que representam valores sociais, dão unidade ao sistema jurídico e também condicionam toda a interpretação e aplicação deste.

É pertinente a observação de Ruy Samoel Espíndola[2] que “sem dúvida, a teoria dos princípios é, antes de tudo, um capítulo deveras rico e inovador na teoria jurídica contemporânea, na era do pós-positivismo”.

Para Paulo Bonavides[3]:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Assim, inaugurada está a fase de hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que positivados nos textos da Constituição Federal conquistam a dignidade de verdadeiras normas vinculantes, vigentes e eficazes, o que vai além da função de integrar o Direito.

3 CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

O conceito de princípio jurídico demandou reflexões e estudos dos mais renomados juristas brasileiros e estrangeiros. A palavra princípio tem origem no latim “*principium*”, que significa início, começo, origem das coisas. A noção de princípio, ainda que fora do âmbito do saber jurídico, sempre se relaciona a verdades fundamentais e orientações de caráter geral. Explica Paulo Bonavides^[4] que deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”.

O vocábulo princípio é utilizado nas ciências em geral, como na política, física, filosofia, entre outros, sempre designando a estruturação de um sistema de idéias ou pensamentos por idéia mestra, tida como um verdadeiro alicerce.

Sob o ângulo jurídico, pode se conceituar os princípios como as idéias fundamentais que orientam a atuação das normas jurídicas que compõem o sistema, funcionando como base, alicerce do Direito. De forma mais aprofundada, pode se afirmar que os princípios significam normas gerais de caráter aberto, dotadas de validade que abarca a eficácia, vigência, legitimidade e efetividade.

Assim define Miguel Reale^[5]:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são

assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Temos ainda, que os princípios podem ser considerados como verdadeiros mandamentos nucleares do ordenamento jurídico. São portadores dos mais altos valores de uma sociedade, os quais são transformados em preceitos jurídicos e revelam as decisões políticas fundamentais de cada Estado, servindo, ainda, de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação.

Conforme os ensinamentos De Plácido e Silva[6] que o princípio advém do latim *principium* (origem, começo):

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, os princípios revelam o conjunto de regras e preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios Jurídicos, sem dúvida, significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmam as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam a noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios inscrevem-se nas leis. Mas, porque servem de base do Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos Direitos

Importante afirmar que os princípios não podem ser confundidos com valores, pois estes são espécies da norma e expressam juízos de dever ser, deontológicos, ou seja, regras de conduta, de como agir, comandos ou proibições, enquanto os valores, não.

Portanto, os princípios jurídicos podem ser considerados como o ponto de partida das interpretações, a fim de que o sistema jurídico possa ser mais bem compreendido e aplicado. Nunca é demais destacar que um princípio está sempre ligado aos demais, cabendo ao julgador a tarefa de identificá-lo e ao mesmo tempo hierarquizá-lo em relação aos demais, de forma que no caso concreto se dê a melhor solução.

Estes princípios podem surgir de forma implícita no sistema jurídico, ou seja, quando não estiverem previstos de forma expressa, codificada no orbe jurídico, o que não lhe retira sua importância e normatividade.

De acordo com as lições de Celso Ribeiro Bastos[7], os princípios jurídicos possuem a função de ordenar a sociedade, notadamente, nos momentos revolucionários, bem como, de exercer uma ação imediata “na medida em que tenham condições de serem auto-executáveis.”

4 NATUREZA JURIDICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Buscar delimitar a natureza jurídica de um instituto jurídico, de um princípio ou de uma norma legal é o mesmo que perseguir a essência daquilo que se está analisando.

No que tange à natureza jurídica dos princípios, grande é a polêmica, porém, a posição mais aceita e abalizada é a de que os princípios possuem o *status* de norma jurídica, possuindo, desta feita, todos os efeitos dela oriundos.

O entendimento de que os princípios possuem eficácia normativa encontra albergue no pensamento pós-positivista, o qual foi o grande divisor de águas, cuja consequência também fora a localização dos princípios, os quais saltam dos códigos para o corpo das constituições, ganhando força normativa e atuando como fundamento da ordem jurídica.

Assim, o reconhecimento de que princípios atuam sobre comportamentos públicos e privados, bem como o fato de incidirem sobre aplicação e a interpretação de outras normas não levam a outro caminho que não seja o de admitir sua positividade e vinculatividade, ultrapassando o pensamento jusnaturalista e positivista.

Segundo o doutrinador Norberto Bobbio^[8], a natureza jurídica normativa dos princípios é fato inegável:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas ou não são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais se ocupou da problemática, ou seja, CRISAFULLI. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

De forma geral, as normas jurídicas são anunciadas de forma prescritiva, já os princípios jurídicos de forma descritiva, no entanto, tais peculiaridades não possuem o condão de lhes retirar a natureza normativa, haja vista que a ocorrência de suporte fático verifica o descrito na hipótese.

Desta feita, imperioso é reconhecer o caráter normativo dos princípios, notadamente porque possuem hipótese e injunção suficientes para estruturarem-se como

verdadeiras normas jurídicas. Assim, os princípios, tanto quanto as normas em geral, também impõem o dever-ser quando realizado o seu suporte fático.

5 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O SISTEMA ABERTO

Diante do reconhecimento da natureza normativa dos princípios, importantes conseqüências se verificam na nova estrutura jurídica.

O estudo dos princípios ocupa, hoje, destacado espaço na Teoria do Direito, com reflexos diretos para a compreensão do Direito Constitucional. Mais que isso. A formulação de consistente teoria acerca dos princípios jurídicos vem determinando a revisão dos estudos constitucionais, impondo o reexame do conceito de norma, interpretação e eficácia do sistema constitucional.

A doutrina tradicional formulou múltiplas funções e abordou a problemática de sua caracterização e natureza, entretanto, não lhe reconhecia o que ostenta de mais importante e que está consagrado pela doutrina contemporânea, isto é, sua natureza normativa, constituindo espécie do gênero norma de Direito.

6 DA FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Diante do reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, a doutrina contemporânea passou a atribuir-lhes importante papel, notadamente, em razão da sua multifuncionalidade para o ordenamento jurídico.

A função primordial atribuída aos princípios revela-se na sua aplicação na solução dos casos concretos. Nessa seara, Norberto Bobbio^[9] “ a função para a qual são abstraídos e empregados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso”.

Assim, os princípios possuem atrelados a denominadas funções clássicas: fundamentadora, interpretativa e supletiva^[10]. A primeira função se refere à capacidade de servir de base ao ordenamento jurídico, mormente em razão dos princípios traduzirem os valores superiores da coletividade.

Essa função atribui, ainda, aos princípios uma eficácia derogatória e diretiva, significando que, segundo Ruy Samoel Espíndola^[11]

as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional.

Desta forma, os princípios jurídicos em razão da sua função fundamentadora, tanto fundam a ordem jurídica como excluem dela toda norma que lhe seja contrária.

Com relação à segunda função, a interpretativa, temos que os princípios servem de norte, de orientação do intérprete a fim que as normas ao serem interpretadas sejam adequadas aos valores fundamentais. É que se denomina papel hermenêutico constitucional, vez que em razão dessa função, os princípios funcionam como verdadeiro fio condutor da hermenêutica jurídica, conduzindo o trabalho do operador do direito no sentido de aproximá-lo dos valores e interesses fundamentais.

No tocante à função supletiva, é tarefa dos princípios integrar a ordem jurídica quando constada a inexistência de norma jurídica regulando o caso concreto.

Nesse sentido J. J. Gomes Canotilho[12] leciona que os princípios jurídicos podem “ revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, normas que possibilitam, aos juristas, sobre tudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”.

Por outro lado, a doutrina atribuiu outras funções além das três delimitadas acima, quais sejam, a função argumentativa e a função prospectiva.

A função argumentativa refere-se ao ordenamento de algo que deve ser realizado na maior medida do possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas. Não possuem, portanto, respostas definitivas, mas, sim, mandamentos de natureza argumentativa.

No tocante à função prospectiva, esta recebe uma especial importância visto que sua função é a de impedir o retrocesso social, no sentido de evitar que as normas jurídicas sejam substituídas por outras, política e socialmente retrógradas. Referida função permite, portanto, a constante atualização do sistema jurídico positivado.

7 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

Identificar os princípios jurídicos tem sido uma tarefa bastante complexa e confusa, existindo, em razão disso, distintos e diversos critérios doutrinários.

Tal situação ocorre em virtude de não se aclarar se existe uma diferença de grau qualitativa entre as regras e os princípios, o único ponto denominador é que ambas são

espécies do gênero norma, constituindo-se no marco inicial da tarefa de distingui-las, partindo dos critérios de distinção de normas.

Fartos são os critérios para a distinção das normas jurídicas, no entanto, de modo geral, a doutrina sustenta que a identificação de um princípio jurídico é concretizada através de um processo lógico de progressiva generalização da norma analisada até atingir-se o grau mais elevado de abstração. Trata-se do critério de distinção mais mencionado pelos juristas, tendo sido criado por J. J. Gomes Canotilho, que considera o grau de abstração dos princípios e o seu caráter fundante.

7.1 OS CRITÉRIOS DE ROBERT ALEXY

Nesse contexto de valorização e normatização dos princípios jurídicos, considera-se, nesse trabalho, que a teoria de Robert Alexy[13] seja a mais adequada à realidade do ordenamento jurídico nacional, pois colabora com a hermenêutica jurídica ao fixar que os princípios determinam que algo deva ser realizado da melhor maneira possível, considerando-se as situações fáticas e jurídicas do caso concreto.

Tal entendimento fornece ao julgador e ao intérprete um paradigma de raciocínio e de interpretação mais afinado com a realidade social e com as peculiaridades de cada situação. Assim, com a utilização dos princípios jurídicos, busca-se a solução mais correta possível, como forma de se concretizar a justiça.

Assente o elemento comum de regras e princípios são dois tipos de normas, vez que ambos dizem o que deve ser, observa-se uma distinção lógica entre princípios e regras. Elemento considerado decisivo por Robert Alexy para distinguir regras e princípios parte da constatação de que os princípios são normas que determinam que algo deve ser realizado na melhor forma possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Seriam os princípios mandamentos de otimização que se caracterizam pela especificidade de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo sua efetivação das condições jurídicas e reais do caso concreto. Já as regras são normas que exigem cumprimento pleno, podendo apenas serem cumpridas ou descumpridas, na base do “tudo ou nada”. Portanto, sendo válida, deverá ser aplicada.

Nesse sentido, leciona Robert Alexy[14]:

[..] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

As regras, por seu turno, são normas que possuem a faculdade de cumprimento, ou seja, podem ser cumpridas ou não. Dessa posição Robert Alexy sustenta a existência da diferença qualitativa entre os princípios e as regras.

O doutrinador sustenta que a diferenciação mostra-se mais cristalina na colisão de princípios e no conflito de regras. Nas duas hipóteses a aplicação simultânea dos princípios ou regras leva a resultados incompatíveis, ou seja, a decisões contraditórias. No conflito entre regras, a solução ocorre por meio da introdução de uma cláusula de exceção, sanando-se o conflito ou declarando-se inválida uma das regras.

O conflito é saneado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, implicando a resolução na exclusão da regra do ordenamento jurídico. Com relação aos princípios, a solução da colisão não importa em declarar inválido um princípio nem desconsiderá-lo totalmente. Ocorre, na verdade, a preferência de um princípio em relação ao outro em razão de possuírem pesos distintos ou apresentarem no caso níveis diferenciados de importância.

Verificada uma relação de tensão entre dois princípios, Robert Alexy[15] assevera que

El conflicto debería ser solucionado através de una ponderación de los intereses opuestos. Em esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso em el caso concreto.

Robert Alexy conclui constatando que o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, enquanto a superação da colisão entre princípios dá-se na dimensão do peso ou importância, haja vista que somente princípios válidos podem colidir.

Critério igualmente criado para distinguir princípios e regras relaciona-se com o grau de determinabilidade. De forma contrária das regras, que apresentam menor grau de abstração, mais alta densidade normativa e com conteúdo mais preciso, os princípios têm conteúdos vagos, abertos, com elevadíssimo grau de abstração e baixa densidade normativa.

Cumprido ressaltar que, embora os princípios possuam aludidas características, tal fato não induz que seu conteúdo não possa ser determinado nem que não se preste à solução de casos concretos. Por sua maior abrangência, os princípios permitem superiores possibilidades de aplicação, dependendo sua densificação e concretização de outros princípios e regras mais determinados e específicos, respeitados os limites e os conteúdos fixados pelos próprios princípios.

A distinção entre princípios e regras mostra-se mais importante no prisma constitucional, visto que as constituições contemporâneas, conhecidas como constituições-compromissórias, traduzem os antagonismos ideológicos, políticos e econômicos da sociedade, adotando o sistema aberto de normas, muitas vezes,

veiculando valores conflitantes e até contraditórios. A superação de tais antinomias impõe a atuação do intérprete no sentido de conciliar, na medida do possível, os conflitos que se apresentam.

A solução desses conflitos não se faz pelos critérios comuns de hermenêutica (cronológico, da especialidade e hierárquico), exigindo a resolução por meio do critério de ponderação de bens.

Na formulação dessa distinção e recorrendo-se às idéias já sedimentadas, conclui-se que os princípios possuem aspecto ideológico mais acentuado, sujeitam-se a um processo de concretização e densificação sucessiva até adquirirem a concretização das regras, não permitem sua subsunção ao caso, não se submetem ao critério do “all or nothing”^[16] e o conflito entre princípios é resolvido por meio do peso relativo de que é dotado dentro do sistema jurídico.

J. J. Gomes Canotilho^[17] reunindo e sintetizando as diferenças qualitativas que apartam os princípios das regras, enumera os seguintes aspectos fundamentais:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáctivos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos conflitos é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Com se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Portanto, os princípios são identificados em razão da possibilidade de aplicação ponderada diante do caso concreto, ou seja, podem ser cumpridos em distintos graus, gradativamente. Já as regras, incidem de forma distinta, ou incidem em sua totalidade ou em sua exclusão total, “tudo ou nada”.

8 A QUESTÃO DOS CONFLITOS

8.1 O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Os princípios jurídicos são os fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica. Na verdade, não se configuram apenas como lei, mas como o próprio Direito em toda a sua extensão e abrangência.

As regras jurídicas são criadas para ter vigência em situações fáticas concretas, para uma específica hipótese, com a superação das demais regras que disponham de maneira diversa, posto que o ordenamento não admite normas incompatíveis.

O ideal seria que as regras não se opusessem aos princípios, não podendo ser antagônicas, contrárias aos princípios, no entanto, na prática o intérprete poderá se deparar com os conflitos entre as espécies de normas, devendo saná-los.

Tal como o conflito entre princípios, o conflito entre este e a regra, também pode ser objeto de um processo intelectual de averiguação da validade da norma a ser aplicada, usando-se, em suma, o que podemos chamar de critérios instrumentais da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Robert Alexy, que também admite o conflito entre regra e princípio, assevera que também neste caso há que usar destes instrumentos - proporcionalidade ou da razoabilidade – pois “não há outra maneira de decidir racionalmente como não seja por meio da ponderação entre a razão da restrição e o direito fundamental que se quer limitar,” afinal, quando estamos diante de conflito de regras com princípios, via de regra, se está diante de uma limitação a um direito fundamental, havendo, então, a necessidade de que se utilize, na interpretação e solução do caso em concreto, as máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como ensina Robert Alexy, para a solução desta modalidade de conflito.

8.2 O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS

A convivência entre os princípios é conflitual, no entanto, referida colisão não se dá no sentido de que um perde sua eficácia plena, quando o outro é aplicado. O que, de fato, ocorre é que o intérprete irá apurar qual dos princípios conflitantes assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados do caso concreto.

Na colisão de princípios, a seu turno, um deles deve recuar, mas não desaparece do mundo jurídico. Robert Alexy destaca que ao nível de princípios pertencem todos os princípios relevantes para as decisões que envolvam, por exemplo, direitos fundamentais. Para o jurista, esta questão surgida, portanto, a nível de conflito de princípios, sugere que um princípio é verdadeiramente importante, ou relevante, para uma decisão a ser proferida numa relação conflitual, quando dado princípio poder ser corretamente apresentado a favor ou contra uma decisão. Disso se extrai que, temos, então, bem materializado o conflito, ou a colisão.

Para Robert Alexy, então, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.

Diante da inexistência de regras para a solução destes conflitos ou colisões, a aplicação dos princípios, dar-se-á pela ponderação.

Neste sentido, o ministro Eros Roberto Grau[18] assevera que:

[...] quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente (isto é dotadas de validade), no ordenamento jurídico. Insisto: resultam afastadas as regras (concreções de princípios) que dão concreção ao princípio que no confronto com outro foi desprezado. Dizendo-o de outra forma: aquelas regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de validade, perdem eficácia - isto é, efetividade - em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se.

Assim, face à inexistência de regras para a solução conflitual de princípios é necessário que o intérprete, diante do caso concreto, analise a dimensão do peso ou a importância de cada princípio, de forma ponderada, a fim de que se aplique a decisão que mais atenda às peculiaridades do caso. Portanto, atribui-se à jurisprudência o mister de promover a real concretização dos princípios.

9 A JUSTIÇA NO CASO CONCRETO

A utilização dos princípios jurídicos, nos moldes da teoria de Robert Alexy, é valorosa num contexto em que as regras nem sempre logram solucionar um conflito de interesses com justiça, e, até mesmo em situações de lacunas legais.

Conforme definição de Marcus Cláudio Acquaviva,[19] o vocábulo justiça, do latim, significa de acordo com o direito. Acrescenta, ainda, que para o jurisconsulto romano Ulpiano a justiça era definida como “dar a cada um o que é seu”.

André Franco Montoro[20] cita que, no entender de Del Vecchio, “a noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico.” Acrescenta, ainda, que entre as diferentes perspectivas de estudo sobre o Direito está a de entendê-lo “como exigência de justiça”, de modo que “direito é propriamente aquilo que é ‘devido’ por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade: o respeito à vida é um direito de todo homem, a educação é direito da criança [...]” exemplifica. De acordo com o autor, “a essa acepção corresponde a expressão clássica ‘dar a cada um o que é seu’”.

Ao tecer considerações sobre o conceito aristotélico de justiça, Eduardo Carlos Bianca Bittar[21] pondera que

A justiça é compreendida como uma virtude porque esta é o objeto das preocupações éticas, que constituem o conjunto objetivo de questões próprias ao ramo do conhecimento humano que busca uma análise do comportamento humano, tanto em seus aspectos psicológicos quanto em seus aspectos sociais.

Conforme André Franco Montoro, [22] a significação a objetiva de justiça é empregada para “designar objetivamente uma qualidade da ordem social”, como “a justiça de uma lei ou instituição” e como direito ultrapassa ser uma técnica de igualdade,

Muito mais que isso, ela é virtude da convivência humana. E significa, fundamentalmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens. Nas relações com outros homens, podemos ter uma atitude de ‘dominação’, como fazemos com os animais e demais seres inferiores, ou de ‘respeito’, como se impõe entre pessoas humanas. Esta última é que caracteriza a justiça.

Alf Ross[23]” entende que “a justiça é igualdade” e “como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade”.

Leciona André Franco Montoro[24] que a justiça definida como vontade ou disposição do espírito, “exige uma atitude de respeito para com os outros, uma presteza em dar ou deixar aos outros aquilo que tenham o direito de receber ou de conservar.” Considerando-se que

O homem como ser social, vivendo na sociedade contemporânea, é regido em suas relações, por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de direitos e, por outro lado, impor-lhe um igual número de deveres[25].

Entre os direitos estão os direitos fundamentais que objetivam tutelar a pessoa humana, de maneira individual, de todos os ataques que podem contra ela desencadear-se. Como leciona André Franco Montoro[26], num sentido lato, a justiça vem a ser “o conjunto das virtudes sociais ou virtudes da convivência humana”.

Acrescenta, também, que “a justiça consiste fundamentalmente na disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo”, e explica que a pluralidade de pessoas é uma das características fundamentais da justiça.

A questão conflitual entre princípios e entre princípios e regras é matéria recente para a doutrina, pois, no modelo tradicional, discutia-se muito o conflito entre regras. Há que se considerar, que, hodiernamente, em decorrência do caráter flexível dos princípios, essa questão dá margem maior de realização da justiça, exatamente pela potencialização da moderna hermenêutica, notadamente quando a consideramos no aspecto constitucional.

Para demonstrar a importância da utilização dos princípios jurídicos na solução de conflitos e a adequação da teoria de Robert Alexy à realidade jurídica nacional, cita-se um caso de repercussão nacional em que, a Justiça do Rio de Janeiro decidiu dar a guarda do filho da cantora Cássia Eller, à sua companheira Maria Eugênia Martins, que disputou a guarda judicialmente com o pai de Cássia, Altair Eller.

Conforme fundamentação do acórdão proferido no Agravo de Instrumento manejado pelo pai da cantora contra o deferimento da guarda provisória à Maria Eugênia, o melhor interesse da criança, princípio contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, superou as disposições do Código Civil no tocante ao laço de parentesco, e foi levado em consideração para negar provimento ao recurso[27].

Karl Engisch[28] assevera que mesmo que não exista norma específica sobre determinada matéria, conforme o princípio da indeclinabilidade, o juiz não poderá eximir-se de decidir o caso concreto. Assim, deverá o julgador recorrer a outra lei aplicável a casos semelhantes (analogia) e na falta desta, buscar no costume e nos princípios gerais do direito a solução.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942) indica os mecanismos de preenchimento das lacunas, dispondo no art. 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena[29] leciona que os princípios gerais do direito formam uma hierarquia devido a sua generalidade, tendo como base os princípios supremos de Ulpiano: *honest vivere*, *alterum non laedere* e *suum cuique tribuere*. Os princípios gerais do direito são dedutíveis do sistema jurídico como um todo e a principiologia jurídica consiste na distribuição de princípios menores retirados dessas máximas “que servem ao Direito em geral ou que, gradualmente se particularizam.”

Carlos Maximiliano[30] pondera que todo conjunto harmônico de regras positivas configura o resumo de princípios superiores que funcionam como diretrizes par o intérprete e são os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Os princípios gerais do direito são instrumentos integrativos, orientando a interpretação e aplicação da norma e fontes formais do Direito conforme Fábio Ulhoa Coelho[31] e Manuel Albaladejo[32] que assevera

La aplicación de los mismos por todo Tribunal y en cualquier instancia, no es sino consecuencia de ser aquéllos (los principios) una fuente de Derecho y deber juzgar éstos

(los Tribunales) a tenor de las reglas que dichas fuentes produzcan, los casos que se les sometan.

Segundo Rizzato Nunes[33], os princípios gerais do direito são “os que inspiram e dão embasamento à criação de toda e qualquer norma, inclusive e especialmente a Constituição, bem como os valores sociais que afetam o sistema e dirigem sua finalidade.”

Para Norberto Bobbio[34], os princípios gerais do direito “no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales”, [...] son ”normas como todas las otras.”

Conforme Vicente Ráo,[35] na utilização dos princípios gerais do direito no caso concreto parte-se das disposições particulares da lei e por generalização crescente chega-se ao princípio no qual se enquadre o caso concreto não previsto legalmente.

Manuel Albaladejo[36] pondera que devido às circunstâncias especiais de um caso a aplicação da lei que o regula pode resultar “inequitativa”, de modo que

Improcedente la aplicación en cuestión, se produce un vacío legal que hay que llenar com el principio que inspira el precepto, es decir, despojando a éste de las particularidades de regulación que le hacen inadecuado; lo que es forma de aplicar los principios generales.

Carlos Maximiliano[37] explica como pode ser feita a aplicação dos princípios gerais do direito num caso de Sucessões. O autor orienta que se inicie o processo com uma consulta ao capítulo que se refere ao caso apreciado, depois procura informações no conjunto do livro que trata de institutos afins, em seguida averigua o Direito Civil de forma integral, segue para o Direito Privado (Civil e Comercial), posteriormente, para todo o Direito Positivo e, por fim, para a universalidade da ciência jurídica. Dessa maneira, os princípios gerais do direito são extraídos por indução.

Para exemplificar uma situação em que o direito emergiria dos princípios gerais do direito Fábio Ulhoa Coelho[38] menciona o descumprimento de um contrato de clonagem humana submetido à apreciação judicial, caso em que o magistrado observando a omissão legal sobre a matéria, a inexistência de outra lei que discipline casos análogos e costume jurídico que possa ser aplicado, decidiria pela invalidade do negócio jurídico, posto que inconciliável com a natureza dos homens e mulheres.

Outra hipótese em que os princípios gerais do direito auxiliariam na superação de lacuna seria na omissão legal a respeito de a quem caberia, num caso de barriga de aluguel, a obrigação de pagar despesas médico-hospitalares advindas de complicações pós-parto. Fábio Ulhoa Coelho[39] explica que não encontrando o juiz solução para o caso por meio da analogia e dos costumes, poderia utilizar o princípio de repúdio ao enriquecimento sem causa, segundo o qual os titulares do embrião não poderiam auferir vantagem indevida, ou, então, o princípio da autonomia da vontade, em que nada

dispondo as partes a esse respeito, as despesas de manutenção da própria saúde ficariam a cargo de cada pessoa.

André Franco Montoro^[40] entende que a noção de princípios gerais do direito corresponde fundamentalmente aos princípios de justiça e esta por sua vez, citando S. Tomás, consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade. Arremata afirmando que “é a justiça que dá sentido ao direito e explica o conteúdo essencial das normas jurídicas.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo o trabalho constatou-se a grande importância atribuída aos princípios pela nova era vivenciada pelo direito denominada de pós-positivista, a qual aceita a convivência harmônica dos princípios e das normas expressamente positivadas. Isso se deve à evolução da razão humana, que em vários momentos, teve o Direito como fonte legitimadora de atrocidades históricas como o Nazismo.

Considerando, também, que o Direito não está confinado apenas na lei e que, esta não acompanha, satisfatoriamente, as mudanças e as evoluções sociais prevendo e regulando todas as situações que possam vir a ocorrer, vislumbra-se quão valiosos são os princípios dentro dessa perspectiva, visto que, colaboram com o Direito para que este cumpra a sua função social de solucionar conflitos de interesses.

O ideal seria um ordenamento jurídico pleno, que fornece todas as soluções para os conflitos, mas isso é algo impossível, vez que é fruto da criação do homem, passível de falhas. Assim, não pode o ser falho criar algo perfeito. Então, o Direito, compreendido como o ordenamento jurídico como um todo é, relativamente, pleno, não no sentido de ser fechado e sim dele próprio produzir e autorizar os mecanismos que resolvem o problema das lacunas. E, mais uma vez, merecem os princípios ter reconhecido o seu valor no mundo jurídico.

Em decorrência de sua natureza normativa, os princípios têm forma imediata, com eficácia e aplicabilidade direta, prestando-se a funções interpretativas, supletórias e normativas próprias, o que permite sua utilização para solução de conflitos no âmbito jurídico conforme demonstrado.

Fixados esses pontos, constata-se a adequação do posicionamento teórico sustentado por Robert Alexy à realidade jurídica nacional, posto que, ao diferenciar regras e princípios, argumenta que estes últimos são normas que determinam que algo deve ser realizado na melhor forma possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existente, possibilita a realização da Justiça, seja em situações de colisões entre regras e princípios ou mesmo de lacunas.

Enfim, o que se busca com o emprego dos princípios no âmbito jurídico é a justiça, distribuindo a cada um o que é seu, de maneira a respeitar a dignidade de todos os homens, que são a razão primeira, bem como o fim do Direito.

REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil: introducción y parte general**. 17 ed. Madrid: EDISOFER s. l., 2006.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica**. México: Fontamara, 1993.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio . **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 11 ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

____. **Teoría general del derecho**. 2 ed. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999.

____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos por Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPÍNDOLA, Ruy Samoel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 6 ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3 ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

ALF, Ross. **Direito e justiça**. 2 ed. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. III. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Princípios de direito e outros estudos**. 1 ed. Belo Horizonte: RTM Ltda, 1997.

[1] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 232.

[2] *Op. cit.*, p. 71.

[3] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 238.

[4] *Op. cit.*, p. 228.

[5] REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 60.

[6] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. III. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 447.

[7] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

[8] BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

[9] *Op. cit.*, p. 159.

[10] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 265.

[11] *Op. cit.*, p. 67.

[12] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 187.

[13] ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica.** México: Fontamara, 1993.

[14] *Op. cit.*, p. 86.

[15] ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica. México: Fontamara, 1993.

[16] DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.

[17] *Op. cit.*, p. 165.

[18] *Op.cit.*, p. 125.

[19] ACQUAVIVA, Marcus Cláudio . **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva.** 11 ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000, p. 777.

[20] MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 25 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, p. 122-123.

[21] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 105.

[22] *Op. cit.*, p. 125-126.

[23] ALF, Ross. **Direito e justiça.** 2 ed. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 313.

[24] *Op. cit.*, p. 127.

[25] *Op. cit.*, p. 1.

[26] *Op. cit.*, p. 129-131.

[27] “Já se alertava, ao tempo da decisão que negou a suspensividade ativa do ato que deferiu a guarda provisória do menor à agravada Maria Eugênia Vieira Martins, que a experiência comum revela conspirar em desfavor do infante a mudança brusca,

por mera liminar, do ambiente em que vive, não raras vezes possibilitando a ocorrência de prejuízos em sua formação psicológica.

A disputa vem travada pelo avô materno e o fundamento central é o do laço de parentesco, mas a palavra final a respeito da tutela só será dada a partir de todos os estudos sociais cabíveis, que verificará o que melhor atenderá aos interesses da criança.

Enquanto isso não ocorrer, ou seja, até que sobrevenha decisão de mérito, não se deve mudar o que, pelo menos até agora, vem se mostrando de continuidade natural, sem a ocorrência de danos ao infante, pelo menos disso não se noticia nos autos.

De sorte que foi prudente e a melhor a decisão do d. decidente singular que concedeu a guarda provisória à Agravada.” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2002.002.00945, Rel. Murilo Andrade de Carvalho, 3ª Câmara Cível, Registrado em 06/09/2002.)

[28] ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6 ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 278.

[29] VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de direito e outros estudos. 1 ed. Belo Horizonte: RTM Ltda, 1997, p. 25.

[30] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 295.

[31] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006p. 28.

[32] ALBALADEJO, Manuel. Derecho civil: introducción y parte general. 17 ed. Madrid: EDISOFER s. l., 2006, p. 103.

[33] NUNES, Rizzato. Manual de introdução ao estudo do direito. 6 ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2005p. 279.

[34] BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. 2 ed. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999, p. 239.

[35] RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 3 ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 237.

[36] *Op. cit.*, p. 112.

[37] *Op. cit.*, p. 295.

[38] *Op. cit.*, p. 29.

[39] *Op. cit.*, p. 29.

[40] *Op. cit.*, p. 160 e 423.

**O JULGAMENTO DISCRICIONÁRIO NA TEORIA DE DWORKIN E A
POLÊMICA COM AS CONCEPÇÕES ATIENZA E ALÉXY**

**THE DISCRETIONARY JUDGMENT IN DWORKIN THEORY AND THE
POLEMICAL WITH ATIENZA AND ALÉXY THEORY**

**Francisco Carlos Duarte
Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

RESUMO

O artigo aborda a teoria da resposta correta de Dworkin, tentando elucidar o que seria um mal entendido com respeito a alguns dos debates sobre o tema. Isto em função de que, são maiores os pontos convergentes entre teorias tais como a de Dworkin, a respeito da resposta jurídica certa, em face de outras teorias de embasamento racional, tais como as defendidas pelas teorias de Atienza e Aléxy, que supostamente seriam contrárias a essa tese.

PALAVRAS-CHAVES: RESPOSTA CORRETA, DIREITO, ARGUMENTAÇÃO, DECISÃO

ABSTRACT

The article approaches the right answer theory of Dworkin, traying to elucidate what could be a misunderstanding about some discussions of this subject. All this considering the fact of more convergence points of view between Dworkin theory of the right answer, and the Atienza and Aléxy theory, apparently would be against this theory.

KEYWORDS: RIGHT ANSWER, LAW, ARGUMENTATION, DECISION.

INTRODUÇÃO

A questão ainda tão polemizada sobre a teoria da resposta correta formulada por Ronald Dworkin, e, portanto, na negação de uma discricionariedade de julgamento, em realidade baseia-se mais em argumentos que, por exclusão, rebatem as críticas contrárias a ela, do que em afirmações taxativas sobre uma única e absoluta resposta racional para cada problema enfrentado pelo direito. Vale dizer, não se trata de defender a possibilidade de afirmações amparadas em alguma fórmula de precisão quase matemática que garanta a existência de uma única decisão certa e inequívoca para cada

caso apreciado à luz do direito e que exclua, liminarmente, qualquer outra opinião divergente ou alternativa .

Com efeito, para levar a um bom termo a sua teoria, Dworkin formula três teses hipotéticas que poderiam desacreditar a sua tese sobre a resposta correta e que afirmariam, em síntese: 1 - a existência de lacunas no âmbito da decisão judicial, seja pelo fato de que há espaços onde opera a validade (fora ou além do binômio jurídico: validade-invalidade) dos atos regidos pelo direito que comportam indeterminações insolúveis; 2 - os próprios termos da lei são imprecisos ou fluidos; 3 - no plano da argumentação jurídica, ambos os lados de uma dada controvérsia teriam argumentos igualmente fortes para provar que é o outro lado que está errado ao ponto desta situação gerar um impasse sem solução.[1]

Consideradas tais teses, como passo seguinte, o autor desconstrói passo a passo essas teses com argumentos, que por vezes recorrem a silogismos lógicos, e por vezes a analogias literárias, sendo que o pano de fundo de todo o desenvolvimento dessa discussão encerra uma severa crítica ao paradigma positivista do direito nos seus fundamentos. É a partir desta crítica que Dworkin, ao tentar demonstrar os pontos fracos do positivismo tradicional, mostra também como sustentar a tese da resposta correta nos termos, a seguir, desenvolvidos.

1 - O MODELO JUSPOSITIVISTA E SUAS LIMITAÇÕES

O modelo *juspositivista* é entendido como reducionista ao tentar encerrar todo o espectro de condutas sociais e individuais dos sujeitos a um código binário positivo-negativo ou mandatório-permissivo, que ao se deparar com questões como as três teses já apontadas, teria que se render, inevitavelmente, ao voluntarismo discricionário do julgador.

Tal concepção positivista ao lidar com tais operadores ou códigos de decisão, pode chegar à clássica fórmula que estabelece que "tudo o que não é proibido está permitido". Para Dworkin, tal proposição somente seria aceitável em casos em que o direito intervém em uma *tábula rasa* como por exemplo, quando são instituídas regras de propriedade por uma comunidade que não possui nenhum modelo (pré-jurídico) de propriedade e não para uma sociedade amparada por um ordenamento jurídico mais evoluído e complexo. Assim é que a referida fórmula positivista:

Não é razoável quando alguma área do Direito desenvolve-se passo a passo em vez de instaurar e depois refinar algum princípio abrangente, como no caso, por exemplo, do desenvolvimento de grandes partes do direito sobre a negligência. Não considero essas breves observações como argumentos eficazes contra uma distinção canônica positiva-negativa (ou mandatória-permissiva), mas apenas como um lembrete das dificuldades que tal distinção deve vencer.[2]

O que parece ser atacado aqui é o espaço vazio ou desprovido de alguma forma de decisão *justa* que uma concepção positivista restritiva contém e que é abandonado, no momento da decisão, a mercê tão somente dos resultados de operações deontológicas baseadas apenas em regras pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, seja por inclusão ou exclusão. Com isto, deixa-se de lado, tanto os *standards* ou padrões (tratados por Dworkin como princípios) advindos do campo da moral coletiva de uma comunidade, quanto as diretrizes de ordem política que fundam essa mesma comunidade pois estes elementos (da moral e da política) são totalmente estranhos a uma concepção de positivismo jurídico clássica ou ortodoxa. Ao contrário disto, para Dworkin, o direito congrega (ou como eles estabelecerá inter-relações), além das regras, diretrizes políticas e princípios morais.

2 – A POSSIBILIDADE DE UMA TEORIA MORAL PREVALENTE

Portanto, para uma concepção de positivismo não ortodoxo, segundo Dworkin, é possível traçar alguns critérios visando determinar se uma dada teoria oferece os melhores elementos jurídicos disponíveis, vale dizer, se oferece a resposta certa em face de outras teorias que se debatam sobre um mesmo caso.

Nesse diapasão, considera que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria estabelece a melhor justificação dos dados jurídicos que sejam apresentados à lide: a dimensão da *adequação* e a dimensão da *moralidade política*.

Para a dimensão da adequação, uma teoria confere melhor justificativa que outra se, *grosso modo*, quem a sustentasse pudesse, em função dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido pelo caso em questão do que alguém que sustentasse a outra teoria.

A segunda dimensão, da moralidade política, estabelece que havendo duas justificativas igualmente boas com relação aos dados jurídicos apresentados, certamente uma delas oferecerá uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral, ou seja, se apreende melhor os direitos que as pessoas têm.

Evidentemente que, ao se tratar de âmbitos tais como os da moral, não há como evitar toda a gama de considerações sobre a relatividade dos valores e Dworkin não é indiferente a isto. Como decorrência desta constatação, o autor não deixa de considerar os argumentos axiológicos absolutamente céticos que sustentarão que nenhuma teoria moral pode ser considerada superior às outras e, então, caso esta tese seja correta, tentar delimitar padrões morais norteadores dos demais, é tarefa fadada ao fracasso.

De outra parte, traz à tona argumentos utilitaristas sobre o tema, baseados na idéia do prazer-dor, sendo que, neste caso, se entenderia simplesmente inacreditável que duas teorias diversas, o suficiente como para demandar decisões diferentes em qualquer caso específico, possam chegar a um mesmo resultado na dimensão da avaliação moral. Em outros termos pode-se dizer que, um utilitarista reconhecerá a possibilidade teórica de

que dois conjuntos diferentes de regras morais tenham exatamente as mesmas conseqüências de prazer-dor a longo prazo, entretanto, esta possibilidade se revelaria tão remota ao ponto de que, na prática, poderia ser totalmente desconsiderada.

Ante tais argumentos, Dworkin aduz uma outra teoria da moralidade política (que em realidade é a sua própria teoria da integridade) baseada nos direitos individuais e que tenha como fundamento a idéia de um suposto direito *absoluto* dos indivíduos de serem tratados com equidade. Esta reivindicação se traduz na conhecida fórmula esposada por Dworkin de que cada um deve ser tratado *com igual consideração e respeito* e neste ponto a questão da relativização de concepções sobre o que seja uma igual consideração e respeito deixa de ter um caráter absoluto, pois este o é apenas quanto à observância de tal axioma. Isto significa que se admite que existirão concepções diferentes sobre o que seja tratar a cada um com igual consideração e respeito mas desde que se parta desse princípio como uma espécie de idéia reguladora indispensável.

Este, então, revela-se como sendo ponto crucial da questão: dificilmente se perceberá como alguém poderia aceitar a idéia geral da teoria da igual consideração e respeito e, ao mesmo tempo, sustentar que tem dúvidas quanto à qual a melhor concepção sobre equidade. E aqui se poderia acrescentar que, para Dworkin, levar o direito a sério é assumir, perante questões que por ele devam ser tratadas, um posicionamento específico e claro dentro do instrumental teórico que um direito que transita pelo campo moral e político pode hoje oferecer. E isto assim deve ser, ao invés de entender que, dentro de uma complexa pluralidade de opções, qualquer uma delas e, portanto, nenhuma, é a decisão certa. Esta última justificativa certamente se situa no campo das teorias puramente decisionistas, como as que derivam do realismo jurídico, que encaram o direito como um instrumento essencialmente de exercício de um certo poder político, provido de fatores, no máximo, razoáveis, antes do que providos de qualquer elemento de racionalidade.

3 - O SENTIDO ADEQUADO DE “RESPOSTA CORRETA” SEGUNDO DWORKIN

Pelo que se observa, então, ao contrário de outras teorias que identificam no direito um mecanismo redutor de complexidade,^[3] para Dworkin, quanto maior a sofisticação do direito e, portanto, da própria sociedade, mais provável se torna uma efetiva (e legítima) capacidade de resposta do sistema jurídico às demandas sociais, mesmo que a discussão sobre qual a melhor resposta se mantenha em aberto.

Corroborando isto, Dworkin menciona especificamente os casos dos Estados Unidos e da Grã Bretanha^[4] como exemplos de sistemas jurídicos onde seria extremamente raro verificar casos concretos a serem apreciados pelo direito sem nenhuma possibilidade de resposta sob uma base de convicção certa. Isto ocorreria, entre outras razões, devido à maturidade institucional e arraigado senso social de debate de direitos que tais países já teriam alcançado. A esse respeito, o autor reconhece que tais sociedades, centradas nos direitos como ideal político, estariam tendentes a pagar um preço na sua eficiência como sociedade e no espírito comunitário pois ele tenderia a deformar-se com uma excessiva preocupação com o direito, entretanto:

(...) essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido. Não pode prometer-lhe que a decisão o agradará ou mesmo que estará certa. Mas isso não é necessário para tornar valiosos a promessa e o senso de justiça que ela cria.[5]

É precisamente aqui se desvela o ponto nodal da tese da resposta correta que pode dissipar alguns desentendimentos. Para Dworkin, duas teorias ou teses jurídicas diferentes, a elucidar um caso, podem sim fornecer justificativas equivalentes mas isto se revelaria muito mais provável em sistemas jurídicos menos avançados, com poucas regras jurídicas ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um aspecto limitado da conduta dos seus integrantes. Ao contrário disto, em sistemas jurídicos avançados e de considerável complexidade, a carência de uma resposta certa seria um dado quase exótico.

Entende-se aqui que o aspecto polêmico que mais se manifesta em muitas críticas à tese da resposta correta formulada por Dworkin, é justamente quanto ao fato de que em sociedades multiculturalistas como as de hoje, onde a força da tradição dos seus valores fundantes torna-se cada vez mais enfraquecido e as disputas político-corporativas mais disseminadas, a própria concepção de um direito hegemônico, de respostas unívocas, tornar-se-ia altamente problemática.

Mas o detalhe nesta controvérsia é o de que Dworkin não nega (e em nenhum momento de suas obras o fez) que no contexto de um sistema complexo os juristas discutam e discordem sobre qual tese melhor responde às questões de direito apresentadas, desde que existam teses e convicções a se apresentar. Ao que sim se opõe é à falta de resposta que possa existir para um determinado problema a ser equacionado pelo direito que possa servir de móvel ou escusa para decisões puramente discricionárias o que, no caso do debate com Hart,[6] ocorreria porque, segundo Dworkin, este jurista considerava o direito como conjunto apenas de regras, subestimando o papel dos princípios morais e diretrizes políticas a auxiliar o julgador em um caso difícil onde as regras fossem insuficientes. E neste caso, deve-se entender que o auxílio dos princípios e diretrizes se dá em termos de fornecer, ao intérprete julgador, um maior suporte e carga argumentativa de convicções a fundamentar uma decisão e não em fórmulas de precisão matemática a decidir de forma absolutamente excludente a questão.

Portanto, a tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimidas no campo do direito, combate, isto sim, o vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador à falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto. Sendo assim, as teses que sustentam uma crítica à chamada tese da resposta correta, ao embasar seus ataques na suposta idéia de uma concepção de uma só e inequívoca forma correta de decidir juridicamente um caso, partem de uma

premissa incorreta, sendo que, o que mais parece verificar-se nesses debates (ao menos entre as teorias que não compartilham um ceticismo quanto à possibilidade de um padrão de decisão racional para o Direito) é uma convergência de opiniões diluída em um mal entendido quanto ao real sentido de uma decisão juridicamente certa. A propósito desta questão, pode-se observar, resumidamente, o que pensam a este respeito, alguns dos representantes de algumas das novas concepções analíticas do Direito, tais como Manuel Atienza e Robert Aléxy.

4 – A TEORIA DA RESPOSTA CORRETA NO ÂMBITO DAS NOVAS TEORIAS ANALÍTICAS DO DIREITO

Retomando-se este tema por outro viés que de certa maneira converge com o anterior, Atienza, interpretando a tese polêmica de Dworkin, afirma que a questão decisiva, no que se refere ao problema da resposta certa, é o que os respectivos participantes de um discurso jurídico, caso pretendam que suas afirmações e fundamentações tenham um sentido pleno, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que a sua resposta é a única certa. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como idéia reguladora. A idéia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta. Só pressupõe que, em alguns casos, pode-se dar uma única resposta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta.[7] Pelo que pode-se depreender desta digressão, o jurista espanhol sustenta a mesma tese de Dworkin, esposada, talvez, com argumentos mais objetivos sobre a questão, vale dizer, focando a ênfase do argumento da resposta correta na convicção do intérprete julgador, o que pressupõe, evidentemente, todo um instrumental de “peças”[8] do direito suficientemente apto para sustentar tal idéia reguladora.

Já, para Aléxy, o fato de que a argumentação jurídica possa ocorrer segundo regras, condições e padrões especiais, mas sempre permanecendo dependente da argumentação prática geral - pois o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral segundo ele - significa que, a despeito da fraqueza do discurso prático geral ser mitigada no maior grau possível pelo discurso jurídico, a eliminação total das incertezas e lacunas é impossível.

Por essa razão, Aléxy afirma que, para quem desejar aceitar uma teoria da argumentação jurídica racional como um procedimento que confira certeza absoluta de resultados, tal pessoa não poderia aceitar a sua teoria, precisamente por essa razão. E mais, segundo ele, nenhum procedimento argumentativo que garanta tal certeza de resultados encontra-se à vista no âmbito das teorias vigentes. Isto significa que, qualquer pessoa que entenda a racionalidade, neste âmbito de aplicação, como sinônimo de certeza absoluta nos padrões de decisão jurídica, terá de renunciar à idéia de uma teoria de argumentação jurídica racional.[9]

Some-se a isto o argumento de que tal padrão de identificação - racionalidade como sinônimo de certeza absoluta sobre um dado juízo - até mesmo nas ciências ditas “exatas” ou naturais, muitas vezes sustentadas como paradigmas de ciências autênticas,

se mostra insuficiente ou incapaz de atingir certezas conclusivas. Entretanto, o fato de tal certeza ser inatingível na sua plenitude não pode, por si mesmo, ser razão suficiente para negar o caráter científico da teoria jurídica (ou jurisprudência) ou a natureza da sua empreitada como atividade racional

Aléxy também assinala que a pretensão de correção que se propõe no discurso jurídico é uma pretensão não só *limitada*, no sentido de que se efetua sob as exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes, como também *relativa* aos participantes do discurso, e fundamentalmente, a um determinado momento temporal

Mas essas dificuldades ou limitações, na sua opinião, não desacreditam em absoluto a teoria do discurso. Em primeiro lugar, porque o fato de respostas diferentes serem possíveis discursivamente não significa que *todas elas* sejam possíveis e, por outro lado, sustentar a tese de que há uma única resposta correta revela-se, a seu ver, como um equívoco. E aqui também há de se observar que em realidade não se poderia entender esta afirmação como um ataque à tese de Dworkin da "resposta correta", se é que a tese deste último foi devidamente compreendida. Com efeito, mesmo que assim seja, conforme se elucidou no item anterior, o que o jurista norte-americano combate é a indeterminação ou vazio de resposta jurídica a ser dada e não uma pluralidade de respostas que possam ser discutidas.

Em segundo lugar a relativização com relação aos participantes não é apenas um inconveniente. Toda discussão tem de ter um ponto de partida. Esse ponto de partida consiste nas convicções normativas dos participantes faticamente existentes. E na teoria do discurso cada convicção normativamente relevante é passível de tornar-se uma modificação argumentativa baseada numa argumentação racional. Nesse âmbito, até mesmo os valores últimos dos participantes do discurso são também objeto de uma discussão racional e podem ser modificados pragmaticamente no desenvolvimento do discurso.

A propósito de tais mutabilidades discursivas, Alexy afirma que o fato de os resultados serem passíveis de modificação ao longo do tempo, este dado pode ser, inclusive, considerado uma vantagem, pois isso permite eliminar deficiências existentes num momento temporal anterior. E, embora o procedimento não possa, na maioria dos casos, ser realizado na prática, ao menos no seu nível ideal, é cabível a possibilidade de que quem se formula a pergunta o realize hipoteticamente.

Deve-se frisar que tal modelo de Direito apresentado em três níveis, na concepção de Aléxy (o das regras, o dos princípios e o dos procedimentos), não permite alcançar sempre uma única resposta correta para cada caso, o que, considerando um devido esclarecimento sobre a tese da resposta certa, torna indevida ou inócua uma crítica de tal jaez endereçada a Dworkin. Mas, de outra parte, deve-se frisar que qualquer uma destas teorias certamente conferem um acentuado grau de racionalidade prática ao direito e são também um modelo de racionalidade incorporado nos sistemas jurídicos contemporâneos e, em particular, sob a égide de um Estado Democrático e constitucional do qual dependem, evidentemente, para garantir institucionalmente os espaços de debates sobre direitos e a construção de consensos sobre decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se pode observar de todas estas teorias que se debruçam sobre um padrão de argumentação e decisão a embasar uma dada resposta juridicamente adequada, o embasamento político necessário para conferir viabilidade à formação de consensos discursivos na solução de problemas que envolvem direitos, somente pode atingir seu intento a partir de uma teoria geral do Estado e do Direito de perfil eminentemente democrático. Uma teoria tal ,teria de ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico, nos termos propostos por Aléxy: *o sistema jurídico como sistema de procedimentos*, o qual se compõe dos procedimentos como o discurso prático geral, a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial; e o *sistema jurídico como sistema de normas*, o qual deve mostrar que o Direito, como sistema de normas, é composto na só por regras, como também por princípios portadores de valores explicitados muitas vezes, de maneira difusa.

Com efeito, no contexto do Estado Democrático de Direito, as normas e diretrizes da política estatal encontram-se permeadas – notadamente no âmbito constitucional - por conceitos jurídicos indeterminados, tais como liberdade; igualdade; justiça social ou interesse público, de acentuado conteúdo axiológico, os quais terminam por gerar um padrão de decisões judiciais, quando do conflito de interesses gerados pela entrada em cena de tais padrões valorativos, baseado na ponderação desses mesmos valores conflitantes, configurando-se eles, normativamente, sob a forma de princípios constitucionais em colisão, no caso de propostas tais como as de Aléxy.

Isso, entretanto, não invalida a existência de regras (leis em sentido estrito) as quais, sob a sua dimensão de generalidade, asseguram a igualdade perante a lei com certo distanciamento de contextos mutáveis, sendo que a eles soma-se um grau de abstração, que acaba conduzindo a um princípio geral segundo o qual, toda situação envolvendo condições de igualdade deve ter tratamento igual e toda situação envolvendo condições diferenciadas deve ter tratamento diferenciado[10].

No que diz respeito ao tratamento jurídico dos princípios constitucionais, mereceram eles, ante o problema já exposto, um tratamento específico no âmbito da principiologia onde diversos autores (e aqui se destacaram Aléxy[11] e Atienza) tratam do tema, tendo como afinidade o desenvolvimento de um padrão de ponderação e aplicação de tais princípios, permeados de valores como já se enfatizou, que não comprometa o nível de racionalidade formal do direito. Entretanto, também se constata teorias que simplesmente negam a relevância de uma diferenciação estrutural entre regras e princípios como sendo relevante para solucionar questões de direito, substituindo o padrão da ponderação principiológica, pelo modelo da coerência e imparcialidade discursiva, válido, tanto para regras como para princípios, como é o caso da teoria da adequação normativa de Klaus Günther[12], ou mesmo as concepções que negam relevância a princípios (sendo que a constatação da existência de regras ou princípios somente ocorreria após um processo de interpretação e decisão), tais como defende Letícia Gianformaggio[13], entretanto, tais temas de discussão remetem-se a outra, e igualmente densa, seara de análise, alheia aos propósitos deste estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALÉXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Rio de Janeiro: Landy. 2001

ALÉXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002

ATIENZA, Manuel, **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, McCormick, Aléxy e outros. Rio de Janeiro: Landy. 2002

ATIENZA, Manuel, RUIZ, Juan. **Las Piezas del Derecho**. Teoría de los enunciados jurídicos. 2º edición. Barcelona: Ariel. 2004

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2000

_____. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel. 5º reimpresión. 2002

GIANFORMAGGIO, Letizia. **Studi sulla giustificazione giurídica**. Torino: G. Giapichelli. 1986

GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. volI. 1997

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1972

LUHMANN, Niklas. **Sociología do Direito**. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1985. Coleção Estudos Alemães

[1] Conferir essas teses bem como toda a argumentação em favor da resposta correta em: DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2000, págs. 175-216.

[2] Idem, p. 198.

[3] Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociología do Direito**. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1985. Coleção Estudos Alemães.

[4] Nesta altura da sua análise, que ocorre no início da sua obra, o autor se refere aos modelos britânico e norteamericano, discutindo o papel social do direito em cada um deles e apontando algumas diferenças quanto à influência política no direito, explorando

certas críticas ao modelo britânico, mas tais divergências não afetam o ponto que se está explicitando. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 5-39.

[5] *Ib*, p. 38

[6] Cf. HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1972, e o prólogo de Albert Calsamiglia da edição espanhola da obra: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel. 5º reimpresión. 2002

[7] ATIENZA, Manuel, **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, McCormick, Aléxy e outros. Rio de Janeiro: Landy. 2002 . P. 263-268.

[8] Cf. também a obra ATIENZA, Manuel, RUIZ, Juan. **Las Piezas del Derecho**. Teoria de los enunciados jurídicos. 2º edición. Barcelona: Ariel. 2004, onde os autores fornecem uma classificação, tipologia e parâmetros de aplicação normativa suficientemente ampla como para abranger problemas complexos enfrentados pelo direito atual.

[9] ALÉXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Rio de Janeiro: Landy. 2001, p. 272.

[10] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. volII. 1997. P. 200 e ss.

[11] Cf. ALÉXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

[12] Cf. GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993. P. 319 e ss.

[13] Cf. GIANFORMAGGIO, Letizia. **Studi sulla giustificazione giurídica**. Torino: G. Giapichelli. 1986, p 93 e ss.

A VALIDADE HERMENÊUTICA DAS CONVICÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO: OS FUNDAMENTOS POSSÍVEIS EM GADAMER E DWORKIN.

THE HERMENEUTIC VALIDITY OF CONVICTIONS FOR A CONSTRUCTIVE INTERPRETATION OF LAW: THE POSSIBLE FOUNDATIONS IN GADAMER AND DWORKIN.

João Henrique Vasconcelos Arouck

RESUMO

A comunicação coloca sob discussão algumas repercussões da atitude interpretativa de Dworkin enquanto autêntica filosofia do direito através dos elementos hermenêutico-filosóficos que traz em seu cerne a partir da obra de Gadamer. O problema inicial refere-se à efetuação hermenêutica disposta no processo decisório do direito a partir da interpretação de sua prática social. Fala-se depois, neste mesmo esteio, sobre a inevitável dimensão moral da hermenêutica a partir de efetuações baseadas em um sistema legítimo de convicções a serem defendidas e assumidas pelos intérpretes. Propõe-se aqui a possibilidade de que a dimensão moral da interpretação possa se constituir em uma via autêntica para a produção de exercícios hermenêuticos aptos a contribuir para o processo permanente de justificação e fundamentação correta da positividade do direito a partir de sua imanência hermenêutico-filosófica e no desenvolvimento da idéia de interpretação construtiva proposta por Dworkin. Discute-se em seguida; de maneira breve e conclusiva, a questão da eficácia das normas abstratas a partir deste referencial teórico. Trabalha-se na hipótese de que as aporias decorrentes do raciocínio sobre a eficácia das normas se encontra na configuração metafísica de alguns aspectos do conhecimento jurídico no afastamento que lega ao intérprete às questões morais do direito e à necessidade permanente de justificar sua positividade através de práticas interpretativas situadas.

PALAVRAS-CHAVES: INTERPRETAÇÃO; CONVICÇÃO; MORALIDADE.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the positive repercussions of Dworkin theory of interpretation as an authentic philosophy of law in its universality by the gadamerian hermeneutic influences. The production and interpretation of Law as a complex process is the central point of analysis taking under consideration the interpretation possibilities leaded by historical and unified ethical convictions assumed by interpreters. This is considered one of the possible ways to treat immediate judicial problems by the event of interpretation and, of course, through the coercive instrumentality of law practice disposed to be legitimated by its interpreters in the processes of moral engagement. In spite of these hypothetical possibilities one problem must be faced: the hermeneutic

process to produce law decisions and discourses is accompanied by inherent logical problems that have no clear solution. That problem is hypothetically linked to the metaphysical interface that informs part of law's knowledge mostly in the theoretical concerning about law's efficacy. A consequence of it can be observed on the improper separation of law's knowledge from the most immediate problems of human life and from the permanent need to justify law's coercive essence by good or attractive interpretations. On the enfacement of all these problems a moral engagement, leaded by true personal convictions, is defended as way to suspend or even to trespass those logical irresolutions in the hermeneutic happening of law.

KEYWORDS: INTERPRETATION; CONVICTION; MORALITY.

1. Introdução

A atitude interpretativa, no modo prático da interpretação construtiva, pretende ser abordada nesta comunicação como uma via autêntica para exercícios que privilegiem os inevitáveis conteúdos morais fundamentadores de toda a construção prática do direito levando-se em conta seu constante aprimoramento hermenêutico e sua exteriorização produtiva na forma de decisões. Dá-se primazia nem tanto a um comentário estruturado de uma das obras fundamentais de Dworkin – o *Império do Direito* – mas sim à sua conjugação necessária com os horizontes hermenêutico-filosóficos propostos por Gadamer na *Verdade e Método* e propriamente referido como uma das fontes mais originais do que se concebe por atitude interpretativa e por interpretação construtiva do direito.

As confluências do modelo interpretativo do direito com toda a estrutura conceitual da hermenêutica filosófica são priorizadas para que se aborde adequadamente uma das questões fundamentais da hermenêutica jurídica: sua *dimensão moral* obliterada, em sua real importância, pela antiga idéia de cânones metódicos dispostos a certificar a correta interpretação para que, após a configuração *apriorística* do conteúdo semântico da norma, se faça a futura aplicação da norma interpretada ao caso concreto. Não obstante a isto, sabe-se que uma das repercussões mais incisivas da obra de Gadamer foi justamente a de traçar a compreensão hermenêutica não naquilo que ela *deve ser*^[1] – como problema teórico a ser solucionado pela idéia de método; bem à moda do objetivismo de E. Betti, por exemplo – mas sim naquilo que ela mesmo *é* – enquanto um modo de ser da compreensão humana vislumbrada em sua movimentação espiritual no esteio definido de uma tradição da própria compreensão.

Em um quadro de amplas possibilidades, a hermenêutica jurídica se torna um caso paradigmático porque além de agregar os elementos tradicionais das *ciências do espírito* (*geisteswissenschaften*), naquilo que trazem enquanto experiência do pensamento em seu acontecimento espiritual; condiciona-se, com mesma força, ao fato inescusável da positividade, quer dizer, para a hermenêutica jurídica, o direito existe fenomenalmente como norma abstrata, mas só passa a ganhar concreção a partir da tensão determinada pelos anseios e inclinações, muitas vezes opostas, do ego daquele que interpreta e diz o direito.

Estes novos aportes teóricos servem para que se possa analisar melhor um problema comum das teorias hermenêuticas de ordem objetivista: a positividade inafastável e indispensável da norma abstrata na tradição ontológica da idéia de lei – principalmente da lei escrita – pode ser considerada como um dos fatores determinantes da configuração metafísica de parte do discurso jurídico a partir da metodologia dos cânones hermenêuticos. Isto se explica basicamente pelo elemento coercivo da norma e, em uma acepção mais estrita, pela boa fé de juristas não dispostos a promover discursos que neguem a positividade das normas jurídicas abstratas. A questão ganha mais relevo quando se supõe que a configuração metafísica do discurso jurídico a partir da metódica por cânones é uma das causas virtuais do afastamento da prática do direito de seus problemas concretos; a serem resolvidos em seu acontecimento prático e não apenas pelo *a priori* da teoria. Podemos concluir disto que tanto os problemas quanto as possibilidades positivas que se abrem ao conhecimento do direito na contemporaneidade estão, em grande parte, voltados para a questão hermenêutica: a experiência do direito é acima de tudo uma questão de interpretação; ainda mais quando o abordamos no modo de sua prática social.

Para além de modelos interpretativos voltados apenas para casos difíceis; a interpretação da prática do direito a partir do reconhecimento do âmbito moral que a envolve torna-se uma hipótese para a resolução de problemas não mais dificultados por impasses lógicos (aporias) assumidos pelo intérprete na boa fé de conformar-se à vigência da norma abstrata e ao império coercivo da lei para torná-la “materialmente” eficaz. Na negação das aporias a partir do reconhecimento da validade hermenêutica das convicções morais acredita-se que o exercício da interpretação possa se expandir para temáticas necessárias através da aceitação de toda a moralidade – como um *ethos* temporalizado e correspondente a um fundo comum de princípios – imanente à atitude interpretativa que transporia, neste sentido, as separações estanques entre o direito e os conteúdos éticos e políticos.

As aporias decorrentes da busca pela eficácia material; pelo *dever ser* da norma abstrata, se entremeiam no discurso jurídico a partir de certos pontos de partida dos quais o intérprete toma como igualmente válidos para então promover seu discurso justificando de maneira lógica suas interpretações que, nesta perspectiva, são concebidas como um resultado neutro e operacional de métodos conscientemente assumidos. Desenvolvendo estes pontos de partida, os caminhos aporéticos, como impasses lógicos, tornam-se fatores graduais de obscurecimento das significações morais imanes e necessárias para a legitimação da positividade através da interpretação, já que sempre trazem e retornam consigo questões metafísicas de difícil resolução.

A discussão sobre a validade de convicções morais a serem inferidas, assumidas e afirmadas nos processos e matizes do fenômeno geral da interpretação se liga também ao argumento de que é possível reconstruir por processos interpretativos os elementos mais significativos da tradição de reivindicação ética efetuada no decorrer historicizado da prática social do direito. Os elementos legítimos desta experiência temporal – pelo que foi legislado, declarado ou decidido – são teoricamente passíveis de serem reconstruídos hermeneuticamente em novas práticas para que possam então legitimar aquilo que está atualmente posto como norma abstrata e positividade contingente. A reconstrução, como cerne da interpretação construtiva, vincula-se ao processo de reapropriação hermenêutica a ser realizado pelo intérprete mediante a autenticidade de um modelo compreensivo apto à conservação temporal do que se considera legítimo no

viés dos significados dispostos *pela* e *na* tradição e, da mesma forma, por convicções moralizadas representativas daquela mesma tradição ética disposta no tempo enquanto fundamento da ontologia do direito, ou seja, como sua razão de ser na forma de um manual existencial em prol de valores humanos reconhecidos e assumidos por seus intérpretes já que legítimos e adequados ao tempo. Defende-se, com estas premissas, que através da efetuação hermenêutica o processo decisional possa ganhar novas possibilidades em sua função de atualizar a experiência do direito perante questões imediatas e vinculadas ao que é coletivamente considerado como os valores legitimadores de sua positividade.

Desta maneira, o modo de articulação entre os conceitos de interpretação defendidos por Dworkin a partir dos elementos hermenêutico-filosóficos de Gadamer, não se pautará em descrições esquemáticas desta convergência, mas sim a partir daquilo que oferecem enquanto um aporte resolutivo para problemas teóricos do direito. O tema das aporias na questão da eficácia é conclusivamente escolhido por representar panoramicamente a consciência metafísica que configura parte relevante do conhecimento jurídico em sua determinação no cerne do processo decisional. Acredita-se que esta abordagem coaduna-se mesmo com aquilo que a atitude interpretativa e a própria hermenêutica filosófica trazem em prol de novos modos e matizes de experiência no acontecer da vivência cultural do direito.

2. Moral, Hermenêutica e as Aporias do direito.

A dimensão moral pode ser desde já compreendida como aquilo que *resta* de positivo e agregável para o contínuo tradicional da interpretação do direito quando comparada às aporias irresolúveis encadeadas na estruturação argumentativa dos discursos jurídicos ainda vislumbrados como um *a posteriori* de uma interpretação anteriormente realizada. Por aquilo que *resta* entenda-se tudo o que pode ser *reapropriado* e reconsiderado de modo construtivo quando posteriormente, ao se interpretar os textos fundamentais do direito em outra época ou, de maneira ampla, a sua própria prática social, sejam levados em consideração os fundamentos morais que emergem da experiência hermenêutica dos intérpretes e que se encontram vinculados - não apenas de forma semântica - a todo rol de reivindicações éticas que tornam o direito como uma prática coesa e passível de ser justificada em prol de sua legitimidade no intermédio de casos concretos. No âmbito particular do discurso teórico e doutrinário, a valência hermenêutica dos conteúdos morais assumidos no acontecer da interpretação já pode ser desde já vislumbrada como a sobrepujança maior em relação à importância legada aos problemas aporéticos decorrentes da dualidade metafísica quando, por exemplo, o intérprete procura, ele mesmo, resolver definitivamente a questão da eficácia da norma abstrata através da epistemologia do normativismo.

De outro modo, a moralidade assumida como um dos aspectos da efetuação hermenêutica realizada pelo intérprete e exteriorizada nos discursos que produz - especificamente no discurso doutrinário e das decisões judiciais - passa a ser uma agregação produtiva para a tarefa hermenêutica de outros intérpretes na medida em que, quando posteriormente reapropriada no decorrer experiência incessante do direito, os

conteúdos da moralidade passam a legar aos intérpretes da prática jurídica os fundamentos concretos e não mais metafísicos para a sua atualização ontológica. Este processo vincula-se não apenas às necessidades urgentes ou mundanas que o direito, enquanto vivência deve abarcar e assumir, mas, fundamentalmente, à necessidade de sua própria legitimação ou razão de ser no esteio do consenso temporal dos destinatários.

Dworkin, ao delinear a estrutura encadeada do direito na apresentação da teoria da Integridade[2], anteviu muito bem este contínuo temporal de reapropriação hermenêutica a partir da moralidade como o processo mais apto a legitimar a prática jurídica e correspondê-la ao estatuto ontológico que subjaz ao direito enquanto fenômeno de natureza ética, mas que, ainda assim; configura-se como inseparável da coercividade das decisões legislativas contingentes; estas que, ao mesmo tempo em que garantem a manualidade existencial do direito; o torna, de outro modo, suscetível de deslegitimação no acontecer de sua própria prática. A circularidade deste processo é muito bem ilustrada na conhecida alegoria do *romance em cadeia* onde partes coerentemente ordenadas passam a constituir uma rede concatenada de fundamentos morais. Como observado, as dimensões morais que emergem do processo interpretativo individual e coletivo podem ser consideradas como o conteúdo de significação que se agrega e *se permanece* sucessivamente na linearidade prática do (s) direito (s) no tempo. Daí ressaltar-se seu caráter como rendimento e resultado[3] que ganha duração na prática dos seus intérpretes, quer dizer, é o conteúdo que resta – é o argumento capaz de ser continuamente reapropriado na continuidade (ou integridade) histórica do direito tornando-se assim capaz de fundamentá-lo e legitimá-lo; justificando-o para além de qualquer engenhosidade lingüística e metafísica.

Ao conformar a teoria da Integridade no *Império do Direito*, Dworkin faz referências constantes ao que poderíamos interpretar como a inescusabilidade de todo um sistema de convicções morais que legam a validade própria da interpretação jurídica, que se constituem, ainda, como os pontos de referências maiores do processo hermenêutico; sendo, desta maneira, o nicho de legitimação da dignidade do jurista quando efetua a interpretação do direito em seus âmbitos mais práticos. Como já ressaltado, é na incidência de todas as convicções pautadas na questão de princípio – o jurista se confunde com um homem de princípios e convicções mais do que um especialista em promover subsunções e articular a semântica dos textos jurídicos – que o problema permanente de como legitimar a força coerciva do direito em decisões que afetam a vida de uma comunidade pode encontrar um lugar apropriado para resolver-se no consenso dos que experienciam a prática do direito.

Não obstante, desde já se faz necessário pôr em relevo um ponto problemático da dimensão moral da hermenêutica: as indefinições sobre o que realmente significa a moralidade e sobre a sua real capacidade para legitimar o direito e para justificá-lo na melhor interpretação apresentada por um sujeito. Não há uma definição semântica fechada do que seja a moralidade no decorrer do *Império do Direito*; sabe-se ainda que a moralidade constitui-se em um problema histórico da filosofia[4] não estando completamente resolvida mesmo quando vinculada aos significados usados para definir a Ética. Veja-se, ainda, que no delineamento da hermenêutica filosófica[5]; o problema é abordado por Gadamer no viés da filosofia prática; da *phrónesis* aristotélica – como na filosofia prática do *Nicômaco* – e nem tanto pela tradição daqueles que buscam definir a moralidade de modo completo e suficiente. Em prol dos argumentos aqui defendidos,

parte-se do ponto de vista da Ética como a disciplina da moral estando a moralidade, por conseguinte, imersa no magma dos valores e daquilo que os intérpretes tem para si como convicção; como questão de princípio. À primeira vista, então, não seria errôneo afirmar que o sentido da moralidade dado por Dworkin em uma de suas obras principais possui também esta textura aberta e se liga fundamentalmente com a questão de princípio – ou seja, àquilo que, historicamente provado, passa a fundamentar e legitimar o direito na linha temporal de sua experiência histórica refletida na vivência de cada intérprete.

De qualquer forma, levando-se em consideração estas premissas, é preciso assumir a dimensão moral da hermenêutica como uma imanência e uma precedência do próprio processo da interpretação – é somente desta maneira que a questão se constitui em problema da teoria já que é inegável o fato de que mesmo com toda a estruturação lingüística e com os entremeados formais do conhecimento e da hermenêutica jurídica tradicional, os intérpretes, quando autenticamente interpelados, ainda decidem mais por convicções do que pela metodologia da ciência jurídica estritamente considerada – tal é o aspecto inegável disposto pelo problema da dimensão moral ainda obliterado *como e na* questão hermenêutica.

No enfrentamento das aporias que surgem no processo interpretativo e na exteriorização dos argumentos do discurso; a dimensão moral da hermenêutica deve ser interpelada tanto pela alegoria do romance em cadeia quanto pela idéia de círculo hermenêutico na forma delineada por Gadamer. Como já observado, o tema das aporias serve justamente para denotar o quanto os novos aportes da interpretação construtiva (Dworkin) e da hermenêutica filosófica (Gadamer) podem legar em novos horizontes para um processo permanente de legitimação principiológica do direito para além de seus problemas metafísicos irresolúveis decorrentes de toda sua interface metodológica e conceitual ainda preconcebida na atuação de muitos intérpretes[6].

Assim, as aporias, por sempre se voltarem a si próprias, mesmo que a partir de parâmetros variados, dificultam ao intérprete *situar* o discurso jurídico em função da necessidade de sua atualização ontológica a partir dos problemas de determinada época. Este processo de atualização daquilo que o direito *é* em seu acontecimento prático atual – assim como no exemplo da interpretação da cortesia no capítulo segundo do *Império*[7] – se entremeia com a urgência inescusável de legitimá-lo perante os viventes de sua prática. As aporias na dificuldade que apresentam em sua difícil resolução excluem o intérprete daquilo que o direito como cultura oferece para melhoramentos gerais *na e para* a vivência epocal. Dessa maneira, o sistema de convicções, âmbito permanente da hermenêutica jurídica naquilo que ela realmente é, ou seja, em sua determinação específica; se plenamente esclarecido em sua imanência, podem oferecer aportes mais adequados para este processo de atualização ontológica e legitimação perante a comunidade.

Como dito, a alegoria do romance em cadeia está vinculada ao que Dworkin propõe na estruturação da teoria do direito como integridade. A premissa de entrever-se o direito enquanto política em constante aperfeiçoamento e desenvolvimento temporal (coerência de princípio horizontal e vertical); torna possível ao intérprete perceber a natureza encadeada do fenômeno, justificando as declarações jurídicas do passado em sua adaptação necessária no presente. Não se trata de repetir o conteúdo moral do passado – como numa apropriação formal de convicções passadas defendidas por outros – mas

sim de encontrar na linha temporal longínqua; os fundamentos necessários para defender o que se defende hoje, readaptando-os em prol da coerência do direito enquanto uma vivência unívoca refletida na vida de seus intérpretes mais atuais; ou seja, como na integridade de um romance bem conformado em suas partes distintas, mas que, ao final, se conformam na sua univocidade imanente.

A consideração do encadeamento tem muito a oferecer ao intérprete na medida em que reforça a dignidade de seu exercício hermenêutico; as convicções dão força àquilo que o intérprete se sente compelido; relega as dificuldades lógicas da aporia a um segundo plano já que a substancialidade daquilo em que se realmente acredita promove a força do direito em se realizar como um existenciário; qual uma manualidade situada em prol da vida do homem. Evidentemente, as convicções, a dimensão moral da hermenêutica, não são inventadas, quer dizer, não são criações livres do intelecto, não são nem um pouco idiossincráticas e singulares na medida em que em sendo assim perderão toda a sua capacidade enquanto fundamento ou mesmo como mero argumento de persuasão em prol do processo de legitimação do direito pelo intérprete. A questão de princípio, muito trabalhada por Dworkin também em outras obras[8]; é o que torna qualquer convicção de um intérprete como algo do mundo; como ligado a uma situação mundana e existencial.

Sabe-se que um dos eixos centrais desse discurso seria o da ambição em prol de uma comunidade de princípios. Ao defender a teoria da integridade, Dworkin não hesita em afirmar que “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça; a equidade e o devido processo legal adjetivo”.^[9] Na amplitude que representa o princípio, seria mais útil que não sejam considerados como outra tipologia de norma diante do tipo da regra. Mesmo que possa ser abordado também desta maneira; mais interessante seria entrevê-lo como a ordenação valorativa capaz de legitimar a legislação, a jurisprudência e o próprio discurso doutrinário. Aquilo conhecido como uma questão de princípio (*o matter of principle*) é o que torna a convicção possível de ser defendida e aceita no consenso não apenas conciliatório dos intérpretes de um tribunal, mas também no de uma comunidade inteira. Em vista disso, é mais apropriado ao intérprete fundamentar uma proposição no cerne de sua efetuação hermenêutica a partir da questão de princípio do que por apelos logicistas próprios das entremeações da via aporética.

Portanto, caberia mais dizer: *decido assim porque sou um homem de princípios e assumo o risco de defender o que defendo em uma contenda com meus pares* – do que afirmar: *decido assim porque algumas operações lógicas me impeliram e me convenceram para tanto a despeito de minhas convicções*. Na primeira hipótese a dimensão moral favorece a discussão porque não idiossincrática já que as convicções autênticas, não falseadas, ligam-se a princípios comunitários. Na segunda hipótese a articulação feita pelo intérprete fecha o debate na autoridade daquilo que o sujeito presume ser um desfecho de sua própria inteligência vinculada à universalidade metafísica do discurso representativo do direito – presume-se erroneamente que todos pensam desta mesma maneira. Na dimensão moral a discussão é sempre possível porque situada no esteio de um fundo compartilhado de aferições e opiniões. A segunda hipótese também é insuficiente na medida em que mesmo a partir de articulações lógicas, a decisão sempre se reveste da convicção – o senso moral é, assim, o lugar comum do debate jurídico.

Não obstante, é preciso admitir que a estruturação lógico-formal da experiência jurídica tem seu grau de valia para um manejo cada vez mais sofisticado do processo decisório e mesmo na questão de como legitimar, justificar e fundamentar decisões que dizem direitos e o próprio direito em sua totalidade enquanto prática social. A obra de Emilio Betti[10] tem sua valência; e de maneira mais contundente, citem-se, contemporaneamente, as obras de Perelman[11] ou mesmo de Alexy[12]. A questão, portanto, é a de como encontrar a devida autenticidade de cada uma delas nas práticas jurídicas mais comuns – no sentido da estruturação sofisticada da convicção disposta como legitimação da positividade.

É de se notar, desta forma, que a pesquisa em argumentação favorece em muito a compreensão da tecnologia que conforma argumentos em bons discursos sobre o direito; é só pensarmos, por exemplo, nas sendas abertas do silogismo disposto na subsunção jurídica – como na *teoria pura*[13] – onde a premissa do dispositivo abstrato; aquela escolhida para o confronto junto ao fato, muitas vezes carece da devida justificação – da fundamentação da própria escolha daquele dispositivo e não de outro. É neste espaço que a técnica argumentativa tem como esclarecer os mecanismos desse processo; melhorando a forma dialógica do processo decisório porque expõe para os intérpretes as estruturas imanentes da dialética processual. Todavia, se a questão perseguida for a de como legitimar a legislação, a jurisprudência e o discurso doutrinário, bem como a de procurar compreender a fundo o que *realmente* ocorre na efetuação hermenêutica dos intérpretes do direito - uma premissa da disposição hermenêutico-filosófica - as teorias da argumentação e a nova retórica devem estar transversalizadas em importância com os horizontes necessários expostos pela hermenêutica filosófica e pela interpretação construtiva. Através dessa perspectiva, a questão moral, como vértice comum de todo o debate legitimador do direito no cerne de processos interpretativos persiste como dimensão necessária para uma compreensão efetiva do que a hermenêutica jurídica tem a oferecer para expor a totalidade do direito à sua melhor luz; como recorrentemente defende Dworkin ao tratar da interpretação.

3. A função Hermenêutica da Convicção na Interpretação Construtiva.

Em seu sentido usual, a convicção – de ordem moral – vincula-se à idéia de certeza; no sentido de configurar-se como uma profunda evidência interna geralmente exteriorizada no discurso na forma da defesa de valores que a todos é possível reconhecerem como existentes e operantes no mundo da con-vivência. A incidência das estruturas subjetivas da convicção no decorrer da efetuação hermenêutica no âmbito prático-decisional do direito é um dos pontos de grande valia a ser destacado no texto do *Império*. Entretanto, como já acautelado, não há qualquer rótulo semântico para definir a convicção como mais uma categoria do conhecimento sobre o direito: a convicção simplesmente se efetua como um fato na vivência de cada intérprete; e tal fato é muito bem ressaltado por Dworkin na discussão sobre o processo de legitimação da positividade jurídica na própria aplicação do direito por seus intérpretes.

Se relacionarmos a convicção com a discussão filosófica da moral e da ética; as dificuldades surgirão de antemão já que, como observado, a moral já ganhou o estatuto

de tema central em vários momentos da História da Filosofia. Com a questão ética a dificuldade não é menor: de Aristóteles[14] a Spinoza[15], se quisermos tratar das convicções pela interpretação desses textos clássicos; a imbricação do que seja a convicção moral com a experiência hermenêutica própria ao direito talvez se perca naquilo que oferece para o esclarecimento de seus processos decisórios – o objetivo maior desta comunicação; embora de maneira ainda panorâmica.

Se na História da Filosofia o tratamento da questão moral e ética possuem primazia inegável; com o conhecimento filosófico sobre o direito a pujança sobre essas questões é quase a mesma. Sabe-se que, tradicionalmente, na história da configuração do pensamento jurídico, a separação estanque entre ética, moral e política com relação aos elementos do estatuto ontológico do direito – pelo menos do direito enquanto ciência e conhecimento – encontrou guarida nas produções teóricas mais relevantes; principalmente nas que seguem a abordagem positivista ou normativista. Um autor emblemático nesta separação é Kelsen. É prudente observar, todavia, que esta separação não pode ser aprioristicamente definida como incompleta e desvinculada da teleologia do direito. Antes de qualquer coisa é preciso que se considere a boa fé dos grandes autores – no sentido mesmo da abertura hermenêutica que textos estratégicos oferecem para a compreensão da experiência do direito – principalmente de Kelsen; ainda de inegável importância para a compreensão dos fenômenos atinentes à jurisdição constitucional, por exemplo[16]. Mesmo assim, na função crítica que o pensamento do direito assume sobre si mesmo; a epistemologia defendida por Kelsen torna-se o ponto de incidência maior da razão crítica justamente por negar a complexidade do direito em seus âmbitos práticos; decisórios. Não obstante a função didática que pode oferecer a *teoria pura*; a separação que traz sobre as esferas moral, ética, política e jurídica impedem a expansão temática do conhecimento do direito – principalmente da hermenêutica jurídica – naquilo que ela mesmo é na vivência imediata de seus intérpretes.

A separação entre direito e moral na obra mais comentada de Kelsen[17] se estrutura organicamente na totalidade das proposições a que o autor se propõe. Se quisermos fazer referência aos seus elementos metafísicos, não haveria dificuldade: basta observar o que sugere o significado da *grundnorm* essencialmente ligado à retórica transcendental da metafísica crítica. Além disso, o aparte e o corte efetuado por Kelsen entre um sujeito existencial situado, partícipe e não apenas observador da experiência ontológica do mundo – premissa reafirmada pelas filosofias do século XX – para, ao revés, promover a postura contemplativa de um jurista científico voltado apenas a operações subsuntivas de elementos abstratos sempre a pairar na esfera da transcendentalidade esquematista ou de um conhecimento proposto a lograr apenas o que se considere como a realidade objetiva das coisas; tal é a contundência mais metafísica desta obra.

Para Kelsen, a separação do direito com a moral além de ajudar a fundamentar ainda mais a proposição epistemológica da pureza do direito, vincula-se ao seu aspecto mais criticável de que não caberia ao jurista emitir juízos de avaliação sobre o que seja bom ou ruim ao operar pelo espectro unicamente normativo do direito. As convicções morais, neste esteio, estariam desprovidas de validade – para a teoria pura – já que não serviriam a descrever a dinâmica da normatividade; seriam como que assuntos particulares a serem deixados de lado quando da elaboração de discursos doutrinários e, prioritariamente, quando da efetuação hermenêutica nos processos decisórios do

direito. Em parâmetros opostos, o discurso de Dworkin, pelas repercussões práticas da atitude interpretativa e, em específico, da interpretação construtiva, vem a unificar, de maneira convincente, todas as esferas antes separadas pela epistemologia do normativismo. Mesmo que se atenha aos problemas da *common law*; a discussão teórica do *Império* se afirma como autêntica filosofia do direito mesmo na experiência mais abstrata do *civil law*. Aliás, é por este último sistema que as tentativas de justificar e legitimar moralmente a positividade jurídica no interior de processos decisórios ganha ainda mais relevância na medida em que as premissas legais – nunca sendo olvidadas pelo intérprete – se agregam quantitativamente em velocidade cada vez maior, como no caso brasileiro.

Não seria imprudente desde já afirmar que a estrutura das convicções de cada sujeito – na valência hermenêutica que tem – se determina, em seu jogo multívoco porque não solipsista, como o âmbito central do processo de justificação da positividade através do vivenciamento hermenêutico dos intérpretes. Isto porque negar a transcendentalidade e os elementos metafísicos do conhecimento jurídico significa ir além da busca por definir a melhor ontologia do direito não no modo das velhas disputas de jusnaturalistas e positivistas, mas sim no sentido da aceitação pelo intérprete daquilo mesmo que o direito é enquanto prática social. Trata-se não de refutar um modelo de direito e reencontrar outro das profundezas da elucubração teórica individual de gênios da teoria, mas de, em se fazendo a própria prática pela positividade legitimada, encontrar o melhor nicho de aplicabilidade; do contrário, é muito provável que juízes passem a incorporar disposições próprias de congressistas eleitos pelo povo. Nisto se justifica a tarefa necessária da melhor justificação do direito positivo, legitimando-o mesmo que numa simples fundamentação decisória ou em discursos doutrinários mais imaginativos e criativos porque situados na vivência coletiva de seus leitores. Legitimar a positividade, neste esteio, implica necessariamente entrever o texto legal por sua matéria de princípio; por aquilo que corresponde enquanto direitos comunalmente concebidos como existentes *per si*.

Nas ricas proposições do *Império*, a apologia ao estatuto legitimatório das convicções morais como *medium* para situar o direito no mundo; na vida dos que o experienciam no tempo, encontra-se sempre atrelada ao desenvolvimento da teoria da Integridade. Não nos propomos, no entanto, a fazer articulações mais detalhadas sobre a multiplicidade de repercussões dessa teoria; mas sim de destacar a permanência do elemento moral no direito transmutado no sistema de convicções assumido pelo intérprete como parte integrante da experiência hermenêutica no direito. A questão que já emerge desta simples consideração refere-se à maneira como a valência hermenêutica da convicção moral pode não ser pervertida na arbitrariedade, na violência e hipocrisia do sentido usual dado ao que se conhece por *moralismo* ou do simples solipsismo dos que se abstém do diálogo em prol da fundamentação plural do direito. Veja-se que a moralidade assume determinações específicas em Dworkin; é o modo de articulação atribuído à questão que possibilita entrever a validade da convicção no acontecer da interpretação. A incidência da estrutura de convicções na interpelação pela prática social do direito é inegável. Esta constatação, todavia, não se reveste de conotações negativas; ao contrário: é no assumir da convicção mesma que o fundo comum da comunidade pautada em princípios existentes e operantes ganha sua determinação mais objetiva. Como já antes destacado, isto se resume, simploriamente, nas decisões onde intérprete se dispõe como um sujeito de princípios – e tal se diferencia em muito do moralismo

pejorativo – e não como um intérprete hábil em resolver questões morais e éticas como se fossem problemas de ordem puramente lógica.

Dworkin não aborda os princípios como o *dever ser* metafísico efetuado por Kelsen e pelas doutrinas positivistas; a fundação por princípios é um acontecimento próprio do mundo; se não pode ser visualizada no cotidiano comum; existe mesmo assim: caberia justamente ao intérprete situá-los na prática social do direito no encontro que faz destes princípios com a força de suas próprias convicções já que, mesmo não o querendo, as convicções incidem já que o intérprete participa diretamente do evento social e prático do direito; não estando nunca a apenas observá-los de longe, quer dizer, suas convicções sempre se referem a um fundo comunal de princípios imanentes. A questão se torna ainda mais pertinente se, no âmbito das teorias da argumentação e da nova retórica, o desejo de que convicções morais sejam reconhecidas e compartilhadas pelos co-intérpretes possuem, de fato, condições reais para ganhar uma razão tecnológica[18].

A existencialidade (mundanidade) do fundo principiológico ganha sua determinação ontológica – portanto, sua legitimidade como coisa do mundo e não enquanto uma metafísica de valores – na força que as convicções morais possuem em contendas próprias dos processos decisórios – principalmente naquilo que Dworkin chama como o princípio jurisdicional da Integridade. É neste sentido que as divergências contribuem para o enriquecimento autêntico do encadeamento temporal do direito (base e possibilidade da Integridade) já que expõem direitos à sua melhor luz através do fundamento e legitimação que os princípios conferem a eles. Já se destacou que é mais oportuno abordar o fundo comum dos princípios – que do ponto de vista singular do intérprete configuram parte de sua tópica na elaboração de argumentos de fundamentação – não em sua dicotomia com relação à regra; mas sim a partir do que pode representar enquanto um lugar comum a ser compartilhado por todos os intérpretes, ganhando sua determinação prática na relação especular que pode assumir nas convicções morais dos intérpretes. Quando se fala em convicção, refere-se à sua incidência enquanto uma realidade imanente e independente de qualquer falsa tentativa de persuadir a partir do uso articulado de argumentos principiológicos. O fundo comum dos princípios que legitimam a coercividade e a temporalidade do direito enquanto prática social; por ser uma imanência e um elemento do acontecimento hermenêutico *naquilo que é*; e não *naquilo que deve ser*; não pode ser disposto livremente pelos intérpretes, quer dizer, o sistema de convicções não tem como ser falseado, mesmo com o desenvolvimento máximo de tecnologias retóricas. Certo tipo de convicção – ligado ao fundo comum dos princípios fundantes – se destaca na fala e na fundamentação de um intérprete mesmo que este tencione se basear, falsamente, em outra convicção usada como chave de argumento e persuasão. O sistema de convicções é, portanto, uma incidência indispensável – ela se destaca e simplesmente *acontece* na experiência dos processos decisórios do direito.

O fundo comum de princípios possibilita o consenso temporalizado sobre questões de direito; não no sentido da solução conciliatória ou pelo viés de um consenso meramente procedimental. Em Dworkin, encontram-se referências constantes ao que se pode constituir em uma verdadeira comunidade de princípios otimizada pelo ideal assumido da fraternidade a partir da noção de fidelidade. Para cada intérprete cabe partilhar desse interesse geral a partir da justificação que promove ao direito enquanto prática social. No esteio da teoria da Integridade cada cidadão ou intérprete – como agentes morais distintos, porém unidos – devem se permitir desenvolver; pela força e veracidade de

suas convicções, as próprias normas públicas de sua comunidade. Veja-se que a partir deste processo torna-se exequível a unificação necessária da vivência moral com a vida política a partir das premissas coercivas oferecidas pelo direito em sua positividade.

A relação da incidência inevitável de convicções morais na construção da interpretação do direito em sua coerência e integridade a partir de princípios aceitos com a hermenêutica-filosófica de Gadamer é muito clara se atentarmos para as origens metodológicas da atitude interpretativa e da interpretação construtiva. Embora Dworkin faça mais uma reinterpretação do que uma representação esquemática de algumas premissas hermenêutico-filosóficas fica clara a relação quando a teoria da Integridade, do ponto de vista do intérprete, assume a tarefa filosófica da adequação temporal do direito naquilo que era e que pode continuar sendo embora sob novas configurações e qualificações.

Na discussão aqui proposta; cabe investigar até que ponto a questão da convicção – ressaltada no decorrer do *Império* – possui em elementos hermenêuticos e filosóficos já na forma traçada por Gadamer. Tratemo-la em um sentido específico, quer dizer, do ponto de vista do intérprete então reconhecido como um agente moral legítimo para justificar o direito a partir do que acredita; a partir da matéria de princípio espelhada na força argumentativa da convicção. Neste esteio, a discussão tradicionalmente caminha para a estrutura circular da compreensão, na forma de um *a priori* existencial ou mais especificamente na forma da estrutura pré-conceitual que condiciona o fenômeno da compreensão – e da interpretação – à situação do sujeito do mundo, ao que ele é enquanto presença situada na totalidade da vivência histórica – um dos temas centrais tratados por Gadamer na *Verdade e Método*.

4. A Convicção e o Círculo Hermenêutico da Compreensão.

Gadamer não chega a tratar diretamente sobre as manifestações hermenêuticas da convicção moral. Isto corresponderia bem; e ganha fundamento, no modo de abordagem escolhido por Gadamer para redimensionar a hermenêutica no caminho de todas as suas possibilidades e pressupostos filosóficos irrecusáveis. A qualidade interpretativa da *Verdade e Método* refunda a hermenêutica em novas possibilidades no próprio falar sobre ela mesma; já que Gadamer a reconhece como uma tarefa aberta (caso contrário, estaria contra seus próprios princípios). Reconstrói-se na obra a trajetória de modos de conhecimento e manifestação do que se pode considerar hermenêutica no sentido de situá-la como um modo da compreensão; uma inerência da própria condição humana; quer dizer, o ser humano, em sua construção espiritual autocompreensiva, traz em si o modo de ser dessa compreensão. O *geist* proveniente do modo da compreensão do ser-aí vivente possui elementos que a distinguem das ciências naturais possibilitando às ciências humanas ou, se quisermos, às ciências do espírito; o entrever-se de sua própria trajetória. O modo compreensivo é uma lição a ser cultivada e articulada em suas exitosas possibilidades para todos os âmbitos disciplinares das *humaniores*. Para Gadamer, na discussão sobre as ciências do espírito, mais do que se primar pelo conhecimento – aplicando-se o método indutivo – para o entendimento de uma lei confrontada com fatos (hermenêutica jurídica) ou como se desenvolvem estados

e povos; o modo da compreensão vem situar o intérprete para que ele compreenda “*como pode acontecer que agora é assim*” [19]. O aspecto filosófico da hermenêutica gadameriana – em suas raízes fenomenológicas (Husserl); da antropologia filosófica do *Ser e Tempo* e da filosofia hermenêutica dos outros textos de Heidegger – promove, desta forma, a possibilidade de redimensionamento das *humaniores* no sentido do já construído por elas mesmas.

Para sermos objetivos ao interpelarmos a convicção em seu aspecto hermenêutico; daremos prioridade ao que Gadamer discute pela idéia de círculo hermenêutico e sobre a estrutura preconceitual enquanto condição da compreensão. O tratamento da questão sobre o círculo hermenêutico é abordado por Gadamer no esteio da estrutura prévia da compreensão no sentido heideggeriano da temporalidade do ser-aí (da presença; do *Dasein*). Não se intenta, pela abordagem hermenêutico-filosófica, construir um modelo definitivo e esquemático do acontecimento da compreensão da vida dos intérpretes. Cuidadosamente, ao invés; tenciona-se livrar a autocompreensão – exercida no processo da compreensão – das inaptações inadequadas; no sentido de aprimorar a arte do compreender de modo indireto. É preciso enfatizar, ainda, que Gadamer trabalha especificamente a respeito do caso paradigmático da hermenêutica jurídica na *Verdade e Método*. Entretanto; a abordagem é particularizada pelo problema de se saber se a diferença entre a função dogmática e a histórica é dada de maneira unívoca: trata-se de vincular o interesse dogmático do jurista – a boa fé de não se deixar à margem da norma abstrata – com o interesse histórico; confluindo a função dogmática da hermenêutica jurídica com a construção hermenêutica própria às ciências do espírito; esta é a base da idéia de que há casos em que é possível que um texto legal seja interpretado juridicamente e compreendido historicamente – e tal se constitui em um elemento convergente à alegoria do romance em cadeia. Este é o enfoque que pode ser interpretado como um dos aspectos que tornam possíveis os exercícios próprios da interpretação construtiva. Isto porque toda interpretação que se queira originária – não vinculada ao objetivismo dos cânones – pressupõe a atenção cuidadosa para as possibilidades de um conhecimento originário; mais aproximado da coisa abordada; da coisa mesma em sentido fenomenológico. Pelos primados da fenomenologia – e, mais ainda, da filosofia hermenêutica (Heidegger) – o compreender autêntico, atual e ligado às premissas da vida mundana ganha possibilidade a partir da posição, visão e concepção prévia. Fala-se aqui em um sentido negativo já que posição, visão e concepção podem se constituir em óbices inconscientes – ou seja, não anteriormente interpelados pelo intérprete – para que se chegue à coisa mesma; ao conteúdo de significação mais original da situação e do texto legal que se interpreta para dizer (quem tem) direitos. Gadamer afirma contundentemente que “quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas” [20].

A incidência do erro na interpretação; quando o intérprete não consegue interpelar significados para além do circuito fechado de suas próprias opiniões, é passível de ser fundamentada enquanto um acontecimento do processo da compreensão no exercício interpretativo – daí ser coerente a afirmação de Dworkin sobre decisões corretas e incorretas para cada caso –. Gadamer ressalta neste esteio a possibilidade latente da arbitrariedade quando o intérprete não consegue trespassar o solipsismo que pré-concebe a coisa; mais especificamente: a questão moral e legal sob julgamento. O processo da interpretação errônea se perfaz quando da não aceitação, pelo intérprete, dos significados da alteridade que não correspondem ao que ele “a priori” pré-concebe. A diferença dos significados não correspondentes à estrutura pré-conceitual quando

descartados, sem exame, pelo intérprete; o afastam do encontro da coisa mesma; da diferença disposta no texto, do outro que se abre à compreensão, mas que acaba relegado a um não-ser ao não-reconhecimento. É neste sentido que o moralismo se imiscui à posturas solipsistas; dificultando, desta forma, a atualização e modernização de conteúdos jurídicos que passam a ser definidos, sem um juízo compreensivo, como aquilo que “não é” e “não pode ser” direito (s). Interessante notar que, mesmo com todos os óbices dos preconceitos arbitrários (expectativas de sentido), Gadamer entende ser possível, mesmo assim, realizar um exame legítimo efetuado pelo próprio intérprete com relação àquilo que lhe precede enquanto aparato preconceitual. Há posições, visões e concepções prévias que são legítimas e que não obscurecem os sentidos do texto, mas o situam ainda mais em seu valor atual de verdade; afinal o que importa é que se dê conta dos pressupostos internos para que o texto possa se mostrar em sua alteridade, em um processo circular de interação produtiva entre sua verdade diante das opiniões prévias personalizadas.

Na temática aqui proposta; é na questão dos pressupostos que se mostram como a diferença em relação à alteridade do texto, que a questão e o valor hermenêutico da convicção moral pode ser trabalhado. Desde aí muitos questionamentos emergem para uma abordagem cuidadosa da questão: as convicções morais, compreendidas enquanto certezas internas inabaláveis se configurariam nos conceitos da estrutura preconceitual? Em sendo assim, como examiná-las, discerni-las, para que possam ser abstraídas em sua legitimidade pelo confronto produtivo junto aos significados do fato e do texto legal interpretado? É preciso admitir, antes de tudo, a boa fé de juízes (um dos intérpretes oficiais do direito) dispostos a agir como verdadeiros juízes. Outra hipótese também deve ser admitida: a de que a separação da prática jurídica de seus conteúdos éticos e morais é um aparte impróprio; podendo ser justificada no argumento de que a interpretação fundamentada em cânones; tendo como premissa apenas a normatividade abstrata do texto, é incapaz de atender as demandas de sociedades plurais e intrincadas em situações de fato cada vez mais complexas. O modo compreensivo da interpretação permite que questões legais sejam vislumbradas por sua validade moral; que textos legais sejam relacionados com os conteúdos morais que lhe dão finalidade por mais técnico que seja o assunto tratado. Neste sentido, a certeza interna da convicção; mesmo na problemática dos conceitos prévios, permitem que a questão legal seja transversalizada com a questão moral e com matéria de princípio. A convicção moraliza a coisa sob julgo; dirime as disposições neutras que quando fechadas para o que o *outro* tem a dizer (o fato em sua importância para o direito; a palavra das partes de um processo; o texto legal, os precedentes, a comunidade de intérpretes etc.) acabam terminando em desfechos injustos para aqueles que acreditam (de maneira convicta) que possuem determinado direito. A convicção moral assumida pelo juiz; quando correspondida ao fundo comum de princípios epocais compartilhados, podem, pela tarefa hermenêutica, encontrar e corresponder à convicção daqueles que reivindicam e acreditam possuírem direitos em uma situação de fato. Por esta via a intersubjetividade se torna possível como *inter-est* (termo bastante utilizado por Hannah Arendt em seus textos de língua inglesa); como compartilhamento comum de interesses em prol de algo maior do que o poder estatal do juiz ou da aferição econômica dos direitos pelas partes – o interesse comum passa a ser, desta forma, o do próprio direito e o da comunidade; quer dizer, dos princípios dispostos como condição *sine qua* para a legitimação da positividade, mesmo a mais contingente.

É por este processo que as convicções; competentemente exteriorizadas no discurso jurídico, podem se configurar como fonte de legitimação da positividade e se tornar uma chave para a tarefa do juiz frente ao encadeamento temporal do direito – inovar produtivamente pelo que *já vem sendo* (o direito é positivo e não positivista) se torna possível quando todos os intérpretes envolvidos passem a vislumbrar as motivações reais de seus pares. A aceitação da positividade não implica em promover o discurso metafísico de um legislador criado mentalmente para que se entenda uma intenção e que para tão somente assim se possa justificar e legitimar o *status* temporal do direito positivo. É preciso dirimir essa ambição transferindo-a para os vieses práticos do direito a partir de situações concretas onde a tarefa hermenêutica passa a ganhar seu lugar mais apropriado. Pelo viés prático é possível dizer que mesmo diante das dificuldades de análise do espaço subjetivo do direito – o âmbito individual do intérprete – as convicções morais podem ser trabalhadas no que trazem de positivo para os processos de legitimação do direito. Quando algumas convicções naturalmente correspondem ao fundo comum de princípios (onde todos teriam a chance de reconhecê-los e defendê-los mesmo que sem o aparato cognitivo do conhecimento jurídico) a discussão sobre o justo se torna mais situada; mais fácil de ser discutida pela comunidade de intérpretes porque desvinculada de suas qualificações metafísicas e literárias. A consciência das próprias convicções, assumidas e defendidas, quando legitimadas pela questão de princípio; permitem o entendimento das convicções correspondentes do *outro* que fala. Permitem, afinal, o interesse comum, o *inter-est*; democratizando ainda mais o processo judicial através de argumentos potencialmente convincentes porque já internamente convictos. Como se vê, a compreensão da diferença do *outro* que quer falar (como os míseros e as minorias étnicas p. ex) também pode ser efetuada pelo reconhecimento recíproco das convicções assumidas, sendo, então, uma rota de convergência entre o que o intérprete traz em si mesmo, passando a reconhecer no outro; como um agregamento produtivo para a atualização ontológica do direito. É neste esteio que o argumento de que o que é bom para mim não o é para outrem; de que a moral é sempre relativa e solipsista; já se torna falho e sem aplicabilidade: o solipsismo e a barreira construída entre o que há de comum entre os intérpretes se rompem em prol do interesse comum; em prol da globalidade do direito como uma manualidade instrumental em prol do ser humano e não apenas de intérpretes oficiais.

A convicção; a partir do momento em que é tomada como um preconceito legítimo – na forma do convencimento de que a convicção tida por argumento é, de fato, um desdobramento autêntico (apropriado) de princípios morais aceitos pela comunidade de intérpretes – por trazer em si a força da certeza interna, encontra a possibilidade de encontrar as convicções alheias no sentido de promover-se a unificação apropriada entre a questão de fato; a questão de direito e a questão moral na resolução de casos concretos, principalmente daqueles em que o direito positivo, no aparato que oferece, não é capaz de resolver prontamente. É por este viés que o primado metafísico da *mens legis* e *mens legislatores* também passam a ser mitigados quando o intérprete, ao interpelar textos legais, vislumbra seus conteúdos a partir daquilo que melhor podem oferecer para uma prática encadeada – íntegra – do direito. A *certitudo* da convicção, quando legitimada, traz os princípios comuns à mundanidade do direito; quer dizer, aos seus casos concretos. No processo interpretativo de textos legais; o encontro com a coisa mesma que o texto tem a dizer a partir do trespassar do circuito fechado dos preconceitos permite o encontro com a melhor luz do texto da lei. É desta forma, afinal, que a certeza da convicção corresponde à estabilidade dos princípios que justificariam a

razão de ser daquele texto, de outra forma: possibilitam o encontro concatenado daquilo que o direito pode trazer de melhor; daquilo que lega como sua razão de ser e que sempre pode corresponder aos espaços subjetivos da interpretação através de um confronto produtivo.

5. A Convicção e a Eficácia da Norma abstrata na temática do *Ser e Dever Ser*.

De maneira conclusiva à questão da validade hermenêutica das convicções morais; é-nos razoável tecer alguns comentários – que valeriam como um desdobramento da discussão até aqui proposta – sobre uma temática tradicional do conhecimento jurídico: a questão da eficácia da norma abstrata pela temática do ser e do dever ser.

Veja-se que, inicialmente, qualquer articulação da construção teórica tradicional do direito com as discussões contemporâneas da filosofia do direito devem ser guiadas pelo bom senso de que o conhecimento jurídico; diferentemente das teorias da física teórica p. ex – não se afirmam a partir de desconstruções livres ou pelo anacronismo de sucessivas substituições de modelos teóricos dominantes. Arrisca-se mesmo a dizer que o conhecimento sobre o direito traz em si uma índole cumulativa. Não seria razoável desprezar, de pronto, mesmo que o valor didático e descritivo das antigas teorias jurídicas. No esteio da cultura construída sobre a teoria do direito; a questão do *ser* e do *dever ser* emerge como um lugar comum para a descrição funcional da normatividade do estado de direito. Estas duas categorias – não utilizadas de maneira exclusiva por juristas – servem a discutir de maneira lógica a questão da eficácia material das normas abstratas. A dificuldade que aqui nos propomos a apontar estaria no fato de que esta separação categorial pode ensejar muita das aporias irresolúveis do direito quando assumidas como único pressuposto do modo pelo qual o abordamos. Para situar mais a questão, entenda-se a aporia por sua definição tradicional, quer dizer, como a igualdade de raciocínios na forma de dificuldades para a escolha da via ou do resultado que se quer defender. O discurso cuidadoso de Aristóteles na *Metafísica*[21] chega a enunciar quatorze variedades de aporias. Seu problema é permanente e dificulta a expansão temática do falar sobre o direito para nichos problemáticos e atuais. Em linhas gerais; o aparte do *ser* com o *dever ser* legitima-se por problemas epistemológicos discerníveis na própria história da filosofia. A diferenciação entre aquilo que é com o que deve ser; ainda é um elemento comum do discurso dogmático. Perfaz-se na boa fé do jurista em não falar sobre o direito estando à margem de sua positividade. O modo mais aceito de se falar sobre o direito traz, pela esfera do *dever ser*, a idéia de que a norma abstrata promove, por sua coercividade, um acontecimento que deve acontecer; não por uma previsibilidade ou probabilidade de algo que está para acontecer, para mais, a lei é por essência prescrição e coercividade; existe no mundo para que algo deva e não apenas possa acontecer. Fala-se na eficácia quando o que deve ser encontra-se com aquilo que material ou mundanamente é. A relevância crítica da questão justifica-se na índole metafísica deste tipo de abordagem por dois motivos: a abstração da norma jurídica pela pura descrição lógica: artigos, alíneas, parágrafos de leis são aleatoriamente concebidas como normas em si sem que se tenha uma concepção unívoca do que seja de fato a norma ou regra jurídica. É neste sentido que a dificuldade do próprio conceito de regra

jurídica se torna sempre insuficiente ou passageiro. É muito claro que este tipo de abordagem vincula-se ao outro motivo que aqui aludimos como constituinte da índole metafísica da questão: a objetivação e abstração absoluta da norma em si; decorre, essencialmente, do discurso metafísico das antigas tradições epistemológicas. Mente e matéria; sujeito e objeto, mais do que problemas da filosofia, configuram-se, pelo menos para o direito, como o modelo mais tradicional sobre o modo como o abordamos e falamos sobre ele. Não se trata, todavia, de resolver pela retórica ou pela hermenêutica o problema epistemológico do direito – pelo menos nas bases que aqui criticamos.

No âmbito hermenêutico e retórico a questão pode ser tratada na forma dos empecilhos que o dualismo epistemológico pode legar para o modo como se fala e se aborda o rol de questões sobre o direito. Teoricamente, as conseqüências retóricas do dualismo metafísico são muito claras na análise do discurso tradicional: o jurista, ao optar pelo plano do *dever ser*, é conduzido à descrição e desdobramento apenas do conteúdo semântico dos textos legais – como conhecimento reprodutivo dos atos legislativos –. Daí a técnica do comentário legal correr o risco de funcionalizar abstratamente o papel do jurista para a comunidade (e há nisso muitas repercussões negativas). Outro caminho seria o de imiscuir-se em problemas “de fato” ao conduzir a discussão apenas para a crítica sociológica ou apenas para a análise econômica, criticando-se, de forma abstrata, um *legislador* metafísico como suposta fonte de todos os problemas práticos do direito. Mais do que resultado único do aparte entre o *ser* e o *dever ser*; estas limitações emergem também das separações tradicionais do que se considera, restritivamente, como jurídico, político, moral, ético etc.

Se a questão da eficácia da norma abstrata for pensada nestas bases; o desfecho ou resolução de algumas questões se torna improvável. Isto porque há uma distância metafísica entre as esferas do *ser* e do *dever ser*; tal qual ocorre com a distância metafísica entre o que é sujeito e o que é propriamente objeto. Em outras palavras: não há como preencher a distância infinita – porque metafísica – entre aquilo que é com relação àquilo que deve ser por decorrência de normas jurídicas abstratamente concebidas. O problema da eficácia não pode ser resolvido teoricamente pela retórica dualista porque depende de elementos mundanos que fogem ao controle do jurista por mais detalhados e criativos sejam seus argumentos. Ao invés de se imiscuir pelo caminho do *ser* ou do *dever ser*; o papel social do jurista pode ganhar mais produtividade a partir de considerações mais práticas do direito. Daí serem tão importantes as discussões sobre a atitude interpretativa (Dworkin) no sentido de se interpretar o direito a partir da suspensão desse aparte categorial para que o abordemos como prática social em constante aperfeiçoamento e disposto ao controle de seus próprios intérpretes como agentes partícipes dessa prática. Aliado a isto, justifica-se mais ainda a aceitação da premissa de que, fenomenologicamente, a norma jurídica ganha de fato sua mundanidade a partir de processos interpretativos como manualidade e humanização absoluta da abstração normativa. Observe-se que as articulações semânticas de textos legais são incontáveis; o plano abstrato da descrição normativista ou do apego a um mundo de fatos que contraditoriamente desconsidera o fato da positividade de leis não corresponde ao vislumbre prático do direito. Assim, ao invés das elucubrações sobre como a norma abstrata pode se tornar “eficaz” no sentido daquilo que ela deve ser; a questão pode ser mais proficuamente trabalhada na forma de seus vieses práticos.

A discussão da eficácia, sob essas premissas, passa a depender não (apenas) das possibilidades teóricas da interpelação abstrata sobre textos legais – como elaborar planos ou argumentos teóricos para o *dever ser* da normatividade – mas sim de processos humanizados de interpelação de textos legais a partir da experiência dos próprios intérpretes. É neste sentido que a convicção moral daqueles interpretam ganha ainda mais em sua validade hermenêutica já que transfere os parâmetros da discussão e do discurso para processos interpretativos humanizados. O direito enquanto prática social é acima de tudo uma experiência ao alcance do ser humano e não um acontecimento abstrato – a experiência da interpretação, fortificada pelas estruturas da convicção interpretativa, permite que, para além da abstração e da mística de agentes ou vontades metafísicas – seja a do legislador, da lei, do estado – se vislumbre o direito naquilo que realmente é; naquilo que serve enquanto um fato primordial da vida relacional dos seres humanos. Por este aspecto, a hermenêutica filosófica; na renovação que traz para a hermenêutica jurídica na permanência inescusável de sua função dogmática, e a interpretação construtiva; ao expor as possibilidades para uma construção encadeada da manifestação temporal do direito, situam ainda mais o intérprete tanto pela pergunta de como e o que se falar sobre o direito quanto pela questão fundamental de como torná-lo melhor; adequando-o e justificando-o em sua razão de ser seja qual for o modo ou a via ontológica pela qual se manifeste.

6. Conclusão.

O aspecto moral da hermenêutica pode se tornar um campo profícuo de investigação na medida em que expõe o processo de interpretação do direito naquilo que realmente é. É claro que a busca pelo estatuto ontológico da convicção moral é ainda uma tarefa criticável já que sua conceitualidade é relativa. O fato é que sua incidência nos processos decisórios é inescusável. Em razão destas dificuldades, sua razão de ser será mais bem compreendida se vinculada à própria discussão moral, ou melhor; sobre a moralidade imanente do direito. O que se procurou demonstrar nesta comunicação refere-se à hipótese de que as convicções morais podem ser abordadas pela temática da estrutura pré-compreensiva dos intérpretes naquilo que o viés hermenêutico filosófico oferece para a compreensão do que realmente ocorre em exercícios interpretativos. Em suas raízes fenomenológicas e ontológicas – o intérprete, como ser-em e ser-com, está mundanamente condicionado às visões, posições e concepções prévias. Tendo em vista o *ethos* relacional do ser-com; a convicção moral, enquanto pré-compreensão não pode ser desvinculada de seu predicativo manifesto enquanto certeza interna. Podemos mesmo admitir a hipótese de que em casos muito difíceis, onde as premissas do texto legal são incertas e obscuras, a certeza interna, por se revestir em força convicta, tem mais a oferecer do que as justificações pautadas apenas na indução. Além disso, o aceite aberto das próprias convicções permitem, como visto, otimizar o alcance daquilo que os textos legais ou as significações de um fato trazem como diferença em relação ao que o intérprete pré-concebe como verdade absoluta. O reconhecimento das próprias convicções – das certezas internas não idiossincráticas – permite ao intérprete reconhecer o interesse e a reivindicação convicta do outro que lhe interpela já que ambas pertencem a um fundo comum; ressaltando ainda mais a unidade comunitária do direito.

No âmbito da interpretação construtiva; o que se procurou defender pauta-se na tese de que, admitindo-se a existência concreta de princípios imanentes dispostos a legitimar as manifestações positivas do direito; as convicções podem ser vislumbradas como uma das revelações objetivas dos princípios comunitários. Isto quer dizer que mesmo absorto em suas idiossincrasias, as convicções mais usuais do intérprete estão sempre situadas na irreversibilidade de sua situação existencial. As convicções, pela certeza interna do intérprete que as defende, situam de maneira concreta os princípios naquilo que oferecem para legitimar a prática jurídica e também para situar ainda mais os conceitos do justo, temporalizando-os no esteio vida comunitária. Para mais, o viés prático das mais recentes concepções hermenêuticas permite que se atualizem as antigas discussões aporéticas sobre problemas comuns da teoria do direito como no caso da discussão da eficácia material de normas abstratas a partir da temática do dever ser. Mais do que se imiscuir nas elucubrações teorias pautadas em conceitos metafísicos da vontade um legislador abstrato ou nas acepções ainda mais abstratas da vontade do estado ou da lei; caberia ao intérprete o alargamento das possibilidades hermenêuticas do direito já compreendido *em e por* sua prática social, no sentido de sua melhor exteriorização em processos decisórios. É desta maneira que a tarefa de legitimá-lo em prol de melhoramentos imediatos permanece como um ponto de partida irrecusável do jurista intérprete.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Mário da Gama Kury. – 3ª Ed. – Brasília: Editoria UnB.

_____. *Metafísica*. São Paulo: Abril Cultural, 1982 (Os Pensadores).

ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. – 2ª Ed. - Brasília: UNB; São Paulo: Ed. Ática, 1990

_____. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia. das Letras , 2004

BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Belknap: Harvard, 1997.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. *Verdade e Método II: complementos e índices*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, Bragança Paulista, SP: Ed. Universitária São Francisco, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. – 3ª Ed. -, 2.v. Petrópolis: Vozes, 1989.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas*. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000 (Coleção *Os Pensadores*).

KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEGRAND, Gerard. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa – Portugal: Edições 70, 1983

PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005

ROSENFELD, Michel. *Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts*. In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, nº 4, 2004.

SARTRE, Jean Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Lisboa. Ed. Presença. 1974

SMITH, David W. *Phenomenology*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/phenomenology/>. Acesso em: 05/02/2009.

SPINOSA, Benedictus. *Ética*. Buenos Aires: Aguilar, 1973.

[1] BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[2] Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. Cap. VII – “Integridade no Direito” – pags. 271 a 333. A incidências das convicções moralizadas do intérprete são inerentes ao processo interpretativo na perspectiva do encadeamento próprio da Teoria da Integridade: “estamos tentando ver o que é a interpretação do ponto de vista do intérprete, e, desse ponto de vista, a coerção que ele sente é tão genuína como se fosse incontroversa, como se todos sentissem com a mesma força que ele” (p. 283).

[3] Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. A idéia de rendimentos e resultado que ganha duração na linearidade da vivência histórica (exteriorizada, p.ex, na produção cultural e científica que se agregam no tempo)

corresponde no tratamento conferido por Gadamer à significação hermenêutica da “vivência” e do “vivenciado” (pág. 106).

[4] Cf. LEGRAND, Gerard. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa – Portugal: Edições 70, 1983. Mesmo nos dicionários de filosofia os conteúdos significativos da moral não são tratados por rótulos semânticos; no sentido de muitas vezes a filosofia se reduz à moral ou a tem como centro: “nenhum homem é filósofo sem o saber, mas todo homem é moralista sem o saber” (p. 270). Podendo ser ainda considerada, de maneira singela, “como a arte ou uma ciência de se comportar na vida de acordo com determinados princípios” (idem). O *Nicômaco* aristotélico segue, por exemplo, este viés eminentemente prático da moralidade.

[5] Cf. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método II: complementos e índices*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, Bragança Paulista, SP: Ed. Universitária São Francisco, 2002. Em artigo publicado em 1980 intitulado “*Problemas da Razão Prática*”; Gadamer procura fundamentar a hermenêutica, como ciência do espírito, na razão prática daquilo que os gregos conheciam como *phrónesis*. Neste sentido, “a natureza finita do ser humano adquire uma posição decisiva ante a tarefa infinita do saber”. (p. 376). O decisivo, como decisão, ressalta a dimensão ética ou moral da compreensão hermenêutica no sentido que tem como modo de ser da presença humana (Heidegger).

[6] A temática de como legitimar a coercitividade do direito – pode-se admitir aqui a premissa liberal de Dworkin na abordagem da questão – é corrente durante todo o percurso estabelecido no *Império do Direito*.

[7] op. cit. pág. 10 (p. 84 e ss.)

[8] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[9] Op. cit. pág. 10 (p. 291)

[10] Op. cit. pág. 3.

[11] PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[12] ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

[13] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[14] Cf. ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Mário da Gama Kury. – 3ª Ed. – Brasília: Editoria UnB.

[15] SPINOZA, Benedictus. *Ética*. Buenos Aires: Aguilar, 1973.

[16] Cf. KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Um exemplo

simples das concepções modernas de Kelsen a respeito da jurisdição constitucional são suas réplicas à teoria do estado-total de Carl Schmitt.

[17] Op. cit. pág. 12 (p. 67 a 76)

[18] Cf. PERELMAN, op. cit. pág. 12.

[19] Cf. GADAMER, Op. cit. pág. 8 (p. 39).

[20] *Idem* (p. 356).

[21] ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Abril Cultural, 1982 (Os Pensadores).

INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

INTERPRETATION AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THIRD GENERATION IN CONTEMPORARY

José Albenes Bezerra Júnior

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem acerca dos direitos fundamentais de terceira geração, à luz da interpretação dada a tais direitos na contemporaneidade. Questiona a valorização de alguns direitos, como o direito ao meio ambiente, ao patrimônio cultural e o direito do consumidor, enfatizando a seguinte questão: aqueles juristas que, até então, eram doutrinados sob uma visão estritamente liberal-individualista e que, portanto, estavam aptos para resolver conflitos interindividuais, como os conflitos que envolvam autor/agente ou réu/vítima, estariam aptos, desde logo, a resolverem problemas que venham a envolver esses direitos difusos? criação de instrumentos de proteção dos direitos humanos. Realça uma nova interpretação que se propõe a alcançar a eficácia e a efetividade das normas de direitos fundamentais de terceira geração. Questiona o problema do jurista concretizador e o desempenho de sua tarefa, exigindo-lhe um amplo conhecimento dos demais ramos do saber, principalmente daqueles denominados de ciências humanas, para alcançar soluções adequadas a partir de interpretações igualmente adequadas das normas pertinentes.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS FUNDAMENTAIS; TERCEIRA GERAÇÃO; HERMENÊUTICA.

ABSTRACT

This article presents an approach of international treaties on human rights in light of the current position of the Supreme Court. Questions the historical definition of human rights, emphasizing the creation of instruments of protection of human rights. Highlights important aspects of the Universal Declaration of Human Rights and the current Constitution, entering on the question of the effectiveness of international human rights treaties. Explains the theories of interpretation and hierarchy of international treaties on human rights, revealing the changes from the Constitutional Amendment No 45/2004. Examines the recent trial of the Supreme Court, facing the question of the possible effect of international treaties in our legal system. Questions the formation of a new legal order with regard to these treaties effective, offering solution to this current situation within the rule of constitutional law.

KEYWORDS: KEY WORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS, THIRD GENERATION; HERMENEUTICS.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração ocorreu no século XX. Nesse período, o homem deixou de ser visto como indivíduo e passou a merecer uma proteção coletiva. Essa geração de direitos fundamentais louva uma síntese dialética dos valores essencialmente notáveis nas duas primeiras gerações, pois não valoriza o indivíduo em si mesmo, nem tampouco aclama as conquistas culturais, sociais e econômicas, que buscaram corrigir os flagelos do pós-guerra.

Alguns direitos, como o direito ao meio ambiente, ao patrimônio cultural e o direito do consumidor (não aquele consumidor individual, mas sim, a coletividade de consumidores) começam a ser valorizados. Observa-se, com isso, que, desses direitos, nascerão os direitos individuais homogêneos (disponíveis ou indisponíveis) os direitos coletivos e os difusos.

Essa nova percepção de direitos fundamentais projeta o conceito humanitário como resultante da harmonização dos valores humanos, individuais e coletivos, com os valores sócio-culturais e econômicos. É o homem numa dimensão universalizante, sendo consagrados os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao consumo, à comunicação. Trata-se de direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim, os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade.

Com isso, surge uma grande questão: aqueles juristas que, até então, eram e continuam doutrinados sob uma visão estritamente liberal-individualista e que, portanto, encontram-se aptos para resolver conflitos interindividuais, como os conflitos que envolvam autor/agente ou réu/vítima, estariam aptos, desde logo, a resolverem problemas que venham a envolver esses direitos difusos?

Como, então, solucionar esses problemas deixados pelos direitos de primeira geração, evitados de individualismo e de um excessivo apego aos conjuntos de ritos e procedimentos burocráticos (formalismo). Os juristas, contudo, se vêem em sérias dificuldades de interpretar esses “novos conceitos”. Seria, portanto, necessária uma reformulação dessa visão transindividual? Logo, seria, também, necessário extrair novos métodos de interpretação que superem esse velho paradigma liberal-individualista que ainda se encontra arraigado na forma de aplicação do Direito aos casos que envolvam esses direitos coletivos.

2. Os direitos individuais, os direitos coletivos e a Constituição Brasileira de 1988

A distinção entre os direitos individuais e os direitos coletivos é de importância fundamental, uma vez que uma interpretação que vise a uma otimização da eficácia desses direitos deve levar em consideração que estes têm estruturas diferentes, como,

também, pelo fato de que ambos podem outorgar direitos subjetivos, porém em graus e escalas diferenciadas, em razão da titularidade outorgada aos indivíduos ou à coletividade, em específico.

Sobre a importância dessa distinção entre direitos individuais e direitos coletivos, SARLET afirma que:

[...] A distinção traçada pelo Constituinte entre direitos individuais e coletivos representa uma novidade do direito constitucional vigente, de tal sorte que não encontramos referenciais no direito constitucional pretérito que possam elucidar a questão, a qual, além disso, igualmente não foi enfrentada por boa parte da doutrina. A relevância da distinção se manifesta não somente no que diz com aspectos procedimentais, ligados à efetivação dos direitos coletivos, mas pode assumir real importância, dependendo da exegese que fizermos do art.60, §4º, inc.IV, da CF, que, ao menos segundo a expressão literal do texto, exclui os direitos e garantias coletivos do rol das cláusulas pétreas. Assim, são três os aspectos que aqui devem ser enfrentados, quais sejam: a) a distinção entre direitos e garantias individuais e coletivos propriamente ditos no direito constitucional pátrio; b) identificação dos direitos que efetivamente podem ser qualificados de coletivos; e c) a relação de pertinência entre os direitos individuais e coletivos (contidos no rol do art.5º da CF) e os direitos de defesa^[1].

Analisando, portanto, essa distinção entre essas duas gerações de direitos, encontra-se uma grande contribuição em José Afonso da Silva, para quem os direitos individuais constituem “direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado, ao passo que os direitos coletivos podem ser conceituados como direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade.”^[2]

Percebe-se, conforme analisado, que não há uma definição precisa de direitos coletivos, uma vez que boa parte dos dispositivos elencados sob o título de coletivos são, de fato, direitos tipicamente individuais, ainda que se expresse como coletivo, no sentido de que são exercidos, não isolada, mas coletivamente.^[3]

Os direitos individuais da liberdade foram os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, logo após vieram os direitos civis e políticos, que, em grande parte constituem e correspondem, pela análise histórica, à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente, são os direitos fundamentais de primeira geração. Segundo Paulo Bonavides, “os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade, que é seu traço mais característico. Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”^[4]

Os direitos de primeira geração procuram atingir a proteção do espaço individualizado do homem em relação ao Estado e assim são caracterizados pelo fato de exigirem do Estado uma abstenção, ou seja, uma atividade negativa. São esses os

direitos à liberdade física, de consciência, de manifestação, de culto, de culto, bem como à privacidade, à intimidade, à vida e à segurança.

Os direitos fundamentais de primeira geração passaram à história como direitos burgueses, uma vez que foram inspirados pelas teorias de Rousseau, Locke e Montesquieu – irradiadores dos ideais de liberdade por toda a Europa, tendo em vista o movimento de liberdade, realizado por esta classe contra o absolutismo do Estado, que culminou com a Revolução Francesa.

Diferentemente desses direitos são aqueles chamados direitos fundamentais de terceira geração que são os de solidariedade e fraternidade, os quais efetivamente tiveram a sua titularidade, ao menos de início, outorgada à coletividade, e não à pessoa individual, como o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à paz e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E é justamente essa titularidade coletiva que costuma ser utilizada como critério para estabelecer a distinção entre os direitos de primeira geração e terceira geração.

Esses direitos fundamentais de terceira geração não vieram, de forma explícita, na lista dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. No entanto, fica fácil identificá-los em alguns dos seus dispositivos, como no preâmbulo, quando se faz menção ao direito ao desenvolvimento; nos princípios fundamentais, quando faz menção a autodeterminação dos povos e defesa da paz;^[5] o meio ambiente equilibrado e qualidade de vida é de fácil identificação, pois está contemplado, de forma expressa, no capítulo da ordem social^[6], assumindo, conforme o termo empregado pelo constituinte, a feição de um “bem comum do uso do povo”, podendo ser intitulado como autêntico direito coletivo, ainda que possam discutir acerca do seu caráter de direito fundamental.

João Vieira de Andrade ensina que a circunstância de que os direitos coletivos não poderem ser usufruídos pelo indivíduo isoladamente, porque pressupõe uma atuação conjunta de mais de uma pessoa individual, não lhes retira a qualidade de direitos individuais. Isso porque se trata de direitos individuais que necessitam da coletividade como sujeito, ou seja, a coletividade passa a ser apenas um instrumento para o exercício do respectivo direito coletivo.^[7]

É oportuno, também, salientar que dentro do rol previsto no art.5º da Constituição Federal de 1988, encontram-se, além de uma absoluta maioria de direitos de defesa, conforme já explicitado, também direitos individuais com acentuada dimensão social (como o direito de propriedade), e até mesmo direitos a prestações (como, por exemplo, o direito de acesso à justiça).^[8] Observa-se, portanto, que o legislador constituinte de 1988 utilizou de forma inadequada a expressão “direitos e garantias individuais e coletivos”, não apenas pelo fato de negligenciar a dimensão individual dos demais direitos individuais, mas também por ter gerado uma equivocada equiparação entre o conceito de direitos individuais e dos direitos de defesa (liberdade), independentemente da possibilidade de enquadrarmos a maior parte dos direitos ali expressos neste grupo.^[9]

Evidencia-se que, no caso dos direitos de terceira dimensão, a coletividade assume características bem diversas das que se aplicam aos direitos individuais de expressão coletiva encontrados na nossa Constituição. Assim, com exceção dos direitos

que integram a chamada terceira dimensão, todos os direitos coletivos da Constituição não se distinguem, nem por sua titularidade, nem por sua função e estrutura jurídica, dos direitos individuais.

3. O problema da interpretação dos direitos de terceira geração NA CONTEMPORANEIDADE

A partir do momento em que o homem não é mais visto como um indivíduo e passa a merecer uma proteção coletiva, surge, então, a seguinte indagação: os juristas brasileiros estão aptos e prontos para resolverem esses tipos de “conflitos interindividuais”? Segundo Streck:

[...] não existe ainda um preparo da maioria dos juristas brasileiros para lidar com esses direitos, porquanto foram doutrinados sob uma ótica estritamente liberal-individualista, ou seja, para resolver conflitos interindividuais (onde se tem um agente/autor e um réu/vítima). Justamente, por isso, sabem lidar com os conflitos individuais, mas, na maioria das vezes, não sabem resolver problemas referentes a direitos difusos, o que causa uma verdadeira crise no modelo de produção de Direito. **[10]**

Os fatores que contribuiriam para o agravamento do problema de compreensão dos direitos fundamentais de terceira geração, segundo FARIA, foi o excessivo individualismo e o formalismo na visão do mundo **[11]**. Continuando com essa linha de raciocínio e analisando esses dois fatores, continua FARIA:

[...] O individualismo que leva ao atomismo, ocorre em razão da convicção de que a parte procede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade [...] Quanto ao formalismo, verifica-se um excessivo apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados, em nome da certeza jurídica e da segurança do processo. Não preparada técnica e doutrinariamente, a Magistratura termina por ter dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos.**[12]**

A partir do momento em que se trata de espécies de direitos, quer individuais homogêneos, quer coletivos, quer difusos, necessário se faz, portanto, uma reformulação da dogmática jurídica, de modo a fazer com que o jurista trabalhe sob uma óptica transindividual, destituindo aquele velho paradigma liberal-individualista.

Necessário, portanto, se faz, extrair novos métodos de estudo e solução, desses problemas, de modo a superar a visão atomista de um mundo por uma visão mais aberta que envolva o conceito de sistema em suas múltiplas conexões transindividuais.

Não devemos esperar que os juristas permaneçam dentro dos limites da Constituição, quando esta oferta, também, métodos ou critérios de interpretação que permite encontrar uma interpretação que, além de legítima, seja justa, sem cair na pura invenção. E os métodos de interpretação e concretização constitucional comprovam que é possível que os juristas se desprendam dessa velha visão liberal-individualista.

4. Os métodos de interpretação e concretização constitucional

A interpretação legal é responsável pela criação da norma e sua evolução. Toda lei enseja interpretação, e o processo hermenêutico tem, sem dúvida, relevância superior ao próprio processo de elaboração legislativa, uma vez que será da interpretação da lei que será aplicada e inserida dentro de um contexto fático específico, sendo adequada a toda uma realidade histórica e os valores dela decorrentes.

A simplificação dos processos de aplicação da lei à realidade social, é decorrente de práticas autoritárias e burocráticas onde a vontade do administrador e os atos administrativos por ele praticados têm, por vezes, maior importância do que a vontade constitucional.

A hermenêutica rompe o hermetismo do universo dos signos, abrindo o texto e o discurso ao ‘mundo’. Para a Hermenêutica, o intérprete não ‘descodifica’ apenas um sistema de signos, mas ‘interpreta’ um texto. Subjacente a este conjunto de idéias está a rejeição pela Hermenêutica de uma concepção de linguagem com função meramente instrumental – a linguagem como ‘signo’ ou mera ‘forma simbólica’ – considerando-a, ao invés, como uma ‘instituição social complexa’. As expressões têm sentido apenas no contexto dos distintos jogos de linguagem, que são complexos de discurso de ação. A aprendizagem de uma linguagem ‘natural’ implica a participação em práticas e a comparticipação de critérios que regem o seu desempenho. A gramática da linguagem só poderá ser elucidada ‘dentro’, a partir do conhecimento das regras constitutivas do jogo e não mediante apelo a metalinguagens.**[13]**

O processo de interpretação de texto requer do intérprete conhecimento de todo sistema constitucional, sua interpretação diante de uma realidade histórica, assim como a leitura do dispositivo legal objeto de interpretação dentro de uma leitura sistemática do seu texto, inserido no ordenamento jurídico infraconstitucional, e no ordenamento constitucional.**[14]**

É importante fazer, portanto, uma análise sintética dos métodos ofertados pela tradicional hermenêutica jurídica e constitucional. Dessa forma é que poderemos retirar conclusões mais precisas acerca desse tão relevante tema.

4.1 Método clássico de interpretação

Os métodos clássicos de interpretação, remontam ao magistério de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, e que em seu *Sistema* de 1840, distinguiu em metodologia moderna os métodos gramatical, sistemático e histórico. Posteriormente, uma quarta perspectiva foi acrescentada, que foi a interpretação teleológica. Com pequena variação, este é o catálogo de métodos ou elementos clássicos para a interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica.[15]

O interpretação gramatical, textual ou literal funda-se em princípios da lingüística. Esse método “consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação[16]. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete[17]. Correrá risco o intérprete que estancar sua linha de raciocínio na interpretação literal. Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo.[18]

A interpretação histórica pauta-se na busca dos antecedentes históricos da norma. Os trabalhos de feitura do projeto de lei, a justificação, a exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da lei são fatores sopesados na análise historiológica do processo legislativo, propiciando uma fonte interpretativa[19]. Logo se vê a interpretação histórica como mais um dado, mas de plano insuficiente para os novos objetivos da hermenêutica constitucional, apesar de não ser descartada a sua aplicação.

A interpretação sistemática analisa uma norma constitucional dentro do contexto normativo geral e particular da Constituição estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. A interpretação sistemática goza de grande prestígio na jurisprudência em geral, sendo, vez por outra, invocada nos tribunais. No entanto, tal método, aplicado para colmatar as lacunas infraconstitucionais, não se aplica em relação as normas constitucionais, que reclamam métodos mais apurados de interpretação.

A interpretação teleológica procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento jurídico com a edição de dado preceito. As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e a finalidade[20].

4.2 Superação do método convencional

Vieira de Andrade[21] identifica duas grandes tendências de superação do método convencional de Savigny: o primeiro seria o método tópico problemático que parte da “recusa de pré-juízos doutrinários [...] e propõe a descoberta, nas circunstâncias específicas do caso, da solução jurídica mais razoável de entre as várias possíveis”[22]. Já na segunda, ele afirma que as teorias dos valores “são as que procuram encontrar as

soluções jurídico-constitucionais a partir do sistema de valores da comunidade, de que os direitos fundamentais são manifestações explícitas ou implícitas no texto constitucional”[23].

4.3 Uma interpretação pluralista e aberta da Constituição

Peter Häberle, através de sua obra **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição** – ele entende que a interpretação é feita por todos os atores sociais que vivem a norma, mesmo que de forma inconsciente, implicando numa “interpretação constitucional antecipada”[24].

Os participantes desse processo de interpretação foram catalogados pelo autor, numa tentativa de sistematizar os intérpretes nas mais diversas funções estatais, verificando que “a interpretação não é um evento exclusivamente estatal”[25].

Lembra ainda Peter Häberle que o papel dos juízes na interpretação, afirmando que os mesmos, embora vinculados judicialmente à lei e terem independência pessoal e funcional, não podem esconder o fato de que a interpretação da Constituição pelos juízes se faz pela na esfera pública e na realidade[26]. No entanto, essas influências não podem ser vistas, tão somente, como uma ameaça a sua (dos juízes) independência. Há nessas influências uma parte de legitimação, que evita o livre arbítrio da interpretação judicial.

Diante dessa teoria da legitimação pluralista para a interpretação, formulado pelo autor, o papel dos demais intérpretes não estatais, acaba por fornecer o material necessário, não só para o legislador mas também para o próprio intérprete constitucional.

4.4 Interpretação constitucional concretizadora

Outras formas de interpretação buscam mesclar os diversos métodos hermenêuticos, tentando garantir a segurança e a força normativa da Constituição. São as teorias concretizadoras.

Entre essas teorias, encontramos a que adota os princípios da interpretação constitucional, como critérios normativos de decisão dentro dos limites do texto. Quem defende essa teoria é o Konrad Hesse, onde, para ele, a interpretação constitucional é uma concretização, onde se admite que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição[27]. O teor da norma só se completaria no ato interpretativo. Seu método concretista em três elementos básicos: a norma vai se concretizar, a “compreensão prévia” do intérprete e o problema concreto a resolver[28].

Já Friedrich Müller irá utilizar a método normativo-estrutural, onde o conceito de norma envolve a concepção de programa da norma e domínio de norma como

elementos da estrutura da normatividade jurídica, o produto racional do processo de elaboração substancial feito pelo intérprete, possibilita alcançar a chamada “normas de decisão”, para a solução dos casos jurídicos concretos[29].

Percebe-se que para essa teoria, a concretização do conteúdo de norma constitucional tem como pressuposto necessário a incorporação das circunstâncias da realidade previstas no seu comando.

4.5 Princípios de interpretação constitucional

Continuando a análise desses métodos de interpretação, pode-se destacar os mais importantes princípios de interpretação constitucional sustentados e formulados, originariamente, por HESSE[30].

O Princípio da Unidade da Constituição implica na necessidade de conexão dos variados elementos individuais da Constituição, como critério para prevenção de contradição entre as normas constitucionais. Nesse sentido, a interpretação deve evitar os conflitos constitucionais por meio de um labor de harmonização, preservando a unidade das decisões fundamentais da Constituição:[31]

Já no caso do Princípio da Concordância prática, verificado o conflito ou a ocorrência entre bens constitucionalmente protegidos, o resultado de sua interpretação não pode significar, no momento de aplicação, a prevalência de um em prejuízo do outro. Eles devem ser coordenados de tal modo que cada um deles ganhe a realidade:[32]

Segundo o Princípio da Exatidão funcional, em virtude da distribuição constitucional de competências entre órgãos públicos, corolária do princípio da separação de poderes, a interpretação efetuada por qualquer deles não pode implicar usurpação da função dos outros:[33]

No Princípio do Efeito integrador, a interpretação deve, em função da ocorrência de problemas jurídico-constitucionais, privilegiar todos os elementos que conduzam à preservação da “unidade política”. A função interpretativa é, portanto, vetor da manutenção dessa unidade:[34]

Na Força normativa da Constituição há o pressuposto de uma “vontade” da Constituição em se tornar atualizada e efetiva. Assim, a interpretação constitucional deve ter como objetivo proporcionar “às normas da Constituição força de efeito ótima:[35]

No Princípio da Interpretação conforme, a análise de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional face à Constituição, deve-se escolher o sentido da norma que esteja em consonância com o padrão constitucional, descartando-se os demais sentidos porventura inconstitucionais, ambíguos ou indeterminados:[36]

4.6 O juízo de ponderação e o princípio da proporcionalidade

A ponderação se faz possível sempre que se tratar de normas de caráter principiológico. Esse caráter principiológico é inerente às normas de Direito Fundamental, embora não seja o único modelo estrutural para catalogar as essas normas. Além disso, nos leva a conclusão de que a solução do conflito entre essas normas resolver-se-á através da aplicação da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A busca de uma otimização da aplicação dos direitos fundamentais é corolário para a aplicação do princípio da proporcionalidade, ancorado em todos os seus subprincípios, fazendo que, no caso concreto, esta aplicação se dê de forma que um argumento não venha a invalidar o outro.

A proporcionalidade engloba, para a sua aplicação, outros três princípios: adequação (exigência desta da medida restritiva na própria lei); necessidade (da restrição para garantir a efetividade do Direito) e proporcionalidade em sentido estrito (pelo qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado).

O princípio da adequação dos meios, também chamado de princípio da conformidade, pretende, segundo CANOTILHO, “salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou dos fins a ele subjacentes. Trata-se pois de controlar a relação de adequação medida-fim”**[37]**.

O princípio da necessidade busca invadir o mínimo possível da esfera de liberdade do indivíduo, uma vez que o meio deve ser o mais conservado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais, limitando o espaço e no tempo de intervenção. Além disso, a medida deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é aquele que busca a proporção entre o objetivo perseguido pela norma e o ônus imposto ao atingido, resultado este que só pode ser obtido no caso concreto.

Segundo Robert Alexy, “os princípios são mandados de otimização das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, mandato de ponderação, decorre da relativização com respeito às possibilidades jurídicas. Se uma norma de um princípio entre em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto (contrário).**[38]**

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, atribuindo um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se esse irracionalismo subjetivo e passa-se para o chamado racionalismo objetivo.

Essa racionalidade de ponderação, inclusive, assegurará a mesma consequência jurídica para os casos iguais. Segundo Alexy, “a afetação de um direito só é justificável pelo grau de satisfação de um outro direito oposto”.[\[39\]](#)

5 A possibilidade de uma nova interpretação aos direitos fundamentais de terceira geração

Conforme analisado em capítulos anteriores, a imprecisão determinativa que ronda os direitos de terceira geração termina por fazer com que estes não configurem direitos subjetivos exigíveis, isto é, direitos subjetivos como interesses juridicamente protegidos.

Salienta Willis Santiago Guerra Filho que a recusa de caracterizar os interesses difusos como direitos subjetivos, baseia-se em motivo semelhante ao que praticamente não admite a positividade desses direitos de terceira dimensão no ordenamento jurídico, principalmente na Constituição. Seriam normas programáticas, meras declarações de intenção, que não vinculariam diretamente os poderes, mesmo porque devido às dificuldades que se tem para atendê-las, permanecem em geral sem a regulamentação legislativa que lhes daria eficácia jurídica. Sem haver essa regulamentação, o bem jurídico não seria individualizado, bem sobre o qual se poderia ter um “interesse legítimo”, capaz de propiciar uma ação em juízo, já que atendida uma das condições necessárias ao exercício desse direito.[\[40\]](#)

O direito ao meio ambiente, ou seja, o direito à qualidade de vida através de um ecossistema saudável e equilibrado, é um direito essencialmente difuso. No entanto, até mesmo tendo em vista sua grande importância nos dias atuais, é necessário que tal direito encontre aplicabilidade direta e imediata, até para coibir o progresso desordenado, substituindo-o por um progresso racional. Embora a titularidade desse direito seja indeterminada, as constituições demonstram preocupação com sua eficácia e efetividade, colocando-o como direito subjetivo de aplicação imediata, como o faz a nossa, que prevê, inclusive, instrumentos próprios para a sua persecução em juízo como a ação popular e a ação civil pública.[\[41\]](#)

O gozo aos direitos individuais, sociais e econômicos depende, em grande parte da proteção dos direitos de terceira dimensão. O direito à vida e à saúde dependem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado que possibilita uma adequada qualidade de vida para os seres humanos destinatários de tais direitos.

Com isso, para Paulo Bonavides, a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade.[\[42\]](#)

O emprego de novos métodos da hermenêutica, mesmo aquela mais tradicional, como a citada no capítulo anterior, faz possível uma considerável e silenciosa mudança no sentido das normas constitucionais, sem porém haver a necessidade de substituí-las

expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional. Assim, mediante emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais, sem que, todavia, se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.

Em uma nova hermenêutica constitucional que se proponha a alcançar a eficácia e a efetividade das normas de direitos fundamentais de terceira geração, não há mais lugar para um jurista exclusivamente técnico. Ao jurista concretizador, para o desempenho de sua tarefa, será exigido um amplo conhecimento dos demais ramos do saber, principalmente daqueles denominados de ciências humanas, para alcançar soluções adequadas a partir de interpretações igualmente adequadas das normas pertinentes. A ciência política, a sociologia, a filosofia, assim como o próprio direito precisam ser melhor conhecidos e debatidos pelos juristas, sendo exigida a destes últimos uma formação técnica e, sobretudo, humanista muito mais ampla do que as fornecidas pelos cursos jurídicos existentes em nossos dias, ainda muito ligadas ao positivismo clássico, não discutindo adequadamente as soluções propostas pelas concepções pós-positivistas desse Nova Hermenêutica e, conseqüentemente, limitando os horizontes de pensamento e ação dos juristas teóricos e práticos.

6 Conclusão

Com relação aos direitos fundamentais, grande parte dos juristas os tem tratado, a saber, como normas de natureza meramente programática e, pois, sem eficácia social maior, o que revela o descompromisso político e institucional no âmbito de sua efetivação e proteção.

No âmbito do Estado-Juiz, não preparado técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ele submetidos, a magistratura enfrenta sérias dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade moderna, principalmente os que protegem os direitos difusos.

Percebe-se, nesse artigo, que a eficácia e a efetividade das normas de direitos fundamentais de terceira geração dependem da interpretação constitucional adequada para tal. A busca de critérios para uma interpretação que conduza à eficácia e, conseqüentemente, também à efetividade de tais normas, foi a principal tarefa deste artigo. Obviamente, alcançar um padrão de critérios que seja uniforme para todo e qualquer problema constitucional concreto que envolva esses direitos é algo completamente fora dos meus objetivos, pois creio ser impossível tal tarefa, mesmo analisando as principais idéias dos mais diversos hermeneutas mais abalizados.

É impossível um único critério ou método de interpretação dos direitos fundamentais dessas normas de caráter fundamental. Entretanto, é possível estabelecer critérios hermenêuticos, ainda que subjetivos, para uma interpretação e concretização adequada da constituição e das normas de direitos fundamentais. É necessário, inclusive, que

tenhamos alguns critérios desta natureza para que possamos ter um mínimo de segurança jurídica no que diz respeito a contribuição científica da hermenêutica constitucional para a interpretação das normas de direitos fundamentais de terceira geração. Essa segurança é necessária no plano da prática interpretativo-concretizadora.

No entanto, os juristas encarregados da tarefa interpretativo-concretizadora da Constituição e das normas de direitos fundamentais de terceira geração precisam, além da conduta proba e ética e conhecimentos técnicos jurídicos, ampliar os seus horizontes reflexivos, abandonando o pensamento exclusivamente tecnicista, oriundo das concepções positivistas lógico-formais, e abarcando uma maior amplitude de reflexões e ponderações de ordem jurídica e extrajurídica (política, sociológica, filosófica etc).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. São Paulo: WVC, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais – análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 14 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

PEREIRA, Rodolfo Vieira. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. rev e ampl.,Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais e sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2002.

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.198.

[2] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.171.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.198.

[4] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.516.

[5] **Art.4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas sua relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

III – autodeterminação dos povos;

[...]

VI – defesa da paz;

[6] **Art.225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[7] Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987, p.174, citado por SARLET, op.cit., p.200, nota 486.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.199.

[9] *Idem.*

[10] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.34.

[11] FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas.** Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995, p.14.

[12] *Idem,* p.15.

[13] LAMEGO, José. *Apud* Marcelo Antônio Theodoro, **Direitos Fundamentais e sua concretização.** Curitiba: Juruá, 2002, p.48.

[14] CANARIS, Claus Willtelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. *Apud* Marcelo Antônio Theodoro, *op.cit.*

[15] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.**5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.125.

[16] LARENZ, Karl. *Apud* Luís Roberto BARROSO, *op.cit.*, p.127.

[17] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.127.

[18] *Idem,* p. 127-128.

[19] BULOS, Uadi Lâmega. **Manual de interpretação constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p.23.

[20] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.138.

[21] VIERA DE ANDRADE, *op. Cit.*, p.122.

[22] *Ibidem.* p.123.

[23] *Ibidem.* p.123.

[24] HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p.13-14.

- [25] *Ibidem*, HÄRBELE, *op. cit.*, p.23.
- [26] *Ibidem*, HÄRBELE, *op. cit.*, p.31.
- [27] *Apud* Paulo BONAVIDES, *op.cit.*, p.439.
- [28] *Ibidem*, p.440.
- [29] MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência. Elementos de uma teoria constitucional I**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, p. 42-44.
- [30] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- [31] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.65.
- [32] *Idem*, p.66.
- [33] *Idem*.
- [34] *Idem*. p.68.
- [35] *Idem*.
- [36] *Idem*. P.71.
- [37] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1.131.
- [38] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- [39] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- [40] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Universitária, 1996, p.252-253.
- [41] *Idem*. p. 298 – 299.
- [42] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. *Op cit.*, p. 399.

PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL: A CAMINHO DE UMA SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL: REFLEXOS DE UM NOVO PARADIGMA AXIOLÓGICO FACE À CRISE METODOLÓGICA POSITIVISTA.

TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE: THE WAY OF A SYSTEMATIZATION OF PRINCIPLES OF INTERNATIONAL JURISDICTION: REFLECTION OF A NEW AXIOLOGICAL PARADIGM ANDA THE POSITIVE METHODOLOGY CRISIS.

**Marcel Vitor de Magalhães e Guerra
Valesca Raizer Borges Moschen***

RESUMO

Após uma ampla pesquisa bibliográfica nacional, percebeu-se que o tratamento do tema competência internacional encontra-se defasado ante as transformações no discurso jurídico e a conseqüente crise do positivismo jurídico. Pretende-se apresentar um esboço de todos os princípios transnacionais relativos à competência internacional ou conflitos de jurisdição; traz-se o resultado de análise pormenorizada de todos os princípios adequáveis ou compatíveis com os quatro grandes sistemas de regulamentação de competência internacional: latino, germânico, anglo americano e suíço. Isso decorre do fato de que não se pode mais conceber uma análise da competência internacional limitada aos dispositivos legais internos. Tal entendimento, próprio da fase decadente do positivismo jurídico, não se coaduna com o tratamento harmônico entre os países e, principalmente, não permite a flexibilização necessária para a efetivação de valores e garantias fundamentais, como justiça; dignidade da pessoa humana e devido processo legal. Um exemplo cabal, no Brasil, do tratamento doutrinário obsoleto é a total escassez de textos e trabalhos que tratam do princípio do forum necessitatis, princípio que, como se verá, representa um importante elemento para garantia da efetiva tutela jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL; COMPETÊNCIA INTERNACIONAL; PRINCÍPIOS; CRISE POSITIVISMO; NOVO PARADIGMA.

ABSTRACT

After an extensive literature search national, realized that the international jurisdiction of the subject treatment is delayed before the changes in the legal discourse and the consequent crisis of legal positivism. It is intended to provide an outline of all the principles relating to the transnational or international jurisdiction conflicts of jurisdiction, has to be the result of detailed analysis of all the principles adequáveis or compatible with the four major systems of rules of international jurisdiction: Latin, German, Anglo American and Swiss. This follows from the fact that most can not

conceive an analysis of international jurisdiction limited to domestic legal provisions. This understanding, of the decaying phase of legal positivism, is not consistent with the harmonic treatment between countries and, especially, does not allow the flexibility necessary for the realization of securities and guarantees, such as justice, human dignity and due process. A full example, in Brazil, obsolete doctrinal treatment is total lack of texts and papers dealing with the principle of forum necessitatis, a principle which, as we shall see, is an important element for ensuring the effective judicial protection.

KEYWORDS: TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE; INTERNATIONAL JURISDICTION; PRINCIPLES; POSITIVISM CRISIS; NEW PARADIGM

INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto de uma pesquisa desenvolvida com o propósito de sistematizar os princípios existentes sobre competência internacional. A doutrina nacional não tem dedicado a devida atenção à matéria, sendo bastante escassos os estudos sobre o tema, limitando-se, basicamente aos princípios da submissão e da efetividade[1], como os únicos existentes relativos à matéria.

O trabalho apresenta um esboço de sistematização de princípios que podem ser considerados universais, tendo em vista a compatibilidade com os quatro grandes sistemas de regulamentação de competência internacional: latino, germânico, anglo americano e suíço. [2]

Os princípios permitem uma oxigenação no modelo metodológico tradicional positivista, admitindo uma abertura e flexibilização fundamental a efetivação de direitos fundamentais e valores constitucionais. Apresentar-se-á princípios que podem ser utilizados por quaisquer dos quatro principais sistemas de regulamentação de competência internacional, portanto, inclusive o Brasil.

Em primeiro lugar, é importante que se esclareça que, tecnicamente, o termo competência internacional não é o mais correto. Isso decorre do fato de que, na verdade, as normas que delimitam as hipóteses em que o Poder Judiciário nacional pode ou não atuar decorrem da soberania nacional e não se confundem com competência. A competência pressupõe a jurisdição, sendo fruto da organização interna judiciária nacional para o exercício da jurisdição. Desta forma, regras que determinam *limites* à atividade jurisdicional em relação a outros sistemas jurisdicionais estrangeiros são, na verdade, limitadoras da jurisdição e não de competência; tem mais a ver com o poder de julgar do que com a distribuição de atribuições.[3]

De fato, a idéia de jurisdição ilimitada esbarra no limite territorial de cada país soberano. Não há como efetivar uma sentença que tenha efeitos extraterritoriais sem a cooperação internacional. A harmonia das soberanias nacionais impede que jurisdições ilimitadas existam na prática. De forma que a expressão “conflito de jurisdições” é usada quando se fala de competência internacional no plano comparativo, ou seja, analisando-se dois países ao mesmo tempo.[4]

Fragistas também afirma que há uma impropriedade terminológica nas questões que envolvem elementos estrangeiros, já que não envolve propriamente matéria de competência e, sim, de jurisdição; contudo, para o autor o uso deve suprir a atecnia.[5] Nessa linha, para fins do presente trabalho, utilizar-se-á ambos os termos, jurisdição e competência, como sinônimos, tendo em vista inclusive a terminologia adotada pelo próprio Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 88 e 89.

1. DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL

Parte da doutrina classifica as normas atinentes ao direito processual civil internacional como de Direito Internacional Privado *lato sensu* e, as normas destinadas, especificamente, à resolução de conflitos de direitos como pertencentes ao Direito Internacional *stricto sensu*. [6] De modo que, nos casos em que há elementos estrangeiros ou internacionais, será preciso determinar quais leis serão aplicáveis ao conflito e qual o país será o competente para dirimi-lo.

As normas processuais nacionais que regulam as relações com outros Estados soberanos constituem o objeto da disciplina Direito Processual Civil Internacional ou transnacional. Trata-se de ramo do direito que apresenta caráter internacional não em decorrência da origem de suas normas, todas de direito interno, mas, sim, do fato de envolverem países distintos; elementos alienígenas.

Portanto, Direito Processual Internacional é caracterizada pela existência de uma relação jurídica internacional, ou seja, ligada, de algum modo, à ordem jurídica de mais de um Estado. Trata basicamente de questões de competências internacionais; imunidades; reconhecimento e execução de decisões estrangeiras e cooperação interjurisdicional entre países.

O objeto da pesquisa limita-se ao exame principiológico da competência internacional e o novo sistema contemporâneo do direito.

2. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

O Brasil, sob a égide do CPC de 1939, adotava o método da determinação indireta, caracterizado pela possibilidade da bilateralidade, que no atual não existe. Naquele sistema, a competência jurisdicional de outros Estados seria como um espelho da brasileira, podendo um juiz nacional determinar a competência de juizes estrangeiros em questões simétricas, mas inversas. Sintetiza o Luiz Olavo Baptista, “dessa forma, tendo jurisdição o foro brasileiro no caso do réu ser aqui residente, teria jurisdição o tribunal estrangeiro se o réu fosse residente no seu foro. Isso não ocorre mais.”[7]

Com o advento do CPC de 1973, adotou-se o método da determinação direta, ou seja, o direito brasileiro determina a jurisdição internacional de seus juízes, mas não os de outros países, os quais se submetem às regras de seus próprios países.

A sistematização da matéria no Código de Processo Civil se dá, basicamente, através de dois artigos. No Brasil, as regras sobre competência internacional fixam monopólio jurisdicional absoluto para si, sendo apenas moderado pela possibilidade de eficácia no Brasil de julgado de outro Estado.[8]

O artigo 88 do CPC enuncia as hipóteses da chamada, doutrinariamente, de “competência concorrente”, ou ainda, relativa, alternativa ou cumulativa. Isso significa que nas situações prescritas pelo referido artigo do CPC, o sistema jurisdicional nacional admitiu que outro sistema jurisdicional exercesse, concorrentemente, sua própria jurisdição.

Por outro lado, nas hipóteses do art. 89 do CPC, o sistema brasileiro excluiu qualquer possibilidade de reconhecimento de decisões de outros países acerca daquelas matérias em território nacional.

Não se pode esquecer que há ainda dispositivos que tratam sobre competência internacional espalhados pelo ordenamento, como na Lei de Introdução ao Código Civil; Tratado de Bustamante[9]; dentre outros.

3. NOVO PARADIGMA AXIOLÓGICO E SUAS INFLUÊNCIAS NA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

A pesquisa parte do pressuposto que a compreensão da presente temática não pode se limitar aos dispositivos expressos no CPC/73, na Lei de Introdução ao Código Civil e tratados internacionais ratificados. É preciso inserir a análise axiológica de valores universalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o acesso à justiça, a proporcionalidade, valores constitucionais como garantia de liberdade.

Não é novidade a necessidade de reanálise do paradigma da supremacia das leis. Com a crise do positivismo jurídico, o direito passa por uma transformação no espírito do discurso jurídico e judicial; caracterizado por um resgate da dimensão tópico-problemática[10], a partir de um pano de fundo de base principiológica, valorativa e transformadora.

Reflexo desse novo paradigma é a perspectiva de um processo como meio de efetivação de direitos fundamentais; como um direito fundamental em si; impondo uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça; não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas.[11]

Dentre os institutos que merecem uma nova roupagem frente ao novo paradigma científico, encontra-se o objeto da presente pesquisa, o instituto da competência internacional.

Erik Jayme apresenta esta nova orientação metodológica comprometida com uma jurisprudência de interesses e valores, em favor de decisões que, ao solucionar o conflito de leis, não ignorem as consequências do caminho encontrado; acredita que o direito é parte integrante da cultura, característica de uma noção pós moderna do direito.[12]

A professora Nadia, nesse mesmo sentido, esclarece a necessidade de se impor uma metodologia que incorpore a retórica-argumentativa, e não mais a lógico-sistemático ou formalista, própria das concepções positivistas. Trata-se de uma fase pós moderna do direito que não aceita mais o formalismo excessivo limitado à aplicação cega das normas processuais, substituindo-se pelos novos *topoi* criados e pelas soluções substanciais e flexíveis.[13]

Essa metodologia requer a utilização dos princípios para a análise da matéria, através de técnicas novas, determinando uma flexibilização do sistema existente; introduzindo-se novos princípios, sempre com os olhos voltados para a solução global do problema, comprometido com os valores e não mais somente com as normas positivadas. [14]

Importante consignar que não se deve confundir as normas de direito processual civil internacional, usualmente de direito interno, das norma materiais ou substanciais que decidirão o caso concreto, estas últimas podendo ser de direito interno ou de direito estrangeiro a depender das normas de direito internacional privado *strito sensu* do país (normas indiretas).

O que se desenvolve aqui é a possibilidade de uma flexibilização da determinação da competência internacional a partir de valores constitucionais. O juiz nacional deve levar em consideração a metodologia hermenêutica do novo paradigma da ciência jurídica para decidir se exercerá ou não jurisdição sobre determinado caso concreto, tendo em vista princípios e valores constitucionais em jogo, em cada caso concreto.

No âmbito das normas de conflito, quando da escolha do ordenamento jurídico do qual se retirará a norma aplicável para decidir uma lide com conexões estrangeiras, já se observa os reflexos do novo paradigma; como por exemplo a adoção do princípio da proximidade, em que o juiz deve buscar o direito mais adequado para a solução do caso concreto. “A inovação relativa às regras de conexão, que de rígidas passam a ser flexíveis, constitui uma verdadeira revolução no DIPr contemporâneo.”[15]

Atualmente, o objetivo do DIPr não é mais apenas promover a segurança jurídica, com a utilização matemática do método conflitual, mas adequar essa metodologia aos valores garantidos pelos direitos fundamentais; não se limitando mais a uma mera designação formal de uma lei, mas preocupando-se também com a justiça material do caso.[16]

Nesse sentido, Nadia afirma “...o DIP brasileiro continua regulado pelas normas conflituais clássicas da LICC, Essa situação está sofrendo um processo de mudança de fora para dentro.” E, finaliza concluindo pela aplicação dessa nova metodologia: “As Convenções internacionais contendo a nova metodologia e com a finalidade de proteção

dos direitos humanos também para os não signatários, substituindo as regras da LICC já ultrapassadas.”[17]

Quanto à questão propriamente da competência internacional, o que se propugna é a necessidade de o juiz também exercer uma análise dos dispositivos internos a partir de valores constitucionais e justiça material do caso concreto; flexibilizando, por vezes, dispositivos tradicionalmente absolutos.

O magistrado deverá se utilizar, em casos difíceis, dos princípios que serão elencados no próximo tópico, para determinar a competência internacional. Essa nova metodologia tópico-argumentativa, caracterizada pela fuga de concepções restritivas, tradicionalmente utilizadas pelo positivismo tradicional, promove uma nova leitura da competência internacional a partir de direitos e valores constitucionais, o que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.[18]

Os princípios têm ainda como escopos básicos a harmonização e aproximação das normas fundamentais sobre processo civil internacional.[19] Passa-se a análise dos princípios relacionados com instituto específico do processo civil transnacional, qual seja, a competência internacional.

4. PRINCÍPIOS DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

4.1 Princípio da Efetividade

Este princípio significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tenha possibilidade de executar. É intuitivo que o exercício da jurisdição dependa da efetivação do julgado, sob pena de se reduzir a atividade jurisdicional a uma inútil ameaça ou vã exibição de força.[20] O que não exclui a possibilidade de ser exercida a respeito de pessoas que estejam no estrangeiro, e portanto fora do poder do tribunal; fora do alcance não há competência. Portanto, a sentença deve ser executável no país.

Athos Gusmão sentencia que “o juiz brasileiro somente atua, relativamente àquelas causas de alguma forma vinculadas a país estrangeiro, se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer cumprir sua sentença.”[21]

No sistema nacional, há quem utilize o princípio em casos de situações lacunosas, em que não exista encaixe em quaisquer das situações previstas no art. 88 do CPC ou na legislação convencional, sendo, nesses casos, o critério mais adequado o princípio em cotejo.[22]

4.2 Princípio da Submissão

Significa que, em um limitado número de casos, uma pessoa pode voluntariamente submeter-se à jurisdição de tribunal a que não estava sujeita, pois se começa por aceitá-la não pode depois pretender livrar-se dela. Portanto, a justiça brasileira será internacionalmente competente nas causas em que as partes litigantes tenham aceitado se submeter à jurisdição brasileira, ainda que no ordenamento jurídico brasileiro não houvesse previsão legal expressa nesse sentido.[23]

Há, contudo duas limitações: não prevalece onde se encontre estabelecida por lei a competência da justiça estrangeira, e não resiste ao princípio da efetividade.[24] Botelho, a partir deste princípio conclui que “sendo o tribunal competente segundo a lei do seu próprio Estado, não tem o réu o direito de recusar a sua jurisdição”, exceto, contudo se a competência internacional, pelas leis do mesmo Estado do tribunal, depender da submissão espontânea do réu estrangeiro ou domiciliado fora de seu território, mas aí não será em função do princípio e, sim da lei. Para Botelho, o exercício de jurisdição nunca pode ficar à mercê da vontade do réu, quando existir lei ou não puder ser efetivado no país. [25]

Na prática, a questão causa bastante polêmica quando das cláusulas de eleição de foro. Muito embora, aceita a autonomia da vontade, exercitável através das chamadas cláusulas de eleição de foro, a mesma esbarra em um ponto de turbulência, a possibilidade de se afastar a jurisdição, derrogando-a em função destas cláusulas.

Para Carmen “...quando as partes fixam um foro diverso daquele previsto em lei, é como se ambas, sabendo que pode surgir uma controvérsia, renunciassem a esse benefício.”[26] Por outro lado, Mesquita entende que “as normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas fundadas na soberania nacional e, por isso, não se acham submetidas à vontade das partes interessadas.” [27]

Contudo, por não se tratar do objeto do presente estudo, não se aprofundará a análise da autonomia da vontade e a determinação da competência internacional.[28] Registra-se apenas a concordância dos autores da presente pesquisa com a corrente que respeita princípio da autonomia da vontade.

4.3 Princípio da *Lex Fori*

As normas de direito processual civil relacionadas a elementos estrangeiros são normas nacionais e em todos os países esta é a regra. Nenhum país pode interferir e impor regras de processo civil a outros países, salvo tratado ou convenção, sob pena de menoscabo da soberania dos Estados.

Portanto, é princípio fundamental que se aplique às normas de processo civil internacional a lei do lugar, no qual se desenvolve o processo. A doutrina remete a Balduinus, no século XIII, o primeiro a diferenciar entre direito processual e questões de mérito, às quais, não seria necessariamente aplicável a *lex fori*.^[29]

De modo que, tratando de relações com elementos internacionais, é preciso identificar o direito material aplicável à lide, se nacional ou estrangeiro, enquanto que em relação a normas processuais, aquelas referentes ao Judiciário, organização da Justiça e procedimentos, estas serão, conforme o princípio da *lex fori regi processum*, a do lugar em que o processo está correndo.^[30]

O presente princípio foi materializado, por exemplo, no Código de Bustamante^[31], na Lei de Introdução ao Código Civil^[32], nas Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado – CIDIPs^[33] e no Protocolo de Las Leñas^[34]. Isso não significa que, na hipótese de ausência de lei, o princípio não pudesse ser aplicado, como se de *lege lata*.

4.4 Princípio da Jurisdição Razoável: *forum*^[35] exorbitante e razoável

Se considera que um foro é razoável quando o caso analisado apresenta uma vinculação suficiente com o Estado a que pertence os Tribunais responsáveis pelo julgamento. Em sentido oposto, os foros exorbitantes são aqueles que se caracterizam por acumularem grande volume de competência internacional a seus Tribunais, de modo desconectado com o propósito de beneficiar os nacionais do Estado competente.

A razoabilidade ou não de um foro é aferida através do princípio da *proximidade* ou *conexão substancial* da causa com o foro. Significa que para o desiderato de determinar quando um Tribunal possui jurisdição mister se analisar a existência de um mínimo de contato razoável entre o caso analisado e o país sede do Tribunal.^[36] Assim, estes apresentam duplo elemento, de proximidade e neutralidade genérica que não aparece nas jurisdições exorbitantes. Tal controle permite ao Tribunal rechaçar jurisdições consideradas abusivas ou exorbitantes.

Há de existir uma apropriada e razoável base jurisdicional para reconhecer a seriedade da jurisdição exercida por um juiz estrangeiro. Para que um tribunal exerça de forma razoável sua jurisdição é preciso que exista uma genuína e substancial conexão entre o caso e o tribunal. O standard da conexão substancial tem sido bastante aceito em disputas internacionais. A administração deste princípio envolve, necessariamente, elementos *of practical judgement and self-restraint*.

O princípio da conexão substancial exclui a mera relação física, o que nos Estados Unidos é coloquialmente chamado de *Tag jurisdiction*. A mera presença física como justificativa para jurisdição apresenta uma justificação histórica na federação americana que é inapropriada na moderna disputas internacionais. ^[37]

Ademais, através do presente princípio, evita-se a prática abusiva do *forum shopping*, caracterizada pela escolha do forum mais distante e desconectado com a causa concreta, prejudicando o titular do direito e criando obstáculos à devida tutela. A jurisdição exorbitante e abusivamente exercida pelos tribunais de um país compromete sua responsabilidade internacional e afeta valores constitucionais de razoabilidade e acesso à justiça e ampla defesa.[38]

Não há uma instância internacional para resolver o problema da competência adequada, em vista da soberania de cada Estado em determinar sua jurisdição. No entanto, esse princípio pode servir para informar e determinar situações não previstas nos arts. 88 e 89 do CPC.

4.5 Princípio do *Forum Necessitatis*

O princípio do *forum necessitatis* está relacionado com a necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional, evitando-se uma denegação internacional de justiça, a permitir o acesso aos tribunais inicialmente incompetentes.

O presente princípio é um remédio baseado no direito de acesso à justiça que permite outorgar jurisdição internacional a juizes que, a princípio, carecem de tal potestade para conhecer e decidir em determinado caso concreto.

Por exemplo, casos em que se lesiona de maneira grave direitos humanos fundamentais, os Estados podem decidir de maneira unilateral arrogando jurisdição e permitindo a seus juízes adotarem, por exemplo, medidas urgentes. Os tribunais de um país podem abrir sua jurisdição a fim de que direitos materiais de uma pessoa não fiquem privados de tutela, o que levaria a uma denegação internacional de justiça.

Basicamente pode-se elencar dois requisitos para a aplicação do princípio do forum de necessidade: 1º) O litígio deve estar claramente conectado com o local do foro; 2º) Recorrer a tribunal estrangeiro deve ser impossível ou excessivamente oneroso.[39]

Diante dos requisitos, os casos susceptíveis de proporcionar a abertura da jurisdição são:

a) *Conflito negativo de competências*. Os tribunais nacionais e estrangeiros declaram sua incompetência para analisar determinado caso concreto, ocorrendo o chamado conflito negativo de competência. Nesse caso, não existe tribunal estatal competente em nenhum país. Portanto, deve-se permitir aos particulares litigarem no tribunal que apresentar um mínimo de conexão com a causa, uma efetiva ligação, ainda que mínima. De modo que, sempre que a declaração de incompetência jurisdicional de um Estado puder levar a um conflito negativo de jurisdição, o Estado, que apresentar um mínimo de conexão, deve conhecer da causa, sob pena de se produzir uma efetiva denegação internacional de justiça.

b) *Carga processual desproporcional na jurisdição estrangeira.* Nessas situações, a jurisdição estrangeira, ainda que competente, apresenta, em função de circunstâncias, tutela jurisdicional excessivamente onerosa ou remota. Por exemplo, em casos de guerra civil, golpes de estado, intolerância religiosa, problemas étnicos etc. A parte deve demonstrar que litigar no estrangeiro pressupõe uma carga desproporcional para si.

c) *Impossibilidade de execução da decisão estrangeira.* Se a decisão só pode ser efetivada materialmente no local do foro, este deve, ainda que não seja competente, abrir sua jurisdição, sob pena de denegação internacional de tutela efetiva.

4.6 Princípio do *Forum Causae*

Tal princípio permite atribuir jurisdição internacional concorrente aos juizes do país cujo direito material, segunda as normas de conflito, seja aplicado ao caso. Entre as vantagens da aplicação deste princípio é o paralelismo entre o direito material aplicável e o foro competente. Um exemplo da aplicação deste princípio é o caso dos temas relacionados às sociedades comerciais argentinas que não possuem normas de jurisdição internacional.^[40]

Ante a ausência normativa sobre jurisdição internacional, pelo princípio do *forum causae*, pode-se atribuir competência internacional concorrente para dirimir, por exemplo, controvérsias societárias, aos juizes do país cujo direito rege a sociedade, ou seja, os juizes do lugar em que se constituiu a sociedade empresária.

4.7 Princípio *Quasi in Rem Jurisdiction*

O presente princípio reconhece a possibilidade de um Estado exercer jurisdição sobre propriedades localizadas em seu território. Por exemplo, para assegurar potencial efetividade de um julgamento estrangeiro, através de sequestro ou penhora destas referidas propriedades, ainda que a propriedade não seja objeto da disputa estrangeira.^[41]

O princípio permite jurisdição apenas para a tutela de urgência ou cautelar, sem contudo comprometer a competência internacional do outro Estado para o julgamento da causa principal, ou seja, visa apenas resguardar a frutuosidade da tutela principal do país estrangeiro competente para a causa.

4.8 Princípio da Imunidade de Jurisdição

O professor Haroldo Valladão conceitua imunidade de jurisdição como sendo “a isenção, para certas pessoas, da jurisdição civil, penal, administrativa, por força de normas jurídicas internacionais originalmente costumeiras, praxe, doutrina, jurisprudência, ultimamente convencionais, constantes de tratados e convenções.”[42]

O principal efeito da aplicação do princípio da imunidade jurisdicional dá-se no âmbito do direito processual internacional, na medida em que aquela norma atua agastando as regras de competência internacional do Estado local, impedindo assim o exercício da jurisdição nacional nos litígios em que o beneficiário da imunidade está envolvido.

O fundamento do princípio da imunidade remete aos direitos fundamentais do Estado; à soberania, igualdade e independência (*par in parem non habet imperium*), princípios que são expressão de um costume internacional plenamente consolidado.[43]

Importante consignar, contudo, que a prática internacional evoluiu de uma concepção maximista do princípio da imunidade cuja característica era a perspectiva absolutista, para uma consideração mais relativizada, restringindo-se a imunidade do Estado estrangeiro a ações referentes a atos soberanos ou públicos, excluindo-se atos privados.[44]

4.9 Princípio do *Forum non conveniens*

Forum non conveniens é o nome com qual se denomina a doutrina que permite a uma Corte declinar sua competência por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhores atendidos em outro foro. Trata-se de uma técnica processual cujo propósito é fornecer subsídios para o julgador decidir, dentre as cortes competentes, qual deve resolver uma controvérsia. [45]

Esta doutrina surgiu originalmente nas cortes escocesas e atualmente é adotada em vários países que seguem a tradição jurídica da *common law*. Contudo, pode acontecer que, apesar da existência de uma norma atribuindo jurisdição internacional a tribunais brasileiros para decidir determinado caso, estes estimem que exista um forum mais adequado ou apropriado para decidir aquela causa.

O Brasil não adotou expressamente esta doutrina, contudo, não há incompatibilidade com o sistema normativo nacional. O princípio pode ser efetivado através da suspensão do processo em deferência ao tribunal do outro país mais apropriado para o julgamento do caso.[46] Evitar-se-ia o julgamento de uma lide por um Tribunal totalmente desconectado com a causa ou sem condições de acesso a elementos de prova. Tal solução pode ser aplicada por todos os países de *civil law*.

4.10 Princípio do Acesso à Justiça

No Brasil este princípio foi elevado à condição de direito fundamental na Constituição da República, e está relacionado como a necessidade de se assegurar que todos tenham acesso ao Judiciário, independentemente de sua condição econômica.

Para Vescovi, o princípio está relacionado com a gratuidade de justiça e com a existência de um sistema de assistência judiciária gratuita^[47]. Ou seja, deve-se garantir aos litigantes estrangeiros o amplo acesso ao Judiciário e uma efetiva tutela jurisdicional. Este princípio deve ser analisado juntamente com o da igualdade processual das partes o qual possui como um de suas diretrizes o não estabelecimento de custas ou cauções especiais para litigantes estrangeiros. Este tipo de determinações para litigantes estrangeiros viola o princípio do acesso à justiça.

Interessante mencionar é a discussão nacional sobre o art. 835 do CPC que determina a caução para litigantes estrangeiros, violando o referido princípio. Este artigo será melhor abordado no próximo princípio, o da igualdade de tratamento.

4.11 Princípio da Igualdade de Tratamento Processual

As cortes devem garantir tratamento isonômico e oportunidades razoáveis aos litigantes estrangeiros. Esse tratamento inclui a proibição de qualquer tipo discriminação, seja com base na nacionalidade; sexo; raça; cor; religião; opinião política; lugar de residência ou domicílio; língua; opiniões de todo tipo; origem social; bens; nascimento; orientação sexual etc.

As cortes devem ainda, no intuito de garantir a igualdade, levar em conta as dificuldades naturais encontradas por litigantes estrangeiros para participar do processo. As cortes não devem impor um ônus desproporcional para o acesso à corte aos litigantes estrangeiros.

Outra determinação interna, comum aos ordenamentos jurídicos mundiais, é a necessidade de “caução do processo” como garantia necessária para cobrir as eventuais custas decorrentes do processo, em caso de perda de causa para partes estrangeiras. Tais disposições internas violam o princípio da igualdade de tratamento das partes e devem ser desconsideradas.^[48]

No Brasil, o art. 835 do CPC tem causado bastante polêmica doutrinária. Ada Pellegrini, por exemplo, proclama a inconstitucionalidade do referido artigo. O Protocolo de Las Leñas dispensa a aplicabilidade do artigo a países do Mercosul.

Tais dispositivos devem ser afastados pelos magistrados já que não se coadunam com a moderna tendência internacional do processo civil; representam um nítido obstáculo ao acesso à justiça, além de serem arbitrariamente discriminatórios.^[49]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório o crescimento das transações internacionais no mundo surgindo, como consequência, a necessidade de acompanhamento do processo civil a estas transformações. O processo civil já vem, há algum tempo, se preocupando com esse novo paradigma mundial. Nesse sentido o trabalho conjunto da American Law Institute-ALI e UNIDROIT-The International Institute for the Unification of Private Law, através dos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, na elaboração de um projeto de leis e princípios sobre processo civil internacional.

Tal obra é uma demonstração cabal da possibilidade de se adequar sistemas de direito diferentes, *common law* e *civil law*. O presente estudo, contudo, limita-se a apresentar um esboço de sistematização de princípios relacionados apenas à competência internacional.

Procurou-se agrupar os princípios que podem ser utilizados por quaisquer sistemas de direito, na tentativa de aproximar e unificar o tratamento sobre competência internacional. Os princípios são fruto de uma abordagem diferente, reflexo de uma metodologia voltada para a solução com base nos valores constitucionais cuja característica principal é a flexibilização dos sistemas existentes sempre com os olhos voltados para a solução global do problema, comprometendo-se com os valores e não mais somente com as normas positivadas.

O conjunto de situações jurídicas com caráter internacional impulsiona a cooperação dos Estados, propiciando a elaboração e aplicação de princípios uniformizadores acerca da competência internacional. Tais princípios surgem a partir de critérios universais de valores e de direitos fundamentais como justiça; dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALL, Paula Maria. **Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna**. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

ALI/UNIDROIT. **Principles of Transnational Civil Procedure**. Cambridge University Press, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado. Teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo. Landy. 2000.

BASSO, Maristela e CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs). **Lições de Direito Internacional. Estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista.** Curitiba: Juruá, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro: uma primeira aproximação.** Revista de Processo, n. 122, São Paulo: Saraiva, 2000,

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Competência judicial internacional: régimen de producción interna en Derecho internacional privado español.** Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **O DIPr no Brasil do século XXI.** In Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial. 2000.

FRAGISTAS. **La competence internationale em droit international privé.** RCADI, n. 104.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure.** St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

GLENN, H. Patrick. **The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?** Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

JATAHY, Vera Maria Barreira. **Do Conflito de Jurisdições.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

JAYME, Erik. **Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Européias.** In Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

KELLER, Max & SIEHR, Kurt. **Allgemeine lehren dês Internationalen Privatrechts.** Zurich, Schulthess Verlag AG, 1985.

MARQUES, Claudia Lima. **A crise científica do Direito na Pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa.** In Rumos da Pesquisa, Múltiplas Trajetórias, org. Maria da Graça Krieger e Marininha Aranha Rocha, Porto Alegre, Pró-Reitoria de Pesquisa, UFRGS, 1998.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da competência Internacional e dos princípios que a informam.** Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988.

MUÑOS, Maria Dolores Adam. **El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional.** Pamplona: Aranzadi, 1995.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009.

ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. **Derecho Internacional Privado**, Madrid: Civitas, 1999.

SILVA NETO. Orlando Celso. **Direito Processual Civil Internacional Brasileiro**. São Paulo: Editora LTr, 2003.

STRENGER, Irineu. **Direito Processual Internacional**. São Paulo: LTr, 2003.

TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Vol 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1978

VESCOVI, Eduardo. **Derecho Procesal Civil Internacional**. Ed. Idea, Montevideú, 2000.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**, traducción de Luis Díes Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

ZANETI Jr. Hermes. **Processo Constitucional. O modelo constitucional do Processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2007.

[1] Nesse sentido ver MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da competência Internacional e dos princípios que a informam**. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 51-71. Ver também CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

[2] FRAGISTAS. **La competence internationale em droit international privé**. RCADI, n. 104, 1964. p.165-6.

[3] STRENGER, Irineu. **Direito Processual Internacional**. São Paulo: LTr, 2003.

[4] JATAHY, Vera Maria Barreira. **Do Conflito de Jurisdições**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. pp.12

[5] FRAGISTAS. **La competence internationale em droit international privé**. RCADI, n. 104, p.165-6.

[6] KELLER, Max & SIEHR, Kurt. **Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts**. Zurich, Schulthess Verlag AG, 1985 APUD RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009.

[7] BASSO, Maristela e CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs). **Lições de Direito Internacional. Estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista**. Curitiba: Juruá, 2008.

[8] ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado. Teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 223-4.

[9] Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos – Código Bustamante, Havana, 1928. Promulgado pelo Brasil em 13.08.1929. Leva esse nome em homenagem ao doutrinador cubano Bustamante, autor do texto da Convenção. Para o texto integral, ver DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **Vade Mecum de Direito Internacional Privado.** Ed. Univ. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 166 e ss.

[10] Sobre tópica, consultar VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**, traducción de Luis Díes Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

[11] Nesse sentido, ZANETI Jr. Hermes. **Processo Constitucional. O modelo constitucional do Processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2007.

[12] JAYME, Erik. **Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Européias.** In Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

[13] ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado. Teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 19-20.

[14] Nesse sentido ver MARQUES, Claudia Lima. **A crise científica do Direito na Pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa.** In Rumos da Pesquisa, Múltiplas Trajetórias, org. Maria da Graça Krieger e Marininha Aranha Rocha, Porto Alegre, Pró-Reitoria de Pesquisa, UFRGS, 1998, pp. 95-108

[15] DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **O DIPr no Brasil do século XXI.** In Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial. 2000. pp.81.

[16] ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado. Teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 46-7.

[17] Ibidem p. 102-103.

[18] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo. Landy. 2000.

[19] BUENO, Cássio Scarpinella. **Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro: uma primeira aproximação.** Revista de Processo, n. 122, São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 167-186.

[20] CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

[21] CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp.50.

[22] SILVA NETO, Orlando Celso da. **Direito Processual Civil Internacional Brasileiro.** São Paulo: LTr, 2003.

[23] STJ, RO 64-SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13-5-2008, Dje. 23-6-2008.

[24] CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.pp.541.

[25] MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da competência internacional e dos princípios que a informam**. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71

[26] TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

[27] Continua o autor, afirmando que *“Os limites da jurisdição nacional não podem, por isso, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência dos tribunais, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional. Assim, a propositura da ação perante juiz internacionalmente incompetente, mesmo sem oposição do réu, não prorroga a competência internacional desse juiz; do mesmo modo, a propositura de ação perante autoridade judiciária de um Estado internacionalmente competente para a causa não previne a jurisdição deste contra a autoridade de outro Estado que pelas leis do primeiro, também seja (concorrentemente) competente para a mesma causa. Salvo convenção em contrário, é inoperante a litispendência estrangeira (CPC, art. 90), de modo que a mesma causa pode ser simultaneamente proposta perante as autoridades judiciárias de dois Estados diferentes. As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública. Por isso mesmo, não se aplica à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a divide em competência absoluta e relativa.”* MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da competência internacional e dos princípios que a informam**. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

[28] Ver decisão do STJ, Resp 804.306-SP.

[29] MUÑOS, Maria Dolores Adam. **El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional**. Pamplona: Aranzadi, 1995.

[30] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009

[31] Art. 314. A lei de cada Estado contratante determina a competência dos tribunais, assim como sua organização, as formas de processo e a execução das sentenças e os recursos contra suas decisões.

[32] § 2º do art. 12. A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objetivo das diligências.

[33] Por exemplo a CIDIP de Panamá: art. 10. A tramitação das cartas rogatórias far-se-á de acordo com as leis e normas processuais do Estado Requerido.

[34] Art. 12. A autoridade jurisdicional encarregada do cumprimento de uma carta rogatória aplicará sua lei interna no que se refere aos procedimentos.

[35] Fórum é a jurisdição onde se pressupõe deva ser apreciado o fato; palavra latina que também significa praça pública, lugar das assembleias públicas e dos tribunais; administração da justiça, foro, jurisdição; e como sinônimo de jurisdição indígena é que está sendo e será empregada. CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

[36] ALL, Paula Maria. **Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna**. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

[37] ALI/UNIDROIT. **Principles of Transnational Civil Procedure**. Cambridge University Press, 2004.

[38] VESCOVI, Eduardo. **Derecho Procesal Civil Internacional**. Ed. Idea, Montevideú, 2000, *passim* p. 17.

[39] CARAVACA, Alfonso Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Competência judicial internacional: régimen de producción interna en Derecho internacional privado español**. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005 pp. 519-542.

[40] ALL, Paula Maria. **Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna**. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005 pp. 423-444.

[41] ALI/UNIDROIT. **Principles of Transnational Civil Procedure**. Cambridge University Press, 2004.

[42] VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Vol 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1978. pp.145.

[43] ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. **Derecho Internacional Privado**, Madrid: Civitas, 1999, p.93.

[44] DOLINGER, Jacob. **A imunidade jurisdicional dos Estados**. In Revista de Informação Legislativa n.º76, Brasília, a. 19, out./dez. 82, pp. 10.

[45] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.91

[46] ALI/UNIDROIT. **Principles of Transnational Civil Procedure**. Cambridge University Press, 2004.

[47] VESCOVI, Eduardo. **Derecho Procesal Civil Internacional**. Ed. Idea, Montevideú, 2000.

[48] SILVA NETO. Orlando Celso da. **Direito Processual Civil Internacional Brasileiro**. São Paulo: Editora LTr, 2003.

[49] Nesse sentido ver GLENN, H. Patrick. **The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?** Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005 pp. 26-60.

ELEMENTOS DA TEORIA DE CHARLES SANDERS PEIRCE PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA

ELEMENTS OF CHARLES SANDERS PEIRCE THEORY FOR JURIDICAL HERMENEUTICS

Marcos Antônio Striquer Soares

RESUMO

Analisa a limitação da experiência do conhecimento da norma jurídica como experiência do sujeito que verifica o significado da norma. Consta que além da norma e do fato ainda é necessário a verificação do sentido que a norma deve ter diante de um fato específico. Investiga a teoria de Immanuel Kant para encontrar a limitação da experiência do conhecimento pelo sujeito do conhecimento. Levanta informações, então, da teoria de Charles Sanders Peirce para possibilitar uma compreensão dialógica da norma. Para tanto, investiga a relação triádica e a cadeia semiótica e semiose de Peirce para concluir com o debate sobre o signo no meio social.

PALAVRAS-CHAVES: INTERPRETAÇÃO; PEIRCE; SEMIÓTICA;
PRAGMATISMO; TEORIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO;
HERMENÊUTICA JURÍDICA.

ABSTRACT

This work analyses the limitation of the experience of knowledge of the juridical regulation as a personal experience of who verifies the meaning of the regulation. It verifies that besides the regulation and the fact, it is also necessary to verify the meaning that such regulation must have before a specific fact. It investigates the theory of Immanuel Kant to find the limitation of the experience of knowledge. It raises information, than, of Charles Sanders Peirce's theory to allow a dialogic comprehension of the regulation. For that, it investigates the triadic relation and the semiotic chain and semiosis of Pierce to conclude with the debate about the sign in the social environment.

KEYWORDS: INTERPRETATION; PIERCE; SEMIOTICS, PRAGMATISM,
CONSTITUTIONAL PROCESS THEORY; JURIDICAL HERMENEUTICS.

O estudo da interpretação da norma pode ser situado, dentro da Filosofia, no campo da teoria do conhecimento. A interpretação correta ou adequada da norma, o significado da norma é, em primeiro lugar, um problema relacionado com o conhecimento dessa norma. O homem, enquanto sujeito dotado de razão, tem diante de si o problema do conhecimento para definir o significado da norma.

Por outro lado, a experiência do conhecimento é sempre do sujeito do conhecimento, o sujeito que verifica o significado da norma. Essa experiência é do indivíduo, é resultado de uma relação que se estabelece entre o sujeito do conhecimento e o objeto conhecido. Desse modo, a interpretação também acaba como um ato do indivíduo, resultado de uma relação entre sujeito e objeto. O sujeito conhece e interpreta o objeto (norma), estabelecendo o seu significado. Ainda é preciso levar em consideração que o sujeito que interpreta a norma descarrega na interpretação as suas preferências, fazendo com que a interpretação de um sujeito tenha uma chance muito grande de ser diferente da interpretação realizada por outro sujeito.

A aplicação da norma, no entanto, ocorre no ambiente social e não no mundo restrito do sujeito do conhecimento. Essa aplicação da norma acaba condicionada pelas circunstâncias históricas e sociais em que a norma é aplicada. A aplicação, desse modo, não depende apenas do conhecimento do sujeito em relação a um objeto, depende também das circunstâncias históricas e sociais em que a norma é aplicada. O objeto do conhecimento, desse modo, não é somente a norma, mas também é o ambiente histórico-social onde essa norma é aplicada[1].

Desse modo, é preciso proporcionar o encontro do sujeito do conhecimento (experiência do conhecimento que é individual - diante de um objeto sobre o qual não se tenha a consolidação de seu significado - e não se dá de modo coletivo) com o objeto do conhecimento (a norma e a realidade histórica e social).

O exame do significado da norma encontra suporte na lingüística e na lógica. O exame da realidade histórico-social, no entanto, está cercada de subjetividade e de compreensões parciais. O que seja esse ambiente histórico-social gera grande dificuldade na aplicação da norma e não pode ser explicado somente pelo sujeito do conhecimento. Desse modo, é preciso proporcionar o encontro da interpretação (do indivíduo) com uma compreensão possível da realidade histórico-social (o que não pode ser feito de modo individual, pois o indivíduo não consegue apreender totalmente essa realidade e suas explicações são sempre parciais).

Muito além da subsunção: o sentido dos enunciados

A compreensão da interpretação como subsunção, como mera conformação da lei ao fato, não pode sobreviver em um mundo onde os teóricos já demonstraram que além da lei e além do conflito sobre o qual incide a lei, é preciso verificar o sentido que a lei deve ter em relação a determinado conflito.

O lógico alemão Frege - Johann Gottlob Frege - citado por Marilena Chauí[2], explica que é preciso distinguir em nosso pensamento e em nossa linguagem três níveis: o **objeto** a que nós nos referimos, os **enunciados** que empregamos e o **sentido** desses enunciados em relação com o objeto referido. Extraí-se, daí, portanto, que entre a lei e fato existe o sentido que deve ser atribuído à lei diante de um fato determinado.

Encontramos em Habermas outras explicações sobre a lingüística de Frege: "Há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações'. Representações sempre são minhas ou tuas representações; elas têm que ser atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no tempo, ao passo que os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual. Mesmo que sejam apreendidos por sujeitos diferentes, em lugares e épocas distintas, eles continuam sendo, de acordo com o seu conteúdo e em sentido estrito, os mesmos pensamentos"[3].

A lógica clássica e tradicional[4] sofre, com isto, um ataque severo indicando a necessidade de se encontrar uma decisão dialógica, estabelecida do diálogo entre as pessoas, tendo o texto da norma como limite. Esse diálogo estabelecido para se buscar o sentido da norma a aplicar, permite inclusive a superação da dualidade sujeito que conhece/objeto conhecido ou a superação da subsunção, uma vez que a decisão deixa de ser mera conformação da norma a um fato conflituoso, mas passa a ser expressão de um debate sobre o sentido da norma a aplicar.

Ente Kant e Peirce

Conforme explica Artur Kaufmann[5], na teoria do conhecimento de Kant atribui-se ao entendimento a possibilidade de pensar o objeto da intuição sensível, isto é, ao conhecimento não cabe qualquer faculdade criadora, mas apenas a espontaneidade dos conceitos. Os objetos do pensamento não têm origem no entendimento, mas sim na sensibilidade e valem, por isso, apenas *a posteriori*. *A priori* apenas nos são dadas as *formas* da sensibilidade e as *formas* do pensamento. Mais adiante Kaufmann[6] explica que Kant superou a ontologia substancialista, mas isto não foi suficiente para superar a lógica aristotélica e kantiana, que apenas conhecem predicados qualificadores[7].

Embora Kant aceite a interferência da experiência na formação do conhecimento, uma vez que a construção do conhecimento se dá a partir do objeto, a importância maior é reconhecida à razão. Marilena Chauí explica: "Analisando a faculdade de conhecer, na *Crítica da Razão Pura*, Kant distingue duas formas de conhecimento: o empírico ou *a posteriori*, e o puro ou *a priori*. O conhecimento empírico, como diz a própria expressão, reduz-se aos dados fornecidos pelas experiências sensíveis. (...) O conhecimento puro ou *a priori*, ao contrário, não depende de qualquer experiência sensível, distinguindo-se do empírico pela universalidade e necessidade. (...) A experiência sensível por si só - mostra Kant - jamais produz juízos necessários e universais, de tal forma que todas as vezes que se está diante de juízos desse tipo tem-se um conhecimento puro ou *a priori*"[8].

As explicações de Marilena Chauí continuam: "Ao lado da distinção entre *a posteriori* ou empírico, e *a priori* ou puro, impõe-se - segundo Kant - distinguir entre juízo analítico e juízo sintético. No primeiro, o predicado já está contido no sujeito, de tal forma que o juízo em questão consiste apenas em um processo de análise, através do qual se extrai do sujeito aquilo que já está contido nele. (...) Os juízos sintéticos, ao contrário, unem o conceito expresso pelo predicado ao conceito do sujeito, constituindo o único tipo de juízo que enriquece o conhecimento"[9]. Daí surgem três tipos de juízos:

analítico, sintético *a posteriori* e sintético *a priori*. Para Kant, "os juízos analíticos não teriam maior interesse(...). Os juízos sintéticos *a posteriori* também carecem de importância porque são todos contingentes e particulares, referindo-se a experiências que se esgotam em si mesmas. Portanto, o verdadeiro núcleo da teoria do conhecimento situar-se-ia no terreno dos juízos sintéticos *a priori*, os quais, ao mesmo tempo, são universais e necessários, enriquecendo e fazendo progredir o conhecimento"[10].

Seguem as explicações: "Assim, o problema do conhecimento foi formulado por Kant em torno de três questões: 'como são possíveis os juízos sintéticos *a priori* na matemática?'; 'como são possíveis os juízos sintéticos *a priori* na física?'; 'são possíveis os juízos sintéticos *a priori* na metafísica?'. Kant pretendeu solucionar esses problemas mediante uma revolução (compatível à de Copérnico (1473-1543) na astronomia) no modo de encarar as relações entre o conhecimento e seu objeto. A revolução consistiria em, ao invés de admitir que a faculdade de conhecer se regula pelo objeto, mostrar que o objeto se regula pela faculdade de conhecer. A filosofia deveria investigar a possível existência de certos princípios *a priori*, que seriam responsáveis pela síntese dos dados empíricos. Estes, por sua vez, deveriam ser encontrados nas duas fontes de conhecimento, que seriam a sensibilidade e o entendimento"[11]- [12].

Desse modo, embora Kant tenha provocado realmente uma revolução, uma vez que incorporou a interferência da experiência na formação do conhecimento, apesar de dar maior ênfase à razão, ele acabou limitado pelas possibilidades da própria razão em formular conceitos, uma vez que destacou a importância dos juízos sintéticos *a priori* (aqueles que unem o conceito expresso pelo predicado ao conceito do sujeito, constituindo um tipo de juízo que enriquece o conhecimento, que são *a priori* em decorrência da universalidade e necessidade de seus termos). A experiência interfere na formação do conhecimento, mas o conhecimento somente pode ser enriquecido e progredir com o uso da razão, quando desenvolve juízos sintéticos *a priori*.

O limite desse conhecimento é encontrado no instante em que o juízo sintético *a priori* esgota suas possibilidades de desenvolvimento, ou seja, quando se chega a juízos, dados pela razão, tão universais que já não é mais possível desenvolver tal juízo. Mas a experiência, onde fica? A experiência fica na limitação do próprio indivíduo, o qual tem a experiência do conhecimento, provocando a formação de juízos sintéticos *a priori*, que se esgota em princípios universais e necessários. Isto porque, conforme anotado, os juízos sintéticos *a posteriori* são todos contingentes e particulares, referindo-se a experiências que se esgotam em si mesmas.

Tais limitações da teoria kantiana serviram de impulso para construções teóricas de Peirce. Primeiramente, a comprovação da existência dessa limitação, a partir da lógica das relações, depois pelo desenvolvimento de teorias que permitiram explicar a formação do conhecimento humano conjugado com a experiência, não como uma relação sujeito-objeto, mas como uma relação entre o sujeito que conhece, o objeto conhecido e o signo, elemento que carrega as possibilidades de informar a diversidade do mundo (da experiência) para o sujeito que conhece.

Conforme explicações do próprio Peirce: "Creio que estão familiarizados com a reiterada insistência de Kant afirmando que o raciocínio necessário nada mais faz além de explicar o 'significado' das premissas"[13]. "Kant e os lógicos cujas obras conhecia (...) não deram atenção à lógica das relações; e o resultado foi que a única análise que

puderam fornecer do significado dum termo (sua 'significação' como lhe chamaram) é que era composta de todos os termos que podiam ser predicados do termo em análise. Conseqüentemente, ou a análise da significação prossegue mais e mais sem limite (opinião de Kant manifestada numa passagem muito conhecida mas que não desenvolveu), ou se chega a conceitos derradeiros, absolutamente simples, como Ser, Qualidade, Relação, Ação, Liberdade, etc., incapazes de definição, e perfeitamente luminosos e claros[14]-[15]. Em outra passagem é possível complementar essa idéia: "A doutrina de então era, como ainda é nos tratados de lógica depois de 1900, que não existe maneira de definir um termo a não ser através da enumeração de todos os seus predicados universais, cada um dos quais mais geral e abstrato que o termo definido. A menos que o processo pudesse prosseguir sem fim, a explicação de um conceito estacava em idéias como Ser Puro, Ação, consciência e outras semelhantes, tidas como perfeitamente simples, que não requeriam mais explicação. Esta doutrina grotesca foi despedaçada pela lógica de relações, que mostrou que as mais simples concepções - Qualidade, Relação, Consciência de si - podiam ainda ser definidas (...)"[16].

Comprovadas as limitações da lógica de sua época, no desenvolvimento de suas teorias Peirce demonstrou que os pensamentos logicamente controlados compõem um número reduzido de nossos pensamentos. No entanto, nossas ações são acionadas não só por pensamentos logicamente controlados, mas também por pensamentos que ficam fora de nosso controle, de nosso entendimento. Daí a necessidade de se realizar o controle da ação, "que é onde a energia lógica retorna às partes incontroladas e inanalizadas da mente"[17].

Lúcia Santaella explica: "o modelo dualista da percepção entra em ideal conjunção com a intuição cartesiana, com as primeiras impressões dos sentidos dos empiristas e a intuição sensível de Kant, pois, em sentido genérico, em qualquer uma dessas fontes, a intuição se traduz como impressão que apresenta uma correspondência mais ou menos perfeita com seu objeto"[18].

Considerando que a experiência da interpretação jurídica não é, em princípio, obtida de uma mente coletiva, mas de um indivíduo, o qual descarrega na interpretação a sua pré-compreensão e sua visão de mundo; considerando que a aplicação da norma ocorre no meio social, o qual acaba condicionando pelas circunstâncias históricas e sociais, essa aplicação da norma; isto implica na possibilidade de se obter uma decisão que vá além desse esquema dualista, "no qual a percepção é um intercurso que se estabelece entre um sujeito e um objeto"[19] e permita a **delimitação do significado da norma pelo grupo social ou, ao menos, de modo controlado pelo grupo social** (sob pena de não se poder falar em ciência do direito). É necessário encontrar um método de obtenção de significado da norma que vá além da análise do texto da lei e do conflito posto, que extrapole tais limites de análise. A interpretação no Direito deve ser capaz de criar mecanismos de controle sobre elementos ou variáveis não identificadas de imediato no texto da lei ou nos fatos a examinar. A interpretação se depara com elementos imprevisíveis (a interpretação exigida terá, além dos fatos e além da lei, o sentido - destacado por Frege - que se deve atribuir ao texto, diante dos fatos). Esses elementos imprevisíveis serão inseridos, muitas vezes sem que o próprio intérprete perceba que eles estão ali[20]. São muitos esses elementos, mas serão utilizados pelo intérprete em decorrência de sua pré-compreensão e sua visão de mundo (o que inclui o momento histórico, a predominância de uma ideologia, a humildade ou a arrogância do intérprete, entre outros elementos).

Elementos da teoria de Charles Sanders Peirce para a Hermenêutica Jurídica

São inúmeras as contribuições de Charles Sanders Peirce para a Filosofia e para a Ciência. As suas contribuições para a formação do conhecimento humano também podem ser estendidas para a Ciência do Direito. Contudo, Peirce não produziu textos voltados para o Direito, o que obriga o estudioso deste campo do conhecimento a vasculhar aquelas teorias e a rebuscar conceitos para dotar o Direito daquelas estruturas e informações apresentadas por ele.

A RELAÇÃO TRIÁDICA DE PEIRCE

A relação triádica é explicada por Julio Plaza, citando Peirce: "Assim como o pensamento as linguagens contêm três aspectos: a) as suas qualidades materiais que dão ao pensamento sua qualidade; b) a aplicação denotativa ou conexão real que põe um pensamento-signo em relação a outro; c) a função representativa. Fazendo uma distinção nítida entre as qualidades materiais do signo, seu objeto e significado, Peirce estabeleceu que todo processo sógnico opera por relações triádicas entre esses três elementos de semiose."[21]

O objeto é tudo o que pode ser apreciado pela mente humana, tendo existência real ou apenas apresentado à nossa razão de modo ideal. O signo é a representação de um objeto, a representação de algo que é apreciado pela mente humana. Já o significado é a idéia que um signo expressa, ou seja, o significado é a idéia que se extrai de um signo referente a um objeto.

"Diante de qualquer fenômeno, isto é, para conhecer e compreender qualquer coisa, a consciência produz um signo, ou seja, um pensamento como mediação irrecusável entre nós e os fenômenos. E isto, já ao nível do que chamamos de percepção. Perceber não é senão traduzir um objeto de percepção em um julgamento de percepção, ou melhor, é interpor uma camada interpretativa entre a consciência e o que é percebido."[22]

"O objeto de um signo é uma coisa, seu significado outra. Seu objeto é a coisa ou ocasião, ainda que indefinida, à qual ele deve aplicar-se. Seu significado é a idéia que ele atribui àquele objeto."[23]

Citando Peirce, Lúcia Santaella explica: "Um signo intenta representar, em parte pelo menos, um objeto que é, portanto, num certo sentido, a causa ou determinante do signo, mesmo se o signo representar seu objeto falsamente. Mas dizer que ele representa seu objeto implica que ele afete uma mente, de tal modo que, de certa maneira, determine naquela mente algo que é mediatamente devido ao objeto."[24] Em seguida a autora esclarece: "o signo é uma coisa que representa uma outra coisa: seu objeto. Ele só pode funcionar como signo se carregar esse poder de representar, substituir uma outra coisa

diferente dele. Ora, o signo não é o objeto. Ele apenas está no lugar do objeto. Portanto, ele só pode representar esse objeto de um certo modo e numa certa capacidade."[25]

Segundo Julio Plaza, "a plenitude tricotômica do signo-pensamento ou semiose genuína significa que o objeto tem primazia real sobre o signo, ou seja, o objeto determina o signo. Primazia real, no entanto, não significa primazia lógica, quer dizer, embora o signo seja determinado pelo objeto, este, por sua vez, só é logicamente acessível pela mediação do signo. Nessa medida, *o signo não se confunde com o objeto, visto que este é algo que está fora do signo, mas só pode ser apreendido através do signos. Desse modo, o signo não pode ser o objeto, pode apenas representá-lo porque, de uma forma ou de outra, carrega este poder de representação.*"[26] (grifos nossos).

Dessa ligação objeto/signo emerge na mente de um observador, conhecedor dos signos, um significado apropriado para essa relação. Este significado denomina-se interpretante. Lúcia Santaella explica: "Ora, o signo só pode representar seu objeto para um intérprete, e porque representa seu objeto, produz na mente desse intérprete alguma outra coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, mas pela mediação do signo. Cumpre reter da definição a noção de interpretante. Não se refere ao intérprete do signo, mas a um processo relacional que se cria na mente do intérprete. A partir da relação de representação que o signo mantém com seu objeto, produz-se na mente interpretadora um outro signo que traduz o significado do primeiro (é o interpretante do primeiro). Portanto, o significado de um signo é outro signo - seja este uma imagem mental ou palpável, uma ação ou mera reação gestual, uma palavra ou um mero sentimento de alegria, raiva... uma idéia, ou seja lá o que for - porque esse seja lá o que for, que é criado na mente pelo signo, é um outro signo (tradução do primeiro)."[27]

Partindo de Valente e Brosso, vamos encontrar as seguintes explicações, até entendermos o interpretante: "Dirige-se o signo ao objeto, porém nunca é o objeto. Diz-se algo sobre este. Representa-o unicamente a relação e um tipo de idéia do objeto. Haverá um ou múltiplos signos referidos a um mesmo objeto, enquanto que, por sua vez, o signo pode ter, da mesma forma, múltiplos objetos. Conecta-se o Signo com a realidade que o torna vivo, existente, mas só se efetua ao gerar outro signo que novamente o representa. A tal representação mediadora Peirce designa Interpretante, por realizar o papel de um intérprete. Um signo significa por dirigir-se a outro signo que o interpreta; o mesmo objeto representando, em sentido semelhante ao signo inicial. Peirce parece nos fornecer aqui a chave para a compreensão da ação do signo, a Semiose. Não é o interpretante outra coisa senão o efeito signico produzido. Distingue Peirce três tipos de possíveis efeitos: uma sensação produzida (Interpretante Emocional); um esforço muscular externo ou um esforço que se exerce sobre o mundo interior (Interpretante Energético); e um conceito, quer seja, signo mental ou pensamento (Interpretante Lógico)."[28]

De todo o exposto, entendemos que o interpretante é o resultado de um signo comunicado à mente. A mente recebe a informação signica e transforma o recebido em outro signo, denominado interpretante. Podemos analisar a partir de agora a cadeia semiótica.

A cadeia semiótica e semiose

A cadeia semiótica se apresenta como um processo a partir de um objeto, o qual passou a ser representado de algum modo, representação que passou a ser denominada signo, relacionado, este, àquele objeto. Esta representação produziu na mente do interlocutor/observado (alguém a quem foi comunicado o signo) uma compreensão daquele signo em relação àquele objeto, a qual já não é o mesmo signo que representou aquele objeto, simplesmente implantado na mente do interlocutor/observador, mas ele adquire outro significado em razão da interpretação de quem o recebe.

"Semiose (do grego *semeiosis*; sufixo *-sis* = ação ou processo), no sentido peirceano, significa ação interpretativa por meio de signos."^[29] "É a semiose, pois, a ação de praticamente qualquer signo."^[30] "A semiose é uma relação de momentos num processo seqüencial-sucessivo ininterrupto."^[31] A semiose é possível, portanto, a partir da constatação da existência da relação triádica. Esta relação veicula o processo de interpretação, a semiose.

Julio Plaza explica que, "por seu caráter de transmutação de signo em signo, qualquer pensamento é necessariamente tradução. Quando pensamos, traduzimos aquilo que temos presente à consciência, sejam imagens, sentimentos ou concepções (que, aliás, já são signos ou quase-signos) em outras representações que também servem como signos. Todo pensamento é tradução de outro pensamento, pois qualquer pensamento requer ter havido outro pensamento para o qual ele funciona como interpretante."^[32]

Segundo Valente e Brosso, "um signo representa um objeto, produzindo um novo signo que interpreta a representação. E é justamente o terceiro vértice criado por Peirce, o Interpretante, que é signo de signo, um supersigno, no dizer de Décio Pignatari, cujo objeto não é o mesmo do signo primeiro, pois engloba não somente Objeto e Signo, como a ele próprio, num contínuo jogo de espelhos. Peirce diz, fundamentalmente, que o significado de um signo é sempre outro signo. Logo, semiose é um processo que se desenvolve por relações triádicas. Pignatari esclarece que o interpretante é o signo-resultado contínuo que nasce desse processo. Interpretante é significação, interpretação de um signo. Interpretante é um signo vivo próprio da semiose."^[33]

Para Lúcia Santaella, "compreender, interpretar é traduzir um pensamento em outro pensamento num movimento ininterrupto, pois só podemos pensar um pensamento em outro pensamento. É porque o signo está numa relação a três termos que sua ação pode ser bilateral: de um lado, representa o que está fora dele, seu objeto, e de outro lado, dirige-se para alguém em cuja mente se processará sua remessa para um outro signo ou pensamento onde seu sentido se traduz. E esse sentido, para ser interpretado tem de ser traduzido em outro signo, e assim *ad infinitum*. O significado, portanto, é aquilo que se desloca e se esquia incessantemente. O significado de um pensamento ou signo é um outro pensamento. Por exemplo: para esclarecer o significado de qualquer palavra, temos que recorrer a uma outra palavra que, em alguns traços, possa substituir a anterior. Basta folhear um dicionário para que se veja como isto, de fato, é assim"^[34].

A cadeia semiótica é, portanto, um processo de tradução de um pensamento em outro pensamento, da representação de um objeto em novo pensamento, o qual já é um novo

pensamento, que gera nova representação e novo pensamento. O significado de um pensamento é outro pensamento, cujo significado já será outro pensamento, assim até o infinito, ou talvez até a morte do indivíduo.

O debate do signo no meio social

Lúcia Santaella explica o modelo de Charles Sanders Peirce[35]: o modelo peirceano da percepção é triádico e, portanto, mediado e contínuo. Diferentemente do esquema dualista no qual a percepção é um intercurso que se estabelece entre um sujeito e um objeto, para Peirce, em toda percepção, três elementos estão envolvidos: o percepto (é o que está lá, **estrangeiro, fora de nós**, é o objeto da percepção), o *percipuum* (corresponde ao modo como o percepto, traduzido pelos nossos órgãos sensórios, é **imediatamente interpretado** no julgamento de percepção) e o julgamento de percepção (é uma espécie de **proposição que nos informa** sobre aquilo que está sendo percebido).

Na teoria de Peirce[36], o pensamento é um processo ininterrupto, uma relação entre três elementos: o signo-pensamento, o objeto, ou pensamento precedente, ao qual o signo se refere, e o pensamento subsequente no qual o signo é pensado. Pensamentos são eventos, atos da mente. Cada pensamento é um evento no tempo. Dois pensamentos são dois eventos separados no tempo. Um pensamento só pode ser significado em outro pensamento. Em si mesmo, na sua imediatez, um pensamento é perfeitamente simples e inalisável, sem valor intelectual, sem significado, pois esse valor e significado só podem existir e aparecer no momento em que o pensamento é interpretado, pensado, representado, num pensamento subsequente.

Em outras passagens do trabalho de Lúcia Santaella ainda encontram-se esclarecimentos importantes para este estudo: "não há conhecimento sem interpretação, visto que todo conhecimento é condicionado pelos fatores anteriores a ele no processo de cognição e só se revela no momento em que é interpretado num conhecimento subsequente"[37]. Na teoria peirceana "a verdade depende de uma comunidade de investigadores e não de um indivíduo isolado e fechado no regozijo de suas certezas"[38].

Encontram-se em Habermas[39] outras explicações significativas da teoria de Peirce: No lugar do conceito bipolar de um mundo representado lingüisticamente, surge em Peirce o conceito tripolar da representação lingüística de algo para um possível intérprete. O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. "Real" é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que "verdadeiro" pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a "validade" (*Gültigkeit*) tem de ser entendida epistemicamente como "validade que se mostra para nós" (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve

ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.

Desse modo, Peirce propõe o pragmatismo como método apropriado para se obter uma solução diante de tantas incertezas que se apresentam entre diferentes intérpretes. Para os objetivos deste trabalho são suficientes algumas explicações. Peirce questiona e explica[40]: Mas qual é o objetivo do pragmatismo? Que é que se espera dele? Espera-se que ponha um termo às disputas filosóficas que a mera observação de fatos não pode decidir, e na qual cada parte afirma que a outra é que está errada. O pragmatismo sustenta que ambos os adversários lavra no equívoco. Atribuem sentidos diferentes às palavras, ou usam-nas sem qualquer sentido definido. O que se deseja é um método capaz de determinar o verdadeiro sentido de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra, ou outro tipo de signo. O pragmatismo não toma a seu cargo dizer em que consistem os sentidos de todos os signos, mas apenas estabelecer um método para determinar os sentidos dos conceitos abstratos, isto é, aqueles sobre os quais trabalha o raciocínio. Para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as conseqüências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas conseqüências constituirá o sentido total da concepção.

O desenvolvimento do pragmatismo na área do Direito deve ser feito a partir do processo. Processo não apenas como Direito Processual, como área do Direito voltada para a solução dos conflitos, aplicando o direito material. Mas processo como método destinado ao debate, ao confronto de idéias, ou simplesmente como conjunto de atos que devem ser confirmados pelos interlocutores de quem pratica esse ato (como é o caso do ato administrativo), e sempre tendente a uma finalidade. A idéia de processo, aqui, está diretamente relacionada com o Direito Constitucional, com a prática de atos oficiais pelo Estado, seja solucionando conflitos, na criação da lei ou na prática de atos pelo Executivo. O pragmatismo deve ser estudado, nessa dimensão, pela Hermenêutica Jurídica e por uma Teoria Processual da Constituição, voltada à interpretação e aplicação da Constituição.

Referências:

ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*, 2ª ed., tradução Ronald Boiner, 2ª ed., Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, 4ª ed., /São Paulo, Editora Ática, 1995.

_____. *Vida e obra de Kant*, in Immanuel Kant, *Os Pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2ª ed., tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

KAUFMANN, Artur. *Filosofia do Direito*, tradução: Antônio Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MONTORO, André Franco. *Lógica jurídica, ferramenta do jurista*, in *Direito, Cidadania e Justiça*, coord.: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; e PIOVESAN, Flávia, São Paulo, Ed. RT, 1995.

PEIRCE, Charles Sanders. *Os Pensadores*, tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum, 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1980.

PLAZA, Julio. *Tradução intersemiótica*, São Paulo, Editora Perspectiva, Coleção Estudos, 2001.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1981.

SANTAELLA, Lúcia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, São Paulo, Editora UNESP, 2004.

_____. *O que é Semiótica*, 1ª ed., 15ª reimpressão, São Paulo, Brasiliense, 1999.

_____. *Produção de linguagem e ideologia*, 2ª ed., São Paulo, Cortez, 1996.

VALENTE, Nelson; e BROSSO, Rubens. *Elementos de Semiótica: comunicação verbal e alfabeto visual*, São Paulo, Editora Panorama, 1999.

[1] Entre os brasileiros, a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, apresenta fundamentos que caminham para a superação dessa limitação da relação sujeito/objeto. Segundo seu autor, essa teoria demonstra que: "a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, uma *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram" (*Lições Preliminares de Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1981, p. 65). Mais adiante o autor complementa: "o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando. Nós dizemos que esse processo do Direito obedece a uma forma especial de dialética que denominamos 'dialética de implicação-polaridade', que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos. (...) Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o *fato* e o *valor* nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro

(polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito" (*Lições Preliminares de Direito*, p. 67).

[2] Johann Gottlob Frege, apud Marilena Chauí, *Convite à Filosofia*, São Paulo, Editora Ática, 1995, p. 62.

[3] Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2ª ed., tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 27-28.

[4] Em artigo intitulado *Lógica jurídica, ferramenta do jurista*, Franco Montoro explica que "O termo 'Lógica' tem hoje, entretanto, diferentes significações. Aplica-se à Lógica clássica, à Lógica simbólica ou matemática, à Lógica da linguagem, à Lógica deôntica e às chamadas Lógicas do concreto". Depois de traçar os contornos de cada uma o autor apresenta a seguinte avaliação: "Diante dessa diversidade de opiniões, qual das modalidades de Lógica devemos utilizar no estudo da Lógica jurídica? Deixando de lado o radicalismo e o reducionismo de algumas posições, podemos afirmar que, em regra, essas correntes não se excluem. Constituem, antes, abordagens diferentes e podem trazer contribuições positivas para o estudo de problemas diferentes. Uma visão compreensiva da matéria nos leva, assim a considerar no campo do Direito todos os tipos de Lógica acima indicados. Eles representam focalizações ou perspectivas diferentes que podem ser aplicados a situações diferentes. O desenvolvimento dos estudos lógico-jurídicos vem demonstrando a utilidade incontestável de cada uma dessas abordagens para o exame de determinadas situações ou aspectos do Direito" (Franco Montoro, *Lógica jurídica, ferramenta do jurista*, in *Direito, Cidadania e Justiça*, coord.: Beatriz Di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 17-22).

[5] Artur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, tradução: Antônio Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 39.

[6] Artur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, 50.

[7] Conforme Lúcia Santaella, "Enquanto Kant olha a proposição que fala o mundo, Peirce olha o mundo nos modos como ele é apreendido e em que as proposições verbais surgem como um dentre os modos" (*Produção de linguagem e ideologia*, 2ª ed., São Paulo, Cortez Editora, 1996, p. 127).

[8] Marilena Chai, *Vida e obra de Kant*, in Immanuel Kant, *Os Pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1980, p. IX.

[9] Marilena Chai, *Vida e obra de Kant*, p. IX.

[10] Marilena Chai, *Vida e obra de Kant*, p. IX.

[11] Marilena Chai, *Vida e obra de Kant*, p. IX.

[12] Conforme ensina Hannah Arendt: "Lembrem que em Kant a experiência e o conhecimento possuem dois troncos: intuição (sensibilidade) e conceitos (entendimento). A intuição sempre nos dá algo particular; o conceito torna o particular

conhecido para nós. Se eu digo: 'esta mesa', é como se a intuição dissesse 'esta' e o entendimento complementasse: 'mesa'. 'Esta' relaciona-se apenas com esse item específico; 'mesa' o identifica e torna o objeto comunicável. Surgem duas questões. Em primeiro lugar, como essas duas faculdades relacionam-se? Certamente, os conceitos do entendimento propiciam ao espírito a ordenação do múltiplo das sensações. Mas de onde provém a síntese, o seu trabalho em conjunto? Em segundo lugar, esse conceito, 'mesa', é ele apenas um conceito? Não será também, talvez, uma espécie de imagem? De modo que algum tipo de imaginação também se faça presente no intelecto? A resposta é: 'A síntese de um múltiplo ... é o que primeiramente dá origem ao conhecimento ... [Ela] agrega os elementos para o conhecimento e os unifica em um certo conteúdo'; essa síntese 'é o mero resultado da faculdade da imaginação, uma função cega mas indispensável de nossa alma, sem a qual *de modo algum* teríamos um conhecimento, mas da qual raramente estamos conscientes'. E o modo pelo qual a imaginação produz a síntese é 'provendo uma *imagem para um conceito*'. Tal imagem é chamada 'esquema'. Aqui, Kant apela à imaginação para proporcionar a conexão entre as duas faculdades, e, na primeira edição da *Crítica da razão pura*, ele chama a imaginação de a 'faculdade da síntese em geral [überhaupt]'. Em outros lugares, onde fala diretamente do 'esquematismo' envolvido em nosso entendimento, chama-o de uma 'arte escondida nas profundezas da alma humana' (isto é, temos uma espécie de 'intuição' de algo que *nunca* está presente); pelo que Kant sugere que a imaginação é de fato a raiz comum das outras faculdades cognitivas, isto é, a 'raiz comum, mas para nós desconhecida', da sensibilidade e do entendimento, sobre a qual ele fala na Introdução da *Crítica da razão pura* e em seu último capítulo, em que menciona novamente essa faculdade, mas sem nomeá-la" (*Lições sobre a filosofia política de Kant*, 2ª ed., tradução Ronald Boiner, 2ª ed., Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994, p. 80-81).

[13] Charles Sanders Peirce, *Os Pensadores*, tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum, 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1980, p. 48

[14] Charles Sanders Peirce, *Os Pensadores*, p. 48-49.

[15] Explica-nos Peirce que "Um dos muitos serviços importantes prestados pela lógica das relações foi mostrar que estes chamados conceitos simples, apesar de não-afetados pelo tipo de combinação reconhecido na *lógica-não-relacional*, são, contudo, suscetíveis de análise devido a implicarem diversos modos de relacionamento" (Charles Sanders Peirce, *Os Pensadores*, p. 48-49). Ele cita, então exemplos de conceito simples desenvolvidos por ele (Primeiridade, Segundidade e Terceiridade) e explica que o fato de ter apresentado tais conceitos não impediu que ele os tenha definido, de maneira muito efetiva, aliás, uma vez que todos os seus enunciados sobre eles foram deduzidos daquelas definições.

[16] Charles Sanders Peirce, *Os Pensadores*, p. 58.

[17] Charles Sanders Peirce, *Os Pensadores*, p. 59-60.

[18] Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, São Paulo, Editora UNESP, 2004, p. 118.

[19] Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, p. 118.

[20] Conforme explica Lúcia Santaella, "No instante em que o percepto [é o que está lá, estrangeiro, fora de nós] chega até nós, ele é imediatamente filtrado pelos nossos sentidos e capturado nas malhas dos esquemas mentais com que estamos equipados para traduzir aquilo que se apresenta à nossa mente. As operações desses esquemas escapam por completo do domínio de nossa consciência" (Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, p. 119).

[21] Julio Plaza, *Interpretação intersemiótica*, São Paulo, Editora Perspectiva, Coleção Estudos, 2001, p. 21.

[22] Lúcia Santaella, *O que é Semiótica*, 1ª ed., 15ª reimpressão, São Paulo, Brasiliense, 1999, p. 51.

[23] Nelson Valente e Rubens Brosso, *Elementos de Semiótica: comunicação verbal e alfabeto visual*, São Paulo, Editora Panorama, 1999, p. 49.

[24] Lúcia Santaella, *O que é Semiótica*, p. 58.

[25] Lúcia Santaella, *O que é Semiótica*, 1999, p. 58.

[26] Julio Plaza, *Tradução intersemiótica*, p. 20.

[27] Lúcia Santaella, *O que é Semiótica*, p. 58 e 59.

[28] Nelson Valente e Rubens Brosso, *Elementos de Semiótica*, p. 87.

[29] Nelson Valente e Rubens Brosso, *Elementos de Semiótica*, p. 81.

[30] Nelson Valente e Rubens Brosso, *Elementos de Semiótica*, p. 86.

[31] Julio Plaza, *Tradução intersemiótica*, p. 17.

[32] Julio Plaza, *Tradução intersemiótica*, p. 18.

[33] Nelson Valente e Rubens Brosso, *Elementos de Semiótica*, p. 93 e 94.

[34] Lúcia Santaella, *O que é Semiótica*, p. 52.

[35] Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, p. 118.

[36] Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, p. 53-54.

[37] Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, p. 57.

[38] Lúcia Santaella, *O método anticartesiano de C. S. Peirce*, p. 48.

[39] Jürgen Habermas, *Direito e democracia*, p. 31-33.

[40] Charles Sanders Peirce, *Os Pensadores*, p. 6-7.

**“SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES” OU NÚCLEOS
DEMOCRÁTICOS DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO? UMA ABORDAGEM
CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DE PETER HÄBERLE**

**"OPEN SOCIETY OF INTERPRETERS" OR DEMOCRATIC NUCLEOS
CONSTITUTION DEFENSE? A CRITICAL APPROACH BY PETER
HÄBERLE'S THEORY**

**Paulo Antônio de Menezes Albuquerque
Roberta Laena Costa Jucá**

RESUMO

O presente trabalho analisa a teoria de interpretação das normas constitucionais proposta por Peter Häberle, contrastando seus pressupostos com a realidade contemporânea de crise dos mecanismos democráticos de controle e participação. Para tanto, parte do estudo dos elementos essenciais do conceito de Constituição Aberta – integrada pela complexa união entre os elementos da sociedade aberta, conceito de povo e democracia participativa – para fundamentar o exame das condições de sua implementação no cenário da sociedade mediática, sugerindo-se a criação de núcleos democráticos de transparência e controle da observância das diretrizes constitucionais mais sensíveis a bloqueios e compromissos dilatórios em sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. CONSTITUIÇÃO ABERTA. SOCIEDADE ABERTA. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

ABSTRACT

This paper analyses Peter Haberle's Theory of Interpretation of Constitutional Norms, aiming at verifying its application to the Brazilian Legal System. Therefore, it involves in the first place the study of the key elements designated by Peter Haberle as Open Constitution, namely Open Society, a concept of people and participatory democracy, seeking to set the possibility of a critical view of its implementation in medial society, by means of which one examines the possibility of creation of democratic transparency and control agencies in order to observe the most sensitive constitutional directives that are more exposed to blockades and delaying commitments in their application

KEYWORDS: KEY-WORDS: INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL NORMS. OPEN CONSTITUTION. OPEN SOCIETY. PARTICIPATORY DEMOCRACY. BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

INTRODUÇÃO

A crise da democracia nas constituições contemporâneas atinge o cerne do conceito de soberania popular, afetando a compreensão formal e material de seu âmbito de atuação. Nesse contexto cabe à metodologia de interpretação constitucional examinar em que medida a teoria democrática da constituição pode contribuir não somente para ampliar o rol de intérpretes constitucionais, mas também instaurar controles dinâmicos capazes de monitorar eficazmente a aplicação dos direitos, de modo a compensar mecanismos refratários a controle, oriundos do núcleo estatal, ou mecanismos distorsivos da representação típicos do transbordamento do poder privado e agentes promoventes da desconstitucionalização.

Sabidamente a teoria de Peter Häberle pretende contribuir para o processo – que também é político - de pluralidade de agentes na interpretação das normas constitucionais. Neste trabalho parte-se da discussão das premissas dos conceitos defendidas pelo autor que compartilha em suas teses o deslocamento do patamar sócio-hermenêutico ao exame de conteúdo dos dispositivos constitucionais atinentes à delimitação da participação e responsabilidade democráticas. A partir de seu exame crítico pretende-se averiguar a possibilidade de sua aplicação na ordem jurídica nacional, notadamente frente às deficiências que compõem a irregularidade histórica do Estado de Direito no Brasil.

Para dar conta desse itinerário será feita rápida exposição sobre a metodologia de interpretação constitucional, de modo a situar na tradição de pensamento epistemológico contemporânea a concepção de Peter Häberle, discernindo suas compatibilização com a sistemática interna do direito. Em seguida, buscar-se-á localizar no texto da Constituição Brasileira dispositivos que dão margem a uma efetiva intervenção democrática no modo de aplicação das normas constitucionais. A partir deste ponto será feito o questionamento central: é possível ampliar a utilização do método proposto por Peter Häberle para instâncias mais específicas de controle democrático?

1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MOMENTO DA SOCIABILIDADE POLÍTICA

Consolidada com o movimento constitucionalista e com surgimento do estado liberal, nos fins do século XVIII, especialmente a partir de Rousseau, a democracia evoluiu do caráter puramente formal – quando apenas servia de forma de sustentação e justificação de um governo – para o material – quando ganhou realização prática. No século XX, essas concepções democráticas são divididas por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002) em hegemônicas e não-hegemônicas. As primeiras se traduzem nas formas tradicionais: a liberal-democracia e a democracia marxista; as segundas, por eles chamadas de concepções alternativas ou contra-hegemônicas, rompem com a ideologia clássica e consideram a democracia, assim como Habermas, uma gramática de organização social e da relação entre estado e sociedade (2002, p.15). Destarte, o regime democrático deixa de ser uma mera construção teórica utilizada pelos

governantes para legitimar o poder e passa a ser concebida como real possibilidade de inovação social, um fator determinante do processo histórico.

Em relação às características das formas contra-hegemônicas de democracia, os mencionados autores abordam o princípio de deliberação amplo, preconizado por Habermas e a importância dos movimentos societários para o exercício da cidadania. Tem-se, então, a necessidade de uma sociedade plural que exige meios efetivos de participação popular, ou seja, uma re-inserção dos arranjos participativos no debate democrático (2002, p. 12, 17-18). Das conseqüências desse inovador modo de se pensar democracia, destacam os autores “a percepção da possibilidade da inovação, entendida como participação ampliada de atores sociais de diversos tipos de processo de tomadas de decisão” (2002, p. 26), e concluem determinando o objetivo desse novo modelo:

o objetivo é associar, ao processo de fortalecimento da democracia local, formas de renovação cultural associadas a uma nova institucionalidade política que recoloca na pauta democrática as questões da pluralidade cultural e da necessidade da inclusão social (2002, p. 47).

Por uma democracia inclusiva também clama Robert Dahl. Com base no princípio da igualdade, o autor entende que as decisões públicas devem levar em consideração os interesses e a opinião de todos os envolvidos, igualmente. Acrescenta que a participação política dos cidadãos se dá com a institucionalização dos segmentos sociais, sendo um dos fatores consolidadores da democracia participativa.

2 CONSTITUIÇÃO ABERTA E (AUTO)CONTROLE DEMOCRÁTICO

Dentre as muitas escolas de interpretação encontra-se o método concretista denominado Constituição Aberta. Fundado na ideologia democrática, em especial nessa nova versão da democracia, Peter Häberle trouxe à hermenêutica jurídica a idéia da interpretação da Constituição como elemento de uma sociedade aberta. Segundo Häberle, todos os cidadãos de um Estado Democrático de Direito são interpretes da Constituição, porque o povo - titular do poder constituinte - tem o direito e o dever de participar da construção da ordem jurídica, interpretando e aplicando as normas constitucionais, e porque uma ordem plural e democrática não se satisfaz apenas com a atividade jurisdicional.

Outrossim, considerando o interesse público a finalidade maior de um estado, Häberle utiliza-o para fundamentar essa nova forma de atividade interpretativa. Para ele, se o bem-comum da coletividade deve permear a interpretação constitucional, já que a ordem democrática é construída pelo povo, para o povo e em benefício do povo, natural e lógico que esse mesmo povo seja responsável pelos direitos assegurados e participe efetivamente do processo de interpretação das normas constitucionais.

Outro aspecto considerado por Häberle foi o caráter político da Constituição. Isto porque se constituição é a norma ápice de uma sociedade, o documento que a estrutura e define seus principais elementos e características, este fato não pode ser afastado do processo interpretativo. Como acentua Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (2002, p. 259),

a teoria pluralista de Häberle chama atenção para um dado que não se pode deixar de levar em conta, na hermenêutica constitucional. Justamente a questão da necessidade de evitar a cisão entre as dimensões normativa e política da Constituição, cuja unidade decorre do próprio conceito (de Constituição). Ela, de fato, é a lei fundamental da sociedade e do Estado. Daí porque a jurisdição constitucional, quando a interpreta, não pode [...] menosprezar as consequências de suas decisões, que inevitavelmente afetam toda a comunidade.

Partindo dessa idéia e, como expressa Márcio Diniz, do postulado básico ‘quem vive a norma, co-interpreta-a também’ (2002, p. 257), Häberle considerou a prática social - a realidade - como fator determinante à boa interpretação constitucional, e elevou o povo à categoria de intérprete, solidificando assim a soberania do cidadão e a teoria concretista denominada Constituição Aberta.

Häberle especifica ainda alguns meios concretos de participação social, ao colocar a opinião pública como grande estimuladora da democracia e do pluralismo: imprensa, rádio, televisão, associações, escolas, igrejas, etc. (1997, p. 22-23). Para o autor, todos os meios capazes de assegurar a efetiva participação do povo no governo são válidos e necessários.

Muitas são as críticas oponíveis a essa teoria. Isto porque seu êxito depende de uma sociedade com sólidas bases culturais e políticas fortes que ofereçam condições de prática democrática. Argumenta-se também que a interpretação constitucional perde qualidade, devido ao grande número de participantes, ou ainda que a independência do magistrado e sua vinculação à lei restam comprometidas. Mas será sobretudo a consideração um tanto abstrata do modo como se dá o fluxo de informação na sociedade contemporânea que será para nós o ponto a servir de contraponto à argumentação. De fato, como atenta (ZOLO, 1996, p. 171 ss), não se pode desconhecer o efeito distorsivo sobre a formação da opinião pública exercido pelos órgãos de comunicação, em que os eleitores se vêem tantas vezes reduzidos a uma dimensão demoscópica e televisa.

De outro lado, também a formação de bloqueios de funcionamento no estado, resistindo ao cumprimento de mandados de otimização da constituição constitui exemplo obstaculizante à proteção dos direitos.

Häberle em resposta a tais críticas defende sua teoria afirmando, primeiro, que a aplicação da norma constitucional resultará de uma conjugação de interpretações, pelo que se eliminam os riscos de muitas interpretações e de uma baixa qualidade da interpretação; segundo, que o juiz continuará independente e vinculado à lei, sendo obrigado apenas a considerar mais um aspecto em sua função: a realidade. E para os que afirmam ser a participação do povo um obstáculo à harmonização e à unidade da interpretação, Häberle responde: “Consenso resulta de conflitos e compromissos entre

participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso”. (1997, p. 51).

Em que pesem essas considerações sobre a democratização interpretativa sugerida por Peter Häberle, não se pode deixar de ressaltar a sua influência sobre outras teorias, a partir da noção, afirmada por Eros Roberto Grau, de ser o direito instrumento de mudança social e sua interpretação um “processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos” (2002, p. 111). Percorrendo o mesmo caminho, Cristina Queiroz nega que a Constituição seja o que o Tribunal Constitucional diga que ela é.

Para a citada autora, faz-se necessária uma revisão da concepção jurídico-política da interpretação constitucional, o que “só é possível no âmbito de uma *interpretação construtiva* que tenha em conta a globalidade do sistema jurídico, os interesses e valores fundamentais de todos aqueles que por esta possam resultar afectados”. (2000, p. 351).

3 PARTICIPAÇÃO POPULAR E ESTADO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O TEXTO E O CONTEXTO

A partir dos postulados da teoria de Peter Häberle, cabe verificar se a Constituição Brasileira tem em seu bojo normas que permitam sua efetivação prática. Para tanto, será considerado o aspecto da responsabilidade do povo por alguns direitos constitucionalmente assegurados e a necessária participação da sociedade na atividade pública, que são ao mesmo tempo direito e dever de todos os cidadãos. Percebe-se a presença de inúmeros dispositivos que atribuem responsabilidade ao povo e garantem sua efetiva participação:

a) Art 5º, XXXIV. - Assegura a Constituição o **direito de petição** aos poderes públicos **contra ilegalidade ou abuso de poder**, independentemente do pagamento de taxas:

b) Art 5º, LXX. - Por esse dispositivo, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, podem impetrar **mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados**;

c) Art 5º, LXXIII. - **Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

d) Art. 14. - O artigo em referência traz várias formas de exercício da soberania popular, a saber: **sufrágio universal, voto** direto e secreto, **plebiscito, referendo e iniciativa popular**.

e) Art. 27, §4º. A lei disporá sobre a **iniciativa popular** no processo legislativo estadual.

f) Art. 29, XIII.- A **iniciativa popular** de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

g) Art. 31, § 3º - Dispõe sobre a possibilidade de **exame, apreciação e questionamento das contas municipais por qualquer pessoa**.

h) Art. 37, § 3º. - A lei disciplinará **formas de participação do usuário na administração pública** direta e indireta, regulando especialmente:

I – As **reclamações** relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o **acesso dos usuários a registros administrativos e a informações** sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, XXXIII;

III – a disciplina da **representação** contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

i) Art. 61, *capute* § 2º - Possibilita o art. 61 a **iniciativa das leis** complementares e ordinárias **por qualquer cidadão**, através da apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

j) Art 74, § 2. - **Qualquer cidadão**, partido político, associação ou sindicato é **parte legítima para**, na forma da lei, **denunciar irregularidades ou ilegalidades** perante o Tribunal de Contas da União.

k) Art. 103, IX. - Permite a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

l) Art. 144. - Dispõe sobre a **segurança pública**, trazendo-a como dever do Estado, direito e **responsabilidade de todos**.

m) Art. 194. - Neste artigo, a **seguridade social** aparece como um conjunto integrado de ações de **iniciativa** dos poderes públicos e **da sociedade**, possuindo como objetivo, dentre outros, o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante **gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados** e do Governo nos órgãos colegiados.

n) Art. 198. - As **ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III - **participação da comunidade**.

o) Art. 204. - As ações governamentais na área da **assistência social** serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - **participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

p) Art. 205. - A **educação**, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será **promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

q) Art. 216, § 1º. - O poder público, **com a colaboração da comunidade**, **promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro**, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

r) Art. 225. - Impõe ao poder público e à **coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

s) Art. 227. - **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente**, com absoluta prioridade, **o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

t) Art. 230. - **A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Em todo o texto constitucional, tem-se o povo participando ativamente da vida pública, seja através de direitos à fiscalização ou à iniciativa de leis, seja por meio de deveres sociais. A Carta permite uma interpretação ampla, diversionista, calcada na realidade social, ou seja, na práxis popular, feita não apenas pelos poderes institucionalizados, mas também pelo povo. Para Häberle, isto faz da sociedade brasileira uma sociedade aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional (1997, p. 43).

José Afonso da Silva (1999, p. 124), em seu Curso de Direito Constitucional, concorda com essa visão, afirmando que a Constituição Brasileira

abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

Cite-se ainda a manifestação de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002, p. 33):

[...] o Brasil e a Índia são os casos nos quais as potencialidades da democracia participativa mais claramente se manifestam.

[...]

Sendo assim, a Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos ao nível da sociedade, na institucionalidade emergente abrindo espaço para prática da democracia participativa.

CONCLUSÃO

Esse relativo sucesso institucional não está, porém, ao abrigo de tendências autoritárias e desvios de curso. Neste sentido parece claro que o aporte cognitivo das teorias tradicionais necessita ser melhor trabalhada no sentido de dotar de mecanismos de verificação local as condições gerais de aplicação democrática. Trata-se, por esse viés, de erigir a participação direta dos interessados nos processos que envolvam restrição ou promoção de direitos de determinados setores da população não somente como complemento metodológico do processamento dos procedimentos de interpretação, mas sobretudo de promover o dever de transparência democrática das informações, fator chave para determinar o efetivo grau de acessibilidade e imaginação institucional dos cidadãos, garantia de qualquer estabilidade democrática. [1]

[1] Neste sentido ver o estudo de Josiah Ober sobre a democracia grega, *Democracy and Knowledge*, Princeton, University Press, 2008.

A CONSTRUÇÃO DO NORMATIVISMO JURÍDICO NA BUSCA DA EFICÁCIA DO DIREITO: DO PROGRESSO DA ABSTRAÇÃO DAS NORMAS

THE NORMATIVE LEGAL CONSTRUCTION OF EFFICIENCY IN SEARCH OF THE RIGHT: THE PROGRESS OF STANDARDS ABSTRACTION

Raquel de Freitas Manna

RESUMO

A Dogmática Jurídica tem que ser interpretada de forma a buscar a eficácia do direito, no sentido de que haja a abstrativização da norma, para que incida sobre a sociedade. Partindo-se do pressuposto de que o direito não pode ser compreendido de forma uníssona, sem influências externas, percebe-se que a sua difusão para a sociedade só é possível por meio da aplicação da abstração da norma. Na medida em que o direito é voltado para a coletividade, bem como a justiça é decorrência da aplicabilidade da igualdade, do que é devido, e do comprometimento com o próximo, nota-se cada vez mais que a abstração é o segredo da eficácia do direito, levando-se em consideração que a dignidade da pessoa humana, por exemplo, é um modelo de abstrativização da norma. Sendo assim, tal pesquisa objetiva abordar conceitos relacionados com a abordagem interdisciplinar da norma jurídica, juntamente com os conceitos de justiça, de coletividade no direito e de abstração das normas, atendo-se ao exemplo da dignidade da pessoa humana, aplicável ao número indeterminado de pessoas, tendo em vista que sua norma não esclarece situações específicas de aplicação. Por fim, será desmistificada a concepção de que o Direito é inerte a influências externas, bem como que a abstrativização é um conceito vago para expressar situações fáticas.

PALAVRAS-CHAVES: ABSTRATIVIZAÇÃO DA NORMA; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; DOGMÁTICA JURÍDICA.

ABSTRACT

The Dogmatic Law must be interpreted in order to get the effectiveness of law in that there was abstrativização standard for covering the company. Based on the assumption that the right can not be understood in unison, without external influences, we find that its diffusion to society is only possible through the application of abstraction of the standard. To the extent that the law is returned to the community, and justice is the result of the applicability of equality, than is due, and the commitment to the next, there is increasing abstraction that is the secret of effective law, taking into consideration that human dignity, for example, is a model of abstraction standard. This research aims to address concepts related to the interdisciplinary approach of the law, together with the concepts of justice, law and community in the abstraction of rules, given to the example of human dignity, for the indeterminate number of people in order that its standard does not clarify the specific situations of application. Finally, it will be demystified the

concept that the law is inert and external influences, and that abstraction is a vague concept to express situations facts.

KEYWORDS: ABSTRACTION OF STANDARD; HUMAN DIGNITY; DOGMATICS LEGAL.

INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica tem se apresentado, no contexto atual, como uma escala abrupta e sem meios e possibilidades de evolução dadas as circunstâncias concretas de aplicação. Essa percepção que foge do senso de aplicabilidade do direito motiva uma busca incessante de abstração das normas e generalização de suas funções.

A praticidade que o sistema capitalista proporciona aduz a um incentivo de que a normatividade caminhe, *pari passu*, com a facilidade que a concretude dá ao direito, no sentido das soluções serem as mais céleres e eficazes possíveis. Não basta que a dogmática jurídica atenda aos anseios de um grupo determinado de pessoas, é preciso que atenda as necessidades gerais e coletivas.

A idéia é ligar a necessidade de aplicação da norma a um contexto fático e generalizado, fazendo com que suas ações atinjam um número indeterminado de pessoas, ao mesmo tempo em que resolve a situação conflitante de indivíduos encartados no processo. A seletividade normativa induz a uma falácia de que o direito se reduz à aplicação indigesta do “inter partes”, esquecendo-se da situação “erga omnes” tão necessária para o bem comum.

Isso significa que, embora a ciência jurídica se dirija a uma concepção interdisciplinar, na medida em que recebe influências de ramos diversos do positivismo jurídico, ela não pode se ater a um entendimento uníssono, voltada no firmamento de que o direito simplesmente se cria, sem a concepção de que a norma jurídica não recebe influências externas.

Pois bem, a abordagem direta e sem influências liga-se à idéia de que a dogmática jurídica é aplicável às pessoas participantes do litígio, haja vista que a normatividade, baseada no positivismo jurídico, entende que somente tais seres recebem o manto da juridicidade, sendo assim, os efeitos para a coletividade seriam dissipados.

A partir do momento em que se entende que a norma jurídica fundada na possibilidade de abstração e generalização das situações poderá ser compreendida por meio de valoração dos fatos sociais, na medida em que o direito não pode ser deflagrado como uma mera norma que se aplica às pessoas incidentes no processo, começa-se a entender que a ciência do direito é influenciada por situações socioeconômicas, políticas e culturais.

Portanto, não se trata de uma concepção monística em que o direito é resultado de um positivismo jurídico exagerado e sem perspectivas de influências externas. Na

verdade, trata-se de uma abordagem realizada no campo lógico-jurídico onde a norma é uma composição química derivada de moléculas, estas sendo as influências externas que o direito é capaz de absorver.

1. Da Abordagem interdisciplinar da Dogmática Jurídica

O direito tem que ser entendido como um conjunto de regras e princípios sobre a influência da interdisciplinaridade de outras ciências, no sentido de que a abordagem multifacetada da normatividade jurídica permite ao legislador aplicar, para a resolução do caso em análise, alternativas que possibilitem a abstrativização das normas e não só sua aplicabilidade positiva.

Neste sentido, é perfeitamente plausível entender que a teoria monista do direito, por exemplo, não possibilita essa prerrogativa, no sentido de que torna inapta a norma de se interagir com os demais ramos da ciência, acarretando a sua “pureza” não influenciável sobre nada. Assim sendo, o direito fica único, se sintetizando numa norma limpa, sem interferências externas na sua essência.

Luiz Fernando Coelho (2003, p. 148) sintetiza essa idéia:

O pressuposto ideológico da unicidade estabelece que o único direito é o positivo. Repelindo como não-jurídicas quaisquer formas alternativas de normatividade social, o princípio da unicidade conduz a uma concepção monista do fenômeno jurídico, o qual fica identificado nas normas postas pelo Estado, ou seja, as leis, a legislação e todo o aparato normativo que delas deriva.

Mais ainda:

[...] o direito positivo é o direito do Estado, o qual detém o monopólio de sua criação, interpretação e aplicação; ademais, entende-se que o direito positivo é tornado obrigatório em virtude do poder coercitivo do Estado, detentor do monopólio da violência organizada (COELHO, 2003, p. 148).

E, sob o mesmo raciocínio:

[...] o princípio do direito único, ou princípio monista, tem alcance ontológico e enfatiza o fato de o direito positivo ser o fenômeno social por excelência ao qual se refere o significativo *direito*. E o princípio da estatalidade, embora seja uma das faces da juridicidade no plano ontológico, diz respeito a sua gênese, e enfatiza o Estado como órgão próprio criador do direito (COELHO, 2003, p. 410).

Analisar que o Direito parte de uma concepção monista permite admitir que a sociedade não contribui na aplicação e feitura das leis, no sentido de que esta fica alheia aos acontecimento da norma, ou seja, as motivações históricas são postas de lado, dando importância somente para o que realmente advém da normatividade.

Sendo assim, o que acaba existindo é o direito positivo, este advindo de um sistema de normas jurídicas advindas da vontade de um povo de uma determinada época e cultura. O direito, portanto, tem características consuetudinárias, onde a lei detém a vontade de uma sociedade. De certa forma, a lei supera outras fontes do direito, por ser segura e precisa (COELHO, 2003, p. 411).

Esta linha de raciocínio donde partem conceitos ligados à obediência ao pragmatismo da lei, descartando, de certa forma, o significado de influências externas na formulação da dogmática jurídica, pressupõe que o Direito é único, em essência e forma, sendo incapaz de ser influenciado por outra ciência. Ele é único na sua formulação.

Senão Vejamos:

Para que a concepção juricista do Estado pudesse consolidar-se, seria, porém, necessário que outro pressuposto ideológico ficasse estabelecido no imaginário social: o princípio do direito como expressão única do Estado, ou seja, a idéia de que na sociedade existe um só direito, precisamente o estatal (COELHO, 2003, p. 413).

E, ainda assevera:

O que eu então denomino pressuposto da unicidade, ou princípio monista, é a idéia firmemente arraigada no senso comum, de que a realidade jurídica é uma só, a que aparece sob a forma de direito estatal; e que, embora historicamente desenvolvida, superou e integrou as formas anteriores e passou a constituir o *em si* do direito (COELHO, 2003, p. 414).

Assim sendo, no plano prático o direito se fundamenta num conjunto de idéias emanadas do corpo social, na medida em que apregoa a tais fatores os critérios das estruturas, conceitos e princípios fundamentais (COELHO, 2003, p. 415).

O que se percebe é que com a prática do entendimento monista na busca de se concluir que a finalidade do direito se concebe com a não utilização de fatores externos, chegou-se à conclusão, por evidência lógica, de que o direito está retornando ao direito natural, este fundamentando a seara do direito positivo, na medida em que é parte da existência do próprio direito (COELHO, 2003, p. 418).

É importante enfatizar o seguinte:

[...] A positividade [...] busca assegurar certo grau de controle de seus enunciados [...] O direito positivo não é resultado da evolução social, nem o momento culminante do desenvolvimento da normatividade ética no sentido da ordem, mas o próprio direito que se torna incompreensível sem ligar-se ao Estado (COELHO, 2003, p. 419).

Todavia, o direito não se fundamenta num monismo de idéias, tendo em vista que a dogmática jurídica é dialética e volta-se para o universo de significações. A par disso, para que se verifique que a abstrativização das normas jurídicas se faz necessária é preciso que se entenda que o corpo social se fundamenta num Estado como organização política e recheado de influências históricas.

Vejamos:

A comunidade estatal é somente a organização política que se impôs a partir de certas condições históricas, que não podem ser desligadas da instituição da propriedade privada, engendrando a necessidade de uma organização que pudesse impor os interesses dos proprietários sobre os não-proprietários; as formas escravistas da antiguidade e as feudais, bem como o próprio estado moderno construído sobre as cinzas do feudalismo na medida em que a burguesia se afirmava como classe dominante (COELHO, 2003, p. 424).

No mesmo entendimento:

A idéia básica que possibilita o exame prospectivo de formas alternativas de Estado é o pluralismo, noção que se opõe a teoria monista do Estado e do Direito e, portanto, rejeita tanto o princípio monista quanto o da estatalidade. A teoria do pluralismo jurídico desenvolveu muito sua validade científica a partir de estudos que propiciaram

uma percepção da natureza irrealista das regras e conceitos legais (COELHO, 2003, p. 426).

E, ainda continua:

[...] se na concepção monista somente um tipo de grupo social, o grupo político, detém o poder para criar e ditar normas jurídicas, para o pluralismo, todo grupo de alguma consistência está habilitado para criar normas que podem exercer muitas vezes o caráter de simples regulamento, e adquirir o alcance de verdadeiras normas jurídicas; tal concepção confere ao direito um caráter essencialmente múltiplo e heterogêneo (COELHO, 2003, p. 427).

É sabido que somente o legalismo e o positivismo das normas jurídicas não é a base para que a coletividade entenda o verdadeiro significado de abstrativização da norma. É preciso que a coletividade tenha contato com isso e, para tal façanha, o direito não deve limitar-se ao monismo exagerado e sem sentido, que exclui qualquer possibilidade da norma ser entendida por meio de modificações culturais, políticas, econômicas, dentre outras.

2. O Direito é uma concepção voltada para o “todo”

Desde a época da Roma Antiga, a lei tinha e continua tendo uma função primordial na vida humana que é regular a vida da sociedade. Neste derradeiro, a lei reconhecia os interesses em conflito e tentava solucioná-los de forma que a sociedade se atentasse ao litígio e se precavesse de tal acontecimento.

O que se denota é que a norma jurídica já tinha um conhecimento “ergas omnes” da situação, na medida em que a solução da controvérsia não poderá se moldar somente no processo em si, ou seja, deve transcender aquela questão conflituosa processual e tentar atingir as pessoas ao seu redor.

A sociedade almeja que as leis sejam severamente cumpridas, bem como que as transgressões das leis sejam sancionadas pelo Estado, na medida em que paz social prevalece em meio do caos que seria se as pessoas não aprendessem com seus erros, juntamente se a sociedade não se atentasse aos erros das partes, e não as utilizassem como “espelhos de conduta correta”.

Por isso, era comum em tempos imemoriais que o direito se aliasse à religião, já que esta representava a concepção do que era certo ou errado numa sociedade, principalmente a sociedade romana, por exemplo.

A sociedade, portanto, fazia um “misto de religiosidade e legislatura” para aplicar a norma jurídica. Tal idéia vem esposada em Coulanges (2001, p. 165):

[...] o direito não se originava da idéia de justiça, mas sim da religião, não sendo concebido independentemente dela. Para que houvesse uma relação de direito entre dois homens, era necessário que já houvesse entre eles uma relação religiosa, isto é, que participassem de um culto de um mesmo fogo público e dos mesmos sacrifícios. Quando entre dois homens não existia essa comunidade religiosa, parecia não ser possível existir qualquer relação de direito.

Mais ainda:

Visto que a lei fazia parte da religião, participava do caráter misterioso de toda essa religião das cidades. As fórmulas da lei eram mantidas secretas como as do culto; ocultadas do estrangeiro, também o eram até o plebeu, isto não porque os patrícios houvessem calculado que gozariam de uma grande força com a posse exclusiva das leis, mas porque a lei, por sua origem e natureza, pareceu durante muito tempo um mistério ao qual não se podia ser iniciado a não ser que já o tivesse sido previamente no culto nacional e no culto doméstico (COULANGES, 2001, p. 164).

Sendo assim, desde os tempos antigos, o direito vem sendo influenciado pela religião, bem como vem sendo influenciado por outros fatores, como a cultura, a economia, a política.

Nesta esteira de raciocínio, o direito não pode se moldar somente à sua existência, é necessário que se molde por meio de influências, a fim de que se adapte a realidade social vigente. Caso não seja possível tal entendimento, o direito não passará de um conjunto de regras e princípios que podem ser moldados a bel-prazer dos ditadores, tendo em vista que sua essência em nada significa para esses regimes de governo.

O Direito, portanto, será instrumento de barbáries contra a humanidade, caso somente seja entendido como um conjunto de normas, sem influências de uma cultura da sociedade. Assim sendo, os governantes mais escrupulosos se valerão de leis temerárias feitas pelos mesmos para dar legitimidade aos seus atos cruéis e desumanos.

Para que tais atos não se vinguem, mister a presença de influências externas capazes de dar “ares de justiça” aos atos dos governantes. A Justiça é uma consequência da aplicação correta de normas jurídicas íntegras. Senão Vejamos:

[...] a justiça não é o sentimento que cada um tem do seu próprio bem estar ou felicidade [...] mas pelo contrário, é o reconhecimento de que cada um deve respeitar o bem e a dignidade dos outros. Como disse Dabin, esse reconhecimento implica, sem dúvida, numa metafísica: a do valor absoluto da pessoa humana (MONTORO, 2000, p. 127).

Para que a justiça exista é necessária uma pluralidade de pessoas atingidas, tendo em vista a impossibilidade de se fazer justiça em face de um único ser. Sendo assim, é necessário que a sociedade tenha influências de tal justiça. Mais ainda, é necessário que seja exigível, no sentido de que tem que haver algo devido para se dar, já que na realidade existem as obrigações de dar e de receber, e, por fim, é necessário que haja igualdade entre tais obrigações, sob pena de se realizar arbitrariedades (MONTORO, 2000, p. 133-134).

A justiça, portanto, é decorrência da aplicabilidade do direito, junto com as influências benéficas para as partes e para a sociedade. Para que seja realizável a justiça é preciso que as partes resolvam as suas pendências, bem como necessário é o papel da sociedade em busca do bem comum.

3. Da racionalidade do Direito no processo de abstração das normas

A abstração da norma tem que ser compreendida sob a luz da sua aplicabilidade perante a sociedade; não basta que a norma seja abstrata se não encontra campo de atuação. Tendo conhecimento de tal fato, o direito se preocupa com a aplicabilidade de tal abstração, a fim de que haja a justiça e a paz social.

Desta maneira, nas palavras de Ihering, o direito tem um compromisso com a questão social, na medida em que a defesa do direito é um dever para com a sociedade. Senão Vejamos:

A realização dos princípios de direito público depende da fidelidade dos funcionários no cumprimento dos seus deveres; a das regras do direito privado, da eficácia dos motivos que levam o interessado a defender o seu direito; o seu interesse e o seu sentimento jurídico. Se estas forças motrizes recusam os seus serviços se o sentimento jurídico é débil e embotado, e se o interesse não tem poder suficiente para vencer a preguiça, a aversão contra as questões, e o medo dos processos, resulta simplesmente que a regra de direito nunca é aplicada (IHERING, 2001, P. 40-41).

Mais ainda:

O interesse geral a que então se liga não é somente o interesse ideal de defender a autoridade e a majestade da lei, mas é o interesse muito real, muito prático, em que todos se manifesta e todos também compreendem, mesmo aqueles que daquele primeiro interesse não tem a menor inteligência, em que a ordem estabelecida da vida social, na qual cada um pela sua parte é interessado, seja assegurada e mantida (IHERING, 2001, p. 42).

E ainda continua o raciocínio:

Reconhece-se a missão de cooperar numa grandiosa tarefa nacional. E pouco importa que ele próprio como tal a conceba. Porque o que existe de grande e de elevado na ordem moral do mundo é precisamente que não há que contar só com os serviços daqueles que o compreendem, mas que ela possui meios eficazes, em enorme quantidade, para forçar a cooperação nessa ordem, sem o saber e sem o querer, até aqueles que não compreendem os seus mandados (IHERING, 2001, p. 44).

O que se denota, é que Ihering também se preocupava com a questão social do direito, haja vista que afirmava em seus ensinamentos que o ordenamento jurídico necessitava de cooperação da sociedade para a realização da justiça. Só o indivíduo não carece de possibilidades de realizar sozinha a justiça desejada e almejada.

Desta feita, para que se realize o coletivo é necessário que as normas jurídicas atinentes sejam abstratas e impessoais, na medida em que a pessoalidade da norma se dirige a um grupo determinado de pessoas, acarretando a impossibilidade de inquirir a um grupo indeterminado de pessoas o direito discutido.

Sendo abstrata a norma, racional será o direito, já que atingirá a sua finalidade, qual seja, de que por meio de leis gerais as condutas das pessoas serão tipificadas num ordenamento determinado.

É importante destacar o seguinte:

A lei, segundo a idéia do jurista, não tem absolutamente nada com a luta pelo direito concreto; não é pela lei abstrata que se prossegue com pertinência na luta, mas pela sua encarnação em um direito concreto, de certa maneira pela fotografia em que a lei está fixada, mas na qual não é imediatamente atingida (IHERING, 2001, p. 47).

Ora, é claro que pela concretude do direito se chega à conclusão de que a luta pelo mesmo se dá pela análise prática das situações litigiosas, não é pela via abstrata em

que se luta pela possibilidade de realizar o direito. Todavia, é a abstrativização da norma que “abre as portas” para a possibilidade de sua concretude.

Sem a consecução da abstração da norma, a mesma sequer é realizada no campo prático, tendo em vista que os fatos devem se pautar num entendimento ontológico e não empírico, haja vista que este último se dá pela experimentação da normatividade sendo considerado um estágio posterior a ontologia da norma jurídica.

Por fim, a situação segue um concatenado de idéias lógico-normativas que se deságuam na concretude da norma. Primeiramente o que se denota é a abstração da mesma para, logo após, se aperceber a sua atuação no campo prático. É um roteiro com obviedades, pela análise logística.

4. A dignidade da pessoa humana como princípio norteador da busca da abstração das normas

A dignidade da pessoa humana não constitui um direito, mas sim um atributo inerente a toda pessoa, sendo assim independente de origem, sexo, raça, etnia, condição social dentre outras condições (NOVELINO, 2007, p. 141).

Na verdade, a conceituação do tema acima carece de enquadramento preciso, já que é tido como um termo polissêmico, com variáveis de significação, o que torna a tarefa do aplicador do direito mais fácil de enquadrar a dignidade da pessoa humana como gênero de um conjunto de princípios diversos, já consagrados pelo Direito.

Assim, poder-se-ia dizer que do princípio da dignidade da pessoa humana defluem infindáveis outros princípios, como, a título de exemplo, o princípio da igualdade ou isonomia. A par disso, qualquer desrespeito na esfera da dignidade consistiria, de forma diretamente proporcional, uma infração a sua decorrência que, no caso, seria o princípio da igualdade.

Com propriedade Novelino (2007, p. 137) arremata o seguinte:

Assim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é uma das mais destacadas diretrizes hermenêuticas, cujos efeitos se estendem por todo ordenamento. Não apenas por ser um dos fundamentos do nosso Estado, mas, sobretudo, por ser considerado um valor primordial, fonte direta e indireta de diversos direitos. Mesmo quando desnecessário ao desenvolvimento deste princípio por ser possível recorrer a um direito fundamental específico, ainda assim dever-se-á levá-lo em conta como parâmetro valorativo.

E ainda assevera:

Por derradeiro é possível deduzir ainda que ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, o poder constituinte impôs aos poderes públicos o dever não só de observar e proteger esse valor, mas também de promover os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade (NOVELINO, 2007, p. 137).

A dignidade da pessoa humana coloca o homem numa imersão antropocêntrica da situação, já que as preocupações se voltam ao mesmo, o objeto da dignidade seria o homem. Ele é tutelado pelo “domínio político da República” (NOVELINO, 2007, p. 136).

Tal dignidade constitui uma “norma-mãe”, um valor fonte que mantém a ordem constitucional. A idéia do homem como “um fim a si mesmo e finalidade precípua do Estado aponta para uma proeminência axiológica do valor pessoa humana sobre os demais valores que fundamentam o Estado” (PRADO, 2006, p. 114).

Ora, a dignidade que é um fundamento da República Federativa do Brasil[1] é tida como uma norma que se sobrepõe às demais em termos de importância, ela está no topo da hierarquia das normas. Esta constatação aduz à seguinte idéia:

A idéia de pessoa humana como valor-fonte, fundamento e fim do Estado, irradia-se por todo o sistema constitucional, orientando a sua interpretação. A idéia de valor-fonte, assim, conduz não somente a idéia de um valor do qual derivam todos os demais, mas também, invocando, mais uma vez, a lição de Martins (2003, p. 60-61) á idéia de proeminência axiológica sobre todos os demais valores acolhidos pela Constituição.

Argumenta-se ainda que:

É importante lembrar que a dignidade da pessoa humana, além de ser um valor constitucional, com proeminência sobre os demais valores, é um princípio constitucional, com força normativa e orientador da interpretação de toda a ordem constitucional, constituindo um programa a ser realizado em graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas (PRADO, 2006, p. 121).

Mesmo que as punições instituídas pelo Poder Estatal venham a acontecer na realidade, não quer dizer que a mesma não respeita a dignidade da pessoa humana. Tem-se como exemplo a pena de morte aplicada no Brasil em caso de guerra declarada, consoante o art. 5º, XLVII, alínea “a” da Constituição Federal[2].

A dignidade da pessoa humana relaciona-se com o que se entende sobre Direitos Humanos, na medida em que cristaliza a partir do nascimento do homem e não é tido como um direito, mas um atributo inerente ao mesmo, como o próprio princípio suso aludido (AGUIAR, 1990, p. 153).

Sendo assim, não é possível dissociar os direitos humanos do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a sua importância em garantir prerrogativas do homem em que garantam a possibilidade do homem em viver livre, sem temor e a salvo da necessidade (AGUIAR, 1990, p. 159).

Em breves palavras:

Os direitos humanos, em sentido lato, vão se constituir como fruto de uma luta pela garantia de faculdades mínimas a cada um dos homens. Mas tais direitos não podem ser absolutizados, pois certos mandamentos só serão realidade quando houver transformação nodal da sociedade. Não se pode falar em vida humana digna sem se falar em poder popular. A vida humana só será socialmente digna se as maiorias dominadas transformarem a produção, a troca e a distribuição dos bens materiais, requisito mínimo para o exercício de virtude e para se acoplar ao substantivo vida o maravilhoso adjetivo digno (AGUIAR, 1990, p. 155).

Já Rawls (2001, p. 103) diz o seguinte:

Os direitos humanos são uma classe de direitos que desempenha um papel especial num Direito dos Povos razoável: eles restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites à autonomia interna de um regime. Dessa maneira, refletem as duas mudanças básicas e historicamente profundas em como os poderes da soberania têm sido concebidos desde a Segunda Guerra Mundial.

Ora, o que se percebe é que a dignidade da pessoa humana, como norteadora das relações dignas, é capaz de dirimir as motivações humanas na busca do bem estar social, independente de sexo, raça, origem, cor etnia, dentre outros.

Mais ainda:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida

e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (MORAIS, 2006, p. 16).

Nesta esteira de raciocínio, convém descrever o seguinte:

[...] traduz a pretensão constitucional de não apenas instituir um Estado republicano que se constitui em Estado Democrático de Direito (ou ao menos tem a pretensão de sê-lo), mas de essencialmente assentá-lo em uma base antropológica, onde a pessoa humana em busca de sua concreta dignidade constitui o limite, o fundamento e a finalidade de sua existência (MARTINS apud PRADO, 2006, p. 114).

Ao seu turno, poderia se dizer que a dignidade da pessoa humana é tida como uma *pedra de toque* dos demais princípios e normas, pois ela é a fonte de onde se emana todos demais princípios, tendo um sentido meramente fundamental, pois é a norma suprema.

Neste sentido, qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana violaria materialmente a constituição, já que decorre da mesma todas as profanações ideológicas e jurídicas do direito. Mais ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente a um Estado Democrático de Direito, este tão consagrado na constituição.

Mais ainda, na definição de Guilherme de Souza Nucci, tem-se que a dignidade da pessoa humana:

É o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinado que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos (NUCCI, 2006, p. 74).

É imperioso salientar o entendimento esposado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no que se refere à importância do ser humano para um complexo sistema jurídico, este fonte interminável de conjecturas jurídicas:

Impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que seja vocacionados para lhe proporcionar vida com qualidade (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 98).

CONCLUSÃO

Demonstrou-se, por meio de conceitos lógicos e concatenados, que a dogmática jurídica necessita de normas abstratas para se aplicar o direito ao caso em análise. O direito não pode ser unísono em não aceitar que as transformações nas esferas socioeconômicas, bem como, nas esferas culturais e políticas não irão influenciar a normatividade.

O que se tem, no ordenamento jurídico brasileiro, é um conjunto de normas e princípios que se enveredam pelas transformações da sociedade, na medida em que se modificam com o passar dos anos, a depender da evolução do corpo social.

Só assim, se pode compreender que a dogmática jurídica necessita da abstração como sendo um fator determinante na busca da solução das controvérsias entre as pessoas em litígio.

A par disso, o direito é um corpo unitário que se prende a conceitos que se modificam com o passar dos anos. Tal fator influi logicamente na aplicação de tal norma no ordenamento jurídico, pois a norma que, até então, era abstrata e impessoal, que veiculava situações gerais, se materializa, concretizando-se em situações palpáveis.

Sendo assim, o direito é um “todo”, ou seja, trata-se de uma concepção voltada para a sociedade e não se destina ao individualismo das pessoas. Desta feita, o direito é um conjunto de regras e princípios destinados a realizar a justiça de pessoas em litígio, visando o bem social.

Percebe-se que a sociedade tem uma finalidade comum em relação ao direito, que é a paz social, na medida em que foi demonstrado que o ordenamento jurídico se preocupa com a situação fática, que só será resolvida com a abstrativização da norma, salientando que tal conduta é pernicioso ao corpo social.

Como o direito é global, no sentido de ser responsável pelo aparato das situações que, porventura, possam vir a necessitar da tutela jurídica, as pessoas almejam que a sua incidência se dê, não só com relação às pessoas em conflito, mas sim em toda a sociedade. O que se denota, é a preocupação que se tem sobre a irradiação dos efeitos jurídicos quando a situação compromete, de maneira direta, as partes no litígio.

É patente que os efeitos se desdobram e atinge o corpo social, a abstrativização das normas não deixa que somente as partes obtenham as *benesses* dos efeitos normativos, pelo contrário, a sociedade recebe tais efeitos de maneira indireta, pois a preocupação jurídica é que a sociedade se beneficie também, em prol da coletividade.

Neste sentido, é racional, portanto, que as normas sejam abstratas na medida em que o seu objetivo consiga ser almejado com a difusão de efeitos. É o que acontece, portanto, com a dignidade da pessoa humana, esta sendo um princípio basilar do ordenamento jurídico, necessita que haja uma produção dos seus efeitos a todos, de forma indistinta, e sem restrições entre as pessoas.

É neste compasso, que se apercebe que a dignidade da pessoa humana consegue ser abstrata o suficiente para que a coletividade se beneficie das suas disposições, na medida em que representa uma norma mãe, donde todas as outras se derivam, devendo ser incidida de forma indeterminada à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. 3ª Ed. São Paulo: Alfa - Omega, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2008.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Ed. Portugal: Almedina, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 3ª Ed. São Paulo: Edipro, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. *In* FARIA, José Eduardo (org.). **A crise do Direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Editora UNB, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTORO, André Franco. **Introdução ao Estudo do Direito**. 25ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para Concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

[1] “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2008, p. 07.

[2] Diz o referido artigo: “Art. 5º. XLVII – Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Op. Cit, p. 07.

CÍRCULO HERMENÊUTICO E INTEGRIDADE – A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO COM BASE EM HANS-GEORG GADAMER E RONALD DWORKIN

HERMENEUTIC CIRCLE AND INTEGRITY - INTERPRETATION BASED ON HANS-GEORG GADAMER AND RONALD DWORKIN

Ricardo Araujo Dib Taxi

RESUMO

Este trabalho pretende ver a interpretação no Direito com base na Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer e na teoria interpretativa de Ronald Dworkin, mostrando a relação entre as duas e usando-as de modo a fundamentar filosoficamente a necessidade de se recorrer à continuidade histórica de formação dos direitos para a sua plena efetivação. Busca-se mostrar que toda interpretação é pautada em pré-compreensões, as quais são justamente a condição histórica do interprete. Tais pré-compreensões precisam ser trazidas à tona para que se possa saber até que ponto coadunam-se efetivamente com a contínua afirmação histórica dos direitos fundamentais, para a qual deve se voltar a compreensão jurídica, sendo a via do Direito como integridade de Ronald Dworkin o caminho explorado pelo presente trabalho em busca de uma interpretação do Direito que efetivamente reconstrua os valores morais sob o fio condutor da ética.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA. TEORIA INTERPRETATIVA. RONALD DWORKIN.

ABSTRACT

This article intends to analyze the interpretation within the Law science based on the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and on the interpretative theory made by Ronald Dworkin, showing the connection between both and using them to make a philosophical sustentation on the need of recurring to the Law's historical chain for it's full implementation. It pursues the objective of showing that all interpretation is based on previous comprehensions, which are the historical situation of the reviewer. Such previous comprehensions must be brought to surface in order to discuss them for a continuous improvement in Law's interpretation, using the theory of Law as integrity established by Dworkin as the way that this article uses to chase a interpretation that effectively rebuilds the moral values being guided by ethics.

KEYWORDS: PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS. INTERPRETATIVE THEORY. RONALD DWORKIN

1. INTRODUÇÃO

Na antiguidade clássica, hermenêutica representava, sobretudo, uma arte. A transmissão da vontade dos deuses à compreensão humana que o Deus Hermes realizava era equiparada à arte de adivinhar e prever o futuro (GADAMER, 2002).

Muito embora o termo "arte" possa sugerir um caráter místico ou próximo a uma espécie de entretenimento, é fundamental ressaltar o caráter cognitivo que pautava a compreensão artística. Em suma, as artes, incluindo a hermenêutica, possuíam valência cognitiva.

Com a modernidade, sobretudo após a ilustração, essa visão cognitiva da hermenêutica perdeu drasticamente sua função e a metodologia científica de conhecimento tornou-se o método hermenêutico.

Assim, de "arte de interpretar o sentido de algo", a hermenêutica passou a ser uma metodologia da correta compreensão, fixando parâmetros técnicos e lógicos para tanto.

Como consequência, também o fenômeno jurídico foi abrangido por essa cientificidade, fazendo da hermenêutica jurídica o método científico de descrever os diferentes modos de interpretação de uma norma.

Esse cientificismo gerou as mais diversas consequências para o fenômeno jurídico. Não foi por outra razão que o positivismo estabeleceu como ponto final da descrição pura do Direito o momento em que o Juiz se encontra frente à moldura que é a norma e tem, portanto, que interpretá-la (KELSEN, 1998). A impossibilidade de explicar cientificamente o processo interpretativo fez o positivismo excluí-lo de uma análise mais contundente.

O contentamento positivista de restringir o Direito a aspectos cientificamente experimentáveis entrou em contradição com expectativas materiais em relação ao Direito, especialmente a questão de que, para além de forma, aquele deve buscar a aplicação da justiça e a materialização dos direitos fundamentais.

A emergência dessa contradição fez-se notar de modo especial após a segunda grande guerra. O impacto inesquecível de Auschwitz-Birkenau^[1], considerando o fato de Alemanha ser um Estado de Direito, denunciou a insuficiência da pureza a-valorativa do positivismo (KELSEN, 2006) e colaborou com o compromisso de um Direito engajado na construção de valores éticos e na concretização de Direitos fundamentais.

Dessa forma, o Direito de um modo geral precisou novamente embasar-se em valores morais, engajar-se em posicionamentos que revigorassem o fio condutor ético perdido. A interpretação voltou a ser vista como preocupação fundamental do Direito.

Todavia, embora tal reviravolta tenha projetado um vasto campo de aplicação e problematização das bases do positivismo jurídico, um dos pontos filosóficos centrais sob o qual a pretensão positivista se ergueu permaneceu inalterado, qual seja o império da racionalidade metódica destacada a partir do *Aufklärung*.

Desse modo, embora se tenha avançado em relação às pretensões do positivismo, tal avanço se deu ainda sob as bases lógicas que o constituíram. As teorias da argumentação jurídica são herdeiras dessa concepção.

Sem negar a importância ou mesmo a validade das modernas teorias lógico-analíticas acerca do Direito, pretende-se aqui debater o fenômeno interpretativo sobre o ponto de vista filosófico, é dizer, pensar o próprio acontecer do processo interpretativo enquanto um processo de abertura histórica do interprete (GADAMER, 1999).

Sob este cerne hermenêutico, pretende-se analisar a historicidade da interpretação e defender um modo construtivo de interpretar o Direito, tendo como fio condutor a tradição histórica que erigiu os valores fundamentais explicitados na Constituição.

Para tanto, será analisada a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin (DWORKIN, 1986) sob a luz ontológico-histórica da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, mostrando que a melhor interpretação e aplicação da teoria de Dworkin pode ser tida lendo-se a mesma a partir da Hermenêutica Filosófica, bem como mostrando uma efetiva proximidade entre ambas e sua capacidade de aprimorar a construção interpretativa do Direito sob o fio condutor ético que lhe é hoje considerado inseparável.

2 - A ONTOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO E A QUESTÃO DOS PRÉ-CONCEITOS

Em nossos dias, cada vez mais se incorpora ao imaginário jurídico a idéia de que a finalidade do Direito é conferir lógica ao discurso jurídico e que, portanto, a verdadeira legitimidade do Direito está em conferir uma coerência discursiva que permita à população controlar as decisões judiciais através de métodos racionais.

Ao se fixar o cerne deste trabalho em uma visão filosófica da interpretação, tal escolha se dá como questionamento crítico à questão de um método racional e correto de se interpretar/aplicar proposições jurídicas.

Sob o enfoque filosófico, pretende-se mostrar como de fato ocorre a interpretação, isto é, trazer à tona um acontecer anterior à escolha metodológica e mesmo a questão jurídica estritamente considerada.

Por isso, faz-se necessário estudar a ontologia da interpretação.

Partindo das reflexões gadamerianas (GADAMER, 1999), vê-se que a razão sempre põe em marcha quando da compreensão uma intenção, a qual por sua vez é fundada no conhecimento prévio que temos sobre algo. Desse modo, a racionalidade não pode ser vista como uma ferramenta mágica em prol do verdadeiro conhecimento, livre de preconceitos. Vê-se que conhecer algo já é sempre interpretar, posto que a visão é sempre feita a partir dos pré-conceitos do interprete.

Desde já, deve-se deixar claro que tais pré-conceitos não são vistos de maneira pejorativa e tampouco como uma limitação à interpretação tida como correta. De fato, a constatação de que a compreensão flui pela via dos conhecimentos prévios que temos sob o ente a ser compreendido só deixa claro que a interpretação sempre se funda em intencionalidades moldadas por essas pré-compreensões.

Todavia, ao contrário de um embasamento que veria nas pré-compreensões uma barreira ao conhecimento puro, parte-se aqui da constatação de que os preconceitos são na realidade a condição de possibilidade do conhecimento. Partindo da circularidade hermenêutica (HEIDEGGER, 2008), elimina-se qualquer possibilidade de uma "tabula rasa" pré-interpretativa.

Vejamos como Heidegger, já no primeiro capítulo de *Ser e Tempo*, trata circularidade da questão acerca do sentido do ser:

Enquanto busca, o questionar necessita de uma orientação prévia do que busca. Para isso, o sentido de ser já nos deve estar, de alguma maneira, à disposição. Já se aludiu que sempre nos movemos numa compreensão de ser. É dela que brota a questão explícita do sentido de ser e a tendência para o seu conceito. Não *sabemos* o que diz ser. Mas já quando perguntamos o que é "ser", mantemo-nos numa compreensão do "é", sem que possamos fixar conceitualmente o que significa esse "é". Nós nem sequer conhecemos o horizonte em que poderíamos apreender e fixar-lhe o sentido. *Essa compreensão vaga e meditada de ser é um fato.* (HEIDEGGER, 2008, p. 41)

A partir da vislumbração dessa circularidade como condição precípua da compreensão, poder-se-ia enxergar tal círculo como vicioso, como um eterno movimento de pressuposição que iria impedir o verdadeiro conhecimento na medida em que só se poderia buscar o que já se sabe e, assim, estaria atada a capacidade humana de modificar e de efetivamente fugir de uma tradição em busca de um conhecimento livre das amarras desveladas pelo círculo hermenêutico. Entretanto, é exatamente o contrário disso que Heidegger visa. O círculo hermenêutico, ao contrário de aprisionar, revela a abertura da *presença*. Se toda busca retira do que se busca a sua direção prévia, é preciso então conscientizar-se de da historicidade imanente e da temporalidade como sentido do ser, para então poder projetar o pré-conceito legitimamente.

Jean-Cassien Billier, ao tratar das influências advindas à reflexão jus-filosófica contemporânea a partir da idéia do círculo hermenêutico (BILLIER, 2005. pág. 390), expõe a relação entre o todo (ordenamento jurídico) e as partes (proposições ou enunciados normativos). Com efeito, é um cânone interpretativo particularmente fecundo ao Direito a necessidade, para se compreender uma norma, de situá-la na ordem jurídica da qual a mesma faz parte. Da mesma forma, a única maneira de se ver a ordem jurídica é através dos enunciados que a compõem. A análise de cada uma das normas possibilita uma interpretação de seu todo, o qual é também a ferramenta interpretativa de interpretação das normas singularmente consideradas. Esse condicionamento recíproco é obviamente modificável à medida em que as novas respostas não se

coadunem com as que se partiu anteriormente, sendo portanto a noção do todo e das partes sempre provisória e sujeita a reflexões.

A partir dessa circularidade do conhecimento, inverte-se o dever do interprete. Ao invés de buscar se ver livre de intencionalidades prévias ao interpretar algo, deve o mesmo buscar tornar-se consciente de suas pré-concepções, trazendo-as ao debate e, assim, possibilitando sua revisão em prol de outras que venham a parecer mais coerentes. Contribui-se, desse modo, com a auto-reflexividade no Direito, cada vez mais fundamental em uma ordem que parece estar sendo estruturada em direção a um papel cada vez mais relevante por parte do Judiciário e dos juízes de maneira singular.

Nesse sentido, a presente reflexão defende não só o desvelamento dessas intencionalidades, mas também a necessidade de o interprete (para estes fins considera-se o interprete das normas jurídicas) expressar essas intencionalidades, assumindo-as como a intenção sob a qual interpretou tal ente, como resultado de sua condição histórica.

Por outro lado, ao se fixar a reflexão em métodos que levem à interpretação, se deixa de lado esse aspecto fundamental humano, que é a sua abertura histórica, tratando-o como um ser a-histórico. A objetivação do conhecimento jurídico e a dicotomia sujeito cognoscente - objeto cognoscível são fruto dessa separação.

A historicidade de todo conhecimento e a condição histórica de qualquer método tido como correto são a condição de possibilidade de seu próprio aprimoramento e também de se ver suas vulnerabilidades.

Antes de adentrar propriamente à interpretação construtiva ao lado da historicidade, é fundamental que seja examinado outro aspecto que embasa a compreensão do fenômeno interpretativo, qual seja o seu caráter existencial, enquanto autêntico modo de ser do homem. Embora a finalidade do presente artigo seja primeiramente jurídica, é fundamental estabelecer as premissas filosóficas que pautam a análise, uma vez que as mesmas são indispensáveis ao desenvolvimento das teorias aqui defendidas.

Partindo de um paralelo com o exemplo trazido por Billier acerca do todo e das partes, pode-se dizer que Gadamer, ao longo de sua obra *Verdade e Método* (GADAMER, 1999), edifica e amplia a premissa heideggeriana de que a compreensão não é um modo de agir, mas o próprio modo de ser do homem enquanto ser jogado no mundo. Dessa forma, alçando-se o compreender à atividade fundamental humana, a relação entre o todo e as partes adquire um caráter existencial. A interpretação jurídica, para usar o exemplo que aqui buscamos explorar, passa agora a interpretar a norma a partir da totalidade da vivência do interprete.

Consequentemente, a partir da ampliação da interpretação à atividade que põe em jogo a existência humana, a questão dos preconceitos é também radicalmente ampliada. A tarefa de por em jogo as intencionalidades exigirá por parte do interprete um exercício de auto-compreensão, mediado pela exigência de um "olhar-se em perspectiva", é dizer, admitir a quando de sua interpretação as suas inevitáveis vulnerabilidades, abrindo-se desse modo à constante crítica dos resultados provisoriamente alcançados.

3. RECONSTRUÇÃO E INTEGRAÇÃO INTERPRETATIVA

Apontadas essas breves reflexões acerca da ontologia da interpretação, faz-se agora necessário discutir a sua finalidade frente ao conteúdo de sentido a ser interpretado (neste caso os comandos legais).

No final da primeira parte de sua obra *Verdade e Método* (GADAMER, 1999), o autor apresenta de forma sintética dois modos de se responder à pergunta acima trazida. Tal dialética é realizada contrapondo-se os parâmetros fundamentais das concepções hermenêuticas de Schleiermacher e Hegel.

Nessa análise, Gadamer expõe como cânone principal da teoria hermenêutica de Schleiermacher a questão da interpretação através da reconstrução das idéias do autor. Sob esta perspectiva (que pode ser reconhecida no historicismo de Savigny), a interpretação visa reconstruir as idéias do autor ao realizar seu ato criativo. Para tanto, faz-se necessária uma transferência para dentro da constituição completa do autor, um pensar que reconstrua mentalmente a individualidade alheia e assim seja capaz de reconstruir a unidade de sentido primariamente criada.

Ademais, na medida em que tal transporte para a individualidade alheia é mediada por um período histórico entre a criação e a interpretação, o interprete, através desse olhar em distância, poderia compreender historicamente o pensamento interpretado e assim entender a obra do autor melhor do que o próprio autor a compreendeu (GADAMER, 1999), tendo em vista que este pode ter posto em marcha diversos elementos inconscientes em sua criação, os quais poderão ser vislumbrados pelo interprete através desse olhar em perspectiva.

Frente a essa perspectiva, a qual foi também tratada por diversos outros teóricos de diferentes áreas[2], Gadamer defende ao longo de sua obra um ponto de vista distinto do acima exposto, e o faz com base em dois argumentos centrais que são aqui de extrema importância.

Como primeiro óbice à reconstrução das intenções do autor, aparece a questão da impossibilidade fática de se reconstruir com precisão tais intenções, considerando que as possíveis conclusões a que chegue o interprete, por mais trabalhadas que sejam e fruto de um esforço reconstrutivo, serão sempre vistas a partir de um momento histórico distinto, o qual o interprete está impreterivelmente inserido e do qual não pode escapar.

Como exemplo, um Juiz que busque interpretar uma lei mediante a reconstrução da intenção do legislador, transportando-se para o contexto e tentando pensar tal qual aquele autor, jamais poderá revitalizar o contexto histórico, as pré-compreensões do legislador, bem como os diversos fatores que podem ser incluídos em se pensando as peculiaridades de contextos históricos diversos e de interpretes diversos. Essa reconstrução é, desde o começo, uma tarefa inalcançável, muito embora seja inegável que tal busca auxilia no processo interpretativo.

A falibilidade desta tarefa objetivante de apropriação reconstrutivista do passado restou evidenciada sobretudo a partir da questão do acima explicado círculo hermenêutico. Os pré-conceitos do interprete, enquanto possibilidade de abertura deste para a compreensão, refletem um momento histórico de vivência que não pode ser afastado, ademais porque a história e assim os acontecimentos como um texto ou uma obra de arte não se apresentam ao interprete como um objeto a ser analisado pelo sujeito. Com efeito, o interprete está imerso na história e movimenta-se no seu interior. Tal constatação, ao mesmo tempo em que possibilita que se analise filosoficamente a história e se busque compreender-se dentro dela e compreendê-la, condiciona o olhar a partir do instante em que tal imersão se dá.

Entretanto, a constatação da impossibilidade metódica de reconstruir o passado como um objeto plenamente apropriável à razão cognoscente do interprete, não necessariamente deve ser vista de forma negativa ou limitadora. É limitadora somente se a intenção for tornar interior algo que é inescapavelmente exterior. Ver-se-á que há outras possibilidades de se relacionar com a interpretação e com o valor do que pode ser alcançando pela mesma.

Neste sentido, em oposição à reconstrução discutida sob o referencial de Schleiermacher, Gadamer busca em Hegel uma nova noção de história e um novo modo de considerar a relação entre interpretação e distância histórica (GADAMER, 1999).

À princípio, constata-se que efetivamente as condições históricas em que ocorreu determinada criação são agora inacessíveis ao interprete. Entretanto, ao contrário de pensar incansavelmente em um método para tornar acessível ta realidade, a interpretação volta-se para o presente. Já não se trata então de buscar reconstruir a intenção do autor em seu contexto, mas sim de interpretar a obra de modo que a mesma diga alguma coisa ao interprete em seu momento presente, ou seja, que o sentido expresso ali possa ser lido a partir das perspectivas presentes, realizando assim uma mediação entre o passado e o presente, a qual é trazida em Hegel como *integração*. (GADAMER, 1999, pág. 268).

Seguindo a construção integrativa aqui descrita, não se está a dizer que o modo correto de analisar um evento histórico é olhando-o com base no contexto presente e ignorando o contexto em que foi escrito. Em verdade é o contrário. Analisar uma obra ou texto buscando a compreensão de seu contexto para melhor poder pensá-la, e não para estipular qual o seu sentido "correto".

Em todo caso, resta claro que essa interpretação como mediação entre passado e presente exige um processo também criativo do interprete. É a inserção da perspectiva em que o mesmo vive. Tal criação não deturpa o sentido, mas busca-o. Pretende-se reinterpretar no presente algo antes pensado, buscando fazer do ente interpretado algo contínuo, e que portanto pressupõe as mudanças de sentido como naturalmente constituintes da mediação realizada pela tradição.

O ponto de partida que possibilitou semelhante construção veio indubitavelmente através do romantismo alemão, de onde floresceu a concepção de história como um movimento contínuo, pelo qual o devir dos acontecimentos não é vislumbrado como um conjunto de fatos isolados, mas como uma continuidade. A idéia de mediação histórica

só é possível a partir dessa vislumbração de um movimento contínuo, o qual se torna visível ao interprete a partir do diálogo com a tradição. (BLEICHER, 1992).

A partir dessas reflexões acerca da interpretação, tal fenômeno perde o seu caráter definitivo e passa a ser um eterno desafio ao interprete. A crítica da idéia de que o valor de uma obra se esgote nas intenções do autor sobre aquela, por mais que abra espaço para contínuas re-interpretações do mesmo conteúdo, enxerga uma relação dialogal entre as sucessivas interpretações daquele conteúdo, a qual é fundamental para o tema aqui desenvolvido.

Com efeito, a interpretação de uma lei promulgada na década de 40 obviamente não poderá se contentar com a intenção que tinha o legislador ao criá-la. Gadamer também nos lembra que uma lei não é feita para ser entendida historicamente, mas sim para ser aplicada, razão pela qual o autor utiliza o exemplo da aplicação de uma lei justamente para demonstrar que a intenção do autor (no caso o legislador) não pode bastar para que a interpretação chegue à sua finalidade. A tensão entre um comando de sentido já realizado no passado e a necessidade de aplicá-lo no presente exige do interprete sempre uma re-interpretação do conteúdo do comando a fim de solucionar a questão que naquele momento move a interpretação.

4 - RONALD DWORKIN E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Neste ponto, fixadas as linhas gerais da hermenêutica gadameriana, mostrar-se-á como a mesma possui semelhanças estreitas com a teoria de Ronald Dworkin, propondo-se em seguida um diálogo entre ambas com vistas a enriquecer os debates relativos à interpretação no Direito.

Deve-se ressaltar, contudo, que não se está a defender uma adaptação de Dworkin da teoria gadameriana. A constatação de que ambas comungam pontos fundamentais ao Direito e que portanto estudá-las em conjunto pode ser de especial interesse à interpretação jurídica satisfaz os anseios aqui trazidos.

Dito isso, passemos então à também sucinta exposição das linhas gerais da teoria dworkiniana.

Sucessor de H.L.A Hart na cátedra de teoria e filosofia do Direito na Universidade de Oxford, Dworkin é acima de tudo um teórico do direito e pensador político, herdeiro e seguidor do liberalismo, que parte de decisões e problemas postos no seio jurídico e busca embasamentos filosóficos para além do Direito na medida em que as questões internas do fenômeno jurídico assim o exigem e o faz para responder a tais questões.

Em sua obra *O império do Direito* (DWORKIN, 2003) o autor inicia seus argumentos objetando as teorias que pretendem definir o Direito em termos fáticos, como se houvesse um consenso acerca do que significa conceitualmente o Direito.

Dworkin, em contraposição, vê o Direito como um fenômeno interpretativo, de modo que quando se conceitua o Direito se está interpretando as práticas jurídicas e ao mesmo tempo expondo uma maneira de interpretá-las. Por essa razão, o jus-filósofo vê a necessidade de debater filosoficamente a questão da interpretação, de modo a clarificar a maneira que a mesma ocorre no Direito e erguer sua teoria frente aos dois grandes adversários que o mesmo elenca em sua obra, quais sejam o convencionalismo e o pragmatismo.

Nos moldes traçados pelo autor na obra acima citada, o convencionalismo possui como característica marcante a recorrência ao passado para fundamentar suas decisões. O modo como os Juízes decidiram o caso é o parâmetro para decidir um caso semelhante que se apresente no futuro. Como pode ser visto (e Dworkin expõe isso ao longo da obra), tal concepção se assemelha à teoria hermenêutica que busca reconstruir a intenção do autor, remontando às premissas da já aqui tratada reconstrução do autor, a qual Gadamer expôs através de Schleiermacher.

Em todo caso, a razão pela qual o *Império do Direito* parece rejeitar o convencionalismo foca-se em questões mais normativas que ontológicas.

Como já ressaltado, Dworkin constrói seu pensamento a partir dos problemas jurídicos. Como um liberal, privilegia argumentos pautados em consensos firmados para além das divergências entre os praticantes e teóricos do Direito.

Assim, muito embora a questão interpretativa seja abordada também sob o ponto de vista filosófico, qual seja o da natureza mediadora entre a compreensão do passado frente às perspectivas para o futuro, Dworkin prefere fundamentar tal intenção interpretativa sob o ponto de vista das finalidades do Direito. Seria portanto mais um dever do interprete do que a constituição ontológica do ato de interpretar.

Em todo caso, o que se está a defender aqui são justamente os méritos da teoria de Dworkin frente à questão filosófica. A justificativa prática que Dworkin dá para defender sua teoria é em certos pontos idêntica à construção filosófica gadameriana, que remonta à tradição hermenêutica européia e sobretudo alemã.

Obviamente, deve-se ter em conta que ambos os autores partem de tradições amplamente distintas e, como já salientado, buscam responder a questionamentos amplamente diversos em suas obras. Todavia, tal não impede o diálogo enriquecedor entre ambas as construções, mas o propicia. Nesse sentido, a visualização das distinções contextuais é extremamente necessária para que não se compreenda o pensamento dos autores reportando-os à um diálogo do qual não fizeram parte.

Voltando à perspectiva de Dworkin, nota-se que o desafio do mesmo em responder à questão positivista do decisionismo discricionário leva o autor a enfrentar o segundo adversário, qual seja o pragmatismo.

Sob tal enfoque, defender-se-ia a decisão judicial como voltada unicamente para o futuro, não havendo qualquer valoração acerca da o alcance de determinada norma ou da interpretação já realizada. O interprete seria livre para decidir do modo que quisesse, contanto que tal decisão se mostrasse mais condizente com respeito ao futuro. Uma espécie de utilitarismo.

Este enfoque, criticará Dworkin, choca-se com os anseios de uma comunidade acerca de um princípio que Dworkin chama de integridade, e que é o cerne de sua teoria (DWORKIN, 2003).

Segundo tal idéia, por mais divergente e plural que reconhecidamente seja determinada comunidade, a mesma reconhece legitimidade à princípios básicos de moralidade, liberdade, igualdade etc., os quais nessa medida seriam cânones à interpretação das leis dessa comunidade caso se queira tê-las vistas como legítimas para tal comunidade.

Muito embora haja divergências quanto ao alcance e conteúdo de tais princípios, a comunidade concordaria em ver o Direito decidido não só isoladamente com base em algum desses princípios, mas de um modo coerente. Nesse sentido, Dworkin considera atraente a visão do Direito e da comunidade política como um organismo singular, o qual precisa ser coerente com o percurso interpretativo que, em consonância com os princípios, segue. Tal coerência, aparecendo como um princípio autônomo, se choca inclusive com a Justiça, se considerada singularmente em um caso. É dizer, em um caso no qual a decisão justa seria x, é possível se decidir de maneira Y de modo a respeitar a integridade do Direito naquela comunidade. Tal decisão será considerada legítima na medida em que a integridade é autonomamente um princípio legítimo (DWORKIN, 2003).

Neste cerne, deve-se ressaltar que a teoria de Dworkin une à pretensão deontológica de que o Direito se conforme a tal modelo, juntamente com constatações fáticas de que a integridade é efetivamente vislumbrada pelas pessoas de uma comunidade (no caso os EUA) e reconhecida.

Assim, concordando que a interpretação do direito não é e nem poderia ser silogística logicamente mas que também não pode ser desvinculada da história e nem das perspectivas presentes e futuras, Dworkin defende a integridade como uma atitude do Juiz frente ao passado e ao futuro. Vejamos a explicação de Jean Billier acerca da tese dworkiniana:

A aplicação de toda regra a uma situação concreta não se dá jamais de maneira irrefletida. Uma regra jurídica a aplicar fará sentido tanto á luz da situação no presente quanto à luz da história de uma prática social que, com o passar do tempo, forjou uma certa concepção de justiça. O *conceito de direito*, afirmará Dworkin, nunca é independente de uma *concepção* do direito e da justiça. Nunca é independente da concepção do direito que têm os participantes dessa mesma prática. A doutrina do filósofo americano se liga ao enfoque hermenêutico que, com relação à aplicação do direito, considera a dimensão da história (as decisões judiciais anteriores, os trabalhos preparatórios de legislação) para aplicá-la no presente, uma vez que isso serve de guia para melhor compreender e até mesmo melhor se apropriar do passado (BILLIER, 2005, p.422).

Desse modo, a interpretação seria uma espécie de romance em cadeia, (DWORKIN, 2003. pág. 275) no qual o interprete do Direito encontra-se tal qual um escritor que recebe um livro já escrito até determinado ponto e que deve nesse momento continuar a ser escrito. Tal exigência imporá ao autor, obrigatoriamente, que crie algo novo, todavia de modo a fazer sentido com as páginas anteriores, de modo que se possa reconhecer tratar-se da mesma obra. Nesse caso, uma criação totalmente livre (como o pragmatismo) não seria tolerada não só em razão da continuidade que se exige de um livro como em razão da coerência horizontal da obra, ou seja, das expectativas que os futuros leitores têm em relação ao acontecimento. Essas expectativas, vale dizer, estão intimamente ligadas aos princípios da comunidade na qual estão inseridos os leitores.

Por essa definição, resta claro que a teoria de Dworkin resulta em uma interpretação como integração, mediando o passado e o presente sob um ponto de vista de continuidade. Aqui, o embasamento ontológico - que novamente não é o fundamento central dessa teoria - aparece ainda mais como capaz de dar coerência filosófica ao diálogo interpretativo no Direito. Partindo de direções opostas (Gadamer da filosofia para o Direito e Dworkin pelo caminho inverso) ambos os autores defendem teorias convergentes e que sob o ponto de vista jurídico devem ser vistas em conjunto.

5 - CRÍTICA AO RACIONALIDADE METÓDICA NA ESTEIRA DE GADAMER E DWORKIN

Por fim, resta abordar a questão do método interpretativo e assim dialogar com críticas à essa visão não metódica da interpretação.

Pode-se objetar à construção até agora exposta que os conceitos de continuidade histórica, integridade, mediação integradora etc. são interessantes mas são por demais vagos, não possuindo assim eficácia frente à uma questão difícil que se apresente em um caso concreto. (Desde já deve-se fazer o adendo, embora não seja o enfoque do presente trabalho, que aqui não se defende a conhecida tese dworkiniana de que há *apenas* uma resposta correta em casos controvertidos.)

Essa objeção, que não é a única à teoria do Direito como Integridade mas sob o presente enfoque é a mais importante, pressupõe a existência de métodos capazes de chegar à uma interpretação legítima do Direito. Os objetores de Dworkin geralmente socorrem-se em teorias da argumentação jurídica para mostrar que nessas últimas há meios de se apresentar uma decisão aceitável, muito embora o conceito de aceitável seja também polêmico.

Obviamente, nenhum teórico da argumentação defenderia que há meios lógicos de garantir sempre a decisão correta ou justa, ou que há meios de interpretar de maneira sempre correta. Seu ponto é que critérios lógicos e formais podem apresentar a legitimidade que se espera das decisões quanto ao seu fundamento, muito embora a

interpretação sob o ponto de vista até agora abordado seja também um campo não passível de ser metodologicamente definível.

Sob esse enfoque, a teoria de Dworkin seria forte caso possuísse maneiras de conduzir o interprete aos objetivos que mesma propõe, não sendo atraente, todavia, do modo aberto e conceitual como é tratada pelo autor.

No intuito de dialogar com essa crítica, será aqui utilizada a explanação gadameriana acerca do saber ético de Aristóteles.

Gadamer utiliza Aristóteles para defender o fato de que a interpretação não é uma técnica. Por técnica entende-se um ofício que possa ser previamente aprendido e que, ao ser executado, possua os passos e meios de se chegar ao modo correto. A arte de um carpinteiro é paradigmática a esse respeito.

Ao contrário desse tipo de saber, a ética aparece como uma arte, ligada ao senso de tato e a sensibilidade de um modo geral. Não pode haver um meio pré-estipulado de se considerar tal pessoa como dotada de ética uma vez que a ética é uma exigência prática referente ao agir. No caso concreto, a pessoa não sabe de antemão como deve ser o comportamento ético, o qual só mediante um caso prático pode ser vislumbrado. (GADAMER, 1999, pág. 645)

Do mesmo modo, a interpretação não é uma técnica como a carpintaria, mas uma atividade voltada ao senso de tato, uma espécie de arte. A equidade não é uma adequação necessária frente à impossibilidade de se conseguir tecnicamente a adequação entre a regra geral e o caso concreto, mas o próprio método de vislumbrar o caso concreto frente à parâmetros que guiem a intenção interpretativa.

Sob essa ótica, a legitimidade conseguida por métodos argumentativos é importante sob um aspecto tão somente formal. A interpretação, enquanto processo muito mais amplo e não logicamente delimitável, está melhor vislumbrada a partir de um diálogo que efetivamente penetre em sua amplitude, que ao invés de abdicar de considerar as pré-compreensões do interprete, traga-as ao debate.

Desse modo, a teoria do Direito como integridade passa de uma resposta tímida ao problema da interpretação e das decisões jurídicas para uma alternativa ousada, que envolve elementos completamente distintos dos modos científicos que o positivismo se valeu e deixou como herança para boa parte das teorias contemporâneas. Por essa razão, ganha importância também o socorro à hermenêutica gadameriana, cujo principal e declarado objetivo é expor a compreensão nas ciências humanas com base em algo parâmetros não metódicos, deixando este método para as ciências naturais, nas quais não funciona como é imprescindível.

4 - CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho, como já demonstrado a partir de suas bases, não poderia ser uma resposta.

Não se buscou descobrir o método certo e definitivo de tratar a interpretação jurídica. O reconhecimento da historicidade de qualquer interpretação e qualquer método é o anseio deste trabalho e esse conhecimento é fundamental para afastar qualquer pretensão estatizante. Tal qual Gadamer, não se tem a pretensão de querer dar a última resposta acerca de algo.

A possibilidade de que a verdade não se encontre só no cientificismo metódico, mas que possua um campo próprio nas ciências humanas, não deve desanimar-nos frente aos impasses interpretativos do Direito. O Estudo aprofundado do Direito sob a base aqui tratada é vasto e não se encontra reduzido frente a esse panorama. Trata-se tão somente de mudança de perspectiva.

A teoria do Direito como Integridade foi aqui defendida não somente pela possibilidade de aproximar suas premissas à ontologia gadameriana. Defende-se aqui o conteúdo moral da teoria de Dworkin como legítimo e atraente à prática jurídica. Não é o caso de considerá-lo como a última resposta ou como metafisicamente válido, mas sim como uma perspectiva de interpretar o Direito. O próprio Ronald Dworkin permanece escrevendo e nesse sentido modificando pensamentos trazidos na obra aqui trabalhada.

Também não se teve a intenção, vale frisar, de negar qualquer valor às teorias analíticas do Direito e em especial às teorias da argumentação jurídica, mas sim de restringi-las a meios de apresentar formalmente uma decisão jurídica, os quais jamais podem prescindir da análise de como se chegar a tais decisões.

Por uma questão de corte metodológico, não se realizou aqui propriamente um diálogo entre essas duas vertentes jus-filosóficas, o qual certamente seria fecundo. De igual maneira, não foi abordada a questão gadameriana relativa à experiência da arte, a qual é também basilar para defender a questão do método especial às ciências do espírito. Para a finalidade aqui apresentada, a questão da estrutura da compreensão como abertura histórica e a interpretação enquanto integração são sem dúvida os pontos centrais para por os dois autores em diálogo.

No mais, a vislumbração dessa tradição histórica, que ocorre sobretudo na linguagem, precisa também de reflexão ímpar.

Por tudo, a conclusão a que se chega aqui alude para uma amplitude de abordagem do Direito, a partir do reconhecimento deste como parte da universalidade hermenêutica e impreterivelmente imbricado na questão interpretativa. Tal amplitude não seria necessária em teorias formais do Direito, sobretudo a positivista. Nesse sentido, a base para toda essa preocupação reside na constatação da necessidade de engajamento em valores éticos e na exigência de interpretações que possuam consonância com os princípios do Direito, com ênfase na integridade.

Nunca é demais destacar que este trabalho não é e nem quer ser a única via adequada a essas finalidades. A sua possível re-interpretação em outro contexto, inclusive com conseqüências diversas das aqui queridas, aparecerá não só como

inevitável mas é desde já vislumbrada como uma qualidade impreterível frente ao dinamismo do Direito e do pensamento de um modo geral.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*. Barueri, SP: Manole, 2005.

BLEICHER, Joseph. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1992.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. **Autonomia e Norma Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **El Giro Hermenéutico**. Trad. de Arturo Parada. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

_____. **Verdade e Método - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e Método II - complementos e índices**. Trad. de Enio Paulo

Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. New Haven: Yale University Press, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

_____. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2008.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos**. Belém: CESUPA, 2004.

NUNES, Benedito. **Filosofia contemporânea**. Belém: EDUFPA, 2004.

_____. **Heidegger & Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Interpretação Constitucional - Teoria & Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 1996

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3 ed. Porto Alegre: Unijuí, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise**. 7 ed. Porto Alegre: 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[1] Local na Polônia onde foram construídos diversos campos de concentração, nos quais foram exterminadas milhões de pessoas pelo regime nazista. O termo é aqui utilizado como sinônimo do Holocausto ocorrido na Alemanha de Hitler.

[2] O historiador Quentin Skinner (SKINNER, 1996), por exemplo, defende em suas obras a idéia de que o melhor modo de se compreender um evento histórico é através de um recuo ao contexto em que as fontes foram escritas, com a intenção de compreender melhor as intenções do autor de determinado escrito, as perguntas que o mesmo queria responder com seu texto.

UM NOVO ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO COM UM CARÁTER PRAGMÁTICO-SISTÊMICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A NEW EPISTEMOLOGICAL APPROACH TO A CHARACTER IN THE PRAGMATIC-SYSTEMIC LEGAL HERMENEUTICS

Ricardo Motta Vaz de Carvalho

RESUMO

A extrema complexidade e contingência apresentada pela sociedade Pós-Moderna requerem um novo enfoque epistemológico com um caráter pragmático-sistêmico no sentido de suplantar as tradicionais matrizes epistemológicas do Direito. Para tanto, a Teoria Sistêmica de cunho autopoietico, possibilita a tomada de decisões por parte dos sistemas frente a ambientes amplamente complexos e contingentes. A partir de uma diferenciação (peculiar ao sistema), obtém-se a idéia de identidade/não identidade que estabelece os limites entre sistema e seu ambiente (o que está fora do sistema). Entretanto, o sistema interage com seu ambiente, mantendo um processo de acoplamento, através de uma espécie de decodificação das irritações causadas pelo ambiente, efetuadas mediante a utilização de suas próprias interações internas, circularmente organizadas em resposta ao ruídos externos (order from noise) e operacionalmente fechado. Em outras palavras, o sistema do direito é autopoietico, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas conseqüências cognitivas. O sistema do Direito é constituído por uma lógica que articula a repetição e a diferença. Deste modo, autopoiese não é sinônimo de sistema fechado. É preciso livra-se das amarras da lógica clássica que, fundamentada no princípio da não-contradição, não nos permite pensar a riqueza da alteridade. A rediscussão dos fenômenos vistos como paradoxos na qualidade de condição para a observação da comunicação do Direito será uma das grandes características desta nova forma de sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: NOVO; ENFOQUE; EPISTEMOLÓGICO; HERMENÊUTICA; JURÍDICA; NIKOLAS LUHMANN; CONSENSO; DISSENSO; TEORIA SISTÊMICA; AUTOPOIESE.

ABSTRACT

The extremely complex and contingency presented by the Post-Modern society requires a new epistemological approach with a pragmatic-systemic character to overcome the traditional epistemological matrix of law. Thus, the theory of systemic nature autopoietico, allows decision-making by systems facing complex environments widely and quotas. From a differential (peculiar to the system), you get the idea of identity / non-identity that establishes the boundaries between system and its environment (which is outside the system). However, the system interacts with its environment while

maintaining a process of engagement, through a kind of decoding the irritation caused by the environment, made by using their own internal interactions, circumferentially arranged in response to external noise (order from noise) and operationally fechado. Em other words, the system of law is autopoietico, ie playing in their conditional elements differentiating themselves from their cognitive consequences. The system of law is a logic that articulates the repetition and difference. Thus, autopoiesis is not synonymous with a closed system. We must free ourselves from the moorings of classical logic that, based on the principle of non-contradiction, does not allow us to think about the richness of otherness. The rediscussão the phenomena seen as paradoxical as a condition for the observation of the communication of law is one of the major characteristics of this new form of society.

KEYWORDS: NEW; FOCUS; EPISTEMOLOGICAL; HERMENEUTICAL; LEGAL; NIKOLAS LUHMANN; CONSENSUS; DISSENT; SYSTEMIC THEOR; AUTOPOIESIS.

1) INTRODUÇÃO

A extrema complexidade e contingência apresentada pela sociedade Pós-Moderna requerem um novo enfoque epistemológico com um caráter pragmático-sistêmico no sentido de suplantar as tradicionais matrizes epistemológicas do Direito, conforme demonstra Leonel Severo Rocha[1]. Para tanto, a Teoria Sistêmica de cunho autopoietico, possibilita a tomada de decisões por parte dos sistemas frente a ambientes amplamente complexos e contingentes.

Primeiramente, influenciado pela Teoria Estruturalista-Funcional de Talcott Parsons, de quem foi aluno, Niklas Luhmann traça todo um instrumental que caracteriza, de forma bastante abrangente e complexa, a estrutura, na qual o Sistema do Direito é constituído, com a função de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade, através da generalização de expectativas normativas com vistas a manter o sistema estável.

A partir dos anos oitenta, dois biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, revolucionam as Ciências Biológicas com sua Teoria Autopoietica[2]. Estes autores buscavam a resposta para um problema histórico da ciência e filosofia: o da vida. Através de pesquisas neurofisiológicas, os biólogos descobriram que um sistema vivo apresenta no seu circuito interno uma interação fechada de seus elementos constituintes, possibilitando sua auto-organização e a auto-produção dos mesmos elementos que constituem este sistema. Tais circunstâncias acarretam em uma autonomia do sistema, sem que haja inter-relações diretas com os demais sistemas. A partir de uma diferenciação (peculiar ao sistema), obtém-se a idéia

de identidade/não identidade que estabelece os limites entre sistema e seu ambiente (o que está fora do sistema). Entretanto, o sistema interage com seu ambiente, mantendo um processo de acoplamento, através de uma espécie de decodificação das irritações causadas pelo ambiente, efetuadas mediante a utilização de suas próprias interações

internas, circularmente organizadas em resposta ao ruídos externos (*order from noise*) e operacionalmente fechado.

Niklas Luhmann foi quem trouxe e possibilitou a utilização desta teoria, proveniente das Ciências Biológicas, para as Ciências Sociais. Para tanto foram necessárias algumas rupturas com a autopoiesis biológica, com o escopo de adequar esta teoria a uma realidade dos fenômenos sociais. Em primeiro plano, foi necessário conceber o Sistema Biológico autonomamente do Sistema Social (dentro do qual encontram-se sistemas parciais, como o do Direito, da Política, da Economia). O Sistema Biológico tem como elemento constitutivo e base reprodutiva a vida, enquanto que o Sistema Social não é um mero bio-sistema de segundo grau, mas sim um sistema, no qual a base reprodutiva é a comunicação (Sistema Noético). A partir daí, sistemas internos ao Sistema Social vão se autonomizando, em comunicações específicas, ante uma codificação binária.

Tais aportes são extremamente profícuos quando utilizados como instrumentos possibilitadores de tomadas de decisões, por parte do Sistema Parcial do Direito em uma Sociedade (ambiente) extremamente complexa e contingente onde a racionalidade proveniente do Estado Moderno, pouco nos proporciona de efetividade na redução da complexidade.

O presente estudo, traça de forma sucinta alguns aspectos da formação do Direito como estrutura social mediante a perspectiva traçada por Niklas Luhmann em sua primeira fase. Estes fundamentos são de grande importância para estruturar a teoria autopoietica social, a qual apresenta LUHMANN como mentor, sendo trazida especificamente para o Sistema do Direito pelas mãos de Ginter Teubner[3].

É isso que garante a Luhmann um lugar destacado na história do pensamento social contemporâneo, com relevo particular para a sua proposta de um novo critério da razão: a racionalidade sistêmica, que regista a obsolescência dos velhos critérios regulativos da "verdade" e da "justiça" (ou, pelo menos, a sua crise profunda) e fica, para já, a constituir um derradeiro passo decisivo no processo de secularização (do poder) e de positivização (do Direito). Mantém, assim, também algum significado a inclusão desta teoria no quadro do que se convencionou chamar "pós-modernidade" (Bednarz, 1991: 423-32) - a expressão, no entanto, não pertence ao vocabulário do autor e é mesmo objecto da sua ironia corrosiva (Luhmann, 1987: 231). A conotação surge em virtude do interesse prestado à tendência deslegitimante presente nas sociedades mais desenvolvidas, com a crise das "metanarrativas" (do "Espírito" ou da "Humanidade"), que formavam o quadro teleológico de referência da política moderna, e a emergência de um critério puramente performativo (auto-legitimante), de optimização da relação input-output, que em política equivale ao esvaziamento do processo de decisão e sua arregimentação sobre controlo formalizado. Esta parece ser, também, a intuição de Lyotard quando alinha a sua teoria da pós-modernidade por Luhmann e contra Habermas (Lyotard, 1979: 69-78).

O paradigma que Luhmann nos propõe ajuda a compreender diferentes aspectos da realidade social e política contemporânea (que outros paradigmas não entendem ou, simplesmente, ignoram), mas dele não devemos esperar mais do que nos pode dar. Do seu programa não constam as respostas aos problemas da dinâmica social, das tendências inovadoras e da mudança estrutural.

I - Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico.

1.1. Teoria do Direito e Forma de Sociedade.

O Direito e o *político* estão relacionados com a forma de sociedade em que vivemos, com a sua *mise em sens e mise em scènce*, com os princípios geradores que permitem a autocriação histórica de uma sociedade. A *política*, por sua vez, está relacionada com a organização do Estado, com o governo, partidos políticos, grupos de pressão, sindicatos. No tocante, ao *tempo*, pode-se dizer que este está ligado à produção de novos imaginários sociais, formas diferentes de encarar-se a realidade. Para Luhmann, o Direito na sociedade moderna configura-se com a diferenciação funcional, que seria a Forma da sociedade construída na Europa ocidental, do ponto de vista de Lefort. Da mesma maneira, Luhmann afirma que o sistema jurídico é também um sistema que pertence a sociedade e a realiza.

A forma da sociedade moderna, o político, institui-se de maneira mais específica a partir das grandes revoluções políticas, econômicas e filosóficas que se consolidaram no final do século XVIII: a Revolução Francesa, a Revolução americana (independência do EUA), a Revolução industrial e a Revolução filosófica do iluminismo. A grande consequência desta nova forma de sociedade, que muitos denominam de modernidade, foi a destruição do imaginário político medieval: organizado a partir de uma forma de sociedade estratificada, onde os lugares do poder já estariam predeterminados, a partir de um centro transcendente.

Na sociedade medieval, o tempo, dentro da perspectiva que estamos propondo, seria atemporal, pois, não havia possibilidade de produção de novos simbolismos sociais.

A forma característica da sociedade moderna é a diferenciação: separam-se indissolúvelmente as esferas do poder, do saber, da lei, da religião, do prazer implicando a necessidade da legitimação constante de suas áreas de atuação.

Neste tipo de sociedade existe uma grande indeterminação, tudo está em aberto, a discutir. Daí surgir o problema da legitimidade, do reconhecimento social, das decisões políticas (vinculares) tomadas. Também surge o problema da ideologia, necessidade de negar a irreversibilidade das indeterminações geradas pela pluralidade de imaginários sociais possíveis. A razão, a racionalidade, aparece como a postura metodológica a ser empregada para a conjuração dos riscos da indeterminação.

1.2. O Direito Positivo

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível, mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes. Nesta linha de idéias, na modernidade não é mais possível se manter

a concepção medieval dominante de Direito, o Direito natural: Direito eterno, imutável, indiferente às transformações sociais. O Direito moderno, ao contrário, para sobreviver na sociedade indeterminada, será um Direito positivo. Um Direito diferenciado e construído por decisões.

Deste modo, a teoria jurídica normativista, que ainda é a base da racionalidade do Direito, deriva de um contexto histórico bem preciso. É uma teoria que se origina e se fundamenta na forma de sociedade que chamamos de modernidade. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo. O principal autor que melhor representa toda essa concepção jurídicista é Hans Kelsen.

Desta maneira, quando se ingressa numa nova forma de sociedade globalizada, que também se poderia denominar de transnacionalizada, ou pós-moderna, o problema é o fato que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativo e ao Estado se torna extremamente limitada. Não se pode assim continuar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano.

Nesta linha de raciocínio, entende-se a necessidade de criticar-se a epistemologia do neopositivismo analítico, da linguagem da denotação pura, introduzindo-se uma epistemologia construtiva que privilegie para a globalização a temática da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e riscos, e mostre algumas das conseqüências que esta perspectiva está provocando na teoria do Direito.

Desta maneira, observa-se uma crise do Direito da modernidade. Saliente-se, porém, que a maioria das observações sobre a existência de uma crise do Direito é extremamente conhecida. Sendo ela não somente uma deficiência de sua estrutura tradicional, mas uma crise da integração de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização.

Não basta apenas dizer-se que é preciso pensar-se o Direito juntamente com a política e a sociedade, quanto a isso, há um certo consenso. O problema está em dar um sentido pragmático a essa assertiva.

A crítica jurídica pode ser dividida genericamente em duas partes: a primeira refere-se ao momento da crítica do normativismo; já a segunda, mas elaborada, propõe uma nova hermêutica para se pensar o Direito. E o que é essa nova hermêutica? Trata-se de uma hermêutica que surge quando se percebe as insuficiências da noção de norma jurídica, e se começa a entendê-la como algo que não é completo, um conceito que é limitado, que deve ser complementado pela interpretação social.

1.3. Normativismo Analítico

A filosofia analítica (teoria geral do direito) possui um vasto leque de aplicações. O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptado para o direito, principalmente, por Hans Kelsen e por Norberto Bobbio.

A teoria do direito de Kelsen possui porém influências do neokantismo, evidentes no seu ideal de “ciência pura”. Nos capítulos iniciais de sua obra, mantém pressupostos kantianos, que se mesclam com os neopositivistas, pouco a implicar separar o conhecimento jurídico, do direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, Kelsen tem como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares, o dualismo kantiano, entre ser e deve ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. Kelsen, fiel à tradição relativista do neokantismo de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do deve ser. Tal ênfase acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.

Kelsen, ao contrário do que pensam seus críticos apressados, por filiar-se à tradição da “teoria do conhecimento”, assume como inevitável a complexidade do mundo em si. Para ele, o social (e o direito) são devidos às suas heteróclitas manifestações constituídas por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos e históricos. Ou seja, na teoria pura uma coisa é o direito, outra distinta é a ciência do direito. O direito é a linguagem objeto, e a ciência do direito, a metalinguagem: dois planos lingüísticos diferentes.

O primeiro momento kelsiano da metalinguagem define a norma jurídica como um esquema de interpretação do mundo – um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma - isto é, como condição de significado normativa. O segundo momento da teoria pura é quando se transforma a metalinguagem, descrita supra – a norma jurídica - em linguagem objeto da ciência do direito, a qual, por sua vez, passa a ser uma metalinguagem.

Aqui, ao contrário do procedimento anterior não existiria a intenção prescritiva – que dinamiza o direito-, apenas se procura descrever de forma neutra a estrutura das normas jurídicas.

O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema. A teoria jurídica dominante anterior a essa corrente neopositivista, o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente da adequação a ideais metafísicos. O normativismo kelseniano foi quem introduziu a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e auto-reprodução das normas. Já a ciência do direito, por sua parte, sendo uma metalinguagem das normas jurídicas, ao preocupar-se somente com a descrição do sistema normativo, situando-se ao nível semântico-sintático da estrutura lingüística, poderia ser verdadeira ou falsa em relação à objetividade da descrição efetuada por meio de seus modalizadores deônticos. Neste último aspecto, Kelsen é neopositivista. O neopositivismo seria assim a metodologia a ser aplicada à teoria do direito.

A semiótica fornece instrumental teórico mais consistente para a análise da interpretação jurídica, permitindo um maior desenvolvimento das posturas que pregavam a necessidade da elaboração de uma linguagem mais rigorosa para o direito. Do ponto de vista da Semiótica, em grandes linhas, o rigor lingüístico (que tornaria famoso a jurista italiano Norberto Bobbio) partia da necessidade da realização de um

processo de elucidação dos sentidos das palavras que culminaria com a construção de uma jurisprudência fundamentada na denotação pura.

Para se fazer uma crítica política efetiva do direito não é suficiente analisar-se as lacunas e ambigüidades dos signos do direito, pois o sentido pleno do direito independe de suas interpretações *a priori*. O sentido do direito é complementado pelo contexto. A análise isolada das anemias significativas dos signos é completamente desprovida de interesse. Isto seria, a contrario sensu, admitir-se que o normativismo kelseniano era ideologicamente procedente.

É correto dizer-se que é preciso compreender o Direito dentro da sociedade, que a norma jurídica é um dever-ser formal. Isto se é que ainda se pode manter a idéia de norma jurídica, pois alguns preferem falar em regras e princípios. A hermêutica é, portanto uma tentativa de se manter a estrutura normativa ampliando-se as suas fontes de produção de sentido.

1.4. Hermêutica Jurídica

Nesta ótica, as teses hermêuticas da filosofia da linguagem ordinária, desde Wittgenstein, foram um avanço ao romperem com o apriorismo analítico do neopositivismo, acentuando o fato de que o sentido depende do contexto, da situação, do uso e funções dos discursos. Para Wittgenstein, o sentido depende das *formas de vida e dos jogos de linguagem*. Esta é uma postura que coloca a importância da instituição e da sociedade para a determinação do sentido. Neste aspecto, valoriza-se a enunciação em relação ao enunciado.

A teoria de Austin, revista por Searle, enfatiza a enunciação através dos atos comunicativos (a ação comunicativa) para a delimitação do sentido. Para Austin, existem três tipos principais de atos de fala: os *atos locucionários*, que contêm conteúdo das orações; os *atos ilocucionários*, onde o emissor realiza uma ação dizendo algo; e os *atos perlocucionários*, típicos de verbos performativos, como por exemplo, te prometo, te ordeno, te confesso, te condeno. Quem soube utilizar brilhantemente este arsenal teórico para a compreensão do direito, já desde os anos sessenta, foi a teoria do direito anglo-saxônica, principalmente, através da obra de Herbert Hart.

A hermêutica é hoje, entretanto, uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein (*Investigações Filosóficas*) que redefiniu, em meados do século, a ênfase no rigor e na pureza lingüística por abordagens que privilegiam os contextos e as funções das imprecisões dos discursos. A hermênutica, diferentemente, da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos.

A tese do direito como instituição social significa que o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Isto expressa um reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A normatividade é sócia. A necessidade do reconhecimento é que colocou a teoria de Hart

no centro da hermenêutica. Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para Hart, o direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados *hard cases*.

Esta última postura é criticada por Dworkin (*Law's Empire*: 1986) que entende que o direito sempre proporciona uma “boa resposta”, já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Neste sentido, apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o direito tem necessariamente contatos com a moral e a justiça. Daí o lado político do direito algo-saxão, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo não contratualismo de Rawls.

Assim sendo, num primeiro momento, na modernidade, o normativismo surge como um sistema jurídico fechado, em que as normas válidas se relacionam com outras normas, formando um sistema dogmático hierarquizado; e, num segundo momento, na globalização, surgem hermenêuticas que dizem que as normas jurídicas, no sentido kelseniano, no sentido tradicional, não são mais possíveis, que é preciso haver uma noção mais alargada, mais ampla que inclua também regras, princípios, diretrizes políticas, com uma participação maior da sociedade. A hermenêutica é um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função muito importante aos juízes. Advogados, e aos operadores do Direito geral. Isto quer dizer que a hermenêutica fornece ideologicamente muito mais poder de ação. Entretanto, a hermenêutica jurídica abre um importante ponto de preferência para análise da sociedade, para a compreensão do Direito. Mas ela não explica suficientemente o que seja sociedade.

1.5. Sociologia Sistêmica

Assim, pode-se propor uma terceira etapa, além das matrizes normativistas e hermenêuticas, na qual pretende-se refletir melhor sobre o que é sociedade. Para que se aprofunde a concepção de uma sociedade relacionada com o Direito é preciso rever-se completamente as relações do Direito com o social. Para tanto, o objetivo seria, basicamente, avançado além da hermenêutica, rediscutir-se a Sociologia do Direito. O problema é qual Sociologia do Direito?

Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação do direito deve ser relacionada com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, controle e processamento das informações. Uma das formas possíveis para se obter observações mais sofisticadas, de segundo grau, seria, portanto o desenvolvimento de uma nova *Teoria dos meios de Comunicação do Direito*.

Deste modo, esta observação poderia estabelecer critério para a constituição de uma teoria do direito, cuja função seria elaborar uma observação reflexiva sobre a totalidade da comunicação do direito. E, como se sabe, conforme a teoria adotada varia o ponto de

vista da observação. A hipótese que pretendemos esboçar neste texto é que somente uma nova Matriz Jurídica, pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então impotente para a compreensão e transformação dos acontecimentos deste início de milênio.

1.6. A Pragmática-Sistêmica

A interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito da comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação. A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade. O sistema, para Bertalanffy, é um conjunto de elementos que se encontram em interação. Nesta teoria, entende-se que o sistema reage globalmente, como um todo, às pressões exteriores e às reações dos seus elementos internos. A moderna teoria social dos sistemas foi delineada classicamente por Parsons, possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação.

Do ponto de vista epistemológico, pode-se enfatizar a importância do chamado *construtivismo* para esta informação. O construtivismo entende que conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador.

A teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, pós-moderna. Que acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. É claro que continua aproveitando um pouco das contribuições de Weber e Parsons, mas a sociedade, na perspectiva de Luhmann, é uma sociedade que visa à produção da diferença. Introduziu-se toda essa trajetória para salientar a importância da teoria da ação, da decisão; Parsons, a problemática dos sistemas. E Luhmann vai rever tudo isso e aprofundar numa teoria da sociedade contemporânea.

1.7. As Três fases na teoria de Luhmann

Antes de se prosseguir com essa discussão, é importante desfazerem-se alguns preconceitos que existem sobre a teoria da sociedade de Luhmann. Em primeiro lugar, podem-se identificar duas fases – e mais uma terceira bastante sutil – no pensamento de Luhmann, cujas mudanças, contudo, implicaram pouquíssimas retratações e autocorreções. Na primeira fase – funcional-estuturalista – Luhmann está preocupado em criar as bases teóricas de uma sociologia adequada à descrição da sociedade moderna, que se caracteriza pela complexidade. Luhmann já supera, nessa fase, os problemas da sociologia dos papéis e da ação teleológica. A questão, nesta primeira fase, é descrever como a sociedade mantém a sua ordem (estrutura) em um ambiente

sempre muito complexo, onde a função que cada subsistema social desempenha para o sistema total da sociedade passa a ser o critério de orientação – por isso funcional-estruturalista (Rocha et al, 2005). As implicações disso para a sociologia foram enormes: orientado à função, um sistema social pode modificar por si mesmo as suas estruturas.

Essa fase encerra-se com a incorporação do conceito de autopoiese, que se tornou explícito com a publicação, em 1984, da obra intitulada *Sistemas Sociais* (1998b) – embora o conceito já se encontrasse em textos anteriores. O conceito de autopoiese transfere a unidade de autoprodução, das estruturas, para os elementos do sistema. Como a estrutura de um sistema autopoietico também é produto de si mesmo e, portanto, contingente, a estrutura é constituída apenas por processos, apenas por operações. E a função passa a ser, então, uma autofunção e por isso deve ser distinguida das prestações que um sistema realiza para os demais sistemas que se encontram em seu ambiente. Aqui Luhmann teve que tomar uma decisão teórica importante: a ação, como tradicional unidade analítica da sociologia, foi substituída por uma unidade muito mais complexa: a comunicação – que passa a abranger a ação, a informação e a compreensão, sendo a ação, por sua vez, a unidade da diferença entre ação e vivência. O conceito de sociedade como comunicação exclui, portanto, o conceito de intersubjetividade (Luhmann, 1996a, p. 437).

E uma terceira fase, se é que se pode chamá-la assim, pode ser observada já no início da década de noventa, onde a teoria da evolução foi substancialmente aperfeiçoada através da distinção “meio/forma”. A forma “meio/forma” é um esquema conceitual que foi constantemente aperfeiçoado ao longo da produção científica de Luhmann. Pode-se observar que até e inclusive na obra “*Sistemas Sociais*”, a noção de “meio” desempenhava uma função descritiva mais tímida, freqüentemente ofuscada pela maior importância conferida ao problema da absorção estrutural da complexidade e da dupla contingência nas expectativas. Nas últimas produções de Luhmann, no entanto, a noção “meio/forma” ganhou maior amplitude: passou a ser uma unidade hologramática na teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

Escapa da proposta desta exposição a pretensão de explicar, ainda que resumidamente, os conceitos que formam a base teórica luhmanniana. O importante, para se entender as críticas de Luhmann a Habermas, é entender a autopoiese como um conceito. Autopoiese é só um conceito. E é um conceito que não indica e nem serve de critério para um tipo especial de racionalidade (Luhmann, 1996a, p. 487). Não é uma ferramenta neoliberal, disponível às pessoas, para transformar um sistema seguro, controlável e previsível em um sistema dinâmico, incontrolável, imprevisível e por isso arriscado. A teoria dos sistemas autopoieticos não quer “autopoietizar” a sociedade. Ela não tem um conteúdo normativo. Ela não diz que um sistema, para ser bom, eficiente ou qualquer coisa, “deve” ser autopoietico. Nem descreve a sociedade como um conjunto de sistemas isolados uns dos outros, como se fossem mônadas ou partes de um todo chamado sociedade. Na teoria dos sistemas de Luhmann, cada sistema é ambiente para todos os demais.

As acusações de pretensões neopositivistas, neoliberais e a equiparação de Luhmann a Parsons, por exemplo, são absolutamente equivocadas – até porque Luhmann foi o principal crítico do estrutural-funcionalismo de Parsons. Só um observador neopositivista pode ver em Luhmann um neopositivismo, como também só um

neoliberal pode ver isso na sua teoria. Um observador pode ver, na teoria dos sistemas autopoieticos, o paradoxo da sua própria auto-observação. Trata-se de uma teoria que opera no nível da observação de segunda ordem (observação das observações de primeira ordem). Isso significa que ela se coloca exatamente na finitude do paradoxo da auto-observação, no ponto cego da observação de primeira ordem.

Em termos práticos, significa que, por exemplo, dado que o neoliberalismo não existe nas coisas (como na metafísica clássica), nem no sujeito (como na filosofia da consciência), *mas tão-somente nas distinções lingüísticas que o observador faz*, observando as observações (distinções) desse observador que descreve algo como neoliberal, pode-se conhecer pouco sobre o neoliberalismo, mas muito sobre o observador (Simioni, 2006b, p. 39).

Autopoiese é um conceito, uma unidade topológica que se define por um tipo especial de relação entre seus elementos. Só pode ser observado como autopoietico um sistema que, em algum momento da história, resultou de uma semântica rígida o suficiente para manter-se estável diante da contingência na comunicação e adquiriu a capacidade de operar e de se reproduzir de modo autônomo em relação ao seu ambiente sociológico. E autonomia não significa independência: significa que o sistema mantém sua identidade, seus limites, diante de um ambiente que lhe é sempre muito mais complexo. Os sociólogos que lêem Luhmann com os olhos de Habermas podem ser levados pela aparência de que a teoria dos sistemas autopoieticos é uma teoria feita para justificar a exclusão e as desigualdades sociais. Porque ela descreve a sociedade como sistemas que se autoproduzem sob um código binário que exclui outras possibilidades. Naturalmente, o mundo não cabe em um código binário. E é exatamente por isso que um sistema só pode diferenciar-se da complexidade do mundo se assumir uma forma baseada na diferença entre identidade e diferença, como Habermas faz na sua pragmática formal universal, com os códigos binários significado/validade, faticidade/validade, autonomia pública/privada, universalismo/contextualismo e etc.

A perspectiva sistêmica autopoietica permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo.

Num mundo altamente complexo e contingente o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre elas mesmas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios. Isto caracteriza o que Luhmann denomina “generalização congruente”, congruente significa coerência, ou seja, congruência. Importante também em Luhmann é a sua constatação de que:

“O direito não é primariamente um ordenado coativo, mais sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática”.

Nesta linha de idéias, é lúcida a visão de Miguel Reale, que há muito tempo tem reivindicado uma postura tridimensional do direito, manifesta por uma dialética de implicação-polaridade em busca de um normativismo jurídico concreto: o direito é uma experiência histórico-cultural.

A teoria dos sistemas de Luhmann tem assim proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto à compreensão das atuais sociedades complexas que vivemos, estando no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade. Também procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. Existem então dois problemas principais que a sociedade se coloca: a complexidade e a dupla contingência.

Toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o meio ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzida já faz parte da diferenciação que constrói o sentido. Trata-se do princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais da sociedade moderna.

A teoria da sociedade autopoietica procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. O risco coloca a importância de uma nova *racionalidade* para tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídica, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica.

1.8. Paradoxo e Autopoiese

Qual é a noção a partir daí que podemos ter de um sistema que é ligado ao passado e ao futuro simultaneamente, que lida com a idéia de paradoxo? Chamamos isso de *autopoiesis*. O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões.

A partir do momento em que rompemos com essa noção e começamos a pensar a produção da diferença, a construção de nova realidade, a construção de futuro, temos que discutir novamente que tipo de consequência vai ocorrer com as nossas decisões. E

é por isso que apontamos o que chamamos problema do risco. O risco, é a contingência: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas conseqüências ocorram de maneira diferente.

Assim sendo, a sociologia luhmanniana apresenta uma série de propostas que nos permitem observar o Direito de maneira diferente, de uma maneira mais dialética (sem síntese), no sentido de que é preciso ver a sociedade com tentativa de construção de futuro. É difícil observar-se o Direito atual usando-se somente critérios dogmáticos normativistas. A partir desta ruptura epistemológica proposta pela matriz pragmático-sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular, e não mais linear como tradicionalmente enfocada.

Sendo assim o sistema jurídico, como um sistema autopoietico, apresenta-se ante uma interação auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos (clausura operativa), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, mas também, se autoproduzem, isto é, produzem os elementos necessários para sua reprodução. Assim, suas condições originárias tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução. Depois, além de o sistema efetuar uma autoprodução de seus elementos e estruturas, o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se (re) alimentar. “Esta função de automanutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de autoprodução com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições de sua própria produção (chamado hiperciclo)”.

1.9. Um novo Direito

O Direito atravessa outra fase, a teórica, que pode ser chamada de autopoietica. A teoria da sociedade autopoietica de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possível distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. Isto caracteriza a forma de sociedade do terceiro milênio como um sistema social hipercomplexo dominado pela complexidade e a dupla contingência.

O Direito e o não-Direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação, entre outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável. Pois a lógica binária não tem mais sentido na paradoxalidade comunicativa.

Toda teoria do Direito está ligada a uma teoria do Estado: Estado de Direito. A matriz teórica analítico normativista somente é possível a partir de um conceito de validade fundamentado da força obrigatória do poder do Estado. Por sua vez, a matriz hermenêutica é uma derivação dialético-crítica do normativismo. Assim sendo, estas matrizes mantêm uma relação preponderante com a noção estatal de Direito.

Em outras palavras, o sistema do direito é autopoietico, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas conseqüências cognitivas. O sistema do Direito é constituído por uma lógica que articula a repetição e a diferença. Deste modo, autopoiese não é sinónimo de sistema fechado. É preciso livra-se das amarras da lógica clássica que, fundamentada no princípio da não-contradição, não nos permite pensar a riqueza da alteridade. A rediscussão dos fenômenos vistos como paradoxos na qualidade de condição para a observação da comunicação do Direito será uma das grandes características desta nova forma de sociedade.

Referências

HABERMAS, Jürgen. (1983), *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense.

_____. (1988), *Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones.

_____. (1996), *La lógica de las ciencias sociales*. 3ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos.

_____. (2000), *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Trad. Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós.

_____. (2003), *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I.

LUHMANN, Niklas. (1983), *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____. (1992), *Comunicazione ecologica: può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?* Trad. Raffaella Sutter. 3ª ed. Milano: Franco Angeli.

_____. (1992b), *Sociología del riesgo*. Trad. de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara. Edição italiana: *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

_____ & DE GIORGI, Raffaele. (1993), *Teoría de la sociedad*. Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara. Edição italiana: *Teoria della società*. 11ª ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

_____. (1996a), *La ciencia de la sociedad*. Trad. de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO e Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos.

_____. (1996b), *Teoría de la sociedad y pedagogía*. Trad. Carlos Fortea. Barcelona: Paidós.

_____. (1998a), *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josexo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trota.

_____. (1998b), *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana.

_____. (2000a), *El derecho de la sociedad*. Trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos.

_____. (2000b), *La realidad de los medios de masas*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana.

_____. (2005), *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México, D.F.: Universidad Iberoamericana.

ROCHA, Leonel Severo. (2001), O direito na forma de sociedade globalizada. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos.

_____ et al. (2005), *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. (2006a), “A sublimação jurídica da função social da propriedade”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 66, p. 109-137.

_____. (2006b), *Direito Ambiental e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá.

[1] ROCHA, Leonel Severo. “Três Matrizes da Teoria Jurídica”. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 1999. p. 121-136.

[2] A palavra autopoiesis vem do grego *auto* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção, poesia).

[3] TEUBNER, Ginter. *O Direito Como Sistema Auto poiético*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA DIVERSIDADE CULTURAL

LA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ROSTRO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Viviany Almeida Loureiro

RESUMO

Este artigo busca apresentar algumas das propostas desenvolvidas contemporaneamente na tentativa de encontrar uma solução mais democrática para a realização dos direitos humanos no plano global. As propostas, cada uma à sua maneira, têm em comum a valorização da diversidade e da maneira de ver o mundo de cada cultura, estando cientes do valor que elas representam, por minoritária que sejam, para a concretização de direitos que assegurem a dignidade da pessoa humana onde quer que ela se encontre. A ferramenta utilizada é a hermenêutica que privilegia a prática do diálogo e sob variadas nomenclaturas procura sempre o consenso e a paz social.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS, DIVERSIDADE, CULTURA, HERMENÊUTICA

RESUMEN

El presente artículo pretende presentar algunas de las propuestas desarrolladas simultáneamente en un intento de encontrar una solución democrática a la realización de los derechos humanos en el plan mundial. Las propuestas, cada uno a su manera, comparte la apreciación de la diversidad y la forma de ver el mundo de cada cultura, siendo consciente del valor que representan, mientras que las minorías, a la realización de los derechos que garantizan la dignidad de persona in cualquier lugar que se encuentra. La herramienta utilizada es la hermenéutica que privilegia la práctica del diálogo y bajo diferentes nomenclaturas de la demanda siempre el consenso y la paz social.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS, DIVERSIDAD, CULTURA, HERMENÉUTICA

I - INTRODUÇÃO

A ciência do direito tem escopo numa ousadia positivista que culminou nos grandes tratados assecuratórios de direitos aos indivíduos. Ainda hoje esses tratados são necessários em nome do que se convencionou chamar pelo lugar-comum de segurança jurídica. Ocorre que o direito não é apenas o que se encontra firmado em tais tratados. Ele é muito mais que isso, pois se constrói no dia a dia, em cada caso. Não obstante tais tratados seguem sendo diretrizes, comando que guiam a hermenêutica do direito em busca de sua efetiva realização.

É nesse contexto que se insere uma determinada declaração que há mais de 60 anos trouxe ao cenário mundial a pretensão de dar a todos os seres humanos uma segurança em termos jurídicos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mesmo com todas as polêmicas de que foi alvo, continua sendo o estatuto da dignidade da pessoa humana no plano global. No entanto, não basta que exista um diploma assegurando determinados direitos para que estes tenham sua efetivação garantida. É preciso ter sensibilidade jurídica para identificar o que corresponde ao que a declaração quis assegurar em termos de dignidade humana nos diversos contextos, pois, tendo cada cultura sua própria visão de mundo, é necessário libertar-se da própria maneira de conceber a realidade para adentrar em uma análise comparativa do direito e assim torná-lo efetivo.

É isso o que vem postulando a nova hermenêutica jurídica. Uma ruptura com o tecnicismo da velha hermenêutica, contrapondo-se aos cânones empregados no processo interpretativo e negando a existência de uma interpretação considerada verdadeira por ser calcada na objetividade com que é aferida, para exaltar uma melhor interpretação em cada caso. Trata-se de uma oposição a idéia de hermenêutica como estudo epistemológico que visa antes de tudo à intenção do autor, cuja conseqüência tende a ser um conjunto não uníssono, mas restrito, de resultados.

Este artigo se propõe a apresentar a hermenêuticas desenvolvidas na contemporaneidade em vista das condições atuais, onde a diversidade não pode mais ser adstrita a um limite territorial, como é o Estado-Nação, mas encontram-se inseridas nos variados espaços sem fronteiras bem definidas. A primeira parte da exposição será dedicada à diversidade dando destaque a seu viés cultural, que é tão debatido no âmbito dos direitos humanos. O objeto maior, no entanto, é a hermenêutica desenvolvida para a conformação dos direitos humanos quanto projeto universal às particularidades da diversidade. Nesse ínterim será apresentada a hermenêutica diatópica de Panikkar e Boaventura, a hermenêutica analógica de Mauricio Beuchot e a hermenêutica crítica de Joaquin Herrera Flores.

II - A DIVERSIDADE E SEU VIÉS CULTURAL

A palavra diversidade está ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, diferentes ângulos de visão ou de abordagem, heterogeneidade, enfim, variedade. Ela se exprime na língua, nos usos e demais fatores que se inserem no contexto cultural do indivíduo, mas também pode ser identificada no padrão mental utilizado, no gosto, bem como, nos hábitos do sujeito ou da comunidade.

A diversidade prescinde de investigações profundas, ela simplesmente é e está presente em toda a história, em cada lugar do cotidiano. Não fosse a diversidade algo tão notório, a tentativa de definir a natureza humana em contextos não culturais[1] não seria objeto de tantos estudos, mas, é justamente por ser a diversidade um fato que esta prescinde de provas.

Enfim, somos tão diferentes uns dos outros que foi preciso construir uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, num determinado momento de nossa história (1948), para nos lembrar que, na origem, todos somos também iguais por termos algo em comum que nos distingue dos outros seres. Isso foi uma conquista da humanidade e podemos, ou melhor, devemos nos incluir nessa conquista e nesta humanidade, sentindo-nos responsáveis por manter e ampliar os direitos fundamentais ali expressos e a nossa experiência humana individual e coletivamente. (BULGARELLI: http://www.unicrio.org.br/Textos/dialogo/reinaldo_s_bulgarelli.htm)

Este fato que é a diversidade vem se tornando cada dia mais visível, não só no âmbito cultural, onde em geral os direitos humanos se propõem a analisar a diversidade, mas no espaço que compreende o gênero humano como um todo. Geertz afirma que a diversidade deixa de ser estudada dentro de um espaço cultural para ter seu campo de pesquisa em limites cada vez menos demarcados.

Em termos mais concretos, as questões morais provenientes da diversidade cultural (que, é claro, estão longe de ser todas as questões morais que existem), as quais, se é que chegaram a surgir, surgiram sobretudo entre sociedades - aquele tipo de coisa dos “costumes contrários à razão e á moral” de que se alimentou o imperialismo -, surgem agora, cada vez mais, dentro delas. As fronteiras sociais e culturais têm uma coincidência cada vez menor - há japoneses no Brasil, turcos às margens do Main e nativos das Índias Ocidentais e Orientais encontram-se nas ruas de Birmingham -, num processo de baralhamento que já vem acontecendo há um bom tempo, é claro (...), mas que, em nossos dias, aproxima-se de proporções extremas e quase universais. (GEERTZ: 2001, p.77)

Como já observado, o estudo da diversidade no âmbito dos direitos humanos está ligado ao conceito de cultura, sendo desenvolvido como especialidade do ramo sob nome de diversidade cultural. Ocorre que, em vista do fenômeno da coincidência cada vez menor entre as fronteiras sociais e culturais, o estudo da diversidade no âmbito cultural passa a ser apenas uma faceta de um fenômeno mais abrangente.

A diversidade cultural tem reivindicado seu estatuto no campo do direito e no que tange os direitos humanos as discussões são ainda mais calorosas. A globalização e a internacionalização dos mercados são apenas fatos ao lado do fenômeno da emergência da diversidade social como realidade da qual o direito precisa se inteirar. Os principais tópicos no campo dos direitos humanos são referentes a relativismo cultural e muticulturalismo, sempre relacionados à pretensão de universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

As palavras multiculturalismo, pluriculturalismo e interculturalidade são utilizadas com grande reserva, cada autor atribuindo seu significado e estabelecendo suas preferências. Raimon Panikkar fala em interculturalidade como o caminho do meio entre o monoculturalismo e o multiculturalismo, pois entende que este é impossível existir no mundo atual sendo mais provável que conduzisse a uma guerra de culturas com a previsível derrota das menos fortes, condenado todos a um apartheid cultural. O monoculturalismo, portanto, seria letal e o multiculturalismo impossível.

Mauricio Belchot entende o multiculturalismo como o fenômeno da multiplicidade de culturas que se dá no mundo e na maioria dos países. Pluralismo cultural, por sua vez, seria o modelo com que se trata de explicar ou manejar esse multiculturalismo tendo sido também chamado de interculturalidade. Desta forma, o entendimento do autor é de que o multiculturalismo é a palavra de origem liberal criada para designar um fenômeno, qual seja, o da existência de várias culturas em um mesmo país ou comunidade maior. Já a interculturalidade é o que se pretende alcançar, é o modelo que trata de explicar e orientar o multiculturalismo, evitando tanto o assimilacionismo quanto a segregacionismo. Essa postura intermediária é também denominada pluralismo cultural.

Hay que se distinguir entre multiculturalismo y pluralismo cultural. De hecho “multiculturalismo” es una denominación de origen liberal, e implica y propicia la dominación. De ahí que prefiera la denominación de “pluralismo cultural” o “intercultural” para el modelo que aquí se propone. (BEUCHOT: 2005, p.14)

A pesar das inúmeras nomenclaturas o fato é o mesmo, a diversidade, a multiplicidade de formas de ver o mundo e interpretá-lo segundo suas tradições. A história de cada grupo, bem como a visão teológica, também deve ser levada em consideração neste processo, pois um dos elementos que ajudam o interprete a identificar e compreender a diversidade é o histórico de determinada comunidade. A desconsideração da diversidade religiosa, adverte Panikkar, “parece considerar a pessoa humana como um mero conjunto de necessidades, materiais e psicológicas” (p.218).

Joaquin Herrera Flores destaca a grande pluralidade de mudanças ocorridas no mundo e a influência do capitalismo ocidental para as diversas maneiras de se compreender os diretos humanos. Mauricio Beuchot também chama a atenção para a diferença desenvolvendo uma hermenêutica de valorização da diferença. Além disso, procura uma solução que não caia no relativismo etnocentrista, e que, neste ponto, aproxima-se bastante do ‘realismo relativista’ de Flores.

Há uma semelhança nas hermenêuticas aqui apresentadas, pois têm como ponto de partida a consideração e o respeito à diversidade sem cair nas garras do relativismo forte. A diversidade é enriquecedora, e na metáfora elaborada por Panikkar cada cultura é uma janela que permite olhar o mundo e vê-lo de maneiras parcialmente convergentes, mas não coincidentes e nunca completas. O reconhecimento da incompletude das culturas não impede o diálogo com outras culturas, mas, ao contrario, constitui uma das condições que o tornam o diálogo possível.

III - A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS:

A hermenêutica é uma ciência que tradicionalmente está ligada à arte do anúncio do que se encontrava obscuro ou duvidoso. A trajetória desta prática até os dias atuais remonta varias abordagens, uma das quais se apropriou o direito[2]. A hermenêutica jurídica, notadamente metodológica, sede espaço a uma nova que tem entre seus fundadores Hans Georg Gadamer, o qual se dispôs a estudá-la nos moldes clássicos, dando prioridade ao diálogo e a compreensão do sujeito em lugar dos cânones interpretativos que se estabeleceram na prática jurídica contemporânea.

Em um artigo denominado *incapacidade para o diálogo*, o autor observa que o diálogo tem perdido sua força nos tempos modernos e isso é preocupante na medida em que a linguagem só existe verdadeiramente nesta prática. Quando usa a palavra diálogo não se deve entender qualquer forma de conversação, o autor utiliza para demonstrar sua forma de conceber o diálogo o exemplo de uma conversação telefônica ao que ele compara a um negativo fotográfico onde a artificialidade vela as partes mais peculiares da mensagem lingüística. O verdadeiro diálogo deve conduzir à profundidade da comunhão humana. “o verdadeiro carisma do diálogo, que só está presente na espontaneidade viva do perguntar e do responder, do dizer e do deixar-se dizer.” (p.131)

A falta de dialogo não é o único fenômeno de carência comunicativa que conhecemos, basta lembrar o desaparecimento das cartas e correspondências e admitir que não encontram semelhança nas curtas mensagens eletrônicas que as substituíram. Analisando o que ele chamou de ‘os carismáticos do diálogo que mudaram o mundo’ - Confúcio, Buda, Jesus e Sócrates - e os mestres do diálogo, como Friedrich Scheleiermacher e Friedrich Schlegel; chega à conclusão de que o diálogo tem uma proximidade maior com a verdade. O próprio Platão transmitiu sua filosofia na forma de diálogos por reconhecer que a palavra só encontra sua confirmação através da recepção no outro e da aprovação do outro. Nisto consiste a força convincente do diálogo.

Diálogo, no sentido que Gadamer quer que a palavra seja compreendida, possui uma força transformadora. “Só no diálogo (e no rir-um-com-o-outro que é como um consenso transbordante sem palavras), amigos podem encontrar-se e construir aquela espécie de comunidade na qual cada um permanece o mesmo para o outro, porque ambos encontram o outro e no outro encontram a si mesmos.” (p.135).

“O verdadeiro tema de nossas reflexões é, ao contrário, uma incapacidade para o diálogo que não se confessa a si mesma. Ao contrario, ela tem a forma normal de não se ver, que não se vê essa capacidade em si mesma, mas no outro” (p.138). A incapacidade para ouvir é algo bem conhecido de todos e Gadamer a expõe em seu texto. Ele considera que a incapacidade tem um lado subjetivo - incapacidade de ouvir - e outro objetivo que consiste no fato de que não existe uma língua comum. Sobre a ausência de uma linguagem comum Gadamer alerta para o fato de que “também onde parece faltar linguagem, pode alcançar-se o entendimento mediante a paciência, a sensibilidade, a simpatia e a tolerância, e mediante a confiança incondicional na razão que todos nós partilhamos.” (p.140).

Na hermenêutica diatópica desenvolvida por Panikkar e complementada por Christoph Eberherd e Boaventura de Sousa Santos o diálogo assume um papel central, pois, nesta hermenêutica, se objetiva entender uma cultura a partir do *topos* de outra. Baseia-se na idéia de que os *topois*[3] de uma cultura, por mais fortes que sejam, são incompletos, sendo necessário ampliar ao máximo a consciência desta incompletude. Ocorre que tal incompletude não é visível a partir do interior de sua cultura, pois a falta de distanciamento faz com que se tome a parte pelo todo. A incompletude só pode ser vista através do diálogo e o reconhecimento das incompletudes mútuas é imprescindível para um diálogo intercultural.

La hermenéutica adecuada para la tal empresa es aquella que me permití llamar *diatópica*. Los *topoi* o lugares culturales, son distintos y no se puede presuponer *a priori* que las intenciones que han permitido que emerjan los distintos contextos sean iguales. Pero con las cautelas necesarias de una hermenéutica diatópica pueden relacionarse contextos y llegar a una cierta comprensión de ellos. (PANIKKAR: <http://them.polylog.org/1/fpr-es.htm>)

Mas o diálogo é só um dos elementos dessa nova hermenêutica desenvolvida com vistas à aplicação da Declaração Universal de 1948 e dos demais diplomas que disciplinam os direitos humanos. Autores contemporâneos, como o espanhol Joaquín Herrera Flores e o mexicano Mauricio Beuchot, no desenvolver de suas pesquisas em busca de uma hermenêutica dos direitos humanos, dão ênfase a outros elementos que aparecem bem demarcados na hermenêutica filosófica de Gadamer com característica marcadamente intersubjetiva.

Trata-se de uma hermenêutica voltada à compreensão através da prática do filosofar. Envolve o reconhecimento da consciência histórica e busca demonstrar a diversidade e intensidade de sentidos que acontece quando se compreende algo. Além disso, como demonstrado na revalorização do diálogo, trata-se de num apelo à recuperação do âmbito prático da filosofia.

Afinado com as diretrizes hermenêuticas contemporâneas, Joaquín Herrera Flores busca banir a pretensão de uniformidade e homogeneização que possa desvirtuar a aplicação dos direitos humanos. Posiciona-se contra o humanismo abstrato que quer ver os direitos humanos como algo transcendente e traz a discussão para um plano prático, histórico e atento à realidade que é a diversidade. Em toda a argumentação está presente o fator social, o qual é apresentado sob o signo da modernidade ocidental capitalista.

O princípio da dignidade proposto por Herrera Flores tem suas bases na aceitação de uma concepção e uma prática materialista do mundo e do cultural[4]. É um princípio que nega qualquer forma de transcendentalismo, seja religioso, seja axiológico, seja dialético. A aceitação de materialismo de que o autor fala tem como mais importante a criação e utilização de materiais que permitam pôr em prática a capacidade humana genérica de fazer e desfazer mundos, de conhecer e enfrentar os contextos dominantes, enfim, de potenciar lutas pela dignidade humana.

Para o autor, o homem é um animal cultural que se relaciona frente a seu mundo construindo suas formas econômicas, religiosas, políticas, jurídicas e estéticas. Todos os

processos culturais funcionam instituindo o que ele chama de ‘seus próprios conteúdos de ação social’ a partir dos quais explicam, interpretam e intervêm no espaço social. Assim, também o direito é um produto cultural.

Apesar da proposta do autor ser o estudo dos direitos humanos como produto cultural surgido em um contexto concreto e preciso de relações, qual seja, o capitalismo ocidental, não se trata de pô-los unicamente como produtos da ideologia de acumulação de capital, mas de situá-los como produtos de relações políticas, sociais, jurídicas e econômicas, e não apenas como um fenômeno natural, metafísico, muito além da prática humana.

En este libro vamos a proponer una concepción cultural de los derechos humanos; es decir, vamos a entenderlos como lo que son: un producto cultural surgido en un contexto concreto y preciso de relaciones que comienza a expandirse por lo globo – desde el siglo XV hasta estos inciertos comienzos del siglo XXI – bajo el nombre de modernidad occidental capitalista. (FLORES, 2005: p.19)

Ao falar em direitos humanos como produtos culturais, o autor põe em questão a diferença e lembra que, historicamente as culturas hegemônicas têm tentado se sobrepor às demais com o argumento colonizador do bárbaro, selvagem. Mas esta maneira de considerar os direitos humanos também propõe outra forma de tratar o diferente, o que se dá depois de um trabalho árduo de reconhecimento cultural e sensibilidade para com a diferença.

A pergunta ponto de partida para essa investigação é: Os direitos humanos são um produto cultural surgido em um contexto específico de relações ou um produto natural inscrito em nossa história genética?

Pode-se dizer ainda, que a análise dos direitos humanos feita pelo autor parte da pluralidade e das mudanças que vêm ocorrendo no mundo. Uma proposta que rompe com as concepções que consideram os direitos como definitivamente definidos e aposta na necessidade de construir condições para o encontro entre as múltiplas e diferentes formas de caminhar rumo à dignidade.

¿Cómo dar por definitivamente definidos los derechos humanos, cuando el contexto social, político e económico ha dado un vuelco tan espectacular? ¿ No es un insulto a la inteligencia y a la sensibilidad humana seguir pensando que los derechos ya están suficientemente garantizados por aparecer en las declaraciones internacionales y los textos constitucionales, cuando esa revolución neoliberal ha cambiado el mundo sin tocar ni una coma lo contenido en tales normas? (FLORES: 2005, p.35-36)

A consideração dos elementos políticos, sociais, jurídicos e econômicos dá consistência à análise de Flores e o identifica no campo da hermenêutica moderna onde há a inserção de um maior número de elementos na análise do texto. Em contrapartida, a desconsideração de tais elementos sombreia a compreensão e impede que se veja o fenômeno pela sua melhor luz.

O universalismo que Herrera Flores propõe é necessariamente *a posteriori* em relação a esse debate entre as diversas culturas e os diversos elementos a serem considerados, não partindo de teses prontas e acabadas, daí a sua diferença para o universalismo *a priori* do jusnaturalismo. Assim, os direitos humanos não devem ser vistos simplesmente como direitos naturais, mas analisados como artefatos, instrumentos que, desde seus inícios históricos na modernidade ocidental, foram instituindo processos de reação; há que se compreender os direitos humanos cultural, filosófica e historicamente como uma forma de reação frente ao mundo.

a esta forma de universalismo o autor denomina “realismo relativista”, pois reconhece a exterioridade do mundo com relação ao pensamento e foge dos critérios absolutos e transcendentais. “Somos, pues, realistas en tanto que admitamos la exterioridad del contexto en el que nos movemos; y relativistas, en cuanto que reconocemos la multiplicidad de contextos que conviven en nuestro mundo.” (p.64-65)

A proposta do realismo relativista visa a garantir a aceitação positiva da pluralidade de interpretações, explicações e intervenções que se dão nos múltiplos e diferenciados contextos de relações no mundo onde os grupos vivem e atuam. Mas há ainda uma segunda proposta, um ‘relativismo relacional’ que reconhece a pluralidade e onde as diferentes e plurais formas culturais de ver e interpretar o mundo não precisam assumir a forma ocidental, tendo em vista que cada uma dessas formas plurais de reação cultural são tão legítimas quanto à ocidental.

Essa busca por uma representação não ocidental das formas de interpretar o mundo lembra o conceito de “equivalentes homeomórficos” desenvolvido por Panikkar. Na verdade os equivalentes homeomórficos estão relacionados mais diretamente a palavras utilizadas em uma cultura que buscam correspondência em outra. Não são meras traduções literais, nem tampouco traduzem simplesmente o papel que a palavra original pretende exercer. Eles apontam para uma função equiparável ao papel que dada palavra corresponde em uma cultura; não se busca a mesma função, mas a equivalente à que a noção original exerce na correspondente cosmovisão.

Pongamos un par de ejemplos, que podrán ayudarnos. "*Brahman*" no es sin más la traducción de "Dios", puesto que ni los conceptos se corresponden (sus atributos no son los mismos) ni las funciones son las mismas (*brahman* no tiene por qué ser creador, ni providente, ni personal, como Dios). Cada una de estas dos palabras expresa una equivalencia funcional en las dos correspondientes cosmovisiones. (PANIKKAR: <http://them.polylog.org/1/fpr-es.htm>)

O filósofo mexicano Mauricio Beuchot também apresenta sua proposta para a integração da diversidade cultural no âmbito dos direitos humanos. Segundo ele o instrumento adequado para clarear essa busca é a hermenêutica, mas uma hermenêutica analógica, que dê destaque à diferença sem acabar com a identidade. Trata-se de uma hermenêutica que permite dialogar com as outras culturas com uma dupla atitude de aprender com elas e também de criticar seus elementos.

Una hermenéutica que permita superar la postura univocista en la que se trata de imponer a toda costa un modelo universal, pero también superar la postura equivocista

en la que se permite un relativismo cultural excesivo, que promueve la diferencia a ultranza. Una hermenéutica analógica permitirá considerar las diferencias culturales, pero sin perder de vista el ideal regulativo universal, el cual evalúa de manera diferenciada y matizada, rica en significados e por ende más compleja. (BEUCHOT: 2005, p.28-29)

A hermenêutica proposta per Beuchot é denominada hermenêutica analógica, porque analogia significa prudência e equilíbrio proporcional desde sua origem etimológica. A analogia aliada à hermenêutica possibilita um distanciamento da noção univocista de outro, de próximo, de pessoa, do mesmo modo que evita seu extremo oposto equivocista, igualmente insustentável.

Esta hermenêutica se utiliza de dois aspectos da analogia: analogia de atribuição e de proporcionalidade. Esses dois aspectos se mesclam para dar origem a uma forma mais rica de analogia uma vez que cumprem funções complementares. “La analogía de proporcionalidad da apertura, permisividad, extensión; la de atribución ata y sujeta, pone algo como primero, coloca un principio, que es obtenido por su aproximación a la verdad, por lo menos a la verdad textual” (p.37).

À luz da proporcionalidade todas as culturas se comparam entre si respeitando suas diferenças, mas buscando sua unificação proporcional, o que têm de comum. A cultura vista sob o prisma da analogia de atribuição faz uma hierarquia entre duas ou mais culturas, mas a primeira premissa é uma forma de cultura paradigma, um modelo ideal, abstrato, de como deveria ser o melhor para o homem, o qual serve de idéia regulativa. É necessário que se conjugue os dois aspectos da analogia para que se resolva o enigma, uma vez que, só a proporcionalidade pode levar ao relativismo e só a atribuição pode deixar parecer unívoco o análogo principal.

Ao mesclar ambas as analogias o autor pretende mostrar que no fundo todas as culturas estão em pé de igualdade, mas que vão se hierarquizando à medida que se aproximam ou se distanciam do modelo adotado como paradigma. O que norteia a hermenêutica analógica de Beuchot também é a valorização da diferença, já que tanto a atribuição como a proporcionalidade implicam em diferença. “La analogía nos ayuda precisamente a captar las diferencias culturales en medio de las similitudes, que son las que pueden constituir universales culturales.” (p. 39)

Na busca de um modelo ideal de direitos humanos há sempre uma oscilação entre o universal e o individual, já que ambas as coisas devem ser respeitadas. Essa busca pela epistemologia ou teoria do conhecimento que nos permita conciliar os dois extremos, atendendo à universalidade dos direitos humanos mas também às particularidades que se dão nos seres ou grupos humanos aos quais se aplicam, nos aproxima do princípio que rege a *frónesis*, traduzida do grego como prudência, e da ética, que é retomada com o objetivo de tornar as ciências mais humanas.

Gadamer também fala sobre a importância da ética para as ciências do espírito. A ética aristotélica deve estar presente na nova hermenêutica como forma de se precaver contra a objetivação que permeou a hermenêutica por anos. A hermenêutica baseada na técnica dava origem a um saber geral que não encontrava correlação com a

situação concreta e estava sujeito a obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação.

O enorme alheamento que caracteriza a hermenêutica e a historicidade do século XIX, fruto do método objetivador da ciência moderna, mostrou ser a consequência de uma falsa objetivação. O exemplo da ética aristotélica foi citado para desmascarar e evitar essa objetivação. O saber ético, como é descrito por Aristóteles, não é evidentemente um saber objetivo. Aquele que sabe não está frente a uma constelação de fatos, que basta constatar, mas é atingido diretamente por aquilo que ele conhece. É algo que ele deve fazer. (GADAMER: 2007, p.414)

O papel da hermenêutica é importante na fundamentação filosófica dos direitos humanos, mas não apenas para este intento. Uma interpretação das culturas segundo os moldes da hermenêutica moderna tem como objetivo compreender, valorar uma determinada cultura para fazer com que elas compreendam e valorem adequadamente os direitos humanos.

Os tempos modernos amparam uma forma de conhecimento que se caracteriza por buscar a compreensão e não só a explicação. Desde Heidegger o ato de interpretar deixa de ser um ato súbito para se tornar um processo. Também a noção de texto se modifica para ser entendido não apenas como texto escrito, mas, amplamente como qualquer objeto de análise hermenêutica. Nós seres humanos somos textos sob o olhar de quem interpreta, e assim as culturas, os fatos históricos e o direito, enfim toda a realidade estudada pela hermenêutica é vista como um texto.

A proposta de Beuchot é criar situações intermediárias, caminhos conciliatórios que sirvam de alternativa aos extremos que permeiam as obras humanas e que têm se difundido como opção política na modernidade.

Entre el multiculturalismo y el asimilacionismo se propone aquí el pluralismo cultural. Y entre el liberalismo individualista y el igualitarismo comunitarista se sugiere un analogismo político-jurídico, que permita diferenciar sin lesionar la igualdad. Pero ello es un pluralismo cultural analógico. (BEUCHOT: 2005, p.58)

O mundo vive um momento em que muito se fala em tolerância, onde se dá valor a soluções criativas e inclusivas. De fato, é no caminho do meio que se encontra a virtude, no entanto, a intemperança do homem não o deixa ver que a verdade não pode estar em uma construção teórica ou numa atitude carregada de extremismo. Há que se reconhecer a importância dos extremismos no trabalho de rompimento com determinados paradigmas, mas a verdade, a justiça, consiste em algo mais complexo, em um olhar mais amplo, e dificilmente será alcançada mirando em direção a apenas um dos tantos lados.

Não obstante, cada um desses extremos foi capaz de dar seu contributo na construção deste caminho intermediário. “Del relativismo recuperamos su intuición de que no hay una sola forma válida de conducta y, del universalismo, su intuición de que no todas

pueden ser válidas” (p.63). Esta forma plural reconhece ambas as coisas e assim valoriza o ser humano quando proclama que não há apenas uma forma de se realizar a natureza humana.

Na busca de compreender a cultura alheia é preciso compará-las com a nossa, mas a cultura alienígena não pode ser avaliada a partir dos nossos valores e sim de valores universais. Beuchot reconhece a dificuldade em encontrar esses valores universais, reconhece que o ser humano não é imparcial, mas reivindica que deve haver alguma forma de universalização. Para tanto sugere o uso do que chama ‘diafilosofia’ no lugar de uma metafilosofia, porque não se trata de um *a priori*, mas de um *a posteriori*.

Isso se dá partindo dos valores parciais próprios, já conhecidos, para então se proceder à observação dos valores particulares alheios e a partir dessa observação se contrastar a experiência de uns com os outros. Sem perder de vista as dificuldades que envolvem esse processo, a necessidade de autocrítica e de tolerância que pressupõe esse trabalho, o autor afirma que:

No tenemos otra cosa de la cual partir. Poco a poco, y como por una función simbólica, la diafilosofía nos ayudará a juzgar los valores de los otros a partir del juicio que tengamos de los nuestros (y también escuchando el juicio que les merecen a los dos otros). (BEUCHOT: 2005, p.65-66)

O procedimento proposto pelo autor envolve simbolismo, ícones e analogias na busca da identidade dos povos, pois ele entende que o reconhecimento que se opera entre os membros de uma cultura se dá por analogia; a chave desse reconhecimento se dá pelos ícones dessa cultura e pela iconicidade de seus arquétipos e símbolos fundacionais. Beuchot reconhece que o homem é produto de sua história, mas nos adverte de que não se reduz a ela tendo algo de essencial nele. Para ele, mais que a física ou a ontologia, a identidade simbólica ou cultural de um povo é que o constitui.

Outra questão analisada pelo autor é o fato de que os direitos humanos, tal qual foram apresentados, tinham como objetivo o cumprimento dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade enunciados na revolução francesa. Dentre estes ideais, o de fraternidade é o mais distante.

Curiosamente, libertad, igualdad y fraternidad, en ese orden, se muestran como una secuencia de menor a mayor dificultad, y reflejan un proceso de maduración social. Tal vez la fraternidad exija una madurez social casi inalcanzable, pero, por lo menos, debemos tender a ella como ideal regulativo. (BEUCHOT: 2005, p.72)

Estes direitos tornam-se bem diferentes se são vistos a partir da liberdade, da igualdade ou da fraternidade. Sendo sua origem liberal estão muito polarizados na liberdade e muito ocupados em avançar essa linha em direção à igualdade. De fato tem melhorado um pouco em direção a igualdade, mas onde menos tem avançado é na fraternidade, a qual, curiosamente, parece pressupor e conter os outros dois valores. A fraternidade é, sem dúvida, o mais abrangente dentre eles e pode ser identificada com o

que se tem denominado amizade social, generosidade cívica ou simplesmente tolerância, solidariedade, respeito.

A atitude moral que pressupõe a fraternidade se torna crucial no desenvolvimento de uma forma de pluralismo que se predispõe a compreender a cultura alheia. O diálogo intercultural requer essa atitude ética de respeito para com as outras culturas, pois, a questão dos valores grupais deve se combinar e se equilibrar com o diálogo, a tolerância e a solidariedade. Busca-se uma atitude de respeito para com as diferenças de modo que se possam criticar os direitos comunitários a partir dos direitos humanos, mas também dar aos direitos humanos, que são individualistas, uma perspectiva mais comunitária.

A intenção da hermenêutica analógica é ajudar nesse diálogo intercultural dos direitos humanos através da preservação de duas intuições complementares: a de que os direitos humanos exigem certa universalidade para que sejam legítimos e a de que também exigem a pluralidade cultural, pois nela é que são legítimos direitos humanos.

Além de todo intento conciliatório, a hermenêutica analógica também pretende encontrar uma solução para além do relativismo. Há neste ponto uma valorização da filosofia dos direitos humanos enquanto teoria voltada à fundamentação destes direitos. Muitos dos direitos humanos ainda não foram positivados e sua defesa depende de um trabalho de fundamentação com base na dignidade da pessoa humana onde se faz extremamente necessária a filosofia.

Mas a filosofia não tem seu papel restrito à defesa prática dos direitos humanos, ela tem grande importância na educação destes. Vale lembrar que há diferentes posturas no meio intelectual e acadêmico com relação à fundamentação filosófica dos direitos humanos. Há os que a consideram supérflua por ser impossível ou desnecessária, sob o argumento de que os direitos humanos já foram positivados pela declaração de 1948; há os que vêm a fundamentação baseadas em considerações pragmáticas e ainda os que reivindicam algo mais ontológico.

O autor se coloca entre estes que reivindicam algo mais ontológico, mas a fundamentação que propõe é uma fundamentação aberta, dialética, integradora, a qual se alcança fugindo da univocidade e da equivocidade rumo a uma analogicidade. A hermenêutica analógica de Beuchot objetiva tornar isso possível.

Así una hermenéutica analógica hace a la ontología más débil, pero allí la analogía, el conocimiento analógico, es un abatimiento de las fuerzas del conocer, un reconocer que nuestro conocimiento de lo ontológico es limitado y defectuoso, con deficiencias muy grandes y pesadas (una especie de *Alfhebung* hegeliana). (BEUCHOT: 2005, p.82)

Ao analisar as bases antropológicas da teoria dos direitos humanos o autor entende que esta se liga a uma base ontológica. A idéia de direitos humanos envolve uma idéia de homem como centro do universo, mas que tem o papel de cuidar do planeta em que vive. Trata-se, portanto, de uma base de índole jusnaturalista, mas sem deixar de fora a base juspositivista uma vez que os direitos necessitam de positivação. Na dimensão naturalista o que se tem é uma antropologia conectada com a ontologia que se plasma

como filosofia personalista já que a noção de pessoa aqui é mais ontológica que cultural ou social.

O que quer demonstrar é que a hermenêutica aplicada à compreensão dos direitos humanos nos dará uma dimensão entre o naturalismo e o culturalismo. Para tanto, deposita toda sua credibilidade nessa hermenêutica analógica ou analógico-icônica, que vê na analogia e na iconicidade uma correspondência que os faz ser a mesma coisa, que conecta o epistemológico com o ontológico enfim, que nos fará a mediação entre o naturalismo e o culturalismo no encontro de direitos humanos nem tão universais nem tão relativistas.

A hermenêutica analógica com sua dimensão interpretativa dá lugar ao hermenêutico, mas também com seu lado analógico ou icônico dá lugar ao ontológico. Assim, a hermenêutica analógica tem duas faces, uma hermenêutica simbólica, cultural, lingüística e histórica, e outra ontológica, substantiva, radicada na natureza ou essência. É uma hermenêutica que conecta a cultura com a natureza.

Dentre tantas aspirações, o autor fala de um jusnaturalismo analógico-icônico, o qual busca estabelecer um modelo de homem como ideal abstrato. Chega até a propor um novo modelo de sujeito:

La cultura de los derechos humanos nos puede dar la ocasión de un nuevo modelo del sujeto, un sujeto analógico; un sujeto a la vez narrativo y sustantivo, narratológico y ontológico a un tiempo, uniendo lo ético y lo metafísico de un modo nuevo e inédito. (BEUCHOT: 2005, p.95)

Dentre muitos devaneios presentes na obra do autor o que temos de absorver é seu intento conciliatório e a valorização da hermenêutica como forma de atingi-lo. A hermenêutica nos ajuda a compreender o homem e desta maneira conhecer o máximo possível suas características, necessidades e desejos, para moldá-los e refleti-los nos direitos humanos que vão se estabelecendo. Além disso, devemos reconhecer que a força dialetizadora da analogia é capaz de fazer com que haja direitos humanos individuais e também coletivos.

A analogia é o que nos faz ver as conexões que existem entre as coisas, e a proposta de uma hermenêutica analógica se encontra bem afinada com o grande propósito da hermenêutica atual. Uma valorização da tradição, da vivência e a utilização do círculo hermenêutico com forma de obter uma análise mais completa do fenômeno, ou melhor, do texto.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há grande produção na área hermenêutica e as soluções mais bem sucedidas apontam na direção da valorização da diversidade. Nas palavras de Geertz, “uma forma garantida

de se chegar a um fim trágico seria imaginar que a variedade não existe, ou esperar simplesmente que ela desaparecesse” (p.331). Não é isso o que queremos que ocorra com o projeto dos direitos humanos, mas é preciso um reconhecimento maior de que estes não se fazem apenas de declarações redigidas por uma cúpula, são produtos da história de luta de cada povo pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo reconhecimento dos direitos a ela inerentes.

É possível identificar diferenças entre todas as hermenêuticas expostas no presente artigo. Tanto Maurício Beuchot quanto Joaquín Herrera Flores falam de um universalismo *a posteriori*, mas enquanto este fala em direitos humanos como produtos culturais, frutos de lutas pela dignidade humana, aquele busca no jusnaturalismo analógico- icônico um modelo de homem ideal-abstrato, algo que seria inconcebível também para Panikkar, Boaventura e Geertz.

Mesmo que haja diferenças substanciais como esta em cada construção, o que salta aos olhos é o que trazem de comum: a busca por direitos que conformem a realidade humana que reside na diferença. Apesar das disparidades, a presença deste elemento unificador, que é o respeito à cultura alheia, permite que todos estes pensamentos estejam reunidos em um mesmo trabalho sobre hermenêutica dos direitos humanos.

É este o propósito maior em se estudar a diferença: a busca pela igualdade. Todos querem que seu modo de ver o mundo seja respeitado, e, para tanto, devem se dispôr a respeitar a maneira de interagir como o mundo praticada pelo outro.

Para estudar os direitos humanos é preciso mais que saber sobre direitos, é necessário estudar o humano e isso implica o conhecimento da cultura e dos acontecimentos históricos que influenciam na tradição de um povo. Trata-se de um estudo que se torna imprescindível à filosofia, e encontra lugar confortável na ceara da hermenêutica desenvolvida modernamente, marcada pela valorização do sujeito e sua interpretação de mundo.

Aqui, foram apenas apresentadas as principais propostas, cabendo a cada um amadurecê-las e ponderar para verificar a eficácia concreta de tais teorias. O amadurecimento do estudo das teorias já apresentadas e a educação no sentido de procurar nestes filósofos uma orientação em face de situações internacionais envolvendo direitos humanos são de grande utilidade para os que querem progredir na realização de um direito atento às condições vigentes na modernidade

Daí a importância do diálogo como prática construtora de acordos e criadora de espaços para a diversidade de opiniões, necessidades e formas de realização da paz social. Acreditamos que o diálogo entre culturas, respeitando a diversidade e com base no reconhecimento do outro como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do ‘mínimo ético irreduzível’, alcançado por um universalismo de confluência e não um universalismo imposto que poderíamos chamar, criticamente, de universalismo de influências.

Para que os direitos humanos se realizem efetivamente é preciso que todos os povos e culturas tenham seu lugar reconhecido neste processo. Não pode ser admissível que determinada cultura se sobreponha a outras como se fosse superior. Todos somos seres

humanos e, portanto, paradigmas para a construção e a realização de nossos direitos. Enquanto os portadores de uma visão de mundo particular se sentirem lesados em nome de tais direitos humanos, não se poderá falar em justiça, em dignidade e em direitos humanos de maneira verdadeira.

V - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de, EDIPUCRS. 2000; GADAMER, Hans-George. *Incapacidade para o diálogo*, (p.129-141) e *Sobre o círculo da compreensão*, (p.141-150).

BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BEUCHOT, Mauricio. *Interculturalidad Y derechos humanos*. México: Siglo XXI editores, 2005.

BULGARELLI, Reinaldo S.: *A Diversidade e a Experiência de Fazer Juntos*. Disponível em:

http://www.unicrio.org.br/Textos/dialogo/reinaldo_s_bulgarelli.htm

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Ttraços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vozes: Petrópolis-RJ, 2007.

GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa” In *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 1998: pp. 249-356.

_____ “Anti anti-relativismo” In *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001: 47-67.

FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Ed. Los libros de la Catarata, 2005.

PANIKKAR, Raimon: *Religi3n, filosof3a y cultura*. Disponível em <http://them.polylog.org/1/fpr-es.htm>.

_____ Seria a no33o de direitos humanos um conceito ocidental? In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

PIOVESAN, Fl3via. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

[1] Notadamente a pesquisa de Melford Spiro , Stephen Salkever e Robert Edgerton apresentada por Geertz.

[2] Dos manuais de teoria geral do direito: Hermenêutica jurídica = interpretação, integração e aplicação.

[3] Na definição de Boaventura, *topois* “são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas da argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumetos” (p.256)

[4] Essa concepção de direitos humanos como produto cultural se assemelha a observação de Geertz no que se refere ao direito ser um saber local. Os direitos humanos, como a literatura, as narrativas orais, as organizações econômicas, políticas e jurídicas devem ser compreendidos, cultural, filosófica e historicamente como uma dentre as muitas formas de reação frente ao mundo.

**HISTÓRIA DO DIREITO E DO
PENSAMENTO JURÍDICO**

**A COMPREENSÃO DAS RAÍZES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS DA
CATEGORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE A PARTIR DA
FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE MODERNA**

**THE DELIMITATION OF HISTORICAL AND PHILOSOPHICAL
FOUNDATIONS OF THE CATEGORY OF RIGHTS OF PERSONALITY
ACCORDING TO THE FORMATION OF THE MODERN SUBJECTIVITY**

Bernardo Brasil Campinho

RESUMO

Este trabalho compreender a sociogênese da categoria jurídica dos direitos da personalidade enquanto proteção e garantia do livre desenvolvimento da personalidade, diretriz fundamental do sistema jurídico que se definiu a partir da formação da subjetividade moderna e de suas implicações, de modo a consagrar a articulação do sujeito, do indivíduo e da pessoa, em seu caráter geral e abstrato, com o reconhecimento de diferentes percepções da sua individualidade e com a construção de sua identidade no processo de socialização, resultando na afirmação dos valores essenciais da individualidade, em contraponto ao Estado e á sociedade, articulando-se fortemente com a dignidade da pessoa humana, gerando uma dogmática dos direitos da personalidade, tendo como referência o modelo do direito subjetivo, como ideologia o individualismo, como premissa a articulação entre razão e subjetividade e como parâmetro o diálogo com as diversas formas de sociabilidade

PALAVRAS-CHAVES: RAÍZES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS; DIREITOS DA PERSONALIDADE; SUBJETIVIDADE; MODERNIDADE

ABSTRACT

This article intends to look inside the birth of the legal category of the rights of personality while a protection and guarantee of the free development of the personality, basic principle of the legal system that has its definitions according to the formation of modern subjectivity and its implications, in a way that promotes, the articulation of the subject, the individual, and the person, in their general and abstract character, with the recognition of different perceptions of the individuality and the construction of identity in the process of social formation, resulting in the affirmation of the essential values of the individuality, in opposition to the State and the society, articulating itself with the value of human dignity, creating a legal model of the rights of personality, having as reference the model of subjective rights, as ideology the individualism, as a basic point the articulation between reason and subjectivity and as a parameter the dialog between different forms of social interaction.

KEYWORDS: HISTORICAL AND PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS; RIGHTS OF PERSONALITY; SUBJECTIVITY; MODERNITY

1. INTRODUÇÃO À CATEGORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O tema deste trabalho de pesquisa diz respeito à influência das configurações da subjetividade e da sociabilidade, enquanto dimensões das relações sociais humanas e a partir dos paradigmas da modernidade[1][1], na construção do âmbito dos direitos da personalidade.

Assim, o problema levantado neste trabalho se refere à maneira como a proteção e a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, como uma diretriz fundamental do sistema jurídico, se definiu a partir da formação da subjetividade moderna, de modo a consagrar a articulação do sujeito, do indivíduo e da pessoa, em seu caráter geral e abstrato, com o reconhecimento de diferentes percepções da sua individualidade e com a construção de sua identidade no processo de socialização.

Trata-se de investigação do tipo histórico-jurídica, onde a evolução de determinado instituto jurídico é analisada pela compatibilização de espaço/tempo (GUSTIN, 2002, p.46). O fenômeno histórico, da mesma forma que o histórico – jurídico, deverá ser reconhecido a partir de uma multiplicidade de tempos, de fontes, de redes sociais e conceituais; as fontes históricas devem ser formativas e não informativas para o investigador, ou seja, elas formam espaços de compreensão que extrapolam a informação puramente oficial ou formal (GUSTIN, 2002, p.46b), entendendo o fenômeno histórico-jurídico como inserido em redes socioculturais dinâmicas, contraditórias e cada vez mais complexas.

Este trabalho adota uma abordagem dialética, que penetra o mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade. A dialética parte do pressuposto de que toda formação social é suficientemente contraditória para ser historicamente superável, privilegiando o fenômeno da transição histórica, que significa a superação de uma fase por outra, predominando na outra mais o novo do que repetições possíveis da fase anterior (DEMO, 1985, p.86).

Por direitos da personalidade devem ser entendidos aqueles direitos subjetivos que estão voltados para garantir os atributos essenciais e inerentes ao ser humano, projetando condições para garantir a sua existência e o seu desenvolvimento em sociedade, tanto no aspecto psicofísico quanto na sua integridade moral e intelectual.

Nas palavras de Gomes (1996, p.130):

Sob a denominação de direitos da personalidade compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil[2][2] como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a

eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos^{[3][3]} no homem (BITTAR, 2001, p.1).

Em síntese, os conceitos doutrinários apresentados nos trazem a idéia de direitos concernentes à proteção do ser humano tanto em seus valores essenciais, relativos à sua existência, quanto aos elementos necessários ao seu desenvolvimento no meio social. Procura-se tanto a proteção da pessoa considerada em si mesmo, quanto suas projeções no mundo que a cerca (a pessoa para além de si).

A agressão a estes elementos, de cunho físico e moral importa em uma violação da dignidade e da personalidade do ser humano, devendo tais ataques ser repelidos de forma imediata pelo ordenamento jurídico.

Os direitos da personalidade são classificados de formas distintas por vários autores, mas pode se considerar que, em termos gerais, há um entendimento que tais direitos se dividem em: a) relativos à existência física e à integridade corporal: referem-se à estrutura material do corpo humano: direito à vida, à integridade física, à disposição do corpo; b) integridade psíquica: relativo a elementos intrínsecos à personalidade: liberdade, intimidade, sigilo; c) integridade moral: relativos a valores ou atributos da pessoa na sociedade: identidade, honra, manifestações do intelecto.

Como características dos direitos da personalidade podem ser apontadas as seguintes: generalidade: são direitos concedidos a todos, por estar vivo ou pela condição de ser humano; intransmissibilidade: são inseparáveis de seu titular, sendo, portanto, direitos personalíssimos; extrapatrimonialidade: são direitos insuscetíveis de uma avaliação econômica, ainda que haja lesão econômica aos mesmos, não sendo, portanto, mensurados em termos monetários, salvo os direitos do autor e da propriedade intelectual, que possuem regime próprio^{[4][4]}; imprescritibilidade: não há prazo para o seu exercício pelo titular, sua aquisição não resulta do decurso do tempo, as lesões à personalidade não convalidam com o tempo, nem há o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora; indisponibilidade^{[5][5]}: o titular não tem a possibilidade de dispor dos direitos da personalidade nem podendo a eles renunciar ou até limitá-los, salvo situação prevista em lei^{[6][6]}; impenhorabilidade: são direitos insuscetíveis de constrangimento judicial de qualquer espécie, para pagamento de obrigações (LISBOA, 2003, p.249); incomunicabilidade: são direitos que não podem integrar a comunhão ou condomínio (LISBOA, 2003, p.249b); são oponíveis *erga omnes*, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los; são direitos vitalícios, subsistindo até a morte do titular, não obstante alguns direitos ultrapassem a existência física das pessoas.

Tradicionalmente, os direitos da personalidade têm sido entendidos como direitos subjetivos privados, como expressou, em termos doutrinários, Jabur (2000, p.82):

[...] têm âmbito de atuação limitado às relações entre particulares. Qualquer lesão a um bem personalíssimo provinda do Estado atingiria um direito público subjetivo. Não que os instrumentos à disposição de um ou de outro encontrem divergências em alcance ou qualidade [...] A realização do mínimo necessário à personalidade [...] interessa ao titular e não ao Estado, enquanto ente com finalidade social e material distinta. São as aspirações próprias, privadas, do indivíduo que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e a privacidade satisfazem. Elas são necessárias e acopladas ao homem considerado em si mesmo e ficam, por isso, enquadradas no campo da *utilitas* privada.

Conforme lição de Francisco Amaral, os direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir em defesa dos bens e valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito da liberdade de pensamento, o direito do autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos (AMARAL, 2003, p.250).

No entanto, parece ser demasiadamente restritivo entender os direitos da personalidade apenas enquanto direitos subjetivos no âmbito do sistema de Direito Privado, pois a dimensão que a categoria alcançou na contemporaneidade, a partir da crise da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, torna tais direitos como expressão máxima da proteção aos valores essenciais para a existência e desenvolvimento do ser humano, em quaisquer situações, seja entre particulares, seja face ao Estado ou aos demais entes coletivos.

Logo, neste contexto, os direitos da personalidade fornecem um elemento de aporte simultâneo ou um terreno de encontro privilegiado (AMARAL, 2003, p.251) entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional.

Em síntese, a tutela jurídica dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis, um, de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve a concretização destes princípios (AMARAL, 2003, p.257).

É preferível então conceber os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos, mas não como uma categoria isolada no sistema de Direito Privado; deve-se entendê-los como direitos subjetivos^{[7][9]} que se conectam aos direitos humanos, a partir da necessidade de defesa e concretização da dignidade da pessoa humana, tornando-se uma categoria jurídico-dogmática com características e particularidades próprias, que se articula de forma incisiva com os direitos fundamentais e as liberdades públicas, atuando tanto nas relações privadas, além de proteger o indivíduo, tanto na sua esfera íntima quanto na privada, de interferências de segmentos da sociedade civil, e até no âmbito das relações familiares, constituindo direitos voltados para a proteção da individualidade e da singularidade numa sociedade complexa.

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO DA RELAÇÃO ENTRE PESSOA, INDIVÍDUO E SUJEITO COMO PROCESSO CONSTITUTIVO DA COMPREENSÃO MODERNA DE PERSONALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO.

A compreensão da tutela da pessoa humana expressa nos direitos da personalidade pressupõe um resgate da noção de sujeito / indivíduo, buscando estabelecer sua articulação com a idéia de pessoa, que seria apropriada pelo Direito, resultando tanto no sujeito de direito, quanto na categoria dos direitos da personalidade.

Assim, se busca a configuração da tutela material da personalidade a partir de seus antecedentes histórico-filosóficos, articulando valores como subjetividade, personalidade e singularidade, entendendo-os de forma mais ampla do que a de meros conceitos técnico-jurídicos, visualizando os seus desdobramentos enquanto noções historicamente articuladas e constituídas de forma dialógica, a partir de contrapontos, reflexos e sínteses.

Com efeito, é impossível dissociar o desenvolvimento da idéia de sujeito (subjetividade) do desenvolvimento da proteção jurídica à personalidade, pois as duas coisas estão intimamente relacionadas e não podem ser dissociadas.

A subjetividade não pode ser reduzida, ainda que em termos da dogmática jurídica, à mera capacidade de ser titular de relações jurídicas. O conceito de subjetividade, em acepção filosófica, que influencia a Dogmática Jurídica, é mais amplo, trabalha com a idéia de individualidade/singularidade, contrapondo o ser humano ao outro e à coletividade. Assim, perde qualquer sentido uma separação entre subjetividade e personalidade, na medida em que a segunda se relaciona à primeira.

Com efeito, a primeira coisa a se fazer é fugir da noção de que a pessoa, na configuração em que hoje a concebemos, a partir de uma articulação com o sujeito/indivíduo, sempre existiu, dessa mesma forma.

Neste sentido, é preciso assinalar, de imediato, o caráter histórico da idéia de pessoa enquanto sujeito/indivíduo, algo que fora construído na tensão de diversas contribuições e experiências, algo que só muito recentemente, dentro da tábua da história, passou a fazer parte do nosso pensamento cotidiano e das nossas vivências, e algo que encerra uma tensão entre a singularidade e o mundo que a cerca, entre a existência fisicamente isolada e a construção moral que a concebe enquanto “eu”. Esta é a perspectiva exposta por Charles Taylor, para quem:

A identidade moderna surgiu porque mudanças na autocompreensão ligadas a um grande leque de práticas – religiosas, políticas, econômicas, familiares, intelectuais, artísticas – convergiram e reforçaram-se mutuamente para produzi-la: por exemplo, as práticas de oração e ritual religioso, de disciplina espiritual como membro de uma comunidade cristã, de auto-exame na condição de um dos regenerados, da política do consentimento, da vida familiar resultante de casamentos baseados no companheirismo, da nova forma de criar os filhos que se desenvolve a partir do século XVIII, da criação

artística sob as demandas da originalidade, da demarcação e defesa da privacidade, dos mercados e contratos, das associações voluntárias, do cultivo e demonstração de sentimentos, da busca do conhecimento científico. Cada uma dessas práticas, e outras, contribuíram um pouco para o conjunto de idéias em desenvolvimento sobre o sujeito e sua condição moral [...] houve tensões e oposições entre essas práticas e as idéias que elas veiculam, mas elas ajudaram a constituir um espaço comum de compreensão em que nossas idéias atuais do **self** e do bem se desenvolveram (TAYLOR, 1994, p.268).

Louis Dumont (1985) já observara a dualidade encerrada na noção de indivíduo, na medida em que estaríamos, com o mesmo termo, designando duas coisas distintas: por um lado, um objeto fora de nós, por outro lado um valor. Mauss aprofunda a distinção, fazendo uma análise pontual destes dois sentidos que o termo “indivíduo” encerra:

De um lado, o sujeito empírico que fala, pensa e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal como a encontramos em todas as sociedades; do outro, o ser moral independente, autônomo e, por conseguinte, essencialmente não-social, portador de nossos valores supremos, e que se encontra em primeiro lugar na ideologia moderna do homem e da sociedade (DUMONT, 1985, p.37).

Detendo-nos na contemporaneidade e em sua noção do que seja a pessoa individual, conforme nos explica Norbert Elias, atualmente a função primordial do termo indivíduo consiste em expressar a idéia de que todo ser humano do mundo é ou deve ser uma identidade autônoma, e, ao mesmo tempo, de que cada ser humano é, em certos aspectos, diferente de todos os demais, e talvez, diz o referido autor, deva sê-lo (ELIAS, 1994, p.130).

É na estrutura das sociedades mais desenvolvidas de nossa época que as diferenças entre as pessoas, sua identidade-eu, sejam mais altamente valorizadas do que aquilo que elas têm em comum, sua identidade-nós (ELIAS, 1994, p.130b).

É neste contexto em que surge a categoria jurídica dos direitos da personalidade, sendo uma construção teórica recente (AMARAL, 2003, p.250b) e que traz em si a idéia de novidade inerente à Modernidade.

Recorrendo novamente a Elias, deve-se caracterizar o Estado romano republicano da Antiguidade como exemplo clássico de um estágio de desenvolvimento em que o sentimento de pertencer à família à tribo e ao Estado, ou seja, a identidade-nós de cada pessoa isolada, tinha muito mais peso na balança do que a identidade-eu (ELIAS, 1994, p.130c).

Nestes termos, os direitos da personalidade não são e nem podem ser uma construção proveniente das lições clássicas do Direito Romano. Esta é uma formulação que merece toda uma análise mais detalhada e pontual, pela sua importância para fixar o caminho a ser percorrido na afirmação da pessoa no âmbito do Direito, processo que se mostra preliminar e essencial para fornecer as bases para a categoria dos direitos da personalidade.

Francisco Amaral chega a identificar já no Código de Hamurábi dispositivos de proteção à integridade física ou moral do ser humano (AMARAL, 2003, p.256), para, em seguida, centrar sua análise histórica em institutos do Direito Romano que dariam suporte a uma proteção à personalidade, como a *actio iniuriarum*, criada pelo pretor e concedida à vítima de um delito de *iniuria*, que consistia, em sentido lato, em todo e qualquer ato atentatório o direito e, em sentido estrito, a qualquer agressão física, apontando ainda elementos de tutela jurídica da personalidade em dispositivos da *Lex Aquilia*[8][10] e da *Lex Cornelia*[9][11], principalmente no que diz respeito à agressão física e à invasão do domicílio (AMARAL, 2003, p.255-256).

Outros, como Bruno Miragem, procuram o fundamento para a proteção à personalidade na noção de pessoa que existia no Direito Romano, a partir da origem etimológica da palavra, proveniente do latim *persona*, que designava a máscara do ator para melhor fazer ecoar a voz[10][12], elemento que, tomado emprestado pelos juristas romanos, passou a designar os indivíduos em geral, quando desempenhando um papel na cena jurídica (MIRAGEM, 2004, p.80)[11][13].

No que pese o respeito pela posição destes autores, não é possível, como já dito anteriormente, identificar no Direito Romano, ou na própria Antiguidade Clássica greco-romana (menos ainda nos Impérios Orientais como a Mesopotâmia ao tempo do Código de Hamurábi) uma proteção jurídica à personalidade como hoje se concebe por faltar a este contexto histórico um elemento fundamental: a idéia de indivíduo/sujeito enquanto singularidade distinta do meio social.

Inicialmente, a *persona* latina se afigura, conforme nos diz Marcel Mauss (1974, p.227) como algo mais do que um fato de organização, mais do que um nome ou um direito reconhecido a um personagem e mais do que uma máscara ritual: é um fato fundamental do direito[12][14]. Mauss trará esta noção de forma mais detalhada na seguinte passagem:

A pessoa: é *conditio*, *status*, *munus*. *Conditio* é a posição (por exemplo, *secunda persona Epaminondae* – o segundo personagem depois de Epaminondas). *Status* é a situação na vida civil. *Munus* são os cargos honorários na vida civil e militar; tudo se determina pelo nome, que por sua vez é determinado pela situação familiar, pela classe, pelo nascimento (MAUSS, 1974, p.229).

Logo, falta o elemento da generalidade que marca a concepção moderna de pessoa/indivíduo[13][15]. Ainda, no contexto da civilização greco-romana, há que se entender a sociedade enquanto organização calcada no modo-de-produção escravocrata e na dicotomia entre a *pólis* (o espaço público propriamente, onde se discutiam as questões do Estado e os interesses políticos) e o *oikos* (o espaço privado, a propriedade[14][16], não só enquanto lugar da vida econômica e da subsistência, mas como o lugar da família, revestido da celebração da memória dos ancestrais e, portanto, de um caráter sagrado e religioso profundo).

O pertencimento à família, tribo, cidade ou Estado é algo inalienável da condição humana. A identidade grupal ocupa a centralidade de toda a práxis social. Elias nos traz algumas considerações importantes acerca da prevalência da identidade-nós na Antiguidade clássica greco-romana:

A idéia de um indivíduo sem grupo, de uma pessoa tal como seria se fosse despojada de toda a referência ao nós, tal como se afiguraria se a pessoa isolada fosse tão valorizada que todas as relações-nós, como a família, a tribo e o Estado, fossem consideradas relativamente sem importância, essa idéia ainda estava em boa medida abaixo da linha do horizonte na práxis social do mundo antigo

[...] Não havia nenhum equivalente de “indivíduo” nas línguas antigas [...] o fato de pertencer a uma família tribo ou Estado desempenhava um papel inalienável na imagem do homem.

[...] A palavra latina *persona* poderia afigurar-se um equivalente ao “indivíduo” moderno, mas o conceito latino nada tem do nível de generalidade ou de síntese dos atuais termos “pessoa” ou “indivíduo”.

[...] Naturalmente, os antigos romanos sabiam, tão bem como podemos supor que todas as outras pessoas saibam, que todos têm suas peculiaridades [...] mas está claro que não havia necessidade [...] de um conceito abrangente e universal que significasse que toda a pessoa, independentemente do grupo a que pertencesse, era uma pessoa independente e singular, diferente de todas as demais, e que expressasse, ao mesmo tempo, o alto valor conferido a esta singularidade (ELIAS, 1994, p.130-131).

Neste sentido, a proteção que a *actio iniuria* e outros elementos citados proporcionava aos cidadãos constituía-se na verdade em proteção da integridade do grupo social e da *pólis* de determinadas práticas que eram condizentes com a vida em sociedade e não uma proteção à personalidade, algo que de resto não podia ser concebido no contexto histórico da Antiguidade greco-romana, como já colocado.

Os antecedentes filosóficos da compreensão moderna de pessoa e personalidade remontam a Idade Média européia, ao surgimento da idéia de indivíduo, no contexto do cristianismo e do pensamento teológico da Igreja Católica.

Inicialmente, cumpre destacar que a mudança de paradigma que lança elementos que irão contribuir para a formação da subjetividade moderna só foi possível em razão da ruptura do cristianismo em relação ao modelo das demais religiões da Antiguidade, pois o cristianismo se configurou, fundamentalmente, como uma religião de indivíduos, que não definem por uma vinculação a uma nação, a um povo específico ou mesmo a um Estado, mas por sua relação direta com o mesmo e único Deus, na medida em que, enquanto nas outras religiões a divindade se relacionava com a comunidade organizada, o Deus cristão relaciona-se diretamente com os indivíduos que nele crêem (MORAES, 2003, p.111).

Ainda, se pode então destacar, como Marcel Mauss, que a nossa noção de pessoa humana é, ainda, fundamentalmente uma noção cristã, na medida em que, a partir do cristianismo, ocorre a passagem da noção de *persona*, homem revestido de um estado, à noção de homem simplesmente, de pessoa humana (MAUSS, 1974, p.235).

Neste contexto, a idéia de sujeito aparece na filosofia medieval, principalmente a partir das contribuições de Santo Agostinho, onde o Homem se configura como sujeito da Graça Divina, apesar de sua natureza pecaminosa.

Tal concepção abarca duas dimensões: enquanto sujeito, ele se submete à vontade Divina; ao mesmo tempo, ele é considerado único e singular, a salvação em Deus se constitui como uma escolha em contraponto ao pecado. A ação humana passa a se distinguir da coletividade e a ganhar sentido próprio. A contribuição de Alain Touraine para a compreensão das raízes da subjetividade no seio do pensamento cristão e medieval se mostra clara a esse respeito, na medida em que:

O apelo a Deus, que parece desviar o homem de si mesmo, pode ter o efeito contrário: ele esmaga o homem diante de Deus, mas também descobre na própria alma o que é a vida em Deus, para retomar a narração feita por Santo Agostinho da sua própria conversão, no livro VII das Confissões. Dualismo que destrói a si mesmo se se torna maniqueu, ao separar completamente um princípio do bem de um princípio do mal, mas ponto de partida para a construção de um sujeito que não coincide com os papéis sociais do ego, que não confunde mais o homem com o cidadão e desta forma reconhece o papel da subjetividade, tão estranha à tradição greco-romana (TOURAINÉ, 1994, p.48).

Charles Taylor traz a distinção agostiniana entre homem interior e exterior, sendo o último o corporal, o que o homem tem em comum com os outros animais, incluindo nossos sentidos e o armazenamento da memória, ao passo que o interior é a alma (TAYLOR, 1994, p.171).

Ainda segundo Taylor, o interior terá importância na perspectiva de Santo Agostinho na medida em que a estrada que leva do inferior ao superior passa pela atenção que prestamos em nós mesmos enquanto interior, ou seja, Deus deve ser encontrado não apenas no mundo, como também, e mais importante, nos próprios fundamentos da pessoa, devendo ser encontrado na intimidade da presença da própria pessoa diante de si mesma (TAYLOR, 1994, p.171-178).

Assim, o pensamento cristão, a partir de suas formulações filosófico-teológicas, irá trazer dois elementos que na Modernidade se revestiram de um caráter fundamental para a formação das bases jurídicas de promoção e proteção da pessoa humana e, por consequência, da categoria dos direitos da personalidade: a igualdade como elemento que une os seres humanos e a dignidade, pertencente a toda a Humanidade, mas, também, ao homem individualmente considerado.

Com relação à dignidade do homem, o cristianismo irá trazer uma concepção distinta do mundo greco-romano: a dignidade, além de ser um atributo de toda a coletividade

humana, passa a ser também uma qualidade do homem singularmente considerado, como sujeito da graça de Deus. A análise desta mudança paradigmática é feita por Maria Celina Bodin de Moraes, no trecho a seguir destacado:

Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sobre um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, o que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural.

[...] Daí se pôde pensar, como fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem enquanto espécie e ela existe **in actu** só no homem enquanto indivíduo, passando dessa forma a residir na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas deve voltar-se a si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível (MORAES, 2003, p.111b).

Em verdade, a configuração atual da pessoa enquanto sujeito / indivíduo na experiência social e a consagração da sua proteção pelo Direito são partes de um processo que se efetiva de forma plena na aurora da Modernidade, notadamente entre os séculos XVI e XVIII, a partir de uma série de influências.

Danilo Doneda identifica a promoção do *status* jurídico da pessoa humana como sendo decorrência imediata de duas tradições, em especial: a do cristianismo (já endereçada anteriormente), que ao exaltar o indivíduo, distinguia-o da coletividade e dotava-o de livre – arbítrio; e a das declarações de direitos surgidas em fins do século XVIII, como substrato para realizar a libertação do homem das várias limitações que lhe eram opostas pelo sistema feudal (DONEDA, 2002, p.37-38). O mencionado autor identifica duas influências importantes na conformação da subjetividade e de suas repercussões jurídicas na Modernidade, apontando, ainda que de forma tênue, uma linha de fundo religioso e outra de influência laica na concretização da idéia de pessoa e na defesa de sua dignidade.

Ainda, a relação entre a influência cristã na promoção da noção de pessoa / sujeito e na defesa de sua dignidade e a influência das contribuições laicas ou seculares se dará de forma dinâmica, ora de forma complementar, ora como um desenvolvimento continuado em certos momentos, mas também ora como uma tensão entre uma visão em que o mundo aparece encantado e outra, em que há o desencantamento e a secularização desempenham um papel preponderante.

Na alvorada do período histórico identificado como Idade Moderna ocorre o primeiro movimento que contribui para o surgimento da subjetividade moderna, ocorrido no interior da cristandade e que se constituiu em uma ruptura no âmbito da religião cristã, a

reforma protestante, que fora iniciada por Lutero na Alemanha e radicalizada por Calvino.

Com efeito, a ruptura no seio do cristianismo ocidental, opondo os diversos segmentos do protestantismo ao catolicismo romano, vai significar uma redefinição do significado da Igreja e da sua relação com os fiéis^{[15][17]}, bem como apontado, notadamente no calvinismo, para a rejeição da mediação entre Deus e os homens na figura de intermediários, levando a uma concepção da fé como uma prática centrada na interioridade. Ainda, a afirmação da vida cotidiana, originada na própria espiritualidade judeu-cristã, recebe, na era moderna, um impulso particular que vem, sobretudo, da Reforma (TAYLOR, 1994, p.279),

Nesse sentido, Dumont aponta para o fato de que Lutero expulsara Deus do mundo ao rejeitar a mediação institucionalizada da Igreja católica, onde Deus estava presente por delegação em homens distinguidos como intermediários, ou seja, os dignatários da Igreja, sacerdotes investidos de poderes sacramentais, monges devotados a um tipo superior de vida (DUMONT, 1985, p.64-65). O sentido disso para a formação da subjetividade moderna é fundamental, pois, conforme nos mostra Taylor:

Quando uma salvação mediada deixa de ser possível, o envolvimento pessoal do fiel adquire importância fundamental. Assim, a salvação pela fé não refletia apenas uma proposição teológica sobre a inutilidade das obras humanas, mas também o novo sentido da importância crucial do envolvimento pessoal. A pessoa já não pertencia ao círculo dos eleitos, ao povo de Deus, por sua ligação a uma ordem mais abrangente que sustentava a vida sacramental, mas por sua adesão pessoal irrestrita (TAYLOR, 1994, p.281).

Dumont aponta ainda uma distinção entre a perspectiva adotada por Lutero e a radicalização da reforma por Calvino, o que será central para a constituição do sujeito moderno, pois:

Para Lutero, Deus ainda é acessível à consciência individual pela fé, o amor e, numa certa medida, pela razão. Em Calvino, o amor cai para o segundo plano, e a razão só se aplica neste mundo. Ao mesmo tempo, o Deus de Calvino é o arquétipo da vontade, no qual pode ver-se a afirmação indireta do homem como vontade e, para além, a afirmação mais forte do indivíduo, oposta, se necessário, ou superior à razão (DUMONT, 1985, p.65).

Os séculos XVII e XVIII trarão, seja no âmbito do pensamento filosófico, seja na trajetória dos movimentos sociais e políticos que marcaram o período (com destaque

para o Iluminismo), as bases definitivas para a constituição da modernidade e, com a ela, a configuração que conhecemos do sujeito moderno, que servirá de base para a formulação do sujeito de direito e da categoria dos direitos da personalidade.

Sem qualquer receio, pode-se estabelecer que o elemento que marca em definitivo a virada para a compreensão moderna da subjetividade é o pensamento de Descartes, que marca o início do racionalismo moderno. A importância de Descartes se evidencia, inicialmente, do fato de nele aparecerem de forma articulados os dois elementos definidores da Modernidade, o sujeito e a razão, que passam a coabitar no ser humano (TOURAINÉ, 1994, p.50).

Descartes indagou-se, primeiramente, se havia alguma coisa de que tivesse certeza absoluta, alguma coisa que não fosse possível duvidar em nenhuma circunstância (ELIAS, 1994, p.82). Só depois de passar algum tempo vagando pelas trevas da incerteza e submetendo todas as suas experiências à prova de fogo de sua dúvida radical foi que Descartes vislumbrou um pálido raio de luz no fim do túnel (ELIAS, 1994, p.83), desenvolvendo o seguinte raciocínio:

Mas, logo em seguida, adverti que, enquanto eu queria pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: **penso, logo existo**], era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de a abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o princípio primeiro da filosofia que procurava (DESCARTES, 1996, 91-92).

A opção cartesiana é ver a racionalidade, ou a capacidade de pensar, como uma capacidade que temos de construir ordens que satisfaçam os padrões exigidos pelo conhecimento, ou compreensão ou certeza (TAYLOR, 1994, p.194), de forma que:

Se seguirmos essa linha de raciocínio, então o autodomínio da razão deve agora consistir em que essa capacidade seja o elemento controlador de nossa vida, e não os sentidos; o autodomínio consiste em que nossa vida seja moldada pelas ordens que nossa capacidade de raciocínio construir de acordo com os padrões apropriados (TAYLOR, 1994, p.194b).

Fica evidenciado então, no âmbito do pensamento cartesiano, que o uso da nossa inteligência, do nosso livre-arbítrio, nos aproxima de Deus e nos ajuda a nos compreendermos enquanto indivíduos, bem como orienta nossas ações no mundo.

Diante do exposto, no pensamento cartesiano o sujeito se define pelo controle das razões sobre as paixões, mas é acima de tudo vontade criadora, princípio interior de conduta e não mais de acordo com a ordem do mundo (TOURAINÉ, 1994, p.52).

As concepções do eu humano colocados por Descartes em sua obra filosófica são características da passagem de uma concepção dos seres humanos e do mundo alicerçada na religião para concepções secularizadas (ELIAS, 1994, p.83c), levando a um desencantamento do mundo, de forma a emancipar os sujeitos das compreensões ligadas a uma ordem universal centrada na vontade divina, pois:

As deliberações de Descartes [...] indicam, de maneira paradigmática, os problemas peculiares com que as pessoas se viram confrontadas, ao pensarem em si e na certeza de sua auto-imagem, quando o panorama religioso do eu e do mundo se tornou um alvo aberto à dúvida e perdeu a convicção de evidência (ELIAS, 1994, p.83d).

Dessa forma, a confiança de Descartes na razão conduz a uma reflexão sobre o sujeito humano que não é somente criatura, mas igualmente imagem do Criador, tornando o mencionado filósofo no agente principal de transformação do dualismo cristão num pensamento moderno do sujeito (TOURAINÉ, 1994, p.54-55).

A afirmação da subjetividade na filosofia de Descartes foi fundamental, no plano filosófico, para a formação da idéia de sujeito/indivíduo tão familiar ao pensamento da modernidade ocidental. O século XVII ainda reservaria, no âmbito da filosofia política, as contribuições de Hobbes e Locke, que, embora empiristas e opostos ao racionalismo como colocado pelo pensamento cartesiano, contribuíram, no esteio do que fora colocado pelo filósofo francês, ao aprofundar o processo de subjetivismo em um contexto de desencantamento do mundo da cosmovisão de base religiosa.

Com efeito, o modelo de representação do conhecimento de Descartes foi adotado pelos empiristas, enfatizando ainda mais a visão da dimensão construtiva do nosso conhecimento no mundo, o que, nos termos destacados por Charles Taylor, levou Hobbes, e depois Locke, seguido por seus discípulos do século XVIII, a conceber nossa imagem do mundo quase literalmente como uma montagem de blocos em construção – ou seja, as sensações ou idéias produzidas pela experiência (TAYLOR, 1994, p.256).

Nesse sentido, o homem para Hobbes é o indivíduo, que busca primordialmente a sua honra, entendida essa como o valor atribuído a alguém em função das aparências externas (RIBEIRO, 2003, p.61). Nesse contexto, a imagem do homem desenhada por Hobbes é constituída:

De um dualismo entre as paixões e a razão, entre uma face animal e uma face racional [...] De fato, o que diferencia no Leviatã o homem do animal é a língua e a razão fundamentada na língua [...] a racionalidade é concedida ao homem de uma forma impura [16][21], misturada de animalidade, e só se expandirá em racionalidade pura com a construção de uma **commonwealth** artificial (DUMONT, 1985, p.99b).

Em Hobbes, a figura do outro, do homem universal, acaba por regular, de fato, o homem e por formá-lo a sua imagem e semelhança (SOARES, 1995, p.229). Mas aqui

Hobbes se distingue de Descartes, pois se este último coloca as fontes morais dentro de nós, para o filósofo inglês o deslocamento do foco para o cálculo e a antecipação esvaziou o ator de qualidades muito marcadamente psicológicas ou morais, de propriedades axiomáticamente introduzidas (SOARES, 1995, p.230).

Assim, na perspectiva hobbesiana e com base no procedimento metódico nele contido, sustenta-se que antes de conceber o outro segundo a imagem de si acessível, o sujeito racional concebe-se a si próprio, segundo a imagem de homem acessível, produzida da antropologia dedutível, com método, da razão; com efeito, o homem universal constitui a referência modelar para a identidade do sujeito, cuja racionalidade deriva de sua extensão projetiva[17][22] (SOARES, 1995, p.228-229).

A chave da compreensão da subjetividade em Hobbes é formulação de um sujeito universal, como base para a compreensão do objetivo primordial do indivíduo humano: a defesa da vida, ou seja, a perspectiva de autoconservação do indivíduo, que o empurra para o estado civil e constitui a sociedade, ao passo que o conceito universalizável de homem em Hobbes produz o humano, na medida em que viabiliza, graças à mediação política que enseja, a vida coletiva, suporte material de preservação da espécie e condição da pluralidade, o que torna possível a própria suposição da universalidade (SOARES, 1995, p.240).

A importância fundamental do pensamento de Hobbes para a formação da subjetividade moderna consiste, portanto, no fato de que, em primeiro lugar, o contrato, na formulação hobbesiana, produz dois resultados importantes (RIBEIRO, 2003, p.77): “o homem é artífice de sua condição, de seu destino, e não Deus ou a natureza, e, ao mesmo tempo, o homem pode conhecer tanto a sua presente condição miserável quanto os meios de alcançar a paz e a prosperidade”. Nas palavras de Luiz Eduardo Soares:

Está em jogo a formação de um indivíduo sobre o qual se possa dizer, como o fará Hobbes, que, privadamente, é livre [...] para que se torne politicamente pensável e experienciável uma esfera de privacidade ou intimidade – mais profundamente de subjetividade –, que se defina pela liberdade – quanto a obrigações religiosas ou políticas, pois não há livre-arbítrio em termos absolutos –, é preciso desalojar a referência constitutiva desse novo espaço social, isto é, o indivíduo – que circunscreve uma esfera própria, inexpugnável –, da teia de relações comunitárias e orgânicas que o inventavam, culturalmente, como parte componente de totalidades sempre mais abrangentes, retardando, desse modo, sua plena emergência histórica. O contrato contribui para essa remoção libertadora e produtiva da individualidade, fazendo-a vir a tona, como categoria e forma concreta de experiência social, sob o signo da racionalidade e da autonomia [...] desencadeando os processos que terminam por conduzir ao fortalecimento ou que, pelo menos, terminam por facilitar o desenvolvimento da nova figura da cultura ocidental, o indivíduo (SOARES, 1995, p.155-156).

Ainda, Hobbes irá formular o conceito de pessoa, articulando com as noções de representação e visibilidade, na medida em que caracteriza a mesma como aquela “cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando

as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja como verdade ou como ficção”[18][23] (HOBBS, 1998, p.100).

Por sua vez, John Locke irá dar um novo fundamento à separação entre o indivíduo e a sociedade (TOURAINÉ, 1994), o que irá influenciar diretamente a filosofia do iluminismo e as revoluções e declarações de direito que retiram do pensamento iluminista o substrato ideológico para a derrubada do antigo regime, a afirmação dos direitos individuais e, em última análise, a constituição da modernidade política.

Na sua obra “Ensaio sobre o Entendimento Humano”, Locke irá também formular um conceito de pessoa, empregando-a para designar aquilo que alguém chama de “si mesmo”, associando ao termo as palavras “identidade”, “consciência” e “memória”, percebendo o ser humano individual como dotado de identidade reflexiva, em virtude da consciência dessa identidade (MORAES, 2003, p.112). Nas palavras do próprio Locke:

Na medida em que qualquer ser inteligente puder repetir a idéia de qualquer ação passada com a mesma consciência que teve dela na primeira vez, e com a mesma consciência que tem de qualquer ação presente, nessa medida ele é mesmo self pessoal. Pois é pela consciência que tem de seus pensamentos e ações presentes que ele é um self para si agora, e, portanto, será o mesmo self enquanto a mesma consciência puder estender-se a ações passadas e futuras (LOCKE apud TAYLOR, 1994, p.224).

Locke sustentava que o homem era naturalmente livre e proprietário da sua pessoa e do seu trabalho[19][24]; ao incorporar o seu trabalho à matéria bruta que se encontrava em estado natural o homem tornava-a sua propriedade privada, estabelecendo sobre ela um direito próprio do qual estavam excluídos todos os outros homens (MELLO, 2003, p.85).

Locke aponta para o fato, então, de que a liberdade do homem e a liberdade de agir conforme sua própria vontade baseiam-se no fato de ser ele possuidor de razão[20][25], que, ainda segundo Locke, é capaz de instruí-lo sobre a lei pela qual ele se deverá governar e de fazer com que saiba até que ponto pode dar-se à liberdade de sua própria vontade (LOCKE, 1998, p.438).

A passagem do estado de natureza ao estado civil, com vistas a preservar os direitos do indivíduo, notadamente a propriedade, assim como a consagração de um direito de resistência contra o soberano, no caso da violação desses bens, é descrita por Leonel Mello da seguinte forma:

O estado de natureza, relativamente pacífico, não está isento de inconvenientes, como a violação da propriedade (vida, liberdade, bens) que, na falta de lei estabelecida, juiz imparcial e força coercitiva para impor a execução das sentenças, coloca os indivíduos singulares em estado de guerra uns contra os outros. É a necessidade de superar estes inconvenientes que [...] leva os homens a se unirem e estabelecerem livremente entre si

o contrato social, que realiza a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil. [...] Seu objetivo precípua é a preservação da propriedade e a proteção da comunidade tanto de perigos internos quanto das invasões estrangeiras. [...] No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade aos bens estão melhor protegidos sobre o amparo da lei, do arbítrio e da força comum de um corpo político unitário. (MELLO, 2003, p.86-88).

Assim, Locke se apresenta como uma influência decisiva do Iluminismo, na medida em que articulou uma descrição plausível da nova ciência como conhecimento válido com uma teoria do controle racional do *self*, associando-as sob o ideal da auto-responsabilidade racional (TAYLOR, 1994, p.227).

Além disso, é a partir de Locke que está colocada fortemente a concepção das imunidades básicas que desfrutamos – vida, liberdade – na forma de direitos subjetivos calcadas na posse de propriedades, refletindo a postura extrema de despreendimento em relação ao próprio ser do *self* pontual de Locke (TAYLOR, 1994, p.254).

O Iluminismo e o pensamento filosófico do século XVIII serviram-se da idéia de razão e da construção dos direitos do homem como consagração da autonomia do indivíduo e da defesa de sua pessoa contra o arbítrio do Estado como substrato para a deflagração das revoluções liberais e declarações de direitos, que colocaram fim ao antigo regime, consagrando uma crença na razão que será fundamental para consolidar em termos definitivos o processo de subjetivismo, associado ao desencantamento do mundo, que se processava desde o início da era moderna, nos séculos XVI e XVII, pois, conforme nos traz Hannah Arendt:

O Iluminismo elevou a razão ao status de autoridade[21][26]. Declarou como capacidades supremas do homem o pensamento e o que Lessing chamava de “pensar por si próprio”, no qual qualquer pessoa pode se empenhar sozinha e por seu próprio arbítrio [...] o pensar por si próprio liberta dos objetos e de sua realidade, cria uma esfera de puras idéias e um mundo que é acessível, sem conhecimento ou experiência, a qualquer ser racional (ARENDDT, 1994, p.20).

É no pensamento político e filosófico dos séculos XVII e XVIII, sendo o Iluminismo o apogeu dessa trajetória, que afirmamos as teorias dos direitos naturais, como forma de expressar as imunidades concedidas às pessoas por lei, e também o princípio de que todos os seres humanos merecem nosso respeito, em termos de direitos subjetivos, numa concepção que coloca o indivíduo no centro de nosso sistema legal (TAYLOR, 1994, p.25; 254).

A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes *a priori* (CANOTILHO, 1999, p.106).

A teoria dos direitos naturais pode ser anotada, segundo alguns autores, como a primeira exaltação dos direitos da personalidade, proclamados de forma solene nas declarações de direitos do século XVIII (SAMPAIO, 1998, p.49), textos nos quais se estabelece a noção de que os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos indivíduos (CANOTILHO, 1999, p.107).

Em relação às Declarações de Direitos, a partir dos séculos XVII e XVIII, no contexto do Humanismo e do Iluminismo, o indivíduo é reconhecido como valor central do sistema jurídico e se desenvolve a teoria dos direitos subjetivos como tutela dos interesses e dos valores fundamentais da pessoa (AMARAL, 2003, p.256).

O documento político e jurídico de maior impacto na afirmação dos direitos individuais a partir da influência do jusnaturalismo e do Iluminismo no século XVIII, com profundas marcas para o desenvolvimento e afirmação em termos políticos da subjetividade moderna foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembléia Nacional francesa, de 26 de agosto de 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789 consagra, logo no seu art. 1º, que os homens nascem e são livres e iguais em direitos, ao passo que as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. O art. 2º da Declaração se reveste de profunda importância para o entendimento da consagração política dos direitos do indivíduo humano, ao estabelecer que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, sendo esses direitos a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A influência das Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão da França revolucionária ultrapassou a das declarações americanas, bem como a da Declaração de Direitos (Bill of Rights) da Inglaterra da Revolução Gloriosa, pois, é um texto longo e que não objetiva apenas proclamar princípios em contradição com uma monarquia absoluta, mas confere uma expressão universal à idéia dos direitos do homem e proclama publicamente a dupla natureza da modernidade feita simultaneamente de racionalização e de subjetivação (TOURAINÉ, 1994, p.60-61).

A noção de indivíduo, elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectualmente livre; a segunda parte do desenvolvimento do sujeito econômico livre no meio da livre concorrência (CANOTILHO, 1999, p.106b).

Ainda, conforme nos traz José Adércio Leite Sampaio, devemos atentar para o fato de que no cerne do direito à vida privada se encontra a independência do homem livre perante o Estado, a qual dará ensejo no futuro a consideração do direito à vida privada como “autonomia”, ou seja, o direito exclusivo de tomar decisões íntimas e existenciais, expresso já nas primeiras Declarações de Direitos nas garantias de inviolabilidade da pessoa, da casa e de sua correspondência (SAMPAIO, 1998, p.34).

Assim, as revoluções que eliminam a monarquia absoluta da Inglaterra das colônias inglesas que se tornaram os Estados Unidos, e da França, foram definidas pela recuperação do pensamento do Iluminismo e do dualismo cristão e cartesiano,

combinando a consciência do sujeito pessoal com o triunfo da razão procedimental (TOURAINÉ, 1994: 63).

A derradeira e significativa contribuição filosófica para a compreensão moderna do sujeito e sua plena afirmação advém de um pensador alemão do século XVIII e o início do século XIX, tributário do contexto do Iluminismo e da Revolução francesa: Immanuel Kant, que foi um representante do Iluminismo e, em sua filosofia, buscava conceber uma síntese entre o racionalismo e a tradição empírica inglesa, ao mesmo tempo fazendo da razão o supremo tribunal ante o qual deve se justificar tudo aquilo que em princípio reivindica validade (HABERMAS, 2000), na medida em que:

Kant substitui o conceito substancial de razão da tradição metafísica pelo conceito de uma razão cindida em seus momentos, cuja unidade não tem mais que um caráter formal. Ele separa do conhecimento teórico as faculdades da razão prática e do juízo e assenta cada uma delas sobre seus próprios fundamentos. Ao fundar a possibilidade do conhecimento objetivo, do discernimento moral e da avaliação estética, a razão crítica não só assegura suas próprias faculdades subjetivas, mas também assume o papel de juiz supremo perante o todo da cultura (HABERMAS, 2000, p.28-29).

O imperativo categórico kantiano encontra-se expresso na seguinte sentença: “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral” (MORAES, 2003, p.113b), que por sua vez se desdobra em três formulações equivalentes: 1) A primeira formulação (fórmula da lei universal) diz: “age somente em concordância com aquela máxima através da qual tu possas ao mesmo tempo querer que ela venha a se tornar uma lei universal”; 2) A segunda formulação (a fórmula da humanidade) diz: “age por forma a que uses a humanidade, quer na tua pessoa como de qualquer outra, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”; 3) Finalmente, a terceira e última (fórmula da autonomia) diz: “age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”.

Assim, Kant compartilha a ênfase moderna na liberdade como autodeterminação, na medida em que insiste em ver a lei moral como emanando da nossa vontade e considerando que nosso espanto diante dela reflete o estatuto do agir racional, seu autor e o ser que ela expressa (TAYLOR, 1994, p.115).

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, o imperativo categórico kantiano adquire fundamental importância na compreensão do sujeito humano e de sua dignidade na medida em que:

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana

enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro (MORAES, 2003, p.113d).

Logo, os agentes racionais têm uma posição que ninguém mais desfruta no universo, pois pairam acima do resto da criação; tudo mais pode ter um preço, mas só eles (os agentes racionais) têm “dignidade” (*Würde*)[22][27], insistindo Kant enfaticamente que nossas obrigações morais nada devem à ordem da natureza (TAYLOR, 1994, p.115b).

A modernidade marca então, na consolidação plena do processo de subjetivação, o encontro das três concepções que irão marcar o ser humano a partir de então: o sujeito[23][28], como um ponto de tensão marcado por um dualismo entre a ordem e interioridade; o indivíduo[24][29], que aponta para a singularidade, e a pessoa, que passa de fato fundamental do direito, oposto à subserviência, bem como transcendendo a mera representação, para se tornar um ator nas relações sociais e se converter em um valor, consagrando a síntese do sujeito com o indivíduo, enriquecida pela afirmação da dignidade do homem enquanto criatura de Deus, ou, para uma visão mais secularizada, enquanto ser racional.

A idéia de modernidade, assim, conhece, no direito e no pensamento político como na filosofia, uma bifurcação onde se separam: um naturalismo, que é completado pela idéia de sociedade enquanto corpo social, e um individualismo dentro do qual se forma a noção de sujeito (TOURAINÉ, 1994, p.55).

Dessa forma, Habermas assinala que a expressão subjetividade comporta quatro conotações (HABERMAS, 2000, p.25-26): a) individualismo: no mundo moderno, a singularidade infinitamente particular pode fazer valer suas pretensões; b) direito de crítica: o princípio do mundo moderno exige que aquilo que deve ser reconhecido por todos se mostra a cada um como algo legítimo; c) autonomia da ação: é o próprio dos tempos modernos que queiramos responder pelo que fazemos; d) filosofia idealista: Hegel considera como obra dos tempos modernos que a filosofia apreenda a idéia de que se sabe a si mesma.

Por sua vez, Alain Touraine evidencia que o mundo moderno é ocupado pela referência a um sujeito que está libertado, isto é, que coloca como princípio do bem o controle que o indivíduo exerce sobre suas ações e sua situação que lhe permite conceber e sentir seus comportamentos como componentes da sua história pessoal de vida, conceber a si mesmo como ator, declarando Touraine, como arremate, que o sujeito é a vontade de um indivíduo de agir e de ser reconhecido como ator (TOURAINÉ, 1994, p.219-220).

O apelo moderno ao sujeito retoma, sob uma forma secularizada, a idéia antiga, no início do direito natural[25][30], segundo a qual todos os homens são iguais e têm os mesmos direitos, pois são criaturas de Deus (TOURAINÉ, 1994, p.224); o que se desdobra, a partir da afirmação dos direitos do indivíduo com base na teoria dos direitos naturais, na figura do sujeito de direito, que é reconduzido à titularidade de uma relação na forma do direito (subjetivo) abstrato, ou seja, à personalidade, enquanto categoria jurídica.

O direito subjetivo acaba se apresentando então como uma categoria fundamental no âmbito do sistema de Direito, tanto por um aspecto técnico, quanto por um aspecto ético[26][31]. Em relação ao primeiro aspecto apontado, o direito subjetivo significa a situação em que alguém se acha de poder agir livremente em uma determinada esfera de ação, o que lhe é garantido pelo direito objetivo, garantindo a liberdade do homem e a realização de seus interesses (AMARAL, 2003, p.188).

Do ponto de vista ético, no que será constitutivo da categoria dos direitos da personalidade, o direito subjetivo é mais do que um conceito técnico, mas tem um significado ético que se manifesta nas funções que desempenha, tanto na defesa das liberdades públicas ou dos direitos fundamentais, sob a forma de direitos subjetivos públicos nas relações entre o Estado e os cidadãos, quanto na realização dos interesses da pessoa na órbita dos particulares (AMARAL, 2003, p.188b). Ainda do ponto de vista ético, sua importância é destacada de forma singular por Charles Taylor:

A noção de um direito, também chamado de “direito subjetivo”, tal como desenvolvida na tradição legal do Ocidente, é de um privilégio legal visto como uma quase-posse do agente a quem é atribuído. Em princípio, esses direitos eram posses preferenciais: algumas pessoas tinham o direito de participar de certas assembleias, de dar conselhos ou de cobrar taxas em determinados rios e assim por diante. A revolução na teoria do direito natural no século XVII consistiu em parte em usar essa linguagem dos direitos para exprimir as normas morais universais. Começamos a falar de direitos “naturais”, aplicados agora a coisas como a vida e a liberdade, que supostamente todos têm.

(...) Atribuir a alguém uma imunidade, antes dada pela lei natural, na forma de um direito natural é dar-lhe um papel no estabelecimento e aplicação dessa imunidade. Agora, sua participação é necessária e seus graus de liberdade são correspondentemente maiores. No limite extremo destes, pode-se até renunciar a um direito, derrotando assim a imunidade. Eis por que Locke, a fim de excluir essa possibilidade no caso dos seus três direitos básicos, teve de introduzir a noção de “inalienabilidade”. Nada semelhante a isso era necessário na formulação da lei natural anterior, porque essa linguagem, por sua própria natureza, exclui o poder de renúncia (TAYLOR, 1994, p.25b).

Logo, se torna imprescindível reconhecer as formulações tanto do direito subjetivo quanto da categoria dos direitos da personalidade, no século XIX, como desdobramentos do processo de afirmação da subjetividade moderna, como construtos provenientes da articulação entre sujeito, indivíduo e pessoa, na interação entre a racionalidade e a dignidade individual do ser humano, em um processo tributário da teoria dos direitos naturais e da consagração dos direitos dos homens nas revoluções liberais e declarações de direitos, de forma a reconhecer ao sujeito individual o caráter de autonomia frente ao Estado e à sociedade, o que será essencial para a constituição e desenvolvimento da personalidade, como mostra Charles Taylor:

Falar de direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e pela integridade humanas à noção de autonomia. É conceber as pessoas como colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido. E isso exprime uma

característica central da nossa perspectiva moral ocidental moderna. Essa mudança de forma se faz acompanhar, naturalmente, de uma alteração de conteúdo, da concepção do que é respeitar alguém. A autonomia agora é central a isso. Assim, a trindade lockiana dos direitos naturais inclui a liberdade. E, para nós, respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa. Com o desenvolvimento da noção pós-romântica de diferença individual, isso se amplia até a exigência de darmos às pessoas a liberdade de desenvolver sua personalidade à sua própria maneira, por mais repugnante que seja para nós e mesmo para o nosso sentido moral (TAYLOR, 1994, p.26).

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Rahel Varnhagen**: judia alemã na época do romantismo. Tradução de Antônio Trânsito e Gernot Kludasch. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1985.

DESCARTES, René. **As paixões da alma**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **O discurso do método**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: **A parte geral do novo Código Civil**. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Finker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIORGIANNI, Michelle. O Direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, n.747. jan, 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **O Discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Os pensadores**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. Teoria Geral do Direito Civil. v.1. In: **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. Tradução de Lamberto Puccinelli. São Paulo: EPU, 1974.

MELLO, Leonel Itassu Almeida. **Jonh Locke e o individualismo liberal**. In: **Os Clássicos da Política**. v.1. Organizado por Francisco Welffort. São Paulo: Ática, 2003.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra no novo código civil. liberdade de expressão e proteção da pessoa no direito privado brasileiro**. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós – Graduação em Direito, jan, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Organizado por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: **Os clássicos da política**. v.1. Organizado por Francisco Welffort. São Paulo: Ática, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e vida privada**. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

SOARES, Luiz Eduardo. **A invenção do sujeito universal**: Hobbes e a política como experiência dramática de sentido. Campinas: Unicamp, 1995.

TAYLOR, Charles. **A construção da identidade moderna**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 5. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

[1][1] Sobre o conceito de modernidade, podemos recorrer a Giddens, que de forma sintética estabelece a modernidade se referindo ao estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência (GIDDENS, 1991, p.11). A afirmação de Giddens é um ponto inicial para a compreensão da modernidade, mas seria preciso encontrar outros pontos para a sua caracterização. Nesse sentido, Bauman coloca que a modernidade significa muitas coisas, e sua chegada e avanço podem ser aferidos utilizando-se muitos marcadores diferentes; para ele, uma das características da vida moderna e de seu moderno entorno se impõe, no entanto, como a “diferença que faz a diferença”, como o atributo crucial de todas as características que se seguem. Este atributo seria a relação entre espaço e tempo, na medida em que a modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação; quando deixam de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida, presos numa estável e aparentemente invulnerável correspondência biunívoca (BAUMAN, 2001, p.15).

[2][2] O conceito de Orlando Gomes traz a idéia de que necessariamente os direitos da personalidade devem estar disciplinados no corpo do Código Civil, evidenciando um paradigma de Direito Privado onde a codificação civil ocupa a centralidade do sistema. Entretanto, atualmente, conforme se destacará posteriormente neste trabalho, o papel de centralidade e unidade do sistema se transferiu do Código Civil para a Constituição, através da consagração da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Assim, os princípios e valores constitucionais passam a ocupar o papel de diretriz da proteção à pessoa, ao passo que os direitos da personalidade acabam por ganhar várias concretizações normativas diante da sociedade contemporânea e de sua complexidade, o que leva a criação e desdobramento de novas figuras de proteção à personalidade, que surgem no âmbito da legislação especial e dos estatutos infraconstitucionais. Portanto, não se pode mais conceber os direitos da

personalidade como tratados de forma exclusiva no âmbito do Código Civil, embora lá estejam disciplinados também. Outrossim, no conceito de Orlando Gomes se mostram os elementos fundamentais para a compreensão dos direitos da personalidade enquanto categoria de Direito, razão pela qual deve ser aqui exposto.

[3][3] Com efeito, os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, só podem ser reconhecidos no contexto histórico-cultural do sistema jurídico de cada sociedade, resultado das ações dos próprios homens, que fazem as suas leis e não de qualquer concessão aos mesmos por uma entidade metafísica, seja a partir de um jusnaturalismo de base teocêntrica, que procura o fundamento do Direito na razão divina, seja em um jusnaturalismo que, ainda que desvinculada de uma concepção religiosa, perceba a razão natural como eterna, imutável e universal, válida da mesma forma em todos os tempos.

Neste sentido, vale a pena destacar o pensamento de Tepedino (2004, p.44), para quem parece possível considerar os chamados direitos da personalidade como inatos unicamente pelo fato de nascerem juntamente com a pessoa humana, segundo a disciplina do direito positivo, despidos assim de qualquer conotação jusnaturalista.

[4][4] Neste sentido, Lisboa relata que devemos entender extrapatrimonialidade como insuscetibilidade de mensuração patrimonial e, por conseguinte, de comércio jurídico (*res extra commercio*); contudo, se torna possível a autorização de uso de determinados direitos da personalidade, a fim de que seu titular possa obter algum proveito econômico, caso do uso da imagem mediante retribuição pecuniária, o uso autorizado da voz para fins publicitários, ou o uso autorizado de obra intelectual, objetivando sua divulgação (LISBOA, 2003: 248). Assim, o mencionado autor termina por esclarecer que somente se torna possível a percepção de dinheiro pela autorização do uso econômico do direito da personalidade (LISBOA, 2003, p.269).

[5][5] Da indisponibilidade acabam decorrendo a inalienabilidade (não podem ser alienados pelo titular), a irrenunciabilidade, nos termos do *caput* do art. 11 do Código Civil. Cumpre destacar que não fere a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade o fato de seu titular permitir a exploração econômica de aspectos personalíssimos que não comprometam a vida ou a saúde dele (LISBOA, 2003, p.249).

[6][6] Cumpre destacar que esta indisponibilidade não é absoluta, admitindo-se acordo que tenha por objeto direito da personalidade, como, por exemplo, o caso de cessão de direitos da personalidade para fins de imagem e a disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte (AMARAL, 2003, p.252).

[7][9] Não obstante se faça aqui uma opção por uma concepção que privilegia um entendimento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, não se pode esquecer, como destaca Maria Celina Bodin de Moraes, que a personalidade humana não se realiza apenas através de direitos subjetivos, mas sim através de um complexo de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar sob diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante (MORAES, 2003, p.142). Isto, porém, não parece afastar a noção de direito subjetivo como a qualificação jurídica mais apropriada para os direitos da personalidade, desde que reconhecido que aí se trabalha com uma concepção de

direito subjetivo muito específica, conectada aos direitos humanos e afastada do paradigma clássico do direito subjetivo construído a partir do direito de propriedade em sentido estrito. Faz-se necessário reconhecer também que são direitos em geral indisponíveis e extrapatrimoniais, concedidos a todas as pessoas humanas, e que a proteção a estes direitos se dá tanto na ordem privada quanto na esfera pública, na afirmação da individualidade e na garantia do livre desenvolvimento da pessoa em sociedade.

[8][10] A *lex Aquilia* era na verdade plebiscito votado por proposição de um tribuno da plebe, de nome *Aquilius*, mais ou menos, em fins do século III a.C. É lei de circunstância, provocada pelos plebeus que, desse modo, se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas propriedades. Antes da lei *Aquilia* imperava o regime da Lei das XII Tábuas, que continha regras isoladas (FIÚZA, 2003, p.606). A *Lex Aquilia* outorgava direito de ação destinado a tutelar a integridade física das pessoas (SZANIAWSKI, 2003, p.32), tratando por substituir a retribuição do mal pelo mal por uma pena pecuniária, contrastando com o fato de que sob o regime dos preceitos da Lei das XII Tábuas era imposta a quem causava um dano uma pena igual ao mal causado; logo, a *Lex Aquilia* acabava com a reparação a partir da vingança privada, substituindo-a pela responsabilidade fundada na culpa e proporcional ao dano.

[9][11] A *Lex Cornelia* era uma lei romana, promulgada provavelmente em 81 a C, destinada a proteger o domicílio contra a sua violação (SZANIAWSKI, 2003, p.32b).

[10][12] No capítulo XVI do *Leviatã*, Thomas Hobbes relata a gênese da noção de pessoa na tradição greco-romana, dizendo que: a palavra “pessoa” é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham **prosópon**, que significa rosto, tal como em latim **persona** significa o disfarce ou aparência exterior de um homem, imitada no palco. E por vezes mais particularmente aquela parte dela que disfarça o rosto, como máscara ou viseira (HOBBS, 1998, p.100).

[11][13] Miragem coloca inclusive que o termo *persona* reconhecia qualquer ser humano – inclusive o escravo – embora tardiamente o termo vá ser utilizado para designação apenas das pessoas livres (MIRAGEM, 2004, p.80b).

[12][14] Já nos diz Hegel que “ quanto aquilo que, em direito romano, se chama direito pessoal, diremos que o homem tem que ser considerado com um certo *status* para ser uma pessoa; [...] no direito romano, a personalidade é uma situação, um estado que se opõe à escravatura. O conteúdo do direito romano chamado pessoal vai além do direito sobre os escravos, de que também dependem as crianças e sobre os que estão à margem da lei (*capitis deminutio*), estendendo-se às relações familiares [...] o direito romano pessoal como tal não é, pois, o direito da pessoa como tal, mas apenas o da pessoa particular” (HEGEL, 2003, p.43).

[13][15] Aliás, como bem lembra Marcel Mauss, o escravo não tinha o direito à *persona*, na medida em que não tem personalidade, não tem corpo, não tem antepassados, nem nome, nem cognome, nem bens próprios (MAUSS, 1974, p.231).

[14][16] Originalmente, a propriedade significava nada mais nada menos que o indivíduo possuía seu lugar em determinada parte do mundo e portanto pertencia ao

corpo político, isto é, chefiava uma das famílias que, no conjunto, constituíam a esfera pública (ARENDDT, 2000, p.71). A privatividade era como que o outro lado escuro e oculto da esfera pública; ser político significava atingir a mais alta possibilidade de existência humana; mas não possuir um lugar próprio e privado (como no caso do escravo) significava deixar de ser humano (ARENDDT, 2000, p.74).

[15][17] Para Dumont, através da predestinação, o indivíduo suplanta a Igreja, que subsistiu, na perspectiva de Lutero, como uma instituição de graça e salvação, mas que na predestinação calvinista seria despojada dessa dignidade, restando enquanto instrumento de disciplina agindo sobre os indivíduos (tanto os eleitos quanto os réprobos, pois é impossível distinguí-los na prática) e sobre o governo político, tornando a Igreja então uma associação composta de indivíduos (DUMONT, 1985, p.69-70). Isso deve ser articulado com a perspectiva exposta por Charles Taylor, para quem há uma ruptura no papel desempenhado pela Igreja e em sua relação com os fiéis, da forma como definida pela teologia protestante, na medida em que: “se a Igreja é o local e o veículo do sagrado, então ficamos mais próximos de Deus pelo simples fato de pertencer e participar da vida sacramental. A graça pode vir a nós por intermediação da Igreja e podemos ser mediadores da graça uns para os outros, à medida em que a vida dos santos enriquece a vida comum que serve de fundamento a todos nós. Quando se rejeita o sagrado, esse tipo de mediação também é recusado. Cada pessoa está sozinha em relação a Deus: seu destino – sua salvação ou condenação – é decidido em separado” (TAYLOR, 1994, p.280).

[16][21] É preciso explicar, como faz Renato Janine Ribeiro, que no contexto do pensamento hobbesiano, formulado em grande parte durante o período de guerra civil na Inglaterra, no século XVII, que se não há um Estado controlando e reprimindo, fazer a guerra contra os outros é a atitude mais racional que pode ser adotada pelo indivíduo humano; assim, o “homem lobo do homem”, em guerra contra todos, não tem nada de anormal; suas ações e cálculos são não só razoáveis como atitudes racionais, no estado de natureza (RIBEIRO, 2003, p.57).

[17][22] Luiz Eduardo Soares irá definir sinteticamente o procedimento hobbesiano de formulação do homem (sujeito) universal, ao estabelecer que: “o acesso cognitivo a si próprio e ao outro (empírico) constitui um único movimento da razão, cuja estrutura pode ser sumariamente descrita como sendo a identificação do sujeito com um modelo antropológico ideal, concebido pela razão metodicamente aplicada. Em outras palavras, *ego* e *alter* identificam-se via mediação de um *tertius*, postulado pela razão” (SOARES, 1995, p.229).

[18][23] Hobbes retoma o significado do termo *pessoa* na tradição greco-romana para defini-la conceitualmente, sinalizando fortemente a idéia de pessoa ligada ao exercício de um papel ou de uma representação na sociedade, conforme assinalado no seguinte trecho do capítulo XVI do *Leviatã*: [...] E do palco a palavra (pessoa) foi transferida para qualquer representante da palavra ou da ação, tanto nos tribunais quanto nos teatros. De modo que uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco quanto na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo, seja a outro; e daquele que representa outro, diz-se que é portador de sua pessoa, ou que age em seu nome (HOBBS, 1998, p.100c). É verdade que Hobbes, ao tentar formular um conceito jurídico de pessoa, acaba por abarcar nele aquilo que modernamente se considera o instituto de direito privado da representação (e também o da assistência), o que pode ser

observado nos exemplos daqueles que são portadores da pessoa ou que agem em seu nome colocados por Hobbes: representante, mandatário, lugar-tenente, vigário, advogado, deputado, procurador, ator. Ou ainda quando trata das coisas representadas por ficção, e mesmo da representação das crianças e dos incapazes, que não têm o uso da razão, quando Hobbes coloca que os guardiães e curadores as personificam (HOBBS, 1998, p.101), ao invés de falar que as representam, o que seria mais próximo da linguagem do direito privado moderno. Há confusão entre representação e personificação em Hobbes, problema que está relacionado à formulação ainda tímida desses conceitos no pensamento jurídico. É fato que representar é distinto de ser uma pessoa. O representante age sob determinados limites, legais ou convencionais, e não incorpora a pessoa ou sua personalidade. O problema não diz respeito à subjetividade, mas sim à capacidade, ou seja, à potencialidade da pessoa de praticar atos na vida civil. Hobbes chega mesmo a apontar algumas noções iniciais do instituto da representação/mandato (HOBBS, 1998), mas o fundamental é que, apesar desta confusão (de equiparar representação e personificação), Hobbes aponta para o fato de que a idéia de exercer um papel dá visibilidade às palavras e ações da pessoa/sujeito no meio social, assim Hobbes aponta para um resgate da pessoa como um fato fundamental do direito, mas, para, além disso, que a pessoa se coloca na sociedade, reafirmando a tensão dual entre o indivíduo ou a pessoa e a ordem, a que aquela se submete, mas, na qual se coloca ou apresenta. Importante também salientar que a representação das crianças e dos incapazes se dá em razão da impossibilidade destes do uso da razão, o que aponta, em Hobbes, para uma conexão entre racionalidade e subjetividade, ainda que incipiente e imprecisa, que, segundo Hobbes, só pode existir no estado civil, onde se estabelece o domínio de pessoas (HOBBS, 1998, p.101b). São elementos no pensamento hobbesiano que contribuem para a formação da subjetividade moderna.

[19][24] Com efeito, Hannah Arendt critica a teoria de Locke e sua proposição de que a origem da propriedade é o trabalho. Nas suas palavras: “a premissa de Locke de que labor do corpo de uma pessoa é a origem da propriedade é mais do que duvidosa”, reconhecendo ela, porém, que “no entanto, dado o fato de que já vivemos em condições na qual a única propriedade em que podemos confiar é o nosso talento e a nossa força de trabalho é mais do que provável que ela venha a se tornar verdadeira” (ARENDR, 2000, p.80).

[20][25] Não há qualquer redução da pessoa à idéia de propriedade na obra de Locke, mas apenas a bifurcação da idéia de propriedade em dois sentidos, um mais existencial/pessoal e outro material. Assim coloca Charles Taylor, que distingue os dois sentidos em que a palavra *pessoa* aparece na obra de Locke: no primeiro sentido, o mais globalizante, a pessoa é racional na medida em que vê a lei da natureza (=lei da razão) e procura viver de acordo com ela; no segundo sentido, o termo *pessoa* é reservado para aqueles capazes de usar o conhecimento e reflexão para aumentar sua eficiência; assim, viver de acordo com todas as demandas de Deus é ser moralmente racional, mas isso também inclui a exigência de que sejamos tão intelectualmente racionais quanto pudermos (TAYLOR, 1994, p.308).

[21][26] Emblemático apontar que a afirmação feita por Hannah Arendt constitui, na verdade, o ponto de partida para a crítica hegeliana da interação entre racionalidade e subjetividade na Modernidade produzida pela Filosofia das Luzes, pois, para Hegel, o Iluminismo erigiu a razão em um mero ídolo, substituindo a razão pelo entendimento ou pela reflexão de modo equivocado e, com isso, elevando algo finito a absoluto, uma vez

que o infinito da filosofia da reflexão é algo racional simplesmente posto pelo entendimento e que se esgota na negação do finito, ou, nas palavras do próprio Hegel, “ao fixá-lo (o infinito), o entendimento o opõe de modo absoluto ao finito, ao fixar a atividade da razão na oposição, a reflexão, que se elevava a razão superando o finito, reduziu-se novamente ao entendimento; além disso, ela ainda tem a razão de permanecer racional mesmo nesse declínio” (HABERMAS, 2000, p.36). Contra os iluministas, Hegel sustenta que uma religião racional não representa uma abstração maior do que a fé fetichista, pois é incapaz de interessar o coração e influenciar os sentimentos e as necessidades, só leva a outra forma de religião privada porque está apartada das instituições da vida pública e não desperta nenhum entusiasmo, o Iluminismo seria assim apenas o reverso da ortodoxia, fundado na insistência da objetividade dos preceitos da razão (HABERMAS, 2000, p.39-40). Hegel então projeta a razão *a priori* como um poder que não apenas diferencia e fragmenta o sistema de relações da vida, mas que também o reunifica. Assim, no conflito entre ortodoxia e Iluminismo, o princípio da subjetividade gera uma positividade que, em todo caso, provoca a necessidade objetiva da sua superação (HABERMAS, 2000, p.41).

[22][27] De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würde*); enquanto o primeiro representa um valor exterior e manifesta interesses particulares, ao segunda representa um valor interior e é de interesse geral; assim, as coisas têm preço e as pessoas dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente – daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins (MORAES, 2003, p.113-114). Nossa obediência à lei moral é apenas o respeito que essa dignidade nos inspira, as fontes do bem estão no interior (TAYLOR, 1994, p.467).

[23][28] Michelle Giorgianni aduz em sua obra que o jusnaturalismo e o racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico em função do indivíduo e a considerá-lo como o conjunto de direitos que a este cabem, colocando, no centro do sistema, cujos ideais remontam ao movimento renascentista, o sujeito de direito, o que subverteria a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, segundo Giorgianni, a um estado de sujeição (*subjectum*) (Giorgianni, 1998: 38). Não há como não criticar a parte final da concepção exposta, no que se refere a constituição da idéia de sujeito de direito como uma pretensa subversão da idéia de sujeito. Já foi exaustivamente demonstrado, que a subjetividade se erige justamente como a expressão, inicialmente no pensamento cristão, de um dualismo, onde a ordem e a interioridade se opõem de forma tensa, ao mesmo tempo que interagem, sem qualquer processo estático de separação absoluta entre individualismo e holismo, para pensar nos termos propostos por Louis Dumont. Minimamente, a idéia expressa por Giorgianni é um reducionismo da idéia de sujeito, pois, como nos mostra Touraine, a subjetivação é o contrário da submissão do indivíduo a valores transcendentais: o homem se projetava em Deus; doravante, no mundo moderno, é ele que torna o fundamento dos valores, já que o princípio central da moralidade se torna a liberdade, uma criatividade que é seu próprio fim e se opõe a todas as formas de dependência (TOURAINÉ, 1994, p.222), o que inclui a dependência absoluta e mecanicista ao Estado ou a um ordenamento jurídico positivo que não se funde na proteção dos direitos humanos e de sua dignidade. Ainda, retomando novamente Touraine, quando da sua crítica a Michel Foucault, que tinha visto na subjetivação a sujeição, com vistas a construir o homem interior, “psicológico”, para que penetre mais adiante o controle social, para se apoderar do coração do espírito e do

sexo, e não somente dos músculos; Touraine irá rebater essa percepção, declarando que esta perversão da subjetivação não pode de forma alguma substituir-se ao nascimento do sujeito ou constituir seu sentido principal, destacando que onde o totalitarismo se instalou, a força principal de resistência que seguramente se mobilizou contra ele é o apelo ao sujeito, a ética da convicção, revista-se ela de uma forma religiosa ou não; ainda, na atualidade, nossa admiração, diz Touraine, de volta para aqueles que se recusam a ser bons trabalhadores, bons cidadãos, escravos eficientes e que se sublevam em nome de uma convicção religiosa ou dos direitos do homem (TOURAINÉ, 1994, p.223); ao final, Touraine arremata relembrando que por termos vivido as catástrofes produzidas pela modernização autoritária imposta pelos Estados totalitários, sabemos que a produção do sujeito, figura central da modernidade, só é possível se a consciência não separa o corpo individual dos papéis sociais, nem as figuras antigas do sujeito, projetado no universo na forma de Deus, da vontade presente de construir a si mesmo como pessoa (TOURAINÉ, 1994, p.224).

[24][29] Cumprir assinalar que, como destaca Alain Touraine, o indivíduo não é senão a unidade particular onde se misturam a vida e o pensamento, a experiência e a consciência. O sujeito é a passagem do *Id* ao Eu, o controle exercido sobre o vivido para que tenha um sentido pessoal, para que o indivíduo se transforme em ator que se insere nas relações sociais transformando-as, mas sem jamais identificar-se com nenhum grupo, com nenhuma coletividade (TOURAINÉ, 1994, p.220).

[25][30] Conforme nos traz Charles Taylor, de certo modo, falar de um direito universal e natural à vida não parece trazer muita inovação; ocorre que se trata de uma mudança de forma, pois a maneira anterior de expressar o tema era que existe uma lei natural contra tirar vidas inocentes, e não, nos termos atuais, o direito (subjetivo) de uma pessoa à vida, de exigir a preservação de sua existência. Ambas as formulações parecem proibir as mesmas coisas, mas a diferença não reside naquilo que é proibido, mas sim no lugar do sujeito. A lei é aquilo a que devo obedecer; ela pode me assegurar alguns benefícios, no caso a imunidade de que minha vida deve ser respeitada; mas, fundamentalmente, estou sob a lei, diz Taylor. Em contraste, um direito subjetivo é alguma coisa em relação à qual o possuidor pode e deve agir para colocá-la em vigor (TAYLOR, 1994, p.25).

[26][31] Pietro Pierlingieri, em sua obra *Perfis de Direito Civil*, irá empreender uma análise crítica da categoria dos direitos subjetivos, atentando para o fato de que no vigente ordenamento não existe um direito subjetivo ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitida de geração em geração (PIERLINGIERI, 2003, p.121). Há, nesta formulação, uma crítica às concepções jusnaturalistas e a afirmação do caráter histórico que os direitos, e qualquer categoria jurídica, possuem. Mas podemos usar a idéia expressa para arrematar dizendo que a construção dos direitos é em grande medida a interação do agir humano, e, portanto, uma expressão da liberdade do indivíduo, na sua tensão constante com o sistema jurídico constituído a partir do Estado. A positividade se coloca como delimitação dos limites pela coletividade, mas estes também têm seu traçado desenhado através da tensão dialética entre o sujeito individual e as esferas onde ele exerce suas prerrogativas, enquanto ser racional, portador de dignidade, que, através de sua ação moral, está sempre redefinindo, em contraposição às pressões do Estado, o campo de sua atuação e a extensão de seus limites. Mas Pierlingieri não encerra sua análise na crítica do direito subjetivo, ele também propõe a

categoria da situação jurídica subjetiva, que constitui uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito – no interesse próprio ou de terceiros, no interesse individual e/ou social – do poder às vezes de realizar, outras de não realizar determinados atos ou atividades (PIERLINGIERI, 2002, p.107), sendo que o sujeito titular do direito deve exercê-lo de modo a não provocar danos excepcionais a outros sujeitos, em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social, o que acaba por incidir sobre o direito subjetivo que, em vez de resultar como expressão de um poder arbitrário, acaba por funcionalizá-lo e socializá-lo (PIERLINGIERI, 2002, p.120-121). Ainda, as situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência, de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade (PIERLINGIERI, 2002, p.122), no que Pierlingieri acaba por retomar a subjetivação como a relação entre liberdade e moralidade, e não como mero arbítrio. Neste sentido, a situação jurídica subjetiva não anula a idéia de direito subjetivo, mas agrega elementos que retomam ou reforçam seu conteúdo ético, além de abarcar outras possibilidades nas quais a tutela material da personalidade pode se apresentar. Finalmente, Pierlingieri, indagando sobre a possibilidade de assimilação da personalidade à categoria do direito subjetivo, como tinha sido elaborada pela tradição patrimonialística, concluindo que a esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sob a categoria do “ter”, já tendo sentenciado antes que a crise do direito subjetivo resulta do fato de que este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto a noção de situação jurídica subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional (Pierlingieri, 2002: 121b). Cumpre discordar da identificação do direito subjetivo como interesse egoísta, pois, embora elaborado sob uma forma de “posse” que detém o titular, o direito subjetivo condensa, enquanto figura jurídico-dogmática, questões-chave do processo de subjetivação, articuladas com a outra marca da modernidade, a racionalização, ao passo que aponta para a afirmação do indivíduo enquanto singularidade que não se submete mecanicamente a nenhum destino pré-traçado por uma ordem natural ou divina, mas que se coloca e constrói ativamente a sua liberdade, especialmente por ser dotado de dignidade e capacidade para agir moralmente, assim como um sujeito que age sobre o mundo, mas pautado pela responsabilidade de exercer sua autonomia em referência à moralidade, o que afasta a percepção de uma relação entre sujeito e objetos (entre o “ser” e o “ter”) de quaisquer expressões estáticas e maniqueístas, pois os interesses existenciais, morais e materiais por vezes se articulam e se interpenetram de forma dialógica, tornando problemático invalidar o direito subjetivo pela sua formulação reducionista, e aí egocêntrica, que tomou forma no cerne do positivismo e do utilitarismo jurídicos do século XIX, desconsiderando os potenciais de realização da liberdade e da autonomia afirmados na construção histórico-filosófica da categoria e no panorama dos desafios apresentados à subjetividade contemporânea, que serão delineados no quinto capítulo.

O FENÔMENO JURÍDICO N'A CRÍTICA DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL

THE RIGHT IN THE CRITICAL PHILOSOPHY OF THE RIGHT OF HEGEL

**Éder Ferreira
Alaerte José Barbosa Júnior**

RESUMO

O presente projeto de pesquisa situa-se no campo dos fundamentos do direito, pois pretende localizar n'A Crítica da Filosofia do Direito de Hegel, de Karl Marx, uma teorização do fenômeno jurídico. Trata-se de pesquisa exploratória, quanto aos objetivos, e de pesquisa bibliográfica, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados. Como fonte de pesquisa será utilizada, pois, A Crítica da Filosofia do Direito de Hegel produzida pelo jovem Marx. A análise da fonte consistirá em revisão teórica centrada na categoria "direito". Espera-se, com a realização da pesquisa, a produção de conhecimento novo quanto à teoria sociológica do direito que servirá de embasamento para futuras pesquisas, sobretudo na sub-área da Sociologia Jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO, PODER SOBERANO, CONSTITUIÇÃO, ESTADO, MARXISMO.

ABSTRACT

This research project is situated in the grounds of the law, because you want to find n'a Critique of Hegel's Philosophy of Law, in Karl Marx, a legal theory of the phenomenon. It is exploratory research, about the goals, and bibliographic research on the sources and procedures for data collection. As a source of research will be used, because, A Critique of Hegel's Philosophy of Law produced by the young Marx. The analysis of the source is focused on theoretical review of "right." It is hoped the completion of the research, production of new knowledge about the sociological theory of law that serves as a basement for future research, especially in sub-field of legal sociology.

KEYWORDS: LAW, SOVEREIGN POWER, CONSTITUTION, STATE, MARXISM.

1 INTRODUÇÃO

O alemão Karl Heinrich Marx (1818 – 1883) foi o pensador mais influente da modernidade.[1] Ao lado de Friederich Engels (1820 – 1903), erigiu uma obra grandiosa voltada para a análise, a crítica e a transformação radical da sociedade capitalista. Ao romper com a tradição meramente discricionária do pensamento filosófico e inaugurar a escola crítica, Marx exerce uma ascendência moral e intelectual ímpar no pensamento ocidental.[2] A influência definitiva, direta e poderosa deste pensador sobre a humanidade pode ser percebida no caráter científico e histórico que assumiu o socialismo romântico e utópico da primeira metade do século XIX e na práxis crítica e transformadora do pensamento filosófico e social originários das contribuições deste profícuo filósofo.

Não obstante sua monumental contribuição, “Marx é tomado por muitos como um anátema, sem se dar conta da profundidade e da genialidade de sua interpretação a respeito de nossos tempos, quiçá de um modo como nenhum outro pensador da contemporaneidade tenha alcançado”. (MASCARO, 2007, p. 96)

Seja por “uma série de preconceitos forjados por desconhecimento ou por uma espécie de repulsa intrínseca às implicações de seu modo de entender o mundo” (Ibidem, p. 96), é fato que Marx vem sendo reiterada e sistematicamente ignorado e vilipendiado pelo senso comum e pela academia, sobretudo nos âmbitos da filosofia e do direito.

Então, esta pesquisa, exploratória quanto aos objetivos, e bibliográfica quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados, situada no campo dos fundamentos do direito, ambiciona buscar na obra da juventude marxiana uma teorização do fenômeno jurídico. *A Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*[3] constituiu fonte de pesquisa para análise textual centrada na categoria “direito”.

É evidente que o problema levantado anteriormente não é equacionado pela realização deste esboço, que pretende apenas contribuir – ainda que de maneira modesta – para a proposta, mas como disse Fernando Pessoa “O esforço é grande e o homem é pequeno [...] da obra ousada, é minha a parte feita.”

Além do anteriormente posto, este se justifica quanto à sua relevância para o direito e para as profissões jurídicas no que diz respeito à possibilidade de apresentação de resultados positivos decorrentes de uma práxis profissional alternativa à concepção positivista, o que pode auxiliar o processo de reconstrução do judiciário e do ensino e da educação jurídica superior. Para a comunidade poderá explicitar a importância da concepção marxiana do direito no enfrentamento das questões do cotidiano, assim como para a formação de uma nova cultura jurídica, a partir da crítica da realidade social, uma vez que os direitos estão pré-figurados nas demandas sociais (COUTINHO, 2005). E por fim, para a ciência, será construído conhecimento novo, isto é, fidedigno e relevante teórica e socialmente (LUNA, 2002), já que *A crítica* não constitui texto sobre o qual se convergem os esforços da ciência jurídica.

2 O JOVEM MARX

Como pensador holístico, na busca da apreensão total da realidade, Marx realizou incursões pela filosofia, sociologia, psicologia, história, antropologia, economia e direito. Para compreender o enorme alcance do pensamento deste influente alemão é necessária, segundo Lukacs, a análise tanto da fisionomia espiritual quanto dos “momentos históricos relevantes no processo de desenvolvimento do jovem Marx.” (LUKACS, 2007, p. 123) Este filósofo húngaro assevera que “foram poucas as personalidades de importância histórica em face das quais se pode constatar, como é o caso em Marx, uma tão estreita coincidência do desenvolvimento individual e do desenvolvimento global da sociedade”. (Ibidem, p. 122)

Ainda no esteio de Lukacs, no período de formação de Marx (1840 a 1844), “o processo de superação do hegelianismo e do próprio Feuerbach, com a conseqüente fundação da dialética materialista, coincidiu passagem das posições democrático-revolucionárias a um socialismo consciente.” (Ibidem, p. 122)

Isto só foi possível devido à manifestação concomitante e não casual de características intelectuais imanentes a Marx, tais como impulso de apropriação e de reelaboração dos resultados científicos da época, atitude crítica inigualável, determinação e rigor ímpares, aspiração à universalidade e um desejo fáustico de apreender os fenômenos em sua totalidade. Estas características foram desenvolvidas (de maneira absurdamente precoce e estão inexoravelmente associadas às condições políticas da Alemanha) ao mesmo tempo em que Frederico Guilherme IV ascendia ao trono prussiano e iniciava uma virada em sentido reacionário-romântico na política interna, fomentando o quadro político e ideológico necessário às primeiras manifestações do movimento operário e revolucionário alemão. (Ibidem, p.122.)

É interessante observar como todo esse processo deu-se no interior do pensamento alemão. Desde a apropriação da dialética idealista de Hegel – através do contato com a esquerda hegeliana – à sua superação e reformulação crítica, até a inversão materialista sob influência de Ludwing Feuerbach[4], culminando na superação também do materialismo metafísico deste. Em traços fundamentais, esta é a linha evolutiva seguida por Marx desde seu jovem hegelianismo até a fundação do materialismo histórico e dialético.

Tendo em vista que o objeto deste estudo é o fenômeno jurídico n’A *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, segue um sucinto histórico do jovem Marx até 1843, ano de redação da obra em questão.

Karl Marx nasceu em 15 de maio de 1818, em Tréveris. Filho de Heinrich Marx, advogado protestante de origem judia e iluminista fervoroso, inclinou o filho à carreira jurídica e incitou-lhe o gosto pela política e pelas leituras de Rosseau, Voltaire, Kant e Fitch, que influenciaram Karl até 1836, ano da mudança da Universidade de Bonn para a de Berlim. É em Berlim que o jovem Marx toma contato com a filosofia de Hegel, entende as vantagens deste pensamento em detrimento do idealismo subjetivo de Kant e Fitch, tornando-se membro da Associação dos Jovens Hegelianos[5]. Foi ao estudar o pensamento de Hegel que Marx certificou-se do atraso das relações políticas alemãs quando comparadas à França e a Inglaterra.

Após graduar-se em Jurisprudência, Marx obtém, em 1841, doutorado em Filosofia pela Universidade de Iena, ao defender tese sobre as *Diferenças das Filosofias da Natureza*

em *Demócrito e Epicuro*[6]. Apesar da abordagem, ainda idealista, este trabalho é marcado pela genialidade do resultado. Tanto que Marx, já maduro, em correspondência com Ferdinand Lassalle, datada de 1858, julga correta tanto as linhas fundamentais de sua tese e o método nela para abordar os problemas histórico-filosóficos, quanto, em particular, a exposição da teoria geral de Epicuro. (Ibidem, p. 124)

Neste lento e laborioso escrito[7] já era possível perceber, mesmo no influxo do idealismo, o distanciamento e a diferenciação do jovem Marx em relação a Hegel e aos jovens hegelianos[8] (e no caso destes, a evidente superioridade de Karl). E também, a forma incipiente do que viria a ser o seu projeto filosófico transformador.

Além da riqueza conceitual e profundidade do arcabouço teórico, Marx era superior aos hegelianos de esquerda “sobretudo, por que ia muito além deles na questão decisiva para o desenvolvimento ideológico da Alemanha na época, ou seja, na crítica da filosofia de Hegel.”(Ibidem,p. 124) Marx não compartilhava da posição generalizada dos jovens hegelianos que distinguiram o Hegel esotérico (que veladamente teria sido ateu e revolucionário) do exotérico (que teria sido submisso ao poder político)[9].

Apesar de reconhecer a importância desta distinção no desenvolvimento radical do pensamento hegeliano, Marx a considera superficial, não atingindo o cerne da questão. Ele concebe esta insuficiência como transitória, um momento necessário da passagem histórica. Para este,

em seu idealismo e no caráter metafisicamente fechado de sua sistematização, estavam previamente contidas as premissas que havia tornado possível a acomodação de Hegel diante do Estado reacionário prussiano, ou melhor, que se a tinham tornado necessária precisamente em virtude da própria essência de seu sistema filosófico.(Ibidem. p. 124)

Ao não se colocar de maneira acríica diante de Hegel, como faziam os jovens hegelianos[10], Marx vai muito além de iniciar o cisma que culminaria em obras como *A Questão Judaica*[11] e *A Sagrada Família*[12]. Nesse momento surge o núcleo, ainda que rudimentar, da posterior superação de Hegel e seu idealismo objetivo. Em *Diferenças* a crítica de Marx a Hegel não está voltada contra o centro do pensamento deste, mas para certos aspectos da concepção hegeliana da história.

Além da crítica à escusa de Hegel diante da situação política prussiana de sua época, Marx distancia-se daquele na exposição da filosofia de Epicuro. Se para o velho mestre de Berlim, devido as suas reservas ao materialismo, o epicurismo foi um momento de importância secundária para o desenvolvimento da filosofia helenista e a doutrina atomista de Epicuro em nada acrescentara à de Demócrito, para o jovem Marx, despidido de qualquer repulsa herdada do mestre, considera Epicuro uma mente esclarecida, que como ateu libertou o homem do temor irracional aos deuses.

A grande contribuição do jovem Marx à história da filosofia foi ter (re)colocado Epicuro, e principalmente, a tradição materialista em seu devido lugar. E mais que isso

A avaliação da diferença entre Demócrito e Epicuro é um passo importante na direção da superação do materialismo metafísico, na medida em que, pela primeira vez, tenta-se

apreender os primeiros elementos dialéticos na própria tradição materialista, bem como formular uma concepção universal da história que se diferencia radicalmente da visão hegeliana. (Ibidem, p. 129)

Em *Diferenças*, Marx também lança o embrião de seu projeto: alçar a filosofia a instrumento transformador da realidade, como reação ao que considerava os desenlaces débeis de até então. Como se lê em uma passagem de sua tese:

O que era luz interior se desenvolve em chama que devora e se dirige para o exterior. Disse decorre que a transformação do mundo em filosofia é, ao mesmo tempo, uma transformação da filosofia em mundo; que a sua realização é, ao mesmo tempo, sua perda; que aquilo que ela combate fora de si é sua própria deficiência interna [...]. Libertando o mundo da não-filosofia, os filósofos se libertam da filosofia que, como sistema determinado, os havia aprisionado. (MARX, apud Lucaks, 2007. p. 131)

Entre a conclusão da tese (em abril de 1841) até sua admissão na *Gazeta Renana* (em outubro de 1842) como redator, Marx intensifica sua produção filosófica e jornalística, tendo contribuído em publicações de Bauer^[13] e Ruge^[14]. É nesse período que Marx tem seu primeiro contato com o materialismo na tradição do pensamento alemão, ao ler *A essência do cristianismo*^[15] de Feuerbach, e de imediato esboça a superação deste, quando cogita estender a crítica iniciada em *Diferenças*, aos “aspectos especificamente políticos do sistema hegeliano, em particular à filosofia do direito e do Estado.” (Ibidem p. 133) Dessa amálgama entre a identificação com o materialismo de Feurbach e a intenção de criticar os aspectos jurídicos e políticos do pensamento hegeliano nasce o impulso que levará Marx, de forma inexorável, a fundar o materialismo histórico.

Após Bruno Bauer ser expulso da cátedra de Teologia da Universidade de Bonn acusado de ateísmo, Marx se vê virtualmente impedido do magistério, por ser conhecido como colaborador daquele. Então, o futuro fundador do socialismo científico volve seus interesses para a atividade jornalística e nos primeiros meses de 1842 ingressa na *Gazeta Renana de Política, Comércio e Cultura*^[16], da qual viria a ser diretor em outubro do mesmo ano.

Devido à *Gazeta*, os propósitos filosóficos do jovem Marx são temporariamente adiados. Mas em contrapartida, esta experiência permite a Marx envolver-se de modo imediato com os acontecimentos políticos do Vormärz^[17], que catalisam seu desenvolvimento filosófico. Outros acontecimentos importantes do período são o acirramento das divergências com os jovens hegelianos e o início da amizade entre Marx e Engels que se conhecem durante uma visita deste ao jornal.

Mesmo não tendo completado 25 anos, e ainda não ter desenvolvido a consciência social e revolucionária, Marx já exibia como diretor da *Gazeta* excepcional maturidade política e tentava através desta “realizar a unificação de todas as forças progressistas alemãs, numa ampla oposição, profundamente enraizada na vida nacional, contra o regime reacionário de Frederico Guilherme IV, com o objetivo de liquidar radicalmente o absolutismo alemão.” (Ibidem, p. 133)

Isto se evidencia em um editorial no qual Marx atribui como tarefa principal do jornal renano “deslocar para a Alemanha os numerosos olhares fixados na França e fazer assim nascer um liberalismo alemão e não francês.” (MARX, apud Lukács, 2007. p. 133)

Esta proposta de integrar todos os elementos progressistas alemães na luta contra o absolutismo, leva Marx a se chocar com os seus antigos colegas de Berlim, principalmente Bruno Bauer. Marx acusava os jovens hegelianos de flertarem levemente com o socialismo, sobre o qual ainda não tinha uma posição definitiva, afastando as pessoas sérias da batalha prática contra o regime reacionário e expondo o jornalismo progressista, que já sofria duras e sistemáticas perseguições, ao risco da proibição. Também censurava o fato do grupo ater-se à crítica da religião e a dispersão do ateísmo, escusando-se da luta central contra o absolutismo feudal.

Embora tenha sido incansável na luta contra a censura prussiana, tenaz na propaganda progressista, habilidoso e inventivo como diretor-redator, tendo dito “as coisas mais radicais [...] sem despertar a atenção da censura” (Ibidem, p. 135), Marx esbarrou na pressão do governo, nas ameaças de proibição do jornal e na escassa propensão dos acionistas patrocinarem sua causa. Então, em março de 1843 Marx demite-se da *Gazeta Renana*, que é fechada no mesmo ano.

Neste período, merece destaque a luta que Marx travou contra o romantismo reacionário de Frederico Guilherme IV em favor das massas populares oprimidas. Como democrata radical, já se manifestava de modo evidente que a concepção do Estado e do direito do jovem, e ainda idealista, Marx era oposta à defendida por Hegel.

Com a saída da *Gazeta Renana*, Marx muda-se para Paris em 1843. Lá edita junto com Ruge os *Anais Franco-Alemães*^[18], publicação que inclui duas obras fundamentais da juventude marxiana: *A Questão judaica* e *A Crítica da filosofia do direito de Hegel*.

3 CRÍTICA DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL

Antes de rumar para a França, Marx dedica-se ao que chamou de “estudos de gabinete” entre março e agosto de 1843. É durante este lapso que ele retoma o projeto concebido um ano antes, de realizar a crítica da filosofia do direito e do Estado de Hegel. Então, Marx debruça-se sobre a mais importante e representativa obra política hegeliana: *Filosofia do Direito*^[19].

As implicações políticas do pensamento de Hegel expressavam o espírito de uma época e de uma nação: o projeto prussiano de liderar os estados alemães. O hegelianismo constituía os fundamentos de um Estado como efetivação do conceito. É neste contexto que Hegel, com sua Filosofia do Direito – corolário de seu pensamento político – surge como elemento de síntese entre a filosofia e as aspirações alemãs.

Esse tratado ético-político é um clássico do pensamento ocidental, e era inicialmente, um compêndio para acompanhar as lições de Hegel. Seu tema central está relacionado à efetivação do plano da liberdade como dimensão do direito no sentido da eticidade (HARTMANN apud Trotta, 2004, p. 26), em que o Estado assume a instância universal

de superação de todas as particularidades. Deste modo, “o Estado hegeliano tem em si a idéia de representar a totalidade político-social, de encerrar em si o mundo público e o mundo privado”. (TROTТА, 2004, p. 26) Esta afirmação parte da aceitação do pressuposto de que tudo que é efetivo é racional, e de que o real se efetiva no racional. É sobre este aspecto político da doutrina de Hegel, que o mais talentoso hegeliano de esquerda, iniciará sua penetrante crítica ao sistema hegeliano e sua dialética idealista.

Em correspondência com Ruge, Marx revela que o objeto central do exame de Hegel será a natureza híbrida da monarquia constitucional, assevera ainda que este “promoveu uma tal inversão na ordem sujeito-predicado, que acabou subordinando a existência do real ao plano lógico, isto é, o objeto surgido a partir do pensamento enquanto instância necessária” (TROTТА, 2004, p. 55). Em outra carta ao mesmo, Marx vê no “tom de Bauer”^[20], um “gravoso aprisionamento no modo hegeliano de exposição” (apud LUKÁCS, 2007, p. 141). Destarte, era nítido que Marx já havia superado definitivamente o jovem hegelianismo – para esta corrente importava a exposição do lado revolucionário esotérico de Hegel – e que iria ao fundo da questão, e numa crítica revolucionária exporia as contradições principiológicas da filosofia hegeliana. Esta idéia remeta a reserva expressa em *Diferenças* sobre as razões da acomodação exotérica de Hegel.

A motivação de Marx é a mesma da época da *Gazeta*: “a luta contra a reação prussiana, contra o regime de Frederico Guilherme IV[...], o desmascaramento daquele romantismo falso sob cuja bandeira a reação na Prússia cometia os seus mais odiosos crimes.” (LUKÁCS, 2007, p. 131) Para Marx a dialética e o sistema hegeliano “acarreta uma aprovação de, ou ‘reconciliação’ com, o status quo” (INWOOD, 1997, p. 148) da monarquia constitucional prussiana. Contudo, após a experiência jornalística e a análise crítica do sistema, ainda como democrata radical, Marx retoma seu projeto sob um prisma muito mais amplo, o “centro de seu interesse [é] o problema crucial da filosofia hegeliana do direito, ou seja, a relação entre sociedade civil-burguesa e Estado.” (LUKÁCS, 2007, p. 142), não mais alguns aspectos, mesmos que representativos, da concepção histórica de Hegel.

Marx atinge um ponto qualitativamente novo em relação a Hegel, como afirma Lukács “os escritos da primavera e do verão de 1843 não representam mais apenas um desenvolvimento radical, mas uma crítica de princípio, que aponta para uma inversão da filosofia hegeliana do direito e [...] da filosofia hegeliana em geral.” (Ibidem, p. 142) O fator decisivo que permite Marx superar suas críticas anteriores a Hegel – tornando uma retomada ampla sobre concepções antigas em uma nova formulação – é a passagem definitiva ao materialismo.

Se a metodologia empregada nos artigos da *Gazeta* é essencialmente dialética idealista, embora desenvolvida numa perspectiva democrático-revolucionária, e se o contato com *A essência do cristianismo* significou somente uma adesão genérica às concepções materialistas, ao retomar a crítica a Hegel, Marx o faz sob a influência das *Teses provisória para a reforma da filosofia*^[21] de Feuerbach, obra em que “desmascara os sistemas panteístas construídos a partir de Spinoza e, em particular, o idealismo objetivo de Hegel, que ele considera a última encarnação da teologia, camuflada de filosofia” (Ibidem, p 143.). Assim, Feuerbach demonstra que seres metafísicos superiores constituem alienação da natureza humana, e afirma nestas *Teses*

Do mesmo modo como a teologia cinde o homem e o aliena de si, para depois mais uma vez identificá-lo com este ser alienado, também Hegel divide e decompõe em muitas partes a essência simples e idêntica a si mesmo da natureza e do homem, para depois buscar uma mediação forçada entre aquilo que ele havia forçadamente separado (FEUERBACH, apud Lukács, 2007, p. 143)

Atormentado pela lógica especulativa hegeliana – que até então se passava por dialética, Feuerbach nega as premissas desta, e declara que o Espírito Absoluto de Hegel não passa do “espírito finito, abstrato, alienado de si mesmo, tal como o ser infinito da teologia não é outra coisa que o ser abstrato e finito”. (FEUERBACH, apud Lukács, 2007, p.143) Dessa forma concluiu que “quem não renuncia à filosofia de Hegel não renuncia a teologia [...]. Todas as ciências devem buscar seu fundamento na natureza. Uma doutrina permanece mera hipótese enquanto não for encontrada sua base na natureza [...]. A filosofia deve de novo unir-se à ciência natural, assim como esta deve unir-se à filosofia”. (FEUERBACH, apud Lukács, 2007, p. 143)

Teses marca a adesão definitiva do jovem Marx à tradição materialista. A influência do pensamento de Feuerbach, o materialismo da existência como crítica ao pensamento especulativo de Hegel, facultou a Marx um rico material de possibilidades teóricas dentre elas a preocupação em colocar o homem como centro de sua ação, como determinação de si (concepção antropológica de Feuerbach) e o conceito de alienação como aquilo que retira do homem o seu sentido de humanidade e pensar sobre si mesmo. Entretanto, Marx faz uma significativa ressalva aos aforismos de Feuerbach. Para ele, este se referia excessivamente à natureza e muito pouco à política (em carta de Marx a Ruge apud Lukács, 2007, p. 143). Pois para Marx a filosofia efetiva-se não na natureza, mas na política. Como de forma arguta assinala Trotta “O interessante é que o pensamento de Feuerbach contesta um absoluto que por sua vez institui um outro só que diferente, não o absoluto da lógica do pensamento, mas do sensível, do imediato, da intuição.” (TROTTA, 2004, p. 61)

No âmago de sua concepção filosófica e do intuito de criticar a filosofia hegeliana do direito, Marx, trazia a superação de Feuerbach^[22], ou seja,

a extensão da crítica materialista à doutrina hegeliana da sociedade, a ampliação explicação materialista do mundo da natureza às relações sociais, a passagem da crítica da religião à crítica da política, a superação da concepção antropológica abstrata do homem própria de Feuerbach, e [...] a criação da dialética materialista como metodologia como metodologia e concepção do mundo. (LUKÁCS, 2007, p. 144)

A inversão do método filosófico-especulativo pelo filosófico-histórico foi uma grande revolução dentro da filosofia e algo essencialmente novo. Isto só foi possível pela abordagem crítica de Marx a seus precursores imediatos: Hegel e Feuerbach.

O fundamento do distanciamento de Feuerbach e suas *Teses* é a experiência adquirida por Marx na batalha jornalística, sob a égide democrática-revolucionária, contra o absolutismo. Os acontecimentos do *Vörmaz* permitiram a superação de Feuerbach, que

por falta de orientação política apegava-se a construções idealistas no referente às questões sociais. Marx rejeita o único aforismo político de Feuerbach “O soberano deve representar indistintamente todos os estamentos, já que, diante dele, todos são igualmente necessários e todos têm os mesmos direitos. O soberano é o representante do homem universal” (FEUERBACH, apud Lukács, 2007, p. 144), porque este representava uma regressão em relação a Hegel, no sentido da abstratividade do *sollen*[23] kantiano-fichteano.

Indubitavelmente, Hegel e Feuerbach encontravam-se no caminho do progresso. O primeiro, “embora de maneira mistificada e com base no idealismo absoluto que distorce os problemas reais, já havia afirmado o conceito de necessidade e legalidade histórica e havia intuitivamente descoberto e explicitado características importantes da sociedade burguesa.” (Ibidem, p. 145). Enquanto o segundo iniciou a tradição materialista no pensamento alemão e evidenciou o erro metodológico de Hegel, ou seja, “inverter arbitrariamente a relação entre sujeito e predicado, manifestando desprezo pelas conexões reais.” (Ibidem, p. 146).

“A verdadeira relação entre pensamento e ser só pode esta: o ser é o sujeito, o pensamento é o predicado. Portanto, o pensamento deriva do ser, mas não o ser do pensamento” (FEUERBACH apud Lukács, 2007. p. 146). É especificamente este prisma que permite Marx indicar como o idealismo de Hegel “torna possíveis precisamente aquelas arbitrárias construções conceituais que permitem demonstrar de modo aparentemente dialético – mas, na verdade especulativo – a ‘necessidade’ da monarquia baseada nos estamentos.” (Ibidem, p. 146), ponto basilar da sua crítica da filosofia hegeliana do Estado e do direito.

Marx é taxativo ao alegar que Hegel mistificou toda realidade em favor da idéia que se auto-desenvolve no plano lógico, como se o Estado fosse uma determinação teológica-teleológica em si mesma, anterior aos homens. Isto se torna evidente em alguns trechos d’*A Crítica*, particularmente no que se refere à constituição e ao poder soberano.

Sobre a constituição, no parágrafo 272 da *Filosofia do Direito* Hegel afirma

A constituição é racional na medida em que o Estado diferencia e determina a sua atividade *segundo a natureza do Conceito*, de tal modo que *cada* um desses *poderes* seja, em si mesmo, a *totalidade* [...] uma vez que exprimem a diferença do Conceito, permaneçam simplesmente em sua idealidade e constituam apenas *Um todo individual*. (HEGEL apud Marx, 2005, p. 40)[24]

Ao que Marx responde “O Estado diferencia e determina sua atividade não segundo sua natureza específica, mas segundo a natureza do conceito, móbil mistificado do pensamento abstrato [...] Em lugar do conceito da constituição, obtemos a constituição do Conceito.” (MARX, 2005, p. 40)

Destarte, “no confronto que estabelece com Hegel, Marx, almeja demonstra que todo pensamento político existente na *Filosofia do Direito* é um logicismo que não encontra amparo na realidade, nas relações empíricas.” (TROTTA, 2004, p. 72) Para Marx a constituição – elemento ontológico ou *modo de ser* do Estado – é uma construção

humana de conteúdo político sobre determinadas condições materiais e históricas, não sendo mera efetivação de uma determinação lógico-abstrata.

Em um contexto epistêmico, Marx rechaça o determinismo lógico como forma de apreensão do real, e define as condições materiais concretas – ou infra-estruturais – como ponto de partida para se compreender o real, “para Marx a lógica serve para explicar as coisas como elas são, sem que com isso sejam determinadas fora de suas realidades dentro do sujeito”. (TROTTA, 2004, p. 74)

Mais adiante, no parágrafo 274, Hegel continua

O Estado, como espírito de um povo, é ao mesmo tempo a lei que *perpassa todas as suas relações* [...] a constituição de um determinado povo depende, em geral, do modo e formação da autoconsciência desse povo; [...] Cada povo tem, assim, a constituição que lhe cabe e que lhe é própria. (HEGEL apud Marx, 2005, p. 40)

Marx comenta que

do raciocínio de Hegel segue-se apenas que o Estado, em que o “modo e formação da autoconsciência” e a “constituição” se contradizem, não é um verdadeiro Estado. [...] Disso deveria resultar, antes, a exigência de uma constituição que contivesse em si mesma a determinação e o princípio de avançar [...] com o homem real, o que só é possível quando se eleva o “homem” a princípio da constituição. (HEGEL apud Marx, 2005, p. 40)

Na concepção marxiana “as relações jurídicas como as formas de Estado não podem ser compreendidas por si mesmas nem pela chamada evolução geral do espírito humano, mas se baseiam, pelo contrário nas condições materiais de vida” (MARX apud Ferreira, 2008, p.2). Logo, as constituições expressam o conteúdo político dos Estados, não pela determinação lógica do *espírito absoluto*, abstrato e alienado dos homens, mas pelo espírito destes – pelos interesses, necessidades e vontades manifestos na sociedade civil.

Para Hegel o poder político se divide em *distinções substanciais*, a saber: *o poder legislativo*, poder de determinar e estabelecer o universal; *poder governamental*, a subsunção das esferas particulares e dos casos singulares sob o universal; *poder soberano*, decisão última do querer, no qual os diferentes poderes convergem em uma unidade individual. (Hegel apud Marx, 2005, p. 40).

Sobre o poder soberano, síntese dos outros dois, Hegel afirma no parágrafo 277

As funções e atividades do Estado *lhe são próprias* como seus momentos essenciais. Conduzidas e exercidas pelos indivíduos [...] estão unidas à sua personalidade particular como tal de uma maneira exterior e acidental. As funções e atividades estatais não podem, por isso, ser *propriedade privada*. (HEGEL apud Marx, 2005, p.42)

Marx acusa o autor de Filosofia do Direito de tautologia e argumenta

As funções e atividades do Estado estão vinculadas aos indivíduos (o Estado só é ativo por meio dos indivíduos), mas não ao indivíduo como indivíduo físico e sim ao indivíduo do Estado, à sua qualidade estatal. [...] Elas estão, antes, unidas ao indivíduo mediante um vinculum substantiale, por uma qualidade essencial do indivíduo. (MARX, 2005, p. 42)

Um traço marcante das análises marxianas é que sempre partem das condições materiais de existência dos indivíduos. Isto se torna determinante para afirmar que o Estado só pode atuar através dos indivíduos, porque não possui existência própria, é uma determinação dos indivíduos em sociedade. Se a natureza do Estado modifica-se, transforma-se com o evoluir histórico, isso só pode significar a mudança dos indivíduos, da sociedade no decurso do tempo, não a evolução de um espírito abstrato.

Quando Marx enfatiza que o Estado age por indivíduos, atinge o cerne da monarquia defendida por Hegel. Tratar representação e soberania como categorias políticas e não como atribuições de algum indivíduo em específico é uma atitude tipicamente democrática, modo pelo qual Marx se opõe à monarquia prussiana. Para esse, é simplesmente ridículo uma função pública ser atribuída a alguém por uma qualidade específica como nascimento ou algum atributo físico, tais atribuições vinculam-se aos indivíduos pelas suas qualidades sociais, pela representação dentro da sociedade civil. Portanto, não há função que seja estatal exclusivamente em si e para si, como algo dado pelas relações abstratas de uma lógica exterior aos indivíduos, com a quimera de superação das contradições.

Mais adiante, Marx afirma que “os indivíduos, na medida em que estão investidos de funções e poderes estatais, são considerados segundo suas qualidades sociais e não segundo suas qualidades privadas.” (Ibidem, p. 42) Como essas qualidades sociais só podem ser compreendidas a partir das relações estritamente materiais, ou seja, nas relações entre os indivíduos em sociedade, a implicação lógica da soberania hegeliana é destruída, porque desta forma elimina-se a necessidade de identificar a soberania com a existência física do monarca. Dessa forma, é desnecessário confirmar a universalidade e unidade do Estado em qualidades particulares de um indivíduo determinado. Ao devolver a soberania ao elemento subjetivo do Estado, o povo, Marx reata o que Hegel havia cindido: o político do social.

No parágrafo 279 Hegel tenta demonstrar a necessidade do monarca

a soberania, primeiramente apenas o pensamento *universal* dessa idealidade, *existe* somente como *subjetividade* certa de si mesma e como *autodeterminação* abstrata, porque sem fundamento, da vontade, autodeterminação esta na qual reside a decisão última. (HEGEL apud Marx, 2005, p. 43)

Ao que Marx responde

Se Hegel tivesse partido dos sujeitos reais como a base do Estado, ele não precisaria deixar o Estado subjetivar-se de uma maneira mística [...] A subjetividade é uma determinação da pessoa. Em vez de concebê-las como predicados de seus sujeitos, Hegel autonomiza os predicados e logo os transforma, de forma mística em seus sujeitos [...] O que importa, para Hegel, é apresentar o monarca como o homem-Deus real, como a *encarnação real* da Idéia. (MARX, 2005, p. 44)

Assim, Marx acusa Hegel de adequar a realidade à sua lógica idealista. “Esta mistificação idealista tem como única finalidade a astuciosa justificação, mediante construções especulativas, de uma instituição reacionária.” (LUKÁCS, 2007, p. 147) Identificar o monarca com a *idéia encarnada* é necessário para amoldar os acontecimentos históricos e materiais à lógica hegeliana, a saber: a fundação dos Estados Nacionais, através das monarquias constitucionais.

Para Marx, Hegel distorce os fatos empíricos em axiomas metafísicos quando “transforma todos os atributos do monarca constitucional na Europa atual em autodeterminações absolutas da *vontade*. Ele não diz: a vontade do monarca é a decisão última, mas diz que a decisão última da vontade é ... o monarca.”(MARX, 2005, p. 45) Assim, “Marx indica a conexão que existe entre o fundamento filosófico geral de Hegel e os aspectos reacionários de sua teoria da sociedade.” (LUKÁCS, 2007, p. 148). E revela que, em última instância, é o idealismo que possibilita as construções conceituais que sustentam e justificam a Restauração prussiana.

Marx assevera que “Hegel confunde os dois sujeitos: a soberania ‘como a sua subjetividade autoconsciente’ e a soberania ‘como autodeterminação sem fundamento da vontade’ como vontade individual, para, a partir daí, construir a ‘Idéia’ como ‘Um indivíduo’.” (Marx, 2005, p. 44) “O poder soberano em Hegel pretende assumir a universalidade do Estado na figura de uma representação para além do seu ser social, [...] em função de seu posto e condição dada a partir de uma determinada tradição.” (TROTТА, 2004, p. 79) Esta soberania personificada representa somente a individualidade político-estatal, o Estado tratado como propriedade privada. Esta aversão ao Estado tratado como *res privada* fica evidente na afirmação de que a “*Souveraineté Personne*”^[25] é vazia de conteúdo além do “Eu quero”, *L’ état c’est moi*.^[26] (MARX, 2005, p. 47).

Hegel tenta demonstrar a independência do monarca, entendido como personificação do poder soberano, em relação ao povo. “A soberania pode ser dita *popular* no sentido de que um povo em geral seja autônomo em *relação ao exterior* e constitua um Estado próprio” (HEGEL apud Marx, 2005, p. 48). Ao que Marx responde “Se o príncipe é a ‘soberania real do Estado’, então ‘o príncipe’ pode, também externamente, valer como o ‘Estado autônomo’, mesmo sem o povo. Mas se ele é soberano porque representa a unidade do povo, então ele é apenas [...] símbolo da soberania popular.(Ibidem, p. 48) Para Marx, só o povo é o Estado real, a única condição para existência do Estado. Este só existe em função do povo, que o constitui em unidade de si. “A soberania é um predicado que só existe em relação ao Estado, e este somente em relação ao povo real, uma multidão de homens que por força de sua unidade histórica se constitui em uma ordem para fins associativos, político, e sobretudo, sociais.” (TROTТА, 2004, p. 80-81) Caso contrário, é o monarca fosse a real soberania do Estado, não precisaria de um povo

para representar, e configuraria em si próprio, o Estado. Como observa Trotta “Soberania é um conceito abstrato, porém um conceito construído pelos indivíduos em sociedade”. (Ibidem, p. 81)

Em certa nota, lê-se

sociedade, comunidade, família, por mais concreta que ela seja em si mesma, tem a personalidade apenas como momento, nela abstrato; ela não chegou, aí, à verdade de sua existência, mas o Estado é precisamente essa totalidade, na qual os momentos do Conceito alcançam a realidade segundo a sua verdade peculiar. (HEGEL apud Marx, 2005, p. 58)

Ao que Marx contra-ataca

Hegel concebe sociedade, família etc., a *pessoa moral* em geral, não como a realização da pessoa real, empírica, mas como *pessoa real* que tem nela, porém o momento da personalidade apenas abstratamente. É por isso que, para ele, também não é a pessoa real que se converte em Estado, mas é o Estado apenas que deve se converter em pessoa real. Em vez do Estado ser produzido como [...] a mais elevada realidade social do homem, ocorre que *um único* homem empírico [...] é produzido como a mais alta realidade do Estado. (MARX, 2005, p. 58)

Assim, em Marx “tem na soberania a razão do Estado, o cume da realização política baseada numa racionalidade dentro dos parâmetros reais, e que tudo isso se atrela ao fato do homem ser, enquanto ser social, a fonte da existência do Estado.” (TROTТА, 2004, p. 82) Marx não ataca a concepção monárquica de governo em si, mas os malabarismos idealistas e especulativos, a inversão da relação sujeito-predicado indispensáveis para justificar a monarquia prussiana, uma instituição reacionária que pretendia passar-se por universal, por efetivação da Idéia.

Em Hegel se confundem soberania e poder soberano, que é exercido pelo monarca. Sendo que, em Marx o poder soberano repousa na sociedade e é exercido na qualidade social dos indivíduos.

Esses fragmentos são exemplos significativos da monarquia constitucional que Marx critica em Hegel, que da forma este concebe é “algo contraditório de cabo a rabo, é autocontraditório e nega a si mesmo” (LUKÁCS, 2007, p. 143).

N’ *A Crítica* Marx alcança dois objetivos fundamentais. No caráter imediato, ou seja, na crítica ao corolário político de Hegel, dá a luta democrática e de oposição contra o regime prussiano uma nova base teórica, superando as insuficiências do jovem hegelianismo. Já no caráter mediato, ou seja, na crítica holística do hegelianismo, traz à tona a contraditoriedade lógica da dialética idealista, submersa sob o mar da abstratividade lógico-especulativa. Nesta obra, ou seja, no interior da crítica de Marx ao sistema hegeliano está “a premissa para que a unidade de universal e particular possa ser

concebida pelo marxismo de modo dialético-materialista, ou seja, pela primeira vez de modo científico.” (Ibidem, p. 150)

Outro ponto importante sobre os manuscritos de 1843 é que estes já revelam de modo evidente que o materialismo dialético não é uma síntese, mero *potpourri* ou justaposição da dialética hegeliana e do materialismo feuerbachiano, pelo contrário é um método fundamentalmente novo, oposto à dialética idealista. Como certifica Lukács

o marxismo não nasce simplesmente da decisão de cancelar a mistificação do ‘espírito do mundo’ e de outros conceitos desse tipo, mas conservando, ao mesmo tempo, o método de Hegel, combinado de modo eclético [...] com um material recolhido das ciências naturais, com análises econômicas e sociológicas etc. (Ibidem, p. 150)

4 O CONCEITO DE DIREITO N’ A CRÍTICA DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL

Marx não se incomodou em erigir um sistema filosófico orgânico como Aristóteles, Kant ou Hegel. Pelo contrário, toda sua obra é voltada para a análise da sociedade a partir das condições materiais apresentadas, não através de um sistema lógico-abstrato. Isto torna, às vezes, difícil extrair conceitos prontos e acabados, tanto mais conceitos equívocos como *direito*, que em virtude da riqueza e complexidade que encerra, pertence ao rol daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível.

A tarefa torna-se ainda mais árdua por ser *A crítica* uma obra da juventude, ou do amadurecimento, marxiana. No início de 1843, o método materialista dialético não está totalmente desenvolvido, apesar do expressivo avanço e do seu significado histórico, “ainda esta integralmente subordinada à crítica democrática-revolucionária da teoria social de Hegel.” (Ibidem, p. 151) Como assegura Lukács, “Com efeito, embora o ponto de vista materialista já desempenhe um papel significativo em tais manuscritos, falta ainda o fundamento essencial, ou seja, o ponto de vista de classe do proletariado.” (Ibidem, p. 151) Soma-se a este agravante, a relação do jovem Marx com a ciência jurídica e a atenção que dispensou a esta, e embora houvesse “iniciado sua carreira universitária como estudante de direito, logo perdeu o interesse pelo assunto e pouco escreveu de sistemático ou extenso sobre questões de teoria jurídica e de história do direito ou sobre o lugar do direito na sociedade”. (WAYNE, 2006. p. 32)

Apesar do exposto, as profícuas idéias críticas e igualitárias de Marx dirigidas ao direito possibilitam um vasto cabedal teórico e a construção de uma práxis profissional alternativa à concepção positivista. Algumas categorias trabalhadas por Marx nos manuscritos de 1843 são fundamentais na análise zetética do direito hodierno[27], contrário à dogmática estéril.

Marx situa o direito “no plano da superestrutura política, alicerçada na infra-estrutura econômica.” (Ibidem, p. 30) Destarte, a concepção jurídica de Marx fundamenta-se em dois pontos precípuos e inter-relacionados: a subordinação do direito à economia e,

conseqüentemente, a sua dependência da evolução histórica. N' *A crítica* Marx ainda não havia tomado contato com o pensamento inglês político e econômico clássico de Adam Smith e David Richard, tampouco com o socialismo utópico francês de Saint-Simon, Fourier e Blanc.[28] Portanto, não havia desenvolvido a marcante consciência social-proletária das obras da maturidade, porém em 1843 já percebia de maneira assaz nítida o caráter histórico e social das construções morais, religiosas, políticas e filosóficas, dentre elas o direito. Ao defender-se da acusação de instigar a revolução em Colônia, Marx sintetiza de maneira magnífica seu pensamento sobre a relação entre direito e sociedade “a sociedade não se alicerça no direito. Isso é uma ficção legal. Pelo contrário, é o direito que tem a sua base na sociedade. O direito deve exprimir os interesses e as necessidades da sociedade, que são o resultado dos métodos matérias de produção.” (MARX apud Sá Wayne, 2006, p. 30)

Dessa forma, refuta-se a afirmação de que Marx – e o marxismo – hostilizam o direito posto, à semelhança do anarquismo. Isto é uma falácia, Marx não é avesso ao direito e a suas normas, desde que emanem da sociedade. Tanto que no hegelianismo radical de sua juventude, pré manuscritos de 1843, adotou a posição de que “o ‘verdadeiro’ direito é a sistematização da liberdade, das regras internas das atividades humanas coerentes e ‘universais’.” (Ibidem, p. 32) O Marx de 1843 ojeriza as construções lógico-abstratas, dentre elas o direito hegeliano, que justificam e perpetuam o pseudo-poder político, e as atrocidades cometidas em nome e por ele, alienado dos indivíduos em sociedade.

As considerações feitas sobre *A crítica*, associadas à análise da evolução de Marx permitem conceituar direito como instrumento de síntese e forma ou modo de expressão das vontades e necessidades dos indivíduos da sociedade civil. Essa vontade sintetizada e legitimada pela sociedade é expressa na forma de ordenamento jurídico e de Estado. Para Marx, direito é uma categoria eminentemente social, realça-se, assim, sua ação como democrata-radical na sua juventude. É evidente que na Prússia do século XIX o direito era instrumentalizado e utilizado como sustentáculo de um governo anacrônico e reacionário, que não representava os anseios sociais, e por isso Marx resolve realizar a crítica democrática e radical da base teórica desse sistema, o idealismo hegeliano. Fê-lo para recolocar no lugar aquilo que lhe parecia de cabeça para baixo: a relação entre o social e o político. No jovem Marx, em 1843, a subordinação das condições espirituais às materiais já era capital para compreensão do mundo, por isso n' *A crítica* é o social, o elemento humano, o material que determinam o político, o lógico-especulativo, o abstrato. Dessa forma, o direito não deve condicionar a sociedade através de sua lógica própria e abstrata, mas sim, a partir das condições materiais daquela sociedade instituir o conjunto de normas necessárias à sua organização e funcionamento, estas consubstanciadas e legitimadas nos fatores reais, materiais de poder.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Volpe afirma que *A crítica* em relação aos outros textos da juventude marxiana

É o mais importante porque contém as premissas mais gerais de um novo método filosófico – sob o aspecto daquela crítica da lógica hegeliana (mediante a crítica da filosofia ético-jurídica hegeliana) como que Marx desmascara as mistificações da dialética apriorística, idealista e especulativa em geral, ou seja, as suas constitucionais petições de princípio ou tautologias substanciais (não meramente formais), conceptuais de tal dialética; contrapondo-lhe ao mesmo tempo aquela revolucionária dialética científica para que se apelará explicitamente na *Miséria da Filosofia* (1847) e que aplicará no *Capital*, depois de ter tomado consciência específica dela no que se refere aos problemas econômicos na *Introdução* de 1857 e *Para a Crítica da Economia Política* (1859). (VOLPE apud Trotta, 2006, p. 64)

Portanto, pelo exposto neste trabalho, fica claro que o conceito de direito marxiano nos manuscritos de 1843 ainda está em construção e em constante superação, ainda muito distante da afirmação feita no Manifesto do partido comunista: “O executivo do Estado (direito) moderno nada mais é do que um comitê para a administração dos assuntos comuns de toda a burguesia.” (MARX apud BOTTOMORE, 2001, p. 133). Marx já se encontrava no caminho das realizações que o colocariam de maneira definitiva – e em posição de destaque – no panteão dos grandes pensadores da humanidade.

Porém, apesar d’ *A Crítica* tratar-se de momento transitório do desenvolvimento de Marx, a análise de sua evolução espiritual e intelectual – do seu jovem hegelianismo até o materialismo histórico-dialético – e os aspectos críticos de sua concepção do direito e da sociedade constituem uma poderosa ferramenta na reconstrução de toda estrutura jurídica, do ensino superior até a práxis profissional, de maneira alternativa a concepção dogmática-positivista, ainda excessivamente presente no universo jurídico.

Por fim, o aspecto precípua da obra analisada, bem como de toda a obra de Marx, não é a construção dos conceitos de direito e Estado, ou quaisquer outros, tampouco a desmistificação da lógica especulativa do idealismo hegeliano, mas o exemplo de entrega total e intensa às suas convicções e ideais. Como Marx exorta

A exigência de abandonar as ilusões sobre sua situação é a exigência de abandonar uma situação que precisa de ilusões [...] A crítica não arranca as flores imaginárias dos grilhões para que o homem suporte os grilhões sem fantasias e consolo, mas para que se livre delas e possam brotar as flores vivas. (MARX apud Ferreira, 2008, p. 1)

É intrínseco ao direito seu caráter instrumental, ora é usado como cadeia opressora, ora como ferramenta libertária. Clama-se a todos aqueles que constroem diária e paulatinamente o universo jurídico que abandonem as flores ilusórias, aparentemente imanentes a esta realidade, contemplem os grilhões e utilizem o direito como instrumento de transformação. Que o direito seja utilizado na edificação de uma sociedade mais humana, justa e solidária.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrialle; et al. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. In **Revista Ágora: Políticas Públicas e Serviço Social**, Ano 2, nº 3, dezembro de 2005, s/p. Disponível em: <www.assistentesocial.com.br/agora3/coutinho.doc>. Consulta em: 28 jul. 2008.

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético I: Produção e reprodução social – uma leitura do trabalho como categoria ontológica. In: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. **Serviço Social: Etapa 01**. v.3. Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 11-29.

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético II: Luta de classes e revolução social - contribuições marxianas para a crítica e a superação da sociedade capitalista. In: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. **Serviço Social: Etapa 02**. v.2. Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 18-33.

INWOOD, Michael. **Dicionário de Hegel**. Tradução de Álvaro Cabral; Revisão técnica de Karla Chediak. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LUKÁCS, György. O jovem Marx, sua evolução filosófica de 1840 a 1844. In: _____. **O jovem Marx e outros escritos de filosofia**. Rio de Janeiro: EDUFRRJ, 2007, p.89-120.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Bomtempo, 2005.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Método, 2008.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. **Elementos para análise marxista do direito**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

TROTTA, Wellington. **A Crítica da Filosofia do Direito de Hegel como matéria prima da teoria política de Marx em 1843**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)- Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

[1] Segue-se a classificação de Carlos Nelson Coutinho que considera Modernidade “... da época histórica que se inicia com o Renascimento e na qual, apesar das apressadas afirmações em contrário dos chamados ‘pós-modernos’, ainda estamos hoje inseridos” (Coutinho, 2005)

[2] “*Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert; es kömmt drauf an, sie zu verändern*”(Os filósofos se limitaram a interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo.)

[3] Obra publicada em 1843, sob o título original de *Zur Kritik der hegelischen Rechtsphilosophie*.

[4] Marx se apropriou do materialismo após ter contato com as Teses provisórias para a reforma da Filosofia (1842), de Feuerbach.

[5] *Doktorclub* – Clube do doutor. Ou hegelianos de esquerda, grupo que propunha uma leitura progressista de Hegel. Eram membros do grupo além de Marx e Hegel, pensadores do calibre de Feuerbach, Stauss, os irmãos Bauer, Hess, Ruge e Stirner.

[6] *Über die Differenz der Demokritischen und Epikureischen Naturphilosophie*.

[7] Marx já trabalhava em *Diferenças* em 1839, e só a concluiu em 1841.

[8] Que em 1843 seriam radicalizados n’ *A Questão Judaica*

[9] Interpretação formulada pela primeira vez por Heinrich Heine, por volta de 1830.

[10] Segundo Lukacs, “para estes era suficiente extrair da doutrina de Hegel o núcleo revolucionário esotérico, deixando de lado o invólucro exotérico, ou seja, o momento da efetiva acomodação. (LUKACS, 2007, p. 126).

[11] *Zur Judenfrage*. Ensaio escrito em 1843, crítica às concepções de Bauer sobre o anti-semitismo e os Direitos Humanos.

[12] *Die heilige Familie oder Kritik der Kritischen Kritik*. Obra escrita em parceria com Engels em 1844, crítica aos jovens hegelianos, principalmente os irmãos Bauer (satirizados no título), que preconizavam uma política liberal elitista.

[13] *Die Posaune des Jüngsten Gerichts über Hegel den Atheisten et l'antichristen* ou Trombeta do juízo universal contra Hegel ateu e anti-Cristo.

[14] Anekdoten.

[15] *Das Wesen des Christentums*, 1841.

[16] *Rheinische Zeitung*.

[17] Literalmente, pré-março; período que antecede a revolução alemã de março 1848. Marcado pela efervescência política de cunho democrata e radical.

[18] *Deutsch-Französische Jahrbücher*. Publicação periódica voltada para o debate entre filósofos alemães e socialistas franceses. Foi publicado apenas um número (Paris, 1844).

[19] *Grundrisse der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse* ou *Fundamentos da filosofia do direito ou direito natural e ciência política em compêndio*, obra de 1833.

[20] Notadamente na *Trombeta*.

[21] *Vorläufige Thesen über die Reform der Philosophie*. Obra publicada em 1842.

[22] Superação cristalizada em 1845 nas *Thesen über Feuerbach* (Teses sobre Feuerbach), curtas notas críticas sobre Feuerbach e o materialismo metafísico dos jovens hegelianos.

[23] Dever ser.

[24] Nas citações de Hegel retiradas d' *A crítica* o grifo é de Marx.

[25] Soberania personifica

[26] O Estado sou eu.

[27] Em rol meramente exemplificativo: o conceito e substância constitucional, titularidade e exercício da soberania, legitimação popular, estado democrático de direito.

[28] Segundo Lênin foram três fontes e três partes integrantes do marxismo ou socialismo científico. A filosofia alemã, além do socialismo utópico francês e da economia política inglesa, já citados. Em 1843, Marx havia tomado contato somente com a primeira.

AS ELEIÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - 1974 A 1979

THE ELECTIONS OF THE BAR'S FEDERAL COUNCIL - 1974 THE 1979

Edson Medeiros Branco Luiz

RESUMO

A pesquisa visa analisar como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - atuou durante os anos de 1974 a 1979. Período governado pelo General Ernesto Geisel, governo integrante do regime militar - que ocorreu entre os anos de 1964 a 1985. Alguns anos após ter conferido apoio ao golpe militar, a OAB converteu-se em entidade mobilizadora contra os abusos e barbáries cometidas no regime militar. A resistência democrática conferida pela OAB durante o governo Geisel é o foco da pesquisa em tela. As balizas de fundamentação da mesma são feitas através de extratos das atas do Conselho Federal da OAB, Revista da OAB, "Órgão de Divulgação" - Jornal Institucional dos Advogados Fluminenses; bem como do "Jornal do Brasil", jornal impresso de ampla circulação; e ainda de livros e artigos científicos sobre o tema e o período.

PALAVRAS-CHAVES: "ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL"; "DITADURA MILITAR"; "GOVERNO GEISEL"

ABSTRACT

The research aims at to analyze as the Bar Association of Brazil - OAB - acted during the years of 1974 the 1979. Period governed for General Ernesto Geisel, integrant government of the military regimen - that it occurred enters the years of 1964 the 1985. Some years after to have conferred support to the military blow, the OAB became into mobilizadora entity against the abuses and barbarities committed in the military regimen. The democratic resistance conferred by the OAB during the Geisel government is the focus of the research in screen. The beacons of recital of the same one are made through extracts of acts of the Federal Advice of the OAB, Reviewed of the OAB, "Órgão de Divulgação" - Institutional Periodical of the Of the state of Rio de Janeiro Lawyers; as well as of "Jornal do Brasil" , periodical printed matter of ample circulation; e still of books and scientific articles on the subject and the period.

KEYWORDS: "BAR ASSOCIATION OF BRAZIL"; "MILITARY DICTATORSHIP"; "GEISEL GOVERNMENT"

1.1 - Aspectos preliminares

O presente ensaio objetiva analisar como a Ordem dos Advogados do Brasil, em sua instância federal, atuou durante o Governo do General Ernesto Geisel, militar que presidiu o país entre 15 de março de 1974 até 15 de março de 1979.

Compreende os processos decisórios acerca da escolha dos Presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao decorrer dos cinco anos que durou o governo Geisel, apresentando ainda trechos dos discursos de posse e de encerramento das respectivas gestões, associado à percepção que a imprensa, através do JORNAL DO BRASIL, tinha sobre tais eventos.

Salienta-se que quando o general Ernesto Geisel assumiu a Presidência da República, o comando da OAB competia, desde 1º de abril de 1973, a José Ribeiro de Castro Filho. Este transmitiu o cargo em 1º de abril de 1975 para Caio Mário Pereira da Silva. Dois anos depois assumia Raymundo Faoro que por sua vez, entregava em 1º de abril de 1979 a Eduardo Seabra Fagundes, data a qual o general João Batista Figueiredo já governava o País há alguns dias.

Assim, a pesquisa, ao apresentar como parâmetros a gestão do governo Geisel, tem como balizas o segundo ano da administração de Castro Filho, o mandato de Caio Mário até o penúltimo mês da gestão de Raymundo Faoro.

Ciente dos membros que comandaram a OAB; neste período, questionam-se, então, quais eram as exigências para se candidatar à referida entidade?

1.2 - Lei 4.215/63 - O Estatuto da OAB

Sancionado em 27 de abril de 1963, pelo Presidente João Goulart, a Lei 4.215 dispunha sobre o Estatuto da OAB, no qual expunha que a composição da Diretoria da OAB e eleição para o mesmo, a seguinte norma:

A Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil é composta de um Presidente, um Vice-presidente, um Secretário-Geral, um Subsecretário-Geral e um Tesoureiro, eleitos bianualmente pelo Conselho Federal por voto secreto e maioria absoluta das delegações (arts. 13 e 14), realizando-se tantos escrutínios quantos necessários para obtenção desse quorum.[2]

O Presidente da Ordem será eleito pelo Conselho Federal, dentre advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de exercício de advocacia.[3]

O Vice-Presidente, o Secretário-Geral, o Subsecretário-Geral e o Tesoureiro serão escolhidos dentre os membros do Conselho Federal"[4]

Logo, o cargo de presidente da OAB poderia ser disputado por qualquer advogado, mesmo que não compusesse o Conselho Federal, desde que atendesse os requisitos de possuir mais de dez anos de exercício profissional, além de notável saber jurídico e reputação ilibada. Já aos demais membros da diretoria exigia-se que fossem, necessariamente, componentes do Conselho Federal.

Assim, o Conselho Federal era composto da seguinte forma:

O Conselho Federal compõe-se de um Presidente, eleito diretamente (art. 7º, § 1º) e de três delegados de cada Seção, dentre os quais serão escolhidos os demais membros da sua Diretoria (art. 7º, § 2º).[5]

São membros natos do Conselho Federal os ex-presidentes da Ordem dos Advogados do Brasil com voz e voto nas suas deliberações.[6]

A Diretoria, do Conselho Federal é a mesma da Ordem dos Advogados do Brasil.[7]

Os Conselhos Seccionais do Distrito Federal, dos Estados e Territórios elegerão por dois anos, em fevereiro do primeiro ano do seu mandato, os representantes destinados à composição do Conselho Federal.[8]

Só poderão ser membros do Conselho Federal os advogados que exerçam a profissão, ininterruptamente, há mais de cinco anos, salvo se na vigência de inscrição anterior, tenham desempenhado funções no mesmo Conselho, bem como os que não ocuparam cargos públicos de que possam ser demitidos *ad nutum* ou não tenham sido condenados por infração disciplinar.[9]

Destarte, o Conselho Federal tinha como composição: o presidente, os ex-presidentes (com direito a voz e voto) e dos três delegados de cada seção, exigindo-se que estes apresentassem o exercício da advocacia de forma ininterrupta por mais de cinco anos, como condição para que concorressem como conselheiros federais advindos das seccionais.

Observa-se que a estrutura do processo eleitoral da OAB não fazia alusão sobre eventual possibilidade de reeleição dos cargos da diretoria da OAB, bem como não regulamentava a questão de imposição de chapas para concorrer.

1.3 - Comentário sobre a eleição de José Ribeiro de Castro Filho

Ainda que não faça parte do objeto de estudo, já que a eleição de Castro Filho ao comando da OAB ocorreu em 1º de abril de 1973, na gestão do General Emílio Médici, há uma peculiaridade sobre o pleito, que favorece o presente comentário.

Conforme mencionado anteriormente, não existia vedação junto ao Estatuto da OAB que impedisse a reeleição. Assim, José Cavalcanti Neves, Presidente durante o biênio 1971-1973, tentou a reeleição ao concorrer para o seguinte biênio, tendo como adversário José Ribeiro de Castro Filho.

Apesar de não haver a obrigação estatutária para a montagem da chapa, a eleição ocorrida em 1º de abril de 1973 apresentava duas chapas. A primeira tendo o então Presidente José Cavalcanti Neves; Raymundo Faoro como Vice-Presidente; Sylvio Curado para Secretário-Geral; Carlos V. Nogueira como Subsecretário; e José Tavares de Cunha Mello para Tesoureiro.

Já a segunda chapa apresentava, respectivamente: José Ribeiro de Castro Filho para Presidente; Wilson Egito Coelho, Vice-presidente; Paulo Barreto de Araújo, Secretário; Carlos Maurício M. Rodrigues, Subsecretário; e Jurandy Santos Silva como Tesoureiro.

Como já exposto, era uma eleição atípica pelo fato da tentativa de reeleição de Cavalcanti Neves. Não que outros presidentes já não tivessem mobilizado para tal intuito, mas era de fato a primeira vez que um Presidente da OAB se colocava a concorrer em prol de tal objetivo. Existe a exceção do perseverante fundador da OAB, Levi Carneiro, que fora mantido como presidente pelos seus pares, em face da implantação da referida entidade.

Questionado sobre a tentativa do segundo mandato, Cavalcanti Neves expôs em entrevista à própria instituição que:

Mais uma vez foi um movimento das bases da entidade. Das 23 Seccionais, 14 lançaram a minha candidatura e nove apoiaram o José Ribeiro de Castro Filho, então presidente da seccional da Guanabara. Assim o resultado da eleição deveria ser a meu favor. Mas no dia da eleição os delegados do Piauí, de São Paulo, Mato Grosso e Santa Catarina, resolveram não cumprir os compromissos assumidos, em favor da minha candidatura, pelas seccionais que representavam - é bom que fique claro: as seccionais mantiveram os seus compromissos, que não foram honrados pelos seus delegados. Tive Raymundo Faoro como companheiro de chapa, disputando a vice-presidência. Ao final, foi eleito Ribeiro de Castro por 13 votos contra dez dados a mim. Ele foi firme nas posições que assumiu. Foi um grande presidente.[10]

Afinal, quais seriam os motivos que levariam quatros seccionais a mudarem seus votos?

Apesar de não possuir elementos mais apurados, os documentos e referências, na qual se teve acesso, revelam que não obstante de possuir uma avaliação favorável de sua gestão, fundamentado pelo próprio presidente-candidato através das "bases da

entidade", por ter o apoio declarado de 14 das 23 seccionais. Tal adesão garantiria sua vitória, vez que a maioria absoluta do *quorum* se fazia com 13 votos.

Contudo, a manutenção da "praxe da não-reeleição" derrotara Cavalcanti Neves. Este fato, segundo o livro institucional da OAB[11] contribuiu para que a mesma obtivesse "um perfil de organização na qual os indivíduos devem se submeter à marca institucional. A comparação com a 'ABI do Dr. Barbosa Lima Sobrinho[12]' é inevitável".

A postura dos componentes da OAB era diversa da ABI, que tinha na postura de Barbosa Lima Sobrinho, ferrenho combatente em prol das prerrogativas democráticas. Já os advogados possuíam a própria instituição como baluarte dos interesses democráticos.

Assim, a eleição de 1973 no qual apresentava José Cavalcanti Neves e José Ribeiro de Castro Filho como concorrentes, conferiu a este, por 3 votos de diferença, a presidência da OAB com a sua mencionada chapa, assumindo no mesmo dia da eleição, em 1º de abril.

José Ribeiro de Castro Filho antes de ter sido presidente da OAB, fora presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros entre os anos de 1966-1968, bem como presidente da seccional da Guanabara durante o biênio 1971-1973.

1.4 - O lançamento da candidatura para o biênio 1975-1977

Em 28 de fevereiro de 1975 era lançado o nome de Caio Mário Pereira da Silva como candidato à presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, através do "Órgão de Divulgação", jornal institucional dos advogados fluminenses.

Reitera-se que, apesar da mudança da Capital Federal para Brasília em 1960, o Conselho Federal da OAB situava-se no Estado da Guanabara, posteriormente Estado do Rio de Janeiro e ainda nessa época não possuía meios de comunicação eficientes que pudesse manter informados seus membros.

Aliás, o livro dos professores Leila Linhares e Renato Lessa aponta que:

as duas instâncias (OAB Federal e Seccional do Rio de Janeiro) ocuparam, durante maior parte de suas existências, o mesmo espaço físico: o prédio da Casa do Advogado, no Rio de Janeiro. Essa proximidade física fez com que, inevitavelmente, suas agendas e desafios fossem compartilhados.[13]

Logo o "Órgão de Divulgação", hoje "Tribuna do Advogado", servia como canal de informação, ainda que de forma reflexa vez que era distribuído para outras seccionais, acerca da conjuntura do Conselho Federal.

Serviu assim o referido jornal como manifesto assinado por nove juristas sobre os motivos que lançavam Caio Mário Pereira da Silva como candidato ao referido biênio. O manifesto expunha entre outras razões, que:

Está lançada a candidatura do advogado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA à presidência da Ordem dos Advogados do Brasil e do seu CONSELHO FEDERAL, em substituição ao intrépido, dedicado e brilhante "batonnier" JOSÉ RIBEIRO DE CASTRO FILHO, que termina o seu fecundo mandato no próximo dia 31 de março, cercado do prestígio nacional de toda a classe, de cujas prerrogativas e independência tem sido campeador e baluarte.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com mais de 30 anos de advocacia, ilustrando com os exemplos da sua afanosa banca as magistras lições de Professor de Direito Civil e Direito Romano... Ele é, juntamente com o doutrinador, o militante afirmativo e determinado, decidido e decisivo. É o advogado que postula, com bravura e persuasão, ao mesmo tempo a defesa da honra, do patrimônio e da liberdade dos cidadãos, como dos seus próprios colegas, a cuja representação pertence, membro eminente que é do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,

Sua candidatura nasceu na V Conferência Nacional da OAB, de que foi um dos marcantes relatores, no tema geral da defesa dos direitos humanos, apoiada por numerosas delegações do Conselho Federal e das Seções Estaduais presentes. Nasceu e tomou corpo, desde então, repercutindo na classe dos Advogados do Brasil com a simpatia, a efusão e a confiança de vê-la consagrada nas eleições de 1º de abril próximo.

Estas palavras, que uma pequena parcela dos seus admiradores lança aos demais colegas, não é um manifesto de grupo, nem uma proclamação eleitoral de facção. Somos advogados de diversos setores da advocacia militante, conhecendo-nos e nos encontrando episodicamente em nossas tarefas profissionais, modesto corte estatístico nos diversos campos da classe, que o lançamento da candidatura de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA à presidência do nosso órgão supremo entusiasmou e sensibilizou.

...

É para a difusão e a compreensão cada vez mais ampla do papel do advogado, e, por isso, da necessidade de proteção à sua independência, em face de poderes e potentados que a Ordem dos Advogados do Brasil precisa, à sua frente, de nomes como o de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, talento, saber, alta reputação moral e profissional, bravura sem desafio, desvelo, pertinência, experiência da vida pública, sobretudo, capacidade de liderança, assim entre os seus pares como junto às gerações de jovens com que vive e convive no seu operoso magistério com o qual ilumina ao mesmo tempo os anfiteatros das aulas de Mestre e as tribunas e 'salas dos passos perdidos' dos Tribunais.

O documento, emitido em 11 de janeiro de 1975, era assinado por nove juristas, no qual seis eram ex-presidentes do CFOAB, a saber: Alberto Barreto de Melo, Alcino de Paula Salazar, Haroldo Valladão, Laudo de Almeida Camargo, Nehemias da Silva Gueiros e

Samuel Vital Duarte, além dos conselheiros federais: Dario de Almeida Magalhães, Francisco de Assis Serrano Neves e Heráclito Fontoura Sobral Pinto.

1.5 - 1975: A eleição de um Presidente e os dois candidatos a Vice

Reiterando que a proposta deste capítulo é expor como ocorreram as eleições do "batonnier" durante o Governo Geisel e seus respectivos discursos de posse e de encerramento de gestão. Não é a meta deste artigo pontuar as ações dos presidentes da OAB durante seus mandatos.

Com o término do mandato de José Ribeiro de Castro Filho para 1º de abril de 1975, concorria ao pleito apenas o mineiro Caio Mário Pereira da Silva.

O professor Caio Mário, *expert* em Direito Civil, apresentava um viés conciliador, isto porque, vinculado aos antigos udenistas mineiro, fora Secretário Estadual de Segurança Pública de Minas Gerais no Governo de Magalhães Pinto; chefe de gabinete do Ministro da Justiça Milton Campos entre os anos de 1964 a 1965; e ainda chefe de gabinete do Ministro da Educação Pedro Aleixo, em 1966.

Tal perfil apresentava sintonia com o "aperfeiçoamento democrático" no qual Geisel expusera no seu discurso de abertura do ano legislativo de 1975.

Assim, apenas Caio Mário se propunha a concorrer para presidente da OAB. Já ao cargo de Vice-presidente apresentava-se uma disputa, eis que de um lado Heleno Fragoso e de outro Jorge Loretti impulsionavam o processo eleitoral.

Sobre os dois candidatos a vice-presidente se pode expor em breves palavras: que Heleno Fragoso era advogado criminalista e compunha o Conselho Federal enquanto delegado das Seccionais da Guanabara e do Rio de Janeiro (decorrente da fusão dos Estados).

Enquanto Jorge Loretti, também especializado em matéria criminal com ênfase em crimes eleitorais, integrava o mesmo conselho como delegado da Guanabara e do Amazonas - ressalva-se que não havia restrição ao advogado representar outro estado, desde que atendesse aos requisitos supra-mencionados.

Apresentando apenas um candidato à presidência da OAB e dois candidatos à vice estava configurado o processo eleitoral para o biênio 1975-1977. Sem maiores surpresas Caio Mário foi eleito com 19 votos, com 3 votos em branco. Com 16 votos consagrou-se vice-presidente Heleno Fragoso, vez que Jorge Loretti recebera 5 votos.

Junto a Caio Mário e Heleno Fragoso compunha ainda a gestão, respectivamente: Oswaldo Astolfo de Rezende, Secretário-Geral; Raul de Souza Silveira, Subsecretário; e ao cargo de Tesoureiro assumiu Ernesto Pereira Borges em substituição ao eleito Rubens Ferraz, que renunciou ao cargo.

1.6 - A posse de Caio Mário

Procedida a referida eleição, a nova diretoria da OAB tomou posse no mesmo dia. Ao transmitir o cargo, José Ribeiro de Castro Filho entregou o relatório sobre sua administração. Segundo o JORNAL DO BRASIL do dia seguinte, entre outras coisas:

O relatório lembra que em março do ano passado, a Ordem se manifestou sobre 'os riscos da advocacia', ao denunciar violências sofridas por advogados nas atividades de sua profissão.

Continua o documento: 'nós nos opomos sistematicamente no crime em todas as suas formas e modalidades de manifestação, até porque é ele a negação da juricidade, mas sustentamos, apesar dos riscos que são muitos, o direito de defesa do criminoso.'

- Hoje - relembra o Sr. Ribeiro de Castro, decorrido um ano e quando nos era lícito esperar por novos comportamentos, os mesmos processos persistem e nesse período mais de uma dezena de advogados voltaram a ser submetidos as mesmas ilegalidades e violências,

- Nesse espaço, como no anterior, a Ordem denunciou as arbitrariedades, impetrou *habeas corpus* e assistiu as famílias angustiadas de colegas. Por parte das autoridades superiores, é importante assinalar que, em várias oportunidades, encontrou ação pronta e enérgica no propósito de coibir tais desmandos.

...

Sobre o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o ex-presidente da Ordem também manifesta sua opinião:

- O Conselho não se justifica em um Estado onde o Judiciário é autônomo e o cidadão tem assegurado o pleno exercício das garantias constitucionais. Mesmo com essa opinião, a Ordem continuou a participar das reuniões do Conselho de Defesa e só deixou de fazê-lo em circunstâncias especiais e como forma de protesto, como por ocasião do seqüestro do advogado José Carlos Brandão Monteiro, do Paraná.

O relatório cita ainda como realizações de destaque, durante a gestão do Sr. Ribeiro de Castro, a V Conferência Nacional da OAB, a indicação de advogados brasileiros para a União Internacional de Advogados, a criação do Fundo de Assistência e a fusão das seções da Guanabara e Estado do Rio.[14]

Recebido o relatório, Caio Mário pronunciou o seguinte discurso, no qual são trazidos alguns trechos:

Agradeço então aos prezados companheiros pela distinção que me conferem. Agradeço a Deus, que sempre guiou os meus passos, amparando-me os momentos difíceis, e dando-me a energia necessária para que jamais esmorecesse ante os obstáculos levantados e as urzes semeadas no meu caminho.

...

Eu já cheguei, porém, ao altiplano da existência, calejado das lutas, posto que animado da mesma força interior jamais desmentida, para me não deslumbrar no foco das homenagens, e não menoscar as responsabilidades.

A primeira de todas é o fato de suceder ao insigne Presidente José Ribeiro de Castro Filho... Na Presidência deste Conselho Federal, sobreexcedeu-se a si mesmo. Cresceu muito. Infatigável. Dedicado. Vigilante. Sempre na estacada de todas as lutas... Onde quer se fizesse mister, ai estava a sua espada de campeador, sustentando as prerrogativas da classe, os direitos dos advogados, os atributos da pessoa humana.

...

Grandes e graves são os problemas que nos envolvem, e nos cercam, e nos atribulam, e nos atormentam, e nos ameaçam. Hoje, mais do que nunca ao advogado exigem-se sacrifícios crescentes e enfrenta ele perigos constantes.

Em todas as fases de nossa história, o advogado esteve presente na hora das convocações... Notadamente nos momentos grave de afirmação, ou de superação das crises que nos têm a espaços ameaçados. Hoje, porém, uma aura tecnocrata intenta banir o 'letrado' dos comícios nacionais, substituído pelo culto das ciências exatas, levado aos páramos de providências salvadoras. Equívoco, entretanto. Pois se é certa e necessária a atuação dos técnicos, não é possível reduzir os problemas sociais e as questões políticas a fórmulas numéricas, ou resolvê-las por equações algébricas. Sem nunca desmerecer o cientista neste mundo dos computadores, da cibernética e do desenvolvimento, cumpre, todavia lembrar que a todo o momento as deformações de conceitos, os desvios de perspectiva, o desconhecimento dos direitos elementares, o desprezo pela dignidade da pessoa humana exigem a assídua e obstinada atuação do advogado. Enquanto o técnico vive a vida técnica do seu tecnicismo, o advogado está em constante integração com a problemática social. Ele a compreende. Ele a sente. Ele a sofre. Está em condições de opinar e de esclarecer. E quando o eclipse obscurece as liberdades fundamentais, ele e não outro é habilitado a manipular o instrumental restaurador.

...

Acredito que à Ordem dos Advogados está reservado o desempenho de um papel histórico. Onze anos decorridos da Revolução de 1964, com as suas etapas de implantação, de consolidação, de eclipse das liberdades, de tensões de toda ordem, chegou afora ao pináculo de seu trabalho construtivo. Atingiu o espigão da cordilheira. Alcançou o ponto da estrada que se bifurca em dois rumos. E tem de fazer a sua opção corajosa e sincera. Ou aceitar o descaminho das acomodações e do império da força, ou enfrentar a marcha segura, posto que árdua, do retorno aos quadros institucionais estáveis. O Advogado, afeito pelas exigências da profissão aos problemas sociais, tem todas as condições para colaborar no processo da distensão. Acompanha com o mais

vivo interesse o despertar da liberdade de imprensa, que sempre defendeu e procurou sustentar. Recolhe, com o maior carinho, os pronunciamentos dos Presidentes das duas Casas do Congresso, e compartilha de seus desejos e de seus planos reconstrutivos. E, sobretudo, confia na atitude e nos propósitos do Sr. Presidente da República, quando reabre o diálogo até agora interrompido, com a opinião pública já descrente, porém apta e sempre disposta a retomá-lo com calor, e a realizar estes grandes objetivos.

Não negará a sua participação no processo de reedificação das instituições republicanas; defenderá o restabelecimento das garantias constitucionais, devidas aos magistrados e aos cidadãos. Promoverá o que estiver ao seu alcance, para que se restabeleça o primado do direito sem as transigências com a ordem pública. Defenderá, como tem feito, o restabelecimento do *habeas-corpus* na sua plenitude. Denunciará destemida e grave, todo abuso, toda violência, todo desrespeito às prerrogativas individuais dos cidadãos e dos seres humanos.

A minha eleição reveste-se de características muito peculiares. Ela não resultou da vitória de um grupo sobrepujando outro grupo. Ela exprime o apoio de toda a classe em todo o País. De todos os Estados. De todas as Seções.

Diante desta votação quase unânime, eu curvo a cabeça contrito e apreensivo. Não vejo nela a consagração de méritos pessoais, que bem sei são os tenho. Na humildade de meu coração, enxergo o voto de confiança dos que hoje entregam o leme da entidade ao mais modesto de seus integrantes, mas que é o advogado que nunca descreu de seus ideais. Compreendo neste pronunciamento a palavra de uma classe apreensiva, porém esperançosa, em que horizontes desanuviados se descortinem para si mesma e para a Nação.

E, sobretudo, eu traduzo este sufrágio maciço numa palavra de afirmação aos que nos olham, nos observam e nos vigiam, como lhes dizer nesta hora das dificuldades e das expectativas, que nós somos um só... E todos unidos, nós imploramos ao Senhor de nossos destinos que nos conserve sempre juntos como amigos e como irmãos. Que ilumine os roteiros deste seu Presidente. Que remova as pedras de seu caminho. Que o encoraje nas desventuras. E que o ajude a conservar a Ordem dos Advogados do Brasil com os mesmos atributos que a qualificaram no passado. Para a independência da classe. Para o engrandecimento da Pátria.[15]

Como visto, o discurso de posse do *batonnier* Caio Mário expressou a responsabilidade do referido cargo e a sua missão a frente ao mesmo, cabendo aos advogados papel relevante no processo de distensão, o restabelecimento das garantias fundamentais como o *habeas corpus*, além disso, é cristalino sua postura sobre o Governo Geisel em reabrir o diálogo com a opinião pública.

Em suma, a preleção de Caio Mário reflete a situação que o País passava, não vivenciando plenamente seus direitos, chamando ainda atenção ao papel do advogado *versus* ao tecnocrata, onde este viveria do seu tecnicismo. Já o advogado estaria integrado com a "problemática social".

1.7 - O findar de uma gestão

O desenvolvimento da gestão de Caio Mário levava, obrigatoriamente, a mais um processo sucessório. Como seria a disputa para o biênio 1977-1979? Seria mais uma vez um candidato único? Ou ainda, tentaria Caio Mário sua reeleição, vez que ele fora candidato único dois anos antes?

Não. O pleito ocorrido em 1º de abril de 1977 se mostrava bem diverso do que ocorrera em 1973, quando José Cavalcanti Neves tentou a reeleição; ou em 1975, quando Caio Mário disputou sozinho à presidência, quando expôs em seu discurso de posse que: "A minha eleição reveste-se de características muito peculiares. Ela não resultou da vitória de um grupo sobrepujando outro grupo. Ela exprime o apoio de toda a classe em todo o País."^[16]

A eleição de 1977 se apresentava fracionada. Isto porque, concorriam três candidatos: onde dois apresentavam formações bem heterogêneas dos convencionais advogados militantes de fórum, vez que ambos os candidatos eram bem conhecidos além dos meios jurídicos. Já que de um lado tinha-se Josaphat Marinho e, de outro, Raymundo Faoro.

O primeiro candidato, Josaphat Marinho, era considerado um nome relevante junto ao cenário político baiano e nacional, fora Senador do MDB entre os anos de 1963 a 1971, professor das Faculdades de Direito da Universidade Federal da Bahia e da Universidade de Brasília e tinha efetiva participação junto aos eventos da OAB.

Já o gaúcho Raymundo Faoro, que concorrera à vice na chapa de Cavalcanti Neves, em 1973, era Procurador do Estado do Rio de Janeiro concursado e autor de uma das relevantes obras da historiografia nacional - "Os donos do poder", publicado ainda em 1958.

Acerca do terceiro candidato, Carlos Roberto Martins Rodrigues, não se obteve maiores informações junto aos órgãos especializados e que a ciência do seu nome como concorrente ao processo eleitoral só foi possível através da leitura do JORNAL DO BRASIL de 2 de abril de 1977, página 19.

Era uma disputa acirrada com candidatos possuindo origens diversificadas, no qual um deles comandaria a entidade enquanto o governo Geisel se encerrava. Assim, em 1º de abril de 1977^[17], o Conselho Federal da OAB realizava a eleição para decidir qual destes assumiria. Contando com *quorum* de vinte e quatro votos. Foi iniciada a votação, mas ao computar os votos, constatou-se a necessidade de um segundo escrutínio; isto porque a votação entre as chapas se apresentava da seguinte forma: doze votos para a chapa de Faoro, onze votos para a chapa de Marinho, e um voto para Rodrigues.

Com a não obtenção dos treze votos, que representava a maioria absoluta, ocorreu o segundo escrutínio com os dois candidatos mais bem votados.

Mas afinal, quais motivos levavam a uma disputa tão acirrada como esta, onde a diferença entre os dois candidatos mais votados se fazia por um voto?

Mais do que interesses restritos aos quadros internos da entidade, essa eleição mostrava o cenário brasileiro a favor da distensão da qual o presidente Geisel apontava em prol da "abertura lenta, gradual". Onde os dois candidatos apresentavam-se além da estrita compreensão do advogado militante do fórum.

Se para alguns, a anterior militância partidária junto ao Movimento Democrático Brasileiro era prejudicial a Josaphat Marinho, sob risco de converter a OAB em entidade com viés partidário; para outros, recaía sobre Raymundo Faoro a questão da representação do Conselho Federal de Cultura junto ao Conselho de Defesa de Direitos da Pessoa Humana[18].

Segundo Elio Gaspari, em "A Ditadura Encurralada" expõe acerca de Raymundo Faoro e o referido Conselho Federal de Cultura, o seguinte. É ver:

Em contrapartida, muitos dos seus colegas viam com reserva a eleição de um servidor público para a presidência da Ordem. Como representante do Conselho Federal de Cultura no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, votara com o governo pelo arquivamento do caso do ex- deputado Rubens Paiva, assassinado no DOI do Rio, mas dado por desaparecido pelo I Exército.[19]

Ao que pese a exposição no qual Elio Gaspari alude sobre o argumento que rechaçava a votação em Raymundo Faoro, ocorrem dois pontos que colidem com os outros documentos coletados.

Os pontos em destaque são o fato de Faoro ter participado junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana no caso Rubens Paiva, e segundo, por ter votado com o governo.

O primeiro ponto a ser refutado é exposto pelo próprio Elio Gaspari, ao listar no rodapé o JORNAL DO BRASIL de 22 de outubro de 1978, Caderno Especial, página 5. Ao buscar tal caderno, constatou-se que na verdade a matéria vai até a página 4 e na anterior faz a devida referência ao CDDPH e versa o seguinte:

Com o voto do Ministro Alfredo Buzaid, que na segunda quinzena de julho de 1971 presidia o Conselho da Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o caso Rubens Paiva foi arquivado. O Ministro votou para desempatar, pois o Conselho estava igualmente dividido: quatro queriam que o Conselho, de acordo com suas atribuições, criasse uma comissão especial para investigar o caso.

Pelo arquivamento, votaram o deputado Geraldo Freire, líder do governo, senador Eurico Resende, relator do processo, Benjamin Albagli, Presidente da Associação Brasileira de Educadores, e Pedro Calmon, Professor de Direito Constitucional. Contra votaram o Deputado Pedrosa Horta, líder da oposição, o Senador Nelson Carneiro, o Senador Danton Jobim (Presidente da ABI) e o Jurista José Cavalcanti Neves, da OAB.

A composição do CDDPH à época do caso Rubens Paiva listava nove autoridades. Contudo, não menciona Raymundo Faoro. Na verdade, o autor de "Os Donos do Poder" só compôs o CDDPH, após alteração e ampliação do mesmo e ainda assim, sua

participação junto ao órgão, segundo o depoimento do Presidente da OAB durante o biênio 71-73, José Cavalcanti Neves, não se mostra atrelado ao governo. É ver:

Realmente, Faoro foi indicado para representar o Conselho Federal de Cultura no CDDPH. Na sessão em que foi julgado o caso Stuart Angel ele compareceu e assinou o livro de presença, mas se retirou antes do término da sessão, não participando da decisão pelo arquivamento do caso. Daí por que as notícias divulgadas na imprensa, no sentido de que o único voto contra o arquivamento teria sido o meu, deram margem à dúvida quanto ao comportamento de Faoro no episódio. No dia seguinte à reunião, Faoro renunciou ao seu lugar no CDDPH e me telefonou dizendo que havia se retirado da reunião porque logo entendeu que tudo aquilo era uma farsa. Esclareceu que a minha situação era diferente da dele, pois eu participava do CDDPH por imposição da lei, enquanto ele não estava obrigado a aceitar a indicação.[20]

Desta forma, o argumento que Elio Gaspari utiliza sobre a participação de Faoro no caso Rubens Paiva se apresenta falho, vez que Faoro participou do CDDPH enquanto representante do CFC no caso Stuart Angel e abandonou a sessão, não emitindo nenhum voto, o que foi confundido como voto pelo arquivamento, eis que o único voto contrário - ao que consta - foi do Presidente da OAB da época, José Cavalcanti Neves.

Todavia, cabe ressaltar que as próprias sessões do CDDPH não eram procedidas de publicidade devida, onde o sigilo lavrava as atas, o que proporcionava eventuais dúvidas acerca dos presentes e votos.

O caso incidental acerca da participação de Raymundo Faoro junto ao CDDPH e o exercício partidário de Josaphat Marinho demonstram como antigos elementos políticos possuíam ressonância junto à eleição do Conselho Federal da OAB de 1977, o que talvez permita explicar a tensão eleitoral, já que o primeiro escrutínio conferia um voto de diferença para Faoro.

1.8 - "Faoro assume e condena a Reforma"

A segunda apuração confirmou a chapa de Raymundo Faoro como vencedora, ao obter treze votos contra onze votos a favor de Josaphat Marinho. A gestão ainda era composta por Joaquim Gomes de Norões e Souza como Vice-Presidente; Manoel Martins dos Reis, Secretário-Geral; Raul de Souza Silveira como Subsecretário; e Fernando Besadona de Oliveira como Tesoureiro.

Ao transmitir o cargo, o então presidente da OAB, Caio Mário da Silva Pereira, pronunciou seu discurso de término de gestão, no qual é trazido a lume alguns trechos:

Honra maior que um advogado militante, e militante de toda a vida, pode aspirar, eu a considerei, e ainda considero o coroamento de minha vida profissional.

Hoje, com o mesmo entusiasmo pela advocacia, com o mesmo elan, com o mesmo ânimo, já agora acrescido da experiência que este dois anos me proporcionaram, eu entrego o bastão ao meu eminente sucessor, o qual chega sagrado pelo voto de uma representação democrática, que deve constituir exemplo dignificante neste nosso País, cheio de instabilidades e de incertezas.

...

O que foram estes dois anos eu descrevi, por menor, no Relatório que em cumprimento de dever estatutário dirigi aos Eminentíssimos Senhores Conselheiros, dando-lhes conta de minha gestão, e procurando demonstrar que, na modéstia de minhas forças, envidei o que em mim havia para corresponder ao mandato que recebi através de voto, a bem dizer unânime, pois que nenhum nome foi sufragado em oposição ao meu, na memorável jornada de abril de 1975. Ali desenvolvi eu problemas ligados à unidade da classe, independência da Ordem, atividades culturais e relações públicas, reforma do Poder Judiciário, Organização Judiciária, comemorações e solenidades. Direitos humanos, reuniões de Presidentes, atividades internacionais, Medalha Rui Barbosa, informações sobre a VI Conferência Nacional da OAB, sesquicentenário dos Cursos Jurídicos e Incorporação do busto de Rui Barbosa à galeria do Palácio da Paz, na Haia.

...

Procurei a todo custo, manter a classe coesa e indivisa. Notadamente nesta última quadra, da luta eleitoral, quando se defrontaram dois candidatos da mais alta expressão, a minha neutralidade e o meu equilíbrio por certo concorreram para que não percutisse no Conselho, e especialmente na sua direção, as razões competitivas transformadas em divergências inconciliáveis. Por isso mesmo, encareço o respeito com que fui tratado por ambas as correntes, que em nenhum momento tentaram envolver-me, permitindo, destarte, que eu deixe a Presidência da OAB como o bastonário de toda a classe, e não como integrante de uma parcela sua.

Vem de longe uma certa tendência no sentido de subordinar a Ordem dos Advogados às autoridades administrativas, seja diretamente ao Ministério do Trabalho, seja, indiretamente, pela imposição de prestarem os seus Conselhos, contas ao Tribunal de Contas da União.

Ao assumir a Presidência eu proclamei o que para mim sempre fora um imperativo de consciência e uma convicção doutrinária: a Ordem dos Advogados, como corporação que aglutina profissionais independentes, deve conservar, em todo tempo, autonomia e independência que lhe são essenciais.

No curso de minha administração tudo fiz, discretamente como convém e modestamente como é do meu feitio, para manter, para conservar, para preservar aquela autonomia, aquela independência, aquela desvinculação. E tenho a alegria de dizer que, passados os dois anos, eu posso transferir ao meu digno sucessor, uma Ordem dos Advogados tal como a recebi, livre, independente e autônoma como tem sido sempre, desde os idos de novembro de 1930, quando foi criada.

No momento em que transmito o honroso cargo, em que a confiança de meus pares me investiu, eu tenho a certeza de que o eminente cidadão e homem público, que é

o Dr. Raymundo Faoro, ao despir as vestes de candidato, e receber a toga ministerial de 'bâtonnier', esquecerá as facções que divididas estiveram, até hoje, como forças eleitorais.

...

Não devo estender-me. A festa não é minha. É do ilustre Presidente Raymundo Faoro. Intelectual consagrado, com a visão perspectiva de um Brasil cujas raízes perscrutou, cujo passado estudou, habilitando-se mais do que ninguém a ter a visão concreta do seu presente, e a percepção futura de seu porvir. Profissional competente, cultiva o direito, não como um teórico de gabinete, mas com aquele saber de 'experiência feito', que descrevia o velho épico a dizer que 'a arte militar prestante não se aprende na fantasia, senão lutando e pelejando[21]...

A exposição de Caio Mário, ao entregar o comando a Raymundo Faoro, proporciona uma síntese de sua gestão, desde a realização da VI Conferência da OAB e incorporação do busto de Rui Barbosa junto ao Palácio de Haia, até as diversas tentativas de vinculação da Ordem junto ao Ministério do Trabalho e Tribunal de Contas da União.

Como se constata, o discurso de Caio Mário reitera a questão da autonomia da Ordem foi uma das maiores reivindicações que os advogados tiveram durante o Regime Militar, mas conforme ele próprio expõe: "posso transferir ao meu digno sucessor, uma Ordem dos Advogados tal como a recebi, livre, independente e autônoma como tem sido sempre, desde os idos de novembro de 1930, quando foi criada."

No dia seguinte, 2 de abril de 1977, estampava o JORNAL DO BRASIL, na primeira página, a manchete "Faoro assume e condena a Reforma", demonstrando a importância que a entidade recebia junto a este órgão de comunicação, em um período que a censura e auto-censura ainda eram comuns, trazendo ainda a íntegra do discurso de posse às folhas 20, no qual se colaciona algumas partes:

Entendi, Srs. Conselheiros, o conteúdo revestido de generosidade do vosso voto: quisestes, ao consagrar como vosso intérprete, um nome humilde, que a vossa palavra, a vossa vontade não venham a desfigurar-se na arrogância e na vaidade...Advogado sempre fui, fiel à ética que nos distingue, e só advogado fui: no exercício do ministério particular e de encargos públicos não reconheci jamais, na afirmação da autonomia das opiniões e no debate judicial, subordinação ou dependência... Nas incursões no campo da ciência política, de ensaísmo literário e jurídico, cultivei a sobranceira independência intelectual e moral, recolhendo o magistério da geração que me precedeu, para a qual a advocacia não se confunde ao ofício do técnico adestrado ou de colecionador de textos e fórmulas consagradas. Nossa histórica formação humanística, inconfundível ao folclórico palavreado do bacharel, será a nossa melhor dimensão, que não nos conformamos ver malbaratada no despreparo dos profissionais fabricados em escola que, de escolas só têm as quatro paredes. Não aceitamos, também, que se gere, pelo simples curso do tempo, nos bancos acadêmicos, os diplomados sem a prova de preparo profissional, aferido pela Ordem dos Advogados...

Esta página de inconformismos deve lembrar que, no advogado, em germe no bacharel, existe um compromisso maior, sem cujo cumprimento esta *Casa* não teria porquê sobreviver. No seu posto de honra, junto ao faminto de justiça e ao arbitramento ofendido, sua identidade não se qualifica no patrocínio de interesses pessoais. O advogado, quando atua, não o faz em nome próprio, para seu proveito e prestígio: ele está a serviço da ordem jurídica...

A defesa da ordem jurídica, obrigatório encargo do advogado, não supõe o legalismo formal. Ao reclamar a ordem jurídica não se limita ele ao fetichismo da ordem jurídica constituída: na defesa da lei está implícita a crítica à lei, na defesa da Constituição se compreende a crítica à Constituição. O Estado de Direito não está todo, nem na sua substância, no conjunto das leis, da Constituição e das medidas do poder. A lei, a lei ordinária e a lei magna, valem porque são legítimas, porque respondem à vontade do povo, na sua soberania necessária. Para realizá-la, para que ela seja a verdade de todas as horas, na atividade diária e nos prélios forenses só um caminho é possível: a estrada de mil bifurcações, de mil desvios, de mil enganos, a estrada real da liberdade. Fora dela, a autoridade não fiscaliza a autoridade, permitindo que o abuso se encubra no silêncio das solidariedades constrangidas. Sem ela, a responsabilidade do poder se dilui em satrapias incontroláveis, o cidadão se degrada, se oprimido, das explorações dos empenhos e da lisonja. Liberdade, com todos os seus adjetivos em sem nenhum adjetivo que a tolha, na palavra, no livro e na imprensa, no tribunal e no lar, para que a face viril do homem se afirme, se eleve e se dignifique.

As garantias institucionais não de permitir, sempre, o controle do juiz, do juiz plenamente independente, para que os direitos individuais não sejam ludibriados ou esmagados pelo arbítrio. Na base, a vigência ampla do *habea-corporis* devolveria ao cidadão sua incolumidade e à autoridade o poder de assegurar o comando hierárquico. Os instrumentos jurídicos - lembra Rui - 'cessarão de proteger os inocentes, quando não protegerem indistintamente os acusados.' Recordo, comovido e grato, as palavras aqui pronunciadas pelo 'bâtonnier' José Cavalcanti Neves: 'Não é demais insistir em ter a Declaração Universal dos Direitos Humanos como luzeiro e guia dos governos e dos povos, como modelo critério e contraste para avaliar a integridade e a eficiência do Direito interno relativamente às garantias individuais. Se os conceitos e as normas pragmáticas da Declaração universal não estiverem ou não forem incorporadas ao direito interno de cada povo, e não alcançarem, em cada país, os instrumentos e garantias necessários à sua plena realização, aí se registra um fracasso histórico e uma frustração humana.

Não há, senhores Conselheiros, não há advogado sem liberdade e não há liberdade sem o advogado. O princípio não admite nenhuma transigência. 'Nessa posição - escreveu meu leal opositor, o conselheiro Josaphat Marinho - que se funda na lei orgânica, na índole da instituição e nos deveres superiores da profissão de advogado, a *Ordem* há de conviver com os Poderes do Estado e as autoridades que os compõe, sem conflitos gratuitos nem submissões deformadoras de sua caracterização tradicional'. Não estão as portas dessa Casa fechadas ao entendimento e ao diálogo: o respeito mútuo faz parte da advocacia com o necessário restabelecimento de sua plena e total independência. A Ordem dos Advogados não é um arquipélago de 24 ilhas isoladas de um continente ignorado, mas um fiel intérprete dos advogados brasileiros, que saberão sempre exigir seus direitos e o respeito às suas prerrogativas.

A emoção da investidura na presidência da instituição máxima da nossa classe agrava-se pela responsabilidade de suceder a Caio Mário da Silva Pereira, no qual convivem o humanista, o advogado, o professor, e o mestre de todos nós e o extraordinário jurista. Esta Casa guardou, na sua presidência, a altiva independência das suas ações, o senso de equilíbrio e a polidez da gente de suas gloriosas montanhas, às quais estou ligado por vínculo feliz e indissolúvel...[22]

O discurso de assunção de Faoro fazia referência sobre alguns problemas que a OAB passava, desde a péssima formação que os acadêmicos de direito recebiam junto às faculdades, como ainda a questão do exame profissional, habilitando o bacharel em advogado.

Menciona ainda o compromisso do advogado enquanto defensor da ordem jurídica, discorrendo sobre a legalidade e legitimidade; das garantias fundamentais, que na época se encontravam restritas, e por fim, sobre a responsabilidade de assumir a OAB após a mesma ter sido presidida por Caio Mário.

1.9 - Conclusão

Desta forma, o presente capítulo objetivou mostrar o processo eleitoral interno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil durante o Governo Geisel, colacionando ainda a eleição de Ribeiro de Castro, que presidiu a OAB entre 1973 até 1975.

Ressalva-se que não foi colhido o discurso de término de gestão de Raymundo Faoro; vez que sucedido, em 01 de abril de 1979, por Eduardo Seabra Fagundes, época em que já governava o País o General João Batista Figueiredo, o que levaria a fugir das balizas da pesquisa.

Ao trazer a lume trechos dos discursos de posse dos presidentes da OAB durante suas respectivas gestões, como também alguns discursos de término de gestão, possibilita-se uma melhor compreensão sobre a atuação da OAB durante o Governo Geisel, vez que muitos elementos serão pormenorizados nos próximos capítulos.

Servindo tais exposições como forma de primeiro contato sobre a entidade e sua atuação durante a Administração Geisel.

O pensamento do sociólogo português Boaventura Souza Santos acerca da Democracia - *Nenhuma instituição pode lutar seriamente pela democracia se ela própria não for democrática* . Trazido ainda no princípio deste capítulo, permite extrair que, mesmo em um Estado de Exceção, como fora o Regime Militar, a OAB primou por suas eleições estatutárias e conforme visto nas exposições, ora mencionadas, dos presidentes da entidade, favoreceu a Resistência Democrática da Ordem dos Advogados do Brasil durante tal período.

1.10 - Bibliografia

Fontes primárias

Documentos editados

História da Ordem dos Advogados do Brasil - Da redemocratização ao Estado Democrático de Direito (1946-1988). Vol.5. Brasília: OAB Editora, 2003.

_____. Vol 7. Brasília: OAB Editora, 2003.

Revista da OAB nº 15, Vol. VI - Jan-Abr 1975

_____ nº 21, Vol. VIII - Jan-Abr 1977

Periódicos

JORNAL DO BRASIL de 2 de abril de 1975.

_____ de 2 de abril de 1977.

Órgão de Divulgação de 11 de janeiro de 1975

Memórias, entrevistas e depoimentos

LINHARES, Leila; LESSA, Renato. Consenso e Identidade: os advogados e a sua ordem. Rio de Janeiro. OAB, 1991.

SILVA, Evandro Lins. O Salão dos Passos Perdidos: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira : Ed. FGV,1997.

Fontes secundárias

Livros, teses, dissertações e monografia

BONFIM, B. Calheiros. Conceitos sobre Advocacia, Magistratura, Justiça e Direito. Brasília: OAB Editora, 2006.

FILHO, Alberto Venâncio. Notícias históricas da OAB. Rio de Janeiro: OAB editora, 1980.

GASPARI, Elio. A Ditadura Encurralada. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

[1] - Pensamento de Boaventura Souza Santos acerca do verbete DEMOCRACIA *apud in* BONFIM, B. Calheiros. Conceitos sobre Advocacia, Magistratura, Justiça e Direito. Brasília: OAB Editora, 2006. p. 95.

[2] - Artigo 7º da Lei 4.215/63.

[3] - Parágrafo 1º do artigo 7º da referida lei.

[4] - Parágrafo 2º do artigo 7º da referida lei.

[5] - Artigo 13 da Lei 4.215/63.

[6] - Parágrafo 1º do referido artigo.

[7] - Parágrafo 2º do mesmo artigo.

[8] - Artigo 14 da Lei 4,215/63.

[9] - Parágrafo 1º do artigo citado anteriormente.

[10] -BAETA, Hermann Assis (Coordenador). História da Ordem dos Advogados do Brasil. Vol 7. Brasília: OAB-Ed., 2003. p. 53.

[11] - Maiores esclarecimentos em História da Ordem dos Advogados do Brasil - Da redemocratização ao Estado Democrático de Direito (1946-1988). Vol.5. Brasília: OAB Editora, 2003. págs.130-3.

[12] - A comparação se refere à Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Barbosa Lima Sobrinho, presidente da instituição nos períodos de 1926 a 1927, 1930 a 1932; presidente do Conselho Administrativo entre 1974 a 1977; e novamente presidente entre 1977 a 2000.

[13] - Maiores detalhes na obra Consenso e identidade: os advogados e a sua ordem. Pg 130.

[14] - *Jornal do Brasil*, dia 2 de abril de 1975. p. 20

[15] - Revista da OAB nº 15, Vol. VI - Jan-Abr 1975, p. 163-70

[16] - FILHO, Alberto Venâncio. Notícias Históricas da OAB:1930-1980. Rio de Janeiro, 1981.

[17] - Conforme será visto no capítulo 4, nessa mesma data o governo Geisel baixou um conjunto de medidas, visando entre outros elementos: alterar as eleições de 1978, como ampliar a base governista junto ao Legislativo, entre outras medidas, no qual a imprensa denominou como "Pacote de Abril"

[18] - A estrutura do Conselho de Defesa de Direitos da Pessoa Humana será abordado no quarto capítulo: "Violência e Direitos Humanos entre os anos de 1974 e 1979.

[19] - GASPARI, Elio. A Ditadura Encurralada. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 367

[20] - História da Ordem dos Advogados do Brasil, vol. 5. p. 49

[21] - Revista da OAB nº 21, Vol. VIII - Jan-Abr 1977, p. 131-4.

[22] - *Jornal do Brasil*, 2 de abril de 1977, p. 20.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LA RAZONABLE DURACIÓN DEL PROCESO

Fabio Resende Leal

RESUMO

Este trabalho propõe-se a demonstrar como a preocupação com a celeridade processual levou à consagração da razoável duração dos processos como direito e princípio fundamental, a ser observada, tanto quanto possível, em todas as demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, cuja manifestação, por consequência, deve se dar em tempo hábil à concretização da proteção buscada. No primeiro tópico, são feitas considerações para situar o tema dentro do sistema constitucional de garantias de direitos e demonstrar que a prestação jurisdicional é essencial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. No segundo tópico, celeridade e razoável duração processual são abordadas a partir do direito alienígena, começando pela forma como a questão foi tratada pelo direito anglossaxão arcaico até se chegar ao direito europeu continental moderno e ao modo pelo qual os tribunais constitucionais estão aplicando o princípio em questão. A seguir, no item 3, estuda-se, em apertada síntese, tratados e convenções internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, a qual sugere parâmetros a serem observados na definição da razoabilidade da duração dos processos. O item 4 trata do direito brasileiro, assunto dividido em quatro sub-itens: evolução das normas processuais nas Constituições (1824/1988), previsão expressa da razoável duração do processo e criação de novos mecanismos que podem contribuir com a celeridade processual (EC n.º 45/2004), jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e evolução da legislação infraconstitucional processual, das Ordenações até as leis processuais civis mais recentes. Em conclusão, analisada sua evolução histórica, defende-se que a razoável duração do processo é princípio e, assim, mandamento nuclear do sistema processual, a ser observado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto.

PALAVRAS-CHAVES: RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. CELERIDADE PROCESSUAL. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. PRINCÍPIO.

RESUMEN

Este trabajo se propone a demostrar como la preocupación con la celeridad procesal llevó a consagración de la razonable duración de los procesos como derecho y principio fundamental, a ser observada, tanto cuanto posible, en todas las demandas levadas al conocimiento del Poder Judicial, cuya manifestación, por consecuencia, debe si dar en tempo hábil a concretización de la protección buscada. En el primero tópico, son hechas

consideraciones para situar el tema dentro del sistema constitucional de garantías de derechos y demostrar que la presteza jurisdiccional es esencial para el buen funcionamiento del Estado Democrático de Derecho. En el segundo tópico, celeridad y razonable duración procesal son abordadas a partir del derecho alienígena, iniciando por la forma como la cuestión fue tratada por el derecho anglosajón arcaico até se llegar al derecho europeo continental moderno y el modo por lo cual los tribunales constitucionales están aplicando lo principio en cuestión. A seguir, en el ítem 3, se estudia, en apretada síntesis, tratados y convenciones internacionales, así como la jurisprudencia del Corte Europea de Derechos Humanos, a cual sugerí parámetros a serán observados en la definición del razonabilidad del duración de los procesos. Lo ítem 4 trata del derecho brasileño, asunto dividido en cuatro subtemas: evolución de las normas procesales en las Constituciones (1824/1988), previsión expresa del razonable duración del proceso y creación del nuevos mecanismos que poden contribuir con la celeridad procesal (EC n.º 45/2004), jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y evolución de la legislación infraconstitucional procesal, de las Ordenaciones hasta las leyes procesales civiles más recientes. En conclusión, analizada su evolución histórica, se defiende que la razonable duración del proceso es principio y, así, mandamiento nuclear del sistema procesal, a ser observado dentro del posibilidades fáticas y jurídicas del cada caso concreto.

PALAVRAS-CLAVE: RAZONABLE DURACIÓN DEL PROCESO. CELERIDAD PROCESAL. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. PRINCIPIO.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O adequado funcionamento do sistema constitucional de garantias de direitos depende, em um primeiro momento, da facilitação de acesso à justiça, com a remoção de quaisquer obstáculos que possam impedir que a pessoa busque em juízo a tutela que precise para defender direito vilipendiado ou ameaçado. Permitido o acesso ao Estado-juiz, o processo que se iniciará e se desenvolverá deve ser o mais justo possível, com respeito às normas processuais, a fim de possibilitar um resultado equitativo. A decisão que daí advier há de provocar resultados reais e concretos. O pronunciamento jurisdiccional deve, pois, ser verdadeiramente eficaz. E mais: espera-se que a tutela seja prestada em tempo hábil. De nada adianta facilitar o acesso, organizar o processo sob os rigores da lei e decidir adequadamente, se tudo isso não se der dentro da expectativa temporal exigida, de fato, para a proteção pretendida.

Pense-se nos direitos fundamentais, cujo amparo exige *pronta* atuação do Estado-juiz. Não se admite demora na prestação da tutela jurisdiccional. Aos seus titulares, não interessa posterior reparação pecuniária. Eles exigem a *imediate* repulsa a ameaça ou lesão aos seus direitos. Não lhes serve um processo organizado em consonância com a lei, se a decisão que nele for proferida não conseguir proteger, adequada e tempestivamente, o direito fundamental em questão.

Por óbvio, a solução do processo exige um período de maturação. É preciso tempo para se apreciar as teses apresentadas pelas partes e para se produzir as provas necessárias à elucidação dos fatos. As garantias processuais devem ser respeitadas. Não se admite, todavia, um processo lento e ineficaz.^[1] O processo não pode durar um único minuto a mais do que o necessário. Sua duração deve ser a mínima possível. Ou seja, a efetiva proteção dos direitos materiais depende de um processo que, respeitadas as garantias processuais, seja capaz de produzir resultados dentro de um *prazo razoável*, isto é, compatível com a pretensão levada ao juiz e com as particularidades do caso concreto.

Como se verá adiante, o Direito sempre se preocupou com a presteza jurisdicional, sem, entretanto, lograr êxito na busca da aceleração razoável e responsável dos processos judiciais, que, ainda hoje, continuam lentos. O Estado, assim, não cumpre sua missão de tutelar os direitos de modo eficaz, embora tenham sido grandes e significativas as recentes conquistas no sentido de se tentar mudar tal panorama.

2. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

A idéia de justiça sempre esteve ligada à manifestação – por parte do Estado, ao qual compete o exercício da jurisdição – atual e presente. Justiça atrasada, como dizia Rui Barbosa, é injustiça qualificada e manifesta. Porém, até meados do século XIX, nem mesmo a idéia de um devido processo legal havia sido concebida completamente. Era, pois, impensável se ter a presteza jurisdicional como dogma constitucional.

Não obstante, a construção dogmática que redundou, já no início do século XX, na consagração da razoável duração do processo como direito fundamental começou nos primórdios do direito anglossaxão. No julgamento de *Klopper v. North Carolina*,^[2] o *Chief Justice* Warren, da Suprema Corte dos Estados Unidos, lembrou que, para Sir Eduard Coke, a prolongada detenção sem julgamento seria contrária à lei e aos costumes da Inglaterra. O atraso no julgamento, por si só, configuraria negação da própria justiça. Warren citou, ainda, o *Assize of Clarendon*, de 1166, como sendo a primeira referência legal ao *speedy trial*, seguido da *Magna Charta*, de 1215, onde se encontram duas menções à vedação de ser a obtenção da justiça adiada: no item 40, proibia-se que o rei postergasse o direito de obter justiça dos súditos; no item 61, previa-se prazo máximo para serem sanadas as transgressões às garantias que então se outorgavam à nobreza.

Foi no *Habeas Corpus Act*, de 1679, que se fez, pela primeira vez, a ligação direta entre um direito material – a liberdade – e sua premente necessidade de proteção estatal – o reconhecimento imediato da ilegalidade da prisão e a conseqüente expedição do alvará

de soltura. A edição daquele documento legislativo, conforme idealizado por seus criadores, teve como desiderato conferir maior rapidez na liberação das pessoas encarceradas por práticas de delitos criminais.^[31] Para consolidar o *habeas corpus*, previu o legislador inglês a necessidade de ser tal remédio jurídico-processual analisado em tempo reduzido, ficando assegurado ao acusado um julgamento rápido.

Na América do Norte, em 1682, o *Frame of Government of Pennnsylvania* assegurou o direito a um julgamento sem dilações.^[41] Datada de 1776, a Declaração dos Direitos da Virgínia também afirmou o direito ao rápido julgamento das ações penais (*section 8*).^[51] Com redação parecida, a cláusula do julgamento rápido foi incorporada à Constituição dos Estados Unidos, constando o *speedy trial* expressamente da *Amendment VI*, de 1791,^[61] limitado, porém, às causas de natureza penal.

As Declarações de Maryland e Delaware, ambas de 1776, estenderam o direito ao julgamento rápido também aos processos cíveis, reconhecendo que o homem livre, em razão de ofensa a seus bens, terras ou pessoa, deveria ter à sua disposição um remédio adequado à obtenção da justiça sem demora.^[71] Não bastava proteger a vida, a liberdade e a propriedade. Também não era suficiente submeter as ofensas a tais bens a um processo organizado sob os rigores da lei da terra. Era preciso que tal processo fosse rápido o bastante para que a reparação do direito vilipendiado, quando concedida, não se tornasse inócua pelo transcurso do tempo.

Ainda que os romanos já considerassem inadmissível se perder um direito pelo transcurso do tempo (*tempus non est modus dissolvendi jus*), o direito europeu continental não levou tal preocupação aos seus textos constitucionais, até que a Constituição portuguesa de 1826, no artigo 145, parágrafo 7.º (dispositivo posteriormente repetido na Carta de 1838), encampou a idéia de limitação temporal das prisões sem culpa formada,^[81] sem, todavia, fazer qualquer menção aos processos cíveis.

Finalmente, em 1917, a Constituição do México prescreveu que “*toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo suyas resoluciones de manera pronta, completa e imparcial*” (art. 17). Já no ano de 1999, em razão do agravamento do problema da demora na tramitação dos feitos, foi dada nova redação ao artigo 111 da Constituição da Itália:

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile (...).^[9]

A vigente Constituição de Portugal, promulgada em 1976 e revisada pela sexta vez em 2004, ao dispor sobre o acesso à justiça, traz o direito de todos “*a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*” e o direito dos cidadãos a “*procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*” (art. 20.º, itens 4 e 5).^[10] Disposições semelhantes podem ser encontradas nas Constituições da Espanha (art. 24.1), Argentina (art. 43), Colômbia (art. 86), Bolívia (art. 16) e Canadá (art. 11, “b”).

Hoje, é tendência mundial adicionar aos textos constitucionais o direito fundamental que todo ser humano tem de submeter-se a um processo cujo prolongamento seja adequado às peculiaridades do caso concreto *sub judice*, mas também o menor possível, a fim de se preservar o direito material que se busca tutelar.

Como decorrência natural da elevação da razoável duração do processo à condição de direito fundamental e princípio constitucional, os tribunais constitucionais vêm aplicando-a em seus julgamentos. O Tribunal Constitucional português, por exemplo, em decisão de 1996, parcialmente transcrita por Fabiano Carvalho,^[11] assim interpretou o artigo 20.º da Constituição de Portugal:

para além do direito de acção, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; (...) O Tribunal Constitucional tem caracterizado o direito de acesso aos tribunais como sendo, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de umas e outras.

Também o Tribunal Constitucional espanhol enfatiza a plena aplicabilidade do princípio do processo sem dilações indevidas, tendo firmado alguns critérios para definir o que

seria razoável duração processual, tais como a complexidade do assunto, o comportamento das partes, o comportamento das autoridades e a importância do objeto do processo.^[12] Ademais, acentuou aquela Corte que deve ser evitado qualquer excesso formalista que converta os requisitos formais em obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.^[13]

A Suprema Corte dos Estados Unidos considera ser imprescindível, para a igualdade processual, distribuir isonomicamente o tempo do processo entre os litigantes. Segundo Rafael Bielsa e Eduardo Graña,

la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado – hace ya algunos años – que la demora no sólo perjudica al afectado, sino que también dificulta la administración da justicia en sí misma, ya que no se posterga únicamente la rectificación de la persona injustamente acusada, sino que – además – se colman de causas los tribunales, se aumentan los costos para todos los litigantes, se obliga a los jueces a simplificar, y se interfiere con la pronta decisión de aquellos litigios en los que todas las partes muestran la debida diligencia y preparación para el juicio, viéndose todo el proceso recargado por la falta de organización y de solución a los problemas.^[14]

Todo esse raciocínio encontra paralelo na evolução – normativa e jurisprudencial – do direito internacional.

3. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO INTERNACIONAL. ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS

Muitos tratados e convenções internacionais contemplam o direito à tramitação do processo em tempo razoável. O primeiro deles, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, assegura ao preso o direito de ser julgado em um prazo razoável (arts. 5.º e 6.º).^[15] O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado sob os auspícios da Assembléia Geral das Nações Unidas no final de 1966, prevê o direito do preso ou do acusado pela prática de um crime de ser julgado em tempo razoável nos artigos 9.º e 14.^[16] A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 2000, também estatui que “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei” (art. 47.º).^[17]

Aprovada em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem garante à pessoa humana, sem distinção quanto à natureza do direito material em discussão, “o direito a um processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente” (art. 18). Ainda de acordo com a Declaração, “Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade” (art. 25, 2.^a parte).^[181] A Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (ratificada pelo Brasil em 1992), prevê, como garantia judicial, a oitiva da pessoa por juiz ou tribunal “dentro de um prazo razoável” (art. 8.º, item 1).^[191]

Insta registrar que, com base na Convenção Européia, a Corte Européia dos Direitos do Homem, em 1987, condenou o Estado italiano a indenizar uma litigante nos tribunais da Itália pelo dano moral “derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”.^[201] Portugal respondeu, até 25 de fevereiro de 2002, a 72 processos envolvendo a lentidão de seus tribunais, sendo que em apenas um deles a Corte Européia considerou não ter havido violação ao direito fundamental ora tratado.^[211]

Segundo Paulo Hoffman, a Corte Européia não estabelece tempo mínimo ou máximo para considerar exagerada a duração de um processo, tendo optado por adotar os seguintes critérios para tanto: “*Si tratta, piú precisamente, della complessità della procedura nazionale, del comportamento delle parti e della condotta delle autorità competenti*”.^[221] Para a Corte Européia, assim, a efetividade supõe que o acesso à justiça não seja obstado pela complexidade ou custo do procedimento, devendo ser observada “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. O litigante, ao sentir da Corte, não deve ser impedido “de empregar um recurso existente e disponível”, proibido que é todo “entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal”.^[231]

Situação paradoxal e que, por isso, mesmo merece registro refere-se à conjuntura hoje encontrada pela Corte Européia dos Direitos Humanos, que, em razão do substancial aumento de processos submetidos à sua apreciação, não mais consegue solucioná-los em tempo razoável, num verdadeiro “ciclo pernicioso de morosidade”.^[241] Aliás, foi justamente a constatação de que a morosidade seria o maior dos obstáculos à efetividade da prestação jurisdicional que levou o constituinte brasileiro a criar, em 2004, novos mecanismos para tentar combatê-la, como se verá a seguir.

4. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Normas constitucionais

Como se sabe, quando da proclamação da independência brasileira, época das regras praxistas, o clima político e social não permitiu grandes inovações constitucionais no tocante ao direito processual.^[25] Assim, na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, manteve-se a independência do Judiciário, detentor do monopólio da atividade jurisdicional; implantou-se o princípio da coisa julgada e seus efeitos; não se permitiu o foro privilegiado, exceto nas causas pertencentes a juízos particulares. O Poder Judiciário era composto de juízes e jurados, estes se pronunciando sobre fatos e aqueles, sobre a lei. Vale mencionar, ainda, que a Carta Imperial já impedia a retroatividade das leis, assim como consagrava a isonomia e a legalidade. As principais disposições processuais constavam do seu artigo 179.^[26]

Inspirada no sistema americano, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, estruturou o Poder Judiciário para atender ao regime federativo, dividindo-o em duas esferas (federal e estadual), e, como consequência, foi adotada a dualidade da legislação processual, pela qual a União legislava sobre processos da justiça federal e os Estados, sobre o processo em geral. Além de, pela primeira vez, prever o *habeas corpus* (art. 72, § 22) e utilizar a expressão “plena defesa” (art. 72, § 16), trouxe a Carta Republicana verdadeira “Declaração de Direitos” (art. 72).^[27]

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar, unificou a legislação processual, extinguindo os códigos estaduais. Criou a Justiça do Trabalho, instituiu como direito individual o direito adquirido e a coisa julgada, impediu a prisão por custas não pagas, criou a assistência judiciária aos necessitados e estabeleceu o mandado de segurança. Ao juiz não era permitido deixar de sentenciar por omissão da lei, devendo ele decidir pela analogia, princípios gerais de direito ou equidade. As principais disposições de conteúdo processual estavam previstas no seu artigo 113.^[28]

Merece especial destaque o fato de que a Carta de 1934 determinou que a lei garantisse o rápido andamento dos processos, germinando a idéia de consagração da razoável duração do processo que adviria décadas depois. Embora dela constasse, literalmente, que a lei asseguraria “o rápido andamento dos processos nas repartições públicas” (art. 113, 35, 1.ª parte), a doutrina da época entendeu pela aplicabilidade de tal dispositivo a todos os processos judiciais.^[29]

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, resultado do período de exceção pelo qual passava o país, aboliu direitos e garantias, chegando a

suprimir até mesmo os princípios da legalidade e, em certos casos, do juiz natural. A Justiça Federal foi extinta. A independência e a harmonia entre os Poderes deixaram de existir, com ampla supremacia do ditador Vargas, que legislava por decreto-lei. A história narra a instituição da pena de morte, bem como a introdução da tortura como instrumento de coerção. Exceto no campo dos direitos sociais, com a previsão de um novo processo, mais simples, ágil e célere, na Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, o Estado Novo nada trouxe de positivo ao direito brasileiro. Do devido processo legal construído a partir da Constituição dos Estados Unidos, restaram apenas certos privilégios relacionados à prisão, às penas, apesar de permitida a punição capital, e ao *habeas corpus* (art. 122).^[30]

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, sob as inspirações do novo constitucionalismo e do forte liberalismo que seduzia o mundo do pós-guerra, restaurou os direitos e garantias processuais abolidos pelo texto anterior e, no artigo 141, assegurou os princípios da legalidade, do juiz natural e da anterioridade da lei penal; privilegiou o acesso ao Judiciário; preservou o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; proibiu prisões arbitrárias; garantiu o *habeas corpus* e o mandado de segurança; voltou a consagrar a ampla defesa e, de modo inédito, citou expressamente o direito ao contraditório; vedou foros privilegiados e juízos de exceção; manteve o tribunal do júri; restringiu a retroatividade da lei penal aos casos em que benéfica ao réu; limitou à pessoa do delinquente as penas; proibiu penas extremas; estabeleceu, como nunca antes, a legalidade tributária; e consagrou novamente a assistência judiciária aos necessitados pelo Poder Público. A celeridade no andamento dos processos nas repartições públicas também restou garantida (art. 141, § 36, I),^[31] de modo que, já naquela época, era impossível se admitir, ao menos teoricamente, qualquer dilação indevida dos processos que tramitassem perante os tribunais brasileiros (por óbvios motivos, incluídos no conceito de “repartições públicas”).

A Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 24 de janeiro de 1967, em plena Ditadura Militar, previa, no artigo 150, direitos e garantias, à semelhança do texto revogado,^[32] sem qualquer aplicabilidade real diante dos famigerados Atos Institucionais. Tal situação foi mantida com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, embora o artigo 153 também previsse, apenas na teoria, direitos e garantias fundamentais.^[33] Ao que consta, céleres mesmo somente os processos penais que sumariamente impunham severas punições aos que lutavam contra o governo ditatorial.

Voltando a luzes ao cenário político brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, pôs fim a um longo período ditatorial e, justamente por isso, não foi econômica quando tratou dos direitos e garantias essenciais. Assim, no amplo rol do artigo 5.º, foi assegurado não só – pela primeira vez de modo expresse, em razão da sugestão feita por Carlos Mário Velloso ao Constituinte Michel Temer – o devido processo legal, mas também os princípios do acesso à justiça,

do juiz natural, da legalidade e da irretroatividade legal; a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; a proibição de juízo ou tribunal de exceção; o reconhecimento da instituição do júri, com plenitude da defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; a condenação do racismo, do terrorismo, da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos crimes definidos como hediondos; a vedação de penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, sendo admitidas as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos; o respeito à integridade física e moral dos presos, que devem cumprir suas penas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; as condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; a proibição de ser o brasileiro nato extraditado ou, se naturalizado, por crime político ou de opinião ou, ainda, por crime praticado depois da naturalização, exceto tráfico de entorpecentes; o contraditório e a ampla defesa; a inadmissibilidade das provas ilícitas; a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem sigilo; a prisão apenas em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, com a imediata comunicação à família do preso ou à pessoa por ele indicada; a informação ao preso dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial e de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; a proibição da prisão ilegal ou quando a lei admitir a liberdade provisória; a proibição da prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; a prestação pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; e o dever estatal de indenizar o condenado por erro judiciário.

A redação original da Constituição Federal de 1988, malgrado os diversos dispositivos relacionados ao direito processual, não fez qualquer referência expressa à celeridade processual, o que levou a doutrina pátria a incluí-la nos princípios do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e da efetividade da jurisdição (art. 5.º, XXXV).^[34]

Entretanto, a inoperância do Judiciário chegou a tal ponto que foi necessário alterar a Constituição, para nela incluir, entre outros dispositivos, um que, expressamente, contemplasse a razoável duração do processo como direito fundamental (v. item seguinte).

4.2 Especificamente a Emenda Constitucional n.º 45/2004 e o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal

A processualística moderna se preocupa com o acesso real e eficaz à justiça, tendo como inequívoco o entendimento segundo o qual não basta permitir que os jurisdicionados deduzam suas pretensões contra o Estado-juiz. A justiça deve ser acessível, mas também produzir resultados que sejam *realmente eficazes*. A justiça social, como desejada pelas sociedades modernas, pressupõe o acesso amplo e também *efetivo*.^[35] O processo deve, portanto, ter “plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”.^[36]

O maior obstáculo a ser superado na questão do acesso qualificado à justiça, no Brasil e em muitos outros países,^[37] é a demora na tramitação dos feitos, que, inegavelmente, é fonte de grave injustiça. Não são raros os litígios que se eternizam. Em situações tais, o jurisdicionado tem acesso ao Judiciário, mas não à justiça. O reconhecimento de seus direitos, principalmente aqueles de conteúdo não-econômico (como os direitos de personalidade, *v. g.*), após longo interstício, não tem mais nenhuma valia.

Ciente dos nefastos prejuízos que a demora processual causa, o constituinte derivado, através da Emenda Constitucional n.º 45/2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), acrescentou ao artigo 5.º da Constituição o inciso LXXVIII, de acordo com o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Restou, pois, assegurado o *direito* à razoável duração do processo (primeira parte, com conteúdo declaratório) e, agregadas a ele, as *garantias* – ainda que não expressas – necessárias à concretização de tal direito no plano prático (segunda parte, com conteúdo assecuratório). Em outras palavras, daquele dispositivo constitucional deriva ser direito de todos a razoável duração dos processos (judiciais e administrativos), garantida a utilização de todas as técnicas necessárias à celeridade na tramitação dos mesmos (alteração e abreviação de procedimentos, supressão de formalidades, aproveitamento de atos processuais, emprego de técnicas de coerção e sub-rogação, concessão de tutelas de urgência, ampliação dos efeitos da coisa julgada, vinculação das instâncias inferiores às decisões das cortes superiores, represamento e restrição aos recursos, etc.).

Todavia, a simples inclusão da razoável duração do processo na Constituição não era suficiente para tornar céleres os processos judiciais. Por isso, a mesma Emenda Constitucional n.º 45/2004, mediante outras alterações promovidas na Carta Magna, reestruturou o Poder Judiciário, trazendo interessantes novidades, das quais merecem menção as seguintes: (a) maior atenção à formação e à promoção dos magistrados, cuja ascensão profissional será pautada pelo conhecimento e competência, ao lado da antiguidade, proibida a promoção de juízes que, sem justificativas, retiverem os autos em seu poder (CF, art. 93, I, II, “c”, “d” e “e”, III e IV); (b) atividade jurisdicional ininterrupta, vedadas as férias coletivas dos juízes e tribunais de segundo grau (CF, art. 93, XII); (c) juízes em número proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população local (CF, art. 93, XIII); (d) distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição (CF, art. 93, XV); (e) destinação exclusiva das custas e

emolumentos ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (CF, art. 98, § 2.º); (f) atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2.º); (g) necessidade de demonstração, pelo recorrente, da repercussão das questões constitucionais discutidas no caso como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, para eliminar do Supremo Tribunal Federal processos sem relevância social, econômica e jurídica (CF, art. 102, § 3.º); (h) instituição da justiça “itinerante” e descentralização dos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 107, §§ 2.º e 3.º); (i) ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que poderá, através de seu processo célere e desprovido de formalidades, resolver mais rapidamente as questões envolvendo qualquer relação de trabalho (CF, art. 114); (j) instituição da justiça “itinerante” e descentralização dos Tribunais de Justiça, por meio da criação de Câmaras regionais, “a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo” (CF, art. 125, §§ 6.º e 7.º); (k) criação de varas especializadas para dirimir conflitos agrários (CF, art. 126); (l) súmulas vinculantes, que são enunciados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, acerca de questão constitucional controvertida (CF, art. 103-A); e (m) criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja atribuição principal é controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais por parte dos magistrados (CF, art. 103-B), recebendo e conhecendo das reclamações contra membros ou órgãos judiciais, inclusive nos casos de infundada demora na entrega da prestação jurisdicional (CF, art. 103-B, art. 4.º, III).

Além disso, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 ordenou a instalação de comissão mista no Congresso Nacional destinada a, entre outros objetivos, promover alterações na legislação federal, objetivando tornar mais célere a prestação jurisdicional (art. 7.º), o que, em certa medida, foi realizado mediante as recentes alterações engendradas no Código de Processo Civil (v. item 4.5 *infra*).

A despeito dessas novidades, o processo brasileiro continua demasiadamente lento. Por tal razão, a comunidade jurídica aguarda ansiosamente a implementação das muitas reformas que ainda faltam.

4.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Como se viu, a doutrina pátria, antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004, se esforçava para – acertadamente, aliás – extrair dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV) e da efetividade da jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV) o princípio da razoável duração do processo (v. subitem 4.1 *retro*). Mas foi a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil (v. item 3 *retro*) que elevou o princípio ora estudado a um patamar diferenciado. Embora decorrente do devido processo legal e necessária à

efetividade jurisdicional, a celeridade processual, quando assegurado expressamente o direito de ser a pessoa ouvida em juízo dentro de um prazo razoável (art. 8.º, item 1, do Pacto de São José), passou à categoria de direito fundamental autônomo, a merecer, justamente por isso, maior respeito por parte do Poder Público e dos particulares.

A despeito disso, não se encontram facilmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal muitas referências ao princípio da razoável duração do processo. É possível citar, pelo relevo e ineditismo, veredicto proferido por aquela Corte no início da década de 2000:

HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - CLAMOR PÚBLICO - DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR - INADMISSIBILIDADE – PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL - EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO - VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW - DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL - PEDIDO DEFERIDO.

(...)

O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do "due process of law". O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

- O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.

O EXCESSO DE PRAZO, NOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE O RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR.

- Impõe-se o relaxamento da prisão cautelar, mesmo que se trate de procedimento instaurado pela suposta prática de crime hediondo, desde que se registre situação configuradora de excesso de prazo não imputável ao indiciado/acusado. A natureza da infração penal não pode restringir a aplicabilidade e a força normativa da regra inscrita no art. 5º, LXV, da Constituição da República, que dispõe, em caráter imperativo, que a prisão ilegal "será imediatamente relaxada" pela autoridade judiciária. Precedentes.[38]

Com a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5.º da Constituição, as decisões do STF passaram a reconhecer de modo mais enfático que a demora processual excessiva e injustificada é danosa ao acusado criminalmente, como se pode perceber dos arestos abaixo transcritos:

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.^[39]

A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal.[40]

Estando o HC pronto para julgamento há cinco meses, sem inclusão em mesa, resta configurada a lesão à garantia à duração razoável do processo.[41]

O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a importância do direito à liberdade, chegou a deferir, em sede de *habeas corpus*, ordem determinando ao Superior Tribunal

de Justiça que julgasse imediatamente *habeas corpus* não apreciado sem justificadas razões:

Habeas corpus. Processual penal. Alegação de demora na realização do julgamento de mérito de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem deferida. A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de habeas corpus. Deferimento da ordem, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em Mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).^[42]

A exemplo do que acontece na Europa (v. item 2 *retro*), também o Supremo Tribunal Federal analisa o caso concreto *sub judice* para considerar razoável, ou não, a duração de cada processo, ponderando sobre a complexidade da causa, o comportamento dos envolvidos (juiz, MP, partes e terceiros) e a situação administrativa do órgão judiciário ao qual compete o julgamento.^[43] Nesse diapasão:

Habeas corpus. Demora de julgamento do habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Inocorrência. Pedido de liberdade provisória já apreciado em outro writ nesta Suprema Corte. Eventual delonga para o julgamento do mérito do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça justifica-se, principalmente, em razão de ter sido interposto, pelo paciente, agravo regimental contra a decisão que indeferiu o pedido de liminar. Esse fato causou, sem dúvida, relativo desvio da marcha processual. O direito de petição e o acesso ao Poder Judiciário para reparar lesão ou ameaça a direito são garantias previstas na Constituição Federal. Contudo, o exercício abusivo desses direitos acaba por atrapalhar o bom andamento de ações que deveriam ser ininterruptas e mais céleres possíveis, justamente para garantir ao jurisdicionado a efetiva prestação da tutela pretendida.^[44]

Prisão preventiva. Excesso de prazo. Afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo e constrangimento ilegal não caracterizados. Complexidade da causa. Demora razoável. (...) Denúncia oferecida contra quatorze acusados, na qual conta estar em processo ininterrupto de investigação pelo menos nove fatos delituosos. Peça acusatória com rol de doze vítimas e onze testemunhas a comprová-los, residentes nas mais diversas localidades da região onde os crimes foram cometidos. Decisão do Superior Tribunal de Justiça que guarda perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de não haver constrangimento ilegal por excesso de

prazo quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal.[45]

Habeas corpus. Constitucional. Julgamento célere (CB, art. 5º LXXVIII). Demora no julgamento de HC no Superior Tribunal de Justiça. Inocorrência. A Constituição do Brasil determina que ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ (CB, art. 5º inc. LXXVIII). Não obstante inexistir a alegada demora no julgamento dos habeas corpus impetrados pelo paciente no Superior Tribunal de Justiça – há nos autos informações de que os feitos foram recentemente conclusos com parecer da PGR à Relatora – a realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere. Ordem denegada.[46]

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Instrução criminal inconclusa. Audição das testemunhas da defesa. Carta precatória não-cumprida. Inércia do Poder Judiciário. Alongamento para o qual não contribuiu a defesa. A gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada há mais de oito anos, sendo que nem sequer foram ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa. Embora a defesa haja insistido na oitiva de testemunhas que residem em comarca diversa do Juízo da causa, nada justifica a falta de realização do ato por mais de cinco anos. A evidenciar que a demora na conclusão da instrução criminal não decorre de ‘manobras protelatórias defensivas. A gravidade da imputação não é obstáculo ao direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF).[47]

Observe-se, antes de encerrar este tópico, que recente pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal demonstra a aplicação do princípio da razoável duração do processo tão-somente em causas envolvendo liberdade e locomoção, dois dos mais importantes direitos fundamentais, mas, sem dúvida, não os únicos a merecer tal tratamento. Louvável será a manifestação do STF – ainda não vista, pelo menos pelo autor deste trabalho – que reconhecer a demora na entrega jurisdicional em casos envolvendo outros direitos fundamentais, como, por exemplo, saúde e educação.

4.4 Normas infraconstitucionais

No Brasil colonial, vigoravam as Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), as quais previam o procedimento ordinário, com as fases postulatória (libelo,

contrariedade, réplica e tréplica), instrutória, decisória e executória, e o procedimento sumário, de rito menos solene e prazos mais curtos.^[48] Inexistia, porém, procedimento que permitissem prolação de decisão baseada em cognição sumária, ao contrário, por exemplo, da *inibitione* germânica, do *state-writ* inglês e da *injuction* norte-americana, inspirados no *interditum* do direito romano.^[49] Por outro lado, as Ordenações, demonstrando certo apego à celeridade processual, proibiam que as partes requeressem provas ou práticas procrastinatórias, sendo condenado ao pagamento das custas o litigante que agisse dessa forma.

A proclamação da Independência não trouxe alterações substanciais, até porque, de início, foram mantidas em vigor as Ordenações Filipinas. Implantados os primeiros cursos jurídicos do país, em São Paulo e Olinda, ganhou destaque a produção científica de José Antonio Pimenta Bueno, o qual, ao introduzir sua obra *Formalidades do processo civil*, observou que “um processo sobrecarregado de formalidades desnecessárias, de termos e exames morosos, de nulidades infundadas, consumiria, injustificadamente, o valor do tempo e o da causa; seria uma opressão terrível, que aniquilaria a justiça e a riqueza individual e pública em vez de proteção das leis”.^[50]

Em seguida à Constituição Imperial, foram editados o Código Criminal do Império, de 1830, e o Código de Processo Criminal, de 1832, que também dispôs sobre a “a administração da justiça civil”. Sancionado o Código Comercial em 1850, no mesmo ano editou-se o Regulamento n.º 737, tratando do “processo comercial”. Pretendia-se, com a nova legislação, fossem as causas comerciais processadas de modo breve e sumário, devendo os julgamentos se dar de plano.^[51] Com força de lei, foi elaborada, no ano de 1876, a Consolidação das Leis do Processo Civil, pelo conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a mando do Imperador.

Proclamada a República, o Decreto n.º 763 mandou adotar o Regulamento n.º 737 para o processo civil; o Decreto n.º 859 aboliu a conciliação prévia como preliminar essencial; e o Decreto n.º 848 criou e regulou o processo na Justiça Federal. Não houve, todavia, qualquer evolução, pois o Regulamento n.º 737, embora tenha buscado racionalizar o procedimento, com redução do formalismo e algumas medidas de economia,^[52] reproduzia substancialmente o processo das Ordenações com toda a sua lentidão e rigidez.^[53]

Tendo a Constituição de 1891 consagrado a dualidade da justiça e permitido a concorrência de competências legislativas, elaborou-se a legislação federal e os códigos de processo estaduais, quase todos baseados no ainda aplicável Regulamento n.º 737,^[54] exceção feita a São Paulo e Bahia, cujos Códigos de Processo Civil são elogiados “por refletirem o espírito renovador e o pensamento científico que animara a doutrina do processo na Alemanha e na Itália”.^[55] O Código Civil de 1916, editado sob o impacto da pluralidade das leis processuais, trouxe consigo algumas regras de cunho

processual, impondo-se citar a ação sumária prevista para os casos de manutenção ou esbulho durante um ano e dia (art. 523).

Com a Constituição de 1934 e a restauração da competência exclusiva da União para legislar sobre processo, foram criados o Código de Processo Civil, de 1939,^[56] a partir do projeto elaborado por Pedro Martins Batista, e o Código de Processo Penal, de 1941 e ainda em vigor. Dividido em dez Livros, o Código de Processo Civil de 1939 ficou marcado pelo empenho em introduzir conquistas da processualística da época, como a publicidade, a oralidade e a concentração de atos sob o comando do juiz, além do emprego de estruturas e linguagem hauridas, basicamente, do direito alemão, italiano e português. O artigo 3.º do Código de 1939, por exemplo, proibia que o réu opusesse injustificada resistência ao andamento do processo. Não teve êxito, todavia, a tentativa de se apressar o processo civil, que ainda continuou lento e com graves deficiências. A celeridade não foi obtida, muito por culpa do próprio Código, o qual não possibilitava, *verbi gratia*, o julgamento antecipado e deixou de tratar adequadamente das tutelas de urgência.

Atualmente, encontra-se em vigor o Código de Processo Civil instituído, em 1973, pela Lei n.º 5.869, resultado do anteprojeto elaborado pelo discípulo de Liebman e, à época da aprovação, Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, convidado para tal missão pelo Presidente Jânio Quadros em 1961. A Exposição de Motivos evidencia a opção pela instrumentalidade do processo e pela celeridade. Em várias passagens, Buzaid deixou transparecer sua preocupação em equilibrar rapidez e justiça, para estruturar um processo efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça (n.º 5, *in fine*). Ganhou, então, relevância o processo cautelar, com funções típicas dos processos de conhecimento e execução, mas voltado especificamente à prevenção (n.º 11). Para evitar que a execução se prestasse a manobras protelatórias, que arrastassem os processos por anos, sem que o Judiciário pudesse adimplir a prestação jurisdicional, o projeto considerou atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que fraudava a execução, se opõe maliciosamente à execução, resiste injustificadamente às ordens judiciais ou não indica onde se encontram bens passíveis de constrição. Com objetivo parecido, foi autorizado o julgamento conforme o estado do processo, através do qual a causa poderia ser decidida em menor tempo, com a supressão de audiência desnecessária (n.º 18). Também foi criado o procedimento sumaríssimo, que se desenvolveria *simpliciter et de plano ac sine strepitu* e se caracterizaria pela simplificação de atos, para serem as demandas processadas e decididas em curto espaço de tempo (n.º 37). Buzaid considerava, destarte, que sua missão atendeu às recomendações e anseios da época: o procedimento foi racionalizado, o que, acreditava ele, possibilitaria a prolação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes, evitando-se o retardamento da decisão nas causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo (n.º 38).

Embora fossem boas as intenções do Ministro Buzaid, as soluções por ele encontradas não alcançaram sucesso no dia-a-dia forense pelos mais variados motivos. Em sua

formatação original, o Código de Processo Civil se tornou, a bem da verdade, uma das principais causas do retardamento da prestação jurisdicional, ao lado do desarranjo administrativo do Poder Judiciário. Tratava-se de “um belo código”, mas que ainda era causa de “uma justiça tarda, cara e enervante”.^[57] Aos anseios do cidadão comum, o CPC reservou o processo de conhecimento pelo procedimento comum (Livro I), indubitavelmente lento e caro; privilegiando certos direitos caros à elite do país, como, *verbi gratia*, a posse e a propriedade, previu procedimentos especiais (Livro IV), rápidos e eficazes. Em legislação apartada, foram criados mecanismos processuais ainda mais dinâmicos, dos quais são exemplos a ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n.º 911/1969 (possibilidade de conversão em ação de depósito, com posterior prisão civil do devedor) e a “execução privada” do Decreto-Lei n.º 70/1966 (autorização para leilão do bem dado em garantia pelo próprio credor fiduciário, sem prévia autorização do Poder Judiciário).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 mudou radicalmente a forma de encarar, interpretar e aplicar as regras processuais infraconstitucionais. Princípios como o acesso à justiça e o devido processo legal passaram a ser de obrigatória e inequívoca observância (v. item 4.1 *retro*). A doutrina passou, então, a se dedicar à dimensão política, social e econômica do processo, ganhando relevo estudos ligados a questões como acesso à justiça, efetividade da prestação jurisdicional e celeridade processual.

O Código de Processo Civil, porém, demorou a se adequar aos ditames da Lei Fundamental e aos anseios da comunidade acadêmica, o que só veio a acontecer a partir de 1994. Ciente dos graves problemas causados pela maneira como o Código de 1973 tratava o processo, o legislador passou a nele realizar inúmeras reformas – a maioria delas iniciadas antes mesmo da consagração da celeridade processual como direito fundamental, em 2004 (v. item 4.2 *retro*) – no intuito de melhorá-lo, através da diminuição dos entraves à razoável duração do processo civil. É possível identificar três ondas renovatórias empreendidas no intuito de melhorar e acelerar os procedimentos previstos no Código de Processo Civil: (a) entre 1994 e 1995, foram editadas as Leis n.ºs 8.950 (modificações quanto aos recursos), 8.952 (alterações nos processos de conhecimento e cautelar), 8.953 (mudanças no processo executivo), 9.075 (criação da ação monitória) e 9.139 (alterações no agravo de instrumento); (b) em 2002, as Leis n.ºs 10.352 (novas mudanças no sistema recursal), 10.358 (diversas modificações no processo de conhecimento) e 10.444 (alteração na antecipação de tutela, sentença e execução provisória); e (c) mais recentemente, nos anos de 2005 e 2006, em decorrência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, as Leis n.ºs 11.232 (estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, acabando com a execução de títulos judiciais), 11.276 (mais mudanças nos recursos), 11.277 (autorizou a reprodução de sentença em causas idênticas), 11.280 (novas regras quanto à incompetência relativa, prescrição e distribuição; permitiu a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos), 11.341 (admitidas decisões publicadas em mídia eletrônica como comprovação de divergência jurisprudencial), 11.383 (inovou, enormemente, no processo de execução de títulos extrajudiciais), 11.418 (regulamentou o art. 102, § 3.º, da CF, acerca da repercussão geral no recurso extraordinário) e 11.441 (possibilitou a

realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via administrativa).

As novas leis contribuíram, e muito, para o apressamento não só do trâmite processual, mas também para o cumprimento dos julgados em menor tempo. O processo de conhecimento pelo procedimento comum, por exemplo, foi fortemente modificado pela Lei n.º 8.952/1994, que, alterando os artigos 273 e 461, autorizou a antecipação da tutela ou de seus efeitos antes da prolação da sentença e a concessão imediata da tutela específica. A Lei n.º 10.444/2002 possibilitou a antecipação da tutela, quando parcela dos pedidos mostrar-se incontroversa, e concedeu ao juiz inúmeros mecanismos para acelerar e garantir o cumprimento da obrigação. Por fim, a Lei n.º 11.232/2005 estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças, acabando com a execução por processo autônomo de títulos judiciais.

Para garantir a celeridade no trâmite processual, o direito de defesa foi afetado. O réu, perdendo os privilégios que gozava na feição original do procedimento comum, não pode mais impunemente contestar por contestar, sem ter qualquer razão, apenas para atrasar a prolação de sentença que favoreça o autor. Tal como acontecia em muitos procedimentos especiais e nas ações cautelares, foi facultado ao juiz, antes mesmo de ouvir o réu, dar ao autor o que este pretende, quando evidenciado, em cognição sumária, que a razão está ao seu lado.

Nesse novo processo civil brasileiro, a sentença não só reconhece a lesão ou a ameaça a direito, como também cria situações concretas para satisfazer quem foi lesionado ou ameaçado. As decisões judiciais, mesmo proferidas ao longo do procedimento comum, mediante a antecipação da tutela pretendida, passaram a ter eficácia real, podendo o juiz ordenar a busca e apreensão de bens, impor severas multas (CPC, arts. 461 e 461-A) e, até mesmo, bloquear, via computador, o patrimônio do devedor inadimplente (CPC, art. 655-A). O magistrado, ao proferir decisões interlocutórias ou ao sentenciar, pode emitir ordens ao réu, assim como lhe é facultado determinar as medidas que entenda necessárias para que o direito então reconhecido seja efetivamente tutelado. Não bastasse, as decisões ganharam executoriedade imediata. A sentença não mais simplesmente “extingue” o processo. Agora, apenas encerra a primeira fase do processo e deve ser cumprida nos mesmos autos (CPC, art. 475-I), sob pena de multa em caso de inadimplemento (CPC, arts. 461, §§ 4.º e 5.º, e 475-J).

Convém ressaltar, utilizando-se das palavras de Antonio de Pádua Notariano Junior, que todo o direito processual pátrio passa por uma reforma, que busca melhorá-lo, isto é, almeja “propiciar meios efetivos para que a prestação jurisdicional se dê tempestivamente, coibindo a drástica demora do processo”.^[58] Como exemplo do exposto, podem ser citadas, entre várias outras, as Leis n.ºs 9.099/1995 (Juizados Especiais Estaduais), 9.307/1995 (arbitragem) e 11.419/2007 (informatização do

processo judicial), cujo mérito foi acrescentar ao ordenamento novas possibilidades de ser a tutela jurisdicional prestada de modo simplificado e ágil. Igual menção merece o Código de Defesa do Consumidor, com suas disposições sobre a tutela dos direitos transindividuais, a qual, se adequadamente prestada, pode solucionar o problema de uma infinidade de pessoas com um único processo.

Resta, no entanto, implementar tais modificações no plano real, no mundo dos fatos, no dia-a-dia forense. Falta – é verdade inegável – adequar a estrutura judicial aos anseios da comunidade, aparelhando satisfatoriamente o Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se estudar a evolução histórica da *razoável duração do processo* é possível enxergá-la como *princípio*, assim considerado o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico”.^[59] Tendo a razoável duração do processo como princípio, isto é, como um *mandamento de otimização*, para utilizar a expressão cunhada por Robert Alexy,^[60] é possível defender sua realização dentro das possibilidades reais e de acordo com as peculiaridades fáticas e jurídicas. Em outras palavras, a razoável duração do processo depende das peculiaridades do caso concreto em discussão. Embora não se discuta que qualquer pessoa possa *sempre* exigir a manifestação do Estado-juiz sobre sua pretensão em lapso temporal aceitável, o Estado-juiz, *às vezes*, não tem como se manifestar ou, quando tem, não pode o fazer no tempo tido como adequado pelo jurisdicionado.^[61] O Estado (aqui considerado num conceito mais amplo, englobando Executivo, Legislativo e Judiciário) deve, porém, zelar *ininterruptamente* pela razoável duração do processo, em atendimento à determinação constitucional.

Atualmente, após séculos de evolução, é com essa concepção que se estuda e se defende a razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 29, n. 113, jan.-fev. 2004.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Morosidade da justiça*. Porto: Legis Editora, 2006.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Guiuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.], v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LACERDA, Galeno. Mandados e sentenças liminares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*. Uberlândia, v. 1, n. 1, jan.-jun. 1972.

MARIONONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

----- . *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1962, v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Thereza Arruda Alvim [et. al.] (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. [s.l.]: Podivm, 2006.

[1] HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326. “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5).

[2] Disponível em:
<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=386&invol=213#f4>>.
Acesso em: 11 jul. 2008.

[3] ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 34.

[4] *Idem, ibidem*, p. 36.

[5] Disponível em:
<http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>.
Acesso em: 11 mar. 2009.

[6] Disponível em:
<http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em:
11. mar. 2009.

[7] ARRUDA, *op. cit.*, p. 38.

[8] *Idem, ibidem*, p. 42.

[9] Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>.
Acesso em: 11 mar. 2009.

[10] Disponível em:
<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/constituicao_p02.htm>. Acesso em: 11 jul. 2008.

[11] EC n.º 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Thereza Arruda Alvim [et. al.] (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 216-217.

[12] GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável duração do processo. In: WAMBIER, op. cit., p. 264.

[13] BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 315, apud ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 29, n. 113, jan.-fev. 2004, p. 19.

[14] El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, v. 55, p. 200-201, apud MARIONONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39-40, nota de rodapé 31.

[15] Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html>> Acesso em 14 jul. 2008.

[16] Disponível em:
<http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554/>. Acesso em: 14 jul. 2008.

[17] Disponível em:
<http://www.acime.gov.pt/docs/Legislacao/LEuropeia/Carta_direitos_UE.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

[18] Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_2.html>. Acesso em: 14 jul. 2008.

[19] Disponível em:
<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 14 jul. 2008.

[20] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

[21] ARRUDA, op. cit., p. 148-149. Sobre o assunto, cf. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Morosidade da justiça*. Porto: Legis Editora, 2006.

[22] MEDDA, Roberta [et. al.]. La regionevole durata dei processi. *Documenti Giustizia*, 2000, p. 1-2, apud HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, op. cit., p. 577.

[23] FRAVREAU, Bertrand. *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*. Bruxelas: Bruylant, 2001, p. 11, *apud* ÁLVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 19.

[24] ARRUDA, *op. cit.*, p. 148, 151 e 152.

[25] ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

[26] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em:
10 mar. 2009.

[27] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em:
10 mar. 2009.

[28] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em:
10 mar. 2009.

[29] ARRUDA, *op. cit.*, p. 43.

[30] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em:
10 mar. 2009.

[31] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em:
10 mar. 2009.

[32] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em:
10 mar. 2009.

[33] Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 10 mar. 2009.

[34] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 218-229.

[35] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

[36] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 46.

[37] LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, *op. cit.*, p. 328-329, com referências a CAPPELLETTI, *Processo*,

ideologias, sociedade. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 549; MORELLO, Augusto M. *El processo civil moderno*. La Plata: Librería Editora Platense, 2001, p. 471; e VÉSCOVI, Enrique. *Teoria geral del processo*. Bogotá: Temis, 1984, p. 68.

[38] HC 80.379, rel. Min. Celso de Melo, j. 18.12.2000, DJ 25.05.2001.

[39] HC 85.237, rel. Min. Celso de Melo, j. 17.03.2005, DJ 29.04.2005. No mesmo sentido: HC 87.164, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04.04.2006, DJ 29.09.2006. Em sentido contrário: “Prisão preventiva. Excesso de prazo. Afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo e constrangimento ilegal não caracterizados. Complexidade da causa. Demora razoável. (...) Denúncia oferecida contra quatorze acusados, na qual conta estar em processo ininterrupto de investigação pelo menos nove fatos delituosos. Peça acusatória com rol de doze vítimas e onze testemunhas a comprová-los, residentes nas mais diversas localidades da região onde os crimes foram cometidos. Decisão do Superior Tribunal de Justiça que guarda perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de não haver constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal” (HC 89.168, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.9.2006, DJ 20.10.2006).

[40] HC 86.915, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.02.2006, DJ 16.06.2006. No mesmo sentido: HC 91.690, rel. Min. Marco Aurélio, e HC 91.121, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.11.2007, Informativo 487.

[41] HC 88.610, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.06.2007, DJ 22.06.2007.

[42] HC 91.986, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11.09.2007, DJ 31.10.2007.

[43] Paulo Hoffman afirma que, para se ponderar sobre a razoável duração do processo, deve ser analisada a complexidade do caso, o comportamento das partes e a atuação dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição (*Princípio...*, p. 329). Antes mesmo de vir a lume a Emenda Constitucional n.º 45/2004, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmavam que, “na prática, três critérios devem ser levados em conta para a determinação da duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional” (*Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87).

[44] HC 94.170, rel. Min. Menezes Direito, j. 10.6.2008, DJE de 8.8.2008.

[45] HC 89.168, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.9.2006, DJ 20.10.2006.

[46] HC 91.881, rel. Min. Eros Grau, j. 14.8.2007, DJ 31.10.2007.

[47] HC 93.786, rel. Min. Carlos Britto, j. 17.6.2008, DJE de 31.10.2008.

[48] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1962, v. 1, p. 74.

[49] A propósito, cf. LACERDA, Galeno. Mandados e sentenças liminares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*. Uberlândia, v. 1, n. 1, jan.-jun. 1972, p. 52-62.

[50] *Apud* PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 83.

[51] PACHECO, *op. cit.*, p. 126.

[52] DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 275.

[53] CHIOVENDA, Guiuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.], v. 1, p. 145, em nota de rodapé acrescida por Liebman.

[54] MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1, p. 50.

[55] CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 108.

[56] Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 28 ago. 2008.

[57] PACHECO, *op. cit.*, p. 270.

[58] Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, *op. cit.*, p. 61.

[59] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

[60] *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

[61] O princípio, com as ponderações que sua aplicação na realidade fática exige, *sempre* será aplicável. Seu grau de realização poderá, porém, variar, especialmente diante de outro princípio que com ele colida (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32).

PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-SOCIAIS DA CIDADANIA OCIDENTAL

SOCIAL-HISTORICAL ASSUMPTIONS OF WESTERN CITIZENSHIP

Fernanda Cristina Covolan

RESUMO

O presente trabalho busca, inicialmente, apontar as origens históricas do conceito cidadania, partindo primeiramente do mundo grego antigo, com suas limitações e peculiaridades, e apontando como, no que respeita ao período medieval, há controvérsias quanto à existência de elementos de exercício cidadão. A seguir abordam-se três marcos histórico-sociais antecessores das grandes revoluções modernas, que tiveram impacto na organização social, refletindo assim na forma do homem entender-se dentro da sociedade: a peste negra, que dizimou 1/3 da população europeia de seu tempo, ocasionando falta de mão de obra e afetando indistintamente as classes sociais, o que atingiu a percepção das relações feudais de dependência econômica bem como as hierarquias baseadas em pressupostos religiosos; o renascimento e suas mudanças de pensar e ver a cultura e o próprio homem, dando espaço ainda a modificações na ciência e no domínio da natureza e; a reforma protestante que, modificando dogmas, serviu também para dar espaço a uma reformulação política, econômica e conseqüentemente social, sendo um dos elementos sociais precursores das mudanças do porvir. O artigo procura analisar, então, as modificações sociais na Europa e na América que serviram de mola propulsora às revoluções, dando lugar para o fortalecimento de um grupo social antes secundário, chamado de burguesia, sendo que tal grupo social, com o intuito de conquistar direitos legais, formulou uma nova concepção de Direito, em que se resgatou o conceito de cidadania. Esta nova cidadania moderna veio em forma mais ampliada, agora baseada no indivíduo e suas prerrogativas. Por fim, o presente artigo considera que a concepção de cidadania, conforme sua formulação presente, tem suas origens nas mudanças sociais ocorridas a partir da Idade Média e nos reflexos destas mudanças na organização cultural ocidental, sendo relevante a consideração do passado para a avaliação do andar do presente e da construção do futuro.

PALAVRAS-CHAVES: HISTÓRIA SOCIAL; CIDADANIA; REFORMA PROTESTANTE; REVOLUÇÕES MODERNAS

ABSTRACT

This paper presents initially, the historical origins of citizenship concept, starting from the old Greek world with its limitations and peculiarities, and pointing controversy about the existence of elements of exercise citizen, regarding the medieval period. The following deals with three social-historic facts predecessors to the great modern revolutions, which had impact on social organization, as reflected in the way of man is understood in society: the bubonic plague (Black Death), which killed 1/3 of the

European population of their time, causing a lack of manpower and affecting social class indistinctly, which reached the perception of feudal relations of economic dependence and the hierarchies based on religious assumptions; the Renaissance and its changes in thinking and see the culture and the man himself, giving space also to changes in science and the nature domain and; the Protestant Reformation, changing dogma, also served to make a political and economic recasting and consequently social changes, being one of the precursor social elements of modern revolutions. So, this paper attempts to analyze the social changes in Europe and America that served as the springboard for the revolutions, giving place to the strengthening of a social group before secondary, called the bourgeoisie. This social group in order to get legal rights, made a new conception of Right, which rescued the concept of citizenship. This new modern citizenship came in a more extended context, now based on the individual and their prerogatives. Finally, this work considers the concept of citizenship, as it stands now, has its origins in the social changes occurring from the Middle Ages and the consequences of these changes in Western cultural organization, and it is relevant to consideration of the past to assess the present and the building the future.

KEYWORDS: SOCIAL HISTORY; CITIZENSHIP; PROTESTANT REFORM; MODERN REVOLUTIONS.

Introdução

O conceito de cidadania vem sendo discutido e reconstruído ao longo dos anos, suscetível da história social da cultura ocidental. A construção da sociedade, seus andares e revezes, permitem que novos elementos e concepções sejam acrescidos à medida que se verifica experimentalmente a necessidade de revisões no conceito anteriormente posto.

Em que pese a existência prévia da cidadania na Grécia antiga e mesmo nos períodos Romano e Feudal, é inegável que o alcance jurídico do conceito estava limitado a um grupo específico de pessoas, deixando tantos outros à margem.

O fim do período feudal fez ressurgir a ideia de cidadania, agora ampliando o conceito para abarcar um número maior de indivíduos da sociedade, em bases tais que permitiram a extensão do conceito, atualmente, para todos, apesar de tal extensão ser ainda mais teórica do efetiva.

A compreensão dos fatos e mudanças sociais do fim do período medieval permite compreender que as reconstruções de conceitos jurídicos, filosóficos, políticos, sociais e econômicos estão intrinsecamente relacionados, afetando-se continuamente.

Em face do exposto, o presente trabalho se propôs a considerar alguns elementos histórico-sociais que estiveram relacionados com o ressurgimento da cidadania, analisando fatos como: a influência da cidadania grega, sua diferença com a cidadania moderna, fatos históricos de ordem social como a Peste Negra, o Renascimento e a Reforma Protestante, e finalmente refletindo em como se deu a reconstrução histórico-social do modo de ser ocidental, inclusive em sua constituição jurídica, com a eclosão das chamadas Revoluções Modernas.

1. CIDADANIA NASCENTE: DA GRÉCIA PARA O MUNDO OCIDENTAL MODERNO

O mundo grego antigo foi a fonte primeira da ideia de cidadania, que naquele tempo e lugar teve um significado tanto civil quanto político, muito embora as prerrogativas não fossem acessíveis a todos os membros da sociedade, já que mantinha-se a escravidão, e não se reconheciam pobres ou alguns profissionais de carreiras menos dignas, como artesãos ou comerciantes.[1]

Dentro da concepção atual de cidadania, essas limitações ao acesso da condição de cidadão significam uma não cidadania civil. De todo modo, a cidadania grega, para ser plena, deveria incluir, entre os direitos do cidadão, a interferência nas decisões da *polis*. Esta participação também só se daria caso o cidadão atendesse a condições específicas de nascimento[2] e condições sociais, sendo passível de veto ou consentimento especial por decisões políticas. Tais limitações significaram o acesso restrito de uma classe oligárquica à condição de cidadania.

Diodoro da Sicília assim referiu essas circunstâncias:

O povo, que não era suficientemente forte para continuar a guerra, foi obrigado a dar plenos poderes governamentais a Antípatro... Este tratou-os com humanidade: permitiu-lhes conservar a sua cidade, os seus bens e tudo o resto. Mas modificou a constituição, anulou a democracia e ordenou a instauração de um regime censitário: os que possuíam mais de dois mil dracmas tinham direito de tomar parte na vida política e de votar. Em contrapartida, excluiu da vida política todos os que não atingiam o censo, bem como os agitadores e os desordeiros da guerra; aos voluntários foi atribuído um território para colonizar, na Trácia. Assim, estas pessoas – que eram mais de doze mil – abandonaram a sua pátria, enquanto os que possuíam o censo estabelecido (à volta de nove mil pessoas) receberam plena e inteira soberania na cidade e no campo: governaram-se segundo as leis de Sólon.[3]

A participação dos cidadãos na organização e desenvolvimento social se davam no âmbito legislativo e judicial, de forma direta, ou seja, sem que fossem eleitos representantes: cada cidadão comparecia pessoalmente ao fórum para discutir e deliberar.[4]

Nesta concepção inicial de cidadania, inexistiam os direitos-liberdades, prevalecendo o público sobre o privado, o coletivo sobre o individual. Jaeger afirma que a *polis* “impõe-se aos indivíduos de modo vigoroso e implacável e neles imprime seu caráter. (...) O valor do homem e da sua conduta mede-se exclusivamente pelo bem ou pelo mal que acarretam à cidade.”[5]

Quanto à Idade Média, há divergência entre autores sobre o exercício da cidadania. Para exemplificar, uma das correntes entende que este exercício desapareceu, somente ressurgindo no século XI, nas cidades-Estado italianas, de predomínio burguês, numa forma assemelhada ao modelo dos tempos antigos, também exercida por uma minoria. [6]

Para Sérgio Resende de Barros, contrariamente, no período feudal/medieval a sociedade organizou-se sobre relações de direitos e deveres entre vassallos e senhores, muitos embora a força de deveres se sobrepusesse aos direitos para os pertencentes às camadas da base piramidal em que se organizava a sociedade.

O servo não era escravo e o senhor não era absoluto. Na relação entre eles havia – como em todas as relações feudais – uma composição de deveres sociais com direitos sociais, ainda que mais oclusiva e opressiva do que nas demais relações com os demais vassallos, na ascensão da pirâmide social feudal.[7]

Mas foi na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, inclusive no período absolutista, com as mudanças abissais na forma do homem entender a si mesmo e ao mundo, que começou a reformulação do conceito de cidadania como exercício de direitos. As bases para tal mudança foram: o individualismo, o racionalismo, a substituição do sistema agro-pastoril para o sistema econômico do comércio, e ainda a secularização nos sistemas políticos - com o surgimento dos Estados, fundamentados no contratualismo.

De acordo com Gonzalez[8], destacam-se três correntes sobre o modo de formação da teoria dos direitos humanos no ocidente: a visão weberiana, que coloca no centro a reforma protestante; a visão marxista, que entende ter sido a mudança dos meios de produção – do sistema agro-pastoril para o sistema mercantil; e a teoria que privilegia a ascensão do individualismo jurídico no meio social, defendida, entre outros, por Bobbio.

Para a construção histórica do homem contribuem todos os fatores que constroem sua vida diária, ou seja, os aspectos psicológicos, familiares, sociais, econômicos, políticos, filosóficos, jurídicos, ou mesmo fenômenos naturais, todos se inter-relacionando. Estas inter-relações, embora em alguns momentos predomine um aspecto em detrimento de outro, não significam a ausência ou menor importância dos demais.

Desta forma, importa considerar a diversidade de elementos para uma visualização mais apurada das mudanças ocorridas no mundo ocidental que fundamentaram as mudanças na compreensão do que é cidadania, e do que é Direito.

2. Fatos anteriores - A Peste Negra, Renascimento e Reforma

Trindade, em sua obra sobre a história social dos Direitos Humanos, ressalta o papel que a peste negra teve nas alterações sociais da Idade Média.[9]

Em meados do século XIV, navios mercantes levaram a peste negra (nas três versões: bubônica, pneumônica e septicêmica) para o continente europeu, onde se disseminou rapidamente. Hoje é sabido que a doença escondia-se nas pulgas dos ratos, viajantes escondidos nos porões dos navios.

Somente nos quatro primeiros anos da doença cerca de 20 milhões de europeus dos diversos países morreram, sendo este número o equivalente a um terço da população da época.

A peste negra, ao ocorrer, colocou algumas idéias em xeque: morriam igualmente pecadores e padres, pobres e nobres, sem distinção. A imagem de protegidos e privilegiados começou a sofrer abalo na mente dos camponeses e homens livres. Já a dizima provocada pela peste reduziu drasticamente a população, gerando necessidade de mão-de-obra para cultivar a terra.

Os camponeses, assim, adquiriram a noção do valor de seu trabalho, pelo que “sua força havia crescido na luta secular que travavam contra os senhores.”^[10] Os que já se recusavam a cumprir as imposições dos senhores feudais se tornaram ainda mais renitentes, enquanto que os trabalhadores de aluguel passaram a exigir mais pelo labor. As lutas entre as duas classes, antes esporádica e local, passaram a se dar de forma mais organizada e frequente, bem como de forma mais violenta.

Os nobres, não conhecendo outra forma, oprimiram ainda mais seus servos, impondo mais obrigações, retirando privilégios e esmagando as revoltas pela força.

Tal opressão gerou o aumento da evasão dos camponeses que, expropriados da terra, preferiam ser livres, sair para os burgos, em busca de uma nova formação como artesãos, ou buscarem outros nobres que lhes dessem melhores condições. Assim, pouco a pouco, os burgos cresciam, bem como a importância de seus habitantes.

As concepções de cidadania e de Direito, até a Idade Média, baseavam-se numa concepção de coletividade, em que os interesses dos indivíduos estavam subordinados ao interesse do todo social, e só poderiam ser entendidos na medida em que o indivíduo fazia parte deste coletivo.

As mudanças ocorridas para que o foco saísse da idéia de coletivo para a centralização no indivíduo não se deram repentinamente, mas em face de uma paulatina reformulação de pensamento, iniciada com a mudança social ocasionada pela Peste Negra, mas posteriormente marcada por outras duas alterações que se constituíram como marcos: o Renascimento e a Reforma Protestante.

O Renascimento representou um movimento cultural marcado pela ruptura com o sistema medieval, e pode ser entendido como “a celebração do humano como força autônoma e racional, desvinculada de todas as restrições transcendentais que inviabilizam a criatividade do pensamento e da liberdade da prática objetiva.”^[11]

Embora movimento cultural, o renascimento atingiu “todas as dimensões da existência humana no sentido antropocêntrico, terreno, ao mesmo tempo naturalista e humanista, mas, sobretudo, profundamente individualista e racionalista.” E substituiu a sociedade teocêntrica medieval, “por uma concepção [...] voluntarista da sociedade como construção histórico-social, cultural e artificial do homem”^[12]

Enquanto o Renascimento teve seu centro na Itália do século XV, a Reforma Protestante teve seu marco na Alemanha e França, expandindo-se para a Suíça.

A importância da Reforma para o desenvolvimento da cidadania moderna está no fato histórico-social de que, à época, a religião ultrapassava o significado contemporâneo, já que “guiava todos os movimentos dos homens: a Igreja era parte da máquina

administrativa do governo, a Igreja defendia a ordem vigente, a Igreja desenvolvia a teoria política em linguagem religiosa etc.”[13]

A Reforma, assim, pode ser entendida como a primeira Revolução de cunho social, porque representa uma primeira mudança de paradigma, inicialmente apenas de cunho religioso, mas que foi adquirindo cunho social, político e econômico, à medida que as novas idéias foram produzindo “fundas transformações no ideário, nas instituições de organização social e na prática de vida”. [14]

Para Comparato, aliás,

Ela foi a matriz dos direitos humanos construídos sobre o fundamento da autonomia de cada indivíduo, tais como a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de expressão e de opinião, a liberdade de reunião e de associação, direitos essenciais à construção do mundo moderno. [15]

O movimento reformista resgatou o ideal de igualdade contido no cristianismo bíblico, especialmente nas cartas paulinas. Até então era reservado ao clero o papel de representante de Deus, considerando-se que os ocupantes destas funções desempenhavam-nas de acordo com a expressa ordem divina, pelo que estariam protegidos e deveriam ser obedecidos. Da mesma maneira, as funções de domínio político e social teriam sido confiadas aos nobres, já que controlavam também meios produtivos, primordialmente agrícolas. O clero, a partir do altar, ressaltava essa ideia, numa construção ideológica que legitimava o sistema vigente.

Lutero contrapôs-se à tradição eclesiástica, que dava poder inquestionável ao clero. Dizia ele que todo cristão tinha direto acesso a Deus, que não haveria intercessores entre Deus e o homem, e que a Bíblia deveria ser lida e compreendida pelo próprio cristão, que era capaz de entendê-la, discernindo o justo e o injusto, não havendo justificativas para a hierarquia eclesiástica. Defendia ainda que a salvação era ato exclusivo de Deus, alcançado pelo homem não pela prática de atos ou pela compra de indulgências.

Visto que o poder dos nobres era referendado pela igreja, e descansava no ideário social como advindo de Deus, essa quebra de paradigmas religiosos plantava também a semente para o questionamento da sociedade estratificada em que a uns cabia a pobreza e subserviência, enquanto que a outros a riqueza e o domínio.

Outro pensador reformista de vital importância foi Calvino, que entendia que o cristão deveria demonstrar sua salvação, predeterminada por Deus, sendo “instrumento da vontade de Deus” [16], o que se daria através da prática sistemática de uma conduta cristã em que desenvolvesse o máximo potencial que lhe tivesse sido concedido por Deus, fosse através de suas habilidades, fosse através de seus bens.

Assim, a mentalidade do cristão reformado mudou diametralmente: antes faziam o mínimo necessário para sobreviverem, agora a dedicação plena ao trabalho é a forma de manter-se inclusive afastado de atitudes que neguem a vocação.

A idéia de predestinação também influenciava a forma do homem ver a si mesmo e a seus semelhantes: como sua salvação não dependia da intermediação de ninguém, e o

conhecimento da vontade de Deus apenas se daria pela interpretação da Sua Palavra, sua vida era de solidão, de profundo individualismo.[17]

Embora o pensamento reformista elevasse o indivíduo ao lugar central, e sua razão como hábil para julgamento, não via no homem a fonte precípua de lei justa, sendo esta proveniente de Deus, de tal maneira que qualquer lei humana que contradissesse a Palavra de Deus deveria ser desobedecida.

Apesar desta característica teocentrista oposta ao humanismo que gerou o Direito da modernidade, as idéias básicas de individualismo recuperadas pelo protestantismo, e a pregação da liberdade e da igualdade, bem como o questionamento do sistema milenar medieval, serviram de sustentação e embasamento para a reformulação das teorias jurídico-filosóficas.

Desta maneira, a Reforma Protestante teve papel significativo no preparo para as Revoluções Modernas, e para o surgimento do conceito moderno de cidadania, ao elevar o individualismo, o racionalismo, a relevância do trabalho, a valorização da liberdade e o incentivo ao acúmulo de capital.[18]

As novas idéias estabelecidas em conseqüência do protestantismo causaram grandes conflitos políticos na Europa, antes acostumada a uma identificação plena entre Direito, Moral e Religião, com o predomínio desta última, representada unicamente pelo catolicismo.

A partir de então, há um cisma desta unicidade, e surgem guerras entre protestantes e católicos em toda Europa, especialmente na Alemanha, França e Reino Unido, guerras entre grupos lutando pela manutenção ou obtenção do poder político, guerras entre visões de mundo diferenciadas pelas novas idéias reformistas.

Esta aparente dissensão religiosa continha muito mais que apenas teologia. O homem passa a exercer lugar preponderante, sendo agente e não mais observador ou objeto nas mãos das forças místicas, dando espaço para o desenvolvimento científico, a retomada dos métodos, desenvolvimento tecnológico, tudo voltado para o novo ideal de concretização de ganhos por meio do próprio esforço.

3. As Grandes Revoluções Modernas e a Cidadania

Como visto, a passagem do período medieval para a modernidade esteve marcada por diversas mudanças: no plano espiritual, deixando a Igreja católica de ser a ideologia dominante; no plano científico, com os “grandes avanços experimentais” que suplantaram as “formas dogmáticas do saber anterior”, mas as mudanças econômicas, sociais e políticas estiveram ligadas ao surgimento da classe burguesa[19], pelo que importa referir seu aparecimento.

A sociedade medieval estava organizada nos chamados “três estados”, a saber, clero, nobreza e servos, sendo esta divisão inalterável, por ordem celestial. O Direito e a Moral estavam intrinsecamente ligados.

Esta organização esteve de acordo com a desconstrução do Império Romano, e reorganização social em pequenas comunidades capazes de gerar meios para a própria subsistência, por via de atividades agrícolas e pastoris.

Como já não havia mais a estrutura estatal garantidora da paz social, por meio de um forte sistema jurídico, estas comunidades rurais, chamadas feudos, precisaram encontrar meios de garantir a posse da terra dos outros interessados em tomá-las.

Fora desta estrutura encontravam-se alguns homens, ocupados em profissões autônomas, tais como artesãos, mercadores, funcionários administrativos, advogados, homens livres ou fugidos dos feudos, que passaram a reunir-se nos burgos, “pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo destas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra salteadores que proliferavam nas estradas daquele tempo.”[20]

Com o aumento da circulação de recursos econômicos e o incremento das atividades dos burgos, alguns de seus habitantes, muitas das vezes oriundos de famílias judaicas, foram adquirindo mais bens e proeminência, e passaram a emprestar dinheiro a juros aos nobres para patrocínio de guerras bem como financiar empreendimentos de produção de bens. Em face desse desenvolvimento e crescimento, adquiriram maior proeminência em seu meio, sendo que nos séculos XV e XVI já eram relevantes socialmente. Mesmo assim, continuavam afastados tanto do poder econômico, representado pela propriedade, como do poder político, sendo ambos reservados para as duas classes superiores da sociedade, nobreza e clero.

Nos séculos seguintes, com o Renascimento, a invenção e a criatividade só fizeram permitir ainda mais a expansão de seus negócios, e os ramos de atividades em que se engajavam aumentou sobremaneira. No entanto, a mão-de-obra necessária para a expansão de seus negócios – mão-de-obra assalariada - encontrava-se no terceiro estado, ao qual também não se davam quaisquer direitos.

Chama a atenção a afirmação de Leo Huberman, de que na França de 1700, dos cerca de 22 milhões de camponeses existentes apenas um milhão ainda prestavam seus serviços na forma medieval de servidão.[21] Todos os demais haviam já alcançado outra forma de subsistir.

A esta altura, os meios de produção estavam nas mãos da burguesia, e, por conseguinte o sistema econômico, voltado para a “implementação da produtividade econômica de mercado livre, com a sistematização do comércio (...) e pela força do trabalho assalariado”, sendo que também por suas mãos foi incentivado o desenvolvimento de idéias jusfilosóficas que pudessem legitimar essa nova organização política baseada no liberalismo e no individualismo, permitindo-lhes a ascensão política que desejavam.

Como vimos, ao longo destes últimos séculos anteriores à inauguração da Modernidade, vários pensadores foram sobrepondo uma nova concepção de mundo apta a fundamentar as Revoluções Modernas, a saber, a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa, que embora tenham tido bases diversas, tiveram em comum o fortalecimento da classe burguesa, o desenvolvimento das tecnologias e das atividades industriais e o anseio de uma alteração na sociedade estratificada, em que

todos participassem, se tornassem livres e hábeis a ver respeitadas suas liberdades, bem como fossem vistos como iguais.

Há grande divergência entre os estudiosos dos processos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, no que tange ao papel desempenhado por eles, e de se pode chamar de revolucionários todos estes processos.

Primeiramente, ressalte-se que a palavra revolução tem significado diferente a partir da modernidade e da Revolução Francesa, quando adquire a significação de mudança radical de direção, enquanto que, até então, significava retorno às idéias passadas.[22]

A Revolução Inglesa, neste sentido, desejou a recuperação dos direitos de nobreza e clero, perdidos para o absolutismo, e foi também marcada pelas divergências religiosas já que a casa dos Stuarts era católica, enquanto que a maior parte da nobreza era protestante. Com o recrudescimento das ações anti-protestantes daquela casa, começou um processo que se estendeu de 1640 a 1688, quando uma medida conciliatória entre a monarquia e os representantes do parlamento colocou no trono Guilherme III e Maria II, comprometidos com o protestantismo, e ao mesmo tempo levou-os a vincularem-se a uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*).

Com isso, pela primeira vez sepultou-se, na Europa, o sistema monárquico absolutista, deixando crescer o poder parlamentar e a separação dos poderes. Embora o Parlamento fosse constituído de membros da nobreza e do alto clero, não havia impeditivos legais para que cidadãos não provenientes destas classes tivessem assento naquele órgão, o que permitiu a paulatina modificação social na Inglaterra.

Os poderes do Parlamento seriam justamente de garantir os direitos dos súditos dos arbítrios dos monarcas, e seriam responsáveis pela aprovação de leis modificativas de tributos, sendo estes fatores ligados ao surgimento dos Direitos Humanos e da cidadania modernas, embora apenas de forma incipiente.[23]

A este tempo, a América do Norte, principal colônia britânica, já experimentava um tal progresso econômico entre seus habitantes, e entre eles vigiam já certas regras que impressionavam os povos europeus, pela supressão da indigência e miséria até então consideradas como problemas irresolúveis de qualquer sociedade. [24]

Novamente, a questão religiosa teve papel relevante na história: os protestantes dissidentes da religião anglicana oficial rumaram para as novas terras justamente fugindo das perseguições a que eram submetidos. Os quackers, que figuraram entre os primeiros imigrantes, eram “antimonarquistas, reivindicavam a posse comum das terras de lavoura e recusavam-se a tirar os chapéus perante as autoridades.”[25]

Esta nova terra surge se opondo aos costumes ingleses, já que seus novos habitantes estabeleceram uma sociedade que pregava a igualdade entre os homens, pugnando pelas decisões democráticas os destinos da sociedade. Esta igualdade, claro está, não era uma igualdade de acesso aos bens de produção, mas a igualdade perante a lei, que lhes permitia desenvolverem os princípios burgueses de livre mercado. Tais princípios vieram desde logo consolidados no acordo dos peregrinos chegados no Mayflower, em 1620:

Em nome de Deus, Amém. Nós, cujos nomes vão subscritos, súditos fiéis de nosso respeitável soberano Senhor, Rei Jaime... havendo empreendido, para a glória de Deus e progresso da fé cristã, e honra de nosso rei e país, uma viagem para implantar a primeira colônia no nordeste da Virgínia, pelo presente, solene e mutuamente, na presença de Deus, uns perante os outros, convencionamos a nossa união num corpo político civil, para melhor ordenar, preservar e aperfeiçoar as finalidades antes mencionadas; e, em razão disso, promulgar, constituir e compor leis justas e iguais, ordenações, atos, constituições e cargos públicos de tempos em tempos, como for julgado mais adequado e conveniente ao bem geral da Colônia, ao qual prometemos todos a devida submissão e obediência.[26]

Vê-se neste primeiro texto, muito antes inclusive da Revolução Gloriosa inglesa, o surgimento do ideal de “cidadania igualitária: a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular.”[27]

A colonização, portanto, foi feita por homens que buscaram construir nas novas terras uma nova pátria, fator que auxiliou a identificação desta nova terra como sua, e a formação ali de uma nova cultura, baseada em novos elementos, no caso, advindos das teorias individualistas protestantes e burguesas. Além disso, a ausência da Coroa Britânica, envolvida em suas próprias lutas internas, serviu para reforçar a tradição de liberdade.[28]

No século seguinte, as guerras entre França e Inglaterra pelo território canadense resultaram no aumento de tributos que recaíam sobre os colonos americanos, ocasionando revoltas com tais medidas, por entenderem que foram tomadas por um Parlamento que não os representava.

A controvérsia prosseguiu, com atos praticados pelos colonos, alguns recuos por parte da Coroa Britânica, para a seguir novas leis saírem do Parlamento inglês em franco prejuízo dos norte-americanos, tais como a Lei do Açúcar, a Lei do Selo, a Lei da Receita, a Lei do Chá. Todas as legislações citadas causaram insurgências na Colônia americana, coibida por meio das Leis Intoleráveis de 1774.

A esta ação do Parlamento seguiram-se congressos dos representantes das colônias, motivando entre os colonos ações afirmativas em prol da liberdade e igualdade. Neste sentido, destacou-se a Declaração de Direitos da Virgínia, fonte das demais declarações americanas e ato inaugural dos Direitos Humanos e da Cidadania moderna, como se vê em seu artigo primeiro:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar a sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios próprios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar obter a felicidade e a segurança.

Este primeiro artigo reflete a influência das idéias jurídico-filosóficas desenvolvidas pelos iluministas europeus, especialmente Locke, das quais se alimentaram os liberais da América: uma incipiente noção de cidadania, baseada na igualdade entre seres

humanos, do direito inalienável de liberdade, da própria vida, e da propriedade para a consecução da felicidade e segurança.

Esta noção não comportava os direitos sociais, impensáveis dentro da lógica liberal, mas apenas os direitos civis e políticos, e mesmo estes seriam profundamente revistos nos séculos seguintes.[29]

Cerca de um ano depois, a colônia declarava sua independência, em 4 de julho de 1776, sendo que até 1883 esteve em guerra contra a Coroa Inglesa, tendo contado com o apoio da França e da Espanha. Durante este período, graças às ações fratricidas da Inglaterra, foi sendo forjado um sentimento de pertencimento à terra, uma identificação entre cada membro daquela cultura, e tal maneira que passam a pensar em si mesmos como norte-americanos, não mais como súditos de outras nações, formando-se o espírito de cidadania.[30]

Veja-se que, embora a Independência Americana e as Declarações de Direitos que lhe sucederam sejam as precursoras do conceito de cidadania moderno, embasado em prerrogativas subjetivas dos homens, não se pode falar em revolução na América, já que tais idéias vigoraram desde sua fundação. O que se observou foi um movimento de afirmação e independência.

Não é preciso grande esforço para perceber que a colonização na América Latina deu-se sobre bases diversas, e em face disso o processo de desenvolvimento da cidadania e dos direitos humanos, nestas áreas, deu-se por vias e tempos muito diversos.

Já na França, a Revolução Francesa significou a ruptura do modo de vida estamental para a nova cosmovisão iluminista, marcada pelo liberalismo e pelo individualismo.[31]

Em face do apoio dado às colônias americanas, a dívida interna da França se elevava, e com uma forte crise agrária em 1877 e 1878, com safras mínimas, acentuaram os problemas econômicos e os abismos entre os trabalhadores e os nobres e clero, faltando, inclusive, o alimento básico, o pão.

A estes fatos somava-se o “esbanjamento ostentatório da Corte”, e a tentativa do Rei de cobrar impostos da nobreza, que, tendo falhado, deixou patente a perda de controle político. Em face desta derrota, foram convocadas as Assembléias dos “Estados Gerais” para tentar conter os problemas sociais, em cuja reunião assemblear de representação da nação estariam presentes os três estados.

Com essa convocação, o próprio rei dava mostras da fragilidade de seu poder, e o Terceiro Estado organizou-se, comandado por fortes líderes da alta burguesia, pleiteando que estes Estados Gerais, diferentemente do que ocorrera no último, em 1614, contasse com representação proporcional destas classes na sociedade.

Os confrontos entre o Terceiro Estado e as classes dominantes – clero e nobreza, apenas cresceram, até o ponto da ruptura, quando irromperam rebeliões populares, levada a cabo incontrolavelmente por uma multidão de famintos, pela pequena burguesia, causado pilhagens e incêndios, e confrontos com autoridades milíciais.

No dia 13 de julho de 1789 formou-se um comitê popular, que criou uma milícia burguesa, armada com trinta mil fuzis tomados do arsenal real. A insurreição começa, espalhando-se pela capital, e o comitê transformou-se na Comuna de Paris, atribuindo-se poder político e civil.

Tais acontecimentos se alastram por todo o país, sendo assim extorquidas as propriedades nobiliárquicas e sendo expulsos os nobres, tudo tomando os camponeses.

Como bem diz o Trindade, o que era inicialmente uma rebelião contra o absolutismo tornou-se uma “revolução jurídica da burguesia nos Estados Gerais”, tomou Paris e posteriormente toda a França, fazendo perecer o *ancient regime* “com o levante de milhões de camponeses nas áreas rurais do país”[32]

O que estava em jogo na Revolução Francesa era uma total mutação da existência comunitária, uma transformação pela raiz da ordem social, das hierarquias tradicionais, das estruturas políticas e econômicas, uma redistribuição da propriedade, uma renovação dos valores psicológicos e morais, que também se afirmou na ordem da moral, da língua, do costume.[33]

Também na França da Revolução, o espírito era, “muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos”[34], o que estava, como já visto, em consonância com o momento histórico e com os interesses predominantes da burguesia.

Com a derrubada da monarquia absolutista e da divisão da sociedade em Estados, era necessário encontrar uma força capaz de garantir as novas conquistas, mas como na França não fora construída uma tradição republicana, o resultado foi uma série de rebeliões sucessivas. As primeiras tentativas de exercício de cidadania política privavam os não proprietários e pobres do voto.

Aliás, o exercício político da cidadania era passivo, sem intervenção direta dos cidadãos no funcionamento das instituições públicas. “A soberania - quer seja ela atribuída à nação, quer ao povo – tem o seu exercício monopolizado pelos representantes eleitos”,[35] o que certamente contrariava as propostas de Rousseau, mas que se considerava o preço a pagar para o resgate das liberdades individuais.

Para este estudo, importa refletir sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, primeiro documento promulgado com o fim de garantir os ideais da revolução. Nele, afirmou-se o direito de igualdade e liberdade, o direito à propriedade como sagrado e inviolável, e ainda o direito de resistência. Nos três primeiros artigos encontrava-se o núcleo de toda a declaração, em que se identificavam as idéias já entronizadas de Rousseau e Locke.[36]

Comparato, ao colocar em relevo a importância desta Declaração para o desenvolvimento dos Direitos Humanos, refere que “o Direito vive, em última análise, na consciência humana”, querendo com isso dizer que, ainda que a Declaração Francesa fosse apenas declaratória, sem estabelecer formas de tornar eficazes seus ditames, seu papel na constituição de Direitos não pode ser negado, já que agiu no consciente social:

Uma proclamação de direitos, mesmo quando despida de garantias efetivas de seu cumprimento, pode exercer, conforme o momento histórico em que é lançada, o efeito de um ato esclarecedor, iluminando a consciência jurídica universal e instaurando a era da maioria histórica do homem.[37]

Também Bobbio, ao relacionar a Revolução Francesa e os Direitos Humanos, ressalta que aquela se tornou um marco de libertação, portanto de mudança social para a instauração de um novo sistema, em que a idéia de liberdade e igualdade estava plantada, pronta para gerar futuramente os sistemas democráticos e por fim um Estado Social, em que todos os indivíduos serão verdadeiramente soberanos, reivindicando, além dos direitos de liberdade, os direitos sociais, para a concretização da igualdade totalitária.[38]

O cidadão recobrava a consciência de si mesmo, de seu papel, da importância que o indivíduo ocupa na formação do corpo social, pela prevalência das idéias de “uma homem racional, emancipado e livre para decidir seu próprio destino”[39].

4. Considerações Finais

A cidadania pela qual se luta nos dias atuais tem adquirido diversos matizes, muitas vezes condicionados pela concepção de conjunto de direitos, colocando-se de parte o conectivo de pertencimento social implicado no conceito.

A construção do pertencimento social se faz num processo que demanda debates, análises culturais, revisões ideológicas, todas medidas que depreendem a compreensão da história da sociedade ocidental, em todos os seus elementos, em que pese a tendência de partidização analítica, ou seja, a tendência de análises marcadas por ênfases metodológicas.

O caldo cultural que distingue as sociedades é mais vasto que apenas um de seus elementos, e para que a cidadania do futuro se revista de maior profundidade e amplitude deve-se considerar como a sociedade moderna vivenciou o seu tempo, as mudanças naturais, religiosas, culturais, econômicas, políticas, e como o conjunto delas afetou o modo de cada indivíduo reformular sua cosmovisão.

Referências Bibliográficas

ARENDDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo. Ática. 1988.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte. Del Rey. 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva. 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Nova Cidadania in Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo. Saraiva. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo. Cia das Letras. 2006.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. **Direitos Humanos e Transição: a ordem jurídica feudal e a passagem para a ordem jurídica capitalista. Os fundamentos das principais teorias dos direitos humanos no início da Idade Moderna**. Aula ministrada no curso de Mestrado, Disciplina Epistemologia Jurídica: a teoria dos direitos humanos no pensamento jurídico-filosófico ocidental. 8ª aula. 10/04/2008.

HITCHENS, Christopher. **Os Direitos do Homem de Thomas Paine: [Uma biografia]**. Rio de Janeiro. Zahar. 2007.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo. Martins Fontes. 1986.

KARNAL, Leandro. Estados Unidos, Liberdade e Cidadania. *In História da Cidadania*. PINSKY, Jaime e Carla Bassanezi. (orgs.) 3ª ed. São Paulo. Contexto. 2005.

MONDAINI, Marco. O Respeito aos Direitos dos Indivíduos. *In História da Cidadania*. PINSKI, Jaime e PINSKI, Carla Bassanezi. (orgs.) São Paulo. Contexto. 2005.

MOSSÉ, Claude. **O Cidadão na Grécia Antiga**. Lisboa. Edições 70. 1993.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo. Peirópolis. 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo. Malheiros. 2006.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo. Martins Claret. 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos do Humanismo Jurídico do Ocidente**. Barueri. Manole. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das Idéias Jurídicas: da antiguidade à modernidade**. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2006.

[1] MOSSÉ, Claude. **O Cidadão na Grécia Antiga**. Lisboa. Edições 70. 1993.

[2] Nascidos de mulher filha de cidadão e homem cidadão. A lei que condicionou a cidadania grega ao nascimento puro sofreu momentos de maior frouxidão e outros de

implacável aplicação, mas serve para caracterizar a proximidade com os conceitos contemporâneos de nacionalidade. Cf. Claude Mossé. Op. Cit.

[3] DIODORO DA SICÍLIA *apud* MOSSÉ, Claude. Op. Cit. pag. 85

[4] MOSSÉ, Claude. Op. Cit. pag. 54

[5] JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo. Martins Fontes. 1986. Pag. 96.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania *in* **Direito Público: Estudos e Pareceres**. São Paulo. Saraiva. 1996. Pág. 05

[7] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte. Del Rey. 2003. Pag. 199

[8] GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. **Direitos Humanos e Transição: a ordem jurídica feudal e a passagem para a ordem jurídica capitalista. Os fundamentos das principais teorias dos direitos humanos no início da Idade Moderna**. Aula ministrada no curso de Mestrado, Disciplina Epistemologia Jurídica: a teoria dos direitos humanos no pensamento jurídico-filosófico ocidental. 8ª aula. 10/04/2008.

[9] TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo. Peirópolis. 2002. Pag. 21 e ss.

[10] *Ibid.* pag. 22

[11] WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade à modernidade**. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2006. pag. 110

[12] TAVARES, José A. Giusti (org.) *apud* WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. Cit.* pag. 111

[13] MONDAINI, Marco. O Respeito aos Direitos dos Indivíduos. *In* **História da Cidadania**. PINSKI, Jaime e PINSKI, Carla Bassanezi. (orgs.) São Paulo. Contexto. 2005.

[14] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo. Cia das Letras. 2006. pag. 169

[15] *Ibid.* p. 170

[16] WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo. Martins Claret. 2001. pag. 93.

[17] WEBER, Max. *Op. Cit.* pag. 87

[18] WEBER, Max. *Op. Cit.*

[19] WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos do Humanismo Jurídico do Ocidente**. Barueri. Manole. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2005. Pag. 86.

[20] TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit. pag. 24

[21] HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Apud TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit. pag. 26

[22] ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo. Ática. 1988. Pag. 18 e COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. Op. Cit.

[23] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva. 2001. Pag. 91

[24] ARENDT, Hannah. Op. Cit. pag. 19

[25] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Op. Cit. Pag. 94

[26] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Op. Cit. pag. 96

[27] Idem.

[28] KARNAL, Leandro. Estados Unidos, Liberdade e Cidadania. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime e Carla Bassanezi. (orgs.) 3ª ed. São Paulo. Contexto. 2005.

[29] TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. Op. Cit. 100

[30] HITCHENS, Christopher. **Os Direitos do Homem de Thomas Paine: [Uma biografia]**. Rio de Janeiro. Zahar. 2007. Cap. 1

[31] TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit. pag. 43 e ss.

[32] Ibid. pag. 50

[33] TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. Op. Cit. pag. 101

[34] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Op. Cit. pag. 130

[35] COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania. In **Direito Público: Estudos e Pareceres**. São Paulo. Saraiva. 1996. Pag. 10

[36] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2004. Pag. 107

[37] COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Op. Cit. pag. 134

[38] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2004. Pag. 115

[39] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo. Malheiros. 2006. Pag. 31

A LIBERDADE EDUCACIONAL CONFERIDA ÀS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR NO REGIME MILITAR

THE EDUCATIONAL FREEDOM OF THE PRIVATE HIGHER EDUCATION INSTITUTION DURING THE MILITARY GOVERNMENT

Guilherme Perez Cabral

RESUMO

Pretende-se, com o presente artigo, refletir sobre a reforma da educação superior – alcunhada “reforma universitária” – promovida pelo regime militar brasileiro (1964 a 1985). Tendo como marco legal a Lei no 5.540/1968, promoveu uma grande expansão quantitativa do sistema educacional, num cenário político autoritário. Será analisada especificamente, dentro dessa reforma, a configuração da liberdade educacional às instituições privadas de educação superior, principais protagonistas da expansão verificada. Analisada sob o ponto de vista desses estabelecimentos educacionais, a liberdade educacional será compreendida em dois aspectos: a livre iniciativa e a liberdade acadêmica. Dessa forma, buscar-se-á trazer elementos que auxiliem o entendimento do sentido histórico da liberdade educacional no texto constitucional de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR;
LIBERDADE EDUCACIONAL; REGIME MILITAR (1964 A 1985)

ABSTRACT

The objective of this article is to reflect upon the reform of higher education – named "university reform" – promoted by the Brazilian military government (from 1964 to 1985). Under the legal framework of law 5540/1968, it has promoted a huge quantitative expansion of higher education system, in an authoritarian political context. It will be examined specifically the educational freedom of the private institutions of higher education, the main protagonists of the expansion verified. Examined from the point of view of these educational institutions, the educational freedom is understood in two aspects: the academic freedom and free enterprise. That way, it is intended to support understanding the historical meaning of educational freedom in the 1988's Constitution.

KEYWORDS: PRIVATE HIGHER EDUCATION INSTITUTION; EDUCATIONAL FREEDOM; MILITARY GOVERNMENT (FROM 1964 TO 1985)

Introdução

Ao disciplinar o tema da *liberdade educacional*, a Constituição Federal de 1988 conjugou a ânsia pela liberdade de ensinar, pesquisar e aprender à preocupação com a "qualidade" e com uma maior intervenção estatal na educação.

Com efeito, trouxe, no art. 206, como princípios basilares da prestação educacional, a "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber", o "pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas", a "coexistência de instituições públicas e privadas de ensino". Por outro lado, estabeleceu a exigência da "garantia de padrão de qualidade".

Tratando especificamente da atuação do setor privado na educação, o art. 209 assegurou a livre iniciativa, condicionando-a, todavia, ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A construção desse texto constitucional pode ser relacionada com o contexto educacional brasileiro no final dos anos 1980, que, especificamente no âmbito da educação superior, resultou de um conjunto de políticas e atos normativos, conduzido pelo governo militar (1964-1985) e conhecido como "reforma universitária".

Tal reforma promoveu uma desordenada expansão do setor pelo viés *privatista* (FONSECA, 1992, p. 43). Isso, por outro lado, foi acompanhado de uma postura política autoritária.

Diante desse quadro, o objetivo do presente trabalho é analisar, sob os prismas político, jurídico e histórico, a reforma da educação superior promovida pelo governo militar, verificando, inicialmente, seu contexto, suas tendências, seus fundamentos constitucionais e sua correspondente legislação.

Dentro dela, buscar-se-á refletir especificamente sobre a liberdade educacional conferida às instituições de educação superior (IES) privadas, principais protagonistas da expansão verificada.

Dessa forma, pretende-se trazer elementos que auxiliem a compreensão do sentido histórico do texto constitucional vigente e do impacto nele causado por essa pretérita configuração jurídica da liberdade.

1. Liberdade Educacional

A liberdade educacional será entendida no presente trabalho no sentido atribuído pela concepção liberal burguesa: liberdade em relação ao Estado, que significa a não atuação estatal (PIOVESAN, 2000, p. 157).

Restrito ao âmbito dos estabelecimentos privados, a liberdade educacional será analisada sob dois ângulos:

a) A *livre iniciativa*, definida como a liberdade dada à iniciativa privada, ao particular, de criar, manter e administrar um estabelecimento de ensino, prestando serviços educacionais, com reconhecimento estatal;

b) A *liberdade acadêmica*, definida como a prerrogativa conferida aos membros da comunidade escolar (professores, pesquisadores e alunos) de dirigir, organizar o processo educativo, definindo e implantando seu projeto acadêmico. Trata-se, portanto, de liberdade cuja titularidade recai sobre a comunidade acadêmica, reunida na escola.

2. A Reforma Universitária

Embora intitulado "reforma universitária", é importante destacar que o correspondente conjunto de normas e políticas promovido pelos militares atingiu toda a educação superior.

Efetivada sob égide da Constituição de 1967 - inteiramente reformulada por meio da Emenda Constitucional nº 01/1969 - a reforma teve como principal marco legal a Lei nº 5.540/1968, a qual, alcunhada "lei da reforma universitária", fixou "normas sobre a organização e funcionamento da educação superior nacional".

Incluiu, ainda, outros atos legais complementares, destacando-se o Decreto-Lei nº 464/69. Todos esses documentos jurídicos somaram-se a partes não revogadas da então vigente Lei de Diretrizes e Bases (LDB), nº 4.024/1961 - cujo capítulo específico destinado à educação superior foi expressamente revogado pelo referido Decreto-lei.

3. O Contexto da Reforma Universitária

Podem ser observados três fatores fundamentais para a estruturação da legislação e da política promovida pelos militares no âmbito da educação superior.

Em primeiro lugar, a concepção político-econômica do regime autoritário, orientada para um modelo de desenvolvimento vinculado aos países capitalistas centrais. Afastava, assim, o projeto até então vigente, conduzido pelo Presidente da República deposto em 1964, João Goulart, que buscava a construção de um capitalismo 'autônomo', de coloração nacionalista (MARTINS, 1989, p. 13).

Tratava-se, ademais, de postura favorável à participação privada na vida econômica, e à expansão da grande empresa, propugnando uma intervenção estatal de acordo "com os

interesses empresariais e não em consonância com as demandas sociais" (FONSECA, 1992, p. 34).

Nesse sentido, a proposta de "modernização" da educação superior brasileira era vista como "um fator instrumental de consolidação de um projeto de desenvolvimento 'associado' e dependente dos centros hegemônicos do capitalismo internacional" (MARTINS, 1989, p. 13).

Foi estabelecida, nesse sentido, uma relação direta e imediata entre educação e produção capitalista, visando à formação de "capital humano", apto a promover o desenvolvimento econômico capitalista e a internacionalização da economia brasileira.

Tudo isso, porém, no contexto da mentalidade autoritária, sem perda do controle político do Estado sobre a educação superior. O sistema educacional haveria de integrar-se às orientações do novo projeto, possibilitando a formação de profissionais especializados que não contestassem as regras postas (SILVA JR. e SGUISSARD, 1999, p. 181 e 182).

Em segundo lugar, verificava-se uma grande demanda pelo acesso à educação superior, relacionada, dentre outros elementos, ao aumento de concluintes do ensino básico e à valorização do nível superior como meio de ascensão social às camadas médias (MARTINS, 1988, p. 56 e 57).

A incapacidade do sistema educacional de absorver tal demanda gerava o problema dos *excedentes*, isto é, estudantes que, aprovados no vestibular, não podiam acessar o curso superior por falta de vagas disponíveis. Tal questão era foco de tensões e mobilizações (MARTINS, 1988, p. 56).

Aproveitou-se o regime militar dessa demanda econômica e social por ampliação do ensino superior para valorizá-la e transformá-la em fator de obtenção de consenso e de legitimação perante amplos setores da sociedade civil, em especial as classes médias (GERMANO, 1994, p. 128).

Finalmente, como terceiro fator, pode ser enumerado o pressuposto da restrição orçamentária. Dentro da lógica de favorecimento à expansão da economia privada, a preocupação maior do governo incidia sobre os gastos em infra-estrutura (investimentos na malha viária, em energia, etc.) e subsídios ao capital (MARTINS, 1989, p. 66).

Enfim, "a um Estado diretamente envolvido na expansão da base material necessária à produção capitalista (...) torna-se lícito afirmar que existe falta de recursos para a educação" (GERMANO, 1994, p. 128).

4. As Tendências da Reforma Universitária

A reforma da educação superior decorrente dos fatores analisados pautou-se, então, numa concepção *instrumentalista* da educação - concebendo-a como instrumento de

preparação de recursos humanos para o crescimento econômico - e no *princípio da expansão com contenção de despesas*.

Emergiu após uma série de estudos e grupos de trabalhos, destacando-se a participação de consultores americanos:

a) Relatório encomendado pelo MEC ao professor norte-americano Rudolph Atcon. Concluído em 1966, trazia a necessidade de expansão do sistema de educação superior, porém com contenção, diante da escassez de recursos. Recomendava a racionalização das atividades acadêmicas, visando o "máximo de rendimento com a menor inversão" (MARTINS, 1988, p. 23). Previa, nesse sentido, a necessidade de se "implantar um sistema administrativo tipo empresa privada e não de serviço público. Porque é um fato inegável que uma universidade autônoma é uma grande empresa e não uma repartição pública" (ATCON *apud* GERMANO, 1994, p. 123);

b) documento produzido pela Equipe de Assessoria ao Planejamento do Ensino Superior (EAPES), grupo de trabalho criado no âmbito de convênios estabelecidos entre o MEC e a agência educacional norte-americana USAID e firmados entre 1964 e 1968. Nele retoma-se a proposição de expansão com contenção, recomendando-se medidas para a maior eficiência do sistema de ensino superior público (algumas já trazidas no trabalho de Atcon), como a organização departamental, a "racionalização" das atividades, o sistema de créditos, o ciclo básico, além da expansão do setor privado, estimulando-se a criação de universidades particulares (MARTINS, 1988, p. 23; GERMANO, 1994, p. 124);

c) Relatório elaborado por Grupo de Trabalho instituído em 1967 e presidida pelo General Meira Mattos. Tal grupo foi criado para propor medidas que permitissem "racionalizar a organização das atividades universitárias, conferindo-lhes maior eficiência e produtividade". Mencionava que "a Reforma tem objetivos práticos e visa conferir ao sistema universitário uma espécie de racionalidade instrumental em termos de eficiência técnico-profissional que tem por consequência o aumento da produtividade dos sistemas econômicos" (MARTINS, 1989, p. 63);

d) Proposta de reforma produzida pelo Grupo de Trabalho da Reforma Universitária, criado pelo governo federal em julho de 1968. Aprovada, gerou a Lei nº 5.540 de 28/11/1968 (GERMANO, 1994, p. 132).

Nesse sentido, o caminho adotado pela reforma seguiu três tendências. A primeira, em consonância com a reforma administrativa do Estado, promovida por meio do Decreto-lei nº 200/1967, consubstanciou-se na busca pela *racionalização e eficiência* do ensino superior, para uma maior produtividade.

Trata-se do pensamento *economicista* no âmbito da educação:

O golpe de 1964 abriu caminho para a ascensão de um novo tipo de pensador da educação do país, como, de resto, em todas as áreas da administração pública: o economista. Esse personagem, muitas vezes graduado em engenharia, travestido de filósofo e pedagogo, traduzia todas as questões educacionais em termos de custo benefício (CUNHA, 1988, p. 257).

Diante disso, associava o processo educacional à produção de uma mercadoria, a qual:

como todo processo econômico, implicava em um custo (os gastos efetuados) e um benefício (algo similar à receita auferida pela venda da mercadoria). O benefício podia ser expresso apenas em número de alunos promovidos ou formados, durante um certo tempo (análogo ao número de peças por hora...) ou, mais sofisticadamente, ao diferencial de salário supostamente acrescido como resultado do conhecimento adquirido (CUNHA, 1988, p. 257).

Entre as medidas inseridas no ordenamento jurídico, em vista da obtenção da máxima produtividade, com um mínimo de custo, "racionalizando" as atividades acadêmicas, podem ser citadas: a extinção das cátedras, o agrupamento de disciplinas afins em departamentos, a vedação da duplicação de meios para fins idênticos ou equivalentes; racionalidade de organização, com plena utilização dos recursos materiais e humanos (Lei nº 5.540/1968).

Ocorre que a implementação de medidas em prol da eficiência, não foi suficiente para atender à demanda crescente. Não havia, no entanto, disposição do governo em aumentar o orçamento destinado ao setor educacional.

Diante disso, a segunda tendência do programa seguido pelos militares consistiu no *favorecimento do setor privado*. Tal opção, além de se inserir na lógica do modelo adotado, de estímulo à expansão da empresa capitalista, mostrava-se uma alternativa de crescimento do sistema de educação superior sem aumento de gastos para o poder público.

Deixou o governo que tal setor se encarregasse da expansão, o que significou uma solução à "pressão social, incômoda, por mais vagas, aliviando a demanda sobre universidades públicas e gratuitas, assim como se mostrou mecanismo de ampliação das bases de legitimação do Estado autoritário" (FONSECA, 1992, p. 43).

Os estabelecimentos privados foram, assim, favorecidos pela postura do governo, "diretamente envolvido na expansão da base material necessária à produção capitalista" (GERMANO, 1994, 128) e pela posição hegemonicamente *privatista* do Conselho Federal de Educação (CFE), principal órgão da estrutura educacional no período, com grande esfera de competência normativa e reguladora na estrutura educacional brasileira.

O *privatismo* dentro do CFE vinculou-se, em grande medida, à forma como foram feitas as nomeações de seus membros. Nos termos do art. 8º da antiga LDB (1961), o colegiado deveria ser constituído "por vinte e quatro membros nomeados pelo Presidente da República, por seis anos, dentre pessoas de notável saber e experiência, em matéria de educação" (caput), levando-se em consideração, na escolha, "a necessidade de neles serem devidamente representadas as diversas regiões do País, os diversos graus do ensino e o magistério oficial e particular" (§ 1º). Todavia, as indicações eram efetuadas, na prática, "de acordo com a conveniência política do poder Executivo, de forma arbitrária e sem nenhuma base de representatividade" (FONSECA, 1992, p. 91). Curvavam-se, ainda, à grande pressão do setor empresarial da educação (FONSECA, 1992, p. 151).

Diante do âmbito de suas atribuições e a partir de sua produção doutrinária e normativa e da prática concreta de autorizar o funcionamento de cursos e instituições, tornou-se o colegiado um ator fundamental, dentro da estrutura educacional do regime militar, para o crescimento do sistema pelo viés privado (FONSECA, 1992, p. 149 a 152).

As IES privadas puderam, assim, protagonizar o processo de expansão do sistema de educação superior decorrente da reforma.

Para tanto, foram impulsionadas pelo "milagre econômico" brasileiro. Tal período, que se estendeu do final da década de 1960 e início da década de 1970, combinou extraordinário crescimento econômico (aumento médio anual do PIB nacional de 11, 2%, entre 1969 e 1973) com taxas relativamente baixas de inflação. Foi marcado, por outro lado, pela "desproporção entre o avanço econômico e o retardamento ou mesmo quase abandono dos programas sociais do Estado" (FAUSTO, 1996, p. 485-487).

O aumento do setor, todavia, foi efetivado com a multiplicação, por critérios pouco rígidos e em ritmo acelerado, de cursos e estabelecimentos de ensino isolados (RANIERI, 2000, p. 52). Afrontou, assim, a própria Lei nº 5.540/68, segundo a qual o ensino superior deveria ser administrado em universidades e apenas "excepcionalmente, em estabelecimentos isolados" (art. 2º).

Ademais, embora organizadas, em cumprimento ao art. 4º da lei da reforma, na forma de associação ou fundação (pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa), as IES privadas seguiram, em grande medida, uma mentalidade empresarial. Consistiu num empreendimento comandado pela racionalidade da acumulação capitalista (MARTINS, 1989, p. 39).

Por fim, a terceira tendência observada foi a lógica militar autoritária, acompanhada de mecanismos de controle político e ideológico da educação superior (SILVA JR. e SGUISSARDI, 1999, p. 185).

No contexto da liberdade educacional, contrapôs-se ao estímulo à livre iniciativa a restrição à liberdade acadêmica. Nesse sentido, além da constitucionalização da censura, foram positivadas medidas limitadoras da liberdade de organização curricular e de desenvolvimento do ensino e pesquisa, citando-se como exemplo a instituição dos currículos mínimos de cumprimento obrigatório pelos cursos de graduação.

Vale destacar que também a organização do corpo discente foi objeto de regulamentação restritiva e autoritária, feita pela lei da reforma (arts. 38 e 39), pela Lei nº 4.464/1964 e pelo Decreto-Lei nº 228/1967. Por meio dessa legislação, o movimento estudantil foi inserido na estrutura do estabelecimento educacional - eliminando-se sua autonomia - e óbices foram impostos às atividades políticas dos estudantes, cujos órgãos de representação foram proibidos de "qualquer ação, manifestação ou propaganda de caráter político-partidário" ou tendente a "incitar, promover ou apoiar ausências coletivas aos trabalhos escolares" (art. 14, Lei nº 4.464/1964).

Enfim, a educação superior, como instrumento para o desenvolvimento do país dependente e associado, haveria de ser efetivada com eficiência, sem aumento de gastos públicos e com a formação de um corpo técnico *apolítico* e não-crítico à ideologia hegemônica.

5. Os Fundamentos Constitucionais para a Reforma Universitária

O governo militar, três anos após assumir o poder, outorgou, em 1967, uma nova Constituição, cujo texto, em 1969, foi inteiramente reformulado por meio da Constitucional nº 01.

Esse texto constitucional revela três traços característicos que constituíram fundamentos para a reforma *privatista* e *acrítica* que se seguiu.

5.1. Fragilidade da Prestação Educacional pelo Estatal

A Constituição se revelou frágil no que se refere à configuração do direito social à educação superior e à atuação estatal nesse campo.

Anunciou, pela primeira vez numa Constituição brasileira, a educação como um "direito de todos e dever do Estado" (art. 176, caput), prevendo que "O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos" (art. 176, caput e § 1º). Não se observavam, todavia, medidas assecuratórias da efetivação dessa função estatal. Não havia sequer vinculação de receitas para a educação (matéria que somente voltou ao texto constitucional por meio da Emenda nº 24/1983).

Assim, apesar da formulação normativa, o correspondente direito à educação restava "meramente objetivo", "apresentando apenas a característica de direito declarado" (RUSSOMANO, 1970, p. 326 *apud* HORTA, 2007, p. 109).

Ademais, ao estabelecer os contornos do direito social à educação, a Constituição, trazia, no art. 176, §3º, inciso II, que "o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais". Porém, em relação aos níveis médio e superior, limitava-se a fixar o direito à prestação gratuita às pessoas carentes. Tal regime de gratuidade deveria ser gradativamente substituído pelo sistema de concessão de bolsas de estudo restituíveis (art. 176, §3º, inciso III e IV).

Dessa forma, nos níveis não obrigatórios, a Constituição militar restringia-se: a) de um lado, à afirmação do papel mantenedor do Estado e b) de outro lado, à previsão do direito à educação, facilitado pela gratuidade (a ser substituída por bolsa restituível) limitada à população mais necessitada, num sistema educacional em princípio pago.

Adotava, como se pode notar, concepção de expansão dos níveis não obrigatórios pela iniciativa privada e de "compartilhamento dos custos" no ensino público.

Não havia, assim, no texto constitucional a prevalência da idéia da prestação pública gratuita como um instrumento para a consecução de objetivos estatais, isto é, de que a

formação em nível superior "de certo números de cidadãos interessa fundamentalmente ao próprio Estado" (HORTA, 2007, p. 147). Pelo contrário, indicava uma medida de equidade dentro de um sistema pago, e, dessa forma, um política social compensatória (HORTA, 2007, p. 143).

5.2. O Favorecimento à Iniciativa Privada

A ausência de previsão estimuladora da atuação estatal era complementada pelo favorecimento ao setor privado.

Com efeito, a Constituição estabelecia que "Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos" (Art. 176, § 2º). Somava-se, ainda, a tal previsão, a imunidade tributária em relação ao patrimônio, renda e serviços de instituições de educação com ou sem fins lucrativos (art. 19, III, "c").

Dessa forma, o investimento público na educação constituía, em última análise, uma forma de "financiar os lucros dos estabelecimentos privados" (SILVA, 1987, p. 546, *apud* HORTA, 2007, p. 107).

Assim, na esteira do espaço deixado diante da fragilidade do papel do Poder Público, a Constituição possibilitou a expansão privada. Desse modo, de um cenário possível de coexistência de instituições públicas e privadas, "a presença privada na Educação será alçada à condição de essencialidade" (HORTA, 2007, p. 110). Enfim, foi obedecida à idéia de que:

pode ser mais fácil, e talvez mais barato, para o Poder Público ampliar a oferta de oportunidades de instrução, confiando recursos a entidades particulares, e especialmente, a entidades particulares já estabelecidas, do que pela criação de estabelecimentos públicos de ensino (FERREIRA FILHO, 1986, p. 704 *apud* HORTA, 2007, p. 110)

5.3. Restrição da Liberdade Acadêmica

O texto constitucional, se não implicava a atuação vigorosa do Estado como mantenedor da educação superior, demonstrava o grande interesse estatal no controle político e ideológico da população, trazendo instrumentos normativos para tanto.

Estabelecia, de um lado, a liberdade científica, artística e pedagógica. De fato, previa o art. 179, "As ciências, as letras e as artes são livres, ressalvado o disposto no parágrafo 8º do art. 153". Já o art. 176, § 3º, VII, enumerava como princípio a reger a legislação

do ensino, a "liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no artigo 154".

A Constituição eliminava, porém, tais liberdades, com a inserção de amplas e abstratas vedações, trazidas nos arts. 153, § 8º e no art. 154, como a não tolerância à "subversão da ordem", à "subversão do regime" e às "publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes":

Art. 153 (...) § 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer (...) Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem (...) e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos...

Tais limitações instituía, assim, a censura no texto constitucional, que, dessa forma, misturava notas autoritárias com consagrações de liberdade e democracia (HORTA, 2007, p. 100).

6. A Liberdade Educacional às IES privadas na Reforma Universitária

Dentro desse quadro constitucional, a configuração jurídica da liberdade educacional conferida às IES privadas decorre da concorrência de quatro elementos trabalhados pela legislação instituída pela reforma: a meta de eficiência institucional, a regulamentação dos institutos da livre iniciativa e da liberdade acadêmica e, finalmente, a regulação do sistema federal de ensino superior.

6.1. A Eficiência Institucional

A prestação educacional pelo Estado, afirmada mas não estimulada pelo texto constitucional, deveria ocorrer de forma eficiente e vinculada às exigências do desenvolvimento econômico.

É importante observar, no entanto, que as medidas preconizadas foram impostas não só ao setor público, mas também às instituições privadas, com reflexos em sua liberdade educacional: de um lado, institucionalizaram a lógica *economicista* de eficiência; de outro, limitaram a liberdade de organização das IES.

O art. 11 da Lei nº 5.540/1968, alíneas "a" a "d", trazia as seguintes características a serem observadas por qualquer IES: "unidade de patrimônio e administração"; "estrutura orgânica com base em departamentos reunidos ou não em unidades mais amplas" (os departamentos eram definidos pelo art. 12, § 3º, como "a menor fração da estrutura universitária para todos os efeitos de organização administrativa, didático-científica e de distribuição de pessoal, e compreenderá disciplinas afins"); "unidade de funções de ensino e pesquisa, vedada a duplicação de meios para fins idênticos ou equivalentes"; "racionalidade de organização, com plena utilização dos recursos materiais e humanos".

Já o Decreto-Lei nº 464/69 previa a figura do ciclo básico e a recusa de matrícula de alunos com muitas reprovações ("ineficientes"):

Art. 5º Nas instituições de ensino superior que mantenham diversas modalidades de habilitação, os estudos profissionais de graduação serão precedidos de um primeiro ciclo, comum a todos os cursos ou a grupos de cursos afins, com as seguintes funções: a) recuperação de insuficiências evidenciadas, pelo concurso vestibular, na formação de alunos; b) orientação para escolha da carreira; c) realização de estudos básicos para ciclos ulteriores.

Art. 6º Nas instituições oficiais de ensino superior, será recusada nova matrícula ao aluno reprovado em disciplinas que ultrapassem, quanto às horas prescritas de trabalho escolar, um quinto (1/5) do primeiro ciclo ou um décimo (1/10) do curso completo.

Vinculando a prestação educacional ao mercado de trabalho e à expansão do capital, previa a legislação: a) a criação de cursos profissionais diferenciados, "a fim de corresponder às condições do mercado de trabalho" (art. 23, Lei nº 5.540/1968); b) a autorização de funcionamento de estabelecimentos de educação superior, condicionada "às exigências do mercado de trabalho, em confronto com as necessidades do desenvolvimento nacional ou regional"(art 2º, Decreto-Lei nº 464/69); c) a exigência de inclusão de "representantes da comunidade, incluindo as classes produtoras" no "colegiado a que esteja afeta a administração superior da universidade ou estabelecimento isolado" e de "representantes da indústria", no Conselho de Curadores - órgão instituído no âmbito de cada "universidade sob forma de autarquia especial ou estabelecimento isolado de ensino superior", para a fiscalização econômico-financeira (artigos 14 e 15, Lei nº 5.540/1968).

Tratava-se, assim, de medidas que: a) revelavam-se fundamentadas numa racionalidade econômica, que traduzia as questões educacionais em termos de custo benefício, em vista do máximo de rendimento com o menor investimento; b) visavam implantar uma administração tipo empresa privada; e c) estabeleciam uma relação direta e imediata entre educação e o mercado de trabalho, para o desenvolvimento econômico capitalista.

6.2. A Livre Iniciativa

A lei da reforma, todavia, não incorporou, em rigor, a tendência de incentivo ao setor privado empresarial, possibilitada pela Constituição de 1967. Na realidade, estabeleceu condições à iniciativa privada que a limitava sensivelmente.

Em relação à organização institucional acadêmica, a lei, ao lado da exigência da adoção das características e medidas atinentes à eficiência, estabelecia a indissociabilidade entre o ensino e a pesquisa. Fixava, assim, o modelo universitário como o padrão para a prestação educacional, admitindo, apenas excepcionalmente, os estabelecimentos isolados:

Art. 2º O ensino superior, indissociável da pesquisa, será ministrado em universidades e, excepcionalmente, em estabelecimentos isolados, organizados como instituições de direito público ou privado.

Complementava o art. 8º:

Os estabelecimentos isolados de ensino superior deverão, sempre que possível incorporar-se a universidades ou congregar-se com estabelecimentos isolados da mesma localidade ou de localidades próximas, constituindo, neste último caso, federações de escolas, regidas por uma administração superior e com regimento unificado que lhes permita adotar critérios comuns de organização e funcionamento.

Parágrafo único. Os programas de financiamento do ensino superior considerarão o disposto neste artigo.

Ocorre que, diante dos custos elevados envolvidos no desenvolvimento de pesquisa, o padrão universitário mostrava-se, em rigor, contrário à lógica empresarial da expansão do capital. Para essa, a indissociabilidade entre pesquisa e ensino poderia ser economicamente inviável (RANIERI, 2000, p. 53).

Em relação à organização civil, dispunha o art. 4º que as instituições de ensino superior, quando privadas, haveriam de se constituir sob a forma de fundações ou associações. Trata-se de modalidades de pessoas jurídicas de direito privado, previstas no então vigente art. 16, I, do Código Civil de 1916, e caracterizadas pela ausência de finalidade lucrativa.

Dessa forma, a legislação exigia que as instituições privadas, para a prestação da educação, não visassem o lucro. Regendo-se pelas leis civis, não podiam se organizar sob a forma comercial.

Enfim, a lei da reforma limitava, pelo menos formalmente, a promoção da atividade educacional pela iniciativa privada à regra da *organização universitária sem finalidade lucrativa*.

6.3. Liberdade Acadêmica

A legislação educacional, acompanhando a racionalidade envolvida na Constituição militar, trouxe restrições autoritárias à liberdade acadêmica. Refletiu, assim, a tendência de expansão acrítica, possibilitando juridicamente sua efetivação.

Num primeiro momento, seguindo as liberdades de ensino e pesquisa previstas no texto constitucional (artigos 176, § 3º, VII e 179), o art. 3º da lei da reforma estabelecia a prerrogativa da autonomia universitária: "As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos".

Reconhecia, assim, em princípio, às universidades, instituição padrão na organização da educação superior, a prerrogativa de autodeterminação nos aspectos financeiro, administrativo e acadêmico. Isso, no entanto, haveria de ser feito "na forma da lei".

Todavia, ao mesmo tempo, previa o ordenamento jurídico medidas que limitavam o exercício dessas liberdades pela comunidade acadêmica e, dessa forma, a possibilidade de dirigir e organizar o processo educativo, definindo e implantando seu projeto escolar.

Nesse sentido, somando-se à censura constitucionalmente estabelecida e às já citadas imposições para a eficiência e produtividade - cerceadoras da liberdade de organização institucional (ciclo básico, departamentos, etc.) - a legislação previa, no plano da organização dos currículos, a figura dos currículos mínimos.

Fixados pelo CFE, nos termos do art. 9º da Lei nº 4.042/61 e do art. 26 da Lei nº 5.540, e aplicáveis aos cursos de graduação, os currículos mínimos constituíam normas gerais válidas em todo país. Definiam as disciplinas, a duração dos cursos, etc., e visavam, assim, manter padrões unitários da oferta curricular nacional.

Caracterizavam-se pela excessiva rigidez na sua configuração formal, "verdadeira 'grade curricular', dentro da qual os alunos deveriam estar aprisionados", independentemente da contextualização do projeto pedagógico no tempo e espaço (CNE, 2003)

Por força de lei, a formação acadêmica e o respectivo diploma vinculavam-se ao exercício de determinada profissão: os diplomas, conforme o art. 27 da lei da reforma, importavam "em capacitação para o exercício profissional na área abrangida pelo respectivo currículo, com validade em todo o território nacional". Dessa forma, os currículos mínimos objetivavam assegurar a uniformidade dos profissionais, e, como resultado do curso, profissionais "igualmente preparados" (CNE, 2003).

Disso resultou uma grande restrição da liberdade para a organização das atividades acadêmicas (CNE, 1997), restando às instituições, diante dos currículos de observância obrigatória,

apenas a escolha de componentes curriculares complementares e a listagem para os alunos de disciplinas optativas e, quando concebessem cursos experimentais, inovando e criando respostas para situações localizadas, ainda assim, só poderiam colocá-los em funcionamento após prévia aprovação dos currículos e autorização dos cursos (CNE, 2003).

Engessada pelos currículos mínimos, a liberdade acadêmica restou sensivelmente limitada. Assim, acabou inibida a criatividade e a possibilidade de inovação por parte da comunidade acadêmica.

6.4. Regulação do Sistema de Educação Superior

A regulação do sistema de educação superior era prevista de forma bastante genérica na Lei nº 5.540/1968. Ademais, não fazia qualquer referência explícita à avaliação. Deixava, dessa forma, grande parte do tratamento normativo da matéria para o nível infralegal.

Assim, à função executiva regulamentar da Presidência da República somava-se ampla esfera de competências normativas e materiais, atribuídas ao CFE. Isso lhe conferia um papel fundamental dentro do sistema educacional.

Ao Ministério da Educação, "Poder Público Federal em matéria de educação" (art. 6º, LDB), com função essencialmente executiva, competia, além da homologação dos pronunciamentos do Conselho Federal de Educação (arts. 9º, LDB e 14, caput, Decreto-lei nº 464/69), "velar pela observância das leis do ensino e pelo cumprimento das decisões do Conselho Federal de Educação" (art. 7º, LDB).

Nesse cenário jurídico, previa a Lei nº 5.540/1968 em relação à autorização de funcionamento e o reconhecimento das instituições de educação superior:

Art. 47. A autorização para funcionamento e reconhecimento da Universidade ou estabelecimento isolado de ensino superior será tornada efetiva, em qualquer caso, por decreto ao Poder Executivo Federal, após prévio parecer favorável do Conselho de Educação competente (redação dada pelo Decreto-Lei nº 842/69).

A autorização consistia no ato administrativo prévio que possibilitava o início das atividades da instituição de ensino. De forma complementar, era exigida para a regularidade institucional, após certo período de desenvolvimento das atividades acadêmicas, a expedição do segundo ato administrativo: o reconhecimento.

Somando-se a esses dois atos administrativos, trazia a legislação, ainda, o acompanhamento permanente, pelo CFE, das atividades das instituições, renovando o reconhecimento periodicamente. Nesse sentido, previa a lei da reforma que "As universidades e os estabelecimentos isolados reconhecidos ficam sujeitos à verificação periódica pelo Conselho de Educação competente" (art. 49). Complementando-o, dispunha o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 464/69: "O reconhecimento das universidades e dos estabelecimentos isolados de ensino superior deverá ser renovado periodicamente, de acordo com as normas fixadas pelo Conselho Federal de Educação".

Por outro lado, os mecanismos, procedimentos e correspondentes competências referentes aos processos de regular funcionamento de cursos (autorização,

reconhecimento e renovação de reconhecimento) foram negligenciados pela lei, havendo um vazio legislativo acerca da matéria.

Verificavam-se, apenas, duas referências ao tema. O art. 27 da lei da reforma previa que somente tinham validade nacional os diplomas de cursos reconhecidos/credenciados pelo CFE.

Art. 27. Os diplomas expedidos por universidade federal ou estadual (...) correspondentes a cursos reconhecidos pelo Conselho Federal de Educação, bem como os de cursos credenciados de pós-graduação serão registrados na própria universidade, importando em capacitação para o exercício profissional na área abrangida pelo respectivo currículo, com validade em todo o território nacional.

Já o art. 104 da LDB (1961), possibilitando a "organização de cursos ou escolas experimentais, com currículos, métodos e períodos escolares próprios", condicionava sua validade legal, em se tratando de cursos/escolas de nível superior, à autorização do CFE.

Abaixo do texto legal, predominava a regulamentação feita pelo CFE, colegiado ao qual era conferido ampla esfera de competências materiais e normativa, no que se refere à autorização, reconhecimento e acompanhamento do desempenho das instituições.

Cabia-lhe, ademais, a aprovação dos estatutos das universidades (art. 5º) e dos regimentos dos estabelecimentos isolados (art. 6º); a interpretação das normas fixadoras de diretrizes e bases da educação nacional (art. 46); suspensão do funcionamento de estabelecimento isolado ou da autonomia de qualquer universidade, por motivo de descumprimento da legislação do ensino ou de preceito estatutário ou regimental, designando Diretor ou Reitor pró tempore (art. 48); e a competência como instância recursal de decisões de instituições de educação superior, esgotadas todas as instâncias internas (art. 50).

6.5. A liberdade educacional conferida às IES privadas

Essa foi, em linhas gerais, a legislação que disciplinou a educação superior durante o regime militar. Nela, o instituto jurídico da liberdade educacional às IES privadas recebeu um tratamento não linear.

Como reflexo do *princípio da expansão com contenção*, a livre iniciativa teve, em nível constitucional, espaço aberto diante da fragilidade da atuação estatal e da ausência de uma configuração jurídica vigorosa do direito social.

Todavia, embora favorecida no nível constitucional, não foi estimulada, em sua vertente empresarial, na Lei nº 5.540. Essa a condicionou à finalidade não lucrativa e à forma universitária, verificando-se, ainda, outros requisitos, como, por exemplo, o atendimento à "necessidade social".

Isso, porém, como já aludido, não impediu o setor privado de protagonizar a expansão do ensino superior no regime militar, favorecida pela postura do governo militar e do Conselho Federal de Educação.

Desenvolveu-se, então, formalmente por meio de instituições sem finalidade lucrativa - embora recebendo a crítica de se efetivar dentro da racionalidade empresarial de expansão do capital - e, em grande medida, organizadas como estabelecimentos isolados, na contramão da Lei.

Já a liberdade acadêmica, em conseqüência da postura autoritária do governo, foi severamente restringida: censura, currículos mínimos, regras de organização de cumprimento obrigatório (departamentos, ciclo básico), etc.

Contrapôs-se, assim, ao espaço deixado para ser ocupado pelo setor privado, na manutenção da educação superior, uma contundente intervenção estatal no campo da liberdade de ensinar e pesquisar, de dirigir e organizar o processo educacional.

7. Os Resultados da Reforma Universitária

7.1. Expansão e Privatização

No cenário jurídico acima analisado, a reforma universitária promoveu uma grande expansão do sistema, num contexto de *privatização* (FONSECA, 1992, 26) do setor.

A expansão fica evidenciada diante dos números envolvidos. Tomando-se por parâmetro as matrículas em cursos de graduação, observa-se que, em 1960, elas se limitavam a 93.000. Ainda nessa década, já houve um grande crescimento, de modo que, em 1970, foi alcançada a marca de 425.478 matrículas. Em 1985, quando os militares deixaram o governo, o número de estudantes em cursos de graduação no país era de 1.367.609 (PINTO, 2004, p. 731).

Tal processo teve como principal protagonista o setor privado. Se, em 1960, a rede privada representava 44% do total de matrículas em cursos de graduação, em 1985, término do governo militar, esse setor respondia por 59% do total (INEP, 2000, p. 19; PINTO, 2004, p. 731).

Aliado a isso, houve um grande crescimento do número de instituições privadas. Somente entre 1968 e 1974, momento do "milagre econômico", aumentaram 160%, contra um crescimento de 68% das instituições federais (FONSECA, 1992, p. 149).

Como já referido, esse aumento de IES privadas foi devido, principalmente, à ampliação do número estabelecimentos isolados. Em 1968, eles representavam 89,1% de um total de 441 IES no país. No ano de 1976, passaram a representar 93,5% do universo de 937 instituições

Após tal período, o número desses estabelecimentos sofreu uma pequena redução, o que se explica, em grande medida, pela reorganização de mantenedoras na forma universitária como meio de obter maior autonomia bem como para racionalizar custos operacionais (RANIERI, 1994, p. 171).

Em 1985, havia no país 854 IES, sendo que apenas 68 eram universidades (aproximadamente 8% do total). Desse total, 626 eram de natureza privada, ou seja, mais de 70% do total (INEP, 2000, p. 13).

7.2. A Crise do Sistema de Educação Superior

Na década de 1980, pode ser observada, porém, a estagnação e esgotamento do processo de expansão do setor. Decorreu, em grande medida, do momento de crise econômica verificado (FONSECA, 1992, p. 172), característico, aliás, de todo o mundo ocidental no final denominou "breve século XX" (HOBSBAWN, 1995).

Ao lado disso, diante da forma desordenada e sem critérios rígidos como fora efetuada a expansão, a educação superior passou a ser alvo de críticas, sendo envolvida no debate da "qualidade do ensino".

Setores da sociedade civil como a classe média - grande beneficiada pelo crescimento das vagas - e organismos profissionais passaram a questionar a perda da relevância do título acadêmico. Desse modo "O perigo do processo de desvalorização do diploma é contra-atacado pelas críticas às escolas, em nome da manutenção do padrão acadêmico" (SILVA JR. e SGUISSARDI, 1999, p. 190).

Observa-se, ainda, a pressão de estabelecimentos educacionais que, por meio da instituição de processo avaliativo, buscavam a diferenciação, no cenário privado, de forma a reforçar sua credibilidade (FONSECA, 1992, p. 172).

O próprio governo federal, "como forma de dar respostas às constantes críticas das associações profissionais, da universidade pública e de segmentos da classe média que se sentiam desprotegidos com a perda da relevância do título acadêmico", passou a participar da discussão de uma "pedagogia da qualidade em contraponto à dimensão expansionista" (FONSECA, 1992, p. 160).

Destaca-se, no contexto desse debate, a suspensão da criação de novos cursos e instituições em duas ocasiões, por meio dos Decretos presidenciais n^{os} 86.000/81 e 93.594/86.

Essa postura do governo acabou ressoando no CFE, no sentido do estabelecimento, por este, de critérios mais rigorosos em relação à expansão. Todavia, citado colegiado manteve sua postura favorável à expansão do setor privado até ser extinto em 1994.

Considerações Finais

A liberdade educacional às instituições privadas de educação superior, durante o regime militar configurou-se sob égide do *princípio da expansão com contenção* e de uma concepção educacional *instrumental e apolítica*, direcionada à inserção dependente do país no cenário capitalista internacional.

Disso decorreu, uma configuração da liberdade educacional às IES privadas que implicou: a) primeiro, como exigência para expansão com contenção, o favorecimento da livre iniciativa, cujas limitações formais em nível infralegal, não foram observadas na prática; b) segundo, como resultado da mentalidade autoritária, o controle ideológico e político da educação, restringindo-se a liberdade acadêmica.

Dessa forma foi promovida a expansão da educação superior desordenada: pelo viés *privatista*, porém acrítica às regras do jogo autoritário.

Todavia, na década de 1980, junto com o ocaso do governo militar autoritário, verificou-se o esgotamento do modelo de educação superior por ele promovido.

Emergiu, ao seu lado, a reflexão sobre a qualidade do ensino e sobre uma maior participação do Estado na educação, propugnando-se a revisão crítica das políticas de "privatização" do setor, na perspectiva da "qualidade do ensino" (FONSECA, 1992, p. 159 e 172). E, no cenário de redemocratização que marcou o período, tal reflexão efetivou-se sob égide do repúdio ao controle político e ideológico de índole autoritária.

Trata-se de questões que marcariam portanto, em seguida, o debate sobre uma nova Constituição Federal e, dentro dela, de uma nova regulamentação da educação.

Fariam presentes, na construção da Constituição e de um novo sentido de liberdade educacional: de um lado, a imposição de limites à livre iniciativa, até então protagonista da expansão desordenada do sistema de educação superior; de outro lado, a busca pela liberdade acadêmica, de aprender, ensinar e pesquisar, esmigalhada pelo governo militar autoritário.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (CNE). CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. **Parecer CNE/CES nº 776/1997.**

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (CNE). CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. **Parecer CNE/CES nº 67/2003.**

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS (INEP). **Evolução do ensino superior - graduação:**

1980 - 1998. Brasília, 2000. Disponível em http://www.inep.gov.br/download/censo/1998/superior/evolucao_1980-1998.pdf. Acesso em 22/04/2008

CUNHA, Luiz Antônio. **A Universidade Reformanda**. O golpe de 1964 e a modernização do ensino superior. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 4ª ed. São Paulo: EDUSP/FDE, 1996.

FONSECA, Dirce Mendes. **O Pensamento Privatista em Educação**. Campinas: Papyrus, 1992.

GERMANO, José Willington. **Estado Militar e Educação no Brasil (1964-1985)**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1994.

HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Extremos: O Breve Século XX. 1914 a 1991**. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

MARTINS, Carlos Benedito. **Ensino Pago: um retrato sem retoques**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1988.

_____. O novo ensino superior privado no Brasil. In _____ (org.) **Ensino Superior Brasileiro**. Transformações e Perspectivas. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PINTO, José Marcelino de Rezende. O Acesso à Educação Superior no Brasil. **Educação & Sociedade**. Universidade: Reforma e/ou Rendição ao Mercado? Campinas: CEDES, v. 25, nº 88, 2004. Número Especial.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, Max Limonad, 2000.

RANIERI, Nina. **Autonomia Universitária: As Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988**. Edusp, 1994.

_____. **Educação Superior, Direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2000.

SILVA JR., João dos Reis e SGUISSARD, Valdemar. **Novas Faces da Educação Superior do Brasil: Reformas do Estado e Mudanças na Produção**. Bragança Paulista: EDUSF, 1999.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA NO BRASIL

NOTES ON THE FORMATION OF BRAZILIAN LEGAL CULTURE

Gustavo Silveira Siqueira

RESUMO

Discutindo com diversos intérpretes do Brasil, o autor procura encontrar elementos comuns a esses para fomentar uma nova narrativa sobre a formação da cultura jurídica no Brasil. Assim, pretende demonstrar como elementos típicos da colonização e do Estado português foram transplantados para o Brasil colônia e influenciaram a formação da cultura jurídica brasileira e que ainda podem ser percebidos, com novas roupagens ou nas suas antigas formatações. Faz-se assim, uma investigação sobre a formação individualista, cordial, patrimonialista e patriarcalista da sociedade e conseqüentemente do Estado e do Direito no Brasil, assim como dos seus reflexos nos momentos históricos e na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVES: CULTURA JURÍDICA – HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL – INTERPRETES DO BRASIL.

ABSTRACT

This work is an interdisciplinary approach about the formation of the state and the law in Brazil. Wants to demonstrate how elements typical of the Portuguese colonization were transplanted to Brazil colony and influenced the formation of legal culture in Brazil, and that can still be perceived, with new clothes or in their old formats. It is thus an investigation on the formation individual, patrimonialism and patriarchal of society and therefore the rule of law and in Brazil, as well as their impact on contemporary and historical moments.

KEYWORDS: LEGAL CULTURE – HISTORY OF LAW IN BRAZIL – INTERPRETERS OF BRAZIL

1.0 Introdução

A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüência. [1]

Sérgio Buarque de Holanda inicia *Raízes do Brasil* com a assertiva acima. A pretensão do livro é demonstrar como a implantação de uma cultura estranha às condições naturais, com a violência e a força da imposição, foi importante na formação do Brasil. Como a importação de modelos de instituições, de idéias, de Estados, foram marcantes para poder-se afirmar que “somos ainda hoje desterrados em nossa terra.”[2]

A história da formação do Brasil é a história de uma cópia de modelos. Uma cópia, em alguns momentos, forçada por aqueles que colonizavam o país seja economicamente, seja culturalmente e também, em outros momentos, uma cópia desejada, desejada por aqueles que aqui habitavam, por acreditarem na inferioridade do brasileiro e na inferioridade da cultura que aqui existia. [3] Tanto a cultura, quanto o direito – em grande parte da história do Brasil – não foram produtos de uma evolução da experiência da sociedade, como ocorreu em outros países, mas sim advindos de um processo colonizador que impunha aqui as suas normas e os seus costumes.[4] Esse contexto é ironizado por Eduardo Galeano: “Durante cinco séculos fomos adestrados para copiar ao invés de criar. Já que estamos condenados à copiandite, poderíamos, ao menos, escolher nossos modelos com um pouco mais de cuidado.”[5] Mas para entender essa cultura imposta é necessário perceber como ela se formou, é necessário perceber como ela veio do além-mar para o Brasil, e assim, poder-se-á iniciar um melhor entendimento do Brasil e de suas raízes.

1.1 Colonização e aspectos culturais

Portugal e Espanha, os países da Península Ibérica, são considerados uma zona de fronteira, de transição, sociedades que se desenvolviam “quase à margem das congêneres européias”[6]. A cultura da personalidade pode ser encarada como uma das características principais dessas sociedades, em que cada homem tem mais valor a partir do momento “que não necessite de ninguém, em que se baste”[7]. São valorizados os sucessos individuais, o mérito pessoal[8], a força da pessoa e aquilo que ele conseguiu. Aquele que pensa somente no individual e que valoriza apenas a força individual vai ter problemas para conviver em sociedade e se relacionar com o Estado. A sociedade e o Estado passam a ser vistos unicamente como meios para obtenção de fins, quando não são vistos como inimigos, dos quais deve-se sempre manter distância, ou aproveitar quando se tiver oportunidade. Não se dá valor ao coletivo, não se dá valor às conquistas sociais, apenas o indivíduo é valorizado.

Foi somente na civilização ocidental que a idéia de indivíduo foi construída como centro e foco do universo social, contendo dentro de si a sociedade. [9] Foi apenas no mundo ocidental, e nem o Brasil ou Portugal fogem à regra, que a noção de indivíduo pôde se desenvolver de forma que esse conceito tenha dentro dele toda a sociedade. Mas foi apenas em algumas sociedades que esse indivíduo foi tomado como ponto central da ideologia, ou seja, ele acabou sendo mais valorizado que a própria sociedade. A sua

liberdade, os seus méritos individuais, acabam sobressaindo mais que os valores sociais. Assim, nessas sociedades, “o indivíduo não quer alterar o mundo social, que nem mesmo reconhece e identifica (...) só são solidários entre si por motivos afetivos e só se submetem pela obediência.”[10]

Foi por essa característica ibérica que Sérgio Buarque de Holanda pôde afirmar que “Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida”[11], ou seja, sem o desenvolvimento de um espírito, ou uma idéia de coletividade, não é possível em uma sociedade desenvolver governos ou elementos democráticos. A participação nas instituições coletivas só é possível com a construção de idéias e ações coletivas. O gosto pelos títulos militares, mercês e honrarias prometidas em troca de serviços, como Portugal fazia àqueles que aqui se aventuravam[12], não são suficientes para construir um país de cidadãos. É necessária a consciência de que a sociedade só pode existir com o indivíduo e o indivíduo só pode existir com a sociedade. A tentativa de destruição de qualquer um desses elementos leva à imposição pela força, seja do indivíduo sobre a sociedade, seja da sociedade sobre o indivíduo. Ambos podem e devem coexistir. Essa falta de sensibilidade, como disserta Sérgio Buarque de Holanda, pode facilitar a imposição de forças exteriores aos desejos e à sociedade e facilitar a implantação de ditaduras e governos autoritários, que excluem a participação crítica e popular da sociedade: “Nelas predominou incessantemente, o tipo de organização política artificialmente mantida por uma força exterior, que, nos tempos modernos, encontrou uma das suas formas características nas ditaduras militares”. [13] Povos acostumados a não se organizarem de uma forma coletiva, que valorizam apenas os pequenos reis individuais, sofrem tendência à essas ditaduras. O cidadão não é acostumado a decidir discursivamente ou em consenso. Tem-se a facilidade de aceitar decisões impostas e pretensões de monarcas (porque). Criam-se assim duas figuras: a vontade de mandar, de decidir sozinho, sem participação alheia e há também a capacidade de cumprir fielmente essas decisões, pois acostuma-se com o outro decidindo por você. Essas figuras que em um primeiro momento podem parecer contraditórias, na verdade, revelam a mesma face de um individualismo exacerbado: prefere-se mandar sempre nos outros, independentemente da decisão deles. Da mesma forma, aquele que não participa, quando tem que cumprir uma ordem, a cumpre fielmente – quando não pode corrompê-la –, pois não tem a noção da participação que nega quando tem o poder de decidir.. Forma-se um círculo vicioso de pequenos reis e ditadores. Torna-se mais fácil mandar, torna-se mais fácil obedecer: “As ditaduras e o Santo Ofício parecem constituir formas tão típicas de seu caráter como a inclinação à anarquia e à desordem.”[14] O indivíduo é anárquico quando tem o poder e é submisso e não participante de uma ordem imposta, a obediência existe quando lhe é conveniente. E talvez veja cada vez mais necessário perceber como:

a renitências das feições culturais continuaria a emperrar a edificação da modernidade no país, ou seja, o problema ainda residiria nas origens culturais da nação, cuja permanência secular determina o “dilema brasileiro” enquanto incapacidade de conquistar a democracia e a liberdade.[15]

“Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou indolência displicente das instituições e costumes”.^[16] Instituições públicas que não são vistas como coletivas ou com participação coletiva, são instituições que se mantêm pela força e quando não a têm são destruídas. Quando os elementos da sociedade são impostos, quando suas instituições são impostas, verifica-se a fragilidade delas quanto a sua legitimidade. Se a sociedade não vê como legítima suas instituições, essas são fadadas à destruição, ou à constante corrupção^[17] por isso que Adrián Gurza Lavalle pôde dizer que vida pública tolhida pela pertinácia do privatismo é um fator que emperra a construção do espaço público moderno^[18], um espaço público de legitimação de discussão para legitimidade. A legitimidade das instituições, ou melhor, o reconhecimento das instituições como legítimas por parte da sociedade, ou pelos afetados por essas instituições, é fundamental para o bom funcionamento delas e principalmente para a sua sustentabilidade e permanência na história. Sem a relação sociedade-instituição a segunda é fadada ao fracasso, pois ela só tem sentido de existir se tiver foco e importância para a primeira. Da mesma forma ocorrem as relações com as regras sociais.

A ausência de regras se impõe também quando existem regras. Quando as regras que existem não são respeitadas tem-se a ausência fática dessas regras. Isso pode ser explicado pelo extremo individualismo. O extremo individualismo leva a uma corrupção das regras coletivas, quando prejudica o indivíduo, e uma valorização dela quando o beneficia. Por isso, talvez seja possível explicar no Brasil a conjugação entre a burocracia e a corrupção.^[19]

A repulsa pelo culto ao trabalho sempre foi combatida por uma “digna ociosidade” admirada pelos ibéricos, enquanto os povos protestantes exaltavam o trabalho, especialmente o manual. Sérgio Buarque de Holanda acredita que essa valorização reflete uma reduzida capacidade de organização social, pois “onde prevaleça uma forma qualquer de moral do trabalho, dificilmente faltará a ordem e a tranqüilidade entre os cidadãos, porque são necessárias, uma e outra à harmonia de interesses”^[20], ou seja, onde existe a preocupação com o trabalho, existe a preocupação com o coletivo, visto que as relações de trabalho, necessariamente se interligam, criam a solidariedade, que é vista nos ibéricos apenas nas relações primárias, pessoais. Assim pode-se perceber que na sociedade não há apenas afeto, há também trabalho e principalmente construção de uma sociedade. Não se pode construir uma sociedade apenas com afeto, com cordialidade, é necessário o trabalho e a organização social para essa construção. Um Estado que pretende-se democrático e de direito, deve ser construído por seus cidadãos, só eles têm condições de perceber suas especificidades e suas necessidades. Qualquer tentativa da imposição de um Estado alheio à sociedade, ou alheio aos seus anseios está fadado a sofrer carência de legitimidade e de sustentação:

Enfim: culto da personalidade, valores individualistas, ausência de uma moral do trabalho, resistência à regra social, à lei, têm como consequência uma sociedade dificilmente governável, pelo menos de forma democrática. Tal autarquia dos indivíduos, tal anarquia, só uma força externa pode organizar e dirigir. À liberdade excessiva substitui-se com facilidade a obediência cega. ^[21]

Em grande parte dos países europeus, a ascensão da burguesia ao poder ou a influência que a burguesia passa a exercer no poder vêm de movimentos revolucionários ou de revoltas. Em Portugal prevaleceu um modelo diferente. Existia em Portugal medievo um Estado patrimonial, não feudal, o rei que se eleva a todos os súditos, é proprietário das terras e dono do comércio. “O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano”. Na Portugal medieval, o rei tinha todas as propriedades, não existiu a força do senhor feudal, tudo pertencia ao rei, assim, a descrição de um feudalismo pode parecer um tanto quanto questionada. O patrimonialismo é marcado por uma relação de poder real sobre os bens do reino, tudo pertence ao rei: as terras e o comércio. Não há divisão entre os bens reais e os bens públicos ou do Estado. Esse sistema é alimentado por um patriarcalismo, em que o Rei determina todos aqueles que poderão juntar-se a sua *grande família* e poderão usufruir dos seus bens ou de suas concessões territoriais ou comerciais. O patrimonialismo[22], dominação tradicional em que não se diferenciam o público e o privado, e aquele é usado em privilégio deste, é uma das características portuguesas que são transferidas para o Brasil.[23] Raymundo Faoro vai mais longe e disserta que:

Patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição, bem como de outra índole a natureza da ordem econômica, ainda hoje persistente, obstinadamente persistente (...) Dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário, tomará relevo a expressão. Além disso, o capitalismo, dirigido pelo Estado, impedindo a autonomia da empresa, ganhará substância, anulando a esfera das liberdades públicas, fundadas sobre as liberdades econômicas, de livre contrato, livre concorrência, livre profissão, opostas, todas, aos monopólios e concessões reais[24]

Por isso a conclusão que em Portugal não houve o feudalismo[25], ou um feudalismo diferente da Europa continental[26], porque o rei sempre foi possuidor de tudo. Não existiu o desenvolvimento do senhor feudal, pois todas as terras eram do rei, nem de uma burguesia forte, pois o comércio também era concessão real. "O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano"[27]. O Estado português é uma empresa do príncipe e o comércio definiu o destino do reino: expansão comercial, que fará do Estado uma gigante empresa de tráfico, mas impedirá o capitalismo industrial, face ao precário enriquecimento da burguesia, limitada ao poder real[28]. O forte controle do Estado patrimonialista e patriarcalista português absorverá a burguesia comercial e impedirá o desenvolvimento de uma industrialização seja no país seja na sua colônia, onde as manufaturas serão proibidas e a obrigatoriedade da compra dos bens portugueses ou importados por Portugal será a lei. O Estado impede a industrialização em Portugal e na colônia, e a burguesia, que poderia trazer essa mudança quando da sua ascensão ao poder político, está ligada ao poder real. Em Estados sem revolução burguesa e onde o rei é dono de tudo, a única forma de ter uma ascensão na sociedade, é unir-se ao rei.

Tradição que unida ao individualismo já existente em Portugal, unido às idéias, que começavam a se desenvolver, como o individualismo mercantil, e até mesmo filosófico, descrito por Descartes[29], vão forçar, ou fomentar, ainda mais aquele primeiro individualismo exacerbado.[30] Individualismo exacerbado que não pensa na coletividade, pois o individualismo que não é exacerbado pensa na sociedade como uma forma, também, de beneficiar a sua própria vida.

A ascendente burguesia portuguesa mercantil não estabelece novos valores, ela compra esses valores da monarquia, ela associa-se às antigas classes dirigentes, assimila seus princípios e guia-se pela tradição[31], desse fato podem ser extraídas duas conclusões: Ela não instituiu valores modernos como diligência, pontualidade, pertinácia, parcimônia, exatidão, solidariedade social.[32] A fácil mobilidade social, principalmente em Portugal, permitiu que cidadãos ascendessem socialmente sem grandes obstáculos[33], fator que levou a burguesia, ascendente ao poder, a não necessitar pensar um “modo de viver e pensar absolutamente novo”, incorporando as tradições e culturas muito mais do que em outros países da Europa. Assim a ascensão burguesa é um tanto quanto pacífica, ou seja, é cordial com o regime e com o *status quo* do país. Talvez essa falta de uma revolução burguesa em Portugal, e também no Brasil, tenha restringido a possibilidade de uma ideologia liberal, como ocorreu em países como a Inglaterra, os Estados Unidos e a França.[34]

Mas o individualismo e a cordialidade também refletem na construção democrática de um Estado e de uma sociedade. Fator essencial é como essa sociedade vai lidar com os conflitos que vão surgir. Roberto DaMatta tenta demonstrar uma certa aversão ao enfrentamento do conflito na sociedade brasileira, mas que "como toda sociedade dependente, colonial e periférica, a nossa tem um alto nível de conflitos e crises", não que necessariamente isso leve ao reconhecimento e ao enfrentamento dessas dificuldades, pois "tudo indica que, no Brasil, concebemos os conflitos como presságios do fim do mundo, e como fraquezas - o que torna difícil admiti-los como parte de nossa história, sobretudo nas sua versões oficiais e necessariamente solidárias." [35] O Brasil seria avesso ao enfrentamento do conflito, pois esquece-se que o conflito pode ser muito importante ao diálogo, à discussão e ao crescimento da sociedade. O enfrentamento do conflito, a sua aceitação e a busca pela sua resolução, são, sem dúvida, marcos para a democratização e a construção de um país:

Nesse quadro, o conflito não pode ser visto como um sintoma de crise no sistema, mas como uma revolta que deve e precisa ser reprimida. Como crise, o esforço seria modificar toda a teia de relações implicadas na estrutura, mas, como revolta, o conflito é pessoalmente circunscrito, e assim, revolvido. [36]

No Brasil, os conflitos – como as crises – são vistos como coisas negativas e devem ser eliminados. Eles não são vistos como uma possibilidade de diálogo ou como uma possibilidade de crescimento. Nega-se a possibilidade do crescimento pelo conflito, pelo debate. Ele é negado pela sociedade e resolvido pelas instâncias de poder. Quando o conflito é individual, o homem recorre às regras de cordialidade, evita-o. A cordialidade decorre da relação patriarcal e patrimonial de acesso aos bens e serviços

públicos que advém do Brasil colonial. Nas relações sociais, em que deveriam prevalecer as relações burocráticas, profissionais, o homem cordial procura a afetividade, os ritmos do coração, para não se deixar dominar por regras sociais, impolidamente.[37] O cordialidade tenta burlar as regras gerais, sejam normas jurídicas ou outros tipos de normas, por meio da pessoalidade, da amizade, da feição pessoal.

A oposição homem cordial/civilidade, ou melhor, a subordinação do segundo pólo pelo primeiro, define a sociabilidade e a cultura política como empecilhos para a construção e consolidação do espaço público e da democracia. A convivência social moderna, isto é, aquela que se quer democrática, apenas é possível porque é exercido largamente o hábito social - outrora ignóbil - de ignorar o outro como pessoa, ou com maior precisão, de desconsiderar suas particularidades de índole privada, de modo a instaurar relações sociais de igualdade - porque abstratas. Nesse sentido, a civilidade apresenta a ironia de permitir a autêntica convivência democrática precisamente por ser invenção: sociabilidade artificial, recurso legítimo da máscara e da convenção que, abstraindo a pessoa de sua posição social, viabiliza o respeito à autonomia de indivíduo e à isonomia das leis. Assim, o diagnóstico para Buarque de Holanda resulta iniludível: se a civilidade é pré-requisito social da democracia ou, em outros termos, condição de possibilidade pré-política da constituição do espaço público, então o dilema da sociedade brasileira era que ainda não tinha conseguido se desvencilhar da sociabilidade do homem cordial, apesar das transformações em curso havia três quartéis de século - permanecendo presa à tradição patriarcal enquanto rumava para a transformação de suas características demográficas, econômicas e políticas. Em conseqüência, enquanto não avançassem o suficiente os processos de mudança, enraizando seus efeitos "antifamiliares" no seio da sociedade, nela continuaria a operar o *ethos* público, de forma constante e sistemática, contra a possibilidade de se constituir a sociedade democrática e o próprio espaço público. [38]

Em carta à Cassiano Ricardo, Sérgio Buarque de Holanda, diz que o "homem cordial se acha fadado provavelmente a desaparecer, onde ainda não desapareceu de todo"[39]. A afirmativa do autor é condizente com o seu pensamento e com a revolução lenta e em andamento que o Brasil está desenrolando. Sérgio Buarque de Holanda acredita que o homem cordial, assim como a sociedade patriarcal[40], vão desaparecer porque ele acredita no Brasil, acredita na emancipação brasileira das raízes portuguesas e no que poderia ser chamado de progresso da sociedade brasileira. Ocorre que da visão privilegiada de décadas depois da elaboração dessa carta, motivada pela polêmica do capítulo quinto de *Raízes do Brasil*, ainda podem-se perceber fragmentos do homem cordial na sociedade brasileira e principalmente fórmulas que esse homem busca para solucionar os seus conflitos. O homem cordial ainda existe, as falhas na democracia ainda existem e é justamente para conhecê-las e solucioná-las que se propõe o debate. Apenas a discussão sobre os conflitos na sociedade, e não o seu soterramento, pode levar ao desenvolvimento democrático da sociedade brasileira. Ocorre também que o brasileiro não é apenas cordial. A sociedade demonstra-se muito mais complexa. Quando não é possível a cordialidade, o brasileiro busca argumentos de autoridade, como "sabe com quem está falando?". Fórmula que Roberto da DaMatta diz ser brasileira[41], e que pode ser vista em vários ramos da nossa sociedade, desde o

humilde empregado, que suscita o nome do seu patrão para o diferenciar do seu *igual*, desde aquele que invoca seu próprio nome, como força da sua autoridade.[42]

Voltando à ascensão da burguesia: a continuidade de idéias impediu Portugal de criar uma crítica ao regime e uma nova forma de pensar. O pensamento individualista, que poderia ter sido questionado, com a ascensão burguesa (ou até mesmo mantido criticamente), permaneceu anexado à cultura portuguesa que foi transmitida às colônias. Primeiramente porque não existiu uma inovação ou uma nova posição de idéias, os elementos aristocráticos permanecem e “as formas de vida herdadas na Idade Média conservam, em parte, seu prestígio antigo”. Portugal entra na Idade Moderna, dispare-se para as navegações, com as mesmas ideologias da Idade Média. Talvez isso possa demonstrar a intenção de, em diversos momentos, tentar transformar a colônia Brasil em um feudo lusitano, seja pela política das capitânias hereditárias, seja pelo processo de colonização.

É possível perceber, em um segundo momento, que a política que coloca a burguesia mercantil no poder vai ocorrer sem grandes rupturas. É uma mudança que mantém a antiga ordem no poder. A burguesia ascende, mas aqueles que antes tinham influência, ali permanecem. São apenas mais um grupo de pessoas contagiado pelo esplendor da existência palaciana com seus títulos e honrarias.

1.2 O Colonizador e a violência: seus reflexos e críticas

“Essa exploração dos trópicos não se processou, em verdade, por um empreendimento metódico e racional, não emanou de uma vontade construtora e enérgica: fez-se antes com desleixo e certo abandono.”[43] O processo de colonização foi um processo de exploração. Portugal não tentou fazer do Brasil uma nova terra, empenhou-se apenas em explorar, tirar daqui as riquezas e enviar tudo para a metrópole. Colonizada enquanto a Europa saía da Idade Média, trouxeram para o Brasil suas idéias medievais: “a devoradora sede de riqueza dos conquistadores e a superioridade tecnológica-militar da potência conquistadora em relação às populações conquistadas”[44] são características comuns às colônias ibéricas na América.

Mais do que isso, a colonização foi uma empreitada da coroa portuguesa. É o rei comerciante que se utiliza do aparelho estatal para retirar tudo o que pode da nova terra. É o Estado português que faz a custódia do comércio e protege os transportes marítimos, a empreitada nas colônias passa a ser vista como mais um possível negócio para o Estado patrimonial, que contrata, cede, aluga aos particulares o Brasil, quando esse braço português não consegue o alcançar. E é esse Estado que vai estender o seu braço para além-mar, transferindo sua herança política e administrativa[45], a empresa marítima ganha a dignidade de empresa militar e a sua jornada ganha aspectos de cinismo, disfarçando o comércio e a crueldade. [46] Inicialmente sem grande importância comercial como as Índias Orientais tinham, a extração vai se tornar a

grande atividade da América. Extração que não vai se limitar ou se importar com aqueles que ali viviam, com suas culturas, com seus anseios, com suas vidas:

A colonização dos trópicos toma o aspecto de uma vasta empresa comercial, mais complexa que a antiga feitoria, mas sempre com o mesmo caráter que ela, destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu. É este o verdadeiro sentido da colonização tropical, de que o Brasil é uma das resultantes; e ele explicará os elementos fundamentais, tanto no econômico como no social, da formação e evolução históricas dos trópicos americanos.[47]

A partir disso uma das faces características da colonização ibérica: a violência. A violência é um correlato do processo colonizador, é a origem da dominação, “como projeto de impulsos religiosos, como instrumento de motivos econômicos”, a violência é assim um componente da fundação.[48] A dominação européia sob a América foi possível pela violência, pela força da suas armas e não por um processo cultural. A cultura foi imposta, a religião foi imposta, o direito foi imposto. E é justamente esse direito que legitimou os genocídios, os saques sistemáticos e a destruição das culturas [49] pela imposição. São elementos implantados na colonização pela força, elementos estranhos aos que aqui moravam e elementos ainda confusos, aos que aqui vivem. Violência que também tem reflexo na miscigenação do povo: foi por meio da força bruta que a miscigenação aconteceu. Os portugueses, que antes do descobrimento, já eram um povo mestiço, já não tinham um “orgulho de raça” comum aos povos do norte da Europa[50], entraram em contato íntimo e freqüente[51] tanto com os índios, como com os negros. Inicia-se a formação étnica do povo brasileiro: uma miscigenação entre o índio, o negro e o branco.

O estupro, roubo de índias e negras são o nascedouro da família no Brasil colônia. As expedições portuguesas não traziam mulheres[52] e a necessidade de muitas vezes se fixar no Brasil, fazia da miscigenação com outras raças a única solução do português colonizador. As Cartas do Padre Manuel da Nóbrega datadas do século XVI descreviam a falta de mulheres brancas para os homens casarem e revela os costumes de miscigenação que aqui se formavam.[53] A miscigenação que deflagrou a formação étnica da sociedade brasileira não foi pacífica. Foi uma miscigenação forçada, que, junto com o sistema exploratório, refletiram a exclusão social de duas raças: os índios e os negros. Miscigenação forçada, mas que ocorreu diferentemente de outras colonizações como a da América do Norte. Ademais não se pode esquecer o caráter econômico da miscigenação: na antiguidade não se favorecia a reprodução de escravos, pois a criança *custaria* muito ao dono, até atingir uma idade para o trabalho. Na América, tem-se a inversão: com uma pequena e cara população de escravos, a reprodução, seja entre escravos, seja com a violência do seu dono, é economicamente mais viável. Essa miscigenação, que já era comum nos povos ibéricos que viveu a uniões de diferentes raças durante o regime muçulmano na Península Ibérica, foi levada e desenvolvida também nas Américas. A miscigenação forçada e necessária evitou o ódio, mas pôde confirmar a desigualdade e a superioridade racial a que o branco europeu se intitulava e se intitula até hoje.[54] Dela surgiu um novo povo, como uma “etnia nacional, diferenciada culturalmente de suas matrizes formadoras, fortemente

mestiçada”[55], o brasileiro não é o índio, não é o negro, não é o português. É uma miscigenação majoritária dessas três raças, com características herdadas e características criadas, misturadas por uma violência e temperadas por certa opressão.

A violência vai andar junto com a opressão. Opressão que torna-se cada vez mais clara, primeiro com a ameaça de outros países em tentar alcançar as riquezas no Brasil, que se torna mais forte com a criação do Conselho Ultramarino, que proibiu os navios estrangeiros de comerciar com o Brasil em 1661 e que proibem os navios saídos do Brasil de atracar em outros portos em 1684. Segundo, a opressão, que tornar-se-á mais forte com a descoberta das minas, como ponto forte da centralização política, que já existia antes da descoberta exatamente para manter a extração de recursos e de dividendos para Portugal.[56] O mundo novo é visto como a grande empreitada econômica do reino português: dele deveria se tirar tudo que possível, dever-se-ia tirar todas as cores, toda a vida, tudo que houvesse de valor. Era preciso *colonizar* e *humanizar* o que significava, explorar, retirar, pilhar, tirar tudo que fosse possível.

Mas toda conquista precisa de uma legitimidade. A legitimidade da conquista desse novo mundo precisava ser incontestável. E a legitimação dessa conquista veio justamente pelo direito e pela religião.[57] Foi o papa Alexandre VI, que em 1493 por meio de cinco Bulas Alexandrinas realiza a *donatio, concessio et adsignatio* do novo mundo, donde reafirma a finalidade de “cuidar da salvação das almas e que os povos bárbaros sejam vencidos ou reconduzidos a essa fé”. [58] A finalidade da colonização, falsamente alegada[59], é expandir a fé católica, transformando assim em guerra justa, a guerra de expansão desta fé. Portugal e Espanha recebem a *missão* de levar a religião católica àqueles índios que a América habitavam, como se cumprissem uma missão humanitária. Da mesma forma, pode-se dizer que a teoria do não-uso das terras pelos índios, ou do patrimônio abundando, também pode ser usado, os índios não usam a terra, logo, deveriam ceder - lá para quem o fizesse. Teoria que poderia ser vista em Tomás de Aquino, mas quem a utiliza como filosofia é o reino de Portugal.

A colonização é um processo de exploração que vai levar às características existentes até hoje no Brasil. A colonização aqui aplicada visava explorar os recursos naturais, ou seja, visava carregar toda a riqueza saqueável.[60] Para tanto eram necessárias grandes vastidões de terra, pois se a terra era o que deveria ser explorado, quanto mais terra, mais riquezas. Nasce assim duas características: o latifúndio e a valorização da propriedade. Quem tinha terra, tinha as riquezas para explorar. Esse fenômeno se explica inicialmente com a exploração do pau-brasil e depois com as monoculturas que, no Brasil, vão se instalar.[61] Nessa lógica nasce a necessidade de escravidão: mão-de-obra barata e submissa aos donos de terras: “Sem braço escravo e terra farta, terra para gastar e arruinar, não para proteger ciosamente, ela [colonização] seria irrealizável”, pois “o que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho”. [62] A preocupação dos portugueses não era a preocupação de proprietários, de colonos que queriam desenvolver a nova terra, eles queriam extrair do solo “excessivos benefícios sem grandes sacrifícios”, procuravam desfrutar e deixar a terra destruída.[63]

A primeira fase do processo de exploração foi marcada pela escravidão dos índios, que eram explorados desumanamente, expostos a doenças e forçados a aceitar uma religião que desconheciam e sequer entendiam. O massacre indígena levou à necessidade do

reconhecimento da humanidade dos índios e o início de uma das “páginas mais infames da história européia: a do tráfico negreiro.” [64]

“A América seria presa do aventureiro que a colonizasse”[65]. O índio devia ser subjugado, para se integrar na rede mercantil, de que Portugal era o intermediário[66], deveria ser útil ao sistema de comércio da nação portuguesa. Deveria auxiliar na exploração e na defesa da terra e fomentar o comércio real. Sua recompensa era a catequização, essa, confiada a “homens probos e tementes a Deus, cultos, peritos e especialistas, com o fim de instruir os supracitados habitantes na fé católica e ensinar-lhe bons costumes, fazendo uso, nestas coisas, de todo cuidado devido”. [67] A Igreja Católica outorga a legitimidade da conquista aos países ibéricos e crê na evangelização daqueles pobres habitantes da América. A primeira grande tragédia da América[68] é a entrega dessa *evangelização* ao explorador. A evangelização foi um véu muito transparente usado para esconder a finalidade econômica da colonização de exploração. O evangelizador ou conquistador é um predador em uma terra virgem, onde ele mesmo estabelece o que é direito[69].

Por isso as visões diferentes que esse colonizador vai ter do índio: inicialmente visto como “boa gente bela”, logo passa a ser visto como “canibais, comedores de carne humana” que deveriam ser convertidos de infiéis servos do demônio à cristãos, tementes do pecado e da perdição, adoradores do verdadeiro Deus[70], a imagem do paraíso se escairá.[71] A dignidade da escravidão e o extermínio estavam legitimados.

Mas a escravidão indígena vai fracassar e vai ser esquecida: “Durante décadas não disseram nenhuma palavra de piedade pelos milhares de índios mortos, pelas aldeias incendiadas, pelas crianças, pelas mulheres, pelos homens escravizados, aos milhões. Tudo isso eles viram silentes.”[72]

A bula papal de Paulo III datada 1537 reconhece que eles eram seres humanos e que a liberdade era um direito natural deles[73]. A escravidão do negro é utilizada como pano de fundo para a salvação dos pobres índios, mortos por doenças e pela violência do colonizador. Mas é perceptível como a mão-de-obra negra adequa-se bem melhor ao sistema que na América se propõe. A coroa portuguesa, que “quase sempre fez vista grossa à escravidão indígena” mais barata que o tráfico de escravos, percebeu que os índios estavam devastados[74], e agora, também os negros, junto com os índios sobreviventes iriam experimentar as crueldades da civilização.[75] Civilização que também vai apagar sua história: em 1890, o Brasil vai queimar toda a papelada que testemunhava três séculos e meio de escravidão negra.[76]

1.3 Uma breve conclusão: a religião, a conquista e o individualismo

É marcante a influência da religião no processo de formação do Brasil. A religião oficial do Império Português, a Católica, em diversos momentos da história brasileira se confunde com o Estado e ambos exercem conjuntamente poder sobre a sociedade.

Como dito anteriormente, foi a Igreja Católica Apostólica Romana, que legitimou a conquista do *novo mundo* por Portugal e Espanha. Os ibéricos vieram para a América com a ilusória versão de expandir a fé católica, quando na verdade os fins eram estritamente econômicos. Diversas características do catolicismo, fortemente empregadas em Portugal foram trazidas ao Brasil. O exacerbado individualismo é visto na forma de se relacionar com a terra, fazendo dela sempre uma fonte de riqueza que deve ser explorada até não se poder mais. A preocupação com o indivíduo e não com a sociedade podem demonstrar as carências e a dificuldade que o brasileiro tem, até hoje, de relacionar-se com o Estado. O cristianismo em diversos momentos prega a vida posterior, o abandono das relações com o Estado e a preocupação apenas com a sua vida, com a sua salvação e não com a salvação da coletividade. Ainda hoje o Estado brasileiro é visto, com um inimigo, como um ente que quer adentrar na vida do indivíduo arbitrariamente e por isso o indivíduo se preocupa sempre em burlar as leis do Estado. São dificultosas as ações comunicativas e coordenadas entres os dois. O Estado brasileiro herdou a burocracia portuguesa da mesma forma que herdou a valorização das relações pessoais. A família deve existir e é importante para a sociedade, mas ela não pode avançar o campo do Estado e prevalecer para infringir regras comuns a todos. Por isso é necessário iniciar a discussão de como se verificou a relação entre o homem, o Estado e a família e como as relações pessoais e cordiais se formaram no Brasil.

Um modelo de cópia se instaurou. Cópias forçadas, cópias outorgadas, tal qual a miscigenação, tal qual alguns modelos. Até o nome do país segundo a Constituição de 1891 era Estados Unidos do Brasil. A superação, que vem depois do conhecimento e da consciência desse modelo, é possível. Da mesma forma que é possível a superação do individualismo herdado da cultura portuguesa e que tanto dificulta o desenvolvimento na democracia no Brasil. O Brasil tem um povo com características culturais, sociais, singulares no mundo. Sua miscigenação violenta e contínua o tornou assim: marginalizou as raças que foram escravizadas, mas se misturou com elas. O povo brasileiro é a mistura de índios, negros e brancos, mas herdou ainda um preconceito contra dois terços daqueles que construíram, com sangue e vida este país. “Mais que uma simples etnia, porém, o Brasil é uma etnia nacional, um povo-nação, assentado num território próprio e enquadrado dentro de um mesmo Estado para nele viver seu destino”[77] que surge “da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir propósitos mercantis alheios a ela, através de processos tão violentos de ordenação e repressão”[78]. O Brasil é a miscigenação, e o Direito e o Estado devem entender isso. Da mesma forma que devem perceber e entender como a miscigenação foi possível, pois só assim o Brasil também poderá ser um povo com uma movimentação política consciente, livre de um individualismo exagerado que pode prejudicar o desenvolvimento da nação. Só superando o individualismo exacerbado, que coloca o indivíduo acima de tudo e de todos é possível a construção de uma sociedade mais igualitária, democrática e justa. O indivíduo deve existir, mas apenas junto do todo. A superação do individualismo que deve vir junto com a superação de outros problemas, problemas que serão discutidos e serão descritos nos capítulos seguintes, mas que têm extrema ligação com a formação do Brasil.

Dentre eles, a percepção de uma diferente colonização do Brasil, diferente da espanhola, que foi mais organizada e mais preocupada com uma construção de uma nova morada, descrita pela sua arquitetura e principalmente pela criação de diversas universidades, prática ocorrida no Brasil apenas no século XX. Colonização também diferente da

inglesa na América do Norte, que consistia na fundação de uma nova comunidade e era baseada em uma noção de auto-governo e autonomia em relação ao poder central. [79]

O cristianismo, forçado àqueles que aqui se encontravam, grande aliado da conquista portuguesa e que mesmo após a Independência ainda se mantinha religião oficial pelo disposto no artigo 5º na Constituição de 1824. Assim é interessante perceber que o próprio artigo permitia o culto de outras religiões, desde que fosse “doméstico ou particular” ou “em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.” [80] A religião católica mantém a sua força por toda a história brasileira. Foi ela que legitimou, em muito, o processo de colonização, foi ela que se manteve e se expandiu no Brasil colônia e manteve seu *status* de religião oficial no Império. Catolicismo que segundo alguns não têm o impulso da solidariedade social[81] e o espírito de cooperação, típicos da cultura saxônia e da tradição protestante[82] e poderia ser um grande aliado do individualismo no Brasil que estava se formando, desde o início da sua colonização, assim como a preocupação com a vida posterior, com a salvação individual, à não preocupação com o Estado:

Submissão à autoridade civil – Todo homem se submeta às autoridades constituídas, pois não há autoridade que não venha de Deus, e as que existem foram estabelecidas por Deus. De modo que aquele que se revolta contra a autoridade, opõe-se à ordem estabelecida por Deus. E os que se opõem atrairão sobre si a condenação. (...) É também por isso que pagais impostos, pois os que governam são servidores de Deus, que se desincumbem com zelo do seu ofício. Daí a cada um o que lhe é devido: o imposto a quem é devido; a taxa a quem é devida; a reverência a quem é devida; a honra a quem é devida.[83]

São Paulo, um dos grandes difundidores do cristianismo[84], na carta aos Romanos, prega a não participação política do cidadão, prega a não preocupação com o Estado, com a autoridade. Toda preocupação deve se voltar para a sua vida pessoal, para o cumprimento dos mandamentos, para que alcance o reino dos céus. O cristianismo, em especial, não teria uma preocupação com o coletivo, com o desenvolvimento de toda sociedade, mas apenas com o do indivíduo. Por isso o catolicismo teria ajudado a difundir ou a sacramentar no Brasil uma cultura individualista, comungando com as doutrinas que existiam em Portugal e que levariam a outras marcas, decorrentes do individualismo, como o patrimonialismo, o patriarcalismo e a dificuldade de uma democracia nestas terras, haja vista a dificuldade de um pensamento coletivo, inerente a democracia, em uma sociedade habituada a pensar individualmente[85].

Da mesma forma a sociedade que se forma, baseada na extração de riquezas naturais, ou melhor, na exploração das riquezas naturais, o pau-brasil, depois o solo, depois os minérios, vai levar a formação de uma sociedade rural que se nutre dessa exploração. Exploração que se utiliza de mão-de-obra escrava, funda o latifúndio, sacramenta a religião oficial[86] e governa na ausência do Estado e na sua presença. O patriarcalismo e o patrimonialismo ganham força no Brasil.

[1] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

[2] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 31.

[3] Tal inferioridade pode ser vista pela descrição do Brasil de muitos. Vide a obra de Francisco Adolfo de Varnhagen e de Gilberto Freyre que tecem elogios à colonização portuguesa e aceitam uma inferioridade do brasileiro em si. Vide : REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

[4] WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4^a ed. Rio de Janeiro: 2007, p. 56.

[5] GALEANO, Eduardo. *De pernas para o ar: a escola do mundo ao avesso*. 9^a ed. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2007, p.250.

[6] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 31.

[7] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 32.

[8] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 37.

[9] Nesse sentido, é necessário entender a correlação que Roberto DaMatta faz entre o indivíduo e a pessoa. Para o antropólogo, a sociedade brasileira vive em uma dialética entre essas duas configurações. O indivíduo é aquele descoberto das relações pessoais e igual a todos pela lei impessoal. Já a pessoa é a aproximação das relações ao afeto, ao coração, à cordialidade, às relações pessoais. A casa é o lugar da pessoa e a rua o lugar do indivíduo. A primeira caracterizada pelo *jeitinho*, pela *malandragem* e o segundo pelo cumprimento das leis, da universalidade e da burocracia. Por isso a constante negação da pessoa a transformar-se em indivíduo, em seguir as leis que o tornam iguais a todos, quando o seu desejo é tornar-se pessoa, diferente, conhecido. O individualismo citado por Sérgio Buarque de Holanda, que pode ser chamando também de individualismo exacerbado é a valorização da pessoa em Roberto DaMatta. É a pessoa de Roberto DaMatta que invade o Estado, é a pessoa que tenta trazer as relações pessoais para a lei, desvirtuando-a. O indivíduo de Roberto DaMatta é o cumpridor da lei, é o cidadão consciente das normas igualitárias e universais. Entretanto, há de se ressaltar que a diferença entre os dois conceitos é muito mais complexa. A divisão não é clara, estanque, fixa. As pessoas variam entre os dois conceitos, existe uma dialética entre eles. Vide: DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

[10] REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 124.

[11] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 32.

[12] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 186.

[13] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 38.

[14] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 39.

[15] LAVALLE, Adrián Gurza. *Vida pública e identidade nacional: leituras brasileiras*. São Paulo: Globo, 2004, p. 143. Dilema brasileiro, que seria, nas palavras de Roberto DaMatta, citado por LAVALLE: “ O nosso dilema é a passagem de um estilo de fazer política tradicional, ibérico e clássico [...] para uma forma transparente”, p. 143.

[16] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 33.

[17] Além do desvio do que é público, como o mau trato do dinheiro público, entre outras definições, a corrupção, que tem sua origem grega, aponta para dois movimentos: “algo se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura.” STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura militar in AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (Orgs.) *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 259.

[18] LAVALLE, Adrián Gurza. *Ibidem*, p. 28.

[19] Explicação que será mais detalhada nos capítulos seguintes.

[20] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 39.

[21] REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC...* *Ibidem*, p. 124.

[22] Patrimonialismo pode ser conceituado, como “uma forma de dominação tradicional na qual o governante não distingue entre seu interesse privado e os interesses do Estado, o qual, supostamente, representa o interesse do conjunto da sociedade, utilizando-o para satisfação pessoal, sem muitas regras objetivas e impessoais para administrar a coisa pública”. GERTIZ, René E. Raymundo Faoro in GUNTER, Axt. SCHÜLLHER, Fernando (Org.). *Intérpretes do Brasil: cultura e identidade*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004, p. 284-285. Interessante também é a definição de José Murilo de Carvalho: “significava que o Estado distribui seu patrimônio – terras, empregos, títulos de nobreza e honoríficos – a particulares em troca de cooperação e lealdade. Em um sistema patrimonial não há cidadãos. Há súditos envolvidos num sistema de trocas com o Estado, regido pelo favorecimento pessoal do governante, de um lado, e pela lealdade pessoal do súdito, de outro. O clientelismo e o nepotismo, ainda fortes até hoje, são um resíduo do patrimonialismo.” CARVALHO, José Murilo. Fundamentos da política e da sociedade brasileira in AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007, p. 25.

[23] WOLKMER, Antonio Carlos. *Ibidem*, p. 43-44.

[24] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 35.

[25] Segundo Aloízio Andrade Gonzaga de Araújo o feudalismo caracteriza-se pelos “pactos personalíssimos de lealdade, proteção e serviço entre suseranos e vassalos, que, hierarquizados de cima para baixo, a partir do Imperador e do Rei, desce por seus vassalos imediatos, que por sua vez são senhores de sub-vassalos...” in ARAÚJO, Aloízio Andrade Gonzaga de. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. 2001.328f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001, p. 279. A singularidade de Portugal seria uma relação diferente entre Reis e senhores. O rei forte controlaria todas as atividades dentre elas a agricultura e principalmente o comércio, rompendo com a dualidade de Senhor e Vassalo.

[26] “A posição de Portugal era singular na Europa: não conhecera o feudalismo de outros países e não conheceria, até o século XVIII, as idéias e instituições liberais” vide MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 28. Vide também: “Assim, o Estado português nascia como que naturalmente, visto que para expulsar os muçulmanos era necessário conquistar-lhes as terras, mas não no modelo feudal, a terra conquistada não trazia delegação de poder hereditário, a propriedade da terra não significava soberania, as instituições municipais eram fortes e hierquicamente dispostas sob o rei, não sob um nobre local, o soberano era o supremo juiz, as leis eram para todos” in CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 270.

[27] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 38.

[28] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 39-40.

[29] MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 164.

[30] Dificuldades de pensar o coletivo que o direito brasileiro, por exemplo, enfrenta até hoje, como se verá nos capítulos seguintes.

[31] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 36.

[32] REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC...* *Ibidem*, p. 124.

[33] SALLUM JÚNIOR, Brasília. *Ibidem*, p. 239.

[34] WOLKMER, Antonio Carlos. *Ibidem*, p. 94.

[35] DAMATTA, Roberto. *Ibidem*, p. 183.

[36] DAMATTA, Roberto. *Ibidem*, p. 185.

[37] REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC...* *Ibidem*, p. 135.

[38] LAVALLE, Adrián Gurza. *Ibidem*, p. 116-117.

[39] LAVALLE, Adrián Gurza. *Ibidem*, p. 120.

[40] LAVALLE, Adrián Gurza. *Ibidem*, p. 126.

[41] DAMATTA, Roberto. *Ibidem*, p. 184.

[42] Adrián Gurza Lavalles demonstra que esse tipo de pensamento é comum a vários países latinos e também aos Estados Unidos da América do Norte, talvez pensamentos típicos de sociedades que foram exploradas, por grandes fazendeiros, representantes do patriarcalismo, entretanto o autor não enfrenta a singularidade desse *dilema brasileiro*, como assevera Roberto DaMatta. LAVALLE, Adrián Gurza. *Ibidem*, p. 145. Lavalles comentando DaMatta: "O autor parece atribuir demasiada importância ao uso social de uma expressão que, aliás também conta com versões de sentido equivalente em outras línguas: no castelhano há o rotundo '¿usted no sabe con quien está hablando?' ou ainda '¿usted no sabe con quien se está metiendo?'; e mesmo no inglês 'igualitário' dos Estados Unidos é comum ouvir 'I know people who knows people'. Tomando como ponto de partida o 'você sabe com quem está falando?', enquanto mostra emblemática para refletir na especificidade do autoritarismo na sociedade brasileira, O'Donnell desenvolveu análise por contraste com o autoritarismo da sociedade argentina, simbolizando pelo 'e eu com isso' – 'ami que me importa'.

[43] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 43.

[44] LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 230.

[45] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 104.

[46] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 96-97.

[47] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 136.

[48] SALDANHA, Nelson Nogueira. *Filosofia, povos e ruínas: páginas para uma filosofia da história*. Rio de Janeiro: Calibán, 2002, p. 106. Nesse mesmo sentido: "Pela maneira como se formou a população nacional, não se pode falar em cooperação de três raças, ou de três culturas. Primeiro, porque houve um processo inicial violento de submissão, pela escravização, de nativos e africanos, levado a cabo pelos conquistadores." CARVALHO, José Murilo. *Fundamentos...* *Ibidem*, p. 20.

[49] MAMAN, Jeannette Antonios. *Ibidem*, p. 29, citando Aloysio Ferraz Pereira.

[50] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 52.

[51] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 64.

[52] Diferentemente do modelo inglês em que o colonizador levou a sua mulher, sua família para a colônia, vide FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 145.

[53] NÓBREGA, Manuel da. *Cartas do Brasil e mais escritos*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955, p. 30, 79 e 114.

[54] Autores como Gilberto Freyre tem uma tese diferente sobre a miscigenação: “Não havia brancas, e a vida sexual e afetiva não podia ser nutrida somente por estupros contínuos. A necessidade de família transcende a necessidade de satisfação sexual. Para os colonos, aliás, a satisfação sexual era fácil. O problema era a solidão, a carência de relações paternais/filiais, a necessidade da companheira no sexo, na vida cotidiana e na dor. Na ausência de brancas, os colonizadores se ‘enamoraram’ de negras e índias. (...) Embora militarmente vencedor, escravista e sádico – Freyre não omite esses dados, mas acrescenta outros e contraditório que tornam a realidade vivida mais complexa –, o branco tratou o escravo com bondade, suavidade e ternura. (...) Se a vitória militar é afrodisíaca – logo se estupram as mulheres –, se ela perdura em uma relação senhor/escravo, esse desejo exacerbado da conquista violenta poderá evoluir, sem eliminação da violência original, para exacerbação da afeição pelo vencido? Freyre acredita nisso.” REIS, José Carlos. *Ibidem*, p. 66-67.

[55] RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.19.

[56] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 176.

[57] LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 231.

[58] LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 233.

[59] A verdadeira foi a busca do ouro, de riquezas a grande intenção das navegações ibéricas. Essa confirmação pode ser vista nos Diários de viagem de Cristóvão Colombo (15 de outubro de 1492): “...todos esses homens que trago de San Salvador indicam que há verdadeiro esbanjamento de ouro, ostentando-o em feitio de argolas nos braços e pernas e nas orelhas, nariz e pescoço... e é ouro... Não posso errar e, com ajuda de Nosso Senhor, hei de encontra-lo onde nasce” citado por MAMAN, Jeannette Antonios. *Ibidem*, p. 26.

[60] RIBEIRO, Darcy. *Ibidem*, p. 39.

[61] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 48.

[62] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 49.

[63] HOLANDA, Sérgio Buarque. *Ibidem*, p. 52.

[64] LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 241.

[65] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 126.

[66] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 126.

[67] Bula Papal de 1493 citada por LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 237.

- [68] Nas palavras de LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 214.
- [69] LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 238.
- [70] RIBEIRO, Darcy. *Ibidem*, p. 58.
- [71] FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 122.
- [72] RIBEIRO, Darcy. *Ibidem*, p. 62.
- [73] Citada por LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 240.
- [74] No México, por exemplo, a população passou de 25 milhões de índios em 1519 para pouco mais de mil em 1605. LOSANO, Mario G. *Ibidem*, p. 241.
- [75] VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. Citado por FAORO, Raymundo. *Ibidem*, p. 131.
- [76] GALEANO, Eduardo. *Ibidem*, p. 217.
- [77] RIBEIRO, Darcy. *Ibidem*, p. 22.
- [78] RIBEIRO, Darcy. *Ibidem*, p. 23.
- [79] PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. 2004. 424f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004, p. 104-105.
- [80] BRASIL. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e Tecnologia, Centros de Estudos Estratégicos, 2001.
- [81] Que vai existir apenas por motivos afetivos, vide REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC...* *Ibidem*, p. 124.
- [82] FRANCO, Afonso Arinos de Melo; PILA, Raul. *Presidencialismo ou parlamentarismo?* Brasília: Senado Federal, 1999, p. 04.
- [83] *BÍBLIA DE JERUSALÉM*. 4ª impressão. São Paulo: Edições Paulinas, 1989, p. 2141.
- [84] Criticado por alguns como deturpador das palavras de Cristo. Vide os defensores da teoria da libertação.
- [85] Não que a democracia não seja possível, mas que para sua implementação será necessário o conhecimento dessa formação e desenvolvimento cultural e o enfrentamento dele, como caminho para alcançar um governo coletivo e preocupado com todos.

[86] “Trabalhando juntos, Estado e Igreja impuseram o catolicismo à população nativa e posteriormente aos escravos africanos. O resultado foi a formação de uma sociedade uniformemente católica, embora com boa dose de influência de religiões africanas e indígenas.” CARVALHO, José Murilo. Fundamentos da política... Ibidem, p. 23.

AS CORTES E A LEGITIMIDADE DO PODER EM PORTUGAL (SÉCULOS XII-XVII)

COURTS AND LEGITIMACY OF THE POWER IN PORTUGAL (12TH-17TH CENTURIES)

**Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Gustavo César Machado Cabral**

RESUMO

Este artigo pretende discutir como o poder político em Portugal era legitimado entre a sua independência e a Restauração, no século XVII. O trabalho tem dois focos: o primeiro é o papel das Cortes naquele período, entendidas como uma audiência entre o Rei e os três braços do seu Reino; a outra é o poder político do Rei. As decisões do monarca não tinham valor por si mesmo, mas somente quando elas tinham apoio dos povos do Reino. As principais funções das Cortes eram dar legitimidade aos atos do Rei, especialmente aos atos de Estado, e aclamar o Monarca, quando o trono estivesse vazio. Então, é possível concluir que o poder político do Rei de Portugal só recebia legitimidade quando o governante era aprovado pelas Cortes.

PALAVRAS-CHAVES: PODER POLÍTICO. CORTES. LEGITIMIDADE. CENTRALIZAÇÃO DA MONARQUIA.

ABSTRACT

This paper intends to discuss how the political power in Portugal was legitimated at the time between its independence and the Restoration, in the seventeenth century. The work has two foci; the first one is the role of the Courts, an assembly of the King and his peers representing the three branches of his Kingdom; the other one is the political power of the King. The Monarch's decisions had no unless confirmed by the kingdom's people represented by his peers. The Courts' main functions were giving legitimacy to the King's acts, specially the Acts of State, and acclaiming the Monarch. So, it is possible to conclude that the political power of the King of Portugal only received legitimacy when the Ruler was approved by the Courts.

KEYWORDS: POLITICAL POWER. COURTS. LEGITIMACY. MONARCHY'S CENTRALISATION.

INTRODUÇÃO

Dentre os Estados que hoje compõem a Europa, Portugal foi o primeiro a centralizar a monarquia. A Lusitânia pertenceu, durante séculos, aos romanos[1]; posteriormente, foram os bárbaros que dominaram essas terras[2], seguidos dos mouros; por volta do décimo século da era cristã, eram os reis de Leão e de Castela que comandavam a região.

Alfonso VI, monarca desses dois reinos, doou parte do que hoje compõe Portugal ao Conde D. Henrique[3], fazendo nascer o condado Portucalense, ligado aos reinos de Leão e de Castela, em 1095. Com a morte do conde, em 1112, sua esposa D. Teresa, filha ilegítima do rei de Leão, passa ao governo, chamando a si mesma de rainha.

O reinado de D. Teresa durou até 1128, momento em que fora deposta pelo seu filho, o infante D. Afonso Henriques, pois este receava ser excluído da sucessão com o casamento da sua mãe com o conde D. Fernando [4]. Após longas batalhas contra tropas castelhanas [5], que combatiam em favor da rainha deposta, e com a morte D. Teresa, o infante consolidou a sua posição como conde. Segundo a tradição, D. Afonso Henriques vence definitivamente Castela em 1139, proclama-se rei e faz independente o reino de Portugal.

Independência não quer dizer centralização política. Durante os séculos que se seguirão, o poder do rei não será exercido monopolisticamente; ao contrário, sofrerá influências internas - da nobreza e dos comerciantes, estes posteriormente - e externas - do imperador e, principalmente, da Igreja. Assim, para governar, o rei necessitava do acordo das classes que compunham o reino, e o instrumento através do qual esse consentimento seria dado eram as cortes do reino.

A História portuguesa mostra que a centralização do poder se deu de forma gradual. Durante a dinastia de Borgonha (1139-1385), a nobreza aparece como classe cujo poder é essencial à boa-governança; com a Revolução de Avis (1385) e ascensão da dinastia do mesmo nome, que governaria até o começo da União Ibérica (1580), os comerciantes passaram a dividir com a nobreza esse papel. O processo de centralização do poder só se consolida definitivamente com a Restauração (1640) e com a dinastia de Bragança, que governou até a proclamação da república (1910).

Em meio a uma história política conturbada, questiona-se de onde viria a legitimidade dos reis que governaram Portugal nesse período, compreendido entre a independência e a Restauração. Atentando-se aos fatos históricos e às configurações sociais dessas épocas, pretende-se indicar qual a fonte de legitimidade do poder político, no contexto de Portugal, entre a Baixa Idade Média e a Idade Moderna.

Na tentativa de esclarecer essa dúvida, e tendo ciência de que seriam as cortes o instrumento através do qual o reino *se reunia* com o rei, parte-se da análise destas e passa-se a analisar o modo como se configurava o poder político no período, para, a partir desses elementos, discorrer sobre a legitimidade desse poder.

1. AS CORTES

1.1. CARACTERÍSTICAS GERAIS

Antes de qualquer coisa, é preciso que se faça uma delimitação do que consistiriam as cortes, objeto de discussão deste artigo. Mais comum do que *cortes* é ouvirmos o termo *corte*, para designar não somente a residência de um soberano, mas o conjunto de pessoas que habitualmente o cercam[6]. Essa idéia de um grupamento ao redor do rei é de extrema importância para esses estudos.

O sentido com qual se fala em cortes não é bem o de um lugar. Igualmente, falar em cortes como um grupo de pessoas não exprime verdadeiramente o que se designava com o termo. Mais preciso seria falar em cortes como sendo uma reunião, uma audiência entre o rei e os seus súditos.

Caracterizavam-se, portanto, as cortes como o momento em que o soberano recebia os seus governados com a finalidade de proceder ao governo do reino[7]. Dessa idéia de cortes, podem-se indicar os elementos mais importantes deste conceito: a presença do rei, a audiência com os seus súditos e a finalidade de se governar o reino.

1.2. REPRESENTAÇÃO

É fato, e não poderia ser de modo diverso, que nem todos os súditos se faziam presentes nessas reuniões. Tratava-se, na realidade, de um pequeno grupo, no qual se pode determinar uma divisão em duas grandes espécies, a dos conselheiros e dos representantes do reino.

Os conselheiros seriam homens próximos ao rei e sobre os quais este tinha plena confiança. Tratando dos conselheiros dos reis, as *Siete Partidas* indicam as qualidades daqueles que deveriam ocupar esse posto:

Et este consejo debe tomar con nomes que hayan en sí dos cosas; la primera que sean sus amigos, la segunda que sean bien entendidos et de buen seso: ca si tales non fuesen, poderle hie ende avenir grant peligro, porque nunca los que á home desaman le pueden bien aconsejar nin lealmente (Partidas II, IX, ley V)[8].

Na Idade Média, era comum que os reis se reunissem com os seus principais vassallos, para se aconselharem sobre o governo[9]. Tendo-se em mente que a relação de suserania e vassalagem consistia em uma relação entre nobres, conclui-se que esses conselheiros eram membros da nobreza.

Por outro lado, em virtude da forte e profunda relação da monarquia portuguesa com a Igreja, não é de se estranhar que clérigos exercessem função relevante nos aconselhamentos de governo, o que implica que o clero tinha participação efetiva nessas reuniões de governo, constituindo, juntamente com a nobreza, o corpo dos conselheiros reais. Se analisarmos a lista dos membros desses dois estados presentes em algumas das reuniões das cortes, constataremos essa realidade[10].

Num primeiro momento, as cortes foram compostas somente por esses dois estados, dos quais a nobreza tinha um papel ainda mais destacado [11], justamente pela crença de ser ela o corpo de guerreiros do reino [12], aqueles que devem defendê-lo; portanto, imperiosa seria a sua reunião com o rei.

A partir de dado momento, que, segundo Graes, teria sido 1254, o rei D. Afonso III ampliou as cortes, concedendo ao povo o direito de participar dessas assembléias[13]. A leitura que se tem dessa participação popular nas cortes deveria ser encarada como a presença de outros que não fossem nobres nem clérigos; o elemento essencial, no caso, era o fato de serem esses membros do terceiro estado representantes dos conselhos, portanto, mandatários dos poderes locais, das vilas e das cidades.

Ainda que esse alargamento das cortes tenha se dado mais de cem anos antes da Revolução de Avis (1385), não seria equivocado ligar esses dois episódios. Ambos representaram o enfraquecimento da nobreza, ainda que não de forma a aniquilá-la, e o crescente fortalecimento político dos comerciantes, os quais já detinham o poder econômico e passaram a gozar, se não de força, mas, ao menos, de participação política.

Rei e povo tinham um interesse comum nesse momento: frear a importância da nobreza no contexto político, a qual vinha crescendo desde a independência do Reino. Enquanto que, para o rei, força da nobreza significava diminuição do seu poder, para os comerciantes ela poderia resultar em perdas nos lucros. Um dos resultados desse embate foi a Lei das Sesmarias, de 1375 [14].

Sobre a participação do povo nas cortes, há pontos que precisam ser esclarecidos. Conforme já foi dito, aqueles que tomavam parte nas cortes e que não eram membros da nobreza nem do clero eram representantes dos conselhos das vilas e das cidades.

Essa participação, que, inicialmente, fora modesta, tendeu a se ampliar com o passar dos tempos. Ainda que a importância das cortes tenha diminuído gradativamente à medida que os séculos avançaram, isso não se deveu a um menor número de cidades e vilas participantes dessas reuniões; ao contrário, este cresceu consideravelmente: de 24 e 31 vilas e cidades, em 1481-82 e 1482-83, respectivamente, para 96 e 98, em 1581 e 1641[15].

Isso significou que cada vez mais regiões passaram a ter representantes nas cortes, o que indica, pelo menos em tese, que os interesses locais do terceiro estado foram levados à discussão. Desta forma, poder-se-ia falar em representação das regiões junto ao governo, este sempre encarado sob a perspectiva unitária; em outros termos, junto ao poder medular de Portugal, do qual o Rei era o centro, pessoas havia que *representavam* a vontade dos povos do Reino.

Pode-se chegar à conclusão de que nas cortes havia uma noção de representação, ainda que bastante rudimentar. Melhor dizendo, seria caso de representação com contornos próprios, em que "o todo é representado pela parte digna" [16], existindo uma dupla representação: o Reino era representado pelas suas unidades, que seriam as cidades e as vilas, e estas pelos seus procuradores, os quais seriam eleitos entre os homens dignos, aqueles que detinham autoridade.

Portanto, essencial é que fique definitivamente claro: o terceiro estado representava o povo do Reino, mas por *povo* se entendia não a totalidade da população, mas somente uma parte dela [17], a dos mais dignos. Fundamental, nesse contexto, é a idéia de virtude, a qual possuía duas facetas: a *nobilitas*, que seria uma virtude ou aptidão presumida, e a *dignitas*, que se constituía em virtude ou aptidão demonstrada [18]. Essa tese garantiria a "virtude" aos não nobres - os quais se enquadravam no primeiro grupo -, mas que tinham atributos pessoais que lhes concediam importância [19].

1.3. AS CORTES E OS PARLAMENTOS LIBERAIS

Não é raro tentar aplicar experiências do presente a realidades cronologicamente anteriores, realizando analogias entre instituições contemporâneas e de tempos idos. Em geral, essas tentativas são frustradas, pois, no mais das vezes, as características fundamentais de uma instituição são derivadas de experiências históricas, e tentar transportar essas instituições de hoje para o passado esbarra no problema de que, à época para a qual elas foram transportadas, não teriam ocorrido os episódios que lhes deram os seus caracteres definitivos.

Exemplo muito comum desse erro é chamar textos como a *Magna Carta* inglesa (1215) e a *Goldene Bulle* do Sacro-Império Romano Germânico (1356) de constituições, quando, na realidade, não passavam de contratos medievais entre um suserano e os seus vassalos e cuja eficácia entre eles ficava restrita [20].

Da mesma forma, tem-se com frequência a comparação entre as cortes e os parlamentos da era liberal. Não restam dúvidas de que ambas as instituições tenham pontos congruentes, a partir dos quais uma aproximação poderia ser estabelecida; no entanto, há elementos que, de fato, impossibilitam uma analogia mais profunda.

É verdade que ambos os órgãos tinham natureza política, o que, quanto aos parlamentos, não necessita de maiores comprovações. No que diz respeito às cortes, essa natureza eminentemente política foi ressaltada por Cunha, ao afirmar que essa foi a razão pela qual as cortes não foram mencionadas por nenhuma das três ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) [21].

Apesar de as ordenações possuírem seções destinadas a matérias que, hoje, se enquadram na esfera constitucional, as quais eram localizadas no Livro II [22], este "não é uma constituição escrita. Pretender ser (e é) um texto exclusivamente jurídico. Todos os aspectos claramente políticos são evitados" [23]. As cortes, assim, não foram

tratadas nas ordenações por terem conteúdo de órgão político, da mesma forma que os parlamentos.

Em que pese essa semelhança de natureza, não se pode confundir as cortes com os parlamentos. Os parlamentos liberais surgiram com a função de estabelecer um equilíbrio entre os poderes do rei e os dos súditos. Baseavam-se na paridade de votos dos representantes, independentemente da origem que tivessem, especificamente quanto à classe da qual proviessem.

As cortes, ao contrário, pressupunham um papel decisivo para o rei, centro de todo o poder político do Reino. O modo de votar era diferente a depender da classe daquele que estava a votar, pois, enquanto membros do clero e da nobreza votavam de acordo com os seus próprios interesses[24], os procuradores dos conselhos, representantes do terceiro estado, estavam vinculados às decisões que fossem de interesse da região que eles estavam representando, conforme demonstraremos a seguir.

Uma última diferença tem natureza capital: os parlamentos têm poderes eminentemente deliberativos, com a função de criar um novo direito, a ser aplicado dali em diante, portanto, com natureza legislativa; as cortes, ao contrário, geralmente eram convocadas para "aclamarem as decisões já tomadas pelo monarca" [25], evidenciando um carácter meramente consultivo de muitas, se não da maioria, das suas decisões. Trataremos destas posteriormente.

Por fim, as palavras de Hespanha sintetizam a impossibilidade dessa comparação:

As cortes dessa época não são, como quereria uma visão "parlamentarista", nem um *fórum* decisivo no estabelecimento dos equilíbrios entre o poder real e os restantes poderes públicos, nem a única forma conhecida de auscultação (muito menos de representação ou de "resistência") do reino, mas apenas um dos meios - e, de resto, pouco efectivo - de garantir, mais pela negociação política do que no plano jurídico, os direitos particulares dos pólos políticos periféricos. As cortes eram, para os povos, porventura o último meio de defesa pactual e colectiva dos seus direitos. (...) as cortes não institucionalizam, em geral, um direito "novo" dos povos (ou do reino), com uma natureza "política" diferente dos direitos radicados ou adquiridos. (...) A participação de todos (entenda-se, de todos os titulares de interesses jurídicos em causa) é requerida, muito chãmente, pelo facto de só o acordo de cada um dos respectivos titulares poder autorizar o rei a tomar medidas que ofendam direitos adquiridos dos particulares (tal como o lançamento de um tributo)[26].

1.4. CONVOCAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Sobre o modo de funcionamento das cortes, os principais pontos a serem abordados são as suas convocações, o modo como ocorriam as eleições dos representantes e o cerimonial dos trabalhos da corte.

No primeiro item deste tópico, quando se falou das principais características das cortes, apontou-se a presença do rei como elemento fundamental. Além das funções cerimonial, a ser abordada a seguir, e deliberativa que o monarca exercia, o fato de o rei estar presente nessas audiências significava que a ele cabia um papel principal, e não meramente auxiliar.

O fato de o rei protagonizar as cortes também poderia ser percebido a partir do modo como estas eram convocadas: a ele cabia realizar o chamamento do povo para se reunir nelas. Consistia um *poder régio* a conclamação para que o Reino se juntasse perante a majestade e deliberasse sobre os problemas deste. Mas, como restará claro nos tópicos que se seguem, não se trata de um mero ato de vontade do rei, pois entre ele e o povo havia, pelo menos em tese, uma relação de interdependência, o que implicava ser a convocação das cortes, ao mesmo tempo, um *dever régio*, o que explica a afirmação de Graes de que a convocação seria um "poder-dever" do rei [27].

Como as cortes tratavam de combater problemas pontuais, a exemplo dos casos da sucessão régia ou, algumas vezes, de dificuldades de ordem financeira, não havia uma periodicidade pré-determinada para a sua convocação. Caberia ao rei, ao se deparar com uma situação problemática, convocar as cortes, a fim de que elas, reunidas, se prestassem a auxiliá-lo na resolução da dificuldade.

A discricionariedade, no entanto, era regra quando se tratavam de peculiaridades das convocações. O problema, por óbvio, ocorria, e o rei deveria resolvê-lo; a data e o local onde as cortes se reuniriam, no entanto, seriam de livre escolha régia. A duração dessas reuniões foi bastante variável, podendo durar semanas ou meses [28], sendo certo que elas tendiam a durar enquanto não fossem resolvidas as matérias que ocasionaram as convocações. Quanto às cidades que sediavam as cortes, a lista compreende dezessete nomes [29].

Diante de um motivo relevante, o Rei expedia cartas às vilas e às cidades, convocando-as a se reunirem em cortes na data e no local indicado. Convocar os lugares do reino significava que estes deveriam escolher aqueles que os representariam. As cartas, geralmente, eram endereçadas às câmaras municipais, e a estas caberia a eleição dos procuradores, geralmente em número de dois [30].

Graes afirma que não haveria regras unificadas sobre como se procederia à eleição dos procuradores, o que também ocorria quanto aos requisitos para se concorrer ao cargo. Entretanto, uma peculiaridade parece ter sido comum, segundo a referida autora: o fato de os eleitos, via de regra, não serem do povo, mas parte da já referida casta dos dignos, o que implicou verdadeiro "processo de aristocratização dos procuradores às cortes" [31].

Do procedimento burocrático interno das câmaras, o mais importante é que a câmara expedia uma *procuração* para os eleitos, através da qual eles comprovavam poder tomar assento às cortes. Os poderes que constavam nesta não eram extensos, restringindo-se, basicamente, aos temas trazidos pela convocação, cabendo aos

procuradores tão somente reclamarem e pedirem aquilo que os conselhos haviam formulado [32].

Finalmente, sobre o cerimonial das cortes, um aspecto deve ser trazido, que é a já referida necessidade da presença do soberano na reunião, ainda que não tivesse idade para governar; não sendo possível a sua presença, o que só se concebia excepcionalmente, caberia ao regente representar a coroa [33].

1.5. AINDA SOBRE OS MOTIVOS DA CONVOCAÇÃO

Dito foi em passagem anterior que os motivos das convocações das cortes eram situações em que se fazia necessária a escuta dos estados do Reino, a fim de deliberarem no sentido de solucionarem determinado problema. Deter-nos-emos agora, ainda que de modo ligeiro, a alguns dos motivos que historicamente levaram à convocação das cortes.

Em meio a uma grande variedade de razões, algumas se destacam, como as de natureza financeira. Não raras foram as cortes convocadas com o intuito de solucionar problemas de fundos ou, ainda que esta não tenha sido a razão principal, que deliberaram sobre essas questões. Exemplos são as cortes de 1483 e 1502.

Mas as razões de Estado ocuparam o principal foco das preocupações que ocasionaram convocações de cortes. Houve cortes para que os monarcas apresentassem os herdeiros e as cortes os jurassem, como as de 1535, quando D. João III apresentou seu herdeiro, D. Manuel; para se participarem os casamentos régios, como quando, em 1562, se determina que D. Sebastião deveria se casar com uma princesa francesa; para tratarem de questões de regência, a exemplo das cortes de 1562, quando também foi objeto da reunião a confirmação do posto de regente do Cardeal D. Henrique [34].

O motivo mais importante para a convocação das cortes, entretanto, foi o da *sucessão régia* [35], matéria parte do rol das leis fundamentais do Estado e que, em virtude da sua importância necessária à sobrevivência do Estado, não poderia ser afastada das discussões nas cortes. As reuniões realizadas nos anos de 1481, 1495, 1525, 1578, 1581 e 1641 trataram desse tema, especificamente com relação à aclamação dos reis.

1.6. SOBRE AS SUAS DECISÕES

Quando se tratou da equivocada analogia que se pode fazer entre as cortes e os parlamentos liberais, um dos aspectos levantados foi o das decisões tomadas pelos dois órgãos.

Enquanto estes teriam funções deliberativas, no sentido de verdadeiramente apresentarem um direito novo a ser obedecido a partir dali, o qual teria partido de uma idéia não somente discutida, mas também apresentada ali, nas cortes predominou o caráter consultivo das suas decisões, já previamente tomadas pelo rei e lançadas às cortes quase que para ratificação.

Não há como discordar de uma posição pelo caráter consultivo da maioria das decisões tomadas pelas cortes. O rei, ao se deparar com uma questão, convocava as cortes, apresentava o problema, indicava uma solução e consultava o órgão sobre o que ele pensava desta. Desta forma, havia, realmente, uma função de consulta, e não de deliberação.

Em um período em que a divisão de poderes não existia, não há que falar em função legislativa das cortes. A história das fontes do Direito em Portugal é vasta, e tratar dela significaria tratar da recepção do direito romano no País, tema de importância cuja grandeza é diretamente proporcional à sua complexidade [36].

No entanto, uma observação é relevante: a lei escrita, que, a partir do final século XIV e começo do século, começou a substituir os costumes como principal fonte do Direito [37]. A lei, contudo, não era similar àquela oriunda da concepção liberal, em que caberia ao poder legislativo cuidar da sua elaboração; o exercício da função legislativa caberia ao magistrado supremo da Nação, o rei. Ele deveria legislar e promulgar a lei [38].

Disso decorre que não se pode falar das cortes como sendo poder legislativo, e essa é diferença fundamental delas para os parlamentos. Elas exerceriam uma função primordialmente consultiva.

Contudo, não se pode esquecer a mais importante tarefa das cortes, a de reconhecer o rei como tal. Aclamar o rei era atribuição das cortes, pois estas representavam o povo do Reino, e elas detinham a legitimidade para escolher quem ocuparia o trono; daí se afirmar que, em que pese a maioria das decisões das cortes ser consultiva, uma delas, em especial, era deliberativa e dela derivava a fonte da legitimidade do poder político: a aclamação o rei.

2. O PODER POLÍTICO E O PODER DO REI

2.1. O PODER POLÍTICO ATÉ A CENTRALIZAÇÃO DAS MONARQUIAS

Ao se falar em poder político na Idade Média, a primeira idéia que se vem à mente é a de fragmentação, em um contexto em que vários homens poderosos detinham o poder dentro de circunscrições territoriais pequenas. Seria o tempo dos feudos, quando as autoridades reais pouca força possuíam.

Essas características, de fato, podiam ser observadas na Idade Média, especialmente no que se convencionou chamar Alta Idade Média. A situação, no

entanto, não era tão simples, pois havia elementos que caracterizavam as relações políticas medievais e que contribuíram para que o período se configurasse do modo aconteceu.

No âmbito interno, os reis realmente só passaram a gozar das benesses da centralização do poder a partir de meados do século XVI ou XVII; até lá, a realidade mostrava uma verdadeira divisão de forças entre o rei e alguns de seus súditos, aqueles que tinham poder sobre consideráveis porções do território[39].

Não é que todo senhor fosse mais forte do que o rei. O que acontece é que este não teria forças suficientes para, por exemplo, entrar em um feudo e depor quem o governasse, pois a força do senhor, dentro dos seus domínios, era muito grande. Por outro lado, mas no mesmo sentido, a força dos senhores também estava no poder da sua união; se atuassem juntos, o rei nada poderia contra eles. O exemplo mais conhecido dessa força coletiva dos senhores foi a Magna Carta, em que os estes conseguiram impor a sua vontade ao rei [40].

Portanto, predominava na Europa uma situação em que havia diversos reinos, cuja extensão territorial não era das maiores, e, dentro deles, em decorrência do sistema feudal, havia uma pluralidade de barões, os quais, de fato, governavam os territórios dos quais eram senhores.

Por outro lado, é preciso que se analise o âmbito externo, e não somente o local onde o rei deveria exercer o seu poder. Para bem entender esse aspecto, faz-se necessária rápida digressão histórica.

Em Roma, *imperium* significava, em meio a uma imensidão de concepções, legitimação pública, ou seja, um "poder legalmente atribuído (*justum*), no âmbito do direito público romano, às magistraturas mais importantes" [41]. Como a última etapa da evolução política romana foi o império, tinha-se que o *princeps*, o imperador, havia se investido em todas as magistraturas, o que implicava que a ele caberia exercer o poder de império [42].

A queda do Império do Ocidente coincidiu com o fortalecimento do poder da Igreja, que passou a ser a única instituição realmente universal; não satisfeita em deter unicamente o poder espiritual, passou a Igreja a reivindicar o princípio da universalidade do Império Romano:

A unidade política religiosa e a unidade política imperial no Ocidente eram fenômenos político-religiosos que se demandavam mutuamente. Nessa ordem de idéias, a fortalecida estrutura eclesiástica romana, de caráter universal, precisava ser reforçada por um império ocidental, também universal, para que, abrangendo a totalidade do novo território europeu, concretizasse, no *saeculum*, como braço armado dos Pontífices, o ideal da *Respublica Christiana: Renovatio Romni Imperii* [43].

No ano 800, a Igreja realizou o que se chamou de *translatio imperii*, através do qual se deslocou o *imperium* do Império de Constantinopla para Roma. Arma essencial para atingir essa finalidade foi o falso mito da "Doação de Constantino", através do qual o imperador Constantino, ao ser curado de doença grave pelo papa Silvestre I, "havia atribuído ao Papa as insígnias, as honras e todo o poder imperial do Ocidente, com os respectivos domínios" [44]; portanto, o Império Bizantino não mais seria o verdadeiro herdeiro do Império Romano, mas, sim, a Igreja, e esta, através da coroação de Carlos Magno, transmitiu o poder legítimo, de origem romana[45], ao reino dos Francos, agora Império Carolíngio.

A morte de Carlos Magno ocasionou, nas décadas subseqüentes, a fragmentação do Império. Um dos seus herdeiros, Ludwig, o Germânico, recebeu, com o Tratado de Verdum (843), a parte mais oriental, e um descendente desta, Oto I, rei dos Germânicos, foi coroado imperador pelo papa, em 962. Com a coroação, começava o Sacro Império Romano-Germânico [46].

O novo império foi encarado como sucessor direto do Império Romano do princípio da Era Cristã; a autoridade do imperador deveria ser universal, na seara do poder temporal, ao mesmo tempo em que à autoridade papal caberia a universalidade do poder espiritual. Ainda que essas duas autoridades, imperador e papa, rivalizassem sobre qual predominaria, o que acontecia, de fato, era que haveria autoridades universais, cujo poder se estendia por toda a Europa.

Portanto, os reis tinham limitações às suas autoridades tanto no âmbito interno - a força dos senhores feudais - quanto no âmbito externo - os poderes universais do papa e do imperador. E isso tinha reflexos em diversas searas, a exemplo da jurídica; os reis tinham dificuldades para legislar, pois esbarravam em direitos particulares nos domínios senhoriais e, com a recepção do Direito Romano[47], nas determinações imperiais.

Desta forma, sufocados interna e externamente, os reis tiveram que, paulatinamente, tomar medidas que fortificassem a sua autoridade.

2.2. A CENTRALIZAÇÃO DAS MONARQUIAS

A centralização política na Europa não ocorreu de modo instantâneo, mas, em realidade, se constituiu um processo que durou alguns séculos. Como já se disse, a centralização das monarquias nacionais teve basicamente três espécies de inimigos: os senhores feudais, na ordem interna, e o imperador e o papa, na ordem externa.

Desses, o mais facilmente derrotado foi o imperador. O Sacro Império, nos seus primeiros séculos de existência, constitui força política que chegou a enfrentar, com paridade de armas, a Igreja. Esse embate, que pode muito bem ser simbolizado pela Questão das Investiduras[48], teve como resultado a derrota do Imperador, com a supremacia ideológica papal, a partir da concepção de que o Papa poderia depor o Imperador através da excomunhão [49]. Com isso, consolidou-se a supremacia papal, que passou a ser, de fato, a única autoridade universal, já na Baixa Idade Média.

O inimigo interno, a nobreza feudal, foi sendo derrotada aos poucos. A autoridade do rei dependia da opinião dos senhores, e as cortes são prova cabal disso. A *Ley das Siete Partidas*, elaboradas pelo rei de Castela Alfonso X, o Sábio, por volta de 1265, exemplificam, como foi demonstrado anteriormente, a relação profunda entre o rei e os seus nobres, os ricos-homens[50], a partir da qual se pode inferir que havia, realmente, uma dependência do poder real daqueles poderes locais.

O direito, especificamente no que diz respeito à matéria das fontes, foi um fator relevante na unificação. Durante boa parte da Idade Média, especialmente na Alta, o costume ocupou o lugar de fonte primordial; contudo, com a recepção do Direito Romano, este foi substituindo aquele, e, como se sabe, a legislação romana tinha fortes tendências à centralização monárquica, o que influenciou as concepções vindouras sobre a organização política [51].

No sentido de se promover a centralização, o rei contou com o apoio decisivo dos comerciantes. Ambos possuíam um inimigo comum - a nobreza e os seus privilégios -, e a união, para diminuir-lhe a importância, traria benefícios aos dois. Em Portugal, essa aliança começa a se manifestar em 1256, quando o povo passa a participar das cortes, seguindo o exemplo das cortes de Leão, convocadas em 1188, pelo rei Alfonso IX, em que há partícipes fora da nobreza e do clero[52]. Culmina esse movimento com a Revolução de Avis (1385), em que a nobreza, ainda que tenha sido derrotada definitivamente, cede espaço à nova elite mercantil[53].

Quanto ao último inimigo, a Igreja, a situação foi distinta. A vitória do poder espiritual sobre o poder temporal do Sacro Império ressoou em toda a Europa, ocasionando uma incontestável supremacia da autoridade papal. A crescente formação de reinos e o aumento do poder dos reis dentro desses territórios acarretaram a ameaça da autoridade papal por esses novos reis. Havia, entretanto, um instrumento hábil para dirimir esses problemas: a excomunhão, não raras vezes utilizada com o intuito de fazer o rei perder legitimidade interna.

A crescente intromissão do Papa em assuntos internos passou a aborrecer os reis, os quais passaram a rechaçar as teses de que haveria uma prerrogativa dos pontífices de interferir nos poderes temporais. Os conflitos entre os monarcas europeus e o papado se multiplicaram do século XIV ao século XVI e adquiriram, na sua fase final, uma conotação religiosa, culminando com a Reforma, que simbolizou o fim da universalidade da Igreja Romana. No âmbito político, contudo, desde o século XV essa universalidade mudou de configuração: passou a ser uma universalidade dentro das nações[54], um poder único no âmbito interno.

Diante de tantos elementos, formou-se o Estado Nacional, momento no qual o rei passou a ser a figura central do Reino, dependendo cada vez menos da nobreza para manter o seu poder político. O seu poder era fundado, basicamente, sob dois pilares, um de natureza econômica e outro ideológico.

Economicamente, a aliança com os comerciantes foi fundamental. Com as revoluções da transição da Alta para a Baixa Idade Média - a agrícola, a comercial e a urbana -, a mudança de paradigma sobre as riquezas foi inevitável. No lugar as grandes extensões territoriais, o acúmulo de dinheiro passou a ser o elemento mais valorizado e

o comércio a atividade mais rentável. A burguesia, dessa forma, se tornou a classe mais rica, e ela, apoiando os reis, garantiram o poder destes.

O aspecto ideológico é mais complexo, e se relaciona profundamente com a questão da legitimação do poder. Em virtude da sua importância, será abordado em local próprio, mais à frente.

2.3. LIMITAÇÕES AO PODER DO REI

A centralização do poder político no monarca acarretou uma concentração do poder nessa figura, configurando situação muito próxima daquela que existiu em Roma com o seu Império: houve, tanto em Roma quanto na Idade Moderna, um acúmulo das magistraturas, acumulando o soberano os poderes civis e militares[55] e, em alguns casos, como a da Inglaterra depois do cisma com a Igreja Romana e da fundação da Igreja Anglicana, do poder religioso.

Por conta desses poderes absolutos que o rei detinha, chamou-se essa tendência política de Absolutismo. As duas principais características desse novo perfil de Estado foram a substituição da ordem jurídica costumeira por uma nova ordem escrita, de cunho racional e pensada pela mente do soberano e, principalmente, o "monopólio do uso do poder e da produção do direito por um só soberano e originário" [56].

Ao se falar em absolutismo, a idéia que se tem é que os poderes reais não conheciam limites, sendo, por conta disso, suficientemente amplos para que o monarca atuasse como bem entendesse. Ainda que, de fato, a amplitude desses poderes fosse grandiosa, não há que se falar em poderes ilimitados. Os poderes do rei conheciam claros impedimentos.

Haveria, segundo Bodin[57], três espécies de limites ao poder do soberano. Primeiramente, não poderia o rei ferir a lei divina, assim como não lhe seria permitido ferir a lei natural; essas duas espécies de lei eram pensadas sob conceitos aristotélico-tomistas [58].

Finalmente, o outro limite ao poder do soberano seriam as *leis fundamentais do reino*, as quais teriam origens pactícias e serviriam "para delimitar esferas de poder e sobretudo para ressaltar a ilicitude da expansão do poder monárquico" [59]. Na realidade, não seriam leis em sentido formal, nem, muito menos, constituições, do mesmo jeito que "não eram um documento único, mas uma pluralidade de compromissos e determinações" [60], cuja função precípua seria a manutenção do Estado. Seu objetivo era, justamente, proteger o Estado e garantir a sua sobrevivência.

As matérias que faziam parte do rol das leis fundamentais do reino eram as questões de sucessão régia[61] e os princípios de independência e indivisibilidade do Reino e de inalienabilidade da Coroa e dos seus domínios[62].

Os países europeus, durante o Absolutismo, conheciam, em geral, limitações dessa espécie ao poder dos seus reis. Em alguns deles, as leis fundamentais foram objeto de maior discussão como na França. Esses limites à atuação do monarca, segundo Seeländer, serviriam para distinguir o *absolutismo* da *tiranía*, já que o rei absolutista, por maiores que fossem os seus poderes, devia respeito às leis divinas, naturais e fundamentais do reino, enquanto que o tirano governava sem ter nada acima de si [63].

Em Portugal, as leis fundamentais do reino tiveram importância decisiva na centralização da monarquia, servindo como fundamento para a Restauração, em 1640.

3. LEGITIMIDADE DO PODER REAL

Quando se falou, neste texto, sobre a centralização das monarquias européias, afirmou-se que o poder do rei se fundava em dois pilares, um de cunho econômico e outro ideológico; este, na verdade, está profundamente ligado à questão da legitimidade: o rei governava, não por outra razão, mas porque detinha, *legitimamente*, o poder político.

O Estado Moderno era fundado em regras jurídicas, e o poder dos seus reis tinha fundamentos jurídicos. Tinha-se, portanto, um Estado de Direito, da mesma forma que era Estado de Direito o Estado romano [64]. Isso é tanto verdade que os monarcas absolutistas governavam sob limites, conforme se demonstrou.

Uma das matérias mais importantes que se originam da noção de Estado de Direito é a da legitimação do poder. As leis que fundam um Estado devem prever quem deve governá-lo, ou seja, elas devem estabelecer critérios para se alcançar a condução de uma nação. Aquele que preenche essas condições está legitimamente apto a governar.

Roma representou o primeiro Estado de Direito, e os demais, pelo menos os de matrizes européias, partiram do legado romano. Portanto, é necessário entender bem como se dava, nesse contexto, a questão da legitimidade.

Havia uma distinção elementar em Roma entre *auctoritas* e *potestas*, sendo este a fonte originária do poder, materializado-se no conceito de soberania popular, e aquele como proeminência política, uma parcela do *potestas* entregue a uma instituição[65]. O conceito de *potestas* esteve sempre ligado ao povo, sendo ele o titular do máximo poder; a titularidade da *auctoritas*, por sua vez, mudou, e com ela mudaram as configurações do poder em Roma.

Durante a monarquia, o povo transmitiu o poder aos reis, os quais eram eleitos[66] e ocupavam funções mais militares e religiosas, exercendo o poder em nome da comunidade [67]. Na República, não haveria um magistrado com a *summa potestas* para guiar o povo romano, já que houve uma divisão das magistraturas, passando o Senado a ocupar o papel central na vida política. Na transição para o Império, o que

houve foi uma transmissão de autoridade do Senado - que representaria o povo romano, em especial os descendentes daqueles que haviam fundado a cidade, ou seja, os "verdadeiros" romanos - para um só *princeps*, Otávio, que passou a deter todas as magistraturas.

No caso de Otávio, o seu poder era legítimo porque ele o recebeu do seu sumo detentor, o povo romano, através do órgão que o representava, o Senado. Portanto, o imperador governava porque havia recebido *legitimamente* autoridade para tal.

Esclarecidos esses pontos iniciais, passa-se à análise específica do caso português. Conforme esclarecido nos tópicos iniciais, o reino de Portugal passou por, pelo menos, três grandes crises políticas nesse período, a Revolução de Avis (1383-1385), a sucessão de D. Sebastião e de D. Henrique (1578-1580) e a Restauração (1640-1641). Em todos esses momentos, o povo desempenhou papel relevante, seja através de movimentos locais, seja através do seu instrumento político, as cortes.

O primeiro momento emblemático foi o da sucessão do rei D. Fernando I, falecido em 1383. O rei só teve uma filha, D. Beatriz, casada com D. João I, então rei de Castela. Quando D. Fernando morreu, os portugueses se viram temerosos de que o país caísse nas mãos dos soberanos castelhanos, em virtude das bodas da princesa herdeira do trono.

Portugal sempre sofrera forte influência de Castela e da França, e desta adveio a justificativa pelo qual D. Beatriz não poderia assumir o trono: a Lei Sálica, amplamente adotada em França, proibia que mulheres ocupassem o trono[68]. Da agitação popular, oriunda do temor de uma dominação castelhana, fez emergir a figura do então mestre de Avis, D. João, que se proclamou rei com o amplo apoio popular[69].

D. João guardava relações com a antiga família reinante, por ser irmão bastardo de D. Fernando[70]. Esse fato, contudo, teve importância dirimida pelos portugueses, que preferiram D. João de Avis à D. Beatriz, tendo o novo monarca sido aclamado pelas cortes de 1385, realizadas em Coimbra. O fato pode ser entendido como uma ponderação: apesar de o parentesco de D. João I com D. Fernando I não ser legítimo, ainda seria preferível à ascensão de uma mulher ao trono e, mais do que isso, à sucumbência de Portugal a Castela, fazendo Portugal perder a sua independência.

O segundo evento foi o problema da sucessão da dinastia de Avis, iniciado a partir da morte de D. Sebastião, em 1578, sem ter deixado herdeiros. Nesse ano, ascendeu ao trono o seu tio-avô, o Cardeal D. Henrique, homem de idade já avançada e impedido de se casar, em virtude dos seus votos.

D. Henrique convocou as cortes no ano seguinte, a fim de que fosse decidido como ficaria a sucessão do trono português com a sua morte. Apresentaram-se três candidatos: o rei da Espanha, Felipe II, neto de D. Manuel I, o Venturoso; D. Catarina, duquesa de Bragança, filha do infante D. Duarte e também neta de D. Manuel; e D. António de Portugal, Prior do Crato, filho ilegítimo do infante D. Luís e, da mesma forma, neto de D. Manuel [71].

Cada um dos três candidatos tinha algo que prejudicava as suas postulações. D. Catarina era mulher, o que feriria a Lei Sálica, Felipe II era estrangeiro e D. António

não era legítimo descendente. Como cerca de duzentos anos antes, seria necessária m ponderação de quem caberia escolher o rei.

As Cortes de Almeirim, em 1580, deveriam resolver o impasse, mas isso não ocorreu. A divisão do País foi também observada nas cortes, pois, enquanto D. Catarina e Felipe II dividiam, ainda que de modo desigual, o apoio do clero e de setores da nobreza, D. António tinha o apoio da maioria dos procuradores do conselho, ou seja, era o candidato preferido da maioria das cidades e das vilas [72]. O impasse sobre a forma de votação, se por braço do reino ou por cabeça[73], acabou por atrasar os trabalhos a ponto de permanecer a indecisão até a morte de D. Henrique.

Em meio a discussões entre os grandes doutrinadores da época, os cinco governadores nomeados pelo rei-moribundo resolveram dissolver as cortes em 1580, em virtude da guerra civil que e instaurava em Portugal: D. António, que detinha amplo apoio popular, fora proclamado rei pelo povo; Felipe II, por sua vez, havia invadido Portugal por terra e por mar. Diante do poderio militar espanhol, não houve como resistir, e as forças leais ao Prior do Crato sucumbiram.

Resolvida a questão por meio da força, foram convocadas as cortes de Tomar, em 1581, para jurar Felipe II como rei de Portugal, o que ocorreu sem resistências. O principal argumento para convencer os partícipes de que ao monarca caberia o governo do País foi a decisão tomada pelos governadores[74].

Apesar da ciência de que fazer suposições sobre como os fatos teriam se desenrolado se algum aspecto histórico tivesse ocorrido de forma diferente, é possível afirmar que, não tivesse D. Henrique falecido antes do término das Cortes de Almeirim, D. António poderia ter sido aclamado por elas herdeiro do trono, por ter o apoio de maioria dos procuradores dos conselhos, e, portanto, dos presentes às cortes. Com isso, sua aclamação pelo povo como rei de Portugal teria sido legítima. Como os fatos não aconteceram dessa forma, ainda que tenha obtido apoio da maioria da população, esta não estava formalmente reunida para jurá-lo rei, o que é suficiente para retirar-lhe a legitimidade do breve reinado.

Por outro lado, Felipe II, mesmo com todo o temor popular da perda da independência do País, o que, de fato, veio a ocorrer, foi jurado rei pelas Cortes de Tomar, em virtude de uma situação de fato já instalada: a derrota dos outros pretendentes e a dominação militar de todo o território português. As cortes aclamaram Felipe II, e isso fez dele legítimo rei.

Desta forma, pode-se concluir que Felipe II e os seus partidários conheciam o poder que a decisão das cortes possuía; se assim não fosse, os governadores não teriam dissolvido as cortes de 1579-1580, que poderiam ter aclamado D. António, para, em seguida, nomearem Felipe II; tendo sido indicado rei e já controlando militarmente o território português, o rei da Espanha não precisava de cortes para afirmarem uma situação que, de fato, já estava instalada, mas optou por realizá-las, sem dúvida alguma, para que o seu reinado sobre Portugal fosse *legítimo*.

O terceiro episódio histórico digno de nota ocorreu em 1640, quando da restauração. Os portugueses não mais estavam satisfeitos com os já oitenta anos de

dominação espanhola e, sob a liderança de D. João, duque de Bragança, buscaram expurgar os Habsburg espanhóis do trono de Portugal.

Em meio ao excesso nos impostos, a nobreza resolve eleger o duque de Bragança o novo rei de Portugal, o qual aceita a coroa que lhe fora ofertada [75]; em dezembro de 1640, entra o duque em Lisboa, onde é aclamado rei. O conde da Ericeira descreveu esse feito:

O estrondo, a confusão e a incerteza havia obrigado aos moradores da cidade a se recolherem a suas casas, e, por esse respeito, não acharam os confederados junta a gente que supunham, de que se afligiram muito. Porém, depressa se livraram deste susto, porque, tanto que se entendeu o fim da revolução e do estrondo, concorreu todo o povo a aclamar com grande afecto o novo Rei [76].

Tinha-se, então, um contexto em que se romperam os laços com a Espanha e com o seu rei, que também era rei de Portugal. O novo soberano, que passou a se denominar D. João IV, convocou, para o começo de 1641, as cortes, a fim de que fosse reconhecido por elas como rei legítimo. Nas Cortes de Lisboa, "juraram os Três Estados a El-Rei por legítimo senhor destes reinos e por Príncipe e sucessor seu ao príncipe D. Teodósio" [77].

Não se discute que a importância da aclamação de D. João IV pela cortes foi o fato decisivo para que o seu governo fosse reconhecido como legítimo em Portugal. O que se busca, no entanto, são as razões que justificaram a carência de legitimidade dos Habsburg em Portugal, pois estes haviam sido jurados pelas cortes oitenta anos antes como legítimos governantes do Reino.

A resposta para a questão reside no fato de que os reis espanhóis não poderiam ter subido ao trono, porque feriria as leis fundamentais do reino de Portugal o governo deste por estrangeiros. Essa proibição, assim como o restante do conteúdo dessas leis fundamentais, estava disposta na ata das primeiras cortes de Portugal, que teriam sido realizadas em Lamego, em 1143.

Nas Cortes de Lamego, os três estamentos haviam se reunido para consagrarem a lei fundamental do reino, a qual dispunha que a "sucessão régia se deveria pautar de acordo com os princípios da primogenitura e da varonia" [78]. Graes indica que as regras para a sucessão seriam as seguintes:

- a) morrendo o príncipe herdeiro em vida de seu pai, a sucessão transmitia-se ao segundo filho e assim sucessivamente;
- b) se o rei falecesse sem descendentes suceder-lhe-iam os seus irmãos, mas morrendo este não se transmitia a coroa por herança aos seus filhos, se as Cortes assim o não determinassem [79].

Além dos já expostos, havia outro critério primordial presente nas atas, o de que somente os naturais do reino poderiam ocupar o trono[80]. Diante do que teriam deliberado as cortes quando da fundação do reino, não se pode negar que os governos dos reis espanhóis teriam sido ilegítimos, por ferirem frontalmente o que determinavam as leis fundamentais do reino.

Acontece que, segundo a maioria da doutrina, essas atas não teriam passado de falsificações, pois essas cortes nunca teriam ocorrido[81]. Alega-se, entre outros fatores, que os documentos não citavam os nomes dos membros presentes[82], a linguagem utilizada não condizia com o que se utilizava à época e há referências a bispos que só teriam sido criados depois do século XII [83].

É provável que tenha ocorrido realmente a falsificação das atas e que a reunião nunca tenha acontecido. No entanto, é fácil compreender o intuito de quem forjou tal documento: proclamar ilegítimos os reis espanhóis, ainda que fosse pelo exercício[84], o que ocasionaria a necessidade de retirá-los do trono e conduzir os reis legítimos ao posto que lhes era de direito.

A relevância desse episódio é imensa; além de servir para justificar a deposição, se é que se pode falar assim, de Felipe IV e ascensão de D. João IV, esse episódio comprova a crença dos portugueses de que a cortes seriam o órgão adequado para conferir legitimidade às questões de Estado, não somente para aclamar e jurar os reis, conforme se vem demonstrando nestas páginas, mas até para determinar quais seriam as leis fundamentais do reino. Ou seja, as cortes teriam capacidade para deliberar sobre quais as matérias que estariam acima dos poderes do Rei e que deveriam ser por ele obedecidas incondicionalmente.

Com isso, reconheceu-se que as cortes teriam largos poderes, podendo deliberar sobre as razões fundamentais do Estado. Paradoxalmente, com a ascensão dos Bragança, as cortes experimentaram o seu declínio; ainda que tenham se reunido com certa frequência nas décadas posteriores à Restauração, tem-se que, depois das cortes de Lisboa em 1698, elas só seriam reunidas novamente em 1820, em um contexto muito diferente e com funções diversas [85].

De certa forma, a afirmação de Hespanha de que "o absolutismo ou centralização do poder político consistiria, antes de tudo, na redução ou aniquilação do poder das cortes" [86] é plausível; em Portugal, o absolutismo consolidou-se com a Restauração e com os Bragança, o que corresponde, cronologicamente, à época em que as cortes deixaram de ser convocadas.

Nesse período, os reis não mais necessitavam do consentimento direto do povo para legitimarem o seu poder; necessário seria o respeito às leis fundamentais do reino, as quais teriam sido estabelecidas pelo povo, reunidos nas cortes. Desta feita, a legitimidade, ainda que não tenha sido diretamente feita ao monarca em exercício, teria sido conferida de modo indireto, com o respeito às leis fundamentais estabelecidas pelos povos do reino

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, é possível apresentar algumas conclusões, as quais serão trazidas de modo bastante sucinto.

As cortes eram audiências dos três braços do reino - nobreza, clero e povo - com o Rei, nas quais eram levantados problemas tanto pelos estados quanto pelo monarca, a fim de que se deliberasse sobre uma solução.

Na maioria dos casos, no entanto, o soberano convocava as cortes para apresentar um problema às cortes para o qual ele já traria uma solução, servindo a convocação somente para que o monarca obtivesse legitimidade para o que ele havia decidido. A convocação caberia sempre ao rei, consistindo em um *poder-dever*.

Apesar de, inicialmente, as cortes só contarem com representantes de dois dos estamentos, desde meados do século XIII nelas tomava assento o povo, através dos procuradores dos conselhos das cidades e vilas do reino, o que implica a possibilidade de se falar que havia uma idéia de representação nessas cortes, mesmo que com uma configuração bem diversa daquela que conhecemos.

Não há como estabelecer uma analogia entre as cortes e os parlamentos liberais, dentre outras razões, pelo fato de estes possuírem uma função eminentemente legislativa que não caberia às cortes; estas tinham a incumbência de conferir legitimidade a determinadas decisões e instituições.

O modo como se formaram os Estados Nacionais, da Baixa Idade Média até a Idade Moderna, evidenciam que, inicialmente, o rei precisava do apoio da nobreza para governar, em virtude do grande poder que os senhores detinham em seus territórios; quando as condições econômicas do continente mudaram, o rei buscou se aliar aos comerciantes, classe que passou a dar sustentáculo à autoridade real.

O poder régio, em conformidade com o que prelecionava a tradição que remonta ao Império Romano, só seria legítimo se obtivesse o apoio popular, o qual seria demonstrado com a manifestação favorável das cortes, a quem cabia aclamar os reis; um reinado só seria legítimo se tivesse passado pelo crivo das cortes.

As cortes seriam o órgão representativo da vontade do povo, e a legitimidade só seria atributo de um governo se o povo assim desejasse e se manifestasse nesse sentido nas cortes.

Com a Restauração, o poder das cortes atingiu o seu ponto máximo, já que, com a farsa das Cortes de Lamego (1143), teria sido tarefa das cortes determinar o que seriam as leis fundamentais do reino de Portugal, tendo elas deliberado sobre as matérias que estariam acima do poder régio.

Depois de receberem tamanha importância, as cortes entraram em decadência, chegando a ficar mais de cento e vinte anos sem serem convocadas, em virtude da desnecessidade de os reis provarem constantemente a legitimidade dos seus atos, pois,

com a consolidação da centralização monárquica e com o absolutismo, os reis teriam poderes amplos, limitados, somente, pelas leis fundamentais do reino.

As leis fundamentais do reino, que seriam os únicos limites de atuação dos reis oriundos da razão humana, teriam sido estabelecidas por cortes, quando da fundação de Portugal, acarretando que, ainda que as cortes não tenham sido convocadas no absolutismo português, elas continuavam a ser as fontes do poder legítimo, pois o rei seria tanto legítimo quanto os seus atos não desobedecessem essas leis.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Means without End: notes on politics**. Trad. Vincenzo Binetti e Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

ALFONSO X. **Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sábio**. Tomo II. Madrid: Imprensa Real, 1807.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Porto: Afrontamento, 1984.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tomo XV. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Profissionais Salesianas, 1954.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRANDÃO, Frei António. **Crônica do Conde D. Henrique, D. Teresa e Infante D. Afonso**. Porto: Livraria Civilização, 1945.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A evolução histórica dos direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Para uma História Constitucional do Direito Português**. Coimbra: Almedina, 1995.

DINIZ, Mário Augusto de Vasconcelos. **O Princípio da Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Moderno e Contemporâneo**. Fortaleza: Unifor, 1999.

ERICEIRA, Conde da. **História de Portugal Restaurado**. v. I. Porto: Livraria Civilização, 1945

FARIA, Ernesto (Org.). **Dicionário Escolar Latino - Português**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

GRAES, Isabel. **Contributo para um estudo histórico-jurídico das Cortes portuguesas entre 1481-1641.** Coimbra: Almedina, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **As Vésperas do Leviathan: instituições e poder político, Portugal - século XVII.** Coimbra: Almedina, 1994.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois Corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval.** Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MARQUES, Mário Reis. **História do Direito Português Medieval e Moderno.** 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MENGER, Christian-Friedrich. **Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit: eine Einführung in die Grundlagen.** 2 ed. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979.

RESENDE, André de. **Antiguidades da Lusitânia.** Trad. R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito. In: SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade.** Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. vii-xxx.

SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na Idade Moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos n° 53.** Florianópolis: Fundação Boiteux, dezembro de 2006, p. 197-232.

VARELA, Lúcia Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna: um estudo de História do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Trad. A.M. Botelho Hespanha. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

[1] Sobre a dominação dos romanos, cf. RESENDE, André de. **Antiguidades da Lusitânia.** Trad. R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 136-170.

[2] Sobre a conquista dessas terras pelos godos, cf. RESENDE, André de, op. cit., p. 170-173.

[3] Cf. BRANDÃO, Frei António. **Crônica do Conde D. Henrique, D. Teresa e Infante D. Afonso.** Porto: Livraria Civilização, 1945, p. 20.

[4] Cf. BRANDÃO, Frei António, op. cit., p. 201.

[5] C f. BRANDÃO, Frei António, op. cit., p. 206-214

[6] Esse é o sentido que Holanda indica para o termo: "1. A residência de um monarca; paço. 2. As pessoas que habitualmente cercam um soberano". HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 566. O autor faz referência à origem da palavra, que, no latim vulgar, seria o termo *corte*, e, no latim clássico, *cohors*, *-tis*. Este teria o sentido genérico de "Cerrado, pátio", mas, na língua comum, significaria "Grupo, multidão, cortejo". FARIA, Ernesto (Org.). **Dicionário Escolar Latino - Português**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962, p. 203.

[7] Cf. GRAES, Isabel. **Contributo para um estudo histórico-jurídico das Cortes portuguesas entre 1481-1641**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16.

[8] ALFONSO X. **Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sábio**. Tomo II. Madrid: Imprensa Real, 1807, p. 62.

[9] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 98.

[10] GRAES, Isabel, op. cit., p. 101-109, apresenta essa relação, no que se refere às cortes realizadas em 1562, 1581 e 1641. Pelo lado da nobreza, participavam aqueles que detinham títulos nobiliárquicos de maior- duques, marqueses, condes e viscondes - ou de menor prestígio - alcaides e alcaides-mores -, ou mesmo fidalgos. Pelo clero, faziam-se presentes os arcebispos e os bispos de Portugal.

[11] Exemplo disso é a definição de *cortes* trazida pelas *Siete Partidas*, na qual se faz expressa menção aos vassallos como componentes destas: "Corte es llamado el logar do es el rey, et sus vasallos et sus oficiales con él, que le han cotianamente de consejar et de servir, et los otros del regno que se llegan hi ó por honra dél, ó por alcanzar derecho, ó por facer recabdar las otras cosas que han de veer con él" (Partida II, IX, ley XXVII). ALFONSO X, op. cit., p. 82.

[12] Hespanha, ao falar da formação do exército português, por volta dos séculos XVI e XVII, diz que não mais caberia exclusivamente à nobreza a função de fazer a guerra: "O dizer-se que o estatuto da nobreza se explica pelo facto de a este grupo caber a função militar é, cada vez mais, uma ficção: nem a guerra, mesmo nos postos de comando, é feita somente por nobres, nem, muito menos, os nobres fazem só a guerra". HESPANHA, António Manuel. **As Vésperas do Leviathan**: instituições e poder político, Portugal - século XVII. Coimbra: Almedina, 1994, p. 309.

[13] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 99.

[14] A Lei das Sesmarias teria surgido "com o objetivo de combater uma aguda crise de abastecimento, queda demográfica e conseqüente escassez de mão-de-obra, acentuada pela Grande Peste que assolara a Europa, em 1348". VARELA, Lúcia Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um estudo de História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21. Com ela, estabeleceu-se, para as terras do reino, o critério da "obrigatoriedade do cultivo, cujo descumprimento acarretava a expropriação

forçada da gleba". VARELA, Lúcia Beck, op. cit., p. 23. Isso, de certo modo, prejudicou a nobreza, que, em muitos casos, possuía grandes porções de terras sem aproveitá-las.

[15] Para ter acesso à relação de cidades e de vilas participantes das cortes de 1481-82, 1482-83, 1490, 1498-99, 1535, 1544, 1562, 1579-80, 1581, 1583, 1619 e 1641, cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 135-155

[16] GRAES, Isabel, op. cit., p. 122.

[17] Importante é a divisão que havia em Roma entre *populus* e *plebs*, cada uma com as suas instituições e magistrados, separadas. Segundo Agamben, essa divisão pode ser comparada a que existia na Idade Média entre artesãos (*popolo minuto*) e mercadores (*popolo grasso*). Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Means without End: notes on politics**. Trad. Vincenzo Binetti e Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000, p. 33. Acontece que, no caso português, só os mercadores tinham participação nas cortes, a qual era vetada aos artesãos.

[18] Cf. HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 317-318.

[19] Aqui, destacavam-se não somente os comerciantes, mas os diplomados, especialmente os médicos e letrados. Estes, principalmente, em decorrência do amplo prestígio que as carreiras jurídicas guardavam, poderiam ser equiparados à nobreza, constituindo o que ficou conhecido como "nobreza de toga" em Portugal e no Brasil. Sobre o tema, cf. HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 312-313.

[20] Cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na Idade Moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos n° 53**. Florianópolis: Fundação Boiteux, dezembro de 2006, p. 197-198.

[21] Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Para uma História Constitucional do Direito Português**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 230.

[22] Paulo Ferreira da Cunha chega a falar em um "mito do Livro II". Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da, op. cit., p. 229-230.

[23] CUNHA, Paulo Ferreira da, op. cit., p. 230.

[24] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 117.

[25] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 116.

[26] HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 474-475.

[27] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 305.

[28] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 298.

[29] Foram sede das cortes as cidades de Coimbra, Porto, Braga, Évora, Viseu, Lisboa, Guimarães, Santarém, Estremoz, Leiria, Torres Novas, Torres Vedras, Guarda, Arronches, Montemor-o-Novo, Almeirim e Tomar, cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 295-296.

[30] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 320.

[31] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 321.

[32] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 328.

[33] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 332.

[34] Sobre todos os casos deste parágrafo, cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 312-314.

[35] "(...) elas [as cortes] acabaram por se reunir com certa freqüência, apesar de isso não decorrer tanto do sentimento de se tratar de um expediente ordinário de governo como de uma conjuntura muito perturbada em termos dinásticos (regências, sucessão da coroa, juramento de infantes)". HESPANHA, Antonio Manuel, op. cit., p. 473.

[36] Marques, em estudo sobre as fontes do Direito em Portugal, concebe basicamente três etapas, dentro do período ao qual nos detemos: entre 1140 e 1248, em que predominou a dispersão normativa, destacando-se a importância dos forais, dos estatutos municipais e do Código Visigótico (*Fuero Juzco*); um segundo, entre 1248 e 1446, em que houve a recepção do Direito Romano na Europa e em Portugal, caracterizando pela força dos glosadores e dos comentadores, tais como Acúrsio e Bártolo; e, finalmente, entre 1446 e 1769, em que a lei passou a ocupar definitivamente o lugar predominante, com a edição das ordenações. Cf. MARQUES, Mário Reis. **História do Direito Português Medieval e Moderno**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 9-84.

[37] Um exemplo de lei escrita que ajudou no aumento da relevância do papel dessa fonte foi a Lei das Sesmarias, editada pelo rei D. Fernando I, em 1375.

[38] "A lei, no direito português, surge freqüentemente de decisão régia tomada diante das reclamações das Cortes - caso da citada lei fernandina [a Lei das Sesmarias, mencionada na nota anterior] - e também por iniciativa própria do rei". VARELA, Lúcia Beck, op. cit., p. 42.

[39] "As monarquias medievais, como vimos, eram uma amálgama instável de suseranos feudais e reis ungidos. Os extraordinários direitos e prerrogativas desta última função eram, evidentemente, um contrapeso necessário da fraqueza e limitações estruturais dos primeiros: a contradição entre estes dois princípios alternativos da realeza constitui a tensão central do Estado feudal na Idade Média. O papel do suserano feudal no topo de uma hierarquia de vassalagem era em última análise a componente dominante deste modelo monárquico". ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Porto: Afrontamento, 1984, p. 46.

[40] "Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a *Magna Carta* constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela

qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais". COMPARATTO, Fábio Konder. **A evolução histórica dos direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

[41] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O Princípio da Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94

[42] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 106-107.

[43] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 204.

[44] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 208.

[45] "A sempiternidade era atribuída também ao Império Romano. A crença na continuidade do império *in finem saeculi* era tão comum na Idade Média e um fato tão estabelecido quanto a crença da Alta Antiguidade na "eternidade" da cidade de Roma. (...) A crença na sempiternidade do Império Romano, certamente, não era uma questão de dogma. Baseava-se, por um lado, na identificação feita por São Jerônimo da visão de Daniel sobre as Quatro Monarquias Mundiais, das quais a última delas, a dos romanos, iria continuar até o fim do mundo". KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois Corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 181.

[46] "(...) com a morte de Lotário, coube à parte oriental do império franco reivindicar Roma e a *translatio imperii*". WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 29.

[47] Sobre a recepção do Direito Romano em Portugal, cf. MARQUES, Mário Reis, op. cit., p. 13-69.

[48] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 220.

[49] O autor dessa teoria foi o papa Gregório VII, cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 223.

[50] "Cabeza del regno llamaron los sabios al rey por la razones que debuso son dichas, et á los homes nobles del regno pusieron como por miembros; ca bien asi como los miembros facen al home fermoso et apuesto, et se ayuda dellos; otrosi los homes honrados facen el regno noble et apuesto, et ayudan al rey á defenderlo et acrescentarlo. Et nobles son llamdos en dos maneras, ó por linage ó por bondat: et como quier que linage es noble cosa, la bondat pasa et vence; mas quien las ha amas á dos, este puede ser dicho en verdat ricohome, pues que es rico por linage, et home complido por bondat. Et porque ellos han á consejar al rey en los grandes fechos, et son puestos para fermosear su corte et su regno, onde son llamados miembros". (Partida II, IX, ley VI), ALFONSO X, op. cit., p. 63.

[51] "Os Estados absolutistas ocidentais baseavam os seus objectivos em precedentes clássicos: o direito romano era a mais poderosa arma intelectual ao dispor do seu

programa típico de integração territorial e centralismo administrativo". ANDERSON, Perry, op. cit., p. 28.

[52] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 111.

[53] "O povo - a burguesia comercial - reclamava, nas Cortes (1372), contra a política retrógrada: queria que a 'justiça não tivesse senhores', que o monarca reservasse, para si, 'a maior justiça'. Temia-se - sempre o mesmo receio - o retorno a normas de cunho feudal, tidas como definitivamente afastadas". FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 51.

[54] MENGER, Christian-Friedrich. **Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit: eine Einführung in die Grundlagen**. 2 ed. Hidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979, p. 10.

[55] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 107.

[56] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Moderno e Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 20

[57] Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 66.

[58] Segundo Santo Tomás de Aquino, "o conceito eterno de lei divina tem a natureza de lei eterna, enquanto ordenada por Deus para o governo das cousas por ele pré-conhecidas". AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. v 15. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Profissionais Salesianas, 1954, p. 24. Enquanto que "a lei natural não é mais do que a participação da lei eterna pela criatura racional". AQUINO, Santo Tomás de, op. cit., p. 28.

[59] SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite, op. cit., p. 201.

[60] BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 70-71.

[61] Cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite, op. cit., p. 199.

[62] Cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite, op. cit., p. 205.

[63] Cf. SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite, op. cit., p. 208-209.

[64] Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito. In: SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. x.

[65] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O Princípio da Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

[66] "O caráter não hereditário da monarquia romana representava um equilíbrio entre as forças políticas, em caso de falecimento do *Rex*". DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 11.

[67] Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 14.

[68] Em 1385, o argumento da aplicação da Lei Sállica saiu vitorioso; porém, na crise dinástica seguinte, não havia como ir a favor desse argumento: "A Lei Sállica dos Francos não se aplicava a Portugal já que vários testamentos régios, bem como as Partidas, admitiam a sucessão de mulheres no trono português". GRAES, Isabel, op. cit., p. 202.

[69] "O povo, atizado por Álvaro Pais, que o fomentou com a falsa notícia de que o séquito da odiada rainha procurava matar o Mestre [de Avis], acode de toda parte aclamando o novo líder. Estava deflagrada a rebelião, o tumulto, o saque". FAORO, Raymundo, op. cit., p. 55.

[70] D. João, o Mestre de Avis, era filho de D. Pedro I com D. Inês de Castro.

[71] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 194.

[72] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 196.

[73] "Enquanto os procuradores dos conselhos propunham a votação por cabeça, o que indiscutivelmente conduziria à vitória de D. António ou da duquesa de Bragança; os membros do alto clero e da nobreza insistiam pela nomeação do herdeiro da coroa, o que era conzinha aos interesses de Felipe II". Idem, ibidem.

[74] "Tanto que el-rei D. Henrique morreu, ficaram os cinco governantes exercitando o seu poder, e começaram a maquinas a Portugal a sua ruína. Foi a primeira acção que fizeram despedirem as Côrtes; logo despacharam embaixadores a El-Rei Católico, pedindo-lhe quisesse depor as armas e esperar a sentença, insinuando-lhe que sairia a seu favor". ERICEIRA, Conde da. **História de Portugal Restaurado**. v. I. Porto: Livraria Civilização, 1945, p. 35. Da mesma forma: "Declararam a el-rei D. Felipe por sucessor da coroa de Portugal, dizendo que lhe tocava por ser varão de boa linha e de maioridade". ERICEIRA, Conde da, op. cit., p. 42.

[75] Cf. ERICEIRA, Conde da, op. cit., p. 104-111.

[76] ERICEIRA, conde da, op. cit., p. 123.

[77] Cf. ERICEIRA, conde da, op. cit., p. 143.

[78] GRAES, Isabel, op. cit., p. 157.

[79] GRAES, Isabel, op. cit., p. 164-165.

[80] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 216.

[81] "Promoveu-se a caracterização, como *lei fundamental do Reino*, de um catálogo de normas sucessórias que teriam supostamente surgido nas 'Cortes de Lamego', no século XII. Resultando provavelmente de uma falsificação perpetrada no Mosteiro de Alcobaça no século XVII, tal catálogo imporia a monarquia hereditária e a independência do reino, vedando aos estrangeiros o acesso ao trono". SEELÄNDER, Airtton Cerqueira Leite, op. cit., p. 202-203.

[82] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 157.

[83] Cf. GRAES, Isabel, op. cit., p. 165.

[84] Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da, op. cit., p. 194.

[85] Cunha fala em uma confusão entre as Cortes com o sentido aqui abordado as Cortes Constituintes, "entre as Cortes tradicionais e as Cortes parlamentaristas", a qual é claramente observável nas primeiras assembleias constituintes portuguesas, especialmente na de 1821. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da, op. cit., p. 232.

[86] HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 31.

A CONCEPÇÃO DE ESTADO, SUAS DIMENSÕES E SEUS DESAFIOS NO PENSAMENTO DE HEGEL

STATE CONCEPT: DIMENSIONS AND CHALLENGES ON HEGEL'S THOUGHT

**Maria Clara Oliveira Santos
Adamo Dias Alves**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo descrever a concepção do Estado, suas dimensões e os desafios que teve que enfrentar sob a ótica de Hegel. Desta forma, serão introduzidos alguns conceitos de sua filosofia com o intuito de evidenciar a singularidade do pensamento do filósofo e como este trata questões como a relação entre pessoa, família, sociedade civil e Estado, forma de governo, inconvenientes da democracia direta, opinião pública. Mais do que o desenvolvimento dialético do Estado no sentido de ser a morada da liberdade, o Estado Hegeliano busca agregar a complexidade que caracteriza a modernidade e enfrentar os desafios de seu tempo, o que não é muito diferente dos objetivos dos Estados contemporâneos. O pensamento hegeliano serve de ponto de reflexão para a história da formação do Estado ocidental e da idéia da democracia em um tempo de grandes transformações.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO, DEMOCRACIA, FILOSOFIA DO ESTADO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

ABSTRACT

This paper intends to describe the State conception, its dimensions and the over-challenged ways, beyond Hegel's view. Therefore, some concepts of Hegel's philosophy will be introduced, looking forward to highlight the singularity of the philosophical thought and how it conceives issues as family, civil society and State relation with the individual person, system or form of government, direct democracy embarrassment, public opinion. More than the State dialect development, on the sense of freedom shelter, the Hegelian State heap the modern complexity and face the challenges of its time, not differing from the others Contemporary State objectives. Hegel thought is the focus for the reflexion concerning the history of West State building and the idea of democracy in a time of great metamorphosis.

KEYWORDS: STATE, DEMOCRACY, STATE PHILOSOPHY, HISTORICAL EVOLUTION.

A evolução do Estado da Antiguidade até a Era Moderna.

A evolução das estruturas de organização política desde os agrupamentos primitivos, passando pela idéia das cidades-estado, a estrutura romana, a estrutura medieval e o Estado moderno se dá no mesmo sentido que ocorre o desdobramento da história, um despertar que é orientado pela liberdade.

Segundo Hegel, há um processo histórico de revelação do Espírito como Estado que pode ser visualizado a partir de três ocorrências: o Estado Grego (Estado Antigo), o Estado moderno e o Estado contemporâneo (Estado pós-revolucionário, a partir de Napoleão). Esses momentos históricos obedecem, na sua formação, à dialética que se trava entre o princípio da ordem objetiva do Estado e o princípio da subjetividade ou da liberdade do sujeito^[1].

No Estado antigo, os elementos de sua realidade, ordem e liberdade subjetiva, pólis e cidadão, estavam de tal modo integrados que a ação do cidadão tinha como finalidade a ordem ética da pólis e esta voltava-se para a realização dos interesses do indivíduo. Não havia distinção entre a vida privada e vida pública e, embora não existisse liberdade subjetiva, existia a liberdade entendida como autonomia, pela qual o cidadão criava suas próprias leis.

A imagem desse Estado de integração entre o cidadão e a polis é descrita por Hegel a partir de Platão, que em sua *República*, apresenta a eticidade substancial na sua beleza e verdade ideais. Contudo, esta estrutura rui porque a sociedade cinde diante de dois ordens antagônicas: uma ordem proveniente da lei do Estado e outra proveniente da família, seus costumes e seus cultos antigos, que entram em conflito, uma buscando invalidar a outra. Além disso, o Estado antigo não conseguiu, dominar o princípio da particularidade independente que no seu tempo irrompera na eticidade grega, a não ser na forma com que lhe opôs seu Estado substancial. Não considerou a subjetividade que, já despontava na sociedade grega, tanto na figura do julgamento de Sócrates como na obra de Sófocles, *Antígona*, em que se observa a tentativa de afirma-se a vontade subjetiva diante da lei do Estado.

A desconsideração de pensadores da época com a subjetividade, constitui a carência da sua filosofia do Estado da época, pois tem como consequência privá-lo da liberdade subjetiva.^[2]

O segundo momento do desenvolvimento da figura do Estado é marcado pela ruptura entre a substância ética concentrada no Estado e a consciência de si estóica no Estado romano, cuja característica foi a interioridade que o cristianismo assumiu e a exterioridade da pessoa no direito romano. No Estado romano, no âmbito do direito privado, os indivíduos são iguais como pessoa, ocorre o reconhecimento do homem como pessoa, enquanto que no âmbito político, ocorre o esvaziamento do indivíduo perante o uno, o indivíduo que se arroga toda a substância ética ou a universalidade, o imperador romano.

No período do Império Romano, o mundo do direito é um mundo contraditório entre uno e multiplicidade, entre igualdade dos particulares no plano do direito privado e sua desigualdade no plano do direito público ou político. Esse é o mundo do direito, decorrente da dissolução da pólis, dissolução da harmonia ética entre os indivíduos da área privada e o poder político. Pelo fato de que no Império assiste-se a alienação do conteúdo da individualidade na pessoa do imperador, será essa mesma perda da essência

da vida política do indivíduo que determina uma nova dialética: a conquista da individualidade plena^[3]

A conquista da individualidade plena ainda tem um momento a superar, a Idade Média. Cidade dos homens e cidade de Deus, Estado e Igreja representam neste momento de cisão do mundo medieval, cuja dissolução e, por isso, unidade se dará pela Ilustração. Nesse movimento de cisão, a consciência tornar-se, pela fé, totalmente fora de si, ou alienada. Essa alienação da substância é uma “dissencialização da consciência de si”, tornando-se estranha a si mesma. Essência sem pressa, presença sem essência; pensamento sem efetividade, efetividade sem pensamento, caracterizam a alienação^[4].

O sistema do feudalismo caracterizado pela sua rede de privilégios, do senhor feudal, dos nobres, da Igreja e dos servis, estruturada como uma sociedade estamental, sustentada a custo do trabalho servil que é espoliado também pela Igreja, sustentou-se, segundo Hegel, porque há na alienação, um duplo movimento. A consciência de si divide-se entre o seu mundo efetivo, o mundo da cultura, e o mundo da fé, por ela criado, mas considerado objetivo e materializado por ela mesma na religião positiva. Ora, do mesmo modo que a consciência infeliz, perdendo a sua essência, buscou-a numa universalidade do além e teve como resultado a descoberta de que o universal é ela mesma na forma da razão, a consciência da fé, no momento do Espírito, encontra a sua substituição na reivindicação absoluta da razão intelectual, que se afirma como o universal.^[5]

Esse passo da alienação, Hegel descreve como formação (*Bildung*), uma vez que só pela mediação da exteriorização, ou da própria consciência de si exteriorizada, é que ela se forma. O resultado dessa formação é de natureza intelectual, à Ilustração, cujo combate contra a fé supersticiosa e despotismo procura elevar a massa da ingênua credulidade ao mundo da razão. A cisão não é mais apenas a existente entre a consciência de si e a substância, ela se instala no interior da própria substância.

Com o fim da Idade Média e o aparecimento da sociedade civil na nova forma de produção econômica, fundada no princípio da liberdade individual, sociedade civil e Estado se separam. Não mais o cidadão se integra no Estado como seu fim, tal como ocorreu no Estado antigo, mas têm no outro indivíduo componente da sociedade meio para alcançar seu fins, o que pode ser muito bem entendido com o discurso de Carlos de Callone diante da assembléia, dirigindo seu discurso aos nobres e demais privilegiados da corte francesa que eram excepcionados de pagar impostos, enquanto, a população arcava com os pesados impostos e gastos da corte.

Segundo Salgado, a nova cisão da substância põe entre o Estado e riqueza; essa última passa a ser a essência e o Estado tão-só o aglomerado de indivíduos a lutar pela essência, a riqueza, cuja unidade frágil e exterior à existência do Estado é o déspota. Ora o meio a esse mundo ético prevalece a utilidade e os interesses. “A moral em geral é reduzida à moral social e esta ao utilitarismo; todos utilizam-se reciprocamente.

A Ilustração consegue, assim, dissolver o mundo da fé no mundo efetivo da riqueza. Com isso dissolve-se o Estado. A verdade da Ilustração é a Revolução, ou a liberdade absoluta. “Do mesmo modo que ruiu o reino da fé, ruiu também o mundo real. E a Revolução produz a liberdade absoluta, com que o Espírito, antes alienado de si,

retornou completamente para dentro de si abandona essa terra da cultura e passa para uma outra, a da consciência moral[6].

Uma breve consideração acerca da diferença substancial entre o Iluminismo alemão – *Aufklärung* - e seus pares francês e inglês é elucidativa da formação – marcada por um período histórico bastante característico - do pensamento germânico do período no qual Hegel concebeu sua teoria do Estado. Aponta-se[7] a necessidade alemã de levar o homem da sua incapacidade à maioria[8], em contraposição à tolerância inglesa e à crítica da sociedade civilizada e predomínio da razão científica voltada para a natureza, características da Ilustração francesa. Explica-nos Salgado[9]:

Aí, a preocupação era a formação, pois que a Alemanha tinha como primeira tarefa a formação de um Estado moderno. Esse conceito de formação, cultura (*Bildung*), dá a tônica da primeira e uma das principais obras de Hegel, a *Fenomenologia do Espírito*. A fenomenologia da cultura (*Geist*, o mundo da cultura), processo de formação da consciência, que é um processo pelo qual ela se desenvolve de estágios mais rudimentares de conhecimento dos objetos até chegar à forma da razão, em que ela sabe que o conhecimento de si é o conhecimento da realidade interiorizada, é exatamente o modelo da Ilustração alemã.

A Ilustração alemã segue os passos da Revolução Francesa na busca do reconhecimento universal da subjetividade livre, consubstanciada no nascimento do cidadão. É a partir daqui, historicamente, que verificamos a dicotomia entre a subjetividade e a objetividade formadora do Estado. Seria na Modernidade – com o desenvolvimento da subjetividade e liberdade individuais – que os Estados “por meio da mais profunda razoabilidade das leis e pelo fortalecimento das condições legais”[10] regulariam e equilibrariam as desigualdades surgidas vez que “na atividade em favor do geral, o cidadão deve satisfazer seu interesse particular; ao mesmo tempo, porém, o cidadão não deve encarar seu interesse particular como objetivo último, mas referenciá-lo ao geral.[11]

Assim, o Estado racional efetiva-se na divergência-convergência – mediação da realização da subjetividade moral - do princípio da objetividade das instituições e do princípio da subjetividade do indivíduo, resultantes do *sujeito* – desenvolvido por Kant a partir de moldes estoíco-cristãos -, e da objetividade da ordem social orgânica oriunda da *polis*. [12]

No momento do Estado pós-revolucionário, a consciência histórica se expressa na certeza de que todos são livres e, na linguagem de Hegel, o absoluto mostra a sua face plena como liberdade revelada.

“Gang Gottes in der Welt” [13].

O Estado é o revelar-se do Espírito como resultado de um processo histórico (*Gang*) pelo qual o Espírito se mostra como absoluto, como razão ou liberdade, que a representação religiosa denomina Deus (*Gott*), e que encontra o seu momento de plena realização na sociedade humana ou no seu mundo (*Welt*). O Estado realiza assim o absoluto, o Espírito na sua totalidade como instituição necessária e não como criação da vontade particular contingente. Como todo orgânico é resultado de um processo de formação, interno a ele mesmo, cujos indivíduos não são partes anexas umas às outras

ou justapostas por vínculo externo, mas momentos do todo, de modo que “cada parte é o todo e o todo cada parte”[14]; é, objetivamente, as instituições que o corporificam e, subjetivamente, as vontades dos indivíduos que dele são membros[15].

Características do Estado Hegeliano

O Estado de Hegel é a substância ética em que estão contidos, no conceito, os elementos dialéticos do universal e do particular ou a liberdade objetiva que se realiza na forma de ordem e a liberdade subjetiva que se efetiva na esfera do indivíduo.

O Estado é a realidade efetiva da liberdade concreta; ora, a liberdade concreta consiste em possuírem a individualidade pessoal e seus particulares e seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento do seu direito para si (no sistema da família e da sociedade civil), na medida em que, de um lado, por si mesmos se integrem no interesse geral e, de outro, o reconheçam consciente e voluntariamente como seu próprio espírito substancial, agindo para esse mesmo interesse como para seu fim último.[16]

Nos *Princípios da Filosofia do Direito*, Hegel expõe o Estado na sua idéia, não se referindo a um Estado particular da realidade histórica, mas o Estado na necessidade do seu conceito, que não é abstrato, mas a própria necessidade lógica realizando-se na história[17].

O Estado hegeliano, frise-se, “enquanto realidade do direito”[18], é o lugar de realização e consumação da liberdade, e, nesse sentido, ser cidadão do Estado é o mais alto dever[19] do indivíduo; além do mais, o Estado é um fim em si mesmo, não se limitando aos interesses dos indivíduos enquanto tais[20], mas sendo – em si - o verdadeiro conteúdo e objetivo. Daí seu conteúdo ontológico, que Hölsle explica:

A racionalidade do Estado consiste justamente na interpenetração de liberdade objetiva e liberdade subjetiva (*ibid.*) – uma determinação que se pode, sem mais, distinguir com base no conceito hegeliano de idéia. Essa fundamentação ontológica do Estado (tal qual se encontra analogamente em Platão) está, segundo Hegel, no meio entre a legitimação do Estado, na perspectiva da teoria do contrato, a partir de princípios abstratos em Rousseau e Fichte, de um lado, e sua fundamentação histórica em Haller, de outro lado.[21]

Hegel reconheceria na teoria do contrato o fundamento de um princípio geral tanto em termos formais como em termos de conteúdo – vontade – criticando a interpretação de que esta vontade individual deixaria ao Estado um papel secundário de “uma coisa comunitária”[22], derivada, não fundamental. Hegel assevera que o princípio do Estado teria de ser uma vontade *objetiva*, e sua validade seria independente do reconhecimento ou da vontade dos indivíduos; “o subjetivo seria apenas um *momento* da idéia, para a qual a vontade existente em si seria igualmente essencial”[23].

A ordem e a liberdade são elementos dialéticos do Estado hegeliano, e, ao se realizarem (*Wirklichkeit*), realiza-se o que é racional e universal, a justiça. Com efeito, um Estado em que a ordem não se revele plenamente racional não é um Estado justo. E tal ordem é racional à medida que é uma ordem de liberdade:

O Estado é sempre a organização da sociedade que realiza a liberdade, ainda que essa realização se dê na forma mais precária, como no Estado oriental, ou somente na forma de existência e não da efetividade como ocorre no Estado liberal do entendimento. Neste, porém, a sociedade civil não é ultrapassagem da *poiesis* individual à forma ética de Estado, em que cada membro da sociedade realiza o interesse ético de todos, a liberdade, como fim primeiro a que servem os interesses particulares econômicos, etc. O Estado é, então, o momento de superação (*Aufhebung*) da sociedade civil, superior. Enquanto sociedade civil permanece imersa no confronto das necessidades econômicas em que prevalece o interesse particular de cada um. Desse modo, não pode ser compreendido como organização destinada a garantir a “propriedade e a liberdade pessoal”. Essa é a liberdade como pessoa no nível simplesmente do direito abstrato, ou a liberdade como livre-arbítrio a todas reconhecida na sociedade civil e, anteriormente, no Estado de direito. Entretanto, no Espírito objetivo, o indivíduo só tem “objetividade, verdade e moralidade”, só é indivíduo livre e real na medida em que participa do Estado, considerado como seu fim e destino, a que todas as demais satisfações individuais se subordinam[24].

Hegel, para elucidar porque o Estado é esse absoluto[25], assevera que quando uma organização política perde a natureza pela qual é o fim supremo a que se subordinam todas as particularidades e interesses individuais ou quando o Estado de fim passa a ser meio, instrumento, para a satisfação de interesses particulares, nas suas relações empíricas não há mais Estado.

O Estado deve ser “*organização dos seres humanos em instituições juridicamente razoáveis*”[26] que suprassumem o bem particular, considerando este apenas como um momento do desenvolvimento do direito. Qualquer organização na qual o interesse particular, ou os privilégios, se consagram ou predominam sobre o interesse comum, e sobre os direitos de igualdade inscritos no racional fundamento da humanidade, não pode ser chamada de Estado, isto porque o Estado é a efetividade da liberdade concreta.

Ora, a liberdade concreta é a liberdade do indivíduo, não isolado, mas inserido no contexto da universalidade da liberdade objetivada na ordem jurídica e encimada pela constituição escrita, na medida em que essa constituição realize, o *ethos* do povo. A liberdade individual consiste, de um lado, nos direitos que o indivíduo pode fazer valer diante da universalidade da sociedade e, de outro, no cumprimento do dever de cada um, correspondente ao direito da totalidade social. Assim, a realização da liberdade em ato processa-se por um duplo reconhecimento. Consiste no reconhecimento dos direitos do indivíduo, afim de que possa desenvolver completamente sua personalidade e realizar os seus interesses particulares, isso é, como cidadão, encontrar a “proteção da sua pessoa e propriedade”, bem como a realização do seu bem estar e da sua “essência substancial”, como a consciência de sentir-se membro do todo social. O universal e o particular concertam-se e o indivíduo aparece como súdito de deveres e cidadão que os cumpre e tem direitos: “na verdade, o interesse particular não deve ser negligenciado, nem reprimido, mas posto em harmonia com o interesse universal de modo a serem ambos conservados. O indivíduo, considerado súdito pelos seus deveres, como cidadão,

ao cumpri-los, encontra a proteção da sua pessoa e da sua propriedade, a consideração de seu bem particular e a satisfação da sua essência da sua essência substancial a consciência e o orgulho de ser membro desse todo[27].

O Estado está na filosofia da história de Hegel como seu próprio fim. Assim, a finalidade de um povo define-se em fazer-se Estado. O povo que não se constitui em Estado não entra, para Hegel, na história[28].

Cada povo, segundo a particularidade do seu *ethos* realiza o Espírito universal na medida em que constitui um Estado. Realiza-o mais ou menos perfeitamente, quando mais realiza a razão de ser do organizar-se em Estado, a liberdade. Daí ser Espírito universal, na medida em que acompanhe o curso da história universal (*Weltgeschichte*), o tribunal do mundo (*Weltgericht*). O Estado é a realização da liberdade concreta. Fora dele é o mundo selvagem, próximo da natureza ou mesmo nela situado. Nele, e só nele, se possibilita e se realiza o completo desenvolvimento da particularidade do sujeito e nele, e só nele, é possível realizar-se o sujeito particular como universal, por força de ser a mesma liberdade o seu conteúdo de racionalidade (de universalidade). Nele a realização dessa liberdade dá-se pelo reconhecimento universal, pelo qual cada um não é tratado segundo as contingências de seu nascimento, das suas convicções subjetivas, etc., mas segundo o princípio da humanidade. “Nem o universal sem o interesse particular” sem os indivíduos na sua vontade autônoma, nem o particular (os indivíduos como pessoas isoladas nos seus fins imediatos) sem o universal que se caracteriza na substância ética (as leis, instituições e poder) podem, isoladamente, constituir um Estado; seria pura abstração.[29]

Hösle afirma que há uma negligência no tratamento do momento subjetivo por parte da teoria hegeliana, mas faz referências às exposições de Hegel a respeito da atitude patriótica como forma de preencher essa lacuna em seu sistema[30], e sobre o papel da família, e até mesmo da própria sociedade civil[31] através de instituições[32], de interferir na educação dos indivíduos se reportando às qualidades que permitam “ser-se um membro da sociedade”[33]. E ao tratar da educação que o Estado deve fornecer, aduz:

Entretanto, poder-se-ia exigir, justamente no sentido da concepção hegeliana de eticidade, que as escolas não devessem se restringir a formar os alunos para serem *bourgeois*, portanto membros hábeis para as funções da sociedade burguesa; escolas do Estado e escolas superiores – e igualmente escolas privadas, que têm de se submeter à fiscalização do Estado – teriam, antes, de buscar veicular como obrigatórios também os valores sobre os quais se baseia o correspondente ser comum. De fato, Hegel defendeu com veemência a tese de que em instituições públicas não poderiam ser ensinadas teorias das quais decorre o desmoronamento de direito e moral.[34]

Não por outro motivo, e exatamente porque o Estado se constrói sobre a moralidade, as constituições de Estados de direito exigiriam *fidelidade à Constituição*, não obstante seja, frequentemente, assegurada uma liberdade de doutrina a essas instituições[35]; não seria necessária uma *neutralização* da ciência, mas apenas assegurar-se que esta seja leal aos valores realizados pelo Estado[36]. Quanto às opiniões destrutivas, contrárias ao Estado, explica Hösle [37]:

(...)de um lado, ele [Hegel] admitiu plenamente que aquelas opiniões *poderiam* com o tempo se aniquilar por si mesmas, de modo que uma intervenção do Estado não seria necessária; de outro lado, porém, ele é justamente da concepção que tais opiniões, sobretudo se elas vão ao fundamental, podem tranqüilamente dissolver o existente. Para este caso – Hegel pensa especialmente no subjetivismo religioso contemporâneo – o Estado teria de “proteger a verdade objetiva e os princípios da vida ética contra esta *expressão* de maus princípios, enquanto ela se torna uma existência geral e corrosiva da realidade, além disto à medida que o formalismo da subjetividade incondicionada quisesse tomar por fundamento o ponto de partida científico e elevar as instituições de ensino do próprio Estado à pretensão de uma Igreja e voltá-las contra ele[...]”.

A unidade concreta do universal e do particular se compõe, organicamente, na constituição do Estado. Nesse sentido, não basta a existência da constituição como documento. A constituição tem de ser, antes de tudo, a lei fundamental, escrita; mas, para além disso, deve ser expressão viva do povo - surgida “organicamente a partir da história de um povo”[38] - e da liberdade que nele vive, realizando a dialética de dois momentos: o racional, realizando de forma acabada (*Wirklichkeit*) a liberdade; e o individual, correspondente ao espírito do povo, que é a consciência da sua unidade e da sua identidade real. Explica-nos Hegel, quando se pergunta quem faz a constituição[39]:

Supõe ela, efetivamente, que não existe nenhuma constituição e que apenas há um agregado atômico de indivíduos. Pode-se considerar indiferente a maneira como um agregado alcança uma constituição, se é por si ou por outrem, pois o conceito nada tem a ver com um agregado. Mas, se tal questão supõe uma constituição anterior, fazer significa apenas modificar, e a suposição de uma constituição já por si mesma implica que a modificação só pode se realizar constitucionalmente. Aliás, e de um modo geral, é essencial considerar a constituição como algo de incriado, embora produzido no tempo. Constitui ela, pelo contrário, o que existe em si e para si, o que deve considerar-se como divino e imutável e acima da esfera do que é criado.

Hegel pensa um modelo de Estado constitucional que atende a todos os estratos sociais e evita a tirania de qualquer classe, seja a maioria ou a minoria, dando especial importância à representação. Não segue Kant e sua concepção de uma república pura (para Hegel uma abstração); também não pensa uma república simplesmente, reduzida ao campo empírico, vez que a república democrática, tal como concebida pelo liberalismo, por Rousseau ou Kant, fracassou na prática revolucionária porque relacionou o indivíduo diretamente com a universalidade do Estado, sem a mediação da particularidade. Ora, o Estado não é uma massa (*Allheit*[40]) de indivíduos; é uma universalidade concreta, orgânica, em que os indivíduos não são, de forma simplista, matematicamente somados, mas exercem uma atividade de órgão[41], cuja finalidade é a vida do todo e das mesmas partes[42].

No Estado racional hegeliano, não deve haver um momento único de democracia identitária – que configure *em si* o momento *democrático* -, e por isso nem mesmo o Legislativo – embora seja o poder que mais se aproxima da representação da sociedade civil – pode “ser manejado ao modo de uma democracia direta”[43]; além do mais as leis devem ser gerais e, dessa forma, servirem ao bem comum, “que seria mais do que a soma de interesses particulares”[44][45]. Assim, resta rechaçada a idéia, de uma

democracia direta, que seria superficial para Hegel[46], por não considerar inúmeras variáveis[47]:

A esse respeito, poderia ser decisivo não tanto o argumento *intelectual* (que não deve de maneira alguma ser subestimado), segundo o qual o povo não seria aliás tão sábio quanto uma elite menor, que poderia se familiarizar com os problemas (§ 301 A, 7.469); muito mais importante é o argumento *moral* segundo o qual, em uma votação direta para uma lei, não há nenhum motivo racional para o eleitor abstrair de seus interesses particulares: também um eleitor não-egoísta tem, afinal, de partir do pressuposto de que os interesses particulares dos outros se fazem valer tanto quanto os seus, de modo que ele mesmo não precisa também tomá-los ainda em consideração. Em contrapartida, no caso de um deputado, é maior a possibilidade de que ele desenvolva algo assim como um sentimento de responsabilidade pelo bem comum.[48]

Como totalidade orgânica, a participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado se dá mediada pelo Poder Legislativo, responsável pelo momento particular de representação da sociedade civil. Esse Poder deveria apresentar um sistema bicameral, no qual a primeira Câmara seria a formada pela classe da eticidade natural, ou seja, os nobres proprietários de bens, chamados a essa tarefa pelo nascimento, e a segunda Câmara seria formada por deputados representantes de determinadas esferas da sociedade civil, nomeados ou escolhidos por suas corporações[49](*Stände*)[50].

Explica-nos Höslé[51] que a escolha pela representação estamental seria decorrente do receio de que, em grandes Estados, pudesse haver uma indiferença pela votação, e que os autorizados a votar não exercessem seu direito ao sufrágio. Dessa forma, caberia ao Estado despertar nos seus eleitores o interesse político, recorrendo-se, se necessário, à introdução de uma obrigação de votar. Saliente-se, no entanto, que o mais importante é a percepção de que “as instituições da sociedade civil estariam acima dos indivíduos atomizados e que, portanto, a representação teria de ser mediada por elas”[52], isto exatamente porque o Estado é uma organização de membros que não podem se mostrar como uma massa inorgânica:

A classe universal ou, mais precisamente, a que se consagra ao serviço do governo, tem no universal o fim da sua atividade essencial. No elemento representativo do poder legislativo, as pessoas privadas atingem significado e eficácia política. Não pode ela, portanto, aparecer como uma simples massa indiferenciada nem como uma multidão dispersa em átomos, mas apenas como aquilo que é, quer dizer, como dividida em duas partes: a que se baseia numa situação substancial e a que se baseia nas carências particulares e no trabalho que as satisfaz (§§ 201° SS.). Só assim se unem verdadeiramente no Estado o particular real e o universal.[53]

Uma crítica cabível à opção pela representação estamental de Hegel é aquela segundo a qual as classes permanecem no nível da sociedade burguesa e dos interesses particulares, e que, então, uma democracia de partidos seria uma opção viável para estabelecer uma verdadeira separação entre a sociedade civil e o Estado, uma vez que subsistiria nesta “pelo menos a *possibilidade* de que eles [os partidos] desenvolvam concepções políticas gerais”[54], vez que os partidos além de serem, frequentemente,

representantes de determinada classe também buscam se tornar partidos populares. Afirma Hösle:

A generalidade do Estado exige, antes, que se escolha na condição de cidadão geral do Estado, e não na de camponês, na de artífice etc.; a qualidade política não deveria ser mediada pela classe (isso significa, na atualidade: a profissão), que, aliás, é sentida cada vez mais como cambiável, o que não deveria valer exatamente em relação à esfera política. Pensável seria, no máximo, que se ocupasse a *segunda* Câmara (então apenas consultiva) segundo critérios de um Estado estamental, para desse modo se dispor de um elo entre Estado e sociedade – assim como é o caso, por exemplo, na Baviera. Entretanto, em Estados federativos, é mais compreensível que se determine a segunda Câmara como representação dos Estados confederados.[55]

Mas, para além disso, o Poder Legislativo pertencente ao povo não pode dar a última palavra. É necessária a figura do monarca para pronunciar o último momento da vontade do Estado, o *Ich will*[56]. Mas esse *querer* do monarca não deve ser interpretado como arbítrio, pois se trata de um momento formal, equivalente ao da homologação ou promulgação de um ato legislativo, único modo de manifestar-se a vontade coletiva.

A vontade soberana perfeita representada no Estado, não se realiza na população enquanto massa informe, mas exige a unidade realizada através do *Ich will*, personificada na figura do monarca. Com isso, porém, “não se deve dizer que o monarca possa agir arbitrariamente; acima de tudo está ele vinculado ao conteúdo concreto das decisões e, quando a constituição está posta, nada mais tem a fazer senão assinar seu nome”[57]. Tenta explicar Hegel que o príncipe concentraria em si toda a idealidade da soberania do Estado, isto porque a soberania existiria apenas como *subjetividade* certa de si mesma, sendo o soberano não a totalidade dos órgãos do Estado[58], mas *um* órgão, onde a personalidade, desenvolvida progressivamente por meio das diversas formas de subjetividade, é – no Direito e no Estado – a *personalidade do Estado, sua certeza de si mesmo*. [59]

Porque a soberania é a idealidade de toda legitimidade particular, então é compreensível o equívoco, que também é muito habitual, no sentido de tomá-la por mero poder e arbítrio vazio e tomar soberania por sinônimo de despotismo. Porém, o despotismo designa enquanto tal a situação de ausência de lei, em que a vontade particular enquanto tal, seja de um monarca, seja de um povo (oclocracia), vale como lei ou, antes, no lugar da lei, enquanto a soberania constitui justamente, na situação legal, constitucional, o momento da idealidade das esferas e negócios particulares, a saber, que tal esfera não seja uma coisa independente, autônoma em seus objetivos e modos de ação e se aprofundando apenas em si, mas que nesses objetivos e modos de ação ela seja determinada e dependente do *objetivo do todo*. [60]

Pelo monarca, Hegel pretende eliminar, na formação da vontade da lei, toda espécie de exterioridade, o que, entretanto, não seria possível com a monarquia, em virtude de a monarquia implicar o critério da hereditariedade, que, em si mesma, é natural (não espiritual), portanto exterior.

A desigualdade está em que, embora os direitos da racionalidade sejam a todos reconhecidos universalmente pela sua inserção na constituição ou embora a participação

na comunidade ética seja igual, como seres livres, a participação no exercício do poder do Estado não pode ser senão uma igualdade na diferença, isto é, deve ser representativa, conforme acima se expôs[61].

Para Hegel, a monarquia hereditária, fundada na naturalidade da soberania do príncipe[62], seria preferível a um reino obtido por eleição, uma vez que esta conduziria a uma luta de facções que poria em perigo o Estado[63].

Reunidos os dois elementos na sua unidade inseparável – a autonomia absoluta e suprema da vontade e a existência também absoluta enquanto determinação entregue à natureza –, é esta idéia de que algo há de inacessível à arbitrariedade que constitui a majestade do monarca. Nesta unidade reside a unidade real do Estado que só a esta imediatez interior e exterior deve a preservação da possibilidade de se degradar ao plano do particular, que é o domínio do arbitrário, dos interesses e das opiniões. Assim escapa à luta que os partidos travam pela coroa, ao enfraquecimento e ao desvio do poder do Estado[64].

Hösle afirma que a opinião pública, apesar de não ser um poder propriamente, é um momento do Estado hegeliano, um “*medium* fluido-turvo que medeia entre sociedade e Estado, à medida que, de um lado não é nenhum órgão do Estado, e, de outro, contribui para a politização da sociedade”[65]. Para Hegel, através da opinião pública pode-se encontrar a expressão da opinião subjetiva, que, embora individualizada, já traz em si o universal[66], sendo essa existência, portanto, “a contradição de si mesma no dado, o conhecimento como aparência. É, ao mesmo tempo, o essencial e o inessencial”[67].

A opinião pública traria em si os princípios substanciais eternos da justiça: o conteúdo verídico e o resultado de toda a constituição, da legislação e da vida coletiva em geral na forma do bom-senso humano, e o dos princípios morais imanentes em todos na forma de preconceitos, embora nela também estejam presentes os falsos conhecimentos e juízos. Explica Hegel[68]:

No que se refere à crença na originalidade de uma opinião ou de uma informação, quanto pior for o conteúdo de uma opinião mais própria será ela do indivíduo, pois o mal é o que há de completamente particular em seu conteúdo. O racional, pelo contrário, é o universal em si e para si. Ora, o particular é aquilo em que a opinião se baseia.

Hösle aponta que Hegel foi um dos primeiros pensadores políticos a reconhecer a importância da opinião pública tanto para a sociedade – como forma de realização do impulso de dizer sua própria opinião – como para o Estado – vez que esta seria expressão dos princípios mais importantes em um certo tempo[69], e assim caberia ao político não seguir a opinião pública, mas sim formá-la[70]. Isto porque a “independência em relação a ela seria a primeira condição para a realização de algo importante na ciência, como na realidade”[71].

Pela pluralidade de “Estados constituídos como soberanias autônomas”[72] surgiria a necessidade de guerras entre estes, a fim de confirmar o “caráter substancial do Estado e o caráter acidental do particular”[73]. Assim, a consumação da eticidade repousaria no

negar e sacrificar a vida e a propriedade pelo bem comum, a manutenção da soberania. Explica-nos Hegel[74]:

É necessário que o finito, da vida e propriedade, seja afirmado como contingentes porque fazem parte do conceito do finito. Por um lado, tem esta necessidade a forma de uma força natural, e tudo o que é finito é moral e transitório. Mas no domínio moral objetivo, no Estado, este poder é arrancado à natureza, e a necessidade passa a ser um produto da liberdade, algo de moral. Aquele caráter transitório passa a ser algo querido e a negatividade que o fundamenta passa a ser a individualidade substancial própria do ser moral. Como estado em que é considerada com seriedade a vaidade dos bens e das coisas temporais e que habitualmente apenas constitui o tema de uma retórica artificial, é, pois, o momento em que a idealidade do ser particular adquire o que lhe é devido e se torna uma realidade. Uma significação superior, que já uma vez formulei (no estudo científico do direito natural), tem pois a guerra: a de que é ela que assegura a “saúde moral dos povos em sua indiferença perante a fixação das especificações finitas, e, tal como os ventos protegem o mar contra a estagnação em que os mergulharia uma indefinida tranqüilidade, assim uma paz eterna faria estagnar os povos”.

E nesse sentido, é o pensamento de Inácio Helfer[75]:

(...)na história universal, a interação violenta dos Estados, “produz o espírito *universal*, o *espírito do mundo*” que, em despeito da aparente contingência exterior desse processo, não deve obscurecer o fato de que é o espírito universal que se constitui e exerce seu poder absoluto. Se, por um lado, o espírito universal se divide em vários Estados particulares que, enquanto unidades políticas, no contexto internacional, podem estabelecer um relacionamento violento entre si, de outro, é a partir desse relacionamento conflituoso que se produz o espírito universal, idêntico a si, isto é, não violento, porque racional e é isto que mais importa.

Para Hösl[76], esses escritos representam o “que há de mais insatisfatório que Hegel escreveu”, isto porque, supostamente, tais reflexões serviriam tão-somente para legitimar qualquer guerra que seja vitoriosa. Aqui, Hösl parece preocupar-se mais em condenar a utilização da teoria hegeliana no período histórico seguinte – tanto a era wilhelmiana como o nazismo – do que propriamente contestar a sua estrutura e formulação. Embora não negue que a guerra favorece a formação de certas virtudes, e que, sob certas ocasiões, seja um mal *justificável*, não concorda com o que chama de “teoria segundo a qual a guerra é francamente *autotélica*”[77]. E explica sua crítica:

Em primeiro lugar, o próprio Hegel apresentou a absoluta condição que se encontra na morte como resultado da luta por reconhecimento (...) – uma contradição na qual não se deve persistir, mas que se deve supracumir. Em segundo lugar, mesmo que fosse necessário pôr em perigo a própria vida em defesa da eticidade, nem de longe há como perceber por que um povo que quer provar para si sua eticidade deveria castigar um outro povo. Mesmo Platão é mais humano do que Hegel quando exige exercícios esportivos com perigo de vida para reforçar a valentia (*Leis* 830dss); pelo menos aqui um povo só é nocivo a si mesmo. E em terceiro lugar, Hegel não vê que a guerra traz consigo não somente males físicos, mas também males morais e espirituais; com razão Kahle joga contra Hegel o dito de um antigo segundo o qual a guerra torna mais as pessoas más do que mata.[78]

Em sentido contrário é o pensamento de Inácio Helfer[79], para o qual também nesta teoria encontra-se o *leitmotiv* da *Ciência da Lógica*: o universal que se organiza a partir do particular. Diz ele:

É a liberdade, como efetiva, que se organiza sob a forma particular, “ou inversamente – como o afirma também Hegel –, o efetivo é um *singular* que, pela *particularidade*, se eleva à *universalidade* e se faz idêntico em si”. A guerra, portanto, não é um fim em si mesmo, mas um meio, dentre outros (as negociações ou a via diplomática em geral), para alcançar e conservar o objetivo maior: a formação de comunidades onde as pessoas sintam-se membros orgânicos e que, portanto, vivam em situação de paz.

Mas a guerra é momento importante na consolidação da universalidade do Estado, e por isso Hegel submete os membros de uma comunidade a esta prova. Não se trata de uma apologia à guerra, mas de um argumento lógico a partir do conceito de Estado. É pela guerra que o povo prova a sua eticidade, ou a recupera, pois nela imola-se a última base da liberdade pela própria liberdade, a vida. Esse risco do elemento material do *Dasein* da liberdade e do indivíduo, o risco da sua negação é a própria afirmação da liberdade como o absoluto, na forma do Estado[80].

Considerações sobre a democracia e o Estado hegeliano.

Rousseau concebeu a democracia como a vontade geral que se efetiva na vida política. Do mesmo modo, Kant advertia que não é a vontade da maioria que caracteriza o Estado republicano, cujo fim é realizar a liberdade, definidora da justiça de uma lei, mas a observância do princípio de racionalidade, pelo qual, se cumprido, a lei é justa, ainda que autocrática e, se inobservado, injusta, ainda que ditame da maioria. O fim do Estado republicano é realizar a liberdade; esta define a justiça da lei. Desse modo, a democracia entendida como “regra de decisão da maioria e regra de respeito à minoria” dá a forma do funcionamento possível do Estado democrático; não porém, o seu conceito, pois essa regra trata de *processo de decisão* e não de *princípio de decisão*. [81]

Como princípio de ação, em que a liberdade é exercício de direitos do sujeito, a democracia é o Estado justo. Justiça (*Gerechtigkeit*) significa para Hegel o próprio direito. Entretanto, não apenas o direito posto, ainda que arbitrário, mas o direito na sua mais profunda racionalidade. Justiça é o que há de racional no direito ou o que realiza a liberdade. Justo é tudo no direito, na medida em que pela ação a liberdade adquire a sua existência[82].

A teoria democrática de Hegel afasta-se, pois, de um sistema plebiscitário (como mostram as tendências contemporâneas), suspeitando do empirismo das decisões da maioria, sem a organização dos seus interesses em classes. Entretanto, caracteriza-se a teoria democrática de Hegel por considerar as estruturas racionais de um Estado de direito, entendido este não só como o Estado em que se faz valer a lei (sem privilégios, inclusive para o próprio Estado) mas também o Estado em que os direitos do indivíduo se garantem; e não apenas no sentido de direitos individuais mas também no de sociais, por ter o Estado hegeliano como elemento básico da sua estrutura o trabalho livre como direito e a ordenação do interesse privado pelo interesse comum[83].

Conclusão

O que a obra de Hegel pode auxiliar na reflexão sobre os Estados contemporâneos?

A resposta passa pelo ganho de complexidade que o Estado hegeliano, em seu desenvolvimento, deve responder a todo obstáculo, a todo novo desafio, para supracumprir o conteúdo da contraposição às atuações do Estado, atualizar seu agir, implementar racionalidade na solução das questões sempre afirmando o sentido da liberdade.

Desta forma, o Estado contemporâneo pensa a contingência, o impasse perante uma nova situação, não como uma crise ou um obstáculo a estabilidade e a própria vida do Estado, mas como movimento próprio de sua existência no mundo, de uma consciência que se afirma na história e que por mais que sofra alguns acidentes históricos, não comporta mesmo assim uma idéia de regressão.

As discussões sobre a opinião pública, implementação da democracia, a efetivação dos objetivos do Estado, a superação de crises jurídico-políticas devem ter em conta a necessidade de pensar e repensar a realidade a partir de um movimento incessante da liberdade, em que a dialética entre tese e antítese, representa antes de qualquer estagnação a própria dinâmica do progresso e de ganho de complexidade do Estado, necessária para superação do seu presente.

Referências bibliográficas:

BOURGEOIS, Bernard. *Hegel: os atos do espírito*. trad. Paulo Neves. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2004.

_____. *O pensamento político de Hegel*. trad. Paulo Neves da Silva. São Leopoldo : Editora Unisinos. (sem data) coleção Idéias.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo : Edições Loyola, 1996.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. trad. Orlando Vitorino. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

HELPER, Inácio. A violência e o Estado em Hegel, *in Estado e política: a filosofia política de Hegel*. Jorge E. Dotti... et al.; editor Denis L. Rosenfield. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2003.

HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade*. trad. Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo : Edições Loyola, 2007.

[1] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. Ed. Loyola. São Paulo, SP.1996,p. 392.

[2] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.392 e ss.

[3] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p. 285.

[4] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.303-304.

[5] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*,.,p. 304.

[6] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.306

[7] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.301

[8] KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*.

[9] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p. 307.

[10] HEGEL *apud* HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 611

[11] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 610

[12] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p. 415

[13] Em tradução livre, “o Estado é o caminhar de Deus sobre a terra”, adendo feito pelos alunos de Hegel ao §258 dos *Princípios da Filosofia do Direito*.

[14] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.402.

[15] Cumpre ressaltar que a integração do indivíduo ao Estado, e, conseqüentemente de seus direitos, é “semelhante ao [momento] familiar mas com a acréscimo de que agora [no Estado] o indivíduo se integra de forma autônoma e tem seus direitos reconhecidos universalmente por todos e reconhece o direito de todos como participantes do Estado, é o reconhecimento universal do ser humano em particular.” (MAGALHÃES, J.C.A; SANTOS; M.C.S. *Estado e Liberdade em Hegel*. Trabalho apresentado no Conpedi Brasília, em novembro de 2008. Anais disponíveis na internet: www.conpedi.org)

[16] HEGEL, PhR, 7, §260 *apud* SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.417

[17] Aqui divergimos da explicação de Hösle, na qual o Estado de Hegel é um Estado particular, formado como **conceito da realidade estatal**, tal como é, e não como deve ser (*O Sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 608), e nos filiamos a Salgado, que aduz a busca de um Estado universal: “Se se eliminasse a contingência histórica da reflexão hegeliana sobre o papel do Estado prussiano, poder-se-ia dizer que o Estado mostra a sua forma racional na concepção democrática do povo francês. A sua expressão conceptual,

entretanto, é feita pelos alemães, em especial Hegel. O próprio Hegel reconhecia que os franceses fizeram na realidade o que os alemães só conceberam no plano teórico. É uma importante declaração, significando que a sua teoria do Estado é a explicitação da realidade política francesa, de dimensão universal e não da realidade política prussiana de caráter particular e temporário, por isso contingente. (...) A consequência dessa posição no pensamento de Hegel é que o Estado é o que deve ser, tal como historicamente se formou. À filosofia compete apenas conceber o Estado ou, a própria expressão de Hegel, captar o seu tempo no pensamento. Como um universo ético que se realiza na história, no seu tempo, condensando toda a história pretérita, o Estado é o real a ser conceptualizado como o Espírito que age por si mesmo, e que somos nós mesmos.” (SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem.* p. 407-408).

[18] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 607

[19] Cf. SALGADO, *ibidem*, p. 417ss; BOURGEOIS, Bernard. *Hegel: os atos do espírito.* trad. Paulo Neves. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2004. p. 123.

[20] HÖSLE ainda afirma em passagem posterior: [pag. 610] “Objetivo... desenvolvimento do direito”

[21] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 608

[22] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 608

[23] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 608

[24] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.400.

[25] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem.* p. 416

[26] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 610

[27] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.418.

[28] Poder-se-ia dizer que, no máximo, esses povos seriam *culturais* seguindo a acepção técnica da palavra; aproximar-se-iam dos selvagens, que não realizam (*wirklich*) a idéia de liberdade por estarem próximos ao mundo natural dos determinismos.

[29] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.412.

[30] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 612

[31] No § 265 dos *Princípios da Filosofia do Direito*, Hegel trata desses sentimentos vinculados às instituições anteriores ao Estado, quais sejam, a família e a sociedade civil: “Tais instituições formam a Constituição, quer dizer, a razão desenvolvida e realizada no particular e são, por conseguinte, a base segura do Estado bem como da confiança e dos sentimentos cívicos dos indivíduos, são os pilares da liberdade pública, pois, por elas, é racional e real a liberdade particular e nelas se encontram reunidas a liberdade e a necessidade. (*ibidem*, p. 229).

[32] Seria, portanto indispensável que o Estado não deixasse totalmente ao acaso a atitude moral (*Gesinnung*), mas se ocupasse de sua formação. Isso, naturalmente, só pode acontecer em *instituições* – as escolas. (HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 613)

[33] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*, *ibidem*, p. 206

[34] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 613

[35] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 613

[36] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 614

[37] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 613-614

[38] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 617

[39] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*, *ibidem*, p. 250

[40] Em tradução livre, “totalidade”.

[41] Com razão Bourgeois afirma que “longe de ser pelo cidadão que o Estado é Estado, é pelo Estado que o cidadão é cidadão; o Estado é o universal que ultrapassa o indivíduo e lhe permite ultrapassar-se como cidadão, sem o que ele permaneceria encerrado em sua particularidade *natural*.” (*O pensamento político de Hegel*, *cit.*, p. 93-94.)

[42] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. *ibidem*, p.422

[43] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 628

[44] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 629

[45] Enfim, “é cidadão na relação de participação do Estado (todos são e devem ser por adesão de sua vontade), de modo que, cumpridos os deveres de cidadão, isto é, atendendo ao interesse público, receba a satisfação dos interesses privados.” (SALGADO. *A Idéia de Justiça em Hegel*, *cit.*, p. 422)

[46] MAGALHÃES, J.C.A; SANTOS; M.C.S. *Estado e Liberdade em Hegel*. *ibidem*.

[47] “Caracteriza-se a teoria democrática de Hegel por considerar as estruturas racionais de um Estado de direito, entendido este não só como o Estado em que se faz valer a lei (sem privilégios, inclusive para o próprio Estado) mas também o Estado em que os direitos do indivíduo se garantem; e não apenas no sentido de direitos individuais mas também no de sociais, por ter o Estado hegeliano como elemento básico de sua estrutura, o trabalho livre como direito e a ordenação do interesse privado pelo interesse comum. Assim sendo, o trabalho é o único legítimo modo de participar da riqueza social; ao Estado cabe evitar a massa informe de indivíduos sem meios de subsistência,

pois constituiriam um *partido*, que divide e contesta o Estado na sua real substância” (SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p. 42)

[48] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 628-629

[49] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 627

[50] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.422.

[51] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 629

[52] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 629

[53] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito. ibidem*, p. 279

[54] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 630

[55] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 630

[56] Em tradução livre, “eu quero”

[57] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, pp. 423-424.

[58] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 620

[59] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 621

[60] HEGEL *apud* HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 619-620

[61] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel. ibidem*, p.424.

[62] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito. ibidem*, p. 264

[63] *Apud* HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 622, e nos *Princípios da Filosofia do Direito, ibidem*, p. 260.

[64] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito. ibidem*, p. 261

[65] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 626

[66] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito. ibidem*, p. 284

[67] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito. ibidem*, p. 288

[68] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito. ibidem*, p. 289

[69] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 626

[70] Sobre este aspecto é interessante que Hösle[70] trata de uma *doxocracia* fundada na idéia de que a política e o direito deveriam de preferência se tornar uma função de

pesquisas de opinião. E explica que “em uma democracia não existe nenhum nexo automático entre legalidade e legitimidade, e também nela, se ela não deve degenerar, existe uma obrigação, para toda pessoa que deve tomar decisões políticas, de refletir sobre o que é melhor para o bem comum e a justiça – independentemente de suas próprias opiniões momentâneas e mesmo das opiniões da maioria.” (HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 627, nota de rodapé 291). Isto porque a opinião pública traz em si o verdadeiro e o sem-substância (HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 626)[70], e pode ser manipulada aos dissabores do momento político, exatamente por não se apresentar como razão, e sim como um “conjunto anárquico e antagônico de tendências que não elimina a desigualdade”(BOBBIO, Norberto *et al. Dicionário de Política*. trad. João Ferreira et al. 5 ed. Brasília : Editora Unb; São Paulo : Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 844)

[71] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 626

[72] HELFER, Inácio. A violência e o Estado em Hegel, in *Estado e política: a filosofia política de Hegel*. Jorge E. Dotti... et al.; editor Denis L. Rosenfield. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2003. p. 129

[73] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 631

[74] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. *ibidem*, p. 298

[75] HELFER, Inácio. A violência e o Estado em Hegel, in *Estado e política... ibidem*, p. 130-131

[76] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 632-633

[77] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 634

[78] HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel...*, *ibidem*, p. 634

[79] HELFER, Inácio. A violência e o Estado em Hegel, in *Estado e política... ibidem*, p. 131

[80] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. *ibidem*, p.403.

[81] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. *ibidem*, p.425 e ss.

[82] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. *ibidem*, p. 425.

[83] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. *ibidem*, pp.425-426.

O CONCEITO DE LIBERDADE E SUA COMPREENSÃO AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO DO PENSAMENTO JURÍDICO OCIDENTAL

THE CONCEPT OF FREEDOM AND ITS COMPREHENSION THROUGH THE DEVELOPMENT OF THE OCCIDENTAL LEGAL THOUGHT

Paula Maria Nasser Cury

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar ao leitor um panorama da compreensão do conceito de liberdade em importantes momentos do desenvolvimento da história do pensamento jurídico ocidental. Tendo como ponto de partida a filosofia grega e como termo a contemporaneidade, o texto expõe cronologicamente a idéia de liberdade na obra de filósofos que exerceram e/ou exercem papel de destaque na Filosofia do Direito, e procura estabelecer uma relação entre as características políticas, sociais e econômicas de cada época e o conteúdo do conceito de liberdade correspondente a ela. Assim, espera-se, ao mesmo tempo em que são clarificados os fundamentos desse direito fundamental e o caminho percorrido pelo homem rumo à sua efetivação, contribuir para a teorização da liberdade no cenário jurídico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE; HISTÓRIA DO DIREITO; JUSNATURALISMO; IDEALISMO ALEMÃO; POSITIVISMO JURÍDICO; PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO.

ABSTRACT

The present article objectifies to present to its readers an overview of the comprehension of the concept of freedom in important moments of the development of occidental legal thought. Starting from the Greek philosophy and ending in the contemporary times, the text chronologically exposes the idea of freedom in the work of philosophers that had and/or have a distinguished role in the Philosophy of Law, and attempts to establish a relationship between the political, social and economical characteristics of each time and the content of the concept of freedom that corresponds to them. This way, it is intended, simultaneously, to clarify the grounds of this fundamental right and the path followed by man towards its actualization, and to contribute to the theorization of freedom in the contemporary juridical scenario.

KEYWORDS: FREEDOM; HISTORY OF LAW; JUSNATURALISM; GERMAN IDEALISM; LEGAL POSITIVISM; LEGAL POST-POSITIVISM.

1. INTRODUÇÃO

Em linguagem coloquial, o termo “livre” geralmente significa “sem”. Alimentos são livres de conservantes quando são produzidos sem adição deles, um passe livre de trem ou ônibus é aquele sem custo para o usuário, uma tarde livre é um período em que não temos obrigações a cumprir. A liberdade das pessoas ou de suas ações se refere a algo mais específico: a ausência de obstáculos ou impedimentos à realização de algo. Nesse sentido, a liberdade para agir pode assumir uma feição positiva: age-se sem obstáculos ou impedimentos devido à presença de certas capacidades, condições ou direitos de agir daquele modo. Sou livre para conduzir veículos nas vias públicas porque fui aprovado em testes que comprovaram minha capacitação para o exercício desse direito. Posso liberdade de expressão não só porque posso me manifestar sem obstáculos, mas porque esse direito é alvo de proteção e garantias positivas. Tenho uma vontade livre quando expresso uma capacidade de escolher, sem constrangimentos, entre fazer uma coisa ou outra. Em qualquer hipótese, a liberdade das pessoas ou de que elas ajam de determinada maneira sempre se refere a possibilidades. Não dizemos que alguém é livre porque essa pessoa faz um uso específico dessas possibilidades, mas pelo simples fato de ela as possuir (WOOD, 2002, 37).

Na Filosofia e, particularmente, na Filosofia do Direito, o conceito de liberdade passou por grandes transformações ao longo do desenvolvimento do pensamento ocidental. Apesar de, contemporaneamente, o tratamento teórico da liberdade não colidir com o significado que o termo assume em seu uso coloquial (ausência de obstáculos, capacidades, possibilidades), houve períodos em que ela foi entendida como algo diverso, ligado, por exemplo, ao efetivo exercício de um direito, ou seja, ao uso específico de uma das possibilidades de agir. A seguir, apresentar-se-á uma visão geral de como a liberdade foi concebida nos diversos momentos que compõem a história do pensamento ocidental.

2. HISTÓRIA E LIBERDADE: A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO NA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DO CONCEITO DE LIBERDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NA TEORIA DO DIREITO

A primeira sociedade que tratou filosoficamente do tema liberdade foi a grega. Os gregos identificaram-na com a participação na política, direito atribuído a poucos. Para poder atuar politicamente na *polis*, era preciso ser cidadão – qualidade restrita a homens que não fossem estrangeiros ou escravos e que, além disso, não precisassem trabalhar para sobreviver (a restrição tinha como pano de fundo a concepção da natureza como uma ordem cósmica, que preordenava a divisão entre os homens). Para os cidadãos, o exercício da liberdade não era meio para o alcance de objetivos, mas um fim em si mesmo, o fim do exercício da política (TRABULSI, 1998).

A Filosofia política grega desenvolveu-se sob duas perspectivas: a dos sofistas e a daqueles que contestaram as idéias sofistas, como Sócrates, Platão e Aristóteles. É interessante, quanto à separação comumente feita entre estes e os sofistas, notar que a época em que o pensamento de ambos emergiu era de crise política e jurídica na Grécia Antiga. Diante da situação, os sofistas filiaram-se à linha revolucionária, que contestou e combateu os valores tradicionais: a concepção de que o homem só realizava suas finalidades na *polis* foi refutada e substituída pela defesa do homem como ser autônomo, sujeito de direitos em relação à cidade. Sócrates, Platão e Aristóteles, ao contrário, empreenderam a tentativa de uma “reação conservadora”, que restituísse às instituições aristocráticas a firmeza perdida (BONAVIDES, 2007, 408-14). É possível que o desprezo destes pelas idéias sofistas tenha, em grande parte, origem nessa divergência de posicionamento acerca da crise no mundo grego. Este registro é importante, pois demonstra que, apesar de ter prevalecido na Grécia a idéia de liberdade como participação coletiva e restrita na cidadania, já havia naquele tempo correntes que apontavam para a necessidade de fortalecimento da liberdade como não-submissão ao Estado ou, pelo menos, como não-opressão à esfera individual.

A prevalência da noção de liberdade como participação dos cidadãos na *polis* não significa que autores como Sócrates, Platão e Aristóteles não tenham elaborado considerações a respeito do significado ético deste conceito – apesar de que, para eles, a ética não se dissociava da idéia de coletividade, e por isso suas conclusões se ligavam a ideais políticos como a escolha de um governante virtuoso para a cidade, e não ao domínio do indivíduo (MENDES, 2006, 534). Sócrates, por exemplo, fala em liberdade como autodomínio diante dos apetites humanos. É livre aquele que controla suas paixões, e escravo, em contraposição, aquele que não consegue fazê-lo. Em Platão, no plano da vida humana, ser livre é poder escolher entre a ação virtuosa e a viciosa. Neste ponto, Platão é acompanhado por Aristóteles, para quem a liberdade é um princípio por meio do qual o homem escolhe a melhor entre diversas opções, ou seja, a capacidade que a razão possui de se autodeterminar e, por isso, constitui uma virtude.

Em Roma, a idéia de liberdade seguiu os moldes gregos e continuou associada à atividade política, sem traços individualistas. Ainda que o governante interferisse diretamente na vida privada dos romanos, não haveria ofensa à liberdade do povo. Situação diversa ocorreria se um cidadão romano fosse privado de participar da vida pública: em tal caso, ele perderia a própria característica de cidadão de Roma. Cícero, nesse sentido, alegava que a liberdade seria própria do povo romano.

Com o fortalecimento do cristianismo, a crença em um Direito natural emanado da natureza perde força e cede lugar ao direito natural de origem teológica. A Filosofia tem como traço comum, ao longo de toda a Idade Média, a concepção de que as leis que governam a natureza e os homens provêm de Deus, e são apreendidas pelo homem por inspiração divina.

O grande teórico da liberdade na alta Idade Média é Santo Agostinho. Para ele, a sede da liberdade não é a razão, como acreditavam os antigos, mas a vontade. Com isso, é resolvida uma questão deixada por Sócrates: como é possível que um homem, conhecendo o bem, faça o mal? A liberdade, emanando da razão, não poderia levar a uma atitude não racional como essa. Santo Agostinho dirá que a resposta reside na diferença entre o que a razão conhece e o que a vontade escolhe: o livre-arbítrio. O livre-arbítrio, no sentido agostiniano, contém em si a possibilidade de se fazer o mal. A liberdade se efetiva quando o homem adquire o poder de não fazê-lo, ou seja, de escolher o bem. Como a aquisição desse poder é possível ou, em outras palavras, como a liberdade é possível? Para Agostinho, pela interferência da graça de Deus, que completa o livre-arbítrio com um direcionamento para o bem. Liberdade, portanto, é um conceito composto de dois elementos: livre-arbítrio e graça divina.

Séculos depois, Santo Tomás de Aquino promove uma reaproximação entre razão e liberdade. Apesar de manter a vinculação feita por Agostinho entre vontade e livre-arbítrio, ele entende a razão como causa da liberdade. Em suas palavras, “a liberdade está radicalmente na vontade, como sujeito; mas tem como causa a razão; pois se a vontade pode se exercer livremente sobre objetos diversos, é porque a razão pode ter várias concepções do bem” (TOMÁS DE AQUINO, 1959, 1146).

Com a chegada do século XIV, tem início o período do Renascimento, marcado pela secularização e por uma concepção da existência humana no sentido antropocêntrico, individualista e racionalista. O direito natural, cuja origem era até então divina, passa a receber seu fundamento da razão humana, e a sociedade, antes compreendida como uma ordenação natural emanada de Deus, torna-se fruto de uma construção histórico-social, cultural e artificial de autoria do homem (TAVARES, 1973, 206). Em consequência dessas mudanças, o conceito de liberdade começa a reincorporar um pouco da noção grega de participação na vida política, ligada agora à forma de o povo se relacionar com o rei, significando antes um não submeter-se a determinadas ordens emitidas pelo governante que o exercício ativo da política. É em tal sentido que Maquiavel afirma: “Há em todos os governos duas fontes de oposição: os interesses do povo e os da classe aristocrática, todas as leis para proteger a liberdade nascem da sua desunião” (MACHIARELLI, 2007, 126). Trata-se de uma luta pelo poder, em nome da qual uma das partes sempre tenta oprimir a outra. Livre, para Maquiavel, é aquele que não aceita essa opressão. Hobbes, em uma linha de argumentação distinta, defenderá que é melhor sofrer limitações nas liberdades individuais pelo Estado que regressar ao estado de natureza. Por isso, para ele “direito [no Estado] é liberdade, nomeadamente a liberdade que a lei civil nos permite” (HOBBS, 1998, 246).

A partir do século XVI, o mundo assiste à queda de regimes absolutistas importantes como o Inglês e o Francês, que trouxe consigo grandes transformações políticas. No âmbito econômico, eclode a Revolução Industrial. A organização social sofre alterações

profundas, com o declínio da nobreza e ascensão da burguesia. Foi em meio a essa agitação que surgiu o movimento iluminista. O iluminismo trouxe consigo uma exaltação das liberdades individuais, ligadas à permissão para se fazer tudo o que não invadisse a esfera dos direitos do outro. Esse tipo de liberdade, denominado por Isaiah Berlin “liberdade negativa” (BERLIN, 1969), pressupunha a mínima intervenção possível do Estado nas decisões e ações do indivíduo, e tornou-se a idéia central do liberalismo, cuja máxima pode ser resumida na expressão *laissez-faire, laissez-passer*. “A liberdade como um ‘meio’ de adquirir e possuir: aí está o projeto da liberdade moderna, burguesa, o que lança o tema da ‘centralidade do econômico’” (TRABULSI, 1998).

Representando a fase inicial do iluminismo, Locke defende que no estado de natureza a liberdade é uma lei natural que possibilita que os homens ajam de acordo com a própria razão. Por emanar de uma lei da natureza, a condição natural de liberdade deve ser um guia para a legislação que garante a convivência no Estado Civil. As leis jurídicas existem para assegurar que os direitos naturais possam ser exercidos no Estado – dentro dos limites que sua instituição impõe. Como consequência, liberdade civil é obedecer ao que as leis do Estado prescrevem e agir comandado unicamente pela razão nos pontos em que elas forem omissas. Como essas leis têm como norte as leis da natureza, o indivíduo não deve submeter-se a governos arbitrários, que impeçam o exercício de seus direitos civis ou que estabeleçam em seu lugar direitos em desconformidade com o conteúdo das leis naturais.

Outro momento importante para o desenvolvimento do conceito de liberdade foi a difusão do pensamento de Montesquieu. Sua teoria tinha como objetivo combater a tirania do governante e salvaguardar a liberdade política por meio da separação de poderes. Os poderes estatais deveriam ser organizados e equilibrados de forma que o governo preservasse a liberdade dos indivíduos a ele subordinados e que, parafraseando o autor, o poder detivesse o poder. Sob leis produzidas e executadas por um governo assim estruturado, o indivíduo não seria dominado pelo Estado, pois seria compelido a fazer apenas aquilo que a sociedade (e ele como parte dela) concordasse que deveria ser feito. As leis, sob esta ótica, ao contrário de restringirem as liberdades dos cidadãos, as assegurariam. É interessante observar que a idéia de que as leis são instrumentos de garantia da liberdade dos cidadãos persiste até os dias atuais, e é o pressuposto fundamental do Estado de Direito.

Em Rousseau, o conceito de liberdade também ganha contornos positivos (participação nas decisões políticas). O autor defende que a única forma de um indivíduo ser livre no Estado é abdicando de sua liberdade individual em favor da vontade coletiva. Disso não se deve inferir que Rousseau não defendia a liberdade do homem face ao Estado. Essas idéias aparentemente antagônicas são conciliadas pelo fato de que a vontade coletiva nada mais é que a união das vontades individuais compatibilizadas. Assim, ela é ao mesmo tempo a vontade de todos e de cada um, o que pressupõe uma ampla participação popular na construção de seu conteúdo. “Submetendo-se cada um a todos,

não se submete a ninguém em particular” (ROUSSEAU, 1973, 49), e a liberdade é garantida no Estado Civil.

Com Immanuel Kant, tem início um dos períodos de maior fertilidade da filosofia, o chamado Idealismo Alemão. A liberdade, na filosofia kantiana, é uma idéia, um *faktum* da razão, e consiste na propriedade que ela possui de ser lei para si mesma. O homem é livre quando age de acordo com uma legislação válida simultaneamente para todos os seres racionais. Kant constrói seu sistema ético sob o pressuposto da liberdade. Nele fundamentam-se tanto a Moral como o Direito. Pertencendo ambos ao domínio da ética, cumprir deveres morais e deveres jurídicos é um imperativo do agir prático. A distinção entre Moral e Direito reside no sentido em que a liberdade é considerada e na forma de cumprimento desses deveres: na Moral, que se relaciona à liberdade no sentido interno – de acordo com o qual não só a ação praticada pode ser exigida universalmente, mas os motivos que levam a sua prática também devem ser válidos de maneira universal –, a ação deve ser praticada não apenas em conformidade ao dever, mas por dever. O motivo da conduta deve ser exclusivamente o respeito à lei moral. No Direito, trata-se de tutelar a coexistência das liberdades sob um ponto de vista externo. Ora, minha liberdade externa de, por exemplo, possuir algo como meu, não é afetada se os indivíduos se abstêm de furtar-me o objeto possuído apenas porque respeitam a lei ou porque, além de respeitarem-na, sabem que poderão ser punidos se assim procederem, ou mesmo unicamente por medo da sanção. O que interessa é a conformidade da ação ao dever prescrito. Não está em jogo a moralidade da ação, mas sua legalidade.

É importante notar que, qualquer que seja o âmbito – Moral ou Direito –, a concepção kantiana de liberdade como autonomia não pode ser identificada com a liberdade de escolha. A primeira se efetiva com a prática da ação prescrita pela lei, seja ela moral (caso em que a ação deve ser praticada exclusivamente por dever) ou jurídica. A segunda – liberdade de escolha – é a possibilidade de o homem, por ser um ser racional, mas ao mesmo tempo, afetado pelas inclinações ligadas ao mundo sensível, agir ou não em conformidade com a lei que lhe dita sua razão. Em outras palavras, pela liberdade de escolha, a liberdade – como autonomia – lhe é facultada como uma opção. Fosse um ser apenas racional, o homem não teria liberdade de escolha, pois não seria afetado por inclinações que o desviassem do dever apontado pela lei. Seria, portanto, plenamente livre (autônomo): não haveria outra opção de conduta para um ser de razão que não fosse uma ação moral.

A repercussão da filosofia kantiana entre os pensadores do século XIX foi enorme. Estudos minuciosos foram levados a cabo, tanto por adeptos das idéias de Kant como por pessoas que buscavam apontar suas falhas. Dentro do movimento chamado Idealismo Alemão, destacou-se como contraponto ao pensamento de Kant o filósofo G. W. F. Hegel. Inspirado nas idéias de Rousseau, Hegel defende que o Estado não tem como finalidade limitar a liberdade individual, mas possibilitar o seu exercício. Para ele, é na dimensão da eticidade, onde se inserem as instituições sociais como o Direito e o Estado Civil, que o indivíduo será livre de forma mais plena, pois suas liberdades

individuais serão confrontadas com as do Outro e conciliadas com uma vontade universal. Estado e Direito realizam a liberdade, que não é dada, mas construída pelo indivíduo – opondo-se ao transcendentalismo kantiano, Hegel assume o posicionamento de que a liberdade não é uma idéia *a priori*, mas uma atuação do indivíduo que se atualiza e se reconhece como parte integrante de uma intersubjetividade e de uma eticidade. A vontade livre é exercida, em sua determinação mais profunda, no momento em que o indivíduo percebe que não está preso às condições de pessoa, de sujeito integrante de uma intersubjetividade moral ou de cidadão: está nelas porque se colocou nelas. Esta é a liberdade que é a substância da vontade, e o que faculta a liberdade a um ser humano é a capacidade de um querer livre.

Hegel também se distancia do pensamento liberal, que associa a liberdade à não-intervenção do Estado na vida dos indivíduos. Ele não é contrário, por exemplo, a que o Estado tenha uma atitude paternalista em relação àqueles indivíduos cuja imprevidência financeira resultou em sua própria ruína. Hegel também entende que os limites normais de interferência do Estado nas liberdades individuais não se aplicam em caso de guerra – nessa situação, o grau de interferência pode ser maior. E, apesar de sustentar que deve haver limites à regulação da vida privada dos indivíduos por parte do Estado, ele se recusa a especificar previamente quais seriam esses limites, sob o argumento de que tal especificação é impossível. Hegel não compartilha o temor liberalista de que o Estado, a menos que nos mantenhamos alertas, acabe invadindo nossa esfera privada. Entende, ao contrário, que uma sociedade que se preocupa demais com os direitos individuais tende a destruir os valores éticos que preservam esses próprios direitos. De acordo com Hegel, a força do Estado moderno advém do fato de que sua unidade depende da medida em que ele preserva a liberdade subjetiva. Ora, se essa liberdade é o fundamento do Estado, comprometê-la seria comprometer sua própria existência (WOOD, 2002, 36-39).

A dialética hegeliana inspirou, em certa medida (predominantemente metodológica), a crítica ao capitalismo elaborada por Marx e Engels no século XIX. Para eles, as liberdades individuais tinham como consequência a desigualdade social, pois a ausência de interferência do Estado nas relações de trabalho conferia aos detentores dos meios de produção amplos poderes para ditar as condições em que a mão-de-obra deveria trabalhar, enquanto a esta cabia apenas vender sua força produtiva. Em lugar da concepção liberal de liberdade, Marx e Engels propuseram a noção de liberdade como eliminação das desigualdades. Apenas em uma comunidade onde não houvesse alienação, propriedade privada, classes, onde as leis emanassem da soberania popular e o próprio Estado já não existisse é que o homem poderia ser verdadeiramente livre.

Ainda no século XIX, surgiu e foi difundido entre os pensadores e teóricos do direito o Positivismo Jurídico, corrente que predominou no meio jurídico até meados do século XX. Tendo como principal característica o desligamento do direito de quaisquer influências metajurídicas, dentre as quais aquelas de fundo moral, o Juspositivismo coloca a norma como objeto de uma ciência descritiva do Direito e como estrutura sobre a qual é construído um ordenamento jurídico formal. Para Kelsen, o fundamento de

validade desse ordenamento repousa em uma norma fundamental que confere validade a todas as normas dela decorrentes. Sem adentrar, nesta sede, em maiores considerações acerca do caráter dessa norma fundamental, deve-se no entanto salientar que por meio dela o Direito sai da esfera da ética, e a liberdade, conseqüentemente, deixa de ser seu fundamento. Ela pode vir a ser o objeto de uma norma jurídica, mas não a base sobre a qual se sustenta o Direito. E aqui, é necessária atenção: o fato de a liberdade poder vir a ser tutelada juridicamente não significa que ela efetivamente o será; assim como é admissível que uma norma tenha por objeto a liberdade é possível que a liberdade não seja assegurada por norma alguma do ordenamento. Esta tese, defendida principalmente por Kelsen, encontrou em Hart um abrandamento considerável. Hart entende, assim como Kelsen, que o Direito está separado da moralidade, mas para ele, essa separação tem origem em um ato moral: a moralidade determina a preservação da autonomia e das liberdades individuais, e para tanto é necessário o Direito. Nas palavras de Hart, nisso se resume a

“grande virtualidade da tese da separação que não se estriba, apenas ou principalmente, na duvidosa possibilidade de construir uma Ciência do Direito meramente descritiva e livre de valorações, mas na possibilidade de manter um ponto de vista moral frente ao Direito positivo livre de determinações fáticas. O que me parece mais transcendente é, precisamente, que nos permite resolver [...] o perigo de que o Direito vigente possa suplantar a moral como critério final de conduta e escapar, assim, à crítica” (HART, 1962, 10).

Paralelamente ao desenvolvimento do Positivismo Jurídico, no final do século XIX e ao longo do século XX, a temática da liberdade é discutida sob um enfoque novo pelos chamados existencialistas. O Existencialismo é uma corrente filosófica que se dedica ao estudo do ser, afastado de elementos metafísicos. Parte da pressuposição de que o ser precede a essência, contrariando o racionalismo de origem cartesiana, de acordo com o qual a fórmula é oposta. Em conseqüência, o homem está em constante processo de formação, e como a experiência no mundo é o único guia para suas ações, já que são recusadas quaisquer verdades objetivas predeterminadas, torna-se integralmente responsável pela determinação de si mesmo, por suas escolhas. A liberdade, fundamento do pensamento existencialista, é essa possibilidade de se construir de acordo com as próprias escolhas. O homem tem consciência de que sua existência não atende a um projeto prévio. Kierkegaard sustenta que tamanho grau de liberdade – a responsabilidade de um ser que cria subjetivamente suas próprias verdades é integralmente imputada a ele – provoca no homem um sentimento de angústia. A liberdade é indissociável dessa angústia, da consciência do risco de, a todo momento, decidir equivocadamente. Heidegger, décadas depois, desloca a angústia humana do âmbito da liberdade e a insere na efemeridade da existência. O que gera a angústia, no pensamento heideggeriano, é a impotência diante da morte. A transitoriedade da vida do homem deve conduzi-lo a existir integralmente no momento presente, aqui e agora, e é no âmbito do *dasein* que ele deve determinar-se ou, em outras palavras, exercitar sua liberdade. Jaspers, também na esteira do existencialismo, afirma que a liberdade está associada à ignorância, ao não conhecimento. Se o homem precisa tomar decisões é porque não sabe antecipadamente quais os melhores rumos a seguir. Com isso, dissocia

liberdade e arbítrio, este último possível apenas para aqueles que escolhem conscientemente entre as diversas opções. A liberdade não tem a ver com os motivos que explicam uma escolha; antes, ela é a escolha que explica os motivos (PERDIGÃO, 2001, 539). Outro ponto a ser notado é que, em Jaspers, a liberdade é sempre uma opção: existe apenas se for escolhida pelo sujeito. E se é escolha, implica responsabilidade. Sartre trabalha a idéia de responsabilidade de forma exaustiva. É dele a conhecida expressão “o homem está condenado à liberdade” (SARTRE, 2001). A liberdade é uma condenação porque, neste ponto seguindo Kierkegaard, Sartre entende que ela é a origem de nossa angústia existencial.

Durante a segunda metade do século XX, teve destaque no meio acadêmico a tese acerca da justiça e da liberdade defendida por John Rawls. Este autor procurou estabelecer um procedimento de minoração das desigualdades sociais por meio da distribuição igualitária dos bens de uma sociedade. Liberdade e racionalidade são atributos que os indivíduos devem possuir na posição original imaginada por ele, em que estão sob o véu de ignorância, para escolherem as normas às quais se vincularão no convívio social. Em Rawls, além de pressuposto para a deliberação sobre tais normas, a liberdade é o primeiro princípio da justiça escolhido pelas partes, com prioridade sobre os demais, e fundamenta, ao lado da igualdade de oportunidades – o segundo princípio –, todas as outras normas que integrarão o ordenamento jurídico da sociedade. Traduzido na fórmula “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos” (RAWLS, 2002, 274), seu princípio da liberdade suaviza o individualismo típico do liberalismo pela inserção da necessidade de que o exercício das liberdades individuais esteja de acordo com a igualdade de condições e promova a justiça social. A esse liberalismo abrandado defendido por Rawls opõem-se os pensadores filiados ao comunitarismo. Esta corrente, mais apegada à tradição hegeliana, descarta a possibilidade de universalização de princípios de justiça que seriam aplicáveis, sem distinção, a todos os sujeitos racionais, como se todos eles partilhassem uma única e semelhante moral. Em lugar disso, o comunitarismo parte da noção de intersubjetividade e defende que apenas a assimilação da cultura e das práticas sociais permite que sejam estabelecidos princípios morais vinculantes para uma determinada sociedade. Não seria possível, de acordo com sua visão, construir uma definição universal de liberdade. Liberdade é, para eles, aquilo que as práticas sociais e a tradição cultural de uma sociedade definem como tal.

Também na segunda metade do século XX emerge o pensamento de Jürgen Habermas. O autor afirma a co-originalidade entre autonomia pública e privada, conjugando duas formas de liberdade até então tratadas separadamente: a liberdade como não interferência ou liberdade negativa, e a liberdade como participação na vida política ou liberdade positiva. O indivíduo livre não é apenas aquele que age na esfera privada sem a interferência do Estado, mas aquele que, além disso, se coloca na esfera pública de discussão democrática. Para Habermas, não pode existir direito para todos sem liberdades subjetivas acionáveis que garantam a preservação da autonomia privada de sujeitos jurídicos individuais. Da mesma forma, não há direito legítimo sem legislação democrática elaborada conjuntamente por cidadãos, que, como livres e iguais,

participam desse processo. Isto não significa, no entanto, que para ser livre um indivíduo precise sempre e ao mesmo tempo exercer sua liberdade nos âmbitos privado e público. Basta que a possibilidade de seu exercício lhe seja assegurada, o que ocorre no âmbito jurídico. O Direito deve garantir aos indivíduos a possibilidade de, querendo, fazerem uso de suas liberdades – individuais e políticas –, tornando-se, discursivamente e por sua própria vontade, destinatários e autores de suas normas.

Finalmente, vale citar a tese sobre a liberdade defendida por Philip Pettit. Para o autor, ser livre é ser adequado para ser considerado responsável por alguma conduta. Essa adequação é constituída no discurso: “as pessoas são livres na medida em que elas têm um *status* discursivo em relação com outras” (PETTIT, 2007, 142). Possuir um *status* discursivo não significa que para sermos considerados livres devemos sempre submeter nossas escolhas ao controle discursivo. Seguindo a linha defendida por Habermas, Pettit entende que para se efetivar, a liberdade não requer o exercício do discurso em cada situação, mas a existência da capacidade discursiva. “Na medida em que um agente tem a capacidade raciocinativa e relacional em questão – e, independentemente, de até onde de fato a exerce – ele é livre” (PETTIT, 2007, 99). Porém, afastando-se de Habermas, que utiliza como parâmetro para a aferição da racionalidade da argumentação uma situação ideal do discurso, na qual os participantes interagem em igualdade de condições e sem sofrerem qualquer tipo de coerção, Pettit admite a presença da coerção no discurso desde que ela seja amigável: uma coerção guiada pelos interesses do próprio coagido. Com isso, Pettit, como observa Travessoni Gomes (2007, xvi), ameniza o caráter idealista da autonomia dialógica habermasiana, propondo uma teoria de exigências menos rigorosas e, por isso, mais próxima da realidade em que se desenvolve a prática discursiva.

3. CONCLUSÃO

O panorama traçado no presente ensaio demonstra que, historicamente, o Direito ocidental caminhou do não-reconhecimento da liberdade como prerrogativa de todo ser humano para sua efetivação enquanto direito fundamental, pressuposto para o exercício da democracia e para a legitimação das normas jurídicas. Essa trajetória foi percorrida pelo Direito não de maneira estanque, mas em meio ao contexto social, econômico e político de cada época do desenvolvimento de nossa civilização. Isso demonstra, por um lado, que o Direito é um fenômeno cujas raízes devem ser buscadas na realidade, na vivência de um momento histórico e nas práticas sociais que nele se efetivam; por outro, que o Direito também exerce um papel importante na construção dessa mesma realidade, na medida em que é um discurso racional e que cria normas para o convívio em sociedade. O modo como compreendemos conceitos-chave para o ordenamento jurídico, como o de liberdade, é fruto dessa interação entre Direito e mundo. Uma análise crítica de seu conteúdo, como a que se procurou desenvolver no presente trabalho, é, nesse sentido, tanto um reconhecimento de nossas conquistas em termos de racionalidade discursiva e de legitimação do Direito, como uma constatação de nossas

insuficiências, ponto de partida para qualquer espécie de aprimoramento teórico que se pretenda realizar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGOSTINHO. **O livre-arbítrio**. 4. ed. São Paulo: Paulus - SP, 2004.

BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

MACHIAVELLI, Niccolò. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de S. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PERDIGÃO, Antônia Cristina. A filosofia existencial de Karl Jaspers. *In*: **Análise Psicológica**. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada, 2001, p. 539 – 557.

PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1973.

ROUSSEAU. Jean Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1973.

SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

TAVARES, José A. Giusti (Org.). **Coletânea de Textos Históricos**. História do Pensamento Humano. São Leopoldo: Unisinos, 1973.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**. 3. ed. Madrid: Ed. Católica, 1959.

TRABULSI, José Antonio Dabdab. **Cidadania, liberdade e participação na Grécia: uma crítica da leitura liberal**. Niterói: Revista Tempo, v. 3, n. 6, p. 139-155, 1998.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. Apresentação. *In*: PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WOOD, Allen W. **Hegel's ethical thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

A essa noção de liberdade negativa como ausência de impedimentos e não interferência, Berlin contrapõe a idéia de liberdade positiva, entendida como a capacidade de se gerir a si mesmo, de se autodeterminar, tanto na esfera individual como na política.

Ao lado da existência de Deus e da imortalidade da alma, a liberdade compõe a tríade de idéias que são pressupostas pela razão. Por serem pressupostas, não são passíveis de comprovação, mas assumidas como verdades. Aqui, não se trata de conhecimento, mas de idéias que podem ser unicamente pensadas.

DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER CONSTITUINTE E SUA APLICABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PODER CONSTITUYENTE Y SU APLICABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

Pedro Luis Piedade Novaes

RESUMO

Não há como estudar o Direito Constitucional sem se fazer menção ao Poder Constituinte. Este é, pois, um passo inicial, um ponto de partida para o estudo da matéria de Direito Constitucional. O Poder Constituinte se trata, em apertada síntese, da manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, ou seja, o poder de elaborar uma Constituição, bem como de reformar a vigente. O Poder Constituinte não deve ser confundido com os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário). Estes são instituídos pela Constituição, obra do poder constituinte, que poderia optar por outros, como já ocorreu na Constituição Brasileira de 1824, que previu a existência de um quarto poder, o Moderador. O poder constituinte está acima dos poderes constituídos, não devendo ser associado com nenhum deles. O presente trabalho visa dar uma noção geral do que seja o Poder Constituinte, sua origem histórica, suas características, espécies, a fim de propiciar uma apresentação ao estudo do Direito Constitucional e verificar sua aplicação na Constituição Federal Brasileira de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: PODER CONSTITUINTE. HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO. CLÁUSULAS PÉTREAS.

RESUMEN

No hay manera de estudiar el derecho constitucional sin hacer mención del poder constituyente. Por lo tanto, esto es un paso inicial, un punto de partida para el estudio de cuestiones de derecho constitucional. El poder constituyente es, en resumen, la manifestación suprema de la voluntad política soberana de un pueblo, social y jurídicamente organizado, o sea, el poder de elaborar una constitución y reformar la vigente. El poder constituyente no debe confundirse con los poderes establecidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Estos son establecidos por la Constitución, siendo el trabajo del poder constituyente, que podría optar por otros, como ha ocurrido en la Constitución brasileña de 1824, que tuvo la existencia de un cuarto poder, el moderador. El poder constituyente se compone arriba de los poderes establecidos, no debiendo asociarse con ningún de ellos. El presente trabajo pretende dar una noción general de lo que es el poder constituyente, sus antecedentes históricos, las características, las especies, para proporcionar una introducción al estudio del derecho constitucional y

para proporcionar una introducción al estudio del derecho constitucional así como la aplicación del poder Constituyente en la Constitución Federal de 1988.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS LLAVE: PODER CONSTITUYENTE. HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN. CLÁUSULAS PETRAS

1. INTRODUÇÃO

Para analisar o Poder Constituinte, há que ser feito um breve histórico do mesmo.

Cumpre, primeiramente, asseverar que “a idéia da existência de um poder que estabelece a Constituição, ou seja, que estabelece a organização fundamental de um Estado, distinto dos estabelecidos pela Constituição, não obstante encontre raízes remotas na Antigüidade, surge tão-só no século XVIII, associada à idéia de Constituição escrita” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 3).

Desta forma, existe um consenso generalizado na doutrina pátria e do direito comparado que foi o Abade Emmanuel Joseph Sieyés quem em primeiro lugar sistematizou a idéia de Poder Constituinte em sua obra “Qu’est-ce que le tiers état?” (O que é o Terceiro Estado), publicada nos últimos meses de 1788 e os primeiros de 1789. Tal livro foi chamado por muitos como “o manifesto da Revolução Francesa”, posto que expõe reivindicações da burguesia, definindo-a como a nação e, conseqüentemente, titular do poder constituinte (1970).

Como observa Maurício Andreiuolo Rodrigues, “o revolucionário francês pretendia a um só tempo, deslegitimar o poder soberano, apertado nas mãos da monarquia, respaldada em duas classes, o clero e a nobreza; e em contrapartida, legitimar o poder à classe burguesa, ou seja, o Terceiro Estado” (2000, p. 56). Na verdade, “a concepção de Sieyés prende ao Estado a idéia de que ao mesmo é indispensável uma Constituição e que esta é obra de um poder anterior a ela própria - o Poder Constituinte. A Constituição deve ser feita pela nação - conjunto de cidadãos que pertencem à ordem comum, à qual se opõem as ordens privilegiadas” (RIBEIRO LOPES, 1993, p. 46/47).

Como pode observar, de acordo com o ensinamento do Abade Sieyés, a noção de Poder Constituinte é contemporânea à de Constituição escrita. Isto porque se imaginava, naquela época, que o texto escrito impediria governos absolutistas e atitudes detrimntosas aos direitos individuais.

Não obstante, Michel Temer entende que “nada impede a cogitação de um Poder Constituinte em Estado de Constituição costumeira, como é o caso da Inglaterra (formada de costumes e textos escritos). O que há nestas, é permanente manifestação constituinte, na medida em que os hábitos vão-se sedimentando para corporificar o costume” (2000, p. 30).

Em linhas gerais, a idéia do Poder Constituinte surge na Revolução Francesa como instrumento que visava a limitação do poder estatal e a preservação dos direitos e garantias individuais. Claro que esta idéia de Poder Constituinte, de Sieyès, desenvolveu-se ao longo dos anos, sendo que algumas das indagações do Abade francês estão superadas. Entretanto, fica a sua obra para posteridade como o marco inicial do estudo do Poder Constituinte.

2. AS ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

Tradicionalmente, o Poder Constituinte classifica-se em originário e derivado. Este posicionamento é também conhecido como a visão dicotômica do Poder Constituinte. Em linhas gerais pode-se dizer que o Poder Constituinte Originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade, ao passo que o Poder Constituinte Derivado pode se destinar à reforma do texto constitucional vigente (reformador) ou à instituição de constituições dos Estados-membros (decorrente).

2.1. DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O Poder Constituinte Originário visa a criar o Estado, ou seja, é aquele que inaugura uma Constituição. Para Michel Temer, a idéia da produção de um novo Estado independe se advém de nova constituição proveniente de movimento revolucionário ou de assembléia popular. Segundo o referido autor “não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se um novo Estado (2000, p. 33)”.

Segundo Jorge Miranda (2000), há que se fazer uma subdivisão no estudo do Poder Constituinte Originário no que se refere à sua ordem cronológica, visualizando a

existência do Poder Constituinte Histórico Fundacional e o Poder Constituinte Revolucionário. Para o autor português, o primeiro é aquele que cria a primeira constituição de um Estado (Ex.: Constituição Brasileira de 1824), sendo que o segundo corresponde às Constituições posteriores de um Estado que já existente (Ex.: Constituição Brasileira de 1891 e posteriores).

O mesmo autor português distingue, ainda, o Poder Constituinte Originário em **material** e o **formal**. O Poder Constituinte Material Originário representa o próprio processo revolucionário, no ponto de vista sociológico, para criação da constituição, ou seja, pode ser tanto o povo na rua reivindicando a elaboração de uma constituição ou o golpe de estado dado por opositores, dissolvendo um poder constituído. Ao explicar o poder constituinte material originário, Jorge Miranda define que “não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política *adota* um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a *acção* do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de “viragem histórica”, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepêveis em que é possível ou imperativo escolher” (2000, p. 77). Complementa que “poder constituinte equívale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo, nessas circunstâncias” (2000, p. 77). Já o poder constituinte originário formal é o modo como será feita a nova Constituição Federal, que pode vir de uma Assembléia Constituinte (democracia) ou pelo Movimento Revolucionário (outorga). É o instrumento formal de criar uma Constituição, nos anseios do Poder Constituinte Originário material.

2.1.1. DA NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Atualmente, individualizar a natureza do poder constituinte originário é tarefa difícil, uma vez que existe divergência de pensamentos entre os positivistas e os jus naturalistas. Para os seguidores do *jus naturalismo*, o poder constituinte originário é um poder de direito natural de auto-organizar a sociedade. Portanto, o poder constituinte está imbuído dessa força jurídica limitadora, estando, assim, condicionado ao direito natural, que o informa. Segundo os positivistas, trata-se de um poder de fato, que se funda nele próprio sem qualquer parâmetro anterior. É um poder que não pertence ao mundo do direito, não tendo, assim, natureza jurídica. Por esse motivo, o poder constituinte é um poder social, na medida em que tem a atribuição de submeter seus atos à sociedade.

Existe, ainda, uma terceira posição, denominada de política, a qual é defendida por Paulo Bonavides (1997, p. 125 e seguintes). Para essa corrente o poder constituinte originário tem natureza extrajurídica, a qual o adequa ao plano essencialmente político, ou seja, cabe ao estudioso refletir e optar pelo modo através do qual pretende ver exteriorizada aquela atividade criadora. Trata-se, portanto, o Poder Constituinte Originário de uma faculdade meramente política.

2.1.2. DA TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A idéia da existência de um poder capaz de elaborar uma nova ordem constitucional para o Estado, faz com que surja uma grande indagação. Quem seria o titular deste poder constituinte e quem teria o condão de exercê-lo?

Segundo a concepção medieval, somente Deus tem uma *potestas constituens*. Tal afirmação advém da Epístola de São Paulo aos romanos (BÍBLIA, Romanos, v. 13, 1) que determina que *non est enim potestas nisi a Deo*, ou seja, não há, não existe poder que não venha de Deus. Na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, esse texto da Epístola aos romanos foi interpretado durante muito tempo da seguinte maneira: “todo governo vem de Deus. Isso significa que foi Deus que escolheu para governar determinado povo em determinado tempo, A, B ou C. Era Deus que escolhia Carlos Magno, era Deus que escolhia Henrique IV, na França, Henrique II e assim por diante” (1999, p. 27).

Analisando o aludido texto bíblico, Santo Tomás de Aquino esclarece que a frase da Epístola aos romanos, para ser bem compreendida, deveria ser completada por: *sed per populum* - ou seja, não existe poder que não venha de Deus, mas pelo povo, através do povo. “Portanto, no pensamento de Santo Tomás de Aquino, é o povo, a comunidade, que estabelece esta ou aquela forma de governo. Toda comunidade, ao ser estabelecida, fixa as bases de seu governo” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 28).

Para o abade Emmanuel Sieyès, “o titular do Poder Constituinte é a nação, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se sujeitar à Carta Magna” (MORAES, 1999, p. 51).

Atualmente, “a opinião esmagadora predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo” (FERREIRA FILHO, p. 30).

2.1.3. DO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Fixando-se a ideia hoje consolidada de que o titular do poder constituinte originário é o povo, fica a indagação de quem teria a legitimidade de exercer tal poder. Em outras palavras, significa afirmar que existe uma diferenciação entre a titularidade e o exercício do Poder Constituinte, chegando-se à conclusão de que nem sempre o titular é o exercente deste poder.

Michel Temer analisa tal questão da seguinte maneira: “o titular seria o povo. Exercente é aquele que, em nome do povo, implanta o Estado, edita a Constituição. Esse exercício pode dar-se por vias diversas: a) pela eleição de representantes populares que integram” uma Assembléia Constituinte “, ou b) pela revolução, quando um grupo exerce aquele poder sem manifestação direta do agrupamento humano” (2000, p. 31).

Pode-se afirmar, portanto, que existem duas formas do exercício do poder constituinte: a autocrática e a democrática. “Nos regimes autocráticos, as Constituições são outorgadas, isto é, ganham vida sem que tenha havido participação dos governados. A constituição nasce de uma declaração unilateral, de cima para baixo. (...) No regime democrático exige, naturalmente, a participação dos cidadãos. O exercício do poder constituinte, nesta hipótese, é mais complexo diante dos percalços na organização da vontade popular, não obstante seja também, talvez por essa razão mesmo, mais legítimo” (RODRIGUES, 2000, p. 73).

Em suma, são duas formas básicas de expressão do poder constituinte originário: a) a *Assembléia Constituinte* (acepção francesa) ou *Convenção* (acepção norte-americana), que nasce da deliberação da representação popular devidamente convocada pelo agente revolucionário para estabelecer o texto organizatório e limitativo de poder; e b) a *outorga*, que é o estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder.

Finalmente, convém citar que a história política e jurídica brasileira já presenciou a forma de exercício de poder constituinte autocrático (outorga) nas Constituições de 1824, 1937 e 1967 e a democrática (Assembléia Constituinte) nas Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

2.1.4. DAS CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O Poder Constituinte Originário caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado e incondicionado*.

É *inicial* porque não se funda em nenhuma ordem jurídica anterior. Ele inaugura uma ordem jurídica inédita, cuja força geratriz encontra fundamento nele mesmo. Sob este aspecto, Anna Cândida da Cunha Ferraz esclarece que o Poder Constituinte Originário “é inicial porque não se funda em qualquer outro poder de direito positivo, ao contrário dele derivam os demais poderes, na medida em que a ele cabe criar a Constituição, onde é a validade de todo o direito positivo” (1979, p. 33).

É *ilimitado* pois não encontra limite na ordem jurídica anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo anterior. Vale mencionar que, doutrinariamente, existe uma divergência entre os autores internacionalistas e os constitucionalistas acerca do alcance desta característica do Poder Constituinte Originário (ser ilimitado).

Para os internacionalistas, a ordem internacional impõe limites ao direito interno (Teoria Monista Internacionalista) de modo que jamais poderia o Poder Constituinte Originário instituir normas constitucionais contrárias às normas supranacionais. Por exemplo, não poderia a nova constituição de um Estado prever o direito de voto apenas aos homens, o desmatamento de florestas, a violação de direitos humanos. Na mesma linha de raciocínio, os autores jusnaturalistas esclarecem que existe limite ao Poder Constituinte Originário, qual seja, aquele previsto no direito natural, o qual não pode ser maculado pela nova ordem constitucional. Na visão dos constitucionalistas, o que vale é a soberania do Estado e do povo (Teoria Monista Nacionalista e a Teoria Dualista) equivalendo dizer que o Poder Constituinte Originário não tem limites materiais para criar uma nova constituição. Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que não existe inconstitucionalidade advinda do Poder Constituinte Originário, pela sua característica de ser ilimitado. Pode-se, portanto, violar até direito adquirido (Recurso Extraordinário nº 94414/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DOU 19.04.85) e “não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário” (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4097/DF, Relator Min. Cezar Peluzo, DOU 07/11/2008) (BRASIL, 2009b).

Finalmente, Jorge Miranda (2000, p. 75/76) entende que o Poder Constituinte Originário Formal é sempre limitado pelo Poder Constituinte Originário Material [1], uma vez que neste está presente a vontade estabelecida pela vontade popular. Assim, por exemplo, não poderia o Constituinte Originário de 1988 estabelecer Colégio Eleitoral para eleição de Presidente da República, já que o povo saiu nas ruas para pedir o voto direto para escolha de tal cargo político (Movimento das Diretas-Já, de 1984) [2].

Outra característica do Poder Constituinte Originário é que ele é *incondicionado*, pois não se submete a nenhum processo pré-determinado para se manifestar. Conforme

expressa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a manifestação do Poder Constituinte “não está sujeita a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização” (1999, p. 14).

2.2. DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Existem duas modalidades de Poder Constituinte Derivado: um, chamado de Reformador, que tem a característica de modificar o texto constitucional vigente; outro, denominado de Decorrente, que estabelece a possibilidade dos Estados-membros de uma federação se auto organizarem através da elaboração de suas próprias constituições.

2.2.1. DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Sob o ponto de vista teórico, uma Constituição perfeita seria aquela que previsse todo o desenvolvimento futuro de uma sociedade, em todos os seus aspectos e segmentos possíveis, sem que houvesse a necessidade de mudanças em seu texto originário. Claro que no campo concreto a realidade é outra, uma vez que “cada Constituição integra tão-somente o *status quo* existente no momento de seu nascimento, sendo incapaz de prever o futuro” (LOPES, 1993, p. 115).

Neste sentido, “o poder constituinte derivado é decorrência do poder constituinte originário. É uma criação deste. Na verdade, existe porque o constituinte originariamente responsável pelo estabelecimento da Constituição reconhece que o seu trabalho, ainda que seja uma obra-prima, sofre susceptibilidades com o passar do tempo, posto se tratar, bem ou mal, de uma norma jurídica, cuja pertinência vinculante junto aos que por ela são regulados guarda relação direta com as numerosíssimas circunstâncias encontradas no meio em que ela tem eficácia, ou seja, sofre com a evolução do direito” (RODRIGUES, 2000, p. 77).

Desta forma, o Poder Constituinte derivado, que deve estar previsto na própria Constituição, é aquele que atua na evolução, ou seja, nas transformações sociais.

Pode-se dizer que existem dois métodos de se modificar o texto constitucional: a) o formal ou da reforma constitucional; e b) o informal ou da mutação constitucional. Formal é aquele que se projeta expressamente na Constituição, onde há um processo

formal de mudança com regras de procedimento e cláusulas limitativas expressas (Ex.: artigo 60, CF/88). Informal é o que se produz através de uma “transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social do equilíbrio de interesses, sem que essa dita transformação reduza-se no teor do documento constitucional. Vale dizer, o texto da Constituição permanece intacto” (LOPES, 1993, p. 128), como por exemplo, a mudança de interpretação jurisprudencial, de costumes, etc.

2.2.2. DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE

Trata-se da possibilidade que os integrantes de uma federação [3] têm de se auto-organizarem, em virtude de sua autonomia político-administrativa, através de suas respectivas constituições, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal (BRASIL, 2009b).

Maurício Andreiuolo Rodrigues, entende que este poder “se preocupa com a organização dos Estados Federados através da elaboração de constituições estaduais próprias. Deixando de lado as reformas da Constituição, o poder constituinte decorrente viabiliza a organização do Estado Federal, na medida em que determina as regras a serem observadas pelos entes federados frente à Constituição que lhes deu sopro de vida” (2000, p. 79).

O artigo 11, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 estabelece que as Assembleias Legislativas deverão elaborar suas respectivas Constituições Estaduais, no prazo máximo de um ano, contados da promulgação da CF/88, obedecidos aos princípios desta. Quanto aos Municípios, o art. 29, *caput*, estabelece a possibilidade destes se auto-organizarem através da elaboração de Leis Orgânicas (BRASIL, 2009b).

Existe muita divergência acerca da posição dos municípios na República Federativa do Brasil, havendo entendimento de que suas Leis Orgânicas não têm força constitucional pelo fato de que o Poder Constituinte Decorrente é visto na perspectiva federativa, sendo que os municípios não fazem parte da Federação, uma vez que não possuem representação no Senado Federal. Não obstante, o próprio artigo 1º, CF expressamente declara que os Municípios estão incluídos na República Federativa do Brasil e, por conseguinte, as suas leis orgânicas fazem parte do Poder Constituinte Decorrente (BRASIL, 2009b).

O fato da Lei Orgânica do Município ter força de Constituição é defendida por José Afonso da Silva, segundo o argumento de que “ela é uma espécie de constituição municipal. Cuidará de discriminar a matéria de competência exclusiva do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como a competência comum que a Constituição lhe reserva juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 23). Indicará, dentre a matéria de sua competência, aquela que lhe cabe legislar com exclusividade e a que lhe seja reservado legislar supletivamente” (1992, p. 547).

Vale esclarecer que, a partir do próximo tópico, o objeto deste estudo será voltado mais ao Poder Constituinte Derivado Reformador. Portanto, as referências que fizemos sobre o Poder Constituinte Decorrente (apesar de também ser derivado) serão meramente incidentais.

2.2.3. DAS CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O Poder Constituinte Derivado apresenta as seguintes características: é poder jurídico, subordinado ou limitado, derivado e condicionado.

É *poder jurídico* porque decorre de outro poder que lhe dá fundamento de validade. Desta forma, o Poder Constituinte Derivado existe somente *se e nos termos* do Poder Constituinte Originário.

É *limitado* ou *subordinado* porque se encontra “limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade” (MORAES, 1999, p. 54). Pressupõe um limite de ação em diversos sentidos: material, temporal, circunstancial, procedimental, não podendo modificar a identidade do Poder Constituinte Originário.

É *derivado*, pois não inaugura nada. A ordem jurídica já foi iniciada pela Constituição, através do Poder Constituinte Originário, que é inicial. O Poder Constituinte derivado nasce da própria Constituição e, portanto, está compreendido na espécie de normas constitucionais, dado que se rege por uma delas.

É *condicionado* uma vez que o processo de alteração da constituição deve obedecer ao processo determinado para sua alteração (processo de emenda). Assim, para que se possa modificar a Constituição, algumas formalidades devem ser cumpridas,

condicionando o procedimento. Em nosso, caso, a regra consiste na dificuldade maior da iniciativa (art. 60, I, II, III, CF/88), no quorum elevado em relação à lei ordinária, em dois turnos de votação, e na impossibilidade de reapresentação de projeto de emenda na mesma sessão legislativa, quando a lei ordinária pode ser reapresentada, desde que por pedido da maioria absoluta de qualquer das casas (BRASIL, 2009b).

2.2.4. DOS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O poder de reforma do texto de uma Constituição encontra limites previstos explícita e implicitamente pelo próprio Poder Constituinte Originário, ao criar a nova ordem jurídica. Como limites explícitos ao poder de reformar a Constituição Federal, podemos destacar os seguintes: *temporal, circunstancial, processual e material*.

2.2.4.1. LIMITAÇÃO TEMPORAL

É aquele em que a reforma do texto constitucional é proibida por um prazo determinado. Essa proibição esteve presente no art. 174 da Constituição brasileira de 1824 [4] que proibia a sua alteração por quatro anos, a contar a partir da promulgação da Carta Maior. (BRASIL, 2009c)

O limite temporal de reforma de uma Constituição visa protegê-la “contra algumas tendências vencidas na fase constituinte que, muitas vezes, forçando a não aplicação de um determinado dispositivo constitucional visa eliminá-lo sob a aparência de sua inadequação social ou política” (LOPES, 1993, p. 143).

Exemplo de limitação temporal na Constituição Federal de 1988 é a regra prevista no artigo 60, § 5º, a qual impõe limite temporal ao Constituinte Reformador, uma vez que dispõe que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, 2009b).

2.2.4.2. LIMITAÇÃO CIRCUNSTANCIAL

São aquelas que buscam impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias especiais e anormais, visando garantir a tranquilidade social e os pilares fundamentais do Estado. Estão presentes no § 1º, art. 60, CF/88, que dispõe que não pode haver emenda constitucional na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sítio (BRASIL, 2009b).

Aliás, o motivo da proibição de reforma constitucional nestes casos é evidente. Como bem explicita Maurício Andreiuolo Rodrigues, “no caso de intervenção, por exemplo, o pacto federativo, princípio originário da Constituição, estaria, no mínimo, fragilizado. A decretação do estado de defesa bem que poderia ser o momento ideal para retaliações políticas. O mesmo ocorrendo com o estado de sítio. A verdade é que não se pode apostar a estabilidade de uma Constituição num momento conturbado como os descritos acima.(2000, p. 89)”.

Desta forma, somente em tempos de tranquilidade social pode haver a reforma constitucional no âmbito da República Federativa do Brasil.

Um exemplo desta limitação circunstancial no Direito Comparado é o da Constituição Francesa: tanto o artigo 94 da Constituição Francesa de 1946, quanto o artigo 89, da Constituição Francesa de 1958, previam a limitação circunstancial de reforma constitucional quando o território nacional estivesse no todo ou em parte ocupado por tropas estrangeiras. “O dispositivo visa evitar a repetição do amargo episódio político ocorrido em julho de 1940 quando a França invadida pelo Exército Alemão, reformou as Leis Constitucionais da III República com parte do país ocupado e sob pressão militar estrangeira” (ROCHA, 2009).

2.2.4.3. LIMITAÇÃO PROCESSUAL

Os limites processuais visam condicionar o reformador constitucional a uma série de regras procedimentais específicas e incomuns para mudança do texto da Constituição vigente.

Esta limitação é característica das Constituições rígidas, nas quais os atos de alteração constitucional é mais rigoroso que o de leis ordinárias, garantindo a estabilidade do seu texto. Traduz também a idéia de democracia, uma vez que serão os representantes do povo que discutirão e decidirão as mudanças constitucionais através de votações no parlamento.

Esta limitação processual está prevista no artigo 60, I, II e III c/c §§ 2º e 5º do texto constitucional de 1988, o qual prevê que “a Constituição poderá ser emendada mediante proposta (I) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (II) do Presidente da República; (III) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros”. O § 2º, art. 60 dispõe que “a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. E, finalmente, o § 5º do mesmo artigo estabelece que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, 2009b).

2.2.4.4. LIMITAÇÃO MATERIAL

Trata-se da proibição de alterar a Constituição em certas matérias, em certos pontos considerados fundamentais. A justificativa para tal proibição é que existe um conjunto de matérias que, por sua importância, ficam resguardadas e protegidas, não podendo ser objeto de emenda constitucional. Tratam-se das denominadas “cláusulas pétreas” previstas expressamente no artigo 60, § 4º, CF/88 e implicitamente no texto Constitucional.

Ressalte-se que “as cláusulas pétreas, ou ainda de garantia, traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profundas mudanças de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma de legalidade” (LOPES, 1993, p. 97).

Para Oscar Vilhena Vieira as “cláusulas pétreas” são vistas como normas superconstitucionais, uma vez que visualiza nelas a função de “servir como proteção não apenas ao cerne constitucional tradicionalmente protegido por cláusulas pétreas, afastada a proteção especial à República, mas ampliar a defesa dos direitos, da separação de Poderes e do voto, como elemento estruturante da democracia em relação ao poder constituinte reformador” (1999, p. 135).

As limitações materiais expressas estão previstas no § 4º e seus incisos I a IV, do artigo 60, CF/88, o qual prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda

tendente a abolir a (I) forma federativa de Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes e (IV) os direitos e garantias individuais (BRASIL, 2009b).

Como o dispositivo constitucional reza que é proibida a reforma constitucional que vise abolir as matérias relacionadas no art. 60, § 4º, CF, podemos extrair a seguinte conclusão: é possível criar-se novas formas jurídicas que não sejam para eliminar, abolir, aniquilar os direitos expressamente citados no § 4º, art. 60, CF. Desta forma, é cabível, em tese, emenda constitucional tendente a *melhorar* a forma federativa de Estado ou a separação dos poderes constituídos ou aumentar os direitos e garantias (BRASIL, 2009b).

Quanto à primeira limitação material, que é aquela que proíbe reforma constitucional tendente em abolir a *forma federativa do Estado*, significa afirmar que não pode qualquer dos Estados-membros sair da República Federativa do Brasil. Isto porque o próprio art. 1º da Constituição Federal de 1988 expressamente esclarece que o Brasil é formado pela **união indissolúvel** de Estados e Municípios (BRASIL, 2009b).

Haveria a possibilidade de ser realizada uma reforma constitucional visando modificar as competências tributárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios? A princípio esta proposta seria impossível, pois estaria afrontando diretamente o artigo 60, § 4º, I CF. Entretanto, dependendo do alcance desta reforma, tal mudança constitucional pode ser aceita, como, por exemplo, se for no sentido de melhorar, aperfeiçoar a Federação, dando mais transparência à tributação, realizando-se uma efetiva Reforma Tributária. Tanto que a Emenda Constitucional nº 3/93 retirou da competência dos Municípios o Imposto sobre Vendas a Varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel sem que houvesse qualquer inconstitucionalidade nesta reforma constitucional (BRASIL, 2009b).

A segunda limitação material expressa no artigo 60, § 4º, CF é a referente ao voto direto, secreto, universal e periódico, a qual visa preservar a liberdade democrática e o sistema democrático. E nem podia ser diferente tal limitação, haja vista que o Brasil passou 21 anos sob ditadura militar e um dos fundamentos da CF/88 é garantir a ordem democrática.

Quanto ao voto direto, este não é absoluto, existindo algumas exceções previstas no próprio texto constitucional. Por exemplo, os representantes do Poder Judiciário não são eleitos diretamente pelo povo e sim por nomeação ou provimento em concursos de provas e títulos. Outra exceção ao voto direto é o caso excepcional de vacância do cargo de Presidente da República e de vice-presidente nos últimos dois anos de mandato, onde

o Congresso Nacional escolherá, em eleição indireta, o presidente do país (art. 81, § 1º, CF/88). Se a vacância ocorrer nos dois primeiros anos, haverá eleição direta para Presidente da República (BRASIL, 2009b).

A terceira limitação material do artigo 60, § 4º, CF é aquela referente à *separação dos poderes* constituídos, a qual está expressamente prevista no artigo 2º do texto constitucional tratando, portanto, de um dos princípios fundamentais da Constituição de 1988. A separação de poderes, em linhas gerais é um sistema de garantia, para criar mecanismos em que os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) fiscalizam uns aos outros (Técnica dos Freios e Contrapesos), visando melhor aparelhar a Federação.

Poderia, neste sentido, ser implantado o sistema parlamentarista de governo no Brasil, através de Emenda Constitucional? Dois posicionamentos totalmente opostos: a) não, pois o parlamentarismo não é possível na nossa realidade constitucional, uma vez que estará enfraquecendo a separação de poderes e violando, conseqüentemente, a cláusula pétrea do artigo 60, § 4º e o artigo 2º, ambos da CF; b) sim, pois o parlamentarismo somente será possível através de plebiscito, onde o povo brasileiro decidirá pela sua implantação ou não. Ora, se o poder emana do povo e se este deseja o parlamentarismo, porque não realizar a sua vontade? Entendemos que a impossibilidade da implantação de sistema parlamentarista de governo é mais condizente com o que diz expressamente o artigo 60, §4º e o artigo 2º, ambos da CF, não havendo exceção a esta regra no texto constitucional.

A quarta limitação material expressa da Constituição Federal de 1988 é a que diz respeito aos direitos e garantias individuais, os quais estão previstos no artigo 5º, CF. Entretanto, o próprio artigo 5º, § 2º, CF estabelece que existem outros direitos e garantias individuais espalhados pelo texto constitucional e em tratados internacionais, significando dizer que o rol do artigo 5º é exemplificativo e não taxativo. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já declarou que o princípio tributário da anterioridade (art. 150, III, “b”, CF) é um direito e garantia individual e, portanto, cláusula pétrea (BRASIL, 2009c).

Por outro lado, tal limitação material, nos moldes descrito no artigo 60, § 4º, IV, CF, não abrange todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, já que, ao dispor o status de cláusula pétrea tão somente aos “direitos e garantias individuais”, o Poder Constituinte de 1988 não acobertou os direitos sociais (art. 6º a 11, CF), os direitos de nacionalidade (art. 12 e 13, CF), os direitos políticos (arts. 14 a 17, CF). Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, esta opção do poder constituinte de 1988, cria uma distinção entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, havendo “direitos fundamentais constitucionais garantidos e o sub-grupo de

direitos “super-fundamentais”, os quais foram resguardados contra reformas constitucionais por constituírem parte das chamadas cláusulas pétreas” (2008, p. 56).

Para resolver essa questão e aparente injustiça do Constituinte de 1988, podemos vislumbrar, ainda, uma última limitação material: a implícita do poder de reforma da constituição, ou seja, visando proteger normas que não estão explicitamente detectadas no texto constitucional, mas que servem de fundamento de validade de uma Constituição e, por isso, não podem ser objeto de reforma. Neste sentido, dentro dessas cláusulas pétreas implícitas podemos encaixar as normas constitucionais que dizem respeito aos direitos fundamentais não abrangidos no artigo 60, §4º, IV CF (direitos sociais, políticos, de nacionalidade), bem como as normas concernentes ao titular do poder constituinte, as relativas ao titular do poder reformador e as referentes ao processo da própria emenda ou revisão constitucional.

Neste contexto, resta ainda uma última questão sobre as limitações materiais: o rol do artigo 60, § 4º da Constituição Federal pode ser modificado pelo Poder Constituinte derivado? Três entendimentos podem ser detectados acerca desta indagação: a) é possível desde que a Emenda Constitucional de reforma seja legitimada democraticamente, isto é, por plebiscito; b) é possível, sem a necessidade de plebiscito, uma vez que haverá uma discussão desta Emenda Constitucional por oito vezes (quatro na primeira emenda que suprimir o texto do artigo 60, § 4º, CF e mais quatro para segunda emenda que introduzir a inovação na Constituição); c) não é possível suprimir qualquer dos dispositivos do artigo 60, § 4º, CF pois advém da vontade do Poder Constituinte Originário, ou seja, em tese, pode ser acrescido o rol deste dispositivo constitucional, aumentando a sua proteção, mas nunca pode haver supressão do que está ali garantido. Este último é o argumento que coadunamos, pois advém da vontade do Poder Constituinte Originário. Assim, somente com o advento de uma nova Constituição Brasileira é que poderia, em tese, restringir o rol do artigo 60, § 4º, CF.

2.2.5. DA TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O Poder Constituinte Derivado é exercido pelo povo, em regra, de forma mediata, através de seus representantes. No caso da Constituição Brasileira de 1988, o Congresso Nacional, através de suas duas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) tem a competência para o exercício do poder reformador, “confirmando a regra geral segunda a qual o poder constituinte derivado é levado a cabo pelo seu único titular – o povo – através de seus representantes eleitos” (RODRIGUES, 2000, p. 81).

2.2.6. DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

Dentro do estudo do Poder Constituinte, cabe analisarmos, ainda, a revisão constitucional, que está prevista em nosso texto constitucional no artigo 3º dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual determina a revisão da CF/88 dentro de cinco anos de sua promulgação.

Para José Afonso da Silva, no contexto do Direito Constitucional, a expressão reforma é gênero na qual estão as seguintes espécies: revisão e emenda; esta significa a reforma parcial de uma Constituição, ao passo que aquela é uma reforma geral do texto constitucional (1992, p. 56).

Assim, a revisão constitucional do artigo 3º, ADCT compreende-se na possibilidade de alteração do texto constitucional por inteiro (geral), em reunião conjunta do Congresso Nacional, com a exigência, pura e simples, de maioria absoluta de seus membros para a aprovação das mudanças.

Muito se discutiu a respeito do alcance da revisão constitucional do art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, se poderia haver a alteração de todo o texto constitucional, inclusive as denominadas cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º. Mais uma vez, houve três correntes doutrinárias a respeito deste assunto: a) corrente restritiva, que sustentava a idéia de que somente poderia ser modificado aquilo que foi objeto do plebiscito (forma e sistema de governo, art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); b) corrente extensiva, que defendia a idéia de que a revisão constitucional é uma extensão do Poder Constituinte Originário e, por esse motivo, a sua reforma seria ilimitada, atingindo as cláusulas pétreas; c) a última corrente fundamentou que a revisão constitucional teria força de Emenda Constitucional e, por esse motivo, não poderia haver alteração as cláusulas pétreas previstas no texto constitucional. Foi exatamente esta última corrente doutrinária que prevaleceu na revisão constitucional.

Ao contrário do que dispõe o artigo 284 da Constituição Portuguesa de 1976 (PORTUGAL, 2009)[5], a Brasileira não prevê revisões periódicas de seu texto, o que se conclui que o que o artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estipulou foi a revisão da CF/88 em apenas um momento, o qual já se realizou em 1994 a 1995 com as seis emendas constitucionais de revisão, não havendo mais a possibilidade de ser reformada a Constituição Federal de 1988 com base neste artigo constitucional.

Não obstante, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho é possível a revisão constitucional de outra forma, sem invocar o art. 3º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Segundo este autor, “não há impedimento jurídico à convocação de uma revisão constitucional, nos termos de Emenda adotada com a observância rigorosa do art. 60 da Constituição em vigor. E esta se fará mais livremente, se, nessa emenda convocatória, for revogado o § 4º do art. 60 da Lei Magna em vigor” (1999, p. 190). Sustenta esse posicionamento através do que enuncia o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem de 1793: “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras” (DHNET, 2009).

3. CONCLUSÃO

O tema abordado neste trabalho, além de ser, do ponto de vista histórico, um marco inicial para o estudo do Direito Constitucional, é muito rico em detalhes e em exemplos, havendo um amplo campo de idéias para ser analisado e discutido.

Por essa razão, o objetivo aqui traçado foi apenas colocar, em linhas gerais, o que seja o Poder Constituinte, sua evolução histórica, suas características e espécies, para uma apresentação do que seja o Direito Constitucional.

Aliás, o tema Poder Constituinte é, a cada dia que passa, mais e mais estudado e debatido no âmbito do direito, haja vista os reflexos do Direito Comunitário Europeu e a internacionalização do direito como um todo (globalização), pondo em choque a máxima de que o Poder Constituinte Originário tem a característica de ser ilimitado.

Em suma, pode-se considerar que o estudo do Poder Constituinte é, de certa forma, o exercício da própria cidadania, uma vez que o titular deste direito, é o próprio povo.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Bíblia on-line. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf/rm/13>>. Acesso em 28/04/2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28/04/2009a.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 28/04/2009b

_____. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 28/04/2009c.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha *Poder Constituinte do estado-membro*, São Paulo: Ed. RT, 1979.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3ª. Ed. Editora Saraiva, 1999.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª. Tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DHNET – Direitos Humanos na Internet. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em 28/04/2009.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador - limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*, 4ª Ed. Coimbra Editoras, Tomo II, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/. Acesso em 28/04/2009.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O Controle de Constitucionalidade e o Exercício do Poder Reformador no Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_59/artigos/Art_Maria.htm. Acesso em 28/04/2009.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder Constituinte Supranacional - Esse personagem*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2000.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le tiers État?* Genève, Droz, 1970.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 16ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 30

[1] Significado do que seja Poder Constituinte Originário Formal e Material. Vide item 2.1.

[2] Não obstante, o artigo 81, § 1º, CF/88 prevê, excepcionalmente, a eleição para presidente da república através de colégio eleitoral.

[3] No caso brasileiro, os Estados-membros e os Municípios, por força do art. 1º, CF/88.

[4] “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.”

[5] Artigo 284.º (Competência e tempo de revisão). 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária; 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções;

**DA DINASTIA DE AVIZ A MIGUEL REALE: ENSAIO SOBRE A FORMAÇÃO
DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA
CONTEMPORANEIDADE**

AN ESSAY ON THE FORMATION OF BRAZILIAN CIVIL LAW

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

RESUMO

Observa-se, atualmente, no Direito Civil, um embate entre aqueles que defendem que o Código Civil de 2002 teria instaurado um sistema ideologicamente diferente do que vigorava antes de sua vigência e aqueles que sustentam que o novo Código simplesmente teria adaptado a legislação civil a um novo contexto econômico e social, mantendo, contudo, inalteradas as suas bases estruturais. O recurso à análise histórica permite verificar que, no Direito Civil brasileiro há uma continuidade entre o Descobrimento e os dias atuais, sem maiores questionamentos acerca de seu alicerce teórico tradicional. Essa análise demonstra, ainda, a pouca relevância que historicamente é atribuída aos direitos civis, o que reforça a necessidade de uma mais profunda compreensão de suas raízes históricas e sociológicas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CIVIL. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. ORDENAÇÕES DO REINO. CÓDIGO CIVIL.

ABSTRACT

One can observe today a ongoing debate inside Civil Law, between those who defend that the Civil Code from 2002 would have instituted a different ideological system than the one that existed before, and those who believe that the new Code just adapted the existing civil legislation to a new economic and social context, keeping unchanged the same structural basis. An analysis of the historical evolution of Brazilian civil law, allowed us to verify that there is indeed a continuity between Brazil's first codes and contemporary law, with no questioning of their traditional theoretical bases. Our analysis still appointed to the low relevance that is accorded to Civil Rights in Brazil, what indicates a need to a deeper understanding of their historical and sociological roots.

KEYWORDS: CIVIL LAW. HISTORICAL ANALYSIS. KINGDOM ORDINATIONS. CIVIL CODE.

1 Introdução

Natura non facit saltus. O conhecido adágio latino bem serve para demonstrar a importância da análise histórica no desenvolvimento dos institutos jurídicos. Não se pode pretender que a interpretação e aplicação das regras jurídicas se faça em desarmonia com o contexto histórico-social que as engendrou. Por tal razão, a evolução do Direito é lenta, repleta de revezes e retrocessos, e exige dos que o operam a exata compreensão dos elementos históricos e sociais que interferem no processo evolutivo.

É neste contexto que se torna imperativo o estudo da evolução histórica do Direito Civil. Com o advento do Código Civil de 2002 houve um frêmito de euforia na doutrina civilista nacional, ansiosa pelas mudanças que o novo diploma introduziria em nosso cenário jurídico privado. Se é certo que os publicistas experimentaram o ápice de seus estudos com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e a subsequente reestruturação legislativa do aparato estatal, é também incontroverso que nenhuma alteração de porte abalou as tradicionais estruturas da serena ordem privada pátria.

Não se nega que a Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor e as leis relativas à união estável provocaram mudanças no Direito Civil. Foram, no entanto, modificações pontuais, cuja importância não se pretende rejeitar, mas que não implicaram a reestruturação ou re-sistematização da ordem privada. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, reformou sensivelmente o Direito Obrigacional e positivou teorias há muito consagradas; seus efeitos, contudo, limitavam-se - e não poderia ser diferente - às relações de consumo. Do mesmo modo, para dar eficácia ao texto constitucional, foram editadas as leis referentes à união estável, reconhecida, ao lado do casamento, como uma das formas de constituição da família. No entanto, a sua disciplina, dissociada do sistema estabelecido no Código Civil de 1916, apresentava lacunas e incongruências inaceitáveis em um ordenamento jurídico razoavelmente desenvolvido.

Por tais razões, a aprovação do Projeto elaborado há mais de cinco lustros pela comissão coordenada por Miguel Reale foi atentamente recepcionada pela doutrina civilista. Tanto os favoráveis ao novo diploma, como aqueles que o combateram, nele centraram os seus estudos.

Inúmeros doutrinadores e variadas instituições negaram ao Código Civil de 2002 as vantagens que se lhe atribuíam, opondo-se frontalmente à sua implementação. Essencialmente, entendiam que tais vantagens não seriam boas o suficiente para justificarem os transtornos decorrentes de sua aprovação. Em contrapartida, não faltaram doutrinadores que festejassem a revogação do *diploma burguês, de cunho liberal e patrimonialista, representativo de uma sociedade agrária e patriarcal*, substituído por um Código mais afeito à nossa realidade e inspirado pelos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade.

Observa-se que a doutrina não se limitou a discutir a conveniência e oportunidade de se aprovar um novo Código Civil. A discussão foi mais além. O que supostamente se debatia era o modelo de sociedade - e a lei que a regeria - que se pretendia para o País. Apresentou-se o debate como se, postados de um lado, se apresentassem os defensores de uma sociedade desigual, que se valiam das leis civis vigentes para impor o seu

poderio econômico, ao passo que, fazendo-lhes frente em busca de uma sociedade mais justa e equânime, se encontrassem aqueles favoráveis ao novo diploma civil.

No embate concernente à implementação do novo diploma civil sagraram-se vitoriosos os que lhe eram favoráveis, mesmo porque a sua aprovação foi uma imposição política, mais do que jurídica. Todavia, na esteira da nova regulamentação jurídica da ordem privada, também aparece como vencedor o discurso de que mais do que uma nova lei, tem-se um *novo Direito Civil*.

Assim, é importante delimitar de forma precisa o que se entende por *novo Direito Civil*. Que esse ramo sofreu profunda reforma com o Código de 2002 não há qualquer dúvida. Não há livro do antigo *Codex* que não tenha passado por significativas alterações: institutos tradicionais foram suprimidos, teorias foram incorporadas e novos institutos foram introduzidos no ordenamento privado e houve, mesmo, uma re-sistematização dos seus tradicionais setores. Neste contexto, é válido o recurso à expressão *novo Direito Civil* e, inquestionavelmente, o Código Civil de 2002 trará ao privatista tanto deleite e labor quanto a Constituição Federal de 1988 trouxe ao publicista.

Há, porém, a possibilidade de, como pretendem alguns, a expressão *novo Direito Civil* emprestar uma outra concepção ideológica a esse ramo da Ciência Jurídica. Para além das mudanças no texto da lei, o que se teria seria um novo modelo legal das relações privadas, patrimoniais ou não, que somente seriam admitidas e protegidas pelo Direito quando praticadas com o intuito de beneficiar a sociedade, mais do que o próprio indivíduo. Solidariedade, função social e afeto, dentre outros, seriam os termos que definiriam o padrão de conduta desejável e, por conseguinte, condicionariam a interpretação e aplicação das regras jurídicas.

O presente artigo pretende apresentar como se processou a formação do Direito Civil brasileiro, apresentando os elementos históricos e sociológicos que influenciaram o seu processo evolutivo, possibilitando ao intérprete posicionar-se acerca do debate que se inicia acerca do papel que o Direito Civil deve exercer na contemporaneidade.

2 O SURGIMENTO SEQUÊNCIAL DOS DIREITOS

No início da década de 1950, o sociólogo T. H. Marshall apresentou a concepção de que o processo histórico de formação da cidadania teria se iniciado com a conquista dos direitos civis, seguido pela consolidação dos direitos políticos e, por fim, teria sido complementado com a incorporação dos direitos sociais à ordem jurídica vigente[1].

Com base na experiência inglesa, o autor situa no século XVIII a conquista dos direitos civis: a igualdade se firmou na ordem jurídica, eliminando a estratificação e os privilégios medievais, o direito à propriedade pôde ser oposto ao soberano e a liberdade assegurava ampla margem de atuação, nas mais variadas esferas. Neste contexto, o império da lei a todos atinge e a todos obriga[2].

Ao conceituar os direitos civis, José Murilo de Carvalho os entende como

[...] os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do capitalismo. Sua pedra de toque é a liberdade individual.[3]

Por serem os direitos civis oponíveis ao Estado, fez-se necessário que a própria sociedade pudesse exercer controle sobre o ente estatal com o propósito de evitar a supressão daqueles direitos de primeira geração. Assim, ao longo do século XIX, é iniciada a fase de consolidação dos direitos políticos, que

[...] se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar e ser votado. Em geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando. Se pode haver direitos civis sem direitos políticos, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, sobretudo a liberdade de opinião e organização, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente, mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos. Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a idéia de autogoverno.[4]

Finalmente, o século XX contempla o avanço dos direitos sociais, concebidos como instrumento de distribuição de riqueza e de diminuição das diferenças sociais. Surgem quando as camadas populares, por meio do voto, elegem representantes comprometidos com os seus interesses e que procuram, por meio de novos direitos, garantir

[...] a participação na riqueza coletiva. [Os direitos sociais] incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria. A garantia de sua vigência depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo. Em tese eles podem existir sem os direitos civis e certamente sem os direitos políticos. Mas, na ausência de direitos civis e políticos, seu conteúdo e alcance tendem a ser arbitrários. Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a da justiça social.[5]

É ainda José Murilo de Carvalho que observa ser essa evolução própria da Inglaterra, e que esse padrão serve, sobretudo, para a comparação entre países e sistemas jurídicos. No que diz respeito a esse sequenciamento de direitos no Brasil, identifica "duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros"[6]:

A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muito direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.[7]

Como se verificará, a formação histórica do Direito Civil brasileiro demonstra que a imposição de direitos sociais a uma sociedade politicamente desorganizada e desconhecadora de seus direitos civis é diretamente responsável pelo desenvolvimento da idéia, atualmente em voga, de que o *novo Direito Civil* a ser implementado no Brasil teria que ter conteúdo mais social que individual, mais centrado na redução das desigualdades do que na garantia da liberdade e da propriedade; afinal, a tradição autoritária da política brasileira pouca relevância confere aos direitos civis e à sua importância na formação dos direitos políticos e sociais. Ao contrário, não raro aqueles direitos são vistos como incompatíveis com os direitos sociais. O *bom cidadão* seria aquele que abdica de seus direitos civis em prol da sociedade. A propriedade somente mereceria proteção jurídica quando posta a serviço do bem comum e de sua função social, assim como a empresa e os contratos. Enfim, a cidadania não consistiria na soma de direitos civis, políticos e sociais; significaria, sobretudo, a sujeição dos direitos civis aos sociais.

3 O DESCOBRIMENTO E A INFLUÊNCIA PORTUGUESA NA FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, ao discorrer sobre a história do Direito português, é preciso ao definir como marco inicial de sua obra a fundação da nação portuguesa. Não obstante reconheça a contribuição de culturas e povos anteriores a tal momento histórico, considera que antes da fundação de Portugal "não haveria, por definição, uma experiência jurídica *portuguesa*"[8].

Partindo desse raciocínio, parece acertado estabelecer o Descobrimento como marco inicial da experiência jurídica brasileira. E, à semelhança do que aconteceu em Portugal,

o Direito brasileiro está intimamente ligado à experiência jurídica dos povos que originaram a nação brasileira e que, em maior ou menor grau, o influenciaram.

Em suas naus, os portugueses trouxeram

[...] um Direito, que seria transplantado para o Brasil, após a sua lenta e longa formação ao longo da Idade Média. Vinham os costumes, os textos de lei e magistrados de Portugal. Vinham sujeitos de direito que iriam organizar-se e ter relações com os aborígenes, também eles, por sua vez, sujeitos de direito. Este encontro é um fenômeno que marca a gênese do Direito brasileiro.^[9]

Além da óbvia influência portuguesa na formação da ordem jurídica brasileira, indaga-se a doutrina se nela podemos identificar resquícios jurídicos das culturas negra e indígena. Pontes de Miranda opina negativamente acerca de tal questão, afirmando que "não há institutos de Direito negro ou indígena no Direito brasileiro; mas há fatores negro e indígena no modo de ser e na atividade jurídica do brasileiro [...]"^[10]. O autor apenas reconhece que "o negro e indígena entravam como influências biológicas, e não sociológicas, isto é, de fatos sociais a fatos sociais"^[11].

Martins Júnior também rejeita a influência negra na formação de nosso Direito, concluindo ser inútil "procurar entre eles alguma coisa de importante ou simplesmente de curioso relativamente à embriologia do nosso direito"^[12], opinião compartilhada por Clóvis Beviláqua:

O elemento negro que entrou para a formação do tipo étnico do brasileiro, que contribuiu para o aumento do nosso léxico, para a adoção de certos costumes e saliência de certas tendências de caráter, não penso que deva constituir objeto de um capítulo da história do direito nacional. E as razões em que me apoio para assim opinar são as seguintes: como elemento étnico é natural que a raça negra tenha predisposto o brasileiro para um certo modo de conceber e executar o direito. Sobretudo a riqueza afetiva que alguns etnólogos e filósofos assinalam como fundamental na psicologia de muitas tribos africanas, por certo não se perdeu de um modo absoluto. E nossa benignidade jurídica não creio que seja exclusivamente latina, nem uma simples superfetação literária. Mas por outro lado, e além dessa tendência difusa, não encontro um instituto jurídico em que a ação dessa raça escravizada se manifeste de um modo apreciável. Justamente porque entrou para a formação de povo brasileiro na qualidade de escravo, isto é, sem personalidade, sem atributos jurídicos além daqueles que podem irradiar de um fardo de mercadorias, a raça negra apenas aparece em nossa legislação para determinar o regime de exceção do escravagismo, que ainda a tisonou em nossos dias.^[13]

Tais autores tampouco admitem qualquer influência indígena na formação do Direito brasileiro, a despeito de reconhecerem a existência de institutos jurídicos nas antigas sociedades indígenas, tais como

[...] o hetairismo de algumas tribos, os hábitos polígamos e monógamos de outras, a falta de solenidade para contrair e para dissolver os casamentos, os casos de exogamia excepcionalmente verificados aqui e ali, a preponderância e supremacia do homem, determinando o parentesco pela linha masculina embora pareça que houve um tempo em que as relações familiares eram todas pelo lado materno; enfim, o comunismo tribal com ausência absoluta do domínio territorial.^[14]

Por conseguinte, pode-se concluir, juntamente com Martins Júnior, que restou apenas, "a ser estudado como fator do Direito brasileiro, o elemento europeu, o descobridor e colonizador português, pertencente a uma civilização avançada e a uma nação já feita, possuidora de uma legislação completa e codificada"^[15].

4 AS ORDENAÇÕES DO REINO

Caudatário do Direito português, o Direito brasileiro teve por fontes imediatas as Ordenações do Reino, mandadas elaborar pela Dinastia de Aviz com o intuito de sistematizar a pluralidade de leis existentes no começo do século XV. Concluídas as Ordenações Afonsinas "no segundo semestre de 1446 ou no primeiro semestre de 1447"^[16], elas constituem, substancialmente,

[...] uma compilação, atualizada e sistematizada, das várias fontes de direito que tinham aplicação em Portugal. Assim, em grande parte, são elas formadas por leis anteriores, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes, normas das *Siete Partidas* e disposições dos direitos romano e canônico.^[17]

Apesar de ter resolvido o problema relativo à sistematização do Direito português, faltava ainda assegurar o conhecimento e vigência das Ordenações Afonsinas, tarefa árdua e onerosa, em virtude das dificuldades de se copiar os cinco volumes que as compunham. Transcorrido aproximadamente meio século, a descoberta da imprensa viabilizou a divulgação das Ordenações. Entretanto, o mesmo interregno temporal que possibilitou o desenvolvimento de meios tecnológicos para facilitar a divulgação daquela compilação também impôs a necessidade de sua atualização. Surgiram, então, as Ordenações Manuelinas, em dezembro de 1512.

A produção legislativa subsequente foi reunida por Duarte Nunes do Leão em sua *Colecção de Leis Extravagantes*, aprovada por Alvará em 1559. Contudo, a intensa produção legislativa do Reino de Portugal - e talvez considerações de ordem política, decorrentes da anexação de Portugal pela Espanha - levou à elaboração das Ordenações Filipinas, as quais entraram em vigor a partir de janeiro de 1603 e vigoraram, em Portugal, até o advento do Código Civil de 1867, e no Brasil, até o Código Civil de 1916[18].

As Ordenações Filipinas, "simples versão atualizada das Ordenações Manuelinas"[19], das quais herdaram também o método e a sistematização das matérias, podem ser vistas como um resquício da Idade Média em tempos modernos, chegando mesmo a prestigiar e conferir autoridade extrínseca à opinião de Acúrsio e Bártolo, como se verifica da parte final do preâmbulo ao Título 64 do Livro Terceiro das Ordenações:

§ 1º E se o caso, de que se trata em prática, não for determinado por Lei de nossos Reinos, estilos ou costume acima dito, ou Leis Imperiais, ou pelos sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Lei, quando por comum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bártolo, porque sua opinião comumente é mais conforme à razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrário; salvo se a comum opinião dos Doutores, que depois dele escreveram, for contrária.[20]

Apenas em 18 de agosto de 1769 é que a Lei da Boa Razão limitou a *communis opinio doctorum* como método de integração para colmatar lacunas das Ordenações, negando-lhe autoridade extrínseca, e restringiu a importância do direito consuetudinário e do direito canônico na jurisdição civil[21]. Conforme afirmou Coelho da Rocha,

[...] o Direito pátrio deve ao gênio reformador e patriota do Marquês de Pombal o sair da obscuridade, em que jazeu até ao reinado de El-Rei D. José. As profundas e luminosas providências, ditadas por este memorável Ministro na Lei de 18 de Agosto de 1769, e nos estatutos da universidade de 1772, fizeram que este Direito assumisse, assim no foro como na academia, a superioridade, de que até aí tinha andado excluído pelo romano e canônico.[22]

Outro não é o entendimento de António Menezes Cordeiro, para quem a Lei da Boa Razão representa o

[...] ponto alto do iluminismo jurídico. Além disso, ela representa uma viragem nacionalista: na seqüência de longa evolução, fica definitivamente firmado o primado

do direito nacional sobre o *ius commune*. Prenunciava-se o aparecimento dos grandes códigos nacionais.[23]

Ao tratar dos reflexos da Lei da Boa Razão no ordenamento jurídico brasileiro, Orlando Gomes considerou-a "verdadeiro marco miliário na evolução do Direito português, e, portanto, do Direito brasileiro. Nenhuma reforma pombalina no campo da legislação teve alcance maior, por seu sentido autenticamente revolucionário"[24].

No entanto, e em que pese a afirmação de Orlando Gomes acerca dos reflexos e alcance da Lei da Boa Razão no Direito brasileiro,

[...] no período que vai do descobrimento à emancipação política, pode dizer-se que a história do Direito nacional é a simples narrativa da aplicação do Direito português ao Brasil. Modificação alguma quanto ao Direito Privado. As principais inovações são todas de ordem administrativa e de reorganização do aparelho de aplicação do direito.[25]

Com a Independência, a primeira Constituição assegurou direitos políticos a grande parcela da população brasileira. Realmente, a Carta de 1824

[...] regulou os direitos políticos, definiu quem teria direito de votar e ser votado. Para os padrões da época, a legislação brasileira era muito liberal. Podiam votar todos os homens de 25 anos ou mais que tivessem renda mínima de 100 mil-réis. Todos os cidadãos qualificados eram obrigados a votar. As mulheres não votavam, e os escravos, naturalmente, não eram considerados cidadãos. Os libertos podiam votar na eleição primária. A limitação de idade comportava exceções. O limite caía para 21 anos no caso dos chefes de família, dos oficiais militares, bacharéis, clérigos, empregados públicos, em geral de todos os que tivessem independência econômica. A limitação de renda era de pouca importância. A maioria da população trabalhadora ganhava mais de 100 mil-réis por ano [...] O critério de renda não excluía a população pobre do direito do voto. [...] A lei brasileira permitia ainda que os analfabetos votassem. Talvez nenhum país europeu da época tivesse legislação tão liberal.[26]

Nesse contexto, em que os direitos políticos foram formalmente assegurados, tendo, inclusive, ocorrido eleições quase ininterruptas entre 1822 e 1930, cabe indagar se os direitos civis já poderiam ser considerados uma efetiva conquista da sociedade brasileira. Isto é, apesar de aplicar-se no território brasileiro uma legislação civil predominantemente, senão completamente, européia, elaborada na época medieval e infensa aos novos ares do Iluminismo, teria se consolidado a concepção de igualdade, liberdade e propriedade como alicerces da ordem civil?

As influências francesa e norte-americana que motivaram a Inconfidência Mineira em 1789 poderiam indicar que sim. Poderiam ser entendidas como a incorporação, à mentalidade colonial, de novas idéias e princípios jurídicos, a serem observados a despeito da legislação retrógrada. Não se pode desconsiderar que a mesma Constituição Imperial que assegurava amplos direitos políticos determinava a obrigatoriedade de se elaborar uma nova lei civil. Portanto, havia elementos para se entender que da mesma forma que se passou na Inglaterra, os direitos políticos no Brasil se seguiriam aos direitos civis.

Entretanto, uma mais detida análise da realidade nacional demonstra que a resposta àquela indagação é necessariamente negativa. Passados mais de três séculos do Descobrimento, a garantia dos direitos civis era, na melhor das hipóteses, pífia.

A persistente manutenção do regime jurídico da escravidão excluía da esfera dos direitos civis considerável parcela da população brasileira e inviabilizava a elaboração de uma legislação civil calcada na igualdade. Augusto Teixeira de Freitas, a propósito de sua *Consolidação das Leis Civis*, que por sua própria natureza caracterizava não uma ruptura, mas sim a continuidade do Direito português[27], afirmou que em seu trabalho "não há um só lugar [...] onde se trate de escravos"[28].

Ao contrário do que se poderia pensar, isso não ocorreu em virtude da inclusão dos ideais de igualdade e liberdade no cenário jurídico, mas porque o autor, reconhecendo a ignomínia do regime escravocrata, optou por não inserir na *Consolidação*

[...] disposições vergonhosas que não podem servir para a posteridade; fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso. As leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas a parte, e formarão o nosso Código Negro.[29]

Por outro lado, ao delegar à Igreja Católica o controle do nascimento, casamento, morte e, por consequência, dos bens deixados em herança, situação que perdurou até o fim do Império, o Estado brasileiro também excluiu do campo dos direitos civis todos aqueles que não partilhavam a fé católica, restringindo ainda mais os que poderiam, propriamente, serem denominados cidadãos[30].

Ao tentar explicar o porquê dos direitos políticos terem se consolidado antes dos direitos civis na tradição jurídica brasileira, José Murilo de Carvalho ilustra o real estado desses direitos à época da Independência:

Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. Os escravos não eram cidadãos, não tinham os direitos civis básicos à integridade física, à liberdade, e, em casos extremos, à própria vida [...] Entre escravos e senhores, existia uma população legalmente livre, mas a que faltavam quase todas as condições para o exercício dos direitos civis, sobretudo a educação. Ela dependia dos

grandes proprietários para morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários. [...]

Não se pode dizer que os senhores fossem cidadãos. [...] Faltava-lhes, no entanto, o próprio sentido da cidadania, a noção da igualdade de todos perante a lei. Eram simples potentados que absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as funções judiciárias. Em suas mãos, a justiça, que, como vimos, é a principal garantia dos direitos civis, tornava-se simples instrumento de poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas.[31]

5 DE CLÓVIS BEVILÁQUA A MIGUEL REALE

O período compreendido entre a Independência e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder pode ser caracterizado como de continuidade do baixo exercício dos direitos civis e de retrocesso com relação aos direitos políticos. Em 1881, as alterações na legislação eleitoral introduzidas pela Lei Saraiva suprimiram o direito de voto de significativa parcela da população e viabilizaram a concentração do poder político nas mãos dos grandes proprietários de terras[32]:

As inquietações urbanas, as angústias européias da elite, a sede de mando de civis e militares, a demagogia inquieta e impaciente - tudo se amortece e paralisa diante de uma muralha apagada e inerte. O senhor da soberania, o povo que vota e decide, cala e obedece, permanece mudo ao apelo à sua palavra. O bacharel reformista, o militar devorado de ideais, o revolucionário intoxicado de retórica e de sonhos, todos modernizadores nos seus propósitos, têm os pés embaraçados pelo lodo secular. Os extraviados cedem o lugar, forçados pela mensagem da realidade, aos homens práticos, despidos de teorias e, não raro, de letras. No campo, no distrito, no município, o chefe político, o coronel tardo e solene, realista e autoritário, amortece, na linguagem corrente, o francês mal traduzido e o inglês indigerido. Ele municipaliza a expressão erudita, comunicando-lhe, de seu lado, sentido e conteúdo, converte o freio jurídico do governo no buçal caboclo.[33]

A liderança política atrai a liderança econômica e a social, ao mesmo tempo em que delas se alimenta. O coronel controla o voto em seu *curral eleitoral* porque ele tem, em suas mãos, o controle da sociedade e da aplicação da justiça:

[...] o direito de ir e vir, o direito de propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física, o direito de manifestação, ficavam todos dependentes do poder do coronel. [...]

A última expressão [para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei] é reveladora. A lei, que devia ser a garantia da igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, algo a ser valorizado, respeitado, mesmo venerado, tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos. Mesmo que lhes fosse permitido votar, eles não teriam condições necessárias para o exercício independente do direito político.[34]

Consequentemente, até o término da Primeira República, direitos políticos e civis foram apanágio dos coronéis, exercidos em seu interesse, a seu critério e a seu mando. Não "apenas um obstáculo ao livre exercício dos direitos políticos [o coronelismo] impedia a participação política porque antes negava os direitos civis"[35].

Analisando-se sob essa ótica, não se podia esperar uma mudança estrutural pela simples aprovação do Código Civil de 1916. Por mais que se acredite no poder transformador da lei, esta não tem o condão de alterar sozinha as próprias estruturas da sociedade. De mais a mais, o Código era um produto de seu tempo, e se de um lado granjeia encômios por seu apuro técnico e rigor vernacular, por outro é criticado por sua timidez e excessivo apego ao passado.

As Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 foram mantidos em vigor pela Lei de 20 de outubro de 1823[36] e somente foram revogados em 1º de janeiro de 1917, quando terminou a *vacatio legis* do Código Civil de 1916. Cinquenta anos distanciam a revogação da legislação reinol em Portugal, pela aprovação do Projeto do Visconde Seabra, de sua revogação na antiga metrópole. Por isso, não causa espécie a afirmação de ser o Código brasileiro de 1916 mais próximo à tradição jurídica lusitana do que o próprio Código português de 1867.

Em Portugal, o ideário iluminista provocou forte reação contra a envelhecida estrutura jurídica medieval, e a Revolução Liberal de 1820 inaugurou um período de influência liberal e individualista no Direito português que não teve paralelo no Direito brasileiro[37]. Afirma-se, então, que o Código Civil português rompeu, "em muitos pontos, com a tradição representada por leis inspiradas nas necessidades de uma sociedade de tipo diferente, organizada politicamente, até então, sob os moldes da monarquia absoluta"[38].

Diferentemente, perpetuava-se, no Brasil, a antiga tradição cultural ibérica,

[...] alheia ao iluminismo libertário, à ênfase nos direitos naturais, à liberdade individual. Essa tradição insistia nos aspectos comunitários da vida religiosa e política, insistia na supremacia do todo sobre as partes, da cooperação sobre a competição e o conflito, da hierarquia sobre a igualdade.

Havia nela características positivas, como a visão comunitária da vida. Mas a influência do Estado absolutista, em Portugal, acrescida da influência da escravidão, no Brasil,

deturpou-a. Não podendo haver comunidade de cidadãos em Estado absolutista, nem comunidade humana em plantação escravista, o que restava da tradição comunitária eram apelos, quase sempre ignorados, em favor de um tratamento benevolente dos súditos e dos escravos. O melhor que se podia obter nessas circunstâncias era o paternalismo do governo e dos senhores. O paternalismo podia minorar sofrimentos individuais mas não podia construir uma autêntica comunidade e muito menos uma cidadania ativa.[39]

Portanto, o novo diploma não incorporou em sua plenitude a filosofia que orientou a elaboração dos grandes códigos europeus, e "a noção de família, propriedade e contrato são ainda as da última fase do direito comum, pois o Código Civil germânico, publicado em 1900, não foi considerado durante o período de tramitação do Código Civil, e poderia ter sido"[40]. Tal fato valeu ao Código a pecha, que o acompanhou até a sua revogação, de conservador nas "relações de ordem patrimonial, contratual e familiar, fiel ao contexto histórico e à história dos valores dominantes"[41].

Ademais, deve-se ressaltar que a influência do Direito português recém-revogado não se limitou ao texto do novo Código, fazendo-se sentir em sua interpretação e aplicação:

[...] não só a história da codificação brasileira, mas, principalmente, a efetivação das normas postas no Código Civil, seu modo de interpretação e aplicação hão de ser entendidos em consonância com uma longa tradição que perpassa, temporalmente, a data de independência jurídica assinalada pela vigência temporal do Código de 1916.[42]

Enfim, registra-se que se a abolição da escravidão permitiu, no plano teórico, a inclusão de grande parcela da população à sociedade civil, as inúmeras revisões a que foi submetido o Projeto Beviláqua acabaram por inserir no texto do futuro Código regras que instituíam diferenças incompatíveis com o princípio da igualdade, tais como a delegação ao marido da chefia da sociedade conjugal, a diferenciação jurídica entre a mulher honesta e a desonesta, entre a solteira, a casada e a viúva, entre o filho legítimo e o ilegítimo, dentre outras[43].

Apesar disto, não há dúvidas de que o Código Civil de 1916 representa um marco no direito positivo brasileiro e "traduzia, em avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar"[44].

Como já mencionado, quando a Revolução de 1930 levou Getúlio Vargas ao poder, o quadro que se delineava era caracterizado pela ausência, no cenário jurídico nacional, de direitos civis e políticos já consolidados e efetivamente exercidos pela sociedade civil. Por isso se diz que a implementação dos direitos sociais nesse momento, realizada inicialmente por meio de copiosa legislação previdenciária e trabalhista e que teve por corolário a *Consolidação das Leis do Trabalho*, em 1943, inverteu a pirâmide de

Marshall. Afinal, no Brasil, os direitos sociais não decorreram do atendimento, pelo Estado, das reivindicações elaboradas pelas classes menos favorecidas por meio do sistema político representativo. Ao revés, resultaram da imposição de um ditador populista.

De 1945 em diante, o conturbado cenário político interno ora permitia a expansão dos direitos políticos, como se deu no breve período democrático compreendido entre 1945 e 1964, ora exigia a sua retração, como se verificou durante o período da ditadura militar. Somente depois da redemocratização é que se pode falar em sua expansão final. Igual raciocínio pode-se aplicar aos direitos civis: durante regimes repressivos, e até a Constituição de 1988, sofreram intensa restrição e sistemática violação, como se observa, *e.g.*, com relação à privacidade do domicílio, sigilo de correspondência, liberdade de organização, expressão e pensamento.

Diante de tais fatos, pode-se indagar qual o papel do Projeto 634/1975, do qual surgiu o Código Civil brasileiro de 2002. Nomeada a Comissão Revisora e Elaboradora do Anteprojeto durante o regime militar de exceção, caracterizado pela supressão de vários direitos e liberdades civis, seria ingênuo acreditar que a intenção do governo de então fosse a promoção dos direitos civis. A explicação mais plausível se encontra na necessidade de se adequar as leis civis ao presente, tendo em vista a estrutura econômico-social dos anos 1970, bastante diferente daquela de 1899, quando Clóvis Beviláqua foi contratado para redigir o Projeto que mais tarde veio a se tornar o Código Civil de 1916.

Nas últimas décadas do século XX, a sociedade brasileira era tipicamente urbana e industrializada, em contraposição à sociedade rural e agrária do final do século XIX. O homem também perdeu o seu papel de condutor da família, e o casamento não mais representava a forma por excelência de constituição da vida familiar. Em síntese, tantas mudanças haviam se operado no seio da sociedade que o Código de 1916 virara uma colcha de retalhos, não mais atendendo à sua principal função de organizar e sistematizar as normas jurídicas relativas às relações privadas.

Em muitos casos, as normas existentes encontravam-se superadas, e a jurisprudência exigia uma modernização das leis civis, para se adequarem a um novo contexto econômico e social. Apenas a título ilustrativo, menciona-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que condenou a Panasonic do Brasil a indenizar Plínio Gustavo Prado Garcia pelo valor de R\$ 4.000,00. Esse foi o valor despendido pelo autor para consertar a sua câmera de vídeo, recém-lançada nos EUA e lá por ele pessoalmente adquirida, por não ser comercializada no Brasil. Em sua defesa, a Panasonic do Brasil asseverou que, em virtude do art. 12 do CDC, não poderia ser responsabilizada, porquanto nunca vendeu tal produto no mercado brasileiro. Tal tese, acolhida por dois ministros, foi vencida pelos três outros integrantes da turma julgadora, na esteira do voto proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do qual se destaca a sua impressão acerca da necessidade de se atualizar a legislação privada brasileira:

[...] tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade.

Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1850, e o Código Civil de 1916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade de nossos dias. Dessa forma, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua interpretação, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e do mercado consumidor que representa o nosso País.[45]

Sem pretender entrar no mérito da questão posta em julgamento, era inquestionável a insatisfação dos tribunais com a legislação pretérita, considerada insuficiente para fazer face às crescentes necessidades sociais, preocupação que encontrava eco na doutrina e que justificou as sucessivas tentativas de reforma do Código Beviláqua e que, por fim, culminaram no Código Civil de 2002.

6 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Por ocasião do cinquentenário do Código Civil de 1916, José Carlos Moreira Alves criticou em estudo doutrinário a supressão da Parte Geral no Anteprojeto de autoria de Orlando Gomes. Nessa oportunidade, sustentou que justamente por sua qualidade técnica, o Código Beviláqua não precisava ser substituído, mas sim revisado para se adequar às alterações impostas pela legislação extravagante:

Atualmente, bem próximo do cinquentenário de sua vigência, está o Código Civil brasileiro - o que, aliás, sucede, mais cedo ou mais tarde, com todas as codificações, necessitando de revisão.

Ele, que em sua época - apesar de refletir a filosofia extremamente individualista do século anterior, e apesar de não acolher princípios pelos quais já se batia a consciência jurídica do tempo (assim, por exemplo, o da capacidade de fato da mulher casada, defendido pelo autor do anteprojeto, Clóvis Beviláqua) - era avançado em face do estágio em que nos encontrávamos no direito anterior, foi envelhecendo e, por isso mesmo, diante das novas necessidades sociais, sofrendo alterações, com vistas à atualização, por meio de longa série de leis extravagantes.[46]

Alguns anos mais tarde, ao analisar o novo Código Civil português de 1967, voltou a discutir a oportunidade do Anteprojeto de Orlando Gomes, sustentando expressamente que "poder-se-ia julgar paradoxal que, de um Código que substituíra outro, concluísse eu pela desnecessidade e inoportunidade da substituição do nosso"[47]. Comparando o Código português de 1867 com o brasileiro de 1916, expôs de forma circunstanciada os motivos pelos quais aquele deveria ter sido substituído, enquanto este deveria ser simplesmente reformado:

Como poderia, então, o legislador português contentar-se em rever de novo um código de sistema medíocre, com graves incoerências na distribuição das matérias, com grande falta de precisão e de clareza na redação de vários de seus preceitos, com linguagem muito mais literária do que técnica, com contradições sérias, com falhas doutrinárias evidentes?

Nada disso ocorre com o código civil brasileiro.

Portugal, mudando, mudou para o sentido de que nos queríamos afastar: repudiou a unificação parcial do direito privado; adotou a sistemática germânica, mantendo a parte geral; aderiu à tese de que o Código deve ter caráter científico e se utilizar de linguagem preponderantemente técnica. E mais - do resultado de sua reforma se evidencia que as modificações de fundo não foram tão extensas quanto podem parecer. A alteração do sistema e da técnica é que dá essa ilusão ótica. A imensa maioria dos princípios vigentes no Código de 1867 se encontra no de 1967.

No Brasil, o que se pretendia substituir - agravando sensivelmente a inflação legislativa, que já é um dos nossos mais poderosos fatores de inquietação social - é um Código que, apesar dos seus cinquenta anos, resiste - pela excelência da obra - ao confronto com códigos que se acabam de elaborar, como o novo Código Civil português. E se perde em pontos que podem ser sanados, como no de atualização, em outros - assim, na substância e na forma - não lhe cede terreno, quando não lhe leva a palma.

Por que, então, substituí-lo, ao invés de revê-lo?[48]

Sugeriu o autor a realização de uma reforma parcial, mas unitária, como a melhor alternativa para se preservar a unidade do Código e a sua lógica interna e sistêmica. Assim, aproveitar-se-ia todo o cabedal doutrinário e jurisprudencial que havia se formado em torno dos dispositivos do Código Civil de 1916, reformando-se apenas aqueles que não mais fossem adequados à nova sociedade ou que já tivessem sido objeto de leis extravagantes. Entrementes, as alterações seriam introduzidas de uma só vez, e não por intermédio de "reformas parceladas que se processam em ocasiões diversas, mediante leis distintas, e que, por isso mesmo, terminam por fazer do Código que pretendem aperfeiçoar, um corpo desarmonioso e assistemático"[49].

Em 23 de maio de 1969, poucos meses depois de defender publicamente o quão inoportuna seria a substituição do Código de 1916, José Carlos Moreira Alves foi nomeado para integrar a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, sendo o responsável pela Parte Geral. Coordenada por Miguel Reale, a Comissão era também integrada por "Agostinho de Arruda Alvim (Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividades Negociais), Erbert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (direito de Família) e Torquato Castro (Sucessões)"[50].

O Coordenador da Comissão, Miguel Reale, discordava parcialmente das idéias de José Carlos Moreira Alves acerca da manutenção do Código Beviláqua e defendia que a elaboração de um novo diploma civil se fazia necessária em virtude da incompatibilidade principiológica entre o diploma vigente e a sociedade de então, e também porque a sua própria estrutura exigiria modificações. Para ele, as diretrizes que nortearam a comissão e, por conseguinte, justificariam a nova lei, foram as seguintes:

A) Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.

B) Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código Beviláqua, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito.

C) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade.

D) Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juristas, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o Anteprojeto do "Código das Obrigações"; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Sylvio Marcondes, Theophilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

E) Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil.

F) dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a parte Geral - conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas - mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações.

G) Não realizar, propriamente, a unificação do direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações - de resto, já uma realidade operacional no País, em virtude do obsolescência do Código Comercial de 1850 -, com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou "Atividades Negociais", e, posteriormente, "Direito de Empresa".[51]

A Comissão também teve em mira a eliminação dos supostos exageros lingüísticos e "rebuscamentos de forma"[52] que impregnariam o Código de 1916 e que, em sua essência, constituiriam a mais relevante colaboração de Rui Barbosa para aquele diploma legal:

Nota[-se] uma diferença bastante grande no que diz respeito aos enunciados dos princípios e das normas. É que se preferiu a linguagem coloquial dos advogados e dos juizes, dando-se preferência a uma fala espontânea e criadora, ao invés de uma linguagem rebuscada, cujo modelo remonta ao Padre Antônio Vieira. Nós não temos a convicção de que o Código Civil seja um livro escrito para ensinar a língua portuguesa. Não tivemos, portanto, vacilação alguma em atualizar a sua linguagem.[53]

É certo que, no tocante à feição científica e linguagem técnica, observou-se "rigorosamente os termos técnicos da Ciência do Direito atribuindo-lhes sempre o sentido que têm nela"[54], evitando-se o emprego de termos científicos em sua acepção vulgar ou a própria linguagem popular, sendo reconhecida a dificuldade que tal expediente acarretou para a segurança jurídica na França e na Rússia, por exemplo[55].

Aliás, no que diz respeito à técnica legislativa, uma das novidades presentes no novo Código Civil consiste na adoção das cláusulas gerais. Diferentemente da técnica tradicional que recomenda a utilização de termos científicos cujo alcance e sentido já foram objeto de deliberação pela doutrina e jurisprudência, e cujo conceito já é determinado pela Ciência do Direito, foram utilizadas expressões tomadas de empréstimo de outros ramos do saber e que terão o seu conteúdo definido por ocasião de sua apreciação pelo juiz, que levará em consideração as circunstâncias concretas. Assim, boa-fé e probidade, por exemplo, serão conceitualmente delimitadas diante das circunstâncias específicas de cada caso, sem a possibilidade de uma definição apriorística.

Nas exatas palavras de Miguel Reale,

[...] não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo [...]

São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de "indeterminação do preceito", cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso, à luz das circunstâncias ocorrentes [...]

Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do *Direito concreto*, e não puramente abstrato, encontra apoio de juristas de porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.

Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.^[56]

Ainda analisando o aspecto geral do novo diploma civil, deve-se destacar o sentido que se lhe pretendeu imprimir por seus três princípios fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Podemos dizer que estamos diante de duas realidades conexas: uma Sociologia da situação e uma Ética da situação. São dois valores que estão presentes na feitura do Código: conceber o homem não isoladamente, como um sujeito de direito *in abstracto*, mas sim como o destinatário de uma norma que por si mesma leva em consideração o homem situado no conjunto de suas circunstâncias.

Esta colocação inicial põe à vista dois princípios básicos que orientaram a elaboração do Código: o princípio da socialidade, vinculado à idéia de circunstância social em que se situa a pessoa humana; e o princípio de eticidade, que é o dever-ser em razão dessa situação mesma. O terceiro princípio é o da operabilidade, que vem a dinamizar as soluções dos princípios práticos. O pragmatismo, digamos assim, que tanta importância tem no plano da ação.^[57]

Em outras palavras, a eticidade constituiria na superação do formalismo jurídico e do rigorismo conceitual pela inclusão, no texto legal, de normas genéricas ou cláusulas abertas que permitiriam a participação de valores éticos na análise da situação específica. É o que se vê no art. 187 do Código de 2002, ao dispor que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"^[58].

A socialidade, a seu turno, justifica-se pelo fato de que a grande maioria da população brasileira vive, hoje, nos centros urbanos. Logo, a nova lei considerou também os reflexos da ação individual sobre sociedade, como se observa, por exemplo, em seu art. 421, ao dispor que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"^[59].

Por fim, a operabilidade consiste na adoção de soluções normativas que eliminam dúvidas ou sinonímias, facilitando a aplicação e interpretação das regras jurídicas em prol da segurança jurídica. Ao estabelecer de forma mais nítida e precisa a distinção legal entre prescrição e decadência, e entre associação e sociedade, inúmeras questões de ordem prática são evitadas^[60].

Enfim, concluída a apresentação das alterações genéricas e que se aplicam indistintamente a todas as partes e livros do novo Código Civil, resta mencionar - sem a intenção de uma apreciação crítica - as principais alterações específicas a que se procedeu ao longo de todo o Código, e que se caracterizam pela supressão de antigos institutos ou pela nova configuração que se lhes atribuiu, ou pela positivação e inserção de teorias e novos institutos.

Na Parte Geral, destaca-se a disciplina dos direitos da personalidade, a modernização da teoria dos atos jurídicos, diferenciando-os dos negócios jurídicos, a inclusão da lesão e do estado de perigo entre os defeitos do negócio jurídico, a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a distinção entre sociedade e associação, a incorporação da teoria do abuso de direito e o aprimoramento da disciplina legal da prescrição e da decadência.

Na Parte Especial, no Livro do Direito das Obrigações, merece especial destaque a unificação do direito obrigacional, a adoção do nominalismo no tocante às obrigações pecuniárias, permitindo-se, porém, a correção monetária em certas situações, a equiparação da taxa de juros nas relações civis à praticada pela Fazenda Nacional, a disciplina do contrato de adesão e do contrato preliminar e a aceitação da teoria da imprevisão, além da tipificação de várias espécies de contratos. Ainda, a positivação do princípio do enriquecimento sem causa e a incorporação dos títulos de crédito, e o mais consentâneo regramento da responsabilidade civil, inclusive com a adoção expressa da teoria do risco.

O Livro Segundo representou a superação definitiva da fase objetiva do Direito Comercial via incorporação da teoria da empresa, devendo-se destacar também a nova disciplina das sociedades e a definição do estabelecimento e de seus elementos.

O Livro Terceiro, relativo ao Direito das Coisas, suprimiu a enfiteuse, previu novas formas de aquisição e perda da propriedade, reduziu o prazo de usucapião, instituiu a idéia da posse-trabalho e criou novos direitos reais.

O Livro Quarto, do Direito de Família, apresenta como principais inovações a adequação da legislação infraconstitucional às regras trazidas pela Constituição Federal, a disciplina da união estável, a distinção do direito pessoal do patrimonial de família, a supressão do regime dotal e a instauração da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, com a substituição do pátrio poder pelo poder familiar.

Finalmente, no Livro Quinto, do Direito das Sucessões, o cônjuge passou a ser herdeiro e o estabelecimento de cláusulas à herança passou a exigir justa causa, devidamente alegada pelo testador.

Como se pode perceber por este breve relato, as alterações empreendidas pelo Projeto Reale não pretendiam, exatamente, alterar a estrutura ideológica do Direito Civil brasileiro. Foram, em alguns casos, alterações significativas, mas sem a pretensão de modificar as bases desse ramo da Ciência Jurídica, tal como se observou na França, por ocasião do Código Napoleão, ou em Cuba, quando da implementação de seu Código Civil após a Revolução de 1959.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE BEZERRA. Prefácio à 3ª edição. In: MARTINS JÚNIOR, J. J. História do Direito nacional. 4. ed. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966.

ALVES, José Carlos Moreira. Lições do novo Código Civil português (1969). In: A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986b.

ALVES, José Carlos Moreira. O atual projeto de Código Civil brasileiro (1966). In: A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986a.

BEVILÁQUA, Clóvis. Revista contemporânea, Recife, ago. 1894 apud MARTINS JÚNIOR, J. J. História do Direito nacional. 4. ed. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Decreto nº 3.029, de 09 de janeiro de 1881. Reforma a legislação eleitoral. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, p. 1, 31 dez. 1881.

BRASIL. Lei n. 005, de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os Decretos das Côrtes Portuguesas que são especificados. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, p. 7, 31 dez. 1823.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da Mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ("panasonic"). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao Consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos Casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque Suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, Por maioria. Recurso Especial nº 63981/SP (1995/00184398). Recorrente: Panasonic do Brasil Ltda. Recorrido: Plínio Gustavo Prado Garcia. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de abril de 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 20 de novembro de 2000, p. 296.

CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

COELHO DA ROCHA, M. A. Instituições de Direito Civil português. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1907.

CORDEIRO, António Menezes. Da modernização do Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Ajuris, Porto Alegre, v. 40, p. 136, 1987.

- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRINBERG, Keila. Código Civil e cidadania. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- MARSHAL, T. H. Cidadania e classe social. In: Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINS JÚNIOR, J. J. História do Direito nacional. 4. ed. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no Direito obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NORONHA, Ibsen José Casas. Aspectos do Direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PORTUGAL. Lei da Boa Razão. 18 de agosto de 1769. Disponível em: <http://ualdireitopl.no.sapo.pt/1_ano_juridico/hi/Lei_da_Boa_Razao.pdf>. Acesso em: 07 abril 2009.
- PORTUGAL. Ordenações Filipinas. 11 de janeiro de 1603. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p664.htm>>. Acesso em: 07 abril 2009.
- REALE, Miguel. A parte geral do novo Código Civil. In: História do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.
- REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil brasileiro. In: História do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.
- REALE, Miguel. Os momentos decisivos do novo Código Civil. In: História do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005c.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. História do Direito português: fontes de Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. [S.l.: s.n.], 1859.
- VILLELA, João Baptista. Da consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. In: Augusto Teixeira de Freitas e il diritto

latinoamericano a cura di Sandro Schipani. Roma: CEDAM-PADOVA, [19--], p. 241-253.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

[1] Cf. MARSHAL, T. H. Cidadania e classe social. In: *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

[2] Cf. MARSHAL, 1967.

[3] CARVALHO, 2005, p. 9.

[4] CARVALHO, 2005, p. 9-10.

[5] CARVALHO, 2005, p. 10.

[6] CARVALHO, 2005, p. 11-12.

[7] CARVALHO, 2005, p. 219-220.

[8] SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito português: fontes de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 28.

[9] NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do Direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 83.

[10] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 446.

[11] PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 446.

[12] MARTINS JÚNIOR, J. J. *História do Direito nacional*. 4. ed. Recife: Arquivo Público Estadual, 1966, p. 154.

[13] BEVILÁQUA, Clóvis. *Revista contemporânea*, Recife, ago. 1894 apud MARTINS JÚNIOR, 1966, p. 154.

[14] MARTINS JÚNIOR, 1966, p. 160.

[15] MARTINS JÚNIOR, 1966, p. 167.

[16] SILVA, 2000, p. 272.

[17] SILVA, 2000, p. 273.

[18] SILVA, 2000, p. 300.

- [19] GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4.
- [20] PORTUGAL. Ordenações Filipinas. 11 de janeiro de 1603. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13p664.htm>>. Acesso em: 07 out. 2006.
- [21] PORTUGAL. Lei da Boa Razão. 18 de agosto de 1769. Disponível em: <http://ualdireitopl.no.sapo.pt/1_ano_juridico/hi/Lei_da_Boa_Razao.pdf>. Acesso em: 07 out. 2006.
- [22] COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de Direito Civil português*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1907, p. V.
- [23] CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.
- [24] GOMES, Orlando, 2003, p. 5.
- [25] ANDRADE BEZERRA. Prefácio à 3ª edição. In: MARTINS JÚNIOR, 1966, p. VIII.
- [26] CARVALHO, 2005, p. 29-30.
- [27] Cf., a propósito da Consolidação, VILLELA, João Baptista. Da consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano a cura di Sandro Schipani*. Roma: CEDAM-PADOVA, [19--], p. 241-253.
- [28] TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. [S.l.: s.n.], 1859, p. VIII.
- [29] TEIXEIRA DE FREITAS, 1859, p. VIII.
- [30] GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 10.
- [31] CARVALHO, 2005, p. 21.
- [32] BRASIL. Decreto nº 3.029, de 09 de janeiro de 1881. Reforma a legislação eleitoral. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 1, 31 dez. 1881.
- [33] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 697.
- [34] CARVALHO, 2005, p. 57.
- [35] CARVALHO, 2005, p. 56.
- [36] BRASIL. Lei n. 005, de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo

Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os Decretos das Côrtes Portuguesas que são especificados. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 7, 31 dez. 1823.

[37] Acerca das influências iluministas, liberais e individualistas no Direito português, Cf., por todos, SILVA, 2000, especialmente p. 369-440.

[38] GOMES, 2003, p. 10.

[39] CARVALHO, 2005, p. 51.

[40] COUTO E SILVA, Clóvis. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, p. 136, 1987.

[41] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 288.

[42] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no Direito obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238.

[43] Cf., a propósito, GRINBERG, 2002, *passim*.

[44] WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 89-90.

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da Mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ("panasonic"). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao Consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos Casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque Suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, Por maioria. Recurso Especial nº 63981/SP (1995/00184398). Recorrente: Panasonic do Brasil Ltda. Recorrido: Plínio Gustavo Prado Garcia. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de abril de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 20 de novembro de 2000, p. 296.

[46] ALVES, José Carlos Moreira. O atual projeto de Código Civil brasileiro (1966). In: *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986a, p. 7.

[47] ALVES, José Carlos Moreira. Lições do novo Código Civil português (1969). In: *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986b, p. 17.

[48] ALVES, 1986b, p. 30.

[49] ALVES, 1986b, p. 29.

[50] REALE, Miguel. Os momentos decisivos do novo Código Civil. In: *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005c, p. 19.

[51] REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil brasileiro. In: *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b, p. 35-36.

[52] ALVES, 1986b, p. 25.

[53] REALE, Miguel. A parte geral do novo Código Civil. In: *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a, p. 57.

[54] ALVES, 1986b, p. 24.

[55] Cf., a propósito, ALVES, 1986b, p. 23-25.

[56] REALE, 2005b, p. 40-41.

[57] REALE, 2005a, p. 57.

[58] BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182.

[59] BRASIL. Código Civil, p. 196.

[60] Para a definição que o próprio Miguel Reale faz desses princípios, Cf. REALE, 2005b, p. 37-42.

**INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

EFICÁCIA E EFETIVIDADE NO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RESERVA DO POSSÍVEL

EFICACIA Y EFECTIVIDAD NO DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y DE RESERVA RESERVA DEL POSSIBLE

**Anderson Alex Vanoni
Vitor Eduardo Frosi**

RESUMO

O presente ensaio encarna uma análise aprofundada dos direitos fundamentais, especificamente os sociais, buscando em sua contextualização, onde estaria inserido o direito à saúde enquanto direito social de prestação obrigacional do Estado, bem como, sua limitação em face a escassez de recursos econômicos e humanos e a sua objetivação pelas políticas públicas orçamentárias. Neste aspecto, aborda-se o estudo do principal argumento utilizado como limitador da obrigação prestacional do Estado, como sendo a reserva do possível, vez que, apontado como principal limite fático comumente usado pelos detratores da prestação obrigacional do Estado à saúde em sua acepção fática e jurídica mais ampla, no campo da exigibilidade e da eficácia da prestação obrigacional do Estado para o cidadão.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS, RESERVA DO POSSÍVEL.

RESUMEN

Esta prueba representa un análisis exhaustivo de los derechos fundamentales, específicamente los sociales, buscando en su contexto, que se inserta el derecho a la salud como un derecho social a la obligación del Estado, y su limitación a la vista de la escasez de recursos económicos y humanos e su objetivación en las políticas públicas. El estudio aborda en este aspecto, el principal argumento utilizado como limitación de la obligación del Estado, como la reserva del posible, porque, señala como principal límite fáctico, comúnmente utilizado por los detratores de la prestación obligacional del Estado a la salud en su sentido fáctico y jurídico más amplio y en el ámbito de la ejecución y la eficacia de la prestación de la obligación a los ciudadanos.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES, DERECHO SOCIALES, DERECHOS A LA SALUD, POLÍTICAS PÚBLICAS, RESERVA DEL POSSIBLE

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio acerca da EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RESERVA DO POSSÍVEL, inicialmente fará uma abordagem específica acerca dos Direitos fundamentais sociais, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direito a prestações estatais, revelando a transição entre as liberdades formais e abstratas para a concretude das liberdades materiais concretas.

Trará também o presente ensaio à baila, a apresentação da Saúde como direito e o dever fundamental na Carta Constitucional de 1988, apontando ainda a constitucionalidade material e formal do referido direito.

Em sentido material, aponta-se a relevância do bem jurídico elencado pela ordem constitucional como objeto de tutela, e sua relação visceral com a dignidade da pessoa humana.

Já em seu sentido formal, aponta-se para o lugar dentro da Constituição onde a saúde esta contemplada, o fato de localizar-se no topo do ordenamento jurídico como norma de hierarquia superior, e ainda, ter sido sua seleção submetida a processo legislativo próprio de normas de magnitude constitucional.

Aponta o presente estudo preponderantemente para a dimensão positiva ao direito de saúde (a saúde como direito a prestações materiais), contudo sem deixar de esclarecer, acerca da existência da dimensão negativa do direito à saúde, no plano de proteção da saúde como bem jurídico fundamental frente a qualquer agressão de terceiros.

No tocante a dimensão positiva do Direito à saúde, objeto de estudo, aponta-se para sua natureza prestacional/obrigacional, e a forma pela qual o Estado seria compelido a dar-lhe execução plena.

Trata ainda o ensaio entabulado sobre a máxima eficácia e a efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais e a reserva do possível, o que se faz por meio da afirmação constitucional dos direitos sociais que estes adquirem sua condição de eficácia jurídica.

Aborda o presente ensaio, já em seu fechamento, as políticas públicas, atividade que não é realizada de modo gratuito e estéril, mas como atividade que objetiva resultados, tendo valor econômico.

Aponta como um dos principais desafios do operador do direito a problemática existente entre a eficácia e a efetividade dos direitos sociais que quando confrontadas, colidem com os limites e a escassez de recursos públicos.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais sociais, caracteriza, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho. Com efeito, revela, assim, uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.”[1]

Existe dificuldade de se inserir os Direitos Fundamentais Sociais a partir do paradigma da dignidade da pessoa humana no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Neste sentido, pontifica Perez Luño que: “*existe una antinomia de principio entre las libertades tradicionales y los nuevos derechos económicos, sociales y culturales*” [2].

José Afonso da Silva, afirma que: “*os direitos sociais são prestações positivas estatais que estão enunciadas em normas constitucionais e possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, são direitos que tendem a realizar a igualização de realidades sociais desiguais, portanto norteados pelo princípio da igualdade*”. [3] Neste aspecto enquanto um objetivado pela Constituição, pode classificar os direitos fundamentais sociais tanto em direitos prestacionais (positivos), quanto defensivos (negativos), Segundo pontificado por Sarlet[4].

Sobre a auto aplicabilidade[5] dos direitos prestacionais previstos, tem-se apresentado a praxis forense, no intuito de observar cada caso em concreto, no intuito de não onerar excessivamente o Estado.

Norberto Bobbio, por sua vez, acrescenta que os direitos sociais são equiparados aos direitos fundamentais, dividindo os direitos em: a) individuais tradicionais, (as liberdades), obrigações negativas; b) direitos sociais consistem em poderes, somente podendo ser realizados com um certo número de obrigações positivas[6].

Neste sentido também o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Derradeiramente cumpre-nos concordar com **Marizélia Peglow da Rosa e Clovis Gorczewski**[7] para quem os direitos sociais emergem da Constituição e se impõem ao legislador, por isso têm de ser concedidos a todos os cidadãos, é a chamada igualdade jurídica, atingida com o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. E, aqui se adentra em outro problema, o de não haver legislação (inconstitucionalidade por omissão), é o problema das normas programáticas, que será visto em momento oportuno.

3. À SAÚDE COMO DIREITO E O DEVER FUNDAMENTAL NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988. O DIREITO À SAÚDE E SUA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL

Em sentido material ressalta-se a relevância do bem jurídico apontado pela ordem constitucional como objeto de tutela, e sua relação visceral com a dignidade da pessoa humana.

Em sentido formal, assevere-se que a saúde esta contemplada na Constituição escrita dentre os direitos fundamentais, situando-se no topo do ordenamento jurídico como norma de hierarquia superior, esta inserida explicitamente dentre o rol de direitos fundamentais, e foi submetida a processo legislativo próprio de normas de sua natureza.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, desde 1787, quando começou o a utilizar-se a Constituição na concepção contemporânea, onde se consagraram direitos como de ir e vir, ao '*habeas corpus*', as liberdades de associação e reunião, somente se questionou do porque da inclusão no rol de direitos fundamentais de algum direito, quando referido direito depende-se para sua efetividade de aporte de recurso material e humano.

Derradeiramente, salienta Ingo Wolfgang Sarlet não há dúvida com relação a saúde ser ou não um direito fundamental, sendo elementar que em uma ordem jurídica constitucional que se protege o direito à vida, também se proteja à saúde, senão, estaria esvaziada a proteção prevista para à vida.^[8]

A Constituição Federal de 1988, reconhece o direito à saúde expressamente, enquanto direito fundamental no artigo 6º, bem como, nos artigos 196^[9] à 200.

No artigo 5º, §2º, da Constituição, inclui que não estaria excluído do rol àqueles direitos fundamentais não explícitos no corpo do texto, desde que decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil for signatário.

Pondere-se que à saúde além de direito fundamental, impõe-se como um dever, decorrendo referido dever do texto constitucional no artigo 196.

Desta sorte, o reconhecimento da saúde como direito fundamental corresponde a um dever jurídico por parte do Estado, e não tão somente como condição de direito público subjetivo.

3.1 DIMENSÃO POSITIVA AO DIREITO DE SAÚDE (A SAÚDE COMO DIREITO A PRESTAÇÕES MATERIAIS)

Destaca-se inicialmente que existe dimensão negativa do direito à saúde, que quer significar que à saúde como bem jurídico fundamental será protegido frente a qualquer agressão de terceiros, contudo, não é neste âmbito de proteção do direito à saúde que reside a problemática abordada neste ensaio.

Além da dimensão negativa já referida, o direito à saúde é um direito a prestação, que se forma igualitária deverá ser outorgada com a máxima eficácia e efetividade.

Aponta Ingo Wolfgang Sarlet que a primeira dificuldade aos que enfrentam o problema seria que a Constituição não delimita o que seja objeto do direito a saúde, sendo que, quem vai definir o que seria o objeto da saúde vai ser o legislador Federal, Estadual, Municipal ou Distrital, dependendo da competência legislativa que lhe for atribuída pela Constituição.

Na mesma forma cabe ao judiciário por meio do controle difuso da Constitucionalidade e da legalidade, quando acionado, interpretar e instrumentalizar a concreção das normas.

Sendo questionada a admissibilidade do controle jurisdicional das matérias referentes a prestação (direitos sociais prestacionais) tendo-se em vista sua dimensão econômica.

4. O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Através da afirmação constitucional dos direitos sociais que estes adquirem sua condição de eficácia jurídica.

Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais, implicam em graus diferentes de obrigações: a) obrigação de respeitar, b) proteger e c) satisfazer esses direitos[10], ou seja, são obrigações positivas e negativas do Estado.

Essas normas nos relevam os direitos sociais, nos termos dos artigos 6º ao 11º da Constituição Federal, já que, no § 1º, o artigo 5º, reza que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata*.

Assim, via de regra, as normas que prescrevem direitos fundamentais democráticos e individuais tem de aplicabilidade imediata.[11]^[12]

Isso significa, que são aplicáveis até onde permite as instituições, em suas condições para atendimento. E ainda, significa que o judiciário, quando instado acerca de uma situação concreta, garantida pelos direitos fundamentais não pode deixar de aplica-los, dando ao pleiteante o direito reclamado.

Já estão regulamentados através dos artigos 205 e 196 da Constituição Federal, à saúde, e outros direitos Fundamentais Sociais, ainda, dependendo de políticas públicas para sua execução.

No tocante as políticas públicas, note-se que não se trata de atividade realizada gratuita e estéril, mas de uma atividade que objetiva resultados, uma vez que suas resoluções atinjam à totalidade da comunidade[13].

São imposições que se aplicam à comunidade, com base na legitimidade política dos que as decidem, possuindo a qualidade de obrigar seus destinatários.

O mais importante no tocante as políticas públicas, seria saber implementá-las. Desta feita, como já assinalado[14] a implementação ocorre no campo operacional do direito sendo responsável pela sua aplicação o Poder Público.

Assim, referidas políticas públicas caminham paralelamente à legislação, vez que nesta tem-se como principal característica a generalidade e abstração, e naquelas, forma de remate e de concreção de seus enunciados.

Às políticas públicas como forma de destinação de orçamento público para determinadas finalidades, em especial à saúde, hodiernamente encontram barreira na comumente arrolada “reserva do possível”.

Como salientado por Ingo Wolfgang a reserva do possível constitui, ou faz parte da maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento do direito subjetivo individual à saúde como prestação do Estado, já que, o direito prende-se a uma dimensão econômica que implicaria alocação de recursos, ou seja, depende para sua efetivação de efetiva disponibilidade de recursos públicos do Estado, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Ou seja, é ter dinheiro em caixa para adimplir a prestação assumida.

Embora haja por bem em se reconhecer referido limite fático, este implica em relativização da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, de forma que, sempre que se encontre frente a prestação de natureza emergencial, tem que se reconhecer direito subjetivo do particular a tutela jurisdicional, caso contrário, se sustentaria ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça, vez que, escondidos atrás da insuficiência de recursos, conceder-se-ia ao Estado o direito a condenação à morte de pessoas, não podendo ser desconsiderada, portanto, a grave ameaça que paira sobre aqueles que necessitem se socorrer do judiciário.

Nesta senda J.J. Gomes Canotilho[15] leciona:

“O entendimento dos direitos sociais económicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe como acuidade o problema de sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma ‘reserva possível’, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos ‘recursos económicos’ a efectivação dos direitos económicos sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efectivação desses direitos”.

Assim, constitui desafio ao operador do direito a eficácia e a efetividade dos direitos sociais quando confrontadas com os limites e a escassez de recursos, de forma que os direitos sociais estariam reféns como salienta Marizélia Peglow e Clovis Gorzevski de opções políticas orçamentárias, vez que, a reserva do possível seria uma chancela orçamentária.

Embora, os direitos sociais tenham consideráveis efeitos financeiros, não se justifica inferir a *não-existência* desses direitos por força do princípio da competência privativa do legislador não sendo ilimitada, vez que, os direitos individuais devem pesar mais que as razões da política financeira[16].

Defende Robert Alexy modelo de direitos fundamentais sociais, que se leve em conta os argumentos favoráveis e também os desfavoráveis a sua concreção. Para Ingo Wolfagan Sarlet, a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana constituem fios condutores na tarefa de otimizar a eficácia dos Direitos Fundamentais[17].

Assim, com base no acima delineado Sarlet, põe limite real de escassez de recursos orçamentários, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, “o qual representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo eventuais abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão[18].”

A escassez de recursos orçamentários públicos jamais poderá ser limite à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo sendo certo, a discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais, não podem escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais.

Dessa forma, como salienta Marizélia Peglow e Clovis Gorzevski a garantia do “mínimo existencial” acaba por constituir o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação, pois, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade.

Desta feita, estas limitações, não podem obliterar as garantia das básicas de sobrevivência do indivíduo em face ao dever do Estado de prestação obrigacional, dentro do conceito de mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana, pilar de toda a sistemática dos direitos humanos e fundamentais.

Sem o mínimo existencial, prejudicado qualquer discurso sobre liberdade ou igualdade. Vez que, a dignidade humana além de ser alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental, é critério de seleção de bens juridicamente protegidos.

Sendo assim, Sarlet, postula o direito à vida e o princípio fundamentalíssimo da dignidade da pessoa humana (ao qual corresponde um direito fundamental à garantia e proteção desta dignidade) constituem-se assim, a condução de critérios referenciais, na tarefa de otimizar a eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais prestacionais, inclusive viabilizando o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações pelo Estado, pelo menos na esfera de um padrão mínimo, não se olvidar, de que a liberdade e igualdade substanciais se constituem em exigências precípua da dignidade da pessoa humana.

Sarlet[19] sustenta ainda uma dimensão dúplice da dignidade enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou, até mesmo, – e

principalmente – quando ausente a capacidade de determinação. Os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade[20].

Neste diapasão de valores, é crucial a invocação do princípio da proporcionalidade com o fito de resguardar o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo o retrocesso das conquistas sociais a medida em que, o Estado cumpre seu papel na prestação obrigacional de responsabilidade da justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias.

5. CONCLUSÃO

Frente ao que foi explanado, cumpre concluir-se o presente ensaio apontando, conclusão acerca de cada ponto abordado, e derradeiramente fazer-se um fechamento.

Acerca do inicialmente proposto acerca dos Direitos Fundamentais e sociais destaque-se a elucidação citada de que *os direitos sociais são prestações positivas estatais enunciadas na constituição, esclarecendo-se que se dividem em direitos prestacionais (positivos), e defensivos (negativos).*

Acrescente-se a outra distinção realizada pela balizada doutrina colacionada, dividindo os direitos em liberdades, que se constituiriam em obrigações negativas e os direitos sociais que consistiriam precipuamente em poderes, somente podendo ser realizados com um certo número de obrigações positivas.

Assim, observando-se a origem Constitucional dos Direitos Sociais, impondo-se ao legislador, devendo ser concedidos a todos os cidadãos, como condição da igualdade jurídica.

No referente à Saúde como direito, e o dever encampado na Constituição de 1988 e seu aspecto constitucional material/formal, como já destacado somente se ouvirem, questionamentos do porque da inclusão no rol de direitos fundamentais de algum direito, quando referido direito dependeu para sua efetividade de aporte de recurso material e humano, por parte do Estado.

Mesmo nessa esteira, a doutrina é esmagadora, no sentido de reconhecer à saúde natureza de direito fundamental, na medida de sua relação com a vida e a Dignidade da pessoa humana, e o esvaziamento dessas chancelas, caos desconsiderada a saúde em seu mais amplo aspecto, calhando salientar, que a Constituição Federal de 1988, reconhece o direito à saúde expressamente, de maneira que, o reconhecimento da saúde como direito fundamental corresponde a um dever jurídico por parte do Estado, e não tão somente como condição de direito público subjetivo.

Relativamente á Dimensão positiva ao direito de saúde (a saúde como direito a prestações materiais), repise-se que o presente estudo não tem a pretensão de abordar a temática em sua dimensão negativa, tão somente em sua dimensão positiva.

Juízo de valor do qual não se pode escapar é o de que, em sua dimensão positiva, o direito à saúde é um direito a prestação, que se forma igualitária deverá ser outorgada com a máxima eficácia e efetividade, a despeito do problema que se encampa no sentido de que a Constituição não delimita o que seja objeto do direito a saúde, cabendo ao legislador Federal, Estadual, Municipal ou Distrital, definir qual seja seu objeto, dependendo da competência legislativa que lhe for atribuída pela Constituição, cabendo ao judiciário por meio do controle difuso da Constitucionalidade e da legalidade, quando acionado, interpretar e instrumentalizar a concreção das normas, sendo no sentido de sanar omissões, sendo no sentido de aumentar a extensão dos limites descritos pelo poder legislativo, quando estes colidirem com o que seja a saúde em sua acepção jurídica.

Derradeiramente no tocante a aplicação do princípio da máxima eficácia e a efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais e a reserva do possível, que se apresenta como argumento sério, elucida-se na doutrina de um modo geral, que é da afirmação constitucional dos direitos sociais que estes adquirem sua condição de eficácia jurídica.

Observa-se que as normas que prescrevem direitos fundamentais democráticos e individuais tem de aplicabilidade imediata, significando que são aplicáveis até onde permite as instituições, em suas condições para atendimento, repisando-se o entendimento de que quando instado acerca de uma situação concreta, o Judiciário deve promover a garantia dos direitos fundamentais, por via do controle difuso de constitucionalidade.

O óbice aqui apontado refere-se às limitações reais encontradas nas políticas públicas, como atividade que objetiva resultados, que, por sua natureza atingem à totalidade da comunidade, tendo como principal aspecto a ser levado em consideração no presente estudo o saber implementá-las, o que é de responsabilidade do Poder Público, na medida em que instrumentalizam no plano concreto as normas oriundas do poder legislativo que tem como principais características a generalidade e abstração.

Nesse particular é que surge a “reserva do possível”, que é comumente apontada como limitação fática para a execução das políticas públicas, frente a escassez dos recursos humanos e econômicos.

Sobre este aspecto da discussão, calha salientar que reconhecer referido limite fático, implica em relativização da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais.

Assim, o desafio ao operador do direito quando busca a eficácia e a efetividade dos direitos sociais encontra são os limites e a escassez de recursos.

Ainda que se reconheçam os efeitos financeiros dos direitos sociais tenham, não se justifica inferir a *não-existência* desses direitos por força do princípio da competência privativa do legislador não sendo ilimitada, vez que, os direitos individuais devem pesar mais que as razões da política financeira.

Desse modo, a escassez de recursos públicos jamais poderá ser limite à garantia das condições de existência humana, sob pena de sacrifício do postulado da dignidade da pessoa humana.

Derradeiramente, cumpre destacar-se a importância de outros princípios como o da razoabilidade e o da proporcionalidade, buscando-se sempre o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, permitindo ao Estado o cumprimento íntegro de seu papel, e aos cidadãos a satisfação plena de seus direitos.

6. REFERENCIAS TEÓRICOS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indices/geral0001.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, Coimbra Portugal: 2003,

DA ROSA, Marizélia Peglow. e Clovis Gorczewski: *A Concretização Dos Direitos Humanos Sociais E A Reserva Do Possível*. Publicado no GT **Direitos Humanos E Teoria Da Democracia, no XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador: DATA: 19, 20 e 21 de junho de 2008 ISBN: 978-85-7840-009-5**

Embargos Infringentes **NÚMERO:** 598526481 Não Possui Inteiro Teor. **RELATOR:** Luiz Felipe Brasil Santos. **REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA- TJ/RS**

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

PRADRO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2ª ed. RT, São Paulo, 1998.

STJ -REsp 873.196/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 24/05/2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica e sua Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. disponível na Internet: <http://www.direitoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 24 de abril de 2009.

_____, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. Malheiros São Paulo, 2000,

STRECK, Lênio Luiz. *A Hermenêutica Jurídica em Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51

[2] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p. 203-212, passim. Segundo este autor, os argumentos para a não aceitação dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais podem ser resumidos da seguinte forma: a) no plano da fundamentação, não se pode considerar menos “natural” o direito à saúde, à cultura e ao trabalho que assegure existência digna, do que os direitos à liberdade de opinião e de sufrágio; b) o exercício de direitos individuais, em muitos casos, se faz dependente de ações judiciais, voltadas para a defesa de direitos coletivos ou difusos; c) os Direitos Sociais, positivados na Constituição, são normas jurídicas imediatamente aplicáveis.

[3] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed., p. 289-290.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.)

Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 554-555, passim

[5] **TIPO DE PROCESSO:** Embargos Infringentes **NÚMERO:** 598526481 Não Possui Inteiro Teor. **RELATOR:** Luiz Felipe Brasil Santos **EMENTA:** EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO SUBJETIVO A PRESTACAO DETERMINADA NO AMBITO DA SAUDE. AUTO- APLICABILIDADE DO ART. 196, DA CF, QUE ASSEGURA O DIREITO FUNDAMENTAL A SAUDE, RECONHECENDO, EM DECORRENCIA, A CARACTERIZACAO DO DIREITO SUBJETIVO A DETERMINADA PRESTACAO NESSA AREA, SEMPRE QUE, NO EXAME DO CASO CONCRETO, EXSURGIR A EVIDENCIA DE QUE SE ENCONTRA EM JOGO O VALOR BASICO E MAIOR DA PRESERVACAO DA VIDA HUMANA, PRESSUPOSTO DE TODO E QUALQUER DIREITO. DESACOLHERAM OS EMBARGOS. (Embargos Infringentes Nº 598526481, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/06/1999) **TRIBUNAL:**Tribunal de Justiça do RS **DATA DE JULGAMENTO:**11/06/1999 **Nº DE FOLHAS:** **ÓRGÃO JULGADOR:** Quarto Grupo de Câmaras Cíveis **COMARCA DE ORIGEM:** PELOTAS **SEÇÃO:** CIVEL **PUBLICAÇÃO:**Diário da Justiça do dia **TIPO DE DECISÃO:** Acórdão **ASSUNTO:** 1. ESTADO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. DISPOSICAO DA LE-9908 DE 1993. OBRIGACAO DE FAZER DO ESTADO. 2. DOENCA GRAVE. EPILEPSIA REFRATORIA. MEDICAMENTO INDISPENSAVEL. FALTA DE RECURSOS PROPRIOS. DIREITO A VIDA. **REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:**CF-196 DE 1988. **REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA:** SEGREDO DE JUSTICA

[6] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed., Ed. Campus, 1992, p. 21.

[7] DA ROSA, Marizélia Peglow. e Clovis Gorczewski: *A Concretização Dos Direitos Humanos Sociais E A Reserva Do Possível.* Publicado no GT **DIREITOS HUMANOS E TEORIA DA DEMOCRACIA no XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador:** DATA: 19, 20 e 21 de junho de 2008 ISBN: 978-85-7840-009-5

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica e sua Reforma do Estado(RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. disponível na Internet: <http://www.direitoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 24 de abril de 2009.

[9] RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das

regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde. "O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo" (Ives Gandra da Silva Martins, in "Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso especial provido. (REsp 353.147/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2002, DJ 18/08/2003 p. 187)

[10] ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004, p. 133.

[11] Idem.

[12] PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. EXECUÇÃO DIRETA DE AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ATRIBUIÇÃO LEGAL DOS ÓRGÃOS LOCAIS, E NÃO DA UNIÃO. 1. Segundo a Constituição, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Todavia, cumpre ao legislador dispor sobre a "regulamentação, fiscalização e controle" das ações e serviços de saúde, "devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (CF, art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por "uma rede regionalizada e hierarquizada" de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198). 2. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei 8.080/90 tratou da organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, com o objetivo, não apenas de evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. 3. Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: "Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população". No que se refere especificamente à assistência farmacêutica, cumpre à União, como gestora federal do SUS, o repasse de recursos financeiros, cabendo aos Municípios e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e a adequada dispensação de medicamentos. 4. Recurso especial provido para excluir a União do pólo passivo da demanda, divergindo do relator. (REsp 873.196/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 24/05/2007 p. 328).

[13] VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002, p. 377

[14] *Idem* cit.6

[15] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, s/d, p. 478.

[16] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 495.

[17] BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indices/geral0001.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

[18] *Idem*.

[19] Ingo Wolfgang Sarlet, in *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p.

49

[20] *Idem*, p. 92.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A SOCIAL FUNCTION OF OWNERSHIP AND THE RIGHTS OF PERSONALITY

**Danyelle Bezerra Terhorst
Wanderlei de Paula Barreto**

RESUMO

A propriedade, assegurada explicitamente pela Constituição Federal, é um dos desdobramentos mais cabais dos direitos da personalidade. Até o século XVII, a propriedade conferia ao seu titular poder absoluto e pleno sobre a coisa, eis que revestida de caráter personalíssimo e individualista. A função social da propriedade é direito fundamental, auto-aplicável, independe de qualquer ato normativo para sua imediata eficácia, e é elemento intrínseco do conceito de propriedade. A propriedade deve estar voltada ao bem-estar de toda a sociedade, fazendo emergirem riquezas e atendendo as necessidades básicas não só do proprietário, mas de toda a coletividade.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE; FUNÇÃO SOCIAL; DIREITOS DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

The property, explicitly guaranteed by the Constitution, is one of the most full unfolding of the rights of the personality. Until the seventeenth century, the property conferred on the holder full and absolute power over the thing, they are coated with subjectiv character and individualistic. The social function of property law is fundamental, self-administered, independent of any legislative act for its immediate effectiveness, and is intrinsic element of the concept of ownership. The property must be dedicated to the welfare of the whole society, as wealth and given the emerging needs not only the owner but the whole community.

KEYWORDS: PROPERTY; SOCIAL FUNCTION; RIGHTS OF THE PERSONALITY.

1. Propriedade, visão histórica e evolução

A problemática da propriedade privada é alvo de discussão, desde os primórdios da humanidade.

A doutrina sobre a história do direito de propriedade registra, com efeito, que

Imemorial é o direito de propriedade, remontando aos primórdios da história humana. Com efeito, todos os mais antigos códigos legislativos da humanidade, seja o Código de Hamurábi, seja o Código de Manu, seja o Decálogo, prescreveram regras de proteção à propriedade, o que demonstra sua antiguidade.¹

Nas civilizações primitivas, a terra não era objeto de apropriação, “*predominava uma propriedade comunitária com um domínio coletivo sobre as coisas úteis, ficando a propriedade privada reservada para objetos de uso exclusivamente pessoal*”.^[1]

Com a edição do Código de Hamurabi, a propriedade privada passou a ser garantida, com a regulamentação de contratos de arrendamento de terras, de mútuo e de prestação de serviços.^[2]

Na Grécia Antiga, já se processavam movimentos agrários, provenientes de lutas entre nobres e plebeus. Atenas e Esparta disputavam a liderança política e econômica do mundo antigo, tendo por base uma organização comunitária, com o desenvolvimento voltado para a agricultura e a pecuária. ^[3]

A constituição da família tinha íntima relação com a constituição da propriedade, arraigadas ambas em crenças religiosas.

Em razão da perda da homogeneidade familiar e do enfraquecimento das tradições religiosas, a propriedade perdeu o seu caráter sagrado, propiciando o surgimento da propriedade individual, fruto do desenvolvimento comercial e da primazia de metais preciosos e do dinheiro. ^[4]

Na concepção platônica de Estado ideal, aos governantes era imposta renúncia natural à propriedade; ao revés, aos artesãos era conferida a liberdade do acúmulo de propriedades, eis que a estes cabia o sustento do Estado.^[5]

Já afirmava Aristóteles: [...] *os afazeres de uma vida dedicada ao que é comum pressupõem a transferência de encargos àqueles que eram, por natureza, considerados instrumentos animados (ferramentae animatae)*.^[6]

Em sua origem, Roma era formada por patrícios ^[7] e plebeus. Cada família de patrícios detinha um pequeno lote de terras, enquanto aos plebeus, só lhes restava a liberdade, eis

que não eram considerados cidadãos (patrícios), sendo tolhidos do direito de cultivar a terra.

Na primitiva Roma[8], a propriedade tinha sentido personalíssimo, conferindo a seu titular poder absoluto e pleno sobre a coisa, ilimitado e soberano, profundamente individualista; “(...) *situa-se a propriedade no centro do sistema, girando-lhe ao redor toda a ordem jurídica e econômica*”. [9]

A propriedade tinha como características próprias a perpetuidade, a exclusividade, o teor absoluto, a isenção de impostos, e a quase inexistência de limitações. [10]

Montesquieu atribuiu, como causa inicial da decadência de Roma, o vazio político do governo imperial, em que a nobreza militar se assenhoreou do poder, marginalizando o povo e privando-o das terras e da participação no governo, acomodando-os com a distribuição gratuita de trigo e divertimentos do circo, degenerando num populacho ocioso, pobre e corrupto. Para Montesquieu, [11]

O Estado é uma organização social, verdadeiro organismo social, que, à semelhança do organismo biológico, decai quando imobilizado prolongadamente. Ele vive, evolui incessantemente. Na imobilização prolongada, os germes de que é portador proliferam e o arruinam. Pois assim aconteceu com Roma. [12]

Luiz Edson Fachin reconhece que a propriedade foi instituída pelo direito romano; todavia, não houve a preocupação de se atribuir um conceito à “propriedade”, mas apenas de traçar seus elementos e conteúdo, e afirma que: “*A propriedade em Roma, constitui direito absoluto e perpétuo, excluindo-se a possibilidade em exercitá-la vários titulares*”. [13] Com a evolução do direito de propriedade, em Roma, modificou-se a noção de propriedade como direito absoluto marcado por traços individualistas, sofrendo consideráveis atenuações, porquanto “(...) *a noção materialista da propriedade humaniza-se sob influência cristã. A propriedade é vista como um bem que acarreta para o titular direitos, mas também deveres, obrigações morais*”. [14] As limitações da propriedade, no direito romano, repercutiram, também, na redução progressiva dos poderes dos senhores sobre os escravos (considerados objetos no direito de propriedade). Desta forma, o direito romano acabou limitando “*os poderes dos proprietários, na medida em que proibia a plena disposição, utilização e gozo por parte do proprietário do escravo que possuía*”. [15]

Na Idade Média, houve o desmembramento do conceito de propriedade, consagrando-se a “*superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único bem*” [16], sendo este fator preponderante na organização da economia e na estruturação social.

Surgiram os chamados *feodum*[17], caracterizados por agrupamentos feudais, compostos pelo “senhor ou vassalos, e dos servos e vilões”, cujas regras fundamentais originaram o chamado feudalismo. [18] O período feudal propiciou “*uma nova fórmula de dominação econômica e política*” [19], sucessora do Estado universal romano.

A Idade Média, por sua vez, foi substituída pela Revolução Francesa, quando se procurou dar um caráter democrático à propriedade, primando-se pelos princípios da

igualdade, soberania e justiça. [20] Rousseau defendia que só se poderia falar em propriedade com a fundação da sociedade política,[21] quando avulta a relação entre trabalho e propriedade, como tema fundamental da economia e sociologia do século XIX. Por meio da cultura de terras surgiu a partilha, e desde que reconhecida a propriedade, despontaram as primeiras regras de justiça, eis que “[...] *para dar a cada um o que é seu, é preciso que cada um possua alguma coisa*”; além disso, é impossível “*conceber a idéia da propriedade nascendo de algo que não a mão-de-obra, pois não se compreende como, para apropriar-se de coisas que não produziu, o homem nisso conseguiu pôr mais do que o seu trabalho*”, pois somente o trabalho é capaz de proporcionar ao cultivador, além do direito sobre o produto, o “*direito sobre a gleba pelo menos até a colheita, assim sendo cada ano; por determinar tal fato uma posse contínua, transforma-se facilmente em propriedade*”. [22]

Para Locke, a propriedade é um direito natural, nasce e se aperfeiçoa antes da instituição do Estado. [23]

Lord Edward Coke (1552-1634), juiz e parlamentar da época, “[...] *sustentou a existência de fundamental rights dos cidadãos ingleses [...]*” [24], especialmente no que diz respeito ao reconhecimento do direito de propriedade. Também foi “[...] *considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade*” [25], incorporando-se ao pensamento individualista burguês.

A Revolução Francesa representou importante divisor de águas, eis que possibilitou a humanização e a democratização dos direitos, mitigando a servidão feudal e extirpando apanágios em favor de poucos.

2. A função social da propriedade

A função social está relacionada ao uso da propriedade, e este, por sua vez, é o modo pelo qual são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito de propriedade. [26]

Na visão de Fábio Konder Comparato, a função da propriedade [...] *significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo*”, o qual corresponde “*ao interesse coletivo e não ao interesse do próprio dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro*”. [27]

Pietro Perlingieri ressalta que o reconhecimento da propriedade é justificado pela promoção dos valores referentes à função social, a qual não diz respeito aos seus limites, exclusivamente, mas de determinar “[...] *os modos de aquisição, de gozo e os limites com o objetivo de assegurar a sua função social, de maneira que esta última conserte o conteúdo global da disciplina proprietária, não apenas os limites*”. [28]

Se se considerasse a função social como um conjunto de limites, a interpretação seria negativa, comprimindo os poderes do proprietário, que, por sua vez, “[...] *sem os limites, ficariam íntegros e livres*”. [29]

As formas de propriedade e suas interpretações “[...] *deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento*”, eis que o conteúdo da função social é “[...] *inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa*”. [30]

Desta forma, a função social deve ser entendida como “[...] *a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito [...]*, atribuindo ao legislador um critério de ação e “[...] *um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular*”; e não como “[...] *uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada*”. [31]

É necessário buscarem-se os limites e significados de cada princípio constitucional, tendo em vista os valores constituídos na Lei Fundamental; tal limitação implica demarcar o campo normativo dos princípios, sendo batizada pela doutrina de “limites imanentes”, os quais, “[...] *representam a fronteira externa dos direitos fundamentais [...]*”, podendo “[...] *estar definidos expressamente na Constituição, ou dela decorrerem implicitamente*”. [32]

Sobre o direito de propriedade individual, como expressão dos direitos fundamentais, na Constituição política portuguesa, enfatiza Canotilho, que “*o direito de propriedade individual é um direito de expressão constitucional*”, sendo assim, um direito fundamental, o qual “[...] *a comunidade política elegeu como indesligáveis da pessoa, com instrumento natural do seu desenvolvimento econômico (sic)!, social e cultural*”. [33] A Constituição portuguesa deixou a cargo da legislação ordinária, a definição do conteúdo do direito de propriedade privada, instituindo, no art. 1.305 do Código Civil Português, “[...] *um conjunto de três faculdades, que são, afinal, a expressão da sua natural essência: uso, fruição e disposição*”, garantindo ao proprietário o gozo pleno e exclusivo, “*querendo com isso significar que, acima dos dele (proprietário), não existem outros poderes sobre a coisa, e que ele pode exigir que todos se abstenham de perturbar ou obstaculizar o seu exercício*”. [34] Canotilho doutrina que “*a idéia de um direito de propriedade absoluto e ilimitado, fruto das concepções político-econômicas (sic)! do liberalismo, tem vindo a descaracterizar-se pela acentuação do fim social daquele direito*”, em simultaneidade “[...] *com a evolução dos sistemas político-econômicos (sic)! para formas mais solidárias de participação dos cidadãos e das instituições*”; sendo que, as restrições ao gozo pleno e exclusivo do proprietário, “[...] *fazem parte do conteúdo do próprio direito, como seus elementos normais*”; porquanto, “*não devem ser encarados, pois, como agressões excepcionais ao poder absoluto do dominus*”. [35]

Norberto Bobbio averba que os direitos do homem, “[...] *por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos*”, oriundos de determinados contextos, por meio de lutas em prol “*de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez*”, de modo que “*as Constituições apenas os certificam, declaram e garantem*”. [36] E acrescenta: “[...] *O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas*”. [37]

Existe no indivíduo uma singularidade imune às diretrizes sociais; no entanto, o homem se individualiza por meio do processo histórico-social.

Os direitos fundamentais são realidades históricas, resultantes de lutas e batalhas travadas através dos séculos, em prol da dignidade humana, de modo que “[...] *é natural, portanto, que as mudanças políticas, sociais e culturais que se desenrolam na sociedade moldem a forma com que estes direitos são encarados*”.^[38]

A divisão da trajetória histórica dos direitos fundamentais em Estado Liberal e Estado Social, possibilita a análise das características de cada um destes modelos, eis que apresentam “[...] *características básicas que têm enorme relevo para a definição da incidência, ou não, dos direitos humanos nas relações privadas*”.^[39]

Rousseau enfatizava a importância da democracia e da soberania popular, acreditando na sabedoria das maiorias. Em seu modelo de contrato social, os indivíduos alienavam toda a sua liberdade para “[...] *um corpo social ao qual todos pertenciam. Governantes e governados passariam a se identificar plenamente*”, representando a liberdade.^[40]

No modelo de contrato social de Locke “[...] *os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em Hobbes e Rousseau [...]*”, mas “[...] *retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis [...]*”, os quais deveriam ser rigorosamente respeitados pelos governantes; sendo que “[...] *Dentre tais direitos, o mais essencial, segundo Locke, era a propriedade, cuja proteção representava a mais importante função estatal*”.^[41]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “[...] *dotada de caráter universal e impregnada pela teoria jusnaturalista [...]*”^[42], demonstrou a sua preocupação com os anseios da burguesia emergente^[43], tratando no artigo 17, da propriedade como “direito inviolável e sagrado”.

A partir dos interesses da burguesia ascendente “[...] *é que os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos, oponíveis apenas em face do Estado*”; sendo os direitos públicos subjetivos autolimitações ao poder estatal, “[...] *as quais deveriam ser exercidas exclusivamente dentro do marco estabelecido pelas leis*”.^[44]

O constitucionalismo liberal preconizava a regulamentação das relações privadas pelo Código Civil, o qual tinha como base de sustentação a propriedade e o contrato, buscando “[...] *assegurar a segurança e a previsibilidade das regras do jogo para os sujeitos de direito nas suas relações recíprocas, a partir de uma perspectiva (falsa) de asséptica neutralidade diante dos conflitos distributivos*”.^[45]

Francesco Carnelutti assegura que se partirmos “*do princípio de que os homens são diferentes entre si: uns mais fortes que outros, uns mais jovens que outros, uns mais inteligentes que outros, uns mais bonitos que outros, uns mais bons (sic) que outros*”, a ‘medida’ de diferenciação nunca será idêntica; e que há entre eles “*ainda nas sociedades primitivas, indivíduos privilegiados que exercem naturalmente sobre os outros a função de chefe ou cabeça (líder ou dirigente)*”.^[46]

3. O direito de propriedade em face dos direitos da personalidade

A personalidade é a totalidade dos sistemas psicológicos do homem, os quais viabilizam a sua adaptação ao ambiente e às demais pessoas com quem convive.

Em 1585, o jusfilósofo alemão Hugo Donellus, já ensinava aos seus discípulos em Nuremberg, que “[...] o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem”. [47]

A propriedade está entre os direitos economicamente apreciáveis, que se destacam da pessoa de seu titular; enquanto outros direitos há “[...] não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente”, que são os direitos da personalidade, “[...] cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra”. [48]

O direito de propriedade compõe o rol dos direitos fundamentais [49] da primeira geração, assim como o direito à vida, à liberdade e à igualdade perante a lei.

Na concepção de Carlos Alberto Bitar, não existe um conceito completo e preciso do que sejam direitos da personalidade [50], gerando divergências doutrinárias no que diz respeito “[...] à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação [...]”, em razão do “[...] caráter relativamente novo de sua construção teórica; da ausência de uma conceituação global e definitiva [...]”, podendo ser visto pelo direito positivo sob ângulos diferenciados, de um lado público, como liberdades públicas e, de outro privado, como direitos da personalidade, atribuindo-lhe “[...] feições e disciplinações distintas”. [51]

Para Adriano De Cupis, os direitos da personalidade são direitos subjetivos, denominados direitos essenciais, que constituem o cerne da personalidade, constituindo uma categoria autônoma, derivada do caráter de essencialidade, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo*. [52]

Parte da doutrina divide os direitos da personalidade em dois grandes grupos, quais sejam, em direitos da personalidade públicos e direitos da personalidade privados, conforme a clássica metodologia dos ramos do Direito.

Os direitos da personalidade públicos são inerentes à pessoa humana e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Cidadão, tendo por objetivo “[...] a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado ou, ainda, objetivam a defesa da sociedade considerada como um todo das agressões praticadas por certos particulares”; enquanto os direitos da personalidade privados englobam os direitos característicos da pessoa humana, sendo desta forma, “[...] os mesmos direitos de personalidade públicos, porém, tratados sob o ângulo do direito privado, nas relações dos particulares entre si, visando a proteção do indivíduo frente às agressões de outro particular”. [53]

O conceito geral da personalidade, como direito subjetivo, foi abstraído inicialmente do conceito de propriedade do direito romano, “[...] enquanto domínio ilimitado sobre uma coisa corpórea”.^[54]

Na concepção de François Rigaux, o direito de propriedade “[...] é a matriz intelectual dos direitos subjectivos, porque tem por objecto uma coisa ocupando uma porção definida do espaço [...]”, delimitando o poder de abstração de terceiros.^[55]

Sob esse enfoque, o direito geral de personalidade não seria um direito subjetivo, já que seu objeto não tem um conteúdo delimitado e seu sujeito “[...] não exercer um domínio incondicional, dado o elevado número de restrições impostas ao domínio de cada homem sobre os seus bens de personalidade”.^[56]

Todavia, a restrição ao domínio de cada homem sobre os seus bens de personalidade “embora impeçam a qualificação do direito geral de personalidade como *Herrschaftsrecht*^[57], não se afastam grandemente do regime geral comum dos negócios jurídicos [...]”^[58]. Da mesma forma, “[...] não prejudicam o poder de autodeterminação do homem sobre a sua própria personalidade”.^[59]

Heinrich Hubmann, faz uma relação analógica entre a propriedade e os direitos da personalidade, eis que a propriedade possui uma ligação particular da pessoa com a coisa, e não é visível como conteúdo espiritual, mas “[...] conhecida de todos por causa da nossa concepção cultural e apenas àquele que cresceu na cultura é compreensível que cada coisa é propriedade de alguém”.^[60]

O proprietário tem uma "função social" a cumprir; se a cumpre, seus atos de propriedade estão protegidos; ao revés, o Estado poderá intervir para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário.

3. Considerações Finais

Desde os primórdios da humanidade, o ser humano demonstra grande preocupação quanto à prescrição de regras de proteção à propriedade; têm surgido movimentos agrários e disputas pela liderança política e econômica, focadas no desenvolvimento agropecuário.

A princípio, a propriedade era dotada de caráter sagrado e estava intimamente ligada à família. Com o enfraquecimento das crenças religiosas e a quebra da homogeneidade familiar, surgiu a propriedade individual, com características próprias, como perpetuidade, exclusividade, teor absoluto, isenção de impostos e praticamente ilimitada; de caráter personalíssimo, conferia ao seu titular poder absoluto e pleno sobre a coisa, ilimitado e soberano.

Com a Revolução Francesa, procurou-se dar à propriedade caráter democrático, na busca de igualdade, soberania e justiça. Surgiram as primeiras regras de justiça, condicionadas ao reconhecimento da propriedade. A propriedade, antes vista como

direito subjetivo individual absoluto, passou a constituir uma relação entre o seu titular e a coletividade, sendo instrumento hábil de viabilização de valores fundamentais.

A função social da propriedade determina os modos de aquisição, de gozo e limites da propriedade, com o intuito de assegurar a sua função social, em prol do interesse coletivo e do bem estar social e do desenvolvimento humano. Atendida a sua função social, a propriedade recebe a tutela jurídica estatal, ensejando ao proprietário direitos e deveres, em prol do interesse coletivo, seja sob o prisma ambiental, seja sob o pálio dos fatores econômicos e produtivos.

O pleno exercício da função social requer, ainda, maior conscientização da sociedade, eis que é constantemente obstaculizada pelos conflitos de interesses gerados em decorrência dos anseios legítimos de uso, pelo aproveitamento e preservação da propriedade, de um lado, e pelo seu desvirtuamento, por outro lado, em razão da ganância pela manutenção e/ou expansão do poder e domínio econômicos.

O direito de propriedade é direito fundamental da chamada primeira geração, ao lado do direito à vida, à liberdade e à igualdade. Os direitos fundamentais são realidades históricas, fruto de reivindicações geradas por injustiças e/ou agressões a bens fundamentais essenciais ao ser humano. Da mesma forma, o ser humano se individualiza por meio do processo histórico-social, influenciado pelo meio político, social e cultural em que vive.

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, a ela ligados, de modo perpétuo e permanente, sendo entendidos por alguns autores como direitos subjetivos, essenciais, constitutivos do cerne da personalidade humana. Outros entendem que por não possuir conteúdo delimitado, e por não exercer o seu sujeito um domínio incondicional, os direitos da personalidade não seriam direitos subjetivos.

Inicialmente, o conceito geral da personalidade como direito subjetivo (na sua qualificação de domínio ilimitado), foi extraído do conceito de propriedade.

No mesmo sentido, parte da doutrina considera o direito de propriedade como a “matriz intelectual dos direitos subjetivos”. Sob esse enfoque, pode-se identificar a mesma natureza “subjetiva” no direito de propriedade e nos direitos da personalidade.

Outra semelhança entre aqueles direitos que chama a atenção é a ligação particular da propriedade e da personalidade à pessoa.

Por fim, vale ressaltar, que ambos têm seu alcance limitado, em face das restrições impostas ao domínio de cada ser humano sobre os seus bens, sejam eles corpóreos ou incorpóreos.

4. Referências bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **A Propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto, NICOLA, Matteucci, GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. Vol. 2, 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**. Coimbra Editora, 1995.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama, 1ª ed. São Paulo: Russel, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal*. Vol. 1, n. 3. Brasília: CJF, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Agrário**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e da sua decadência**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo P. T. de Castro; THEODORO, Silvia Kellen da Silva. **A Evolução da Função Social da Propriedade**. Disponível em: www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_16.pdf> Acesso em 10 out. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens – Discurso sobre as ciências e as artes**. Vol. II. Tradução de Lurdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª. ed. São Paulo: RT, 1997.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

1 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 41.

[2] TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 42. *Apud* COSTA, José Rubens. **Síntese histórica da propriedade imóvel**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 259, p. 87-96, 1977.

[3] OLIVEIRA, Gustavo P. T. de Castro; THEODORO, Silvia Kellen da Silva. **A Evolução da Função Social da Propriedade**. Disponível em: www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_16.pdf> Acesso em 10 out. 2008.

[4] TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 42.

[5] OLIVEIRA, Gustavo P. T. de Castro; THEODORO, Silvia Kellen da Silva. A Evolução da Função Social da Propriedade. Disponível em: www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_16.pdf> Acesso em 10 out. 2008.

[6] BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 9-10.

[7] A população nativa de Roma era denominada patrícios, do latim *pater*, “o chefe da família, que detinha enormes poderes, tendo inclusive o poder de escravizar ou de manter os membros de sua família”. (FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Agrário**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.)

[8] O fenômeno conhecido como “pessoalização” do direito real, ou, o que corresponderia ao mesmo, a “relativização” dos direitos absolutos, tem sido uma tendência constante, iniciada no direito romano e que se manteve ao longo da história dos sistemas jurídicos modernos, oriundos do direito romano-canônico. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 140.

[9] CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 168.

[10] BOBBIO, Norberto, NICOLA, Matteucci, GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. Vol. 2, 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 1.030.

[11] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e da sua decadência**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30-31.

[12] *Op. cit.*, p. 30.

[13] FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 14-15.

[14] CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 172.

[15] BITTAR, Carlos Alberto. **A Propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 18.

[16] FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

[17] “Pequenos proprietários de terras se colocavam sob a guarda de um grande senhor, tornando-se vassalos. Cediam a terra ao senhor, que, por seu lado, lhes transmitia o seu gozo, e fruição. No começo, o sistema era passageiro, cessava com a morte do senhor ou do vassalo. Depois, tornou-se hereditário”. (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 43)

[18] TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

[19] FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16.

[20] *Op. cit.*, p. 16.

[21] BITTAR, Carlos Alberto. **A Propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 20.

[22] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens – Discurso sobre as ciências e as artes**. Vol. II. Tradução de Lurdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999, p. 96.

[23] BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 187.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 42.

[25] *Op. cit.*, p. 42.

[26] *Op. cit.*, p. 17.

[27] COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal*. Vol. 1, n. 3. Brasília: CJF, 1997, p. 75.

[28] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 226.

[29] *Op. cit.*, p. 226.

[30] *Op. cit.*, p. 226.

[31] *Op. cit.*, p. 226.

[32] TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.

[33] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**. Coimbra Editora, 1995, p. 9-10.

[34] *Op. cit.*, p. 9-10.

[35] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**. Coimbra Editora, 1995, p. 9-10.

[36] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

[37] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

[38] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 19.

[39] *Op. cit.*, p. 19.

[40] *Op. cit.*, p. 22.

[41] *Op. cit.*, p. 22.

[42] *Op. cit.*, p. 24.

[43] “[...] a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e o direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 26)

[44] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 30.

[45] *Op. cit.*, p. 30.

[46] CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama, 1ª ed. São Paulo: Russel, 2004, p. 18-19.

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41-42.

[48] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009; p. 153

[49] “[...] os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 56.)

[50] “Os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”. (BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 01)

[51] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 01.

[52] DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 17.

[53] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p, 50-51.

[54] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 607.

[55] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 607, *apud*. RIGAUX, François. **La protection de l'avie privée et dès autres biens de la personnalité**, p. 742.

[56] *Op. cit.*, p. 607.

[57] Direitos de domínio ou de soberania.

[58] *Op. cit.*, p. 607.

[59] *Op. cit.*, p. 607.

[60] *Op. cit.*, p. 569.

MEDICAMENTOS NO BRASIL: ACESSO À JUSTIÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

MEDICINES AT BRASIL: JUSTICE ACCESS AND NECESSARY PUBLIC POLICIES TO FORCE PERSONALITY'S RIGHTS

Giseli Valezi Raymundo

RESUMO

A importância do estudo dos direitos da personalidade é crescente na medida em que aumentam os conflitos sociais que emergem nas sociedades complexas, como a brasileira. A análise dos referidos direitos, contudo, deve ser desenvolvida visando a descobrir quais os instrumentos que possibilitarão sua efetivação. Dentro desta perspectiva, há, por exemplo, mecanismos jurídicos, extrajurídicos, políticas públicas, meios alternativos de resolução de conflitos, rol este que não é taxativo. O presente artigo tem como objetivo analisar instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade tendo como referência o tema do fornecimento gratuito de medicamentos no Brasil. Para tanto, serão objeto de reflexão dois aspectos centrais. O primeiro deles relativo ao acesso à justiça, o que se justifica pelo aumento considerável de demandas cujo pedido diz respeito ao acesso a medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde. O segundo apreciará se as políticas públicas pertinentes à assistência farmacêutica estão sendo instrumentos para a efetivação ou não dos direitos da personalidade

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO A MEDICAMENTOS; EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

Study personality's rights has an increasing importance because the social conflicts in an complex society, as the brasilian one, are increasing too. The analysis of referring rights, however, must be develop to discover which instruments are going to enable its force. Through this perspective there are, for example, judicials mechanisms, extrajudicials mechanisms, public policies, alternatives ways to solve conflicts, rota does not exhausted. The present article has the intention to analyse instruments to enable personality's rights through the theme of gratuitous medicine's catering at Brasil. So, are going to be object of reflexion two aspects. The first related to justice access, that is justified by the increase of claims which the plead involves the gratuitous access to medicine's that are not available by Unique Health System. The second will appreciate if the public policies apt to pharmaceutical aid are instruments of enable or not personality's rights.

KEYWORDS: MEDICINE'S ACCESS; PERSONALITY'S ENABLE RIGHTS.

1 INTRODUÇÃO

O aumento dos conflitos sociais em sociedades complexas como a brasileira exige dos estudiosos do Direito análise mais aprofundada dos institutos jurídicos, a fim de que a teoria não se distancie da prática a ponto de se tornar inócua.

É o que ocorre com os direitos da personalidade, cujo estudo demonstra-se cada vez mais relevante, tendo em vista o desrespeito constante crescente e a direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Partindo destas premissas, é preciso centrar a atenção na análise de instrumentos que possibilitarão a efetivação dos direitos da personalidade, sem os quais a teoria nunca se aproximaria do contexto social em que estes direitos devem se realizar.

Dessa forma, é preciso avaliar que espécies de mecanismos jurídicos, extrajurídicos, políticas públicas, dentre outros, podem garantir a efetivação dos direitos da personalidade.

Interessa ao presente estudo debater a efetividade dos referidos direitos tendo como referência o tema do fornecimento gratuito de medicamentos no Brasil.

Pela brevidade desta exposição, que se materializa em artigo com número limitado de páginas, o debate proposto terá dois focos centrais. O primeiro deles relacionado ao acesso à justiça, por meio do estudo dos institutos da causa de pedir e o pedido, o que se justifica pelo aumento considerável de demandas cujo pedido diz respeito ao acesso a medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde.

O segundo apreciará se as políticas públicas pertinentes à atual assistência farmacêutica são instrumentos para a efetivação ou não dos direitos da personalidade.

Posteriormente à sobredita análise, partindo das reflexões propostas, será possível analisar qual a perspectiva que se tem para avaliar e fomentar a observância dos direitos da personalidade, por meio da junção ou não de mecanismos jurídicos e extrajurídicos, além de outras possibilidades.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO UNIVERSO DO DIREITO À SAÚDE

O acesso a medicamentos é direito previsto no art. 6º da CR/88, uma vez que decorre do reconhecimento do direito social à saúde, ou seja, a ele se aplicam as mesmas regras

válidas para os direitos fundamentais, inclusive a de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CR/88).

As reflexões postas sobre o direito à saúde permitem que se relacione este ao direito à vida, integridades física e psíquica e à honra, motivo pelo qual está presente a noção de direitos da personalidade.

Dentre as diversas concepções que tentam explicar a relação, coincidência ou diferença entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais[1], adota-se aquela consoante a qual a proteção dos valores da pessoa humana não se restringe ao direito posto no texto constitucional, mas em diferentes níveis, tanto constitucional, quanto civil, penal, dentre outros[2].

Pelo exposto, é possível pensar o direito fundamental ao acesso a medicamentos sob a perspectiva jurídica dos direitos da personalidade, em conformidade com as características e demais peculiaridades próprias destes direitos.

Este ponto de vista representa abordagem diferenciada sobre o tema, uma vez que o debate que o enfrenta comumente não o concebe sobre a perspectiva dos direitos da personalidade.

Para tanto, é preciso ter noção sobre as características dos direitos da personalidade, a fim de que se possa partir de referencial teórico consistente.

Sobre o tema, insta salientar que a Constituição de 1988 traz o direito geral da personalidade, por exemplo, em seu preâmbulo, na previsão de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e inviolabilidade de vários direitos (vida, igualdade, autor etc.) previstos em seu art. 5º.

Assim, sempre que se mencionar no presente trabalho a expressão: *direito geral da personalidade*, há a intenção de dizer que em não havendo previsão tipificada, adota-se a proteção genérica[3].

Sobre as características dos direitos da personalidade, deve-se ter em mente que estes são: a) absolutos[4]; b) irrenunciáveis[5]; c) indisponíveis[6]; d) extrapatrimoniais[7] (art. 11 do Código Civil).

No que diz respeito à sua classificação, adotam-se os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar[8]: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros como elementos externos, os segundos como intrínsecos e os últimos da pessoa e sua consciência de si e reputação em meio à sociedade.

Os exemplos que interessam a este trabalho são: os direitos físicos compreendem o direito à vida, integridade física, os direitos psíquicos ao sentimento e integridade psíquica e os direitos morais a honra[9].

Para análise dos instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade, as noções até então postas devem permanecer na lembrança do leitor, a fim de que a finalidade deste artigo possa ser alcançada.

3 ACESSO À JUSTIÇA

O uso da expressão *acesso à justiça* provoca instantaneamente a lembrança daqueles que por insuficiência de recursos, em tese não têm como exercer seu direito de ação perante o Poder Judiciário.

Ocorre que esta primeira noção não é em si suficiente para que se possa compreender o real alcance da expressão principiológica, tendo em vista a complexa realidade jurídico-social a ela pertinente no Brasil.

A realidade a que se fez referência no parágrafo anterior traduz-se no fato de que o Poder Judiciário no Brasil é a última esperança na vida dos brasileiros para a solução de problemas básicos, seu último estágio de lágrimas[10].

Brasileiros que são tratados como se não tivessem identidade, como se não fossem sujeitos de direitos, como se vivessem num país sem Constituição e leis.

Brasileiros que assistem a constantes notícias de aumentos desproporcionais de verbas parlamentares, muitas delas sem razão de ser, de gastos exorbitantes com cartões corporativos, de despesas desnecessárias com publicidade, que não se destinam à informação, mas à promoção de feitos que sequer deveriam ser noticiados por Prefeitos, Governadores, entre outros, de mordomias injustificadas, além da corrupção desenfreada.

Brasileiros que diante de tudo isso têm o direito de se perguntar: falta dinheiro pelo menos para as atividades essencialíssimas? Não, falta adequada distribuição de recursos.

Diante de tais constatações, a concepção que se reputa seja mais adequada para compreender o que é o acesso à justiça na realidade jurídico-social brasileira é a que faz referência o estudioso Ruy Portanova, segundo a qual o Poder Judiciário deve ser o local em que os cidadãos possam fazer valer seus direitos individuais e sociais[11]

A partir das idéias anteriormente lançadas, depreende-se que a compreensão atual do acesso à justiça deve ser compatível com a noção de acesso à ordem jurídica justa[12].

Para tanto, é preciso perceber o vínculo existente entre o acesso à justiça e demais princípios que tornam possível sua concretização. Os principais são:

a) *economia processual*, em custos, tempo e atos, desde que observadas as garantias das partes traduzidas na ampla defesa, contraditório e devido processo legal[13];

b) *político (participativo)*, no sentido de que o formalismo exacerbado não prejudique a apreciação da matéria substancial da lide, isto é, por meio do processo, os cidadãos possam preservar ou conquistar direitos em havendo, por exemplo omissões do Estado quanto à implementação de direitos sociais;

c) *Instrumental*, sendo o processo instrumento com o escopo de buscar a justiça no caso concreto, pois o direito material deve servir como valor que orienta de modo vinculante a interpretação e aplicação de regras processuais[14];

d) *razoável duração do processo*, direito fundamental que consta do art. 5º, LXXVIII (EC nº 45/04) para evitar que a demora na tramitação das demandas não implique perda de direitos[15];

A percepção de que o acesso à justiça é formado por outras bases principiológicas, incluindo bases constitucionais (art. 5º, LXXVIII da CR/88), é essencial para que se compreenda o alcance de sua expressão atualmente, qual seja: a de que o processo deve procurar observar a proteção dos direitos fundamentais[16].

Existe, portanto, o direito processual fundamental à efetividade, sem o qual o acesso à justiça não se concretiza.

Esta conclusão é imprescindível para que se entenda que o debate acerca das espécies de instrumentos capazes de fomentar a efetivação dos direitos da personalidade deve partir de base muito mais próxima do que se imagina.

Não se defende neste artigo o desprezo por outros debates da atualidade, tais como outras medidas, jurídicas ou não, ações coletivas, mecanismos alternativos de solução de conflitos, entre outros.

O que se pretende com o presente trabalho é demonstrar que mesmo em havendo novas formas de se pensar o direito quando o assunto é a efetivação dos direitos da personalidade, os mecanismos tradicionais, especialmente os da processualística civil, devem ser lembrados e revisitados.

O objetivo é fazer com que as novas ferramentas sejam estudadas, sem que se abandonem as mais tradicionais, uma vez que estas podem estar sendo objeto de interpretação equivocada ou, no mínimo, desatenta ou desconforme com os parâmetros atuais para tanto.

O instrumento mais tradicional para que se sustente uma pretensão é o direito de ação exercido individualmente. Contudo, em tempos de tutela coletiva de direitos, por que se faz necessário ainda pensar na ação individual?

Porque esta ainda é, para muitos jurisdicionados, a forma mais acessível para fazer com que seus direitos possam ser atendidos. Seja porque os instrumentos de proteção da tutela coletiva ainda não abrangem grande parte de seus destinatários, ou porque, pela peculiaridade de seus tratamentos, que não se assemelham a nenhum outro, devem ser feitas demandas para a apreciação individual posto que a decisão sobre o respectivo caso concreto não tem qualquer chance de ser aplicada a outro caso, posto que caso similar não existirá.

Assim, para que se dê continuidade ao presente estudo, importa averiguar o mecanismo judicial da identificação do pedido e da causa de pedir nas demandas em que se requer o fornecimento gratuito de medicamentos, à luz das lições postas até o momento sobre o acesso à justiça e os direitos da personalidade.

4 EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO A MEDICAMENTOS: UM ESTUDO SOBRE A CAUSA DE PEDIR E O PEDIDO

Cresce o número de demandas em que o respectivo Autor requer o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, tendo em vista a impossibilidade de custeá-los.^[17]

Dessa forma, magistrados têm de se manifestar sobre pedidos que requerem que o ente político demandado (União, Estado ou Município^[18]) forneça gratuitamente drogas imprescindíveis à manutenção, na maioria das lides, da vida do autor da demanda.

O Poder Judiciário, embora não seja órgão da esfera executiva responsável pela gestão das políticas de saúde pública, acaba por ter de decidir sobre aquelas relacionadas ao acesso a medicamentos, em virtude da negativa dos entes governamentais em fornecê-los.

Decisões com diversas teses, tanto pela procedência, quanto pela improcedência dos pedidos têm sido proferidas, de modo que o debate sobre o acesso a medicamentos normalmente se restringe ao estudo de temas como: reserva do possível (orçamento e alocação racional de recursos), direito à saúde de uns *versus* direito à saúde de todos, separação de poderes, dentre outros.

Reputa-se necessário, no entanto, pensar sobre outras questões que vêm surgindo em decorrência do deferimento dos pedidos para a obtenção de alguma espécie de medicação, as quais ainda não fazem parte do debate central acerca do tema.

O que se pretende fazer no presente estudo é justamente colocar em debate e analisar aspectos relacionados a duas questões advindas das decisões que permitem ao jurisdicionado obter os medicamentos de que necessita, quais sejam: o pedido e a causa de pedir.

Tal necessidade decorre dos constantes pedidos para a substituição da medicação prescrita ao longo da demanda, os quais têm sido indeferidos por alguns magistrados, sob o fundamento de que a troca implicaria alteração da causa de pedir e do pedido.

Preambularmente, é preciso entender qual a causa da substituição pretendida, se esta medida é imprescindível e qual a consequência fática de não ser acatada.

No decorrer de qualquer tratamento médico, é possível que a prescrição médica se altere, na maior parte dos casos, em virtude da melhora/piora do paciente, ou seja, da eficácia ou ineficácia do tratamento, dos efeitos colaterais que este não consegue suportar, do lançamento no mercado de novas e mais eficazes drogas e a retirada do mercado do produto.

Isto é, sempre há motivo legítimo que embasa a troca da medicação pretendida e quanto maior o número de patologias existentes, evidentemente variará a necessidade de troca da medicação, daí a percepção de o assunto é importante e deve ser debatido.

Registre-se, ainda, que a reflexão que se pretende fazer acerca da causa de pedir e do pedido, em demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos, emerge dos casos em que se julgou procedente o pedido do postulante, mas não se aceita que este solicite em momento posterior a substituição da medicação prescrita..

Diversas demandas ajuizadas individualmente têm como resultado decisões liminares ou sentenças que reconhecem o direito do paciente de receber seus medicamentos, mas não de alterar os tipos de medicação após terem sido proferidas tais decisões.

A manifestação monocrática advinda de uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná[19] dá a exata dimensão do problema.

No caso em apreço, deu-se provimento ao Agravo de Instrumento para que o Recorrente obtivesse os medicamentos de que necessitava para tratamento de doença que ataca seu sistema nervoso.

Após o julgamento do referido recurso, necessitou-se substituir a medicação, conforme orientação médica, o que foi requerido perante o órgão *ad quem*. Este, contudo, não acatou o pleito, aduzindo que isto significaria alterar o pedido e a causa de pedir da lide. Os exatos termos da decisão foram:

O deferimento da solicitação trazida na petição importaria em admitir-se a possibilidade de alteração do pedido antes formulado (...). Não é possível a alteração da causa de pedir para nela incluir-se outros medicamentos, independentemente de consentimento da parte Agravada, tanto mais ainda quando já proferida a entrega da prestação jurisdicional (...). Posta a questão nestes termos, indefiro o pedido formulado (...).

A decisão transcrita acima foi reformada após três meses de difícil batalha judicial para que o direito do doente em questão fosse reconhecido, período ao longo do qual o enfermo restou desamparado em seu tratamento médico.

Foi reformada porque representa posicionamento retrógrado à luz dos princípios processuais e novos rumos de efetividade do processo, conclusão esta que somente poderá ser alcançada se houver a adequada reflexão acerca de quais são exatamente o pedido e a causa de pedir das demandas pertinentes ao acesso a medicamentos.

Sobre a causa de pedir, sabe-se que esta é o “pano de fundo” ou fato gerador de uma determinada demanda, nos termos do art. 282, III do CPC.

Ou seja, nela reside o motivo/fato jurídico pelo qual a parte formula seu pedido, pois é o fato jurídico apto a amparar a pretensão[20].

Em análise comparativa, visando a facilitar a compreensão do que se quer expor, resta imprescindível citar o exemplo da separação litigiosa. Nesse tipo de demanda, a causa de pedir não é o pedido de separação, mas o fato de ter sido celebrado o casamento.

É o casamento que motiva o pedido de separação. Eventuais alterações no pedido, como valor da pensão para o cônjuge ou guarda dos filhos não poderão alterar a causa de pedir, já que - até que haja decisão judicial de divórcio - permanece incólume a sociedade conjugal e a causa de pedir permanece a mesma: o casamento.

O CPC adotou nessa matéria a teoria da substanciação, por meio da qual se exige a exposição da chamada *causa remota*, que representa, de acordo com Francisco Amaral: “o fato gerador do direito”.

Por isso, exemplifica o referido estudioso que no pedido de anulação de um contrato, a causa de pedir (causa remota) é a existência do próprio contrato, fato gerador da anulação[21].

Em casos envolvendo o acesso a medicamentos, formula-se pedido para que restem assegurados a saúde e a vida do postulante. Este é o motivo/fato jurídico da causa de pedir.

A necessária modificação de ingestão de medicamentos para a continuidade do tratamento somente reforça a causa de pedir: a preservação do direito à vida, por meio da manutenção da integridade do direito à saúde e o direito à ingestão de medicamentos.

Ora, se a causa de pedir é o direito à saúde e a necessidade de ingestão de medicamentos o pedido para a substituição destes, a fim de dar continuidade do tratamento e preservar a vida e saúde do postulante não implica modificação da causa de pedir.

O pedido, por sua vez, corresponde ao pleito para que haja o fornecimento de medicamentos, isto é, aquilo que o postulante deseja obter com a tutela jurisdicional[22].

A peculiar condição do direito a ser protegido, o direito à ingestão de medicamentos para preservar o direito à saúde e, conseqüentemente, à vida, exige que se interprete do

modo ora defendido a identificação do pedido e da causa de pedir nas demandas que envolvem fornecimento de medicamentos.

Se assim não o fosse, em havendo necessidade de troca na medicação, no tempo de duração do tratamento e doses, o jurisdicionado teria de ajuizar sucessivas demandas, perdendo supervenientemente o interesse de agir nas demandas anteriores.

O sentido do que se defende segue fortalecido por meio do estudo da tutela conferida às obrigações de fazer previstas no CPC. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional culminou pela incursão das tutelas específicas na lei, dentre elas, consagra-se a tutela da obrigação de fazer, cuja redação está prevista no art. 461 do CPC.

Essa disciplina confere ao julgador amplos poderes para assegurar a efetividade da medida concedida pelo Poder Judiciário, já que se rege pela atipicidade dos meios coercitivos.

A tutela relacionada ao acesso a medicamentos é obrigação de fazer com respaldo no art. 461 do CPC, sujeita, portanto, às medidas previstas no respectivo dispositivo legal.

O legislador assim o fez para que a parte não ficasse desamparada, a ponto de obter o provimento jurisdicional, mas sem eficácia. O direito à saúde é reconhecido especialmente para tutela desse fim específico[23].

Assim, no âmbito dessas tutelas específicas, o princípio da congruência pode ser até mesmo mitigado, pois há tendência de racionalização da tutela[24].

A amplitude dos poderes conferidos ao juízo no âmbito das tutelas específicas deve ser observada, a fim de assegurar o bem da vida tutelado, como o direito à saúde na busca pela obtenção de medicamentos.

Ou seja, o pedido para a substituição da medicação também encontra suporte nas disposições do art. 461 do CPC, que conferem amplitude aos poderes do juízo, para assegurar a efetiva tutela ao bem da vida enquanto meio de proteção por tutela específica.

Trata-se de nova roupagem conferida ao direito processual e largamente aplaudida pelos estudiosos do tema[25].

Considerando o exposto, cabe ao juiz, ao apreciar as lides cuja temática seja o acesso a medicamentos, se decidir julgar procedente o pedido, garantir a possibilidade de troca da medicação para a doença especificada na petição inicial, mediante comprovação por laudo médico, pois é o que se deseja com a demanda.

Tal decisão permitirá alterações, nas espécies, doses e duração do tratamento, sem que se modifique o pedido, o que não infringe o que dispõem os art. 264, art. 286 e art. 460 todos do mesmo diploma processual, pois não se trata de condenação genérica ou incerta, uma vez que o fornecimento se vincula e é determinado por uma enfermidade, cuja identificação encontra respaldo em parecer médico.

A tese ora defendida tem sido acatada pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente em julgados proferidos pela sua 2ª Turma, nos quais há referência, também, à inexistência de julgamento *extra* ou *ultra petita*[26].

Destaque-se, por oportuno, que as conclusões e ponderações feitas até o momento não esgotam a análise jurídica do tema.

Elas contribuem para que a reflexão sobre as questões postas alcancem patamar teórico ainda mais rico, consoante a perspectiva do arcabouço principiológico pertinente ao tema, especialmente vinculado ao acesso à justiça, de acordo com as observações a serem feitas no tópico que segue

Pelo exposto, o pedido de substituição da medicação prescrita em demandas que envolvam o fornecimento gratuito de medicamentos não implica alteração na causa de pedir ou no pedido e seu eventual indeferimento é medida manifestamente inconstitucional.

Não se inova no pedido porque este continua sendo o fornecimento de medicamentos, nem se altera a causa de pedir, pois esta permanece sendo o direito à saúde que precisa ser garantido pela obtenção da medicação prescrita.

Em não sendo deferido o pleito para a troca em comento, nega-se o acesso à justiça em virtude da ausência de efetividade, pois este impedimento faz com que o processo, antes eficaz, passe a não mais assegurar a incolumidade da saúde do paciente, tornando-se inócua a prestação jurisdicional.

Impedir que a substituição ocorra num mesmo processo tendo como fundamento a impossibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido implica, na prática, como já se destacou no início deste trabalho, a necessidade de se ajuizar sucessivas demandas em cada oportunidade em que se fizer necessária a modificação na espécie, doses e duração do tratamento do respectivo paciente.

Dessa forma, o tradicional exercício do direito individual da ação, por meio do estudo de dois de seus elementos (causa de pedir e pedido -art. do PCC), não pode deixar de ser feito, da mesma forma que deve ser revisitado à luz do acesso à justiça no contexto da economia e celeridade processuais.

Assim, impedir a troca pretendida afronta, além do acesso à justiça, a economia processual, a instrumentalidade, a necessidade de razoável duração do processo e a participação do cidadão na esfera processual, a fim de preservar seu direito violado em virtude da omissão estatal quanto à garantia do seu direito à saúde.

Se à parte for imposta a obrigação de ajuizar uma nova demanda todas as vezes que necessitar ingerir medicação diversa haverá dispêndio não apenas para ela, mas também para o Poder Judiciário, os defensores dos entes estatais, serventários e demais envolvidos na tramitação de uma lide, acarretando vários atos e gastos desnecessários, bem como prejudiciais ao direito fundamental à razoável duração do processo, consagrado o art. 5, LXXVII do texto constitucional.

Por este motivo, há manifestações do Superior Tribunal de Justiça não só no sentido de que a decisão que permite a troca de medicamentos não é genérica e não afronta os arts. 264, 286 e 460 do CPC[27], mas também permitindo a alteração da medicação.[28]

A 2ª Turma da mesma Corte deixou claro que o cerne das demandas - em que se pleiteiam medicamentos - está adstrito apenas ao reconhecimento do direito à saúde, tratando-se de questão acessória a alteração de medicamento[29].

Ainda sobre o tema, importa destacar entendimento jurisprudencial sumulado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que não há qualquer óbice de natureza processual que possa impedir a troca requerida[30].

Trata-se de direito processual fundamental à efetividade, uma vez que o direito à saúde é norma de eficácia plena (arts. 196 e 5º *caput* do texto constitucional) que não comporta interpretação restritiva para impedir que haja substituição de medicamentosa.[31]

No que diz respeito ao direito à saúde garantido pela Constituição de 1988, manifestaram-se o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que a proteção conferida pela Constituição deve ser efetivada, não se permitindo que se converta em mera promessa[32].

Não é razoável e depõe contra a proporcionalidade o fato do processo civil ser utilizado como instrumento de obstáculo para assegurar o direito à saúde e ao recebimento de medicamentos pelo Poder Público, bem como de atribuir tão pesado ônus à parte em função da natureza do tratamento a que essa está submetida.

Diante disso, há flagrante inconstitucionalidade não apenas nas decisões que impedem a substituição dos medicamentos, mas também naquelas em que se exige que conste no rol de pedidos na petição inicial o pleito para tanto.

Além disso, admite-se a possibilidade de submeter à apreciação judicial o pedido para a troca de medicação a qualquer momento procedimental, mesmo após o trânsito em julgado da sentença/acórdão que garantiu o direito à obtenção da medicação prescrita; pedido este que deve estar devidamente respaldado por laudo médico e para a mesma patologia indicada na petição inicial.

Aliás, a busca pelo tratamento adequado e eficaz é assegurada pela legislação federal, que prevê no art. 2º *caput* da Lei n. 8.080/90[33], o dever do Estado em garantir as condições indispensáveis para seu pleno exercício.

Garantir o direito à modificação da prescrição química ao paciente da forma defendida neste trabalho é preservar o mínimo da sobrevivência[34] a alguém que além de forçosamente conviver com uma doença, tem de pleitear junto ao Poder Judiciário a observância de seu direito fundamental à saúde, que deveria ser assegurado fora do âmbito jurisdicional.

Como na maioria dos casos há negativa da prestação estatal, o cidadão é obrigado a recorrer ao Poder Judiciário e caso se depare com magistrados que não reflitam, interpretem e apliquem o direito processual à luz da efetividade constitucionalmente

garantida, em especial o acesso à justiça, a frustração por ele experimentada poderá fazer com que este cidadão seja mais um brasileiro a deixar de acreditar na justiça, diminuindo ainda mais a já abalada credibilidade do Poder Judiciário.

A tese ora defendida encontra plena legitimidade na constatação segundo a qual a inobservância do acesso à justiça advinda do indeferimento de troca de medicamentos importa a inobservância do direito à saúde, o que não pode ser admitido.

Possibilitar a substituição medicamentosa, uma vez que ausentes quaisquer prejuízos processuais, é adotar postura comprometida com a eficácia de direitos que não podem ficar apenas como promessas no papel, tendo em vista a urgência pela sua concretização, o que contribui para a construção de uma sociedade melhor e mais digna para todos, transformando a triste realidade social no Brasil.

Em não sendo deferido o pleito para a troca em comento, nega-se o acesso à justiça em virtude da ausência de efetividade, pois este impedimento faz com que o processo, antes eficaz, passe a não mais assegurar a incolumidade da saúde do paciente, tornando-se inócua a prestação jurisdicional.

No que diz respeito aos direitos da personalidade, cabe ressaltar que restam comprometidos sua extrapatrimonialidade, irrenunciabilidade, além de submeter forçosamente um indivíduo a tratamento médico com risco de vida (art. 15 do Código Civil).

Pelo que se expôs até o momento, resta concluir que é preciso ter atenção e refletir sobre o mecanismo judicial da ação individual que é capaz de instrumentalizar a efetivação do acesso a medicamentos, sob a perspectiva atual da economia e celeridade processuais, por meio dos quais se revisitam dois dos elementos da ação: pedido e causa de pedir.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS

Compreender como funciona a assistência farmacêutica no Brasil significa conhecer de que forma se aperfeiçoam as políticas públicas nesta área, para posterior análise jurídica da questão.

Para que um fármaco passe a ser fornecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), é preciso que certos procedimentos sejam seguidos.

Primeiramente, é necessário que se apresente à agência de regulação do setor no Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), um número mínimo de estudos nos quais constem qual a molécula, nome fantasia, doses, quantidade e quais de indivíduos foram objeto dos testes, dentre outros dados.

A análise feita pela ANVISA demonstrará se o produto é seguro e eficaz. Cabe destacar que a segurança e eficácia são conceitos que dizem respeito apenas às condições em que

foram feitas as pesquisas e ao grupo de pessoas que delas participou, não à toda a coletividade, não a todos os potenciais consumidores do novo produto desenvolvido.

Devido ao alto custo para a elaboração dos referidos estudos, na prática a indústria farmacêutica é responsável pela grande maioria dos pedidos de registro de fármacos feitos à ANVISA, em que pese outros interessados, tais como entidades médicas, possam apresentar o resultado de suas pesquisas para fins de registro.

Ultrapassada a etapa registral, quaisquer interessados dentro de toda a comunidade, bem como o Estado, por iniciativa própria, podem encaminhar à Comissão para a Incorporação de Tecnologia (CITEC) do Ministério da Saúde pedido para que a substância^[35] registrada seja incluída nas listas do SUS, de acordo com o procedimento previsto na Portaria 2587/2008.

A CITEC tem membros permanentes e temporários, estes convocados “ad hoc” em virtude da necessidade de pareceres especializadíssimos, mas todos isentos quanto a interesses adversos, pois se tenta manter a maior imparcialidade possível quanto à escolha das substâncias que serão disponibilizadas.

Os pedidos serão analisados de acordo com critérios diferentes dos da ANVISA, posto que ao integrarem as listas do SUS, os fármacos não mais estarão restritos ao grupo de pessoas que participou dos testes para a comercialização, mas à coletividade que deles fará uso, do que decorre grande responsabilidade do ente estatal quanto à definição da assistência farmacêutica à população.

Assim, o Ministério da Saúde, por meio da CITEC, utiliza critérios com conotação diversa das da ANVISA para permitir inclusão de substâncias nas listas públicas, quais sejam: efetividade (substância que está apta a proporcionar resultados positivos em toda a população, não em um grupo testado especificamente) em vez de eficácia, pertinência para o SUS, custo, segurança (também considerada em relação à coletividade, não a um grupo específico de testes), relação custo benefício.

Daí o porquê de não existir vinculação entre o registro na ANVISA e a inclusão na lista para fornecimento gratuito. Ou seja, há milhares de possibilidades de tratamento ambulatorial, em que o paciente recebe o medicamento e se trata em casa, não disponibilizadas pelo SUS.

Além disso, por mais que haja previsão normativa para que a CITEC leve a efeito suas análises da melhor forma possível, obedecendo a procedimento previamente estipulado (Portaria 2587/2008), constata-se que nem todos os interessados têm condições técnicas e financeiras para fazer requerimentos não apenas o registro junto à ANVISA, mas também junto ao Ministério da Saúde, o que compromete substancialmente a abrangência de tratamentos no Brasil.

Isso porque as iniciativas para inserir novas formas de tratamento acabam por ficar restritas ao interesse da indústria farmacêutica e ao eventual interesse estatal em disponibilizar novas drogas para tratamento.

Não bastasse isso, o processo para a inclusão de substâncias nas listas do SUS é extremamente burocrático e a demora para sua finalização pode se estender demasiadamente, a ponto de deixar tais listas desatualizadas

Acrescente-se, ainda, que o custo é um dos critérios avaliados pela CITEC para incluir ou não princípios ativos nas listas públicas, do que se imagina a tendência a que não se dê, exceto em casos extremos, preferência aos fármacos mais caros ou que estes sejam disponibilizados apenas para uma espécie de patologia, ainda que possam ser prescritos para outras enfermidades.

A síntese da política pública relativa à assistência farmacêutica apresentada há pouco demonstra que a efetivação do direito ao acesso a medicamentos resta seriamente comprometida, já que as demandas sociais e concretas para tratamento têm acentuadamente maior probabilidade de ficarem de fora do cenário oficial de registro de produtos e inclusão nas listas do SUS.

Não é sem razão, portanto, que crescem consideravelmente as demandas judiciais cujo pedido diz respeito ao fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas oficiais ou não registrados na ANVISA.

Assim, a política pública brasileira ligada à assistência farmacêutica desrespeita o princípio democrático, na medida em que na prática, por limitações técnicas e financeiras, não se tem acesso igualitário aos meios cabíveis para que a política pública estatal corresponda efetivamente às necessidades sociais.

A consequência direta disso é a não-promoção da efetivação dos direitos da personalidade relativos ao acesso a medicamentos, fazendo com que a política pública deixe de ser um instrumento para sua efetivação, mesmo que assim o pudesse e devesse ser.

Uma das formas possíveis de se resolver a questão seria o investimento estatal em equipe técnica multidisciplinar que, ao receber qualquer pedido do cidadão para que lhe seja fornecido determinado fármaco, suportaria os custos e realizaria os procedimentos de pesquisa necessários para, na ANVISA, registrar substâncias e na CITEC fazer a avaliação para fins de incluso nas listas do SUS.

6 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A exposição feita até o presente momento demonstra que os temas relacionados à efetivação dos direitos da personalidade fazem parte de universos que podem ser completamente díspares, mas complementares ao mesmo tempo.

Díspares porque, como se demonstrou ao longo do presente artigo, estão presentes tanto na esfera jurisdicional, quanto em mecanismos extrajurídicos.

Complementares porque o modo de funcionamento de um gera reflexos positivos ou negativos no outro. Sobre o acesso a medicamentos, a ausência de políticas públicas adequadas e céleres tem como imediata consequência o aumento significativo de demandas judiciais.

Por outro lado, a ausência da correta compreensão dos magistrados quanto ao que efetivamente significa, conforme o exemplo dado, o acesso a justiça não pune o mau gestor público pela sua incompetência, corrupção e falta de compromisso com o bem comum, mas incentiva sua inércia pela ausência de coerção judicial quanto à implantação de políticas públicas imprescindíveis a uma assistência à saúde exemplar.

A exposição presente do tema também demonstrou que o debate sobre a efetivação dos direitos da personalidade ainda precisa partir de circunstâncias que já poderiam ser mais compatíveis com as necessidades sociais, tais como políticas públicas eficientes e interpretação judicial que não afronta o princípio do acesso à justiça.

Assim, paralelamente aos debates mais diferenciados que os tradicionais, a exemplo de soluções alternativas de conflitos, ações coletivas, ainda é preciso refletir sobre aspectos básicos, tais como o acesso à justiça e à in(eficácia) de políticas públicas.

Acrescente-se ao debate que a definição de políticas públicas depende não apenas da mudança de mentalidade do gestor público, mas também de desvinculação para com interesses políticos e financeiros ilícitos e abusivos.

A interpretação quanto ao acesso à justiça, por sua vez, em que pese poder estar vinculada a interesses escusos (político-financeiros), depende em grande proporção da mudança de mentalidade dos magistrados.

Depende, igualmente, de sua capacidade e sensibilidade para associarem da forma correta as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico à realidade social e política brasileira, levando em consideração os valores da justiça, da ética, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana

Estas constatações demonstram o cerne do problema a ser solucionado quanto à efetivação dos direitos da personalidade, da mesma forma que expõem o grande desafio a ser enfrentado, pois mudar a mentalidade, o preconceito, a falta de contato de magistrados para com os problemas crônicos e concretos do povo brasileiro é tarefa extremamente complexa.

Sobre a necessidade de mudanças quanto à mentalidade dos membros do Poder Judiciário e a relação deste com a proteção dos direitos humanos, tem-se:

No Judiciário o passado determina o presente, influenciando tanto na forma das solenidades, dos rituais e dos atos de ofício quanto no conteúdo de grande número de decisões. Esse é um dos principais motivos pelos quais há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea. As reformas de que o Poder Judiciário necessita são muitas, indo desde a atualização da mentalidade até o pormenor da mudança de condições materiais de trabalho. (...) Nas sociedades

democráticas modernas, submetidas ao império do direito, a proteção dos direitos humanos no caso de grave ameaça, como também o castigo dos responsáveis por toda a ofensa a esses direitos é tarefa que incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado. (...). É preciso ter muito claro, entretanto, que para a real proteção judicial dos direitos humanos não é suficiente e, pelo contrário, é perigoso só cumprir formalidades judiciárias, ter uma aparência de proteção judicial que adormece a vigilância e que não é, porém, mais do que uma ilusão da justiça. (...). A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo nos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça. Extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e de jurisprudência, acolhimento e refutação dos argumentos dos promotores e advogados, tudo isso gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo ou mesmo uma palavra. São freqüentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça. Não se percebe a preocupação com os interesses e angústias das pessoas que dependem das decisões e que muitas vezes já não têm mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte. (DALLARI, 2002. p.8,38 e 82).

O autor ainda acrescenta:

Em conclusão, são muitos os obstáculos para difundir em todo o mundo o império do direito e para que não exista mais a impunidade dos violadores de direitos humanos. Esses obstáculos não são intransponíveis, mas para superá-los é necessário trabalhar permanentemente, com determinação e coragem, sem desânimo nem transigências, cabendo à magistratura papel ativo na busca desse resultado. Essa é uma tarefa que deve ser assumida por todos os juízes realmente empenhados em que o mundo tenha justiça para que possa viver em paz (p.45)

A complexidade do desafio proposto, contudo, não implica impossibilidade, motivo pelo qual, pelos parâmetros colocados no presente artigo, os operadores do direito, que detêm conhecimento técnico para tanto, têm o dever de, em suas atividades diárias, lutar^[36] para que o diagnóstico apresentado se modifique.

Não há outro modo de fomentar a efetivação dos direitos da personalidade, por meio do acesso à justiça e implementação de políticas públicas, senão pela disciplina diária de combate às causas de sua não-concretude, para criar vários e complementares instrumentos para sal efetivação.

Ou seja, a atenção para com o antigo (tradicional) e o moderno não anula estas duas vertentes, ao contrário, ao estudioso do tema tem a oportunidade de somar estudos e propor formas mais concretas e compatíveis com a realidade social brasileira para fomentar a efetivação dos direitos da personalidade.

7 CONCLUSÃO

A análise de instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade, que no presente estudo foram especialmente relacionados ao acesso à justiça, sob a perspectiva da causa de pedir e o pedido em demandas que versam sobre o acesso a medicamentos, bem como às políticas públicas pertinentes, demonstrou que há desafios ainda relacionados a institutos um pouco mais conhecidos, a exemplo do acesso à justiça, que precisam ser revisitados às luz das novas e efetivas necessidades sociais.

Dessa forma, é preciso - e isto foi feito ao longo da exposição posta – identificar que mecanismos existem para sanar os problemas relativos à efetivação dos direitos da personalidade.

No estudo apresentado, constatou que os institutos mais conhecidos e as políticas públicas têm efeitos recíprocos na medida em que uma interfere no outro.

Assim, o estudo do princípio do acesso à justiça é mecanismo judicial para que se tente alcançar a efetivação dos direitos da personalidade, do mesmo modo que a realização de políticas públicas também pode contribuir ou não para a realização dos direitos da personalidade.

De todo o exposto, depreende-se que a tarefa de identificar e entender o funcionamento de instrumentos capazes de implementar os direitos da personalidade dá-se de forma interdisciplinar.

Ou seja, as respostas e soluções para fazer com que os direitos da personalidade não se tornem letra morta são árduas e merecem muita atenção, determinação e capacidade do intérprete de transitar nas esferas jurídicos e extrajurídicos.

Não é por tais motivos, contudo, que não poderão ser efetivados, ao contrário. Se houver o empenho necessário, a mudança de mentalidade, especialmente dos juízes, bem como coragem para mudar paradigmas, a efetivação será a regra, não a exceção.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil - introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Renovar 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Os Direitos da personalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *A Atuação do Ministério Público na Área Cível*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COLLUCI, C. Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 jan. 2009. Folha Saúde, Caderno 7, p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.8,38 e 82).

JR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora Jus Podivm :Salvador. vol 1.9ª Ed., 2008.

JR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v.I. . 3d. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.27).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.p. 220.)

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, jan-mar 2004, n. 49, p.48).

OLSEN, Ana Carolina Lopes. “Atividade Jurisdicional e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin.” In: KOZICKI, Katya; CHUERI, Vera Karam de (Coords). *Estudos em Direito, Política e Literatura – hermenêutica, justiça e democracia*.v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

PINTO, Paulo Mota “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português.” In: *A constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 61/83.

PORTANOVA, RUY. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 2ª tiragem.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade. *Revista de direito privado*. São Paulo, jan-mar 2002, n.9, p.127).

SANTOS, Francisco Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21. ed. 1.V. São Paulo: Saraiva, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et alli.. *Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Vol. 1. 6ª ed. 2004

WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido; Watanabe, Kazuo (org). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988.

[1] Carlos Alberto Bittar dá a exata dimensão do alcance do debate: “Persistem, no entanto, certas divergências doutrinárias, a começar pela própria denominação desses direitos (...). Assim (...) têm sido propostos os seguintes nomes: “direitos da personalidade” (por Gierke, Ferrara e autores mais modernos); “direitos à personalidade” ou “essenciais” ”ou “fundamentais da pessoa” (Ravá, Gangi, De Cupis); “direitos sobre a própria pessoa”(Windgcheid, Campogrande); “direitos individuais”(Kohler, Gareis); “direitos pessoais” (Wachter, Bruns); “direitos personalíssimos”(Pugliati, Rontondi). (BITTAR, 22003. p.2).

[2] “De modo mais específico, pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal e administrativa, quando integrante da respectiva legislação ordinária.” (AMARAL, 2003. p.257).

[3] Deve-se enfatizar, contudo, o entendimento de que possíveis dúvidas quanto à interpretação da aplicação e alcance dos direitos da personalidade, devem ser dirimidas tomando-se por base o *direito geral*. Por ser geral, permite-se que nele se enquadrem inesgotáveis possibilidades que surgem do caso concreto.

[4] “(...) porque se lhes não contrapõe um dever jurídico de pessoas determinadas, mas uma obrigação universal que não é necessariamente passiva, apesar de o ser normalmente) (...).” (PINTO, 2000., p. 63.) .

[5]“Pode-se dizer, também, serem os direitos da personalidade irrenunciáveis, pois se não é possível alienar a personalidade, então também não há que se falar em renúncia a ela.” (RODRIGUES, 2002, p.127).

[6] “(...) porque insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar ou até limitá-los, salvo nos casos previstos em lei (...).” (AMARAL, Francisco. Op. Cit. p.252.).

[7] “Do mesmo modo assumem caráter *extrapatrimonial*, com uma natureza diversa de qualquer espécie de consideração econômica, ainda que da sua ofensa vá resultar, em regra, o direito à indenização pecuniária. Esta, entretanto, só vai ter lugar exatamente pela impossibilidade de restituição do bem jurídico violado, dada a sua natureza pessoal e intangível.” (MIRAGEM, p.48).

[8] BITTAR, 1999, p. 70.

[9] Reitere-se que esta é concebida como reputação do indivíduo perante o meio social a que pertence (externa ou objetiva) ou perante si mesmo (interna ou objetiva).

[10] Constatações válidas apenas para aqueles que ainda acreditam no Poder Judiciário, pois sua credibilidade certamente vem caindo nos últimos anos.

[11] “Como salienta Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p. 28), a vagueza da expressão *acesso à justiça* permite fundamentalmente dois sentidos. O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões *acesso à justiça* e *acesso ao Judiciário*; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão *justiça*, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. A formulação do princípio optou pela segunda significação. Justifica-se tanto por ser mais abrangente, como pelo fato de o acesso à justiça, enquanto princípio, inserir-se no movimento para a efetividade dos direitos sociais. Trata-se de filosofia libertária, aberta socialmente e realista, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível. Enfim, é um movimento para a efetividade da igualdade material almejada por todos e consagrada pelo Estado Social. (...). Erige-se o acesso à justiça como princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais.” (PORTANOVA, 1997, p.112 e 113).

[12] “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.” (WATANABE, 1988, p. 128).

[13] “Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. (...) é o que recomenda o princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.” (CINTRA, *et alii.*, 2002, p. 79).

[14] Nesse mesmo sentido, as palavras de Luiz Guilherme Marinoni reforçam a ideia ora consignada: “o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito a efetiva tutela jurisdicional”. (MARINONI, 2003, p. 220.)

[15] Nesse contexto, vale lembrar que o art. 125, II do CPC é claro ao dispor que incumbe ao d. Juízo velar pela rápida solução do litígio.

[16] Fredie Didier Jr. explica esta relação: “O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo

repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc. Já se fala nesse contexto, de um *Neoprocessualismo*.(...). Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (daí que, por exemplo, o § 5º do art. 461 do CPC permitir ao magistrado a determinação de *qualquer* medida executiva para efetivar sua decisão, escolhendo-a à luz das peculiaridades do caso concreto). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a *igualdade* das partes e o contraditório.” (JR., 2008, p.27 a 29).

[17] “Ações judiciais para a aquisição de medicamentos consumiram R\$ 52 milhões do Ministério da Saúde em 2008, o triplo do valor gasto em 2007, revela o levantamento do governo federal. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi de quase 2.000%.” (COLLUCI, C.Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 09 jan. 2009. Folha Saúde, Caderno 7, p. 13).

[18] Sobre a responsabilidade do fornecimento de medicamentos, resta oportuno destacar o julgado da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça a seguir ementado: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.2. Agravo regimental não provido.”(AgRg no Ag 961.677/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 11/06/2008)

[19] Trata-se da mais recente decisão (dezembro de 2008) sobre o tema de que a Autora do presente artigo teve notícia em suas pesquisas. Entretanto, dados de identificação dos autos e das partes envolvidas não poderão constar do texto em virtude da demanda tramitar em segredo de justiça, o que não prejudica seu conteúdo para fins da reflexão proposta.

[20] Como define Humberto Theodoro Júnior: “A *causa pretendi*, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo” (JÚNIOR, 2001,p. 59).

[21] “Na ação de anulação de contrato, deverá o autor expor o contrato (causa de pedir remota) e o vício, que o macula, dando lugar à sua anulação.” (SANTOS, 2000, p. 164.)

[22] “O pedido é o objeto da ação, vale dizer, é a demonstração da pretensão do autor, pois expressa o desejo de recebimento de um provimento jurisdicional que seja apto a resolver a questão conflituosa. Ou seja, o pedido é a solução que se pretende seja dada pela jurisdição à situação exposta. É aquilo que o autor espera obter da atividade jurisdicional.” (WAMBIER, *et alli*. 2004,p.304.)

[23] “São inúmeras as decisões que, reconhecendo um direito subjetivo público à saúde, impõem ao Estado o dever de prestar tratamento médico adequado, fornecer remédios e aparelhos médicos a quem deles precise (...) e para essas situações, revela-se adequada a tutela prevista no art. 461, a ser operada no processo comum de conhecimento: (...) e o amplo leque de medidas empregáveis para sua concretização (parágrafos 4 e 5) constituem um meio processual à altura da relevância do direito material em jogo.” (TALAMINI, 2001,p.140/141.)

[24] Eduardo Talamini acrescenta: “não de mera publicização, mas de racionalização e operatividade: nos campos de tutela que em que o objetivo do pedido mediato (o bem de vida, o resultado específico) corre o risco de ser gravemente prejudicado pela prévia limitação do pedido imediato.” (Idem, op.p. 404.)

[25] Eduardo Melo de Mesquita comenta com precisão a importância dessa atual tendência processual: “Sobreleva consubstanciar o direito apenas às normas, pois insuficientes ao dimensionamento da dinâmica da vida, em que os fatos e valores estão em permanente intercâmbio.(...) Mantinha-se o processo clássico emparedado por uma sistematização que não permitia que as funções do processo pudessem ser vistas em ubiqüidade, transcendentas às amarras as mantinham como compartimentos herméticos e estanques. Romper com aquela modelação fazia-se permanente para atender às novas expectativas da sociedade.” (MESQUITA, 2002.p. 179).

[26] “A decisão que ante a pretensão genérica do pedido defere tratamento com os medicamentos consecutórios, desde que comprovada a necessidade por atestado médico, não incide no vício in procedendo do julgamento ultra ou extra petita, tampouco configura condenação genérica”. (STJ – 1ª T - AgRg no Ag 865.880/RJ - Rel. Min.o Luiz Fux – j. 12.06.2007). No mesmo sentido: STJ – 1ª T - REsp 863.240/RJ - Rel. Min. Luiz Fux – j. 28.11.2006. O tema também é objeto de apreciação pelo Ministro Francisco Falcão do Eg. STJ, reforçando a tese de que o bem jurídico tutelado em casos como esse é o direito saúde e não o medicamento específico: “Inexiste, na hipótese, julgamento "extra petita", uma vez que o bem jurídico tutelado na presente ação é a saúde, buscando-se com a prestação jurisdicional o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da doença, e não a concessão de um determinado medicamento. Como bem ressaltou o Ministério Público, ‘O direito da apelada tem respaldo na Carta Magna, como direito fundamental, portanto, ela tem direito à toda a medicação necessária a seu tratamento.’” (STJ – 1ª T - AgRg no REsp 654.580/RJ - Rel. Min. Francisco Falcão - j. 16.08.2005). Ainda: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - CONDENAÇÃO GENÉRICA - INOCORRÊNCIA. 1. Não incorre em condenação genérica o acórdão que delimita com clareza os efeitos da decisão, condenando o ente público ao fornecimento gratuito de medicamento relacionado a doença específica, mediante atestado médico fornecido por hospital da rede pública estadual. Inocorrência de violação aos arts. 286 e 460 do CPC. 4. Recurso especial improvido.” (STJ - REsp 735.477/RJ - 2ª Turma - Rel. Min. Eliana Calmon, - j. 05.09.2006).

[27] Decisões já mencionadas no tópico sobre deste trabalho sobre o acesso a medicamentos: e identificação da causa de pedir e do pedido.

[28] “é comum durante um tratamento médico que haja alteração dos fármacos, o que não resulta, com isso qualquer ofensa ao art. 264 do CPC, pois a ação em comento encontra-se fulcrada no art. 196 da CF/88, o qual garante o direito à saúde à população” e concluiu “resta claro, portanto, que a simples alteração nos medicamentos postulados na inicial não se configura como modificação do pedido, o qual é próprio do tratamento médico” (STJ – 1ª T - Resp – 1.062.960-RS – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 14.10.08).

[29] Os termos do v. Acórdão são precisos: “O que direito que se confere na presente ação é o direito à saúde, ao imediato tratamento médico, sendo o fornecimento de um ou outro medicamento questão secundária, pois por diversos meios pode ser realizado, cabendo unicamente ao médico habilitado a determinação da melhor forma de ação”. (STJ – 2ª T - AgRg no Ag 1025916 – Rel. Min, Eliana Calmon- j. 19.06.08).

[30] “TJRJ - Súmula nº. 116 - MEDICAMENTO NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DE DOENÇA GARANTIA CONSTITUCIONAL PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NÃO INFRINGÊNCIA - Na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento de doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia”. A referida súmula decorreu de inúmeras decisões, tais como: “Objetiva o fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da saúde da parte autora (...) Prestação do serviço de saúde é um direito genérico de todos e obrigação do Estado, conforme disposto no artigo 196 CRFB. (...) Ausência de pedido genérico. Irrazoabilidade de se recorrer novamente ao Judiciário pleiteando troca de medicação imprescindível ao tratamento da mesma moléstia” (TJRJ – 16ª CC - Ap – 2008.001.25067 –Rel. Mônica Costa de Pietro – Décima Sexta Câmara - j. 25.07.08). No mesmo sentido: “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PARTE AUTORA PORTADORA DE HIPERTENSÃO ARTERIAL E SEQÜELA DE AVC. - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DE SAÚDE PRETENDIDO NA DEMANDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS NÃO PREVISTOS NA INICIAL E DA TROCA DOS MEDICAMENTOS POR AQUELES DE IGUAIS PRINCÍPIOS ATIVOS, MEDIANTE RECEITUÁRIO MÉDICO. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART.557, DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. I - A pretensão deduzida encontra amparo constitucional, consoante o disposto no art. 196 da Constituição Federal; II Doença comprovada nos autos através de laudo médico; III - Legitimidade passiva; IV Solidariedade entre os entes públicos, que decorre da regulamentação prevista na Lei 8.080/90, a qual impôs à União, Estados, Municípios e Distrito Federal o dever de participar das diretrizes do SUS, conforme se infere no disposto no art. 4º, do referido diploma; V - Súmula nº 65 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; VI Substituição por outro medicamento com mesmo princípio ativo e efeitos equivalentes, a critério médico. VII - Honorários devidos à Defensoria Pública por força da sucumbência. VIII Desprovemento do recurso. IX - Reforma parcial da sentença, em sede de reexame necessário, tão-somente para determinar que o fornecimento se faça mediante a apresentação de receituário médico atualizado e estabelecer que o percentual de 5% incida sobre o valor atribuído à causa. X Aplicação da regra contida no art. 557, do CPC”. (TJRJ – 17ª CC - Ap – 2007.001.40296 – Rel. Elton Leme – j. 26.09.07).

[31] Sobre a amplitude do direito invocado, as palavras de Paulo César Pinheiro Carneiro são precisas: “Ora, se o direito à vida e à saúde existem, ao que tudo indica, pelo menos na nossa Constituição, e é um dever do Estado garanti-lo, é evidente, e aí o silogismo . Neste passo, é preciso reiterar mais uma vez, e disto ninguém discorda neste processo, que a apelada precisa de medicação não para curar eventual doença, mas sim para continuar com vida”.(CARNEIRO, 2001, p.159/160).

[32] O Supremo Tribunal Federal assim se manifestou: “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade”.(STF - RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello - j. 12.09.00). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez: “ao se determinar ao Ente Público o fornecimento do medicamento necessário ao tratamento de saúde da parte autora, deve ser lido como todo e qualquer medicamento, especificado na petição inicial, ou prescrito no curso da demanda, ou genérico com o mesmo princípio ativo, necessários ao tratamento da saúde do requerente, direito garantido pela Constituição Federal em seu artigo 196”. (TJRJ – 17 CC - Ap 2007.001. 40296 – Rel. Elton M. C. Leme – j.25.09.07)

[33] “Art. 2, caput da Lei n. 8.080/90: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

[34] “Cotejando a tese de Dworkin referente à ‘única resposta certa’ para os casos colocados sob análise do Judiciário, com esta noção de conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, entendemos ser possível vislumbrar que este mínimo (ético) da dignidade está, de fato, fora do poder discricionário do juiz. Ao se defrontar com a possibilidade de violação deste conteúdo da norma, ele não pode ponderar, afastando-a, mas deve, impreterivelmente, aplicá-la. e neste contexto, a tese da ‘única resposta certa’ assume um colorido diferente, protetor do ser humano como valor último do Direito. Sob esta ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana assume caráter de um instrumento de realização do ideal e dos valores do Estado Democrático de Direito. (...) O Direito é uma categoria intersubjetiva, de modo que as noções de justiça, equidade, devido processo legal observadas por Dworkin somente têm sentido em um ambiente social em que todos os seres humanos tenham acesso a esta justiça, equidade e devido processo legal. Este acesso só se materializa a partir da existência de algumas condições mínimas, sem as quais o ser humano deixa de ser um indivíduo consciente e autônomo, dotado de livre-arbítrio.” (OLSEN, 2006, p. 75-76).

[35] Utiliza-se o termo “substância” em vez de medicamento porque são incluídos nas listas para a distribuição gratuita os nomes das substâncias que farão parte do princípio ativo, a fim de ampliar a possibilidade de escolhas de fármacos para o tratamento dos enfermos, por exemplo, em processos licitatórios.

[36] “O fim do direito é a paz, o meio de que se deve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo - , ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: a luta dos povos, dos governos das classes sociais, dos indivíduos. Todos os direitos da

humanidade foram conquistados pela luta ; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles que a eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso, a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende a espada sem a balança é a força bruta ,a balança sem espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.’ (IHERING, 2002. p.27).

A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO DA FAMÍLIA: AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS HIPÓTESES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO LITIGIOSOS

EL ARBITRAJE COMO UN MEDIO DE EJECUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE FAMILIA: LA AMPLIACIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CASOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO ACUERDOS

**Ivan Aparecido Ruiz
Belmiro Jorge Patto**

RESUMO

RESUMO: O presente texto, após fazer uma breve análise histórica da autotutela à jurisdição, apontando a crise por que esta passa e, conseqüentemente, o próprio processo, como um dos institutos fundamentais do direito processual civil, ao cargo do Poder Judiciário, enfoca os meios alternativos de solução dos conflitos de interesses (conciliação, mediação, negociação e arbitragem), em especial para a arbitragem, numa nova visão, como uma forma de ampliação de acesso à justiça, mormente no âmbito do direito de família, até mesmo em decorrência do Projeto de Lei sob o n. 4019/08, de autoria do Deputado Federal Elcione Barbalho, que, atualmente, se encontra em trâmite no Congresso Nacional, onde pretende ver autorizada a arbitragem para a separação litigiosa e divórcio litigioso, como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade, já que nessas situações também estão presentes assuntos como o direito a honra, o direito à intimidade, o direito ao nome, o direito ao segredo (publicidade restrita).

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: ARBITRAGEM, JURISDIÇÃO, DIREITO DE FAMÍLIA, PROJETO DE LEI, ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS DA PERSONALIDADE.

RESUMEN

Resumen: Este texto, después de hacer un breve análisis histórico de autotutela alla jurisdicción, lo que apunta a la crisis que se trata y, en consecuencia, el proceso en sí como una de las instituciones fundamentales del Derecho procesal civil, la oficina del Poder Judicial, se centra en la alternativa de conflicto de intereses (conciliación, mediación, negociación y arbitraje), en especial de arbitraje, una nueva visión, como una forma de ampliar el acceso a la justicia, especialmente en el contexto del derecho de familia, incluso como consecuencia de un proyecto de la Ley en virtud del párrafo 4019/08, realizado por el Sr. Elcione Barbalho que, actualmente, está en proceso en el Congreso Nacional, donde pueden ver el arbitraje en caso de conflicto de la separación

y el divorcio conflictos como instrumento de realización de los derechos de la personalidad, tales como situaciones también están presentes cuestiones como el derecho a honrar el derecho a la intimidad, el derecho al nombre, el derecho a la confidencialidad (restringido la publicidad).

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE, JURISDICCIÓN, DERECHO DE FAMILIA, UN PROYECTO DE LEY, EL ACCESO A LA JUSTICIA, LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

DESENVOLVIMENTO

1. Breve desenvolvimento histórico: da autotutela à jurisdição

A jurisdição é função estatal. Cabe, pois, ao Poder Judiciário, na estrutura do Estado brasileiro, diga-se de passagem, Estado Democrático Social de Direito, por meio de seus vários órgãos e justiças, realizar essa função, solucionando os conflitos de interesses resistidos ou insatisfeitos, atingindo o *escopo pacificação social*[1]. Muitos falam, ainda, em monopólio, em exclusividade, por parte do Poder Judiciário, para realização dessa função.

Na história do Direito, contudo, nem sempre foi assim. Encontra-se em outras épocas e períodos da história, por exemplo, a *autotutela*, a *autocomposição* (por meio da conciliação ou mediação)[2] e, finalmente, a *heterocomposição* (pela *arbitragem*). Aliás, esses métodos, todos, precedem no tempo, ao *processo “judicial”*, conforme se concebe, atualmente.

1.1 Da autotutela

A *autotutela* é um método de solução de conflitos de interesses, onde vigora a *força física*. Aquele que possui um poderio físico mais avantajado, sendo detentor da força física, ainda que não tenha razão, faz prevalecer a sua vontade, sujeitando o outro sujeito (pessoa) a sua decisão. Não raro, a *pressão psicológica* é muito utilizada, fazendo brotar um constrangimento moral, uma coação.

A autotutela, como ensina Ari Possidônio Beltran, “Implica no ato pelo qual alguém procura impor a outrem, via de regra pelo uso da força física, a solução da pendência. Não raro a coação psicológica e moral são meios utilizáveis em tal contexto”[3].

Na autotutela, como traços marcantes, pode-se destacar: **(a)** *forma linear de resolução do conflito de interesse*; **(b)** *utilização da força*; e **(c)** *ausência de um terceiro*.

A autotutela, se analisada na história do Direito, verificar-se-á que se trata de uma forma primitiva de resolução de conflito de interesses.

Atualmente, esse método, entre nós, é encontrado como resquício, podendo-se, apontar, dentre outros, os casos de *desforço imediato* (art. 1210, § 1º, do Código Civil brasileiro

de 2002)[4] e de *retenção* (arts. 578[5], 644[6], 1219[7] e 1433, inc. II[8], todos do Código Civil brasileiro de 2002). Registre-se, ainda, que a autotutela é encontrada no plano do Direito Internacional Público, lembrando, como exemplo, a *guerra*[9]-[10].

Modernamente, esse método é odiado pelas pessoas, tanto que entre nós, no Brasil, no plano interno, o *exercício arbitrário das próprias razões*, registre-se, ainda que no exercício de uma pretensão legítima, foi previsto como crime, estando capitulado no Código Penal brasileiro, no Capítulo *Dos Crimes Contra a Administração da Justiça*, especificamente, no art. 345[11]-[12].

1.2 Da autocomposição

Na autocomposição, a solução dos conflitos de interesses vem por obra das próprias partes, não havendo que se falar na decisão por parte de um terceiro. A “Autocomposição, pois, é a extinção do litígio por iniciativa e atitudes dos próprios sujeitos envolvidos”[13]. Nesse aspecto, poder-se-ia afirmar que na autocomposição, os sujeitos são os seus próprios juízes. Eles são quem decidem a respeito da controvérsia existente entre eles. O terceiro, nesta modalidade de solução dos conflitos de interesses, quando presente, funciona como um mero auxiliar dos sujeitos em conflito de interesses, funcionando como um facilitador na resolução do litígio, jamais apresentando qualquer decisão.

Nesta maneira de solução de conflitos de interesses encontram-se, ainda, as seguintes variantes: **(a)** *conciliação*, **(b)** *mediação* e **(c)** *negociação*.

1.2.1 Da Conciliação

A conciliação é um método autocompositivo, onde se verifica a presença de um terceiro – juiz estatal[14] –, ocorrendo, sempre, no curso do processo (*endoprocessual*)[15]-[16], podendo, o juiz sugerir ou apontar a solução para o conflito de interesses, ressaltando-se, no entanto, que a solução (decisão) é dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia.

A palavra *conciliação*, do latim *conciliare*[17], é encontrada nas principais línguas latinas: *conciliation*, em francês; *conciliazione*, em italiano; *conciliación*, em espanhol. No inglês, *conciliation*; e *Sühne*, *Aussöhnung*, *Versöhnung*, em alemão. “O termo *conciliação* tanto indica a ação destinada ao apaziguamento das pessoas divergentes quanto o próprio resultado obtido.”[18]

A respeito desse conceito, De Plácido e Silva[19] anota: Derivado do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar), entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo *negócio* ponham fim à divergência amigavelmente. Está, assim, na conformidade de seu sentido originário de *harmonização* a respeito do que se diverge. Desse modo, a *conciliação*, tecnicamente, tanto pode indicar o *acordo* amigável, como o que se faça, judicialmente, por meio da *transação*, que termina o litígio.

Como afirma Alfredo Buzaid, a “[...] conciliação é um instituto antigo de direito processual civil, cujas origens remontam às fontes romanas. Conheceu-a e praticou-a o direito intermédio e mereceu a mais cuidadosa atenção da doutrina”[20].

Aliás, em momento anterior, já se utilizava da conciliação como meio de solucionar desavenças, tal qual na ordem religiosa. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo asseveram: “No que concerne à conciliação, o próprio Cristo teria afirmado: “aquele que traz uma oferenda, mas que tem uma contenda com seu irmão, deve, antes, reconciliar-se com ele, para somente depois completar a oferenda”[21].

A conciliação, nesse momento, era buscada com base em princípios religiosos e morais, pois o objetivo que a inspirava era religioso, ao contrário da transação, a qual se ocupava exclusivamente com bens materiais.

A conciliação sempre teve habitação no nosso ordenamento jurídico, tanto no período do Brasil Colônia[22], quando ainda, aqui, se aplicava a legislação portuguesa, quanto depois da nossa independência (*Constituição do Império de 1824*)[23], *Regulamento n. 737, de 1850*[24], *Consolidação de Ribas de 1876*[25], *Direito do Trabalho*[26], *Direito de Família*[27], *Direito de Família – Alimentos*[28], *Juizados de Pequenas Causas de 1984*[29], *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*[30] e *Juizados Especiais Cíveis e Criminais de 1995*[31]), merecendo ela tratamento no plano constitucional e infraconstitucional.

1.2.2 Da Mediação

A mediação também é uma das modalidades de autocomposição, não se confundindo com a conciliação. Aqui, como na conciliação, tem-se a presença de um terceiro. No entanto, este terceiro sempre atua fora do âmbito do processo, a cargo do Estado-juiz, sendo, pois, uma forma *extraprocessual* de conflitos de interesses. O terceiro também não é o juiz estatal, mas um terceiro, diferente da figura deste. Esse terceiro, nessa atividade, diferentemente do ocorre com o conciliador, no âmbito do processo judicial, não decide e, tampouco, apresenta sugestão ou opção para solução do conflito de interesses, ficando esta, a cargo dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia. Poder-se-ia até mesmo afirmar que a mediação seria uma variante da conciliação, mas com ela não se confunde. Aliás, aqui, vale-se a lição de Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Tarufo, quando ensinam: “Uma variante importante di questa strategia si há nel caso della *mediazione*, ossia quando l’accordo viene raggiunto anche in funzione dell’opera di um soggetto <<terzo>>, che fa da tramite fra lê parti agevolando lê tratative e favorendo il raggiungimento dell’accordo. È importante notare che nella mediazione il terzo non resolve il conflitto, ma fa in modo che lê parti lo risolvano com um accordo”[32].

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao tratarem da mediação, quando da abordagem dos *meios alternativos de pacificação social*, assim se manifestam: “A *mediação* assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo”[33].

Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez, acerca do conceito de mediação, assim se manifestam: “La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable.

Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial - con el desgaste econômico y emocional que éste conlleva - pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, econômica y cordial”[34].

Ivan Aparecido Ruiz, por sua vez, conceitua “(...) mediação é um procedimento autocompositivo extraprocessual, consistente num método alternativo de solução de conflitos de interesses, dotado de técnicas, desenvolvido anexo ao Poder Judiciário, de forma obrigatória, como requisito para o ajuizamento de futura e eventual ação judicial, com a interferência de um terceiro, imparcial e neutro. A este cabe restabelecer o canal de comunicação entre as partes, a fim de facilitar uma negociação entre elas, para que possam, por si sós, chegar a um acordo a ambas favorável, não podendo, o mediador, sugerir, propor ou impor nenhuma decisão a respeito da controvérsia”[35].

1.2.3 Da Negociação

Na *negociação*, como uma das modalidades de autocomposição, diferentemente do que ocorre na conciliação e na mediação, não há a presença de um terceiro, porquanto as próprias partes buscam, diretamente, a solução do conflito de interesses.

1.3 Da heterocomposição

Como meios de solução de conflitos de interesses *heterocompositivos*, tem-se: (a) a *arbitragem*, e (b) o *processo*. Aquela, poder-se-ia dizer, uma forma de *justiça privada*, enquanto este um mecanismo para atuação da *justiça pública*.

1.3.1 Da arbitragem

Carlos Alberto Carmona, entre nós, ao tratar do conceito da arbitragem, assim se expressou: “Arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem a intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”[36].

Em território brasileiro, mesmo antes da independência política de Portugal, sempre se utilizou da arbitragem, já que a legislação – no plano constitucional[37] e infraconstitucional[38] –, constantemente, a previu.

Na arbitragem, como método de solução de conflitos de interesses, diga-se de passagem, *método heterocompositivo*, ao lado do processo, sempre tem a figura de um terceiro, que, assim, como o juiz estatal, profere uma decisão, uma *sentença*. O árbitro decide, apresentando a solução para o conflito de interesses. É uma solução imposta, ficando os sujeitos em conflitos de interesses sujeitos a decisão. Por isso, afirma-se tratar de um método adversarial de conflitos de interesses.

Difere a arbitragem da conciliação e da mediação pelo fato de, enquanto nestas modalidades o terceiro nada decide, naquela a decisão é do árbitro. Aliás, aqui, vale a pena transcrever a lição Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Tarufo, quando coteja a mediação e a arbitragem. Lecionam os aludidos autores: “È importante notare che nella mediazione il terzo non risolve il conflitto, ma fa in modo che le parti lo

risolvano com um acordo. Questo è infatti l'elemento che distingue la figura della mediazione da quella dell'*arbitrato*. Anche l'*arbitrato* è caratterizzato dalla presenza di un terzo, ma è diversa da funzione che costui svolge: essa non consiste nel propiziare l'accordo delle parti, ma nel risolvere il conflitto con una decisione autonoma ed indipendente. L'*arbitrato* si fonda su un accordo delle parti, ma tale accordo riguarda essenzialmente la comune volontà de accertare il giudizio dell'arbitro come regolamento del conflitto. Le parti decidono cioè di demandare all'arbitro l'individuazione dell'assetto di interesse che costituirà la soluzione del conflitto che le riguarda"[39].

1.3.2 *Do processo*

O *processo*, ao lado da *jurisdição*, da *ação* e da *exceção* é dos *institutos fundamentais do direito processual*.

O Estado, no exercício da função jurisdicional, utiliza-se do *processo* para resolver os conflitos de interesses resistidos ou insatisfeitos, sendo ele indispensável ao exercício da jurisdição, entendida como *poder, função e atividade*, independente da natureza do conflito de interesses (civil, penal, trabalho, constitucional, administrativo, comercial, etc.). É o processo, no quadro dos *meios de solução de conflitos de interesses*, o meio ou método oficial. É por meio dele que o Estado opera a jurisdição. É ele, nesse quadro, o instrumento oficial de que se vale o Estado-juiz para certificar o Direito, solucionando os conflitos de interesses.

É bom registrar que, perante nós, no Brasil, o Poder Judiciário também utiliza do processo na jurisdição voluntária, porquanto está compreendido na *jurisdição civil*, tanto a *jurisdição contenciosa*, quanto a *jurisdição voluntária*, consoante se pode verificar da redação do art. 1º[40] do Código de Processo Civil de 1973, bem como dos Títulos I e II, do Livro IV[41], do mesmo estatuto processual.

Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Tarufo tratando acerca dos *métodos para resolver as controvérsias*, no plano do Direito Processual Civil, em especial, quanto ao processo, escrevem: “Il punto di partenza per un'analisi attendibile del processo civile può essere costituito de una fra de molte possibili definizioni, secondo la quale *il processo civile è un método per la soluzione di conflitti*, e più precisamente è *il metodo istituzionale per risolvere controversie*. (...)”[42].

Não se aprofundará, aqui, propositadamente, quanto a esse instituto – *processo* –, analisando, por exemplo, a sua natureza jurídica, os sujeitos da relação jurídica processual, o objeto da relação jurídica processual, os pressupostos da relação jurídica processual, o início e fim do processo, o procedimento, os tipos de processo, as formas processuais, os atos processuais e seus vícios, porquanto fugiria totalmente aos fins do presente texto, que tem por foco principal, a *arbitragem*, anotando, no entanto, desde logo, que como o processo é o instrumento da jurisdição e, atualmente, muitas são as críticas lançadas aos ombros do Poder Judiciário (leia-se “jurisdição”) quanto à morosidade, falta de agilidade e eficiência quanto a prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz[43], vem ganhando cada dia mais espaço no meio jurídico os *meios alternativos de conflitos de interesses* (conciliação, mediação, negociação e arbitragem).

1.4 *Do monopólio da jurisdição*

Muito se fala no monopólio do Poder Judiciário, no que se refere a pacificação dos conflitos de interesses, resistidos ou insatisfeitos. A base desse pensamento está na Constituição Federal e, ainda, no Direito Constitucional.

A Constituição Federal de 1988, no Título que trata *Dos direitos e garantias fundamentais*, no Capítulo *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*, no art. 5º, inc. XXXV[44], garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Está aí o chamado *Princípio da inafastabilidade da jurisdição*, ou *princípio do controle jurisdicional necessário*. É por intermédio dessa garantia que se exerce o direito de ação, com a finalidade de se obter a prestação jurisdicional e, conseqüentemente, o acesso à justiça.

No âmbito do Direito Constitucional, José Afonso da Silva, em comentários ao inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, escreve:

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário monopólio da jurisdição, pois se que se admite mais o contencioso administrativo, que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de *individual* – no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, por exemplo, de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não-individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos, também”[45].

Também no âmbito do Direito Processual Civil fala-se em monopólio da jurisdição, consoante se constata da lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando afirma que “A jurisdição, monopólio do poder estatal, é uma e indivisível. (...) No Brasil não existe jurisdição constitucional nem administrativa, como em alguns países europeus”[46].

A afirmação da existência do monopólio da jurisdição por parte do Poder Judiciário, no Brasil, se faz, justamente, em razão da existência do inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, onde, aliás, se sustenta a presença do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. É o acesso à justiça. Mas, aqui, talvez, poder-se-ia, melhor, afirmar-se na presença do *acesso ao Poder Judiciário* com o objetivo de se obter o acesso à justiça, este como resultado último, que seria a pacificação social. Assim, hoje, perfeitamente possível, pensar no *acesso à justiça*, com o objetivo de alcançar a *pacificação social*, escopo último do Direito, sem se utilizar dos serviços jurisdicionais que são prestados pelo Poder Judiciário. Fala-se, então, em *acesso à justiça pelos meios alternativos de solução de conflitos de interesses*.

Com efeito, hoje, muito já se defende no sentido de que os *meios alternativos de solução de conflitos de interesses* são uma forma de acesso à justiça, encontrando-se, inclusive, na doutrina estrangeira e brasileira, a existência de artigos e obras jurídicas nesse sentido[47].

Nesse contexto, é de se destacar a *arbitragem*, além de, como já evidenciado, de outros meios alternativos, como ocorre com a *conciliação*, *mediação* e a *negociação*, é, sem dúvida, uma forma de realizar o Direito, com o escopo de pacificação social.

1.5 Das atuais perspectivas da jurisdição

Nesse contexto todo, então, é de se destacar que, hodiernamente, o monopólio da jurisdição, por parte e pelas mãos do Poder Judiciário, começa-se a relativizar, a se flexibilizar, justamente porque muitos defendem também a jurisdição no âmbito da arbitragem, sendo, inclusive, o entendimento prevalente na doutrina pátria. Como ensina Nelson Nery Júnior, “Além do Poder Judiciário, outros órgãos do Estado podem exercer o poder jurisdicional. Isto ocorre, por exemplo, quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (CF 52 I). Em alguns sistemas se atribui ao Poder Executivo o exercício de parcela da atividade jurisdicional, por meio do contencioso administrativo. Esse sistema estava previsto na CF/1969 205, mas nunca chegou a ser implantado entre nós. A Constituição Federal vigente não repetiu aquela norma. Disto se pode concluir, primeiramente, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário”[48]. Esse mesmo autor, ainda prossegue: “Pela sentença arbitral o juiz não togado escolhido pelas partes decide *toda* a controvérsia formada entre elas, cuja decisão tem força de coisa julgada. Esta sentença arbitral é acobertada pela coisa julgada material e tem, portanto, plena executividade, não mais necessitando de homologação pelo órgão jurisdicional estatal, como o exigia o sistema revogado pela atual Lei de Arbitragem (LArb 18). O CPC 475-N IV dá à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial, não deixando mais nenhuma dúvida sobre o caráter jurisdicional de arbitragem. A sentença arbitral, como é de aplicação do direito ao caso concreto por juiz não estatal, é manifestação de atividade jurisdicional. A consequência disso é que se reveste da autoridade da coisa julgada”[49].

Os fundamentos basilares desses defensores encontram-se no art. 18[50] da Lei de Arbitragem e, também, no fato da *sentença arbitral* constituir-se em *título executivo judicial* (art. 475-N, inc. IV, do CPC/73)[51].

Para fins do presente estudo e artigo, não se adentrará na polêmica doutrinária[52] – *existência ou não de jurisdição na arbitragem* –, até mesmo porque, justamente, em razão dos argumentos daqueles que defendem a jurisdição na arbitragem é que se defenderá a alteração na Lei de Arbitragem, *com a inserção do parágrafo único* no art. 1º, da Lei de Arbitragem, como é da proposta em trâmite no Congresso Nacional, como se verá adiante, permitindo, a partir daí, a utilização da arbitragem em separação e divórcio litigiosos. É a jurisdição enfocada sob uma nova perspectiva, podendo adentrar no âmbito das relações que versam sobre interesses e direitos indisponíveis, no âmbito das relações familiares (ação de estado) e dos direitos da personalidade.

Ademais, como ensina Nelson Nery Júnior, “O conceito de jurisdição não tem sido desenvolvido pela doutrina brasileira, no sentido de acompanhar a evolução que o instituto vem sofrendo nos ordenamentos mais modernos. Ainda estamos sob a influência estática da noção chiovendiana de jurisdição, de atuação da lei no caso concreto e função estatal substitutiva da vontade das partes. Nem ao menos chegamos a questionar, por exemplo, que a declaração *in abstracto* da inconstitucionalidade da lei é comando jurisdicional geral, rompendo com o tradicional jargão de que a jurisdição apenas atua no caso concreto, fazendo lei *somente* entre as partes”[53].

Pode-se afirmar que a *arbitragem*, como *método alternativo heterocompositivo* dos conflitos de interesses, onde um terceiro, chamado árbitro, que goza da confiança dos sujeitos, é chamado resolver o litígio, não transgride a garantia constitucional do acesso

à justiça pelas mãos do Poder Judiciário, pois está ela, como tratada na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, em perfeita compatibilidade com o sistema jurídico nacional, tendo sido, ainda, declarada a sua constitucionalidade pelo Pleno do Supremo Tribunal federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, na Sentença Estrangeira, Agravo Regimental sob o n. 5206, da Espanha, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, cujo julgamento ocorreu em data de 12 de dezembro de 2001, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça em data de 30 de abril de 2004, na página 29 e, ainda, no Ementário, v. 02149-06, p. 958.

Também a doutrina, ao tratar do *acesso à justiça* ou da *garantia da ação e da defesa*, entende que

“Essa garantia não é infringida pela Lei da Arbitragem (lei n. 9.307, de 23.9.1996), que não mais submete o laudo arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo ele os mesmos efeitos da sentença judicial (arts. 18 e 31). A eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial; e se uma delas não quiser cumprir a cláusula compromissória, a outra deverá recorrer ao Judiciário para o suprimimento da vontade de quem se recusa. Além disso, a lei contempla o acesso aos tribunais para a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos nela previstos”[54].

É a jurisdição vista sob uma nova forma, sob uma nova perspectiva, ampliando o seu arco de atuação também pelo árbitro. Portanto, a afirmativa de que a jurisdição é função estatal deve, doravante, ser analisada em termos, com cuidado. A não ser quando se reserva ao Estado-juiz a jurisdição, como função típica, preponderante e, ainda, nos chamados casos de *jurisdição necessária*.

Por outra vertente, se para o jurisdicionado o que interessa é a *pacificação social*, pouco importa se esta vem pelas mãos do Estado-juiz ou de um particular. O que interessa, e esse é o fim último do Direito, repita-se, é a *pacificação social*, eliminando os conflitos de interesses existentes no seio social.

Nesse caso, não se vê qualquer prejuízo ou inadequação na utilização da arbitragem, como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do Direito de Família, conforme adiante se demonstrará com mais vagar.

2. Da arbitragem

Desde a entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, legalizou-se, por assim dizer, a possibilidade de ampliação do conceito de jurisdição, como visto anteriormente, no sentido de se efetivar o acesso à Justiça, cláusula pétrea do sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.

Este movimento de ampliação/efetivação possibilitou, e vem possibilitando, a conscientização e participação direta das pessoas nas soluções de conflitos jurídicos, denotando um direcionamento do sistema para o efetivo exercício da cidadania responsável. Tudo isso, como se observa, está plenamente de acordo com as exigências das sociedades complexas da atualidade, em que se identifica uma maior litigiosidade,

ínsita às suas próprias características, e a necessidade de efetividade da atuação jurisdicional (*lato sensu*).

Note-se que tais afirmações não destoam do que vem sendo conceituado pela doutrina como atividade da arbitragem, *verbis*: “A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”[55].

Do exposto se observa que a arbitragem é meio alternativo de solução de conflito de interesses eficaz de ampliação do acesso à Justiça, em sintonia com a ordem constitucional vigente. Tanto assim, repita-se, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Sentença Estrangeira, Agravo Regimental sob o n. 5206, da Espanha, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, cujo julgamento ocorreu em data de 12 de dezembro de 2001, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça em data de 30 de abril de 2004, na página 29 e, ainda, no Ementário, v. 02149-06, p. 958, declarou a constitucionalidade *in totum* da Lei da Arbitragem.

Cabe, no entanto, verificar como vem sendo tal legislação utilizada e quais as perspectivas futuras que lhe possam caber, assunto do próximo subitem.

2.1 Da arbitragem no atual contexto vigente

A atualidade da questão que envolve a arbitragem se apresenta como desafiadora aos operadores do Direito, uma vez que se observa cada vez mais que o aumento do nível de complexidade/mobilidade das relações sociais, de uma maneira geral, resulta em movimentos de mudança de conceitos, culturas, paradigmas científicos[56], dentre outros.

Aqui nos interessa esta questão, uma vez que como se verá a seguir, o núcleo da sistemática da Lei de Arbitragem é a ideia de *direitos patrimoniais disponíveis*[57].

Diante desses lineamentos caberia perguntar o que se deve entender, no contexto atual, por *direito patrimonial disponível*. Ou seja, a aplicação da Lei n. 9307/96 está restrita à noção *clássica* de direito disponível, ou hoje, é possível uma nova configuração dessa relação entre sujeito e bens jurídicos?

Apesar das *interpretações restritivas e conservadoras* ao precitado art. 1º da Lei de Arbitragem, cada vez mais se reconhece a ampliação de sua aplicação às relações jurídicas não estritamente *patrimoniais disponíveis*[58].

Preconiza parcela da doutrina[59], por exemplo, a tese da possibilidade da instauração de juízo arbitral nas relações do trabalho, a partir da perspectiva do direito adquirido. Nesse sentido:

“Por outro lado, nada impede – e até pode se apresentar benéfica para o empregado – a instituição da arbitragem nos termos da Lei 9.307/96 através do compromisso arbitral.

Lembre-se que o compromisso existe depois do conflito entre as partes que, em razão dele, resolvem que suas diferenças serão dirimidas pela arbitragem.

Neste momento, os direitos do empregado já foram adquiridos.

Ninguém questiona, aqui, se ele tem ou não direito ao décimo terceiro salário proporcional ou às férias, por exemplo.

Demais disso, não foi abstraído o direito de acessar o Poder Judiciário, que se encontra à disposição do empregado.

Assim, mesmo diante da opção de ingressar com reclamação junto ao Poder Judiciário, o empregado pode, por evidente, preferir se submeter à arbitragem.

Nada há que impeça sua opção, sequer encontra óbice no decantado princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas que, repita-se à exaustão, já foram adquiridos”.

O que nos parece viável no entendimento do autor citado é o fato de que em determinadas relações jurídicas, ainda que aparentemente de cunho indisponível, resta algum espaço para a arbitragem, ali onde justamente a solução da relação fica a cargo da vontade das partes.

Será que no âmbito do Direito de Família, em especial na relação jurídica *casamento*, restaria tal espaço para a atuação do juízo arbitral?

Tal questionamento é o que se propõe responder no próximo subitem, se não de forma peremptória, ao menos gerando uma reflexão crítica que parece importante, principalmente à luz das recentes reformas ocorridas no que diz respeito à possibilidade da dissolução da sociedade conjugal pela via extrajudicial, por intermédio de Escritura Pública[60], bem como de Projeto de Lei[61] que versa sobre a instituição do juízo arbitral, inclusive nos casos da separação judicial, bem como no divórcio litigiosos.

2.2 Da arbitragem numa nova visão, no contexto do Direito de Família

Coerentemente com aquilo que vimos expondo, não se poderia pensar a relação entre a arbitragem e o Direito de Família sem levar em consideração as transformações ocorridas nas relações sociais e, em última instância, no próprio Direito[62], sob pena de grave distorção das conclusões que daí advém.

Não escapa aos olhos argutos da ciência jurídica[63] atual tal situação, que assim aduz:

“O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade constante **oxigenação das leis**. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei. O influxo da chamada **globalização** impõe constantes alterações de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do direito das famílias. Quando se

trata das relações afetivas – afinal é disso que trata o direito das famílias –, a missão é muito mais delicada em face de seus reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. É o direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano. Como adverte Sérgio Gischkow Pereira, o regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia.

O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua **democratização**, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira **estatização do afeto**, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas”.

Vale ressaltar, na esteira das conclusões da doutrina referida o papel e o alcance da interferência do Estado, ainda que detentor de interesse na preservação da família, mas que diante dessa nova perspectiva, necessita de um repensar e reavaliar de sua intervenção na vida familiar. Se não, veja-se:

“(...) Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de **legitimidade** para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar. Compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação”[64].

Como deixa clara a doutrina, a concepção atual de família não mais se coaduna com aquela visão patriarcal e impositiva de condutas informadas pelo medo reverencial ou mesmo pelo autoritarismo hierarquizado. Hoje o que constitui seu elemento central é a afetividade e, enquanto tal, ganha relevo a liberdade individual no sentido da vontade de permanecer ou não inserido naquele núcleo. Nesse sentido:

“Em que pese soar estranho tratar de renúncia ou restrição a liberdade ao mesmo tempo em que se fala de dignidade e igualdade, somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto. Se assim não fosse, certamente não estaríamos falando de família, onde as pessoas decidem permanecer unidas por vontade própria, buscando a realização própria e dos demais, respeitando a esfera da dignidade e da liberdade de cada sujeito. Ademais, como afirma João Baptista VILLELA, ‘em família ninguém cresce sem fazer crescer, nem se destrói sem se autodestruir’”[65].

Dessa visada epistemológica é que se torna possível uma atuação do Direito mais consentânea com as dificuldades que se apresentam atualmente no que se refere ao problema que se quer aqui resolver.

Assim, se a intervenção estatal vindo sendo questionada, uma vez que ocorreu a mudança paradigmática, tais modificações não atingiriam também o casamento e seus consectários legais, dentro da mesma moldura epistemológica aqui proposta?

A resposta deve ser afirmativa. Ora, não é mais possível pensar o casamento dentro da estrutura clássica, uma vez que aí também houve grandes mudanças e o Direito não pode frente a elas se apegar.

Desse modo, o enquadramento jurídico do casamento deve estar em consonância com essas alterações. Por isso a doutrina[66] vem afirmando, *verbis*:

“(...) O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, a idéia de **negócio de direito de família** seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um acordo de vontades. É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e aos pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair. Inquestionavelmente, é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade”.

Não nos parece mais possível a afirmação da indisponibilidade do desfazimento, nas situações ditas litigiosas, tanto da sociedade quanto do vínculo conjugal[67], uma vez que se trata de interesses intersubjetivos, relativos aos cônjuges. Claro está que nas situações em que envolver interesses de menores ou incapazes a atuação do Estado é necessária, não devido à questão do matrimônio em si, mas justamente porque há alteração daquela intersubjetividade que agora resta ampliada.

Se, como visto, o afeto é o elemento nuclear da constituição da família, cujo início, em geral[68] se dá pelo casamento, uma vez desaparecendo tal elemento, forçoso concluir que somente a vontade dos cônjuges seria capaz de desconstituí-lo. Por isso se pode afirmar:

“A noção de afeto que foi abordada no trabalho tem sentido diverso. Ela representa uma forma de se dar visibilidade às relações de família, uma vez que é em sua função que elas se formam ou se desfazem. Sua existência é mais concreta, sendo provada quotidianamente, o que novamente revela um modelo jurídico de família mais preocupado com os sujeitos do que com o conjunto. Esta noção contemporânea pode ser localizada em duas situações nas relações jurídicas de família: na formação e dissolução de casais e nas relações paterno-filiais, como se verá a seguir”[69].

Como se observa, a vontade dos sujeitos é o elemento crucial no que diz respeito com a permanência ou não do(s) vínculo(s) jurídico(s) que advêm do casamento.

Acresça-se que tanto para os atos anteriores ao casamento quando do procedimento de habilitação, quanto para a sua celebração/constituição jurídica, têm atribuições para realizá-los o juiz de paz, que sabidamente, não exerce funções jurisdicionais. Então, se para a constituição da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, se permite a

atuação da vontade das partes, e de autoridade que não detém jurisdição, não se vê nenhum óbice a que o desfazimento de tal sociedade e vínculo também possa se dar no âmbito extrajudicial.

De tais considerações pode-se inferir que há, agora, espaço para a utilização do juízo arbitral nas relações do direito das famílias, principalmente no que diz respeito ao desfazimento dos vínculos jurídicos instituídos a partir do casamento, ou mesmo nas relações a ele equiparadas.

Então, se não houver faticamente situação que envolva interesses de menores ou incapazes, a conclusão parece não ser outra senão a da possibilidade da instituição do juízo arbitral para se resolver as questões da separação litigiosa e do divórcio litigioso, por esse meio alternativo de solução de conflitos. Objeto das próximas considerações.

2.3 Do Projeto de Lei n. 4019/08

Tramita na Câmara dos Deputados Federal[70], o Projeto de Lei n. 4019/08, que tem a seguinte redação:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescido de parágrafo único;

“Parágrafo único. A separação litigiosa e o divórcio litigioso poderão ser objeto de arbitragem, mediante compromisso arbitral firmado pelas partes, salvo quando houver filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo a sentença arbitral dispor sobre a descrição e à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e, ainda, quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento ” (NC)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apresenta, em sua versão original, as seguintes justificativas que denotam os embasamentos jurídicos da proposição:

Justificação

Mediante sugestão do Dr. Luiz Antonio Scavone, mestre e doutor em direito pela PUC-SP, professor dos cursos de graduação, pós-graduação e mestrado em Direito na UniFMU em SP, é que apresento este projeto de lei a fim de permitir a separação litigiosa e o divórcio litigioso por meio de convenção de arbitragem. Aproveitamos, neste caso, a redação do art. 1.124-A do CPC, apenas permitindo que, tanto a separação quanto o divórcio litigiosos, mediante compromisso arbitral e não havendo interesses de incapazes, seja levado ao árbitro da confiança das partes. Isto porque, talvez seja mais conveniente às partes que um árbitro resolva suas diferenças, mormente quando se tratar de pessoa de sua confiança.

Dessa forma, não há razão para se negar este direito aos cônjuges sob pretexto da indisponibilidade, vez que a separação consensual já é levada a efeito fora do Poder

Judiciário. De mais a mais, a disposição sobre alimentos já é permitida na separação consensual, sendo o direito, a par de respeitáveis opiniões em contrário, passível até de renúncia vez que não se trata de pensão alimentícia decorrente de parentesco (STJ, REsp: 17.719-BA; 8.862-DF; 85.683-SP; 36.749-SP; 226.330-GO, ENTRE OUTROS).

Isto posto, entendemos não haver nenhuma divergência quanto a aprovação deste projeto, porquanto contribuirá para desafogar o Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, contribuirá para a redução do trauma que uma ação dessa natureza causa aos casais.

Sala das Sessões, em 3 de setembro de 2008.

– Deputado **Elcione Barbalho**.

Veja-se que as justificativas estão em consonância com as conclusões anteriormente apontadas, além de acrescentar dado relevante, no sentido de se preservar o desgaste que as ações judiciais causam, muitas vezes, irreparavelmente.

Nada mais lógico, pois a arbitragem é meio seguro, rápido[71], sigiloso e eficaz de solução de conflitos, não se constituindo, ademais, em óbice ao controle de sua legalidade, em última instância, pelas esferas competentes do Poder Judiciário. Assim, é de se admitir plenamente a possibilidade de tal mecanismo.

Por força dessas conclusões, pode-se fazer a crítica construtiva ao referido projeto, uma vez que não faz referência expressa ao destino do disposto no art. 852 do Código Civil[72], ou seja, estaria ele revogado, ou necessitaria nova redação para harmonizar o sistema, solução esta que nos parece a mais adequada. Fica, pois, a sugestão.

2.4 Da aplicação da arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da Personalidade no âmbito do Direito de Família

Como visto anteriormente, considera-se a arbitragem atuação jurisdicional. Dentro dessa moldura, não se poderia deixar de referir sobre a atividade do Poder Judiciário nessa especialidade de sua atuação, a fim de que se possam traçar as características comuns e dissonantes entre as duas formas de solução de conflitos.

Vem sendo sistematicamente advertido pela doutrina que:

“Os envolvidos nos conflitos de família precisam resolver questões que tramitam muito além dos aspectos legais. Os processos de rompimento conjugal, separação, divórcio e união estável, não respeitam a complexidade dos vínculos existentes nesses relacionamentos. Por isso é essencial separar os interesses patrimoniais e materiais das questões existenciais. (...)

Também é imprescindível a qualificação de forma interdisciplinar dos agentes envolvidos no conflito familiar para a compreensão das emoções e do grau de complexidade das relações das partes. O conhecimento técnico jurídico definitivamente não é suficiente. Na tentativa de auxiliar na organização do conflito, os profissionais do direito devem reconhecer o benefício do trabalho de cooperação com outras áreas do conhecimento, sob pena de se infringirem princípios maiores que gozam de garantia constitucional”[73].

Veja-se que as advertências calham à exatidão para as soluções aqui apontadas. Ou seja, a arbitragem como meio adequado de solução dos conflitos no que respeita aos casos de separação litigiosa e divórcio litigioso, demanda todas essas qualificadoras apontadas pela doutrina relativamente aos profissionais incumbidos de dirimir tais conflitos e do esforço necessário na busca de soluções.

Um dos problemas centrais da ação judicial, como visto, são os traumas que dela advém. Como se sabe, muitos desses traumas são frutos do despreparo dos profissionais, ou mesmo a falta de estrutura adequada do Poder Judiciário para que tais demandas não produzam estes efeitos indesejados.

Não basta a especialização das varas judiciais, necessário se faz o acompanhamento posterior da vida emocional e social dos sujeitos submetidos a tais situações. Por isso a necessidade de uma estrutura diferenciada, onde talvez a utilização da arbitragem possa ser mais adequada, inclusive na proteção desses direitos de personalidade que acompanham os sujeitos mesmo depois de encerrada a demanda. Ainda que na doutrina se encontrem vozes nesse sentido, referindo-se ao instituto da mediação, vale à pena a transcrição de tal posicionamento, pois em consonância com o tema em tela. Se não, veja-se:

“A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais que resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento dos sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante dos desdobramentos das relações conflituosas.

A valorização excessiva da norma jurídica ainda é uma realidade que impede colocar sob proteção a família e seus conflitos, em razão da impossibilidade de o direito positivo regulamentar as singularidades de cada arranjo familiar”[74].

Diante de tais constatações, os mecanismos de solução desses tipos de conflito de interesses não podem ficar cegos à realidade dos fatos. As pessoas e as estruturas devem estar em harmonia com os objetivos propostos. Por isso é que a arbitragem se mostra apta a dar efetividade aos direitos de personalidade que envolvem as demandas do Direito de Família.

Pense-se, por exemplo, nas questões relativas ao *direito de imagem, intimidade, direito ao nome, direito à honra* (muitas vezes e, principalmente, em separações litigiosas, o motivo da separação vem recheado de ofensas à honra, como nas hipóteses de adultério, na forma de difamação, injúria e calúnia) dentre outros, do casal em processo de separação ou divórcio litigioso. Se não é incomum, como visto, o sentimento de vingança, o próprio processo corre o risco de se tornar uma arena de embates muitas vezes ofensivos a tais direitos.

Por óbvio que tais ações podem estar preservadas pelo *sigilo*, pela confidencialidade (segredo), mas o que se faz menção aqui é quanto ao ânimo dos sujeitos que, somente pelo fato de se verem diante de uma demanda judicial podem, muitas vezes, se comportar de maneira agressiva e desarrazoada.

Por isso a necessidade da mudança de mentalidade e atitude dos operadores do direito. Nesse sentido, uma vez mais:

“(…) Quem bate às portas do Judiciário chega fragilizado, cheio de mágoas, incertezas, medos. Precisa ser recebido por um juiz consciente de que deve ser muito mais um pacificador, um apaziguador de almas despido de qualquer atitude moralista ou crítica. Em matéria de família, mais do que a letra fria ou o rigorismo do texto legal, a norma que deve ser invocada é a que apela à sensibilidade jurídica (LICC 5º): *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”[75].

Ora, o mesmo argumento pode ser plenamente utilizado com relação aos meios de se obter tais finalidades da lei, ou seja, se a arbitragem se mostra mais adequada à tutela de determinados direitos, por que não instituí-la nesses casos?

Ademais, como o árbitro é de escolha de comum acordo dos sujeitos envolvidos no conflito de interesses[76], são menores as chances de se optar por um perfil que vá prejudicar os interesses deles mesmos, coisa que o critério da investidura e da competência não conseguiria evitar com tanta eficiência. Ou seja, muitas vezes as partes são submetidas ao talante ideológico ou mesmo de formação jurídica de magistrado que, por si só, geram animosidades e resistências indesejadas na solução de tais conflitos.

Por isso, uma vez mais, a instituição do juízo arbitral para a solução dos conflitos de interesses relativos às demandas de separação e divórcio litigiosos parece ser, por todos os argumentos apontados, a que mais efetividade traria na tutela dos direitos de personalidade envolvidos nos conflitos de Direito de Família.

Para finalizar, com mais um argumento em favor da defesa do projeto de lei que pretende ver autorizada a utilização da arbitragem nos casos de separação e divórcio litigiosos, se na arbitragem, como prevalece o entendimento de que existe o exercício da jurisdição, ou, por outras palavras, como se sustenta a natureza jurisdicional da arbitragem, por que não poderia o árbitro enfrentar estas questões? Se o árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18 da LArb), se não ofende o princípio do juiz natural, se ele tem jurisdição, se está sendo investido pelos próprios sujeitos interessados, qual a razão de não admiti-lo a solucionar tais conflitos de interesses, principalmente porque isso vem, justamente, atender os interesses das pessoas, inclusive preservando-as de exposição num processo judicial, porquanto neste vige o *princípio da publicidade restrita*?

Em conclusão, os direitos de personalidade no contexto do Direito de Família serão tutelados de maneira mais efetiva por meio da arbitragem que, por sua vez, possibilita amplo acesso à Justiça razão pela qual deve ser ela instituída na ordem jurídica para alcançar as ações de separação e divórcio litigiosos.

CONCLUSÕES

As alterações da sociedade atual implicam uma visão científica renovada dos vários institutos jurídicos, tanto em sede de Direito material, quanto de Direito processual.

A estrutura e os conceitos jurídicos relativos ao Direito de Família estão centrados no sujeito e na afetividade.

É a vontade do sujeito que possibilita a sociedade e o vínculo conjugais, bem como seu desfazimento.

A arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos de interesses mostra-se plenamente adequada nas relações do Direito de Família.

Os direitos da personalidade no contexto do Direito de Família requerem proteção adequada e diferenciada.

A arbitragem, por ser meio seguro, rápido, sigiloso e eficaz, apresenta enormes vantagens sobre o modelo tradicional (processo civil) na tutela dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ACIÓLI, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. 4. t. São Paulo: Saraiva, 1982.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2003.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARRUDA, Hélio Mário de; DIONÍSIO, Sônia das Dores. *A conciliação extrajudicial prévia: Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

BELTRAN, Ari Possidônio. *A autotutela nas relações do trabalho*. São Paulo: LTr., 1996.

BUZAID, Alfredo. *Rui Barbosa processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmen Lucia Silveira Ramos. (et. al.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/96. 2 ed. rev., atual. e ampl. – 3 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CHIARLONI, Sérgio. *Conciliazione, fuga dalla giustizia ingiusta In tutti i Paesi, la crisi della giustizia statale favorisce strumenti alternativi. Ma per il successo della conciliazione organi Specializzati. E non tutto si può conciliare*. Disponível em: <http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_34/chiarloni.htm>. Acesso em: 06 abril 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, seonda edizioneI. Bologna: il Mulino, 1998.

CUNHA, J.S. Fagundes. Da Mediação e da arbitragem endoprocessual. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: GENESIS, v. 6, setembro/dezembro de 1997, 1997.

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

HIGHTON, Elena I. ÁLVAREZ, G. S. *Mediación para resolver conflic!os*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 1998.

HUNGRA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), v. IX, arts 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOUREIRO. Luiz Guilherme de A. V. A mediação como forma alternativa de solução de conflitos. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, maio de 1998, v. 751, p. 94-101.

MEDIAÇÃO E GERENCIAMENTO DO PROCESSO: Revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação de conciliação e mediação / Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagstra Neto, coordenação; com posfácio de Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos. O cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem Alternativas à Jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante* / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 12. ed. V. 4 (Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais). São Paulo: Saraiva, 1980.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.; Octavio Campos Fischer; William Santos Ferreira. (Org.). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101-120.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público : curso elementar*. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1996.

RUIZ, Ivan Aparecido Ruiz. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. In *Revista Jurídica Cesumar*, v. 3, n. 1, p. 7 a 38, 2003.

SCAVONE, Luiz Antonio Júnior. *Manual de arbitragem*. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico. O novo paradigma da ciência*. 4 ed. Campinas: Papyrus, 2002.

WALD, Arnoldo. A evolução do Direito e a Arbitragem. In: *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares / Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins, coordenadores*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 454 a 463.

[1] Sobre este escopo, consulte Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra ...

[2] Apesar de na doutrina encontrar autores de escol que não fazem distinção entre conciliação e mediação, conforme se demonstrará no texto, entende-se que os conceitos são diversos.

[3] BELTRAN, Ari Possidônio. *A autotutela nas relações do trabalho*. São Paulo: LTr., 1996, p. 25.

[4] “Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

[5] “Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador”.

[6] “Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas”.

[7] “Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

[8] “Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: (...) II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua; (...)”.

[9] ”A guerra pode ser definida, em termos gerais, como o emprego de força armada para submeter a parte contra a qual é utilizada, à vontade da que a utiliza. É, portanto, um meio violento com que se perturba transitoriamente o estado de paz e cuja finalidade consiste em estabelecer a supremacia da vontade de um dos contendores sobre o outro”. (ACIÓLI, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. 4. t. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 263).

[10] “Jus in bello”. Este nome latino refere-se ao “direito da guerra”, ao conjunto de normas, primeiro costumeiras, depois convencionais, que florescem no domínio do direito das gentes quando a guerra era uma opção lícita para o deslinde de conflitos entre Estados”. (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público : curso elementar*. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 368).

[11] “Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

[12] “O objeto jurídico tutela é a atuação da justiça. (...) *o exercício arbitrário das próprias razões* é a negação dela: a pessoa despreza sua intervenção e age por conta própria. Ao lado de nocivos efeitos de semelhante comportamento, não há negar que ele é incentivo à descrença na função judiciária, com real dano para o Estado”. (NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 12. ed. V. 4 (Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais). São Paulo: Saraiva, 1980, p. 390 e 391). Nelson Hungria, a respeito do crime do *Exercício arbitrário das próprias razões*, escreve: “(...) Ninguém pode, arbitrariamente, fazer justiça por si mesmo. Se tenho ou suponho ter um direito contra alguém, e este não o reconhece ou nega a cumprir a obrigação correlata, não

posso arvorar-me em juiz, decidindo unilateralmente a questão a meu favor e tomando, por minhas próprias mãos, aquilo que pretendo ser-me devido, ao invés de recorrer à autoridade judicial, a quem a lei atribui a função de resolver os dissídios privados. De outro modo, estaria implantada a indisciplina na vida social, pois já não haveria obrigatoriedade do apelo à justiça que o Estado administra, para impedir que os indivíduos, nas suas controvérsias, *ad arma veniant*. (...)” (HUNGRA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), v. IX, arts 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 490).

[13] PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 15.

[14] Defende-se a tese de que a tentativa de conciliação é ato exclusivo do juiz estatal.

[15] Registre-se, aqui, uma crítica ao sistema jurídico brasileiro, quando deixou de tratar tecnicamente a matéria, quando a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitiu, nos arts. 21 e 22, ao *juiz leigo* a possibilidade de conduzir a *conciliação*, e, ainda, que a Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a Arbitragem permitiu, no art. 21, § 4º, ao árbitro tentar a conciliação. O *juiz leigo* e o *árbitro* até poderiam trabalhar com a autocomposição, mas, nesse caso, entende-se, tratar-se-ia de *mediação* e não de *conciliação*. No caso específico da arbitragem, para aqueles que defendem o exercício da jurisdição na arbitragem, o tratamento não estaria incorreto, pois o árbitro é juiz de fato e de direito, exercendo a função jurisdicional, podendo, de conseguinte, praticar o ato tentativa da conciliação.

[16] Também no âmbito do Direito Processual do Trabalho, adotando o entendimento de que a tentativa de conciliação é ato do juiz estatal, não se mostra adequado e correto a utilização da locução *Das Comissões de Conciliação Prévia*, adotado na Consolidação das Leis do Trabalho, que introduziu pela Lei n. 9958, de 12 de janeiro de 2000, o Título VI-A, arts. 635-A e seguintes, ma sim, *Das Comissões de Mediação Prévia*.

[17] Significava ajustar ânimos em oposição.

[18] CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 374.

[19] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1, p. 486-487.

[20] BUZAID, Alfredo. *Rui Barbosa processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8-9.

[21] “Na verdade [...] o instituto da conciliação, ignorado pelas fontes do direito romano, teria surgido na esfera do direito canônico” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83).

[22] Antes mesmo da Independência, e logo após esta, o Brasil continuava a ser regido pelas Ordenações do Reino, visto que não rejeitou totalmente a legislação lusa. E, pelo Decreto de 20.10.1823, em tudo que não contrariasse a *soberania nacional* e o *regime brasileiro*, seria aplicável aquela legislação. De início, no Brasil, adotaram-se as *Ordenações Filipinas* e as *leis portuguesas avulsas no processo comercial*. Mais tarde, também o foram no *processo* civil. O instituto da conciliação era conhecido do velho direito português, como atesta a Ordenação do L. III, Tít. XX, § 1º: **‘No comêço da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elas os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastarem suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso’**.

[23] A Constituição do Império de 1824, art. 161, **tratava a tentativa de conciliação**, ao revés do que ocorria com as Ordenações, **como ato obrigatório** (não facultativo), tanto que tal dispositivo preconizava: **“Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”**. Funcionava a tentativa de conciliação, assim, como condição para o ingresso em juízo.

[24] O Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850 (conhecido como Regulamento 737), que tratava DO PROCESSO COMERCIAL, adotado no processo de causas cíveis por força do art. 1º, do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890 (Regulamento n. 763), previa, em seu art. 23 e seguintes, a *conciliação prévia*. Esta era considerada termo essencial do processo, o que implica afirmar que sua ausência levava à nulidade do processo, cuja sanção estava prevista no próprio Regulamento n. 737.

[25] A Consolidação das Leis do Processo Civil, datada de 1876, também conhecida como Consolidação Ribas, tratou *Da Conciliação* nos arts. 185 a 200. Previu para os processos intentados, em regra, a conciliação obrigatória, devendo ser tentada perante o Juiz de Paz.

[26] No *Direito do Trabalho*, a partir de 1943, o *procedimento conciliatório* voltou a encontrar amparo legal, sendo previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seu art. 764.

[27] Em matéria de *Direito de Família*, por via da Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949, estabeleceu-se a *fase preliminar de conciliação* ou de acordo nas causas de “desquite litigioso” ou de alimentos, inclusive os provisionais. A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977) também procurou disciplinar a *conciliação* nos processos de separação judicial, conforme se vê dos §§ 2º e 3º, do art. 3º. Em se tratando de *separação judicial litigiosa*, que deverá ser processada pelo *procedimento comum ordinário*, o legislador também previu a fase conciliatória, precisamente no parágrafo único do art. 447 do Código de Processo Civil. Ainda nesse contexto – *ação de separação litigiosa* –, não se pode deixar de mencionar a modalidade de conciliação prevista no art. 1123 daquele “Codex”. Segundo esse cânon, é “[...] lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1121 e a primeira parte do § 1º do artigo antecedente”.

[28] No *Direito de Família*, em matéria referente a *alimentos* (Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968), também previu o legislador a oportunidade para a *conciliação*, no art. 9º e §§.

[29] A Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, que dispunha sobre a criação e funcionamento desse Juizado, encontra-se revogada pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Eis os dizeres desta: “art. 1º. Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para o processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico”. Já o art. 2º da lei revogada, prescrevia que o “[...] processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”. E essa lei, aliás, regulou a *conciliação*, especificamente nos arts. 22 a 27.

[30] A atual Constituição Federal, de 1988, seguindo tendência moderna, prestigiou a *conciliação*, tanto que no Capítulo que trata do PODER JUDICIÁRIO (art. 98, incs. I e II) faz referência a esse método alternativo de solução de conflito.

[31] Com o da atual Lei n. 9.099/95, constatar-se-á que a conciliação, na forma hoje posta, trata-se de fase do desenvolvimento processual. Ora, o legislador infraconstitucional, por meio dessa Lei (*Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais*), e de seus arts. 21 e 22, disciplinou a *conciliação*.

[32] COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, seconda edizione I. Bologna: il Mulino, 1998, p. 12 e 13.

[33] ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34.

[34] HIGHTON, Elena I. ÁLVAREZ, G. S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 1998, p. 122.

[35] RUIZ, Ivan Aparecido Ruiz. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família. *In Revista Jurídica Cesumar*, v. 3, n. 1, p. 7 a 38, 2003, p. 21.

[36] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

[37] Confira-se: **(a)** Constituição de 1824 (art. 160); **(b)** Constituição de 1934 (art. 5º, inc. XIX); **(c)** Constituição de 1937 (art. 18, letra “d”); e **(d)** As Constituições de 1891, 1946, 1967, 1969 e 1988.

[38] No plano infraconstitucional encontra-se a seguinte legislação: **(a)** Ordenações Filipinas (Título XVI, Livro II); **(b)** Código Comercial (Lei n. 556/1850 – Arts. 294 e 348); **(c)** Decreto n. 737 (chamado Regulamento n. 737); **(d)** Código Civil brasileiro de 1916 (Arts. 1037 a 1048); **(e)** Código de Processo Civil de 1973 (Arts. 1072 a 1102); e **(f)** Lei n. 9306/96 – Esta lei, atualmente, rege a matéria.

[39] COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, seconda edizione I. Bologna: il Mulino, 1998, p. 12 e 13.

[40] “Art. 1º. A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”.

[41] **LIVRO IV** Dos Procedimentos Especiais, **TÍTULO I** Dos Procedimentos Especiais De Jurisdição Contenciosa (arts. 890 a 1102), **TÍTULO II** Dos Procedimentos Especiais De Jurisdição Voluntária (arts. 1103 a 1210).

[42] COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, seconda edizione. Bologna: il Mulino, 1998, p. 11.

[43] Se a jurisdição não anda bem é porque o seu instrumento (processo) também não está atendendo a contento as exigências dos jurisdicionados, daqueles que solicitam a tutela jurisdicional. Tanto que inúmeras foram as alterações legislativas nos últimos vinte anos, no âmbito do processo civil, com a finalidade de tornar esse instrumento mais, rápido, ágil e célere. Se não bastassem essas alterações no plano infraconstitucional, também a Constituição Federal de 1988 mereceu uma reforma, em dezembro de 2004 (Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004), conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”, onde, inclusive, no Título *Dos direitos e garantias fundamentais*, no Capítulo *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*, precisamente no art. 5º, foi incluído o inc. LXXVIII, que tem a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Observe-se, ainda, que bem recentemente, em data de 13 de abril de 2009, na cidade de Brasília, foi firmado o **II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO** pelas seguintes autoridades brasileiras, Luiz Inácio Lula da Silva, Presidente da República, Senador José Sarney, Presidente do Senado Federal, Deputado Michel Temer, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, com vários objetivos, sendo de se destacar o “I – acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II – aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; (...)”, prevendo-se, também, a criação de “(...) um Comitê Interinstitucional de Gestão do presente **Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo**, com representantes indicados por cada signatário, tendo como objetivo desenvolver e acompanhar as ações pactuadas; (...)”. Como se pode observar, é a própria confissão de que o Poder Judiciário não vem prestando a tutela jurisdicional de forma acessível, ágil e efetiva.

[44] “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.

[45] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132.

[46] NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante* / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 164.

[47] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2003; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988; MEDIAÇÃO E GERENCIAMENTO DO PROCESSO: Revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação de conciliação e mediação / Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagstra Neto, coordenação; com posfácio de Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Atlas, 2007; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem Alternativas à Jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; ARRUDA, Hélio Mário de; DIONÍSIO, Sônia das Dores. *A conciliação extrajudicial prévia: Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000*. Belo Horizonte: Líder, 2002; MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos. O cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; CHIARLONI, Sérgio. *Conciliazione, fuga dalla giustizia ingiusta In tutti i Paesi, la crisi della giustizia statale favorisce strumenti alternativi. Ma per il successo della conciliazione organi Specializzati. E non tutto si può conciliare*. Disponível em: <http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_34/chiarloni.htm>. Acesso em: 06 abril 2002; CUNHA, J.S. Fagundes. *Da Mediação e da arbitragem endoprocessual*. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: GENESIS, v. 6, setembro/dezembro de 1997, 1997; LOUREIRO. Luiz Guilherme de A. V. *A mediação como forma alternativa de solução de conflitos*. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, maio de 1998, v. 751, p. 94-101.

[48] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153.

[49] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 154 e 155.

[50] “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

[51] “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral; (...)”.

[52] Não se procederá, aqui, de forma mais amíuade, num estudo acerca da *jurisdição*, enfocando os seus elementos constitutivos – *notio, vocatio, coertio, iudicium* e *executio* – e os poderes jurisdicionais – *poder de decisão, poder de coerção* e *poder de documentação* –, bem como as suas características – *caráter substitutivo*, e *escopo de atuação concreta do direito*, a presença da *lide* (justa composição da lide), *inércia, definitividade, imparcialidade*, para, afinal, verificar em que consiste a jurisdição, o que a caracteriza, concluindo ou não pela existência da jurisdição na arbitragem.

[53] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas

do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153 e 154.

[54] ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

[55] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/96. 2 ed. rev., atual. e ampl. – 3 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 51.

[56] Nesse sentido, Maria José Esteves de Vasconcellos, tratando das mudanças de paradigmas epistemológicos que informa a ciência contemporânea, distingue os seguintes avanços: “1. Do pressuposto da simplicidade para o pressupostos da *complexidade*: o reconhecimento de que a simplificação obscurece as inter-relações de fato existentes entre todos os fenômenos do universo e de que é imprescindível ver e lidar com a complexidade do mundo em todos os seus níveis. Daí decorrem, entre outras, uma atitude de contextualização dos fenômenos e o reconhecimento da causalidade recursiva. 2. Do pressuposto da estabilidade para o pressuposto da *instabilidade* do mundo: o reconhecimento de que ‘o mundo está em processo de tornar-se’. Daí decorre necessariamente a consideração da indeterminação, com a conseqüente imprevisibilidade de alguns fenômenos, e da sua irreversibilidade, com a conseqüente incontrolabilidade desses fenômenos. 3. Do pressuposto da objetividade para o pressuposto da *intersubjetividade* na constituição do conhecimento do mundo: o reconhecimento de que ‘não existe uma realidade independente de um observador’ e de que o conhecimento científico do mundo é construção social, em espaços consensuais, por diferentes sujeitos/observadores. Como conseqüência, o cientista coloca a ‘objetividade entre parênteses’ e trabalha admitindo autenticamente o *multi-versa*: múltiplas versões da realidade, em diferentes domínios lingüísticos de explicações”. In: *Pensamento sistêmico*. O novo paradigma da ciência. 4. ed. Campinas: Papyrus, 2002. p. 101-102

[57] Confira-se o art. 1º, *caput*, da Lei de Arbitragem: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

[58] Confira-se, CARMONA, op. cit., p. 57 e ss., com relação à aplicação da arbitragem nas relações trabalhistas, embora, *data venia* da posição do autor, que nos parece contraditória quando inclui as questões referentes ao direito de família, de maneira geral, como não inseridas na cláusula de disponibilidade, o que mais adiante será objeto das devidas considerações. No sentido que vimos apontando no texto, vem decidindo o STJ: cf. os acórdãos REsp 635354/BA; e REsp 778154 / BA, tratando sobre a despedida de empregado por justa causa pela via do juízo arbitral. Confira-se, a propósito, esses julgados: “Ementa ADMINISTRATIVO. FGTS. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS. ARBITRAGEM. DIREITO TRABALHISTA. 1. Configurada a demissão sem justa causa, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo, como pretende a recorrente. 2. Descabe examinar se houve ou não a despedida sem justa causa, fato gerador do direito ao saque nos termos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, pois, conforme a

Súmula 7/STJ, é vedado o reexame de matéria fática na instância especial”. (REsp 635354/BA Recurso Especial 2004/0005151-8, relator Ministro Castro Meira órgão Julgador T2 – Segunda Turma, data do julgamento 28/06/2005, data da publicação/fonte DJ 22/08/2005, p. 210, v.u.); e “Ementa ADMINISTRATIVO. FGTS. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA PELO EMPREGADO. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA HOMOLOGADA POR SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES (RESP.707.043/BA, RESP. 676.352/BA, RESP. 675.094/BA E RESP. 706.899). 1. O art. 20, I, da Lei 8.036/90 autoriza a movimentação da conta vinculada ao FGTS em caso de despedida sem justa causa, comprovada com o depósito dos valores de que trata o seu artigo 18 (valores referentes ao mês da rescisão, ao mês anterior e à multa de 40% sobre o montante dos depósitos). 2. Atendidos os pressupostos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, é legítima a movimentação da conta do FGTS pelo empregado, ainda que a justa causa tenha sido homologada por sentença arbitral. Precedentes”. (REsp. 778154/BA Recurso Especial 2005/0145045-0, relator Ministro Teori Albino Zavascki, órgão julgador T1 – Primeira Turma, data do julgamento 11/10/2005, data da publicação/fonte DJ 24/10/2005, p. 221, v.u.).

[59] SCAVONE, Luiz Antonio Júnior. *Manual de arbitragem*. São Paulo: RT, 2008. p. 40-41.

[60] CONFIRA-SE O ART. 3º, §§, DA LEI N. 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007, QUE ALTERA DISPOSITIVOS DA LEI N. 5869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, POSSIBILITANDO A REALIZAÇÃO DE INVENTÁRIO, PARTILHA, SEPARAÇÃO CONSENSUAL E DIVÓRCIO CONSENSUAL POR VIA ADMINISTRATIVA, *IN VERBIS*: **ART. 3º.** A LEI N. 5869, DE 1973 – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PASSA A VIGORAR ACRESCIDA DO SEGUINTE ART. 1.124-A: "ART. 1.124-A. A SEPARAÇÃO CONSENSUAL E O DIVÓRCIO CONSENSUAL, NÃO HAVENDO FILHOS MENORES OU INCAPAZES DO CASAL E OBSERVADOS OS REQUISITOS LEGAIS QUANTO AOS PRAZOS, PODERÃO SER REALIZADOS POR ESCRITURA PÚBLICA, DA QUAL CONSTARÃO AS DISPOSIÇÕES RELATIVAS À DESCRIÇÃO E À PARTILHA DOS BENS COMUNS E À PENSÃO ALIMENTÍCIA E, AINDA, AO ACORDO QUANTO À RETOMADA PELO CÔNJUGE DE SEU NOME DE SOLTEIRO OU À MANUTENÇÃO DO NOME ADOTADO QUANDO SE DEU O CASAMENTO. § 1º A ESCRITURA NÃO DEPENDE DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL E CONSTITUI TÍTULO HÁBIL PARA O REGISTRO CIVIL E O REGISTRO DE IMÓVEIS. § 2º. O TABELIÃO SOMENTE LAVRARÁ A ESCRITURA SE OS CONTRATANTES ESTIVEREM ASSISTIDOS POR ADVOGADO COMUM OU ADVOGADOS DE CADA UM DELES, CUJA QUALIFICAÇÃO E ASSINATURA CONSTARÃO DO ATO NOTARIAL. § 3º. A ESCRITURA E DEMAIS ATOS NOTARIAIS SERÃO GRATUITOS ÀQUELES QUE SE DECLARAREM POBRES SOB AS PENAS DA LEI".

[61] Projeto de Lei n. 4019/08, data de 3 de setembro de 2008, de autoria do Deputado Elcione Barbalho.

[62] “6. Com efeito, as dificuldades são tão grandes e alguns conceitos tornam-se tão incertos, que, às vezes, não se sabe o que resta das antigas noções. Ao mesmo tempo, assiste-se a um bifurcação do direito: há aquele que os grandes tratados ainda ensinam e

o outro, muito diferente, que encontramos na prática e até mesmo na jurisprudência mais recente. 7. Tanto no direito de família como no dos bens, algumas noções transformaram-se radicalmente e, embora as denominações e formas exteriores se tenham mantido imutáveis, elas passaram a abranger outra realidade (...)”. WALD, Arnaldo. A evolução do Direito e a Arbitragem. *In: Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares / Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins, coordenadores.* São Paulo: Atlas, 2007. p. 456 e 457.

[63] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 29.

[64] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 30.

[65] CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In: Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo.* Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmen Lucia Silveira Ramos...(et. al.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 296.

[66] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 141.

[67] Confira-se, quando tratam do *controle jurisdicional indispensável*, a obra de ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37 e 38.

[68] Diz-se em geral porque há outras formas, na atualidade, de constituição de núcleos familiares como, por exemplo, a união estável.

[69] CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.*, p. 298.

[70] Atualmente o projeto se encontra na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), designada relatora a Deputada Fátima Pelaes, conforme informação do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados Federal. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>; acessado em 23.04.09.

[71] Aliás, a própria Lei de Arbitragem está em perfeita consonância com o art. 5º, LXXVIII, da CF/88, quando trata do princípio da duração razoável do processo, já que aquela estabelece o prazo legal máximo de 06 (seis) meses para que o árbitro apresente a sentença arbitral (art. 23 da LArb). Sobre o princípio, consulte o artigo PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. *In: Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.* Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.; Octavio Campos Fischer; William Santos Ferreira. (Org.). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101-120.

[72] “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

[73] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 81.

[74] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, pp. 81-82.

[75] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 79.

[76] A escolha de um árbitro pelos sujeitos envolvidos no conflito de interesses e, no caso específico, no conflito de interesses familiar, não ofende o *princípio do juiz natural*. Aliás, nesse sentido é a lição de Nelson Nery Júnior, valendo-se, inclusive da decisão proferida pela Corte Constitucional italiana, pela sentença 2, de 12 de fevereiro de 1963, bem como de doutrinadores italianos Pietro Virga e Roberto Romboli. Confira-se in NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.

TUTELA INIBITÓRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

INIBITORIA GUARDIANSHIP RIGHTS OF PERSONALITY IN THE INFORMATION SOCIETY

Juliana de Camargo Maltinti

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo apresentar a tutela inibitória e discutir seu impacto na Sociedade da Informação, no que diz respeito à proteção dos direitos da personalidade. Apesar do século XX, ter sido um período de excepcionais conquistas tecnológicas, a facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, em especial pela Internet, fez com que o direito viesse a enfrentar alguns desafios na sociedade contemporânea, denominada Sociedade da Informação. Se por um lado a ascensão à era da informação vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, proporcionando o crescimento do conhecimento, baseado no acesso fácil e rápido à informação, por outro lado, quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão das pessoas, mais possibilita a formação de grandes bancos de dados que invadem a vida dos indivíduos, sem sua autorização ou até sem seu conhecimento. As mudanças provocadas pela Sociedade da Informação trazem necessidade do direito regular às novas situações surgidas. Com isso, o processo deve adaptar-se a essas novas circunstâncias, de forma a oferecer tutela jurisdicional adequada tendente a impedir, de forma direta e definitiva, a violação dos direitos da personalidade, garantindo os direitos fundamentais do cidadão.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TUTELA INIBITÓRIA – TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA - SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – INTERNET - DIREITOS DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

The present essay has for objective to present the Inibitória Guardianship and argue their impact in the Society of the Information, in what it says respect the protection of the rights of personality. Although century XX, to have been a period of bonanza technological conquests, the facilitation of the access to the information for the diverse medias, in special for the Internet, made with that the right came to face some challenges in the society contemporary, called Society of the Information. If on the other hand the ascension to the age of the information comes contributing for the general development of the civilization, providing the growth of the knowledge, based on the easy access and fast to the information, on the other hand, the more the use of computer science it facilitates the interconnection of the people, more it makes possible the formation of great data bases that invade the life of the individuals, without its

authorization or until without its knowledge. The changes caused by the Society of the Information need to bring law to regulate new situations arise. With this, the process must adapt to these new circumstances, to provide appropriate judicial protection to prevent, of direct and definitive form, the breaking right it to the personality, guaranteeing the fundamental rights of citizens.

KEYWORDS: KEYWORDS: INIBITÓRIA GUARDIANSHIP - ADJUSTED JURISDICIONAL GUARDIANSHIP - INFORMATION SOCIETY – INTERNET - RIGHTS OF PERSONALITY.

1. Introdução

O presente estudo visa apresentar uma tutela jurisdicional adequada à efetivação dos direitos da personalidade, ou seja, a tutela inibitória ou tutela preventiva, positiva ou negativa, capaz de impedir, a prática, a continuação ou a repetição, de forma direta e definitiva, da violação dos direitos da personalidade, especialmente, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, na Sociedade da Informação.

Nas últimas décadas o mundo vem experimentando notáveis transformações, em função do desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica.

A facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, em especial pela Internet, vem modificando substancialmente as relações sociais, econômicas e jurídicas, razão pela qual estamos vivendo na denominada Sociedade da Informação.

A ascensão à era da informação vem trazendo uma série de vantagens à vida moderna, como o crescimento do conhecimento, baseado no acesso fácil, rápido e global a informação. Todavia, os modernos instrumentos tecnológicos aumentam os riscos de violação dos “novos direitos”, como os direitos da personalidade, aí incluídos, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Diante das novas relações jurídicas, surgidas com a Sociedade da Informação, exige-se que o processo civil seja adaptado às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial, uma vez que sua principal função é atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional.

Dá a importância deste estudo que procurar-se-a delinear os aspectos principais da tutela preventiva, denominada de tutela inibitória, capaz de conferir tutela jurisdicional adequada aos “novos direitos”, de natureza não patrimonial, como os direitos da personalidade, que não podem ser garantidos por uma tutela repressiva ou reparatória, ou seja, que atue apenas após a lesão do direito, mas exigem a tutela ao direito do próprio bem.

2. A Sociedade da Informação

Nas últimas décadas o mundo vem experimentando constantes transformações, especialmente em função da aceleração dos mecanismos de difusão das informações, potenciados pelo desenvolvimento tecnológico[1] das telecomunicações e da microeletrônica, os quais rompem fronteiras culturais, políticas e econômicas.

A facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, em especial pela Internet[2], vem modificando substancialmente as relações sociais, econômicas e jurídicas, razão pela qual estamos vivendo na denominada Sociedade da Informação[3], caracterizada pelo surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas para a produção e para o uso da informação, a fim de gerar conhecimento e, por consequência, riqueza.

A expressão Sociedade da Informação surgiu pelo então Presidente da Comissão Européia, Jacques Delors, por ocasião do Conselho Europeu de Copenhague (1993), ao lançar pela primeira vez a idéia das infra-estruturas da informação[4].

A Sociedade da Informação envolve a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação através dos meios de comunicação, como o rádio, a televisão, o telefone e os computadores, especialmente com o advento de novas tecnologias como o satélite, a telefonia celular, a Internet, a rede de fibra óptica mundial. Essas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas nos seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova estrutura social, que tem reflexos na sociedade local e global[5]. “O conjunto desses recursos forma uma verdadeira ‘superestrada’ de informações e serviços freqüentemente chamada de ‘infovia’ ou ‘supervia’”[6].

Para José de Oliveira Ascensão “as auto-estradas da informação são meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade[7]”. E, ainda, completa “estes veículos permitiriam a comunicação fácil e intensa e trariam com isso grandes possibilidades de interatividade. (...). As redes originárias interligam-se em redes nacionais, as ligações internacionais multiplicam-se, tendo como horizonte a “infra-estrutura global da informação[8]”.

Portanto, o conceito de Sociedade da Informação[9] não se reduz apenas ao aspecto tecnológico, ou seja, ao computador ou a um direito informático, abrange qualquer aquisição e transmissão da informação que passa a ter valor econômico.

Daí dizer que “A economia do imaterial substitui em grande parte a economia dos bens materiais. As variáveis centrais da sociedade industrial - o trabalho e o capital – são substituídas pelas variáveis centrais da sociedade pós-industrial – a informação e o conhecimento[10]”.

A doutrina[11] identifica três marcos no desenvolvimento social: a Revolução Agrícola; a Revolução Industrial e a Revolução da Informação.

Na era agrícola, o fator gerador de riqueza era a terra. Na era industrial, passou a ser a máquina à vapor e a eletricidade. Na atualidade, a informação e o conhecimento são as fontes de riqueza, sendo certo que estamos na “Era da Informação”, “Sociedade da

Informação” ou “Sociedade em Rede[12]”, caracterizada por mudanças rápidas e contínuas no desenvolvimento científico e tecnológico, com ênfase nos processos de comunicação e informação, identificado por intermédio de várias denominações: sociedade pós-industrial, da informação, do conhecimento, pós-moderna, de risco. O que muda, na verdade, é o enfoque da mudança[13].

A Sociedade da Informação do século XXI substituiu a sociedade industrial do século XX, sendo não apenas a informação a novidade da sociedade atual, mas a velocidade e quantidade de informação e conhecimento que atingem índices inimagináveis, quebrando a noção de tempo e espaço.

O acesso imediato e a grande quantidade de informação, proporcionado com o advento da informática[14], tem causado preocupação, pois não há mais tempo para o armazenamento e questionamento da informação, o que resulta no verdadeiro saber.

A informação, a comunicação, o conhecimento e o saber são quatro estágios distintos do intelecto humano. A informação, o conhecimento e o saber são objetos da comunicação, já que esta é responsável pela transmissão da informação e do conhecimento[15].

De acordo com Wilbur Shramm[16]:

Informação é algo que reduz o grau de incerteza numa dada situação. E, ainda, os humanos aprenderam a transformar a informação na linguagem; aprenderam a escrever e armazenar a linguagem; e, talvez o mais importante, aprenderam a multiplicar a informação, tornando-a transportável e disponível na ausência do seu criador.

Segundo Maria Eduarda Gonçalves[17]:

O conceito de informação implica, em rigor, um estado de consciência sobre os factos ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de carácter intelectual, antes de mais) que permita passar da informação imanente (dos factos ou dos dados brutos) à sua percepção e entendimento, o que implica, normalmente, a sua recolha, tratamento e organização. O conceito de saber transcende esse plano: consiste na capacidade de extrapolar para além dos factos e de retirar a partir deles conclusões originais.

Assim, o fator central da Sociedade da Informação é a informação, o conhecimento e a comunicação, embora parte da sociedade ainda esteja excluída dessa realidade. A informação e o conhecimento são produtos de riqueza. A sociedade da informação deve evoluir para a sociedade do conhecimento. Embora seja comum designarmos a existência de uma nova era, denominada “Era do Conhecimento”, esta ainda não foi atingida. O acesso à informação não significa acesso ao conhecimento. Conhecimento

significa amadurecimento, análise da informação. Trata-se de capacidade intelectual[18].

Com o surgimento dessa sociedade calcada na informação, as relações sociais e, por consequência, as relações jurídicas sofreram impactos e mudanças. A informática[19] processa a informação. Desta forma, as relações entre o Direito e a informática fizeram surgir duas novas disciplinas: a Informática do Direito, que tem por objeto de estudo a atuação da informática no campo do direito e o Direito da Informática, que tem por finalidade regular esse novo setor da realidade social[20].

Com isso, o Direito passa a enfrentar alguns desafios na sociedade contemporânea, conhecida como Sociedade da Informação. Pois, diversas questões jurídicas surgiram, especialmente depois da Internet.

A Internet apesar de ter trazido uma série de vantagens à vida moderna, como o acesso fácil e rápido à informação; a comunicação quase que instantânea entre seus usuários; tudo de forma global, por outro lado, acarretou em um indesejável incremento à violação dos direitos da personalidade, visto que quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão das pessoas, mais possibilita a formação de grandes bancos de dados que invalidam a vida do indivíduo, causando a violação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem. Isto porque a Internet tem sido utilizada para a prática de atividades ilícitas. Daí exige-se a adequação do processo civil às novas relações jurídicas surgidas na Sociedade da Informação, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional.

3. O Processo Civil na Sociedade da Informação

A revolução tecnológica é responsável por mudanças determinantes. A facilitação do acesso à informação na sociedade contemporânea, denominada de Sociedade da Informação, através dos diversos meios de comunicação, como o rádio, a televisão, os telefones, os computadores, além das novas tecnologias, como a Internet, o satélite, a telefonia celular e a rede de fibra óptica mundial, vem modificando as relações sociais, econômicas e jurídicas.

Pode-se dizer que as novas tecnologias, especialmente, a informática, proporcionam ao homem uma capacidade nova para a expressão de sua vontade e, portanto, para o exercício de sua liberdade.

Todavia, os modernos instrumentos tecnológicos aumentam os riscos de violação das liberdades individuais, como a intimidade e a vida privada, gerando também um acréscimo de discriminação em função da personalidade, crenças, ideologias ou modo de vida dos cidadãos.

Afirmam Garcia Marques e Lourenço Martins[21]:

O cidadão torna-se assim cada vez mais um suspeito, sujeito a dispositivos de controle e vigilância. As câmaras de vídeo instaladas discretamente e estrategicamente nos aeroportos ou nos supermercados são ao mesmo tempo sistema de vigilância e realização tecnológica da internacionalização da violência.

Falam, também, que:

A implementação e aperfeiçoamento dos sistemas de radionavegação por satélite (casos do “GPS”, nos Estados Unidos, ou do “Galileo”, na Europa[22]), ao mesmo tempo que proporcionam a gestão de todos os tipos de tráfego ou o desenvolvimento de projectos da maior importância no domínio da investigação científica, no estudo das placas tectónicas ou nas previsões meteorológicas, permite também a obtenção, sempre que necessário, de posicionamentos muito rigorosos, designadamente, de viaturas e de pessoas, o que se revestirá de indiscutíveis benefícios, por exemplo, no domínio da busca e salvamento ou no combate ao terrorismo global, mas que é susceptível de provocar, em contrapartida, óbvios riscos no âmbito do exercício das liberdades individuais.

No que diz respeito à Internet, trouxe o mundo para dentro de nossos lares, através do acesso fácil, rápido e global das informações, proporcionando o crescimento do conhecimento pelas pesquisas. As pessoas podem, inclusive, receber as notícias no exato instante em que os fatos ocorrem.

Por outro lado, o avanço tecnológico trouxe sérias preocupações a toda comunidade jurídica, diante da ausência de regras disciplinadoras da Internet. Um dos maiores problemas a ser enfrentado pela doutrina refere-se à facilidade que a Internet propicia na violação dos direitos da personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Nos dizeres de Guilherme Tomizawa[23]:

a internet trouxe consigo um conflito que pode atingir dimensões imprevisíveis: de um lado, há o direito à liberdade de informação e imprensa, previsto na Constituição Federal de 1988, considerado um direito fundamental do homem e ponto de referência de todas as liberdades reconhecidas na Carta das Nações Unidas, que garante a livre manifestação do pensamento, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica, etc. De outro lado, porém, há outro direito, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, também assegurado pela mesma Constituição Federal de 1998. O conflito surge no momento em que a era informacional capacita o mercado para rastrear a vida do cidadão, conhecer seus hábitos, suas preferências, suas poses, suas

finanças, livros que lê, jornais que assina, coisas que compra, etc, e, com estas informações, montar um banco de dados que possibilita, entre outras coisas, o envio de propagandas, informações, enfim, todo tipo de informe publicitário. Esta é uma afronta ao direito de ser deixado em paz.

E, ainda, complementa o autor, “verifica-se, hodiernamente, que no meio navegável eletrônico, dados pessoais, propagandas ou imagens não autorizadas são livremente veiculadas denegrindo e maculando a intimidade e a vida privada de outrem[24]”.

As mudanças provocadas pela Sociedade da Informação trazem a necessidade do direito regular as novas relações jurídicas surgidas. Torna-se cada vez mais urgente a inserção das ciências jurídicas, a fim de proporcionar questões satisfatórias às novas exigências e necessidades do ser humano.

Nesse sentido, afirma Sérgio Cruz Arenhart[25]:

A sociedade evolui, trazendo novos paradigmas do Direito, novos direitos a serem reconhecidos e novas situações a serem enfrentadas. Justamente com esta evolução, o processo é sempre conclamado a adaptar-se às circunstâncias e a oferecer formas de tutela adequadas a tais novas situações.

Diante das novas relações jurídicas, surgidas com a Sociedade da Informação, o operador do direito deverá atuar ativamente a fim de fornecer elementos normativos capazes de solucionar os conflitos criados, inclusive, pela Internet.

Assim, ainda que o Direito não tenha capacidade de acompanhar a dinâmica da Internet, é imprescindível adaptar-se as mudanças sociais, uma vez que a atuação do Direito depende do conhecimento da realidade para poder ordenar as relações entre os cidadãos. O papel do jurista é tornar o abismo que separa a realidade, o direito e o processo o menor possível, dotando o sistema jurídico de soluções às novas situações reais, de forma mais breve possível[26].

Portanto, a transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial, uma vez que sua principal função é o dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional. Pois o processo é uma técnica processual que deve estar sempre a serviço da efetividade.

Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni^[27]:

Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) *são diversas*, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, *não são neutros* às tutelas (ou ao direito material), *e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância*. De modo que não há como adiar a identificação e, portanto, a classificação das tutelas. Apenas assim se poderá pensar na técnica processual civil adequada. *Na verdade, para que a relação entre o processo civil e o direito material não fique somente no discurso (que então seria meramente retórico), é urgente classificar as tutelas. É preciso perceber que, diante do direito processual contemporâneo, a classificação das sentenças somente ter razão de ser quando pensada a partir da classificação das tutelas.*

Dáí surge a necessidade das tutelas específicas, tendo como espécie a tutela preventiva definitiva, denominada tutela inibitória, fruto do direito fundamental à jurisdição efetiva, capaz de conferir tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas, freqüentemente de conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, em que se concretizam os direitos fundamentais do cidadão.

A tutela inibitória exige a estruturação de um procedimento autônomo, que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.

Desta forma, atualmente, a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

Explica o professor José Roberto dos Santos Bedaque^[28]:

O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente. (...) É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.

Portanto, o direito processual deve proporcionar mecanismos adequados à efetivação do direito, ou seja, não basta o reconhecimento formal de um direito, é preciso reconhecer este direito de forma efetiva através da tutela adequada, caso contrário, significa não oferecer tutela ao direito em questão. Por isso, as tutelas dos direitos materiais devem

ser pensadas nas perspectivas das técnicas processuais adequadas, para, a partir daí, se extrair a máxima efetividade do processo.

4. A tutela inibitória e a efetividade da tutela dos direitos

O Estado é responsável pela prestação da tutela jurisdicional. Por isso, ao conceder algum direito a alguém, é necessário conferir àquela pessoa mecanismos suficientes e adequados para garantir a efetividade do direito outorgado. Caso contrário, os direitos previstos pela legislação estatal não passariam de mera garantia formal.

Estabelece Dinamarco[29]:

Se o Estado deixasse cada um à sua própria sorte, talvez no caos da autotutela e sem o amparo da jurisdição pacificadora, por certo que de nada valeria o melhor dos sistemas jurídico-substanciais; seria a renúncia à própria subsistência da organização política da sociedade, sendo inconcebível a sociedade política sem o processo e a jurisdição. A confiança no Estado pacificador e respeito do valor liberdade é indispensável fator legitimante do poder, do ordenamento e do Estado mesmo.

Desta forma, cabe ao Estado definir direitos e, paralelamente, assegurá-los, como pressuposto para sua própria legitimidade e sobrevivência.

Assim, assume relevância o estudo das tutelas ofertadas pelo Estado aos direitos subjetivos garantidos. Não se pode reconhecer um direito sem prever técnica processual adequada capaz de torná-lo efetivo.

Explica Dinamarco[30]:

É indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.

Entretanto, alguns direitos assegurados pela legislação estatal somente podem ser protegidos através de tutelas específicas. Porém, há insuficiência do processo civil tradicional para operar com os direitos de natureza não patrimonial, aí incluídos os denominados “novos direitos”[31], como os direitos da personalidade, facilmente violados na Sociedade da Informação.

Destaca Arenhart[32]:

E essa impotência mostra-se ainda mais sensível quando se pensa nos direitos da personalidade – e especialmente nos direitos à vida privada, à honra, à intimidade e à imagem, tão vastamente agredidos na nossa modernidade. Tais direitos não se contentam, de forma alguma, com a reparação do dano ocorrido. Carecem eles de tutela preventiva, que não se consegue usando apenas os institutos processuais disponíveis segundo os esquemas tradicionais concebidos secularmente por nosso direito.

A sentença condenatória, assim como as sentenças declaratória e constitutiva são impróprias para conceder tutela adequada aos direitos da personalidade. E, reconhecer um direito e não oferecer-lhe a tutela adequada é o mesmo que não dar efetividade ao direito, ou seja, não apresentar solução a realidade social.

Normalmente, os procedimentos concebidos em nosso ordenamento jurídico têm cunho repressivo, ou seja, ocorrida a lesão ao direito, se busca o restabelecimento da situação anterior, seja pela devolução das coisas ao seu estado anterior, seja pelo ressarcimento, pecuniário ou por meios equivalentes, dos prejuízos causados. No entanto, os direitos da personalidade (especialmente, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem) são insuscetíveis de traduzir-se em termos econômicos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, ao lado da tutela repressiva, a Constituição prevê a possibilidade da prevenção do dano (*rectius*, ilícito), ou seja, um direito geral à prevenção sempre que alguém sofra ameaça a direito seu, também pela via judicial.

Nesse sentido, afirma Ada Pellegrini Grinover[33] que a atividade judicial ocorre:

a priori, com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consuma. Foi justamente salientando que, na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua incidência.

E, ainda, completa:

a superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à inviolabilidade frequente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento. E a gravidade do problema aumenta de intensidade,

quando se passa das relações jurídicas de caráter patrimonial àquelas categorias em que se reconhece ao homem uma situação de vantagem insuscetível de traduzir-se em termos econômicos: os direitos da personalidade.

Desta forma, a tutela preventiva definitiva, denominada tutela inibitória é fundamental para a efetividade da tutela dos direitos não patrimoniais, aí incluídos os “novos direitos”[34], como os direitos da personalidade facilmente violados na Sociedade da Informação. Isto porque a evolução tecnológica, em função dos mecanismos de difusão das informações proporcionados, especialmente, pela Internet, permite um contato mais próximo entre as pessoas e, por consequência, a violação mais freqüente dos direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem).

O direito à privacidade, em um sentido genérico e amplo, envolve todas as manifestações da esfera íntima, da privada e da personalidade, consagrados no texto constitucional, como direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas[35].

Estes direitos de conteúdo não patrimonial, dependem de obrigações continuativas de não fazer, ou de obrigações de fazer infungíveis, dificilmente passíveis de execução através das formas tradicionais.

Além disto, tais direitos, quase sempre conflitam com outros direitos igualmente assegurados na Constituição Federal. Assim, por exemplo, o direito à privacidade pode entrar em choque com o direito à liberdade de informação, ambos considerados direitos fundamentais (art. 5º, X, V, IX e XIV). Neste caso, cabe ao juiz solucionar o conflito entre dois direitos, que deve ser eliminado através da regra da aplicação da proporcionalidade[36].

A Internet, muitas vezes, é causa da colisão entre direitos fundamentais diferentes (direito à privacidade e direito à liberdade de informação). A solução para tais colisões, segundo Robert Alexy[37], depende do caso concreto, mediante a ponderação dos direitos em jogo, o que acaba reconduzindo a proteção ao núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade.

Os direitos da personalidade não podem ser garantidos por uma tutela ressarcitória, ou seja, que atue apenas após a lesão do direito. A natureza não patrimonial dos “novos direitos” exige a tutela ao direito do próprio bem.

Assim, ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni, “admitir que tais direitos somente podem ser tutelados através da técnica ressarcitória é o mesmo que dizer que é possível a expropriação destes direitos, transformando-se o direito ao bem em direito à indenização”.(...) E completa: “uma tal expropriação seria absurda quando em jogo direitos invioláveis do homem[38]”.

Nesse mesmo sentido, diz Andrea Proto Pisani[39]:

O surgimento das novas relações jurídicas, próprias à sociedade de massa, também revela a fragilidade do sistema fundado na técnica ressarcitória. O direito à saúde, o direito ao meio ambiente saudável, os direitos do consumidor, não podem ser efetivamente tutelados através da tutela ressarcitória. A natureza não patrimonial dos “novos direitos” é incompatível com o simples ressarcimento. A tutela ressarcitória diz respeito ao patrimônio; não ao direito ao bem. Desta forma, a tutela ressarcitória, por definição, mostra-se incapaz de assegurar os “novos direitos”.

Portanto, o comportamento ilícito, envolvendo os “novos direitos”, caracterizado, normalmente, como atividades de natureza continuativa e repetitiva, como a difusão de notícias lesivas à intimidade, vida privada, honra e imagem de alguém, exigem a prestação de uma tutela capaz de evitar a proliferação de ilícitos.

Assim, para impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, surge a tutela inibitória, definida pelo professor Luiz Guilherme Marinoni^[40]:

a tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.

Conclui-se, portanto, que a tutela preventiva, ou seja, a tutela inibitória é apta a outorgar a tutela jurisdicional adequada tendente a impedir, de forma direta e definitiva, a violação dos direitos da personalidade, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal.

5. A tutela inibitória dos direitos da personalidade na Sociedade da Informação

A evolução social e tecnológica, em função da aceleração dos mecanismos de difusão das informações proporcionados, especialmente, pela Internet, permite um contato mais próximo das pessoas e, por consequência, a violação mais freqüente de sua esfera íntima. Em nome do direito à informação, a pessoa é devassada em sua vida particular, na busca pela melhor notícia, imagem, segredo ou por aquela de maior impacto.

Surge a necessidade de adequação do direito às novas situações, no intuito de preservar o mínimo da esfera de privacidade do ser humano, impedindo sua confusão com o ente social.

De Cupis advertia para a proteção dos direitos da personalidade: “La persona è al centro del diritto; e il diritto civile è il suo primo centro d’ irradiazione[41]”. Segundo o jurista italiano[42], direitos da personalidade são:

(...) àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que vale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados *direitos essenciais*, com os quais se identificam, precisamente, os direitos da personalidade.

Para Maria Helena Diniz[43], são direitos da personalidade:

direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Sendo assim, consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a hidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade, dentre outros[44].

A Constituição Federal, no artigo 5º, X, estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dá-se importância aos direitos de conteúdo não patrimonial, ou seja, aos direitos da personalidade, inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, CF).

Por isso, a enumeração dos direitos da personalidade nos textos legais[45] não é exaustiva, mas expressa a cláusula geral de tutela da personalidade, contida no art. 1º, III da Constituição Federal, ou seja, princípio da dignidade da pessoa humana.

A propósito, assevera Carlos Alberto Bittar[46]:

não se pode limitar esses direitos ao ordenamento positivo, sobretudo depois de apresentá-los como inerentes ao homem. Isso significa (...) cingir o Estado como único definidor e identificador dos direitos. Ao Estado compete, na verdade, reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram. Ademais, a noção de Estado é recente. O direito existe antes do Estado e pela própria natureza do homem. Já Aristóteles apontava a existência do direito natural.

Dentre os direitos da personalidade, destaca-se o direito à privacidade que, em um sentido genérico e amplo, envolve todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, consagrados no texto constitucional como direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas[47].

A privacidade[48] é “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito[49]”. A esfera de inviolabilidade é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo[50]”.

São inegáveis as conquistas proporcionadas pela disseminação da Internet. Porém, em contraposição, a Internet surge trazendo preocupações a toda comunidade jurídica, uma vez que propicia facilmente a violação dos direitos da personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Isto porque, este meio de interação possibilita o monitoramento de todos os passos do internauta. Assim, a cada operação realizada, se seguida, pode ser informado seus dados pessoais, contas bancárias, hábitos de compra, interesses, preferências, tornando-se alvo de fácil manipulação.

Nesse sentido, esclarece Arthur Miller[51]:

(...) o computador, com sua insaciável sede de informação (...) chegará a ser o centro de um sistema de vigilância permanente que converterá a sociedade em que vivemos num mundo transparente, em que nossa casa, nossas finanças, nossas associações e instituições, nossa condição física e mental aparecerá una a qualquer observador.

Desta forma, é evidente que a Internet constitui ameaça à intimidade e à privacidade. Costa Junior[52], afirma que:

(...) o mais desconcertante é tomar conhecimento de que as pessoas, condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade. O conceito de vida privada, como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

Para a defesa desses direitos não patrimoniais, denominados “novos direitos[53]”, aí incluídos os direitos da personalidade, torna-se inviável a indenização por perdas e danos, a fim de reparar o dano causado, uma vez que tais direitos exigem a prestação de uma tutela jurisdicional capaz de protegê-los de forma imediata e preventiva (tutela inibitória), agindo, portanto, não após, de maneira sancionatória (tutela repressiva), mas antes da prática do ato antijurídico.

Segundo os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni[54]:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.

A Constituição Federal, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, assegura, além de um devido processo legal tendente a tutela jurisdicional repressiva, atuada após a lesão do direito, o acesso à tutela jurisdicional preventiva, diante da ameaça de violação do direito.

A tutela preventiva é requerida via ação inibitória, constituindo ação de cognição exauriente. Nada impede, contudo, que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipatória, o que acontece em grande número de casos, já que apenas a inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva[55].

A inibitória, postulada diante de qualquer tipo de direito, destina-se a evitar, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte, através de uma decisão ou sentença capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, fundamentada nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumido.

Esta tutela preventiva tem sido incluída pela doutrina como espécie autônoma de classificação das tutelas, aderente à situação material. Pois, atualmente, não é possível estudar o processo sem uma técnica específica para o direito material. A tutela jurisdicional dos direitos da personalidade exige técnica específica, qual seja, a tutela inibitória, mecanismo adequado para a proteção genérica e específica, de cognição exauriente e definitiva, apta a solucionar fática e juridicamente o conflito de interesses dos direitos invioláveis dos cidadãos, como os direitos da personalidade, uma vez que tais direitos são insuscetíveis de traduzir-se em termos econômicos.

Assim, considera Barbosa Moreira[56]:

(...) em grande número de hipóteses, a tutela específica é a *única*, na verdade, capaz de aproveitar ao credor; ou, pelo menos, entre o proveito que ela lhe assegura e o proveito que lhe poderá proporcionar qualquer outra modalidade de tutela medeia distância tão considerável, que a mera outorga de tutela não específica quase se resolve, na prática, em denegação de tutela. Quando o benefício a que faz jus o credor é de natureza puramente econômica, e as conseqüências da lesão suscetíveis de ser eliminadas, a restauração do estado anterior e a composição dos danos porventura causados podem representar, ao menos em certa medida, solução satisfatória. Fora daí, porém, não raro acontecerá que a *restitutio in integrum* se mostre impraticável, e o benefício não tenha ‘equivalente’. É o que as mais das vezes se dá no campo dos direitos da personalidade e nos ‘interesses coletivos’: uma vez divulgado o fato da vida íntima que se devia manter em segredo, ou destruída a rocha que aformoseava a paisagem, toda providência de caráter sancionatório constituirá, simplesmente, para o lesado em seu direito à intimidade, ou para a comunidade das pessoas interessadas na preservação das belezas naturais, melancólico ‘prêmio de consolidação’.

No entanto, é notória a deficiência em relação à tutela inibitória (tutela preventiva) no direito brasileiro, apesar de ser a tutela jurisdicional adequada aos direitos da personalidade.

Pois, para uma efetiva tutela dos direitos da personalidade é necessário o uso de um provimento imediato e, ainda que seja outorgado ao lesado seu idêntico interesse violado. A honra, por exemplo, uma vez violada, jamais poderá ser restaurada em sua forma primitiva.

A este propósito, são as palavras de Giacobbe[57]:

(...) a lesão da esfera da personalidade do sujeito, pelas características que desta são típicas, não consente dilações na intervenção da tutela e, uma vez realizada, não pode ser, de regra, removida com provimentos sucessivos de garantia dos direitos da personalidade, podendo-se conseguir, ao menos em regra, apenas através da adoção de medidas preventivas de tutela. Sob este aspecto não devem ser olvidadas aquelas posições sobretudo da doutrina, que propugna um repensar – *de iure condendo* – da

disciplina dos direitos da personalidade, em ordem à tutela em relação às lesões que possam ser determinadas, sobretudo com referência à matéria da colheita e difusão das notícias que hoje se põem como o terreno mais delicado de agressão à esfera da personalidade do sujeito.

Portanto, é imprescindível a tutela inibitória na proteção dos direitos da personalidade na Sociedade da Informação, uma vez que trata-se de tutela jurisdicional adequada a efetivação dos direitos da personalidade. Isto porque estes direitos exigem a prestação de uma tutela preventiva e genérica, tendente a impedir, de forma direta e definitiva, a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, apresentando-se como uma tutela anterior à sua prática, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Entretanto, não podemos deixar de lado os provimentos reparatórios, já que a tutela preventiva não pode ser efetivada sempre. Porém, é necessário esclarecer que tais medidas reparatórias são mecanismos secundários, somente recorríveis quando não for possível proteger o direito através da tutela preventiva.

6. Conclusão

Nas últimas décadas o mundo vem experimentando constantes transformações, potenciados pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica.

A facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, como o rádio, a televisão, os telefones e os computadores, em especial, com o advento de novas tecnologias como a telefonia celular, o satélite, a rede de fibra óptica mundial, principalmente, a Internet, vem modificando substancialmente as relações sociais, econômicas e jurídicas, razão pela qual pode-se concluir que a sociedade contemporânea é a Sociedade da Informação.

São indiscutíveis as conquistas advindas da disseminação dos meios de comunicação. E é certo que tal evolução tecnológica seja irreversível.

Entretanto, as mudanças provocadas pela Sociedade da Informação trazem à necessidade do direito regular as novas relações jurídicas surgidas, a fim de proporcionar questões satisfatórias às novas exigências e necessidade do ser humano.

A imprescindibilidade de um novo modelo processual é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva e genérica, especialmente, em função dos mecanismos de difusão das informações, como a Internet, que permite um contato mais próximo das pessoas e, por conseqüência, a violação mais freqüente de sua esfera íntima, ou seja, dos direitos da personalidade, aí incluídos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, impossíveis de serem disciplinados pelo ordenamento jurídico.

Dá a necessidade do presente estudo que teve por finalidade suscitar a utilização e, eventuais, discussões sobre a tutela jurisdicional preventiva, denominada de tutela inibitória, capaz de atender aos “novos direitos”, de natureza não patrimonial, como os direitos da personalidade, de forma efetiva. Já que tais direitos não podem ser garantidos por uma tutela repressiva ou reparatória, ou seja, que atue apenas após a lesão do direito, mas exigem a tutela ao direito do próprio bem.

7. Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento.** v. 2. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM WANBIER, Teresa Arruda. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Nulidades do Processo e da Sentença. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman.** v. 16. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade Civil por dano à honra.** 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.** v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7.ed./2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura - A sociedade em rede.** (Trad. Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt). v.1. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Quorum, 2008.
- _____. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. São Paulo: Moraes, 1961.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIUZA, Ricardo (Org). **Código Civil Comentado**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na sociedade informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 301-316.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Análisis socioeconômico de los derechos personalísimos**. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Teoria Geral do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, v.847, p. 78-95, maio 2006.
- LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**. v.2. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas S.A., 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva)**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. 2.ed. Coimbra: Almedina S.A., 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; ALVIM WANBIER, Teresa Arruda; WANBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MESQUITA, Eduardo de Melo. **As Tutelas Cautelar e Antecipada. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman**. v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM WANBIER, Teresa Arruda; FUX, Luiz. **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi; BAPTISTA, Ezio Carlos S.: A Privacidade na Sociedade da Informação – Breves Reflexões. **Revista Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU**, São Paulo, ano 20, n. 28, p. 13-24, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

_____. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 2.ed./2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAPIZADA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional de acordo com a reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

_____. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU**, São Paulo, a.17, n.25, 2003.

_____. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v.859, maio 2006.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Responsabilidade Civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole Ltda, 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória – A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. v. 49. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

WANBIER, Luiz Rodrigues (Org.). Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Via Internet

http://www.sbc.org.br/p_d/cap01.pdf - Livro Verde do Programa Sociedade da Informação no Brasil. Acesso em: 02-04-2009.

[1] Nos dizeres de Manuel Castells, No fim do segundo milênio da Era Cristã, vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado. CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura - A sociedade em rede**. (Trad. Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt). v.1. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.39.

[2] Internet, definida por Guilherme Tomizawa, refere-se ao sistema que permite a intercomunicação através de computadores. Rede mundial de computadores que interliga outras redes menores em vários países. Nasceu após uma experiência militar para conexão de computadores diferentes em várias partes do mundo, germinou na experiência de conexão de computadores de diversas universidades espalhadas pelo mundo e explodiu na conexão de computadores em qualquer lugar do mundo, conectados a uma linha telefônica ou a um sinal de satélite. A *Internet* só foi possível depois que inventaram um protocolo de fácil manipulação que poderia trafegar em qualquer equipamento de informática, o TCP-IP. Também é conhecida como WWW (World Wide Web) ou rede mundial de computadores, ou rede das redes. TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p.188.

[3] Conforme o professor Roberto Senise Lisboa, “Sociedade da Informação”, também denominada “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos. Não se limita a sociedade da informação, pois, ao computador ou a um direito informático, já que estende-se a qualquer meio de comunicação, presidencial ou não. Assim, por exemplo: a televisão a cabo, por antena ou via satélite; o *teleshopping*, o *teleshopping* e o *teleworking*; o rádio e o telefone. LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v.847, p. 85, maio 2006.

[4] MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. 2.ed. Coimbra: Almedina S.A., 2006, p.39.

[5] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.252.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p. 303.

[6] Disponível em: http://www.sbc.org.br/p_d/cap01.pdf (Livro Verde do Programa Sociedade da Informação no Brasil). Acesso em: 02-04-2009.

[7] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.68.

[8] *op. cit.*, p.68.

[9] Para José de Oliveira Ascensão, “‘Sociedade da Informação’ não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor se falaria até em *sociedade da comunicação*, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.71.

[10] GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p.28-29 *apud* SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.252.

[11] TOFLER, Alvin. A terceira onda. Trad. João Távora. 28.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005 *apud* SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.253.

[12] CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura - A sociedade em rede. Trad. Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt**). v.1. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

[13] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.254-255.

[14] Conforme o professor Paulo Hamilton, “A informática processa a informação. O termo *informática* significa informação-automática, sendo um neologismo de origem francesa, derivado da expressão *information automatique* adotada por Philippe Dreyfus, em 1962, por analogia com o termo inglês *datamation*. A informática é a ciência do uso da informação”. SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.258.

[15] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.258.

[16] SHRAMM, Wilbur. Men, messages, and media. Nova Iorque: Harper & Row, 1973 *apud* SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU**, São Paulo, a.17, n.25, p.63, 2003.

[17] GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p.17 *apud* SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Hábeas Data: Remédio Jurídico da Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.252.

[18] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v.859, p.750, maio 2006.

[19] Segundo Garcia Marques e Lourenço Martins, O vocábulo Informática constitui um galicismo nascido da fusão de “Information” e “Automatique”, que sinteticamente significa o tratamento automático da informação. Acrescentam, ainda, que em 1967, a Academia Francesa encontrou para a palavra “Informática” a seguinte definição: ciência do tratamento racional da informação, nomenclatura por meios automáticos,

considerados como suporte dos conhecimentos e das comunicações nos domínios técnico, econômico e social. MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina S.A., 2006, p.19.

[20] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU**, São Paulo, a.17, n.25, p.63, 2003.

[21] MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina S.A., 2006, p.135.

[22] O primeiro satélite experimental do sistema de navegação Galileu – o Giove A – foi lançado em 28 de Dezembro de 2005 a partir do Cazaquistão *apud* MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina S.A., 2006, p.135.

[23] TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p.18-19.

[24] *op. cit.*, p.21.

[25] ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

[26] *op. cit.*, p. 17.

[27] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

[28] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

[29] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.170.

[30] *op. cit.*, p.298.

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

[32] ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.35.

[33] GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p.27, abril-junho 1981 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.100-101.

[34] MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

[35] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 206.

[36] MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

[37] ALEXY, Robert. Teoria de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. *apud* TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 80.

[38] *ob.cit.*, p. 80.

[39] PISANI, Andrea Proto. “La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela”, Foro Italiano, 1990, v, p.6 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

[40] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva)**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.36.

[41] DE CUPIS. Teoria e pratica del diritto civile, 1967, p. 75. *apud* AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade Civil por dano à honra**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. .20.

[42] CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. São Paulo: Moraes, 1961, p. 17.

[43] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.135.

[44] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7.ed./2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.1.

[45] O Código Civil de 2002, disciplina os direitos da personalidade na Parte Geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Físicas, Capítulo II, Dos Direitos da Personalidade, em seus artigos 11 a 21, de forma não exaustiva.

[46] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7.ed./2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.8.

[47] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.187.

[48] A intimidade e a privacidade estão inseridas no direito de personalidade, que compreende os direitos físicos, os direitos psíquicos e os direitos morais. A quase unanimidade de juristas comungam com a idéia de que o marco teórico acerca do direito à intimidade teve origem com a dupla de advogados anglo-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em seu famoso artigo “*The right of privacy*” (o direito à privacidade), publicado na *Havard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890. Tal artigo se preocupava em determinar um princípio legal para dar guarida a intimidades das

peessoas haja vista o uso não autorizado de fotografias. Sem embargo, para aperfeiçoarem seus estudos, BRANDEIS e WARREN adquiriram a expressão “*right to be alone*” (direito de ser deixado em paz) do juiz norte-americano Cooley, de sua obra publicada em 1873 (*The Elements of torts*) onde ele se referia ao “direito de estar só”, com vistas à proteção da pessoa e para a segurança do indivíduo. (TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 59).

[49] Cf. J. Pereira, Direito de Informação, p.15 *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

[50] Cf. Moacyr de Oliveira, “Intimidade”, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 46/100 *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

[51] MILLER, Arthur, dramaturgo, em comunicação ao Congresso norte-americano, conforme citado por Danilo César Maganhoto Doneda, 2001, p. 115. *apud* TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 73.

[52] COSTA JUNIOR *apud* GUERRA, Sidney. O direito à privacidade na internet – Uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 31. *apud* TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 71.

[53] MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.79.

[54] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva)**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

[55] *op. cit.*, p.39.

[56] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 32. 2ª série. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 107.

[57] GIACOBBE, Giovanni. L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.3, Milano: Giuffrè, settembre 1983, p. 877. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 108.

O DANO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL

THE DAMAGE AND MORAL RIGHTS OF PERSONALITY IN BREAKING THE MARRIAGE BOND

Luciane da Silva Onça

RESUMO

A família desempenha papel primordial na sociedade. Em virtude disto nossa Carta Magna confere-lhe proteção específica. Visando coibir as infrações dos deveres do casamento e da união estável, que afetam os direitos da personalidade dos consortes, a doutrina e jurisprudência têm admitido o dano moral e material na ruptura culposa do vínculo conjugal.

PALAVRAS-CHAVES: DANO MORAL, DIREITO DE FAMÍLIA, DIREITOS DA PERSONALIDADE, CONVIVÊNCIA FAMILIAR.

ABSTRACT

The family plays vital role in society. Given that our Magna Carta gives them specific protection. Aiming to curb the violation of the duties of marriage and stable, which affect the rights of the personality of the associates, the doctrine and case law have allowed the moral and material in the fault rupture of the marital bond.

KEYWORDS: MORAL, RIGHT TO FAMILY, RIGHTS OF PERSONALITY, FAMILY LIVING.

1. INTRODUÇÃO

É notória a importância da família no contexto social. Nossa Carta Magna conferiu-lhe status valorativos centrados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Ao infringir os deveres do casamento previstos no artigo 1566 e incisos do Código Civil, como o dever de respeito e consideração mútuos resultará em agressão aos direitos de personalidade, bem como, o valor dignidade do cônjuge vítima.

Para assegurar a dignidade das pessoas, mesmo aspectos não previstos em lei são englobados nos direitos da personalidade, merecendo ampla tutela jurídica. As agressões que frequentemente ocorrem no ambiente familiar acarretam inúmeras situações violadoras dos direitos da personalidade, entre estas citam-se: as agressões físicas, as ofensas morais, o atentado à vida do cônjuge, inclusive por meio de contaminação de doença grave e letal, como a AIDS, o abandono moral e material do consorte, adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, conduta desonrosa dentre várias outras.

Referidas situações consubstanciam ofensas graves aos direitos da personalidade do cônjuge vítima, que resultarão em dano moral, sendo por isso indenizável, conforme previsão legal do artigo 5º, incisos V e X e § 2º da Constituição Federal e orientação pacífica de nossos tribunais, especialmente pelo STJ, como se denota: "A propósito, anote-se que, a Constituição assegura direito de indenização por violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. É, em síntese, enfatize-se, a indenização por dano moral, cujo conceito, evidentemente, ampliou-se em muito no regime da nova lei fundamental" (In STJ - REsp. 913.131/BA - Relator Min. Carlos Fernando Mathias - Juiz convocado do TRF 1ª Região). O *quantum* indenizatório não pode ter valor ínfimo de tal forma a causar humilhação no infrator e servir de estímulo a novas violações e nem valor exacerbado que ocasione locupletamento ilícito do lesado e onerosidade excessiva ao lesionador, consoante, aliás, regra inserta no Código Civil de 2002 em seu artigo 884.

Mister destacar que a reparação civil faz-se presente nos casos de separação litigiosa, não ocorrendo, portanto nos casos de separação judicial consensual e visa tutelar o direito do cônjuge inocente, agredido em sua personalidade ou em sua dignidade.'

2. BREVE RELATO HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Historicamente a família tem suas origens em Roma, na figura do *pater familiae*. Ela congrega os valores da sociedade, sendo por isso responsável pela reposição dos valores perdidos. O ambiente familiar é determinante na construção da personalidade do indivíduo[1].

A degradação de valores, os vícios, o avanço tecnológico convidativos ao lazer e ao prazer material, aliado ao mau exemplo dos governantes envoltos com a corrupção tem afetado a família e propiciado a degradação dos bons hábitos e costumes sadios da sociedade[2].

A Carta Magna de 1988 praticamente constitucionalizou o direito de família, e deu início a uma nova ordem jurídica, permeada por fundamentos de valores, assimilados pelo Código Civil de 2002, especialmente na tutela ampla e irrestrita aos direitos da personalidade prescritos nos artigos 11 a 21 do Código Civil, centradas na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e, ampliadas através do artigo 5º e inciso da Norma Constitucional que prescrevem os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

As normas legislativas procuram adaptar-se à evolução social e dos costumes e a Constituição Federal, como norma maior, sempre foi marcante no sentido de alterar os rumos da sociedade familiar, concorrendo para expressiva mudança no comportamento dos consortes no ambiente conjugal[3].

Nesse sentido, Luis Edson Fachin, citando Gonçalves Neto, destaca que a nova ordem familiar tem como missão abandonar o positivismo Kelseniano para pautar o pensamento jurídico numa lógica material, voltada não mais para um eu ideal, mas para o ser humano real com seus defeitos e paixões[4].

A proposta desta nova ordem jurídica consiste no respeito aos direitos da personalidade das pessoas envolvidas na convivência familiar, onde deve predominar o respeito e consideração mútuos[5].

3. AXIOLOGIA FAMILIAR PRESENTE NO CÓDIGO CIVIL

A estrutura familiar é revestida de elementos valorativos que promovem sensibilidade nos relacionamentos pessoais. O artigo 1566, incisos I a V do Código Civil prevê os deveres de ambos os cônjuges no casamento. Este artigo além de repetir o que já dispunha o Código Civil de 1916, enumera outros como o dever de respeito e considerações mútuos, previsto também na Lei 9278/96 com relação aos conviventes em união estável. Conforme expõe Oliveira/Hironaka[6], esse acréscimo é útil por enfatizar o dever de tratamento respeitoso devidos aos cônjuges na vida familiar, afastando condutas inadequadas de ofensas físicas ou morais, denominados pela doutrina e a jurisprudência como sevícia e injúria grave.

Carlos Roberto Gonçalves, citando decisão do STJ, proclama que, "Nosso sistema jurídico brasileiro admite a indenização por dano moral, na separação e no divórcio. Responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela reparação. Em recurso especial, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu e deu provimento ao recurso por ofensa ao artigo 159 do Código Civil de 1916, para a

obrigação de se ressarcirem danos morais (In REsp: 37.051-0, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 17.04.2001)".

De acordo com o autor citado, a responsabilidade civil nas relações conjugais é contratual, por ser o casamento um contrato, embora especial e de Direito de Família. Basta ao ofendido demonstrar a infração e os danos oriundos para que se estabeleça o efeito, que é responsabilidade do faltoso. As ofensas aviltam os deveres de "respeito, consideração mútua" e "fidelidade recíproca", pertencentes ao âmbito dos danos extrapatrimoniais. A violação de tais deveres afeta a estrutura psíquica do cônjuge vítima produzindo dissabores psicológicos.

Compartilha desta idéia Inácio de Carvalho Neto[7], para quem "a injusta agressão à dignidade, à estima e ao respeito do ofendido, configura-se um dano moral passível de reparação".

Segundo Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho[8], a Constituição Federal ao consagrar a dignidade humana em seu artigo 1º, inciso III, proporcionou ao dano moral uma nova feição e dimensão, por ser a dignidade humana a base de todos os valores morais e a essência de todos os direitos personalíssimos, como a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a privacidade, dentre outros. Destarte, conclui Clayton Reis[9], "quando os deveres decorrentes do casamento são ofendidos, agride-se a personalidade dos componentes do núcleo familiar, gerando fissuras na dignidade dessas pessoas".

Conforme proclamou José de Oliveira Ascensão[10], os direitos da personalidade constituem a prioridade da pessoa humana. Por isso, para assegurar a dignidade da pessoa, mesmo aspectos não previstos por lei são englobados nos direitos da personalidade. [11]Destarte, toda vez que estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, presente está um conteúdo de valor, que merecerá a tutela especial da norma jurídica.

Nos rompimentos matrimoniais podem ocorrer inúmeras situações violadoras dos direitos da personalidade, ao haver infração aos deveres de respeito e proteção oriundos do casamento, previstos no artigo 1566, incisos III e V do Código Civil. Citam-se como exemplo: as agressões físicas, as ofensas morais, o atentado à vida do cônjuge, inclusive por meio de contaminação de doença grave e letal, como a AIDS, o abandono moral e material do consorte, dentre várias outras[12]. Segundo observação de Yussef Said Cahali, citado por Rui Stoco[13] é principalmente no Direito de Família que influem a religião, os costumes e a moral. Em decorrência disto, a carga valorativa no núcleo familiar é o elemento que se sobressai nas condutas dos consortes.

Verifica-se uma tendência de despatrimonialização[14] do Direito Civil, que atinge também o Direito de Família, não mais orientado na expulsão e redução qualitativa do conteúdo patrimonial, mas na tutela quantitativa das relações familiares, em que sobressai a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Essa visão alicerçou os princípios éticos de respeito e consideração presentes no Código Civil de 2002, no que se refere aos deveres dos cônjuges.

Conforme já descrito, vivemos em uma sociedade de conteúdo axiológico que repercute, sobretudo na estrutura familiar. Por isso as desavenças ocorridas nesse ambiente interferem na personalidade dos seus titulares, gerando abalos morais em seus titulares.

4. O DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Não há regra específica para reparação dos danos no Direito de Família. Mediante aplicação da regra inserta no artigo 186 do Código Civil, a Doutrina e a Jurisprudência vêm disciplinando o assunto[15].

No campo da responsabilidade civil, a família nunca recebeu tratamento específico. A lei infraconstitucional não avançou no tema e permaneceu arcaica em diversos pontos, englobando princípios abarcados pelo antigo Código Civil. Destarte não houve uma evolução concernente ao Direito de Família, principalmente no que diz respeito à aplicação do Dano Moral no âmbito familiar[16]. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite[17] proclama, "Com efeito, a indenização, na área do Direito de Família, embora incomum e naturalmente imprópria (em setor onde o pessoal se sobrepõe ao patrimonial) ganha novo alento, na medida em que se revela uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família".

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, "o Direito de Família que regula as relações dos cônjuges, dos companheiros e dos pais e filhos, não está num pedestal inalcançável pelos princípios da responsabilidade civil. Não se pode privar a família da utilização do mais relevante instrumento jurídico, que assegura condições existenciais da vida em sociedade: a reparação civil de danos. Além disso, se não houvessem as devidas conseqüências pela infração, os deveres de família seriam transformados em meras recomendações, a favorecer o seu inadimplemento"[18].

Nas rupturas das relações conjugais, sempre se analisou o aspecto da culpa, atribuindo-se ao cônjuge faltoso punições materiais, como o dever de prestar alimentos ao cônjuge

inocente e sanções relativas à perda da guarda dos filhos, ou no caso da esposa, interesse ao direito do uso do nome do marido. Eduardo de Oliveira Leite[19] nesse sentido aduz que, "O estudo primoroso de Regina Papa dos Santos, também se direciona no mesmo sentido da reparabilidade dos danos morais oriundos de ruptura da sociedade conjugal ao afirmar que, diante da legislação vigente e projetada é descabida qualquer interpretação que impeça a aplicação dos princípios e regras sobre a responsabilidade civil à dissolução culposa da sociedade conjugal.

Referidas sanções impostas por ocasião da violação dos deveres conjugais não são e nunca foram suficientes para inibirem novas práticas de condutas desonrosas, de forma que mesmo antes do novo Código Civil, a Jurisprudência e Doutrina já se preocupavam com o assunto.

Entretanto no novo ordenamento constitucional houve uma evolução de antigos conceitos retrógrados e patriarcais e consagraram-se princípios fundamentais, tais como da igualdade e da dignidade humana, elevando a importância dos direitos personalíssimos. A Doutrina e Jurisprudência têm destacado o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitado em todas as relações sociais, mas, sobretudo nas relações familiares, tendo em vista que a família é o alicerce da sociedade. De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, a família deve ser havida como centro da preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade[20].

Ressalta-se que são inúmeras as situações, cujo rol pode ser inesgotável, que podem ensejar o Dano Moral no âmbito do Direito de Família: relações conjugais, estado de filiação, abandono material, intelectual e moral do filho, negativa de reconhecimento da filiação.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Não existe um critério pré-ordenado, outrossim, para a definição do que se compreende como conduta desonrosa, prevista no artigo 1573, VI do Código Civil. É de se considerar todo comportamento de um dos cônjuges, que implique granjear menosprezo no ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal[21].

As agressões verbais proferidas por um cônjuge ao outro, sendo conhecedor das fragilidades e inseguranças do consorte, atingem intimamente a este, de tal forma que os danos morais originados são amplos. São comuns reações violentas pelo ofendido, incluindo homicídios passionais. Demonstrado que as ofensas foram a causa geradora de calúnia, injúria ou difamação, configurado está o dano moral[22].

Para Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho[23], qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória. (In Ap. Cível 40.541- Rel. Des. (Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719).

Além dos deveres inerentes ao casamento previstos no artigo 1.566, incisos I a V do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves[24] "relata os deveres implícitos existentes no casamento e identificados pela jurisprudência, destacando-se: o dever de sinceridade, o de respeito pela honra e dignidade própria da família, o dever de não expor o outro cônjuge a companhia degradantes, o de não conduzir a esposa a ambientes de baixa moral, constituem algum dos fatos que são conseqüência do respeito e consideração do marido para com a sua esposa". A violação desses deveres constitui causa geradora da separação judicial cumulada com danos morais.

Na união estável[25] aplicam-se os mesmos princípios, uma vez que o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal estende a proteção do Estado à união estável do homem e da mulher, reconhecendo-a como entidade familiar. No mesmo diapasão o artigo 1º da Lei 9278/96 reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher estabelecida com o objetivo de constituição de família. Destarte, quando ocorrer violação do dever de respeito e consideração mútuo em havendo descumprimento de um dos deveres oriundos da união estável (artigo 1º da Lei 9278/96 e artigo 1724 CC), os danos acarretados ao consorte são plenamente reparáveis e sua indenização poderão ser postulados em cumulação com pedido de reconhecimento e dissolução de união estável[26].

De acordo com o que preceitua a súmula 382 do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato". Observa-se, nesse caso, a desnecessidade da coabitação[27].

A união estável pode ser dissolvida unilateralmente, sem que o companheiro dissidente seja obrigado a reparar eventuais danos pela ruptura. Todavia, se ocorrer abalo moral ou patrimonial ao companheiro repudiado, devido ao rompimento, é possível obter reparação pelo prejuízo[28].

Em consonância com este entendimento, tem-se a decisão jurisprudencial, no recurso de Apelação Cível 66.960-4/8, 2ª CDPPr do TJSP, em 23.2.99, Relator: Des. Enio Santarelli Zuliani, RT 765/191.

EMENTA: É inadmissível a rejeição liminar, sob a alegação de falta de sucedâneo jurídico, de ação indenizatória proposta contra ex companheiro por mulher que por ele foi abandonada após engravidar, perder o emprego e em consequência abortar involuntariamente, pois no caso existe adequação jurídica, interesse e legitimidade, eis que articula uma pretensão amparada pelo direito e pela moral[29].

Nas relações entre pais e filhos, atinentes aos deveres de guarda, sustento e educação, o genitor que descumprir esses deveres para com os filhos, causando-lhes danos morais ou materiais, também estarão sujeitos aos princípios da responsabilidade civil, podendo ser condenados ao pagamento da indenização correspondente[30].

Além da cláusula geral de proteção à dignidade humana, como respaldo constitucional da reparação civil, há também a previsão do artigo 5º, inciso V e X, bem como o § 2º da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação, e o artigo 226, § 8º da mesma Carta Magna, que prevê a criação pelo Estado de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, na pessoa de cada um dos que a integram[31].

Nesse sentido, as decisões dos Tribunais vêm proclamando que:

"EMENTA: Injurosa será em síntese, a ponto de autorizar a decretação da separação judicial, como anotado pelo STF, a alegação ofensiva e desnecessária ou mendaz, desvelando abuso de defesa ou animus nocendi" (RT 473/63). No mesmo sentido, "a acusação de leviana, de desonesta, de adúltera, increpada pelo marido à mulher na petição inicial, é gravíssima e, uma vez não provada convincentemente, constitui injúria grave, veementemente capaz de autorizar a separação judicial" (in RT 346/491).

A vida em sociedade, para Humberto Theodoro Júnior[32], "por envolver um conjunto de direitos e deveres provoca freqüentes conflitos e aborrecimentos, com reflexos psicológicos, chegando até causar abusos e danos. O autor conclui que a ilicitude da conduta do agente e a gravidade de lesão suportada pela vítima[33] são os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral". Destaca,

outrossim, que não são os meros aborrecimentos do cotidiano de qualquer casal, mas sim aqueles dissabores que provocam traumatismo e reflexos na área emocional e física do consorte atingido. "Eis que a simples ruptura do liame conjugal via separação ou divórcio consensual, sem causa culposa, não obstante, ocasionar sofrimento as partes, não caracteriza o dano moral"[34].

Importante destacar que a existência ou não da culpa não se leva em consideração para decretação da dissolução da sociedade conjugal, pois neste caso o que importa é a impossibilidade do restabelecimento conjugal e a vontade das partes. A culpa é fundamental para embasar eventual pedido de ressarcimento por danos morais ocasionados por um dos cônjuges em decorrência da violação de deveres conjugais que lesionem os direitos inerentes à personalidade dos cônjuges[35]. Deve o cônjuge inocente ingressar com a ação de separação judicial litigiosa. Infere-se, pois, que não caberá o pedido na separação judicial sem culpa cumulada com danos morais, como nos casos de mútuo consentimento e, se algum dos cônjuges estiver acometido de doença mental manifestada após o casamento, que torne insuportável a continuação da vida em comum[36]. Note-se que neste último caso houve redução do prazo para a separação judicial, caindo para dois anos, em vez dos cinco anos previstos na Lei nº 6.515/77.

Igualmente, não mais se prevê a chamada "cláusula da dureza", destarte a existência de uma das causas objetivas que fundamentam a separação judicial sem culpa é suficiente para o decreto de separação judicial e o juiz não pode recusar sua aplicação sob pretexto de nocividade aos filhos ou ao próprio cônjuge doente[37].

Por ser a separação judicial litigiosa imprescindível para a caracterização do dano moral, mister que se analisem seus motivos ensejadores. O Código Civil de 2002 ampliou a casuística, relativamente às previsões genéricas do artigo 5º da Lei nº 6515/77. O artigo 1573 enumera os diversos motivos que possam caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida, quando ocorrer alguns dos seguintes motivos, a saber: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar por um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. O parágrafo único do mesmo artigo faculta ao juiz, no âmbito do seu arbitrium boni viri, considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum[38].

O magistrado Euclides Benedito de Oliveira tece críticas a enumeração dos motivos, pois segundo ele todos esses estão compreendidos nas previsões genéricas de conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais do artigo 5º da Lei nº 6.515/77. Outra crítica refere-se ao termo adultério, que segundo ele seria melhor mencionar "infidelidade" porque esta é mais ampla e condiz com a quebra do dever conjugal correspondente[39].

Quanto ao abandono do lar por um ano contínuo, há que se destacar que na época do Código Civil de 1916, que mencionava o prazo de dois anos de abandono (artigo 317), reiterada jurisprudência já considerava situações de abandono da convivência em tempo muito inferior, caracterizando hipótese de injúria grave[40].

O magistrado Euclides Benedito de Oliveira comenta "a desnecessidade da menção a condenação por crime infamante, uma vez que esta hipótese já se enquadra como conduta desonrosa e pela redundância uma vez que infamante todo crime o é, além de que a legislação penal não abarca tal graduação de tipo criminoso, sendo que a qualificação mais grave se reserva ao crime hediondo"[41].

Quanto à previsão adicional de "outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum", enquadra-se diversas condutas não tipificadas que abrangem os casos mais sérios de "incompatibilidade de gênios" e de "crueldade mental", próprios de casais que não se harmonizam. Para tanto o comportamento de um dos cônjuges deve revelar-se ofensivo ao recíproco dever de "respeito e consideração" e tornar insuportável o prosseguimento da vida em comum[42].

As situações ensejadoras de reparação dos Danos Morais podem resultar conseqüências mais graves, do que apenas o rompimento do dever conjugal, pois violam os direitos relativos à personalidade do ofendido, tais como a vida, a honra, a imagem, a liberdade, o nome, além de outros[43].

Uma das causas que mais reflete no âmbito das relações familiares e que pode trazer conseqüências desastrosas é a discriminação econômica, "uma vez que muitos homens se valem desta diferença sócio-econômica para constranger, humilhar e violentar física e psicologicamente esposa ou companheira, utilizando o artifício econômico, para mantê-las sob o mesmo teto, não obstante viverem uma relação desgastada e sem amor."[44].

É notório que muitas mulheres convivem com homens que as agridem fisicamente ou psicologicamente, por não disporem de condições suficientes para sobreviverem sem a ajuda financeira do marido ou companheiro[45]. Segundo Eduardo de Oliveira Leite[46], é a "dor causada pelo rompimento inopinado, a mágoa que destrói todo um projeto de vida e a inquestionável desmoralização social que geram o dever de indenizar". Prossegue, afirmando que se não houve justo motivo legitimador do rompimento e ocorreram prejuízos ao cônjuge preterido, este terá o direito de obter judicialmente a reparação do dano, material e moral.

Clayton Reis[47] conclui que, "comprovadas as situações descritas, é inegável os danos produzidos e imperiosos o direito de a pessoa atingida promover ação indenizatória por

perdas e danos (se for o caso) cumulada com danos morais ou, exclusivamente, a indenização pelos danos imateriais decorrentes".

Diferentemente dos autores supracitados, Euclides Benedito de Oliveira opina no sentido de que "o critério de perquirição de culpa para decreto de dissolução da sociedade conjugal, significa uma indesejável intromissão do Estado-Juiz na privacidade das relações domésticas. Por circunscreverem-se ao ambiente interno do lar, em muitos casos torna-se muito difícil aferir a verdade real"[48]. *Data vênia*, discordo do ilustre juiz porque em determinadas circunstâncias o Estado pode e deve intervir na vida dos cônjuges, uma vez que a privacidade conjugal não deve estar eivada de abusos e redução do consorte a situações degradantes.

5. OFENSA À HONRA CONJUGAL: A DESLEALDADE E A INFIDELIDADE

Os deveres de lealdade e fidelidade são intrínsecos à sociedade conjugal. A lealdade consiste em uma comunhão física e espiritual entre os cônjuges. O menosprezo a esses deveres é algo tão grave e injurioso quanto o adultério[49]. Na realidade, trata-se de uma quebra de confiança, um dos fatores importantes e valiosos nas sociedades, seja ela conjugal ou comercial - *affectio maritalis e affectio societatis* - ou seja, o elemento de valor necessário para a consumação de propósitos comuns dos consortes ou dos sócios.

Em relação ao adultério, José de Aguiar Dias esclarece: "O adultério constitui clara violação dos deveres conjugais. Poderá dar ensejo à reparação civil? À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa"[50].

Conforme demonstra Yussef Said Cahali[51], pelo menos em tese, já se admitiu entre nós a responsabilidade civil por dano moral pela prática de infidelidade:

EMENTA: 5ª Câmara do TJRS: O apelo não pode vingar. Correta a sentença que extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, forte no art. 267, I, do CPC. Na vestibular o autor asseverou que, acompanhado de duas testemunhas, flagrara sua esposa trocando 'carícias íntimas' com outro homem, o que, segundo aduziu, 'feriu todos os princípios que norteiam qualquer sociedade conjugal'. Sucede, todavia, que tendo narrado tal fato e denominado a ação de 'ação de ressarcimento por dano moral', o demandante culminou por formular pedido de indenização tão-somente por dano material. Embora tenha pedido a condenação da ré ao ressarcimento de 'todos' os prejuízos que lhe causou a narrada conduta ilícita, especificou-os 'como' o valor da cota que subscreveu na sociedade que ambos fundaram, assim como o pagamento das dívidas contraídas em

nome da sociedade, as quais teria de honrar. Com efeito, mesmo que segundo a consagrada jurisprudência desta Câmara, o dano moral independa de prova dele mesmo, sendo encontrado por inferência do próprio fato noticiado ao juiz, não se pode deferir pedido inexistente. Em outras palavras, mesmo que se enxergue com nitidez o dano moral, verte impossível deferir a correspondente indenização, porquanto, na espécie não foi pedida (apel. 596241893 Rel. Pila Hofmeister, 27.02.97).

É importante destacar que na legislação estrangeira[52] encontram-se disposições expressas admitindo a reparação de dano moral proveniente do rompimento matrimonial. Cita-se o Código Civil de 1984 do Peru (art. 351), Código Civil Francês (artigo 301, alínea 2ª).

Na Espanha registra-se o seguinte caso, levado ao Tribunal Supremo: Gustavo Reimers Suarez separou-se de sua mulher Maria Concepción Cerda Sainz em 1969. Pelo acordo de separação, três filhos ficaram com o pai e quatro com a mãe. Em 1990 descobriu que Jorge Ignacio não era seu filho, mas sim filho de Jesús Iribas com quem sua mulher havia mantido relações quando ainda era casada. Gustavo pleiteou indenização por ter mantido um filho que não era seu e por lhe ter sido negada a verdadeira paternidade do menor.

Tendo a mulher alegado que não houve intenção voluntária ou dolosa de causar dano, pois igualmente acreditava que o filho era do marido, assim se manifestou o Supremo: (tradução livre): "O dano moral gerado em um dos cônjuges pela infidelidade do outro, não é suscetível de reparação econômica alguma"[53].

O mesmo periódico traz a informação de que outro caso semelhante a este, teve idêntica decisão. Tais situações consagram a indenizabilidade dos danos morais, nos casos de separações traumáticas, que refletem profundamente nos direitos de personalidade dos consortes.

6. O PROCESSO DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

O ressarcimento do dano moral, por longo período foi discutido pelas correntes doutrinárias, que em determinados momentos afirmavam e, em outras circunstâncias negavam sua possibilidade. Referida discussão encerrou-se com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu de forma clara em seu artigo 5º, inciso V e X, o direito a indenização.

A polêmica da discussão residia no fato da inadmissibilidade de valoração pecuniária do *pretium doloris*. Ocorre que no dano moral não alude a reparação no prejuízo, mas em compensação pelo abalo da paz interior. Esta compensação do dano moral desempenha duas funções, uma para inibir a prática lesiva por parte do ofensor e a outra para oferecer ao lesado uma satisfação em face do *quantum debeatur*[54].

Quanto à quantificação do dano moral, não existem leis que prevêm limites para sua fixação. Segundo proclamou o Superior Tribunal de Justiça não mais se aplicam tais limites, em face da sua Súmula 281: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa". Nesse sentido, o arbitramento do dano moral está sujeito ao *arbitrium boni viri*, ou seja, o arbitramento pelo juiz, levando-se em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade delineados pelo STJ[55]. Nessa linha de conduta o Tribunal fixou o seguinte entendimento: "Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito" (In STJ - REsp. 913.131/BA - Relator: Min.Carlos Fernando Mathias - Juiz convocado do TRF-1ª Região).

Segundo classificação de Maria Helena Diniz, a determinação do valor baseia-se em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender, culpa ou dolo) ou em critérios objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Para que sejam atendidas as duas funções essenciais da reparação do dano moral, quais sejam, punição a quem paga e uma justa compensação para quem sofreu o dano moral. Nesses casos, o *quantum indenizatório* basear-se-á na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. A reparação não poderá ter um caráter ínfimo de forma a produzir no inocente uma segunda humilhação, nem ser excessivamente onerosa ao lesionador, esgotando seus recursos, mas deve ser o suficiente para impedir a reincidência de futuras práticas lesivas[56].

Esclarece Humberto Theodoro Júnior[57] que "somente ocorrerá a responsabilidade civil se estiverem presentes os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal. Portanto, não basta ao ofendido demonstrar sua dor".

Nota-se, que o desamor, por si só, não gera o direito à indenização, já que amar não é dever jurídico, inexistindo ato ilícito na falta de amor[58]. Inclusive um dos argumentos utilizados contra tal indenização consiste no fato de que o amor é o alicerce do casamento e insuscetível de quantificação financeira. Ao cessar o amor, a manutenção da relação seria mera questão temporal. É o que expõe o acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mencionado pelo Desembargador Eliseu Gomes Torres:

EMENTA: Da inicial, infere-se que o autor sente-se moralmente diminuído porque a mulher o traiu com um de seus amigos e companheiro de festas. É a velha questão do macho ferido, que confunde sua honra com a da companheira. Só que, antanho, o macho vingava-se, matando a mulher amada ou seu parceiro. Hoje, o traído quer reparação financeira para a honra ferida. No fundo de tudo, mais do que a intenção do ressarcimento, o que emana destes autos é o ciúme.[59].

De acordo com Fernando César Belincanta "tal argumento fundamenta-se numa visão equivocada da reparabilidade, que não objetiva a vingança do traído, mas sim recompensar o dano imaterial sofrido pela vítima". Citado autor respalda seu entendimento nos dizeres do Promotor de Justiça Belmiro Pedro Welter que afirma "que não se reclama pecúnia do amor, e sim pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e dor martirizante contra aquele que jurou amar, mas que com sua conduta ofendeu-lhe a honra e a própria dignidade humana"[60].

Para se negar o pedido indenizatório tem-se alegado também a omissão da lei. Na Lei do Divórcio (Lei 6515/77), não existe dispositivo referente a uma sanção pecuniária contra o causador da separação, por danos morais sofridos pelo cônjuge inocente. Esta opinião não pode ser aceita, pois não se pode reduzir a aplicabilidade da indenização pela ausência de dispositivo expresso, pois a sociedade é dinâmica, sendo, portanto impossível regular taxativamente cada ato da vida comunitária[61].

Vale trazer à baila, um dos princípios de interpretação constitucional, ou seja, o dos poderes implícitos que assevera que tudo quanto for necessário para tornar efetivo qualquer dispositivo constitucional deve ser considerado implícito ou subentendido no próprio dispositivo. Não existe um dispositivo expresso que autorize a indenização por danos morais na separação, mas o artigo 5º, V e X da Constituição Federal estabelece ser invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação. O disposto neste artigo engloba qualquer lesão ao íntimo do ser humano independente da origem da conduta do agente[62].

Porém devido a nossa tradição legalista, há na jurisprudência inúmeras decisões que indeferem tal pedido devido à omissão do texto legal. Visando sanar essa omissão, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.425/2001 do deputado Bispo Rodrigues, do PL/RJ visando inserir no artigo 5º da Constituição Federal o projeto de Lei, visando inserir no artigo 5º m da conduta do agente. ser entendido Welter, o § 4º que dispõe: Nos casos mencionados no *caput*, a indenização por danos morais poderá ser

requerida nos autos da separação judicial[63]. Referido projeto não obstante aprovação do relator foi arquivado.

Desta forma, tornar-se-ia mais factível o ajuizamento de ação de separação ou de divórcio, litigiosos, devidamente cumulada com ação indenizatória por danos morais decorrente de grave violação dos deveres conjugais por parte de um dos consortes. Seria igualmente possível postular indenização por perdas e danos cumulada com danos morais *a posteriori*, após sentença que condenasse o cônjuge pelo descumprimento de um dever conjugal[64].

Outro argumento dos juristas que são contrários à pretensão indenizatória reside no fato da imposição do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente, que segundo eles já abarcaria o *quantum* indenizatório relativo ao prejuízo moral. Referido argumento não procede, pois o objetivo da pensão alimentícia é a manutenção do cônjuge que não tem condições de suprir suas necessidades, enquanto a indenização visa compensar as perdas e danos bem como, os prejuízos provenientes dos danos morais sofridos[65].

Encerrando a polêmica ressaltam-se as palavras de Yussef Said Cahali que afirma: "Parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado"[66].

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, a indenização provém da prática de um ato ilícito, correspondente à violação da ordem jurídica, que cause dano a outrem. Para Rui Stoco[67], "segundo a doutrina e a jurisprudência pacífica, não basta o ato ilícito. Dele deve decorrer um dano, seja de ordem material ou moral." Ainda de acordo com este autor, a questão da prova do dano não interfere na substância e origem conceitual no dever de indenizar. Portanto, os pressupostos formais para a promoção da ação indenizatória residem no binômio ato ilícito (violação a dever conjugal) e dano (moral ou material que sejam certos e determinados), sem os quais não nasce à obrigação de indenizar, embora o autor da conduta fique sujeito à desconstituição do ato ou à sua anulação.

Na mesma trilha de entendimento, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho[68] proclamam que, "a responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação, pois não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação do dever jurídico preexistente". Para identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. Na identificação do dever jurídico violado, importa-se determinar com rigor os atos que o obrigado deveria ter praticado e não

praticou, por ação ou por omissão. No casamento, a violação dos deveres inerentes ao matrimônio, produz reflexos profundos na intimidade dos consortes.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[69], a "responsabilidade civil é consequência da imputação civil do dano à pessoa que lhe deu causa ou que responda pela indenização correspondente, nos termos da lei ou do contrato. A indenização devida pelo responsável pode ter natureza compensatória e/ou reparatória do dano causado".

Nesse sentido[70], diferentemente do que ocorre no ambiente contratual ou negocial, a indenização dos danos ocorridos no ambiente familiar, deverão se restringir aos danos imateriais, ou seja, danos extrapatrimoniais. Eventualmente poderá ocorrer a reparação por perdas e danos, danos emergentes e lucros cessantes. "Nesses casos, a prova do prejuízo efetivo (danos emergentes) deverá ser objeto de prova real, diferentemente dos danos morais que se tratam, segundo iterativa doutrina e jurisprudência, de *dannum in re ipsa*, ou seja, decorrente do fato lesivo. E, ainda, lucros cessantes, o que razoavelmente o devedor deixou de lucrar, que dependem substancialmente de provas efetivas"[71].

7. A ORIENTAÇÃO PREDOMINANTE DE NOSSAS CORTES DE JUSTIÇA

A orientação pacífica dos Tribunais tem sido no seguinte sentido: configurado o dano moral oriundo da ofensa aos deveres inerentes ao casamento, condena-se o consorte agressor à indenização. Compartilha dessa orientação Rui Stoco[72], "para quem a separação judicial ou o divórcio enseja a reparação civil por danos patrimoniais e morais, desde que pautada na conduta antijurídica do outro, violadora dos valores conjugais que sustentam as relações familiares".

Nessa direção o Superior Tribunal de Justiça proclama que:

O sistema jurídico brasileiro admite, na separação ou no divórcio, a indenização por danos moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao artigo 159(atual 186 do CC), para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (In STJ- 3ª Turma- REsp. 37.051- Rel. Nilson Naves - julgado em 17.04.2001 - DJU 25.06.2001 e RSTJ 151/247).

Nos casos ofensivos à dignidade de um dos cônjuges é inquestionável o direito à reparação dos danos morais, como se encontra assentado em nossas Cortes de Justiça.

EMENTA: Dano moral é todo sofrimento humano resultante de lesão de direito da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Consoante se depreende da decisão abaixo, a ré que difunde por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, atinge os direitos da personalidade abrigados nos incisos V e X do artigo 5º da CF/88. Isto porque, geram um agravo moral, como perturbações nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor que requer reparação. Verifica-se que a atitude da ré, constitui uma agressão à dignidade pessoa do autor, passível de indenização uma vez que a ofensa constitui dano moral. (In 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP- Apel. 272.221-1/2- 10.10.1996).

Portanto, de forma reiterada, os tribunais vêm acolhendo as indenizações por danos morais, quando oriundos da grave violação dos deveres inerentes ao casamento, que produzem sérios abalos na personalidade dos consortes.

8. CONCLUSÃO

A família deve ser considerada como centro da preservação dos valores da pessoa, bem como, centro de convivência destinado a nobre tarefa de construir o futuro cidadão, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade. Ela contribui para a formação do caráter do ser humano. É nela que se constroem os alicerces do indivíduo, preparando-o para a convivência social e para o exercício pleno da cidadania. Destarte fundamental sua proteção pelo Estado, conforme expressamente prescreve o artigo 226, § 8º de nossa Carta Magna que prevê para o Estado o dever de erigir mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, na pessoa de cada um dos que a integram.

Nossa Constituição Federal prevê igualmente a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º) e a família monoparental (§ 4º), ambas as instituições que se encontram fundadas em princípios valorativos presentes na instituição familiar.

Os deveres dos cônjuges no casamento estão previstos no artigo 1566, incisos I a V do Código Civil, e são: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal,

mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos. Todos eles fundados em princípios axiológicos que conferem forma e cor à instituição familiar.

Havendo grave violação de qualquer um desses deveres, caracterizada está a impossibilidade da vida em comum, assegurado ao cônjuge inocente o direito em propor a ação de separação ou divórcio litigioso em face da realidade dos casos vivenciados pelo casal.

Destaque-se que a ruptura da relação conjugal não é a solução familiar mais indicada. Sua ocorrência gera inúmeros outros problemas de diversos matizes, principalmente nas camadas sociais mais desfavorecidas. Dentre eles, os filhos que ficam vulneráveis e cujos efeitos atingem sua formação e desenvolvimento psicológico, educacional e social dentre outros.

Para evitar situações traumáticas dessa natureza, impõe-se aos casais conscientizarem-se de que a beleza do casamento está na percepção da diferença que existe entre as pessoas. E, a partir dessa constatação, conscientizar-se da necessidade da busca de soluções alternativas que possa contribuir para a diminuição dos espaços criados por essas diferenças. Afinal, o espaço criado pela instituição familiar - o centro de convivência - deve estar preparado para receber todas as pessoas de personalidades distintas para conviverem em paz e harmonia. Para tanto, é fundamental que nesse relacionamento haja compreensão, respeito mútuo e que ambos saibam ceder. Mister destacar aqui a importância dos trabalhos realizados pela assistência social, psicólogos, terapeutas de casais e ministros religiosos, nesta área.

O matrimônio foi criado com o sentido de ser indissolúvel, e também depende da Lei do Amor, do perdão, da tolerância e da compreensão para subsistir. Sua sobrevivência depende do esforço diário de ambos os cônjuges, pois o amor precisa ser nutrido para que o perdão seja uma realidade sempre presente.

Havendo ruptura culposa, ou seja, a quebra desses princípios valorativos, da união conjugal, o cônjuge inocente pode pedir uma indenização pelos danos sofridos, uma vez que essa dissolução pode violar direitos relativos à personalidade do ofendido, tais como a vida, a honra, a imagem, a liberdade, o nome, além de outros. Para assegurar a dignidade da pessoa, mesmo aspectos não previstos por lei são englobados nos direitos da personalidade.

No casamento há investimento de tempo, trabalho, renúncias pessoais em virtude da dedicação ao cônjuge e aos filhos, sendo que esse dispêndio de tempo e renúncias seja valorizado e indenizado.

A Doutrina e Jurisprudência destacam o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitado em todas as relações sociais, sobretudo, nas relações familiares. Referido princípio constitui o norte da conduta valorativa da pessoa humana.

Ressalta-se que são inúmeras as situações, cujo rol pode ser inesgotável, que podem ensejar o Dano Moral no âmbito do Direito de Família: relações conjugais, estado de filiação, abandono material, intelectual e moral do filho, negativa de reconhecimento da filiação.

Mister observar, outrossim, que a legislação reduziu o prazo de 5 (cinco) anos para separação judicial existente na Lei 6515/77 para 2(dois) anos. Ao reduzir-se esse prazo, não quis o legislador facilitar a separação, mas possibilitar a dissolução legal em um tempo inferior, de relacionamentos cujos princípios que os norteiam não se encontram mais presentes. Não obstante esta norma reducional de prazo, nos casos de ruptura culposa com danos ao cônjuge inocente, sabiamente os tribunais têm decidido pela indenização do cônjuge inocente.

Importante destacar que a indenização dá-se nos casos de separação litigiosa, em que haja o elemento culpa. Na separação judicial consensual, nos casos de mútuo consentimento não há que se falar em indenização.

Referida indenização visa ressarcir os danos sofridos pelo cônjuge inocente que se dedicou, esmerou-se pelo bem estar da família, e repentinamente teve seu projeto de vida desmoronado. O *quantum* indenizatório será fixado de acordo com o livre convencimento e bom senso do juiz. Não consistirá num valor exacerbado para que não ocorra locupletamento ilícito do lesado e seja excessivamente onerosa ao lesionador e nem um valor ínfimo, para que haja o efetivo ressarcimento e se desestimule as infrações violadoras dos deveres conjugais que lesionem os direitos inerentes à personalidade dos cônjuges.

Além da cláusula geral de proteção à dignidade humana, como respaldo constitucional da reparação civil, há também a previsão do artigo 5º, incisos V e X e § 2º da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação.

Denota-se que somente ocorrerá a responsabilidade civil se estiverem presentes os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexa causal. Portanto, não basta ao ofendido demonstrar sua dor. Estando presentes os referidos elementos, são inegáveis os danos produzidos e imperiosos o direito de a pessoa atingida promover ação indenizatória por perdas e danos, danos emergentes e lucros cessantes (se for o caso) cumulada com danos morais ou, exclusivamente, a indenização pelos danos imateriais decorrentes.

Não obstante a ausência de uma evolução no que diz respeito à aplicação do Dano Moral no âmbito familiar, louvável a atitude dos legisladores, quando ao prescreverem as normas de Direito de Família do atual Código Civil, despojando-se do espírito essencialmente patrimonialista vigente na legislação codificada anterior, sendo atualmente substituída pela dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, alicerçando os princípios éticos de respeito e consideração que devem prevalecer entre as pessoas.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dano e ação indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: < [http:// www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489](http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489)>. Acesso em: 09 jan.2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2002, v.9.

CURTY, Marlene Gonçalves; CRUZ, Anamaria da Costa; Mendes, Maria Tereza Reis. **Apresentação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses**: NBR 14724. Maringá: Dental Press, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.13.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito da família. São Paulo: Saraiva, 2005, v.4.

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. **O dano moral nas relações familiares**. Disponível em: < <http://www.dpp.uem.br/006.htm>>. Acesso em: 09 jan.2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Novo código civil**: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**. Dano moral. Aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson, DE ANDRADE, Rosa Maria. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.5.

PINTO DA SILVA, Ana Paula. **O dano moral no direito de família**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>>. Acesso em: 09 jan.2009.

REIS, Clayton. O dano moral como tutela aos direitos de personalidade nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar**, v.5, n.1, jan./jul. p.31-49, jan./jul. 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil nas relações de família**. Disponível em: www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/395.doc>. Acesso em: 09 jan.2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t.2.

[1] REIS, Clayton. O dano moral como tutela aos direitos de personalidade nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar**, v.5, n.1, jan./jul. p.31-49, jan./jul. 2005.

[2] Ibid., p.32

[3] Ibid., p.34

[4] REIS, Clayton. O dano moral como tutela aos direitos de personalidade nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar**, v.5, n.1, jan./jul. p.31-49, jan./jul. 2005.

[5] Ibid., p.34

[6] OLIVEIRA, HIRONAKA, Euclides de e Giselda Maria Fernandes Novaes, Direito de Família e o Novo Código Civil, obra coordenada por Maria Berenice Dias e Rodrigo

da Cunha Pereira, sobre o tema, *Do Casamento*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.15.

[7] CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**, Curitiba: Juruá, 2002, v.9, p.491.

[8] DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v.13, p.101.

[9] REIS, Clayton. O dano moral como tutela aos direitos de personalidade nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar**, v.5, n.1, p.41, 2005.

[10] ASCENÇÃO, José de Oliveira, *O Direito Civil no Século XXI*, obra coordenada por Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, sob o título *A reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.317.

[11] REIS, Clayton, op. cit., p.41.

[12] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil nas relações de família**. Disponível em: www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/395.doc. Acesso em: 09 jan.2009.

[13] STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.771.

[14] PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. 5, p.22.

[15] PINTO DA SILVA, Ana Paula. **O dano moral no direito de família**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?Id=1614>. Acesso em: 09 jan.2009.

[16] Ibid.

[17] LEITE, Eduardo de Oliveira, texto *Reparação do Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal*, publicado no livro *Grandes Temas da Atualidade - Dano Moral*, obra coordenada por Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p.141.

[18] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade Civil nas Relações de família**. Disponível em: <http://www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/395.doc>. Acesso em: 09 jan.2009.

[19] LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit, p. 144.

[20] Ibid., p.1.

[21] PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p.264.

[22] REIS, Clayton, op. cit., p.43.

[23] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.771.

[24] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, v.4, p.181.

[25] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: < <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[26] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil nas relações de família**. Disponível em:< <http://www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/395.doc>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[27] ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dano e Ação Indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p.51-52.

[28] ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dano e Ação Indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000. p.51-52

[29] Ibidem, p.311-312.

[30] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade Civil nas Relações de Família**. Disponível em:< <http://www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/395.doc>>. Acesso em:09 jan.2009.

[31] Ibidem

[32] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v.3 , t. 2, 2003, p.43.

[33] Ofensa escrita nos autos. Injúrias irrogadas pela esposa ao marido em depoimento pessoal. Ofensas que justificam a separação por demonstrarem a intolerabilidade da vida em comum. (In RT 250/134).

[34] PINTO DA SILVA, Ana Paula. **O dano moral no direito de família**. Disponível em:< <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[35] PINTO DA SILVA, Ana Paula. **O dano moral no direito de família**. Disponível em:< <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[36] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[37] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novo Código Civil: **Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373.

[38] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novo Código Civil: **Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373.

[39] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novo Código Civil: **Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373.

[38] Ibid.p.373.

[39] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novo Código Civil: **Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373.

[40] Ibid.p.373.

[41] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novo Código Civil: **Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373.

[42] Ibid.,p.373

[43] PINTO DA SILVA, Ana Paula. **O dano moral no direito de família**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[44] PINTO DA SILVA, Ana Paula. **O dano moral no direito de família**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[45] Ibid.

[46] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade. Dano Moral. Aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 141.

[47] REIS, Clayton, op. cit, p.45.

[48] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novo Código Civil: **Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.373.

[49] GONÇALVES, Edvaldo Sapia. **O dano moral nas relações familiares**. Disponível em: Acesso em: 09.01.2009.

[50] DIAS, José de Aguiar, apud GONÇALVES, Sápia Edvaldo, disponível em:www.dpp.uem.br/006.htm>. Acesso em: 09.01.2009.

[51] CAHALI, Said Yussef, apud GONÇALVES, Sápia Edvaldo. **O dano moral nas relações familiares**. Disponível em: . Acesso em: 09.01.2009.

[52] GONÇALVES, Edvaldo Sapia. **O dano moral nas relações familiares**. Disponível em: . Acesso em: 09.01.2009.

[53] El Supremo establece que la infidelidade conyugal no da derecho a indemnización, El diário Vasco, Edicion Electronica de 08/09/99. Disponível em www.diariovasco.com/080999/suscr/espana10.htm), apud GONÇALVES, Sápia Edvaldo. **O dano moral nas relações familiares**. Disponível em: . Acesso em: 09.01.2009.

[54] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[55] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009

[56] Ibid.

[57] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, t.2, 2003, p.44.

[58] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz **Responsabilidade civil nas relações de família**. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/395.doc>> Acesso em: 09 jan.2009

[59] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009

[60] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[61] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[62] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[63] Ibid.

[64] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009.

[65] BELINCANTA, Fernando César. **Dano moral na separação conjugal é possível?** Disponível em: < <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=2002112489>>. Acesso em: 09 jan.2009

[66] Ibid.

[67] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Seis. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.124.

[68] DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.13, p.101.

[69] NERY JUNIOR, Nelson, DE ANDRADE, Rosa Maria. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[70] REIS, Clayton, op.cit., p.46.

[71] REIS, Clayton, op.cit., p.46.

[72] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL E A PROVA DOS ILÍCITOS AMBIENTAIS

ENVIRONMENTAL LAW AND CONSTITUTIONAL EVIDENCE OF UNLAWFUL ENVIRONMENTAL

**Paulo Sergio Vianna
Marllon Beraldo**

RESUMO

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, um direito da personalidade, uma obrigação de todos sua conservação, para que haja a continuidade e viabilidade da vida em nosso planeta. O arcabouço jurídico brasileiro para regular o tema é amplo, dotado de normas, que teoricamente podem regular sua exploração em harmonia com sua preservação. O cumprimento da função sócio-ambiental dos empreendimentos onde se localizam os bens ambientais, além de atender á determinação constitucional, é fundamental para garantir às atuais e futuras gerações, o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Os legisladores mediante todo instrumental jurídico do direito penal ambiental buscou dar efetividade à sua tutela, visando protegê-lo, para que não haja exagero na exploração, como também, excessos em sua proteção. Com a adoção da responsabilidade objetiva na apuração dos ilícitos ambientais é fundamental a observância dos requisitos essenciais à apuração destes ilícitos, principalmente, quanto às provas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE; PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL; DIREITO AMBIENTAL; DIREITO FUNDAMENTAL; MEIO AMBIENTE; PROVAS; ILÍCITOS AMBIENTAIS.

ABSTRACT

The right to ecologically balanced environment is a fundamental right, a right of personality, an obligation of all its maintenance, to ensure the continuity and viability of life on our planet. The Brazilian legal framework to regulate the subject is broad, with norms, which theoretically may regulate its operation in line with its preservation. The fulfillment of socio-environmental function of the business location where the environmental goods, and meet the constitutional determination, it is essential to ensure that current and future generations, the fundamental right to ecologically balanced environment. Legislators on all legal instruments of environmental criminal law sought to give effect to its trust, to protect it, so that without exaggeration in the exploitation, as well as excesses in its protection. With the adoption of strict liability in the investigation of unlawful environmental is essential to meet the essential requirements for the investigation of these illegal, mainly on the evidences.

KEYWORDS: RIGHTS OF PERSONALITY, PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL LAW, ENVIRONMENTAL LAW, FUNDAMENTAL RIGHTS, ENVIRONMENT, EVIDENCE, UNLAWFUL ENVIRONMENTAL.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito garantido constitucionalmente, entretanto, os dispositivos constantes no inciso XXIII, do Art. 5º, art. 186 e 225 da Constituição Federal positivam a matéria, visando amparar sua tutela jurisdicional, perante a coletividade, além de contar com um arcabouço de leis infraconstitucionais.

Organismos governamentais e não governamentais que militam para evolução do instituto se debruçam sobre o problema ambiental, focando prioritariamente a propriedade agrária, como o fator principal da preservação ambiental no País.

A propriedade agrária não é somente uma fonte de riquezas naturais, ela também possui o atributo de garantir ao ser humano outro direito fundamental, sua própria subsistência, através da produção de alimentos, que ao lado do fator ambiental e econômico, compõem a importante tarefa da função social da propriedade.

Mister faz atentar-se para a emissão de resíduos industriais nos rios, poluentes na atmosfera, a devastação desenfreada dos recursos naturais, que trazem conseqüências negativas como o aquecimento global, a poluição da água, do ar e do solo, o assoreamento de rios, e outros desequilíbrios ambientais, como o degelo das calotas polares.

Autoridades mundiais estão se articulando buscando equilibrar a relação homem e natureza, como por exemplo, a Conferência de Estocolmo em 1972, a Rio Eco-92, o Tratado de Kyoto em 1997, entre outros, objetivando um ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Os princípios do Direito Ambiental são primordiais para se entender a relação homem/natureza, com o fito de pautar a conduta humana em consonância aos seus parâmetros, os quais suficientes seriam para a solução da problemática ambiental.

Desta forma, se pretende analisar no presente estudo, um breve histórico sobre meio ambiente, alguns princípios de direito ambiental, um breve apontamento sobre a questão das provas dos ilícitos ambientais, e por fim, estabelecer algumas linhas sobre o direito ao meio ambiente como direito da personalidade.

2. DO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

O que se tem denominado hoje de direito ambiental é fruto da preocupação do ser humano para com o meio em que vive. Mesmo o homem vivendo em sociedade, tendo em vista que, a humanidade está voltada à seara ambiental.

Michael Allaby conceitua o termo meio ambiente como:

[...] a completa extensão de condições externas, físicas e biológicas, na qual um organismo vive. Meio Ambiente inclui considerações sociais, culturais e (para os humanos) econômicas e políticas, tanto como os aspectos mais usualmente compreendidos, como solo, clima e suprimento de alimentos[1].

Para José Afonso da Silva[2] “o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”

Canotilho[3] define meio ambiente como “conjunto dos elementos que, na complexidade das suas relações, constituem o quadro, o meio e as condições de vida do homem, tal como são, ou tal como são sentidos.”

Diante de tais conceitos, é de se reconhecer que a expressão “meio ambiente” é ampla, querendo significar não somente os aspectos naturais do meio em que se habita, bem como os aspectos sociais e culturais deste, que ganham relevância a partir da intervenção humana. O conceito legal pátrio de meio ambiente insculpido no art. 3º, I da Lei 6.938/1981 é restrito, pois deixa de lado seu aspecto cultural. Diante disto, assevera Figueiredo:

São comuns na literatura do Direito ambiental as expressões meio ambiente natural e meio ambiente artificial. Com efeito, o meio ambiente não é constituído apenas pela biota (solo, água, ar atmosférico, fauna e flora) – o aspecto que se convencionou chamar de meio ambiente natural – mas, também, pelo meio ambiente cultural (os bens de natureza material e imaterial – patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico – tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade), pelo meio ambiente construído (urbano ou rural) e pelo meio ambiente do trabalho – aspectos do meio que poderiam ser classificados de artificiais[4].

Da necessidade de se proteger o meio ambiente é que surge o direito ambiental. “A preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação do Poder Público [...], porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana[5].”

O direito ambiental é direito humano[6]. Norberto Bobbio ao se referir ao direito ambiental como direitos humanos de terceira geração, aduz que: “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído[7].”

3. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Inicialmente, a preocupação com o meio ambiente não é questão recente. Há muito o ser humano já se mostra tendencioso pela regulamentação do meio em que vive. O próprio

direito romano estabeleceu normas a respeito das questões ambientais. Nesta época o meio ambiente era visto como *res nullius*, utilizado pelo homem sem quaisquer limitações[8]. A idéia de seu uso ilimitado buscava razão de ser na própria natureza, haja vista que, esta é um ciclo de renovação.

O direito ambiental brasileiro é fruto da convivência indígena com a natureza e da organização que lhe foi dado pela metrópole portuguesa quando o país ainda era uma colônia.

Acreditavam os índios que as florestas e os recursos naturais eram propriedades dos espíritos e animais que as habitavam e as possuíam[9]. Teriam os índios o direito de apenas usufruírem de tais benefícios naturais.

Com a colonização portuguesa a questão se alterou. A metrópole passou a decidir e a administrar as fontes naturais da então colônia. O objetivo foi a devastação das riquezas naturais. Destarte:

A Coroa negou que os nativos detivessem quaisquer direitos legítimos ao espaço que ocupavam, embora o governador e os donatários de vez em quando concedessem, como uma graça, faixas limitadas a serem ocupadas pelas aldeias e supervisionadas pelos missionários. Comentaristas da política fundiária colonial, imersos como necessariamente estavam em uma visão eurocêntrica que subordina a realidade a categorias de ‘descoberta’, ‘conquista’, ‘pacificação’, ‘civilização’ e ‘salvação’, não viam nada de extraordinário nesse gesto singular e espantosamente arrogante de expropriação, embora seja evidentemente um dos mais clamorosos de toda a história[10].

Porém, é de se registrar, que a devastação ambiental não se deu exclusivamente pela metrópole. Esta buscou inspiração na própria pessoa do aborígine. Como bem assevera Euclides da Cunha, era a seguinte a técnica indígena degradante do ambiente, e, mais tarde apreendida pelos portugueses e demais colonizadores:

Entalhadas as árvores pelos cortantes dgis de diorito, encoivarados, depois de secos, os ramos, alastravam-lhes por cima, crepitando as caiçaras, em bulções de fumo, tangidas pelos ventos. Inscreviam, depois, nas cercas de troncos combustos das caiçaras, a área em cinzas onde fôra a mata exuberante. Cultivavam-na. Renovavam o mesmo processo na estação seguinte, até, que, de todo exaurida, aquela mancha de terra fosse, imprestável, abandonada em caapuera – mato extinto – como o denuncia a etimologia tupi (...) Veio depois o colonizador e copiou o mesmo proceder. Engravesceu-o ainda com o adotar, exclusivo, no centro do país, fora da estreita faixa dos canaviais da costa, o regime francamente pastoril[11].

Com a organização administrativa da colônia (Governo Geral do Brasil), mister se fez a criação de regramentos sobre as atividades econômicas da época, entre as quais, a exploração dos recursos naturais, principalmente a madeira[12]. A *Carta de Regimento* contém um verdadeiro zoneamento ambiental, no qual delimita as áreas das matas que deveriam ser guardadas[13].

O *Regimento do Pau-Brasil* foi aprovado em 12 de dezembro de 1605, considerado por alguns autores como a primeira lei de proteção florestal. Com ele protegia-se a extração

da madeira pau-brasil, contendo inclusive, tipos penais ecológicos com pena de morte[14].

Em 1798, Manoel Ferreira da Câmara Bittencourt e Sá recebe a incumbência real de elaborar uma legislação sobre o uso das águas e matas das regiões mineiras. Em 13 de maio de 1803 essa regulamentação entra em vigor através de um Alvará. Referido Alvará estabeleceu que nas regiões mineiras, as matas existentes fora das propriedades passariam a estar reservadas integralmente para as atividades de extração e fusão de metais, vedando-se a sua adoção em sesmarias. Em 1807, houve um abrandamento desta regulamentação, e com isso, essa obrigatoriedade de conservação seria de apenas 1/3 das matas existentes nas novas sesmarias e de 1/5 nas sesmarias já existentes[15].

Em 1808, com a chegada da família real ao Brasil, evidenciou-se uma maior proteção ao meio ambiente, mediante a promessa de libertação do escravo que denunciasse o contrabando de pau-brasil. Várias providências foram tomadas para proteção das florestas[16].

Passo adiante, com a independência brasileira em 1822, procurou-se dar forma a uma sociedade nacional que passava existir, modernizando-se as relações jurídicas. Com a promulgação do Código Criminal em 1830, foram criados tipos penais para aqueles que realizassem o corte ilegal de madeiras (arts. 178 e 257) [17].

Na segunda metade do século XIX, tornou-se imprescindível a guarda às florestas do país. Com a Lei Nº. 601 de 1850 e seu regulamento pelo Decreto 1.318/1854 foram cominadas sanções administrativas e penais para aqueles que derrubassem matas e realizassem queimadas[18].

No período da República houve uma intensificação na proteção ambiental com o advento do Código Civil de 1916. A partir daí, surgiram o Código Florestal, o Código de Águas e o Código de Caça, Lei de Zoneamento Industrial, dentre outras legislações disciplinadoras da proteção ao meio ambiente[19].

Em 1981 surge a Lei Nº. 6.938, que instituiu a Política Nacional para o Meio Ambiente e regulamentou outras providências.

É com este esqueleto histórico da legislação ambiental brasileira, que acirra-se a discussão a respeito de que momento o direito ambiental pátrio pode ser considerado inaugurado.

Ann Helen Wainer assevera que o direito ambiental já mesmo existia na época em que o Brasil foi descoberto, sendo que:

Ao tempo que o Brasil foi descoberto vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, podendo-se afirmar que a legislação ambiental portuguesa era extremamente evoluída. O corte deliberado de árvores frutíferas foi proibido através da ordenação determinada pelo rei D. Afonso IV, aos 12 de março de 1393, tendo sido posteriormente compilada no Livro V, Título LVIII, das Ordenações Afonsinas[20].

É de se perceber que por esta regulamentação, o direito ambiental brasileiro teve influências do direito ambiental luso.

Por seu turno Antonio Herman V. Benjamin apregoa que o direito ambiental brasileiro se deu com o advento da Lei Nº. 6.938/1981, onde o ambiente passa ser protegido de modo integral, através de um sistema ecológico integrado, descaracterizando-se, assim, um modelo fragmentado de proteção[21]. Com esse posicionamento se colocaria um marco mais exato sobre o início do direito ambiental tal como é ele hoje, e não só a análise específica de regramentos próprios, como por exemplo, O Código Florestal, o Código de Águas, o Estatuto relativo à proteção do patrimônio cultural (Dec. Lei 25/1937), o Código de Caça, a criação do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), a Lei 9.605/1998 (crimes ambientais), dentre outros[22].

Não só o direito ambiental como também os demais ramos do direito, deve ser analisado sempre sob um prisma de evolução. O direito ambiental evoluiu e necessariamente continuará evoluindo ao longo dos tempos. Seria forçoso delimitar um ponto exclusivo como marco de seu nascimento. Todas as legislações devem ser sopesadas para no momento atual poder se desfrutar da melhor regulamentação possível, e com isso, se estabelecer um verdadeiro direito ambiental apoiado em normas várias de proteção do meio em que vive o ser humano.

3.1 DO DIREITO AMBIENTAL NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

Inicialmente é de se registrar que o direito ambiental tal como conhecido hoje é direito moderno. É um direito de 4ª Geração/Dimensão. Por isso, as constituições brasileiras passadas não tenham lá dedicado de forma sistemática e exaurida sobre tais regras, mas sim tenham dados alguns contornos importantíssimos para as regras atuais de tutela ambiental.

A **Constituição de 1824** não tratou explicitamente acerca da questão ambiental. Implicitamente deixou entender que pelas funções municipais poder-se-ia regulamentar o espaço de vivência social. A título de ilustração, era da competência municipal a disposição a respeito *das vozeiras nas ruas em horas de silencio*[23].

A **Constituição de 1891**, seguindo a orientação de sua antecessora, assegurou o uso pleno do direito à propriedade, ressalvada a desapropriação em razão de necessidade ou utilidade pública[24]. A competência era de a União legislar sobre terras e minas.

A **Constituição de 1934** assegurou o direito de propriedade, mas a este impôs a limitação de não poder ser exercido contra o interesse coletivo ou social, na forma da lei. Era a função social da propriedade[25]. A competência legislativa sobre bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, caça e pesca e sua exploração ficava a cargo da União[26].

A **Constituição de 1937** manteve as mesmas regras de sua antecessora.

A **Constituição de 1946** condicionou o uso da propriedade ao bem estar-social, bem como estabeleceu que a lei poderia promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos, mediante desapropriação[27].

A **Constituição de 1967** foi a primeira a se referir expressamente à função social da propriedade[28]. Competia à União explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza. Em termos de competência legislativa, a União poderia dispor: direito agrário, normas gerais de segurança e proteção da saúde, águas e energia elétrica[29].

A **Emenda Constitucional n° 1 de 1969** manteve as mesmas regras da Carta de 1967, com a mudança naquilo que diz respeito às competências legislativas em relação à energia que foi subdividida em elétrica, térmica, nuclear ou de qualquer natureza[30].

A **Constituição de 1988** foi a primeira a se referir à expressão *meio ambiente*. Em capítulo próprio, traça as regras fundamentais ao direito ambiental (art. 225). É inegável sua evolução normativa face as demais constituições.

Diante disto, o direito ambiental passou de mera regulamentação para normatização constitucional dada a necessidade de sua proteção. Objetivou-se assim o fortalecimento de uma proteção tímida até então, no intuito de frear ações ou omissões que pudessem ocasionar uma degradação ao meio de vivência do ser humano, e, ainda, conferir a cada pessoa o direito ao meio ambiente equilibrado como valor fundamental. É o que se evidenciará nos tópicos seguintes.

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Durante a Conferência de Estocolmo de 1972, os princípios globais e fundamentais do Direito Ambiental foram estabelecidos para que, com sua essência, fossem criados pelos Estados, ordenamentos de proteção ambiental, em obediência à supremacia dos princípios basilares, pactuados neste importante evento, como, declina Ana Karina Ticianelli Möller e Tânia Lobo Muniz, sobre como marcos da evolução do Direito Ambiental:

[...] passa a ter mais em evidencia na década de 70 do século XX, com a realização da Conferencia das Nações Unidas para o Ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo na Suécia. Nesta Conferencia foi proclamado que a forma ideal de planejamento ambiental é aquela que associa a prudência ecológica às ações pró-desenvolvimento, e eco desenvolvimento. Foi, então dado início a uma conscientização ecológica, aliada à necessidade de cooperação internacional para a proteção do meio ambiente. [...] O direito soberano dos Estados sobre seus recursos naturais foi ressaltado, porém estes têm o dever e a responsabilidade de evitar qualquer tipo de dano ambiental, respeitando os Estados vizinhos, protegendo a geração presente e a futura, lutando contra a pobreza e investindo no desenvolvimento[31].

Cabe aos Estados a responsabilidade de equalizar a relação ambiental, principalmente no tocante à aplicação dos princípios estruturais do Direito Ambiental, aproximando o “dever ser” da realidade, a fim de evitar atitudes tomadas por alguns Estados, como destaca Willian Freire:

A Europa, a América do Norte e o Japão foram desmatados indiscriminadamente. Acordaram para o problema e procuram reverter a situação, tentando ditar regras para os países em desenvolvimento, induzindo-os a procedimentos que eles mesmos não assumiram[32].

Observam-se algumas nações, que basicamente devastaram os recursos naturais existentes, somente podendo recompô-las, dentro das possibilidades de cada bem ambiental, o que ocorreu devido ao processo de expansão industrial, os recursos naturais e conseqüentemente os ecossistemas foram destruídos, fato que também ocorreu no Brasil, como ressalta Juraci Perez Magalhães:

[...] os problemas ambientais do Brasil vêm de longa data. Nossos homens mais lúcidos percebiam que algo de errado estava acontecendo e que era preciso fazer alguma coisa. Infelizmente, as providências necessárias demoraram a chegar[33].

Em se tratando dos princípios do Direito Ambiental, Cristiane Derani orienta que há uma interação com os demais ramos do Direito:

Nenhum desses princípios é exclusivamente do direito ambiental. Afirmando que são seus norteadores, porém podem ser encontrados em outros ramos do direito, em especial no direito econômico, o que não é uma pura coincidência[34].

4.1 PRINCÍPIO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

No *caput* do Art. 225 da Constituição Federal, onde se ressalta que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive as gerações futuras, encontra-se o princípio do direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, colacionado como um direito fundamental[35].

O princípio do direito humano fundamental, foi influenciado pelos princípios 1 e 2[36] da Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, o que culminou com sua inclusão como direito fundamental na Constituição Federal e sua confirmação na Eco 92, realizada no Rio de Janeiro, através do seu Princípio 1[37].

A posição do direito humano fundamental, também é afirmada por Édis Milaré:

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no Art. 5.º, acrescentou o legislador constituinte, no caput do Art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável ou, na dicção da lei, “ecologicamente equilibrado[38]”.

Tendo em vista que a questão ambiental é um interesse difuso[39], o qual é exercido por um e por todos sem distinção, que traz consigo os atributos da indeterminação e indivisibilidade, o homem deve entender a necessidade da continuidade da vida, que depende do equilíbrio e manutenção de toda biodiversidade do planeta[40].

O princípio do Direito humano fundamental colaborou para a criação dos demais princípios e dispositivos que regem a matéria ambiental, fazendo com que a humanidade buscase equilibrar a relação homem e natureza de forma a assegurar o direito às próximas gerações[41].

4.2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Também, conhecido como Princípio da prudência, preconiza a não intervenção do homem no meio ambiente, exceto, em casos onde se tenha conhecimento de não incorrerá em danos, consubstanciado em de estudos científicos, previamente realizados[42].

Relacionado ao princípio da precaução, Cristiane Derani comenta que:

[...] corresponde à essência do direito ambiental. Este princípio indica uma atuação 'racional' para com os bens ambientais, com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais, numa espécie de [...] (cuidado, precaução com a existência ou com o futuro), que vai além de simples medidas para afastar o perigo. [...] é uma 'precaução contra o risco', que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo[43].

Patrícia Faga Iglecias Lemos ressalta quanto ao princípio da precaução que “o texto tem como fundamental a idéia de antecipação, demonstrando a necessidade de medidas ambientais eficazes. Para a aplicação do princípio deve haver séria e irreversível ameaça ao meio ambiente[44].”

Este princípio visa a que se façam amplos e necessários estudos prévios, onde o conhecimento humano não seja suficiente para prever danos, ou que haja dúvidas sobre os impactos ambientais nocivos irreversíveis à biodiversidade e conseqüentemente à humanidade.

4.3 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Há certa semelhança entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução, que numa simples análise pode-se descartar. A “precaução” suscita dúvida ou falta de conhecimento, enquanto, a “prevenção” tem como fator de análise e consideração os impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possam diagnosticar um provável dano.

Analisa José Rubens Morato Leite que:

O conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução. O objetivo fundamental perseguido na atividade de aplicação do princípio da prevenção e, fundamentalmente, a proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa[45].

O princípio da prevenção, de forma alguma, quer disciplinar que uma ação que foi adotada e não resultou no benefício almejado não seja reutilizada; ele busca orientar que é importante estudar as conseqüências, no processo de implantação das atividades desenvolvidas, mesmo que já conhecidos seus impactos ambientais, para obtenção do licenciamento ambiental, vez que, diferenciando o método, altera-se o resultado.

4.4 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas por ações danosas, em prejuízo ao meio ambiente, no tocante à matéria de Direito Ambiental, de acordo com o §3º^[46] do Art. 225 da Constituição Federal, as quais estão sujeitas às reprimendas administrativas e cíveis é objetiva, enquanto, em questão penal a responsabilidade é subjetiva.

Consubstanciado no ensinamento de Paulo de Bessa Antunes:

Qualquer violação do Direito implica a sanção do responsável pela quebra da ordem jurídica. No DA não poderia ser diferente, ao contrário, o DA é, em grande parte, construído sobre o princípio da responsabilidade que, dada a natureza da matéria, é construído de forma peculiar[47].

Na questão da responsabilidade arquitetada no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da responsabilidade é tratado de forma a buscar não somente a responsabilização por dano ao ambiente, como também vincular os potenciais poluidores a adotarem medidas prévias visando evitar a recorrência das pessoas em novas praticas lesivas a natureza, fazendo com arquem com os custos da recuperação[48].

Pessoas físicas e jurídicas, independentemente do interesse econômico, contribuindo de forma responsável para uma consciência ambiental, com o *animus* de proteção, com atitudes responsáveis e equilibradas, objetivando o uso correto do ecossistema para o bem de todos, respeitando, assim, o referido princípio.

4.5 PRINCÍPIO DO USUÁRIO PAGADOR E DO POLUIDOR PAGADOR

É mister o emprego de mecanismos que visem a evitar o gasto excessivo dos recursos naturais, mesmo ainda que estes sejam renováveis. O princípio do usuário pagador ressalta a possibilidade da cobrança pelo uso dessas riquezas e estes recursos devem ser empregados com intuito de protegê-las; entretanto, de forma alguma, se pode impedir ou dificultar o acesso das pessoas, principalmente às carentes[49].

Nesse sentido relata José Rubens Morato Leite:

O princípio do usuário-pagador não é novidade em outras legislações, pois já existe na Alemanha desde o começo deste século, desde 1964 na França e é um dos requisitos de admissão no Mercado Comum Europeu [...] Mas, apesar da matéria ser nova para nós, podemos dizer em termos gerais, desde já, que a cobrança pela utilização de água tem as seguintes finalidades: conscientizar da sua importância e de que se trata de um produto renovável mas finito; diminuir o seu consumo; fornecer subsídios econômicos para o seu próprio gerenciamento; incentivar a utilização racional devido a diminuição de sua captação e possibilitar uma distribuição mais eqüitativa; contribuir no processo para se conseguir um desenvolvimento sustentável[50].

Assim, pode-se verificar que esse princípio visa equilibrar a relação dos usuários dos recursos naturais, não precisando haver o cometimento de infrações ao ambiente, sua finalidade é a preservação do bem natural. Também observando sobre o prisma econômico, tudo o que é gratuito, não é valorizado.

Assim, José Rubens Morato Leite assinala que:

Em nosso direito da figura do usuário-pagador é medida importantíssima e moderna de preservação desse valioso bem, contribuindo para termos um ambiente ecologicamente equilibrado, como preceitua o Art. 225 da Constituição Federal, temática que as indústrias devem ter total conhecimento, pois como propulsoras do desenvolvimento devem estar engajadas nas mais modernas medidas protetivas do meio ambiente[51].

Como elucida o Artigo 1º da Resolução Conama nº. 001 de 23/01/1986[52], que estabelece as definições, responsabilidades, critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Esse princípio onera os poluidores do ambiente, entretanto, não os legitimando a degradação do meio, muito menos lhe alienam os bens naturais; o que se busca é a valorização do ambiente, dos seus recursos naturais renováveis, que são finitos.

Neste sentido, ensina José Rubens Morato Leite:

Não podemos esquecer que a água que hoje utilizamos é a mesma de milhões de anos, pois ela apenas muda seu estado (líquido, gasoso e sólido) em um ciclo eterno, de forma que não podemos contaminá-la, sob pena de comprometer a nossa própria sobrevivência[53].

É inconcebível que a degradação do ambiente tenha um preço, é plausível que os custos de planejamento e implementação de mecanismos para mitigação da poluição sejam do poluidor-pagador, que deve inserir este objetivo em seu empreendimento; de forma alguma, o Estado pode admitir que, mesmo pagando, possa o poluidor-pagador ser legitimado a poluir.

Quanto ao não licenciamento para poluir e à distinção entre o princípio do poluidor-pagador e princípio da responsabilidade, José Rubens Morato Leite orienta que:

Conquanto encerre um conteúdo econômico ínsito em sua natureza, deve ser afastada a defeituosa tendência que tende a considerar o princípio do poluidor-pagador em relação de identidade com o princípio da responsabilização – e, assim, enfatizando sua dimensão repressiva e de índole reparatória e ressarcitória -, ou mesmo como uma espécie de autorização legal para o desenvolvimento da atividade de poluentes, que pode ser sintetizada por meio de grosseira leitura que o reputa uma espécie de licença para poluir[54].

Assim, como disciplina o §3º[55] do Art. 225 da Constituição Federal, independente da obrigação de reparar os danos causados ao ambiente, o poluidor (pessoa física ou jurídica) estará sujeito às sanções civis, penais e administrativas, onde, na esfera penal, a cognição sobre a conduta é fator primordial.

4.6 PRINCÍPIO DA UBIQUIDADE OU LIMITE

O princípio da ubiquidade tem o mister de impor limites às ações humanas em relação ao ambiente natural, buscando a formação cultura basilar à proteção do ambiente de relevante importância ao homem.

O emprego desse princípio é de responsabilidade da Administração Pública, aplicadora da norma ambiental, que tem como competência analisar as implicações conseqüentes de determinada intervenção no ambiente, devendo sempre adotar como solução para atingir o desenvolvimento sustentável, a opção que acarretar no mínimo de mudanças às características primitivas.

Neste trilhar, Paulo de Bessa Antunes menciona que tem como obrigação a Administração Pública de:

[...] fixar padrões máximos de emissões de matérias poluentes, de ruído, enfim, de tudo aquilo que possa implicar prejuízos para os recursos ambientais e à saúde humana. A violação dos limites fixados deve ser sancionada. A fixação de limites é de extrema importância, pois será a partir deles que a Administração poderá impor coercitivamente as medidas necessárias para que se evite, ou pelo menos se minimize, a poluição e a degradação[56].

É de fundamental importância, que seja levado em consideração sempre que um ordenamento ou projeto sobre qualquer assunto ou atividade esteja sendo discutido, desenvolvido ou implantado, como ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra, etc. tiver que ser criada e desenvolvida [...] medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida[57].

O importante princípio visa que a consciência ambiental seja inserida nos atos da Administração, principalmente, delinear parâmetros, buscando criar e desenvolver a consciência ambiental, para que todos possam entender e participar de forma ativa, como relatado pelo referido autor:

Não há como pensar em meio ambiente dissociado dos demais aspectos da sociedade, de modo que ele exige uma atuação globalizada e solidária, até mesmo porque fenômenos como a poluição e a degradação ambiental não encontram fronteiras e não esbarram em limites territoriais. [...] Somente assim é que será possível uma atuação sobre a causa de degradação ambiental e não simplesmente sobre seu efeito [...] nunca somente os sintomas, porquanto, evitando-se apenas estes, a conservação dos recursos naturais será incompleta e parcial[58].

A Lei Nº. 9.795, de 27 de abril de 1999, conhecida como “Lei da educação ambiental”, institui a PNEA - Política Nacional de Educação Ambiental, sendo um exemplo da materialização do princípio da ubiquidade.

4.7 PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Este princípio é um dos mais importantes entre os que dão sustentação ao Direito Ambiental, ele consiste em equilibrar a necessidade do desenvolvimento da sociedade para atender as necessidades crescentes da humanidade e visando ao mesmo tempo manter em equilíbrio os recursos naturais, a fim de garanti-los às futuras gerações, em obediência ao disposto no Art. 225 da Constituição Federal.

Como ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as gerações futuras também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje[59].

O desenvolvimento deve estar lastreado na sustentabilidade dos recursos naturais, que são limitados, porque as variáveis, desenvolvimento econômico, social, cultural e preservação ambiental, estão interligados, devendo haver a análise e conjugação destes valores para que se possa ter um panorama das conseqüências imediatas, como também efeitos postergados de toda e qualquer atividade.

Este princípio evidencia a exigência crescente por desenvolvimento para atender as imediatas e crescentes necessidades humanas, entretanto, não se pode comprometer a continuidade da existência das espécies, porque toda a ação gera conseqüências, “lei da causa e efeito[60]”, comentando o autor que:

A idéia principal é assegurar existência digna, através de uma vida com qualidade [...] o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria

dizer que nenhuma indústria que venha a degradar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção[61].

A idéia principal do princípio do desenvolvimento sustentável é previamente planejar, para propiciando o controle do crescimento que é necessário, possibilitando que seus impactos sobre o ambiente sejam previstos, para que assim, possam ser implantadas medidas para evitar ou reduzi-los, tendo o homem, como o centro, mas tendo consciência da sua dependência em relação à natureza.

O princípio do desenvolvimento sustentável é fundamental, todavia, seria mais eficaz se empregado em consonância com os demais princípios do direito ambiental, visto que se complementam e por si só, conscientizam o homem de seu importante papel de intervir e ao mesmo tempo preservar o ambiente natural.

5. DAS PROVAS DOS ILÍCITOS AMBIENTAIS

Como visto a própria evolução do direito ambiental, que culminou com a criação dos seus basilares princípios, buscando traçar normas de condutas, a fim de harmonizar a relação homem/natureza, entretanto, necessário se faz a responsabilização dos usuários que extrapolam no exercício de seu direito e não atuam em consonância à preservação.

Interessante no contexto do direito ambiental, pois se busca a sua proteção, é a relativa à matéria probatória dos ilícitos ambientais, mais especificamente, aos ilícitos ambientais de ordem criminal. Das sanções mais severas existentes em direito, o direito penal está na de maior graduação. Por isso, a condenação ou a absolvição de um indivíduo deve passar por um estudo centrado aos fatos. E é exatamente a estes que a prova vem servir, seja para afirmá-los, seja para negá-los.

Diante disto, pode-se partir do “axioma jurídico de que não há pena legítima sem a certeza sobre o fato da delinquência”[62].” Não se deve deixar de lado, ou examinar superficialmente, o principal elemento de formação da convicção judicial, a saber, a prova. O estudo da prova se faz necessário, e não analisá-la corretamente, é retroceder aos tempos do direito comum.

Neste capítulo, visa-se apontar alguns aspectos sobre a prova judiciária dos ilícitos criminais ambientais, elemento fundamental para a decisão em nosso sistema judicial brasileiro, visto que, dela é que se poderá extrair conclusões a respeito da ocorrência, ou não, do ilícito penal.

A prova contém inúmeras particularidades, podendo ser coletada em diversas oportunidades e produzida por pessoas diferentes, com graus de formação e interesses diversos, sendo necessário estabelecer o seu efetivo valor, diante da diferença de situações nas quais pode ser obtida.

Tenha-se presente, de outra parte, que todas as exigências que hoje são feitas para que o órgão julgador exprima sua convicção a respeito do fato, foram fruto de evolução, no decorrer dos tempos, como forma de garantir aos jurisdicionados um julgamento justo; regras foram estabelecidas e alteradas no afã de seu aperfeiçoamento, mormente pela

rejeição da vingança do sangue (própria do Período Primitivo), pela retirada ao soberano do poder absoluto da decisão (Período Antigo), a gradual inaplicabilidade das regras do Talião (Código de Hamurabi), ou outros institutos como as Ordálias ou Juízos de Deus, processo inquisitório e outras modalidades de Juízo, que não atendiam aos reais objetivos de Justiça.

Vê-se, pois, que se passou a entender que a culpa não estava formada pela simples existência de uma acusação, era necessário que restasse efetivamente demonstrada.

É de se registrar que o estudo das provas é um caminho que precisa ser muito bem trilhado em nosso ordenamento jurídico, para evitar julgamentos injustos que possam ensejar o descrédito dos cidadãos na atuação do Poder Judiciário.

5.1 CONCEITO DE PROVA

Para que se declare a existência de responsabilidade e se imponha sanção penal a uma pessoa é necessário que se adquira a certeza sobre a ocorrência de um ilícito penal e sobre sua autoria. Para isso se deve convencer de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia que forma em sua mente e se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos. Da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas. Essa demonstração, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento, é o que se denomina de prova. Nesse sentido: “ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo próprio juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção sobre o ocorrido[63].”

Tourinho Filho assim define o conceito de prova:

[...] provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do thema probantum[64].

Diante disto, a prova é a demonstração da ocorrência ou inoccorrência de um fato. No presente caso, a prova é a demonstração da ocorrência ou inoccorrência de um fato tido por ilícito criminal ambiental.

5.2 PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS

A prova é norteada e fundada por diretrizes básicas, com a finalidade de se estabelecer verdades e premissas universais que demonstrem as regras aplicáveis à instrução probatória, dando assim, organicidade ao seu sistema. A isso se denomina de princípios probatórios. Por amor à brevidade, retratar-se-á os seguintes princípios: princípio da

comunhão das provas; princípio da publicidade; princípio da averiguação; princípio do livre convencimento motivado; princípio da verdade real; princípio da audiência contraditória.

5.2.1. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS

O princípio da comunhão das provas, também conhecido como princípio da aquisição, afirma que a prova produzida não pertence somente a quem a produziu, mas à própria parte que a produziu, à contrária e, inclusive, ao juiz. Por isso se diz que a prova é realizada no interesse da justiça. “Daí o brocardo latino *testes et documenta per productionem fiunt communica*, que traduzido significa: testemunhos e documentos, uma vez produzidos, tornam-se comuns[65]”.

5.2.2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade decorre da própria publicidade dos atos processuais em geral, e dele se depreende que as provas devem ser produzidas publicamente e não às escondidas, produzidas aos olhos de todos que se fizerem presentes naquele instante. Sofre, porém, algumas exceções quando se direcionar a prova de fato à defesa da intimidade ou ao interesse coletivo (artigo 5º, LV da Constituição Federal).

5.2.3. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O princípio do livre convencimento motivado, que pelo artigo 93 da Constituição Federal fornece precedentes, consagra que o juiz decide consoante seu livre convencimento sem estar preso a qualquer valoração fixa ou hierarquia dos meios probatórios. Em outros termos, o juiz deve apreciar a prova e valorá-la livremente conforme sua consciência, adotando a verdade que por esta lhe parecer mais convincente.

5.2.4. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Consoante o princípio da verdade real ou material, aplicado por excelência no processo penal, no exame das provas deve-se levar em conta aquilo que real e efetivamente aconteceu, não podendo ser acatado uma verdade formal à luz da existência de uma verdade material. Esse princípio é exemplificado quando o réu confirma ter matado a vítima, mas o cadáver desta não é encontrado. O depoimento do réu (prova formal) não deve prevalecer sobre a inexistência de materialidade (prova material).

5.2.5. PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA

O princípio da audiência contraditória decorre de outro princípio fundamental em direito, que é o princípio do contraditório. Audiência contraditória significa dizer que toda prova produzida por uma parte em juízo tem de ser submetida ao conhecimento (audiência) da outra parte, dando a esta oportunidade de se manifestar sobre a prova produzida, ou produzir a esta contraprova. Sendo assim, por esse princípio:

Toda a prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tem ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos[66].

É a forma de possibilitar a o réu ser cientificado da prova produzida nos autos e, que principalmente, se manifeste ou realize uma contraprova em sua defesa.

5.3 HIERARQUIA DOS MEIOS PROBATÓRIOS

Assevera a doutrina que:

O processo brasileiro não se filiou à hierarquização dos meios probatórios, como várias legislações já procederam. A gradação da importância das provas diz sempre com a ideologia e reflete o momento histórico em que editada a codificação. Isso não impede se aprecie o valor dos meios probatórios, subordinados à coordenação lógica, referida por Couture. Na visão de Carnelutti, meio de prova é, pois, e antes de tudo, a percepção do juiz. Depois disso, vem a dedução do juiz, enquanto a representação é um sucedâneo da percepção, podendo ser objetiva (documental) e subjetiva (testemunhal). Importante é ter presente que não há hierarquia entre as provas no processo criminal brasileiro. O sistema legal as torna equivalentes e a jurisprudência vai espelhar a ideologia, a formação filosófica, religiosa, e política dos juízes, a cada qual enfatizando aquela prova que entende mais adequada à descoberta da verdade real. Existe ainda uma interdependência entre os meios de prova, resultando a convicção judicial de uma análise do contexto das relações estabelecidas entre os fatos. Por isso, “enquanto o processo indiciário é lógico-dialético, sob o ângulo de sua qualificação as provas penais são interdependentes. Uma coisa é que sejam interdependentes e outra que sejam múltiplas. Em matéria penal – como na civil – só excepcionalmente se dá a prova única – que na esfera penal se traduz como indício necessário. O comum é que haja uma multiplicidade de indícios contingentes. Por isso pode-se afirmar que toda sentença condenatória não é, em síntese, senão uma transformação de vários indícios contingentes em um necessário.[67]

Desse modo, a prova criminal, quanto às provas em geral, não possui um critério fixo de valoração, não se lhes atribuindo uma escala predeterminada de valores, onde basta ao julgador consultá-la e aferir o grau de quantidade que essa prova demonstra acerca de um fato. Tem-se que, no processo penal, o examinador da prova não está preso à valoração de algum meio probatório; pelo contrário, ele necessita examinar

todos, e a partir destes estabelecer uma coesão do sistema que se coloca à sua frente, pois quase sempre, a elucidação de um fato não se pode fazer pelo exame de alguma prova isolada, mas sim pela ligação ou dependência com todos os demais meios, posto que, de um dos meios se chega a outro, e deste a outro, e assim, sucessivamente, até que se possa chegar ao fato probante, uma vez, que este último acontece de forma bem complexa.

Sendo assim, latente é a inconsistência de valores predeterminados às espécies probatórias, inexistindo hierarquização, pelo nodal argumento de que na seara penal se busca a verdade material sobre o fato ocorrido, podendo este ser provado tanto por uma prova, como por outra, como pela análise sistemática de todos os meios em que cada um destes contribuiu com sua parte, e se não fosse isto, não se chegaria à constatação nenhuma; ou melhor, se pelo menos um desses meios estivesse acometido de algum vício ou nulidade, também estaria com o mesmo sintoma aquela conclusão a que se chegou, sendo por isso, passível de reprovação.

Assim, não está o magistrado vinculado ao relativo grau de importância de outra prova, visto serem admitidas inúmeras modalidades probantes, sendo-lhe dada inteira liberdade na apreciação, máxime não ser incomum à presença de provas conflitantes de igual valor.

Como esclarece o Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos que acompanha o atual Código de Processo Penal, não é pré-fixada uma hierarquia de provas; na livre apreciação destas, o Juiz formará honesta e lealmente a sua convicção. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor absoluto. Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constante dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material[68].

Em suma, pode-se afirmar que no ordenamento jurídico pátrio as espécies probatórias são tidas como partes integrantes de um sistema, não se apontando a hierarquização ou prevalência destas, mas sim sua postura interdependente na constatação real do fato probando.

6. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo exclusivo para a tutela do meio ambiente, sendo o Capítulo VI do Título VIII (Da Ordem Social), representado pelo artigo 225, seus parágrafos e incisos. Entretanto, nota-se que a proteção constitucional ao meio ambiente, espalha-se por diversos outros dispositivos, denotando, o caráter fundamental e a relevância jurídica que o meio ambiente representou no espírito do constituinte de 1988. De fato, diversas são as passagens em que o meio ambiente é lembrado, quase que sempre como objeto de regulação e proteção, por vezes sendo fator de restrição de diversas atividades potencialmente poluidoras ou degradantes.

Estabelece o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Essa complexa e variada gama de normas constitucionais, em nosso ver revela que o constituinte pretendeu efetivamente compor uma ordem jurídica ambiental, absolutamente eficiente. Neste sentido, pactua-se com a opinião de Paulo de Bessa Antunes, de que as normas constitucionais que consagram o direito ao meio ambiente são de eficácia plena[69], podendo e devendo ser exercidas mediante as ações constitucionais que o constituinte previu[70].

De tudo que foi visto até o momento, sobretudo do reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável, como corolário do direito à vida e à dignidade humana, e, portanto de sua condição de direito fundamental, não é difícil reconhecer que o meio ambiente equilibrado afigura-se também como um direito personalíssimo.

Se o direito à vida com dignidade caracteriza-se como direito da personalidade, e partindo do princípio de que só é possível conceber uma existência humana digna, em um meio ambiente sadio e equilibrado, então resta clarividente que cada pessoa tem direito subjetivo a viver em um meio ambiente saudável. Portanto direito de personalidade.

Segundo Pietro Perlingieri, citado por Edis Milaré:

a consideração do meio ambiente ecologicamente equilibrado não como um direito subjetivo e sim apenas como um direito difuso parece que trilha por um caminho em que a proteção deste direito é uma tarefa apenas de entidades que representam ou se apresentam como representantes ou defensores do ambiente. Não se pode descurar que o ambiente ecologicamente equilibrado está inelutavelmente interligado com o direito à saúde. Considerar-se-ia, assim, o direito à saúde apenas como um interesse difuso. O ambiente equilibrado (...) se vincula com o fortalecimento da pessoa humana[71].

Assim, caracteriza-se o direito ao meio ambiente sadio, como um direito de duas dimensões, uma coletiva ou difusa, e outra individual ou personalíssima[72], sem que exista qualquer conflito ou oposição entre estes aspectos. Dimensões estas, que podem ser protegidas independentemente, tanto pelo estado, como pela coletividade, como por cada pessoa individualmente. Assim, nos parece que a Constituição pretendeu alargar propositadamente a esfera de legitimidade, conferindo mecanismos coletivos, individuais e estatais de proteção ao meio ambiente.

Pelos mesmos motivos, identifica-se uma dupla face na danosidade ambiental, certo de que os seus efeitos alcançam não apenas o homem, como, da mesma forma, o ambiente que o cerca. A Lei Nº. 6.938/81, ao fazer referência a “danos causados ao meio ambiente e a terceiros”, prevê expressamente as duas modalidades. Por isso, tem razão José Rubens Morato Leite, quando afirma que o dano ambiental tem uma conceituação ambivalente, por designar não só a lesão que recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, mas igualmente por se referir ao dano – por intermédio do meio ambiente ou dano ricochete – a interesses pessoais, legitimando os lesados a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extra patrimonial sofrido[73].

Assim, a caracterização do direito ao meio ambiente, passa pelo reconhecimento, de que os direitos e deveres que se irradiam da constituição, produzem efeitos tanto na esfera pública, como na privada, tanto em aspectos coletivos como individuais, tanto nas relações particular-estado, como nas relações particular-particular. A nosso, ver, essa amplitude de efeitos, é prova da relevância jurídica que o meio ambiente encontra na Constituição brasileira.

7. CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido não tem o condão de exaurir o tema exposto, ao contrário, muitos são os institutos jurídicos que buscam solucionar o desequilíbrio ambiental, o que se buscou aqui foi ampliar essa discussão.

Não resta dúvida da essencialidade da preservação do ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, visto que o ser humano depende de sua manutenção para sobreviver em condições dignas e com saúde, assim, todas as ações danosas devem ser reprimidas, porém, dentro de critérios legais.

O meio ambiente complementa a emanção da psique humana, tanto por sua imprescindibilidade no caráter da manutenção da vida, como também, pelo aspecto de sua riqueza e das maravilhas que ao ser humano proporciona.

Enfim, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, como essencial à qualidade de vida, considerado como bem de uso comum do povo, apesar de não constar no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, não há como deixar de consagrá-lo na categoria de direito fundamental, mesmo fora do catálogo, como preceito inarredável à manutenção da vida e promoção da dignidade humana e, conseqüentemente, um direito da personalidade.

Indubitavelmente, consubstanciado com o § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81, o legislador previu a responsabilidade objetiva para a prática de lesões ao meio ambiente, dispensando o elemento culpa, tendo em vista a reparação do dano, abdicando-se da tradicional forma de apuração da culpa baseada na responsabilidade subjetiva, em face à complexidade, o que em tese, beneficiava o agente causador do dano.

Neste sentido, o direito penal ambiental visa efetivar a tutela, porém, é essencial, que haja conscientização dos usuários deste “bem ambiental”, que coincide com um direito fundamental, um verdadeiro direito da personalidade, visando sua proteção, para que não haja excesso na busca de sua proteção e, a conseqüente punição indevida ou desproporcional.

Portanto, mister faz-se a análise do conjunto probatório e do conjunto de regras, para que se possam aplicar penalidades aos agentes causadores de danos ao meio ambiente.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros. 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998.

_____. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

_____. **Direito Ambiental**. 8^a. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. **A Obrigação Legal de Preservar o Meio Ambiente**. Campinha: ME Editora, 2004.

CUNHA, Euclides da. **Os sertões**. apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 143-144.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. ver. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Teoria geral do direito constitucional**. 2^a ed. Londrina. IDDC. 2006.

FARINHA, Renato. **Direito Ambiental**. São Paulo: Edijur, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental Brasileiro e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FREITAS, Nelson de; JÚNIOR, Porfírio. **Responsabilidade do Estado em Face do Dano Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis. Fundação José Arthur Boiteux, 2000.**

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio Ambiente Responsabilidade Civil do Proprietário – Análise do Nexo Causal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino. **A Lógica das provas em matéria criminal.** Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Meio ambiente e os direitos da personalidade.** Disponível em <<http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm>> Acesso em 01/10/2008.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Processo Penal.** Revisão de Renato N. Fabrinni. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MÖLLER, Ana Karina Ticianelli; MUNIZ, Tânia Lobo. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional do Meio Ambiente: Considerações Iniciais.** Londrina, Paraná: *Revista Scienta Iuris* – Mestrado. Editora da UEL, 1997.

MOSSIN, Heráclito. **Curso de Processo Penal.** 10. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** Malheiros. 2ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo, 1998.

_____. **Direito Constitucional Ambiental.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 12.ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1990.

VULCANIS, Andrea. **Direito ambiental e direitos humanos fundamentais: de uma base epistemológica à fundamentação jurídica.** Revista Direito ambiental em evolução nº 5. Coordenação de Vladimir Passos de Freitas. Juruá. Curitiba. 2007.

XAVIER DE AQUINO, José. et al. **Manual de Processo Penal.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. **El Derecho Ambiental y Sus Principios Rectores.** 3ª. ed. Madrid: Dykinson, 1991.

[1] ALLABY, Michael. **A dictionary of ecology.** apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental.** 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

[2] SILVA. José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental.** 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 20.

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade (crítica de jurisprudência ambiental).** apud: SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 15.

[4] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental.** 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

[5] SILVA. José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental.** 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 21.

[6] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 2.ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998, p. 17.

[7] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** apud: ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 2.ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998, p. 19.

[8] SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 16.

[9] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental.** 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 142.

[10] DEAN, Warren. **A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira.** apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental.** 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 142.

[11] CUNHA, Euclides da. **Os sertões.** apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental.** 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 143-144.

- [12] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.02.
- [13] FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela Penal do patrimônio cultural**. apud: [13] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.02
- [14] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 154.
- [15] PÁDUA. José Augusto. **Um sopro de destruição: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista, 1776-1888**. apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 156-157.
- [16] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.03.
- [17] PEREIRA, Osny Duarte. apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 159-160.
- [18] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.03.
- [19] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.03.
- [20] WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental brasileira**. apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.
- [21] BENJAMIN, Antonio Herman V. **Introdução ao direito ambiental brasileiro**. apud: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.
- [22] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.
- [23] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998, p. 37-38.
- [24] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.
- [25] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 167.
- [26] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998, p. 39

[27] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 168.

[28] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2008, p. 168.

[29] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998, p. 39-40.

[30] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998, p. 39

[31] MÖLLER, Ana Karina Ticianelli; MUNIZ, Tânia Lobo. **A proteção Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional do Meio Ambiente: Considerações Iniciais**. Londrina PR: Revista Scientia Iuris – Mestrado. Editora da UEL, 1997, p. 264-265.

[32] FREIRE, Willian. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: AIDE, 2000, p. 13.

[33] MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 20.

[34] DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 160.

[35] FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. ver. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 205.

[36] Princípio 1 da Conferência de Estocolmo – “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras [...]. Princípio 2 – Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras[...].”.

[37] Princípio 1 da Eco 92 “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente”.

[38] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 158.

[39] Direito Difuso “cujos titulares são indeterminados, é exercido por um e por todos, indistintamente, sendo seus maiores atributos, a indeterminação e a indivisibilidade.

[40] LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio Ambiente Responsabilidade Civil do Proprietário – Análise do Nexo Causal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

[41] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p. 26.

[42] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p. 28.

[43] DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 169.

[44] LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio Ambiente Responsabilidade Civil do Proprietário – Análise do Nexo Causal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

[45] LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis. **Fundação José Arthur Boiteux, 2000. p.71.**

[46] §3º, Art.225, C.F. – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[47] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8ª. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 38.

[48] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p. 31.

[49] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental Brasileiro e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.120-121.

[50] LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis. **Fundação José Arthur Boiteux, 2000. p.185.**

[51] LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis. **Fundação José Arthur Boiteux, 2000. p.185.**

[52] Art. 1.º (...)qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

[53] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 186.

[54] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 96.

[55] § 3º do Art.225 C.F. - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[56] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p. 30.

[57] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45.

[58] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 46.

[59] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27.

[60] Lei da causa e efeito enfatiza que todas as nossas ações ou omissões geram reações, que produzem efeitos de qualquer forma.

[61] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

[62] MALATESTA, Nicola Framarino. **A Lógica das provas em matéria criminal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 707.

[63] MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Processo Penal**. Revisão de Renato N. Fabrinni. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 256.

[64] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12.ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 203.

[65] MOSSIN, Heráclito. **Curso de Processo Penal**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 197.

[66] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 90.

[67] XAVIER DE AQUINO, José. et al. **Manual de Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 160-161.

[68] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, p.218.

[69] Op. cit. p.47

[70] Entre outras, a Ação civil pública e a Ação popular.

[71] MILARÉ, Edis. **Meio ambiente e os direitos da personalidade**. Disponível em <<http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm>> Acesso em 01/10/2008.

[72] Id. ib.

[73] MILARÉ, Edis. **Meio ambiente e os direitos da personalidade**. Op. cit.

A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM PROCESSOS SELETIVOS DE EMPREGADOS

WARRANTY OF PERSONALITY'S RIGHTS IN SELECTION PROCESSES

Rogério Irineu de Oliveira

RESUMO

O presente estudo tem como escopo principal tratar da garantia dos direitos da personalidade nos processos seletivos de empregados, apresentando as diversas formas de discriminação e demonstrando as possíveis e constantes perversidades de empresários e dirigentes inescrupulosos que, abusando do seu poder diretivo, afrontam os princípios constitucionais. Concluindo este trabalho, procura-se indicar as possíveis soluções para coibirem-se tais ocorrências, através de métodos usuais legais, embasados na legislação pertinente, que garantam os ditames constitucionais e os direitos da personalidade de cada trabalhador, desde a fase pré-contratual. Delineiam-se, no artigo apresentado, as formas mais evidenciadas no nosso cotidiano sobre as diferentes e variadas formas de discriminação, desde o processo seletivo, principal objetivo deste estudo. Este trabalho, entretanto, não tem a pretensão de esgotar todas as possibilidades e probabilidades sobre o tema, contudo, pretende-se trazer à comunidade os principais problemas existentes e alguns meios que visam garantir os direitos da personalidade e a dignidade de todo e qualquer trabalhador, desde o processo seletivo.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO; DIGNIDADE DO TRABALHADOR; TUTELA CONSTITUCIONAL; PROCESSOS SELETIVOS; DIREITOS DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

This study has the main scope treating about the warranty of personality's rights in the employees' selection process, presenting the various ways of discrimination and showing the possible and constant perversity of unscrupulous entrepreneurs who, abusing of their managerial power, disrespect the constitutional principles. Concluding this study, seeks to indicate the possible solutions to curb such occurrences, through legal methods based on relevant legislation, to ensure the constitutional dictates and the personality's rights of each employee since the pre-contractual phase. This article shows the most evidenced in our daily life on the different and varied forms of discrimination, since the selection process, the main objective of this study. This work, however, does not pretend to exhaust all the possibilities and probabilities on the subject, however, seeks to bring the community the main problems and some ways to guarantee the personality's rights and dignity of every employee, since the selection process.

KEYWORDS: PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION; DIGNITY OF EMPLOYEE; CONSTITUTIONAL GUARDIANSHIP; SELECTIVE PROCESSES; PERSONALITY'S RIGHTS.

INTRODUÇÃO

De forma clara e objetiva, este estudo procura trazer os principais problemas enfrentados pelo trabalhador no processo seletivo e as possíveis soluções e garantias que tendem a coibir toda e qualquer forma de discriminação, propiciando as condições necessárias para garantirem-se os direitos da personalidade de qualquer empregado, durante toda a fase pré-contratual.

Constatam-se, no estudo apresentado, as mazelas da atual sociedade mutante e heterogênea, razão pela qual o ordenamento jurídico não pode tutelar o trabalhador de maneira padrão e igualitária, devendo-se proceder à análise dos desiguais de forma desigual, coibindo-se as discriminações injustificadas, além de legitimar as discriminações positivas, que sejam necessárias para possibilitar a igualdade entre todos e a garantia dos direitos da personalidade de cada um.

A discriminação deve ser repudiada e afastada de toda e qualquer nação, sendo a sua defesa constante, própria do Direito, característica das modernas democracias, onde busca-se a justiça, o bem social e a garantia dos direitos da personalidade. O processo de inclusão social é notório e tem-se enraizado paulatinamente na sociedade democrática, onde a discriminação procura destruir direitos fundamentais e construir a falsa impressão de "normalidade" em muitas ações discriminatórias existentes, principalmente às referentes ao processo seletivo de empregados, objeto principal desse estudo.

O respeito aos princípios deve ser preservado e garantido, para que todos tenham condições de igualdade ao buscar o sustento da sua família, através de um trabalho digno. Nesse sentido, nos ensina Paulo Bonavides:

"...os princípios são o oxigênio das Constituições na época dos pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração da sua ordem normativa."[1]

Para que a garantia dos direitos da personalidade de cada trabalhador seja preservada, desde a fase pré-contratual, a Carta Magna das modernas democracias deve ser amplamente divulgada e respeitada.

Atualmente, está superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos que tinham sua eficiência e eficácia duvidosa, dessa forma, como

afirma Canotilho, "*não se questiona, pois a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais.*"[2]

1 A DIGNIDADE DO TRABALHADOR

Garantir a dignidade da pessoa humana como valor fundante de um Estado Democrático de Direito é primordial para o bem estar social de qualquer nação. Dessa forma, detalha-se a seguir algumas formas que podem garantir a dignidade de qualquer indivíduo, principalmente de um trabalhador que busca garantir o seu sustento e o da sua família.

Dessa forma, pode-se considerar a afirmação dos professores Ivan Dias Motta e Edwin Kräutler:

Entendido o trabalho como direito social fundamental, já que somente por meio dele o homem produz, progride, afirmando-se em seus atributos de pessoa humana, parece claro que sem a efetivação de tal direito não será atendido o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador. [3]

Assim, trataremos neste estudo, exclusivamente, da dignidade da pessoa humana voltada para o trabalho, visto que a amplitude do tema requer uma pesquisa mais ampla e detalhada, considerando-se todos os aspectos relacionados à dignidade.

O trabalho, enquanto elemento essencial à dignidade humana, atua como instrumento de realização dos direitos fundamentais e elemento que caracteriza o Estado Democrático de Direito. Canotilho, com muita propriedade, ensina-nos que:

"...é inadmissível qualquer degradação dos direitos dos trabalhadores, a pretexto de que eles não se podem contar entre os direitos materialmente fundamentais."[4]

Dessa forma, evidencia-se que o direito ao trabalho é fundamental e não deve, sob qualquer hipótese, sofrer qualquer tipo de discriminação ou perseguição, antes, durante ou após a vigência do contrato de trabalho.

Assim, é totalmente condenável e passível de punição, o empregador ou ex-empregador que, em nome do poder diretivo ou disciplinar, pretender perseguir seus ex-empregados, obstando-lhes o acesso ao processo seletivo de outras empresas. Da mesma forma, é vedada a discriminação contra candidatos a emprego por terem exercido o direito de ação, que é assegurado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV), bem como a

dispensa de trabalhadores pelo exercício deste direito em face de terceiros, ou, ainda, por terem testemunhado em Juízo em favor de ex-colegas de trabalho. Trata-se de prática discriminatória, configurada também como abuso de direito.

Os direitos da personalidade do empregado e a sua dignidade devem ser preservados, como nos ensina a professora Dra. Leda Maria Messias da Silva:

...embora o poder diretivo do empregador lhe permita dirigir a prestação pessoal de serviços dos seus empregados, ele não poderá extrapolar o limite da razoabilidade e deverá zelar para que o ambiente de trabalho seja o melhor possível, a fim de atender ao que deve ser aplicado a todas as relações de emprego: condições de trabalho decente, as quais se constituem, acima de tudo, pelos direitos da personalidade dos empregados e à dignidade do trabalhador[5].

2 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NOS PROCESSOS SELETIVOS

A não-discriminação é, na realidade, de forma inequívoca, a expressiva manifestação do princípio da igualdade com a abrangência "além da lei", e é fator fundamental e preponderante para que o tratamento justo e isonômico prevaleça, garantindo assim a justiça e o bem social. Considerando-se os ensinamentos de Romita, podemos dividir a princípio da igualdade, da seguinte forma:

O princípio da igualdade apresenta-se sobre quatro formas: a igualdade perante a lei (princípio da isonomia); na lei (princípio da não discriminação - vedação de discriminações injustificadas - vai além da igualdade perante a lei); de direito (contraposição entre igualdade formal e substancial) e jurídica (condição de titular de direitos assegurada aos indivíduos)[6]

A idéia de discriminação, observada as mudanças e a evolução do princípio da igualdade, pode ser utilizada em determinados casos, quando se procuram adotar algumas medidas discriminatórias destinadas a manter em iguais condições, pólos de disputa em situações totalmente diferentes. As circunstâncias apresentadas podem suscitar inúmeras dúvidas quando deparam-se com situações que necessitam de tratamentos iguais aos desiguais, ou ainda, tratamentos desiguais aos iguais.

A discriminação, após análise de inúmeros casos, pode ser entendida como o tratamento diferenciado, prejudicial ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais, origens regionais, etc. No nosso cotidiano, pode-se constatar que essa prática está ligada aos conceitos de intolerância e preconceito, sendo que, etimologicamente, o termo vem do latim, *discrimināre*, que significa separar, distinguir.

Discriminação, pois, é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente qualificado, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada[7]

Ainda, como nos ensina Delgado, a discriminação pode ocorrer de formas diferentes:

A discriminação pode ocorrer de três formas distintas, sendo caracterizadas por direta, indireta ou oculta. Na forma direta, a discriminação é explícita, pois plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatória. A discriminação indireta, por sua vez, é criação do direito norte-americano, baseada na teoria do impacto desproporcional (disparate impact doctrine). Esta modalidade se dá através de medidas legislativas, administrativas ou empresariais, cujo contendo, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, acentua ou mantém tal quadro de injustiça, ao passo que o efeito discriminatório da aplicação da medida prejudica de maneira desproporcional determinados grupos ou pessoas. Finalmente, a discriminação oculta, oriunda do direito francês, caracteriza-se pela intencionalidade (não encontrada na discriminação indireta). A discriminação oculta é disfarçada pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando real intenção efetivamente discriminatória[8].

No âmbito das relações de trabalho, a existência da discriminação é notória e abusiva, dentre outros, na conduta de empregadores que, por ignorância, intolerância e total desrespeito, tendem a utilizar critérios e preferências pessoais, discriminando em função da raça, cor, sexo, religião, opinião política, aparência física ou origem social, principalmente nos processos de seleção dos seus empregados.

Nessa fase pré-contratual a discriminação normalmente ocorre de forma velada e dissimulada, onde se evidenciam as exclusões de determinados grupos de pessoas em detrimento a outros ou a simples distinção entre grupos participantes do processo seletivo, pelos critérios discriminatórios já descritos. Essa discriminação, muitas vezes pouco aparente na contratação, torna-se mais evidente durante o período do contrato de trabalho, deixando a latente preferência do empregador, de forma clara e evidente, ser facilmente constatada com o decorrer do tempo, sendo fator preponderante nas decisões de possíveis rescisões.

3 PROCESSOS SELETIVOS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A discriminação do trabalhador nos processos seletivos deve ser repudiada de todas as formas, pois afronta a dignidade de qualquer ser humano e possibilita a propagação de danos irreparáveis ao trabalhador discriminado.

As relações de trabalho devem ser, desde o processo seletivo, pautadas pelo respeito e bom senso de ambas as partes. O poder, aparentemente ilimitado do empregador, vem ganhando contornos e adequações que, através de fiscalizações e imposições judiciais, apresenta-nos um panorama totalmente divergente do encontrado no passado. As limitações impostas ao empregador são reais e definitivas, possibilitando uma relação de trabalho que garanta a dignidade e os direitos da personalidade do empregado.

O respeito deve ser fator preponderante nas relações de trabalho, que deverá ser sempre mútuo (empregado x empregador), pois o abuso de direito sofrerá punição material e imaterial, como nos ensina o professor Doutor Clayton Reis:

Sempre que ficar evidenciado o abuso de direito, ocorrerá inevitável repercussão no patrimônio material e imaterial da vítima, tornando-se indiscutível o dever do agente ofensor indenizar os prejuízos decorrentes de sua ação abusiva[9].

Dessa forma, todas as ações do empregador que afrontem os direitos do empregado e que destoem dos poderes diretivos imputados pela Consolidação das Leis do Trabalho podem ensejar ações judiciais, inclusive indenizações por danos morais que, como afirma Yussef Cahali:

" ... a indenização do dano moral exerce uma função admonitória, valendo como advertência para que o ofensor não venha a reincidir na prática de atos atentatórios aos direitos da personalidade de outrem... [10].

A participação do empregado nas decisões da empresa torna-se cada vez mais usual, considerando-se que, o poder diretivo do empregador vem, com o passar dos anos, deixando de ser potestativo. Assim, nos ensina a professora Doutora Leda:

Por isso, a natureza jurídica do poder diretivo do empregador já não tem sendo vista pela doutrina como um direito potestativo (significando que contra o seu exercício nada se possa opor), mas com natureza jurídica de direito-função (que limita a amplitude do poder patronal de direção, pela participação dos trabalhadores nas decisões da empresa)[11].

Na atualidade, já no processo seletivo, podemos constatar, também, que o assédio moral cresce ofensivamente em várias partes do mundo, afrontando totalmente os direitos da

personalidade e ocasionando prejuízos irreversíveis aos assediados. Os seus efeitos, em muitos casos, são devastadores, criando um grande problema para o seduzido e, também, a toda sua família.

O assédio, assim como apresentado no Brasil, pode ter peculiaridades que o caracterizam com denominações diversas, como nos ensina o professor Dr. Wanderlei de Paula Barreto e a professora Luciany Michelly Pereira dos Santos:

"... a doutrina pátria tem preferência pelo termo assédio moral, mas, na doutrina alienígena, existe uma série de termos ligados a este mesmo fenômeno (mobbing, bullying, harassment, whistleblowers) ..."^[12]

Cientistas e estudiosos de várias partes do mundo, entretanto, definem o assédio moral como uma forma explícita de violação dos direitos da personalidade, onde o superior hierárquico, abusando do seu poder, tenta conseguir vantagens ilícitas, muitas vezes através de ações sutis e veladas que, paulatinamente obrigam o seduzido a ceder as suas investidas.

Todas as hipóteses onde se constata o assédio moral, o resultado, em função dos danos à integridade psíquica do indivíduo têm como consequência problemas biológicos e físicos, como depressão, estresse, estomatites, etc.

4 A TUTELA CONSTITUCIONAL DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Vários dispositivos legais, além da Constituição, garantem e tutelam o princípio da não-discriminação. O legislador procurou, além de garantir o respeito desses princípios através da Carta Magna, estender essa proteção através de outros meios legais.

Através de dispositivos, como as Convenções nº. 110 e nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificadas pelo legislador, procura-se tratar, respectivamente, da igualdade de salários entre homens e mulheres e da discriminação, entendida esta como toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (art. 1º).

Busca-se, para um entendimento mais detalhado, a divisão da análise do princípio da não-discriminação nos processos seletivos, a partir de temas específicos, que possibilitem ao leitor ter uma visão mais abrangente sobre as diversas possibilidades de discriminação com relação ao sexo, raça, idade, estado de saúde, etc.

4.1 Com relação ao sexo

Desde o anúncio da vaga de emprego, passando pelo processo seletivo, até a rescisão contratual de trabalho, pode-se constatar, em muitos casos, a discriminação da mulher.

O tratamento diferenciado entre homens e mulheres requer justificção a fim de se aferir à razoabilidade da medida, não estando afastando, entretanto, entendimento contrário a qualquer forma de distinção como aquele que defende a idéia de um quadro atual diverso daquele encontrado no período da Primeira Revolução Industrial, fase em que a mulher era considerada meia-força de trabalho e, portanto, necessitava da criação de institutos legislativos específicos para tutelá-la de forma específica. Nesta linha, assinala-se a crescente tendência de superação da proteção mediante o simples cotejo homem e mulher, encaminhando-se para o tratamento igualitário perante a lei, sem diferenciações. Logo, a licença maternidade, por exemplo, passaria a ser enquadrada como um fato social que impõe uma resposta própria, como no caso de afastamento por enfermidade ou para fins de serviço militar[13].

Entretanto, está assegurada, conforme o art. 7º, XX, da CF, a proteção do mercado de trabalho da mulher através de incentivos específicos previstos em lei. Assim como a Carta Constitucional, o art. 373-A, § único, da CLT, estabelece a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres.

A luta das mulheres com relação à discriminação negativa, frente às diferenciações no trabalho com relação aos homens é antiga e vem, desde a revolução industrial, ganhando contornos que minimizam esse grave problema. Infelizmente, ainda constata-se práticas discriminatórias ocorridas na relação de trabalho, principalmente na fase pré-contratual, tais como preterição na contratação e salário inferior a colegas do sexo masculino. Contudo, essa batalha vem ganhando contornos positivos e as vitórias, registradas em cada luta, se evidenciam nos dias atuais, possibilitando tratamentos mais justos e propiciando a ocupação de cargos de chefia, anteriormente pouco viáveis.

A Convenção Internacional nº 100, ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto nº 41.721/57, aprovada pela OIT em 1951, proclama o princípio da igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina em trabalho de igual valor. Não obstante, verifica-se a dificuldade de definir o conceito de

"igual valor", cujos critérios adotados podem favorecer o trabalho desempenhado por homens[14].

Da mesma forma, o art. 7º, XXX, da CF, veda a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão; a Lei 9.029/95 coíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego; e o art. 373-A, da CLT, proíbe práticas que afetem o acesso da mulher ao mercado de trabalho.

4.2 Com relação à raça/cor/etnia

No Brasil, assim como em outros países, os negros ainda sofrem muita discriminação. Muitas vezes de forma velada, suas perspectivas de participar de um processo seletivo com igualdade de condições é praticamente nula. A chaga desse preconceito está latejando na grande maioria das empresas.

Em reportagem publicada no jornal Folha de São Paulo, datada de 01/05/05, a partir de dados do IBGE, demonstrou-se que, em todas as 509 profissões do Censo de 2001, apenas em 8% do total (42 profissões) negros e pardos ganham mais de dez salários mínimos, em comparação aos brancos[15].

Infelizmente o mercado de trabalho apresenta discriminação contra trabalhadores por conta de critérios de cor, raça, etnia ou região. Assim, o legislador, ciente do quadro, criou instrumentos para combater tais práticas. A Constituição Federal, além de adotar o repúdio ao racismo como princípio que rege o Brasil em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, dentre outros, por motivo de cor (CF, art. 7º, XXX).

O legislador, seguindo a linha dos tratados e acordos internacionais sobre o tema, procurou garantir a eliminação de todas as formas de discriminação racial, adotada pela Resolução 2.106, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21/12/65, ratificada pelo Brasil em 27/01/68; seguiu a Convenção nº. 111, aprovada pela OIT em 1958, que versa sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, devidamente ratificada pelo Decreto nº. 62.1540/698; bem como a Convenção nº. 117, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1962, ratificada pelo Decreto nº. 66.496/70, que traz menção específica à discriminação de trabalhadores em função da raça ou cor.

Podemos considerar, ainda, dispositivos contidos no art. 373-A, da CLT; na Lei 9.029/95; e na Lei 9.455/97 que, em consonância com disposição constitucional que atribui à prática de racismo a natureza de crime inafiançável e imprescritível, tipifica tal conduta para fins penais.

Na área trabalhista a luta contra a discriminação racial também é notória e digna de elogios.

Devem-se registrar, ainda, várias ações judiciais interpostas pelo Ministério Público do Trabalho, em face de instituições bancárias e outras empresas privadas com o fim de coibir a discriminação contra negros em decorrência da relação de trabalho. Trata-se de trabalho fundado em análise empírica de dados oriundos de instituições governamentais que demonstram fortes indícios da prática de discriminação pelo empregador em relação a trabalhadores negros, principalmente nos processos seletivos onde esse problema se evidencia.

4.3 Com relação à idade

A discriminação negativa pela idade é notória, inicia-se no processo seletivo e também faz parte do nosso cotidiano, esbarrando-se em casos onde a exigência de uma idade máxima para uma determinada função afronta a dignidade de qualquer trabalhador, impossibilitando a garantia dos direitos da personalidade e impedindo o desempenho de funções para pessoas absolutamente capazes e que, em função do baixo rendimento através da aposentadoria, precisam se manter ativos para garantir o sustento da família. Entretanto, discriminações positivas também são evidentes no nosso dia a dia, evitando-se que crianças e adolescentes sejam exploradas, sanando um grave problema do passado, que ainda pode ser encontrado em algumas regiões do nosso país e em várias partes do mundo.

A atual Constituição brasileira, em seu art. 7º, XXXIII, traz a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, bem como a tutela integral à criança e ao adolescente prevista no art. 227. Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Constata-se, também, que o legislador preocupado com o avanço dessas graves questões aderiu a Organização Internacional do Trabalho. A Convenção nº. 138, de 1973, unificou a política internacional sobre o trabalho infantil ao estabelecer, por exemplo, a idade mínima de 15 anos para o trabalho, bem como a vedação do trabalho para menores de 18 anos em atividades que atentem contra a formação moral ou a própria segurança de crianças e adolescentes.

Observa-se, também, analisando a legislação que trata sobre o tema, que outros problemas graves foram tratados na Convenção nº. 182, de 1999, que define as piores formas de trabalho da criança, tais como trabalho escravo, tráfico de crianças, recrutamento forçado de meninos soldados, prostituição infantil, envolvimento de crianças no tráfico de drogas, dentre outros.

A CLT, procurando reduzir drasticamente essa chaga na nossa sociedade, também busca tutelar o trabalho infantil através de medidas discriminatórias positivas, impondo, dentre

outras, restrições ao trabalho adolescente cuja atividade seja nociva à sua saúde, integridade física, formação moral e intelectual (CLT, artigos 404 e 405).

Analisando a discriminação negativa em relação à idade, pode-se constata-las em práticas ocorridas no processo seletivo, no decorrer do contrato de trabalho, muitas vezes induzindo a um pedido de demissão e, finalmente, na extinção desse contrato. A falsa impressão de que os trabalhadores idosos são inaptos e menos produtivos ainda ganha espaço entre alguns empregadores. Muitos deles acreditam que esses trabalhadores serão prejudiciais ao seu negócio e a imagem do seu empreendimento, sendo necessário, para tanto, a substituição por trabalhadores mais jovens, supostamente mais hábeis e produtivos, aptos para o cumprimento das funções que lhes são atribuídas.

Assim, diante do exposto a discriminação é injustificada em muitas situações, principalmente quando desprovida de critério ou fundamento razoável que possa prejudicar todo e qualquer trabalhador. Entretanto, em determinadas atividades, o critério de idade deve ser levado em conta na contratação, pois em atividades insalubres ou que se exija grande esforço físico, esse fator pode evitar inúmeros problemas para o trabalhador.

Ainda, observando o atual mercado de trabalho, pode-se constatar que muitas das vagas oferecidas não apresentam peculiaridades que permitam qualquer forma de discriminação por conta da idade, o que justifica as ações desencadeadas pela sociedade civil e pelas autoridades públicas que visam coibir essas práticas. Observa-se, também, que muitos empregadores estão mudando seus posicionamentos, muitas vezes em função de uma ampla revisão dos seus conceitos, outras em função da possibilidade de punições pelo descumprimento da lei.

Na Constituição Federal podemos encontrar os fundamentos contra essa discriminação, analisando o art. 7º, XXX, da CF, que proíbe a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade; bem como na Lei 9.029/95 que também coíbe toda e qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso à relação de emprego ou sua manutenção por motivo de idade.

4.4 Com relação ao estado de saúde

O trabalhador também pode sofrer práticas discriminatórias pelo empregador, desde o processo seletivo, em função do seu estado de saúde. Casos de empregados portadores de patologias ligadas direta ou indiretamente ao trabalho, podem evidenciar essas práticas já no primeiro contato, quando se questionam problemas como LER, AIDS e outras doenças que podem afastá-lo temporariamente do trabalho, ensejando a não contratação ou o impedimento para a participação no processo seletivo.

Na fase pré-contratual de empregados, a discriminação pode ocorrer de diversas formas ligadas a possíveis problemas de saúde, inclusive através da análise de sangue e da codificação genética do candidato a fim de averiguar se este apresenta propensão ao desenvolvimento de vícios como o alcoolismo, o uso de drogas e outros problemas que,

na visão preconceituosa e muitas vezes obscura do empregador, podem causar-lhe problemas futuros.

Trabalhadores excluídos do processo de seleção por conta de terem contraído AIDS são parte do cotidiano de várias empresas. Muitas vezes, no âmbito judicial, discute-se a ausência de dispositivo legal que garanta estabilidade quando constatada a patologia. Ao que parece, tal diretriz é equivocada, pois, ainda que inexistente a previsão legal de estabilidade ao trabalhador, a despedida discriminatória é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, analisando-se a legislação pertinente, observa-se que a Constituição eleva a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho ao status de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, 1º, III); bem como quanto objetiva promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, cor, idade e toda e qualquer forma de discriminação (CF, 3º, IV), acaba por tutelar a liberdade e a igualdade entre todos (CF, 5º, caput). Da mesma forma, ao positivizar os princípios da igualdade e da não-discriminação, o legislador procura responsabilizar o Poder Público pelo combate de toda e qualquer prática discriminatória, inclusive aquelas ocorridas na relação de trabalho.

A jurisprudência atual, acompanhando a evolução e os novos problemas apresentados, tem-se posicionado de forma a não deixar dúvidas sobre o acatamento da legislação pertinente, procurando coibir futuras práticas desrespeitosas.

Dessa forma, analisando-se os julgados e a jurisprudência a respeito, podemos concluir que o aplicador do direito pode-se utilizar dos dispositivos contidos na nossa Constituição, art. 7º, XXX, e na Lei 9.029/95, cujas hipóteses de discriminação, que se diferenciam e sofrem mutações, com o passar do tempo, não podem ser consideradas como exaustivas ou ainda suscitar lacuna no texto legal. Todos os problemas apresentados têm, através da legislação, dos dispositivos constitucionais e, se necessário, da analogia, encontrado soluções adequadas.

4.5 Com relação aos portadores de deficiência

A dignidade e a garantia da personalidade dos portadores de deficiência devem ser respeitadas desde o anúncio da vaga até processo seletivo, passando pelo contrato de trabalho, até o término, cumprindo-se rigorosamente os ditames constitucionais e a legislação pertinente.

Como nos ensina Romita:

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, aprovada pela Assembléia Geral das Organizações Unidas, de 1975, prevê o direito da pessoa portadora de deficiência à segurança econômica e social, além de um nível de vida

decente. Na mesma linha, a Convenção Internacional para Eliminação de todas as formas de discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, celebrada no âmbito da OEA, ratificada pelo Brasil em 14/09/00 e promulgada pelo Decreto n° 3.956/01[16].

Na Convenção n°. 159 da OIT, de 1985, a reabilitação profissional é tratada com o emprego de pessoas portadoras de deficiências, conceituadas como todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado, bem como de progredir no mesmo, fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada (art. 1°).

Pode-se constatar, também, que na Constituição Federal de 1988, a tutela do trabalhador portador de deficiência está garantida através do art. 7°, XXXI, que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão; e pela reserva de vagas em relação aos cargos públicos (CF, 37, VIII).

Constata-se, ainda, o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social através da Lei 7.853/89, estabelecendo normas gerais que assegurem o pleno exercício dos direitos individuais e sociais daquelas, considerados, entre outros valores básicos, o da igualdade de tratamento e oportunidades.

A legislação procura amparar e apoiar os portadores de deficiência, impondo aos empregadores algumas regras que devem ser rigorosamente atendidas, sob pena de fiscalização e punição, como o art. 93 da Lei 8213/91 que determina à empresa com mais de cem empregados o preenchimento de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, sendo a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, condicionada à contratação de substituto que apresente condição semelhante.

A legislação ainda determina que, quando da aplicação do referido percentual legal resultar número fracionário, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, além da obrigação de observância do número total de empregados da empresa, não sendo possível, como forma de cálculo, a utilização de critério que exclua, de forma genérica, qualquer função ou atividade. Entretanto, pode-se constatar que determinadas funções não são passíveis de serem executadas por trabalhadores portadores de deficiência. Contudo, por cautela e para se evitar interpretações errôneas, que possam ocasionar prejuízos aos portadores de deficiência, esta exclusão deve ser procedida de análise criteriosa, em cada caso.

O Judiciário, atento às possíveis injustiças e interpretações descabidas da legislação, procura garantir a reintegração de trabalhador portador de deficiência.

Além da jurisprudência a discriminação positiva procura manter o princípio da igualdade para os trabalhadores portadores de deficiência.

As medidas adotadas em face dos trabalhadores portadores de deficiência (discriminação positiva) respondem a um imperativo de justiça e se inspiram no princípio de igualdade concebido como concretização da idéia de justiça social, utilizando-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.[17]

4.6 Com relação às pendências financeiras e judiciais

O registro em órgãos de proteção ao crédito, em ações trabalhistas e em processos civis e criminais tem motivado inúmeros empregadores, da área privada e pública, a posicionar-se de forma discriminatória, impedindo a participação de trabalhadores em diversos processos de seleção, em várias regiões do país.

A legislação, como até então observada, procura impedir que qualquer tipo de discriminação possa intervir nos processos seletivos, ocasionando a exclusão do candidato por problemas relacionados a pendências financeiras e judiciais. Muitos trabalhadores, inclusive, encontram-se inadimplentes em função do impedimento na participação de um processo seletivo, que possibilite, através do seu trabalho, quitar as pendências existentes. Outros, com problemas judiciais, inclusive penais, não conseguem um trabalho digno e, infelizmente, mantêm-se à margem da sociedade, ocasionando insegurança e cometendo delitos que possibilitem a sua sobrevivência, em decorrência da discriminação apresentada.

A discriminação e o abuso de direito são evidentes, pois nenhuma dessas informações poderá revelar a qualificação do trabalhador para exercer determinada função. Demonstra-se ofensa aos artigos 3º, IV, 5º, caput, e 7º, XXX, da Constituição Federal, e ao artigo 1º da Lei 9.029/95. Como explica Márcio Túlio Viana:

Se a lei dá ao empregador a faculdade de escolher entre João e Pedro, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas também em razão de seu fim social, tantas vezes declarado e tão poucas vezes cumprido. Se o empregador se vale daquela faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, está não apenas traindo o destino daquela norma, mas ferindo a literalidade de outra norma, exatamente a que impede, em todos os níveis, a discriminação. Daí a necessidade (ou até, sob certo aspecto, a desnecessidade) do artigo em questão, que surge como uma terceira norma, fazendo uma espécie de silogismo: se todos são iguais perante a lei e se a liberdade de contratação tem o fim de atender às necessidades da empresa, quem escolheu A ou B com propósitos discriminatórios age ilicitamente.

O trabalho, enquanto elemento essencial à dignidade humana, atua como instrumento de realização dos direitos fundamentais e elemento que caracteriza o Estado Democrático de Direito. Logo, não pode, em nome do poder diretivo ou disciplinar, pretender o empregador ou ex-empregador perseguir seus ex-

empregados, obstando-lhes o acesso e permanência em outros empregos. Da mesma forma, é vedada a discriminação contra candidatos a emprego por terem exercido o direito de ação, que é assegurado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV), bem como a dispensa de trabalhadores pelo exercício deste direito em face de terceiros, ou, ainda, por terem testemunhado em Juízo em favor de ex-colegas de trabalho. Trata-se de prática discriminatória, configurada também como abuso de direito.[18]

5 A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A garantia dos direitos da personalidade deve ser tutelada pelo Estado, iniciando-se pelos processos seletivos de empregados e expandindo-se de forma a assegurar a dignidade de todo e qualquer trabalhador, impedindo-se que os problemas de discriminação apontados neste estudo afrontem os ditames constitucionais e as garantidas implícitas na legislação vigente.

A ação do Estado é fundamental para que esses direitos sejam respeitados e constata-se que, ações como a do Ministério Público do Trabalho devem ser disseminadas para que os direitos da personalidade e a dignidade de todo e qualquer trabalhador seja protegida.

De acordo com a Procuradora Viviane, do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região, que procurou explicar em linguagem simples e objetiva, através de material distribuído à população, pode-se aprender que:

...os direitos da personalidade são aqueles inerentes à condição humana, como a privacidade, a intimidade, a honra e a dignidade. A violação dos direitos de personalidade pode acontecer na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual. A empresa que utilizar critérios discriminatórios para o processo seletivo, exigir exames médicos que nada tem a ver com o trabalho, pedir testes de gravidez, esterilidade ou HIV, buscar informações a respeito de ajuizamento de ações trabalhistas, de antecedentes criminais (apenas em casos excepcionais podem ser justificados) e de restrições de crédito, está violando os direitos do trabalhador. Na fase contratual, as violações de direitos mais comuns são as revistas íntimas e o assédio moral e sexual. Já na pós-contratual, destacam-se a prestação de informações desabonadoras sobre o empregado e a formação de listas discriminatórias[19].

As violações dos direitos da personalidade no trabalho devem ser denunciadas ao Ministério Público do Trabalho que, se entender que há lesão à coletividade ou à ordem jurídica trabalhista, vai instaurar procedimento para investigar a situação.

Assim como as denúncias ao Ministério Público do Trabalho, inúmeras outras formas de garantir os direitos da personalidade estão disponíveis, como o amparo dos sindicatos aos seus sindicalizados e o acesso ao Poder Judiciário, que tem demonstrado, através da jurisprudência apresentada, uma garantia inequívoca contra os possíveis abusos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Busca-se, neste artigo, propiciar ao leitor através do relato apresentado, uma visão sobre os problemas enfrentados pelo trabalhador no processo seletivo, ainda que generalista, evidenciando-se as hipóteses mais freqüentes de discriminações praticadas na fase pré-contratual e os principais mecanismos destinados a combatê-la, eliminando-se as situações de desigualdades existentes e possibilitando a garantia dos direitos da personalidade de cada empregado.

Assim, faz-se necessário através de estudos e análises dos problemas existentes, imbuir a comunidade de um sentimento constitucional e de uma consciência coletiva, para garantir, através da participação efetiva de todos, que os ditames constitucionais sejam respeitados e legislação vigente cumprida na sua plenitude.

Apresentam-se, nesse estudo, algumas medidas concretas adotadas por órgãos de vários setores estatais, objetivando estancar as práticas abusivas que tendem a contrariar o princípio da não-discriminação nos processos seletivos de empregados, pois o quadro vigente preocupa e carece de providências urgentes. À iniciativa privada, caberá, da mesma forma, adotar uma conduta de acordo com as garantias fundamentais do trabalhador e os ditames constitucionais, sob pena da aplicação de sanções legais. Ao Poder Público, como dito anteriormente, cabe fazer valer tais garantias através da atuação a ser desempenhada pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário, pelos órgãos de fiscalização do Poder Executivo e pelo Poder Legislativo no acompanhamento evolutivo e eficaz do ordenamento jurídico, propiciando justiça, paz social e a garantia dos direitos da personalidade de todo trabalhador.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Wanderlei de Paula e SANTOS, Luciany Michelli Pereira. O Conceito Aberto de Desdobramento da Personalidade e seus Elementos Constitutivos nas situações de Mobbing ou Assédio Moral. Revista Jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.

BELIZÁRIO, Sandra Maria Reis. Aspectos Evolutivos dos Direitos da Mulher em Face aos Direitos da Personalidade. Revista Jurídica CESUMAR, v.7 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 4. ed. (refundida). São Paulo: Malheiros, 1993

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, Gomes J. J. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CREMONESI, André. A discriminação de trabalhadores negros ou pardos e a inversão do ônus da prova em juízo. São Paulo: Revista L Tr 69-09/945-967.

CREMONESI, André. Inserção dos trabalhadores negros no mercado de trabalho.. São Paulo: Revista L Tr 69-07/846-847.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade (trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro). Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica. Problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

KRAUTLER, Edwin e MOTTA, Ivan Dias da. Os direitos da personalidade nas relações de trabalho. Revista jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.

LEITNER, Marta Paulina Kaiser e SILVA, Leda Maria Messias . Considerações sobre os Direitos da Personalidade e o Assédio Moral nas Relações de Emprego. Revista Jurídica CESUMAR, v.7 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Direitos da Personalidade do Cidadão no Trabalho - Curitiba: MPT 9ª. Região.

REIS, Clayton. O Abuso de Direito nas Relações Privadas e Seus Reflexos nos Direitos da Personalidade. Revista jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil Brasileiro. Revista jurídica CESUMAR, V.1 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2001

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr,

SILVA, Leda Maria Messias. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. Revista jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.

SILVA, Leda Maria Messias. Dano Moral: Direitos da Personalidade e o Poder Diretivo do Empregador. Revista jurídica CESUMAR, v.4 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2004.

VIANA, Márcio Tulio. *A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios. in Discriminação*, Coordenado por Márcio Tulio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 2000.

[1] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 4. ed. (refundida). São Paulo: Malheiros, 1993.p.56

[2] CANOTILHO, Gomes J. J. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.p.63.

[3] KRAUTLER, Edwin e MOTTA, Ivan Dias da. Os direitos da personalidade nas relações de trabalho. Revista jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.p. 508.

[4] CANOTILHO, op. cit.,p.134.

[5] SILVA, Leda Maria Messias. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. Revista jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.p.280.

[6] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, pp.293/295

[7] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, p. 773.

[8] ROMITA, op. cit., p.300.

[9] REIS, Clayton. O Abuso de Direito nas Relações Privadas e Seus Reflexos nos Direitos da Personalidade. Revista jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006. p.235.

[10] CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 562.

[11] SILVA, Leda Maria Messias.op. cit., p. 273.

[12] BARRETO, Wanderlei de Paula e SANTOS, Luciany Michelli Pereira. O Conceito Aberto de Desdobramento da Personalidade e seus Elementos Constitutivos nas situações de Mobbing ou Assédio Moral. Revista Jurídica CESUMAR, v.6 - Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.p.481.

[13] CASTRO, Maria do Perpétuo S. W. de. *A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho*. São Paulo: Revista LTr 69-08/945-967.

[14] ROMITA, op. cit., pp. 296/297

[15] CREMONESI, André. *A discriminação de trabalhadores negros ou pardos e a inversão do ônus da prova em juízo*. São Paulo: Revista LTr, 69-09/1084-1087.

[16] ROMITA, op. cit., p. 313.

[17] ROMITA, op. cit., p. 318.

[18] VIANA, Mácio Tulio. *A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios*. in *Discriminação*, Coordenado por Márcio Tulio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 2000, p. 357/359.

[19] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Direitos da Personalidade do Cidadão no Trabalho - Curitiba: MPT 9ª. Região.

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E COLISÃO DE DIREITO
FUNDAMENTAIS EM AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE**

**RIGHTS OF PERSONALITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS OF COLLISION
IN PATERNITY INVESTIGATION LAWSUITS**

Roseli Borin Ramadan Ahmad

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho busca identificar o direito ao conhecimento da identidade genética do ser humano, informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e viabilizado pela evolução genética ? exame de DNA. Aborda, ainda, os conflitos que se estabelecem entre os vários direitos fundamentais da pessoa humana, tanto no que se refere aos direitos do suposto filho em ser reconhecido, quanto aos direitos do suposto pai em não o reconhecer, analisado sob o paradigma da ponderação dos direitos colidentes, a ser estabelecida entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem perder de vista a viga central desse equilíbrio - o princípio da igualdade, de forma que a discussão se concentre na ponderação entre o direito do investigante e a sua identidade genética (e não apenas o direito à paternidade presumida) e do investigado e a sua intangibilidade física.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE HUMANA, IGUALDADE, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, VALORAÇÃO DE DIREITOS, PONDERAÇÃO.

ABSTRACT

ABSTRACT: This work seeks to identify the right of the human being to know his or her genetic identity, informed by the principle of dignity of the human being, and its enablement through genetic evolution ? DNA testing. It also addresses the conflicts that occur between the various fundamental rights of the human being, both in terms of the right of the supposed child to be recognized, and the right of the supposed father not to recognize the child, analyzed from the paradigm of balancing the conflicting rights, to be established between the principles of reasonableness and proportionality, without losing sight of the central beam of this balance - the principle of equality, so that the discussion focuses on the reflection between the investigator's right and his/her genetic identity (and not only the right to presumed paternity) and the investigate and his/her physical inviolability.

KEYWORDS: HUMAN DIGNITY, EQUALITY, REASONABILITY, PROPORTIONALITY, VALUING OF RIGHTS, BALANCING.

INTRODUÇÃO

Como premissa inicial do desenvolvimento do tema, apresentar-se-á o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, alçado à condição de categoria jurídica, a partir da Constituição de 1988, com abordagem ampliada no tocante à noção dos referidos direitos e sua incidência protetiva. Neste percurso, será imperioso à compreensão do tema tratar-se do direito ao conhecimento do vínculo de filiação, segundo uma perspectiva civil-constitucional, por meio do princípio da isonomia entre os filhos, o qual se traduziu em diretriz fundamental a ser seguida pelo hermenêuta no estudo da matéria, bem como, imperioso, ainda, será o exame acerca das provas admitidas nas ações investigatórias de paternidade, especialmente a prova pericial em DNA.

No que concerne aos conflitos que ocorrem, inevitavelmente, entre os direitos fundamentais, nas ações investigatórias de paternidade, estudar-se-á, acuradamente, a possibilidade de valoração desses direitos por meio da ponderação a ser estabelecida entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem perder de vista a viga de equilíbrio que tem no princípio da igualdade a sua centralidade inerente.

Como conseqüência lógica desse estudo, emitir-se-á um posicionamento conclusivo acerca das diversas hipóteses aventadas, pautado na doutrina, na jurisprudência e no raciocínio lógico e crítico.

1. Os direitos da personalidade

Como proposta de encaminhamento do presente estudo, faz-se mister discorrer, precipuamente, acerca de alguns conceitos cruciais que conduzem ao entendimento do que é a personalidade e quais são os direitos inerentes a esta, protegidos pela Constituição Federal sob a designação de direitos fundamentais.

A toda pessoa humana é conferida personalidade, ou a capacidade jurídica, “*qualidade inerente ao ser humano [...], uma qualificação formal, [...] um valor jurídico, [...] um bem*[100]”, que “[...] *não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualificação jurídica*[101]”, sendo, pois, a suscetibilidade genérica do indivíduo para adquirir direitos e contrair obrigações[102], ou seja, ser titular de direitos e obrigações[103].

Importa frisar que a referida aptidão genérica de adquirir direitos e obrigações inerente à personalidade humana não difere de direito para direito e, tampouco, depende da forma ou meio de pleiteá-los, podendo ser por representação, assistência, ou pessoalmente[104].

Os direitos dispostos para a proteção da personalidade humana estão voltados para a proteção do conjunto de caracteres[105] físicos, psíquicos e morais[106] desse indivíduo, destinados, a “[...] *resguardar a eminente dignidade da pessoa, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos*[107]”.

Impende esclarecer que os direitos da personalidade inerentes à personalidade humana estão abarcados numa esfera protetiva maior, a dos direitos fundamentais, que “[...] *demarcam em particular a situação do cidadão com a preocupação básica da estruturação constitucional*[108]”, ou seja, os direitos fundamentais são “[...] *direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente*[109]”.

Extraí-se do exposto que os direitos fundamentais estão dispostos, constitucionalmente, para a pessoa humana que, portadora de personalidade, tem a proteção dos chamados direitos da personalidade ? princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira[110] – lastreados pela cláusula geral dos direitos da personalidade[111] – fundada no princípio da dignidade da pessoa humana[112].

Como princípio diretivo dos direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do artigo 1º, da Lei Maior, tem em seu núcleo a própria dignidade do indivíduo, pois corresponde, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet[113], à

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham (sic) a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Mais sinteticamente, trata-se de um “[...] *valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida*[114]”, e a sua violação, conforme lição de Celso Bandeira de Mello[115], “[...] *é mais grave do que transgredir uma norma*”, haja vista que “[...] *a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos*”, e complementa que “[...] *é a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais*”.

2. Princípio da dignidade da pessoa humana do investigador versus princípio da dignidade da pessoa humana do investigado

Em razão da forte carga de abstração que encerra, o princípio da dignidade humana não tem encontrado unanimidade na doutrina, quanto ao campo de sua atuação objetiva, e, embora se apresentem harmônicos e complementares, faz-se necessária a explanação das múltiplas opiniões doutrinárias a respeito.

A dignidade pessoal, segundo Karl Larenz[116], é reconhecida como atributo de todo ser humano que deve ser respeitado como tal ? não serem prejudicados em sua existência, a vida, o corpo e a saúde – e desfrutar de um espaço existencial próprio.

Para Edilson Pereira Nobre Júnior[117], o princípio da dignidade humana implica três fundamentos: respeito à igualdade entre os seres humanos; oposição a tratamento degradante à pessoa humana, no qual se inserem a observância de prerrogativas de direito, de processo penal, da autonomia da vontade e do respeito aos direitos a personalidade; e garantia de condições mínimas de existência[118].

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de uma qualidade peculiar e diversa em cada ser humano, que o faz digno do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, importando-lhe um conjunto de direitos e deveres fundamentais capaz de lhe assegurar tutela contra todo e qualquer ato aviltante e desumano, bem como, de lhe garantir condições existenciais mínimas de vida saudável e promover sua participação nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos[119].

Considerando a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet como a que sintetiza, mais satisfatoriamente, o rol de proteção estabelecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se que a dignidade se apresenta “(...) *como uma fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que temas polêmicos como [...] a discussão sobre os limites do conhecimento científico sejam realizados sob seu manto*[120]”.

O princípio da dignidade da pessoa, como o primeiro e mais importante fundamento do sistema constitucional pátrio e dos direitos individuais, constitui-se num supraprincípio, “(...) *viga mestra sobre a qual se sustenta o direito geral de tutela da personalidade*[121]”, dentre os quais figura o direito da paternidade responsável, seja do pai, seja do filho e o direito ao conhecimento da identidade genética, ambos lastreados no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante do exposto, resta sopesar o princípio da dignidade da pessoa humana do investigado e do investigante no âmbito das ações investigatórias de paternidade, quando o investigado se recusa a fazer o exame de DNA, sob a alegação de ter feridos seus direitos fundamentais, os quais têm como núcleo essencial o princípio da dignidade humana.

É de se indagar, pois, se o investigado tem violados seus direitos fundamentais, ao ser obrigado a se submeter ao exame médico pericial, e, portanto, tem sua dignidade humana afetada, o investigante portador do mesmo direito à dignidade humana não teria, também, seus direitos fundamentais violados, quando impossibilitado de conhecer sua paternidade biológica, em razão da conduta omissiva do investigante?

Ao ser ordenado a se submeter a exame biogenético, o investigado alega violação ao princípio da legalidade, violação da intimidade e da vida privada, incluindo a

intangibilidade do corpo humano, privação da liberdade sem o devido processo legal, com violência, quando diante da condução forçada à feitura do exame de DNA, produção de prova contra si mesmo e eliminação do direito à igualdade. No entanto, o investigante tem afetados direitos fundamentais do mesmo patamar de importância, se não maior, como o direito à igualdade, o direito à legalidade, o direito ao conhecimento da identidade pessoal ou ascendência genética, a igualdade entre os filhos, o direito à paternidade responsável e o direito ao respeito. Este último, aliás, acha-se disposto nos termos do art. 227, *caput*, da CF, que atribui ao Estado, tal como à família e à sociedade, a obrigação de assegurar à criança e ao adolescente o devido respeito, o melhor interesse da criança e do adolescente ou a proteção integral da criança, o direito à integridade da dignidade da humana, o direito aos alimentos e os direitos sucessórios e à quietude e à paz pessoal oriunda da certeza quanto ao vínculo sanguíneo, que assumem maior relevância, especialmente, por se tratarem de violações a direitos do ser humano em desenvolvimento e formação.

Ao violar todos esses direitos da esfera do investigado, o investigante fere, ainda, o princípio da proibição do abuso de direito, bem como, incide em desobediência à ordem judicial e conduz o processo à inefetividade, com a agravante da coisa julgada material sobre a decisão.

Importa salientar que a paternidade biológica não se traduz apenas no conhecer, mas no conseqüente ser^[122], pois se constitui em direito intangível do ser humano e, sob o aspecto emocional, abrange questões do grau da integração psíquica da pessoa, como “(...) *não portar o sobrenome paterno, (...) não saber quem seja seu pai*^[123]”, não “(...) *conhecer sua origem, sua identidade biológica e civil, sua família de sangue*^[124]”.

Destarte, a questão em tela conduz a uma colisão de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, abarcados pelo mesmo princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana^[125], situação que se estabelece “*quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais*^[126]”, ou seja, no caso proposto, o investigado titular de direitos fundamentais como o da autonomia da vontade, da privacidade, da intimidade e da intangibilidade do corpo, ao exercer seu direito, gera conseqüências negativas sobre os direitos fundamentais do investigante, como sobre o direito à paternidade responsável, à igualdade, à igualdade de filiação e o direito ao conhecimento da sua identidade genética.

Esta colisão de direitos requer solução capaz de trazer equilíbrio a ambas as partes envolvidas na ação investigatória, mas sem, no entanto, aniquilar direito algum para qualquer das partes. E é essa alternativa que doutrina e jurisprudência precisam buscar na fonte dos princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob a forma de valoração desses direitos, ou seja, ponderando os direitos envolvidos de ambos os lados, para se chegar a uma decisão equilibrada e justa.

A doutrina majoritária^[127] se opõe à valoração, por entender que, ao se conduzir o investigado sob vara à feitura do exame biomédico, estar-se-ia ferindo de morte sua dignidade pessoal, por força da violação ao princípio constitucional da intangibilidade física do mesmo. Mas, o que se dizer do confisco do mesmo direito à

dignidade humana que o investigante tem e de que é usurpado, no todo, quando diante da insubmissão do investigante que o condena à ignorância da sua identidade biológica? Não seria razoável que houvesse ponderação desses direitos, em vez do sacrifício total dos direitos do investigante? Ao fornecer uma gotícula de saliva, de sangue ou um fio de cabelo, sofreria o investigado as mesmas conseqüências futuras de ordem física ou psíquica que acometem o investigante, ao frustrar seu direito fundamental, constitucionalmente garantido, de conhecer seu histórico familiar, cultural e genético?

Sob esta perspectiva, fica claro que não há outra solução ao impasse que se instala nas ações investigatórias de paternidade senão a ponderação dos direitos de ambas as partes, até porque *“todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos[128]”*, ademais, *“os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão, à diferença do que se sucedem (sic) com as normas ou regras[129]”*.

Diante do exposto, importa fazer-se uma abordagem verticalizada dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que informam a ponderação dos direitos, não sem antes fazer-se breve consideração acerca do princípio da igualdade, que deve se manter incólume diante da valoração.

3. Princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade e a ponderação dos direitos fundamentais nas ações investigatórias de paternidade

3.1. Princípio da igualdade e sua relevância na valoração dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 acolheu o princípio da igualdade de direitos, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento equivalente pela lei, em harmonia com os critérios abrigados pelo ordenamento jurídico, na forma do artigo 5º, *caput*[130], que dispõe que todos são iguais perante a lei. Assim, tal princípio constitucional consubstancia a ponte entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente[131].

Importa frisar que a referida igualdade posta para todos os seres humanos, proclamada na Constituição Federal, deve ser entendida, não apenas como norma editada para nivelar os indivíduos, mas, também, para dispensar tratamento equânime às pessoas, ou seja, a cláusula constitucional da igualdade tem como *“(...) destinatário o legislador e, em conseqüência, a legislação[132]”*. Sendo assim, há que se entender a referida igualdade sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material – que teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, ou seja, *“Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres[133]”*, e o da igualdade formal – que seria, abstratamente, a identidade de direitos e deveres concedidos à coletividade como concebida nos textos legais[134].

Destarte, conclui-se que “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania[135]” e no tocante às questões que envolvem a descoberta da verdadeira paternidade, aplica-se, com maior razão, o princípio da igualdade nos termos acima propostos[136], haja vista a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, ter igualado a tutela dos filhos havidos ou não da relação matrimonializada, ou por adoção, e a ter reafirmado no Código Civil de 2002, nos termos dos artigos 1.596 a 1.629, inadmitindo qualquer forma de diferenciação.

No entendimento de Luiz Edson Fachin, “Do princípio que estatui a igualdade entre a filiação havida dentro e fora do casamento decorre o direito que toca a todos os filhos de serem declarada a sua verdadeira paternidade[137]”; entretanto, em razão da colisão de direitos fundamentais que ocorre nas demandas investigatórias de paternidade, diante da insubmissão à feitura do exame biomédico, o que vem acontecendo, não raro, é a afronta a princípios e direitos fundamentais, de forma a aniquilar os direitos do investigante, em benefício dos direitos do investigado.

Conclui-se, que, embora o princípio da igualdade esteja disposto, material e formalmente, para todos, sem distinção, no âmbito das ações de investigação da filiação, a igualdade não se aplica, formalmente, e isso se dá, de forma dissimulada, sob a alegação da proibição de se ferir o princípio da dignidade da pessoa do investigado, como se o investigante não tivesse o mesmo direito de não ter violada a sua dignidade.

Feitas as devidas considerações acerca do princípio da igualdade, mister se faz analisarem-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que buscam sustentar a ponderação dos interesses envolvidos entre as partes e se transformam na base sólida que fundamenta a valoração dos direitos fundamentais na seara das ações investigatórias de paternidade.

3.2. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Inicialmente, a idéia de proporcionalidade estava ligada à esfera do direito penal[138] e do direito administrativo[139], e sua constitucionalização, no campo dos direitos fundamentais, somente ocorreu com o fim da Segunda Guerra Mundial, na Alemanha[140], cruzando as fronteiras, rapidamente, e sendo incorporada pela jurisprudência constitucional de inúmeros países e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[141], sendo que, atualmente, no âmbito de vigência das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, o princípio constitucional da proporcionalidade é princípio universal.

Releva esclarecer que, comumente, a doutrina aborda a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade sob o aspecto jurídico-político; mas, em razão do foco deste trabalho estar voltado para a utilização do princípio com o objetivo de se obter o equilíbrio na decisão sentencial – ou seja, a justiça ? o enfoque será dado sob o fundamento filosófico, haja vista ser a justiça o valor vital para o seu embasamento. A justiça será

tratada com base nas teorias socráticas, pois estas se fundamentam nos conceitos de equilíbrio e justa medida, numa correlação entre a lei, o Direito e a justiça, sendo esta última fundamento axiológico e pressuposto do Direito[142].

Feitas estas breves considerações necessárias, é relevante conceituar o princípio da proporcionalidade, ou melhor, buscar traduzir seu conteúdo, haja vista que este nem sempre se encontra explicitado sob esta epígrafe, até por não haver, na doutrina, consenso acerca de este princípio diferir do princípio da razoabilidade[143], razão pela qual se faz necessário, antes de os conceituar, abordar suas diferenças[144], de modo a realizar uma análise e transmitir noção de seu real conteúdo, o qual alguns autores[145] afirmam ser mais fácil sentir do que definir.

Cármem Lúcia Antunes Rocha[146] defende que o princípio da proporcionalidade tem o condão de impedir excessos na aplicação dos princípios constitucionais, possibilitando que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional, no que difere do princípio da razoabilidade, que permite que se conheça o espírito destes princípios e se acerte a sua interpretação e aplicação, propiciando que se conheça o princípio considerado em si mesmo. Nesse mesmo sentido, Nicholas Emiliou aduz que o critério da razoabilidade está “*consubstanciado em primado de interpretação das leis, se refere à perfeita sincronia entre aquilo que se encontra inserido na norma e o que dela é extraído na experiência prática*”[147].

Embora admita existirem semelhanças entre a proporcionalidade e a razoabilidade, Luís Virgílio Afonso da Silva[148] assevera ser indispensável fazer-se distinção terminológica e conceitual, e alerta para a diferença de estrutura e origem dos princípios. Para o autor, a semelhança se identifica no objetivo de se coibirem excessivas limitações a direitos fundamentais; mas, diferem no sentido de que a proporcionalidade possui critérios predefinidos de adequação, necessidade e proporcionalidade, podendo ser individualizada, o que não ocorre com a razoabilidade.

Muitos são os critérios que buscam diferenciar a proporcionalidade da razoabilidade, mas fato é que “*(...) existe uma distinção ontológica entre os conceitos, pois as noções de balanço, e equilíbrio envolvem a proporcionalidade, enquanto a razão e a racionalidade (lógica) constituem aspectos relevantes tanto da razoabilidade quanto da proporcionalidade*”[149]; todavia, também é fato que “*Quando aplicadas sobre as leis e medidas restritivas de direitos fundamentais, a proporcionalidade e a razoabilidade realmente se assemelham, pois a sociedade reprime qualquer tentativa de limitação excessiva nesta esfera*”[150].

Por conseguinte, conclui-se que ambos os princípios se complementam e são necessários para validar a ponderação dos direitos fundamentais, pois, enquanto a razoabilidade possui forte conteúdo subjetivo, guiado pelo senso comum predominante, a proporcionalidade, com seus subcritérios[151] objetivos, volta-se para a esfera da ciência jurídica, aplicável a todos os ordenamentos jurídicos[152].

Determinada a relevância do princípio da proporcionalidade na esfera dos direitos fundamentais, importa analisar, agora, sua expressão legal e aplicabilidade no direito pátrio.

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade não está explicitado na Constituição Federal, mas, está inserido, todavia, na sua “(...) *estrutura normativa junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infra-constitucionais*[153]”. Assim se entende, em razão da adoção de uma visão sistemática da Constituição, que permite aferir sua existência de forma implícita, devendo “(...) *guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores, não obstante não se encontrar explicitamente delineado*[154]”.

A base do princípio da proporcionalidade está contida no binômio meio/fim “(...) *cuja finalidade é aferir a harmonia existente entre os fins do Direito e os meios utilizados para a consecução de tais fins*[155]”, isto é, tem o condão de controlar os excessos e deixar que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos, quando diante da existência de colisão destes direitos individuais, ou seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade concederá ao caso concreto aplicação coerente e segura da norma constitucional, pois se sabe que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Constituição Federal.

Ademais, “*ao afirmar que todo homem possui uma esfera intangível de direitos, decorrentes somente de sua existência enquanto ser da espécie humana, a Constituição garantiu devam todos os cidadãos ser tratados de forma equitativa*[156]”, o que pressupõe, claramente, para além da igualdade formal, “*tratamento diferenciado buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada um. (...) A proporcionalidade é, por conseguinte, idéia ínsita à concepção de estado democrático de Direito (CRFB/88, artigo 1º., caput)*[157]”.

O princípio da proporcionalidade é direito positivo, garantia de respeito aos direitos fundamentais e instrumento eficaz de “(...) *organização da vida social para o alcance do bem comum*[158]”, ou seja, na defesa dos direitos fundamentais individuais[159], pois “(...) *tem o condão de buscar a legitimidade do próprio direito*[160]”, fundamentado[161] no art. 1º, *caput*[162], eis que, no Brasil, vigora o sistema Democrático de Direito, o qual, por se tratar de um sistema aberto, por natureza, em razão de seu regime democrático, permite nos termos do art. 5º, § 2º^[163] da CF, e, especialmente no inciso III, também do art. 1º, que trata da dignidade da pessoa humana[164], a absorção de outros direitos e princípios recepcionados pela Constituição Federal brasileira. Assim entendido, com base nestes dispositivos, tem-se como implícita “(...) *a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição*[165]”, quais sejam: “*aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição*” [166], propiciando pleno atendimento ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional[167].

Entendido que o princípio da proporcionalidade difere do princípio da razoabilidade e que aquele é garantia dos direitos fundamentais e instrumento viabilizador da sua efetividade, resta analisar o papel do princípio da razoabilidade na ponderação dos direitos fundamentais, traçando-se um perfil de entrelaçamento e complementariedade entres esses princípios.

A referência aos termos 'entrelaçamento e complementariedade' se justifica, por se entender que, apesar de a razoabilidade se constituir em princípio geral de interpretação e de ter a função eficaz de bloqueio, o princípio da proporcionalidade, além de conter estas mesmas características, a elas somam-se a qualidade de princípio jurídico-material e de segurança da concretização dos interesses constitucionalmente consagrados[168]. Ademais, a razoabilidade se apresenta, em certa medida, no princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, "(...), pois igualmente nessa fase se exige um sopesamento ou ponderação para se avaliar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em exame, não obstante não torna os dois princípios uma mesma coisa[169]", ou seja, "O princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza (...) e os fins que ela tem que alcançar[170]".

O princípio da razoabilidade não se encontra previsto na Constituição Federal, expressamente. Entretanto, pode-se inferi-lo no sistema constitucional pátrio, de forma implícita, em alguns dispositivos.

A Constituição Federal assegura a razoabilidade, ao dispor sobre a matéria, nos termos do art. 5º, inciso LIV[171], que trata do devido processo legal para assegurar direitos e dirimir conflitos, dentre os quais se insere a colisão de direitos, e o inciso LXXVIII[172], do mesmo artigo, que assegura, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, haja vista o princípio do devido processo legal constituir fundamento essencial do regime democrático de direito, uma vez que sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual[173].

Importa frisar, ainda, que, quando se trata da aplicação da razoabilidade em matéria de Direito, há que se considerar que a lógica aplicada não é a formal[174], mas sim a lógica do razoável, pois, de acordo com Recaséns Siches[175], o juiz deve submeter-se à lógica do razoável, sendo que sua decisão deve ser precedida de um complexo conjunto de etapas: a filtragem dos fatos, a avaliação da prova, a confrontação com a lei e a ponderação das conseqüências de sua decisão e, só após concluir, por intuição intelectual, fixar, então, uma posição acerca do caso *sub judice*, amparado pelo princípio constitucional da razoabilidade.

Pode-se definir o princípio da razoabilidade, nos termos propostos por Suzana de Toledo Barros, como uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, bom-senso, moderação e prudência, traduzindo tudo que não é absurdo, tão somente o que é admissível[176]; e proporcionalidade, no entendimento de Willis Santiago Guerra Filho[177], como "(...) a correspondência entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento de sua recíproca apropriação", e complementa, "colocando, de um, lado, o interesse do bem estar-social da comunidade, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro".

Importa, por fim, ressaltar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade vêm adquirindo importância crescente nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial pátrios, na busca pela concretização dos direitos fundamentais, sob a forma de uma interpretação mais progressista da Constituição, pela qual o jurista e o

aplicador do Direito não se atenam à exegese, buscando sempre o fundamento social, que não apenas justifica a norma como também lhe confere o precioso sopro de vida. Entende-se, assim, que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são capazes de promover a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos.

4. Ponderação dos direitos fundamentais colidentes nas ações investigatórias de paternidade

Cumpra tecerem-se, aqui, breves considerações acerca da colisão dos direitos fundamentais e da ponderação desses direitos, a fim de tornar mais fácil a compreensão deste meio de solução de conflitos de interesses pessoais fundamentais que permeiam as ações investigatórias de paternidade.

A colisão de direitos fundamentais ocorre, quando seu titular, ao exercitar esse direito, gera colisão com direito fundamental de outrem ou com a proteção do interesse de bens da sociedade ou do Estado[178]. Neste norte, caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, cabe ao aplicador do Direito fazer uso do método concretista e, por meio da razoabilidade e da proporcionalidade, ponderar os interesses envolvidos, a fim de fornecer a melhor solução.

A ponderação de interesses e bens, no caso concreto, segundo Karl Larenz, “*é um método de desenvolvimento do Direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar direitos cujo âmbito ficou aberto*[179]”.

Como técnica de decisão, a ponderação de interesses, de acordo com Daniel Sarmento, “*atribui especial relevância às dimensões fáticas do problema*[180]”, ou seja, estabelece uma clara prevalência valorativa dos interesses tutelados pela Constituição Federal, de forma a harmonizá-los nas circunstâncias da situação concreta, evitando o sacrifício completo de uns em detrimento dos outros. Mas, como e quando ponderar estes direitos? A resposta é simples: somente diante de um caso concreto, quando haja evidente colisão de direitos sob a forma de aplicação coerente e segura da norma constitucional, examinando a carga de incidência que cada um deve ter, resguardando-se, assim, ao máximo, os direitos e garantias fundamentais ratificados, constitucionalmente.

Para a realização da ponderação de direitos, todavia, necessário se faz atenderem-se alguns pressupostos básicos. De acordo com Wilson Antonio Steinmetz[181], é preciso que haja, primeiramente, a colisão de direitos fundamentais protegidos, constitucionalmente, e que, nesta, a realização ou otimização de um implique a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro, e que inexista, ainda, hierarquia abstrata entre direitos colidentes, isto é, a impossibilidade de construção de regra de prevalência definitiva.

Para que seja realizada a ponderação, entretanto, é preciso colher, antes, a partir do caso concreto, o núcleo essencial da norma que é o conteúdo mínimo e intangível[182] do direito fundamental, que deve sempre ser protegido, em quaisquer circunstâncias, sob pena de se aniquilar o próprio direito, pois o núcleo essencial, ou conteúdo essencial, *"limita a possibilidade de limitar, isto é, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais[183]"*; desta forma, as restrições aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação do núcleo essencial do direito, de forma que, se o núcleo essencial for afetado, o direito pode ser considerado ilegitimamente restringido.

O Direito pátrio não menciona esse núcleo de preservação mínimo do direito no ordenamento jurídico, mas ele é extraído da própria natureza destes direitos, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que dão suporte à aplicação da técnica da ponderação dos interesses constitucionais colidentes.

O fundamento da ponderação baseada na preservação mínima dos direitos envolvidos não é único; segundo Robert Alexy[184], o fundamento do princípio da ponderação, além de residir nos princípios de direito fundamental, radica, ainda, nos princípios do Estado de Direito, na prática jurisprudencial e no conceito de justiça.

Destarte, claro está que a ponderação de interesses, calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, é a técnica mais adequada para dirimir conflitos entre direitos fundamentais, pois somente a ponderação entre valores questionados pode resultar na escolha da melhor medida. Neste viés, resta aplicar o princípio da ponderação ao caso proposto, qual seja, o direito de investigar a identidade genética mediante a recusa do investigado a se submeter ao exame de DNA.

Como bem frisa Celso Antônio Bandeira de Mello, *"Uma norma ou um princípio jurídico podem ser afrontados tanto à força aberta como à capucha. No primeiro caso expõe-se ousadamente à repulsa; no segundo, por ser sutil, não é menos censurável[185]"*. É sob o formato desse segundo caso que se esconde a recusa ao exame de DNA, abrindo-se, pois, a possibilidade de se resolverem as ações de investigação de paternidade com base naquele exame e é, também, sob este formato que se confiscam os direitos do filho de conhecer seu pai biológico, de conhecer sua história de vida, sua ancestralidade, sua identidade genética.

Outra solução não há para solucionar os mencionados conflitos, senão racionalizar e proporcionar, sob a forma de ponderação dos direitos colidentes, sem, no entanto, jamais perder de vista a integralidade da igualdade entre investigado e investigante, que ostentam o mesmo valor da dignidade da pessoa humana[186].

Entre a integridade física do investigado e o direito à identidade genética do investigante, qual direito deve prevalecer?

A prevalência de um direito implica hierarquizar outro direito e, para que isso ocorra, é necessário, no caso proposto, especialmente, que se resguarde o princípio da igualdade[187] entre investigante e investigado, os quais são, em igualdade de condições, titulares de direitos fundamentais e estão amparados, identicamente, pelos princípios fundados no valor da dignidade da pessoa humana[188].

Observado o princípio da igualdade entre ambas as partes, na demanda de investigação de paternidade, há que se buscar, por via da ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o equilíbrio necessário para se dirimir o conflito de direitos fundamentais que se revela diante da condução do investigado ao exame de DNA.

Insta frisar que, embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontrem previstos, expressamente, sob estas epígrafes, na Constituição de 1988, não se permite inferir-se estarem estes princípios afastados do sistema constitucional pátrio, pois são direitos positivados e garantias de respeito aos direitos fundamentais e se inserem na estrutura normativa da Constituição junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais, bem como, flui, seu espírito, ainda, do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

O princípio da ponderação alicerçado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade busca, conforme afirma Willis Santiago Guerra Filho^[189], uma “(...) *“solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s)*”, e complementa, “(...) *jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana*”.

Diante da relevância do direito pleiteado pelo investigante e das conseqüências irreversíveis que a denegação desse direito acarreta ao mesmo, para o resto de sua vida, a condução coercitiva do investigado à feitura do exame de DNA, reservadas as devidas proporções, em absolutamente nada viola seus direitos de personalidade, uma vez que a proporcionalidade e a razoabilidade, devidamente aplicadas aos casos de investigação de paternidade, buscam o equilíbrio, a moderação, a harmonia, o senso comum e a preservação dos valores concernentes às questões da paternidade, bem como, primam pelo respeito e zelo proporcionais e razoáveis a todos os princípios e direitos que norteiam as partes envolvidas.

Há que se considerar, ainda, que o sacrifício imposto ao pretense pai e, bem assim, a alegada violação da integridade física pelo investigado é “risível” – conforme notou o Ministro Francisco Rezek, em seu voto vencido no Habeas Corpus nº 71.373-4/RS – 1996 (STF), que compartilhou do entendimento do STJ/RS de que o investigado deveria ser conduzido “sob vara” ao laboratório, pois, diante dos conflitos de direitos subjetivos, deveria prevalecer o interesse da criança – eis que a ínfima quantidade de 5 ml de sangue, uma gota de saliva ou um mero fio de cabelo, retirados com a finalidade de comprovar filiação, não violam, sob hipótese alguma, a integridade física do investigado.

Diante do exposto, fica claro que é possível hierarquizar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inerente às partes, devendo conservar-se incólume o princípio da igualdade, que é princípio protetor e orientador no sopesamento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com o fim específico de dirimir os conflitos entre o direito à dignidade da pessoa humana do investigante e o mesmo direito do investigado. Fica claro, semelhantemente, que a idéia de valoração dos direitos fundamentais revela-se extremamente importante, por viabilizar a dinâmica de

acomodação dos diversos princípios jurídicos fundamentais, além do que ela também se revela como expressão de um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito, em seus diversos ramos, como, também, em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo[190].

A ponderação de direitos fundamentais vem ocorrendo no mundo jurídico, em várias situações, sem maiores questionamentos, sob a batuta da doutrina e da jurisprudência, podendo-se citar como exemplos a obrigatoriedade da apresentação de perícia médica, para fins de interdição[191], situação em que a autonomia de vontade, bem como a liberdade de escolha são relegados em prol de interesses, na maioria das vezes, econômicos.

Outro exemplo é a prisão civil por inadimplemento da prestação alimentícia[192], quando o alimentante tem restringido o seu direito à liberdade e à dignidade em detrimento do direito alimentar do alimentado, direito este justificado em prol da vida e da preservação da dignidade humana. Em se tratando da preservação da vida, a transfusão de sangue, por ordem judicial, em razão de motivos religiosos[193] é outro exemplo importante de hierarquização de direitos fundamentais, pois, mesmo contrariando a liberdade de escolha, a autonomia de vontade do responsável pelo paciente, a intangibilidade física e o direito à liberdade de crença religiosa[194], o juiz ordena a transfusão de sangue em favor do direito à vida, à saúde e à dignidade humana.

Em benefício da saúde, a liberdade de escolha, a autonomia da vontade e a intangibilidade física também são deixadas em segundo plano, quando diante da determinação estatal imposta nas campanhas de vacinação forçada, situação que relega outros direitos como o direito à educação, haja vista a insubmissão à vacina ser apenas com a impossibilidade de matrículas nas escolas e universidades; crenças religiosas[195], todos estes direitos são relativizados em prol da saúde pública, sob a alegação de prevenção e controle de epidemias.

Situação interessante a ser exemplificada, ainda, é a medida cautelar de separação de corpos ou afastamento temporário da morada do casal, circunstância em que o juiz ordena a saída do cônjuge do seu lar por meio de ordem judicial, usando de força na sua retirada, se isso se fizer necessário; o que poderia ser considerada agressão ao direito à liberdade, se converte em método de ponderação em favor do direito fundamental do outro cônjuge em ter preservadas sua integridade física e psíquica ou a própria vida, quando estas estiverem ameaçadas. Também, nesses casos, o direito de propriedade, no sentido de permanecer no imóvel que lhe pertence, igualmente assegurado constitucionalmente, fica em segundo plano, nas situações em que o cônjuge afastado é proprietário do imóvel. Ainda, como exemplo de cerceamento da liberdade de ir e vir e da autonomia da vontade, é possível citar a proibição por ordem judicial aos genitores de se aproximarem do filho em razão da preservação da sua integridade física ou psíquica ou da própria vida deste, da sua educação e formação intelectual e moral e da sua segurança.

Na seara do direito penal, têm-se ainda os exemplos clássicos da submissão do indivíduo ao exame toxicológico e de colheita de impressão digital ou mesmo de sangue[196] para determinar, respectivamente, o uso de entorpecentes ou

álcool e para determinar a identidade ou configurar participação em atos criminosos, situações que sobrepõem os direitos à liberdade de escolha, à autonomia da vontade, à intangibilidade física e à dignidade da pessoa humana, em prol da segurança pública, da paz social e/ou pessoal[197].

Todos os exemplos expostos de situações em que há a ponderação de direitos fundamentais acontecem todos os dias, no âmbito do Judiciário e sob o consenso da doutrina e da jurisprudência[198]; mas, quando a questão da ponderação é posta para os direitos individuais do suposto filho em relação ao suposto pai, para conduzi-lo sob vara, em razão de insubmissão à feitura do exame, parte considerável da doutrina e da jurisprudência se levanta em contraposição, enaltecendo os direitos do investigado e suprimindo, por completo, os mesmos direitos e mais outros do investigante.

Em síntese, do exposto conclui-se que, diante da colisão de direitos fundamentais, a aplicação do princípio da ponderação é a medida mais acertada quando da colisão entre dois ou mais direitos constitucionais, haja vista ser necessário prevalecer o direito de maior peso, considerando as circunstâncias do caso concreto, em detrimento dos demais, a fim de solucionar o conflito instalado.

O problema, todavia, reside não em aceitar o necessário sopesamento entre direitos protegidos, constitucionalmente, mas em fixar critérios capazes de nortear a decisão pela prevalência do direito constitucional que deve ser aplicado. Entretanto, ainda que não seja possível afastar a considerável carga subjetiva característica da decisão, a prevalência deve ser pela maior densidade valorativa de determinado princípio constitucional, em detrimento de outro, pautada por critérios racionais, razoáveis, capazes de serem justificados dentro de uma racionalidade lógica,

A decisão racional, que põe termo ao conflito entre princípios e direitos constitucionais, precisa ter sua base na moderna teoria da argumentação jurídica aplicada ao caso concreto, de forma que os argumentos decisivos sejam dotados de racionalidade e aceitos, consideravelmente, pela sociedade, pois somente uma decisão razoável e coerente, tutelada, constitucionalmente, legitima a atuação do Poder Judiciário.

Em razão da difícil aplicação do princípio da ponderação à colisão de direitos fundamentais envolvidos nas ações investigatórias de paternidade, a discussão essencial deve ser concentrada na ponderação entre o direito do investigante e a sua identidade genética (e não apenas a paternidade presumida) e do investigado e a sua intangibilidade física.

O direito constitucional que o investigante tem de conhecer sua ancestralidade genética, e não apenas o direito à paternidade fundada em uma presunção processual, tem, indiscutivelmente, maior peso, frente a uma gota de sangue, um fio de cabelo ou uma gotícula de saliva do investigado. Conseqüentemente, não resta dúvida de que o primeiro se sobrepõe ao segundo, em razão das condições do caso concreto. Destarte, o suposto sacrifício imposto à integridade física do investigado é, em última análise, risível diante do direito do investigante de conhecer sua origem genética, direito este decorrente da própria extensão do valor fundante da dignidade da pessoa humana.

5. Considerações conclusivas

A colisão dos direitos fundamentais envolvidos nas ações investigatórias de paternidade é importante fator a ser analisado, pois requer a ponderação desses direitos, medida que possibilita, diante de um caso concreto, sob a forma de uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, examinar a carga de incidência que cada direito deve ter, resguardando-se, assim, ao máximo, os direitos e garantias fundamentais ratificados, constitucionalmente.

Essa possibilidade só ocorre em razão de a ponderação de interesses se assentar nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob forma de uma das mais adequadas técnicas para dirimir conflitos entre direitos fundamentais, pois somente a ponderação entre valores questionados pode resultar na escolha da melhor decisão. Portanto, outra solução não resta senão aplicar o princípio da ponderação ao caso proposto, qual seja o direito de investigar a identidade genética mediante a recusa do investigado a se submeter ao exame de DNA.

E, por não ser medida de fácil aplicabilidade, requer seja foco essencial de análise, de forma que a discussão deve se concentrar na ponderação entre o direito do investigante e a sua identidade genética (e não apenas o direito à paternidade presumida) e do investigado e a sua intangibilidade física.

O direito constitucional que o investigante tem de conhecer sua ancestralidade genética, e não apenas à paternidade fundada em uma presunção processual, tem, indiscutivelmente, maior peso, frente a uma gota de sangue, um fio de cabelo ou uma gotícula de saliva do investigado. Por esta razão, não resta dúvida de que o primeiro se sobrepõe ao segundo, em razão das condições do caso concreto. Destarte, o suposto sacrifício imposto à integridade física do investigado é, em última análise, risível diante do direito do investigante de conhecer sua origem genética, direito este decorrente da própria extensão do valor fundante da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Trad. Dr. Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, v. I. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 1999.

BARRETO, Wanderlei de Paula. In ARRUDA ALVIM e ALVIM, Thereza Arruda (coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro – Parte Geral**, v. 1 (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **In O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **O princípio da constitucionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 3ª ed. Brasília: Livraria Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco e BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política [IBDC]. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, abr./jul., 1998.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade – De acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**, 7ª ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Universitária, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.

BONESANA, Cesare. **In: Dei Delitti e Delle Pene – Tradução de Paulo M. de Oliveira**. Rio de Janeiro: Tecnoprint Gráfica Editora (Edições de Ouro), 1969.

BOSSERT, Gustavo A. e ZANNONI, Eduardo A. **Régimen legal de filiación y patria potestad, Ley 23.264**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**, 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Os direitos da personalidade: Gênese e sentido**. Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado – Revista Doutrinária, ano 4, n. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, maio/2001.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COSTA, José Rubens. **Direito indisponível à verdade histórica – exame compulsório de DNA**. Jurisprudência Temática. RT/Fasc. Civ. Ano 90, v. 793, nov. 2001.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, 1ª ed. Campinas: Romana, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Princípio da razoabilidade**. In *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Investigando a parentalidade – Quem é o pai?** Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Distrito Federal, de 10 a 14 de maio de 2004, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF. Publicada na R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004. Disponível no Site: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo08.pdf>. Acessado em 21.01.2008.

DOTTI, René Ariel. **O exame de DNA e as garantias do acusado**. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Paternidade e ascendência genética**. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de. **O vínculo genético da filiação pelo DNA: sua aplicação nos tribunais**. In: *Âmbito Jurídico*, mar/2001. [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/bio0002.htm>. Acessado em 14.01.2008.

GATTI, Murilo. **Meu filho voltou a ter pai – Segundo teste de DNA feito para identificação da paternidade de uma criança de 4 anos foi positivo; resultado do primeiro exame foi negativo e será questionado pela mãe na justiça**. *Jornal O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, Domingo, 23 de julho de 2006.

GEBRAN NETO. João Pedro. **A aplicação dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luis Fernando Ferreira. **Os efeitos do enunciado nº 301 da Súmula do STJ: presunção de paternidade ou simples vestígio da verdade?** Site: <http://www.eneascorrea.com/news/138>. Acessado em 16.01.2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre o princípio da proporcionalidade**. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coords.) *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade**. *Revista dos Tribunais*, nº 4, v. 719, 1995.

_____. **O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito no Brasil**. Artigo publicado no site; www.mundojuridico.adv.br, em 10.05.2003. Acessado em 26.09.2006.

KLICKA, Christopher. **Vacinações: a escolha dos pais**. *Mídia sem máscara*: <http://www.midiasemmascara.com.br/artigo.php?sid=5025>. Acessado em 18.02.2008.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: *Derecho* Reunidas, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O exame de DNA: Reflexões sobre a prova científica da filiação.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). Repertório de doutrina sobre direito de família. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Luiz Netto. **O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista Brasileira de Direito de Família, nº 1, Porto Alegre: Síntese, jun/1999.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Site: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acessado em 25.01.2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. **A sacralização da presunção na investigação de paternidade,** ano 3, nº 29. Síntese Jornal, jun/99.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana – Princípio constitucional fundamental.** Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Recusa ao exame de DNA investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade?** In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade,** 3. ed., 7ª tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções.** Niterói: Labor Juris, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O direito personalíssimo à filiação e à recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais.** In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Mundo Educação. **Sistema ABO.** Site: <http://www.mundoeducacao.com.br/biologia/sistema-abo.htm>. Acessado em 11.01.2008.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista de Direito Administrativo, nº 219:237-251, jan./mar., 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana – Doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança,** in PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PORTANOVA, Rui. **Princípio Igualizador**, v. 62. Revista Ajuris, 1994.

RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade – Manual prático do DNA**, 1ª ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Quem são os pais? DNA e filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?** In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da proporcionalidade – Concepção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANTIAGO FILHO, Willis. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. Artigo publicado no site: www.mundojuridico.adv.br, em 10.05.2003. Acessado, em 26.09.2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, 212/92, abr.-jun. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, Fasc. Civil. São Paulo, abr., 2002.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THURLER, Ana Liési, **Paternidade e Deserção – Crianças sem Reconhecimento, Maternidades Penalizadas pelo Sexismo.** Site: www.revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993. Acessado em 12.12.2007.

VALDÉS, JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990.

VELOSO, Zeno. **Sacralização do DNA na investigação de paternidade.** In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica.** In, RAMOS, Carmem Lúcia Silveira [et al]. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, (21): 400-16, maio, Belo Horizonte, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. **Possibilidade de condução coercitiva do investigado para fazer exame genético.** Doutrina Nacional; Doutrina de direito privado, v. 8. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Barreto B. A. Nery. (Coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[1] AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 205 e 208.

[2] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 19.

[3] DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 116.

[4] DE CUPIS, A. *Idem, ibidem*.

[5] BARRETO, Wanderlei de Paula, In ARRUDA ALVIM e ALVIM, Thereza Arruda (coords.), *Comentários ao Código Civil Brasileiro – Parte Geral*, v. 1, p. 39.

[6] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 70.

- [7] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, prefácio, VII.
- [8] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 131.
- [9] BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade – De acordo com o Novo Código, p. 45.
- [10] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 359.
- [11] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, p. 137.
- [12] Embora a Constituição Federal não disponha, expressamente, acerca da cláusula geral dos direitos da personalidade, subtende-se que a adota em seu Título I, quando resguarda a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.
- [13] CF. Art. 1º, III – “*A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...); III – a dignidade da pessoa humana*”.
- [14] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, p. 60.
- [15] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 106.
- [16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de Direito Administrativo, p. 300.
- [17] LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, p. 46.
- [18] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 240.
- [19] No mesmo sentido: VALDÉS, JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 149.
- [20] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 60.
- [21] MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana – Princípio constitucional fundamental, p. 120.
- [22] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, p. 138.
- [23] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, p. 122.
- [24] SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, p. 92.

[25]MADALENO, Rolf Hanssen. Novas perspectivas no direito de família, p. 40.

[26]Neste sentido, frisa Pedro Belmiro WELTER: “no caso dos direitos fundamentais do investigador e do investigado, não se está apenas em conflito entre duas normas infraconstitucionais, ou entre norma infraconstitucional e norma constitucional, ou entre duas normas constitucionais, ou entre norma constitucional e um princípio constitucional ou, ainda entre dois princípios constitucionais, mas sim, em conflito entre dois direitos fundamentais”. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, p. 128.

[27]ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais no estado de direito democrático, p. 68/69, *apud*, STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 66.

[28]Neste sentido: MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade? *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais, p. 161. Os autores asseveram que: “(...) para realização do exame de DNA, é necessária a colheita de material, mas vale ressaltar que, para muitas pessoas, isto é um sacrilégio, havendo quem prefira amargos remédios a uma “simples” agulhada – presente, portanto, o sentimento e, nele, a subjetividade, o que é suficiente para caracterizar um estado de sofrimento com ofensa à integridade física e psíquica, tuteladas como direito individual. Tutela que somente se subordina e cede à hipótese de indisponibilidade no resguardo da vida, o que não é o caso de investigação de paternidade, visto não estar a “vida” do investigador condicionada ao conhecimento da paternidade”. Importa ressaltar, todavia, que o exame de DNA não necessariamente é feito por meio de análise do sangue; podem ser utilizados fios de cabelo, esperma, saliva e outros materiais que tenham sua extração mais simplificada, sem qualquer invasão do corpo humano, o que desautoriza, no todo, a justificativa dada pelos citados autores.

[29]ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, p. 74.

[30]FREITAS, Juarez de. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional, p. 398.

[31]CF, art. 5º ? “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros (...)”.

[32]PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador, p. 280.

[33]CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional, p. 30.

[34]BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, p. 225.

[35]Neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade, p. 58/59.

[36]BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império, p. 424, *apud*, Celso Antônio Bandeira de MELLO. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 18.

[37]O referido princípio não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento a qualquer tempo de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

[38]FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade – Relação biológica e afetiva, p. 30.

[39]Cesare BONESANA (marquês de Beccaria) entendia, em sede de Direito Penal, que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. *In Dei Delitti e Delle Pene* – Dos delitos e da penas, p. 123.

[40]Suzana de Toledo BARROS esclarece que: “*o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração*”. *In O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 356.

[41]Foi com a Lei Fundamental de Bonn que o princípio da proporcionalidade passou para a esfera constitucional, plasmando imperativo substancial do Estado Democrático de Direito, que impôs o exercício moderado do poder deste. STUMM, Raquel Denize. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, p. 127.

[42]STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 146.

[43]Neste sentido: SANTOS, Jarbas Luiz dos. Princípio da proporcionalidade – Conceção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações, p. 01 e 02.

[44]Há corrente doutrinária que entende haver equivalência entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; neste sentido: FREITAS, Juarez de. Princípios fundamentais do direito administrativo brasileiro; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da razoabilidade. Outra corrente doutrinária entende haver fungibilidade entre os referidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 237- 251.

[45]Outros autores defendem a distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *in passim*.

[46]Nesse sentido, Luis Roberto BARROSO aduz que: “(...) *tal princípio é mais fácil de ser sentido do que conceituado*”. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional; Paulo BONAVIDES: “(...) *há princípios*

mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios”. Curso de direito constitucional, p. 356.

[47]ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública, p. 39.

[48]EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in German Public Law. In The principle of proportionality in European Law – a comparative study*, p. 39.

[49]SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 27-31.

[50]BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade, p. 101.

[51]BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade, p. 113.

[52]Adequação, necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito; neste sentido, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 27-31.

[53]BRAGA, V. e S. Idem, p. 114.

[54]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

[55]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Idem, ibidem.

[56]SANTOS, Jarbas Luiz dos. Princípio da proporcionalidade – Concepção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 18.

[57]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

[58]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Idem, ibidem.

[59]SANTOS, Jarba Luiz. dos. Idem, p. 03.

[60]Nesse sentido: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática, p. 41.

[61]SANTOS, Jarbas Luiz. Idem, p. 03.

[62] Ressalta-se que há discussões doutrinárias acerca da fundamentação do princípio da proporcionalidade: se se trata de um princípio de direito natural, se integra o cânone do Estado Democrático de Direito, se advém do devido processo legal ou se é um dos “outros direitos constitucionais” previstos no § 2º, do art. 5º, da CF; neste sentido, alerta ARAÚJO, F. F. de. *Idem*, p. 47.

[63] CF, art. 1º ? “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*”.

[64] CF, art. 5º ? (...). § 2º ? “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

[65] Neste sentido: NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio da dignidade da pessoa humana – Doutrina e jurisprudência, p. 43. O posicionamento do autor se coaduna com os daqueles que têm os direitos humanos como fonte natural do princípio da proporcionalidade.

[66] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 396.

[67] BONAVIDES, Paulo. *Idem*, *ibidem*.

[68] Nesse sentido: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática, p. 49.

[69] PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, p. 90.

[70] ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática, p. 53.

[71] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da razoabilidade. *In* Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998, p. 72.

[72] CF, 5º ? (...). LIV – “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

[73] CF, art. 5º ? (...). LXXVIII – “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação*”.

[74] Neste sentido: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatrz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

[75] Vale frisar que, por ser o resultado da interpretação sempre apresentado segundo os ditames da lógica formal, autores assim a classificam; neste sentido, Lourival VILANOVA: “*Dizemos que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está*

vinculada a uma região ou domínio de objetos ? as normas jurídicas ? e se apresenta como uma formalização da linguagem que serve de expressão aos significados que são as normas”. In *Lógica Jurídica*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 111.

[76]RECASÉNS SICHES, Luiz. *Experiencia juridica, naturaleza de la cosa y logica de lo razoable, passim*.

[77]BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da constitucionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 72.

[78]GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição, p. 85 e 86.

[79]CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, p. 135-137.

[80]LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 587.

[81]SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens, p. 55.

[82]STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p.142-143.

[83]Assim é denominado pela doutrina alemã.

[84]MORAES, Guilherme Peña de. Direitos fundamentais: conflitos e soluções, p. 65.

[85]ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 112-115.

[86]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do principio da igualdade, p. 24.

[87]Neste sentido: WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, p. 130.

[88]CF, art. 5º – “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*”.

[89]WELTER, B. P. Idem, *ibidem*.

[90]GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Artigo publicado no site: www.mundojuridico.adv.br, em 10.05.2003. Acessado, em 26.09.2206.

[91]SANTIAGO FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Artigo publicado no site: www.mundojuridico.adv.br, em 10.05.2003. Acessado, em 26.09.2206.

[92]“*A perícia psiquiátrica ou exame pericial psiquiátrico é uma espécie de avaliação psiquiátrica com a finalidade de esclarecer e auxiliar a autoridade judiciária, policial,*

administrativa e, até mesmo, particular, porém, para a Justiça o exame pericial constitui um meio de prova. O trabalho pericial é uma avaliação especializada no tema em questão e será solicitado pelo juiz em situações que escapam ao seu entendimento técnico-jurídico, com a finalidade última de esclarecer um fato de interesse da Justiça. Nas ações de interdição, no direito civil, a perícia psiquiátrica tem como um dos principais objetivos avaliar a capacidade da pessoa se auto-determinar (reger seus próprios atos) e administrar seus bens. Essas perícias se baseiam na avaliação da capacidade civil e são requeridas pelo juiz nas ações de interdição de direito civil, como ocorre, principalmente, em deficientes mentais e pessoas demenciadas". Ballone GJ – Perícia Psiquiátrica Forense. In PsiquWeb, Internet, disponível em www.psiqweb.med.br, <http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?sec=9&art=170>. Acessado em 18.02.2008.

[93] A prisão civil é meio executivo de finalidade econômica. Prende-se o executado não para puní-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade. Embora o art. 733, parágrafo 2º do CPC fale em “pena” de prisão, de pena não se trata, a finalidade da prisão é coagir o executado a pagar.

[94] É cedida a polêmica existente no fato de as Testemunhas de Jeová, se recusarem a transfusões de sangue em tratamentos médicos/cirúrgicos, por motivos de convicção religiosa. À luz dos preceitos constitucionais, tem o paciente direito de recusar a transfusão de sangue em iminente risco de vida, com base no princípio da legalidade. Esse fundamento está contido no art. 5º, inciso II, da CF, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Contudo, é fundamental o consentimento da pessoa. E, no caso de a pessoa maior de idade estar inconsciente, é necessário que esta esteja portando o seu cartão pessoal, contendo a sua declaração de vontade, não devendo se deixar de observar os requisitos legais para a sua validade, ou seja, agente capaz, objeto não proibido pelo Direito e forma prescrita em lei. Também, devem-se considerar os princípios constitucionais fundamentais, como o direito à liberdade de pensamento, liberdade religiosa e de crença, privacidade e a dignidade da pessoa humana.

[95] Nesse sentido: MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade? p. 160.

[96] “Outro motivo por que não se deve obrigar a vacinação para todas as crianças é que muitos pais têm fortes convicções religiosas contra a vacinação de seus filhos. Pelo fato de que existem pesquisas e estudos demonstrando os riscos da vacinação, muitos pais crêem com sinceridade que tais vacinas prejudicariam seus filhos. Geralmente, esses pais crêem que os filhos são um presente de Deus e que eles, como pais, têm de cumprir os mandamentos das Escrituras Sagradas com relação à criação de seus filhos. Esses pais crêem que seria pecado violar os mandamentos das Escrituras. Um desses mandamentos se acha em Mateus 18:6, onde Jesus Cristo explica que se “alguém fizer tropeçar um destes pequeninos que crêem em mim, melhor lhe seria amarrar uma pedra de moinho no pescoço e se afogar nas profundezas do mar”. Já que algum mal poderia ocorrer a seus filhos como consequência das vacinas, esses pais não se sentem em condições de permitir que seus filhos sejam vacinados. Como resultado dessas convicções religiosas e outras, 48 assembleias legislativas dos EUA adotaram a medida

bastante apropriada de permitir dispensas por motivos religiosos, filosóficos ou de consciência para pais com convicções semelhantes. Dezesesseis estados permitem dispensas conforme a escolha de consciência dos pais: Arizona, Califórnia, Colorado, Idaho, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, New Mexico, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Utah, Vermont, Washington e Wisconsin. Só Mississippi e West Virginia não têm nenhuma dispensa por motivos religiosos ou filosóficos. Contudo, Mississippi permite dispensa automática para as crianças que recebem educação escolar em casa. De acordo com pesquisas dos Centros de Controle de Doenças, os estados que permitem dispensas por escolhas de consciência não têm índices mais elevados de doenças evitáveis através de vacinas. Há muito se reconhece que o Estado tem um interesse obrigatório na saúde pública e segurança de seus cidadãos. Conforme o que se mostra, as vacinações são eficientes para a proteção da saúde pública da maioria dos cidadãos. Contudo, há também evidências de que as vacinações prejudicam alguns de seus cidadãos. Portanto, não há nenhuma prova conclusiva de que as vacinações obrigatórias são essenciais para proteger a saúde pública à luz dessas incoerências provadas. Além disso, não há evidência conclusiva de que as vacinações obrigatórias são o meio menos restritivo de cumprir os interesses obrigatórios do Estado para proteger a saúde pública". **KLICKA, Christopher.** Vacinações: a escolha dos pais. Mídia sem máscara: <http://www.midiaseम्मascara.com.br/artigo.php?sid=5025>. Acessado em 18.02.2008.

[97] Exame toxicológico laboratorial é realizado em laboratórios, a partir de amostras biológicas ? queratina (cabelo ou pêlos), sangue, urina ou saliva.

[98] Importa dizer que aqueles que defendem a compulsividade da realização do exame sustentam a necessidade, em matéria penal, da identificação do suposto delinqüente como meio de defesa pessoal. Também há aqueles que entendem pela não-compulsoriedade, sob a argumentação da prevalência dos direitos fundamentais respaldados na presunção de inocência, direito de permanecer calado e direito à intimidade. Neste sentido: MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade? p. 153.

[99] Ressalvada uma parte da doutrina e da jurisprudência que sobrepõem os direitos fundamentais do réu aos direitos fundamentais da outra parte, sem considerar a necessidade de ponderação de cada caso concreto.

[100] AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução, p. 205 e 208.

[101] DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade, p. 19.

[102] DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral do Direito Civil, p. 116.

[103] DE CUPIS, A. Idem, ibidem.

[104] BARRETO, Wanderlei de Paula, In ARRUDA ALVIM e ALVIM, Thereza Arruda (coords.), Comentários ao Código Civil Brasileiro – Parte Geral, v. 1, p. 39.

[105] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, p. 70.

- [106] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, prefácio, VII.
- [107] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 131.
- [108] BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade – De acordo com o Novo Código, p. 45.
- [109] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 359.
- [110] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, p. 137.
- [111] Embora a Constituição Federal não disponha, expressamente, acerca da cláusula geral dos direitos da personalidade, subtende-se que a adota em seu Título I, quando resguarda a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.
- [112] CF. Art. 1º, III – “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...); III – a dignidade da pessoa humana”.
- [113] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, p. 60.
- [114] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 106.
- [115] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de Direito Administrativo, p. 300.
- [116] LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, p. 46.
- [117] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 240.
- [118] No mesmo sentido: VALDÉS, JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 149.
- [119] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 60.
- [120] MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana – Princípio constitucional fundamental, p. 120.
- [121] SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, p. 138.
- [122] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, p. 122.
- [123] SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, p. 92.

[124]MADALENO, Rolf Hanssen. Novas perspectivas no direito de família, p. 40.

[125]Neste sentido, frisa Pedro Belmiro WELTER: “*no caso dos direitos fundamentais do investigante e do investigado, não se está apenas em conflito entre duas normas infraconstitucionais, ou entre norma infraconstitucional e norma constitucional, ou entre duas normas constitucionais, ou entre norma constitucional e um princípio constitucional ou, ainda entre dois princípios constitucionais, mas sim, em conflito entre dois direitos fundamentais*”. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, p. 128.

[126]ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais no estado de direito democrático, p. 68/69, *apud*, STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 66.

[127]Neste sentido: MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade? *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais, p. 161. Os autores asseveram que: “*(...) para realização do exame de DNA, é necessária a colheita de material, mas vale ressaltar que, para muitas pessoas, isto é um sacrilégio, havendo quem prefira amargos remédios a uma “simples” agulhada – presente, portanto, o sentimento e, nele, a subjetividade, o que é suficiente para caracterizar um estado de sofrimento com ofensa à integridade física e psíquica, tuteladas como direito individual. Tutela que somente se subordina e cede à hipótese de indisponibilidade no resguardo da vida, o que não é o caso de investigação de paternidade, visto não estar a “vida” do investigante condicionada ao conhecimento da paternidade*”. Importa ressaltar, todavia, que o exame de DNA não necessariamente é feito por meio de análise do sangue; podem ser utilizados fios de cabelo, esperma, saliva e outros materiais que tenham sua extração mais simplificada, sem qualquer invasão do corpo humano, o que desautoriza, no todo, a justificativa dada pelos citados autores.

[128]ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, p. 74.

[129]FREITAS, Juarez de. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional, p. 398.

[130]CF, art. 5º ? “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros (...)*”.

[131]PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador, p. 280.

[132]CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional, p. 30.

[133]BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, p. 225.

[134]Neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade, p. 58/59.

[135]BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império, p. 424, *apud*, Celso Antônio Bandeira de MELLO. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 18.

[136]O referido princípio não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento a qualquer tempo de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

[137]FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade – Relação biológica e afetiva, p. 30.

[138]Cesare BONESANA (marquês de Beccaria) entendia, em sede de Direito Penal, que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. *In Dei Delitti e Delle Pene* – Dos delitos e da penas, p. 123.

[139]Suzana de Toledo BARROS esclarece que: “*o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração*”. *In O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 356.

[140]Foi com a Lei Fundamental de Bonn que o princípio da proporcionalidade passou para a esfera constitucional, plasmando imperativo substancial do Estado Democrático de Direito, que impôs o exercício moderado do poder deste. STUMM, Raquel Denize. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, p. 127.

[141]STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 146.

[142]Neste sentido: SANTOS, Jarbas Luiz dos. Princípio da proporcionalidade – Concepção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações, p. 01 e 02.

[143]Há corrente doutrinária que entende haver equivalência entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; neste sentido: FREITAS, Juarez de. Princípios fundamentais do direito administrativo brasileiro; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da razoabilidade. Outra corrente doutrinária entende haver fungibilidade entre os referidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 237- 251.

[144]Outros autores defendem a distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *in passim*.

[145]Nesse sentido, Luis Roberto BARROSO aduz que: “(...) *tal princípio é mais fácil de ser sentido do que conceituado*”. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional; Paulo BONAVIDES: “(...) *há princípios*

mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios”. Curso de direito constitucional, p. 356.

[146]ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública, p. 39.

[147]EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in German Public Law. In The principle of proportionality in European Law – a comparative study*, p. 39.

[148]SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 27-31.

[149]BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade, p. 101.

[150]BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade, p. 113.

[151]Adequação, necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito; neste sentido, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 27-31.

[152]BRAGA, V. e S. Idem, p. 114.

[153]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

[154]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Idem, ibidem.

[155]SANTOS, Jarbas Luiz dos. Princípio da proporcionalidade – Conceção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 18.

[156]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

[157]SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Idem, ibidem.

[158]SANTOS, Jarba Luiz. dos. Idem, p. 03.

[159]Nesse sentido: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática, p. 41.

[160]SANTOS, Jarbas Luiz. Idem, p. 03.

[161] Ressalta-se que há discussões doutrinárias acerca da fundamentação do princípio da proporcionalidade: se se trata de um princípio de direito natural, se integra o cânone do Estado Democrático de Direito, se advém do devido processo legal ou se é um dos “outros direitos constitucionais” previstos no § 2º, do art. 5º, da CF; neste sentido, alerta ARAÚJO, F. F. de. *Idem*, p. 47.

[162] CF, art. 1º ? “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*”.

[163] CF, art. 5º ? (...). § 2º ? “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

[164] Neste sentido: NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio da dignidade da pessoa humana – Doutrina e jurisprudência, p. 43. O posicionamento do autor se coaduna com os daqueles que têm os direitos humanos como fonte natural do princípio da proporcionalidade.

[165] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 396.

[166] BONAVIDES, Paulo. *Idem*, *ibidem*.

[167] Nesse sentido: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática, p. 49.

[168] PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, p. 90.

[169] ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática , p. 53.

[170] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da razoabilidade. *In* Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998, p. 72.

[171] CF, 5º ? (...). LIV – “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

[172] CF, art. 5º ? (...). LXXVIII – “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação*”.

[173] Neste sentido: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Site: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatrz.html#_ftn1. Acessado em 14.02.2008.

[174] Vale frisar que, por ser o resultado da interpretação sempre apresentado segundo os ditames da lógica formal, autores assim a classificam; neste sentido, Lourival VILANOVA: “*Dizemos que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está*

vinculada a uma região ou domínio de objetos ? as normas jurídicas ? e se apresenta como uma formalização da linguagem que serve de expressão aos significados que são as normas”. In *Lógica Jurídica*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 111.

[175]RECASÉNS SICHES, Luiz. *Experiencia juridica, naturaleza de la cosa y logica de lo razoable, passim*.

[176]BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da constitucionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 72.

[177]GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição, p. 85 e 86.

[178]CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, p. 135-137.

[179]LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 587.

[180]SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens, p. 55.

[181]STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p.142-143.

[182]Assim é denominado pela doutrina alemã.

[183]MORAES, Guilherme Peña de. Direitos fundamentais: conflitos e soluções, p. 65.

[184]ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 112-115.

[185]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do principio da igualdade, p. 24.

[186]Neste sentido: WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, p. 130.

[187]CF, art. 5º – “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*”.

[188]WELTER, B. P. Idem, *ibidem*.

[189]GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Artigo publicado no site: www.mundojuridico.adv.br, em 10.05.2003. Acessado, em 26.09.2206.

[190]SANTIAGO FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Artigo publicado no site: www.mundojuridico.adv.br, em 10.05.2003. Acessado, em 26.09.2206.

[191]“A perícia psiquiátrica ou exame pericial psiquiátrico é uma espécie de avaliação psiquiátrica com a finalidade de esclarecer e auxiliar a autoridade judiciária, policial, administrativa e, até mesmo, particular, porém, para a Justiça o exame pericial constitui um meio de prova. O trabalho pericial é uma avaliação especializada no tema em questão e será solicitado pelo juiz em situações que escapam ao seu entendimento técnico-jurídico, com a finalidade última de esclarecer um fato de interesse da Justiça. Nas ações de interdição, no direito civil, a perícia psiquiátrica tem como um dos principais objetivos avaliar a capacidade da pessoa se auto-determinar (reger seus próprios atos) e administrar seus bens. Essas perícias se baseiam na avaliação da capacidade civil e são requeridas pelo juiz nas ações de interdição de direito civil, como ocorre, principalmente, em deficientes mentais e pessoas demenciadas”. Ballone GJ – Perícia Psiquiátrica Forense. In PsiquWeb, Internet, disponível em www.psiqweb.med.br, <http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?sec=9&art=170>. Acessado em 18.02.2008.

[192]A prisão civil é meio executivo de finalidade econômica. Prende-se o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade. Embora o art. 733, parágrafo 2º do CPC fale em “pena” de prisão, de pena não se trata, a finalidade da prisão é coagir o executado a pagar.

[193]É cediça a polêmica existente no fato de as Testemunhas de Jeová, se recusarem a transfusões de sangue em tratamentos médicos/cirúrgicos, por motivos de convicção religiosa. À luz dos preceitos constitucionais, tem o paciente direito de recusar a transfusão de sangue em iminente risco de vida, com base no princípio da legalidade. Esse fundamento está contido no art. 5º, inciso II, da CF, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Contudo, é fundamental o consentimento da pessoa. E, no caso de a pessoa maior de idade estar inconsciente, é necessário que esta esteja portando o seu cartão pessoal, contendo a sua declaração de vontade, não devendo se deixar de observar os requisitos legais para a sua validade, ou seja, agente capaz, objeto não proibido pelo Direito e forma prescrita em lei. Também, devem-se considerar os princípios constitucionais fundamentais, como o direito à liberdade de pensamento, liberdade religiosa e de crença, privacidade e a dignidade da pessoa humana.

[194]Nesse sentido: MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade? p. 160.

[195]“Outro motivo por que não se deve obrigar a vacinação para todas as crianças é que muitos pais têm fortes convicções religiosas contra a vacinação de seus filhos. Pelo fato de que existem pesquisas e estudos demonstrando os riscos da vacinação, muitos pais crêem com sinceridade que tais vacinas prejudicariam seus filhos. Geralmente, esses pais crêem que os filhos são um presente de Deus e que eles, como pais, têm de cumprir os mandamentos das Escrituras Sagradas com relação à criação de seus filhos. Esses pais crêem que seria pecado violar os mandamentos das Escrituras. Um desses mandamentos se acha em Mateus 18:6, onde Jesus Cristo explica que se “alguém fizer tropeçar um destes pequeninos que crêem em mim, melhor lhe seria amarrar uma pedra de moinho no pescoço e se afogar nas profundezas do mar”. Já que algum mal poderia ocorrer a seus filhos como consequência das vacinas, esses pais não se sentem

em condições de permitir que seus filhos sejam vacinados. Como resultado dessas convicções religiosas e outras, 48 assembleias legislativas dos EUA adotaram a medida bastante apropriada de permitir dispensas por motivos religiosos, filosóficos ou de consciência para pais com convicções semelhantes. Dezesesseis estados permitem dispensas conforme a escolha de consciência dos pais: Arizona, Califórnia, Colorado, Idaho, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, New Mexico, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Utah, Vermont, Washington e Wisconsin. Só Mississippi e West Virginia não têm nenhuma dispensa por motivos religiosos ou filosóficos. Contudo, Mississippi permite dispensa automática para as crianças que recebem educação escolar em casa. De acordo com pesquisas dos Centros de Controle de Doenças, os estados que permitem dispensas por escolhas de consciência não têm índices mais elevados de doenças evitáveis através de vacinas. Há muito se reconhece que o Estado tem um interesse obrigatório na saúde pública e segurança de seus cidadãos. Conforme o que se mostra, as vacinações são eficientes para a proteção da saúde pública da maioria dos cidadãos. Contudo, há também evidências de que as vacinações prejudicam alguns de seus cidadãos. Portanto, não há nenhuma prova conclusiva de que as vacinações obrigatórias são essenciais para proteger a saúde pública à luz dessas incoerências provadas. Além disso, não há evidência conclusiva de que as vacinações obrigatórias são o meio menos restritivo de cumprir os interesses obrigatórios do Estado para proteger a saúde pública". **KLICKA, Christopher.** Vacinações: a escolha dos pais. Mídia sem máscara: <http://www.midiasemmascara.com.br/artigo.php?sid=5025>. Acessado em 18.02.2008.

[196] Exame toxicológico laboratorial é realizado em laboratórios, a partir de amostras biológicas ? queratina (cabelo ou pêlos), sangue, urina ou saliva.

[197] Importa dizer que aqueles que defendem a compulsividade da realização do exame sustentam a necessidade, em matéria penal, da identificação do suposto delinqüente como meio de defesa pessoal. Também há aqueles que entendem pela não-compulsoriedade, sob a argumentação da prevalência dos direitos fundamentais respaldados na presunção de inocência, direito de permanecer calado e direito à intimidade. Neste sentido: MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa ao exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade? p. 153.

[198] Ressalvada uma parte da doutrina e da jurisprudência que sobrepõem os direitos fundamentais do réu aos direitos fundamentais da outra parte, sem considerar a necessidade de ponderação de cada caso concreto.

O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE HUMANA

THE USE OF HANDCUFFS AND THE DIGNITY HUMAN BEING

Tito Livio Barichello

RESUMO

Para atingir determinados fins instrumentais no curso de uma ação policial, encontra-se à disposição do Estado um instrumento persecutório de limitação dos movimentos físicos, denominado algemas. Sua origem confunde-se com a história da humanidade, visualizando-se resquícios na Lei das XII Tábuas, na antiga Mesopotâmia, perpassando pelos escritos bíblicos, com seu ápice na idade média. No Brasil imperial já havia a normatização expressa de seu uso e limites. No ordenamento vigente da República Federativa do Brasil, até o advento da Súmula Vinculante nº 11 do STF, inexistia regramento regulamentador deste meio de constrição da liberdade, comumente utilizado pela polícia judiciária e ostensiva. A discricionariedade confundia-se com a arbitrariedade, posto que de exceção, a prática de algemar o imputado passou a regra, gerando como corolário o espetáculo-prisão, vivenciado cotidianamente nos meios televisivos. Ao lado da Súmula Vinculante nº 11, exsurge o princípio da dignidade da pessoa humana, olvidado pelos aplicadores do direito, como alicerce basilar de toda hermenêutica jurídica e sustentáculo de nosso Estado Democrático de Direito. A praxis forense não pode, sob pena de antinomia constitucional, olvidar deste fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade humana, inserida no ápice de nossa Lei Maior. Ao impor limites à persecução penal, o postulado da dignidade da pessoa humana acaba por legitimar o existir estatal, erigindo o cidadão como desiderato maior.

PALAVRAS-CHAVES: ALGEMAS COMO INSTRUMENTO PERSECUTÓRIO E NÃO PUNITIVO – A SÚMULA Nº 11 E O PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – POR UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

To reach definitive instrumental ends in the course of a police action, it meets the disposal of the State a persecutory instrument of limitation of the physical movements, called handcuffs. Its origin is confused with the history of the humanity, visualizing itself signals in the Law of XI the Boards, in the old Mesopotâmia, exceeding for the Biblical writings, with its apex in the average age. In imperial Brazil already it had the express legalization of its use and limits. In the effective order of the Federative Republic of Brazil, until the advent of Binding Abridgement n ° 11 of the STF, inexistied law of this way of constriction of the freedom, daily used for the judiciary and ostensive policy. The liberality confused with the illegal liberality, rank that of exception, the

practical one of to use handcuffs the imputed one passed the rule, generating as corollary the spectacle-arrest, lived deeply daily in the televising ways. To the side of Binding Abridgement n ° 11, appears the beginning of the dignity of the person human being, to forget for the applicators of the right, as fundamental foundation of all legal hermeneutics and pillar of our Democratic State of Right. The praxis forensic cannot, duly warned constitutional antinomy, to forget of this bedding of the Federative Republic of Brazil that is the dignity human being, inserted in the apex of our Bigger Law. When imposing limits to the criminal persecution, the postulate of the dignity of the person human being finishes for legitimizing state existing, erecting the citizen as bigger desideratum.

KEYWORDS: HANDCUFFS AS PERSECUTORY AND NOT PUNITIVE INSTRUMENT - 11 ABRIDGEMENT N° AND THE PRIMATE OF THE DIGNITY OF THE PERSON HUMAN BEING - FOR A CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS.

1. ORIGEM HISTÓRICA

A utilização das algemas figura-se em meio coercitivo, pelo qual o Estado através de seus agentes, limitam a movimentação dos membros superiores do acusado, de forma impedir reação indesejada, propiciando atingir a finalidade pretendida pelos percursos da medida.

A restrição do direito de ir e vir é histórica e imanente à civilização humana, como depreende-se da Lei da XII Tábuas[1], de 450 a.C. que determina:

Tábua I – Do chamamento a Juízo – 1. Se alguém for chamado a juízo, compareça. 2. Se não comparecer, aquele que o citou tome testemunhas **e o prenda**. 3. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou **poderá lançar mão sobre o citado**. (grifamos)

Tratando da proveniência da utilização de algemas, Fernanda Herbella[2] nos traz:

A prática de se limitar os movimentos de alguém através da contenção de suas mãos e de seus pés perde-se na brumas do tempo. Relevos mesopotâmicos já mostravam, 4.000 anos atrás, prisioneiros com mãos atadas.

Encontramos no texto bíblico, inúmeras passagens onde descreve-se a utilização de instrumentos de restrição de liberdade, produzidos em metal, com o fito de imobilizar os membros superiores[3].

No antigo Egito, utilizava-se as algemas com a finalidade de possibilitar o trânsito de escravos e condenados sem risco de fuga, e, também, como o objetivo de imobilizar e castigar fisicamente o detido[4].

Decreto do império brasileiro, de 23 de maio de 1821[5], regravava a utilização de algemas nos seguintes termos:

(...) ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, inventados para martirizar homens, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final.

Ainda no período imperial, quando vigoravam as ordenações filipinas e leis avulsas, o Decreto nº 4.824, de 22-11-1871, consignava expressamente apenamento aquele representante estatal que utilizasse desnecessariamente, na condução do preso, instrumentos como cordas, algemas ou ferros[6].

Em obra datada de 1955, Walter P. Acosta[7] prescreve a utilização da coerção física para a prisão:

É vedado o emprego de força na efetivação da prisão, salvo o indispensável para conjurar a resistência ou a tentativa de fuga do preso (art. 284). Havendo resistência à prisão em flagrante ou a determinada por autoridade competente, ainda que por parte de terceiros, **usarão, o executor e quem o auxiliar os meios necessários para defender-se ou para vencê-la(...)**. (grifamos)

Destarte, conclui-se que a utilização de instrumentos para a imobilização do indivíduo é fato corriqueiro na história da humanidade, comprovada por inúmeros documentos relevantes, caracterizando-se, algumas vezes, como meio de restringir a liberdade e em outras, como gravame por conduta ilícita.

2. LEGISLAÇÃO QUE REGULA A MATÉRIA

A competência para regular o uso de algemas no direito pátrio é deferida à União, por imposição estabelecida no art. 22, I, do texto constitucional, que dita: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) I- civil, comercial, penal, (...)”.

Também se encontra inserida em nossa Lei Maior, art. 144, § 7º, a determinação expressa de que: “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar, em seu art. 234 determina a utilização do emprego de força somente quando imprescindível, na situação da ocorrência de:

desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor.

Mais adiante, no §1º deste artigo, o diploma processual penal militar, trata da utilização de algemas nos seguintes moldes: “O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso(...)”. Verifica-se, então, na legislação militar a determinação clara que a utilização das algemas tem um caráter excepcional, devendo ser obstado quando possível, salvo em caso de violência do preso ou possibilidade de evasão.

O estatuto que rege as execuções penais no direito pátrio, Lei nº 7.210, de 11/07/1984, estabelece taxativamente em seu art. 199: “O emprego de algemas será disciplinado por Decreto Federal”.

Na ausência de uma Lei Federal ou de um Decreto Federal, resta buscar-se no Código de Processo Penal, art. 284, quando trata da prisão e da liberdade provisória, a imposição legislativa de que, para a efetivação da prisão, “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

Compreende-se, então, que inexistente norma específica a regular a utilização de algemas no direito pátrio, o que explica o motivo que nos cursos de formação policial, muito se trata de “como se algemar” e muito pouco de “quando se algemar”, possibilitando “por completo desconhecimento do direito, haver irreparáveis abusos no momento em que se aprisiona um ser humano[8]”

3. A UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS COM DESVIO DE FINALIDADE

O vocábulo algema tem origem na palavra árabe *al-ligãma(t)*, e pode ser definido como “instrumento de ferro com que se prendem os braços pelos pulsos”, alcançando conceito figurativo de “coação, coerção, opressão[9]”.

Meios diversos sempre foram utilizados para gerar a imobilização do detido, tais como ferros, correntes e cordas, muitas vezes olvidando a finalidade originária que seria a condução em segurança e passando a ser utilizado como fim em si mesmo, ou seja, uma forma de execução pública.

Julio Fabbrini Mirabete[10] explica com sapiência a finalidade desta medida extrema:

Há, porém, necessidade do emprego de algemas como instrumentos de constrição física nas hipóteses de resistência à prisão, de tentativa de fuga, de condução de pessoa presa, condenada ou custodiada, à presença de alguma autoridade ou no transporte para estabelecimento penal ou qualquer lugar.

No entanto, verificamos no cotidiano forense, a utilização de algemas com finalidade diversa daquela prevista, perfazendo-se em verdadeira “ostentação dos suplícios”, no dizer de Michel Foucault[11]:

E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato do culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força.

A utilização de força deve restringir-se aquela necessária para suprimir a resistência no caso de prisão ou evitar a fuga do detento[12]. Para Julio Fabbrini Mirabete[13], a utilização de algemas sempre ocorreu em caráter excepcional:

Mesmo na época anterior a Beccaria, já se restringia o uso de algemas (ferros), permitindo apenas na hipótese de constituírem a própria sanção penal ou serem necessárias à segurança pública.

Não se admite a utilização da força além da necessária para efetivar a prisão ou conduzir o detento, sendo que “não se concebe, por exemplo, que, em caso de resistência passiva, o soldado faça uso do *casse-tête*. O que passar do indispensável sujeita o infrator as penas da lei[14]”.

4. A SÚMULA VINCULANTE Nº 11

O Supremo Tribunal Federal, na data de 13/08/08, aprovou a 11ª Súmula Vinculante[15], assentando entendimento que a utilização de algemas está restrita a situações excepcionais, com apenamento aquele que, por abuso, descumprir tal regramento, nos seguintes termos:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Apesar de outros precedentes jurisprudenciais[16], o nascedouro da 11ª Súmula Vinculante, remonta o *Habeas Corpus* nº 91.952[17], que julgou o pedreiro Antônio S. da Silva, pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista. O plenário do STF, considerou ilegal a permanência do réu algemado durante todo o trâmite processual no julgamento popular, sem motivo justificável.

A utilização de algemas em ações policiais sempre figurou-se como regra, o que, com o advento da Súmula Vinculante nº 11, transmudou-se para exceção, passando a necessitar de justificação expressa, “restringindo-se as hipóteses nas quais a autoridade, mediante fundamentação escrita, considerar que tenha havido resistência(...)”[18].

No entender do Ministro Gilmar Mendes, a súmula objetiva evitar a exposição difamatória daquele que ainda não foi condenado, pois fere o princípio da presunção de inocência, sendo que muitas vezes a finalidade é “algemar e colocar na TV”[19].

A súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional 45/04, tem como fulcro pacificar decisões e entendimentos dos tribunais inferiores do Poder Judiciário, diminuindo o número de recursos e clarificando aos aplicadores o entendimento da Corte Suprema, de forma a resgatar a dignidade humana como desiderato estatal, coibindo a utilização desenfreada de algemas por parte da polícia judiciária e ostensiva.

5. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

5.1 POR UM CONCEITO DE DIGNIDADE

A prática de um ato ilícito, por mais gravoso que seja, não despe o autor de sua dignidade enquanto ser humano, importando tratamento respeitoso por parte do Estado que deve garantir-lhe sua integridade física e moral[20].

Para o relator do *Habeas Corpus* nº 91.952[21], Ministro Marco Aurélio de Mello:

É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, **mas que merecia tratamento dado aos humanos**, ao que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. (grifamos)

No entender de Fernanda Herbella[22]:

A finalidade precípua da adoção das algemas não deve ser a de **atentar contra a dignidade da pessoa humana**. (...) Lembre-se que as algemas são meramente instrumentais, não tem escopo de pena, castigo ou fonte de humilhação. (grifamos)

Derivado do latim *dignitate*[23], o termo *dignidade* tem uma amplitude conceitual bastante expressiva que pode ser bem visualizado quando despretensiosamente procuramos aferir o conceito literal em dicionários de língua portuguesa.

O dicionário Novo Aurélio Século XXI[24], consigna os seguintes sinônimos ao vocábulo dignidade:

1. Cargo e antigo tratamento honorífico. 2. Função, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada. 3. Autoridade moral, honra, respeitabilidade, autoridade. 4. Decência, decoro. 5. Respeito a si mesmo, amor, próprio, brio, pudonoro.

No dicionário Priberam[25], o termo *dignidade* é conceituado como:

Qualidade de quem ou daquilo que é digno; respeitabilidade; nobreza; elevação de sentimentos; pudonor; seriedade; honraria; título; posto eminente ou cargo elevado; autoridade moral; dignatário.

Como se apercebe, a tentativa de exteriorizar um conceito de dignidade humana em *numerus clausus*, como tipo fechado é por demais difícil, diversamente do que ocorre com outros direitos fundamentais como a manifestação de pensamento, a liberdade de consciência, a integridade física, etc., que admitem a possibilidade de uma definição que abarque razoavelmente o que se entende em determinada sociedade, em certo momento histórico, por aquele vocábulo[26].

Para a prof^a. da Universidade de São Paulo, Judith Martins-Costa, a sociedade atual demanda a necessidade da existência de cláusulas gerais, denominadas proteiformes, por terem como caractere primordial a possibilidade de se adequar a situação concreta, perfazendo-se em um modo de legislar que permite a inserção de “princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos(...) viabilizando sua sistematização no ordenamento positivo[27]”.

A amplitude conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana, origina uma quase impossibilidade material de elencar todas as situações de adequação pela inocorrência uma real perspectiva de sintetização[28], não inviabiliza sua aplicação, posto tratar-se de direito intrínseco ao ser humano que não poderá ser objeto de cerceamento por seu caractere de irrenunciabilidade e inalienabilidade[29].

De acordo com Ingo Sarlet[30]:

(...) a dignidade da pessoa humana (...) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

Para Lênio Streck o conteúdo das normas é dotado naturalmente de “ambigüidades”, com uma amplitude conceitual aberta, incoorrendo real possibilidade de elencarmos taxativamente todas as hipóteses pretendidas para adequar ao caso concreto. O ideário “neopositivista” não alcançou seu intento de produzir conceitos fechados que operam em desarmonia com o destinatário do ordenamento. O paradigma a seguir é Wittgensteiniano, que superando o derrocado positivismo exacerbado, alcança o contexto regulado pela norma[31].

Estando os princípios caracterizados por “generalidade” e “vagueza”, decorre daí sua possibilidade de adequação ao meio social em constante mutação, “amoldando-se as diferentes situações”, permitindo sua aplicação ao caso concreto[32].

Condiz expor, nas palavras de Hassemer[33], a ilação acerca do tema em questão, advinda do texto constitucional alemão:

(...) - os direitos fundamentais dos homens e dos cidadãos devem ser bem definidos, garantidos e protegidos; - Os Poderes do Estado devem existir não apenas em uma organização estável, mas também libertária. E, acima de tudo, determina o art. 1º da Lei Fundamental que a dignidade humana é inviolável, estando sob proteção e observância de todo e qualquer poder estatal.

Conhecido o obstáculo em estabelecermos um conceito fechado de dignidade, cabe-nos coletar na doutrina alguns entendimentos acerca do primado. Para Rizzato Nunes, compreende-se a dignidade como “um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleto de si mesmo como um valor supremo, construído pela razão jurídica[34]”.

Ingo Wolfgang Sarlet atento à dificuldade em definir o primado da dignidade humana, consigna clara ressalva ao fazê-lo, “ousando formular proposta de conceituação”[35], perfazendo o nosso fundamento maior em uma:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Tailson Pires Costa[36] a dignidade perfaz-se na “reunião de elementos inerentes ao ser humano, que simbolizam o respeito merecido por todas as pessoas. Respeitar seres humanos é preservar a sua essência, a sua razão, e também a sua existência.”

No entender de Flávia Piovesan[37], o simples existir humano origina o direito a dignidade:

A condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se para a titularidade de direitos. Isto porque todo o ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de nenhum outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade, humana, se projeta, assim, por todo o sistema internacional de projeção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade da pessoa humana.

O primado máximo de nosso sistema jurídico tem comumente embasado decisões de nossa Corte Superior, como no *habeas corpus*[38] deferido por unanimidade, na denominada operação Navalha deflagrada pela polícia federal, abalizando o princípio da dignidade humana, declarando expressamente que os direitos humanos urgem como barreiras ao poder estatal, limitando a ação daqueles que olvidam de tal primado.

O presidente de nossa Corte Constitucional, Gilmar Mendes, citando Maunz-Düring, esclarece o liame necessário entre o cumprimento das garantias constitucionais e o princípio da dignidade humana, nos seguintes termos[39]:

(...) não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.

Discussões do alcance conceitual de dignidade humana remontam ao período pré-socrático sem obtenção de termo concludente, no entanto, apesar de descremos em conceito unívoco, aventuramo-nos em sintetizar entendimento compreendendo a *dignitate* como caractere inalienável, indisponível e intrínseco, perfazendo-se independentemente de fatores endógenos ou exógenos, inserindo o ser humano no cume do sistema jurídico, como sujeito - jamais objeto - de toda e qualquer ação pública, postando-o como legitimador do existir estatal e seu desiderato maior.

Destarte, concluímos que o conceito de dignidade, apesar da amplitude que abarca, deve fazer-se presente na análise da necessidade da utilização de algemas no imputado, posto tratar-se de fundamento de nossa República e como tal inserir-se em qualquer exegese jurídica, seja na fase acusatória ou inquisitória.

5.2. A dignidade da pessoa humana no passado

Em célere e descompromissado retrospecto histórico, verificamos na antiguidade clássica a dignidade variando de acordo com o *status quo* do grupo a que pertence o indivíduo, ocorrendo, por conseguinte, a existência de pessoas com mais dignidade em confronto com outras possuidoras de menos dignidade[40].

Denota-se a existência teórica da premissa da dignidade humana no Antigo e também no Novo Testamento, no contexto de Deus criar o homem à sua imagem e semelhança com o intuito de comandar e se sobrepor aos demais seres vivos, apesar da prática diversa, notadamente por meio da inquisição[41], posto que aqueles que “não confessavam a heresia eram terrivelmente torturados correndo o risco de ir para a fogueira[42]”.

São Tomás de Aquino, precursor da escolástica, filosofia que abarcou o pensamento aristotélico à teologia cristã, declarado santo aos quarenta e nove anos, consignou a dignidade humana de forma similar a aquela já prevista no Antigo e Novo Testamento, acrescentando o caractere que “radica na capacidade de autodeterminação[43]”.

Para Kant, autor de *a Crítica da Razão Pura*, em meados do século XVIII, o conceito de dignidade parte “da autonomia ética do ser humano”, ou seja, da autodeterminação que é inerente, tão somente ao homem, impedindo o tratamento desumano mesmo por parte dele próprio[44].

Immanuel Kant coloca a dignidade como valor intrínseco ao homem, nos seguintes moldes[45]:

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.

Trata-se, portanto, no pensar kantiano de aferir à dignidade um conceito de valor maior e por conseguinte infungível, indisponível e como corolário impossível de ser cedido pelo titular ou cerceado por quaisquer argumentações ou interesses, seja de natureza particular ou estatal.

No entendimento do filósofo alemão, criador do método dialético, Wilhelm Friederich Hegel, a dignidade configura-se como “uma qualidade a ser conquistada”, posicionado entendimento contrário a um conceito ontológico, do ser enquanto ser. Perfaz conceituar a dignidade “centrada na idéia de eticidade”, advinda de uma forma específica de ser e agir que lhe garante tal direito[46].

Do jusnaturalismo advém o entendimento da dignidade como benefício/valor intrínseco à pessoa[47], como tal, anterior e superior ao direito positivado pelos homens. O direito à dignidade do ser humano enquanto ser humano, ou seja, a simples condição de indivíduo inserido em um sistema jurídico, independentemente de quaisquer fatores garante-se via *lex naturalis*.

Como direito natural, a dignidade passa a ter caráter intrínseco à vida, à pessoa humana, não podendo ser outorgada pelo sistema jurídico, pois já nasce com o indivíduo independentemente da vontade estatal[48]. Como corolário lógico da premissa supra, aquilo que não se concede não fica sujeito à supressão, não podendo o ser humano ter sua dignidade maculada ou restringida pelo Estado por motivo algum.

A Declaração dos Direitos do Homem de 26 de agosto de 1789, documento consectário ao abuso do absolutismo monárquico à dignidade humana, os representantes do povo francês, constituídos em recém-fundada assembleia nacional, externaram em seu preâmbulo que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo por direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos (...)”, inserindo como corolário a dignidade do ser humano como bem jurídico maior, posto configurar-se na gênese do direito natural[49].

Nesta histórica codificação francesa de direitos fundamentais, consigna-se no art.16 o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como requisito para a existência de uma Constituição, incorrendo verdadeira Carta Constitucional em caso de ausência do primado maior do respeito ao ser humano[50].

Diversas legislações alienígenas, entre as quais a da Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda, Portugal e Itália contemplam a dignidade da pessoa humana, ao lado da França, que tem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como parte integrante de sua Lei Maior [51].

No entanto, na primeira metade do século passado, lastimoso confronto bélico envolveu a humanidade abarcando setenta e duas nações, um número de mortes que superou a casa dos cinquenta milhões, um montante de mutilados de aproximadamente vinte e oito milhões[52], aniquilando quaisquer resquícios de respeito à dignidade da pessoa humana nos quatro cantos da terra durante o período conflituoso.

O embate mundial ensejou profunda introspecção por parte de qualquer ser racional que habita o planeta, acerca do respeito à vida, integridade física, liberdade de opinião e como conseqüência do primado maior de qualquer sociedade democrática que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda sob o impacto da catástrofe humana recém finda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, elencou direitos basilares de todos os seres humanos, justificando em seu preâmbulo que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”, impondo em seu art. I, o direito à dignidade como consectário da igualdade entre os homens[53].

Diversos regramentos surgidos pós-guerra, abarcam o princípio da dignidade da pessoa humana, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos e o Estatuto da Unesco, advindos de “reação aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial, contém uma dimensão prospectiva que aponta para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa humana[54]”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem ratificou globalmente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento preambular de qualquer nação, com o fito de alcançar a liberdade, justiça e paz no mundo, cujo conteúdo integra expressamente diversos ordenamentos alienígenas[55]. Inseriu-se em nosso sistema jurídico pela Proclamação de Teerã, resultado da Conferência de Direitos Humanos ocorrida em 13 de Maio de 1968, que vinculou juridicamente o Brasil por ser membro da Organização dos Estados Americanos[56].

O Decreto Federal Nº 1904, de 13 de maio de 1996[57], instituiu o programa nacional de direitos humanos coordenado pelo Ministério da Justiça, configurando-se em expressa manifestação do Estado em tornar efetivamente exequível os preceitos entabulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Para Paulo Bonavides trata-se de um documento de convergência e síntese dos anseios da população mundial[58]:

Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão de todos os tempos. Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma constituição isoladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal.

Configurou-se em instrumento a erigir os valores maiores de uma sociedade, com o fito de preservá-los, como nos explica Guilherme de Assis Almeida[59]:

A Declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional para eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, este documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira de nossas Cartas a consignar o primado da dignidade humana em seu conteúdo, e o fez justamente em seu título primeiro, inserindo-o expressamente como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, ao lado de preceitos máximos como a soberania e cidadania entre outros[60]. Sendo fundamento, a dignidade da pessoa humana como direito do cidadão deverá “ser viabilizada para se tornar realidade”[61], interagindo com todo o sistema normativo de forma a efetivamente integrar o ordenamento jurídico.

Denota-se da antiguidade clássica até os dias atuais, incessante debate acerca do tema, ocorrendo paulatinamente mudança paradigmática a erigir o preceito da dignidade humana como fundamento maior de qualquer sociedade democrática. Restando efetivamente acolhido pela doutrina e positivado em lugar sublime por nossa Lei Maior, o supra-princípio deve agora prosperar do mundo do dever ser para o mundo do ser, onde realmente encontra-se o cidadão, razão de existir do Estado, de forma a limitar atos coercitivos que violem a dignidade humana, como é o caso da utilização desnecessária de algemas.

5.3. A dignidade como limite estatal

O preceito da dignidade da pessoa humana tem em sua gênese caractere limitante de ultraje e garantidor da efetiva aplicação dos direitos fundamentais, adquirindo suma magnitude em países com sólido desenvolvimento democrático, entre os quais, aqueles inseridos geograficamente na Península Ibérica.

A Monarquia Constitucional Espanhola[62] ampara-se no primado da dignidade da pessoa humana, extrapolando a persecução penal e abarcando a relação laboral, conforme já determinava a então Constituição Republicana da Espanha de 1931, dispondo em seu texto o direito do trabalhador a uma existência digna. Tal conteúdo foi ratificado pela Carta Magna em 1978, garantindo expressamente o benefício ao preceito máximo de todas as Constituições que é o da dignidade da pessoa humana como limite público e privado[63].

Na legislação trabalhista lusitana o princípio da dignidade humana é óbice do poder diretivo do empregador na relação laboral, importando a legalidade da ordem superior no cumprimento de determinados requisitos, como advir de autoridade competente, adequação às cláusulas contratuais e a conduta requerida “(...) não ser ilícita, imoral, vexatória, atentando contra a sua dignidade[64]”.

Advém de tal consectário a possibilidade de “desobediência legítima” a uma ordem superior no campo laboral, o que para Pedro Romano Martinez ocorre quando máculas puderem ocorrer à dignidade do trabalhador[65]. Tal situação fática pode materializar-se no exercício da “faculdade de vigilância e controlo”, que advém do poder diretivo do empregador, mas encontra óbice no princípio da dignidade e nos direitos fundamentais, sob pena de extrapolar a legalidade, permitindo o descumprimento por parte do empregado[66].

A legislação laboral italiana impõe limites ao poder diretivo, mais especificamente na violação da intimidade do trabalhador, “tentando-se proteger a condição humana no local de trabalho”[67].

Consideramos de premente importância as ilustrações da incidência do princípio da dignidade no campo laboral do ordenamento espanhol, português e italiano, a demonstrar a importância do primado, não somente na persecução penal, mas, também, no liame contratual de trabalho, que corretamente estende seus tentáculos a todo o ordenamento jurídico, como é de se esperar em Estados Democráticos de Direito.

Retornando a análise da *dignitate* como óbice ao *jus puniendi* na defesa do indivíduo frente ao abuso estatal, encontramos em Câmara a consignação de que o cabedal principiológico constitucional impõe-se a garantir direitos ao cidadão, limitando o poder do Estado, diante da persecução penal em que a paridade de armas é desproporcional[68].

Para Luiz Antonio Câmara[69]:

A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado. A desproporção de forças, em tal momento, é avassaladora. Com o fito de atenuar a vulnerabilidade do acusado ganham corpo as normas que ostentam garantias de seus direitos, a serem opostas à atuação estatal de molde a torná-la não abusiva.

A Constituição portuguesa insere a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental[70], perfazendo na base da República ao lado da vontade popular, como “fundamento e limite do Estado democrático[71]”. Como consectário desta inserção a pessoa é colocada acima da organização política, deixando de ser objeto para atingir a condição de “fim e não meio de relações jurídico-sociais[72]”. Proclamado como “núcleo essencial” de sua Lei Maior, no momento que elege a *dignitas-hominis* como

desiderato mais elevado do Estado em seu art. 2º, caracteriza a supremacia do cidadão em relação aos interesses estatais[73].

Para Canotilho configura-se em “fronteira” de inequívoca importância a estabelecer óbice aos abusos estatais, “valor limite” a coibir toda e qualquer conduta estatal, sob as mais variadas argumentações, que imponham condição de objeto ao cidadão[74]. A importância da dignidade exsurge com o objetivo de legitimar a própria República como forma de governo adotada no país lusitano[75].

Como fundamento de nossa Carta Constitucional, a dignidade humana configura-se em valor inseparável da pessoa e como tal congênito, independentemente sua existência de quaisquer fatores externos. Tem como caractere intrínseco a oposição de limites ao Estado em relação aos primados maiores do indivíduo[76].

Vista como valor eleito à categoria máxima do ordenamento jurídico, encontra-se também presente em outras passagens do texto constitucional pátrio, como no art. 227, caput[77], quando garante à criança o direito à dignidade e também na regulação da atividade econômica no art. 170, caput[78], almejando assegurar a todos uma existência digna.

Devemos estar atentos que os fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como seus princípios norteadores, por sua concepção aberta, perfazerem-se em cláusulas gerais em sentido amplo, apesar de abalizada opinião doutrinária divergente[79], abrangendo todas as relações entre os indivíduos, configurando-se a dignidade da pessoa humana em um supra-princípio obrigatoriamente presente em todos os momentos do cotidiano social, impondo-se hierarquicamente sobre qualquer norma ordinária ou preceito constitucional, posto tratar de fundamento da República Federativa do Brasil.

A intenção do legislador constituinte restou clara ao elevar determinados valores à categoria de princípios fundamentais, erigindo-os a uma hierarquia superior em comparação aos demais mandamentos constitucionais[80]. Ao inserir geograficamente a dignidade da pessoa humana no título primeiro da Carta Magna, constituindo-a como fundamento maior de nosso Estado Democrático de Direito, o legislador produziu uma categoria de supra-princípio que passa a reger todo o ordenamento jurídico.

Alçada à condição de “princípio normativo fundamental[81]” e “fundamento de nossa ordem constitucional[82]”, o cidadão que é o titular do direito à dignidade, passa a ocupar situação privilegiada no sistema jurídico, posto que o alavanca à condição suprema, acima do próprio Estado e seus interesses[83]. O conhecido maniqueísmo do interesse público contrapondo o interesse individual encontra-se superado por tratar-se de discurso manipulado a justificar o descumprimento dos direitos do cidadão[84], estando o Estado limitado, com uma “soberania mitigada”, por ter como premissa garantir o cumprimento dos direitos fundamentais, mais especificamente da dignidade da pessoa humana[85].

Somente haverá legitimidade na atuação estatal, no momento em que os valores fundamentais, entre os quais o primado da dignidade humana estiverem presentes na persecução penal, transformando a *persecutio criminis in iudicio* em instrumento de garantia do cidadão[86].

Na obra Direito Penal Libertário de Hassemer, no prefácio de Gilmar Mendes resta consignado, que os direitos fundamentais alcançam o fito de comedir o *jus puniendi* estatal, importando verdadeiro *munus* ao aplicador do direito que deverá efetivar tal desiderato:

O jurista – especialmente aquele especializado nas questões penais – comprometido com a consolidação do Estado Democrático de Direito não pode transigir com a violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, deverão tais direitos funcionar como limite ao poder de punição do Estado.

A utilização de subterfúgios retóricos, como aqueles materializados pela Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros, na operação Satiagraha[87], que confrontando o *bem* ao *mal*, produziu eloqüente discurso embasado nos parâmetros de movimentos como *da lei e da ordem*, algemando publicamente pessoas não condenadas, encontra limite no fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio, que é a dignidade humana, inserida no cume de nossa *Lex Matter*.

O Estado manipula o discurso do medo como forma de manutenção do poder, exteriorizando ações espetaculosas de demonstração de força, com a apresentação à mídia de imputados algemados, que comumente sequer transformam-se em réus, por inexistir condições mínimas para a feitura de denúncia por parte do titular da ação penal pública.

Com a utilização exagerada de algemas, olvida-se dos ensinamentos de Foucault, para quem “a execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência”, sendo que a conduta estatal deveria estruturar-se no entendimento de que a “certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro[88]”.

Para Kriele Martin a efetiva materialização dos direitos humanos ocorrem quando da criação de óbices aos abusos estatais[89]:

(...) os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos.

Instada como o fim precípua do Estado, a *dignidade* passa a configurar-se um supra-princípio a reger toda e qualquer relação de exercício do *jus puniendi*, perfazendo óbice ao corrente abuso de autoridade. Inocorrendo verdadeiro conflito ou incompatibilidade entre normas[90] quando presente de um lado este valor máximo do direito pátrio.

Sendo todas as antinomias de natureza axiológica, havendo contradição entre interesses, Norberto Bobbio[91] somente entende presente antinomia quando as normas pertencerem ao mesmo sistema jurídico e com “o mesmo âmbito de validade”, o que invariavelmente incorre quando tratar-se da existência do princípio da dignidade da pessoa humana, por estar inserido como valor primeiro do sistema jurídico pátrio, fundamento primordial da República, inserida no art. 1º, III de nossa Lei Maior.

Como instrumento limitante do *jus puniendi* para proteção do indivíduo, o primado da dignidade da pessoa humana, deslegitima constitucionalmente qualquer ação estatal que importe menoscabar o cidadão, em virtude da utilização de algemas sem respaldo legal. Estabelece trincheira em favor da cidadania, cuja responsabilidade operativa imputada aos operadores do direito é de suma magnitude, verdadeiro *munus* público, cujo fito é efetivamente alcançarmos a materialização dos preceitos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito na *praxis* forense, através do cerceamento dos abusos estatais na persecução penal, impondo gravame com culpabilidade exacerbada, aqueles que macularem a honra objetiva e/ou subjetiva de um cidadão pelo uso de algemas com desvio de finalidade.

5.4 A dignidade como referencial hermenêutico

Postar-se como verdadeiro exegeta de um ordenamento jurídico nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não restringe-se à situação de buscar na legislação ordinária norma que aparentemente melhor adequa-se ao caso concreto. O exercício hermenêutico correto “não presta vassalagem a normas, nem aceita passivamente horrendas omissões que impedem a tutela inadiável do aludido núcleo dos direitos em suas múltiplas facetas[92]”.

A interpretação sistemática[93] como instrumento hermenêutico a perquirir no sistema jurídico[94] a solução do litígio na busca da tão almejada paz social em caso de antinomias, transita obrigatoriamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como “fundamento da nossa ordem constitucional[95]”.

Para Rothenburg os princípios constitucionais têm aplicação imediata, apesar da marcante abstração, o que não impede sua perfeita determinação, obrigando o exegeta a fazê-lo em consonância com regras já existentes ou até mesmo isoladamente, vindo a integrar o sistema jurídico[96].

Sendo fundamento da República Federativa do Brasil, como valor capital, a conferir “unidade de sentido ao texto político”, o primado da dignidade da pessoa humana “há de perpassar todo o sistema constitucional vigente”, impondo-se sobre as normas ordinárias e igualmente sobre os demais princípios constitucionais[97].

Côncios devemos estar da corrente inserção na exegese pátria, de primados advindos de movimentos como o da lei e da ordem, embasados filosoficamente na supressão de princípios, bem explicitado por Günther Jackobs em sua obra *Direito Penal do Inimigo*, que suprimem a dignidade do ser humano ao impor a onipotência estatal.

Para Jackobs o direito de defesa do cidadão é contraposto ao direito de defesa do criminoso, ocorrendo dicotomia entre o criminoso-cidadão e o criminoso-terrorista. O primeiro viveria em determinada sociedade adequando-se em parte às regras de convívio social com alguma harmonia. Ao contrário, o criminoso-terrorista estaria alheio a tudo e a todos sem liame algum com aquele meio social, cujo ordenamento jurídico não pode lhe oferecer quaisquer garantias[98].

A retórica do professor de Direito da Universidade de Bonn baseia-se na supressão ou relativização de garantias, nos seguintes termos:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo[99].

Tal subterfúgio ideológico fomenta o olvide ao primado da dignidade, sob argumentações casuísticas desprovidas de veracidade, maculando nosso fundamento maior da dignidade humana, como verifica-se cotidianamente nas prisões temporárias[100] desprovidas de finalidade legal, em que o Estado inadequadamente opera o sistema jurídico desprezando qualquer hermenêutica constitucional.

Conteúdo que retoma a criminologia do século XIX, no discurso do médico-filósofo Cesare Lombroso, criador da antropologia criminal, para quem o criminoso é geneticamente determinado para o ilícito e como tal estigmatizado pelo Estado[101].

Lembremos o nazismo e o discurso do Estado onipotente entabulado por Carl Schmitt, fiel ao nacional-socialismo alemão, um dos grandes pensadores do século XX, que pugnava pela possibilidade do Estado lidar com situações anormais suprimindo direitos e garantias individuais. Para o filósofo alemão precursor do discurso totalitarista do Terceiro Reich, “o soberano é quem decide no caso de uma exceção[102]”.

Para Schmitt, autor de *O Guardião da Constituição*, publicado em 1931, sob o título de *Der Hüter der Verfassung*, a função do Judiciário restava menoscabada porque o Estado através do “Presidente do Reich teria legitimidade para desempenhar semelhante função[103]”, sendo que[104]:

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimer. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente a dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um apelo ao povo”.

Para Gilmar Mendes[105], quando prefacia o filósofo alemão, “Schmitt questionava o papel do judiciário como guardião da Constituição”. A competência do Judiciário é minimizada frente à possibilidade da flexibilização das normas constitucionais pelo interesse estatal, contrapondo-se ao pensamento Kelseniano, que alicerça seu entendimento na necessária existência de limites impostos ao Estado pelo ordenamento jurídico posto, questionando “como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?[106]”.

De lado diametralmente oposto ao filósofo alemão e, também, de movimentos como da Lei e da Ordem que pugnam pela supremacia estatal, enquadra-se o modelo garantista de Luigi Ferrajoli, em qual queremos crer, há de consubstanciar-se no direito do porvir bem explicitado no prefácio de Norberto Bobbio[107], na obra *Direito e Razão* que trata da teoria do garantismo penal:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção de vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal.

O fundamento da dignidade da pessoa humana assume importância máxima no sistema jurídico, não podendo ser desconsiderado sob argumentação alguma, inexistindo válido exercício interpretativo quando olvidado nosso primado maior[108]. Destarte, toda exegese jurídica na utilização de algemas deve incidir sobre princípios constitucionais, em uma hermenêutica garantista amparada, em todo o cabedal principiológico que circunda o modelo de Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

6. Conclusão

1. As algemas perfazem-se em instrumento legítimo, utilizado por agentes estatais, para a imobilização ou limitação de movimentos daquele que teve a liberdade legalmente restringida, quando necessário para garantir a segurança dos percussores da medida, de terceiros, do próprio detido e o conseqüente êxito da ação.

2. Sua proveniência mescla-se com a história do homem, pois vestígios se encontram presentes em diversos documentos históricos, como a Lei das XII Tábuas, na antiga Mesopotâmia, nos escritos bíblicos, e, em toda a Idade Média. No período do império brasileiro, existia regramento acerca de seu uso e limites.

3. O legislativo pátrio mostrou-se inoperante em não reger a utilização deste instrumento tão utilizado na prática policial, repassando poder discricionário aos agentes estatais, que costumeiramente olvidam da dignidade do ser humano;

4. Vivemos em uma sociedade regida pelo temor, onde “o medo é um inimigo mais perigoso do que todos os outros”, porque afasta a coerência e a racionalidade, disseminando campo fértil para um direito penal simbólico[109]. Estatísticas desprovidas de embasamento científico estendem o manto da insegurança a toda sociedade, que reclama atuações estatais enérgicas[110];

5. Vivificou-se no Brasil a denominada prisão-espetáculo, em que cidadãos são presos e conduzidos à delegacia algemados, sob escolta de verdadeiro aparato bélico, acompanhados pela imprensa televisiva, que transmite em horário nobre a destruição da honra objetiva e subjetiva de seres humanos, sob ovação de uma massa de expectadores desprovidos de senso crítico;

6. Nestas prisões-espetáculo, o imputado é algemado publicamente como demonstração da força estatal, o que retroage a um direito penal do terror pré-iluminismo, caracterizado por execuções medievais a incutir medo, com o Estado postado acima do cidadão, bem descrito por Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*[111].

7. No procedimento administrativo inquisitivo, denominado inquérito policial, o cidadão brasileiro encontra-se submetido a atuações estatais respaldadas em movimentos como *da Lei e da Ordem*, que defendem a utilização de algemas sob qualquer pretexto, olvidando do princípio da dignidade, inserindo o indivíduo na condição de objeto.

8. Tal consectário enseja introspecção ao aplicador do direito, por tratar-se de embasamento filosófico utilizado para a supressão de preceitos, em desacordo com a principiologia constitucional inserida expressamente no texto de nossa Lei Maior, que encerra óbices a prisões desprovidas de finalidade instrumental.

9. O momento histórico vivenciado reclama o primado da dignidade da pessoa humana como abrigo do cidadão frente ao abuso estatal, porque “se opõem a todo tipo de violação ao direito do ser humano (...) um valor absoluto, não possibilitando qualquer questionamento[112]”, em nosso país que adotou os moldes de um Estado Democrático de Direito e tem na dignidade um de seus fundamentos magnânimos, dotada de “eficácia plena e aplicabilidade imediata[113]”.

10. Com o advento da Súmula Vinculante nº 11, que regrou e limitou a utilização das algemas a estrita necessidade, em caso de resistência, perigo de fuga ou risco à integridade física das partes, no advento da ação policial, restabeleceu-se o primado da dignidade humana no sistema pátrio, por ação do Judiciário que solveu mácula que pairava sob nosso ordenamento por omissão legislativa.

11. Esta mudança paradigmática, no momento primeiro da persecução, quando o indiciado perde sua liberdade e passa a ser considerado sujeito de direitos e, não mais, objeto da persecução penal, estabelece o cidadão como desiderato estatal e reafirma o modelo de Estado Democrático de Direito.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Assis. **Direito Internacional dos Direitos Humanos de 1948: instrumentos básicos**. Guilherme Assis de Almeida, Cláudia Perrone-Moisés, coordenadores. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2007

BARACAT Eduardo Milléo. **Controle do Empregado pelo Empregador**. Curitiba: Juruá, 2008. Texto: Direitos Fundamentais. Autoras: Patricia Meri Driessel e Sandra Geara Cardoso.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Coord. Fernando Luis Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Texto: Liberdade de Comunicação e Dignidade Humana. Autor: Fernando Luis Ximenes Rocha. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Código de Hamurabi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas. Organização Deocleciano Torrieri Guimarães. 1ª ed. . São Paulo: Editora Rideel, 2006.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. VI. I, 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional de Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2005.

_____. Decreto Federal nº 1.904, de 13 de maio de 1996. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos.

_____. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 91952-9. Relator: Min. Marco Aurélio. J 07/08/08. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 91952-9. Relator: Min. Marco Aurélio. J 07/08/08.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 95009 – São Paulo – Relator Ministro Eros Grau, j. 11/07/2008. Publicado em 05/08/2008. Paciente(s): Daniel Valente Dantas.

_____. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008.

COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da Pessoa Humana diante da Sanção Penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva – Uma análise à luz do Garantismo Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 34 ed. Petrópolis, RJ. Editora Vozes, 2007.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GENTILI, Franco. **Tortura, instrumentos medievais**. Tradução: Fabíola Guedes Rapassi. 10. ed. São Paulo: Imprensa Alvorada, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algema**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e crítica**. Günther Jackobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio. **Código de processo penal anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone Editora, 2007.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. **Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controle do Empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVER, Martyn. **História da Filosofia**. Texto original: Hamlyn History of Philosophy. Trad. Adriano Toledo Piza. Barueri-SP: Editora Manole Ltda, 1998.

PACHÉS, Fernando de Vicente. **Derechos Fundamentales y Relación de Trabajo**. Madri: Editora CES, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana**. São Paulo: Revista dos Advogados. Ano 23. Nº 70. Julho/2003.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>.>

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>.>

<<http://www.manyanga.ac.mz/discip/hist/iigm.pdf>>

<<http://www.portugal.gov.pt>.>

<<http://www.priberam.pt>>

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>>

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>>

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve; Coord. e sup. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Volume 1: parte geral/Eugênio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2007.

[1] Código de Hamurabi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas. Organização Deocleciano Torrieri Guimarães. 1ª ed. . São Paulo: Editora Rideel, 2006. p. 79.

[2] HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 23.

[3] HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 25.

[4] GENTILI, Franco. **Tortura, instrumentos medievais**. Tradução: Fabíola Guedes Rapassi. 10. ed. São Paulo: Imprensa Alvorada, 1996. p. 25: “As algemas da época dos antigos egípcios, eram instrumentos usados par agrilhoar escravos e condenados. As de madeira serviam para a transferência de prisioneiros, impedindo, assim que fugissem. As de ferro, além do uso acima, eram também utilizadas para pendurar as vítimas nos muros das prisões, criando condições de imobilidade que levavam, muitas vezes, à loucura”.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* nº 91952-9. Relator: Min. Marco Aurélio. J 07/08/08. (em “Coleção das Leis do Brasil de 1921”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II. p. 88 e 89”).

[6] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 834.

[7] ACOSTA, Walter P. **O processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1955. p. 93.

[8] HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da peço humana: fundamentos jurídicos do uso das algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 18.

[9] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. p. 96.

[10] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 835.

[11] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes. p. 32.

[12] JESUS, Damásio. **Código de processo penal anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 200.

[13] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 834.

[14] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, 3º volume**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 422.

[15] Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>: “Fonte de Publicação: DJe nº 157/2008, p. 1, em 22/8/2008 e DO de 22/8/2008, p. 1. Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, art. 5º, III, X e XLIX. Código Penal, art. 350, Código de Processo Penal, art. 284, Código de Processo Penal Militar, art. 234, § 1º e Lei nº 4898/1965, art. 4º, a”.

[16] Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>: “Súmula Vinculante 11 (...) Precedentes: RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e o HC 91952”.

[17] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: STJ. J. 07-08-2008. “EMENTA: ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JURI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento no Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório”.

[18] HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da peça humana: fundamentos jurídicos do uso das algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 93.

[19] Disponível em 06/03/09, no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>

[20] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: STJ. J. 07-08-2008. p. 4.

[21] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: STJ. J. 07-08-2008. p. 4.

[22] HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da peça humana: fundamentos jurídicos do uso das algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 134.

[23] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999. p. 682.

[24] FERREIRA, 1999. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. p. 682.

[25] Disponível em 22/02/2009, no site : <http://www.priberam.pt>

[26] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2007.p. 40

[27] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 273 e 274: “(...) lembra o mito da luta entre Menelau e o deus marinho Proteu, cujo poder residia na circunstância de assumir, a cada momento, uma diversa figura. São proteiformes as cláusulas gerais porque assumem, seja qual for o ângulo de análise do estudioso, uma diversa significação. São proteiformes, também porque o exame traz consigo uma longa lista de problemas nucleares à teoria do direito e à dogmática jurídica, afastando assim qualquer reducionismo ou simplificação na sua análise. (...) as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando sua sistematização no ordenamento jurídico.”

[28] SARLET, 2007. p. 42.

[29] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito Constitucional**. Revista de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.8, p. 146-157, jan-mar. 2000. *Apud*: Barakat Eduardo Milléo. Controle do Empregado pelo Empregador. Curitiba: Juruá. 2008. Texto: Direitos Fundamentais. Autoras: Patricia Meri Driessel e Sandra Geara Cardoso. “Os direitos fundamentais apresentam, dentre outras características, a universalidade, a historicidade, a **inalienabilidade**, a imprescritibilidade, a **irrenunciabilidade**, a interdependência, a efetividade, a relatividade e a unidade”. (grifos nossos)

[30] SARLET, 2007. **A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. p. 42.

[31] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 260: “I- As palavras da lei são constituídas de vagezas , ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/operador do direito. II- Na medida em que o projeto neopositivista fracassou em sua tentativa de construir uma linguagem rigorosa/técnica/lógica, a semiótica (ou a semiologia), a partir de sua vertente pragmática (filosofia pragmática ou filosofia da linguagem ordinária), trabalha com os múltiplos usos ou jogos que regem o

linguajar, privilegiando o terceiro nível da semiótica, é dizer, a relação dos signos com seus usuários. Como já se viu anteriormente, a matriz se encontra em Wittgeintein, que substitui a anterior ênfase no rigor e na pureza do discurso por análises que passam a privilegiar os contextos e as funções das incertezas significativas dos discursos”.

[32] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2003. p. 21.

[33] HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. p. 24.

[34] Luis Antonio Rizzatto Nunes. Apud. COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da Pessoa Humana diante da Sanção Penal**. São Paulo: Fiuza Editores. 2004. p. 14.

[35] SARLET, 2007. p. 62.

[36] COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores. 2004. p. 92.

[37] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana**. São Paulo: Revista dos Advogados. Ano 23. Nº 70. Julho/2003. p. 38

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008. “Princípios contitucionais garantidores dos direitos fundamentais. Cumprimento obrigatório. – Os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, além, é claro, de quaisquer outros, hão de ser respeitados, sob pena de subversão da ordem e possibilitar-se a pura incidência de normas inferiores sem observância às superiores. Em especial quando se cuida do devido processo legal e considerando que estão em jogo interesses que dizem com a própria liberdade do indivíduo.”

[39] MAUNZ-DÜRING. **Grundgesetz Kommentar**. p. 18. *Apud*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008. p. 13.

[40] SARLET, 2007. P. 30.

[41] *Ibid.*, p. 30.

[42] OLIVER , Martyn. **História da Filosofia**. Texto original: Hamlyn History of Philosophy. Tradução Adriano Toledo Piza. Barueri: Editora Manole Ltda. 1998. p. 45.

[43] SARLET, 2007. p. 31.

[44] *Ibid.*, p. 34.

[45] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58

[46] SARLET, 2007. p. 37.

[47] *Ibid.*, p. 39.

[48] *Ibid.*, p. 71-72.

[49] **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789.** Disponível em 20/02/2009, no site: www.direitoshumanos.usp.br: ‘França, 26 de agosto de 1789: Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que **a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos** e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral’. (grifos nossos).

[50] **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789.** Disponível em 20/02/2009, no site: www.direitoshumanos.usp.br: ‘França, 26 de agosto de 1789: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição’.

[51] SARLET, 2007. p. 64-65.

[52] Disponível no site: www.manyanga.ac.mz/discip/hist/iigm.pdf em 01/02/09.

[53] **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789.** Disponível em 02/03/2009 no site: www.onu-brasil.org.br: ‘Art. I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.

[54] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153.

[55] **Constituição da Espanha.** Disponível em 07/03/2008 no site: www.direito.adv.br/constitu.htm: ‘CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA - DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA, A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN Y ENTENDIEREN, SABED: QUE LAS CORTES HAN APROBADO Y EL PUEBLO ESPAÑOL RATIFICADO LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN: (...) De lhos derriços y deveres fundamentales: (...) Artículo 10 - 2. Lás normas relativas a lhos derriços fundamentales y a lás libertares que lá Constitucional reconhece se interpretaram **de conformidade com la Declaración Universal de Derechos Humanos** y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.’ (grifos nossos)

[56] ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal brasileiro.** volume 1: parte geral/Eugênio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 120: “(...) é reconhecida sua obrigação jurídica por todos os países, seus membros, tal como ficou estabelecido pela Declaração de Teerã de 1968. O Brasil só tardiamente ratificou os Pactos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas já se encontrava juridicamente vinculado à

Declaração Universal, como também à Declaração Americana dos Direitos e deveres do Homem de 1948, aprovada pela IX Conferência Interamericana, reunida em Bogotá, como membro que é da Organização dos Estados Americanos (OEA)”.

[57] BRASIL - **Decreto Federal nº 1.904, de 13 de maio de 1996**. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição DECRETA: Art. 1º - Fica instituído o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, contendo diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção, na forma do Anexo deste Decreto. Art. 2º - O PNDH objetiva: I - a identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no País; II - a execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos; III - a implementação de atos e declarações internacionais, com a adesão brasileira, relacionados com direitos humanos; IV - a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais; V - a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os dispostos em seu Art. 5; VI - a plena realização da cidadania. (grifos nossos)

[58] BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Coord. Fernando Luis Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Texto: Liberdade de Comunicação e Dignidade Humana. Autor: Fernando Luis Ximenes Rocha. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p. 574.

[59] ALMEIDA, Guilherme Assis. **Direito Internacional dos Direitos Humanos de 1948: instrumentos básicos**. Guilherme Assis de Almeida, Cláudia Perrone-Moisés, coordenadores. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

[60] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; **III- a dignidade da pessoa humana**; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. (grifos nossos)

[61] COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004. p. 13

[62] **CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA**. Disponível em 20/01/2009 no site: www.direito.adv.br/constitu.htm: “CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA - DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA, A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN Y ENTENDIEREN, SABED: QUE LAS CORTES HAN APROBADO Y EL PUEBLO ESPAÑOL RATIFICADO LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN: (...) De los derechos y deberes fundamentales: Artículo 10 - 1. **La dignidad de la persona**, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. (grifos nossos)

[63] PACHÉS, Fernando de Vicente. **Derechos Fundamentales y Relación de Trabajo**. Madri: Editora CES, 1998. p. 28.

[64] MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. **Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 242.

[65] Conforme Pedro Romano Martinez. Apud: MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. **Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 243.

[66] MOREIRA, 2004. p. 246-247: “Um segundo limite advém da referência à **dignidade humana** do trabalhador e, conforme Goni Sein menciona, embora o artigo só refira à dignidade, pode individualizar-se, também, uma possível tutela da intimidade já que ao fazer referência à **dignidade da pessoa** significa que se impede todo o controlo ou fiscalização intrusiva na vida privada do trabalhador, que não tenha uma ligação com aspectos técnico-organizativos do trabalho (...)”. (grifos nossos)

[67] Ibid., p. 247.

[68] CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá. 2007. p. 27.

[69] Ibid., p. 27.

[70] **Constituição da República Portuguesa**, disponível em 20/08/08 no site: www.portugal.gov.pt: ‘*Princípios Fundamentais: Art. 1º. Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*’. (grifos nossos)

[71] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. VI. I, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra, PT. Coimbra Editora, 2007. p. 198.

[72] Ibid., p. 198: “(...) Com este sentido, a dignidade da pessoa humana ergue-se como linha decisiva de fronteira (valor limite) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos)”.

[73] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional de Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 2002. p. 225: “(...) a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizatórios”.

[74] CANOTILHO, 2007. **Constituição da República Portuguesa anotada**. p. 198.

[75] Ibid., p. 199: “A dignidade da pessoa humana constitui um ‘dado prévio’ (a precondição) da legitimação da República como forma de domínio político, mas não se trata de uma dado fixista, invariável e abstrato”.

[76] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 16: “Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa (...)”.

[77] **Constituição da República Federativa do Brasil**: Art. 227, caput: “É dever da família assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito (...)”. (grifos nossos)

[78] **Constituição da República Federativa do Brasil**: Art. 170, caput: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”. (grifos nossos)

[79] Martins-Costa, Judith. **A Boa Fé no Direito Privado, Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 324. “Em suma, não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a sua extensibilidade que lhe é própria. É certo que, tanto as cláusulas gerais, aos princípios pode ser atribuída a vagueza semântica, mas esta, como se viu, pode ser observada em qualquer termo ou expressão, constituindo antes uma questão de grau do que de característica”.

[80] SARLET, 2007. p. 63: “(...) mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (...)”.

[81] SARLET, 2007. p. 67.

[82] *Ibid.*, p. 63.

[83] *Ibid.*, p. 68: “(...) reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

[84] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume 1, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p. 12.

[85] Apud. W. Goldschmidt. *la ciência de la justicia*. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p. 12: ‘Os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte a seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. O processo penal constitui um ramo do direito público, e, como tal, implica autolimitação ao Estado, uma soberania mitigada.’ (Grifos do autor)

[86] DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva – Uma análise à luz do Garantismo Penal**. Curitiba: Juruá Editora. 2004. p. 128. Apud César Luiz Passold: “A legitimidade da atividade persecutória, deste modo, encontra-se vinculada à preservação

dos valores que fundamentam um Estado Democrático de Direito, como a liberdade e a igualdade, verdadeiros pressupostos para uma existência humana digna. O processo penal, neste viés, designa fundamentalmente um estatuto de garantia de proteção da liberdade e da igualdade dos indivíduos, valores indissociáveis que estão enraizados na concepção do homem como pessoa.”

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC. 95009 – São Paulo – Relator Ministro Eros Grau, j. 11/07/2008. Publicado em 05/08/2008. Paciente(s): Daniel Valente Dantas (...). Liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, constando do *habeas corpus* relatório da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros – DRCOR – assinado pelo delegado da polícia federal, Protógenes Queiroz, na data de 23 de junho de 2008: “(...) poderíamos diante de tal assertiva legislativa, afirmar que devido ao que já foi cotejado e cruzado com os dados existentes, que D. Dantas, **utiliza sua inteligência para praticar o mal**, prejudicando o país e uma legião de investidores, aplicadores e pessoas a ele ligadas profissionalmente (...) Ante a ameaça dos **corsários saqueadores das riquezas do nosso país**, deixo aqui registrado que o ‘amauense’ que ora subscreve a presente peça, e por cautela alerta aos incautos, seja de forma individual ou organizados criminosamente para tal finalidade, que **estarei de prontidão comparado a um integrante das brigadas dos tigres** (...) A conduta dos três (Guga, Guiga e Gomes) soa com figuras lendárias **dos três mosqueteiros desempenhando atividades a serviço do rei**, qual seja, identificamos naquele **festejado grito de guerra ‘um por todos e todos por Daniel Dantas** (...)” (grifos nossos)

[88] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 34 ed. Petrópolis, RJ. Editora Vozes, 2007. p. 13.

[89] Kriele Martin. **Introducion a la teoria del Estado**. p. 150. *Apud*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008: “Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que tem competência para criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente tem efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência.”

[90] FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p. 102: “convém gizar que por antinomias jurídicas entendem-se incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência sistemática e para que se alcance a efetividade máxima da pluralista teleologia constitucional”.

[91] *Ibid.*, p. 89. *Apud*. Norberto Bobbio.

[92] FREITAS, 2004. p. 68.

[93] FREITAS, 2004. p. 99: “(...) Neste compasso, deve-se, por oportuno lembrar, como premissa associada, que por interpretação sistemática, na ótica preconizada, entende-se a operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, a melhor

significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às regras ou normas estritas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias e sentido amplo, tendo em vista solucionar casos de conflito (objetiva ou subjetivamente considerados)”.

[94] Ibid., p. 54: “(...) entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

[95] SARLET, 2007. p. 63.

[96] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2003. p. 17-18: “(...) os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa”.

[97] BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Coordenadores Fernando Luis Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Texto: Liberdade de Comunicação e Dignidade Humana. Autor: Fernando Luis Ximenes Rocha. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2005. p. 164.

[98] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e crítica**. *Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

[99] Ibid., p. 49.

[100] KAUFMANN, Carlos. **Prisão Temporária**. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 190: “Deve-se cuidar para que ela não seja indevidamente utilizada como instrumento de extorsão de confissões, ou de qualquer outro elemento de convicção. Muito menos como trampolim para aqueles que buscam alcançar a fama por intermédio da imprensa, pois a restrição da liberdade não pode influenciar-se pela famigerado *movimento da lei e da ordem*”.

[101] LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone Editora, 2007. p. 141: “Os ladrões, que, como as meretrizes, são apaixonados por cores berrantes: amarelo, vermelho, azul, por berloques, correntes e até por brincos são os mais ignorantes **da espécie delinqüente**”. (Grifos nossos)

[102] MARTYN, 1998. p. 159.

[103] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Apresentação de Gilmar Ferreira Mendez. p. ix.

[104] Ibid. p. 233.

[105] Ibid. prefácio. p. ix.

[106] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 241-242.

[107] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. Norberto Bobbio prefaciando a 1ª ed. Italiana. p. 7.

[108] GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Em 10 abril. 2007: “De qualquer modo, é certo que todos convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa, fundamentadora e interpretativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica (constitucional, internacional ou infraconstitucional) pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos, a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas”.

[109] SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 78-79.

[110] Simenon apud: SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 77.

[111] FOUCAULT. **Vigiar e Punir**. 2007, p. 90: “(Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757), a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris (aonde deveria ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando um tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita tocha, na praça Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpos consumidos ao fogo, reduzidos à cinzas, e sua cinzas lançadas ao vento”.

[112] COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da Pessoa Humana diante da Sanção Penal**. São Paulo: Fiuza Editores. 2004. p. 14.

[113] FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 3.

MATRIZES DOS CONCEITOS DE JUSTIÇA

O “CONCEITO”[1] DE JUSTIÇA EM KANT: A COAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO JUSTO.

THE "CONCEPT" OF JUSTICE IN KANT: THE COERCION AS AN INSTRUMENT TO ACCOMPLISH THE FAIR.

David Barbosa de Oliveira

RESUMO

É inegável a influência de Kant na filosofia moderna, tendo realizado uma reviravolta copernicana, guinando definitivamente o pensamento moderno para novos caminhos. Este artigo passará por alguns pontos da “crítica da razão pura”, dada a sua importância para o entendimento da “lógica” kantiana, delimitando, por exemplo, a distinção entre núneno e fenômeno. Estabelecido os limites da razão, definir-se-á o termo idéia, distinguindo-o de conceito e de intuição e o colocará como elo entre a razão pura e a razão prática. Estabelecer-se-á a liberdade como ponto central do pensamento kantiano, sabendo que é a razão que gera essa liberdade. O Estado fornece o ordenamento jurídico para resguardar essa liberdade – único direito inato no homem – seu fundamento e objetivo. A Justiça para Kant é composta pela liberdade e pela igualdade, enquanto o injusto é todo obstáculo que se ponha frente a liberdade. É aqui que se estabelece a importância no pensamento kantiano da coação, pois esta é justamente o instrumento de efetivação do Justo como a desobstrução dos obstáculos colocados à liberdade.

PALAVRAS-CHAVES: FILOSOFIA; DIREITO; JUSTIÇA; LIBERDADE; ESTADO; COAÇÃO.

ABSTRACT

There is no denying the influence of Kant in modern philosophy and made a copernic turnaround, leading definitively modern thought for the new paths. This article will have some points of the “critique of pure reason”, given its importance for understanding the “logic” Kantian, limiting, for example, the distinction between phenomenon and numenon. Established the limits of reason, will define the term idea, distinguishing it from concept and intuition and how to make the link between pure reason and practical reason. This will be free as a central point of Kantian thought, knowing that is why it generates such freedom. The state provides the legal system to protect that freedom - only law innate in man - its basis and purpose. The Justice for Kant is made for freedom and equality, while the unjust is all that is put forward obstacle to freedom. It is here that states the importance of coercion in Kantian thought, because this is precisely the instrument of execution of the Fair as the clearing of barriers to freedom.

KEYWORDS: PHILOSOPHY; RIGHT; JUSTICE; FREEDOM; STATE; COERCION.

1. Introdução.

Como estabelecer a relação entre a ausência de vontade para a prática de um ato e a liberdade de praticar esse ato? Como a ausência de liberdade de praticar um ato pode ser o instrumento de efetivação dessa liberdade? O longo caminho que percorreu Kant até chegar a idéia de coação como um instrumento de efetivação da liberdade é traçado neste artigo à “crítica” não foi a rejeição das conclusões metafísicas, mas a incerteza dessas conclusões, a fraqueza dos argumentos em que se assentavam. A crítica da razão pura é uma guinada surpreendente no estudo do conhecimento (gnoseologia), aferindo quais são os limites do pensamento racional e se este é confiável. O conhecimento então é uma deformação do real, sendo o objeto, em parte, tal como o conhecemos, obra nossa. Não conhecemos a *priori* nas coisas senão aquilo que nós mesmos nela colocamos.

É inegável a influência de Kant na filosofia moderna, tendo realizado uma reviravolta copernicana, guinando definitivamente o pensamento moderno para novos caminhos. A crítica da razão pura estabelece os limites da razão, explicando porque a metafísica não consegue se desenvolver como a física e a matemática. Uma vez encontrado o verdadeiro lugar que a razão possui no processo de conhecimento, estabelecido a distinção entre nùmeno e fenômeno e se a razão pode ou não prescindir da realidade no processo cognitivo, parte Kant para uma nova crítica: a da razão prática. Nesta Kant vai responder a uma de suas importantes perguntas: “Que devo fazer?” É a idéia em Kant que vai realizar o elo entre essas duas críticas.

O homem tem uma dupla natureza: uma sensível e outra inteligível. A razão é o que separa o homem do estritamente sensível, do determinismo da natureza. A linha mestra do pensamento Kantiano é a liberdade e é a razão que gera essa liberdade. A liberdade é o único direito inato do homem. O Estado fornece o ordenamento jurídico para resguardar a liberdade, criando uma esfera de segurança para o exercício da liberdade. A liberdade pressupõe a igualdade, pois todos devem ser iguais em liberdade.

Justiça também é um termo extremamente ligado à liberdade. O Justo para Kant é composto pela liberdade e pela igualdade. O injusto é todo obstáculo que se ponha frente a liberdade. É aqui que se estabelece a importância no pensamento kantiano da coação, pois esta será justamente o instrumento de efetivação do Justo. Posto que Justo para Kant é tudo o que promove a liberdade, o governo de si mesmo para si mesmo e injusto é tudo o que impede a liberdade que se realiza segundo leis universais, então o afastamento desses obstáculos é uma realização da justiça. Destarte essa desobstrução dos obstáculos colocados à liberdade é realizado pela coação e é sobre este instrumento, sob a ótica do pensamento kantiano, que será realizado este artigo.

2. Immanuel Kant: vida e obra.

A modernidade é marcada pelo subjetivismo. Herança dos humanistas da época do Renascimento, que, ao fazerem uma nova releitura da realidade, saem do teocentrismo da *Idade Média* e entram no antropocentrismo, que orientará o caminhar da *Idade Moderna*, contexto histórico, cultural e filosófico ao qual se encontra inserido Immanuel Kant. “A transição do mercantilismo para o liberalismo assinala o apogeu do individualismo e a elevação da liberdade individual a alturas nunca dantes conhecidas”. Alemão do século XVIII, Kant compartilha dos ideais iluministas de sua época, cujas forças se dão na primazia da razão.

Immanuel Kant nasceu em Königsberg em 1724, era o quarto irmão mais velho de uma família de onze filhos. Sua família era pobre e sua mãe era uma mulher profundamente religiosa, impondo ao filho uma sólida educação moral. Sua mãe antes de morrer internou-lhe no colégio Fridericianum, dirigido por Francisco Alberto Schultz, um fervoroso adepto do Pietismo de Spener. Esse traço biográfico explica parte da austeridade de sua doutrina moral e a solidez de sua fé. Como havia se destacado no colégio, o diretor o encaminha para a faculdade de Königsberg vindo nela a cursar filosofia que à época compreendia filosofia propriamente dita e ciências. O filósofo que mais lhe influenciou na faculdade foi Martin Knutzen, pietista e discípulo de Cristiano Wolf (este, por sua vez, com forte influência de Leibniz).

A obra de Kant pode ser dividida em 3 fases: a primeira vai de 1755 a 1770 – nela, suas idéias ainda não tomaram forma. Kant segue de perto o racionalismo dogmático de Leibniz desenvolvido e divulgado por Wolf, entretanto a leitura de David Hume o faz despertar de seu “sono dogmático”. No decurso desses anos, Kant também lê Jean-Jacques Rousseau, de quem também sofre profunda influência. Na segunda fase de sua obra – a partir de 1770 – começa a surgir um primeiro esboço de sua filosofia com a dissertação “A forma e os princípios do mundo sensível e do mundo inteligível”. Até 1780, sua filosofia amadurece e entre 1780 e 1790 vêm a lume suas obras primas: “Crítica da razão pura”; “Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência”; “Fundamentação da metafísica dos costumes”; “Crítica da razão prática” e; “Crítica do juízo”. Com a publicação da última crítica a filosofia kantiana pode considerar-se completa. Na terceira fase, o filósofo irá apenas publicar duas obras que não mudaram as linhas gerais do seu pensamento: “A religião dentro dos limites da simples razão” e “Metafísica dos costumes”.

3. Crítica da razão pura: os limites da razão.

O que conduziu Kant à “crítica” não foi a rejeição das conclusões metafísicas, mas a incerteza dessas conclusões, a fraqueza dos argumentos em que se assentavam. E é aqui que se encontra a influência do empirismo de Hume que, para Kant, provou de maneira irrefutável que a razão não é capaz de pensar *a priori*, de forma universal e independente, abalando o edifício racionalista de Descartes, Leibniz e Wolf que

pretendiam atingir verdades absolutas e constituir uma metafísica. Ao contrário das demais disciplinas (lógica, matemática e física), a metafísica continua a tatear e os metafísicos não conseguem se entender. Destarte, é interrogando quais as possibilidades da razão e a fim de responder por que a metafísica não apresenta o mesmo grau de certeza da matemática ou da física que ele propõe uma crítica da razão pura. Essa crítica se proclama pura por envergar-se sobre os valores do pensamento puramente racionais, sobre a faculdade da razão como tal, independente da experiência e conseqüentemente sobre a possibilidade de existência da metafísica em si. A crítica da razão pura é uma guinada surpreendente no estudo do conhecimento (gnoseologia), aferindo quais são os limites do pensamento racional e se este é confiável.

O primeiro ponto determinante na “Crítica da razão pura” é a revolução impetrada sobre o método. Deve-se determinar o objeto segundo as exigências da razão em lugar de por o objeto como uma realidade em si, perante a qual a razão não tem outra alternativa senão inclinar-se. É a utilização do método racional. O conhecimento então é uma deformação do real, sendo o objeto, em parte, tal como o conhecemos, obra nossa. Conhecemos *a priori* nas coisas aquilo que nós mesmos nela colocamos. “A realidade, enquanto por nós é conhecida, sofre as modificações impostas pelas leis da nossa mente. A realidade por nós apreendida apresenta-se-nos nas formas da nossa apreensão. O modo de apreensão imprime o seu cunho ao objeto conhecido”. Georges Pascal, sintetiza o pensamento kantiano: “Kant não duvida, absolutamente, da existência das coisas fora de nós; entende apenas que tais coisas não são conhecidas senão através das formas que lhe impõe a nossa faculdade de conhecer”.

Para melhor esclarecer essas idéias faz-se necessário estabelecer a diferença entre nùmeno e fenômeno proposta por Kant. Os fenômenos são as coisas assim como nós as conhecemos, nossas percepções sobre o mundo que nos rodeia, já o nùmeno é a coisa em si, em sua realidade ôntica, independente do conhecimento que possuímos delas. O conhecimento existe apenas no mundo fenomênico e só nele há alguma certeza e segurança. O que é da esfera numênica não é possível conhecer em essência, no conteúdo. “A 'coisa em si', o absoluto ou '*noumeno*', é incognoscível. Nós conhecemos o ser, só enquanto nos aparece, isto é, enquanto *fenomeno* (que significa precisamente a aparição)”.

Há dois tipos de conhecimento: *a priori* e *a posteriori*. Aqui, importa-nos o conhecimento *a priori* que é toda proposição necessária e universal e esta não pode ser encontrada senão na razão. Assim o conhecimento *a priori* é inevitavelmente racional. Logo, a razão é fonte de conhecimento. Como a grande novidade introduzida por Kant é o estudo de juízos sintéticos *a priori* e a indagação se esse tipo de conhecimento existe na metafísica, faz-se importante a distinção entre juízo analítico e sintético: o primeiro é o juízo que apenas explana um conceito sem lhe acrescentar qualquer elemento novo, já o sintético acrescenta alguma coisa ao conceito de sujeito. Todo juízo de experiência, *a posteriori*, é sintético e o *a priori* é analítico.

Distingue ainda Kant as formas (subjctivas) da matéria do conhecimento: as formas que tornam possível as percepções dos sentidos são as formas da intuição; as que tornam possível as operações lógicas, os juízos são as formas do intelecto. “As formas que tornam possível a intuição sensível são o espaço e o tempo, que não são objetos existentes fora de nós, mas apenas condições do pensamento”. O espaço e o tempo não decorrem da experiência, mas são pressupostos dessa.

Entretanto, essas formas *a priori* da intuição sensível não nos dão a conhecer o mundo. Todo conhecimento das coisas proveniente só do entendimento puro ou da razão pura não passa de erro, ilusão, posto só haver verdade na experiência. Kant entende que o conhecimento vem da experiência, mas ela por si só não nos dá a conhecer, deve-se somar à experiência a razão. A metafísica, no sentido de ciência das coisas em si, é impossível, não lhe podendo ser atribuído um papel constitutivo, mas apenas um papel regulador. “A função da razão é, justamente, a de obrigar o entendimento a procurar uma perfeição sempre maior dos seus conceitos”. Para além da experiência, nada podemos conhecer, não podemos nem afirmar a existência nem a não existência.

É impossível negar que a metafísica é uma disposição natural da razão, porém as idéias da razão são simplesmente reguladoras e não constitutivas. As idéias da razão não nos dão a conhecer, elas apenas orientam o nosso ato de conhecer. Neste sentido, é muito importante entender o significado em Kant de “idéias da razão” ou ainda, mais precisamente, o significado do termo idéia.

4. A Idéia para Kant.

A idéia distingue-se do conceito e da intuição. A idéia é criada pela faculdade da razão; o conceito é produto da faculdade do entendimento; e a intuição é criação da sensibilidade. A idéia como elemento ambientado nas paragens da razão deve por inferência lógica observar seus limites. A idéia decorre da exigência de uma síntese total e incondicionada, que só pode ser conseguida pela razão, já que as sínteses do entendimento são parciais. A razão exige a totalidade dos condicionados ou um membro incondicionado. A razão por sua própria natureza aspira, portanto, ao incondicionado.

Ao aspirar um uso construtivo, isto é, quando a razão ultrapassa a região de toda a experiência possível para buscar um conhecimento totalmente independente da experiência, o resultado é a criação da idéia, uma realidade aparente (*shein*) embora se mostre a razão como coisa em si.

A idéia representa na filosofia kantiana o ponto de passagem da filosofia teórica para a prática, é portanto “produto” da razão, que se manifesta como teórica ou prática. Demonstrado através da dialética da razão pura a impossibilidade dela alcançar um conhecimento por puras idéias, o caminho certo da razão surge na esfera do agir, quando a razão opera um retorno em si mesma e não mais como intelecto que se volta para o sensível para conhecer, mas como vontade – razão prática – que se desdobra sobre si mesma para agir. Se a Crítica conclui que a razão especulativa nada pode afirmar, com certeza, no concernente a metafísica, ela o faz para deixar campo livre à razão prática.

Ao passo que é impossível o conhecimento teórico absoluto, em contrapartida, no campo da prática, o ser subjetivo já se encontra em melhores condições e tem aí uma certeza absoluta que o conhecimento teórico não lhe poderia dar. No mundo prático somos como que iluminados; temos a consciência de um dado *a priori* (...) que nos ensina imperiosamente o que devemos e o que não devemos fazer. Este princípio é a lei do dever.

Ao perceber, a razão, que ela mesma é o seu objeto e o seu único e definitivo interesse, já que na ordem prática a razão recobra o seu mais alto valor. A razão prática é a que não se preocupa em simplesmente traduzir as leis, segundo as quais os fenômenos da natureza se comportam, mas em representar as leis, segundo as quais um ser racional dotado de liberdade deve agir. Vale dizer, a razão prática é faculdade que temos de agir por princípios ou máximas, as quais somente tornam possível uma ação entendida como acontecimento que tem origem na vontade.

Dizer que o homem tem vontade é dizer que ele pode representar uma lei e agir de acordo com ela. “Porque a razão teórica é também prática, 'na medida em que é razão' a idéia é, no plano teórico, a mesma que no plano prático”. Essa faculdade de determinar-se na ação segundo a representação de certas leis, ou seja, segundo máximas é a que Kant chama de razão prática ou vontade. A idéia de uma razão prática, o refletir sobre uma razão que age, tem seu compromisso inquebrantável com a idéia de liberdade.

Uma vez estabelecido o que Kant entende por idéia – uma exigência de uma síntese total e incondicionada decorrente da razão – podemos estudar os elementos centrais da idéia de Direito, a saber: liberdade e justiça.

5. Liberdade e igualdade: elementos do Justo

Kant acredita que tudo que está ligado a natureza é determinado. A razão é justamente o elemento libertador do homem diante deste mundo limitador e aprisionador. A razão estabelece a liberdade humana, dado que nada a não ser o próprio homem é seu limite. O homem deve ser respeitado em sua liberdade, sendo a liberdade o valor supremo que coloca o homem acima do mundo fenomênico. Se o homem fosse apenas fenômeno, seria determinado como tudo quanto à natureza pertence. A liberdade não é anterior ao dever, é na verdade consequência deste, pois não é a lei moral que induz um certo jeito de atuar livremente, mas só por nos julgarmos livres podemos cumprir o dever. A liberdade é a expressão da identidade entre o pensamento e a vontade, sendo o conteúdo do ideal de justiça kantiano.

Indissolúvelmente ligadas à idéia de justiça estão a idéia de liberdade e de igualdade. O exercício da liberdade de cada um deve se compatibilizar com a liberdade de todos os demais, segundo um princípio de igualdade. Esse princípio se impõe tanto como direito de liberdade inato e igual para todo ser racional, bem como limitação igual para todos

no sentido de possibilitar a sociedade civil ou a vida em comum de seres que são fins em si mesmos.

Importante, aqui, estabelecermos a relação existente entre justiça e liberdade. Justo é para Kant tudo o que promove a liberdade, o governo de si mesmo para si mesmo e injusto é o que impede a liberdade de se realizar segundo leis universais.

A liberdade, no sistema filosófico kantiano, é o único direito inato, natural. Entretanto, em Kant, esse direito natural não é um conjunto de princípios acima do direito positivo, mas princípios a priori da razão, que justifica a existência do direito positivo. Kant é jusnaturalista somente no sentido de que o direito positivo, para ele, não encontra seu fundamento de validade último em si mesmo ou no arbítrio do legislador, mas na razão.

Direito e Justiça não são termos que possam ser pensados separadamente, pois o Direito deve trazer em si o conceito de liberdade e de igualdade, que são elementos constitutivos da idéia de Justiça. Assim “a idéia de justiça aparece como critério de aferição de validade de toda legislação jurídica”. O Direito para Kant “é o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos restantes, de harmonia com uma lei universal de liberdade”. O que se põe aqui, então, não é a limitação da liberdade de um pela liberdade do outro, mas segundo Joaquim Carlos Salgado:

de limitação do arbítrio de cada um segundo uma lei universal da liberdade, que tem procedência na razão, de modo a compatibilizar esses arbítrios e fazer resplender a liberdade. (...) O direito procura realizar a liberdade na plenitude, na medida em que torna possível seu exercício externo, limitando o arbítrio dos indivíduos de forma igual, no sentido de tornar possível o pleno exercício, em sociedade, do maior dos bens do homem: a liberdade (p. 273).

Destarte, é notório que a liberdade ocupa um ponto central na filosofia kantiana, sendo não só a matriz da sua razão prática, mas também o pressuposto para entendermos o seu pensamento sobre o Direito, sobre o Justo, sobre o Estado e, por fim como a frente se verá, sobre a coação.

6. Liberdade: fundamento e fim do Estado.

Por fim há que se falar do Estado em Kant. A liberdade é o fundamento e o próprio fim supremo do Estado. Assim, por consequência, o fundamento do Estado é, também, a Justiça. Tem este Estado o objetivo de estabelecer e manter a ordem jurídica. Para Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz “o bem público supremo, que constitui a finalidade do Estado, enquanto Estado de Direito, consiste na garantia da liberdade de todos segundo leis jurídicas universais. Quanto mais esse objetivo for promovido e

alcançado, mais racionais serão o Direito e o Estado”. Assim, essa ordem será mais completa e adequada quanto mais larga for a liberdade de iniciativa permitida ao indivíduo num círculo de ampla segurança jurídica.

Kant era contratualista e sofreu forte influência rouseauniana, em verdade, cabe a Kant o mérito de sistematizar e desenvolver o contratualismo de Rousseau. Para Kant os homens nunca se uniram por contrato e a sociedade é independente das deliberações humanas. “O contrato social de Kant, ao contrário do de Hobbes e Rousseau, não refere fato histórico, mas exprime tão-somente uma idéia racional”. O contrato social é uma idéia da razão e é a explicação essencial do Estado. Sobre isso firma muito precisamente Joaquim Carlos Salgado:

A liberdade é o α e o ω da filosofia do direito de Kant; o contrato social é obra da vontade dos homens e tem uma finalidade: criar a ordem jurídica. A ordem jurídica, por sua vez, como fruto da vontade dos homens, tem uma finalidade: cuidar da sua liberdade. O contrato nasce da liberdade para a liberdade. Disso resulta a importante consequência: o direito não existe para si, mas para a liberdade. Superar a “liberdade selvagem” - “o que não é renunciar a liberdade inata externa” - por uma liberdade dependente da lei que decorre da própria vontade de quem a ela se submete é constituir um Estado, cuja finalidade é guardar o direito.

Como contratualista Kant entende que o Direito no estado de natureza é um direito provisório, pois nesse estado ninguém comete injustiça um com o outro, mas tão só se defende cada um do outro pela força em um verdadeiro estado de necessidade. Na sociedade civil, a igualdade não significa a igualdade de direitos, que continuam desiguais tanto com relação as coisas, como com relação as pessoas (patrão-empregado). Nela consiste a igualdade segundo o Direito, no sentido de que uma norma jurídica seja válida para todos, porque posta para todos, em suma: uma igualdade formal. A fraqueza do estado de natureza está em que a liberdade, assim como todo direito, é apenas provisória, daí se exigir uma nova situação para a sociedade, mais estável, cuja porta de entrada é o pacto social livre.

O Estado não foi, mas deve ser constituído em harmonia com a idéia do contrato social, sendo este seu fundamento jurídico. O Estado deve proteger o indivíduo contra a violência interna e externa, assegurando-lhe liberdade num círculo de ampla segurança jurídica, devendo se organizar baseado no reconhecimento dos direitos da pessoa como síntese da liberdade humana, sendo, portanto, um Estado liberal. A finalidade do Estado “é tão só a tutela do direito. O Estado deverá assegurar aos cidadãos o gozo dos seus direitos, mas não deve ingerir-se nas atividades nem cuidar dos interesses individuais”.

Quanto a forma de governo Kant defende a República e também aceita a doutrina dos filósofos constitucionalistas (Locke, Montesquieu e Rousseau) sobre a divisão dos poderes. O Poder Legislativo não deverá se confundir com o Poder Executivo. O poder Executivo submete-se às suas leis, como, de resto, o Judiciário. Somente o Poder Legislativo que pertence ao povo é soberano, porque soberana é a vontade geral e isto é decisivo na caracterização da república. Destarte, o Poder Legislativo compete ao povo

e é por ele que se forma um Estado Republicano. Só com esses pressupostos a constituição é legítima. Estado Republicano é aquele em que o poder soberano, o que tem o poder de criar as leis, é exercido pelo povo através de representação, observada a divisão dos poderes. A República é a forma de governo que realiza o “estado na idéia”, ou seja, um grupo de seres humanos unidos por leis do direito, cuja origem é a vontade geral, constituída como poder legiferante, que é o soberano ou o povo.

Entretanto, transparece em sua doutrina um certo autoritarismo percebido por Bobbio e relembado por Souza Filho, pois Kant não admite qualquer direito de resistência do povo frente ao Poder Legislativo, sendo o maior e o mais execrável delito que pode ser realizado em um Estado, destruindo seus fundamentos. Contra o supremo legislador do Estado não pode existir nenhuma aquisição legítima por parte do povo.

Devemos abrir aqui um breve parenteses para falar um pouco sobre a teoria filosófica da força e sua relação com o Direito. Para esta teoria “a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache acima dos indivíduos. (...) O Direito não obriga só porque consegue impor-se eficazmente, o consegue porque garante a segurança e a ordem”. Se a justiça é a primeira preocupação do Direito, a segunda é a ordem, a segurança. Essa teoria esta muito presente, nesse particular, no pensamento do filósofo de Koenisberg, pois Kant nega a possibilidade do direito de resistência a um estado despótico, pois este eticamente é algo mais do que o estado de guerra de natureza. Joaquim Carlos Salgado afirma que:

Opor-se a situação constitucional, qualquer que seja, é agir contra o dever fundamental decorrente do imperativo categórico, que impõe o dever de passagem do estado de natureza para o da sociedade civil. Admitir a revolução, como forma de resistência ao poder despótico, é sancionar o estado de guerra negado pelo dever de constituir a sociedade civil dos indivíduos e a paz perpétua entre os povos. (...) o direito de resistência os de revolução é a destruição do estado como tal e por isso do mínimo de eticidade necessária para a caminhada na direção do Estado republicano ou estado regido por uma constituição parlamentar.

Se se trata de uma constituição em que o poder Legislativo está separado do Executivo a resistência ao arbitrário uso do poder pelo poder Executivo pode ser realizado pelo povo. Se, entretanto, o executivo concentra também em suas mãos o poder legislativo então representa ele o poder soberano, não podendo ser abalado. Certo, então, é que o poder soberano, o legislativo, não pode ser atacado pela revolução. O povo conserva tão só o direito de resistência que se resume no direito de opor-se pela manifestação livre do pensamento. A injustiça do usurpador não dá ao povo qualquer direito coativo contra ele, entendendo Kant que um poder plebeu sem direito é pior que o direito injusto, pois este ao menos ainda é um direito e conserva o germe do progresso para o direito justo. O único caminho, por ele aceito, de mudança é a reforma.

Entendido o que é Justiça e porque a liberdade é o fim e o objetivo do Estado para Kant, resta apenas situar como a coação pode servir de instrumento para a efetivação da liberdade e é, por fim, isso o que se passa a fazer.

7. A coação como instrumento de efetivação do justo.

Como já foi dito, o Justo para Kant é tudo o que promove a liberdade, o governo de si mesmo para si mesmo, e injusto é o que impede a liberdade de se realizar segundo leis universais. Também já foi dito que o Estado tem o objetivo de estabelecer e manter a ordem jurídica, garantindo a liberdade de todos segundo leis jurídicas universais. É o Estado, então, que deve assegurar as liberdades dos indivíduos se abstendo da esfera das liberdades políticas e civis, mas deve intervir para coibir os abusos dessa mesma liberdade por meio da coação.

A compatibilização das liberdades destes seres – humanos – que estão sujeitos às influências da sua natureza, ou do sensível se falarmos numa linguagem kantiana, dentro de uma sociedade que se propõe harmônica, só é possível se seus comportamentos, seus arbítrios, forem limitados. A prevalência de uma vontade suprema em detrimento das demais não é justa, devendo este arbítrio ser limitado pela coação. Arnaldo Vasconcelos a esse respeito diz que “a revolução de Kant, neste particular, reside em que, até o advento de sua teoria, a coação era exterior ao Direito, estava fora dele, sendo puro elemento da atividade estatal; Kant conduz a coação para dentro do Direito, aí lhe preservando lugar intra-sistemático. Passa a constituir-lhe nota essencial, necessária, e não acidental, prescindível. Torna-se a coação critério do jurídico”.

É muito interessante a relação estabelecida por Kant entre justiça e coação. Tudo que constitui um obstáculo a liberdade é injusto e o afastamento desse obstáculo é pela mesma forma justo. Justiça é o andar livre e seguro da liberdade, sem obstáculos. A coação que alguém exerce contra a ação justa de um outro é um obstáculo a liberdade. Assim, o obstáculo ao obstáculo à liberdade, exatamente porque restaura o bem maior do homem - a liberdade - é critério definidor do justo.

A coação que é um “salvo conduto” para a liberdade vai necessariamente andar de mãos dadas com a igualdade, pois a justiça aparece como distribuição dessa limitação da coação igualitariamente e desta forma assegura uma liberdade igual. A coação só vai atingir seu fim se limitar os obstáculos à liberdade de todos, se limitar só de alguns vai estar diferenciando e destarte não estará sendo justa. Então para a coação ser justa terá que atingir todos na mesma proporção, será igual para todos, posto que todos devem ser iguais em liberdade. Para Joaquim Carlos Salgado “ao dizer que faculdade de coagir está ligada ao Direito, Kant não tira o Direito do mundo ético, mas nele insere a coação”.

Deve-se deixar bem claro, entretanto, que a coação é apenas um instrumento da liberdade, auxiliando a liberdade. No máximo, a coação é a condição de existência do Direito e não de sua essência. Dá ela eficácia ao direito e não validade, que é buscada na sua última instância: a justiça como ideal de realização igual da liberdade. A efetividade do Direito dada pela coação tem seu fundamento no poder, enquanto força a serviço da razão. Sem a coação a liberdade não aparece na sociedade civil. Daí Kant mais uma vez

se utiliza da anteriormente falada teoria filosófica da força, afirmando que não pode criar o Direito quem não tem força para impô-lo.

Kant utiliza o imperativo categórico para sustentar o Direito como ordem coativa. O imperativo categórico só é possível porque o homem pertence a dois mundos (o sensível e o inteligível). Se o homem fosse apenas do mundo inteligível não haveria o que ordenar. E se fosse apenas do mundo sensível não conseguiria optar, pois faltaria-lhe a liberdade, seguindo apenas seus instintos da natureza. Pertence o Homem concomitantemente a esses dois mundos nem sempre harmônicos. O mundo sensível lhe impõe condutas, inclinações e instintos que o homem entra em contato, tendo, no transcorrer de sua vida, que dar significado. É por isso que há o imperativo categórico. Esses obstáculos do mundo sensível para uma ação livre do homem (puramente racional) não podem para Kant ficar ao desígnio apenas de quem a eles está sob influência, surgindo aí a sanção – elemento do mundo sensível que atua no sensível do homem. A coação só surge quando surge um outro e este tem sua liberdade limitada.

Finalizando a coação kantiana, urge que se diga que existem duas exceções, segundo Norberto Bobbio, ao princípio que liga o Direito a coação: no primeiro caso temos um direito sem coação (e é este o caso do direito fundado na equidade), “no segundo caso temos uma coação sem direito (e é este o caso de quem comete um delito agindo em estado de necessidade)”.

8. Considerações finais.

O pensamento filosófico de Kant rompeu com as tradicionais estruturas do pensamento ocidental, trazendo para o centro da discussão a razão. Kant nega, de certa forma, a história do pensamento grego neste ponto e secciona os limites da metafísica, afirmando que, até então, os metafísicos estavam Tateando enquanto as demais ciências caminham com passos seguros – referência a física e a matemática. Com a crítica da razão pura Kant estabelece os limites da razão e lhe propõe seu correto lugar – como instrumento regulador.

O pensamento kantiano tem como linha mestra a liberdade. A liberdade para Kant decorre da razão e é esta que afasta o determinismo da natureza, possibilitando ao homem o arbítrio – o livre arbítrio. A liberdade é o fim e o fundamento do Direito e do Estado. O Estado assegura as liberdades dos particulares por meio do ordenamento jurídico. O Direito há que ser justo. A Justiça é apoiada na liberdade e por consequência na igualdade, pois os homens tem que ser igualmente livres.

Aqui, encontramos a razão e a importância da coação na Filosofia do Direito de Kant. Se o Direito há de ser justo e o Justo é não opor obstáculos a liberdade, então a coação aparece como o instrumento que retira os obstáculos a liberdade. É a coação então que efetiva a liberdade, auxiliando e instrumentalizando a Justiça.

Kant é responsável por ter trazido a coação para dentro do Direito e influenciado várias gerações de pensadores posteriores a ele. É o exemplo de Rudolf von Ihering. Ihering

influenciado por Kant entende o Direito como essencialmente coativo, criando a imagem que Direito sem coação é fogo que não queima, chama que não alumia. Kelsen foi outro que sob influência das idéias kantianas trouxe a coação para o Direito, entretanto este teve o cuidado de colocá-la como consequência do ato violado e desta forma fora do Direito. Para o austríaco a coação incide sobre a conduta que é contrária ao Direito, a conduta proibida.

Sobre a doutrina da coação, de certo que, o pensamento kantiano sofre inúmeras críticas que afirmam, por exemplo, que Kant não soube solucionar a contradição existente entre liberdade e coação, não soube explicar o que resulta da liberdade no momento do uso da coação, posto que a coação (da força ou da necessidade) afasta a liberdade conforme Hanna Arendt. Contudo, mesmo assim não resta qualquer dúvidas de sua importantíssima e “essencial” – se ele assim nos permitisse – contribuição para o desenvolvimento filosófico como um todo é especificamente para a Filosofia do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica.** 3ª ed. Bauru: Edipro, 2005.

_____. *Estado, governo, sociedade – para uma teoria geral da política.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. 9ª Edição, Editora Paz e Terra, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10ª ed. Brasília: UNB, 2003.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.* Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito.* 5.ª ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional.** 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese.** São Paulo: Perspectiva, 2007.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **A ideologia do direito natural: (crítica histórica dos fundamentos lógicos e axiológicos da filosofia do direito natural, da Grécia clássica à época contemporânea, na perspectiva demonstrativa de seu caráter ideológico de justificação do direito positivo ocidental)**. Fortaleza: ABC Editora, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Teoria geral do Direito. Vol. 1: Teoria da norma jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

O termo conceito esta escrito entre aspas porque em Kant conceito distingue-se de idéia e de intuição. A idéia é criada pela faculdade da razão; o conceito é produto da faculdade do entendimento; e a intuição é criação da sensibilidade. Como Justiça não decorre do entendimento, mas da razão mais técnico seria falar de idéia e não de conceito. A escolha da utilização do termo conceito foi com o fim de facilitar o acesso ao tema. No decorrer do trabalho, essa distinção é feita de forma mais clara e precisa.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ª ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 129.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 46.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ª ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 129.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ª ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 130.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 110.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 113.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.^a ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 132-133.

SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de Justiça em Kant: *seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2.^a ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 134.

Autonomia em Kant é a identificação da liberdade com a lei.

Arnaldo Vasconcelos afirma que “se não se compartilhar a liberdade, não haverá exercício possível da liberdade. Esta só existe com a condição de ser limitada para cada um, em proveito de todos. A liberdade absoluta é também a absoluta impossibilidade de seu exercício. Donde resulta que, sendo a liberdade um termo relacional, ninguém pode ser livre sozinho. O tirano, o monarca absoluto, o ditador, nenhum destes é livre, cada um sendo escravo a seu modo. Eles sabem, e se não sabem por saber intelectual, com certeza sentem, que subjugar os outros não envolvem o uso da liberdade, mas desprezo e temor da convivência entre iguais” in VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 54.

Kant designa sua moral de imperativo categórico, formulando-a assim: “atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal” in DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.^a ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 133.

SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de Justiça em Kant: *seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2.^a ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 272.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.^a ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 137.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2.^a ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 273.

Karl Doehring fala de um modelo de Estado que muito faz lembrar o Estado kantiano, é o “Estado como pura comunidade ou comunhão de risco”. Esse Estado estaria altura de sua função e esta seria a de conceder aos cidadãos a liberdade de se servirem de todos os outros valores em suas vidas, a fim de concretizarem o sentido de Estado. Aqui o estado deve exigir sacrifícios em termos de liberdade para manter-se aberto a todos os objetivos. Sua função seria tornar os objetivos possíveis de serem concretizados e sem ele, o Estado, nenhum, somente aquele determinado pelo mais forte, poderia ser alcançado. Assim sendo, seria o Estado que não se identifica com um determinado objetivo, garantidor da liberdade de todos, somente isso seria o seu fim precípua in DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2.^a edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 75.

“É a liberdade (mais precisamente a liberdade externa, como ausência de impedimento) o valor que, segundo a concepção liberal teorizada por Kant, o Estado deve garantir através do ordenamento jurídico” in BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 140.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 286.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ª ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 139.

A preocupação de Kant não é com relação ao equilíbrio, harmonia, constitucional dos poderes - o que notamos em por exemplo Montesquieu -, mas precisamente com o que o poder soberano (o poder de legislar) promane da vontade geral com um poder que pertence ao povo e deve ser por ele exercido representativamente.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 315.

SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **A ideologia do direito natural: (crítica histórica dos fundamentos lógicos e axiológicos da filosofia do direito natural, da Grécia clássica à época contemporânea, na perspectiva demonstrativa de seu caráter ideológico de justificação do direito positivo ocidental)**. Fortaleza: ABC Editora, 2002, p. 170.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 178 - 180.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 299.

Gustav Radbruch neste sentido afirma: “(...) a segurança fornecida pelo direito positivo já só por si justifica a obrigatoriedade de qualquer direito, mesmo se injusto e mal adaptado a um fim *in* RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 181).

No mesmo sentido se posiciona Ihering afirmando que Direito sem coação é fogo que não queima, chama que não alumia *in* VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do Direito. Vol. 1: Teoria da norma jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993, p.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do Direito. Vol. 1: Teoria da norma jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 71 e 72.

Del Vecchio firma a relação entre Direito e coercibilidade tendo estabelecido que o Direito se ocupa apenas do mundo físico, ou seja, do efeito extrínseco do operar, Kant afirma que o Direito, ao contrário da Moral, é essencialmente coercível, já que sobre as intenções não pode exercer-se violência, e a consciência é algo de inacessível. Livre, é, por natureza, o pensar, enquanto que direito e possibilidade de coagir são uma e a mesma coisa *in* DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ª ed. port. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 137.

Segundo Norberto Bobbio, “a coação é uma não-liberdade (devida ao Estado), que repele a minha não liberdade. Esta é portanto uma negação da negação e, em consequência, uma afirmação (e precisamente é a reafirmação da liberdade do terceiro lesada pelo

ilícito) *in* **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 152.

Arnaldo Vasconcelos afirma que “o que Kant não pode, ou não soube, foi resolver a antinomia entre liberdade e coação, tanto que preservou esta ao lado da liberdade, atribuindo-lhe, demais, a nota individualizadora da juridicidade. Talvez tenha pesado nisso seu desprezo para com a dialética, vista como mera lógica das aparências” *in* VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 55.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 275.

Arnaldo Vasconcelos entende de forma diferente de Joaquim Carlos Salgado, pois afirma que para Kant a coação é da essência do Direito, daí ele afirmar que “a explicação do que seja 'força do direito' contém, pelo menos, uma verdade, e é esta: a ocorrência da coerção só se dá de modo acidental, e não necessário, como deveria acontecer na posição kantiana” *in* VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 73

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 152.

MARXISMO & DIREITO: O FENÔMENO JURÍDICO N'A QUESTÃO JUDAICA

MARXISM & LAW: THE LAW IN "THE ISSUE JEWISH"

**Éder Ferreira
Maysa Rodrigues Cunha**

RESUMO

O presente projeto de pesquisa situa-se no campo dos fundamentos do direito, pois pretende localizar n'A Questão Judaica, de Karl Marx, uma teorização do fenômeno jurídico. Trata-se de pesquisa exploratória, quanto aos objetivos, e de pesquisa bibliográfica, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados. Como fonte de pesquisa será utilizada, pois, A Questão Judaica produzida pelo jovem Marx, em 1843. A análise da fonte consistirá em revisão teórica centrada na categoria "direito". Espera-se, com a realização da pesquisa, a produção de conhecimento novo quanto à teoria sociológica do direito que servirá de embasamento para futuras pesquisas, sobretudo na sub-área da Sociologia Jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO, EMANCIPAÇÃO POLÍTICA, EMANCIPAÇÃO HUMANA, ESTADO, MARXISMO.

ABSTRACT

This research project is situated in the grounds of the law, because you want to find n'a Jewish Question, in Karl Marx, a legal theory of the phenomenon. It is exploratory research, about the goals, and bibliographic research on the sources and procedures for data collection. As a source of research will be used, therefore, the question produced by the Jewish young Marx in 1843. The analysis of the source is focused on theoretical review of "right." It is hoped the completion of the research, production of new knowledge about the sociological theory of law that serves as a basement for future research, especially in sub-field of legal sociology.

KEYWORDS: LAW, POLITICAL EMANCIPATION, HUMAN EMANCIPATION, STATE, MARXISM.

1 INTRODUÇÃO

Remontemos à frase de Ulpiano: “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”. É indubitável que onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito. Sendo o homem um produto da história e de sua sociabilidade podemos também considerar o direito um fenômeno e uma expressão social. O conceito de direito não é unívoco e, em sua complexidade, é envolto por várias acepções das diversas ciências.

Segundo L. Vilanova:

para o direito há uma experiência histórica, antropológica, sociológica, psicológica e axiológica. Tais experiências, ainda que diferentes entre si, são complementares (...) A incidência maior num ângulo desta ou daquela experiência leva a cortes meramente metodológicos, a objetos formais diferentes: ao direito como fato histórico, como fato sociológico, etc. (apud DINIZ, 2008, p.4)

As oposições entre as concepções dos pensadores quanto ao conceito de direito e seu respectivo papel na organização da sociedade, corroboram sua complexidade. No entanto, tentar compreender tal fenômeno é de extrema relevância, visto que é produto de relações e transformações humanas ao longo da história.

Nos dedicaremos, então a analisar a concepção do fenômeno jurídico consoante um dos maiores pensadores de todos os tempos, herdeiro da filosofia alemã, Karl Marx, embora não tenha escrito nada de sistemático e extenso sobre o direito em si.

Diante os vastos estudos do filósofo marcado pela “determinação e um rigor extremamente raros na história do pensamento humano” (LUKÁCS, 2007, p. 121), almejamos identificar e analisar a categoria “direito” notadamente n’A *Questão Judaica*.

Ensaio produzido por Marx em 1843, *A Questão Judaica* é uma crítica aos estudos e ao idealismo de Bruno Bauer no debate sobre a emancipação política e humana dos judeus da Alemanha, pelo qual Marx faz sua análise relacionando-as com a religião e o Estado, dando à discussão um aspecto social. Marx, ainda interpreta os “direitos humanos” e os “direitos políticos” correlacionados com a questão da emancipação. Destarte, podemos perceber uma justaposição entre a concepção marxista e o fenômeno jurídico, visto que Marx apresenta em sua obra a dissonância entre as realidades humana e social e o direito proclamado pelo Estado. Vislumbramos o quanto tal análise é relevante ao nos possibilitar estudos proveitosos que certamente contribuirão para a formulação e entendimento das estruturas sociais atuais.

A pesquisa aqui apresentada é exploratória, quanto aos objetivos, e bibliográfica, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados.

2 O JOVEM MARX

Karl Heinrich Marx, nasceu na data de 05 de maio de 1818 em Tréveris. Já em sua juventude, Marx se dedicava incansavelmente às suas pesquisas e desenvolveu-se intelectualmente de forma que suas características levaram-no a uma maturidade precoce, tornando-se um grande gênio.

Nos dizeres de Gyorgy Lukács:

(...) desde o início já manifestou-se com força o impulso de Marx no sentido da apropriação e da reelaboração dos mais importantes resultados científicos da época, bem como a inigualável atitude crítica com a qual, em cada oportunidade, ele se empenhou na reconstrução das idéias preexistentes. Nesta atividade Marx se distinguiu por uma determinação e um rigor extremamente raros na história do pensamento humano (...) (ibid., p.121)

Marx iniciou seus estudos em 1830 no Liceu Friedrich Wilhelm, em Tréveris. Mais tarde ingressou na Universidade de Bonn onde era estudante de Direito, logo se transferiu para a Universidade de Berlin, cujo professor e reitor – Hegel, com sua dialética – exerceu grande influência sobre Marx. Este perdeu o interesse pelo direito e voltou-se para a Filosofia, tendo participado ativamente do movimento dos Jovens Hegelianos - dentre os quais estavam Engels, David Strauss, Bruno e Edgar Bauer, e Moses Hess.

Concluiu sua tese de doutorado intitulada “*Diferenças da filosofia da natureza em Demócrito e Epicuro*”, em 1841.

Em outubro de 1842, começou a trabalhar na *Rheinische Zeitung* (*Gazeta Renana*) como redator e multiplicou seus estudos filosóficos e trabalhos jornalísticos. Mais tarde, veio a assumir a direção da mesma. Em seus escritos, ele abordou os problemas – lutas de classe em que o proletariado começava a se apropriar da ideologia socialista – como um democrata radical, jacobino, o que aborreceu as autoridades do governo e os ricos burgueses acionistas, acarretando sua demissão e o fechamento da Gazeta. “*Marx interpretou os trabalhos publicados na Gazeta Renana como seu primeiro passo no sentido do socialismo.*” (ibid., p. 141).

Considerado pelo jovem hegeliano Kopper um “*reservatório de idéias*”, Marx era superior aos outros jovens hegelianos radicais por suas riqueza conceitual e profundidade e por ir além deles na questão decisiva para o desenvolvimento ideológico da Alemanha da época, ou seja, na crítica da filosofia de Hegel. Portanto, Marx era superior aos jovens hegelianos tanto politicamente, pelo seu democratismo radical, quanto filosoficamente, pela profundidade no desenvolvimento crítico da filosofia hegeliana.

Dessa maneira, começa haver divergências entre Marx e os outros jovens hegelianos vez que estes colocam-se diante dos princípios fundamentais da filosofia hegeliana de maneira totalmente acrítica, enquanto Marx agia de modo contrário, embora não tenha descartado a dialética de Hegel.

Tais críticas a Hegel avultaram-se quando Marx conheceu Feuerbach e sua respectiva idéia do materialismo. Assim, em sua formação, Marx passou pelo processo de superação do hegelianismo e do próprio Feuerbach, por meio de sua crítica e a reformulação da dialética idealista de Hegel e de sua inversão de um ponto de vista materialista, fundando o materialismo dialético. As outras duas fontes do marxismo – o socialismo utópico francês e a economia política inglesa – cuja importância foi evidenciada por Lenin, vieram à tona somente num momento posterior de Marx.

Marx só realizou a passagem para a definitiva concepção científica do socialismo proletário no decorrer de 1844. Em sua fase de transição para esta etapa escreveu os *Anais franco-alemães*, frutos de sua crítica materialista da dialética hegeliana e de sua inversão materialista da relação entre sociedade civil-burguesa e Estado, além da compreensão da contraditoriedade interna do Estado. Aqui surge *A Questão Judaica* em que Marx se vale de seu decisivo ponto de vista social e científico:

E a religião é de fato a autoconsciência e o sentimento de si do homem que não se encontrou ainda ou voltou a se perder. Mas o *homem* não é um ser abstrato, acorrido fora do mundo. O homem é o *mundo do homem*, o Estado, a sociedade. Este Estado e esta sociedade produzem a religião, uma *consciência invertida do mundo*, porque eles são *um mundo invertido*. (apud LUKÁCS, op. cit., p. 172)

As maiores influências sobre Marx foram, indubitavelmente, de Hegel e Feuerbach, mas também tiveram outros pensadores que o influíram como Epicuro e Demócrito que foram citados em sua tese de doutorado. Destarte não podemos olvidar a grande contribuição de Engels nos textos de Marx, claro que com a superioridade deste.

Dentre os importantes estudos de Marx podemos citar: O manifesto Comunista, O Capital, O 18 de Brumário de Luís Bonaparte, Sobre a Questão Judaica, A Ideologia Alemã, Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844 e Teses sobre Feuerbach.

Marx veio a falecer em 1883.

Reportemo-nos às palavras de Engels, colaborador e amigo de Marx:

Marx era, antes de tudo, um revolucionário. Sua verdadeira missão na vida era contribuir, de um modo ou de outro, para a derrubada da sociedade capitalista e das instituições estatais por esta suscitadas, contribuir para a libertação do proletariado moderno, que ele foi o primeiro a tornar consciente de sua posição e de suas necessidades, consciente das condições de sua emancipação. A luta era seu elemento. E ele lutou com uma tenacidade e um sucesso com quem poucos puderam rivalizar. (...) (<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1883/death/dersoz1.htm> - acesso em 20/01/09)

Expomos acima uma breve nota sobre a vida daquele que contribuiu de forma imensurável para o nosso desenvolvimento histórico e que ainda instiga muitos estudos, como este que ora fazemos.

3 A QUESTÃO JUDAICA

A questão judaica é uma crítica de Marx aos estudos de Bruno Bauer quanto à luta dos judeus alemães que almejavam a emancipação civil e política no período pós-Revolução Francesa.

Segundo Bauer, a emancipação política dos judeus seria possível somente se eles renunciassem à sua consciência religiosa – emancipação do Estado cristão – pois, a emancipação política requer um estado secular.

O Estado cristão não pode, sem abrir mão de *sua essência*, emancipar os judeus, assim como – acrescenta Bauer – o judeu não pode, sem abrir mão de sua essência, ser emancipado. Enquanto o Estado permanecer cristão e o judeu, judeu, ambos serão igualmente incapazes: um de outorgar a emancipação, o outro, de recebê-la (MARX, 2002, p.14)

Assim, Bauer estabelece que, para ser emancipado como cidadão, o judeu precisa abandonar o judaísmo – religião considerada por ele como restrita e egoísta, assim como os outros homens devem abandonar sua religião, somente assim poderão obter os “direitos gerais do homem”. O Estado também deveria renunciar à sua religião, nos dizeres de Bauer: “*O Estado que pressupõe a religião não é um verdadeiro Estado, um Estado real.*” (apud MARX, op. cit., p.17).

Em contraponto, Marx questiona a análise “teológica” de Bauer quanto à relação judaísmo x cristianismo, pois dirige sua crítica ao Estado cristão e não ao Estado geral. Marx argumenta que o Estado secular não está em oposição à religião, ou seja, não é necessária aos judeus ou aos outros cristãos a preterição da religião para que alcancem a emancipação política em um Estado.

Marx critica o fato de Bauer não ter transformado a questão judaica numa ampla crítica social e, por sua vez, transforma o problema das relações da emancipação política com a religião no problema das relações da emancipação política com a emancipação humana.

Não se trata de investigar, apenas, quem há de emancipar e quem deve ser emancipado. A crítica tem que indagar-se, além disso, outra coisa: *de que espécie de emancipação* se trata; quais as condições implícitas da emancipação que se postula. (MARX, op. cit., p.17)

Para Marx, a emancipação política da religião possui a mesma natureza da emancipação política da propriedade privada, ambas reguladas pelo Estado, premissas sobre as quais ele se faz valer como Estado político. Além disso, defende ser possível que o Estado se emancipe da religião e a grande maioria dos homens que o formam continue religiosa,

sendo a religiosidade um fator puramente privado, uma vez que o homem se emancipa politicamente da religião quando esta já não é de direito público e sim de direito privado – idéia de Estado livre e direitos liberais.

Ainda, segundo Karl Marx, a ascensão política do homem acima da religião ou a anulação da propriedade privada não significa a destruição das mesmas e, sim, as pressupõe de modo a analisar o cidadão desconexo delas.

Marx vê a emancipação política como necessária para a emancipação humana, mas não a realização desta.

Não há, dúvida de que a emancipação política representa um grande progresso. Embora não seja a última etapa da emancipação humana em geral, ela se caracteriza como a derradeira etapa da emancipação humana dentro do mundo atual. (ibid., p. 24 - 25)

Além de não atribuir à emancipação política a emancipação humana, Marx vai além da concepção de direitos liberais, analisando também os direitos humanos. Aqui, a questão judaica se insere no problema da emancipação geral da humanidade.

Destarte, analisemos, ainda que superficialmente, a crítica de Marx aos direitos do homem e do cidadão, n' *A questão judaica*.

Segundo Bauer, o homem tem que sacrificar o "*privilégio da fé*" se quiser obter os direitos gerais de homem. Detenhamo-nos, um momento, a examinar os chamados direitos humanos em sua forma autêntica, sob a forma que lhes deram seus descobridores norte-americanos e franceses. (ibid., p.32)

Segundo Marx, os direitos do cidadão são os direitos políticos, podendo ser exercidos somente em comunidade, mais precisamente no Estado. Já os direitos humanos se diferem dos direitos do cidadão pelo fato de serem os direitos dos membros da sociedade civil – os homens burgueses, egoístas.

Dentre os direitos humanos, de acordo com Marx, estão a liberdade de consciência e a prática de qualquer culto. Portanto, a liberdade religiosa é um direito humano geral.

A religião, longe de se constituir incompatível com o conceito dos direitos humanos, inclui-se expressamente entre eles. Os direitos humanos proclamam o *direito de ser religioso*, sê-lo como achar melhor e de praticar o culto que julgar conveniente. O *privilegio da fé* é um *direito humano geral* (ibid., p.34)

Marx analisa os direitos humanos: *liberdade* – o qual considerava ser o *direito à propriedade privada*, fundamento da sociedade burguesa; *igualdade* – igualdade da propriedade privada garantida pelo direito anterior e *segurança* – o policiamento pelo qual a sociedade garante a conservação de sua pessoa, seus direitos e sua propriedade.

A emancipação política para Marx, seria “a emancipação do Estado em face da religião”. Este Estado prega a igualdade política de todos os cidadãos, porém, a emancipação política coincide com a emancipação da propriedade privada. Marx, então, declara que tal determinação do Estado não passa de formalismos, sendo sua finalidade real garantir o interesse comum da burguesia, detentora das propriedades, o que o torna uma “comunidade política ilusória”. Aqui, consagra-se o materialismo da sociedade civil. Nas palavras de Marx:

Contudo, a consagração do idealismo do estado era, simultaneamente, a consagração do materialismo da sociedade civil. Ao sacudir-se o jugo político, romperam-se ao mesmo tempo, as cadeias que aprisionavam o espírito egoísta da sociedade civil. Daí, a emancipação política ter sido a emancipação da sociedade civil em relação à política, sua emancipação até mesmo da *aparência* de um conteúdo geral. (...) Este *homem*, membro da sociedade burguesa, é agora a base, a premissa do *Estado político*. (ibid., p.41-42)

Marx propõe uma alternativa para a questão judaica:

Por isto, não dizemos aos judeus, como Bauer; não podeis emancipar-vos politicamente se não vos emancipais radicalmente do judaísmo. A contrário, dizemos; podeis emancipar-vos politicamente sem vos desvincular radical e absolutamente do judaísmo porque a *emancipação política* não implica em *emancipação humana*. (ibid., p.31)

A emancipação humana, consoante Marx, se processa quando o homem reconhece e organiza suas próprias forças, não separando de si a força social sob a forma de força política.

Para tanto, será necessária a desalienação do homem, suprimindo as condições nas quais vive com seu egoísmo e em função de transformar seu trabalho em mercadoria, pois, segundo o pensador, “*A alienação e não o homem rege, certamente, o chamado Estado cristão*”. Em suas palavras:

Somente quando o homem individual real recupera em si o cidadão abstrato e se converte, como homem individual, em ser genérico, em seu trabalho individual e em suas relações individuais, somente quando o homem tenha reconhecido e organizado suas “*forces propres*” como forças sociais e quando, portanto já não separa de si a força social sob a forma de força política, somente então se processa a emancipação humana. (ibid., p.29).

Vê-se, portanto, que a crítica do filósofo de Tréveris é imbuída de aspirações no sentido de transformar o homem em um ser capaz de se libertar e realizar suas potencialidades, sendo a emancipação a auto-realização do homem.

4 O CONCEITO DE DIREITO N'A QUESTÃO JUDAICA

Analisaremos, aqui, *A Questão Judaica* sob a ótica jurídica, embora, como já citado em outro momento, Marx não tenha tratado do direito especificamente. Vê-se que na perspectiva marxista o direito obteve seu crédito principalmente na ordem política. A própria dimensão estrutural social adotada por Marx ante a tentativa de emancipação dos judeus na Alemanha implica na análise do direito na obra em questão.

Percebemos o direito n'A *Questão Judaica* na interpretação que Marx faz dos direitos humanos, mostrando o direito como parte da superestrutura ideológica, uma forma de alienação e também quanto ao direito idealista sancionado pelo Estado.

Nas palavras do próprio Marx em outro de seus textos *O Estado e a Lei*:

Se a fôrça é tomada como base da lei, como em Hobbes, o Direito e os atos legislativos são apenas um sintoma ou expressão de *outras* condições, sôbre as quais repousa o poder do Estado. (MARX, 1964, p. 216)

N'A *Questão Judaica*, Marx critica os formalismos do direito burguês, que enquanto parte da superestrutura é resultante das forças produtivas e das relações de produção – base econômica – pautadas nos interesses da classe dominante. Assim, ele estabelece a contradição entre os direitos da burguesia – sociedade civil – e os direitos do cidadão abstrato – Estado político.

Marx considera os direitos humanos uma forma negativa de alienação, repletos de formalismos e individualismos. Destarte, propõe um direito social que possa contribuir para além da emancipação política, tornando-se precursor da verdadeira emancipação humana.

Remontemos a José Afonso da Silva:

Por isso, acrescentamos que “a verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sócio-cultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o direito legislado representa tão-só um compromisso entre os interesses de choque”. (SILVA, 2008, p.131)

Marx pensava, até mesmo pela sua universalidade, que “*os direitos e deveres legais não estariam vinculados a classes ou a status, mas eles pertenceriam ao “cidadão”, ou seja, todos os indivíduos seriam considerados iguais*”. (LOCHE, 1999, p. 58).

Ao negar a tese de Bauer de que os judeus teriam de abrir mão de seu judaísmo para obter a igualdade civil, Marx defendeu que a religião era uma questão privada, e o que Estado não tinha o direito de intervir senão nas questões relacionadas com o indivíduo

como cidadão. Notamos aqui a divisão que Marx faz entre direito público e privado, sendo somente o exercício daquele, função do Estado, este por sua vez seria laico – “*O homem se emancipa politicamente da religião ao bani-la do direito público para o privado. A religião já não é espírito do Estado (...)*”.

Segundo Marx, os direitos humanos são resultantes de lutas e conquistas ao longo da história. Vemos então, a noção de cidadania em Marx, pela qual o cidadão torna-se um ser genérico, reconhecedor de sua força social, alcançando assim, a emancipação humana.

N’A *Questão Judaica* percebemos, já apresentada por Marx, a necessidade da solidariedade entre homens para a realização de sua emancipação humana. Hoje, percebe-se que tal solidariedade, a coletividade, é fundamental para a conquista de direitos e o exercício da cidadania e de um Estado democrático.

Nas palavras de Coutinho:

Um dos conceitos que melhor expressa essa reabsorção dos bens sociais pelo conjunto dos cidadãos -- que melhor expressa, portanto, a democracia -- é precisamente o conceito de cidadania. Cidadania é a capacidade conquistada por alguns indivíduos, ou (no caso de uma democracia efetiva) por todos os indivíduos, de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado. Sublinho a expressão historicamente porque me parece fundamental ressaltar o fato de que soberania popular, democracia e cidadania (três expressões para, em última instância, dizer a mesma coisa) devem sempre ser pensadas como processos eminentemente históricos, como conceitos e realidades aos quais a história atribui permanentemente novas e mais ricas determinações. A cidadania não é dada aos indivíduos de uma vez para sempre, não é algo que vem de cima para baixo, mas é resultado de uma luta permanente, travada quase sempre a partir de baixo, das classes subalternas, implicando um processo histórico de longa duração. (COUTINHO, 2005, p.2)

Pensar a perspectiva de Marx quanto à emancipação política e a emancipação humana é extremamente relevante para compreender o processo de reflexão de questões atuais como o reconhecimento e a proteção aos direitos humanos, hoje discutida mundialmente.

Vale lembrar a contribuição de Marx, direta ou indiretamente, para os estudos da sociologia frente à observação de políticas que possibilitem uma organização social estruturada, indo além das fronteiras religiosas, focando a própria emancipação, cidadania, direitos humanos e o desenvolvimento das classes, dentro de uma nova configuração dos Estados.

Em suma podemos considerar que a concepção da emancipação humana de Marx nos remete à cidadania e à democracia em que todos exercem seus direitos civis e políticos e têm assegurada sua dignidade humana.

Consoante José Afonso da Silva:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (SILVA, op. cit., p. 125-6)

Logo, percebemos que Marx, em suas aspirações lutava pelo nosso atual “*governo do povo, pelo povo e para o povo*” - conceito que devemos ao liberal Lincoln - em que todo homem se reconheça como tal, lute pelos seus direitos e conquiste o pleno exercício deles.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Localizar n’A *Questão Judaica*, de Karl Marx, uma teorização do fenômeno jurídico é experimentar sua incrível capacidade crítica, mesmo que seja considerada por muitos utópica, que nos revela o desejo do menino de Tréveris de que o homem, não continue subordinado à alienação, se liberte e realize suas potencialidades.

Ao escrever tal obra Marx quis demonstrar que Bauer incorreu em erros, pois é direito do homem praticar o culto que mais lhe convir, tal escolha é particular, a religião é questão privada em detrimento da comunidade política, do Estado. Conceber o direito em Marx é tratá-lo no âmbito social. Assim, Marx estuda a questão judaica além dos limites da particularidade, não tratou somente da emancipação dos judeus, mas de toda a humanidade.

O socialismo seria a realização da emancipação; para Marx, não há o efetivo exercício dos direitos enquanto a sociedade civil, em seu egoísmo, e o Estado se impõe sobre a classe dominada, retirando dos que a formam o direito de participar da vida política, de exercer sua cidadania.

José Afonso da Silva cita as palavras de Burdeau quanto à democracia:

Politicamente, o objetivo da democracia é a liberação do indivíduo das coações autoritárias, a sua participação no estabelecimento da regra, que, em todos os domínios, estará obrigado a observar. Econômica e socialmente, o benefício da democracia se traduz na existência, no seio da coletividade, de condições de vida que assegurem a cada um a segurança e a comodidade adquirida para a sua felicidade. Uma sociedade democrática é, pois, aquela em que se excluem as desigualdades devidas aos azares da vida econômica, em que a fortuna não é uma fonte de poder, em que os trabalhadores estejam ao abrigo da opressão que poderia facilitar sua necessidade de buscar um

emprego, em que cada um, enfim, possa fazer valer um direito de obter da sociedade uma proteção contra os riscos da vida. A democracia social tende, assim, a estabelecer entre os indivíduos uma igualdade de fato que sua liberdade teórica é impotente para assegurar. (ibid., p.134)

Por isso, o fenômeno jurídico em Marx, por ser concebido como fruto da organização social, das reações e transformações sociais históricas, permite pensar em sua reconstrução, reorganização e aperfeiçoamento.

6 REFERÊNCIAS

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Notas sobre cidadania e modernidade*. In **Revista Ágora: Políticas Públicas e Serviço Social**, Ano 2, nº 3, dezembro de 2005 – ISSN – 1807-698X. Disponível em: <http://www.assistentesocial.com.br>

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético I: Produção e reprodução social – uma leitura do trabalho como categoria ontológica. In: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. **Serviço Social: Etapa 01**. v.3. Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 11-29.

FERREIRA, Éder; ARANTES, Mariana Furtado; QUERINO, Rosimar Alves. Materialismo histórico-dialético II: Luta de classes e revolução social - contribuições marxianas para a crítica e a superação da sociedade capitalista. In: ABRÃO, Maria Bárbara Soares e. **Serviço Social: Etapa 02**. v.2. Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 18-33.

LOCHE, Adriana A., et al. **Sociologia Jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LUKÁCS, György. O jovem Marx, sua evolução filosófica de 1840 a 1844. In: _____. **O jovem Marx e outros escritos de filosofia**. Rio de Janeiro: EDUFRRJ, 2007, p.89-120.

MARX, Karl. **A questão judaica**. 4.ed. São Paulo: Centauro, 2002.

_____. O Estado e a lei. In: BOTTOMORE, T.B. RUBEL, M. **Sociologia e filosofia social de Karl Marx**. Rio de Janeiro, Zahar, 1964.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30.ed. rev. e atualiz. até a Emenda Constitucional n. 56 de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

www.marxists.org

ENTRE A JUSTIÇA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

BETWEEN THE JUSTICE AND THE HUMAN BEING DIGNITY

Érico Marques de Mello

RESUMO

Pesquisa a respeito da dignidade da pessoa humana em relação ao fundamento teórico, tendo em vista origem e aplicação prática. A dignidade da pessoa humana decorre da ideia de justiça social, e é observada como parâmetro universal de justiça, em razão da ideia de ética universal. A influência da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico interno estabelece uma ideia de princípio estruturante, no sentido de que o rol de direitos fundamentais a encontra como orientação para aplicação concreta do direito. Da mesma forma, a dignidade da pessoa humana é observada como princípio universal, por se tratar de valor, observada na expectativa de uma ética universal. Com essa definição, verifica-se que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não é um texto Constitucional, cuja aplicação seja suscetível de relativização, visto que ele registra a real qualificação da dignidade da pessoa humana, e impõe ao aplicador da lei uma abertura do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; JUSTIÇA SOCIAL; ÉTICA; ORDENAMENTO JURÍDICO; DIREITOS FUNDAMENTAIS; PRINCÍPIO

ABSTRACT

This paper regards the human being dignity in respect to its theoretical basis and in light of its origin and practical application. The human being dignity is based on the social justice idea and it is observed as a universal justice parameter due to the universal ethics concept. The human being dignity influence on the internal legal system establishes a structuring principle idea, which means the different fundamental rights are grounded on said influence for law concrete application. Similarly, the human being dignity is observed as a universal principle (considered as a value) analyzed from the expectation of a universal ethics. From this definition, we can understand paragraph 2nd of Article 5 of Brazilian Federal Constitution is not only a Constitutional text whose application is object of relativization, since it records the real human being dignity characterization and imposes to the law applicator an opening of the Brazilian legal system.

KEYWORDS: HUMAN BEING DIGNITY; SOCIAL JUSTICE; ETHICS; LEGAL SYSTEM; FUNDAMENTAL RIGHTS; PRINCIPLE

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de investigar a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais para responder ao seguinte questionamento: se é viável aplicação do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro.

Como metodologia adotada, este trabalho é dividido em três partes, quais sejam: em primeiro lugar, é estabelecida relação entre justiça e dignidade da pessoa humana; em segundo, será tratada a extensão da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico; por fim, será discorrido acerca do problema proposto, no parágrafo anterior.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO JUSTIÇA

1.1 EVOLUÇÃO DA IDEIA DE JUSTIÇA

No período pré-socrático a ideia de justiça era associada ao divino, segundo mitologia grega. Na mitologia grega, a deusa *Têmis* era considerada deusa conselheira de Zeus, enquanto *diké* era a deusa do “julgamento”. Justiça vem de *jus* (latim), que traduz a expressão *diké* do grego. *Diké* tem origem em *dikaiosyne* e *dicere*, ou seja, *Diké* era a Deusa ligada a *jurisdictio*.^[1]

A ideia de “dar a cada um o que é seu” surge da noção de justiça com *Têmis* e *diké*. Posteriormente, com os pitagóricos a ideia de justiça passa a estar relacionada com igualdade, na relação com o outro, seja decorrente de tratamento direto, seja relativo a ideia de reparação.^[2]

A concepção de justiça, apresentada por Plantão, estaria em “dar a cada um o que é devido”. Tratava-se da ideia de justiça como virtude, na qualidade de distribuição de direitos e vantagens individuais. A concepção original - distribuição justa - encontra respaldo na perspectiva de justiça social, a partir do momento que garantiria equilíbrio nas relações sociais concretas.^[3]

A noção de justiça, em Aristóteles, é apresentada como proporção. Justo respeita a proporção e injusto a ofende, tanto na perspectiva horizontal (distribuição proporcional), quanto na vertical (reparação de danos). A justiça vertical está relacionada à proporção entre conduta e resultado, ou entre dano e reparação.^[4]

O afastamento da perspectiva de proporção da noção de justiça surge com a influência cristã. ^[5] A misericórdia e o perdão, intrínsecos à concepção de amor cristão, afastaram a justiça da ideia de proporção. Como consequência surge uma noção de justiça absoluta e desproporcional, correspondente à dignidade da pessoa humana.^[6]

A justiça está próxima de “forma de se relacionar”, dentro de dois parâmetros: “como meio” que implica perspectiva relativizada (proporção); e “como prática” que indica critério absoluto (dignidade da pessoa humana). Como se dá a justiça? Como comunicação, a justiça é meio pelo qual os dois parâmetros são adaptados, ora privilegiando critério absoluto “dignidade da pessoa humana” ora critério relativo “proporção”. Como funciona na prática? Constante alternância em que se torna “simétrico” o que é “assimétrico” e “assimétrico” o que é “simétrico”. Em outras palavras, a justiça possibilita o funcionamento da assimetria social, orientada pela comunicação humana.[7]

Dessa forma o que se percebe não é a justiça, mas a injustiça. A justiça é necessidade de restabelecimento permanente depois de constatada a injustiça, a partir da relação já apresentada de interação entre a proporcionalidade, como critério de justiça relativo; e a dignidade da pessoa humana, como critério de justiça absoluto.

1.2 ANÁLISE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Resta agora analisar se a justiça social tem relação direta com a ideia de dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento, a noção de justiça social pode ser apresentada como “virtude”, em que os membros da sociedade são colocados, na relação social concreta, como obrigados e favorecidos, tendo em vista contribuição de todos para o bem comum, dentro de parâmetro de proporcionalidade. Os elementos que caracterizam a justiça social são: o bem comum; bem como a igualdade proporcional.[8]

Em um segundo momento, a definição de justiça social é apresentada a partir das seguintes ideias: a) justiça legal; b) cooperativismo e dever geral; c) dignidade da pessoa humana.

a) Aristóteles e Tomás de Aquino apresentavam três formas de justiça, tendo em vista respectivamente: justiça geral, distributiva e corretiva; justiça legal, justiça distributiva e justiça comutativa. A justiça social está relacionada à ideia de justiça geral, em Aristóteles; e legal, em Tomás de Aquino. Trata-se, a justiça social, de conjunto de virtudes.[9]

A ideia de bem comum nasce da própria concepção de socialização, como ideia original de concretização da justiça social, isto é, a justiça social[10] fundamentada na participação social ampla, como característica da ordem jurídica. Assim, a aplicação da lei, de maneira geral, deve estar condicionada ao bem comum. Tal afirmação aproxima a justiça legal tomista à ideia de justiça social.[11]

b) A segunda origem de justiça social está fundamentada no cooperativismo[12], como orientação dos indivíduos organizados para o bem comum. A justiça social tem a finalidade de regular as ações privadas no meio social, tanto do indivíduo isoladamente,

quanto de grupos (pessoas jurídicas). Trata-se de ampla participação social da realização da justiça, seja em caráter individual ou coletivo.[13]

c) Nada poderia ser tão próximo do bem comum como a dignidade da pessoa humana[14]. A justiça social está fundamentada no bem comum, como a realização da vida humana digna. A dignidade da pessoa humana é considerada valor supremo da República Federativa do Brasil. Segundo José Afonso da Silva a própria ordem econômica prescrita no art. 170 e no 193 estaria fundamentada na garantia constitucional de dignidade da pessoa humana.[15]

Na ordem constitucional brasileira, a justiça social estaria relacionada à ordem econômica prevista no art. 170 e no art. 193[16]. O surgimento do direito econômico representa justiça social, por meio de política pública, cujo aspecto material repercute, não apenas da preservação de um modelo existente, mas na busca do ideal de justiça social.[17]

Importante observar que a ideia de justiça legal, cooperativismo e dignidade da pessoa humana não exercem influências distintas, nem caracterizam concepções distintas de justiça. Trata-se de características inerentes à justiça social enquanto conceito.[18]

2 A ÉTICA UNIVERSAL E A DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 ÉTICA UNIVERSAL

A ética universal corresponde a uma concordância de cada membro da sociedade, observada individualmente, e em contexto coletivo. Tal observação se dá nas mais diversas esferas políticas, desde a deliberação política de criação de leis, até a aplicação efetiva das diversas disposições normativas.[19][SdP1]

O fundamento da ética universal é a própria autonomia individual de cada membro da sociedade, em parâmetro discursivo. O discurso se torna determinante para oferecer ao indivíduo segurança, no sentido de que as deliberações políticas observarão um contexto intersubjetivo e estarão em concordância entre os demais membros. Então, o conteúdo normativo não seria um instrumento autônomo individual, mas resultante da autonomia definido por parâmetro discursivo.[20]

A legitimidade da lei parte do pressuposto de que serão garantidas liberdades iguais, bem como serão atendidas expectativas individuais de cada membro da coletividade, e da própria coletividade como um todo. Em outras palavras, as leis morais estabelecem as condições de liberdade, preenchidas pelo direito positivo. O direito positivo exerce, então, relevante função, a partir do momento que estabelece fundamento político para suprir espaço, cuja moral não atinge autonomamente.[21]

A efetividade da norma depende da respectiva concordância interna, tendo em vista a ideia de ética universal. Esta, porém, não é observada na particularidade de incidência concreta da norma, e sim como resgate da ideia valorativa em contexto coletivo de integração de identificação social. [SdP2]

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO “PRINCÍPIO”

Segundo Günther, a dignidade da pessoa humana encontra respaldo em caráter universal, como fundamento de validade de toda e qualquer orientação normativa. O referido autor parte do pressuposto da existência de valores universalmente reconhecidos, relativos a direitos humanos iguais e a vida humana digna. A convicção particular acerca de tais valores determina o reconhecimento de uma ética universal, fundamentada na validade de orientação normativa determinada pela expectativa de vida humana digna.[22]

A ideia de ética universal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, foi apresentada por Fábio Konder Comparato. A dignidade da pessoa humana apresenta-se não apenas como fundamento de cada ordenamento jurídico, enquanto razão de ser; mas, especialmente no Brasil, prevalece como princípio estruturante.[23]

O que é ciência? A resposta apresentada por Reale considera dois pontos: em primeiro lugar, conjunto de conhecimento orientado por princípios; em segundo lugar, fundamentado de forma objetiva. Os princípios determinam identidade com os ideais do sistema, relativos a valores. Quanto ao fundamento objetivo, em sede de ciência do direito, observa-se o próprio ordenamento jurídico.[24]

Mesmo inseridos em estrutura atípica, toda ciência tem por fundamento princípios, que estabelecem relação entre fatores reais e a estrutura racional procedimental. A finalidade do princípio é legitimar a estrutura científica, na qualidade de pressuposto ou fundamento, e ao mesmo tempo estabelecer nexo de relação entre estrutura científica e valores ontológicos.[25]

Alexy apresenta a relação entre regras e princípios, na teoria discursiva, no sentido de que a validade seria qualidade da regra, não do princípio. A partir da estrutura apresentada, a ideia de princípio e regra seria de relação correspondente, em que o princípio poderia afastar a viabilidade da regra, enquanto um princípio não afastaria outro, mas apenas há a supressão em razão de dado momento e finalidade.[26]

3 DA INFLUÊNCIA PRÁTICA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser considerados imutáveis, prescritos como direitos nomeados pela constituição, ou seja, seriam, os direitos fundamentais, criados e

definidos com a finalidade de manter pressupostos elementares, dentro de dois parâmetros: vida com liberdade; e vida com dignidade.[27] Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana[28] é princípio basilar dos direitos fundamentais.

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais estão relacionados aos direitos naturais, que não correspondem à mera positivação, mas se trata de imposições normativas com respaldo ético. Em suma, os direitos fundamentais, assim como os direitos naturais, representam positivação da expectativa de justiça.[29]

Ainda segundo Canotilho, nem todos os direitos tidos como fundamentais estão prescritos na constituição, pois a Constitucional prescreve direitos em permanente fase de construção, cuja definição estabelecida corresponderia à concretude das relações sociais.[30]

Afirmado que direito fundamental encontra base valorativa na ideia de dignidade da pessoa humana, bem como se trata de imposições com conteúdo ético, resta saber se direitos fundamentais e direitos humanos representam termos equivalentes? Em primeiro lugar, trata-se de conceitos equivalentes; afinal, Os direitos fundamentais seriam direitos observados em caráter ontológico, na própria relação social concreta, como valores individuais estabelecidos, na qualidade de pressuposto, ou princípio, da mesma forma que os direitos humanos.

Em segundo lugar, não é pacífico o entendimento de que direitos humanos e direitos fundamentais seriam conceitos equivalentes. Paulo Bonavides apresenta tal questionamento, sem resposta taxativa, mas diz que os valores afirmados em direitos humanos, seriam valores equivalentes aos firmados em direitos fundamentais.[31]

Gilmar Ferreira Mendes afirma que direitos humanos seriam direitos jusnaturalistas, enquanto os direitos fundamentais corresponderiam à proteção especial a pessoa, cuja limitação estaria em um determinado Estado, na orientação normativa interna. Dessa forma, os direitos fundamentais estariam prescritos na ordem jurídica interna, enquanto os direitos humanos estariam em direitos declarados internacionalmente.[32]

Quando se observa declaração de direito, como Declaração dos Direitos Humanos, ou Declaração de Direitos do Homem, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos humanos são direitos já existentes, cuja origem não é fundamentada por convenção ou pacto. Tais direitos seriam, então, direitos naturais, derivados na própria ideia de natureza.[33]

A ideia de direitos humanos seria a própria ideia dos direitos naturais, qualificados como direitos naturais positivados. Fábio Konder Comparato afirma que o modelo *Bill of Rights* teve a finalidade de reconhecer em nível superior as demais diretrizes normativas dos direitos humanos, tidos como direitos naturais.[34]

O próprio momento histórico de instituição da declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, bem como a posterior declaração internacional de direitos humanos representaria momento em que os valores essenciais ao direito natural seriam qualificados como essenciais para impor limitação aos Estados, além de estabelecer reconhecimento da supremacia da dignidade da pessoa humana.[35]

Dessa forma, segundo as colocações acima apresentadas, os direitos fundamentais e direitos humanos poderiam ser valorados de duas formas: em primeiro lugar, como direitos equivalentes, uma vez que o conteúdo, no que tange ao ordenamento jurídico interno, seria equivalente; em segundo lugar, o direito humano teria qualificação superior, e deveria prevalecer em caso de conflito.

3.2 OS DIREITOS HUMANOS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos, qualificados como princípios, destacam valores permanentes como a liberdade, a igualdade e direitos sociais. Assim, a dignidade da pessoa humana seria um princípio superior, privilegiado pela Constituição Federal. Não resta dúvida: a dignidade da pessoa humana^[36] aparece como o direito fundamental de maior importância, observado no inciso II, do art. 4º e no § 2º, do art. 5º, todos da Constituição Federal.^[37]

Destaca-se que o artigo 4º da Constituição Federal estabelece que, em contexto internacional, o Brasil priorizaria os direitos humanos. Tal compromisso estabelece plena integração do Brasil a tais normas de direito, seja internamente, seja internacionalmente. A dignidade da pessoa humana aparece como fundamento dos direitos humanos, e é privilegiado como princípio constitucional supremo.^[38]

Ademais, o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal estabelece que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, relativos a direitos humanos, teria natureza jurídica de direitos fundamentais. A partir do momento que é estabelecida relação exemplificativa de direitos fundamentais, e que há oportunidade de outros direitos fundamentais não observados taxativamente, afirma-se: é evidente que os direitos humanos podem dispor de *status* Constitucional, ainda que sem aprovação legislativa, tendo em vista imposição do próprio poder constituinte originário, pois se trata de orientação do próprio ordenamento jurídico, que impõe tal abertura.^[39]

Os direitos humanos regulamentados em tratados ou convenções internacionais, com a devida ratificação, integram não apenas o ordenamento jurídico interno, mas compreendem o rol de direitos fundamentais individuais^[40], em razão de se tratar de sistema aberto, tendo em vista conclusão do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Em que pese resistência dos tribunais internos, quanto a tal perspectiva, do ponto de vista doutrinário, tal concepção é apontada como orientação^[41], pois não foi facultado ao julgador aplicar ou não o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, de forma que a única dúvida seria investigar a natureza jurídica da disposição normativa.

Não se trata de mera existência dos direitos humanos em ordem internacionais, mas de princípios e valores observados, a partir do correto trabalho de hermenêutica. A existência de um sistema aberto, que admite outros direitos internacionais, é evidente.^[42]

Com o próprio § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, há uma nova orientação, quanto à classificação dos direitos fundamentais, que, previstos na constituição podem ser classificados em: direitos expressos originalmente na Constituição; direitos expressos em tratados internacionais; princípios gerais de direitos não positivados.^[43]

Tal classificação deve ser observada internamente, sobretudo em razão da multiplicidade de princípios não taxativamente prescritos na Constituição, nem em disposições legais do ordenamento jurídico interno. Os tratados internacionais com prescrição de direitos humanos regulamentam matéria de direitos fundamentais, qualificados como direitos fundamentais internamente, em razão da própria ideia de dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A partir do presente trabalho, chegam-se às conclusões abaixo indicadas.

1 A dignidade da pessoa humana surge da ideia de justiça, na qualidade de fundamento absoluto.

2 O próprio fundamento de justiça social, orientado pelo disposto nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal do Brasil, prescreve a concepção de justiça social orientada pela ideia de dignidade da pessoa humana.

3 A dignidade da pessoa humana se insere socialmente em caráter ontológico, sob forma de expectativa de natureza ética universalmente observada, como fundamento de princípio universal.

4 O princípio universal é observado na definição discursiva de toda solução de natureza normativa, em que discursivamente há a definição da expectativa de cada membro inserido na coletividade.

5 O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 prescreve natureza jurídica de direito fundamental individual aos tratados internacionais sobre direitos humanos, que prevalece internamente.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

BARZOTTO, Luís Fernando. *Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*.

site: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm.
consultado em 13-04-2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRY, Luc. *Aprender a Viver: Filosofia para os Novos Tempos*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FLAMORION, Tavares Leite. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica: Das Origens a Kant*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2005.

GÜNTHER, Kaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21. ed. São Paulo: RT, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[1] FLAMORION, Tavares Leite. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica: Das Origens a Kant*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 17.

[2] *Ibidem*. p. 18-19: “(...) Da *diké* derivou imediatamente *dikaios* e desta *dikaiosyne*, a nova virtude que dá a cada um o que é seu. (...)”

Os pitagóricos, com suas fórmulas e simbolismos matemáticos, queriam dizer que a justiça consistia na igualdade, na contraprestação, ou seja, cada um deve sofrer ou experimentar em si o mesmo que há infligido a outro.”

[3] MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT. 1993. p. 128: “(..) Justiça, no sentido subjetivo, é a virtude pela qual damos a cada um o que lhe é devido. No sentido objetivo, justiça aplica-se à ordem social que garante a cada um o que lhe é devido.”

[4] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 226: “(...) o sentido primeiro da justiça ou a sensibilidade humana para o justo e o injusto conduzem a pensar logo em equilíbrio, em igualdade, em reciprocidade, em proporcionalidade, conforme o modelo horizontal, e por que, até mesmo no modelo vertical, a busca das harmonias e das proporções, embora encubra a emotividade das hierarquias e das retribuições emocionais para o restabelecimento de um *status*, de uma ordem etc., não obstante revela essa forte conotação entre justiça e igualdade, balança, equilíbrio?”

[5] *Ibidem*. p. 225: “A justiça como amor pode, assim, ser uma retribuição horizontal descompensada. Não se trata nem de justiça retificadora nem de distributiva (...) tem no perdão o cerne da comutatividade, encontra na justiça divina sua retribuição exemplar (...) a justiça retributiva de Deus tem uma dimensão em que o modelo horizontal se reduz a um modelo vertical: o amor de Deus é infinito, sem medida, por isso perdoa tudo.”

A relação entre justiça e dignidade da pessoa humana decorreu de influência da ética cristã. Com a relação entre justiça e dignidade da pessoa humana, há a ideia de resgate da humanidade simplesmente em razão da condição de pessoa humana. A cada indivíduo é atribuído direito decorrente da condição de pessoa humana. *Vide*:

BARZOTTO, Luís Fernando. *Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. site: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm. consultado em 13/04/2008. p. 4: “(...) a justiça social exige de cada um aquilo que é necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana dos outros membros da comunidade, ao mesmo tempo em que atribui a cada um os direitos correspondentes a

esta dignidade. A justiça social considera o ser humano simplesmente na sua condição de pessoa humana, nos seus direitos e deveres humanos.”

[6] FERRY, Luc. *Aprender a Viver: Filosofia para os Novos Tempos*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: objetiva. 2007. p. 96: “Com o cristianismo, porém, a idéia de humanidade adquire uma dimensão nova. Fundada na igual dignidade de todos os seres humanos, ela vai assumir uma conotação ética que não possuía antes. E isso pela razão profunda que acabamos de ver juntos: uma vez que o livre-arbítrio é posto como fundamento da ação moral, uma vez que a virtude reside não nos talentos naturais que são distribuídos desigualmente, mas no uso que se decide fazer deles, numa liberdade em face da qual estamos todos em igualdade, então, é óbvio que todos os homens se equivalem. Pelo menos, é certo que de um ponto de vista moral – pois é evidente que os dons naturais continuam tão desigualmente distribuídos quanto antes. Mas, no plano ético, isso não tem nenhuma importância.”

[7] Trata-se de conceito desenvolvido por Tércio Sampaio. Vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003.

[8] MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT. 1993. p. 214: “Com esses elementos, podemos conceituar a justiça social com a virtude pela qual:

- os membros da sociedade dão a esta,
- sua contribuição para o bem comum,
- observada uma igualdade proporcional.

(...) Marres: Virtude pela qual damos à sociedade o que lhe é devido para promover o bem comum dos cidadãos; Cathrein: ‘virtude que inclina o homem a dar à comunidade aquilo que lhe é devido’; Desrosiers: ‘virtude que nos leva a promover o bem comum da sociedade de que fazemos parte’ (...)”

[9] Ibidem. p. 214: “(...) ‘a justiça social não é unívoca e independente, mas invade o campo das duas espécies de justiça: a geral e a particular, sem ser absorvido totalmente por elas; é um sincretismo de virtudes, mais do que uma virtude em estado puro. E Pesch afirma, expressamente, que a justiça social é uma quarta justiça.”

[10] Ibidem. p. 214-215: “(...) S. Tomás comentando Aristóteles, consiste em ‘ordenar os atos de todas as virtudes para o bem comum’.

(...) P. J. Henrique, em aprofundado estudo sobre ‘A justiça social’: ‘o conceito de justiça social é de fato o mesmíssimo conceito que S. Tomás e Aristóteles indicavam com o termo justiça geral ou justiça legal’.

(...) A expressão ‘justiça geral’ liga-se a duas justiças. Primeiro, ela tem por objetivo o bem ‘geral’ ou comum (...) sua matéria é constituída por atos de ‘todas’ as virtudes.

A denominada ‘justiça legal’ é, também, facilmente explicável, pois é finalidade da ‘lei’ fixar as exigências do bem comum. E esse é o objeto desta justiça.

(...) ‘a substituição do nome’, ‘justiça legal’ por ‘justiça social’ é convenientíssima (...)”

[11] MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT. 1993. p. 218-219: “(...) ‘bem comum’, ou ‘bem público’ como preferem dizer alguns autores, constitui uma das tendências mais características do direito atual: a sua publicização ou socialização.

(...)

O bem comum é o fim da sociedade. É, também, a finalidade última de toda lei. E é o objeto da justiça social.”

[12] *Ibidem*. p. 215: “(...) Cada particular dá à sociedade sua cooperação para o bem comum.”

[13] *Ibidem*. p. 216-217: “(...) a justiça social regula as obrigações dos ‘particulares’ em relação à sociedade’. Que se deve entender por ‘particular’ nesse conceito?

Em primeiro lugar, os homens considerados, individualmente, como pessoas físicas ou naturais.

Além disso, as entidades ou grupos sociais intermediários que, como pessoas jurídicas, são também partes de uma sociedade maior, e têm igualmente obrigações para com o bem comum.

(...) os cidadãos têm obrigações estritas e exigíveis em relação ao bem comum.

Os ‘devedores’ ou ‘obrigados’ na justiça social (...) são os indivíduos e os grupos que, em sua qualidade de membros, têm obrigação de dar à sociedade o que lhe é devido. (...)”

[14] *Ibidem*. p. 220-221) “(...) o bem comum é o bem de uma comunidade de homens. Ele consiste, fundamentalmente, na vida dignamente humana da população, ou, em outras palavras, na boa qualidade de vida da população.

(...)

A essência do bem comum consiste na ‘vida dignamente humana da população’.

(...)

Instrumentos do bem comum são os ‘bens materiais’, necessários à realização de uma vida humana digna (...). Certo mínimo de bens materiais é necessário ao exercício das virtudes humanas, diz S. Tomás, numa fórmula que se torna clássica.”

[15] AFONSO DA SILVA, José. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 146-149: “(...) a dignidade da pessoa humana (...) valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

(...) Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., (...)

(...) Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica (...)

(...) Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões; e, como a democracia, é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza.”

[16] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.”

[17] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 63: “(...) as normas de ordem pública estão voltadas à preservação das condições que asseguram e sobre as quais repousa a estrutura orgânica da sociedade, ao passo que as normas de intervenção por direção instrumentam polícias públicas cuja dinamização envolve não meramente a preservação da paz social, mas a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica; as normas de ordem pública não apenas são compatíveis com ela, mas se compõem no núcleo da ordem jurídica do liberalismo, enquanto as normas de intervenção por direção conduzem à transformação dessa ordem jurídica. (...)”

[18] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 74-75: “Que essa transformação, no mundo do ser, é perseguida, isso é óbvio. Retorno à leitura do art. 170 da Constituição de 1988: a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa...A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista.

(...) A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição social, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.”

[19] GÜNTHER, Kaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. p. 218: “A validade

universal de uma norma ou de um modo de agir depende da concordância de cada um individualmente, como ficou evidente na oportunidade em que o princípio moral (U) foi interpretado. Esse critério parcial somente poderá ser introduzido de modo lógico em um princípio moral caso os participantes de um discurso moral não se apresentem como indivíduos isolados, mas possam reconhecer-se mutuamente como membros, solidariamente unidos entre si, de um mundo da vida que lhes é comum. Caso contrário, não teria sentido a aplicação de um princípio moral que apenas qualificasse como válidas aquelas normas que representam o interesse comum. (...)”

[20] GÜNTHER, Kaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. p. 219: “A ética do discurso retoma esse processo de duas maneiras: já que o *self* somente pode existir em relações intersubjetivas, essas relações precisam ser simultaneamente preservadas como um todo e alteradas isoladamente, uma a uma, à medida que ameaçarem o indivíduo, oprimirem-no ou atacarem-no com algum mal injustamente, isto é, impedirem justamente a conformação de um *self*. O indivíduo, portanto, deve ser tanto protegido na sua individualidade e liberdade diante de intervenções ilegítimas, quanto preservado e favorecido na sua dependência de intersubjetividade (...)”

[21] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 52: “(...) o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar apropriado dito da integração social.”

[22] GÜNTHER, Kaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. p. 195: “(...) Princípios morais universais.

É considerada uma ação moralmente correta observar princípios auto-impostos, que proclamam um pleito universalista, como direitos humanos iguais e o respeito à dignidade humana. Razões para a ação moral são a convicção da validade de princípios universalistas e o compromisso pessoal de cada um observá-los. A perspectiva sócio-moral é o ‘ponto de vista moral’ (...) do qual depende a validade de todas as orientações normativas.”

[23] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 61: “Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de

prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.”

[24] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 73: “(...) o termo ‘ciência’ pode ser tomado em duas acepções fundamentais distintas:

a) – como ‘todo conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios’;

b) – como ‘todo conjunto de conhecimento dotados de certeza por se fundar em relações objetivas confirmadas por métodos de verificação definida, suscetível de levar quantos os cultivam a conclusão ou resultados concordantes’.”

[25] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 61: “Assim sendo, toda e qualquer ciência implica a existência de princípios, uns universais ou omnivalentes (...); outros regionais ou plurivalentes (...) e outros, ainda, monovalentes, por só servirem de fundamento a um único campo de enunciados.”

[26] GÜNTHER, Kaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. “O efeito dessa distinção se evidencia no caso de colisão de normas. Se a aplicação de duas normas levar a juízos coercitivos mutuamente contraditórios, o fato terá conseqüências que serão distintas, respectivamente, para regras e princípios: ou apenas uma das duas regras será válida ou um das duas regras deverá ser marcada com uma cláusula de exceção. Isso resultará de sua estrutura, na qualidade de ordem definitiva. Em contraposição a isso, princípios incluem a possibilidade de colisões, de acordo com a sua estrutura aberta. Por isso, ambos os princípios permanecem válidos, mesmo se um dos dois tiver de ceder às circunstâncias concretas, determinadas pelas respectivas possibilidades efetivas e jurídicas. ‘Isso, no entanto, não significa que o princípio, agora em segundo plano, terá de ser declarado não válido, tampouco que se deve constituir uma cláusula de exceção e inseri-la no princípio cedente. Ao contrário, sob determinadas circunstâncias, um dos princípios precederá o outro. Sob outras circunstâncias, um dos princípios precederá o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência poderá ser resolvida de modo inverso.’ Alexy conclui, desse comportamento diversificado de colisão, que, para princípios, só será decisiva a dimensão do peso, e isso segundo as respectivas circunstâncias especiais de cada caso. Regras, contrariamente, colidem na dimensão da validade, com a conseqüência de que, afinal, somente uma das duas poderá ser válida.”

[27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 473: “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam (...)

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (...) ou pelo menos de mudança dificultada (...)”

[28] O que pode ser observado no art. 4º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;”

[29] CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 377: “(...) A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta qualquer positivação.”

[30] Ibidem. p. 1139: “(...) o direito constitucional é um ‘direito vivo’, é um ‘direito em ação’ e não apenas um ‘direito em livros’. Precisamente por isso, existe um direito constitucional não escrito que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito.”

[31] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 473: “(...) podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? (...) ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.”

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. at. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 244: “A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam com índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

(...)

Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.”

[33] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 22: “Trata-se de uma declaração, enfatize-se. Os direitos enunciados não são aí instituídos, criados, são ‘declarados’, para serem recordados.

Quanto aos direitos do homem, isto não enseja objeções, mas sim quanto aos direitos do ‘cidadão’. Esta qualidade pressupõe ordenação política e esta não preexiste ao pacto. Mas (...) para os redatores do texto os direitos do cidadão são corolários dos direitos naturais que os subsumem.”

(...)

Ora, declaração presume preexistência. Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são naturais, portanto.”

[34] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 106: “Os norte-americanos, porém, não se limitaram a receber passivamente esse patrimônio cultural: foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária.”

[35] *Ibidem*. p. 228: “Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças (...)”

[36] BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos;

(...)

Art. 5º (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

[37] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 1997. p. 59: “Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informar a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.”

[38] *Ibidem*. p. 69: “(...) A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica a busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna

brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.”

[39] *Ibidem*. p. 83: “(...) Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte íntegra, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos para orientar a compreensão do fenômeno constitucional.”

[40] *Ibidem*. p. 86: “Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional. (...) Os direitos internacionais integram, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º, do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.”

[41] Destaca-se voto do Ministro Marco Aurélio, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7: “(...) em primeiro lugar, registro minha convicção firme e categórica de que não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do artigo 5º da Lei Básica de 1988. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas – as do Estado e as de cada cidadão considerado de per se:

A demonstração inequívoca da procedência desse entendimento está no § 2º do artigo 5º (...)

Veja (...) que o Diploma Maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos.

(...)

Senhor Presidente, houve a opção pelo legislador constituinte de 1988 e, com ela, tivemos o esgotamento das exceções, porque taxativamente fixadas na Carta. Os dispositivos são números *clausus*, não apenas exemplificativos. Fora das hipóteses excepcionadas cabe observar, com rigor, a anterioridade. A emenda também veio à balha com um preceito que afasta a imunidade de que cogita o inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal. (...)”

“A Turma deferiu *habeas corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. No caso, ajuizada ação de execução, o paciente aceitara o encargo de depositário judicial de

bens que, posteriormente, foram arrematados pela credora. Ocorre que, expedido mandado de remoção, os bens não foram localizados e o paciente propusera, ante a sua fungibilidade, o pagamento parcelado do débito ou a substituição por imóvel de sua propriedade, ambos recusados pela exequente. Diante do descumprimento do múnus, decretara-se a prisão do paciente. Inicialmente, superou-se a aplicação do Enunciado da Súmula 691 do STF. Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.” (HC 90.172, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 5-6-07, Informativo 470)

"Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 11-6-99). Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos." (RE 297.901, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-3-06, *DJ* de 31-3-06).

[42] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. at. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 270-271: “O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (...) constitui um direito ou garantia individual fundamental.

É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título própria da Constituição podem ser tidos como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.

O entendimento de que é possível, a partir das normas do próprio catálogo dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais elementares da Lei Maior, deduz a

existência de outros direitos fundamentais, não constituindo novidade na tradição constitucional brasileira. (...)

O propósito da norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional.”

[43] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 1997. p. 89: “Propõe-se, neste sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) a dos direitos expressos na Constituição (...); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição)”

THICK AND THIN: A TEORIA DA JUSTIÇA DE MICHAEL WALZER

THICK AND THIN: THE MICHAEL WALZER'S THEORY OF JUSTICE

Felipe Cavaliere Tavares

RESUMO

Este artigo tem o propósito de analisar a teoria de justiça social de um importante autor comunitarista, Michael Walzer, cujo principal argumento é que a construção de uma teoria de justiça distributiva deve sempre ser relativa aos valores históricos e culturais de cada comunidade em particular, teoria esta que se encontra em franca oposição à teoria universalista de direitos humanos, que é fundamentada na idéia de que há direitos inerentes ao homem, independente de suas características culturais. Ao final, concluiu-se que, mesmo apresentando alguns pontos de difícil realização prática, a teoria analisada aborda outros elementos que não podem ser esquecidos ou ignorados por filósofos, juristas ou políticos, na constante busca por uma sociedade mais justa.

PALAVRAS-CHAVES: UNIVERSALISMO, RELATIVISMO, COMUNITARISMO, DIREITOS HUMANOS

ABSTRACT

The purpose of this work was identify the main aspects of the social justice theory of an important communitarianist author, Michael Walzer, whose main argument is that the construction of a distributive justice theory should be always relative to the historical and cultural values of each community in private, in frank opposition to the human rights universalist theory, normally worried about the defense of a universal individualism.. The final conclusion was that, even though the theory presents some points of difficult practical achievement, there are others fundamental concepts that cannot be forgotten or ignored by philosophers, law studios or statesmen, in their constant search for a better society.

KEYWORDS: UNIVERSALISM, RELATIVISM, COMUNITARIANISM, HUMAN RIGHTS

INTRODUÇÃO

Ao final da 2ª Guerra Mundial, em 1945, a sociedade internacional se deparava com uma alarmante realidade: os mais de seis milhões de judeus mortos em campos de concentração eram o triste retrato do desrespeito pela vida humana. As atrocidades cometidas pela Alemanha nazista deixaram evidente que era necessário criar mecanismos que protegessem os direitos do homem contra qualquer tipo de violação, não só no plano interno, mas também no plano internacional. Com este intuito, a recém criada Organização das Nações Unidas, formulou, em 1948, a famosa Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento importantíssimo para a história da humanidade e que simbolizava uma nova época na defesa dos direitos do homem: a chamada internacionalização dos direitos humanos. O ponto de partida desta internacionalização era a idéia de que o homem possui direitos inerentes à sua própria natureza, independente de sua raça, nacionalidade ou condição social. Estava criado o conceito de direitos humanos universais. Era de se esperar que um conceito como este, formulado com o claro intuito de proteger todos os seres humanos contra qualquer forma de discriminação, estivesse acima de qualquer crítica. Entretanto, em muito pouco tempo este conceito passou a ser duramente contestado, através de uma série de argumentos. Alguns, mais filosóficos, que não aceitavam a idéia de uma natureza humana universal. Outros, mais antropológicos, acreditavam que a cultura local não pode ser sobreposta por uma vontade universal e que falar de direitos humanos universais era na verdade impor ao mundo os valores ocidentais, fundamentados na ética judaico-cristã. Estava criado o conceito relativista. E é justamente essa dúvida, a saber, a existência ou não de direitos humanos universais, que mobiliza um intenso debate dentro da área de direitos humanos. Há direitos que são inerentes à natureza humana e que por isso podem ser aplicados indistintamente a qualquer ser humano, ou os direitos do homem devem ser formulados de acordo com as características culturais de cada povo?

Para responder a essa pergunta, várias teorias foram formuladas, algumas tendentes ao universalismo, outras defendendo o relativismo. Uma das teorias mais interessantes é a teoria do autor norte-americano Michael Walzer, importante nome da corrente comunitarista. Esta corrente de pensamento, desenvolvida no final do século passado, caracterizava-se por não acreditar na possibilidade de existência de princípios imparciais e universais, muito menos na existência de indivíduos abstratos, sem raízes, livres de qualquer influência histórica ou cultural. Para os comunitaristas, entre os quais, além do próprio Michael Walzer, podemos citar Amitai Etzioni e Charles Taylor, é impossível se escolher princípios de justiça sem levar em consideração as raízes históricas e culturais de cada indivíduo, de cada comunidade, pois é justamente a comunidade que revela a justiça. Fundamentado neste conceito básico, Michael Walzer formulou uma teoria que procurou conciliar o universalismo com o relativismo, a chamada teoria do Thick and Thin.

A RELATIVIDADE DA JUSTIÇA

Não resta dúvida de que a base de sustentação da teoria de Walzer, como qualquer teoria comunitarista, está na impossibilidade de se estabelecer direitos universais, válidos indistintamente das características culturais de cada região. De acordo com o

autor norte-americano, esta pretensa universalidade não poderia ser fundamentada nem mesmo nos chamados direitos naturais do homem. Para Walzer, a idéia de se produzir uma teoria de direitos humanos calcada na multiplicação de direitos universais do homem transformaria em farsa aquilo que multiplica. De fato, os homens possuem direitos que transcendem a vida e a liberdade, mas estes não provêm da humanidade, abstratamente falando, mas sim dos conceitos compartilhados por uma determinada comunidade, em seus significados sociais, relativos e particulares.

Esta contraposição entre direitos universais e particularismo histórico, esse conceito relativista de justiça, fica evidente já na introdução de “Thick and Thin”, importantíssima obra de Walzer sobre o relativismo da justiça:

My aim in this book is twofold: first, to rehearse, revise, and extend a set of arguments about justice, social criticism, and nationalist politics that I have been involved in making for some ten years. The revisions and extensions also represent so many responses to my critics (I am grateful to all of them).^[1]

Neste livro, Walzer expõe com ainda mais detalhes a sua idéia de relatividade da justiça, afirmando que sua teoria endossa a idéia de diferença e autonomia cultural, conciliando-a, entretanto, com uma certa dose de universalismo. Isto é possível porque, na visão de Walzer, os argumentos morais – a justiça em especial, têm um significado mínimo e um outro significado máximo ou, em outras palavras, uma explicação fina (thin) e uma explicação densa (thick), aplicáveis a diferentes contextos e atendendo a diferentes propósitos.

Para demonstrar estas explicações finas ou densas dos termos morais, Walzer relembra uma passeata ocorrida nas ruas de Praga, no ano de 1989, onde alguns manifestantes protestavam contra o regime comunista carregando vários cartazes, onde alguns diziam “Verdade” e outros “Justiça”. Walzer diz que imediatamente entendeu o que os manifestantes queriam dizer, mesmo não fazendo parte da cultura daquela comunidade específica. Isto foi possível porque, segundo Walzer, os manifestantes, ao clamarem por verdade, não estavam defendendo nenhuma teoria filosófica sobre o que fosse a verdade, como a teoria da coerência ou a teoria do consenso. Estavam apenas lutando por um governo que falasse a verdade, não desejavam mais viver cercados por mentiras. Ao mesmo tempo, quando clamavam por justiça, não estavam defendendo o princípio da diferença de John Rawls, nem outra qualquer teoria filosófica quanto à justiça. Estavam apenas lutando por leis imparciais, fim de privilégios e prerrogativas para a elite, fim de prisões arbitrárias. O que Walzer deseja mostrar é que quando os manifestantes clamam por justiça, isto tem um significado universal, qualquer pessoa no mundo pode entender o motivo de sua luta e acompanha-los nesta empreitada. Mas quando se atenta com mais profundidade para o que os manifestantes entendem por justiça, é possível que este argumento não tenha o apoio de qualquer pessoa no mundo. Este argumento moral, portanto, deixa de ser universal, e passa a ser local, particularista, dependente da história e da cultura daquela comunidade específica. No primeiro caso, se está diante de uma moralidade mínima, ou seja, uma explicação fina dos argumentos morais. No segundo caso, o que se tem presente é uma moralidade máxima, ou uma explicação densa dos argumentos morais. Para Walzer, este dualismo é característica essencial de todo argumento moral. “ We should not try to escape the

dualism, for it fits what I am inclined to call the necessary character of any human society: universal because it is human, particular because it is a society”.[2]

Walzer diz que o erro da maioria das teorias filosóficas sobre a justiça é justamente imaginar a possibilidade de se encontrar uma solução universal para os argumentos morais, ignorando as características locais, impondo a própria moralidade a culturas distintas. Entende ele que sim, é possível dar conteúdo a esta moralidade mínima, desde que se tenha em mente que este conteúdo será uma expressão da própria moralidade máxima, ou seja, uma expressão dos próprios valores locais e particulares. O que permite a ele Walzer apoiar com tanta facilidade a luta dos manifestantes em Praga é justamente o fato dele próprio ter a sua visão de Verdade e Justiça, a sua própria manifestação, como ele mesmo diz. O conteúdo da moralidade mínima é assim definido por Walzer: “It consists in principles and rules that are reiterated in different times and places, and that are seen to be similar even though they are expressed in different idioms and reflect different histories and different versions of the world”.[3]

Ressalta Walzer, entretanto, que estes princípios e regras que formam a moralidade mínima não são fundacionais, ou seja, não é a partir deles que se constrói uma moralidade máxima. Muito pelo contrário, é a partir da moralidade máxima que se constrói a moralidade mínima. A moralidade máxima, de fato, precede a mínima. É a partir dos valores e características particulares e históricas de cada comunidade que se poderá chegar a estes princípios universais que formam a moralidade mínima. Porém, ressalte-se, isso não significa que alguma moralidade máxima em especial possa servir de fonte única para a moralidade mínima universal, ignorando os valores das outras comunidades. Isto significa que não há princípios universais de justiça que possam ser aplicados a uma determinada comunidade, ignorando sua moralidade máxima, ou seja, seus valores e princípios históricos e particulares.

E é justamente por partir do errado pressuposto que a moralidade mínima precede a moralidade máxima, que Walzer vai criticar o que ele chama de versões contemporâneas de moralidade mínima, que vinculam esta a termos procedimentais, como a teoria de Habermas, por exemplo. Para ele, esta idéia de regras mínimas de discurso ou decisão que permitem a criação de uma moralidade máxima, aplicável em qualquer lugar ou cultura, é ilusória, pois na verdade esta moralidade mínima é mais que mínima, já é de fato uma moralidade máxima. As regras do discurso exigem uma série de características próprias de cada cultura, como estrutura social, acordos políticos, padrões de distribuição, etc. De fato, para Walzer, a moralidade mínima habermasiana já começa máxima, preenchida com as particulares e densas idéias de democracia social características das culturas ocidentais. Como visto, Walzer diz que é a moralidade máxima que precede a moralidade mínima, sendo que nenhuma moralidade máxima em especial pode servir de fonte única para a moralidade mínima.

Para ele, a moralidade mínima é importante porque tem a dupla função de criticar outras culturas e permitir a solidariedade, ou seja, intervenções humanitárias em outras culturas. Contudo, esta moralidade mínima não pode jamais substituir ou ignorar os valores particulares de cada comunidade. Não se pode imaginar que valores culturais quaisquer tenham o poder de se transformarem em regras universais e pautarem a formação de uma moralidade universal.

E é exatamente por isso que Walzer enfatiza que qualquer forma de justiça distributiva recairá necessariamente em uma moralidade máxima, uma vez que esta distribuição depende sobremaneira das características culturais e históricas daquela comunidade particular. Conforme exaustivamente explicado até aqui, Walzer entende que a justiça distributiva é relativa aos significados sociais dos bens a serem distribuídos, significados estes que são encontrados pela própria comunidade, através de suas características singulares – moralidade máxima, portanto. Assim, não se pode tentar fundamentar uma teoria de justiça distributiva em princípios universais, em uma moralidade mínima, ignorando as particularidades locais. Tendo em vista, entretanto, as críticas recebidas, Walzer se vê obrigado a acrescentar que esta relatividade histórica é restringida por uma certa dose de minimalismo, no caso, a própria idéia de justiça, que permite à sua teoria uma perspectiva crítica e uma doutrina negativa. O assassinato, lembra ele, nunca será uma forma justa de distribuição de vida ou morte. Ele acrescenta ainda outra restrição à relatividade de sua teoria. Entende Walzer que os significados sociais encontrados pela comunidade exigem um certo consenso desta comunidade em torno do significado encontrado. Não pode haver, por exemplo, coerção dentro do processo decisório.

Walzer faz uma comparação histórica sobre a relação existente entre a cura da alma e a cura do corpo, na Idade Média e nos tempos atuais. Se na Idade Média a distribuição da graça divina – a cura da alma – era feita de modo universal, a cura dos corpos, nesta mesma época, era relegado ao interesse particular. Isso decorre, é claro, do entendimento daquela comunidade histórica quanto ao significado destes bens sociais, ou seja, a cura da alma tinha mais importância que a cura dos corpos, e por isso precisava ser universalizada. Nos tempos atuais, há o caminho inverso, e a medicina, como ciência da cura dos corpos, torna-se profundamente importante dentro da sociedade contemporânea, enquanto a cura da alma, circunscrita ao aspecto religioso, sai do campo público e universal e se restringe ao campo privado, do interesse particular. No entendimento de Walzer, não há nenhuma injustiça na distribuição feita durante a Idade Média, uma vez que esta era decorrente do natural entendimento daquela comunidade quanto aos conceitos de vida e morte. Este entendimento é necessariamente local, histórico, particular, exemplo definitivo de moralidade máxima, portanto. Ao abrir espaço para o particularismo histórico, Walzer entende estar abrindo caminho para a verdadeira justiça na distribuição dos bens, pois só com a sua igualdade complexa é que se poderá reconhecer as diferenças existentes nas comunidades – diferença de bens, distribuídos de diferentes maneiras entre diferentes grupos de pessoas. Daí ser impossível para Walzer se vincular a justiça distributiva a uma moralidade mínima, abstrata, universal, pois isto não tornaria possível o reconhecimento das diferenças existentes entre as comunidades.

Walzer ressalta, entretanto, que existem pelo menos duas teorias alternativas, que pretendem ignorar as diferenças por entender que a sociedade é universal. A primeira, que Walzer localiza como uma teoria à esquerda da sua, entende uma sociedade universal profundamente politizada, cujas decisões refletem um padrão unificado de dominação, seja ele capitalista, racista ou patriarcal. A segunda, que ele diz ser uma teoria mais à direita da sua, com uma idéia de que toda a sociedade é um grande sistema de troca, com nenhuma influência da família, da comunidade ou do Estado. São duas visões distintas da sociedade, uma baseada em um ser humano radicalmente político, outra fundamentada em um ser humano absolutamente racional, autônomo, que calcula riscos no mercado e maximiza seus objetivos. Walzer discorda de ambas visões, por

reduzirem o homem a uma dimensão apenas, política ou econômica. Para ele, o homem deve ser compreendido dentro de uma igualdade complexa, em que o “eu” se divide entre as esferas, sendo simultaneamente um amoroso pai, um trabalhador qualificado, um cidadão envolvido politicamente, entre outras formas possíveis de se encontrar o “eu”. Na verdade, como nos lembra Ubiratan Borges de Macedo, o “eu” de Walzer se divide em três modos:

Primeiro, o eu divide-se entre seus interesses e funções ou papéis. Somos cidadãos, pais, professor, aluno, mercador, etc. Segundo, o eu divide-se entre suas identidades, responde a muitos nomes definindo-se a si mesmo em termos de família, nação, religião, gênero, compromisso político, etc. Identifica-se com tradições, regiões, rituais e acima de tudo com diferentes grupos. Terceiro, o eu divide-se entre seus ideais, princípios e valores.[4]

Sendo assim, fica evidente que estas teorias, que tentam universalizar a justiça distributiva, pecam por ignorar seu aspecto particularista, sua moralidade máxima, erram por considerar que existe uma visão única e indiferenciada do homem e da sociedade.

Walzer conclui afirmando que o minimalismo, aplicado à justiça distributiva, permite apenas o reconhecimento de injustiças em larga escala, como assassinato, por exemplo. A delimitação das esferas de distribuição, as razões de distribuição, entretanto, são coisas intrínsecas à complexidade de uma determinada comunidade.

Outra crítica que Walzer se vê obrigado a rebater é aquela que diz que o seu relativismo impede o aparecimento da crítica social. Walzer fica perplexo com isso, uma vez que sua teoria é essencialmente voltada para a crítica social. Para ele, esta questão também recai nos aspectos da moralidade mínima e máxima. A crítica, quando feita internamente, pelos próprios membros daquela sociedade, segundo argumentos morais por eles discutidos, pode apontar tensões e contradições dentro da sociedade que uma crítica universal, baseada em uma moralidade mínima jamais pode alcançar. Os críticos da teoria de Walzer, entretanto, dizem que a crítica interna nem sempre é eficiente, pois pessoas inseridas em um determinado contexto cultural não tem condições de discordar deste padrão cultural. Daí a necessidade obrigatória de uma crítica externa, universalmente válida. Walzer, mais uma vez, aponta que o problema está na eterna intenção dos filósofos e teóricos de encontrar a melhor resposta, aquela que se encaixa em qualquer situação, em qualquer comunidade. E por este motivo, entendem ser possível criticar elementos morais e culturais de uma determinada comunidade, realizando uma espécie de cruzada missionária para impor determinados valores morais que, conforme visto até aqui, são sempre elementos característicos de uma determinada comunidade, e por isso não podem ser universalizados como único argumento moral possível. Walzer diz que esta crítica universal pode até ser feita – aponta ele o trabalho da Anistia Internacional – desde que os críticos não reivindicuem para si o papel de missionários da moral e tentem impor seus princípios em uma cultura totalmente diferente, devendo realizar apenas aquela função coerente com uma moralidade mínima, ou seja, impedir abusos morais em larga escala, de grande abrangência, como

assassinatos em massa, por exemplo. Assim, uma crítica social robusta, que pretenda alterar ou reformar determinados argumentos morais de uma sociedade deve partir de dentro dela, de seus próprios membros:

If, however, there is (as I believe) no single, correct, maximalist ideology, then most of the disputes, and certainly most of the distributive disputes, that arise within a particular society and culture have to be settled – there is no choice – from within. Not without suggestions from the outside, not without reference to other maximal moralities, but by and large through the kind of interpretive arguments that I described in my last chapter and through political processes adjusted to them.[5]

É importante ressaltar, contudo, que Walzer diz que mesmo a crítica interna deve ser feita com base em interpretações morais distintas, e não através de uma fundamentação filosófica que diz ser aquele o melhor - e único – argumento moral possível. A isto os críticos de sua teoria opõem a idéia de que a teoria de Walzer impede o aparecimento do herói, do profeta dentro da comunidade, que dá a sua vida, sua carreira, o amor de sua família em nome de um ideal, em defesa daquilo que ele entende ser a única opção possível para a comunidade. Walzer, entretanto, enfatiza que este heroísmo não é algo necessário dentro da idéia de crítica social. Diz ele que a atividade crítica não deve ser obra de poucos, mas sim de muitos, inseridos no dia-a-dia das diferentes esferas sociais. Não há necessidade de heroísmo, não há um único argumento moral possível, universalmente adequado, muito pelo contrário, deve haver sempre uma ampla reflexão crítica que promova constantes debates, feitos por todos os membros da comunidade, em busca daquele argumento mais adequado às características particulares daquela cultura em especial.

Assim, esta moralidade máxima necessária à crítica social significa que a crítica feita a comunidades diferentes da nossa resumem-se ao campo da moralidade mínima, ou seja, posso apenas criticar elementos amplos e reconhecidos por princípios seguidos pelas diversas comunidades. O que não pode existir é a catequização moral através da crítica, como é comum acontecer nos dias de hoje.

CONCLUSÃO

Após esta visão mais detalhada da teoria da relatividade da justiça de Michael Walzer, chega-se à conclusão de que o debate entre universalismo e relativismo é profundamente atual e relevante, não podendo ficar ausente das discussões contemporâneas acerca da construção de uma sociedade mais justa. Assim, não há qualquer justificativa para a pouca divulgação da teoria de Walzer dentro do meio jurídico-filosófico brasileiro, o que infelizmente acontece atualmente. Deseja-se reiterar

aqui, entretanto, que nem as teorias universalistas, nem as teorias relativistas são portadoras de verdades absolutas, acima de qualquer crítica ou contestação. Aliás, o próprio Michael Walzer, na introdução de “Thick and Thin”, afirma que as discussões e polêmicas entre as correntes teóricas sobre qual delas possui a melhor teoria para a construção de uma sociedade justa é uma guerra que não pode ser vencida, uma vez que nenhuma das correntes está disposta a desistir da luta. Assim, caberia a estas correntes apenas procurar fazer o melhor trabalho possível, esperar pelas críticas e responde-las em trabalhos posteriores.[6] Conclui-se, assim, que o que deve ser feito é uma análise minuciosa de cada uma das teorias, com o intuito de absorver de cada uma delas o que há de melhor, o que há de mais importante, aquilo que merece uma reflexão maior por parte dos pensadores. Neste sentido, e esta, repita-se, é a principal conclusão deste artigo, a teoria relativista de Michael Walzer, ainda que apresente alguns pontos de difícil realização prática, oferece uma série de argumentos que devem ser levados em consideração, principalmente neste momento de conflitos culturais generalizados que o mundo contemporâneo acompanha assustado. E quais seriam os argumentos que merecem uma reflexão mais cuidadosa?

Primeiro, a idéia de que a formulação de uma sociedade justa passa pelo respeito ao seu particularismo histórico, em clara oposição ao universalismo kantiano presentes nas teorias liberais. Não obstante as vozes em defesa dos princípios universais de justiça, muitas vezes sob a nomenclatura de direitos humanos universais, a humanidade não pode se esquecer da importância do respeito às características culturais de cada sociedade, transformando a idéia de direitos humanos em verdadeira agressão a características culturais distintas do padrão ocidental. Assim, a importância da doutrina relativista está na forte defesa da cultura local, que não pode ser violada apenas porque é menos poderosa do que a cultura predominante. É o que muitas vezes acontece atualmente em relação às culturas ocidental e oriental. É claro, entretanto, que este relativismo histórico não pode se transformar em escudo para flagrantes violações da dignidade do ser humano e é exatamente aí que reside a dificuldade deste tema. A linha que separa o que é característica cultural e o que é simples tirania e violência contra o ser humano é muito tênue, alvo de eternas discussões, como, por exemplo, o papel da mulher nas sociedades orientais. E o que ficou transparente através deste estudo é que a teoria da Justiça de Walzer, apesar de ressaltar a importância do respeito às diversas culturas, não oferece resposta para este dilema, ou seja, não oferece soluções práticas que permitam esta distinção entre o que é e o que não é cultural, o que pode ser alvo de protestos universais e o que deve ser respeitado em nome do pluralismo cultural. Certamente este tema ainda será alvo de muitos estudos e muitas discussões, e só o tempo dirá quais as melhores soluções para o problema do multiculturalismo. A validade da teoria, repita-se, está em enriquecer o tema, trazendo novos argumentos, que servem para fazer a humanidade refletir e prosseguir na busca da paz.

BIBLIOGRAFIA

APEL, Karl Otto. Como fundamentar uma ética universalista de corresponsabilidade que tenha efeito sobre as ações e atividades coletivas? Tradução de Anna Maria Moog

Rodrigues. In **Ethica cadernos acadêmicos**. Ano III, Nº 04. Rio de Janeiro: UGF, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

BOLONHA, Carlos. Duas propostas de justiça: Rawls e Walzer. In MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ETZIONI, Amitai. **La nueva regla de oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Tradução de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

_____. **New communitarian thinking**: persons, virtues, institutions and communities. Charlottesville: University Press of Virginia, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: IBRASA, 1995.

_____. Liberalismo versus comunitarismo na universalidade ética: a crítica de Michael Walzer a Rawls. In SIEBENEICHLER, Flavio Beno (Org.). **Ética, filosofia e estética**. Rio de Janeiro: UGF, 1997.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Arquivos de direitos humanos**, Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitária ao liberalismo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WALZER, Michael. **As esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Guerras justas e injustas**: uma argumentação moral com exemplos históricos. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Thick and thin**: moral argument at home and abroad. Indiana: University of Notre Dame Press, 1994.

[1] WALZER, Michael. **Thick and Thin**: Moral Argument at Home and Abroad. Indiana: University of Notre Dame Press, 1994, p. ix.

[2] Ibid, p.8.

[3] Ibid, p.17.

[4] Macedo, Ubiratan Borges de. Liberalismo versus comunitarismo na universalidade ética: a crítica de Michael Walzer a Rawls. In: **Ética, Filosofia e Estética**. Op.cit, p.61.

[5] WALZER, Michael. **Thick and Thin**: Moral Argument at Home and Abroad. Op. cit, p.49.

[6] Ibid, p.ix.

O LUGAR DA JUSTIÇA NO ESTADO DE EXCEÇÃO

THE PLACE OF JUSTICE IN THE EXCEPTION STATE

Lucas Piccinin Lazzaretti

RESUMO

O texto presente discute qual é o papel da justiça no estado de exceção levando em conta autores como Carl Schmitt e Giorgio Agamben que tanto se dedicaram a elucidar e inovar as teorias aqui comentadas. Ambos usam de definições sobre o soberano para então pormenorizar o papel deste personagem no estado de exceção como também delimitar o que seria de fato um estado de exceção, para só assim entender onde a justiça é cabível. Passando pelo conceito de justiça no estado de natureza e estado civil para só então chegar ao estado de exceção, busca-se demarcar em que ponto se encontra a justiça, avaliando as diferenças e semelhanças de cada forma de organização, para finalmente fazer a avaliação de qual é a verdadeira natureza da justiça dentro do estado de exceção.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE EXCEÇÃO, JUSTIÇA, CARL SCHMITT, GIORGIO AGAMBEN

ABSTRACT

The present text discuss where is the place of justice in the exception state knowing writers like Carl Schmitt and Giorgio Agamben who dedicated themselves so much to elucidate and innovated the theories here explained. Both uses the definitions about sovereign to detail the place of this character in the exception state as also to define what would be the real exception state, to finally understand where the justice is possible. Passing through the concept of justice in the nature state, and civil state to them find the exception state, search define in what point the justice is, estimating the differences and the similarities from each form of organization, to finally do the evaluation of which is the nature of justice inside of the exception state.

KEYWORDS: EXCEPTION STATE, JUSTICE, CARL SCMITT, GIORGIO AGAMBEN

INTRODUÇÃO

Muitos são os fatos históricos que nos levam a ver que alguns grupos ao tomarem o poder usam-no de forma abusiva cometendo verdadeiros genocídios. Não sendo necessário ir tão longe na história pode-se verificar somente no século XX diversos desses fatos, a serem citados; o holocausto da segunda guerra mundial, o *apartheid* na África do Sul, e mais recentemente a perseguição exacerbada de pessoas de origem árabe por parte dos Ocidentais, mais especificamente os EUA. Esses são meros exemplos de fácil percepção, muitos outros poderiam ser citados usando como palco os golpes militares na América Latina, por exemplo.

O que traz a curiosidade sobre esses fatos supracitados, é que na sua maioria tiveram um forte embasamento político e jurídico para que existissem. O caso nazista é onde isso fica mais evidente tanto no fator político quando no jurídico. Uma Alemanha revoltosa com sua condição deprimente usou de teorias jurídicas para justificar seus atos. Mais incrível ainda é perceber que muitos desses casos tiveram como embasamento jurídico uma só visão teórica, no caso a teoria do estado de exceção. Por mais que se pense que a partir de Carl Schmitt essa teoria toma consistência e aceitabilidade, é de conhecimento dos estudiosos que muito antes – Roma – essa teoria já era usada. Sendo que ela normalmente é associada a governos abusivos e extremistas surge uma questão a ser imposta a esse assunto. Existe Justiça no Estado de Exceção? E por consequência outra indagação subsequente a segue; Se existe justiça no Estado de Exceção, como e para quem ela é aplicada? Tentaremos elucidar essas questões focando na primeira e usando a segunda como sustentação confirmativa para a explicação.

1. O SOBERANO

Carl Schmitt começa o seu livro Teologia Política com a frase, “Soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção” [1]. É um trabalho mental complicado entender o papel do soberano sem entender o estado de exceção, como também é muito complicado fazer o caminho contrário. Definir o soberano antes é fundamental, pois é ele quem engendra o estado de exceção, é também ele quem governará sobre essas condições e por isso é quase impossível imaginar um estado de exceção sem um soberano. É necessário entender a visão de Carl Schmitt que nitidamente, contra o positivismo limitado, se coloca como um autor que justifica os atos e a existência do estado sendo resultado de decisões políticas. Devido a isso, para Carl Schmitt o estado tal qual o conhecemos está a encargo de um soberano, mesmo sendo esse estado um estado democrático, pois surgindo a necessidade do estado de exceção o soberano se colocará a frente do governo tomando suas decisões de acordo com a sua autoridade.

O soberano ao tomar frente do governo no estado de exceção está se colocando como um sujeito acima das leis, pois suas decisões devem ser regularmente cumpridas, jamais questionadas e sobre tudo o próprio soberano não deve sofrer consequências de suas decisões. Ou seja, ele deve ter uma grande liberdade para tomar decisões e fazê-las valer. A decisão do soberano no estado de exceção tem poder ilimitado, já que ele é o mantenedor da lei na sua pessoa. Agamben nos fala que “o soberano tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora dela.” [2], sendo assim o soberano afasta as leis existentes em um estado civil comum e começa a ditar as suas

próprias leis sobre uma forma de decisões por ele tomada. O que lhe dá essa capacidade de transformar as suas decisões em normas é o poder por ele concentrado, o mesmo poder que lhe deu a possibilidade de afastar as leis contratadas no estado civil. O soberano tem em suas mãos a máquina do estado, a força de impor, e é essa força que faz com que ele declare o início e o fim do estado de exceção como também é essa força que faz com que ele mantenha o controle sobre o estado de exceção.

Giorgio Agamben em seu livro “Estado de Exceção” usa um conceito por ele chamado “Força de Lei”. Segundo o autor a força de lei consiste na aplicação de uma lei sem que ela exista, tendo essa lei um vigor destacável. Existem normas que estão em vigor, mas não se aplicam, por outro lado, certos atos que não têm valor de lei e o adquirem.

Sendo assim é fácil perceber que o Estado Civil não foi totalmente suspenso, ele está apenas adormecido – parcial ou totalmente – enquanto o soberano toma certas atitudes para que ele possa voltar a ser executado em sua plena forma. Para tanto o soberano necessita do poder que as leis possuíam no Estado Civil para governar sem mais problemas fora deste Estado Civil.

A visão habitual que se faz do soberano é de um tirano que usa de seus poderes ao seu bel prazer, e impõe sofrimento a muitos apenas por considerar correto unicamente a sua forma de ver o mundo. É claro que não se podem descartar as possibilidade de existir um soberano cruel, já que os exemplos se mostram abundantes nos nossos tempos, porém é importante ressaltar que o soberano, segundo a teoria, não é um tirano, ao moldes gregos, mas muito mais um ditador, aos moldes romanos. Explica-se; a ditadura romana era uma instituição de caráter extraordinário. Só era usada em situações extraordinárias, verdadeiras situações de emergência, como uma crise interna ou até mesmo uma guerra. O ditador era nomeado por um ou pelos dois cônsules devido aos seus conhecimentos para sanar o problema existente e tinha um tempo limite para permanecer no poder, já que seus poderes eram grandes e os romanos avistavam o quão perigoso era deixar um só homem com tanto poder no governo por tempo ilimitado. Por mais que os seus poderes fossem demasiados grandes e seus dizeres normalmente fossem aceitos como lei, os seus poderes não eram ilimitados, tendo restrições nos seus atos. O ditador era colocado no cargo para solucionar um problema público e agia visando o bem público. O tirano por outro lado pode ser visto como um ditador que deturpou a sua posição. Enquanto o ditador tomava atitudes em prol de um bem maior, um bem público, o tirano tomava atitudes em prol de privilegiar-se ou privilegiar grupos próximos a ele. Essa diferenciação é necessária, pois como podemos ver o soberano deve ter um caráter muito mais próximo ao ditador romano do que ao tirano. Roma foi a pioneira na institucionalização do estado de exceção com a criação do posto de ditador.

Modernamente o soberano tem uma associação maior com a teoria hobbesiana que postula “*Autoritas, non veritas facit legem.*”. O soberano faz a lei por ter a autoridade necessária para tal. Hobbes diz que não deve haver desobediência à autoridade do soberano, pois para ele nenhum homem que tem com ele o poder soberano pode ser condenado à morte com a devida justiça, sendo que por virtude da própria instituição do soberano, qualquer sujeito é autor dos atos e do julgamento desse mesmo soberano. Por isso se um súdito tentar depor seu soberano e for morto, é esse súdito o autor de sua própria condenação.

O soberano moderno é quem decide sobre o estado de exceção já que sua decisão tem força de lei, como também suas decisões deveriam ser voltadas para a restituição do Estado Civil, existente antes do estado de exceção.

2. O SOBERANO E O HOMO SACER

Depois de delimitado o que de fato é o soberano e como ele se encaixa no estado de exceção, é necessário conhecer a segunda figura que protagoniza diretamente no estado de exceção. Essa figura é denominada por Giorgio Agamben de *Homo sacer*. O homo sacer é uma obscura figura do direito romano arcaico, revitalizada por Agamben para explicar o estado de exceção moderno. O homo sacer era um sujeito que poderia ser morto por qualquer um sem que fosse necessário cumprir o ritual requerido pelas normas prescritas no rito jurídico. Pode-se exemplificar que qualquer cidadão poderia matar o homo sacer sem ser acusado de homicida e ao mesmo tempo o homo sacer não precisaria ser morto de acordo com as tradições ou as normas jurídicas existentes. A vida insacriável e também matável é a vida sacra.

A idéia de existir um homo sacer vem de acordo com os nossos dias, porque segundo Agamben a política moderna tornou-se uma biopolítica, e o corpo biológico do cidadão ocupa uma posição importante nas estratégias do poder estatal.

Sacer tem uma interpretação ambivalente. Tanto pode ser visto como sagrado, quanto pode ser visto como nefasto, maléfico. Isso torna a sacralidade de interpretação ambígua. No caso em questão utiliza-se a segunda interpretação. Portanto se o homo sacer é alguém que pode ser violado é preciso entender os motivos pelo qual ele pode ser violado e para tanto é preciso confrontar o homo sacer com o soberano. Colocando-os em forma de comparação, o homo sacer e o soberano, têm muitas divergências ululantes, porém outras nem tanto. A primeira grande diferença a ser notada é que o soberano não pode ser morto por ninguém, e nem ao menos sofrer qualquer tipo de tentativa de homicídio. Já o homo sacer pode ser morto por qualquer um, e ninguém é acusado de homicídio por tomar-lhe a vida. Em contrapartida existe algo em que os dois são semelhantes, mas por motivos diferentes. Ambos não possuem ritual prescrito para os seus extermínios. O homo sacer não está protegido por um ritual, pois sua existência é irrelevante para o grupo que o submete e como ele não pode ser considerado um sujeito, tal como os outros cidadãos, ele está à parte dos rituais e ordenamentos; a sua vida é tomada pelo simples fato de ela poder ser disponibilizada sem gerar a mínima consequência. No caso do soberano não há um ritual prescrito para o seu homicídio, pois o seu homicídio nem ao menos pode ser cogitado. Como o soberano é totalmente inviolável e inalcançável, qualquer norma ou rito que estabeleçam alguma possibilidade de afetar sua vida estão indo contra a sua soberania, e sendo ele o soberano nada pode afrontá-lo. Os motivos são extremamente opostos, mas ambos se equivalem na falta de um rito e na extraordinária em que se situam.

Schmitt coloca o soberano no comando do Estado da mesma forma que coloca Deus no comando do universo, usando o sistema cartesiano para base de sua explicação. Isso vem de acordo com o que diz Agamben na idéia de homo sacer. Todos nós estamos

suscetíveis a influência de Deus, tal como o homo sacer está suscetível a influência do soberano.

Por isso confrontando as duas figuras do estado de exceção é facilmente perceptível qual é o papel de cada um e quais são as possibilidades restritivas que cada um sofre ou impõe. Portanto, “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.”[3] Assim, o “soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e homo sacer é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos.”[4]

No entanto é preciso que fique claro que sacra é a vida apenas na medida em que está, de uma forma ou de outra, presa à exceção soberana. Sabendo-se isso pode voltar a já mencionada biopolítica e entender que por muito tempo o homem permaneceu sendo o que uma vez fora para Aristóteles; um simples animal vivente e capaz de existência política. O homem moderno é um animal em cuja política está em questão: a sua vida de ser vivente. Não podemos nos furtar de ver que o homem moderno está tão preso à vida política quanto o soberano está à autoridade. Uma vez que negligenciamos a nossa participação política corremos sérios riscos de nos encaixarmos ou de deixarmos nos encaixar na condição de homo sacer, e sendo essa condição instalada, o caminho reverso se não é impossível o é quase. “O totalitarismo do nosso século (século XX) tem o seu fundamento nesta identidade dinâmica de vida política e, sem esta, permanece incompreensível.” [5]

Agora tendo o conhecimento sobre os agentes que participam do estado de exceção – no caso o soberano e o homo sacer – pode-se então começar a demarcar o ambiente em que estes agentes estarão imersos. Como esse trabalho busca saber se a justiça se encontra de fato no estado de exceção é preciso então saber onde a justiça se encontra nas outras formas de estado, no caso o estado de natureza e o estado civil, para daí então chegar à conclusão desejada.

3. AS DIFERENTES FACES DA JUSTIÇA.

Ao buscar entender o que de fato é a justiça, antes se faz pertinente saber em que lugar está situada essa justiça. No presente trabalho dividiremos a justiça em três ambientes predeterminados. O estado de natureza – ou estado natural –, o estado civil, e por fim o estado de exceção, que é onde pretendemos chegar. Essa divisão nasce devido à enorme diferença que existem nesses estados, como pontuam autores conceituados tal como os contratualistas Hobbes, Rousseau, Kant, e o decisionista Carl Schmitt. Como o trabalho tem sido embasado por autores que discutiram o papel do soberano e a possibilidade da existência do estado de exceção a visão de muitos filósofos não será utilizada, pois não vem de acordo com o desejado por esse trabalho. Kant, por exemplo, não aceita a possibilidade de existir um estado de exceção, como o jusnaturalista que é. Kelsen como kantiniano e positivista supõe haver uma norma fundamental – suprema – do ordenamento jurídico e por isso um soberano que ditar normas divergentes da norma fundamental não está protegendo o estado, mas ao contrário está destruindo o estado.

Devido a essas impossibilidades teóricas usaremos autores como Hobbes e Carl Schmitt para exemplificar o papel da justiça nos estados antes mencionados, excluindo em parte as opiniões positivistas.

Para dar início falaremos do Estado de natureza na visão hobbesiana. Hobbes no *Leviatã* diz que o estado de natureza é qualquer situação em que não há um governo que estabeleça a ordem. O homem, naturalmente egoísta, quando em contexto de ausência de norma e com a ausência de um sistema repressivo viveriam em um eterno conflito, uma verdadeira guerra de todos contra todos. E por mais que não haja uma batalha de fato, ela, como hipótese racional guarda latente sua possibilidade. Hobbes acredita que a organização social não se deu pela boa vontade de um para com os outros, mas sim pelo medo de todos gerado pela insegurança do estado de natureza.

O estado de natureza pode ser entendido simplesmente como a condição anterior a constituição da sociedade civil. Os autores contratualistas tendem a admitir a existência de um estado de natureza, por mais que alguns admitem que o estado de natureza possa nunca ter existido, mas julgam ser necessário fazer essa construção para compreender melhor a formação da sociedade civil. A justiça no estado de natureza não existe, há só o arbítrio e a violência nesse estado. Não há a quem recorrer, como também não há meios seguros para se proteger e para se sentir abraçado por um senso de justiça. Devido a isso alguns autores chegam a dizer que não há nenhuma justiça no estado de natureza, o que é muito bem aceito, pois a justiça tal qual a conhecemos tem um caráter social, igualitárias e limitadas das vontades privadas.

O estado civil como pode se observar é a organização necessária que os homens constituem na busca de segurança e de certa forma de justiça. É importante frisar que o estado civil nasce da necessidade de organização, para que as relações sejam reguladas ao invés de se submeterem ao arbítrio e à violência. Isso terá uma grande importância na teorização do estado de exceção.

No estado civil os homens reunidos em uma multidão de indivíduos compactuam e começam a constituir um corpo político. É uma pessoa artificial criada sobre o nome de estado. Hobbes crê que essa multidão cria e compactua o estado, porém o soberano está à parte desse contrato. O soberano, para Hobbes, não fica a mercê das idéias e normas contratadas pela multidão, muito pelo contrário, a multidão se abriga próximo as influências do soberano, pois ele lhes dá proteção e segurança. Obviamente o soberano ditará as regras que bem entender, mas Hobbes vê que para aquela multidão súdita é melhor ter a proteção controlada de um soberano do que ter um estado de natureza onde a insegurança permeia.

No estado civil a justiça é feita de uma forma tutelada pelas mãos do estado. Parte-se da premissa que todos são bons cumpridores de deveres e nenhum dos contratantes pode ser condenado sem um devido julgamento. É preciso provar a culpa do réu para que ele possa ser condenado no estado civil, já que a presunção que lhe calha é a de que em regra, as regras são cumpridas, ou quando descumpridas, o são por motivos justificados publicamente.

Mesmo em um estado democrático em que o povo é o soberano e há uma representatividade política eleita por voto o estado se mostra presente de uma forma imponente sobre os seus cidadãos. A diferença é que no estado civil de Hobbes o

soberano pode tomar a atitude que quiser sobre a vida dos súditos de acordo com sua vontade, e já no estado civil democrático o estado até chega a exibir sua força sobre o cidadão, mas não pode ser abusivo e tampouco injusto.

A justiça no estado onde há um contrato social não pode ser vista como plenamente aplicada. Existe o que pode se chamar de “quase justiça”, onde existem normas que visam ajustar o convívio social, mas essas mesmas normas não atingem totalmente o seu objetivo gerando então um efeito de quase justiça. É utópico imaginar um estado onde a justiça se mostre plena, mas é essa busca pela justiça demonstrada na “quase justiça” que faz do estado civil um templo da sociedade pacífica e organizada.

Tendo exposto a diferença entre o estado de natureza e o estado civil pode-se explicar como a justiça se relaciona com o estado de exceção. Porém antes se faz importante explicar o estado de exceção, pois a justiça entra como uma peça de sustentação nessa teoria, tal como o soberano e o homo sacer.

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO

Para poder entrar de fato no estado de exceção antes delimitamos o que era o estado de natureza, que por mais hipotético que seja é uma forma de teorizar o estado antes do contrato social, como também delimitar o estado civil, fornecendo-se segurança e uma “quase justiça” aos cidadãos. O estado de exceção deve ser visto como uma espécie de mutação dentro do estado civil. Nunca o estado de exceção pode partir do estado de natureza, isso pelo simples fato de que o estado de exceção em sua essência vem para revitalizar e reorganizar de forma precisa o contrato civil que antes existia. Sendo assim, para que o estado de exceção seja instaurado é antes preciso que exista um estado civil, por conseqüência que exista um contrato social com cidadãos, e por último que exista se não um soberano já escolhido ou aceito pelo menos que tenha um sistema capaz de produzir um soberano, com formas de lhe fornecer os subsídios necessários para o poder.

O caminho mental que se faz para se chegar ao estado de exceção é de fato simples, mas nem sempre aceito devido aos diversos exemplos práticos que vieram a deturpar a sua teoria. Em princípio o estado de exceção deveria partir de uma necessidade imposta por condições alheias a vontade dos governantes. Esse é um dos motivos pelo qual ele é legítimo, já que o próprio estado civil partiu da necessidade de se organizar para que houvesse uma certa segurança. O estado de exceção deve vir quando a organização do estado civil começa a se desfazer ou dá indícios disso. Ou seja, o estado de exceção é um mecanismo de proteção à organização de um Estado. Agamben pontua que “o estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão.”^[6] Como exemplos a serem citados pode se dizer que em uma guerra civil, um estado de sítio, uma guerra internacional, o estado de calamidade pública, entre tantos outros motivos são fatos pertinentes à declaração do estado de exceção por parte do soberano.

Para os positivistas que tudo querem normatizar, o estado de exceção não passa de uma aberração, que vai contra todos os princípios jurídicos estabelecidos por um estado. Para filósofos desta vertente tudo que cessa o poder e a continuidade do estado de direito está na verdade eliminando o estado. Já na visão política de Carl Schmitt tem o estado de exceção não elimina o estado, mas ao contrário, garante que ele continue a existir através de medidas mais rígidas aplicáveis por um período de tempo. “A ordem jurídica como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma.”[7] Devido a isso o propósito do estado de exceção é muito mais a suspensão do direito de uma forma normatizada do que o fim do estado constituído. “Em estado de exceção, o Estado suspende o direito por fazer jus a autoconservação.”[8]

Além da imprecisão que gira em torno do estado de exceção, que para uns afasta o estado e para outros afasta apenas o direito, resta um questão que é de fundamental importância para compreender toda a teoria. A violência que vulgarmente foi usada pelos grandes soberanos dos estados de exceção do século XX é um ponto importante tanto para compreender o papel do soberano quanto para observar como o direito se enquadra no estado de exceção. Como já se sabe durante o estado de exceção medidas enérgicas são tomadas para atingir os objetivos desejados; que deveria ser o maior de todos a volta ao estado civil, preferencialmente democrático. Se no estado civil a violência, ou melhor pontuando, a força é empregada pelo estado para mostrar a sua autoridade e poder, porém o direito é quem rege essa força de forma a manter um equilíbrio e alguma imparcialidade entre cidadão e estado, no estado de exceção essa idéia de equilíbrio é de certa forma afastada, o que começa a dar a ilusão de um possível caos no direito. No entanto “com toda evidência, de fato, a violência que é exercitada no estado de exceção não conserva nem simplesmente põe o direito, mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se dele.”[9] Esse é um ponto delicado, pois como sabemos o soberano é quem decide sobre o estado de exceção, sua decisão é tida como lei e ele possui a força para impor as suas decisões. Com o direito afastado durante o estado de exceção não há para onde o cidadão recorrer, e por isso o cidadão passa a exercer um papel de súdito tal como Hobbes teorizava ao invés de ser um cidadão com direitos plenos. Percebe-se que o soberano, portanto se confunde tanto com o estado de exceção, do qual ele é o coordenador; como também com o direito, que é suspenso sendo o soberano o novo criador de normas sobre forma de decisões; quanto também com a violência que é vista como sendo emanada da figura do soberano. “O soberano é o ponto de indiferença entre violência e direito, o limiar em que a violência transpassa em direito e o direito em violência.”[10]

Sendo o soberano o detentor da força de lei e da força propriamente dita não é de se admirar que todos os seus súditos – e não cidadãos – poderão ser postos na condição de homo sacer perante o Estado, comandado pelo soberano. Eis que surge aqui outra questão de suma importância. No Estado civil presume-se que o cidadão é sempre inocente, e o estado é quem, em caso de dúvida, deve provar a sua possível culpa, o que nos trás a mente a expressão jurídica “*In dubio pro reo*”. No caso do Estado civil é perceptível e aceitável os motivos pelos quais o estado julga o cidadão como sempre sendo inocente. O estado civil é organizado e tem bases de sustentação fortes. Por mais que o cidadão não seja de fato inocente o abalo que ele pode causar ao Estado é capaz de ser reparado sem problemas maiores, já que o Estado se mostra solidificado como instituição. No estado de exceção a idéia é oposta. No estado de exceção pressupõe-se um estado fragilizado que necessita de reparos urgentes. Sendo assim quaisquer atentados contra a força, contra legitimidade ou até mesmo contra a estrutura do estado

em si são vistos como algo de sumo perigo. No estado de exceção o súdito não pode de forma alguma se mostrar contra o estado. No estado de exceção o súdito deve procurar fazer tudo que o estado ordena, sem nenhum deslize ou negligência, pois “o gesto mais inocente ou o menor esquecimento podem ter as conseqüências mais extremas.”[11] O Estado durante o estado de exceção não se dá ao luxo de fazer investigações pormenorizadas para atestar realmente se o súdito tem ou não culpa sobre o que ele é indiciado. No estado de exceção o súdito deve se cuidar ao máximo para que nunca seja acusado por algo, já que caso o seja, a sua vida nua – homo sacer – pode estar prestes a terminar ao pretexto de manutenção do estado. É claro que podemos indagar acerca do extremismo que é a punição durante o estado de exceção. Mas devemos levar em conta, sempre, que o Estado se encontra fragilizado, sob ameaças de se extinguir, e a menor traição, o menor ato contrário ao estado, a menor faísca possível por gerar uma enorme explosão, ou seja, tratar-se-á o súdito como se fosse um inimigo de guerra.

O que os ocidentais presenciaram e continuam a presenciar com a teoria do estado de exceção foi em sua grande maioria uma deturpação do que é de fato essa teoria. Estados civis, com soberanos insanos usaram dos argumentos de “necessidade” para cometer verdadeiras atrocidades, buscando depois legitimidade para os seus atos. “O totalitarismo moderno usou do estado de exceção para permitir eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, parecem não integráveis ao sistema político.”[12] A ressalva que deve ser feita é que o estado de exceção não é, de forma alguma, um mecanismo legitimador de chacinas, com o qual os seus facínoras se identificam para poder cometer atos deploráveis, como “no caso americano de combate ao terrorismo” onde “o estatuto jurídico foi anulado, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável, semelhante aos judeus no estado nazista.” [13] Nesse caso houve uma visível perseguição por razões não esclarecidas totalmente feita sob a máscara de um eminente perigo à vida do estado americano.

Não podemos, no entanto, limitar os exemplos apenas aos de origem nefasta. Há também outros exemplos a serem observados, como o caso citado por Chaim Perelman, em que a Bélgica em estado de guerra teve o parlamento dissolvido e por isso passou todo o poder concentrado para o soberano, que nessa situação foi o rei da Bélgica. O estado de necessidade se mostrou iminente e o soberano concentrou o poder político para que a ordem não fosse por total perda.

O estado de exceção não nasce de uma vontade soberana como muitos pensam, ou pelo menos não deveria nascer. Lembrando o primeiro instituto de exceção que foi o posto de ditador romano logo chegamos à visão que a necessidade é quem faz um estado de exceção e por conseqüência um soberano que comandará sob esse estado de exceção. Durante o século XX muitos foram os exemplos do contrário, em que um soberano com um certo apressado de camadas seletas em um país ou com carisma populista usou de seu cargo para gerar uma falsa necessidade e então instaurar um estado de exceção. O motivo que levou o homem a deixar a desorganização para trás, para daí então partir em busca de uma civilização adequada a um bom convívio entre todos foi certamente a necessidade de tudo isso. A mortandade gerada por um convívio sem diretrizes a serem seguidas é demasiada, sendo que o método empregado será sempre a exibição e sobrevivência do mais forte, portanto foi a necessidade de um convívio regulador de condutas quem fez o homem criar um corpo fictício onde todos os cidadãos integram e participam do funcionamento desse corpo, tal como células em um corpo biológico.

Sendo que a necessidade é quem criou o Estado, somente ela é quem pode ocasionar um afastamento do Estado para que o corpo seja curado de uma eventual doença que o aflige. Os totalitarismos modernos ao tentarem criar doenças no estado, como faz um hipocondríaco, só trouxeram mais desorganização e insegurança para os seus cidadãos. Por consequência em todos esses movimentos dados a invocar um estado de exceção só trouxeram ao mundo a desconfiança sobre essa teoria como também a desconfiança sobre os papéis do cidadão e principalmente da justiça dentro do estado de exceção. O cidadão dentro do estado de exceção se comportará como o homo sacer, mas como de fato ficará a justiça? Sendo a vida do cidadão transformada em vida nua, pode algo o proteger do poder soberano?

5. O LUGAR DA JUSTIÇA NO ESTADO DE EXCEÇÃO.

Esses questionamentos são recorrentes ao estudar esse tema. Para finalmente entender qual é o papel da justiça no estado de exceção é bom lembrar o papel da justiça no estado civil. Como já foi mencionado no estado civil, em que os cidadãos constituem um estado na busca de organização e justiça esse último conceito nunca é de fato alcançado. A justiça que é uma idéia onde alguns preceitos são aceitáveis para todos ou pelo menos para a maioria dos cidadãos, englobando preceitos morais, religiosos, culturais entre tantos outros. É praticamente impossível se imaginar um estado em que a justiça seja plena para todos. Porém, não nos é difícil visualizar um estado onde a justiça seja buscada de todas as formas cabíveis, e onde as normas e o sistema usem de toda a sua capacidade para alcançar o ideal de justiça por tantos imaginado. Essa “quase justiça” é o que nos convence de viver em um estado civil, onde sabemos que não há a plenitude de justiça, mas nos confortamos ao saber que é um estado onde a busca incessante de justiça é empenhada, ou pelo menos deveria ser. Ao nascer uma necessidade e então um estado de exceção com um soberano, o direito é afastado por um tempo visando controlar mais aproximadamente o poder do soberano. Ou seja, o direito que era usado como um importante mecanismo para a viabilização da justiça é de repente afastado o que nos faz perceber que a justiça também será enfraquecida. Retomando que o soberano não encontra bloqueios para as suas decisões e que para eles todos se comportam como homens nus, a justiça nesse caso se limita a decisão do soberano, e sendo que a justiça para um único homem não pode ser considerada justiça, percebe-se a extinção da justiça no estado de exceção. Não devemos imaginar o afastamento do direito juntamente da justiça como a vinda do caos. Na verdade se observado o estado de exceção veremos que já que a necessidade o causou não temos todos os sistemas e sustentações para uma aplicação da justiça. O estado se encontra fragilizado e qualquer atentado contra este é de sumária importância. É como se as proporções fossem devidamente aumentadas no estado de exceção. Enquanto no estado civil, uma investida de um cidadão contra o estado tem proporções pequenas, por suposto que a pena empregada pelo estado não deve ser grande. No entanto, no estado de exceção onde qualquer investida de um cidadão contra o estado tem grandes proporções, obviamente a pena empregada será drástica. Sendo assim, a justiça, tal como o direito, não existem no estado de exceção, ou melhor dizendo, existem mas são afastadas de tal forma que não venham a surtir efeito. As decisões do soberano tomam forma de direito, restando ao súdito acatar sem questionar o grau de justiça empregado,

até porque qualquer questionamento pode ter uma resposta desagradável. O direito e a justiça não foram afastados apenas pela vontade do soberano – isso deve ser lembrado – , foram afastados para que não atravancassem o caminho do soberano que deve ser sempre a busca de reorganização e estabilização de um estado civil.

Com tudo que foi anteriormente explicitado fica mais fácil fazer uma observação analítica de como se comporta tanto a justiça no estado de exceção, não só teoricamente, mas também na prática. Essa análise será possível ser feita se visualizarmos o cidadão que se encontra participando e vivendo no estado civil e repentinamente se vê imerso no estado de exceção. É sobre esse prisma que a justiça no estado de exceção deve ser analisada, até porque o parâmetro de justiça no estado civil é o que – por extensão – será empregado no estado de exceção.

Portanto, ao pontuar se há ou não justiça no estado de exceção, e se o cidadão será de alguma forma protegido por essa possível justiça é preciso ver como a mesma situação se daria no estado civil. Ou seja, no estado civil o cidadão requer do estado proteção baseado no pressuposto que o contrato social faz com que esse cidadão se enquadre nas regras sociais em troca de proteção contra algo que fuja dessas regras sociais. Em uma metáfora; o cidadão aprende as regras do jogo e pede ao juiz para que esse o defenda dentro das regras do jogo. No entanto, o juiz só pode fazer o que lhe é possível, e devido a essa chance de falha é que dizemos que no estado civil há uma “quase-justiça”. O estado busca aprimorar as regras do jogo, bem como proteger aos que jogam, mas sempre é passível de falha, até porque é um sistema criado e aplicado por humanos.

No estado de exceção, em contrapartida, aquele cidadão que buscava se enquadrar nas regras do jogo vê as regras suspensas não em detrimento dos jogadores, mas em detrimento do próprio jogo. Ou seja, a suspensão da justiça no estado de exceção surte efeitos para o cidadão, mas não é feito em detrimento do cidadão. A justiça, que era um dos principais motivos pelo qual os cidadãos aceitavam o contrato social, é afastada buscando manter a existência desse contrato social. Pode se dizer que não há, factualmente, uma justiça aplicada no estado de exceção, há por outro lado, a intenção de justiça. Destarte, a justiça não deixa de existir como conceito, ela é apenas afastada como prática, por um determinado período de tempo. É essa característica que diferencia o estado de exceção do estado de natureza. Enquanto no estado de natureza a justiça social nem ao menos é conceituada, no estado de exceção ela é só conceituada, para depois de sanada o problema que transformou o estado civil em estado de exceção, essa justiça possa voltar a ser conceito e prática, já então em um estado civil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Por fim, é importante salientar de todo o quanto o estado de exceção nos é atual, ainda mais por todo o histórico triste, porém presente, do século XX, com seus governos de separação étnica. A justiça entra como sub-tema pertinente dentro do estado de exceção, já que vislumbrando o acontecido recentemente nos EUA podemos ter uma pequena perspectiva de como um estado organizado pode no comando de pessoas perversas e

descontroladas desempenhar uma verdadeira caçada a semelhantes, por pura ideologia cultural.

Tentamos através desse texto mostrar o estado de exceção através de seus agentes, no caso o soberano e o homo sacer, demonstrando o papel de cada qual, para só então percebermos o quão diferenciada é a teoria, da deturpação que foi feita invocando o seu nome, através de um forjado estado de necessidade.

Importante lembrar o caminho correto para a instauração de um estado de exceção, donde é antes preciso existir um estado civil, para só então surgir uma eventual necessidade que fragilizará o estado a ponto de erguer um soberano capaz de solucionar o problema visando o retorno ao estado civil antes existente. Caminhos onde um soberano gera um estado de exceção para tomar atitudes sob forma de lei não passam de uma mentira fétida que busca sustentação em uma teoria secular, já que nos é conhecido o instituto romano da ditadura.

Quanto à justiça que era no fundo o nosso tema de pesquisa dentro do estado de exceção, uma coisa ficou claramente demarcada. Não pode se encontrar uma justiça dentro do estado de exceção, porém não é porque ela não existe na prática que a justiça é simplesmente descartada a ponto de ser ignorada tal como imaginam poder se fazer com o direito. A justiça juntamente com o direito foram afastados, mas é de responsabilidade do soberano que governa o estado de exceção a busca pela reorganização civil, com óbvia revitalização do direito e por consequência da justiça. Sendo assim, a justiça de fato não é exercida no estado de exceção, mas pelo fato de o objetivo do estado de exceção ser sanar a necessidade em busca da volta do estado civil em nenhum momento a justiça deixou de existir, evidentemente, foi apenas ligeiramente afastada, para posteriormente voltar ao estado com toda sua plenitude. Aos soberanos que se esconderam no estado de exceção, resta a marca histórica de facínoras e tiranos, mas visando com clareza essa teoria podemos tentar evitar a criação de novos estados homicidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Editora Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer – o poder do soberano e a vida nua**. Editora UFMG, 2004

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo, Abril Cultural, 1973. (col. Os pensadores)

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo, Abril Cultural, 1974. (col. Os pensadores)

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Editora Martins Fontes, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. **La Dictadura – desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletária**. Editora Alianza, 2007.

[1] SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, pg. 7.

[2] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*, pg. 23.

[3] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*. Pg. 91.

[4] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*. Pg. 92.

[5] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*.Pg. 155.

[6] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*, pg. 25.

[7] SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, pg. 11.

[8] SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, pg. 13.

[9] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*, pg. 72

[10] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*, pg. 38

[11] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*, pg. 60

[12] AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, § 1.2

[13]AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*. § 1.3

A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

JUSTICE IN ARISTOTLE

**Newton de Menezes Albuquerque
Sérgio Borges Néry**

RESUMO

Este artigo procura fazer uma exposição descritiva do pensamento do filósofo grego Aristóteles, no que toca aos conceitos de justiça, bem como examinar os fundamentos das suas conclusões sem, contudo, renunciar à boa crítica. A abordagem detém-se à pesquisa dos conceitos anteriores a Aristóteles, examinando os aspectos de continuidade e ruptura do pensador com as reflexões prévias a sua elaboração, assim como às bases da sua construção intelectual, a saber: o conteúdo da expressão justiça distributiva e corretiva; o papel da igualdade, da lei e do juiz; a justiça subjetiva e objetiva e, finalmente; o justo médio. Saliente-se a importância da teoria de Aristóteles para síntese entre justiça e dimensão da experiência, da assimilação dos processos concretos vividos pela comunidade na definição dos padrões de justiça, refulgindo do unilateralismo abstrato, de viés excessivamente matematizante de Platão, o que contribui ainda hoje decisivamente para o repensar de um modelo de justiça, sintonizado com o paradigma pós-positivista do direito na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTICE,LAW, IGUALITY,EQUALITY, ARISTOTLE

ABSTRACT

This article tries to do a presentation describing the thinking of Greek philosopher Aristotle, in relation to concepts of justice, and examine the grounds for its conclusions without, however, waive the good review. The approach has to the research of concepts prior to Aristotle, examining aspects of continuity and rupture with the thinker's thoughts prior to their development, as well as the intellectual basis of its construction, namely the content of the term distributive justice and corrective and the role of equality, the law and the judge, the subjective and objective justice, and finally, the right medium. It should be noted the importance for Aristotle's theory of justice between synthesis and size of the experiment, the assimilation of concrete processes experienced by the community in setting standards of justice, ray of unilateralism abstract of bias over matematizante of Plato, which still contributes decisively to rethink a model of justice, tuned to the post-positivist paradigm of law in contemporary society.

KEYWORDS: JUSTIÇA,IGULADADE, EQUIDADE, ARISTÓTELES

Introdução

O conceito de justiça, de há muito, assombra a humanidade pela razão de sua indefinição conceitual. De fato, a imprecisão que marca a existência de uma justiça universal, ou mesmo particular, inflige grandes danos à civilização, porquanto parece libertar o indivíduo para a adoção mais proveitosa, ou mais altruísta subjetivamente, de uma noção pouco objetiva. Os equívocos históricos que atravessaram os séculos, cometidos em nome da justiça, talvez não fossem empreendidos se os seus agentes tivessem em conta a prudência em avaliar a eficiência teleológica de seus atos, em vez de abraçar dogmas de cunho ideológico. O princípio vetor do ceticismo pirrônico – a dúvida sucedida da suspensão do juízo - quiçá, deva embrenhar-se na alma dos justos.

1. A idéia de justiça pré-aristotélica

Nada obstante o pensamento sistematizado de Aristóteles, a justiça já fora tratada em obras de larga dimensão humanista, não tecnicamente filosóficas, porém de profundidade inspiradora.

Hesíodo, poeta grego do século VIII, escreveu a genealogia dos deuses na sua *Teogonia*. Nesta obra, estabelece que, no sumo começo, antes de tudo, era o caos. E criou-se a Terra e o Amor[1], fontes da vida; segue-se a criação da sombra, da luz, do céu, montanhas e mar para, ao fim, estabelecer a descendência da Terra com relevo ao deus, pai de Zeus: Cronos[2]. Zeus repete a desonra do pai, Cronos, que destronou o seu próprio, Urano, mas sucumbiu à maldição do deus Céu. Após as guerras, Zeus põe fim à titanomaquia e partilha o universo entre si e seus irmãos. A mitologia grega exprime um vácuo anterior que tem na *criatio ex nihilo* um estado anterior ao caótico. Trata-se de uma ordem dada, perfeita - clara expressão de harmonia.

Na harmonia, cada coisa ocupa seu lugar em atenção ao seu fim – postando-se, neste caso, como matéria teleológica – observados os ditames de uma *ordem universal*. A esta ordem predestinada não se poderia escapar, posto que sua regência seria inexorável e a perfeição sua tradução. Tem-se aqui, pois, a noção de *justiça cósmica*, donde se aproxima de uma manipulação superior cujas frequências seriam matematicamente perfeitas e conducentes à regular organização do estado de coisas. Preponderou, nas explicações cedidas à ordem universal, que tratara-se de uma concessão divina que, à imagem de Sua perfeição, somente poderia cogitar-se se deste derivasse. A antiga cosmologia recorre a leis e empirias, distintas do determinismo providencial, para explicar os primores e excelências do arranjo geral.

A natureza, caprichosamente, parece não reconhecer a ordem universal que seria a si tão próxima: o testemunho histórico dos fatos conduz o bom discernimento à conclusão inafastável de que perturbações severas fazem sentir-se no mundo fenomênico: assim a praga de gafanhotos sobre o Egito, descrita no *Êxodo*[3]; tal a eclosão do Vesúvio sobre Pompéia; desse modo o grande terremoto de Lisboa, no ano de 1755; ou as ondas gigantes que varreram o sudeste asiático recentemente. Se for verdade que tais manifestações estariam previstas, ou se admitisse a procedência das explicações naturais à movimentação sub-terrena e, mesmo, ponderar pela ingerência humana nos assuntos ambientais - tudo não se coadunaria com a expressão congraçadora de uma ordem harmônica.

Platão, de sua vez, aborda a questão da justiça ao buscar os argumentos e afirmações do diálogo entre Sócrates e Céfalo. Neste, Sócrates indaga ao interlocutor o que entende por justiça, no que é prontamente retribuído com uma definição de justiça que consiste em *dizer a verdade e repor o que tiver sido recebido*[4]. Nesse passo, a justiça seria encontrada na verdade e na obrigação de reposição daquilo que se houver recebido. A verdade sugere uma reposição de uma prestação estaria ligada a conceitos de comutatividade cujas origens poderiam ser identificadas numa solidariedade de fundo altruísta. O próprio Sócrates endereça, neste diálogo, uma crítica à fala de Céfalo quando perquire sobre a possibilidade de um amigo, antes são, ter-lhe entregado uma arma para guarda e, posteriormente perturbado, reclamá-la a si de volta. Neste caso, segundo Sócrates, não seria justo dizer-lhe a verdade e menos devolver-lhe o pertence[5].

O filósofo grego segue na sua inquirição, desta vez dirigida a Polemarco, para satisfazer sua ânsia pela definição de justiça. Sócrates relembra o conceito emitido por Simônides, que afirmou ser justo *prestar a cada um o que se lhe convier*[6]. A fórmula vazou o tempo e o lugar para chegar a Roma. No *Digesto*, Ulpiano define assim a justiça: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*[7]. Para os romanos, diga-se, o conceito de justiça entrelaça-se pragmaticamente com a definição de direito, segundo seus três princípios[8].

Novamente, a tentativa de conceituar a justiça fracassa diante da indeterminação de seu conteúdo. O *suum cuique* caracteriza-se como fórmula vazia, ou seja, objeto-se a indicação pela completa impossibilidade de determinar o que cabe a cada um e, mais ainda, em que medida. Não se concebe, a bem da boa condução do pensamento, que algo que já é objeto do domínio possa ser dado ao mesmo proprietário, ou, nas palavras de um jurista, não é lícito imaginar que se opere o efeito translático de domínio do dono originário, para ele próprio, por intermédio de outra parte cujo ato possa ser enquadrado como doação.

Simônides insiste na tese, agora depurada, de que justiça é dar a cada um o que é seu. Para aperfeiçoar a definição, substitui a expressão “[...] o que é seu” por “o que é conveniente”[9]. A conveniência estará, de certo, ofuscada pela presidência daquele que emitirá o seu juízo, senão em prejuízo aos interesses do próprio destinatário da prestação. Mais adiante, constrói o resultado da fórmula: dar a cada um o que é seu será *fazer o bem aos amigos e o mal aos inimigos*[10]. A justiça de um ato, portanto, estaria ligada ao destinatário daquele; momento em que, numa correção à idéia de Simônides, intervém Sócrates para longamente expor da impossibilidade de direcionar todo o bem aos amigos e todo o mal aos inimigos, assim como será árduo enquadrar uns ou outros nestas condições[11]. A essa altura, conclui que o justo não pode fazer-se injusto como efeito da justiça[12].

Ainda no calor dos debates, ingressa novo contendor a Sócrates: Trasímaco. Para este, o justo será aquilo que for proveitoso ao governante do momento ou ao poder, donde este resulte, ou seja, haverá a sobreposição do justo ao que aproveitar ao mais forte[13]. A justiça, nesse raciocínio, caminha ombreada ao poder do mais forte, mas, incorre o interlocutor no equívoco de apontar o mais forte como sujeito de justiça, aplicando se lhe as mesmas censuras que ao conceito vago de amigo ou inimigo. O forte não será justo pela justiça, mas pela força de dissuasão ou emprego. Aquilo que é proveitoso ao governante tampouco representa diretamente os interesses dos governados, donde

excluir-lhes da formulação de decisões não parece atender ao preceito de justiça por tornar-lhe demasiadamente particular. Nesta evolução, cabe o pensamento de Nietzsche acerca da distinção do bom para o bem:

[...] o juízo “bom” *não* provém daqueles aos quais se fez o “bem”! Foram os “bons” mesmos, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, e vulgar e plebeu. Desse *pathos da distância* é que eles tomaram para si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores [...][14]

A utilidade, contudo, ensina que o justo pode encontrar-se numa posição de inferioridade se comparado ao injusto. Assim será quando da dissolução de um compromisso comercial no qual ao justo restará a menor fração dos ganhos na operação pelo acerto mesmo do senso de justiça. Na esfera da cidadania, o justo contribuirá à Cidade pela régua da maior possibilidade, mesmo dispondo de iguais recursos ao injusto, que ofertará contribuição menor, de modo que este ganhará mais e, aquele, menos[15]. Pela utilidade, portanto, teria-se uma exceção à regra da conduta justa.

Contudo, não soa adequado conjecturar que o justo possa fundir-se ao injusto. O obstáculo a ser transposto pertence à lógica formal – instrumento adequado à testabilidade de uma tese ao impedir o seu falseamento – e conhece-se por princípio da identidade. Por este, não se admite que o justo possa ser não-justo [injusto]. A equação fundamental da não-contradição, ou identidade, repousa na fórmula: “A” é “A” e não pode ser “não-A”, sob pena de não saber-se indicar o objeto da pesquisa e de fundir-se a existência com a sua negação.

Por fim, Platão salienta o resultado das discussões ao afirmar que *a alma justa e o homem justo vivem de boa maneira; da maldade, o injusto*[16]. Para o filósofo, o justo é feliz e o injusto infeliz, de onde se recolhe que somente se verá vantagens e favores da felicidade, em oposição às agruras da injustiça, muito embora a determinação de felicidade não seja unívoca quanto, a saber, se o que possui a justiça não é mesmo feliz ou se o é[17].

2. A justiça como igualdade e como lei

A noção de justiça atravessou os séculos, sempre recebendo as mais prestimosas contribuições dos teóricos, mas não se desgarrou de um elemento que o pensamento de Aristóteles produziu: a igualdade.

Da igualdade pode-se declinar que guarda característica bifronte, a saber; a igualdade formal, mosto de uma idéia e; a igualdade material, resultado da fermentação social que produziu o estado atual das coisas. A igualdade formal consiste na idéia de uma paridade entre os membros de uma associação, assim tidos de forma a que não se possa ingressar impunemente em ações das quais resulte a inferiorização de um semelhante. A solenidade dessa definição demonstra que seu rito é procedimental e existencial, porquanto o conjunto de normas de regência do trato social deva privilegiar a condução de um processo de aprimoramento idêntico das partes que o compõem e; sua formulação preceda a noção do desenvolvimento fenomênico do mundo, em franca disparidade. Para tanto, torna-se necessário um aparato garante da igualdade posto que

as diferentes inclinações subjetivas nem sempre estão acordes do *iter* a ser trilhado neste processo[18].

Como já dito, sem a picardia do menosprezo, o mundo ideal – da igualdade formal – não reflete a situação das coisas afetas à modificação pela empresa dos homens. O mundo fenomênico, onde se dão as realidades, padece de uma desigualdade material latente, donde se enxerga que a alteração estrutural na história da humanidade é tarefa inglória. Rousseau estigmatiza a gênese da estrutura em exame ao afirmar que:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: ‘Evitai ouvir este impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!’.[19]

Todavia, incorre em grave engano o pensador francês quanto o modo de se opor resistência a um dado estrutural. O primeiro a fixar propriedade atendeu ao postulado da autopreservação, e não é crível que no estado de desenvolvimento da humanidade no qual o desenrolar da fábula teria se dado, o novo dono estivesse em superior condição do intelecto em detrimento dos demais pares. A ingenuidade ou dirigismo da passagem de Rousseau fere aos sentidos mais primários da racionalidade. A igualdade formal não ultrapassa, como a ninguém é autorizado, a trincheira do tempo e, assim, não é lícito afirmar que uma dimensão procedimental seja capaz de reestruturar as páginas da história.

Para Aristóteles, que não desconhecia a matemática, como se depreende de sua exposição[20], a igualdade carrega no seu seio a proporção[21], que, no seu entendimento será uma *igualdad de las relaciones entre términos*[22]. Como ponto de partida, elege o axioma da igualdade por via de inversão. Ao dizer do injusto, que será aquele que viola a lei e demonstra avidez, conclui que o homem justo só poderá ser o que observa a lei e assume posição desinteressada. O modelo da definição a partir da negação é louvável, mormente se considerada a dificuldade de conceituar um instituto de maneira afirmativa. O *ser* reserva um séquito de obstáculos cuja transposição nem sempre é possível e, para alguns, não está ao alcance da mediocridade humana, como se dá pela advertência do filósofo de Königsberg, que mostrou:

[...] que a ausência nas categorias de toda a mescla de determinações sensíveis pode induzir a razão a estender o seu uso, para lá de toda a experiência, às coisas em si, se bem que, em virtude de não encontrarem nenhuma intuição que lhes poderia fornecer uma significação e um sentido *in concreto*, elas possam, como funções simplesmente lógicas, representar sem dúvida uma coisa em geral, mas sem poderem por si mesmas dar de qualquer coisa um conceito determinado. Objectos hiperbólicos deste género são os que se chamam *noumena* ou puros seres do entendimento (melhor, seres de pensamento), como, por exemplo, a *substância*, mas concebida *sem permanência* no tempo, ou uma *causa*, sem acção no tempo, etc. [...][23]

No entanto, o homem nem sempre observa a lei e, paradoxalmente, desta se socorre para evitar punição, como *e.g.*, ao cometer assassinio sob a alegação de legítima defesa. Também o desinteresse suscita crítica tenaz. A necessidade é espada ao pendor das

nossas cabeças. O homem é tributário de um sem número de prestações que vão do simples ar que se respira, passa pela alimentação e pelo abrigo e segue em direção a outras necessidades mais. Daí não incorrer em erro quem aponte o ser humano como frágil diante da ambiência em que se desenvolve. A preservação da vida é o primeiro dever do indivíduo para consigo[24], logo, o egoísmo será mais instrumento da reunião de condições materiais para a própria existência e, menos, um desvio moral cuja aparência seja a cupidez e a avareza. Dado isso, é forçoso reconhecer que a igualdade material não encontra eco na distribuição dos talentos, pois que a criação não brinda a todos com as mesmas habilidades, sendo umas mais proveitosas ou úteis a determinados fins que outras. Uma questão de ordem passa, então, a ganhar relevo diante da assertiva da desigualdade desde a criação: qual será a característica primordial de uma ambiência tão hostil e de onde resulta?

A hostilidade do meio em que a sociedade se faz é marca indelével da fragilidade humana[25], em desvantagem quanto à compleição se comparada com as forças da natureza e; no que toca à origem da desigualdade, pode-se indicar a *escassez* como estado latente, primado que irá dirigir as condutas individuais convergentes ao aperfeiçoamento pessoal na busca de um meio mais receptivo. Disso conclui-se que a natureza não pode, assim como a história, ser corrigida sob o argumento de sua arbitrariedade, senão dispor a sociedade de mecanismos de moderação das desigualdades, tomando por base fundamentos de ordem axiológica aos quais a maioria considera aceitáveis e que haurem sua existência da noção de piedade, solidariedade, compaixão etc.

A desigualdade, registre-se, é a regra geral e a escassez o desafio. Entrementes, o equívoco subjetivo quanto à extensão das habilidades deságua no erro de avaliação quanto às possibilidades de êxito, criando falsas esperanças de sucesso. O produto desta contradição será, certamente, o desejo de mais de um indivíduo por um mesmo bem, o que ocasionaria um abalo na paz social ao convergir dois interesses semelhantes a um objeto idêntico[26].

A proporção aristotélica, como se viu, deriva de uma igualdade de razões[27] para as quais o filósofo, com o fito de demonstrá-las, recorre aos geômetras. Dessa construção - que compreende o exemplo de três segmentos de reta idênticos, aos quais se retira parte do primeiro segmento, na proporção de um meio, para acrescer ao terceiro segmento, o que torna as três retas desiguais proporcionalmente em comprimento, entre si - extrai-se que o uso da linearidade não é suficiente para explicar a desigualdade, e tampouco a solução judicial proposta é satisfatória para solucionar o problema, como adiante se verá.

Parece acertada a conclusão de que a retirada de uma fração de um objeto e, no seguir, a adição desse mesmo fragmento a um objeto distinto, mas igual originariamente, assegura uma desigualdade. Todavia, o empenho em decifrar que o ato de transferência transbordou numa iniquidade não basta para saber de sua justiça. O texto de Aristóteles[28] é vazado de dupla preocupação social, como se nota pela operação acima descrita, pois que não apenas a subtração seria injusta, como também agregá-la representaria novo golpe à justiça. O que o rigor metódico recomenda é iniciar uma disquisição sobre as causas que presidem a um ato que, *prima facie*, resulta numa distorção.

Há, portanto, de examinar-se a causa da subtração de um objeto e, ato contínuo, a adição a outro. A solução para a questão estará atrelada a conceitos de livre eleição, tais como: a utilidade e o desserviço, segundo seus frutos ou mazelas; o ônus e o bônus de um ato anterior, segundo sua liberdade em relação à responsabilidade; o mérito de cada segmento, segundo uma tábua de valores; a dignidade original de cada um deles; etc. Aristóteles distribui o resultado dessa eleição pelo critério do mérito nas diferentes formas de governo – os democratas escolherão a liberdade; os oligarcas, a riqueza ou o berço e; os aristocratas, a virtude[29] – obediente ao critério da divisão das formas que empreendeu n'a *Política*[30].

De tudo, a sugestão do Estagirita encaminha a solução para a atuação do juiz, por isso dizer-se da afeição de Aristóteles pelos desfechos concretos, em oposição ao idealismo platônico. No pensamento aristotélico, o juiz será o encarregado da resolução dos dissensos pela restauração da igualdade e, etimologicamente, salienta, a palavra juiz [dicasthV] designa aquele que parte o todo em dois[31], assumindo a função de divisor.

A causa, aliás, recebe nobre tratamento da doutrina aristotélica, notadamente no livro sétimo, da *Física*, quando o filósofo descreve o princípio da causalidade. Sua relação com o efeito, entretanto, não cede espaço para a verdade absoluta, como registra a própria lavra ao dizer que uma injustiça cometida com o *telos* de um proveito virtuoso não será tida como maldade, mas injustiça[32]. A causa, nesse modelo, resultou num efeito indesejado e, dada a nobreza dos propósitos e a ação imponderável dos acidentes, não pode ser havida por má, senão injusta. Salta dessa concepção a ligação, como idéia embrionária, do que se hoje designa de *teoria da culpa*[33].

Nestes termos, a igualdade perde espaço na formulação de uma teoria da justiça, mitigando uma das duas diretrizes de Aristóteles. A justiça insinua uma relação próxima da inequação matemática, para a qual a desigualdade pode ser verdadeira quando as variáveis inseridas na fórmula obedecem a certos valores.

Naquilo que concerne à lei, como segundo axioma, permite-se dizer que flutua em desacordo com a igualdade propugnada. Antes, porém, é devido um excursão sobre a lei no entendimento de Aristóteles.

Relembra-se a afirmação do início do capítulo em que o Estagirita designa o homem justo como aquele que observa a lei e a igualdade. O apego à lei talvez derive do exemplo de Sócrates.

Inicialmente, o filósofo se socorre da lógica quando erige a máxima de que *el injusto obra em contra de las leyes, y puesto que el que se conforma a estas es justo, es evidente que todos los actos conformes a las leyes son, de alguna manera, justos* (grifou-se)[34]. Desta maneira, Aristóteles enxerga na lei a expressão máxima da justiça, não capitulando ou mesmo fazendo menção à possibilidade de ser esta injusta, posto que, então, não seria lei, mas coisa diversa. Ao render todos os favores à justiça da lei, ingressa-se em terreno instável, cuja conseqüência poderá advir do mal institucional, ou da injustiça instituída, com evidentes prejuízos para a comunidade política. Outrossim, a excelência do instituto habita a exclusividade de instância de validade e, portanto, de exigibilidade, reclamando a si os singulares efeitos da seara objetiva, que a todos é dado conhecer, diferentemente dos psicologismos. A lei se

incumbe de distribuir a justiça, porque justa[35], e tudo o mais será tão secundário e inerte quanto o são a moral, ou a natureza, no exame do *sollen*.

Não menos importante é a vocação da lei para a consecução do bem comum[36] quando, a par dos negócios públicos, se exime da condição de veículo da justiça para a assunção do papel que se lhe cabe verdadeiramente: regular o convívio social e as relações de poder entre os diferentes integrantes do Estado, inclusive. A carga de neutralidade da lei é sua maior virtude, pois se atém aos informes técnicos de forma a percorrer, sem assombros, a trilha da utilidade. De posse da certeza insofismável de que a lei não pode ser justa ou injusta, resta a resignação de que a sua matéria não obedece a nenhum critério estranho à livre legislatura, e encerra a aquiescência geral.

A justiça distributiva de Aristóteles contempla uma proporção, segundo a qual a condição do sujeito estará diretamente para o *quantum* do bem a ser prestado. Perquire-se, pois, se os vícios ou virtudes modificam a estatura moral, causando uma diferenciação nas prestações que somente responde à aptidão e apronto, e se fazem merecedoras de recompensa como prêmio ao estado de atenção – equipamento das necessidades já percorridas.

De toda sorte, fica a impressão de que o edifício binário [igualdade - lei] não concorre harmoniosamente para a justiça. Se a lei deve atender ao juízo de mérito[37], a igualdade não poderá fazer-se ouvida, ainda que ela mesma preste continência à proporção distributiva, pois que a contradição de uma igualdade desigual soa irremediável.

No entanto, não será este o caso se a acepção do vocábulo igualdade não coincidir com a da palavra semelhança. Por aquela, poder-se-ia entender uma relação quantitativa; ao passo que esta reproduz uma relação qualitativa. Com isso, estaria posta a salvo a originalidade do Estagirita.

3. A justiça geral, particular e a *mesótes*

A simpatia de Aristóteles pelas categorias de gênero e espécies, volta a dar sinais na sua *Ética a Nicômaco*. O hilemorfismo aristotélico cuida, nesse turno, de fazer diferenciar duas espécies de um mesmo gênero: a justiça particular, distributiva ou corretiva.

Em tempo, Aristóteles diligenciou a justiça geral. Por esta, entendeu a *observância de todas as leis do Estado* [...] pois, *quem observa as leis é justo; quem as desrespeita, injusto*[38]. Desse modo, a lei coincidirá com a justiça, cuja definição não pode escapar à perfeição. De fato, se a lei visa ao bem comum, será sempre ela justa, mas, exigirá do hermeneuta um penoso zelo em conceituar, desta feita, o bem. A perfeição da justiça geral encontra eco na alteridade do homem da *pólis*, que, a partir dos laços de amizade política com os demais membros, pode nutrir a expectativa de uma associação eivada de justiça. A generalidade da justiça, compreende-se, é feita do bem aos outros[39], mas, com isso, não deixa passar despercebida seja um hábito pessoal, um objeto cuja apreensão pode dar-se na esfera pessoal do indivíduo.

Com efeito, a justiça como virtude particular assume duas formas distintas, a primeira em privilégio dos sujeitos de uma relação – a justiça distributiva – a segunda, em

atenção aos objetos em apreço – a justiça comutativa. A justiça particular, como distributiva, exprime a mais elevada contribuição aristotélica para o conceito de justiça. Por esta, os bens a distribuir-se o são pelo critério da igualdade proporcional – igualdade geométrica – donde o merecimento será o fator de corte da operação. *Seria justo o juiz que inflingisse a todos os acusados a mesma pena*[40]? A justiça comutativa [contratual], rege-se pela igualdade aritmética, reflexo do apreço e do valor dos bens a permutar.

Aristóteles faz a ressalva, entretanto, que a justiça particular merece a censura de guardar a possibilidade do uso interessado[41], ou seja, pode ser endereçada à satisfação dos favores privados sem que, com isso, sofra repreensão objetiva, senão do próprio espírito – o que é potencialmente superável – transfigurando-se de virtude em vício. A injustiça particular contempla, daí, a degradação da outrora justiça e, na obra do filósofo, reveste-se de preconceito governado pela condenação *a honra, ou com o dinheiro, ou com a segurança [...] e sua motivação é o prazer decorrente do ganho*[42]. Parece ao discurso uma nota de admoestação, que viria a ser incorporada aos valores da cristandade pela reprovação à usura; ou mesmo uma contradição, ao sugerir a injustiça de querer a própria segurança.

Outra imensurável contribuição do pensamento de Aristóteles foi a determinação do *justo médio*[43]. Para o filósofo, a igualdade que preside a justiça pressupõe dois termos – dois extremos – diante dos quais a justiça coloca-se no exato quociente da divisão. O meio termo, extremado pelo excesso e pela insuficiência [*hipérbolê* e *éllipsis*], será o ponto arquimediano da justiça.

A inspiração do pensador, todavia, merece observações. Se a justiça, encontrando-se no ponto médio entre dois extremos, espelha a perfeição e reflete um segmento gráfico que inicia pela deficiência e deve atingir um ápice - portanto não uma reta governada pela linearidade, mas uma curva ascendente – ao excesso poder-se-ia chamar de suma perfeição. Entretanto, a perfeição, como a justiça, já é a sublimação predicativa na sua máxima expressão, não sendo concebível que faleçam de insuficiências ou que se possa falar em perfeição e justiça excessivas. Adotada a hipótese aventada pelo Estagirita, ter-se-á uma perfeição imperfeita e uma justiça coxa. A idéia aristotélica, neste contexto, confunde a justiça [média] com o termo mais elevado.

Nada obstante, descuida igualmente de fixar atenção aos termos ventilados. A fixação de um meio termo vincula-se, numa relação de dependência irrenunciável, a uma estabilidade dos extremos. Veja-se: os termos da livre eleição de Aristóteles padecem de uma imobilidade que proporciona ao justo médio a precisa fixação e conseqüente permanência. Contudo, os termos de um segmento conceitual obedecem não à paralisia aristotélica, mas flutuam segundo as marés da evolução cultural de um povo em sua marcha. Os valores afagados pela sociedade sofrem de constante mutação, *e.g.* a proscrição da escravidão; daí a impossibilidade de fixar um termo médio entre duas extremidades dinâmicas.

Conclusão

De tudo, conclui-se que, à semelhança do que ainda hoje perturba o espírito dos juristas, a justiça permanece como uma incógnita que não tem resposta satisfatória. Para alguns, pode incluir-se num sentimento subjetivo inabalável, transmudando-se em

psicologismo; para outros, num conceito pouco evidente, mas que se acata como válido, transformando-se em dogma ou; para uns terceiros, no dever de prosseguir a jornada em busca do argumento de ouro que revele o seu conteúdo, sem cair no logro do ingresso no pensamento circular.

De fato, a justiça, *por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor*[44]; padece do morbo da polissemia ainda não resolvido.

Referências

ARISTÓTELES, **Ética Nicomaquea**. Madrid: Aguilar, 1964.

_____. **Política**. Madrid: Aguilar, 1964.

BÍBLIA SAGRADA. **Êxodo**, 10, 13.

BRITO, Adriano Naves de; HECK, José Nicolau, org. **Ética e Política**. Goiânia: UFG, 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Aristóteles: Obra Jurídica**. Porto: Rés Editora, *circa* 1989.

HESÍODE. **La Théogonie**. Paris: Librairie Garnier Frères, s.d.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Prolegómenos a toda metafísica futura**. Lisboa: Edições 70, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. São Paulo: Escala, s.d.

_____. **La République**. Paris: Gallimard, 1959.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SPONVILLE, André Comte-. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.

[1] O amor, nesta passagem, representa menos o sentimento humano e designa o poder de atração entre os elementos. HESÍODE. **La Théogonie**. Paris: Librairie Garnier Frères, s.d., p. 32.

[2] Zeus derrota o pai Cronos, e dá início à era dos deuses do olímpo. Cronos não se confunde com o deus do tempo – Chronos – aquele ligado, pelo significado na etimologia grega, à crença. Cf. nota 34. Ibidem, p. 266.

[3] BÍBLIA SAGRADA. **Êxodo**, 10, 13.

[4] PLATON. **La République**. I, 331, c. Paris: Gallimard, 1959, p. 862. No original: “[...] dire la vérité et à remettre à autrui ce qu’on a bien pu recevoir de lui[...]”.

[5] PLATON. **La République**. I, 331, c. Paris: Gallimard, 1959, p. 862-863.

[6] Ibid. p. 864. No original: “[...] rendre ce qui convient à chacun”.

[7] ULPIANO *apud* TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999, p. 43.

[8] Os três *júris praecepta* são: viver honestamente [*honeste vivere*], não lesar ao outro [*neminem laedere*], e dar a cada um o que é seu [*suum cuique*]. TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999, p. 64-65.

[9] PLATON. **La République**. I, 332, c. Paris: Gallimard, 1959, p. 864.

[10] Ibid. p.864.

[11] Ibid. p. 865-868.

[12] Ibid. p. 868.

[13] Ibid. p. 873.

[14] NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 19.

[15] PLATON. **La République**. I, 343, d. Paris: Gallimard, 1959, p. 880.

[16] Ibid. p. 896.

[17] Ibid. p. 896-897.

[18] Neste caso, não se apontar o Estado como instância de garantia da observação da igualdade formal, o que, todavia, não deva ser tido como coroamento da obra, pois que a entidade estatal capitula diante de sua expressão igualmente formal e os meios materiais postos à sua disposição podem, a seu arbítrio, discordar das diretivas daquele emanadas.

[19] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

[20] ARISTÓTELES, **Ética Nicomáquea**. V, 1132, b. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1231.

[21] Ibid. V, 1131, a. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1230.

[22] Ibid. V, 1131, a. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1230.

[23] KANT, Immanuel. **Prolegómenos a toda metafísica futura**. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 117.

[24] LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 385.

[25] Decorrência imediata das necessidades humanas já apontadas.

[26] HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107.

[27] ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**. V, 1131, b. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 96.

[28] ARISTÓTELES, **Ética Nicomáquea**. V. Madrid: Aguilar, 1964, *passim*.

[29] ARISTÓTELES, **Ética Nicomáquea**. V, 1131, a. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1230.

[30] ARISTÓTELES, **Política**. III, 1279, a. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1462.

[31] Ibid. V, 1132, a-b. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1231.

[32] ARISTÓTELES, **Ética Nicomáquea**. V, 1130, b. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1228.

[33] CUNHA, Paulo Ferreira da. **Aristóteles: Obra Jurídica**. Porto: Rés Editora, *circa* 1989, p. 51.

[34] ARISTÓTELES, **Ética Nicomáquea**. V, 1129, b. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1227.

[35] O acusador de Sócrates, Meleto, prestou deferência à lei quando a indicou como objeto que faz os homens melhores. PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. São Paulo: Escala, s.d., p. 57.

[36] ARISTÓTELES, **Ética Nicomáquea**. V, 1129, b. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1227.

[37] Aristóteles faz referência indireta ao caráter implícito do mérito na lei, como se lê: “ [...] *as leis visam ao interesse comum a todas as pessoas, ou às melhores, ou às pessoas das classes dominantes, ou algo do mesmo tipo* (grifou-se). ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**. V, 1129, b. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 96.

[38] PIRES, Celestino. *apud* BRITO, Adriano Naves de; HECK, José Nicolau, org. **Ética e Política**. Goiânia: UFG, 1997, p. 27.

[39] ARISTÓTELES, **Ética Nicomaquea**. V, 1130, a. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1227.

[40] SPONVILLE, André Comte-. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 75.

[41] ARISTÓTELES, *Ibid.* p. 1227.

[42] ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**. V, 1130, b. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 94.

[43] ARISTÓTELES, **Ética Nicomaquea**. V, 1131, a. Madrid: Aguilar, 1964, p. 1229.

[44] KELSEN, Hans. **O que é justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

O ESTADO HEGELIANO, PELA VISÃO DE BERNARD BOURGEOIS

HEGEL'S STATE, IN THE VISION OF BERNARD BOURGEOIS

Pedro Henrique Cordeiro Lima

RESUMO

O presente trabalho busca uma compreensão da concepção do Estado em Hegel a partir da obra Hegel: atos do espírito de Bernard Bourgeois. O Estado como momento de chegada do Espírito moral objetivo. O Estado é o meio total e mediador liberal da vida do Espírito. Só no Estado o homem pode atingir a racionalidade e assim ser livre. Arte, religião e filosofia que são expressões do Espírito absoluto, também têm no Estado seu meio ideal. Pois o Estado, essencialmente político, é fundamental para o desenvolvimento do absoluto. Espírito é a substância ética de um povo, que apesar das diversidades encontra sua unidade na pátria. A Constituição objetiva, já presente no Espírito de um povo, organiza o Estado e seu funcionamento como um todo orgânico. As vontades individuais existem dentro e como substância da vontade geral. É a identidade do particular e do universal. O Estado hegeliano articula os princípios monárquico, aristocrático e democrático. É um Estado racional politicamente forte e socioculturalmente liberal.

PALAVRAS-CHAVES: HEGEL; ESTADO; MORAL OBJETIVA; ESPÍRITO; PATRIOTISMO; ABSOLUTO; INDIVÍDUO; LIBERDADE; RAZÃO.

ABSTRACT

The present paper intends to possibillitate a comprehension of Hegel's conception of State as presented by Bernard Bourgeois in his Hegel: os atos do espírito. The State as the final moment of the objective moral Spirit. The State is the total medium and the liberal mediator of the Spirit's life. Only in the State can the man reach rationality and thus be free. Art, religion and philosophy that are expressions of the Absolute Spirit, also have in the State their ideal medium. Therefore the State, essentially politic, is fundamental for the development of the Absolute. Spirit is the ethical substance of a people, who although the diversities find its unit in the native land. The objective Constitution, already present in the Spirit of a people, organizes the State and its functioning as a organic one. The individual wills exist inside and as it substantiates the general will. It is the identity of the particular and of the universal. Hegel's State articulates the monarchic, aristocratic and democratic principles. It is ratinal State, politically strong and socialculturally liberal.

KEYWORDS: HEGEL; STATE; OBJECTIVE MORAL; SPIRIT; PATRIOTISM; ABSOLUTE; IDIVIDUAL; FREEDOM; REASON.

O Estado Hegeliano, Pela Visão de Bernard Bourgeois

In: BOURGEOIS, Bernard. *Hegel; os atos do espírito*.

Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

"O Estado é a realidade em ato da Idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe."

HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 216.

Introdução

O objetivo deste trabalho é explicitar a visão do Estado hegeliano proposta por Bernard Bourgeois em sua obra *Hegel; os atos do espírito*. A escolha desta obra se justifica pela clareza com que o autor entende o sistema Hegeliano e por conseguinte sua idéia de Estado. Na tentativa de facilitar este esforço buscou-se auxílio na obra do próprio Hegel, assim como em outros autores.

Superadas as infundadas críticas do liberalismo novecentista - de ser a filosofia de Hegel elaborada para justificar a monarquia prussiana - e diante da compreensão que a filiação marxista ao pensar hegeliano limita-se a aceitar o caráter dialético da realidade, pode-se analisar a filosofia de Hegel como a de um Estado de fundamento ético. Bourgeois busca em sua análise mostrar a atualidade da visão hegeliana de Estado. Com o passar dos séculos fica cada vez mais claro que o Estado "elaborado pela razão especulativa de Hegel" é o ponto de chegada da filosofia política (ocidental).

O Estado como identidade da identidade e da diferença - liberdade concreta, pois se dá na universalidade. Nada mais contemporâneo que a dialética entre o interesse geral e o interesse individual. Qual a idéia de Estado atual se não a garantia da existência do todo - tutela estatal que garante a segurança e existência do indivíduo -, mas que permita a liberdade particular - auto-regulação e controle do uso da força estatal?

Em Hegel o indivíduo só é livre no Estado, e só é real o Estado que reconhece a liberdade de seus cidadãos. Nem liberalidade individualista, nem autoritarismo policial. Para Hegel:

"Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento de

seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmo no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ela agem como seu último fim. Daí provem que nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual."^[1]

O Estado, Meio Total e Mediador Liberal da Vida do Espírito

Na visão de Hegel o homem só atinge a racionalidade plena, tornando-se livre, no Estado. É o Estado que possibilita ao homem viver a realidade da vida espiritual. Sendo assim, "não poderia haver exagero numa idéia muito elevada de Estado"^[2]. Nas palavras de Hegel:

"É somente no Estado que o homem tem uma existência racional (...) Tudo o que o homem é, ele o deve ao Estado, é somente neste que ele tem sua essência. Todo o valor que o homem possui, toda efetividade espiritual, ele os possui somente graças ao Estado (...) É apenas neste terreno, isto é, no Estado, que podem existir a arte e a religião".^[3]

Arte, religião e filosofia, expressões do espírito absoluto, também tem no Estado o seu meio ideal. Isto porque é o Estado que possibilita toda vida do espírito, por ser ele o espírito que se reconhece a si mesmo em sua totalidade, indo além de abstrações quaisquer. Somente inserido no Estado pode o indivíduo vivenciar o racional como real - e não só como uma idéia - o universal transforma-se em universal concreto através da efetivação histórica. O universal deixa de ser apenas objetivo de uma busca do indivíduo para ser em sua concretude. Estado é "a existência objetiva da universalidade constitutiva do espírito"^[4], identidade da universalidade e da particularidade.

O Estado hegeliano é o universal realizado em sua totalidade, no sentido político e também no não-político. Estado é então a estrutura política controladora do poder, e ao mesmo tempo toda vida livre do espírito, que é garantida por essa estrutura. É o todo, que não se realiza se não como tal. Segundo Bourgeois:

"Uma tal ambigüidade pode favorecer uma realização totalitária do Estado quando, insuficientemente vigilante em relação a si mesmo, ele absolutiza indevidamente seu poder de *condicionamento da existência* de todo espírito em poder de *determinação da essência* deste. Absolutização que Hegel rejeita inteiramente."^[5]

O Estado, fundamental para o desenvolvimento do absoluto, é na determinação hegeliana essencialmente político. Um político, no entanto, que não se separa dos outros momentos do espírito objetivo e tão pouco do espírito absoluto. No movimento dialético o espírito objetivo possibilita a existência do espírito absoluto, que por sua vez torna o espírito capaz de reconhecer a si mesmo em sua totalidade.

Espírito é movimento, interno e dialético, mas também histórico. Pela negação de um Estado (patriarcal-teocrático) onde vida familiar, sociopolítica e religiosa se conjugam na "forma objetiva geral do Estado", chega a um Estado onde cada momento da vida do espírito represente não mais que sua "essência específica" de forma interdependente, formando um todo harmônico. "Então, o Estado *sirito senso* chega a sua realização

verdadeira, imanente a si mesmo, na unidade concreta do *espírito de um povo* amadurecido historicamente."[6]

Esta historicidade do Estado tal como posta por Hegel vai de encontro ao historicismo empírico irracional de Gustav Hugo e K. Von Savigny. Para estes "é a própria irracionalidade posta como fonte do direito traduzida pelos historicistas nas duas idéias centrais da escola: o costume e o espírito do povo" como explica o Joaquim Carlos Salgado[7]. Em Hegel Estado não é fato é sim fruto da razão - é a evolução dialética do espírito.

Apesar de ressaltar que o Estado hegeliano não é determinado por preceitos religiosos, Bourgeois chama atenção para a importância que o filósofo dá para a religião. Pois esta seria a própria consciência do absoluto, da qual dependeria o indivíduo para se reconhecer como tal. Hegel afirma que "A Religião é a relação com o absoluto na forma do sentimento, da imaginação e da crença e no centro dela, que contém tudo o que é, tudo que existe torna-se um acidente que se evanesce."[8]

Sendo assim, deve o Estado não se descuidar dela. Porém, faz-se mister conservá-la separada daquilo que é universal objetivado. O Estado hegeliano não se confunde com aquele onde a sua função limita-se a proteger a propriedade e o livre-arbítrio dos indivíduos e sua relação com as liberdades alheia, deixando para a religião subjetiva tudo que é propriamente moral. O espírito, livre e racional, que se realiza no Estado, é que traz em si a moral objetiva. Aqui a verdade moral é a moral refletida e posta objetivamente na forma universal de lei.

Deve o Estado abster-se de controlar diretamente a vida familiar, social, artística, religiosa e filosófica. As categorias precisam desenvolver-se livremente para alcançar sua verdade, pois são momentos necessários no devir do espírito. Este só alcança sua totalidade quando identidade e diferença coexistem em uma plenitude dialética. O Estado, enquanto político, tem como função garantir condições para que cada categoria se ponha em sua própria verdade. Só assim garantirá seu poder. Meio total e mediar liberal, assim coloca Bourgeois:

"Sua ambigüidade de meio total e de fator particular da existência espiritual, que o constitui como unidade de si mesmo e de seu Outro - expressão objetivada da estrutura ontológica do absoluto que é espírito, isto é, manifestação ou dádiva de si - , requer que ele deixe ser e deixe seguir seu Outro, que libere o desdobramento deste, se quiser ele mesmo realizar-se em sua verdade".[9]

Não quer isto significar indiferença e liberalidade total com o não-político. Possibilitar que momentos da vida do espírito se realizem sem ele, não é permitir que algo seja feito contra ele. Assim, por mais que o "agir negativo" - onde seu Outro é livre - seja o "agir supremo" do Estado, não pode este furtar-se de resguardar suas "manifestações objetivas", permanecendo vigilante para que nada atente contra sua existência. Sobre a necessidade de agir do Estado diante de uma opinião que, ao se colocar contra a razão, põe em risco a realidade em si nos traz Hegel:

"proteger a verdade objetiva e os princípios da vida ética contra esta expressão de maus princípios, enquanto ela se torna uma existência geral e corrosiva da realidade, além disto à medida que o formalismo da subjetividade incondicionada quisesse tomar por

fundamento o ponto de partida científico e elevar as instituições de ensino do próprio Estado à pretensão de uma Igreja e voltá-las contra ele [...]"[10]

Sobre a necessidade e importância dessa coexistência da ação negativa e do controle objetivo, é muito elucidativa esta frase de Joaquim Carlos Salgado: "Enquanto momentos separados na sua unilateralidade, a liberdade subjetiva gera o individualismo radical e a liberdade objetiva, o autoritarismo."[11]

O agir do Estado, no entanto, não é o mesmo em relação a todos os momentos não-políticos (não-estatais) do espírito. A sociedade civil, momento onde o indivíduo tem a si mesmo como fim último, mas se afirma e se satisfaz por meio da relação com a particularidade do outro, não está propriamente fora do Estado, é na verdade o "Estado enquanto exterior a si mesmo". Daí Hegel chamá-la de "Estado exterior" (de necessidade, do entendimento).

"Na sua realização assim determinada pela universalidade, o fim egoísta é a base de um sistema de dependências recíprocas no qual subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do indivíduo estão ligados à subsistência, ao bem-estar e à existência de todos, em todos assentam e só são reais e estão assegurados nessa ligação. Pode começar-se a chamar tal sistema o Estado extrínseco, o Estado da carência e do intelecto."[12]

O Estado racional por sua vez reúne o indivíduo e o todo de forma orgânica. É o reconhecimento do *Eu* como um *Nós*, proporcionado pela razão, que possibilita a liberdade plena existente no Estado. Assim é a existência objetiva do Estado e a intervenção estatal na vida social que garantem a ligação dialética entre o universal e o particular. Bourgeois afirma que: "Ação não-estatal do Estado aqui a serviço da vida social, para poder afirma-se ele mesmo em sua via propriamente estatal, no seio da articulação necessária e hierarquizada dos momentos da vida total do espírito."[13]

Na sociedade civil - onde o indivíduo está separado do todo - os interesses particulares não formam um interesse geral - não há identidade na diferença. Esta identidade do singular e universal só existe de forma natural (imediate) na família, momento em que o *Eu* e o *Nós* se confundem. É a ação social do Estado (mediata) que possibilitará que o particular se reconheça no universal e assim viver a eticidade do espírito. Bourgeois chama esta ação de "pré-estatal", pois ela que assegurará a identidade do interesse geral e dos interesses particulares - sendo um substância do outro - universalidade. O Estado é então anterior e posterior a seus momentos e também seu próprio fim. Em parágrafo irretocável do idealista alemão:

"Através da divisão da sociedade civil, a moralidade objetiva imediata evolui, pois, até o Estado, que se manifesta como seu verdadeiro fundamento. Esta evolução é a prova científica do conceito do Estado, e não há outra. Se o desenvolvimento do conceito científico chega ao Estado como a um resultado, quando ele a si mesmo se dá como verdadeiro fundamento, é porque tal mediação e tal ilusão se anulam a si mesmas na imediateidade. É por isso que, na realidade o Estado é, em geral o primeiro. Na sua intrinsecidade, a família desenvolve-se em sociedade civil, e o que há nestes dois momentos é a própria idéia de Estado."[14]

Para Bourgeois, o caminho que leva a esta universalidade - que é o destino do espírito - se daria em três níveis. Sendo o primeiro o do "sistema das necessidades", onde se

busca na desigualdade a satisfação dos interesses pessoais - as relações sociais seriam exclusivamente econômicas - sem qualquer preocupação com interesses públicos. O segundo momento será a "administração do direito" formalista e abstrato, direitos seriam não mais que os deveres do outro. Mas nenhum destes dois momentos pode dar fim à cisão entre o particular e o universal. Esta superação só ocorre no Estado racional - eticidade e não mais propriedade. É este o terceiro nível, onde o indivíduo é livre no Estado garantidor dos direitos individuais e sociais. A esta intervenção política na vida social Hegel dá o nome de "policia". A preocupação não é apenas com o indivíduo, mas com o universal, por isso deve o estado reger e garantir a segurança econômica. No dizer de Salgado:

"Ora, a intervenção na vida econômica da sociedade faz-se necessária porque o mecanismo da produção e distribuição da riqueza nas relações econômicas é cego e necessita da atuação livre e consciente do órgão superior, o governo, evitando-se, assim, a submissão do Estado à economia internacional, dando-se-lhe controle da economia, que a ele deve subordinar-se."[15]

Intervêm também para evitar o desemprego e tentar prevenir o fracasso social gerador da pobreza, na tentativa de evitar a formação de uma plebe e de partidos dentro da sociedade. Quanto a política Bourgeois chega a conclusão que o "Estado acaba por saber que sua intervenção social é feita de paliativos e que o lugar objetivo da reconciliação humana é extra-social."[16]

A ação social, no entanto, não há de ser uma tendente a controlar o momento sociedade subjungando-o aos interesses do Estado objetivado. Pelo contrario, o Estado depende do desenvolver livre da sociedade - desde que esta não prejudique sua existência. Neste sentido, cabe a ele promover através da educação o desenvolvimento da cultura, para que o particular possa se reconhecer como universal na vida absoluta. Sua função primordial é garantir o desenvolvimento livre das individualidades. Pois só há identidade se houver diferença. Cada momento tem de seguir seu destino por si só. Sem que o todo e o indivíduo vivam sua essência jamais pode-se falar em Estado no seu conceito. O cidadão só se insere como tal na sociedade se, primeiramente viver a plenitude de seus direitos. Dá mesma forma que o Eu que não se reconhece como Nós não é livre, o Nós que aniquila o Eu é mera forma. Só o Estado racional de Direitos é real.

O Estado Constitucional Concreto

O Estado hegeliano é o habitat que o Espírito cria para si mesmo. Bourgeois usa o termo comunidade em oposição a sociedade para representar o indivíduo e o todo como um só - tal se dá no Estado. Este como totalidade que é, não possibilita qualquer abstração. Sendo assim, representar o Estado como um que "absolutiza a administração" é trocar totalidade por totalitarismo - algo impensável no Estado hegeliano que é fruto da reflexão filosófica .

Espírito é a substância ética de um povo, que apesar das diversidades encontra sua unidade na pátria (alma comum). Para Hegel, o "sentimento político, o patriotismo em geral, é como uma certeza que se funda na verdade (uma certeza apenas subjetiva não se

funda na verdade, é apenas uma opinião) e é o querer transformado em hábitos." [17] É a Constituição objetiva - que organiza toda esfera política - que eleva esta alma comum à racionalidade. No entanto, a Constituição, como Lei da leis "não tem sua causa fora do homem, mas fundamento no homem, isto é, é conscientemente pelo homem, e para o homem, como vontade livre que é" [18]. Só assim pode esta ser tida como uma Constituição viva. Não pode uma Constituição existir somente no plano do entendimento - diferença entre objetivo e subjetivo - :

"... uma constituição não pode ser, propriamente falando, "feita", pois ela se antecipa de certo modo a si mesma no devir que é o do Espírito de um povo: sua estrutura objetiva "depende, de maneira geral, da maneira de ser e da cultura da consciência de si" de um povo, e é "nesta última [que] reside [a] liberdade subjetiva" desse povo "e, nisto, a efetividade da constituição". Eis por que "cada povo possui a constituição que lhe é apropriada e que lhe pertence." [19]

Identidade diferenciada o Estado é ponto de chegada da "subjetividade idêntica a si do Espírito comunitário". As vontades individuais existem dentro e como substância da vontade geral, e não mais como expressão das diferenças. Hegel presencia o fracasso do liberalismo defendido pelas idéias individualistas-contratualistas - que traziam dentro de si sua própria ruína. O homem jamais alcançará a liberdade no Estado do entendimento, onde o indivíduo se põe em primeiro plano. O Estado não é feito de indivíduos, mas sim da negação destes que os permite alcançar a racionalidade do *Nós*. Como explicita Hegel na Filosofia da História, "o homem precisa também conhecer esse seu espírito, a sua própria essência, e adquirir consciência da sua unidade original, pois dissemos que a moralidade é a unidade da vontade subjetiva e da vontade universal." [20]

Bourgeois coloca que "o patriotismo é a prova dessa essência ontológica própria do Estado, cuja expressão normativa é que "a obrigação suprema [dos indivíduos é] ser membros do Estado." [21]

Ao negar o individualismo rousseauista, kantiano e fichtiano Hegel traz à tona o Estado Antigo (platônico-aristotélico) - momento de primazia do todo sobre a parte - na tentativa de restabelecer a unidade ética da *polis*. Esta retomada, como tudo em Hegel, se dá dentro de um movimento histórico-dialético do Espírito - em seu desenvolvimento até a liberdade real. O que se objetiva aqui é, através das contradições, totalizar a identidade substancial ética - onde o cidadão se realiza na e para a *polis* - do Estado antigo, na subjetividade - consciência de si diferenciada - da modernidade. A união dialética entre totalitarismo e individualismo liberal; Antigo regime e Revolução; Monarquia e Constituição para Bourgeois é essencial no Estado hegeliano:

"Uma vez que o Espírito só existe como manifestação de si, portanto a medida que se distancia de seu ser simples e se constitui para si mesmo, diferenciando-se dentro dele e dele mesmo, o Estado antigo devia, por uma necessidade no fundo ontológica, desenvolver-se liberando progressivamente, no seio de sua identidade, diferenças objetivas - as estruturas de uma constituição - e subjetivas - os indivíduos reconhecidos como tais." [22]

O Estado racional traz em si, em constante movimento interno, a liberdade individual do entendimento e a solidez constitucional garantidora da vontade comunitária. Em Hegel a "vontade já é desde o início definida como livre" [23], só é real a vontade do indivíduo

pois "o querer é exclusivamente humano porque é também representar pelo pensamento o que se quer".[24] Daí a incompletude do Estado antigo onde a subjetividade individual não tinha espaço e a vontade comunitária era a única existente. O Estado moderno por sua vez funda-se puramente na idéia de vontade subjetiva - estado como soma de indivíduos. A vontade geral nada mais seria que o conjunto das vontades singulares organizadas dentro de uma constituição - garantidora das liberdades civis. Ao possibilitar uma relação entre a vontade comum e as vontades individuais - estas substanciando aquela - a Constituição possibilita o surgir do Estado racional. Constituição esta que organiza o Espírito de um povo unificado na pátria, e não é mera objetivação da natureza ou de uma emancipação individualista. Sintetiza o Joaquim Carlos Salgado: "Em linguagem contemporânea, a consciência da liberdade individual é levada ao plano da efetividade, portanto surge como direito do sujeito no momento que é universalizada pela constituição do Estado, tornada positiva pela vontade universal dos cidadãos."[25]

Mas para que vontade universal (geral) seja realmente o que afirmem a as vontades singulares no desempenho de seus "papeis institucionalmente articulados com determinações próprias", não podem estes existir apenas em sua diferença, mas sim como parte de uma totalidade. No Estado hegeliano não há separação entre os diferentes poderes. Isto só traria a "paralisia do equilíbrio" entre os poderes ou a dominação de um sobre os outros, ambos igualmente prejudiciais ao Estado. É na identidade concreta de suas diferenças que existem os poderes, formando um todo unificado. A organização destes na Constituição é orgânica, são ao mesmo tempo parte e todo. Nesse diapasão, servir a um significa servir a todos - é o serviço à própria Constituição. Não há tarefa, por mais íntima da essência de um poder que seja, que se atribua apenas à este. As vontades individuais integram-se como forma de garantir a concretude da vontade geral do Estado - subjetivamente pelos agentes cívicos e objetivamente pela Constituição. Para que tal integração seja real, no entanto, é necessário que os poderes representem a estrutura racional do Estado que possibilita a ação comunitária realizadora da liberdade.

Sobre a organização dos poderes estatais traz Bourgeois:

"A universalidade dessa ação é garantida por seu caráter legal: poder *legislativo*. A ativação de tal universal concretiza-o segundo a particularidade inevitável das situações: poder *governamental*. Mas a fixação de determinada lei em vez de uma outra, a de uma determinada medida governamental em vez de uma outra, requerem uma decisão tão absoluta quanto a que o bem público exige tomar independentemente de todo exercício legislativo ou governamental: poder *principesco*."[26]

A existência do poder principesco se explica pelo conceito de vontade efetiva em Hegel - como singular única. Assim este poder é necessário também para o exercício completo dos outros dois. Pois é o monarca que representa o a vontade estatal em seu ultimo momento. O Estado hegeliano é então uma monarquia constitucional, onde o príncipe, por meio de suas decisões, absolutiza as atividades dos poderes legislativo e governamental. Decisões estas que situam-se dentro da legalidade constitucional, e baseiam-se nos dados fornecidos pelos membros de seu gabinete. A vontade aqui não é arbítrio desarrazoado, ao contrário:

"E se ela não está, em seu conteúdo assim objetivo, aquém das razões, está no entanto, necessariamente além destas; pois, quando se trata do futuro, sempre em parte aleatório,

e o que é mais, do futuro de uma comunidade, o que aumenta esse aleatório, sempre é possível opor ao projeto melhor elaborado tecnicamente um outro projeto: é preciso decidir. Tal é a necessidade de uma decisão propriamente política última: a do príncipe."[27]

O ato decisório do príncipe não é condicionado pela existência empírica deste, logo não é possível responsabilizá-lo por seu conteúdo. Salgado ensina que "[28] o *"Ich Will"* do monarca não pode ser interpretado como arbítrio, pois trata de um momento formal, equivalente ao da homologação ou da promulgação de um ato legislativo", e por isso mesmo é essencial, por dar efetividade aos processos legislativo e administrativo através da manifestação da vontade estatal coletiva.

O que pretende Hegel é eliminar qualquer exterioridade da vontade da lei. O monarca, desta forma, não seria influenciado por fatos não humanos, tal como os interesses representados pelos partidos. O soberano representa o Estado em sua totalidade, está acima dos partidos, independe destes uma vez que não é eleito por eles. O presidencialismo constitucional - com termo definido - de nossos tempos é evolução clara deste Estado hegeliano.

O governo em sua ramificação administrativa também exerce seus poderes dentro dos limites da organicidade estatal. O príncipe participa efetivamente do poder governamental, assim evita-se que os agentes cívicos, nas relações com as particularidades da comunidade, usurpem o poder através da ação burocrática. Não pode o monarca, no entanto, reduzir o ministério em seu gabinete, submetendo assim um poder ao outro. Os funcionários do Estado - que são recrutados através de concursos com critérios objetivos - são protegidos contra qualquer arbitrariedade no exercício competente de suas funções. O controle da administração também se dá na base, uma vez que, as coletividades sociais devem "gozar efetivamente da capacidade de autogestão". O universal do poder legislativo e o singular do principesco estão presentes no poder governamental. Nas palavras de Bourgeois:

"Filosofia do sujeito, dos sujeitos, e não da estrutura em sua rigidez objetiva, o hegelianismo não podia reduzir o Estado racional a ser simplesmente ou primeiramente o Estado dos funcionários, isto é, a esse momento do entendimento de si mesmo que a administração constitui em suas diferenças estereotipadas."[29]

O poder legislativo também não existe por si. Está dentro da organicidade estatal. Não há construção legal apartada da decisão soberana e da intervenção do gabinete do príncipe e do governo - detentores das informações sobre a realidade estatal. Estes estão presentes no debate legislativo para impedir uma sobreposição do social ao político.

O indivíduo não participa diretamente da universalidade do Estado. Os interesses presentes no momento legislativo são necessariamente coletivos. Os indivíduos são representados. Por mais que eleja e seja eleito enquanto indivíduo o interesse que defende deve ser o da coletividade social. As corporações - partidos - é que participam da estrutura racional realizadora da liberdade, onde o príncipe e o governo fazem prevalecer o senso da universalidade. Não é uma multidão de subjetividades individuais que decide empiricamente, como na república de Kant ou Rousseau.

Sobre a organização específica e funcional do poder legislativo é interessante observar como a visão hegeliana sofre interferências do momento de volatilidade da revolução industrial:

"Estas assembléias, cuja dualidade favorece a distância reflexiva necessária a elaboração de boas leis, são, a primeira de uma câmara alta dos grandes proprietários rurais, designados como tais por uma natureza que, por meio do trabalho da terra e de sua vida essencialmente familiar, os dispõem a zelar pela permanência substancial do Estado; a segunda, uma câmara baixa de representantes do mundo da indústria e comércio, indivíduos singularizados pela mobilidade, pelas vicissitudes, pelas crises da vida socioeconômica, e para a qual o serviço do universal do Estado exige então que intervenham politicamente, não em sua atomização desreguladora, mas enquanto membros de seus setores e associações particulares."[30]

O Estado hegeliano articula o princípio monárquico - vontade do príncipe-, o princípio aristocrático - elites governamentais - e o princípio democrático - vontades múltiplas dos cidadãos - de forma que se privilegia a soberania em uma monarquia constitucional. Isto verifica-se claramente no momento da guerra, onde a soberania é exercida exteriormente como forma de prova da verdade do Estado. E neste momento que o soberano, como aquele que domina a política exterior, faz aquietarem-se as diferenças interiores unindo todos atrás dele com um só objetivo: perpetuar o Espírito do povo. É através da guerra que se reafirma a unidade ética do Estado.

Por mais que admita as relações políticas externas e um "direito político exterior", Hegel rejeita a idéia de um Estado internacional. O Espírito de um povo deverá prevalecer, supressumindo o outro, que mostra neste momento não viver um Estado em sua verdade. Assim se a história com seu interminável poder de negação destrói um espírito particular, ocorre o fim do "Espírito de um povo" na realização progressiva do "Espírito do mundo". Uma vez que a forma de Estado racional em sua concretude for alcançada "no fim da história universal como história do universal" ele se perpetuara independente de quaisquer acontecimentos. Bourgeois sentencia: "O Estado racional politicamente forte e sociocultural mente liberal não passará."

Conclusão

Em sua conclusão Bourgeois ressalta que a teoria política de Hegel continua de grande valia em nossos tempos. Os problemas apontados por ele da necessidade de elevação do soberano além dos interesses partidários, da irrealidade da liberdade baseado no gesto eleitoral ainda assombram os Estados de hoje.

Mais ainda, as soluções encontradas na dialética para relações antes marcadas pelo antagonismo analítico tornam-se cada vez mais válidas com o caminhar da história. O social e o político; a autoridade e a liberdade individual; a administração pública e a autogestão das coletividades; o saber técnico-tecnocrático e a decisão soberana não mais se chocam, e sim se põem como momentos de uma universalidade - é o princípio da

identidade da identidade e da diferença. A filosofia do absoluto possibilita uma evolução além das abstrações da totalidade.

Porém, Bourgeois traz uma crítica ao pensar hegeliano. Para ele Hegel interpreta erroneamente seu momento histórico como o tempo do fim do tempo, onde o Espírito já manifestava todas suas estruturas universais. A defesa da monarquia hereditária no topo do Estado, a desconsideração do sufrágio universal em sua base, assim como a afirmação da impossibilidade da existência de um Estado tal qual o que surge atualmente na União Européia.

Além de não entender o homem com sujeito às interferências históricas e políticas de seu tempo. Bourgeois parece cometer uma falha ao não entender o que seria o fim da história em Hegel. A racionalidade não pode querer entender o futuro, possibilidade que este é. A filosofia hegeliana não é de um dever ser idealizado, mas sim do real em sua totalidade. Sendo assim analisa e decodifica o presente que traz em si tudo que foi suprasumido no decorrer da história - o necessário e essencial do passado. Ora, é por isto que está sempre no momento presente o fim da história. O conceito que tenho de algo é o conceito que evoluiu dialeticamente até a atualidade, é este o conceito final por ser este o único conceito possível *de ser conhecido*.

Hegel's State, in the vision of Bernard Bourgeois

In: BOURGEOIS, Bernard. *Hegel; os atos do espírito*.

Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

Abstract

The present paper intends to possibilitate a comprehension of Hegel's conception of State as presented by Bernard Bourgeois in his *Hegel: os atos do espírito*. The State as the final moment of the objective moral Spirit. The State is the total medium and the liberal mediator of the Spirit's life. Only in the State can the man reach rationality and thus be free. Art, religion and philosophy that are expressions of the Absolute Spirit, also have in the State their ideal medium. Therefore the State, essentially politic, is fundamental for the development of the Absolute. Spirit is the ethical substance of a people, who although the diversities find its unit in the native land. The objective Constitution, already present in the Spirit of a people, organizes the State and its functioning as a organic one. The individual wills exist inside and as it substantiates the general will. It is the identity of the particular and of the universal. Hegel's State articulates the monarchic, aristocratic and democratic principles. It is rational State, politically strong and socialculturally liberal.

Key-words: Hegel; State; objective moral; Spirit; patriotism; Absolute; individual; freedom; reason.

Referências

BOURGEOIS, Bernard. *Hegel; os atos do espírito*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da historia*. Brasília: Ed. UnB, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade*. Trad. Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos Salgado. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

[1] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 223.

[2] BOURGEOIS, Bernard. *Hegel; os atos do espírito*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 116.

[3] HEGEL *apud* BORGEOIS, op. cit., p.116.

[4] BORGEOIS, op. cit., p.117.

[5] Id., *ibid.*, p.117.

[6] Id., *ibid.*, p.118.

[7] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 346.

[8] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito.*, p. 234.

[9] BOURGEOIS. *Hegel; os atos do espírito*. cit., p.119.

[10] HEGEL *apud* HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade*. Trad. Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p.614. Preferimos usar aqui citação trazida na obra do Hösle, pois entendemos ser esta mais clara que a tradução do original feita por Orlando

Vitorino: "... defender a verdade objetiva e os princípios da vida moral contra a opinião que adota mais princípios e se torna uma existência universal que devora a realidade, sobretudo quando o formalismo da subjetividade absoluta entende fundar-se num ponto de partida científico e pretende virar contra o Estado suas próprias instituições de ensino, dando-lhes as pretensões de uma Igreja." HEGEL, op. cit., p.250

[11] SALGADO. op. cit., p. 490.

[12] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 169.

[13] BOURGEOIS. op. cit., p.120.

[14] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 215.

[15] SALGADO. op. cit., p.426.

[16] BOURGEOIS. op. cit., p.122.

[17] HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. cit., p. 230.

[18] SALGADO. op. Cit., p.360.

[19] BOURGEOIS. op. cit., p.125.

[20] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da historia*. Brasilia: Ed. UnB, 1995, p. 48.

[21] BOURGEOIS. op. cit., p.125.

[22] Id., *ibid.*, p.125.

[23] SALGADO. op. cit., p.239.

[24] Id., *ibid.*, p.239.

[25] Id., *ibid.*, p.364.

[26] BOURGEOIS. op. cit., p.127.

[27] Id., *ibid.*, p.128.

[28] SALGADO. op. Cit., p.423.

[29] BOURGEOIS. op. cit., p.129.

[30] Id., *ibid.*, p.120.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: O OLHAR REFLEXIVO SOBRE A DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – UMA FORMA DE APLICAÇÃO DA ‘JUSTIÇA’ EM SEU AMPLO SENTIDO

RESTORATIVE JUSTICE: THE LOOK EFFECTS ON THE DIGNITY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS – A FORM OF APPLICATION OF ‘JUSTICE’ IN ITS BROAD SENSE

Telma Aparecida Rostelato

RESUMO

O princípio da dignidade, consagrado como direito fundamental na Constituição Federal, abarca toda e qualquer pessoa humana, depreende-se daí, que as crianças e os adolescentes não podem ser submetidos a qualquer discriminação, face os fins propugnados pelo Estado. Preocupados com a efetivação dos direitos desta categoria de pessoas, medidas foram implantadas no País, traduzindo-se em verdadeiros métodos inclusivistas, através dos quais as crianças e os adolescentes que cometem certos atos que contrariam os comportamentos sociais, tidos como corretos, são colocados em contato com as pessoas que são lesadas por suas atitudes, juntamente com seus pais, para que em trabalho desenvolvido por pessoas capacitadas para tanto, acaba-se rediscutindo aqueles atos, analisados os mesmos sob outro prisma, até chegar à proposição de medidas que possam sanar as ocorrências e o mais importante: conscientizar aquelas crianças e adolescentes infratores, para que não ocorram reincidências. A técnica mencionada não se preocupa em punir, mas em conscientizar, portanto. O local em que as crianças e os adolescentes passam a maior parte de seu tempo é a escola, onde devem preponderar os ensinamentos, a educação em seu amplo sentido, a qual contribui para a formação da personalidade humana, logo foram em escolas que a experiência da Justiça Restaurativa foi aplicada, destacando-se no nosso trabalho, aquela desenvolvida numa escola da favela de Heliópolis, cujos resultados foram bastante satisfatórios. Esta iniciativa traduz-se numa verdadeira política pública, porque se volta para a inovadora implementação de práticas restaurativas no sistema de Justiça brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE. CRIANÇA. ADOLESCENTE. JUSTIÇA RESTAURATIVA.

ABSTRACT

The principle of dignity, as a fundamental right enshrined in the Constitution, extends to any person, it appears then that children and adolescents may not be subjected to discrimination, against the purposes suggested by the State. Concerned with the realization of the rights of disabled workers, measures were implemented in the country, translating into real methods including, through which children and adolescents who

commit certain acts that contradict the social behavior, taken as correct, are placed in contact with people who are harmed by their attitudes, along with their parents, that in work of people trained to do so, it is those acts rediscuting, tested them in another light, until the proposal of measures that can address occurrences and more importantly, aware that children and adolescent offenders, not to occur recidivism. The technique mentioned was not concerned with punishment, but to make so. The place where children and adolescents spend most of their time is the school where the lessons should prevail, education in its broad sense, which contributes to the formation of human personality, once were in schools that experience of Restorative Justice has been applied, especially in our work, it developed a school of the slum of Heliópolis, whose results were very satisfactory. This translates into a real public policy, because it returns to the implementation of innovative practices in restorative justice system in Brazil.

KEYWORDS: DIGNITY. CHILD. ADOLESCENT. RESTORATIVE JUSTICE.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo propor uma reflexão a respeito da Justiça Restaurativa, implantada no Brasil, em 2004, por intermédio do Ministério da Justiça, com o fito de conferir cumprimento à Recomendação advinda de documentos internacionais oficiais da ONU e da União Européia.

Para tanto, preliminarmente necessário será buscar a sua definição, pontuando os propósitos por ela traçados, bem como efetuando uma contextualização histórica sintetizada da mesma.

Na seqüência, serão abordados os objetivos que se propugna, indicando os agentes beneficiários desta, que se traduz numa verdadeira política pública, como se propõe a justificar, com supedâneo na análise do vocábulo: justiça, exemplificando com a experiência de uma escola, situada na favela de Heliópolis, na grande São Paulo.

Finalmente, fechará o estudo, procedendo a averiguação da responsabilidade dos educadores, face os diversos papéis que precisam se desenvolver, originados na educação.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA - SUMÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A justiça restaurativa teve seu nascedouro em experiências vivenciadas em vários países, no bojo de diversos movimentos sociais, que a partir de 1970 problematizaram o sistema de justiça criminal no Ocidente: o retributivo, no qual aplica-se a pena,

proporcional à culpa atribuída, posto que existiu ofensa ao Estado, pelo descumprimento da lei. A preocupação centra-se na penalização e ponto.

Diante desse painel, tornou-se necessário recorrer à alternativas, para solucionar os conflitos sociais, mormente aqueles que compreendem infração de menor potencial ofensivo, tendo se constituído meio solucionador, a participação conjunta, do causador do dano e das pessoas afetadas, em encontros, que vislumbram discutir as causas e conseqüências daquele ato infracional.

Os resultados obtidos com as técnicas dessa, hoje intitulada Justiça Restaurativa, foram bastante satisfatórios, o que veio desencadear a inserção expressa da mesma, em documentos internacionais oficiais da ONU e da União Européia.

Referidos documentos incentivam e recomendam a justiça restaurativa: conceder oportunidades.

Inserido neste contexto, o Brasil introduziu-a formalmente, em 2004, pelo Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria da Reforma do Judiciário, que elaborou o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” e juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), restaram apoiados três projetos pilotos, sendo um deles no Estado de São Paulo, na Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul e os outros dois, no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante, em Brasília e na 3ª. Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, todos dotados de competência para executar as medidas socioeducativas.

Os Projetos ganharam contornos distintos, ou seja, as formas implementadas para as práticas restaurativas, nem sempre foram idênticas, em virtude das peculiaridades de cada Juízo e das localidades em que estavam sendo implementados.

As iniciativas de Justiça Restaurativa se expandiram para a capital de São Paulo, e em 2006, firmaram-se parcerias entre a Secretaria Estadual da Educação e o Judiciário para que ocorresse a implantação do projeto, na região de Heliópolis, especificamente em 10 (dez) escolas públicas de Ensino Médio. Para tanto, foram capacitados 10 (dez) educadores para cada uma destas escolas, além de 08 (oito) membros das equipes técnicas do Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude da Capital e integrantes das comunidades escolares.

O desenvolvimento do projeto é comentado no item 4.1 deste trabalho, sendo que em síntese, os resultados alcançados foram bastante satisfatórios.

2.1 PROPOSIÇÕES

A Justiça Restaurativa, destinada a recuperar crianças e adolescentes, que praticam infrações de menor potencial ofensivo, é um projeto, desenvolvido por

pessoas, capacitadas em seminários de mais de 80 horas, cujos círculos restaurativos compõem-se de fases: o pré-círculo, o círculo restaurativo em si e o pós círculo.

Os significados de cada uma destas fases, correspondem respectivamente a estabelecer o foco do conflito a ser trabalhado, designando-se as pessoas que deverão participar do encontro, na segunda fase, que consiste no encontro em si, é feita a ordenação, por meio de técnicas de comunicação e mediação, resolução de modo pacífico e finalmente, a última fase, em que se verifica se os desígnios traçados foram satisfatórios, o que é viabilizado através da análise do cumprimento ou não do acordo celebrado, inclusive o que originou o eventual descumprimento deste.

Assim, para os adolescentes que praticam delitos de menor gravidade, criam-se espaços de realização de círculos restaurativos nas escolas, de maneira que os conflitos são solucionados por pessoas da mesma comunidade escolar.

Com isso, os conflitos e as situações de violência dissolvem-se, sustentados por técnicas que recuperam os agentes. Na seqüência, documentos contendo os acordos firmados, são remetidos à Diretoria de Ensino da circunscrição regional, uma vez ao corresponderem a delitos praticados, procede-se a remessa de informação ao representante do Ministério Público, a fim de que atue no projeto, o qual, em não constando qualquer irregularidade na proposta de Acordo e no intuito do mesmo, sugere-se a remissão ao juiz, que tende a homologar o Acordo.

Nos casos em que são lavrados Boletins de Ocorrência, bem como objeto de relato formal ao Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude, mediante o preenchimento dos requisitos, propõe-se aos envolvidos a suspensão do procedimento, como dispõe o art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Estes, são encaminhados para o círculo restaurativo, projeto este que pode ser desenvolvido no Fórum, na própria comunidade ou na escola de um dos envolvidos, com a elaboração do acordo, os autos retornam ao Ministério Público, que sugere a remissão dos envolvidos, sendo homologado.

Diversas são as circunstâncias em que se escolhe, como sendo solução, a Justiça Restaurativa, pois como preleciona Egberto de Almeida Penido, este caminho escolhido possibilita: (a) aumentar a probabilidade de os envolvidos em um conflito entenderem as causas que levaram a ele possibilitando, assim, que não ocorram recaídas em situações semelhantes; (b) possibilita que se lide diretamente com as conseqüências do dano; (c) proporciona uma efetiva reflexão do valor de uma norma rompida com a ação danosa; (d) aproxima vítima e ofensores, possibilitando que relações sejam restauradas ou construídas; (e) evita que haja a jurisdicionalização desses casos; (f) promove a autonomia na resolução de conflitos, possibilitando a vivência de experiências que mostram que cada qual pode dar conta de seus conflitos, dentro de canais eficazes de diálogo; (g) evita que ocorra a sensação de nova vitimização – por parte de quem comete o dano e, sem reflexão, entende que está sendo duplamente injustiçado; (h) evita a estigmatização, e, conseqüentemente, que aqueles que praticaram o dano se tornem mais vulneráveis ao envolvimento em outros atos danosos; (i) promove o envolvimento da família, aproximando seus integrantes; (j) leva à reflexão da responsabilidade dos agentes públicos; e (k) rompe o ciclo de violência.

Como visto, são muitas as justificativas para a adoção deste caminho.

3. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE MERECEDORES DE PROTEÇÃO

Recorrendo-nos do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º., verificamos que para o ordenamento jurídico pátrio, criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e, adolescente, aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. A par disso, vem o anseio de assegurar de maneira ampla os direitos desta categoria de pessoas.

É fato que o Brasil, signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança, está diante da necessidade de preparar a infância para viver na sociedade e ser educada de acordo com os ideais de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

É inolvidável que não haveria razão para a precisa indicação, conforme a idade, não fosse a preocupação latente para com a disciplinação dos meios voltados à forma de exercício dos direitos destes.

Ser criança corresponde então, segundo o preconizado pelo ECA, encontrar-se na idade compreendida entre 0 (zero) a 12 (doze) anos de idade, ao passo que o adolescente é o que se encontra em idade imediatamente posterior, até completar 18 (dezoito) anos.

A motivação da delimitação destas idades, com o fim de enquadrar numa ou noutra nomenclatura, adveio de longínqua data e aprofundados estudos, cravando-se mais especificamente nos recursos da Psicologia, disciplina tão cara ao Direito, que constantemente recorre aos conceitos fixados por outros ramos da ciência, dada a sua interdisciplinaridade, isto com o fim precípua de melhor regular o convívio social, dispensando tratamento adequado àqueles que carecem de tutela jurisdicional, na exata medida de sua necessidade.

Entretanto, Marília Campos Oliveira e Telles e Antônio Carlos Mathias Coltro^[1] asseveram que as crianças e adolescentes são sujeitos de suas próprias vidas e que independentemente do critério etário que se adote, deve-se preservar a autonomia privada (o seu exercício com liberdade e responsabilidade), já que o critério etário adotado pelo legislador não é o mais adequado.

Nesta seara, a salvaguarda dos direitos das crianças e adolescentes tem origem no texto do ECA de 1990, corroborado pela Carta Constitucional de 88 e não pára por aí, para este fator é que se faz imperioso despertar a atenção, já que diversas normas, que se encontram estabelecidas, quer no ECA, quer na própria Constituição Federal, enquadram-se à classificação das normas constitucionais programáticas, sendo meros preceitos declaratórios de direitos, logo no dia-a-dia devem ser desenvolvidos métodos que viabilizem a aplicação e integral exequibilidade de tais preceitos, com o fim de não fazer daqueles, uma descartável “letra morta” do nosso ordenamento jurídico.

A atuação do Ministério da Justiça, em atenção às recomendações constantes de documentos internacionais oficiais da ONU e da União Européia pode ser utilizada como exemplo do anseio efetivador dos direitos da criança e do adolescente, mormente no que pertine à ênfase da dignidade destes.

Não se pode negar que, muito embora o nosso ordenamento jurídico chegue a fechar quase que em absoluto as esferas de proteção daquela categoria mencionada, o País é, em contrapartida, carecedor de políticas públicas amenizadoras das diferenças sociais, problema este vivenciado diuturnamente por pessoas e, precisamente no enfoque da pesquisa, por crianças e adolescentes, que nasceram e vivem num lar, junto à uma comunidade na qual não lhes são favorecidas condições de existência digna, abrangido o singelo direito de alimentar-se, quiçá ainda, o direito à atividade desportiva e cultural.

É possível asseverar portanto, que a iniciativa do Ministério da Justiça, voltada ao desenvolvimento e implementação de técnicas promovedoras de práticas restaurativas no sistema de Justiça brasileiro, traduz-se numa verdadeira política pública.

Ainda que às avessas, trata-se de política pública, pois a política pública é uma forma de incluir certas categorias de pessoas no seio da sociedade, afastando-se quaisquer marginalizações que sobre elas recaiam e no que não se enquadraria, então, a Justiça Restaurativa?

Talvez tenha sido melhor a não divulgação desta iniciativa do Ministério da Justiça, como sendo uma espécie de política pública, pois ainda há muita resistência no País para com o promovimento e incentivo à estas (sejam de que natureza forem).

A preocupação para com o modo de vida disponibilizado pelo Estado, às crianças e adolescentes, vai além da esfera de proteção da dignidade da pessoa humana, recai sob o aspecto da preocupação com o futuro do País.

A formação de uma sociedade juvenil, que contemple em suas veias o sentimento de respeito e amor ao próximo, enfim de justiça, só pode refletir em anseios de práticas bondosas, por estes cidadãos, que no futuro comandarão o País, afastando-se o sentimento de repulsa, de revolta com a pátria-mãe, porque esta, através de seus dirigentes, já lhes concedera, um dia, a oportunidade de regenerar-se, dispensou-lhes tratamento respeitoso, humanitário, compreendeu suas atitudes, não apenas as recriminou.

Este é o desígnio da Justiça Restaurativa, se analisarmos amplamente os resultados alcançados, quando num futuro não muito distante, pois o Governo Federal divulga que atualmente, 20% da população brasileira é formada por crianças, adolescentes e jovens, entre 10 e 19 anos de idade.

4. COMO COMPREENDER A JUSTIÇA?

Hodiernamente a justiça restaurativa vem adentrando-se pelo mundo todo, considerados os seus propósitos que são valiosos, para a sociedade em geral, que clama por soluções justas, não somente soluções de casos que surgem e que refletem desequilíbrio na conjuntura daquilo que se considera como sendo estruturado no País, mais que isso: soluções justas.

Mas como pode ser compreendida esta Justiça?

A Justiça, tão almejada pela sociedade, basilar do Estado Democrático de Direito, poderia vir a ser compreendida, em certos aspectos, como sendo os fins alcançados, não causadores de ofensa a qualquer cidadão, e que concentrem resultados satisfatórios às categorias de pessoas protegidas, por viabilizarem meios eficazes de usufruição de direitos, sem desigualdades sociais.

A assertiva perfaz estreita correlação com aquilo que entendemos deva ser utilizado como conceito de políticas públicas.

E é exatamente sob este enfoque que se pode asseverar que os métodos restaurativos de crianças e adolescentes, que primam, em síntese pela reinserção social dos mesmos, incluindo-os na sociedade, podem ser compreendidos como aplicação de Justiça.

Ora, ao recorrermos ao latim *justitia suum cuique distribuit*^[2], que significa: a justiça dá a cada um o que é seu; desta assertiva subentende-se estar em conformidade com o direito e esta conformidade decorre da pretensão de dar a cada um o que é seu, tanto que diversos juriconsultos, tais como Ulpiano e Justiniano, sinteticamente, assim definiram a justiça.

A justiça é a intenção de dar a cada pessoa aquilo que lhe pertence. Entretanto, seria necessário definir o que pertence a cada um. Ora, o princípio da justiça é invocado exatamente para dirimir a disputa entre partes que pedem ao Estado a prestação jurisdicional para que lhes seja dado aquilo que é seu.

A determinação: este objeto pertence a esta pessoa, advém de um juízo de valor, que é o da justiça, que para ser aplicada necessita ponderar diversos aspectos que exercem influências sobre si.

Verifica-se que se trata de tarefa árdua fixar uma definição completa para o vocábulo justiça, que pode ensejar outras conclusões, dependendo do aspecto a ser considerado, tanto que Hans Kelsen considera difícil separar a justiça do direito, conforme se verifica no trecho adiante transcrito:

Libertar o conceito de Direito da idéia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo.^[3]

A justiça não é tratada pela Constituição como uma norma a ser cumprida pela sociedade, porque como visto, considerar algo justo ou não, depende de fatores sociais e

históricos. O que é justo para uma determinada sociedade pode não ser para outra, ou mesmo para aquela sociedade em tempo diverso.

O fato é que a justiça é um valor, tanto que no preâmbulo da Constituição de 1988 é feita menção à justiça, como sendo um dos fins almejados pelo Estado Democrático, qualificando-a como valor. Este valor é mutável, ficando adstrito à evolução social e histórica.

Por esta razão, não é possível definir justiça, de forma isolada. Neste patamar Kelsen manifesta seu posicionamento: “[...] existe um grande número de conceitos diferentes de justiça – aliás um número grande demais para que se possa falar simplesmente de *justiça*.”[4]

Pietro de Jesús Lora Alarcón tece precioso comentário, ao tratar do entrelaçamento entre a Justiça e a igualdade, no sentido que:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais [...]. [5]

Ainda, Felix O. Oppenheim[6], além de definir o termo justiça, faz referência à diversos aspectos que se interligam à justiça, tais como: o conceito normativo; bem; direitos; a justiça distributiva e a justiça reparadora; a justiça formal; a justiça substancial; a metaética da justiça e por fim, enfocando o aspecto da utilidade da justiça.

Da mesma forma o filósofo Aristóteles[7] ressalva em sua obra que sempre se fala da justiça como qualidade ideal da comunidade e, ela é conseguida quando todas as virtudes estão presentes.

Com isso, depreende-se que a justiça sendo um valor, não se encontra isolada, mas sempre agregada a diversas virtudes, que se constituem fatores imprescindíveis para que possibilite atingir uma concepção adequada para a sociedade à qual se dirige, segundo os seus anseios.

Ainda que não se faça parte da lide, muitas vezes se pode auxiliar para que a justiça seja alcançada, pois nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

[...] ninguém está imune à contingência de ver-se um dia metido nos trajes de parte, ou de ter sua sorte condicionada, por qualquer outra razão, ao correto e eficiente funcionamento da máquina judiciária. Lembremo-nos disso nos momentos em que a Justiça precisar de nós: afinal de contas, o cinismo deturpador com que a invocam certos personagens da vida política não nos fará corar de repetir, em sentido menos indigno do original, a palavra de S. Francisco de Assis: ‘É dando que se recebe’.[8]

Esta é uma realidade, novamente verifica-se a necessidade da conscientização das pessoas, para contribuir para que a prestação jurisdicional resulte na efetivação de justiça social.

A Justiça encontra-se atrelada a valores, não é diferente o que ocorre com os projetos de Justiça Restaurativa, o que se almeja é a solução dos problemas vivenciados, por meio de valores atribuídos ao verdadeiro papel que o infrator ocupa, a sua importância para a sociedade: meio familiar, escolar; daí a necessidade de conscientizá-lo e conceder-lhe condições de superar esta infração, reintegrando-o à sociedade, isto é uma forma de política pública, uma forma de se praticar a justiça.

4.1 A Experiência de Heliópolis

Seguindo o exemplo desenvolvido em diversos países, haja vista a obtenção de resultados positivos, e uma vez observando os desígnios do projeto, elaborado pela Secretaria da Reforma do Judiciário, intitulado “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” que, juntamente com o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), Heliópolis, maior favela da grande São Paulo, que conta com 125 mil habitantes, dentre os quais, mais de 50% são crianças e adolescentes, teve em 10 (dez) de suas escolas públicas de Ensino Médio, a implementação do projeto piloto (ao lado de 2 outras experiências, no Brasil, uma no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes, em Brasília-DF e a outra, na 3ª. Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre-RS).

A citada experiência, denominada: “Justiça e Educação: parceria para a cidadania” adveio da Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, por deter competência para a execução de medidas socioeducativas, através da qual, com o foco nos princípios da Justiça Restaurativa, foi ganhando tratamento peculiar, justamente em virtude das peculiaridades das circunstâncias presentes na região de sua implementação.

Através da parceria firmada entre a Secretaria Estadual da Educação e o Judiciário, capacitou-se 10 (dez) educadores para cada uma das dez escolas, em que foi desenvolvido o projeto, além de 08 (oito) membros das equipes técnicas do Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude da Capital, além de integrantes da própria comunidade, que vivem nos arredores das escolas.

O projeto objetivou contribuir para a transformação daquelas escolas e comunidades, que vivenciam corriqueiramente situações de violência, enquanto na seara do Poder Judiciário, centram a pretensão da contribuição para o aperfeiçoamento do Sistema de Justiça da Infância e Juventude.

No dizer de Egberto de Almeida Penido[9] para tornar a Justiça mais educativa e a Educação mais justa, de maneira que, para as situações de violência ou conflito, através deste projeto viabiliza-se a opção pela realização de círculos restaurativos, no interior das escolas.

Pois bem, os propósitos são inquestionavelmente bastante apazíveis, mas de que forma realizou-se o desenvolvimento do projeto?

Em Heliópolis, três adolescentes pretendiam soltar uma bomba caseira, próximo ao banheiro administrativo de uma escola, da qual eram alunos, no bairro Heliópolis, cuja atuação deveu-se exclusivamente à insatisfação destes, para com decisões tomadas pela direção daquela escola, na hora programada, um dos alunos que portava o petardo ficou com medo, ocasião em que o colega o jogara aceso mesmo, tendo a bomba caído no pátio do colégio, fora do local planejado, o que levou o outro aluno a chutá-la em direção ao local originariamente planejado, para assustar os funcionários da escola, o que inocorreu, pois caíra numa quadra, próxima a três alunas, o que levou um dos alunos a gritar para que elas corressem, mas não houve tempo suficiente, tendo explodido a bomba, resultando em ferimentos nas pernas das alunas, além do susto que lhes causou.

O caso narrado, alarmou os professores, que acabaram interrompendo as aulas, os pais das alunas atingidas procuraram a direção da escola; de maneira que, a situação originou preocupação e movimentação de todos os funcionários da escola, assim, pretendeu-se inicialmente proceder a transferência dos alunos para outra unidade escolar, entretanto concluiu-se que tal providência não iria conscientizar aqueles alunos, acerca do impacto que tinham causado na escola, pois ainda que conferido prosseguimento normal ao desencadeamento do fato, que seria a remessa de comunicado à autoridade policial, resultaria igualmente na ausência de trabalhos desenvolvidos com estes alunos, adolescentes.

Aquela escola, como havia começado a participar do projeto piloto de Justiça Restaurativa: “Justiça e Educação: parceria para a cidadania”, optou-se, após a concordância dos adolescentes, das alunas (vítimas), pais, diretora da escola, coordenador pedagógico e outros envolvidos, por realizar um círculo restaurativo com a participação de todos. Com isso, os trabalhos desenvolveram-se junto ao Conselho Tutelar da Região do Ipiranga, onde encontravam-se capacitadas duas conselheiras, para atuarem como facilitadoras restaurativas.

As etapas da realização do círculo cumpriram-se mediante encontros de todos aqueles envolvidos, num mesmo espaço para dialogarem, por meio de facilitação das conselheiras tutelares, além das dinâmicas estabelecidas, as quais tinham propósitos preestabelecidos, embasadas em técnicas de comunicação, resolução de conflito de modo não-violento e mediação, propiciando uma processo de compreensão mútua de reflexão de todos os participantes, bem como a compreensão acerca da relação existente entre aqueles adolescentes e as alunas vitimadas, destes com seus pais e com a direção da escola.

Com a conclusão dos trabalhos, que se deram com o cumprimento das etapas previamente estabelecidas, restou acordado: 1) um pedido de desculpas dos adolescentes para as alunas vitimadas, para os seus pais e à direção da escola, de forma espontânea; 2) visita de todos aqueles alunos participantes, juntamente com seus pais, ao Corpo de Bombeiros da região, mediante agendamento, pelas Conselheiras Tutelares, onde aprenderiam sobre cuidados preventivos; 3) os alunos reativariam um antigo “jornalzinho” da escola, o qual era já feito por alunos, da mesma, construindo um canal a mais de informes e diálogo, com os outros alunos e com a própria direção da escola; 4) transmissão da notícia, quanto a estes resultados, pelos alunos causadores do problema e pelas alunas vitimadas, aos demais alunos da escola, demonstrando ainda, a

reconciliação havida; 5) a direção da escola disponibilizaria de espaço para a reativação do jornal.

Pouco tempo após, novo encontro realizou-se (o denominado pós-círculo) tendo sido constatado que a relação entre aqueles alunos, envolvidos no projeto, era estável, da mesma forma, a visita ao Corpo de Bombeiros havia se realizado, ocasião em que foram recebidas as orientações; verificou-se também, que os alunos passaram a se sentir incluídos na escola, destacadas sua autonomia e competência escolar, já que o espaço para a realização do jornal havia lhes sido disponibilizado.

Enfim, os objetivos traçados tinham sido alcançados em sua totalidade.

Os resultados percebidos neste projeto evidenciam a preocupação que se teve com a dispensa de tratamento especial e praticamente individual aos adolescentes, que haviam se envolvido no episódio da bomba caseira, surtindo efeito por dignificar o papel social de cada um dos três envolvidos, que acabaram sendo incluídos no seio daquela comunidade escolar, graças ao trabalho coletivo.

À isto pode-se tecer assertiva no sentido de que houve efetivação ao cumprimento do desiderato constitucional que determina a observância ao princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.

5. O PAPEL MULTIFACETÁRIO DA EDUCAÇÃO

A educação, direito social, consagrado pela Constituição Federal, em seu art. 205, compõe diversos papéis.

O educador deve ter em mente que sua função não se restringe a ensinar a ler, escrever, fazer contas e interpretar textos, mas a incutir nas cabeças dos ‘pequeninos’, verdadeiros conceitos de vida: o como se comportar diante de certa adversidade, o como proceder quando quiser algo que não se pode obter, o como tratar o semelhante, o como agir quando um companheiro necessitar de ajuda, enfim, são atos, cujos conceitos, somados aos ensinamentos morais, trazidos de seus lares, perfazem uma totalidade, a influenciar na personalidade da criança e do adolescente.

Yves de La Taille[10] bem assevera que:

(...) Agora, pensando nas idéias de casa, nessa acepção, e de inteireza, eu diria que a identidade específica do educador está mais no conhecimento do que na sua transmissão. É claro que o trabalho de um professor é transmitir o conhecimento. Porém, penso que alguém só pode transmitir o conhecimento se acreditar firmemente que ele é uma riqueza em si, e que o fato de ter esse conhecimento o torna mais rico. (...).

Ao referir-nos à junção dos ensinamentos, adquiridos na escola, com os adquiridos no seu lar, é salutar destacar-se uma vez mais que muitas destas crianças e adolescentes, que freqüentam escolas, não têm um lar, ou mesmo que tenham, não gozam da atenção, carinho e apoio de seus familiares, circunstância esta, que a escola, mais precisamente os educadores, passam então a ocupar o papel exclusivo, de contribuidores para com a formação da personalidade dos seus educandos.

Esta é a realidade vivenciada pelo nosso País, a qual não se pode ignorar, ao contrário, deve-se fazer ‘malabarismos’ para encontrar-se meios eficazes, capazes de suplantar tais lacunas, sendo este o momento de recorrer à nomenclaturas novamente: o respeito, a salvaguarda do princípio constitucional da isonomia.

Sim, novamente é exatamente isso, uma vez mais verifica-se uma situação absolutamente rotineira e que é, igualmente, muitas vezes tratada despercebidamente, mas que requer atuação dos governantes, a fim de viabilizar a concretização de direitos, a exemplo do que fez o Ministério da Justiça.

Ora, o papel da educação, integrado por diversas facetas, que se traduz em contribuidor para a formação da personalidade humana, não pode ser tratado com desdém e isto não significa restringir-se à imensa normatização de direitos e garantias, mas de consagração de meios efetivadores destes.

A Justiça Restaurativa tem como cerne a prevenção, por meio de técnicas que possibilitam a inclusão das crianças e adolescentes no ambiente escolar, concedendo-lhes reconhecimento por seu desempenho, bem como responsabilidades para a prática de atividades, como se fosse um desafio, o qual é viável atingir o seu cumprimento de maneira absolutamente satisfatória, que acaba por gerar uma sensação de importância social, porque se consegue provar que se é capaz.

6. CONCLUSÕES

1) Diferentemente do que se prega como sendo a solução de todos os problemas da sociedade, verifica-se que a penalização não se constitui meio apto à efetiva recuperação do delinquente.

2) Importa asseverar que o foco centra-se na pessoa que se encontra em processo de desenvolvimento intelectual, social, físico e moral, que pode vir a sofrer transformações em seu caráter, na conceituação do que considera certo ou errado. São as crianças e os adolescentes que, por falta de oportunidade não desempenham atividades desportivas e culturais, criando-se verdadeira estigmatização no meio social.

3) Por tudo isso, digno de louvores e reconhecimento é a Justiça Restaurativa, introduzida pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria da Reforma do Judiciário, em 2004, que pode ser interpretada como espécie de Política Pública.

4) Através do projeto desenvolvido junto à comunidade escolar de Heliópolis, os três adolescentes envolvidos, tiveram a oportunidade de incluir-se à comunidade escolar, tendo sua dignidade respeitada, por ter sido trabalhado individualmente com estes, os quais poderiam permanecer marginalizados e conseqüentemente punidos, resultando mesmo em verdadeiro incentivo à delinqüência.

5) Descobriu-se meios de socializar-se.

6) Não se clama pela inclusão social? Este é um magnífico exemplo de efetiva inclusão social, que corresponde à aplicação da justiça, em seu amplo sentido.

7) O Direito possui um fim belíssimo, em favor do qual devemos sempre lutar: a realização da Justiça; e no presente caso constata-se o alcance deste desiderato, clamado pelo nosso Estado Democrático de Direito, inserto já no preâmbulo da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 02:165-198. São Paulo: Método, 2003.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12ª ed. Tradução de Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARDOSO, Antonio Pessoa. O justo e o legal. *In: Prática Jurídica*, ano IV, nº 40:30-31. Brasília: Consulex LTDA, 2005.

CORTELLA, Mario Sergio; TAILLE, Yves de La. **Nos labirintos da moral**. Campinas, SP: Papyrus, 2005.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso. *In: Revista do Advogado*, ano XXVIII, nº 101:55-61. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira e; BITTENCOURT, Sávio Renato. As políticas públicas e o Ministério Público como agentes garantidores do direito À convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados. *In: Revista do Advogado*, ano XXVIII, nº 101:62-69. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

INTERNET. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html/en>>. Acesso em: 05 mar. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e discriminação. *In: SÉGUIN, Elida (coord.). Direito das Minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF – quociente de felicidade: ciclo de felicidade no trabalho**. São Paulo: Makron Books, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça e nós. *In: Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, ano I, nº 01:769-778. Curitiba: Gênese, 1996.

NUNES, Rodrigues. **Grande dicionário jurídico RG – FENIX**. São Paulo: RG Editores Associados, 1995.

PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça Restaurativa: a arte do encontro. *In: Revista do Advogado*, ano XXVIII, nº 101:23-28. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. Seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 250:85-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TELLES, Marília Campos Oliveira e; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Estatuto da criança e do adolescente.: uma lei de gente grande. *In: Revista do Advogado*, ano XXVIII, nº 101:70-76. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

[1] **Revista do Advogado**, ano XXVIII, nº 101:70-76. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008, p. 71.

[2] NUNES, Rodrigues. **Grande dicionário jurídico RG – FENIX**. São Paulo: RG Editores Associados, 1995, p. 302.

[3] KELSEN, 2000, p. 08.

[4] KELSEN, 2000, p. 12.

[5] ALARCÓN, 2003, p. 169.

[6] BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 660-666.

[7] ARISTÓTELES, 2000, *passim*.

[8] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça e nós. *In: Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, ano I, nº 01:769-778. Curitiba: Gênese, 1996, p. 776.

[9] PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça Restaurativa: a arte do encontro. *In Revista do Advogado*. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente: o “cuidado”, ano XXVIII, nº 101: 23-28 São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008, p. 22.

[10] CORTELLA , Mario Sergio; TAILLE, Yves de La. **Nos labirintos da moral**. Campinas, SP: Papyrus, 2005, p. 76.

**MODELO CONSTITUCIONAL DO
DIREITO TRIBUTÁRIO**

TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO EMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

DIFFERENCED TREATMENT TO THE MICRO BUSINESSES AND SMALL COMPANIES

**Alex Ferreira Batista
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa**

RESUMO

Com o presente trabalho pretende-se colocar a realidade jurídica das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte assim definidas por lei, expondo a partir de uma rápida análise das Leis mais importantes promulgadas no Brasil, leis buscando uma diferenciação ou flexibilização no tratamento jurídico, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei, bem como quais foram os reais desdobramento na prática depois que as leis começaram vigorar. Trará para uma análise, as conseqüências desses atos legislativos para as empresas que fizeram enquadramento ou opção pelo tratamento diferenciado e seu reflexo na sociedade. Abordará ainda a difícil compreensão do intento do legislador infraconstitucional nas últimas leis promulgadas e fará esforço extra a fim de identificar a razão pelo qual essas Leis não alcançam o objetivo para o qual foram criadas.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS – CHAVE: MICROEMPRESA, EMPRESA PEQUENO PORTE, BENEFÍCIOS FISCAIS.

ABSTRACT

This work intends to establish the legal reality of micro businesses and small companies as defined by Law, showing from a rapid analysis of the most important Laws enacted in Brazil, Laws seeking relaxation or a differentiation in the legal treatment, aiming to encourage them by the simplification of their administrative, tax, pension, and credit obligation, or their elimination or reduction by Law, as well what were the actual developments in practice after the laws became absolute. An analysis was done about the consequences of these legislative acts for companies that had fitted or decided for the different treatment and its reflection in society. It will still approach on difficult understanding of the below constitutional legislature intents to the laws enacted in the past and make extra effort to identify the reason of why these laws do not reach the goal for which they were created.

KEYWORDS: KEY WORDS: MICRO BUSINESSES, SMALL COMPANIES, TAX BENEFITS

1. INTRODUÇÃO

A microempresa (ME) e a empresa de pequeno porte (EPP) são empreendimentos empresariais que por força da legislação constitucional vigente, é possível lhes impor tratamento favorecido e diferenciado, significando também uma aplicação dos princípios constitucionais tributários da isonomia e da capacidade contributiva.

No entanto a aplicação do texto constitucional necessita da implementação de leis complementares que as regulamente, porém, no momento de sua elaboração, essas leis infraconstitucionais perdem o foco e não estão trazendo com muita eficácia o intento do legislador constitucional. Normalmente a busca por favorecer a empresa fica para segundo plano em volto a um emaranhado de leis que estão mais preocupadas em deixar claras as restrições para se obter os tratamentos diferenciados explicitados na Constituição Federal de 1988, do que realmente disciplinar a forma que lhes serão dados os benefícios legais.

Ultimamente houve alterações significativas na legislação que rege a tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Essas alterações aproximaram um pouco mais do que podemos chamar de “tratamento diferenciado”, porém, para a realidade econômica de nosso país, ainda deixam de cumprir com exatidão o que propunha o texto constitucional, bem como ainda trouxe em seu bojo dificuldade de compreensão para efetiva aplicabilidade.

Nem toda microempresa ou empresa de pequeno porte pode ser beneficiada pelo tratamento diferenciado tributário, e a razão de não poderem fazer opção é o simples fato de seu objeto social, ou seja, sua atividade empresarial, estarem listados na legislação como atividades impeditivas de receberem cobertura dos princípios constitucionais da isonomia ou capacidade contributiva, no entanto, não pode ser mensurada a capacidade contributiva de uma empresa pela sua atividade empresarial, embora, a Lei Complementar 128/2008 tenha dado uma abrangência maior no quesito atividade empresarial, incluindo uma série de atividades empresarias que eram impedidas na Lei complementar 123/2006, ainda temos muitas microempresas e empresas de pequeno porte que não podem fazer opção pelo regime simplificado de tributação.

2. REFERENCIA CONSTITUCIONAL

É extremamente importante mencionarmos que o tratamento jurídico diferenciado que deve ser dispensado as microempresas e às empresas de pequeno porte são essenciais para que essas possam concorrer em pé de igualdade com as empresas de médio e grande porte, e o intento do legislador era o de incentivar as microempresas

bem como as empresas de pequeno porte por meio da simplificação de suas obrigações conforme descrito no texto do artigo 179 da Constituição Federal de 1988 que assim dispõe:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

De acordo com o dispositivo legal constitucional acima descrito, ficou claro que o legislador buscava um meio de incentivar as microempresas e as empresas de pequeno porte por meio de um tratamento jurídico diferenciado de maneira que a legislação complementar que definisse a microempresa e empresa de pequeno porte estava autorizada não apenas e tão somente simplificar as obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, mas estava também autorizada a eliminar essas obrigações.

Além de o texto constitucional expressar claramente a idéia do tratamento diferenciado no artigo acima transcrito, o legislador fez questão de esclarecer ainda no texto constitucional sua intenção conforme preceituado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 conforme segue:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – (...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Este artigo tem uma função especial, que é a de chamar nossa atenção ao princípio da isonomia, pois a interpretação da afirmação que proíbe a instituição de tratamento desigual entre contribuintes trás a necessidade da aplicação do princípio da isonomia, ou seja, será necessário que o tratamento seja igual para empresas iguais mas se as empresas forem diferentes, o tratamento deve ser necessariamente diferente para que essas se igualem. É óbvio que esse princípio é demasiadamente mais complexo do que se pretende demonstrar, porém nos valeremos da explicação da igualdade por meio do princípio da diferença transcrevendo a explicação de John Rawls registrada no livro de sua autoria denominado “Uma Teoria da Justiça” pág. 78:

A interpretação democrática, (...) obtém-se combinando o princípio da equitativa igualdade de oportunidades com o princípio da diferença. Este princípio resolve a indeterminação do princípio da eficiência, ao especificar uma posição particular segundo a qual terão de ser julgadas as desigualdades econômicas e sociais da estrutura básica. Dando por estabelecido o quadro das instituições requeridas pela liberdade igual e a equitativa igualdade de oportunidades, são justas as expectativas mais elevadas de quem estiver melhor situado se, e só se, funcionarem como parte de um esquema que melhore as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. A idéia intuitiva é que a ordem social não há de estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos melhor situados, exceto se, a fazê-lo, seja em benefício dos menos afortunados (...).

A despeito de todos esses esclarecimentos, não parecerá redundante demonstrarmos como o legislador se fez claro se combinarmos os artigos e explicações supramencionados referente a isonomia tributária, com o princípio da capacidade contributiva que implica tratar desigualmente os desiguais. De um modo muito simples, esse princípio pode ser explicitado na afirmação “quem tem mais paga mais”, ou seja, o tributo será dosado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, tal como se encontra descrito no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - (...)

II - (...)

III - (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Salvaguardando as devidas proporções, temos textos legais e doutrinários suficiente para sermos levados a acreditar que para que haja justiça, é necessário que seja aplicada a legislação constitucional, independentemente da necessidade sócio econômica do país, bem como as necessidades das microempresas e empresas de pequeno porte, ou seja, mesmo que tivéssemos uma situação econômica confortável no âmbito empresarial, ainda assim deveria ser dado tratamento diferenciado as microempresas e empresas de pequeno porte, pelo relevante fato de estar prescrito, melhor dizendo, estabelecido na legislação constitucional vigente.

3. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL REVOGADA

É importante e se faz necessário mencionarmos que as normas constitucionais, elaboradas com o fito de conceder as microempresas e as empresas de pequeno porte o tratamento jurídico diferenciado, são normas constitucionais programáticas típicas, portanto depende de leis infraconstitucionais que possibilitem a sua plena aplicabilidade. Na análise ao artigo 179 da constituição federal, está estampado de forma inequívoca que se trata de uma norma constitucional programática quando dispõe: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, *assim definidas em lei*, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas *por meio de lei*. As frases “definidas em lei” e “por meio de lei” existentes nesse dispositivo legal, faz com que o artigo 179 da Constituição Federal não encerre em si mesma um mandamento jurídico completo, fica dependendo, ou dependente de uma legislação infraconstitucional, significa dizer que dependerá de medidas complementares a serem dadas por instrumentos normativos que terão o objetivo de regulamentar, disciplinar enfim levar a efeito o dispositivo constitucional.

Existiram várias leis que buscaram regulamentar o dispositivo constitucional de dar tratamento jurídico diferenciado as microempresas e empresas de pequeno porte, as mais usadas e conhecidas, no entanto são as Leis: Lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) recentemente revogada, a Lei 9.317/96 (Lei do Simples Federal) recentemente revogada, Lei Estadual 10.086/98 (Lei do Simples Paulista) também revogada e Lei 123/06 modificada pela Lei 128/08 (Lei do Simples Nacional).

A Lei 9.841/99 conhecida como a Lei do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que foi revogada com a Lei complementar 123/06, tratava sobre o enquadramento da empresa como empresa de pequeno porte ou de microempresa, esse procedimento era feito na ocasião do registro dos atos constitutivos na Junta Comercial ou no Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas ou poderia se fazer ainda a alteração do porte da empresa depois da mesma estar constituída e em atividade, mediante a apresentação de requerimento específico solicitando a alteração do porte da empresa nos mesmos órgãos onde estivessem registrados os atos constitutivos. Essa lei trazia um aspecto muito interessante, se preocupava puro e tão somente em regular o que o legislador constitucional chamou de tratamento jurídico diferenciado por meio da simplificação das obrigações administrativas e creditícias ou até mesmo poderia reduzir ou eliminar estas, desde que feito por meio de lei. Na política de desburocratização a lei trazia, por exemplo, a desobrigação ou a dispensa do visto de um advogado no contrato social quando esse fosse levado a registro na Junta Comercial ou ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, além de outros benefícios.

Já a Lei 9.317/96, conhecida como a Lei do Simples Federal, que também foi revogada com a Lei Complementar 123/06, trazia um aspecto voltado para atender ao legislador constitucional nos tratamento jurídico diferenciado por meio da simplificação

tributária e previdenciária ou até mesmo pela redução ou eliminação destas, desde que feita por meio de lei. Esta lei instituiu o sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições denominado de “Simples”. A opção pelo simples diferentemente do enquadramento da Microempresa ou da Empresa de Pequeno porte não era realizado na ocasião do registro dos atos constitutivos, mas era realizado, ou se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica) cujo órgão competente para realizá-lo é a SRF (Secretaria da Receita Federal). Somente para termos uma pequena e singela idéia de como as empresas eram beneficiadas com a referida Lei do Simples Federal explicaremos que o regime tributário do Simples Federal era um sistema pelo qual as microempresas e empresas de pequeno porte poderiam pagar mensalmente os impostos e contribuições federais de forma unificada, numa mesma data e em uma única guia de recolhimento denominada Darf-Simples. Sobre a receita bruta mensal da microempresa incidia alíquota progressiva que variava de 3% (três por Cento) a 5% (cinco por cento) e sobre a receita bruta da empresa de pequeno porte incidia a alíquota entre 5,4% (cinco, quatro por cento) a 8,6 (oito, seis por cento). Desse modo, aplicava-se às microempresas e as empresas de pequeno porte os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, tendo em vista que o aumento da receita bruta implicava diretamente no aumento da alíquota e conseqüentemente, o aumento do valor do imposto a ser recolhido pela empresa. Para as empresas que atuavam no ramo de indústria, essas tinham suas alíquotas majoradas ou acrescidas em 0,5% (zero, cinco por cento) a título de recolhimento de IPI (Imposto sobre produtos Industrializados). Um fato muito curioso sobre a Lei do Simples Federal é que era facultado aos Estados e Municípios aderirem à sistemática do Simples Federal mediante convênios bilaterais, caso esses convênios fossem celebrados, as alíquotas seriam majoradas ou aumentadas para serem recebidos pela União o ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) e o ISS (imposto sobre serviços) e posteriormente seriam repassados aos Estados o valor referente ao ICMS e repassado aos municípios o valor referente ao ISS.

Ainda se faz necessário que assim como retratamos, mesmo que de forma singela, algumas características da Lei do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte bem como as da Lei do Simples Federal agora faremos da mesma forma, um retrato da Lei Estadual 10.086/98 que ficou conhecida como a Lei do Simples Paulista, por se tratar de uma lei estadual, é claro que sua aplicação era somente no Estado de São Paulo, porém com reflexo em todo o país dado a forte participação do Estado de São Paulo na economia dos demais Estados da União. Porém faremos um comentário muito sucinto sobre esta lei, dado a complexidade do estudo da mesma. Um dos aspectos mais relevantes nessa lei, era a isenção do ICMS (imposto sobre circulação de mercadoria) aplicados as microempresas, já para as empresas de pequeno porte, tinham um sistema progressivo de cobrança cuja base de calculo em percentuais, aumentavam de acordo com o faturamento bruto da empresa, também a empresas que se enquadravam no Simples Paulista, estavam desobrigadas de cumprirem a obrigação acessória de entregarem a GIA (Guia de Informação e Apuração do ICMS). Além de uma série de benefícios tributários e de dispensa da obrigações acessórias.

4. DESARMONIA ENTRE A LEGISLAÇÃO

Penso que já é hora de ser explicada a razão pela qual está sendo despendidas tantas informações referentes a uma legislação infraconstitucional já revogada. A legislação revogada ficou vigente e regulando as relações empresárias entre o Estado e o contribuinte sem muitas vezes terem o mesmo parâmetro. Não podemos deixar de frisar e fazer nota indelével da intenção do legislador constitucional, que depois de discorrermos de maneira muito sucinta sobre algumas das leis que foram criadas para atender a esse pedido, parece que nos afastamos da idéia principal descrita no artigo 179 da Constituição Federal de 1988, já citado e transcrito anteriormente, cuja redação apregoa que os entes da Federação dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Alguns assuntos importantes, propositalmente não foram mencionados ainda, um deles é como uma empresa se enquadrava como microempresa ou empresa de pequeno porte, a resposta é depende, depende qual o aspecto que mereceu a pergunta, por exemplo: O Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte, da mesma forma que a Lei do Simples Federal, um dos critérios que definia a microempresa e a empresa de pequeno porte era com base na receita bruta auferida anualmente. No entanto, no Estatuto, a microempresa era a pessoa jurídica sociedade empresária ou empresário individual cuja receita bruta anual fosse igual ou inferior R\$ 244.000,00 (Duzentos e Quarenta e Quatro mil reais). Na Lei do Simples, essa receita era de apenas R\$ 120.000,00 (Cento e Vinte Mil Reais). E para as empresas estabelecidas no Estado de São Paulo havia ainda mais uma diferença segundo o mesmo critério adotado, pois na Lei estadual Simples Paulista, essa receita era de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Outra diferença que merece nosso comentário, é o estabelecido entre o Estatuto da Microempresa e da empresa de pequeno porte e a Lei do Simples Federal, no que dizia respeito aos impedimentos para o enquadramento. Na Lei do Simples, além do limite da receita bruta anual, as hipóteses de exclusão ou de impedimento perfaziam um conjunto bastante extenso, especialmente em relação à atividade econômica explorada. Além do excesso da receita bruta anual, o Estatuto elegia somente duas hipóteses de atividades impeditivas.

5. LEI DO SIMPLES NACIONAL E MICROEMPREENDEDOR

Vista com muito bons olhos, foi editada a Lei Complementar 123/06 alterada pela Lei complementar 128/08, que Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei

Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Alterada pela Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007 e Alterada pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Republicação em atendimento ao disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008 ela vem, com o real intento de acabar com as celeumas estabelecidas ao longo dos anos referente ao assunto e está decidida a neutralizar com todos os entraves administrativos, desmotivadas exigências e atos obsoletos. O ponto positivo da política de desburocratização alcançada pela referida lei foi, sem dúvida, a unificação da legislação Federal, Estadual e Municipal, no que diz respeito ao conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, anteriormente a dificuldade para a empresa permanecer enquadrada “nos simples” para receber tratamento diferenciado, demandava um esforço descomunal do empresário no sentido de observar duas legislações diferentes afim de não se desenquadrar em nenhuma delas para que pudesse somar os benefícios administrativos e creditícios (Lei do Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte), somar também os benefícios tributários Federais (Lei do Simples Federal) e ainda no caso das empresas Paulistas para receberem tratamento diferenciado tributário em âmbito Estadual precisava manterem-se observar também a (Lei do Simples Paulista) somando três legislações, para assim conseguirem tirar proveito do dispositivo constitucional, significando dizer, ter tratamento jurídico diferenciado.

O artigo 3º da Lei Complementar 123/06 alterado pela Lei Complementar 128/08, da definição legal da microempresa e da empresa de pequeno porte, não deixa dúvidas sobre quais empresas podem ser beneficiadas ou enquadradas como tal.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Conforme acima descrito, ficou muito clara a definição da microempresa e empresa de pequeno porte, não existe mais a situação de divergirem nos valores, pois não temos outra lei disciplinando a mesma matéria, logo quando olhamos na lei, com o intento de avaliar o critério receita bruta anual, sabemos exatamente qual o enquadramento legal dela como microempresa ou empresa de pequeno porte ou se esta empresa está proibida de receber tratamento diferenciado em função da receita bruta anual auferida.

O tratamento jurídico simplificado e favorecido clamado pelo legislador constitucional foi contemplado na Lei Complementar 123/06, dentre os que merecem ser destacados estão as facilidades na abertura e encerramento da empresa descrito no artigo 9º conforme segue:

Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão envolvido no registro empresarial e na abertura da empresa, dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

§ 1º O arquivamento, nos órgãos de registro, dos atos constitutivos de empresários, de sociedades empresárias e de demais equiparados que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o arquivamento de suas alterações são dispensados das seguintes exigências:

I – certidão de inexistência de condenação criminal, que será substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade mercantil ou a administração de sociedade, em virtude de condenação criminal;

II – prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza.

Esses benefícios acima elencados têm uma aplicabilidade direta importantíssima, ressaltando o grande número de microempresas e empresas de pequeno porte que sucumbiram diante da enorme dificuldade em tornar-se uma empresa competitiva por meio de desenvolver uma atividade empresária lucrativa diante do atual mundo globalizado, em face dessas dificuldades não conseguem manter o pagamento dos tributos em dia, têm até a dificuldade de manter um profissional habilitado para cuidar de apurar e cumprir as obrigações principais e acessórias tributárias, previdenciária e trabalhistas nos três âmbitos do governo, resultando no atraso e até mesmo omissão no cumprimento dessas obrigações acessórias, o atraso no pagamento dos tributos e as multas decorrentes do não cumprimento dessas obrigações geradas por uma empresa que não tivesse sido baixada nos órgãos competentes. Essa situação fazia com que o empresário que não efetuou a baixa em todos os órgãos competentes, mas que estava com as portas de sua atividade empresarial fechadas, permanesse longas datas sem conseguir se desvencilhar dessas obrigações, sendo mantido cativo nas dívidas, principalmente por não dispor de recursos financeiros para saldar as dívidas decorrentes de multas e obrigações principais tributárias. E assim o empresário era mantido sem perspectivas de encerrar a empresa para estancar a geração de mais dívidas tributárias.

Existem outros dispositivos inovadores na lei do Simples Nacional que cumprem o objetivo de dar tratamento jurídico diferenciado às microempresas e as

empresas de pequeno porte de maneira efetiva, merece ser destacado também que o próprio Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte (Lei Complementar 123/06) legisla sobre o âmbito tributário conforme artigo 13 abaixo colacionado:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II – Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V – Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI – Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

VII – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

O artigo acima resolve um problema que principalmente as empresas de pequeno porte que desenvolvem suas atividades empresariais no Estado de São Paulo, cujo Estado não tinha convênio com a União no regime de Simples Federal, e tivesse qualquer impedimento legal em ser optante ou ser enquadrado no Simples Paulista, teria obrigações junto ao fisco Estadual que deveriam ser cumprida e apurar os impostos de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços) para efetuar seu pagamento, agora está unificado, não precisa recolher o tributo Estadual, Federal e Municipal separadamente, exceto quando há prestação de serviço de uma pessoa Jurídica para outra pessoa Jurídica, e nesses casos mesmo que a pessoa jurídica tomadora seja enquadrada no Simples Nacional ainda assim estará obrigada a reter o valor do ISS (imposto Sobre Serviço) da prestadora, nesse caso haverá um recolhimento do referido imposto aos cofres da Fazenda Municipal que não estará unificado aos demais impostos inclusos no Simples Nacional.

6. INOBSERVÂNCIA CONSTITUCIONAL

A Lei complementar 123/06, sem nenhuma dúvida, trouxe muitas boas inovações às empresas que têm amparo em seus dispositivos. Porém, é necessário fazer um estudo direcionado, ou melhor dizendo, verificar não somente as cláusulas permissivas, mas analisar as cláusulas proibitivas, ou impeditivas de opção pelo simples Nacional. Avaliemos pois o artigo 3º, § 4º, inciso VIII:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

O ponto tratado neste artigo 3º, §4º, Inciso VIII, acima colacionado, é a questão das atividades impeditivas, nesse caso temos relacionado acima uma série de atividades impeditivas para a empresa receber tratamento diferenciado por meio da simplificação de suas obrigações administrativas e creditícias, se a empresa não for realizar nenhuma das atividades acima relacionada, poderá ser feito o enquadramento da mesma junto ao órgão onde será levado seus atos constitutivos para registro, podendo ser na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, é como se essa matéria disciplinasse o mesmo assunto que foi disciplinado na Lei 9.841/99 revogada pela Lei Complementar 123/2006; atividades essas que não se avaliam a renda bruta anual a fim de se aplicar o princípio da isonomia tributária; também não está sendo levado em consideração um outro princípio constitucional importante que é o da capacidade contributiva, não se cogita a possibilidade de usar uma tabela progressiva na cobrança dos impostos, pois todas essas questões, serão disciplinadas no Capítulo IV da Lei Complementar 123.

Ficou claro que embora a Lei complementar 123/06 tenha englobado todos os aspectos da necessidade de legislar dando resposta e efetividade tanto para o favorecimento ou tratamento jurídico diferenciado, buscando incentivar as microempresas e empresas de pequeno porte por meio da simplificação de suas obrigações tanto administrativas e creditícias quanto tributárias e previdenciárias, cujos dois assuntos na vigência das leis anteriores ficaram basicamente distribuídos da seguinte forma: Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte (Lei 9.841/99) procurou dar tratamento jurídico diferenciado pela simplificação de suas obrigações administrativas e creditícias; já a Lei do Simples Federal (9.317/96)

procurou dar tratamento jurídico diferenciado pela simplificação de suas obrigações tributárias e previdenciárias.

Na Lei do Simples Nacional (123/06) tivemos os mesmos assuntos anteriores distribuídos em seus XIV Capítulos que somam 89 artigos devidamente sistematizados; se analisarmos o “Capítulo IV- Dos Tributos e Contribuições”, veremos estampado o tratamento jurídico diferenciado pela simplificação de suas obrigações tributárias, no artigo 17 por exemplo, trata dos impedimentos aos benefícios tributários, conforme segue:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

I – que explore atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos (asset management), compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

II – que tenha sócio domiciliado no exterior;

III – de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;

IV – (Revogado pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

V – que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

VI – que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;

VII – que seja geradora, transmissora, distribuidora ou comercializadora de energia elétrica;

VIII – que exerça atividade de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas;

IX – que exerça atividade de importação de combustíveis;

X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de: (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

b) bebidas a seguir descritas: (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

1 - alcoólicas; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

2 - refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

3 - preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

4 - cervejas sem álcool; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (*produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009*).

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

XIII – que realize atividade de consultoria;

XIV – que se dedique ao loteamento e à incorporação de imóveis.

XV – que realize atividade de locação de imóveis próprios, exceto quando se referir a prestação de serviços tributados pelo ISS. (Incluído pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

Em uma análise com atenção, verificamos que o artigo 17 da Lei complementar 123/06 acima transcrito, trás uma vedação a opção do simples nacional, dependendo, ou embasada apenas no tipo de atividade econômica desenvolvida pela empresa, essa opção é feita depois da sociedade empresária ter seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial ou registrado no Cartório de Registro de Pessoa Jurídica, bem como já ter feito seu Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) junto a Secretaria da Receita Federal do Brasil, e se tratar de uma empresa cujo objeto social for voltado ao comércio, já estará inscrita na Secretaria da Fazenda Estadual (SEFAZ) de seu Estado, caso seja uma empresa atuando também na área de prestação de serviço, já estará devidamente inscrita no cadastro Mobiliário de seu município.

Ao confrontarmos o dispositivo legal encontrado Constituição Federal Brasileira de 1988 no artigo 150, Inciso II como segue:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

A luz do artigo constitucional acima citado fica muito claro que o dispositivo legal impeditivo de enquadramento presente na Lei Complementar 123/06 no artigo 17 e alguns de seus quinze incisos, mas principalmente o inciso XI que está em completo descompasso com a legislação constitucional, tendo em vista que está justamente impedindo empresas, independentemente de seu porte, ou seja, somente por sua atividade estarem impedidas de utilizarem ou se beneficiarem do tratamento diferenciado clamado na constituição Federal. Um exemplo de microempresa que estão impedidas por força do inciso XI do artigo 17, por esse dispositivo legal declarar impedida as empresas que tenham como atividade empresarial qualquer tipo de intermediação de negócios, são as empresas atuando com representação comercial, outras severamente penalizadas são as Imobiliárias, são ramos de atividades empresárias relativamente pequenos, que não podem ter tratamento diferenciado tributário.

CONCLUSÃO

O tema da inconstitucionalidade das leis nº 9.317/96 (Lei do Simples Federal) e da lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) foi extremamente discutido ao longo dos anos de sua vigência, o jornal A Gazeta Mercantil (10 de setembro de 1997) informou que houve empresas na época que atuavam no área de academia de ginástica, escolas de natação, empreiteiras de mão de obra, escritório de contabilidade cujo o texto legal impedia a opção pela Simples Federal, conseguiram liminares que lhes permitiram aderir ao sistema do Simples. O Poder Judiciário entende que não pode haver restrições ao regime tributário do Simples em razão da atividade econômica exercida pela empresa.

A Legislação vigente não faz uma acepção ostensiva no que diz respeito a empresa se beneficiar do tratamento diferenciado na simplificação ou até supressão total de suas obrigações administrativas e creditícias, as empresas que estão impedidas em função da atividade são realmente poucas e até pode ser que em virtude das atividades desenvolvidas tenham uma receita bruta anual que as desenquadrarão da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte. Porém a relação de atividades impeditivas listadas no critério que permite a empresa ter benefícios por meio da simplificação, redução ou até mesmo isenção das obrigações tributárias e previdenciárias, que é onde na verdade está o “calcanhar de Aquilis” das empresas, essa relação de atividades impeditivas, mantém as margens do benefício, milhares de empresas que poderiam em função de seu porte e receita bruta, receberem tratamento diferenciado permitido ou autorizado pela Lei Complementar 123/06.

A correção dessa situação desarmônica com a constituição, não deve ser corrigida somente pela razão econômica do país, mas também pela credibilidade ao Poder legislativo, pois o que dizer ou pensar de um legislativo que legisla contra ou em desacordo com a Constituição, e não só pela falta do conhecimento a constituição e seus princípios, mas também não avaliarem ou não conhecerem a real situação econômica das empresas, ou melhor, das pequenas empresas do país.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz. *Direito Societário*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. – (Elementos do Direito).

RAWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. De Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1981.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. – (Coleção Elementos do Direito).

SANTOS, Elizabete Teixeira Vido dos. *Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008 – (Coleção Elementos do Direito).

O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO A LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO OBJETIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE PRINCIPLE OF NO TAX FORFEITURE AT THE LIGHT OF AN INTERPRETATION OBJECTIVE IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

A tributação brasileira tem previsão, primordialmente, na Constituição Federal. Simultaneamente, criou-se uma série de dispositivos, naquele texto, que objetivam conte-la; impedindo, assim, que se torne arbitrária e abusiva. Dentre estes mecanismos de restrição fiscal, encontramos a denominada vedação à instituição de tributo com efeito de confisco. O confisco, neste caso, vale para o tributo, propriamente dito, e, se for o caso, a penalidade, acaso aplicada, diante do inadimplemento de obrigação tributária. Na configuração fática da existência do confisco tributário, devemos considerar o tributo isoladamente e não a carga tributária total. Em seguida buscamos apreender se a exação fiscal acarreta a impossibilidade ou causa extrema dificuldade no exercício de direitos constitucionalmente previstos; como a propriedade, atividade econômica ou circulação de riquezas. A determinação jurídico-material da vedação do tributo com efeito de confisco, ainda incipiente no País, teria uma repercussão imediata na ação estatal de busca incessante de apropriação do patrimônio privado do sujeito passivo.

PALAVRAS-CHAVES: CONFISCO/TRIBUTAÇÃO/SEGURANÇA

ABSTRACT

The Brazilian taxation has forecast, primordially, in the Federal Constitution. Simultaneously, created a series of devices, in that text, purpose countain it; hindering, thus, that it becomes arbitrary and abusive. Among these mechanisms of fiscal restriction, we find the called impediment to the institution of tax with forfeiture effect. The forfeiture, in this case that, applies to the tax, properly said, and, if it was the case, the penalty, perhaps applied, front of the contract breach of tax obligation. In the fact configuration of the existence of tax forfeiture, we must consider the tax separately and not total tax burden. After that we search apprehend if the fiscal exaction causes the impossibility or cause extreme difficulty in the exercise of laws constitutionally foreseen; such as property, economic activity or circulation of wealth. The determination legal-material of the tax impediment with forfeiture effect, still incipient in the country, would have an immediate repercussion in the state action of incessant search of appropriation of the private patrimony of the passive citizen.

KEYWORDS: FORFEITURE/TAXATION/SECURITY

INTRODUÇÃO

O Sistema Tributário Nacional, inserto no texto constitucional, nos apresenta um rol de competências tributárias, hipóteses de tributação e, simultaneamente, instrumentos de coibição de seu incremento desmedido.

É de conhecimento amplo que a tributação brasileira é intensa, complexa e, infelizmente, em contínuo crescimento a despeito dos malefícios advindos ao desenvolvimento nacional, emperrando a atividade econômica, e a vida econômica das pessoas comuns.

No entanto, o legislador constituinte, ao mesmo tempo em que permitiu ao legislador ordinário dos entes políticos, dotados de competência impositiva tributária, instituir tributos, buscando, sobretudo, extrair parcela do patrimônio privado; tratando-se de verdadeira mudança de titularidade de propriedade, apresentou mecanismos de contrapesos que, se bem trabalhados e observados, permitiriam uma pseudo-contenção do avanço da alienação compulsória do ente privado ao ente público, mediante a discutida tributação.

Estes contrapesos se consubstanciam de normas constitucionais direcionadas ao poder tributante. Ou seja, ao mesmo tempo em que permite a cobrança de tributos, estabelece premissas rígidas para fazê-lo sem as quais a tributação se queda ilegal e, sendo assim, inviável.

Acontece que dentre estes mecanismos de contenção constitucional da tributação, verifica-se alguns que necessitam de uma depuração ou análise mais cuidadosa na medida em que sua leitura, pura e simples, não denota ou revela qualquer efeito prático, pelo menos imediato, para resguardar a coletividade contra efeitos nocivos de uma tributação inadequada e dissociada da realidade econômico-social nacional.

Dentre eles, considerado por muitos autores como verdadeiro cânone ou princípio constitucional de observação e respeito obrigatório, nos deparamos com a regra prevista no artigo 150, inciso IV da Constituição Federal que veda a instituição de tributo com efeito de confisco.

Sem embargo de seu impacto terminológico quando de sua leitura, a interpretação deste denominado princípio constitucional de contenção de tributação desmedida dissociada de uma apreensão de seu conteúdo valorativo, abrangência material e jurídica e impacto prático nas relações jurídico-tributárias acarretaria sua imprestabilidade já que envolto de aspecto de difícil mensuração e compreensão.

Buscaremos, portanto, apresentar, pelos limites deste trabalho, um sintético painel da tributação no Brasil, princípios constitucionais que a limitam e, em seguida, um quadro perfunctório, com nosso entendimento, do princípio que veda o tributo com efeito de confisco segundo a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. O SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 dispõe normativas sobre o sistema tributário especialmente entre os artigos 145 e 162 e elas representam um esforço de aperfeiçoamento do nosso sistema constitucional tributário no sentido de simplificar e modernizar o sistema, reduzir injustiças fiscais, ampliar os contribuintes e corrigir os desequilíbrios regionais.

Como nos ensina José Eduardo Soares de Melo várias seriam as acepções das hipóteses de tributação na carta constitucional vigente uma vez que "A Constituição relacionou diversos tipos de tributos, a saber: (a) impostos (arts. 145, I, 153, 155 e 156); (b) taxas (art. 145, II, em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; (c) contribuição de melhoria (art. 145, III), decorrente de obras públicas; (d) pedágio (art. 150, V), pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; (e) empréstimos compulsórios (art. 148), para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (I), e no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (II); (f) contribuições sociais genéricas, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (art. 149); (g) contribuição para o custeio de previdência e Assistência Social, em benefício dos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 149, § 1º); (h) contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, em benefício dos Municípios e do Distrito Federal (art. 149-A); (i) contribuições sociais (art.195) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhes preste serviços, mesmo sem vínculo empregatício; a receita bruta ou o faturamento e o lucro (I); do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social (II); sobre a receita de concursos de prognósticos (III); do importador de bens ou serviços do exterior (IV); sobre as atividades do produtor, parceiro, meeiro ou arrendatários rurais em regime de economia familiar; (j) contribuições para os planos de previdência (art. 202), Salário-Educação (art. 212, § 5º) PIS/PASEP, destinado ao seguro-desemprego e abono salarial, e desenvolvimento econômico (art. 239), às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240)."[1]

A União, os Estados e os Municípios só podem cobrar os tributos que lhes são atribuídos pelo texto constitucional. A única exceção admitida é quanto à União, que possui competência residual, isto é, em casos excepcionais e por meio de lei complementar, poderá instituir novos impostos, desde que não invada as áreas de competência estadual e municipal, nem desrespeite princípios constitucionais. A rigor,

os impostos de competência residual não podem ser cumulativos e nem podem ter fato gerador e base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição em seu artigo 154, inciso I.

A defesa da unidade nacional se expressa na proibição aos Estados e Municípios de fixarem tributos diferentes, em razão da procedência ou destino das mercadorias, sem prejuízo da liberdade na definição das alíquotas dos impostos de sua competência. A preocupação com a uniformidade dos tributos não se estende, porém, aos incentivos fiscais, já que a Constituição concede total liberdade para a sua concessão, tendo em vista as imensas desigualdades regionais.

A limitação dos casos de empréstimos compulsórios foi outra inovação que traz a Carta Magna em estudo visando garantir o cidadão contra o arbítrio dos governantes. Esse dito empréstimo consiste numa espécie de tributação especial que incide sobre rendimentos de grande vulto decorrentes de propriedades, vendas, aplicações financeiras, etc. A atual Constituição prevê três hipóteses para a sua adoção: calamidade pública, guerra e investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional e obriga a aplicação dos recursos arrecadados ao fim que os originou. Na Carta anterior, as possibilidades ficavam a critério de lei complementar e isso levou à fixação de impostos abusivos, que acabaram configurando verdadeiros confiscos.

No tocante à discriminação das rendas, foram mantidas todas as espécies tributárias previstas na Constituição de 1969: impostos, taxas, contribuição de melhoria (essas duas últimas são tributos de competência comum dos três entes políticos), e como já ressaltado, o empréstimo compulsório e contribuições especiais.

O empréstimo e as contribuições especiais (artigos 148 e 149[2]) são deferidos à competência privativa da União, com uma novidade: estas últimas, em caráter excepcional, poderão ser instituídas pelos Estados e Municípios, em benefício dos seus servidores públicos (artigo 149, parágrafo único). Nesta hipótese, as contribuições especiais alinham-se entre os tributos de competência comum.

Excepciona-se, também, a denominada Contribuição de Iluminação Pública, de competência exclusiva dos Municípios a teor da emenda nº 39, de 19 de dezembro de 2002, que, inovando no texto constitucional, criou o artigo 149-A.[3]

Perdeu-se uma grande oportunidade, com a referida constituição, em, efetivamente, dar ao sujeito passivo da obrigação tributária (leia-se toda a sociedade) um instrumento jurídico que lhe impedisse o Poder Público incessante busca de tributação sobre o seu patrimônio.

Considerado o princípio basilar da tributação moderna em todo mundo como sendo o princípio da legalidade (tomando de empréstimos expressões populares, poderíamos afirmar ser este princípio o pai - ou origem - de todos os demais), percebemos que na medida o texto constitucional exige que para a criação de um tributo se faça necessária a edição de uma lei por ente competente para fazê-lo, podemos constatar que a criação de contribuições pode ser, facilmente, engendrada, obedecendo-se, regamente, os trâmites legislativos pertinentes e a competência tributária impositiva prevista na CF (mormente a da União Federal), poderíamos até assumir que o princípio da legalidade, isoladamente considerado, não seria barreira suficiente para frear ou refrear os ímpetos

criativos do legislador (a mando ou não do poder executivo) na medida em que as contribuições especiais poderiam se amoldar ou se conformar a inúmeras fórmulas jurídicas instituidoras de tributos sem que houvesse porque afirmá-las Inconstitucionais.

No entanto, a despeito da previsão constitucional sobre as competências impositivas tributárias e as respectivas espécies tributárias de potencial criação, uma preocupação expressa do legislador constitucional foi estabelecer, junto às diretrizes de criação dos tributos, limitações para o seu exercício partindo de um pressuposto de ciência política que nos ensina que "aquele que detém o poder, tende a abusar do poder".

Diante de tal constatação erigiu-se várias limitações constitucionais ao poder de tributar, consubstanciadas em verdadeiros princípios constitucionais, estabelecendo-se verdadeiras barreiras jurídico-constitucionais para conter esta verdadeira ansiedade estatal em criar e mesmo majorar tributos.

1.2. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais revelam regras de garantia dos direitos individuais e coletivos, expressos, inclusive, no próprio preâmbulo da Constituição Federal. O texto constitucional de 1988 consagrou, como não poderia deixar de fazê-lo, os princípios tradicionais da história tributária brasileira que se sucedem, com suas vicissitudes e modificações terminológicas, desde os primórdios da 1ª Constituição, ainda sob o Império brasileiro.

Não obstante as dificuldades de estabelecer a amplitude da definição de princípio, mormente sua repercussão na seara tributária, sua leitura e aplicação se matiza conforme a ótica de seu intérprete, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, ao afirmar que:

O vocábulo "princípio" porta, em si, uma infinidade de acepções, que podem variar segundo os valores da sociedade num dado intervalo da sua história. No direito, ele nada mais é do que uma linguagem que traduz para o mundo jurídico-prescritivo, não o real, mas um ponto de vista sobre o real, caracterizado segundo padrões de valores daquele que o interpreta.[4]

Na verdade poderíamos defender o entendimento que qualquer princípio, implícito ou explícito, expresso em lei ordinária (fato raro) seja no texto constitucional (hipótese mais provável), deve servir como norte ao intérprete de um caso jurídico concreto que lhe é apresentado, uma vez que seria o ponto de partida para a apreensão e compreensão do conjunto ou do todo a ser apreciado e, finalmente, interpretado, conforme visão de Sacha Calmon Navarro Coêlho, *in verbis*:

O que caracteriza os princípios é que não estabelecem um comportamento específico, mas uma meta, um padrão. Tampouco exigem condições para que se apliquem. Antes, enunciam uma razão para a interpretação dos casos. Servem, outrossim, como pauta para a interpretação das leis, a elas se sobrepondo.

.....*omissis*...

Pois bem, quando o princípio é constitucional, a sua aplicação é obrigatória. Deve o legislador acatá-lo, e o juiz, adaptar a lei ao princípio em caso de desrespeito legislativo...*omissis*...[5]

Em matéria tributária, os princípios visam, exclusivamente, restringir o poder estatal de tributar; com isso, assegurando os direitos fundamentais do sujeito passivo à segurança, ao bem-estar, planejamento familiar, à propriedade, atividade econômica e o próprio desenvolvimento sustentável do País, dentre outros. Nesta esteira, *exempli gratia*, foi instituído, o princípio da legalidade dos tributos que, por sua vez, influi na anterioridade e na anualidade. A eficácia desses princípios é *extra-lege*, sendo assim, não dependem de qualquer lei ordinária que os regulamente, podendo ser invocados a qualquer tempo. E mais, por serem cláusula pétrea da Constituição, esses princípios não podem ser alterados nem mesmo por Emenda Constitucional.[6]

Já Hugo de Brito Machado cria um divisor de águas quando estabelece a possibilidade de algumas normas insertas no Sistema Tributário Nacional serem, efetivamente, cláusulas pétreas e outras, por simplesmente se inserirem em um contexto mais abrangente quando ensina que:

Assim, como o direito é na verdade um sistema de limites, todas as normas que integram a denominada legislação tributária, em sentido amplo, são limitações ao exercício do poder impositivo. E todas as normas que, na Constituição, tratam da tributação, constituem limitações constitucionais ao poder de tributar. Tomada, assim, a expressão limitações constitucionais ao poder de tributar, nesse sentido abrangente, certamente não se pode dizer que essas limitações constituem cláusulas pétreas. Mas existem normas sobre tributação que, sendo limites, como são, dizem respeito aos direitos fundamentais.[7]

Abstraindo entendimentos distintos acerca de quais as limitações aos poder de tributar poderiam ser considerados cláusulas pétreas e enfatizando a importância dos princípios na senda tributária, Luciano Amaro ressalta que "... alguns dos chamados princípios tributários não são, como dizíamos, meros enunciados gerais carentes de normatização posterior para acentuar sua concretude; são já proposições que atingem um grau praticamente exaustivo de normatividade. Por exemplo, o princípio da anterioridade é uma regra de precisão matemática; a lei ou foi ou não foi editada até o último dia do exercício, o que se apura segundo critério puramente cronológico, que já decorre do

próprio enunciado constitucional do dito "princípio", sem que haja necessidade de uma norma que dê contornos mais nítidos à proposição." [8]

Por sua vez, ao contrário dos princípios calcados no trinômio legalidade/anterioridade/irretroatividade, a Constituição Federal nos apresenta princípios cuja exegese demanda do intérprete uma interlocução e ponderação mais cuidadosa considerando, especialmente, sua interpretação literal, descolada de uma situação concreta qualquer, cuja conclusão muitas vezes é inane.

Vejamos, por exemplo, o princípio da isonomia tributária [9]. Este princípio nada mais nada menos é do que o princípio da igualdade - inserto no artigo 5º, inciso I, do texto constitucional - aplicado no campo das relações jurídico- tributárias.

Mas como dimensionar esta igualdade nestas relações? Tratamos neste campo do direito de inúmeras exações tributárias, derivadas de vários entes políticos autônomos cujo espectro de irradiação se volta para incontáveis hipóteses ou potencialidades tributáveis cujas respectivas leituras podem criar dificuldade das mais diversas para o intérprete da lei cotejado o caso concreto.

O mesmo raciocínio se voltaria para a interpretação do princípio que veda a limitação do tráfego por meio de tributos. [10] Nesta limitação ao poder de tributar nos parece que o legislador constituinte deixou claro que a liberdade de ir e vir ou mesmo circulação jamais poderá ser cerceada ou mitigada por imposição tributária, seja ela de pessoas ou bens; entretanto a interpretação deste dispositivo constitucional exige do intérprete conhecimento dos vários e possíveis aspectos materiais de fatos geradores que poderiam, caso não restringidos, alcançar e impedir a mobilidade nacional.

O que causa espécie é o fato de que neste mesmo dispositivo se faz presente alusão a uma exceção. O denominado pedágio. No entanto o pedágio instituído e cobrado no Brasil hodierno tem natureza essencialmente contratual (preço público) causando, com isso, mais dificuldade ainda quanto ao alcance desta limitação ao poder de tributar.

Já em relação ao princípio que veda a utilização do tributo com efeito de confisco nos deparamos com sutilezas terminológicas de difícil depuração.

Todo tributo é na verdade um confisco à parte da propriedade do sujeito passivo ou de quem ele substitua. O legislador não pretendeu vedar este tipo de confisco que continua valendo e prevalecendo nas relações entre quem paga (a sociedade) e quem recebe (o Estado).

O desiderato do legislador constituinte foi estabelecer vedação para um padrão de confisco que ultrapassasse determinados limites de, digamos, razoabilidade.

Que padrões seriam estes? Onde vamos buscá-los? São mutáveis? Haveria um enquadramento do denominado confisco conforme fosse dado tributo examinado? Ou só valeria para a carga tributária como um todo ou mesmo referente a dado ente político? Esta vedação alcançaria somente o tributo (interpretação literal) ou valeria mesmo para o crédito tributário, incluindo aí seus possíveis componentes, como o tributo, multas e juros de mora (interpretação teleológica) ? A interpretação do confisco tributário poderia ser mensurada a partir do texto constitucional ou se faria necessário

buscar auxílio em outros textos legais ou mesmo ciências de entorno ou inter-relacionadas (economia, administração, contabilidade, sociologia ou mesmo ciência política).

Tentaremos responder, de forma sintética, a estes questionamentos.

1.3. O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO NO CONTEXTO DA SEGURANÇA JURÍDICA -TRIBUTÁRIA DO SUJEITO PASSIVO NO BRASIL

Não se pode falar em segurança jurídica no Brasil sem atentarmos para a possibilidade de multifárias exações tributárias, de todos os entes tributantes (União Federal, Estado membro, Município e Distrito Federal) interferirem na vida (econômica) das pessoas (físicas e jurídicas), causando transtornos, dificuldades e empecilhos dos mais variados matizes.

Na medida em que a obrigação tributária (principal) busca parcela do patrimônio pecuniário do sujeito passivo, percebe-se que qualquer projeto de vida (pessoa física) ou objetivo empresarial (pessoa jurídica) tem que levar, necessariamente, em consideração sobremaneira redução de suas contingências econômicas para lograr sucesso a vista dos tributos que serão recolhidos no decorrer desta empreitada.

A sociedade como um todo tem pleno conhecimento da necessidade do adimplemento da carga tributária que lhe é imposta vis-à-vis a existência de um Estado carente de recursos financeiros para desenvolver suas inúmeras tarefas constitucionalmente previstas. No entanto, como já se salientou, criaram-se mecanismos, através de limitações ao poder de tributar, de proteção para que a interferência tributária sobre a vida das pessoas não seja absoluta ou absurda; permitindo que a convivência sociedade-tributo seja a menos traumática possível.

Dentre os mecanismos criados se apresenta aquele que estabelece um impedimento, digamos, radical contra a "agressão" do tributo contra a propriedade privada no Brasil.

A Constituição Federal prevê que na hipótese de criação de tributo, mediante competente lei, a referida cobrança não poderá ter natureza confiscatória[11].

Bem.. Onde chegamos? É óbvio que o Ente político tributário não iria instituir um tributo (ou uma coleção deles) que, simplesmente, transferisse toda a propriedade privada para o Estado. Neste caso viveríamos em um Estado socialista. Não é o caso do Brasil onde, bem ou mal, prevalece um sistema capitalista de mercado, inclusive com proteção constitucional à propriedade, herança e à livre iniciativa.

Neste sentido a configuração conceitual da vedação da utilização do tributo com efeito de confisco não pode passar por uma interpretação absolutamente literal (transferência da integralidade patrimonial do ente privado ao ente público) mesmo porque isto não interessa ao Estado tido como liberal já que ciente de sua incapacidade imanente de gerar, por si só[12], as receitas financeiras que lhe são indispensáveis

Neste sentido se manifestou J.M.Othon Sidou;

"O Estado, pela mão de governos sábios e prudentes, não estanca nunca a fonte donde flui o tributo; estimula-a. Não porfia por descontentar, ou desencantar, o contribuinte, nem provoca a antipatia popular tornando insuportável a vida; contemporiza. Na metáfora do simplório César, não sacrifica a ovelha, tosquia-a, o que em língua moderna equivale ao não matar a galinha dos ovos de ouro.[13]

De fato o que se pensa quando discuti-se, em matéria tributária, o vocábulo confisco, é justamente o alcance, a dimensão, os limites da carga tributária para que seja considerada confisco.

No entanto como se torna muito difícil estabelecer como confiscatório o somatório de tributos cobrados no território nacional, muito embora já tenham transitado no Congresso Nacional proposta buscando estabelecer um percentual máximo de tributos sobre o Produto Interno Bruto (PIB), o que se questiona é se dado tributo, individualmente considerado, ou mesmo dada multa tributária, decorrente do inadimplemento de qualquer obrigação tributária (seja material-pecúnia ou formal-outras) podem denotar índole confiscatória.

Mas para que possamos estabelecer premissas sobre se determinado tributo ou mesmo penalidade tem natureza confiscatória (vedada pela Constituição) ou não devemos, inicialmente, fincar nossas raízes em um mínimo de consenso quanto à sua definição doutrinária a par da ausência de uma definição legal.

Existem, inclusive, autores que entendem seu conceito como sendo indeterminado como na visão de Garcia de Enterría e Ramón Fernández, "*La ley no determina com exactitude los limites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigorosas, pero em todo caso es manifiesto que se está refiriendo a um supuesto de la realidade que, no obstante La indeterminación Del cocepto, admie ser precisado em el momento de la aplicación*"[14].

Não se nega que o conceito de tributo com efeito de confisco é fluido. Vai, naturalmente, depender do caso concreto em apreciação. Não poderia o legislador constitucional pensar de outra maneira. Se o fizesse inviabilizaria todo seu desiderato considerando, primordialmente, a impossibilidade fática de sopesar toda a carga tributária incidente sobre determinada pessoa ou atividade e, a partir daí, aferir a existência ou não de confisco.

Digamos que eventualmente seria possível fazê-lo para uma pessoa. Totalizaríamos todos os tributos diretos e indiretos incidentes sobre sua dinâmica de vida. Na hipótese de constarmos efetivo confisco sobre sua propriedade, inviabilizando sua vida econômica, o faríamos para determinado momento ou lapso temporal, mutável a cada sucessão dos aspectos temporais (instantâneo ou periódico) dos fatos geradores dos tributos por acaso enfocados. O que é válido para um mês, não o seria para o próximo.

Digamos o que é válido para um semestre, não o seria para o outro. E assim por diante (ano, biênio, etc.).

Como a administração tributária, fragmentada em vários entes políticos, poderia somar esforços para mensurar, mesmo que anualmente, se a carga tributária total do País, incidente sobre dada pessoa ou segmento societário, se tornou confiscatória.

Não é razoável exigir ou discutir o impossível. Portanto o tributo com efeito de confisco deve ser analisado, sopesado ou mensurado a luz de um tributo específico sobre um caso concreto. De outra maneira impraticável qualquer consideração.

Este, no entanto, não é o entendimento de alguns autores, como Ives Gandra ao defender que: "na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte. Se a soma de diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade tributária do cidadão. Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão."^[15]

Sendo assim alguns autores nacionais, a partir de obras específicas sobre o assunto, tentaram apresentar de forma objetiva e didática, como o fez Paulo Cesar Baria de Castilho, que, assim, definiu o confisco em matéria tributária, *in verbis*:

"...*omissis*...é adequado afirmar que confisco tributário consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização de tributo, a qual retira a totalidade ou uma parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato." ^[16]

Por sua vez Estevão Horvath tangencia o Instituto da propriedade ao tratar dos limites a serem estabelecidos para o tributo na senda tributária:

Por outro ângulo, poder-se-ia enxergar o princípio da vedação do confisco como uma garantia ao direito de propriedade. Realmente, se assegura este direito por via constitucional, somente nas hipóteses por esse mesmo texto contemplada é que poderão servir de exceção ao mencionado direito. Assim, embora autorizada a tributação, esta não pode servir como meio indireto de amesquinhar a propriedade privada sem compensação.^[17]

Já Fabio Brun Goldschmidt demonstra a grande dificuldade na sua conceituação:

O fato é que, em que pese todas essas evidências, que apontam para o enquadramento do princípio da vedação ao efeito de confisco como um limite objetivo, há um fator fundamental que demonstra que, tal como ele se apresenta hoje no texto constitucional, deve ser classificado como valor: o princípio do não confisco é de difícil identificação. O texto constitucional não oferece qualquer auxílio na penosa situação dos limites da tributação com efeito de confisco e, nem os juristas, nem o legislativo, nem o Judiciário lograram até agora fornecer qualquer subsídio objetivo na sua identificação. O traço de imediatidade de verificação, cerne da distinção entre valores e limites objetivos, naufraga diante do raso desenvolvimento desse princípio na *práxis*.^[18]

Afinal de contas, para que possamos delimitar a figura do confisco, como elemento proibitivo quando da exação tributária, temos que inquirir a *mens legislatoris* do constituinte originário para apresentar algumas induções sobre o tema.

Não podemos olvidar que toda relação jurídico-tributária impõe materialmente, quando da cobrança da obrigação principal, um confisco, mesmo que mínimo, sobre o patrimônio do sujeito passivo. Confisco este definido com expropriação de um bem (no caso pecúnia) de ente (estatal) sobre outro (quase sempre privado). No entanto este verdadeiro confisco é permitido e não pode ser aquele previsto no texto constitucional.

O confisco previsto no texto constitucional, para impedir tributação abusiva, tem, é óbvio, outra conotação. Trata-se, também, de transferência compulsória de patrimônio de terceiro para o Estado; entretanto, sob outro enfoque. Existe, neste caso, verdadeiro poder de destruição e supressão de atividade ou vida econômica para aquele obrigado a suportar dado tributo.

Não se pode, entendemos, considerar, para efeito de confisco, carga tributária total do País ou total do ente tributante, pelas dificuldades absolutas na sua constatação. O que se deve, de fato, buscar é se dado tributo ou crédito tributário devidamente lançado ultrapassa determinada zona de estabilidade fiscal ou "aceitação" social.

Tal averiguação não pode fugir da apreciação de um tributo específico, observando o valor a pagar, a partir da conjugação ou não de base de cálculo e alíquota.

Entender-se-ia que qualquer tributo cujo valor a pagar ultrapasse 30% do seu aspecto material se torna abusivo e atesta-se confisco sem a necessidade de apurar a repercussão sobre a vida social e econômica do sujeito passivo.

Aceitar-se tributação, sob o rótulo de qualquer tributo, cujo resultado, independente do somatório de outros tributos, alcance quase 1/3 (um terço) da dinâmica do respectivo fato gerador deve, sempre, ser considerado confiscatório.

Esperar que a Administração Pública prove (jamais o fará) ou próprio sujeito passivo demonstre (utópico) que a carga tributária por ele responsável - seja em escala nacional, regional ou municipal - total ultrapassa os paradigmas de razoabilidade ou proporcionalidade na exação tributária é fazer tabula rasa desta figura protetiva constitucional.

Vale dizer, inclusive, que a vedação à utilização do tributo com efeito de confisco deve, também, abranger, as multas decorrentes dos inadimplementos das obrigações tributárias. Seria um contra-senso cogitar da impossibilidade da tributação abusiva, através, digamos de alíquotas de 60 (sessenta) ou 80 (oitenta) por cento, se a legislação ordinária prevísse (como rotineiramente o faz) percentuais de 100 (cem) ou 150 (cento e cinquenta) por cento, como consectário penal do inadimplemento de tributo cujas alíquotas são infinitivamente menores.

O mesmo não se pode dizer dos juros de mora. Apesar de que, dependendo do tempo de início de contagem do inadimplemento de dado tributo, o valor atribuído a esta parcela do crédito tributário possa ser muito superior às multas acaso capituladas. Mas os discutidos juros não têm natureza tributária ou penal; portanto, o seu valor não pode, pelo menos a luz do dispositivo constitucional em comento, ser enquadrado como confiscatório.

Bem é certo que o objetivo primordial do legislador constituinte foi reduzir hipotética tributação abusiva sobre aqueles que têm o dever de carrear recursos ao Estado. Ao fazê-lo, mais do que preocupado com a possibilidade de deixar dada pessoa natural ou empresa à míngua econômica, pensou na eventualidade de tributar tanto uma pessoa ou atividade que esgotaria, a médio ou longo prazo, sua capacidade contributiva, efetivamente, exaurindo seus recursos e, daí em diante, furtando os cofres públicos da continuidade da fruição de seus recursos.

Nesta esteira a Constituição apresenta, na verdade, uma recomendação ao ente tributante. Não cobre demais porque as conseqüências imediatas podem ser positivas (aumento de arrecadação), porém as conseqüências mediatas podem ser contraproducentes (exaurimento da capacidade contributiva do sujeito passivo).

Entretanto, na medida em que esta vedação é considerada limitação ao poder de tributar - verdadeiro princípio vetor do ato de tributar- esta recomendação ou orientação se torna mais taxativa e imperativa na medida em que informa, nas entrelinhas, a possibilidade do Poder Judiciário, acaso constatado o abuso configurado como confisco, desconsiderar a cobrança e inviabilizar a arrecadação, pelo menos parcial, de dada tributação.

Neste diapasão na hipótese de indagarmos se um tributo (ou crédito tributário incorporando multa) é confiscatório. Devemos perquirir, por exemplo,: Se a tributação é sobre a propriedade (constitucionalmente protegida), se seu resultado inviabiliza seu exercício, configura-se confiscatória. Se a tributação é sobre a circulação de riquezas (ou de propriedade em conjunto), se ela se mostra obstaculizada ou restringida ao ponto de desmotivá-la, configura-se confiscatória. Se a tributação é sobre a atividade econômica (lucro, faturamento, etc.) se a atividade não tem sustentação ou incremento, graças à tributação, configura-se confiscatória.

Sendo assim, o intérprete da vedação da utilização do tributo como confisco, deve considerar se específica exação (em não conjunto de) inviabiliza institutos e valores constitucionais inerentes ao nosso sistema social e econômico como a propriedade, herança, família, livre iniciativa, desenvolvimento econômico, autonomia contratual e negocial, etc. Caso isto ocorra apura-se confisco. Vale dizer que não é um procedimento fácil ou tranqüilo se fazer. No entanto caso isto não seja feito este limitador ao poder de

tributar será apenas um elemento charmoso e decorativo dentre os vários existente em nossa prolixa Constituição Federal.

1.4. APLICAÇÃO DO NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito embora constatemos inúmeras vertentes quanto à definição de confisco dada pelo Poder Judiciário, percebemos que, pelo menos o Supremo Tribunal Federal, tem entendido que caberia ao Judiciário, em atenção à denominada proporcionalidade e razoabilidade, estabelecer parâmetros de mensuração do que de fato definiríamos como confisco quando da instituição e cobrança de dado tributo.

Discuti-se, também, com relativa frequência, se as multas tributárias, sejam elas decorrentes de inadimplemento de obrigação tributária principal ou acessória, poderiam se revelar confiscatórias.

O texto constitucional, quando veda a utilização do tributo como confisco, não utiliza a expressão "crédito tributário" cujo conteúdo pode abraçar não só o próprio tributo (como normalmente o faz) mas também o tributo, multas e juros de mora (acaso ocorra inadimplemento).

Deparamo-nos com decisões que fazem uma interpretação literal do texto constitucional quando declaram que a previsão por lei de multa teria, per si, não teria caráter confiscatório; estabelecendo, assim, como premissa, que a figura da multa não equivaleria à figura do tributo, não podendo, assim, ser qualificada como confiscatória, *verbis*;

"Tributário. ICMS. Multa com caráter confiscatório. Não ocorrência. Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa -que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária -, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório." (RE 590.754-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-08, DJE de 24-10-08).

Em outro giro, encontramos decisões, também do STF, fazendo uso de uma interpretação teleológica, no sentido de que a abrangência da vedação ao confisco tributária poderia incluir também as multas ou penalidades tributárias:

"É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do quantum pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais." (ADI 1.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-6-98, DJ de 24-11-06)

"Fixação de valores mínimos para multas pelo não-recolhimento e sonegação de tributos estaduais. Violação ao inciso IV do art. 150 da Carta da República. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal." (ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 21-10-02, DJ de 14-2-03)

Já sob o enfoque da delimitação numérico-percentual na quantificação de hipotético tributo, o STF tem, como dito, rotineiramente, feito uso dos vocábulos "razoabilidade" e "proporcionalidade" ao analisar casos concretos que lhe são postulados.

Acontece que, sob a vertente destes verdadeiros princípios norteadores de outros princípios, já que ninguém poderá se insurgir contra a aferição de proporcionalidade e razoabilidade na apreciação judicial tem-se permitido àquele R. Tribunal absoluta discricionariedade quanto a estes postulados.

Se a aferição da vedação à utilização do tributo com efeito de confisco passa, necessariamente, por estas referências semânticas e axiológicas, pode-se chegar às conclusões inerradáveis. Só haverá confisco, quando da cobrança de tributo, se a composição momentânea do STF assim o entender.

E para complicar tudo (ou simplificar), o mesmo STF entende que o confisco existiria abarcando a carga tributária total (mesmo que reduzida a um único ente político) incidente sobre determinado sujeito passivo, em um determinado período de tempo ou período.

Nesta esteira percebe-se elemento dificultador por excelência. Quem ou qual órgão público, de determinado ente político, teria condições de aferir esta carga tributária total e aferir a existência de confisco, alua da previsão constitucional, a vista inclusive de seu conceito fluido ? E qual período seria este ? Se imaginarmos, por exemplo, que a União Federal, quanto aos impostos, pode instituir imposto de renda (IR), tributo cujo fato gerador é periódico e o imposto sobre produtos industrializado (IPI), tributo cujo fato gerador é instantâneo, como ficaria a delimitação temporal para afeito de certificação do confisco. Isso sem considerar as inúmeras contribuições especiais afetadas instituídas e cobradas pelo mesmo ente. Mesmo em relação à repercussão econômica do tributo, dividindo-se o tributo em direto (via de regra o caso do IR) e indireto (IPI), indagar-se-ia: Quem sofreria nos impostos ou tributos indiretos o confisco? Quem tem o dever legal de recolher o tributo ou aquele cuja repercussão econômica é destinatário? A solução para estes questionamentos o STF não dá e nem poderia partindo das premissas que apresenta (carga tributária global).

No entanto a leitura das ementas destes julgados, aparentemente, oferecer uma visão sábia daquele tribunal; porém nada acrescenta quanto ao equacionamento da interpretação da regra constitucional que veda a cobrança de tributo com efeito de confisco.

A seguir transcrevemos dois julgados do R. Tribunal cuja essência perpassa o discutido e criticado, *in verbis*;

"Tributação e ofensa ao princípio da proporcionalidade. O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado." (ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-03, DJ de 20-4-06)

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade, consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. A proibição constitucional do em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela

Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade." (ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-99, DJ de 4-4-03). No mesmo sentido: ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-03, DJ de 20-4-06.

Apresentada alguns posicionamentos do órgão principal do Judiciário vislumbra-se, a despeito da mutabilidade constante do entendimento daquele órgão sobre inúmeras matérias, principalmente, quando ocorre mudança em sua composição, que temos, na jurisprudência pátria, um caminho árduo a percorrer para a consolidação de consenso mínimo sobre o alcance e abrangência do tributo (s) com efeito de confisco conforme vedação do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente a sociedade civil convive, sem outras alternativas, com a inafastabilidade da cobrança de vários tributos a partir de dos mais diversos fatos geradores.

A partir da constatação que estamos sob a égide de um regime democrático de Direito, esta tributação foi permitida pelo seu próprio destinatário; renunciando-se, em prol do Estado, de parcela de seu patrimônio.

No entanto, ao mesmo tempo em que existe o permissivo legal para a instituição e cobrança de vários tributos, estabeleceu-se, expressamente, mecanismos, constitucionalmente previstos, para contrabalançar este poder de instituição, denominados como limitações ao poder de tributar.

Estas limitações ao poder de tributar, considerado por muitos como verdadeiros princípios constitucionais regedores do comportamento estatal ou mesmo cláusulas pétreas, por isso insuscetíveis de supressão ou redução, se dividem entre aquelas de fácil intelecção e aplicação (como o princípio da anterioridade, legalidade, irretroatividade) e aquelas cuja densidade conceitual e irradiação jurídica dependem do esforço de interpretação e conjugação de valores dos intérpretes.

Dentre eles encontramos o denominado princípio que veda a instituição do tributo com efeito de confisco.

Discutimos as dificuldades de sua compreensão e efeito prático dadas as suscetibilidades de sua apreensão terminológica conjugada com sua devida definição.

Defendemos o entendimento que para se configurar o confisco, em matéria tributária, devemos considerar o tributo isoladamente (e não o seu conjunto ou carga tributária total) e que a vedação incluiria, também, as eventuais multas acaso capituladas e integrantes do crédito tributário exigido.

Acreditamos, também, que para se averiguar a existência de confisco, o intérprete, inicialmente, deve, ao focar determinado tributo, apurar se a sua cobrança torna inviável o exercício da propriedade ou mesmo a continuidade e desenvolvimento de atividade econômica.

Constatamos, finalmente, através de alguns julgados, que o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou, de forma cristalina, quanto a efetividade desta vedação à tributação, se mostrando, muitas vezes, utilizando-se de vocábulos de conteúdo discricionário e inconsistentes, lacunoso e superficial na análise das questões desta matéria que lhe foram apresentados.

Fato é: Não interessa ao Estado brasileiro a consolidação de uma doutrina e jurisprudência bem fincada e fundamentada sobre o confisco em matéria tributária já que a ambigüidade e obscuridade desta limitação ao poder de tributar lhe permite, rotineiramente, ao cometimento de arbitrariedades na tributação, até mesmo através de confisco sob o enfoque da discutida proibição constitucional.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRITO, Edvaldo. *Dimensão jurídica do tributo*. São Paulo: Meio jurídico, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENTERRIA, Garcia e Fernandez, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1984.

GOLDSHIMIDT, Fábio Brun. *O princípio do não confisco no direito tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: dialética, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS, Ives Gandra. *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica - Pesquisas tributárias. Nova série: 11*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

[1] MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pg. 23.

[2] Constituição Federal, artigo 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto no artigo 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, O Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

[3] Constituição Federal, artigo 149-A - Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no artigo 150, I e III.

[4] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, pg. 248.

[5] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pg. 93.

[6] Artigo 60/CF - A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direito e garantias fundamentais.

Artigo 150/CF - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

[7] MARTINS, Ives Gandra. *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica - Pesquisas tributárias. Nova série: 11*, pg. 113.

[8] AMARO, Luciano. *Direto tributário brasileiro*. 12ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 110.

[9] Artigo 150/CF - Sem prejuízo...*omissis*...é vedado*omissis*:

II- instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos..

[10] Artigo 150/CF - Sem prejuízo...*omissis*....é vedado...*omissis*:

V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvado a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

[11] Art.150/CF - Sem prejuízo de outras garantias*omissis*...é vedado....*omissis*...

IV - Utilizar tributo com efeito de confisco.

[12] Não estamos considerando aquelas hipóteses dos Países (normalmente Sultanatos árabes) cuja receita proveniente do petróleo permite que possam, até mesmo, renunciar às denominadas receitas derivadas; sobrevivendo (muito bem por sinal) apenas com as receitas originárias advindas da venda do ouro negro. Esta não é uma condição natural, tendo prazo de validade na medida em que este recurso natural é esgotável.

[13] BRITO, Edvaldo. *Dimensão jurídica do tributo*. São Paulo: Meio jurídico, 2003, pg. 371.

[14] ENTERRIA, Garcia e Fernandez, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª ed.. Madrid: Civitas, 1984, p.433.

[15] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo:Saraiva, 1989, p. 141.

[16] CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 39.

[17] HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: dialética, 2002, pg. 44.

[18] GOLDSHIMIDT, Fábio Brun. *O princípio do não confisco no direito tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg. 89.

O TRIBUTO COMO ENCARGO SOLIDÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E A IGUALDADE SOCIAL

THE TRIBUTE AS SOLIDARY INCUBENCY FOR THE ECONOMIC DEVELOPMENT AND THE SOCIAL EQUALITY.

Antonio Roberto Winter de Carvalho

RESUMO

Este artigo provoca discussão de um modelo de sistema constitucional tributário, adotado após o advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde o tributo assume a função de conciliação para aparente dicotomia do dueto formado pela necessidade de desenvolvimento e pela busca da igualdade de oportunidades como forma de reduzir às desigualdades sociais, respeitadas as situações valorativas para os indivíduos e as situações em que se encontrem. Neste paradigma, insurge o dever da atuação do Estado, para quem as políticas públicas devem se comprometer com a integração do problema, de modo a solucionar a questão da carga tributária como entrave ao crescimento econômico, utilizando-se do manejo desta ferramenta para se criar mecanismos de redução da permanente desigualdade social, interpretados com base nas idéias defendidas pelo filósofo e jurista norte americano Ronald Dworkin. Para orientar o debate, analisa-se o histórico da intervenção do Estado na economia desde a criação do modelo liberal de Estado. Passa-se, então, ao estudo da intervenção do Estado na economia para a promoção do desenvolvimento nacional, garantia de igualdade de oportunidades como forma de redução das desigualdades sociais, garantindo, em consequência, a consolidação dos valores supremos da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: POLITICAS FISCAIS, DESENVOLVIMENTO ECONOMICO, IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, REDUCAO DA DESIGUALDADE SOCIAL, POLITICAS PUBLICAS.

ABSTRACT

This article provokes quarrel of a model of constitutional system tributary, adopted after the advent of the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, where the tribute assumes the function of conciliation for apparent dichotomy formed by the necessity of development and the search of the equality of chances as form to reduce to the social inequalities, respected situations for the individuals and the situations where if they find. In this paradigm, insurge the duty of the performance of the State, for who the public politics must be committed to the integration of the problem, in order to solve the question of the tax burden as it impedes to the economic growth, using itself of the handling of this tool to create mechanisms of reduction of the permanent social inequality, interpreted on the basis of the ideas defended for the

philosopher and jurist American north Ronald Dworkin. To guide the debate, the description of the intervention of the State in the economy is analyzed since the creation of the liberal model of State. It is transferred, then, to the study of the one of the intervention of the State in the economy for the promotion of the national development, guarantee of equality of chances as form of reduction of the social inequalities, guaranteeing, in consequence, the consolidation of the supreme values of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: KEY WORDS: TAX POLITICS, ECONOMIC DEVELOPMENT, EQUALITY OF CHANCES, REDUCTION OF THE SOCIAL INEQUALITY, PUBLIC POLITICS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende promover a reflexão acerca da intervenção do Estado na economia, por meio de um modelo Constitucional Tributário, onde o tributo passa a desempenhar o papel de agente regulador da economia, através de ações normativas de direção, materializadas em forma de políticas fiscais indutoras de comportamentos dos agentes econômicos, promovendo a preservação e o fomento dos negócios, com a finalidade de alçar vôo rumo ao desenvolvimento econômico nacional.

A atuação estatal, no molde concebido após a Constituição de 1988, representa a evolução da consciência da necessidade da participação do Estado como agente estimulador do desenvolvimento nacional.

Neste cenário, a utilização do tributo como instrumento de intervenção sobre o domínio econômico, implicando *a existência de ponderações extrafiscais, dado que o legislador necessariamente considerará o efeito sócio-econômico de sua decisão*. (SCHOUERI, 2005)[1].

A ação estatal se mostra necessária, quando fatores internos e externos impedem que se efetive o crescimento econômico em sua plenitude, lançando seus reflexos nefastos nas políticas de desenvolvimento e de promoção de igualdade de condições, que por sua vez impedem o pleno exercício da cidadania.

A sociedade será mais justa quanto às diferenças de riquezas forem decorrentes de diferenças nas ambições e escolha das pessoas, e tanto mais injusta quanto as diferenças de riqueza forem decorrentes de circunstâncias não escolhidas pelos indivíduos.[2]

A maior dificuldade enfrentada para a promoção do desenvolvimento econômico e para a efetiva implantação de projetos interventivos objetivos de combate à desigualdade de oportunidades encontra obstáculos na falta de recursos públicos, uma vez que grande parte dos recursos encontra-se comprometidos com o seu auto custeio funcional e com o

financiamento de projetos de infra-estrutura, o que resulta em deficiência de recursos para cobertura de todas as demais despesas, depreendendo a adoção de novas formas de políticas para o estabelecimento de novas coberturas para estes investimentos.

Este quadro delinea a necessidade da adoção de modelos constitucionais de gestão da arrecadação e aplicação de recursos financeiros e tributários, ou seja, a implantação de políticas fiscais estacadas profundamente na integração do problema, de modo a solucionar a questão da *carga tributária* como entrave ao *crescimento econômico*, instituído sob o paradigma da redução dos problemas sociais, promovendo a diminuição das desigualdades sociais, criando mecanismos fiscais para tratar os desiguais de forma diferente para se obter a igualdade[3] de oportunidades.

Nesta sistemática, o pensamento de Robert Alexy, interpretado por Marciano Seabra de Godoi[4] delinea com precisão e profundidade o tema, para quem o postulado não pode ser meramente interpretado à luz do entendimento mais simplório, uma vez que a *igualdade/desigualdade valorativa que não se esgota neste juízo de forma fática parcial* de modo que implica a *conseqüência jurídica de se determinar o mesmo tratamento, não em todos os aspectos, mas em determinados aspectos para dois indivíduos ou duas situações*. (GODOI, 131)[5]

O dueto formado pelo desenvolvimento econômico aliado as políticas sociais, comprometidas com a igualdade valorativa, devem servir de norte para delimitação das ações do Estado, na condição de “maestro” das políticas públicas de caráter constitucional-tributário comprometidas com a conjugação de condições com vistas a dirimir as desigualdades sociais em compasso com o fomento da economia.

Em consonância com este pensamento, o professor Dworkin[6], observador da dicotômica realidade norte americana, onde a prosperidade mundialmente propagada esconde nos subúrbios a pobreza, manifesta-se como crítico ferrenho das políticas instituídas pelo conservador (Partido Republicado), em especial as relativas ao corte dos tributos como mecanismo de fomento do desenvolvimento econômico e na redução no orçamento público federal das verbas e contingências para as áreas sociais, nos quais a desigualdade social assume maior relevo.

As posições e manifestações públicas do professor Dworkin fazem dele uma referencia quando se pretende debater questões acerca de políticas publicas em especial as referentes à gestão financeira, aplicação e arrecadação tributária.

(...) a abordagem de Dworkin seja eminente especulativa e forneça muito mais que uma filosofia da tributação do que uma teoria da tributação. De todo modo, Dworkin constrói uma relação entre a tributação e a garantia da igualdade dos cidadãos de uma forma mais clara e direta. (GODOI, p.85)[7]

Cabe ao Estado o dever de promover a garantia do desenvolvimento econômico comprometido com a redução da desigualdade social, consubstanciados analogicamente no pensamento do Professor Ronald Dworkin e no entendimento que a igualdade de oportunidades deve ser perseguida.

Por outro lado, cabe destacar que o Estado brasileiro encontra-se enrijecido em demasia para lançar significativos investimentos para o combate à desigualdade social, uma vez que grande parte dos recursos encontra-se comprometidos com o financiamento de projetos de infra-estrutura e com funcionamento da máquina pública, restando outros poucos recursos.

Neste viés se faz necessário lançar reflexão acerca de um modelo constitucional tributário a ser inaugurado, onde a intervenção estatal se processa por meio de mecanismos constitucionais, onde o tributo passa desempenhar suma importância vez que atua financiando a atividade do Estado, concilia interesses, conjuga princípios fundamentais contidos na Carta Magna, em um cenário de compasso com o desenvolvimento econômico.

1 - AÇÕES INTERVENCIONISTAS

As economias nacionais no Século XX, mais precisamente na década de 30, após as Grandes Guerras Mundiais, queda da Bolsa de Nova York (símbolo da grande depressão de 1930) o mundo se viu em um verdadeiro colapso financeiro, responsável pela crise econômica global em proporções nunca vistas, geradora de uma histeria generalizada entre todos os governantes dos Estados Nacionais, obrigando-os a instituírem mecanismos de maior intervenção na economia para minimizar este colapso.

Estas mudanças na economia passam a ser compreendidas e estudadas por diversos autores, nos quais, Keynes[8] e Musgrave[9], que se coadunam na visão da intervenção relativa do Estado e da mudança de pressupostos econômicos[10], que ensejam distintas atuações do Estado por meio de funções econômicas previstas no texto constitucional.

As funções econômicas desempenhadas pelo Estado passam a ser classificadas sob três formas: a) a alocativa, tendo como objetivo principal promover ajustes na alocação de recursos; b) a estabilizadora, destinada à manutenção da estabilidade por meio de planejamento de políticas públicas; c) a distributiva, encarregada de buscar a adoção de instrumentos de distribuição de renda dentro de uma política de respeito aos direitos adquiridos e a propriedade.

Neste cenário, despontam a importância do dever do Estado de adotar políticas públicas de promoção do desenvolvimento econômico em conjugado com o compromisso de dirimir a desigualdade social, garantindo o pleno exercício da cidadania aos indivíduos menos favorecidos de recursos.

O crescimento da consciência de se implantar políticas de desenvolvimento econômico, comprometidas com a redução das desigualdades sociais, assumiu maior destaque no Brasil a partir da primeira guerra, materializando na Constituição Federal de 1936, contudo, suas origens remontam ações políticas na Europa do século XVI.

1.1 – A evolução histórica da intervenção do Estado

Rememorando aspectos históricos, observa-se o impacto causado pela queda do absolutismo concentrador e ingerente em todas as áreas, em virtude das Revoluções Burguesas, Gloriosa (1.525) e Francesa (1.789), alicerçadas em ideais iluministas, cujas repercussões consagraram o Estado Liberal ou Abstencionista, como o chama Odete Medauar[11], caracterizado pelo distanciamento estatal em relação à vida social, religiosa e econômica do indivíduo.

Neste cenário, a garantia do exercício dos direitos do indivíduo ganhou relevo, preservando-o das injunções estatais e consolidava-se uma concepção econômica própria, cujo princípio básico residia na completa abstenção do Estado sobre as relações sócio-econômicas, sociais e políticas, que geraram, na realidade, a hegemonia de uma elite capitalista e instrumentalizada para a opressão dos fracos e a consolidação da segregação social.

(...) o tributo começa a assumir suas características atuais e passa a ocupar a posição de principal categoria de receita pública exatamente no período em que o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei é afirmado pelas vitoriosas revoluções burguesas, que estabelecem uma nova ordem jurídica, política e social (GODOI, p.25)[12]

A transição do capitalismo industrial para o capitalismo financeiro, a partir da segunda metade do século XIX, atrelado à segunda fase da Revolução Industrial, aumentou de tal maneira a produção de bens na Inglaterra, França e Estados Unidos, configurando diversas crises do sistema, culminando com a “Grande Depressão de 29”.

Em resposta ao descompasso entre a Lei da Oferta e da Procura, a política do “New Deal”, aplicada por Roosevelt na economia americana, nada mais foi do que a clara intervenção estatal na economia para socorrer o grande capital interno, facilitar o crédito, restringir as importações e trazer de volta para os EUA capitais americanos até então investidos em países europeus.

Enquanto a economia interna americana, como resultado do “New Deal” se recuperou, a grave crise político-econômico instalou em países europeus como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, que não possuíam economias tão fortes quanto à francesa e a inglesa, que garantiram uma economia independente das importações e do capital norte-americano.

Paralelamente, países recém saídos de uma estrutura feudal, tal qual a Rússia, optaram por abandonar o sistema capitalista e criar num novo sistema, o socialismo, com a intervenção estatal exacerbada na economia, vislumbrando a criação de uma sociedade igualitária e com a supressão dos direitos políticos, até então garantidos pelos princípios liberais.

A crescente mobilização das massas populares e o medo de que o proletariado internacional se deixasse seduzir pelos ideais revolucionários do leste europeu, ensejou a evolução do sistema capitalista para o Estado Social, o “*Welfare State*”, caracterizado pela intervenção estatal na economia e pela busca em realizar a justiça social.

Nas palavras de Paulo Bonavides:

(...) quando o estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do Quarto Estado faz ao poder político, confere no Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da providência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regulam os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, colocado na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com Justiça receber a denominação de Estado Social. [13]

A crise do Estado-providência faz ressurgir os ideais liberais, sob a nova denominação de neoliberalismo, doutrina político-econômica que pretendia adaptar o modelo liberal às novas condições do capitalismo do século XX, contrapondo o Estado mínimo ao Estado Social.

Dos ideais liberais nasce o neoliberalismo, onde se defende a menor intervenção protecionista do Estado na economia, salvo as necessárias à manutenção da ordem econômica de livre-concorrência, evitando as tendências monopolísticas.

O pensamento Keynesiano[14] sofre uma ruptura, onde o novo liberalismo econômico fixa hierarquia de legitimidade das despesas públicas, por referência a um discurso sobre as necessidades sociais ganham relevo frente ao aprofundamento das desigualdades sociais.

A internacionalização dos mercados econômicos começa a ser institucionalizada, gerou resultados contraditórios, manifestado pelo grande desenvolvimento da economia capitalista e conseqüente repercussão nos sistemas financeiros internacionais.

Como efeito colateral, se acentuou a pobreza e a exclusão de grande parte da população do mercado de trabalho provocando em países como o Brasil a necessidade de aumentar a atratividade para o setor financeiro, para tal institucionalizou-se uma política de elevação de juros, por conseguinte os investimentos na produção perderam sua atratividade para a iniciativa privada.

A reflexão sobre a dimensão dos problemas sociais brasileiros nos remete à exclusão social, quando falta ao cidadão acesso aos canais oficiais de representação e aos (poucos) serviços prestados pelo Estado, com constante desrespeito ao próprio pluralismo social, “pseudo-assegurado” no plano constitucional.

Se as diversidades sociais, econômicas, políticas e religiosas deveriam ser respeitadas, no Brasil, elas ensejam dificuldades no convívio e resultam na segregação social, transparecendo a distância entre os incluídos e excluídos desta sociedade.

Tardiamente, o Estado está constatando a sua impotência em solucionar estas questões, distanciando-se do *Welfare State*, posto que financeiramente submetido aos interesses do mercado internacional e, internamente, ultrapassado em suas gestões administrativas, de modo que as políticas econômicas acabaram por agravar as desigualdades sociais.

Neste cenário, o Estado não cumpriu o dever de fornecer o um padrão de vida mínimo e decente a todos os membros da sociedade[15].

2 – A LEGITIMIDADE DO PODER ENCONTRA ASSENTAMENTO NOS ANSEIOS DAQUELES QUE O LEGITIMAM

Superadas as discussões históricas acerca da atuação do Estado na economia e o agravamento das desigualdades sociais, se faz necessário a análise da conjectura atual, instituída pela Constituição de 1988, com o objetivo precípuo de garantir o desenvolvimento nacional e ao mesmo tempo buscar a redução das desigualdades sociais[16], da erradicação da pobreza e a da marginalização social, dentro de um contexto focado na redução das desigualdades sociais e regionais.

O compromisso com o desenvolvimento econômico inserido dentro de uma dissociação teórica com a garantia das igualdades de oportunidade se tornou latente na Constituição de 1988, instituindo o dever de garantir o pleno exercício da cidadania dentro dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, conforme prescreve o texto constitucional:

Art. 170. A ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - a propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - a defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente (...); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis nacionais, cuja sede e administração sejam no Brasil.[17]

O texto da Constituição de 1988 representou um marco, contendo dispositivos legais comprometidos com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, proibição da discriminação de origem, sexo, raça e cor. Neste contexto, o Estado assumiu novo dever frente aqueles com o qual exerce o seu poder, passando a conceber políticas públicas comprometidas com a valorização da vida e com a redução das desigualdades, creditando a esta importância maior.

Ronald Dworkin[18] destaca que o governo só é legítimo se suas ações concebem o apreço maior a vida humana, instituindo políticas de valorização da vida, como previsto no artigo 3º e 5º do texto da Constituição do Brasil.

Neste aspecto a Carta Magna dentro de um posicionamento dirigente e efetivo na seara econômica, assume o modelo econômico de bem-estar, atribuindo ao Estado[19] papel de agente responsável pelo planejamento e instituição de políticas públicas de desenvolvimento econômico vinculado a promoção do desenvolvimento econômico concomitantemente com as políticas de redução das desigualdades de oportunidade.

No entendimento de EROS ROBERTO GRAU (2003)[20], a ordem econômica constitucional possui uma configuração peculiar, uma vez que adotou como modelo econômico o sistema capitalista, e postula um modelo de bem-estar social, que deverá ser alcançado através das políticas públicas implementadas pelo Estado.

É notória a dificuldade prática em compatibilizar estes dois objetivos do Estado Democrático de Direito: a uma porque os interesses econômicos, na maioria das vezes, caminham frente a uma maior desigualdade social, e a duas em razão de seu poder e força excessiva. As dificuldades de reduzir as desigualdades sociais no Brasil são evidentes frente ao elevado nível de desnível social, entre os estados federados industrializados e os subdesenvolvidos, quanto entre a própria população interna destes estados.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil da entrada do século XXI, se posiciona entre os países mais desiguais do planeta ao atribuir que *1% dos mais ricos da população a mesma riqueza que os outros 50% mais pobres, aos quais os 10% mais ricos ganham 18 vezes que os 40% mais pobres*[21].

Este índice posiciona o Brasil entre os países mais desiguais do mundo, sendo que apenas 10% dos brasileiros detêm 50% do total da renda de toda a população e 50% dos brasileiros detêm apenas 10% da renda nacional.

O que de fato se verifica é a inserção no texto da Constituição de dispositivos com viés inserido dentro dos preceitos de igualdade, contudo o que se observa é um cenário de desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, o que retira grande parte da legitimidade concedida inicialmente aos governantes.

A legitimidade dos governos decorre de sua sincera preocupação em tratar individualmente cada cidadão com igual respeito e consideração, de modo que as liberdades individuais e as garantias sociais mínimas sejam respeitadas, vislumbrando-os como pessoas humanas que possuem o mesmo valor intrínseco.

Neste cenário, a aplicabilidade do enunciado que *a igualdade é uma espécie ameaçada entre os ideais políticos, apreçada* por Dworkin, assume relevo vez que se denota sua ausência de fato.

Dworkin propaga que *o Estado laissez-faire é uma ilusão*[22], a necessidade da liberdade econômica mantida, contudo não se pode esquecer que igualmente se faz necessário a intervenção do Estado, como meio de assegurar o desenvolvimento econômico contínuo comprometido com a redução das desigualdades sociais.

Para Dworkin o Estado deve assumir a responsabilidade efetiva pela fiscalização e a manutenção do sistema como forma de instituir mecanismos distributivos de transferência de recursos com vistas à promoção da igualdade de oportunidades de escolhas.

3- A ADOÇÃO DE UM MODELO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO COMO FORMA DE FOMENTAR O DESENVOLVIMENTO E A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

Dentro da nova perspectiva inaugurada pela Constituição de 1988, o desenvolvimento econômico comprometido com a questão social surge não só como uma necessidade, mas também como um poder-dever do Estado, imbuído de larga autonomia para a definição de suas políticas públicas, de onde sobressaem as questões de ordem tributária como ferramenta imprescindível.

Ricardo Lobo Torres[23] ressalta que *o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, constitui o preço da liberdade, pois é o instrumento que distancia o homem do Estado.*

Prioritariamente, o tributo deve ser considerado com dever patriótico, manifestado sob a forma de encargo indispensável ao financiamento das atividades do Estado comprometido com a instituição de políticas sociais.

A economia capitalista de mercado é o melhor meio que dispomos para gerar empregos, criar riquezas, empregar o capital na produção e distribuir bens e serviços. Por outro lado, ela inevitavelmente gera grandes desigualdades econômicas e sociais, que frequentemente se tornam hereditárias e que, a menos que se tomem medidas especiais para combater esses efeitos, deixam um segmento significativo da sociedade em condições de privação não só relativa como absoluta. (MURPHY, p.249)[24]

As políticas fiscais tradicionais se posicionam como elo de função inversamente proporcional entre o desenvolvimento econômico, onde assume a postura de encargo necessário, e as políticas sociais, a função de financiador das atividades, contudo a política fiscal deve ser vista como justiça social, conforme definição de Liam Murphy e Thomas Nagel para quem:

(...) o valor que orienta a política fiscal não pode ser a justiça tributária, mas sim a justiça social, e de que os direitos de propriedade são convencionais: em grande medida, são produto de políticas tributárias que tem de ser avaliadas por critérios de justiça social; por isso mesmo, não podem ser usados para determinar se os impostos são justos e quais não são. (MURPHY, p.238)[25]:

3.1 – Da impossibilidade de aumento da elevada carga tributária

A carga tributária brasileira compromete atualmente mais de 1/3 da participação do produto interno bruto nacional e insere o Brasil na lista dos países com as mais elevadas cargas fiscais do mundo, ao lado da França, Alemanha e Suécia, sem conduto promover o mesmo retorno para a população que estes proporcionam.

Os indicadores relacionados com a participação dos impostos dentro do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional atingem números alarmantes[26]: durante o Plano Sarney (1996) a participação no PIB era 22,39%, atingindo nos dias atuais algo próximo de 35,21% (2006), alcançando um faturamento de R\$ 817.936.000,00, apesar da queda da produção frente à crise econômica, em 2008 a participação no produto interno bruto foi de 36,56%, crescimento de 14,43% em relação ao ano de 2007[27].

Merece destaque nestes números a importância dos tributos indiretos, incidentes sobre todos os contribuintes de modo disfarçado, escondidos nos preços, onerando inclusive os mais miseráveis e exercendo significativo impacto na atribuição da carga tributária do Brasil.

Diante destes números, é possível inferir que no Brasil os impostos possuem elevada participação dos tributos no PIB, números estes compatíveis com os níveis dos países desenvolvidos e incompatíveis com a baixa qualidade da contraprestação estatal oferecida em especial no âmbito social.

A explícita dicotomia, obtida pela análise do produto da arrecadação em relação à contraprestação estatal, conduz a inequívoca conclusão de que a elevada arrecadação tributária nacional se perde antes de atingir a sua finalidade frente a um descompassado sistema organizacional governamental.

A arrecadação tributária atinge anualmente recorde, em contraponto, os investimentos na contraprestação estatal dos serviços e projetos sociais, experimentam uma estagnação dos valores investidos, percorrendo o caminho inversamente proporcional ao crescimento se comparado ao que arrecada e ao aumento populacional.

A utilização do tributo sem a imposição de limites e como simples meio de arrecadação é perigosa, causa efeitos nefastos e opostos ao ideal de desenvolvimento, vez que retira de circulação recursos, desestimulando o exercício da atividade produtiva, tornando o produto nacional menos competitivo e interferindo negativamente no viés de crescimento da economia e na abertura de novos postos de trabalho.

3.2 – Da aplicação de políticas fiscais comprometidas com a redução das desigualdades sociais

A eficiência tributária percorre os caminhos traçados na Constituição de 1988, atribuindo ao Estado o dever de implantar políticas fiscais concebidas para promover o crescimento econômico sustentável, comprometido com a redução das desigualdades sociais e assumindo a nova postura de extra-fiscalidade[28].

O tributo revestido da função extrafiscal passa a desempenhar um importante papel na política de estabilização econômica, vez que gera desenvolvimento comprometido com o social, fomentando investimentos diretos em habitação, saúde, previdência, na geração de empregos, dentre outros.

O papel desenvolvimentista da política fiscal deve representar um aliado para a solução dos problemas sociais, atuando diretamente na diminuição da desigualdade social, na geração de renda e no aumento de postos de trabalho, dentre outras.

A criação de políticas fiscais comprometidas com o desenvolvimento econômico e com redução das desigualdades sociais deve iniciar na implementação da justiça tributária, focada no patrimônio e na renda, e balizada pelos princípios[29] constitucionais tributários da igualdade, capacidade contributiva, progressividade, seletividade, essencialidade, equidade, dentre outros.

As ações de política fiscal social encontram no princípio da igualdade um dos seus principais alicerces tributário, inseridas dentro do ordenamento por meio de uma política mais justa e igualitária, materializada no entendimento de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*[30], concomitante com os preceitos constantes no princípio da capacidade contributiva.

O desenvolvimento nacional e a promoção da igualdade de oportunidades encontram confortável assento no contexto de que o tributo deva ser graduado segundo a capacidade contributiva[31] do administrado, prescrevendo o tratamento desigual para os desiguais, como forma de minimizar as diferenças, tributando mais de quem ganha mais, conduzindo o Estado para a criação de um ambiente de justiça fiscal comprometida com a redução das desigualdades.

Nesta ótica, o princípio constitucional da proporcionalidade[32] deve estar aliado às questões relacionadas à progressividade da alíquota, instituindo verdadeiramente uma política de justiça fiscal comprometida com o desenvolvimento e com a sustentabilidade da erradicação de problemas sociais, vez que o imposto progressivo é aquele que exige uma alíquota maior à medida que o valor tributável é mais considerado[33].

Nesta característica, o tributo assume proeminente função social, devendo graduar situações em função de sua seletividade[34], vez que assim procedendo, discrimina de modo diverso os produtos em função de determinados de sua essencialidade e importância para a população.

3.3 – Do tributo como contribuição solidária do contribuinte em prol da sociedade

O encargo financeiro de arcar com o tributo deve ser visto como uma contribuição solidária de natureza econômica e patrimonial, realizada pelo contribuinte em prol de toda sociedade, como forma de permitir ao Estado[35] o desenvolvimento de suas potencialidades, implantando mecanismos de contraprestação de serviços eleitos como

fundamentais e essenciais pela Constituição, tais como a segurança, a educação, a saúde, o estímulo à liberdade de iniciativa, o trabalho e ao pleno exercício da cidadania.

O desenvolvimento econômico não pode ser encarado como apenas crescimento da economia, sua amplitude objetiva a expansão e a estabilização macroeconômica, fomentadora da distribuição da riqueza em prol do bem estar social, valorizador do trabalho humano e comprometido com a erradicação das desigualdades e assegurando o mínimo existencial[36] a todos.

3.4 - Da política fiscal como fomentadora do desenvolvimento econômico e social

O sistema constitucional tributário deve ser encarado como um mecanismo aliado do desenvolvimento econômico, vez que fazendo uso desta ferramenta de pode-se reverter e direcionar direta e indiretamente os benefícios, no intuito de minimizar as desigualdades sociais.

O resultado da política fiscal desenvolvimentista e social de sucesso se manifesta diretamente por meio da geração de empregos, pela melhoria da qualidade de vida da comunidade, pela redução do custo de aquisição de produtos considerados como essenciais, pela inclusão social dos trabalhadores, dentre outros vários benefícios.

A instituição de uma política tributária, comprometida com o desenvolvimento econômico e social, se materializa através da aplicação da justiça fiscal com a edição de mecanismos legais, com o objetivo de redistribuir as imposições, em observância do princípio da capacidade contributiva, *onerando mais pesadamente aqueles que têm mais aptidão para contribuir e desobrigando do pagamento aqueles que muito embora possuam capacidade econômica, não possuem capacidade para pagar tributos*[37], vez que sua renda é absorvida com a sua manutenção familiar.

Além dos benefícios diretos da aplicação da política fiscal, comprometida com o desenvolvimento econômico e social, merece destaque os benefícios indiretos, proporcionados pelo crescimento do setor produtivo, gerando proporcionalmente o aumento da arrecadação tributária para o Estado, que por seguinte reinveste estes recursos na melhoria dos serviços públicos essenciais como a saúde, segurança, educação, a previdência, entre outros.

4- DA IMPORTANCIA PARA DESLINDE DO TEMA DO PENSAMENTO DE DWORKIN

A interpretação do ideal apregoado pelo professor Dworkin em sua obra *Sovering Virtue - The Theory and Practice of Equality*[38], parte da premissa de que todas as pessoas são igualmente valiosas por isto deve ser tratada com igual consideração e respeito,

desta feita a igualdade de recursos é o ideal mais condizente com a dignidade da pessoa humana, na qual o Estado desempenha papel preponderante promovendo a distribuição de recursos de modo que dentro do possível ninguém tenha menos acesso e liberdade para escolher do que os outros.

Como solução distributiva Dworkin ilustra seu posicionamento, quando insurge com o seu *leilão hipotético*, no qual todos os indivíduos terão mesma capacidade econômica de comprar a mesma quantidade de produtos, conduzido neste “mercado” cada um adquiriria os bens que lhe parecessem mais valiosos.

Assegurando a igualdade de recursos e oportunidade aos indivíduos, Dworkin demonstra claramente sua repulsa ao Laissez-faire, vez que em seu entendimento cabe ao governo a condução de políticas públicas comprometidas com os interesses dos governados, observando, contudo certa dose de liberdade de escolha individualmente analisada.

O governado como membro da comunidade não pode sozinho abandonado por todos com a má sorte, por isto o Estado tem o dever de promover políticas públicas que garantam oportunidades descentes para o indivíduo, desenvolvendo suas potencialidades e ao garantindo a proteção contra eventualidades.

Ainda no mundo da filosofia didática de Dworkin, o professor sugere imaginariamente que se considere a criação de uma espécie de seguro, com alíquotas dos prêmios proporcionais e progressivas as rendas dos segurados, representação abstratamente do que seriam os impostos.

Os impostos que as pessoas pagam para financiar o Estado deve ser repassado em parte para financiar programas públicos, a título ilustrativo estes podem ser interpretados como prêmios de seguro e os benefícios que as pessoas recebem quando estão doentes, desempregadas ou necessitadas de alguma forma como benefício deste seguro.

O seguro extensivo a todos, tem sua utilização prevista para resguardar contra a má sorte de uma fatalidade, fatalidade, ou seja, serem utilizados em situações que independem (sorte bruta) da vontade do segurado, como ocorrem no caso de uma incapacidade física, catástrofes, e outros.

Os impostos foram tratados como assistentes do direito constitucionalmente estabelecido, demonstrando sua preocupação com o destino de seus membros na obra *Sovering Virtue* (virtude soberana).

Representando uma verdadeira evolução à obra anterior, em seu último trabalho Dworkin inaugura o debate de modo mais objetivo, demonstrando preocupação com a instituição da verdadeira democracia, analisada sob a ótica dos mais diversos temas.

Nesta obra, intitulada *Is democracy possible here ?* Dworkin debate temas polêmicos e atuais, contudo nos interessa a questão da democracia e da justiça tributária (*Taxes and Legitimacy*), onde passa a desenvolver uma idéia de política nacional sustentável comprometida com a justiça social inserida em um ideal igualitário, respeitando a liberdade e os direitos humanos individualmente considerados, respeitando as concepções individuais independente do posicionamento político adotado.

Contudo Dworkin assume uma posição política declaradamente favorável ao partido Democrata e por sua vez profere críticas contrárias a redução da carga tributária como mecanismo de promover indiretamente o aumento da renda, uma vez que segundo os Republicanos, a redução reduziria o custo e respectivamente aumentaria o consumo.

Dworkin defende a manutenção da carga tributária e o aumento os investimentos sociais com a idéia de que o Estado deve estar preocupado e comprometido com a vida de cada uma das pessoas sobre o qual declara seu domínio, de modo a reconhecer que a vida humana é intrinsecamente e igualmente valiosa, por isto cada pessoa tem a responsabilidade pessoal e inalienável de perceber o seu valor, em igual sentido devem os indivíduos valorizarem a vida do próximo.

O poder só é totalmente legítimo se este representa a totalidade dos anseios daqueles que representa o consentimento por meio do voto, logo deve agir com justiça e racionalidade dentro da função a este atribuída.

Neste cenário, a legitimidade do governante é igualmente proporcional ao vínculo que as ações dos governantes preservarem com os anseios populares, encontrando abrigo a instituição de políticas desenvolvimentistas compromissadas com a igualdade de oportunidades.

Ao Estado cabe a instituição de mecanismos distributivos, vez que a injustiça fundamental a ser resolvida e que encontra intrinsecamente relacionada com questões de ordem de políticas públicas, de onde sobleva a importância da instituição dos impostos, se concentra em promover a distribuição mais justa da riqueza, no qual deve ser aplicada para financiar ações comprometidas com os programas de combate ao desemprego e da aposentadoria, da assistência à saúde e a ajuda às crianças na pobreza dentre outros.

A verdadeira democracia só é possível quando existe o comprometimento com a aplicação dos recursos visando o controle da arrecadação e destinação dos tributos, respeitando as liberdades individuais consensuais, em contrário senso, se existe desacordo, este deve ser respeitoso e argumentado, sob pena de desrespeito do instituto basilar da democracia, ou seja, do governo consubstanciado no bem estar da maioria.

Dentro desta idéia, o autor nos remete a uma singular reflexão acerca do que chama *ex post*[39] e *ex ante*[40], no qual sugere que boa parte da diferença que a sorte traz nas vidas das pessoas decorre de seus investimentos e de sua sorte e da conseqüente contingência gerada por estas escolhas.

O desenvolvimento econômico e a perseguição pela verdadeira igualdade de oportunidades instituídas através de políticas de tributos e controle de gastos parece ser a solução óbvia, uma vez que a taxação acontece depois que as pessoas tiverem feito suas escolhas e, portanto se reflete nos preços e nas escolhas que uma economia forçada faria.

Dworkin prega a necessidade de criação de um governo *ex ante*, realiza todas as ações para colocar os indivíduos em posição igual à priori de qualquer guinada de má ou boa sorte do destino que possa torná-las desiguais.

Neste aspecto Dworkin sugere a criação de um seguro contra o desemprego, baixa de produtividade, ou má sorte. Por outro lado o comprometimento com a igualdade *ex post* se encarrega, o quanto possível, de restaurar a posição que o indivíduo vítima de uma doença ou desemprego teria quando o mesmo tem suas riquezas fossem lançadas abaixo do que os outros teriam.

Ou seja, políticas *ex post* devem ser adotadas como exceção a regra, frente a calamidades ou a situações da qual não haveria como se prever, planejar anteriormente ou mesmo se proteger contra os riscos por meio de alguma forma de seguro.

Segundo Dworkin, cabe ao Estado o desafio de se obter a verdadeira legitimidade de uma sociedade que não atribui e trata as pessoas de igual valor, e por isto ameaçada pelas desigualdades entre a pobreza (sem nenhuma provisão adequada de saúde, moradia, nutrição e educação) e a riqueza.

Considerações Finais

A Constituição Federal de 1988, inserida na evolução dos ideais de maior compromisso do Estado com a livre economia, atribuiu de modo mais dirigente ao ente público, o dever de regular a ordem econômica como forma de promover o crescimento econômico, compromissado com a igualdade de oportunidades como forma de promover a verdadeira redução das desigualdades sociais, garantindo um mínimo existencial compromissado com a garantia dos direitos fundamentais, com a liberdade de escolha como forma de exercício da plena cidadania do indivíduo.

Curiosamente, a equação destes pontos tão antagônicos, encontra no sistema tributário um forte aliado, se situando como ponto comum entre o desenvolvimento econômico e a política social.

O tributo representa para aqueles que fomentam o desenvolvimento como um encargo necessário e como uma contribuição patriótica do contribuinte solidário para com o Estado, encarregado de promover a instituição de políticas fiscais compromissadas com o desenvolvimento econômico.

Por outro lado, o tributo representa para a solução dos problemas sociais a fonte de recursos para o exercício e a manutenção de políticas compromissadas com a garantia de igualdades de oportunidade.

As políticas fiscais instituídas nesta ótica norteiam a implantação de mecanismos visando o aumento da produção e a instituição de facilidades para o desenvolvimento econômico, empregados sob a perspectiva de instituí-las conjuntamente com a solução dos problemas sociais, de onde sobressai a criação de novos postos de trabalho, da melhoria do poder aquisitivo do trabalhador e da redução das desigualdades sociais.

O crescimento proporcionado pela implantação desta política fiscal contribui para a solução dos problemas sociais de desigualdades sociais conforme asseverou Dworkin na análise da economia das economias anglo-saxônicas.

Neste sentido, a legitimidade de um governo só pode ser considerada quando este dispõe a defender os interesses dos governados, de onde sobressai o entendimento acerca do dever do Estado de instituir políticas fiscais com a qual se garanta condições de garantir aos governados a segurança mínima contra eventuais fatalidades, ao passo que também deve ser garantida condições mínimas compromissadas para assegurar a justa liberdade de escolha às condições mínimas e necessárias.

Por outra ótica, contudo no mesmo ideal, o produto da arrecadação deve servir de meio para o financiamento para a manutenção de políticas sociais, com vistas a assegurar o mínimo existencial para toda população e de fomentar investimentos nas áreas da saúde, habitação, educação e previdência.

À administração pública é atribuído o importante dever de planejar e instituir mecanismos baseados em políticas fiscais necessárias ao desenvolvimento e a estabilidade econômica, asseverando, contudo, a finalidade social destas ações e o comprometimento com a justiça fiscal e social construída sob os pilares principiológicos da capacidade contributiva e da igualdade.

A importância das idéias defendidas por Ronald Dworkin, consubstanciadas dentro da realidade anglo-saxônica, ilustram com propriedade o pensamento aplicado à realidade nacional, contudo o presente artigo ir além, de modo a demonstrar que o tributo constitucionalmente visto, pode e deve ser utilizado como mecanismo de fomento da economia de um modo mais amplo, sugerindo um modelo tributário a ser adotado.

Neste esboço é possível materializar o modelo defendido por meio de diversas práticas isoladamente adotadas pelos diversos entes do pacto federativo.

A aplicação do princípio da seletividade do ICMS e IPI sobre os produtos considerados essenciais para o desenvolvimento humano, de modo a reduzir o custo destes produtos, aumenta diretamente o poder de compra dos trabalhadores, conseqüentemente gerar aumento da produção e criando um efeito positivo em cadeia.

A isenção tributária incidente sobre os insumos e sobre a pequena propriedade rural, como forma de beneficiar os pequenos produtores e as respectivas cooperativas a estes vinculados, possui o intuito de assentar o homem no campo, estimular a agricultura familiar e ao mesmo tempo garantir o menor custo destes produtos no mercado nacional e internacional.

Incentivar projetos habitacionais, através da construção da casa própria de baixa renda, é instituir isenções especiais para produtos da construção civil popular. Estendendo também os benefícios em relação ao IPTU, nos termos da CF/88, art.182, §4º, que assume um aspecto que busca incentivar o desenvolvimento através da construção de casas populares, com observância nos princípios da seletividade, capacidade contributiva, igualdade e progressividade, fixando alíquotas variáveis, em razão da localização, do uso e das dimensões dos imóveis em conformidade, inclusive, com o Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257, de 2001).

Concessão de benefícios de cunho fiscal, comprometidos com o crescimento econômico e com a geração permanente de postos de trabalho, na garantia de igualdade de oportunidades e no combate a desigualdade social, se concretiza com valores e direitos fundamentais, como ocorre nos casos das fundações sociais, educacionais e de saúde.

Em fim, restou demonstrado que o tributo, se bem utilizado, pode se tornar importante ferramenta para garantir o crescimento sustentável de uma economia desenvolvimentista, compromissada com a igualdade de oportunidades, redução das desigualdades por meio do aumento do poder aquisitivo e enfim com a questão social, desde que existam vontade e interesse político de solucionar o problema e de se respeitar o modelo constitucional vigente, contudo sugerindo uma maior e melhor aplicação dos recursos gerados por um modelo de sistema constitucional tributário, isto é, comprometido com a redução das desigualdades sociais e com o compromisso de geração de emprego, renda e desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças**. Forense: Rio de Janeiro, 1969.

BARBOSA, Rui. **Correspondência do Conselheiro Manuel Pinto de Souza Dantas**. Arquivo da Casa Rui Barbosa (1962). Rio de Janeiro, Fundação Rui Barbosa.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. Saraiva: São Paulo 1963.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**, Editora Malheiros: São Paulo, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3º. edição, Editora Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1991.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. 6º. Edição. Forense. Rio de Janeiro, 1998.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana e a prática da igualdade**. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005. Tradução Jussara Simões. Título original: *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*.

DWORKIN, Ronald. **Sovering Virtue**. The Theory and Praticce of Equality, Cambridge-London: Havard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Taxes and Legitimacy. Princeton: Princeton University Press, 2006. pp.90-126.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética Editora, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª edição, Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. *In* **Princípios de Direito Tributário**. Heleno Taveira Tôres (coord). Ed.Renovar: São Paulo 2006.

GUEDES, Marco Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**,

IBPT, Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. A carga tributária nacional, 13 de junho de 2007, disponível no site <http://www.ibpt.com.br>. Acesso em: 20 de Set. 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Função Social do Tributo. Curso de Direito Tributário**. 21ª. Edição, Editora Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Econômico e Tributário – Comentários e Pareceres**. Editora Resenha Tributária: São Paulo, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª edição, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

MELLO. Maria Chaves de. **Law Dictionary** (english / portuguese). Metodo Editora. São Paulo, 8ª Edição, 2007.

MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das finanças públicas**. Atlas, São Paulo: 1974.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O Mito da propriedade**. Ed.Martins Fontes, São Paulo 2005. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Título original: *The myth of ownership: taxes and justice*.

SANTOS, Manuel Lourenço dos. **Direito Tributário**. 3ª.ed.FGV: Rio de Janeiro, 1970.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica**. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

WAGNER, José Carlos Graça. **Tributação Social do Trabalho e do Capital**. Resenha Tributária: São Paulo, 1982.

XAVIER. Ronaldo Caldeira. **Latin no Direito**. São Paulo Editora Forense, 5ª Edição, 1996

[1] SCHOUERI, Luis Eduardo. *In Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro:

Forense, 2005.

[2] GODOI, Marciano Seabra de. *In Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. Ed. Dialética, São Paulo, 1999, p.107.

[3] Baseado no texto Oração dos Moços escrito por Ruy Barbosa, de onde sobressai: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.” (Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1953, p.32)

[4] *Idem*, p.129.

[5] *Idem*, p.130.

[6] Ronald Dworkin, frequentou a escola de Direito de Harvard (Harvard Law School), onde obteve seu LLB. Professor de Direito na Universidade de Yale (Yale University, New Haven, Connecticut, EUA), de 1962 a 1969, onde veio a ocupar a Wesley N. Hohfeld Chair of Jurisprudence. Cátedra de Jurisprudência em Oxford, como sucessor de H. L. A. Hart. Após sua aposentadoria em Oxford, Dworkin dedicou-se à cátedra Quain Professor of Jurisprudence na Universidade de Londres (University College London, Inglaterra), assumindo, logo em seguida, a cátedra Bentham de Teoria do Direito, posição que ainda mantém. Dworkin também foi distinguido como Frank Henry Sommer Professor of Law na Universidade de Nova York (NYU - New York University, EUA), instituição em que leciona Direito e Filosofia nos programas de pós-graduação, desde o final dos anos 1970.

[7] GODOI, Marciano Seabra de. *In Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. Ed. Dialéitca, São Paulo, 1999.

[8] KEYNES, John Maynard. O Fim do ‘Laissez-Faire’, pp. 111-124.

[9] MUSGRAVE, Richard A. Teoria das finanças públicas : um estudo de economia governamental. São Paulo: Atlas, 1974. v.2. Il.; tabs, pp.

[10] Bercovici, 2005, pp.45.

[11] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 2006, Revista dos Tribunais, 10ª. ed., pág. 24

[12] GODOI. Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. p.25

[13] BONAVIDES, Paulo, 1980. p.205.

[14] KEYNES, John Maynard. O Fim do ‘Laissez-Faire’, pp. 111-124.

[15] MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas *in* O Mito da propriedade, pág.124.

[16] “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I) construir uma sociedade livre e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Constituição Federal, 1988).

[17] BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** – Promulgada em 1988. Brasília: Senado, ed.atualizada 2006.

[18] DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here ?** Taxes and Legitimacy. Princeton: Princeton University Press, 2006. p.94/95.

[19] Este novo papel atribuído ao Estado pelo artigo 174 da Constituição de 1988, contempla suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, tanto para o setor público quanto para o privado.

[20] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed., Malheiros: São Paulo, 2003.

[21] <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/12062003indic2002.stm>

[22] DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here ?** Taxes and Legitimacy. Princeton: Princeton University Press, 2006. p98/99

[23] GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. p.183.

[24] MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas *in* O Mito da propriedade, pág.248/249

[25] *Idem*, p.238.

[26] Indicadores fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) por meio de mala direta aos associados, também disponível no site <http://www.ibpt.com.br>.

[27] Estes percentuais não levam em conta os dados relativos à sonegação, considerada alta no Brasil. O que leva a acreditar que o impacto da carga tributária sobre o setor econômico formal é muito maior do que o divulgado, vez que os pagantes acabam ao final por arcarem com um custo daqueles que não pagam.

[28] “Extrafiscal ou extrafiscalidade é quando seu objeto principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.” (MACHADO, 2002, p.68)

[29] Entendemos tributo como uma espécie de mandamento abstrato, vinculado às concepções de valores comprometidos com os ideais de justiça, ética, cidadania e democracia.

[30] Artigo 5º da **Constituição Federal** da República Federativa do Brasil de 1988.

[31] Manoel Lourenço Santos lembra que “o princípio da capacidade contributiva, universalmente consagrado pela Ciência das Finanças, facilmente impressiona o nosso espírito, como regra comum de justiça: O Estado deve repartir a carga tributária de acordo com as possibilidades econômicas de seus habitantes, de modo geral, e, de modo

específico, conforme a capacidade econômica de cada indivíduo, poupando, tanto quanto possível, o necessário físico de cada um” (SANTOS, 1970, p.96).

[32] Uma clara manifestação do princípio da progressividade se encontra materializada no Imposto de renda, instituindo a progressão das alíquotas conforme cresce a base de cálculo. A idéia desta progressão de alíquotas se baseia que a propensão para consumir uma parcela maior da renda tende a ser inversamente proporcional à renda.

[33] Deodato, Alberto. **Manual de Ciência das Finanças**. 19º ed. Editora Saraiva, São Paulo, 1983, p.71.

[34] Leciona Zelmo Denari (1998, p.280) ao esclarecer sobre a seletividade “(...) suas alíquotas são fixadas em função da essencialidade dos produtos (art.48 do CTN), de tal sorte que os produtos essenciais (alimentos, medicamentos etc.) recebem menor carga tributária e os produtos supérfluos (cigarro, bebidas) são onerados pela tributação”.

[35] “O Estado não é o dono de seus cidadãos nem estes são donos uns dos outros. Mas os cidadãos individuais só podem ser donos de alguma coisa quando existem leis promulgadas e impostas pelo Estado. Por isto, a tributação não é uma questão de como o Estado deve tomar e redistribuir algo que os cidadãos já possuem, mas de como dever terminar os direitos de propriedade”. (NAGEL, Thomas. p.242).

[36] Entende por mínimo existencial todos os serviços considerados como essenciais para a manutenção básica da sociedade, garantidos por investimentos públicos mantidos por meio do desenvolvimento. Um bom exemplo de mínimo existencial se encontra esculpido no texto constitucional, no seu artigo 7º, inciso IV, ao reconhecer o salário mínimo como “Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com morada, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com ajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.”.

[37] GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. *In Princípios de Direito Tributário e Financeiro*. Heleno Taveira Tôres (coord). Editora Renovar: São Paulo 2006, pp. 1003.

[38] DWORKIN, Ronald. **Sovering Virtue**. The Theory and Praticce of Equality, Cambridge-London: Havard University Press, 2000.

[39] *Ex post*: se baseia na análise após do fato haver ocorrido. *Post factum*: depois do fato.

[40] *Ex ante*: se baseia na análise antes do fato haver ocorrido. *Ante litien*: antes do litígio.

A LEGALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE ENERGIA

THE LEGALITY OF THE COLLECTION OF ICMS ON THE DEMAND FOR ENERGY

**Carlos Roberto Martins Rodrigues
Marcio Rodrigues Melo**

RESUMO

A exação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS relativo à demanda de energia é o foco deste artigo. Seu objetivo é analisar se a cobrança do ICMS sobre a demanda de energia, sendo criticada pela doutrina a referida cobrança, assim como não existe ainda um posicionamento definitivo por parte da jurisprudência. Para analisar a questão, fundamenta-se no princípio da legalidade, buscando identificar o possível do fator gerador do ICMS no faturamento da demanda de energia. Para tanto, também será discutido a exação do mencionado imposto sobre o consumo de energia elétrica, tendo em vista que a compreensão desta exação facilita o entendimento sobre a possibilidade de cobrança do ICMS sobre a parcela de demanda de energia. Aspectos técnicos sobre a direferenciação entre consumo e demanda de energia serão abordados no artigo para o correto esclarecimento das grandezas elétricas. O enfoque metodológico desta pesquisa pode ser caracterizado como de natureza qualitativa, com fins descritivos, e do tipo bibliográfico. Como resultado, constatou-se a infringência de princípios tributários na cobrança mencionada.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: ICMS. DEMANDA DE ENERGIA. CONSUMO DE ENERGIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

ABSTRACT

The exaction of Tax Movement of Goods and Services - ICMS on the demand for energy is the focus of this article. Its objective is to examine whether the collection of ICMS on the demand for energy, being criticized by the doctrine that recovery, as there is still a definite position by the law. To consider the matter, is based on the principle of legality, trying to identify the possible factor of the generator of the ICMS billing demand for energy. For both, will also be discussed the exaction of the said tax on the consumption of electricity in order that the understanding of this exaction facilitates the understanding of the possibility of charging the ICMS on the portion of demand for energy. Aspectos technicians on direferenciação between consumption and demand for energy will be addressed in the article for the correct explanation of electrical quantities. The methodological approach of this research can be characterized as qualitative in nature, with descriptive purposes, and the type bibliography. As a result, it was a violation of principles mentioned in collecting tax.

KEYWORDS: KEYWORDS: ICMS. DEMAND FOR ENERGY. POWER CONSUMPTION. PRINCIPLE OF LEGALITY.

INTRODUÇÃO

A tributação é o instrumento de que se vale o Estado para custear as atividades necessárias ao bom desempenho da Administração Pública, contudo, o poder de tributar apresenta limites, apresentando-se a regra de que os tributos devem ser cobrados em obediência aos parâmetros fixados na lei que os instituiu como fundamental no direito tributário.

Com o objetivo de aumentar a arrecadação, o Estado, muitas vezes, utiliza-se de seu poder para exigir o pagamento de tributo em situações não expressas em lei como hipóteses de incidência de determinados impostos, acarretando assim uma oneração maior do setor privado.

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) consubstancia a maior fonte de receita dos Estados, entretanto a complexa legislação do ICMS propicia cizânia entre os aplicadores do direito e os fiscos estaduais, tendo em vista a cobrança do ICMS sobre fatos não descritos na norma tributária.

Em razão do problema exposto, o judiciário torna-se o caminho necessário para a proteção do contribuinte frente as ilegalidades cometidas pelas Fazendas Públicas no que concerne à aplicação da legislação do ICMS, sendo que a cobrança de ICMS sobre a parcela de demanda de energia é um dos pontos divergentes entre as Fazendas Estaduais e contribuintes que mais têm suscitado a intervenção do poder judiciário. Embora não tenha o judiciário se manifestado em definitivo sobre a questão, as decisões prolatadas, em sua maioria, são favoráveis ao contribuinte.

O judiciário fundamenta suas decisões no princípio da legalidade, disposto como vedação ao poder público, no art. 154, inc. I da Lei Maior, mas também na inexistência de operação de circulação de mercadoria no contrato de fornecimento de demanda, visto que o ICMS não pode incidir sobre os valores estabelecidos no contrato.

Em razão dessas considerações, o presente trabalho buscou analisar a tributação do ICMS sobre a parcela de demanda de energia, verificando se tal exação contraria a Constituição Federal e se o contrato de fornecimento de energia constitui fato gerador do ICMS.

1 DEMANDA DE ENERGIA

Antes de analisar a possibilidade de tributação do ICMS sobre a parcela da demanda contratada, mister compreender o significado da grandeza demanda de energia, realizando a distinção entre demanda de energia e consumo de energia elétrica. Para tanto, utilizam-se os conceitos normatizados pela Agência Nacional de Energia

Elétrica – Aneel, mediante RESOLUÇÃO ANEEL 456, de 29.dez.2000, que apresenta as seguintes definições:

Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

Energia elétrica ativa: energia elétrica que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts-hora (kWh).

Energia elétrica reativa: energia que circula continuamente entre os diversos campos elétricos e magnéticos de um sistema de corrente alternada, sem produzir trabalho, expressa em quilovolt-ampére-reativo-hora (kVARh).

Do exposto, o termo demanda de energia associa-se à grandeza potência elétrica, mensurada kW, enquanto consumo deve estar sempre associado à grandeza energia, medida em kWh ou MWh. Desta forma, conclui-se que consumo de energia elétrica e demanda de potência elétrica representam duas grandezas físicas distintas que podem ser indicadas apenas como consumo e demanda.

Existem equipamentos que medem os valores de demanda da instalação, bem como aparelhos que mensuram o consumo de energia elétrica, sendo que a classificação tarifária, segundo parâmetros definidos na RESOLUÇÃO ANEEL 456, determinará quais equipamentos de medição devem ser instalados na unidade consumidora.

As características de cada unidade consumidora é que determinam o seu enquadramento em cada categoria tarifária. Na modalidade denominada *Tarifa Convencional*, estão enquadrados os consumidores residenciais e as pequenas instalações industriais e comerciais. São os consumidores atendidos em tensão secundária de distribuição.

Para as instalações consumidoras com potência instalada acima de determinada potência, o suprimento de energia é feito em média ou alta tensão e é obrigatória a contratação de *potência* e *energia* (demanda e consumo), podendo o consumidor optar por uma das duas possíveis faixas do segmento horo-sazonal, em que aquele pode optar por uma das duas possíveis formas de fornecimento de energia: *Horo-sazonal Azul* ou *Horo-sazonal Verde*.

Os grandes consumidores de energia pertencem ao grupo A, caracterizando-se pelo pagamento de tarifação binômica, em que são considerados para fins de faturamento de energia os valores mensurados pelos equipamentos de energia e de demanda. Aos consumidores do grupo A, a RESOLUÇÃO ANEEL 456 determina o ajuste com a concessionária por meio de contrato de fornecimento nestes termos: “Contrato de fornecimento: instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade do Grupo ‘A’ ajustam as características técnicas e as condições comerciais de fornecimento de energia elétrica”.

Constitui como cláusula essencial do contrato de fornecimento para consumidores do grupo ‘A’ a informação dada pelo consumidor dos valores referentes à demanda contratada, uma vez que esta serve de parâmetro para dimensionamento de todo o

sistema elétrico da concessionária, tendo em vista os investimentos na construção de linhas e subestações relacionarem-se às projeções de demanda do sistema elétrico da concessionária.

Por sua vez, a Aneel determina que o consumidor pague na fatura de energia os valores solicitados de demanda contratada, mesmo que a unidade não tenha utilizado valores inferiores aos contratuais, tornando-se, a demanda contratada, um componente tarifário que remunera as concessionárias pelos investimentos realizados, pois quanto maior for a demanda, maiores serão os investimentos que as concessionárias terão que realizar para dimensionar o sistema elétrico com linhas de transmissão, subestações etc., com o intuito de atender a esses consumidores.

Em relação ao presente trabalho, a controvérsia reside na tributação do ICMS sobre os valores de demanda contratada, uma vez que os consumidores do grupo “A” têm buscado o judiciário para inibir a exação mencionada sob o argumento de inexistência do fato gerador do ICMS, assim como que a cobrança afrontaria diretamente o princípio da legalidade. Por isso, será abordado, em seguida, se o princípio da legalidade tributária é o fato gerador do ICMS.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, é direito fundamental individual e coletivo, assim consagrado pelo art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988. A legalidade apresenta-se como um dos pilares do Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo.

A administração Pública rege-se pela legalidade, visto que a indisponibilidade dos interesses públicos, obriga o administrador, em cumprimento ao princípio da legalidade, "só pode atuar nos termos estabelecidos pela lei". Não pode este por atos administrativos de qualquer espécie (decreto, portaria, resolução, instrução, circular etc.) proibir ou impor comportamento a terceiro, se ato legislativo não fornecer, em boa dimensão jurídica, ampara a essa pretensão. A lei é seu único e definitivo parâmetro. Sobre o tema, assevera MELLO (2004, p.66) que: “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração”.

O princípio da legalidade apresenta-se como um dos fundamentos do direito tributário, uma vez que, no Estado de Direito, somente os representantes dos cidadãos (Parlamento) podem consentir que a Fazenda Pública exija certo tributo. Nas palavras de Aliomar Baleeiro (2007, p. 90), a legalidade é:

O mais universal desses princípios, o da legalidade dos tributos, prende-se à própria razão de ser dos Parlamentos, desde a penosa e longa luta das Câmaras inglesas para efetividade da aspiração contida na fórmula ‘no taxation without representation’, enfim, o direito de os contribuintes consentirem – e só eles - pelo voto de seus representantes eleitos, na decretação ou majoração de tributos. As Constituições, desde a Independência Americana e a Revolução Francesa, o trazem expresso, firmando a regra secular de que o tributo só se pode decretar em lei, como ato privativo dos Parlamentos.

O princípio da legalidade, no direito tributário, determina que atuação do Fisco seja de acordo com uma lei material, assim, a atuação concreta do Fisco deve ser autorizada por lei, convencionando-se através de estrita legalidade.

A Constituição Federal de 1988, na seção das limitações ao poder de tributar, dispõe o citado princípio em primeiro lugar, entre as vedações impostas aos entes tributantes (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), nos seguintes termos: “Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I. exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

Conquanto haja mitigação do princípio da legalidade no texto constitucional em certas espécies tributárias ou em certas circunstâncias (guerra), em nome da celeridade e da urgência, visando a permitir certa margem de liberdade à Administração Pública, a discricionariedade do Executivo restringe-se à modificação de alíquotas de determinados impostos, permanecendo a exigência de lei para disciplinar os aspectos material, temporal, espacial, subjetivo e quantitativo do tributo.

Destarte, os impostos de importação, exportação, produtos industrializados e operações financeiras podem ter suas alíquotas alteradas por decreto ou por outro ato do poder executivo, conforme o art. 153, § 1º da Lei Maior. Também o art. 155, § 4º, IV da Constituição Federal determina que as alíquotas do ICMS sobre combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja sua finalidade, definidos em lei complementar, serão definidos mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g da Constituição Federal, ou seja, mediante convênios daquelas unidades da Federação.

No Brasil, onde a carga tributária onera toda a sociedade, a legalidade consubstancia uma proteção do cidadão contra o voraz *apetite* do Estado de criar novas espécies tributárias sem o compromisso de melhoria na qualidade dos gastos públicos. Por isso, a lei tributária deve descrever com exatidão todos os elementos da relação jurídica por ela disciplinada, quais sejam, a descrição do fato jurídico tributário, os sujeitos ativo e passivo, a base de cálculo, a alíquota e os encargos que poderão recair sobre o valor a ser recolhido.

Em razão do princípio da legalidade, o Fisco não possui o poder de decidir, no caso concreto, se o tributo é devido ou quanto é devido. A obrigação tributária decorre da incidência da norma sobre o fato gerador, cuja existência é suficiente para o nascimento da obrigação, conforme se deduz do art. 114 do Código Tributário Nacional, que dispõe: “Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

3 FATO GERADOR DO ICMS

O fato gerador cuida de explicitar as situações de fato que, se ocorridas, submetem o contribuinte à obrigação de cumprir a exigência do sujeito ativo (titular da competência) em pagar o imposto devido. Em relação à competência do ICMS, a Carta Magna, em seu art. 155, inc. II, fundamenta sua cobrança pelos Estados e pelo Distrito Federal ao prever que:

Artigo 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

A incidência do ICMS sobre o produto, desde sua produção até o consumidor de fato, que é o contribuinte, ocorre nos seguintes aspectos: sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que se iniciem no exterior; prestação sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; prestações de serviços de comunicações, ainda que se iniciem no exterior.

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC nº 102/2000, define o fato gerador do imposto nos seguintes termos:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

[...]

Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:

I – na saída da mercadoria prevista nos incisos I, II, e IV do art. 12, e o valor da operação;

Da norma transcrita, percebe-se que o ICMS incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, sendo necessário esclarecer que a circulação deva ser jurídica, e não meramente física, visto que aquela pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria.

Com relação ao fato gerador do imposto, segundo a regra constitucional a ênfase se dá na operação de circulação física e econômica com transferência de titularidade. Por isso, torna-se pertinente a definição de operação por Paulo de Barros Carvalho (apud BALLEIRO, 2007, p. 1070): “Operações, no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios hábeis para provocar a circulação de mercadorias. Adquire, neste momento, a acepção de toda e qualquer atividade, regulada pelo Direito, e que tenha a virtude de realizar aquele evento.”

Sendo assim, o fato gerador não exige a circulação física de mercadoria, mas sim a operação que enseja a transferência de sua titularidade. Isso pode ser confirmado pelo entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, conforme súmula 166, que dispõe: “ Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Em relação ao Estado do Ceará, as situações, que possibilitam a cobrança do ICMS, dispostas no art. 3º do Dec. 24569/1997, a seguir:

- I. Saída da mercadoria, mesmo que em transferência a uma filial.
- II. Fornecimento de alimentação.
- III. Transmissão de terceiro de mercadoria depositada, ou título que a represente, mesmo quando a mercadoria não transite pelo estabelecimento depositante ou transmitente.
- IV. Fornecimento de mercadoria com prestação de serviço.
- V. Desembaraço aduaneiro.
- VI. Leilão de mercadorias apreendidas ou abandonadas.
- VII. Entrada neste Estado de Energia Elétrica, Petróleo e seus derivados (para consumo final).
- VIII. Início da prestação de serviços de transporte.
- IX. Recebimento de serviços e final do serviço de transportes prestado ou iniciado no exterior.
- X. Prestação onerosa de serviços de comunicação.
- XI. Entrada de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados a consumo ou ativo permanente.
- XII. Entrada de mercadorias sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS.
- XIII. Estoque final quando encerradas atividade econômica da empresa.

4 INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA

A Lei Maior autoriza a exação do ICMS sobre energia elétrica nos termos do art. 155, §§ 2º, X, “b” e 3º, que dispõem:

Artigo 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

[...]

§§ 2º- O imposto previsto no inciso atenderá ao seguinte:

[...]

X – não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

[...]

§§ 3º – À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

A Carta Magna considerou, pra fins de tributação, a energia elétrica como mercadoria, de acordo com o art. 34, §9 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que dispõe:

Art. 34 – O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

[...]

§ 9 – Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão os responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidentes sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

Conquanto tenha sido equiparada a operação de energia elétrica a operações mercantis, o consumo de energia elétrica apresenta características específicas, dentre as quais:

I. O consumo de energia elétrica pressupõe sua produção (por usinas hidroelétricas, termelétricas, eólicas, nuclear, etc.), transmissão e, por fim, distribuição realizadas pelas concessionárias de energia.

II. As fases de geração e transmissão não são dotadas de autonomia suficiente para incidência de ICMS sobre energia.

III. A energia elétrica é insuscetível de estocagem por parte da empresa distribuidora, desta forma, não se pode equiparar a distribuidora a um comerciante atacadista.

IV. Considera-se operação jurídica em relação à circulação de energia elétrica no momento em que o usuário consome essa energia, que é medida em kWh. Sobre as peculiaridades da cobrança de ICMS sobre energia elétrica, Roque Carraza (2007, p. 931) aduz:

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é – e nem pode vir a ser – contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas, apenas, a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

A base de cálculo do ICMS é o valor da operação da qual decorra a entrega da energia elétrica (mercadoria) ao consumidor, sendo o preço da energia elétrica efetivamente consumida, ou seja, o valor da operação da qual decorra a entrega da mercadoria ao consumidor final. Na dicção da Resolução Aneel 456, o ponto de entrega é “o ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como limite de responsabilidade do fornecimento”.

Em relação à energia elétrica, a Lei estadual nº 12.670, de 27.dez.1996, dispõe que a “base de cálculo do ICMS é devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuinte substituto, é o valor da operação da qual decorra a entrega ao consumidor.”

A alíquota possível deste ICMS é um percentual do valor do fornecimento de energia elétrica, fixado pela lei de cada pessoa política tributante, observados os tetos de resolução do Senado.

5 INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE DEMANDA DE ENERGIA

Nos contratos de fornecimento de energia, é comum que as empresas contratarem determinada quantidade de quilowatts, tecnicamente denominado demanda contratada. A demanda contratada estará à disposição da empresa contratante, não sendo disponibilizada para outro usuário, fato que justifica a cobrança por parte da empresa distribuidora de energia, independente da energia ter sido efetivamente consumida.

Diferentemente do consumo de energia elétrica, a demanda de energia representa os custos auferidos pela concessionária para disponibilizar em seu sistema elétrico a demanda contratada pelo consumidor. Destarte, não há de se falar em incidência de ICMS sobre a demanda contratada, tendo em vista que a energia não passou da rede de transmissão para o estabelecimento consumidor.

O ICMS tem como fundamento o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual compete aos Estados instituir imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, circulação esta de caráter físico ou jurídico (mudança de propriedade). Conforme se depreende do referido dispositivo, resta evidente que um dos requisitos

para a caracterização do fato gerador do ICMS é a ocorrência da circulação de mercadoria, o que não acontece no contrato de fornecimento de demanda.

O princípio da legalidade, no direito tributário, garante ao contribuinte o direito de somente ser obrigado a pagar tributo caso este seja instituído por lei. Desta forma, não pode o Estado tributar o que não lhe foi permitido pela lei, uma vez que a cobrança de tributo é atividade vinculada.

O constituinte tratou de maneira específica a grandeza energia elétrica para que a incidência de ICMS sobre o consumo de energia torne-se possível, uma vez que a ficção legal a equipare à mercadoria. Entretanto, em relação à demanda de energia, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

A exação citada vem sendo analisada pelo Poder Judiciário e, especificamente, a 1ª turma do Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela procedência da questão para os contribuintes. Por isso, transcrevemos a decisão prolatada no AgRg 933678 / SC, com o intuito de apresentar as ilegalidades suscitadas pelo judiciário ao analisar um caso de cobrança de demanda.

Processo

AgRg no Ag 933678 / SC.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2007/0163247-6

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 13/11/2007

Data da Publicação/Fonte DJ 29/11/2007 p. 233

Ementa "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA.

FATO GERADOR. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. É cediço em sede doutrinária que, in verbis: "Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica

pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocada", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Logo, o ICMS - Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica.

Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

[...]

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo)."(Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215)

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária,

porquanto se faz mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840285 / MT, 1ª Turma, Rel.

Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929 / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002).

5. Agravo Regimental desprovido."

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (Presidente), Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Notas

Veja os Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de

Instrumento EDcl no AgRg no Ag 933678-SC, que foram acolhidos.

O acórdão transcrito demonstra a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre demanda de energia, pois o contrato de demanda não se constitui como fato gerador da exação do ICMS. Por outro lado, o mesmo acórdão esclarece que o tratamento dispensado pelo constituinte a grandeza física energia elétrica possibilita, sem qualquer dúvida, a tributação sobre a parcela consumo de energia.

CONCLUSÃO

A busca por novas receitas não desobriga os estados federados de descumprirem as garantias do contribuinte expressas na Carta Magna, pois, se assim pudesse, o Estado Democrático de Direito tornar-se-ia uma mera utopia jurídica.

A demanda de energia constitui-se grandeza física distinta da energia elétrica consumida. A demanda refere-se à parcela de energia disponibilizada pela concessionária ao consumidor, estabelecida por meio de contrato de fornecimento, enquanto a energia de consumida relaciona-se com a energia entregue à unidade consumidora.

A Constituição Federal tratou a grandeza energia de forma especial, equiparando-a à mercadoria, desta forma, possibilitando que os Estados realizassem a cobrança de ICMS sobre a energia consumida por cada unidade.

O direito tributário rege-se pelo princípio da legalidade e a Lei maior vedou expressamente a exigência de tributo não instituído por lei. Também o CTN, no art. 114, define que o fator gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

A base de cálculo do ICMS é o valor da operação da qual decorra a entrega da energia elétrica (mercadoria) ao consumidor, sendo o preço da energia elétrica efetivamente consumida, ou seja, o valor da operação da qual decorra a entrega da mercadoria ao consumidor final. Na dicção da Resolução Aneel 456, o ponto de entrega é “o ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como limite de responsabilidade do fornecimento”.

A incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica consubstancia uma tributação indevida em razão da inexistência de fato gerador, assim como a exação afronta o princípio constitucional de legalidade.

O contribuinte, tributado injustamente, tem o direito de promover Ação de Repetição do Indébito, exigindo o reembolso do pagamento, ou, alternativamente, a compensação do tributo pelo Fisco Estadual, sendo o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 168 do CTN.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALLEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KAGAN, Nelson; OLIVEIRA, Carlos César Barioni de; ROBBA, Ernesto João. **Introdução aos sistemas de distribuição de energia elétrica**. São Paulo: Edgard Blücher, 2005.

MARQUES, Milton. **Conservação de energia: eficiência energética de instalações e equipamentos**. 2. ed. Itajubá: Efei, 2001.

MEDEIROS FILHO, Sólon de Medeiros. **Medição de energia elétrica** 3. ed..Rio de Janeiro: Guanabara, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 933678 / SC.

Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 12fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____ **Código tributário nacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ Lei complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12fev. 2009

_____ Resolução Aneel 456, de 29 de novembro de 2000. Estabelece as condições gerais de fornecimento de energia. Brasília, DF, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2000. Disponível em: <www.aneel.gov.br>. Acesso em: 12fev. 2009

CEARÁ. Lei estadual nº 12760, de 27 de dezembro de 1996. Regulamento a incidência do ICMS no âmbito estadual: Fortaleza, CE, Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 1996. Disponível em: <www.sefaz.ce.gov.br>. Acesso em: 12fev. 2009.

IPTU E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

IPTU AND SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY

Érico Marques de Mello

RESUMO

Pesquisa sobre a viabilidade de se instituir o Imposto Predial e Territorial Urbano de acordo com os parâmetros prescritos nos arts. 156 e 182 da Constituição Federal. O Imposto Predial e Territorial Urbano, antes associado apenas ao direito de propriedade, torna-se, com a Constituição Federal de 1988, um mecanismo de incentivo ao cumprimento da função social da propriedade. Atualmente, verifica-se que o tributo é importante instrumento estatal para consecução de diversas “finalidades” (ideais), inclusive para redução das desigualdades sociais. Com a Emenda Constitucional nº 29/00, o Município passa a dispor de prerrogativas para definir a forma de utilização da propriedade, bem como para combater a especulação e a concentração de riquezas, além de tornar a propriedade imobiliária urbana mais acessível. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 29/00 não tem tido aceitação, de modo que não se tem admitido a instituição do Imposto Predial e Territorial Urbano de forma progressiva, de acordo com o art. 156 da Constituição, sob argumento de que feriria o princípio da isonomia e o direito de propriedade.

PALAVRAS-CHAVES: IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE; TRIBUTOS; PROPRIEDADE

ABSTRACT

This paper regards the feasibility of imposing IPTU (Urban Property and Land Tax) according to the parameters described in Articles 156 and 182 of Brazilian Federal Constitution. IPTU, formerly associated to the property right, after the 1988 Constitution has become an incentive mechanism for social property function compliance. Nowadays, taxes are important state tools to obtaining a number of ‘goals’ (ideals), including to reduce the social inequality. After Constitutional Amendment N. 29/00, the City has prerogatives to fight speculation and wealth concentration, besides making urban real estates more accessible. The point is said Amendment has not been accepted since the progressive establishment of IPTU is not admitted according to article 156 of Brazilian Federal Constitution under the reason it would infringe the isonomy principle and the property right.

KEYWORDS: IPTU (URBAN PROPERTY AND LAND TAX); BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION; SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY; TAX; PROPERTY

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o propósito de analisar a função social da propriedade urbana, especialmente, no que tange a incidência do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano).

A questão fundamental da presente discussão está relacionada à incidência progressiva do IPTU. Com o presente trabalho pretende-se apresentar resposta a dois questionamentos: se a hipótese do art. 182 da Constituição é adequada; se há espaço no ordenamento jurídico para instituição do IPTU em conformidade com a Emenda Constitucional nº 29/00.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Quando se analisa o direito de propriedade sob a ótica do Estado Natural - tendo em vista uma teoria contratualista – a propriedade seria disciplinada como direito absoluto. De acordo com anotação de BOBBIO (1997), pode-se considerar que há uma relação direta entre o Jusnaturalismo e o direito absoluto de propriedade, em que diante da concepção de direito natural[1], o homem primeiro se tornava proprietário, e a organização do Estado Civil esteve relacionada, também, à necessidade de consolidação do direito de propriedade, isto é, à criação de um governo civil, fundamentando-se, também, na conservação da propriedade já estabelecida. (v. BOBBIO, op.cit.)

No Estado Natural, dois fatores eram determinantes para a aquisição originária da propriedade: em primeiro lugar, a ocupação, isto é, a intenção de apropriar-se, em segundo, a transformação do bem, objeto da ocupação. Neste sentido, tanto a aquisição, quanto à conservação da propriedade, decorreriam do trabalho aplicável. Ideologicamente, registram-se duas concepções concernentes à aquisição da propriedade no Estado da Natureza, a primeira relacionava a utilização ideal da propriedade subordinada ao atendimento da necessidade familiar, ou seja, o que excedesse a necessidade da família, excederia o direito de propriedade.[2] De acordo com a segunda concepção, o elemento determinante seria a transformação do bem, ou o trabalho aplicado à coisa, objeto de apropriação. Assim, se o objeto de apropriação estivesse além das forças produtivas do ocupante, e sem as devidas transformações geradas pelo trabalho, o bem seria considerado abandonado. (v. BOBBIO, 1997)

O elemento determinante sempre foi considerado o trabalho, pois a necessidade familiar permaneceu em segundo plano. O ponto conflitante entre o Direito Natural e a utilização ideal da propriedade pode ser identificado como o início histórico da acumulação de propriedade, pois a aquisição originária era estabelecida, principalmente, com base no elemento trabalho. A concepção jusnaturalista de direito de propriedade está diretamente relacionada à acumulação de propriedade. O trabalho aplicável seria avaliado de acordo com a transformação da propriedade, assim, quem trabalhava não seria necessariamente o proprietário[3]. Quem tivesse mais recursos, poderia impor mais investimentos à propriedade, tendo em vista a oportunidade de deslocar mão-de-obra. A riqueza seria determinante, tanto para manter a propriedade mais valorizada, quanto dispor de mais “propriedade”. Assim, o Direito Natural, segundo BOBBIO

(op.cit.) – ao valorizar o elemento trabalho, como transformação do bem – favoreceria a concentração de propriedade.

Com o contrato social, ou início do Estado Civil, a concepção correspondente à propriedade variou, periodicamente, entre a utilização para o bem comum, e o favorecimento do direito absoluto de propriedade. No Estado Romano, por exemplo, surgiram ideias que almejavam disciplinar a propriedade como direito coletivo. Muitos argumentos convergiam no sentido de se impor uma perspectiva de propriedade voltada para atendimento de grupos familiares. No entanto, não obstante tais ideias, a organização do Estado Romano se estruturou para a chamada propriedade *quiritária*, um poder/direito quase absoluto, que, para ser transferido, dependia de determinados procedimentos solenes, considerados imprescindíveis. (v. CAVEDON, 2003)

Já na Baixa Idade Média, registrou-se flexibilização do direito de propriedade. No período medieval, o direito de propriedade tinha, teoricamente, o objetivo maior de promover o atendimento de necessidades sociais. A concepção em epígrafe calcava-se na ideia de que não havia propriedade individual, e tudo pertenceria ao Estado. (v. CAVEDON, 2003)

No Estado Absolutista, afastou-se, consideravelmente, a concepção jusnaturalista[4], a propriedade não seria vista como direito absoluto, tendo em vista as prerrogativas do Estado. Observar-se-á que os particulares, no Estado Absolutista, não poderiam dispor, contra o Estado, de nenhum direito de proteção de suas propriedades. Podendo, enfim, o Estado dispor da propriedade dos particulares. (v. BOBBIO, 1997)

Com a Revolução Francesa, privilegiou-se, novamente, a concepção jusnaturalista, pertinente ao direito absoluto de propriedade. CHEMERIS (2003) afirma que a concepção da propriedade, como direito absoluto, fora favorecida também com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o objetivo essencial seria oferecer segurança à sociedade, mas a segurança estava relacionada, principalmente, ao favorecimento de acúmulo de riquezas.

No entanto, o acúmulo de riquezas/propriedade, em grau alarmante, bem como a quase absoluta, desigualdade social imporão concepção no sentido de se rever a estrutura social, focada no acesso às riquezas. Por um lado o Estado tinha que promover a paz, por outro, a sociedade de forma cada vez mais determinante, reivindicava flexibilização das desigualdades sociais. Surge o Estado Social, obrigado a prestar obrigações positivas, tendo em vista o ideal de se reduzir desigualdades sociais. Assim, uma das consequências do surgimento e divulgação do Estado Social foi o fato de a propriedade ganhar fundamentação social, desenvolve-se, então, a concepção de função social da propriedade. Ideologicamente, a propriedade perde caráter absoluto, agora relativizado. O proprietário passa a ter obrigações convergentes ao bem estar social. (v. CHEMERIS, 2003)

Dois foram os marcos que determinaram o início da concepção concernente a Função Social da Propriedade: em primeiro lugar, a Constituição mexicana de 1917 e, não menos importante, a Constituição de Weimar de 1919. A concepção jusnaturalista[5], relativa à propriedade, é afastada; isto é, o direito de propriedade – ao menos ideologicamente – perde o caráter de absoluto. O Estado passa a disciplinar o direito de propriedade tendo em vista o bem estar social. (v. CHEMERIS, op.cit.).

A função social da propriedade consubstancia-se em um poder subordinado a um dever[6], isto é, a uma “dupla obrigação de fazer”. Afinal, se por um lado, o proprietário dispõe de prerrogativas inerentes ao bem, a ponto de a sociedade estar obrigada a respeitar o direito de propriedade dele; por outro lado, o proprietário tem obrigação para com a sociedade, a partir do momento que deve utilizar o bem, tendo em vista a satisfação de necessidades/interesses sociais. Assim, a partir da Função Social da Propriedade, o bem deveria ser utilizado, de forma a beneficiar não apenas ao proprietário, mas deveria ser buscada uma utilização racional, a ponto de beneficiar a sociedade de modo geral. (v. CHEMERIS, 2003)

A partir de que momento poderíamos afirmar que a propriedade estivesse mal utilizada, isto é, qual o fator determinante para se identificar o desrespeito a Função Social da Propriedade? E primeiro lugar, conforme art. 1228, do Código Civil Brasileiro: “direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais”. Já a Constituição Federal de 1988 prescreve que o proprietário, ao utilizar o bem, objeto do direito de propriedade, deve atentar não apenas para a sua dimensão econômica, mas principalmente, subordinar a utilização da propriedade ao bem-estar social[7] (art. 170), trata-se de definição prevista, também, no art. 186, que trata do aproveitamento racional e adequado[8] no que tange a utilização da propriedade.

A Função Social da Propriedade pressupõe que a má utilização da propriedade seja fator determinante para o desaparecimento do direito de propriedade. Vale ressaltar que não apenas o Estado pode cobrar do proprietário o aproveitamento racional e adequado da propriedade, mas também o particular/terceiro interessado, já que a má utilização da propriedade atinge tanto a Constituição, quanto a toda sociedade. Então, a oportunidade de utilização e manutenção da propriedade está condicionada à sua função social. (v. CHEMERIS, op.cit.)

Mas como o Estado pode definir o que seja ou não, um adequado aproveitamento da propriedade? Conforme será discorrido, em capítulo oportuno, o art. 182 da Constituição Federal de 1988 prescreve que a Função social da propriedade é definida em razão de disposições Municipais previstas em lei. Assim, o Município publicará a lei – Plano Diretor – que disporá acerca do adequado aproveitamento da propriedade imobiliária urbana. O plano diretor[9] do Município constitui forma de sistematização do desenvolvimento econômico, social e territorial, tendo em vista a propriedade imobiliária, em caráter regional (cf. CAVEDON: 2003:71).

2. IPTU

2.1 Definição de competência municipal

A competência para instituição do IPTU é dos Municípios, conforme disposição Constitucional (Inciso I, do art. 156 CF/88). A doutrina aponta algumas “razões práticas”, primeiro, diante da necessidade de serviço público, que beneficia diretamente a propriedade. Pode-se afirmar que há uma relação entre a atividade Estatal[10] e a necessidade de arrecadação fiscal específica. Em segundo lugar, quanto à necessidade de se impor a utilização do imóvel com base na Função Social da Propriedade, que recairia sobre os Municípios, capazes de promover e exercer fiscalização adequada. (v. MACHADO, 2002)

Quanto ao serviço público, destaca-se o poder de polícia e o fato de que a relação entre o IPTU e a competência municipal[11], tem por escopo o atendimento de necessidade de políticas, que viabilizem a utilização adequada da propriedade. Tais políticas demandam gastos para o ente federal. Trata-se de serviços de utilidade pública, e, conseqüentemente, há benefício direto ou indireto para a propriedade valorizada. (v. BRUNO, 2002)

Por fim, quanto a Função Social da Propriedade, isto é, ressalta-se a necessidade de fiscalização sobre utilização da propriedade urbana. O município é quem, efetivamente, pode fiscalizar, não apenas o cumprimento da obrigação tributária em sede de IPTU, como principalmente, exigir o adequado aproveitamento, ou seja, o cumprimento da função social da propriedade. (v. Rodrigo LACOMBE, 2002)

2.2 Aspecto pessoal

O IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) incide sobre a propriedade territorial urbana. Propriedade é o direito que uma pessoa física ou jurídica tem de usar, gozar e dispor de um bem e de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha, dentro de certos parâmetros e restrições legais (v. FURLAN, 1998). Tecnicamente, nem todos os proprietários estão dotados de prerrogativas necessárias, atinentes à propriedade. Em contrapartida, muitas vezes, terceiros, que não são proprietários, dispõem de todos os direitos e requisitos para exercerem em plenitude o direito de propriedade. Então, como se dará a cobrança do IPTU? Muitos poderiam afirmar não serem proprietários, não obstante tal afirmativa, potencialmente, ser verdadeira, o IPTU pode ser [12]lançado contra não proprietário, desde que aufera vantagens econômicas e o domínio necessário. Inclusive o Código Tributário Nacional considera não apenas à propriedade, como objeto do lançamento do IPTU, mas o domínio útil e, até mesmo, a posse.

A lei, ao definir a hipótese de incidência do IPTU, determina a propriedade, o domínio útil ou a posse, para definição do fato gerador. Na verdade a incidência tributária recai sobre o poder econômico do contribuinte. Assim, necessariamente, o pólo passivo deverá dispor de capacidade econômica, ou seja, o bem, objeto da obrigação tributária, deve compor o patrimônio do contribuinte. (v. CEZAROTI, 2002). Assim, o elemento limitador do fato gerador está relacionado não exatamente à propriedade em si, mas à disponibilidade econômica, no que tange à possibilidade de o imóvel representar patrimônio do contribuinte, riqueza[13]. O IPTU grava a disponibilidade do bem, não o título patrimonial. No entanto, há uma tendência – equivocada – de os municípios definirem incidência de IPTU em relação a pessoas com direito real, mas sem qualquer potencial econômico quanto ao bem, objeto de obrigação tributária. (v. HARADA, 2002)

Tanto que a posse prescrita em lei, não é a decorrente do desdobramento do direito de propriedade, isto é, a posse direta. Necessariamente a posse indireta pressupõe desmembramento de direito. Para haver a posse indireta há a posse direta. A posse direta decorre do direito de uso e gozo sobre determinado bem, que compõe o patrimônio de outrem. O proprietário permanece com a posse indireta, ou prerrogativas pertinentes a nu propriedade. Assim, diante do desdobramento de propriedade apenas o nu proprietário responde pelo IPTU.

É possível o lançamento do IPTU em relação ao possuidor, conforme previsto no art. 32, do Código Tributário Nacional. MACHADO (2002) chega a registrar que o dispositivo do Código Tributário Nacional, estabelece a responsabilidade do possuidor, o qual em sede de IPTU é inconstitucional. O referido dispositivo deve ser interpretado restritamente. Afinal, o possuidor responde desde que disponha de proteções legais quanto ao imóvel, objeto da obrigação tributária. Vale ressaltar que a posse atingida pela prescrição aquisitiva é propriedade, ainda, não reconhecida. A posse como aquisição originária[14] de propriedade é a definida em lei, pois o objetivo é a perspectiva econômica, ou seja, o acréscimo patrimonial do contribuinte. O objetivo dos impostos patrimoniais é atingir riqueza, e possibilitar contraprestação em relação aos serviços indispensáveis, favoráveis à propriedade e assumidas pelo Estado.

No que tange à posse, deve ser observado o fato de que há restrições quanto ao crédito tributário lançado contra o possuidor. A posse[15] tratada no CTN não é a definida em relação ao desdobramento do direito de propriedade, mas a posse qualificada, como exercício, isto é, a posse de fato, em que o possuidor se vê como o próprio proprietário, isto é, trata-se da posse velha de ano e dia. (v. HARADA, 2002)

Assim, quanto a obrigação que envolve o IPTU, o sujeito passivo[16] é definido, tendo em vista a situação econômica descrita na hipótese de incidência. Portanto será contribuinte apenas aquele que revelar real capacidade econômica. O IPTU pode incidir em relação a posse *ad usucapionem* e o domínio útil. Tal entendimento, quando disciplinado em lei – diga-se – afasta a responsabilidade do usufrutuário e do locatário, e abre espaço para que o promissário comprador seja diretamente responsabilizado pelo fisco. (v. FURLAN, 1998)

O enfiteuta[17] não é proprietário, mas responde pelo IPTU, pois dispõe de poderes econômicos, uma vez que pode dispor, usar, gozar do imóvel, e pode reivindicá-lo, de quem indevidamente o ameace, no que tange à propriedade. Trata-se, a enfiteuse, de direito perpétuo alienável (passível de transferência). Assim, o enfiteuta, mediante o domínio útil dispõe de todos os direitos sobre o imóvel. (v. FURLAN, op.cit.)

O promitente comprador[18] tem direito real sobre o imóvel compromissado[19], e por ter prerrogativa de proprietário, inclusive, pode auferir vantagens econômicas, responde pela obrigação tributária, relativa ao IPTU. AZEVEDO JÚNIOR (2003) chega a afirmar que o registro do compromisso já caracteriza o direito real sobre o imóvel. A legislação possibilita a adjudicação compulsória como forma de cumprimento incondicional de compromisso de compra e venda. O fato é que a incidência do IPTU em relação ao promissário comprador representa incidência sobre a propriedade potencial. MACHADO (2002) registra que o Supremo Tribunal Federal por meio de súmula estabeleceu a responsabilidade do promissário comprador em sede de IPTU.

O usufrutuário[20] não pode ser sujeito passivo da obrigação tributária, relativa ao IPTU. O usufruto representa direito real destituído de potencial econômico. O usufrutuário temporariamente - diga-se - pode dispor e usar o imóvel, no entanto, tratar-se-á de direito destacado da propriedade em si, não revestida de vantagem econômica. O lançamento do IPTU em relação ao usufrutuário desvirtuaria a hipótese de incidência do referido imposto, prescrita em lei.

O locatário não dispõe de vantagem econômica, e nem dispõe de direito real, mas direito pessoal definido em contrato. O direito do locatário é restrito ao uso do imóvel em termos contratuais. Assim, as disposições contratuais podem definir o locatário como um dos sujeitos passivo da obrigação tributária pertinente ao IPTU, mas, tratar-se-á de obrigação contratual, insuscetível de qualquer pertinência para o fisco, que responsabilizará o proprietário. O proprietário por meio de instrumento adequado pode exigir o cumprimento de obrigação tributária do locatário, mas legalmente, será obrigação pessoal, sem natureza tributária (cf. FURLAN, 1998, p.88). Teoricamente, se o IPTU fosse ônus real, haveria a possibilidade de transferir a obrigação tributária, pertinente à propriedade urbana, por meio de instrumento particular, de forma que a natureza do crédito, decorrente da obrigação, permaneceria a mesma, passível de inscrição em dívida ativa.

O proprietário pode sofrer restrições e limitações quanto ao direito de propriedade, tais como tombamento e servidão administrativa. Tais restrições em regra não alteram o conteúdo econômico do bem, assim permanece legítima a manutenção do IPTU. No entanto, pode ocorrer desvalorização do bem, quando o proprietário deverá pleitear a redução da base de cálculo. Caso evidencie-se esvaziamento completo do conteúdo econômico, há a desapropriação indireta, em que a administração deve desapropriar a propriedade por completo e indenizar de forma justa. (cf. CEZAROTI, 2002, p. 231)

3. PROGRESSIVIDADE DO IPTU

Várias foram as tentativas de se instituir o IPTU de forma progressiva, do ponto de vista extrafiscal, no entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas oportunidades se manifestou pela inconstitucionalidade de leis que objetivassem instituir o IPTU de forma progressiva, como pode ser observado: n° RE n°153.771-0/MG, Rel. Min. Moreira Alves; RE n° 204.827-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE n° 194.036-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE n°209.521/SP, Rel. Min. Sydney Sanches. (v. HARADA, 2002)

A posição do STF[21], pela inadmissibilidade do IPTU progressivo, baseava-se no fato de que o IPTU seria imposto real, de forma que não haveria relação entre o objeto a ser tributado e a capacidade contributiva do contribuinte. Em razão das reiteradas decisões do STF, foi aprovada a Emenda Constitucional n° 29, em 13 de setembro de 2000, em que se alterou o Parágrafo 1° do art. 156, da Constituição Federal. Com a Emenda Constitucional n° 29/00[22], permitiu-se a progressividade fiscal, a partir do momento que a alíquota do IPTU, efetivamente, poderia ser progressiva em função da base de cálculo. Permitiu ainda, a Emenda Constitucional n° 29, que a alíquota do IPTU fosse diferenciada em razão da utilização e localização do imóvel objeto da obrigação tributária. (v. HARADA, 2002)

3.1 Progressividade extrafiscal

A Constituição Federal de 1988 prevê o IPTU progressivo como mecanismo político de manutenção da função social da propriedade, isto é, o Município - ente federado com competência para instituir o referido tributo - deverá instituí-lo de forma progressiva, conforme a destinação definida pelo proprietário para o imóvel urbano. Assim, o IPTU deve ser adequadamente utilizado para fins urbanísticos, adotada a progressividade de alíquotas, uma vez que, ao se elevar o valor do imposto, tendo em vista o critério tempo, incentivar-se-ia o proprietário a adequar o aproveitamento. Trata-se de uso da

propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como equilíbrio ambiental, isto é, limitações ao exercício de direitos individuais tendo em vista o interesse público. (v. COSTA, 2003)

A idéia de IPTU progressivo, do ponto de vista extrafiscal, está relacionada a necessidade de se desestimular a existência de propriedades desocupadas, abandonadas, com fins especulativos. A função extrafiscal do respectivo tributo - impor uma obrigação de natureza pessoal, decorrente de ação ou omissão pessoal - torna a relação jurídica, sob uma ótica tributária, mais adequada, a partir do momento que, simultaneamente, tanto o direito de propriedade é preservado, quanto o disposto no inciso XXIII, do art. 5º da Constituição é respeitado (v. FURLAN, 1998). Trata-se da progressividade no tempo[23], que representa penalidade diante da utilização não adequada da propriedade imobiliária urbana. Afirma-se que a alíquota progressiva, somente poderia ser aplicada, após descumprimento de notificação quanto à edificação ou parcelamento compulsório. Para ser aplicado, o IPTU progressivo no tempo, dependeria de lei federal, que prescrevesse disposições gerais. (cf. OLMO, 2002, p. 407)

A doutrina apresenta os seguintes requisitos para instituição do IPTU progressivo no tempo: incidirá sobre imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados; que tenha descumprido a função social da propriedade definida em lei específica - plano diretor -; após ineficácia de notificação de parcelamento ou edificação compulsória; nos termos de lei federal (cf. RIBEIRO, 2002, p. 459). A função social da propriedade é norma imperativa, cogente, conforme previsão expressa no inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição. O IPTU progressivo, então, é instrumento utilizado para garantir o cumprimento da função social da propriedade. No entanto, a progressividade não pode ser fiscal, isto é, não é levada em conta a capacidade contributiva do contribuinte. A progressividade extrafiscal[24] no caso em tela é exclusivamente no tempo. (v. OLMO, 2002)

A lei federal - correspondente ao parágrafo 4º da Constituição Federal - foi instituída, em 2001, com a sanção do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01. O Estatuto da Cidade, conforme Inciso III, do parágrafo 4º do art. 182, da Constituição, prevê, ainda, desapropriação, após 5 (cinco) anos de aplicação do IPTU progressivo. Contudo, o proprietário pode dar à propriedade a função pertinente, após majoração de alíquotas, e elidir a perda potencial de bens - desapropriação - diante de indenização estatal, lastreada em títulos da dívida pública. Assim, o proprietário pode evitar a desapropriação, se der à propriedade o adequado aproveitamento, antes de o imóvel ser desapropriado. (v. BEZNOS, 2003)

Como são estabelecidos critérios objetivos, a função social da propriedade é atingida a partir do momento que se cumpre o plano diretor[25]. Assim, a progressividade extrafiscal estaria restrita ao descumprimento do plano diretor, lei municipal, ato ilícito[26], que ensejaria aumento de IPTU. Assim alguns poderiam afirmar que a progressão extrafiscal seria forma de sanção por ato ilícito, em sede de tributação, e instituição de imposto. No entanto, não se pode olvidar que a progressão tributária incide sobre a propriedade, que repercute em capacidade econômica do contribuinte. Não é à toa que por previsão legal, considera-se que o proprietário tem condições de arcar com o ônus de sua obrigação tributária. Assim, o objeto do IPTU progressivo, do ponto de vista extrafiscal, não se consubstancia em sanção, mas em patrimônio. O

proprietário seria notificado da necessidade de se promover adequado aproveitamento. A progressão em si, teria critérios objetivos, e estaria vinculada ao patrimônio, e a função que este exerceria. A utilização da propriedade seria prerrogativa do proprietário, mas aplicar os meios necessários para inibir a má utilização é dever do Estado. Assim, a progressão tributária, quando aplicada de acordo com o previsto no Estatuto da Cidade, seria requisito para desapropriação, da propriedade territorial urbana, em razão da função social.

Alguns pontos aduzidos pela doutrina demonstram significativo descrédito quanto a efetividade da instituição do IPTU progressivo, nos termos do art. 182. Em primeiro lugar, quanto às formalidades pertinentes ao Plano Diretor. O que é instrumento adequado para se definir a função social da propriedade, no entanto somente será exigido em municípios com população acima de 20 mil habitantes. Ora, mesmo a função social da propriedade - como já afirmado - ser norma cogente, em municípios menores é insuscetível de aplicação, ou seja, não há que se falar em função social da propriedade em municípios menores, por causa do número de habitantes o que é absurdo. (v. MIRANDA, 2002).

O segundo ponto polêmico decorre da necessidade de lei federal, afinal trata-se de imposto de competência municipal. OLMO (2002) afirma ser inconstitucional a exigência de lei federal^[27] que defina disposições acerca da alíquota progressiva em sede de IPTU. Ressalta o referido autor, a invasão de competência. Não se pode olvidar a autonomia municipal, e a competência prescrita em esfera constitucional, para instituir o IPTU, e o imperativo da função social da propriedade, prescrito no art. 5º da Constituição Federal. O ponto aqui apresentado repita-se “exigência de lei federal”, representa apenas exigência presente, no Inciso XX, do art. 21, que define competência da União. No caso em questão a posição de OLMO (op.cit.) é equivocada.

O terceiro ponto, que realmente compromete a viabilidade da lei federal que disciplina a aplicação da alíquota progressiva em sede de IPTU - o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) – é quanto à possibilidade de a alíquota progressiva atingir após 5 (cinco anos) 15% (quinze por cento). Uma alíquota, que após cinco anos tenha atingido 15%, absorveu no mínimo 50% do patrimônio imobiliário, o Estado conseguiria confiscar o mesmo imóvel duas vezes, uma com o IPTU progressivo, com a alíquota de 15%, e posteriormente confiscaria novamente com a desapropriação, indenizada ao lapso temporal de 10 (dez) anos (v. OLMO, 2002). Ressalta-se que a alíquota prevista no Estatuto da Cidade é inconstitucional, pois como se registrará, representa confisco (cf. BARRETO, 2003, p. 455). Onde estaria o direito de propriedade? Provavelmente com o Estado, que ao divulgar o ideal de função social da propriedade ganha duas vezes, em claro e notório desvio de finalidade. É obvio que o Estatuto da Cidade prescreve disposições gerais e a inconstitucionalidade ocorreria a partir do momento que determinado município, instituísse, por meio de Plano Diretor, o IPTU nos termos limites do Estatuto da Cidade. (v. COELHO, 2003)

Por fim, vale destacar os requisitos práticos para se instituir o IPTU progressivo do ponto de vista extrafiscal. Em primeiro lugar, o município deverá notificar o proprietário, quanto a utilização da propriedade destoante de disposições presentes no Plano Diretor, e, conseqüentemente, determinação administrativa de edificação ou parcelamento compulsório, também, proceder-se-á mediante notificação. Após notificação, não atendida a determinação de parcelamento ou edificação, o proprietário

será notificado novamente, acerca da abertura de procedimento administrativo, perante a secretaria municipal, a fim de se decidir acerca da alíquota progressiva em sede de IPTU. Ressalta-se que o Parágrafo 4º, do art. 5º, do Estatuto da Cidade prescreve prazos que devem ser cumpridos (cf. LACOMBE, 2002, p. 579). Salienta-se ainda a necessidade de procedimento administrativo para aplicação de do IPTU progressivo no tempo, para cumprimento do Estatuto da Cidade, decorre da necessidade de instrumento adequado, pelo qual o Estado passa a dispor de conhecimento, acerca de assuntos de interesses dele. Salienta-se ainda que a progressividade no tempo, não deixa de ter características punitivas, consequentemente, há a necessidade de se oferecer a contraditória e ampla defesa. (cf. LACOMBE, 2002, p. 579) [28]

3.2 Emenda Constitucional nº 29/00

3.2.1 Progressividade Fiscal

A progressividade não é a graduação ou a proporcionalidade. Na verdade, a simples incidência de determinada alíquota em diferentes valores de base de cálculo, necessariamente, já representa a graduação do imposto. Com aplicação de alíquota única em base de cálculo variável, tem-se a graduação do imposto. Quanto à progressividade, esta representa elevação do imposto, mediante elevação da própria alíquota. Assim, no imposto progressivo, quanto maior a base de cálculo – ou riqueza, objeto de obrigação tributária – maior a alíquota, que a incidirá. (v. BARRETO e MARTINS, 2002)

A progressividade fiscal, de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte, não se confunde com a alíquota progressiva no tempo, decorrente do descumprimento da função social da propriedade. Ocorre que, conforme previsão constitucional, Inciso I do art. 156, o IPTU deve ter alíquota progressiva, de acordo com o valor venal do bem. O IPTU progressivo, do ponto de vista fiscal, representa aplicação direta do art. 145, parágrafo 1º da Constituição Federal, pois o valor venal pode ser considerado, indiretamente, capacidade contributiva. No entanto, sob argumento de se tratar de imposto real, o STF não tem admitido a aplicação de alíquota progressiva em sede de IPTU. Conforme será demonstrado, do ponto de vista abstrato, não há qualquer impedimento quanto a aplicação do IPTU progressivo tendo em vista o valor do imóvel, nem quanto aplicação de alíquota seletiva em razão do uso e localização de determinado bem. A Emenda Constitucional nº 29/00, potencialmente, é perfeitamente aplicável, ou seja, o IPTU deve ser instituído de forma progressiva. (cf. MIRANDA, 2002, p. 328)

O tributo é progressivo enquanto a alíquota aumenta, para o objeto, em razão do aumento da base de cálculo (v. MACHADO, 2002). Como afirmado anteriormente, a possibilidade da progressividade fiscal surge com a Emenda Constitucional nº 29/2000. A progressividade prevista no art. 156, parágrafo 1º, redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/00, é genérica[29], aplicada com base na capacidade contributiva. Trata-se de se assegurar ao fisco, autorização para ampliar o ônus de tributação, tendo em vista o crescimento de riqueza do contribuinte. Isto é progressividade fiscal, em que se eleva a alíquota, tendo como referência o aumento da base de cálculo. (v. BRUNO, 2002)

MARTINS e BARRETO[30] afirmam que a Emenda Constitucional nº 29/00 deve ser considerada inconstitucional, uma vez que não há como se instituir o IPTU progressivo,

do ponto de vista fiscal, ou seja, apenas com base no objeto a ser tributado, não é possível qualquer perspectiva pessoal, no que tange à aplicação da alíquota. Afirmam que a Constituição limitou a progressividade fundada na base de cálculo a impostos pessoais, e como consequência, qualquer tentativa de se definir o IPTU progressivo do ponto de vista fiscal feriria o princípio da isonomia. Destaca-se que REALE (2002) apresenta a mesma posição de MARTINS e BARRETO (2003). Da mesma forma, para o STF não cabe a progressividade em razão do valor do imóvel, uma vez que a progressividade estaria restrita, quando aplicada, à função social da propriedade. Para a Suprema Corte não se pode considerar qualquer perspectiva de progressividade fiscal, por ser o referido imposto classificado como imposto real, insuscetível de considerar qualquer perspectiva do ponto de vista pessoal, tendo em vista que o imposto real, apenas considera o objeto a ser tributado.

Não são poucos os doutrinadores favoráveis à aplicação de alíquota progressiva em sede de IPTU, do ponto de vista fiscal. Américo LACOMBE (2002, p. 36) - por exemplo - afirma que da mesma forma em que no imposto sobre a renda, a elevação da renda enseja a elevação da alíquota, em impostos sobre o patrimônio, às alíquotas devem ser elevadas, quando aplicadas em maiores bases de cálculo. Para OLMO (2002), por exemplo, admite-se a progressividade fiscal. O valor do imóvel representa manifestação de riqueza, isto é, capacidade econômica. O imposto deve incidir de forma a considerar a capacidade econômica do contribuinte, pois se trata de exteriorização de riquezas. Assim, é aplicável, o art. 145, Parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, quem tem imóvel mais valorizado presumivelmente, tem maior capacidade econômica, e pode contribuir mais.[31] Trata-se de justiça social.

A posição da Suprema Corte ficou superada[32] a partir da Emenda Constitucional nº 29/00. Alguns autores admitem não apenas, a progressividade em razão do valor do imóvel, como também, afirmam que o ideal seria que a Emenda Constitucional nº 29 viabilizasse que a base de cálculo permitisse a incidência da progressividade do IPTU sobre todos os bens imobiliários urbanos do contribuinte. A necessidade da progressividade fiscal está relacionada, também, aos serviços que o Estado deve dispor, em favor de propriedades mais valorizadas, trata-se de fundamento econômico que correlaciona o “benefício” ao imposto pago. (cf. MACHADO, 2002, p. 263)

Por fim, o imposto aplicado de forma progressiva é um mecanismo de justiça social[33], pois permite a redistribuição de rendas. O valor venal do imóvel urbano representa manifestação de riqueza, exterioriza capacidade contributiva. O IPTU deve ser aplicado de forma progressiva, pois, trata-se de mecanismo tributário de compensação de desigualdade social. (v. CARDOSO, 2002)

3.2.2 Alíquota Diferenciada

A Emenda Constitucional nº 29/00 possibilitou, não apenas, instituir o IPTU progressivo de acordo com o valor venal do bem, objeto da obrigação tributária, mas também, definir alíquotas diferenciadas, com a finalidade de incentivar ou inibir utilização da propriedade imobiliária urbana, com base na alíquota diferenciada, que poderia ser aplicada de forma seletiva. Ressalta-se que o IPTU, com alíquota, aplicada de forma seletiva, torna-se instrumento que, potencialmente, pode definir a forma como a propriedade deve ser utilizada. Trata-se do inciso II, do parágrafo 1º do art. 156, da Constituição Federal. (v. OLMO, 2002, p. 411)

MACHADO (2003) anota que a alíquota será seletiva quando um tributo incide de forma diferente sobre objeto diferente, trata-se de discriminação, tendo em vista o objeto a ser tributado, no que tange à propriedade imobiliária urbana. A seletividade estaria relacionada à localização do imóvel, e ao uso. Para MACHADO (2002), antes mesmo da Emenda Constitucional nº 29, o STF já havia firmado entendimento acerca da constitucionalidade da alíquota diferenciada. Ressalta-se, ainda, a possibilidade de se desestimular os proprietários de imóveis, em contrariar planejamento de urbanização, com base na alíquota diferenciada, em sede de IPTU. (cf. MACHADO, 2002, p. 252-255)

FOLMANN (2002) admite a possibilidade de a alíquota diferenciada, em sede de IPTU, ser utilizada como instrumento para definir a forma de utilização da propriedade. Assim, a progressividade prevista, no inciso II, do art. 156, estabelecerá autonomia ao município, a fim de se definir o IPTU, com base na utilização da propriedade. Portanto, destaca-se a importância instrumental do IPTU seletivo, quando instituído com o objetivo de estimular de forma determinante o comportamento do proprietário, principalmente, no que tange à perspectiva ambiental.

O inciso II, do art. 156, da Constituição, tem por pressuposto estabelecer circunstâncias nas quais a alíquota do IPTU incidiria diferentemente. Tal posição, fundamentalmente, é admitida pelo STF, como viável (cf. FURLAN, 1998, p.162-163). A alíquota será seletiva, quando onerar diferentemente os bens sobre os quais incida, de acordo com a utilidade e localização. Assim, a seletividade está lastreada na essência de utilização dos bens, em geral. Diferentemente da progressividade fiscal do IPTU, que leva em consideração a base de cálculo.

A aplicação do IPTU, de forma seletiva/diferenciada, tem a finalidade de definir a utilização da propriedade imobiliária urbana de acordo com a localização, as perspectivas sociais e urbanísticas locais. Trata-se de importante instrumento tanto para preservação ambiental, quanto para cumprir de forma efetiva diretrizes do plano diretor e, até mesmo, incentivar a integração social.

CONCLUSÃO

Conforme observado, neste trabalho, a instituição do IPTU nos moldes observados no art. 182 da Constituição, é insuscetível de determinar de forma satisfatória a função social da propriedade, que é norma cogente.

Dessa forma, com as alterações aduzidas com a Emenda Constitucional nº 29/00, o Município poderia definir a incidência do IPTU considerando a forma de utilização da propriedade; e, até mesmo, tornar a propriedade mais acessível, mediante instrumento econômico de natureza tributária, razão pela qual a aplicação conjunta da progressividade fiscal e do IPTU diferenciado, desde que aplicado adequadamente, teria por consequência benefício social.

Ademais, a viabilidade do IPTU denominado seletivo, de acordo com a Emenda Constitucional nº 29/00 prescreve legitimidade constitucional para que o Município defina a alíquota progressiva, conforme a capacidade contributiva/valor venal.

Diante do exposto, a Emenda Constitucional nº 29/00 inovou no ordenamento jurídico brasileiro, ao prescrever mecanismo de compensação social, por meio de instrumento tributário. Como consequência, os municípios, em geral, dispõem de poderes para privilegiar o acesso à propriedade, de forma mais ampla, mediante a inibição de especulação imobiliária, bem como inibição da concentração de propriedade imobiliária urbana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **O Compromisso de Compra e Venda**. O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. Coordenadores: Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTR, 2003.

BARRETO, Aires Fernandino e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Inconstitucionalidade da Progressividade Prevista na EC nº 29/2000**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

BARRETO, Aires Fernandino. **A Reforma Tributária e o IPTU**. Direito Tributário e Reforma do Sistema. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEZNOS, Clóvis. **Desapropriação em Nome da Política Urbana**. Estatuto da Cidade. Organizadores: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Melheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução: Janete Melasso Garcia. Brasília: UnB, 1997. (p.187-206)

BRUNO, Gilberto Marques. **A Progressividade do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

CARDOSO, Laís Vieira. **Aplicabilidade da Progressividade nas alíquotas do IPTU**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Santa Catarina: Momento Atual.2003.

CEZAROTI, Guilherme. **A Incidência do IPTU sobre Propriedade com Limitações de uso**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

CHEMERIR, Ivan. **A função social da propriedade**. Porto Alegre: UNISINOS, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Código Civil e a Interpretação Conforme à Constituição**. O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale.

Coordenadores: Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filhos. São Paulo: LTR, 2003. p. 25.

COSTA, Regina Helena. **Instrumento Tributário para a Implementação da Política Urbana**. Estatuto da Cidade. Organizadores: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. 1.ed. São Paulo: Melheiros, 2003.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FOLMANN, Melissa. **IPTU e Tributação Ambiental**: uma visão sob enfoque constitucional e tributário. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

FURLAN, Valéria C. P. **Imposto Predial e Territorial Urbano**. São Paulo: Melheiros, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. Sinopse Jurídica. 3v. 4.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2001. p.7.

HARADA, Kiyoshi. **Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

LACOMBE, Américo Masset. **Parecer**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. **A Lei nº 10.257/01 e os Aspectos Gerais da Função Extrafiscal do IPTU**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Progressividade e Seletividade de IPTU**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

_____. **Comentários ao Código Tributário Nacional Artigo 1º a 95**. São Paulo: Atlas, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRANDA, João Damasceno Borges de. **A Regra-Matriz do IPTU e sua Constitucionalidade**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

OLMO, Manolo Del. **A Progressividade Fiscal do IPTU**. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

REALE, Miguel. **Inconstitucionalidade do art. 3º da Emenda Constitucional 29/2000**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O IPTU como Instrumento de Intervenção no Uso e Ocupação do Solo do Estatuto da Cidade**. IPTU. Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

[1] V. ob. BOBBIO (1997:187): “a propriedade é um direito natural no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa no estado da natureza, ou seja, antes que o Estado seja instituído e de forma independente [...] uns dos fins para os quais os homens se reúnem em uma organização política é a conservação da propriedade [...] a conservação da propriedade se torna mesmo o único fim do governo civil [...]”

[2] Ibidem (1997:199): “[...] fim do instituto da propriedade, que serve para esse fim e que, portanto, não sendo usado, seria abandonado, excede a meu direito. Em outras palavras, tenho um direito de propriedade sobre todas as coisas de que posso efetivamente gozar: as que sou obrigado a abandonar porque não posso utilizar podem ser tomadas licitamente pelo outros.”

[3] BOBBIO (1997: 202): “não estabelece qualquer diferença, com relação aos resultados, entre o meu trabalho e o dos meus empregados. Assim, ficam superados os limites à propriedade impostos pela força dos meus braços: quem tem mais empregados tem mais propriedade. Como o trabalho dos empregados pode ser comprado com dinheiro e, como vimos, não há limite à quantidade de dinheiro que se pode ter, acrescentamos: quem tem mais dinheiro tem mais empregado.”

[4] Para DINIZ (1998) o Jusnaturalismo caracteriza o Direito Natural, como fundamento de identidade, presente no ser humano. Trata-se da concepção inconsciente de justiça.

[5] “[...] na evolução do papel que se tem atribuído à propriedade na construção da sociedade humana, no final do século XIX, ela oscila como centro de um pêndulo que vai a um extremo: tendência liberal, a propriedade, razão de ser da sociedade a propriedade privada como direito individual [...] o direito a propriedade é exatamente um dos direitos naturais. A propriedade significa o direito de todo homem de apropriar-se dos bens que são necessários para si próprio [...] A propriedade não se destina apenas a satisfazer os interesses do proprietário, a trazer-lhe benefícios; significa, também, uma maneira de atender às necessidades de toda a sociedade [...]” (CHEMERIS, 2003: 50).

[6] Afirma CHEMERIS (op.cit. 131): “[...] considerando-se que as obrigações de fazer do proprietário, que decorrem do princípio da função social, resultam em interesses difusos da coletividade, pode-se concluir que a abstenção do proprietário, no atendimento daqueles interesses difusos da comunidade, caracterizaria o inadimplemento da obrigação de fazer, podendo levá-lo à perda da posse de um bem da vida. Pois ‘se o proprietário não cumpre a função e não realiza a função social, [...] desaparece o direito de propriedade’”.

[7] “Há hoje, na maior parte dos países [...] uma série de leis que obrigam o proprietário a consagrar sua propriedade ao interesse geral; que lhe impede de destruí-la em certos casos; ou mesmo de modificá-la, muitas vezes, de vendê-la e dispor dela livremente; que o obriga a torná-la útil; que o tornam, enfim, responsável pelos danos causados por seus bens. O proprietário aparece, assim, mesmo tanto quanto o indivíduo no interior de direito civil, como encarregado de um serviço público...” (Savatier *apud*. MALUF, 1997: 4).

[8] CHEMERIS (2003: 61): “o direito de propriedade, outrora absoluto, está sujeito, em nossos dias, a numerosas restrições, fundamentadas no interesse público [...]”

[9] O plano diretor tem por escopo definir as necessidades urbanísticas, que devem ser atendidas, dentre as quais se encontram: habitar, trabalhar, circular, e lazer. O objetivo em si é viabilizar o bem-estar social, em consonância com as necessidades urbanísticas. Conseqüentemente, de um lado, tem-se o poder público que, diante de uma estrutura social complexa, visa promover o bem comum. De outro lado, encontra-se o particular, atingido em seus direitos, diante dos princípios urbanísticos. Assim, o direito, por meio de mecanismos imperativos, torna-se instrumento de realização/transformação social, de forma a interferir no interesse privado em prol da coletividade. A preservação da propriedade depende do respeito a prescrições legais. (v. DI SARNO, 2004). Ressalta-se, também, que COSTA (2003) afirma que o Plano Diretor é condição indispensável para o emprego de instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).

[10] Não se trata de alegar qualquer vínculo entre o IPTU e contraprestação estatal, mas definir fonte de receita, conforme CASSONE (2003: 86): “Imposto é o tributo pago pelo contribuinte sem que este receba diretamente, do ente público, contraprestação [...] impostos destinam-se a custear as despesas do Estado [...]”

[11] Nas palavras de BRUNO (2002:186): “[...] cumpre à municipalidade dentro dos seus aspectos estruturais, a criação dos serviços públicos considerados essenciais os quais, poderão beneficiar direta ou indiretamente a propriedade predial e territorial urbana [...]”

[12] Afirma FURLAN (1998:62): “O IPTU [...] incide sobre a propriedade predial e territorial urbana”, mas “a possibilidade jurídica concreta de alguém vir a se tornar proprietário, acentuada pelo fato de já usufruir de alguns dos direitos inerentes à propriedade, enseja a presunção de que possui capacidade contributiva.”

[13] Vale ressaltar afirmações de HARADA (2002: 348): “[...] o IPTU é um imposto imobiliário direto, que grava a disponibilidade econômica efetiva do bem, e não o título patrimonial [...] A tendência da legislação municipal é no sentido de promover o lançamento contra pessoa que detém a posse jurídica e de fato do imóvel tributado, por razões de praticidade.”

[14] Afirma FURLAN (1998:64): “[...] tanto o domínio útil como a posse *ad usucapionem* são passíveis de tributação, uma vez que ambos os conceitos estão associados à propriedade e revelam a capacidade econômica de seus ‘titulares’... Tal interpretação, diga-se de passagem, parece também atender ao princípio da função social da propriedade, uma vez que, exemplificativamente, remete que enfiteutas

eximam-se do mencionado encargo tributário argumentando que o sujeito passivo do IPTU haveria de ser apenas quem tenha o domínio direto do imóvel e, neste caso, em face da imunidade recíproca dos entes públicos, deixaria o IPTU de atuar como instrumento eficiente para promover o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

[15] Registra-se a posse tratada no CTN é a posse qualificada, isto é, não se trata de desmembramento de propriedade, mas de situação de fato, com consequências jurídicas. Ressaltam-se as palavras de GONÇALVES (2001:7) ao definir a posse: “Sempre que haja o exercício dos poderes de fato, inerentes ao domínio ou à propriedade, existe a posse, a não ser que alguma norma diga que esse exercício configura detenção ou não posse”

[16] Afirma FURLAN (1998:74): “[...] o sujeito passivo do IPTU é sempre aquele que realiza o fato imponible, isto é, aquele que se encontra na situação econômica descrita na hipótese de incidência tributária: será o proprietário se, de fato, este revelar tal capacidade econômica por ser o proprietário (isto é, por usar, gozar e dispor do imóvel a título oneroso ou gratuito); será, doutra parte, não o proprietário, mas aquele que detiver o domínio útil a posse *ad usucapionem*, já que são situações que demonstram claramente que este - e não o titular da propriedade, que detém apenas o domínio direto, a substância mesma da coisa, desprovida de suas utilidades -, realmente, participam da natureza econômica do fato imponible [...]. Apenas quem tem relação direta e pessoal com o fato gerador imponible da obrigação tributária pode ser o sujeito da obrigação principal, ou seja, o contribuinte. Todavia, há também a figura do responsável, que, embora não revista a condição de contribuinte, assume a obrigação por expressa disposição em lei. Assim, enquanto a obrigação do contribuinte é originária, a do responsável é derivada.”

[17] Ibidem (p. 81): “[...] enfiteuse [...] trata-se de uma relação jurídica entre o proprietário (senhoria direto) e outra pessoa, chamada enfiteuta, envolvendo terras não-cultivadas ou terrenos não-construídos, visando a fins econômicos, ou seja, promover seu real aproveitamento (art. 680 do Código Civil). De conseguinte, bens móveis, edificações e glebas colonizadas não podem ser objeto de enfiteuse [...] dualidade de domínio [...]. Doutra parte, o senhoria direto é o único e verdadeiro titular do domínio, revelando, todavia, apenas o direito à substância da coisa, desprovida de quaisquer utilidades... direito perpétuo, alienável no todo ou em parte, e transmissível por herança (art. 679 do Código Civil) [...].”

[18] Para AZEVEDO JÚNIOR (2003:448): “Com o registro de compromisso, o compromissário já ficava titular de um direito real sobre o imóvel, direito esse oponível a terceiros e impeditivo de outras alienações. Com a prova de pagamento do preço, e com o direito a adjudicação compulsória, a transmissão já se torna inexorável.”

[19] FURLAN (1998:82) admite: “[...] juridicamente possível a entrega da notificação do lançamento ao compromissário comprador limitado na posse precária e que detenha a posse física do imóvel vale dizer, a qualquer possuidor direto, desde que a posse exercida revele conteúdo econômico. Na verdade, o simples fato de ser compromissário comprador já lhe permite figurar como contribuinte do IPTU.”

[20] Ibidem (p.84): “[...] Usufruto é um direito real de fruir a utilidade e frutos de uma coisa enquanto temporariamente destacado da propriedade (art. 713 do Código Civil)[...] a eleição do contribuinte deve recair sobre aquele que ou revele condições de vir a se tornar o futuro proprietário, ou detenha a disponibilidade econômica do imóvel, independentemente de quem tenha a titularidade da propriedade [...] o usufrutuário não está numa situação jurídica que o levará a ser o próximo proprietário e muito menos que lhe permita auferir sua capacidade contributiva, já que não detém o domínio útil do imóvel em sua plenitude.”

[21] Destaca-se Informativo nº 483/STF, de 8 a 11 de outubro de 2007, que registrou: “A Turma deliberou submeter ao Plenário julgamento de agravos regimentais em recursos extraordinários nos quais se discute o valor da alíquota a ser observado nas situações em que declarada inconstitucional lei municipal que estabelecia, antes da EC nº 29/00, alíquotas progressivas para o IPTU, em razão do valor venal do imóvel. Trata-se, na espécie, de agravo regimental contra decisão monocrática do Min. Eros Grau que desprovera os recursos extraordinários, dos quais relatara, e determinara a aplicação da alíquota básica prevista legislação anterior àquela declarada inconstitucional pelo STF (RE 179273/RS, DJU de 11.9.98 e RE 175535/RS, DJU de 13.8.99), por considerar, com base em precedentes da Corte, que o vício de inconstitucionalidade atingiria o sistema de alíquotas progressivas como um todo, não havendo que se falar na utilização da menor delas. O contribuinte alega que a decisão agravada não poderia ser mantida, porquanto a legislação revogada (LC 7/73, do Município de Porto Alegre, art. 5º) também contemplava indevida progressividade e, sendo anterior à CF/88 e com ela incompatível, não teria sido recepcionada. (...)”

[22] Importante destacar a posição de HARADA (2002: 355), que sempre julgou plausível considerar a capacidade contributiva do contribuinte, em sede de IPTU, tendo em vista o valor venal, da propriedade imobiliária urbana, que destaca: “Logo, quando a EC nº 29/00 veio à luz para permitir a progressividade fiscal do IPTU, fundada no valor venal, na verdade choveu no molhado, pois essa faculdade, já havia sido estabelecida pelo legislador constituinte originário. Na realidade, a Emenda tentou reverter a equivocada jurisprudência da Corte Suprema.”

[23] Afirma OLMO (2002: 407): “[...] A progressividade temporal é um penalização imposta ao proprietário do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, quando este se negar a dar um adequado aproveitamento a seu imóvel, de acordo com o estabelecido no plano diretor. Tal penalidade é criada por lei, após a imposição inexistosa do parcelamento ou edificação compulsória. A exigência do IPTU de forma progressiva no tempo, embora seja possibilitada por lei municipal se fará na forma de lei federal, conforme o parágrafo 4º [...]”

[24] OLMO (2002:408): “[...] a nossa Corte Suprema, antes da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 29/00, afirmava a impossibilidade dos impostos reais, aqueles que possuem por aspecto material um objeto incidindo imediatamente sobre a coisa e não diretamente sobre o sujeito, possuírem graduação de alíquotas em função da capacidade contributiva do sujeito [...]”

[25] Afirma Furlan (1998:155): “[...] a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da urbanização, expressas no respectivo plano diretor [...] a propriedade há de ser encarada como riqueza que é, e não apenas

como elemento a ser tratado pelas normas de política urbana [...] Como riqueza, a propriedade cumpre sua função social na medida em que o seu titular contribui para o custeio das despesas públicas de forma mais equânime. Todos os tributos do sistema devem ser, quando possível, graduados em função da capacidade econômica do contribuinte [...].”

[26] *Ibidem* (p.167): “não se está tributando um fato ilícito, mas apenas pressionando o agente realizador do fato impositivo a fazer bom uso de sua propriedade. Por outras palavras, buscando-se efetivar o cumprimento da função social da propriedade, na forma prevista pelo plano diretor do Município, veiculado por lei municipal, independentemente de existência de prévia lei federal, em face do princípio da autonomia política dos entes públicos [...] progressividade de natureza extrafiscal [...]. Objetiva adequação do uso da propriedade urbana aos interesses locais, delimitados expressamente no plano diretor. Do comportamento inadequado do contribuinte não decorre uma sanção, mas apenas um agravamento de alíquotas [...].”

[27] Alguns autores admitem a autonomia plena municipal, para instituir o IPTU, OLMO (2002: 407) afirma: “[...] a exigência fiscal somente se daria nos termos de lei federal, o que destoaria do sistema constitucional tributário, pois sendo o IPTU um imposto municipal, não deveria se submeter a condições impostas por lei federal [...].”

[28] Vide Rodrigo LACOMBE (2002:578) afirma: “Decorrência lógica do Princípio da Legalidade é a necessidade dos atos administrativos estarem devidamente registrados por meio de processos e procedimentos administrativos. O processo é o instrumento pelo qual o Estado exercita o seu Poder, entendido esse poder político como ‘a capacidade de impor imperatividade às próprias decisões’.”

[29] BRUNO (2002:205), ao questionar a plausibilidade do art. 156, parágrafo 1º, afirma: “[...] é dever do fisco, identificar se o contribuinte poderá ou não ser tributado para mais ou para menos [...] a administração pública municipal, teria o dever de levar em conta a capacidade econômica de cada um dos contribuintes, sob pena de na inobservância, desrespeitar dentre outras, direitos individuais[...]

[30] MARTINS e BARRETO (2002:80): “[...] o emprego de progressividade no caso de imposto real implica a abolição dos limites do princípio da capacidade econômica; derruba as balizas dessa diretriz para alcançar - contra a solene promessa do art. 5º, parágrafo 2º - os impostos de natureza real [...]. A Emenda aniquila o direito individual de os contribuintes não serem tributados progressivamente, diante de impostos reais [...] porque o emprego da progressividade, no caso de imposto real como o IPTU (ou qualquer outro imposto real), implica inconstitucionalidade, também por ofensa ao princípio da isonomia [...] como o *discrimen* se dá pelo valor de cada imóvel, ficam em condição altamente privilegiada [...] se se busca a função social da propriedade tributando progressivamente pretensa capacidade contributiva, acaba-se por onerar o morador dono de única propriedade de algum valor [...].”

[31] Vide OLMO (2002:409) afirma: “A capacidade econômica representa a manifestação de riqueza de cada contribuinte, e deste potencial que cada um possui será calculada a carga tributária correspondente e suportável sem que haja a redução de sua riqueza [...] Quanto à progressividade em razão do valor do imóvel verificamos, portanto, que se trata de uma espécie de progressividade em razão da capacidade

contributiva, pois quem pode mais conforme demonstra a tal exteriorização de riqueza irá contribuir mais.”

[32] Nas palavras de MACHADO (2002:264): “É justo que as pessoas tenham liberdade de desfrutar os bens materiais de que podem dispor, porque são mais ricas. Essa liberdade o Estado deve assegurar. É justo, entretanto, que paguem por isto, contribuindo para a manutenção dos serviços públicos que o Estado deve prestar, especialmente, em favor dos mais carentes. Não se deve, portanto, afastar dos impostos ditos reais o princípio da capacidade contributiva.”

[33] “Também é aplicado ao IPTU o princípio da progressividade nas alíquotas, o que irá representar o seu aumento gradual, ou seja, conforme aumente a base de cálculo é aplicada uma alíquota maior quando da determinação do aspecto quantitativo da obrigação tributária de forma que quem possua um potencial econômico maior arque com percentual maior de incidência [...] A progressividade é considerada uma forma justa de tributação e que ainda auxilia na redistribuição de renda, portanto, um mecanismo de justiça social.” CARDOSO (2002: 368)

**DA TRIBUTAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DECORRENTE DA
CONSEQUÊNCIA ECONÔMICA DO ILÍCITO PENAL**

**THE TRIBUTES BASED ON THE EXISTENCE OF THE HYPOTHESIS OF
THE APPLICATION AS A RESULT OF THE ECONOMICAL
CONSEQUENCES OF THE UNFAIR PENAL PRACTICE**

**Fábio Presoti Passos
Bruno José de Castro Andrade**

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade da cobrança de tributos a partir da existência de hipótese de incidência decorrente das consequências econômicas da prática do ilícito penal; com sentença já transitada em julgado e determinando o perdimento dos bens ou valores adquiridos em decorrência de sua prática. A problemática teórica é delimitada no momento em que se questiona a possibilidade da incidência do tributo, tendo em vista a sentença penal ter determinado o perdimento do patrimônio auferido e passível de tributação. Tendo como balizamento de toda a pesquisa os princípios constitucionais, parte-se para a análise da possibilidade da incidência tributária quando a hipótese de incidência é oriunda da prática de algum ilícito penal com implicações econômicas.

PALAVRAS-CHAVES: ILÍCITO PENAL. CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS. SENTENÇA PENAL. EFEITOS SECUNDÁRIOS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. TRIBUTAÇÃO.

ABSTRACT

The present paper analyzes the possibility of the charging of tributes based on the existence of the hypothesis of the application as a result of the economical consequences of the unfair penal practice; with a sentence that has already been judged and determined the loss of the goods or acquired values as a consequence of its practice. The theory of the problematic is delimited at the moment when it's questioned the possibility of the application of the tribute, knowing that the penal sentence has determined the loss of the gained patrimony and possible to be charged. Having the constitutional principles, as a balance, one can move to the analysis of the possibility of tribute application when the hypothesis of the application comes from the practice of some unfair penal com economical implications.

KEYWORDS: UNFAIR PENAL. ECONOMICAL CONSEQUENCES. PENAL SENTENCE. SECONDARY EFFECTS. HYPOTHESIS OF APPLICATION. CHARGING OF THE ECONOMICAL EFFECTS.

1 INTRODUÇÃO

A problemática proposta surge do questionamento: após sentença penal condenatória transitada em julgado, declarando que determinados bens ou valores foram auferidos em decorrência de ato ou atividade criminosa, caso o autor não tenha recolhido os tributos devidos das conseqüências econômicas ocorridas durante o período em que o mesmo era seu possuidor, será ele devedor desses tributos, já que a hipótese de incidência originou-se de ato ilícito e a sentença penal condenatória determinou o perdimento dos bens ou valores? Esse questionamento influencia diretamente no entendimento dos efeitos secundários da sentença penal condenatória e na possibilidade do reconhecimento da ocorrência de hipótese de incidência tributária e exigência de tributos.

O debate teórico se instala quando parte da doutrina defende a tributação de toda hipótese de incidência decorrente de atividade ilícita, na medida em que a atividade possa gerar algum tributo. Em contrapartida estão os que sustentam que o tributo não deve incidir sobre os atos ou atividades decorrentes de atividade ilícita, já que um dos efeitos secundários da sentença penal condenatória é a possibilidade da perda, em favor da União, dos bens ou valores auferidos pela prática do fato criminoso, assim, afastando-se a incidência do tributo.

2 ASPECTOS DE DIREITO PENAL

2.1 Considerações gerais

Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, em coibir a violência. No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social. Durkheim[1] afirma que o delito ocorre não somente na maioria das sociedades de uma ou de outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, para Durkheim[2], o delito não só é um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa. E o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito penal, que lesa os bens mais importantes dos membros da sociedade.

A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes e necessários para a convivência harmônica da sociedade, ou, nas precisas palavras de Luiz Regis Prado[3] o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade. Nilo Batista[4] aduz que a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena.

O fato social que se mostra contrário à norma de Direito torna-se um ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social. Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo.

O meio de ação que se vale o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um

mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado[5]. Mas, como esclarece Bruno Aníbal:

“Na evolução do Direito a pena vem atenuando cada vez mais, sobretudo no momento de sua execução, esse caráter de retribuição e castigo, e agora perde o seu posto de sanção única do fato punível. As idéias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreductível. São as chamadas medidas de segurança”[6].

2.2 Da sentença penal condenatória

A sentença penal condenatória busca aplicar ao sentenciado a pena que, proporcionalmente, mais se aproxime ao mal por ele praticado.

A principal consequência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é fazer com que o sentenciado cumpra a pena por ela determinada.

São múltiplos os efeitos da condenação criminal. O primeiro deles é o estigma oposto na biografia da pessoa humana, distinguindo-se das demais em uma espécie de seleção natural entre os bons e os maus. Esse é um efeito traumatizante sob o aspecto individual, relativo à auto estima, e também social na medida em a certidão negativa de antecedentes criminais é um dos requisitos para o exercício de muitas atividades. A moral e a religião dedicam preceitos antigos sobre o fenômeno, ora com o propósito de censurar a conduta humana, prevenindo a recaída ou advertindo terceiros, ora com o objetivo confortador de redimir o pecador, reconhecendo-o como um ser da natureza e separável do fato reprovado. Sob o aspecto jurídico, vários institutos são afetados pela condenação criminal[7].

A sentença penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória. No entanto, além dessa consequência jurídica direta, a sentença condenatória produz outros tantos efeitos, ditos secundários ou acessórios, podendo ser de natureza penal e extrapenal. Os de natureza penal estão inseridos em diversos dispositivos do próprio Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal e aqueles de natureza extrapenal, encontram-se elencados nos artigos 91 e 92 do Código Penal e são denominados efeitos genéricos e efeitos específicos da condenação[8].

Existem efeitos secundários gerados pela sentença condenatória que mais se parecem com outra pena de natureza acessória, que são considerados extrapenais. Os efeitos da condenação previstos no art. 91 do Código Penal são considerados genéricos, não havendo necessidade de sua declaração expressa na sentença condenatória e que aqueles identificados no art. 92 são específicos, sobre os quais o juiz deverá, motivadamente, declará-los na sentença.

2.2.1 Dos efeitos da sentença penal condenatória

Dentre os efeitos da condenação estão os *principais* que são a imposição da pena privativa de liberdade, da pena de multa ou de medida de segurança e como efeitos *secundários*, têm-se os efeitos de natureza penal (induz a reincidência; impede, em regra, o *sursis*; causa, em regra, a revogação do *sursis*; causa a revogação do livramento condicional; aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória; interrompe o prazo da pretensão executória quando caracterizar a reincidência; causa a revogação da reabilitação; leva à inscrição do nome do condenado nos rol de culpados) e os de natureza extrapenal *genéricos* e *específicos*.

Com relação aos efeitos extrapenais, eles podem ser classificados como efeitos genéricos e efeitos específicos.

2.2.1.1 Efeitos genéricos

São aqueles elencados nos incisos I e II do art. 91 do Código Penal.

A perda em favor da União ou *confisco* foi largamente utilizado na antiguidade. Atualmente, ele não é considerado como pena, mas simples efeito da condenação e limita-se aos *instrumentos ou produtos do crime*. Confisco é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Declarada procedente a ação penal, surge a perda em favor da União dos produtos do crime, como efeito automático da condenação, que se aplica também aos crimes culposos, pois nosso Código Penal não faz qualquer restrição nesse sentido. Sua aplicação restringe-se às infrações que constituam crimes, sendo inadmissível interpretação extensiva para abranger contravenções penais[9].

Exemplo jurisprudencial esclarecedor sobre a impossibilidade do confisco:

Confisco. Revólver cuja propriedade é demonstrada pelo réu através de registro – Impossibilidade – Condenação pelo delito de perigo de vida ou saúde de outrem – Irrelevância – Impossível o confisco previsto no artigo 92, I, a, do CP, de arma apreendida em ação penal por infração ao art. 132 do mesmo Estatuto, vez que somente incide sobre bens cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, o que não é o caso do réu que demonstra ser o legítimo, proprietário do revólver com a juntada do registro aos autos, sendo certo ainda que sua condenação pelo delito não tem condão de extinguir o direito de propriedade assegurado pelo texto constitucional.[10]

O art. 91, II, a, do Código Penal menciona ‘instrumento do crime, desde que consista em coisas, cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito’. O confisco é instituto de interpretação restritiva. ‘Instrumento do crime’ compreende as coisas utilizadas pelo agente para desenvolver atos de execução. Exemplo. O revólver, para matar; a gazua, para romper o obstáculo da porta. Não se confunde com ‘objeto material’ ou da contravenção penal. No art. 19, a arma é objeto material. Não é instrumento. Não autoriza o confisco.[11]

Com o confisco o Estado visa impedir que instrumentos idôneos para delinquir caiam em mãos de certas pessoas, ou que o produto do crime enriqueça o patrimônio do delinquente, constituindo-se em medida salutar, saneadora e moralizadora[12]”.

2.2.1.1.1 Da perda em favor da União de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso

Para René Ariel Dotti[13] a perda de bens, instrumentos ou produto do crime (CP, art. 91, II, a) é efeito civil e não penal da condenação como decidiu o STF (RTJ 101/516).

Produto é a vantagem direta auferida pela prática do crime (p. ex.: o relógio furtado); proveito é a vantagem decorrente do produto obtido com a prática delituosa (p. ex.: o dinheiro obtido com a venda do relógio furtado). Na realidade, o produto do crime deverá ser restituído ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, somente se realizado o confisco pela União se permanecer ignorada a identidade do dono ou não for reclamado o bem ou o valor. Trata-se de efeito da condenação criminal, portanto prevalece ainda que tenha ocorrido a prescrição da pretensão executória, pois esta somente atinge o cumprimento da pena, subsistindo os demais efeitos da condenação[14].

“Produtos do crime (*producta sceleris*) são as coisas adquiridas diretamente com o crime (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (jóia feita com o ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o crime (moeda falsa). Também se inclui no confisco outro qualquer bem ou valor, que importe proveito, desde que haja sido auferido pelo agente, e não por terceiros, com a prática do crime. Assim: o preço deste, os bens economicamente apreciáveis dado ou prometidos ao agente para que cometa o crime, a contra-prestação que corresponde à prestação da atividade criminosa, a retribuição desta”[15].

“O perdimento em favor da União, em dinheiro que foi considerado na sentença condenatória como proveito auferido pelo agente com a prática de tráfico de substância entorpecente, é efeito da condenação (art. 74, II, b, do CP), não se confundindo com pena de confisco”[16].

2.2.1.2 Efeitos específicos

Os efeitos específicos da condenação são aqueles elencados no art. 92 do Código Penal, não decorrendo da sentença automaticamente, quais sejam: perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; incapacidade para exercício de pátrio poder, tutela ou curatela e inabilitação para dirigir veículo, utilizado em crime doloso.

“Os efeitos específicos da condenação, em suas três versões, objetivam afastar o condenado da situação criminógena, impedindo que se oportunizem as condições que, provavelmente, poderiam levá-lo à reincidência: reforça a proteção dos bens jurídicos violados e previne a reiteração da conduta delituosa. Os efeitos específicos podem ser alcançados pela reabilitação, ressalvando-se a impossibilidade de reintegração na situação anterior, nas hipóteses do art. 92, I e II”[17].

As hipóteses de efeitos específicos da condenação, como bem observado por Jair Leonardo Lopes[18], são verdadeiras penas acessórias mascaradas de efeitos da condenação.

3 ASPECTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

3.1 O poder de tributar do Estado

Para viver em sociedade, necessitou o homem de uma entidade com poder superior, bastante para fazer as regras de conduta, para construir o direito positivo. Dessa necessidade nasceu o Estado. Para alcançar seus objetivos, ele precisa de recursos financeiros, desenvolvendo atividades para obter, gerir e aplicar tais recursos. Isso não significa que ele não possa atuar no campo econômico. E atua, com maior ou menor intensidade, ora explorando patrimônio seu, com o fim de lucrar, ora intervindo no setor privado da economia, na defesa da coletividade. De qualquer forma, pelo menos em princípio, o Estado não prescinde de recursos financeiros que arrecada do setor privado, no exercício de sua soberania[19].

A tributação é o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sua sobrevivência. Sem o tributo o Estado não conseguiria realizar os seus fins sociais.

Como se sabe, o Estado é entidade soberana. No exercício de sua soberania, ele exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita., instituindo o tributo. O poder de tributar nada mais é do que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta. Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simples relação de poder como alguns tem pretendido que seja. É relação jurídica, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado. A idéia de liberdade, que preside nos dias atuais a própria concepção do Estado, há de estar presente, sempre, também nas relações de tributação. O Direito é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a supremacia constitucional, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é por excelência um instrumento do cidadão contra o Estado. Não pode ser invocada pelo Estado contra o cidadão[20].

3.2 Princípio da capacidade contributiva

A Constituição da República de 1988 estabelece o princípio da capacidade contributiva em seu art. 145, §1º: os tributos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

De acordo com Hugo de Brito Machado[21], em se tratando de imposto cujo fato gerador não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção certamente não será inconstitucional, posto que não fere o princípio em estudo. Em se tratando, porém, de imposto sobre o patrimônio, ou sobre a renda, cujo contribuinte é precisamente aquele que se revela possuidor de riqueza, ou de renda, a isenção lesa o dispositivo constitucional que alberga o princípio da capacidade contributiva.

“O princípio da capacidade contributiva - que informa a tributação por meio de imposto - hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito, pague, proporcionalmente, mais imposto que aquele que tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza (...) se for da índole do imposto, ele deverá obrigatoriamente ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte”[22].

3.3 Obrigação Tributária

A obrigação tributária é uma obrigação legal por excelência, pois decorre diretamente da lei, sem que a vontade interfira no seu nascimento. A lei cria o tributo e define a hipótese em que o mesmo é devido, bastando que essa hipótese aconteça, tornando-se concreta, para que esteja estabelecida a obrigação tributária, sendo irrelevante a vontade das pessoas envolvidas.

As fontes da obrigação tributária são a lei e o fato gerador. A primeira é fonte formal e a segunda é fonte material. Ambas indispensáveis. Não há obrigação tributária sem a descrição legal da hipótese de seu surgimento. Mas só a descrição legal não basta. É preciso que ocorra o fato descrito na hipótese. A previsão legal – hipótese de incidência – mais a concretização desta – o fato gerador – criam a obrigação tributária[23].

4 DA TRIBUTAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DECORRENTE DO ILÍCITO PENAL

4.1 O princípio do *non olet*

O princípio do *non olet* tem a sua gênese na história do Imperador Vespasiano, o qual, por ocasião da crítica de seu filho Tito sobre o por que da tributação incidente sobre aqueles que se utilizavam dos mictórios públicos, respondeu que o dinheiro não cheira, ou seja, o tributo *non olet*.

Assim, hodiernamente, o tributo deve incidir também sobre as conseqüências econômicas advindas da prática de atividades ilícitas.

Registre-se que o princípio do *non olet* é previsto na legislação brasileira e defendido pela maior parte da doutrina, apesar de alguns países questionarem a sua legitimidade sob o argumento de o mesmo confrontar com os princípios de direito penal.

Ives Gandra Martins consigna o famoso episódio da instituição, na Roma antiga, do imposto sobre as latrinas públicas, do imperador Vespasiano. Creio que é melhor tributar atividades que se encontram na linha limítrofe entre o regular e o irregular do que permitir que criminosos as explorem, impunemente, utilizando sua receita - não controlada - para atividades ilícitas, inclusive para a corrupção[24].

4.2 Da possibilidade de incidência de tributos

A tributação irrestrita de atividades ilícitas possui inúmeros defensores, alguns sustentam ser o tributo devido inclusive quando a ilicitude surge como elemento integrante da hipótese de incidência da obrigação tributária. O presente trabalho não se prenderá à discussão de poder ser ou não o ato ilícito hipótese de incidência tributária. Será abordada a possibilidade da cobrança de tributo da hipótese de incidência que surge em decorrência da prática de atividades reconhecidamente ilícitas penalmente e que tenham repercussão econômica.

Cabe salientar que a previsão normativa abstrata não pode contemplar uma conduta ilícita, pois o que se tributa é a conduta lícita de ser proprietário de bem; a ilicitude está no fato jurídico tributário (fato gerador concreto), e este sim, pode estar eivado de toda sorte de ilicitudes[25]. Não se tributa uma atividade ilícita por si só, mas os efeitos econômicos dela resultante, não se levando em consideração o caráter ilícito ou lícito da atividade praticada.

“Não se quer dizer que o tributo deva incidir diretamente sobre atos proibidos ou imorais, como os abrangidos na correspondente hipótese de incidência, mas apenas a receita eventualmente oriunda desses atos há de ser tributada”[26].

A ilicitude do ato praticado nada tem a ver com a relação tributária. É indispensável, a este propósito, estabelecer a diferença entre o ato ilícito como elemento da hipótese de incidência do tributo e a ilicitude que eventualmente pode verificar-se na ocorrência do fato gerador do tributo. Uma coisa é considerar, por exemplo, a manutenção de casa de prostituição como hipótese de incidência de um tributo. Outra coisa é admitir-se a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos na referida atividade. A hipótese de incidência do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, de renda ou de proventos de qualquer natureza (CTN, art. 43). É irrelevante que tal aquisição se tenha verificado em decorrência de atividade lícita ou ilícita.

“Não se pode, entretanto, admitir um tributo em cuja hipótese de incidência se inclua a ilicitude. A compreensão do que se está afirmando é facilitada pela distinção, inegável, entre hipótese de incidência e fato gerador do tributo; conforme já analisado detalhadamente em momento anterior. Cuida-se, com efeito, de dois momentos distintos. Primeiro é aquele em que o legislador descreve a situação considerada necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária. Nessa descrição a ilicitude não entra. O outro momento é o da concretização daquela situação legalmente descrita. Nessa concretização pode a ilicitude eventualmente fazer-se presente. Aí estará, assim, circunstancialmente. Sua presença não é necessária para a concretização da hipótese de incidência do tributo. Mas não impede tal concretização, até porque, para o surgimento da obrigação tributária, como já visto, a concretização do previsto é bastante. Por isto, a circunstância ilícita, que sobra, que não cabe na hipótese de incidência tributária, é, para fins tributários, inteiramente irrelevante.

Também não importa ao Direito Tributário a natureza do objeto dos atos praticados pelo sujeito passivo ou por terceiros. Nem os efeitos desses atos. Ocorrida a situação prevista em lei como necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, abstração deve ser feita da natureza do objeto, assim como dos efeitos dos atos praticados.

Quer se trate de ato, fato, situação jurídica, conjunto de fatos etc., a hipótese de incidência, como já sabemos, é sempre considerada como de fato, objetivamente.

Por isto mesmo não se devem extrair conclusões indevidas da doutrina que afirma a incidência do tributo sobre atos juridicamente inválidos. Não importa ao Direito Tributário a validade jurídica, mas a efetividade e a subsistência dos fatos, de sorte que se o próprio fato, em sua consistência econômica, deixa de existir, não subsiste a relação tributária”[27].

O Código Tributário Nacional é claro em sustentar que o tributo não deve ser interpretado como reação à prática de algum ilícito[28].

O art. 3º do Código Tributário Nacional veda a utilização do tributo como sanção de ato ilícito, pois há diferença essencial entre tributar e sancionar. À luz do sistema constitucional tributário, não há como confundir os dois institutos; pois enquanto ao tributar se visa a implementação do dever de cooperação, na medida da capacidade contributiva de cada contribuinte, para a preservação e manutenção do atual Estado Democrático de Direito, ao sancionar, busca-se alcançar objetivos diversos, como a retribuição, a preservação geral e também a ressocialização do infrator. Importante frisar que para vislumbrar-se o *quantum* do tributo, leva-se em conta a capacidade contributiva ao passo que o *quantum* da pena é dado pela culpabilidade do agente.

A corrente que não admite a tributação da hipótese de incidência decorrente do ilícito penal, em linhas gerais, sustenta que sua cobrança seria um contra senso do Estado, pois se assim o fosse, estaria sendo reconhecido que determinado bem, valor ou direito seria de titularidade daquele contribuinte condenado na seara penal, já que se estaria exigindo o tributo.

Argumento que não pode ser ratificado. O fato de se tributar os valores obtidos ilicitamente não torna lícita a atividade que deu origem a esses ganhos. O Estado continua a censurar tais atividades e a punir os seus autores. A função do Direito Tributário não tem os mesmos traços/finalidade do Direito Penal. O que se espera é que, caso fique configurada a hipótese de incidência e reste demonstrada a capacidade contributiva do sentenciado, sejam recolhidos os tributos devidos.

Ao contrário encontram-se aqueles favoráveis à tributação, sustentado alguns que com a não incidência do tributo estaria o Estado pactuando com o crime. Argumento esse que deve ser analisado de maneira ponderada, pois seria o mesmo que dizer que o Estado é inerte frente ao grande número de condutas tributárias onerosas ao mesmo e ao invés de aplicar as sanções tributárias, consagra a sanção penal pois a mesma aparentemente é mais rígida e causa sensação de satisfação, eficiência e poder estatal perante a sociedade. Argumento que deve ser afastado, pois a sanção tributária é menos complexa de ser aplicada pelo Estado, tendo em vista à mesma ser dada interpretação objetiva; já a

sanção penal, demanda demonstração da culpabilidade do agente, o que muitas vezes é de difícil demonstração processual.

Há de se ressaltar que muitas pessoas se vêem com grande capacidade econômica advinda de atividades delituosas e durante a aquisição dessa capacidade, mesmo que a atividade seja ilícita, o explorador/beneficiário se torna devedor de tributos sempre que praticar hipótese de incidência tributável, pois o Estado não verifica a origem da hipótese de incidência tributável. Daí surge o questionamento: já que o agente é devedor de tributos caso o Direito Penal não o atinja; por que ele também não pode ser considerado devedor quando o Direito Penal determina o perdimento dos bens auferidos com o crime sendo que o agente usufruiu desses bens durante certo período de tempo sem recolher nenhum tributo?

Muitas vezes o Estado não consegue atingir todo o patrimônio do devedor somente com a sentença penal condenatória e com isso ele – Estado – estaria sendo prejudicado duas vezes, ou seja, na seara penal não conseguiria efetivar o perdimento dos bens do sentenciado e na esfera tributária deixaria de recolher os tributos devidos.

Caso esse tributo não fosse exigido, o devedor poderia praticar seus atos ou realizar suas atividades em uma conjuntura de risco. Se o Estado o atingisse no âmbito penal e tributário, ele cumpriria a pena, talvez perdesse os bens e se tornaria devedor dos tributos devidos durante o tempo que se beneficiou dos bens ou valores. Caso o Estado não o atingisse com nenhuma coerção, o agente estaria sendo favorecido, pois, além de não recolher tributos em nenhum momento, o Direito Penal também não o sancionou.

Mesmo que a seara penal não tenha efetividade, enquanto o agente se beneficiar dos valores ou bens decorrentes da prática delituosa, torna-se também devedor dos tributos.

Grande problema no que tange aos efeitos decorrentes da sentença penal condenatória, conforme dito anteriormente é o Estado não conseguir atingir todos os bens do condenado. Por exemplo, é praxe o uso dos chamados “laranjas”, pois os infratores sabem dos riscos do ato ou atividade praticada e que os bens ou valores adquiridos com rendimentos auferidos da prática criminosa podem ser perdidos.

O direito é uno; tanto o Direito Tributário como o Direito Penal são ramificações do Direito Público. Nenhum ramo do Direito é inteiramente autônomo, ou seja, desvinculado dos demais. Todavia, em virtude das peculiaridades das relações jurídicas de cada área de atuação, as regras jurídicas assumem características especiais e também o intérprete deve atentar para o verdadeiro sentido da norma, sem o quê, não será alcançado o objetivo colimado^[29].

Se o problema for vislumbrado sob o enfoque da consistência econômica da hipótese de incidência, aproxima-se mais da elucidação da discussão, ou seja, da possibilidade da exigência de tributos.

Amílcar Araújo Falcão, descreve a finalidade do Direito Tributário:

“Ao Direito Tributário interessa primordialmente a relação econômica, não importa à configuração do fato gerador a circunstância de consistir ele, concretamente, num ato ou negócio jurídico inquinado de nulidade ou anulabilidade, uma vez que os efeitos econômicos se produzam”[30].

Hugo de Brito Machado ressalta a importância da natureza econômica da relação de tributação, para o intérprete da lei tributária:

“De acordo com a denominada interpretação econômica, admitida por alguns juristas no Brasil, influenciados por doutrinadores alemães, deve o intérprete considerar, acima de tudo, os efeitos econômicos dos fatos disciplinados pelas normas em questão. Na relação jurídica tributária há uma relação econômica subjacente, e esta é que deve ditar o significado da norma. Por isto, no anteprojeto do atual Código Tributário Nacional, elaborado por Graça Aranha e Rubens Gomes de Sousa, chegou a figurar um dispositivo determinando que “a interpretação da legislação tributária visará a sua aplicação não só aos atos ou situações jurídicas nela nominalmente referidas como também àqueles que produzem ou sejam susceptíveis de produzir resultados equivalentes.

Não há dúvida de que o tributo é uma realidade econômica. A relação tributária é de conteúdo econômico inegável. Não se pode, entretanto, afastar os métodos de interpretação, e os meios de integração, para buscar o sentido da norma jurídica só e exclusivamente tendo em vista os efeitos econômicos dos fatos envolvidos na relação de tributação. Tal atitude implicaria negar o Direito, afastando a segurança que o mesmo empresta às relações humanas na sociedade.

A natureza econômica da relação de tributação é importante para o intérprete da lei tributária, porque faz parte integrante do próprio conteúdo de vontade da norma, sendo elemento seguro de indicação do fim ou objetivo visado pela regra jurídica. Por outro lado, inspira um princípio prevalente em Direito Tributário, que é o da capacidade econômica, em função do qual se devem tanto o legislador como o intérprete se orientar. Assim, quando no Direito Civil, ou no Direito Comercial, é examinada uma compra e venda, o que importa é a validade ou não do contrato, e os efeitos que o mesmo produz naquele campo do Direito. As leis civis, ou comerciais, devem ser interpretadas tendo-se em vista a finalidade do contrato de compra e venda e os seus efeitos. Já no Direito Tributário, a compra e venda é vista como um simples fato. O intérprete das leis tributárias, portanto, devem entender a referência a uma compra e venda, não como uma referência a um contrato, e sim como a referência apenas aos efeitos econômicos que esse contrato geralmente produz, sendo irrelevante, portanto, a perquirição a respeito da validade ou invalidade deste. Isto, porém, não quer dizer que se um contrato de compra e venda, porque é inválido, for anulado, o Direito Tributário deve ser indiferente a esse anulamento. Muito pelo contrário, se ocorrer a invalidação, e desta decorrer ou a não execução, ou o desfazimento do contrato, com o retorno das coisas ao estado de fato anterior, esse retorno ao estado de fato anterior tem total relevo para o Direito Tributário. É assim, exatamente, porque ao Direito Tributário importa a realidade econômica, que há de prevalecer sobre a simples forma jurídica.

A denominada interpretação econômica, na verdade, não é mais do que uma forma de manifestação de preferência pelo substancial, em detrimento do formal. Está presente, assim, com outras denominações, nos diversos setores da Ciência Jurídica”[31].

O art. 150, II da Constituição da República de 1988, veda instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Em momento anterior, tratamos detalhadamente do princípio da capacidade contributiva, o qual deve ser lido frente ao art. 150, II da Constituição da República.

Com os olhos voltados para a máxima efetividade dos princípios constitucionais, pode-se inferir que os mesmos restarão afastados quando se tributa o “comerciante legal” que realiza hipótese de incidência, tendo em vista a atividade lícita que exerce e não se tributa o “comerciante de fato”, que também realiza hipótese de incidência, decorrente de atividade ilícita. Pode ser feito um paralelo com o IPTU para facilitar a visualização da temática proposta. Aquele que adquire legalmente um imóvel, com rendimentos comprovadamente lícitos é devedor do IPTU e aquele que adquire imóvel com valores advindos de atividade ilícita, deve ser devedor do IPTU também, já que restou configurada a hipótese de incidência – ser proprietário de imóvel, ou seja, ambos se encontram em situações equivalentes, merecendo tratamento igualitário.

Para a corrente que não admite a tributação, no exemplo acima exposto, aquele que adquiriu o imóvel com rendimento ilícito não será devedor do imposto, tendo em vista a origem dos valores angariados para sua aquisição.

O princípio da igualdade tributária veda deixar de considerar as disparidades decorrentes dos fatos, que encontra seu nascedouro na Constituição da República de 1988, o qual veda: tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercidas, independentemente da função por eles exercidas, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Abalizado na igualdade perante a lei, Aliomar Baleeiro assevera que não será possível à lei reservar tratamento fiscal diverso aos indivíduos que se acham nas mesmas condições[32].

Sendo o tributo uma obrigação de dar que nasce da capacidade contributiva de cada um, aqueles que se encontram em situação econômica semelhante, têm o dever de contribuir de forma igualitária, sob pena de violação dos princípios tributários da igualdade e da capacidade contributiva. Princípios esses que orientam toda a legislação tributária. Sacha Calmon discorre que a igualdade na tributação, capacidade contributiva e extrafiscalidade formam uma cadeia intrínseca[33].

Todavia, quando um tributo tem por fato jurígeno ou gerador (hipótese de incidência) estados como ‘ser proprietário de imóveis urbanos’ ou ‘ter renda’, a hipótese de incidência nessas espécies não indaga de como a renda e a propriedade foram obtidas. A casa do ‘bicheiro’ ou a renda declarada do Leão são normalmente tributadas (non olet). A indagação da origem dos bens e das rendas só terá significação para o Direito Penal. Renda e propriedade não são fatos ilícitos. Ilícitos poderão ter sido as formas de adquiri-las, questões estas que se colocam aquém ou além do Direito Tributário, embora não possam, de forma alguma, ficar alheias à repressão jurídica. O que se não pode fazer é isentar a casa do ‘bicheiro’ ou só tributar a sua renda se ele provar a sua origem lícita [...].[\[34\]](#)”

Contra senso é o Estado deixar de tributar hipótese de incidência decorrente de atividade ilícita pelo só fato dela ter se originado de atividade tipificada penalmente e exigir tributos do contribuinte que age dentro da mais estrita legalidade; interpretação contrária faria com que se afastasse o princípio da igualdade tributária, tendo em vista a hipótese de incidência ser interpretada com abstração da validade jurídica dos fatos efetivamente praticados, bem como da origem de seu objeto.

Albert Hensel entende que o princípio da igualdade da tributação não consente que ao contribuinte seja permitido abrir as portas do eldorado fiscal por meio de atividades imorais ou ilícitas[\[35\]](#).

“Substanciosas as palavras de Amílcar Falcão: [...] se se tomar em consideração a natureza do fato gerador da obrigação tributária, como fato jurídico de acentuada consistência econômica, ou um fato econômico de relevância jurídica, cuja eleição pelo legislador se destina a servir de índice de capacidade contributiva. A validade da ação, da atividade ou do ato em Direito Privado, a sua juridicidade ou antijuridicidade em Direito Penal, disciplinar ou, em geral, punitivo, enfim, a sua compatibilidade ou não com os princípios da ética ou com os bons costumes não importam para o problema da incidência tributária; pôr isso que a ela é indiferente a validade ou nulidade do ato privado através do qual se manifesta o fato gerador: desde que a capacidade econômica legalmente prevista esteja configurada, a incidência há de inevitavelmente ocorrer”[\[36\]](#).

Aliomar Baleeiro ratifica o posicionamento acima exposto. Deve-se admitir, pensamos, a tributação de tais atividades eticamente condenáveis e condenadas. O que importa não é o aspecto moral, mas a capacidade econômica dos que com elas se locupletam. Do ponto de vista moral, parece ser pior deixá-las imune de tributos exigidos das atividades lícitas, úteis e eticamente acolhidas[\[37\]](#).

Exemplo clássico é a tributação da renda auferida em decorrência da prática de atividade ilícita. Caso alguém aufera rendimentos pela prática da mencionada atividade, seria exigível o imposto de renda? Para aqueles contrários à tributação, não seria exigível o imposto de renda, já que a disponibilidade econômica teve sua origem em decorrência da prática de conduta coibida penalmente e o Estado determinou o seu

perdimento. Já a corrente contrária, admite a tributação, uma vez que a exigibilidade do imposto de renda dá-se pelo fato do agente ter auferido renda, não interessando ao Direito Tributário a sua origem, mas somente a ocorrência da hipótese de incidência.

A lei fiscal tributa uma determinada situação econômica, pouco importando as circunstâncias jurídicas em que se tenha verificado, ou seja, ao fato gerador é dada interpretação objetiva, pouco importando se se originou de atividade lícita ou não[38].

Os tribunais superiores tendem a interpretar ser possível a tributação da hipótese de incidência decorrente de atividade ilícita, seja de natureza cível ou penal.

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CONDENAÇÃO. SONEGAÇÃO FISCAL PROVENIENTE DE ATUAÇÃO ILÍCITA. TRIBUTABILIDADE. INEXISTÊNCIA DO “BIS IN IDEM”. BENS JURÍDICOS TUTELADOS NOS TIPOS PENAS DISTINTOS. PUNIBILIDADE. São tributáveis “ex vi” do art. 118, do Código Tributário Nacional, as operações ou atividades ilícitas ou imorais, posto a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. POSSIBILIDADE, CONDENAÇÃO, PECULATO, SIMULTANEIDADE, SONEGAÇÃO FISCAL, HIPÓTESE, RENDA, PRODUTO DE CRIME, OCORRÊNCIA, FATO GERADOR, OBRIGATORIEDADE, TRIBUTAÇÃO, IRRELEVÂNCIA, OBJETO ILÍCITO, NÃO CARACTERIZAÇÃO BIS IN IDEM[39]”.

“Caracteriza, em tese, o crime de sonegação fiscal a subtração da declaração de rendimentos do lucro vultoso obtido com a prática de tráfico de entorpecentes, pois, conforme inteligência do art. 118, I, do CTN, o que interessa considerar para a tributação é o aspecto econômico do fato gerador ou a sua aptidão a servir de índice de capacidade contributiva, ainda que proveniente de atos ilícitos ou imorais[40]”.

4.3 Da impossibilidade da incidência de tributos

Contrapondo a corrente acima, se posicionam aqueles contrários à tributação da hipótese de incidência decorrente do ilícito penal. Alfredo Augusto Becker, em respeitável passagem sustenta:

“O maior equívoco do Direito Tributário é a contaminação entre princípios e conceitos jurídicos e princípios e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais etc). Essa contaminação substitui a atitude mental jurídica, fazendo com que o juiz, a autoridade pública e o contribuinte desenvolvam (sem disto se aperceberem) um raciocínio pseudo-jurídico”[41].

Misabel de Abreu Machado Derzi expõe seu entendimento afastando a incidência do tributo sobre atividade reconhecidamente ilícita e também sua incidência sobre os proveitos oriundos de sua prática:

“Imposto poderá incidir sobre ostentação de riqueza ou o crescimento patrimonial incompatíveis com a renda declarada, no pressuposto de ter havido anterior omissão de receita. Receita, em tese, de origem lícita, porém nunca comprovadamente criminosa. Não seria ético, conhecendo o Estado a origem criminosa dos bens e direitos, que legitimasse a ilicitude, associando-se ao delinqüente e dele cobrando uma quota, a título de tributo. Portanto, põe-se alternativas excludentes, ou a origem dos recursos é lícita, cobrando-se em conseqüência o tributo devido e sonegado, por meio da execução fiscal, ou é ilícita, sendo cabível o perdimento dos bens e recursos, frente à infração”[42].

Para os doutrinadores que não admitem a tributação, a origem ilícita dos rendimentos eliminaria os seus próprios efeitos e seria ilegítimo que, havendo uma norma jurídico-penal que censurara um determinado fato, considerando-o crime, que o Estado se valesse desse mesmo fato para dele obter tributos e o princípio da capacidade contributiva, fundamento precípua daqueles que admitem a tributação das conseqüências do ilícito, não poderia ser analisado isoladamente em relação aos demais princípios constitucionais, posto que restaria violado o princípio da unidade da Constituição.

Outro argumento contrário à tributação de atividades decorrentes do ilícito penal é que o Estado em tal caso estaria chancelando a mesma, tornando-se cúmplice da referida atividade ilícita e de seus respectivos agentes, quando exige tributos das mesmas.

V. Tesoro, Bari e Parlato consideram que a atividade do Estado, como atividade política e nobre que é, não deve ser custeada por receitas cuja origem seja imoral/ilícita, as quais nem chegam a ser verdadeiros rendimentos em sentido econômico. Ainda, os fins do Estado não podem justificar os meios utilizados, especialmente se estes têm origem em uma receita oriunda de atividade ilícita ou imoral[43].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Divergências doutrinárias permeiam o tema proposto, assim, os estudos se divergem a respeito da tributação ou não das implicações econômicas advindas da prática do ilícito penal. Verifica-se que apesar de haver fervorosos debates sobre a tributação do ilícito, poucos focam sua visão para a tributação das conseqüências advindas da prática do ilícito penal. A doutrina se debruça sobre a questão de poder ser considerado ou não o fato criminoso como hipótese de incidência e se afasta da discussão de ser cabível a tributação das conseqüências econômicas oriundas desse delito.

Os frágeis argumentos utilizados para a não incidência do tributo sobre as conseqüências econômicas do ilícito penal, quais sejam, que o Estado estaria pactuando

com o crime e legitimando a ilicitude, são insustentáveis frente ao atual Estado Democrático de Direito.

Não há fundamento razoável para se dar tratamento diferenciado para práticas que produziram iguais riquezas – economicamente falando – e que estariam, pois, em situações iguais, pelo simples fato de sua origem ser ilícita e, com fundamento no princípio da solidariedade, todos têm o dever legal de pagar tributos.

O Direito é uno e diante das análises e discussões apresentadas acerca do tema proposto, não há que se falar em deixar de tributar conseqüências econômicas decorrentes de atividade ilícita sem se levar em conta o ordenamento jurídico como um todo. Tanto o Direito Tributário como o Direito Penal estão interligados, ambos são ramificações do Direito Público. No tema proposto, a interpretação do todo se torna fundamental para a correta aplicação da legislação. Caso não se avoque tal interpretação, o ordenamento jurídico penal possivelmente não conseguirá atingir de forma eficaz todos os atos e as conseqüências oriundas da atividade criminosa. Sendo o Direito Penal a *ultima ratio* e não logrando seu fim por si mesmo, vislumbra-se da necessidade de se avocar o Direito Tributário e reforçar sua aplicação para se amenizar o problema proposto.

Sustentada nos princípios da capacidade contributiva, isonomia, razoabilidade, as regras jurídicas acima estudadas e o art. 3º c/c art. 118 ambos do Código Tributário Nacional, devem ser tributadas, incontestavelmente, as implicações econômicas decorrentes das práticas ilícitas, tendo em vista que para o Direito Tributário o que importa é a exteriorização de riqueza, a existência da capacidade contributiva, pouco importando se a riqueza foi produzida em decorrência da prática de atividade lícita ou ilícita, uma vez que a origem dessa disponibilidade econômica interessa ao Direito Penal – que irá se preocupar com a prática ilícita – que analisa as condutas com base na culpabilidade, diferentemente do Direito Tributário; já que, caso o tributo não fosse devido, seriam tratados preferencialmente os autores de ilícitos em detrimento dos demais contribuintes com fontes lícitas de rendimentos.

Após sentença penal condenatória transitada em julgado, declarando que determinados bens ou valores, ou a disponibilidade econômica, foram auferidos em decorrência de ato ou atividade criminosa, caso o autor não tenha recolhido os tributos devidos durante o período em que era seu possuidor, será ele devedor dos mesmos.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BALEEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, v. 1, t. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BATISTA, Liduina Araújo. *Breves comentários sobre o rápido crescimento urbano e a tributação na ordem constitucional brasileira*. Rio Grande: âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: .

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. STJ. <www.stj.gov.br>.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Brasília: Senado, 1966.

BRASIL. *Código Penal*. Brasília: Senado, 1940.

CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. Malheiros, 1993.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Comentários à constituição de 1988: sistema tributário*. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 7. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

_____. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008.

Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

E. Durkheim. *Las reglas Del método sociológico*, Espanha, Morata, 1978.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador e obrigação tributária*. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HENSEL, Albert. *Curso de direito tributário*. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HENSEL, Albert, in FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 5. ed revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JESUS, Damásio. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte Geral*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LYRA, Roberto. *Comentário ao código penal*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros: 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. Malheiros: 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Siva. *Loteria, bingo e lavagem de dinheiro*. Artigo publicado no Jornal do Brasil. Sítio: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=108767>.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- V. Tesoro, Bari e Parlato, *apud* ROCHA, Joaquim Manuel Freitas. *As modernas exigências do princípio da capacidade contributiva. Sujeição a imposto dos rendimentos provenientes de actos ilícitos*. Lisboa. 1998.
- XAVIER, Alberto. *Inconstitucionalidade dos tributos fixos por ofensa ao princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Separata. RDT, 1991.

[1] E. Durkheim. *Las reglas Del método sociológico*, Espanha, Morata, 1978, p.83.

[2] E. Durkheim. *op. cit.*, p.76.

- [3] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.
- [4] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.116.
- [5] JESUS, Damásio. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 617.
- [6] BRUNO, Aníbal. *Direito penal, v. 1, t. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 27.
- [7] DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pgs. 50-51.
- [8] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 668..
- [9] BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 670.
- [10] REc. 1.023.647 – Rel. Ricardo Lewandowski
- [11] 6ª Turma, REsp. 79.537-0 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 9/9/1996, p. 31.125.
- [12] JESUS, Damásio. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 617.
- [13] DOTTI, René Ariel. *op. cit.*, p. 559.
- [14] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: v. 1*, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 490-491.
- [15] LYRA, Roberto. *Comentário ao código penal. Vol. 2*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 462-463.
- [16] RT 559/416
- [17] BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* p. 674.
- [18] LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte Geral*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 241.
- [19] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. Malheiros: 2004.
- [20] MACHADO, *op. cit.*
- [21] MACHADO, *op. cit.*
- [22] CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61-63.

[23] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26. ed. Malheiros: 2005, p. 137.

[24] MARTINS, Ives Gandra da Siva. *Loteria, bingo e lavagem de dinheiro*. Artigo publicado no Jornal do Brasil. Sítio: <http://www.fsindical.org.br/home/arquivo/imprimir/000631.html>. Acesso em 16 de abril de 2009.

[25] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.116.

[26] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. Malheiros: 2004, p. 129.

[27] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23. ed. Malheiros: 2003, p. 140-141.

[28] Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

[29] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23. ed. Malheiros: 2003.

[30] FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador e obrigação tributária*. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 39.

[31] MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.*, p. 123-124.

[32] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

[33] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 242.

[34] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.*

[35] HENSEL, Albert, *in* FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 5. ed revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 43.

[36] HENSEL, Albert, *in* FALCÃO, Amílcar de Araújo. *op. cit.*, p. 39.

[37] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

[38] Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I- da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II- dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

[39] STJ. RESP 182563/RJ. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. DJ 23.11.1998, p. 198.

[40] STF, RT 759/552.

[41] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

[42] DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

[43] V. Tesoro, Bari e Parlato, *apud* ROCHA, Joaquim Manuel Freitas. *As modernas exigências do princípio da capacidade contributiva. Sujeição a imposto dos rendimentos provenientes de actos ilícitos*. Lisboa. 1998. p. 127-128.

**ANÁLISE JUSFUNDAMENTAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MAIS FAVORÁVEL AO
CONTRIBUINTE**

**BASIC RIGHTS ANALYSIS OF DECLARATION OF
UNCONSTITUTIONALITY'S EFFECTS OF MORE FAVORABLE TO
TAXPAYER LAW**

Marcel Moraes Mota

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar que efeitos deve ter uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, quando essa declaração afeta uma lei que é mais vantajosa para os contribuintes. A fim de encontrar uma solução para este problema, é necessário entender que princípios estão relacionados à questão. Afirma-se que a solução pode ser encontrada através da consideração da colisão entre o padrão que tutela a competência legislativa e o direito fundamental que promove a segurança jurídica. De acordo com o primeiro princípio, uma decisão declaratória de inconstitucionalidade deve ter efeitos ex tunc. Por outro lado, o último princípio implica que tal decisão deva ter efeitos ex nunc. O procedimento da proporcionalidade deixa claro que é possível haver uma decisão declaratória de inconstitucionalidade cujos feitos são ex nunc.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.

ABSTRACT

This article aims to analyse which effects should have a jurisdictional decision that declares a unconstitutionality, when this declaration affects a law that happens to be more advantageous for taxpayers. In order to find an answer to this problem, it is necessary to understand which principles are related to the question. It states that a solution can be found by considering a collision between the standard which protects lawmaker's competence and the basic right that promotes juridical security. According to the first principle, a declarative decision about unconstitutionality ought to have ex tunc effects. In the other hand, the latter principle implies that such decision ought to have ex nunc effects. Proportionality's procedure makes clear it is possible to there be a declarative decision about unconstitutionality whose effects are ex nunc.

KEYWORDS: TAXPAYERS' BASIC RIGHTS. DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY'S EFFECTS. LAWMAKER COMPETENCE.

Considerações iniciais

Este artigo tem por objetivo discutir que efeitos devem ser atribuídos a declaração de inconstitucionalidade de lei mais favorável ao contribuinte, se *ex tunc* ou *ex nunc*.

Verifica-se que a questão, para além da relevância teórica, apresenta claras repercussões no plano prático. A depender da solução acolhida, o contribuinte estará sujeito, ou não, a maiores exigências tributárias.

De início, são feitas referências aos conceitos de supremacia constitucional e de controle de constitucionalidade, que servem de base para a compreensão do princípio formal de competência do legislador infraconstitucional.

Posteriormente, examina-se o direito fundamental à segurança jurídica do contribuinte, apontando-se suas relações com a fórmula política do Estado Democrático de Direito e com princípios constitucionais da tributação, a saber, os princípios da legalidade tributária, da anterioridade, da irretroatividade da lei tributária e da proteção da confiança do contribuinte.

Após essas considerações, cumpre enfrentar o problema, na dimensão normativa da dogmática jurídica,^[1] de qual efeito se atribuir a declaração de inconstitucionalidade de norma mais branda para o contribuinte.

A fim de atingir esse desiderato, recorre-se a uma compreensão adequada da estrutura do sistema jurídico, a que está relacionada a aplicação do procedimento da proporcionalidade, no exame das possibilidades jurídicas de realização das normas jurídicas com estrutura de princípio.

Ao final, apresentam-se considerações finais, que sintetizam os resultados com o desenvolvimento desta pesquisa.

1 Supremacia constitucional e princípio formal de competência do legislador.

Nos sistemas jurídicos dotados de Constituição rígida,^[2] as leis infraconstitucionais devem ser compatíveis com o que dispõem as normas constitucionais, o que reflete a noção de supremacia constitucional.

Consoante uma compreensão escalonada do ordenamento jurídico,^[3] as normas constitucionais, com maior grau de abstração e generalidade, ocupam o ápice da pirâmide jurídica, ao passo que as normas infraconstitucionais, globalmente mais individuais e concretas, preenchem os escalões inferiores do sistema jurídico. Implica o conceito de supremacia constitucional a sujeição da validade de toda a ordem jurídica aos parâmetros construídos com base nas disposições constitucionais.^[4]

De acordo com essa exigência de compatibilidade, as normas de escalão inferior ao da Constituição devem a ela adequar-se tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista formal, tendo em vista que o fundamento de validade material e formal das normas infraconstitucionais é retirado da própria Constituição.

O conceito de rigidez constitucional está associado à distinção entre poder constituinte originário e poder constituído,^[5] segundo a qual este deve ser exercido em conformidade com os limites estabelecidos por aquele.

Nas democracias constitucionais, o balizamento da produção normativa do poder legislativo constituído possui significado claro, precisamente o de respeitar a manifestação soberana da vontade do poder constituinte originário. Além disso, a existência de cláusulas constitucionais insusceptíveis de reforma tem o condão de fixar limites intransponíveis ao poder das maiorias.

Está claro que a atuação do poder legislativo constituído deve ocorrer no âmbito da moldura construída com base no texto constitucional. Ao preencher essa moldura, é correto afirmar que o legislador se desincumbe de atividade constitutiva, ou criativa, em vez de meramente reprodutiva, ou impropriamente chamada interpretativa. Ademais, importa frisar que as leis que resultam da competência decisória do legislativo gozam de presunção de constitucionalidade.

Fundamenta-se, assim, o princípio formal de competência do legislador infraconstitucional, de acordo com o qual ao legislador democraticamente eleito confere-se preferência argumentativa quanto à constitucionalidade dos textos normativos por ele elaborados.^[6]

Observe-se que o princípio formal de competência do legislador tem aplicação somente no espaço de configuração deixado pelo legislador constituinte originário.^[7] Dessa maneira, não está o legislador infraconstitucional autorizado a elaborar leis que não sejam compatíveis com o sentido dos enunciados normativos constitucionais.

A circunstância de a competência legislativa deixar-se explicar por um princípio formal é bastante significativa. Impõe o princípio formal de competência do legislador que suas atribuições legislativas, passíveis de construção com base nas disposições constitucionais, devem ser respeitadas na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, a eficácia jurídica desse princípio pode ser vislumbrada de duas maneiras diferentes. Sob o prisma positivo, o referido princípio formal será tão mais bem observado, quanto for a capacidade do legislativo de adequar-se aos limites de sua competência. Sob o prisma negativo, o princípio de competência proíbe que o legislador elabore normas em desacordo com a Constituição, porque nesse caso, como é claro, a atividade legislativa é realizada em desconformidade com a competência legislativa constitucionalmente determinável.

Caso o poder legislativo extrapole os limites de sua atuação normativa traçados a partir das disposições constitucionais, suas leis estão sujeitas, a qualquer tempo, a serem tachadas de inconstitucionais pelo poder judiciário, seja em processos subjetivos, de maneira incidental, seja em processos objetivos, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.^[8]

No primeiro caso, no controle difuso de constitucionalidade, a lei tida por inconstitucional não é aplicada ao caso concreto, mas continua em condições de ser aplicada em outros casos, se for interpretada como constitucional.

Nos moldes do controle abstrato, discute-se a constitucionalidade da lei em tese. Uma vez que determinada lei seja declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, caberá ao Senado Federal suspender-lhe a execução (art. 52, X, CF/88), de modo que a norma inquinada não será mais apta a produzir efeitos na ordem jurídica.

Seja no exercício do controle concreto de constitucionalidade, seja no exercício do controle abstrato, verifica-se o exercício da jurisdição constitucional no aspecto material,^[9] porquanto a fiscalização da compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais enquadra-se no conceito kelseniano de garantia jurisdicional da Constituição. ^[10]

Caso uma lei seja declarada inconstitucional, reconhecer-se-á, em princípio, que se trata de uma lei nula de pleno direito, de modo que, à primeira vista, não se lhe deverá reconhecer a produção de quaisquer efeitos. Considerar que uma lei inconstitucional possa, malgrado sua incompatibilidade com a Constituição, produzir consequências válidas significa afastar a eficácia jurídica do princípio formal de competência do legislador, através do estabelecimento de uma restrição.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade deve, a menos que haja razões contrárias bastantes, possuir efeitos retroativos, ou *ex tunc*, em atenção à norma principiológica que define a competência legislativa formal do legislador infraconstitucional.

A referência às razões contrárias a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pressupõe o exame dos princípios contrapostos no caso concreto. Em matéria tributária, razões ligadas à posição jusfundamental do contribuinte são relevantes para a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma que lhe seja mais favorável, destacando-se o peso dos argumentos relativos à segurança jurídica.

Como não há princípios absolutos, não é possível excluir a possibilidade de que o princípio formal de competência do legislador seja deslocado por outras razões normativas que integram o estatuto jurídico do contribuinte. Convém, portanto, examinar em que consistem essas outras razões normativas, o que supõe o exame do direito fundamental do contribuinte à segurança jurídica.

2 Direito fundamental do contribuinte à segurança jurídica.

A Constituição da República de 1988 cuidou de estabelecer uma série de limitações ao poder de tributar, assegurando ao contribuinte um estatuto jurídico fundamental de defesa em face de tributações indevidas.^[11]

Os enunciados normativos constitucionais que servem de fundamento para os princípios e regras constitucionais da tributação podem ser vistos, da mesma forma, como texto normativo em que se baseiam os direitos fundamentais dos contribuintes.^[12]

Compreende-se o que se vem de afirmar, haja vista que direitos fundamentais são posições jurídicas que se baseiam em normas dotadas de fundamentalidade material e fundamentalidade formal.

Diz-se que as normas de direito fundamental são materialmente fundamentais, porque se referem a determinados conteúdos, que traduzem a relação constitucional entre os princípios da igualdade, liberdade e dignidade. Logo, as normas de direito fundamental ocupam posição proeminente no ordenamento jurídico, com força normativa que se irradia sobre todos os ramos do direito, que devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais.

Derivam os direitos fundamentais de normas dotadas de fundamentalidade formal, porquanto são normas que possuem especial rigidez constitucional, as quais se colocam fora do alcance da ação erosiva dos poderes constituídos. No sistema constitucional brasileiro, as normas jusfundamentais, das quais derivam os direitos fundamentais, constituem cláusulas super-rígidas, tendo em vista que não se admite sequer como objeto de deliberação projeto de emenda tendente a aboli-las, conforme interpretação sistemática do art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988.[13]

Assim, direitos fundamentais são posições jurídicas cuja importância (fundamentalidade material) é de tal ordem, que se baseiam em cláusulas pétreas (fundamentalidade formal).

Direitos fundamentais do contribuinte, definidos formalmente, são os direitos fundamentais que se projetam na relação jurídica tributária, que compreende no pólo passivo o contribuinte e no pólo ativo o fisco.[14] Vislumbrando-se o aspecto material, ou de conteúdo, direitos fundamentais do contribuinte são aqueles direitos constitucionais que traduzem exigências de segurança jurídica e de justiça na relação tributária.[15] Relacionam-se as posições jusfundamentais dos contribuintes aos bens jusfundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade, que são direitos fundamentais gerais.[16] O decisivo, como ocorre em relação a quaisquer direito fundamentais, é que haja fundamentação jusfundamental correta.[17]

Observa-se que os direitos fundamentais possuem duplo caráter (*Doppelcharakter*)[18], figuram tanto como elementos da ordem jurídica constitucional objetiva, como se apresentam como direitos subjetivos.

Dessa maneira, os direitos fundamentais do contribuinte, na perspectiva jurídico-constitucional objetiva, vinculam os órgãos do poder público, de modo que tanto os órgãos executivos, como os legislativos e judiciários devem respeitar sua eficácia jurídica. No plano subjetivo, os direitos fundamentais do contribuinte se traduzem como posições jurídicas do contribuinte em face do Estado, em razão das quais têm o direito a que os órgãos do Estado se abstenham de ações que venham a restringir indevidamente o âmbito protegido pelas normas jurídicas que compõem o estatuto jusfundamental do contribuinte.

O direito fundamental geral à segurança jurídica decorre já da fórmula política do Estado Democrático de Direito, albergada no art. 1º, *caput*, da CF/88, porquanto inseparável da noção de Estado de Direito, em virtude da qual se deve verificar o estabelecimento de parâmetros jurídicos com base nas quais as pessoas terão a oportunidade de orientar seu comportamento, com um mínimo de previsibilidade das consequências jurídicas que suas opções de conduta poderão acarretar.

Nesse espírito, o art. 5º, *caput*, da CR/88, refere-se expressamente ao direito fundamental geral à segurança. Como disposição constitucional de cunho geral, é claro que possui reflexos nas relações jurídicas tributárias, por meio das quais o fisco interfere na liberdade e na propriedade dos particulares, retirando compulsoriamente recursos para o custeio das atividades do Estado. Não há, portanto, necessidade de que haja uma disposição constitucional expressa esclarecendo que os contribuintes possuem o direito fundamental à segurança jurídica.

O princípio jusfundamental da segurança jurídica confere aos contribuintes o direito a que suas relações jurídicas com os entes tributantes sejam regidas pelos parâmetros de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade.[19]

Importa ressaltar que os referidos parâmetros são exigidos em conjunto, a fim de que se promova um estado de coisas em que a segurança jurídica do contribuinte seja devidamente respeitada.

Com efeito, o critério da estabilidade das relações jurídicas com o fisco proíbe o poder público de tomar decisões que venham a surpreender o contribuinte, o que acabaria por frustrar a confiança que os cidadãos devem nutrir legitimamente pelo Estado, em razão do princípio constitucional da moralidade. Ademais, os contribuintes têm o direito de planejar adequadamente suas ações, para isso é necessário que tenham meios de mensurar as consequências tributárias de suas condutas.

Cumprido mencionar que os princípios constitucionais tributários da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei tributária e da proteção da confiança do contribuinte são reflexos do princípio constitucional da segurança jurídica nas relações travadas entre os contribuintes e o Estado.

Realmente, a legalidade tributária, garantia jusfundamental do contribuinte, projeção do princípio constitucional da legalidade,[20] visa a conferir segurança ao contribuinte, sobre quem só deverá recair a obrigação de pagar os tributos instituídos ou majorados em lei em sentido estrito, com a ressalva daquelas espécies tributárias discriminadas na própria Constituição, de maneira que o contribuinte deverá ter as devidas condições de prever se sua atividade será objeto de tributação e de que forma ocorrerá essa tributação.

Como concretização do princípio constitucional da legalidade tributária, apresenta-se o princípio constitucional da tipicidade tributária, em razão do qual o legislador deve escolher determinadas manifestações de capacidade contributiva (princípio da seleção), tributá-las taxativamente através de lei (princípio do *numerus clausus*), excluindo-se, portanto, todas as situações não compreendidas pelas leis que instituem os tributos (princípio do exclusivismo), tomando o cuidado de descrever precisamente todos os elementos do tipo tributário (princípio da determinação ou da tipicidade fechada), o que servirá de salvaguarda ao equilíbrio constitucional dos poderes, na medida em que os tributos devem ser cobrados com base na lei, não na vontade de agentes vinculados ao poder executivo.[21]

No mesmo sentido, de proteção da segurança jurídica do contribuinte, o princípio da anterioridade, que se fundamenta a partir do art. 150, III, b, da CR/88, o qual estabelece que não será exigido tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada

a lei que os instituiu ou aumentou. As exceções a esse princípio estão discriminadas no próprio texto constitucional, no §1º do art. 150.

Não há dúvida também de que o princípio da irretroatividade da lei tributária “é instrumento de segurança jurídica”^[22], na medida em que, no espírito da alínea “a” do art. 150, III, da CR/88, não será cobrado tributo em relação a fatos consumados antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Do contrário, o contribuinte não teria condições adequadas de planejar suas ações, já que a qualquer momento poderia ser surpreendido por uma tributação relativa a fatos já transcorridos.

Segundo o princípio constitucional da proteção da confiança do contribuinte,^[23] cabe ao Estado respeitar a segurança jurídica do sujeito passivo da relação tributária, o que não se realiza em descompasso com os parâmetros constitucionais da moralidade tributária, de modo que devem ser preservadas as legítimas expectativas do contribuinte, como deflui do parâmetro da previsibilidade dos efeitos jurídicos de seu comportamento.

Em síntese, o contribuinte possui o direito fundamental à segurança jurídica, concretizado por alguns princípios constitucionais da tributação, que se reconduzem a idéia de não-surpresa, de modo que o sujeito passivo da relação jurídica tributária tenha a oportunidade de prever as conseqüências jurídico-tributárias de suas ações.

3 Declaração de inconstitucionalidade de lei mais favorável ao contribuinte.

Quando uma lei mais favorável ao contribuinte, a exemplo daquela que estabelece uma isenção ou de uma lei cuja base de cálculo seja menos onerosa ao contribuinte em relação à anterior, é declarada inconstitucional, perplexidades podem ocorrer.

Bastante ilustrativo dessa possibilidade é um precedente do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa afirma:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI REVOGADORA. EFICÁCIA *EX TUNC*. INAPTIDÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PARA PRODUZIR QUAISQUER EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE REVOGAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE LEI.

1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*.

2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir da sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação.

3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula *ex tunc*, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.

4. No caso dos autos, foi declarado inconstitucional o art. 25, §2º, da Lei 8.870/94, que determinava a revogação do art. 22, I, da Lei 8.212/90, alterando a base de incidência da contribuição da folha de pagamentos para o faturamento. Não tendo essa lei, porém, face ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, jamais sido apta a realizar o comando que continha, vigeu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inc. I, da Lei 8.212/90, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários.

5. Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e nesta parte, não providos.[24]

Acerta o STJ ao afirmar que há diferença entre declaração de inconstitucionalidade de uma lei e sua revogação. Todavia, a ilação de que toda declaração de inconstitucionalidade de lei tem efeito *ex tunc* não merece ser aceita, pois ignora a circunstância que um ato normativo nulo, apesar de inválido, pode ser eficaz, porquanto as dimensões da validade e da eficácia não se confundem.

A lei constitucional é nula, logo inválida *ab initio*, todavia, em face da presunção de constitucionalidade das leis, poderá ser considerada eficaz, por razões de segurança jurídica, de justiça, tendo em vista o respeito à boa-fé daqueles que se conduziram de acordo com uma lei que se presumia válida.[25]

No caso discutido no precedente acima mencionado, o STJ não levou em consideração o direito fundamental do contribuinte à segurança jurídica, que constitui razão de relevo para restringir o âmbito protegido do princípio formal de competência do legislador constitucional.

Impende, portanto, analisar a questão dos efeitos decorrentes de uma declaração de inconstitucionalidade de lei mais favorável ao contribuinte na perspectiva da colisão de princípios, já que se verifica a tensão entre o princípio de competência formal do legislador e o princípio da segurança jurídica, do qual deriva o direito fundamental do contribuinte à segurança jurídica.

Os princípios se diferenciam das regras, entre outros aspectos, porque ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, são mandados de otimização (*Optimierungsgebote*),[26] ao passo que as regras contêm mandamentos definitivos. O conflito real entre duas regras resulta na exclusão de uma delas do ordenamento jurídico, soluciona-se na dimensão de validade, pois duas regras contrárias contemporâneas, de mesma hierarquia e de mesmo nível de generalidade não podem conviver. Já os princípios possuem dimensão de peso (*dimension of weight*),[27] realizam-se em medidas variáveis, a depender das circunstâncias do caso concreto, de acordo com as quais um princípio, ou um grupo de princípios, terá preferência hermenêutica sobre outro, ou um grupo de outros princípios, sem que os princípios não prevalecentes sejam excluídos do ordenamento jurídico.[28]

Os princípios são comandos normativos sujeitos a possibilidades fáticas e jurídicas de realização. A existência de princípios no ordenamento jurídico conduz à máxima da proporcionalidade e vice-versa.

O comumente denominado princípio da proporcionalidade consiste, na verdade, em um procedimento,[29] composto pelos mandados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Através do exame procedimental, ou processual, da proporcionalidade, que tem natureza de garantia fundamental,[30] realiza-se o controle jurídico das restrições, razão pela qual a proporcionalidade pode ser descrita como restrição às restrições, ou limite dos limites (*Schranken-Schranken*).[31] Adota-se, dessa maneira, a teoria externa das restrições, a qual se ajusta perfeitamente à teoria dos princípios como mandados de otimização.

As possibilidades fáticas de realização dos princípios são reguladas pelas regras da adequação e necessidade, segundo as quais, respectivamente, a restrição a um princípio deve ser apta a fomentar um objetivo constitucional legítimo e deve ser a mais suave, dentre as adequadas. Se as regras da adequação e da necessidade não forem suficientes para determinar se a restrição é ou não constitucional, se determinado princípio deve prevalecer ou não, será necessário o recurso ao mandado da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito. No caso de uma colisão de princípios, o mandado da ponderação prescreve que quanto maior for a restrição imposta ao princípio posto em plano hermeneuticamente inferior, maior deve ser a importância da realização do princípio prevalecente.[32] Não se confunde o procedimento da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade, pois este, entre outros critérios, não possui mensuração interna.

Note-se que as possibilidades jurídicas de realizam de um princípio dependem de sua interação com outras normas jurídicas, que podem ter a estrutura de regras ou de princípios. Na discussão relativa aos efeitos da declaração de constitucionalidade de lei mais favorável ao contribuinte, verifica-se que os princípios da competência formal do legislador democraticamente eleito e da segurança jurídica se limitam mutuamente quanto às possibilidades jurídicas de realização. De acordo com o princípio da competência formal do legislador, a declaração de inconstitucionalidade deve ter efeitos *ex tunc*, ou retroativos. Já em conformidade com o princípio constitucional da segurança jurídica, ao qual se liga o direito fundamental do contribuinte à segurança jurídica, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma mais benéfica ao contribuinte devem ser *ex nunc*, de sorte que deve ser reconhecida a produção, no plano da eficácia, de consequências jurídicas válidas oriundas da norma maculada de inconstitucionalidade.

A estrutura do ordenamento jurídico é composta de regras, princípios e de procedimentos de aplicação dessas normas,[33] de modo que, em uma compreensão constitucionalista do sistema jurídico, o órgão jurisdicional, a depender das normas jurídicas pertinentes à situação jurídica deduzida em juízo, deve realizar ponderações, o que não raro é uma exigência da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Decorre da própria estrutura dos sistemas jurídicos que os órgãos jurisdicionais devam realizar ponderações, por essa razão o art. 27 da lei 9868/99, que alude à possibilidade de o STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, simplesmente torna expresso, acrescentando a exigência formal de *quorum* de dois

terços de seus membros, algo que o STF já estava autorizado a fazer, em atenção aos padrões jurídicos em jogo nos processos objetivos em que se julgam as ações diretas de inconstitucionalidade.

Verifica-se que no precedente *sub examine*, o STJ não levou em consideração razões de segurança jurídica, que podem muito bem justificar uma restrição ao princípio formal de competência do legislador infraconstitucional.

É certo que atribuir eficácia a uma lei inconstitucional é uma restrição ao princípio formal de competência do legislador ordinário, na medida em que esse órgão legislativo só está autorizado a produzir normas constitucionais, por isso a inconstitucionalidade, em princípio, deve fulminar a eficácia de uma norma jurídica.

Entretanto, no caso em tela, deve ser levado em consideração também o direito fundamental do contribuinte, que de uma hora para a outra se veria na obrigação de recolher tributos que não deveria anteriormente, amparado em uma lei que se presumia constitucional.

É necessário, portanto, recorrer ao procedimento da proporcionalidade, mediante a análise sequencial dos mandados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

É adequada a restrição ao princípio formal da competência do legislador infraconstitucional, vez que se promove a segurança jurídica. Trata-se também de medida necessária, pois não há outro meio mais suave de, na espécie, conferir eficácia jurídica ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Deve-se, portanto, realizar uma ponderação. Cuida-se de saber se a importância da realização da segurança jurídica dos contribuintes justifica a restrição ao princípio formal de competência legislativa infraconstitucional.

Na situação em análise, a atribuição de efeitos *ex tunc* à declaração de constitucionalidade de lei mais favorável ao contribuinte representa restrição *grave* à segurança jurídica. Já conferir eficácia a uma lei inconstitucional que se presumia constitucional não representa uma restrição grave ao princípio formal de competência legislativa infraconstitucional, haja vista que, na verdade, é uma situação rara que uma lei inconstitucional não produza quaisquer efeitos jurídicos válidos, pois o cidadão não tem condições de adivinhar se uma lei será, ou não, tida por inconstitucional no futuro.

Correto, então, do ponto de vista jusfundamental, atribuir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade de lei mais favorável ao contribuinte, em circunstâncias semelhantes à da situação discutida no precedente do STJ acima colacionado. Dessa maneira, respeita-se o princípio formal de competência do legislador, já que a lei inconstitucional deixará de ser eficaz, assim como se leva a sério o direito fundamental à segurança jurídica dos contribuintes.

Considerações finais

1. Nas Constituições rígidas, figura o princípio formal de competência do legislador infraconstitucional, de acordo com o qual o poder legislativo só está autorizado a elaborar normas no espaço deixado pelo legislador constituinte originário.
2. O direito fundamental do contribuinte à segurança jurídica está relacionado ao Estado Democrático de Direito, manifesta-se no direito de não ser surpreendido em suas relações jurídicas com o Estado, cujo poder de tributar é limitado pelos princípios constitucionais da tributação, de modo que o sujeito passivo da relação tributária deve ter a oportunidade de planejar suas ações e prever os resultados de seu comportamento na esfera fiscal.
3. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei mais favorável ao contribuinte, o órgão jurisdicional deve realizar uma ponderação entre o princípio constitucional da segurança jurídica e o princípio formal da competência do legislador infraconstitucional.
4. É plenamente possível atribuir efeitos *ex nunc* a declaração de inconstitucionalidade de norma mais favorável ao contribuinte, em atenção ao seu direito fundamental à segurança jurídica, sem estabelecer restrição desproporcional ao princípio formal de competência do legislador infraconstitucional.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 2004.

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, José Souto Maior. Relações entre tributos e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (Coordenador). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University, 1978.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Juspodivm, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auf. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Tributação e direitos fundamentais*. In: FOLMANN, Melissa (Coordenadora). *Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade*. Curitiba: Juruá, 2006.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

NOGUEIRA, Alberto. *Teoria dos princípios constitucionais tributários: a nova matriz da cidadania democrática na pós-modernidade tributária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?* Tradução de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WÜRTENBERG, Thomas; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.

[1] Sobre as dimensões da dogmática jurídica, v. DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtslehre*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. p. 51 e ss

[2] A rigidez constitucional pode ser vista como uma técnica de harmonização entre o princípio majoritário e o constitucionalismo, garantindo-se certa estabilidade ao texto constitucional. No Brasil, há normas constitucionais que não podem ser revogadas nem por emenda constitucional, o que indica a adoção de um modelo de super-rigidez. A propósito, v. VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27 e ss.

[3] Nesse sentido, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 246 e ss.

[4] Sobre a distinção entre norma e disposição, v. GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 29.

[5] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?* Tradução de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. p. 113 e ss.

[6] Sobre os princípios formais (*formelle Prinzipien*), v. Id. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 89.

[7] A Constituição confere ao legislador constituído espaço delimitado para tomar decisões, o que enseja a elaboração de uma teoria dos espaços legislativos. Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78 e ss.

[8] Para uma classificação dos modelos de jurisdição constitucional, v. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 43 e ss.

[9] HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 23-26.

[10] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121.

[11] Nesse sentido, v.g., CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 415 e ss. O estatuto jurídico do contribuinte situa-se no contexto do Estado Democrático de Direito Tributário, a respeito v. NOGUEIRA, Alberto. *Teoria dos princípios constitucionais tributários: a nova matriz da cidadania democrática na pós-modernidade tributária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79 e ss.

[12] Como os direitos fundamentais do contribuinte podem ser fundamentados a partir de regras e princípios constitucionais, é desacertado afirmar que todos os direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios. Nesse sentido, v. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Tributação e direitos fundamentais*. In: FOLMANN, Melissa (Coordenadora). *Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 172.

[13] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 636 e ss.

[14] No texto, emprega-se o termo contribuinte em sentido amplo. Como observa Hugo Machado, “A relação jurídica tributária se verifica entre o *fisco* – denominação dado ao Estado enquanto desenvolve atividade de tributação – e aquele que está diretamente obrigado ao pagamento do tributo. Entretanto, muita vez envolve pessoas estranhas, em princípio, a essa relação, de sorte que não é exato dizer-se que o Direito Tributário regula apenas a relação *fisco-contribuinte*; a não ser que se entenda o termo *contribuinte* em sentido amplo, abrangendo qualquer pessoa obrigada a uma prestação tributária, de qualquer espécie”. (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78.).

[15] Gustav Radbruch sustenta que o direito apresenta os valores da segurança jurídica, da justiça e da utilidade (*Zweckmässigkeit*). Com isso, critica-se a ideia sustentada por alguns juspositivistas, segundo a qual o valor da segurança jurídica seria o único ou o mais importante dos valores jurídicos. Na verdade, o valor da segurança jurídica não deve ser considerado isoladamente, porquanto serve de meio para o atendimento dos valores da justiça e da utilidade para o bem comum. (RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. p. 215-216.).

[16] Sobre a relação entre ética tributária e direitos fundamentais, no contexto de superação do positivismo jurídico, Klaus Tipke observa: “En el ámbito del Derecho tributario tampoco cabe elevar al rango de Derecho cualquier norma arbitraria. Al positivismo y nihilismo fiscales – aún no superados por completo – debe oponerse una Ética fiscal del Estado y de los contribuyentes; entre otros motivos, en atención a los derechos fundamentales, que fijan un límite mínimo indisponible a la sociedad pluralista”. (TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Traducción a cargo de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 28.).

[17] ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 61. Logo, não há relação necessária entre direitos constitucionais do contribuinte e direitos fundamentais do contribuinte, já que estes requerem fundamentação jusfundamental correta. José Souto Maior Borges, embora explorando fundamento diverso, chega à mesma conclusão: nem todos direitos constitucionais do contribuinte hão de ser direitos fundamentais. (BORGES, José Souto Maior. *Relações entre tributos e direitos fundamentais*. In: FISCHER, Octavio Campos (Coordenador). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 219.).

[18] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auf., Heidelberg: C. F. Müller, 1999. p. 127 e ss.

[19] ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 308.

[20] O princípio constitucional da legalidade é um dos princípios jurídicos estruturantes do Estado Democrático de Direito, ao lado do princípio democrático, v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 243 e ss.

[21] Nesse sentido, v. XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19 e ss.

[22] MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 95.

[23] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 570 e ss.

[24] EREsp 445455/BA, 1ª Seção, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 05.12.05, p. 208. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2008.

[25] Nesse sentido, André Fernandes esclarece: “O ato nulo, em regra, é *parcialmente ineficaz (até que produza efeitos a declaração judicial de nulidade)*. Raramente poderá ser *totalmente eficaz (até que produza efeitos a declaração judicial de nulidade)*, ou seja, com eficácia equiparada à de ato plenamente válido (como o casamento nulo contraído, porém, de boa-fé pelos cônjuges, dito em razão disso ‘putativo’ – CC/2002, art. 1561), e raramente será *totalmente ineficaz*” (FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 101).

[26] ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 75.

[27] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University, 1978. p. 26.

[28] A distinção entre regras e princípios comporta discussão sobre diversos refinamentos. Exemplo de análise crítica é a contribuição de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35 e ss.).

[29] MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 118 e ss.

[30] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001. p. 65-68.

[31] WÜRTENBERG, Thomas; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005. p. 192-193.

[32] A respeito da estrutura da ponderação, v. CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001. p. 140 e ss.

[33] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 2004. p. 161 e ss.

OS INCENTIVOS FISCAIS E OS IMPACTOS DA FUNÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DOS TRIBUTOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

FISCAL INCENTIVES AND THE IMPACTS OF THE ECONOMIC AND SOCIAL FUNCTION OF TAXATION ON THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Maria de Fatima Ribeiro

RESUMO

O presente estudo analisa as políticas de incentivos fiscais ambientais e os impactos da função social e econômica dos tributos para o desenvolvimento sustentável. Destaca que o papel do Estado é fundamental na elaboração de leis que atendam os princípios constitucionais tributários e os da ordem econômica, comparando os ditames do art. 225 e 170 da Constituição Federal. Serão analisadas as disposições do Plano Diretor na condução da aprovação do orçamento municipal e a participação popular, com vistas ao atendimento das disposições do Estatuto da Cidade, considerando o desenvolvimento urbano sustentável. Na seqüência é apresentada uma síntese da competência tributária em matéria ambiental, sobre as isenções, sobre os incentivos fiscais e sobre a vedação de excessos. Conclui, então, que a tributação não pode ser vista apenas como um instrumento de receita do Estado, mas, sobretudo como instrumento eficaz de implementação de políticas públicas que possibilitem o desenvolvimento econômico com justiça social. E que, ao Poder Judiciário cabe a análise das situações tidas como excessivas ou fora do alcance da legislação e verificar se as pessoas que se encontram nas mesmas situações que os que forem contemplados com um benefício fiscal, sejam a elas estendidas as mesmas prerrogativas ou se devem ser suspensos os efeitos da lei, não se aplicando a nenhum contribuinte.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO – INCENTIVOS FISCAIS – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

ABSTRACT

The present study analyzes the policies of environmental fiscal incentives and the impacts of the economic and social function of taxation on the sustainable development. It highlights that the State's role is fundamental on the creation of laws that meet the constitutional principles of taxation and those of the economic order, comparing the dictates of article 225 and 170 of the Federal Constitution. The provisions of the Director Plan on the conduction of the municipal budget approval and popular participation, aiming at meeting the provisions of the Statute of the City in consideration of the sustainable urban development will be analyzed. Following is a synthesis of the competence to impose taxes in environmental matters, exemptions and

tax incentives and the postulate of prohibition of excess. It concludes, then, that taxation cannot only be seen as an instrument of income to the State, but above all, as an effective means of implementing public policies that enable economic development with social justice. And that it is for the Judiciary to analyze the situations which are considered excessive or beyond the legislation and verify if the persons that are in the same situations that those ones who have been contemplated with a fiscal benefit should be favored with the extension of the same prerogatives or if the law effects should be suspended, applying to no taxpayer at all.

KEYWORDS: SOCIAL FUNCTION OF TAXATION – FISCAL INCENTIVES – SUSTAINABLE DEVELOPMENT.

1. Função Sócio-econômica dos Tributos

Para fins de compreensão da expressão *função social do tributo*, deve-se, primeiramente, considerar que, do preâmbulo da Constituição Federal, constam como destinação do Estado Democrático, por meio dela constituído, *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*.

Já o artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto o artigo 170 a coloca como fundamento da ordem econômica brasileira.

O 3º da Constituição Federal dispõe que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistem na construção de *uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos*.

Dessa forma, os tributos, que são a fonte de recursos do Estado, devem lhe proporcionar o alcance das metas previstas no preâmbulo da Constituição Federal, observando os fundamentos da República Federativa do Brasil e seus objetivos, nunca se limitando à simples arrecadação de valores, ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente.^[1]

É importante notar que há um distanciamento da realidade social e do disposto em lei. O justo tributário é um conceito complexo e subjetivo mas que deve, obrigatoriamente, passar pela questão da justiça social, pelo contexto constitucional e pela educação tributária da população, assim como pela participação da população nas questões atinentes ao orçamento público, não podendo o Direito Tributário se restringir aos atos de arrecadação de valores para os cofres públicos.

Durante muito tempo, a tributação foi vista apenas como um instrumento de receita do Estado. Apesar desta missão, por si só, ser relevante, na medida em que garante os recursos financeiros para que o Poder Público bem exerça seu mister, a verdade é que, pouco a pouco, descobriu-se outra faceta não menos importante na tributação. Atualmente, com a predominância do modelo do Estado Social, a despeito dos fortes

movimentos no sentido do ressurgimento do liberalismo, não se pode abrir mão do uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatal, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica, afirmou o Prof. Leonetti[2]. Ressaltou também, que um dos valores que têm caracterizado o humanismo é a busca da justiça social.[3]

O contribuinte brasileiro questiona constantemente o aumento da carga tributária. Afinal, vem pagando a expansão do gasto público, sobretudo o custo do endividamento. Tem-se, então, que a carga tributária é elevada e que a contraprestação de serviços precisa ser qualificada. A transferência de expressivos recursos da economia para as contas públicas enfraquece o investimento e reduz o consumo.

O artigo 170 da Constituição Federal, principalmente no que se refere aos fundamentos, aos objetivos e aos princípios da ordem econômica e financeira, está diretamente relacionado à política ambiental prevista na Constituição Federal. A ordem econômica não pode estar desvinculada dos preceitos de proteção ao meio ambiente em razão do fator inerente a qualquer atividade produtiva: o fator natureza. A relação é simples: não há atividade econômica sem influência no meio ambiente, e a manutenção dos recursos naturais é essencial à continuidade da atividade econômica e à qualidade de vida da sociedade.

Rogério Vidal Martins[4], ressalta que, a aplicação do tributo tão somente na sua função arrecadatória, tem como conseqüências a inibição da produção de bens e serviços em razão da diminuição da capacidade econômica, advinda do aumento da tributação; a diminuição dos níveis de emprego; a redução do poder aquisitivo do cidadão-contribuinte; a redução do consumo e, também, a diminuição da competitividade do país em relação ao mercado externo. Ou seja, pode causar um enorme prejuízo econômico e social para o país do que decorre a necessidade de, novamente, se promover um aumento da carga tributária.

2. Política Tributária e a Função Social do Tributo

A política fiscal discrimina diferentes espécies econômicas de renda e de capital para sofrerem diferentes incidências econômicas de tributação, no intuito de alcançar seus objetivos econômicos e sociais.[5][6]

A relação entre o Estado e o contribuinte foi caracterizada durante muito tempo como relação de poder e de coerção.

Em termos constitucionais, destacam-se os princípios que visam delimitar a atuação estatal. Esta atuação insere-se no contexto da política tributária. Tem-se, então, que a política tributária é o processo que deve anteceder a imposição tributária. É, portanto a verificação da finalidade pela qual será efetivada ou não a imposição tributária.

Deve ser ressaltado que a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode fazer política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais

através de incentivos fiscais, de isenções entre outros mecanismos que devem ser considerados com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos.

Gustavo Miguez de Mello assevera que a política tributária deve ser analisada pelos seus fins, pela sua causa última, pela sua essência. Na medida em que o poder impositivo deve questionar: Por que tributar? O que tributar? Qual o grau de tributação? Atendendo as perspectivas e finalidades do Estado estarão executando política tributária. [7]

A política tributária poderá ter caráter fiscal e extrafiscal. Entende-se como política fiscal, a atividade de tributação desenvolvida com a finalidade de arrecadar, ou seja, transferir o dinheiro do setor privado para os cofres públicos. O Estado quer apenas obter recursos financeiros.

Através da política extrafiscal o legislador fiscal, poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou quanto à concessão de incentivos fiscais. Pode-se dizer que através desta política, a atividade de tributação tem a finalidade de interferir na economia, ou seja, nas relações de produção e de circulação de riquezas.[8]

Não é fácil distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. Seus limites são imprecisos. A extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para justificar carga fiscal muito elevada, quando se ajustar ao planejamento, definido em lei, que fixa as metas de política econômica e social, conforme ensina Mizabel Derzi.[9]

A política fiscal poderá ser dirigida no sentido de propiciar a evolução do país para objetivos puramente econômicos, como seu desenvolvimento e industrialização, ou também para alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor privado. A determinação do objeto da política fiscal integra as políticas governamentais e deverão ser implementadas para atender a função social do tributo.

A Constituição Federal estabelece quais as espécies e as competências tributárias de cada ente político. Assim, os tributos estabelecidos na Carta Política devem ser instrumentos indicados para alcançar a arrecadação preconizada pela política financeira, sem contrariar os objetivos maiores da política econômica e social que orientam o destino do país.[10]

Em 1982, o prof. José Carlos Graça Wagner escreveu que o clamor da sociedade tanto quanto à excessiva presença do Estado na Economia e o conseqüente nível da carga tributária, como quanto a indagação de qual deve ser o segmento da sociedade que deve pagar a maior parte dos tributos, leva à discussão da própria filosofia do sistema tributário.[11]

É no campo tributário que as implicações atingem toda a sociedade e definem a estrutura econômica da nação. A política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso, deve-se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com dimensão social do homem, sem a qual ele não se

realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar. Devem ser pesquisados os próprios fundamentos da tributação, para que ela atenda já na sua origem, as razões de justiça em relação à oneração do tributo.

De igual modo o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riqueza, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária. Por isso, é necessário repensar o papel do Estado, na função arrecadatória e na prestação de serviços aos jurisdicionados.

A dificuldade de se estabelecer à justa medida, e as razões particularistas, tanto dos indivíduos como do Estado e de seus manipuladores, é que estão na raiz dos conflitos tributários e dos descompassos na justa distribuição dos encargos sobre os diversos segmentos da sociedade.[12]

No que consiste a tributação social? Não se trata apenas em atender as necessidades mais elementares da população, é mais do que isso. A tributação deve respeitar a dimensão individual e familiar, considerando a capacidade contributiva entre outros princípios constitucionais de proteção ao contribuinte. [13]

Sempre que a tributação impedir ou dificultar a realização do essencial em relação à sociedade ou parte dela e até mesmo a uma pessoa, será desmedida e poderá ter caráter confiscatório. Será desmedida também a tributação se os governos pretenderem arrecadar tributos, ultrapassando a soma necessária de dinheiro para o atendimento das necessidades sociais. Tal tributação provoca a transferência de valores dos contribuintes para o fisco, sem finalidade social. Enfim, é tributação social aquela que respeita o que é inerente à sociedade no contexto social dos ditames constitucionais.[14]

Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência entre outros pontos. O tributo deve ter uma função social, tendendo a uma distribuição do patrimônio e das rendas.

O poder tributante, ao elaborar sua política tributária, deve levar em conta se o sistema tributário é justo, se o Estado trata de maneira igual todos os contribuintes que encontram em situação idêntica, e também se está adequado à distribuição de rendas e ao desenvolvimento econômico, favorecendo a política de estabilização da economia, ao combate do desemprego, a inflação entre outros aspectos.

Para adequar o Sistema Tributário aos interesses do poder público, são idealizadas reformas constitucionais. A reforma constitucional tributária deverá promover prioritariamente, a função social do tributo, redistribuindo riquezas, promovendo a justiça social. Uma reforma tributária, além de guardar respeito à Constituição Federal, deve representar os anseios da sociedade brasileira, observando como objetivos a promoção da justiça tributária, valendo-se da função social do tributo, que se presta a redistribuir a renda e diminuir a desigualdades sociais e regionais; a desoneração da carga tributária, sobretudo das incidências sobre a produção e a

atividade econômica; a simplificação e busca da eficiência do sistema tributário; a preservação do pacto federativo e a salvaguarda do estatuto do contribuinte, com respeito aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Em síntese, a proposta de reforma constitucional desejável é aquela formatadora de um Sistema Tributário Nacional justo e eficiente.[15]

A tentativa de uma reforma tributária proposta nestes moldes está longe ainda de ser realizada. São constantes no país as inúmeras medidas provisórias e os pequenos ajustes que, de forma insignificante, tentam ajustar o sistema tributário nacional. Pode ser observado que novos tributos foram criados, como é o exemplo da CPMF e o aumento expressivo da carga tributária sobre o contribuinte.

3. Tributação ambiental e a relevância dos Incentivos Fiscais

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras.

Na Conferência da Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1.992, foi elaborada uma declaração final sobre o tema, constando uma proposta para a adoção, nos países que participaram da conferência em questão, de um sistema de tributos ambientais.

Atualmente é preciso ter em conta de que a tributação ambiental pode revelar-se um expediente importante para atingir o objetivo de preservação do planeta. Ou seja, do meio ambiente se a tributação estiver associada a outros procedimentos administrativos e fiscalizadores.

Tributação ambiental pode ser entendida como o emprego de instrumentos tributários com duas finalidades: a geração de recursos para o custeio de serviços públicos de natureza ambiental e a orientação do comportamento dos contribuintes para a preservação do meio ambiente.

Assim, ao referir-se em tributação ambiental pode se destacar dois aspectos: um sendo de natureza arrecadatória ou fiscal e outro a de caráter extrafiscal ou regulatório que tem como objetivo conduzir o comportamento dos contribuintes, incentivando-os a adotar condutas que estejam em sintonia com a idéia de preservação ambiental.

A Constituição Federal é minuciosa ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional. Referido Sistema demonstra os artigos pertinentes que limitam as ações de ordem econômica. Isto porque, entre os tributos existentes, nenhum prevê qualquer forma de tributação mais expressiva sobre atividades destruidoras do meio ambiente. Ou ainda, agressivas aos recursos naturais não-renováveis.

Neste ponto, constata-se que alguns tributos, têm incidências aleatórias sobre situações que podem ensejar o desenvolvimento de atividades econômicas com conseqüências ambientais. Desta forma a seletividade de alíquota nos tributos sobre circulação, produção e consumo, deveria ser não somente em função de sua essencialidade, mas

também, em consonância com os artigos ambientalistas (5º, XXVII, 170 e 225 da Constituição Federal), em razão da degradação do meio ambiente, da retirada de recursos não-renováveis ou mesmo do tempo de duração do produto.

Tributar de forma sustentável ao meio ambiente consiste em desestimular condutas que causem danos ao meio ambiente e em estimular atitudes que promovam a postura preservacionista através da concessão de benefícios fiscais, fixação de alíquotas progressivas e seletivas e ainda da redução das bases de cálculo de determinado tributo. Nesta linha de raciocínio, esclarece José Marcos Domingues de Oliveira:

Sem dúvida, entre os meios de prevenção e combate à poluição, o tributo surge como instrumento eficiente tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), como fundamentalmente para estimular condutas não poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal) [...] assim, o Estado reconhece o esforço do cidadão em cumprir a lei, e não apenas castiga o recalcitrante; tributa-se menos - a título de prêmio - quem não polui ou polui relativamente pouco.[16]

Diversas propostas sobre a criação de tributos ambientais no Brasil estão em discussão no Congresso Nacional, com vistas à reforma constitucional tributária. Assim, vale destacar a instituição do IVA - Imposto sobre o Valor Agregado seletivo, com vistas à implantação do MERCOSUL. Referido tributo tem sua aplicação relacionada ao nível de degradação do agente econômico e incidirá somente sobre bens e serviços. [17]

Há proposta de estabelecer a tributação ambiental através da cobrança de taxas, que algumas vezes poderá conflitar com outros tributos, vez que as bases que se pretende tributar certos bens e serviços.

A contribuição de intervenção ambiental de competência da União é uma outra proposta de criação de um tributo com cunho ambiental. Esta contribuição propõe fatos geradores diferenciados em razão do grau de utilização ou degradação dos recursos ambientais ou da capacidade de assimilação do meio ambiente.

A maioria dos projetos de criação de tributos ambientais está proporcionando a concentração desses tributos na competência tributária da União. Pode com isso, centralizar o poder de controle de fiscalização e arrecadação dessa receita. No entanto poderão ser atribuídas competências tributárias ambientais aos estados e municípios, já que os ditames constitucionais exaltam no sentido da responsabilidade de todos os entes do governo e da sociedade quanto às questões ambientais.

Deve ser salientado que não há necessidade de criar novos tributos, e sim, como distribuir os recursos arrecadados previstos no Sistema Tributário Nacional vigente, aplicados à implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo que devem oferecer condições de compatibilizar o direito ao desenvolvimento com a proteção do direito ambiental (meio ambiente), sendo ambos direitos garantidos constitucionalmente.

Para arrematar, vale ressaltar os destaques apontados por Alfredo Augusto Becker, quando escreveu:

a principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio de despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada.[18]

Ao adotar o tributo como instrumento de intervenção na economia, o legislador atua através da extrafiscalidade com a aplicação dos incentivos fiscais.

4. O Meio Ambiente na Constituição Federal com vistas ao Desenvolvimento Sustentável

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 225, dispõe de várias inovações para que se tenha uma efetiva proteção do Meio Ambiente, dando importância constitucional ao tema, fazendo com que haja uma maior possibilidade de implementação de medidas de proteção nos âmbitos Federal, Estadual e Municipal.

Mostra-se clara a necessidade de medidas de proteção nas três esferas acima indicadas, vez que, trata-se de um interesse coletivo. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata-se de direito de terceira geração e se constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos.

Assim, a competência para legislar sobre o Meio Ambiente é concorrente, devendo a União traçar normas de caráter nacional, podendo os demais entes federados tratar daquilo que for de seu interesse, como no caso de Município tudo aquilo que versar sobre Meio Ambiente e for de interesse local.

Afirma Alexandre de Moraes[19], que pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se às matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.

A Constituição brasileira prevê que a gestão ambiental é uma atribuição conjunta da União, dos Estados e dos Municípios (art. 225). Além das disposições do capítulo destinado ao meio ambiente (desenvolvimento sustentável - art. 225 da Constituição Federal), deve este ser interpretado em conjunto com o art. 170 do mesmo diploma legal, que trata da ordem econômica, ressaltando a intervenção do Estado nas atividades econômicas que podem gerar impactos ambientais. Tais princípios que informam a ordem econômica ambiental e o Direito Ambiental buscam compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental e a adequação dos propósitos, meios e fins dos conteúdos jurídicos.

Destas considerações, pode-se verificar que continua sendo um grande desafio, na ordem econômica, a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável, disposto no artigo 225 da Carta constitucional brasileira.

Por isso mesmo, é possível afirmar que as questões ambientais estão interligadas com as questões econômicas e sociais, e que a efetividade da proteção ambiental depende do tratamento globalizado e conjunto de todas elas, pelo Estado e pela sociedade.

Daí os dizeres de Cristiane Derani:

Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado despreza a toda elaboração técnica e espiritual. Portanto, qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual.[20]

Nesta linha de entendimento, deve-se ter em conta, e adaptada à realidade brasileira de que a Política Nacional de Educação Ambiental estabelece como um dos objetivos fundamentais da educação ambiental, o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente, em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos.^[21]

Neste contexto, deve ser observada a obrigatoriedade do Poder Público, nos termos dos artigos 205 e 225 da Constituição Federal, ao *definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental*. Daí destacar a importância da educação ambiental no ensino em todos os níveis de formação educacional. É imprescindível que se desenvolva a consciência ambiental em todos os setores e seguimentos da sociedade, e, que a preservação ambiental seja incorporada amplamente ao modo de vida da sociedade capitalista contemporânea.

Essa dimensão ambiental deve ser incorporada, não apenas nas políticas e ações de governo, mas também nas políticas e ações da iniciativa privada e de toda sociedade, e com a preocupação de que o desenvolvimento sustentável seja implementado no sentido do desenvolvimento humano.

Qualquer tributação que envolva o meio ambiente bem como isenções ou outros benefícios fiscais devem adequar-se a Constituição Federal. Tal legislação instituidora deve se dar no âmbito das competências das entidades tributantes, estabelecidas na Constituição Federal. A Constituição Federal, no artigo 170, também prevê o desenvolvimento sustentável na medida em que consagra o princípio de defesa do meio ambiente como ponto de orientação da ordem econômica e financeira. Pode-se afirmar que com esta previsão, tem-se que o desenvolvimento econômico, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, não é legítimo caso ignore a proteção ambiental.[22]

O principal objetivo do desenvolvimento sustentável é superar a falácia de que o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental estão em pólos diversos, de forma que um se torne empecilho para a realização do outro. A defesa do meio ambiente e a exploração dos recursos naturais podem e devem coexistir, afinal, é justamente destes

recursos que o homem retira toda a sua sobrevivência, conforme ensina a Professora Vanya Spagolla.[23]

Sobre a necessária coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente como objetivo precípua do desenvolvimento sustentável, saliente Cristiane Derani:

Quando se usa a expressão desenvolvimento sustentável, tem-se em mente a expansão da atividade econômica vinculada a uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica [...] Desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustadas numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico.[24]

Daí considerar que existe uma antinomia entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente. Ao contrário, são eles complementares, uma vez que não existe desenvolvimento se os recursos naturais não estiverem preservados, à disposição do ser humano como fator de produção de riquezas; e o meio ambiente equilibrado é um dos pressupostos para que a qualidade de vida seja alcançada, afirma Spagolla.[25]

O princípio do desenvolvimento sustentável aponta ainda para outro aspecto importante: deve-se assegurar a satisfação das necessidades da presente geração sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de acesso aos recursos naturais. A presente geração tem o dever de deixar para as futuras gerações um meio ambiente de igual ou de melhor qualidade do que aquele que herdou da geração anterior. [26]

5. Participação Democrática nas Questões de Desenvolvimento Econômico Sustentável

A participação popular na administração pública é de relevante importância para o planejamento, especialmente no âmbito municipal.

O orçamento é considerado instrumento do planejamento público. Necessário se faz observar que este orçamento (planejamento) deve produzir mudanças significativas no plano sócio-ambiental. Não pode ser interpretado unicamente no sentido de equacionar a receita e a despesa. Como o orçamento deve ser formado principalmente pelo pagamento de tributos pelo contribuinte, salienta-se aqui a necessidade da comunidade conhecer este orçamento e dele participar, tanto na sua elaboração quanto na efetiva aplicação do mesmo.

Através dos orçamentos públicos é que se decidem onde os recursos públicos devem ser aplicados. Ou seja, a criação de uma área de preservação ambiental municipal e o aumento dos recursos na área do saneamento básico, são alguns exemplos de iniciativas que requerem a previsão orçamentária. A participação do cidadão na elaboração do orçamento é fator importante no planejamento municipal. Com isto, é possível

estabelecer as prioridades de investimentos no município onde mora aquele cidadão, contando com a participação e colaboração deste, no processo de elaboração e aprovação do orçamento de seu município.

Os munícipes demonstram o exercício de cidadania e atuação democrática quando exercem o direito garantido pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), de participar da vida social de seu município, através do orçamento participativo, das audiências públicas entre outras manifestações inerentes. Através desta lei foi criada a garantia do direito às cidades sustentáveis, quando estabelece a previsão de utilizar os incentivos e benefícios fiscais e financeiros, como instrumentos do planejamento urbano (art. 4º, IV), contemplando a participação da população no desenvolvimento da política urbana.

A implantação dos instrumentos de política urbana prevista no Estatuto da Cidade deve ser desenvolvida, contando com a participação do Poder Público e da sociedade, mediante as diretrizes estabelecidas naquele estatuto.

A perspectiva da participação popular não assume caráter meramente opinativo, mas de intervenção, com a efetiva participação da sociedade na formulação, execução e acompanhamento dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.[27]

A ênfase dada ao planejamento municipal através do Estatuto da Cidade, diz respeito ao equilíbrio ambiental. O inciso IV do art. 2º do referido Estatuto[28] traz como diretriz básica o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir, as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente. O Plano Diretor assume sua função essencial no implemento destas políticas, sendo inclusive obrigatória a inclusão de metas e diretrizes tratada pelo diploma urbanístico, como de execução nas leis orçamentárias do município. Assim, uma cidade bem planejada poderá fazer uso de forma correta destes instrumentos de política urbana, sem distorções, o que favorecerá a implementação de um desenvolvimento urbano sustentável. Referido artigo demonstra a importância fundamental que o legislador deu à questão ambiental, a preocupação com as presentes e futuras gerações, e a afirmação de que as cidades devem ser sustentáveis.

Cabe ao Poder Público municipal a implantação do Estatuto da Cidade que resulta do Plano Diretor com o planejamento sustentável. Mas, o mais importante que deve ser destacado é a participação da sociedade civil organizada nessa nova política, que se dará com a gestão democrática. De igual modo, terá conhecimento dos incentivos fiscais concedidos pelo município e suas peculiaridades.

Hely Lopes Meirelles escreveu que a atuação municipal será, principalmente, executiva, fiscalizadora e complementar das normas superiores da União e do Estado-membro, no que concerne ao peculiar interesse local, especialmente na proteção do ambiente urbano.[29] Assim, a execução da política urbana determinada pelo Estatuto da Cidade, deverá ser orientada em decorrência dos principais objetivos do direito ambiental constitucional, estatuídos no Plano Diretor. Para tanto, é necessário que o município tenha seu plano diretor. E este, deve definir todos os aspectos dispostos no Estatuto da Cidade e nas atividades do desenvolvimento urbano estabelecidas na Constituição Federal.

Vale salientar neste ponto, os escritos de Milaré [30] quando ensina que:

a variável ambiental vem sendo, cada vez mais, introduzida na realidade municipal, para assegurar a sadia qualidade de vida ao homem e ao desenvolvimento de suas atividades produtivas. Isto é sentido sobretudo na legislação, com a inserção de princípios ambientais em Planos diretores e leis de uso do solo e, principalmente, com a instituição de sistemas Municipais de Meio Ambiente, e a edição de Códigos Ambientais Municipais.

Neste mesmo seguimento o Estatuto da Cidade ressalta (art. 2º, incisos X e XI) a adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais. A lei[31] destaca a adequação dos instrumentos de política, econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano.

Assim, entende-se que deva existir, previamente, um planejamento de desenvolvimento urbano, para que haja uma adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira. E essa adequação seja de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição pelos diferentes segmentos sociais, considerando as isenções e incentivos fiscais necessários à implantação de políticas públicas.[32]

O Plano Diretor aparece como o instrumento básico de adimplemento das políticas públicas idealizadas no Estatuto da Cidade. Referido Plano, tem o condão de por em prática as previsões constantes do Art. 2º do Estatuto, estando aí inclusas as previsões quanto ao Meio Ambiente. Deve também delimitar as zonas industriais, comerciais, residenciais, criação de parques, praças, áreas de proteção ambiental dentro das cidades além das demais áreas que deve mencionar.

Assim, podem ser tomadas medidas de modo que aquilo que for de interesse local no tocante ao Meio Ambiente seja resguardado de modo a atender os anseios da população.

Pela leitura dos artigos que versam sobre o Plano Diretor se pode notar que deverá integrar cidade e campo, ou seja, tem como atuar muito mais eficazmente englobando o Meio Ambiente em seus diversos aspectos, atendendo assim, a área urbana e zona rural no todo.

Dessa forma, o Plano Diretor se mostra como o instrumento primordial para que se tenha dentro do Município uma efetiva proteção do Meio Ambiente, fazendo com que os preceitos mencionados no Estatuto da Cidade sejam postos em prática e assim, ocorra realmente o alcance do previsto na Constituição Federal no tocante ao direito que todos têm ao Meio Ambiente sustentável, de forma equilibrada. Assim, deve o Município aprovar as isenções e incentivos fiscais, considerando as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, o desenvolvimento econômico e social, devendo o legislador considerar, em primeiro plano os princípios constitucionais tributários, especialmente o da igualdade entre os contribuintes que se encontram na mesma situação.

6. Sistema Tributário Nacional: Competências, Isenções, Incentivos Fiscais e a Vedação de Privilégios

Através da atividade financeira do Estado é que se obtém parte da receita pública para atender as necessidades coletivas. O dever de pagar tributos é fundamental.

O Direito Tributário afeta não só a relação entre o Estado e o contribuinte mas também a relação entre cidadãos. No Estado de Direito o sistema tributário deve ser justo e igualitário.

Com as novas funções econômicas do Estado intervencionista, alguns impostos ganham cada vez mais conteúdos de extrafiscalidade regulando mercado, conforme as políticas monetárias, industriais, comerciais e redistributivas.

A Constituição Federal estabelece as competências tributárias da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios (art. 153, 155 e 156). Podem conceder isenções os entes políticos que possuem competência para tributar.

O artigo 151 da Constituição Federal veda a instituição de tributo que não seja uniforme em todo território nacional, admitindo a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país.

De igual porte, tem-se que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão relativos aos tributos somente poderá ser concedido por lei específica (art. 150 - § 6º da CF). O art. 175 do Código Tributário Nacional destaca que a isenção é uma forma de exclusão do crédito tributário, juntamente com a anistia entre outros itens.

Os incentivos estão no campo da extrafiscalidade. Através dos incentivos fiscais a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno. Algumas vezes os incentivos fiscais se manifestam através de imunidades ou sob a forma de isenções. Tais incentivos somente serão válidos se foram concedidos do exercício ou do não exercício da competência tributária da pessoa política que os concede.

A extrafiscalidade também manifesta pelos desestímulos fiscais que estimulam contribuintes a não assumirem condutas, embora lícitas são havidas por impróprias sob o aspecto político, econômico e social.

No âmbito do Direito Tributário se configura uma limitação constitucional ao poder de tributar.

O princípio da igualdade diz respeito a juízos valorativos sobre a realidade dos fatos. A máxima - tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida em que se desigualam - merece ser analisada pelo ângulo jurídico constitucional, que passa pela

relação complexa entre os Poderes Legislativo e Judiciário, no que tange aos limites do controle da constitucionalidade das leis por ferimento ao princípio da igualdade.

A norma contida na Constituição Federal: todos são iguais perante a lei, ressalta que todos devem ser merecedores da mesma consideração e respeito. Não exige a Constituição tratamento igual, mas que todos sejam tratados como iguais. Tratar os indivíduos como iguais não implica necessariamente conceder-lhes o mesmo tratamento, muitas vezes implica conceder-lhes tratamento diferenciado, exatamente por reconhecer-lhes o mesmo valor.

Salienta Roque Carrazza:

O princípio da igualdade exige que a lei, tanto ao ser editada, quanto ao ser aplicada:
a) não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente;
b) discrimine, na medida de suas desigualdades, os contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente.**[33]**

Uma questão que surge com frequência é saber se detectando um benefício fiscal que foi concedido de forma a afastar de sua abrangência, contribuintes em uma mesma situação que os incluídos nos termos da lei, deve-se estender judicialmente o benefício aos excluídos pela lei, ou simplesmente declarar inválido o benefício? Seria conveniente não considerar o benefício concedido de forma imperfeita pelo legislador?

O fundamental, nestes casos é verificar os contornos materiais e a finalidade específica da política fiscal ou extrafiscal que fundamentou a concessão do benefício (isenção total ou parcial, redução da base de cálculo, atribuição de créditos presumidos, etc.)

Diante de um privilégio odioso, sem qualquer respaldo de interesse público, os favorecidos devem ter estas situações analisadas pelo Poder Judiciário. Se for verificado que a arbitrariedade está, não na própria existência do benefício fiscal, mas sim na vedação deste ser usufruído por outros contribuintes na mesma situação daqueles que foram contemplados pela lei, a solução mais razoável parece mesmo a de estender tal benefício. Não há o que se falar, aqui em atuação do legislador positivo, pois então, estará em jogo o ferimento de um direito fundamental cuja reparação não pode ficar a mercê de considerações formais.

A tributação não pode impedir a concorrência. Alguns contribuintes podem conseguir uma liminar no sentido de dispensá-lo do pagamento de um imposto ou de parte de um imposto, por conta do tratamento desigual. Esta liminar pode vigorar durante anos. Ao mesmo tempo outros contribuintes não obtiverem uma liminar, em se tratando de situação idêntica. Aqui deve ser observado que tributação não pode impedir a concorrência e a livre iniciativa.

As cargas tributárias, na prática, em razão de uns conseguirem a liminar e outros não, ficarão diferenciadas, possibilitando uma desigualdade, conseqüentemente provocando uma concorrência desleal.

Cabe ao legislador exonerar motivadamente, sob pena do Poder Judiciário, se provocado, retirar a eficácia à exoneração desmotivada, contra a Constituição Federal.

Para alguns juristas, a parte prejudicada pode pleitear em juízo a equiparação com aqueles que foram beneficiados pela liminar, em nome do princípio constitucional que veda a concorrência desleal.^[34]

O juiz que negou a liminar pode continuar considerando que o comerciante não tem razão, e esta pode ser mesmo a solução final, mas em nome de uma tributação justa (princípio do não confisco) deve estender os benefícios conseguidos pelos outros, aqueles que litigam no processo em que ele atua.

O critério discriminatório não pode ser arbitrariamente adotado pelo legislador. Ao excluir ou incluir alguém, de determinado grupo de pessoas às quais se dirige uma norma qualquer, o legislador deve adotar um critério que tenha relação lógica com a inclusão ou a exclusão. Há certas situações em que o legislador está autorizado a tratar desigualmente aos iguais, sem ofensa ao princípio, tais são os casos de extrafiscalidade e do poder de polícia. A extrafiscalidade é a utilização dos tributos para fins outros que não os da simples arrecadação de meios para o Estado. Assim o tributo atua como instrumento de políticas econômicas, sociais, culturais entre outros. O poder de polícia dá meios para os legisladores, inclusive fiscais para limitar direito, interesse ou liberdades em benefício da moral, do bem estar da saúde. No entanto, não contraria o princípio da isonomia uma tributação excessiva caracterizada pelos consumos nocivos^[35].

O que foi aprovado pelo legislador pode ser critério justo ou injusto para fins de isenção ou de incentivos fiscais. Por isso, a aplicação do princípio da isonomia ficará na dependência dos critérios da justiça, do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tal medida é importante para o equilíbrio regional propiciando também a eliminação da guerra fiscal, incentivando o investimento e estimulando o crescimento e zonas menos desenvolvidas do País.

O princípio da igualdade estatuído no artigo 5º da Constituição como direito e garantia fundamental, configura limitação constitucional ao poder de tributar. A igualdade se coloca como um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito. Sem a igualdade não há que se falar em democracia.

No entanto, as desigualdades existem e decorrem da própria natureza. Devem, porém, ser minimizadas pelo Estado no desempenho de suas funções, sempre que à luz Constituição Federal.

Ao dispor da igualdade no âmbito tributário é necessário considerar outros aspectos tributários como o princípio da capacidade contributiva, as imunidades, isenções e benefícios fiscais, não-confisco entre outros.

Considera-se justa a tributação que atenda aos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva, da equidade, da distribuição da carga tributária, da generalidade, da progressividade e da não-confiscatoriedade.

7. Considerações Finais

A gestão ecológica implica numa política ambiental onde o país determina, organiza e busca por em prática, diversas ações que visam a preservação e o melhoramento da vida das pessoas.

A Constituição Federal alberga dois princípios aparentemente conflitantes. O inciso II do artigo 3º determina que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional. E o artigo 225 prevê a proteção ambiental, nos termos ali descritos.

Convém ressaltar que o Estado deve incentivar o desenvolvimento. Deve ser observado que o conceito de desenvolvimento adotado pelo constituinte é um conceito moderno (art. 225). Referido conceito apresenta o desenvolvimento como crescimento econômico, o desenvolvimento como desregulamentação e a redução do papel do Estado e o desenvolvimento com a globalização e o desenvolvimento como direito humano inalienável, e o meio ambiente equilibrado como ressalta o artigo 170.

O Brasil apresenta desequilíbrios regionais expressivos, sendo, portanto, necessários instrumentos que viabilizem a correção desse cenário, estabelecendo mecanismos que promovam um novo equacionamento das vantagens comparativas para a realização de investimentos produtivos.

O planejamento do desenvolvimento das cidades deve ser adequado, com a distribuição espacial da população e com as atividades econômicas do Município e do território sob a área de sua influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

Cabe ao Governo Municipal traçar as metas para um ordenamento do espaço físico da cidade, de forma a que a mesma possa cumprir a sua função social, com vistas ao desenvolvimento econômico. O fundamental é que os tributos podem ser utilizados para mudar hábitos incompatíveis com a preservação do meio ambiente.

A Constituição de 1988 inovou no cenário brasileiro na área do Direito Ambiental, abrindo novos espaços para as ações de proteção ao meio ambiente e, no que se refere aos direitos e garantias individuais, à organização do Estado, à tributação, e, ainda à ordem econômica e social do País.

Referida Constituição não estabeleceu nenhum tributo ambiental específico, embora possibilite no seu texto, condições nas espécies tributárias já existentes, para estabelecer mecanismos e instrumentos de tributação, enfocando o meio ambiente para efeito de preservação a ele dirigida.

Tem-se também que não há necessidade de criar novos tributos, e sim, distribuir adequadamente os recursos arrecadados previstos no Sistema Tributário Nacional vigente para atender finalidades ambientais. Desta forma, os recursos devem ser aplicados na implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo, para

oferecer melhores condições para compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito à proteção do meio ambiente, garantidos constitucionalmente.

É preciso que o meio ambiente seja preservado, não através de uma tributação acentuada e sim com estímulos ou benefícios, entre eles destacando-se aqueles projetos que contemplam planejamentos ambientais que preservem e recuperem o meio ambiente degradado.

Seja qual for o objeto da aplicação da tributação ambiental, a sua regulamentação deverá de ser discutida em profundidade, analisando detalhadamente todos os aspectos econômicos e ambientais pertinentes, de forma que a tributação ambiental seja realmente eficiente e gere os benefícios sociais esperados.

Diante de um privilégio odioso, sem qualquer respaldo de interesse público, os favorecidos devem ter estas situações analisadas pelo Poder Judiciário. Se verificada que a arbitrariedade está, não na própria existência do benefício fiscal, mas sim na vedação deste ser usufruído por outros contribuintes, na mesma situação daqueles, a solução mais razoável parece mesmo a de estender tal benefício.

8. Bibliografia

- ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. *A Tutela Ambiental como Instrumento da Garantia do Desenvolvimento na Ordem Constitucional*. In Revista da Faculdade de Direito da Fundação Armando Penteadado. Ano I, n. 1, 2002.
- ALTAMIRANO, Alejandro C. *El Derecho Constitucional a un Ambiente sano, derechos humanos y su vinculación com el Derecho Tributário*. In Tributação & Meio Ambiente - Livro 2 coord. James Marins, Juruá, Curitiba, 2002.
- AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*, 2^a edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.
- ARAUJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Tributação Ambiental e Reforma Tributária*. Câmara dos Deputados, agosto de 2003, Meio Ambiente, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional. Brasília-DF.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Saraiva, 1963.
- CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. 2008.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros, SP, 21^a ed. 2005 e de 1993.

- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.
 - DERZI, Misabel. *Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1989, v. 32
 - DOMINGUES, José Marcos (coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. MP Editora, São Paulo, 2008.
 - ELALI, André. *Tributação e Regulação Econômica*. MP, São Paulo, 2007.
 - FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1999.
 - FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
 - FLORIDO, Irineu. *A repercussão Econômica dos Impostos*. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1987
 - KIRZNER, Vânia. *Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano*. www.jus.com.br/doutrina
 - LEONETTI, Carlos Araújo. Humanismo e Tributação: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>.
 - MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*, 16ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
 - MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002.
 - MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária. In *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, 1978, RJ;
 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. RT, SP, 5ª. Edição, 1981.
 - MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente - a gestão ambiental em foco*. São Paulo: 5 ed., Revista dos Tribunais, 2007.
 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, RT, SP, 5ª edição, 1981, p. 424.
- [1]- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 2ª edição, 2001, São Paulo: RT, p. 223.
- MINICHELLO, André Luiz Ortiz e Maria de Fátima Ribeiro. *O Município Brasileiro e a Proteção ao Meio Ambiente no Desenvolvimento Econômico Sustentável à Luz do*

Estatuto da Cidade, in Dimensões de Direito Público, Coord. Alexandre Sturion de Paula, Editora Russel, Campinas, 2006, p. 43 a 77.

- MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental. A Função do Tributo no meio ambiente*. Curitiba, Juruá, 2004.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 17ª ed. 2005.

- MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no *Seminário sobre Reforma Tributária*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2003, Fortaleza - CE, mimeo.

- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente - proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de (coord.). *Direito Ambiental e Cidadania*. Mizuno, Leme, 2008.

- PEZZI, Alexandra Cristiana Giacomet. *Dignidade da Pessoa Humana - Mínimo Existencial e Limites à Tributação no Estado Democrático de Direito*. Juruá Editora, Curitiba, 2008.

- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (coord.) *Estudos de Direito Tributário*. 1ª. Edição, editora Caminha Consultoria, Manaus, 2006.

- RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.) . *Direito Tributário e Segurança Jurídica*. MP Editora, São Paulo, 2008.

- RIBEIRO, Maria de Fátima, FERREIRA, Jussara S. Assis B. N. *Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas para o Desenvolvimento Econômico Sustentável*. Editora Malheiros, SP, 2005.

- SCAFF, Fernando F. *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. São Paulo: Renovar, 2007.

- SCAFF, Fernando F., TUPIASSU, Livia V. C. *Tributação e Políticas Públicas: O ICMS Ecológico*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

- **SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo Ambiental - Extrafiscalidade e Função Promocional do Direito***. Juruá Editora, 2006.

- SEGUNDO, Rinaldo. *O orçamento público, os tributos e o meio ambiente*. Texto extraído do Jus Navigandi disponível em www.jus.com.br

- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª. ed., SP, Malheiros, 1998.

- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. Atlas, SP, 2001.
- SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. *Tributação Ambiental e Sustentabilidade, in Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável, Arte e Ciência*, SP, 2008.
- TORRES, Heleno T. (coord.) *Direito Tributário Ambiental*. Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas para o Desenvolvimento Econômico Sustentável. *Maria de Fátima Ribeiro e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*. Editora Malheiros, SP, 2005.
- VARGAS, Jorge de Oliveira. *Princípio de Não-Confisco como garantia constitucional da tributação justa*, Ed. Juruá, Curitiba, 2004.
- WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação Social do Trabalho e do Capital*. Resenha Tributária: São Paulo, 1982.
- VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, Justiça e Liberdade*. Juruá: Curitiba, 2005
- ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *Empresa na Ordem Econômica. Princípios e Função Social*. Juruá Editora, Curitiba, 2009.

[1] Nesse mesmo sentido, escreveu Irineu Florido. *A repercussão Econômica dos Impostos*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1987, que um dos temas de nossa época é o da justiça social, em cujo núcleo está o problema do justo tributário. Se o Estado deve intervir através dos impostos no domínio econômico ou se a tributação terá a finalidade de lastrear a atividade governamental ligada exclusivamente à manutenção da soberania.

[2] LEONETTI, Carlos Araújo. Humanismo e Tributação: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>.

[3] Idem. *Ibidem*.

[4] MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002, p. 33.

[5] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva, São Paulo, 1963, p. 458.

[6] Neste mesmo sentido, merecem destaques os escritos de Aliomar Baleeiro (*Uma Introdução às Ciências das Finanças*, 1969, p. 42) quando ressalta que são duas as acepções de política fiscal: a primeira como sendo um conjunto de medidas financeiras, empregadas pelo Governo para comando da conjuntura econômica e a segunda como sendo o estudo quer axiológico quer técnico dessas medidas à luz da teoria econômica e financeira.

[7] MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária. In *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, 1978, RJ, p. 5.

[8] VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, Justiça e Liberdade*. Juruá: Curitiba, 2005, p. 659.

[9] DERZI, Misabel. *Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1989, v. 32, p. 153.

[10] VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, Justiça e Liberdade*. Juruá: Curitiba, 2005, p. 659.

[11] WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação Social do Trabalho e do Capital*. Resenha Tributária: São Paulo, 1982, p. 5- 6.

[12] WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação Social do Trabalho e do Capital*. Resenha Tributária: São Paulo, 1982, p. 19.

[13] VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). *Tributação, Justiça e Liberdade*. Juruá: Curitiba, 2005, p. 661.

[14] WAGNER, José Carlos Graça. *Penalidades e Acréscimos na Legislação Tributária*. Resenha Tributária: São Paulo, 1979, p. 310. Escreve o autor: *A tributação social se atende ao que cumpre ao Estado, por força de sua própria razão de ser, não podendo este, sob a alegação de ser o anseio da sociedade, transcender ao seu fim natural, para ingressar na esfera das demais dimensões humanas. A própria lei tem um limite, que transcende. Esse limite é a natureza humana.*

[15] MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no *Seminário sobre Reforma Tributária*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2003, Fortaleza - CE, mimeo.

[16] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente - proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38-39.

[17] Elimina, portanto, a possibilidade de atuar, quando possível, diretamente nas fontes de degradação, tais como emissões de poluentes ou final de recursos naturais. Por outro lado, sua alíquota pode ser seletiva sobre alguns bens e serviços que estão associados a danos ambientais. Sua aplicação seletiva só teria alcance ambiental significativa quando da sua incidência no consumo final, segundo pode ser observado na sistemática de incidência do referido tributo.

[18] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Saraiva, 1963, p. 536.

[19] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 17ª ed. 2005, p. 269.

[20] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007, p. 81.

[21] Lei nº 9.795/99, art. 5º, I.

[22] SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. *Tributação Ambiental e Sustentabilidade*, in Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável, Arte e Ciência, SP, 2008, p. 361.

[23] Idem, ibidem, p. 361.

[24] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007, p. 132.

[25] SPAGOLLA, Vanya Senegalia Morete. *Tributação Ambiental e Sustentabilidade*, in Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável, Arte e Ciência, SP, 2008, p. 362.

[26] AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

[27] O Estatuto da Cidade (Lei 10.251/01) incorpora a idéia da participação direta e universal dos cidadãos nos processos decisórios da política urbana, tornando obrigatória a participação popular na definição da política urbana (artigos 43 a 45). Estão previstos instrumentos como conferências e conselhos de política urbana nos âmbitos nacional, estadual e municipal audiências e consultas públicas, além da obrigatoriedade de implementação do Orçamento Participativo. Estes instrumentos devem ser utilizados pelos municípios para abrir espaço para os interesses dos cidadãos em momentos de tomada de decisão a respeito de intervenções sobre o território, e são obrigatórios nos Planos Diretores. (Lei 10.257/01)

[28] Dispõe o artigo 2º do Estatuto da Cidade: Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da

propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I - garantia do direito a cidades sustentáveis entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para às presentes e futuras gerações.

[29] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, RT, SP, 5ª edição, 1981, p. 424.

[30] MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 2ª edição, 2001, São Paulo: RT, p. 223.

[31] Lei 10.251/01 - Estatuto da Cidade.

[32] KIRZNER, Vânia. *Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano*. www.jus.com.br/doutrina.

[33] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros, SP, 1993, p. 57.

[34] Esta é a posição de VARGAS, Jorge de Oliveira. *Princípio de Não-Confisco como garantia constitucional da tributação justa*, Ed. Juruá, Curitiba, 2004, p. 161.

[35] Tais como bebidas, fumo, cigarros, etc.; Imposto territorial para coibir latifúndios improdutivos; Imunidades e isenções, reduções e compensações para partejar o desenvolvimento de regiões mais atrasadas; igualmente para incentivar as artes, educação, cultura, seguridade entre outros.

A LEI COMPLEMENTAR E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

LA LEY COMPLEMENTAR Y SU APLICABILIDAD EN EL SISTEMA TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

Pedro Luis Piedade Novaes

RESUMO

Desde que a Emenda Constitucional nº 04 à Constituição de 1946, de 02/09/61, instituiu a lei complementar no rol das espécies normativas existentes em nosso ordenamento jurídico, muito se tem discutido na doutrina e na jurisprudência acerca de sua hierarquia em face da lei ordinária. Neste sentido, o presente trabalho visa tecer considerações a respeito da natureza da lei complementar, analisando suas semelhanças e diferenças em relação às leis ordinárias. Pela pesquisa realizada para o presente estudo, será demonstrado que existem quatro posicionamentos doutrinários sobre esta questão. E pela análise de cada um destes entendimentos, serão demonstradas as conseqüências deste tema em relação às leis tributárias, inclusive demonstrando que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em diversas ocasiões, sobre tal problema. Num segundo momento, será analisada a aplicabilidade da lei complementar no Sistema Tributário Nacional, observando-se o texto constitucional brasileiro. Finalmente, será feito um estudo sobre a recepção dos tratados internacionais de natureza tributária no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR TRIBUTÁRIA. LEI ORDINARIA TRIBUTÁRIA. HIERARQUIA ENTRE NORMAS JURÍDICAS. TRATADOS INTERNACIONAIS. SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL.

RESUMEN

Dado que la Enmienda Constitucional n ° 04 de la Constitución Brasileña de 1946, en 02/09/1961, estableció la Ley Complementar como una de las especies normativas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, mucho se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia sobre su jerarquía en relación a las leyes ordinarias. En consecuencia, esto trabajo trata de hacer consideraciones acerca de la naturaleza de la Ley Complementar, examinando sus similitudes y diferencias en relación con las leyes ordinarias. Y la investigación realizada para este estudio se muestra que hay cuatro posiciones doctrinales sobre esta cuestión. Y el análisis de cada uno de estos entendimientos se mostrará las consecuencias de esta cuestión en las leyes fiscales, incluidos los que muestran que el “Supremo Tribunal Federal”, la Corte Suprema de Justicia Brasileña, se ha posicionado en varias ocasiones sobre esta cuestión. Después, será analizada la aplicabilidad de las leyes complementares en el Sistema Tributario

Nacional según la Constitución Federal Brasileña. Por último, será hecho un estudio sobre la recepción de los tratados internacionales de naturaleza tributaria en el ordenamiento jurídico brasileño.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS LLAVE: PROCESO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. LEY COMPLEMENTAR TRIBUTARIA. LEY ORDINARIA TRIBUTARIA. JERARQUÍA DE NORMAS JURIDICAS. TRATADOS INTERNACIONALES. SISTEMA TRIBUTARIO NACIONAL.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a lei complementar surgiu efetivamente com a EC nº 4 à Constituição de 1946, de 02/09/61, o chamado ato adicional que estabeleceu o parlamentarismo e que dispunha em seu artigo 22: “Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de Governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta de seus membros”. Posteriormente, foi consagrada na Constituição de 1967 (art. 53) e na EC nº 1, de 1969 (art. 50). (BRASIL, 2009a)

Atualmente, a Lei Complementar está prevista no artigo 59 da Constituição Federal de 1988, tratando-se, portanto, de uma das espécies normativas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico. De acordo com o artigo 69 do texto constitucional, “as leis complementares são aprovadas por maioria absoluta” dos membros do Senado Federal e da Câmara de Deputados, ao contrário das leis ordinárias, que pode ser aprovadas pela maioria simples (BRASIL 2009a).

Esclarece Alexandre de Moraes que “a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato do legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar de evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo” (1999, p. 510).

No mesmo sentido, Miguel Reale entende que a lei complementar é um “*tertium genus* de lei, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente” (1962, p. 110).

Neste sentido, a Constituição Federal elege expressamente que algumas matérias devem ser aprovadas pelo Poder Legislativo através de um *quorum* qualificado (art. 69), exatamente para dificultar qualquer modificação legislativa por maioria simples (art. 47, CF). Assim, conclui-se que a lei complementar difere da lei ordinária em dois aspectos: o material e o formal (BRASIL, 2009a).

Materialmente, posto que somente poderão ser reguladas através de lei complementar as matérias expressamente previstas no próprio texto constitucional,

como, por exemplo, a instituição de imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF/88); formalmente, haja vista que o *quorum* para aprovação de lei complementar é o de maioria absoluta (art. 69, CF), isto é, o primeiro número inteiro subsequente à divisão dos membros da Casa Legislativa por dois, ao passo que na aprovação de lei ordinária o *quorum* é o de maioria simples (art. 47, CF) (BRASIL, 2009a).

Ressalta-se, outrossim, que não será o detentor da iniciativa de projetos de leis quem se incumbirá de decidir se determinada matéria poderá ou não ser veiculada por lei complementar, ou seja, é a própria Constituição Federal quem expressamente irá prever se uma matéria deverá ser disciplinada por lei complementar. Destarte, quando a Constituição Federal for omissa em relação a determinada matéria, significa afirmar que tal assunto poderá ser disciplinado por lei ordinária.

Quanto ao processo legislativo especial da lei complementar, segue-se o modelo padrão do processo legislativo ordinário, com a única diferença em relação à subfase de votação, pois, como já salientado, o *quorum* será de maioria absoluta.

Ressalta-se, finalmente que, “a medida provisória não pode veicular matéria destinada a lei complementar (por inviabilidade de *quorum*), tampouco de resolução ou decreto legislativo, por ser matéria de competência do Congresso Nacional ou de suas Casas. José Afonso da Silva afirma a impossibilidade de veicular matéria indelegável (art. 68, § 1º)” (NUNES JR.; ARAUJO, 1999, p. 283).

2. DA DISCUSSÃO SOBRE A HIERARQUIA ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA

Discorrido sobre a natureza da lei complementar e suas semelhanças e diferenças em relação à lei ordinária, existe divergência doutrinária acerca da existência ou não de hierarquia em face destas duas espécies normativas. Na verdade, a doutrina ainda não chegou a um consenso em torno da questão, havendo opiniões de todos os sentidos, sendo que atualmente existem quatro grandes correntes, a saber: a) a que admite a existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária; b) a que sustenta a inexistência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária; c) a que considera que somente existe hierarquia nos casos de lei complementar de caráter normativo; d) a que fundamenta que existe na verdade invasão de competência e não hierarquia.

Como se vê, se trata de um tema ainda tormentoso na doutrina, mas o Supremo Tribunal Federal está dando um norte a tal assunto, aplicando a melhor interpretação aos olhos do Constituinte Originário de 1988, inclusive no que se refere às normas de natureza tributária. Afinal, para se instituir um tributo é necessário qual espécie normativa? Pode lei ordinária modificar as normas gerais de direito tributário previstas no Código Tributário Nacional? Vamos, então, à doutrina.

2.1. Da existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária

Para esta corrente doutrinária, defendida dentre outros, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a lei complementar situa-se entre a emenda constitucional e a lei ordinária, ocupando espaço intermediário entre as duas espécies normativas.

Os adeptos deste posicionamento entendem o seguinte:

“(...) é de sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta - a lei delegada) e a Constituição (e suas emendas). Tal é o entendimento de Pontes de Miranda nos seus Comentários à Constituição de 1967.

Não é só, porém, o argumento de autoridade que apóia essa tese; a própria lógica jurídica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz...” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 209)

Desta forma, para esta corrente doutrinária, a hierarquia entre lei complementar e lei ordinária está fundada em dois pressupostos: a) no artigo 59 da Constituição Federal, que dispõe sobre o processo legislativo, a lei complementar (inciso II) está intercalada entre a emenda constitucional (inciso I) e a lei ordinária (inciso III), significando dizer que, dessa ordenação constitucional, pretendeu o constituinte extrair a existência de um benefício de ordem no tocante à hierarquia dos atos legislativos. Logo, as leis complementares seriam uma categoria legislativa supra-ordenada e subordinante com relação à legislação ordinária; b) o fato de haver um *quorum* diferenciado entre a lei complementar e a lei ordinária, define que o legislador constituinte quis, de maneira expressa, hierarquizar estas duas espécies de normas.

Para Hugo de Brito Machado “a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, independentemente da matéria normativa superior à lei ordinária, independentemente da matéria que regula. Mesmo que disponha sobre a matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser alterada ou revogada por lei ordinária” (MACHADO, 1996, p. 22).

Já Alexandre de Moraes, ao analisar tal posicionamento, reconhece que “a tese pela hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta - a lei delegada e a medida provisória) é fortemente criticada, alegando-se que ambas retiram seu fundamento de validade da própria constituição, bem como possuem diferentes campos materiais de competência” (1999, p. 511).

Esta corrente doutrinária deixa a desejar, pois não enfrenta diretamente os casos em que uma Lei Complementar pode ser modificada por Lei Ordinária, como ocorreu no caso da revogação, pelo artigo 56, da Lei nº 9.430/96[1], da isenção da contribuição social COFINS prevista no artigo 6º, II, a Lei Complementar nº 70/91[2], sendo que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado que tal modificação legislativa não é inconstitucional (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - Processo: 637299/RJ - DJ n. 193 do dia 05/10/2007) [3] (BRASIL, 2009b). Logo, não é este entendimento doutrinário o que melhor se encaixa na vontade de nosso Constituinte de 1988.

2.2. Da inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária

Os seguidores desta corrente doutrinária partem do pressuposto de que as matérias que deverão ser reguladas por lei complementar estão expressamente previstas na Constituição Federal. Desta forma, jamais poderia haver conflitos entre a lei complementar e lei ordinária e, conseqüentemente, ocorrer, na prática, hierarquia entre as mesmas.

Michel Temer, adepto a esta corrente, expressa que “não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies tributárias” (1997, p. 148).

Na mesma posição, Vidal Serrano e David Araújo sustentam que “a posição de inexistência de hierarquia é a mais adequada. Como tratam de campos materiais determinados (a lei complementar só existe quando expressamente requisitada a sua edição), não apresentam hierarquia, mas campos próprios de incidência, estando todas no mesmo patamar hierárquico” (1999, p. 280).

Em outras palavras, para esta corrente doutrinária, não existe possibilidade de haver hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, uma vez que a Constituição Federal de 1988 delineou expressamente área de atuação das normas complementares, e, desta forma, não há que se falar em conflito entre estas duas espécies legislativas.

Entretanto, tal corrente doutrinária peca por não admitir que no dia-a-dia o Congresso Nacional utiliza o veículo da lei ordinária para regular matérias pertinentes às leis complementares, e vice-versa, não resolvendo, portanto, o conflito existente entre as competências legislativas, principalmente em matéria tributária, o que será demonstrado abaixo.

Isto porque infelizmente não existe a preocupação técnica de nossos representantes legislativos em saber se determinada matéria pode ou não ser regulada por lei complementar ou lei ordinária, o que acarreta sempre em “avalanche” de ações judiciais discutindo sobre o tema.

Assim, a título de exemplo prático, há grande questionamento sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que alterou toda a regra-matriz de incidência tributária [4] das contribuições sociais PIS e da COFINS, ou seja, onde os advogados das sociedades empresárias sustentam que, como tais tributos foram instituídos por leis complementares de nºs 07/70 e 70/91, respectivamente, jamais poderia o legislador infraconstitucional modificar tais regras tributárias por lei ordinária (BRASIL, 2009c). Outro argumento trazido à baila é o de que jamais poderia uma lei ordinária modificar a sistemática do PIS e da COFINS, contribuições sociais, já que o artigo 149, *caput*, CF, prevê que para a instituição de tais espécies tributárias, devem ser observadas as regras do art. 146, III, CF, dispositivo este relativo ao campo de atuação das leis complementares.

Como se vê, a presente teoria, apesar de ter uma base de fundamento verdadeira (inexistência de hierarquia entre as leis complementares e leis ordinárias), não pode ser admitida pelo fato de negar a existência de conflito entre leis complementares e leis ordinárias, quando, na prática, é vivenciada na prática em matéria tributária, como mostra o exemplo do parágrafo anterior.

2.3. Da existência de hierarquia em casos de leis complementares de caráter normativo

Para os adeptos desta corrente, defendida por José Afonso da Silva, as leis complementares previstas na Constituição Federal devem ser agrupadas em dois grupos: “1º) as leis complementares que fundamentam a validade de atos normativos (leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); e 2º) as leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos” (1999, p. 247).

Assim, sob o fundamento de ser a lei complementar fundamental ou não à validade de atos normativos, José Afonso da Silva esclarece que “se as do primeiro grupo fundamentam a validade de outros atos normativos, isso indica relação hierárquica, de tal sorte que tais atos não conformam-se a seu fundamento de validade, que por isso, se coloca em nível superior. Não são desse tipo as leis complementares que estatuem sobre situação concreta, as do segundo grupo, porque resolvem a questão individualizadamente ‘em campo privativo’” (1999, p. 247).

Neste sentido, para esta corrente doutrinária, somente haverá hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, se aquela for fundamento de validade desta.

Exemplificando o seu ponto de vista, José Afonso da Silva leciona que “a questão da ofensa à lei complementar, evidentemente, só se coloca se esta já existe e for

de natureza normativa, ou seja, fundamento da validade de outros atos normativos, como a do art. 146 (Código Tributário Nacional)” (1999, p. 247).

Assim sendo, em termos práticos, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8212/91 (lei de custeio da previdência social) [5], que estabelecem o prazo de 10 anos para o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) constituir e cobrar seus créditos tributários é inconstitucional, uma vez que violam o disposto nos artigos 173 e 174, ambos do Código Tributário Nacional, que preveem que este prazo é de cinco anos [6] (BRASIL, 2009a).

Isto porque, segundo esta teoria, o Código Tributário Nacional, por ser uma norma jurídica com *status* de lei complementar normativa (art. 146, CF), somente pode ser modificado por outra lei do mesmo nível, qual seja, por outra lei complementar que regule normas gerais em direito tributário. Destarte, jamais poderia a lei ordinária nº 8.212/91 estabelecer um novo prazo de constituição de créditos tributários, desvirtuando o disposto em lei complementar de caráter normativo, ou seja, o Código Tributário Nacional.

Alude José Afonso da Silva que “com efeito, a lei ordinária que ofenda uma lei complementar estará vulnerando a própria Constituição, visto que disciplinará interesses que esta determina seja regulados por ela. Tratar-se-á, então, de conflito de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncado, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que é a que ficou ofendida - a Constituição (1999, p. 248).

Não obstante, entendo que não seria esta a vontade do constituinte de 1988, de desmembrar a lei complementar em dois grandes grupos. Primeiro, porque não há qualquer dispositivo constitucional que evidencie este ponto de vista; segundo, porque se a Constituição Federal expressamente determina que uma matéria deve ser regulada por lei complementar, não estabelece se esta matéria é de ordem normativa ou não.

Em outras palavras, se o legislador estabelece lei complementar para regular determinado assunto, mesmo que este seja ou não fundamento de outra norma legal, jamais poderia o legislador infraconstitucional desrespeitar a vontade expressa na Magna Carta. Aliás, os casos de lei complementar estão expressos na Constituição Federal e deverão ser observados pelo procedimento legislativo da Câmara e do Senado Federal, sob pena de inconstitucionalidade formal.

2.4. Da invasão de competência material

Finalmente, para uma quarta corrente doutrinária, o que se deve ter em mente é o fato de que o legislador constituinte determinou expressamente que determinadas matérias devem ser veiculadas exclusivamente por lei complementar. Desta forma, residualmente falando, o que não está previsto na Constituição Federal para ser veiculado por lei complementar pode ser veiculado por lei ordinária.

Na visão de Celso Bastos, “a lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da lei complementar estabelecido pela própria Lei Maior, da mesma maneira que é vedada a lei complementar invadir o campo de atuação da lei ordinária. A lei ordinária tem um campo material diferente do da lei complementar, poderíamos dizer que seu campo de atuação é um campo residual” (1999, p. 15).

O mesmo autor esclarece que em eventual conflito existente entre as duas espécies legislativas, deve-se observar a seguinte regra: “o que vier disposto em lei complementar legítima não pode ser infringido pelas leis ordinárias. Trata-se, portanto, de um caso manifesto de reserva de matérias. As leis complementares tornam-se as únicas aptas a versar certas matérias. Daí por que qualquer contrariedade que venha a encontrar por parte das demais leis tem por causa, muito certamente, o de estarem estas leis indevidamente invadindo o campo material próprio das leis complementares”. (1991, p. 166).

Desta forma, não que se falar em hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. O que pode existir, na prática, é uma invasão da competência de uma espécie normativa pela outra. Se isso ocorrer, terá a seguinte consequência: ou haverá inconstitucionalidade (no caso de lei ordinária regular matéria de lei complementar) ou ocorrerá um desvirtuamento de tipo legal (se matéria de lei ordinária federal for regulada por lei complementar).

Dissecando sobre a última hipótese do parágrafo anterior, José Souto Maior Borges esclarece que:

“quando a lei complementar extravasa do seu âmbito material de validade, para disciplinar matéria de competência da legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é o rótulo, o “nomen juris”, que caracterizará o fenômeno, nem tampouco só simples quorum de aprovação, a lei “complementar” será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada - é claro, por outra lei ordinária editada pela União” (1973, p. 99).

Interpretando-se esta corrente doutrinária, equivale dizer, a título exemplificativo, que a Lei Complementar nº 70/91, que regula a contribuição social da COFINS, pode vir a ser modificada por lei ordinária sem que haja qualquer inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal não prevê que tal tributo seja regulado por lei complementar, nos termos do artigo 195, *caput*, CF.

É exatamente o que ocorreu com a revogação da isenção prevista no artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/91 pelo artigo 56, da Lei Ordinária nº 9.430/96. Segundo Aldemário de Castro (2008, p. 45), este é justamente o posicionamento atual de nossa mais alta corte de justiça:

“Ocorre que o STF (ADC n. 1, RE n. 146.733 e RE n. 138.284) empresta à Lei Complementar n. 70, de 1991, *status* de lei ordinária. Segundo o STF, as contribuições de seguridade social contempladas no *caput* do art. 195, ao contrário daquelas tratadas no parágrafo quarto do mesmo artigo, não reclamam, para instituição, a edição de lei complementar. Assim, por aplicação do princípio da *lex posterior derogat priori* (art. 2o, §1o, da Lei de Introdução ao Código Civil), não há inconstitucionalidade ou

ilegalidade no disposto no art. 56 da Lei n. 9.430, de 1996, ao revogar isenção originariamente prevista na Lei Complementar n. 70, de 1991.”

Da mesma forma, não há qualquer inconstitucionalidade na modificação, pela lei ordinária nº 9.718/98, das regras para as contribuições sociais da COFINS e do PIS, revogando dispositivos que estavam previstos em lei complementar (nºs 70/91 e 07/70), já que a Constituição Federal não determina que tais espécies tributárias a Constituição Federal sejam regulamentadas por lei complementar. Logo, as leis complementares supramencionadas, na verdade, tem o *status* de lei ordinária, podendo ser modificadas por norma de igual hierarquia.

Em suma, se a matéria não é reservada materialmente à lei complementar, pode, então, ser disciplinada por lei ordinária. Se o Congresso Nacional mesmo assim editar uma lei complementar, tal norma poderá ser revogada por lei ordinária, já que quem determina se a matéria deve ser regulamentada por lei complementar é a Constituição Federal, de forma expressa.

De outra sorte, se o Congresso Nacional editar uma lei ordinária em assunto que está reservado materialmente para Lei Complementar, o que haverá é invasão de competência, devendo, portanto, tal norma ser declarada inconstitucional, por violar texto expresso da Constituição Federal.

Exemplificando, seria o caso de a União Federal criar, através de lei ordinária, uma nova forma de tributo não prevista no seu rol de competência (art. 153, CF). Tal lei será declarada inconstitucional por violação ao disposto no artigo 154, I, do Texto Maior, que determina expressamente que: “a União poderá instituir: I - **mediante lei complementar**, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Em suma, esta teoria da invasão de competência material é a que melhor se encaixa com a Constituição Federal, havendo, inclusive, precedentes do Supremo Tribunal Federal a este respeito, conforme demonstrado acima.

3. DAS NORMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E A LEI COMPLEMENTAR

Após delinear que o conflito existente entre lei ordinária e lei complementar se resolve pela teoria da invasão de competência material, neste capítulo será dado um breve relato das normas de direito tributário e quais as matérias reservadas pela Constituição Federal para serem veiculadas por Lei Complementar.

3.1. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

O artigo 150, I, da Constituição Federal dispõe sobre o princípio da legalidade tributária, nos seguintes termos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

Como a Constituição Federal estabeleceu que somente poderá ser exigido tributo ou sua majoração por “lei”, nos moldes da teoria da invasão da competência, o Congresso Nacional poderá criar ou majorar tributo por lei ordinária federal. No mesmo diapasão, poderá a lei ordinária extinguir ou reduzir tributos. Neste sentido, a União Federal poderá criar seus tributos por lei ordinária (artigos 153, 149 e 195, I, II e III, CF); no mesmo diapasão, os Estados (artigo 155, CF) e os Municípios (artigo 156, CF).

Claro que há exceções várias a esta regra, contidas expressamente no texto constitucional, como, por exemplo, os artigos 153, VII; 154, I, que exigem lei complementar para a União instituir, respectivamente, Impostos sobre Grandes Fortunas e Impostos Residuais (BRASIL, 2009a).

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou que para as contribuições sociais do artigo 149 da Constituição Federal (norma matriz das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e corporativas), pela literalidade deste dispositivo constitucional, não se aplica a exigência de lei complementar para sua instituição, sendo possível a definição dos seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes por lei ordinária [7] (BRASIL, 2009b). Pelas mesmas razões, a lei ordinária nº 10.336/2001 pode instituir a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico de combustíveis (CIDE-Combustíveis), sem que houvesse qualquer vício de inconstitucionalidade nesta norma legal, tese também balisada pela nossa jurisprudência pátria [8] (BRASIL, 2009c).

Somente em relação à contribuição de seguridade social prevista no § 4º do artigo 195, CF é que, devido à exigência de observância da técnica da competência residual da União, se faz necessária instituição mediante lei complementar federal, conforme posição pacífica do STF.[9] (BRASIL, 2009b).

Vale discorrer sobre um caso “sui genesis” sobre esta questão envolvendo leis ordinárias e complementares à Constituição: a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira). Este tributo decorreu da edição de uma série de emendas à Constituição (EC n. 12/96, EC n. 21/99, EC n. 37/2002 e EC n. 42/2003) e, apesar de ser, em tese, voltado para atender a Seguridade Social (ações governamentais na Saúde, Previdência Social e Assistência Social – 196, CF), não é prevista no rol do artigo 195, CF, possibilitando, a princípio, dizer que sua instituição deveria ser regulamentada por lei complementar, nos termos do artigo 195, § 4º, CF.

Não obstante, a CPMF foi regulamentada por lei ordinária (lei nº 9.311/96), sem que houvesse qualquer inconstitucionalidade, nos termos da supracitada teoria da invasão de competência material (item 2.4). Isto porque esta específica contribuição social foi instituída diretamente por Emenda Constitucional (nºs 12/96, 21/99, 37/2002,

42/2003), que determinou a sua regulamentação por lei, ou seja, a própria Emenda à Constituição Federal autorizou a sua instituição por meio desta espécie normativa. Em outras palavras, “a competência para instituição da CPMF é uma competência ordinária provisória, instituída (a competência) por meio de emenda constitucional, a EC nº 12/96, sucessivamente prorrogada” (ALEXANDRINO e PAULO, 2004, p. 49).

3.2. DA LEI COMPLEMENTAR E O ARTIGO 146, CF.

Quanto ao artigo 146 da Constituição Federal, as matérias ali dispostas deverão ser reguladas por lei complementar, por previsão expressa.

O inciso I deste dispositivo constitucional determina que “cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (BRASIL, 2009a). Na verdade, este regramento constitucional é inócuo, já que o próprio texto constitucional já delimita, de forma rígida e taxativa, a competência de cada ente tributante. Neste sentido, “qualquer conflito de competência que venha a ocorrer entre as pessoas políticas será um conflito aparente e encontrará solução na correta interpretação das regras e princípios do próprio texto constitucional. Cabe à lei complementar tão-somente aclarar ou explicitar o sentido de alguns destes princípios e normas, sempre respeitando o princípio federativo” (ALEXANDRINO e PAULO, 2004, p. 28).

Já o inciso II, do artigo 146, CF/88 determina que caberá à lei complementar “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”. Da mesma forma que no inciso anterior, resta pouco espaço para regulamentação das limitações constitucionais ao poder de tributar, já que a própria Constituição Federal, em seus artigos 150 a 152 esgota quase que completamente este assunto. Aliás, Aliomar Baleeiro já lecionava que “a lei complementar não cria limitações que já não existam na Constituição, não restringe nem dilata o campo limitado. Completa e esclarece as disposições relativas à limitação, facilitando sua execução de acordo com os fins que inspiraram o legislador constituinte” (1997, p. 105). Assim sendo, a lei complementar apenas tem o condão de completar e esclarecer as disposições relativas à limitação, facilitando sua execução de acordo com os fins que inspiraram o constituinte originário de 1988.

Baseando na regra deste inciso II, 146, CF, o STF não tem aceitado, por exemplo, a veiculação, em lei ordinária, de definições ou condições que repercutam na fruição de imunidades, como por exemplo, a definição, constituição e funcionamento de entidades sem fim lucrativo, para fins da imunidade a que alude o artigo 195, § 7º, CF/88 (São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei), devendo tais matérias ser veiculadas por lei complementar (ADIMC 1.802/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.08.98).

O que há grande questionamento na doutrina é em relação ao alcance do inciso III do artigo 146, CF/88, que dispõe que cabe às leis complementares “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”. A controvérsia está em torno da

extensão e o alcance da expressão normas gerais de direito tributário. Sobre a tormentosa tarefa de discernir, *a priori*, o que vêm a ser as matérias componentes da locução normas gerais.

De qualquer modo, a importância da compreensão em torno da expressão “normas gerais de legislação tributária” reside no fato de que o constituinte teria deixado expresso que tais normas gerais versariam uma série de temas importantes relativos à incidência tributária, quais sejam, a definição dos tributos e suas espécies e, em relação aos impostos já arrolados na Constituição Federal, os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes.

Assevera mais, a Constituição Federal: afirma competir à lei complementar estabelecer normas gerais concernentes à obrigação tributária, ao lançamento tributário, ao crédito tributário, e à prescrição e decadência tributários, encerrando por preceituar, competir, ademais de tudo, à lei complementar disciplinar o adequado tratamento tributário aos atos cooperativos e finalmente, regulamentar sobre a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.

A expressão “normas gerais de legislação tributária” expressa no texto constitucional (art. 146, III) significa que a Constituição Federal de 1988 arrolou expressamente um mínimo essencial de tópicos a serem tratados na lei complementar, ficando a eleição das demais matérias, também gerais, a critério do legislador, sempre respeitado o princípio federativo (ou seja, a lei complementar sobre normas gerais não pode restringir a autonomia dos Estados, DF e Municípios, nem limitar sua competência tributária fora das limitações já previstas na Constituição Federal).

Nossa lei de normas gerais tributárias atualmente vigente é o Código Tributário Nacional, vale dizer, o CTN é lei nacional, e não apenas federal, e reúne normas gerais de Direito Tributário que devem ser respeitados por todos os entes federados na confecção de seus ordenamentos. A diferença entre lei nacional e lei federal consiste justamente no alcance da norma: aquela é voltada para todos os entes federativos (e.g., CTN, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Licitações), esta é voltada apenas para a União Federal (e.g. Lei nº 8.112/1990, Lei nº 9.718/98).

Note-se que o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), mesmo tendo sido aprovado como lei ordinária, é a principal lei complementar em matéria tributária, sendo tal *status* resultado do art. 146, inciso III, da Constituição Federal, e do art. 34, §5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [10]. Tanto que não se discute na doutrina que o Código Tributário Nacional tem hoje eficácia de lei complementar, por versar assunto reservado exclusivamente a esse tipo de ato legislativo, só podendo ser revogada por diploma desta natureza.

Assim sendo, não poderá jamais uma lei ordinária federal dispor sobre normas gerais de direito tributário, confrontando o que dispõe o Código Tributário Nacional, sob pena de violar expressamente o artigo 146, III, da Constituição Federal, posto que o veículo eleito pelo Constituinte Federal para tais matérias é a lei complementar.

Conseqüentemente, os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/91, ao estabelecerem prazos prescricionais e decadenciais em 10 (dez) anos para as contribuições sociais da

Seguridade Social [10] são inconstitucionais, posto que tais tributos sempre estiveram sujeitos aos prazos de decadência e prescrição quinquenais previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, norma recepcionada pela atual CF/1988 com natureza de lei complementar, não podendo ser alteradas mediante lei ordinária.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 08, reconhecendo a inconstitucionalidade de tais normas legais: “são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (BRASIL, 2009b).

Claro que no próprio Código Tributário Nacional existem normas que não são, em seu conteúdo, “normas gerais de direito tributário” a que alude o inciso III, do artigo 146, CF/88, podendo, em tese, ser revogadas por lei ordinária, como, por exemplo, o artigo 185-A, que é, na verdade, norma processual e diz respeito a aspectos relativos à penhora [11]. Neste sentido, a inovação prevista no artigo 655-A, do Código Processo Civil[12], introduzida pela Lei nº 11.382/2006, pode ser aplicada em sede de execuções fiscais, não necessitando observar a regra do artigo 185-A, CTN (BRASIL, 2009a). Em outras palavras, é possível, atualmente, a penhora “on-line” de início, sem necessitar a Fazenda Pública comprovar que esgotou todos os meios para encontrar bens do executado.[13] (BRASIL, 2009c)

2.3. DOS TRATADOS DE DIREITO INTERNACIONAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A LEI COMPLEMENTAR

Os tratados internacionais são firmados pelo Presidente (art. 84, VIII, CF), aprovados pelo Congresso Nacional por meio de um decreto-legislativo (art. 49, I), e promulgados por Decreto Presidencial.

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil em matéria tributária podem, por exemplo, evitar bitributação internacional (sobre a renda, sobre a herança, comércio eletrônico); uniformizar as tarifas aduaneiras no comércio entre Países, bem como estabelecer regras sobre a fiscalização tributária do Brasil com outro Estado Soberano.

A questão de como os tratados internacionais em matéria tributária são recepcionados pelo ordenamento pátrio é motivo de muita polêmica na doutrina em face da redação do artigo 98, do Código Tributário Nacional que dispõe que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. (BRASIL, 2009a)

Assim, parte da doutrina entende que “o CTN situa os tratados internacionais que versem sobre matéria tributária em plano hierárquico superior ao das leis ordinárias” (ALEXANDRINO e PAULO, 2008, p. 190), interpretando que aqueles são incorporados no direito pátrio com *status* de lei complementar ou supra legal.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem o posicionamento firme no sentido de que os tratados internacionais, independentemente de sua natureza jurídica, são recebidos pelo sistema jurídico interno como lei ordinária (ADI 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.09.1997)[14]. Via de consequência, “significa que, se uma lei ordinária posterior a um tratado internacional, já internalizado, for com ele incompatível, o tratado deixará de ser aplicado. Se for o caso, o Brasil sofrerá sanções internacionais cabíveis por haver descumprido um tratado internacional” (ALEXANDRINO e PAULO, 2008, p. 190).

Neste sentido, com base nesta posição do Supremo Tribunal Federal, a regra do artigo 98, do Código Tributário Nacional, que dispõe que os tratados internacionais de direito tributário são incorporados no sistema jurídico nacional com força hierárquica superior às leis ordinárias, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que este posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sofrerá certamente alteração nos casos dos tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, os quais, neste contexto, terão força de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, CF, com redação dada pela EC 45/2004.

Assim, somente se um tratado internacional de natureza tributária possa ser enquadrado como sendo “sobre direitos humanos”, e desde que haja sua aprovação pelo quorum qualificado acima, terá a mesma hierarquia de emenda constitucional. Caso contrário, virá ao ordenamento jurídico com a força de lei ordinária federal, tornando sem efeito o disposto no artigo 98, CTN.

3. CONCLUSÃO

O escopo do presente estudo foi o de analisar, em síntese, a aplicabilidade da lei complementar em matéria tributária, observando-se os regramentos e princípios previstos na Constituição Federal de 1988. De cara já restou demonstrado que há um grande choque na doutrina em relação à possível hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, chegando-se à conclusão que atualmente há quatro respeitáveis correntes doutrinárias sobre tal matéria.

Para a primeira corrente apresentada, defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, existe claramente uma hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, haja vista que existem razões de ordem material (artigo 59, CF) e formal (aprovação por maioria absoluta) para justificar tal ponto de vista.

Para uma segunda corrente, liderada por Michel Temer, não há que se falar em hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, uma vez que seria impossível o confronto entre as duas espécies legislativas, haja vista que as matérias reservadas à lei complementar estão previstas expressamente na Constituição Federal, ao passo que, de forma residual, as demais matérias serão tratadas por lei ordinária. Assim, se atuam em

campos distintos, não existe possibilidade de conflito e, conseqüentemente, hierarquia entre uma e outra norma legal.

Há, ainda, uma terceira corrente doutrinária defendida por José Afonso da Silva, a qual sustenta a posição de que, na verdade, existem em nosso ordenamento jurídico duas formas de lei complementar: a) aquelas que fundamentam a validade de atos normativos (leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); e outras que não fundamentam a validade de outros atos normativos. Desta forma, se a lei complementar servir de fundamento de validade a outros atos normativos (como por exemplo, o Código Tributário Nacional, que regula as normas gerais de tributação estabelecidas no artigo 146 da Constituição Federal), tal norma jamais poderá ser revogada ou modificada por lei ordinária. De outra sorte, se uma lei complementar não servir de fundamento para outra lei ou ato normativo, não há que se falar em hierarquia, podendo, desta forma, haver a revogação.

Finalmente, para uma quarta corrente que é defendida por Celso Bastos, não se trata de hierarquia de normas. As duas espécies legislativas estão no mesmo patamar constitucional. O que pode ocorrer, na verdade, é a invasão de competência de matéria reservada à lei complementar por lei ordinária, e vice versa. Via de conseqüência, teremos duas situações distintas: se a lei ordinária regular matéria reservada à lei complementar, haverá usurpação de competência, que ocasionará em inconstitucionalidade, uma vez que a própria Constituição Federal que determina expressamente o que deve ser veiculado por lei complementar. De outra sorte, se houver lei complementar disciplinando matéria destinada residualmente às leis ordinárias, significa afirmar que esta lei “complementar” será, na verdade, lei ordinária, podendo ser revogada por outra lei ordinária editada pela União.

Na verdade, não existe uma hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, mas sim campos de atuação distintos. Se houver violação desta regra acarretará em usurpação de competência fixada na Constituição Federal, ocasionando duas hipóteses distintas: a) ou inconstitucionalidade (lei ordinária regulando matéria de lei complementar) ou b) um desvirtuamento de tipo legal (lei complementar regulando matéria de lei ordinária). Esta é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal [15].

Resolvida esta questão entre conflitos entre lei complementar e lei ordinária, foi estudada, também de forma sucinta, a aplicação das leis complementares em matéria tributária sob o ponto de vista das regras e princípios constitucionais, demonstrando que existem ainda muitas questões em aberto, tais como qual o alcance das “normas gerais de direito tributário” (art. 146, III, CF) e a real intenção do constituinte em deixar para as leis complementares a regulamentação de matérias já explícitas no texto constitucional, como os conflitos de competência tributária (art. 146, I, CF) e os limites ao poder de tributar (art. 146, II, CF).

Ademais, percebe-se que nem todas as normas previstas no Código Tributário Nacional são relativas às “normas gerais de direito tributário”, não tendo, assim, o *status* de lei complementar por força do artigo 146, III, CF, podendo, em tese, ser modificada por lei ordinária federal, como, por exemplo, o artigo 185-A, CTN que trata de regra processual civil.

Outra questão bastante complexa é a relativa à aplicabilidade e recepção dos tratados internacionais relativos à matéria tributária no ordenamento jurídico, sendo que o artigo 98, do Código Tributário Nacional estabelece uma posição supra legal daqueles em relação às leis ordinárias, entendendo parte da doutrina serem os tratados internacionais de matéria tributária incorporados no Brasil com *status* de lei complementar.

Entretanto, restou demonstrado que o Supremo Tribunal Federal entende que, independentemente da natureza jurídica, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil são incorporados no regimento jurídico interno com força de lei ordinária. Apenas os tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF, com redação dada pela EC 45/2004).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____. *Manual de Direito Tributário*. 7ª. Ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 7ª. Ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 26, Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BORGES, José Souto Maior. Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar. *Revista de Direito Público* nº 25.

BRASIL, Presidência da República. Constituição Federal de 1946, 1967, 1988, Leis Complementares e Leis Ordinárias Federais. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 28/04/2009a.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28/04/2009b.

_____, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO. Acompanhamento processual. Disponível em <http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=865>. Acesso em 28/04/2009c.

CASTRO, Aldemario Araújo. *Primeiras Linhas de Direito Tributário*. 4a. Edição. Brasília/DF: Editora Fortium, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Posição Hierárquica da Lei Complementar*. *Revista Dialética*. n^o 14/96.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6^a. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

SERRANO NUNES JR, Vidal, ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo, in: *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1999, 3^a. Ed.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13^a. Edição. São Paulo: Atlas, 1997.

[1] Lei 9.430/1996: “Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar n^o 70, de 30 de dezembro de 1991”.

[2] Lei Complementar 70/92: “Art. 6^o São isentas da contribuição: (...) II - as sociedades civis de que trata o art. 1^o do Decreto-Lei n^o 2.397, de 21 de dezembro de 1987”.

[3] E M E N T A: Agravo de Instrumento – Sociedade Civil de Prestação de Serviços Profissionais Relativos ao Exercício de Profissão Legalmente Regulamentada - Cofins – Modalidade de Contribuição Social - Outorga de Isenção por Lei Complementar (LC n^o 70/91) – Matéria Não Submetida à Reserva Constitucional de Lei Complementar – Conseqüente possibilidade de utilização de Lei Ordinária (Lei n^o 9.430/96). Para revogar, de modo válido, a isenção anteriormente concedida pela LC n^o 70/91 – inexistência de violação constitucional – a questão concernente às relações entre a lei complementar e a lei ordinária – inexistência de vínculo hierárquico-normativo entre a lei complementar e a lei ordinária – espécies legislativas que possuem campos de atuação materialmente distintos – doutrina – precedentes (STF) - recurso de agravo improvido.

[4] Sobre regra-matriz de incidência tributária: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva.

[5] Lei n. 8.212: “Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados: I - do primeiro dia do exercício

seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada. (...) Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos”.

[6] Código Tributário Nacional: “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado; Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

[7] "Constitucional. Tributário. Contribuições sociais. Contribuições incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei n. 7.689, de 15-12-88. Contribuições paraíscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. CF, art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. CF, arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. A contribuição da Lei 7.689, de 15-12-88, é uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. (...). Posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes." (RE 138.284, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-7-92, DJ de 28-8-92)

[8] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO: ROC. : 2002.03.00.038496-9 AG 163175 Publicação : 11/10/2002 ORIG. : 200261050088152 RELATOR: DES.FED. BAPTISTA PEREIRA / TERCEIRA TURMA do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região: “ (...) Numa análise superficial, o pleito não parece fundamentar a concessão do efeito suspensivo requerido. As alegações de direito da agravante não soam plausíveis. Não entendo que a CIDE em tela tivesse de ser instituída por lei complementar. É verdade que o Art. 149 da CF faz menção ao disposto no Art. 146, inc. III. Mas este por sua vez estipula a necessidade de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e espécies bem como, em relação aos impostos de que trata a Constituição, definição de fato gerador, base de cálculo e contribuintes. Deve tratar ainda de obrigação, lançamento, crédito, prescrição, decadência, e por fim, o adequado tratamento ao ato cooperativo. Ora, com relação à CIDE dos combustíveis não se aplica a imposição quanto a fato, base e contribuinte, por ser esta relativa a impostos. Sobram definição de tributos e espécies, obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência. O CTN, com status complementar, parece prover os 5 últimos. É indiferente que o CTN não chegue a tratar especificamente de tais contribuições, pois sua segunda parte se refere a normas gerais, portanto aplicáveis a qualquer exação a que se reconheça a natureza de tributo. Sobre a definição de tributos e espécies, parece que a própria Constituição, não só no Art. 149, § 2º, mas também no Art. 177, § 4º, estabelece dispositivos suficientes neste sentido. Com isso, especificamente em relação à CIDE de combustíveis, não sobrou nada para Lei Complementar tratar ou instituir, podendo lei ordinária tratar então dos outros aspectos.(...) Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo requerido.”

[9] "Se a relação jurídica mantida entre a empresa e autônomos, administradores ou avulsos não resulta de contrato de trabalho, aquela não é sua empregadora, o que afasta o seu enquadramento no inciso I do art. 195 da Constituição, impondo, conseqüentemente, que a criação de contribuição social para essas categorias se faça por meio de lei complementar, nos moldes do § 4º do art. 195." (Autônomos e administradores: RE 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16/12/94; Avulsos: RE 177.296, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 09/12/94)

[10] Art. 34, ADCT: "O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. § 1º - Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, "c", revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III. § 2º - O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios obedecerão às seguintes determinações: I - a partir da promulgação da Constituição, os percentuais serão, respectivamente, de dezoito por cento e de vinte por cento, calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos referidos no art. 153, III e IV, mantidos os atuais critérios de rateio até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 161, II; II - o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal será acrescido de um ponto percentual no exercício financeiro de 1989 e, a partir de 1990, inclusive, à razão de meio ponto por exercício, até 1992, inclusive, atingindo em 1993 o percentual estabelecido no art. 159, I, "a"; III - o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Municípios, a partir de 1989, inclusive, será elevado à razão de meio ponto percentual por exercício financeiro, até atingir o estabelecido no art. 159, I, "b". § 3º - Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto. § 4º - As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição. § 5º - Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º.

[11] Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

[12] Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução

[13] Neste sentido, recente julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região: “Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA POR MEIO DO SISTEMA ELETRÔNICO BACENJUD. REQUISITOS. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos de execução fiscal, que indeferiu pedido de expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para o bloqueio de ativos financeiros em nome dos executados. 2. Entendimento anterior no sentido de que em, situações excepcionais, desde que tenha o exequente demonstrado haver esgotado os meios de que dispõe, se admite a requisição judicial de dados sujeitos ao sigilo fiscal (artigo 198 do Código Tributário Nacional) ou bancário (artigo 38 da Lei nº 4.595/64), com apoio em então pacífica orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e deste Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Em tais casos, já se admitia a denominada penhora on-line, cuja possibilidade foi posteriormente positivada, com o advento da Lei Complementar nº 118/2005, que acrescentou o artigo 185-A ao Código Tributário Nacional. 3. Entendimento reformulado, à vista da edição da Lei nº 11.382/2006, que acresceu ao Código de Processo Civil o artigo 655-A, aplicável subsidiariamente ao procedimento das execuções fiscais, por força da norma constante do artigo 1º, in fine, da Lei nº 6.830/80. 4. Para que o Juízo determine a penhora por meio do sistema BACENJUD, não é mais de se exigir que tenha o exequente demonstrado haver esgotado os meios ao seu alcance para a localização de bens, bastando que o executado, citado, não tenha efetuado o pagamento da dívida ou garantido a execução. 5. Não é de se exigir que o exequente comprove o esgotamento dos meios ao seu alcance para a localização de bens, pois isto deixaria a Fazenda Pública em situação inferior ao credor particular, já que disporia de instrumentos processuais mais gravosos para obter a penhora por meio eletrônico, o que é desarrazoado. 6. Demonstrado que os executados, devidamente citados, não efetuaram o pagamento do débito e tampouco garantiram a execução, estão os requisitos para a penhora por meio do sistema eletrônico BACENJUD”.(Acórdão: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 321941 - Processo: 200703001041555 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 02/09/2008 Fonte DJF3 DATA:06/10/2008 Relator JUIZ MÁRCIO MESQUITA)

[14] E M E N T A (...) - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de

Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

(...).

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

(...)”

[15]“(...) O tema do conflito aparente entre o art. 56 da Lei 9.430/96 e o art. 6º, II, da LC 70/91 não se resolve por critérios hierárquicos, mas sim por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele conflito é sim uma questão diretamente constitucional. Assim, verifica-se que o art. 56 da Lei 9.430/96 é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (art. 146, III, ‘b’, a contrario sensu, e art. 150, § 6º, ambos da CF), que importou na revogação de dispositivo anteriormente vigente (sobre isenção de contribuição social) inserto em norma materialmente ordinária (art. 6º, II, da LC 70/91). Consequentemente, não existe, na hipótese, qualquer instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social, a exigir a intervenção de legislação complementar, nos termos do art. 195, § 4º, da CF.” (RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-9-08, DJE de 19-12-08). No mesmo sentido: RE 568.922-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-08, 2ª Turma, DJE de 6-3-09; AI 646.176-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16-12-08, 2ª Turma, DJE de 6-3-09.

A AÇÃO PENAL POR CRIME TRIBUTÁRIO: NATUREZA JURÍDICA DA REPRESENTAÇÃO FISCAL E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS

THE CRIMINAL ACTION FOR CRIME TRIBUTARY: LEGAL NATURE OF THE FISCAL REPRESENTATION AND ITS MAIN EFFECT

**Plínio Antônio Britto Gentil
Ana Paula Jorge**

RESUMO

Relativamente aos crimes tributários definidos no art. 1º da Lei n. 8137/90, tratando-se de delitos materiais, ou de resultado, há exigência de previamente configurar a existência do crédito tributário como requisito necessário do possível crime. Essa configuração decorre da decisão final de um procedimento administrativo, conduzido pela autoridade fiscal, ou fazendária, seguindo-se a representação por ela oferecida, a fim de que possa ter início a persecução penal em juízo, com a propositura da ação penal, por meio da denúncia, e, conforme o caso e se houver necessidade de uma prévia investigação pela polícia, com a instauração do inquérito policial. Ocorre que as variadas maneiras de interpretar as normas que determinam a conclusão desse procedimento administrativo e da representação para validar o processo criminal conduzem a entendimentos diversos a respeito da natureza de tais atos administrativos, a que correspondem consequências jurídicas também diferentes. Assim é que a representação fiscal pode ser vista como condição de procedibilidade, de questão prejudicial ou de condição de punibilidade e, dependendo da ótica empregada, estarão fixados os seus efeitos jurídicos, bem como o caráter da respectiva ação penal, pública condicionada, ou pública incondicionada. Ainda na dependência do entendimento adotado, estará ou não autorizada a prisão em flagrante, suspender-se-á ou não o curso da prescrição, além de outros aspectos.

PALAVRAS-CHAVES: CRIME TRIBUTÁRIO, AÇÃO PENAL, REPRESENTAÇÃO FISCAL.

ABSTRACT

Relatively to the crimes tributaries defined in art. 1º of Law N. 8137/90, being to material delicts, or result, has requirement previously to configure the existence of the credit necessary tributary as requisite of the possible crime. This configuration elapses of the final decision of an administrative procedure, lead for the authority fiscal, or financial, following it representation for offered it, so that it can have beginning the criminal persecution in judgment, with the bringing suit of the criminal action, by means of the denunciation, and, as the case and will have necessity of a previous inquiry for the policy, with the instauration of the police inquest. The one occurs that the varied ways to interpret the norms that determine the conclusion of this administrative

procedure and the representation to validate the criminal proceeding they lead the diverse agreements regarding the nature of such administrative acts, that also correspond different legal consequences. Thus it is that the fiscal representation can be seen as condition of procedibility, prejudicial matter or condition of punishability and, depending on the used optics, will be fixed its legal effect, as well as the character of the respective criminal action, public conditional, or not conditioned public. Still in the dependence of the adopted agreement, she will be or not authorized the caught in the act, will suspend or not it course of the lapsing, beyond other aspects.

KEYWORDS: CRIME TRIBUTARY, CRIMINAL ACTION, FISCAL REPRESENTATION.

Introdução

Esta pesquisa tem por objetivo analisar os principais aspectos que envolvem a representação da autoridade fiscal na hipótese de que o processo administrativo demonstre a ocorrência de um delito consistente na supressão ou redução de tributo. Refere-se a investigação àqueles crimes definidos no art. 1º da Lei n. 8137/90. Como a jurisprudência vem entendendo que tanto a representação quanto o processo administrativo são requisitos necessários para a propositura da ação penal, é preciso determinar as possibilidades de qual é verdadeiramente a natureza jurídica desses atos e, além disso, qual é o tipo de ação penal utilizada no processo decorrente da prática de um crime contra a ordem tributária.

É necessário ter ainda presente que não é só a jurisprudência que fixa a necessidade do procedimento administrativo fiscal como condição da ação penal: trata-se também de uma exigência legal, contida expressamente no art. 83 da Lei n. 9430/96. Essa exigência vem solucionar uma dúvida, antes existente, sobre a necessidade de esgotamento da via administrativa para, aí sim, iniciar-se a marcha do processo judicial.

Se, entretanto, lei e jurisprudência resolveram afirmativamente a questão de ser preciso um processo administrativo finalizado, com uma decisão definitiva constituindo o crédito tributário e, portanto, determinando a existência do tributo e da obrigação pendente do contribuinte, não há consenso acerca da natureza desses atos administrativos que obrigatoriamente antecedem o início da ação penal.

Desde logo se apresentam três alternativas: a representação fiscal constitui *condição de procedibilidade*, formalidade necessária para a propositura válida da ação; configura *questão prejudicial*, que, mesmo hipoteticamente não exigível, obstaria o início da ação, porque o tema do eventual processo depende da solução que a ela se der; ou então a representação da autoridade fiscal, após a decisão final do processo administrativo, é *condição de punibilidade*, sem a qual, mesmo ante uma hipotética condenação criminal, seria impossível aplicar pena ao agente do crime.

A verdade é que, dependendo do caráter que se reconhecer a tais atos administrativos, dever-se-ão admitir consequências jurídicas diferentes, com repercussão no processo e

até mesmo na compreensão do direito material. Hipóteses haverá em que o curso da prescrição poderá ficar suspenso e também em que a ausência do procedimento administrativo anterior impedirá o aperfeiçoamento do crime enquanto tal.

Porque diante de tão variadas possibilidades o tema se apresenta, é que se justifica a investigação do assunto, visto sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, de onde já se verifica a origem do principal referencial teórico buscado, valendo ainda frisar que o método utilizado na pesquisa é o dedutivo, considerando que a base para o estudo é a generalidade do tratamento dado à matéria, fazendo-se uma tentativa de se encontrar soluções para questões de natureza particular e específica, nem sempre com resultados conclusivos, já que muitas vezes a inclinação por uma solução não será capaz de excluir completamente a adoção de outra.

Ação penal em crime contra a ordem tributária: aspectos gerais

A Lei n. 8137/90, em seu art. 1º, define as infrações penais tributárias a que se refere o presente trabalho, assim entendidas como aquelas que têm por objeto a obrigação tributária, fruto de uma relação jurídica entre o contribuinte e a fazenda pública, decorrente da existência de um fato gerador. Este é “o conjunto dos pressupostos abstratos descritos na norma de direito material, de cuja concreta realização decorrem os efeitos jurídicos previstos”, na definição de Ruy Barbosa Nogueira (1976:121).

A aplicação concreta das normas incriminadoras, que descrevem os tipos penais e atribuem pena a seus agentes, depende do exercício do direito de ação. Tal direito de acionar alguém materializa-se no processo. Este contém a lide, que se caracteriza por uma pretensão e seu oposto: a resistência a ela. Nos termos do modelo adotado no mundo jurídico ocidental, o processo consiste numa relação triangular entre as partes, cujos interesses são conflitantes, e o juiz. Tendo superado o momento em que cada um exigia diretamente do outro o que entendia por seu direito, as partes vão ao juiz e a ele formulam as suas postulações. O juiz, agente do estado, devendo manter imparcialidade e equidistância das partes, aplica a norma ao caso, resolvendo a lide.

O direito de ação, em matéria criminal, é exercido principalmente pelo Ministério Público, que é o titular da ação penal pública e que, via de regra, não depende de condição alguma para apresentar a peça inicial do processo, provocando o juízo e fazendo mover-se a máquina judiciária. Se ocorrer da ação penal pública estar vinculada a uma manifestação de vontade do interessado, ou vítima, esta ação estará condicionada a um ato chamado representação. Normalmente é a própria norma penal incriminadora que determina a necessidade de representação, quando se trate deste ou daquele crime, assim tornando a ação penal pública em ação penal pública *condicionada*. Como sabido, a ação penal também pode ser de iniciativa privativa do ofendido ou, o que é incomum, ser subsidiária da ação pública, quando a vítima, ante a inércia do Ministério Público, exerce, ela mesma, o direito da ação.

A ação penal pública começa com o oferecimento da denúncia, peça que contém a acusação formal contra o réu. Ela deve descrever a conduta empregada por este e

classificá-la de acordo com o dispositivo legal incriminador. No caso da ação penal pública condicionada, a representação da parte ofendida é requisito para que a ação seja validamente iniciada. Ela é tida, sob essa ótica e para uma parcela da doutrina, por condição de procedibilidade.

Nos crimes de supressão ou redução de tributo, previstos no art. 1º da Lei n. 8137/90, a decisão final no âmbito do procedimento administrativo fiscal, com a configuração definitiva do crédito tributário, assim como a representação ofertada pela autoridade fiscal, constituem requisito indispensável para o início da ação penal, ou mesmo do inquérito policial, para quem entende tais atos administrativos como condição de procedibilidade.

Dir-se-ia, portanto, que essa é uma espécie de ação penal pública condicionada. Condicionada, neste caso, à representação da autoridade fiscal, dirigida ao promotor, ou, mais provavelmente, ao delegado de polícia, a fim de que este fique legitimado a instaurar o inquérito e dessa maneira investigar a possível existência de infração penal, assim como sua autoria e circunstâncias. A autoridade policial não estará autorizada a promover tal investigação se não for provocada pela parte interessada, que, nessa hipótese, é a autoridade da fazenda pública que conduziu o procedimento administrativo fiscal. Caso a polícia, diligenciando a respeito de outro fato qualquer, tome conhecimento de elementos que possam configurar um delito tributário, deverá primeiramente encaminhar os dados de que dispõe à autoridade fiscal, a fim de que esta, se entender cabível, promova o processo administrativo, ao cabo do qual poderá evidenciar-se a prática de um crime, cuja materialidade estará em princípio demonstrada pela constituição do crédito tributário.

Vista a questão sob tal ângulo e considerando a ação penal decorrente de crime tributário como sendo da espécie *pública condicionada*, a representação da autoridade fiscal configura aquela *condição de procedibilidade* de que se falou, sem a qual não é possível instaurar o processo penal.

Mas a inclusão desse tipo de ação no elenco das ações penais públicas condicionadas não é um ponto pacífico, havendo quem, atribuindo outra natureza à representação da autoridade fiscal, a considere como ação pública *incondicionada*. Além disso, também existindo quem tenha tal representação por *condição de punibilidade*, pode-se acabar entendendo que a ação penal é condicionada, mas a um fato sem o qual não há interesse em agir do Ministério Público, que não pode, em consequência disso, dar início à formulação de sua pretensão em juízo. Ante todas essas possibilidades, adequado é investigar qual é, afinal, a natureza jurídica dessa representação e do fato que obrigatoriamente a antecede, que é o processo administrativo fiscal, definitivamente decidido e tendo assim formalizado a existência do crédito tributário.

A natureza jurídica da representação

1. Representação: condição de procedibilidade

Dessa representação deve-se dizer que ela não decorre simples ou automaticamente da lavratura do auto de infração, pelo agente fiscal; ou seja, esta não é suficiente para a instauração da ação penal.

A representação, na verdade, é um ato administrativo vinculado, que contém a manifestação de vontade da fazenda pública, e para cuja validade é necessário um procedimento investigativo tendente a apurar a existência do delito. A representação, assim, somente é oferecida após o término de tal procedimento e quando dele decorra a constatação da existência de um crédito tributário pendente. Dir-se-ia que a representação é uma *condição de procedibilidade* que, por sua vez, tem a sua própria condição para existir validamente.

Vale dizer, para que a autoridade fiscal possa representar, visando à instauração do inquérito policial e do processo penal, é necessário que ela realize, no curso de um procedimento administrativo, no qual está assegurado ao contribuinte o exercício de ampla defesa, exame relativo à autoria do fato e à conduta do agente, agregando indícios do comprometimento da vontade deste com o resultado da sua atividade.

O legislador pareceu mesmo querer classificar a representação fiscal como condição de procedibilidade para a ação penal, eis que, fazendo coro com tal entendimento, advém, em 17 de dezembro de 1996, a Lei n. 9.430, com o claro propósito de frear a propositura indiscriminada de ações penais baseadas apenas em autos de infração, sem qualquer decisão administrativa.

Tudo indica que esse diploma foi editado com a finalidade de nortear o entendimento jurisprudencial e não deixar dúvida quanto à necessidade do prévio exaurimento da via administrativa. *In verbis*:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

O reconhecimento da representação da autoridade fiscal como condição de procedibilidade e da decisão final do processo administrativo como condição daquela ensejou inúmeras discussões, tendo sido utilizado o argumento de que o dispositivo legal, ao confirmar a existência de uma condição de procedibilidade para a ação penal, estaria em conflito com o art. 16 da Lei n. 8137/90 e notadamente com o art. 129, I, da Constituição Federal[1], o qual estabelece que, competindo privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, é a essa instituição que cabe apreciar

a existência de crime, não devendo, para tanto, sujeitar-se às conclusões da autoridade administrativa para o eventual oferecimento da denúncia.

Ações para cuja propositura são exigidas condições de procedibilidade são forçosamente ações condicionadas. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, aparentemente decidindo *contra legem*, julgou no sentido de que o dispositivo do art. 83 da Lei n. 9430/96 não criava a imaginada condição de procedibilidade, reconhecendo que o Ministério Público poderia desencadear, desde que presentes os elementos suficientes, a ação penal antes do término do procedimento administrativo fiscal. E, mais ainda, editou súmula, de número 609, a estabelecer que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

É importante observar que o teor daquela decisão encontra-se hoje superado, não quanto à natureza da representação fiscal, mas quanto à sua inegável exigibilidade como pressuposto da ação penal. Também é preciso considerar que a súmula 609, ao qualificar como incondicionada a ação penal, está possivelmente recusando o caráter de condição de procedibilidade à representação fiscal, mas não negando a sua necessidade, nem tampouco do processo administrativo como instrumento de formalização do crédito tributário e requisito necessário à propositura da ação, não se contrapondo, portanto, ao disposto no mencionado art. 83 da Lei n. 9430/96.

2. Representação: Questão prejudicial

Ao comentar o posicionamento do STF que dispensava o processo fiscal e a representação como condição do oferecimento válido da denúncia, Hugo de Brito Machado fez as seguintes considerações:

Ainda na vigência da Lei nº 4.729/65, firmou-se a jurisprudência no sentido de que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.” Ocorre que a referida lei definia a sonegação fiscal como crime formal ou de mera conduta, e por isto não era necessário determinar-se a ocorrência da existência de um tributo devido e não pago em razão do procedimento fraudulento do autor[2].

Assim foi que, a partir do enunciado da mencionada súmula 609, formou-se uma jurisprudência que, dizendo mais do que dizia a súmula, considerava desnecessária a decisão administrativa. Isso ocorreu, segundo tal autor, justamente porque se confundiu condição de procedibilidade com *questão prejudicial*[3].

Condição de procedibilidade é circunstância que se refere exclusivamente ao procedimento, constituindo requisito formal necessário para a movimentação da máquina judiciária no rumo de uma decisão final sobre a lide. Questão prejudicial, diversamente, relaciona-se com o direito material; vale dizer, no âmbito criminal diz

respeito à existência do crime. A questão prejudicial pode ser entendida como uma pendência acerca de determinada matéria, a cuja solução está vinculada outra matéria; na hipótese da infração penal tributária, seria como considerar a constatação da existência do crime condicionada a outra providência, relacionada a um requisito do crime, qual seja, a formalização da existência de um crédito tributário, dependente de uma verificação por parte da instância administrativa fiscal. Neste caso, a infração penal está condicionada à verificação quanto à existência de uma infração tributária, o que é medida a cargo da autoridade administrativa.

Assim é que, segundo tal entendimento, contraposto àquela posição inicial do stf, relativamente aos crimes tributários previstos no art. 1º da Lei n. 8137/90, a propositura válida da ação penal depende da representação da autoridade fiscal. Não porque se trate de condição exigida como formalidade para o oferecimento da denúncia, mas porque, tendo natureza de questão prejudicial, não faria sentido intentar a ação penal antes de sua solução na via adequada, que é a administrativa. De tal sorte, conclui-se que a súmula 609 não deve ser aplicada para fundamentar decisões de matéria prejudicial tributária, de onde derivou a conduta delitiva, ou seja, não pode ser utilizada para afastar a necessidade da decisão que considera existente determinado tributo, que é requisito para a existência do crime.

Desta maneira, somente depois de esgotadas as instâncias recursais no procedimento administrativo é que se poderá verificar a ocorrência de supressão ou redução de tributos, momento em que se terá por caracterizada a materialidade delitiva, ou seja, o resultado do crime; em outras palavras, somente quando, tendo surgido a exigibilidade, resiste o contribuinte em efetuar o pagamento do tributo.

O entendimento doutrinário que conclui dessa maneira tem como pressuposto que a representação da autoridade fiscal após o término do processo administrativo que constitui o crédito tributário possui a natureza não de condição de procedibilidade, mas de questão prejudicial. De tal modo, a constituição do crédito tributário pela via própria não se relaciona à sequência de atos processuais capazes de levar à instauração de um processo válido, mas à própria existência do fato que pode justificar tal processo: o crime. Sendo assim, não seria logicamente possível reconhecer o crime – e iniciar o processo penal – antes que a única instância com capacidade técnica para isso, a administração tributária, demonstrasse a presença de um crédito para com a fazenda pública, que só ficará formalmente configurado por meio da decisão tomada no processo administrativo.

O caráter de questão prejudicial implica, segundo já se viu, em que o processo penal, antes de ter início, deve obrigatoriamente esperar por sua solução na instância administrativa. Mais ainda que isso, como a pendência de uma questão prejudicial impede a propositura da ação penal, é necessário concluir que, enquanto ela não for resolvida, não pode fluir, contra o estado, o prazo prescricional de tal ação, como verte do disposto no art. 116, I, do Código Penal, a literalmente estipular que “a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”.

Fazendo referência aos crimes contra a ordem tributária, o juiz federal Nélson Bernardes de Souza[4] compara o resultado consistente na supressão ou redução de tributo ao corpo de delito, que afinal se materializará com a decisão final do processo

administrativo, requisito para o oferecimento (e recebimento) da denúncia, ao considerar que

Dispõem os arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal sobre a indispensabilidade do **exame de corpo de delito** nas infrações que deixam vestígios. Nos crimes contra a ordem tributária, o resultado, seus vestígios (sua materialidade) se comprovam com a apuração final da existência de crédito tributário **suprimido** ou **reduzido** após o término do procedimento administrativo. Seria o mesmo que, diante de um Boletim de Ocorrência em que se mencionasse que o indiciado efetuou seis disparos de arma de fogo contra alguém, se dispusesse o Ministério Público, desde logo, a ofertar denúncia por homicídio consumado, sem mesmo ter às mãos o laudo necroscópico, comprobatório da materialidade do delito[5].

Esse raciocínio ganha vigor ainda maior diante do disposto no art. 14 da Lei 8.137/90, combinado com o art. 34 da lei n. 9.249/1995, que obsta a instauração, ou a continuidade, da ação penal se o contribuinte devedor pagar o tributo e seus acessórios antes do recebimento da denúncia. É que, frente a essa norma, não há como reconhecer a validade de uma inicial acusatória oferecida antes do término do procedimento administrativo, o que levaria ao absurdo de se reconhecer uma obrigação tributária não satisfeita ainda na pendência de uma decisão que determine a existência de tal obrigação; seria algo como o contribuinte ter que pagar um tributo independentemente de o estar devendo.

Não cabe ao juiz criminal apurar a existência de tributos ou contribuições reduzidos ou suprimidos, mas à autoridade administrativa. A redução ou supressão, conforme analisado, é elementar do tipo, e uma vez que não há ação típica, não há que se falar em existência de crime, ou seja, não há crime tributário sem que seja reconhecida a existência do débito tributário.

Deve-se considerar que por meio de procedimento administrativo, no qual são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), existe a possibilidade de discussão sobre a regularidade da constituição do crédito, com a garantia de duplo grau, o que reduziria, de uma certa forma, o estado de insegurança do contribuinte, certo que a sua inobservância poderia acarretar nulidade por cerceamento de defesa.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, (através do julgamento do HC 82.390, rel. Min. Sepúlveda Pertence) entendeu que o citado artigo 83 reconheceu a imprescindibilidade da declaração de exigibilidade do crédito tributário[6], por decisão final na esfera administrativa, podendo ensejar a anulação ou o trancamento da ação penal caso tais requisitos não sejam observados. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II, C.C. ART. 11, DA LEI 8.137/90. AÇÃO PENAL. ART. 83 DA LEI N.º 9.430/96.

CRÉDITO FISCAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. DELITO NÃO CONSUMADO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL QUE NÃO SE INICIA. PRECEDENTES DO STF.

1. É cediça a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a decisão final na esfera administrativa, a teor do art. 83, da Lei n. 9.430/96, não é condição objetiva de procedibilidade para a propositura da ação penal por crime contra a ordem tributária.

2. Todavia, recentemente, nos autos do HC n. 81.611/DF, o Supremo Tribunal Federal, com sua composição renovada, por decisão plenária majoritária, reformou o entendimento até então prevalecente sobre o tema.

3. Acolhendo os judiciosos argumentos esposados pela Corte Suprema, tem-se que não há justa causa para a persecução penal dos crimes previstos na Lei n.º 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que a inexistência deste impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

4. A chamada "'representação fiscal para fins penais' ordenada à administração fiscal pelo dispositivo atacado [art. 83, da Lei n. 9.430/96], é mera *notitia criminis*, posto que obrigatória, e não condição necessária da propositura da ação penal"; e, sem ferir essa premissa, tem-se que "antes de constituído definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a ação penal quando se cuide de tipo penal misto alternativo do art. 1º da Lei 8137/90, que constitui **crime de resultado**" (ADIn n. 1.571-1, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30/04/2004; ref. voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence, grifo nosso)

5. Recurso desprovido. (STJ, REsp 660680 / SP RECURSO ESPECIAL 2004/0066960-8 Ministra LAURITA VAZ (1120), 19/05/2005, DJ 20.06.2005 p. 356).

2.1. Infrações tributárias: crimes materiais

É significativo que o aresto haja mencionado posicionamento anterior, embora modificado, a descaracterizar a decisão administrativa (e, conseqüentemente, a representação da autoridade fiscal) como condição de procedibilidade, e mais ainda que, para justificar a necessidade dessas providências administrativas, haja fixado o caráter do delito tributário em questão como *crime de resultado*, o que remete o estudo ao tema da classificação dos crimes quanto ao resultado da conduta. Assim, quando o agente produz, com a sua atuação, uma modificação no mundo físico se diz que o crime é *material*, porque, em outras palavras, provocou um resultado naturalístico; tal resultado é elementar do tipo penal, que não se verificará se ele não acontecer; ocorrendo, porém, de o tipo legal do delito contentar-se com uma conduta, tendente ou não a um resultado naturalístico, diz-se que o delito é, respectivamente, *formal*, ou *de mera conduta*.

Ora, pressuposto do entendimento que considera a decisão administrativa e a representação como questão prejudicial – e também dos demais entendimentos aqui mencionados - é que as infrações definidas no art. 1º da Lei n. 8137/90 *têm natureza de crimes materiais*, isto é, que para se configurarem há necessidade de um resultado concreto. É porque será esse resultado que, no mais das vezes, justificará o reconhecimento do crédito tributário. Assim, por exemplo, se o sujeito suprimiu imposto, por deixar de emitir nota fiscal, é a importância suprimida que constituirá o objeto do crédito tributário, requisito da existência da infração penal.

Isto significa que, para a configuração do crime não basta que o agente tenha procedido de modo tendente a suprimir ou reduzir tributo, mas que tal supressão ou redução tenha efetivamente acontecido. Cuida-se de tratamento diferente do que a lei anterior (n. 4729/65) dava ao crime denominando de sonegação fiscal, em que o tipo penal definia uma conduta sem resultado e acrescentava um elemento subjetivo do tipo, como por exemplo através da expressão “com a intenção de eximir-se do pagamento de tributos...”, o que não exigia o resultado lesivo ao fisco, configurando-se o delito com a simples conduta tendente à obtenção do resultado financeiro desejado, ainda que este não fosse alcançado.

Agora, na disciplina do art. 1º da Lei n. 8137/90, o resultado configura questão prejudicial, no sentido de que sua solução exerce influência na análise da matéria subsequente e, portanto, precisa ser definida antes de se partir para o enfrentamento desta última. Falando do tema, é o mesmo Machado quem chama a questão de *prejudicial*, no sentido óbvio de que, além de prejudicial, ela se resolve numa fase cronologicamente anterior à do processo judicial (2008:365).

Considere-se, por fim, que, em se cuidando de crimes de resultado, o qual somente será determinado com a decisão do processo administrativo, não é possível cogitar de estado flagrancial, ao menos no que respeita ao seu tipo mais comum, denominado flagrante real (art. 302, I e II, do CPP), eis que nem mesmo poderá haver convicção quanto à existência de uma infração penal.

2.2. Ação penal: pública incondicionada

Note-se ainda que, na esteira desse raciocínio, a ação penal por delito tributário não é pública condicionada, mas *incondicionada*, isto é, o Ministério Público não fica na dependência de uma manifestação de vontade do ofendido para oferecer a denúncia. A *representação*, em seguida à decisão final do processo administrativo, não é daquelas representações exigíveis a partir de dispositivos incriminadores, que sinalizam o tipo de ação penal para determinados crimes, sempre que esta não seja pública incondicionada. Diversamente disso, ela tem o caráter de solução de uma questão prejudicial. Por isso, é necessária não porque a lei exija como condição formal do procedimento, mas porque não há lógica em iniciar uma ação penal se a configuração do crime ainda não está definida.

Ser a ação penal incondicionada não dispensa o Ministério Público de verificar a presença de requisitos que sustentem racionalmente a formulação de sua pretensão em juízo. Assim, partindo-se da premissa de que não há motivo razoável para a propositura da ação penal na ausência da representação da autoridade administrativa, deve-se concluir que falta justa causa para o recebimento da denúncia, a qual, se ainda assim for oferecida, será rejeitada pelo juiz, nos termos do art. 395, iii, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/08.

3. Representação: condição de punibilidade

Sempre entendendo ser necessário o esgotamento da via administrativa para intentar a ação penal por crime tributário, veem-se decisões considerando a constituição do crédito tributário pela autoridade fiscal como *condição de punibilidade*. Confirma-se este julgado do Superior Tribunal de Justiça, que vai ao ponto de estender até mesmo ao inquérito policial o requisito da finalização do processo fiscal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS [...] TRANCAMENTO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA QUE SE IMPÕE.

I - O Plenário do Pretório Excelso ao julgar o HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005, firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que nos crimes contra a ordem tributária a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeat) e valor devido (quantum debeat) configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

II - Dessarte, o início da *persecutio criminis in iudicio*, ou até mesmo a instauração de inquérito policial somente se justificam após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo.

III - Na presente hipótese, conforme consta dos autos à época da instauração do inquérito policial atacado o crédito tributário não tinha sido constituído definitivamente, eis que não concluído na esfera administrativa o processo administrativo fiscal instaurado em face do auto de infração e imposição de multa lavrado em face da sociedade empresária relacionada com o paciente. Habeas corpus concedido. (STJ, 5ª T., HC 98318 / SP, HABEAS CORPUS, 2008/0003874-2 Ministro FELIX FISCHER (1109), 27/03/2008, DJ 05.05.2008 p. 1, grifo nosso).

E ainda:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL [...] 1. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a instauração de Inquérito Policial com base no art. 1o. da Lei 8.137/90, tendo em vista que os delitos ali tipificados são materiais ou de resultado, isto é, somente se consumam com a ocorrência concreta do resultado previsto abstratamente (redução ou elisão do tributo).

2. Devidamente comprovada nos autos a existência de discussão administrativa pendente a respeito da exigibilidade do débito, é de rigor o trancamento do Inquérito Penal, com a respectiva suspensão do prazo prescricional, haja vista a ausência de materialidade delitiva. [...] (STJ, 5ª T., RHC 22300 / RJ RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2007/0252460-3, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), 17/04/2008, grifo nosso).

E mais ainda:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO MATERIAL. [...]

1. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a instauração de Inquérito Policial com base no art. 1o. da Lei 8.137/90, tendo em vista que os delitos ali tipificados são materiais ou de resultado, isto é, somente se consumam com a ocorrência concreta do resultado previsto abstratamente (redução ou elisão do tributo).

[...]

4. Recurso provido, em que pese o parecer ministerial, para determinar o trancamento da Ação Penal instaurada em relação ao recorrente, suspendendo-se o prazo prescricional, até julgamento definitivo do processo administrativo fiscal. (STJ, 5ª T., RHC 22300 / RJ, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS, 2007/0252460-3, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), DJ 05.05.2008 p. 1, grifo nosso).

Assim, tanto nos crimes contra a ordem tributária como nos crimes previdenciários, a denúncia deve conter, além dos requisitos gerais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, a prova constitutiva definitiva do crédito tributário. Ressalte-se que o crédito não pode se encontrar extinto.

O auto de infração não constitui prova suficiente da materialidade nem da autoria do crime, sendo necessária a apuração regular da existência de indícios suficientes entre a

vinculação do réu com o delito cometido, a ser feita através de procedimento administrativo. A propósito, vale lembrar que o fato de figurar no contrato social como gerente ou administrador não caracteriza justa causa para o oferecimento da denúncia – mas este não é exatamente o tema do presente trabalho.

Sem que se tenha encerrado o procedimento administrativo, fica inviabilizada a comunicação da *notitia criminis* ao Ministério Público pela administração, uma vez que, para o oferecimento da denúncia, o crédito tributário deve estar definitivamente constituído, requisito designado como condição objetiva de punibilidade.

3.1. Punibilidade como elemento do crime e a descaracterização do delito

A hermenêutica que vê na representação fiscal e no necessário processo administrativo uma condição de punibilidade traz um elemento que aumenta a complexidade do assunto: conforme determinado entendimento doutrinário, a punibilidade constitui algo inerente ao próprio crime, já que não se pode falar de crime se, por qualquer motivo, o fato, ou o agente, for impunível.

Quer dizer que, sob esse prisma, a punibilidade é elemento do próprio delito, que não se aperfeiçoa sem ela. Assim, se a constituição do crédito tributário, por conta da decisão definitiva do processo administrativo, é condição da punibilidade do crime, significa dizer que ela é, na realidade, elemento do próprio crime, valendo observar que, nesse caso, a infração penal somente se consuma com a configuração do crédito tributário, isto é, com um fato completamente independente da conduta do agente e sobre o qual ele não tem nenhum controle. A questão, posta nesses termos, remete ao tema da responsabilidade penal objetiva e, por isso mesmo, é capaz de suscitar profundas controvérsias doutrinárias.

Há outro ponto a considerar: especialmente sob a ótica de quem entende a punibilidade como elemento do crime, a configuração do delito tributário complica-se a partir da regra, inscrita na Constituição e no Pacto de S. José da Costa Rica, segundo a qual não pode haver prisão por dívida. Ora, o correlato necessário das infrações penais tributárias definidas no art. 1º da Lei n. 8137/90 é uma dívida – do possível criminoso com o poder público - e por conta dela é que se cogita do reconhecimento de um crime tributário.

Tanto a dívida é uma realidade concreta no cenário de um delito dessa natureza que o pagamento do tributo e seus acessórios, isto é, *da dívida*, extingue a punibilidade do agente. Então o problema passa a ser como conciliar – se é que é possível uma conciliação – a pretendida existência do crime tributário com a vedação da prisão por dívida, conteúdo de normas jurídicas hierarquicamente superiores à lei ordinária, que capitula os delitos contra o fisco. Diz-se que o tema é particularmente delicado para os adeptos da tese de que a punibilidade faz parte do crime porque, se a pena for inaplicável, por força da interpretação das normas que proíbem a prisão por dívida, pode-se concluir que não há delito ante a ausência de um de seus elementos, qual seja, a possibilidade de punição, considerando que esta consiste em prisão e que se trata de medida vedada segundo dispositivo de estatura constitucional.

3.2. Falta de interesse de agir na ausência da punibilidade

Tratando-se a representação fiscal como condição de punibilidade, a sua ausência importa necessariamente numa omissão que impedirá a concretização do *jus puniendi*, após um hipotético processo criminal em que se estabeleça a materialidade e a autoria do delito, assim como a culpabilidade do agente.

Isso quer dizer que o titular da ação penal não tem razão alguma para movimentar o juízo criminal, pois estará em busca de algo que sabe de antemão que não poderá obter. Essa desnecessidade de provocação do juízo leva a concluir que falta ao titular da ação o mínimo interesse em atuar no sentido de propor a instauração de um processo, considerando que tal processo hipotético não resultará na imposição de pena ao agente, mesmo que se provem os fatos e as circunstâncias que forem contra si alegadas.

Em termos estritamente processuais, dir-se-á que falta a essa pretensa ação penal um dos pontos de apoio capazes de mantê-la de pé. A tais pontos de apoio se dá o nome de condições da ação e, como sugere o vocábulo, trata-se de requisitos para o que de mais elementar se deve esperar do exercício do direito de ação: sua sustentabilidade.

Dentre essas condições da ação desponta o chamado interesse de agir, significando que, como a ação é o meio adequado, necessário e suficiente para a concretização do *jus puniendi*, do qual o estado é o titular, o agente estatal legitimado para perseguir esse objetivo, que, no caso da ação penal pública, é o Ministério Público, irá atuar no sentido de provocar o juízo, oferecendo denúncia contra quem entende ser o agente do delito. Significa, em outros termos, que o titular da ação tem interesse em agir, pois esse agir é o meio apropriado para a materialização do direito de punir.

Ora, se não há possibilidade de punição, porque ausente a punibilidade, ante a falta de uma condição necessária para a sua existência, claro que não haverá, para o titular da ação, interesse em agir, ou seja, em provocar o juízo, já que previamente se sabe que tal provocação não será capaz de resultar numa punição, ainda que demonstradas tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

A qualificação da representação fiscal como condição de punibilidade conduz, portanto, ao reconhecimento de que, na sua falta, inexistente condição da ação, o que torna inócuo o agir do seu titular, valendo lembrar que, na eventualidade de ser assim oferecida uma denúncia, o juiz deverá rejeitá-la, fundamentado no art. 395, II, do Código de Processo Penal, conforme a redação ditada pela Lei n. 11.719/08.

Por idênticas razões dificilmente se conceberá hipótese de estado de flagrância, ao qual faltará o requisito do fato punível, a justificar a excepcional supressão do direito à liberdade sem ordem judicial, consubstanciado na prisão em flagrante.

Conclusão

Da análise do tema que este trabalho se propôs a investigar, resultam algumas constatações. Em síntese, são elas:

1. A ação penal promovida em razão da ocorrência de um delito contra a ordem tributária, dentre os previstos no art. 1º da Lei n. 8137/90, estará sempre dependente de uma representação da autoridade fiscal, que a fará depois da decisão final do respectivo processo administrativo.

2. O processo administrativo fiscal, de competência das autoridades fazendárias, é o conjunto de atos capazes de validamente reconhecer e constituir o crédito tributário, determinando a existência de um tributo devido e a respectiva obrigação tributária a cargo do contribuinte, o que configura requisito indispensável para a existência de um possível crime tributário. Daí a classificação do delito como crime material.

3. O processo fiscal e a representação fiscal, embora constituindo requisito essencial para a configuração do crime contra a ordem tributária, não têm necessariamente a natureza jurídica da representação do ofendido, exigível no caso da ação penal pública condicionada, nem implica em se reconhecer uma ação penal dessa espécie. Na verdade, esta é apenas uma das três possibilidades existentes, conforme se verá a seguir.

4. Para quem vê o processo e a representação fiscais como *condição de procedibilidade*, eles possuem o mesmo caráter da representação à qual se refere o art. 100, § 1º, do Código Penal. Neste caso, a ação penal será da modalidade *pública condicionada*. O inquérito policial não poderá ser instaurado se não houver a representação, a exemplo do que sucede nas hipóteses de ação penal pública condicionada, regulada pelo Código Penal.

5. Se o entendimento for de que o processo e a representação fiscais constituem *questão prejudicial*, sua ausência importará na rejeição da denúncia por falta de justa causa, nos termos do disposto no art. 395, III, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/08. A ação penal será do tipo *pública incondicionada* e não fluirá o prazo de prescrição penal enquanto não se resolver definitivamente na via administrativa a existência do crédito tributário (art. 116, I, do Código Penal).

6. Caso se entenda que o processo administrativo e a representação da autoridade fiscal são *condição de punibilidade*, a falta dessas providências significará a inexistência de uma das condições da ação, que é o interesse de agir, hipótese em que eventual denúncia deverá ser rejeitada com base no art. 395, II, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.719/08. A ação penal será da espécie *pública incondicionada*.

7. Dentre as possíveis consequências de se adotar algum desses entendimentos, veja-se, por exemplo, que nas hipóteses enunciadas nos itens 5 e 6, não

será viável a prisão em flagrante – ou será extremamente rara uma hipótese de flagrância -, haja vista que a falta do processo administrativo fiscal, instrumento capaz de determinar a existência do crédito tributário, impedirá a plena configuração do crime.

8. Por fim, fica consignado que, diante dos elementos colhidos na doutrina e na jurisprudência, não se pode concluir definitivamente pelo acerto da adoção exclusiva de qualquer uma das hipóteses referidas, bastando, por ora, conhecer os efeitos jurídicos específicos de cada uma delas.

Bibliografia

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006;

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

COSTA JÚNIOR, Paulo José da & Zelmo Denari. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000;

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999;

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2001;

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes contra a Previdência Social: Lei n. 9983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 2005;

NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976.

Referências eletrônicas

MACHADO, Hugo de Brito. **A ação penal nos crimes contra a ordem tributária**. Disponível em : <<http://www.hugomachado.adv.br/estudosdoutrinarios>>. Acesso em 03.04.2008.

SOUZA, Nelson Bernardes de. **Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 8, mar. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1311>>. Acesso em: 03.06.2008.

[1] Dispõe a Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”;

[2] Machado, Hugo de Brito. *A ação penal nos crimes contra a ordem tributária*. Disponível em : <<http://www.hugomachado.adv.br/estudosdoutrinarios>>. Acesso em 22.04.2009.

[3] Entende-se por questão prejudicial o impedimento ao desenvolvimento normal e regular do processo penal. O Código de Processo Penal dedica os artigos 92 a 94 ao assunto.

[4] Que por vários anos atuou como promotor no I Tribunal do Júri de S. Paulo, tendo certamente tirado o exemplo de sua experiência profissional com processos por crimes de homicídio.

[5] SOUZA, Nelson Bernardes de. *Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 8, mar. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1311>>. Acesso em: 03.06.2008

[6] . Relembrando: “Em Direito tributário, crédito tributário é o vínculo jurídico que obriga o contribuinte ou responsável (sujeito passivo) ao Estado (sujeito ativo) ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária. O crédito tributário surge com a ocorrência do fato gerador descrito em lei tributária ou norma, ou seja, para que o Estado possa exigir o crédito tributário, é necessário que o Estado individualize e quantifique o valor a ser pago, com o lançamento. Uma vez detectados, em um fato ocorrido no mundo real, todos os aspectos definidos expressamente na norma vigente (a lei, o sujeito ativo, o sujeito passivo, o fato gerador da obrigação, a base de cálculo e o objeto da prestação definido na lei.), nasce para a Administração Pública o direito de efetuar o lançamento constituindo o crédito tributário e declarando a existência de uma relação jurídica tributária”.

NOTAS SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA SOBRE A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL: UM ESTUDO SOBRE AS CONSEQÜÊNCIAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 3089

NOTES ON THE INCIDENCE OF THE TAX OVER SERVICES OF ANY KIND ON THE CHARTER AND NOTARY ACTIVITY: A STUDY ON THE CONSEQUENCES OF THE DECISION OF THE SUPREME COURT ON THE WRIT OF UNCONSTITUTIONALITY NUMBER 3089

**Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Mário Lúcio Garcez Calil**

RESUMO

Tema de extrema relevância para o direito tributário é a incidência de imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre as atividades notarial e registral. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade de tal cobrança, o que vem causando um frenesi arrecadatário nas Prefeituras Municipais em todo o país, que têm exigido, sem critérios mais apurados, o pagamento integral e retroativo do referido imposto, incidente sobre o preço dos serviços. Porém, a decisão da Suprema Corte foi vaga no que concerne a diversos pontos essenciais da discussão, desde a base de cálculo até a possibilidade de sucessão tributária, omitindo, inclusive, a discussão sobre a incidência dupla de tributos sobre um mesmo fato imponible. Deste modo, faz-se imperioso estudar o tema, tentando sobre ele lançar alguma luz, no intuito de conceituar e definir institutos básicos relativos à matéria, além de determinar, com base na doutrina autorizada e na jurisprudência específica, quais os delineamentos para a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre a atividade notarial e registral.

PALAVRAS-CHAVE: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BASE DE CÁLCULO. DELINEAMENTOS

ABSTRACT

Theme of great relevance to the actual tax law is the incidence of tax over services of any nature on the notary and charter activity. The Supreme Court decided for the constitutionality of this charge, which is causing a money frenzy in municipal governments throughout the country, which is demanding, without more established

criteria, and full payment of the tax retroactively, levied on the price of the services . However, the decision of the Supreme Court was silent in relation to several key points of discussion, since the basis of calculation by the possibility of tax inheritance, omitting even the discussion about the incidence of double taxation on the same tax fact. Thus, it is imperative to study the issue, trying to shed some light on it in order to conceptualize and develop basic institutions on the matter, and determine, based on the good doctrine and specific case law, which designs for the incidence of tax on services of any nature on the notary and charter activity.

KEYWORDS: TAX ON SERVICES OF ANY KIND. NOTARY AND CHARTER ACTIVITY. SUPREME COURT. BASIS OF CALCULATION. DESIGNS

1. INTRODUÇÃO

As serventias extrajudiciais de notas e registros públicos prestam serviços extremamente significantes para a iniciativa privada, sendo que representam um caminho mais curto para o cumprimento certas formalidades do que os longos e tortuosos procedimentos judiciais.

Trata-se de um serviço público prestado por profissional habilitado por meio de concurso público de provas e títulos, a quem são concedidos “poderes-deveres”, fé pública e presunção de veracidade e legitimidade.

A natureza da atividade em questão gera dúvidas gigantescas na doutrina. Tais dúvidas refletem, inclusive, na tributação do profissional que exerce a função em escopo.

Matéria recentemente julgada pelo Supremo Tribunal Federal referiu-se à incidência de imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre a atividade notarial e registral, praticada pelas serventias extrajudiciais do Poder Judiciário.

Decidiu a Suprema Corte pela constitucionalidade da cobrança do ISSQN dos serventuários extrajudiciais, o que inaugurou uma série infindável de divergências doutrinárias acerca dos assuntos não agasalhados pela decisão em comento.

Desta forma, faz-se imperioso tratar dos principais temas elencados pela doutrina e pela jurisprudência. Tendo em vista que a decisão em questão é extremamente recente, tais entendimentos não são fartamente demonstrados, carecendo o tema de estudos mais aprofundados.

Assim, é objetivo do presente trabalho versar sobre os aspectos mais relevantes relativos à incidência de imposto sobre serviço de qualquer natureza sobre as atividades notarial e registral.

Nesse diapasão, serão tratados os seguintes temas: a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza nas atividades notarial e registral; a natureza jurídica da atividade dos serventuários extrajudiciais; a natureza do vínculo existente entre serventuário e o Estado; as formas de ocorrência da responsabilidade do notário e do registrador; os moldes das exações relativas a outros tributos sobre os contribuintes da espécie; a possibilidade de sucessão tributária na atividade; a possível ocorrência de bitributação; e a possibilidade de equiparação das atividades notarial e registral às de um profissional liberal, para os específicos fins da cobrança do imposto em voga.

Espera-se, desta maneira, lançar alguma luz sobre tema tão novo e relevante para o Direito pátrio, sem abalroar preceitos constitucionais basilares ou, mesmo, descuidar da análise das normas infraconstitucionais.

2. DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA: conceitos iniciais

De acordo com o art. 156, III da CF, os Municípios podem instituir impostos relativos a serviços de qualquer natureza, que não se encontrem abarcados pelo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (BRASIL, 2009b). Ou seja, serviços que não os de transporte interestadual, transporte intermunicipal e de comunicação.

Trata-se, de acordo com a Constituição da República, de um imposto. Assim, é um tributo não-vinculado, independente de contra-prestação estatal (BRASIL, 2009b). Segundo Paulo de Barros Carvalho:

A mais desse fator, é forçoso que a atividade realizada pelo prestador apresente-se sob a forma de uma obrigação de fazer. Eis aí outro elemento caracterizador da prestação de serviços: o ISSQN só incidirá tratando-se de conduta tipificada como obrigação de fazer. Por outro ângulo, a incidência desse imposto pressupõe atuação decorrente do dever de fazer algo até então inexistente, sendo inexigível quando se tratar de obrigação que imponha ao devedor a entrega de alguma coisa já existente. Logo, a prestação de serviço, passível de percussão

pelo ISSQN, verifica-se quando uma pessoa executar obrigação de fazer em benefício de uma segunda pessoa, mediante remuneração por parte desta (CARVALHO, 2009, n.p.).

A cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza é regulada pela Lei Complementar nº 116/2003. Trata-se de lei geral no que concerne ao referido tributo. Contudo, os Municípios devem, cada um, regulamentar a respectiva cobrança do ISSQN por intermédio de lei [1].

Quanto ao regime de alíquotas do referido imposto, deve-se observar, quanto à alíquota máxima, o art. 8º, II da LC 116/03 (5%) e, quanto à alíquota mínima, o disposto no art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (2%) (MELO, 2008, p. 567).

A lei complementar em questão traz uma extensa lista anexa de serviços sobre os quais incide ISS, sendo que os serviços notarial e registral estão contemplados pelos itens de números 21 e 21.1 (BRASIL, 2009i).[2] De acordo com Paulo de Barros Carvalho:

Pretendendo introduzir alterações na ordem jurídico-tributária, foi editada, em 31 de julho de 2003, a Lei Complementar nº 116. Esse Diploma, além de introduzir nova lista de serviços, traçou regras diferenciadas a respeito do local em que se considera prestado o serviço e devido o imposto, estabeleceu isenções, delimitou o fato jurídico susceptível de tributação pelo tributo municipal, dentre outras disposições. E, apesar de relacionar algumas exceções, não alterou a base de cálculo do ISSQN, mantendo a regra geral de incidência sobre o preço do serviço e as exceções já existentes quando da sua edição, como é o caso da cobrança de tributo sobre serviços prestados na forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte (CARVALHO, 2009, n.p.).

Trata-se, de acordo com a esmagadora maioria da doutrina, de uma lista exaustiva. Contudo, a vagueza dos termos dela constantes permite interpretações amplas. Assim leciona Eduardo Sabbag:

Todavia, a lei municipal deverá sempre se ater ao Princípio Constitucional da Legalidade e Tipicidade Cerrada da Lei, para evitar extrapolação da acepção congêneres, fazendo nascer prestação de serviço não compatível com a condição taxativa do rol contido na Lei Complementar nº 116/2003 (SABBAG, 2009a, p. 374).

Vê-se, da exposição feita acima, que se trata de imposto extremamente amplo, a compor parcela razoável da arrecadação municipal. Porém, é fonte de celeumas infundáveis. Deste modo, feitas as considerações iniciais acerca do tributo em pauta, passa-se a discutir a incidência do Imposto sobre serviços de qualquer natureza na atividade notarial e registral.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DAS ATIVIDADES NOTARIAL E REGISTRAL POR MEIO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E A DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 3089

A Lei Complementar 116/2003 foi editada em 31 de julho de 2003 (BRASIL, 2009b) e entrou em vigor em 2004, regulamentando o art. 156, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 2009b). Referido diploma legal prevê, em sua listagem anexa de serviços, as atividades notarial e registral como passíveis de tributação por via de imposto sobre serviços de qualquer natureza (BRASIL, 2009b).

Em janeiro de 2004 a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3089, contra os itens 21 e 21.1 constantes na lista anexa da LC 116/03, que incluem os serviços notariais e de registro no rol dos fatos geradores do referido imposto, pleiteando a declaração de sua inconstitucionalidade (BRASIL, 2009j). A ANOREG requereu, além disso, liminar no sentido de sustar a eficácia da lei no que concerne aos referidos dispositivos (BRASIL, 2009j).

Quanto ao pleito antecipatório, a ANOREG logrou êxito, tendo a Suprema Corte suspenso a eficácia dos dispositivos pertinentes até o julgamento final da lide (BRASIL, 2009j).

Em 13 de fevereiro de 2008 o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, julgou improcedente a ADI 3089, declarando a constitucionalidade dos itens 21 e 21.1 constantes na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 (BRASIL, 2009j).

A decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade tem eficácia em todo o território nacional, vinculando toda a administração pública e todo o Poder Judiciário (salvo o próprio Supremo Tribunal Federal). Desta forma, podem os Municípios, desde a decisão final na ADI 3089, cobrar o imposto sobre serviços de

qualquer natureza referente aos serviços notariais e registrais, de forma retroativa a janeiro de 2004 (BRASIL, 2009j). De acordo com a referida decisão:

[...] As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas (BRASIL, 2009i).

Em decorrência do julgamento de improcedência da referida ADI, têm as Prefeituras Municipais de todo o país se mobilizado para cobrar o referido tributo dos profissionais de que se trata.

Deve-se ressaltar que a decisão final na ADI 3089 não tratou de pontos essenciais referentes à cobrança de ISSQN sobre as atividades das serventias extrajudiciais, como a questão da sucessão tributária, a correta base de cálculo e outros temas de extrema relevância. Desta forma, abriu-se uma gigantesca lacuna no ordenamento jurídico pátrio.

Tendo em conta as considerações feitas acima, passa-se a discutir sobre o ponto central da questão, qual seja a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre a atividade notaria e registral e seus delineamentos.

4. DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAL E REGISTRAL: delineamentos necessários

4.1. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE NOTARIAL

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, sabe-se que a atividade notarial é um serviço público, prestado por particulares em colaboração, com função delegada pelo Poder Público, recebendo, em contrapartida pelo referido serviço, emolumentos fixados pela lei estadual (MELLO, 2006, p. 233).

O cartório não é pessoa jurídica, nem é o notário ou registrador empresário individual. O serventuário é, sim, agente público que exerce suas funções

por delegação, respondendo por seus atos enquanto pessoa física, diferentemente do que ocorre com o agente estatutário. De acordo com José Cretella Júnior:

[...] os serviços públicos têm esse caráter, não em si e por si, em essência - serviço público material -, mas “em razão de quem o fornece”. Se o Estado titulariza certo serviço - ensino, transporte -, a atividade é, formalmente, serviço público. Os serviços notariais e de registros cabem, por sua relevância, ao Estado, mas os Poderes Públicos, por delegação, permitem que sejam exercidos em caráter privado (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 4611).

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3089 carrou divergência gigantesca no que tange à natureza jurídica da atividade notarial, divergência esta evidenciada por diversas conceituações. O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a afirmar uma natureza *sui generis*, entre público e privado (BRASIL, 2009j).

A delimitação da natureza jurídica da atividade das serventias extrajudiciais revestir-se-ia de gigantesca importância para o tema em escopo caso tivesse sido, por ocasião do julgamento da ADI 3089, considerada a questão da imunidade recíproca entre as pessoas jurídicas de direito público interno. Contudo, referido argumento foi desconsiderado praticamente de plano (BRASIL, 2009j).

Outra questão fundamental refere-se à responsabilidade civil e administrativa do agente, que pode melhor delinear algumas questões relativas à incidência do tributo em escopo sobre as atividades das serventias notariais e registrais.

4.2. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR

A Lei 8.935/1994, que regulamenta as atividades de registros públicos, notariais e cartorários determina a responsabilidade pessoal do titular da serventia, em seus Arts. 21 e 22 (BRASIL, 2009f).[3]

A responsabilidade administrativa e civil do notário ou registrador, sendo pessoal, obviamente tem influência no que respeita à sua sujeição tributária passiva. Caso se tratasse de um servidor público, sua responsabilidade dar-se-ia nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 2009b), ou seja, de forma objetiva, podendo a pessoa jurídica de direito público concedente exercer seu direito de regresso quanto aos valores pagos a título de reparação.[4]

O fato de a responsabilidade do agente da serventia extrajudicial ser pessoal leva a crer, de plano, na natureza autônoma da prestação de serviços de tal modalidade. Desta forma e no mesmo diapasão, passa-se a versar sobre a incidência do Imposto de Renda na atividade notarial.

4.3. O SERVENTUÁRIO EXTRAJUDICIAL E O IMPOSTO DE RENDA

No que concerne ao Imposto de Renda, os notários, tabeliães e oficiais de registro recebem tratamento de pessoa física, sendo tributados como profissionais liberais ou autônomos. Assim, os emolumentos cobrados pelos serviços são equiparados à remuneração de pessoas físicas, de acordo com a Lei 7.713/88, Art. 11 (BRASIL, 2009e).[5] No mesmo sentido está o art. 45, IV, do Decreto nº 3000/99 que regulamenta o Imposto de renda (BRASIL, 2009d).[6]

Os dispositivos em questão afirmam, categoricamente, que a remuneração obtida com o exercício das atividades notarial e registral (emolumentos) são fatos geradores do imposto de renda, sendo causas de redução, inclusive, as quantias pagas a título de salário aos funcionários do serventuário que, deve-se destacar, é empregador, devendo custear, às próprias expensas, seus empregados.

Feitas as considerações concernentes à incidência do imposto de renda da pessoa física na atividade notarial, passa-se a falar no tema da bitributação.

4.4. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA INCIDENTE SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAL E REGISTRAL E BITRIBUTAÇÃO

Bitributação corresponde à exigência de diversas imposições fiscais relativas a um mesmo fato gerador, por diversas pessoas jurídicas de Direito Público, independentemente de sua previsão constitucional ou mesmo da espécie tributária (MELO, 2008, p. 153).

No Estado de Mato Grosso do Sul, v.g., sobre os emolumentos notariais e registrais incide o FUNJEC, com alíquota de 3% (Art. 104, III, da Lei Estadual nº 1.071/90) a ser adimplido pelo notário e registrador, além do selo de fiscalização (Art. 104, Parágrafo único, alínea “j”), da Lei Estadual nº 1.071/90), que é adquirido pelo notário e registrador (MATO GROSSO DO SUL, 2009). [7]

Ou seja, em relação aos serviços prestados pelo notário e pelo registrador incide carga tributária, tendo em vista que as quantias pagas inclusive pela utilização dos selos oficiais é prestação pecuniária compulsória.

Caso o serventuário extrajudicial tenha que pagar, além da percentagem a ser enviada ao Tribunal de Justiça, o imposto sobre serviços de qualquer natureza incidente sobre o preço tabelado do serviço (bruto), ocorrerá bitributação, pois, em relação a um mesmo fato gerador (prestação do serviço notarial ou registral) incidirão dois tributos, um estadual e um municipal.

A existência de tal conflito de competência tributária configura um excesso de exação de evidente inconstitucionalidade. Portanto, é imperioso que seja ceifada tal exegese, devendo ser encontrada uma forma lícita de tributação.

Segue-se falando sobre o tema da existência ou não da sucessão tributária nas serventias extrajudiciais.

4.5. SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL E SUCESSÃO TRIBUTÁRIA

A questão da responsabilidade tributária por sucessão empresarial é regulada pelo Art. 133 do Código Tributário Nacional, que afirma que, caso a pessoa jurídica ou natural aliene estabelecimento comercial ou fundo de comércio, seu sucessor (adquirente) poderá responder pelos tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido antes da transferência (sucessão), caso o alienante não inicie nova atividade remunerada dentro do interstício de seis meses (BRASIL, 2009a).[8]

O tema tem extrema relevância prática. O acesso à atividade notarial dá-se por meio de concurso público de provas e títulos, ao contrário do regime sucessório que se tinha antes da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, o sistema foi modificado há pouco mais de vinte anos. Assim, diversas serventias ainda carecem de um serventuário empossado após a aprovação em concurso público.

A questão que se extrai é: caso o serventuário aprovado em concurso público assumo, após o ano de 2004 (ano no qual entrou em vigor a Lei Complementar nº 116), uma serventia notarial, responderá ele pelo ISSQN devido pelo serventuário anterior? Aplica-se o art. 133 do Código Tributário Nacional às serventias extrajudiciais?

Parece evidente que o referido dispositivo não se aplica às atividades notariais e registrais. A função de notário ou registrador é acessada por intermédio de

concurso público de provas e títulos, sendo que o empossado exercerá um múnus público, diverso de atividade particular em sentido restrito.

O cartório de registros ou de notas nada tem de estabelecimento comercial ou de fundo de comércio. Ao contrário, trata-se de órgão público a compor a estrutura do Poder Judiciário, não podendo ser “adquirido a qualquer título”. Leia-se, sobre o tema, o magistério de Ana Luísa de Oliveira Nazar de Arruda:

Nas serventias extrajudiciais, não é o titular anterior que transfere por negócio jurídico a função pública ao novo titular, mas sim o Estado, após seleção pública do candidato mais habilitado, que transfere o exercício de um serviço público essencial, para ser prestado de forma exclusiva, ao particular aprovado (ARRUDA, 2008, p. 115).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região:

CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL. ESTADO. SUCESSÃO TRABALHISTA. SERVIÇOS NOTARIAIS. SUCESSÃO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TITULAR DA SERVENTIA. Serviços Notariais e de registro são públicos por excelência, e executados diretamente, ou por delegação. Não há sucessão possível entre notários, no Serviço Registral, mesmo frente à regra dos arts. 10 e 448 da CLT [...]. Se os serviços registrais são públicos, pertencem ao Estado, e não ao particular, logo, não são cessíveis por ato entre vivos. O que não é cessível não é suscetível de suceder, assim, o notário titular da serventia é responsável pelas dívidas e obrigações que contrair, ainda que essas indenizações sejam de cunho indenizatório trabalhista. (RIO DE JANEIRO, 2003).

Desta forma, não poderá ocorrer sucessão tributária, tendo em vista que não houve alienação ou cessão a qualquer título de nenhum estabelecimento comercial ou fundo de comércio. Qualquer exegese em sentido diverso distorceria a natureza jurídica pública da atividade notarial.

Tecidos os comentários acima, passa-se a discutir qual a base de cálculo aplicável ao imposto sobre serviços de qualquer natureza incidente sobre as serventias extrajudiciais.

5. DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA INCIDENTE SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAL E REGISTRAL: da incidência do art. 9º do decreto-lei 406/68 sobre a atividade notarial e registral

5.1. DA INCIDÊNCIA DO ART. 9º DO DECRETO-LEI 406/68

Como foi visto acima, a decisão na ADI 3089 vincula os Poderes, devendo ser aplicada em todo o território nacional. Desta forma, não cabe mais discussão sobre a incidência ou não do referido tributo às atividades notarial e registral; deve-se, contudo, perceber as nuances dessa incidência.

O imposto sobre serviços de qualquer natureza, como já referido, é regido pela Lei Complementar 116/2003, que revogou diversos dispositivos referentes à legislação tributária anterior, mantendo, no entanto, a vigência do §1º, do Art. 9º, do Decreto-Lei 406/68, que possibilita que os profissionais liberais e autônomos recolham o ISS a partir de um valor fixo quando prestem serviços sob a forma de trabalho pessoal, sem ajuda de empregado com a mesma qualificação (BRASIL, 2009c).[9]

De acordo com Eduardo Sabbag, base de cálculo do ISSQN é:

[...] o preço do serviço (valor bruto), consoante o art. 7º da Lei Complementar n. 116/2003. Assim, os serviços gratuitos não podem ser onerados pelo tributo. Se não se puder aferir o valor correspondente, como no caso dos serviços prestados por advogados, médico ou dentistas, calcular-se-á o tributo a partir de um único valor periodicamente (SABBAG, 2009b, p. 927).

Observe-se que o referido doutrinador afirma que, no caso do ISSQN cobrado na forma fixa, é “impróprio falar em grandezas quantificadoras do fato gerador, como alíquota e a própria base de cálculo” (SABBAG, 2009b, p. 927).

Deve-se ressaltar que o dispositivo em questão não faz restrição à natureza do serviço prestado, apenas devendo a atividade do contribuinte preencher os requisitos constantes do dispositivo. Segundo Paulo de Barros Carvalho:

Os §§ 1º e 3º do art. 9º criaram uma sistemática diferenciada de cálculo do ISS para os prestadores de serviço em caráter pessoal e para as sociedades profissionais. Em relação às sociedades profissionais, essa disciplina peculiar restringia-se a alguns setores, indicados na lista de serviços anexa. Mas, no que diz respeito aos profissionais autônomos, o Decreto-Lei nº 406/68 não excepcionou qualquer atividade, aplicando-se a

tributação diferenciada a todo e qualquer prestador de serviço que o faça na forma de trabalho pessoal (CARVALHO, 2009).

No mesmo sentido leciona Hugo de Brito Machado:

No estudo da base de cálculo do ISS deve-se considerar, em primeiro lugar o tipo de contribuinte. Em se tratando de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto é fixo, podendo ser diverso em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, não se incluindo, entre esses fatores, a quantia recebida, a título de remuneração do próprio trabalho. Sendo imposto fixo, é impróprio falar-se de alíquota e de base de cálculo, pois não há o que calcular (MACHADO, 2004, p. 384).

O supracitado dispositivo traz exceção à regra geral definidora da base de cálculo do ISS como sendo o preço do serviço de forma que, caso seja a prestação dos serviços realizada de forma pessoal, pelo próprio contribuinte que, desta forma, assume a responsabilidade pessoal pela atividade, o valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza é fixo, não sendo possível utilizar o preço do serviço como base de cálculo.

Parte da doutrina, contudo, afirma que o dispositivo em comento teria sido revogado pela superveniência da Lei Complementar nº 116/2003. Sobre este tema, segue a discussão.

5.2. DA NÃO-REVOGAÇÃO DO ART. 9º DO DECRETO-LEI 406/68

A Lei Complementar 116/2003 fixa regras gerais que definem o valor do ISS em relação ao preço do serviço, sendo que não estabelece disciplina no que tange às exceções, nestas incluídos os profissionais liberais. Seria, portanto, possível afirmar que a Lei Complementar 116/2003 revogou tacitamente o Decreto-Lei 406/68.

A Lei Complementar nº 95/1998, que dita as normas de redação e lingüística da legislação nacional, nestas incluídas as regras relativas à vigência e à revogação de outras normas, dispõe, em seu art. 9º, que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (BRASIL, 2009g).[11] Desta forma, a revogação deveria ter expressamente enunciado quais as leis ou disposições legais revogadas por ocasião de sua publicação.

O art. 10 do referido diploma, porém, traz um rol expresso dos dispositivos por ela revogados, no qual não resta incluído o art. 9º do Decreto-lei 406/68. O citado dispositivo, então, evidencia a intenção do legislador em manter a norma de exceção, tendo em vista que resta excluída da lista de itens revogados (BRASIL, 2009i).[10]

A Lei Complementar nº 116/2003 traz um rol exaustivo dos dispositivos por ela revogados. De fato, constou do projeto inicial aprovado pela Câmara Federal, a revogação do art. 9º do DL 406/1968. Assim, o regime jurídico de tributação dos profissionais liberais não mais seria aplicado. Porém, o Senado Federal, entendendo pela compatibilidade entre o art. 9º e parágrafos e o art. 7º da Lei Complementar 116/2003, “manteve o art. 9º, revogando os demais artigos do DL 406/68, referentes ao imposto municipal” (MARTINS e RODRIGUES, 2003, p. 202). Assim, impossível considerar o referido dispositivo revogado sem a expressão legal.

É voz corrente na doutrina a afirmação de que o art. 9º do Decreto-lei 406/1968 teria sido tacitamente revogado pela Lei Complementar nº 116/2003. A parcela dos estudiosos partidários dessa corrente argumenta sobre a derrogação por incompatibilidade entre os dispositivos legais em comento, seja pelo conflito temporal, pelo potencial conflito hierárquico entre lei complementar e lei ordinária [12] ou pela questão do tratamento exaustivo da matéria pela Lei Complementar nº 116/2003. De acordo com Paulo de Barros Carvalho:

A "revogação tácita" nada mais é que uma antinomia, em que a norma introduzida mostra-se incompatível com preceito já existente. Nesse caso, não se verifica, em rigor, o fenômeno da revogação. O que se tem é um conflito de normas, com dois preceitos diversos pretendendo disciplinar o mesmo fato jurídico.

Esse é um ponto que deve ficar bem claro: só há contradição entre normas, acarretando a chamada "revogação tácita", quando se estabelecer relação formal antagônica entre enunciados da mesma valência. Assim, para que pudéssemos falar em revogação tácita, precisaríamos, por exemplo, de (i) um enunciado que permitisse a prática de certo ato e de (ii) outro que proibisse essa mesma prática.

Feitos esses esclarecimentos, conclui-se inexistir contradição entre o § 1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68 e o art. 7º da Lei Complementar nº 116/03: o primeiro determina a tributação diferenciada dos serviços prestados sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte; o segundo nada prescreve a respeito do assunto, não se verificando a proibição de tal

prática. Logo, não há como falar-se em revogação do primeiro preceito pelo diploma legal superveniente (CARVALHO, 2009, n.p.). [13]

Assim, não há uma relação conflituosa entre os dispositivos, que se mantêm harmônicos. A melhor exegese da questão, de acordo com o mestre paulista, é aceitação da incidência do art. 9º do Decreto-lei 406/68 sobre os serviços prestados por profissional liberal. Da mesma forma entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ISS. REVOGAÇÃO. ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. REVOGAÇÃO. ART. 10 DA LEI N. 116/2003. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, que dispõe acerca da incidência de ISS sobre as sociedades civis uniprofissionais, não foi revogado pelo art. 10 da Lei n. 116/2003. 2. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006).

Feitas as necessárias considerações, entendendo-se pela vigência do art. 9º do Decreto-lei 406/68, passa-se a discutir a sua incidência específica nas atividades notarial e registral.

5.3. DA EQUIPARAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES AOS PROFISSIONAIS LIBERAIS E A INCIDÊNCIA DO ART. 9º DO DECRETO-LEI 406/68

Deve-se, inicialmente, salientar que a decisão proferida na ADI 3089 não tratou da possibilidade de aplicação do art. 9º da Decreto-lei 406/68 aos serventuários extrajudiciais, apenas tangenciando a temática, em um único ponto. O Ministro Marco Aurélio afirmou que, no que toca à incidência não caberia “analogia” ao regime dos profissionais liberais constante do Decreto nº 406/68, “caso ainda em vigor o preceito respectivo, quando existente lei dispondendo especificamente sobre a matéria. O art. 7º da lei Complementar nº 116/3 estabelece a incidência do tributo sobre o preço do serviço” (BRASIL, 2009j).

Ressalte-se que a frase em questão carece de conteúdo decisório vinculante, tendo em vista que não foi entendimento divergente na Suprema Corte, não tendo sido submetido especificamente a julgamento e, não bastasse, carente de fundamentação.

De acordo com Paulo de Barros Carvalho, “quando ocorrer a prestação de serviços na forma de trabalho pessoal do contribuinte, a base de cálculo do

ISSQN não pode consistir ou ter por fator de fixação os valores dos emolumentos percebidos” (CARVALHO, 2009, n.p.). Arremata o mestre paulista:

Caso não houvesse essa tributação diferenciada, conforme prescrito pelo art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68, ter-se-ia indevida "multiplicação de incidências tributárias" sobre uma mesma base econômica, visto que os notários e registradores estão obrigados a recolher o Imposto sobre a Renda com base dos valores recebidos a título de remuneração do trabalho (emolumentos) (CARVALHO, 2009, n.p.).

Não é outro o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

TRIBUTÁRIO - DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - SERVIÇOS CARTORÁRIOS (registrais e notariais) - INCIDÊNCIA - ISS incidente sobre serviços prestados por notário e oficial de registro - Serviços delegados exercidos em caráter privado. Serviço de natureza pública, mas cuja prestação é privada. Precedente do E. Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da exigência (ADI 3089/DF, julgada em 13/02/2008) - Base de cálculo do ISS - Valor destinado ao oficial delegatário, excluídos os demais encargos, como, por exemplo, custas destinadas ao Estado e a órgão representativo. 2. O regime instituído pelo art. 9º, do Decreto-lei nº 406/68 não foi revogado pelo art. 10, da Lei Complementar nº 116/03. O tabelião ou oficial de registro prestam serviço sob a forma de trabalho pessoal e em razão da natureza do serviço tem direito ao regime especial de recolhimento, alíquota fixa, e não em percentual sobre toda a importância recebida pelo Delegado a título de remuneração de todo o serviço prestado pelo Cartório Extrajudicial que administra. Recolhimento do imposto na forma do art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68. 3. Recurso da Municipalidade provido para declarar constitucional a incidência do ISS sobre os serviços notariais. Recurso Oficial provido para determinar o recolhimento do ISS na forma do art. 9º, § 1º, do Decreto-lei 406/68. Sentença reformada. Ação julgada parcialmente procedente (SÃO PAULO, 2008).

Assim, a tributação incidente sobre a atividade notarial e de registro deve ser calculada na forma do art. 9º do Decreto-lei 406/1968 e não como percentual sobre os valores percebidos pelo titular da delegação. Caso contrário estar-se-ia infringindo regra contida no artigo 145, §2º da Constituição federal, vez que o valor dos emolumentos seria ao mesmo tempo base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza e da taxa de fiscalização dos serviços ao Estado. Resultaria, também,

evidente absurdo, tendo em conta que “notários e registradores seriam, para fins de IR, pessoa física e, para fins de ISSQN, pessoa jurídica, em caso de afronta ao princípio da isonomia” (SANTOS, 2009, n.p.).

Tem-se, deste modo, como entendimento majoritário (apesar de extremamente recente) a compulsoriedade da utilização do art. 9º do Decreto-lei 406/1968 no cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza incidente sobre os serviços prestados pelas serventias extrajudiciais.

6. CONCLUSÃO

A incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre as atividades notarial e registral teve sua constitucionalidade afirmada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3089. Nada mais há que se afirmar quanto ao tema.

Contudo, a decisão do Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima referida omitiu diversos aspectos essenciais referentes à incidência em comento. Apenas tratar da constitucionalidade da cobrança não resolve todo o problema, tendo em conta, inclusive, o fato de nossa legislação tributária constituir verdadeira “colcha de retalhos”, gigantesco emaranhado de disposições cujo conflito deve ser constantemente aferido e revisto pelos hermeneutas e operadores do direito.

A omissão decisória refere-se, especificamente aos seguintes pontos: a influência da natureza jurídica da atividade notarial e registral na cobrança do ISSQN; a natureza do vínculo existente entre serventuário extrajudicial e a sua função (se privada ou pública-estatutária); a responsabilidade civil e administrativa do serventuário; os moldes das exações de outros tributos sobre os contribuintes da espécie; a possibilidade de sucessão tributária na atividade; a possível ocorrência de bitributação; e, principalmente, a possibilidade de equiparação da atividade notarial e registral à de um profissional liberal, para os específicos fins da cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza.

De fato, a natureza da atividade em questão é de “particular em colaboração”, ou seja, pessoa física que assume múnus público, contudo, não adjudicando uma função de servidor na estrutura de pessoal da Administração, ao menos não em sentido restrito.

No que concerne à responsabilidade do notário e do registrador, esta será pessoal, sendo que o Poder Judiciário ao qual pertence o órgão (serventia notarial) não responderá pelos danos causador pelo serventuário.

Quanto à incidência de outros tributos, especial importância tem o regime específico de cobrança do Imposto de Renda: este incidirá sobre a pessoa física do tabelião, registrador ou notário.

Sobre a bitributação, tem-se que esta poderá ocorrer caso o ISSQN seja calculado tendo por base o preço bruto do serviço, pois, como se denota, o serventuário extrajudicial paga ao Poder concedente tributos relativos à sua atividade, também calculados sobre o preço (tabelado) dos serviços que presta.

No que tange à sucessão tributária, conclui-se por sua impossibilidade, tendo em vista que a passagem de uma serventia de um tabelião, registrador ou notário a outro não configura alienação ou cessão. Além disso, o cartório extrajudicial nada tem de estabelecimento comercial ou fundo de comércio.

Derradeiro e mais importante é a possibilidade de equiparação do serventuário extrajudicial ao profissional liberal, ocorrendo a necessidade de pagamento do ISSQN em valor fixo periódico.

Parece-nos esta a melhor opção, tendo em vista o fato de que, ao contrário do que se pensa, o oficial de cartório extrajudicial não recebe uma remuneração fixa (salário, subsídio ou proventos) e não dispõe de uma estrutura preparada pelo Poder Judiciário como ocorre, por exemplo, com os membros da Magistratura. O oficial de serventia extrajudicial suporta as despesas e os riscos da atividade notarial e registral como se autônomo fosse. Sendo assim, como autônomo deve ser tributado.

Ressalte-se que é nesse sentido que a jurisprudência pátria vem caminhando, em sua maioria, por intermédio de sentenças de primeira instância ou de decisões monocráticas em tribunais. Porém, o entendimento vem se cristalizando no sentido ora colocado, sendo que é improvável que mude de direção.

A matéria, por ser extremamente recente, ainda carece de estudos mais aprofundados e, principalmente, de decisões dos tribunais superiores a unificar os entendimentos cruciais ignorados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da decisão na ADI 3068.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Ana Luísa de Oliveira Nazar de. **Cartórios extrajudiciais**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009a.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009b.

_____. **Decreto-lei 406/1968**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0406.htm>>. Acesso em: 13 de abril de 2009c.

_____. **Decreto 3000/1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D3000.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009d.

_____. **Lei 7713/1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7713.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009e.

_____. **Lei 8935/1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009f.

_____. **Lei Complementar 95/1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009g.

_____. **Lei Complementar 101/2000**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 13 de abril de 2009h

_____. **Lei Complementar 116/2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2009i.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3089-DF**. Relator(a): Min. Carlos Britto. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno: - julgado em 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=539087&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203089>>. Acesso em: 13 de abril de 2009j.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 713752-PB**. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. DJ 8/08/2006 p. 371. Julgado em 23 de maio de 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Parecer - Cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) dos prestadores de serviços notariais e registros públicos**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/page.asp?intIndex=97>>. Acesso em: 13 de abril de 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. IX. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. O ISS e a Lei Complementar nº 116/2003 - Aspectos Relevantes. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **O ISS e a LC 116**. São Paulo: Dialética, 2003.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei 1.071/1990**. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/42918d2dd5bde94604256e450002ece8?OpenDocument>>. Acesso em: 13 de abril de 2009.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. 1ª Região. **Proc. 10012.2001.491-10-00**. Julgado em 29 de agosto de 2003. 7ª Turma. Relator: Juiz José Geraldo da Fonseca. Unanimidade. Publicação DORJ de 24 de setembro de 2003.

SABBAG, Eduardo. **Elementos do Direito: direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Premier, 2009a.

_____. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **ISSQN e os serviços notariais e de registro**. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/websiteFiles/imagensPaginas/File/issqn_e_os_Servicos_Notariais_e_de_Registro.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n.º 6569345000**. Relatora: Daniella Carla Russo Greco de Lemos. 15ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 1º de agosto de 2008. Data de registro: 07 de agosto de 2008.

NOTAS:

[1] De acordo com Eduardo SABBAG: “Podem ocorrer situações em que exista Competência Tributária sem, contudo, existir a Capacidade Tributária Ativa. Não raro encontramos, por exemplo, Municípios de pequena extensão que, por receberem valores razoáveis a título de repartição das receitas tributárias (Art. 158 da CF), não têm necessidade de cobrar o ISS de sua competência, Sabe-se que os Municípios abocanham respeitáveis fatias do *bolo* da União (50% de IPVA e 100% do IRRF) e dos Estados-membros (50% do IPVA e 25% do ICMS). Nesses casos, não raras vezes, chega a inexistir lei municipal instituidora do citado imposto” (2009a, p. 378). Contudo, assim dita o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000): “Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação” (BRASIL, 2009h). Desta forma, com todo o respeito ao mestre mineiro, pode ser considerada ilegal a opção do Município pela não criação do imposto sobre serviço de qualquer natureza.

[2] Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

[...]

21 - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

21.01 - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

[3] Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

[4] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[5] Art. 11. Os titulares dos serviços notariais e de registro a que se refere o art. 236 da Constituição da República, desde que mantenham escrituração das receitas e das despesas, poderão deduzir dos emolumentos recebidos, para efeito da incidência do imposto:

I - a remuneração paga a terceiros, desde que com vínculo empregatício, inclusive encargos trabalhistas e previdenciários;

II - os emolumentos pagos a terceiros;

III - as despesas de custeio necessárias à manutenção dos serviços notariais e de registro

[6] Art. 45. São tributáveis os rendimentos do trabalho não-assalariado, tais como (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º):

[...]

IV - emolumentos e custas dos serventuários da Justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros, quando não forem remunerados exclusivamente pelos cofres públicos;

[7] Art. 104. Constituem recursos do Fundo do Poder Judiciário;

II - as custas cobradas pelas serventias judiciais;

III - 3% (três por cento) dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais.

Parágrafo único. Integram também o Fundo:

j) os recursos provenientes da venda do selo de fiscalização dos atos dos serviços notariais e de registro.

[8] Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

[9] Art. 9º [...]

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[10] Art. 10. Ficam revogados os arts. 8º. 10. 11 e 12 do Decreto-Lei nº 406 de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei nº 834. de 8 de setembro de 1969; a Lei Complementar nº 22, de 9 de dezembro de 1974; a Lei nº 7.192, de 5 de junho de 1984; a Lei Complementar nº 56. de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999.

[11] Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

[12] Quanto ao tema da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, assim se manifesta José Eduardo Soares de MELO: “Não há superioridade formal da lei complementar, porque a lei complementar não pode revogar lei ordinária em virtude de dois argumentos: ‘1º os campos da lei complementar e da lei ordinária em princípio não se interpenetram numa decorrência da técnica constitucional da distribuição *ratione materiae* de competências legislativas; 2º a superveniência da lei complementar somente suspende ou paralisa a eficácia da lei ordinária em casos excepcionais’” (2008, p. 1999). Em sentido oposto, Paulo de Barros CARVALHO encontra no Parágrafo único do art. 59 da Constituição (“Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”) a justificativa para o posicionamento superior da Lei Complementar. Assim leciona o mestre paulista: “Se, como dissemos, as relações de subordinação entre normas, bem como as de coordenação, são tecidas pelo sistema do direito positivo, o nosso, inaugurado em 1988, houve por bem estabelecer que as leis, toas elas, com nome ou com status de lei, ficam sujeitas aos critérios que o

diploma complementar previsto no art. 59, Parágrafo único (CF) veio a prescrever com a edição da Lei n. 95/98. Note-se que seu papel é meramente formal, porque nada diz sobre a matéria que servirá de conteúdo significativo às demais leis. Entretanto, nenhuma lei ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução poderá inobservar as formalidades impostas por essa lei complementar. É a consagração da superioridade hierárquica formal dessa espécie do processo legislativo com relação às previstas nos outros itens” (CARVALHO, 2007, p. 230-231).

[12] Como se denota, que a questão do conflito entre a Lei Complementar 116/2003 e o Decreto-lei 406/1968 reside na matéria comum entre os dois diplomas, não em um conflito hierárquico abstrato entre lei complementar e lei ordinária.

A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELOS ESTADOS

THE MATTER OF CONSTITUTIONAL OF THE IMMEDIATE IMPLEMENTATION OF COMPLEMENTARY LAW Nº 105/2001 FOR THE STATES

Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior

RESUMO

No mundo atual, cada vez mais o homem se utiliza das instituições bancárias para todo tipo de transação financeira. Não se concebe mais que nenhuma empresa movimente seus negócios sem o uso destes organismos vitais para o desenvolvimento da economia. Neste contexto, tais instituições passaram a ser o repositório de informações essenciais para implementação de controles por parte do fisco visando à diminuição da sonegação. O sigilo bancário sempre foi uma matéria controversa, dentro da doutrina nacional, desde a publicação da Lei nº 4.598/1964. Com o advento da Constituição de 1988, passou-se a analisar este tema sob a luz dos art. 5º, incisos X e XII que apresentavam, segundo uma parte da doutrina, uma abertura para quebra do sigilo bancário através da edição de Lei Complementar. No início deste século, surge no ordenamento jurídico a Lei Complementar nº 105/2001 que permite à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o acesso à movimentação financeira dos contribuintes sem a intervenção do judiciário. Ocorre que os Estados, com raras exceções, não regulamentaram a lei em tela, gerando dúvidas quanto à constitucionalidade da aplicação imediata desta lei por estes entes federativos. É sobre esta temática que nos debruçaremos, objetivando, com este trabalho, fazer um breve histórico do sigilo bancário no Brasil, conceituar lei complementar, definindo as suas finalidades, apreciar a questão da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, apresentar os regramentos, em nível estadual, da referida lei, para, finalmente, concluirmos pela impossibilidade da aplicação imediata da Lei Complementar nº 105/2001 pelos Estados.

PALAVRAS-CHAVES: APLICAÇÃO IMEDIATA ; ESTADOS ; QUEBRA ; SIGILO BANCÁRIO

ABSTRACT

In today's world, more and more the man use all types of banks financial transactions. Do not design more than any company move its business without the use of these organisms vital to the development of the economy. In this context, such institutions have become the repository of information essential to implementation of controls by the tax authorities to the reduction of evasion. The banking secrecy has always been a controversial matter within the national doctrine, since the publication of Law Nº 4598/1964. With the advent of the 1988 Constitution, began to examine this issue in the

light of art. 5, sections X and XII who had the second part of the doctrine, an opening for breach of banking secrecy through the issue of Complementary Law. Earlier this century, appears in the legal system to Complementary Law N° 105/2001 which allows the Union to the States, the Federal District and Municipalities to access the financial handling of the taxpayers without the intervention of the judiciary. Occurs that states, with rare exceptions, not regulated by law in question, generating doubts about the constitutionality of the immediate implementation of this law by the federal entities. It is on this topic have to look to with this work, do a brief history of banking secrecy in Brazil, conceptualize complementary law, defining its purpose to examine the question of the constitutionality of the Complementary Law n ° 105/2001, introduce the regulation at the state level of the Complementary Law n ° 105/2001, to, finally, finish by the complete inability of the immediate application of the Complementary Law n ° 105/2001 by States.

KEYWORDS: IMMEDIATE IMPLEMENTATION; STATES; BREACH; BANKING SECRECY

INTRODUÇÃO

Atualmente, não se concebe que um ser humano possa viver sem a utilização dos serviços bancários. O recebimento de salários, a concessão de empréstimos, o uso de cartões de créditos, a aquisição de seguros de vida, a abertura de e manutenção de cadernetas de poupança, enfim, a utilização dos mais variados tipos de investimentos passam pela intermediação de uma instituição bancária. Não só o indivíduo faz uso destes serviços, mas, principalmente, as empresas que gerenciam todo o seu fluxo financeiro através dos bancos com os quais possuem uma relação negocial.

Toda esta movimentação financeira passa a ser objeto de interesse dos fiscos em todas as suas esferas: federal, estadual e municipal. A administração fazendária, atenta aos novos rumos da atividade empresarial em que o dinheiro “virtual” é a tônica, toma a atitude diligente de procurar adentrar nas atividades financeiras dos cidadãos com o intuito de procurar diminuir a sonegação de tributos, já que, neste tipo de atividade, há um campo profícuo para proliferação de métodos cada vez mais sofisticados de evasão fiscal.

Neste contexto, surgiu no ordenamento jurídico pátrio a Lei Complementar n° 105/2001, que propõe a quebra do sigilo bancário pelos fiscos. Tal norma foi responsável por debates acalorados entre os doutrinadores, com posicionamentos a favor e contra esta possibilidade, os quais foram arrefecidos pela demora no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelos atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, que chamaram a atenção do mundo para o avanço do terrorismo e para a possibilidade de recursos financeiros vultosos estarem circulando entre as diversas instituições financeiras espalhadas pelo mundo, com apenas um toque em uma tecla de computador, para objetivos nefastos que causam a perda da vida de inocentes em nome da defesa de causas religiosas e políticas das mais diversas.

Contudo, os dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 só foram objeto de regulamentação efetiva pela União, sendo que a grande maioria dos Estados ficaram inertes no tocante à regulamentação desta norma. A questão aqui levantada assenta-se na análise constitucional da possibilidade de os fiscos estaduais aplicarem, de forma imediata, a Lei Complementar em tela em seus procedimentos de fiscalização.

Tal temática ganha relevância por esta questão ter sido deixada de lado pela doutrina, quando da edição da referida lei, e pelo fato de alguns Estados, a partir do final do ano passado, terem começado a regulamentar este assunto, o que nos impele a analisar esta problemática com uma maior profundidade.

1 HISTÓRICO DO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

A primeira instituição bancária brasileira foi o Banco do Brasil, criado em 12 de outubro de 1808 em decorrência da vinda da família real para o Brasil, quando só havia três bancos emissores de moeda em todo mundo[i]. Observa-se, desta forma, que atividade bancária brasileira teve um início pulsante e precoce devido às necessidades oriundas da transferência da capital do império lusitano de Lisboa para o Rio de Janeiro.

A partir daí, os banqueiros começaram a ter uma preocupação quanto à guarda das informações bancárias acerca dos seus clientes, o que ensejou que o sigilo bancário fosse tratado pela primeira vez através da Lei nº 556, de 25/06/1950, o nosso Código Comercial que, no art. 17, versava sobre a garantia do segredo dos livros de escrituração mercantil[ii].

Após manifestações legais dentro da seara criminal, tanto no Código Penal como no de Processo Penal, o legislador brasileiro, por meio da Lei nº 4.598/1964, recepcionada após a Constituição de 1988 como Lei Complementar, começou a regradar o sigilo bancário de forma mais detalhada. Em seus artigos 1º e 38, parágrafo 5º, esta norma, que cada tratava de forma pormenorizada a questão do sistema bancário brasileiro, previa o dever de sigilo atribuído às instituições bancárias, constituindo crime a sua violação. Havia uma relativização no que tange a esta previsão com a explicitação de algumas exceções, entre as quais estava o fisco[iii].

Apesar do art. 38, parágrafo 5º da citada lei[iv] ser aparentemente simples de se compreender, o final deste preceito legal gerou uma grande celeuma doutrinária. Alegava-se que a concessão prevista para os fiscos federal e estadual, repare que o fisco municipal estava excluído de tal previsão, estava atrelada à existência de um processo instaurado e a questão da imprescindibilidade das informações relativas à movimentação financeira do contribuinte sob fiscalização. A situação ficou indefinida, sendo que, com o advento da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), os artigos 195 e 197 pareciam que, finalmente, iriam trazer uma solução para este problema por reafirmarem a possibilidade de, mediante simples processo administrativo, o fisco ter acesso às informações bancárias sem a necessidade de autorização judicial, já que tais preceitos legais diziam que não havia disposições legais excludentes ou limitativas que implicassem na impossibilidade de o fisco verificar quaisquer tipos de livros e documentos, fiscais e contábeis, bem como arquivos, papéis e mercadorias, estando todos aqueles elencados legalmente no art. 197 (os bancos estariam inclusos no inciso II

deste dispositivo legal), obrigados, por intimação escrita, a prestar às informações de que dispunham acerca dos bens, negócios e atividades de terceiros com os quais mantinham qualquer tipo de relação. Ocorre que, a ressalva do parágrafo único deste artigo, levava a crer que os bancos estariam eximidos de tal obrigação devido à questão do sigilo profissional, no qual os banqueiros estavam inseridos[v].

Desta forma, desenvolveu-se um debate intenso[vi] acerca deste assunto, mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, sendo que o foco, a partir daí, passou a ser a consonância ou não dos dispositivos citados com o artigo 5º, incisos X e XII da Carta Magna, assunto que será tratado posteriormente no nosso estudo

Porém, em obra coordenada por Wladimir Passos de Freitas[vii], anterior a edição da Lei Complementar nº 105/2001, atesta-se que o Supremo Tribunal de Justiça inclinou-se no sentido de só admitir a quebra do sigilo bancário através da intervenção do Poder Judiciário.

Com a entrada no mundo jurídico da Lei Complementar nº 105/2001, o Brasil deu largos passos em direção à modernidade, acompanhando tendências mundiais, como será visto mais adiante, mas reacendendo o debate acerca deste tema, inclusive com a proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que ainda não foram objeto de julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

2 LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTARIA: DEFINIÇÃO E FINALIDADES

Geraldo Ataliba[viii], de forma inovadora, definiu lei complementar como aquela prevista de forma expressa na Constituição e para cuja elaboração se previu um processo especial e qualificado. Especial por está relacionado à exclusividade que é própria da espécie. Já o segundo aspecto refere-se às exigências que a tornam qualitativamente superior às leis ordinárias (quórum qualificado).

Paulo de Barros Carvalho[ix] aduz que a matéria regradada pela lei complementar apresenta previsão constitucional com a exigência de quórum qualificado previsto no art. 69 da Constituição Federal (maioria absoluta nas duas casas do Congresso Nacional, ou seja, metade mais um dos membros de cada uma das casas). Continua, o laureado autor, afirmando que a Lei Complementar, recebeu do legislador constituinte, uma função institucional das mais relevantes com diversas matérias de capital importância devendo ser regulamentadas através deste instrumento normativo. Com isto, tem uma superioridade hierárquica sobre os demais diplomas normativos, respaldada pela dicção do art. 59 da Lei Maior que expressa, no seu parágrafo único, que na Lei Complementar será buscada o fundamento formal das outras leis.

Sacha Calmon Navarro Coelho[x] afirma que todas as leis exigem um emissor, um mensagem e um receptor (destinatário), possuindo um âmbito de validade que encerra quatro requisitos: o material, o pessoal, o espacial e o temporal. O primeiro refere-se ao conteúdo que a norma encerra. O segundo é atinente ao destinatário da norma, aquelas pessoas a quem se dirige a norma. O terceiro concerne ao espaço político no qual a lei tem vigência e eficácia, produzindo efeitos, daí se depreende as noções de

territorialidade e extraterritorialidade. Por fim, o último está ligado ao tempo de aplicação da lei.

Prosseguindo os seus ensinamentos, ele defende que a Lei Complementar é utilizada, em matéria tributária, para as seguintes utilidades: servir para complementar dispositivos constitucionais de eficácia limitada, para conter dispositivos de eficácia contida e para fazer atuar determinações importantes e de interesse de toda a Nação, requerendo, por isto mesmo, quórum qualificado devido a importância dos temas tratados. Assim, o seu âmbito de validade espacial, o seu conteúdo, está invariavelmente ligado ao desenvolvimento e à integração do texto constitucional[xi].

Souto Maior Borges[xii] classifica as leis complementares em dois grupos, levando em consideração a hierarquia. O primeiro abrange as leis complementares que apresentam o fundamento de validade para a edição de outros atos normativos. O segundo grupo contempla as leis complementares que não atuam como fundamento de validade para edição de outros diplomas legais por terem uma atuação imediata e direta no ordenamento jurídico.

Fábio Canazaro[xiii], analisando a teoria exposta por José Souto Maior Borges (classificação em face da hierarquia) em conjunto com a de Sacha Calmon Navarro Coêlho (classificação com base na eficácia dos dispositivos constitucionais), deduz que estas não são excludentes, ao contrário se complementam, podendo ser usadas em conjunto. Dá alguns exemplos como a Lei Complementar que fornece eficácia plena ao artigo 155, II, parágrafo 2º, inciso XII da Constituição Federal, que funciona tanto como fundamento de validade para outros atos normativos a serem editados como instrumento de integração do dispositivo constitucional de eficácia limitada. Ressalta que mesmo uma lei complementar que não fundamenta a validade de outros atos normativos, como a prevista no art. 148 da Lei Maior, não apresenta choque entre as teorias. Por fim, ele propõe uma definição de Lei Complementar com fulcro no que foi exposto:

Lei complementar é o instrumento legislativo elaborado pelo Congresso Nacional, com a observância dos requisitos material e formal, cuja função é a de integrar à Constituição às ordens parciais. É lei que possui dúplice atenção: ou é lei nacional, de maneira a integrar as ordens parciais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; ou é lei de integração imediata (federal), quando atribui eficácia a normas constitucionais predeterminadas[xiv].

Dito isto, partiremos para a averiguação da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, sem perder de vista os conceitos até aqui explicitados que serão de extrema valia para as conclusões que extrairemos no decorrer deste trabalho.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Atualmente, estão em curso no Supremo Tribunal Federal três Ações Diretas de Inconstitucionalidade alegando a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001[xv]. Constatamos, através da pesquisa já mencionada, que a fundamentação para a alegação da inconstitucionalidade baseia-se, principalmente, no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição, sendo que a ADI de nº 2397 ataca também a inconstitucionalidade do Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, que regulamentou a referida lei em nível federal.

Os artigos 1º, 3º, 5º e 6º da lei em estudo são considerados inconstitucionais pelas três ADIs, demonstrando que a preocupação das entidades envolvidas com estas ações é no sentido de que os dados, atinentes à movimentação financeira das empresas, não sejam disponibilizados para os fiscos nem de forma periódica, nem quando da realização de auditorias fiscais nas empresas.

O artigo 1º preceitua sobre o dever de sigilo das instituições bancárias, definindo-as. O artigo 3º sobre a forma de fornecimento de dados para a investigação dos servidores públicos envolvidos em irregularidades e sob investigação através de comissões de inquérito administrativo. Finalmente, os artigos 5º e 6º tratam do acesso direto, pela administração tributária, às informações financeiras dos contribuintes.

A Lei Complementar nº 105/2001, por meio do seu artigo 13, revogou, expressamente, o art. 38 da Lei nº 4.595/1964 com a pretensão de acabar com as dúvidas oriundas das suas dificuldades de interpretação, principalmente no tocante ao conflito aparente de normas com os artigos 195 e 197 do Código Tributário Nacional.

No entanto, autores renomados, como Yves Gandra da Silva Martins[xvi], defendem a inconstitucionalidade da lei em tela por ofensa aos art. 5º, X e XII da Carta Magna, só admitindo a quebra do sigilo bancário pelo judiciário mediante a devida justificação da autoridade fazendária, hipótese esta já aceita de forma pacífica pelos tribunais pátrios, ressaltando que tal procedimento não atrapalharia as atividades fiscalizatórias.

Hugo de Brito Machado Segundo[xvii] demonstra a sua posição contrária à quebra do sigilo bancário pelo fisco, sem a intervenção do judiciário, com a argumentação de a discussão não é sobre a possibilidade desta quebra, mas, na verdade, sobre quem está autorizando. Se a administração tributária, órgão interessado nos dados a serem revelados, e que, portanto, age de maneira parcial, ou, no outro giro, o Poder Judiciário, órgão dotado de imparcialidade e legitimidade para tal feito. O jovem doutrinador continua a sua exposição afirmando que a relativização do direito à intimidade transforma a quebra do sigilo bancário em uma regra sem exceções. Argumenta, também, que outra falácia defendida pelos doutrinadores contrários ao seu posicionamento é a justificativa de que, quando o fisco abre mão desta prerrogativa, contribui-se para o aumento da sonegação, frisando, ainda, que o legislador não teve uma atitude isonômica ao propor no art. 3º, parágrafo 1º da lei sob análise, que, quando da investigação dos integrantes do Poder Público nas atividades pertinentes as suas atribuições públicas, só é possível a quebra do sigilo bancário mediante intervenção judicial.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.[xviii], discordando de Yves Gandra, alega que o sigilo de dados albergado pelo art. 5º, inciso XII da atual constituição não existia na anterior, o que levou a erros interpretativos. Tal preceito legal refere-se à comunicação no interesse

da privacidade, sendo que o objeto protegido por este dispositivo é a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas a sua comunicação, ou seja, a troca de informações, a qual não pode ser violada por alguém estranho ao processo de comunicação. Ressalta, ainda, que não há nenhuma referência explícita ao sigilo bancário neste artigo. No que concerne ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal, este leva em consideração o âmbito da privacidade referente a tudo que tem a ver com aquilo que é nuclear para a autoconsistência moral da pessoa, que lhe confere um certo grau de convivência e que não pode ser aberto a qualquer um. Aduz que nem tudo que pertence ao âmbito privado pertence ao âmbito da privacidade como, por exemplo, a compra de um imóvel que é realizada por escritura pública. Ela pertence à esfera do direito privado, mas não está inserida no campo da privacidade, sendo que só os motivos que levaram o indivíduo a aquisição do imóvel é que são indevassáveis. Por fim, frisa que a inviolabilidade do sigilo bancário é garantida pela via do sopesamento, exigindo que o intérprete saiba distinguir entre o devassamento que fere o direito à privacidade, no seu objeto, em relação com outros objetos de outros direitos também protegidos pelo sigilo, pois, se há interesse público envolvido, o sigilo privado sobre informações armazenadas pode ser excepcionado.

Após análise detalhada do tema, calcado na doutrina italiana, Vittorio Cassone e Maria Eugenia Teixeira Cassone[xix] concluem o seguinte acerca deste tema:

1º Estando o art. 145, parágrafo 1º, no campo da tributação, cujo PODER envolve o PODER-DEVER de fiscalizar, a CF faculta à administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

2º Trata-se de uma faculdade expressamente prevista pela CF, que, todavia, deve ser exercida nos termos da lei, respeitados os direitos individuais.

3º Os termos da lei são os previstos nas normas gerais (CTN, LC nºs 104,105) e normas ordinárias (Lei nº 9.311/96, entre outras), que devem orientar-se, inclusive, nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

4º Os Direitos Individuais são os constantes do art. 5º, em especial os do inciso LV (devido processo legal=contraditório e ampla defesa, nos termos da lei).

5º A intimidade e a vida privada, do inciso X, não são ofendidas pelo Estado na obtenção e informações, tendo em vista que o Estado não é terceiro, porquanto titular do interesse público.

6º Os dados do inciso XII não se referem, propriamente, aos dados bancários, pois estes são expressamente autorizados pelo art. 145, parágrafo 1º- campo propício da tributação-, e a atual legislação que rege o sigilo bancário é conforme à Constituição, inclusive a teor do que extraímos da doutrina posta por Crisafulli e Paladin.

7º Mesmo que se entenda que os dados a que se refere o inciso XII incluem os dados bancários, continua incólume a faculdade outorgada pela CF à administração pública para obtê-los, nos termos da lei e respeitados os direitos individuais, ou seja, não podem ser divulgados a terceiros não integrantes da relação jurídico-tributária, devendo ser mantidos em sigilo(cf. art. 198 do CTN- redação da LC 104/01).

A solução desta problemática passa, como foi dito pela ponderação de valores, com o uso da nova hermenêutica constitucional, a qual nos socorre quando da colisão de princípios.

Robert Alexy^[xx] fala que a lei de sopesamento é aquela na qual a medida permitida de não-satisfação de um princípio depende do grau de importância que se dá à satisfação de outro princípio. Tal lei refere-se à definição de qual deve ser a importância dada a cada um dos princípios em jogo. Esta decisão está ligada não há uma questão de tudo-ou-nada, mas há uma tarefa de otimização

O mesmo autor^[xxi] refere-se à lei da ponderação como formada por três passos, a saber: o primeiro está ligado ao grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. O segundo é atinente à comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Já o último passo, está ligado à possibilidade da comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, se esta justifica o prejuízo ou o não-cumprimento do outro princípio colidente.

Paulo Bonavides^[xxii] aponta o princípio da proporcionalidade como o instrumento de interpretação mais apropriado para solução de antagonismos entre direitos fundamentais, servindo para o alcance de uma solução conciliatória que preserve o princípio da unidade da Constituição.

Tendo isto em mente, vamos nos socorrer ao princípio da proporcionalidade para justificar a nossa posição favorável à constitucionalidade Lei Complementar nº 105/2001. Doutrinariamente, o princípio da proporcionalidade, baseado nas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, aponta para três dimensões: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito. George Marmelstein^[xxiii], socorrendo-se aos ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo, didaticamente compara estas dimensões à atividade de um médico. A adequação, por exemplo, está ligada à escolha do meio para atingir uma finalidade. Um paciente com gripe não deve ser tratado com um remédio para dor de cabeça. Já a necessidade está relacionada à solução a ser dada para curar a doença. A dose do remédio a ser receitado não deve ser cavalgar nem pequena, para que o resultado pretendido seja alcançado, ou seja, o tratamento deve ser o apropriado para não fazer o doente sofrer de forma desnecessária. E, finalmente, na proporcionalidade em sentido estrito o médico ponderará se os efeitos colaterais que o tratamento ocasiona compensam o resultado final, que é a cura da doença.

Partindo para o nosso caso, o que se vê é um conflito entre os poderes fiscalizatórios de um lado (princípio da isonomia e princípio da capacidade contributiva) com os direitos fundamentais do contribuinte sob fiscalização(direito à intimidade e à privacidade) de outro, há, desta forma, uma colisão de princípios.

Analisando esta questão, com fundamento nos requisitos acima mencionados, não se trata de nenhuma medida inadequada, isto é, o remédio se compatibiliza com as exigências da doença a ser tratada, já que atende ao fim colimado pela administração fazendária no exercício de sua atividade de fiscalização.

No que tange à dosagem do remédio, está não afetará a integridade do paciente, não sendo excessiva nem insuficiente para atingir o resultado pretendido. Ela só se

restringirá às informações necessárias para o desenvolvimento da ação fiscal não adentrando na esfera íntima do contribuinte. Mesmo quando do envio de forma periódica para o fisco das informações relativas à movimentação financeira, estes valores serão enviados de forma consolidada sem invadir o núcleo de intimidade do contribuinte. É verdade que existem outras medidas que podem ser tomadas para atingir este intento, como a quebra do sigilo bancário via poder judiciário, porém a lentidão da justiça proporcionaria que valores não declarados pelos contribuintes pudessem ser transferidos para “paraísos fiscais”, impossibilitando o seu rastreamento e a recuperação dos valores sonegados, além de não possibilitarem uma fiscalização a contento, vez que alguns contribuintes escrituram valores fictícios nos seus livros fiscais que não podem ser comprovados sem a quebra do sigilo fiscal durante o procedimento de fiscalização. A questão da legalidade da quebra do sigilo bancário de forma direta pelo fisco está amparada constitucionalmente, pois a Lei Complementar ainda não teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo, portanto, validade no ordenamento jurídico posto, servindo como instrumento para se ter acesso aos dados concernentes ao fluxo financeiro do contribuinte.

Por fim, o alcance deste objetivo, resultará no aprimoramento e na eficiência do Estado quanto ao seu poder de fiscalização, permitindo que se diminua a sonegação de tributos, com a consecução do princípio da eficiência (art. 37 da Constituição Federal). Com mais eficiência, o Estado poderá aplicar mais recursos em setores vitais, como saúde pública, educação, saneamento básico, investimentos sociais, entre outros. A própria diminuição da carga tributária, tão em voga atualmente, poderá ser implementada com maior segurança e com uma margem de manobra mais confiável pelo conseqüente aumento de arrecadação decorrente da recuperação de valores não recolhidos aos cofres públicos que, de outra forma, não seria possível. Com relação à afetação do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da Constituição), recorreremos à proposta defendida por André Terrigno Barbeitas [xxiv] que demonstra que este possível empecilho pode ser contornado com o uso de forma devida do que está proposto na Lei nº 9.784/1999, que disciplina o procedimento administrativo federal. A necessidade da motivação explícita, clara e congruente dos atos administrativos, especialmente os que limitem ou ofendam direitos ou interesses, é acompanhada da exigência de intimação aos interessados para ciência da decisão ou da determinação de diligências que assegurem a sua efetivação. Assim, o contribuinte, intimado de forma prévia sobre o conteúdo e a motivação da quebra do seu sigilo bancário, poderá, caso tal ato seja abusivo e desnecessário, impetrar mandado de segurança, conforme o art. 5º LXXI da Constituição, para cessar os efeitos da medida administrativa. Deste modo, o judiciário poderá, baseado nas argumentações trazidas aos autos, suspender ou não liminarmente a eficácia da medida sob exame com mais propriedade, vez que, desta forma, terá mais condições de formar sua convicção com a apreciação devida dos interesses individuais e estatais em jogo.

A necessidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária se faz necessária devido ao fato de que, no mundo real, deparamo-nos com os mais diversos tipos de contribuinte. Klaus Tipke[xxv], de forma primorosa, os elenca: o *homo economicus*, o compensador, o mal-humorado, o liberal, o elusor legalista, o inexperiente e o que cultiva o sentimento de justiça. O primeiro só se preocupa com sua conveniência econômica e não reconhece nenhum dever moral de conduta. O dinheiro move a sua vida, sendo que este age de forma a considerar a relação custo-benefício na escolha dos mecanismos de sonegação, inserindo nos seus custos os gastos necessários para

ludibriar o fisco. O segundo paga os tributos cobrados de acordo com as contraprestações proporcionadas pelo Estado no exercício de suas atividades. Se estas são mínimas, o pagamento dos tributos será diretamente proporcional. O terceiro tipo é o mal-humorado, que é aquele que não paga os tributos devidos por não concordar com a linha política do governante no poder. Seu pagamento é proporcionar a sua satisfação política, se ela for mínima, o valor de sua contribuição financeira para o Estado também será mínimo. O quarto sente repugnância ao pagar tributos por entender que esta cobrança se faz por uma intromissão indevida na esfera de sua liberdade. O quinto não sente indignação pelo fato de as leis tributárias serem injustas, sendo que o seu objetivo é também ter uma arrecadação mínima, só que de outra forma. Municípios por um exército de assessores tributários, os quais são responsáveis pela formulação de engenharias tributárias para aproveitar benefícios fiscais e lacunas nas leis para “fugir” ao pagamento dos tributos de forma legal, acredita que com o planejamento tributário se atinge a justiça tributária. Este tipo é formado por grandes empresários, pois a contratação deste tipo de serviço é cara por ser se tratar de um serviço extremamente especializado. O quinto é aquele que não compreende o conteúdo de suas próprias declarações tributárias, confiando cegamente em quem as prepara. Às vezes, sonega mais pela falta de conhecimento do que por dolo. Geralmente, é formado por pequenos empresários que não podem pagar um especialista em planejamento tributário ou um contador gabaritado, ficando refém de profissionais com um menor nível de conhecimento. Por fim, o contribuinte dotado de sentimento de justiça é aquele cuja atuação é pautada por uma defesa da justiça fiscal e não só de uma diminuição da carga tributária. Eles se indignam contra as desigualdades de gravame, que impedem uma competição justa, bem como assumem um posicionamento contrário à concessão de benefícios fiscais. Preocupam-se com a redução da carga tributária para todos e não somente para uma parcela de afortunados contribuintes.

Após esta didática caracterização dos diversos tipos de contribuinte, chega-se a ilação de que, com exceção dos dois últimos, os restantes são refratários à idéia de honrar os seus compromissos tributários. Verdadeiramente, recai sob estes dois tipos de contribuinte uma cobrança desproporcional a sua capacidade contributiva, seja por desconhecimento e inocência, seja por pura questão ética. Os outros, às vezes não pagam os tributos por questão ideológica, mas a grande maioria utiliza artifícios ilegais para diminuir ou fugir ao pagamento dos tributos, sendo que a tendência é que quanto maior foi o potencial arrecadatório, maiores são as possibilidades da utilização de formas, legais ou não, para atingir o intento de recolher menos tributos.

Neste contexto, a quebra do sigilo bancário aparece como um mecanismo de controle inteligente e eficaz para a diminuição da sonegação, contribuindo para o atingimento pleno do princípio da isonomia e da capacidade contributiva, conseguindo recuperar para o erário valores que não seriam possíveis sem o uso desta ferramenta, já que vivemos em um mundo no qual os aplicativos gerenciais informatizados utilizados em um mundo virtual bancário e o planejamento tributário aético permitem a fuga do pagamento de tributos pela utilização de bancos no exterior para “lavagem” de dinheiro, pelo uso de declarações falsas de rendimentos, por meio de irregularidades na escrituração dos livros fiscais e contábeis e pela simulação de negócios jurídicos através do uso ilegal de práticas elisivas.

Assim, conclui-se que o alcance do resultado pretendido traz mais vantagens do que desvantagens, isto é, os efeitos colaterais são mínimos, já que a afetação do núcleo

Íntimo é diminuta e respaldada legalmente pelo fato de, conforme foi explicado, o direito à intimidade não ser absoluto, devendo ceder espaço ao interesse público, desde que respeitados os direitos individuais, o que, conforme proposto, está resguardado. No tocante às vantagens, estas são relevantes como a otimização do princípio da capacidade contributiva, a valorização da isonomia, através de um tratamento mais igualitário dos contribuintes, além da possibilidade de um aumento da arrecadação através daqueles que têm um maior potencial de arrecadação, o que pode ensejar uma diminuição segura da carga tributária.

Adite-se que o relatório OCDE (Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento) de 2000, constatou que somente três países no mundo (Áustria, Luxemburgo e Suíça), dos trinta pesquisados, ainda mantêm disposições legais que só permitem o acesso à movimentação bancária através de autorização judicial[xxvi].

O Brasil não está entre os países pesquisados, porém deve se mirar nas nações de primeiro mundo, que foram objeto da citada pesquisa, e rever os seus conceitos. A nossa constituição está com mais de vinte anos de promulgação, enfrentamos crises institucionais sérias com a manutenção inabalável do regime democrático, não é concebível uma defesa arraigada de alguns direitos fundamentais em detrimento de outros de igual importância, apenas com a justificativa de que devemos nos lembrar dos anos de ditadura pelos quais passamos. Não estamos sendo contrários à proteção dos direitos fundamentais, ao contrário, o que é necessário é a utilização das ferramentas de interpretação sob uma ótica que vislumbre os outros princípios colidentes. Os valores contrapostos devem ser analisados de forma a não contribuir para impunidade, visando um tratamento isonômico e fundamentando-se pela busca da igualdade entre todos. A simples limitação do poder estatal não pode ser objeto de uma interpretação casuística desconectada das inovações metodológicas consagradas pela nova hermenêutica constitucional, que preza pela unidade e coerência do ordenamento jurídico.

4 EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS NA REGULAMENTAÇÃO DA QUEBRA DOS SIGILO BANCÁRIO PELOS FISCOS ESTADUAIS

A Receita Federal, ainda em 2001, regulamentou a Lei Complementar nº 105/2001 através do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001[xxvii]. Este, como foi dito, foi objeto a ADI de nº 2397, sendo que a discussão quanto a sua inconstitucionalidade se atém ao fato de este instrumento legal ter sido responsável pelo disciplinamento do art. 6º da referida Lei Complementar, o que ocasionou a sua efetiva aplicabilidade no que tange aos procedimentos de fiscalização, razão pela qual a Confederação Nacional da Indústria (CNI) propôs esta ação com o intuito de impedir que as autoridades fiscais tivessem acesso à movimentação bancária dos contribuintes sob ação fiscal.

Os Estados, ao contrário da União, ficaram inertes durante um bom tempo. As razões podem ser muitas, entre as quais podemos citar: pressão política, crença de que a regulamentação da Lei Complementar nº 105/2001 não era necessária por esta ter aplicabilidade imediata, falta de interesse dos órgãos responsáveis pela regulamentação do citado diploma legal, possibilidade do julgamento da inconstitucionalidade da lei em questão, receio da impetração e concessão de liminares que impedissem a sua efetiva aplicação, entre outras.

Esta situação causou uma insegurança jurídica enorme na já difícil relação fisco-contribuinte, pois alguns auditores fiscais solicitavam aos contribuintes sob fiscalização as informações bancárias, sendo que, os desprovidos de auxílio advocatício, entregavam as informações solicitadas por receio de represálias, enquanto os que dispunham de uma assessoria jurídica eficiente conseguiam provimentos jurisdicionais que impediam a solicitação e o possível uso de tais informações. Este estado de coisas não era e não é recomendável, pois faz com que haja um tratamento desigual entre o universo de contribuintes a serem auditados.

Em nossa pesquisa constatamos que só duas unidades federativas regulamentaram, através de decreto, os dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001. O Estado de Santa Catarina, por meio do Decreto nº 1.692, de 18 de setembro de 2008[xxviii], regulamentou o art. 6º da lei em tela, restringindo-se a regradar os procedimentos de fiscalização relativos à obtenção da movimentação financeira dos contribuintes sob fiscalização.

O outro Estado que regulamentou a quebra do sigilo bancário foi São Paulo mediante o Decreto nº 54.240, de 14 de abril de 2009[xxix]. Ele também regulamentou o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, configurando as situações que se fazem necessárias para quebra do sigilo bancário, disciplinando a forma como as informações bancárias devem ser solicitadas pelos agentes fiscais, as situações em que elas devem ser requeridas, quem é incumbido de autorizar a quebra do sigilo bancário, além de outros elementos procedimentais.

Com a edição deste decreto, pelo Estado mais rico do Brasil, reacendeu-se novamente o debate acerca da quebra do sigilo bancário sem a intervenção judicial pelas autoridades fiscais, o que nos impele a analisar se a regulamentação da Lei Complementar nº 105/2001 pelos Estados é realmente necessária, tema sob o qual nos debruçaremos a partir de agora.

5 NÃO APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELOS ESTADOS

No item 2, transcrevemos o conceito de Lei Complementar elaborado por Fabio Canazaro baseado nos ensinamentos de Souto Maior Borges e Sacha Calmon Navarro Côelho. Nele exigia-se que a Lei Complementar deveria observar os requisitos material (previsão constitucional da exigência de sua elaboração) e formal (necessidade de quórum privilegiado para sua aprovação, isto é, maioria absoluta) . A Lei Complementar nº 105/2001 revogou o art. 38 da Lei nº 4.595/1964, que foi recepcionada pela Constituição de 1988 com *status* de Lei Complementar por regular o art. 192 da Constituição Federal. Portanto, o seu requisito material está devidamente comprovado. Tal demonstração se faz necessária, pois se ela tivesse regradado matéria não reservada à Lei Complementar, mesmo tendo sido aprovada por maioria absoluta, poderia ser modificada por meio de uma maioria simples por não ter atendido ao requisito material. Quanto ao requisito formal, este foi preenchido por pura exigência constitucional na sua aprovação.

A lei em questão possui um caráter de lei nacional com a função de integrar as ordens parciais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ela não tem aplicação imediata como a Lei Complementar exigida pelo artigo 154, I da Constituição Federal. Analisando o aspecto pessoal da lei em estudo, pode-se constatar tal característica através da dicção do artigo 6º, o qual emite um comando que abarca todos os entes federativos. Nele depreende-se que a quebra do sigilo bancário pode ser feita pela União, pelos Estados e pelos Municípios quando do curso de uma ação fiscal ou de um processo administrativo instaurado, sendo que a averiguação das informações oriundas das instituições financeiras deve ser imprescindível para o desenvolvimento dos procedimentos de fiscalização[xxx]. Percebe-se, claramente, que este dispositivo legal é destinado a resguardar os interesses fiscalizatórios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, diferentemente do artigo 5º direcionado somente para a administração tributária da União, que terá acesso periódico à movimentação financeira dos usuários dos serviços prestados pelas instituições financeiras. Tal preceito foi regulamentado pela União através do Decreto 4.489, de 28 de novembro de 2002 e pela Instrução Normativa RFB nº 802, de 27 de dezembro de 2007.

A partir desta análise, constatamos que o artigo 6º é o de maior interesse para os Estados. Trata-se de uma possibilidade ímpar de acesso às informações prestadas pelas instituições financeiras quando do curso de procedimentos de fiscalização. Porém, há um problema. A lei exige uma regulamentação para fornecer respostas aos seguintes questionamentos: Como pedir tais informações? Quem pode solicitar os dados bancários relativos aos contribuintes sob ação fiscalizatória? Em que situações tal pedido deverá ser feito? A quem deve ser requerida a solicitação da quebra do sigilo bancário do contribuinte fiscalizado? Qual o prazo para a entrega dos dados requisitados? Sem esta regulamentação, a Lei Complementar em tela não tem utilidade no âmbito estadual pela falta de uma procedimentalização dos atos necessários para responder a estas indagações.

Na verdade, trata-se da necessidade de regulamentar uma obrigação acessória ou instrumental. Lúdio Camargo Fabretti[xxxii] explica que a obrigação acessória não está relacionada com o pagamento do tributo, mas com uma forma de autoridade administrativa controlar a maneira pela qual foi determinado o montante do tributo.

E uma obrigação acessória pode ser definida através de decreto como até agora foi feito? Segundo Hugo de Brito Machado[xxxiii], por força da interpretação conjunta do art. 96 e do art. 113, parágrafo 2º do Código Tributário Nacional, a obrigação acessória pode ser exigida através deste instrumento legal.

Conforme o art. 113, parágrafo 2º do Código Tributário Nacional, a obrigação acessória pode decorrer da legislação tributária, sendo que o conceito de legislação tributária, explicitado no art. 96 do citado código, abrange não só leis, como também atos infralegais, entre os quais está incluso o decreto. Ressalte-se que o art. 97 do mesmo código elenca as matérias reservadas à lei, dentre elas está a fixação das penalidades para o descumprimento de obrigações acessórias, ou seja, a multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória deve ser prevista em lei, mas não a própria obrigação acessória, que pode ser objeto de regramento através de um decreto[xxxiii].

Portanto, podemos inferir que os Estados que ainda não regulamentaram a Lei Complementar nº 105/2001 não podem exigir a quebra do sigilo bancário de seus

contribuintes para ensejar nenhum tipo de cobrança dos tributos sob a sua competência, pois este diploma legal precisa de uma regulamentação por não ter aplicabilidade imediata no tocante ao seu artigo 6º, a qual pode ser feita através de decreto.

CONCLUSÕES

O processo de desenvolvimento das atividades bancárias atinge, atualmente, patamares nunca vistos. Tanto as pessoas físicas quanto às jurídicas não vislumbram mais a possibilidade de terem as suas atividades financeiras desatreladas da utilização das instituições bancárias. Dentro deste prisma, tais instituições passaram a ser detentoras de informações essenciais para os controles fiscalizatórios implementados pelos fiscos.

Desde quando foi editado o antigo Código Comercial, a legislação brasileira sempre se mostrou avessa à quebra do sigilo bancário pelos fiscos sem a intervenção judicial. O surgimento no mundo jurídico da Lei nº 4.595/1964 causou dúvidas doutrinárias quanto à possibilidade do acesso, pela via administrativa, dos fiscos federais e estaduais às informações bancárias dos contribuintes durante os procedimentos de fiscalização. Com a publicação do Código Tributário Nacional, os artigos 195 e 197 não foram capazes de aclarar as dúvidas reinantes, mas, ao contrário do que se esperava, criaram um conflito de normas de mesma hierarquia de difícil solução. Com a promulgação da Constituição de 1988, os art. 5º incisos X e XII foram responsáveis pela pacificação da polêmica, pelo menos em nível de Supremo Tribunal de Justiça, com a conclusão de que, somente a com a autorização do judiciário, seria possível ao fisco o acesso à movimentação bancária dos contribuintes.

Todavia, a publicação da Lei Complementar nº 105/2001 possibilitou ao acesso, através de autorização administrativa, aos dados da movimentação financeira dos contribuintes pela União, Estados e Municípios. Tal lei foi objeto das ADIs de nºs 2.386, 2.390 e 2.397, as quais ainda não foram julgadas.

A União logo regulamentou a lei em questão, através do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, contudo a grande maioria dos Estados ficaram inertes quanto a esta disciplinamento, ocasionando uma insegurança jurídica para os contribuintes, os quais ficavam à mercê da interpretação dos agentes fiscais quanto à possibilidade da aplicação imediata da Lei Complementar nº 105/2001 nos procedimentos de fiscalização em nível estadual.

Na nossa visão, a Lei Complementar nº 105/2001 é constitucional, pois se trata de um conflito de direitos fundamentais que pode ser solucionado através da devida utilização do princípio da proporcionalidade. Este conflito envolve os interesses dos poderes fiscalizatórios de um lado (princípio da isonomia e princípio da capacidade contributiva) em confronto com os direitos fundamentais do contribuinte sob fiscalização (direito à intimidade e a privacidade) de outro, há, desta forma, uma colisão de princípios. Analisando as três dimensões do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e proporcionalidade em sentido estrito) para o caso em questão, verifica-se uma preponderância dos interesses do Estado em contraposição aos interesses do contribuintes, conforme demonstrado.

No entanto, a Lei Complementar nº 105/2001 não pode ser aplicada diretamente pelos Estados sem a devida regulamentação, pois esta possui um caráter de lei nacional com a função de integrar as ordens parciais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo que o art. 6º da referida lei exige um regramento em nível estadual para disciplinar os procedimentos quanto à forma como será autorizada a quebra do sigilo bancário, a qual pode ser feita por norma infralegal por se tratar de obrigação acessória, conforme pode ser constatado através da interpretação conjunta do art. 96 e do art. 113, parágrafo 2º do Código Tributário Nacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo:Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck .Porto Alegre: Livraria do Advogado,2008.

ALVES DE LARA, Vitor Emanuel. **Comentário à lei do sigilo bancário**. São Paulo:LTr , 2006.

ATALIBA, Geraldo. **Lei complementar na Constituição**. São Paulo: RT, 1971.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário**. Rio de Janeiro:Forense, 1992.

BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses**. In: **Temas de interpretação do direito tributário Direito e informática**. TORRES, Ricardo Lobo (org.). São Paulo: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma História**. São Paulo: Editora Ática, 2003.

CANAZARO, Fábio. **Lei Complementar na Constituição de 1988: normas gerais em matéria de legislação tributária e autonomia federativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. **Processo tributário – teoria e prática**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco**. Curitiba: Juruá, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FABRETTI, Láudio Fabretti. **Código tributário nacional comentado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo bancário**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/130>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Receita x Constituição Federal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10892>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir (coord.). **Código Tributário Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária del Estado y de los contribuyentes**. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

[i] BUENO, Eduardo. **Brasil: uma História**. São Paulo: Editora Ática, 2003, p. 142.

[ii] ALVES DE LARA, Vitor Emanuel. **Comentário à lei do sigilo bancário**. São Paulo: LTr, 2006, p. 23.

[iii] CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 64-65.

[iv] Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 5º. Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, *quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente*. (Destacado).

[v] CHINEN, op. cit. p. 68-69.

[vi] Aliomar Baleeiro está entre os doutrinadores de peso favoráveis à possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo fisco pelo fato de a profissão de banqueiro não está inclusa entre aquelas albergadas pelo sigilo profissional. Ver BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário**. Rio de Janeiro:Forense, 1992, p. 993.

[vii] PASSOS DE FREITAS, Vladimir(coord.). **Código Tributário Comentado**.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 756.

[viii] ATALIBA, Geraldo. **Lei complementar na Constituição**. São Paulo: RT, 1971, p. 30.

[ix] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58-59.

[x] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103.

[xi] Id., 2007, p. 104-105.

[xii] BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 81-83.

[xiii] CANAZARO, Fábio. **Lei Complementar na Constituição de 1988**: normas gerais em matéria de legislação tributária e autonomia federativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46-51.

[xiv] CANAZARO, op. cit. p. 50-51.

[xv] Em pesquisa ao site do STF, verificamos que as ADIs são as de números 2.386, 2.390 e 2.397 propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), pelo Partido Social Liberal (PSL) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

[xvi] MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Receita x Constituição Federal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10892>>. Acesso em: 11 mai . 2009.

[xvii] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo: Atlas,2004, p. 81-83.

[xviii] FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo bancário**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/130>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

[xix] CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. **Processo tributário – teoria e prática**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 576-577.

[xx] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo:Malheiros, 2008,p.167-173.

[xxi] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck .Porto Alegre: Livraria do Advogado,2008, p. 133.

[xxii] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 425.

[xxiii] MARMELSTEIN,George apud MACHADO SEGUNDO. **Curso de Direitos Fundamentais..** São Paulo: Atlas, 2008, p. 374-375.

[xxiv] BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses. In: Temas de interpretação do direito tributário Direito e informática**. TORRES, Ricardo Lobo (org.). São Paulo: Renovar, 2003, p. 28-30.

[xxv] TIPKE, Klaus. **Moral tributária del Estado y de los contribuyentes**. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 112-121.

[xxvi] CHINEN, op. cit. p. 56-61.

[xxvii] BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/decretos/2001/Dec3724.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

[xxviii] BRASIL. Decreto nº 1.692, de 18 de setembro de 2008. Introduz as Alterações 35ª a 37ª no Regulamento de Normas Gerais de Direito Tributário do Estado de Santa Catarina- RRGDT/SC.. **Diário Oficial do Estado**. Disponível em: <http://200.19.215.13/legtrib_internet/html/Decretos/2008/Dec_08_1692.htm>. Acesso em: 12 mai. 2009.

[xxix] BRASIL. Decreto nº 54.240, de 14 de abril de 2009. Regulamenta a aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas. **Diário Oficial do Estado**. Disponível em:

<<http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesNormaEstadual.jsp&cod=17856>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

[xxx] Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou

procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

[xxxix] FABRETTI, Lúdio Fabretti. **Código tributário nacional comentado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 149.

[xxxix] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92.

[xxxix] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 213-214.

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

THE EXCEPTION TO RUN IN PRE-TAX IMPLEMENTATION

**Renato Alexandre da Silva Freitas
Priscila Simões Garcia Oliveira**

RESUMO

Hodiernamente, não se discute mais, tanto na doutrina como na jurisprudência, a controvérsia acerca do acatamento da exceção de pré-executividade como medida tendente a obstaculizar o processo de execução, pelo menos na prática, restando a discussão à esfera acadêmica. Desde que foi criada, com delineamentos traçados por Pontes de Miranda, em parecer ofertado, em julho de 1966, por solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann, muitas controvérsias surgiram, evoluindo, contudo, para sua ampla aceitação. Na ocasião em que foram traçados seus primeiros contornos, a citada companhia sofria diversas execuções em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, além de pedidos de falência fundados em títulos falsos. Tais execuções foram propostas não se sabe por quais razões. O que se sabe é que com títulos inaptos à execução a empresa correu grande risco, porquanto tivessem as medidas coativas inerentes ao processo de execução sido levadas a efeito, os negócios da empresa teriam sido afetados, causando-lhe enorme prejuízo. A matéria é rica e evoluiu substancialmente pela contribuição da doutrina, tendo, ademais, sido abarcada favoravelmente e de forma ampla pela jurisprudência pátria. Desde o parecer de Pontes de Miranda em que se ouviu falar pela primeira vez do instituto da exceção de pré-executividade e, segundo alguns autores, desde a positivação do instituto – Dec. Imperial 9.885, de 1888, Dec. 848, de 1890 e Dec. 5.225, de 1932, do Estado do Rio Grande do Sul, ainda que não sob essa denominação –, tem-se gerado controvérsias e aprimorado sua sistematização, propugnando alguns, inclusive, pela sua inserção no ordenamento jurídico. Há de se ressaltar, nessa etapa, que a exceção ainda não é contemplada na Lei, mas, por outro lado, tem-se amplo acolhimento doutrinário e jurisprudencial. Procuraremos, desse modo, elencar todas as possibilidades em que a exceção de pré-executividade pode ser argüida, ressaltando que todas as matérias de ordem pública são passíveis de argüição.

PALAVRAS-CHAVES: EXECUÇÃO; EXCEÇÃO; EMBARGOS; PRÉ-EXECUTIVIDADE.

ABSTRACT

Normally, is not argued more, as much in the doctrine as in the jurisprudence, the controversy concerning the observance of the exception of tending daily pay-executive as measured to hinder the execution proceeding, at least in the practical one, remaining the quarrel to the academic sphere. Since that she was servant, with delineations

tracings for Bridges of Miranda, in seeming offered, July of 1966, for request of the Siderurgical Company Mannesmann, many controversies had appeared, evolving, however, for its ample acceptance. In the occasion where its first contours had been tracings, the cited company suffered diverse executions in São Paulo, Rio De Janeiro and Belo Horizonte, beyond established order of bankruptcy in false headings. Such executions had been proposals are not known for which reasons. What one knows is that with inapt headings to the execution the company ran great risk, inasmuch as they had inherent the coactive measures to the been execution proceeding taken the effect, the businesses of the company would have been affected, causing enormous damage to it. The substance is rich and evolved substantially for the contribution of the doctrine, having, moreover, been accumulated of stocks favorably and of ample form for the native jurisprudence. Since seeming of Bridges of Miranda where if it heard to speak for the first time of the institute of the daily pay-executive exception and, according to some authors, since the positive of the institute - Dec. Imperial 9,885, of 1888, Dec. 848, of 1890 and Dec. 5.225, of 1932, of the State of the Rio Grande Do Sul, despite not under this denomination -, have generated controversies and improved its systematization, advocating some, also, for its insertion in the legal system. It has of if standing out, in this stage, that the exception not yet is contemplated in the Law, but, on the other hand, ample doctrinal and jurisprudence shelter is had. We will look for, in this manner, to lists all the possibilities where the daily pay-executive exception can be defendant, standing out that all the substances of public order are liable of challenge.

KEYWORDS: IMPLEMENTATION; EXCEPTION; EMBARGOES; PRE-EXECUTIVE.

INTRODUÇÃO

A atual Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830 de 22.09.1980) repete a mesma tendência já verificada no passado: a) a decodificação do procedimento de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, exclusão do seu procedimento do Código de Processo Civil para regulamentá-lo mediante lei especial; e b) a institucionalização de vários privilégios para a Fazenda Pública, que chegam, não raras vezes, a ser exagerados e injustificáveis.

Por exemplo, antes de 1973, a execução fiscal da dívida ativa da União Federal deveria seguir o procedimento traçado pelo título III do Decreto 10.902, de 20.05.1914, o qual tratava da reorganização da Procuradoria da República do Distrito Federal. O Decreto 10.902 substituiu a Lei 2.524, de 31.12.1911, e o Decreto 9.957, de 21.12.1912, que anteriormente regulamentavam a matéria. Depois veio o Decreto-lei 960, de 17.01.1938, que regulava a ação executiva fiscal, tal como aquelas execuções previstas no art. 298 do CPC hoje revogado (Decreto-lei 1.608, de 18.09.1939), constituídas de um procedimento misto de execução e cognição.

As disposições normativas do Decreto-lei 960, só foram revogadas implicitamente pelo novo Código de Processo Civil, posto em vigor pela Lei 5.869, de 11.01.1973,

publicada no diário Oficial da União. O Código de Processo Civil de 1973, que entrou em vigor no dia 01.01.1974, incluiu a execução fiscal ou ação de execução fiscal.

A partir de então se eliminou a duplicidade de meios de promover a execução forçada, unificando o processo de execução nos seus artigos 566 a 795. Hoje não há mais ações executivas fundadas em títulos líquidos e certos tal como conhecia o Código anterior. Toda execução forçada segue o mesmo procedimento em geral, pouco importando o título em que se fundamente. Por isso não cabe mais a distinção feita entre ação executória, destinada à execução da sentença condenatória, e ação executiva, considerada ação de cognição incompleta ou de misto de execução e cognição, destinada a promover a execução de atos ou documentos dotados de certeza e liquidez, estritamente enumerados na lei. A execução forçada agora é uma só, tal como era antes a execução de sentença. O que é distinto é o título executivo que fundamenta o processo de execução: “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”, art. 583 do CPC. Dentre os títulos executivos extrajudiciais ou documentos formais que materializam créditos líquidos e certos, os quais a lei atribuía eficácia executiva, está enumerada a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (art. 585, inciso VI, do CPC), que constituía o título executivo fiscal.

Com a vigência da Lei 6.830, a tradição foi mantida. Após um diminuto período em que as ações de execução fiscal foram reguladas quase que integralmente pelas disposições comuns das execuções reguladas pelo vigente Código de processo Civil, a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública volta a ser regida pelas normas traçadas por lei especial, tal como no passado. De maneira que a Lei 6.830, instituiu regras tanto de direito material como de direito processual, permitindo apenas a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em vigor.

Não se nega, de outro lado, que as mudanças por que vêm passando o processo civil brasileiro também se fizeram sentir no processo executivo. Imbuídos de espírito inovador de prestar maior celeridade ao procedimento, e de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional, asseverou-se a necessidade de o processo de execução, incluído neste sentido a execução fiscal, conter certas particularidades a fim de proporcionar o alcance destas metas.

Do exposto, verificou-se que a par destas novas mudanças não previu, o legislador, de outro norte, mecanismos de defesa igualmente eficazes para tutelar a situação jurídica do executado. Aos embargos do devedor coube a tarefa de agrupar todas as defesas que o executado pretendesse produzir contra o procedimento executivo intentado contra sua pessoa.

Foi assim, diante da observação da inexistência de regramentos específicos e da importância da participação das partes no processo de execução revelada pelas disposições constitucionais, que a doutrina estudiosa do fenômeno da atuação jurisdicional que se desenvolve na execução por quantia certa, amparada nas mesmas tendências inovadoras que se faziam sentir e brotavam de todos os Tribunais do país, tem admitido que o executado apresente sua defesa ao Juízo da execução, sem que ao menos este esteja seguro por uma das modalidades de garantia que previu a lei para o exercício dos embargos do devedor.

Revelou-se, deste modo, a preocupação dos autores e juristas em evitar prejuízos injustificáveis ao devedor naquelas hipóteses em que o mesmo não poderia ser considerado como tal. Assim como, impedir que a execução prossiga sem que para tanto tivesse o alegado credor cumprido com as exigências da lei, como a observação dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Nas linhas que seguirão adiante, buscar-se-á sistematizar este tipo de argüição nos autos do processo de execução que por muitos autores vem sendo denominada de “exceção de pré-executividade”, que apresenta, como se verá, facetas que a fazem distinguir da forma tradicional de defesa que se faz presente nos embargos.

A possibilidade de argüição de questão que importe na impossibilidade de prosseguimento do feito executivo nos próprios autos deste notou-se igualmente, no procedimento destinado à cobrança de crédito da Fazenda Pública, ou seja, àquele previsto pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80, de 22/09/80), no qual afloram requisitos específicos e rito diverso daquele previsto pelo Código de Processo Civil ao tratar da execução por quantia certa contra devedor solvente.

No que se refere aos objetivos do presente estudo, tem-se a análise dos aspectos mais expressivos da Lei de Execução Fiscal. Visa ainda observar as possíveis restrições que este Diploma poderia opor à utilização da exceção de pré-executividade do modo como ela vem sendo tratada em artigos e julgados que aceitam a sua proposição em face do processo de execução de rito comum.

NOÇÕES GERAIS SOBRE A EXECUÇÃO FISCAL: O PROCESSO DE CONHECIMENTO E O PROCESSO DE EXECUÇÃO

É comum na doutrina a distinção entre tutela de conhecimento e a tutela executiva do seguinte modo: a) o processo de conhecimento tem em vista a pesquisa do direito dos litigantes, a certeza a ser expressa na sentença de mérito; e o processo de execução parte da certeza e tem em vista a realização do direito do credor. Por isso seu campo de atividade é o mundo fenomênico, em que o trabalho jurisdicional se concentra em atos tendentes à satisfação do credor; b) o processo de conhecimento transforma o direito em fato; c) o processo de conhecimento é processo de sentença, enquanto o processo de execução é processo de transformação do mundo empírico, sem preocupação com juízo de veracidade ou de justiça em torno da pretensão do credor; d) no processo de conhecimento o juiz deve conhecer mais que obrar, enquanto no processo de execução deve, sobretudo, obrar, com variações no mundo sensível; e) no processo de conhecimento, centraliza-se o procedimento em torno do juiz com a finalidade de obter a sentença, e fenômeno inverso ocorre no processo de execução, em que a atividade é mais dirigida para fora, a fim de serem expropriados os bens do devedor e atingido seu patrimônio; f) no processo de conhecimento se debate, enquanto no processo de execução se atua; g) no processo de execução a cognição é rarefeita, enquanto no processo de conhecimento a cognição varia em extensão e em profundidade, mas está sempre, como ato de inteligência do juiz.

É possível dizer que o processo de execução e o processo de cognição representam figuras autônomas de proteção jurídica. Todavia, a autonomia dessas figuras não é exacerbada nem absoluta, nem é fim em si mesmo. Ao contrário, a separação radical, como se tratasse de dois compartimentos estanques, do processo de conhecimento e do processo de execução, é imprópria e incapaz de dar explicação satisfatória para inúmeras ações, onde as operações de transformação da realidade se dão dentro do processo de conhecimento, o que significa que as atividades de cognição e execução podem e, seguidamente, em verdade se encontram, misturadas numa mesma demanda.

Portanto, neste sentido, as duas atividades distintas de conhecer e executar podem se reunir em único procedimento, examinando-se e resolvendo-se dúvidas e questões à medida que surgirem. A interpenetração dos vários aspectos da função jurisdicional pode sem dúvida assumir, e assume relevância por vezes notável ao ângulo da efetividade. É perfeitamente concebível, e há exemplos disso, que a efetividade de um processo substancialmente cognitivo seja notavelmente reforçada pela introdução nele de aspectos cognitivos.

A exceção de pré-executividade coloca porção de cognição no processo de execução, de modo a prescindir dos embargos do devedor, ação esta que, em comparação com o rápido incidente da exceção de pré-executividade, simples petição, é bem mais demorada, lenta e burocrática.

A união entre execução e cognição nada tem de estranho, e o nosso Código de Processo Civil dá-nos bom exemplo dessa convivência. No livro II, portanto no capítulo destinado ao processo de execução, especificamente na execução de pensão alimentícia, a lei instituiu processo de realização do direito que prevê a defesa do executado no seu bojo, ensejando a produção de prova e, enfim, a ampla convivência da execução com a cognição.

A cobrança de crédito do Poder Público ou de suas autarquias, devidamente inscrito nas respectivas repartições, e com base na extração de uma certidão, é regulada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, conhecida por Lei de Execução Fiscal (LEF), e, subsidiariamente, pelas normas esculpidas no Livro II do Código de Processo Civil, que trata do Processo de Execução. É a regra constante do art. 1º da mencionada lei.

Aplicável, também à espécie, a norma do artigo 598, do Código de Processo Civil, que determina, *in verbis*: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”.

Neste contexto, contudo, não bastará que se observe a lacuna da lei especial, mas também é preciso que os institutos do processo de conhecimento que serão utilizados na falta de norma específica na execução sejam compatíveis com os princípios deste último processo.

Não obstante o procedimento especial supracitado, trata-se, na realidade, de execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, ou seja, a certidão de dívida ativa regularmente inscrita, na forma do disposto no artigo 585, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O texto desta Lei engloba normas, preponderantemente, de caráter processual, havendo, contudo, momentos em que institui normas de direito material, como os casos em que define dívida ativa, regulando, inclusive, sua inscrição e preferência.

A respeito de sua subsidiariedade ao processo de execução regido pelo Código de Processo Civil, quer significar que o manejo da execução fiscal, sempre que possível, deverá ater-se aos princípios já consagrados nas diversas espécies de procedimentos instituídos por este último Estatuto.

Assim, independente da existência de normas especiais, o procedimento a ser observado no Juízo da execução terá que sempre ter em consideração o conflito de interesses que se estende no decorrer da demanda executiva, ou seja, a satisfação da pretensão do credor, estando dispostos para tanto os institutos da celeridade e efetividade do processo de execução, e de outro lado, o dispêndio, pelo devedor, do estritamente necessário para a concretização do primeiro.

Com isto já se preocupou o legislador pátrio, ao dispor no artigo 620 do Código de Processo Civil que quando por vários meios o credor puder promover a execução, está seguirá pela forma menos gravosa ao devedor.

Não obstante estas assertivas, a Lei nº 6.830/80, ao tratar de forma diferenciada o crédito da Fazenda Pública, tem sido alvo de várias críticas por parte dos doutrinadores.

Muitos vêm nesta uma fonte inesgotável de irregularidades tanto no que tange o procedimento por ela instituído, como com relação à técnica legislativa utilizada quando da sua elaboração, o que revelaria a nítida opção do Estado em proteger demasiadamente seu interesse.

Humberto Theodoro Júnior (1994, p. 04) assim inicia seu estudo acerca da Lei ora em comento:

Na verdade, padece a nova Lei de Execução Fiscal de, pelo menos, dois graves defeitos fundamentais: a) a descodificação de um procedimento que já se integrara ao Código de Processo Civil, como peça de um todo harmônico e funcional; e b) a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública, que foi cumulada com fatores extremos que chegam, em vários passos, a repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional.

Na mesma linha de raciocínio, o professor Araken de Assis (1996, p. 87) se posiciona: “A dificuldade particular do comentário da Lei 6.830/80 repousa no desapareço, que a cada passo, ela atrai. O diploma combina idéias autoritárias e rançosas a uma linguagem obscura e confusa, denotando, já no projeto, insanáveis vícios de origem”.

De outro lado, analisando sobre outro enfoque, é imperioso que se compreenda o procedimento especial instituído pela Lei n. 6.830/80 não como um conjunto de privilégios absolutos e incontrastáveis do Fisco, mas como o rito de que se vale a Fazenda Pública na cobrança de seus créditos, cujas prerrogativas traduzem opção do legislador, na busca de uma proteção mais eficaz do interesse público.

Ponto pacífico nesta discussão é a importância que assume a tarefa do intérprete e do próprio órgão judiciário na tentativa de conciliar as possíveis distorções da Lei de Execução Fiscal para com o processo expropriatório de rito comum traçado pelo Código de Processo Civil. Para tanto, necessita o operador do direito estar sempre atento aos institutos que norteiam o processo de execução e as garantias processuais consagradas na Constituição Federal de 1988.

De um modo geral, certidão constitui a reprodução textual e autêntica do escrito original, ou assento, extraída de livro de registro ou de notas públicas, papéis, peças judiciais ou autos, por oficial público, escrivão ou qualquer outro serventuário ou funcionário competente, portador de fé pública, que os tenha a seu cargo, em seu poder ou cartório.

O ato da dívida ativa é a inscrição, mas não é esta o título executivo fiscal definido em lei, mas sim a certidão da dívida ativa que é documento. Cumpre, portanto, à certidão de dívida ativa colocar de plano o juiz em condições de saber quem seja o credor, quem seja o devedor, qual seja o bem devido e quando seja devido.

Dispõe a Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 2º, as diretrizes básicas acerca da dívida ativa, do procedimento da inscrição do crédito, assim como os requisitos que deverão conter o termo de inscrição e a certidão de dívida ativa.

Nos termos do supracitado artigo, sujeitam-se à cobrança pelo rito especial tantos os créditos tributários como os não-tributários. Os primeiros dizem respeito aos créditos provenientes da falta de pagamento de tributos, respectivos adicionais e multas, e a sua disposição legal encontra-se nos artigos 201 a 204 do Código Tributário Nacional. Quanto aos créditos não-tributários estes correspondem a quaisquer dívidas de particulares perante o Poder Público como, por exemplo, os foros e os laudêmios.

No que tange à inscrição, é ela ato de transformação em dívida ativa de um crédito de uma das pessoas enumeradas no artigo 1º da Lei, devidamente vencido e inadimplido, cujo lançamento, seja de natureza tributária ou não, tenha sido objeto de exame pelo órgão competente.

O lançamento corresponde ao procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação pecuniária para com o Poder Público, identificar o sujeito passivo e calcular o montante do débito.

Tanto o lançamento quanto a inscrição passam por um controle de legalidade a ser efetivado pela autoridade administrativa competente, são os termos constantes da regra do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80. Tal procedimento justifica-se pelo fato da atividade administrativa ter que se sujeitar à lei.

Tratando-se, a inscrição e o lançamento, de atos administrativos vinculados, mister se faz que a autoridade administrativa verifique se os mesmos estão de acordo com a lei, tanto na órbita material (possibilidade de cobrança), quanto na esfera formal (cumprimento das formalidades previstas na lei respectiva).

Todas estas verificações que se fazem no âmbito da Administração Pública, tornam-se necessárias face a prerrogativa que detém a Fazenda Pública de autoconstituição de seu

título de crédito, independentemente da vontade do devedor. Cumpre a mesma, apurar a liquidez e a certeza da dívida.

Realizada a inscrição, através do processo descrito no § 7º, do artigo 2º, da Lei de Execução Fiscal, e cumpridos os requisitos do § 5º do mesmo artigo, estará formado o título executivo da Fazenda Pública, fato que permitirá sua cobrança pela via da execução fiscal, desde que, extraída a certidão da dívida ativa respectiva (§§ 5º e 6º do artigo 2º), que acompanhará a inicial da execução. É o mesmo procedimento que anota Araken de Assis (1996, p. 89), senão veja-se: “Dela (a inscrição) se extrairá um traslado designado de certidão de dívida ativa (art. 2º, § 6º), que, comprovando a causa de pedir da demanda executiva, guarnecerá a respectiva inicial (art. 6º, § 2º)”.

No § 8º do artigo ora em estudo, a Lei de Execução Fiscal introduz nova regra ao dispor que fica possibilitado ao exeqüente, a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa até a decisão de primeira instância, desde que, assegurado, ao executado, a devolução do prazo para embargos.

Ao presente trabalho interessa salientar, os limites materiais que está sujeita referida regra, como bem sintetizou Humberto Theodoro Júnior (1994, p. 17):

Essa substituição visa a corrigir erros materiais do título executivo ou mesmo da inscrição que lhe serviu de origem. Não tem, contudo, a força de permitir a convalidação de nulidade plena do próprio procedimento administrativo, como a que decorre do cerceamento de defesa ou da inobservância do procedimento legal no lançamento e apuração do crédito fazendário. É claro que tais nulidades básicas não conseguem desaparecer do procedimento administrativo por meio de simples troca de certidão.

O exercício da ação de execução fiscal exige o preenchimento dos pressupostos processuais executivos e das condições da ação.

Os pressupostos processuais executivos referem-se a competência, a capacidade, a petição formalmente em ordem, enquanto as condições da ação dizem respeito a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para agir e o interesse de agir.

Todavia, a possibilidade jurídica e a legitimação para agir consubstanciam-se no título executivo.

O título executivo é o que define os limites objetivos e subjetivos da ação de execução e do respectivo processo. Porém, a existência do título, por si só, não define o interesse de agir na via executiva jurisdicional, pois ele se manifesta com o inadimplemento da obrigação consubstanciada naquele. Daí conclui-se que as condições da ação de execução em geral, como as da ação de execução fiscal, se resumem naquilo que se denomina pressupostos específicos do processo executivo, ou seja: a) a presença de um título (título executivo), como meio de certificação do direito ou obrigação (*nulla executio sine titulo*); b) a certificação do inadimplemento da obrigação e do seu preciso montante (exigibilidade, certeza e liquidez).

Mas para que se instaure o processo de execução, basta como pressuposto jurídico, que exista o título executivo. Daí inferir-se que pressuposto necessário e suficiente do processo de execução, no plano da ordem jurídica, é o título executivo.

No entanto, é evidente que além do título executivo, que é pressuposto processual específico do processo de execução, esta, como processo judicial que é, se encontra subordinada, para ter validade e eficácia, aos pressupostos gerais aplicados a toda e qualquer relação processual, ou seja, aos pressupostos gerais aplicados a toda e qualquer relação processual, ou seja, aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (inciso IV, art. 267, do Código de Processo Civil).

Os pressupostos de constituição válida e regular do processo, por sua vez, são os seguintes:

a) a capacidade das partes e tudo o que se refira à legitimação *ad processum* (arts. 11 e 13, inciso II do art. 295, e inciso VIII do art. 301, todos do Código de Processo Civil) e à capacidade postulatória (arts. 36, 37 e 38 do Código de Processo Civil).

b) petição não-inepta (a petição inicial é inepta quando faltar pedido ou causa de pedir, da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, o pedido for juridicamente impossível e contiver pedidos incompatíveis entre si), ou pedido apto (parágrafo único do art. 295 e inciso III do art. 301, ambos do Código de Processo Civil).

c) jurisdição dos tribunais brasileiros (arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil).

d) competência constitucional da justiça ordinária.

e) competência hierárquica dos tribunais superiores.

f) procedimento adequado (inciso V do art. 295 do Código de Processo Civil).

g) citação dos litisconsortes necessários (parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil).

h) a falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar (inciso XI do art. 301 do Código de Processo Civil).

i) a existência de citação inicial (art. 214 do Código de Processo Civil).

Além disso, ainda há os pressupostos indispensáveis para não se extinguir o processo *in initio litis* e que se relaciona com o desenvolvimento regular da relação processual, ou seja: o saneamento de falhas, omissões ou nulidades processuais (art. 149, § 2º do art. 265 e art. 327, todos do Código de Processo Civil). Por outro lado, a citação válida, a competência absoluta, a intimação do Ministério Público, embora pressupostos de desenvolvimento regular da relação processual, não levam, por si só, quando inobservados, à extinção da relação processual.

Sabe-se que a presença de um título (título executivo), como meio de certificação do direito ou obrigação, é condição *sine qua non* para a existência da execução, uma vez que toda execução funda-se obrigatoriamente num título executivo judicial ou num

título executivo extrajudicial (art. 583 do Código de Processo Civil). Nula é a execução em que não se verifica a presença de um título.

No caso de execução fiscal, o título executivo que deve obrigatoriamente fundamentá-la é a certidão da dívida ativa. Dispõe o caput e inciso VI do art. 585 do Código de Processo Civil que constitui título executivo extrajudicial a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei. Todavia, por força do art. 1º da Lei 6.830, de 22.09.1980, também constitui título executivo extrajudicial a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública das autarquias federais, estaduais, distritais e municipais. Em suma, todas as fazendas das pessoas jurídicas de direito público têm o direito de inscrever seus créditos e extrair certidão da dívida ativa para gozar dos privilégios assegurados pela Lei de Execução Fiscal. Sendo também uma pessoa jurídica de direito público, a nosso ver, tais direitos e privilégios se estendem às fundações públicas, apesar de não estarem expressamente inseridas no art. 1º da Lei 6.830 de 22.09.1980.

Sem a certidão de dívida ativa é nula a execução fiscal. Tanto é que até mesmo o § 1º do art. 6º da Lei de Execução Fiscal repete requisito essencial ao dispor que “a petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita”.

Em face das prescrições contidas na Lei 6.830, combinadas com o inciso VI do art. 585 do Código de Processo Civil, chega-se a conclusão no sentido de que o Direito positivo brasileiro considerou o título executivo fiscal em seu aspecto formal, isto é, como documento, não como ato. Efetivamente, o ato da dívida ativa é a de Processo Civil e na Lei de Execução Fiscal, mas a certidão da dívida ativa, que é documento. Todavia, não se pode dizer que o direito positivo brasileiro tenha acolhido inteiramente, pois este documento (a certidão da dívida ativa) como prova, porquanto considera tal inscrição regular da dívida ativa, consoante o disposto no caput do art. 204 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”, e no seu parágrafo único, o qual prescreve que “a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite”. Portanto, prova, é o ato (a inscrição da dívida ativa) e o documento (a certidão da dívida ativa). Isso, de certo modo, confunde os conceitos, mas a predominância da orientação formal é evidente.

De qualquer forma, o certo é que a certidão da dívida ativa, que configura o título executivo fiscal é que fundamenta e limita a execução fiscal.

DO AJUIZAMENTO E DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL: PETIÇÃO INICIAL

O ajuizamento da ação de execução fiscal constitui, justamente, a apresentação, por iniciativa do credor (art. 262 do Código de Processo Civil), da petição inicial em juízo, diretamente onde houver só um juiz ou por distribuição onde houver mais de um juiz. Assim, pois, considera-se ajuizada a ação de execução fiscal, a partir do momento em que a petição inicial é despachada pelo juiz ou, simplesmente, a partir do momento em que ela é distribuída, onde houver mais de uma vara (art. 263 do Código de Processo Civil).

Todavia, alerta José Afonso da Silva (1976, p. 61-62):

Em princípio, o contido no art. 263 do Código de Processo Civil vale tanto para o processo de conhecimento como para o processo de execução, mas quanto a este último, o Código de Processo Civil não é claro – art. 617. Entende-se que, assim colocado, no processo de execução, o momento do ajuizamento e o da propositura da ação não se confundem, ou seja, o ajuizamento ocorre quando da apresentação da petição inicial em juízo, diretamente onde houver só um juiz ou por distribuição onde houver mais de um juiz, enquanto a propositura da ação só ocorre quando ela é deferida pelo juiz. De maneira que, caso o juiz determine que a petição inicial seja emendada ou corrigida e o exequente não venha cumprir tal determinação, a petição inicial, apesar de ajuizada, será indeferida e, por conseqüência, a ação não será considerada proposta. Tal conclusão decorre do disposto no art. 616 do Código de Processo Civil, o qual descreve que verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.

Há de se destacar que, na prática forense, quando for emitido despacho de distribuição, onde houver mais de um juiz ou cartório, o Código de Processo Civil atribui o efeito de perfazer a propositura da ação, tal como está expresso no antes transcrito art. 263, com o objetivo principal de dar maior celeridade ao processo judicial.

Percebe-se, observando-se as diretrizes apontadas por este regramento especial, que o objetivo primordial foi o de simplificar o procedimento para a cobrança das dívidas da Fazenda Pública.

Em outras palavras, estas modificações tiveram por intuito dinamizar o procedimento da cobrança da dívida ativa, acolhendo o princípio da economia processual, sem prejuízo do devido processo legal, face o interesse público que preside o acertamento das exigências da Fazenda Pública.

Nem todos pensam desta forma. Senão veja-se a crítica que o professor Araken de Assis (1996, pág. 719), após apresentar as suas razões, empreende contra as inovações da Lei n° 6.830/80: “como se nota, sem embargo de rejeitar-se o espírito reacionário, infenso às mudanças e à evolução natural do processo na sociedade de massas, certas alterações beiram ao ridículo, não refletindo exata adequação às carências do procedimento.”

A petição inicial apta também é requisito exigido no processo de execução, pois aplicam-se os arts. 282 e 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Considera-se inepta a petição inicial que não declina a espécie de execução pretendida, se execução de obrigação de fazer ou execução por quantia certa. Pode o executado, ciente

de processo assim constituído, peticionar e requerer a extinção do processo por inépcia da inicial, sem os embargos.

Como acima adiantado, o artigo 6º, combinado, ainda, com as regras do artigo 2º, ambos da Lei de Execução Fiscal, regula os requisitos especiais que a petição inicial deverá conter para a instaurar a cobrança judicial da dívida ativa. *In verbis*:

Art. 6º - A petição inicial indicará apenas:

I - o Juiz a quem é dirigida;

II - o pedido; e

III - o requerimento para a citação.

§ 1º - A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

§ 2º - A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

§ 3º - A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

§ 4º - O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.

O artigo em epígrafe guarda estreita relação com a norma esculpida no artigo 614, do Código de Processo Civil, inserto no capítulo das disposições gerais acerca das diversas espécies de execução. Este último prevê, quando do requerimento inicial do credor, que o mesmo pugne pela citação do devedor, ao mesmo tempo que exige que a petição inicial venha acompanhada do título executivo e com o demonstrativo do débito respectivo.

A disciplina da execução fiscal mantém-se, neste sentido, inalterada, uma vez que cumpre à Fazenda Pública observar os requisitos do artigo 6º, ou seja, endereçar a petição inicial ao Juiz competente, assim como formular seu pedido e requerer a citação do executado, indicado como devedor na certidão de dívida ativa. Esta última, representando o título executivo que detém os entes do artigo 1º, da Lei de Execução Fiscal, deverá sempre fazer parte integrante da petição inicial.

Detém a certidão de dívida ativa os mesmos elementos do termo de inscrição (art. 2º, § 6º, da Lei de Execução Fiscal), e, por consequência, constará, em seu teor, o valor originário da dívida, o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e os demais encargos, do mesmo modo que indicará se a dívida está sujeita, ou não, à atualização monetária; caso positivo deverá conter o fundamento legal e termo inicial da contagem para o cálculo (art. 2º, § 5º, incisos II e IV, da Lei de Execução Fiscal).

Quanto aos requisitos gerais da petição inicial, elencados no artigo 282, do Código de Processo Civil, aplicáveis tanto ao processo de conhecimento como ao processo de execução, inovou o artigo ora em comento apenas no que tange a produção de provas na execução fiscal, ao dispor que a Fazenda Pública está desonerada de requerer a mesma na petição inicial, estando os demais requisitos incertos nos incisos do § 5º, do artigo 2º, da Lei de Execução Fiscal. É a conclusão de Vladimir Passos de Freitas (1998, p.143):

[...] constata-se, também, que, apesar da simplificação da petição inicial, nos termos dispostos pela lei especial, não decorre prejuízo para a defesa, porquanto: ambos os dispositivos exigem a identificação do juízo; o(s) nome(s) e domicílio(s) das partes (exequente e executado) devem constar da CDA (§ 6º c/c o § 5º, I, do art. 2º da Lei de Execução Fiscal); o fato e fundamentos jurídicos do pedido, idem (§ 6º c/c o § 5º, III, do art. 2º); o pedido (art. 6º, II); o valor da causa (art. 6º, § 4º); o requerimento para citação (art. 6º, III).

DEFESA DO EXECUTADO: OS EMBARGOS DO DEVEDOR E A SEGURANÇA DO JUÍZO

No processo de execução fiscal, a matéria atinente à defesa do executado possui algumas particularidades que não se fazem sentir no processo de execução comum. Não obstante, na falta de disposição específica, aplicar-se-á, subsidiariamente, as normas constantes do Código de Processo Civil no que se refere à participação do executado neste procedimento.

O devedor pode defender-se, nos termos da atual sistemática do processo civil e de acordo com a Lei de Execução Fiscal, por duas formas: de maneira incidental, via embargos do devedor (arts. 736 e ss., e 16, da Lei nº 6.830/80) e embargos de retenção (art. 744); assim como, por via indireta, por meios de ações autônomas. Senão veja-se o *caput* do artigo 38, da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Na forma desta Lei, quer antever o artigo mencionado a possibilidade de o executado opor-se à execução fiscal através dos supracitados embargos do devedor. Estes, como acima exposto, constituem no único modo de defesa direta de que detém o executado para opor-se à execução forçada, ou nos termos do artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, *in verbis*:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

A regra em comento não trouxe nenhuma novidade ao que já estava exposto nos artigos 736 e 737, do Código de Processo Civil, ou seja, de que ao executado restaria a possibilidade de propor sua defesa, através dos embargos à execução que só são admissíveis após estar seguro o Juízo da execução, pela penhora ou depósito.

Quanto a natureza desta típica defesa do devedor no processo de execução, a doutrina é quase unânime em afirmar que constitui em verdadeira ação do executado em face do credor-exeqüente, que tem por fim desconstituir o título creditício, em relevo a certidão de dívida ativa juntada pela Fazenda Pública, e, ao final, a própria relação processual executória.

Por assim dizer, exige para a sua propositura certas condições específicas, como as constantes dos §§ 1º e 2º, do supracitado artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, fatores estes que lhe empreendem a autonomia de ação diversa da própria execução, não obstante ser sempre incidente a esta última.

Vozes isoladas na doutrina, contudo, concebem outra natureza à ação em epígrafe, como por exemplo, a posição de Alberto Camiña Moreira (1998, p. 13), em sua dissertação de mestrado, “para o qual inexistente, com o ajuizamento dos embargos do devedor, a formação de uma nova relação processual entre as partes e, por consequência, outro processo”. Vendo, como os outros autores, nos embargos uma ação incidental, devem estes fazer parte daquilo que incidem, permitindo, nos próprios autos da execução, a ampliação da cognição, antes rarefeita, o que por si só propicia a atuação do contraditório nesta última.

Na execução por título executivo judicial, arrola o artigo 741 do Código de Processo Civil as matérias que poderão ser objeto de alegação nos respectivos embargos a serem opostos contra este procedimento, restringindo, por consequência, o âmbito de atuação da cognição nesta ação.

Em sede de processo de execução, com base em título executivo extrajudicial, constituem os embargos do devedor em verdadeira ação de conhecimento, visto que ao executado é dada a permissão de apresentar as defesas que tiver face à execução antes proposta, no que concerne a existência do crédito e a eficácia do título, do mesmo modo as matérias que dizem respeito à própria validade da relação executiva, produzindo, para tanto, todos os tipos de provas em direito admitidas. É o disposto no § 2º, do artigo 16,

da Lei nº 6.830/80, consubstanciado, igualmente, pela regra do artigo 745 do Código de Processo Civil.

Por assim dizer, nesta última situação, aos embargos à execução coube a tarefa de realizar a cognição plena, com os meios que ela dispõe para a busca da verdade formal, no processo executivo. Nas palavras do jurista José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 336): “O oferecimento dos embargos dá ensejo à formação de novo processo, que não se confunde com o executivo, e tem a natureza de um processo de cognição. Nele, invertem-se as posições das partes: autor é o executado embargante, réu é exequente embargado”.

Como salientado, a ação de conhecimento proposta pelo executado é sempre incidental ao processo de execução principal. No entanto, os mesmos não se confundem, pois, para cada qual, dispôs tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei de Execução Fiscal, processo e procedimento diverso. No entanto, e isto já se afirmou linhas acima, os doutrinadores são uníssomos em concordar que não se pode negar a existência de um vínculo entre eles, decorrente do fato de que um é sempre oposto incidentalmente ao outro, sendo competente os embargos para produção da defesa do devedor perante o processo de execução.

Igualmente, não há que se falar que os embargos equiparam-se ao instituto da contestação existente no processo de conhecimento que se caracteriza pela resistência à pretensão e ao pedido do autor.

O professor Araken de Assis (1996, p. 928), em refutação à tese contrária, assim escreveu sobre o assunto:

Na verdade, os embargos constituem uma ação, quer dizer, o agir correspondente ao direito de se opor à pretensão a executar, e a circunstância de trazerem à cognição do juiz matérias de defesa não descaracteriza o remédio: a defesa, no processo de conhecimento, inclui a resistência do réu, direta (contestação) ou indireta (exceção), e o seu ataque (reconvenção). E esta última ostenta inconfundível natureza de ação.

Sendo assim, os embargos do devedor em muito se assemelha com a reconvenção, considerando esta última como uma das formas de resposta do réu no processo de conhecimento, visto que se aproveita o executado, da iniciativa do credor de instaurar o procedimento executivo, para desconstituir o próprio título executivo em muitos dos casos.

Constituindo ação de conhecimento autônoma, embora incidental, aos embargos são aplicados todos os princípios, peculiaridades e características do processo de conhecimento, como o cumprimento das condições da ação, ou seja, a legitimidade, interesse e a possibilidade jurídica do pedido, além dos específicos previstos no *caput* e § 2º do art. 16 da Lei de Execução Fiscal.

Estes se sujeitam, inclusive, à distribuição, que será por dependência ao Juízo do respectivo processo de execução (art. 108 do Código de Processo Civil), registro e autuação próprios (artigos 166 e 251 do Código de Processo Civil), e sua petição inicial deverá vir instruída com os documentos necessários à sua regular tramitação em apenso

aos autos do processo executivo, nos termos dos arts. 282, 283 e 736 do Código de Processo Civil.

Decorre da interpretação dos artigos 18 e 19 da Lei de Execução Fiscal, e art. 739, § 1º, do Código de Processo Civil, que, uma vez recebidos, os embargos possuem o condão de suspender o processo principal até provimento jurisdicional a ser emitido ao fim deste procedimento.

A eficácia e o conteúdo da sentença a ser proferida nos embargos podem assumir algumas formas diferenciadas, conforme o objeto formulado na inicial destes. Primeiramente, verifica-se que o provimento jurisdicional que os julga improcedentes possui caráter declaratório, ao reconhecer a inexistência do direito a tutela pretendida pelo embargante. Esta sentença não condena o executado ao pagamento do título embasador do processo executivo.

Por outro lado, quando os embargos forem julgados procedentes, presta-se, a sentença, “à declaração da inexistência ou à desconstituição do título executivo e (ou) à desconstituição de atos do processo executivo” (WAMBIER, 1999, p. 304).

Nos limites dos pedidos e das causas de pedir apresentados pelo embargante, a sentença de mérito dos embargos, que importem em seu acolhimento ou não, possuirá os efeitos da coisa julgada material.

Vale alertar, outrossim, quanto aos embargos em execução fiscal, que os mesmo estão sujeitos ao reexame necessário em caso de procedência do pedido do embargante (art. 475, I e II, do Código de Processo Civil). Ressalvada as causas de alçada a que alude o artigo 34 da Lei nº 6.830/80, em que julgados os embargos infringentes e de declaração, e transitada em julgado a decisão confirmatória da procedência dos embargos, a execução será extinta sem a remessa oficial à instância superior.

Outro efeito da sentença de procedência total dos embargos é o fato dela extinguir a respectiva execução, e, conseqüentemente, todos os atos praticados em função desta última. Sendo assim, os bens do devedor, constrictos pelo órgão jurisdicional no processo de execução, serão liberados da situação a que foram injustamente submetidos, retornando ao patrimônio disponível do executado.

Não dispôs por tudo o que foi exposto, o legislador pátrio, de mecanismo processual que permitisse a intervenção do devedor nos próprios autos do processo executivo, a fim de rebater a pretensão do credor em seu nascedouro. Dedicou-se, outrossim, ao trato dos embargos do devedor.

Os artigos 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80, e 736 e 737 do Código de Processo Civil, interpretados isoladamente e de forma literal, convergem no sentido de que a defesa do devedor, perante o procedimento executivo para cobrança de dívida ativa, através da via direta dos embargos, está condicionada à garantia do juízo, por um das formas previstas em lei (art. 16, I, II e III, da Lei de Execução Fiscal).

Nas linhas acima, ficou assentado que os embargos, por constituírem uma ação autônoma, porém incidental, deverá ater-se aos pressupostos processuais e condições de toda e qualquer ação, assim como os específicos que lhes são peculiares. Deste modo, a

prévia garantia do juízo constituiria em condição específica de procedibilidade a ser observada pelo executado quando da propositura dos embargos sem a qual os mesmos, poderiam ser rejeitados liminarmente (arts. 739 c/c 737, do Código de Processo Civil).

Na doutrina, porém, esta regra tem sido amenizada com o intuito de propiciar ao executado, em determinadas hipóteses (e quanto a estas há divergência entre os autores), que elida a relação processual executiva ou o próprio título extraído pela Fazenda Pública nos próprios autos da execução, antes mesmo de ser efetivados os atos de constrição sobre seu patrimônio.

Há, porém, posições em sentido contrário, que negam esta possibilidade de reação do devedor, sem que esteja o juízo seguro, na atual sistemática adotada pelo Código de Processo Civil. Dentre estas pode-se citar as palavras de Alcides Mendonça de Lima (1992, p. 289), para o qual:

[...] no sistema brasileiro, tradicionalmente, o devedor (antes denominado de executado) somente pode pretender elidir a ação executiva, opondo-se ao título, por via apenas dos embargos, que exigem penhora, quer por nomeação de bens pelo próprio devedor, quer por escolha dos oficiais do juízo. A tese de questões ou exceções pré-executivas dispensam a penhora como antecedente necessário aos embargos do devedor, tratando-se de ação executiva fundada em título extrajudicial, é meramente acadêmica, podendo servir, por sua relevância, como valiosos subsídios, contudo, para a reforma do Código de Processo Civil, configurando-se, de modo preciso e exato, os dispositivos respectivos.

Por outro lado, grande parte dos autores posiciona-se de forma diferenciada, fundamentados, outrossim, nas idéias de que esta exigência, em muitos dos casos, torna-se injusta, seja no caso em que o processo de execução não atende às exigências legais, revelando a penhora sobre os bens do devedor em ato manifestamente ilegal, ou, ainda, na hipótese de o executado não os possuir, impedindo, por conseqüência, o exercício de seu direito de defesa.

O professor Galeno Lacerda (1981, p. 12), ao manifestar-se acerca do assunto, antevê esses dois sentidos na admissão da defesa na própria execução. São estas suas lições:

Assim, se o atual Código de Processo Civil exige, no art. 737, I, a segurança do juízo pela penhora, para admissibilidade dos embargos do executado, claro que esta regra pressupõe a execução normal com obediência dos pressupostos da ação executória. Se esses pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se injustamente ao executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes.

Compartilhando de mesmo entendimento, e vendo na exigência legal da segurança do juízo uma afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, consubstanciado pelo livre acesso à justiça, posicionou-se o professor Luiz Edmundo Appel Bojunga (1989, p.165):

No sistema processual civil vigente, se formos entender os embargos do devedor como ação, e não como defesa, estaremos vedando uma ação de oposição movida pelo executado numa exegese verdadeiramente inconstitucional. O condicionamento da penhora ou depósito para o exercício da *ação* incidental de embargos do devedor, que seria a medida cabível, contraria e excepciona o disposto no art. 5º, XXXV, da vigente Constituição Federal.

Para Alberto Camiña Moreira (1998, p. 20-21), esta exigência não chega a constituir uma inconstitucionalidade. Para ele:

Assegurar a defesa e a possibilidade de participação do executado no processo não significa que a lei não possa estabelecer exigências para a tutela jurisdicional. Há razão muito forte a justificar a exigência de segurança do juízo para que o devedor possa embargar a execução, qual seja, na execução de sentença, a imutabilidade oriunda da coisa julgada e, na execução de título extrajudicial, a presunção de veracidade que se confere ao título, presunção essa que, para ter eficácia, merece ser atacada depois de certas cautelas; **exceto em hipóteses restritas**, [...] (grifo nosso).

Em que pese a constitucionalidade alegada, da segurança do juízo, é forçoso admitir que a mesma gera um ônus quicá demasiado ao devedor que deverá Ter mobilizado parte de seu patrimônio a fim de que possa ter qualquer pretensão sua apreciada pelo Judiciário. Apresenta-se, da mesma forma, como uma certa repulsa ao princípio do contraditório.

Isto posto, deve o ordenamento jurídico disponibilizar outros mecanismos que possibilitem a defesa do executado sem que tenha este de dispor do seu patrimônio para ser ouvido.

Senão o legislador, mas a doutrina e a jurisprudência de nossos Tribunais têm se preocupado com esta situação, e, como exemplo desta afirmação, pode-se citar como sendo fruto destas construções o mecanismo da exceção de pré-executividade, como é comumente tratada, e que será objeto de análise no próximo capítulo.

Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 451) expôs entendimento que bem resume a situação em questão, ou seja, “de que a existência de qualquer óbice ao regular exercício da função executiva, bem como a inépcia da inicial, constituem matérias a serem apreciadas pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento”. Não há que se pensar relegar aos embargos a análise de qualquer requisito indispensável ao desenvolvimento regular do processo, esperando uma futura alegação do executado. Leciona o ilustre professor:

É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juizes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (Código de Processo Civil, art. 741), muitos poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução. (DINAMARCO, 1997, p. 451-452).

MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ARGÜIÇÃO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Há de se ressaltar, nessa etapa, que a exceção ainda não é contemplada na Lei, mas, por outro lado, tem-se amplo acolhimento doutrinário e jurisprudencial. Procurarei, desse modo, elencar algumas das possibilidades em que a exceção de pré-executividade pode ser argüida. Ressalta-se que todas as matérias de ordem pública são passíveis de argüição. O direito de ação constitui em direito público subjetivo de buscar perante o Estado a solução de um litígio. Entretanto, para que se complete a pretensão almejada é necessário que se atente à existência de três condições: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

A primeira condição diz respeito àquela que detém o direito material trazido a juízo. Não podemos postular direitos que não nos pertencem. O interesse de agir está intimamente ligado à necessidade de obtenção da prestação jurisdicional. Caso o autor possa obter o resultado por outro meio que seja extrajudicial, faltar-lhe-á o interesse. Os processos de execução comportam decisão de extinção, nas hipóteses dos artigos 267[1], 794[2] e 795[3] do Código de Processo Civil e do artigo 26 da Lei 6.830/80. Constitui-se a possibilidade jurídica do pedido na formulação da pretensão que, em tese, existir na ordem jurídica. A análise do pedido pode ser possível ou impossível é feito de forma prévia e não questiona se o autor tem ou não direito. Portanto, é necessário, para que se exerça o direito de ação, que as partes sejam legítimas, que haja interesse processual e que o pedido seja juridicamente possível, sem que haja subordinação ao direito subjetivo pleiteado. Ressalta-se que a ausência de qualquer dessas três condições acarreta a carência da ação. Por outro lado, esse exame de ausência de condições é antecedente à decisão sobre o mérito.

Pressupostos processuais são matérias de ordem pública e, por esse motivo podem ser conhecidas de ofício pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Não é diferente na execução fiscal, de forma que o juiz somente poderá iniciar a execução quando estiverem presentes as condições da ação, acima analisadas e os pressupostos processuais que, a seguir, serão devidamente classificados.

São pressupostos processuais constitutivos da relação processual a jurisdição, citação, partes e capacidade postulatória. Conforme definiu Humberto Theodoro Júnior (1994, p. 87): “estabeleceu-se a jurisdição, como poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”

A jurisdição é atuante somente em casos concretos de lide ou de litígio, portanto não são todos os casos de conflito que compõem por meio da jurisdição, e dependem, ainda, de invocação dos interessados. Têm-se como conceito de lide a questão judicial, o debate entre autor e réu para se obter uma decisão de mérito. Lide e litígio são sinônimos, ou seja, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Como a jurisdição emana do Estado e se constitui em uma função estatal, ela também é uma e abrange todos os litígios que possam haver em torno das questões de direito.

Citação, por sua vez, é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado a fim de se defender, conforme a regra inserida no art. 213 do Código de Processo Civil, seguindo no mesmo sentido o artigo 214 ao dispor ser indispensável a citação inicial do réu para a

validade do processo. Importante esclarecer que tal exigência legal abrange todos os tipos de processo e de procedimento. A citação é tida como elemento essencial e indispensável do contraditório, sem ela haverá nulidade do processo, e para tanto é necessário que ela seja válida.

No processo de execução fiscal, a citação ocorre no despacho que defere a inicial, para que o executado, em 5 dias pague ou garanta a execução. Como regra no processo de execução fiscal, tem-se a citação por postal, podendo a Fazenda requerê-la de outra forma. Esse tipo de citação dispensa os requisitos do artigo 223[4] do Código de Processo Civil.

Caso, na citação postal, o aviso de recebimento não retorne em quinze dias poderá ser feita a citação por mandado. Entretanto, a Fazenda Pública pode dispensar a tentativa de citação por mandado quando a carta citatória voltar com informações suficientes para fundamentar a citação por edital. Só há exigência da citação pessoal, na Lei 6.830/80, no caso de penhora. A relação processual é trilateral, ou seja, só se estabelece de forma plena quando há três sujeitos: Estado, autor e réu. Caso não haja a presença do órgão judicial é impossível estabelecer uma relação jurídica processual. Por outro lado, é necessário também a provocação da parte, devida à inércia da jurisdição.

Desse modo, a parte além de ser o sujeito da lide é também o sujeito do processo, no sentido de que é uma das partes que fazem o processo. No caso da execução fiscal, as partes, segundo consta da Lei nº 6.830/80, tem no pólo ativo uma pessoa jurídica de direito público, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias.

No pólo passivo há o executado, assim definido mediante prévio processo administrativo. O executado assim definido poderá sê-lo tanto por dívida tributária ou não – tributária. Em nosso sistema processual a capacidade postulatória compete somente aos advogados, de modo que é obrigatória a representação da parte em juízo por advogado legalmente habilitado. A desconsideração da capacidade postulatória acarreta a nulidade do processo.

A petição inicial na execução fiscal é simples, conforme a Lei 6.830/80, e dispensa muitos dos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil. Essa petição inicial deverá conter apenas o juiz a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para citação. Explica-se tal situação pelo fato de que a Certidão de Dívida Ativa é parte integral da Inicial, devendo conter apenas os elementos capazes de identificar o sujeito passivo, distinguindo-o de seus homônimos.

Entretanto, a Fazenda Pública não tem se preocupado em colocar elementos capazes de individualizar o sujeito passivo, como número de seu RG ou de seu CPF, dificultando cada vez mais a diferenciação de seus homônimos. A competência compreende, além das características da matéria a decidir uma limitação territorial e uma sede do juízo. Desse modo, é imprescindível que o juízo em que se encontra a execução seja competente. Faz-se também a exigência ética no processo, que o juiz seja impessoal, ou seja, haja de forma desinteressada no processo. A competência exige que o juiz deva agir dentro das atribuições que lhe são conferidas por lei. Imparcialidade diz respeito à lisura com que as decisões judiciais devem ser proferidas, não deve haver qualquer dúvida quanto aos motivos de ordem pessoal que possam influir no julgamento.

No tocante à competência para se ajuizar a execução fiscal, ela deverá sempre ser proposta no foro de domicílio do executado. Havendo mais de um executado a Fazenda poderá escolher o foro de domicílio de qualquer um deles. Se a execução fiscal for de interesse da União, suas autarquias e fundações, a competência será do Juízo Federal de 1ª Instância do foro do domicílio do executado. Essa espécie de capacidade diz respeito à aptidão de ingressar na relação processual em nome próprio ou alheio. Como regra, a capacidade exigida é a mesma que se reclama para os atos da vida civil.

Portanto, as pessoas jurídicas de direito público ou privado, desde que regularmente constituídas gozam de capacidade processual. Mas, supre-se a incapacidade processual do mesmo modo que se supre a incapacidade civil, por meio de representação. Porém há de se fazer uma ressalva: não se confunde capacidade processual, que é aptidão para ser parte, com a capacidade de postulação acima analisada, que vem a ser a aptidão para realizar os atos do processo de forma eficaz. A desconsideração, tanto da capacidade processual, igualmente como da capacidade postulatória, acarretam a nulidade do processo.

Ao exercer o direito subjetivo de pleitear junto ao Estado, ao ajuizar a demanda, o autor nada mais faz do que pedir. Há duas espécies de pedido que se distinguem entre si, o pedido mediato que é a providência jurisdicional pleiteada, o objeto, e o pedido imediato, que é o bem que o autor deseja conseguir por meio dessa providência. Segundo o artigo 286, primeira parte, do Código de Processo Civil, o pedido deve ser certo ou determinado, entretanto vários processualistas já pacificaram o entendimento de que o pedido deve ser certo e determinado. Por outro lado, na Segunda parte do artigo 286, admite-se a formulação de pedido genérico, mas somente em três hipóteses previstas no próprio artigo 286. Tendo em vista que o nosso trabalho restringe-se somente à execução fiscal, é necessário salientar que o pedido também é uma das condições inerentes à Certidão de Dívida Ativa, e sem ele não se tem o desenvolvimento válido e regular do processo de execução fiscal.

Havendo ajuizamento de ação idêntica uma a outra pendente de decisão ou concurso de duas ações, simultaneamente ou não, no mesmo juízo, apresentando as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, tem-se a litispendência. Cabe ao réu arguir a litispendência antes da decisão do mérito, podendo, ainda, o magistrado declará-la ex officio. Assim a ação proposta posteriormente deverá ser paralisada pela inadmissibilidade de seu prosseguimento. É uma qualidade dos efeitos do julgamento, constituindo um fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença. Entende-se, desse modo, a coisa julgada (res judicata) a sentença que se tornou irretratável por não mais caber, contra ela, qualquer espécie de recurso.

O conceito de preempção está ligado ao sentido genérico de perecimento. Assemelha-se a prescrição e decadência pelos resultados jurídicos que dela decorrem. A preempção, todavia, ocorre sempre dentro do processo, quando por exemplo ocorrer a perda de um prazo. Em certos casos pode até significar a prescrição porque dela pode resultar a perda de um direito.

NULIDADE DE EXECUÇÃO, PENHORA E ARREMATAÇÃO

O artigo 618[5] do Código de Processo Civil elenca as hipóteses de nulidades da execução. A lei de Execução Fiscal é omissa com relação a este tema devendo, então ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A execução é nula quando o título não for líquido certo e exigível. Neste caso o processo é extinto sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV do Código de Processo Civil. Cumpre salientar que a falta de título é defeito substancial da ação, que, se não possui um título executivo não pode valer-se da ação de execução, pois não tem interesse processual para o pedido executivo, é carecedor da ação.

Como já mencionado, na execução fiscal, o título executivo é formado unilateralmente pela Fazenda Pública, sem o reconhecimento do devedor, de modo que a regularidade do procedimento administrativo é pressuposto básico do processo de execução. Sendo assim, a nulidade no momento da inscrição em Dívida Ativa compromete todo o processo executivo.

Ocorre que a inscrição e extração da dívida ativa deve obedecer ao rigor formal determinado pela lei; qualquer omissão dos requisitos da certidão da dívida constitui causa de nulidade da inscrição e conseqüentemente acarreta a nulidade do processo executivo fundamentado neste título, é o que dispõe o artigo 203, do Código Tributário Nacional. Registre-se, ainda, que a certidão de dívida ativa constitui causa de nulidade da inscrição e conseqüentemente acarreta a nulidade do processo executivo fundamentado neste título, é o que dispõe o artigo 203, do Código Tributário Nacional. Registre-se, ainda, que a certidão de dívida ativa pode ser substituída até decisão de primeira instância devolvendo-se ao executado o prazo para o oferecimento dos embargos. Verifica-se a nulidade do processo também, quando a citação do executado for inexistente ou nula. Para a convalidação da relação jurídica é necessário que o executado seja citado validamente. A citação nula vicia todos os atos subseqüentes do processo.

Neste diapasão insta salientar o posicionamento da Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região, que teve como Relator o Juiz Manoel Álvares:

EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CONCEITO – REQUISITOS. A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo, por falta do preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor.

Predomina na doutrina o entendimento no sentido da possibilidade da matéria de ordem pública (objeções processuais e substanciais). Reconhecível, inclusive, de ofício pelo próprio magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, ser objeto da exceção de pré-executividade, até porque há interesse público de que a atuação jurisdicional, com dispêndio de recursos materiais e humanos que lhe são necessários, não seja exercida por inexistência da própria ação – por ser ilegítima a parte, não haver interesse processual e possibilidade jurídica do pedido; por inexistentes os pressupostos

processuais de existência e validade do processo, **citação nula (grifo nosso)**, e, ainda por se mostrar a autoridade incompetente. (3ªT do TRF da 3ª Região, por unanimidade, deram provimento ao agravo, nos termos do relatório e do voto do Senhor Juiz Relator, na conformidade da ata de julgamento que fica fazendo parte integrante do presente julgado. São Paulo, 21 de outubro de 1998).

Por fim, é nula a execução quando depender de verificação de termo e condição. O título que depende do implemento de condição não é exigível. Novamente é mencionada a inexigibilidade do título, matéria já prevista no inciso I do artigo supra citado. Neste caso, igualmente ao acima citado, refere-se à falta de condição da ação, tendo em vista a inexigibilidade do título.

Neste sentido decidiu a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade:

EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - A exceção de pré-executividade poderá ser utilizada como forma de defesa de mérito a ser manejada nos próprios autos do processo executivo, independentemente de penhora, quando notória a ausência de executividade do título, quer pela ilegitimidade da cobrança, quer pela falta de condições da ação ou dos pressupostos de regularidade e validade da relação processual.

Como a alegação diz respeito à ilegitimidade ad causam, plenamente comprovada nos autos, visto que na competência da exação executada o agravante já havia se retirado da sociedade, resta que é cabível a exceção, impondo-se o provimento do agravo. (2ªT do TRF da 4ª, Juíza Relatora Tânia Escobar, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, Porto Alegre, 2 de abril de 1998).

O artigo em análise faz referência à matérias de ordem pública. Sendo assim, qualquer vício essencial existente no título ou na citação do executado pode ser conhecido de ofício pelo juiz e alegado a qualquer tempo pelas partes, independente de prévia segurança do juízo por simples petição no próprio processo de execução. Em suma, qualquer que seja a nulidade poderá ser alegada por meio de exceção de pré-executividade.

A penhora é o ato pelo qual se apreende bens do devedor iniciando o processo de expropriação executiva. Alguns bens são excluídos por lei da penhora, são eles os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis. Para a realização da penhora devem estar presentes os requisitos e formalidades necessários a convalidação do ato, respeitando-se sempre a penhorabilidade do bem objeto da constrição. Ressalta-se, ainda, que os bens penhorados deverão pertencer ao patrimônio do devedor e a cobrança deve estar sempre alicerçada em título executivo. Penhora será ilegal quando efetivada sem a observância das solenidades indispensáveis ou recair sobre bens impenhoráveis. Referida ilegalidade pode ser argüida na petição no próprio processo de execução, dispensando, assim, a prévia segurança do juízo que é condição para a interposição dos embargos.

Com relação a este assunto também se posicionou a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao decidir que:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CONCEITO – REQUISITOS – GARANTIA DO JUÍZO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não é correta a alegação, de certa forma freqüente principalmente em execuções, de que, com a promulgação da atual Constituição Federal, a obrigatoriedade da garantia do juízo para o oferecimento de embargos mostrar-se-ia inconstitucional, tendo em vista a impossibilidade de privação de bens sem o devido processo legal. É certo que o devido processo legal é a possibilidade efetiva da parte ter acesso ao poder judiciário, deduzindo pretensão e podendo se defender com a maior amplitude, conforme o processo descrito em lei. O que o princípio busca impedir é que de modo arbitrário, ou seja, sem qualquer respaldo legal, haja o desapossamento de bens e da liberdade da pessoa. Havendo um processo descrito na lei este deverá ser seguido de forma a resguardar tanto os interesses do autor, como os interesses do réu, de forma igualitária, sob pena de ferimento de outro princípio constitucional, qual seja, da isonomia, que também rege a relação processual. (4ªT do TRF da 3ª Região, Juiz Relator Manoel Álvares, por unanimidade, dar provimento ao agravo, São Paulo, 24 de abril de 2002).

Arrematação consiste na expropriação dos bens do devedor mediante alienação em hasta pública. Em síntese, é um ato processual que obedece ao disposto em lei. O desrespeito às normas legais pode gerar nulidade na arrematação, a qual pode ser alegada pelas partes através de petição nos próprios autos da execução, podendo ser declarada até mesmo de ofício pelo juiz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Revela-se o processo de execução por quantia certa, do qual se enquadra a execução para a cobrança de crédito atribuído na certidão de dívida ativa à Fazenda Pública, uma cadeia de atos tendentes a satisfazer a pretensão do credor deste título executivo extrajudicial, pelo que se faz a custa do patrimônio do devedor.

Todavia, à iniciativa de instauração deste processo, exige-se, em contrapartida, para seu recebimento pelo órgão judiciário, o cumprimento dos pressupostos específicos e gerais do processo, em geral, e os específicos do processo de execução traçados pelo Código de Processo Civil e pela Lei nº 6.830/80.

Cumpra ao juiz verificar a presença destes requisitos através do juízo de admissibilidade que realiza sobre a petição inicial, perquirindo acerca da existência e validade da relação executiva. Evita-se legitimar, desta forma, a intromissão do Estado no patrimônio alheio sem uma contraprestação respectiva do exeqüente.

Por outro lado, pela atual sistemática de defesa adotada pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Execução Fiscal, somente a partir da penhora, esta considerada como o primeiro ato executivo propriamente dito, que se abrirá a oportunidade do executado apresentar suas alegações em face do processo executivo contra si instaurado pela Fazenda Pública através dos embargos do devedor.

Não obstante, em sede constitucional ficou determinado que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem a observância do devido processo legal (art. 5º, Constituição Federal). Corresponde, pois, a proteção à possibilidade de a parte ter acesso à justiça para deduzir sua pretensão ou rebater os fatos que lhe foram imputados, da forma mais ampla possível. Este princípio insere-se no processo de execução na medida que da atividade jurisdicional voltada a esta função exige-se maior trato na observação do cumprimento das exigências legais.

Dispôs igualmente a Constituição Federal (art. 5º, LV) que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes.

Pelo o que se expôs, no processo de execução, o contraditório não está definitivamente afastado ou diferido aos futuros embargos do devedor, posto que ao requerer a realização de seu direito, o credor exercita seu direito de ação correspondente a pretensão material de satisfação de seu crédito e a pretensão de desenvolvimento pelo Estado-juiz da atividade executiva. Nesta segunda noção, terá o exeqüente que ater-se aos requisitos atinentes à espécie, sob pena de ter sua inicial indeferida liminarmente.

Ocorre que, nas matérias de ordem pública, cumpre ao juiz conhecer de ofício destas, ou, em outras oportunidades, quando argüidas, levam a extinção do feito, não havendo a necessidade de prosseguir com os demais atos executivos.

A verificação destas questões, como se tem conhecimento, em muitos casos, passa despercebida pelo juiz, face o excesso de serviço e a falta de recursos de que dispõe no momento da análise da inicial.

Assim é que, doutrina e jurisprudência, diante desta situação, preocuparam-se em estruturar o instituto da exceção de pré-executividade como instrumento a ser utilizado pelo executado para alertar o juiz do descumprimento de algum requisito ou fato que levasse a extinção do feito executivo. Pois a exigência de penhora tornar-se-ia injusta naqueles casos em que é evidente que o processo de execução não atende às exigências legais, impedindo também, em outros, a defesa do executado quando o mesmo não possuísse bens necessários para a garantia do Juízo.

A par da falta de previsão legal, referida construção não quer atribuir algum tipo de privilégio ao devedor, afrontando as normas do Código de Processo Civil que tratam do processo de execução. A exceção de pré-executividade, pelo contrário, surgiu e hoje resta praticamente pacificada, conforme asseverou-se no decorrer do trabalho, pelo fato de ter em consideração as regras gerais atinentes ao processo de expropriação, além dos princípios constitucionais, para a formulação de suas premissas básicas. Persistindo, isto sim, a problemática quanto a seu objeto, nomenclatura, natureza jurídica e efeito de sua interposição.

Abarca a exceção de pré-executividade as matérias de ordem pública, havendo, ainda, quem sustente, a possibilidade de argüição, por este tipo de defesa nos autos do processo de execução, daquelas matérias que ao juiz não é dado conhecer de ofício mas, uma vez provocadas, levam à extinção do processo de execução, face a existência demonstrada de vício impeditivo de seu curso.

Do modo como foi exposta, percebe-se que a exceção de pré-executividade formaliza-se nos próprios autos da execução fiscal, a qualquer tempo e grau de jurisdição, quando se tratar, neste último sentido, das matérias de ordem pública, que não estão sujeitas ao fenômeno da preclusão. Posto que cumpre ao juiz conhecer destas quando da análise da inicial, e não o tendo feito, qualquer pessoa poderá alertá-lo da ausência dos requisitos do processo executivo, com o intuito de possibilitar-se a cognição completa e transparente da realidade. Importa é o conhecimento do juiz do descumprimento de qualquer requisito, não exigindo, igualmente, forma específica.

Deve apoiar-se, por outro lado, em provas pré-constituídas, que permitam ao juiz, sem maiores dilações, as condições necessárias para decidir a matéria, não encontrando razão para enviá-las para discussão em sede de embargos, que poderá, inclusive, rever a matéria levantada neste momento. De bom alvitre, porém, que se possibilite à Fazenda Nacional apresentar seus argumentos ou até mesmo requerer a extinção do feito.

A despeito das opiniões em contrário, a exceção de pré-executividade suspende o curso do processo executivo a partir de seu recebimento. Interpretação que se coaduna com a assertiva de que ninguém será privado de seus bens sem a observação do devido processo legal, aplicado, igualmente, à execução por quantia certa.

Da decisão que rejeitar a exceção poderá ser interposto o recurso de agravo de instrumento, havendo, nesta hipótese, a condenação de quem a argüiu nas custas acrescidas. Ao passo que aceita, momento em que será proferida sentença terminativa do feito, caberá apelação ao Tribunal competente. À Fazenda Nacional, nesta última situação, restará o pagamento das custas e honorários advocatícios suportados pelo executado.

Em síntese, este tem sido o objeto de estudo de vários autores e juristas pátrios atentos à realidade que os norteiam. Aos objetivos do ordenamento jurídico é que se deve a importância no trato do processo civil como o instrumento hábil para a consecução de certos fins. Qualquer pretensão distinta daquelas previstas em lei deve ser repugnada. Assim também o é no processo de execução. E à exceção de pré-executividade cumpre este papel de verificação das exigências legais sem as quais não é aceitável o prosseguimento do feito para satisfazer o interesse do exeqüente.

REFERÊNCIAS

AFONSO SILVA, José. *Execução Fiscal*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A exceção de pré-executividade in* Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Associação dos Juízes do RS, n° 45: p. 155-166, mar. 1989.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal. Jurisprudências*. Disponível em: [http://www.trf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20129930.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS%20ADJ2%20129930.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.trf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20129930.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS%20ADJ2%20129930.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 18 fevereiro 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

LACERDA, Galeno. *Execução de título extrajudicial e segurança do juízo in* Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Associação dos Juízes do RS, n° 23: p. 07-15, nov. 1981.

LIMA, Alcides Mendonça de. *Processo de conhecimento e Processo de execução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal*. 5 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A execução fiscal e as recentes alterações do Código de Processo Civil in* Revista Consulex: doutrinas, pareceres e pontos de vista. Brasília: Consulex, p. 274-280, jan./dez. 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 17ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 2.

[1] Artigo 267 do Código de Processo Civil: extingue-se o processo sem resolução de mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – demais casos prescritos neste Código.

[2] Artigo 794 do Código de Processo Civil: extingue-se a execução quando: I – o devedor satisfaz a obrigação; II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;

[3] Artigo 795 do código de processo Civil: a extinção só produz efeitos quando declarada por sentença.

[4] Artigo 223 do Código de Processo Civil: deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com respectivo endereço. Parágrafo único: a carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração.

[5] Artigo 618 do Código de Processo Civil: é nula a execução: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586); II – se o devedor não for regularmente citado; III – se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.

PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM PRINCIPOLÓGICA PARA O CIDADÃO CONTRIBUINTE

PROCESSUS ADMINISTRATIF-FISCAL FÉDÉRAL: UNE APPROCHE EN CONCERNANT LES PRINCIPES POUR LE CITOYEN CONTRIBUABLE

**Vladimir da Rocha França
Fernanda Estima Borba**

RESUMO

Trata-se da análise do Decreto nº 70.235/72 – o qual rege o processo administrativo-fiscal de determinação e exigência dos créditos tributários da União – em busca dos seus princípios informadores. Outros atos legais integrantes do ordenamento jurídico pátrio sobre a matéria são trazidos a estudo, a exemplo da lei geral do processo administrativo e da lei das execuções fiscais. São também descritas as diversas instâncias administrativas na estrutura do Ministério da Fazenda e, brevemente, o rito adotado por cada uma delas. Conclui-se pela sólida base principiológica contida no Decreto nº 70.235/72, coerente com os instrumentos à disposição do contribuinte para concretizar o direito ao devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL; PRINCÍPIOS; ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL.

RESUME

Il s'agit d'analyser le Décret numéro 70.235/72 – qui régit le processus administratif-fiscal pour déterminer et exiger les crédits fiscaux de l'État – recherchant les principes qui y sont informés. D'autres actes légaux, subordonnés à la Constitution brésilienne y sont aussi examinés: par exemple, la loi générale du processus administratif et la loi des exécutions fiscales. Les diverses instances du processus au Ministère des Finances sont aussi présentées, ainsi que le développement qui correspond à chacune de ces instantes. On peut conclure que le Décret numéro 70.235/72 est fondé sur une multitude de principes qui permettent au contribuable de bénéficier du droit à une procédure légale et équitable .

MOT-CLES: PROCESSUS ADMINISTRATIF-FISCAL; PRINCIPES; ADMINISTRATION FISCALE FÉDÉRAL.

Era ainda possível alguma ajuda? Não haveria objeções que se tinham esquecido? Com certeza que as havia. É certo que a lógica é inquebrantável, mas não pode opor-se a um homem que quer viver. Onde estava o juiz que nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ante o qual nunca comparecera? (O fim de K. em O Processo, Franz Kafka, p. 253-4).

•1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto da análise do Decreto nº 70.235/72 - o qual rege o processo administrativo-fiscal de determinação e exigência dos créditos tributários da União - artigo por artigo - extraindo-se do texto legal os princípios - implícitos ou explícitos - aplicáveis à matéria.

A importância do tema é patente: trata-se de direito assegurado constitucionalmente, como se deduz dos incisos XXXIV e LV do art. 5º da Constituição Federal - "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Outro aspecto importantíssimo do processo administrativo-fiscal está no efeito que o Código Tributário Nacional (CTN) confere às reclamações e aos recursos administrativos, arrolando-os no art. 151 como hipótese de suspensão da cobrança do crédito tributário.

A relevância do tema também se revela na discussão do contencioso administrativo federal, com suas diversas "instâncias", a saber: manifestação de inconformidade no âmbito das unidades locais da Receita Federal do Brasil (RFB); impugnação à Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ); e recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Esta importância ganha abrangência maior por duas inovações recentes no ordenamento jurídico pátrio: o novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, o qual dedica seus arts. 39 e 40 ao processo administrativo fiscal, e a junção das Receitas Federal e Previdenciária num só órgão, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em junho de 2007, com a edição da Lei nº 11.457/2007.

A opção foi pela leitura de todo o Decreto nº 70.235/72, o que permitiu a pesquisa da base principiológica aplicável, bem como a atenção aos trâmites dos recursos administrativos descritos no texto legal estudado - de fato, o legislador destinou, dentro do capítulo I, a seção VI para o julgamento em primeira instância, a seção VII para o julgamento em segunda instância e a seção VIII para o julgamento em instância especial.

O estudo foi concebido em cinco etapas, a saber: inicia-se por confrontar o processo administrativo com o processo judicial, tópico no qual se tem uma visão geral do

processo administrativo dentro de um sistema de jurisdição una, tal como concebido pelo ordenamento jurídico pátrio. Passa-se em seguida à apresentação da legislação pertinente - a par do Decreto nº 70.235/72 são também trazidas a estudo a lei geral do processo administrativo, de nº 9.784/99, bem como a lei das execuções fiscais, de nº 6.830/80.

No terceiro tópico são abordadas as diversas instâncias administrativas no âmbito do Ministério da Fazenda para se fixar como o processo administrativo-fiscal atua. Na continuação, são descritos os princípios aplicáveis tanto ao processo quanto ao procedimento administrativo, para em seguida discorrer sobre quais princípios estão contidos em alguns dispositivos do Decreto nº 70.235/72. Optou-se pela abordagem do ato legal por dispositivo, destacando, em algumas ocasiões, o *caput* dos parágrafos, por conterem diferente base principiológica.

•2. PROCESSO ADMINISTRATIVO VERSUS PROCESSO JUDICIAL

O Direito Tributário se realiza através do processo, uma vez que a cobrança de tributos - os quais devem ser instituídos por lei - é atividade administrativa plenamente vinculada, segundo o comando do art. 3º do Código Tributário Nacional.

Na definição de Hugo de Brito Machado (2003, p. 264), processo, no âmbito do Direito Tributário, "é uma série ordenada de atos administrativos mediante a qual manifesta-se a Administração Tributária a respeito de uma relação sua com um contribuinte, ou responsável tributário ou mesmo com um terceiro, ou simplesmente interpreta a legislação tributária".

O processo pode ser concebido como todo aquele instrumento legal processual que implica em contencioso e aplicação do princípio do devido processo legal.

A lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra (1993, p. 235) sobre o conceito de processo - inclusive distinguindo-o do procedimento - é precisa:

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.). Terminologicamente é muito comum a confusão entre processo, procedimento e autos. Mas, como se disse, procedimento é mero aspecto formal do processo, não se confundindo conceitualmente com este; autos, por sua vez, são a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento. Assim, não se deve falar, por exemplo, em fases do processo, mas do procedimento; nem em "consultar o processo" mas os autos.

A palavra "processo", numa acepção ampla, abrange, portanto, não só o processo administrativo, mas também o legislativo - previsto nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal - e o judicial.

O inciso XXXV do art. 5º da nossa Carta Magna garante a todos o livre acesso ao Poder Judiciário, ao estabelecer que nem mesmo "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se da unicidade da jurisdição: o processo administrativo não faz "coisa julgada", razão pela qual a decisão emanada da esfera judicial prevalece sempre sobre a decisão proferida na esfera administrativa.

O contribuinte não é obrigado a esgotar a esfera administrativa para só então se dirigir ao judiciário; mas a opção pela via judicial importa em renúncia à esfera administrativa, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830/80[1].

Um aspecto importantíssimo conferido à decisão administrativa irreformável é a extinção do crédito tributário, na forma do art. 156 do Código Tributário Nacional (inciso IX). Se a decisão final administrativa for desfavorável ao contribuinte, ele poderá recorrer ao Judiciário: é traumático todo o processo administrativo chegar ao fim sem eficácia e o processo judicial de cobrança do crédito tributário se estender por tanto tempo e também não ter eficácia, pois o contribuinte (devedor) já não tem mais patrimônio quando do trânsito em julgado da decisão judicial.

O dado alarmante que comprova a ineficiência deste sistema dicotômico é a taxa de recuperação dos créditos tributários que são inscritos em Dívida Ativa da União: inferior a 3%[2].

•3. LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

É imprescindível apresentar a legislação pertinente à matéria.

De todo o aparato legal existente, foram selecionados três atos, a saber: o Decreto nº 70.235/72, a Lei nº 9.784/99 e a Lei nº 6.830/80.

A seguir são abordados aspectos relevantes dos respectivos atos legais.

3.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL

O Decreto nº 70.235/72 disciplina o processo administrativo-fiscal federal. Nos termos do seu art. 1º, o ato "rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União", o que restringe sua aplicação ao âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Inicialmente, é importante frisar que, muito embora a matéria tenha ingressado no ordenamento jurídico pátrio através de um decreto, já está pacificado o entendimento de que o Decreto nº 70.235/72 tem *status* de lei. As atualizações ao seu texto se dão sempre através de lei ordinária[3], o que corrobora com esta tese. De fato, a jurisprudência pátria[4] reconhece que o Decreto nº 70.235/72 foi editado por delegação de competência do Poder Legislativo, tendo origem no Decreto-lei nº 822, de 05/09/69.

É importante destacar que a aplicação do rito do Decreto nº 70.235/72 se faz não só ao processo administrativo-fiscal, mas também, entre outros: à manifestação de inconformidade e recurso contra a não-homologação da compensação (§ 11 do art. 74 da Lei nº 9.430/96); processos de exclusão da pessoa jurídica do regime do SIMPLES (§ 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96); procedimentos para concessão, aplicação ou permanência de bens sob regime aduaneiro especial (art. 684 do Regulamento Aduaneiro). Está previsto seu rito até para o Supersimples (SIMPLES Nacional), regime tributário dirigido às microempresas e empresas de pequeno porte, o qual entrou em vigor em 01/07/2007 (arts. 39 e 40 da Lei Complementar nº 123/2006)[5].

Adiante este ato será apresentado em seus dispositivos mais relevantes, buscando-se os princípios que os informam.

3.2. A LEI GERAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A Lei nº 9.784/99, também conhecida como a lei geral do processo administrativo, é de aplicação supletiva ao processo administrativo fiscal, por força do princípio da especialidade. De fato, seu art. 69 assim estabelece: "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei".

A Lei nº 9.784/99 tem, portanto, caráter geral, uma vez que suas disposições são aplicadas a todos os poderes, quer o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, no âmbito federal, enquanto o Decreto nº 70.235/72 só alcança o processo administrativo-fiscal.

É fato notório que a Lei nº 9.784/99 tem uma base principiológica muito forte, *ex vi* da enumeração de critérios que devem ser observados no processo administrativo. Seu art. 2º, após determinar no *caput* a obediência da Administração Pública aos princípios[6] da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, legalidade, moralidade e eficiência - os três últimos reproduzidos do texto do art. 37 da Constituição Federal - explicita os seguintes critérios em seu parágrafo único: atuação conforme a lei e o Direito (inciso I); atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (inciso II); objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades (inciso III); atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (inciso IV); divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (inciso V); adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (inciso VII); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (inciso X); proibição

de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei (inciso XI); impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados (inciso XII); interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (inciso XIII).

Ressalte-se que alguns desses critérios envolvem verdadeiros princípios, como é o da legalidade objetiva, contido no inciso I acima, o da oficialidade, envolto no inciso XII, o da publicidade, referido no inciso V, e o da razoabilidade, constante do inciso VI.

3.3. A LEI DAS EXECUÇÕES FISCAIS

A Lei nº 6.830/80 disciplina a ação de execução fiscal (arts. 1º ao 15) e a ação de embargos à execução (art. 16).

É o Código Tributário Nacional que define, em seu art. 201, a dívida ativa tributária como "a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular". Claro que o "processo regular" a que o dispositivo se refere é o processo administrativo-fiscal.

Em seu artigo 1º, a lei em comento esclarece que o procedimento especial previsto em suas disposições é de aplicação exclusiva para a cobrança judicial - através da ação de execução fiscal - da dívida ativa da Fazenda Pública, em cujo conceito se incluem os entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas respectivas autarquias.

O art. 2º da mesma Lei nº 6.830/80 dispõe que são inscritos em Dívida Ativa e, portanto, passíveis de execução fiscal, tanto os créditos tributários - impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios - quanto os não-tributários, a exemplo de taxa de ocupação, multas contratuais, multas pelo exercício do poder de polícia.

É importante ressaltar que a constituição do crédito tributário não se confunde com a inscrição em dívida ativa. O débito a ser inscrito é aquele já apurado e notificado ao devedor, que não o pagou; se o sujeito passivo satisfaz o crédito tributário, este não chega a ser inscrito em dívida ativa. Em relação aos créditos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, após sua regular constituição - seja através de auto de infração, notificação de lançamento ou mesmo declaração do próprio contribuinte - inicia-se o prazo para cobrança administrativa ou contencioso administrativo. Só após esgotadas as instâncias administrativas ou findo o prazo para satisfação do crédito tributário sem manifestação do sujeito passivo é que o débito é encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para o ato vinculado de inscrição em Dívida Ativa da União. O comando do § 3º do art. 2º da Lei nº 6.830/80 estabelece que a inscrição é o ato de controle administrativo da legalidade, reportando-se à liquidez e certeza do crédito tributário, o qual se torna - com a inscrição - um título executivo extrajudicial, passível, portanto, de exigência na esfera judicial (através da ação de execução fiscal).

A seguir são descritas as diversas instâncias administrativas no âmbito do Ministério da Fazenda.

•4. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS NO MINISTÉRIO DA FAZENDA

Cabe aqui uma breve referência às instâncias administrativas pelas quais pode tramitar o processo administrativo-fiscal.

Inicialmente, pode ser feita revisão de ofício do lançamento na própria Delegacia da Receita Federal do Brasil que jurisdiciona o contribuinte, mesmo que já tenha decorrido prazo para impugnação ou recurso tempestivos. Esta revisão de ofício do lançamento, que está prevista no art. 149 do Código Tributário Nacional, tem origem no princípio da autotutela, através do qual a Administração Pública tem o poder-dever de rever seus próprios atos. A forma do contribuinte requerer tal revisão se dá através de "manifestação de inconformidade". Assim, mesmo já inscrito o crédito tributário em Dívida Ativa da União - claro que antes do ajuizamento da ação de execução fiscal - é possível ao contribuinte apresentar "pedido de revisão de débito inscrito em Dívida Ativa"^[7] e ter seu pleito apreciado.

O rito do Decreto nº 70.235/72 prevê a impugnação (art. 14) através da qual o contribuinte pode contestar o lançamento que lhe está sendo imputado. Há prazo para que o contribuinte apresente a impugnação - trinta dias a contar da ciência do auto de infração - e a apreciação se dá na Delegacia da Receita Federal de Julgamento competente, órgão de deliberação interna e de natureza colegiada que corresponde à primeira instância administrativa.

Da decisão desfavorável ao contribuinte na primeira instância, cabe recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, órgão também colegiado, de composição paritária: cinquenta por cento dos julgadores são representantes da Administração Fazendária, e cinquenta por cento são representantes dos contribuintes. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprecia também recurso de ofício de decisão de primeira instância favorável ao sujeito passivo. Também na interposição do recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o Decreto nº 70.235/72 prevê prazo de trinta dias a contar da ciência da decisão de primeira instância (art. 33). A necessidade de o contribuinte arrolar bens e direitos em valor equivalente a trinta por cento do valor da exigência fiscal definida na decisão de primeira instância, como condição para seguimento do recurso voluntário, prevista no § 2º do art. 33, foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal^[8], tendo sido objeto do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 16/2007, o qual reconheceu a inexigibilidade do arrolamento.

Finalmente, o Decreto nº 70.235/72 prevê ainda a interposição de recurso especial, por parte dos procuradores representantes da Fazenda Nacional, à Câmara Superior de Recursos Fiscais, contra decisões não-unânicas de Câmara, turma de Câmara ou turma especial, quando contrária à lei ou à evidência da prova (§ 2º do art. 37, com redação determinada pela MP 449/2008). É importante ainda destacar a edição de súmulas^[9] pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, vinculando a administração tributária federal

ao entendimento consolidado, já tendo sido publicadas no Diário Oficial da União, na seção I, entre os anos de 2006 e 2007, um total de trinta e cinco súmulas[10].

•5. PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Direito é constituído por princípios e regras; o princípio é mais amplo, nem sempre está escrito, pode estar implícito ou expresso, enquanto a regra é de aplicação mais estreita, é mais restritiva, e sempre se traduz através da norma - está contida no ordenamento jurídico positivo - donde se dizer que os princípios são mais relevantes que as regras.

Ao abordar os princípios, é possível, em numa linguagem metafórica, trazer à tona a figura da massa de modelar, para mostrar como o princípio pode ser moldado pelo estudioso do direito para ser aplicado em situações tão diversas - até antagônicas.

Do mesmo modo cabe lembrar as regras para interpretar, ressaltando-se a importância dos princípios: assim, a primeira regra é a que fixa que a lei clara e suficiente não necessita de interpretação, cabendo o brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio*; na análise dos princípios, estes devem ser avaliados ou confrontados, para se verificar qual prevalece[11]; em relação às regras, se se chocarem, uma delas será expurgada do ordenamento jurídico - no entanto, se houver uma regra especial, prevalecerá sobre a geral; finalmente, a conclusão da prevalência do princípio sobre as regras.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga em princípios. De fato, o art. 37 do texto constitucional estabelece a obediência, por parte da administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expostos a seguir em breves comentários.

Através do princípio da legalidade, o administrador se subordina à observância da lei; isto implica que o processo deve ser instaurado com fundamento nos estritos ditames legais, assegurando assim sua aplicação adequada.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, estabelece que o ato não deve ser praticado levando-se em consideração a pessoa que o pratica, pois o funcionário age em nome do órgão para o qual trabalha; a personalização vale para se imputar ao funcionário uma falta, responsabilizando-o perante a administração.

Já a moralidade administrativa se prende ao comportamento do agente público em consonância com a moral, os bons costumes, a idéia de honestidade. O crime de improbidade administrativa - decorrente da não observância deste princípio - está definido na Lei nº 8.429/92.

A lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX do texto constitucional). A

publicidade no curso do processo administrativo deve ser observada segundo o ditame constitucional, mas também levando em conta as regras que cuidam do sigilo fiscal.

O princípio da eficiência compreende a busca pela qualidade e a transparência, praticando o agente o ato administrativo com observância dos requisitos exigidos pela lei e em prazo razoável, útil ao administrador e ao cidadão contribuinte.

Além dos princípios constitucionais gerais da administração pública, acima enumerados, cabe fazer referência aos princípios da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade, os quais também informam o processo administrativo.

O princípio da finalidade envolve a noção do ato administrativo ter por escopo atingir um fim; sua prática só deve acontecer tendo em vista um fim.

Já o princípio da razoabilidade exige adequação entre meios e fins; veda a imposição de obrigações em medida superior às necessárias ao atendimento do interesse público; os atos da administração pública não podem, portanto, acarretar prejuízo maior do que o prejuízo que está sendo combatido com a medida administrativa; este princípio é decorrência do Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, também denominado de princípio da vedação ao excesso, significa que o processo deve se desenvolver até atingir seu objetivo final, participando o contribuinte no limite da necessidade do interesse público, sem que haja qualquer excesso.

O princípio da motivação compreende a apresentação de motivos que determinaram a medida, ou levaram à solução, ou que possam justificar a pretensão da administração. Significa que os atos processuais devem estar acompanhados dos seus fundamentos, de forma a dar conhecimento ao contribuinte das razões que levaram a administração fazendária a decidir daquela determinada forma, o que assegura ao mesmo contribuinte exercer seu pleno direito de defesa.

O princípio da responsabilidade, o qual envolve a prática do ato por parte do agente público, deve se dar dentro dos parâmetros que compõem o dever funcional ao qual o agente público está submetido por ocupar o cargo.

Cabe ainda distinguir, dentro do Decreto nº 70.235/72, os dispositivos que tratam do procedimento e os que cuidam do processo administrativo-fiscal: o procedimento se inicia com a primeira intimação ao contribuinte, ou com a apreensão de mercadorias, documentos ou livros, ou ainda com o começo do despacho aduaneiro de mercadoria importada, atos previstos no artigo 7º, respectivamente em seus incisos I, II e III, e chega ao seu término com o artigo 13, entendendo-se o procedimento como forma da prática dos atos processuais dentro do processo. Já o processo administrativo propriamente dito se inicia com a impugnação: o art. 14 do Decreto nº 70.235/72 determina que "a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento", razão pela qual a doutrina distingue processo de procedimento, denominando a fase litigiosa do procedimento de processo.

A seguir serão comentados os demais princípios que informam o processo administrativo, seja na fase do procedimento seja no âmbito do processo administrativo propriamente dito.

5.1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O princípio da cientificação envolve a obrigatoriedade do contribuinte ser cientificado de tudo o que lhe afeta, no âmbito do procedimento e do processo administrativo; deve ser observado este princípio mesmo durante o procedimento em relação a fatos já consumados, que não dependam da produção de outras provas, diligências etc.

O princípio do formalismo moderado, por sua vez, significa o desapego às formalidades excessivas; o processo administrativo deve ser simples e informal.

Já o princípio da acessibilidade engloba o acesso do contribuinte ao processo ou procedimento, o que deve ser sempre franqueado pela administração.

De acordo com o princípio da celeridade, o tempo em que se pratica o ato deve ser razoável, para evitar atritos entre a administração e o contribuinte.

Finalmente, vale destacar a gratuidade do procedimento administrativo.

5.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O princípio do devido processo legal tem sua origem na Magna Carta inglesa de 1215 e é reconhecido como um aliado inseparável do moderno estado democrático de Direito. Dele decorrem corolários como o contraditório e a ampla defesa, também aplicáveis ao processo administrativo.

O princípio do devido processo legal confere garantia e segurança jurídica aos administrados; a atividade processual não pode ser arbitrária - assim qualquer imposição de ônus, supressão de bens ou direitos com os administrados deve ser mediada pelo processo, garantido seu rito na lei pela Constituição.

O contraditório, por sua vez, se revela como direito da parte de manifestar-se sobre documentos ou fatos trazidos ao processo pela outra parte. A ampla defesa, por outro lado, consiste na produção de provas e em argumentos trazidos ao processo, assim como o acompanhamento das provas produzidas pela parte contrária; pode ser escrita ou oral.

O princípio da ampla instrução probatória compreende o direito do contribuinte de usar todos os meios probatórios, à exceção de ilícitos.

O princípio do duplo grau de jurisdição confere às decisões administrativas a apreciação e revisão por órgão de hierarquia superior; decorre do princípio da autotutela da administração.

Segundo o princípio do julgador competente, o contribuinte tem o direito de ter seu processo julgado pela autoridade competente - e não por um tribunal de exceção ou por um órgão constituído após a ocorrência do fato objeto do julgamento.

O princípio da ampla competência decisória alcança o julgador na medida em que estabelece não poder ele se privar de apreciar toda a matéria trazida pelo contribuinte em sua defesa.

5.3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO E AO PROCESSO ADMINISTRATIVOS

Simultaneamente ao procedimento e ao processo administrativos, são aplicáveis os princípios a seguir comentados brevemente.

O princípio da legalidade objetiva consiste na fundamentação do processo e do procedimento em norma legal específica.

Já o princípio da vinculação estabelece a subordinação ao dever pelo agente responsável pelo processo ou pelo procedimento.

Através do princípio da verdade material, também conhecido como princípio da "liberdade da prova", é permitido à administração trazer para o processo outras provas e elementos para chegar à verdade.

O princípio da oficialidade, por sua vez, fixa a obrigatoriedade de ambos o processo e o procedimento serem impulsionados pela administração, não se admitindo a inércia do agente.

Finalmente, cabe lembrar que todas as pessoas têm o dever de fornecer informações de que disponham para a administração: trata-se do princípio do dever de colaboração, o qual informa ambos o processo e o procedimento administrativos.

•6. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DECRETO Nº 70.235/72

A seguir serão apresentados os princípios informadores do Decreto nº 70.235/72 - o processo administrativo-fiscal federal - com transcrição de seus dispositivos mais

relevantes (para o estudo) e a indicação dos princípios implícitos ou explícitos correspondentes.

Art. 2º. Os atos e termos processuais, quando a lei não prescrever forma determinada, conterão somente o indispensável à sua finalidade, sem espaço em branco, e sem entrelinhas, rasuras ou emendas não ressalvadas.

Parágrafo único. Os atos e termos processuais a que se refere o caput deste artigo poderão ser encaminhados de forma eletrônica ou apresentados em meio magnético ou equivalente, conforme disciplinado em ato da administração tributária.

Os princípios que se revelam neste dispositivo são: informalidade; liberdade das formas; legalidade estrita das formas; instrumentalidade; finalidade; economia processual; contraditório, pois exige ciência.

Art. 3º. A autoridade local fará realizar, no prazo de 30 (trinta) dias, os atos processuais que devam ser praticados em sua jurisdição, por solicitação de outra autoridade preparadora ou julgadora.

Neste dispositivo estão contidos os princípios do contraditório e da economia processual (trata-se da precatória administrativa).

Art. 4º. Salvo disposição em contrário, o servidor executará os atos processuais no prazo de 8 (oito) dias.

Este dispositivo contém os princípios da celeridade; razoabilidade do tempo do processo; e eficiência.

Art. 5º. Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Este dispositivo contempla os princípios da ampla informação do processo; da acessibilidade ao processo e da razoabilidade do prazo.

Art. 7º. O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Estão contidos neste dispositivo, que é um marco do processo administrativo-fiscal - pois inicia-o e já provoca como efeito a exclusão da espontaneidade do sujeito passivo - os princípios do contraditório, da ampla defesa, da cientificação dos atos processuais, da formação do devido processo legal.

Art. 9º. A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

Estão presentes neste dispositivo, o qual será desdobrado em seus parágrafos primeiro, segundo e terceiro, os seguintes princípios: legalidade; responsabilidade; lisura do ato; formalidade; economia processual.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

Revela-se neste parágrafo a minimização do princípio da formalidade, em relação ao caput do dispositivo.

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

Encontram-se neste parágrafo os seguintes princípios: informalidade; instrumentalidade - significando que o objetivo deve ser alcançado, mesmo que com servidor de outra jurisdição - o que equivale à relativização do princípio da atribuição de competência fechada.

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.

Neste parágrafo está explícito o princípio da competência relativa: o ato não é nulo de forma absoluta; em outras palavras: o ato não se despe de validade por força do abrandamento do princípio da competência relativa.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Encontram-se neste dispositivo - art. 10 - os princípios da formalidade; da ampla defesa; do contraditório; do conhecimento da prática dos atos.

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Trata-se de dispositivo de grande importância, equivalente, no processo judicial, à citação ou notificação da parte, previstas nos arts. 213 e 234 do Código de Processo Civil - pois se instaura a relação jurídica entre o Estado e o contribuinte, que ocupam os dois pólos do contencioso administrativo. Os princípios implícitos neste dispositivo são o contraditório e o devido processo legal. Cabe lembrar também que a impugnação tempestiva suspende a exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151 do CTN.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão.

Estão contidos neste dispositivo - art. 15 - os princípios da formalidade; bem como o da ampla instrução probatória. O parágrafo único do art. 15 está com eficácia suspensa por força da Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008.

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

No art. 16, acima reproduzido, estão presentes os seguintes princípios: formalidade; ampla defesa; contraditório; do julgador competente; motivação; ampla instrução probatória; acessibilidade.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

O princípio que mais se destaca neste dispositivo (art. 17) é o da ampla competência decisória.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, *in fine*.

Neste dispositivo se fazem presentes os princípios do julgador competente; da ampla competência decisória e da oficialidade. O princípio da ampla competência decisória também aparece nos seus parágrafos primeiro e segundo, abaixo reproduzidos, estando contido ainda no parágrafo primeiro do art. 18 o princípio da oficialidade:

§ 1º Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados.

§ 2º Os prazos para realização de diligência ou perícia poderão ser prorrogados, a juízo da autoridade.

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

No parágrafo terceiro do art. 18 estão presentes os seguintes princípios: verdade material - admite a *reformatio in pejus*; ampla defesa; contraditório; devido processo legal; oficialidade.

Art. 21. Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para cobrança amigável.

Contem o caput do art. 21 os seguintes princípios: razoabilidade; celeridade; oficialidade; finalidade; devido processo legal.

Art. 22. O processo será organizado em ordem cronológica e terá suas folhas numeradas e rubricadas.

O princípio que se destaca no dispositivo acima reproduzido é o da formalidade.

Art. 24. O preparo do processo compete à autoridade local do órgão encarregado da administração do tributo.

Parágrafo único. Quando o ato for praticado por meio eletrônico, a administração tributária poderá atribuir o preparo do processo a unidade da administração tributária diversa da prevista no *caput*.

Neste dispositivo, qual seja o art. 24, se sobressai o princípio do devido processo legal.

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.

Neste texto legal - art. 28 - estão presentes os seguintes princípios: devido processo legal; motivação; do julgador competente; ampla competência decisória; ampla defesa.

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Neste dispositivo - art. 29 - encontram-se presentes os princípios do julgador competente e da ampla competência decisória.

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Cabe destacar neste dispositivo - art. 31 - os seguintes princípios: legalidade; finalidade; responsabilidade; eficiência; vinculação; devido processo legal; do julgador competente; ampla competência decisória.

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à ciência da decisão.

No texto legal acima reproduzido, ou seja, no caput do art. 33, estão contidos os seguintes princípios: devido processo legal; eficiência; duplo grau de jurisdição; contraditório; ampla defesa; cientificação; acessibilidade; fundamentação; com relação ao efeito suspensivo - legalidade (art. 151, III do CTN); celeridade.

§ 1º No caso de provimento a recurso de ofício, o prazo para interposição de recurso voluntário começará a fluir da ciência, pelo sujeito passivo, da decisão proferida no julgamento do recurso de ofício.

No parágrafo primeiro do art. 33, acima transcrito, também encontram-se presentes princípios destacados quando da análise do caput: devido processo legal; eficiência;

duplo grau de jurisdição; ampla defesa; contraditório; cientificação; acessibilidade. Além destes, encontram-se presentes no parágrafo primeiro os princípios da publicidade e da oficialidade.

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.

O parágrafo segundo acima transcrito - o qual já foi reconhecido pelo STF como inconstitucional, conforme explicitado na nota 8 - invocado como limitador ao direito de defesa do contribuinte, remete aos princípios da ampla defesa; do contraditório; do dever de investigação.

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão: I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda; II - deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

Neste dispositivo encontram-se presentes os seguintes princípios: duplo grau de jurisdição; oficialidade; vinculação; eficiência; do julgador competente; devido processo legal.

Art. 42. São definitivas as decisões: I - de primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto; II - de segunda instância, de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição; III - de instância especial

No art. 42, acima transcrito, estão presentes os seguintes princípios: devido processo legal; julgador competente; da ampla competência decisória; duplo grau de jurisdição; formalidade.

Art. 59. São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Neste dispositivo estão presentes os seguintes princípios: devido processo legal; do julgador competente; razoabilidade; eficiência; da ampla defesa; do contraditório; do duplo grau de jurisdição. Já os seus parágrafos contêm os seguintes princípios informadores: no parágrafo primeiro, os princípios da eficiência, razoabilidade e formalismo; no parágrafo segundo, os princípios do julgador competente; da ampla competência decisória; oficialidade; responsabilidade; eficiência. Finalmente, o parágrafo terceiro contempla os princípios da eficiência; do julgador competente; da razoabilidade e da proporcionalidade.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Neste dispositivo se fazem presentes os princípios da formalidade; oficialidade; devido processo legal; ampla competência decisória; do julgador competente; eficiência e razoabilidade.

Finalmente, vale mencionar os modelos e formulários disponíveis no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil[12] para os contribuintes concretizarem seu direito de acesso às diferentes instâncias administrativas. Esta observação se justifica, pois, após a visão geral do processo administrativo-fiscal empreendida até então, é interessante o enfoque prático de alguns de seus instrumentos, tais como: o pedido de revisão de débito inscrito em dívida ativa da União, possível enquanto não ajuizada a ação de execução fiscal, a ser apreciado no âmbito do órgão local - a própria delegacia ou inspetoria que jurisdiciona o contribuinte; o processo de consulta sobre a legislação tributária a ser solucionado, via de regra, pelas Superintendências Regionais da Receita Federal; a impugnação formalizada à Delegacia da Receita Federal de Julgamento competente; e finalmente o recurso em segunda instância proposto ao Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais.

•7. CONCLUSÃO

De todo o exposto conclui-se pela consecução dos objetivos que foram propostos, quais sejam: a revisão do Decreto nº 70.235/72, numa abordagem principiológica; a análise

dos princípios que informam o processo administrativo; a leitura dos principais dispositivos legais pertinentes ao processo administrativo - a lei geral do processo administrativo (Lei nº 9.784/99) e a lei das execuções fiscais (Lei nº 6.830/80); a visão geral do processo administrativo sob a ótica do contribuinte, apresentando as diversas instâncias de julgamento e fornecendo instrumentos para a concretização do acesso à administração tributária federal.

Conclui-se, portanto, que o Decreto nº 70.235/72 tem sólida base principiológica e é coerente com os princípios que nortearam a construção da Constituição Federal de 1988, especialmente o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARRUDA, Luiz Henrique Barros de. **Processo administrativo fiscal de determinação e exigência de créditos tributários**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

BONILHA, Paulo Celso B. **Da prova no processo administrativo tributário**. São Paulo: LTr, 1992.

CABRAL, Antônio da Silva. **Processo administrativo fiscal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.^[*1]

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. São Paulo: Dialética, 2001.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2006.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. **Processo administrativo fiscal anotado**. Disponível em: <<http://sijut.fazenda.gov.br/netathtml/sijut/SijutIntAsp/ATPAFOO.htm>> Acesso em: 22 mar. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em . Acesso em: 22 mar. 2009.

[*2]

[1] O dispositivo legal mencionado tem a seguinte redação: "A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". O STF já confirmou a constitucionalidade do dispositivo legal, conforme Informativo 349.

[2] Dado obtido através do confronto entre o relatório de gestão da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (www.pgfn.fazenda.gov.br) segundo o qual, no ano de 2005, houve uma arrecadação no âmbito da Dívida Ativa da União de R\$ 2.622.420.316,00, enquanto que no sítio da Secretaria da Receita Federal (www.receita.fazenda.gov.br) - a partir da opção "Instituição"- "Arrecadação Federal"- "Arrecadação"- "Passivos Tributários" - consta o montante de débitos apurados no âmbito da SRF até 30/04/2006 num total de R\$ 480.015.934.080,00.

[3] A mais recente alteração deste ato se deu através da Medida Provisória nº 449/2008, e anteriormente pela Lei nº 11.196/2005.

[4] A posição da jurisprudência foi pacificada a partir do julgado do Tribunal Federal de Recursos na AMS 106.747-DF, através do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão.

[5] Os dispositivos citados prevêm a competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente que efetuar o lançamento ou a exclusão de ofício; se a exclusão se der através da Secretaria da Receita Federal, o rito será o do Decreto nº 70.235/72.

[6] A abordagem aos princípios se dará no tópico "Dos princípios aplicáveis", quando serão analisados tanto os princípios atinentes ao processo quanto os referentes ao procedimento.

[7] O formulário correspondente ao pedido está disponível na página da RFB na Internet, a partir da opção "Serviços" e "Formulários".

[8] Através da ADIn 1.976-7 (DJU 18.05.2007) o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1.699-41/1998, convertida na Lei nº 10.522/2002, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/72.

[9] A edição das súmulas está prevista no art. 26 do Decreto nº 70.235/72, cuja redação foi determinada pela MP 449/2008.

[10] Súmulas disponíveis no endereço eletrônico do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: <http://www.conselhos.fazenda.gov.br>, a partir da opção "Institucional".

[11] Trata-se da técnica de ponderação de valores ou ponderação de interesses, na qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios em análise.

[12] Os formulários encontram-se disponíveis a partir da opção "Serviços", clicando-se em seguida na opção "Formulários", no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br.

MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O DIREITO AMBIENTAL E OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O CASO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL LAGOS SÃO JOÃO

ENVIRONMENTAL LAW AND NEW PRINCIPLES FOR ADMINISTRATIVE LAW: THE CONSORCIO LAGOS SÃO JOÃO CASE

Ana Paula Vasconcellos da Silva

RESUMO

Realizou-se, no presente trabalho, o estudo do caso do Consórcio Intermunicipal Lagos São João, em que a atuação da Agência Reguladora, como coordenadora de diversos atores sociais, e através do uso de uma nova abordagem do Direito Administrativo, permitiu que se chegasse a uma solução eficiente para um problema ambiental que afligia diversos municípios da Região dos Lagos do Estado do Rio de Janeiro. A solução foi buscada por meio do consenso, não apenas entre Administração Pública e administrados (o que, no caso, conseguiu-se via participação popular), mas também entre os próprios órgãos da Administração Pública, seja por meio de convênios administrativo, seja por meio de Termos de Ajustamento de Conduta ou mesmo por meio de consórcios, conforme ocorreu no caso concreto analisado. O importante é que o Estado haja imbuído do espírito negocial, numa perspectiva moderna de Administração Pública, sensível às peculiaridades de cada ator social, mas atento também às suas limitações e deveres institucionais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AMBIENTAL. AGÊNCIAS REGULADORAS. ATUAÇÃO GERENCIAL DO ESTADO. CONSÓRCIOS. COORDENAÇÃO DE ATORES SOCIAIS.

ABSTRACT

It was presented, in this paper, a study of Consórcio Intermunicipal Lagos São João, in which the Regulatory Agency managed to deal with several social agents, as well as develop a new approach of Administrative Law. It reached an efficient solution for a trouble that afflicted several cities of Rio de Janeiro State. This solution aimed not only an understanding between State and citizens, but also a coordinate action between the several State's departments, through a different kind of negotiation. As it was proved in this case, State's approach's must carry on a business style, in a contemporary perspective of Public Administration, sensitive to social claims as well as its own institutional limitations and duties.

KEYWORDS: ENVIROMENTAL LAW. REGULATORY AGENCIES. STATE'S BUSINESS APPROACH. MANAGEMENT OF SOCIAL AGENTS.

I – INTRODUÇÃO

As Agências Reguladoras são órgãos destinados a regular os serviços públicos ou de interesse público – que, justamente por sua importância para a sociedade, devem sofrer uma atuação diferenciada pelo Estado. São serviços vitais para a atividade econômica do país, como transporte, comunicação, energia e saneamento básico, ou ainda serviços de relevante interesse público, como os planos de saúde e o cinema, que não podem ser deixados às intempéries do mercado.

Destarte, a relevância pública das Agências Reguladoras é visível e ganha mais espaço à medida que um número maior de setores passa a ser regulado sob este molde. No entanto, a importância destes entes reguladores não está ligada somente à relevância pública dos setores regulados. Na verdade, estes novos membros da Administração Pública brasileira trouxeram consigo diversas mudanças no próprio Direito Administrativo, já que, para que possam cumprir plenamente suas funções institucionais, acabaram capitaneando algumas mudanças nos tradicionais dogmas administrativistas.

Tais mudanças ainda não foram plenamente assimiladas por toda a doutrina e a jurisprudência, causando algumas perplexidades – algumas das quais serão discutidas neste trabalho. Porém, mesmo sofrendo alterações, o Direito ainda não foi capaz de solucionar algumas questões que são trazidas pela dinâmica sociedade em que vivemos – impasses que são uma realidade quase que cotidiana para as Agências Reguladoras, que precisam trazer soluções criativas para diversos problemas que ainda não foram enfrentados.

As Agências precisam urgentemente de juristas que se debrucem sobre as questões levantadas pela sua atuação e pelos novos paradigmas que elas lançaram no Direito Administrativo. Por essa razão, busquei analisar um caso concreto em que atuação de uma Agência trouxe uma solução eficiente para uma questão ambiental.

O tempo da proteção ao ambiente não é o amanhã, mas sim **ontem**. É preciso que todos os ramos do Direito venham a acrescentar no tema da utilização e preservação dos bens ambientais – visto que o homem faz parte da Natureza, não podendo a sua proteção ser relegada apenas a um determinado campo do conhecimento. Não enfrentar a questão não fará com que as suas consequências desapareçam; apenas fará com que as necessidades mais imediatistas sejam satisfeitas pelos grupos mais fortes, de maneira predatória e inescrupulosa, causando danos por vezes irreversíveis.

II – O CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL LAGOS SÃO JOÃO

O Consórcio Público é um dos institutos jurídicos pelo qual União, Estados e Municípios, visando à realização de interesses comuns destes entes estatais, promovem a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Este instituto foi esculpido no art. 241 da Constituição por meio da EC 19/98, que também inseriu os convênios de cooperação. No entanto, apenas em 2005 saiu a lei que especifica as regras de contratação de consórcios públicos, além de disciplinar diversas regras relativas ao instituto – Lei Federal nº 11.107/05.

Embora tenha sido o consórcio o modelo consensual utilizado no caso concreto analisado neste Capítulo, destacamos que não é objetivo deste trabalho realizar uma profunda análise sobre este tema, que é polêmico e ainda está a espera de uma análise mais aprimorada. Interessa-nos, neste caso, a forma como os órgãos públicos colaboraram entre si para que os objetivos do consórcio fossem alcançados, além da atuação da Agência Reguladora. Passaremos, a seguir, a uma breve apresentação do Consórcio Intermunicipal Lagos São João.

II.1 - APRESENTAÇÃO E BREVE HISTÓRICO

Para apresentação geral do histórico de formação do consórcio, destacaremos, abaixo, trechos retirados do site <http://www.lagossaojoao.org.br/> :

A idéia de criação de um Consórcio para unir governos, empresas e as entidades da sociedade civil visando fortalecer a gestão compartilhada do meio ambiente surgiu pela primeira vez em 1986, durante o I Encontro de Meio Ambiente da Região dos Lagos. No entanto, a iniciativa vingou somente treze anos depois, quando em dezembro de 1999 ele foi formalmente criado.

Em janeiro de 1999, com apoio de documentos obtidos com o Consórcio Intermunicipal Santa Maria - Jucu, do Espírito Santo e pelo Consórcio dos Rios Capivari e Piracicaba, de São Paulo, assim como de informações ambientais e sócio-econômicas sobre a Região dos Lagos e a bacias dos rios São João, Uma e das Ostras, colhidas *in-loco* e em publicações técnicas, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMADS desenvolveu estudos para formatar uma proposta básica para criação de um consórcio.

Os estudos da SEMADS deram origem a quatro documentos: (i) Protocolo de Intenções (ii) Estatuto, (iii) Exposição de Motivos para os Prefeitos e Procurador Municipal e (iv) Mensagem para Câmara acompanhada de minuta de lei autorizativa (lei que autoriza o município a fazer parte do consórcio). De posse deles, representantes da SEMADS e da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA, apoiadas pela ONG Viva Lagoa e pela empresa UNIMED, fizeram uma peregrinação em busca de parceiros para viabilizar a idéia do Consórcio, ganhando aliados conforme as negociações

prosperavam. Ao longo de 1999, diversas reuniões e contatos foram realizados com Prefeituras, empresas regionais, ONG's ambientalistas e associações de moradores e de pescadores.

Em 30 de abril de 1999, realizou-se na Primeira Igreja Batista de Araruama, o “Primeiro Encontro para Recuperação Ambiental das bacias Hidrográficas das Lagoas de Araruama, Saquarema, Rio Una e Zona Costeira Adjacente”, reunindo mais de seiscentas pessoas. Neste evento ocorreu a solenidade de assinatura do Protocolo de Intenções para a criação do “*Consórcio Ambiental da Região dos Lagos e da Bacia do Rio Una*”, do qual tomaram parte os Prefeitos dos municípios de Saquarema, Araruama, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Arraial do Cabo, Cabo Frio e Armação dos Búzios; o Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, bem como representantes de empresas e da sociedade civil. Na ocasião, uma equipe de representantes do Consórcio Santa Maria - Jucú, do Estado do Espírito Santo fez uma apresentação de sua experiência.

A repercussão do evento fez com que os municípios de Silva Jardim, Cachoeiras de Macacu, Casimiro de Abreu, Rio Bonito e Rio das Ostras manifestassem a intenção de ingressar no Consórcio, o que foi efetivado em reunião realizada em Silva Jardim, as margens da represa de Juturnaíba. Como resultado, a área do Consórcio ampliou-se, passando a agregar as bacias dos rios São João e das Ostras.

A partir do evento ocorrido na Primeira Igreja Batista de Araruama, começou a funcionar um Fórum Governamental que se reunia mensalmente, em sistema de rodízio, na sede de cada município. O Fórum contava com representantes dos órgãos ambientais dos municípios e do Estado.

Em paralelo, estimuladas pela idéia do Consórcio, ONG's Ambientalistas, Associações de Moradores e de Pescadores reuniam-se mensalmente para estruturar a Plenária de Entidades, cuja criação ocorreu em outubro de 1999. Nesta ocasião, além de ter sido aprovado o regimento interno, foram realizadas eleições para os representantes que iriam ter assento no Conselho de Sócios e ainda um membro para o Conselho Fiscal.

Finalmente, em 17 de dezembro de 1999, com a maioria dos municípios tendo suas leis autorizativas sancionadas, foi instalado o Consórcio Ambiental Lagos - São João, em solenidade ocorrida no Hotel Ver-a-Vista, em Araruama. Foram sócios fundadores os 12 municípios anteriormente comentados; a SEMADS; as empresas Cia Nacional de Álcalis S.A., Auto Viação 1001 Ltda, AGM Empreendimento Turísticos e Hoteleiros Ltda e a Cooperativa de Trabalho Médico Ltda – UNIMED Araruama e mais de trinta associações civis integrantes da Plenária de Entidades. Nesta reunião, foram eleitos o Presidente e o Vice-Presidente e escolhido o Secretário Executivo do Consórcio.

A primeira atividade do Consórcio foi o planejamento espacial de sua área de atuação, face as peculiaridades da mesma. Desta forma, dividiu-se a região em três bacias distintas, a saber: Bacia da Lagoa de Araruama, Bacia da Lagoa de Saquarema – Jaconé - Jacarepiá e Bacia dos rios São João, Una e Ostras, somando-se a estas suas respectivas Zonas Costeiras.

Em seguida, foram organizados três seminários, um em cada bacia, cujos objetivos eram: (i) apresentar um diagnóstico ambiental de cada bacia hidrográfica, através da

divulgação dos estudos, pesquisas, ações planejadas e em andamento, (ii) proporcionar uma maior integração dos sócios e parceiros do Consórcio e (iii) estruturar a composição dos grupos executivos de trabalho, os quais irão executar as ações de conservação e melhoria ambiental nas referidas bacias.

Feito esta pequena retrospectiva histórica acerca da formação e objetivos institucionais do consórcio, passaremos a citar alguns desafios pelos seus gestores, com base na tese de doutorado do arquiteto Luiz Firmino Martins Pereira, defendida em 2007 pela Universidade Federal Fluminense. Observaremos, a partir do trabalho ora citado, como os paradigmas teóricos levantados até aqui poderiam funcionar na prática.

II.2 - A ATUAÇÃO DOS DIVERSOS AGENTES ECONÔMICOS E SOCIAIS

Conforme defende Luiz Firmino, a participação no consórcio de diversos agentes, como empresas privadas, concessionárias, prefeituras, ONGs e membros dos órgãos ambientais estaduais, foi fundamental para que se chegasse a soluções concretas. Citemos trechos do seu trabalho, para que se fique patente a necessidade da colaboração de todos para que as soluções propostas em sede do consórcio fossem realmente levadas adiante:

Falando de conflito, é fato que existem muitas maneiras de se alcançar uma solução para uma questão ambiental, mesmo que não seja aquela mais rápida e óbvia. Assim, é preciso ter em mente que um processo participativo é algo onde cada um tem seu interesse: pessoal, corporativo ou público.

Utilizando-se destas premissas, o GC(gerente de conflito) começou a falar com cada segmento em separado para ver o que pensavam sobre a idéia criar um fórum onde todos juntos debateriam as questões e tomariam decisões. Estes segmentos eram as ONGs, o setor privado e o governamental. Nos primeiros contatos, muitas pessoas achavam que seria impossível unir aqueles segmentos mas, mesmo assim começaram a discutir o estatuto separadamente, o que resultou em uma proposta aceita por todos. Não foi fácil chegar a isso, pois as ONGs rejeitavam a idéia de uma companhia privada envolvida em problemas ambientais se juntar ao consórcio.

Mas como veremos adiante neste capítulo, no caso da extração de concha da Lagoa de Araruama, a participação da companhia privada foi fundamental não só para se atingir os objetivos quanto à questão das conchas, mas também e mais importante, foi à mudança de atitude e práticas da empresa, porque esta companhia que foi olhada como a maior poluidora e rival da região, transformou-se com o tempo em um exemplo de boa conduta e grande parceira desse consórcio. Sua imagem passou de vilã, a uma das grandes aliadas das causas ambientais, suas portas sempre abertas, laboratórios disponíveis e tudo mais que se pedisse em nome da gestão coletiva.[1]

Passada a etapa da criação da organização, partiu-se realmente para o começo dos trabalhos do Consórcio, que começou por identificar claramente todas as pessoas e organizações que tinham envolvimento direto ou indireto com o processo de

conservação, e que deveriam ser convidados a participar, e isto foi feito no caso estudado, através de três seminários que aconteceram durante o ano de 2000, quando efetivamente se iniciaram os trabalhos.

Os seminários funcionaram como uma apresentação de todas as partes interessadas: quem eram? o que faziam? ou o que deveriam estar fazendo? E neste momento, naturalmente é preciso ter uma grande sensibilidade de quem está à frente do processo, de forma a se evitar confrontos latentes, desenvolvidos provavelmente no passado: como por exemplo: uma reclamação de uma ONG, que não foi atendida por uma secretaria de meio ambiente ou instituição do Estado. Neste momento é importante ter o GC administrando todos os conflitos que surgem no momento em que se coloca frente a frente setores que nunca dialogaram antes, e que estavam geralmente em lados opostos.

Observamos, portanto, o funcionamento da primeira das premissas que foram levantadas neste trabalho: o meio ambiente precisa ser compreendido como elemento econômico, sob uma perspectiva preservacionista, buscando considerar as necessidades desenvolvimentistas do homem, para que possa efetivamente ser protegido. Do contrário, os agentes econômicos, detentores de maior força em uma sociedade capitalista, apenas continuariam a explorar os bens ambientais, de forma a meramente atender suas necessidades sem levar em consideração o esgotamento dos recursos naturais.

Também é possível vislumbrar como o *princípio da transparência* é essencial quando se trata de questões ambientais. Este princípio, que é desdobramento do *princípio da publicidade* já consagrado pelo caput do art. 37 da CRFB/88, comanda que não apenas se tornem públicas as decisões da Administração Pública, mas também que elas *possam ser compreendidas por todas as pessoas do povo* – já que, em matéria ambiental, o meio ambiente é *bem de uso comum do povo*, conforme destacamos anteriormente, sendo necessário que todos compreendam o que está sendo feito de um bem que pertence a todos.

O princípio da transparência foi consagrado em matéria ambiental especialmente pela obrigação, imposta pela Resolução 01/86 do CONAMA, que o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) venha acompanhado de uma versão resumida e simplificada de seus diversos – e incompreensíveis para a maior parte das pessoas – aspectos técnicos – o que se convencionou chamar de Relatório de Impacto Ambiental – RIMA.

Porém, o princípio da transparência vai aos poucos se espalhando pelo Direito Administrativo. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/01) O consagrou em seu artigo 48. E, para o caso das Agências Reguladoras, que capitanearam outras metamorfoses surgidas no Direito Administrativo, em especial a questão da permissividade e da consensualidade presente nos atos emanados da Administração Pública, vemos este princípio consagrado também no art. 2º, IX, da Lei Federal nº 11.445/07, legislação recente que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, e que consagra as Parcerias Público-Privadas na consecução de suas metas – e, portanto, a criação de novas Agências Reguladoras, que terão este princípio também como paradigma.

Portanto, destacamos que a compreensão do meio ambiente como fator econômico e o princípio da transparência foram fundamentais na formação deste consórcio. Esses elementos, aliados à lógica negocial que deve permear a atuação da Administração Pública, conforme defendemos no Capítulo 2 deste trabalho, também serão essenciais na solução de problemas pontuais, conforme destaca Luiz Firmino uma vez mais em seu trabalho:

Uma das primeiras experiências do Consórcio foi começar a trabalhar com conflitos que por muito tempo não foram tratados, como a extração de concha da Lagoa de Araruama, e a extração da areia do Rio São João.

A questão em torno da extração de conchas da Lagoa de Araruama transformou-se em um grande conflito, quando começaram a ser feitas mais próximas das margens (final dos anos 90), incomodando os turistas que usavam aquelas praias. Eram dois os processos de extração que ocorriam, um pela Cia Nacional de Álcalis que usava dragas grandes, e o outro por 23 embarcações pequenas que não tinham qualquer controle. A Cia de Álcalis tinha nesse momento (2000) comprado uma draga que, diferente das antigas que operavam somente em áreas profundas, poderia operar muito perto das praias.

As ONGs não aceitaram esta situação, e em uma das primeiras vezes em que a máquina foi usada, requereram força policial e acabaram todos, denunciante e denunciado, na delegacia, sob a alegação de que eles estavam em desacordo com a lei, o que de fato era verdade, porque a licença da companhia aparentemente não permitia que houvesse exploração a menos de 500 metros da borda da lagoa. Um dos diretores acabou por passar uma noite na delegacia, e este episódio fez com que o Governo do Estado não renovasse a licença ambiental e ainda estabelecesse um período de dois anos para o fim da atividade na Lagoa.

Todo este acordo foi tratado no Grupo de Trabalho da Bacia da Lagoa de Araruama (GELA) do Consórcio. O mais interessante sobre esta história foi que a companhia não se afastou das reuniões do Consórcio, e a draga que custou meio milhão de dólares, acabou deslocada para trabalho voluntário de desassoreamento do Canal de Itajurú, com todos os custos cobertos pela companhia, e após um ano, o diretor da companhia já podia ser visto apertando a mão do líder do grupo das ONGs.

Observamos que, na questão ambiental específica da extração de conchas da Lagoa de Araruama, os agentes econômicos estavam em conflito com os agentes sociais de proteção ao meio ambiente já há algum tempo. E a questão só ia se tornando mais e mais complexa, já que a empresa continuava investindo no seu negócio – e ia continuar a extração até o esgotamento do recurso natural – e as ONGs acabaram tornando a questão um caso de polícia. Foi necessária a intervenção do Consórcio, utilizando de uma lógica negocial, para que a questão fosse pacificada, e os agentes passassem a trabalhar em cooperação entre si.

Este é o tipo de atuação que defendemos neste trabalho: não foi necessário que o Estado criasse uma nova lei ou utilizasse de seu poder de polícia para que se chegasse a uma boa conclusão, bastou que o Estado *influisse* sobre o comportamento dos agentes,

imbuído do consenso e do acordo, para que se chegasse a uma solução *eficiente* e que pudesse satisfazer a todos os envolvidos.

Até aqui, vimos tão-somente a atuação do Consórcio, que funciona como *longa manus* do Estado, com os paradigmas que defendemos quanto à nova forma de atuação estatal e o meio ambiente sendo enxergado como elemento econômico. Passaremos, agora, para a atuação das Agências Reguladora neste caso concreto, para que possamos enxergar como os paradigmas levantados até aqui pode funcionar na prática.

II.3 - A RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA

Um dos problemas centrais enfrentados pelo Consórcio foi a questão do esgotamento sanitário das cidades à margem do sistema lacustre, eis que estas cidades, além da população flutuante que aumenta exponencialmente durante o verão, vêm sofrendo um processo de crescimento descontrolado, cuja rede de saneamento básico não mais podia acompanhar.

É o que Luiz Firmino destacou em seu trabalho, e que passaremos a citar:

Os cronogramas contratuais das obras de esgotamento, a cargo das concessionárias eram tardios demais para as necessidades urgentes da lagoa. As melhorias no abastecimento de água promovidas pelas empresas concessionárias acarretaram um aumento do volume de esgoto, já que nos três primeiros anos de concessão (1998 a 2001) o volume aduzido passou de 600l/s para 1.800 l/s, levando a uma elevação do aporte de água doce e esgoto na laguna, cabendo registrar ainda que a água, sob a forma de esgoto, que segue para a Lagoa de Araruama, vem do reservatório de Juturnaíba, na bacia do rio de São João. A consequência foi o aumento dos nutrientes (esgoto) e a diminuição da salinidade, favorecendo o boom de algas e de agentes patogênicos (figura 10).

Para fazer a recuperação ambiental da Lagoa de Araruama e acabar com o processo de eutrofização, o Consórcio decidiu de maneira coletiva (através do GELA), com base técnica (dados sobre nutrientes e chuvas) e é claro, limitado pela disponibilidade dos recursos, propor um sistema de coleta e tratamento de esgotos que se aproveita, em um primeiro momento, do sistema de drenagem pluvial, necessitando para tanto de acordos regionais, dada a forma específica de operação e a remuneração pelos serviços.

Houve grande resistência das concessionárias, já que o sistema proposto não seguia a engenharia tradicional, além de requerer recursos superiores àqueles previstos para a ocasião nos contratos de concessão. Muita pressão precisou ser feita pelo Consórcio: pressão política dos prefeitos, manifestações das ONGs, e até um pacto que pudesse resultar em um termo do ajuste de conduta (TAC) com o Ministério Público tiveram que ser feitos, até que por fim fosse assinado um Termo Aditivo ao contrato em 2002.

A partir daí, estava resolvido o problema para que se utilizasse uma forma de engenharia mais agressiva do que a tradicional para que se solucionasse um problema que ganhava contornos cada vez mais emergenciais. A atuação do MP em questões ambientais também é fundamental, em especial para que o Poder Judiciário também participe do processo e se evite problemas posteriores – já que os termos acordados em sede de Termo de Ajustamento de Conduta funcionam como título executivo extrajudicial, podendo ser executado em juízo pelas partes em caso de descumprimento. Porém, a atuação do MP não será objeto deste trabalho, bastando que fique consignado a importância da atuação do *parquet* em questões que envolvam o consenso de numerosos agentes.

Portanto, resolvida a questão da possibilidade jurídica e fática da utilização deste método especial de engenharia para solucionar a questão, restava um problema: essa solução possuía viabilidade econômica? É aí que entrará a atuação da Agência Reguladora:

Apesar de todos os atrasos e problemas enfrentados durante a fase de obras, os sistemas foram entrando em carga até dezembro de 2004, quando eclodiu um problema já esperado por todos, mas até então latente, que viria a ser a forma de remuneração do serviço às concessionárias. Pagar a tarifa prevista em contrato, de um para um, ou seja: quem paga R\$ 30,00 reais de água, passaria a pagar mais R\$ 30,00 de esgoto, não teria sentido, já que o sistema ainda não estava completo, por outro lado não havia precedente no país sobre um pagamento parcial de tarifa. Não pagar nada, significaria a impossibilidade de entrada em funcionamento do sistema, já que a operação deste implica custos significativos de energia elétrica, funcionários e outros mais.

Somente um grande pacto na bacia poderia levar a uma solução que viabilizasse um pagamento par e passo com as fases (percentuais) de implantação do sistema, o que foi feito, representado mais tarde, uma vez mais, em um termo novo ajuste de conduta (TAC) firmado com o Ministério Público. Com base no TAC, a ASEP teria meios então para deliberar, com base no princípio de que dada à forma difusa de atendimento, bem como o benefício geral da população e ainda a necessidade imediata de início da operação dos sistemas, que a remuneração dos serviços se daria através de re-equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, conforme acabaria por ser definido mais tarde, não sem antes um amplo processo de mobilização. (grifos nossos)

Observamos como que a Agência Reguladora, dentro de sua *competência normativa em matéria regulatória*, e fundamentada no Termo de Ajustamento de Conduta realizado pelo MP para solucionar o problema da vedação à técnica que pretendia ser utilizada, *propôs um standard de decisão* que resolvesse uma questão ambiental não prevista no contrato. Esse tipo de solução, realizada com base no *consenso entre Concessionários e Poder Concedente*, precisava da intervenção firme deste ente regulatório para que se tornasse viável e pudesse *manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato*.

Veja que não havia lei prevendo que este determinado procedimento fosse utilizado – havia tão-somente um instrumento negocial, o TAC, que permitia a sua utilização dada a emergencialidade da questão. Mas a Agência não exorbitou de sua competência, pois estava disciplinando apenas a questão tarifária, matéria eminentemente regulatória – mas que efetivamente viabilizaria o procedimento.

Se por um acaso a Agência se imiscuísse na sua obrigação de agir para fazer valer uma solução em matéria ambiental que não estava especificada no contrato de Concessão, poderia ser responsabilizada pelos danos decorrentes da não-realização da obra, conforme destacamos anteriormente.

Ainda assim, este órgão regulador hesitou em agir. Foi necessária a participação popular, que tanto defendemos anteriormente, para que a questão chegasse ao seu deslinde final.

II.4 – A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA

Continuando a narrativa do caso concreto, Luiz Firmino mostra em seu trabalho:

Apesar dos meios propiciados pelo TAC, a ASEP não se sentia segura para autorizar um aumento na tarifa de água, destinado a cobrir os custos com os serviços de esgoto e foi preciso que em 14 de setembro de 2004, **a sociedade civil organizada, com apoio do Consórcio, comparecesse à seção regulatória da ASEP, mais uma vez com faixas e cartazes, divulgação na imprensa, para que fosse levada a termo a decisão acordada na região de reajustar as tarifas de água para cobrir os custos do esgotamento sanitário.**

Finalmente, em 24 de novembro de 2004, mais uma vez com a presença da sociedade (figura 11), da Secretária de Estado de Meio Ambiente e de prefeitos da região, devidamente mobilizados pelo Consórcio, a ASEP votou o re-equilíbrio do contrato, reajustando de forma escalonada as tarifas de água. Durante a homologação da decisão, o Presidente do Conselho da ASEP registrou em seu parecer jamais ter visto tamanha demonstração de mobilização da sociedade, ainda mais para reivindicar um aumento na tarifa. Foi quando a liderança das ONGs da região retrucou dizendo não haver nada de estranho, pois a sociedade sabia da importância de custear o serviço pelo qual ela tanto lutou.

Desde dezembro de 2004, o sistema que custou cerca cem milhões de reais, já está em carga, coletando e tratando mais de 70% (500 l/s) de todo o esgoto que antes era lançado na Lagoa. A melhoria da qualidade da água é evidente, e é confirmada pelas análises da água realizada pelo Consórcio, que mostra que a maioria das praias que antes

recebiam esgoto e estavam impróprias para o banho, agora se encontram em boas condições para o uso.

Temos que a participação popular foi fundamental para que a Agência tivesse uma atuação firme quanto à questão do aumento de tarifa, que viabilizaria o processo. Observe que essa questão não estava prevista inicialmente no contrato (nem poderia estar), mas a dinamicidade das relações sócio-econômicas demandavam que o ente regulador atuasse de maneira diferenciada para que se solucionasse uma questão de relevante interesse público.

A participação popular, conforme já destacamos, é essencial em matéria ambiental – e vai aos poucos se transformando em novas formas de legitimação dos atos emanados da Administração Pública.

Essa lógica já está presente nas legislações mais modernas em relação também à matéria regulatória, conforme corroboram os incisos dos art. 2º e 3º da Lei Federal nº 11.445, que citamos supra, e que passamos a destacar:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

X - controle social;

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

IV - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico;

Aliás, esse entendimento já estava demarcado em sede doutrinária, conforme destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Nessas condições, o procedimento passa a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de conferir legitimidade democrática imediata à ação administrativa, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos, e, do mesmo modo, é também através do procedimento que se proporcionará a abertura à participação de interessados que conduza à tomada de decisões – e não apenas as decisões casuísticas, como as gerais, e, nesta hipótese, com a produção de regras igualadoras de aplicação sobre todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias reguladas.^[2]

Portanto, legitimada a Agência pela presença popular e dentro da sua competência reguladora, o aumento tarifário foi acertado em sede de Deliberação e foi aceito por

Concessionários e usuários, permitindo que a obra fosse levada adiante. Esta é a atuação das Agências que viemos defendendo até aqui – embora o instrumento de consenso não tenha sido o convênio realizado com órgãos ambientais, mas sim o TAC, a lógica que orientou este caso concreto seria a mesma a orientar a realização dos convênios: participação popular na formação do ato administrativo, consenso, permeabilidade, competência em matéria regulatória para disciplina, de maneira célere e eficiente, uma situação que nem poderia estar prevista em lei, e modificar o Contrato de Concessão depois de ouvidas todas as partes envolvidas.

III – CONCLUSÃO

Conforme dissemos na introdução a este trabalho, o tema da regulação ainda é muito recente no Direito brasileiro, razão pela qual os entes reguladores sofrem com a ausência de paradigmas teóricos orientadores da sua atuação perante os casos concretos.

Porém, a lacuna destes referenciais teóricos não deve paralisar a atuação destes órgãos. É dever dos juristas procurar por soluções inteligentes e sensíveis à realidade social par os problemas que se afiguram. Esta mesma lógica permeia a atuação da Procuradoria-Geral do Estado em sede de assistência jurídica de uma das Agências Reguladoras estaduais, conforme destaca o Parecer 04/06 – SLBN, cujo trecho destacamos abaixo:

Uma Agência Reguladora, a fim de exercer suas funções em plenitude, não se deve cingir a fiscalizar o cumprimento das cláusulas contratuais pelas partes envolvidas, muito menos restringir-se a uma velha máxima, diga-se verdadeira falácia, de que uma nova interpretação de norma jurídica ou cláusula contratual ou a eventual alteração, por aditivo a este último, caracteriza uma injustiça para com os antigos interessados e licitantes quando da celebração do contrato de concessão do serviço. Classificamo-lo, tal argumento, como falacioso, pois, além de confrontar o princípio da supremacia do interesse público, é a antítese das modernas teses doutrinárias acima mencionadas e dos já positivados em sede constitucional federal princípios da eficiência e da economicidade (Constituição Federal, art. 37), os quais pugnam pelas atualizações sejam interpretativas sejam derivadas de aditivos contratuais, que tenha por intuito a melhoria da prestação do serviço em benefício do administrado consumidor e da desoneração do Estado, bem como de outros: interesses difusos, v.g., a proteção ao meio ambiente, a redução do tempo de permanência do consumidor numa fila de um estabelecimento e a proteção aos portadores de deficiência física. (grifos nossos)

Estas soluções, no entanto, não podem ser fruto da satisfação pessoal de alguns grupos econômicos e políticos, apresentando respostas parciais e autoritárias a problemas que demandam uma ponderação maior sobre diversos aspectos. Há que se respeitar os novos valores levantados não apenas em sede de Direito Administrativo, como alguns dos que foram apresentados neste trabalho, mas também valores sociais e econômicos – especialmente em se tratando da questão ambiental.

O jurista deve estar atento à percepção de quais são estes valores e como eles funcionam na prática. Enxergar os bens ambientais como bens econômicos, por exemplo, permite

que se encontre um meio termo entre desenvolvimento e preservação, oferecendo soluções que realmente *funcionem* na prática. Cercar a natureza em uma “bolha legal” e não permitir a aproximação de ninguém gera apenas um preciosismo legal e uma fragilidade real destes bens, que continuarão a ser explorados pelas forças econômicas de maior pressão, à revelia das boas intenções contidas no papel.

Na verdade, em relação aos bens naturais, há que se pensar em uma ética própria para a sua utilização, tendo em vista a integração entre a sociedade humana e a Natureza, que há muito foi esquecida. Nas palavras de Edis Milaré:

O usufruto pragmatista dos recursos naturais instaurou – ou pelo menos consolidou – formas de exploração que se voltam, primeiramente, contra outras pessoas ou grupos humanos e, mediatemente, contra o próprio Planeta. E esta ordem até poderia ser invertida; no final, a espécie humana e a Terra sairão ambas agredidas e exploradas. Numa visão ética tradicional, em que se pretende ressarcir o inocente, dá-se a primazia ao fator humano; numa perspectiva ética moderna, em que muitos fatores mais são ponderados, não se separam a espécie humana e o ecossistema planetário. Por isso os critérios de apropriação, posse, domínio e utilização dos recursos ambientais passam por uma reformulação. Caso contrário, a Ética Ambiental apontará para as graves injustiças que pesam como ameaças globais e que, de certa forma, banalizaram-se, perdendo a sociedade humana a sensibilidade real de problemas extremamente graves que ela deve enfrentar no dia-a-dia. [3] (grifos nossos)

Essa ética ambiental deve ser buscada por todos, e é dever do jurista estar especialmente atento a ela, em todos os ramos de sua atuação. É o mesmo autor quem diz que:

O Direito não se constrói para si mesmo ou para uma ordem social e política abstrata. Ele deve interessar-se pelo homem concreto, pelas diferentes realidades humanas, permanentes e mutantes, que servem de insumo para a História Universal. A justiça legal e a justiça moral dão-se as mãos e se fundem para construir um mundo saudável e justo. [4](grifos nossos)

Aliás, é essencial que qualquer trabalho jurídico tenha uma preocupação com os valores éticos que orientarão os pressupostos teóricos que discute. Portanto, é esta ética ambiental, flexível a valores sociais e econômicos, que se propõe para a atuação destes jovens entes da Administração Pública, em especial por regularem setores tão sensíveis da sociedade.

Esperamos que as soluções apresentadas neste trabalho tenham estes valores supracitados como norte, conjugados com a indispensável *participação popular* que já há muito norteia o Direito Ambiental, e que agora, propõe-se, passe a legitimar também o Direito Administrativo como um todo.

Temos consciência de que muitas idéias foram apresentadas durante este trabalho, e de que alguns dos valores defendidos até são de certa forma antagônicos entre si, como desenvolvimento econômico e proteção ambiental, como autonomia das Agências Reguladoras e participação popular. Porém, é exatamente o *ponto de equilíbrio* entre

todos estes fatores – importantíssimos, cada uma à sua maneira – que se deve buscar na prática. Como bem ressalta Alexandre dos Santos Aragão:

O Direito Público da Economia deve ser entendido como constante busca do ponto de equilíbrio entre, de um lado, a necessidade de regulação suficientemente flexível para atuar sobre uma realidade instável e tendencialmente autônoma, e, de outro, a conservação de um mínimo de previsibilidade e coercibilidade, sem a qual perderia o caráter jurídico. Trata-se de manter a inevitável instabilidade dentro de um nível razoável. [5]

Esse equilíbrio deve ser buscado por meio do *consenso*, não apenas entre Administração Pública e administrados (o que pode ser conseguido via participação popular), mas também entre os próprios órgãos da Administração Pública, seja por meio de convênios (principal instrumento que defendemos neste trabalho), Termos de Ajustamento de Conduta ou mesmo por meio de consórcios, conforme ocorreu no caso concreto analisado. O importante é que o Estado haja imbuído do espírito negocial de que falamos, sensível às peculiaridades de cada ator social, mas atento também às suas limitações e deveres institucionais.

Estes são os paradigmas que desejamos ter por norte quando propusemos as soluções discutidas neste trabalho. Além das questões pertinentes às Agências Reguladoras e à proteção ambiental dentro do Direito Econômico, esperamos ter trazido também contribuições relevantes quanto para que uma atuação mais eficiente e coordenada do Estado seja feita na área da proteção ambiental, tendo em vista especialmente a *prevenção*, e não o reparo, ao dano ambiental.

É possível que estes parâmetros funcionem na prática, como vimos na análise do caso concreto. Resta aos operadores do Direito buscar que mais acordos assim sejam realizados, já que muitos são os casos de proteção e utilização dos recursos ambientais à espera de soluções eficientes como a que foi apresentada.

Planejamento, coordenação, consenso são os elementos-chave para uma ordem jurídica eficiente diante desta líquida e veloz modernidade. Os referenciais teóricos estão presentes, seja na doutrina, seja na produção acadêmica das centenas de universidades do país. Resta ser aplicada na prática, obtendo bons resultados como se conseguiu neste caso – e nada como um pouco de *sabedoria* para que tais projetos teóricos saiam do papel e respondam às muitas dificuldades que a sociedade apresenta aos acadêmicos, e que de nós espera resposta.

[1] A CIA Nacional de Álcalis passou a colaborar com o Consórcio incondicionalmente a partir de 2002, embora já fosse associada desde criação do Consórcio, passou a sediar as reuniões de bacia, fazer parceria com o Consórcio para uso das instalações do

Laboratório de análises de água, além de colocar pessoal e equipamento para apoiar projetos, como foi o caso da dragagem do Canal de Itajurú.

[2] FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. P. 66

[3] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: Doutrina – Jurisprudência – Glossário**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 118.

[4] Op. citada, p. 126.

[5] Op. citada. Pgn. 25.

A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DA GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA

THE POSSIBILITY OF DOING OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW FROM THE MANAGEMENT REPUBLIC DIVIDED

Cristiano da Silva Sielichow

RESUMO

Mudanças drásticas vêm ocorrendo no organismo do Estado nos últimos vinte anos, contribuem para colocá-lo em debate, revendo todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quanto nos modelos de regulação social e jurídica até então tradicionais. Tais modelos já não mais funcionam, sendo que o estado vive, na era da globalização, uma crise funcional que coloca em xeque o desempenho das atribuições que até então lhe eram determinadas. Assim, há a falência do modelo de representação política vigente até hoje. Verificando-se o aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais, as quais são cada vez mais complexas e multifacetadas, sendo que esta complexidade faz com que a sociedade contemporânea não possa mais ser atendida pelas formas tradicionais e frágeis de comportamentos estatais e institucionais. Deste modo, a sociedade brasileira contemporânea, em função de seus níveis de complexidade, está exigindo a revisão dos paradigmas que informam classicamente o problema da Gestão Pública. Há uma crise de materialidade da vontade geral, onde há profundos déficits de políticas públicas comunitárias e um alto índice de tensão e conflituosidade de sua cidadania. Diante desta constatação, acredita-se que é na idéia de Gestão Pública Compartida que o interesse de todos os cidadãos poderá ser atendido pelo Estado, pois é no espaço da cidade que as responsabilidades de gestão dos interesses comunitários devem ser o resultado direto de políticas públicas integradoras e de inclusão social, fruto da capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - POSSIBILIDADE - GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA

ABSTRACT

Change? The drastic is happening in the body of the state for the past twenty years, contributing to putting him in debate, reviewing all its roles, both in the economic sphere and in models of governing? The social and legal hitherto traditional. Such models no longer work, and the state live in the era of globalization? To a crisis that brings into functional check of the performance attributes? Is that by then it was determined.

Thus, there is a failure of the model represents? The policy to date. There is the increased quantity and quality of social demands, which are increasingly complex and multifaceted, and this complexity makes the contemporary society can no longer be served by traditional forms of behavior and fragile state and institutional. Thus the contemporary Brazilian society, in fun? To their levels of complexity, that requires the review of the paradigms that inform the classic problem of public management. There is a crisis of materiality of the general will, which has profound deficits of public policy community and a high level of tension and conflict of their citizenship. In this notes? To, and it is believed that the idea of public management Shared that the interest of all citizens can be met by the State, and in Spanish as "the city that the responsibilities for the management of community interests must be the result Direct integration of public policies and social inclusion, the result of the ability to articulate? between the public and private interests.

KEYWORDS: PUBLIC ADMINISTRATION - REALIZATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW - POSSIBILITY - PUBLIC MANAGEMENT DIVIDED

A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DA GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA^[1]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem objetivo traçar algumas considerações que entendemos relevantes para a compreensão da gestão pública compartilhada e a possibilidade de sua efetivação.

Mudanças drásticas vêm ocorrendo no organismo do Estado nos últimos vinte anos, contribuem para colocá-lo em debate, revendo todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quanto nos modelos de regulação social e jurídica até então tradicionais. Tais modelos já não mais funcionam, sendo que o estado vive, na era da globalização, uma crise funcional que coloca em xeque o desempenho das atribuições que até então lhe eram determinadas.

Assim, há a falência do modelo de representação política vigente até hoje. Verificando-se o aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais, as quais são cada vez mais complexas e multifacetadas, sendo que esta complexidade faz com que a sociedade contemporânea não possa mais ser atendida pelas formas tradicionais e frágeis de comportamentos estatais e institucionais.

Deste modo, a sociedade brasileira contemporânea, em função de seus níveis de complexidade, está exigindo a revisão dos paradigmas que informam classicamente o

problema da Gestão Pública. Há uma crise de materialidade da vontade geral, onde há profundos déficits de políticas públicas comunitárias e um alto índice de tensão e conflituosidade de sua cidadania.

Diante desta constatação, acredita-se que é na idéia de Gestão Pública Compartida que o interesse de todos os cidadãos poderá ser atendido pelo Estado, pois é no espaço da cidade que as responsabilidades de gestão dos interesses comunitários devem ser o resultado direto de políticas públicas integradoras e de inclusão social, fruto da capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados.

A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DA GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA

Montesquieu criou a tripartição dos poderes para evitar o abuso do poder por quem o detém e para regular a conduta do Estado. A evolução da sociedade e da política traz complexidades cada vez mais agudas e pontuais e a “mão invisível do mercado” gera um processo de exclusão e marginalização social sem precedentes.[2]

A fragilidade e ineficiência do “Estado Mínimo”[3] gera crises e demandas sociais causadas pelo próprio modelo. Isso leva a crer que as funções outorgadas ao Estado na Idade Moderna ainda persistem.

Leal afirma que, conforme Habermas, no sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. É necessário que se encontre um meio para que haja a transformação do poder comunicativo em administrativo, possibilitando um processo democrático de comunicação política, gerando, assim, políticas públicas efetivadoras das demandas sociais.[4]

Há a falência do modelo de representação política vigente até hoje. Com isso, há o aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais tão complexas e multifacetadas. Tal complexidade faz com que a sociedade contemporânea não possa mais ser atendida pelas formas tradicionais e frágeis de comportamentos estatais e institucionais. Nesse sentido, afirma Leal:

O resultado de tudo isso é perceptível no atual estado da arte da Administração Pública brasileira, fechada em circuitos de poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público, o que não mais ocorre em razão da própria falência do modelo endógeno de representação política tradicional vigente até hoje.[5]

A sociedade brasileira contemporânea, em função dos níveis de complexidade encontrados na mesma, está a exigir a revisão dos paradigmas que informam classicamente o problema da Gestão Pública que, segundo Leal, está “reduzida a aspectos técnico-burocráticos de competência exclusiva do aparelho estatal”. [6]

No Plano Nacional Brasileiro, as dificuldades de gestão das demandas sociais têm-se dificultado e se distanciando daqueles comandos constitucionais. De um lado, em face da forma centralizada com que a Administração Pública gerencia o cotidiano destas demandas, valendo-se do pressuposto de que detém a autoridade absoluta sobre tais ações, impondo-se - paternalística e assistencialmente - como a única capaz de demarcar prioridades e políticas públicas, bem como executá-las, sempre protegido/vigiado pelo princípio da legalidade; de outro lado, em face da apatia política de grande parte da sociedade civil, que não compreende a administração dos seus interesses como compromisso seu, mas outorgado - na democracia representativa - a outrem, ao Estado, valendo-se de uma concepção fragmentada e exclusivista de espaço público e privado. [7]

A transnacionalização de mercados, que gerou a ficção (consumidores de algo ou alguma coisa) de uma aldeia global em que emerge o cidadão universal, causa descentralidades espacial e temporal. Para ser cidadão universal é necessário que se tenha acesso aos meios para tanto, o que implica em possuir recursos financeiros, gerando, desta forma, desigualdade social. Segundo Leal “a transnacionalização mais exclui do que inclui, e quando inclui o faz de forma autoritária e por adesão, sem oportunidade de interlocução ou negociação”[8].

Leal afirma que o poder político moderno necessita ser, a todo instante, racionalmente justificado. Tal justificativa, porém, “não pode descuidar dos elementos axiológicos e principiológicos presentes nos cenários em que este poder se constitui sob pena de ver-se descolado dos sujeitos e variáveis envolvidos”. [9]

O problema central que a teoria política na atualidade é de como justificar a idéia de representação política e sua consequência mais imediata, o Estado (enquanto estrutura de poder impessoal e legalmente constituída), tendo em vista o plexo de direitos, obrigações e deveres individuais e sociais que surgem das diversas relações que ocorrem no cotidiano da população. Ou seja, aqui o que o autor quer dizer é como o Estado deve se relacionar com o povo, que também é soberano, eis que fonte legítima dos poderes institucionais.[10]

Há uma crise de materialidade da vontade geral, onde há profundos déficits de políticas públicas comunitárias e uma alto índice de tensão e conflituosidade de sua cidadania, “transformando o Estado Nacional em um repositário de estratégias perversas de gestão dos interesses corporativos das elites dominantes”. [11]

Também pode-se observar uma tendência cada vez mais burocratizante e centralizadora do processo decisório, a chamada “democracia invisível”, a qual afasta da sociedade a oportunidade de participação e debate sobre temas que lhe dizem respeito.[12]

Leal, utilizando-se das teorias de Habermas, enfatiza que o direito forma o médium para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Neste sentido, ele afirma que o direito legítimo surge do poder comunicativo. Assim sendo:

A soberania popular migra para outros espaços, verdadeiros círculos de comunicação de instituições e corporações, locus em que os sujeitos se encontram despersonalizados (sem faces e corpos definidos). Com esta forma anônima que o poder se comunica, delimitado pelo sistema jurídico de forma geral, conectando interesses multifacetados e

por vezes antagônicos, é que o Estado Democrático de Direito vai surgir, como espaço político e jurídico de gestão comunicacional e, pela via do seu corpo administrativo, desenvolvendo ações políticas de gestão ainda e tradicionalmente forjadas em manifestações monológicas, não afetadas à maturação interlocucional com os demais atores sociais envolvidos ou alcançados por suas deliberações.[13]

Hoje, o Estado não possui mais subsídios para dar conta das necessidades da população, isso em função das diferenças cruciais existentes na sociedade. Com isso, o Estado tem colocado sérias questões a serem respondidas pela teoria política contemporânea, sendo que a principal delas, é a de saber sobre as condições de se atribuir aos poderes públicos a responsabilidade de proporcionar espaços de interlocução, deliberação e execução, a toda sociedade e cidadãos, das prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de suas vidas, contempladas a partir das prerrogativas e direitos fundamentais e humanos garantidos pela nova ordem constitucional.

Leal afirma que é imprescindível conceber o Estado Democrático de Direito como resultado e condicionado à Soberania Popular, observados, dentre outros, os seguintes princípios:

(1) o do direito subjetivo à participação, com igualdade de condições e chances, na formação democrática da vontade política de autodeterminação dos cidadãos através de instrumentos e procedimentos eficazes e transparentes; (2) o da garantia de uma tutela jurisdicional independente; (3) o do controle social, judicial e parlamentar da administração; (4) o da separação política entre Estado e Sociedade que visa a impedir que o poder social se transforme, tão-somente, em poder administrativo, sem passar pelo filtro comunicativo do poder, viabilizado pelas múltiplas instâncias de mobilização de indivíduos e grupos sociais específicos).[14]

O modelo de Estado Centralizador vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação de Poderes que informa o constitucionalismo moderno, a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração, com competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento político destas questões, atribuindo-lhes tão-somente feições tecno-burocráticas. [15]

Decorrência lógica deste cenário é o insulamento, em face da Sociedade Civil, dos Poderes instituídos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), enquanto instâncias meramente operativas de atribuições predeterminadas pelo sistema jurídico, sem qualquer conexão/interlocução cotidiana com os cidadãos, a não ser pelas fórmulas administrativas instituídas (petições, reivindicações, reclamações, etc.), todas focadas em aspectos curativos, e não preventivos/participativos da gestão dos interesses comunitários.[16] (p. 18-19)

Observa-se uma crise de legitimação das instituições tradicionais da democracia contemporânea, fruto do fato de que as intervenções no tecido social e a expansão dos seus aparelhos não são acompanhadas de nenhum aprofundamento de participação política democrática. “A crise de legitimação surge quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas”.[17]

Ao lado da crise de legitimação referida, apresentam-se no mínimo duas outras crises, a de identidade e a de eficácia, correlatas da primeira, eis que, em nível de identidade, estas instituições (públicas e privadas) passam não mais a distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como meros instrumentos de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo; em nível de eficácia, por terem perdido sua legitimidade e sua identidade, não conseguem - e sequer priorizam atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representam oficialmente.[18]

O princípio da soberania popular só pode ser realizado, conforme Habermas, pressupondo-se um uso público da razão por todos os cidadãos e entre eles e as suas representações, pois a concordância de todos os juízos, independente da diversidade dos sujeitos entre si, recebe, para além de seu valor pragmático, um significado constitutivo: as ações políticas, ou seja, as ações voltadas para o direito dos outros, só devem poder, elas mesmas, estar em concordância com o Direito e a Moral, à medida que as suas máximas podem ter publicidade e mesmo ser exigidas em relação a todos que envolve e alcança.[19]

O que se tem visto, em verdade, é uma constante usurpação de tais previsões normativas - inclusive princípios -, envolvendo comportamentos estatais violadores da independência e da harmonia dos Poderes, de forma positiva e negativa, haja vista, por exemplo: (a) a excessiva atividade legiferante do Poder Executivo, no uso das Medidas Provisórias e outros matérias; (b) a progressiva inércia do Poder Legislativo em face de suas competências legiferantes próprias; (c) a criticada intervenção do Poder Judiciário em temas que, por vezes, se confundem com competências dos demais poderes. [20]

Agindo desta forma, o Estado chamou para si a responsabilidade exclusiva de responder pelo pacífico e ordeiro equilíbrio social, garantindo que tudo continuasse a ser como sempre foi, haja vista que se coloca enquanto garante de uma ordem e de uma paz economicamente pautada por um projeto de sociedade não-democrática de exclusão social, eis que não permite que seja perpassado pela soberania popular em rodas as instâncias do agir político, a uma, por falta de perspectiva substancial da natureza compartilhada do poder político contemporâneo; a duas, por ausência de perspectiva procedimental e pragmática das formas de viabilizar algo diferente em termos de concepção e gestão de interesses efetivamente públicos, comprometida com aquela soberania.[21]

No modelo procedimentalista habermasiano de confronto discursivo-democrático dos afores políticos, quando deliberam sobre o seu próprio convívio e os projetos comunitários que os vinculam e diferenciam, a formação política racional da vontade apresenta-se como fruto de uma rede de discursos e negociações que podem e devem ser retroligados entre si por várias sendas e possibilidades (não necessariamente institucionais), sendo incorreta a restrição de tal formatação a estreitos limites institucionais da representação formal, como a supremacia do Estado em face da Sociedade Civil.[22] (p. 75)

Santos afirma:

“O futuro já não é o que era”. [...] perante isso só há uma saída: reinventar o futuro, abrir um novo horizonte de possibilidades, cartografado por alternativas radicais à s que

deixara de o ser. Com isto, assume-se que estamos a entrar numa fase de crise paradigmática, e portanto, de transição entre paradigmas epistemológicos, sociais, políticos e culturais. Assume-se também que não basta continuar a criticar o paradigma ainda dominante, o que, aliás, está feito já à saciedade. É necessário, além disso, definir o paradigma emergente. Esta última, que é longe a mais importante, é também de longe a mais difícil. É-o sobretudo porque o paradigma dominante, a modernidade, tem um próprio, ainda hoje hegemônico, de combinar a grandeza do futuro com a sua miniaturização. Consiste na classificação e fragmentação dos grandes objectivos em soluções técnicas que têm de característico o serem credíveis para além do que é tecnicamente necessário. Este excesso de credibilidade das soluções técnicas, que é a parte intrínseca da cultura instrumental da modernidade, oculta e neutraliza o défice de futuro delas. Por isso, tais soluções não deixam de pensar o futuro, mesmo quando ecas próprias já deixaram de o pensar.[23]

Há a falência do modelo de administração pública em todos os seus níveis. No Poder Executivo há o “insulamento institucional”, onde o Estado cria uma relação extremamente paternalista e assistencialista. O poder executivo passa por uma “perda de identidade social”, decorrente de sua acomodação social e dos altos índices de corrupção. Já o Poder Judiciário passa por duas crises: “uma de identidade, na qual o Estado-juiz deve resolver todos os afãs da sociedade; e uma crise funcional e estrutural onde a burocracia torna o estado ineficiente”. [24]

Deixa o Estado, assim de compreender que administrar os conflitos da sociedade, o que significa conservar a sociedade e ter, como legítima, a complexidade multifacetada de suas articulações e tensões; que não precisam ser suprimidas as diferenças identificadas no seu evoluir, mas impõe-se a gestão da diversidade em nome da harmonia e pacificação das relações sociais, evitando que a comunidade se desintegre. Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde sua legitimidade, ou em outros termos, a questão da legitimidade desse Estado torna-se um problema. [25] (p. 48)

Diante desse contexto, a própria cidadania não mais se presta à condição de expectadora, pois boa parte dela encontra-se exaurida diante dos desmandos e silêncios frente às demandas que se avolumam, deixando pouca margem de escolha. [26]

O problema central que a teoria política, ao menos contemporânea, tem de enfrentar é como conciliar o conceito de Estado como uma estrutura de poder impessoal e legalmente circunscrita com o novo plexo de direitos, obrigações e deveres dos indivíduos. Em outras palavras, como o Estado soberano deverá se relacionar com o povo soberano, que é reconhecido como a fonte legítima dos poderes do Estado. [27]

Leal afirma que não se pode fugir da premissa de que numa sociedade em que a comunicação política deve se dar de forma autônoma, com mecanismos de visibilidade plana e incluyente, por óbvio que os institutos da Democracia Representativa modernos ganham força e relevo, eis que, por exemplo, o Parlamento resgata sua dimensão de formulador das ações voltadas ao atendimento dos interesses comunitários (revisando, é lógico, o tempo e a forma de sua mobilidade e a resposta às demandas individuais e coletivas); o Executivo mantém-se adstrito às suas funções concretizadoras do projeto de vida eleito pela Sociedade (de igual maneira, revendo as formas de fazê-lo, a ponto de abrir o máximo possível os momentos de discussão, deliberação, constituição, execução e avaliação das políticas públicas que lhe dizem respeito); e o Judiciário opera

sua condição republicana, no sentido de dar guarida às regras do jogo das ações e tensões vigentes no espaço público da vida cotidiana.[28]

É a partir do espaço da cidade que as responsabilidades de gestão dos interesses comunitários que lhes são particulares, uma vez compartilhadas, devem ser o resultado direto de políticas públicas integradoras e de inclusão social, fruto da capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados, cujas bases filosóficas e operacionais precisam ser pensadas e executadas a partir da idéia da Gestão Pública Compartida.

Bases de sustentação epistemológica para a gestão pública compartilhada segundo o entendimento de Leal[29]:

1. Há a necessidade de um novo conceito de sociedade (forma procedimental), direitos e deveres. Fruto de um processo tenso de negociação e edificação entre os conflitos existentes, ao quais são elementos constitutivos do processo. Deve haver uma sociedade democrática ativa que esteja articulada em torno de uma cultura política e orgânica democrático-ativa;

2. Deve haver uma nova conceitualização do Estado, pois a Democracia Representativa é insuficiente. O governo deve desenvolver um tipo de ação governamental onde estejam precavidos tais problemas.

3. A abertura de um campo de interlocução entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições existentes, estes auxiliando o Poder Executivo na Administração dos interesses dos Municípios, Estados-Membros e União. A interlocução política deve ser não coitada, ela deve ser capaz de viabilizar Sociedade e Estado.

Assim sendo, adota-se o entendimento de Leal, o qual ressalta que é na participação da gestão da cidade que o homem se torna ser no mundo, porque co-responsável pela sua criação e desenvolvimento, e tudo que diz respeito à cidade diz respeito a ele, simbólica, formal e materialmente. Também necessitamos de uma Administração Pública Democrática de Direito que parte da idéia de Ação Comunicativa de Habermas. Tal comunicação deve resgatar o valor da cidadania Aristotélica, que é aquela que participa dos negócios de sua cidade, e é nesta cidade que o homem se torna ser no mundo, pois é co-responsável pela sua e desenvolvimento e tudo que diz respeito à cidade diz respeito a ele. [30]

Em sua mais recente obra[31], enfatiza a necessidade da invocação por própria necessidade da administração, conceituando o modelo de realização em duas formas:

O modelo de administração condivisa pode realizar-se ou por iniciativa da administração, que autonomamente decide de sair do paradigma bipolar, ou por iniciativa dos cidadãos.

No primeiro caso, é administração que solicita aos cidadãos enfrentarem juntos um problema de interesse geral que administração pública, sozinha, não pode dar solução, ou pode dá-la de forma menos eficiente que não aliando-se com os cidadãos. A

administração, nesse caso, usa a comunicação, não o poder, para convencer os cidadãos a aliarem-se com ela contra um inimigo comum: a complexidade dos problemas sistêmicos que devem ser resolvidos para poder garantir níveis de vida adequados à exigência da comunidade.

No segundo caso, que será examinado a seguir, são, ao invés disso, os cidadãos que autonomamente se propõem à administração como aliados para resolver um problema de interesse geral. O resultado final é o mesmo: uma colaboração entre sujeitos públicos e cidadãos ativos que, superando a separação e a desconfiança típicas do paradigma bipolar, consentem em fazer convergir recursos de vários gêneros, mas todos igualmente preciosos, em direção à solução de problemas de interesse geral.

Bem claros os exemplos do doutrinador, na primeira situação a administração chama os cidadãos para auxiliarem na resolução de um problema com mais eficiência do que se tentasse resolver sozinha. No segundo exemplo, a iniciativa parte da sociedade, disponibilizando-se a auxiliar o administrador na solução dos problemas. Em ambos os casos, o resultado é o mesmo, uma colaboração recíproca de atores sociais distintos mas convergente para o interesse público comum.

Ainda, com relação ao primeiro caso, Leal ensina que no sistema administrativo italiano já existem experiências que constituem, mesmo que inconscientemente, exemplos de aplicação do modelo de administração conditiva sob iniciativa da administração, no compartilhamento de recursos.

E os melhores resultados, são naqueles casos de setores[32] em que a administração fica com o poder muito limitado.

Trata-se de setores nos quais a imposição de obrigações produz efeitos somente se acompanhada de uma intensa, capilar e custosa ação sancionatória das inadimplências, sendo um exemplo a tutela ambiental, a gestão do tráfego urbano, a tutela da saúde pública, a segurança nos lugares de trabalho e nas estradas, dentre outros.

Existem administrações que tem melhorado a prestação dos serviços públicos, considerando a opinião dos cidadãos que se emitem sugestões, através de propostas variadas de melhoramento, alcançado resultado significativo no resultado final de satisfação dos administrados. Esta é uma forma de administração conditiva que ultrapassa paradigmas do modelo de gestão tradicional.

Ao invés de meros avaliadores, os cidadãos passam a ser gestores do próprio serviço público recebido, mas isso desde que seja respeitado pela administração que propôs essa modalidade.

Um exemplo apresentado por Leal de gestão compartilhada é clássico na questão ambiental no Brasil, no respeito ao direito da coletividade em detrimento do individual, a coleta seletiva do lixo em esforço conjunto da comunidade em geral, setores privado e

público, e diferentes camadas sociais. Além de resolver um problema público, gera alternativa de renda e melhoria da qualidade de vida :

...o papel da administração consiste em resolver o problema mobilizando os recursos públicos e privados necessários: no caso específico, a administração pública deve convencer milhões de pessoas a selecionar os lixos junto às próprias habitações ou aos lugares de trabalho. Para obter esse resultado, fundado sobre a ativação quotidiana de milhares de cidadãos, a administração pode usar o poder, impondo um certo comportamento e ameaçando com sanções para os casos de inadimplência, ou (e é de longe o sistema mais eficiente, senão o único realmente praticável) pode se comunicar com os cidadãos convencendo-os, também com incentivos econômicos, de que aquele particular problema pode ser resolvido somente colocando qualquer um à disposição uma parte do próprio tempo e das próprias energias.

O autor aponta igualmente no que chama de setor em no qual se poderia realizar aquela aliança entre a administração e cidadãos, é o que tem gerado muitas reclamações por parte dos administrados, principalmente em época de eleições, o da saúde pública, que depende, na verdade, da participação de todos interessados, a exemplo da Constituição Italiana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a menor pretensão de termos esgotado o assunto, que como vimos comporta inúmeras análises e discussões, esperamos ter demonstrado de maneira suficiente alguns aspectos da gestão pública compartilhada e os conceitos que temos sobre a mesma.

O Estado sofreu alterações nas últimas décadas, no plano nacional e internacional em função das privatizações e da desregulamentação do mercado. Isso refletiu na verdadeira fragmentação de sua soberania, ladeada pela perda de centralidade em face de forças subestatais e supra-estatais.

Conforme afirma Ferrajoli, “o Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e grande demais para a maioria das suas atuais funções administrativas”. Hoje, o Estado não possui mais subsídios para dar conta das necessidades da população, pois a sociedade encontra-se cada vez mais complexa e multifacetada. O Estado necessita desenvolver mecanismos de comunicação com a sociedade, para que possa desenvolver políticas públicas de inclusão social.

Os interesses de todos os cidadãos devem ser atendidos pelo Estado, como espaço público de representação da vontade de todos. A gestão pública compartilhada, alicerçada na participação popular e social, com base na premissa de Aristóteles de que cidadão é aquele que participa dos negócios da cidade deve ser enfrentada como uma novo desafio para a Administração Pública atual. Assim sendo, o novo espaço de gestão no Brasil é o compartilhamento de funções, proporcionando aos cidadãos instrumentos de discussão social que tenham efetividade.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Manual de metodologia da pesquisa para o direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

[1] Trabalho desenvolvido no formato de *paper*, conforme LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Manual de metodologia da pesquisa para o direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 59.

[2] LEAL, op. cit., 2006, p. 39.

[3] “Entendido como um Estado não interventor, ocupando-se tão-somente de matérias atinentes à segurança pública, à educação técnica, etc., tudo para assegurar uma liberdade tranqüila para o capital”. LEAL, op. cit., 2006, p. 39.

[4] LEAL, op. cit., 2006, p. 39-40.

[5] Ibid., p. 41.

[6] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.14.

[7] Ibid., p. 14

[8] LEAL, op. cit., 2006, p. 46.

[9] Ibid., p. 20.

[10] Ibid., p. 20.

[11] Ibid., p. 26.

[12] Ibid., p. 28

[13] LEAL, op. cit., 2006, p. 28.

[14] Ibid., p. 35.

[15] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 18.

[16] Ibid., p. 18-19.

[17] Ibid., p. 26.

[18] Ibid., p. 27-28.

[19] Ibid., p. 36-37.

[20] LEAL, op. cit., 2007, p. 38.

[21] Ibid., p. 56-57.

[22] Ibid., p. 75.

[23] SANTOS, op. cit. p. 322-323.

[24] LEAL, op. cit., 2006, p. 46-47.

[25] Ibid., p. 48.

[26] Ibid., p. 49.

[27] LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do estado*: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 195.

[28] LEAL, op. cit., 2007, p. 94.

[29] LEAL, op. cit., 2006, p. 51-55 passim.

[30] LEAL, op. cit., 2006, p. 57.

[31] LEAL, Rogério Gesta. *Administração Pública compartilhada no Brasil e na Itália: Reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 45.

[32] *Ibid*, p. 13.

MEIO AMBIENTE URBANO: IMPORTÂNCIA DO PLANO DIRETOR E DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

URBAN ENVIRONMENT: IMPORTANCE OF THE MASTER PLAN PROJECT AND IMPACT STUDY OF NEIGHBORHOOD

Fabiano Augusto Piazza Baracat

RESUMO

O Plano Diretor tem por objetivo fundamental cumprir a determinação constitucional de definição do conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana. A preservação do meio ambiente nesse contexto é um dos requisitos para que a propriedade e a cidade cumpram sua função social. A legislação dotou os municípios de uma ampla gama de instrumentos que devem estar instituídos no Plano Diretor e que podem ser utilizados na consecução desse objetivo, como a outorga onerosa do direito de construir; o direito de preempção; a transferência de potencial construtivo; as operações urbanas consorciadas; o zoneamento ambiental; e a remoção de famílias das áreas de preservação permanente, áreas sujeitas as inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde; assim como instituiu o estudo de impacto de vizinhança para a preservação e garantia do meio socioambiental a ser afetado pela implantação de empreendimentos ou atividades. A função social da propriedade e a função social da cidade passam enfim a direcionar a intervenção privada e pública e a garantir o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE. DESENVOLVIMENTO URBANO. ESTATUTO DA CIDADE. PLANO DIRETOR. ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA.

ABSTRACT

The Master Plan Project aims to meet the fundamental constitutional determination of defining the content of the social function of the city and urban property. The preservation of the environment in this context is a requirement for the property and the city fulfill its social function. The legislation gave the municipalities a wide range of instruments to be introduced in the Master Plan Project and can be used to achieve this goal, as ground creation; transfer of the right to build; urban operations associated; preemption; environmental zoning; the removal of families of permanent preservation areas, areas subject to floods and slindings or that have risk to life and health; as established the impact estudy of neighborhood for the preservation of the environment and social to be affected by the implementation of projects or activities. The social function of property and social function of the city are finally to address the private and public intervention and ensure the welfare of the population and protecting the environment.

KEYWORDS: ENVIRONMENT. URBAN DEVELOPMENT. MASTER PLAN PROJECT. IMPACT STUDY OF NEIGHBORHOOD.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento urbano brasileiro é caracterizado pela degradação ambiental e pela desigualdade social. As cidades cresceram desordenadamente sem qualquer planejamento, deixando o meio ambiente e a população em segundo plano, sempre cedendo aos interesses políticos e econômicos que ditaram um urbanismo que coloca em risco a existência das cidades e de seus habitantes e que distribui de maneira desigual os custos e benefícios deste processo de urbanização.

A industrialização no Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século passado, ocasionou um gigante e abrupto processo de deslocamento e concentração demográfica. Atualmente, segundo o IBGE[1], cerca de 82% (oitenta e dois por cento) da população vive nas cidades, muito acima da capacidade de absorção do mercado de trabalho e do meio ambiente. Diante da escassez e da valorização das áreas urbanas dotadas de infra-estrutura, esta massa concentrou-se nas periferias, em loteamentos irregulares, longínquos, desprovidos de serviços públicos, muitas vezes em áreas inapropriadas, como margens de rios, fundos de vale, morros, nascentes, mangues, alagados, etc., exatamente aquelas que deveriam estar protegidas da urbanização para a indispensável preservação do meio ambiente e das próprias cidades.

O caos provocado por essa ocupação urbana desastrosa tem um elevado custo social, verdadeiro processo de exclusão, que além de violar a dignidade da vida e fomentar a violência, resulta em cada vez mais graves desastres e catástrofes ambientais. Os mananciais superficiais e subterrâneos estão sendo contaminados pela ausência ou deficiente saneamento. A impermeabilização do solo prejudica o abastecimento dos lençóis freáticos, a drenagem, e junto com a supressão de vegetação, causa inundações, desmoronamento e erosão. Somam-se a estes problemas as ocupações das margens dos rios que causam assoreamento e poluição das águas, a inapropriada disposição dos resíduos sólidos em verdadeiros lixões a céu aberto e o excesso de veículos que contaminam o meio ambiente e a saúde das pessoas.

Após décadas de discussão sobre uma lei que viesse a regular o desenvolvimento urbano brasileiro, redesenhar a política de ocupação, por fim a urbanização desordenada e regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, foi finalmente aprovada a Lei nº 10.257/2001 denominada de Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade dentre inúmeros instrumentos de política fundiária, como solo criado, IPTU progressivo, parcelamento, edificação ou utilização compulsória, direito de superfície, de preempção, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, usucapião especial de imóvel urbano, etc., fixou prazo e previu

penalidades para que todos os municípios brasileiros com mais de 20.000 habitantes ou que sejam integrantes de regiões metropolitanas, áreas de especial interesse turístico ou áreas sob influência de empreendimentos de significativo impacto ambiental, cumprissem a determinação constitucional e aprovassem seus planos diretores, assim como instituiu o estudo de impacto de vizinhança para a preservação e garantia do meio socioambiental a ser afetado pela implantação de empreendimentos ou atividades.

A função social da propriedade e a função social da cidade (conceito introduzido pelo art. 182 da CF/88) passam enfim a direcionar a intervenção privada e pública e a garantir o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente.

2 DESENVOLVIMENTO URBANO, PLANO DIRETOR E MEIO AMBIENTE

José Afonso da Silva[2] aponta que a Constituição de 1988 pela primeira vez na história constitucional do País consagrou um capítulo à política urbana. A concepção de política de desenvolvimento urbano decorre da compatibilização do art. 21, XX, que dá competência à União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, com o art. 182, que estabelece ser objetivo da política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público Municipal, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. As diretrizes instituídas pela União é que consubstanciam a política de desenvolvimento urbano, que deve ter objetivos nacionais, ultrapassando o nível estritamente municipal.

Adauto Lucio Cardoso[3] distingue e enumera as diretrizes gerais do desenvolvimento urbano:

- a) aquelas que se referem às funções clássicas do planejamento urbano, como a ordenação da expansão, com prevenção e correção das distorções do crescimento e contenção da excessiva concentração urbana, e controle do uso do solo, ressaltando-se a idéia da compatibilização da urbanização com os equipamentos disponíveis;
- b) aquelas que se referem à ação do Poder Público Municipal, com a adequação de investimentos públicos e da política fiscal e financeira aos objetivos do desenvolvimento urbano, garantindo a recuperação, pelo Poder Público, de investimentos em que resulte valorização imobiliária;
- c) aquelas que se referem à função social da propriedade;
- d) oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; correção das distorções da valorização da propriedade urbana; regularização fundiária e urbanização específica de áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda; e adequação do direito de construir às normas urbanísticas;
- e) aquelas relativas à relação entre Poder Público e sociedade através do estímulo à participação individual e comunitária, e à participação da iniciativa privada;

f) aquelas relativas às necessidades de proteção: do meio ambiente, e do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico.

O Estatuto da Cidade aplicando modernos conceitos de sustentabilidade, consensualidade, gestão democrática, direito socioambiental, cooperação de entes públicos e privados, regulamentando os art. 182 e 183 da CF, de acordo com o art. 21, XX, CF, estabelece em seu art. 2º as diretrizes para o desenvolvimento urbano e, além das diretrizes gerais acima enumeradas, aponta várias outras como a garantia a cidades sustentáveis, com direito a terra, moradia, saneamento, trabalho, lazer, para as presentes e futuras gerações; participação da população na formulação, execução e acompanhamento de programas e projetos de desenvolvimento, a chamada gestão democrática da cidade; planejamento espacial da população, das atividades econômicas e do uso do solo em relação à infra-estrutura; minimização e prevenção dos impactos de novos empreendimentos sobre o meio ambiente; correção das distorções do crescimento e dos seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; oferta de equipamentos comunitários, transporte e serviços públicos; coibição da retenção especulativa de imóvel que resulte na sua subutilização ou não utilização; coibição da deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e a degradação ambiental; proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social, dentre outras.

Diógenes Gasparini[4] conceitua política urbana como "o conjunto de intervenções municipais legais e materiais e de medidas materiais interventivas no espaço urbano promovidas por terceiros coordenados pelo Município, visando aquelas e estas ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana."

Segundo Luiz César de Queiroz Ribeiro[5], o Estatuto da Cidade contém dois modelos de políticas urbanas. O primeiro é redistributivo, na medida em que pretende capturar parte da renda real gerada pela expansão urbana para financiar a ação pública que iguale as condições habitacionais e urbanas da cidade; e regulatório, por pretender submeter o uso e a ocupação do solo urbano, ou seja, a valorização da terra, aos imperativos das necessidades coletivas. Neste modelo redistributivo e regulatório enquadram-se instrumentos como a concessão onerosa do direito de construir (solo criado) e o IPTU progressivo. O segundo modelo é distributivo, com a provisão de serviços habitacionais e urbanos direta ou indiretamente pelo Poder Público, como a regularização fundiária, urbanização das favelas e a usucapião especial de imóvel urbano.

Na consecução dessas políticas e diretrizes, o Plano Diretor é o instrumento fundamental do desenvolvimento e expansão urbana, orientando a atuação e intervenção do poder público. Além das funções clássicas de planejamento do uso do solo, definição das atividades mais adequadas para determinadas áreas da cidade (zoneamento), gabaritos e índices de ocupação, normas para loteamento e parcelamento, passou o Plano Diretor a ser o instrumento eleito pela Constituição Federal de 1988 para que a propriedade e mesmo a cidade cumpram sua função social.

Ao contrário do que acontece com a propriedade rural (art. 186)[6], a CF não dispõe sobre os critérios e graus de exigência para que a propriedade urbana cumpra sua função social, atribuindo esta definição para o Plano Diretor (§ 2º do art. 182 da CF)[7]. O Estatuto da Cidade em seu art. 39 igualmente estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano enumeradas em seu art. 2º. O Código Civil em seu art. 1228, § 1º, ainda complementa que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

A CF/88 conferiu, portanto, ao Plano Diretor a definição quanto ao cumprimento da função social da propriedade e da cidade para que atendam ao interesse público. É indispensável que o Plano Diretor diagnostique os problemas urbanos e formule as diretrizes de desenvolvimento, especialmente contemplando os interesses sociais e ambientais envolvidos, de forma a assegurar que a propriedade e a cidade cumpram sua função social, constituindo-se num pacto territorial de gestão democrática da cidade.

Quanto à proteção ambiental pelo Município dentro de sua competência executiva comum (23, VI, CF) e legislativa concorrente (24, VI, CF), suplementando a legislação quanto aos assuntos de interesse local (art. 30, II, CF), suas diretrizes de atuação devem estar contempladas no Plano Diretor.

Hely Lopes Meirelles[8] esclarece que esta atuação limita-se espacialmente em seu território, mas materialmente estende-se a tudo quanto possa afetar os seus habitantes e particularmente a população urbana. A atuação municipal deve promover a proteção ambiental em seus três aspectos fundamentais: controle da poluição, preservação dos recursos naturais e restauração dos elementos destruídos.

Assim, a municipalidade deve delimitar no Plano Diretor as áreas destinadas à preservação ambiental, cultural e histórica e pode impor a recomposição das áreas degradadas e a recolocação das famílias que vivem em áreas de preservação, em áreas sujeitas as inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde.

A partir deste novo marco de políticas e diretrizes, o modelo desenvolvimentista passa finalmente a ceder espaço para um novo modelo que privilegie a questão social e a preservação do meio ambiente em benefício dos interesses da coletividade e não mais de pontuais interesses econômicos e políticos. Permite-se um controle público sobre os processos de expansão urbana que assegurem uma racional utilização da propriedade e dos recursos investidos pela administração, fazendo com que atinjam sua finalidade social.

Betânia Alfonsin[9] assevera que o Estatuto da Cidade busca um novo marco de desenvolvimento urbano onde as cidades brasileiras estão sendo desafiadas a casar a gestão urbana e a gestão ambiental, integrando as políticas do planejamento urbano, habitacional e ambiental. A Agenda 21 e Agenda HABITAT, plataformas internacionais resultantes da ECO 92 e da Conferência Internacional sobre assentamentos humanos

(Istambul 1996) precisam ser encaradas como complementares e as cidades compreendidas como arenas privilegiadas de sua implementação, com ênfase para o Plano Diretor como espinha dorsal orientadora deste processo e introdutora da gestão democrática das cidades.

Com o mesmo pensamento de Luiz César de Queiroz Ribeiro, Adauto Lucio Cardoso[10] defende que as diretrizes e instrumentos propostos pelo Estatuto da Cidade e que devem estar incorporados no Plano Diretor envolvem o princípio redistributivista presente nas idéias de recuperação para a coletividade da valorização imobiliária ou de geração de recursos para atendimento às demandas por infra-estrutura e serviços. Estas diretrizes e instrumentos se completariam com a garantia da regularização fundiária e da urbanização de áreas de baixa renda (princípio distributivista).

O solo criado (outorga onerosa do direito de construir) é um dos instrumentos de conteúdo redistributivista previstos no Estatuto da Cidade que devem estar incorporados no Plano Diretor e que tem importante aplicação para a preservação do meio ambiente. Vem de uma distinção entre o direito de propriedade e o direito de construção. Admite-se a fixação de áreas onde o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Os recursos auferidos com esta contrapartida devem ser aplicados pelo Poder Público para finalidades sociais e ambientais. Quanto às ambientais, mais especificamente, na criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, na criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e na proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Assim como a outorga onerosa, a transferência do direito de construir possui conteúdo redistributivo também aplicável à preservação ambiental, na medida em que autoriza de acordo com o plano diretor, ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, para a preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural e quando for necessário a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

Um outro instrumento introduzido pelo Estatuto da Cidade, a operação urbana consorciada, pode ser utilizada com conteúdo redistributivo e distributivo, de caráter ambiental e social. Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, mediante lei específica, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. Através da cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, uma área destinada à implantação de um grande empreendimento, por exemplo, pode ser recuperada ambientalmente mediante a alteração de índices e potenciais construtivos pelo Poder Público, ficando o empreendedor, em contrapartida, obrigado a diversas ações compensatórias e mitigadoras, como a recuperação de áreas de preservação permanente, recolocação das famílias nela residentes, a criação de áreas verdes e a aplicação de recursos em obras, projetos e serviços públicos no próprio local da operação.

Da mesma forma que os demais instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, o direito de preempção, que é a preferência de aquisição pela municipalidade de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, tem aplicação fundamental para a preservação do meio ambiente quando o município precisar de áreas para criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; e para a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Para ser utilizado deve estar previsto em lei municipal específica baseada no Plano Diretor enquadrando as áreas em que incidirá o direito de preempção por um prazo de no máximo cinco anos, renovável após um ano do seu decurso.

Ao mesmo tempo em que asseguram o exercício do direito de propriedade, a outorga onerosa (solo criado), a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas, instrumentos que adotam princípios tipicamente econômicos, assim como o direito de preempção, privilegiam os interesses coletivos, possibilitando o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente.

2.1 Elementos do Plano Diretor

O Plano Diretor (PD) implica em sentido amplo na integração de uma série de leis e diretrizes para o desenvolvimento do município: a Lei do Plano Diretor (PD), que fixa os objetivos, as diretrizes e estratégias do PD; a Lei do Zoneamento de Uso e Ocupação do Solo Urbano, que classifica e regulamenta a modalidade, a intensidade e a qualidade do uso e ocupação do solo urbano; a Lei do Perímetro Urbano; a Lei do Sistema Viário, que faz a classificação e hierarquização do sistema viário municipal de acordo com as categorias das vias; a Lei de Parcelamento do Solo Urbano; o Código de Posturas, Obras e Edificações; a Lei de Vigilância Sanitária; o Código Ambiental; e outras leis que por interesse municipal e que envolvam o desenvolvimento urbano e planejamento, devam estar nele integradas.

De acordo com José Afonso da Silva^[11] "É plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a ser executadas e quem deve executá-las. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do município."

Hely Lopes Meirelles^[12] sobre a abrangência do Plano Diretor discorre que "toda a cidade há que ser planejada: a cidade nova para sua formação; a cidade implantada, para sua expansão; a cidade velha, para sua renovação. Mas não só o perímetro urbano exige planejamento, como também as áreas de expansão urbana e seus arredores, para que a cidade não venha a ser prejudicada no seu desenvolvimento e na sua funcionalidade pelos futuros núcleos urbanos que tendem a formar-se em sua periferia."

A Resolução do Conselho das Cidades nº 34, de 1º de julho de 2005, dispõe sobre o Plano Diretor, a instituição de Zonas Especiais, o Sistema de Acompanhamento

e Controle Social e demais orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto da Cidade. De acordo com esta Resolução, o objetivo fundamental do Plano Diretor é definir o conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. O Plano Diretor deve prever, no mínimo: as ações e medidas para assegurar o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade; os objetivos e estratégias para o desenvolvimento e reorganização territorial do município e áreas adjacentes; os instrumentos de política urbana do parcelamento, edificação ou utilização compulsória, do direito de preempção, da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir; e por fim, o sistema pelo qual será realizado o acompanhamento e controle do Plano Diretor, além é claro, de outros temas relevantes, considerando a especificidade de cada município.

Quanto ao zoneamento urbano, Luiz César de Queiroz Ribeiro e Adauto Lucio Cardoso[13] identificam alguns tipos básicos de especificação que o Plano Diretor deve conter:

- Zona de Urbanização Prioritária (ZUP) - compreende os vazios urbanos nos quais seriam aplicados os instrumentos previstos na Constituição e no Estatuto da Cidade para forçar a ocupação imediata como a edificação ou parcelamento compulsório, o IPTU progressivo e a desapropriação com títulos da dívida pública;

- Zona de Intervenção Pública Prioritária (ZIP) - áreas da cidade ocupadas por favelas, loteamentos irregulares, invasões, não dotadas de infra-estrutura, prioritária para políticas de regularização fundiária e investimentos em bens e serviços públicos, denominadas pelo Estado da Cidade de Áreas de Especial Interesse Social (ZEIS). O Plano Diretor poderá, assim, estabelecer áreas de zoneamento especial que estejam ocupadas irregularmente por famílias de menor renda, prevendo a regularização através da usucapião especial de imóvel urbano de forma coletiva ou individual. Nestas zonas, considerando-se o interesse social, as exigências legais para uso e ocupação do solo poderão ser diferenciadas do restante da cidade legal, permitindo a integração das famílias que ali vivem ao meio urbano e o acesso aos serviços públicos oferecidos;

- Zona de Urbanização Negociada (ZUN) - áreas sujeitas a urbanização mediante cooperação com o Poder Público para dotá-las de infra-estrutura, como o instrumento das Operações Urbanas Consorciadas;

- Zona de Urbanização Congelada (ZUC) também denominada de Zona de Ocupação Controlada (ZOC) - áreas saturadas da cidade pelo esgotamento da disponibilidade de serviços públicos, de condições de trânsito, densidade populacional e construtiva, e aquelas necessárias para a preservação do meio ambiente natural, histórico ou cultural, onde o crescimento seria congelado, somente se admitindo o licenciamento de construções que não alterem o padrão de uso, utilização e ocupação do solo;

- Zona de Proteção Ambiental (ZPA) ou dependendo da nomenclatura Zona de Área Verde (ZAV) - áreas da cidade, com vedação de ocupação, necessárias à preservação do meio ambiente, como Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico, Parques Municipais e Unidades de Conservação. Ao estabelecer estas zonas especiais é fundamental que o Plano Diretor estabeleça meios para a

remoção das famílias que se encontrem em áreas de preservação, em áreas sujeitas as inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde;

- Zonas Funcionais (ZF) - seguem o modelo de urbanismo tradicional com as limitações de uso e ocupação do solo, atividades permitidas, segundo sua vocação, potencialidade e função econômica e social. Podem ser destinadas ao uso misto, residencial, industrial, comercial, institucional ou para prestação de serviços, segundo a adequação a determinadas atividades, que podem ser permitidas (atividades compatíveis ou conformes com a destinação da área, que não apresentam problemas com a vizinhança); toleradas (atividades que causam interferência à vizinhança, ao sistema viário, ao patrimônio histórico e ao meio ambiente); ou inadequadas/proibidas/desconformes (incompatíveis com a destinação da área), seguindo uma série de parâmetros de ocupação (lote e testada mínimos; afastamentos de divisas; taxa de permeabilidade; taxa de ocupação; coeficiente de aproveitamento; altura ou gabarito; vagas mínimas de estacionamento; cone de sombreamento, etc.).

Para a instituição das Zonas Especiais, considerando o interesse local, a Resolução nº 34 do Conselho das Cidades, em seu art. 5º, recomenda que se deva:

I - destinar áreas para assentamentos e empreendimentos urbanos e rurais de interesse social;

II - demarcar os territórios ocupados pelas comunidades tradicionais, tais como as indígenas, quilombolas, ribeirinhas e extrativistas, de modo a garantir a proteção de seus direitos;

III - demarcar as áreas sujeitas a inundações e deslizamentos, bem como as áreas que apresentem risco à vida e à saúde;

IV - demarcar os assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda para a implementação da política de regularização fundiária;

V - definir normas especiais de uso, ocupação e edificação adequadas à regularização fundiária, à titulação de assentamentos informais de baixa renda e à produção de habitação de interesse social, onde couber;

VI - definir os instrumentos de regularização fundiária, de produção de habitação de interesse social e de participação das comunidades na gestão das áreas;

VII - demarcar as áreas de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Recomenda-se, ainda, que o Plano Diretor para ser mais abrangente e eficaz, deva envolver a integração microrregional nas suas diversas formas: consórcios, associações microrregionais, pactos, fóruns de desenvolvimento, comitês, etc. A capacidade municipal para elaborar o Plano Diretor será proporcional à articulação com os demais municípios da microrregião e a capacidade de identificação da sua vocação regional, dentre outros pontos.

As funções sociais da cidade e da propriedade urbana serão definidas a partir da destinação de cada porção do território do município bem como da identificação dos imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados, de forma a garantir, no que se refere ao meio ambiente, espaços coletivos de suporte à vida na cidade, definindo e delimitando áreas de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente e do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, assim como a universalização do acesso à água potável, aos serviços de esgotamento sanitário, a coleta e disposição de resíduos sólidos e ao manejo sustentável das águas pluviais.

Como se vê, o Plano Diretor recebeu a obrigação constitucional de definir a conceituação de função social da propriedade e das próprias cidades para que atendam ao interesse público, e como tal, passa necessariamente pela preservação do meio ambiente, direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida para esta e para as futuras gerações.

José Afonso da Silva[14] ressalta que a qualidade do meio ambiente se transformou num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornou um imperativo para todos, a fim de assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de desenvolvimento, ou seja, o direito fundamental à vida. Desta forma, a proteção ao meio ambiente, como garantia do direito fundamental à vida, matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem e, portanto, preponderante, deve orientar todas as formas de atuação na tutela do meio ambiente, estando acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, direito de propriedade ou de iniciativa privada, que também estão garantidos no texto constitucional, mas que devem ser ponderados frente a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de proteger a um valor maior, a qualidade da vida humana.

O conceito de cidade sustentável do art. 2º, I, do Estatuto da Cidade[15], nesse contexto, envolve necessariamente a proteção das cidades da poluição e da degradação, o uso racional dos recursos naturais e renováveis, como solo, ar e água, e uma correta destinação dos resíduos sólidos, utilizando-se de processos de reutilização e reciclagem.

Parte-se do pressuposto de um sistema de co-evolução, em que a sociedade e o meio ambiente evoluam lado a lado, interativamente[16]. O gestor, além de consagrar o princípio da precaução, não pode prescindir de soluções negociadas que fortaleçam e consolidem a defesa dos interesses coletivos.

3 ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

Além de garantir o cumprimento da função social da propriedade e da cidade, o Estudo de Impacto de Vizinhança é um instrumento de gestão democrática que permite que as pessoas a serem atingidas pelos efeitos positivos e negativos dos empreendimentos ou atividades sejam ouvidas em suas reivindicações e necessidades, avaliando-se a pertinência de sua implantação.

Diógenes Gasparini[17] adverte: "É estudo prévio. Sendo assim, vale afirmar que nenhuma licença ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento será concedida pelo Município sem que esse estudo lhe tenha sido apresentado e atendido o interesse público."

O EIV não se confunde e nem substituiu o Estudo de Impacto Ambiental (EIA)[18] e sua exigência depende de lei municipal definidora dos empreendimentos e atividades privados ou públicos que estarão sujeitos à sua prévia aprovação. Normalmente dentre os empreendimentos e atividades sujeitos ao EIV estão as casas de diversões noturnas (bares, boates e similares); os clubes, salões de festas e assemelhados; os shoppings e hiper-mercados; os postos de combustíveis; os depósitos de gás e outros materiais ou mercadorias que possam colocar em risco a saúde e a vida das pessoas; os estádios de futebol; as universidades, faculdades e colégios; as transportadoras; as plantas industriais; e os grandes empreendimentos imobiliários que por sua natureza impliquem profunda variação das condições do entorno.

O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente em sua área de influência direta e indireta, incluindo a análise, no mínimo, de acordo com o art. 37 do Estatuto da Cidade, das seguintes condições: adensamento populacional; equipamentos urbanos e comunitários; uso e ocupação do solo; valorização imobiliária; geração de tráfego e demanda por transporte público; ventilação e iluminação; paisagem urbana; e patrimônio natural e cultural.

Antônio C. M. L. Moreira[19] destaca que o produto final de um Relatório de Impacto de Vizinhança deve conter: (1) a demonstração da compatibilidade do sistema viário e de transportes com o empreendimento; (2) a demonstração da compatibilidade do sistema de drenagem com o aumento do volume e da velocidade de escoamento de águas pluviais, gerado pela impermeabilização da área de intervenção do empreendimento; (3) a demonstração da viabilidade de abastecimento de água, de coleta de esgotos, de abastecimento de energia elétrica; (4) a indicação das transformações urbanísticas induzidas pelo empreendimento; e (5) a inserção da obra na paisagem."

Podem ser feitas também exigências quanto a descrição detalhada do empreendimento ou atividade, a identificação dos impactos a serem causados e a apresentação desde logo das medidas mitigadoras ou compensatórias a serem implementadas.

De acordo com o Estudo de Impacto apresentado, o Município poderá exigir, além das medidas compensatórias e mitigadoras propostas, a adoção de outras que venha a entender necessárias, bem que determinar alterações nos projetos, visando à mitigação dos efeitos negativos apontados pelo Estudo e a adequação do empreendimento ou atividade ao cumprimento das funções sociais da cidade.

As contrapartidas compensatórias e mitigadoras a serem oferecidas pelo empreendimento ou atividade podem ser várias, como a criação de áreas verdes e de lazer; recuperação ambiental de áreas degradadas; manutenção de imóveis ou outros elementos arquitetônicos, históricos ou culturais; construções de escolas, creches e outros equipamentos comunitários; disposição de um número mínimo de postos de trabalho ou iniciativas de recolocação profissional para os afetados; investimentos em

infra-estrutura viária, como semáforos, viadutos, trincheiras; investimentos em transportes coletivos; etc.

O Estatuto da Cidade também determina que o EIV seja público e disponível para consulta a qualquer interessado, permitindo ouvir a população afetada e analisar os impactos positivos e negativos do empreendimento sob o meio socioambiental do entorno, de forma a assegurar a qualidade de vida e a pertinência ou não da implantação do empreendimento.

O Estatuto da Cidade não define os meios para que a população seja ouvida, apenas determinando que se dê publicidade ao EIV, mas seguindo a proposta de gestão democrática e participativa instituída, nada impede que sejam utilizados os instrumentos previstos em seu art. 43, consubstanciados em órgãos colegiados; debates, audiências e consultas públicas; conferências; e a iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Questão interessante é perquirir sobre a possibilidade da população afetada se insurgir contra a implantação, exercendo sua opção de escolha entre sofrer ou não os efeitos do empreendimento ou atividade. Apesar do Estatuto da Cidade determinar apenas que se dê publicidade ao EIV, alguns municípios em suas legislações estabeleceram a obrigatoriedade de concordância da vizinhança para a aprovação de determinados empreendimentos e atividades. O Município de Pelotas, por exemplo, através da lei nº 5.217/2006, exige para a instalação e funcionamento de garagens comerciais e estacionamentos, que o Estudo de Impacto de Vizinhança seja instruído obrigatoriamente com Termo de Concordância, contemplando a anuência expressa de 50% (cinquenta por cento) da vizinhança mais 1 (um) em um raio mínimo de 50 (cinquenta) metros.

Apesar de aparentemente justo o exercício de tal opção de escolha, nos parece que a intenção do legislador não foi exatamente esta, sob pena de obras prioritárias para o desenvolvimento do município, como uma Rodoviária, um aterro sanitário ou um cemitério, não poderem ser realizadas por eventual discordância dos habitantes do entorno. Aqui mais uma vez o interesse da coletividade deve prevalecer sobre os interesses individuais envolvidos, com a adoção, em contrapartida, de amplas medidas e ações mitigadoras e reparadoras.

Vale aqui ressaltar a lamentável e injustificável mora dos grandes municípios como, por exemplo, Curitiba, Florianópolis e Porto Alegre, que apesar de possuírem instrumentos similares ao EIV, porém menos abrangentes e efetivos, ainda não editaram lei municipal específica regulamentando o EIV mais de sete anos após o Estatuto da Cidade.

4 CONCLUSÃO

O Plano Diretor, como demonstrado, tem por objetivo fundamental cumprir a determinação constitucional (art. 182) de definição do conteúdo da função social da

cidade e da propriedade urbana, de forma a garantir o acesso a terra urbanizada e regularizada, o direito à moradia, aos serviços públicos, a preservação ambiental, cultural e histórica, bem que implementar uma gestão democrática e participativa. E como tal, deve reunir as diretrizes para o desenvolvimento e ocupação territorial, com base na compreensão das funções econômicas, das características ambientais, sociais e territoriais do município e regiões adjacentes.

O Estudo de Impacto de Vizinhança é complementar ao Plano Diretor e igualmente faz com a propriedade a cidade atinjam sua função social, na medida em que impede que a livre iniciativa e até mesmo a atuação do Poder Público impliquem em consequências nefastas para a coletividade em benefício de pontuais interesses particulares, políticos ou econômicos.

A preservação do meio ambiente nesse contexto é um dos requisitos para que a propriedade e a cidade cumpram sua função social. O Plano Diretor deve diagnosticar os problemas ambientais e propor as estratégias, políticas e soluções para que a cidade venha obter um desenvolvimento sustentável que não comprometa a vida de seus habitantes, direito matriz de todos os outros direitos fundamentais.

A legislação dotou os municípios de uma ampla gama de instrumentos que devem estar instituídos no Plano Diretor e que podem ser utilizados na consecução desse objetivo, como a outorga onerosa do direito de construir; o direito de preempção; a transferência de potencial construtivo; as operações urbanas consorciadas; o zoneamento ambiental; e a remoção de famílias das áreas de preservação permanente, áreas sujeitas as inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde.

Como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana o Plano Diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporarem as diretrizes e as prioridades nele contidas, sob pena de invalidade.

Para uma cidade que busque efetivamente estar incluída num modelo de desenvolvimento sustentável e que pretenda fornecer uma vida digna à população, pondo fim ao desastrado processo de urbanização brasileiro que coloca em risco a existência das pessoas e das próprias cidades, é indispensável que sejam diagnosticados, minimizados e coibidos, através do Estudo de Impacto de Vizinhança, os efeitos negativos de empreendimentos e atividades sobre a população a ser afetada, e que o Plano Diretor estabeleça diretrizes, ações e objetivos voltados para a proteção do meio ambiente, mas não apenas na legalidade formal do procedimento e sim como opção política de governo. Plano Diretor não é um "modelo pronto" apenas adaptado para determinadas características locais da cidade, mas sim um pacto de gestão que traduz o que a cidade é e pretende ser para seus habitantes.

Referências Bibliográficas:

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano & Função Social da Propriedade**. Curitiba: Juruá, 2004.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Org); CARDOSO, Adauto Lúcio (Org). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Estatuto da Cidade e a Função Social da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 97, n. 867, p. 52-69, jan. 2008.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.

GUERRA, Antônio José Teixeira (Org); CUNHA, Sandra Baptista da (Org). **Impactos Ambientais Urbanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10^o ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MOREIRA, Antônio Cláudio Moreira Lima e. **Mega-projetos & Ambiente Urbano: uma metodologia para elaboração do Relatório de Impacto de Vizinhança**. Revista do Programa de Pós Graduação da FAU/USP. São Paulo, n. 7, p. 107-118, 1999.

MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade: anotações à Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

[1] Censo 2000. www.ibge.gov.br

[2] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. p. 694.

[3] CARDOSO, Adauto Lúcio. A Cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade. In: Reforma Urbana e Gestão Democrática. Promessas e Desafios do Estatuto da Cidade. Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro (Org) e Adauto Lúcio Cardoso (Org.). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 27/28. Urbanista.

[4] GASPARINI, Diógenes. O estatuto da cidade. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.

[5] RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. Estatuto da Cidade e a Questão Urbana Brasileira. In: Reforma Urbana e Gestão Democrática. Promessas e Desafios do

Estatuto da Cidade. Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro (Org) e Adauto Lúcio Cardoso (Org.). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 15. Urbanismo. Sociólogo.

[6]"Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

[7]"Art. 182 - § 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 10º ed., São Paulo: Malheiros Editores. p. 403.

[9] ALFONSIN, Betânia. O Significado do Estatuto da Cidade para a Regularização Fundiária no Brasil. In: Reforma Urbana e Gestão Democrática. Promessas e Desafios do Estatuto da Cidade. Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro (Org) e Adauto Lúcio Cardoso (Org.). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 96.

[10] CARDOSO, Adauto Lúcio. A Cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade. In: Reforma Urbana e Gestão Democrática. Promessas e Desafios do Estatuto da Cidade. Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro (Org) e Adauto Lúcio Cardoso (Org.). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 38. Urbanista.

[11] SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 134.

[12] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 10º ed., São Paulo: Malheiros Editores. p. 403.

[13] RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio. Plano Diretor e Gestão Democrática da Cidade. In: Reforma Urbana e Gestão Democrática. Promessas e Desafios do Estatuto da Cidade. Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro (Org) e Adauto Lúcio Cardoso (Org.). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 114/116.

[14] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. p. 719.

[15] "Art. 2º ... I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;"

[16] MACEDO, Laura Valente de, Problemas Ambientais Urbanos Causados pelo Trânsito na Região Metropolitana de São Paulo. In: Impactos Ambientais Urbanos no Brasil. Antônio José Teixeira Guerra (Org) e Sandra Baptista da Cunha (Org). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 333. Arquiteta.

[17] GASPARINI, Diógenes. O estatuto da cidade. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002. p. 19.

[18] "... enquanto o EIA é exigível somente nos casos em que haja, potencialmente, significativa degradação do meio ambiente, o EIV é exigível em qualquer caso, independente da ocorrência ou não de significativo impacto de vizinhança." - MUKAI, Toshio. O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10 de junho de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32.

[19] MOREIRA, Antônio Cláudio Moreira Lima e. Mega-projetos & Ambiente Urbano: uma metodologia para elaboração do Relatório de Impacto de Vizinhança. Revista do Programa de Pós Graduação da FAU/USP, São Paulo, n. 7, p. 107-118, 1999. Urbanista.

A INTERNET COMO MEIO DE AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO DE INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO: UMA ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA?

THE INTERNET AS A MEANS OF EXTENSION OF AREA OF INFORMATION AND PUBLIC PARTICIPATION: THIS IS A DEMOCRATIC ALTERNATIVE?

**Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista
Jânia Maria Lopes Saldanha**

RESUMO

A premissa sobre a qual se assenta o presente trabalho diz respeito ao acesso, controle e disponibilidade das informações. Articulando os conceitos de participação política, democracia, informação e transparência, o trabalho pretende verificar se a Internet pode se apresentar como uma ferramenta eficiente e necessária para a disponibilização de informações por parte da administração pública. Nunca se viveu tão intensamente uma explosão dos fenômenos comunicativos. Desde que se popularizou a utilização dos computadores pessoais, a internet passou a fazer parte do cotidiano das empresas e das pessoas, permitindo a comunicação de massas através de terminais domésticos. Assim, não causa espanto algum que nesta quadra da história se perquiria sobre as reais possibilidades da internet criar um ambiente ou espaço público que promova uma maior afirmação da participação popular nos destinos da sociedade, detidamente no que diz respeito à informação. É sobre esta questão que se irá debruçar o presente texto.

PALAVRAS-CHAVES: PARTICIPAÇÃO. INTERNET. TRANSPARÊNCIA. DEMOCRACIA.

ABSTRACT

The premise on which this work is based relates to access, control and availability of information. Articulating the concepts of political participation, democracy, information and transparency, the paper aims to verify whether the Internet can present as a powerful tool and necessary to the provision of information by the government. Never experienced such an intense explosion of communicative phenomena. Since that popularized the use of personal computers, the internet has become part of everyday business and the people, allowing the communication of the masses through domestic terminals. So, do not cause any surprise that this court ask whether the story about the real possibilities of the Internet create an environment or public space that promotes a greater affirmation of popular participation in the destinations of the society, length with regard to information. It is what comes of this text.

KEYWORDS: PARTICIPATION. INTERNET. TRANSPARENCY. DEMOCRACY.

As revoluções, portanto, não se fazem com objetivos insignificantes, mas às vezes decorrem de causas insignificantes; na verdade, há sempre grandes interesses em jogo nelas.

Aristóteles.

1 Introdução

A premissa sobre a qual se assenta o presente trabalho diz respeito ao acesso, controle e disponibilidade das informações. Articulando os conceitos de participação política, democracia, informação e transparência, o trabalho pretende verificar se a Internet pode se apresentar como uma ferramenta eficiente e necessária para a disponibilização de informações por parte da administração pública.

Ocorre que depois da descoberta dos caracteres tipográficos de Gutenberg, nunca se viveu tão intensamente uma explosão dos fenômenos comunicativos. Desde que se popularizou a utilização dos computadores pessoais, a internet passou a fazer parte do cotidiano das empresas e das pessoas, permitindo a comunicação de massas através de terminais domésticos.

Assim, não causa espanto algum que nesta quadra da história se perquiria sobre as reais possibilidades da internet criar um ambiente ou espaço público que promova uma maior afirmação da participação popular nos destinos da sociedade, detidamente no que diz respeito à informação. É sobre esta questão que se irá debruçar nas próximas páginas.

2 Democracia e a era da informação

A modernidade está alicerçada em sociedades do tipo Estado-nações, e estes, por sua vez, se desenvolveram a partir de um critério temporal e territorial. Entretanto, uma lista de novos fenômenos que não mais se limitam a critérios de temporalidade linear e limitações territoriais, tais como a transnacionalização, riscos e ameaças ambientais que afetam todo o planeta e não são limitados pelas fronteiras nacionais, simultaneidade das comunicações, a influência dos mercados financeiros que orientam toda a economia global, enfim, uma série de novas relações que para aquele tipo de Estado-nação, e nem o mesmo para aquele tipo de sistema jurídico, é possível abarcar.

Segundo Ulrich Beck, estes fenômenos, ou como chama, processos, “todos ellos son las consecuencias imprevistas da la victoria de la primera modernización, simple, lineal e

industrial, basada en el estado nacional”[1], e é a isso que se refere, quando fala em modernização reflexiva. Por se estar diante de um novo tipo de sociedade, torna-se necessário uma mudança de paradigma.

Para Ulrich Beck vive-se numa sociedade de riscos, e este são “el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada”[2]. Estes riscos não são nacionais, mas globais, e estão ligados a um processo administrativo e técnico das decisões, por não ser mais possível, se é que um dia assim o foi, fazer um cálculo da realidade, como pensavam os iluministas.

Ora, num tempo em que tudo é simultâneo e instantâneo, e o que ocorre num instante, neste mesmo instante não existe mais[3], os modelos e as epistemologias tradicionais são absolutamente ineficazes, tanto no controle, aplicação e interpretação destas novas dinâmicas, quanto à imprevisibilidade destes novos comportamentos sociais.

É a chamada era da comunicação, onde “nenhuma invenção permeou tão profunda e rapidamente a vida das sociedades humana”, como assinala Diogo de Figueiredo Neto[4]. Na verdade, comunicação e liberdade de expressão são preocupações antigas, e é assim desde os gregos, pois conforme se observa na obra ‘As Leis’, Platão defendia a censura na formação dos ‘guardiães’ em relação aos poemas épicos e trágicos que apresentassem uma natureza não digna das divindades.

O acúmulo de saberes, contudo, só passa a ser possível na escala e proporção que concebemos hoje a partir da invenção de Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg – os caracteres tipográficos – e com isso a possibilidade do surgimento da imprensa e a massificação das obras literárias. Antes ficavam restritas aos mosteiros e aos copistas, que por sua vez também exerciam a sua censura.

Mas tais aspectos - explosão dos fenômenos comunicativos – só tomam proporções gigantescas em nível mundial a partir da experiência em um projeto militar financiado pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, que tinha por escopo a preservação de informações de segurança nacional num cenário de catástrofe nuclear. Tal experiência foi paulatinamente se convertendo numa pesquisa acadêmica com propósitos pacíficos, e expandindo-se para fora dos ambientes restritos da academia. Este formato de rede foi idealizada por Paul Baran[5], que somada a outras técnicas inovadoras, passou a fazer parte do cotidiano das empresas e das pessoas, por permitir o fluxo de dados e informações em ambas as direções.

A utilização de computadores pessoais permitiu a comunicação de massas através de terminais domésticos por meio de um sistema padronizado de interação (código TCP-IP, hipertextos, linguagem gráfica WWW, entre outros), dando origem ao que conhecemos hoje como Internet[6] ou a rede mundial de computadores.

Logo, não é de se estranhar que no estágio em que se encontra a sociedade atual se faça uma interlocução entre esses dois elementos tão controversos nesta quadra da história: rede mundial de computadores e acesso à democracia, particularmente no que diz respeito à democracia e os direitos à participação e à informação, garantidos constitucionalmente na ordem jurídica brasileira.

Ocorre que vocábulo democracia[7], na perspectiva dos modernos, revela-se axiológica, vinculada a idéia de “poder dos representantes do demos”, ao contrário da democracia dos antigos, onde a democracia era o “poder do demos” – democracia direta. Norberto Bobbio, em sua obra intitulada ‘O futuro da democracia’, apresenta a onicracia – governo de todos – um ideal-limite, partindo logo em seguida para uma definição básica de democracia, que assim está posta:

[...] para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.[8]

Outrossim, Platão em ‘Protágoras’, no diálogo que se apresenta entre Júpiter e Mercúrio, já discutia como a arte da política deveria ser exercida na comunidade dos homens, assinalando Júpiter que, ao contrário das outras, a arte da política deveria se dirigir a todos, sem exceção, o que bem demonstra que a participação em assuntos políticos ou de interesse da coletividade sempre mereceu atenção nos debates políticos.

Assim, se reconhece a todos a faculdade ou a “arte” da política, o que por decorrência lógica faz com que democracia também se vincule à cidadania. Na opinião de Aristóteles, possui cidadania “aquele que tem o direito de participar da função deliberativa ou da judicial”[9], dentro da comunidade na qual se esta inserido. Todavia o termo cidadania hoje adquire contornos mais expandidos, porque agrega elementos sociais. No entanto, as idéias de participação e informação sobre os destinos da comunidade onde se vive ainda fazem parte do conceito e do seu exercício prático.

3 Participação, cidadania e internet

E se participar das deliberações, das escolhas e das opções ideológico-políticas que uma comunidade pode fazer é assegurar um espaço de participação, a Internet pode e deve ser utilizada como instrumento a serviço da transparência e da ampliação do espaço público democrático, especialmente em relação à cultura do controle dos atos da administração pública, pois como bem afirma Têmis Limberger, “o indivíduo, por meio da divulgação eletrônica das contas públicas, encontra um novo espaço para o exercício da cidadania”[10].

Mas adiante, quando se refere propriamente a “cibercidadania”, assim se pronuncia:

Contextualizando a problemática, uma das características da sociedade da informação é a tecnologia, que propicia a transmissão do conhecimento para muitos lugares e de uma maneira muito célere. As administrações públicas são detentoras de um grande número de dados, necessário, portanto, que dentro de critérios legais, esta informação seja acessível à população. Por isso, com muita propriedade, Pérez Luño afirma que as relações de cidadania e dos entes públicos sofreram uma profunda transformação devido às novas tecnologias da informação e comunicação, por isso o conceito de cidadania reclama uma redefinição.[11]

Mas antes de ingressarmos nas questões relativas à cidadania e o “ciberespaço”, vale aqui parênteses para citar uma referência de Fabio Konder Comparato[12] a respeito de soberania. Referido autor refuta a fórmula de Lincoln, segundo a qual “democracia é o governo do povo pelo povo e em prol do povo”, pois haveria uma distinção entre soberania, governante e administrador. A elaboração de um conceito de soberania que remete a um poder absoluto e indivisível é inaugurado por Jean Bodin para justificar o poder dos monarcas. Por isso há uma falsidade na democracia moderna, pois a atribuição de soberania ao povo é puramente retórica e ornamental. Sustenta ainda que, com base em Max Weber, haveria uma outra classe na partilha dos poderes – a dominação burocrática: por ser um exercício de poder que se revela muito mais eficiente que os demais, e mais dificilmente desmontável, fazendo com que todos os administrados, inclusive o próprio titular do poder político, diante da burocracia, transformem-se em meros diletantes.

De fato, quando se analisa o controle sobre os atos da administração pública não se pode deixar de lado a organização burocrática na qual a mesma se assenta, e que, por suas características, acaba por exercer uma dominação especializada tanto sobre os representantes eleitos, na democracia representativa, quanto sobre os destinatários dos serviços públicos.

Esta concentração de informações específicas e especializadas acaba por conceber uma classe de profissionais. Na esteira de Pierre Bourdieu, esta classe gera um campo, um campo político, sendo que este é:

[...] o lugar em que se geram, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de consumidores, devem escolher, com probalidades de mal-entendido tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção.[13]

Este monopólio, como afirma o citado autor, acaba sendo entregue a um corpo de profissionais, ou nas palavras dele, “um pequeno número de unidades de produção, controladas elas mesmas pelos profissionais”[14], tendendo a receber cada vez uma delegação global e total dos menos favorecidos ou menos entendidos, deixando um

“caminho livre aos mecanismos que tendem a retirar-lhes a posse de qualquer controle sobre o aparelho”[15].

Dito em outras palavras, a organização burocrática da administração pública, pelo seu alto grau de especialização e especificidade, acaba impondo uma submissão de valores às hierarquias e às glosas do seu campo específico, ficando o cidadão comum completamente a mercê das suas justificativas, explicitações e práticas. E quanto mais autônomo se torna este campo, maiores serão as exigências de competência e maiores serão as influências dos profissionais que atuam neste campo.

Assim, tornam-se necessários, cada vez mais, processos de transparência que assegurem o direito de informação e participação aos cidadãos e à comunidade em geral, em linguagem fácil, acessível, participativa e interativa, por dever de informação que as autoridades públicas ou quem exerça funções de interesse público estão submetidas.

4 Informação e transparência: uma adequada tradução

O artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, da Constituição de 1988, estabelece como direito fundamental o acesso à informação, o que, sob a ótica do novo constitucionalismo, demanda uma adequada hermenêutica constitucional num contexto essencialmente marcado pela disponibilidade de meios de acesso à informação.

Robert Alexy, discorrendo a respeito das liberdades fundamentais, afirma que “toda a liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre”[16] – é o que se chama de ação negativa. É a primeira dimensão ou geração dos direitos fundamentais defendida por Norberto Bobbio[17], ou direitos históricos, pois estes demonstram as lutas travadas pela humanidade contra a opressão religiosa, política e econômica.

Numa primeira leitura, talvez seja esta a percepção ou dimensão que se tenha em relação ao citado dispositivo, principalmente por causa de uma baixa compreensão que se tem do texto constitucional. No dizer de Lenio Luiz Streck, “a Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isto dependerá da pré-compreensão do interprete”[18]. Ou ainda, constituição constitui.

Levando-se em conta estes aspectos, se pode inferir na existência de uma proteção pela qual as liberdades fundamentais também são envolvidas: uma proteção positiva ou um *status* positivo em sentido amplo[19], que segundo Alexy, surge da “combinação de uma liberdade com um direito a uma ação positiva”[20]. Tal posição é que permite ou torna possível o real exercício daquilo que é assegurado no texto constitucional como sendo uma liberdade pública, por exemplo: a inviolabilidade do direito à vida. Não somente se tem a proteção constitucional contra o Estado para que ele não extermine os seus cidadãos, mas também que este estabeleça a segurança pública, o sistema de saúde

público, o sistema de seguridade social e etc., uma série ações positivas que garantem que a núcleo essencial do direito à vida não seja atingido.

Pergunta-se, então: o direito à informação não produz uma ação positiva por parte do Estado? Pressupõe-se que sim. Têmis Limberger[21] aduz, com base em uma tradição história, que a *res publica* sempre trouxe consigo a noção de publicidade, e quando tal não ocorre há um descumprimento do princípio democrático, e até republicano se diria. Discorrendo mais adiante, afirma que foi Kant que contribuiu para o esclarecimento do nexos entre opinião pública e publicidade, sustentando “a necessidade da visibilidade do poder”, porque “todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”. É justamente este um dos princípios basilares da democracia, a possibilidade de se exercer controle sobre o que é público, e não só isso, pois controlar significar ter acesso à informação qualificada e compreensível, suscetível de um julgamento razoável.

Nesta concepção, Fábio Henrique Podestá manifesta-se dizendo que “o Estado tem o dever de prestar informações de interesse particular, ou de interesse coletivo, ou geral, de que seja detentor, sob pena de responsabilidade”[22]. Inobstante o dever de prestar informações, neste particular se pode avançar, afirmando que o Estado, não só tem o dever de prestar informações, como o dever de disponibilizar as informações concernentes às atividades públicas, ressalvadas, evidentemente, as que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do próprio Estado, especialmente através das mídias eletrônicas, como as páginas institucionais na Internet. Isto é um reclamo necessário e em consonância com os ditames característicos da era da informação, e que implica em uma modernização do controle público.

Discorrendo a respeito da modernização do controle público, com uma afirmação correlata ao apresentado, Roberto Dromi diz que “la organización eficiente del poder de control debe sustentar la instalación de una cultura del control, gracias a la cual la energía fiscalizadora de la ciudadanía pasa a engrosar los activos de la sociedad política”[23]. Prossegue dizendo que “el control público tiene que seguir a las necesidades concretas de la sociedad”. Quando se refere ao Estado Democrático de Direito, afirma estar convencido que este, denominado “Estado hiper-moderno”, “debe definir-se a través de la participación, medida del compromiso del habitante y del ciudadano em todas las dimensiones del quehacer público”[24]. Para ele a participação é a marca ou característica principal do estado democrático, pois promove a inclusão, generalizando uma consciência social intimamente ligada com o melhoramento da qualidade de vida e do bem comum.

Seguindo adiante, o controle da administração pública, sob esta perspectiva, deixa de ser uma responsabilidade somente dos órgãos administrativos encarregados de exercitarem o controle da atividade pública, mas passa a ser uma responsabilidade compartilhada e não excludente, tanto de administradores quanto de administrados.

Juan-Cruz Alli Aranguren a respeito do tema assim se manifesta:

La participación democrática de los ciudadanos y su protagonismo en todos los ámbitos políticos y sociales, alcanza también a la Administración y a considerar que el interés

público no es exclusivo de la actividad administrativa. La sociedad organizada también busca satisfacer intereses colectivos que forman parte del interés público general. Este concepto justifica la participación em el asesoramiento y toma de decisiones, em la dotación de legitimación o de médios que em otras épocas eran exclusivos de los poderes públicos.[25]

Não está aqui a se sustentar que a Internet possa criar condições para uma democracia direta, pois como bem alerta Juan-Cruz Aranguren, em face da alta complexidade da sociedade atual, sofreríamos profundamente com os efeitos dos acontecimentos “hipermediáticos”, pois citando R. Stagliano, “la interactividad inmediata pierde su contenido y se transforma em multiplicador peligroso de la estupidez”[26]. Contudo, para o referido autor, o ciberespaço criado pela sociedade da informação, na qual a tecnologia é uma ferramenta a serviço da informação, faz com que esta se converta em uma matéria prima das relações econômicas, sociais e culturais. Quem dispõe de tais informações possui uma vantagem competitiva, podendo utilizá-las como estratégia de poder.

E Diogo de Figueiredo Moreira Neto[27], ao comentar o encurtamento das distâncias a partir da era da informação, suscita que os desdobramentos deste aspecto fazem com que: a) as populações passem a ter amplo acesso ao conhecimento; b) tomem consciência de seus interesses; c) reivindiquem participação; e d) exigência de maior eficiência dos governos no atendimento das suas necessidades.

Exatamente neste ponto se chega ao cerne da questão: se a administração pública detém um acervo de informações que são de interesse público, não parece óbvio que tais informações devessem estar disponibilizadas em caráter acessível e linguagem compreensível através de páginas institucionais na Internet? Não parece ser assim.

5 Internet, transparência e os graus de participação democrática

Wilson Gomes[28], ao se debruçar sobre a questão que envolve a internet e a participação política em sociedades democráticas alerta para o fato de que a internet não aumentou o nível de participação democrática especialmente pela falta de informação qualificada, desigualdade de acesso, predominância dos meios de comunicação de massa, a continuidade de uma cultura política fechada, dentre outros aspectos levantados. Mesmo assim mantém esperança em relação ao seu futuro, pois segundo ele, “recursos tecnológicos são instrumentos à disposição de agentes sociais, estes sim com capacidade de fazer promessas ou de frustrar esperanças”[29].

Estudando o grau de participação democrática no uso da internet pelos governos das capitais brasileiras, Sivaldo Pereira[30] procurou saber se as novas tecnologias da informação propiciavam uma maior participação democrática nas capitais brasileiras, e se propiciavam, de que forma isso ocorria? Trabalhou em 24 portais, estabelecendo um critério para organização do debate sobre democracia digital, estabelecendo “graus de

participação democrática”. O primeiro grau de participação seria caracterizado pela ênfase na disponibilidade de informação e na prestação de serviços públicos. O segundo grau consistiria no emprego das novas tecnologias de informação e comunicação – TICs para colheita da opinião pública e utilização destas informações para a tomada de decisão política. O terceiro grau, representado pelos princípios da transparência e da prestação de contas (*accountability*). O quarto grau, consistindo na criação de processos e mecanismos de discussão, visando o convencimento mútuo para se chegar a uma decisão política tomada pelo próprio público. E, por fim, um quinto e último grau, o mais idealista, que caracterizaria em uma mudança significativa de modelo democrático. Neste último grau, as TICs teriam a função de retomar o antigo ideal da democracia direta.

Os dados apresentados por Sivaldo Pereira são muito interessantes, e valem serem conferidos. Mas chama atenção para as conclusões do trabalho que parecem ter sido muito bem feitas. Concluiu que nos sítios pesquisados há uma predominância do primeiro grau, com apenas características informativas. Há uma deficiência de *feedback* e uma precariedade em relação ao segundo e terceiro grau. Com relação ao quarto e quinto grau nenhum elemento foi encontrado. E conclui:

Em linhas gerais, algumas conclusões podem ser enumeradas: (1) a esfera governamental das maiores cidades brasileiras exercita, na atual conjuntura histórica, uma democracia digital elementar, baseada na informação, ou, em segundo plano, na prestação de serviços públicos no formato “delivery”; neste último caso, há uma clara concentração na prestação de serviços públicos voltados para a relação tributária entre cidadão e governo; (2) Não há ainda indícios de um tipo de participação política mais sofisticada, no âmbito da esfera governamental das capitais brasileiras, que aponte para o emprego das tecnologias da comunicação para um efetivo papel da esfera civil na produção da decisão pública: ela continua na esfera política, sem abertura efetiva de poder visando maior intervenção do cidadão comum. (3) Há, atualmente, um sub-uso das potencialidades democráticas destas tecnologias da Comunicação pelos governos das maiores cidades brasileiras; (4) Há diferenças políticas pontuais quanto ao uso das TICs entre os governos das capitais brasileiras, mas não se pode dizer que há diferenças estruturais importantes: fundamentalmente as cidades possuem perfis de uso bastante similar, quando analisados em linhas gerais.[31]

Pelo visto os governos municipais não têm exercitado a transparência em seus portais institucionais, o que deveria e deve ser uma obrigação em face do comando constitucional. Como afirma Têmis Limberger, “embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública”, a “transparência demonstra ser uma interação do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e o princípio democrático”[32].

Na verdade não precisamos encontrar o vocábulo “transparência” na Constituição Brasileira, pois segundo Andreas J. Krell, “quase todos os valores predominantes nas sociedades brasileira e alemã, hoje, estão positivados e congregados nos Direitos Fundamentais e nos princípios constitucionais (explícitos ou implícitos)”[33], e estes

atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e dos cidadãos entre si, e “são capazes de impregnar toda a ordem jurídica”[34]. Mais do que isso, pois “a vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado”, mas também “uma obrigação positiva de fazer tudo para a sua realização”[35].

Por isso é possível sustentar que, em face do princípio da transparência, as administrações públicas em geral, seja qual for a esfera de poder, estão obrigadas a disponibilizar informações de interesse público, especialmente as relativas a questões orçamentárias e que digam respeito a gastos públicos, custeio de pessoal, investimentos, em linguagem clara, acessível e inteligível, sob pena de responsabilidade dos seus administradores por não observância de tal princípio.

6 Considerações finais

Não resta a menor dúvida que a Administração Pública monopoliza um grande acúmulo de informações que são de interesse público, e que tais informações devam ser disponibilizadas em caráter acessível e linguagem compreensível através de páginas institucionais na Internet. Não se trata de uma faculdade da Administração. Não se trata de discricionariedade administrativa. Trata-se de um dever do administrador, pois tal ato pressupõe o cumprimento de um princípio constitucional decorrente do dever de publicidade, dever de informação e do princípio democrático – o princípio da transparência.

No entanto, os governos não têm atentado para tal princípio em seus portais institucionais, o que se constitui em uma obrigação em face do comando constitucional. Como afirmamos anteriormente, não é necessário encontrar o vocábulo “transparência” na Constituição Brasileira, pois todos os valores constituintes do Estado Democrático de Direito estão positivados e congregados nos Direitos Fundamentais e nos princípios constitucionais, e que por seu conteúdo principiológico contagiam todo o ordenamento jurídico.

Por isso é possível mais uma vez sustentar que as administrações públicas em geral estão obrigadas a disponibilizar informações de interesse público, sob pena de incorrerem em crime de responsabilidade por não observância de tal princípio.

Obras consultadas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Civitas Ediciones SL, 2004.

ARISTÓTELES. Política. 3ª Ed., Tradução de Mario da Gama Kury, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BECK, Ulrich. La Sociedad Del Riesgo Global. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. O futuro da democracia.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DICIONÁRIO de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DROMI, Roberto. Modernización del control público. Madrid: Hispania Libros, 2005.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: Constituição, sistemas sociais e Hermenêutica: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/ orgs. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luis Streck, Leonel Severo Rocha, Albano Marcos Bastos Pêpe... [Et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo: Unisinos, 2007, Anuário 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Editora Forum Ltda, 2008.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e

doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo: Unisinos, 2005, Anuário 2004.

Sítios consultados

GOMES, Wilson. Internet e participação política em sociedade democráticas. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/WilsonGomes.pdf>> Acesso em 26 jan 2009.

PEREIRA, Sivaldo. Graus de participação no uso da internet pelos governos das capitais brasileira: análise dos portais governamentais. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/SivaldoPereira.pdf>> Acesso em 26 jan 2009.

VUYK, Brian. The Influence of Paul Baran On The Development of the Internet. Disponível em: <http://www.infohatter.com/node/4> Acesso em 26 jan 2009.

INTERNET Word Stats. Disponível em:
<<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>> Acesso em 26 jan 2009.

[1] BECK, Ulrich. La Sociedad Del Riesgo Global. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002, p. 2 a 28.

[2] Op. Cit., p. 5.

[3] Observa-se, por exemplo, no mercado financeiro, onde qualquer boataria ou informação causa prejuízos financeiros ou lucros extraordinários, que mesmo se não confirmados, concretizam os seus efeitos e podem até “quebrar” um país, ou criar um “novo rico”.

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Editora Forum Ltda, 2008, P. 52.

[5] VUYK, Brian. The Influence of Paul Baran On The Development of the Internet. Disponível em: <http://www.infohatter.com/node/4> Acesso em 26 jan 2009.

[6] A Internet é um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo Protocolo de Internet que permite o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados. A Internet é a principal das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs). Outrossim, Internet não é sinónimo de World Wide Web. Esta é parte daquela, sendo a World Wide Web, que utiliza hipermídia na formação básica, um dos muitos serviços oferecidos na Internet. De acordo com dados de Junho de 2008, a Internet é usada por 21,9% da população

mundial (aproximadamente de 1,5 bilhão de pessoas). Na América Latina e Caribe, estima-se que 24,1% da população tenha acesso a rede, o que representa em torno de 139 milhões de pessoas, sendo que 104 milhões apenas na América do Sul. Fonte: <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>> Acesso em 26 jan 2009.

[7] DICIONÁRIO de filosofia do direito. Verbetes Democracia, p. 190-195.

[8] BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia.

[9] ARISTÓTELES. Política. 3ª Ed., Tradução de Mario da Gama Kury, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 79.

[10] LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na administração pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado a fim de viabilizar a concretização de direitos. In: Constituição, sistemas sociais e Hermenêutica: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luis Streck, Leonel Severo Rocha, Albano Marcos Bastos Pêpe... [Et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo: Unisinos, 2007, Anuário 2006, p. 204.

[11] Ibid, p. 213.

[12] COMPARATO, Fabio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 638-640.

[13] BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 164.

[14] Ibid., p. 166.

[15] Ibid., p. 167.

[16] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 234.

[17] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

[18] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo: Unisinos, 2005, Anuário 2004, p. 164.

[19] ALEXY, Op. cit., p. 267.

[20] Ibid., op. cit., p. 234.

[21] LIMBERGER, Op. cit., p. 215-216.

[22] PODESTÁ, Fábio Henrique. Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

[23] DROMI, Roberto. Modernización del control público. Madrid: Hispania Libros, 2005, p. 20.

[24] Ibid., p. 16.

[25] ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Civitas Ediciones SL, 2004, p. 88.

[26] Ibid., p. 246-247.

[27] MOREIRA NETO. Op. cit., p. 100.

[28] GOMES, Wilson. Internet e participação política em sociedade democráticas. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/WilsonGomes.pdf>> Acesso em 26 jan 2009.

[29] Ibid., p. 28.

[30] PEREIRA, Sivaldo. Graus de participação no uso da internet pelos governos das capitais brasileira: análise dos portais governamentais. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/SivaldoPereira.pdf>> Acesso em 26 jan 2009.

[31] Ibid., p. 15.

[32] LIMBERGER, Op. cit., p. 217.

[33] KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 82.

[34] Ibid., p. 78.

[35] Ibid., p. 78.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: INTERLOCUÇÃO ENTRE A GESTÃO PÚBLICA AMPLIADA E O NOVO PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

THE EFFICIENCY PRINCIPLE: INTERACTION BETWEEN THE AMPLIFIED PUBLIC MANAGEMENT STYLE AND THE PARADIGM OF PUBLIC DIALOGIC ADMINISTRATION UNDER THE LIGHT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

**Leonardo Alves Correa
Elpídio Paiva Luz Segundo**

RESUMO

O texto analisa as possíveis interlocuções entre o marco do Modelo Gerencial da Gestão Pública Ampliada e do paradigma da Administração Pública Dialógica à luz do Estado Democrático de Direito, apontando as nuances entre o modelo burocrático, o gerencial estrito, o modelo gerencial alargado (Gestão Pública Ampliada) e Administração Dialógica. Do ponto de vista metodológico, o texto adota o princípio da eficiência como referência objetiva para uma cooperação entre os modelos de Gestão Pública Ampliada e Administração Dialógica. Conclui que as diferenças são tênues e indicam a necessidade da Administração Pública não implementar os conceitos de eficiência e qualidade a priori nas prestação das atividades administrativas mas, fazê-lo de forma discursiva. Neste sentido, a eficiência e a qualidade, tão cara aos cientistas políticos, não deve ser compreendida em uma ótica instrumental e sim intersubjetiva.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA; MODELO GERENCIAL DA GESTÃO PÚBLICA AMPLIADA; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

The text analyses the possible interaction between the Amplified Public Management Style and the paradigm of Public Dialogic Administration under the light of the Democratic State of Law, pointing the nuances between the bureaucratic model, the restrict management, the broader management model (Public Amplified Management) and Administration Dialogic. From the methodological point of view, the text adopts the efficiency principle as the objective reference to cooperation between the models of Amplified Public Management and Dialogic Administration. The texts conclusion was that the differences were dim and indicate the need of the Public Administration not implementing the concepts of efficiency and quality as a priori in the provision of Administrative activities but, applying it in a discursive way. In this sense, the efficiency and the quality, so important to the politics scientists, must not be understood through an instrumental optic rather than an intersubjective.

KEYWORDS: AMPLIFIED PUBLIC MANAGEMENT STYLE; PUBLIC DIALOGIC ADMINISTRATION; DEMOCRATIC STATE OF LAW

INTRODUÇÃO

A Administração Pública – concebida como objeto científico - já sofreu profundas transformações conceituais desde os estudos de Max Weber Taylor e Wilson. A Ciência Política, Administração Pública e a Sociologia, por exemplo, buscam compreender o dinâmico processo de mutação dos modelos burocrático, gerencial estrito e, recentemente, gerencial alargado (Gestão Pública Ampliada).

No mesmo sentido, novas leituras do Direito Administrativo – especialmente dos autores influenciados pelo marco do neoconstitucionalismo – problematizam pressupostos epistemológicos até então inquestionáveis. A Administração Pública Dialógica –aos olhos desta nova corrente do Direito Administrativo- é aquela que introduz mecanismos e espaços de participação, de modo que o próprio conceito de interesse público seja resultado de um processo dialógico com o cidadão, iniciativa privada, movimentos sociais, dentre outros grupos de interesses da sociedade civil.

Seria possível traçar um paralelo entre a concepção de Gestão Pública Ampliada e a Administração Pública Dialógica? Quais são as semelhanças e diferenças entre os dois modelos? E – talvez mais importante – como tal interlocução entre os dois modelos pode auxiliar na construção de um referencial teórico de Administração Pública verdadeiramente democrática?

O texto buscará analisar tais diferenças e semelhanças entre os modelos a partir de uma análise do princípio da eficiência. Portanto, o objetivo específico deste texto é discutir qual a relação de complementaridade entre Gestão Pública Ampliada e a Administração Pública Dialógica, de forma a contribuir para uma abordagem do princípio da eficiência à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito.

A hipótese final do trabalho é que o modelo de Gestão Pública Ampliada e a Administração Pública Dialógica se aproximam em diversos pressupostos e objetivos, tal como a necessidade de legitimação democrática da atividade administrativa estatal.

Entretanto, há tênues diferenças conceituais entre os dois modelos. A análise pormenorizada do princípio da eficiência, por exemplo, permitirá visualizar as limitações e déficits de cada modelo teórico.

A interlocução interdisciplinar entre a visão de parte da Ciência Política, Administração Pública e Sociologia (que adotam o modelo de Gestão Pública Ampliada) e da corrente – ainda minoritária - do Direito (que vislumbra a adoção de uma Administração Pública Dialógica) torna-se importante no debate e na construção do paradigma de uma Administração Pública efetivamente democrática.

1- DO PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A GESTÃO PÚBLICA: AS DIFICULDADES CONCEITUAIS DO MODELO GERENCIAL DA GESTÃO PÚBLICA AMPLIADA

A secularização da vida política remonta ao Estado fundado por Frederico II, na Itália, no século XII. Tratava-se de monarquia absoluta no sentido moderno, pois tinha afastado a influência de qualquer igreja. Assim, os funcionários do Estado não eram clérigos, mas, leigos. Independente da religião, cristãos, judeus e sarracenos tinham parte igual na administração. Na corte de Frederico II não se fazia distinções entre seitas, etnias e nações. A administração era orientada pelo interesse do Estado secular, do Estado “terreno”[1].

Na modernidade, houve uma ruptura com o feudalismo, sustentado nas relações de vassalagem e suserania. Há um deslocamento do governado do status de súdito para o cidadão. Este é um sujeito de direito, historicamente referenciado, que cede ao Estado o direito de governar em seu nome, desde que o titular do cargo de poder tenha a atuação limitada pela lei, ou seja, o que busca é evitar o arbítrio da Administração contra o indivíduo, que doravante não está sujeito a uma desigualdade jurídica apriorística, como no feudalismo, pois, o Estado Moderno se caracteriza pela igualdade jurídica entre todos os cidadãos. Neste contexto é que se situa a composição da Administração Pública Moderna.

O paradigma da Administração Pública Moderna (Burocrática) decorre de uma construção conceitual realizada, notadamente, por Woodrow Wilson, Frederick Winslow Taylor e Max Weber[2].

Para Wilson, a administração deve ser separada da política. Após as escolhas políticas (politics) do governo, a tarefa de implementação das políticas (policies) caberia aos técnicos da ciência da administração uma intervenção da forma mais eficiente possível.

Taylor defendia a administração científica para evitar a ineficiência dos negócios privados e da administração pública. Para realizar uma administração científica seria necessário verificar entre os diversos métodos em cada caso, qual resultaria na implementação mais eficiente entre eles.

Weber afirmava que a complexidade da sociedade moderna exigia instituições complexas. Isso significava um salto de organizações informais, pessoais, para a burocracia. A burocracia de Weber distinguia-se por ser uma organização hierárquica, onde trabalhavam pessoas indicadas, com credenciais e especialidades, que teriam obrigações regulares e oficiais, que elas executavam como se fossem “curadores”, aplicando regras racionais de forma impessoal, sobre uma jurisdição específica. No governo, dizia Weber, isso era chamado “autoridade burocrática”, ao passo que no setor privado era chamado de “gerência burocrática” [3].

Como se observa, Wilson, Taylor e Weber apontam a importância da eficiência da administração pública. O paradigma da administração pública se informa pela distinção

entre política e administração que permite a elaboração de um modelo factível de accountability política, além de possuir legitimidade política, através dos sistemas de controle da administração.

O paradigma da administração pública não se mostrou eficiente nem apolítico como previam os escritos de Wilson, Taylor e Weber. De fato, ele é muito ineficiente e bastante política. A lógica de cada um dos fundadores intelectuais do paradigma da administração pública foi contaminada pela falácia crítica[4].

A concepção de uma administração eficiente e apolítica se mostrou equivocada. O termo burocracia (Modelo Burocrático), atualmente, é sinônimo de ineficiência. No que se refere à escolha metodológica apontada por Taylor, não há necessariamente uma forma mais adequada, universal, para a solução de certa questão gerencial.

A distinção entre administração e política defendida por Wilson não é possível tendo em vista a tênue diferença entre elas.

A discussão deve ser permeada pela premissa de que a atitude científica é uma atitude crítica. Não pode haver crítica se não houver uma exposição anterior. As teorias científicas, se não refutadas, continuam como válidas. A teoria é testável e se mantém enquanto não há argumento suficiente para ruí-la. Ou seja, uma determinada teoria pode ser substituída quando houver melhor argumento que explique uma determinada situação[5].

No parâmetro do modelo gerencial estrito, a preocupação era reduzir a influência das burocracias de tipo weberiano, excessivamente apegadas às normas, no entender dos teóricos do gerencialismo, diminuir as áreas de atuação do Estado para atuar com uma melhor eficiência – no sentido econômico. O lema dos gerentes era fazer mais com menos, ou seja, prestar serviços públicos com menor orçamento, redução de pessoal, e aumentar a eficiência do Estado. Portanto, um modelo gerencial estrito rigoroso se insere em uma ótica estritamente liberal, do paradigma do Estado de Direito, em que havia acentuadas divisões entre a esfera pública e a privada, em que o direito público era o direito do Estado e o privado era dos particulares. Saliente-se, ainda, que o modelo gerencial estrito é uma resposta à crise da burocracia em sentido tradicional. Contudo, como se observa, as diferenças entre o gerencialismo em sentido estrito e a burocracia são tênues e a adoção de um modelo gerencial estrito não respondeu de forma adequada às demandas da coletividade por mais eficiência na prestação das atividades administrativas em sentido instrumental.

Um modelo gerencial alargado, denominado modelo de Gestão Pública Ampliada, abrange um conceito de gestão pública, lastreado no princípio constitucional da eficiência, suplantando o paradigma do Estado Liberal de Direito – no sentido da liberdade negativa - pois há um espaço compartilhado de discussão e deliberação entre governo e os indivíduos, tornando estes co-responsáveis pela gestão da coisa pública e uma fiscalização do exercício de funções estatais para se verificar a realização ou não do princípio da eficiência como prática concreta.

Neste sentido, o modelo da gestão pública ampliada é uma resposta à crise paradigmática da administração pública gerencial estrita. No contexto da década de 1990, se observa uma mudança no que se refere às relações entre o Estado e Sociedade, notadamente, no exercício de funções na Administração Pública.

Como se vê, o conceito de modelo gerencial estrito difere do modelo gerencial ampliado. O primeiro foi uma tentativa de superar o modelo burocrático pela adoção de metas, de finalidades específicas, etc. O segundo visa superar os déficits do modelo gerencial, pois adota um pressuposto de legitimidade democrática inexistente no primeiro. Além disso, a adesão a um gerencialismo estrito não é compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito tendo em vista o caráter acentuadamente liberal e instrumental do modelo gerencial estrito.

No caso da análise da adoção da Gestão Pública Ampliada, a rotação paradigmática não implica necessariamente na subscrição a determinado tipo de liberalismo, pois as atribuições estatais são decididas na esfera pública em que a participação e a escolha do indivíduo por um determinado modelo de vida boa poderá determinar o estabelecimento ou não de uma matriz mais ou menos liberal. No bojo da ação pública, as formas de gestão ampliadas permitem um debate entre três lógicas distintas: a representação política, o saber técnico-científico e a participação direta das comunidades.

Assim, o marco da Gestão Pública Ampliada é um modelo gerencial alargado pois, não tem foco somente no aspecto econômico da eficiência na prestação dos serviços públicos, o que remonta ao gerencialismo puro^[6] ou a um Estado mínimo liberal, mas, tem em vista o princípio constitucional da eficiência, de matriz constitucional.

Em uma perspectiva dialógica entre Gestão Pública Ampliada e Administração Pública Dialógica, a eficiência e a qualidade, tão cara aos cientistas políticos, não deve ser compreendida em uma ótica instrumental em que a Administração Pública determina, aprioristicamente, na implementação de atos e processos administrativos, bem como na consecução de políticas públicas, os conceitos de eficiência e qualidade na realização de serviços públicos tendo em vista a necessidade de produção intersubjetiva (Administração Pública Dialógica), ampliada (no sentido da Gestão Pública Ampliada), da participação da sociedade civil, através dos indivíduos, movimentos sociais, empresas privadas e os diversos grupos de interesses que devem ser levados em conta na realização das atividades administrativas.

2- A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA NO PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As denominações “Administração Pública Dialógica”, “Administração Pública Consensual”; “Administração Pública Mediadora”^[7] buscam retratar novas propostas de abordagem na compreensão do Direito Público contemporâneo - em especial - no Direito Administrativo. Em razão de sua incipiência acadêmica, não há consenso em relação sua denominação, pressupostos e objetivos. Em linhas gerais, este novo olhar lançado sobre a Administração Pública tem como pano de fundo a implementação de

novos canais dialógicos e instrumentos comunicativos com os cidadãos, movimentos sociais, organizações empresariais com o objetivo de co-elaboração, execução e fiscalização de políticas públicas.

Entendemos que o termo mais apropriado seja “Administração Pública Dialógica”, pois enfatiza a natureza processualística desta proposta, ou seja, a constituição de mecanismos de comunicação, discussão, debate, enfim, de diálogo, entre os diferentes sujeitos sociais. O consenso não é o pressuposto – daí a não adoção de Administração Pública Consensual –, mas sim um possível resultado de um processo aberto e democrático.

A Administração Pública Dialógica tem como elemento fundamental a relativização do dogma da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, a supremacia do interesse público sobre o privado continua a existir, mas de forma diferenciada, uma vez que não mais se admite um “interesse público” definido à luz de um sujeito isolado, solipsista, no caso uma atuação monológica do Poder Público. Não! O “interesse público” – que repetimos, continua ter supremacia em face ao interesse privado – é (re)interpretado, (re)definido a partir de uma construção dialógica e aberta com os indivíduos, movimentos sociais, iniciativa privada, etc. A Administração Pública Dialógica amplifica a esfera pública tornando co-responsáveis pela gestão da coisa pública os indivíduos, as empresas privadas, as organizações não governamentais, os movimentos sociais, dentre outros atores, em um espaço de compartilhamento da arena pública que abrange os diversos conselhos paritários entre sociedade civil e governo, das negociações - forma de gestão de conflitos, onde se almeja a concretização de determinados interesses de grupos em oposição, das parcerias público-privadas e dos contratos públicos.

O espaço compartilhado é o local privilegiado da ação comunicativa entre os poderes públicos constituídos e a sociedade civil, ou seja, é um ambiente de aprendizagem social em que os cidadãos participam e aprendem no debate público, com mediação da linguagem. A teoria da ação comunicativa - desenvolvida por Habermas[9] - tem o objetivo de estabelecer a troca de idéias e de informações entre os sujeitos históricos para estabelecer o diálogo como forma de produção de conhecimento.

Habermas é um autor “superego” da modernidade tardia que dialoga com as tradições e deixa em aberto um projeto de convivência social em que distintas visões de mundo lutam em discussões, através da participação na esfera pública, e são examinadas e argumentadas por grupos distintos em situação de certas oposições e determinadas aproximações visto que as diferenças são resolvidas pelo diálogo, com a finalidade de propor um projeto de vida boa definida pela razão do melhor argumento.

Para Habermas, a resolução dos conflitos existentes na sociedade deve tomar como referência uma teoria discursiva em prol da integração social e da realização da democracia e da cidadania. Assim, a deliberação, pelo melhor argumento, para reduzir os níveis de conflito a um possível convívio nos termos do pacto de uma determinada comunidade sócio-política ordenada deve decorrer de um certo consenso estabelecido entre indivíduos juridicamente livres e iguais.

Como se observa, a proposta de Administração Pública Dialógica abandona uma visão tradicional de que é o Estado que detêm o monopólio de definição de “interesse

público”, vez que em uma sociedade plural, heterogênea e descentrada, a atividade administrativa legítima se relaciona diretamente com a desontologização e profanação – em sentido sugerido por Agaben[10] - do dogma do interesse público.

3 - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: UM DIÁLOGO ENTRE A CIÊNCIA POLÍTICA E O DIREITO:

Para ABRÚCIO, as reformas iniciadas no Brasil, principalmente a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, objetivam a implantação de um processo de reforma administrativa do Estado. As motivações para a implantação das mudanças são oriundas da denominada “crise do Estado”, posto que este não teria condições de realizar os investimentos necessários e administrar eficientemente as atribuições estatais elencadas na Constituição da República.

O professor Paulo Modesto aborda o escopo das reformas administrativas nos Estados que adotam o modelo gerencial lato sensu:

objetivo econômico: diminuir o déficit público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua interpretação direta;

objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;

objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;

objetivo gerencial: aumentar a eficácia e a efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados[11].

Para efeitos de análise deste trabalho, as principais modificações das reformas administrativas do Estado brasileiro para a adoção do modelo de administração gerencial no marco da gestão pública ampliada são:

a) a previsão constitucional do princípio da eficiência no art. 37, caput, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998;

b) possibilidade de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da Administração Direta pelo estabelecimento de contratos de gestão;

c) a previsão de parcerias com pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, não integrante da Administração, para prestação de serviços públicos, com fomento (financiamento público) e fiscalização do Estado;

Observe-se que há aproximações entre os conceitos de eficiência no Direito e na Ciência Política, o que se vê, por exemplo, no conceito de eficiência apresentado por Maria Sylvia Zanella de Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome as decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.

É com esse objetivo que estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências sociais, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo momento[12].

Odete Medauar também apresenta um conceito de eficiência aproximado da noção de Gestão Pública Ampliada:

Eficiência é princípio que norteia toda a Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve

agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções[\[13\]](#).

ABRÚCIO indica a necessidade de a Administração Pública prestar serviços públicos com eficiência e qualidade, em áreas consideradas prioritárias pelo Estado e tem como base uma leitura da Emenda Constitucional nº19/1998 que tornou constitucionalmente expresso o princípio da eficiência, que teve aplicação bem sucedida na experiência da Administração Pública da Grã Bretanha e da Nova Zelândia.

Note-se que a Ciência Política ao trabalhar com os conceitos de eficiência e qualidade de forma instrumental se aproxima de uma concepção de direito administrativo tradicional em que a eficiência é posta como direito positivo, com o escopo de alcançar os melhores resultados (Di Pietro) ou de produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população (Medauar) tornando um pressuposto da atividade administrativa designar o sentido da expressão, sem a necessária interlocução subjetiva.

3.1 O princípio constitucional da eficiência no marco do modelo gerencial de Gestão Pública Ampliada

Antes de analisar o modelo gerencial da Gestão Pública, é mister realizar o seguinte questionamento: para uma administração pública que não tem tradição em planejar, em que medida se deve utilizar novos marcos paradigmáticos e de complexos modelos de planejamento e de eficiência?

O paradigma da Gestão Pública é uma resposta à “crise do Estado” da década de 1990, e ao modelo weberiano da Administração Pública em que há um apego excessivo ao cumprimento de normas, sendo, de certa forma, relegada a eficiência da prestação dos serviços públicos.

Assim, mais do que as demandas por eficiência – no sentido econômico – que são importantes – a republicanização dos exercícios dos poderes públicos se torna uma exigência no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A rotação paradigmática não se faz por um modismo e tampouco pela necessidade de “atualização histórica”[\[14\]](#) mas, pela necessidade de uma melhor compreensão do assunto e, notadamente, pelo aumento da eficiência na realização das funções estatais.

Em termos de modelo gerencial no marco da Gestão Pública Ampliada, não há a possibilidade de se estabelecer, antecipadamente, as estruturas mais adequadas e as estratégias de gestão das escolhas políticas (pollitics) e da implementação de políticas (policies). As definições estão relacionadas ao marco conceitual e analítico da intervenção, ou seja, tecnologias, formas de interação referenciadas em um contexto

político e institucional que devem maximizar a esfera de alcance do princípio constitucional da eficiência.

Ressalte-se que os processos e resultados não são finalidades em si mesmas, mas, fundamentalmente, indicam as multidimensionalidades que atuam em determinado problema, de forma a minimizá-lo, aumentando a eficiência da gestão pública[15].

3.2 - O princípio constitucional da eficiência e o paradigma da Administração Pública Dialógica.

A noção de Gestão Pública Ampliada se aproxima, em diversos aspectos, da proposta de uma Administração Pública Dialógica. Em comum há, principalmente, a afirmação da necessidade de constituição de um espaço compartilhado, no qual indivíduos, iniciativa privada e movimentos sociais possam interagir, fiscalizar e, principalmente, influenciar na elaboração e execução de políticas públicas.

A Administração Pública Dialógica pode auxiliar o debate ao apresentar críticas a excessiva instrumentalidade, tecnicismo e ausência de intersubjetividade presente no modelo gerencial estrito.

Em relação ao déficit da racionalidade instrumental, nunca é demais lembrar-nos das contribuições e críticas da 1ª geração da Escola de Frankfurt no que se refere ao tema. Para Adorno e Horkheimer, o projeto de civilização da modernidade foi marcado por uma dominação do homem em face da natureza; dominação esta que se fez por meio da cisão homem e objeto e utilização unilateral da razão instrumental. A noção de razão instrumental – por meio da prevalência da técnica no processo de dominação da natureza, constituiria um dos marcos fundamentais do período Moderno.

O Princípio da Eficiência pode ser tornar a materialização de uma razão instrumental burocrática, na qual sob o perigoso véu do interesse público, a Administração impõe técnicas com o objetivo de produzir efeitos e resultados de qualidade na prestação dos serviços públicos.

No que se refere ao déficit da intersubjetividade, a crítica central deve se basear no combate a uma forma de atuação estatal na qual toda a atividade da Administração Pública é alicerçada estritamente no paradigma da consciência. Em outras palavras: toda atividade administrativa (ato administrativo, restrições à propriedade, etc) se fundamenta em dogmas éticos-jurídicos a priori, tal como ocorre como a noção de interesse público ou interesse geral.

Neste sentido, a ontologização do conceito de eficiência se origina de uma noção equivocada da atual função e importância da linguagem na Filosofia e no Direito. Logo, o significado de eficiência, qualidade não podem ser definitivamente cristalizados como no modelo da filosofia da consciência.

No que tange ao princípio da Eficiência, a superação do Solipsismo Burocrático significa que a própria noção conceitual do que seja “eficiência” deverá se desenvolver intersubjetivamente entre os diversos atores sociais que gravitam em torno do espaço compartilhado.

Por fim, não podemos esquecer-nos da relação entre a técnica administrativa – fundamental para a concretização da eficiência – e a noção de saber-poder. Ora, desde Foucault sabemos da indissociável relação entre o saber e poder, ou seja, a ação do indivíduo – fundamentada em um saber (e a técnica é a manifestação de um saber) constitui também a materialização de uma relação de poder.

“Temos que admitir que o poder produz saber; que saber e poder estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata com um campo do saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.”[16]

Onde há saber, lá estará o poder. Logo, o saber-técnico não se impõe apenas por meio do Poder institucionalizado do Estado, mas também através das relações interpessoais entre os sujeitos.

Neste sentido, é possível afirmar, a partir da contribuição de Foucault, que a técnica de gestão administrativa estará sempre associada a uma relação de poder. O saber-técnico administrativo que promove a organização, reestruturação, otimização dos serviços e atividades da Administração Pública não é neutro. Da mesma forma, os instrumentos administrativos-jurídicos de uma Administração Pública “eficiente”, seja em sentido objetivo ou subjetivo – se constituem saberes pelos quais sujeitos históricos exercem poderes em face de outros indivíduos.

A construção conceitual do princípio da eficiência – como vimos- não é algo estático, cristalizado ou definido a partir de uma atuação monológica da Burocracia. A conceituação da eficiência se faz em um processo aberto e dialético e não de maneira impositiva sob o véu de uma técnica neutra e a-histórica. Neste sentido, diálogos possíveis entre a Administração Pública Dialógica e a Gestão Ampliada podem oferecer elementos para a construção de um espaço compartilhado na qual o projeto democrático seja realmente levado a sério.

CONCLUSÃO

A Gestão Pública Ampliada e a Administração Pública Dialógica permitem um espaço de compartilhamento de debate e deliberação entre diversos atores, contribuindo para uma melhor democratização do poder e pela realização do princípio constitucional da eficiência como prática concreta tendo em vista um alargamento da fiscalização das funções estatais. Entretanto, uma eficiência que seja necessariamente aberta e construída

em um processo intersubjetivo. Em uma frase: considerar uma eficiência a priori é impor um saber-poder da Burocracia Monológica.

Observe-se que as noções de Gestão Pública Ampliada e a Administração Pública Dialógica não devem ser tratadas como um conceito unívoco e tampouco como um modelo pronto. Os processos da Gestão Pública Ampliada e a Administração Dialógica se fazem sendo, na prática concreta, no conflito e na realização de convergências. Não é algo abstrato e dado a priori. Saliente-se, ainda, que a situação de discurso em que os atores debatem, deliberam e constroem consensos é uma situação ideal que é utilizada para efeito de análise conceitual. Entretanto a assertiva não exclui a necessidade e a importância da constituição de uma arena pública nos moldes do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p.173-199.

AGABEN, Giorgio. Profanações. São Paulo: Boitempo, 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BHEN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. Revista do Serviço Público. Brasília, ano 49, n. 4, out-dez 1998.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Intervenção com foco nos resultados: elementos para o desenho e avaliação de projetos sociais. In: CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira e COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz (orgs). Gestão social: o que há de novo? Desafios e tendências. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004, volume 2, p. 69-93.

CASSIRER, Ernst. O mito do Estado. São Paulo: Códex, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2008.

FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da prisão. Petrópolis. Vozes, 1987

HABERMAS, Jurgen. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JAPIASSÚ, Hilton. Introdução ao pensamento epistemológico. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista Interesse Público, Salvador, n. 7, 2000.

_____. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: Jus Navigandi n. 30 (Internet) <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=473> (Capturado em 24 set. 2001).

MULLER, Friedrich. Quem é o povo? São Paulo: Max Limonad, 2002.

[1] CASSIRER, Ernst. O mito do Estado. São Paulo: Códex, 2003, p.168-169.

[2] BHEN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. Revista do Serviço Público. Brasília, ano 49, n. 4, out-dez 1998.

[3] Idem, p. 5.

[4] Idem, p. 6

[5] JAPIASSÚ, Hilton. Introdução ao pensamento epistemológico. Rio de Janeiro: Francisco Alves, re1977.

[6] O conceito de gerencialismo puro remonta a uma ótica liberal de ação pública, notadamente, a implantada na Grã Bretanha na administração de Thatcher e nos Estados Unidos da América, no governo Reagan, na década de 1980. Para uma melhor compreensão do assunto: ABRÚCIO, Fernando Luiz. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p.173-199

[7] Bobbio parece adotar o termo Estado Mediador in BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26

[8] HABERMAS, Jurgen. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Habermas é um filósofo alemão contemporâneo que desenvolveu a Teoria da Ação Comunicativa. Esta tem o escopo de ser um instrumento para superar a razão instrumental iluminista, que, conforme o filósofo, se tornou em um mito moderno que ocultou o domínio burguês. Para suplantar a razão instrumental iluminista,

Habermas propõe uma troca de idéias e informações entre os sujeitos históricos, configurando o diálogo como forma de produção do conhecimento.

[9] AGABEN, Giogio. Profanações. São Paulo. Boitempo. 2007.

[10] MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: Jus Navigandi, n. 30 (Internet) <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=473> (Capturado 24 set. 2001).

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2008, p.79.

[12] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 129.

[13] A expressão é de RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 73.

[14] CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Intervenção com foco nos resultados: elementos para o desenho e avaliação de projetos sociais. In: CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira e COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz (orgs). Gestão social: o que há de novo? Desafios e tendências. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004, volume 2, p. 69-93.

[15] FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da prisão. Petrópolis. Vozes, 1987. p 27

**TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES ESTADO-SOCIEDADE POR MEIO DO
LEGISLATIVO: PARTICIPAÇÃO, AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O CASO DO
PPAG EM MINAS GERAIS**

**TRANSFORMATION OF THE RELATIONS STATE-SOCIETY BY MEANS OF
THE LEGISLATIVE ONE: PARTICIPATION, AUDIENCES AND THE CASE
OF THE PPAG IN MINAS GERAIS**

**Leonardo Carvalho Ladeira
Raphael Moreira Maia**

RESUMO

O processo de concepção da democracia tem evoluído com a atribuição crescente de um papel mais significativo à sociedade, com a possibilidade de desenvolver uma racionalidade societária na busca do bem comum. Os principais avanços da participação democrática indicam a reestruturação do papel do Legislativo, ao recolocá-lo como entidade máxima de representação de interesses políticos. Entre as variadas formas de relação estabelecidas, as audiências públicas podem ser entendidas como um instrumento de partilha do poder. O artigo que ora se apresenta pretende analisar as possibilidades de avanços da participação democrática por meio da utilização desse instrumento. Para tanto, aborda-se a questão do ponto de vista político e jurídico. Por fim, o caso das audiências públicas do Plano Plurianual de Ação Governamental, da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, é analisado como emblemático por ter se tornado o principal elo entre um modelo de gerenciamento estratégico adotado com êxito pelo Executivo mineiro e a sociedade civil organizada, que uma vez por ano tem a oportunidade de analisar as ações governamentais e propor alterações, modificações e incrementos aos planos governamentais. A análise indica o interesse crescente da sociedade no processo, que teve participação crescente nos últimos seis anos, e os prováveis impactos positivos na aceitação e legitimação dos planos governamentais. As emendas aprovadas nas últimas audiências públicas permitem observar uma predominância de propostas com baixo impacto sobre a execução dos planos governamentais, embora tenham criado o espaço necessário para a institucionalização de instrumentos de controle que permitam acompanhar a implantação, pelo poder Executivo, das emendas populares aprovadas.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA - PARTICIPAÇÃO - AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

ABSTRACT

The process of conception of the democracy has evolved with the increasing attribution of a more significant paper to the society, with the possibility to develop a societária

rationality in the search of the common good. The main advances of the democratic participation indicate the reorganization of the paper of the Legislative one, when recolocar it as maximum entity of representation of interests politicians. It enters the varied established forms of relation, the audiences can be understood as an instrument of allotment of the power. The article that however if presents intends to analyze the possibilities of advances of the democratic participation by means of the use of this instrument. For in such a way, it is approached question of the point of view legal politician and. Finally, the case of the audiences of the Plan Plurianual de Governmental Ação, of the State legislature of Minas Gerais, is analyzed as emblematic by having if become the main link a model of strategical management adopted with success for the mining Executive enters and the organized civil society, that a time per year has the chance to analyze the governmental actions and to consider alterations, modifications and increments to the governmental plans. The analysis indicates the increasing interest of the society in the process, that increasing participation in last the six years had, and the probable ones positive impacts in the acceptance and legitimation of the governmental plans. The emendations approved in the last audiences allow to observe a predominance of proposals with low impact on the execution of the governmental plans, even so have created the necessary space for the institutionalization of control instruments that allow to follow the implantation, for the executive, of the approved popular emendations.

KEYWORDS: DEMOCRACY - PARTICIPATION - AUDIENCES

Introdução

A democracia consolidou-se como forma maior de constituição dos Estados e representa quase uma unanimidade entre os países na atualidade, com exceção de países cuja cultura ou religião ainda prevalecem sobre a idéia de liberdade de interação dos indivíduos e emancipação política.

O processo de concepção da democracia tem evoluído, nos últimos tempos, rumo à uma concepção que ultrapassa os limites da representação do poder, característica maior desse formato de Estado, atribuindo à sociedade um papel mais significativo, no qual exista uma racionalidade societária atingida em busca do bem comum.

Essa concepção está ligada às idéias do filósofo e cientista social alemão Habermas (2002), que abrem novas possibilidades de rediscussão do modelo democrático, para o qual a esfera pública deve ser entendida enquanto uma arena discursiva na qual os valores democráticos se formam e se reproduzem. A compatibilização e os resultados de um debate discursivo no nível da esfera pública contribuiria para a racionalização do sistema político.

A análise de Habermas não chega a prever instâncias institucionais de participação, embora ele abra caminhos para concepções de democracia ancoradas nos processos de interação e comunicação nos domínios societários, que ficaram conhecidas como a vertente da democracia deliberativa. Essa vertente, portanto, contrariando a idéia do

elitismo democrático, que limitava a possibilidade de racionalidade às elites do poder, afirma que “[...] é preciso influir na própria lógica da decisão estatal, ampliando mecanismos de participação e decisão nas diversas instâncias de deliberação e de decisão do Estado.” (NOBRE, 2004, p. 30)

Apesar de muitas críticas no campo ideológico e de análises dos limites da democracia participativa-deliberativa, se desenvolveram diversos instrumentos efetivos de participação em muitos países, especialmente na América Latina – e com muita intensidade no Brasil. O projeto democrático-participativo supõe, especialmente na abordagem latino-americana, que os participantes normalmente representam grupos que tem pouco acesso às suas necessidades pela via do mercado. Todo o projeto é baseado na idéia de que a participação pode promover a extensão e generalização do exercício dos direitos, a abertura de espaços públicos com capacidades decisórias, o reconhecimento e a inclusão das diferenças.

Em um dos seus caminhos mais férteis, o avanço das experiências democrático-participativas reestrutura o papel do Legislativo nas estruturas de governo dos países. Junior (1997, p.28) demonstra que esse poder ocupou um espaço reduzido na teoria política recente, na medida em que ou não lhe é atribuída centralidade no processo decisório, ou a própria democracia de massas levou ao desvirtuamento da atividade parlamentar e legislativa. Ele mostra que o pensamento contemporâneo, ao revalorizar a participação política como forma de ampliar os graus de democracia existentes, recoloca o Legislativo como entidade máxima de representação de interesses políticos, nos moldes do que defendia a teoria política clássica, como em Locke (2001, p.519), para quem “enquanto subsistir o governo, o legislativo é o poder supremo”, ou em Rousseau (2006, p.108), ao considerar que o “o soberano só age por meio das leis” e por isso não há outra força além do Legislativo.

Entre as variadas formas de relação estabelecidas entre a sociedade e o Estado que surgem no horizonte da participação direta da sociedade nas decisões públicas, as audiências públicas podem ser entendidas como instrumento de partilha do poder.

O artigo que ora se apresenta pretende analisar as possibilidades de avanços da participação democrática por meio da utilização do instrumento de audiências públicas. Se, por oras, esse instrumento pode conferir ao Legislativo um novo papel na ordem pública estabelecida, elas podem ainda demonstrar as possibilidades de racionalização e educação política defendidas como bandeira pelos teóricos da participação democrática.

Para tanto, será abordado, em um primeiro momento, o avanço da concepção de democracia participativa e a ligação dessa vertente à idéia de audiência pública. Posteriormente, será analisado o instrumento jurídico da audiência pública: seu surgimento e legislação para o caso brasileiro, bem como suas potencialidades e limites na visão do Direito Administrativo. Por fim, será analisado um caso específico de audiência pública, considerado relevante para as considerações colocadas: as audiências públicas do Plano Plurianual de Ação Governamental da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. As audiências públicas se tornaram o principal elo entre um modelo de gerenciamento estratégico adotado com êxito pelo Executivo mineiro e a sociedade civil organizada, que uma vez por ano tem a oportunidade de analisar as ações governamentais e propor alterações, modificações e incrementos aos planos do Executivo mineiro.

O desenvolvimento da participação na teoria democrática

A democracia brasileira desenvolveu-se ao longo dos últimos anos, especialmente depois da Constituição Federal de 1988, com experiências inovadoras no campo da participação da sociedade civil nos processos decisórios. Essas experiências representam um campo de estudos importante para a ciência política e para a administração pública. Uma das principais matrizes teóricas desse debate provém dos pensamentos do filósofo e cientista social alemão Jürgen Habermas. Habermas propõe a existência de dois tipos de racionalidade: a sistêmica (instrumental) e a comunicativa. A racionalidade sistêmica está ligada diretamente à justificativa da existência de uma burocracia pública na esfera administrativa do Estado moderno, voltada a coordenação as ações governamentais. Já a idéia de racionalidade comunicativa surge a partir da existência de uma práxis social, que só pode ser experimentada e conclusiva a partir da formação de uma arena discursiva em espaços públicos. Essa racionalidade teria papel fundamental para a tomada de decisões públicas, uma vez que traz elementos novos (não alcançados pela racionalidade sistêmica) e fundamentais para as soluções complexas exigidas pela sociedade moderna.

Nessa matriz habermasiana, a participação implica deliberação pública e circulação do poder político para além das instituições que formam o sistema político formal. Para Habermas, “a esfera pública é um espaço no qual indivíduos podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada” (HABERMAS, 1992, apud SANTOS, AVRITZER, 2002). O princípio de deliberação é a argumentação daquilo que é publicamente defensável, que está ligada à consideração, discussão e internalização das demandas desses grupos da sociedade civil pelo poder público, num ambiente de circulação de informações e garantia de mecanismos de participação pública institucionalizados.

O desenvolvimento das teorias de democracia participativa aponta para a existência de espaços de participação, por meio de uma pluralidades de formas e arranjos, nos processos deliberativos públicos, especialmente na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas. Inúmeras experiências surgiram e instrumentos de participação foram criados, experimentados, e os resultados e análises já podem indicar falhas e potenciais de tais instrumentos. Os principais autores que se dedicaram a estudar a participação e analisar suas conseqüências preocupam-se muito em distingui-la da simples participação política, por meio do pertencimento a partidos políticos ou do direito à escolha dos representantes para o governo. Na perspectiva de Jacobi (1992), a participação democrática dá-se quando surgem, da própria sociedade civil, interlocutores coletivos que, por meio de uma representação ativa, estabelecem relações mais concretas entre os cidadãos e as instituições públicas. Neste mesmo sentido, Borja (apud JACOBI, 1992:33) define participação como “[...] o encontro entre as instituições representativas, partidos e administração, por um lado, e os movimentos e organizações sociais, que existem independentemente dos partidos políticos e dos mecanismos participativos, por outro”.

Este conceito de participação estaria ligado, principalmente, à idéia de construção de uma cidadania social, em um cenário democrático no qual o papel do Estado é questionado. Acima de administrar os recursos e serviços públicos, caberia ao Estado criar e utilizar instituições participativas para definir as prioridades, por meios das políticas públicas, somente após um amplo processo de debate público.

A participação passa a ser concebida como intervenção social periódica e planejada, ao longo de todo o circuito de formulação e implementação de uma política pública, porque toda a ênfase passa a ser dada nas políticas públicas. Portanto, não será apenas a sociedade civil a grande dinamizadora dos canais de participação, mas também as políticas públicas. A principal característica desse tipo de participação é a tendência à institucionalização, entendida como inclusão no arcabouço jurídico institucional do Estado, a partir de estruturas de representação criadas, compostas por representantes eleitos diretamente pela sociedade de onde eles provêm. (GOHN, 2007:57)

Nessa linha, então, uma série de modelos surgiram e passaram a ser defendidos por esses autores. Nesse sentido, desenvolve-se a idéia de Públicos Participativos, para Avritzer e Wampler, como uma nova esfera de deliberação e negociação na democracia, compreendendo “[...] cidadãos organizados que buscam superar a exclusão social e política por meio da deliberação pública, da promoção de transparência e responsabilização (accountability) e da implementação de políticas públicas.” (AVRITZER, WAMPLER, 2004: 212)

A grande questão de todos esses modelos participativos é a inclusão de aprendizado e ampliação das possibilidades de solução dos problemas públicos a partir da participação. O conhecimento científico deve ser utilizado como apoio às discussões e não orientador único das mesmas, uma vez que os problemas enfrentados cotidianamente pela sociedade geram uma série de informações relevantes para a tomada de decisão coletiva. Na visão de Brasil (2007), a participação torna-se fonte de legitimidade e de justificação moral da democracia e, por isso mesmo, representa o valor político de maior grau.

A intenção destes instrumentos de democracia participativa é complementar a representatividade por meio da recuperação de figuras da democracia direta, criando um sistema institucional relativamente aberto para propiciar a experimentação. A participação política concebida nos marcos da noção de democracia participativa implica, desse modo, a redefinição das relações entre Estado e sociedade, o fortalecimento e a democratização da sociedade e do Estado.

Uma crítica importante à participação parte da análise de Vita (2004). Para o autor, a democracia deliberativa representa uma visão rousseauiana-habermasiana idealizada, cujo resultado é uma possibilidade de deliberação que só ocorre em um nível ideal em que os participantes têm as mesmas condições de informação e os mesmos recursos de conhecimento para a discussão argumentativa. O desafio da democracia, mais que ampliar a participação em deliberações públicas, seria criar igualdade de oportunidades políticas.

Para Vita (2004:123), os processos deliberativos perdem legitimidade pela presença de significativas desigualdades de recursos políticos, incluindo as desigualdades de recursos cognitivos e de capacidade argumentativa, entre os participantes.

Níveis elevados de pobreza e desigualdade e uma excessiva concentração da riqueza e da propriedade degradam o valor que as liberdades políticas têm para os mais desfavorecidos e permitem que os mais favorecidos, porque são mais capazes de tirar proveito e direitos de oportunidades institucionais que em princípio são iguais para todos, exerçam um peso desproporcional sobre os termos da discussão pública e sobre as decisões políticas.

Apesar de todas as críticas no campo ideológico e as análises dos limites da democracia participativa-deliberativa, se desenvolveram diversos instrumentos efetivos de participação em muitos países, especialmente na América Latina – e com muita intensidade no Brasil. Esses instrumentos concretizam os ideais do viés deliberativo da democracia e apontam os principais caminhos para correção de falhas no modelo.

Origens jurídicas das audiências públicas

Segundo a Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático de Direito*. Essa simples constatação, com efeito, produz no mundo jurídico uma série de conseqüências, dentre as quais podemos destacar a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos (OLIVEIRA, 1997, p. 272). Isso porque o Estado só é *de Direito*, se houver submissão de seus governantes ao princípio da legalidade. Segundo tal princípio, o administrador público só pode fazer o que a lei expressamente permitir. Nas palavras dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p.119):

[...] a Administração, além de não poder atuar contra a lei, ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser contra legem nem praeter legem, mas apenas secundum legem). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que o haja editado ou pelo Poder Judiciário.

Como se vê, a submissão ao princípio da legalidade é uma garantia assegurada aos cidadãos contra os arbítrios do Poder Público.

A idéia de democracia, por sua vez, está relacionada ao conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos (BOBBIO, 1992, p. 18). Tal idéia, como se vê, relaciona-se, intimamente, à atuação do governo.

Entretanto, para que o enunciado acima possa se adequar à noção clássica de democracia (governo do povo, pelo povo e para o povo) deve-se entender que a titularidade do poder estatal é conferida ao povo (OLIVEIRA, 1997, p. 272).

Assim, a instituição de instrumentos que possibilitem que, além da lei, o povo possa exercer um controle sobre a atuação governamental, em muito legitima o princípio democrático. É necessário, então, submeter o poder estatal às necessidades e interesses do povo (MOREIRA NETO, 1992, p. 65). Nas palavras de CANOTILHO (*apud*

OLIVEIRA, 1997, p. 272), é a democratização da democracia, ou seja, a condução e a propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político.

Nesse sentido, a Constituição da República, promulgada em 1988, ao mesmo tempo em que institui o *Estado Democrático de Direito*, tratou de estabelecer caminhos para uma maior participação popular na esfera administrativa. Essa é, portanto, uma característica essencial do Estado de direito democrático, porque aproxima mais o particular da Administração, diminuindo as barreiras entre Estado e sociedade (DI PIETRO, 1993, p. 92).

A audiência pública, com efeito, é um dos instrumentos instituídos pelo Estado para tornar efetiva a participação popular. Trata-se, conforme Diogo Figueiredo MOREIRA NETO de um

[...] instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual.

A audiência pública situa-se, assim, como um mecanismo que contribui para uma mudança conceitual na idéia de democracia. Não se trata mais de uma simples escolha de quem vai governar, mas, acima de tudo, de como os que escolhem querem ser governados (MOREIRA NETO, 1992, p. 204).

Ressalta-se que a realização de audiências públicas pela Administração encontra respaldo em grande parte dos princípios constitucionais, implícitos e explícitos, ligados à Administração Pública. Não se pode negar, nesse sentido, que a realização de audiências públicas contribui para uma maior publicidade e transparência das ações governamentais, atendendo aos princípios da publicidade e moralidade, ambos previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Na mesma linha, a Lei Maior, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, determina que:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

[...] (BRASIL, 1988)

Não há como negar que a realização das audiências contribui, também, para a efetivação dessa garantia fundamental. Ademais, a forma pela qual ela são realizadas, consagra, também, no aspecto administrativo, os princípios do contraditório e ampla defesa. Isso porque “o que qualifica a audiência pública, nesse contexto, é a participação oral e efetiva do público no procedimento ordenado, como parte no sentido jurídico, e não meramente como espectador” (SOARES, 2001)

Além de servir ao exercício da função administrativa, a audiência pública no Brasil se presta, também, para subsidiar o desempenho da função legislativa, conforme art. 58,

§2º, II, da Constituição da República de 1988, da função judiciária (art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999) e da missão institucional do Ministério Público (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/1993).

No Estado de Minas Gerais, a Constituição Estadual, ao tratar sobre a competência das comissões da Assembléia Legislativa, determina que:

Art. 60 - A Assembléia Legislativa terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma do Regimento Interno e com as atribuições nele previstas, ou conforme os termos do ato de sua criação.

[...]

§ 2º - Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

[...]

II - realizar audiência pública com entidade da sociedade civil;

III - realizar audiência pública em regiões do Estado, para subsidiar o processo legislativo, observada a disponibilidade orçamentária; (MINAS GERAIS, 2009)

Por todo o exposto, conclui-se que as audiências públicas se inserem no ordenamento jurídico brasileiro como instrumentos de participação popular em muitos processos administrativos. Mais do que isso, esse instituto contribui para a consolidação do Estado Democrático de Direito e para o efetivo cumprimento de alguns princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e para a realização de algumas garantias fundamentais.

O modelo de planejamento governamental mineiro

Para iniciar a análise do caso das audiências públicas do Plano Plurianual de Ação Governamental é necessário apresentar brevemente o modelo de planejamento adotado pelo governo mineiro desde 2003, que permitiu focalizar as ações governamentais utilizando concepções de estratégias advindas da administração privada.

O governo de Minas Gerais implantou uma série de ações, no primeiro ano de governo, dentro de um programa que chamou de *Choque de Gestão*. Este foi um programa de ajuste fiscal, que buscou atingir o chamado “*déficit zero*”, no que obteve sucesso logo nos primeiros anos de governo, se considerarmos déficit zero o ajuste entre a receita estimada e as despesas fixadas, para cada exercício financeiro, excluindo precatórios e a dívida pública.

Todo esse programa foi acompanhado da implantação de um modelo de planejamento com horizontes de curto, médio e longo prazo, cujo esquema principal se mostra a seguir:

- a) Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI), particular a Minas Gerais, equivale à formulação estratégica ou plano estratégico das organizações privadas, ou seja, define a estratégia de longo prazo do governo. O PMDI é um dispositivo da Constituição Estadual e é o único instrumento de planejamento acrônico na sua previsão e sem vigência pré-determinada;
- b) Plano Plurianual de Ação Governamental (PPAG), desdobramento do PMDI para um período de quatro anos. O PPAG detalha os programas e ações que o governo implementar, com as previsões financeiras e de realização física;
- c) Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), como o nome indica, estabelece as orientações para elaboração dos orçamentos anuais;
- d) Orçamentos anuais (LOA), detalhamento das previsões financeiras e físicas do PPAG para cada exercício. (GUIMARÃES, ALMEIDA, 2006, p.13)

Para Guimarães e Almeida (2006) um dos grandes desafios da administração pública refere-se à capacidade de conectar planejamento e orçamento. A falta de critérios objetivos para estimar receitas e fixar despesas gera um nível de discricionariedade na execução do orçamento, permitindo que o Executivo tenha liberdade para escolher quais despesas serão, e quando serão, executadas. Os instrumentos de planejamento deveriam ser ferramentas efetivas de gestão, permitindo a construção de mecanismos que alterem a cultura do subdesempenho do setor público e produzam resultados perceptíveis para a sociedade.

Para enfrentar esse desafio foram adotadas duas tecnologias no planejamento mineiro: o Duplo Planejamento e a Gestão Estratégica de Recursos e Ações do Estado (GERAES).

O primeiro foi retirado de uma experiência de abordagem para empresas privadas (DEREK, 1999, apud GUIMARÃES, ALMEIDA, 2006). Essa abordagem envolve a construção de estratégias simultâneas, uma com foco na gestão das atividades atuais e outra concentrada na competência para gerenciar as mudanças necessárias para o futuro. A construção da estratégia para o futuro foi baseada no plano de governo vencedor das eleições de 2002 e em um diagnóstico de aspectos socioeconômicos de Minas Gerais, cenários normativos e cenários exploratórios que estimam indicadores de riqueza e qualidade de vida para o Estado até 2020, no primeiro governo, e até 2023, após a eleição seguinte, em 2006.

Por outro lado, a construção da estratégia para o presente foi o segundo instrumento referido, o GERAES. Ele foi lançado em julho de 2003 e continha uma carteira de 31 projetos estruturadores, detalhados no plano governamental de médio prazo (o PPAG), por meio de metas físicas e financeiras. Os projetos foram escolhidos como principais promotores do desenvolvimento no Estado e abrangeram modernização da gestão pública, infra-estrutura, meio ambiente, educação, segurança e saúde, entre outras áreas. Em 2007, uma nova carteira de projetos estruturadores é aprovada, dentro de um novo PPAG, contendo desta vez 57 projetos, ampliando a estratégia contemplada no primeiro planejamento.

Neste sentido o modelo mineiro é inovador: os projetos estruturadores têm fluxo de recursos privilegiado e controle especial. Eles são as últimas despesas orçamentárias

passíveis de contingenciamento e, desde o início do governo, foram aqueles que receberam o maior volume de recursos nos orçamentos anuais e nas suplementações ao longo da execução financeira. O diferencial do controle nos projetos estruturadores é baseado em um tipo de gerenciamento de projetos utilizado comumente pela administração de empresas privadas.

Todos esses instrumentos seriam fundamentais para trazer governança e governabilidade ao governo, por permitir uma implantação eficaz do planejamento governamental, que atingisse os critérios indicados por Porto e Silveira (2006, p.69). Para os autores, é indispensável, “[...] (1) traduzir a estratégia em projetos prioritários, com alocação de recursos diferenciada; (2) um esquema de gerenciamento intensivo destes projetos; (3) a mensuração e monitoramento dos resultados e a avaliação do progresso da estratégia; e (4) o envolvimento direto do governante e a comunicação da estratégia e seus resultados.”

Todas as estratégias adotadas fazem com que o conjunto de projetos estruturadores corresponda ao principal foco estratégico do governo. Essa estratégia de concentração é semelhante à identificada por Carneiro (2004, p.68), ao envolver a seleção, “[...] dentre as alternativas factíveis de intervenção, daquelas que se apresentam como as melhores opções para a consecução de um dado objetivo ou a promoção de determinados resultados.”

A estratégia governamental mineiro, portanto, é diretamente traduzida pelo modelo apresentado: a materialização dos planos se dá por meio de projetos estruturadores, que ligam objetivos de longo prazo do PMDI aos planos de médio prazo (PPAG, onde são definidos) e curto prazo (as leis orçamentárias anuais, onde seus recursos são detalhados).

O processo de escolha e avaliação dos projetos estruturadores nesse modelo de gerenciamento estratégico mineiro é identificado com características de centralização decisória (ver LADEIRA, 2008). O momento da escolha dos projetos estruturadores é o momento de decisão sobre a priorização da ação estatal. Na definição dos projetos são “escolhidos”: escopo e abrangência das ações; público-alvo; prioridade na utilização de recursos; áreas para integração. Na área privada essa decisão é simplificada pelo objetivo do lucro: priorizam-se as áreas que darão mais retorno financeiro e as ações são definidas. Na área pública, essa decisão envolve todos os *trade-offs* comuns à administração pública: onde investir prioritariamente? Em políticas de emprego ou de educação? Investir na profissionalização da burocracia pública ou nas políticas de transferência de renda? Enfim, a racionalidade pública torna-se fundamental a esse momento do gerenciamento estratégico.

Em Minas, a escolha dos projetos estruturadores, no primeiro governo (em 2003), deu-se por meio de estudos, que permitiram escolhas técnicas e decisão política.

O processo de escolha dos projetos estruturadores teve início após a construção da estratégia de longo prazo [...]. Os dirigentes das organizações de governo - secretários de Estado, secretários adjuntos, subsecretários e dirigentes das principais empresas, autarquias e fundações - e especialistas nas diversas áreas definiram um conjunto de aproximadamente 130 potenciais projetos estratégicos. Para cada projeto deste conjunto, já havia a definição do resultado esperado e uma estimativa inicial de custos, fontes de

financiamento e prazos. Este conjunto foi reduzido a menos da metade e apresentado ao governador, que escolheu os Projetos Estruturadores que comporiam o portfólio de projetos submetidos à Gestão Estratégica de Recursos e Ações (GERAES). (GUIMARÃES; ALMEIDA, 2006, p.34)

Essa mesma lógica foi seguida no segundo governo, iniciado em 2007, período em que foi revisto o PMDI e elaborado um novo PPAG, dessa vez contendo o número de 57 projetos estruturadores, sendo boa parte deles continuidade dos projetos anteriores, só que desta vez agrupados em 11 áreas de resultados mais amplas (Minas Gerais, 2007).

O governo de Minas instaurou, ainda, a prática dos Comitês de Área de Resultado, reuniões de alta gerência que se iniciaram a partir da segunda administração, em 2007. Cada área de resultado envolve alguns projetos de linha semelhante e em cada comitê são analisadas as informações referentes ao andamento desses projetos. São apresentadas ao vice-governador as principais entregas, as informações do andamento dos projetos por meio do resumo dos relatórios (Status Report), além dos problemas, riscos e dificuldades na execução dos projetos. A reunião é conduzida pelo vice-governador que busca conhecer os motivos e recolher justificativas das autoridades presentes para os atrasos. A partir das justificativas apresentadas, podem ser traçados cenários de atuação direta na solução das questões, como remanejamento orçamentário, interferência da alta administração ou interveniência do governador com outras instituições para solução de conflitos, o que caracteriza o caráter de avaliação de estratégia desta reunião, que ocorrer com periodicidade bimestral para cada Área de Resultados.

Ambos os processos, portanto, tem caráter de centralização decisória e estão mais ligados às concepções mais clássicas de estratégia: a figura de líderes que, do topo de uma hierarquia, determinam metas e objetivos de curto e longo prazo e tomam as decisões finais, legitimados pelo seu poder racional e técnico, adquiridos por experiência e a legitimidade da representação democrática.

Para Carneiro (2004, p.65), a lógica do planejamento participativo “[...] representa, em particular, uma das principais formas de conferir materialidade aos propósitos de aproximar o poder público da população interessada nas atividades que este desenvolve.” O grande desafio do planejamento no setor público é o mapeamento e a identificação de quais necessidades e interesses priorizar, o delineamento e a análise dos cursos de ação factíveis, congruentes com os objetivos e valores definidos, e a especificação e avaliação dos resultados deles esperados.

As audiências públicas do PPAG, que serão apresentadas a seguir, representam um instrumento que visa democratizar as principais decisões de alocação de recursos e escopo para os projetos estruturadores, bem como a avaliação de execução dos mesmos.

As Audiências Públicas do PPAG em Minas Gerais

Desde 2003, a Comissão de Participação Popular da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais promoveu audiências públicas para a discussão e proposição de emendas para a Lei do Plano Plurianual de Ação Governamental – PPAG. No caso dos PPAG elaborados nas duas gestões do governo atual (em 2003 foi elaborado o PPAG 2004-2007, e em 2007 o PPAG 2008-2011), as audiências tiveram papel importante no que se refere à participação da população na discussão dos projetos estruturadores escolhidos pelo governo.

O poder de interferência está ligado à função legislativa. Cabe ao Poder Legislativo discutir e aprovar, com possibilidade de emendas de alteração ou inclusão de novos itens, os planos do Poder Executivo. As audiências públicas, conforme já descrito, são uma possibilidade de participação popular na discussão legislativa, criadas a partir da Constituição de 1988. Cabe à Assembléia promover as audiências para receber, da sociedade, sugestões e propostas de emendas às leis e, no caso, aos planos governamentais.

As audiências públicas funcionam como debates em que são apresentados e discutidos os projetos estruturadores, em especial metas físicas e financeiras previstas no plano, e recebidas sugestões de emendas através de formulário preenchido por cidadãos ou grupos sociais organizados. Todas as sugestões são analisadas pela Comissão de Participação Popular e desdobradas em proposições legislativas. Estas proposições podem se tornar tanto requerimentos como propostas de emendas que serão encaminhadas à Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária, responsável pela análise e parecer da lei do PPAG.

Em 2003, a primeira audiência pública realizada na elaboração do PPAG 2004-2007 já indicou o potencial de sucesso do processo. Participaram das audiências 700 pessoas, com representação de 237 entidades civis. Surgiram, no processo, 203 propostas e, ao final do processo, foram incorporadas 76 emendas populares ao PPAG.

O resultado mais evidente das audiências foi a inclusão de um programa, não planejado pelo governo. A carteira dos projetos estruturadores continha inicialmente 30 projetos, e as audiências conseguiram aumentar para 31, incluindo o projeto “Inclusão social de famílias vulnerabilizadas”, contemplando ações de combate à violência, exploração sexual e de trabalho infantil, geração de trabalho e renda, proteção ao idoso e às pessoas com deficiência, entre outros. Entre as propostas incluídas estava a emenda que previa a obrigatoriedade de revisão anual do PPAG com participação popular.

Essas revisões ocorreram durante todos os anos seguintes, sempre impactando as novas leis orçamentárias com emendas populares, conforme tabela a seguir.

Fonte: MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. *Comissão de Participação Popular*. Belo Horizonte, 2007. (adaptado)

O novo PPAG 2008-2011, elaborado no ano de 2007, também passou por um processo de audiências públicas, desta vez com a inovação da realização das audiências regionais

(Araçuaí, Frutal e Juiz de Fora) e a parceria com o Poder Executivo, que esteve presente, por meio dos gerentes dos novos projetos estruturadores, participando da discussão da proposta governamental. As metas e indicadores são apresentados pelos próprios gerentes executivos nos debates. Neste momento, eles são responsáveis por fomentarem a discussão, bem como tirar dúvidas e debater propostas que poderão afetar diretamente as proposições que serão feitas pela população participante.

A primeira revisão do PPAG 2008-2011, realizada em novembro de 2008, manteve a realização de audiências regionais, desta vez em Itaobim, Ituiutaba, Barbacena e Montes Claros, e inovou na realização de uma capacitação de lideranças das principais entidades civis que se inscreveram no processo. A capacitação representou a possibilidade de preparar os principais atores da sociedade civil para a participação, detalhando o processo de construção de planos governamentais e permitindo a melhor compreensão da linguagem técnica da Administração Pública utilizada nesses planos e nas leis orçamentárias. Como resultado mais relevante da última revisão, a participação da sociedade civil conseguiu garantir a aprovação de uma emenda que instituiu um mecanismo para o acompanhamento semestral da execução dos programas estruturadores do PPAG, por meio da realização de novas audiências públicas pela Assembléia Legislativa. Com a aprovação desta emenda, permite-se mais um instrumento de participação popular por meio de audiências públicas, destinado à formulação e ao monitoramento das políticas públicas do Estado. A primeira experiência, que ocorrerá no ano de 2009, permitirá indicar novos caminhos para a participação democrática no planejamento estratégico do governo mineiro.

A realização das audiências públicas, bem como os resultados aqui apresentados, pode ser entendida como um momento de partilha do poder, no entanto uma série de questões importantes permanece para permitir que uma análise mais profunda deste instrumento seja feita. Com as limitações evidentes de profundidade, este artigo pretende analisar uma dessas questões: o tipo de emenda gerada pela participação popular nas audiências públicas do PPAG afeta objetivamente o escopo dos projetos estruturadores do governo de Minas? Que tipo de proposta é aprovada, uma vez que todas elas passam pelo crivo dos deputados do poder Legislativo e, naturalmente, pela negociação direta com o poder Executivo? Qual é o grau de empoderamento dessas emendas aprovadas em relação à participação da sociedade civil?

Para tentar minimizar parte dessas questões, o artigo será composto pela análise quantitativa e qualitativa do tipo de alteração provocado nos planos pelas emendas de participação popular. Para proceder a análise serão utilizadas as emendas legislativas geradas na última revisão do PPAG 2008-2011, cujas audiências se realizaram em novembro de 2008. A preferência por estas emendas pretende captar, por um lado, o caráter mais permanente do tipo de interferência, uma vez que se trata de uma revisão e não elaboração do PPAG, o que indica uma participação mais qualificada e menos “quente”, no sentido de que os interesses em questão afetam um horizonte menor (de um ano ao invés de quatro); por outro lado, o grau de maturidade da participação democrática nesse instrumento de participação, uma vez que a experiência já apresenta 6 anos de evolução e naturalmente o avanço da experiência permite construir propostas mais ponderadas da participação popular.

A análise baseia-se na característica principal da emenda, que pode indicar o potencial de alteração mais ou menos efetiva no planejamento governamental. Essa indicação será

feita junto à classificação, a partir da idéia de que o PPAG é um plano governamental e embora, como já demonstrado, o modelo mineiro tenha contribuído para melhorar a relação entre os planos governamentais e a execução dos projetos, a distância entre planejamento e execução continua a ser uma realidade para a Administração Pública. No caso específico da alteração de planos governamentais, a dificuldade de, a partir do poder Legislativo, alterar de forma efetiva a execução da ação governamental, de competência do Executivo, se dá principalmente em função de dois motivos:

1) A falta de compreensão dos planos governamentais enviados pelo Executivo e consequente falta de exequibilidade das emendas propostas – muitas alterações sugeridas pelas emendas não afetam a execução porque não especificam o escopo efetivo da ação ou não dão condições financeiras de realizá-las (ao determinarem recursos insuficientes por exemplo), ou simplesmente porque não alteram substancialmente nenhuma característica do plano que afete a execução do que já estava previsto pelo Executivo (ao simplesmente alterarem pontos isolados do escopo das ações por exemplo);

2) Inexistência de instrumentos de controle do Legislativo sobre o Executivo na execução das emendas aprovadas – muitas vezes as emendas aprovadas são, em especial quando inexecutíveis, desconsideradas na execução dos planos. Não existem instrumentos institucionalizados que garantem ao Legislativo acompanhar as alterações, inclusive orçamentárias, aprovadas como emendas.

A classificação para as emendas, neste artigo, seguirá as seguintes divisões:

Programa novo – quando a emenda sugere um programa novo ao plano. O programa é um conjunto de ações voltadas para determinado fim e contém ações (com escopo geral, metas físicas e financeiras), indicadores do programa, resultados finalísticos e objetivos estratégicos. Trata-se do tipo de emenda mais complexo e que altera mais significativamente a ação governamental, uma vez que dificilmente é desconsiderado pelo Executivo, que deverá se planejar e reorganizar para executar o mesmo.

Ação nova – quando a emenda insere uma ação nova no programa governamental. Trata-se de uma emenda mais completa porque, ao indicar a ação, também indica-se finalidade, objetivo, produto, unidade de medida, metas físicas e financeiras, com alocação de recursos por cancelamento compensatório (de outras ações). Trata-se ainda de uma alteração mais evidente dos planos governamentais, com alta possibilidade de efetividade.

Meta físico-financeira – quando a emenda altera a programação física e/ou financeira das ações programadas. Trata-se de re-alocação de recursos nos planos governamentais e é bem efetiva para indicar, por parte do Legislativo, as demandas representadas pelo mesmo. É uma alteração significativa e, quando executada, pode alterar efetivamente os planos governamentais, especialmente quando bem indicado, na sugestão de alteração das metas, a justificativa da mesma.

Integradas – quando a emenda sugere alterações na ação de forma integrada: finalidade, objetivo, regionalização, produto, sem alterar metas físicas e financeiras. Por ser integrada trata-se de uma interferência mais completa no plano, porque indica mais

claramente as justificativas da alteração proposta ganhando, assim, maior possibilidade de efetividade.

Mudança de produto – quando a emenda sugere uma medição da ação governamental (produto e unidade de medida) diferentes da sugerida pelo Executivo. Trata-se de uma alteração importante porque determina o foco da ação governamental. Quando sugere-se trocar número de escolas atendidas por número de alunos atendidos, por exemplo, determina-se um novo foco para a ação governamental, que deve assegurar como meta física o novo produto sugerido.

Escopo geral – quando a emenda sugere alterações no escopo geral da ação: nome, finalidade, objetivo, alocação da ação dentro do programa, dentre outros. Este é um tipo de alteração com maior probabilidade de baixa interferência na ação governamental. Trata-se do problema típico da distância entre os planos e a execução das ações: o texto aprovado não garante a alteração do escopo da ação governamental, caso não haja um controle forte por parte do Legislativo.

Regionalização – quando a emenda sugere uma realocação de metas físicas e financeiras por região de planejamento. O Sistema de Informações Gerenciais e de Planejamento do Governo de Minas (SIGPLAN) classifica cada meta física e financeira por uma das 10 regiões de planejamento do governo mineiro. No caso dos planos, esta distribuição regional é estimada, desafio que ainda é problemático no setor público: grande parte dos órgãos governamentais possuem baixa capacidade de estimar com precisão os seus investimentos e despesas futuras por região, preferindo utilizar, no próprio sistema, classificações como “Diversos municípios Estadual” ou a região central, nos casos em que o gasto é realizado de forma centralizada com benefícios descentralizados para todo o Estado. Em função disso, o indicador de regionalização do PPAG tem baixa relevância para o direcionamento real da ação governamental. Alterações de regionalização realizadas por emenda podem indicar a demanda de incluir ou priorizar determinadas regiões, mas tem a menor efetividade dentre as classificações de emendas aqui sugeridas.

Gerais – quando a emenda aborda um aspecto geral do planejamento governamental. Alguns exemplos são a obrigatoriedade de revisões anuais do PPAG, aprovada em 2003, e a instituição de um mecanismo de acompanhamento semestral da execução dos programas, por meio da realização de novas audiências públicas, aprovada na revisão em questão.

A classificação das 138 emendas parlamentares surgidas a partir da participação em audiências públicas e aprovadas pela Comissão de Participação Popular na última revisão do PPAG 2008-2011, realizada em 2008 visando o exercício 2009, está no gráfico a seguir.

Fonte: MINAS GERAIS. Diário Oficial Minas Gerais. *Diário do Legislativo*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 10/12/2008.

É possível verificar grande concentração (61%) das emendas nas alterações com menor impacto direto sobre a ação governamental: alterações de regionalização e no escopo geral. Neste caso, esta característica pode ser justificada por duas hipóteses: baixa capacidade de sugerir alterações consistentes nos planos por parte da sociedade civil organizada ou pequeno espaço para interferência direta no planejamento governamental, com priorização para aprovação de emendas populares com baixo impacto sobre os planos, por parte da Comissão de Participação Popular que é responsável pela aprovação das emendas surgidas nas audiências públicas. No entanto, em função do alto número de emendas aprovadas permanece relevante a porcentagem das alterações com maior impacto sobre os planos governamentais (31%), no caso ações novas ou alterações de metas físicas e financeiras.

As alterações sugeridas nas emendas aprovadas referem-se não somente a projetos estruturadores, mas a todos os projetos executados pelo governo do Estado de Minas Gerais. No caso das emendas surgidas nas audiências públicas essa concentração é mais evidente em função de toda a estrutura da audiência ser voltada para esses projetos prioritários, conforme explicitado na descrição das audiências. Em 2008, das 138 emendas aprovadas pela Comissão de Participação Popular, 90 (65%) referiam-se a projetos estruturadores.

É relevante ainda comparar a classificação das emendas aprovadas pela Comissão de Participação Popular com as demais emendas aprovadas, de autoria dos deputados estaduais, na revisão do plano. No total, foram 241 emendas aprovadas de autoria dos deputados, completando 379 emendas ao PPAG 2008-2011, na revisão realizada em 2008.

Fonte: MINAS GERAIS. Diário Oficial Minas Gerais. *Diário do Legislativo*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 10/12/2008.

É possível observar uma predominância das emendas com maior impacto sobre a ação governamental (ações novas e metas físico-financeiras) no caso das emendas dos deputados. É possível observar ainda, a inclusão de dois programas (não-estruturadores) por parte dos mesmos, o que não ocorreu no caso das emendas populares.

A classificação realizada não pretende esgotar as análises possíveis sobre as propostas de emendas populares surgidas em audiências públicas do PPAG, nem mesmo impor algum tipo de nivelção das mesmas, mas neste artigo servem para sustentar algumas das conclusões que serão abordadas na próxima seção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização das audiências públicas, bem como os resultados aqui apresentados, pode ser entendida como um momento de partilha do poder. No entanto, na visão de Tenório (1999:13), o objetivo de uma gestão democrática “[...] envolve necessariamente conferir

aos cidadãos que participam o real direito de decisão, e não apenas consulta.”, como é o caso dos processos de participação no Poder Legislativo, limitados pelo acatamento ou não das sugestões pelos deputados. Além disso, refere-se a uma participação promovida pelo Poder Legislativo e posterior à elaboração detalhada dos planos. Isso significa que é um processo mais complicado no que se refere à adaptação dos planos à consideração dos participantes.

Uma vez que os planos são elaborados por técnicos e já chegam às Assembléias com um desenho final, o poder de interferência da participação popular é restrito, pela própria assimetria de informações existente. Estabelecendo uma conexão com a concepção habermasiana, essa experiência torna-se limitada, pois “o poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe, de uma maneira ou de outra.” (HABERMAS, 2002:282)

Se esse instrumento participativo é limitado, por um lado, por outro pode sugerir a dimensão do interesse da sociedade na discussão dos planos governamentais. Grande parte dos participantes das audiências públicas representa grupos sociais maiores, abrangendo parte relevante da população beneficiada por políticas públicas e interessada na discussão das mesmas. Algumas características tomadas pelas audiências públicas, especificamente no caso das audiências do PPAG mineiro, podem demonstrar o avanço crescente dessa experiência de participação pública.

A parceria do poder Executivo na realização das audiências, em especial quando se realizam sessões regionais, como nos últimos dois anos, representa uma possibilidade enorme de ampliar a racionalidade comunicativa permitida por este tipo de instrumento participativo. Esta possibilidade inovadora representa justamente a possibilidade de aumento do nível de informações que gera maior eficiência ao processo de deliberação pública. Fung (2004, p.186) indica que nesses momentos “[...] os representantes podem esperar aprender não apenas acerca das preferências e valores dos cidadãos, mas também sobre suas próprias operações e estratégias: sobre o que está funcionando e o que não está em seus esforços de resolução de problemas e de implementação de políticas.” Além disso, esse tipo de debate público pode conferir maior legitimidade ao processo, eficácia – na incorporação das perspectivas dos diversos atores envolvidos-, além da adesão aos planos governamentais. A observação participante permitiu identificar que a maior parte dos grupos envolvidos no processo interferiu, nas audiências públicas, no sentido de melhorar os projetos estruturadores, acrescentando informações e ideia ao escopo principal do programa e demonstrando alto nível de satisfação e surpresa com a qualidade técnica dos projetos apresentados.

Brasil (2007) insere ainda o impacto positivo dessa aceitação dos planos governamentais na sustentabilidade, solidez e continuidade dos mesmos. Isso seria a resposta para dois problemas fundamentais da Administração Pública na atualidade: a instabilidade dos planos frente à mobilidade política dos governos e o baixo envolvimento dos cidadãos nesses planos. Sendo assim, a escolha por uma via público-participativa dos projetos estruturadores poderia significar uma grande visibilidade e adesão dos cidadãos aos mesmos, aumentando conseqüentemente o compromisso político estabelecido e o maior nível de cobrança e cooperação do povo na implementação dos projetos. Por exemplo, a articulação entre diferentes níveis de

governo, no caso o nível estadual e o municipal, e entre os poderes, Executivo e Legislativo, poderia ser afetada positivamente pela pressão popular.

Por fim, uma das grandes novidades no processo das audiências públicas do PPAG mineiro, em 2008, pode indicar a força desse caminho para a construção da democracia participativa idealizada pelos teóricos da participação e deliberação. Trata-se da possibilidade de capacitar as lideranças para participarem do processo, no caso, das audiências públicas. Os democratas participativos indicam, como grande contribuição da participação ao amadurecimento político, que essas “[...] arenas deliberativas funcionam como escolas de democracia onde os indivíduos adquirem acentuadamente as habilidades da cidadania e passam a considerar os interesses públicos mais acentuadamente em suas próprias preferências e inclinações.” (FUNG, 2004, p.187) Essas habilidades da cidadania estão diretamente ligadas à ideia de desenvolvimento do capital social. Brugué, Font e Goma (*apud* BRASIL, 2007, p.118) colocam a incorporação de colaboradores nas deliberações públicas e o fortalecimento do capital social como um dos maiores potenciais da participação.

O caso das audiências públicas do PPAG mineiro pode, portanto, indicar as possibilidades de participação democrática que esse instrumento gera para a população local, bem como os limites deste tipo de participação. Os caminhos mais férteis para o desenvolvimento e fortalecimento da experiência são, certamente, o aumento do conhecimento dos que se envolvem, para que apresentem sugestões mais adequadas e exequíveis aos poder público por meio das audiências e a institucionalização, por parte do Legislativo, de instrumentos de controle que permitam acompanhar a implantação dessas emendas por parte do poder Executivo. O último caminho certamente começará a ser trilhado a partir das primeiras audiências públicas de “avaliação dos resultados alcançados pelos programas estruturadores”, instituída pela emenda nº 375, na Revisão do PPAG 2008-2011, realizada em novembro de 2008, de autoria da Comissão de Participação Popular, a partir de proposta geral surgida nas audiências públicas.

BIBLIOGRAFIA

AVRITZER, Leonardo; WAMPLER, Brian. Públicos Participativos: sociedade civil e novas instituições participativas no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos (org.). *Participação e Deliberação – Teoria democrática e Experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.

BRASIL, Flávia. A participação cidadã nas políticas sociais e na gestão de programas e projetos: potenciais e desafios. In: FAHEL, Murilo; NEVES, Jorge Alexandre Barbosa. (orgs). *Gestão e avaliação de políticas sociais no Brasil*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2007.

CARNEIRO, Ricardo. O planejamento na esfera pública: fundamentos teóricos, possibilidades e limites operacionais. In: CARNEIRO, Carla Bronzo; COSTA, Bruno Lazzarotti. (org.). *Gestão Social: o que há de novo?* Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004.

FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. (org.). *Participação e deliberação – Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*.3d. São Paulo: Cortez, 2007. (Coleção Questões da nossa época, v. 84)

GUIMARÃES, Tadeu Barreto; ALMEIDA, Bernardo Tavares. Da estratégia aos resultados concretos: a experiência do governo de Minas (2003-2005). *Cadernos BDMG*, Belo Horizonte, Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais, n. 12, abr. 2006.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. São Paulo, Ed. Loyola, 2002.

JACOBI, Pedro. Participação e gerência dos serviços de saúde: desafios e limites no município de São Paulo. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, abr./jun. 1992.

JUNIOR, Olavo Brasil de Lima. *Instituições Políticas Democráticas – o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. 143p.

LADEIRA, Leonardo Carvalho. *A lacuna da participação democrática no modelo de gerenciamento estratégico no governo do Estado de Minas Gerais*. 2008. Monografia (Curso Superior de Administração Pública) – Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 377-601.

MINAS GERAIS. Diário Oficial Minas Gerais. *Diário do Legislativo*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 10/12/2008.

MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. *Comissão de Participação Popular*. Belo Horizonte: Gerência-Geral de Imprensa e Divulgação da ALMG, 2007.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (coord.). *Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI) 2007-2023*. Belo Horizonte, 2007.

MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. 13 ed. Belo Horizonte, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito de participação política : legislativa, administrativa, judicial : fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução*. In: COELHO, Vera Schattan. NOBRE, Marcos. (orgs). *Participação e deliberação – Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, *As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, v.34, nº 135, p. 271-281, jul./set. de 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/280> > Acesso em 27/04/2009

PORTO, Cláudio; SILVEIRA, José Paulo. *Implantação e gestão da estratégia de governo*. *Cadernos BDMG*, Belo Horizonte, n. 12, abr. 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. AVRITZER, Leonardo. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 287, p. 250-283, 2001.

TENÓRIO, Fernando G. COSTA, Frederico L. *Bases conceituais e metodológicas para o estudo da participação cidadã na gestão pública: entre práticas e representações sociais*. *Cadernos EBAP*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 93, 1999.

VITA, Álvaro de. *Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas?* In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. (org.). *Participação e Deliberação – teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

**A EXPERIÊNCIA DA ANEEL NA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE
COMPROMISSO DE AJUSTE DE CONDUTA E NA REALIZAÇÃO DE
REUNIÕES PÚBLICAS DE DIRETORIA**

**THE BRAZILIAN REGULATORY AGENCY FOR ELECTRIC ENERGY
(ANEEL) EXPERIENCE IN THE “CONDUCT ADJUSTMENT TERM” AND
THE “DIRECTION’S PUBLIC MEETINGS”**

Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães

RESUMO

A sociedade atual se tornou extremamente complexa e dinamizada. Hoje, não se fala em um único interesse público, mas sim em vários. Havendo a necessidade de atender a todos os interesses, avulta em importância mecanismos que deem agilidade à Administração Pública. Cresce a preocupação com os resultados, com a eficiência e com a criação de institutos que não deixem a Administração em atraso. Aponta-se para a necessidade de modernização da máquina pública, de modo que esta não fique defasada em relação à sociedade. Nesse sentido, traz-se à estudo dois procedimentos implantados na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL que, entende-se, podem ajudar a jogar luz no tema da modernização da Administração Pública. São eles o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta e as Reuniões Públicas de Diretoria colegiada, que visam, respectivamente, a assegurar para os consumidores de energia elétrica a efetiva e adequada prestação do serviço e a dotar os processos decisórios de maior transparência. Estes dois procedimentos podem ser úteis aos demais órgãos da Administração Pública na busca de atender aos princípios da transparência e da publicidade, tão em voga nos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVES: MODERNIZAÇÃO; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTE DE CONDUTA; REUNIÕES PÚBLICAS DE DIRETORIA.

ABSTRACT

The current society has become extremely complex and dynamic. Today, there is not one and only public interest, but many. Due to the necessity of attending all of these interests, increases in importance mechanisms that give agility to Public Administration. The concern related to the results, efficiency and the creation of institutes that do not leave the Administration behind increase. The solution is pointed out to the need of modernization of the public machine, in a certain way that it does not stay too far from society. Thus, two procedures implemented by the Agência Nacional de Energia Elétrica (electric energy regulatory agency) are brought in discussion, which we believe can lighten the modernization of the Public Administration subject. They are the “Conduct Adjustment Term” and the “Direction’s Public Meetings”, which aim,

respectively, to assure, for the electric energy consumers, the effective and adequate public service and to endow the decision process of a greater transparency. These two procedures can be useful to attend the publicity and the transparency principles, which are in fashion nowadays.

KEYWORDS: MODERNIZATION; PUBLIC ADMINISTRATION; “CONDUCT ADJUSTMENT TERM”; “DIRECTION’S PUBLIC MEETINGS”.

1. Considerações iniciais

O presente artigo pretende, dentro do contexto de modernização da Administração Pública, apresentar dois procedimentos criados pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL com o intuito de (i) assegurar para os consumidores de energia elétrica a efetiva e adequada prestação do serviço e de (ii) dotar seus processos decisórios de maior transparência. São eles, respectivamente, o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TAC e as Reuniões Públicas de Diretoria.

De início, ressalta-se que não se trata de apontar as medidas adotadas pela ANEEL como questões inovadoras e originais. Sabe-se que o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE também realiza reuniões públicas[1], e que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS celebra TAC's[2], por exemplo. Assim, muito mais do que destacar-se destes outros órgãos (e de quaisquer outros), a ANEEL soma-se a eles como entes da Administração que demonstram preocupação em primar pela modernidade e transparência. Na verdade, trata-se de mais um órgão, que vem fazer eco àqueles outros dois na busca por servir de exemplo para todo o aparato estatal, no que tange à modernização do Estado.

O atendimento ao princípio da transparência da Administração Pública, bem como a busca pela satisfação dos interesses dos consumidores e usuários dos serviços públicos são dois aspectos de uma realidade maior e mais complexa, que denota contínuos aperfeiçoamentos por parte do Estado e contínuo estudo destes instrumentos.

A respeito da necessidade de se estudar o Estado e seus institutos, Odete Medauar aponta que:

"As linhas contrastantes nos estudos atuais sobre o Estado demonstram o caráter multifacetário do tema e, em especial, a impossibilidade de tratamento unilinear, simplista, monocórdio, radical, como, por exemplo, a perspectiva reducionista, expansionista ou abolicionista. Revelam, ainda, a extrema importância e necessidade de estudos sobre o Estado de fim do século XX, que se vê submetido às crescentes demandas internas e às pressões de uma realidade internacional em processo de aceleradas mudanças"[3].

A Administração não ficou alheia a este movimento evolutivo pelo qual passa e vem passando o Estado. Hoje, a Administração adquiriu grande volume e mostra-se imprescindível à sociedade, assumindo funções que extrapolam meramente a execução da lei. Há um enriquecimento de suas atribuições.

Em consequência, cresce a preocupação com os resultados, com a eficiência e com a criação de institutos que não deixem a Administração em atraso. Ainda que se verifique esse esforço, a lentidão da máquina pública em evoluir não passa despercebida pela doutrina:

"As mudanças registradas, no entanto, ocorrem a passos lentos e expressam muito mais tendências do que alterações em profundidade. Observa-se, assim, um descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado, mais acentuadas e acelerada na década de 80, e o modo de atuar da Administração pública"[4].

No afã de modernizar a Administração, criam-se, muitas vezes, projetos de reformas administrativas. Entretanto, importa ressaltar que modernização do Estado (e da Administração Pública) não se confunde com a Reforma do Estado. Enquanto aquela é perene e não provoca profundas mudanças no marco institucional-legal do Estado, esta é pontual, excepcional e cuida de implementar programas visando a alteração das bases.

Com relação à Reforma do Estado, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira anota que:

"No caso do serviço público federal brasileiro, a primeira grande reforma foi iniciada, ainda, pela Lei nº 284, de 1936, que, no entanto, não alcançou seus objetivos, até que, em 1953, o Presidente Getúlio Vargas encaminha ao Congresso Nacional projeto de lei reorganizando a administração federal"[5].

Entretanto, foi somente em meados da década de 60 que a reforma administrativa teve "êxito", com a edição dos Decretos-Lei nº 199 e nº 200, ambos de 25 de fevereiro de 1967[6], e com a redação da parte referente ao orçamento e à fiscalização financeira e orçamentária da Constituição Federal de 1967.

A mesma autora citada acima menciona que o resultado da Reforma Administrativa, qual seja, o de dotar o Estado de maior eficiência com relação a planejamentos fiscais e orçamentários, não foi o esperado. Na verdade, o que ocorreu foi a proliferação de empresas públicas e o agigantamento da burocracia[7].

Outras reformas administrativas podem ser citadas: a de 1985, com a criação do Ministério Extraordinário para Assuntos de Administração e da ENAP; a do Governo Collor, cujas medidas incluíam ajustes econômicos, desregulamentação, abertura e modernidade; e a do Governo FHC, que incluiu a criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, visando, em essência, a modernização da gestão e a promoção da qualidade no serviço público.

Marcos Juruena Villela Souto afirma que as reformas mais recentes se deram em razão de o Estado Bem-Estar ter incorporado "*estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o papel, o tamanho e o custo da máquina estatal, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação*"[8].

Vê-se, pelo exposto, que Reforma do Estado é algo maior, estrutural, que afeta as bases da Administração Pública.

A modernização está, muitas vezes, contida nas reformas, mas com estas não se confunde. A respeito do termo "modernizar", Gustavo Henrique Justino de Oliveira assim escreve:

"Modernizar também sugere mudanças, porém mudanças direcionadas a provocar um conjunto de adaptações de uma dada realidade aos novos tempos. Da ação modernizante não decorre, obrigatoriamente, alterações de grande monta, alterações profundas, manifestando-se por meio de intervenções mais pontuais, que têm por fim promover constantes ajustes em uma estrutura prévia (a qual ainda denota alguma utilidade), em face do transcurso do tempo e da evolução de tudo o que integra o cenário no qual o objeto a ser modernizado encontra-se inserido"[9].

A necessidade de modernizar a Administração Pública reside no fato de a sociedade ter se tornado extremamente complexa e dinamizada, com interesses plúrimos. Vê-se, em consequência, alto nível de tecnicidade e especialidade em certos órgãos da Administração, com destaque para as agências reguladoras. André Ramos Tavares, sensível ao impacto da sociedade no Direito, aduz que:

"Em épocas mais recentes, a evolução tecnológica tem repercutido no Direito de maneira particularmente acentuada. E o impacto da tecnologia foi tamanho que há quem se refira a uma Idade Tecnológica. Por conta disso, e por estar o Direito atrelado, em sua efetividade, às mutações sociais, opera-se uma verdadeira revolução no mundo jurídico, que se adapta, por assim dizer, aos novos tempos"[10].

No Estado Democrático e Social (Estado Democrático de Direito), é de sua essência o atendimento ao maior número possível de interesses sociais. A evolução desse Estado Democrático levou ao crescimento da adoção de políticas públicas concretas e de uma maior participação da Administração Pública. Nesse sentido, ganha relevância os procedimentos adotados pela Administração Pública.

Odete Medauar aponta que "*na atual reflexão científica, cultural e política sobre problemas da Administração, um dos fulcros da atenção situa-se nas relações entre Administração e administrados*"[11]. Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira:

"(...) a elaboração de uma política estatal de modernização é mais abrangente com o que a sociedade contemporânea espera do Estado: atualização constante frente às demandas sociais, promoção dos necessários ajustes e afastamento de indesejáveis em sua estrutura e funcionamento, gerando, por meio de suas ações, intervenções e regulações, melhores e maiores benefícios à população"[12].

Deste modo, salta em importância práticas que primem pela transparência e publicidade, pela preocupação com o resultado e por uma maior aproximação com a população. Neste sentido, entende-se que os dois procedimentos apresentados abaixo, levados a cabo pela ANEEL, traduzem-se em exemplos de boa prática administrativa, preparando o aparato público para a modernidade, razão pela qual devem ser estudados.

2. O Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta na ANEEL

Em 7 de outubro de 2008, por meio da Resolução Normativa nº 333, a ANEEL estabeleceu critérios e procedimentos para a celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TAC.

Tal medida constitui um importante passo rumo à reparação dos direitos dos consumidores. Isso porque a reparação dos danos e sua prevenção para que não ocorram futuramente é o próprio objeto do TAC.

Antes da Resolução Normativa nº 333/08, havia apenas o art. 21 da Resolução Normativa nº 63, de 2004, tratando sobre o TAC:

"Art. 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis^[13].

§ 1º O termo de compromisso de ajuste de conduta será submetido à aprovação da Diretoria da ANEEL pela Superintendência onde o processo se originar.

§ 2º As metas e compromissos objeto do termo referido neste artigo deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos regedores da prestação de serviços de energia elétrica descumpridas pela concessionária, permissionária ou autorizada.

§ 3º Do termo de compromisso de ajuste de conduta constará, necessariamente, o estabelecimento de multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento)".

Como se vê, eram poucas as disposições sobre o TAC, havendo, mais do que meras lacunas legislativas, verdadeira ausência de regulamentação do tema. Além desse aspecto, havia o fato de as concessionárias estarem cada vez mais requerendo em suas defesas aos Autos de Infrações contra elas lavrados a celebração de TAC. Esses fatores, aliados à natureza conciliatória do TAC, fizeram com que o regulamento tomasse força.

O regulamento sobre o TAC surge dentro de um contexto maior do que apenas o do setor elétrico. Surge no âmbito da tutela de interesses difusos, coletivos e transindividuais, pois, com a prática dos processos administrativos punitivos em geral (na esfera do IBAMA, CADE, dentre outros), constatou-se que a mera punição não gerava a tão buscada paz social. Fazia-se necessário impor medidas às concessionárias de forma que não reincidissem; que houvesse, de fato, um desestímulo à prática de infrações.

Essa questão é bem delineada no Parecer nº 258/2005-PF/ANEEL, de 27 de junho de 2005, da Procuradoria Federal junto à ANEEL, do qual se destacam os seguintes trechos:

"(...) cumpre esclarecer que a sanção, a despeito de seus imensos préstimos para o restabelecimento de um ambiente sem conflituosidade, não se ocupa da tarefa particular

de sanar o dano experimentado pela coletividade. Ademais, ressalte-se, sua função preventiva exerce-se indiretamente, pois o desestímulo que carrega é logicamente um fator psicológico, jamais prático ou obrigacional.

Isso cria algumas dificuldades, não chegando a sanção a cumprir cabalmente o papel de restabelecer por completo a paz social, à medida que negligencia a efetiva composição do dano e sua prevenção plena.

Daí os recentes influxos normativos que se abatem sob as Agências Reguladoras, que vêm privilegiando instrumentos de conciliação da dimensão do Termo de Ajustamento de Conduta, cuja preocupação central reside na tutela do dano efetivo ou potencial aos direitos transindividuais, bem como na sua prevenção, sempre atada a deveres obrigacionais.

O Termo de Ajustamento de Conduta (...) presta-se exatamente à tutela dos interesses de grupos, classes e categorias de pessoa. Todavia, para que a Agência Reguladora decida-se por utilizá-lo, é necessário que tenha antevisto na natureza daqueles direitos propensão para atingir o que se entende pelo interesse geral, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente.

(...) O que a sociedade quer ver é a recomposição total, exaustiva, específica de tais danos, a tranqüilidade de sabê-los definitivamente cessados, bem como a certeza de que não voltarão a ocorrer. Nessa linha, o ressarcimento pecuniário é pretensão secundária e que somente se justifica frente à impossibilidade material de se promover o específico cumprimento das obrigações demandadas"[14].

Além disso, o TAC pauta-se também na racionalidade, modernização e simplificação da atuação administrativa, de modo a dotar seus atos de maior produtividade e eficiência[15]. Insere-se dentro de práticas voltadas para a "negociação-consenso", e não apenas "aplicação da lei-punição". Odete Medauar, acerca do tema, comenta:

"A atividade de consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, passam a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. (...) A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade"[16].

Antes de adentrar nas disposições normativas a respeito do TAC na ANEEL, importa destacar que, no âmbito das agências reguladoras, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS trouxe, em 19 de setembro de 2003, por meio de sua Resolução Normativa nº 48, disposição acerca da possibilidade de celebração de TAC[17].

há que se ter em mente que os contornos que o TAC adquiriu na esfera administrativa se deram bastante por conta da prática do TAC na esfera civil. A propósito, vem da Lei nº 7.347/95 (Lei da Ação Civil Pública) a competência para órgãos públicos utilizarem-se do TAC:

"Art. 5º, § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

Do dispositivo citado vê-se que o TAC possui verdadeira natureza de título executivo extrajudicial, já que é feito fora dos autos da ação principal, seja a ação civil pública, seja o processo administrativo punitivo. Ao escolher o caminho do TAC, a concessionária abre mão de discutir fatos pretéritos a ele, que seriam sua matéria de defesa em sede de Auto de Infração. Nesse ponto, o TAC "pensa para frente". Veja-se que abrir mão da discussão "não importa confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração" (art. 8º da Resolução Normativa nº 333/08).

Na verdade, para a ANEEL, ao celebrar o TAC, fatos pretéritos servirão apenas para o estabelecimento das ações a serem executadas pela concessionária durante a vigência do TAC. Nada mais. Por isso, quando há descumprimento do TAC, não cabe à concessionária, visando a justificar a quebra contratual, revolver os fatos ocorridos antes da sua celebração. Havendo descumprimento do TAC, ele poderá ser executado imediatamente, sem necessidade de prévio procedimento cognitivo[18].

Embora não conste do texto da Resolução ora analisada, entende-se que deve ser evitada, ao máximo, a repactuação do TAC firmado. Isso porque o TAC é um contrato bilateral, onde as duas partes interessadas (Poder Concedente e concessionária) firmam direitos e obrigações. Antes da celebração do Termo, a concessionária "senta-se à mesa" com a ANEEL, discute o Plano de Ações e/ou Investimentos. Não há a obrigação de a concessionária firmar o TAC, caso vislumbre impossibilidade de seu cumprimento, podendo optar pelo caminho do processo punitivo[19].

Não obstante, no art. 11, inciso I, da Resolução Normativa nº 333/08, abre-se a possibilidade de a ANEEL ouvir a concessionária que haja descumprido o TAC, antes da Agência emitir, em definitivo, o Certificado de Descumprimento do TAC. Com isso, parece que a intenção da agência reguladora foi assegurar a ampla defesa[20]. De fato, não podem ser descartados casos em que o descumprimento das metas consignadas no TAC se haja dado em razão de eventos totalmente alheios à capacidade de previsão da concessionária e a respeito dos quais desta não se podia exigir ingerência.

Outro ponto digno de destaque encontra-se ainda no art. 1º da referida Resolução Normativa. Ali é dito que o TAC poderá ser firmado "alternativamente" à imposição de penalidade. A polêmica gira em torno de saber se o TAC pode ser celebrado a qualquer momento ou somente quando lavrado o Auto de Infração.

O tema já foi objeto de análise por parte da Procuradoria Federal junto à ANEEL, por meio dos Pareceres nº 258/2005-PF/ANEEL, nº 253/2007-PF/ANEEL, dentre outros. Nestes, é dito que, a qualquer momento, até a decisão final da Diretoria da ANEEL no processo administrativo punitivo, é possível a celebração de TAC. O argumento que embasa a tese é o de que a multa imposta no Auto de Infração somente se firma definitivamente após a decisão final proferida no processo administrativo punitivo. Até lá, a pena pode sofrer alteração, não havendo ainda o manto da coisa julgada administrativa, razão pela qual pode-se requerer celebração de TAC no curso do

processo punitivo. Consolidando o que já vinha sendo feito na prática, dispôs o art. 2º da Resolução Normativa nº 333/08 que:

"Art. 2º O TAC poderá ser solicitado por concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento do Termo de Notificação - TN pela notificada, até o prazo para interposição do recurso, à Diretoria da ANEEL, de que trata o art. 33 da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004".

Vale lembrar que não é toda penalidade de multa que pode ser convertida em TAC. Isso porque o TAC contém um Plano de Ações e/ou Investimentos, ou seja, substitui-se a sanção por compromissos onerosos que guardam relação com o fato punível. Por exemplo, não se vislumbra possibilidade de celebração de TAC quando a concessionária amplia uma usina termelétrica sem prévia autorização da ANEEL, ou quando não executa o procedimento de coleta de dados do sistema de faturamento, de acordo com a Resolução nº 89, de 2004. Muito diferente de quando se viola as metas dos indicadores de continuidade DEC e FEC[21], ou quando não há, na área de concessão, número suficiente de postos de atendimento.

Nestes últimos casos, é possível para a área de fiscalização da ANEEL (ou Agências Estaduais Conveniadas, que atuam de forma descentralizada nos estados) traçar o Plano de Ações e/ou Investimentos, com vistas a permitir que a concessionária corrija, durante a vigência do Termo, as não-conformidades encontradas no processo de fiscalização. Se a infração não é passível de correção via investimentos onerosos, não há como celebrar TAC. Cabe lembrar que as correções que a concessionária fará, conforme dito acima, **constituem-se em benefícios para seus consumidores.**

Merece ser destacado que o TAC não é instrumento de benevolência do qual os órgãos públicos lançam mão quando cedem às súplicas dos agentes regulados. Embora o processo de fiscalização seja arquivado, quando se celebra o TAC cria-se todo um novo conjunto de obrigações para a concessionária[22], impõe-se o dever à ANEEL de fiscalizar o cumprimento do TAC, bem como aplica-se multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada caso prosperasse o Auto de Infração, acrescido de 20%. Essa multa possui natureza contratual, razão pela qual se afirma que a respeito dela não poderá haver discussão, não sendo matéria da manifestação de que trata o art. 11, inciso I, da Resolução Normativa nº 333/08. Soma-se ainda a esse conjunto o disposto nos arts. 14[23] e 15[24].

Dispositivo importante é o § 2º do art. 11 da Resolução em apreço. Reza o dispositivo que *"o valor da multa será atualizado pela taxa SELIC ou outro indicador que a venha substituir, devendo ser considerado como termo inicial da aplicação da taxa o segundo dia anterior à data em que firmado o TAC"*. Trata-se, aqui, do termo inicial da incidência da correção monetária.

Caso a concessionária descumpra o TAC, o valor da multa será corrigido desde o segundo dia anterior à celebração do Termo. Pode ser levantada a tese de que o correto seria atualizar o valor da multa apenas desde o Certificado de Descumprimento do TAC, momento em que, de fato, atesta-se a violação do Termo. Entretanto, compreende-se que, caso prevalecesse esse argumento, a concessionária se beneficiaria indevidamente, pois a multa que foi estipulada na celebração do Termo não possuirá o mesmo valor

quando da emissão do Certificado de Descumprimento, em razão do processo inflacionário.

Da mesma forma, é assim que a ANEEL procede nos processos administrativos punitivos. A atualização monetária incide desde a lavratura do Auto de Infração, e não desde o dia em que a Diretoria da Agência decide por manter a pena consignada no Auto de Infração, momento em que se forma a coisa julgada administrativa.

Por fim, destaca-se uma questão que certamente é das mais polêmicas, e que foi solucionada pelo art. 15, parágrafo único, da Resolução aludida, cuja redação é a seguinte: "*no que se refere especificamente a indicadores de qualidade do serviço, não será considerado mesmo objeto quando se tratar de área de abrangência diversa*". Com isso, a norma, nos casos de DEC e FEC, autoriza a celebração de outro TAC durante a vigência de um primeiro, quando a violação dos indicadores se der em conjuntos diversos de unidades consumidoras[25].

Deve ser mencionado que o dispositivo supracitado entrou na etapa final da elaboração da minuta da Resolução. Antes da versão final da Resolução Normativa nº 333/08, não havia a redação do parágrafo único do art. 15, o que gerava dúvidas quanto ao alcance da expressão "mesmo objeto", contida no *caput* do art. 15. O imbróglio já existe há algum tempo, pois a ANEEL já celebrava Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta antes do advento da Resolução Normativa nº 333/08.

Embora a Resolução Normativa nº 333/08 tenha apontado a solução, é importante relembrar as dúvidas que a ausência do dispositivo traria. Assim, imaginava-se o seguinte exemplo: certa concessionária celebraria TAC por violação aos índices de continuidade DEC e FEC referentes aos anos 2005 e 2006. No TAC, são estipuladas obrigações de implementar ações e investimentos nos conjuntos de unidades consumidoras violados. Durante a vigência do TAC, a concessionária viola as metas de DEC e FEC, para os mesmos conjuntos, porém relativas aos anos de 2007 e 2008.

A dúvida seria a seguinte: violou-se o TAC, abrindo-se as portas para a emissão do Certificado de Descumprimento, ou configurou-se nova infração, ensejando lavratura de Auto de Infração? O problema é importante na medida em que, a depender da resposta, teríamos diferentes conseqüências. Caso se entendesse pela violação do TAC, haverá aplicação do acréscimo de 20% sobre o valor da multa. Caso se configurasse nova infração, iniciar-se-ia processo administrativo punitivo.

Poder-se-ia argumentar que, pelo fato de a violação ter se dado durante a vigência do TAC, tratar-se-ia de seu descumprimento. Entretanto, as obrigações estipuladas no TAC tiveram por base os anos de 2005 e 2006. Como se poderia violar o TAC se as metas 2007 e 2008 não faziam parte de seu conteúdo? No exemplo acima, fala-se em nova violação das metas de continuidade, para os mesmos conjuntos. Mas e se fossem conjuntos diferentes? Esses novos conjuntos, da mesma forma, não seriam objeto do TAC.

Com o parágrafo único do art. 15, silenciou-se parte da dúvida. No caso de celebração de TAC em razão de violação de indicadores de qualidade, poderá ser celebrado novo Termo quando a violação se der em conjunto diverso. Entendeu-se que, para os casos de

indicadores de qualidade, o TAC é celebrado por haver "violação de DEC e FEC em tais e tais conjuntos", e não simplesmente "violação de DEC e FEC".

Na mesma linha de raciocínio, caso haja, nos mesmos conjuntos, violação das metas de continuidade para os anos subsequentes ao ano da celebração do TAC (e na vigência deste, obviamente), não será possível celebração de novo Termo. Assim, volta a pergunta feita acima: como pode ocorrer violação a um TAC celebrado em razão de descumprimento das metas de continuidade referente aos anos de 2005 e 2006 por meio da não observância das metas de 2007 e 2008, se essas duas últimas não integravam seu objeto?

Note-se que, embora a princípio essa dúvida paira apenas sobre uma infração específica (violação das metas de continuidade), a maioria dos TAC's até hoje celebrados tratavam dessa matéria, razão pela qual trazer essa discussão é de suma importância. Ademais, nada impede o aparecimento, na prática, do mesmo imbróglio (imprecisão quanto à abrangência da expressão "mesmo objeto", contida no art. 15) em outras infrações. E como a Resolução Normativa nº 333/08 abriu a exceção apenas para os casos de violação dos indicadores de qualidade, a dúvida exposta nos parágrafos acima assumiria contornos concretos.

Em suma, pode-se dizer que o objeto do TAC é o ponto mais sensível e passível de questionamentos. Assim, é fundamental que no Termo fique claro qual infração ele se refere, quais obrigações o agente se compromete a cumprir, as ações que ele deve implementar, bem como quais investimentos e em que localidades devem ser feitos. Somente desta forma será possível realizar, na prática e com precisão, os direitos dos consumidores do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Conforme dito no início, o objeto do TAC traduz-se em efetiva reparação dos direitos dos consumidores, assegurando a tutela dos interesses de grupos, classes e categorias de pessoas e, em última instância, a paz social. Embora um importante passo para o setor elétrico tenha sido dado com a regulamentação do tema, é evidente que dúvidas e críticas surgirão, o que, certamente, contribuirá para o aperfeiçoamento, com o tempo, na aplicação deste instrumento.

3. As Reuniões Públicas de Diretoria da ANEEL

As Reuniões de Diretoria da ANEEL, antes de 2004, eram feitas "às portas fechadas", a exemplo do que fazem até hoje a esmagadora maioria das diretorias colegiadas dos órgãos da Administração Indireta. Com a Resolução Normativa nº 87, de 27 de setembro de 2004, as reuniões de Diretoria da ANEEL passaram a ser públicas. Em 1º de julho de 2008, a Diretoria da Agência aprovou a Resolução Normativa nº 321, revogando a primeira norma.

As deliberações da Diretoria são os momentos nos quais a Agência julga recursos administrativos, impõe ou retira sanções, aprova resoluções, editais e contratos, autoriza agentes a construir usinas, sendo deliberados diversos assuntos relevantes.

A mudança na processualística decisória da ANEEL está enquadrada nos princípios da transparência e da publicidade. Estes dois princípios são inerentes ao procedimento administrativo, conforme aduz Odete Medauar:

"Na concepção atual, o procedimento administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, portanto, **permite verificar como se realiza a tomada de decisões**; e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade"[26]. (grifos nossos).

Ora, se todo o procedimento administrativo deve primar pela transparência e publicidade, sendo garantido o acesso aos autos e a ampla defesa, por exemplo, por que razão, na hora de decidir, mitiga-se a aplicação destes princípios?

Não pode ser olvidado que, num contexto de democracia, garantir a publicidade da tomada de decisões da Administração Pública assegura sua legitimidade. Ainda que permita um maior controle das decisões, seja por Tribunais de Contas, seja pela população, suscita a confiança do administrado na Administração. Ademais, "quem não deve não teme".

Não procede o argumento, contrário à publicidade de reuniões de diretorias colegiadas, de que permitir que as reuniões sejam abertas implica em expor debates acalorados, que poderiam sugerir insegurança e fraqueza, que desmoralizariam o órgão. Ao sustentar tal argumento, esquece-se que o debate em si faz parte do processo democrático e a decisão tomada sob este ambiente ganha em riqueza e legitimidade.

Consoante já afirmado, há uma tendência à transparência e publicidade na Administração, corroborada inclusive pelo Texto Constitucional de 1988. É imperioso que os interessados conheçam a atividade administrativa, o que culmina num aumento do interesse e do engajamento popular em questões que beneficiam a própria sociedade.

Contudo, devem ser traçadas regras claras para o atendimento aos dois princípios acima mencionados. Deve-se evitar regras elaboradas com o intuito de meramente mascarar transparência e perpetuar procedimentos de natureza sigilosa e secreta. Entende-se, desta forma, que o estudo da Resolução Normativa nº 321/08, da ANEEL, a exemplo de outras normas de outros órgãos[27], trará elementos importantes de como realizar a transparência e a publicidade nas reuniões de diretorias colegiadas dos entes da Administração Pública Indireta.

De início, o parágrafo único do art. 1º da Resolução Normativa nº 321/08 dispõe que, nos processos classificados como reservados, as "*reuniões serão abertas exclusivamente às partes do processo e seus procuradores*". Vê-se, desse modo, a ênfase que a agência reguladora de energia elétrica quis dar à transparência em seu processo deliberativo, pois, logo no início da Norma, apontou que ainda que o processo seja reservado, sua deliberação será minimamente pública, contando com a presença das partes interessadas e seus respectivos procuradores.

Em seguida, o art. 2º traz em seu bojo disposição acerca da publicidade na distribuição de processos aos Diretores-Relatores, feita por meio de sorteio em local e data previamente definidas e divulgadas no sítio da ANEEL.

Importa desde já ressaltar que a "divulgação no sítio da ANEEL" é uma constante na Resolução Normativa nº 321/08, deixando claro que a agência reguladora se serviu fartamente deste recurso tecnológico, o que vem para aumentar a capacidade de distribuição e acesso à informação, em louvor ao princípio da transparência.

André Ramos Tavares[28], ao estudar as relações entre Direito e informática, faz a separação entre Direito da informática e informática aplicada ao Direito (informática jurídica). Com relação ao segundo grupo, suas lições são nos seguintes termos:

"O segundo grupo, que se pode denominar informática jurídica, e que teve desenvolvimento mais escasso ainda do que o Direito da informática, trata do reverso da medalha, quer dizer, estuda a informática aplicada ao Direito. O que pretende, nesta área, é a **análise de formas possíveis de utilização da informática no campo jurídico**, mas sempre de maneira a explorar ao máximo os avanços tecnológicos, obtendo-se alto coeficiente de aproveitamento dos sistemas tecnológicos atualmente disponíveis"[29]. (grifos nossos).

Dentro desse contexto da utilização, pelo homem, da tecnologia, ressalta em importância o papel da internet. Eugenio Lahera afirma que:

"Sin embargo, es evidente que en **internet ha removido el principal obstáculo a la democracia directa, cual es la dificultad física de distribuir información**, participar en debates y obtener las votaciones. La perspectiva de crecientes cursos de democracia directa plantearán la necesidad de nuevas reglas, procedimientos y desarrollos institucionales"[30]. (grifos nossos).

Ressalta-se que tanto os sorteios para distribuição dos processos quanto as próprias Reuniões Públicas são transmitidos ao-vivo pela internet, facilitando bastante o acesso do interessado ao processo decisório da Agência.

Há referência à internet também no art. 7º, § 3º, da Resolução, que trata da disponibilização da pauta da reunião pública. Referido artigo dispõe que:

"Art. 7º, § 3º A pauta da reunião pública ordinária será divulgada por meio da disponibilização prévia, em até 2 (dois) dias úteis[31] antes da realização da reunião, no endereço eletrônico da ANEEL e mediante afixação em local próprio e acessível do edifício sede da Agência".

Vislumbra-se que a intenção desta regra foi evitar que partes, representantes e outros interessados fossem surpreendidos com processos de seu interesse inscritos de última hora na pauta. Do modo como feito pela ANEEL, dá-se tempo para ocasional preparo de um memorial, a ser entregue no dia da reunião, permite que o interessado se organize para ir até a reunião, com compra de passagens aéreas e reserva de hotel, por exemplo, caso não more em Brasília.

Por outro lado, entende-se ter havido vacilo do órgão regulador ao trazer como mera faculdade do Diretor-Relator a disponibilização, na internet, da minuta do relatório da decisão que será tomada no dia da reunião pública (art. 8º).

É que o relatório, a exemplo dos relatórios contidos nas sentenças prolatadas pelos juízes do Poder Judiciário, não inova e nem traz análise meritória, de forma que não há que se falar em antecipação da decisão ou do voto. Ainda, permitir a publicidade antecipada da minuta do relatório ajuda inclusive os próprios Diretores que debaterão o processo, podendo, desde então, elaborar argumentos e teses, coletar casos semelhantes, de forma a enriquecer o debate travado durante a reunião pública.

Outro artigo digno de menção é o art. 12, cuja redação é a seguinte: "*Desde que previamente identificada, é assegurado a qualquer pessoa o direito de acesso e presença no lugar designado para a realização da Reunião Pública de Diretoria*". Tal direito, com razão, não é absoluto, podendo ser mitigado em situações de processos classificados como reservados ou quando há perturbação, por parte de qualquer pessoa, do correto andamento da reunião pública (art. 13, § 2º, inciso I).

Pelos art. 13, § 2º, inciso II[32], e art. 15, § 1º[33], depreende-se que o procedimento verificado nas reuniões públicas da Diretoria da ANEEL não é engessado, nem se reveste de caráter teatral e "proforma". Há efetiva participação dos interessados, podendo ocorrer mudanças de entendimentos já firmados anteriormente, fruto do amplo debate que pode ser travado nas reuniões, ficando garantida, assim, a plenitude de defesa. Ainda, pode ser dada preferência a algum processo e pode-se, igualmente, retirar-lhe de pauta.

No momento da decisão, os votos serão sempre a descoberto e deverão ser fundamentados quando discordarem do voto do Diretor-Relator, nos termos do art. 19, § 2º, da Resolução em comento.

A partir da proclamação do resultado, o Diretor-Relator terá até dois dias úteis para juntar seu voto ao processo (art. 25), permitindo-se, com isso, que a parte obtenha, o quanto antes, acesso ao voto proferido, podendo dele tirar cópia, bem como de outros documentos[34].

O art. 27 traz regra a respeito da necessidade de se lavrar ata após cada Reunião Pública, que conterà, dentre outras informações, os fatos ocorridos na reunião e o resultado do exame de cada assunto constante da pauta. O artigo seguinte afirma que "*as Reuniões Públicas serão gravadas por meio eletrônico, assegurando-se aos interessados o direito à obtenção de cópias, mediante pagamento do custo da reprodução correspondente*".

Por fim, merece destaque o parágrafo único do art. 31 da Resolução Normativa nº 321/08, que trata das Reuniões Públicas Extraordinárias:

"Art. 31, parágrafo único. A decisão proferida em conformidade com o previsto no 'caput' deverá ser ratificada até a segunda Reunião Pública Ordinária subsequente, oportunidade em que os interessados poderão manifestar-se mediante prévio requerimento de sustentação oral".

As Reuniões Extraordinárias apresentam características próprias, podendo ser levadas a cabo em razão da relevância e urgência, sempre no interesse da Agência. Nesse sentido, nem sempre os prazos para disponibilização antecipada de pauta e sorteio de Diretor-Relator poderão ser cumpridos.

Em razão disto, nesses casos talvez não seja possível dar amplo conhecimento às partes e demais interessados do fato de que o processo está sendo deliberado, havendo aí impossibilidade de se abrir espaço para sustentações orais. Por esse motivo, é facultada manifestação oral dos interessados na Reunião Pública Ordinária em que a decisão do processo deliberado em Reunião Extraordinária for ratificada. Há, neste caso, não mitigação, mas sim postergação do atendimento aos princípios da ampla defesa e da transparência.

São estas as disposições principais sobre o tema reuniões públicas de Diretoria. Entende-se que a Resolução Normativa nº 321/08 serve de bom exemplo para despertar o interesse e propor uma reflexão por parte de outros órgãos da Administração Indireta acerca da necessidade de dotar seus procedimentos de maior transparência e legitimidade.

Por fim, percebe-se que a norma não é perfeita e, a título de sugestão, alguns aperfeiçoamentos poderiam ser realizados, em louvor aos princípios apresentados neste artigo. Um dos aperfeiçoamentos já foi dito, e se refere à antecipação da disponibilização das minutas de relatório dos processos levados a pauta. Outro aperfeiçoamento seria no sentido de serem disponibilizados também, as Notas Técnicas das Superintendências e os Pareceres Jurídicos expedidos pelas Procuradorias Federais em cada órgão. Pugna-se por tal medida uma vez que estes documentos possuem natureza meramente opinativa, não vinculando o entendimento da Diretoria. Ou seja, a Diretoria não precisa seguir o entendimento apresentado naqueles expedientes, posto que a existência destes documentos reside no **apoio** às decisões da Diretoria, e não na **dependência**.

4. Conclusões

Pelo exposto, tem-se que a Administração Pública atual depara-se com uma sociedade complexa, dinamizada e com interesses plúrimos. Em razão destas características, torna-se imprescindível que a Administração mostre-se eficiente e acompanhe os passos evolutivos da sociedade, modernizando-se cada vez mais. Tal modernidade deve ser buscada visando ao atendimento dos princípios da transparência e da publicidade, uma vez que o momento é de um estreitamento das relações entre Administração e administrado.

Como norte e exemplo útil da modernidade da Administração Pública, que, espera-se, poderá inspirar outros órgãos, aponta-se, no âmbito da ANEEL, o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TAC e a realização de Reuniões Públicas de Diretoria.

O TAC assegura aos consumidores de energia elétrica a efetiva e adequada prestação do serviço, pois a reparação dos danos e sua prevenção para que não ocorram futuramente é o próprio objeto do TAC.

O regulamento sobre o TAC surge no âmbito da tutela de interesses difusos, coletivos e transindividuais, pois, faz-se necessário impor medidas às concessionárias de forma que não reincidissem; que haja, de fato, desestímulo à prática de infrações.

Ainda, o TAC pauta-se na racionalidade, modernização e simplificação da atuação administrativa, dotando seus atos de maior produtividade e eficiência. Insere-se dentro de práticas voltadas para a "negociação-consenso", e não apenas "aplicação da lei-punição".

O segundo procedimento de que dispõe a ANEEL, dentro da idéia de modernização, são as Reuniões Públicas de Diretoria, que visam, primordialmente, dotar os processos decisórios da Agência de maior transparência, o que acarreta, em última instância uma maior legitimidade.

As Reuniões Públicas de Diretoria inserem-se na tendência à transparência e publicidade na Administração, corroborada inclusive pelo Texto Constitucional de 1988. É imperioso que os interessados conheçam a atividade administrativa, o que culmina num aumento do interesse e do engajamento popular em questões que beneficiam a própria sociedade.

Dentro deste contexto, a internet se mostra um importante instrumento não só de acesso, mas também de disseminação da informação, garantindo também publicidade e transparência. Todo o processo decisório da ANEEL é transmitido via internet, o que traduz-se em segurança e previsibilidade para as partes e demais interessados.

Não obstante, entende-se que alguns ajustes precisam ser feitos, rumo a uma maior transparência, tais como disponibilização prévia às Reuniões Públicas de Notas Técnicas e Pareceres Jurídicos, posto tratem-se de documentos meramente opinativos e que não vinculam a Diretoria da Agência em suas decisões.

5. Bibliografia

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria Federal na Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Parecer nº 258/2005-PF/ANEEL. Brasília, 2005.

_____. Procuradoria Federal na Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Parecer nº 513/2007-PF/ANEEL. Brasília, 2007.

ATLAS DE ENERGIA ELÉTRICA DO BRASIL. 2. ed., Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

LAHERA, Eugenio. *Política y Políticas Públicas*. Serie Políticas Sociales, n. 95. División de Desarrollo Social da CEPAL. Santiago de Chile, agosto de 2004.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública*. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 3, n. 10, jul/set de 2005.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de. *Reforma Administrativa - O Estado, o serviço público e o servidor*. 2. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

[1] Conforme disposto na Resolução nº 45, de 28 de março de 2007. Deve ser destacado que muito antes, pela Resolução nº 12, de 31 de março de 1998, o CADE já realizava reuniões públicas de seu órgão colegiado.

[2] Conforme disposto na Resolução Normativa nº 48, de 19 de setembro de 2003.

[3] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 73.

[4] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 130.

[5] PEREIRA, Cláudia Fernanda de. *Reforma Administrativa - O Estado, o serviço público e o servidor*. 2. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 53.

[6] O primeiro Decreto dispunha sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas e o segundo sobre a organização da Administração Federal e as diretrizes para a Reforma Administrativa.

[7] PEREIRA, Cláudia Fernanda de. *Reforma Administrativa - O Estado, o serviço público e o servidor*. 2. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 55.

[8] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11.

[9] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública*. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 3, n. 10, jul/set de 2005, p. 199.

[10] BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 692.

[11] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 204.

[12] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública*. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 3, n. 10, jul/set de 2005, p. 203.

[13] Inclusive, o art. 17 da Resolução Normativa nº 333/08 alterou a redação do "caput" do art. 21, remetendo os casos de TAC à nova Resolução: "*Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica*".

[14] Parecer nº 258/2005-PF/ANEEL, de 27 de junho de 2005, da Procuradoria Federal junto à ANEEL.

[15] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 201.

[16] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 202.

[17] O art. 29 da Resolução Normativa nº 48/03 dispõe que: "*O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso pela ANS, se a operadora assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a Diretoria Colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos estabelecidos na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*". Os arts. 29 e 29-A da Lei nº 9.656/98 abordam os aspectos referentes ao TAC, no âmbito da ANS.

[18] Tanto é assim que dispôs o art. 5º da Resolução Normativa nº 333/08 que "*a assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório, quanto ao seu objeto*".

[19] Inclusive, caso a concessionária firme o TAC e o descumpra, ficará impossibilitada de celebrar outro TAC, pelo prazo de quatro anos, conforme redação do art. 14 da Resolução Normativa nº 333/08.

[20] O Parecer nº 513/2007-PF/ANEEL, ao analisar minuta de TAC a ser celebrado entre a ANEEL e a CEAM (distribuidora de energia elétrica em Manaus-AM), chamou à atenção para que do TAC constasse o procedimento que hoje está no art. 11, inciso I, da Resolução Normativa nº 333/08, qual seja, o da intimação da concessionária, antes da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC, para se manifestar, garantindo, assim, a ampla defesa.

[21] Duração (e Frequência) Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora - DEC e FEC. "*O DEC indica o número de horas em média que um determinado conjunto de unidades consumidoras fica sem energia elétrica durante um período, geralmente mensal. Já o FEC indica quantas vezes, em média, houve interrupção nas unidades consumidoras*" (ATLAS DE ENERGIA ELÉTRICA DO BRASIL, 2005, p. 20). De acordo com a Resolução nº 024, de 27 de janeiro de 2000, DEC é o "*intervalo de tempo em que, em média, no período de observação, em cada unidade consumidora do conjunto considerado, ocorreu descontinuidade na distribuição de energia elétrica*", e FEC corresponde ao "*número de interrupções ocorridas, em média, no período de observação, em cada unidade consumidora do conjunto considerado*". Há, ainda, os

indicadores de descontinuidade DIC (Duração de Interrupção Individual por Unidade Consumidora ou por Ponto de Conexão), FIC (Frequência de Interrupção Individual por Unidade Consumidora ou por Ponto de Conexão) e DMIC (Duração Máxima de Interrupção Contínua por Unidade Consumidora ou por Ponto de Conexão), que estão relacionados especificamente com interrupções em unidades consumidoras ou pontos de conexão, enquanto os indicadores DEC e FEC lidam com conjuntos de unidades consumidoras, possuindo objeto mais amplo. Nesse sentido, a ANEEL estabelece, para cada conjunto de unidades consumidoras dentro de cada área de concessão o DEC e o FEC máximo permitido para cada concessionária. Ultrapassadas as metas de DEC e FEC, a concessionária é punida. Tal instrumento é muito útil na verificação do atendimento ao princípio da regularidade e da continuidade.

[22] A Resolução Normativa nº 333/08 reza em seu art. 9º que: "*Celebrado o TAC, obriga-se o agente a: I - cessar a prática da conduta ajustada; II - corrigir as não conformidades identificadas pela ANEEL, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes, conforme o caso; III - informar a todos os consumidores alcançados pelas não-conformidades as medidas adotadas para sua correção e compensação; e IV - realizar os investimentos e implementar as ações previstas no TAC*".

[23] V. nota nº 18.

[24] Art. 15. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto.

[25] Para fins de estipulação das metas de continuidade, a área de concessão das concessionárias e permissionárias é dividida por conjuntos. Dessa forma, a concessionária tem de respeitar não só as metas estipuladas individualmente (número e frequência de interrupções por unidade consumidora), como também nos conjuntos de unidades consumidoras, conforme disposto em Resolução da ANEEL.

[26] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 1. Ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 210.

[27] Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, do CADE, por exemplo.

[28] Em sua obra, elaborada em co-autoria com Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares dedica parte de um capítulo discorrendo acerca dos sistemas decisórios "inteligentes", que seriam programas rodados no computador, aptos a "*tomar decisões a partir do fornecimento de alguns dados*". O mesmo autor entende que, em determinados processos administrativos, tais como aqueles conduzidos para concessão de alvarás e licenças, as decisões poderiam ser tomadas por sistemas inteligentes, criados especificamente para esse fim. A respeito do tema, BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, pp. 705-720.

[29] BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 693.

[30] LAHERA, Eugenio. *Política y Políticas Públicas*. Serie Políticas Sociales, n. 95. División de Desarrollo Social da CEPAL. Santiago de Chile, agosto de 2004, p. 18.

[31] As reuniões ordinárias da ANEEL ocorrem às terças-feiras, de modo que as pautas são disponibilizadas na internet às sextas-feiras. Assim, os interessados têm, no mínimo, três dias para se prepararem (considerando que a pauta não é disponibilizada, obviamente, na primeira hora da sexta-feira).

[32] O art. 13, § 2º, inciso II, afirma que "*os procedimentos a serem adotados durante a Reunião Pública serão apresentados pelo seu Presidente, que também será incumbido de: (...) II - decidir, conclusivamente, as questões de ordem e as reclamações sobre os procedimentos adotados na Reunião Pública*".

[33] O art. 15, § 1º, aponta que "*as partes do processo poderão requerer preferência na ordem de julgamento da pauta, bem como requerer sustentação oral, por meio de pedido dirigido previamente ao Secretário-Geral, através do endereço eletrônico da ANEEL, ou no local da Reunião Pública em até 1º (dez) minutos antes do seu início*".

[34] Disposição salutar é a trazida pelo art. 39, § 5º, da Resolução Normativa nº 273, de 10 de julho de 2007, que dispõe sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da ANEEL. O referido comando reza que "*havendo pedido de vista ou cópia de interessado não atendido por qualquer motivo, suspende-se o prazo para a interposição de recursos, fluindo o prazo restante quando da efetiva disponibilização dos autos*". Daí a importância de se ter juntado ao processo, o quanto antes, o voto proferido em reunião de Diretoria. Enquanto não juntado o voto, o processo não estará disponibilizado para cópia, por não interessar à parte, que não terá acesso ao documento motivador de eventual recurso.

**AUTONOMIA INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA E FUNCIONAL
DE SEUS MEMBROS: INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A
CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**INSTITUTIONAL INDEPENDENCE OF THE PUBLIC ATTORNEY AND ITS
MEMBERS: NECESSARY MEAN TO ACHIEVE A DEMOCRATIC STATE OF
LAW**

Luciane Moessa de Souza

RESUMO

O trabalho aborda dois temas que têm sido recorrentes na produção jurídica existente sobre a Advocacia Pública no Brasil, quais sejam, a autonomia institucional, entendida esta como abrangente da autonomia administrativa e financeira; e a autonomia funcional dos membros da Advocacia Pública. Trata-se de assuntos que são objeto de propostas de emenda à Constituição, bem como constam do anteprojeto de Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. O objetivo aqui, porém, é ir além da defesa da consagração destes dois aspectos da autonomia da Advocacia Pública e de seus membros e esmiuçar propriamente o seu conteúdo, demonstrando onde residem os obstáculos atualmente existentes para sua implementação, esboçando propostas que a viabilizem.

PALAVRAS-CHAVES: ADVOCACIA PÚBLICA – AUTONOMIA INSTITUCIONAL – AUTONOMIA ADMINISTRATIVA – AUTONOMIA FINANCEIRA – AUTONOMIA FUNCIONAL

ABSTRACT

The present paper approaches two subjects that have been intensely discussed on the legal literature on the Public Attorney institutions in Brazil, that is, the administrative and financial independence of the institutions and its members. These themes are present in proposals of amendment to the Constitution, and they also appears in the project of new Organic Law of the Federal General Attorney Institution. The purpose here is going beyond the defense of these two kinds of the independence and detail its contents, demonstrating where are the obstacles to their effectiveness and presenting proposals to its appropriate implantation.

KEYWORDS: PUBLIC ATTORNEY – INSTITUTIONAL INDEPENDENCE – ADMINISTRATIVE INDEPENDENCE – FINANCIAL INDEPENDENCE – MEMBER'S INDEPENDENCE

1. Objetivos do trabalho

Este trabalho visa enfrentar os controvertidos temas da autonomia da Advocacia Pública [1] e de seus membros no Estado Democrático de Direito, cuja defesa tem sido amplamente realizada entre aqueles que se dedicaram ao tema, os quais demonstram a evidente incompatibilidade entre as funções de controle de juridicidade dos atos do Poder Público atribuídas às instituições que a integram e a estrutura administrativa e financeira dependente que caracteriza tanto as instituições quanto seus membros.

Nosso propósito não é apenas defender a necessidade de autonomia administrativa e financeira das instituições que integram a Advocacia Pública no Brasil, pois já o fizemos em outro trabalho, mas sim esclarecer o significado dessas distintas formas de autonomia e apontar propostas para superação dos diversos obstáculos existentes para sua implementação.

Para tal fim, descreveremos em linhas muito gerais a situação que atualmente se verifica no âmbito dos órgãos da advocacia pública (sejam os federais, estaduais ou municipais) no que diz respeito à sua autonomia administrativa e financeira, buscando demonstrar como a estrutura existente é absolutamente inadequada para o desempenho de sua missão institucional. Por fim, analisaremos especificamente a situação funcional dos integrantes da advocacia pública, evidenciando a necessidade do reconhecimento de direitos e deveres para que suas competências sejam desenvolvidas de forma afinada com os objetivos das instituições a que pertencem e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito.

2. Da autonomia institucional da Advocacia Pública: do real inaceitável ao ideal alcançável e necessário

Para o alcance dos objetivos constitucionalmente postos para a Advocacia Pública, é inevitável ressaltar, como pioneiramente defendeu, entre outros, Marcos Juruena Villela Souto, a necessidade de se estabelecerem também garantias institucionais aos órgãos da Advocacia de Estado, ou seja, **autonomia administrativa, financeira e orçamentária**, tal como já previsto na Carta Magna para o Ministério Público e a Defensoria Pública. Para este autor, "*Não há, pois, como compreender que, se o país tem maiores pretensões de seriedade no que concerne ao dever de 'boa administração', exatamente o órgão encarregado do controle da legalidade da Administração deva merecer tratamento diferenciado.*" [2]

O tema se tornou ainda mais candente após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que garantiu expressamente esta autonomia às Defensorias

Públicas dos Estados, sem prever, porém, estranhamente o mesmo para a Defensoria Pública da União, ou para a Advocacia Pública [3], seja federal, seja estadual, como se nestas fosse juridicamente defensável a interferência do Poder Executivo, ou seja, a interferência do controlado no ente controlador...

Neste passo, é importante um breve parêntese para demonstrar mais explicitamente a necessidade de que aos órgãos da Advocacia Pública seja assegurada autonomia institucional (que entendemos como abrangente da autonomia administrativa e financeira, mas não da autonomia funcional, esta a ser assegurada aos seus membros).

A doutrina que se aprofundou sobre o tema tem enfatizado a sua natureza constitucional de "Função essencial à Justiça" (ao menos sob o prisma funcional), portanto, órgão destacado do Poder Executivo. Merecem referência aqui as ponderações de Luziânia Braga e Allan Magalhães:

"A Advocacia-Geral da União não é essencial ao Poder Executivo. É função essencial ao Estado Democrático de Direito, tanto quanto o Poder Executivo (e outras tantas funções) pode sê-lo.

No mais, a palavra Justiça não deve ser concebida como um resultado monopolizado pela função jurisdicional. 'A Justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar' (Bobbio, 1992, 660). A Justiça é um benfazejo fruto a ser perseguido em toda emanção do poder estatal.

(...)

*A defesa do Estado consiste exatamente na defesa dos interesses que a pessoa pública encarna e é vocacionada a realizar. E defesa, igualmente Estado, aí tem conotação de amplitude obrigatória, vez que não se pode restringir a patrocínio judicial ou extrajudicial em situações conflitivas. Ao contrário, significa **toda a atividade tendente (direcionada) a propiciar as condições jurídicas necessárias à implementação dos interesses ao encargo dos órgãos e entes públicos**" [4].*

Para estes autores, *"a necessidade de prerrogativas é uma constatação óbvia. Uma das principais garantias é a da não interferência de nenhum dos 'poderes' do Estado no exercício das funções institucionais do Advogado do Estado. Portanto, é necessário que a instituição tenha reconhecida sua independência. Somente se pode falar em independência real fornecendo-se uma autonomia administrativa e financeira."* [5]

Também para Marcus Carpes, parece evidente que *"à Advocacia Pública não foram asseguradas garantias essenciais para o desempenho de sua função"*, o que se revela absolutamente injustificado, já que *"Se essenciais são todas as funções previstas*

na Constituição como tal, por óbvio, devem contar com as mesmas garantias. Não se justifica o tratamento desigual, dadas as funções que detêm, tanto quanto o Ministério Público, a tutela do interesse público." [6]

No mesmo compasso, Fernando Barbalho Martins demonstra a total incoerência da atual situação institucional da Advocacia de Estado:

"fundado em postulado de Justiça Social, o Estado brasileiro pretende-se agente de transformação da gritante situação de desigualdade que esgarça a sociedade civil. Tal papel só pode ser desempenhado através da concretização de prestações positivas do Estado, todas dependentes de iniciativas do Poder Executivo. Investidos neste papel, os Governadores de Estado [o que vale para todos os Chefes do Executivo] têm a missão de atuar no sentido de contrariar diversas realidades que moldam o Brasil iníquo que todos conhecemos, atravessando, com isto, o caminho de interesses políticos e econômicos poderosos. (...)

O processo de argumentação constante de uma sociedade democrática abre a tais grupos sociais a possibilidade de questionamento judicial das políticas públicas através de bancas de advocacia privada, da Defensoria Pública e até mesmo por iniciativa do Ministério Público, verificando-se que somente os já combatidos interesses dos governos democraticamente eleitos ficaram sem defesa propiciada por órgão investido do status constitucional da autonomia.

Ao alijar-se a Advocacia de Estado de importante mecanismo que lhes garantiria agilidade e força compatível com as demais Funções Essenciais à Justiça, viola-se a própria lógica do sistema que organiza as quatro instituições ali enfocadas (Constituição da República, arts. 127 a 135), desmontando o equilíbrio que daria sustento à atividade jurisdicional." [7]

Em linhas gerais, é importante descrever em que consiste afinal a tão sonhada autonomia administrativa e financeira, hoje somente existente no plano da execução, jamais da tomada de decisões. Pois bem, considerando-se, num primeiro plano, que a Administração Pública despense recursos para a realização de suas atividades, cabe salientar, desde logo, que **inexiste autonomia administrativa sem autonomia financeira**, eis que, a toda evidência, ninguém decide de fato praticar qualquer ato administrativo que dependa da realização de gastos se não for assegurada a fonte de custeio correspondente.

De outra parte, sabe-se que a realização de gastos públicos deve ser precedida de autorização orçamentária, de sorte que a autonomia financeira é assegurada (tal como ocorre com o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Ministério Público [8]) pela previsão da elaboração de sua própria proposta orçamentária, sendo que, no sistema constitucional vigente, devem sempre ser respeitados os limites máximos constantes da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Também é consequência importantíssima da

autonomia financeira o fato de que o Poder Executivo não pode deixar de repassar mensalmente os recursos destinados pela legislação orçamentária aos entes que a detêm no prazo constitucionalmente estipulado, sob pena, aliás, de crime de responsabilidade [9]. Ademais, sabe-se que o Poder Judiciário também é dotado de fonte de custeio própria, quais sejam, as custas judiciais, como disposto no art. 98, parágrafo 2º, da Carta Magna. Mencione-se, neste contexto, que o anteprojeto de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União garante à instituição autonomia orçamentária - o que eventualmente poderá ser motivo de questionamentos sobre a possibilidade de tal garantia constar a nível infraconstitucional - para o que, particularmente, não vemos nenhum óbice, pois decorre da condição de Função essencial à Justiça. De todo modo, melhor seria a inclusão da garantia no próprio texto constitucional, até para dar-lhe maior estabilidade no plano normativo.

É importante salientar, para refutar de antemão os argumentos daqueles que vislumbram na autonomia orçamentária uma porta aberta para o desperdício e malversação de verbas públicas, que autonomia para propor de forma alguma significa: a) garantia de aprovação da proposta, que deve ser devidamente justificada e respeitar os limites da LDO; b) ausência de controle dos gastos, inclusive no que diz respeito à economicidade, já que os órgãos da Advocacia Pública, como todos os demais, estão sujeitos a controle interno e externo, sendo que não se pode negar a necessária autonomia a pretexto de que estes não funcionam da forma ideal. O que cabe, sim, é exigir que os órgãos de controle externo cumpram com rigor sua missão institucional e obrigar a todos os órgãos públicos que ainda não o fizeram a instituir um adequado sistema de controle interno, em obediência ao comando insculpido no art. 74 do texto constitucional.

Já no que diz respeito à autonomia administrativa, tomando-se por parâmetro, a título exemplificativo, o Poder Judiciário, não se pode deixar de reconhecer que os órgãos da Advocacia Pública a detêm em alguma medida. Veja-se o que dispõe a respeito o art. 96, I, da Lei Maior, ao prever competências administrativas de todos os tribunais: "*a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos (...), dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, (...) os cargos necessários à administração da justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licenças, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados*".

Dentre estas competências, verifica-se, que, na prática, quase todas são normalmente asseguradas aos órgãos centrais da Advocacia Pública. O principal problema que se põe nesta seara, diz respeito, em realidade, ao exercício competente de

tais competências, com o perdão da redundância, pois é fato mais que sabido que os profissionais do Direito, no geral, não costumam primar pela excelência em matéria de gestão administrativa e, lamentavelmente, são raros os casos em que se percebe a necessidade e se toma providências para obter qualificação nesse sentido.

A principal diferença, no que toca à autonomia administrativa, reside, efetivamente, na possibilidade que o Judiciário e o Ministério Público possuem (e a Advocacia Pública não possui, dependendo para tal fim do Chefe do Poder Executivo respectivo) de propor ao Legislativo a criação e as alterações na remuneração dos cargos que os compõem, a qual, no âmbito do Poder Judiciário, é assegurada pelo art. 96, II, tanto aos Tribunais Superiores no plano federal, quanto aos Tribunais de Justiça, no plano estadual, sendo que o art. 127, parágrafo 2º., da Lei Maior traz a mesma prerrogativa para o Ministério Público.

Existe, porém, uma grande diferença, esta sim, em nosso entendimento, da maior relevância, entre os órgãos realmente autônomos (Legislativo, Judiciário e Ministério Público) e os órgãos da Advocacia Pública, na esfera da autonomia administrativa, e que afeta diretamente, inclusive, a autonomia funcional (dos membros, sobre a qual discorreremos adiante): trata-se da participação direta (e por vezes exclusiva) do Poder Executivo na escolha dos dirigentes dos diferentes órgãos da Advocacia Pública, a qual abordaremos no tópico seguinte.

3.1. Da nomeação e remuneração das chefias

Se analisarmos a legislação pertinente a respeito, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja na esfera federal, estadual ou municipal, chegaremos à conclusão de que é absolutamente ilusório pensar em verdadeira autonomia institucional dos órgãos da Advocacia Pública enquanto forem mantidas as atuais regras concernentes à escolha de seus dirigentes.

Começemos pelas regras atinentes à nomeação do Chefe da Advocacia Pública Federal, o Advogado-Geral da União: a) competência exclusiva do Presidente da República, não estando prevista sequer a participação do Senado Federal para aprová-la, muito menos dos integrantes da carreira; b) não tem mandato assegurado, sendo demissível *ad nutum*; c) não precisa ser membro da advocacia pública federal. E é este o encarregado de exercer a chefia da instituição à qual cabe o controle da juridicidade dos atos da Administração Federal...

Ademais, nota-se na estruturação constante da Lei Complementar que organizou a Advocacia-Geral da União e outras regras complementares, que existem diversos órgãos que a integram que são subordinados administrativamente a Ministérios de Estado. Inteiramente pertinente a crítica que faz a respeito Rommel Macedo: "*no que tange à organização da Advocacia-Geral da União, deve-se ressaltar que não se mostra adequado, à luz da natureza **institucional** que ela possui, prever-se que as Consultorias Jurídicas e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional serão administrativamente subordinadas a Ministros de Estado ou a outras autoridades.*" [10]

O mesmo autor formula também crítica à sistemática atual de escolha do chefe da Advocacia-Geral da União: "*mostra-se igualmente salutar prever que o Advogado-Geral da União somente poderia ser nomeado ou destituído após manifestação favorável da maioria absoluta do Senado Federal, no exercício de uma atividade de controle político*" [11].

Já para Maria Sylvia Zanella di Pietro, mais adequado seria que o Advogado-Geral da União tivesse mandato determinado [12].

O fato é que, seja no âmbito da Administração direta, seja na esfera da Administração indireta, os órgãos gerenciais, isto é, os cargos de confiança das Procuradorias ou Consultorias Jurídicas, quase sempre, são de livre nomeação do dirigente da instituição correspondente, normalmente com a participação do Advogado-Geral da União (no caso federal), o qual, porém, como vimos, guarda dependência umbilical do Presidente da República. Agregando-se isso ao fato de que é comum a confusão entre hierarquia administrativa e hierarquia técnica no seio dos órgãos da Administração Pública e se conclui que, de fato, os membros de tais instituições estão constantemente sujeitos a interferências do Poder Executivo no exercício de suas atribuições - sem falar no fato de que também se sujeitam a estes do ponto de vista correicional...

Tal situação é por demais eloqüente, a demonstrar a total ausência de garantias para os órgãos da Advocacia Pública desempenharem sua missão constitucional, à exceção de alguns Estados e Municípios, cujas normas garantem maior grau de autonomia às suas Procuradorias.

Marcus Carpes, por exemplo, denuncia, com propriedade:

"a Advocacia-Geral da União vem sendo submetida ao jugo do Poder Executivo. Tome-se como exemplo a atividade de consultoria jurídica, que consubstancia garantia de controle interno da legalidade, ao mesmo tempo em que serve de instrumento visando coibir a ação de agentes públicos que importem em desrespeito a direitos fundamentais ou lesão ao erário, e que, no mais das vezes, só chegam, quando chegam, a ser responsabilizados por intermédio de medidas judiciais repressivas que, não raro, têm se revelado tardias" [13].

É de se ver, assim, que a ausência de independência dos órgãos da Advocacia Pública afeta sobremaneira justamente a mais importante de suas funções: a atuação preventiva de litígios, o controle de juridicidade dos atos da Administração Pública.

3.2. Do relacionamento institucional com os demais órgãos da Administração Pública

No exercício do controle de juridicidade dos atos administrativos, é evidente que está sempre presente a possibilidade de os pareceres jurídicos não serem devidamente acatados, ainda quando apontem para flagrante nulidade de ato já praticado ou que se pretenda praticar. É evidente que muitos poderiam sugerir que não cabe ao advogado público verificar o cumprimento de seu parecer, como se este fosse uma figura meramente passiva no seio da Administração Pública... Em nosso entendimento, cabe aos órgãos da Advocacia Pública o **dever de monitorarem o cumprimento de seus pareceres**, adotando em seguida as providências legalmente cabíveis.

Uma solução coerente para esse tipo de situação é a proposta por César do Valle Kirsch, para quem, no exercício de sua atividade de controle preventivo da legalidade por ocasião da elaboração de políticas públicas, a

*"atividade preventiva da AGU deverá esgotar a análise de todas as possibilidades jurídicas que cercam o plano político, a fim de tentar encontrar, pelo menos, uma opção que seja viável para o tomador de decisão. (...) Contudo, quando for juridicamente impossível deflagrar o projeto político, o membro da AGU não só deverá manifestar-se pela reprovação da política pública discutida, mas também coibir qualquer atitude confrontante com o sistema jurídico posto. Se necessário for, deverá adotar as medidas legais cabíveis contra o potencial dilapidador do patrimônio público, **provocando, inclusive, o Ministério Público para eventuais providências criminais.**" [14]*

Aliás, entendemos que, a rigor, **independentemente da existência de crime, deve o advogado público comunicar o ilícito (seja por ação ou por omissão) ao**

órgão do Ministério Público competente, seja aquele de proteção ao patrimônio público ou a qualquer outro direito difuso, coletivo ou individual homogêneo cuja defesa tenha sido atribuída a esta instituição e que tenha sido (ou esteja na iminência de ser) violado por uma atuação ilícita de ente público, sempre que for inviabilizada pelos órgãos superiores a propositura da ação civil pública ou da ação de improbidade cabíveis [15].

É oportuno salientar que tal posicionamento não significa de modo algum que não defendamos uma postura de diálogo e cooperação mútua entre os órgãos da Advocacia Pública e os demais órgãos públicos. Muito pelo contrário, pois eles se complementam na consecução do interesse público e, tanto quanto os demais órgãos necessitam do saber jurídico para nortear suas ações, muitas vezes à Advocacia Pública é imprescindível um parecer técnico prévio para poder formar seu convencimento jurídico.

Parece-nos, inclusive, absolutamente nocivo o distanciamento físico entre os órgãos da Advocacia Pública e os dos órgãos públicos aos quais se prestam serviços jurídicos, o que acarreta cada vez maiores dificuldades para o diálogo (que já não costuma ser dos melhores) tão necessário para enfrentar questões de interesse comum. O que a Advocacia Pública necessita é de garantias jurídicas e, sobretudo, de uma postura de independência técnica, firmeza e poder de convencimento, além de disponibilidade para motivar e explicar as conseqüências de seus posicionamentos. Isso não advém do isolamento e sim de trabalho sério, firme e bem coordenado dos órgãos da Advocacia Pública, assim como da segurança de seus membros de não correrem o risco de sofrerem represálias ilegítimas por parte de chefias, no mais das vezes, controladas pelo Poder Executivo.

Trata-se do tema que enfrentaremos no tópico seguinte.

3. Da autonomia funcional: porque uma instituição é formada a partir de contribuições individuais...

Dentre aqueles que se dedicaram ao estudo da situação funcional do advogado público, a posição que defende a necessidade da autonomia é francamente majoritária. Não localizamos nenhum autor, contudo, que tenha realizado expressamente a distinção entre os dois planos dessa autonomia: 1º.) quanto aos órgãos públicos que se utilizam dos trabalhos jurídicos dos advogados públicos; 2º.) quanto ao relacionamento dos membros da advocacia pública entre si, a fim de aquilatar em que medida um superior hierárquico pode interferir no trabalho de seus subordinados.

O primeiro plano é, sem sombra de dúvida, o que conta com maior número de posicionamentos, razão pela qual começaremos por ele. Após, trataremos dos deveres e prerrogativas dos advogados públicos, seja na sua atuação consultiva, seja na contenciosa, para, em seguida, enfocar a questão do conteúdo e limites da hierarquia funcional no âmbito da Advocacia Pública e, ao final, abordar, de um lado, os limites da independência funcional e, de outro, a necessidade de instrumentos para sua garantia.

3.1. Da relação dos membros da advocacia pública com os órgãos da Administração Pública externos à sua instituição

Dentre tantos outros estudiosos, podemos começar citando a posição de Júlio César Werneck Martins, ao defender a necessidade de independência para os integrantes da advocacia pública federal - o que pode ser estendido, pelas mesmas razões, para todos os advogados públicos:

*"Prevista na Constituição Federal como exercente de função essencial à justiça, com a atribuição de prestar assessoria e representação jurídica, a **participação da Advocacia-Geral da União na prevenção de irregularidades orçamentárias é decisiva**. Por força de lei, nenhum administrador público pode assinar contratos ou convênios sem a aprovação prévia de um advogado público. Vale lembrar que tais contratos e convênios são atos anteriores e indispensáveis ao desembolso de verbas públicas. Tal exigência legal impõe à Advocacia Pública a função de primeiro e único órgão de controle preventivo da execução do orçamento público. Não bastasse tal fato, não são raras as decisões do Tribunal de Contas da União e do Poder Judiciário responsabilizando o advogado parecerista pela aprovação de licitação ou convênio que tenha se mostrado lesivo aos cofres públicos."* [16]

O articulista em questão deixa evidente a **incoerência que existe na possibilidade de responsabilização dos advogados públicos por seus pareceres sem que seja a estes garantida independência técnica e inamovibilidade:**

"Somente ao executor orçamentário mal intencionado interessa um advogado submisso, controlado, incapaz de atuar com eficiência ou independência, pois estes piratas de verbas públicas querem a seu lado apenas um assessor jurídico que não os contrarie e aprove qualquer ato submetido à sua análise (...) Por tais razões, a atividade de assessoria jurídica dos órgãos públicos é, por força constitucional, privativa aos advogados e procuradores concursados, integrantes de carreira formal e bem estruturada, que proporcione as condições ideais de remuneração e independência para o exercício de tão relevante função pública. (...)

Um advogado somente poderá exercer livremente a relevante função de protetor do erário público se devidamente integrado a uma carreira independente e bem estruturada." [17]

No mesmo sentido as sempre exemplares lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao discorrer sobre a natureza da advocacia pública: "1.º) **todos os tipos de interesses, da sociedade e do Estado, devem ser recobertos**; 2.º) **os órgãos e agentes que exercerão essas funções devem estar garantidos para fazê-lo com independência e** 3.º) **os órgãos e os agentes que ocuparão cargos públicos aos quais se atribuem essas funções devem ser escalonados em carreiras e providos pelo sistema de mérito.**" [18]

Para o ilustre administrativista, a independência funcional é decorrência inafastável do sistema constitucionalmente desenhado para a advocacia pública:

"A independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça (...) Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem, sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão-somente segundo sua consciência e sua orientação científica." [19]

Como vimos, não é por outra razão que a Constituição Federal reservou capítulo próprio às chamadas "funções essenciais à justiça". Em outro trabalho, aponta ele que é garantida pela Constituição ao advogado de Estado a

*"independência técnico-funcional em sua atuação como advogado (identificada especificadamente pela expressão 'liberdade' no art. 7.º, I, da Lei 8.906/94, e complementada pela regra do art. 31, § 2º da mesma lei), na qual se inclui, como múnus de seu serviço público, o dever geral ético de defender a legalidade, a legitimidade e a licitude (art. 2.º, § 1º, da Lei nº 8.906/94, e art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB), o que vem a ser uma permanente atuação genérica de **custus legis** - o que resulta perfeitamente lógico no Estado Democrático de Direito, pois, acima do dever de pugnar pelos interesses que lhe são confiados, está o de **preservar a própria ordem jurídica** - um prius sem o qual nenhum interesse estaria protegido." [20]*

Alexandre Magno Fernandes Moreira lembra muito bem que a independência técnica, inclusive, já vem assegurada a **qualquer advogado empregado** pelo Estatuto da OAB, em seu art. 18: "*a relação de emprego (...) não retira a isenção técnica nem reduz a **independência funcional** inerentes à advocacia*". Para o autor, "*O advogado é um livre-pensador, que tem o direito de exercer seu mister apenas quando compatível*

com o que considera correto. Caso contrário, poderá invocar a objeção de consciência (incompatibilidade moral entre o profissional e o serviço a ser prestado)" [21].

No mesmo diapasão, sustenta Rommel Macedo: "*Dando aplicabilidade ao art. 133 da Constituição de 1988, dispõe o art. 7º, inciso I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que é direito do advogado, 'exercer, **com liberdade**, a profissão em todo o território nacional' (grifo nosso). Ademais, reza o 1º. do art. 31 do aludido diploma normativo: 'O advogado, no exercício da profissão, deve manter **independência em qualquer circunstância**' (grifo nosso)" [22]*

O mesmo autor, aliás, relata existir Parecer vinculante expresso da AGU acerca do tema: "*dispõe o Parecer n. GB-24, da Advocacia-Geral da União (1994), aprovado pelo Presidente da República e, portanto, de cumprimento obrigatório por parte de todos os órgãos e entidades da Administração Federal: 'a positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional' "* E prossegue ele, com inteira propriedade:

*"Assim, revela-se inconstitucional qualquer disposição normativa que exclua totalmente a inviolabilidade e a independência do membro da Advocacia-Geral da União em seu exercício profissional, muito embora se admitam algumas limitações legais, **traçadas dentro dos parâmetros constitucionais**, com o visio de compatibilizar sua condição de advogado com o regime estatutário no qual se enquadra."* [23]

São muito elucidativas também as ponderações de Marcos Costa Vianna Moog:

"o controle externo e posterior à realização dos atos administrativos (...), exercido pelo Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Legislativo, não dá conta da realidade posta.

Por tais motivos, infere-se haver maior possibilidade de resultados através do implemento de eficácia no controle interno.

*Contudo, como já mencionado, hoje **não se vislumbra a possibilidade de um controle interno mais eficaz sem a prestação das devidas garantias a quem o realiza.***

(...)

De fato, se é função precípua do Procurador do Estado buscar o interesse público primário e, sendo o conteúdo do ato administrativo provido de dois elementos, quais

sejam, o paradigma da norma maior, que é a Constituição Federal e a vontade do administrador, é evidente que muitas vezes será inevitável algum confronto com o próprio agente da Administração." [24]

Totalmente equivocada, portanto, a nosso ver, a visão daqueles que defendem uma "independência funcional mitigada", visando apenas resguardar os interesses pessoais dos advogados públicos de não se verem responsabilizados quando seus entendimentos não foram acatados, como sustenta Cláudio Geoffroy Granzotto:

"Caso um advogado de Estado entenda que não deva recorrer ou mesmo deflagrar uma ação em uma situação em que haja diverso entendimento superior, normatizado ou não, deve o mesmo fundamentadamente expressar suas razões de descontentamento através de um parecer.

Insistindo o órgão superior no prosseguimento do ato, no caso interposição do recurso ou deflagração da ação, o advogado que teve seu parecer rejeitado deverá praticar o ato almejado por delegação, ou seja, como longa manus do órgão superior.(...)

Caso aquele ato praticado gere uma responsabilização por lide temerária ou ato atentatório à celeridade da justiça, o advogado de Estado estará imune a qualquer punição, tendo em vista que agiu por delegação." [25]

Discordamos também frontalmente de entendimentos como o defendido por Fides Angélica Ommati, que, em um momento, defende a independência funcional dos advogados públicos, para, em seguida, afirmar que *"por exemplo, em mandado de segurança impetrado contra o órgão ou entidade, se o advogado entende ter o impetrante direito ao que pleiteia, deve sugerir à autoridade que reformule o seu ato ou providencie de modo a fazer valer o direito do administrado; se, ainda alertada, a autoridade mantém o ato, não autorizando o advogado a pôr fim ao processo, seu dever é dar-lhe continuidade." [26]* Ora, **se a consultoria jurídica deve ser vinculante, por que razão a opinião jurídica proferida em litígio judicial não deve sê-lo?** Que alteração jurídica é essa na natureza do interesse defendido que altera o valor de uma opinião técnica proferida pelo advogado público conforme ela seja ou não dada no curso de um processo judicial?

A nosso ver, talvez a real motivação subjacente a esse tipo de posicionamento (os que entendem que deve prevalecer a vontade política do administrador público leigo sobre a opinião técnico-jurídica de um advogado público) seja uma necessidade de buscar um fundamento lógico-jurídico para a realidade posta, que se encara como imutável. De fato, todo advogado público sabe dos riscos reais atualmente existentes quando se adota uma conduta independente, comprometida unicamente com a defesa da ordem jurídica - justamente porque não contamos com as prerrogativas necessárias para

o exercício de nossa nobre missão: garantir a juridicidade dos atos do Poder Público. **Esta posição não protege os interesses dos administrados** confiados ao Estado, a quem cabe tutelá-los por meio de todos os seus órgãos, inclusive os advogados públicos.

Para concluir este tópico, cabe-nos salientar que, não obstante os expressivos entendimentos doutrinários no sentido do reconhecimento da independência funcional aos advogados públicos, a legislação, notadamente no plano federal, é seriamente omissa a esse respeito:

"A Lei Complementar nº. 73/1993 - Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - é comezinha em termos de prerrogativas para o múnus constitucional da advocacia pública federal, limitando-se a tratar quase que exclusivamente da sua estrutura organizacional (forma), atribuindo obrigações a seus membros e estabelecendo uma franca interferência do Poder Executivo no desempenho de suas atividades.

(...) A interferência do Poder Executivo no exercício das atividades da Advocacia-Geral da União encontra-se expressa em vários artigos da referida Lei Complementar (vide os arts. 3º. e 28 , por exemplo). Garantias básicas como inamovibilidade, independência funcional e inviolabilidade sequer são mencionadas. (...)

Não possui o Advogado do Estado legislação especial como a essencialidade da função pública que desempenha exige. Os seus direitos encontram-se estabelecidos na Lei nº. 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais, o que se mostra insuficiente (...)

O Estatuto da OAB (Lei nº. 8.906/94) também não traz disposições específicas acerca das garantias da Advocacia de Estado. (...)

O interesse público reclama a modificação desta situação, não podendo o Advogado de Estado ser mero instrumento cancelador das atividades do Executivo, que, muitas vezes, faz prevalecer os interesses de uma Administração em detrimento do interesse público. A Advocacia de Estado tem que receber tratamento equiparável à função essencial que exerce, sob pena de prejuízos irreparáveis à coletividade." [27]

E, lamentavelmente, o anteprojeto de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, ora em fase de discussão entre os órgãos da própria AGU e diversas associações de advogados públicos federais, pouco inova a esse respeito, já que fala em "autonomia funcional" sem em momento algum definir exatamente o que representa tal prerrogativa.

3.2. Das prerrogativas e deveres do advogado público

3.2.1. Das prerrogativas

Da independência técnico-funcional preconizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e tantos outros [28] decorre ainda que "*o Advogado ou Procurador de Estado, como qualquer outro servidor público, está desobrigado de obedecer a ordens de superior hierárquico, quando **manifestamente ilegais**, em sentido amplo (ilegais, ilegítimas e ilícitas), incluindo-se entre essas as de agir contra sua própria ciência e consciência, enquanto órgão funcionalmente autônomo.*" [29]

Outra importante prerrogativa apontada pelo juspublicista é a da **organicidade unipessoal**, ou seja, a garantia de exercer a condição de advogado público que se reconhece a cada um dos integrantes da carreira, individualmente considerado. Para ela, a garantia "*decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual (...), com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional.*" [30] Desse modo, para este autor, qualquer interferência do superior na hierarquia administrativa que tente afetar a independência técnica do advogado público caracteriza **abuso de poder**, "*uma vez que o advogado público é, por definição constitucional, um órgão unipessoal.*" [31]

De nossa parte, propomos que ao menos quatro prerrogativas devam ser reconhecidas como necessárias para o pleno exercício do papel de controle da juridicidade da atividade administrativa: **independência técnico-funcional**, a **inamovibilidade** [32], a **distribuição de feitos segundo critérios equitativos e previamente estabelecidos** e, por último, a **lotação segundo critérios objetivos e garantindo-se a objeção de consciência**.

A primeira, como vimos, segundo a doutrina majoritária, já é garantida implicitamente pelas regras constitucionais e explicitamente pelo Estatuto da Advocacia, não obstante afrontada na prática no seio de diversos órgãos de advocacia pública.

A segunda, de outra parte, constitui prerrogativa necessária mas ainda pouco prevista no direito positivo [33], o que não significa, contudo, que sejam admissíveis remoções imotivadas no seio da advocacia pública.

A terceira, que propomos nesta oportunidade sem contar com expresso respaldo prévio em outros doutrinadores, entendemos que é, em realidade, decorrência óbvia da

natureza das funções do advogado público, especialmente num ambiente institucional como o atual, em que inexistente autonomia institucional. Vejamos.

Ora, se cabe aos advogados públicos o controle da juridicidade dos atos do Poder Público, se nesse mister lhe cumpre proferir pareceres avalizando ou não juridicamente as ações e omissões estatais, se, como vimos, o Poder Executivo controla hoje a nomeação dos dirigentes dos órgãos da Advocacia Pública, se, por outra parte, os membros da Advocacia Pública têm sua avaliação funcional e sua conduta disciplinar aferidas por órgãos que não guardam a necessária independência, é evidente que tais dirigentes podem direcionar os feitos (sejam pareceres, sejam contenciosos) para os advogados públicos que lhes pareçam mais dispostos a ceder às suas pressões e/ou às do Poder Executivo... Daí a imprescindibilidade de **não se admitir a avocação imotivada de processos administrativos ou judiciais já distribuídos**, bem como de se preverem **critérios prévios de distribuição, a fim de evitar direcionamentos arbitrários**.

Tal prerrogativa deve necessariamente ser complementada por outra que lhe antecede sob o ponto de vista lógico: a **lotação segundo critérios objetivos e garantindo-se a objeção de consciência**. Esta garantia, ademais, liga-se ao princípio da eficiência administrativa, pois garante que os membros da Advocacia Pública tenham sua lotação definida conforme sua qualificação profissional e não consoante a sua disponibilidade (ou não) para interferências indevidas no exercício das funções.

3.2.2. Dos deveres

Num outro plano, o dos **deveres que devem ser observados pelos advogados públicos**, pode-se mencionar, desde logo, o princípio básico que deve gerir a conduta do advogado público em juízo, qual seja, é o da **lealdade processual**, o qual, podemos dizer, deriva do princípio da moralidade administrativa. Evidentemente, assim como ao advogado privado, lhe estão proibidas as condutas que caracterizem litigância de má fé. São oportunas, aqui, as palavras de Sidio Rosa de Mesquita Júnior:

"Ao advogado público já foi imposto o dever de recorrer indiscriminadamente, cultura que vem se modificando dia-a-dia. (...) O advogado público não pode defender a imoralidade. Ainda que ele seja Defensor Público, sua defesa deve ser feita na forma da lei. Chicanas são incompatíveis com sua atuação. É comum governantes pretenderem atrasar o pagamento das dívidas públicas, lançando o problema ao sucessor. Isso é irresponsável, mormente quando o descumprimento da obrigação gera astreintes e outras evoluções significativas na dívida, superiores aos juros de mercado."
[34]

Não é demais lembrar que ao advogado público são impostos os mesmos deveres que incumbem a todos os advogados. Assim, "*ao advogado é cobrado comportamento pautado na legalidade, em que se insere a proibição de pleitear contra a lei (art. 34, VI, EAOAB) e de concorrer para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la (art. 34, XVII, EAOAB), além de a ética impor-lhe atuação com independência, honestidade, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé (art. 2º, II, Código de Ética).*" [35]

É interessante notar que a cultura predominante entre os integrantes da advocacia pública é a de que, enquanto consultores, lhes cabe a defesa da legalidade, mas, em juízo, lhes cabe a defesa do ente público, ou melhor, de seu patrimônio. É como se a natureza da norma se alterasse quando se atua no contencioso, de modo que elas deixariam de ser imperativas para o Poder Público quando já foram violadas! Ora, as normas jurídicas não mudam de natureza quando se vai a juízo. Continuam sendo cogentes e determinantes para o Poder Público. Esta interpretação termina por implicar em que a **falha** do controle preventivo gera um autêntico salvoconduto para a ilegalidade...

Fazemos nossas as lições de Diogo Figueiredo Moreira Neto: "*O exercício de funções **preventivas** (consultoria jurídica) e **postulatórias** (representação) que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica inviabiliza o controle de **juridicidade** (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito*" [36]

Em outro trabalho, ressalta ele: o "*Advogado de Estado, até mesmo por essa condição essencial, de ser um **advogado**, deve repudiar qualquer tipo de desvios éticos de conduta postulatória, como, mais comumente, a litigância de má-fé.*" [37] Mais uma vez, cabe mencionar o posicionamento de Sidio Rosa de Mesquita Júnior: "*Hoje, defendo a necessidade imperiosa de criar economia para o Estado; ela é possível por meio do acordo e da aceitação da sentença condenatória, uma vez que o recurso poderá elevar os ônus da sucumbência, isso sem falar das possíveis multas decorrentes da litigância de má-fé, caracterizada pela interposição de recurso temerário.*" [38]

As lições do Prof. Diogo acerca do tema sob análise são incisivas:

"qualquer interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, devendo, por isso, recusar-se o Advogado Público a atuar por mero interesse arrecadatário, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar

com fins emulatórios; recusar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer ordens hierárquicas que depassem da organização burocrática dos serviços para interferirem na condução formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo, etc." [39]

Para ele, inclusive, "*um membro da Advocacia de Estado poderá, em tese, responder por perdas e danos perante os administrados, por desempenho de má-fé, mesmo que tenha agido a pretexto de cumprimento de ordens, pois nenhum deles poderia, sequer, alegar, como escusa, a existência de um 'dever administrativo hierárquico-legal'"* [40]

Outro princípio constitucional que, embora evidentemente se aplique, mas tem sido comumente ignorado no exercício da função contenciosa dos advogados públicos, é o da **eficiência**, ao se deixar de analisar a economicidade envolvida na propositura de uma ação judicial. A propositura de ações inúteis, sem verificar sequer se o devedor possui patrimônio, além de não trazer qualquer benefício ao erário, apenas desvia o advogado público das funções que são realmente relevantes, além de sobrecarregar o Judiciário inutilmente.

À luz dos princípios e idéias expostos, cremos ser possível identificar, assim, quatro deveres mínimos no que se refere à atuação contenciosa do advogado público:

- a) proibição da litigância de má fé - dever de não faltar com a verdade e de não interpor recursos ou realizar manifestações meramente protelatórias;
- b) dever de contribuir para o esclarecimento dos fatos, trazendo todas as informações relevantes para o feito;
- c) dever de reconhecer a procedência do pedido, quando for o caso, realizando transação de acordo com critérios previamente definidos (por exemplo, em caso de controvérsia apenas sobre matéria de direito, quando a jurisprudência estiver pacificada; quando se tratar de controvérsia em matéria de fato, quando os fatos estiverem suficientemente esclarecidos - ainda que não em juízo, mas de acordo com a investigação feita a nível administrativo), sempre devidamente observada a autorização de quem de direito (autoridade hierarquicamente superior, comissão nomeada para este fim, etc.);
- d) dever de ponderar o custo/benefício no momento de ajuizar a ação, evitando a propositura de ações inúteis que em nada beneficiam o erário e ainda agravam o problema da morosidade judicial.

Já no que toca à consultoria, é imperativo reconhecer seis deveres mínimos para o advogado público:

- a) dever de proferir pareceres de acordo com a melhor interpretação jurídica aplicável ao caso, sempre à luz dos princípios constitucionais cabíveis;
- b) dever de comunicar ao órgão competente no seio da Administração Pública ilicitudes que tenham sido praticadas e que venham a ser reconhecidas em juízo, proferindo orientação para que todas as situações similares pretéritas sejam corrigidas e para que novos ilícitos não venham a se repetir no futuro;
- c) dever de verificar, de ofício, a juridicidade dos atos administrativos e normativos praticados pelo ente público defendido;
- d) dever de proferir parecer orientativo sempre que tiver conhecimento, por qualquer forma, de ilegalidade praticada pelo ente público defendido;
- e) dever de monitorar o cumprimento de seus pareceres;
- f) dever de comunicar ao Ministério Público os ilícitos de que tenha conhecimento no exercício da função sempre que suas orientações para corrigi-los não sejam devidamente acatadas - além do **dever que cabe a todo servidor público** de representar à autoridade imediatamente superior ao praticante da "*ilegalidade, omissão ou abuso de poder*", nos termos do art. 116, XII, da Lei 8.112/90.

Para que tais deveres (aos quais se acrescem, por evidente, os demais deveres inerentes à condição de servidor público) sejam efetivamente observados, é **imprescindível a existência de sistemas adequados de avaliação de desempenho, bem como, para os casos extremos, a existência de uma Corregedoria eficiente**, apta a monitorar a conduta dos integrantes da advocacia pública em todos os graus hierárquicos e a instaurar as sindicâncias e processos disciplinares cabíveis em caso de inobservância das obrigações funcionais.

3.3. Da relação dos membros da advocacia pública entre si: conteúdo e limites da hierarquia funcional

A independência funcional deve revelar-se, a toda evidência, também no seio da própria carreira. É o que aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "*Nem mesmo em relação ao Chefe dos órgãos coletivos das procuraturas existe hierarquia funcional: apenas administrativa.*" [41] Esta independência, como vimos, já se encontra implicitamente garantida aos advogados públicos pelo ordenamento jurídico brasileiro, muito embora inobservada na prática devido a uma série de fatores de ordem administrativa - que abordaremos mais adiante, no item 3.5.

Assim, apesar de a prática que se verifica nos diversos órgãos da Advocacia Pública consagrar o contrário, é evidente que **o gerenciamento administrativo de uma instituição, seja ela qual for, não se confunde com o saber técnico específico a ser utilizado para o desempenho das atividades de uma mesma instituição**. É por demais evidente constatar que aquele que se tem um volume menor de atribuições (do ponto de vista temático) terá condições de, com o passar do tempo, especializar-se no assunto, muitas vezes ultrapassando em conhecimentos técnicos aquele que lhe é superior na hierarquia administrativa - fenômeno absolutamente natural, que se dá seja no setor público, seja no setor privado, onde o operário certamente domina melhor as funções de suas ferramentas de trabalho do que o gerente-geral da fábrica...

Não se pode, assim, confundir saber técnico (no caso aqui, técnico-jurídico) com saber administrativo. O desempenho de funções gerenciais em órgãos da Advocacia Pública não implicará necessariamente maior grau de conhecimentos jurídicos sobre um assunto. É perfeitamente possível que o "subordinado" seja um eminente estudioso/doutrinador sobre tema de sua atuação, ao passo que o "superior hierárquico" detenha conhecimentos superficiais sobre o assunto - o que de forma alguma desqualifica este último, mas decorre de suas competências gerenciais. Estas deverão ser atinentes, basicamente, à coordenação administrativa dos trabalhos, ou seja, distribuição destes entre os membros da equipe, respeitando-se critérios quantitativos e qualitativos, remanejamento dos membros para funções diversas quando sua qualificação profissional puder ser mais produtiva em outra área, definição de prioridades, concessão de férias, licenças e outros afastamentos, definição de normas administrativas para a operacionalização dos trabalhos, integração entre os membros da equipe e com outros setores da mesma instituição, motivação dos integrantes da equipe, garantia de condições materiais de trabalho adequadas, enfim, uma série de atribuições de natureza gerencial para as quais, aliás, nós operadores do Direito não somos, no mais das vezes, devidamente capacitados, mas que a vida profissional acaba nos encaminhando a exercer.

Deve, sim, o subordinado ser instado a **bem fundamentar** seus posicionamentos jurídicos, sem sofrer, porém, interferências técnicas que não as resultantes de argumentos jurídicos sólidos, mediante um **debate coletivo** na instituição, no qual tenham participação os maiores especialistas no tema (o que se pode objetiva e facilmente aquilatar, seja pela verificação do currículo, seja pela atuação profissional pretérita na própria instituição em casos similares). Este é o único posicionamento, aliás, capaz de estimular a boa qualificação técnico-jurídica, pois nenhum integrante da Advocacia Pública ficará motivado a pesquisar e estudar profundamente um assunto se souber que, a qualquer momento, alguém que lhe seja superior administrativamente na hierarquia (o que tem a ver, como vimos, com **aptidões gerenciais**) poderá fazer prevalecer, no curso dos trabalhos, o seu entendimento, ainda que tecnicamente equivocado (prevalecendo, assim, a linguagem do poder, e não a do saber...).

3.4. Da necessidade de observância dos princípios da isonomia e da eficiência: os limites da independência funcional

Quando se defende aqui a necessidade de garantias de independência funcional a cada membro da Advocacia Pública, talvez alguém possa concluir daí que entendemos ser incabível a tomada de decisões coletivas sobre estratégias jurídicas em processos judiciais, ou a adoção de pareceres jurídicos conjuntos, ou, ainda, a possibilidade de adoção de pareceres vinculantes para os próprios advogados públicos, ou, como é comum, a adoção de regras quanto ao formato dos documentos emanados da Advocacia Pública. Não é esse, contudo, nosso entendimento, como já sugere o posicionamento defendido no item anterior acerca da resolução de divergências técnico-jurídicas nos órgãos da Advocacia Pública.

É evidente que exigências de natureza administrativa (no que diz respeito às regras de ordem formal), ou a complexidade do tema (no que diz respeito à tomada coletiva de decisões) ou mesmo razões de eficiência administrativa (no que tange aos pareceres vinculantes) podem limitar a independência funcional do advogado público.

Concordamos, assim, com Rommel Macedo, quando este defende a legitimidade da regra constante do art. 28, II, da Lei Complementar 73/93 (que estruturou a AGU), a qual dispõe ser "*vedado ao membro da Advocacia-Geral da União contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotados pelo Advogado-Geral da União*", "*o que contribui - segundo o autor - para que a representação do ente público não se faça com base em posicionamentos conflitantes*" [42].

Da mesma forma, pensamos assistir razão a Diogo de Figueiredo Moreira Neto quando ele admite, quanto à independência funcional do advogado público,

"a flexibilização dessa regra na atividade contenciosa, para que o Advogado de Estado observe normas técnicas internas do próprio coletivo a que pertença, desde que dirigidas ao logro de maior eficiência da defesa judicial e, ainda assim, desde que o conteúdo técnico dessas normas não se confronte com convicções individuais já publicamente assumidas, porque, como se explicou, neste caso só feririam a consciência do advogado, obrigando-o a venire contra factum proprium e a se desdizer, como desserviriam à idoneidade da própria defesa pretendida. Todavia, em qualquer caso, esse tipo de dissenso poderá ser levado à discussão interna, no âmbito do órgão coletivo a que corresponda em cada Procuratura, e, por certo, sempre, externamente, perante o Poder Judiciário" [43]

A toda evidência, não pode tampouco o advogado público furtar-se ao exercício de suas funções institucionais: não pode, por exemplo, deixar de manifestar-se em juízo quando citado ou intimado, salvo "*no caso em que a pretensão a ser sustentada em juízo violar expressa disposição legal ou constitucional*". Da mesma forma, no que tange à consultoria e ao assessoramento jurídicos, não podem "*deixar de proferir pareceres quando lhes for devidamente solicitado, observados os prazos legalmente estabelecidos. Todavia, deverão os membros da instituição exarar tais pareceres com liberdade de consciência, muito embora essas manifestações estejam sujeitas à aprovação por instância decisória superior*" da mesma instituição. "*A instância superior, contudo, não pode **obrigar** o membro da instituição a modificar o entendimento proferido, devendo, isto sim, em caso de não aprovação, exarar um outro parecer, que será acostado aos autos do processo juntamente com o parecer não aprovado.*" [44]

Acerca de tais divergências de entendimento, altamente prováveis quando se tratar de situações com razoável complexidade jurídica, julgamos oportuno, contudo, tecer algumas considerações adicionais, formulando proposta que ainda não vimos ainda exposta na produção científica sobre o assunto.

Defendemos a criação de "câmaras técnicas" especializadas nos diferentes temas de interesse da instituição, com atribuições eminentemente técnico-jurídicas, sem qualquer confusão com os órgãos que tenham atribuições gerenciais, as quais ficariam encarregadas de verificar, de ofício, a presença de posicionamentos conflitantes nos órgãos de Advocacia Pública onde atuam e buscar, a partir de debate envolvendo os especialistas no assunto, chegar a conclusões juridicamente coerentes a fim de uniformizar o entendimento da instituição sobre o tema. Evidentemente, tais câmaras também poderiam ter a sua atuação provocada por qualquer membro da instituição que verificasse a existência de posicionamentos conflitantes, seja do ponto de vista do Direito Material, seja do ponto de vista do Direito Processual.

Entendemos, ainda, que a participação no debate não precisaria ficar restrita a membros da própria instituição, sendo de todo recomendável que, verificando-se não contar a instituição em seus quadros com grandes especialistas no assunto, mas existirem estudiosos em instituições acadêmicas e/ou científicas com qualificação adequada, estes fossem convidados a participar de evento cuja pauta seria o(s) tema(s) objeto da(s) controvérsia(s) e cujo objetivo seria justamente definir o posicionamento futuro da instituição sobre a(s) mesma(s).

3.5. Da necessidade de instrumentos para garantia das prerrogativas funcionais

Nesta fase do trabalho, é chegada a hora de reconhecer que de nada adianta descobirmos no Direito Material as fontes e fundamentos da independência funcional ou de quaisquer outras prerrogativas e deveres dos advogados públicos, se não existirem (e funcionarem!) mecanismos aptos a corrigir as situações em que as prerrogativas sejam afrontadas ou os deveres sejam descumpridos.

No que diz respeito aos deveres, cremos ser possível afirmar que a quase totalidade dos órgãos da Advocacia Pública possui órgãos correicionais encarregados da instauração de processo disciplinar cabível quando forem cometidas infrações, bem como da aplicação das respectivas penalidades.

Não temos conhecimento, porém, da previsão de penalidades para o abuso de poder disciplinar e/ou para a violação de prerrogativas dos advogados públicos, a serem aplicadas aos detentores de poder hierárquico, a fim de que seja efetivamente garantida, ao lado da observância dos deveres, o **respeito às prerrogativas dos advogados públicos**.

De outra parte, é importante salientar ser comum entre os órgãos da Advocacia Pública a concentração de poderes administrativos e correicionais (ao menos na fase de instauração do processo) numa única autoridade, o que torna inevitável, assim, o risco de o cometimento de infrações disciplinares não ser apurado com a devida independência.

Muito embora entendamos - é preciso salientar - que os meios consensuais de resolução de conflitos são os mais eficazes, sendo que o diálogo conduzido por uma autoridade equidistante pode, muitas vezes, resolver o problema que levou à possível prática de uma infração disciplinar, é importante frisar que devem, sim, existir mecanismos coercitivos a serem acionados quando advogados públicos tenham suas prerrogativas violadas - já que, eventualmente, os meios consensuais podem não pôr fim ao problema.

Não é possível imaginar que continuemos a desempenhar nossas funções em um sistema que só coíbe e sanciona efetivamente o descumprimento de nossos deveres, mas não garante nossas prerrogativas... Que qualidade de atividade jurídica se pode esperar de advogados públicos num ambiente institucional como esse? Que outra diretriz há de nortear sua atuação que não o receio de desagradar e/ou o desejo de agradar ao "superior hierárquico"? Será está a atuação a se esperar de alguém cuja atividade é remunerada por toda a sociedade?

4. Conclusões

Para sintetizar as idéias aqui exploradas, podemos afirmar que, seja sob o ponto de vista funcional (enfocada a atuação individual de cada membro da Advocacia Pública), seja sob o ponto de vista institucional, existe hoje **flagrante descompasso entre a missão constitucionalmente atribuída à Advocacia Pública** (na condição de Advocacia de Estado e função essencial à Justiça que foi talhada para exercer) **e o arcabouço institucional que lhe foi traçado até o momento no plano infraconstitucional**, seja a nível legislativo, seja a nível regulamentar, seja das práticas administrativas comumente observadas.

Assim, é impossível discordar das palavras com que Rommel Macedo encerra a primeira obra monográfica que fez um estudo sistemático da Advocacia Pública no Brasil: "*faz-se necessário remodelar a dimensão orgânica da relação entre a Advocacia-Geral da União e o Poder Executivo, adequando-a à dimensão funcional. Ou seja, é fundamental que o exercício dessa função de controle conte, em nível constitucional, com expressas garantias de natureza orgânica, o que se mostra fundamental para a efetivação da concepção de Estado prevista na Constituição de 1988.*" [45]

Para tanto, é importante referir que, mais do que mudanças normativas, necessitamos urgentemente de mudanças de postura em todos os membros da Advocacia Pública - o que não se fará de uma hora para outra. Porém, passo a passo, é preciso avançar na luta pelo reconhecimento de nosso papel institucional e assumir nossa condição primordial de servidores da coletividade, destinatária final e única financiadora de nosso trabalho e também a legítima merecedora de nosso fiel compromisso.

5. Referências bibliográficas

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7262>. Acesso em 20 jan. 2009.

CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. *Debates em Direito Público*. Ano VI, nº. 06. Brasília: ANAUNI, outubro de 2007.

CASTRO, Aldemario Araujo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus*

Navigandi. Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772> Acesso em 20 jan. 2008.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>. Acesso em 20 jan. 2008.

GRANZOTTO, Cláudio Geoffroy. Advogado de Estado. Defesa do interesse público. Independência funcional mitigada. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1334, 25 fev. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9533>. Acesso em 20 jan. 2008.

KIRSCH, César do Valle. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Fernando Barbalho. Autonomia da Advocacia de Estado e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; VENTURA, Zênio (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

MARTINS, Júlio César Werneck. "A advocacia pública e o controle do Estado". Disponível em: <http://www.anauni.org.br/html/artigos/julio.html>. Acesso em 20 jan. 2008.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. A advocacia pública é incompatível com a inscrição do profissional na Ordem dos Advogados do Brasil. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1599, 17 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10671>. Acesso em 20 jan. 2008.

MOOG, Marcos Costa Viana. O novo perfil da advocacia pública: juridicidade, realidade e efetividade. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; VENTURA, Zênio (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Para que serve o advogado público? Disponível em: *DireitoNet*: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/38/3638/>. Acesso em 13 ago. 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 29. N. 116. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1992. p. 93.

_____. Ética e funções essenciais à justiça no Presidencialismo moderno. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30. N. 120. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1993.

_____. Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006.

NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública. Disponível em: <http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>. Acesso em 28 dez. 2007.

OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>. Acesso em 13 ago. 2007.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30. N. 117. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan./mar. 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia no controle da legalidade da Administração. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006.

[1] Utilizamos neste trabalho o termo "Advocacia Pública", tal como denominado pelo constituinte o conjunto das instituições de representação judicial e extrajudicial dos órgãos estatais. Sabe-se, contudo, que a, muitas vezes, prefere a locução "Advocacia de Estado", que corresponde à Advocacia Pública em sentido estrito, da forma aqui utilizada, sem abranger, portanto, seja a Defensoria Pública (advocacia dos necessitados), seja o Ministério Público (advocacia da sociedade em sentido estrito), instituições que seriam, por seu turno, abrangidas pelo termo Advocacia Pública em sentido amplo doutrina (tal como define o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

[2] O papel da advocacia no controle da legalidade da Administração. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 40. No mesmo sentido o pensamento de Sérgio Luiz Barbosa Neves: "*Daí serem fundamentais a autonomia administrativa e financeira e a legitimidade da Procuradoria para o controle prévio da legalidade e da lesividade dos atos praticados pelos administradores públicos*". A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública. Disponível em: <http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>. Acesso em 28 dez. 2007.

[3] É importante referir que tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional prevendo a garantia da autonomia administrativa e financeira, bem como

a autonomia funcional aos membros da Advocacia Pública, encampada pelo deputado federal Flávio Dino.

[4] A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7262>. Acesso em 20 jan. 2009, p. 05-06.

[5] *Cit.*, p. 07.

[6] *Cit.*, p. 30.

[7] Autonomia da Advocacia de Estado e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; VENTURA, Zênio (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 560-561. O mesmo autor aponta que, para "a Advocacia Privada, tal autonomia deriva da liberdade genericamente reconhecida pelo art. 5º. da Carta Magna e da liberdade de iniciativa que rege a atividade econômica, nos termos do art. 170 do mesmo texto constitucional." (p. 559), o que lhes possibilita uma excelência técnica que nem sempre se observa nos quadros da Advocacia de Estado. Ademais, reforça ele, "não se opõe à alegação de que a existência de órgão autônomo é aberrante à estrutura do Poder Executivo no Brasil, pois aí estão as Agências Reguladoras, várias sem estatuto constitucional similar àquela ostentada pela Advocacia de Estado, a terem suas autonomias reconhecidas inclusive pelo próprio Excelso Pretório" (p. 564).

[8] Arts. 99, 127, parágrafo 3º. e 168 da Constituição Federal.

[9] "Art. 85. São crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição Federal e especialmente contra: (...) II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação." (Constituição Federal)

[10] *Op. cit.*, p. 49. Observe-se que a situação dos Procuradores do Banco Central do Brasil é exatamente a mesma, pois também estes encontram-se administrativamente vinculados à autarquia, não guardando qualquer liame de ordem administrativa com a AGU, conforme se verifica dos termos da Lei 9.650/98.

[11] *Op. cit.*, p. 51-52.

[12] Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*. São Paulo, dez. 1996, p. 30.

[13] *Cit.*, p. 34-35. No mesmo sentido, Luziânia Braga e Allan Magalhães alertam: "observa-se uma 'quase total' subordinação da Advocacia-Geral da União ao Poder Executivo. A atividade dos advogados públicos integrantes da Advocacia-Geral da União acaba por desviar-se da defesa do interesse público (interesse primário) para a defesa dos interesses de uma Administração (interesses secundários)." *Cit.*, p. 07.

[14] Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do*

Estado do Rio de Janeiro. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 71. Mais adiante, reforça ele a mesma idéia: "*diante da recalcitrância e da má-fé do administrador, a AGU deverá tomar providências contra os responsáveis, para combater a imoralidade administrativa e, eventualmente, provocar o Ministério Público para a adoção de providências criminais*" (p. 78).

[15] Não obstante a legitimidade dos órgãos públicos para ajuizarem ações civis públicas (art. 5º. da Lei 7.347/85) e ações de improbidade administrativa (arts. 16 e 17 da Lei 8.429/92), na prática dificilmente o advogado público conseguirá, à luz das práticas administrativas existentes, propor referidas ações quando o ilícito partir do próprio ente público onde exerce suas funções - daí a relevância da representação ao Ministério Público.

[16] "A advocacia pública e o controle do Estado". Disponível em: <http://www.anauni.org.br/html/artigos/julio.html>. Acesso em 20 jan. 2008. Grifos nossos.

[17] *Idem*.

[18] Ética e funções essenciais à justiça no Presidencialismo moderno. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30. N. 120. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1993, p. 72.

[19] As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 29. N. 116. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1992, p. 93. Mais adiante, no mesmo trabalho, afirma ele sobre as procuraturas constitucionais (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública): "*Conformam, portanto, quadros próprios, desvinculados e desarticulados com os quadros de quaisquer dos três Poderes.*" (p. 96). No mesmo sentido o entendimento de Alexandre Magno Fernandes Moreira: "*o advogado público conta com verdadeira **independência funcional**, que, a despeito de não estar prevista expressamente na Constituição Federal, pode ser inferida a partir de seus dispositivos, como o princípio da legalidade e a exigência de controle interno da Administração Pública. Trata-se de um verdadeiro princípio constitucional implícito, que regula não só a atividade dos advogados públicos, mas também toda a Administração Pública, que deve obediência aos ditames do Estado Democrático de Direito.*" Para que serve o advogado público? Disponível em: *DireitoNet* <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/38/3638/>. Acesso em 13 ago. 2007, p. 05.

[20] Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 19 - grifos do autor.

[21] Para que serve o advogado público? Disponível em: *DireitoNet* <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/38/3638/>. Acesso em 13 ago. 2007, p. 03.

[22] *Op. cit.*, p. 138.

[23] *Op. cit.*, p. 140.

[24] O novo perfil da advocacia pública: juridicidade, realidade e efetividade. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; VENTURA, Zênio (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 513-514. E prossegue ele: "*Nem se diga que o controle interno da Administração Pública (também chamado de controle administrativo, controle intra-orgânico ou controle intra-administrativo) tal qual vem sendo exercido, apresenta alto grau de eficácia, seja por meio de iniciativa própria ou mediante provocação de terceiros, posto que o noticiário nacional evidencia o contrário.*" (p. 515). Nessa mesma linha de raciocínio podemos colacionar também a "fala" de Evânia Cíntian de Aguiar Pereira: "*não há como se falar em controle da corrupção sem se vislumbrar a atuação prévia e enérgica das Procuradorias e, para tanto, nada mais salutar que a presença de Procuradores independentes e com autonomia funcional para exercer suas funções com dignidade, eficiência, moralidade e legalidade.*" O exercício da advocacia preventiva e as Procuradorias de Estado: uma abordagem prática. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; VENTURA, Zênio (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 526.

[25] Advogado de Estado. Defesa do interesse público. Independência funcional mitigada. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1334, 25 fev. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9533>. Acesso em 20 jan. 2008. p. 13.

[26] OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>. Acesso em 13 ago. 2007, p. 07.

[27] BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7262>. Acesso em 20 jan. 2009, p. 08 - grifo nosso.

[28] Além dos autores já citados anteriormente, devemos mencionar, entre outros, SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30. N. 117. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan./mar. 1993. p. 187-202; CASTRO, Aldemario Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772> Acesso em 20 jan. 2008; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>. Acesso em 20 jan. 2008; GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O Estado Democrático de Direito e a incipiente advocacia pública brasileira. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5580>. Acesso em 20 jan. 2008.

[29] Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 20 - grifos do autor.

[30] As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 29. N. 116. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1992, p. 93.

[31] Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 18 - grifos do autor. No mesmo sentido a opinião de Ricardo Lucas Camargo: "A hierarquia, evidentemente, não atinge o aspecto técnico, pois, em relação a este, além das prerrogativas inerentes à atividade advocatícia, há o fato singelo de que a vontade da chefia é absolutamente impotente para determinar a adequação da solução ao problema" In: *Advocacia pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 96.

[32] Tal prerrogativa vem prevista no anteprojeto de nova Lei Orgânica da AGU.

[33] Não existe qualquer previsão nesse sentido no âmbito da advocacia pública federal, porém diversos Estados já inseriram em normas constitucionais ou infraconstitucionais a garantia da inamovibilidade (e também da independência funcional) para os membros da Advocacia do Estado. Lamentavelmente, porém, muitos destes dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada em ações diretas de inconstitucionalidade e o STF, até o momento, tem se mostrado refratário à existência de um controle de juridicidade efetivo dos atos do Poder Público, pois julgou procedentes os pedidos de declaração de inconstitucionalidade em questão. Para conhecer a fundo o histórico de tais ações, remetemos à obra de Rommel Macedo que consta das referências deste trabalho, na qual ele faz extensa análise da jurisprudência do Supremo a respeito.

[34] A advocacia pública é incompatível com a inscrição do profissional na Ordem dos Advogados do Brasil. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1599, 17 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10671>. Acesso em 20 jan. 2008.

[35] OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>. Acesso em 13 ago. 2007, p. 06.

[36] As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 29. N. 116. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1992, p. 87 - grifos do autor.

[37] Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 15 - grifos do autor.

[38] A advocacia pública é incompatível com a inscrição do profissional na Ordem dos Advogados do Brasil. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1599, 17 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10671> Acesso em 20 jan. 2008, p. 04. Ressalte-se que discordamos frontalmente da tese central do artigo, que diz respeito à participação dos advogados públicos nos quadros da OAB. A concordância diz respeito apenas aos trechos citados.

[39] Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006, p. 16 - grifos nossos.

[40] *Idem*.

[41] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 29. N. 116. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1992, p. 96 - grifos do autor.

[42] *Op. cit.*, p. 141.

[43] Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público*. Brasília: ANAUNI, ano IV, n. 04, out/2005, p. 58-59.

[44] MACEDO, Rommel. *Op. cit.*, p. 142-143.

[45] *Op. cit.*, p. 161.

AS ORDENS PROFISSIONAIS NA FRANÇA E NO BRASIL: UM ESTUDO COMPARADO

LES ORDRES PROFESSIONNELS EN FRANCE ET DANS AU BRÉSIL: UNE ÉTUDE COMPARÉE

Manoel Messias Peixinho

RESUMO

Este trabalho faz um estudo comparado sobre a natureza jurídica e a competência das Ordens Profissionais na França e no Brasil a partir da experiência jurídica dos dois países. As similitudes e diferenças entre os dois modelos comparados são apontadas para demonstrar que a despeito das diferenças históricas, sociais, culturais e políticas, os objetos comparados têm em comum a preocupação com a preservação dos direitos e deveres corporativos. Os tópicos eleitos para a comparação são: (a) histórico das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (b) natureza jurídica das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (c) competência das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (d) estrutura administrativa e competência hierárquica das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (e) competência para expedição de atos administrativos regulamentares das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (f) limites aos poderes das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (g) competência jurisdicional das Ordens Profissionais na França e no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: CONSELHOS PROFISSIONAIS; NATUREZA JURÍDICA; COMPETÊNCIA; DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

RESUME

Ce travail fait une étude comparée sur la nature juridique et la compétence des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil à partir de l'expérience juridique des deux pays. Les similitudes et les différences entre les deux modèles comparés sont indiquées pour démontrer que malgré les différences historiques, sociales, culturelles et politiques, les objets comparés ont en commun la préoccupation avec la conservation des droits et devoirs corporatifs. Les sujets élus pour la comparaison sont: (a) historique des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil; (b) nature juridique des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil; (c) compétence des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil; (d) structure administrative et compétence hiérarchique des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil; (e) compétence pour expédition d'actes administratifs réglementaires des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil; (f) limitation des pouvoirs des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil; (g) compétence juridictionnelle des Ordres Professionnels en France et dans au Brésil.

MOT-CLES: ORDRES PROFESSIONNELS; NATURE JURIDIQUE; COMPETENCE; DROITS ET DEVOIRS FONDAMENTAUX

INTRODUÇÃO

Este artigo faz um estudo comparado sobre a natureza jurídica e competências das Ordens Profissionais na França e no Brasil[1]. A centralidade deste estudo se preocupa com dois temas relevantes que são afetos aos Conselhos: natureza e competência, aliados, ainda, aos direitos fundamentais e deveres dos filiados aos Conselhos. Os tópicos eleitos para a comparação são: (a) histórico das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (b) natureza jurídica das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (c) competência das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (d) estrutura administrativa e competência hierárquica das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (e) competência para expedição de atos administrativos regulamentares das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (f) limites aos poderes das Ordens Profissionais na França e no Brasil; (g) competência jurisdicional das Ordens Profissionais na França e no Brasil.

A presente monografia escolheu o direito francês como primeiro paradigma para o ensaio comparativo porque os estudos nesse país são mais aprimorados do que os realizados no Brasil. Na verdade, a doutrina brasileira pouca atenção tem dado ao tema, conforme se pode verificar ao serem compulsadas as obras de José dos Santos Carvalho Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[2], Odete Medauar[3], José Cretella Junior[4], Hely Lopes Meirelles[5], Maria Sylvia Zanella Di Pietro[6], Toschio Mukai[7], Diógenes Gasparini[8] e Celso Antonio Bandeira de Mello.[9] Daí a opção por começar o estudo com as características presentes na doutrina e jurisprudência francesas e, após, proceder o cotejamento com o direito brasileiro.

Por último, devo registrar que dedico este estudo à Prof.^a Dr.^a Ana Lúcia de Lyra Tavares, minha querida e estimada professora de Direito Comparado da PUC-Rio. Desde a época do meu mestrado, quando fiz a disciplina de Direito Comparado com a professora Ana Lúcia, guardo as suas preciosas lições, dentre as quais, a de que não podemos fazer uma reflexão séria do direito sem estudar “a visão dos outros ordenamentos jurídicos estrangeiros.” Aprendi, também, que (a) “comparar institutos” não pode ser simplificado à justaposição de informações sobre diversos institutos estrangeiros e temas aleatoriamente; (b) é preciso fazer o cotejamento de objetos que sejam “comparáveis metodologicamente”; (c) deve haver a justificativa não somente da relevância científica do empreendimento, mas, também, que “o ato de comparar” seja possível ao serem confrontadas similitudes e diferenças. Desta forma, é fundamental antecipar, logo de início, quando do estudo do Direito Comparado, quais serão os elementos que servirão de objeto para o estudo comparativo. Se não houver essa preocupação metodológica estar-se-á apenas no campo teórico das divagações sobre o direito estrangeiro.

1. Breve histórico dos Conselhos Profissionais na França

Historicamente, o aparecimento das Ordens Profissionais na França coincide com a ascensão ao poder do marechal Philippe Pétain[10] (1940-1944) cujo governo se caracterizou por ser nacionalista e autoritário. A França no regime de Vichy estava sob a dominação alemã. Os alemães que ocuparam o norte da França, a partir de novembro de 1942, entregaram a direção do país a um governo francês conduzido pelo general Pétain. Este mantinha relações estreitas com os alemães e era ideologicamente comprometido com os ideais nazistas.

As Ordens Profissionais surgem num contexto histórico de medidas adotadas a visar à reorganização da máquina estatal com ênfase num dirigismo da economia e da produção, dentre as quais se destaca o advento da lei de 10 de setembro de 1940 que prevê a dependência das Ordens ao Estado. Há, no Regime de Vichy, verdadeira inspiração corporativista inspirada numa legislação que dotava certas categorias profissionais de organização, compostas por seus próprios membros e legitimadas a intervir na regulamentação e no controle do acesso à profissão e ao seu exercício. [11]

2. Breve histórico dos Conselhos Profissionais no Brasil

O contexto histórico que marca a criação dos Conselhos Profissionais no Brasil inicia-se com a Era Vargas marcada pelo advento da revolução de 1930 que destituiu do poder a oligarquia cafeeira. São três os períodos históricos que distinguem essa fase histórica: (a) o Governo Provisório (1930-1934); (b) o Governo Constitucional (1934-1937) e (c) o Estado Novo (1937-1945). O primeiro período se caracteriza por um forte processo de centralização do poder de matiz autoritário. Dentre as medidas autoritárias adotada por Getúlio Vargas, podem ser citadas as seguintes: (a) extinção do Poder Legislativo, nos três níveis federativos, (b) nomeação de interventores estaduais e a (c) suspensão dos direitos constitucionais. O segundo período se inicia com a forte pressão popular por reformas constitucionais que culminou com a Revolução Constitucionalista de 1932, que exigia a realização de eleições para Assembléia Constituinte. Apesar de o movimento constitucionalista ter sido derrotado, Getúlio Vargas convocou eleições para a Constituinte em 1934, o que redundou na Constituição de 1934; esta, por sua vez, durou até 1937. O terceiro período é marcado pela tentativa de golpe por parte da esquerda que questionava o poder centralizador de Vargas. Frustrada a tentativa de golpe, inicia-se a fase histórica do Estado Novo que coincide com a suspensão das liberdades constitucionais e instaura um regime ditatorial ao outorgar plenos poderes ao presidente. Como ocorrera no Governo Provisório de 1930-1934, o novo regime implementou as seguintes medidas: (a) impôs nova Constituição de inspiração fascista garantidora de amplos poderes ao presidente; (b) extinção do Poder Legislativo; (c) subordinação do Poder Judiciário; (d) controle dos meios de comunicação e (e) controle dos sindicatos. [12]

Nesse contexto histórico (1930 e 1945) são criados os primeiros Conselhos Profissionais no Brasil. A primeira Corporação Profissional instituída foi a Ordem dos Advogados do Brasil, em 18 de novembro de 1930 e o seu respectivo Código de Ética foi consolidado em 1934, por meio do Decreto n.º 19.408, de 18 de novembro de 1930, cujo art. 17 criou a Ordem dos Advogados Brasileiros. Dizia o dispositivo: "Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e aprovados pelo Governo". O Decreto foi assinado por Getúlio Vargas. O Conselho Federal de Engenharia e os Conselhos Regionais de Arquitetura vieram em 11 de dezembro de 1933, por intermédio do Decreto n.º 23.569, promulgado pelo então presidente da República, Getúlio Vargas. Os Contabilistas tiveram o seu Conselho Federal de Contabilidade em 1946. O Decreto-Lei 9.2925, de 27 de maio de 1946, incluiu no âmbito do exercício de fiscalização do (art. 2º) os profissionais habilitados como contadores e guarda-livros, que seria exercida pelo Conselho Federal de Contabilidade e pelos Conselhos Regionais de Contabilidade. Antes do término do Estado Novo, no dia 13 de setembro de 1945, é promulgado o Decreto-Lei n.º 7.955 que criou o Conselho Federal de Medicina e pôs em vigor o Código de Deontologia Médica. [13]

3. Natureza jurídica dos Conselhos Profissionais na França

A jurisprudência francesa reconhece que os Conselhos Profissionais são prestadores de serviço público.[14] Contudo, não há consenso se são pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. A razão do dissídio é relevante para se estabelecer os reais limites e os poderes da atuação dessas Corporações. A jurisprudência, por sua vez, não tem se pronunciado claramente sobre o tema. No julgado (CE, 2 abril 1943, Bouguen, R, 86), o Conselho de Estado decidiu que as Ordens são prestadoras de serviço público, mas não se pronunciou, todavia, abertamente, sobre a sua natureza jurídica. Limitou-se a dizer que não constituem órgãos públicos (*établissements publics*)[15], mas não as qualificou, por sua vez, de organismos privados.[16] Durante muitos anos a indefinição quanto à natureza levou os especialistas a considerarem a hipótese de uma terceira via possível entre as pessoas morais de direito público e as pessoas morais de direito privado. Porém, essas incertezas foram superadas pelo Conselho de Estado que passou a classificar as Ordens de organismos privados investidos de uma missão de serviço público.[17]

Na interpretação da jurisprudência do Conselho de Estado, os autores divergem quanto à natureza jurídica das Ordens Profissionais. Para Charles Debbasch, a natureza jurídica que mais se lhes adequa é de pessoas privadas (*personnes privées*) encarregadas da prestação de um serviço público. Contudo, sugere o autor que melhor seria que essas pessoas privadas fossem transformadas, por via legislativa, em pessoas jurídicas de direito público em razão do *munus* público que exercem. De igual maneira, o Conselho de Estado sustenta, de forma opinativa, que essas pessoas recebam a qualificação de órgãos públicos. [18]

Georges Vedel entende que, pelas prerrogativas que exercem e lhes são reconhecidas, notadamente a competência executória relativas ao acesso à profissão, assim como o poder regulamentar de que dispõem, as Ordens exercem competências afetas ao direito público. Entretanto, se há a presença de normas de direito público dentre as competências que exercem e no exercício de sua missão institucional, as Ordens devem ser analisadas como organismos de direito privado ou, ao menos, em organismos em que prevalecem aspectos relevantes do direito privado, conforme julgado do Conselho de Estado (2 abril 1943, Bourguen, GA, nº 64). Dessa forma, escudado na jurisprudência do Conselho de Estado, entende Vedel que não existe, na França, um serviço público geral de médico ou farmacêutico, o que existe, na verdade, é um serviço público de organização da profissão de médicos e farmacêuticos que estão vinculados à competência das Ordens Profissionais.[19]

Para Jean Rivero e Jean Waline, a jurisprudência do Conselho de Estado pode ser interpretada de duas formas. As Ordens podem ser classificadas tanto como pessoas privadas encarregadas da prestação de serviço público quanto pessoas públicas investidas de um novo modelo. Qualquer que seja a tese a ser adotada, o direito privado rege a estrutura da Ordem, enquanto o direito público dirige a sua missão. Assim, os agentes são assalariados de acordo com o direito comum, os contratos são regidos pelo direito civil, o patrimônio é privado, o regime financeiro não é passível de controle pela contabilidade pública.[20]

Atualmente reconhecem-se às Ordens Profissionais a natureza de pessoas morais de direito privado e não de órgãos públicos, a despeito de terem a missão de executar serviços públicos, de acordo com as prerrogativas de poder público que lhes são confiadas pelo legislador. Porém, a despeito de exercerem atribuições relevantes, não têm por missão a geração de interesses do Estado ou de uma coletividade territorial. O caráter é corporativo porque defendem interesses privados: profissionais, grupos esportivos etc. Porém, ao lado desses interesses privados, as ordens praticam atos que envolvem controle, regulamentação e sanção que lhes são confiados pelo Estado, típicas competências de direito público. [21]

4. Natureza jurídica dos Conselhos Profissionais no Brasil

No Brasil, os Conselhos Profissionais têm natureza jurídica autárquica[22] que se exterioriza no exercício do poder de polícia[23] e cujas características são a fiscalização, a regulação das profissões[24] e a competência para cobrar e arrecadar contribuições corporativas[25] vinculadas ao exercício profissional das categorias regulamentadas. Seria, no entanto, enganoso concluir que as autarquias profissionais estão submetidas a todos os comandos previstos para as autarquias em geral. [26]

As autarquias profissionais não estão submetidas ao controle da Administração Pública, mas, tão-somente, à fiscalização contábil e financeira do Tribunal de Contas.[27] A Lei 9.649/98 classificou os serviços de fiscalização de profissões de natureza privada. Porém, o referido diploma legal foi impugnado mediante a ADI 1.717-6-DF. Julgada a ação, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais diversos dispositivos da

Lei 9.649, de 27.05.98, dentre os quais o artigo 58. [28] Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal afastou todas as divergências existentes quanto à natureza jurídica das Corporações Profissionais. Nesse sentido, vale citar um excerto do voto do Ministro Maurício Corrêa, nos autos do MS 21.797-9/RJ: “os Conselhos de Fiscalização das Profissões a tanto não chegam: são meros órgãos delegados, quase que abstratos na geografia axiológica do Estado, para exercerem, dentre profissionais liberais, integrantes do núcleo privado, tarefas que pela sua destinação de prestadores de serviços públicos especializados, de altíssimo conteúdo social, comportam, subliminarmente, a ação estatal, de forma direta”. [29] Assim sendo, as divergências existentes na doutrina, ainda que visíveis teoricamente, foram dissipadas com a decisão da Suprema Corte que sedimentou a natureza autárquica dos Conselhos Profissionais.

O professor José dos Santos Carvalho Filho entende que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi acertada, uma vez que os Conselhos Profissionais exercem função típica de estado e a delegação para atividade privadas de competência para o exercício de poder de polícia, tributação e punição no que concerne a atividades profissionais, é inconstitucional por ferir os artigos 5º, XIII; art. 22, XXVI; 21, XXIV; 70, parágrafo único; 149 e 175 da Constituição Federal. [30]

5. Competência das Ordens Profissionais na França

Por estarem vinculados ao direito público, as Ordens detêm as competências que são inerentes à prestação do serviço público. A adesão e a filiação à Ordem são obrigatórias. Nenhuma pessoa poderá exercer a profissão regulamentada sem a respectiva autorização. A lei e os regulamentos definem de maneira precisa as condições de admissão, não tendo as Ordens Profissionais senão a competência vinculada. Conseqüência da primeira característica, as Ordens exercem a competência disciplinar de seus filiados e têm o poder de aplicar as sanções cabíveis quando há violação dos atos normativos que regulam o exercício da profissão. [31]

6. Competência dos Conselhos Profissionais no Brasil

As leis que disciplinam o funcionamento dos Conselhos Profissionais no Brasil dispõem sobre a competência e o funcionamento de cada Conselho. A competência em razão da matéria está afeta à supervisão da ética profissional de toda a categoria profissional que abrange (competência territorial) todo o território da República mediante a circunscrição exercida por um órgão de representação nacional (Conselho Federal) e órgãos regionais situados em cada Estado (Conselhos Regionais).

No Brasil, como ocorre na França, a adesão e a filiação aos Conselhos são obrigatórias e, da mesma forma, nenhuma categoria poderá exercer a profissão sem que esteja filiado ao respectivo Conselho. De igual sorte, a lei e os regulamentos dispõem de forma

vinculada sobre os critérios de filiação e desligamento, bem como sobre todas as condições inerentes à disciplina e a sanções decorrentes de irregularidades que venham cometer dos inscritos nos quadros do Conselho Profissional.

7. Estrutura administrativa e competência hierárquica das Ordens Profissionais na França

A organização se dá de forma territorial que comporta uma organização departamental e/ou regional e uma organização central representada por um Conselho Nacional. Há verdadeira repartição de competências entre a Ordem Nacional e as Ordens Regionais a partir de duas premissas: (a) divisão de atribuições em que algumas questões relevantes são afetas aos órgãos nacionais e outras são atribuídas aos órgãos locais; (b) controle exercido pelos escalões superiores sobre o exercício profissional, enquanto que as Ordens locais zelam pelas suas atribuições.[32] As autoridades ordinárias são escolhidas por eleições com a participação dos profissionais inscritos nos quadros da Ordem. Porém, ao lado dos representantes eleitos, o governo pode nomear alguns membros para o Conselho Nacional ou comissários para representar a administração. Em algumas situações, as decisões dos órgãos nacionais não são executadas, senão após aprovação dos comissários do governo, a exemplo da elaboração dos códigos de ética, que somente entram em vigor após aprovação do governo.[33] No interior de uma Ordem, as decisões dão ensejo a recursos hierárquicos prévios aos recursos jurisdicionais.[34]

8. Estrutura administrativa e competência hierárquica das Ordens Profissionais no Brasil

Os Conselhos são estruturados de acordo com o modelo descentralizado por um ente federativo. Há um Conselho Federal e Conselhos Regionais em cada Estado da Federação. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são dotados, cada um deles, de personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira, inclusive com relação ao Conselho Federal. No que tange à aplicação das normas reguladoras das categorias profissionais fiscalizadas pelo Conselho Regional, o Conselho Federal é a instância última de revisão no julgamento dos processos disciplinares em grau de recurso dos Conselhos Regionais e, também, é a instância competente para expedir atos normativos federais inerentes à regulamentação do Código de Ética, sem prejuízo de expedir outros atos normativos correlatos ao exercício da profissão. Também no Brasil prevalece a escolha dos conselheiros por meio de eleições, mas, diferentemente do que ocorre na França, no Brasil o Estado não tem a prerrogativa de nomear representantes para compor a direção dos Conselhos Profissionais. Também as decisões dos Conselhos são executadas sem qualquer chancela dos órgãos governamentais, diferente do que pode ocorrer na França. Em síntese, no Brasil, as autarquias profissionais não estão submetidas ao controle da Administração Pública,

mas, tão-somente, à fiscalização contábil e financeira do Tribunal de Contas da União e dos Conselhos Federais.

9. Competência para expedição de atos administrativos regulamentares das Ordens Profissionais na França

Na França, as Ordens têm legitimidade para expedição de atos administrativos regulamentares, obrigatórios para os destinatários, desde que sejam decorrentes das competências legais.^[35] Dessa forma, não há impedimento para que as Ordens, na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, tenham competência para a expedição de ato administrativo, uma vez que têm a missão de prestar serviço público.^[36] O poder regulamentar é amplo ou restrito, a depender do grau de extensão da medida a ser adotada. Por exemplo, falece competência a Ordem dos Médicos para regulamentar a qualificação de especialista. No que diz respeito à elaboração do Código de Ética, existe determinada margem de liberdade para o exercício do poder regulamentar. Assim, o Código de Ética dos Médicos é elaborado pelo Conselho Nacional da Ordem e após é submetido ao Conselho de Estado para ser publicado na forma de decreto. Neste caso, não se pode falar em poder regulamentar. Em outras situações, a Ordem é competente para elaborar o Código de Ética que somente deve ser submetido a um grupamento administrativo, a exemplo do Código dos deveres profissionais dos contabilistas. Para Georges Vedel, a legitimidade para o exercício do poder regulamentar depende das seguintes situações: (a) em algumas hipóteses, as leis ou os regulamentos são reproduzidos pelas disposições previstas nos órgãos internos das Ordens. Neste sentido, há poder regulamentar quando se trata de verdadeiras prescrições e não de simples diretivas.^[37] Jean Rivero e Marcel Waline são mais incisivos ao reconhecerem a competência das Ordens para instituírem o Código de Deontologia (*Code de Déontologie*). Segundo esses autores é verdadeira função regulamentar, porque institui regras que definem o exercício correto da profissão.^[38] (b) As Ordens são competentes para sustar as disposições interiores (regulamentos internos), que digam respeito ao seu próprio funcionamento.^[39] Os regulamentos são, em si, atos administrativos^[40] providos de força cogente e imperativa. Porém, a organização burocrática da administração interna é normatizada por simples atos ordenatórios. Em certas situações, as decisões podem ser revestidas de características jurisdicionais. No âmbito das decisões regulamentares há, ainda, as decisões individualizadas que concernem, essencialmente, as inscrições nos quadros da Ordem. A natureza jurídica destas decisões é de ato administrativo individual suscetível de recurso por excesso de poder.^[41]

10. Competência para expedição de atos administrativos regulamentares dos Conselhos Profissionais no Brasil

No Brasil, à semelhança do que ocorre na França, os Conselhos Profissionais têm o poder regulamentar para expedirem atos administrativos desde que autorizados por lei.

Em confronto com o paradigma francês, a lei 3.268/30/09/1957, no artigo 5º, inciso “d”, outorgou competência para o Conselho Federal de Medicina votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais. De igual forma, os regulamentos são passíveis de revogação, uma vez que dispõem sobre a competência organizacional e interna dos Conselhos. A natureza jurídica dos atos normativos internos e externos expedidos é de ato administrativo e tem força obrigatória no campo de incidência exclusivamente administrativa. Porém, ao contrário do que ocorre na França, os atos administrativos não assumem compleição jurisdicional pelos motivos já referenciados, quer dizer, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição a que se vincula o ordenamento jurídico brasileiro (art.5º, XXXV da Constituição Federal).

11. Limites aos poderes das Ordens Profissionais na França

Os poderes das Ordens são limitados pelo respeito às liberdades individuais dos membros das profissões. As sujeições impostas pelas Ordens aos seus membros não podem ser consideradas legais se não estiverem de acordo com as competências exigidas para regular o exercício da profissão. Outra limitação que se afigura relevante diz respeito aos regulamentos ordinários. Estes devem obediência ao princípio da hierarquia normativa, quer dizer, precisam adequar-se à lei e aos regulamentos hierarquicamente superiores, tais como os decretos, e não podem derogar os princípios do direito público, a exemplo do princípio da liberdade contratual. Jacques Robert e Jean Duffar defendem que as Ordens não podem atentar contra as liberdades individuais de seus membros. Nesse sentido é preciso que a lei estabeleça a conciliação entre a liberdade de cada um e a liberdade de todos os membros da sociedade. Com relação à garantia da liberdade dos indivíduos contra as arbitrariedades praticadas das Ordens Profissionais, o Conselho de Estado julgou numa decisão de 29 de julho de 1950[42] que constituía atentado às liberdades profissionais – e que devia ser anulada – a determinação feita aos membros de uma profissão para que defendessem de diligências ou reclamações, a não ser quando endereçadas sob a forma de requerimento às Ordens diretamente. [43]

12. Limites aos poderes dos Conselhos Profissionais no Brasil

No direito brasileiro, os Conselhos são submetidos ao princípio da legalidade. Ou seja, são criados por lei e é o legislador que institui as competências quanto à regulamentação da profissão. No que concerne ao princípio da hierarquia, os Conselhos Regionais se submetem às diretrizes gerais instituídas pelo Conselho Federal respectivo. Os direitos fundamentais, principalmente aqueles que dizem respeito ao devido processo legal e a ampla garantia de defesa, garantem que os filiados aos Conselhos Profissionais tenham ampla possibilidade de proteção contra supostas condutas arbitrárias em nome da defesa da Corporação Profissional. A Constituição brasileira protege o livre exercício da profissão sob a regulamentação do legislador, conforme se

extrai do XIII do artigo 5º da magna Carta: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” Desta forma, os Conselhos Profissionais, desde que autorizados por lei, têm competência para regulamentar o exercício profissional desde que não atentem contra a liberdade de ofício ou profissão.

13. Competência jurisdicional das Ordens Profissionais na França

As Ordens Profissionais, em razão de seu poder disciplinar, exercem funções jurisdicionais (*fonctions juridictionnelles*), a exemplo da legitimidade que têm para aplicar sanções disciplinares aos seus membros que podem, inclusive, ocasionar em suspensão ou exclusão dos infratores para o exercício da profissão. [44] A repreensão disciplinar é inteiramente jurisdicionalizada porque as Ordens quando atuam em matéria disciplinar são órgãos jurisdicionais e, conseqüentemente, suas decisões são jurisdicionais. Em decorrência do reconhecimento de que as decisões disciplinares são jurisdicionais, existe a prerrogativa do duplo grau de jurisdição aos afetados pelas penas disciplinares, com a garantia de recurso a uma instância superior.[45] Há, ainda, a par do duplo grau de jurisdição, o direito de se recorrer ao juiz administrativo, por meio do recurso de cassação, uma vez esgotadas as vias dos recursos interpostos no âmbito interno das Ordens. O juiz administrativo exerce o controle dos atos praticados pelas Ordens ainda que seja em matéria de controle da moralidade. [46] Se, contudo, o Conselho de Estado admitir recursos por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*)[47] contra as decisões administrativas, ele deve declarar-se competente para conhecer como juiz de cassação as decisões jurisdicionais tomadas em última instância pela Ordem. Contudo, a diferença entre decisões administrativas e jurisdicionais é muito tênue. A admissão de recursos de cassação (*recours en cassation*)[48] se justifica em razão da vontade do juiz administrativo exercer o controle das decisões disciplinares decididas pelas Ordens, uma vez que o Conselho de Estado controla juridicamente os fatos e a regularidade do processo jurisdicional das Ordens.[49] É de se registrar que na França não há um sistema único de jurisdição. Em razão dos excessos perpetrados por juízes no *Ancien Regime*, os revolucionários de 1789 optaram por um modelo de dupla jurisdição: uma autoridade administrativa e uma autoridade jurisdicional dotadas de autonomia.[50] Contudo, percebe-se, hodiernamente, que a independência das autoridades administrativas é relativamente limitada. O Brasil, ao contrário do que ocorre na França, filiou-se ao sistema de jurisdição única inspirado no modelo estadunidense.

14. (In) Competência jurisdicional das Ordens Profissionais no Brasil

No Brasil, os Conselhos são pessoas administrativas (autarquias) e como tais expedem atos administrativos desprovidos de qualquer natureza jurisdicional. Contudo, ainda que não tenham poderes jurisdicionais, ao contrário do que ocorre no modelo francês, os

Conselhos têm legitimidade de aplicar verdadeiros atos sancionadores, dentre os quais a suspensão e exclusão dos inscritos nos seus quadros, independente de autorização judicial. Porém, a ausência de poderes jurisdicionais não exime a obediência ao princípio do devido processo legal que vincula tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública em virtude de expressa previsão constitucional.[51] As decisões administrativas sancionadoras ou que possam afligir direitos dos profissionais dos seus filiados submetem-se à revisão do Conselho Federal em grau de recurso de natureza hierárquica. Há, assim, não um duplo grau de jurisdição, a exemplo do acontece no modelo francês, mas um duplo grau de instância administrativa.

CONCLUSÃO

Para efeitos práticos de conclusão, podem ser sintetizados os seguintes tópicos, sem prejuízo das conclusões parciais adotadas no corpo do texto.

1. Os contextos históricos de ambos os países espelham momentos de autoritarismo político e de governos centralizadores. Na França, a criação das Ordens coincide com o governo autoritário nazista do marechal Philippe Pétain (1940-1944). No Brasil, os primeiros Conselhos são instituídos no período que compreende a Era Vargas (1930-1945) em que predominava, salvo breve interregno (1934-1937), um forte governo centralizador e autoritário, a despeito das imensas conquistas que tiveram os trabalhadores brasileiros.

2. A natureza jurídica dos Conselhos profissionais na França e no Brasil tem pontos de convergências e divergência. Em ambos os países existe controvérsia jurídica quanto à natureza jurídica das Ordens Profissionais. Na França houve forte dissidência quanto à natureza jurídica das Ordens Profissionais. A doutrina sempre se dividiu quanto à natureza jurídica. Porém, a jurisprudência francesa terminou por sedimentar que as Ordens são organismos privados investidos de uma missão de serviço público. Desta forma, há consenso quanto ao serviço em si prestado, quer dizer, as Ordens Profissionais são prestadoras de serviço público. No Brasil, à semelhança da França, havia dissídio quanto à natureza jurídica dos Conselhos. O Poder Legislativo, por meio do art. 58 da lei 9.649/98, classificou os serviços de fiscalização de profissões de natureza privada. O Supremo Tribunal Federal, contudo, julgou inconstitucional o referido diploma legal e assentou a qualificação de autarquia *sui generis*, a dizer que os Conselhos são pessoas jurídicas direito público e prestadores de serviço público.

3. A competência das Ordens Profissionais no Brasil e na França está relacionada à finalidade institucional da categoria profissional representada. A competência é afeta ao controle do exercício profissional que se desdobra, desde aos aspectos formais da filiação até o exercício da disciplina dos filiados. Dessa forma, os dois países têm competências similares no que concerne ao exercício do controle profissional.

4. Em relação à competência territorial, há que se fazer uma distinção fundamental. A França é um país unitário e não se constitui em estados-membros. É um Estado uno, mas há descentralização territorial que compreende a subdivisão em cem departamentos metropolitanos e quatro territórios ultramarinos. Cada departamento é uma região administrativa territorial. O Brasil, por sua vez, é um Estado federal constituído por estados-membros dotados de autonomia política e administrativa, mas que tem competências específicas e constituições estaduais próprias, o que inexistia no estado unitário. Porém, a despeito da diferença entre os dois estados, as Ordens Profissionais na França têm territorialmente a mesma disposição do Brasil: a organização se dá de forma territorial, que comporta uma organização departamental e/ou regional e uma organização central representada por um Conselho Nacional. Há um Conselho Federal e Conselhos locais.

5. A competência para expedição de atos administrativos regulamentares pelas Ordens Profissionais na França advém de um modelo de legalidade mais flexível do que ocorre no Brasil, a despeito do princípio da legalidade no ordenamento brasileiro está a passar por uma profunda transformação, que é resultado, dentre outros fatores, do fortalecimento das autoridades administrativas autônomas, a exemplo das agências reguladoras que, cotidianamente, expedem atos regulamentares para atender as diversas demandas provenientes da aplicação de normas técnicas setoriais. As decisões administrativas no âmbito dos Conselhos Profissionais são autônomas e independentes das decisões judiciais. Porém, em razão de o Brasil adotar o sistema de unidade de jurisdição[52], as decisões administrativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário, o que não ocorre na França, em virtude de prevalecer duas jurisdições.

6. Inexiste tanto na França quanto no Brasil o exercício dos poderes por autoridades administrativas sem que haja o estabelecimento de limites, uma vez que as Corporações Profissionais ao exercerem as competências que lhes são reservadas impõem restrições à liberdade e à propriedade dos seus filiados. Ainda que haja diferença nos ordenamentos jurídicos francês e brasileiro, os direitos fundamentais são, em ambos os sistemas, mecanismos de controle contra a prática de atos de arbítrio.

7. Na França, as Ordens profissionais têm competência jurisdicional em razão de prevalecer o princípio da dualidade de jurisdição: uma jurisdição civil e uma jurisdição administrativa. Esta tem poderes jurisdicionais. No Brasil predomina, ao contrário do que ocorre na França, a unicidade de jurisdição em que se deve fazer a distinção entre poder judicante e poder jurisdicional. O poder jurisdicional é exercido por órgãos dotados de legitimidade para aplicarem o direito de forma definitiva, ou seja, da prerrogativa de julgar litígios com a força de imposição de coisa julgada. O poder judicante é a prerrogativa que têm determinadas instâncias administrativas de julgarem litígios sem, contudo, terem a prerrogativa da coisa julgada.

8. Na França, o direito público regula a missão das Ordens, mas o direito privado rege o regime trabalhista dos seus empregados de acordo com o direito comum. Os contratos são regulados pelo direito civil, o patrimônio é privado, o regime financeiro não é passível de controle pela contabilidade pública. No Brasil, diferentemente do que ocorre na França, os Conselhos Profissionais são pessoas jurídicas de direito público, os contratos são administrativos, o orçamento está submetido à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Mas de igual sorte, assim como na França, no Brasil os empregados são regidos pelas leis aplicáveis a todos os empregados da iniciativa privada.

REFERÊNCIAS

- AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*. Paris: Litec, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: Puf, 1995.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tome I. 15. éd. Paris: Montchrestien, 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*. 4. éd. refondu. Paris: PUF, 1998.
- DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DUVERGER, Maurice. *Le système politique français*. 21. éd. PUF, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence*. *Droit administratif*. Paris: Puf, 1995.
- LECLERCQ, Claude; LUKASZEWICZ, Jean Pierre et CHAMINADE, André. *Travaux dirigés de droit administratif*. 5. éd. PARIS, Litec, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PÉRES, Heitor. Conselhos de Medicina, origens, evolução e finalidades: proferida em 1960. Boletim do Conselho de Regional de Medicina do Estado da Guanabara, ano 1, n. 4, out./dez., 1962.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif. Droit administratif*. 16. éd. Paris: Dalloz, 1996.

ROBERT, Jacques, DUFFAR, Jean. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. Administração indireta. Autarquias. *In* Temas de direito público. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

VEDEL, Georg. *Droit Administratif*. 6. éd. Paris: Presses Universitaire de France.

[1] Os franceses utilizam a nomenclatura Ordens Profissionais (Ordres Professionnels), enquanto que no Brasil prevalece a expressão Conselhos profissionais.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[3] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 98.

[4] CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 38.

[5] MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 328.

[6] DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

[7] MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

[8] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[9] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

[10] O governo do General Philippe Pétain é denominado “regime de Vichy”, que se refere a uma cidade francesa.

[11] Cf. BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: Puf, 1995, pp. 420-421.

[12] Sobre o período que vai de 1930 até 1945, ver SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 81-83. Nessas páginas o autor analisa o contexto em que as Constituições de 1934 e 1937 foram forjadas.

[13] PÉRES, Heitor. Conselhos de Medicina, origens, evolução e finalidades: proferida em 1960. Boletim do Conselho de Regional de Medicina do Estado da Guanabara, ano 1, n. 4, out./dez., 1962, p. 4.

[14] A classificação das Ordens Profissionais como prestadoras de serviço público, ao lado de outras pessoas de direito privado, constitui-se numa etapa histórica de degradação da noção de serviço público, principalmente com o advento da jurisprudência sob o governo de Vichy, (1940-1944), que passa a compreender que pessoas privadas podem concorrer na execução de serviço público. Cf. BURDEAU, François, pp. 420-421.

[15] Para Vedel, *l'établissement public* é uma pessoa moral de direito público que tem as seguintes características: (a) patrimônio próprio, (b) autonomia financeira, e (c) submissão ao princípio da especialidade. Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*. 6e. édition. Paris: Presses Universitaire de France, 1976, pp. 734-735. Caio Tácito, por sua vez, entende que o *établissement public* tem características semelhantes ao modelo de autarquia no Brasil. Contudo, *distingue-se dos établissements publics de utilité public* “que são meras pessoas jurídicas de direito privado que se integram a atividades assistidas ou amparadas pelo Estado, e de outro, das *entreprises publiques* estas últimas, sociedades ou empresas do Estado, de finalidade comercial ou industrial, nas quais se admite a participação do capital privado.” Cf. TÁCITO, Caio. *Administração indireta. Autarquias*. In Temas de direito público. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, pp. 649-650.

[16] LACHAUME, Jean-François. *Les grandes decisions de la jurisprudence. Droit administratif*. Paris: Puf, 1995, pp. 176-177.

[17] (section, 13 janvier 1961, Magnier, p. 33) e (CE, ass., 13 mai 1938, p. 417). Cf. Jurisprudence du Conseil d'État. Pour en savoir plus: Analyse de la jurisprudence. Disponível em http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la26.shtml.

[18] DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*. 4. éd. refondu. Paris: PUF, 1998, pp. 527-530.

[19] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, pp. 772-773 e 768-769.

[20] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif, Droit administratif*. 19. éd. Paris: Dalloz, 1996, pp. 458-459.

[21] AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*. Paris: Litec, 1992, pp. 92-93. No mesmo sentido, ao reconhecer que os Conselhos Profissionais têm personalidade moral tanto no âmbito nacional como no âmbito local, ver RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 16. éd. Paris: Dalloz, 1996, p. 457. Cf.

Também, a jurisprudência do Conselho de Estado: (section, 13 janvier 1961, Magnier, p. 33) e (CE, ass., 13 mai 1938, p. 417). Cf. Jurisprudence du Conseil d'État. Pour en savoir plus: Analyse de la jurisprudence. Disponível em http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la26.shtml

[22] Cf. MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, ob. cit. p. 328.

[23] Ou polícia das profissões, segundo Odete Medauar. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*, ob. cit., p. 98.

[24] Na lição de Diogo de Figueiredo “as profissões liberais são atividades particulares que se submetem a especiais condições legais de exercício, entre as quais, o preparo reconhecidamente suficiente e o desempenho segundo deontologia própria. Cada vez em maior número, tornam-se objeto de sistemas de normas disciplinadoras, voltadas à segurança e à confiabilidade públicas.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo). Cf. *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 309.

[25] Para José Cretella Júnior, as ordens profissionais exercem funções públicas de índole fiscal. Cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, ob. cit., p.38.

[26] A definição de autarquia consta do artigo 5º, inciso I, do Decreto-Lei 200, de 25.02.67. No teor do diploma legal, autarquia é definida como: “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

[27] Parágrafo único do art. 70 da CF/88.

[28] Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. “O Tribunal julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade da cabeça do artigo 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Decisão unânime. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. - Plenário, 07.11.2002. - Acórdão, DJ 28.03.2003.”

[29] MS 21797-9/RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. Publicado no D.O de 18.15.2001, p. 733. Em outro precedente, julgado anteriormente à supracitada ADI, o Supremo Tribunal Federal já havia estabelecido, *inter partes*, a natureza jurídica dos Conselhos Profissionais: Ementa: Constitucional. Administrativo. Entidades fiscalizadoras do exercício profissional. Conselho Federal de Odontologia: Natureza autárquica. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. Fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se

submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida. MS 21797/RJ - Rio de Janeiro Relator (a): Min. Carlos Velloso. Julgamento: 03.09. 2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: 18.05.2000.

[30] José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 426-427.

[31] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, p. 769. É interessante anotar que para Jean Rivero e Jean Waline o controle de acesso às profissões com a inscrição nos quadros da Ordem se traduz como poder discricionário porque aprecia as garantias de moralidade e independência dos postulantes. Cf. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*, p. 457.

[32] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 16. éd. Paris: Dalloz, 1996, p. 457.

[33] DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*, p. 528.

[34] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, p. 25.

[35] A jurisprudência francesa reconhece que as Ordens profissionais têm competência para expedir atos regulamentares (31 janvier 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France, p. 54) ou individuais (por exemplo, para inscrição nos quadros da Ordem, Ass., 12 décembre 1953, de Bayo, p. 544). Cf. Jurisprudence du Conseil d'État. Pour en savoir plus: Analyse de la jurisprudence. Disponível em http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la26.shtml

[36] LECLERCQ, Claude; LUKASZEWICZ, Jean Pierre et CHAMINADE, André. *Travaux dirigés de droit administratif*. 5. éd. PARIS, Litec, 2002, pp. 310-311.

[37] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, p. 770.

[38] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*, p. 457.

[39] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, p. 770.

[40] CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tome I. 15. éd. Paris: Montchrestien, 1992, p. 117.

[41] DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*, pp. 529-531.

[42] Cf. Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat, R. D. P. 1951.

[43] ROBERT, Jacques, DUFFAR, Jean. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1999, p. 28.

[44] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, p. 769.

[45] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*, p. 457.

[46] Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*, p. 771.

[47] O recurso por excesso de poder tem o objetivo de aferir a legalidade de um ato administrativo que se insere no âmbito de um contencioso objetivo. Cf. AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*, p. 276. Jean Rivero e Jean Waline doutrinam que os recursos administrativos gratuitos ou hierárquicos podem se fundar em razões de oportunidade e equidade, não estando, necessariamente vinculados ao respeito à legalidade pela Administração. O recurso por excesso de poder é o único meio de direito pelo qual se permite ao administrado obter a anulação de toda decisão executória viciada de ilegalidade. Em síntese, excesso de poder significa não conformidade com direito (*non-conformité au droit*). Cf. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*, pp. 207-208.

[48] O Conselho de Estado tem sempre um juiz de cassação. Nos recursos de cassação não se examinam os fatos efetutados pelos juízes das instâncias inferiores. Diferente do que ocorre nas regras em vigor perante as Cortes de Cassação, o Conselho de Estado não se pronuncia sobre o litígio, mas sobre o julgamento pronunciado pela jurisdição. O controle se limita aos seguintes aspectos: (a) regularidade formal que abrange a legalidade externa, incompetência, vício de forma ou de procedimento; (b) legalidade interna, que não compreende o desvio de poder, mas o erro de direito e a apreciação dos fatos. Cf. AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*, p. 271. Cf. também a jurisprudência do Conselho de Estado. (Sect., 2 février 1945, Moineau, p. 27). Jurisprudence du Conseil d'État. Pour en savoir plus: Analyse de la jurisprudence. Disponível em http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la26.shtml

[49] DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2, p. 532.

[50] DUVERGER, Maurice. *Le système politique français*. 21. éd. PUF, 1996, p. 427.

[51] Inciso LV do art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

[52] Inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O PAPEL DO PROCON NA DEFESA QUALIFICADA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES: O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

EL PAPEL DEL PROCON EN LA DEFENSA CUALIFICADA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES: EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CONSUMO

**Ricardo Goretto Santos
Igor Rodrigues Britto**

RESUMO

Evidencia que a sociedade consumidora tem presenciado o surgimento de novas configurações de relações jurídicas, fato que torna imperioso o repensar dos modelos tradicionais, hoje obsoletos, de tutela de direitos de consumidores. Denuncia a deficitária atuação positiva do Estado na proteção e efetivação dos direitos de consumidores, o que faz surgir um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX: o “obstáculo organizacional”. Tece apontamentos sobre a mais destacada política de acesso à justiça já desenvolvida até o presente momento: o movimento universal de acesso à justiça, ensaiado por Mauro Cappelletti. Após ressaltar o compromisso do chamado “Projeto Florentino” com a identificação das causas e efeitos produzidos pelos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça, busca, no contexto da segunda onda do movimento (dedicada aos obstáculos de ordem organizacionais), justificativas para a importância: do advento do Código de Defesa do Consumidor; do postulado constitucional da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); e, finalmente, do papel dos PROCONS. Destaca que, em meio à “crise da administração da justiça”, estes órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, são instituídos no Brasil com a missão de amenizar os efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores. Confere destaque ao fato de que a popularização dos PROCONS como instância de solução de conflitos individuais, muito se deve aos resultados expressivos (ao menos quantitativamente) atingidos por meio das chamadas “audiências de conciliação”. Na seqüência, sem deixar de enfatizar os festejados índices de acordos firmados pelos agentes desses órgãos, aponta irregularidades técnicas e funcionais no exercício de uma função que não lhes compete: a de conciliadores. Assim, ao passo que investiga a conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação por esse agentes, enfrenta a problemática central do presente ensaio, comprometido com a busca de respostas aos seguintes questionamentos: a) pode-se dizer cabível a utilização da conciliação na pacificação de conflitos de consumo?; e b) é correto falar na capacitação de agentes dos PROCONS para o emprego de técnicas de conciliação, ou haveria outras técnicas mais indicadas no exercício do seu mister? Após explorar preceitos teóricos e práticos relativos aos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil, partindo do pressuposto de que é dever dos PROCONS e seus agentes, promover, a proteção e defesa dos direitos dos

consumidores (com absoluta parcialidade e prioridade, nos termos da Constituição), defende a tese de que seus agentes, que atuam como conciliadores por força de legislações infra-constitucionais, deveriam desempenhar um comportamento mais ativo na negociação dos interesses daqueles que efetivamente representam, ou seja: o ofício negociador. Finalmente, defende que, uma vez incentivados e preparados para atuarem na negociação assistida dos interesses da categoria que representam, os servidores dos PROCONS melhor (qualitativamente) desempenhariam as suas funções enquanto agentes facilitadores do acesso à justiça, sem prejuízo da prática de ações administrativas de prevenção de outros conflitos ampliados ou difusos de consumo.

PALAVRAS-CHAVES: DEFESA DO CONSUMIDOR. PAPEL DO PROCON. ACESSO À JUSTIÇA. SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS DE CONSUMO. CONCILIAÇÃO. NEGOCIAÇÃO.

RESUMEN

Evidencia que la sociedad consumidora ha presenciado el surgimiento de nuevas configuraciones de relaciones jurídicas, hecho que torna imperioso el repensar de los modelos tradicionales, hoy obsoletos, de tutela de derechos de consumidores. Denuncia la deficitaria actuación positiva del Estado en la protección y efectivo de los derechos de los consumidores, lo que hace surgir uno de los principales obstáculos al efectivo del derecho fundamental de acceso a la justicia al final del siglo XX: el “obstáculo organizacional”. Teje apuntamientos sobre la más destacada política de acceso a la justicia ya desarrollada hasta el presente momento: el movimiento universal de acceso a la justicia, ensayado por Mauro Cappelletti. Después de resaltar el compromiso del llamado “Proyecto Florentino” con la identificación de las causas y efectos producidos por los obstáculos económicos, organizacionales e procesales al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia, busca, en el contexto de la segunda ola del movimiento (dedicada a los obstáculos de orden organizacionales), justificativas para la importancia: del advenimiento del Código de Defensa del Consumidor; del postulado constitucional de la defensa del consumidor (art. 5º, XXXII); y, finalmente, del papel de los PROCONS. Destaca que, en medio a la “crisis de la administración de la justicia”, estos órganos de la administración directa de los Poderes Ejecutivos Estaduales y Municipales, son instituidos en Brasil con la misión de amenizar los efectos producidos por la ineficacia del Estado en la tutela de los derechos de los consumidores. Confiere destaque al hecho de que la popularización de los PROCONS como instancia de solución de conflictos individuales, mucho si debe a los resultados expresivos (al menos cuantitativamente) atingidos por medio de las llamadas “audiencias de conciliación”. En la secuencia, sin dejar de enfatizar los festejados índices de acuerdos firmados por los agentes de estos órganos, apunta irregularidades técnicas y funcionales en el ejercicio de una función que no les compite: la de conciliadores. Así, al paso que investiga la conveniencia y adecuación del empleo de técnicas de conciliación por esos agentes, enfrenta la problemática central del presente ensayo, comprometido con la búsqueda de respuestas a las siguientes cuestiones: a) ¿si puede decir correcta la utilización de la conciliación en la pacificación de conflictos de consumo?; e b) ¿es correcto hablar en la capacitación de agentes de los PROCONS para el empleo de técnicas de conciliación, o hay otras técnicas más indicadas el ejercicio do su mister? Después de explorar preceptos teóricos y prácticos relativos a los métodos alternativos de remoción de

conflictos en Brasil, empezando desde presupuesto de que es deber de los PROCONS y sus agentes, promover la protección y defensa de los derechos de los consumidores (con absoluta parcialidad y prioridad, en los términos de la Constitución), defiende la tesis de que sus agentes, que actúan como conciliadores por fuerza de legislaciones infraconstitucionales deberían jugar un comportamiento más activo en la negociación de los intereses de aquellos que efectivamente representan, o sea: el oficio negociador. Finalmente, defiende que, una vez incentivados y preparados para actuar en la negociación asistida de los intereses de la categoría que representan, los servidores de los PROCONS mejor (cualitativamente) desarrollarían sus funciones mientras agentes facilitadores del acceso a la justicia, sin lesión de la práctica de acciones administrativas de prevención de otros conflictos ampliados o difusos de consumo.

PALAVRAS-CLAVE: DEFENSA DEL CONSUMIDOR. PAPEL DEL PROCON. ACCESO A LA JUSTICIA. SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE CONSUMO. CONCILIACIÓN. NEGOCIACIÓN.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade consumidora tem presenciado o surgimento de novas configurações de relações jurídicas, fato que torna imperioso o repensar dos modelos tradicionais, hoje obsoletos, de tutela de direitos de consumo.

A partir do desenvolvimento de sistemas de fabricação uniforme e de distribuição de bens idênticos, os indivíduos que perderam oportunidades de escolha e foram induzidos a gostos e desejos coletivos, se enfraquecem ao passo que se fortalecem os produtores e fornecedores de bens e serviços. O atual contexto sócio-econômico no qual se inserem as relações contratuais modernas, praticamente nega ao consumidor contratante a oportunidade real de escolha e formação de sua vontade, o que lhe retira as possibilidades de negociar. Assim se retrata a dependência, a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor. Uma debilidade dúplex, que se manifesta nas relações de consumo, assim como no cenário de administração estatal do conflito já instaurado.

Muito se critica o fato de que os processos de justificação e conquista de novos direitos difusos (dentro os quais os de consumidores), não foram acompanhados pela atuação positiva do Estado na proteção e efetivação desses direitos. O centralismo jurídico estatal, arquitetado para administrar conflitos individuais de consumo, que torna deficitária a tutela de direitos difusos e coletivos, é apontado como um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX, qual seja: o “obstáculo organizacional”^[1].

Considerações sobre esse obstáculo, tido um dos pilares de sustentação da “crise da administração da justiça”^[2] em diversos países, serão desenvolvidas para justificar o contexto em que os PROCONS são instituídos no Brasil, como a incumbência a amenização dos efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores

Nessa etapa, pertinente se fará o desenvolvimento de apontamentos sobre a principal política de acesso à justiça já desenvolvida até o presente momento em termos globais: o movimento universal de acesso à justiça, iniciado em 1965, a partir de uma pesquisa interdisciplinar realizada na cidade italiana de Florença, sob a presidência de Mauro Cappelletti. Dentre os propósitos do “Projeto Florentino”, engajado na identificação das principais causas dos obstáculos ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça (o econômico, o organizacional e o processual), destaca-se o compromisso com a proposição de ações de combate aos efeitos pelos mesmos produzidos, que ficaram conhecidas como ondas do movimento de acesso à justiça.

Na seqüência, demonstraremos que é no contexto da segunda onda do movimento universal de acesso à justiça (dedicada aos obstáculos de ordem organizacionais), que se justifica a importância do advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o tratamento constitucional proporcionado ao consumidor no inciso XXXII do artigo 5º, e, finalmente, o papel dos PROCONS: órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, dedicados ao desenvolvimento de atividades de fiscalização e proteção dos interesses individuais e coletivos dos consumidores.

Conferiremos destaque à crescente importância dos PROCONS, que se consolidam, por meio de suas “audiências de conciliação”, como instância de solução de conflitos individuais de consumo, de maneira alternativa aos tradicionais processos judiciais. Na seqüência, sem deixar de frisar aos festejados índices de acordos firmados junto a esses órgãos, apontaremos irregularidades técnicas e funcionais no exercício de uma função que não lhe compete, qual seja: conciliar consumidores e fornecedores (ou produtores) em situação de conflito.

Tais críticas resultam da investigação da conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação por agentes desses órgãos de proteção e defesa dos interesses dos consumidores. Dessa investigação se origina a problemática central do presente ensaio, comprometido com a busca de respostas aos seguintes questionamentos: a) pode-se dizer cabível a utilização da conciliação na pacificação de conflitos de consumo?; e b) é correto falar na capacitação de agentes dos PROCONS para o emprego de técnicas de conciliação, ou haveria outras técnicas mais indicadas no exercício do seu *mister*?

Finalmente, após desenvolver algumas considerações teóricas e práticas sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, em franco desenvolvimento e consolidação no Brasil, partindo do pressuposto de que é dever dos PROCONS e seus agentes, promover, a proteção e defesa dos direitos dos consumidores, com absoluta parcialidade (atributo que não se exige de um conciliador imparcial), defenderemos a tese de que a atuação dos agentes dos PROCONS jamais poderia se revelar desinteressada ou imparcial. Nesse sentido, argumentaremos que a atuação desses agentes deve interessada ou parcial.

O desconforto decorrente da sustentação de uma postura (de conciliador) incompatível com seu *mister*, deve ser abandonado e suprimido por um comportamento mais ativo por parte dos agentes dos PROCONS (legítimos negociadores dos interesses dos consumidores), dos quais se espera o domínio e emprego explícito de técnicas apropriadas de negociação assistida. A partir dessa mudança de comportamento dos referidos agentes, os PROCONS melhor (qualitativamente) desempenharão as suas

funções enquanto instâncias facilitadoras do acesso à justiça pelos consumidores, sem prejuízo da continuidade de uma importante política de resolução consensual de conflitos, já consolidada no Brasil

Em que pese a importância dos PROCONS enquanto instância de administração de controvérsias individuais de consumo, não se pode ignorar o fato de que integra o rol de seus encargos, com vista a dar maior eficiência à intervenção do Estado nas relações de consumo, o emprego de esforços em prol da prevenção de conflitos coletivos de consumo. Sendo assim, ao tomar conhecimento da existência de uma demanda individual manifestada ao PROCON, o agente deve considerar o fato de que o descontentamento de um indivíduo pode refletir a insatisfação de toda coletividade de consumidores. As lesões narradas por um consumidor também seriam, portanto, com grande probabilidade, sentidas por um número incalculável de outros indivíduos.

Os escopos dos PROCONS são atingidos quando logram êxito em atender aos anseios dos consumidores (por meio das estratégias de solução de conflitos individuais), reprimindo os conflitos que lhes são manifestados, mas também, atuando no sentido de promover ações administrativas de prevenção de outros conflitos da mesma natureza. A título de contribuição para o incremento da atuação dos PROCONS na direção do primeiro escopo, sustentaremos a já anunciada reformulação do atual modelo de tutela de direitos individuais de consumo através das chamadas “audiências de conciliação”. Isso se dará mediante a defesa do desenvolvimento de políticas públicas de capacitação dos seus agentes para o exercício técnico-qualificado do ofício negociador. Já na direção do segundo escopo, ao passo em que se destacamos o papel dos PROCONS na promoção da defesa dos direitos dos consumidores, defenderemos a conveniência e imperatividade do desenvolvimento de algumas medidas práticas de prevenção de conflitos ampliados ou difusos de consumo.

2 A MASSIFICAÇÃO DOS PROCESSOS DE PRODUÇÃO DE BENS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSUMO E SEUS REFLEXOS NA CRIAÇÃO DA FIGURA DO CONSUMIDOR HIPOSSUFICIENTE

A partir do momento em que as sociedades capitalistas se estabeleceram sob pilares de produção e consumo, a necessidade de uma produção em massa para geração de riquezas exigiu um consumo igualmente massificado dos bens produzidos. Quando produção e consumo se tornaram a grande riqueza das nações, a humanidade viu-se diante da necessidade de desenvolver formas de produção em série.^[3]

Diante de uma fabricação uniforme, e da distribuição crescente de bens idênticos, os indivíduos perderam oportunidades de escolha e foram induzidos a gostos e desejos coletivos. Além disso, foi necessário criar em toda a sociedade, desejos e necessidades de consumo cada vez maiores.^[4]

Desde o princípio, a produção em série significou o surgimento de bens de consumo mais frágeis. Por mais que se desenvolvam novas tecnologias de produção de bens, isso não significa que se produzam bens com maior durabilidade. Pelo contrário, a

necessidade de maior produção para uma população crescente, também é acompanhada pela necessidade de que indivíduos consumam cada vez mais. A produção de bens mais frágeis e menos duráveis é fundamental para que os consumidores sejam levados a não permanecer com o mesmo produto por muito tempo.

Não se trata de produzir bens com menor qualidade, mas sim, que possam ser substituídos, sempre, com maior rapidez, prática conhecida como obsolescência planejada.[5] Para isso, investe-se em tecnologias para que os produtos mais modernos sejam procurados e os antigos descartados. Os meios de produção em massa passaram a produzir produtos mais sofisticados, porém, mais descartáveis. E assim é, porque não há necessidade de se produzir coisas duráveis, já que antes mesmo de esgotada a sua “vida-útil”, o produto será substituído por outro, mais moderno, com qualidade inovadora e que represente aparente satisfação de consumo.

Ao mesmo tempo, a produção em massa significa maiores riscos à saúde, segurança e integridade dos consumidores. Os riscos de falhas na produção de bens de consumo representam grande perigo à sociedade de consumo. Estes riscos podem se alastrar incontrolavelmente por um grupo indeterminado de pessoas.

Ao passo que a produção em série de produtos idênticos dificulta o exercício de liberdade de escolhas dos indivíduos, a atividade publicitária, ao buscar a criação de desejos de consumo a serviço de um mercado que não pode esperar a manifestação própria e individual de um desejo de consumir, cuida para que toda a coletividade de consumidores possua desejos e vontades uniformes, impedindo a formação autônoma de suas vontades.

Na medida em que a produção de bens de consumo passa a ser em série, a prestação de serviços também deve acompanhar o crescimento de uma população mundial consumidora e se adaptar para uma fase de prestação de serviços para massas, o que levou ao surgimento de uma nova modalidade de contratação por adesão. Nas relações contratuais modernas, o contratante quase não tem oportunidade de escolher e definitivamente perdeu suas chances de negociar.

A economia global, a produção crescente e o desenvolvimento tecnológico, criam produtores, comerciantes e prestadores de serviço que dotam de crescentes forças econômicas sob organizações sempre mais complexas. Na mesma projeção, o consumidor individual perde sua representatividade econômica, significando frações cada vez menores dos rendimentos dos seus fornecedores. O poder de barganha do consumidor tende a se tornar menor, e suas opiniões, menos relevantes. Os consumidores perdem suas liberdades de escolha e poderes de barganha e reclamação. Tudo em prol da necessidade da sociedade absorver uma produção crescente e geradora de desenvolvimento econômico.

De tal forma, o consumidor não possui qualquer chance de se relacionar em equilíbrio com fornecedores de produtos e serviços, e, muito menos, de disputar em igualdade com estes últimos nos conflitos gerados pelas relações de consumo. Este cenário se apresenta ainda mais preocupante diante das concepções tradicionais do Direito, cujos mecanismos de proteção eram exclusivamente voltados para o indivíduo, com quase total omissão à proteção de grupos de indivíduos.

A uniformidade de produção de bens e de prestação de serviços, e o seu fornecimento em massa, distribuem o risco desta atividade para uma coletividade difusa de pessoas. Falhas na produção e distribuição de bens, assim como na prestação de serviços em uma sociedade de massas, colocam em risco a segurança e a vida de um incalculável número de indivíduos consumidores. Se as relações de consumo são padronizadas, um dano em relações de consumo, dificilmente, será individual. Quase sempre, os danos e prejuízos são coletivos.

A sociedade de consumo de massa exigiu novas formatações do Direito para que consumidores pudessem se sentir individualmente protegidos e seguros no ato de consumir. A segurança para consumir deve ser proporcionada para que se gerem sentimentos de confiança para os atos de consumo. Essa confiança e segurança são geradas por um ordenamento jurídico que equilibre as relações de consumo, obrigando os seus partícipes a levarem em consideração a figura do consumidor como elemento vulnerável e hipossuficiente. Essa nova formatação exigiu do Direito moderno, novos instrumentos de proteção e defesa da individualidade e coletividade de consumidores.

3 O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Se as relações de consumo possuem um caráter coletivo, a defesa também deve ser coletiva. Disso resulta afirmar que, se a sociedade e as relações se tornam massificadas, o Direito deve se adaptar ao processo natural de massificação, para proteger os indivíduos na sua forma coletiva.

Assim, a defesa dos interesses difusos no Direito do Consumidor possui, além do caráter de prevenir a geração de danos à coletividade difusa de pessoas, o propósito de promover a tutela repressiva de danos causados aos mesmos. É a premissa de que a união faz a força. Diferente de uma reclamação individual, em que o fornecedor disputa com um único cliente, a reclamação apresentada por consumidores unidos, o obriga a disputar interesses com todos os seus clientes. O resultado deste conflito coletivo será, a nosso ver, completamente diverso, já que o poder dos consumidores de disputa pelos seus direitos estará facilitado e fortalecido pela união do grupo.

O problema reside no fato de que o processo natural de surgimento ou conquista de novos direitos difusos, dentre os quais os de consumo, não foi acompanhado pela atuação positiva do Estado na proteção e efetivação desses direitos. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer asseverou:

[...] o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por um indivíduo, grupos ou camadas sociais.[6]

A problemática da carência de tutela de direitos difusos e coletivos (desabrigados em termos de efetivação ou proteção por legislações pouco ou nada receptivas a conflitos

de dimensões não individuais) revela uma das vertentes de um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX, qual seja: o “*obstáculo organizacional*”.^[7]

Não integra o rol de objetivos traçados para o presente ensaio, a abordagem aprofundada da “crise da administração da justiça”^[8] vivenciada por diversos países, com força maior na década de 1960. Todavia, para que possamos contextualizar a importância dos PROCONS na luta pela amenização dos efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores, pertinente se revela a contextualização do *obstáculo organizacional*, na conjuntura da principal política de acesso à justiça desenvolvida até o presente momento em termos globais, qual seja: o movimento universal de acesso à justiça, propagado em diversos países sob a regência de Mauro Cappelletti e centenas de outros profissionais, dedicados a mais ampla pesquisa sobre temática do acesso à justiça e os entraves à sua efetivação.

Desenvolvido a partir da década de 1965 pelo Centro de Estudos de Direito Processual Comparado da cidade italiana de Florença, com financiamento da *Ford Fundadion*, o *Consiglio Nazionale delle Recerche* e o *Centro Fiorentino do Stuti Giudiziari Comparati*, o “Projeto Florentino” foi estruturado no intuito de identificar as principais causas, bem como combater, por meio de ações práticas, os efeitos produzidos pelos obstáculos que tornam inacessíveis a tantos, o exercício do direito fundamental de acesso à justiça em diversos países pesquisados.

A tarefa de mapeamento dos entraves à efetivação do acesso à justiça resultou na identificação de obstáculos reunidos em três naturezas: econômica, organizacional e processual.

Por obstáculo econômico entende-se a dificuldade vivenciada por indivíduos financeiramente impossibilitados de arcar com elevadas custas e honorários advocatícios. Trata-se da pobreza de indivíduos marginalizados que, “[...] por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à informação e à representação adequada”.^[9] O obstáculo processual por sua vez, consiste na inadequação do processo judicial, bem como das normas destinadas a regular as relações jurídico-processuais, à tutela efetiva de conflitos manifestados em juízo.

Finalmente, o obstáculo organizacional (o que diretamente nos interessa no presente estudo, eis que diretamente relacionado à representação de grupos, dentre os quais os consumidores), se faz representado pela inadequação da legislação processual de diversos países, à tutela de direitos difusos e coletivos. A conquista, a justificação ou o reconhecimento de direitos de grupos, não se fazia acompanhada pela evolução lenta, de legislações pouco ou nada receptivas a demandas que não fossem individuais. Disso resulta que:

[...] o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa; uma vez que cuida de direitos difusos e coletivos, a única proteção efetiva será aquela que reflita o caráter ‘coletivo’ ou de ‘classe’ do direito. A ilustração mais óbvia é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades; outro exemplo é o caso do indivíduo lesado por poluição de massa. Ao indivíduo isolado inevitavelmente faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra o poderoso produtor ou poluidor. Mesmo que viesse a

ocorrer tão improvável fato, o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o ‘titular’ de insignificante *fragmento* do dano em questão. Daí haver-se patenteadado que existe aqui nova espécie de ‘pobreza’, digamos *pobreza organizacional*, que, se não superada, torna-se de todo insuficiente a proteção judicial. [10]

Ao passo que os referidos obstáculos eram delimitados, “emergiram mais ou menos em ordem cronológica”[11], diversas medidas de combate aos efeitos pelos mesmos produzidos. A propositura e execução gradativa dessas ações de superação dos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais, ficou conhecida como *ondas do movimento de acesso à justiça*, conforme se observa no depoimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que podemos chamar simplesmente de ‘*enfoque de acesso à justiça*’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.[12]

Como forma de amenização dos efeitos produzidos pelos obstáculos de natureza econômica, a primeira onda do movimento se concentrou no incremento de políticas assistencialistas de atendimento gratuito aos economicamente desfavorecidos. Já os obstáculos processuais, que constituíram enfoque à terceira onda, foram atacados com o desenvolvimento conjugado de duas ações: reformas processuais de simplificação dos procedimentos judiciais; e difusão de métodos alternativos de resolução de conflitos como mediação, conciliação, arbitragem e negociação. Finalmente, quanto aos obstáculos organizacionais (os objetos da segunda onda do movimento universal), constata-se a necessidade imperativa de se repensar ou reformular os sistemas então disponíveis de tutela e proteção de direitos difusos e coletivos.

No Brasil, o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), confere corpo a trabalho já desenvolvido por instituições de defesa dos interesses dos consumidores enquanto indivíduos ou grupos, representando um dos principais reflexos do conjunto de ações práticas que impulsionaram a segunda onda do movimento universal de acesso à justiça.[13]

O CDC, que nasce em meio à complexa sociedade de consumo de massas e no paradigma dos direitos de terceira geração, desde o seu surgimento, demonstra que a defesa do consumidor só é eficaz quando realizada coletivamente e quando solidificados os institutos de proteção dos interesses e direitos coletivos e difusos. Os direitos dos consumidores consagrados na Lei n. 8.078/90 (CDC), servem à sociedade brasileira principalmente se interpretados na concepção dos direitos coletivos. Nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Júnior[14] aduz que “os direitos dos consumidores podem ser agrupados dentro da perspectiva individual de um consumidor, o que não elimina a possibilidade de a relação de consumo ter abrangido uma série indeterminada de pessoas além dele”.

Não há indivíduo que, no atual estágio da sociedade de consumo de massas, não seja um potencial consumidor. Por isso, um mesmo fato gerador de dano a um consumidor pode afetar, e, provavelmente afetará, um número indeterminado de outros consumidores. Quase sempre, a constatação de uma lesão a um consumidor é sinal de que um grupo difuso de consumidores também foi ou está sendo lesado, e que toda a sociedade consumidora corre o mesmo risco.

Nesse sentido, torna-se fundamental a declaração ou reconhecimento dos direitos de uma categoria alocada em condições incontestáveis de hipossuficiência. Eis aqui, a justificativa para o reconhecimento da importância do CDC na consagração dos direitos dos consumidores, ao mesmo tempo em que identifica a necessidade de proteger de uma só vez todo o grupo de hipossuficientes.

O Constituinte de 1988, inspirado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e já inserido no contexto da sociedade de consumo de massas, estabeleceu como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor pelo Estado. Estabeleceu entre o rol de direitos fundamentais, no inciso XXXII do artigo 5º que: “o Estado promoverá a defesa do consumidor”.

Por considerar que todo consumidor é vulnerável (e inserido neste conceito estão as vulnerabilidades econômica, técnica e jurídica), o Estado deve intervir nas relações de consumo para garantir que essa relação seja pautada por equilíbrio e igualdade real.

Vários são os motivos que exigem que as causas dos consumidores sejam diferencialmente tratadas: seja porque seus valores, na maioria das vezes, inviabilizam a intervenção de advogados; seja porque o consumo de produtos e serviços configura, na atual sociedade, comportamento essencial do ser humano, do qual não pode este ficar privado. Por esta razão, o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor (art. 6º, VII e VIII) a facilitação do seu acesso à justiça e da sua defesa.

4 O PAPEL DO PROCON NO QUADRO DA SEGUNDA ONDA DO MOVIMENTO UNIVERSAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Ressalvada a importância da criação e popularização daquele que figura como o diploma legal de maior penetração ou assimilação pelo seu público de destinatários, é imperioso reconhecer que a declaração de direitos de qualquer natureza não se justifica se não for acompanhada de políticas que lhes garantam a devida proteção e efetivação. O imperativo em questão nos faz recordar o pensamento de Norberto Bobbio^[15], quando da afirmação de que “o problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”. A intervenção do Estado, nesse sentido, deve extrapolar o contentamento com a positivação de direitos, exigindo a efetivação de direitos garantidos.

Para a efetivação da tutela dos interesses de consumidores, o ordenamento jurídico brasileiro delegou poderes a determinadas instituições corporativas para que exerçam o papel de representantes da sociedade difusa de consumidores, legitimando sua atuação

em ações coletivas. Nesse contexto em que o Estado passa a intervir mediante uma atuação protetiva-ativa, consolidam-se como política de proteção e efetivação dos direitos de consumo os PROCONS: órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais que se dedicam à proteção dos interesses individuais e coletivos dos consumidores.

O papel dos PROCONS extrapola a esfera da necessidade de justificação dos direitos da categoria de consumidores, seja ela analisada individualmente ou coletivamente. Representa a superação da declaração dos direitos dessa natureza, inaugurando uma nova fase, na qual os esforços convergem para torná-los efetivos. Assim, os órgãos de defesa e proteção do consumidor foram criados para que a tarefa do Estado de proteger ativamente o consumidor, fiscalizando as relações de consumo e solucionando os conflitos individuais, fosse realizada por meio do Poder Executivo. A promoção da defesa do consumidor como forma de facilitação do acesso à justiça pelos mesmos, pauta toda a atividade dos órgãos administrativos de defesa do consumidor.

Os PROCONS já existiam mesmo antes da vigência do CDC. A princípio, as atividades destas instituições se resumiam à orientação dos consumidores e tentativa de solucionar conflitos de interesses individuais.[16] Foi a partir do advento do CDC que ganharam autonomia para realizar a tutela dos interesses coletivos e difusos dos consumidores a partir dos poderes que foram delegados a estes órgãos para a fiscalização das relações de consumo e punição dos fornecedores que ignorassem os preceitos do CDC, configurando verdadeiro poder de polícia, e para propositura de ações coletivas, além de outros instrumentos de tutela dos interesses coletivos.

Entretanto, mesmo com os poderes atuais de proteção e defesa da coletividade, os PROCONS ainda mantêm a antiga prática de funcionar como verdadeira instância de solução dos problemas individuais dos consumidores por meio das chamadas “*audiências de conciliação*”.

Essas audiências realizadas pelos PROCONS, hoje configuram uma das ferramentas de acesso à justiça mais usuais para os consumidores. A inexistência de custos para o cidadão, a celeridade do processo administrativo e o grande aproveitamento das audiências em favor dos consumidores, elevam os níveis de satisfação da comunidade em relação aos trabalhos do PROCONS, fazendo com que a procura por estes órgãos seja muito maior do que em relação aos Juizados Especiais Cíveis. Os altos índices de solução dos conflitos pelas audiências dos órgãos é a principal causa do constante aumento da demanda dos administrados pelos PROCONS.

No ano de 2007, o PROCON/SP instaurou 22.831 processos administrativos por reclamações fundamentadas dos consumidores paulistas. Deste total, o órgão foi capaz de solucionar 63% destes conflitos por meio de sua intermediação[17].

Entre 2005 e 2006, o PROCON/PR realizou 13.951 audiências de conciliação para solução de conflitos individuais de consumo. Boa parte dessas audiências (39%) foi concluída com acordos ou com data para resolução[18].

A maneira com a qual os PROCONS conduzem todo o atendimento aos indivíduos demonstra a forma em que o acesso à justiça se dá por meio destas instituições públicas. E se o PROCON não é um mero órgão fiscalizador das relações de consumo, mas

também um guardião das normas regulamentadoras dessas relações, deve atuar no sentido de representar consumidores em situação de conflito, empenhando-se para buscar a satisfação de seus interesses, ainda que por meio de práticas conciliatória informais de resolução de conflitos, alternativas ao processo judicial.

Em que pese os festejados índices de acordos de conciliação alcançados pelos PROCONS nacionais, ao passo em que presenciamos o crescente engajamento do Estado na difusão de sua prática (interesse com vistas ao incremento das estatísticas), cumpre-nos questionar sobre a conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação, por agentes desses órgãos de proteção e defesa dos interesses dos consumidores.

Dito de modo mais explícito, questionamos: Pode-se dizer cabível a utilização da conciliação na pacificação de conflitos de consumo? Consequentemente, é correto falar na capacitação de agentes dos PROCONS para o emprego de técnicas de conciliação, ou haveria outras técnicas mais indicadas no exercício do seu *mister*?

Reservamos para a seqüência deste ensaio a apresentação de respostas para os questionamentos acima delimitadas, seguidas de uma proposta de reformulação do modelo de capacitação de agentes dos PROCONS para o manuseio de técnicas mais adequadas à representação de consumidores em conflito.

5 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO, PELO PROCON, DA CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO.

A atribuição de respostas aos questionamentos acima formulados pressupõe o conhecimento, ainda que básico, de particularidades sobre a tendência de difusão dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil.

Representados pela sigla ADR (do inglês *Alternative Dispute Resolution*), os métodos alternativos de resolução de conflitos vêm ganhando notoriedade como vias alternativas (ao processo judicial) de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Conforme já destacado anteriormente, quando da contextualização das duas frentes de ação que impulsionaram, e ainda hoje impulsionam, a terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, a tendência de difusão das ADR's torna-se cada vez mais consolidada, ao passo que reformas legislativas são intensificadas no intuito de buscar adaptar as normas processuais às necessidades impostas pelo momento em que o processo não se revela um instrumento eficaz no cumprindo suas finalidades precípua: sociais, jurídicas e políticas.

Métodos informais de prevenção e resolução de conflitos como a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, tornam-se cada vez mais usuais no Brasil. A notória constatação, já percebida em diversos outros países com antecedência maior,

pode ser vista como consequência inevitável da crise de administração da justiça que testemunhamos.

No Brasil, a crescente demanda por prestação jurisdicional, aliada à impotência prestacional do Estado nesse sentido, têm alimentado o desenvolvimento de políticas públicas de incentivo ao uso de práticas informais de prevenção e resolução de conflitos. Ao passo em que se democratiza a efetivação do direito de acesso à justiça por vias plurais, alternativas à jurisdição estatal, evita-se o processo judicial e todos os entraves que lhe cerceiam a devida efetividade. No mesmo sentido, esclarecedoras foram os dizeres de Antonio Carlos Wolkmer:

Ainda que seja um *locus* tradicional de controle e de resolução de conflitos, na verdade, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, favorecendo, paradoxalmente, a emergência de outras agências alternativas ‘não institucionalizadas’ ou instâncias judiciais ‘informais’ (juizados ou tribunais de conciliação ou arbitragem ‘extrajudiciais’) que conseguem, com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário.[19]

Na esteira da difusão das aludidas práticas informais de prevenção e resolução de conflitos, a conciliação se destaca como uma das ADR’s mais difundidas no país. A propósito da consolidação da conciliação no Brasil, importante ressaltar a contribuição prestada pelo Poder Público, no incremento de sua prática.

Por conta de uma necessidade cujos contornos já foram delineados, o Estado se utiliza cada vez mais dos benefícios proporcionados pela conciliação, seja ela judicial ou extrajudicial. Os reiterados Movimentos Nacionais pela Conciliação, a consolidação de sua prática incidental no processo judicial e o crescente emprego do método pelas defensorias e PROCONS, corroboram o entendimento.

Antes de adentrarmos no enfrentamento da problemática que movimenta o desenvolvimento do presente estudo, a título de fundamentação das críticas e proposições que serão por nós apresentadas, pertinente se faz o desenvolvimento de algumas considerações teóricas sobre o instituto da conciliação.

Na lição de Petrônio Calmon, a conciliação é definida como:

[...] mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.[20]

Independente da modalidade em que é praticada (se judicial ou extrajudicial), a conciliação tem por finalidade conduzir as partes conciliadas à obtenção de uma solução consensual para o conflito manifestado ao conciliador, ou seja: ao caminho do entendimento.

São características do processo de conciliação: a voluntariedade das partes em se submeter ao procedimento; a informalidade e a flexibilidade do procedimento de

condução do conflito; a autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; bem como a atuação imparcial de um terceiro interventor (o conciliador).

Ressalvada a informalidade e flexibilidade que lhe caracterizam, pode-se dizer que o processo de conciliação se operacionaliza em quatro etapas, descritas por Adolfo Braga Neto nos termos seguintes:

(1) abertura, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade. Logo após, passa-se para os (2) esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na seqüência, encaminha-se para o estímulo a (3) criação de opções, quer seja através de sugestões trazidas pelo terceiro, quer seja por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de se atingir o almejado consenso pela solução, e, posteriormente, (4) acordo, sua redação e sua assinatura.^[21]

A seqüência de etapas acima descritas revela que a atuação do conciliador é iniciada com as devidas apresentações entre conciliador e partes conciliadas, seguidas da prestação de esclarecimentos sobre o processo. Durante o desenvolvimento da conciliação, cabe ao conciliador promover o incentivo à comunicação das partes, bem como identificar interesses convergentes e divergentes para, assim, poder contribuir satisfatoriamente com a formulação de propostas de acordo que atendam às pretensões, necessidades e possibilidades em jogo. Por fim, dependendo do resultado do processo (se frutífera ou não for a conciliação), o conciliador providenciará a elaboração de termo de acordo ou declaratório de impasse.

Apesar de bastante participativo e ativo na formulação de propostas de acordo e no incentivo ao diálogo entre as partes (atributos que requerem do terceiro interventor o domínio de técnicas de comunicação e facilitação da autocomposição), o conciliador jamais poderá se afastar do atributo imparcialidade que lhe é exigido. Não poderá, portanto, manifestar interesse no resultado da causa, priorizando a satisfação dos interesses de um em detrimento do outro, sob pena de violação de toda a lógica facilitadora de acordos, sustentada com imparcialidade.

Superada a fase de cognição das principais particularidades do instituto da conciliação, passamos ao enfrentamento das reflexões sobre o cabimento da utilização da conciliação nos PROCONS, bem como sobre a pertinência da capacitação de seus agentes para que atuem como conciliadores.

A adoção, pelos PROCONS, da prática da conciliação como via de solução dos conflitos de consumo, é decorrente da conjugação de dois fatores, quais sejam: um antigo costume, já consolidado nos referidos órgãos; bem como a previsão legal para o desempenho dessa função, conforme se verá na seqüência. É o que se percebe da análise das diversas resoluções, portarias e demais normas regulamentadoras dos processos administrativos de diversos PROCONS estaduais e municipais do país.

A Deliberação 2397/2007, da Assembléia Legislativa de Minas Gerais (Regimento Interno do PROCON Assembléia), que contém o regimento interna do referido órgão de defesa dos consumidores mineiros, preceitua o seguinte:

Art. 3º - Compete ao Procon Assembléia:

[...]

VI - funcionar, no processo administrativo, como instância de conciliação, no âmbito de sua competência, nos termos da Lei Federal nº 8.078, de 1990, e da legislação complementar;

[...]

Art. 19 - A audiência de conciliação tem por objetivo a composição de acordo entre o consumidor e o fornecedor, por intermediação do Procon, em observância ao disposto no inciso VI do art. 3º desta deliberação[22].

Já a Resolução nº 064/98, do PROCON/PR, que regulamenta as competências e atividades daquele órgão, estabelece:

Art. 29 - Para audiência de conciliação, as partes serão convocadas de acordo com esta Instrução Normativa, devendo o mediador que a ela presidir lavrar o termo correspondente.

Art. 30 - Aberta a audiência, o agente competente do PROCON/PR esclarecerá às partes sobre as vantagens de conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio[23].

No mesmo sentido, é a previsão do Decreto nº 2.939/2001 (Procedimento Administrativo do PROCON de Campina Grande/PB):

Art.15º - Recebida a reclamação, o Coordenador Executivo ou, na ausência ou impedimento deste, o Chefe da Divisão de controle e Acompanhamento Processual do PROCON, designará data e hora para audiência de conciliação, para os próximos 15 (quinze) dias, notificando as partes para comparecimento.[24]

Finalmente, corroborando a mesma linha, o Regimento Interno do PROCON à Assembléia Legislativa de Belo Horizonte:

Art. 20 - Na audiência de conciliação, o representante do Procon buscará a harmonia e o equilíbrio da relação de consumo entre as partes, observados os princípios legais de defesa do consumidor.[25]

Partindo do pressuposto de que é dever dos PROCONS e seus agentes promover a proteção e defesa dos direitos dos consumidores enquanto indivíduos ou classe hipossuficiente, assim como do fato de que um conciliador jamais poderá carregar consigo qualquer interesse no resultado da causa (ou seja, nunca poderá inclinar-se em prol da satisfação dos interesse de um dos envolvidos no processo por ele presidido, sob pena de violação do atributo imparcialidade que lhe é inerente), podemos afirmar que é tecnicamente despropositado, e, portanto, reprovável, o emprego da conciliação nos PROCONS.

A exigência da imparcialidade dos agentes dos PROCONS é manifestamente incompatível com o dever constitucional que carregam, de atuarem de forma parcial, na proteção e defesa dos interesses dos consumidores. Como, então, exigir dos referidos agentes, a isenção típica de um conciliador (a mesma que se presentifica nas figuras do mediador, do árbitro e do juiz de direito), se é seu dever promover a proteção dos interesses individuais e coletivos dos consumidores?

Exigir que um agente do PROCON balize sua atuação na imparcialidade de um terceiro desinteressado, significa impedir que cumpra sua função precípua, de proteção e fiscalização, dos interesses dos consumidores e das relações de consumo, respectivamente. São despropositadas, portanto, as diversas resoluções, portarias e decretos regulamentadores das audiências de conciliação em diversos PROCONS estaduais e municipais.

Não é possível, realizar uma audiência de conciliação, baseada na harmonia e no equilíbrio de relações conflituosas imparcialmente administradas, e, ao mesmo tempo, observar o imperativo da defesa dos interesses do consumidor. A promoção da defesa do consumidor como forma de facilitação do acesso à justiça por esses órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, deve ser pautada na atuação parcial de seus agentes, que não podem atuar como conciliadores, mas sim, como autênticos negociadores de interesses daqueles que, por exigência legal, devem representar.

Que as audiências de conciliação realizadas pelos PROCONS, aparentemente configuram uma das principais vias de resolução autocompositiva de conflitos, não se pode questionar. Os dados estatísticos por nós evidenciados corroboram este entendimento, o que faz com que a procura por estes órgãos, assim como os investimentos do Poder Público no seu incremento e difusão, sejam cada vez maiores.

Os elevados índices de acordos (quantitativamente considerados), em nada representam uma garantia de que os interesses dos consumidores, ou a proteção dos seus direitos (em termos qualitativos), tem sido alcançados. O engessamento dos agentes dos PROCONS,

limitados por uma imparcialidade irreal, e, portanto, absolutamente injustificada, lhe cai como verdadeira camisa de força, impeditiva do exercício do seu *mister*.

Correto seria que os PROCONS passassem a promover sessões de negociação assistida, nas quais seus agentes, de forma explícita ou não velada por uma imparcialidade simbólica, passassem a atuar, com transparência, na representação extrajudicial de consumidores interessados na resolução autocompositiva de seus conflitos. Sem prejuízo da continuidade do desenvolvimento de uma importante política de resolução de consensual de conflitos, com esta mudança significativa do ponto de vista técnico, tais órgãos melhor desempenhariam sua função de instância facilitadora do acesso à justiça pelos consumidores.

Como conseqüência natural de uma mudança no modelo de operacionalização da representação direta de consumidores em situação de conflito, os agentes dos PROCONS seriam demandados no emprego de técnicas de negociação[26], que não se confundem com as usualmente empregadas por conciliadores imparciais. Em outras palavras, se a imparcialidade não deve lhe servir como atributo ou exigência, despropositada se revela a capacitação dos mesmos para o emprego de técnicas de conciliação. Correto seria a dotá-los de competências, habilidades, estratégias e técnicas revertidas em benefício do consumidor que pelo mesmo deve ser representado, com a mais absoluta parcialidade.

6 O DUPLO PAPEL DO PROCON: COMPATIBILIDADE ENTRE A SOLUÇÃO DO CONFLITO NO ÂMBITO INDIVIDUAL E A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

Diversos são os PROCONS que adotam como procedimento o arquivamento do processo administrativo, sempre que se obtém êxito na composição de acordo entre as partes, senão vejamos:

DECRETO N.º 2.939/2001 – regulamenta o Procon de Campina Grande (PB)

Art. 18º - Conciliadas as partes, lavrar-se-á o termo, com o arquivamento da reclamação.[27]

ORDEM DE SERVIÇO N° 02/2006 – PROCON Campinas

6. b) A conciliação entre fornecedor e consumidor acerca da Reclamação resultará no arquivamento do processo administrativo, desde que devidamente formalizada antes do proferimento da decisão da Diretoria do PROCON Campinas; [...]. [28]

Tratar as reclamações individuais de consumidores como isoladas, significa desconsiderar toda a lógica corrente, já exposta, das relações de consumo de massa nas sociedades complexas. No que se refere às relações de consumo, como já dito, dificilmente haverá uma reclamação individual que não revele uma macro-lesão.

A própria natureza dos interesses dos consumidores numa sociedade de consumo de massas, de produção e distribuição uniforme, nos leva a acreditar que poucas são as angústias e reclamações de um indivíduo consumidor que não refletem interesses difusos de toda a comunidade de consumidores. Mais uma vez citamos Vicente de Paula Maciel Junior para ilustrar este pensamento:

Os direitos dos consumidores podem ser agrupados dentro da perspectiva individual de um consumidor, o que não elimina a possibilidade de a relação de consumo ter abrangido uma série indeterminada de pessoas além dele. Nisto reside o caráter tipicamente difuso dos interesses dos consumidores. Todas as pessoas são potencialmente consumidoras e um determinado fato pode afetar diretamente um consumidor, e de maneira difusa, uma série imprecisa de outros interessados.[29]

Considerando que os produtos distribuídos no mercado de consumo são produzidos em massa, e os serviços prestados são disponibilizados também de forma massivamente uniforme, quando se verifica, que determinado produto ou serviço foi capaz de gerar dano a um indivíduo, isso significa, em uma análise ampla, que ou outros indivíduos também foram lesados ou correm os mesmos riscos. Tal conclusão se faz, como dito, a partir da própria análise de uma sociedade de consumo de massa.

Os órgãos de defesa do consumidor não podem interpretar uma reclamação de um consumidor como um fato isolado. E, sendo assim, não podem dar tratamento a essa reclamação de forma a acreditar que, satisfazendo o interesse individual do consumidor reclamante, terá cumprido a sua finalidade mais ampla. Para o efetivo cumprimento de suas funções de proteção do consumidor, tanto em sua esfera individual, como de coletividade difusa, é necessário tratar cada reclamação apresentada como uma demonstração de que toda a coletividade corre o risco de ser lesada pela mesma prática.

Cada causa de consumo é apenas uma pequena amostragem de uma grande insatisfação de uma coletividade que está sendo lesada na mesma forma que aquele que se manifestou.

Dar tratamento de tutela coletiva às reclamações apresentadas não representa, de forma alguma, prejuízo à solução da reclamação individual. Tais medidas são conciliáveis. Se os PROCONS instauram processos administrativos a partir de reclamações fundamentadas, desde o princípio, ou a partir da audiência realizada entre as partes, já é possível verificar se a conduta do fornecedor reclamado representa ou não infração às normas do CDC. Neste sentido, a solução do conflito em âmbito individual não pode representar, de nenhuma forma, o fim do processo administrativo.

Ao extinguir um processo em que se faz cabível a aplicação da penalidade administrativa, o PROCON contribui para que a prática lesiva seja perpetuada pelo fornecedor denunciado, ainda que o interesse individual do consumidor tenha sido atendido. Disso resulta afirmar que, para cada acordo realizado em prol de um consumidor individualizado, se providências outras não forem tomadas pelo PROCON,

um incalculável número de consumidores poderá ainda ser lesado. Isto porque será sempre mais lucrativo para o agente do comportamento lesivo reparar consumidores individualmente lesados, notadamente se quando o reparo advém de uma autocomposição bilateral, do que investir em formas de se evitar lesões futuras.

Quando o Estado atua, exclusivamente, na repressão de disputas individuais, favorece, tão somente: o indivíduo-consumidor, que se satisfaz na solução da sua reclamação; e o fornecedor, que lucra ao remediar sem ter que investir na prevenção. Não há, nesse sentido, favorecimento da sociedade. Tanto o Poder Judiciário (quando divulga os seus altos índices de ações julgadas), quanto o Executivo (quando divulga os números de reclamações individuais solucionadas pelos PROCONS), pecam ao não fazer desses números, ações que contribuam para a inexistência de futuras demandas equivalentes.

De nada adianta garantir vias eficazes de acesso a justiça aos indivíduos se, em caráter contínuo, não se consubstancia esse direito em soluções efetivas para os interesses da sociedade, aqui representados pela proteção dos igualmente importantes direitos difusos dos consumidores.

A solução da reclamação individual em audiência de negociação (e não mais de conciliação) não deve ser tratada como fim do processo administrativo, mas apenas como atenuante à possível penalidade administrativa que o fornecedor sofrerá pela mesma conduta, como estabelece o artigo 25, III do Decreto Federal 2181/97, diploma que regulamenta o processo administrativo punitivo dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor:

Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:

III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo^[30].

A propósito, incorre em falta grave o fornecedor que, tendo constatado a lesão ao consumidor, recusa-se a cumprir o pedido juridicamente fundamentado do mesmo, conforme se depreende da redação do artigo 26, IV, do Decreto Federal 2181/97:

Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes:

IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências^[31].

A compatibilização dos papéis fundamentais do PROCON, se dá, nesse sentido, quando se promove a solução dos conflitos bilaterais de consumo, sem prejuízo da tomada de ações posteriores de defesa dos interesses difusos dos consumidores, exemplificadas nas

práticas de implantação e constante divulgação de cadastros de reclamações fundamentadas, reunião de reclamações individuais semelhante em um único processo administrativo com caráter de tutela coletiva ou difusa, instauração de ofício de processos administrativos ou inquéritos que busquem investigar danos ou ameaças de lesões coletivas, aplicação de penalidades mais severas e adoção de dosimetrias de multas que levem em consideração não apenas a proporção da lesão mas também a poder econômico do fornecedor denunciado.

7 CONCLUSÃO

O PROCON, na condição de órgão responsável pelo cumprimento do dever fundamental de proteção do consumidor, por vinculação constitucional, tem como tarefa imprescindível tentar promover a resolução dos conflitos individuais manifestados. Ao promover a pacificação autocompositiva de conflitos de consumo, o PROCON cumpre esse *mister*.

Entretanto, entendemos que a forma como tem sido conduzidas audiências nos PROCONS, acaba por prejudicar a efetivação do seu papel solucionador de conflitos. O servidor do PROCON não pode se portar como agente imparcial na condução de uma audiência, por figurar, em tal momento, como agente investido de uma função estatal de defesa dos interesses do consumidor. Esses servidores devem, portanto, ser capacitados para atuarem como negociadores dos interesses da categoria que representam, e não como conciliadores imparciais.

Somente assim os PROCONS e seus agentes promoverão a plena e devida efetivação do direito fundamental de acesso à justa composição de conflitos de consumo. Nesse sentido, é fundamental que os agentes dos PROCONS reconheçam, incorporem e pratiquem a defesa negociada dos interesses de um consumidor hipossuficiente. Essa defesa qualificada, a propósito, deve ser técnica, e não intuitiva, fato que demanda da Administração Pública, o desenvolvimento de políticas de capacitação desses agentes, para o emprego de técnicas de negociação assistida, bastante diferentes daquelas que tradicionalmente lhes são ministradas nos cursos de formação de conciliadores.

A referida proposta, que decorre da atribuição de respostas negativas aos problemas enfrentados no presente estudo, não impede que os PROCONS e seus agentes, em momento posterior à resolução negociada de um conflito individual (prática que atenua a penalidade consensualmente assumida por aquele que viola o direito), se encarreguem da tomada de medidas administrativas (punitivas e pedagógicas) de prevenção de novos danos da mesma natureza, a exemplo do investimento e difusão dos cadastros de reclamações fundamentadas, da reunião de diversas reclamações individuais em um único processo administrativo com caráter de tutela coletiva ou difusa, da instauração de processos administrativos por ofício para investigação de lesões coletivas, da aplicação de penalidades severas, e da adoção de dosimetrias de multas que levem em consideração não apenas a proporção das lesões como também o poder econômico dos fornecedores multados. São essas as sugestões para que se alcance a efetividade do

acesso à justiça dos consumidores por meio dos PROCONS, na busca pela solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos.

8 REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Regimento Interno do PROCON Assembléia. Disponível em <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

BARBOSA, Lívia. Sociedade de Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, 2 ed.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para o Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor com o Decreto 2181, de 20 de Março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COLMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 7 ed.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994. 214 p.

GRINOVER, Ada Pelegrini (Org.). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 7 ed.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PEREIRA, Caleb Salomão. Filantropo-Capitalismo ou a Insustentável Leveza do Capitalismo e o Foco na Eficiência do Poder Judiciário: simetrias de uma atuação pela violência simbólica. Trabalho em fase de publicação, apresentado ao Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, 2008.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS. ORDEM DE SERVIÇO Nº 02/2006. Disponível em: < <http://www.campinas.sp.gov.br/bibjuri/os02-31052006.htm>>. Acesso em 25/04/2009.

PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. Decreto nº 2939/2001. Disponível em <<http://www.proconcg.com/not/leis2.htm>>. Acesso em 25/04/2009.

PROCON/PR. Resolução 064/98. Disponível em: <<http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/print.php?conteudo=136>>. Acesso em 25/04/2009.

_____. Resumo das Atividades do PROCON/PR. Disponível em <http://www.procon.pr.gov.br/arquivos/File/atividades_2006_site.pdf>. Acesso em: 26/11/2008.

_____. Cadastro de Reclamações Fundamentadas. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/pdf/cadastro2007.pdf>>. Acesso em: 26/11/2008.

PROCON/SP. Memória do PROCON. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1131>>. Acesso em: 26/11/2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 10.ed., São Paulo: Cortez, 2005.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

[1] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

[2] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 10.ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166.

[3] BARBOSA, Livia. Sociedade de Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, 2 ed. pg 14.

[4] Sobre a sociedade de consumo vide: BAUMAN, Zygmunt. Vida para o Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

[5] A obsolência planejada, tão em voga atualmente, foi objeto de análise de um dos autores do ante-projeto do CDC: DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 7 ed., p. 205.

[6] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001, p. 97.

[7] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

[8] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 10.ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166.

[9] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

[10] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 84, abr.-jun. 1994.

[11] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

[13] O movimento social de reconhecimento da figura do consumidor como indivíduo hipossuficiente e a iniciativa do poder público de tutelar os consumidores por meio de instituições dedicadas a esta tarefa, já eram identificados no Brasil antes mesmo da elaboração do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988. É que se verifica da pesquisa realizada por Marcelo Sodré (SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 130-148).

[14] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 50.

[15] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42.

[16] O Estado de São Paulo foi o pioneiro na formulação de políticas estaduais de proteção do consumidor, tendo criado em 1976 o primeiro PROCON do Brasil: “No Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor coube ao Grupo Executivo – Procon, atuar de forma coletiva, visando informar e orientar o consumidor, por meio de programas específicos que incluíam pesquisas e estudos relacionados à conjuntura

econômica brasileira. Também receberia e encaminharia reclamações e sugestões apresentadas por entidades de classe e representativas da população.” (PROCON/SP. Memória do PROCON. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1131>>. Acesso em: 26/11/2008). Como já dito anteriormente, a preocupação dos Governos Estaduais e Municipais na implementação de políticas de defesa dos consumidores é anterior ao CDC, a exemplo das iniciativas de criação de Coordenações temáticas no Paraná, Rio Grande do Sul e em São Paulo, na década de 70 e 80 (SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 131).

[17] PROCON/SP. Cadastro de Reclamações Fundamentadas. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/pdf/>

cadastro2007.pdf>. Acesso em: 26/11/2008.

[18] PROCON/PR. Resumo das Atividades do PROCON/PR. Disponível em <<http://www.procon.pr.gov.br/>

arquivos/File/atividades_2006_site.pdf>. Acesso em: 26/11/2008.

[19] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001, p. 100-101.

[20] COLMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

[21] BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65-66.

[22] ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Regimento Interno do PROCON Assembléia. Disponível em <http://www.almg.gov.br/index.asp?diretorio=procon&arquivo=procon_legislacao>. Acesso em 25/04/2009.

[23] PROCON/PR. Resolução 064/98. Disponível em: <<http://www.procon.pr.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

[24] PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. Decreto nº 2939/2001. Disponível em: <<http://www.proconcg.com>>. Acesso em 25/04/2009.

[25] ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Regimento Interno do PROCON Assembléia. Disponível em <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

[26] Diversas metodologias de negociação podem ser utilizadas pelos agentes dos PROCONS. Além dos modelos posicionais de negociação, por meio dos quais negociadores avançam sem maiores rigores técnicos, lógicos e argumentativos (técnica conhecida como barganha posicional), outros se destacam pela efetividade e caráter

colaborativo. Um dos métodos mais reconhecidos na atualidade é o da negociação baseada em princípios ou méritos; teoria desenvolvida a partir de pesquisas realizadas na universidade norte-americana de Harvard. Para maiores esclarecimentos sobre a técnica da negociação baseada em princípios colaborativos (separe as pessoas do problema; concentre-se nos interesses, não nas posições; invente opções de ganhos mútuos e insista em critérios objetivos), recomendamos a leitura de FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994. 214 p.

[27] PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. Decreto nº 2939/2001. Disponível em: <<http://www.proconcg.com>>. Acesso em 25/04/2009.

[28] PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS. ORDEM DE SERVIÇO Nº 02/2006. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

[29] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pg 50.

[30] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor com o Decreto 2181, de 20 de Março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pg. 72.

[31] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor com o Decreto 2181, de 20 de Março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pg. 72.

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS E NOVAS TECNOLOGIAS: NOVAS
POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS DE PARTICIPAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**MUNICIPAL PUBLIC AUDIENCES E NEW TECHNOLOGIES: NEW
POSSIBILITIES AND PROSPECTS OF PARTICIPATION IN PUBLIC
ADMINISTRATION**

**Ricardo Hermany
Diogo Frantz**

RESUMO

Este artigo tem por finalidade apresentar uma abordagem a respeito das novas formas de administração pública, tendo como destaque as audiências públicas eletrônicas. Diante do progresso em nível de comunicação propiciado pela globalização, a internet se tornou uma ferramenta fundamental na construção de novas formas administrativas, possibilitando a interação entre os atores sociais e o Estado. Assim a administração pública deverá criar canais eletrônicos de comunicação e participação entre suas prerrogativas administrativas e os cidadãos. Sendo assim, é nessa via que o presente ensaio pretende desenvolver sua temática, deixando de lado as posturas administrativas tradicionais, e propondo novas formas de gestão. Para tanto, as audiências públicas necessitam de modelos de gestão inovadores para que os gestores urbanos tratem das mudanças que a sociedade exige. Dessa forma, a informação se torna um recurso estratégico cada vez mais importante para a gestão pública participativa.

PALAVRAS-CHAVES: TECNOLOGIA; GOVERNO ELETRÔNICO;
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PODER LOCAL.

ABSTRACT

This article aims to offer a new approach regarding the forms of government, highlighting the electronic public audiences. Considering the progress at the level of communication offered by globalization, the Internet has become a fundamental tool in the construction of new administrative forms, enabling the interaction between social actors and the State. Thus the public administration should establish electronic channels of communication and participation among its administrative prerogatives and the citizens. Therefore, this essay intends to develop this theme leaving behind the traditional administrative positions, and proposing new forms of management. To this end, public audiences need innovative models of management to urban managers treat about the changes that society demands. As a result, information becomes a strategic resource increasingly important for participatory governance.

KEYWORDS: TECHNOLOGY; ELECTRONIC GOVERNMENT; PUBLIC AUDIENCES; PUBLIC ADMINISTRATION; LOCAL AUTHORITY.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade apresentar uma abordagem a respeito do direito, enquanto meio de implementação de audiências públicas eletrônicas municipais, onde tendo como escopo o aumento da participação dos cidadãos nas audiências públicas via eletrônica em, vista da necessidade de maior participação desses atores sociais nessas prerrogativas.

Sendo assim, o tema Governo Eletrônico nasce sob a chancela da multidisciplinaridade, materializando a conexão direta entre aspectos destacados das áreas das Ciências Sociais Aplicadas, onde se encontra o Direito, e da Tecnologia com a Informática.

Diante das mudanças globais, sociais, econômicas e políticas, as cidades estão requerendo novos modelos de gestão, bem como modernos instrumentos, procedimentos e formas de ação, a fim de permitir que os gestores urbanos tratem das mudanças da sociedade local. Por um lado, é necessário encontrar respostas e soluções rápidas para problemas cujas causas ficam muitas vezes fora da esfera de influência do administrador público, mas cujas consequências precisam ser enfrentadas pelo poder local. Por outro lado, é uma tarefa essencial explorar e disponibilizar as chances e oportunidades relacionadas a tais transformações, em favor tanto da administração pública, quanto da própria população.

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Como decorrência dos direitos de cidadania, temos como direito a participação, aqui em especial no que tange à esfera pública, onde cada cidadão deve buscar sua integração. Essa participação deve acompanhar de forma eficaz o que está sendo realizado e discutido nesse *locus*, tanto no âmbito Executivo como Legislativo, para que cada cidadão possa participar do planejamento das políticas públicas e, conseqüentemente, intervir de forma argumentativa nesses espaços de participação.

Decorrente desses direitos, temos as audiências públicas que são canais de “participação administrativa aberta aos indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei”, com a finalidade de expressar as preferências e tendências dos segmentos, e que seja capaz de “conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual” para a sociedade[1].

Assim, o fundamento prático da realização da audiência pública consiste do interesse público em produzirem-se atos legítimos, do interesse dos particulares em apresentar argumentos e provas anteriormente à decisão, e, pelo menos em tese, também do interesse do administrador em reduzir os riscos de erros de fato ou de direito em suas decisões, para que possam produzir bons resultados.

As audiências públicas não devem ser consideradas como mera formalidade a ser cumprida pelo Estado-administração, mas devem ser canais de abertura democrática, com a finalidade de qualificar a gestão pública, visto serem um instrumento de consulta aos cidadãos administrados, onde o governo possa visualizar o que pretende a sociedade em termos de investimentos, programas e ações políticas, e, principalmente, informar pedagogicamente todos os dados contábeis, financeiros, orçamentários e operacionais do poder Estatal, inclusive à avaliação de resultados e verificação do cumprimento de metas determinadas no processo de planejamento. Dessa forma, podemos afirmar que as audiências públicas permitem aos cidadãos fiscalizar, acompanhar e decidir sobre as ações governamentais futuras e, em andamento.

Em vista de a audiência pública estar intimamente ligada às práticas democráticas, constitui-se em um exercício de poder pelo povo junto à Administração Pública, pois através desse mecanismo o cidadão não mais é visto como mero administrado, mas como um “parceiro do administrador público”[2]. Mas é através da Lei de Responsabilidade Fiscal que a realização das audiências públicas tornou-se prática obrigatória em todos os níveis de Administração, abrangendo a integralidade das leis orçamentárias. Com a previsão de forma expressa, o instituto tem-se difundido como elemento fundamental de gestão, incorporando-se à agenda de debates e difundindo as discussões sobre a formulação de políticas públicas.

A previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal relaciona-se de forma efetiva com a ideia de controle social no âmbito das decisões públicas lato sensu, pois envolve tanto a etapa desenvolvida no âmbito do Poder Executivo, de essência administrativa, quanto o processo legislativo específico de elaboração das leis orçamentárias, sendo a audiência pública fase específica e imprescindível para a regularidade da tramitação legislativa. Quanto à etapa administrativa, a audiência pública é exigida em duas hipóteses distintas: no controle das metas fiscais e na elaboração das leis orçamentárias.

De fato, é nas leis orçamentárias (PPA, LDO, LOA) que a participação da população mostra-se, conforme referido, obrigatória tanto na fase de elaboração, coordenada pelo Poder Executivo, quanto na discussão dos respectivos projetos de lei, o que acontece no Poder Legislativo, caracterizando uma discussão especial relativa a essas matérias.

Contudo, é fundamental analisar a extensão e a profundidade das discussões realizadas nas audiências públicas, pois de nada adianta transformá-las em simples ato formal para atender ao disposto na citada Lei, tendo em vista que essas audiências, da forma vaga como estão previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, podem legitimar as decisões tomadas pelo corpo tecnocrático que compõe a Administração, especialmente em nível federal, pois poderão servir como fóruns de aclamação de decisões pré-formuladas, o que não contribui para a concretização do direito social.

Nesta ótica, não é suficiente a realização das audiências, se estas não vêm acompanhadas de uma efetiva participação da cidadania, representada pelas entidades, mas principalmente de forma direta. Soma-se a isso a necessidade de estas audiências servirem para o esclarecimento da população acerca dos inúmeros fatores determinantes da elaboração orçamentaria, inclusive quanto aos limites de gastos específicos com educação e saúde, previstos na Carta Constitucional, sem olvidar os demais dados relativos às finanças públicas, que devem servir de base para a elaboração destes projetos.

Este último aspecto deve-se materializar, dentre outras formas, através de indicadores de desempenho a serem inseridos nos projetos orçamentados, o que permite um efetivo controle das decisões pelos cidadãos, pois, além de oportunizar uma melhor avaliação da necessidade da inclusão dessas propostas como políticas prioritárias, servirá para o posterior acompanhamento da execução orçamentaria. O plano plurianual, por exemplo, que abrange um quadriênio, deixa de traduzir mera carta de intenções e passa a se constituir num instrumento hábil para uma gestão planejada e passível de controle social.

Neste novo paradigma, as obras públicas devem, em sua totalidade, estar inseridas nos instrumentos de planejamento orçamentário, o que reduz o âmbito da discricionariedade e, por conseguinte, facilita o acompanhamento ao longo da gestão. As políticas públicas, com a exigência das audiências, tanto no Executivo quanto no Legislativo, passam a ser planejadas com a população, que terá conhecimento prévio dos programas que serão desenvolvidos a longo prazo, através do plano plurianual e, a curto prazo, através das leis de diretrizes orçamentarias, e dos índices de desempenho a serem atingidos, o que permite uma gestão mais transparente e passível de controle social. A partir do planejamento, será mais fácil o acompanhamento e a posterior cobrança pela responsabilidade em sua execução.

No entanto, é preciso avançar em relação ao regimento interno dos Poderes Legislativos das diferentes esferas da Federação, a fim de permitir que tais audiências sirvam, de fato, para a construção compartilhada de políticas públicas, não se constituindo apenas

em foros homologatórios de complexas peças resultantes do trabalho tecnocrático. Dentre os aspectos a serem salientados, destaca-se a atual impossibilidade de os cidadãos apresentarem emendas aos projetos, o que é competência exclusiva dos parlamentares, situação que, além de desestimular a participação da sociedade, restringe a eficácia do controle e da co-gestão.

Após breves comentários acerca das audiências públicas, deve-se ressaltar um ponto muito importante que leva ao cabo esse trabalho, a forma de realização dessas audiências públicas que, notadamente, são realizadas apenas formalmente, e não substancialmente, com ampla discussão e participação. Isso permite-nos afirmar que não é suficiente, para a construção de um direito social, traduzido pela legitimação das decisões públicas a partir de uma qualificação do relacionamento entre Estado e sociedade, a existência de novos mecanismos, se forem aplicados com uma visão dogmático-reducionista. De nada adianta existir audiência pública como requisito de validade para as leis orçamentárias, se essas forem meramente cartoriais, resultantes de convocações em espaços de publicações legais na imprensa, além de analisarem projetos fechados, sem a possibilidade de emendas populares, a partir de deliberações por aclamação.[3]

Mas o principal fator impeditivo para a legitimação do processo orçamentário a partir da efetiva participação da cidadania ainda está nas restrições que a população encontra em participar das audiências públicas nas esferas mais distantes da Federação, principalmente a nacional. Nestas, a concepção de um direito social caracterizado pela apropriação do espaço público estatal de parte da sociedade permanece ainda distante, principalmente em face da dificuldade material de presenciar os processos decisórios.

Para atingirmos os resultados propostos por esse instrumento, é preciso garantir o maior número possível de representação. Para tanto, é fundamental a realização das audiências públicas em datas e horários que facilitem o comparecimento da população em locais de fácil acesso, com ampla divulgação e efetivo chamamento da população, e etc. Mas, todos esses aspectos resultam no esvaziamento da participação, visto serem obstáculos à promoção da efetiva participação.

Para tanto, a proposta alternativa seria a realização de audiências públicas eletrônicas, onde essas se iniciariam em hora e lugar definidos anteriormente, e após permanecessem abertas on-line em sites do Poder Executivo ou Legislativo, e , em locais de fácil acesso, onde após algum período de tempo fossem encerradas novamente no local de abertura. Certamente isso, oportunizaria maior participação e eficiência nas audiências públicas.

Entende-se, assim, como essencial novos canais de aberturas e estratégias de participação, tema que será proposto adiante, sob a perspectiva do Governo Eletrônico, que surge como um novo canal de participação, capaz de transformar as audiências públicas nessa nova perspectiva.

2 A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA GOVERNANÇA ELETRÔNICA: UM EFETIVO MECANISMO DE PARTICIPAÇÃO

Pode-se afirmar que governança informacional pode ser compreendida como a capacidade do Estado de estabelecer uma política e gestão da informação voltadas para

a *accountability* e para a transparência. É a capacidade da ação do Estado na formulação, na implementação de políticas públicas e na consecução das metas coletivas, utilizando-se de mecanismos de incrementação dos cidadãos.[4]

Nesse sentido, a governança informacional, ou ainda de forma mais específica e restrita, as condições informacionais da governança, nas palavras de Gómez,

referem-se à disponibilização e implementação de estruturas e fluxos de informação, dentro do campo do Estado, visando tanto a eficácia da ação de governo quanto a otimização de suas relações com a sociedade civil, mediante a facilitação e subsídio que os recursos de informação pública oferecerão em processos descentralizados e horizontais de tomada de decisão.[5]

Visualiza-se que o acesso à informação pública e governamental pode ser compreendido como um domínio do Estado provedor e um importante instrumento do governo eletrônico. Todavia, é importante compreender que a dimensão pública da informação está no seu reconhecimento como bem público. A informação gerada e usada no campo informativo do Estado é concebida como força constitutiva da sociedade e, portanto, como bem público indivisível e não adquirível por meio de pagamento, na lógica de mercadoria.[6]

Nesse sentido, a política de acesso à informação pública e governamental visa romper com a prática patrimonialista e privatista dos ciclos de geração, preservação e transmissão da informação no interior do Estado. No entanto, não pode ser compreendida apenas como uma intervenção do Estado para si mesmo. Essa política deve ter como premissa e sustentação o reconhecimento do direito de acesso à informação governamental e a consolidação do Estado de direito, baseando-se na concepção de cidadania ativa.[7]

Dessa forma, a utilização da Internet na administração pública tem diversas funções. As mais conhecidas e difundidas, internacionalmente, são as possibilidades de sua utilização como veículo para prestação de serviços *on-line* e para disseminação das mais variadas informações acerca das atividades do setor público. Um exemplo conhecido é a permissão para o contribuinte declarar seus tributos via *websites* e o governo, por sua vez, disponibilizar informações relativas à arrecadação.

Podemos, ainda, ilustrar outras funções que vêm merecendo destaque nos debates acerca do tema em função das crescentes demandas por uma gestão pública mais participativa e eficiente. São elas[8]:

a) propiciar maior transparência no *modus operandi* da gestão pública, facilitando o exercício do que tem se convencionado chamar de *accountability*, que compreende em grande parte a obrigatoriedade do gestor de prestação de contas ao cidadão (votante, consumidor e financiador dos bens públicos);

b) permitir a troca rápida de informações entre membros do governo, como, por exemplo, preços cotados em licitações, divulgação de experiências bem sucedidas de gestão, dentre outras atividades que intensifiquem o aumento da eficiência na máquina pública.

Assim, o uso da Internet, na medida em que desburocratiza e agiliza o processo de participação popular, reduz o custo do exercício da cidadania.[9] Assumindo-se que o governo consiga ser eficiente na divulgação de suas ações, assim, com o custo individual mais baixo induzirá maior participação popular e maior cobrança por transparência, gerando um equilíbrio virtuoso entre as ações do governo e as respostas do cidadão. Esse resultado é importante, pois cria uma rede de participação virtual muito satisfatória, aumentando de forma muito considerável a promoção da participação dos atores sociais por meio *on-line*.

A transparência da gestão pública e o compromisso com a prestação de contas contribuem, ainda, para o fomento da participação. Em uma conjuntura de globalização, transparência é uma característica que se torna não somente desejável, como também obrigatória. A divulgação das várias etapas de um projeto de investimento público, por exemplo, e o comprometimento com a *accountability*, implicam melhoria, porque, ao promover e se comprometer com a responsabilidade de prestação de contas, a autoridade pública passa a estar sujeita ao controle externo. Ressalta-se que essa proposta se torna um mecanismo importante de controle e participação.

Portanto, a discussão sobre a governança democrática diz respeito à dimensão operativa da disputa pela hegemonia no campo das transformações do Estado brasileiro. Aponta a necessidade de se considerar as Tecnologias da Informação e Comunicação como peças importantes no tabuleiro do jogo da chamada “modernização administrativa”.

O Ministério de Planejamento e Gestão assim afirma:

A experiência do Governo Federal revela o potencial extraordinário das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), baseadas sobretudo na Internet, para a melhoria do relacionamento entre Estado e sociedade. Por meio dessas iniciativas, os cidadãos têm mais informações sobre os atos do governo, podendo atuar como agentes e co-participantes das decisões políticas. Ciente dessa importância, o Governo Federal emprega as TICs para ampliar a transparência, melhorar a eficiência administrativa, reduzir custos, facilitar a vida dos cidadãos e contribuir para a consolidação da democracia[10].

A tarefa é pressionar para que as estratégias governamentais no campo das TICs promovam um processo de modernização democrática da administração pública, afastando os riscos de uma modernização conservadora e autoritária como a que tradicionalmente veio sendo praticada no Brasil. O que se pretende é uma modernização da administração pública que transforme as relações entre Estado e sociedade e vincule a eficácia e a eficiência das ações de governo à afirmação de direitos coletivos de cidadania.[11] Porém, esse projeto não se distancia dos princípios da inclusão digital,[12] sendo necessária uma infoinclusão.

O próprio Ministério, através de seu projeto *E-Gov*, apresenta alguns princípios e diretrizes, como fundamentais para a consecução do governo eletrônico. São eles: **a promoção da cidadania; a gestão do conhecimento, que é um instrumento estratégico de articulação e gestão das políticas públicas do Governo Eletrônico; o Software livre; a inclusão digital; a racionalização dos recursos; e a integração das ações de Governo Eletrônico com outros níveis de governo e outros poderes.**[13]

Assumindo-se essa direção, pode-se pensar na noção de governança eletrônica, incorporando-lhe conteúdos transformadores sobre as práticas e a cultura política da sociedade. Nesse caso, a criação de uma governança eletrônica deve significar uma transformação da qualidade das relações de poder existentes, operando inversões no sentido da construção de capacidades coletivas de controle social e participação política.

3 E-GOVERNO: UMA NOVA PERSPECTIVA DE GESTÃO PARTICIPATIVA

O uso das novas tecnologias da informação pelos governos na prestação de serviços e informações para cidadãos, fornecedores e servidores constitui o que se convencionou chamar de *e-governo* ou governo eletrônico. No Brasil, a melhor estratégia para disseminação do uso da *Internet* na função pública e a definição de qual é o papel do Estado no setor vêm sendo objeto de crescente debate, e, paralelamente, uma série de iniciativas já foram introduzidas em todos os níveis de governo.

A inovação de instrumentos de gestão, proporcionada pelas novas tecnologias da informação e comunicação, atingiu também a esfera governamental e suas diversas instâncias. Tal evolução proporcionou avanços em termos de participação, transparência, interatividade e cidadania, os quais resultaram numa nova figura – o governo eletrônico[14]. Essa virtualização do ambiente governamental, e sua consequente apropriação do espaço cibernético, possibilitaram que os diversos atores envolvidos, especialmente cidadãos e setor privado, aperfeiçoassem suas interações com o governo, passando a ampliar o espectro de nós que formam a rede do governo. Esse processo pode ser mais bem visualizado através da consecução de seus objetivos: a implementação de infraestrutura de comunicação de dados; a modernização da gestão administrativa e dos sistemas de informação; a prestação dos serviços públicos; a transparência nas ações governamentais; e a racionalização dos gastos públicos. Mas a proposta desse trabalho é implementação de audiências públicas eletrônicas.

Nesse sentido, a emergência de novas tecnologias de informação e de comunicação tem sido objeto de grande atenção por parte dos governantes na medida em que afeta o processo de tomada de decisões. O reconhecimento de que o surgimento desses fatores exige mudanças na condução de governos democráticos e na forma de relacionamento entre o setor público e a sociedade civil tem suscitado um amplo debate em torno de como utilizar as novas tecnologias, em particular a *Internet*, para colocar em prática as mudanças requeridas pelo novo ambiente.

As tecnologias de informação e de comunicação, de fato, abriram oportunidades para transformar o relacionamento entre governo, cidadãos, sociedade civil organizada e empresas, contribuindo para alcançar a boa governança, especialmente na dimensão transparência. A tecnologia da informação auxilia a implementação da política pública a tomar a decisão, mas também favorece o monitoramento da implementação, o controle da política e a avaliação dos resultados, em termos da aplicação dos recursos, mas, principalmente, na efetividade da política implementada. Também, a tecnologia pode fazer o trabalho de suporte de comunicação, de *workgroup*, e viabilizar a eficiência interna de processos - como processos de compra, viagens de servidores, recursos humanos, controle de receitas e despesas, acompanhamento do planejamento governamental, e outros. Ainda, em *e-administração*, pode-se incluir a integração de políticas públicas entre as várias esferas de governo.

Dessa forma, este artigo tem por objetivo explorar o tema a respeito da tecnologia e do governo eletrônico sob a visão do direito. Nesse sentido, reconhecendo as novas potencialidades relacionadas à ampliação dos atores sociais envolvidos na gestão pública, a literatura vem crescentemente enfatizando o tema de “governança” (*governance*), salientando novas tendências de administração pública e de gestão de políticas públicas, particularmente a necessidade de mobilizar todo conhecimento disponível na sociedade em benefício da melhoria da *performance* administrativa e da democratização dos processos decisórios locais. De acordo com a concepção de governança urbana, a melhoria da qualidade de vida nas cidades não é negócio exclusivo de governo, mas sim tarefa e responsabilidade compartilhada entre todas as organizações e os cidadãos que constituem o tecido institucional e social da cidade.[15] Assim, a proposta de audiências públicas eletrônicas pode se tornar uma nova ferramenta de mobilização da opinião pública, capaz de inovar o campo das audiências públicas, sendo uma forma de qualificar e esse instrumento de participação.

4 A NECESSIDADE DA ABERTURA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS INOVADORAS

No contexto das políticas públicas, o poder local necessita de modelos de gestão inovadores, para que os gestores urbanos tratem das mudanças que a sociedade exige. Dessa forma, a informação se torna um recurso estratégico cada vez mais importante para a gestão urbana participativa. Como veremos adiante, o tema governo eletrônico está na pauta da discussão sobre a aplicação das tecnologias de informação e comunicação no setor público já há algum tempo, sendo explorado nas suas várias dimensões, ou seja, como recurso tecnológico; comunicacional; de prestação de serviço; como dispositivo informacional; para a democracia eletrônica, entre outras.[16]

O conceito de governo eletrônico não se restringe apenas à incorporação de novas tecnologias para ampliar a capacidade de conexão entre governo e cidadão. As relações dentro do próprio governo também se reinventam. O governo, nas suas mais diferentes instâncias, passa a atuar em rede. Cada Poder, cada esfera, e seus respectivos desdobramentos, trabalham como extensões, atuando como nós desta rede de governo. O advento do governo eletrônico é resultado da aproximação dos nós entre todos os atores: governo eletrônico, cidadãos, empresas, terceiro setor. Este conceito pode ser mais bem visualizado a partir do estabelecimento dos objetivos do governo eletrônico: implementação de infra-estrutura de comunicação de dados, integrando as redes de todos os envolvidos no processo; a modernização da gestão administrativa e dos sistemas de informação; a prestação online ao cidadão de todos os serviços públicos; a adoção de transparência nas as ações governamentais que não exijam sigilo; racionalização dos gastos públicos; e a disponibilização de computadores em locais específicos que permitam que o cidadão acesse os serviços do governo através da internet. Objetivos que pressupõem que o governo eletrônico precisa funcionar em rede.[17]

Dentre as diversas tecnologias da informação que acabam por impulsionar este processo, é a *Internet* aquela que se destaca como instrumento de interação entre os vários setores da sociedade, e ainda, como principal responsável pelo desenvolvimento de uma infraestrutura governamental que abre espaço para novos, serviços, negócios e

atividades. Assim ao incorporar essas novas tecnologias da informação e comunicação à sua máquina administrativa, as organizações governamentais conectam-se entre si, proporcionando interatividade das informações e deflagrando o governo eletrônico[18].

Cabe aqui uma determinação pontual: o conceito de governo abrange a gestão do poder público em seus três poderes e nas três esferas (municipal, estadual e federal), enquanto “eletrônico” refere-se aos “qualificativos digitais”. Assim, tem-se que governo eletrônico é “um governo qualificado digitalmente, por ferramentas, mídias e procedimentos, [...]”. [19]

Nesse sentido, o desenvolvimento de programas de governo eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. No Brasil, a política de governo eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: junto ao cidadão; na melhoria da sua própria gestão interna; e na integração com parceiros e fornecedores. [20]

Assim, ao se utilizar as TICs para o relacionamento com os cidadãos, a ação dos governos passa a ter incidência sobre as práticas e visões de cidadania existentes na sociedade civil. Conseqüentemente, essa incidência não é mecânica, nem pode ser considerada de maneira determinista. “Muito menos há neutralidade nas relações estabelecidas. Mesmo que se valha de formas relativamente semelhantes, no nível do aparato técnico e tecnológico, as práticas de relacionamento entre governo e cidadãos podem assumir diferentes conteúdos” e, com isso, influenciar distintamente os processos de prática de cidadania. “A qualidade e profundidade das relações estabelecidas, em termos individuais e coletivos, interagem com os processos sociais mais amplos”. O escopo dessas relações vai desde a relação individual do cidadão com o governo, em busca de serviços públicos, até as relações de governança entre governos e a sociedade organizada. Então, “para se compreender as possibilidades de relacionamento entre governos e indivíduos ou a sociedade organizada por meio da *Internet* do chamado governo eletrônico é preciso deslocar o olhar para além dos recursos tecnológicos” oferecidos e situá-lo sobre processos sociais concretos em que os cidadãos e a sociedade interagem com o Estado na disputa pela construção de direitos. “Trata-se, portanto, de evitar a redução do tema a um objeto meramente técnico, que despolitiza o problema”. A saída é estabelecer como ponto de referência os direitos de cidadania para disputar o conteúdo e as formas de gestão dos usos das TICs na relação entre governos e cidadãos. Não é de “melhores práticas” que se fala, mas de conquista de direitos. [21]

Sendo construções históricas e sociais, os direitos não surgem repentinamente, mas constroem-se a partir de lutas sociais, de disputas políticas e econômicas e da superação das contradições entre a sua simples enunciação e a efetiva realização. A materialidade dos direitos, portanto, é objeto de um processo de disputa no interior da sociedade e de diferentes segmentos do aparato estatal, não isento de avanços e recuos. Dessa forma, as possibilidades de promoção da cidadania por meio da *Internet* podem ser entendidas como aquelas que permitem a facilitação do acesso e o exercício de direitos. “É possível estabelecer uma tipologia de direitos que podem receber impactos do uso de portais ou *websites* governamentais”, como: direito à informação de interesse particular; direito aos serviços públicos; direito ao próprio tempo; direito a ser ouvido pelo

governo; direito ao controle social do governo; direito à participação na gestão pública.[22]

Dessa forma, os três últimos vinculam-se ao exercício de direitos coletivos indispensáveis à governança eletrônica; já os três primeiros direitos estão relacionados à prestação de serviços públicos e ao acesso a direitos individuais[23].

O direito a ser ouvido pelo governo “materializa-se tanto em nível individual, favorecendo o contato do cidadão com o governo, quanto em termos coletivos, por meio de canais de contato com a sociedade organizada”. Sua abrangência também incorpora desde demandas particulares até aquelas envolvendo direitos coletivos e difusos.

Para a promoção desse direito é possível empregar recursos de interatividade como ouvidorias pela Internet, centrais de atendimento eletrônico ou telefônico, fóruns eletrônicos, pesquisas de opinião e avaliação de serviços públicos via Internet. A existência de canais permanentes de contato voltados a assegurar ao cidadão o direito a ser ouvido é um recurso que não garante necessariamente que os cidadãos e suas organizações intervenham sobre as ações dos governos. Entretanto, cria condições preliminares e um ambiente propício para que o exercício do direito à participação cidadã e ao controle social do governo sejam efetivados.[24]

O controle social do governo está diretamente associado à promoção da transparência, ao permitir o acompanhamento da formulação de políticas e das iniciativas de governo pelos cidadãos e por suas organizações. “Cria condições para o estabelecimento de relações de confiança entre governados e governantes e legitima as ações destes últimos. Por outro lado, requer a existência de mecanismos de prestação de contas dos atos governamentais”. Diante disso, a categoria de direitos promovidos pelo uso da Internet, inclui as iniciativas que permitem essa prestação de contas e sua apropriação pela sociedade. Portanto, “incorpora iniciativas de acesso de cidadãos a informações sobre as ações do governo, fundadas na noção de direito à informação pública permitindo-lhes acompanhar, avaliar e controlar o desempenho governamental”. Podem-se citar como exemplos disso: a publicação de demonstrativos financeiros, relatórios de atividades de órgãos públicos, planos de governo, andamento de obras e divulgação de licitações.[25]

Ao contrário do controle social do governo, de caráter basicamente coletivo, a participação cidadã materializa-se pela ação individual dos cidadãos ou de suas organizações, enquanto atores sociais dotados de projetos próprios. Iniciativas de comunicação interativa entre governos e cidadãos que permitam a estes intervir de alguma forma, na gestão dos serviços e das políticas públicas, em tese podem materializar-se e fortalecer o direito à participação política no âmbito do governo. Incluem-se aqui as possibilidades de “participar de processos de discussão coletivos por meio de recursos de interatividade presentes nos portais, as possibilidades de opinar sobre projetos do governo e até mesmo as experiências de votação por meio da *Internet*”, ainda não disseminadas. Ainda podem ser classificadas nessa categoria as ações de divulgação e estímulo à atuação em processos participativos promovidos pelo governo, como, por exemplo, o Orçamento Participativo, as audiências públicas, as consultas e as orientações sobre os requisitos para participação.[26]

Sendo assim, a tendência da formulação do conceito e da prática em governo eletrônico é abordá-lo na perspectiva do uso da *Internet* e, mais especificamente, na criação e disponibilização de *sites*. Como recurso de conectividade e comunicação, a *Internet* e o *site* são, atualmente, indispensáveis. Não obstante, alguns autores[27] convergem sobre o tema ao afirmarem que um governo eletrônico não se institui somente pelo uso da *Internet*. É necessário promover transformações de forma interligada e com influências recíprocas, visando propiciar um ambiente informacional adequado. Essas ações voltam-se para: a) mudanças organizacionais; b) mudanças nos processos de trabalho; c) substituição do aparato tecnológico; d) mudanças culturais.[28]

Essas mudanças remontam às argumentações da reforma do aparato do Estado e do modelo de administração pública. Dessa forma, Joia[29] afirma que “o sucesso de governo eletrônico anda *pari-passu*, com o sucesso da reforma do próprio Estado, sendo dois conceitos complementares”.

O princípio fundamental e relevante das mudanças necessárias é a “qualidade dos serviços prestados na perspectiva do usuário”, ou o foco no cidadão. “Um *site* do governo eletrônico descolado do processo de transformação das práticas no âmbito interno das organizações estatais corre o risco de reproduzir práticas burocráticas com outra interface”. Nesse sentido, pode-se adotar a definição de governo eletrônico como a “contínua otimização da prestação de serviços do governo, da participação dos cidadãos e da administração das relações internas e externas através da tecnologia, da *Internet* e dos novos meios de comunicação”. [30]

A noção de governo eletrônico é um objeto ainda em disputa. Abordagens mais conservadoras tendem a depositar sobre ele expectativas de aporte de maior eficiência e alcance na participação e no controle social, nos moldes em que a sociedade já se organiza. Trata-se, portanto, de uma visão de modernização conservadora das relações entre sociedade civil e governos, em que a participação é instrumentalizada em função da eficiência alocativa ou da construção ideológica de legitimação de governos[31].

Em termos das ações dos governos para estimular a participação cidadã por meio da *Internet*, o ponto de partida é o entendimento da informação como direito do cidadão, bem público e fundamento para o acesso a uma série de outros direitos, dispondo de um caráter de promotora de uma “alavancagem” destes. A participação e o controle social sobre o governo dependem da circulação de informação. Não se trata, no entanto, unicamente de uma questão de montante de informação veiculado, mas também da forma de sua apresentação, de maneira a atingir um público amplo e de fortalecer processos políticos. A *Internet* pode funcionar como “um canal a mais” na relação do Estado com o cidadão, sem ser capaz de substituir outras formas de relacionamento.[32]

Nesse sentido, a cidadania é beneficiada pela absorção desse processo evolutivo das tecnologias na esfera governamental, colocando a *Internet* como principal responsável por essa democratização das relações entre o Estado e o cidadão, “possibilitando a inversão total da relação de *ex parte principis* para *ex parte populis*, acabando com os últimos vestígios do segredo e do poder invisível”. Os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo mais contribuirão para o fomento da cidadania quanto mais estiverem aparelhados e se utilizarem dessas tecnologias: “A *Internet* se transformará na grande ONG virtual. Seremos partícipes da governabilidade”. [33]

Os institutos eletrônicos interpõem-se então, como verdadeiro objeto de favorecimento para interconexão entre governo e cidadão, oportunizando maior participação social na gestão governamental. O cidadão inscreve sua identidade neste sistema, afastando a padronização de condutas, outrora sedimentadas, que tinham fulcro na postura dominante do governo, quaisquer que fosse sua esfera. Nesta proposição, a tendência autoritária governamental conhece a variável da transparência e da comunicação. As relações entre as partes, cidadão e governo, reinventam-se em intensidade, extensão e confiabilidade.[34]

Dessa forma, ao introduzirem as modernas tecnologias da informação em seu âmbito, as sociedades democráticas ampliam a possibilidade de transparência nos atos dos governantes, “permitindo o exercício da participação de todos. Através dos recursos tecnológicos tornou-se viável o acompanhamento do cidadão em momentos decisivos do País,” como na elaboração e votação de leis, decretos, emendas; na fiscalização da aplicação dos recursos financeiros; nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Consoante a isso, a privacidade da *Internet* se “diluirá” na transparência e disponibilidade de dados e das ações públicas.[35]

Em síntese, o governo eletrônico representa uma nova maneira de gerenciar e ofertar o serviço público, ou seja, “a transformação dos serviços governamentais e da governança, visando ao benefício dos consumidores e cidadãos, é o alvo principal do governo eletrônico”.[36] Dessa forma, o governo eletrônico se insere em um contexto que evidencia sua importância segundo três fatores: o crescimento das expectativas dos clientes; a globalização e o progresso tecnológico; e a reforma/reinvenção do governo. O primeiro e o último fatores estão diretamente relacionados com a dimensão da governança e com a prestação de serviço, evidenciadas pelo governo eletrônico.[37]

Sendo assim, pode-se compreender que o governo eletrônico é muito mais que um *site*. Ele pode ser concebido como recurso, forma e meio de relação entre organizações do Estado e a sociedade civil; uma relação que visa, permanentemente, superar a lógica do guichê de atendimento, onde a razão é monológica. De forma coerente, um governo eletrônico, baseado na relação dialógica entre Estado e cidadão, só se efetiva se a desconstrução dos guichês for uma iniciativa adotada em todo o aparato do Estado. O governo eletrônico deve inserir-se no contexto das transformações nas organizações do Estado e representá-las em seu site, entendendo o *site* do governo eletrônico como um recurso de atendimento ao cidadão.[38]

CONCLUSÃO

Tal perspectiva, visa colocar o governo ao alcance de todos, ampliando a transparência das suas ações e incrementando a participação cidadã por meio eletrônico nas audiências públicas.

Acredita-se que a utilização da *Internet* como ferramenta de abertura democrática é um instrumento capaz de realizar a prestação de serviços com eficiência e eficácia, pois representa um caminho para melhorar os serviços prestados aos cidadãos. Por meio desses expedientes, julga-se ser possível atender a demandas mais específicas da população, permitindo que ela possa ter uma participação mais efetiva na gestão pública, tanto definindo prioridades quanto fiscalizando e controlando as ações do governo.

Dessa forma, só é possível falar de governança eletrônica como uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs), aplicado à relação entre governo e sociedade organizada a partir do entendimento das possibilidades tecnológicas ofertadas pelos recursos do chamado “governo eletrônico”. Em que pese diferenças de enfoque, todos os autores compartilham a mesma noção de governo eletrônico como aplicação intensiva das TICs aos processos de prestação de serviços e relacionamento dos governos com os cidadãos pela intermediação eletrônica, contínua e remotamente.

Portanto, o surgimento do governo eletrônico serve como forma de ampliar a institucionalização da cidadania, que é seu pressuposto essencial, e essa tendência teve seu salto quântico quando da virtualização do ambiente governamental. Podemos afirmar, que essa reconfiguração de E - Governo não pressupõe um novo instituto, pois o governo ainda continua sendo o mesmo; apenas amplia as possibilidades de participação do cidadão no atendimento às suas necessidades. Dessa forma, a formatação eletrônica das audiências públicas certamente seria um diferencial participativo e qualitativo e, em consequência, agregaria rapidez e resolutividade nas ações governamentais que atingiriam mais transparência e controle social, desburocratizando a Administração Pública e tornando-a mais aberta e interativa com a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BNDES. Modernização da gestão. E - Governo: o que ensina a experiência internacional. *Informe-se*, Secretaria para Assuntos Fiscais – SF, n. 17, ago. 2000.

BONELLA, Danielle Soncini. *Espaço público e cidadania: a participação popular em audiências públicas no município de Santa Maria-RS*. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Governo Eletrônico*. 2008. Disponível em: . Acesso em: 19 set. 2008.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FERGUSON, M. Estratégias de governo eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento. In: EISENBERGER, J.; CEPIK, M. *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

GONZÁLES DE GÓMEZ, M.N. Novos cenários políticos para a informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 27-40, jan./abr. 2002.

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2007.

HOESCHL, H.C. Cenário evolutivo: o futuro do governo eletrônico. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2002.

JOIA, L.A. *O que é governo eletrônico*. Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2002. Disponível em: . Acesso em: 19 set. 2008.

Ministério de Planejamento e Gestão. Disponível em: 04 abril de 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C. R. *O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço*. In: II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003.

PUTNAM, R. *Bowling alone: the collapse and revival of american community*. New York: Simon & Schuster, 2001.

RIBEIRO, C.A. Governo eletrônico na Reforma do Estado: inter-relações e perspectivas. *Informática Pública*, v. 7, n. 1, p. 71-84, 2005.

ROVER, A.J. (Org). *Direito, sociedade e informática*. Limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SCHERER-WARREN, I. *Cidadania sem fronteiras: ações coletivas na era da globalização*. Rio de Janeiro: Hucitec, 1999.

SOARES, A.P.F.M. *Instrumentos gerenciais utilizados na administração pública com foco no cidadão*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação de participação (cidadania, direito, Estado e Município)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VAZ, J.C. *Governança eletrônica: para onde é possível caminhar?* Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2005. Disponível em: . Acesso em: 19 set. 2008.

VAZ, J.C.; MARTINEZ, F.; CARTY, W. Usar a Internet no orçamento participativo. In: *Dicas – Idéias para a Ação Municipal*, n. 214, 2004. Disponível em . Acesso em: 19 set. 2008.

Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>. Acesso em: 04 de abril de 2009.

[1]MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

[2] SOARES, Fabiana de Menezes. Direito administrativo de participação de participação (cidadania, direito, Estado e Município). Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 169

[3] HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2007.

[4] RIBEIRO, C.A. Governo eletrônico na Reforma do Estado: inter-relações e perspectivas. *Informática Pública*, v. 7, n. 1, p. 71-84, 2005, p. 76.

[5] GONZÁLES DE GÓMEZ, M.N. Novos cenários políticos para a informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 27-40, jan./abr. 2002, p. 28.

[6] RIBEIRO, C.A. *Op. cit.*, p. 78.

[7] RIBEIRO, C.A. *Op. cit.*, p. 78.

[8] BNDES. Modernização da gestão. E-Governo: o que ensina a experiência internacional. *Informe-se*, Secretaria para Assuntos Fiscais – SF, n. 17, ago. 2000, p. 1.

[9] Entende-se como *exercício da cidadania* aqui o tempo despendido em atividades de aquisição de informação sobre ações de natureza pública, na formação de posição crítica em relação às mesmas e na atitude ativa de participação, através da qual se pode interferir no resultado final da ação pública. Qualquer destas etapas envolve custos para o cidadão (consumidor e financiador dos bens públicos), que são diferenciados dependendo de algumas variáveis, como nível de renda e nível de escolaridade, dentre outras.

[10] Ministério de Planejamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria>>. Acesso em: 04 abril de 2009.

[11] VAZ, J.C. *Governança eletrônica: para onde é possível caminhar?* Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2005. Disponível em: . Acesso em: 09 abril. 2009.

[12] A Inclusão digital deve ser tratada como um elemento constituinte da política de governo eletrônico, para que esta possa configurar-se como política universal. Esta visão funda-se no entendimento da inclusão digital como direito de cidadania e, portanto, objeto de políticas públicas para sua promoção. Entretanto, a articulação à política de governo eletrônico não pode levar a uma visão instrumental da inclusão digital. Esta deve ser vista como estratégia para construção e afirmação de novos direitos e consolidação de outros pela facilitação de acesso a eles. Não se trata, portanto, de contar com iniciativas de inclusão digital somente como recurso para ampliar a base de usuários (e, portanto, justificar os investimentos em governo eletrônico), nem reduzida a elemento de aumento da empregabilidade de indivíduos ou de formação de consumidores para novos tipos ou canais de distribuição de bens e serviços. Além disso, enquanto a inclusão digital concentra-se apenas em indivíduos, ela cria benefícios individuais mas não transforma as práticas políticas. Não é possível falar de práticas políticas sem que se fale também da utilização da tecnologia da informação pelas organizações da sociedade civil em suas interações com os governos, o que evidencia o papel relevante da transformação dessas mesmas organizações pelo uso de recursos

tecnológicos. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/principios>. Acesso em 06 de abril de 2009.

[13] Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/principios>. Acesso em 06 de abril de 2009.

[14] O desenvolvimento de programas de Governo Eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. No Brasil, a política de Governo Eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: junto ao cidadão; na melhoria da sua própria gestão interna; e na integração com parceiros e fornecedores. O que se pretende com o Programa de Governo Eletrônico brasileiro é a transformação das relações do Governo com os cidadãos, empresas e também entre os órgãos do próprio governo de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados; promover a interação com empresas e indústrias; e fortalecer a participação cidadã por meio do acesso a informação e a uma administração mais eficiente. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>. Acesso em: 04 de abril de 2009.

[15] PUTNAM, R. *Bowling alone: the collapse and revival of american community*. New York: Simon & Schuster, 2001; SCHERER-WARREN, I. *Cidadania sem fronteiras: ações coletivas na era da globalização*. Rio de Janeiro: Hucitec, 1999; CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

[16] RIBEIRO, C.A. *Op. cit.*, p. 74.

[17] POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C.R. *O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço*. In: II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003, p. 2.

[18] POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C.R. *O governo eletrônico respondendo às propensões da presença da administração pública no ciberespaço*. In: II CIBERÉTICA, Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética; VIII ENIDJ, Encontro Nacional de Informação e Documentação Jurídica, Florianópolis, 2003,

[19] HOESCHL, H.C. Cenário evolutivo: o futuro do governo eletrônico. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2002, p. 11.

[20] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Governo Eletrônico*. 2008. Disponível em: . Acesso em: 19 set. 2008.

[21] VAZ, J.C. Governança eletrônica:... *Op. cit.*

[22] VAZ, J.C.; MARTINEZ, F.; CARTY, W. Usar a Internet no orçamento participativo. In: *Dicas – Idéias para a Ação Municipal*, n. 214, 2004. Disponível em . Acesso em: 19 set. 2008.

[23] VAZ, J.C. Governança eletrônica:... *Op. cit.*

[24] VAZ, J.C. Governança eletrônica: para... *Op. cit.*

[25] Idem, *ibidem*.

[26] VAZ, J.C. Governança eletrônica: para... *Op. cit.*

[27] JOIA, L.A. *O que é governo eletrônico*. Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2002. Disponível em: . Acesso em: 19 set. 2008; SOARES, A.P.F.M. *Instrumentos gerenciais utilizados na administração pública com foco no cidadão*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2002.

[28] SOARES, A.P.F.M. *Op. cit.*

[29] JOIA, L.A. *Op. cit.*

[30] FERGUSON, M. Estratégias de governo eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento. In: EISENBERGER, J.; CEPIK, M. *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 105.

[31] VAZ, J.C. Governança eletrônica: para... *Op. cit.*

[32] VAZ, J.C.; MARTINEZ, F.; CARTY, W. Usar a Internet no orçamento participativo... *Op. cit.*

[33] ROVER, A.J. (Org). *Direito, sociedade e informática*. Limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000, p. 36.

[34] POMAR, C.; HOESCHL, H.C.; GARCIA, T.H.B.; COELHO, C.R. *Op. cit.*, p. 5.

[35] ROVER, *Op. cit.*, p. 32.

[36] FERGUSON, M. *Op. cit.*, p. 120.

[37] Idem, p. 106.

[38] RIBEIRO, C.A. *Op. cit.*, p. 80-81.

ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ESPAÇO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE UMA GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA.

STATO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL SETTORE DELLA PARTECIPAZIONE DEMOCRATICA IN BRASILE: UNA RIFLESSIONE SULLA NECESSITÀ DI UNA GESTIONE PUBBLICA COMPARTO.

Rodrigo André Radin

RESUMO

O desenvolvimento do Estado está vinculado a sociedade e a Administração Pública. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, surge mais fortemente, a idéia de um Estado verdadeiramente democrático. Tal conclusão pode ser extraída não somente no fato de a Constituição apresentar uma valorização maior do cidadão, mas também, por apresentar caminhos que possibilitam a participação da sociedade no Estado. Nesse sentido, de estimular a participação social na gestão do Estado, é que Habermas trabalha com a idéia de uma gestão pública compartilhada. Assim, através dessa ação comunicativa é que se pretende demonstrar a importância e a necessidade de uma participação efetiva na gestão de interesses sociais pelo Estado, como possibilidade efetivação de uma verdadeira democracia.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEMOCRACIA. GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA.

RIASSUNTO

Lo sviluppo dello Stato è vincolato alla società e di governo. In Brasile, con l'avvento della Costituzione del 1988, è più forte, l'idea di un vero Stato democratico. Questa conclusione si può trarre, non solo sul fatto che la Costituzione prevede un maggiore apprezzamento dei cittadini, ma di presentare modi che consentano la partecipazione della società nello Stato. Di conseguenza, per favorire la partecipazione sociale nella gestione dello Stato, Habermas è che lavora con l'idea di governance condivisa. Così, attraverso questa azione di comunicazione è che, se si vuole mostrare l'importanza e la necessità di una effettiva partecipazione alla gestione di interesse sociale da parte dello Stato per quanto possibile la realizzazione di una vera democrazia.

PAROLE CHIAVE: STATO. PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. DEMOCRAZIA. CONDIVISO LA GESTIONE PUBBLICA.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Tendo em vista a importância do direito, do Estado, da Administração Pública e da sociedade na organização e formação da República Federativa do Brasil, tido como um Estado Democrático de Direito, pretendemos, analisar a relação existente, principalmente, no tocante à participação social na gestão dos interesses coletivos da sociedade.

Para tanto, na primeira parte do trabalho analisamos os fundamentos do Estado Brasileiro e da Administração Pública. Num segundo momento, centralizamos o estudo no pensamento de Jürgen Habermas, que através da comunicação, do discurso, entende como possível o desenvolvimento de uma efetiva participação social no âmbito da gestão pública, e conseqüentemente, no próprio Estado. Já, na parte final, desenvolvemos o papel da sociedade na gestão de interesses públicos.

Almejamos, assim, demonstrar de forma breve, a significação e a importância da uma ativa participação social nas decisões do Estado, na medida em que as ações estatais atingem diretamente a sociedade.

2. ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.

A idéia de Estado está umbilicalmente ligada ao conceito de sociedade, mormente pelo fato de Administração Pública (que tem a função de gerir o Estado), atuar (ou pelo menos deveria) no sentido de desenvolver políticas públicas de proteção ao cidadão.

Para Bobbio o Estado deve ser compreendido e analisado através do conjunto de elementos que o compõe, pois “[...] o Estado é estudado em si mesmo, em suas estruturas, funções, elementos constitutivos, mecanismos, órgãos etc., como um sistema complexo considerado em si mesmo e nas relações com os demais sistemas contíguos [...]”^[1]

O surgimento do Estado é discutível, segundo aponta Bobbio, na medida em que há quem defenda que o Estado sempre existiu, e aqueles que referem que o seu desenvolvimento se deu em determinado momento histórico^[2].

As duas principais correntes apresentadas pelo Autor, que remontam à origem do Estado são as seguintes:

O Estado entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentes com e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). Enquanto para alguns historiadores contemporâneos, como já se afirmou, o nascimento do Estado assinala o início da era moderna, segundo esta mais antiga e mais comum interpretação

o nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde “civil” está ao mesmo tempo para “cidadão” e “civilizado” (Adam Ferguson).[3]

Nesse contexto, o debate que se apresenta na atualidade, refere-se à distinção, separação e dissociação entre sociedade civil e Estado, principalmente, se compreendermos o Estado como uma forma de Estado, ou pelo contrário, verificar a existência de uma relação entre ambos[4].

Essa interrelação envolvendo a sociedade e o Estado também é reconhecida por Leal, ao referir que no conceito de organização política, ao longo de toda a história do Ocidente encontra-se presente a relação entre o poder político, sociedade e governo[5].

Ocorre que em dado momento, há uma maior aproximação entre a sociedade e o Estado, havendo assim consideráveis transformações nesse contexto, fazendo surgir à figura do Estado social, conforme ensina Bobbio:

Afirmou-se que ao processo de emancipação da sociedade do Estado seguiu-se um processo inverso de reapropriação da sociedade por parte do Estado, que o Estado, transformando-se de Estado de direito em Estado social (segundo a expressão divulgada sobretudo por juristas e politólogos alemães) e precisamente por ser “social”, mas se distingue da sociedade subjacente que ele invade por inteiro através da regulação das relações econômicas.[6]

Esse movimento de aproximação faz surgir um Estado e uma sociedade diferentes, sendo que a população passa a ter condições de exigir mais do Estado, crescendo, por outro lado as demandas.

Nos termos empregados por Bobbio ocorre um processo de estatalização da sociedade e ou uma socialização do Estado, gerando, por conseguinte, mudanças conceituais e comportamentais nessa relação, vejamos:

Observou-se, de outra parte, que a este processo de estatalização da sociedade correspondeu um processo inverso mas não menos significativo de socialização do Estado através do desenvolvimento das várias formas de participação nas opções políticas, do crescimento das organizações de massa que exercem direta ou indiretamente algum poder político, donde a expressão “Estado social” pode ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade mas também no sentido de Estado permeado pela sociedade. [7]

Refere Leal, na trilha de Habermas, que o Poder Político é ou deveria ser originado a partir da formação de opinião e da vontade expressa de todos os entes que compõem o sistema, mediante uma liberdade comunicativa. Assim, na Idade Moderna, a concepção de poder e de governo atrela-se à figura do indivíduo/cidadão. Destaca, que o poder de decisão por parte dos cidadãos não é incompatível com o exercício indireto originados do sistema representativo (plebiscito, *referendum*).[8]

Contudo, prossegue o Autor, alertando, na medida em que distanciando-se o homem do Estado de natureza em virtude da formação do Estado de sociedade, o desafio que se

apresenta é de que o homem encontre sua própria natureza. Assim, a união do poder que detém a soberania se dá com a unidade do povo.[9]

Ao tratar-se especificamente do Estado Brasileiro, marcado por governos totalitários, golpe militar e posterior abertura democrática, onde o Estado sempre esteve atrelado a interesses de uma minoria economicamente avantajados, há consideráveis mudanças, mormente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. [10]

Assim, a República Federativa do Brasil é constituída na forma de Estado Democrático de Direito[11], organizada jurídica, política e economicamente através de regras expressas na Constituição.[12]

Destaca-se, nesse sentido, que a utilização da Lei como forma de “organização” do Estado, remonta a época do Estado Grego onde se constrói um processo de constituição da Lei, que é o meio de “manejo” do poder e da sociedade.[13]

Por certo é que também no Brasil, ocorre embora de forma tímida um movimento no sentido de mobilizar e incentivar a participação social, como instrumento de transformação do Estado. Novamente, utiliza-se dos ensinamentos de Leal que retrata as transformações ocorridas na sociedade brasileira:

O Estado brasileiro, enquanto instituição jurídica e política, neste contexto, vai ter uma função importantíssima, na medida em que, pelos termos da dicção constitucional vigente, se responsabiliza pela mediação da ordenação do social e pela garantia de algumas prerrogativas/direitos que irão se ampliar no âmbito do processo de desenvolvimento das lutas sociais e políticas contemporâneas.[14]

Ao destacar a evolução da participação da sociedade no Estado, e conseqüentemente, na administração pública, indissociável a vinculação, como referido alhures, à promulgação da Carta Constitucional brasileira de 1988[15].

Logo, a interpretação dada a Estado Brasileiro contemporâneo está estritamente vinculado as normas constitucionais que dilataram os direitos e garantias fundamentais, visando a construção de um Estado Democrático de Direito, com o escopo e a pretensão de garantir o exercícos de direitos coletivos e individuais[16], de modo todo especial, mediante a participação da sociedade no Estado.[17]

3. A IDÉIA DE UMA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA ATRAVÉS DA COMUNICAÇÃO A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS.

Na concepção de Jürgen Habermas o agir comunicativo é a possibilidade de os agentes sociais discutirem sobre os assuntos de interesses da coletividade, afastando, assim, a exclusividade exercida por grupos dominadores. O fundamento principal do agir comunicativo está na intenção de “[...] especificar a forma como a teoria da sociedade possa ser crítica e reconstrutora [...]”. [18]

Nesse sentido, Habermas a partir da ética[19] e da razão trabalha a idéia emancipadora “do entendimento à paz e a solidariedade”, observando os direitos humanos e fundamentais, no sentido de problematizar as proposições dos atores sociais visando o entendimento e o consenso, justificando e fundamentando os argumentos visando à legitimação dos modelos de organização social e comunicação política. [20]

Nas palavras do próprio Habermas:

O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível*, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. [21]

Acreditando na potencialidade do discurso (discurso convincente)[22], enquanto condição de mediação e de consenso, Leal, seguindo os passos de Habermas, vê à possibilidade de alteração nas ações políticas e sociais.

A teoria de Habermas alarga o ideal procedimentalista, no sentido de valorizar a participação social, enfatizada primeiramente por Kelsen. Assim, é na esfera pública que a sociedade encontra local propício para discutir problemas individuais de cada um dos participantes do grupo. [23]

Ao tratar a questão nesse enfoque de uma discussão social ampla, sendo válido as decisões originadas pelo consenso do grupo “ [...] Habermas recoloca no interior da discussão democrática um procedimentalismo social e participativo [...]” [24]

Para que se concretize o poder comunicativo, ou para que seja exercido essa comunicação, e se chegue a um consenso, Habermas destaca a importância do princípio do discurso:

O princípio do discurso submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte em “discursos racionais”. Na medida em que o princípio do discurso se aplica às normas de comportamento que regulam interações simples num círculo ilimitado de destinatários, surgem questões que correspondem a um determinado tipo de discurso, ou seja, o da argumentação moral.[25]

As breves considerações traçadas acima sobre algumas reflexões de Habermas, dão a dimensão (pelo menos de forma superficial) das tentativas do autor em desenvolver uma integração entre o direito o Estado e a sociedade. Essa participação não se daria de forma interna ao Estado, mas também, externamente, criando um espaço público para discussão, para o debate, para a interação, possibilitando aos cidadãos tomar partido da situação e opinar sobre determinada decisão, que é de seu interesse e da sociedade[26]. O resultado dessa participação dependerá do poder de persuasão das partes em comunicação, ou seja, da capacidade que cada interlocutor possui para se comunicar e, conseqüentemente, convencer os demais.

4. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE GESTÃO DE INTERESSES PÚBLICOS.

Uma superficial reflexão deixa transparecer um sensível controle do Estado e a limitação de sua atuação a partir do XVIII, movimento esse desencadeado com as Revoluções Francesa e Americana. Assim, o conceito de Administração se afasta do modelo monárquico e medieval e, apresenta-se como um conjunto de “[...] princípios, regras e ações jurídicas [...]” que regem o Estado, e que são louváveis, contudo, a idéia do liberalismo clássico foi insuficiente para superar o complexo desenvolvimento da sociedade e do próprio Estado, criando uma legião de excluídos.[27]

Como menciona Habermas, a idéia de Estado de direito[28] e da própria validade do Direito deve enfrentar o poder dos sistemas de dominação que estão inseridos no Estado, no sistema jurídico e na própria sociedade, ou seja, no mundo da vida, advertindo:

Sociedades Modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. [29]

Assim, necessário uma nova abordagem da administração pública visando enfrentar e superar tais dificuldades, a partir de novos paradigmas que agregue, nos termos da compreensão de Leal, e nas palavras do próprio Autor, um “entendimento/consenso” entre sociedade e Estado, o que somente se dará com um processo democrático de participação social, e posterior implementação das ações definidas.

Diante do quadro de vinculação entre Estado/sociedade evidencia-se a dificuldade da composição acerca de um entendimento entre a complexidade estatal e os direitos sociais, ou seja, “[...] como o Estado soberano deverá se relacionar com o povo soberano [...]”[30].

A idéia do desenvolvimento de um espaço democrático visando à interlocução dos personagens envolvidos é apontada, e pelo que parece, com bastante fundamento, como uma das possibilidades de consenso, haja vista que o embate é inevitável, eis os ensinamentos de Leal:

E quando falamos em formas de exercício da soberania ou do poder soberano que pressupõe a participação efetiva do indivíduo no processo de decisão política dos temas que lhe dizem respeito, concluímos que a esfera política e individual está imersa em uma dimensão mais ampla, que é a sociedade como um todo, e que inexiste decisão política que não esteja condicionada ou, inclusive determinada, por aquilo que acontece na Sociedade Civil.[31]

Importante aqui, em que pese de forma sucinta, traçar algumas considerações sobre o significado de democracia, na medida em que é apontada como um mecanismo essencial de desenvolvimento da sociedade e do próprio Estado.

Assim, o termo democracia refere-se a uma forma de governo exercida pelo povo. Para Bobbio, o conceito de democracia está inserido numa complexidade mais ampla de conceitos:

Qualquer discurso sobre a democracia não pode prescindir de determinar as relações entre democracia e as outras formas de governo, pois somente assim é possível individualizar o seu caráter específico, em outras palavras, desde que o conceito de democracia pertence a um sistema de conceitos, que constitui a teoria das formas de governo, ele não pode ser compreendido em sua natureza específica senão em relação aos demais conceitos do sistema, dos quais delimita a extensão e é por eles delimitado.[32]

Limitamo-nos no presente trabalho a tratar o termo democracia de maneira genérica e ampla, no sentido de compreendê-la como sendo a forma de participação e intervenção no poder estatal.

A questão democracia suscitou ardorosos debates no século XX. Primeiramente a indagação se deu em virtude do interesse pela democracia. Com a aceitação da forma de governo democrática, ocorre, por outro lado, uma retração na efetiva participação social no Estado, que se limitou à democracia representativa através do voto. Outra controvérsia girava em torno da “compatibilidade ou incompatibilidade entre democracia e capitalismo”. Ainda com relação a esse embate, surge a preocupação no sentido de que se acolhida à democracia, atingir-se-ia à propriedade em favor dos menos favorecidos. Diante destes questionamentos, é que surgem e se desenvolvem, no decorrer do século XX, modelos democráticos alternativos[33].

Ocorre, assim, o fenômeno denominado por Bobbio de “alargamento” democrático:

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Em termos sintéticos, pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta (substituição que é de fato, nas grandes organizações, impossível), mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus *status*.[34]

Essa nova visão relativamente ao conceito de democracia e da própria idéia de cidadão, no exercício da cidadania, ou seja, essa “capacidade de dissentir oferecida à população”[35], condição necessária à democracia, torna-se um campo favorável ao desenvolvimento de uma sociedade mais participativa.

Soma-se, ainda, a crise do Estado no sentido de não responder satisfatoriamente as demandas sociais, de modo especial àquelas camadas mais necessitadas e, conseqüentemente, mais discriminadas e com menos condições de lutar pela integralização de seus direitos, estimulando um novo posicionamento e nova atuação social[36].

Ocorre, assim, o desenvolvimento de ações coletivas, marcados por um discurso vindicativo, que almejava possibilitar as melhorias de condições de vida, principalmente, por aqueles setores mais esquecidos pelo Estado:

Num processo de reivindicação, expressão e luta, estes constroem suas identidades e autonomia com uma nova maneira de encarar o Estado e de agir coletivamente, expressando aspirações e necessidades. Passam a constituir-se, então, novos atores sociais e políticos, que não só lutam por políticas públicas que os atendam, mas por serem reconhecidos como sujeito, na construção e efetivação de direitos e de uma cultura política de respeito às liberdades, à equidade social, à transparência das ações do Estado[37].

A possibilidade de comunicação e de uma liberdade de expressão numa sociedade plural determina e ocasiona uma divisão das comunidades e das suas reivindicações desenvolvem uma disputa sadia entre os atores sociais “ [...] possibilitando uma competição política e social, no qual todos podem participar sem discriminação e privilégio, além de impedir que uma parcela da sociedade fique desprotegida [...]”[38].

Situar a importância da participação social na dimensão do Estado é entendê-la como legitimadora das ações da administração públicas desenvolvidas no âmbito de atendimentos dos anseios sociais:

E quando falamos em formas de exercício da soberania ou do poder soberano que pressupõe a participação efetiva do indivíduo no processo de decisão política dos temas que lhe dizem respeito, concluímos que a esfera política e individual está imersa em uma dimensão mais ampla, que é a Sociedade como um todo, e que inexiste decisão política que não esteja condicionada ou, inclusive determinada, por aquilo que acontece na Sociedade civil.[39]

Importante a atuação de movimentos (associações, grupos, ONGs., etc.)[40] que atuam nesse processo de participação social, passando a intervir mais ativamente no Estado, no tocante a gestão dos interesses coletivos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Do exposto, deve-se asseverar que o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, como pretende o Estado brasileiro, mister a participação efetiva da sociedade na tomada de decisões, que logicamente, os seus efeitos atinge sobremaneira todos os membros que a compõem.

Para Leal, a idéia de democracia está atrelada à vinculação da sociedade nas decisões do Estado:

Um governo ou Sociedade democrática é aquele, então que conta e mesmo define, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, como um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, elegidas pela própria Sociedade, através de suas formas de participação/representação.

[...]

O enfrentamento teórico de temas como a soberania, legitimidade do poder, participação popular nas decisões políticas do Estado, resgata a reflexão sobre a democracia e sua associação com a tutela dos interesses, efetivamente, públicos e majoritários do corpo social (vontade geral).[41]

Essa participação pressupõe um vínculo de poder “[...] não só por intermédio do Estado, que a materializa, mas entre os próprios atores, exigindo determinados procedimentos e comportamentos racionais [...]”[42].

Para Habermas o povo não pode ser visto ou valorado como um dado pré-político, mas sim como parte integrante de um contrato social “ [...] na medida em que os participantes decidem em comum fazer uso de seu direito primitivo de ‘viver sob leis públicas reguladoras da liberdade’ [...]” [43]

Essa atuação social, além de representar um direito à discussão sobre o futuro do Estado, é também uma responsabilidade[44] que deve ser assumida por cada indivíduo:

A comunidade precisa assumir sua quota de responsabilidade no processo, primando para que as relações sociais sejam mediadas pelo reconhecimento de obrigações, direitos e representações de interesses, de tal forma que se torne factível a construção de espaços públicos que confirmam legitimidade aos conflitos e nos quais a medida de equidade e a regra de justiça venham a ser alvo de debate e de uma permanente interlocução. [45]

Levando-se em consideração as ponderações trazidas, forçoso concluir que os meios de participação social devem ser ampliados, possibilitando assim, uma efetiva atuação dos atores sociais intervindo ativa e fortemente junto ao Estado, gestionando e gestando os interesses individuais que se refletem no anseio social.

A sociedade deve assumir essa função ativa de pleitear o desenvolvimento de políticas públicas que contemplem os direitos merecedores de tutela, e que possibilitem o acesso de todos a esses direitos, bem como, seja oportunizado a todos participação nos debates que enfrentam questões que atingem os indivíduos na sua condição de ser humano e merecedores de respeito advinda dessa condição, mormente, a garantia à dignidade, o que somente poderá ser atingido através de respeito e do acesso de todos aos direitos fundamentais básicos.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma Teoria Geral da Política*. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica, tradução Claudia Berliner, revisão da tradução Maria Ermantina Galvão*. São Paulo: Martins Fortes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política*. 2. ed. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELPER, Inácio. *Inclusão do Outro, Dever Moral e Direito segundo Habermas. Direitos Sociais & Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos – tomo 6*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, p. 1620-1642, 2006.

JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

LEAL, Rogério Gesta (Org.) *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

_____. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Esfera Pública e Participação Social: Possíveis Dimensões Jurídico-políticas dos Direitos Cívicos de Participação Social no Âmbito da Gestão dos Interesses Públicos no Brasil*. In. *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: Reflexões Preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 177-227.

_____. *Estado, Administração e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

_____. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MEZZAROBBA, Orides. *Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Local e o Global: Limites e desafios da participação cidadã*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

[1] BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma Teoria Geral da Política*. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 55.

[2] *Ibidem*, p. 73.

[3] *Ibidem*, p. 73.

[4] *Ibidem*, p. 49-50.

[5] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

[6] BOBBIO, op. cit., p. 51.

[7] *Ibidem*, p. 51.

[8] LEAL, op. cit., p. 21.

[9] *Ibidem*, p. 25.

[10] LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 163-164.

[11] Por Estado Democrático de Direito pode ser entendido como “[...] um Estado respeitador da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e empenhado em defender e garantir a cidadania (art. 1º, II, da CF), a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança ((art. 5º, *caput*, da CF) e, fundamentalmente, preocupado em construir uma sociedade livre, justa solidária e sem qualquer tipo de preconceito (art. 3º, II e IV, da CF). MEZZAROBBA, Orides. *Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 242.

[12] Para melhor compreensão do significado jurídico-positiva que se quer prestar a Constituição, importante a apreciação de Canotilho: “[...] O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de *direito* e com os meios do *direito* os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais, valem como << lei >>: o *direito constitucional é direito positivo*. Neste sentido, se fala na << constituição como

norma >> (Garcia de Enterría) e na << força normativa da constituição >> (K. Hesse) [...]”.CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1101-1102.

[13] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18 – 20 passim.

[14] *Ibidem*, p. 33.

[15] A importância da Constituição brasileira de 1988 é enfatizado por Leal: “[...] pode-se afirmar que, como referencial jurídico, a carta de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado democrático de Direito no país, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]” LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999, p. 147.

[16] *Idem*. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 165.

[17] Leal, *op. cit.*, p. 29-35 passim.

[18] HELFER, Inácio. Inclusão do Outro, Dever Moral e Direito segundo Habermas. *Direitos Sociais & Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos – tomo 6*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1625.

[19] Sobre a vinculação da teoria do agir comunicativo de Habermas à ética, importante ponderação: “[...] Sua teoria do *agir comunicacional* visa portanto reconstruir racionalmente os pressupostos necessários e as regras universais da ética [...]”. GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica, tradução Claudia Berliner, revisão da tradução Maria Ermantina Galvão*. São Paulo: Martins Fortes, 2002, p. 304.

[20] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 69.

[21] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 191.

[22] Discurso convincente é expressão usada por Habermas: “[...] Significa dizer que decisões/ comportamentos que orientam determinadas ações devem possuir motivações racionais, somente possíveis com base num consenso que é originado por um discurso convincente [...]”.LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999, p. 127.

[23] SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 52.

[24] *Ibidem*, p. 52.

[25] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 199.

[26] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

[27] *Ibidem*, p. 37 – 40 *passim*.

[28] A interpretação dada por Habermas sobre a idéia do Estado de Direito é que ele “[...] constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente [...]” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 61.

[29] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 61.

[30] LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61.

[31] *Ibidem*, p. 62.

[32] BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma Teoria Geral da Política*. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 135.

[33] SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 39-41 *passim*.

[34] BOBBIO, *op. cit.*, p. 25.

[35] JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 204.

[36] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Local e o Global: Limites e desafios da participação cidadã*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 24.

[37] *Ibidem*, p. 24.

[38] JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 204-205.

[39] LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 62.

[40] Segundo Teixeira essas organizações “[...] indicam a existência de uma sociedade civil global em processo de constituição, um conjunto heterogêneo de organizações sociais, movimentos, grupos de cidadãos, ONGs, que se articulam em redes sociais e eletrônicas, criando espaços públicos autônomos ou utilizando-se de esferas públicas institucionais para o debate crítico e propositivo de questões gerais que afetam a sociedade [...]” TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Local e o Global: Limites e desafios da participação cidadã*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 76.

[41] LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63.

[42] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Local e o Global: Limites e desafios da participação cidadã*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 27.

[43] HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política*. 2. ed. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 162.

[44] A responsabilidade social da cada membro da sociedade também é destacado por Souza, vejamos: “[...] dessa forma a participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade, pois a tipologia a ser adotada para concretizar o Estado, como liberal, ou social ou democrático decorre da forma como a sociedade está organizada [...]”. JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 204-205.

[45] LEAL, Rogério Gesta. *Esfera Pública e Participação Social: Possíveis Dimensões Jurídico-políticas dos Direitos Cíveis de Participação Social no Âmbito da Gestão dos Interesses Públicos no Brasil*. In. *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: Reflexões Preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 212.

**ORIGEM, FUNDAMENTOS E EFICÁCIA
DOS DIREITOS HUMANOS**

A EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A FORMAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM JURÍDICA?

THE EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES TO FRONT POSITION OF FEDERAL SUPREME COURT: THE FORMATION OF A NEW LEGAL ORDER?

**Alba Paulo de Azevedo
José Albenes Bezerra Júnior**

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, à luz do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Questiona a definição histórica dos direitos humanos, enfatizando a criação de instrumentos de proteção dos direitos humanos. Realça aspectos importantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da atual Constituição Federal, adentrando na questão da efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos. Expõe as teorias acerca da interpretação e hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, revelando as mudanças oriundas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Analisa os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão da possível efetivação desses tratados internacionais em nosso sistema jurídico. Questiona a formação de uma nova ordem jurídica no que tange a efetivação desses tratados, oferecendo solução para tal situação dentro atual conjuntura do Estado Constitucional de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; EMENDA CONSTITUCIONAL; ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; TRATADOS INTERNACIONAIS

ABSTRACT

This article presents an approach of international treaties on human rights in light of the current position of the Supreme Court. Questions the historical definition of human rights, emphasizing the creation of instruments of protection of human rights. Highlights important aspects of the Universal Declaration of Human Rights and the current Constitution, entering on the question of the effectiveness of international human rights treaties. Explains the theories of interpretation and hierarchy of international treaties on human rights, revealing the changes from the Constitutional Amendment No 45/2004. Examines the recent trial of the Supreme Court, facing the question of the possible effect of international treaties in our legal system. Questions the formation of a new legal order with regard to these treaties effective, offering solution to this current situation within the rule of constitutional law.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; CONSTITUTIONAL AMENDMENT; STATE OF CONSTITUTIONAL LAW; FEDERAL SUPREME COURT; INTERNATIONAL TREATIES

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) comemorou, recentemente, sessenta anos de aprovação. Podemos afirmar que hoje ela goza de certa aprovação global, difícil de ser imaginada algumas décadas atrás. No entanto, a quase inquestionável valorização dos direitos humanos na política e no contexto jurídico internacional, durante as últimas décadas, não deve levar à enganosa conclusão de que hoje realmente eles sejam observados e respeitados em todo o mundo. O que podemos observar, ainda, em muitos países, e, por consequência, no Brasil, é um quadro diverso. Logo, constatando essa realidade, nasce uma certa suspeita de que o apoio aos direitos humanos, em muitos casos, não passe de uma retórica vazia.

Essa aparente incapacidade de se conseguir impor a universalização dos direitos humanos por falta de instrumentação adequada é acrescida da compreensão cada vez maior do seu real significado. Fundamentações e interpretações diversas desses direitos humanos não são importantes apenas do ponto de vista acadêmico, mas também possuem sua relevância prática para a normatização e implementação desses direitos e para a relação entre eles. Não precisa afirmar, aqui, que, para protegê-los, basta proclamá-los. O grande dilema e problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos.

Ao romper com a sistemática das Constituições Brasileiras anteriores, a Constituição Federal de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como modelo a ser observado e seguido para a ordem constitucional. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Essa prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o país no âmbito internacional não implica apenas no engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas, também, na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira, além de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Ao longo de décadas, várias interpretações foram atribuídas quanto à forma de inserção dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro, em razão do dispositivo constitucional previsto no art. 5º, § 2º, da nossa atual Constituição Federal. O constituinte originário ampliou o rol de direitos e garantias aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados internacionais de Direitos Humanos, durante longo tempo, um *status* de lei ordinária. Alguns fatores, no entanto,

contribuíram para uma maciça mudança em nossa Corte Suprema. A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe, novamente, a pauta a discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos em nosso ordenamento.

Recentes julgados do Supremo Tribunal Federal comprovam, ou, ao menos, demonstram que a nossa Corte tem enveredado, ainda que tardiamente para um Estado Constitucional de Direito que retrata avanços político e jurídico. Esse Estado constitucional de Direito, caracteriza-se, entre outras, pela pluralidade de fontes normativas, pela positivação não só legal, mas, também constitucional e internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal e agora, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O questionamento é, portanto, saber se esses tratados internacionais de Direitos Humanos terão, de forma definitiva, uma ampla garantia de efetividade quando, por exemplo, entrarem em conflito com outras normas de Direito interno. O Supremo Tribunal Federal, através desses atuais julgados, sinaliza para a possível formação de uma ordem jurídica, onde teríamos no ordenamento, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, os tratados internacionais de Direitos Humanos.

2. Há uma origem, uma definição histórica de direitos humanos?

Seria útil procurar por um relato, uma certidão histórica, o surgimento dos direitos humanos? Essa procura, apenas faria sentido se não fosse dirigido contra a pesquisa histórica, mas sim, se for entendida como advertência contra a ilusão de que se possa encontrar uma origem exata da conjuntura de tais direitos em algum momento dentro da história. O processo de realização jurídica desconhece um marco zero na qual os seres humanos, subitamente, tivessem decidido adotar uma mentalidade jurídica, a fim de propiciar uma ordem jurídica. Quem investigar tal origem, livre de ambivalências, nunca atingirá seu objetivo e, possivelmente, ficará frustrado. Apenas de forma indireta documentos históricos podem ser considerados fontes jurídicas corretas que, no entanto, sempre devem ser consideradas críticas, em razão da consciente e permanente diferença entre idéia e história.

Isso se aplicaria adequadamente a história dos direitos humanos e os documentos lhe deram fundamento, desde o *Virgínia Bill of Rights*, de 1776, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948. Esses, entres alguns outros documentos, mantêm sua importância como pontos de referência histórica dentro de um discurso sobre direitos humanos que, sem esses momentos de entrave, ficaria solto no espaço, perdendo totalmente o seu real sentido. É inerente ao pensamento sobre os direitos humanos uma tendência de inclusão de pretensões jurídicas concretizadoras, seja dentro de constituições ou acordos internacionais. Logo, o debate não pode nunca afastar-se dos textos e das instituições jurídicas.

A história da concretização dos direitos humanos é, portanto, desde o início, não apenas um processo de sucessivas tentativas de legalização de reivindicações de liberdade, igualdade e participação, mas, sempre, também, uma história do protesto contra a unilateralidade na positivação das normas referentes aos direitos humanos que, através de normas jurídicas, criaram novas injustiças ou fixaram antigas. [1]

Fazendo uma análise dos últimos três séculos, podemos observar a demonstração de que os direitos humanos são direitos históricos e isso em sentido duplo. De um lado, não podem desfazer a contingência da história humana, mesmo quando remetem ao incondicional, isto é, à intocável e irrenunciável dignidade humana. Como direitos históricos, estão condicionados e, conseqüentemente expostos de muitas maneiras à crítica. Por outro lado, conteúdo e alvo de cada direito humano alteram-se através dessa crítica, como também pelas alterações sociais, econômicas e políticas. E a causa do surgimento de novas reivindicações no campo desse direito é múltipla: a) novas e diferentes formas de repressão e discriminação tornam necessária a diferenciação da proteção dos direitos humanos; b) Profundas alterações socioeconômicas das condições de vida podem trazer novas formas de ameaça à vida condigna que devem ser suplantadas através de mecanismos jurídicos e políticos e que podem ter, como conseqüência, o deslocamento do foco em assuntos ligados aos direitos humanos; c) A crítica universalista aos direitos humanos também manifesta conseqüências na estrutura desses direitos; d) Finalmente, também o processo de crescente globalização leva a alterações nos debates referentes aos direitos humanos. [2]

Em consideração a essas múltiplas alterações a que os direitos humanos estão expostos, desde as primeiras declarações até os nossos dias, supomos que nunca haverá um rol completo e imutável de direitos. A luta pelos direitos não é apenas uma luta pela concretização de postulados que se fixem para sempre, mas também uma discussão sobre o conteúdo e alvo de reivindicações jurídicas concretas, que se alteraram substancialmente no decorrer dos últimos séculos e que, certamente, ainda muito será alterado.

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Carta Magna de 1988 é a primeira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Até então, as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do País – Constituição imperial de 1824[3] – ou se restringiam a proibir guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constituições republicanas de 1891 e de 1934[4] – ou se atinham a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituição de 1937 – ou, por fim, reduziam-se a propor a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos – Constituições de 1946 e de 1967[5].

A partir do momento em que o nosso país se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Consagrada de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ele prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art.5º, §2º).

Afirma José Joaquim Gomes Canotilho[6],

[...] As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas oriundas de outros centros transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais). Os direitos humanos articulados com relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.

A Constituição de 1988 recebe os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se que tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, do dizer de Jorge Miranda[7], “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligadas a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição”. Observa-se, também, na leitura de Konrad Hesse[8] que:

[...] A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-ia inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

É válido ressaltar que a hierarquia dos demais tratados internacionais é extraída do art.102, III, b, da Constituição Federal de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar determinadas esses determinados casos e situações.

4. CORRENTES ACERCA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em função do dispositivo previsto no §2º do art.5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República.

A primeira corrente defende o sentido de que os tratados de internacionais de direitos humanos possuem *status* supraconstitucional. Afirma aqueles que defendem essa corrente que uma vez incorporados no sistema jurídico brasileiro, esses tratados são dotados de hierarquia supraconstitucional.

Entre nossos doutrinadores, podemos encontrar em Celso Albuquerque de Melo[9] a defesa da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outras palavras, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Uma segunda vertente, posicionamento é defendido, dentre outros, por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam um *status* constitucional. Eles entendem que o dispositivo previsto no §2º, art.5º, da nossa atual Constituição, é uma cláusula aberta de recepção de outros de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito interno e o Direito internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano[10].

Já numa terceira corrente, percebe-se a atribuição da característica de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos. Essa tese foi aventada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando a referida Corte defendeu que tais tratados poderiam revogar a legislação geral anterior, mas não poderiam ser revogados por lei posterior incompatível. Os tratados seriam, portanto, infra-constitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais tratados internacionais, também seriam dotados de um atributo que os tornariam superiores à legislação ordinária.

A justificativa para este posicionamento reside no fato de que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas como os tratados que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro era plausível se dizer que os referidos tratados estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, pois assim seria melhor conceder, perante a jurisprudência brasileira um caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos em razão da crescente necessidade de proteção da pessoa humana, tanto no plano internacional como no plano interno, contemplando uma nova postura da jurisprudência dos tribunais, voltadas para a proteção do ser humano com prevalência

dos referidos tratados em relação à normativa infra-constitucional conferindo caráter supralegal às normas internacionais.

Uma quarta vertente, também, na esfera do Supremo Tribunal Federal é aquela que defende que os tratados internacionais, por ingressarem na ordem jurídica interna por meio de decreto legislativo é aprovado por um *quorum* de maioria simples e as emendas constitucionais são aprovadas apenas com a votação em cada Casa do Congresso em dois turnos com 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, conferindo rigidez a nossa Constituição.

Com esse entendimento, a nossa Corte Maior se contrapõe à interpretação jurídica pretendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, já mencionados, pois passou a exigir regulamentação para a produção dos efeitos dos tratados. Percebe-se, portanto, uma interpretação equivocada que limita não somente os efeitos da aplicação imediata prevista no §1º como também os efeitos pretendidos para o §2º do art.5º da Constituição Federal de 1988.

Para os que se conformam com esse entendimento, os possíveis conflitos entre norma interna e norma internacional deveriam ser resolvidos de acordo com o princípio da lei posterior revoga lei anterior, ou seja, pela simples aplicação do critério cronológico da *lex posteriori derogat priori*. Isso submeteria o Estado a uma situação de vulnerabilidade em face do sistema internacional.

A outra vertente ou corrente decorre da polêmica concernente à hierarquia desses tratados à luz da Emenda Constitucional Nº.45/ 2004, que introduziu um §3º no art. 5º, que reza o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emendas à Constituição.”

Nas palavras de Celso Lafer[11], “o novo parágrafo 3º do art.5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

Já Cançado Trindade[12]nega a necessidade, em especial porque depois de ano para a construção de um posicionamento, dar um passo impensado não seria prudente, pois mais importante do que a reforma é a capacitação de juízes a aplicar a normativa internacional sobre direitos humanos até porque acredita o autor que o debate sobre constitucionalização de tratados internacionais é, primeiro, hermético, e, segundo, anacrônico. Não deveria existir.

Observa-se, após toda essa análise, é que a realidade que temos, até então, é de deveríamos ter um §3º, art.5º, da CF, que teria a função de eliminar as controvérsias existentes sobre o conflito entre as normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos no nosso país, no entanto, o que observamos, na verdade, foi o surgimento de novos problemas, suscitando mais questionamentos e incongruências.

5. A NOVA ORDEM JURÍDICA EM FACE DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de debruçarmos sobre essa nova ordem jurídica feita em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento e em função dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, é necessária uma breve análise acerca do “atual” Estado Constitucional de Direito e uma possível consequência de efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento interno.

O Estado, enquanto regido, de forma exclusiva, pelas regras, valores, normas, princípios e garantias do clássico Estado de Direito, que é sinônimo de Estado de legalidade, talvez tenha alcançado, nas últimas décadas, sua mais aguda crise. Entre essas crises, Ferrajoli[13] afirma que três se sobressaem: a) crise da legalidade, vivenciando verdadeiros Estados de sublegalidade; b) Crise na função social, onde os Estados modernos estão se tornando cada vez mais neoliberais, deixando de cumprir suas tarefas básicas consistentes na distribuição de justiça, saúde, educação etc.; e c) crise tradicional do conceito de soberania.

Esse Estado Constitucional de Direito apresenta-se, na atualidade, como base jurídico-normativa das sociedades civilizadas, segundo Ferrajoli[14]. A evolução do velho Estado de Direito, liberal ou social, para o Estado Constitucional de Direito retrata um avanço político e jurídico.

Dentro das características desse Estado Constitucional de Direito, encontramos, entre outras, a pluralidade de fontes normativas, fonte de posituação não só legal mas também constitucional e internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal e agora, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Segundo Peter Harbele[15], ainda que numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno.

Isso, também, decorre da corrente atual do neoconstitucionalismo, que tem como um dos pressupostos, a supremacia da Constituição, razão jurídica da formação e funcionamento do Estado. Mudanças devem ser constatadas na perspectiva constitucional-global, onde a supremacia do Estado-nação fica condicionada ao respeito em torno de um ideal comum de Constituição global, ou seja, as constituições, nesses casos, não são totalmente supremas porque perdem em algumas matérias o grau máximo. Já começa a se pensar em um constitucionalismo global (ou com atributos e determinações universais), bem mais efetivo, inclusive, que os tratados internacionais.

Com tudo já exposto, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos recentes Recursos Extraordinários n.º 466.343/SP e 349.703/SP, com igual teor, cuida da inconstitucionalidade da prisão do adquirente de um automóvel, entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art.11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica (art.7º,7). Aduziu, ainda, que tal prisão viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito.

Percebe-se o nascimento, ainda que tímido, da concretização, da efetivação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, através de decisões do Supremo Tribunal Federal e, portanto, de uma nova ordem normativa, uma vez que a emblemática alteração estrutural (e formal) do Direito reside no valor hierárquico que o STF está, agora, emprestando ao Direito Internacional de Direitos Humanos, pois do plano da equivalência com a legislação ordinária (teoria da paridade) ele está passando a ocupar uma posição intermediária entre ela e a Constituição.

Essas atuais decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram um certo avanço que tende a se cristalizar caso essas decisões se concretizem de forma contínua. Porém, essa “evolução”, até o momento, não pode ser perdida de vista, pois tem sido puramente formal. Isso não é irrelevante, em face da clássica posição conservadora do STF (que concebia os tratados internacionais de direitos humanos como legislação ordinária), mas, também, ainda não é a solução definitiva dos problemas. Muita coisa ainda precisa ser aprimorada e efetivada. Falta mais um passo que consiste em focar, de forma explícita, todas as normas de direitos humanos.

6. CONCLUSÃO

Devemos nos questionar se, de fato, temos motivos suficientes para comemorarmos os sessenta anos da Declaração dos Direitos Humanos pelas Nações Unidas, mesmo com toda essa aprovação generalizada e “aderência” quase que total dos países do mundo, inclusive do Brasil. Aliás, digo, não pelo motivo de sua aprovação, mas sim pelo motivo da “decorrência” de sua aprovação que é a real efetividade de suas normas dentro do ordenamento interno dos países.

Percebemos que os instrumentos internacionais de Direitos Humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades, daí a grande importância dessa nova universalidade de direitos fundamentais.

No entanto, esse assunto deve ser levado como bastante seriedade, responsabilidade e, principalmente, como um fator de efetivação das normas oriundas desses instrumentos, pois fundamentações e interpretações diversas dos direitos humanos são relevantes para a normatização e implementação desses direitos e para a relação entre eles. Não precisa aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-

los. O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos.

A polêmica acerca dessa inserção das normas internacionais de Direitos Humanos no âmbito interno, através de tratados internacionais, tem causado, e continua causando, inúmeras controvérsias, principalmente quanto à questão da hierarquia desses tratados e a aplicabilidade que eles assumem perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar dessas inúmeras interpretações acerca dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro, que se concentravam em torno do dispositivo constitucional previsto no art.5º, §2º, da Constituição Brasileira de 1988, onde o constituinte ampliou o rol de direitos e garantias aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte, não se chegou a um denominador comum, uma vez que inúmeras correntes surgiam reconhecendo, nos tratados internacional de Direitos Humanos, a natureza de supranacionalidade, de constitucionalidade, de lei ordinária, supralegalidade.

E a nossa Corte Suprema, Supremo Tribunal Federal, historicamente, tem se mostrado uma forte defensora da corrente que declara e equipara os tratados internacionais de Direitos Humanos ao *status* de lei ordinária.

No entanto, as atuais decisões do Supremo Tribunal Federal, observado em julgados recentes, comprovam, ou, ao menos, mostram que a nossa Corte tem acompanhado, ainda que tardiamente, mas a tempo, para um Estado Constitucional de Direito que retrata avanços político e jurídico.

O Estado constitucional de Direito ficou caracterizado pela pluralidade de fontes normativas; positividade não só legal senão também constitucional e internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal e agora, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. O que, de fato, mostra a viabilidade de uma maior efetivação dos tratados internacionais de Direitos Humanos em face do Direito Interno.

Após uma análise histórica dos julgados do Supremo Tribunal Federal, ficou demonstrado que esta Corte sinaliza para a formação de uma nova ordem jurídica, uma relação diferenciada entre a Constituição, a legislação infraconstitucional e os tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BITARD CAMPOS, Gérman J.. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos**. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, nº12, jul/dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Entrevista: *Um breve debate sobre o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n.28, jan/jun. 2006. P.117.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASSIN, René. **El problema de la realización de los Derechos Humanos em la sociedad universal**. In: Veinte años de evolución de los Derechos Humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARBELE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “*O novo §3º do art.5º da Constituição e sua eficácia*”. **Revista Forense**, vol.378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p.89-109.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

PECES-BARBA, Gregório. **Derecho Positivo de los Derechos Humanos**. Madrid: Debate, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, J. A . da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

[1] BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p.110.

[2] BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 1999, pp.110.

[3] O art. 1º da Carta de 1824 previa: “O império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha à sua independência”.

[4] A Constituição de 1934 dispunha, em seu art.4º. “O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso de arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si em aliança com outra nação”.

[5] A Constituição de 1946 previa, em seu art.4º. “O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução de conflito , regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado”. Já a Constituição de 1967, no art. 7º, estabelecia: “Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe”.

- [6] CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.18.
- [7] MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993.v.2, p.260.
- [8] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.p.22-23.
- [9] MELLO, Celso Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobos (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.
- [10] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos**. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, nº12, jul/dez. 1993.
- [11] LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**, p.16
- [12] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Entrevista: *Um breve debate sobre o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n.28, jan/jun. 2006. P.117.
- [13] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.15 e ss.
- [14] *Idem*, p.15 e ss.
- [15] HARBELE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. P.74.

ESTUDO CRÍTICO DA TERMINOLOGIA DESIGNATIVA DOS DIREITOS AFETOS AO SER HUMANO

CRITICAL STUDY OF THE INDICATIVE TERMINOLOGY OF THE RIGHT AFFECTION TO THE HUMAN BEING

Alberto de Magalhães Franco Filho

RESUMO

O debate sobre os direitos humanos fundamentais ocupa lugar de destaque em qualquer ramo das ciências sociais, pois é a partir de sua compreensão que é possível reconhecer dignidade à pessoa humana. Com vistas há uma melhor entendimento deste instituto jurídico, dado o uso promiscuo de expressões para designa-los, nos propomos a elaborar um estudo crítico rigoroso sobre os termos designativos de tais direitos, com base nas locuções empregadas comumente pela doutrina e nos instrumentos normativos em geral, já que qualquer estudo científico que se faça demanda a análise da terminologia a ser empregada para denominar o instituto ou categoria analisado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITOS DO HOMEM; TERMINOLOGIA ADEQUADA; NOMECLATURA APROPRIADA.

ABSTRACT

The debate on the basic human rights occupies place of prominence in any branch of social sciences, therefore it is from its knowledge that is possible to recognize dignity the person human being. With sights it has one better agreement of this legal institute, given the promiscuous use of expressions for assigns them, considering in them on the basis of to elaborate rigorous a critical study on the indicative terms of such rights, the employed locutions normally for the doctrine and in the normative instruments in general, since any scientific study that if makes demand the analysis of the terminology to be used to call the institute or analyzed category.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; BASIC RIGHTS; RIGHTS OF THE MAN; ADEQUATE TERMINOLOGY; APPROPRIATE NOMECLATURA.

1. INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos afetos aos seres humanos, há tempos idos e hodiernamente, tem sempre ocupado um eminente destaque entre as diversas disciplinas das ciências sociais, pois é a partir da compreensão deles que se possibilita o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

E para a efetiva compreensão destes direitos, é importante, preambularmente, analisar a terminologia mais adequada para designa-los, pois como bem salienta José Adécio Leite Sampaio,

qualquer estudo que se faça de um instituto ou categoria jurídicos como quase tudo nessa vida não prescinde do exame da terminologia apropriada e das perspectivas conceituais que se apresentam na doutrina como forma de encontro de uma semântica comum ou pelo menos de maneira de evitar confusões.^[1]

Desta forma, revela-se pertinente e necessário, não apenas do ponto de vista didático, o estabelecimento, ou ao menos a tentativa, de elaboração de uma convicção acerca da terminologia mais curial para tais direitos, com o fito de evitar confusões e o emprego de expressões lexicamente inadequadas ou equivocadas.

Pois, como veremos a seguir, paira sobre a doutrina uma grande discussão em torno da mais conveniente expressão indicativa dos direitos afetos ao homem, haja vista a multiplicidade de termos e o alargamento de seu uso, dando vazão a uma heterogeneidade terminológica que precisa ser enfrentada.

2. A AMBIGUIDADE DA TERMINOLOGIA EXISTENTE

Paira sobre a doutrina uma grande discussão em torno da mais conveniente expressão indicativa dos direitos afetos ao homem, haja vista a multiplicidade de termos e o alargamento de seu uso, dando vazão a uma heterogeneidade terminológica que precisa ser enfrentada.

Exemplificando essa ambiguidade em torno da expressão mais apropriada para designar os direitos do homem, e com base em investigação realizada por Max Horkheimer junto à pessoas comuns sobre o significado da palavra “razão”, em que se conclui que o termo se explica por si mesmo e tal pergunta seria supérflua, o professor espanhol Antonio Enrique Pérez Luño assevera que se chegaria a um resultado muito semelhante caso fossem questionados cidadãos comuns do povo sobre o que eles entendem por direitos humanos, “[...] en la mayoría de los casos se argüirá que esta cuestión es superflua, por la pretendida evidencia que cada ser humano tiene de sus propios derechos.”^[2]

A conclusão imediata que se extrai, é que a expressão direitos humanos se encontra incorporada ao léxico popular, ou melhor, esta terminologia faz parte de um patrimônio

de linguagem comum que constitui-se em uma espécie de moeda ideal com que se valoram a distintas concepções e realidades sociais.

Os direitos do homem têm se apresentado – principalmente após a Segunda Guerra Mundial – como critério inspirador e medida de todas as instituições jurídico-políticas, como se percebe das oportunas observações de A. E. Pérez Luño:

Hoy estamos acostumbrados a observar cómo, con referencia a determinadas obras artísticas, literarias o incluso cinematográficas, la crítica hace referencia a su valor desde el punto de vista de su postura frente a los derechos humanos. Observamos también que los comentaristas políticos de la prensa suelen servirse del modelo «derechos humanos», para enjuiciar las alternativas de la realidad social y política. Es también notorio que los derechos humanos han servido de motivación ideal para el funcionamiento de diversas organizaciones internacionales, de objeto de numerosas convenciones y reuniones, e incluso de acicate para la actividad pastoral de las iglesias. Los derechos humanos funcionan, en otra perspectiva, como bandera en la lucha reivindicativa de las personas y los grupos que se consideran marginados de su disfrute. Los ejemplos podrían multiplicarse, ya que a todos les es dado advertir la importancia primaria que asumido la noción de los derechos humanos en el tratamiento de los argumentos más variados de carácter social, político o jurídico.[3]

Neste sentido, são também as balizadas palavras do catedrático hispânico Gregório Peces-Barba Martínez, para quem os direitos humanos são

[...] un término emotivo que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente. Como otras palabras, democracia, libertad, fascismo, comunismo, por indicar algunas de las más importantes, está en el núcleo de lucha política, y la acción puede contribuir también a alejar las preocupaciones teóricas y la indagación de su sentido, urgida por perentorias exigencias. As veces se puede tener la sensación de que muchos activistas de los derechos humanos no saben muy bien lo que quieren decidir al usar esa palabra o la usan entre sí con diferentes sentidos, con acentos incluso contradictorios en contenidos parciales. La irrupción de los medios de masas, prensa, radio y televisión, de la comunicación con transmisión de mensajes de hecho y opinión, y con un alcance universal ha potenciado también esta dialéctica confusión.[4]

A consequência desta difusão, é que á medida que se alarga o uso destes termos, torna-se cada vez mais imprecisa sua significação.

Não obstante a hipertrofia do emprego destas expressões (inclusive entre a comunidade leiga em geral), o estudo dos direitos do homem reveste-se de grande importância e relevância não só para o mundo jurídico. Talvez por isso tantos estudiosos de diversas

áreas do conhecimento tenham se debruçado sobre ele, dando ensejo a um grande número de termos tidos como sinônimos, e conseqüentemente á uma grande obscuridade e contradição terminológica.

É de se notar que, até agora utilizamos em nosso texto, propositalmente, as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem” com sentidos idênticos. Contudo, não foi sem sentido este uso indistinto, já que, muito embora existam autores que sustentem não existir diferenças substancias entre elas,[5] iremos demonstrar que se tratam de expressões distintas e conseqüentemente com conteúdos léxicos completamente diversos.

Nesse sentido, é a crítica de Paulo Bonavides, quanto ao emprego descompassado destas expressões, *in verbis*:

A primeira questão que se levanta com respeito á teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica (...)[6]

Além destas três locuções, a doutrina[7] tem apontado diversas outras para designar tais direitos, entre elas podemos citar: direitos naturais, direitos inatos, direitos inalienáveis, direitos sagrados, direitos do cidadão, direitos civis, direitos políticos, direitos individuais, interesses difusos, direitos coletivos, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, direitos da personalidade, direitos morais, direitos dos povos, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais etc.

Neste diapasão, Gregório Peces-Barba, alerta que,

[...] ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un concepto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo. Todos tienen su raíz común situada em el mundo moderno.[8]

Diante deste grande número de expressões apresentadas é perceptível a grande confusão[9] terminológica envolta sobre o tema. Por esta razão é indispensável, ainda que sumariamente, a apresentação do significado e do conteúdo léxico de cada expressão, com vistas à predileção da expressão mais adequada, pois “[...] qualquer opção terminológica deve guardar o objetivo de melhor refletir a relação de correspondência símica entre a expressão eleita e a realidade que por ela se pretende produzir”.[10]

Antes, porém, convém salientar que cada uma destas expressões será composta de no mínimo de um substantivo e um adjetivo (em alguns casos dois adjetivos). Os adjetivos serão os mais variados possíveis, até mesmo porque, são palavras que se referem necessariamente ao substantivo atribuindo-lhe qualidade, estado ou modo de ser. Já os substantivos serão invariavelmente de três tipos, e cujos sentidos serão os seguintes, na lição do constitucionalista português Canotilho:

Direitos = *status positivus* e *estatus activus* – direitos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida política.

Liberdades = *status negativus* – defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos.

Garantias = *status activus processualis* – garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos.^[11]

Ultrapassadas estas questões morfológicas, passemos então a analisar cada uma destas expressões isoladamente.

3. ANÁLISE DOS TERMOS EMPREGADOS NA DOCTRINA E EM INSTRUMENTOS NORMATIVOS

A expressão “direitos do homem” e seus sinônimos “direitos naturais”, “direitos inatos”, “direitos inalienáveis” e “direitos sagrados”, foram originalmente desenvolvidas pela corrente jusnaturalista racional^[12], sendo materializadas nas declarações liberais^[13] americana e francesa do século XVIII. Estas expressões representam a gênese dos direitos em estudo e possuem as seguintes características:

- a) son unos derechos previos al Poder y al Derecho positivo que, como el Derecho Natural es Derecho, tienen una dimensión jurídica;
- b) se descubren por la razón en la naturaleza humana;
- c) se impone a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a la acción del mismo.^[14]

Seu estudo reveste-se de importância histórica, pois é inegável que os direitos, objeto de nosso estudo, sejam direitos positivados, portanto, é inaceitável, hodiernamente, “[...] a

tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas.”.[15] Diante disto, estas expressões pressupõe “[...] una terminología anticuada y en relativo desuso.”.[16]

Convém ressaltar ainda que, inicialmente, utilizava-se com mais frequência o termo “direitos naturais”, sendo que somente,

Durante la segunda mitad del siglo XVIII se produjo la paulatina sustitución del término clásico de los \diamond por el de los \diamond , denominación definitivamente popularizada en la esfera doctrinal por la obra de Thomas Paine *The Rights of Man* (1791-1792).[17]

É observado também o emprego do termo “direitos do cidadão”, que consta no título da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789. Contudo é importante distinguir as expressões “direitos do homem” e “direitos do cidadão”. A diferença está no fato de que, “[...] os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é como indivíduo vivendo em sociedade.”.[18]

Verifica-se do mesmo modo, o uso da expressão “direitos civis”, que surge conjugado com a expressão “direitos naturais” na Declaração de Direitos da Constituição francesa de 1791, em seu Título Primeiro, Disposições Fundamentais Garantidas pela Constituição: “A constituição garante como direitos naturais e civis [...]”.[19] Tratam-se, obviamente, de locuções distintas, como bem destaca J. J. Gomes Canotilho:

[...] os direitos naturais, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; os direitos civis (*cives*=cidadão) são os chamados *Civil Rights* da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas.[20]

Esta expressão “direitos civis” também não é sinônima dos termos “direitos políticos” ou “direitos cívicos”. Os primeiros dizem respeito a todas as pessoas que vivem em sociedade, já os segundos são atribuíveis apenas á pessoas que podem contribuir ativamente para a formação dos poderes públicos.[21]

Pelo exposto, podemos afirmar que nos direitos do cidadão estariam contidos os direitos civis mais os direitos políticos. Ou ainda, em outros termos, que os direitos civis seriam os direitos do cidadão subtraídos os direitos políticos.

Vislumbra-se também, a existência da locução “direitos individuais”, que se relaciona com direitos atribuíveis do indivíduo isolado; flagrante resquício do liberalismo. Neste sentido, Perez Luño nos orienta que

Para la ideología liberal el individuo es un fin en si mismo, y la sociedad y el derecho no son sino médios puestos a su servicio para facilitarle el logro de sus intereses. A este respecto se ha recordado certeramente que el mito más representativo de esta ideología es Robinson Crusoe, que es \diamond . Desde estas coordenadas los derechos individuales son considerados en sentido eminentemente negativo como garantía de no ingerencia estatal em su espera: es lo que Georg Jellinek denominará status libertatis y Georges Burdeu libertad-atonomía.[22]

Percebe-se igualmente o uso dos termos “interesses difusos” e “direitos coletivos”, que se relacionam á grupos de pessoas, e nas palavras de Jorge Miranda reproduzem “[...] necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos e indeterminados de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária.”.[23]

Outrossim, é feita alusão à locução “direitos públicos subjetivos”, que faz referência a um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, desenvolvido na Alemanha no século XIX, como especificação do termo mais genérico “direito subjetivo”, apresentado como uma reação contrária dos positivistas ao Direito natural.[24] O direito subjetivo seria a prerrogativa estabelecida de conformidade com as regras de Direito objetivo. Para Del Vechio, o direito subjetivo é “[...] la facultad de querer y de pretender, atribuída a um sujeito, a la cual corresponde una obligación por parte de otros.”.[25] Já os direitos públicos subjetivos consistiriam em direitos subjetivos (permissões dadas pelo Direito objetivo), que atuam como um limite ao poder político, nas relações entre o Estado e os particulares. Tais direitos representam uma autolimitação do poder soberano do Estado liberal. Por esta razão, adverte Perez Luño que se trata de “[...] una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo.”.[26]

Encontramos também: “liberdades públicas” ou “liberdades fundamentais”, que por sua vez, são termos de origem francesa do final do século XVIII, que da mesma forma que os direitos públicos subjetivos na Alemanha, formaram-se a partir de uma doutrina positivista reacionária ao jusnaturalismo.[27] Assim, “[...] les libertes publiques sont des droits de l,homme que leur consécratione par l’Eta a fait passer du droit naturel au droit positif.”.[28] As liberdades públicas seriam, portanto, poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo, onde através delas – e pelo fato de possuírem um status negativo – visam essencialmente defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado.

Nota-se de igual modo o uso da expressão “direitos sociais e econômicos”. Tais direitos são perceptíveis quando a ordem social e econômica assume dimensão jurídica, ou seja, quando as Constituições passam a disciplinar-las sistematicamente, dando ensejo ao surgimento das chamadas Constituições Econômicas. Para José Afonso da Silva estes direitos

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.[29]

Constata-se da mesma maneira, o termo “direitos da personalidade”, que são relativos a direitos de incidência privatística[30], que pressupõe relações de igualdade e pertencem ao domínio do Direito Civil[31]. Seriam, então eles, “[...] posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver.”[32] Em outros termos, aqueles direitos que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si[33]. Canotilho anota que eles abarcam certamente os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa, os direitos distintivos da personalidade e muitos dos direitos de liberdade.[34]

Outra locução localizada na doutrina são os chamados “direitos morais”, de origem anglo-saxã, que atualmente tem alcançado uma relevante difusão. Guerra Filho assevera que tais direitos se encontram “[...] situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de Direito interno.”[35] Talvez por isso estes direitos, na concepção de Dworkin[36], sejam considerados anteriores ao Estado, constituindo trunfos em face dele. Para ele, os direitos morais, vão mais além, podendo inclusive, ser brandidos frente ao poder, até mesmo ao poder democrático. São direitos que pressupõe uma fusão entre o Direito Constitucional e a teoria da ética.

Percebe-se também, a utilização da expressão “direitos dos povos”, que é empregada em documentos de ordem internacional, como se verifica do art. 1º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[37], ambos de 1966 e com a mesma redação no referido artigo. O português Jorge Miranda traz interessante comentário acerca do emprego desta expressão:

O movimento de afirmação ou reivindicação destes \diamond corresponde, por certo, a uma significativa tendência da política e do direito internacional dos nossos dias, ligada á deslocação de relações entre as potências, ao despertar do Terceiro Mundo e ao avolumar dos seus problemas, á crescente circulação de pessoas e de bens ás novas estratégias de matérias-primas e energia. Trata-se de questões de soberania política e económica e trata-se também da consciência assumida (por enquanto só por alguns) de injustiças criadas e mantidas no interior de uma mesma humanidade.[38]

Não obstante este grande número de expressões (e tantas outras existentes na doutrina em instrumentos normativos nacionais e internacionais), todas elas são consideradas impróprias para batizar genericamente os direitos afetos aos seres humanos, dado seu reducionismo conceitual[39].

No entanto, duas receberão por nós, uma atenção mais detida: “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

4. AS EXPRESSÕES “DIREITOS HUMANOS” E “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Antes de ingressar efetivamente no estudo das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, é forçoso mencionar que com certa frequência, elas têm sido empregados como sinônimas do termo “direitos do homem” [40].

Porém, como já foi dito anteriormente, os “direitos do homem” são aqueles direitos de posição jusnaturalista racional, relacionados com a natureza humana, que se materializaram nas primeiras declarações de direitos. Tal termo alcançou conhecimento notório com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 e a obra de Thomas Paine.

Desta forma, um termo cujo sentido fora dado e empregado em uma situação histórica ocorrida há séculos atrás, não pode ser utilizado para nominar direitos distintos existentes hodiernamente. Em outras palavras, os direitos do homem (ou naturais ou inatos etc) concebidos nos séculos XVI a XVIII não são os mesmos do século XXI. Até porque, os direitos afetos aos seres humanos “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.”[41]. Ou seja, são direitos essencialmente históricos em constante mutação, valorados em distintas épocas de diferentes maneiras.

O que pretendemos, neste trabalho, é traçar um perfil terminológico rigoroso, com base nas expressões empregadas no decorrer da história. Portanto, o termo “direitos do homem”, semanticamente, designa os direitos naturais que contém a gênese histórica dos direitos em estudo, nada mais!

Neste sentido, Ingo W. Sarlet apresenta, com propriedade, as distinções entre os termos supramencionados, vejamos:

[...] cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões ‘direitos do homem’ (no sentido de direitos naturais não ou ainda não positivados), ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).[42]

O mesmo autor ainda arremata, afirmando que a expressão “direitos do homem”, deve ser utilizada para demarcar a fase histórica de positivação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, *in verbis*:

A utilização da expressão ‘direitos do homem’, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada uma ‘pré-história’ dos direitos fundamentais.[43]

Desta feita, os direitos do homem devem referir-se a posição jusnaturalista que influenciou a positivação dos direitos humanos, dada sua utilização no título da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pela doutrina contratualista da época.

Retomemos então, o estudo das expressões supramencionadas.

A expressão “direitos humanos”, “[...] es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos”.[44] E, talvez por isso, seja o termo que mais tem sido utilizado equivocadamente.

Peréz Luño comenta que, “gran parte de la desorientación teórica y práctica suscitada por la significación equivoca y vaga de la expresión derechos humanos nace de la propia ambigüedad que reviste la pregunta: ¿qué son los derechos humanos?”.[45]

Para responder á esta pergunta, mister se faz, o estabelecimento do real significado da expressão “direitos humanos”, que já adiantamos é bastante complexo e heterogêneo.

Tanto, que o italiano Norberto Bobbio classifica as definições dos direitos humanos em três tipos: a) tautológicas, as que não trazem nenhum elemento novo que permita caracterizar tais direitos; b) formais, aquelas que não especificam o conteúdo destes direitos, limitando-se a alguma indicação sobre seu estatuto desejado ou proposto; c) teleológicas, as que apelam a certos valores últimos suscetíveis de diversas interpretações.[46]

Igualmente, nesta linha de raciocínio, são as ponderações de Jeremy Bentham, que entende ser necessário para uma correta análise linguística dos aspectos semânticos e pragmáticos dos direitos humanos: a necessidade, no plano jurídico-político, do emprego rigoroso (científico, racional) da expressão adequada; e a exigência de não incursão na confusão de seus aspectos descritivos e prescritivos, posto que os direitos humanos possuem uma carga emocional muito grande que pode gerar confusão entre realidade e desejo.[47]

Ainda nesse sentido, Gregorio Robles propõe três níveis de análise sobre o sentido que deve ser dado á expressão direitos humanos, “[...] o plano da deliberação prévia a toda decisão jurídica; o jurídico (por exemplo, o espanhol, o inglês); o plano de análise formalista ou lógico-linguístico.”.[48]

Pois bem, levando em consideração todas estas imprecisões sígnicas, Pérez Luño define os direitos humanos como,

[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.[49]

O conceito do professor espanhol abarca o sentido lato dos direitos humanos, ou seja, a definição do gênero destes direitos. Não obstante, procederemos ao desenvolvimento de um sentido mais específico do termo, com o fito de evitar confusões terminológicas, que são envoltas sobre esta expressão. Para tanto, será perquirido a origem do termo “direitos humanos”.

É cediço que, o uso desta expressão ganhou notoriedade a partir da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Contudo, em estudo mais profundo, Flavia Piovesan afirma que:

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. [...] para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do individuo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional.[50]

Com efeito, diante desta utilização original e inequívoca no título da Declaração de 1948, assume o termo direitos humanos uma correlação intrínseca com normas de direito supranacional, tanto é verdade que tem sido a “preferida nos documentos internacionais.”[51]

Seguindo este posicionamento Sarlet menciona que

[...] a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[52]

Igualmente, nesse sentido é a lição de Marcelo Novelino, que afirma: “direitos humanos são direitos relacionados aos valores liberdade e igualdade positivados no plano internacional.”.[53]

Assim, em uma acepção estrita, os direitos humanos designam direitos afetos ao ser humano de ordem internacional, contudo sem que se afigure sua validade universal.[54]

Parece-nos, então que, os “direitos do homem”, após sua positivação, generalizaram-se, sendo que, quando este processo alcançou dimensão internacional, eles se transmutaram nos direitos humanos.

Em contrapartida à este termo, a locução “direitos fundamentais”, tem sido considerada a forma lingüística mais precisa e procedente[55], “pela imediata referencia á legitimidade ou fundamento da ordem constitucional e pela aura de superioridade que o termo invoca”[56] e também por evitar concepções reducionistas ou subjetivas.[57] Nas ultimas décadas, tem sido também a preferida pela doutrina e pelos textos constitucionais.[58]

Ainda nesse sentido, Araújo e Nunes Júnior afirmam que este termo é o

[...] único apto a exprimir a realidade jurídica precipitada, pois que, cogitando-de de direitos, alude-se a posições subjetivas do indivíduo, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo ‘fundamentais’ traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos á condição humana, exteriorizando-se, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano.

Não é ocioso registrar, á guisa de arremate, que o termo também se mostra conveniente por razões de ordem prática: foi o adotado pelo nosso direito constitucional positivo. [59]

Assim, parte da doutrina faz a opção terminológica pela expressão “direitos fundamentais” em detrimento à “direitos humanos” em razão da generalização e multiplicidade semântica desta última, e também pelo fato de que, alguns autores advogarem a tese de que não existem direitos que não sejam humanos.[60]

Não obstante estes apelos doutrinários para o emprego da expressão “direitos fundamentais”, ainda não se vislumbra claramente o exato sentido destes direitos.

Pois bem, originalmente esta expressão foi empregada na França (*droits fondamentaux*) em 1770 durante o movimento político e cultural que conduziu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas ela alcançou relevo e projeção na Alemanha sob a forma dos *Grundrechte*,[61] Sendo que entre os alemães a primeira aparição do termo remonta a Constituição de Palskirche de 1848.[62]

Para o autor alemão Konrad Hesse os “[...] direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como fundamentais.”[63]

Esta “fundamentalidade” das normas de direitos fundamentais é explicada por Robert Alexy, que afirma “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial.” Para ele o primeiro fator “[...] decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.” Já o segundo fator determina que “[...] direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.” E arremata dizendo que a partir desta tese de fundamentalidade, é possível afirmar que os direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico.[64]

Já Gomes Canotilho proclama que “[...] direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.”[65]

E num sentido mais estrito Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos fundamentais

[...] constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.[66]

Desta monta, os direitos fundamentais são os direitos afetos ao ser humano, consagrados e positivados, no plano interno de cada Estado e alocados na sua Constituição respectiva.

Vale ressaltar que nos textos constitucionais brasileiros, muito embora o marco da positivação dos direitos fundamentais seja a Constituição Federal de 1988, há menção ao termo no art. 146 da Constituição de 1946.[67]

5. O GÊNERO DOS GÊNEROS

Depois de analisados individualmente cada um dos termos apresentados inicialmente, um questionamento importante fica no ar: E para nominar o gênero dos gêneros destes direitos qual expressão deve ser empregada?

Talvez a grande polêmica em torno da terminologia destes direitos seja justamente essa, pois como vimos os direitos humanos simbolizam normas de direito internacional, já os direitos fundamentais dizem respeito á normas consagradas internamente nos Estados,

todas as demais expressões são espécies de direitos humanos ou direitos fundamentais a depender de sua abrangência, exceto os termos “direitos do homem” e seus sinônimos que foram empregados originalmente nas primeiras declarações de direitos, como sendo manifestações positivas do jusnaturalismo racionalista da época e as locuções que não vingaram: “direitos dos povos”, diante de seu caráter supranacional que se confundiria com os direitos humanos; e “direitos morais”, pela sua incompatibilidade como os preceitos do sistema jurídico da *civil law*.

Para ficar mais claro, exemplifiquemos: os direitos políticos (e todas as demais expressões) são espécies tanto dos direitos humanos, quanto dos direitos fundamentais a depender da abrangência dada a tais direitos. Eles serão, portanto, espécies de direitos humanos quando empregados, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, já que se trata *in casu* de uma norma de direito internacional. Ao passo que, serão considerados espécies de direitos fundamentais quando tratados *e.g* no Capítulo IV (Dos Direitos Políticos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), da Constituição Federal de 1988.

Então qual expressão seria apta a nominar o gênero dos gêneros, ou seja, tanto os direitos humanos, quanto os direitos fundamentais e via de conseqüências as espécies de cada um deles?

Para responder a esta questão, devemos levar em conta que existem doutrinadores que acrescentam um segundo adjetivo à locução “direitos fundamentais”.

José Afonso da Silva, vale-se do termo “direitos fundamentais do homem”, esclarecendo que

direitos fundamentais do homem constituía a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que não se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e as vezes nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17. (destaques do autor)[68]

Esta expressão defendida por ele é encontrada em Constituições brasileiras do passado, como no § 13 do art. 141 da Constituição de 1946,[69] no inc. I do art. 149 da Constituição de 1967[70] e na cabeça do artigo 152 da Emenda Constitucional n. 1/69,[71] que é considerada uma verdadeira Constituição. Em documentos

internacionais, o termo é empregado v.g. no preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945.[72]

Há também quem acrescente um segundo adjetivo á locução “direitos humanos”, como é o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[73] e Alexandre de Moraes[74] que proclamam como mais acertada a expressão “direitos humanos fundamentais”, por entendem que esses direitos, inicialmente, pertencem ás pessoas humanas e justamente por isso, são qualificados como fundamentais.

Quanto ao emprego da expressão “direitos fundamentais do homem”, por fazer menção á uma categoria histórica designativa da gênese dos direitos afetos ao ser humano, julgamos não ser ela a mais adequada.

Porém com relação ao termo “direitos humanos fundamentais”, entendemos que dada a união em uma mesma locução dos vocábulos “humanos” (designativa dos direitos positivados no âmbito internacional) e “fundamentais” (indicativa dos direitos positivados em cada Estado), serve tal locução para nominar o “gênero dos gêneros” dos direitos afetos ao ser humano.

6. CONCLUSÃO

Á guisa de uma consideração final, podemos afirmar a expressão mais apropriada para designar o que denominamos de “gênero dos gêneros” com relação aos direitos afetos aos seres humanos é o termo “direitos humanos fundamentais” que açambarcam os “direitos do homem” (e seus sinônimos) fruto do jusnaturalismo racionalista e da doutrina contratualista, que após sua positivação, ocorrida nas Declarações de Direitos das revoluções americana e francesa, generalizaram-se e foram irradiados pelos ordenamentos jurídicos constitucionais internos sob a fórmula dos “direitos fundamentais” e ainda se transmutaram – diante da necessidade de seu reconhecimento internacional – em “direitos humanos”. [75]

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CABRA, Marco Gerardo Monroy. *Los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.
- CAMPOS, German J. Bidart. *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARVALHO, Oscar de. Gênese e evolução dos direitos fundamentais. *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*, Bauru, edição 34, abr./jul. 2002, p. 31-52.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 13. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 51-67.
- COELHO, Fernando Laélio. Fundamentos históricos e classificatórios dos direitos fundamentais: primeiras aproximações. *Revista direitos fundamentais & democracia*. Curitiba: Unibrasil, vol. 2, n. 2, jun./dez. 2007, p.1-19, Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/105/85>>. Acesso em 08/10/2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri (org.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. vol. 1. 2. ed. rev., atual. e refor. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. O futuro dos direitos humanos fundamentais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano X, n. 232, 15 de set. 2006, p. 60-62.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. La dimensión procesal de los derechos fundamentales y de la Constitución. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 2, out. 2006, p. 15-33.

Disponível em:
<<http://www.panoptica.org/outubro2006pdf/2LadimensionprocesaldloderechosfundamentalesydeLaConstitucin.pdf>>. Acesso em 08/10/2008.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. ver. E ampl. São paulo: RCS Editora, 2007.

HESSE, Konrad. *Estudos de direito constitucional da republica federal da alemanha*. 20. ed. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LALAGUNA, Paloma Duran. *Manual de derechos humanos*. Granada: Comares Editorial, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezzerá (coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: Ltr, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

_____. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. vol. I. Madrid: Eudema, 1991.

_____. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

MARTINS, Leonardo (org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig, et al. Montevideo: Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Konrad-Adenauer-Stifung, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional e constituição federal*. 6. ed. rev., atual. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

_____. *Manual de direito constitucional*. tomo IV. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 69.

_____. *Textos históricos de direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

_____. *Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES. Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PUHL, Adilson Josemar. Breve histórico sobre a evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 9-25.

RIVERO, Jean. *Les libertes publiques*. 1. les doits de l’homme. Paris: PUF, 1973.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. trad. Roberto Barbosa Alves, Barueri: Manole, 2005.

SAMPAIO. José Adércio Leite Sampaio. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SLAIB FILHO. Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[1] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 5.

[2] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 21.

[3] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.*, 1999, p. 22.

[4] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. vol. I. Madrid: Eudema, 1991, p. 19.

[5] LEITE, Carlos Henrique Bezzerá. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTR, 2001, p. 27, *apud* LOZER, Juliana Carlesso. Direito humanos e interesses metaindividuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezzerá (coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: Ltr, 2004, p. 11.

[6] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

[7] Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 107-109; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 393-398; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 13. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 574; COELHO, Fernando Laélio. Fundamentos históricos e classificatórios dos direitos fundamentais: primeiras aproximações. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba: Unibrasil, vol. 2, n. 2, jun./dez. 2007, Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/105/85>>. Acesso em 08/10/2008; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. ver. E ampl. São paulo: RCS Editora, 2007, p. 39-42; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.* 1999, p. 21-51; MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 19-34; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 48-72; MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 147-148; NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151-152; NUNES. Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21-30; SAMPAIO, José Adércio Leite. *ob. cit.*, p. 7-9; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 175-179; SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 318; TAVARES, André Ramos. Direitos fundamentais (definição). In: DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124-127.

[8] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 20.

[9] Em um capítulo intitulado “Um eterno problema de nomes”, José Adércio Leite Sampaio analisa com pormenor a confusão teórica destes termos, através de extensa pesquisa sobre a história da confusão terminológica pelos usos e costumes lingüísticos na França e Estados Unidos da América, que são os países de destaques em todo o exame retrospectivo destes direitos. Esta multiplicidade de termos também é vista sob a ótica do direito internacional e do Estado brasileiro (SAMPAIO, José Adércio Leite. *ob. cit.*, p. 7-22).

[10] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *ob. cit.*, p. 107.

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 405.

[12] Dentre os estudiosos do jusnaturalismo racional podemos citar Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf, Jean-Jacques Rousseau, Christian Wolff, Emanuel Kant que influenciaram o desenvolvimento dos direitos naturais subjetivos e via de consequência as revoluções americana e francesa que originalmente positivaram os direitos em análise (Cf. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.* 1999, p. 38-44).

[13] O Artigo Primeiro da Declaração de Direitos de Virgínia de 16 de junho de 1776 fala em direitos inatos. (MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1990, p. 31). No segundo parágrafo do texto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 04 de julho de 1776 é feita a menção á direitos inalienáveis (Idem, p. 35). O preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 menciona as expressões: direitos do homem, direitos naturais, direitos inalienáveis e direitos sagrados (Ibidem, p. 57).

[14] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 23.

[15] SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 176.

[16] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 22.

[17] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 32.

[18] BRAUD, Philippe. *La notion de liberte publique en droit public français*, Paris, 1968, p. 8 *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 393-394.

[19] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 160.

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 394.

[21] Idem, p. 394-395.

[22] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.* 1999, p. 35.

- [23] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo IV. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 69.
- [24] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 25.
- [25] DEL VECHIO, Giogio. *Filosofia del derecho*. 6. ed. Barcelona: Editorial Bosch, 1953, p. 20 *apud* CABRA, Marco Gerardo Monroy. *Los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Temis, 1980, p. 2.
- [26] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.* 1999, p. 34.
- [27] O aparecimento desta expressão como norma positivada se dá no artigo 9º da Constituição Francesa de 1793, que assim dispõe “a lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam.” (MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* 1990, p. 76).
- [28] RIVERO, Jean. *Les libertes publiques*. 1. les doits de l’homme. Paris: PUF, 1973, p. 17.
- [29] SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 286.
- [30] Cf. GUERRA FILHO, Wilis santiago. *Ob. cit.*, 2007, p. 41.
- [31] Tanto é verdade que no ordenamento jurídico pátrio os direitos da personalidade vem disciplinados no Código Civil de 2002 em capítulo exclusivo (Capítulo II: “Direitos Da Personalidade”, do Título I: “Das Pessoas Naturais”, do Livro I: “Das Pessoas”, da Parte Geral).
- [32] MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Lições de direito civil*. 2. ed. Coimbra, 1954, p. 279-280 *apud* MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* 1988, p. 55-56.
- [33] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. vol. 1. 2. ed. rev., atual. e refor. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.
- [34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 396.
- [35] GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Ob. cit.*, 2007, p. 40.
- [36] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Londres: Duckworth and Co., 1977 *apud* MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 28.
- [37] “1. Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional e constituição federal*. 6. ed. rev., atual. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 839 e 854-855).
- [38] MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* 1988, p. 48.

[39] Sobre este “reducionismo” de conceitos, consultar: MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 49-58.

[40] Registre-se que a maioria da doutrina externa o entendimento que os termos “direitos do homem” e “direitos humanos” são sinônimos. (Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Ob. cit.*, p. 108; BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. *Ob. cit.*, 2008, p. 560. GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 48; MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 147; SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 176; SLAIB FILHO, Nagib. *Ob. cit.*, p. 318; TAVARES, André Ramos. Direitos fundamentais (definição). In: DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Ob. cit.*, p. 124; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.* 1999, p. 22 ss.)

[41] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

[42] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, 2007, p. 36.

[43] *Idem*, p. 36.

[44] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 19.

[45] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.* 1999, p. 25.

[46] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 37.

[47] BENTHAN, Jeremy. *Anarchical fallacies: being and examination of the declarations of rights issued during the french revolution*. New York, 1962, p. 489 ss *apud* LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.*, 1999, p. 26-29.

[48] ROBLES. Gregorio. *Ob. cit.*, p. 5.

[49] *Idem*, p. 48.

[50] PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 109

[51] SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 176.

[52] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, 2007, p. 35-36.

[53] NOVELINO, Marcelo. *Ob. cit.*, p. 152.

[54] Por óbvio, os doutrinadores jusnaturalistas modernos defendem o sentido lato dos direitos humanos empregado, *v.g.* por Pérez Luño (vide nota de rodapé n. 53), por conceberem que estes direitos evoluíram dos direitos naturais e se fundamentam na natureza humana, não prescindindo de positivação, seja na ordem nacional ou internacional. Registre-se, por oportuno, que Norberto Bobbio critica qualquer fundamentação absoluta dos direitos humanos, pois para ele o maior problema dos direitos humanos não é fundamentá-los, mas sim protegê-los (Cf. BOBBIO, Norberto.

Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 35-45).

[55] Cf. MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *ob. cit.*, 1991, p. 32-33.

[56] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Ob. cit.*, p. 21.

[57] TAVARES, André Ramos. Direitos fundamentais (definição). *Ob. cit.*, p. 125.

[58] MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* 1988, p. 48.

[59] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Ob. cit.*, p. 109.

[60] Contudo vale mencionar a lição de José Afonso da Silva, que afirma: “Talvez já não seja mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito de proteção dos animais.”(SILVA, José Afonso da . *Ob. cit.*, p. 176). Para aprofundamento no tema consulte-se: ACKEL FILHO, Diomar . *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001; ARAUJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003; SANTANA, Heron Jose de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, out./dez. 2004, p. 85-109. É de se ressaltar também que na *Grundgesetz* (Lei Fundamental) e jurisprudência do *Bundessverwaltung* (Tribunal Constitucional Federal) alemão se tem reconhecido a titularidade de direitos fundamentais também á pessoas jurídicas. Veja por exemplo o disposto no art. 19, III: “*Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.*” (Os direitos fundamentais se aplicam igualmente às pessoas morais nacionais quando a sua natureza o permitir). Disponível em <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em 10/03/2009. No tribunal *Bundessverwaltung* consultar a BVERFGE 21, 362 (Decisão do Primeiro Senado de 2 de maio de 1967 - 1BvR 578/63) e BVERFGE 31, 314 (Decisão do Segundo Senado de 27 de julho de 1967 com base na audiência de 18 de maio de 1971 - 2BvR 1/62. 2BvR 702/68). Cf. MARTINS, Leonardo (org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig, et al. Montevideo: Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Konrad-Adenauer-Stifung, 2005, p. 169-174.

[61] NEGRI, Antonio. *Scienze politiche: stato e política*. vol. 1. Feltrineli: Milano, 1970, p. 109 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *ob. cit.*, 1999, p. 30.

[62] Cf. TAVARES, André Ramos. Direitos fundamentais (definição). *Ob. cit.*, p. 125.

[63] HESSE, Konrad. *Estudos de direito constitucional da republica federal da alemanha*. 20. ed. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 225.

[64] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros, 2008, p. 520-523

[65] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 393.

[66] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, 2007, p. 35-36.

[67] “Art 146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os *direitos fundamentais* assegurados nesta Constituição.” (original sem destaques). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 10/03/2009.

[68] SILVA, José Afonso da . *Ob. cit.*, p. 178.

[69] “Art 141 [...]

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos *direitos fundamentais do homem*.” (original sem grifos). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 11/03/2009.

[70] “Art 149 [...]

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos *direitos fundamentais do homem*,” (original sem destaques). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 11/03/2009.

[71] “Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:” (destacamos). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 11/03/2009.

[72] “Nós o povo das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por muitas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis á humanidade, e a reafirmar a fé nos *direitos fundamentais do homem* [...]” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Ob. cit.*, p. 218).

[73] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2008.

[74] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 1998.

[75] Cf. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 36-39.

O PAPEL DO SUJEITO PERANTE OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO DE UMA ESFERA PÚBLICA POR MEIO DO ACESSO UNIVERSAL COMO INSTRUMENTO NA LUTA CONTRA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE ROLE OF THE SUBJECT BEFORE THE SYSTEMS PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: THE CONSTRUCTION OF A PUBLIC SPHERE THROUGH THE UNIVERSAL ACCESS AS A TOOL IN THE FIGHT AGAINST HUMAN RIGHTS VIOLATION

André Pires Gontijo

RESUMO

O relatório de pesquisa no âmbito do direito constitucional-internacional, cujo objeto é o acesso universal aos sistemas de proteção de direitos humanos, questiona qual o papel do sujeito perante estes sistemas. Em pesquisa epistemológica e aplicada, com investigação documental e bibliográfica, (re)discute-se a noção de sujeito que se apresenta na sua dupla dimensão da personalidade na contemporaneidade: como vítima de violação de direitos humanos e como fomentador da construção de uma esfera pública em matéria de direitos humanos. Como delimitação ao tema, realiza-se a comparação jurídica entre os sistemas regionais – europeu e interamericano – de proteção dos direitos humanos, em três perspectivas: análise institucional, exame do acesso ao sistema e verificação da construção jurisprudencial dos conceitos em matéria de direitos humanos com a participação do sujeito. A pesquisa é realizada no âmbito dos grupos de pesquisa Internacionalização do Direito, Etnografia Constitucional e Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC. A discussão das hipóteses de pesquisa está estabelecida em dois pontos. O primeiro diz respeito ao avanço dos sistemas regionais – europeu e interamericano – de proteção dos direitos humanos na construção jurisprudencial e na efetivação dos valores fundamentais protegidos pelas respectivas Convenções em relação aos sistemas de proteção dos direitos humanos vinculados ao sistema ONU, que permitem o acesso direto do indivíduo aos respectivos órgãos de controle. O segundo se refere à atuação do sujeito como vítima, na condução de valores comuns, e a criação de condições de possibilidade do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos podem ser o início da construção de uma esfera pública comunicativa mundial, em matéria de direitos humanos. Esta esfera pública poderá ser o instrumento de uso comum para a irradiação dos direitos humanos por meio do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos, a fim de lutar contra a violação dos direitos humanos. A coleta de dados para a comparação entre os sistemas regionais de proteção e a percepção de que estão em diferentes níveis e velocidades permite questionar a efetividade da proteção dos direitos humanos apenas pelo acesso do sujeito aos sistemas regionais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL-INTERNACIONAL; ACESSO DO SUJEITO AOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; PAPEL DO SUJEITO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS

ABSTRACT

The research report has elaborated in constitutional-international law context, and the object is the universal access to the human rights protection systems. The research question is what is the subject role in these protection systems. That is an epistemology and applied research, with documentary and bibliographical technical research, that (re)discusses the notion of subject, that is presented in double dimension of personality in the contemporary times: as victims of human violations and to encourage the construction of the public sphere of human rights. As the demarcation issue, the comparison is made between the European and Inter-American human rights systems in three perspectives: institutional analysis, examination of access and verification of the construction of legal concepts on human rights with the participation of the subject. The search is performed within the research groups of Internationalization of Law, Constitutional Ethnography and Center for Constitutional Studies – NEC. The discussion of research hypotheses is based on two points. The first concerns the advancement of European and Inter-American human rights protection systems in judicial construction and realization of fundamental values protected by the Convention, in relation to protection of human rights linked to the UN systems. The second refers to the actions of the subject as a victim conduct to build common values, and creating conditions of possibility individuals and other actors to access the human rights protection systems can be the start the construction of a communicative public sphere world on human rights. The public sphere may be the instrument in common use for the irradiation of human rights through the individuals and other actors to access the human rights protection systems to combat human rights violations. The data collection for comparison between the regional systems of protection and the perception of different levels and speeds from human rights regional protection systems allow questioned the effectiveness of protection of human rights only for the subject access to regional systems.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL-INTERNATIONAL LAW; THE SUBJECT ACCESS TO EUROPEAN AND INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM; THE SUBJECT ROLE IN JUDICIAL CONSTRUCTION OF EUROPEAN AND INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM.

INTRODUÇÃO

A comparação jurídica pode ser colocada como instrumento necessário para se alcançar o aperfeiçoamento do estudo do Direito, em especial dos direitos humanos. Nesse aspecto, esta pesquisa busca averiguar qual o papel do sujeito na seara internacional, em especial na perspectiva de acesso aos sistemas de proteção, por meio do direito de petição individual. Isto é, a pergunta que se faz como escopo dessa pesquisa é: **QUAL O PAPEL DO SUJEITO PERANTE OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?**

Por essa razão, esta pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional e internacional, e tem como objetivo geral a (re)discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos, mediante uma comparação de procedimentos de acesso deste sujeito entre os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, seja no âmbito do sistema das Nações Unidas, seja no contexto dos sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção.

Como objetivos específicos, pretende-se confeccionar uma revisão bibliográfica sobre a controvérsia teórica que envolve o direito de peticionamento individual, descrever a previsão normativa do acesso do sujeito perante o sistema ONU de proteção, analisar os sistemas regionais europeu e interamericano, a partir de uma comparação jurídica entre a dinâmica desses sistemas regionais, nas seguintes perspectivas: (i) institucional, com breve análise dos instrumentos de proteção, isto é, a Convenção Europeia e a Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos; (ii) com enfoque específico no acesso do sujeito ao sistema, averiguando a previsão inscrita nas Convenções e o funcionamento da sistemática e (iii) um fechamento de forma crítica ou epistêmica, no levantamento dos precedentes que configuram a construção jurisprudencial de conceitos sobre direitos humanos pelo sujeito.

O problema e os objetivos da pesquisa são colocados em duas dimensões. A primeira diz respeito ao acesso do indivíduo aos sistemas de proteção dos direitos humanos, em especial nos sistemas regionais (europeu e interamericano). Por outro lado, a segunda dimensão tem o condão de examinar como o sujeito se comporta perante determinada Corte, isto é, como - nos casos em que o indivíduo é parte direta - este consegue se movimentar discursivamente no âmbito do processo de tomada de decisão a fim de construir o precedente da Corte em matéria de direitos humanos.

Por meio de uma "abordagem epistemológica"^[1], o foco da pesquisa será sobre o diálogo jurisprudencial entre as Cortes regionais de proteção dos direitos humanos. Isto é, vai-se investigar o tema buscando sistematizar padrões conceituais e metodológicos que permitam avaliar o processo de tomada de decisão perante as Cortes regionais (européia e interamericana) de proteção dos direitos humanos, no que se refere à concretização dos valores fundamentais, por meio da atuação do sujeito mediante o direito de peticionamento.

Como primeira hipótese de pesquisa, verifica-se que os sistemas regionais - europeu e interamericano - de proteção dos direitos humanos estão mais avançados na construção jurisprudencial e na efetivação dos valores fundamentais protegidos pelas respectivas Convenções do que os sistemas de proteção dos direitos humanos vinculados ao sistema ONU, que permitem o acesso direto do indivíduo aos respectivos órgãos de controle.

A segunda hipótese refere-se ao papel do sujeito, não apenas como vítima, mas como intérprete na criação de condições de possibilidade do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos, o que pode ser o início da construção de uma esfera pública comunicativa mundial em matéria de direitos humanos. Esta esfera pública poderá ser o instrumento de uso comum para a irradiação dos direitos humanos por meio do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos.

O desenvolvimento da pesquisa, a resposta do problema e o teste das hipóteses de pesquisa implicam em uma análise teórica, que se desenvolve ao longo do texto, com a citação da literatura científica sobre o tema e uma análise aplicada, com destaque para o estudo de precedentes das Cortes regionais que abordem a questão do acesso direto do indivíduo aos sistemas de proteção dos direitos humanos.[2]

Para tal desiderato, serão combinadas as técnicas de pesquisa documental, com uma abordagem dos precedentes das Cortes regionais sobre o acesso direto do indivíduo perante as Cortes, e a técnica bibliográfica, no apoio da literatura científica ao trabalho desenvolvido pelos precedentes.

Quanto à delimitação temática, em um primeiro momento, a pesquisa pretende exemplificar quais sistemas internacionais prevêm o acesso do sujeito diretamente, via peticionamento, para a discussão acerca da violação dos direitos humanos. Posteriormente, buscar-se-á testar a hipótese de pesquisa em que se afirma o fortalecimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos em detrimento do sistema ONU. Por fim, é necessário realizar uma delimitação negativa, uma vez que, embora a proteção internacional da pessoa humana comporte três vertentes[3] - direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados -, a presente pesquisa tem como foco o estudo dos sistemas de proteção que envolve o direito internacional dos direitos humanos, com especial ênfase para a comparação jurídica entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (europeu e interamericano), excluindo-se os demais sistemas regionais por uma opção metodológica.

Diante do exposto, convida-se o intérprete a prosseguir na leitura desta e pesquisa e a contribuir, de forma crítica e combativa, na busca pela resposta do problema no qual a pesquisa é fundada.

1 A CONTROVÉRSIA TEÓRICA: O DIREITO DE PETICIONAMENTO E A PERSONALIDADE JURÍDICA DO INDIVÍDUO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Percebe-se, em nível jurídico mundial, o aumento de convenções e declarações sobre direitos humanos no plano regional e mundial, assim como o crescimento de mecanismos de proteção destinados a garantir sua existência e funcionamento. Mas tudo isso é pouco conhecido e praticado[4].

A personalidade jurídica do ser humano no âmbito internacional constitui o legado mais preciso da ciência jurídica do século XX e requer uma atenção bem maior que a conferida pelos teóricos do direito internacional. Todas as criaturas humanas podem ser consideradas sujeitos de direito, membros da "sociedade universal", sendo inconcebível a negativa dessa condição por qualquer entidade, inclusive o Estado[5].

Em paralelo ao reconhecimento dos direitos humanos, deve-se reconhecer a capacidade processual para exigí-los - tanto na esfera nacional como na internacional -, pois a proteção dos direitos humanos apenas será uma realidade mediante a consolidação da capacidade processual plena dos indivíduos.[6]

As entidades internacionais que experimentam outorgar a capacidade processual internacional aos indivíduos refletem o reconhecimento de valores comuns, fundamentados na idéia de que o ser humano deve ser protegido em quaisquer situações. Esta idéia reflete-se na construção do sistema jurídico internacional, tendo em vista que o acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional se tornou uma forma de sanar o inconveniente que se instalava com a proteção diplomática discricionária que a um só tempo tornava os "Estados demandantes" "juízes" e "partes"[7].

Assim, o peticionamento do indivíduo perante o órgão de proteção dos direitos humanos é uma das formas pelas quais tanto a aplicação como a execução dos direitos humanos podem ser controladas pela comunidade internacional[8]. Nesse sentido, esclarece Paul Reuter que, para o particular se tornar sujeito de direito internacional, é preciso satisfazer duas condições básicas: (1) "ser titular de direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelo Direito Internacional" e (2) "ser titular de direitos e obrigações sancionados diretamente pelo Direito Internacional". Desse modo, no momento em que o indivíduo dispõe de acesso à jurisdição internacional ou a um órgão de proteção internacional que dê início ao procedimento de proteção se torna sujeito de direito internacional[9].

Todavia, José Francisco Rezek posiciona-se no sentido de que os indivíduos e as empresas públicas e privadas não possuem personalidade jurídica de direito internacional. Assevera que, embora uma parcela da teoria do direito internacional entenda que a personalidade jurídica decorra da existência de direitos e da imposição de deveres ao indivíduo,

"É preciso lembrar, porém, que os indivíduos - diversamente dos Estados e das organizações internacionais - não se envolvem, a título próprio, na *produção* do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas. Muitos são os textos internacionais voltados à proteção do indivíduo. Entretanto, a flora e a fauna também constituem objeto de proteção de normas de direito das gentes, sem que se lhes tenha pretendido, por isso, atribuir personalidade jurídica. É certo que indivíduos e empresas já gozam de personalidade em direito interno, e que essa virtude poderia repercutir no plano internacional na medida em que o direito das gentes não se teria limitado a protegê-los, mas teria chegado a atribuir-lhes a titularidade de direitos e deveres - o que é impensável no caso de coisas juridicamente protegidas, porém despessoalizadas, como as florestas e os cabos submarinos." [10]

Como ressalta Rezek, para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional é preciso existir uma prerrogativa ampla, no âmbito dos foros internacionais, para a reclamação do indivíduo e garantia de seus direitos, além deste procedimento ter que resultar em uma norma geral. Por essa razão, a efetividade do acesso direto do indivíduo mostra-se limitada, pois os foros internacionais nos quais o indivíduo tem acesso exigem um compromisso do Estado em autorizar este acesso, bem como um vínculo jurídico de sujeição entre o Estado e o demandante, em regra, a nacionalidade.[11]

Não obstante as balizadas críticas, o indivíduo tem a possibilidade de discutir violações de seus direitos humanos nas esferas regionais e globais, de acordo com os requisitos demonstrados a seguir.

2 O ACESSO AOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 SISTEMA ONU

No plano internacional, a possibilidade de o indivíduo peticionar é prevista pela Convenção contra a Tortura, pelo Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, pela Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Quanto à Convenção sobre a Tortura, o dispositivo específico que cuida do acesso do indivíduo ao respectivo Comitê é o artigo 22, § 1º.^[12] Além da autorização soberana do Estado-Parte, o peticionamento do indivíduo depende de: (1) a questão não estar sendo analisada perante outra instância internacional de investigação ou solução (artigo 22, § 5º, *a*); (2) existir o esgotamento dos recursos internos (artigo 22, § 5º, *b*, primeira parte), a menos que "a aplicação dos mencionados recursos se prolongar injustificadamente, ou, quando não for provável que a aplicação de tais recursos venha a melhorar realmente a situação da pessoa que seja vítima de violação da presente Convenção" (artigo 22, § 5º, *b*, segunda parte).

Por sua vez, o Protocolo Facultativo foi elaborado para assegurar o cumprimento do Pacto de Direitos Civis e Políticos e realizar a habilitação do Comitê dos Direitos do Homem, a fim de receber e analisar as comunicações provenientes de particulares que se considerem vítimas de uma violação dos direitos humanos enunciados no referido Pacto Internacional. Há duas limitações presentes no artigo 1º: (1) o indivíduo necessita de que o respectivo Estado em que esteja seja aderente ao Protocolo e (2) a comunicação deve se dirigir contra o Estado que seja parte no Protocolo. O Comitê não examinará a comunicação se a questão estiver sendo examinada por outra instância internacional (artigo 5º, § 2º, *a*). Além disso, como visto também na disposição anterior, é necessário o esgotamento dos recursos internos (artigo 2º; artigo 5º, § 2º, *b*, primeira parte), a não ser que os processos internos excedam prazos razoáveis (artigo 5º, § 2º, *b*, segunda parte).

A Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial estabelece que toda pessoa pode invocar todos os direitos estabelecidos nela, sem qualquer distinção de raça, cor ou origem nacional. Todavia, é necessário que o Estado-Parte na Convenção também reconheça a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, os quais alegam serem vítimas de ofensa a qualquer um dos direitos previstos na Convenção por um Estado-Parte (artigo 14, § 1º).

Ademais, nessa Convenção Internacional também subsiste a necessidade de esgotamento dos recursos internos (artigo 14, § 2º, parte final, § 7º, *a*, segunda parte), a menos que os processos internos excedam prazos razoáveis (artigo 14, § 7º, *a*, parte final). Há, ainda, a possibilidade de se designar um órgão interno para cuidar da questão (artigo 14, § 2º), de modo que apenas haverá apreciação no âmbito internacional pelo Comitê (dentro de um prazo de seis meses) se a vítima não obtiver reparação satisfatória do órgão criado ou designado pelo Estado-Parte (artigo 14, § 5º)^[13].

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui um protocolo facultativo que permite o acesso do indivíduo a um Comitê para os Direitos das Pessoas

com Deficiência. Esta Convenção, adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembléia Geral n.º 61/106, surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência[14].

Simbolicamente, este instrumento internacional representa um importante elemento na luta contra a violação dos direitos humanos. Situada na quarta fase da história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, a Convenção tem como escopo transformar a pessoa com deficiência - antes objeto de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos - em verdadeiros sujeitos, titulares de direitos de inclusão social. Busca conferir ênfase na relação da pessoa com deficiência e no meio em que ela se insere, fazendo com que a pessoa assuma uma construção coletiva, para se eliminar obstáculos às pessoas com deficiência, sejam eles culturais, físicos ou sociais, que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos[15].

A Convenção possui oito princípios inspiradores (artigo 3º): (1) o respeito pela dignidade e independência inerente à pessoa, sua autonomia individual, inclusive a liberdade de tomar as próprias decisões; (2) a não-discriminação; (3) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (4) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (5) a igualdade de oportunidades; (6) a acessibilidade; (7) a igualdade entre o homem e a mulher e (8) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e o direito à preservação de suas identidades.

O propósito maior da Convenção está na promoção, proteção e garantia do pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Para tanto, a Convenção demanda dos Estados-Partes uma atuação e movimentação das instituições públicas, com medidas legislativas e administrativas, para o fiel cumprimento da Convenção e dos princípios acima relacionados[16].

Como acima registrado, o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI inova quanto ao tratamento conferido à pessoa com deficiência. Ao passar de objeto a sujeito, esta inovação paradigmática espalha-se nas disposições da Convenção. Além das garantias em consonância com o direito internacional dos direitos humanos (artigo 14, inciso 2) e da determinação da participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre (artigo 24, inciso 1, alínea "c"), as pessoas com deficiência devem ser consultadas pelos Estados-Partes na elaboração e na implementação de legislação e políticas para aplicar a Convenção e em outros processos de tomada de decisão de seu interesse (artigo 4º, inciso 3).

Frise-se, ademais, que a pessoa com deficiência, além dos dispositivos de participação previstos pela Convenção, pode utilizar-se do mecanismo de monitoramento dos direitos previstos neste tratado internacional, por meio do peticionamento individual. O Protocolo Facultativo à Convenção, adotado também em 13 de dezembro de 2006, reconhece a competência do Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência[17] para receber e apreciar petições de indivíduos ou grupos de indivíduos vítimas de violação - por um Estado-Parte - dos direitos previstos na Convenção (artigo 1º).

O artigo 2º do Protocolo Facultativo contempla os requisitos de admissibilidade: (a) a comunicação não pode ser anônima; (b) não pode constituir abuso de direito ou ser

incompatível com as disposições da Convenção; (c) o peticionário não pode estar litigando em outro sistema internacional ou a matéria não pode ter sido examinada pelo Comitê; (d) é necessário esgotar previamente os recursos internos disponíveis, a não ser que exista prolongamento injustificado ou ausência de efetividade do recurso; (e) se a comunicação for precária ou com a ausência de fundamento e (f) se os fatos que motivaram a comunicação tiveram ocorrido antes da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado-Parte em apreço, salvo se os fatos continuaram ocorrendo após aquela data.

Em relação aos requisitos para o acesso direto ao Comitê, o Protocolo Facultativo, em regra, segue a conformação dos demais tratados internacionais sobre o tema, observando, nesse contexto, algumas evoluções dos sistemas regionais de proteção (a seguir expostos), como a questão da efetividade e da duração dos recursos para a regra do esgotamento das impugnações dos sistemas jurídicos nacionais.

Todavia, o Protocolo Facultativo caminha na contramão da evolução do direito internacional dos direitos humanos, na medida em que prevê a comunicação confidencial do Estado-Parte em relação à demanda que é apresentada ao Comitê (artigo 3º), bem como em relação à realização de sessões fechadas para examinar as reclamações acerca da violação dos direitos contidos na Convenção (artigo 5º).

Por fim, ainda que a conformação institucional do acesso do indivíduo no plano internacional, na busca contra a violação dos direitos humanos, não se consubstancie com a evolução que o direito internacional dos direitos humanos apresenta, é importante registrar nominalmente o entendimento de Antonio Cassese[18]. Para ele, representa um notável avanço do direito internacional contemporâneo a situação jurídica do indivíduo, ainda que a capacidade jurídica comporte limitações, como acima demonstradas, pois o direito de petição individual, o qual assegura ao indivíduo o acesso direto à justiça internacional, é uma conquista definitiva do direito internacional dos direitos humanos[19].

2.2 SISTEMA REGIONAL EUROPEU

A Convenção de Salvaguarda de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - conhecida como Convenção Européia de Direitos Humanos[20] - fundamenta a proteção européia de direitos humanos. Gestada a partir da inspiração da Declaração Universal de Direitos do Homem[21], o pacto europeu de direitos humanos constitui o modelo mais aperfeiçoado de garantia efetiva dos direitos humanos no âmbito internacional, uma vez que oferece aos indivíduos a possibilidade de controle jurisdicional acerca do respeito pelos direitos fundamentais previstos na Convenção[22].

Com forte inspiração no momento histórico do pós-guerra, a Convenção Européia enquadra-se no movimento de dotar a Europa de um instrumento que abarque direitos e liberdades, bem como os valores políticos e culturais comuns dos regimes políticos que adotam o conteúdo democrático para o seu sistema[23].

A Convenção Européia conferiu à Corte Européia de Direitos Humanos (doravante E.C.H.R.)[24] a competência para se auto-organizar e estabelecer os termos do processo

por meio do seu Regulamento. As regras processuais nele previstas são simples, sem formalismos excessivos, o que permite procedimentos de fácil compreensão[25].

A Convenção Européia de Direitos Humanos possui uma dupla dimensão para o acesso ao sistema regional europeu de proteção: a normativa e a institucional.

A dimensão normativa consiste na proteção emanada pelos direitos fundamentais nela previstos cujo escopo reside na preservação da integridade e da liberdade da pessoa humana. Os direitos humanos fazem remissão à identidade da pessoa humana e transcendem a proclamação contida nos textos nacionais e internacionais. Na verdade, não se cria direitos humanos, entretanto, se reconhece o direito de ser uma pessoa, valor considerado permanente e anterior a todo e qualquer ato político. Trata-se, sobretudo, do caráter objetivo dos direitos fundamentais, pois os direitos não são atribuídos em função de um estatuto revogável, mas sim pela natureza de pessoa humana. Assim, o sistema convencional transcende os interesses dos Estados e fundamenta uma solidariedade comum, que se apresenta na perspectiva da fruição e no plano da garantia dos direitos fundamentais[26].

Nesse aspecto, a Convenção Européia possui força jurídica vinculante sobre os Estados-Partes, de modo que ela não se contenta em apenas reconhecer os direitos fundamentais, mas os erige em categoria jurídica. Assim, pela primeira vez no âmbito do direito internacional, há um regime protetor sobre direitos fundamentais. Nessa matéria, a "jurisdicionalidade" da regra "condiciona a eficácia de sua garantia e eventual sanção pelo seu descumprimento", demonstrando que nenhuma proteção internacional pode ser considerada séria em sua efetivação "se ela não vem acompanhada por mecanismos jurisdicionais apropriados"[27].

O próprio sistema regional assevera que as obrigações assumidas pelos Estados-Partes à Convenção guardam um caráter objetivo cujo escopo reside na proteção dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana contra violação cometida por qualquer Estado-Parte e não em criar direitos subjetivos e recíprocos para os próprios Estados-Partes[28]. Posteriormente, a Corte Européia propôs - no caso *Wemhoff vs. Alemanha* - uma interpretação da Convenção, a fim de alcançar o seu objetivo e não restringir em demasia a obrigação dos Estados-Partes[29]. Nesse sentido, no caso *Lingüístico Belga*, a Corte asseverou que a proteção eficaz dos direitos humanos implicava um equilíbrio estabelecido entre "a proteção do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais a que se atribuía importância especial."[30]

No relatório sobre o caso *Golder vs. Reino Unido*, a Comissão Européia realizou a defesa do caráter objetivo da Convenção, rejeitando uma interpretação restritiva de seus dispositivos que dificultasse ou impedisse a realização de seus propósitos. Para a Comissão, a consideração mais decisiva era a de que

"A função primordial dessa Convenção é a de proteger os direitos do indivíduo e não a de estabelecer obrigações mútuas entre os Estados a serem interpretadas restritivamente à luz da soberania desses Estados. Ao contrário, a função da Convenção e a função de sua interpretação é a de tornar a proteção do indivíduo efetiva. É verdade que isso representa apenas o "primeiro passo" para a fiscalização e concretização dos direitos humanos como diz o Preâmbulo. Mas este fato não pode se justificar apoiado em interpretações restritivas, indo de encontro ao todo proposto."[31]

Posteriormente, no julgamento do caso *Goldier vs. Reino Unido*, a E.C.H.R. corroborou a tese exposta pela Comissão Europeia, isto é, uma interpretação da Convenção à luz de seu propósito fundamental, como um passo em direção à implementação coletiva dos direitos humanos, ao defender o direito de acesso à própria Corte para a apreciação da violação de direitos humanos[32].

Nesse contexto da perspectiva objetiva do sistema regional, no âmbito da Convenção, uma hierarquia formal é estabelecida entre os direitos por ela protegidos. Trata-se da distinção entre direitos intangíveis (o núcleo intocável da Convenção) e os direitos condicionados. Os primeiros são aqueles em que os membros do sistema regional de proteção não podem restringir ou eliminar. Eles devem ser mantidos intactos, pois "beneficiam todas as pessoas, em todos os lugares, em todas as circunstâncias". São cinco os direitos fundamentais - referentes à integridade física e moral da pessoa humana e à liberdade - que formam o padrão mínimo do direito europeu dos direitos humanos: (1) direito à vida (artigo 2º); (2) direito a não ser torturado ou a não sofrer tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3º); (3) direito a não ser colocado em condição de escravidão ou ser constrangido ao trabalho forçado (artigo 4º); (4) direito a não-retroatividade da lei penal (artigo 7º) e (5) direito à regra do *non bis in idem* (artigo 4º, Protocolo n.º 7).[33]

Quanto aos demais direitos fundamentais, eles são condicionados e variam conforme as relações culturais. Eles estão suscetíveis à realização de ponderação com a "cláusula geral de ordem pública", a qual autoriza o Estado-Parte a restringir o exercício do seu núcleo essencial, sem a sua respectiva exclusão. Esta técnica tem fundamento no artigo 15, § 1º, da Convenção, ou nos parágrafos 2º de determinados dispositivos, como os artigos 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), 9º (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), 10 (liberdade de expressão) e 11 (liberdade de reunião e de associação) da Convenção, bem como, ainda, no artigo 2º, §§ 3º e 4º, do Protocolo n.º 4.

Tais tipos de direitos fundamentais formam uma espécie de "direitos comuns" de direitos humanos e o exercício do conteúdo contido no respectivo núcleo essencial dependerá do caso concreto a ser analisado cuja restrição deve estar prevista em lei e necessária em uma sociedade democrática para a proteção da ordem pública[34].

Em sua dimensão institucional, a E.C.H.R. possui dois tipos de controle com previsão na Convenção Europeia de Direitos Humanos. O primeiro está previsto no artigo 33 da Convenção[35] e consiste na denúncia de um Estado-Parte do descumprimento do conteúdo da Convenção por outro Estado-Parte. Aqui, a Convenção Europeia excepciona os princípios fundamentais do direito internacional clássico, como o princípio da competência nacional exclusiva (proteção diplomática), em que o vínculo nacional efetivo de um indivíduo a um determinado Estado o autoriza a acionar uma eventual proteção. Ao contrário do que estabelece tal princípio, a Convenção Europeia encarrega os Estados com obrigações dissociadas ao princípio da reciprocidade internacional. Em outros termos, o Estado-Parte é obrigado a garantir os direitos protegidos aos seus nacionais, bem como aos demais indivíduos que estejam sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, sendo reconhecido "como aquele que submete à apreciação da Corte uma questão relativa à ordem pública da Europa".[36]

Destaque-se que qualquer Estado-Parte na Convenção é competente para denunciar outro Estado-Parte por violação dos direitos e liberdades que ela consagra, independentemente de qualquer aceitação por este do direito de queixa. A possibilidade da Corte examinar uma queixa interestadual depende da reunião de vários fatores que delimitam sua competência em razão da matéria, da pessoa, do tempo e do lugar.[37]

Com efeito, o Estado-Parte autor da queixa não age como vítima ou como representante dos seus nacionais. Atua para preservar os interesses da Convenção, apresentando em uma perspectiva objetiva argumentos que interessam a ordem pública europeia. Não há, portanto, qualquer indício de reciprocidade ou de direitos e obrigações entre os Estados-Partes litigantes[38] e não interessa se determinado Estado-Parte não reconheça o Governo de outro Estado-Parte, em função da construção de uma ordem pública europeia[39].

Por outro lado, o segundo instrumento é o direito de petição previsto no artigo 34 da Convenção[40], que, atualmente, pode ser exercido por qualquer indivíduo, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considerem vítima de violação dos direitos reconhecidos pelo sistema europeu, cometida por qualquer um dos Estados-Partes[41]. Logo, podem apresentar queixa perante a Corte quaisquer pessoas individuais ou coletivas, tais como sociedades, sindicatos, partidos políticos, associações, bem como instituições religiosas e grupos de particulares que constituam uma associação informal (em geral temporária, de duas ou mais pessoas que tenham interesses idênticos)[42].

De outra parte, o sujeito passivo dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção é sempre um Estado-Parte e nunca um particular, ainda que, em algumas situações, o autor direto da ofensa não seja o Estado[43].

Originariamente, o acesso direto do indivíduo era realizado perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que representava um contexto de relatividade e de conciliação entre interesses individuais e estatais, uma vez que o indivíduo acessava diretamente a Comissão (órgão de apuração e conciliação), mas não podia acessar diretamente o órgão jurisdicional (a E.C.H.R.). À época, a jurisdição da Corte era facultativa, e havia compartilhamento do poder decisório com o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. No entanto, havia duas deficiências do sistema: (1) a complexidade o tornava pouco transparente para um eventual requerente e (2) o caráter híbrido - metade "jurídica" e metade "política" - afetava totalmente sua credibilidade[44].

Ao abrigo do antigo sistema, os casos originários propostos pelos indivíduos e organizações não-governamentais só poderiam ser analisados se o Estado-Parte tivesse reconhecido a competência da Comissão sobre a matéria, e esta apenas poderia ser decidida pela Corte se o Estado-Parte tivesse declarado a aceitação de sua jurisdição. Todos os Estados aceitaram o direito de petição individual, o qual, como mecanismo de controle instituído pela Convenção, tornou-se, de fato, uma condição para a admissão perante a Organização. Nisto, a jurisdição da Corte, como previsto no artigo 34, tornou-se obrigatória[45].

Sob a sistemática anterior, havia casos capazes de serem objeto de uma decisão judicial (porque a jurisdição da Corte poderia ser reconhecida), mas não eram necessariamente

decididos, uma vez que nem a Comissão e nem o Estado-Parte submeteram a matéria à Corte, e assim foi deixado de lado pelo Comitê dos Ministros[46]. Este tipo de situação, que era ligada ao fato de o indivíduo não ter competência para submeter o seu caso perante a Corte, foi sanada parcialmente pelo Protocolo n.º 9, que abriu aos requerentes individuais a possibilidade de transmitir o caso ao Tribunal, mas sob a reserva de ratificação do referido Protocolo pelo Estado demandado e da aceitação da transmissão por um comitê que realizou uma filtragem.[47]

A crescente carga de trabalho[48] originou debates com o intuito de simplificar a estrutura por meio da criação de uma Corte única e permanente, a fim de (a) diminuir a duração dos processos, (b) reforçar o caráter judicial do sistema e (c) torná-lo completamente obrigatório. O protocolo n.º 11 - fruto destes debates[49] - entrou em vigor em 1.º.11.1998 e previa um período de transição até 31.10.1999, no qual a Comissão cuidaria dos casos admitidos antes dessa data[50].

Perante o reforço do caráter judicial do sistema, a apreciação do direito de petição como método de implementação dos direitos humanos no plano internacional deve levar em conta a legitimidade dos peticionários e as condições do uso e da admissibilidade das petições. Os dois instrumentos - tanto do artigo 33 como do artigo 34 da Convenção - são aptos a realizar a verificação de compatibilidade dos sistemas jurídicos nacionais com os ditames do conteúdo normativo previsto pela Convenção Européia, o chamado controle de convencionalidade. Todavia, inicialmente, apenas os Estados-Partes tinham a autorização para realizar tal verificação em concreto (em um caso específico) e em abstrato, enquanto que o exercício de petição individual permitia o exame da convencionalidade apenas em concreto. É o que entendia a E.C.H.R. no caso *Golder vs. Reino Unido*[51], em que o indivíduo não poderia suscitar à E.C.H.R. que determinada lei não era compatível com a Convenção, mas apenas poderia fazê-lo se a lei fosse aplicada em prejuízo a um direito fundamental, previsto na Convenção.

A E.C.H.R. evoluiu seu posicionamento de modo que o indivíduo pode acessar a Corte se demonstrar que uma lei supostamente contrária aos ditames da Convenção (a partir da avaliação de percepção de risco) possa lhe ser aplicada, o que feriria o seu direito fundamental em abstrato. Desse modo, qualquer indivíduo pode atacar a convencionalidade de qualquer norma geral de seu Estado. Este entendimento restou consignado no caso *Norris vs. Irlanda* (1988), em que a E.C.H.R. asseverou:

"A Corte também concorda com o Governo que as condições que regem cada pedido ao abrigo do artigo 25 da Convenção não são necessariamente os mesmos que os critérios nacionais relativos ao *locus standi*. As regras nacionais a este respeito poderão servir finalidades diferentes das contempladas pelo artigo 25 e, ao mesmo tempo em que às vezes podem ter os mesmos efeitos análogos, eles não precisam ser sempre assim (...).

Seja como for, a Corte decidiu que o artigo 25 da Convenção habilita os indivíduos para sustentarem que uma lei viola os seus direitos por si só, na ausência de uma medida individual de implementação, se eles correm o risco de serem diretamente afetados por ela (...)." [52]

Assim, sob o manto da Convenção Européia de Direitos Humanos, a construção de uma jurisprudência reconhecendo a autonomia do direito de petição individual vem sendo desenvolvida, o que transforma o direito ao recurso individual na pedra angular do

mecanismo de salvaguarda instaurado pela Convenção[53]. Além do controle em abstrato de convencionalidade, outra consequência decorrente destes julgados é a interpretação do conceito de vítima, o qual deve ser visto de forma autônoma, independentemente de conceitos de direito interno.

A Corte é a única competente para decidir se o interessado é vítima para os efeitos do artigo 34 da Convenção[54]. Assim, a noção de vítima deve ser entendida de uma forma autônoma, independentemente da maneira como o ordenamento jurídico interno de cada Estado-Parte regule o interesse e a qualidade de agir. Nesse aspecto, ainda que não exista capacidade de agir em nível interno, isso não afeta a possibilidade de a vítima apresentar a própria queixa[55].

É considerado "vítima" quem for diretamente atingido pelo ato objeto do litígio, sofrendo ou correndo o risco de sofrer os seus efeitos[56]. A qualidade de vítima não depende sempre da existência de prejuízo[57], mas está associada à eficácia do recurso interno, ou seja, dependerá da compensação que o recurso interno lhe tiver concedido[58].

Por outro lado, o requerente deve manter a qualidade de vítima ao longo do processo e não apenas quando da apresentação da queixa. Se o interesse desaparece, tendo em vista o reconhecimento e a reparação do dano, a queixa deve ser arquivada, face ao caráter subsidiário. Todavia, uma decisão favorável ao requerente não é suficiente para lhe retirar a qualidade de vítima. Aliás, mesmo com a alteração da legislação em descompasso com a Convenção, o *status* de vítima permanece se a situação criada for mantida.[59]

Com efeito, um elemento importante ao qual deve ser dado enfoque é a participação da família e de pessoas próximas à vítima em temas de violação de direitos humanos. A Corte iniciou a preocupação com esse tema em função do tratamento das consequências da morte do requerente durante a pendência do processo perante o sistema regional. Inicialmente, a morte do requerente implicava o arquivamento da queixa, salvo se a causa fosse transmissível e os respectivos herdeiros poderiam substituir o requerente[60].

Se a vítima está impossibilitada de agir, outra pessoa pode apresentar a queixa em nome dela[61]. Além dessa hipótese de representação processual, nos casos em que existe um vínculo particular e pessoal com a vítima (sem, necessariamente, ser um laço familiar), admite-se a apresentação de queixa, em nome próprio, por aqueles que se considerem "vítima indireta". Em outras palavras, pelos que possam alegar que a violação lhes causou um prejuízo ou que têm interesse pessoal válido em que seja posto termo à ofensa. É o caso de pais e irmãos apresentados como vítimas em função do falecimento de seu parente[62] ou por pessoas que conviveram em comum - como em união estável - por um longo período[63] e desejam o reconhecimento e a reparação da violação de determinados direitos fundamentais.

A questão de saber se um parente também é vítima depende de parâmetros de aferição traçados pelos casos concretos analisados pela Corte que se baseiam na existência de fatores particulares que conferem a esse parente uma dimensão e um caráter distintos da perturbação afetiva comum a esses casos. Entre esses fatores, figuram a proximidade do parentesco, as circunstâncias particulares da relação, a medida que o parente

testemunhou os acontecimentos, a forma como as autoridades públicas reagiram a seus pedidos. Logo, é a atuação do parente perante as autoridades públicas na busca da resolução da questão que constitui a essência da violação e se distancia da emoção natural da perda do falecido[64].

Há ainda casos em que parentes e entes próximos da vítima falecida buscam proteger a sua memória e o reconhecimento simbólico da violação de determinado direito fundamental. É o caso, por exemplo, da viúva que deseja ver seu falecido esposo considerado inocente perante a sociedade[65].

Desse modo, ponderou a Corte que as condições regentes das petições individuais não coincidem com os critérios nacionais referentes ao *locus standi* (legitimidade das partes), o que transmite a idéia de autonomia do direito de petição individual no plano internacional, independentemente do plano interno. Assim, os elementos fixados por esta jurisprudência podem ser aplicados a outros procedimentos de tratados de direitos humanos que requerem a condição de vítima para o exercício de petição individual[66], configurando o mecanismo de "fertilização cruzada" na proteção internacional dos direitos humanos[67].

2.3 SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (assinada em San José, Costa Rica, em 1969, em uma Conferência Intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos) entrou em vigor em 1978, quando o décimo primeiro instrumento de sua ratificação foi depositado.[68]

A Convenção Americana divide-se no Preâmbulo e em três grandes partes. O Preâmbulo contém a meta de alcance das liberdades pessoais e de justiça social, a partir do respeito pelos direitos da pessoa humana e o reconhecimento da proteção internacional desses valores fundamentais. Por meio dos princípios, o Preâmbulo da Convenção busca alcançar o ideal do ser humano livre, isento do medo e da miséria, a partir da criação de condições que permitam a cada pessoa gozar dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como da máxima efetivação dos seus direitos civis e políticos. A estrutura, a competência e o processo dos órgãos encarregados da busca por este ideal estão contidos nas partes da Convenção.

O tratamento do direito de petição individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos não dispõe do acesso universal e irrestrito do indivíduo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CORTE I.D.H.), em um primeiro momento. Neste sistema regional, o acesso universal é franqueado apenas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante COMISSÃO I.D.H.)[69].

O sistema de peticionamento é definido pelo artigo 44, em que qualquer indivíduo ou grupo de pessoas, ou ainda organização não-governamental legalmente reconhecida em um Estado-Membro da OEA pode apresentar petições que contenham denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos previstos pela Convenção por um dos Estados-Partes.

Diferentemente da Corte Européia de Direitos Humanos, para ser objeto de "ataque" do sistema de peticionamento, o Estado-Parte deve declarar que reconhece a competência

da COMISSÃO I.D.H. para receber e examinar as comunicações de violação dos direitos humanos, nos termos do artigo 45. Caso o Estado-Parte não apresente declaração deste tipo, a COMISSÃO I.D.H. não poderá admitir nenhuma comunicação contra ele.

O artigo 46 (inciso 1) prevê os requisitos de admissibilidade da comunicação que aponte ofensa aos direitos humanos. Para o conhecimento da petição, será necessário: (a) o esgotamento dos recursos previstos na jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; (b) a apresentação dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; (c) que não haja litispendência internacional, ou seja, que a matéria objeto da petição não esteja pendente de outro processo se solução internacional e (d) no caso de comunicação individual, de grupos ou por entidades não-governamentais legalmente registrada em um Estado-Parte da OEA, a petição deve conter o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa (ou pessoas) ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Por outro lado, o inciso 2 do artigo 46 estabelece a possibilidade de relativização do esgotamento dos recursos internos e do prazo de seis meses. Estas restrições não serão aplicadas quando: (a) não existir, no âmbito da jurisdição interna, o devido processo legal para cuidar dos direitos que estão sendo alegados como violados; (b) não ter sido permitido à suposta vítima o acesso aos recursos de jurisdição interna ou houver o impedimento de esgotamento e (c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A COMISSÃO I.D.H. declarará a comunicação inepta (artigo 47) quando (a) não preencher os requisitos acima elencados (estabelecidos pelo artigo 46, inciso 1); (b) não expuser os fatos caracterizadores da afronta aos direitos humanos protegidos pela Convenção; (c) pela exposição infundada ou for evidente a improcedência do pedido na comunicação; e (d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior já examinada pela COMISSÃO I.D.H. ou por outra instância ou organismo internacional.

Com o decorrer da evolução do sistema interamericano, outros mecanismos de proteção dos direitos humanos facultaram o acesso do indivíduo, grupos de indivíduos e entidades não-governamentais ao sistema. O Protocolo Adicional de San Salvador determina a utilização do peticionamento individual perante a COMISSÃO I.D.H. (e eventualmente perante a CORTE I.D.H.) quando o direito à organização sindical (artigo 8º, inciso I, alínea "a") e o direito à educação (artigo 13) forem violados por uma ação diretamente imputável a um Estado-Parte signatário do Protocolo[70].

Nessa mesma linha, a terceira parte do artigo 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece que, se as pessoas são submetidas à tortura, o caso poderá ser submetido às instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado, uma vez esgotado os procedimentos jurídicos internos.

Com o Regulamento da COMISSÃO I.D.H.[71], no seu artigo 23, a possibilidade do indivíduo, grupo de indivíduos e ONGs acessarem o sistema tornou-se institucionalmente elástica, visto que as petições podem ser interpostas sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos em todos os tratados protetivos do sistema

interamericano: na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento.

Por um lado, esse sistema de peticionamento merece ser revisto com certa urgência, uma vez que os indivíduos não estão legitimados para levar uma demanda perante a CORTE I.D.H. diretamente. Dessa forma, se um Estado-Parte obteve a vitória em um assunto no âmbito da COMISSÃO I.D.H., não há incentivo (seja pela COMISSÃO I.D.H., seja pelo Estado-Parte) de submeter (ainda que seja outro o julgamento) à CORTE I.D.H., a qual representa a única via para que todos os meios de proteção operem de forma plena[72].

A violação dos direitos humanos conduz o sujeito à posição central do sistema, na medida em que as atrocidades cometidas despertam a consciência jurídica dos povos para a necessidade de revisar as próprias bases do sistema internacional. Esta mudança corresponde ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados respondam pela maneira como tratam as pessoas que se encontram sob sua jurisdição, a fim de evitar novas ofensas aos direitos humanos[73].

A sentença de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos serve para um amplo propósito, pois não apenas resolve as questões jurídicas suscitadas em um caso concreto, mas também tem o escopo de esclarecer e desenvolver o sentido das normas de direitos humanos e, desse modo, contribuir para a sua obediência pelos Estados-Partes[74].

Com essa orientação, no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, a CORTE I.D.H. consagrou a natureza jurídica e o alcance do direito de petição individual. Além de resgatar a posição do sujeito como parte central do sistema jurídico, assevera que o direito de petição contribui para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados-Partes, incluindo a influência na mudança do sistema jurídico interno e da prática dos órgãos públicos do Estado. Afirma, ainda, que a legitimidade do direito de petição estende-se a todo e qualquer peticionário, inclusive pode prescindir da manifestação da própria vítima, o que amplia a eficácia de sua abrangência, isto é, além de qualquer pessoa - nacional, estrangeiro, refugiado ou apátrida - poder peticionar, necessariamente não precisa ser vítima, podendo resguardar o direito de terceiros[75].

Foi o que aconteceu no caso em análise, em que a entidade peticionária - FASIC, entidade não-governamental com registro no Chile - não precisou adequar-se aos requisitos legais de um determinado ordenamento jurídico interno, pois supriu o requisito exigido pelo artigo 44 da Convenção Americana: é registrada em um dos países membros da OEA. Além de demonstrar a característica da desnacionalização[76], a proteção dos direitos humanos acionada pelo exercício do direito de petição individual se efetua à luz da noção de garantia coletiva, demonstrando o amplo alcance conferido ao artigo 44 da Convenção[77].

Nesse caso específico, restou de forma emblemática a posição de Antônio Augusto Cançado Trindade, à época Juiz da CORTE I.D.H., na defesa do direito de petição individual. Para ele, cada uma das ações realizadas pelas instituições no contexto do direito internacional dos direitos humanos tem contribuído, a seu modo, para o gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante na esfera internacional[78].

A noção de "vítima" tem experimentado considerável expansão, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, principalmente por meio da construção jurisprudencial dos órgãos de proteção internacionais, os quais passaram a especificar em vítimas diretas e indiretas, vítimas potenciais, isto é, a que demonstram um interesse pessoal potencial reconhecidamente na solicitação de seus direitos[79].

O sistema interamericano possui suas peculiaridades que o distingue dos demais sistemas regionais e globais de proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, a Convenção Americana avança em relação aos demais, em especial na legitimidade das partes para a causa. Ela amplia o direito de petição inclusive para terceiros, em função de o tratamento particular que a violação dos direitos contidos na Convenção se apresenta - detidos incomunicáveis ou desaparecidos, dentre outras situações[80].

O direito de petição individual abriga a última esperança dos que não encontram justiça no nível nacional. Aqui, cabe transcrever trecho do voto do Juiz Cançado Trindade:

"En las audiencias públicas ante la Corte Interamericana, en distintos casos, - sobre todo las audiencias relativas a reparaciones, - me ha llamado particularmente la atención el señalamiento, cada vez más frecuente, por parte de las víctimas o de sus familiares, en el sentido de que, si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. Seamos realistas: sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*."[81]

Embora ainda não tenha o acesso universal do sujeito à CORTE I.D.H., o sistema interamericano desenvolveu evoluções em torno da participação do indivíduo perante o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos ao longo de sua caminhada institucional. No ano de 2001, uma reforma do Regulamento da CORTE I.D.H. permitiu a participação do indivíduo de forma plena, quando o processo já estivesse no âmbito de apreciação da CORTE I.D.H.[82].

Durante o seu Octogésimo Segundo Período Ordinário de Sessões, na sessão celebrada no dia 29 de janeiro de 2009, a CORTE I.D.H. apresentou a Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar[83]. Nesse documento, a CORTE I.D.H. reconhece que se encontra inserida em um processo de reforma regulamentar cuja primeira fase foi concluída com as modificações expostas nesse documento.

Nesse momento institucional, a CORTE I.D.H. abriu-se para o diálogo em foros acadêmicos e institucionais de discussão, bem como fortaleceu suas relações de intercâmbio e debates com os Estados-Membros da OEA, com a COMISSÃO I.D.H. e

com a sociedade civil, aceitando sugestões e comentários críticos dos diversos atores e usuários do sistema interamericano sobre a reforma de seu Regulamento.

Dentre os temas objeto de modificação[84], o tratamento conferido à "vítima" e a participação de *amicus curiae* no processo de tomada de decisão são os assuntos que mais possuem identidade com o objeto desta pesquisa.

A partir dessa alteração, com vistas a fortalecer a participação da suposta vítima no processo, a CORTE I.D.H. considerou oportuno reformar o Regulamento, de modo que as declarações da suposta vítima não sejam consideradas provas testemunhais, isto é, não precisam ser juramentadas. Assim, as declarações das supostas vítimas serão valoradas, no contexto do caso, tomando em conta as características especiais das declarações.

A CORTE I.D.H. considerou apropriado omitir do regulamento qualquer referência aos familiares das supostas vítimas, uma vez que, de acordo com os precedentes da CORTE I.D.H., em determinadas circunstâncias, os familiares também serão considerados vítimas e, posteriormente, poderão ser credores de reparações que a CORTE I.D.H. possa estabelecer no futuro. Desse modo, esses familiares serão considerados como supostas vítimas e lhes serão aplicáveis todas as disposições regulamentares referentes a esta situação.

Por outro lado, quanto à participação dos *amicus curiae*, a instituição do artigo 41[85] no Regulamento da CORTE I.D.H. confirmou o novo colorido que o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos possui com o fluxo comunicativo dos participantes oriundos da sociedade civil.

Logo, a participação do indivíduo (como suposta vítima ou interessado no processo), torna-se relevante para a construção da esfera pública em matéria dos valores fundamentais, em especial na formulação jurisprudencial do direito internacional dos direitos humanos.

3 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS SISTEMAS REGIONAIS A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUJEITO: CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE UMA ESFERA PÚBLICA MUNDIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Os mecanismos coletivos de apuração da responsabilidade internacional do Estado em função da ofensa a direitos humanos têm sua importância devido ao efeito preventivo e à força interpretativa e simbólica que tais decisões criam na consolidação do conteúdo das normas de proteção dos direitos humanos[86].

Nesse aspecto, as cortes internacionais fortalecem sua atuação a partir da resolução dos *hard cases*. A CORTE I.D.H. não atua de forma diferente, pois realiza a construção da jurisprudência interamericana a partir dos casos difíceis e da análise das opiniões consultivas. Além da citação de precedentes das próprias cortes, como canais habituais de interpretação das normas nos diversos casos, a fim de demonstrar elementos de coerência dentro de uma série, verifica-se uma predisposição da CORTE I.D.H. para encontrar a solução. Assim, a Convenção é "esclarecida" pela atividade judicial

(consultiva e contenciosa) exercida pela CORTE I.D.H.[87] de tal modo que o precedente se alça com fonte do direito internacional.

A interpretação dos mecanismos da Convenção Americana deve se orientar pela manutenção da esfera de atuação da CORTE I.D.H., pois seria inadmissível subordinar tais mecanismos a restrições que tornem inoperante a função jurisdicional e, portanto, o sistema de proteção dos direitos humanos consagrado pela Convenção. A CORTE I.D.H. tem a competência, que é inerente e que atende a um imperativo de segurança jurídica, de determinar o alcance de sua própria jurisdição[88].

Nesse aspecto, como assinala a CORTE I.D.H. nos casos *Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein*, ambos contra o Peru:

"Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos (...) y su implementación colectiva."[89]

Com efeito, a construção jurisprudencial do sistema interamericano[90] tem permitido uma dinâmica de expansão dos direitos humanos na medida em que desenvolve a jurisprudência no aspecto procedimental, abordando o valor e o peso da prova, a questão do esgotamento das vias internas bem como fortalece o valor jurídico na sua dimensão substancial, reforçando o dever dos Estados-Partes de proteger e garantir direitos, normas de processo e balizando os critérios de reparação[91].

O método de interpretação que leva em consideração as normas de direito internacional geral interage com o princípio da primazia do texto, isto é, na aplicação de critérios objetivos de interpretação. Em matéria de proteção dos direitos humanos, os critérios objetivos de interpretação são mais idôneos, vinculados aos textos, do que às intenções das partes (critérios subjetivos), na medida em que tais tratados não são multilaterais, para benefício mútuo entre os Estados-Partes, mas cujo escopo é direcionado para a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente da nacionalidade, frente ao seu próprio Estado ou a outros Estados-Partes[92].

A ênfase ao critério objetivo de interpretação em matéria de direitos humanos é o típico caso de "fertilização cruzada", uma vez que este método de interpretação coincide com a jurisprudência de outros órgãos jurisdicionais, pois a defesa desse critério foi feita em outras instâncias internacionais. Todavia, esse método ganhou notoriedade com a sua adoção pela E.C.H.R. nos casos *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18.1.1978[93], *Soering vs. Reino Unido*, de 26.1.1989[94], e *Loizidou vs. Turquia*, de 23.3.1995[95]. Estes precedentes da E.C.H.R. foram citados pela CORTE I.D.H. nos casos *Constantine y otros*, *Benjamin y otros* e *Hilaire y otros*, todos contra *Trinidad y Tobago*[96].

É necessário, também, ressaltar a importância da atuação do indivíduo na construção da jurisprudência em sede de direitos humanos, pois a sua participação é tanto desejável como necessária para o desenvolvimento do sistema[97]. Em várias demandas, o exercício do direito de petição tem ido mais além, resultando em mudanças no sistema jurídico interno e na prática dos órgãos públicos do Estado.

Um dos principais julgados apreciados pela E.C.H.R. é o caso *Loizidou vs. Turquia*, levado à época pelo Chipre[98], em função da senhora Loizidou ter realizado o peticionamento individual perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos. Nesse caso, a E.C.H.R. assentou a noção de "ordem pública europeia", conceito que revela as exigências essenciais de uma vida em sociedade. Trata-se do estabelecimento de um conjunto de regras tidas como fundamentais para a concretização da sociedade europeia, de modo que esta decisão determina as condições de formação da ordem pública europeia e a sua respectiva função[99].

A ordem pública europeia se perfaz em torno de valores comuns, revelados por ações institucionais e pela interpretação do juiz europeu. Nesse aspecto, a conexão entre a Convenção Europeia e a noção de ordem pública é estabelecida pela E.C.H.R., quando leva em conta o caráter especial da Convenção Europeia como um instrumento de ordem pública para a proteção da pessoa humana e garantir a observância dos compromissos assumidos pelas "Altas Partes Contratantes"[100].

Ressalte-se que a Convenção Europeia não se resume a apenas a simples engagements interestatais, mas ela assegura, em nome de valores comuns e superiores aos Estados-Partes, a proteção dos interesses dos indivíduos, obrigações positivas perante os próprios Estados, não pelo consentimento destes, mas em função das conexões realizadas em nome daqueles. Isso porque o caráter objetivo da Convenção, instrumento de proteção da pessoa humana, funda-se na solidariedade comum e opõe-se ao princípio geral de reciprocidade do direito internacional[101].

Desse modo, a Convenção Europeia deve ser lida em função de seu caráter específico de tratado de garantia coletiva de direitos humanos e de liberdades fundamentais, uma vez que a sua natureza de instrumento de salvaguarda dos direitos humanos exige que as suas disposições sejam interpretadas de modo a torná-las efetivas. Além disso, é importante ressaltar que toda e qualquer interpretação dos direitos e liberdades garantidos tem de ser compatível com "o espírito geral da Convenção, um instrumento concebido para manter e promover os ideais e os valores de uma sociedade democrática"[102].

O direito de peticionamento no âmbito do sistema regional europeu estabelece uma verdadeira ação pública e encarrega as partes contratantes de assegurar a salvaguarda de direitos humanos, de maneira coletiva e solidária, uma vez que o peticionário, ao exercer essa função, o faz não apenas em interesse próprio, mas para definir e proteger valores comuns, estabelecidos pela irradiação do próprio sistema[103].

Com efeito, ao afirmar que o espírito geral da Convenção Europeia é o de "salvaguardar e promover os ideais e valores de uma sociedade democrática"[104], a E.C.H.R. coloca a "sociedade democrática" em valor central da ordem pública europeia[105], enumerando, por meio da interpretação, os princípios estruturais desse modelo de sociedade: (a) o princípio da dignidade da pessoa humana[106]; (b) o princípio da

proeminência do direito[107]; (c) o princípio do pluralismo[108]; e (d) o princípio da não-discriminação[109]. A E.C.H.R. elenca os artigos 2º e 3º da Convenção Européia como os que contêm as disposições mais fundamentais. Embora a ordem pública européia não seja formada apenas por esses princípios, eles são portadores dos valores comuns essenciais e constituem a estrutura fundamental da ordem pública européia de direitos humanos, constituindo os princípios diretores de toda a atividade dos Estados[110].

A formação da ordem pública européia tem como norte a vontade progressista apresentada pela construção da jurisprudência da E.C.H.R., que busca assegurar a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos humanos. Restou consignado no caso Loizidou que a Convenção Européia necessita de uma interpretação que torne as exigências concretas e com efetividade, o que acarreta uma interpretação evolutiva da Convenção, considerada um instrumento vivo, a ser interpretado sob o manto das condições de vida atuais[111]. O interesse da construção jurisprudencial realizada por este caso é aquele de precisar que esta interpretação evolutiva não se limita às disposições normativas da Convenção, mas permite ajustá-la à evolução de idéias e costumes, inclusive sobre o próprio controle jurisdicional[112].

Nesse contexto, a função da ordem pública européia possui duas dimensões: (a) uma dimensão procedimental e (b) uma dimensão material. A função procedimental situa-se claramente na decisão do caso Loizidou, a qual confere à Convenção a missão de defender a ordem pública européia. Em consonância com o disposto no corpo da decisão, as disposições procedimentais referentes ao direito de recurso individual e à jurisdição obrigatória da E.C.H.R. são disposições essenciais para a efetividade desse sistema regional[113], de modo que a ordem pública européia, estruturada sobre esses fundamentos, prevalece sobre o princípio da autonomia da vontade estatal. Logo, esta ordem pública determina a total submissão do Estado-Parte ao controle da Convenção, tornando sem efeito as regras de direito internacional clássicas, utilizadas pelo Estado[114].

Por outro lado, a função material da ordem pública européia impede que um acordo celebrado com um terceiro Estado possa gerar efeitos contrários à Convenção. Trata-se, sobretudo, de um parâmetro objetivo de exposição dos valores comuns do instrumento de proteção e a ponderação com as normas externas, as quais, se apontarem qualquer ameaça de violação, serão afastadas pela atuação do juiz europeu[115].

Esta função material da ordem pública européia, principalmente no tocante à compatibilidade com as exigências e preceitos normativos das ordens jurídicas dos demais Estados, é construída pelo peticionamento individual, em associação com os valores principais estatuídos pela Convenção Européia, como o direito à vida (artigo 2º) e a proibição de tortura (artigo 3º).

No sistema interamericano, o direito de petição individual tem se constituído em um instrumento efetivo, não apenas para enfrentar casos individuais, mas também para combater violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos[116].[117]

Não obstante a ausência de previsão para o acesso direto do peticionamento individual à Corte, existem dois casos em que o acesso à jurisdição da CORTE I.D.H., para a discussão de um novo tema, se deu sem passar pelo crivo da COMISSÃO I.D.H. e dos

Estados-Partes. Foi quando o processo estava em trâmite na CORTE I.D.H., antes da primeira reforma do seu Regulamento[118].

O primeiro caso diz respeito à concessão de Medidas Provisórias de Proteção previstas no artigo 63, inciso 2, da Convenção e no artigo 25 (atual artigo 26) do Regulamento da CORTE I.D.H., requerida pela magistrada Delia Revoredo Marsano de Mur, destituída do Tribunal Constitucional do Peru. A parte submeteu em 3.4.2000 petição dirigida à Corte, a fim de obter proteção em face da perseguição política de todo o aparato institucional do Estado peruano. Em 7.4.2000, pela primeira vez foi concedida uma Medida Provisória pelo Presidente da Corte, *ex officio*, a fim de evitar danos irreparáveis à parte, ante a extrema gravidade e urgência do caso concreto[119].

De forma semelhante, atuou a Presidência da Corte no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, em que Michelangela Scalabrino[120], como terceira na defesa dos interesses de María Elena Loayza Tamayo, requereu que medidas fossem tomadas para a satisfação do débito que o Estado peruano possuía em relação à vítima, bem como que cessasse a perseguição política instalada sobre ela, a fim de lhe propiciar o direito a uma vida digna[121].

Em ambos os casos, percebe-se que mesmo sem a autorização semelhante à prevista pela Convenção Européia de Direitos Humanos, a CORTE I.D.H., por meio da interpretação da Convenção Americana e demais diplomas normativos, permitiu a atuação de indivíduos diretamente no âmbito do processo de tomada de decisão. Estes indivíduos, muito embora sem a personalidade jurídica no âmbito internacional, atuaram de forma decisiva na formulação de decisão como "atores privados cívicos" na interação com o sistema.

Por outro lado, a CORTE I.D.H. tem considerado suas opiniões consultivas como fonte jurisprudencial de direito internacional para resolver numerosos casos contenciosos. Nesse aspecto, as opiniões consultivas da CORTE I.D.H. têm, em geral, um valor análogo às sentenças dos tribunais internacionais para os Estados que não são partes do contencioso dos direitos humanos isto é, as opiniões não são obrigatórias diretamente para eles, mas representam uma interpretação autêntica do direito internacional, e, como fonte do direito internacional, devem ser vistas como normas pelos Estados americanos para o cumprimento de suas respectivas obrigações internacionais[122].

Em relação às opiniões consultivas, também não podem passar despercebidas as participações de diversos atores - indivíduos, atores públicos, atores privados, *experts*, representante de organizações não-governamentais - na apresentação de pontos de vista perante as audiências públicas no processo de sua formação[123]. Desse modo, alguns indivíduos apresentaram seus pontos de vista nas audiências públicas das Opiniões Consultivas (OC)[124] n.º(s) 4/84[125] e 5/85[126]; no procedimento relativo à OC-13/93[127], quatro representantes de três ONGs participaram; na OC-14/94[128], dois membros de duas ONGs intervieram e na OC-15/95[129], dois representantes de duas ONGs participaram.

No entanto, a Opinião Consultiva n.º 16/99[130] se mostrou de extrema relevância em uma perspectiva histórica, uma vez que contou com um procedimento consultivo extraordinariamente rico, no qual houve a intervenção de atores públicos[131], bem como de outros atores privados e *experts*, que fizeram uso da palavra: sete

representantes de quatro ONGs (nacionais e internacionais) de direitos humanos; dois indivíduos de uma ONG que luta pela abolição da pena de morte; dois representantes de uma entidade (nacional) de advogados; quatro professores universitários (em qualidade individual) e três indivíduos em representação de um condenado à pena de morte. Esses dados revelam o acesso do indivíduo no processo de tomada de decisão no âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, demonstrando o caráter de ordem pública desses procedimentos[132].

Logo, diante da conformação dos sistemas regionais, verifica-se que a construção jurisprudencial a partir do peticionamento individual deve levar em conta a formação de uma esfera pública em matéria de direitos humanos.

A esfera pública é definida por Jürgen Habermas como "uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões", em que os fluxos comunicativos "são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos." [133]

A esfera pública não se equipara à sociedade; é apenas um elemento dela, que se reproduz a partir do agir comunicativo, no contexto de uma linguagem comum, em sintonia com a compreensão da prática comunicativa cotidiana. A esfera pública se conecta a funções gerais de reprodução do mundo da vida, ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicativo por meio da linguagem comum. Entretanto, a esfera pública não se especializa em uma direção específica, pois constitui uma estrutura comunicativa "do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana." [134]

Os que atuam comunicativamente alimentam a esfera pública por meio de suas interpretações "negociadas cooperativamente", pois qualquer ambiente que se nutre da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros se movimenta num espaço público, constituído através da linguagem. [135]

Nesse contexto, a criação de uma esfera pública em matéria de direitos humanos se faz necessária, na medida em que os sujeitos, diante de seu papel na formulação do peticionamento individual, podem almejar construir uma linguagem comum, para a proteção dos valores fundamentais expostos nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Essa esfera pública deve incluir todos aqueles que buscam proteger e resguardar o conteúdo desrespeitado pelo agente violador, independentemente do tipo de sujeito que se apresenta perante o processo de tomada de decisão.

Com isso, novas perspectivas de compreensão e práticas nos processos em matéria de direitos humanos se apresentam, em que os instrumentos mais finos com os que se articulam e formulam os interesses das minorias já estão preparados, devendo, tão somente, ser "afinados" para alcançar uma interpretação dos valores fundamentais plurais e efetivos, isto é, conseguir um "processo público" por meio dessa interpretação. [136]

Compreender essa interpretação como um processo público não só tem seus limites, como também encerra certos perigos, tendo em vista que se apresenta como uma potente "dinamização" do "direito posto". A consequência disto é o que "se transcreve"

e acaba sendo quantitativamente menor, não tendo o idêntico valor daquilo que "se crê", em especial a hermenêutica dos valores fundamentais nos âmbitos submetidos a tensões que existem nos próprios princípios e nos valores constitucionais integrados ao sistema jurídico.[137]

A atualização dos valores constitucionais contido nos direitos humanos por meio da liberdade experienciada pelos cidadãos e da força normativa do âmbito público exigem muito de todos. O jurista, como intérprete constitucional - em sentido amplo e estrito - pode fazer muito em prol de sua projeção no âmbito social e garantir, assim, a liberdade da cidadania. Além disso, o cidadão tem que tomar "parte ativa" na positivação das liberdades existentes nas esferas institucionais, contribuindo para assegurá-las e garanti-las, pois tudo isso constitui um dos objetivos primordiais de seu papel como intérprete, na ativação da cidadania democrática, mediante a configuração do *status activus processualis*[138] no âmbito da proteção dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam algumas vantagens em relação ao sistema internacional promovido pela ONU. A principal delas é o reflexo das peculiaridades e dos valores históricos dos povos de determinada região, o que resulta em uma aceitação mais espontânea. Além disso, em função da proximidade geográfica, em caso de violações, os sistemas regionais podem exercer uma maior pressão no Estado-Parte transgressor, em função da presença dos Estados vizinhos.

Com efeito, os sistemas regionais e o sistema ONU não são incompatíveis. Ao contrário, ambos são úteis e complementares, de modo que um sistema regional efetivo pode completar o sistema internacional de diversas formas e procedimentos. A plataforma de cada sistema pode ser conciliada em uma base funcional, em virtude do conteúdo normativo de ambos os sistemas refletirem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um código comum a ser alcançado pelos povos de todas as Nações. No entanto, enquanto o instrumento internacional pode conter um parâmetro mínimo, o instrumento regional pode ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando sempre em consideração as diferenças interculturais de sua região.

Nesse contexto, cada sistema regional funciona em seu próprio ritmo e vive seu próprio momento. O sistema interamericano busca aperfeiçoar cada vez mais a coordenação dos trabalhos entre a Comissão e a Corte, enquanto o sistema europeu busca definir o seu *status* com a funcionalidade e racionalidade de uma Corte Constitucional para a Europa. Todavia, ambos os sistemas caminham no sentido da construção de uma "esfera pública" em matéria de direitos humanos, a qual se observa pela adoção de métodos de julgamento, da "fertilização cruzada" dos julgamentos e do desenvolvimento de valores comuns, concernentes à proteção da dignidade humana.

Em um momento que cada vez mais a esfera internacional se agiganta sobre os sistemas jurídicos nacionais, a participação consciente dos indivíduos no processo de tomada de decisão se faz necessária também no âmbito internacional, inclusive com a construção jurisprudencial realizada pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos se revela sobre duas dimensões. A primeira, a dimensão de vítima, se apresenta como o

elo inicial para a construção/revelação da esfera pública em matéria de direitos humanos. A segunda dimensão, por outro lado, está na função de intérprete e fomentador do sistema de proteção, participando ativamente na construção jurisprudencial que define os conceitos a serem utilizados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Essa aproximação entre os sistemas, por meio das ações do sujeito, permite o desenvolvimento de uma esfera pública sobre os direitos humanos, na qual os fluxos comunicativos, especialmente os referentes ao fomento do papel do sujeito, vislumbram a irradiação do conteúdo previsto nos direitos humanos a todos que compartilham com a premissa de sua criação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados*. Porto: Legis, 2008.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARRETO, Irineu Cabral. A jurisprudência do novo Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Sub Judice: Justiça e Sociedade*. Direitos Humanos no Tribunal Europeu, n.º 28, abr./set. 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Universitas / Relações Internacionais*, vol. I, n.º 2, p. 09-39, jan./jul. 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 447-448.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 79-85.

COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Rapport de la Commission (30.3.1963). *Republique Fédérale d'Autriche contre République Italienne* (Requête n.º 788/60). Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008.

CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo n.º 11*. Introduz modificações na Convenção Europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. *História, organização e processo*. Novembro de 2004. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo Reparaciones y Costas, 11.3.2005. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Medidas Provisionales de Protección. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7.4.2000. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia, 24.9.1999. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Medidas Provisionales de Protección. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13.12.2000. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-2/82*, 24.9.1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13.11.1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: . Acesso em 23.8.2008.

CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1974-2004). In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La*

: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Application n.º 4451/70. *Golder vs. The United Kingdom*. Report of the Commission. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs. Denmark* (Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72), j. 7.12.1976. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Artico vs. Italy* (Application n.º 6694/74), j. 13.5.1980. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Loizidou vs. Turkey* (Application n.º 15318/89), Preliminary objections, j. 23.3.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *S.W. vs. The United Kingdom* (Application n.º 20166/92), j. 22.11.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Wemhoff vs. Germany* (Application n.º 2122/64), j. 27.6.1968. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *X. vs. France* (Application n.º 18020/91), j. 31.3.1992. Disponível em: . Acesso em: 30.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Ünal Tekeli vs. Turkey* (Application n.º 29865/96), j. 16.11.2004. Disponível em: . Acesso em: 26.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Velikova vs. Bulgaria* (Application n.º 41488/98). Decision of 18.5.1999. Disponível em: . Acesso em: 30.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Apicella vs. Italy* (Application n.º 64890/01), j. 29.3.2006. Disponível em: . Acesso em: 26.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Cyprus vs. Turkey* (Application n.º 25781/94), j. 10.5.2001. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Golder vs. The United Kingdom* (Application n.º 4451/70), j. 21.2.1975. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *"Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium* (Application(s) n.º(s) 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64), j. 23.7.1968. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom* (Application n.º 5310/71), j. 18.1.1978. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Nölkenbockhoff vs. Germany* (Application n.º 10300/83), j. 25.8.1987. Disponível em: . Acesso em: 30.9.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Norris vs. Ireland* (Application n.º 10581/83), j. 26.10.1988. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Soering vs. The United Kingdom* (Application n.º 14038/88), j. 7.7.1989. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey* (Case number 133/1996/752/951), j. 30.1.1998. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Koku. vs. Turkey* (Application n.º 27305/95), j. 31.5.2005. Disponível em: . Acesso em: 30.9.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Shamayev and Others vs. Georgia and Russia* (Application n.º 36378/02). Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Jorge Nina Jorge and Others vs. Portugal* (Application n.º 52662/99), j. 19.2.2004. Disponível em: . Acesso em: 27.8.2008.

GASPAR, António Henriques. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Sistema da Convenção Européia. Sub Judice: Justiça e Sociedade. Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, n.º 28, abr./set. 2004.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporâneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007.

NIKKEN, Pedro. *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI*. Memoria del Seminario. 2. ed., tomo I, 23 y 24 de Noviembre de 1999. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., 2003.

PACHECO GÓMEZ, Máximo. La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI*. Memoria del Seminario. 2. ed., tomo I, 23 y 24 de Noviembre de 1999. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REUTER, Paul. *Droit International Public*. 7. ed. Paris, França: PUF, 1993.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Diagnóstico de la Realidad de los Derechos Humanos en América Latina: tendencias y desafíos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime (orgs.). *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. San José, Costa Rica: Impresora Gossestra Internacional, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Diálogo Jurisprudencial entre as Supremas Cortes das Américas: uma análise de precedentes de direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional Cooperativo*. Projeto de tese apresentado como requisito obrigatório do processo de seleção para o Programa de Doutorado da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Brasília, 2008.

[1] Este termo é utilizado pela professora Christine Peter no seu projeto de doutorado e, como produto de reflexão no âmbito do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos Constitucionais - NEC, está sendo empregado nesse espaço de explicação metodológica da pesquisa (Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Diálogo Jurisprudencial entre as Supremas Cortes das Américas: uma análise de precedentes de direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional Cooperativo*. Projeto de tese apresentado como requisito obrigatório do processo de seleção para o Programa de Doutorado da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Brasília, 2008. Comunicação restrita).

[2] Mais uma vez, a inspiração decorre do auxílio metodológico da professora Christine Peter, no âmbito das discussões do Núcleo de Estudos Constitucionais - NEC (Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Diálogo Jurisprudencial entre as Supremas Cortes das Américas: uma análise de precedentes de direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional Cooperativo*. Projeto de tese apresentado como requisito obrigatório do processo de seleção para o Programa de Doutorado da Pós-Graduação em

Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Brasília, 2008. Comunicação restrita).

[3] Sobre as três vertentes, ver por todos CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

[4] RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Diagnóstico de la Realidad de los Derechos Humanos en América Latina: tendencias y desafíos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime (orgs.). *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. San José, Costa Rica: Impresora Gossesstra Internacional, 2004, p. 124.

[5] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 447-448.

[6] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 461.

[7] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 464-465.

[8] Outra forma prevista são o envio dos informes pelos Estados signatários dos tratados sobre a matéria (Cf. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Diagnóstico de la Realidad de los Derechos Humanos en América Latina: tendencias y desafíos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime (orgs.). *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. San José, Costa Rica: Impresora Gossesstra Internacional, 2004, p. 97).

[9] REUTER, Paul. *Droit International Public*. 7. ed. Paris, França: PUF, 1993, p. 235. Nesse pensamento, afirma Jiménez de Aréchaga que a atribuição de direitos e dos meios de ação para assegurá-los constitui "a verdadeira pedra de torque da personalidade jurídica internacional do indivíduo" (Cf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 207-208).

[10] REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146.

[11] REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146-147.

[12] Convenção sobre Tortura, Artigo 22, § 1º: "Todo Estado Membro na presente Convenção poderá declarar, em virtude do presente artigo, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por pessoas sob sua jurisdição, ou em nome delas, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado Membro, das disposições da Convenção. O Comitê não receberá

comunicação alguma relativa a um Estado Membro que não houver feito declaração dessa natureza."

[13] Ainda sobre essa Convenção, ressalte-se que o contido no artigo 15, § 1º, não restringe o direito de petição concedido aos povos por outros instrumentos internacionais ou pela própria ONU e suas agências especializadas, no caso dos objetivos da Resolução n. 1.514 (XV) da Assembléia Geral, de 14 de dezembro de 1960, não serem alcançados.

[14] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 215.

[15] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214-215.

[16] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 216.

[17] Este Comitê é previsto pelo artigo 34 da Convenção. A composição de 12 *experts* com larga experiência em direitos humanos e em deficiência deve observar a representação geográfica equitativa, a representação dos distintos sistemas jurídicos, o equilíbrio de gênero e a participação de *experts* com deficiência. A atuação do Comitê deve ser semelhante a dos demais criados: uma atuação a título pessoal e não por representação governamental.

[18] Cf. CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 79-85.

[19] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 485.

[20] A Convenção foi assinada em Roma no dia 4.11.1950 e entrou em vigor a partir de 3.9.1953.

[21] Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948.

[22] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 25.

[23] BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 26.

[24] A opção metodológica que se faz nesta pesquisa é preservar a sigla em original, a fim de facilitar a pesquisa do leitor nos sites oficiais. Logo, E.C.H.R. expressa EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, o nome da Corte Européia em uma de suas línguas oficiais.

[25] GASPAR, António Henriques. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Sistema da Convenção Européia. Sub Judge: Justiça e Sociedade. Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, n.º 28, abr./set. 2004, p. 45.

[26] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 27-29.

[27] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 28.

[28] COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Rapport de la Commission (30.3.1963). *Republique Fédérale d'Autriche contre République Italienne (Requête n.º 788/60)*. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008, p. 37.

[29] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Wemhoff vs. Germany (Application n.º 2122/64)*, j. 27.6.1968. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008. Ver, em especial, o § 8º.

[30] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *"Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium (Application(s) n.º(s) 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64)*, j. 23.7.1968. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008. Ver, em especial, o § 5º.

[31] EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Application n.º 4451/70. *Golder vs. The United Kingdom*. Report of the Commission. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008, p. 31. Tradução livre de: "(...) the overriding function of this Convention is to protect the rights of the individual and not to lay down as between States mutual obligations which are to be restrictively interpreted having regard to the sovereignty of these States. On the contrary, the role of the Convention and the function of its interpretation is to make the protection of the individual effective. It is true that it represents only the "first steps" for the enforcement of human rights as the Preamble says. But this fact cannot be relied upon to justify restrictive interpretations running contrary to its overall purpose."

[32] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Golder vs. The United Kingdom (Application n.º 4451/70)*, j. 21.2.1975. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008. Ver, em especial, os §§ 29-36.

[33] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 35.

[34] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 35.

[35] "Artigo 33. Assuntos interestaduais. Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante."

[36] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 31-32.

[37] BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 284. Destaque-se que estes fatores não coincidem nos dois tipos de queixa a que aludem os artigos 33 e 34 da Convenção.

[38] Sobre o tema, ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom (Application n.º 5310/71)*, j. 18.1.1978. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, os §§ 239 e 240.

[39] Acerca do assunto, ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Loizidou vs. Turkey (Application n.º 15318/89), Preliminary objections*, j. 23.3.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 41, e também EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Cyprus vs. Turkey (Application n.º 25781/94)*, j. 10.5.2001. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 62, que concede interesse de agir ao Chipre: "The Court concludes that the applicant Government have *locus standi* to bring an application under former Article 24 (current Article 33) of the Convention against the respondent State."

[40] "Artigo 34. Petições individuais. O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito." O texto do atual artigo 34, que permite o acesso direto à Corte, baseia-se na redação do antigo artigo 25 da Comissão Europeia de Direitos Humanos ("Artigo 25. 1. A Comissão pode conhecer de qualquer petição dirigida ao secretário-geral do Conselho da Europa por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, que se considere vítima de uma violação, cometida por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos reconhecidos na presente Convenção, no caso de a Alta Parte acusada haver declarado reconhecer a competência da Comissão nesta matéria. As Altas Partes Contratantes que tiverem assinado tal declaração obrigam-se a não por qualquer impedimento ao exercício deste direito. 2. Estas declarações podem ser feitas por prazo determinado. 3. As declarações serão remetidas ao secretário-geral do Conselho da Europa, o qual transmitirá cópias as Altas Partes Contratantes e assegurará a sua publicação. 4. A Comissão não exercerá a competência que lhe atribui o presente artigo sem que pelo menos seis Altas Partes Contratantes se encontrem vinculadas pela declaração prevista nos parágrafos precedentes.").

[41] Nesse aspecto, "toda pessoa, incluída as pessoas morais, sob a "jurisdição" de uma Parte Contratante, que se beneficia da proteção da Convenção, tenha ela a nacionalidade dessa Parte, seja estrangeiro ou apátrida, e resida ou não no seu território" (Cf. BARRETO, Irineu Cabral. A jurisprudência do novo Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Sub Judice: Justiça e Sociedade. Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, n.º 28, abr./set. 2004, p. 10).

[42] ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados*. Porto: Legis, 2008, p. 298.

[43] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Artico vs. Italy (Application n.º 6694/74)*, j. 13.5.1980. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

[44] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 28.

[45] CONSELHO DA EUROPA. Protocolo n.º 11. Introduz modificações na Convenção Europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008.

[46] O Comitê de Ministros possuía competência para atuar perante a Comissão Europeia no caso em que esta não admitisse determinada queixa e também na hipótese de os Estados ou a Comissão não enviarem o caso à Corte, situação em que o Comitê apreciaria a existência de violação e, se comprovada, arbitraria uma reparação razoável à vítima. Ademais, o Comitê era igualmente responsável pela vigilância da execução dos acórdãos do Tribunal. (Cf. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. História, organização e processo. Novembro de 2004. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008).

[47] CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. História, organização e processo. Novembro de 2004. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008, p. 2.

[48] O aumento crescente do número de demandas alçadas aos órgãos da Convenção na década de 1980 tornou cada vez mais difícil a tarefa de manter a duração dos processos dentro de limites razoáveis e aceitáveis. O ingresso de novos Estados contratantes agravou o quadro. Enquanto 404 casos foram registrados em 1981, 4750 foram registrados em 1997 pela Comissão. Nesse mesmo ano, a Comissão também verificou a existência de mais de 12000 processos abertos e não registrados. Por outro lado, o Tribunal refletia uma situação diferente à época: 7 casos transmitidos em 1981 e 119 no ano de 1997 (Cf. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. História, organização e processo. Novembro de 2004. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008).

[49] A dificuldade para responder em tempo razoável às solicitações dos indivíduos que apresentavam as suas queixas, bem como o afluxo de novos Estados - oriundos da Europa Central e Oriental - demonstravam que uma estrutura menos organizada não seria suficiente para atender a tal crescente demanda. A partir de então, com avanços e recuos, cessão e compromissos, chegou-se ao Protocolo n.º 11, com o intuito de instituir um processo mais simples, com o exame de apenas um órgão, o que reforçou o caráter judicial do sistema (Cf. BARRETO, Irineu Cabral. A jurisprudência do novo Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Sub Judice: Justiça e Sociedade. Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, n.º 28, abr./set. 2004, p. 9).

[50] Durante os 3 anos após a vigência do Protocolo n.º 11, o Tribunal conheceu um aumento considerável na carga de trabalho: de 5979 queixas registradas em 1998, passou para 13858 em 2001, ou seja, um acréscimo de cerca de 130% (Cf. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. História, organização e processo. Novembro de 2004. Disponível em: . Acesso em: 10.6.2008, p. 3). Pelos dados estatísticos da Corte, 34500 queixas foram registradas em 2002, 38800 em 2003, 44100 em 2004, 45500 em 2005, e 50500 em 2006.

[51] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Golder vs. The United Kingdom (Application n.º 4451/70)*, j. 21.2.1975. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008. Ver, em especial, o seguinte trecho do § 39.

[52] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Norris vs. Ireland (Application n.º 10581/83)*, j. 26.10.1988. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

Tradução livre de: "The Court further agrees with the Government that the conditions governing individual applications under Article 25 (art. 25) of the Convention are not necessarily the same as national criteria relating to locus standi. National rules in this respect may serve purposes different from those contemplated by Article 25 (art. 25) and, whilst those purposes may sometimes be analogous, they need not always be so (...). Be that as it may, the Court has held that Article 25 (art. 25) of the Convention entitles individuals to contend that a law violates their rights by itself, in the absence of an individual measure of implementation, if they run the risk of being directly affected by it (...)."

[53] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 33.

[54] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Shamayev and Others vs. Georgia and Russia (Application n.º 36378/02)*. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 293.

[55] BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 288.

[56] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Ünal Tekeli vs. Turkey (Application n.º 29865/96)*, j. 16.11.2004. Disponível em: . Acesso em: 26.6.2008. Ver, em especial, o § 35.

[57] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Jorge Nina Jorge and Others vs. Portugal (Application n.º 52662/99)*, j. 19.2.2004. Disponível em: . Acesso em: 27.8.2008. Ver, em especial, o § 39.

[58] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Apicella vs. Italy (Application n.º 64890/01)*, j. 29.3.2006. Disponível em: . Acesso em: 26.6.2008. Ver, em especial, o § 71.

[59] A minuciosidade do conceito de vítima chega a ser alta, haja vista que, em se tratando de uma duração do processo excessiva, nem a transação entre as partes e nem a decisão final que não considere expressamente, para o cálculo da indenização, essa duração, fazem perder a "qualidade de vítima" (Cf. BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 289).

[60] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *X. vs. France (Application n.º 18020/91)*, j. 31.3.1992. Disponível em: . Acesso em: 30.6.2008. Ver, em especial, o § 26.

[61] BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 291.

[62] ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados*. Porto: Legis, 2008, p. 299; BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 291.

[63] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Velikova vs. Bulgaria* (Application n.º 41488/98). Decision of 18.5.1999. Disponível em: . Acesso em: 30.6.2008.

[64] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Koku. vs. Turkey* (Application n.º 27305/95), j. 31.5.2005. Disponível em: . Acesso em: 30.9.2008. Ver, em especial, o § 168.

[65] No caso *Nölkenbockhoff vs. Alemanha*, o *Bundesverfassungsgericht* negou à viúva a possibilidade de comprovar a inocência de seu falecido esposo, razão pela qual ela ingressou perante a E.C.H.R., pleiteando a qualidade de vítima (Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Nölkenbockhoff vs. Germany* (Application n.º 10300/83), j. 25.8.1987. Disponível em: . Acesso em: 30.9.2008. Ver, em especial, o § 33.

[66] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 489-490.

[67] Sobre o fenômeno da "fertilização cruzada", ver por todos DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

[68] Dos 35 países associados à Organização dos Estados Americanos (OEA), apenas 25 ratificaram ou adotaram a Convenção Americana: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Todavia, em 26 de Maio de 1998, Trinidad e Tobago denunciou a Convenção por uma comunicação endereçada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos.

[69] A opção metodológica que se faz nesta pesquisa é preservar a sigla em original, a fim de facilitar a pesquisa do leitor nos sites e documentos oficiais, que estão em sua grande parte em espanhol. Logo, CORTE I.D.H. expressa CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, o nome da Corte Interamericana em uma de suas línguas oficiais, e COMISSÃO I.D.H. expressa COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, o nome da Comissão Interamericana em uma de suas línguas oficiais.

[70] A crítica que permanece, a partir de outra leitura deste dispositivo, é a possibilidade de o sistema COMISSÃO I.D.H./CORTE I.D.H. restringir o acesso do peticionamento individual quando da violação de outros direitos, em função de uma leitura restritiva deste enunciado do Protocolo.

[71] Aprovado pela Comissão em seu 109º período extraordinário de sessões, realizado de 4 a 8 de dezembro de 2000, e modificado em seu 116º período ordinário de sessões, realizado de 7 a 25 de outubro de 2002, em seu 118º período ordinário de sessões, realizado de 6 a 24 de outubro de 2003 e em seu 126º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2006.

[72] PACHECO GÓMEZ, Máximo. La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI*. Memoria del Seminario. 2. ed., tomo I, 23 y 24 de Noviembre de 1999. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., 2003, p. 79. Este caminho entre a COMISSÃO I.D.H. e CORTE I.D.H., que se mostra delicado, ante a possibilidade da primeira não submeter à análise da violação dos direitos humanos para a segunda, foi objeto de preocupação na competência consultiva, exarada pela CORTE I.D.H. (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13.11.1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: . Acesso em 23.8.2008. Ver, em especial, o § 26).

[73] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 486-488.

[74] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom (Application n.º 5310/71)*, j. 18.1.1978. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 154.

[75] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, os §§ 4-5 e 26.

[76] Este amplo acesso também restou consignado na Segunda Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana (de 24.9.1982), em que foi invocada esta particularidade como demonstração da grande importância atribuída pela Convenção Americana às obrigações dos Estados-Partes em relação aos indivíduos, sem a intermediação de outro Estado. Nesse sentido, ver em especial o § 32 (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-2/82*, 24.9.1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008).

[77] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, os §§ 30-33.

[78] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 23.

[79] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do

Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 16.

[80] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 28.

[81] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 35.

[82] Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Universitas / Relações Internacionais*, vol. I, n.º 2, p. 09-39, jan./jul. 2003. O primeiro Regulamento da Corte foi aprovado pelo Tribunal em seu III Período Ordinário de Sessões, celebrado de 30 de junho a 9 de agosto de 1980. A Corte reformou o Regulamento em seu XXIII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 9 a 18 de janeiro de 1991; em seu XXXIV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 9 a 20 de setembro de 1996; em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000; e em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.

[83] Disponível em: . Acesso em: 28.3.2009.

[84] Foram objeto de reflexão os seguintes temas: procedimento de supervisão de cumprimento de sentenças; procedimento de supervisão de medidas provisórias; celebração de sessões da Corte fora de sua sede; oportunidade processual para apresentar *amicus curiae*; apresentação de escritos por meios eletrônicos; prazos para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas e do escrito de contestação da demanda; prazo para a apresentação dos anexos aos escritos submetidos pelas partes; prova testemunhal e pericial, momento processual oportuno para substituir o perito ou a testemunha e momento processual oportuno para impugná-los; e qualidade da declaração da vítima de um caso.

[85] O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, em qualquer momento do processo contencioso, desde que dentro dos 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não for celebrada audiência pública, deverão ser remetidos dentro dos 15 dias posteriores à Resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais e prova documental. O escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será levado de imediato ao conhecimento das partes para sua informação, com prévia consulta à Presidência.

[86] Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001; CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

[87] CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 152-153.

[88] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 82, e CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo Reparaciones y Costas, 11.3.2005. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 9.

[89] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, 24.9.1999. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 36; e CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia, 24.9.1999. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 37.

[90] Para Flávia Piovesan, a CORTE I.D.H. possui quatro categorias em que seus casos podem ser enquadrados: (1) questões sobre o Regime Militar (como o caso Velásquez); (2) questões acerca da Justiça de Transição; (3) discussões sobre aspectos institucionais (como o caso do Tribunal Constitucional do Peru); (4) casos que envolvem grupos e minorias, com caráter difuso. A autora expôs este ponto de vista no 1º Simpósio Distrital de Direitos Humanos, promovido pela Comissão de Direitos Humanos da Seccional, com o tema Vida com Dignidade, que marca o aniversário de 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 16.10.2008, Brasília. Esta temática pode ser vista também em PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

[91] CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 116.

[92] CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1974-2004). In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., 2005, p. 622, especialmente nota n.º 202.

[93] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom (Application n.º 5310/71)*, j. 18.1.1978. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

[94] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Soering vs. The United Kingdom (Application n.º 14038/88)*, j. 7.7.1989. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

[95] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Loizidou vs. Turkey (Application n.º 15318/89)*, *Preliminary objections*, j. 23.3.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

[96] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 87; CORTE INTERAMERICANA DE

DERECHOS HUMANOS. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 87; e CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, 1.9.2001. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008. Ver, em especial, o § 96.

[97] CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 127.

[98] A Convenção Europeia continha dispositivo - o ex-artigo 48, alínea "b" - que permite uma ação por parte do Estado diante da E.C.H.R., para levar o peticionamento individual que a suposta vítima interpôs perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos.

[99] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 59.

[100] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Loizidou vs. Turkey (Application n.º 15318/89)*, Preliminary objections, j. 23.3.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 93.

[101] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 60.

[102] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Soering vs. The United Kingdom (Application n.º 14038/88)*, j. 7.7.1989. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 87.

[103] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 60.

[104] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs. Denmark (Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72)*, j. 7.12.1976. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 53.

[105] Em especial, ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey (Case number 133/1996/752/951)*, j. 30.1.1998. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008.

[106] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *S.W. vs. The United Kingdom (Application n.º 20166/92)*, j. 22.11.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 44.

[107] EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Golder vs. The United Kingdom (Application n.º 4451/70)*. Report of the Commission, adopted on 1.6.1973. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 58.

[108] Ver, em especial, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey (Case number 133/1996/752/951)*, j. 30.1.1998. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, o § 43.

[109] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *"Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium* (Application(s) n.º(s) 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64), j. 23.7.1968. Disponível em: . Acesso em: 21.8.2008. Ver, em especial, o § 10.

[110] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 61.

[111] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Loizidou vs. Turkey* (Application n.º 15318/89), *Preliminary objections*, j. 23.3.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, os §§ 71 e 72.

[112] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 61.

[113] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Loizidou vs. Turkey* (Application n.º 15318/89), *Preliminary objections*, j. 23.3.1995. Disponível em: . Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, os §§ 70 e 93.

[114] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 62-63.

[115] LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 63.

[116] Os casos Velásquez, Fairén Garbí y Solís Corrales e Godínez versus Honduras demonstram a preocupação da CORTE I.D.H. com a proteção da pessoa humana; e são os primeiros *hard cases* enfrentados pelo sistema interamericano acerca das afrontas do regime militar na América Latina.

[117] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 486-491.

[118] Apenas a partir da reforma do regulamento que as partes passaram a ter acesso livre no âmbito da CORTE I.D.H., em temas de argumentos e atuação, após o processo lá ter ingressado.

[119] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Medidas Provisionales de Protección. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7.4.2000. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

[120] A requerente atuou como representante acreditada da vítima, a partir da autorização da irmã da vítima, Carolina Loayza Tamayo, cuja previsão está no artigo 23, inciso 1, do Regulamento: "Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo."

[121] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Medidas Provisionales de Protección. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13.12.2000. Disponível em: . Acesso em: 28.6.2008.

[122] NIKKEN, Pedro. La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI*. Memoria del Seminario. 2. ed., tomo I, 23 y 24 de Noviembre de 1999. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., 2003, p. 174-176.

[123] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Universitas / Relações Internacionais*, vol. I, n.º 2, p. 09-39, jan./jul. 2003, p. 28-29.

[124] Os resumos das opiniões consultivas foram retirados de CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 139-141.

[125] Pondera sobre a possibilidade de só solicitar pareceres sobre leis vigentes e não projetos de lei, no entanto, inclui que estaria sua função consultiva indevidamente limitada.

[126] Elabora conceito sobre liberdade de expressão e de pensamento no contexto da obrigatoriedade de ingresso na associação de jornalistas.

[127] Determina que a COMISSÃO I.D.H. é competente para qualificar uma norma de direito interno como violadora das obrigações por este assumidas ao ratificar a Convenção, mas não para determinar se tal norma contradizia ou não o ordenamento jurídico interno.

[128] A expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações de um Estado-Parte na Convenção constitui uma violação desta e gera responsabilidade internacional do Estado, caso afete os direitos consagrados na Convenção.

[129] Determina que a COMISSÃO I.D.H. não pode modificar as opiniões, conclusões e recomendações enviadas ao Estado em questão, exceto em circunstâncias excepcionais, e que em nenhuma situação a COMISSÃO I.D.H. pode emitir um terceiro relatório.

[130] Vincula o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal e acrescentou que sua inobservância acarreta uma privação arbitrária do direito à vida nos casos de imposição e execução da pena de morte.

[131] Os seguintes Estados participaram: México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai, República Dominicana e Estados Unidos.

[132] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Universitas / Relações Internacionais*, vol. I, n.º 2, p. 09-39, jan./jul. 2003, p. 28-29.

[133] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

[134] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

[135] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92-93.

[136] HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 95.

[137] HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 99.

[138] HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 102-103.

AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E NO BRASIL

CRIMINALS'S PROCEDURE SELF DEFENSE IN THE INTERNACIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND IN BRAZIL

**Carla Caldas Fontenele Brizzi
Michel Pinheiro**

RESUMO

Após a II Guerra Mundial, o mundo editou a Carta das Nações Unidas, dando início a uma nova ordem internacional tendente a estabelecer um modelo de conduta nas relações internacionais voltado à manutenção da paz e segurança entre as nações, com inclusão da proteção de direitos humanos, em sentido amplo. Inseridos numa nova ordem de idéias, os países optaram por fortalecer os Pactos internacionais, tornando os Direitos Humanos um conjunto requintado de direitos eminentemente internacionalizados. Os mais importantes que interessam ao presente estudo, são: o Pacto de San José da Costa Rica (resultado da Convenção Americana dos Direitos Humanos realizada em 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O Brasil é signatário dos referidos Pactos, fazendo o Processo Penal brasileiro sofrer influência positiva no que se refere aos Direitos Humanos. A busca pela proteção integral da pessoa ? como princípio fundamental do discurso de defesa dos direitos humanos ? enaltece a primazia da norma mais favorável quando do exercício de interpretação do conjunto normativo, sendo a dignidade humana o mais importante referencial de aplicação das normas jurídicas, tanto internacionais como internas. A defesa da ampliação da atuação do acusado em processo penal – autodefesa – tem previsão normativa dos mais importantes Pactos aderidos pelo Brasil – já referidos, uma vez que estes revelam uma redação que permite concluir pela maior atuação de quem responde ao processo.

PALAVRAS-CHAVES: TRATADOS INTERNACIONAIS; PROCESSO PENAL; AUTODEFESA; AMPLA DEFESA; CONTRADITÓRIO; DIREITOS HUMANOS; DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

After the Second World War it was edited the United Nations Chart, giving starting to a new international order trending to stablish a conduct model in the international relations towards to peace support and security among nations, including human rights protection at larger sense. Inserted at a new order of ideas countries maked choice to strengthen the International Pacts, making Human Rights an eminently polite set of internationalized rights. The major ones that interest to the present study are: Pact of San José (resulted from 1969's American Convention on Human Rights) and the

International Covenant of Civil and Political Rights. Brazil did assent to the referred Pacts, doing the Brazilian Penal Process undergoing positive influence related to the Human Rights. The search for integral protection of the person – as fundamental principle of human rights defense discourse – enhance the priority of the more-favorable rule as it is being made interpretation of the normative whole, in which the human dignity it is the more-important referential of law rules application as international as internal ones. The defense of enlargement of the accused acting in penal process – self-defense – it is normatively prescribed by the more important Pacts that Brazil subscribed, once referred in view of that these treaties reveal a redaction that permits to conclude to have a major acting of one that responds to the process.

KEYWORDS: INTERNATIONAL TREATIES; PENAL PROCESS; SELF-DEFENSE; PLENTIFUL DEFENSE; CONTRADICTORY; HUMAN RIGHTS; HUMAN DIGNITY.

1 INTRODUÇÃO

Na metade do século XX, o mundo viu-se obrigado a repensar os fundamentos da ordem jurídica. Os horrores vivenciados na II Grande Guerra Mundial trouxeram aos países a necessidade de reeditar uma nova concepção afirmativa de direitos do homem, até então não tratada com a visão decorrente das crueldades vivenciadas.

Aprovou-se em 1945, logo após a vergonha do holocausto, a Carta das Nações Unidas, dando início a uma nova ordem internacional tendente a estabelecer um modelo de conduta nas relações internacionais voltado à manutenção da paz e segurança entre as nações, com inclusão da proteção de direitos humanos, em sentido amplo.

Em seguida, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, representando a carta de compromissos a serem seguidos pelos países para garantir a existência, com o mínimo de qualidade, do gênero humano. Dita Carta representou a constatação por parte da Organização das Nações Unidas de que o Estado, vez que outra, agia de forma abusiva, tornando-se necessário impor o poder a quem não respeitava direitos.

Mesmo não tendo o formato de um tratado com o escopo de vincular os países, a Declaração Universal dos Direitos do Homem teve por meta estabelecer um padrão mínimo de direitos humanos e liberdades fundamentais para reconhecimento universal, inaugurando-se uma nova linguagem sobre direitos.

Depois, vieram os Pactos Internacionais prescrevendo direitos e garantias, alguns com ampliação em relação à Declaração Universal. A Constituição brasileira de 1988, diferente do que ocorrera até o advento da Constituição de 1967 – mesmo com a Emenda de 1969 –, trouxe expressamente elenco de direitos e garantias fundamentais, incorporando diversos textos preconizados na Declaração Universal dos Direitos

Humanos e nos Pactos Internacionais aprovados e aderidos, promovendo a inclusão no ordenamento jurídico nacional.[1]

Portanto, o marco divisório entre a supremacia da lei e a supremacia da Constituição ocorreu com o final da *Guerra de Hitler*. Encerra-se a era dos códigos, cujas regras tinham a força, para ingresso na era dos princípios, tidos indubitavelmente como normas mais importantes. Nascia o Estado Constitucional Democrático como aperfeiçoamento do Estado de Direito.

Inseridos numa nova ordem de idéias, os países optaram por fortalecer os Pactos internacionais, tornando os Direitos Humanos um conjunto requintado de direitos eminentemente internacionalizados. Os mais importantes que interessam ao presente estudo, são: o Pacto de San José da Costa Rica (resultado da Convenção Americana dos Direitos Humanos realizada em 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

A ratificação de um tratado impõe aos Estados aderentes a obrigação de que cumpram e garantam a observância dos direitos nele contidos. E quando o tratado é sobre direitos fundamentais há o encargo para cada Estado de fazer implementar os instrumentos que possam ser utilizados por qualquer pessoa para impedir a falta de execução dos dispositivos do próprio tratado ou exigir a reação do dano no caso de violação pela inobservância.

O Brasil ratificou os dois Tratados de direitos humanos aqui referidos sem ressalvas significativas que impeçam a efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

O presente artigo tem o escopo de fazer uma análise das regras de interpretação dos tratados internacionais e sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na efetividade da autodefesa processual penal.

2 A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Antônio Augusto Cançado Trindade[2] lembra que, em matéria de direitos humanos, as normas jurídicas – tanto internacionais como internas, formando interação constante – procuram socorrer os seres humanos que têm direitos violados ou ameaçados, formando um *ordenamento jurídico de proteção*. Ao longo do tempo, alguns países passam a adotar normas de instrumentos internacionais de direitos humanos em aplicação direta internamente – tidas como *self-executing* –, enquanto outros optaram pela inserção nos respectivos ordenamentos através de leis – ou outro ato normativo com força legislativa – para que alcançassem eficácia[3] pelos tribunais e autoridades administrativas. E conclui que a interação é, pois, manifesta e inquestionável.

Cançado Trindade [4] nos informa que a doutrina jurídica dos direitos humanos centrou preocupação sobre a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Mas, no contexto atual, a primazia é da norma mais favorável às vítimas. A busca pela proteção integral da pessoa – como princípio fundamental do discurso de defesa dos direitos humanos – enaltece a primazia da norma mais favorável quando do exercício de interpretação do conjunto normativo. Temos o princípio da primazia da norma mais favorável como preceito consagrado de forma expressa em tratados de direitos humanos.

Paulo Henrique Gonçalves Portela defende que a inclusão desse princípio no texto constitucional decorre da consagração da dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o que faz com que todo o ordenamento jurídico brasileiro deva se voltar a conferir o máximo de eficácia a essa dignidade, vez que é inerente ao indivíduo independentemente de qualquer condição de que se revista.[5] Ou seja, a dignidade humana é o mais importante referencial de aplicação das normas jurídicas, tanto internacionais como internas.

Gonçalves Portela salienta que o Brasil assumiu um compromisso prioritário com a proteção e promoção da dignidade humana em território nacional e no mundo, valor entendido pela comunidade internacional como de suprema relevância e cuja realização na vida social pode ocorrer mesmo que haja algum sacrifício da própria soberania nacional. [6]

Por isto, há no Direito Internacional a clara concepção de que as normas sobre direitos humanos devem prestigiar sempre os mecanismos que melhor possam proteger a dignidade humana.[7] Tal idéia encontra expressa previsão, e. g., no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em que não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. [8]

Observe-se, pela redação acima, que direitos humanos chamados fundamentais, quando expressamente afirmados e reconhecidos em qualquer Estado que aderiu formalmente aos termos do Pacto, não sofrerão restrições ou suspensões por leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de não reconhecimento ou de reconhecimento parcial. Por evidência, eventuais dúvidas de interpretação podem ser dirimidas, mas sem que se impeçam a aplicação das normas mais benéficas.

Outro importante documento que materializou norma sobre o tema foi o Pacto de San José da Costa Rica, resultado da Convenção Americana de Direitos Humanos (de novembro de 1969). A redação do art. 29 trata de normas de Interpretação, informando que:

nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupos ou pessoas, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser

reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. [9]

Vê-se, dessa maneira, um comando ostensivo no direcionamento da interpretação das normas emitido aos países signatários do Pacto de San José. Percebe-se, desta feita, a intenção de vedar a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção restou inquestionável. Deste modo, é possível chegar à asserção dedutiva de que em caso de conflito entre norma internacional de direitos humanos e norma interna – tida como aquela produzida segundo os preceitos de elaboração normativa de cada país –, deverá prevalecer, sempre, aquela que melhor proteja o indivíduo em sua dignidade.

Flávia Piovesan[10] trouxe importante contribuição neste ponto, destacando que a “interpretação a ser adotada no campo do Direito dos Direitos Humanos é a interpretação axiológica e teleológica, que conduza sempre à prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja a dignidade humana.” A autora afirma ainda que o Pacto de San José da Costa Rica consagra o princípio da prevalência da norma mais benéfica para orientar que a Convenção só se aplica se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, ficando vedada sua aplicação se resultar na restrição e limitação do exercício de direitos previstos pela ordem jurídica de um Estado-Parte ou por tratados internacionais por ele ratificados.

Assim sendo, a primazia é sempre da norma mais benéfica e protetiva aos direitos humanos, seja ela do Direito Interno ou do Direito Internacional. Este princípio há de prevalecer e orientar a interpretação e aplicação da normatividade de direitos humanos, ficando afastados os princípios interpretativos tradicionais, como o princípio da norma posterior revoga a anterior com ela incompatível, ou o princípio da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial.

Sobre o âmbito e o sentido dos direitos fundamentais, a Constituição Portuguesa tem interessante previsão no art. 16.2: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”[11] Isto revela o propósito de garantir maior efetividade às normas internas diante da amplitude humanista alcançada pela Declaração de 1948, o pós-guerra.

No entanto, no Brasil, Paulo Bonavides lembra – tratando especificamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – que:

erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – a interna e a externa. [12]

E na aplicação dos tratados no âmbito do ordenamento jurídico interno, mesmo que sejam utilizados os parâmetros hermenêuticos tradicionais – quanto ao critério da hierarquia de normas ou da cronologia –, prevaleceria o critério da *regra mais favorável ao ser humano*. Isto se deve ao fato de que o objetivo principal dos tratados é conferir às pessoas a mais ampla proteção possível, com interpretação ampliativa das normas para este específico fim.

Dito isto, não cabe suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos consideráveis mais benéficos aos seres humanos que estejam previstos nos tratados ratificados, regra esta que está expressa na maioria dos tratados. Porém, deve prevalecer a norma interna quando esta for mais favorável do que a do tratado. O exercício de um inafastável juízo de valor é essencial para permitir uma conclusão racionalmente aceitável.

Para Augusto Cançado Trindade[13], a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.

Dessa forma, a primazia de normas mais favoráveis não se restringe à proteção da vítima, mas sim à proteção do ser humano em toda a dimensão de direitos. Por isso, qualquer pessoa que responda a processo criminal – e, por evidência, seja qualificado como réu – pode invocar direito ou garantia internacional materializado em tratado como sendo mais benéfico do que a lei interna do país em que vive.

Sobre a interação das normas, Cançado Trindades assevera com ênfase que “o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção ao ser humano.”[14] Pela primazia da norma mais favorável, eventual conflito com o Direito Interno deve ser resolvido pelo grau de benefício ao ser humano. Ou seja, caso os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos revelaram-se mais benéficos, estes deverão prevalecer. O contrário ocorrerá se as normas do ordenamento jurídico interno conferirem maior proteção ao ser humano, devendo estas ser aplicadas, não importando se o tratado foi ratificado posteriormente e nem se a norma interna possui natureza infraconstitucional.

3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Duas são as teorias doutrinárias de incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna dos países: a monista, definida pela incorporação automática em decorrência de normatização que assim estabelece; e a dualista, em que a incorporação não é automática. A maioria dos países europeus, os EUA e alguns países latino-americanos adotam a incorporação automática.

Nélida Astezia Castro Cervantes[15] diz que a forma de aplicação e a hierarquia dos tratados internacionais no âmbito interno são determinadas pelas respectivas Constituições de cada Estado, além da interpretação jurisprudencial. E as relações entre o Direito Interno e Direito Internacional – ou seja, as dúvidas sobre aplicação ou não dos tratados no âmbito interno e eventuais conflitos – devem ser estudadas levando em conta o debate entre as teorias monista e dualista.

Pela teoria monista, o ordenamento jurídico é um só, formado de normas internas e internacionais. Dentro dela, duas correntes se formaram: uma que afirma a primazia do Direito Interno e outra que defende o primado das normas de Direito Internacional. Nélida[16] lembra, ainda, que os monistas defensores da primazia do Direito Internacional têm subdivisão em dois grupos: os extremados, encabeçado por Kelsen, e os moderados, que tinham como principal expositor Verdross. Os primeiros inadmitem conflito entre a norma interna e a de Direito Internacional sob o argumento de que a Constituição do Estado (norma interna) tiraria da norma internacional seu fundamento de validade, evitando a colisão. Já o segundo grupo defendia a coexistência das normas de Direito Interno e de Direito Internacional e, quando as primeiras fossem contrárias às segundas, teriam validade e obrigatoriedade perante os Estados, cabendo impugnação junto ao Direito Internacional.

A teoria dualista[17] entende que existem dois ordenamentos jurídicos igualmente válidos, mas que são independentes e autônomos, o que torna impossível o conflito entre as normas dos ditos ordenamentos, uma vez que o Direito Interno rege as relações jurídicas intra-estatais e o Direito Internacional ocupa-se com as relações interestatais, com destinatários diversos. [18]

A doutrina jurídica sobre Direitos Humanos no Brasil mantém a classificação de quatro correntes sobre a incorporação dos Pactos Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: uma que entende que os Pactos são supraconstitucionais, e teriam mais força normativa do que a própria Constituição; outra corrente entende que os pactos são recepcionados como normas de índole constitucional (posição de Flávia Piovesan[19], Valério Mazzuoli[20] e Luiz Flávio Gomes[21]); uma terceira defende a recepção como norma de mesma hierarquia de lei ordinária (antes vigente no Supremo Tribunal Federal); e a última, externada em voto do ministro Gilmar Mendes proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, com julgamento concluído – cujo relator é o ministro Cezar Peluso – em que se concebem os tratados internacionais de direitos humanos como *direito supralegal* – ou seja, de valor normativo inferior à Constituição, mas superior às leis federais.

No Brasil, o art. 84, VII, da Constituição de 1988 prevê que cabe privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Noutro prisma, o art. 49, I,

estabelece que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, há o fortalecimento do Congresso Nacional no exame dos tratados, com opção pela representação popular para dizer a última palavra sobre a introdução no ordenamento jurídico nacional de normas elaboradas pelas representações dos países, nas assembléias internacionais agendadas especificamente para este fim.

Por previsão Constitucional, os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República e o Congresso Nacional os examina aprovando por meio de decreto legislativo. Depois de aprovado no Congresso, o Poder Executivo deve ratificar o texto. Tratando-se de matéria relativa a Direitos Humanos, a própria Constituição de 1988 consignou dispositivo que automatiza a incorporação. É o caso do art. 5º, § 1º, em que está disposto que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sobre a força normativa, Flávia Piovesan nos faz recordar que, desde 1977, o Supremo Tribunal Federal equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal, em decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 80.004. Decidiu-se que os tratados estão na mesma hierarquia das leis, portanto, fazendo ensejar a utilização do princípio de que a norma posterior revoga a anterior sempre que estejam na mesma hierarquia.^[22] Mas a autora opta por outra opinião quando defende que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional diante do seu caráter especial de proteção, expondo:

Acredita-se, ao revés, que conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1.988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1.988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema.^[23]

O art. 5º, § 2º, dá ainda mais força à introdução do Direito Internacional dos Direitos Humanos quando consagrou a regra de que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Mas, uma importante mudança foi introduzida na Constituição pela Emenda Constitucional n. 45, em 2004. Ao art. 5º foi acrescido o § 3º com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Tal dispositivo nos remete ao questionamento sobre a força normativa dos tratados. A interpretação literal concede a força à rigidez da forma para que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos tenham força de emendas constitucionais. Tal opção, indubitavelmente, veio forçar nova posição do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que ele desse aos tratados internacionais não confirmados pelo Congresso Nacional uma força normativa maior do que as leis federais.

Cançado Trindade[24] menciona, no que tange à natureza jurídica dos tratados internacionais dos direitos humanos, que o binômio *respeitar/fazer respeitar* significa que as obrigações dos Estados Partes abarcam, de forma incondicional, o dever de assegurar o fiel cumprimento das disposições de suas normas por todos os seus órgãos ou agentes, assim como por todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Além disso, tem ainda o dever de assegurar que suas disposições sejam respeitadas por todos, particularmente pelos demais Estados-Partes, configurando-se em deveres que se situam no plano das obrigações *erga omnes*.

4 A AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL

A definição de defesa processual penal passa pela doutrina pátria por dois modelos: defesa técnica e autodefesa. Por defesa técnica entende-se aquela feita no processo penal exclusivamente por atuação de advogado regularmente inscrito para o exercício da profissão. O advogado atua representando os interesses de quem está sendo processado, sendo considerado pela Constituição de 1988 indispensável à administração da justiça (art. 133). A indicação é feita perante o juiz que, na ausência, anunciará a possibilidade de convocação de um defensor público para o encargo.

A defesa técnica é tida pela doutrina como indisponível por ser imprescindível à efetividade do princípio do contraditório. Almeja-se no processo o equilíbrio entre a acusação e a defesa no que tange à disponibilidade de instrumentos para construção das teses. É a chamada condição de *paridade de armas*,[25] expressão que encontra guarida no princípio da igualdade – em que se quer garantir a igualdade de oportunidades às partes no processo.

Antônio Scarance Fernandes[26] preconiza que, para ser ampla como exige o texto constitucional, a defesa técnica apresenta-se no processo penal como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. O advogado seria necessário para equilibrar a defesa com a acusação, uma que esta, em regra, é feita por membros do Ministério Público altamente qualificados, além de contarem com polícia técnica especializada em investigação criminal.

Assim, é facultado ao acusado constituir advogado de sua confiança. Caso não o faça, o juiz deve obrigatoriamente nomear um defensor para o exclusivo patrocínio da defesa, podendo ser defensor público em caso de declaração de que inexistente, para o acusado, a possibilidade de remunerar o causídico. [27]

Já, para a autodefesa, o vernáculo deve necessariamente ser utilizado para conceituar o que se propõe nominar de *autodefesa processual penal plena*. Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira,[28] *autodefesa* tem como significado a defesa de um direito feita pelo seu titular, enquanto o termo *plena* é adjetivo que traduz a idéia de cheio, completo, inteiro, perfeito.

Os grandes processualistas da doutrina processual penal brasileira entendem que a autodefesa – no processo penal – abrange, em suma, tão somente o direito de estar presente aos atos do processo e o direito ao interrogatório[29], considerado um dos seus meios mais eficazes.

Ainda pela doutrina pátria, a participação pessoal do réu no contraditório e nos debates não enseja a permissão de manifestação verbal. Eventual manifestação somente é permitida no próprio interrogatório, momento em que há livre direito de expressão do processado, inclusive podendo articular fatos e circunstâncias que não correspondem à verdade. Desse modo, temos, como obrigatória, a participação do advogado no processo penal, na atuação como defensor, agindo como procurador ou representante da parte – aqui, o próprio réu.

Júlio Fabbrini Mirabete[30] constata esta evidência quando relata que

A defesa técnica obrigatória é complementada pela autodefesa, que pode se desenvolver ao seu lado no processo. Essa autodefesa do acusado, que é facultativa, consiste na participação do réu em quase todos os atos do processo, inclusive com a possibilidade de apresentar alegações, como no interrogatório. Pode ela, inclusive, transbordar para o campo de atividades essencialmente postulatórias, citando-se como exemplo a manifestação do réu do desejo de apelar da sentença condenatória, que torna efetivo o recurso.

Ele menciona que, por faltar capacidade para o exercício do *jus postulandi* (capacidade postulatória) à parte (acusado), é necessário suprir tal deficiência com a outorga de procuração (mandato) ao advogado que, além de representar o cliente do processo, atua para que a tutela jurisdicional seja prestada com acerto e justiça.

Ada Pellegrini Grinover doutrina que o réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. E lembra ainda:

O retorno ao direito ao silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro há de ser a sua consciência, cuja liberdade há de ser

garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade.[31]

Fernando da Costa Tourinho Filho[32] diz que a *autodefesa* ocorre quando a defesa é levada a cabo pelo próprio imputado. E confirma a posição da doutrina majorante: “se o imputado não for profissionalmente habilitado, não é possível a *autodefesa*”. E declara sua opção pela restrição da *autodefesa* – a que atribui o significado de *defesa material* – às manifestações do imputado, quando pode abster-se de responder as perguntas que lhe forem formuladas pelo juiz, no interrogatório.

E verbera, enaltecendo a defesa técnica:

O caráter público da defesa acentua-se mais ainda, se se atentar para a circunstância de que o atual sistema legal exige a defesa profissional, a defesa técnica, ou seja, assumida por quem tenha habilitação técnica. Ainda que o imputado a recuse, não pode o juiz atendê-lo, pois, se o fizer, isto é, se permitir que o próprio réu se defenda, sem qualquer preparação científica, haverá a degradação da tutela profissional.[33]

Fernando Capez[34] também segue a linha corrente, consignando que

a ampla defesa de que fala o texto constitucional desdobra-se em dois aspectos: a defesa técnica, exercida por profissional habilitado (indispensável – CPP, art. 261), e a autodefesa, desempenhada pela própria parte (dispensável a critério do acusado), e que se manifesta no interrogatório, no direito de audiência com o juiz (comparecimento em júízo), na possibilidade de interpor, por si, recurso etc.

Guilherme de Souza Nucci[35] faz distinção entre *ampla defesa* e *plenitude da defesa*, tema tratado na seção do conceito. Porém, não faz nenhuma referência à *autodefesa*, deixando claro em exemplo que a *ampla defesa* abrange diversos direitos exclusivos do réu, como no caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação –, e a verificação da eficiência da defesa pelo magistrado com possibilidade de substituição do causídico quando necessário.

Antônio Scarance Fernandes[36], por sua vez, defende que a *autodefesa* se manifesta no processo de várias formas: direito de audiência, direito de presença e direito a postular pessoalmente. A primeira seria através do interrogatório (tido como o momento adequado para o acusado, em contato direto com o juiz, trazer sua versão sobre o fato da imputação; o segundo garantiria ao acusado a oportunidade de acompanhar os atos de instrução ao lado do seu defensor, auxiliando-o na realização da defesa.

Quanto ao direito do réu postular pessoalmente – em sua própria defesa – Scarance se refere aos exemplos da interposição de recursos, impetração de *habeas corpus*, formulação de pedidos no juízo da execução penal, como o pedido para progressão de regime de pena. Nesse sentido, segue a doutrina adotada no Brasil, atualmente.

Luiz Flávio Gomes, fazendo referência às garantias mínimas do devido processo criminal, considera a autodefesa uma garantia e informa que ela pode ser observada com o *direito de audiência* (sobretudo no ato do interrogatório), o *direito a intérprete ou tradutor*, o *direito de presença* nos atos processuais (que envolve o direito de confronto com testemunhas e vítimas), o *direito de participação no contraditório* (colheita de provas, por reperguntas), o *direito de comunicação livre e reservada com o seu defensor*, além do *direito de postulação pessoal* (exercido quando da interposição de alguns recursos processuais – Código de Processo Penal, art. 584 e 598 –, impetrar *habeas corpus* e propor revisão criminal, conforme autoriza o art. 633 do mesmo Código).[37]

O argentino Raúl Washington Ábalos[38] diz que a doutrina de seu país tem sustentado que a autodefesa técnica – aquela feita quando o réu é advogado – não se mostra conveniente porque se encontra numa relação de *inferioridade psicológica* com relação ao Ministério Público, diminuindo a eficácia do direito de defesa. Para ele, “el temor, la timidez, la inseguridad por la suerte del proceso, son argumentos que también se esgrimen para negar la posibilidad a que el imputado se defienda técnicamente.”

Mas o autor lembra que não se deve desconhecer que o direito de defesa é um direito subjetivo público individual. E, por isso, o Estado agiria de forma arbitrária se pretendesse modificar a vontade individual do imputado. Assim, dita vontade deve ser aceita se sua defesa se revela eficaz. Cita, no entanto, duas condições para aceitação da autodefesa: que o imputado, ao defender-se, não prejudique a eficácia da defesa e que a autodefesa não deve obstar o normal desenvolvimento do processo.[39]

5 A AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL NA REDAÇÃO DOS PACTOS INTERNACIONAIS

É possível afirmar que a defesa da ampliação da atuação do acusado em processo penal tem previsão normativa dos mais importantes Pactos aderidos pelo Brasil, uma vez que estes revelam uma redação que permite concluir pela maior atuação de quem responde ao processo.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos diz, no art. 14.3.d e e, que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o

interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação.

Já do Pacto de San José da Costa Rica se extraem as garantias judiciais no art. 8º, letras *d* e *e*, onde se resguarda o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor, assim como o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Os textos colacionados têm similaridade em suas redações, consistente na possibilidade de que o acusado se defenda *pessoalmente* ou por defensor. Entretanto, há uma particularidade: o Pacto de San José da Costa Rica admite a possibilidade do acusado ser *assistido* por advogado. O termo *assistido*, numa captação literal do sentido, significa *dar ou prestar assistência*, permitindo levar à ilação de que não seja retirada a faculdade de defesa pelo próprio acusado, a exemplo do processo penal dos Estados Unidos quanto ao *self-representation*.

Sendo assim, pelo Processo Penal dos EUA, a assistência de advogado sugere uma certeza: a defesa é monopólio do acusado. Ou seja, a condução da defesa deve ser confiada ao próprio acusado e não à pessoa do seu advogado, atuando este último como conselheiro. Desta forma, desvela-se a conveniência sobre a atuação do réu na formação da prova. Os vários argumentos e direcionamentos sobre a prova devem ser, inicialmente, submetidos ao próprio réu para, podendo e querendo, consultar seu advogado sobre cada tema perquirido.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, permite que o réu confie a defesa ao advogado, utilizando para isto o termo *por meio de*. Mas mesmo assim, há dispositivo que sugere a atuação concreta do acusado na parte que permite a ele *interrogar* diretamente as testemunhas – o que leva à possibilidade de captar o sentido mais benéfico à vontade do réu em fazer perguntas às testemunhas sem a necessidade de que seja por meio do seu defensor. A própria redação da letra *e* do art. 14.3 do Pacto traz expressa a previsão a faculdade de usar o advogado, quando usa a expressão *fazer interrogar* logo depois *de interrogar*.

Além dos dois Pactos mencionados, há também o resultante da Convenção Européia de Direitos Humanos[40], art. 3, *c* e *d*, com importante redação normativa, onde assevera que o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem. Além disso, pode interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

Vê-se que até no continente europeu foi fixada expressa previsão de ampliação da autodefesa logo depois da Segunda Grande Guerra, reconhecendo – ou assegurando – para os europeus, quando acusados, direitos considerados *mínimos*.

6 O APARENTE CONFLITO ENTRE OS PACTOS INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para o Supremo Tribunal Federal, os critérios de solução de antinomias das regras definem o aparente conflito no caso de prevalecer a tese de que o tratado tem mesma hierarquia de lei ordinária. Pelo critério cronológico tem-se que, na existência de duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Eis a efetivação do brocardo: *lex posterior derogat legi priori*. A eficácia da lei no tempo é limitada ao prazo de sua vigência, iniciada com a sua publicação e perdura até a sua revogação. A lei, dessa maneira, só começa a produzir seus efeitos após a vigência e deixa de produzi-los quando revogada.

Pelo critério hierárquico, também nominado de *Lex superior*, na existência de normas incompatíveis entre si, prevalece a hierarquicamente superior. O contrário é inadmissível, pois uma norma inferior nunca revoga uma superior. Ele teve inspiração na expressão latina *lex superior derogat legi inferiori*.

O critério da especialidade, também denominado *Lex specialis*, corresponde à expressão latina *lex specialis derogat legi generali*. Por esse critério, quando duas normas são incompatíveis, sendo uma geral e outra especial, prevalece a segunda. O entendimento que define esse critério diz respeito à circunstância da norma especial contemplar um processo natural de diferenciação das categorias, o que viabiliza, assim, a aplicação da lei especial no grupo que contempla as peculiaridades nela presentes, sem ferir a norma geral, de amplitude elevada.

Nos dois casos, temos sempre a superioridade normativa dos Pactos Internacionais. No primeiro, se os Pactos têm força de norma constitucional, prevalecem eles sobre o Código de Processo Penal pelo critério da hierarquia normativa; no segundo, se os Pactos são considerados com força similar às leis ordinárias, prevalecem sobre o Código de Processo Penal pelo critério da temporariedade – o cronológico –, pois entraram em vigor no Brasil em setembro de 1992 – o Pacto de San José da Costa Rica – e em janeiro de 1992 – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos –, ou seja, bem depois do C.P.P., cuja feição normativa data de outubro de 1941, consubstanciada no Decreto-lei n. 3.689.

Porém, há nova lei em vigor que alterou o Código de Processo Penal: a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. [41] Tal normal legal alterou os procedimentos referentes ao julgamento pelo Tribunal do Júri, restringindo, por omissão, a atuação pessoal do acusado na formulação de perguntas no momento da instrução em plenário, em que se afirmou, no art. 473, que prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

Além disso, para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos no artigo 473 do CPP. Os jurados

poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

Tal regra inova se tomarmos o CPP como referência, configurando afronta aos Pactos de San José da Costa Rica e dos Direitos Civis e Políticos porque não tem a força normativa para revogá-los naquilo que contraria. Ademais, não se afigura como razoável entender que a nova lei criou regra de exceção à recepção dos referidos Pactos, pois estes foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro sem ressalva quanto à colheita de prova testemunhal.

Flávia Piovesan^[42] se refere à Convenção de Viena para destacar a posição dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Salienta que o artigo 53 é aplicável para definir tais tratados como norma cogente (*jus cogens*), a ser observada como obrigação *erga omnes* e com especial força de observância obrigatória – normas de comando peremptório, imperativo. Eis a redação do art. 53:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.^[43]

Com isso, Piovesan sustenta que os direitos humanos, quando inseridos em tratados, têm hierarquia especial e privilegiada em relação aos tratados internacionais tradicionais. E argumenta que o Brasil fez opção por um sistema misto de disciplinamento dos tratados, combinando regimes jurídicos diferenciados: um aplicável aos tratados de direitos humanos; o outro, aplicável aos tratados tradicionais.

Tal divisão, pela autora, faz com que os tratados de proteção internacional de direitos humanos tenham hierarquia constitucional e sejam incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico interno. Já os tratados tradicionais, por sua vez, apresentam hierarquia infraconstitucional e não se incorporam de forma automática no ordenamento.

Portanto, pela posição defendida por Flávia Piovesan, os Pactos devem sempre prevalecer sobre o Código de Processo Penal por serem tratados como norma de índole constitucional, o que torna autorizada a participação maior do réu na formulação da prova. Mesmo que se adote a posição do Supremo Tribunal Federal, há maior força normativa dos Pactos sobre o Código de Processo Penal diante da incorporação no nosso ordenamento jurídico ter ocorrido bem depois da vigência do Decreto-lei n. 3.689, de 1941, como já referido.

A autodefesa processual é, pelo visto, direito que deve ser firmado na coerência do sistema de proteção aos direitos humanos. A dignidade passa a sofrer riscos com a fragilização no reconhecimento da liberdade de agir do réu.

A solução que parece ser mais razoável para o aparente conflito entre os Pactos de San José da Costa Rica e dos Direitos Cíveis e Políticos com a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, reside na harmonização, ou seja, na afirmação da força normativa da recitada lei juntamente com o referidos Pactos, principalmente quanto à referência da primazia da norma mais favorável. Ou seja, a melhor interpretação é aquela que considera válida a Lei n. 11.689/2008 e acrescenta a possibilidade de dar força normativa – e validade – aos Pactos, na parte que possibilita ao acusado de atuar pessoalmente na produção das provas colhidas no plenário do júri.

E o mesmo entendimento da primazia da norma mais favorável ao acusado deve ser referenciado quanto às novas Leis n. 11.690 e 11.719, ambas também de 2008, uma vez que tratam de regras processuais penais, tanto das provas como dos procedimentos.

No entanto, o STF, com a nova posição referida, encerrou a dúvida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é de se inferir, em suma, que:

- a) Os horrores vivenciados na II Grande Guerra Mundial trouxeram aos países a necessidade de reeditar uma nova concepção afirmativa de direitos do homem. Com isso, a Carta das Nações Unidas, dando início a uma nova ordem internacional tendente a estabelecer um modelo de conduta nas relações internacionais voltado à manutenção da paz e segurança entre as nações, com inclusão da proteção de direitos humanos, em sentido amplo.
- b) Inseridos numa nova ordem de idéias, os países optaram por fortalecer os Pactos internacionais, tornando os Direitos Humanos um conjunto requintado de direitos eminentemente internacionalizados. Os mais importantes que interessam ao presente estudo, são: o Pacto de San José da Costa Rica (resultado da Convenção Americana dos Direitos Humanos realizada em 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. O Brasil ratificou os dois Tratados de direitos humanos aqui referidos sem ressalvas significativas que impeça a efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais.
- c) A busca pela proteção integral da pessoa – como princípio fundamental do discurso de defesa dos direitos humanos – enaltece a primazia da norma mais favorável quando do exercício de interpretação do conjunto normativo. Temos o princípio da primazia da norma mais favorável como preceito consagrado de forma expressa em tratados de direitos humanos.
- d) A inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional decorre de sua consagração como um dos princípios fundamentais da

República Federativa do Brasil, o que faz com que todo o ordenamento jurídico brasileiro deva se voltar a conferir o máximo de eficácia a essa dignidade, vez que é inerente ao indivíduo independentemente de qualquer condição de que se revista. Ou seja, a dignidade humana é o mais importante referencial de aplicação das normas jurídicas, tanto internacionais como internas.

e) É possível afirmar que a defesa da ampliação da atuação do acusado em processo penal tem previsão normativa dos mais importantes Pactos aderidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos, uma vez que estes revelam uma redação que permite concluir pela maior atuação de quem responde ao processo. Tais Pactos são: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica.

f) A autodefesa processual é, pelo visto, direito que deve ser firmado na coerência do sistema de proteção aos direitos humanos. A dignidade passa a sofrer riscos com a fragilização no reconhecimento da liberdade de agir do réu.

g) A solução que parece ser mais razoável para o aparente conflito entre os Pactos de San José da Costa Rica e dos Direitos Civis e Políticos com as Leis n. 11689, 11690 e 11719, de 2008, reside na harmonização, ou seja, na afirmação da força normativa da recitada lei juntamente com o referidos Pactos, principalmente quanto à referência da primazia da norma mais favorável.

8 REFERÊNCIAS

ÁBALOS, Raúl Washington. Derecho Procesal Penal. 2.ed. Tomo II. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Lei n 11689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: >. Acesso em: 29 junho 2008.

BRASIL. Lei n. 11690, de 9 de junho de 2008, Art. 212. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm >. Acesso em: 25 setembro 2008.

BRASIL. Lei n. 11719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 25 setembro 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERVANTES, Nélida Astezia Castro. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda Constitucional 45/2004. 2006. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em : < http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html#artigo_60 >. Acesso em: 1 jun 2008.

CONVENÇÃO DE VIENA. Disponível em: < <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm> >. Acessado em 8 abril 2.008.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário eletrônico Aurélio: com corretor ortográfico. Curitiba: Editora Positivo, 2004, CD-ROM.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Tratados de direitos humanos: nível supralegal. Revista Juristas. Disponível na internet, no site: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2698>. Acesso em: 14 abril 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* As nulidades do processo penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O processo em sua unidade. São Paulo: Saraiva, 1978.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/mazzuoli.html>>. Acesso em: 14 abril 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2 ed., RT, 2006, p. 80.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Art. 5º – 2. Disponível em: . Acesso em: 31 jan. 2008.

PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Tratados Internacionais de Direitos Humanos: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil. 2007.

PORTUGAL. Constituição Portuguesa. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm>. Acesso em: 26 junho 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 2. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

_____. A proteção dos Direitos Humanos nos plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras. Brasília: F. Naumann, 1992.

[1] A Constituição de 1988 foi bem ampliativa, pois prescreveu a possibilidade até mesmo da incorporação de outros Pactos cujos artigos não foram contemplados na própria Carta, conforme o § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

[2] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 506.

[3] Cançado Trindade opta por *exigibilidade* e implementação. (cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v. 1, 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 538).

[4] *Ibidem*, p. 542.

[5] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Tratados Internacionais de Direitos Humanos: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil. 2007. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007, p. 107.

[6] *Ibidem*, p. 110.

[7] Esta posição é defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade. (cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção dos Direitos Humanos nos plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras. Brasília: F. Naumann, 1992, p. 317-318.

[8] PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Art. 5º – 2. Disponível em : <http://www.cedin.com.br/050trata_pgs/trata000.htm#05>. Acesso em: 31 jan. 2008.

[9] PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Art. 5º – 2. Disponível em : <http://www.cedin.com.br/050trata_pgs/trata000.htm#05>. Acesso em: 31 jan. 2008.

[10] GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000, p. 26.

[11] PORTUGAL. Constituição Portuguesa. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm>. Acesso em: 26 junho 2008.

[12] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 574.

[13] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, p. 515.

[14] *Ibidem*, p. 558.

[15] CERVANTES, Nélida Astezia Castro. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda Constitucional 45/2004. 2006. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006, p. 44.

[16] Nélida Astezia recorda que, no Brasil, a teoria monista como primazia para o Direito Internacional tinha em Pontes de Miranda um de seus principais defensores. Já Valério de Oliveira Mazzuoli defendia que primazia do Direito Internacional sob o Direito Interno será tendência mundial, e decorria de regra pactuada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

[17] Nélida informa que a teoria dualista, ou pluralista, era encabeçada por Triepel, tendo sido o primeiro a desenvolver um estudo sistemático acerca de um conflito entre normas em sua obra *Volkerrecht und Landesrecht*.

[18] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

[19] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331.

[20] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/mazzuoli.html>>. Acesso em: 14 abril 2008.

[21] GOMES, Luiz Flávio. Tratados de direitos humanos: nível supralegal. Revista Juristas. Disponível na internet, no site: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2698>. Acesso em: 14 abril 2008.

- [22] PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000, p. 164.
- [23] *Ibidem*, p. 169.
- [24] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 357.
- [25] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* As nulidades do processo penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- [26] FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2005, p. 284.
- [27] A assistência judiciária gratuita é direito previsto na Constituição de 1988, Art. 5º, LXXIV.
- [28] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário eletrônico Aurélio: com corretor ortográfico. Curitiba: Editora Positivo, 2004, CD-ROM.
- [29] É interrogatório um ato processual presidido pelo juiz em que o réu é qualificado e auscultado sobre dados pessoais e sobre os fatos narrados na denúncia criminal. O silêncio do réu não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Pelo Código de Processo Penal, é feito com observância dos art. 185 e seguintes.
- [30] MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 337. Ele ressalta que o advogado exerce um *munus* público, sendo até, por dispositivo constitucional, indispensável à administração da justiça (Art. 133 da CF).
- [31] GRINOVER, Ada Pelegrini. O processo em sua unidade. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 111.
- [32] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 2. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 473.
- [33] *Ibidem*, p. 471
- [34] CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 153.
- [35] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2 ed., RT, 2006, p. 80.
- [36] FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2005, p. 293-294.

[37] PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000, p. 213.

[38] ÁBALOS, Raúl Washington. Derecho Procesal Penal. 2.ed. Tomo II. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2007, p. 217.

[39] *Ibidem*, p. 218.

[40] CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em : < http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html#artigo_60 >. Acesso em: 1 jun 2008.

[41] BRASIL, Lei n 11.689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: >. Acesso em: 29 junho 2008.

[42] *Ibidem*, p. 171.

[43] CONVENÇÃO DE VIENA. Disponível em: < <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm> >. Acessado em 8 abril 2008.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO À MORADIA.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EFECTIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL DERECHO A LA HABITACIÓN.

Cintia Maria Scheid

RESUMO

A análise dos direitos humanos, no contexto da concretização da dignidade da pessoa humana nos direitos sociais, especialmente com relação ao direito à moradia, se apresenta essencial. O presente estudo tem por objetivo analisar os direitos sociais no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a partir do direito à moradia, em face do que esse direito representa para a concretização da dignidade do ser humano. De fato, a dignidade da pessoa humana está estreitamente relacionada aos direitos humanos, e, por conseguinte, aos direitos fundamentais previstos na maioria das Constituições contemporâneas. Nesse sentido, um indivíduo, independente do Estado ao qual pertença, terá respeitada a sua dignidade sempre e quando seus direitos fundamentais forem observados e efetivados, ainda que a dignidade não se esgote neles. Com efeito, os direitos humanos densificam a dignidade do ser humano, demandando, dessa forma, a sua realização no mundo dos fatos. No entanto, há uma série de direitos humanos constitucionalmente previstos que não lograram, ainda, sua necessária efetivação, especialmente no que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais. Dentre eles, chama a atenção o direito à moradia, que tem atraído a preocupação da comunidade internacional em virtude de sua crescente e alarmante precariedade, tanto nos países centrais como nos periféricos. Essa realidade tem repercutido de forma importante nas disposições internacionais de direitos humanos, levantando questionamentos sobre novas possibilidades para sua concretização. O método de abordagem utilizado para o presente estudo foi o dedutivo, tendo em vista a característica bibliográfica deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS; EFETIVAÇÃO; SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; DIREITO À MORADIA.

RESUMEN

El análisis de los derechos humanos, en el contexto de la concretización de la dignidad de la persona humana en los derechos sociales, especialmente en relación al de derecho a la habitación, se presenta esencial. El actual estudio tiene como objetivo analizar los derechos sociales en el ámbito del sistema internacional de protección de los derechos

humanos, a partir del derecho a la habitación, debido a lo que ese derecho significa para la concretización de la dignidad del ser humano. De hecho, la dignidad de la persona humana está estrechamente relacionada a los derechos humanos, y, por lo tanto, a los derechos fundamentales previstos en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. En esa dirección, un individuo, independiente del Estado al cual pertenezca, tendrá respectada a su dignidad siempre y cuando sus derechos fundamentales fueren observados e realizados, aunque la dignidad no se agote en ellos. Con efecto, los derechos humanos densifican la dignidad del ser humano, demandando, así, su realización en el mundo de los hechos. Sin embargo, hay una serie de derechos humanos constitucionalmente previstos que todavía no han logrado su necesaria concretización, especialmente respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos, llama la atención el derecho a la habitación, que hay atraído la preocupación de la comunidad internacional en virtud de su creciente y alarmante precariedad, tanto en los países centrales como en los periféricos. Tal realidad tiene repercutido de forma importante en las disposiciones internacionales de derechos humanos, levantando cuestionamientos sobre nuevas posibilidades para su realización. El método de abordaje utilizado para el presente estudio fue el deductivo, en virtud de la característica bibliográfica de ese trabajo.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS SOCIALES; EFECTIVACIÓN; SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS; DERECHO A LA HABITACIÓN.

Introdução

Os direitos fundamentais estão definitivamente construídos de forma integrada no patrimônio comum da humanidade, como resultado do processo de constitucionalização dos direitos humanos que teve início com a Declaração de 1948. No Brasil, a absorção desse fenômeno, a partir da Constituição de 1988, se deu de forma veemente, o que ressalta a urgência no resgate sobre a importância dos direitos humanos para a concretização da dignidade da pessoa humana principalmente no que se refere àqueles direitos que demandam uma satisfação material para sua efetivação, tal como ocorre com o direito à moradia.

Com efeito, os direitos humanos e os direitos fundamentais se alimentam da mesma fundamentalidade material, no sentido de reconhecerem e protegerem certos valores e bens jurídicos e de reivindicarem condições minimamente dignas aos seres humanos em geral e aos cidadãos de determinado Estado. Nesse sentido, é a fundamentalidade na sua perspectiva formal, ligada ao direito constitucional positivo, que irá distinguir os direitos fundamentais constitucionais dos direitos humanos. Não há, portanto, desde a perspectiva da fundamentalidade material, incompatibilidade entre esses direitos, conforme se vê na própria incorporação dos direitos humanos ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos (veja-se o artigo 5º, § 3º, da CF/88, introduzido pela

Emenda Constitucional 45, de 2004), e mesmo a tendência de muitas Constituições de acolher expressamente direitos que vêm sendo reconhecidos na ordem internacional ou de conter uma cláusula geral de abertura aos direitos garantidos no direito internacional convencional. [1]

Tendo em vista essa interface cada vez mais estreita dos direitos humanos com os direitos fundamentais, notadamente em relação aos direitos sociais prestacionais que buscam concretizar materialmente a dignidade humana, o presente trabalho irá versar sobre a efetivação dos direitos humanos sociais a partir do direito à moradia no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como exemplo de eficácia e parte integrante e inseparável desses. Para tanto, no primeiro tópico, abordar-se-á a dignidade como fundamento do sistema internacional dos direitos humanos, especialmente quanto ao seu reflexo na importância e na aplicabilidade das normas que compõem esse sistema. Num segundo momento, serão tecidas algumas considerações sobre os direitos econômicos, sociais e culturais no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, para, finalmente, na terceira e última parte contextualizar o direito à moradia no âmbito internacional dos direitos humanos, discorrendo sobre a previsão e as particularidades na aplicação das respectivas normas internacionais.

1 A dignidade como fundamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos: importância e aplicabilidade das normas sobre direitos humanos.

A reação que o totalitarismo da Segunda Guerra Mundial provocou levou à consagração da dignidade da pessoa humana em nível internacional, a partir de uma abordagem em que os direitos humanos adquiriram relevo universal, num processo de reconstrução da dignidade da pessoa humana após a ruptura havida com o nazismo. [2] Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o marco da universalização desses direitos, e reflete o consenso sobre um sistema de valores que tem na dignidade do ser humano o seu núcleo duro. “Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns” [3] , consolidando-se, destarte, uma ética universalmente compartilhada.

De fato, a ausência de quaisquer reservas ou objeções ao conteúdo da Declaração, aliada à unanimidade de sua aceitação, demonstram que esse documento se apresenta como o código universal de conduta para os Estados na busca da concretização da dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento dos direitos humanos. [4] Por conseguinte, “a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional ‘deslegitima’ os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade internacional”. [5]

Desde uma (resumida) perspectiva histórica dos direitos humanos, é possível afirmar que, num primeiro momento, a partir do jusnaturalismo moderno, o que havia era uma idéia abstrata sobre direitos humanos como valores axiológicos superiores. Em tal concepção, esses direitos são universais, porque são pertencentes a todos os seres humanos em seu estado natural. Para Locke, as pessoas são, por natureza, livres e iguais, sendo esse estado natural o que realmente importa, pois o estado civil não passa de artifício para possibilitar a amplificação dos valores naturais de liberdade e igualdade. [6]

Posteriormente, com a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, houve o reconhecimento explícito por um documento político da existência desses direitos. São concretizados, por meio da positivação, direitos da pessoa pelo fato de ser humano. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, produto da Revolução Francesa, ratifica a idéia de que os seres humanos são livres e iguais em direitos. De fato,

a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo, dependente da vontade do legislador, em contextos localizados e variáveis. [7]

Há, assim, uma positivação, ainda que restrita, aos indivíduos de determinados Estados, dos direitos humanos, antes contemplados somente no plano teórico do jusnaturalismo. Concretizam-se tais direitos, mas limitados à esfera do Estado que os reconhece: “são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular” [8].

Contudo, com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945[9], e com aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, há uma relativização da soberania dos Estados, a partir da idéia de que os direitos humanos devem ser protegidos de forma ampla e universal e não cingidos ao âmbito exclusivo de proteção do direito interno de cada país, na medida em que a dignidade da pessoa humana, cerne da proteção desses direitos, se apresenta como questão de interesse internacional. [10] Os direitos humanos, então, são concretizados positivamente de forma universal[11].

A noção jusnaturalista de liberdade e igualdade, como valores naturais do ser humano, tem repercussão no artigo 1º da Declaração, ao proclamar que todos os homens nascem

livres e iguais em dignidade e direitos. Cabe salientar, contudo, que essa disposição expressa a respeito da igualdade e da liberdade dos homens não implica o reconhecimento de uma situação fática consolidada, e sim uma situação ideal a ser perseguida e conquistada para todos os povos do mundo, em espírito de fraternidade. [12] Nessa direção,

a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais. [13]

Se, por um lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem consolida o reconhecimento universal dos direitos humanos, de outro lado esse importante documento é o marco inicial que aponta o caminho a ser percorrido em uma trajetória que está constantemente sendo traçada. Ao consagrar direitos humanos, fundamentada no resgate da dignidade do ser humano, a Declaração de 1948 introduz a concepção da universalidade e da indivisibilidade desses direitos[14]. No primeiro caso, porque ser pessoa é a única condição necessária para ser titular de tais direitos, independentemente de condições sociais e culturais de determinada sociedade; no segundo, porque a Declaração, ao incluir os direitos econômicos, sociais e culturais ao lado dos direitos civis e políticos, conjugando os valores da liberdade e da igualdade (material), realça a unidade fundamental na concepção dos direitos humanos e sublinha a abordagem indivisível no tratamento desses direitos [15].

Apesar da Declaração de 1948 constituir o marco da criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente para aquelas situações de omissão ou ineficiência da tutela desses direitos no âmbito doméstico, ela não possui - desde o ponto de vista estritamente legalista - força jurídica cogente justamente por se revestir da forma de declaração e não de tratado[16]. Em face disso, houve o entendimento acerca da necessidade de 'juridicização' da Declaração de 1948 sob a forma de tratado internacional para que as obrigações assumidas fossem obrigatórias e vinculantes para os Estados-partes. Foi instaurado, assim, com os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o processo de 'juridicização', cujas disposições atribuem precisão e maior grau de detalhamento aos direitos previstos na Declaração. [17]

Por isso, com a aprovação da Declaração Universal de 1948 ocorreu a abertura da proteção internacional dos direitos humanos e a multiplicação dos respectivos instrumentos como reflexo dos processos de universalização e de generalização da proteção desses direitos no plano internacional, apresentando-se, parafraseando Cançado Trindade, como "a fonte de inspiração e o ponto de irradiação e convergência" dos instrumentos veiculadores de direitos humanos que surgem a partir de então.

Esses instrumentos, inspirados e derivados da mesma fonte, complementam-se com o objetivo de garantir maior eficácia na proteção dos direitos humanos, constituindo a base jurídica para sua proteção. [18] Há, portanto, uma relação de complementaridade entre os diversos instrumentos internacionais, no intuito de ampliar a proteção desses direitos para assegurar o seu pleno exercício, o que realça a especificidade da proteção internacional dos direitos humanos. [19]

Assim, é perfeitamente possível que a interpretação e aplicação das normas de um determinado tratado de direitos humanos orientem a interpretação sobre as disposições constantes de outro tratado de direitos humanos. Além disso, também se admite que avanços normativos de um tratado sobre direitos humanos tenham influência direta na aplicação de outros tratados do mesmo assunto para ampliar e fortalecer as obrigações dos Estados-partes e assegurar maior grau de proteção, não sendo possível, nessa esteira, que os novos tratados reduzam a proteção já existente em outros tratados de direitos humanos. A relação de complementaridade é respaldada, ainda, pela noção de coordenação na aplicação dos meios coexistentes para a implementação dos direitos humanos, que decorre da liberdade de escolha do indivíduo, quanto ao procedimento que entender mais propício para defender o direito que está sendo violado. [20]

Os tratados internacionais de direitos humanos são o resultado de um consenso entre os Estados signatários acerca da necessidade de serem adotados parâmetros mínimos de proteção para esses direitos. As normas veiculadas nesses instrumentos impõem, para os Estados que os ratificam, obrigações de cunho jurídico, para além das obrigações moral e política, tendo em vista que o objetivo precípua dessas disposições normativas é o de encampar um reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais nela previstos. [21]

A finalidade dos tratados de direitos humanos é a proteção dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, seja em relação ao Estado que pertença, seja em relação aos demais Estados-partes.[22] Por isso é que, ao aderir às normas desses tratados, os Estados autorizam que suas ações sejam monitoradas no plano internacional quanto ao respeito aos direitos fundamentais no seio de seu território, permitindo, destarte, a atuação internacional como uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos quando as instituições nacionais forem insuficientes ou inexistentes. [23]

Em face do princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos, os tratados internacionais que versam sobre esses direitos não podem ser equiparados aos tradicionais tratados multilaterais, que têm na reciprocidade uma de suas premissas fundamentais. No âmbito da proteção dos direitos humanos, a reciprocidade cede espaço para a garantia coletiva do interesse público geral, pois o que se busca é

salvaguardar os direitos do ser humano, e não os do Estado[24]. Por tal razão não é possível aos Estados invocar a reciprocidade para não cumprir com as obrigações assumidas em sede de tratado internacional de direitos humanos, o que é respaldado pelo artigo 60, item 5, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que afasta a violação ao princípio da reciprocidade como causa autorizadora de não observância de tratados quando eles veicularem “disposições sobre a proteção da pessoa humana”. [25]

No âmbito brasileiro, com a promulgação da Emenda Constitucional 45, de 2004, que inseriu o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é ratificada a concepção de primazia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre os demais tratados internacionais multilaterais, e, por conseguinte, de sua hierarquia constitucional, ao dispor que, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Os tratados de direitos humanos possuem, portanto, natureza específica em relação aos tratados multilaterais clássicos, pois sua celebração é para a proteção dos direitos do ser humano. [26] Com efeito, a especificidade dos tratados de direitos humanos decorre, em última análise, do consenso sobre o valor ético emanado pela Declaração Universal de 1948: os direitos humanos são direitos que merecem proteção internacional, porque trazem em si tema de legítimo interesse universal: a dignidade da pessoa humana.

A problemática, portanto, não reside na fundamentação desses direitos, como tampouco no reconhecimento de sua prevalência e, sim, na sua efetivação, o que se revela ainda mais importante quando o assunto são os direitos sociais, cuja implementação ainda não logrou a concretização necessária, a despeito da complementaridade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. À luz dessa ótica, e tendo em vista o objeto do presente trabalho, passaremos a analisar alguns aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos.

2 Considerações sobre os direitos econômicos, sociais e culturais no sistema de proteção internacional dos direitos humanos

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem seu nascimento no berço da cultura ocidental e o seu mote foi, basicamente, a limitação do poder político com o objetivo de garantir direitos individuais (civis e políticos) contra a ingerência do Estado. Apesar de ser possível constatar já no século VI AC, mais precisamente na democracia ateniense (de 501 a 338 A. C.), a preocupação com a limitação do poder político[27], foi com as Declarações de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776 e dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, fruto da

Revolução Francesa[28], que houve a positivação efetiva da defesa do indivíduo contra a imposição de forças tidas classicamente como opressoras, tais como a organização religiosa e o poder político, com a garantia da não intervenção, da liberdade de iniciativa e da igualdade formal. [29]

O individualismo surge, então, como o fundamento da liberdade para a autodeterminação do ser humano, dando azo aos chamados direitos humanos de primeira dimensão, com base numa “clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista”. [30] Essa nova ordem, no entanto, não tardou em gerar um novo grupo opressor, detentor do capital e dos meios de produção, e um novo grupo oprimido, a classe proletária, na medida em que o Estado Liberal não visa à modificação da situação fática daqueles que compõem as classes desprovidas, nem atua para impedir a concentração de riquezas nas mãos de poucos. Em tal perspectiva, o legado do socialismo traduzido nas “reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do bem estar social”[31] forneceu o substrato para os direitos de segunda dimensão, que acabam gerando uma mudança na concepção do Estado. Este passa a ser um instrumento de proteção e de promoção das necessidades das classes desfavorecidas, a fim de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa ótica, é possível afirmar que

o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. **O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.** Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas. [32] (Grifamos)

As primeiras manifestações positivadas desses chamados direitos de segunda dimensão derivaram da Revolução Russa e da Revolução Mexicana, que desencadeou a Constituição de 1917 e com a Constituição de Weimer de 1919, que alçaram os direitos trabalhistas ao patamar de direitos fundamentais, juntamente com os direitos civis e políticos. Sem embargo, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que os direitos sociais, econômicos e culturais são reconhecidos e conquistam o patamar de direitos humanos, ao lado dos direitos civis e políticos. [33]

A Declaração de 1948 rompe com a concepção divorciada que se tinha do discurso liberal e do discurso social e inova ao estabelecer a relação de dependência entre os valores de liberdade e igualdade[34], onde os direitos humanos “são parte integrante de

um conjunto completo de normas jurídicas destinadas à proteção de todas as dimensões da pessoa humana” [35]. Há, em ambas as categorias, uma relação direta com o poder político, que não mais se dirige somente à abstenção estatal para o exercício da liberdade, mas também para exigir o cumprimento do dever estatal de agir positivamente para satisfação de necessidades dos indivíduos em prol da igualdade material. [36] O titular desses direitos sociais, econômicos e culturais, chamados de direitos de segunda geração ou de segunda dimensão,

[...] continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementariedade [...] entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e do trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho. (grifos do autor) [37]

Esses direitos atuam para assegurar o pleno exercício dos direitos de primeira dimensão, “tornando reais os direitos formais” [38]. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos conquistaram solidez e sistematização na Declaração Universal de 1948, a partir do texto, da estrutura e do espírito sobre os quais foi erigida. A idéia era a realização de um Pacto Internacional de Direitos Humanos para que esses direitos fossem esmiuçados, vinculando juridicamente os Estados signatários. Nesse sentido, a elaboração de dois Pactos para tutelar direitos humanos indivisíveis e interdependentes foi permeada por posições divergentes. Inicialmente, a idéia era de que deveria ser elaborado um único instrumento jurídico compreendendo os dois tipos de direitos. [39]

A decisão pela adoção de dois Pactos foi eminentemente prática, na medida em que a proteção internacional deveria ser imediatamente alargada ao maior número possível de direitos humanos e ratificada pelo maior número possível de Estados, em nome da universalidade da Declaração de 1948. A conclusão, portanto, foi de que dois ou mais pactos de direitos humanos não afastariam o padrão subjacente comum por serem realizados de formas diferentes. Os direitos humanos têm igual valor e dependem uns dos outros para a sua realização recíproca, mas “a heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas dos direitos de crédito explica porque, tecnicamente, no plano internacional, foram elaborados dois pactos distintos no sistema de tutela dos direitos humanos da ONU”. [40]

Por essa razão, durante o processo de elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não foi acolhida a tese de que esses direitos são destituídos de justiciabilidade. Com efeito, a Comissão de Direitos Humanos entendeu que o fato desses direitos exigirem formas de aplicação distintas daquelas cabíveis aos

direitos civis e políticos não reside na existência ou não de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas no fato de que sua natureza demanda esforços dos Estados no sentido de empenhar-se efetivamente num planejamento bem elaborado para a realização dos direitos de segunda dimensão. [41]

O Pacto prevê que esses direitos são realizados progressivamente e estabelece que os Estados signatários deverão adotar medidas, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo dos recursos disponíveis para assegurar, ainda que progressivamente, o pleno exercício daqueles direitos. Todavia, adverte Flávia Piovesan que a expressão “aplicação progressiva” tem sido freqüentemente mal interpretada e cita o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma:

se a expressão ‘realização progressiva’ constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta interpretação deve ser interpretada à luz do seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-Partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização desses direitos. (General Comment n. 3, UN doc. E/1991/23) [42]

Com efeito, a possibilidade de realização progressiva tem a ver com os diferentes níveis de desenvolvimento dos Estados envolvidos e não com a inexistência de obrigações imediatas. A idéia de progressividade deve ser considerada em conjunto com a idéia de pleno exercício dos direitos, pois não significa, em definitivo, que alguns devam ser imediatamente aplicáveis e que outros sejam logo que possível, e sim porque há direitos cuja aplicação imediata esbarra numa impossibilidade prática diante das medidas que devam ser adotadas para que sejam adequadamente gozados. [43]

No que diz respeito ao monitoramento e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, há previsão tão somente do sistema de relatórios, instrumento utilizado pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para controlar a aplicação das normas pelos Estados signatários. Muito embora a incorporação do sistema de relatórios tenha significado um avanço no caminho para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, há que se admitir que a ausência do mecanismo de comunicação interestatal e das petições individuais representam um déficit importante para a promoção desses direitos. Realmente, em face da unidade fundamental dos direitos humanos e da indivisibilidade e complementaridade que os caracteriza, não há justificativa plausível para que tais mecanismos sejam utilizados à implementação dos direitos civis e políticos e não para os direitos econômicos, sociais e culturais. [44]

Diante desse cenário, a preocupação é que sejam incorporados mecanismos de monitoramento capazes de ampliar e fortalecer os meios para a realização desses direitos, assegurando “a justiciabilidade ou exigibilidade dos direitos econômicos e sociais”, o que é fortemente recomendado pela Declaração e pelo Programa de Ação de Viena de 1993, que também sugere a aplicação de critérios de avaliação por sistema de indicadores de medição do progresso na realização desses direitos. [45]

A aplicação eficaz do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pressupõe que sejam viabilizadas as instâncias internas de recurso administrativos e judiciais para aqueles que consideram que os seus direitos não estão sendo observados pelo Estado na conformidade dos compromissos assumidos internacionalmente. [46]

Por isso, embora ainda haja divergência quanto à conveniência desses direitos serem apreciados pelos tribunais nacionais, é cada vez maior o número de demandas submetidas a esses tribunais para que sejam decididas questões sobre esses direitos com importantes implicações em termos de recursos. Nesse sentido, o entendimento de que tais direitos são alheios à competência dos tribunais é arbitrário e incompatível com a unicidade fundamental dos direitos humanos, como direitos indivisíveis e interdependentes, além de comprometer seriamente o exercício da jurisdição para a tutela dos direitos dos grupos desprovidos da sociedade. [47]

Cumprir salientar que há direitos econômicos, sociais e culturais que são ainda mais excluídos da possibilidade de apreciação judicial, em face dos contornos jurídicos que apresentam quando comparados com outros direitos dessa categoria, tal como ocorre com o direito à moradia, apesar do exercício de todos eles significarem a concretização da dignidade da pessoa humana. [48] É justamente a respeito da previsão internacional sobre o direito humano à moradia e aos esforços empreendidos para sua realização que serão tecidas algumas considerações a seguir.

3 O direito à moradia no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos: previsão e particularidades na aplicação das respectivas normas internacionais.

Os Estados que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão obrigados e comprometidos em assegurar que níveis mínimos de satisfação desses direitos sejam atendidos para que o ser humano tenha possibilidade de desenvolver uma vida com dignidade. Contudo, a realização dos direitos humanos, de uma forma geral, apresenta dificuldades em face de uma série de circunstâncias. Em se tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais, essa situação apresenta-se ainda mais problemática, o que tem levado as Nações Unidas a atentar cada vez mais para a

aplicação fática desses direitos, pois é “da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens” [49].

Nesse contexto, o direito à moradia conquista, paulatinamente, destaque na agenda internacional das Nações Unidas e tem atraído importantes esforços para sua realização, não só por parte dos seus organismos, mas também do Centro das Nações Unidas para os Estabelecimentos Humanos (Habitat): inicialmente, com a aplicação da Declaração de Vancouver sobre Estabelecimentos Humanos, publicada em 1976; depois, com a proclamação do Ano Internacional do Abrigo para as Pessoas sem Lar (1987)[50]; em 1988, com a adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Estratégia Global para o Abrigo para o Ano 2000; e, por fim, em 1996, com a Conferência das Nações Unidas sobre Estabelecimentos Humanos (Habitat II), na cidade de Istambul. [51]

Nesta ocasião, os Estados participantes concordaram, unanimemente, reafirmar o “empenho na plena e progressiva realização do direito à habitação suficiente, conforme previsto nos instrumentos internacionais”, declarando-se comprometidos com o

objetivo de melhorar as condições de vida e de trabalho numa base equitativa e sustentável, para que todos tenham um alojamento adequado que seja saudável, seguro e acessível, nomeadamente em termos econômicos, e que inclua infra-estruturas, instalações e serviços básicos, e beneficiem da proibição da discriminação no domínio da habitação e segurança jurídica da posse. [52]

O direito à moradia está universalmente reconhecido pelos Estados que aprovaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Na Declaração Universal, está reconhecido no artigo 25 e foi incorporado no artigo 11, n. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como um dos elementos necessários ao exercício do direito a um nível de vida adequado, que deve ser interpretado à luz do que dispõe o artigo 2º, n. 1 desse mesmo Pacto.

Para além dos tratados e declarações mencionados, o direito à moradia é objeto de várias resoluções adotadas por órgãos das Nações Unidas. Ainda que essas resoluções não possuam força normativa vinculante, elas desempenham o importante papel de apresentar diretrizes que são aceitas em nível internacional pelos Estados, ao dirigem-se a esses a fim de encorajá-los no empenho para a efetivação da moradia como um direito de todos. Com efeito, conforme refere Cançado Trindade, ademais dos efeitos positivos que a ação dos órgãos de supervisão internacionais provoca, há também um caráter preventivo importante, pois

não raro suas recomendações, incorporadas em resoluções, relatórios e estudos acarretaram a derrogação ou modificação de legislação e outros atos e práticas a nível nacional que ameaçavam ou atingiam os direitos humanos em diversos países, e estimularam o aperfeiçoamento dos procedimentos nacionais de proteção daqueles direitos. [53]

Veja-se, no aspecto, que apesar da relutância da Comissão brasileira em incluir a expressão “direito à moradia” na Carta de intenções da Conferencia Habitat II, em Istambul, no ano de 1996, a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu o direito à moradia nos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Essa inclusão, ainda que tardia, resgata o compromisso assumido pelo Brasil tanto na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto na ratificação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quanto à realização do direito à moradia para todos [54].

No que diz respeito ao nível regional, no entanto, o direito à moradia está previsto expressamente apenas na Carta Social Européia Revista de 1996, no artigo 31. Essa peculiaridade causa estranheza, pois ainda que se trate de um direito com problemas de efetivação em países com distintos graus de desenvolvimento, é nos países subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento que se encontra o tratamento mais indigno dispensado a esse direito[55].

A Declaração Universal de 1948 prevê, em seu artigo 25, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo a moradia, entre outros fatores de extrema importância para o gozo de uma vida plena. O artigo 11, n. 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que contém o fundamento mais importante do direito à moradia no sistema internacional dos direitos humanos[56], ao detalhar e atribuir obrigações de caráter jurídico aos Estados-partes preconiza que esses

reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia* adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (Grifamos)

E o artigo 2º, n.1, do Pacto, que dispõe sobre os deveres dos Estados-partes para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, determina:

Cada Estado-Parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Uma moradia decente é, sem dúvida, um dos elementos imprescindíveis à realização do direito que todo ser humano possui a um nível de vida adequado para desenvolver-se com dignidade, ou seja, é uma das necessidades mais básicas do ser humano, o que tem importantes implicações no âmbito dos direitos humanos. Por tal razão, o exercício da moradia como direito humano universal definitivamente não se constitui num teto qualquer, como tampouco como a mercadoria que sói ser usada para explorar e excluir. A moradia de que trata o sistema internacional de direitos humanos e que é reconhecida pelas nações que dele formam parte é aquela que com os elementos indispensáveis para caracterizar uma moradia condigna.

Não é necessário muito esforço para se constatar que a moradia condigna é privilégio de poucos, principalmente nos países subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento. Segundo o Centro das Nações Unidas para os Estabelecimentos Humanos, há, no mundo, mais de um bilhão de pessoas que vivem sem moradia adequada e cem milhões que sequer possuem um local para viver. No que diz respeito ao abastecimento de água potável e ao saneamento básico, apesar de serem elementos intrínsecos ao conceito de uma moradia condigna, um bilhão e duzentos milhões de pessoas nos países em desenvolvimento não têm acesso à água potável e um bilhão e oitocentos milhões não dispõem de saneamento básico, conforme indicam estatísticas da Organização Mundial de Saúde[57].

Com efeito, o direito à moradia condigna evidencia a indivisibilidade e interdependência que permeia a realização de todos os direitos humanos, ressaltando a unicidade fundamental desses direitos. O acesso a todos a uma moradia decente pressupõe o reconhecimento efetivo da dignidade do indivíduo e da não discriminação, além de se constituir na premissa para o desenvolvimento de outros direitos, tais como da saúde física e mental[58], de liberdade (de escolher “livremente” o local para viver; de associação, com os demais cidadãos de sua comunidade; de circulação), de intimidade, de participar nos processos públicos decisórios [59].

À luz dessas considerações é que devem ser interpretadas as obrigações dos Estados na promoção do direito à moradia condigna. Ao contrário do entendimento corrente de que para os Estados cumprirem essa obrigação basta afetar recursos orçamentários para tal fim, é imperioso o desenvolvimento de uma política pública ampla e interdisciplinar, na medida em que a realização desse direito tem implicações importantes para o exercício pleno de outros direitos humanos. É por essa razão que os Estados devem, para além da mera previsão orçamentária, desenvolver políticas adequadas e efetivas para a sua realização, estipulando ações específicas e bem alicerçadas para que se transforme num direito, de fato, acessível a todos, de forma digna.

Essa transformação na realidade concreta dos indivíduos desprovidos de um direito tão básico e essencial como a moradia demanda uma análise mais acurada das obrigações dos Estados-partes. Para elucidar as diversas obrigações a eles impostas, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enunciou uma série de iniciativas: organização de um debate geral sobre o direito à moradia condigna; revisão das diretrizes referentes à confecção dos relatórios que devem ser apresentados pelos Estados, na forma dos artigos 16 e 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; adoção da Observação Geral n. 4 sobre o Direito a uma Moradia Condigna, adotada pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1991; inclusão, nas observações finais a serem feitas nos relatórios de determinados Estados-partes, de notas considerando o Estado como violador do direito a uma moradia condigna na ocorrência de expulsões forçadas. [60]

Além disso, o Comitê determinou que, em que pese haver no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o comprometimento para o cumprimento progressivo desses direitos (artigo 2º, n. 1), devem ser atendidas medidas com efeito imediato pelos Estados signatários, a despeito das peculiaridades de cada um deles quanto às formas mais adequadas para a realização do direito à moradia condigna. [61]

Segundo o Comitê, os Estados deverão, ainda, ser providos de vias internas de recurso, judiciais e administrativas, aptas a impedir desocupações forçadas. De fato, todos os esforços normativos e procedimentais de nível internacional visam assegurar que o direito a uma moradia condigna seja viável nos planos domésticos, como forma de reduzir o abismo que existe entre as previsões normativas e a realidade desses Estados, notadamente aqueles que se encontram em vias de desenvolvimento. Assim pondera a Observação Geral n. 4 sobre o Direito a uma Moradia Condigna, adotada pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

A comunidade internacional tem reafirmado, com frequência, a importância de respeitar plenamente o direito a uma habitação condigna; no entanto, o fosso entre as normas enunciadas no n. 1 do artigo 11 do Pacto e a situação existente em muitas regiões do mundo continua a ser preocupante. Os problemas das pessoas sem abrigo e mal alojadas

afiguram-se particularmente graves em certos países em desenvolvimento, que enfrentam grandes dificuldades e constrangimentos, nomeadamente de natureza econômica. [62]

Para isso, é crucial que os relatórios fornecidos pelos Estados sejam fidedignos, a fim de que a supervisão das medidas adotadas por esses Estados seja eficaz. De fato, conforme refere a Observação Geral n. 4, nos relatórios submetidos à apreciação do Comitê, os Estados reconhecem e descrevem as dificuldades para a realização do direito a uma moradia condigna, mas em sua grande maioria as informações prestadas são insuficientes para que o Comitê possa delinear um quadro rigoroso da situação que ocorre no Estado em questão. Os relatórios, portanto, devem fornecer informações estatísticas detalhadas sobre a situação habitacional do país, bem como prestar informações pormenorizadas sobre os grupos vulneráveis e desfavorecidos na questão da moradia.

Cumprir registrar que também há obrigações para a comunidade internacional (Estados e organizações internacionais) no que se refere à efetivação do direito à moradia condigna, como decorrência dos princípios que informam o sistema internacional dos direitos humanos e se traduzem numa série de medidas, de abstenção e de ação, para reafirmar, constantemente, a essencialidade desse direito, tomando as precauções e as ações necessárias para o avanço na sua promoção, pois “o mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais”[63].

Do exposto, é plausível admitir que está em curso um processo para o “progresso moral da humanidade” quanto ao tema dos direitos humanos, na acepção kantiana referida por Bobbio, cuja tese, desde o ponto de vista da filosofia da história, é de que a preocupação internacional externada no debate cada vez mais amplo e intenso sobre os direitos humanos pode ser percebida como um “sinal premonitório” do progresso moral da humanidade. [64] Sem embargo, na esteira da ressalva feita pelo autor, é de conhecimento comum que “os direitos sociais são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade, bem como de que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito”. [65]

Considerações finais

É a partir da dignidade da pessoa humana que os direitos humanos foram sendo reconhecidos na ordem mundial, notadamente após a Segunda Grande Guerra, em que ficou evidente o uso do ser humano como meio para um regime totalitarista que aniquilou qualquer aproximação à dignidade da pessoa humana. O totalitarismo, ao

‘coisificar’ a pessoa, a torna supérflua e descartável, negando sua condição de valor-fonte da ordem jurídica. [66]

Ainda que tenham estrutura e forma de efetivação distinta dos direitos de primeira dimensão ou geração, os direitos sociais, econômicos e culturais configuram-se como verdadeiros direitos humanos, dotados de acionabilidade e exigibilidade tanto quanto os direitos civis e políticos no caso de não serem corretamente observados. Entendimento diverso é meramente ideológico, e não científico. [67]

Por tal razão é que a tendência do Direito Internacional é criar obrigações que exijam que os Estados adotem programas e ações capazes de garantir um nível minimamente digno econômico, social e cultural para todos os cidadãos, sob pena de responsabilização internacional em caso de violação. [68] É sobre essa premissa que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser tutelados no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

A relação de interdependência, indivisibilidade e complementaridade das diferentes categorias de direitos humanos, no entanto, vem se mostrando muito difícil de ser plasmada no mundo dos fatos. O que se verifica é uma ruptura, nas palavras de Hannah Arendt, no respeito à dignidade do ser humano, notadamente em face da ausência ou da insuficiência de efetivação dos direitos humanos para a realização de uma vida digna.

Apesar da unicidade fundamental que caracteriza os direitos humanos, é possível afirmar que os direitos econômicos, sociais e culturais são os mais afetados, na medida que continuam a persistir, no mundo contemporâneo, situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos. A ubiquidade da pobreza e da miséria é a prova cabal dessa ruptura e o recrudescimento dessa situação havido com a intensificação do fenômeno da globalização econômica, nas últimas décadas, demonstra que “o inter-relacionamento do tema da ruptura com o da crise dos direitos humanos continua na ordem do dia”. [69]

A “reconstrução dos direitos humanos” para a realização da dignidade da pessoa humana impõe uma tomada de consciência universal acerca da situação precária em que vive considerável parcela da população, para então ser possível a adoção de medidas direcionadas e concretas capazes de emancipar esses indivíduos das amarras da indignidade.

O problema que se coloca, portanto, é o de como implementar esses direitos; é o de estabelecer e concretizar quais são as medidas cabíveis e pertinentes para a efetiva promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente nos países em desenvolvimento. A questão, portanto, não é a previsão desses direitos[70], pois, conforme refere Norberto Bobbio, quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade. O ponto nevrálgico no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais é passar à ação, quando então começam as reservas e as oposições. [71]

Nesse contexto, ganha destaque o papel desempenhado pelos órgãos internacionais de supervisão e dos próprios tribunais domésticos na tutela desses direitos, pois se a não observância dos direitos sociais, econômicos e culturais provém tanto da omissão do Poder Público estatal quanto da omissão internacional em favor dessa intervenção, é porque há uma deficiência no estabelecimento das prioridades da agenda governamental no que se refere às políticas públicas e uma relativa primazia da soberania em detrimento dos direitos humanos de segunda dimensão.

Assim, a conformação que os direitos econômicos, sociais e culturais assumem no corpo e na interpretação das Constituições nacionais é que permite verificar o conteúdo e o alcance que esses direitos adquirem no interior de cada Estado. Com efeito, a concretização da dignidade da pessoa humana, que reside na satisfação dos direitos sociais, depende, justamente, de como o Estado, em seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e a sociedade atuam para a efetivação desses direitos.

No que se refere ao direito à moradia, a atuação decorrente do sistema internacional de proteção dos direitos humanos têm compelido os países a reverem a forma de tratamento desse direito, na medida em que são exigidos relatórios fidedignos da situação desse direito, bem como tem havido uma fiscalização “in loco” por parte de membros da ONU. Isso demonstra que é possível, a partir do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, lograr o respeito e a concretização que os direitos econômicos, sociais e culturais merecem. É verdade que há um longo caminho a ser percorrido, mas é possível afirmar que o primeiro passo foi dado.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008.

_____. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre: PGE RS, n. 55, 2002.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho 2000.

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 55, 2002. p. 40.

[2] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 133.

[3] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28. “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”.

[4] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 33.

[5] *Ibidem*, p. 38.

[6] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 70.

[7] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. pp. 123,124.

[8] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

[9] A Organização das Nações Unidas – ONU – foi criada pela Carta de São Francisco, em 26 de junho de 1945. Conforme Francisco Rezek, foi após a sua fundação que se estabeleceu uma preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 218.

[10] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 32.

[11] Positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão não ser mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos [...] No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente em direitos do homem. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

[12] *Ibidem*, pp. 28,29.

[13] BOBBIO, loc.cit.

[14] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 38.

[15] *Ibidem*, p. 34. Esta concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1992, ao afirmar, no § 5º: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. [...]”.

[16] Conforme Francisco Rezek, às vezes a declaração comum é de tal maneira substancial que parece necessário enfatizar mais tarde, para prevenir equívocos, sua natureza não-convencional. A *Declaração Universal* de 1948, exemplifica esse gênero de ambigüidade. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 16-21, *passim*.

[17] PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 97,98.

[18] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 01.

[19] *Ibidem*, pp. 2-29, *passim*.

[20] *Ibidem*, pp. 25,26.

[21] *Ibidem*, p. 43.

[22] TRAVIESO, Juan Antonio apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 47.

[23] *Ibidem*, p. 61.

[24] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10.

[25] *Ibidem*, pp. 10-23, *passim*.

[26] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23.

[27] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

pp. 39-42, *passim*.

[28] Celso Lafer ressalta que, no plano do direito positivo, o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontra na Constituição Francesa de 1791, que no seu Título 1º previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem. Na Constituição Francesa de 1848, que, apesar de ter emanado de uma Constituinte conservadora, refletiu a consciência dos problemas trazidos pela Revolução Industrial e pela condição operária. No entanto, apesar do reconhecimento de deveres sociais do Estado, não existe uma proclamação dos direitos correlativos dos cidadãos, que só surgirão nos textos constitucionais do século XX, por força da influência da Revolução Russa, da Revolução Mexicana e da Constituição de Weimer”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 128

[29] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

pp. 49,50.

[30] LAFER, op. cit., pp. 120 e 126. Refere ainda o autor que “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao *indivíduo*. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes, na lição clássica de Montesquieu – que tem as suas raízes na teoria do governo misto, combinada com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição”. o. cit., pp. 122, 123.

[31] LAFER, op. cit., p. 127.

[32] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

pp. 51,52.

[33] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 184.

[34] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 92,93.

[35] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 230.

[36] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6: “Embora as exigências dos direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra”.

[37] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 129.

[38] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

[39] NAÇÕES UNIDAS, op. cit., pp. 221,222.

[40] LAFER, op. cit., p. 129

[41] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 227.

[42] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 100.

[43] NAÇÕES UNIDAS, op. cit., p. 226.

[44] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 101

[45] Ibidem, p. 102.

[46] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para

os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 237.

[47] *Ibidem*.

[48] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 237.

[49] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 130.

[50] O Ano Internacional para o Abrigo dos Sem Abrigo, em 1987, facilitou a sensibilização da opinião pública para a questão da habitação e os problemas que lhe são conexos, que continuam a surgir em todo o mundo. O *follow up* do Ano, a Estratégia Global para o Abrigo para o Ano 2000, deu novo relevo às questões da moradia e conferiu, ao direito à moradia, uma proeminência que nunca lhe fora reconhecida na ação até então desenvolvida pelas Nações Unidas no domínio dos direitos humanos. NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 7.

[51] *Ibidem*, pp.5,6.

[52] *Ibidem*, p. 230.

[53] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 08.

[54] VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho 2000. p.10.

[55] Conforme refere na Observação Geral n. 4 sobre o direito a uma moradia condigna, o Comitê dos Direitos Econômicos e Sociais considera que também se verificam problemas significativos, neste domínio, em sociedades economicamente mais desenvolvidas. As estatísticas da ONU indicam que há mais de 100 milhões de pessoas sem abrigo e mais de um bilhão não têm um alojamento adequado, e nada indica que esses números estejam a diminuir. O que parece evidente é que nenhum Estado-Parte está livre de problemas de vária ordem, no que se refere ao direito à habitação. NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 8.

[56] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto

Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 9.

[57] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 06.

[58] A Organização Mundial da Saúde considera a moradia adequada como o fator ambiental mais importante no que se refere às doenças e ao aumento das taxas de mortalidade e morbidade. *Ibidem*, p. 13.

[59] *Ibidem*.

[60] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 14.

[61] *Ibidem*.

[62] NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 15.

[63] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 119.

[64] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 52.

[65] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

[66] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 133.

[67] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 95,96.

[68] *Ibidem*, p. 96.

[69] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 118.

[70] Instrumentos veiculadores universais e regionais de direitos econômicos, sociais e culturais: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em

Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988; Carta Social Européia, de 1961, e Carta Social Européia (Revista), de 1996.

[71] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 40,41.

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM ESTUDO, A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS E AS DIFICULDADES NA DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE PRIORIDADE.

THE INCORPORATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES BY FEDERAL CONSTITUTION: A STUDY FROM THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45/2004 ON THE LEGAL VIABILITY OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL TREATIES AND THE DIFFICULTIES IN DEFINING PRIORITY RULES.

**Danielle Annoni
Marcia Marcondes Diniz de Freitas**

RESUMO

Este trabalho visa refletir sobre os elementos essenciais à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e as conseqüências trazidas pela inserção, no texto constitucional, do parágrafo 3º ao artigo 5º. Antes dele a discussão sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos já era controversa, dividindo a doutrina e a jurisprudência. Após sua inserção, em razão da redação de seu texto, novas teorias foram apresentadas, justamente com novos problemas no que tange ao *status* das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. Em verdade, o texto constitucional gerou a possibilidade, segundo uma das várias interpretações possíveis, de uma hierarquização das normas de direitos humanos no Brasil, o mesmo que dizer que determinados direitos são superiores a outros, o que conflita com a doutrina internacional de proteção à pessoa humana. Neste sentido, este artigo visa apresentar a problemática do tema e as teorias até então apresentadas, pela doutrina e pela jurisprudência, destacando a contribuição da recente decisão do STF sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS. TRATADOS. INCORPORAÇÃO. BRASIL.

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the fundamental elements about the incorporation of international human rights treaties in Brazil, after the advent of the Constitutional Amendment nº 45, of 2004, and the consequences brought about by inclusion in the constitutional text, of the paragraph 3º of Article 5º. Before it, the quarrel on the status of international human rights treaties was already controversial, dividing the doctrine and jurisprudence. After its insertion, new theories have been presented, just with new problems regarding the status of human rights standards in national law system. In fact,

the constitution text created the possibility, according to one of several possible interpretations of a hierarchy of standards of human rights in Brazil, to say that certain rights are superior to others, which conflicts with the international doctrine of protection to human person. Accordingly, this article aims to present the problem of the subject and the theories so far presented by the doctrine and jurisprudence, highlighting the contribution of the recent decision of the STF on the matter.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS. TREATED. INCORPORATION. BRAZIL.

1 Introdução

A Emenda Constitucional nº. 45, de 31 de dezembro de 2004, trouxe inúmeras mudanças para as letras jurídicas. Intitulada e conhecida como a Reforma do Judiciário, alterou significativamente o texto da Constituição Federal 1988, mas, sobretudo, a forma de se pensar o acesso à justiça no Brasil, trazendo à pauta reflexões sobre a necessidade de aparelhamento do Estado a fim de que a Justiça brasileira esteja adequada a processar e julgar as demandas provenientes dos mais diversos setores da sociedade.

A Reforma do Judiciário, mais do que reformar a estrutura do Poder Judiciário, introduzindo um novo órgão de controle externo (Conselho Nacional de Justiça) incorporou novos direitos, estes já reconhecidos na esfera internacional por meio de tratados internacionais, e que, a partir da inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal vigente, o qual dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos poderão também gozar de *status* de norma constitucional, ou ainda, de direito fundamental protegido por cláusula pétrea.

Antes dessa alteração o Supremo Tribunal Federal entendia que todos os tratados e convenções internacionais, inclusive os que tratam de direitos humanos, detinham o mesmo status das leis ordinárias. Assim, qualquer compromisso internacional sucumbia à eficácia, caso fosse editada lei ordinária posterior que com este entrasse em conflito.

Após a introdução do § 3º no artigo 5º da Constituição, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados pelo quorum qualificado exigido, poderão deter status constitucional. E, por conseguinte, tais tratados, com assento formal na Constituição Federal, não poderão ser revogados ou derogados por lei ordinária brasileira.

A par dessa positivação, a Emenda Constitucional 45, de 2004, reafirmou o interesse do Estado brasileiro em proteger os direitos do ser humano dentro e fora de suas fronteiras. À primeira vista, o legislador tentou encerrar a discussão sobre a prevalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conferindo-lhe, definitivamente, *status* constitucional. A princípio, parece ter sido esse o intuito do legislador, mas a redação dada ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não traz essa mensagem.

A redação dada pelo novo parágrafo trouxe mais discussões, a par das já existentes, em razão do visível conflito com o disposto no § 2º do mesmo artigo, que já definia, desde 1988, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isto implica dizer que desde sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 tratou a questão dos tratados internacionais de direitos humanos de modo particularizado, dando a esses tratados, e não a outros, *status* constitucional por força do § 2º do art. 5º.¹ Apesar das divergências entre o STF e os outros tribunais nacionais, a doutrina já havia pacificado o entendimento, apoiada pela maioria dos tribunais nacionais, incluindo o STJ e mesmo por alguns ministros do STF² de que o conteúdo dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil deveria ser considerados incorporados ao texto constitucional, conferindo ao cidadão mais um novo direito.

¹ “Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. Conclui-se, portanto, que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º – apresentam natureza de norma constitucional, os demais tratados internacionais apresentam natureza infraconstitucional”. (PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81, p. 71)

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 93-94.

A inclusão do § 3º ao dispositivo, contudo, alterou essa certeza. De fato, a redação dada limitou a paridade constitucional apenas aos tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos e com *quorum* mínimo de três quintos dos votos respectivos, o que gerou, dentre a doutrina nacional, algumas indagações, quais sejam:

a) se somente os novos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados segundo os requisitos exigidos pelo novo § 3º, terão *status* de emenda constitucional, que *status* terão os tratados anteriores à edição da Emenda Constitucional 45, de 2004?

b) ou ainda, que *status* terão os novos tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados obedecendo a esses requisitos?

c) em se entendendo que o § 3º do art. 5º estabelece hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos, não seria esse parágrafo inconstitucional à luz do já existente § 2º do mesmo artigo, por estar restringindo a proteção pétrea dada aos direitos humanos na interpretação do § 2º e, que já não existe no § 3º?

A par destas indagações, ainda outras se fazem pertinentes, quais sejam:

a) admitida a constitucionalidade do parágrafo terceiro do artigo 5º, qual a viabilidade e os reflexos da constitucionalização de tratados internacionais?

b) admitida esta viabilidade, que medidas, de ordem político-legislativas, deverão ser tomadas para que os tratados internacionais já ratificados pelo Brasil alcancem efetivamente tal *status*?

c) por fim, admitida esta viabilidade e contornados os aspectos legislativos, quais os critérios que deverão ser adotados na eleição dos tratados internacionais de direitos humanos a serem constitucionalizados?

A resposta a todas estas indagações é o que se pretende buscar a partir desta investigação.

2 A Constituição de 1988 e os direitos humanos.

A Constituição de 1988, com o intuito de inserir o Brasil no contexto internacional humanizado, principalmente depois de um longo período ditatorial, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos

(art. 4º, inc. II) como princípios fundamentais da República. Desde esse passo histórico, o Brasil adota-os para se reger no cenário internacional. Piovesan (2007, p.39) confirma:

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.

Sobre o tema, complementa Canotilho (2002, p.369):

A abertura internacional pressuporá, indissolúvelmente, a *abertura da constituição* que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano **para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional**. A abertura internacional significa, em segundo lugar, a afirmação do *direito internacional* como direito do próprio país e o **reconhecimento de alguns de seus princípios ou regras** como *medida de justiça*, vinculativo da própria ordem jurídica interna. (grifo nosso)

Aqui, reside a importância de qualificar os direitos como fundamentais, pois é uma construção exata para que os mesmos sejam dotados de um regime jurídico de proteção especial outorgado pela própria Constituição. Assim, não só a qualificação dos direitos quanto a sua aplicabilidade imediata fazem dos princípios fundamentais portadores de um status diferenciado e de força maior. A Carta Magna instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte valorativo a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser considerados quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio, anterior ou posterior. Neste sentido, Barroso (2006, p.101) esclarece:

Por longo tempo sustentou-se que as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico. Diversos autores, principalmente europeus, atribuem à Constituição belga de 1832 – marcante documento na construção jurídica do Estado liberal – a primazia na *positivação* desses direitos, por havê-los absorvido em seu texto, em lugar de conservá-los, como até então se fizera, em uma declaração apensa. Tal prelação, é bem de ver, teria de ser disputada com a Carta Imperial brasileira, de 1824,

que, oito anos antes, já dera concreção jurídica a diversos direitos fundamentais, fazendo-os acompanhar, inclusive, das respectivas garantias (título 8º, especialmente o art.179 – v.*supra*, cap.II, item 2). Mas, a rigor, a juridicização daqueles princípios *éticos* tocou, pioneiramente, ao “Bill of Rights” da Constituição norte-americana, consubstanciado nas suas dez primeiras emendas, ratificadas em 1791.

Essa interpretação das leis, mantendo-se dentro dos limites do poder e da preservação dos direitos do indivíduo, deve se pautar obrigatoriamente sob a égide da Constituição cidadã. Canotilho (2002, p.70) pontua:

A constituição não é fundamentalmente um projecto para o futuro, é uma forma de garantir direitos e de limitar poderes. O próprio poder constituinte não tem autonomia: serve para criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes.

Seguindo uma tendência da Europa e de todo o mundo, tendo como fonte dessa transformação a Segunda Guerra Mundial e suas atrocidades, a Constituição brasileira de 1988 evoluiu imensamente para abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2º do seu art. 5º, expressou: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. (grifo nosso)

Assim como o Brasil, muitos outros países seguiram a constitucionalização dos direitos internacionais, tendo sempre em vista a garantia dos direitos humanos internamente, como dispõe Piovesan (2007, p.43): “Começa-se por afirmar que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.”

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm legitimidade e valor constitucionais, possuem a prerrogativa de aplicação imediata e não podem ser revogados por lei ordinária posterior. A constitucionalização dos direitos humanos no Brasil é um dos objetivos do Estado, precipuamente para garantir a democracia e os parâmetros das relações internacionais. Todavia, a efetivação dos direitos proclamados ainda clama por consolidação.

Portanto, há um conflito entre o ser e o dever ser da norma constitucional brasileira que permeia a sociedade brasileira, ou seja, o Direito constitucional tem seus

princípios e garantias preconizados de forma ideal mas, por outro lado há uma resistência pelo próprio Estado e pela sociedade em exercitar o objetivo idealista, em fazer valer o sentido da palavra constitucionalizada.

3 Os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Atualmente o Brasil tem interesse em participar dos Tratados e Convenções sobre o tema direitos humanos, portanto o processo legislativo de incorporação já não é tão demorado como em outras épocas. Nota-se que a maioria desses Tratados, principalmente os mais recentes historicamente, foram ratificados três à cinco anos das datas mencionadas, e outros especificamente ficaram uma década ou até mais para sua ratificação. Também, é importante salientar que cada Estado dispõe sobre sua forma de internalizar os tratados, conforme Piovesan (2007, p.46) coloca: “A sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado. Por isso, as exigências constitucionais relativas ao processo de formação dos tratados variam significativamente.”

Atualmente, o Brasil encontra-se na lista dos Estados que ratificaram todos os tratados internacionais de direitos humanos significativos, conferindo-lhes eficácia interna e ampliando o rol de normas nacionais de proteção a pessoa humana. Neste sentido, pode-se citar: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) com o respectivo Protocolo facultativo (2002) que foi ratificado

pelo Brasil em 2007, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), no âmbito global³.

No âmbito americano, também os Tratados pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil é parte desde a década de 1960, sendo ratificados pelo Brasil nas últimas décadas: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos conhecido como Pacto de San José (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais conhecido como Protocolo de San Salvador (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

4 A Constituição Federal de 1988 e o §2º do artigo 5º.

Já no nascimento da Carta Magna fora atribuído no §2º do artigo 5º, aos tratados internacionais devidamente ratificados pelo Estado brasileiro, a condição constitucional de proteção de direitos, como fonte de direitos, na mesma hierarquia, eficácia e igualdade. Neste sentido, os direitos expressos na Constituição Brasileira poderiam ser divididos em três categorias, conforme Piovesan (2007, p.58):

- a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I ao LXXVII do art. 5º);
- b) o dos direitos expressos *em tratados internacionais* em que o Brasil seja parte; e finalmente,
- c) o dos direitos *implícitos* (*direitos que estão* subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Atos Multilaterais em Vigor para o Brasil no Âmbito dos Direitos Humanos**. 2009. Disponível em http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5903&Itemid=757 Acesso em: 13 de março de 2009.

Por este dispositivo pode-se concluir que a feliz redação do parágrafo 2º ao artigo 5º demonstra a possibilidade de se coadunar o direito interno com o direito internacional expresso por tratados, acordos e convenções. Neste sentido, Piovesan (2007, p.54) esclarece:

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art.5º, § 2º. Vale dizer, se não tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão.

Ao par, verifica-se que, no caso de haver a duplicidade de fontes, compete ao intérprete ponderar sobre a fonte aplicável. E, em se tratando de direitos humanos, deve-se aplicar a norma *mais favorável* à pessoa humana, aplicando-se o fundamento que versa sobre a prevalência dos direitos humanos inserto no inciso III, do artigo 1º e no inciso II do artigo 4º, da Constituição Federal, objetivando a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais.

Todavia, nem sempre foi esta a interpretação dada pelos tribunais nacionais sobre a matéria, permanecendo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a interpretação formal sobre a hierarquia dos tratados internacionais incorporados no Brasil, qual seja, de natureza infraconstitucional, sem assento e sem o status das normas fundamentais expressas no texto constitucional, apesar do desagravo doutrinário. Neste sentido, afirma Weis (apud SILVA, 2005, p.43):

[...] o artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (art. 102, II, b) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais – segundo Flavia Piovesan - possuem ‘privilégio hierárquico’ em relação aos demais, conferido pela Constituição Federal de 1988, em atenção à sua natureza e finalidade. Tal posição de supremacia dos direitos humanos é amplamente amparada pela atual Constituição, que elege como fundamento da República a dignidade da pessoa humana.(...) Faz sentido, então, tratar os tratados internacionais de direitos humanos de forma distinta dos demais, em razão da matéria.

Com efeito, muito se discutiu esse tema, tendo como questão central o caso de leis ordinárias supervenientes e seus efeitos sobre os tratados como direitos fundamentais.

Embora difícil a conceituação de todos os direitos fundamentais, tais institutos são essenciais a existência de um Estado Democrático de Direito, portanto, é requisito de uma Constituição possuir um rol de direitos fundamentais, sob pena de não ser considerada democrática. Claramente, parece que a celeuma constitui-se em definir exatamente quais assuntos ou matérias poderiam beneficiar-se desse instituto. Neste sentido, Verdú (1990 apud CASTRO, 2003, p.31) pondera:

En definitiva, la abertura constitucional es más amplia que su conexión con otros ordenamientos y que su recepción de conjuntos normativos externos. Hay muchas más cosas dentro de un texto constitucional y fuera de el, que le dan sentido plenário; más aspectos y contenidos que lo imaginado y descrito por un alicorto positivismo. En la medida que un texto fundamental está inserto en um medio cultural y sociopolítico, que aquel mismo es cultural y lo promueve, hay que deducir su correspondiente abertura a estas dimensiones extranormativas que a veces tienen relevancia jurídica.

Importante colocar os ensinamentos do próprio Canotilho (2002, p.1167) sobre a distinção entre abertura da Constituição e abertura dos direitos constitucionais, em que aquela demonstra a necessidade de complemento e a codificação do texto constitucional como um todo e esta a indeterminação e a generalização das normas constitucionais que necessitam da mediação legislativa. Contudo, Ferreira (1997 apud ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2008, p.215): “No Texto brasileiro não podemos notar aquela perspectiva aberta de que fala Canotilho, uma vez que a referência não é feita ao direito internacional geral, mas sim aos tratados internacionais de que faça parte o Brasil.”

E para tanto, essa cláusula aberta da Constituição Federal de 1988 confere a certeza de que desde a sua promulgação recepcionou os tratados internacionais de direitos humanos em igual grau hierárquico das normas constitucionais, inclusive com peso de direitos e garantias, ou seja, como direitos fundamentais.

Ainda, muitos doutrinadores defenderam o *status* supraconstitucional desses tratados, considerando a principiologia internacional baseada na expansão dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional. Piovesan (2007, p.52), neste diapasão sustenta:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e

teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

A questão é bastante delicada, porque quando se fala que os direitos humanos são direitos supranacionais, fica comprometida a soberania do Estado ao decidir ou não pelo cumprimento do Tratado. Conforme Silva (apud ANNONI; FREITAS, 2008, p.5): “A crescente complexidade da sociedade moderna, diante da configuração de um ordenamento jurídico supra-estatal [...] evidenciou o desgaste e a crise do conceito clássico de soberania como poder supremo que não reconhece outro acima de si [...]”

Dessa forma, cabe citar Mello (2001, p. 119), que questiona: “Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixar de aplicá-lo?” E finaliza: “Se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas, cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF”.

Observa-se que pela veia do Princípio do Paralelismo, haveria de ser derogada por outra norma de igual hierarquia, no caso outro tratado internacional posterior ou ainda pela denúncia, em que o tratado cessaria sua vigência no âmbito internacional, devidamente respeitados os procedimentos e competências para tal. Neste sentido, Araújo; Nunes Jr (2008, p.129):

À luz da redação constitucional passada, entendiam alguns autores que, não obstante os tratados fossem aprovados por decreto legislativo, por maioria simples, eram recepcionados com o *status* de norma constitucional. [...] Entretanto, malgrado o entendimento de ilustres juristas nesse sentido, tal posição não era aceita pelo Supremo Tribunal Federal, que entendia que tais tratados permaneciam com natureza infraconstitucional.

O Judiciário, baseado em reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, entendia que todos os tratados e convenções internacionais, inclusive os que tratam de direitos humanos, eram do mesmo nível das leis federais. Assim, a eficácia do tratado ficava prejudicada se fosse editada lei ordinária posterior que com ele conflitasse.

Nesse contexto, é importante fazer um adendo no que se refere ao quanto o Poder Judiciário através de suas decisões e julgados atua como normatizador, criando o direito judicial, conforme Canotilho (2002, p.700) pondera:

[...] a investigação e obtenção do direito criadoramente feita pelos juízes ao construírem normas de decisão para a solução de casos concretos constitui um dos momentos mais significativos da pluralização das fontes de direito. No plano jurídico-constitucional, merece especial referência o *direito judicial com força de lei* ou com *força de acto normativo*, como é o caso das sentenças de declaração abstracta da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pelo Tribunal Constitucional [...].

Assim, o Poder Judiciário está diante de uma responsabilidade dupla quando aplica a legislação e realiza o controle de constitucionalidade realizando a normatização, ainda que de forma indireta.

No que se refere a matéria, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a grande divergência sobre a matéria se assentava no posicionamento da doutrina, de um lado, seguida por grande parte dos tribunais nacionais, incluindo o STJ, de que os tratados internacionais de direitos humanos gozavam de status constitucional, ainda que sem assento formal no texto constitucional, por força do parágrafo 2º do artigo 5º, já referido, e de outro lado, do posicionamento do STF, com exceção do voto de alguns ministros, de que as normas de direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio em razão da ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos teriam status infraconstitucional por força dos critérios de incorporação adotados pelo Poder Legislativo, que o faz mediante a edição de Decreto-Legislativo, cuja publicação faz-se, por sua vez, por Decreto do Executivo.

Esta divergência não foi superada e se ampliou com a edição do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trouxe mais dúvidas a questão, dividindo desta vez, a doutrina, que já se encontrava pacificada sobre a matéria, a despeito da interpretação dada pelo STF à questão.

5 A inserção do §3º do artigo 5º da Constituição de 1988.

Com a edição da EC 45/2004, proveniente da PEC 29/2000 relativa à “Reforma do Judiciário”, houve a inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cuja redação é a seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Assim, de início pode-se inferir que a Constituição Federal do Brasil procurou regular, de forma explícita, o tema do status das normas de direitos humanos inseridas nos tratados internacionais, garantindo a possibilidade de assento formal no texto constitucional dos direitos e garantias dispostos nos tratados internacionais de protetiva à pessoa humana.

A redação do §3º que equipara os tratados internacionais de direitos humanos, respeitados os critérios ali dispostos, à Emenda Constitucional tornou mais complexa a questão, já controvertida. Isto porque, à primeira vista, a redação equivocada do §3º controverteu o sentido do §2º, inaugurando a hierarquia entre as normas de direitos humanos com assento formal na Constituição Federal, e que terão status de direitos fundamentais, sendo cláusulas pétreas, e as normas de direitos humanos sem assento formal na Constituição Federal, e que terão status infraconstitucional, podendo ser revogadas ou ter sua eficácia suprimida em razão de norma superior ou norma de mesma hierarquia, mas posterior que com aquela seja incompatível.

Neste sentido, visando evitar tal interpretação discriminatória, parte da doutrina passou a cogitar a existência de direitos fundamentais fora do texto constitucional, ou seja, normas materialmente protetivas de direitos humanos, ainda que não expressamente dispostas no texto constitucional. Neste sentido, Mendes; Coelho (2008, p.270):

É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser tidos como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.

Em *contrario sensu*, parte da doutrina preferiu destacar a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 5º, aludindo que o mesmo vem a limitar a eficácia dos direitos humanos protegidos pela Constituição, o que seria vetado pelo artigo 60, parágrafo 2º. Neste sentido, Cançado Trindade⁴ dispõe que:

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Sentencia de 4 de Julio de 2006, Serie C n. 149, voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 a 32. Também disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc_cancado_149_por.doc>.

Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão-só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbróglio* tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **31.** Este retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto, – tal como o afirmei em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil, – é que, **na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (artigos 1(1), 2 e 29). **32.** Do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene

recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se *consciência* da condição humana, e da tragédia que a circunda (como ilustrado pelas histórias de *Electra*, e de Irene Ximenes Lopes Miranda. (negrito nosso))

Se no âmbito interno pode-se até mesmo cogitar a inconstitucionalidade do parágrafo 3º referido, no âmbito internacional a confusão gerada por este texto não é menor. Isto porque, conforme já mencionado anteriormente, os tratados têm sua forma própria de denúncia, ou seja, o Estado pode renunciar ao tratado de forma a não ter mais a obrigatoriedade de cumprí-lo. Todavia, no caso brasileiro dos tratados incorporados segundo os requisitos dispostos no parágrafo sob análise, os mesmos gozarão de status e assento formal na Constituição Federal, os mesmos estarão protegidos por cláusula pétrea, logo não passíveis de renúncia.

Esta questão pode não parecer importante, à primeira vista, uma vez que, um Estado Democrático de Direito não quererá, em tempo algum, denunciar um tratado internacional que tenha por objeto proteger os direitos da pessoa humana. Todavia, não apenas os tratados que contenham normas especificamente de direitos humanos podem ser considerados tratados de direitos humanos, mas todos aqueles que, embora versem sobre temas difusos, tenham no seu âmago o intuito de proteger o ser humano e toda a humanidade, a exemplo dos tratados internacionais sobre questões ambientais, sobre o mar territorial e o patrimônio da humanidade, sobre desenvolvimento, democracia, crimes internacionais, questões humanitárias, asilo, refúgio, migrações, dentre tantos outros temas afins.

6 A posição atual do STF e suas conexões políticas e sociais.

Recentemente, a despeito das interpretações e posicionamentos dados pela Corte Constitucional brasileira sobre o tema, o STF tem se manifestado favorável a interpretação dada pela doutrina no que tange ao primado da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, conforme se depreende da seguinte decisão proferida em

setembro de 2008, ao ser apreciado pela Corte⁵ novamente a questão da prisão por dívidas do depositário infiel:

Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. **Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º).** Precedentes. **Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do Relator, Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. (...)** Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. **O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.** Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (grifo nosso)

⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.361**, Relator: Min. Celso de Mello. Data decisão: 23/09/2008. DJE de 06/02/09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/Constituicao.asp>> Acórdão na p.36:

O voto do Min. Celso de Mello proferido em relação ao RE nº 466343 se inclinou favoravelmente ao reconhecimento constitucional dos tratados de direitos humanos, ressaltando ainda que estes façam parte da ampliação do bloco constitucional⁶. Essa posição do Min. Celso Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, ainda que minoritária dentro da Corte, demonstra o avanço da teoria humanista em prol da concessão de status constitucional aos direitos humanos. Os argumentos destacados pelo Min. Celso Mello⁷ no HC 90450/MG esclarecem esta posição:

Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, neste vislumbra um documento vivo a ser permanente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do “*corpus*” constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de “*aggiornamento*”, o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo. [...] Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperiosos compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

Esse entendimento é o mesmo adotado por Estados como França, Rússia, Holanda, Portugal, Paraguai, Venezuela, Argentina e Peru.

Todavia, o posicionamento atual do STF sobre a matéria segue sendo a tese de que, ainda que não detenham status constitucional, as normas de direitos humanos, incorporadas por tratados internacionais de direitos humanos, que não respeitaram (pela inexistência) ou não respeitarem os requisitos dispostos no parágrafo 3º do artigo 5º já referido, gozarão de status supralegal, qual seja, hierarquicamente superiores às normas

⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 466.343. Relator: Cezar Peluso. Data decisão: 12/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90450. Relator: Min. Celso de Mello. Data decisão: 23/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=re%2087585%20%20%20&base=baseAcordaos>>

ordinárias, mas ainda infraconstitucionais. É o que dispõe a interpretação dada à matéria pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 87585/TO⁸, citado em julgamento pelo STJ, que, apesar de posicionamentos divergentes, tem acompanhado a interpretação.

O Supremo Tribunal Federal – no dia 03 de dezembro de 2008, por ocasião do julgamento do HC 87585/TO – **fixou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu, têm status de norma supralegal, razão pela qual pacificou o entendimento quanto à impossibilidade de prisão civil de depositário judicial infiel**, confira-se: "Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expandido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.(HC 87585/TO, Rel. Min Marco Aurélio in Informativo nº 531). (grifo nosso)

Ao tratar da questão, o Min. Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça em seu voto no RE nº 792.020-RS⁹, também segue a orientação do STF, no sentido de

⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 115892 / RS 2008/0206608-0. Relator Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região) (8135) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento 19/02/2009. Data da Publicação/Fonte DJE 09/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=hc%20depositario%20infiel>>

⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 792.020 - RS (2005/0175450-4), Relator: Min.Luiz Fux. Julgamento: 18/12/2008). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronicaita.asp?registro=200501754504&dt_publicacao=19/02/2009>

classificar as normas de direitos humanos como supralegais, quais sejam, logo abaixo da norma constitucional.

A doutrina, todavia, discorda desta interpretação, aludindo, como visto, que todas as normas de direitos humanos tem assento material dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição brasileira (em face da redação dada pelo parágrafo 2º do artigo 5º), tendo apenas assento formal aquelas normas que respeitarem os requisitos dispostos no parágrafo 3º do mesmo do texto constitucional. Neste sentido, Piovesan (2007, p.75) destaca:

Acredita-se que o novo dispositivo do art.5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fosse aprovados pelo elevado *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão-somente pelo procedimento de sua aprovação. Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n.45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art.5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, **com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º.** (grifo nosso)

A divergência entre a doutrina e a jurisprudência, no que tange a questão, segue inalterada. Muitas perguntas, como as registradas no início deste trabalho, seguem sem resposta. O status de norma fundamental, segundo o texto constitucional em vigor, restringe-se aos tratados internacionais incorporados sob os mesmos requisitos das emendas constitucionais, logo, sem qualquer condição especial ou critério intermediário em razão da importância da matéria. O que fez o legislador derivado foi, expressamente, reiterar o sistema dualista no que tange a incorporação de tratados pelo Brasil, na tentativa vã de manter a soberania do poder estatal a despeito da ingerência externa, ainda que de caráter humanista.

A relutância do STF também se justifica neste primado. Por se mostrar aos logo dos anos ser uma Corte mais política do que jurídica, em seu papel de resguardar os interesses políticos do Poder Executivo, a interpretação intermediária dada à questão mostrasse coerente com sua função, ao passo que impede a violação de novos direitos, caso não a adotasse.

Assim, percebe-se que a interpretação ainda precisa ser direcionada aos objetivos do legislador constituinte, quais sejam, o de reconhecer os tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional, ao contrário da posição intermediária dada pelo STF, e que não tem outra justificativa senão a política.

Todavia, importante destacar que até mesmo a relutância do STF foi humanizada pela doutrina, ao adotar, como regra hermenêutica a premissa da prevalência da norma mais favorável ao ser humano, no julgamento do caso concreto. E isso, por si só, já pode se considerar um avanço.

7 Considerações Finais

Após muito tempo de atraso institucional, o Brasil e sua Constituição Federal, já com 20 anos completos, foram objetos de uma evolução quanto ao tema dos direitos constitucionais, não apenas formalmente, mas, também no que se refere à preocupação com a sua efetividade.

Hoje, através de vários mecanismos constitucionais garantidos e da sociedade civil mais consciente e ativa, é possível se inferir o permeamento constitucional na sociedade.

Por isso, não há motivo para se perder o foco num impasse técnico e desmensurado de disputa entre os Poderes Legislativo e Judiciário quanto a forma ou o processo de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A Reforma do Poder Judiciário deveria ter se constituído num marco histórico entre um período de discussões e a resolução integral, redigindo um novo dispositivo claro e certo para o suporte aos direitos humanos. Com efeito, depois de anos de discussão, a inserção do § 3º ao artigo 5º do texto constitucional tinha como objetivo finalizar essa celeuma, o que não aconteceu, e, conseqüentemente, ainda permanece o impasse sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos.

Neste sentido, salienta-se a função de cada jurista, operador do direito, legislador ou magistrado que objetivando resolver a dimensão técnica da lei, tem a oportunidade de pensar além do código e ter por objetivo a proteção da dignidade humana.

Apesar de se concordar com o argumento em prol da inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 5º do texto constitucional, a título de conclusão, vale destacar que tal discussão, não deveria deter toda essa atenção e preocupação. Isto porque, a Constituição de um Estado Democrático e de Direito não deve se limitar ao seu texto expresso, mas sim, deve encerrar-se em seus princípios e valores, em suas normas de natureza fundamental, dispostos por todo o ordenamento jurídico, de modo explícito ou implícito, e que devem ser observadas segundo a prevalência da norma mais protetiva a pessoa humana, independentemente de sua hierarquia normativa, cuja finalidade deve se restringir à solução de antinomias que versem sobre matéria distinta.

REFERENCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 1976. In: PIOVESAN, Flávia; STEINER, Henry. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. ampliada e atual. São Paulo: M. Limonad, 2007. 533 p.

ANNONI, D. ; FREITAS, M. M. D. . **Direitos Humanos e os Tratados Internacionais: a Declaração Universal das Nações Unidas hoje**. In: 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2008, Curitiba/ PR. Estudos de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2008. v. XII. p. 266-274.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 535 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, [2002]. 1506 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira; BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 813 p.

CONI, LUÍS CLÁUDIO. **A INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE**. PORTO ALEGRE: SERGIO ANTONIO FABRIS, 2006. 167 P.

DALLARI, PEDRO B. A.. **CONSTITUIÇÃO E TRATADOS INTERNACIONAIS**. SÃO PAULO: SARAIVA, 2003. 260 P.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Sentencia de 4 de Julio de 2006, Serie C n. 149, voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 a 32. Também disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc_cancado_149_por.doc>.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 367 p.

FERREIRA. Wolgran Junqueira. Direitos e garantias individuais: comentários ao art. 5º da CF/88. Edipro: 1997. P.696

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 406p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. 813p.

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

PIOVESAN, Flávia; STEINER, Henry. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. ampliada e atual. São Paulo: M. Limonad, 2007. 533 p

SILVA, Larissa Dias Magalhães. **A implementação dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Federal de 1988**. Brasília, 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/ProducoesAcademicas/Monografia_LarissaDias.pdf> Acesso em: 10 Dez 2008.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed., rev. atual. Porto Alegre: SAFE, 2003. 640

VERDÚ. Pablo Lucas. La Constitución Abierta y Sus Enemigos. Madri: Ediciones Beramar S.A. 1990. p.11. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira; BONAVIDES, Paulo.

A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 813 p.

WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.p.33/34 In: SILVA, Larissa Dias Magalhães. **A implementação dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Federal de 1988.**Brasília, 2005. Disponível em <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/Livros/Direitos_Humanos_CF_1988.pdf>. Acesso em: 10 dez 2008.

**OS DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AO TERCEIRO
PREJUDICADO**

**LOS DESAFÍOS A LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE AL
TERCERO PERJUDICADO**

Erika Maeoka

RESUMO

O presente trabalho analisa os desafios enfrentados para efetividade dos direitos humanos, especificamente, os obstáculos enfrentados diante das dificuldades surgidas no instante da implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente ao terceiro prejudicado. Observa que em determinadas circunstâncias, principalmente, nos casos em que envolvem matérias de natureza civil ou administrativa, as decisões das Cortes Internacionais podem afetar a esfera do terceiro alheio ao processo internacional. Devido à alegação da ausência de participação do terceiro prejudicado no processo internacional que, aparentemente, não coaduna com o princípio do contraditório, alguns Estados declaram que as sentenças internacionais são inexecutáveis. Assim sendo, constata que esse questionamento sobre o aparente conflito entre a garantia do princípio do contraditório e a responsabilidade do Estado pela implementação das sentenças internacionais constitui um dos desafios que se erguem no momento de exigir o cumprimento das determinações internacionais. Diante dessa divergência, para que a proteção dos direitos humanos adquira real efetividade, elege alternativas conciliatórias para viabilizar a implementação das decisões internacionais sem prejudicar o terceiro alheio ao processo internacional, que consiste em atribuir ao Estado a responsabilidade pelo ressarcimento dos eventuais prejuízos sofridos pelo terceiro de boa-fé.

PALAVRAS-CHAVES: CORTE INTERAMERICANA; DIREITOS HUMANOS; IMPLEMENTAÇÃO DE SENTENÇA INTERNACIONAL; PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO; TERCEIRO PREJUDICADO.

RESUMEN

El presente trabajo analiza los desafíos enfrentados para efectividad de los derechos humanos, específicamente, los obstáculos enfrentados ante las dificultades surgidas en el instante de la implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al tercero perjudicado. Observa que en determinadas circunstancias, principalmente, en los casos en que envuelven materias de naturaleza civil o administrativa, las decisiones de las Cortes Internacionales pueden afectar la

esfera del tercero ajeno al proceso internacional. Debido a la alegación de la ausencia de participación del tercero perjudicado en el proceso internacional que, aparentemente, no coaduna con el principio del contradictorio, algunos Estados declaran que las sentencias internacionales son inesequibles. Así siendo, contacta que ese cuestionamiento sobre el aparente conflicto entre la garantía del principio del contradictório y la responsabilidad del Estado por la implementación de las sentencias internacionales constituye uno de los desafíos que se erguen en el momento de exigir el cumplimiento de las determinaciones internacionales. Ante esa divergencia, para que la protección de los derechos humanos adquiera real efetividade, elige alternativas conciliatórias para viabilizar la implementación de las decisiones internacionales sin perjudicar el tercero ajeno al proceso internacional, que consiste en atribuir al Estado la responsabilidad por el resarcimiento de los eventuales perjuicios sufridos por el tercero de buena-fe.

PALAVRAS-CLAVE: CORTE INTERAMERICANA; DERECHOS HUMANOS; IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIA INTERNACIONAL; PRINCIPIO DEL CONTRADITORIO; TERCERO PERJUDICADO.

1. INTRODUÇÃO

A efetividade da proteção internacional dos direitos humanos não somente depende da atuação das instâncias internacionais, mas está condicionada à viabilidade de implementar seus postulados no âmbito interno dos Estados-parte, que permite a introdução das mudanças necessárias para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

O reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado e a conseqüente potencialidade da litigância internacional como instrumento de proteção complementar dos direitos humanos dependem da efetividade da atuação das Cortes Internacionais em impor as suas decisões. O que se verifica é que nem sempre os Estados condenados submetem-se de boa-fé às determinações dos Tribunais Internacionais e cumprem espontaneamente as respectivas sentenças, que acaba retirando a eficácia da atuação das Cortes Internacionais na proteção dos direitos humanos.

O fator interno que enseja a violação de direitos humanos pode decorrer de uma decisão judicial doméstica contrária às Convenções Internacionais. Essa situação pode ser corrigida pela intervenção das Instâncias internacionais que reconhece a responsabilidade internacional do Estado e determina por intermédio das sentenças internacionais a correção e conseqüente compatibilização das decisões internas aos parâmetros protetivos acordados internacionalmente.

No ponto específico em que existe uma decisão interna transitada em julgado, o óbice está ínsito no momento em que os Estados deixam de acatar as decisões internacionais em razão da objeção da garantia da coisa julgada nacional para se eximirem da responsabilidade internacional, que constitui um dos graves entraves que comprometem a efetividade da atuação das Cortes Internacionais. As divergências agravam-se quando a decisão internacional interfere nas pretensões de terceiro alheio ao

processo internacional, em razão da alegação da inobservância do princípio do contraditório.

Levando-se em consideração as circunstâncias apontadas, efetua-se a análise da responsabilidade internacional dos Estados por violação de Direitos Humanos oriunda da atuação do Poder Judiciário nacional e destaca-se o respectivo obstáculo de natureza interna que impede a exigibilidade das decisões internacionais, decorrente da falta do necessário entendimento dos princípios de direito internacional.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para melhor compreensão do papel da jurisdição internacional na proteção dos direitos humanos, deve-se recordar o marco histórico que registrou a debilidade da ordem jurídica doméstica na proteção dos direitos humanos, que foi o ponto de partida para reflexões sobre a necessidade de reforçar a proteção dos direitos humanos por meio de outros instrumentos. A partir dessa necessidade de uma ordem jurídica que amparasse o indivíduo no momento em que a ordem jurídica interna mostra-se falha é que a sociedade internacional reconheceu a necessidade de estruturar a ordem jurídica internacional como instrumento complementar a justiça nacional.

As inomináveis atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial despertaram a consciência da humanidade para a necessidade de refrear esses assassinatos em massa e de se preocupar com a regulamentação dos Direitos Humanos, por meio do qual surgiu o processo de fortalecimento da internacionalização dos Direito Humanos.

Em decorrência das barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional passou a entender que a proteção dos Direitos Humanos deve transcender os limites jurisdicionais dos Estados. Nesse sentido, Piovesan[1] assinala que a proteção dos direitos humanos “não deve se restringir, confinar-se às muralhas, à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional”.

Foi nesse período que, com a Declaração Universal de 1948, os direitos humanos transcenderam para o cenário internacional. Piovesan[2] registra que “em face do regime de terror, passa a imperar a lógica da destruição, na qual as pessoas são consideradas descartáveis, em razão de não-pertinência a determinada raça: a chamada raça ariana”. Em razão disso, 18 milhões de pessoas foram enviadas aos campos de concentração, sendo que 11 milhões não sobreviveram e contabilizam-se que nesse universo 6 milhões eram judeus.[3]

Com o advento do processo de internacionalização dos Direitos Humanos o sistema jurisdicional não se limita mais à circunscrição dos limites territoriais dos Estados. Portanto, é preciso lembrar que há, além dessa esfera, o sistema jurisdicional internacional e, dentro desta estrutura, está disposta uma ramificação do Direito Internacional, que postula a proteção internacional dos Direitos Humanos, por intermédio de uma jurisdição internacional atribuída às Cortes Internacionais.

No âmbito das Américas, a Organização dos Estados da América desenvolveu um sistema de proteção dos direitos humanos composto por dois órgãos de fiscalização: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[4] A jurisdição internacional de proteção dos Direitos Humanos é exercida pela Corte Interamericana, que tem a sua competência delimitada para julgar a responsabilidade internacional dos Estados que aceitaram a sua jurisdição.

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica foi o primeiro documento firmado, no qual se consolidou a proteção dos direitos humanos civis e políticos. Posteriormente, por meio de um protocolo adicional, pelo Tratado de São Salvador, foi normatizada a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, que constituem os Tratados mais relevantes de proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano.

A explanação sobre os objetivos da jurisdição internacional permite compreender o papel que exerce as Instâncias Internacionais no contexto da proteção dos direitos humanos. Assim, conforme os esclarecimentos de Ramírez[5] a jurisdição internacional sobre os direitos humanos serve a múltiplos propósitos. Tem como objetivo restabelecer a ordem jurídica vulnerada pela violação cometida, ao promover condições de paz e justiça que possibilite o fluxo natural das relações sociais, sob a idéia de que *justicia pacis fundamentaum* e satisfazer os direitos e interesse legítimos daqueles que foram lesados pela conduta antijurídica.

A jurisdição internacional somente é chamada quando houver o prévio esgotamento dos recursos, que significa que antes de levar os casos aos Tribunais Internacionais é preciso buscar resolver a solução na seara doméstica e não tendo êxito os recursos tornam-se invocável a justiça internacional.

Com efeito, a apreciação dos casos levados às Cortes Internacionais depende da observância do princípio da subsidiariedade ou complementariedade que conforme Ramos[6] “significa apenas que o próprio Estado, primeiramente por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos”. Somente “após, no fracasso de tais meios internos, pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais” [7] que remete ao requisito do prévio esgotamento das vias judiciais internas para a interposição das demandas internacionais. Conforme assinala Piovesan[8] “a sistemática internacional só pode ser invocada quando o Estado se mostrar omissos ou falho na tarefa de proteger os direitos fundamentais.”

Portanto, verifica-se que a jurisdição internacional constitui uma via pela qual é corrigida a deficiência da ordem jurídica interna na promoção dos Direitos Humanos. Assim sendo, denota-se o papel relevante da justiça internacional na proteção dos Direitos Humanos que permite o acesso à justiça onde esta é negada pelos Estados, pois a sua atuação vem a suprir a deficiência doméstica que inviabiliza o recurso ao judiciário nacional. Contudo, verifica-se que a atuação das instâncias internacionais encontra os limites em razão da dificuldade de implementação de suas decisões.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA E A COISA JULGADA NACIONAL

A concretização do fortalecimento da proteção dos direitos humanos na seara interna depende do êxito da implementação das correções determinadas por meio das sentenças internacionais que reconhece os limites e os avanços necessários no sistema interno de proteção que não está adequado aos parâmetros mínimos exigidos pelas Convenções Internacionais.

Deve-se ressaltar que o cumprimento das sentenças internacionais não depende unicamente da atuação das Cortes Internacionais, mas sim da colaboração dos Estados-parte, somente a convergência entre as ordens jurídicas permite a efetivação dos direitos humanos. A falta de interação entre a jurisdição nacional e a internacional, dentre várias circunstâncias, leva o Poder Judiciário nacional a acatar a alegação de coisa julgada no âmbito interno, que se revela como um dos obstáculos à implementação das sentenças internacionais.

O embaraço à implementação interna é pontuada por Salin[9] ao observar que “la ejecución de estas sentencias por los Estados puede implicar dificultades con el derecho interno”. Salienta que “especial dificultad constituyen los pronunciamientos de la Corte Interamericana en que se cuestione decisiones judiciales que de conformidad al ordenamiento jurídico interno gozan del carácter de cosa juzgada, presupuesto fundamental de la seguridad jurídica y orden público del Estado”.

Essa dificuldade de implementar a decisão da Corte torna-se patente ao analisar o Caso *Aptiz Barbera e Outros vs. Venezuela*[10], pois a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça do Estado Venezuelano entendeu que a decisão é inexecutável. Para tanto, alega que “la sentencia cuestionada pretende desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos”. [11]

Desse modo, nota-se a resistência dos Estados-parte em acatar prontamente as decisões internacionais. Diante dessa circunstância que restringe a atuação das Cortes internacionais, importa destacar as considerações de Reyes[12] que ressaltam o papel da jurisdição internacional. Assinala que o processo junto à Corte Interamericana também tem a característica de ser um meio de defesa extraordinária de direitos fundamentais, que está ao alcance da vítima quando o sistema interno de justiça demonstra falha, pela perspectiva do queixoso; este meio pode ter por objetivo revisar uma violação formal cometida no processo, ou na sentença, inclusive quando esta tenha a qualidade de coisa julgada.

Reyes[13] enumera os motivos pelos quais a alegação de coisa julgada nacional é impertinente. Para tanto, apresenta três justificativas: a primeira porque se está na presença de um meio de defesa extraordinário; a segunda, porque a violação aos direitos humanos no âmbito internacional, não pode ser irreparável em razão de uma qualidade de coisa julgada da sentença, decretada pela autoridade jurisdicional interna, pertencente ao sistema do direito doméstico que falhou na reparação do dano causado à vítima, pois neste caso deve-se ponderar entre dois princípios, a segurança jurídica que gera a coisa julgada, frente à supremacia dos direitos humanos, e deve-se inclinar pelo segundo, visto que ocasiona um dano menor; e, a terceira, porque para acudir à instância internacional, previamente devem-se esgotar os recursos internos. Isto significa que a

violação alegada já não encontra remédio na instância interna, é dizer, já se esgotaram todos os recursos previstos na legislação interna, o que leva a afirmar que para acudir à instância internacional, necessariamente, deve-se estar presente a coisa julgada.

Conforme observa González[14] a responsabilidade internacional, advém da obrigação dos Estados-parte da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos que têm a obrigação de tornar efetiva a proteção dos direitos humanos. Entretanto, essa proteção não se restringe à simples culminação de um processo judicial conforme o direito interno dos Estados-parte, nem se extingue com a coisa julgada nacional, porque o compromisso de respeitar os direitos humanos assumido pelos Estados implica não só no trânsito em julgado de um processo judicial interno, mas na verificação por parte da jurisdição interamericana dos direitos humanos, se a atuação dos poderes públicos do Estados-parte estão em consonância com os parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção. Essa exigência leva as Cortes Internacionais a analisarem a justiça das decisões domésticas transitadas em julgado.

Ao deparar-se com os empecilhos de ordem interna, é preciso lembrar que a leitura dos efeitos da sentença internacional e a sua exigibilidade têm que ser feita levando-se em consideração os princípios que regerem o Direito Internacional, visto que frente às obrigações internacionais não se pode argüir impedimentos de âmbito interno.

O artigo 27 da Convenção de Viena que regulamenta o direito dos Tratados é claro em prever que as normas internas não podem ser alegadas como motivo de impedimento para o cumprimento dos acordos internacionais. Nesse sentido, em comentários ao referido dispositivo, León[15] infere que o Estado não pode invocar suas normas de direito interno para sustentar o não-cumprimento das estipulações de um Tratado qualquer, ainda mais quando o mesmo tem como conteúdo a proteção dos direitos humanos. Caso contrário, o Estado pode incorrer em responsabilidade internacional, conforme os termos estabelecidos no Tratado subscrito.

Esclarece Ramos[16] que “em face do ordenamento jurídico brasileiro, as eventuais sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos prescindem da rescisão ou mesmo declaração de nulidade de sentença judicial interna”. Pois, entende o autor que “no plano estritamente formal, a sentença internacional não rescinde nem reforma ato judicial interno”, visto que não existe “hierarquia funcional entre os tribunais, internos e internacional.”

Os efeitos das sentenças internacionais sob as decisões internas é a suspensão de sua eficácia. Nesse sentido, elucida Ramos[17] que “a sentença internacional, ao ser implementada internamente, suspende a eficácia do comando judicial interno, como decorrência implícita do próprio ato brasileiro de adesão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

Por conseguinte, a alegação da garantia de natureza interna não coaduna com a melhor interpretação da relação entre os motivos pelos quais atuam as Cortes Internacionais, pois a atuação internacional está condicionada à comprovação da limitação do Poder Judiciário nacional que se mostrou deficitário em solucionar os casos de violação de direitos humanos.

As dificuldades agravam-se quando a decisão internacional alcance interesses jurídicos de terceiros alheios ao processo internacional, que acaba conflitando com o princípio do contraditório. O relatório apresentado pela CEJIL na seção da OEA[18] indica os mais variados embaraços enfrentados. Uma dessas circunstâncias reside no questionamento sobre o modo como deve ser garantindo os direitos de terceiros alheios à atuação da Corte, que sofreram as conseqüências derivadas da sentença internacional. Logo, esse ponto de questionamento necessita indicações de propostas para solucionar esse impasse, visto que o conflito obsta à implementação das decisões internacionais.

4. A IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERNACIONAL E O INTERESSE DO TERCEIRO PREJUDICADO

Os litígios internacionais quando envolvem questões de natureza civil ou administrativa, ou quando a decisão penal repercute na esfera civil, a sentença internacional pode alcançar interesses jurídicos de terceiros alheios ao processo internacional. Essa circunstância gera controvérsias em razão do conflito entre o respeito ao princípio do contraditório e a obrigatoriedade de cumprimento das sentenças internacionais.

Além de pontuar as dificuldades em implementar a decisão internacional decorrentes da alegação da coisa julgada nacional, García[19] menciona que esses obstáculos agravam quando a decisão alcance interesses jurídicos de terceiros ao destacar que:

[1/4] ese tipo de problemática suele acentuarse en materia civil y administrativa, cuando existe un individuo interesado en la ejecución de una sentencia nacional y otro particular (contraparte) interesado en dar efectos al pronunciamiento regional que ha declarado inconvencional dicha decisión interna.

Para Talamini[20], a circunstância em que a decisão nacional tenha sido proferida em litígio entre um particular ocorre na hipótese o afronto ao princípio do contraditório, uma vez que, entende que “os particulares beneficiados pelo ato estatal impugnado terão ficado alheios ao processo supranacional”. Sob essa justificativa, esclarece que “nessa hipótese, a pura e simples supressão da sentença interna como conseqüência automática da sentença da Corte Interamericana afrontaria o direito ao contraditório desses particulares”.

Portanto, resta as indagações de como resolver a situação do terceiro prejudicado alheio à atuação da Corte que sofre as conseqüências derivadas da ordem determinada pelo Tribunal Internacional.

Para alcançar a solução para esse impasse, deve-se levar em consideração a sentença da Corte Interamericana, que atribui o caráter vinculante aos efeitos das sentenças internacionais. Torna-se clara com a leitura do Caso Mauricio Herra vs. Costa Rica[21], que os efeitos dos julgados obrigam inclusive o terceiro, pois, a Corte, ao proferir a sentença, ordenou expressamente ao Estado para que tomasse as medidas necessárias para tornar sem efeito a sentença interna revestida pela coisa julgada. Nesse caso, além da condenação penal, havia a condenação civil por danos morais.

Assim, a Corte se pronunciou que a sentença penal emitida em 12 de novembro de 1999 deverá perder a eficácia “em todos seus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros”. [22] Essa consideração da Corte [23] refere-se “concretamente a dejar sin efecto, la condena civil resarcitoria contra el señor Mauricio Herrera Ulloa y Al periódico ‘La Nación’, en carácter de responsables civiles solidarios, por concepto de daño moral causado”, assim como “la condena de las costas procesales”.

Averigua-se que a solução apontada pela Corte Interamericana, não deixa dúvidas sobre a diferença entre as partes nas ações julgadas na órbita nacional e as julgadas pela Corte. A legitimidade passiva é exclusiva do Estado e que a decisão vincula mesmo os terceiros alheios ao processo internacional.

Verifica-se que a execução no âmbito interno em relação à condenação civil e diante das dificuldades enfrentadas pelas vítimas para recuperar os valores executados a Corte [24] manifestou que:

[1/4] dado los inconvenientes que se han presentado en el cumplimiento de la obligación de dejar sin efecto la condena civil resarcitoria y la condena por costas procesales y personales ordenadas en la sentencia penal interna de 12 de noviembre de 1999, la Corte estima preciso resaltar que en su Sentencia (*supra* Visto 1) determinó que la referida sentencia interna es violatoria de la Convención Americana y, por tanto, dispuso que Costa Rica ‘debe tomar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole necesarias’ para dejar sin efecto todos los extremos de esa sentencia interna.

A obrigatoriedade de cumprir as decisões internacionais leva a Corte [25] a mencionar que:

[1/4] Es preciso recordar que las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado. Por ello, debido a que un órgano judicial estatal ejecutó dos de los extremos contemplados en la referida sentencia interna, corresponde al Estado adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Corte, lo cual debe ser realizado de oficio y debió ser cumplido en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la Sentencia de esta Corte.

Assim sendo, para eventual interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve-se recorrer ao presente julgado. Os julgados da Corte Interamericana indicam que a decisão vincula mesmo terceiros alheios ao processo internacional, visto que não existe nenhuma ressalva. Para além da interação entre os ordenamentos jurídicos no plano normativo, conforme Boggiano[26]:

[1/4] las relaciones entre ordenamientos jurídicos no siempre se dan en relaciones entre normas generales de aquellos ordenamientos. En ocasiones también se presentan como relaciones entre jurisprudencias de tribunales pertenecientes a distintos ordenamientos. De modo que no cabe simplemente un enfoque de interrelaciones normativas generales y abstractas. Ha de integrarse con una visión de interrelaciones jurisprudenciales.

Todavía, García[27] comenta que nas circunstâncias em que existem terceiros juridicamente interessados na execução das sentenças nacionais transitada em julgado declaradas contrárias às Convenções, é muito questionável que existam bases jurídicas suficientes para deixar de lado os interesses legítimos de tais indivíduos: de um lado, porque geralmente não são escutados formalmente no processo regional; de outro, porque viu o seu interesse consolidado, de boa-fé, desde o trânsito em julgado da sentença internas até a decisão do caso perante a instância regional, que muitas vezes levam 5 anos ou mais para serem resolvidas. Nesse tipo de caso pode ocorrer em matéria civil ou administrativa. Nessas circunstâncias, entende García[28] que parece conveniente, salvo expressa resolução do tribunal regional, que o juiz do conhecimento tivesse a possibilidade de valorar as circunstâncias do caso concreto, com a finalidade de emitir uma decisão sobre a forma de implementar o pronunciamento regional estimatório.

O desfecho do Caso Ulloa Herrera no âmbito interno demonstra as limitações do alcance das decisões da Corte, visto que a ordem de suspensão da execução proferida pela Corte Interamericana não foi acatada pelo Estado da Costa Rica[29]. De modo que, o processo de execução no âmbito interno encerrou-se com o devido pagamento ao terceiro, mesmo com a ordem de suspensão da execução determinada em sede de cautelar pela Corte Interamericana. Posteriormente, a Procuradoria Geral da República entrou com recurso como terceiro interessado para que o Estado cumpra a determinação da Corte Interamericana por meio da invalidação do processo de execução.

Porém, o Tribunal Primero Civil[30] entendeu que o recurso da Procuradoria é improcedente, pois “la ejecución se encuentra concluída, concretamente con el pago al actor de las sumas fijadas en el fallo que se ejecuta”. Além disso, alegou que “el interés del Estado surge ante el reclamo de la demanda de producto de las consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, todavia salienta o Tribunal que “es posterior a las resoluciones firmes y no le concede, de pleno derecho, legitimación para combatir pronunciamientos que han adquirido firmeza”. Nota-se que a decisão do Tribunal Primeiro Civil foi contrária às determinações da Corte Interamericana sob a alegação da firmeza da decisão doméstica.

O conflito entre a obrigatoriedade de implementar a decisão internacional e o princípio do contraditório foi julgado concretamente no Caso Cantos vs. Argentina. [31] Assim, no momento de implementar a sentença internacional, a Corte Suprema de Justicia de la Nación não acatou integralmente a decisão alegando razão de direito interno. Argumentou que a redução dos emolumentos dos peritos oficiais que não haviam participado no juízo internacional afeta o direito de defesa. Contudo, a minoria entendeu que a sentença deveria ser respeitada em sua totalidade por ser o mesmo vinculante.[32]

Nota-se que a maioria dos componentes da Corte Suprema de Justicia de la Nación[33] julgou que a sentença não poderia ser executada visto que:

[1/4] ello es así, pues la reducción del monte de los honorarios fijados por esta Corte en favor de los profesionales intervinientes – mediante pronunciamientos pasados en autoridad de cosa juzgada – sin darles siquiera la posibilidad de resistir una eventual petición del interesado en tal sentido – que en su caso debiera formularse, como es obvio, en el marco de la ejecución de la sentencia de esta Corte – vulneraría elementales garantías constitucionales de los así afectados. Ello, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos no han sido parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional, de manera que toda restricción de tales acreencias afectaría de modo directo e inmediato garantías judiciales y el derecho de propiedad que tutelan expresamente tanto nuestra Constitución Nacional.

Em sentido contrário, o Juiz Maqueda[34] entendeu que o Estado deve cumprir a obrigação internacional ao inferir que:

[1/4] formular distinciones con un supuesto sustento en la diversa naturaleza de las cuestiones resuletas y de los sujetos involucrados implica una decisión sin fundamento suficiente, cuyos efectos conducirían a la instrumentación de un procedimiento de ejecución parcial de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que altera el cumplimiento efectivo del pronunciamiento, ajeno y, por lo tanto, contrario a la normativa de la Convención.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido en diversos precedentes, al referirse al concepto de reparación y definir su alcance, en los términos del art. 63.1, que aquéllas no pueden ser modificadas o incumplidas por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno (fs. 36-Cap. VIII de la sentencia de la Corte Interamericana).

Igualmente, o Juiz Boggiano[35] postula que o Estado deve cumprir com a obrigação internacional e atender às determinações da Corte, com apenas uma ressalva de que seria “incongruente reparar una lesión en los términos del art. 63.1 de la Convención causando otra a terceros”. Por conseguinte, decidiu que o Estado deve cumprir a

determinação e abster-se de executada à vítima, porém os honorários devem ser arcados na integralidade pelo Estado, com o seguinte fundamento:

[1/4] el no atinente a la reducción de los emolumentos y al levantamiento de embargos y otras medidas adoptadas corresponde dar traslado a los profesionales interesados que no fueron parte en el procedimiento en la instancia internacional. De otro modo se afectarían sus garantías judiciales y el derecho de propiedad que la Convención tutela expresamente (arts. 8, 21 e 25), pues pese a los términos en que está redactada la sentencia de la Corte Interamericana, corresponde indagar su verdadero sentido, ya que no es dable suponer que ésta, como garante final de los derechos que el Pacto reconoce, consagre semejante menoscabo a ellos. De estar a los términos literales de la sentencia se produciría un detrimento que a su vez haría incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional, hipótesis ésta que cabe aventar. En efecto, sería incongruente reparar una lesión en los términos del art. 63.1 de la Convención causando otra a terceros. Esto sencillamente importaría una violación al Pacto.

Boggiano[36] resolveu a divergência introduzindo uma solução que possibilita a conciliação entre o dever de implementar a decisão da Corte Interamericana e ao mesmo tempo preservar o interesse jurídico do terceiro alheio ao processo. Por conseguinte, decidiu:

[1/4] 1º) Declarar que el Estado Nacional debe abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y la correspondiente multa y asumir el pago de los honorarios de los peritos y profesionales que representaron a los demandados. 2º) Dar traslado a los profesionales interesados a los fines precentemente señalados.

Verifica-se que o Caso Cantos vs. Argentina, o Estado efetuou o pagamento das indenizações conforme a supervisão emitida em 28 de novembro de 2005 [37], todavia, a reparação que determinou a diminuição dos honorários advocatícios e periciais continua em aberto, pois, segundo a última supervisão de cumprimento emitida em 12 de julho de 2007[38] consta que o Estado não deu cumprimento às demais determinações da Corte, o que leva a concluir que o Estado Argentino encontra-se em mora perante a justiça internacional em razão da decisão da Suprema Corte.

A justiça Peruana julgou a controvérsia oriunda do Caso Ivher Bronstein de modo distinto da Suprema Corte Argentina. A sentença internacional no Caso Ivher Bronstein vs. Peru[39] afetou interesses de terceiros, que haviam sido beneficiados pela decisão interna. Assim, contra a ação que julgou nula a decisão interna que contrariava a sentença da Corte Interamericana a parte afetada entrou com a ação novamente no âmbito interno para questionar a sentença da Corte Interamericana, que foi julgada improcedente, sob o fundamento de que não cabe alegação de ordem interna para

invalidar a sentença internacional, por conseqüência as decisões internacionais devem ser cumpridas pelos Estados-parte.

Portanto, nesse Caso a Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima[40] entendeu que a alegação é “ infundada la excepción de cosa juzgada deducida e infudada la demanda, por considerar que no há existido vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.”

Por conseguinte, constata-se que existe divergência no momento de implementar as decisões internacionais, que exige a conciliação entre os propósitos de cumprimento das decisões internacionais e a preservação dos interesses do terceiro de boa-fé.

5. A EFICÁCIA DA SENTENÇA INTERNACIONAL E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL

Vale ressaltar que, o olhar dos efeitos da sentença internacional sob a lente do Direito Interno é que permite impor os obstáculos da coisa julgada como fator de limitação à exigibilidade das decisões internacionais. Por conseguinte, torna-se necessário lembrar que “as decisões judiciais internas, as normas constitucionais e todas as demais normas e atos internos são apreendidos pelo juiz internacional como meros fatos praticados pelo Estado, não importando qual foi o órgão interno realizador do mesmo”. [41] O ponto de partida para alcançar o necessário aperfeiçoamento dos instrumentos internos de implementação exige a utilização dos princípios de Direito Internacional para interpretar os fundamentos que implicam na desconstituição da coisa julgada nacional pelas sentenças internacionais.

A falta de ressonância das decisões internacionais no âmbito local impõe um desafio para a proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, Abregú[42] pontua que:

[1/4] en algún sentido, nos enfrentamos, entonces, a una paradoja histórica que nos muestra que si el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío de este fin de siglo es la nacionalización de los derechos universales, como la única forma de harcelos efectivos en el ámbito interno.

Em razão das contrariedades entre o direito internacional e o direito interno, Ramírez[43] destaca a necessidade da interação entre os ordenamentos ao assinalar que:

[1/4] si la revisión de las relaciones entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional pudo parecer, hace tiempo – mucho tiempo, por cierto -, sacrilego o inútel,

hoy es necesario y urgente. Constituye una de las cuestiones más relevantes a resolver en el Derechos constitucional de los Estados y en el *jus gentium*, todo ello con fines prácticos que se traducen, cotidianamente, en la sumisión de caso ante la Corte y en la ejecución de las resoluciones de ésta, además de la atención a las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

Para que seja possível o diálogo entre a ordem jurídica nacional e a internacional Cançado Trindade[44] destaca que “a referida *interação* entre os ordenamentos jurídicos internacionais e interno, no presente domínio de proteção, desvenda duas facetas, a saber, a ‘internacionalização do direito público interno (ou, mas especificamente, do Direito Constitucional) e a ‘constitucionalização’ do Direito Internacional. Entende que “há que ter sempre presente ambas facetas, essencialmente complementares, ou seja, a da ‘constitucionalização’ do Direitos Internacional, a acompanhar *pari passu* a da ‘internacionalização’ do direito público interno”. [45]

Considera Sant’ana[46] que “é necessário que se tenha presente que as jurisdições internacional e nacional devem ser entendidas como compatíveis, devendo haver uma interação entre ambas, no sentido de se buscar a proteção efetiva dos direitos humanos”.

Sangüés[47] destaca o dever dos Estados-parte de viabilizar o cumprimento das Convenções internacionais ao mencionar que:

[1/4] toca a los tribunales domésticos realizar siempre, y hasta agotar todas las instancias, una interpretación armanizante o adaptadora entre las reglas del Pacto de San José da Costa Rica y la constitución nacional, incluso llegando a efuerzos hercúleos con el fin de ‘compatibilizar lo incompatible’, según la feliz expresión acuñada en la judicial estadounidense.

A análise das deficiências no momento de interpretar o diálogo entre o Direito Internacional e o Direito interno decorre do prisma adotado. Conforme assevera Ramos[48], “a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é, costumeiramente, abordada pelos juristas pelo prisma único de ‘como o Direito interno vê o Direito Internacional’, sendo pouco abordado o outro lado da moeda, ou seja, de ‘como o *Direito Internacional* vê o Direito Interno””. Essa ausência de interação entre o direito internacional e o direito interno leva a decisão semelhante à emitida pela Suprema Corte Argentina que por maioria reconheceu que a sentença internacional não poderia ser cumprida por circunstâncias que conflitam com a ordem jurídica interna.

A falta de ressonância das decisões internacionais no âmbito local impõe um desafio para a proteção dos direitos humanos. Para buscar um efetivo diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, a interpretação sobre os parâmetros de exigibilidade das decisões internacionais deve ser feita pela perspectiva de como o “Direito Internacional vê o Direito Interno”, ou seja, de como a sentença

internacional vê a coisa julgada nacional.[49] Por conseguinte, basta a leitura da eficácia da sentença internacional em relação à coisa julgada nacional pela lente do Direito Internacional, para compreender que tal objeção não coaduna com os princípios que regem o Direito Internacional.

6. PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO ENTRE A IMPLEMENTAÇÃO DA SENTENÇA INTERNACIONAL E A PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO TERCEIRO PREJUDICADO

Em razão do aparente conflito entre o princípio do contraditório e a sentença internacional, forma-se uma discussão e apresentação de propostas para resolver a situação do terceiro atingido pela decisão internacional.

Para Talamini[50] nas circunstâncias em que o processo internacional afete terceiros alheios que “parece razoável que a implementação da sentença interamericana seja desenvolvida em um processo, na ordem jurídica interna, que permita a participação daqueles que haviam sido beneficiados pela anterior sentença interna”. Em vista dessa consideração apresenta proposta de sistematização da questão ao sugerir a possibilidade de no momento da execução da sentença internacional abrir o contraditório para que as partes afetadas possam defender os seus respectivos interesses.

A inviabilidade dessa proposta reside na possibilidade da justiça interna modificar a decisão internacional e declará-la inexecutável, como de fato ocorreu no Caso Cantos em que a maioria da Suprema Corte Argentina entendeu que a decisão não poderia ser implementada em decorrência de afetar terceiros alheios ao processo internacional, que acabou por gerar novos conflitos entre a jurisdição internacional e a nacional e uma nova responsabilidade internacional por descumprimento da decisão internacional.

A atuação das instâncias internacionais e a alegação do princípio do contraditório, não coadunam que a melhor interpretação do necessário diálogo entre a justiça interna e a justiça internacional. A justiça internacional, como já mencionado, atua de modo complementar, quando o Estado deixa de proteger os direitos humanos e essa conduta ilícita do ente estatal que é analisada. Conforme entende Alcalá[51] a coisa julgada nacional é que afronta os direitos humanos pois “sólo tienen aparente cosa juzgada, ya que una sentencia dictada en violación de derechos humanos es sólo una situación de hecho y no una verdadera sentencia judicial”.

Brant[52] considera “a ausência de autoridade das sentenças jurisdicionais internas quando estas se fundamentam em atos viciados que nitidamente violam os princípios básicos da proteção internacional dos direitos do homem”. Com efeito, o conflito alegado é apenas aparente.

Deve-se recordar que mesmo quando envolvem ações de natureza civil ou administrativa, a Corte analisa a decisão como fato violador de direitos humanos e, uma vez constatado que o fato é ilícito, condena o Estado, de modo que a sentença interna é um fato violador de direitos humanos, que não pode ser mitigada sob a alegação do

princípio do contraditório e os seus efeitos ultrapassam as partes envolvidas e vinculam não só o Estado condenado mas todos os Estados-parte da Convenção Americana.

Oportuno recordar que a obrigatoriedade das sentenças internacionais transcende as partes envolvidas no litígio. Segundo Ayala Corao^[53]:

[1/4] las sentencias interamericanas tienen un efecto general o *erga omnes*, para todos los Estados partes de la Convención Americana, a la Comisión Interamericana y para las víctimas. Así, la interpretación de la Convención Americana pasa a tener el efecto de cosa juzgada no sólo frente al caso concreto decidido, sino frente a futuros casos.

Portanto, ao permitir o contraditório das decisões internacionais, tal fato corresponde a análise da decisão internacional pela justiça doméstica, visto que essa abertura poderá inclusive restringir os efeitos da sentença regional, que seria o mesmo que subordinar a implementação da decisão internacional que considerou a sentença nacional um fato violador dos direitos humanos ao crivo da jurisdição doméstica. Essa possível restrição equivale a convalidar um fato interno violador dos direitos humanos em prol do princípio do contraditório, que não coaduna com a melhor interpretação dos princípios de direito internacional.

Contudo, conforme as considerações feitas pelo Magistrado Boggiano na decisão interna do Caso Cantos, a decisão internacional não pode afetar interesses jurídicos de terceiros, sob pena de provocar uma nova violação de direitos humanos, o que exige uma interpretação conciliatória com os propósitos de proteção dos direitos humanos, que viabilize a implementação da decisão internacional e ao mesmo tempo permita a preservação do direito do terceiro afetado pela decisão.

Assim sendo, nas circunstâncias em que o terceiro estiver de boa-fé, a proposta apontada pelo Juiz Boggiano da Suprema Corte Argentina conduz a uma solução mais justa. Visto que possibilita o cumprimento da sentença internacional ao determinar a abstenção de executar os honorários e as custas judiciais e ao mesmo tempo deixa de aplicar a minoração dos valores determinados pela Corte, que deverá ser suportado pelo Estado, para que os terceiros não sejam prejudicados pela decisão internacional. Deste modo, a responsabilidade pelo integral cumprimento da sentença da Corte Interamericana e os interesses jurídicos de terceiros foram preservados, atribuindo-se o ônus ao Estado pelos eventuais prejuízos sofridos pelo terceiro.

Levando-se em consideração que o Estado é o responsável pela violação de direitos humanos reconhecida internacionalmente, a decisão que entende que esse encargo deve ser suportado pelo Estado, nas circunstâncias em que a decisão afete interesses de terceiros de boa-fé, revela-se a solução mais justa, pois permite o cumprimento da decisão internacional ao mesmo tempo em que não prejudica a esfera de terceiros de boa-fé.

Considerando que o Estado é o único responsável pelo descumprimento dos compromissos internacionais no Caso Icher Bronstein, cabe ao Estado cumprir com as

determinações da Corte na sua integralidade, e uma vez comprovada a boa-fé dos terceiros prejudicados, cabe ao Estado ressarcir os eventuais prejuízos sofridos pelos mesmos. Já no Caso Herra Ulloa[54], como não foi possível a devolução dos valores pagos ao terceiro interessado, as vítimas entraram com o pedido de indenização contra o Estado, o que indica a responsabilidade do mesmo. Todavia, a solução mais justa é que o Estado, prontamente, promovesse o ressarcimento dos valores, visto que a execução prosseguiu em razão da negligência do próprio da Costa Rica em acatar a determinação cautelar da Corte Interamericana.

Assim sendo, os eventuais prejuízos dos terceiros de boa-fé devem ser suportados pelo Estado em vista da responsabilidade internacional que exige o cumprimento das decisões internacionais que não podem ser reformadas pelo judiciário nacional sob a alegação do princípio do contraditório.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça internacional exerce um papel importante na promoção da proteção dos direitos humanos em razão da função complementar à justiça doméstica, de modo a estender a garantia do acesso à justiça quando esta é negada no âmbito interno. Portanto, verifica-se que essa atuação das Cortes Internacionais na constatação da compatibilidade entre as decisões internas e as Convenções Internacionais vem corrigindo as injustiças cometidas pelos Estados, que poderiam passar impunes se não fosse a atuação da Jurisdição Internacional.

A colisão entre o direito interno e o internacional é apenas aparente, ao considerar a questão pela ótica do direito internacional. Todavia, nem sempre os princípios de direito internacional têm a devida ressonância na esfera interna, existindo assim uma forte resistência que impede a efetividade das sentenças internacionais.

Os conflitos entre o Direito Internacional dos Direitos e a Constituição implica em mitigação da proteção dos Direitos Humanos e, conseqüente, limitação do alcance dos propósitos tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos como do Direito Constitucional considerando que o objetivo de primar pela dignidade da pessoa humana é um projeto comum elencando tanto na Constituição dos Estados-partes como nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

No ponto específico em que a decisão internacional afeta os interesses jurídicos de terceiros alheios ao processo internacional, é vedado ao Estado abster-se de cumprir a decisão internacional sob a alegação de motivos de ordem interna, mas deve buscar uma proposta conciliatória entre o dever de implementar a decisão internacional e a preservação dos interesses do terceiro de boa-fé.

Com efeito, resta o desafio à Corte Internacionais em imprimir eficácia às suas decisões e aos Estados-parte em honrar os seus respectivos compromissos internacionais de boa-fé, de modo a permitir o alcance dos propósitos elencados nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos por intermédio de um

efetivo diálogo entre a esfera nacional e a internacional de proteção dos direitos humanos, que permita alcançar propostas conciliatórias.

8. REFERÊNCIAS

ABREGÚ, Martín. La aplicación del Derechos Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Chistian. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 3-31.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. nº 7. México: Porrúa, Enero – Junio, 2007, p. 297-317.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Resolución 1404/2003**. Expte 1307/2003.

AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios Constitucionales**. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 127-201.

BOGGIANO, Antonio. **Derecho Internacional: derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos**. Buenos Aires: La Ley, 2001.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A res judicata* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: LEÃO, Rentato Zerbini Ribeiro (Coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis, 2005, p. 393-424.

CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

_____. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de septiembre de 2005.

_____. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.

_____. **Caso Cantos vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97.

_____. **Caso Cantos vs. Argentina**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2005.

_____. **Caso Cantos vs. Argentina.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 12 de julio de 2007.

_____. **Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

_____. **Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2005.

_____. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

COSTA RICA. TRIBUNAL PRIMEIRO CIVIL. **Sentencia 00532.** Expediente: 03-000476-0180-CI, año 2004.

_____. TRIBUNAL PRIMEIRO CIVIL. **Sentencia 00456.** Expediente: 03-000476-180-CI, año 2006.

GONZÁLEZ, Boris Barrios. La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estado Parte. In: **Estudios Constitucionales.** Año 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006, p. 127-201.

GARCÍA, Fernando Silva. **Derechos Humanos:** efectos de las sentencias internacionales. México: Porrúa, 2007.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.** n° 10. México: Porrúa, Julio - Diciembre, 2008, p.131-156.

LÉON, Aníbal Quiroga. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales nacionales. In: **Estudios Constitucionales.** Año 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006, p. 393-413.

MAEOKA, Erika. O acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a coisa julgada nacional como obstáculo à eficácia das sentenças internacionais. In: MENEZES, Wagner. (Coord.). **Estudos de Direito Internacional.** vol. XII. Curitiba: Juruá, 2008, p. 348-356.

OEA. CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Diálogo sobre el funcionamiento sistema interamericano de derechos humanos, entre los estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** OEA: Jueves 9 de marzo de 2006 - Salón Libertador Simón Bolívar.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Resolución del Tribunal Constitucional**. Exp. n° 00972-2008-PA/TC. Lima, 3 de setiembre de 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania**. Texto baseado nas notas taquigráficas proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.

_____. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMÍREZ, Sergio García. **La jurisdicción internacional**. Derechos humanos y la justicia penal. México: Porrúa, 2003.

_____. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 1-86.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis**. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. **Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales**. Expediente n° 08-1572. 9 de diciembre de 2008.

REYES, Salvador Mondragón. **Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México: Porrúa, 2007.

SALIN, Hernán. Obligatoriedad y cumplimientos de las sentencias internacionales e de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. In: **Análisis Internacional II**. n° 17, Instituto Libertad: Santiago do Chile, 30 de junio de 2008, p. 1-7.

SANGÜÉS, Nestor P. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencia en Latinoamérica. In: **Revista Ius et Praxis**. vol. 9, n.1, Chile: Universidad de Talca, 2003, p. 205-221.

SANT'ANA, Janice Cláudia Freire. O Brasil e a execução de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: ANNONI, Danielle (org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. São Paulo: América Jurídica, 2002, p. 253-276.

TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. Jan/Dez 2006, p. 205-229.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. III. Porto Alegre: Safe, 2003.

[1] PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania**. Texto baseado nas notas taquigráficas proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.

[2] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 92.

[3] PIOVESAN, loc. cit.

[4] O Estado Brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998.

[5] RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 6.

[6] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118-119.

[7] RAMOS, loc. cit.

[8] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282.

[9] SALIN, Hernán. Obligatoriedad y cumplimientos de las sentencias internacionales e de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. In: **Análisis Internacional II**. nº 17, Instituto Libertad: Santiago do Chile, 30 de junio de 2008, p. 3.

[10] Ver: CORTE IDH. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

[11] REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. **Magistrado Ponente: Arcadio Delgado** Rosales. Expediente n° 08-1572. 9 de diciembre de 2008, p. 17.

[12] REYES, Salvador Mondragón. **Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México: Porrúa, 2007, p. 104.

[13] REYES, op. Cit. p. 105.

[14] GONZÁLEZ, Boris Barrios. La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estado Parte. In: **Estudios Constitucionales**. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 366.

[15] LÉON, Aníbal Quiroga. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales nacionales. In: **Estudios Constitucionales**. Año 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006, p. 399.

[16] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 359.

[17] RAMOS, loc. cit.

[18] OEA. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. **Diálogo sobre el funcionamiento sistema interamericano de derechos humanos, entre los estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. OEA: Jueves 9 de marzo de 2006 - Salón Libertador Simón Bolívar.

[19] GARCÍA, Fernando Silva. **Derechos Humanos: efectos de las sentencias internacionales**. México: Porrúa, 2007, p. 150.

[20] TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. Jan/Dez 2006, p. 220-221.

[21] Ver: CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

[22] AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios Constitucionales**. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 164.

[23] CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, párr. 13..

[24] CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, párr. 16.

[25] CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, párr. 16.

[26] BOGGIANO, Antonio. **Derecho Internacional:** derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 97.

[27] GARCÍA, Fernando Silva. **Derechos Humanos:** efectos de las sentencias internacionales. México: Porrúa, 2007, p. 198.

[29] Ver: COSTA RICA. TRIBUNAL PRIMEIRO CIVIL. **Sentencia 00532.** Expediente: 03-000476-0180-CI, año 2004.

[30] COSTA RICA. TRIBUNAL PRIMEIRO CIVIL. **Sentencia 00456.** Expediente: 03-000476-180-CI, año 2006.

[31] Ver: CORTE IDH. **Caso Cantos vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97

[32] HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.** n° 10. México: Porrúa, Julio-Diciembre, 2008, p. 142.

[33] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Resolución 1404/2003.** Expte 1307/2003, p. 14.

[34] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Resolución 1404/2003.** Expte 1307/2003, p. 24.

[35] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Resolución 1404/2003.** Expte 1307/2003, p. 17-18.

[36] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Resolución 1404/2003.** Expte 1307/2003, p.18.

[37] Conforme a supervisão de cumprimento: “Que de conformidad con lo señalado en el Considerando octavo de la presente Resolución, el Estado ha dado cumplimiento a lo indicado en el punto resolutivo quinto de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas en relación con el pago por concepto de gastos causados en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. In: CORTE IDH. **Caso Cantos vs. Argentina.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2005.

[38] Estão pendentes de cumprimento o dever de: a) “abstenerse de cobrar al señor José María Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma”

(*punto resolutivo primero de la Sentencia de 28 de noviembre de 2002*); b) “fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el caso C-1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en los términos de los párrafos 70.b. y 74 [de la Sentencia]” (*punto resolutivo segundo de la Sentencia de 28 de noviembre de 2002*); c) “asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero, bajo las condiciones establecidas en el punto anterior” (*punto resolutivo tercero de la Sentencia de 28 de noviembre de 2002*), y d) “levantar los embargos, la inhibición general y demás medidas que hayan sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del señor José María Cantos para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados” (*punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 28 de noviembre de 2002*). In: CORTE IDH. **Caso Cantos vs. Argentina**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 12 de julio de 2007.

[39] Ver: CORTE IDH. **Caso Ivcher Bronstein vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

[40] PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Resolución del Tribunal Constitucional**. Exp. n° 00972-2008-PA/TC. Lima, 3 de setiembre de 2008, pár. 3.

[41] RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 136.

[42] ABREGÚ, Martín. La aplicación del Derechos Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Chistian. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 5.

[43] RAMÍREZ, Sergio García. **La jurisdicción internacional**. Derechos humanos y la justicia penal. México: Porrúa, 2003, p. 541-542.

[44] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. III, Porto Alegre: Safe, 2003, p. 512.

[45] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. III, Porto Alegre: Safe, 2003, p. 513.

[46] SANT'ANA, Janice Cláudia Freire. O Brasil e a execução de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: ANNONI, Danielle (org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. São Paulo: América Jurídica, 2002, p. 271.

[47] SANGÜÉS, Nestor P. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencia en Latinoamérica. In: **Revista Ius et Praxis**. vol. 9, n.1, Chile: Universidad de Talca, 2003, p. 2.

[48] RAMOS, op. cit. p. 116-117.

[49] MAEOKA, Erika. O acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a coisa julgada nacional como obstáculo à eficácia das sentenças internacionais. In: MENEZES, Wagner. (Coord.). **Estudos de Direito Internacional**. vol. XII, Curitiba: Juruá, 2008, p. 355.

[50] TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. Jan/Dez 2006, p. 221.

[51] ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. n° 7. México: Porría, Enero - Junio, 2007, p. 317.

[52] BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A res judicata* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis, 2005, p. 400.

[53] AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios Constitucionales**. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 165.

[54] Ver: COSTA RICA. TRIBUNAL PRIMEIRO CIVIL. **Sentencia 00456**. Expediente: 03-000476-180-CI, año 2006.

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO CONCEITO INTEGRAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL CONCEPTO INTEGRAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Marcos Leite Garcia

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo refletir sobre algumas características básicas do conceito dos direitos humanos fundamentais. A consideração teórica do conceito tem como traço fundamental e inicial a proposta de uma visão integral dos direitos fundamentais que abarcam suas três gerações fundadas na trilogia da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – e suas correspondentes linhas de evolução, respectivamente processos de positivação, de generalização e de especificação. Da mesma maneira são consideradas, para a reflexão proposta, as dimensões ética, jurídica e social dos direitos assim como algumas visões negadoras do conceito dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; GERAÇÕES; DIMENSÕES; ÉTICA; IGUALDADE.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre algunas de las características básicas del concepto de los derechos humanos fundamentales. La consideración teórica del concepto tiene como rasgo fundamental la propuesta de una visión integral de los derechos fundamentales abarcando sus tres generaciones fundadas en la trilogía de la Revolución Francesa – libertad, igualdad y fraternidad – y sus correspondientes líneas de evolución, respectivamente los procesos de positivación, generalización y especificación. De igual manera son consideradas las dimensiones ética, jurídica y social de los derechos así como algunas de las visiones negadoras del concepto de los derechos fundamentales.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS CLAVES: DERECHOS FUNDAMENTALES; GENERACIONES; DIMENSIONES; ÉTICA; IGUALDAD.

1. Introdução.

O debate e a conseqüente explicação do conceito integral dos direitos fundamentais fazem-se necessários e urgentes em nossa sociedade atual. Nas últimas décadas temos assistido a proliferação de um sem fim de teorias que negam os direitos fundamentais das mais variadas origens, algumas até concebidas em bases pouco sólidas, oportunistas da ignorância endêmica vigente, e fundamentadas em preconceitos sejam raciais, classistas ou de outras origens. Algumas causam danos enormes em sociedades periféricas como a nossa. A teoria neoliberal, por exemplo, que não aceita os direitos sociais como direitos fundamentais, desde a falsificação da história e da desconsideração da árdua e extensa luta por melhores condições de vida dos trabalhadores, e se fundamenta na superação da ética pela economia. O ser humano deveria, antes de qualquer coisa, optar pela ética, por um mundo mais humano, e não pela economia que radicalmente desumaniza a sociedade, segundo palavras do professor Antonio Pérez Luño¹. A construção teórica de uma visão integral dos direitos fundamentais é uma importante investigação que visa uma eficaz elaboração de argumentos favoráveis ao conceito integral dos direitos fundamentais, desde suas características éticas, jurídicas e sociais.

O objetivo do presente trabalho é apresentar, preliminarmente (uma vez que voltaremos em outras oportunidades ao tema), algumas questões que compõe a proposta de visão integral dos direitos fundamentais, desde as obras dos professores espanhóis Gregorio Peces-Barba e Antonio Pérez Luño, respectivamente da Universidad Carlos III de Madrid e da Universidad de Sevilla.

É indiscutível a importância dos direitos fundamentais no contexto do Direito atual. As normas constitucionais definidoras de Direitos (direitos fundamentais) são o *coração* e a *cabeça* das atuais constituições ocidentais. Estamos em plena era do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como preferem alguns, e os vetores que regem todo o sistema de normas são valores de direitos fundamentais. Já é hora de colocar os direitos fundamentais em seu devido lugar: como disciplina autônoma nos currículos das universidades brasileiras, não somente nos cursos de Direito, e colocá-los em pauta em diversos debates – principalmente naqueles dirigidos a um maior número de cidadãos possível –. Sobre a mídia aberta ao grande público é correto dizer que *quem financia a baixaria é contra a cidadania*, reproduzindo aqui o refrão título da respectiva campanha pela valorização dos direitos humanos na televisão da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Mas, também é correto dizer que quem ignora o que são os direitos fundamentais constitucionais, não sabe o quê vem a ser a cidadania.

2. O debate a respeito dos direitos fundamentais.

Sem nenhuma dúvida, um dos principais temas de interesse no debate jurídico contemporâneo é o relacionado aos direitos fundamentais ou direitos humanos². Se percorrermos as principais revistas especializadas e outros meios de difusão da cultura jurídica procurando avaliar o interesse dedicado ao tema, perceberemos já em um primeiro olhar não só sua extrema atualidade, como também sua riqueza, diversidade e

imponência. Os direitos fundamentais são objeto de um sem fim de elucidações da teoria jurídica contemporânea; e a importância do seu debate necessita de um grande número de especialistas pesquisadores dos mais diversos ramos do saber para abarcar os seus infinitos desdobramentos.

Em nosso país, ainda que quantitativamente são muitos os estudos no tema dos direitos fundamentais, pensamos que não é devidamente dada a importância que tem o assunto, principalmente devido à relevância da matéria para o desenvolvimento de determinados valores em nossa sociedade – infelizmente desprezados – e à riqueza do texto constitucional de 1988 no que se refere aos direitos³. Infelizmente a fundamentação dos direitos fundamentais em nosso meio está muito relegada ao contexto da teoria liberal, esquecendo-se da evolução dos direitos desde as teorias socialistas e democráticas⁴. Parece que existe um receio ou um preconceito quanto à perspectiva socialista dos direitos, ou mesmo ao contrário quanto à perspectiva liberal pelos defensores do socialismo. Já é hora de dar fim aos preconceitos ideológicos, pois ambas as ideologias estão na base dos direitos fundamentais, ou de uma visão integral dos mesmos. Segundo esta visão integral os direitos fundamentais são transideológicos. Além do que é evidente a distância entre a prática e a teoria com relação à realidade dos direitos fundamentais em nossa sociedade. Da mesma maneira é de fácil constatação, por qualquer cidadão minimamente instruído, que existe uma enorme discrepância, um *abismo*, entre a realidade social e os textos positivos referentes aos direitos fundamentais em nossa nação. Esse *abismo* existente, certamente devido a muitos fatores, deveria ser considerado um dos mais urgentes objetos de estudo em nossa universidade atual.

E em 1987 em uma conferência no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio expôs que:

Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal de progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo –por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na terra -, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa. (...) O progresso para Kant, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os “políticos” por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que “o mundo foi sempre assim como vemos hoje”. Kant comentava que, com essa atitude, tais “políticos” faziam com que o objeto de sua previsão – ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história – se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder⁵.

Aqui claramente Bobbio faz alusão a que devemos fundamentar os direitos fundamentais, que a história não é uma repetição de fatos como querem alguns e que o homem pode transformar sua realidade através do respeito aos direitos fundamentais. Também dito texto de Bobbio nos remete ao que o professor Nicolás López Calera sempre insistiu, tanto em sala de aula como em sua obra, que o índice de respeito aos

direitos humanos servem de parâmetro, de *medidor*, da evolução de um povo, do real desenvolvimento de uma nação⁶ Fato tão esquecido ou deixado de lado em nossa atualidade e que também na opinião do professor da Universidade de Granada deveria ser um dos temas centrais do debate universitário⁷.

Dessa maneira, uma grande variedade de temas é relevante para que se possa entender a distância entre o Direito positivo e a realidade social em que se encontram os direitos fundamentais em nosso país. Seguramente podemos constatar três eixos temáticos importantes que estão na base da questão: conhecer a origem dos direitos fundamentais, delimitar o conceito dos mesmos, assim como conhecer a formação de nossa sociedade. Conhecer, aqui dito, no sentido de fazer um estudo aprofundado dos temas, não para impor como verdade absoluta, mas sim com o intuito de dar elementos para que o cidadão possa optar ou não pelos valores dos direitos fundamentais. Algo que não ocorre em nossa sociedade, pois não é dada a opção ao cidadão comum conhecer o que realmente significam os direitos fundamentais (exatamente no sentido contrário ao espírito do art. 205 da atual Constituição da República Federativa do Brasil: “A educação [...], será promovida e incentivada [...], visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”). A não opção pelos direitos fundamentais é justificada pela adoção de algumas teorias negadoras dos mesmos; ainda que a própria teoria geral dos direitos fundamentais aceite que o direito de discrepar do consenso dos direitos é um direito fundamental de liberdade, já que uma das máximas da liberdade de opinião se resume na seguinte frase: *eu luto para que você tenha o direito de discordar de mim*.

Em nossa opinião as origens e a fundamentação dos direitos humanos se confundem. Devem-se estudar as origens dos direitos humanos exatamente para fundamentá-los. Estudando suas origens históricas estamos fundamentando e vice-versa⁸. Isso porque os direitos humanos podem ser considerados através de seus processos de evolução, ou seja, suas linhas de evolução que vão gerar as conhecidas três gerações de Direitos fundamentais no lema de Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

3. Trânsito à modernidade: o início da mudança de paradigma.

Os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano. Com relação a estas conquistas históricas e acontecimentos, nos parece de extrema importância os parâmetros estabelecidos pelo professor Gregorio Peces-Barba, uma vez que estes são fundamentais para o estudo dos mesmos. Para o professor espanhol os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do *trânsito à modernidade*.

Com relação à expressão *transito à modernidade*, o professor Gregorio Peces-Barba⁹ justifica sua utilização devido à ambigüidade do termo *Renascimento*. Por este motivo, prefere então o autor espanhol o uso, muito menos comprometedor, da expressão

trânsito à modernidade (transito a la modernidad) que caracteriza sua tese de que os direitos fundamentais são um conceito da modernidade¹⁰. Diz o autor espanhol:

(...) o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido¹¹.

Exatamente no aludido período histórico nascerá uma nova mentalidade que preparará o caminho para o surgimento de um novo homem e de uma nova sociedade que brotará progressivamente até a positivação das demandas *jusnaturalistas* dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas.

Dentre as linhas de evolução dos direitos fundamentais, como veremos, desenvolvidas pelo professor Gregorio Peces-Barba estariam os processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação. Antes, porém, do início do processo de positivação, ou melhor, do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, nos parece acertado e didático falar em um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com a fundamental pergunta da filosofia dos direitos fundamentais que seria: qual deve ser seu conteúdo? Essa seria, em nossa opinião, a terceira pergunta fundamental relativa aos direitos, uma vez que a primeira e segunda respectivamente seriam: o *por quê* (?) e o *para quê* (?) dos direitos fundamentais¹².

Quanto à segunda pergunta do *para quê* dos Direitos Fundamentais encontramos resposta na leitura dos documentos de Direitos Humanos, seja a Declaração Universal de Direitos Humanos, ou de Direitos Fundamentais, seja a Constituição da República Federal do Brasil de 1988 ou qualquer outra constituição dos países democráticos do ocidente. Quanto à terceira pergunta, *qual de ser seu conteúdo* (?), também pode ser respondida com a leitura dos documentos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, fazendo-se a ressalva de que os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos. Interessante ver essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, que é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.

A grande pergunta, e mais difícil de responder (e que não deve ser confundida com a questão prática do para quê dos direitos) da Filosofia dos Direitos Fundamentais é a do *por quê* dos Direitos Fundamentais. *Por que* devem ser respeitados os Direitos

Fundamentais? Essa resposta é o conteúdo da própria fundamentação dos Direitos Fundamentais, ela vai unida ao conhecimento de sua história, sua evolução, seus processos de evolução e do seu conceito. Diz o professor Peces-Barba que se cruamente não fundamentamos, não justificamos moralmente os Direitos Fundamentais, os mesmos seriam *uma força sem moral*; e os Direitos Fundamentais somente como *moral*, como querem entre outros os atuais seguidores de um Direito Natural contemporâneo, seria uma *moral sem força*.¹³.

4. A questão da integralidade do conceito dos direitos fundamentais.

Para a análise da questão da integralidade do conceito dos direitos fundamentais faz-se imprescindível partir desde duas perspectivas básicas: uma primeira perspectiva quanto aos processos de evolução e suas respectivas **gerações históricas** dos direitos; uma segunda quanto às suas **dimensões** desde uma visão integral do conceito que considere suas três dimensões: a **ética**, a **jurídica** e a **social**.

4.1. As gerações históricas dos direitos fundamentais.

As gerações dos direitos fundamentais, dependendo do autor podem ser três, quatro ou até cinco. Nossa preferência é pela divisão mais tradicional que em principio está exposta em três gerações nos moldes da divisão apresentada por Karel Vasak¹⁴, que foi quem criou o termo “gerações de direitos” em 1979. Ditas gerações foram muito bem complementadas por Norberto Bobbio¹⁵ e atualmente excelentemente desenvolvida e defendida pelo professor Antonio-Enrique Pérez Luño¹⁶. Seriam elas as seguintes: primeira geração-dimensão: direitos civis e políticos – direitos de liberdade; segunda geração-dimensão: direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de igualdade; terceira geração-dimensão: direitos difusos – direitos de solidariedade; e uma para alguns autores mais duas gerações, uma quarta e uma quinta, que são respectivamente as referentes à bioética e as novas tecnologias da informação, que Pérez Luño inclui ainda na terceira geração. Sobre a divisão em cinco gerações é interessante consultar a obra do professor da Universidade Federal de Santa Catarina Antonio Calos Wolkmer¹⁷.

Uma das sugestivas contribuições do professor Gregorio Peces-Barba¹⁸ à teoria dos direitos fundamentais, entre tantas, consiste no estudo das chamadas linhas de evolução dos direitos que são relatadas nos processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação. O estudo das linhas de evolução dos direitos fundamentais é de basilar importância para o entendimento das gerações dos mesmos. Para ajudar no entendimento do fenômeno histórico dos direitos fundamentais, incluímos didaticamente entre os referidos processos de evolução um anterior, e ao mesmo tempo diacrônica, por nós chamado processo de formação do ideal dos direitos fundamentais¹⁹. Estas linhas de evolução serão importantíssimas para se entender o

contexto histórico, sobretudo a situação política, social e jurídica, do aparecimento das respectivas gerações de direitos fundamentais. Fundamental faz-se recordar a lição de Luigi Ferrajoli no sentido de que os direitos fundamentais surgiram na história sempre como reivindicações dos mais débeis, dos mais fracos²⁰.

De cada processo de evolução serão positivadas uma geração de direitos ou, como no caso dos dois últimos dois, surgirão novas esferas de defesa dos direitos, como no caso do processo de internacionalização – evidentemente a esfera internacional – e no caso do processo de especificação, além da positivação dos chamados “novos direitos” e dos “novíssimos direitos”, também surgirá uma nova esfera: a da pós-modernidade que se resume em direitos *transfronteiriços*, *transnacionais* e *transindividuais*, que traduzem as novas perspectivas do direito contemporâneo. Muitas críticas já se fizeram às gerações de direitos. Aqui não é o espaço para discuti-las amplamente, mas o entendimento das gerações, tendo-se em conta o constante processo de formação e transformação do ideal dos direitos, deve levar em conta algumas questões básicas como um juízo favorável e positivo dentro de seu contexto histórico de suas três fontes ideológicas e históricas: as teorias liberal, socialista e democrática, e suas constantes transformações em direção às novas necessidades de proteção da dignidade humana.

O processo de positivação será marcado pela passagem da discussão filosófica ao Direito positivo. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, anterior ao de positivação, será marcado por transformações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade no trânsito à modernidade e como consequência das reivindicações dos livres pensadores que irão fundar o Direito Natural Racionalista, revolucionário em sua essência²¹, e o Iluminismo. Estas primeiras reivindicações serão pela separação da ética pública da ética privada e conseqüentemente pela separação do Estado da religião, tolerância religiosa, humanização do direito penal e do processo penal e um pouco depois pela limitação do poder do Estado. Com dito processo os Direitos de primeira geração (direitos de liberdade), traduzidos como direitos civis e políticos ou liberdades públicas, de cunho individualista e que serão Direitos do cidadão ante o Estado, ou seja, de não atuação do Estado, liberdades que requerem uma abstenção do Estado. Os primeiros documentos serão frutos das Revoluções liberais ou revoluções burguesas como o Bill of Rights inglês de 1689, as Declarações norte-americanas de Direitos de 1776 (especialmente a Declaração de Independência e a Declaração da Virgínia) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembléia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789, entre outras. As liberdades positivadas inicialmente como consequência das chamadas revoluções burguesas, atualmente são direitos reconhecidos em todas as constituições dos países democráticos do mundo ocidental e, lógica e felizmente, catalogados em nosso atual texto constitucional no artigo 5º de excelente redação pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. A *liberdade* que dignifica a pessoa humana será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño²², este desenvolvimento histórico gerará o Estado Liberal de Direito que caracterizará o século XIX de nossa era.

O processo de generalização significará a reivindicação típica do século XIX da extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real. Assim serão positivados somente no início e mediados do século XX os direitos sociais ou de Direitos de segunda geração. Uma das características da crítica ligeira e pouco aprofundada às gerações dos direitos fundamentais é no sentido de que eles são

fechados, estanques e historicamente irreais. Ora, no processo de generalização serão reivindicados e posteriormente positivados alguns direitos de liberdade, como as liberdades de reunião e de associação, proibidas com a chegada dos burgueses ao poder para impossibilitar a organização dos trabalhadores (proibição imposta pela Lei Le Chapelier de 1791, vigente quase um século na França, por exemplo)²³. Também, além das liberdades citadas, serão reivindicados alguns direitos políticos, ou a melhoria e generalização de alguns direitos políticos, como a universalização do sufrágio. Então podemos afirmar que entre os direitos de segunda geração além dos direitos econômicos, sociais e culturais, mais caracteristicamente vinculados a essa época, também podem ser incluídas as liberdades de associação e de reunião, o sufrágio universal com o qual o trabalhador e todos os demais membros da sociedade poderão participar do jogo político. Direitos de liberdade, direitos igualdade e direitos políticos se comunicam em todas as gerações, uma vez que não são estanques, no sentido de que não são estagnados. Uma geração não supera a outra, como querem alguns críticos, uma geração trás novos elementos aos direitos fundamentais e complementa a anterior geração. Os direitos de segunda geração são os de igualdade e na sua essência são os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos de exigir prestação do Estado. São os direitos do trabalhador a condições dignas de vida, de trabalho, de saúde, de educação, e de proteção social. Foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los, mas o titular continua sendo o homem na sua individualidade. Como exemplos históricos temos documentos como a Constituição mexicana 1917; a Constituição alemã de Weimar de 1919; a Constituição republicana espanhola de 1931, a Constituição brasileira de 1934, entre outras. Atualmente são direitos também reconhecidos nas constituições dos países democráticos do mundo ocidental e catalogados em nosso atual texto constitucional nos artigos 6º a 11, também de excelente redação pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. A *igualdade*, como estabelecimento de uma ordem mais justa que deverá dignificar a pessoa humana, será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño²⁴, este desenvolvimento histórico gerará o Estado Social de Direito, estado de bem estar social, que caracterizará a excelente experiência dos países europeus mais desenvolvidos do século XX de nossa era.

O seguinte processo será o de internacionalização, que ainda está em fase embrionária e por isso incompleto, ademais de ser de difícil realização prática, implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional. Não gera nenhuma nova geração de direitos e sim uma nova esfera de defesa dos direitos: a internacional. Ainda que em teoria exista um interessante sistema de proteção internacional dos direitos humanos (ONU) e dois regionais (OEA e Conselho de Europa), a realidade não nos deixa, infelizmente crer na efetividade dos mesmos pela inexistência de democracia nas relações internacionais entre os Estados e pela ausência de um poder superior aos Estados que possa verdadeiramente aplicar efetivamente os Direitos. Por motivos certamente evidentes, somente o sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos tem funcionado com verdadeira eficácia²⁵.

Última linha de evolução dos direitos fundamentais, o processo de especificação pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos como criança, idoso, como mulher, como consumidor, etc, ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz. Também chamado de direitos difusos ou “novos direitos”. São os Direitos de terceira geração. Direitos de

fraternidade no sentido contemporâneo de *solidariedade*, também chamados de direitos coletivos e difusos. Os “novos direitos” *transindividuais* provenientes do processo de especificação, são especificados em dois níveis: Em primeiro lugar *quanto ao conteúdo*: direito a um meio ambiente saudável e direito à paz, entre os considerados “novos direitos”; além dos “novíssimos direitos” referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética; e dos outros “novíssimos direitos” advindos das tecnologias de informação (internet) e do ciberespaço²⁶. E em segundo lugar especificados *quanto ao titular*: direito do consumidor; direito da criança e do adolescente; direito da mulher, direito do idoso, direito dos índios. A *solidariedade* (sentido atual da fraternidade) tão necessária para questões essenciais do mundo atual e que dignifica a pessoa humana será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño²⁷, este desenvolvimento histórico gerará um novo Estado de Direito com novas formas de exercer a cidadania e que caracterizará o século XXI de nossa era.

Na defesa da divisão dos direitos fundamentais em gerações, diz o professor Pérez Luño²⁸: “Uma concepção geracional dos direitos humanos implica, em suma, reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será obra fechada e acabada”. Segue o professor da Universidade de Sevilha: “Uma sociedade livre e democrática devesse mostrar-se sempre sensível e aberta ao aparecimento de novas necessidades, que fundamentem novos direitos”. E sobre a fase em que eles ainda não são positivados diz que “Enquanto esses direitos não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e/ou internacional, atuam como categorias reivindicativas, pré-normativas e axiológicas”. Exatamente essa será a dimensão do processo de formação do ideal dos direitos que é constante e inacabado em nome da dignidade do ser humano e da “irrenunciável dimensão utópica”²⁹ dos direitos fundamentais que dá legitimidade aos mesmos.

4.2. As dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais visando sua efetiva realização teriam seu conceito calcado em três características principais, uma relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas sociais (eficácia ou efetividade). Estas seriam as três dimensões dos direitos fundamentais: uma ética, uma jurídica e outra social.

4.2.1. A dimensão ética: Direitos fundamentais como uma pretensão moral justificada.

Em primeiro lugar devemos ver a dimensão ética do fenômeno, uma vez que os direitos fundamentais são uma **pretensão moral justificada**. Os direitos fundamentais devem ser, ou devem partir de uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana – seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade

humana – seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras: os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade. Nos dizeres de Peces-Barba³⁰:

Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas idéias de liberdade e igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

Essa explicação da pretensão moral justificada é exatamente a fundamentação teórica do *por que* dos direitos fundamentais. Algo que seja contrário a dignidade da pessoa humana, ou a liberdade e a igualdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental. Um direito fundamental somente como pretensão moral justificada, sem ser norma positivada seria ainda um direito natural³¹. Essa pretensão moral justificada deve ser, portanto, positivada para ser um direito fundamental; uma vez que os direitos fundamentais devem de ter a possibilidade ou estar previstos em um texto legal. Assim estamos considerando duas das dimensões de seu conceito integral: o conceito ou visão integral dos direitos fundamentais pode ser compreendido, em primeiro lugar, sob dois pontos de vista ou dimensões: uma dimensão ética, que se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada ser humano como pessoa moral, e por outro lado a dimensão jurídica, que reconhece e explica a incorporação dos direitos ao direito positivo³². No mesmo sentido, diz o professor Peces-Barba³³ que:

Para falar de pretensão moral justificada é necessário que desde o ponto de vista de seus conteúdos seja generalizável, suscetível de ser elevada a Lei geral, é dizer, que tenha um conteúdo igualitário, atribuível a todos os destinatários possíveis, sejam os genéricos *homem* ou *cidadão* ou os situados *trabalhador*, *mulher*, *administrado*, *usuário* ou *consumidor*, *criança*, etc.

Não resta dúvida que os direitos fundamentais têm essa exigência de serem positivados, pois se ficassem somente no plano teórico de pretensão moral justificada não seriam direitos e sim somente uma idéia ou um direito natural. Sem dúvida que o consenso acerca do direito natural racionalista – construído pelos livres pensadores do transito à modernidade – é a base do consenso acerca dos direitos fundamentais atuais. Do contrário, sem o consenso em torno aos direitos, cairíamos na crítica de Jeremy Bentham no sentido de que é impossível raciocinar com fanáticos armados de um direito natural e que a variedade de direitos naturais de diversas estirpes levaria a uma horrível guerra³⁴. Os direitos fundamentais são ideológicos e sua edificação intelectual se dá a partir de *pretensões morais justificadas* construídas com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista³⁵.

4.2.2. A dimensão jurídica: Direitos fundamentais como possibilidade de ser uma norma jurídica exigível.

Em segundo lugar e de acordo com sua dimensão jurídica, os direitos fundamentais devem **ter a possibilidade de ser uma norma positiva**, é dizer devem ter a possibilidade de técnica jurídica de ser positivado, de ser incluído como norma jurídica. Da mesma forma não devem ser somente uma norma positiva e ponto final como se de uma declaração ou carta de intenções se tratara, uma vez que devem ser uma norma positiva que deve vir **acompanhada de sua respectiva garantia**. Dito de outra forma: não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão momentos que será colocado em discussão, desobedecido e até sistematicamente violado. Isto é, além de positivado os direitos devem ter a possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes. Diz o professor Peces-Barba³⁶ que deve ser

Um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, por suposto que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos.

Então os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia. Partindo dessa proposta de definição podemos averiguar que o que hoje consideramos direitos fundamentais, e que efetivamente se encontram em nosso texto constitucional como tal: uma vez que, por exemplo, todos os direitos fundamentais encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são todas pretensões morais justificadas positivadas seguidas por suas respectivas garantias. Estudando as origens de todos os direitos fundamentais incluídos em nosso texto constitucional estaríamos fundamentando e justificando moralmente aquelas pretensões que se transformaram em direito positivo. A justificativa moral dos direitos fundamentais é o estudo da principal pergunta da chamada, pelos professores Gregorio Peces-Barba e Nicolás Lopéz Calera, filosofia dos direitos fundamentais: o por quê dos direitos? Interessante também chamar a atenção no sentido de que algumas questões que podemos considerar como pretensão moral justificada e que, mesmo assim, o legislador preferiu não positivizar como direitos fundamentais por serem subjetivas demais, uma vez que sua positivação pareceria pura demagogia³⁷.

4.2.3. A dimensão social: Direitos fundamentais como realidade social e condições essenciais para sua efetividade.

Em terceiro lugar e de acordo com sua dimensão social, **os direitos fundamentais são uma realidade social**, é dizer, atuante na vida social, e por tanto condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade³⁸. Certamente impossível separar os direitos fundamentais da realidade social. A realidade social, o meio no qual será aplicado será fundamental para sua eficácia ou não. Dependerá de uma série de fatores como a conscientização da sociedade em relação aos seus direitos fundamentais e às suas prerrogativas como cidadão; da vontade política da sociedade e de suas autoridades; das políticas públicas a serem incrementadas e que sejam verdadeiramente favoráveis aos menos favorecidos e aos direitos fundamentais de todos, a existência de uma real educação para a cidadania que preze por uma visão integral do conceito dos direitos fundamentais, é dizer que leve em consideração os direitos fundamentais como direitos inclusivos, de todos. Muitos outros fatores relacionados com a realidade social poderiam ser aludidos.

Um dos graves problemas da época atual para a efetividade dos direitos fundamentais é exatamente a não consideração de sua realidade social. A denominada, por Peces-Barba³⁹, principal negação parcial da atualidade, a teoria neoliberal, não considera os direitos sociais como direitos fundamentais. A falácia neoliberal leva a não efetividade dos direitos fundamentais uma vez prescinde não somente de sua segunda geração – os direitos sociais –, mas também de uma das dimensões do conceito ou visão integral dos direitos fundamentais. A visão integral do conceito dos direitos fundamentais exige uma reflexão sobre a dimensão ética e jurídica e também com relação a sua dimensão social. A dimensão social da visão integral dos direitos é a que tem relação com sua incidência social, isto é incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais⁴⁰. Todos fatores importantíssimos para uma verdadeira efetividade dos direitos fundamentais. Sobre os Direitos como direitos de todos e de acordo com seu conceito integral, diz o professor Peces-Barba⁴¹:

Assim o analfabetismo, dimensão cultural, condiciona a liberdade de imprensa; e os progressos da técnica em um determinado momento da cultura científica, por exemplo, com os progressos das comunicações, condicionam a idéia de inviolabilidade de correspondência; ou a escassez de bens pode condicionar ou impedir, tanto para a existência de uma pretensão moral à propriedade pelo seu impossível conteúdo igualitário, quanto de uma norma jurídica pela impossível garantia judicial.

A efetividade é um conceito ambivalente na teoria do Direito para sinalizar a influência do Direito sobre a realidade social ou, ao contrario, da realidade social sobre o Direito (ibidem). Em latitudes como a nossa, o segundo suposto é o mais importante. No primeiro suposto se trata do impacto do Direito sobre a sociedade, de seus níveis de seguimento ou de obediência, e no segundo do condicionamento da justiça ou moralidade das normas ou de sua validade ou legalidade, por fatores sociais. Este é o suposto ao que fazemos alusão como terceiro e mais importante componente para a compreensão da efetividade ou não dos direitos fundamentais, uma vez que não dependem somente de serem valor moral e norma.

A história dos direitos fundamentais, que é também a história da luta pela dignidade humana, faz parte do patrimônio da humanidade. E esse patrimônio da humanidade deve ser ensinado através de uma educação igualitária que dê oportunidade para todos. Não resta dúvida que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e estas conquistas históricas devem ser valorizadas e divulgadas a partir de uma educação para os direitos humanos e a cidadania. O filósofo Voltaire⁴² já argumentava no sentido de que um povo tem que aprender com sua história e com a história da humanidade. Não cabe dúvida que falta de conhecimento histórico, a ignorância leva ao fanatismo e a barbárie. Devemos sempre recordar para as futuras gerações as lições da história, assim carece ser lembrada sempre, por exemplo, a idéia de *banalização do mal* de Hannah Arendt, e seu sentimento humano de impotência e indignação diante da burocratização do mal em sua histórica análise sobre o julgamento de Eichmann⁴³. Somente através de uma cultura que parte de uma educação calcada nos valores da cidadania e dos direitos fundamentais é que poderemos reivindicar a utopia dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor.

É certamente o início do século XXI o momento (infelizmente tardio) em que nosso país e toda a humanidade devem entender e estudar o fenômeno dos direitos fundamentais e fazer deles em cada canto do mundo parte da cultura e da educação local e assim poder entender e enfrentar o global. Não olvidando a lição do professor Nicolás López Calera⁴⁴ no sentido de que “não devemos esquecer que todos os direitos humanos, em maior ou menor medida, são independentes, pelo que sua efetiva realização exigirá uma luta global que não descuide nenhum aspecto fundamental da complexa realidade do ser humano”, e para tal faz-se necessário promover uma civilização e uma cultura facilitadoras da educação na solidariedade, na tolerância e em diversos outros valores fundamentais para chegar a uma educação dos direitos humanos⁴⁵.

De nada adianta termos uma pretensão moral justificada positivada e seguida de sua respectiva garantia, quando a realidade social é contrária aos direitos fundamentais, da mesma forma que contrária a igualdade e da implementação de uma sociedade mais justa e solidária.⁴⁶

Somente através da cultura pode-se chegar à inclusão dos direitos fundamentais na mentalidade cultural de um país ou de um povo. Os direitos fundamentais têm essa fundamental característica de serem inclusivos, isto é, como diz o professor Sergio Cademartori, “(...) não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles”⁴⁷. A mudança de mentalidade da sociedade é a única possibilidade de arraigar a consciência dos direitos fundamentais como reais valores a serem considerados. Desta maneira, então algumas características dos direitos fundamentais devem ser amplamente debatidas visando construir uma realidade social mais favorável aos mesmos.

5. Visões equivocadas dos direitos fundamentais: a questão das negações totais e parciais do conceito.

Algumas teorias negadoras do conceito dos direitos fundamentais são estudadas pelo professor Peces-Barba⁴⁸, entre elas: as interpretações equivocadas históricas de Karl Marx e da Igreja Católica⁴⁹; outras negações totais como a negação conservadora; a negação antimodernidade, antiiluminista e providencialista; as críticas do marxismo-leninismo e do anti-humanismo, entre outras. Também merecem destaque os chamados modelos reducionistas: socialista e neoliberal⁵⁰, além da questão da mídia a serviço das classes dominantes: questão tipicamente brasileira da falácia do refrão “para proteger bandido” e a falácia do uso dos direitos humanos contra os direitos humanos⁵¹.

Resumidamente destacamos algumas visões equivocadas dos direitos fundamentais que prescindem de algumas das gerações e dimensões dos direitos: *a)* a visão *positivista*, que prescinde da dimensão ética dos direitos e que faz com que os direitos sejam uma força sem moral; *b)* a visão de um pretensioso *jusnaturalismo atual*, que prescinde da dimensão jurídica dos direitos quando considera os direitos como *direitos morais* anteriores e/ou superiores à norma positiva, e que faz com que os direitos sejam uma moral sem força; *c)* a visão *neoliberal* que prescinde da segunda geração dos direitos fundamentais, que tenta se fundamentar somente na primeira geração dos direitos e que tem como consequência o aumento das desigualdades sociais⁵²; *d)* a visão do chamado *socialismo real*, que prescinde da primeira geração dos direitos e que estabelece uma ditadura em nome da igualdade.

O conceito dos direitos fundamentais não deve prescindir de suas dimensões e de suas gerações históricas, uma vez que de forma diferente do professor Peces-Barba não acreditamos em reducionismos ou negações parciais, pois pensamos que se extraímos uma das dimensões ou gerações dos direitos esses são incompletos e como os direitos fundamentais se complementam eles se tornam impossíveis de serem eficazes e por isso mesmo trata-se de uma negação total. Dito de outra maneira: todas as negações parciais ou reducionismo levam a negações totais do conceito.

6. Considerações finais.

Para finalizar podemos fazer as seguintes elucidações levando-se em consideração as três dimensões aqui analisadas:

Quando estamos diante somente de uma pretensão moral justificada estaríamos no caso de um direito não escrito, ou uma pretensão de algo a ser incluído como direitos fundamentais. Seria então essa pretensão moral justificada um direito natural ou essa pretensão moral justificada já seria direitos humanos no plano internacional e ainda não teria sido positivado naquele sistema jurídico interno.

Por outra parte se a pretensão moral justificada é positivada, incluída como norma de direito, estaríamos diante de um direito fundamental. Se essa norma não é seguida da possibilidade de ser garantida judicialmente estaríamos diante de uma declaração ou uma mera carta de intenções. Para ser um direito fundamental tem de ser seguido de sua respectiva garantia. Assim estamos diante de um direito fundamental com possibilidade técnica de ser efetivado. Mas, porém se este direito fundamental não está de acordo com

uma realidade social favorável para sua efetivação e o seu desenvolvimento, mesmo sendo uma pretensão moral justificada incluída como norma e tendo sua garantia, tais fatores contrários levam a não efetivação do direito fundamental em questão. Estaríamos diante de uns direitos fundamentais formais, formalmente constituídos ou ainda de direitos fundamentais meramente simbólicos que servem de álibi para manter o *status quo* e os interesses de uma minoria ou cultura socialmente dominante.

Em contrapartida se os direitos fundamentais se desenvolvem de acordo com uma realidade social favorável, a favor de seu desenvolvimento, estaríamos então diante de direitos fundamentais substancialmente efetivos, ou direitos fundamentais completos e integrais. Evidentemente que as realidades complexas das chamadas sociedades dos países periféricos não são tão assim simples: tão claro e escuro; mas podemos então dizer que temos momentos de direitos fundamentais substancialmente efetivos e, na maioria das vezes, estes estão escritos apenas em uma folha de papel, no dizer de Ferdinand Lassalle⁵³ e que na prática são os fatores reais de poder que nutrem a situação de sempre de desrespeito da cidadania.

Referências:

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título original: *Eichman in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*.

BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos. El discurso de los derechos**. Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992.

BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005. Título original: *Ética*.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. *In*: _____; PECES-BARBA, Gregorio (org.). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998. p. 571-599.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p. Título original: *Il diritto come sistema de garanzie*.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

GARCIA, Marcos Leite. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas conseqüências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos**: diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane. Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-41.

HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad? **Doxa**. Alicante, p. 21-45, n.5, 1988.

HABERMAS, Jürgen. Derecho Natural y Revolución. In: _____. **Teoría y praxis**: estudios de filosofía social. 3.ed. Tradução espanhola de Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. Madrid: Tecnos, 1997. Cap. II, p. 87-122. Título original: *Theorie und Praxis*.

JAURÈS, Jean. História Socialista de La Revolución Francesa: II. La obra de la Asamblea Constituyente. Vol. II. Buenos Aires, Poseidon. Título original:

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stönner. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. Título original: *Über die Verfassung*.

LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía del derecho** (I). Granada: Colmares, 1997.

LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos**: una cuestión ideológica. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, Granada, p. 39-46, n. 20-21, 1980-1981.

LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social*. In:

OLIVEIRA JR., J. Alcebíades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 128-143.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2007. 288 p.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. *In: _____ (et alii). Los derechos humanos: Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 16-45.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma? *In: _____ (org). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 11-52.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As críticas aos Direitos Humanos. *In: _____*. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 37-55.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. *In: SWINARSKI, Christophe (ed.). Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984. p. 837-850.

VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Éssai les moeurs et l'esprit des nations – Introduction, La défense de mon oncle*.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. *In: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

[1] Ver: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma? *In: _____ (org). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.

11-52. Da mesma forma ver: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. p. 35-38.

[2] Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Em nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direitos fundamentais* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 31; BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos. El discurso de los derechos**. Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992, p. 20; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 33.

[3] Encontramos um atualíssimo, e por este motivo interessante, catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa “constituição cidadã” nas palavras de Ulisses Guimarães. Como bem salienta Ingo W. Sarlet, “(...) traçando um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 67.

[4] Veja-se sobre a questão: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 199-204.

[5] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 64.

[6] LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía del derecho (I)**. Granada: Colmares, 1997, p. 206.

[7] LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos**: una cuestión ideológica. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, Granada, n. 20-21, 1980-1981, p. 40.

[8] Nas palavras de Adela Cortina e Emilio Martinez, “fundamentar algo significa mostrar as razões que fazem desse algo um fenômeno coerente, razoável, não arbitrário”. Ou ainda “(...) fundamentar é argumentar, oferecer razões bem articuladas para esclarecer porque preferimos alguns valores e não outros, certas teorias e não outras, determinados critérios e não outros. Ao mostrar os fundamentos que nos ajudam

a manter o que cremos, fugimos da arbitrariedade e prevenimos o fanatismo próprio da crença cega e da adesão incondicional”. CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 127.

[9] PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 2-4.

[10] Explica Peces-Barba: “(...) Não podemos nos subtrair, como é lógico, a tomar posições respeito a teorias extremas, a de ruptura e a da continuidade, que dependem, em parte, da localização dos respectivos períodos, isso é descrever onde se situa o fim da Idade Média e onde se localiza o início do Renascimento”. Segue Peces-Barba, “(...) como entendemos que há um entrecruzamento no tempo entre esses dois momentos, o que já supõe tomar uma posição intermediária entre as duas posições extremas, consideramos mais adequado, mais compreensivo, utilizar o termo *tránsito à modernidade*”. PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**, p. 3-4.

[11] PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**, p. 4. Todas as traduções do idioma espanhol ao português do presente trabalho foram realizadas pelo autor.

[12] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 101-112.

[13] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104-105.

[14] VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l’homme. In: SWINARSKI, Christophe (ed.). *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984, p. 837-839.

[15] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 5-7.

[16] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 25-48.

[17] WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. In: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

[18] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 146-198.

[19] Ver: GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

[20] Ver: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

[21] Será o pensador alemão Jürgen Habermas que também – na mesma linha de pensamento que os pensadores espanhóis por nós estudados – ressaltará a fundamental

existência de um histórico Direito Natural Racionalista, uma revolucionária forma Direito Natural, anterior à positivação dos mesmos direitos fundamentais e que transformará a relação entre Direito e moral. HABERMAS, Jürgen. Derecho Natural y Revolución. In: _____. **Teoría y praxis**: estudios de filosofía social. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 88. O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e da democracia servirá de objeto legitimador dos mesmos. Diz Habermas que “não pode haver direito autônomo sem democracia realizada”. HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad? **Doxa**. Alicante, n.5, 1988, p. 45. Entre os autores espanhóis aludidos, no mesmo sentido, entre outros, Antonio Pérez Luño (**Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 134-186); Eusebio Fernandez (**El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII**, p. 571-599); Gregorio Peces-Barba (**Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**, p. 10-214; e **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 101-204); Nicolás López Calera (**Filosofía del derecho** –I, p. 205-272).

[22] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 28.

[23] Sobre a Lei Le Chapelier, veja-se: JAURÈS, Jean. **História Socialista de La Revolución Francesa**: II. La obra de la Asamblea Constituyente. Tomo II. Buenos Aires, Poseidon. p. 238-262.

[24] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 28.

[25] Não obstante também pensamos que há uma diferença entre internacionalização e universalização dos direitos humanos, uma vez que em nossa opinião são dois fenômenos distintos. O processo de internacionalização tenta universalizar os direitos humanos. Que os direitos humanos sejam internacionalizados pela Declaração Universal de 1948, documento de indiscutível caráter moral, não significa que eles sejam efetivamente universais, essa é outra discussão, ainda que entendemos que os direitos humanos são universais como valor moral, encontramos vários indícios de sua impossibilidade prática de ser internacionalizado.

[26] Cibercidadania, no dizer do professor Pérez Luño. Ver: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004. 142 p.

[27] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 35-42.

[28] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 42-43.

[29] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 42-43.

[30] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 109.

[31] Indiscutível a importância do Direito Natural, sobretudo o racionalista nos históricos processos de formação do ideal e de positivação dos direitos fundamentais.

[32] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 39.

[33] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 109.

[34] “(...) Es imposible razonar con fanáticos armados de un Derecho Natural que cada uno entiende a su modo, y del cual nada puede ceder ni quitar: que es inflexible, al mismo tiempo que ininteligible, que está consagrado a su vista como un dogma, y del cual nadie puede apartarse sin delito. En vez de examinar las leyes por sus efectos, en vez de juzgarlas como buenas o malas, estos fanáticos solamente las juzgan por su conformidad o contrariedad con este supuesto Derecho natural, que es decir, que substituyen al razonamiento de la experiencia todas las quimeras de su imaginación... ¿No es esto poder las armas en manos de todos los fanáticos contra todos los gobiernos? ¿En la inmensa variedad de ideas sobre la ley natural y la ley divina, no hallará cada uno alguna razón para resistir a todas las leyes humanas? ¿Hay un solo Estado que pudiera mantenerse un día, si cada uno se creyera obligado en conciencia a resistir a las leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural o revelada? ¡Qué guerra sangrienta y horrible entre todos los intérpretes del Código de la Naturaleza, y todas las sectas religiosas! (...).” BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 94-95.

[35] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 138-144; e p. 199-204.

[36] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

[37] O amor, por exemplo, sem nenhuma dúvida trata-se de uma pretensão moral justificadíssima, todo ser humano tem direito a amar e ser amado. É uma questão indiscutível, mas como poderíamos incluir uma norma de direito fundamental que fale do amor. O amor é subjetivo demais, o que é amor para uma pessoa pode não ser para outra. Uma vez declarado o amor um direito fundamental, como seria sua garantia?

[38] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

[39] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 61-62.

[40] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 40.

[41] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

[42] VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 14-15.

[43] ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336 p.

[44] LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social*. In: OLIVEIRA JR., J. Alcebiades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 134.

[45] “Es necesario promover una civilización y una cultura que faciliten la educación en la *solidariedad*. Es necesario fomentar la virtud de la solidaridad en un mundo en el que unos pocos tiene derechos y muchos tienen pocos derechos o casi ninguno”. LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derechos humanos**, p. 134 (Grifos no original).

[46] No mesmo sentido deve ser considerada a tese da *constitucionalização simbólica* do professor Marcelo Neves (veja-se: NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2007. 288 p.); assim como a noção de democracia substancial e outras questões discutidas na obra de Luigi Ferrajoli (veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957); e mais recentemente a também relevantíssima obra de Gerardo Pisarello (veja-se: PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.).

[47] CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007, p. 29.

[48] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 69-91.

[49] Ver: GARCIA, Marcos Leite. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas conseqüências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos**: diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane. Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-41.

[50] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 91-98.

[51] SAMPAIO, José Adércio Leite. As críticas aos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 37-38.

[52] O professor da Universidade de Barcelona, Gerardo Pisarello, chama essa negação de *contrareforma liberal conservadora* empreendida nos anos setenta e que seus efeitos prolongam-se até os dias de hoje. PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**, p. 13.

[53] LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 35-40.

A PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E A CARTA DA TERRA: BALANÇOS E PERSPECTIVAS

THE EFFECTIVE PROTECTION OF INFANTS BETWEEN GLOBALIZATION AND THE EARTH'S STATEMENT: REVIEW AND PROSPECTS

**Marizélia Peglow da Rosa
Antonio Walber Matias Muniz**

RESUMO

Cuida este trabalho sobre a construção de um breve relato, alicerçado a partir de ligeiras e pontuais descrições sobre globalização, doutrina de proteção do menor e as matizes para construção de uma sociedade global elencadas na Carta da Terra. No decorrer do trabalho um dos argumentos defendidos versa sobre a necessidade de se nuclear as áreas do direito internacional dos direitos humanos e do direito constitucional como uma perspectiva efetivadora da proteção integral da criança e do adolescente em um mundo que se propõe, neste século XXI, diante de um olhar universalizado. Remete-se à análise de alguns avanços e retrocessos da globalização, de dispositivos concernentes a Declaração Universal, Convenções Internacionais, Constituição e normas infraconstitucionais brasileiras, vislumbrando a possibilidade de correlação destas normas de modo a tornar possível proteger integralmente o menor. Pesquisa documental e bibliográfica compõe a base metodológica deste relato. Conclui-se que a globalização produziu discrepâncias econômicas, sociais e jurídicas e que a nucleação do direito internacional, constitucional e infraconstitucional inerente a direitos humanos podem gerar perspectivas de efetiva proteção integral a crianças e adolescentes, contribuindo para a implementação dos desafios da Carta da Terra quanto à construção de um mundo sustentável baseado no respeito aos direitos humanos universais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: NUCLEAÇÃO DE DIREITOS. PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. CARTA DA TERRA.

ABSTRACT

This work regards the making of a short report, based on brief and specific descriptions on globalization, doctrine on protection of infants and the guidelines for the construction of a global society outlined on The Earth's Statement. We have taken due note of the need to discuss viewpoints on the nucleation of international law, the human rights, and constitutional laws as promising tools that should lead us to engage the protection of infants and adolescents in this century in a wider sphere of action. We have also attended attention on the analyses of a number of effects resulted from the state of globalization, connected to the international law framework, figuring out a way to have all such bills of legislation enforced effectively to protect of the under-aged.

This report was built on documental and bibliographic research. We have come to the conclusion that the globalization has produced social, juridical, and economical discrepancies and that the Universal Declaration, International Conventions, the Brazilian constitution and other sets of norms ensure adherence to a thorough protection of children and adolescents, adding to the efforts of implementing the proposals in The Earth's Statement, which has as main principles the human rights and self-sustainability.

KEYWORDS: KEYWORDS: NUCLEATION OF RIGHTS. EFFECTIVE PROTECTION OF INFANTS. THE EARTH'S STATEMENT.

INTRODUÇÃO

O Processo de globalização de todas as atividades humanas, acelerado nos anos 1990, contribuiu para estilhar os instrumentos de poder e passou a exigir a construção de novas estruturas governativas em todo o planeta de modo permitir eficazes soluções para os problemas internacionais deste processo decorrentes. Sem dúvida, para Dupas (2007, p.27) bem mais complexa que as políticas adotadas no período que antecede à queda do muro de Berlim, a globalização impõe uma nova lógica de poder global e paradoxalmente, introduz vastos desafios na prática política mundial. Um desses paradoxos advindo do desenvolvimento do capitalismo neoliberal segundo Santos (2008, p.17) é a contrariedade das previsões a ele inerentes. Desigualdades sociais, fome e violência se intensificaram e estão dando margem à volta do socialismo na agenda política de alguns países.

De fato a globalização tem separado o universo com pessoas pobres, ricas e miseráveis, pois, não foi capaz de desenvolver noções de solidariedade internacional na totalidade do tecido social, gerando privilégios a reduzidos grupos elitizados. De acordo com Boron (2003, p.87), outros paradoxos atuam inibindo aos grupos vulneráveis, melhoria comprovada das condições de vida e inclusão definitiva no centro de todo processo de desenvolvimento e a superação das disparidades dentro dos países.

Pode-se constatar, por exemplo, em períodos eleitorais que as bases elegem o presidente em decorrência do aceite de uma política de transformação. Entretanto, o governante apresenta plataforma de campanha visando a esses objetivos, mas aprofunda modelo econômico incongruente. Da análise desse paradoxo identifica-se a carência de um processo de revolução no plano das consciências, ou plano de crescimento do nível de consciência da população. A incapacidade de arregimentação de força reativa do ponto de vista de uma conscientização política pelo indivíduo nacional prejudica a consolidação do novo *jus gentium* em cada nação tornando impossível a inversão da primazia que deve ser dada à razão humana sobre a razão do Estado.

Esta incapacidade reativa da população, aliada ao descaso dos representantes do estado, só têm gerado prejuízos e desapego às crianças e aos adolescentes quanto à necessidade da prática de ações protetivas a eles destinadas. Por esta razão estes ficam à mercê das circunstâncias de sua não inserção no cenário de normas internacionais de proteção, também por constantes desrespeitos de seus direitos consagrados

mundialmente os quais deveriam ser reconhecidos e efetivados pelo estado, principalmente na perspectiva de nucleação de áreas do direito que versem e demonstrem preocupação com a proteção integral dos menores.

1 GLOBALIZAÇÃO: AVANÇOS E RETROCESSOS

Inicialmente cabe destacar o que é a globalização. Beck (1998, p.29-30) evidencia que a globalização se concebe como o resultado da interação das distintas lógicas globais, um conjunto de processos cujo desenvolvimento altera a organização econômica, social e política dos Estados em sua relação com atores transnacionais.

É importante destacar que a globalização, assim como o desenvolvimento são inevitáveis "[...] ainda que, a título de retrocesso existam forças políticas e econômicas poderosas por trás dela." Evidente é perceber-se que a globalização está sendo repensada e remodelada. Segundo Stiglitz (2007, p.50) isso se deve em muito aos incidentes ocorridos nos últimos anos, como "[...] o 11 de setembro, a guerra ao terrorismo, a guerra no Iraque e a emergência da China e da Índia foram fatos que redefiniram o debate sobre a globalização [...]"

Um dos avanços decorrente do processo de globalização é o que Falk (2004, p.141) denomina de tecnologia de informação (TICs), mas deve-se ter cuidado para que a informação não traga uma falsa imagem, uma ausência de ideologias em prol do mercantilismo. A informação é dada em tempo real, tanto em países ricos como em países pobres, fazendo com que essas desigualdades econômicas cada vez mais queiram se aproximar. Isso torna as pessoas consumistas assim como pode torná-la objeto de um mundo irreal, nas palavras de Santos (2005, p.18):

A máquina ideológica que sustenta as ações preponderantes da atualidade é feita de peças que se alimentam mutuamente e põe em movimento os elementos essenciais à continuidade do sistema. Damos aqui alguns exemplos. Fala-se, por exemplo, em aldeia global para fazer crer que a difusão instantânea de notícias realmente informa as pessoas. A partir desse mito e do encurtamento das distâncias - para aqueles que realmente podem viajar - também se difunde a noção de tempo e espaços contraídos. É como se o mundo se houvesse tornado, para todos, ao alcance da mão. Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas.

Por este contexto pode-se falar em "as duas faces da globalização". Mas, para melhor elucidar essas faces, dar-se-á uma rápida pincelada na cronologia. Segundo Stiglitz (2007, p.83) "Há cerca de 150 anos, a diminuição dos custos das comunicações e dos transportes deu origem ao fenômeno que pode ser considerado precursor da globalização." No início da década de 1990 a globalização foi saudada com euforia, como sendo a solução para todos os problemas globais, em 1995 foi criada a Organização Mundial do Comércio, dando uma aparência de império da lei ao comércio internacional. No ano de 1999, em Seattle, ocorreu um protesto contra a globalização uma vez que, os trabalhadores da Europa, Estados Unidos e China viam seus empregos e suas conquistas trabalhistas abalados. Posteriormente muitas comissões foram criadas para discutir os mais variados assuntos em torno da globalização.

Como se observa, a globalização econômica avançou mais do que a política. Há uma necessidade de instituições internacionais para enfrentar os desafios propostos pela globalização econômica. Cerca de 80% da população do mundo vive em países em desenvolvimento, com baixa educação, altas taxas de desemprego e conseqüentemente alta pobreza, desrespeito aos direitos humanos e, é justamente para esse percentual da população que a globalização deve funcionar. Deve-ser ter cuidado porque o desenvolvimento abarca todos os aspectos da sociedade, caso contrário,

Um país em desenvolvimento que simplesmente se abre ao mundo exterior não colhe necessariamente os frutos da globalização. Mesmo que seu PIB cresça, o crescimento pode não ser sustentável, ou sustentado. E, mesmo que o crescimento seja sustentado, a maioria de seus habitantes pode piorar de vida. (STIGLITZ, 2007, p.93)

É por esses motivos que existe a necessidade de políticas governamentais fortes e intervencionistas para se buscar a solução do problema. No caso brasileiro, quando esta agressão ocorreu de forma mais intensa durante o meio século (iniciado em 1930), a renda per capita cresceu a uma média de 5,7%. Já a década de 1980 foi uma década perdida, pois a luta contra a inflação, a América Latina se socorreu a empréstimos para com os Estados Unidos, quando Costa Rica, Brasil, México e Argentina suspenderam o pagamento da dívida. Posteriormente as políticas econômicas latino-americanas mudaram radicalmente no sentido de conter a inflação. (STIGLITZ, 2007, p.104-106).

Neste contexto, o papel dos mercados é fundamental, esta ênfase começou a ser dada nos anos 1980, no governo de Regan e Thatcher, após a queda do comunismo e numa reação natural da economia. Mas além dos mercados outro fator é importante qual seja, a pessoa humana que está no cerne do desenvolvimento, é por isso que o governo deve trabalhar as políticas públicas para aprimorar os direitos fundamentais sociais e não permitir alargamento de retrocessos na dinâmica de seu papel social.

Para avançar, Segundo Stiglitz (2007, p.104-106) "O governo precisa se envolver no fornecimento de educação básica, estruturas legais, infra-estrutura e de alguns elementos de uma rede de proteção social, e na regulamentação da competição, dos bancos e dos impactos ambientais." Conclui Stiglitz (2007, p. 123) dizendo este ser o tripé que deve ser observado para que a globalização realmente avance mais e dê frutos - mercados, governos e indivíduos - mas, ainda existe um outro - a comunidade - se de forma organizada e corporativa, porque são os membros da comunidade que sabem o que é melhor para sua região. Não que se deva pensar localmente, ao contrário, deve-se pensar local e agir global em busca de uma globalização ideal.

A globalização ideal será aquela que favoreça a inclusão através da dinâmica do mercado, respeitando as diversidades e, não apenas promover a economia de mercado. Precisa-se colocar o homem, os direitos humanos no centro desta relação e não apenas o mercado, haja vista que este milênio, salvo engano, entre para a história como aquele que, além das crianças e adolescentes, negros mulheres, homossexuais, portadores de deficiência, índios e demais outras "minorias", menores inclusive, poderão finalmente, escrever os outros 50% da história humana, pós-globalização, até agora contada e manipulada por alguns homens que insistem em manter esta "outra metade", muito maior, silenciada, calada, sofrida e subjugada.

2 OS DIREITOS HUMANOS

Profunda reflexão marca os anos noventa em escala universal, sobre as bases da sociedade internacional e a formação gradual de uma agenda jurídica internacional para o século XXI. Dessa forma, o final e o início deste novo século representam um período marcado por grandes Conferências Mundiais das Nações Unidas, entre as quais a que deu origem, em 1990, à Cúpula Mundial pelas crianças e a Convenção dos Direitos da Criança as quais se tornaram instrumentos de direito internacional assumindo primazia sobre as legislações nacionais podendo nuclear-se integralmente no Brasil, com os princípios que seriam definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente em seguida implementado.

Por meio dessas Conferências tem-se procedido a uma reavaliação global de muitos conceitos à luz da consideração de temas que afetam a humanidade como um todo. Principalmente os atualmente deferidos na Carta da Terra. Denominador comum das discussões têm sido em especial, *as condições de vida* da população, principalmente os grupos mais desprotegidos. Nesse sentido, segundo Wagner Menezes (2007, p.11) os direitos humanos e suas ramificações vêm conquistando importância e relevo sob o manto das perspectivas do Direito Internacional e formando campos específicos de pesquisa com objeto e princípios determinados. Também por essa razão, a necessidade de se situar os seres humanos, de modo definitivo, no centro de todo o processo de desenvolvimento da sociedade internacional, podendo-se considerar como um dos grandes desafios de nossos tempos, a proteção integral do ser humano menor a partir de uma perspectiva de nuclearização entre o direito internacional e o direito constitucional dos estados.

Neste diapasão reavaliativo, o ano de 2008 foi um ano de comemorações na esfera internacional e nacional dos direitos humanos, com os sessenta anos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os vinte anos de Constituição Federal Brasileira de 1988. Diante disso vislumbra-se o efetivo desenvolvimento nos Estados-nações do direito internacional dos direitos humanos, da educação em direitos humanos como solução possível para reverter uma mentalidade de violações maciças que continuam sistematicamente a ocorrer nas mais diversas regiões do globo. Com um efetivo exercício da cidadania mundial e a aplicação da democracia de forma coerente com seus ideais e respeitando o multiculturalismo.

Efetivamente, ultrapassamos o primeiro século de um mundo globalizado, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos conquista uma nova dimensão, apresentando-se como uma proposta universal libertadora. Foi a partir da Declaração de 1948 que se introduziu a concepção contemporânea de Direitos Humanos, quando efetivamente foi desenvolvida a internacionalização desses direitos, mediante a adoção de inúmeros tratados com a finalidade profícua de proteção dos direitos fundamentais. É nesta seara que o Direito Internacional dos Direitos Humanos ganha forma, ou seja, é através da universalização dos tratados de direitos humanos que ocorre internacionalização dos direitos humanos.

2.1 Conceito e fundamento

Antes de se adentrar a análise objetiva sobre o conceito e fundamento dos direitos do homem, faz-se imprescindível, até porque o tema é essencialmente subjetivo, uma análise inicial das diversas abordagens dadas pelos estudiosos do tema (religiosos, filósofos, literatos, poetas, juristas, sociólogos e outros) para os seguintes questionamentos centrais que envolvem o estudo dos direitos humanos, quais sejam: o que é o homem? Por que ele difere dos outros seres?

Várias já foram as explicações para o caráter peculiar do ser humano. A religião, notadamente o cristianismo, amparado nos dizeres bíblicos, sempre pregou que o homem é o ser mais próximo de Deus, pois foi feito por esse próprio Deus à sua imagem e semelhança (Gênesis 1:26 e 27). Tem-se essa confirmação ao longo de diversas outras passagens do Livro Sagrado. No evangelho de Lucas, capítulo 3, versículo 38, encontra-se, na genealogia de Jesus Cristo, que, na mais remota linhagem, Adão, o pai da humanidade, veio de Deus. No salmo 8: 4 e 5, Davi exalta a dignidade de Deus como Criador e menciona: "Que é o homem, que dele te lembres? E o filho do homem, para que o visites? Fizeste-o, no entanto, só um pouco menor do que os anjos e de glória e honra o coroaste".

A partir desse entendimento, Santo Agostinho chega a afirmar que "o homem está num plano intermediário entre os animais irracionais e a Divindade", reconhecendo, portanto, que esse homem, possuidor de uma alma imortal, tem o livre-arbítrio para agir segundo a sua vontade, seja contra ou a favor da lei divina, porém há de ter sempre a consciência de que deve se nivelar por cima, como imagem e semelhança de Deus, e não agir por instinto, tornando-se escravo da sua animalidade (BITTAR, 2004, p. 35; MAGALHÃES, 2002, p.138).

A Filosofia, por sua vez, justifica a singularidade do homem a partir da própria formulação da pergunta "O que é o homem?". Ora, que outro ser é capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão? Esse fato muito inquietou inúmeros filósofos, principalmente a Sócrates, em razão da célebre fórmula: "conhece-te a ti mesmo!". É dizer, essa racionalidade, peculiar à espécie humana, permite ao homem pensar sua própria existência, questionar seus conhecimentos, refletir sobre os seus atos, dominar certas técnicas, destacar-se sobre os outros animais e, enfim, até dominá-los.

A Literatura clássica também traz sua contribuição na concepção do homem como ser merecedor de uma atenção especial, devido até mesmo a sua natureza contraditória, que sempre despertou curiosidade e discussões entre os intelectuais, chegando Shakespeare (*apud* MAGALHÃES, 2002, p. 140), na peça Hamlet, a exaltar de forma encantadora:

Que obra-prima, o homem! Como é nobre a sua razão! Como são infinitas as suas faculdades! Como são expressivas e admiráveis a sua forma e o seu movimento! Como pelos seus atos se parece com um anjo! Como pela inteligência se parece com um deus! É a beleza do mundo! O tipo supremo dos seres criados!

Conquanto todas as incoerências naturais do homem, todos estão de acordo em reconhecer que cada ser humano é único e insubstituível, porquanto traz embutido em si um valor próprio, revelador de sua dignidade humana, cuja existência se apresenta de forma singular em todo indivíduo. A própria Ciência, por sua vez, constatou que o homem é o ser mais evoluído que já apareceu na face da Terra desde os primórdios. E assim a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia *etc.*

Por isso, o homem pode ser então considerado como um fim em si mesmo, de acordo com o pensamento de Kant (1993), ou seja, como destinatário de direitos e garantias fundamentais, pois é portador de uma dignidade e não de um preço, como as coisas em geral, tendo em vista que são os "únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza" (COMPARATO, 2006, p. 1).

Daí surge a primeira concepção de direitos humanos, como forma de assegurar essa condição privilegiada e elementar a todos os indivíduos, a partir do respeito à igualdade e à dignidade de cada ser humano. Nesse sentido, faz-se inteiramente pertinente a observação de Flávia Piovesan (2009, p. 47-48):

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Feitas essas breves considerações, surgem as primeiras dificuldades relacionadas à teoria dos direitos humanos, quais sejam: conceituá-los e fundamentá-los.

É muito comum, quando se fala em direitos humanos, ouvir-se conceitos um tanto quanto imprecisos, do tipo "são aqueles direitos garantidos a cada indivíduo exclusivamente por sua natural condição de integrante do gênero humano", ou "são os que cabem ao homem enquanto homem", ou "são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado", ou ainda "são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc." (BOBBIO, 1992, p. 17).

Como se pode observar, tais definições pecam por reproduzir sempre a mesma coisa, apenas de formas diferentes, ou seja, são conceitos que se constituem a partir de um raciocínio que apenas repete com outras palavras o que se pretende demonstrar, desembocando, ao final, em um ciclo vicioso, em que se acaba não definindo, de maneira satisfatória, os chamados direitos humanos.

Para Celso Mello (1997, p. 15), os direitos humanos têm três fundamentos: o direito natural, as teorias contratualistas e a noção de direito subjetivo.

O direito natural pode ser considerado, em linhas gerais, como "o conjunto de normas resultantes da natureza racional e social do homem que preexiste ao direito positivo" (MELLO, 1997, p. 16). Apesar de bastante criticada, a ideologia do direito natural veio desenvolvendo-se desde a Antigüidade, sempre colocando o homem no centro da discussão, como ser passível de proteção e portador de certos direitos imutáveis, como a igualdade e a liberdade, que poderiam ser opostos, por estarem ligados diretamente à natureza do homem, até mesmo contra as normas positivadas no ordenamento jurídico vigente em cada Estado.

As teorias contratualistas, por sua vez, seja no enfoque absolutista, dado por Hobbes, ou liberal, conferido por Locke e Kant, permitiram a emancipação política do homem, vinculando-se ao jusnaturalismo e fortalecendo os direitos humanos.

Por fim, chega-se ao entendimento de que toda pessoa na sua individualidade é titular de uma série de direitos, próprios de cada um, particulares, que podem ser exercidos legalmente. São os direitos subjetivos, que também são apontados por diversos doutrinadores como um dos alicerces dos direitos humanos.

Pela simples leitura dos conceitos e dos fundamentos mencionados acima, nota-se que todos deixam lacunas geram incertezas e questionamentos, abrem espaço para críticas e não respondem satisfatoriamente ao que se pretende alcançar com os direitos humanos.

Isso acontece porque, por mais que se procure justificar a existência de direitos humanos, como forma de convencer aqueles que ainda não os reconhecem de que esses direitos devem ser assegurados a todos os indivíduos, a busca de um fundamento idôneo acaba sempre por desaguar no ilusório fundamento absoluto, aquele que é tão irresistível e tão irrefutável, quanto descabido.

Na lúcida visão de Bobbio (1992, p.20), há algumas dificuldades relacionadas aos direitos humanos que impedem a construção de um fundamento absoluto. A primeira delas, que já foi abordada acima, é a impossibilidade de se dar uma noção precisa do que venha a ser esses direitos. Em segundo lugar, os direitos do homem são direitos históricos, que se modificaram e continuam a se modificar de acordo com os carecimentos e interesses de determinadas épocas e civilizações. Outro aspecto a ser levado em conta é o caráter heterogêneo dos direitos em pauta, ou seja, a maioria dos direitos tidos como fundamentais entram em concorrência com outros direitos fundamentais, devendo um deles prevalecer no caso concreto, sujeitando o outro a uma natural restrição.

Diante dessas dificuldades, não se faz proveitoso encompridar a discussão filosófica em torno dos fundamentos dos direitos humanos, como se isso fosse levar ao reconhecimento desses direitos, até porque, no estágio atual desenvolvido em que se encontram as relações internacionais, não há mais espaço para divagações desse tipo, fazendo-se indispensável, outrossim, garantir a proteção e a plena efetivação desses direitos, não mais a sua fundamentação.

Conclui-se, pois, que todos esses conceitos e bases dos direitos humanos, ventilados por diversos autores, mesmo não sendo perfeitos ou plenamente esclarecedores, serviram para convencer a comunidade internacional da sua existência, partindo-se para um segundo passo, uma segunda conquista, ainda em lento processamento, que é fazê-los valer na prática, garanti-los nos diversos casos concretos.

Para Bobbio (1992, p.24), o problema do fundamento dos direitos humanos foi resolvido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, a figurar como prova única do consenso geral acerca da fundamentação, reconhecimento e validade desses direitos, partilhados comumente por toda a humanidade. Nesse sentido, sintetiza o citado autor:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade [...] O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los [...] Não se trata de encontrar o fundamento absoluto - empreendimento sublime, porém

desesperado -, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. (BOBBIO, 1992, p. 24)

Dessa forma, fica evidenciada a superação da discussão acerca dos conceitos e fundamentos dos direitos do homem, mormente com a ratificação, por inúmeros países, de diversos documentos internacionais sobre o tema, revelando a preocupação da humanidade em proteger e efetivar esses direitos.

2.2 Precedentes históricos

Não há como precisar uma data exata como sendo o marco do surgimento dos direitos humanos no mundo. No entanto, eles começam a aparecer com a necessidade de proteção que cada pessoa sente. Direito implica diretamente proteção, limite, ou seja, quando se diz que o sujeito "A" tem direito à liberdade, significa dizer que "B" não pode privar "A" de sua liberdade. "A" está protegido, "B" está limitado.

Desde que se tem registro da existência do homem na Terra, sabe-se que ele sempre procurou se defender contra qualquer tipo de ameaça, sempre tentou preservar sua espécie, mesmo que de forma desorganizada, e sempre lutou contra injustiças, em busca de evoluir.

Na Grécia Antiga, alguns filósofos, mais notadamente os sofistas, pela voz de Alquidam, combatiam, já naquela época, a escravidão, afirmando que "os deuses nos fizeram livres a todos; a ninguém escravo" (SOUZA, 2003, p. 31).

No entanto, verifica-se que a história dos direitos humanos começa na Baixa Idade Média (mais precisamente nos séculos XII a XIII), em que se intentou, primeiramente, impor limites ao poder dos governantes. Foi contra essa concentração de poder que surgiram as primeiras manifestações de insatisfação com as injustiças, principalmente na Inglaterra, do que resultou a Magna Carta de 1215.

O século XVII também trouxe grandes conquistas como a Lei de *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos ("Bill of Rights", de 1689), que começa a fortalecer a idéia de governo representativo, embrionário dos ideais de soberania popular.

Contudo, costuma-se dizer que o nascimento dos direitos humanos na História se deu com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e o reconhecimento, então revolucionário, de que todos os homens são iguais pela sua própria natureza e possuem a titularidade de certos direitos individuais, dentre eles a liberdade.

Treze anos depois, com a Revolução Francesa, divulgou-se aos quatro cantos do mundo o famoso lema liberdade, igualdade e fraternidade, fazendo surgir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que até hoje representa uma das fontes primárias dos direitos humanos.

Em contrapartida, observa-se, no cenário internacional da época, um empobrecimento das massas proletárias. Inicia-se, então, uma tímida reivindicação pelo reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, que seriam acatados mais amplamente após a Revolução Industrial (na segunda metade do século XVIII).

A partir de então, os direitos humanos, mesmo que timidamente, começam a sua fase de internacionalização, fundando-se na luta contra a escravidão, a favor da regulação dos direitos dos trabalhadores assalariados e em prol do direito humanitário. Este último constitui a procura pelo mínimo de observância e proteção aos direitos fundamentais, mesmo na hipótese de conflitos armados, poupando do confronto os civis, os feridos, os doentes, os prisioneiros e fixando limites à atuação dos Estados.

Nesse contexto, destacam-se a Convenção de Genebra de 1864, que deu ensejo à formação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha (em 1880). A própria Convenção de Genebra foi revista posteriormente para encampar a luta contra a escravatura e a regulamentação do tratamento de prisioneiros de guerra. Em seguida, a Conferência de Bruxelas de 1890 firmou as primeiras regras de repressão ao tráfico de escravos africanos (COMPARATO, 2006).

Após a destruição causada pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918), surge a Liga das Nações, primeira organização internacional criada com o intuito de promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, estabelecendo sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra Estados que violassem a integridade territorial e a independência política dos seus membros.

Paralelamente a tudo isso, nasce a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a finalidade pungente de promover padrões globais mínimos para as condições de trabalho e "bem-estar social", ideais impulsionados com grande ênfase pelo legado do socialismo e pelas reivindicações dos desprivilegiados. Porém, o processo de aceleração da internacionalização e do reconhecimento dos direitos humanos na História dar-se-ia mesmo com o fim da Segunda Guerra Mundial.

3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA VALIDADE

Trindade (2007, p.210) conceitua o Direito Internacional dos Direitos Humanos assim:

Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus júris* de proteção adquire

autonomia, na medida em que, regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Desse modo, o direito internacional dos direitos humanos prima sempre pela proteção internacional dos direitos humanos nas mais diversas situações. Ainda que a declaração tenha sido preparada em momento histórico no qual os Estados reafirmaram não terem as Nações Unidas em geral ou a Comissão poderes para agir em relação às queixas contra violações de direitos humanos e não se dispusessem a aceitar obrigações decorrentes de tratados internacionais nessa matéria, é considerado de forma tal que é um documento ímpar ao reagir à barbárie produzida pelos regimes políticos totalitários no contexto da Segunda Guerra Mundial.

O âmbito de validade e aplicação do direito internacional dos direitos humanos se estende também em relação a terceiros (não apenas na relação jurídica de cidadãos com seus Estados). E praticamente todas as normativas que compõem o direito internacional dos direitos humanos no nível global e regional colocam em seu preâmbulo o reconhecimento de que esses direitos decorrem do princípio da dignidade humana, confirmando a intenção original da Declaração Universal de 1948 e confirmada na Declaração de Viena em 1993. Mas que não param aí, e sim continuam neste século XXI rumo à universalização dos direitos humanos, proposta na Carta da Terra de 2000.

Inaugura-se o direito internacional dos direitos humanos, onde todo indivíduo é cidadão do mundo. O ser humano é considerado um membro de uma sociedade de dimensões mundiais. E, por isso os Estados parecem caminhar para um consenso universal na busca de convalidar um direito comum da humanidade. Onde a universalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos está baseada em princípios, principalmente no da dignidade humana, mas ainda nos princípios da universalidade, da integridade e da indivisibilidade dos direitos protegidos e também da complementaridade dos sistemas e mecanismos de proteção, sempre prevalecendo a norma - de origem interna ou internacional - que melhor proteja o indivíduo no caso concreto. (TRINDADE, 2007, p. 212).

4 OS DESAFIOS DO DIDH E GLOBALIZAÇÃO DA CIDADANIA

O direito internacional dos direitos humanos é um tema emergente no cenário internacional, a necessidade de acesso da pessoa humana à justiça no plano internacional para que ocorra o fortalecimento do processo de jurisdicalização da proteção internacional dos direitos humanos.

Um dos grandes desafios da dimensão internacional dos direitos humanos é o fato desse movimento ser muito recente na história, ou seja, a partir do pós-guerra, e ainda, por ter surgido como resposta às barbáries cometidas durante o nazismo. E mais, o direito internacional dos direitos humanos precisa ser tratado tanto pelos atores estatais, como pelos não-estatais, convertendo-se em tema de interesse da comunidade internacional, da comunidade global. Mas, este desafio renova o fôlego com a criação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, renasce o sonho do

fortalecimento do sistema internacional de proteção e promoção dos Direitos Humanos.[1]

Outro desafio que nos circunda, mas que representa o ponto de partida é o diálogo universal, iniciado pelo recente ciclo de Conferências Mundiais na tentativa de dispensar um tratamento equânime às questões que afetam a humanidade, ou seja, na proteção dos direitos humanos, na realização da justiça, na preservação ambiental, no desarmamento, na segurança humana, na erradicação da pobreza, na superação das disparidades mundiais. (TRINDADE, 2007, p 231).

Este ciclo de Conferências Mundiais vem formar a agenda internacional do século XXI,

[...] para cuja implementação ainda não se reestruturaram as organizações internacionais. Seu denominador comum tem sido a atenção especial às *condições de vida* da população (particularmente dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção), - conformando o novo *ethos* da atualidade, - daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo processo de desenvolvimento.

Como se observa muito trabalho ainda deve ser feito para buscar a superação das contradições do mundo em que vivemos para dar eficácia aos mecanismos de proteção dos direitos humanos. Assim, a par das incertezas e contradições que nos circundam, próprias da nova era, Sidney Guerra (2008, p.177) diz: "Vale, portanto, acentuar a discussão sobre o desenvolvimento e assimetrias globais como um dos grandes desafios para os Direitos Humanos na ordem global." Note-se que Julios-Campuzano (2008, p. 45-46) é taxativo neste sentido quando aborda a questão da cidadania e da globalização, onde "A globalização da cidadania entranha uma transnacionalização da política, em busca de soluções eficazes a questões que não podem ser resolvidas seguindo-se o caminho que proporciona o modelo estatal.

Piovesan (2009, p. 350) argumenta que, além disso, a ação política internacional e a publicidade têm auxiliado na violação de direitos humanos. Essas estratégias fortalecem o sistema de implementação dos direitos humanos e publiciza os acontecimentos mundiais para que a discussão se torne global e conseqüentemente as decisões mais unânimes, mais eficientes, demonstrando a implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção.

Mas, independente deste controle internacional ou do vasto rol de direitos, o direito internacional dos direitos humanos vem redefinir o próprio conceito de cidadania no âmbito brasileiro. Uma vez que o sujeito de direitos é *sujeito de direito internacional* e, com isso a gama de direitos protegidos deste cidadão se amplia do plano nacional ao plano internacional,

Conseqüentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. (PIOVESAN, 2009, p.351).

Segundo Piovesan (2009, p. 351) deve-se enfatizar que, o exercício efetivo dos direitos humanos nacionais e internacionais é a realização plena dos direitos da cidadania. Cidadania esta que consiste, segundo Martín (2005, p. 45) em três elementos, quais sejam, pertencer a uma comunidade política determinada; um cidadão que contribua para a vida política desta sociedade; e, a posse de certos direitos e deveres determinados.

5 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, AS MATIZES DA CARTA DA TERRA E A PERSPECTIVA UNIVERSALISTA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Comissão de Direitos Humanos, após quase três anos de trabalhos e o exame de treze anteprojetos, em 18 de junho de 1949 apresentou à Assembléia Geral das Nações Unidas sua versão final.

5.1 A declaração dos direitos humanos

Além de confirmada na Declaração de Viena em 1993 a Declaração Universal foi revista pela Conferência de Direitos Humanos de Teerã em maio de 1968 e declarada obrigatória para a comunidade internacional, além do apelo para aceitação dos Pactos de Direitos Humanos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este último versando em seu art. 12 sobre o desenvolvimento das crianças.

Versa o texto ratificado em 1948 sobre o ser humano e a universalidade dos Direitos Humanos em seu artigo VII:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

e no artigo XXV:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A Declaração Universal visa nesses dispositivos enaltecer o valor e as formas de proteção quanto ao tratamento que deve ser dispensado a todo ser humano. Assim, o marco histórico maior dos Direitos Humanos, deve-se a esta Comissão, que nos últimos anos tem sido alvo de severas críticas o que levou a sua dissolução e a criação de um novo órgão: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Daí a convicção do grandioso desafio, pois esta nova visão perpassa ainda por muitos obstáculos, já que através do Conselho, renasce o sonho do fortalecimento do sistema internacional de proteção e promoção dos Direitos Humanos. Porém, para tal desiderato, é preciso que as atividades desse novo órgão afastem-se dos vícios amplamente criticados nos últimos anos da Comissão.

Por conseguinte, nos é possível concluir que a criação do Conselho representa um grande progresso internacional no tocante à gestão dos Direitos Humanos e resolve, satisfatoriamente, muitos dos problemas existentes com relação ao regime anterior da Comissão. Mas para que ele não passe de uma mera utopia há a necessidade de mudança, pois de nada irá adiantar substituir um órgão pelo outro, se os países que compõem o Conselho não colocarem, efetivamente, a proteção aos Direitos Humanos acima dos interesses geopolíticos e econômicos.

Em nossos dias o direito internacional dos direitos humanos vem sendo marcado de forma diferenciada. Existe uma tentativa positiva de tornar todos "cidadãos de direito", inclusive aqueles não assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado. É uma tentativa de garantir o mínimo a cada um e a todos. É uma nova reconstrução dos direitos humanos que, nas palavras de Trindade: (2007, p.229)

esta construção da moderna "cidadania" se insere assim, inelutavelmente, no universo conceitual dos direitos humanos, e se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.

5.2 As matizes da Carta da Terra para os menores

A Carta da Terra, iniciada em 1977 e concluída em março do ano de 2000 em Paris e lançada em junho na Haia, trata-se de uma declaração de princípios fundamentais para a construção de uma sociedade global neste século, justa, sustentável e pacífica. Enaltece um compromisso global compartilhado pelo bem-estar da família humana e de todos em geral. Prega a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento humano equitativo num cenário de paz interdependentes e inseparáveis.

A Carta da terra resulta de um processo nucleativo composto pela sabedoria das grandes religiões e tradições filosóficas do mundo, declarações e relatórios das sete conferências de cúpula das Nações Unidas dos anos 1990 e principalmente grande número de declarações e tratados dos povos feitos durante os últimos trinta anos, compilando também as melhores práticas para a criação de comunidades sustentáveis.

Como principais matizes têm-se: no mundo globalizado o surgimento de uma sociedade civil global criadora de novas oportunidades para construção de um mundo democrático e humano, erradicadora da pobreza como imperativo ético e social. Construção de sociedades democráticas, justas, participativas, sustentáveis e pacíficas, promovedoras da distribuição equitativa das riquezas. Nestas sociedades deve-se

assegurar às comunidades a garantia dos direitos humanos e as liberdades fundamentais. Promover a justiça econômica e social e oferecer a todos, especialmente crianças e jovens, oportunidades educativas que lhes permitam contribuir ativamente para o desenvolvimento sustentável. Por fim, cumprir com suas obrigações respeitando os acordos internacionais existentes e apoiar a implementação dos princípios da Carta da Terra em busca da alegre celebração da vida.

5.3 A perspectiva universalista

Permeando o conteúdo da Carta da Terra a perspectiva universalista. Esta perspectiva se fincada em sede de teoria própria só vem a robustecê-la. A teoria universalista defende com convicção a existência e validade de normas internacionais protetoras do valor da dignidade humana, pois esses valores são intrínsecos à condição humana e já foram reconhecidos por diversos Estados. Para os adeptos desta corrente, há uma espécie de "mínimo ético irreduzível", ou seja, por maior e por mais legítima que seja a diversidade cultural, haverá sempre um núcleo de valores dos quais a comunidade internacional não pode lançar mão, sob pena de convalidar eventuais violações a direitos humanos e deixar impunes os Estados agressores, imersos confortavelmente no refúgio do relativismo cultural.

Na lição de Boaventura de Souza Santos (2008, p.17), faz-se preciso superar essa discussão sobre universalismo e relativismo cultural, a fim de que haja uma transformação da concepção e da prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projeto cosmopolita insurgente, em que esses direitos passem a ser vistos como interculturais, de forma a livrar a universalidade dos direitos humanos de uma visão sempre abstrata, como choque civilizatório ou guerra do Ocidente contra o resto do mundo

6 DOUTRINA E PERSPECTIVAS EFETIVADORAS DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO MENOR

Sabe-se que a menoridade é defesa pela lei civil e penal. Desta forma a concepção do termo "menor" varia de país a país. O quadro a seguir ilustra por meio da faixa etária a condição de menor em alguns países, o que leva a crer que políticas de proteção ao menor devem ser efetivadas de forma diferenciada. Até porque as regras internacionais não fixam tempo taxando com qual idade o menor é menor e precisa de proteção, tarefa, portanto, de cada país.

Quadro ilustrativo de maioria penal em alguns países do mundo

IDADE	PAÍS
6 a 18 Anos	Estados Unidos da América
7 Anos	África do Sul, Nigéria, Sudão, Tanzânia, Bangladesh, Índia, Paquistão e Tailândia
8 Anos	Escócia e Indonésia

9 Anos	Filipinas e Irã (mulheres)
10 Anos	Inglaterra e Ucrânia
11 Anos	México e Turquia
12 Anos	Uganda e Coréia do Sul
13 Anos	França, Polônia e Argélia
14 Anos	Alemanha, Rússia e Japão
15 Anos	Dinamarca, Finlândia, Noruega, Suécia e Irã (homens)
16 Anos	Argentina, Chile
18 Anos	Brasil, Colômbia, Peru.

Fonte: UNICEF 2005. *Fundo das Nações Unidas para a Infância.*

6.1 A doutrina de proteção integral

A doutrina de proteção integral é marcada pela mudança de paradigma, pois substitui a doutrina da situação irregular, que se limitava a tratar daqueles enquadrados no artigo 2º do Código de Menores, ou seja, no modelo pré-definido de situação irregular. A proteção integral é estabelecida no artigo 227 da Constituição da República. Segundo Amin (2008, p.12) a doutrina na proteção integral é fundada em três pilares: "1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2º) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade." Eis a perspectiva de se nuclear direitos.

Tal doutrina encontra-se consubstanciada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas. Mas, o Brasil trouxe expresso no artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos seguintes termos: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

6.2 Perspectivas efetivadoras da proteção integral ao menor

Como forma de regulamentação e busca de efetividade à norma constitucional, os novos direitos infanto-juvenis foram disciplinados com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, microssistema aberto de regras e princípios. Além de garantir um complexo conjunto de direitos a nova doutrina trouxe aos direitos da criança e do adolescente o status de prioridade absoluta, bem como, uma ampla garantia de proteção. Então, a criança e o adolescente são sujeitos de direito, protegidos por lei e em desenvolvimento.

É, portanto, a doutrina da proteção integral a base configuradora de todo um novo conjunto de princípios e normas jurídicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que traz em sua essência a proteção e a garantia do pleno desenvolvimento humano reconhecendo a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a articulação das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado para a sua realização por meio de políticas sociais públicas. Segundo Amin (2008, p.14) "Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano."

Neste contexto é preciso garantir efetividade à doutrina da proteção integral. O artigo 98 da Lei 8.069/90 delimita o campo de atuação do Juiz da Infância na área não infracional. Já o poder municipal é o executor da política de atendimento a criança ou adolescente, conforme prevê o artigo 88, I, do Estatuto da Criança e Adolescente. É a descentralização político-administrativa feita através da criação de conselhos municipais e a manutenção de programas de atendimento da criança e ao adolescente. Segundo Amin (2008, p.15):

Agora é a própria sociedade através do Conselho Tutelar que atua, diretamente, na proteção de suas crianças e jovens, encaminhando à autoridade judiciária os casos de sua competência e ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente.

Diante do novo contexto jurídico-político constituído a partir da incorporação da doutrina da proteção integral, a violação dos direitos infanto-juvenis assumiu uma nova centralidade. É a centralidade local para a realização de políticas públicas. É por meio de ações locais que se atingirá o global, é o que se passa a analisar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Balanço que se pode apresentar em decorrência da globalização vincula-se ao processo de transformação do Estado contemporâneo e o declínio do Estado-Nação podendo-se identificar como conseqüências o desenvolvimento do comércio internacional; as crises nas economias; endividamento dos estados para atender demandas sociais; desenvolvimento tecnológico e aniquilamento da cultura; fortalecimento das instituições internacionais (FMI, OMC, ONU, BID); relativização da soberania (não podemos fixar políticas públicas sem considerar os acordos internacionais); desterritorialização da política (só se reduziu a inflação de 100 anos depois que o Brasil se integrou à ordem econômica internacional); dependência de relações comerciais internacionais; desenvolvimento das relações supranacionais; poder hegemônico das organizações transnacionais, desrespeito aos direitos humanos

Claro que o Brasil também compartilha de desafios como a proteção do ser humano e do meio ambiente, da segurança e do desenvolvimento humano, da realização da justiça social e erradicação da pobreza e superação das desigualdades em relação a outros países. Porém, a dinâmica que envolve as relações internacionais entre os estados, inclusive o Brasil deve ser fixada no ambiente de uma consciência jurídica universal. E isso é o que se espera a partir do exercício de solidariedade entre as nações,

principalmente nos aspectos do comércio, do meio ambiente e dos direitos do homem, este dotado de mundialidade.

Quanto aos problemas, no espólio da sociedade capitalista, nesse período de globalização, identifica-se o surgimento de estruturas sociais e políticas injustas; coexistência num mesmo espaço geográfico de ilhas de prosperidade em meio a oceanos de miséria (pobres se transformam em indigentes e ricos em magnatas); desemprego massivo e estrutural; violência urbana; conflitos entre grupos armados; narcotráfico; tráfico de seres humanos; crescentes migrações; redução de salários reais.

Por fim, com o final da guerra fria e o início da segunda metade do século XX, a agenda mundial do direito internacional voltou suas atenções de modo especial às condições de vida da população com destaque nos desprotegidos e na perspectiva de inserção dos seres humanos no cenário do processo de desenvolvimento.

Agora, no tocante às perspectivas que se pode vislumbrar quanto a efetiva proteção integral do menor, em matéria de direitos humanos, ao fim e ao cabo deste breve relato pode-se afirmar que: a mais importante deve-se a necessidade de se nuclear todos os dispositivos das legislações internacionais e nacionais (constitucionais e infraconstitucionais) centralizando-os na realização de políticas públicas locais. Com isto espera-se, em passo seguinte, contribuir para o respeito aos direitos humanos universais infante-juvenis preparando-os para construção de um mundo sustentável, fortificando o processo nucleativo (sabedoria, religiões, tradições filosóficas, declarações, relatórios, conferências e melhores práticas comunitárias) que fundamenta a Carta da Terra. Bom enaltecer que o comportamento ético quanto ao cumprimento e o respeito aos acordos internacionais existentes são perspectivas jurídicas que podem fazer a diferença e contribuir para a celeridade da proteção integral do menor.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORON, Atilio A. *Estado, capitalismo y democracia en América Latina: a transição para a democracia na América Latina - problemas e perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUPAS, Gilberto. *Nações e poder global no início do século XXI: O panorama internacional do poder e o metajogo global*. Brasília: Funag, 2007.

FALK, Richard. Uma matriz emergente de cidadania: complexa, desigual e fluida. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso De. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

MAGALHÃES, Glauco Barreira, Filho. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTÍN, Nuria Beloso. *Os novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENEZES, Wagner. *Direito internacional na América latina*. Curitiba: Juruá, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura. *Socialismo no século 21*. Jornal Folha de São Paulo de 07 de junho de 2008. Disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/opinião/fz0706200709.htm Acessado em 08 de março de 2009.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SOUZA, Oscar d'Alva e, filho. *Polis grega & práxis política*. 3. ed. Fortaleza: ABC, 2003.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

[1] A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas vinha sendo alvo de ferrenhas críticas, acusada de seletividade e de uma excessiva politização. Esta politização traz a desigualdade no trato de questões idênticas. Conseqüentemente, muitos países faziam parte da Comissão de Direitos Humanos apenas para se auto-proteger e evitar repreensões. Os aspectos históricos demonstram uma tendência de condenação aos pequenos países e de raras punições contra as grandes potências influentes. Por tais razões, a Comissão de Direitos Humanos - assim como o Conselho de Segurança - caiu em descrédito, e teve sua crise agravada após a invasão dos EUA ao Iraque em 2003. Foram meses de discussões no Conselho na tentativa de obter autorização para atacar o Iraque em 2003, sob a acusação de que o país árabe possuía armas de destruição em massa, o que acabou acontecendo sem o aval dos demais integrantes do órgão. Em decorrência disso, a credibilidade da própria ONU foi minada, pois sempre defendeu a negociação antes de uma efetiva intervenção. Assim, após ter entrado em descrédito, a Comissão de Direitos Humanos, depois de passar por um intenso processo de reforma e avaliação de sua efetividade nos últimos sete meses, teve seu fim decretado no dia 15 de março de 2006, quando se abriu o caminho à criação de um novo organismo da ONU, qual seja o Conselho de Direitos Humanos.

DIREITOS HUMANOS: LIBERDADE E IGUALDADE NUMA VISÃO KANTIANA

HUMAN RIGHTS: FREEDOM AND EQUALITY IN A VISION KANTIANA

Paulo Francisco de Oliveira

RESUMO

Resumo. O objetivo do presente trabalho é apresentar os princípios liberais segundo o pensamento jurídico do filósofo alemão, Immanuel Kant, tendo em vista que suas idéias marcam a defesa da liberdade como valor essencial, a partir do momento que se coloca a necessidade de por limites ao processo radical-revolucionário burguês, iniciado pela revolução francesa de 1789.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES. DIREITO; LIBERDADE; IGUALDADE; LEI; CIDADANIA

ABSTRACT

Abstract. The objective of the present work is to present the liberal beginnings according to the legal thought of the German philosopher, Immanuel Kant, I have in mind that his ideas mark the defense of the freedom like essential value, from the moment that puts the necessity of for limits to the revolutionary-radical bourgeois process begun by the French revolution of 1789.

KEYWORDS: KEY-WORDS. RIGHT; FREEDOM; EQUALITY; LAW; CITIZENSHIP

INTRODUÇÃO

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, batizada de Constituição Cidadã, torna-se importante a pesquisa da evolução da cidadania. Este estudo perpassa os caminhos da própria democracia e da participação popular, cujas matrizes são os direitos à liberdade e igualdade. Impregnado dos ideais da Revolução Francesa, Kant realiza uma síntese histórica dos valores da liberdade e igualdade, indispensáveis para o desenvolvimento do conceito de cidadania.

Ele desenvolve os conteúdos da igualdade e liberdade e consolida a concepção funcional do poder, cuja sede é o povo. O homem se torna fim em si mesmo e o papel

do Estado fica intimamente associado à realização deste homem, que, reunido na sociedade civil, passa a se denominar cidadão.

Interessante, que quando pensamos, estudamos e discutimos o sentido de liberdade que envolve o ocidente e também a igualdade, geralmente ignoramos quais os fundamentos que alicerçam tais conceitos e a partir de que momento suas construções se dão, provisoriamente, por acabada, mas neste trabalho decorreremos sobre os Direitos Humanos e seus fundamentos: liberdade e igualdade, segundo a doutrina de Immanuel Kant.

1. DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

1.1. Panorama Histórico da Revolução Francesa

Como a Revolução Francesa não teve apenas por objetivo mudar um governo antigo, mas abolir a forma antiga da sociedade, ela teve de ver-se a braços a um só tempo com todos os poderes estabelecidos, arruinar todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar costumes e os usos e, de alguma maneira, esvaziar o espírito humano de todas as idéias sobre as quais se tinham fundado até então o respeito e a obediência.

As instituições feudais do Antigo Regime iam sendo superadas à medida que a burguesia, a partir do século XVIII, consolidava cada vez mais seu poder econômico.

A sociedade francesa exigia que o país se modernizasse, mas o entrave do absolutismo apagava essa expectativa.

O descontentamento era geral, todos achavam que essa situação não podia continuar. Entretanto, um movimento iniciado há alguns anos, por um grupo de intelectuais franceses, parecia ter a resposta. Esse movimento criticava e questionava o regime absolutista. Eram os iluministas, que achavam que a única maneira possível de a França se adiantar em relação à Inglaterra era passar o poder político para as mãos da nova classe, isto é, a burguesia (comerciantes, industriais, banqueiros). Era preciso destituir a nobreza que, representada pelo Rei, se mantinha no poder.

A monarquia absoluta que, antes, tantos benefícios havia trazido para o desenvolvimento do comércio e da burguesia francesa, agora era um empecilho. As leis mercantilistas impediam que se vendessem mercadorias livremente. Os grêmios de ofício impediam que se desenvolvessem processos mais rápidos de fabricação de mercadorias. Enfim, a monarquia absoluta era um obstáculo, impedindo a modernização da França. Esse obstáculo precisava ser removido. E o foi pela revolução.

A Revolução Francesa significou o fim da monarquia absoluta na França. O fim do antigo regime significou, principalmente, a subida da burguesia ao poder político e também a preparação para a consolidação do capitalismo. Mas a Revolução Francesa não ficou restrita à França. suas idéias espalharam-se pela Europa, atravessaram o oceano e vieram para a América latina, contribuindo para a elaboração de nossa independência política. Por esse seu caráter enumerico é que se convencionou ser a Revolução Francesa o marco da passagem para a Idade Contemporânea.

1.1.1. A Economia

A situação econômica da França era crítica. A maioria da renda vinha da agricultura, onde as técnicas eram atrasadas em relação ao consumo do país. Dos 26 milhões de habitantes, 20 milhões viviam no campo em condições de vida extremamente precárias. Uma parte dos camponeses estava ainda sob o regime de servidão.

Um comerciante, para transportar suas mercadorias de um lado para outro do país, teria que passar pelas barreiras alfandegárias das propriedades feudais, pagando altíssimos impostos, o que impedia os comerciantes de venderem livremente suas mercadorias.

Para piorar a situação, parece que até a natureza ajudou a revolução: entre os anos de 1784 a 1785 houve inundações e secas alienadamente, fazendo com que os preços dos produtos ora subissem, não dando condições para que os pobres comprassem, ora descessem, levando alguns pequenos proprietários à falência.

A situação da indústria francesa não era melhor, pois parte dela ainda estava sob o sistema rural e doméstico, e as corporações (grêmios) impediam o desenvolvimento de novas técnicas. Como se não bastasse, o governo francês assinou o seguinte tratado com o governo inglês: os franceses venderiam vinhos para os ingleses, e estes venderiam panos para os franceses, sem pagar impostos, o que levou as manufaturas francesas a não suportarem a concorrência dos tecidos ingleses, entrando numa grave crise.

1.1.2. A Sociedade

A sociedade francesa, na época, estava dividida em três partes, conhecidas como Estados:

- **Primeiro Estado** - era o clero francês e estava dividido em alto e baixo. O alto clero era composto por elementos vindos das ricas famílias da nobreza, possuindo toda a sorte de privilégios, inclusive o de não pagar impostos. O baixo clero era o pobre, estando ligado ao povo em geral e não à nobreza, como o primeiro;
- **Segundo Estado** - era a nobreza em geral. Os privilégios eram incontáveis, sendo que o mais importante era a isenção de impostos. Há que se salientar aqui que a nobreza também estava dividida: a nobreza cortesã, que vivia no palácio, e outros setores da nobreza, que viviam na corte, recebendo pensões do Rei, onerando os seus castelos, no campo, as custas do trabalho de seus servos. À

- **Terceiro Estado** - era constituído de todos aqueles que não pertenciam nem ao Primeiro nem ao Segundo Estado. Afinal, o que era o Terceiro Estado?

Era o setor da sociedade francesa composto pela maioria esmagadora da população, sobre cujos ombros recaía todo o peso de sustentação do reino francês. Esse setor era composto, na sua maioria, pelos camponeses que, com um árduo trabalho, forneciam os alimentos para toda a França, além de terem de pagar pesadíssimos impostos.

Finalmente, os membros mais destacados do Terceiro Estado, quanto a liderança: a burguesia. Esta se dividia em pequenos burgueses (pequenos comerciantes, artesãos), uma camada média (composta de lojistas, profissionais liberais) e a alta burguesia (grandes banqueiros, comércio exterior).

O Terceiro Estado será aquele que, pelo peso das responsabilidades, se levantará contra a opressão do Estado Absolutista. Os camponeses terão papel importante, os pobres das cidades também, mas a liderança e os frutos dessa revolução caberão a uma fração do Terceiro Estado: a burguesia.

A política na França pré-revolucionária mostrava os sinais da decadência acumulada dos outros Reis absolutos, principalmente um déficit crônico no reinado Luís XVI, que subiu ao trono em 1774.

As críticas ao regime aumentavam dia-a-dia. Os intelectuais, baseando-se na teoria dos iluministas, não poupavam seus escritos para criticar desesperadamente o regime.

1.1.3. Os Antecedentes da Revolução

O Rei, diante dessa situação, tenta alguns expedientes para resolver a questão. Convidou um iluminista de nome Necker que começou a trabalhar imediatamente, pois queria ver sanado o mal do país. Necker, um homem de confiança do Rei, que pensa numa solução para a crise, era preciso que todos pagassem impostos na França.

Necker faz seu primeiro ato: manda publicar as contas do Estado, onde fica claro o enorme Déficit de 126 milhões de libras. Em seguida, com a anuência do Rei e da nobreza, convoca os Estados Gerais, única solução encontrada para discutir uma saída.

Os Estados Gerais, uma assembléia de todos os Estados que desde 1614 não eram convocados, deveriam discutir mais ou menos abertamente uma solução para a crise financeira e achar uma saída para que todos pagassem impostos iguais. Todavia, o Terceiro Estado não pensava só nisso, mas também em aproveitar a oportunidade e fazer exigências de caráter político.

A notícia da convocação dos Estados Gerais caiu como uma bomba sobre a França. Da noite para o dia todo o país foi invadido por milhares de jornais, panfletos e cartazes. Os bares e os cafés tornaram-se centro de agitação, como o famoso Café Procope. A nobreza e o Rei viam isso tudo apavorados: "Já se propõe a supressão dos direitos feudais... Vossa Majestade estaria acaso determinado a sacrificar e humilhar sua brava e antiga ... nobreza?". Este era um desesperado apelo da nobreza ao Rei.

Como reagia o Terceiro Estado? Organizava-se ainda mais e queria as transformações imediatamente. Os Estados Gerais começaram sua reunião de abertura no dia 5 de maio de 1789, sendo que daí em diante foi impossível deter a revolução.

1.1.4. A Revolução estourou: as jornadas

O Rei abre a sessão dos Estados Gerais fazendo um discurso de advertência contra as pretensões políticas: "Estamos aqui para tratar de problemas financeiros e não para tratar de política".

O Terceiro Estado reagiu prontamente, exigindo a qualquer custo que as reuniões fossem conjuntas e não separadamente por Estados. Diante da negação, o Terceiro Estado proclama-se em Assembléia Geral Nacional. O Rei, desesperado diante do atrevimento dos representantes populares, manda fechar a saia de reuniões. Mas o Terceiro Estado não se dá por vencido e seus deputados se dirigem para um salão que a nobreza utilizava para jogos. Lá mesmo fizeram uma reunião, onde ficou estabelecido que permaneceriam reunidos até que a França tivesse uma Constituição. Esse ato ficou conhecido com o nome de O Juramento do Jogo de Pela.

No dia 9 de julho de 1789, reúne-se uma Assembléia Nacional Constituinte, incumbida de elaborar uma Constituição para a França. Isso significava que o Rei deixaria de ser o senhor absoluto do reino.

A burguesia francesa, por sua vez, apelou para o povo. No dia 14 de julho de 1789, toda a população parisiense avança, num movimento nunca visto, para a Bastilha, a prisão política da época, onde o responsável pela prisão foi preso e enforcado.

O momento agora é dos camponeses, que percebem a fraqueza da nobreza e invadem os castelos, executando famílias inteiras de nobres numa espécie de vingança, de uma raiva acumulada durante séculos. Avançam sobre a propriedade feudal e exigem reformas. A burguesia, na Assembléia, temerosa de que as exigências chegassem também às suas propriedades, propõe que se extingam os direitos feudais como única saída para conter o furor revolucionário dos camponeses. A 4 de agosto de 1789, extingue-se aquilo que por muitos séculos significou a opressão sobre os camponeses.

A burguesia, preocupada em estabelecer as bases teóricas de sua revolução, fez aprovar, no dia 26 de agosto do mesmo ano, um documento que se tornou mundialmente famoso: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

1.2. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Por consequência, a ASSEMBLÉIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão:

- **Artigo 1º**- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum;
- **Artigo 2º**- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão;
- **Artigo 3º**- O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente;
- **Artigo 4º**- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei;
- **Artigo 5º**- A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene;
- **Artigo 6º**- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos;
- **Artigo 7º**- Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência;

- **Artigo 8º-** A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada;
- **Artigo 9º-** Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.;
- **Artigo 10º-** Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei;
- **Artigo 11º-** A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei;
- **Artigo 12º-** A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada;
- **Artigo 13º-** Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades;
- **Artigo 14º-** Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração;
- **Artigo 15º-** A sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração;
- **Artigo 16º-** Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição;
- **Artigo 17º-** Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

1.3. A Revolução Francesa e os Direitos do Homem

Segundo Kant^[1], a Revolução Francesa representou a primeira vez que houve exercício do direito do povo de decidir seu próprio destino (direito de liberdade em um de seus sentidos), ou seja, “o direito que tem um povo de não ser impedido por outras forças de dar a si mesmo uma Constituição Civil que ele crê boa”^[2]. Esse direito segundo Kant revelara-se pela primeira vez na Revolução Francesa. E esse era o direito de Liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda a forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizava os governos despóticos tradicionais. Kant fora fortemente influenciado pelos ideais da Revolução, o que se evidencia pelo seu conceito de liberdade: “A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar o meu assentimento”^[3]; claramente inspirado em Rousseau: “liberdade é a obediência à lei que nós mesmos prescrevemos”^[4].

Hegel, por sua vez, considerou a Revolução como uma “esplêndida aurora”, “como se então tivesse finalmente ocorrido a verdadeira conciliação do divino com o mundo”[5]. Convicto de que com a Revolução iniciou-se uma política de afirmação dos direitos naturais (liberdade e igualdade).

Norberto Bobbio[6] cita que a primeira defesa que se conhece da Declaração está na obra de Thomas Paine[7], *Os direitos do homem*, de 1791. Paine justifica os direitos do homem através da religião, isto é, seria preciso “transcender a história e chegar ao momento da origem, quando o homem surgiu das mãos do criador”[8]. Dessa forma, antes de ter direitos civis, o homem teria direitos naturais, e estes seriam fundamento daqueles. Paine participou ativamente da revolução norte-americana, e acreditava ser esta o início do desenvolvimento da francesa; isto porque idênticos eram os princípios inspiradores, ambas se fundavam no direito natural, e alcançaram um governo fundado no contrato social. Neste ponto, Bobbio parte para comparações entre as duas revoluções: a Declaração Francesa se ocupou em estabelecer um Estado liberal (e não garantir a felicidade dos indivíduos), e foi mais individualista que a norte-americana. Ambas as Declarações consideram os homens de forma singular, cada qual com seu direito, sendo que este é anterior à sociedade. Mas a Declaração Francesa invoca a “utilidade comum” para justificar “distinções sociais”, afirmando exclusivamente o direito dos indivíduos; enquanto que a norte-americana ressalta que a finalidade da associação política é alcançar o bem comum (*common benefit*). Ainda, saber qual das revoluções foi ética e politicamente superior há muitas controvérsias. Mas Bobbio afirma que foi a Declaração Francesa que constituiu um ponto de referência em defesa, ou não, da liberdade.

A base da doutrina da Declaração Francesa está nos seus três artigos inaugurais:

- a) Condição natural dos indivíduos precede a sociedade civil, idéia esta que foi mantida no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Fala da igualdade de direitos;
- b) A finalidade da sociedade política vem depois do estado de natureza; e o objetivo das associações políticas seria o de garantir os direitos naturais: liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, dentre outros. Este artigo especifica quais os direitos de serão iguais;
- c) O princípio de legitimidade do poder cabe à nação.

A Declaração, no entanto, foi acusada de ser demasiadamente abstrata e de ser excessivamente ligada a uma classe particular (de Marx e da esquerda em geral).

1.4. Kant e a Revolução Francesa

Atualmente, a responsabilidade do ser humano assume dois significados: o primeiro de levar em conta as conseqüências do próprio ato e; o segundo, responder pelas suas ações ante seu próximo. Interessante que a história sempre foi ambígua, apesar das aparências,

já que deu sempre respostas diversas conforme quem a interrogava e as circunstâncias em que o fazia. Mas hoje essa ambigüidade, é maior do que nunca.

“O mundo dos homens dirigi-se para a paz universal, como Kant havia previsto, ou para a guerra exterminadora, para qual foi cunhada”[9]

Interessante, que Norberto Bobbio enfatizou a idéia de um “sujeito universal”, ou seja, a atribuição de poderes próprios a um sujeito, diferente do homem singular, o qual permitiria apenas uma reconstrução conjetural, o que para Kant, seria apenas uma idéia ilusória.

Kant difere a história conjetural da história profética (ou filosófica), sendo esta a única capaz de evitar a guerra, em harmonia com os direitos naturais do homem singular, de modo que aqueles que obedecem à lei, poderão sobre ela legislar. Ressalta, ainda, que se faz necessário uma autodisciplina do conflito para se alcançar a Constituição de um ordenamento civil universal, ou seja, uma cosmópolis, em que cada homem é cidadão do mundo, e não somente de um Estado particular.

Para o filósofo, além das relações entre Estados e Estados, deve haver uma relação entre cada Estado particular com os cidadãos de outros Estados, surgindo uma reciprocidade entre o Direito de visita do cidadão estrangeiro e o dever de hospitalidade do Estado visitado.

Concluindo, diz Kant que o direito Cosmopolita seria necessário para o surgimento de uma paz perpétua e criação de um direito público geral.

“(…) o direito Cosmopolita para Kant, é ‘o necessário coroamento do código não escrito, tanto do direito público interno como do direito internacional, para a fundação de um direito público geral e, portanto, para a realização da paz perpétua’”[10]

Para Norberto Bobbio, o único sinal de um seguro movimento histórico seria um reconhecimento e uma garantia, cada vez maior, dos direitos do homem.

2. LIBERDADE NO PENSAMENTO DE KANT

2.1. O Conceito de Liberdade em Kant

Segundo Kant, o homem está submetido às leis da natureza (determinismo) e, ao mesmo tempo, às leis da liberdade (moral). Isto significa dizer que o homem é um ser fadado ao determinismo da natureza e ao mesmo tempo livre enquanto ser pensante[11]; livre para criar suas próprias regras. Assim, o homem é capaz de perceber que ele próprio é a causa dos fenômenos que existem no mundo, ou seja, compreende que a razão humana é

livre e determinante e, portanto, possui algo que o difere dos animais, denominada de *liberdade transcendental*[12]. É justamente no âmbito da vontade[13] ou da razão[14] que podemos perceber a liberdade, ou seja, a *liberdade prática ou independência da vontade* pode ser demonstrada quando a razão nos fornece a “regra de conduta”[15], quando entra em jogo o que devemos ou não fazer. É exatamente nessa experiência interior, exclusivamente pessoal que conhecemos a idéia de liberdade transcendental como um tipo de causalidade da razão capaz de determinar a vontade a agir com ou sem as influências de impulsos sensíveis (interesses). Nesse sentido, Kant concebeu a liberdade transcendental como o livre-arbítrio e, portanto, tudo o que se relaciona com essa dimensão do livre-arbítrio “é chamado *prático*”[16]. Resulta dessa afirmação, que devemos entender por *prático*, o que diz respeito à moral e ao direito.

Então, a *liberdade prática que significa liberdade da vontade*, é uma variante da liberdade transcendental. Nesse ponto importa observar que Kant se filiou a uma tradição filosófica que estabeleceu a separação entre uma faculdade superior, a razão, e uma faculdade sensitiva, as inclinações. Sendo assim, a independência da vontade de motivos empíricos está estritamente relacionada com a fundamentação da moralidade kantiana, isso porque a moralidade implica o conceito de autonomia, que é consequência da existência de uma vontade livre de motivos sensíveis ou direções estranhas.

Kant precisou de uma liberdade transcendental relacionada à dimensão racional do homem para construir a sua teoria moral. Seu argumento encontra fundamento na idéia segundo a qual sempre que nos pensamos como livres reconhecemos a consciência da possibilidade de autonomia. Por conseguinte, como ser racional, o homem é dotado de uma vontade livre capaz da elevada função de permitir a moralidade, seria contraditório que esse mesmo homem permanecesse sob tutela.

E, assim, associada à idéia de liberdade está a de autonomia, que, por um lado, é entendida como liberdade em relação a direções estranhas e, por outro, como a liberdade da faculdade da vontade capaz de autolegislar.

Interessante, que a liberdade tem de pressupor-se como a propriedade da vontade de todos os seres racionais. A todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente a idéia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir[17].

A partir da lei moral nos consideramos livres, isto é, autolegisladores, para depois concluirmos, a partir da liberdade, que estamos submetidos à lei moral. É um círculo aparente que advém do dualismo kantiano: o sujeito como inteligência pertence ao mundo numenal, por outro lado, como ser sensível, pertence à esfera fenomenal. O homem enquanto ser puramente racional considera-se livre, para daí concluir que, enquanto ser fenomenal, está submetido à lei moral. Um ser racional agiria sempre conforme a razão, mas o homem que pertence ao mundo sensível e ao mundo inteligível tem que considerar-se como submetido à lei prescritiva da razão. A razão contém a idéia de liberdade e esta contém a lei do mundo inteligível. Logo, todo ser racional tem que conhecer as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações deles decorrentes como deveres[18].

Diante disto, indaga-se:

“Em que situação a ação humana (e a Razão) pode ser considerada livre? Se a ação humana é aquela que não sofre influência de uma força externa, então, em um primeiro momento, liberdade pode ser concebida como não submissão. Ser livre é não se submeter a nada de externo a nós. Esse é o conceito *negativo* ou *prático* de liberdade apresentado por Kant na Crítica da Razão Prática, e significa basicamente *independência*, ou seja, não-necessidade na orientação da ação”[19]

O Direito e a lei, que se exprime no dever ser, exigem uma causa originária que lhe dê fundamento, esta causa é a liberdade.

“A liberdade não é agir independentemente do dever, mas, ao contrário, agir conforme e, sobretudo *por* dever. Liberdade não é o agir sem normas, ao contrário, liberdade implica a disposição de seguir as normas que o próprio sujeito moral se representa, tendo em vista apenas o respeito que devemos a elas”[20]

Kant, a partir destas colocações faz da liberdade o fundamento da moral e do direito. O direito surge exatamente no momento em que as várias liberdades individuais precisam ser harmonizadas e possibilitadas no contexto da sociedade. Por isso Kant vai definir o direito como o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de alguém pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade[21].

Para que a liberdade possa ser o termo de conexão, é preciso que ela possa ser atribuída a todos os seres racionais, já que a moralidade tem que valer como lei universal. A liberdade tem de ser pressuposta como propriedade da vontade de todo ser racional, pois do contrário ele não poderia, de modo algum, pensar-se com agente[22].

Conseqüentemente, o princípio universal do direito é: “*Age externamente de tal modo que o uso livre de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal*”. A razão vê a necessidade de impor regras à conduta humana, que se expressa pelo imperativo categórico. Eles mandam uma ação objetivamente, necessária por si mesma, sem relação de finalidade: uma ação boa em si mesma[23]. O imperativo categórico dá a forma de legislação moral: “*age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal*”. Para que uma máxima se converta numa lei moral, ela seja posta à prova pelo imperativo categórico, sobretudo em sua fórmula de universalização, expressa na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que diz: “*Age apenas segundo a máxima, a qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que se torne uma lei universal*”. Isso significa que a representação de um dever só significa também a existência de um dever legítimo se este puder ser atribuído universalmente a qualquer ser racional, o que implica que a existência de um dever não pode se contradizer”[24].

A liberdade se subdivide em interna (moral) e externa (jurídica). A interna gera a obrigação moral, a exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação. O fundamento do Direito é a liberdade entendida como autonomia da razão. A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. E é esta mesma liberdade interna que fundamenta a

existência de leis exteriores, que tornam possível o convívio das liberdades individuais. O direito é, portanto, a liberdade exteriorizada. A moral não é suficiente e a mesma liberdade que manda o homem agir conforme o dever interno e pelo dever interno, manda que sejam criadas leis externas para garanti-las[25].

O direito se fundamenta na consciência da obrigação de cada um segundo uma lei, apoiando-se numa coação exterior que lhe dá eficácia, a que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo leis universais[26].

Quem age moralmente, age por dever, pois este dever advém da razão, lei universal. Agir por dever é agir racionalmente e exercer a verdadeira liberdade, livre das inclinações externas do mundo sensível. A liberdade está em agir sem inclinações ou coações externas. Ela coexiste com a coação do Direito na medida em que o Direito representa a própria razão, e seu descumprimento significa agir irracionalmente, sem se importar com os danos que possam ser causados aos demais na sociedade. A coação é legítima na medida em que busca impedir a injustiça.

O conceito de liberdade como autonomia de participação do cidadão na elaboração da lei que vai reger a sua conduta é uma das grandes contribuições de Rousseau e Kant para a compreensão do Estado democrático. A palavra liberdade pode ser tomada como sinônimo de autonomia, como fazia Rousseau, que em passagem célere de sua obra *O Contrato Social* fornece a intuição essencial da filosofia prática kantiana. Diz Rousseau que, no Estado Civil, que sucede o Estado Natural, acrescenta-se aos homens (como cidadãos) a liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estitui a si mesma é liberdade.

O papel do Estado está associado à realização do próprio homem como ser que se autodetermina.

“Como a etimologia da palavra indica, uma sociedade livre e autônoma, ou ainda um ser autônomo, é aquele que é autor, de suas próprias normas. Portanto, o ser livre é aquele que age autonomamente, ou seja, segundo as normas morais que sua Razão se lhe representa. A Razão é autônoma uma vez que é autora de suas próprias leis morais, ou seja, uma vez que representa seu próprio dever. Esse é o sentido *positivo ou transcendental* do termo liberdade que significa, antes de mais nada, ‘a legislação própria da Razão pura’”[27]

2.2. As Leis da Liberdade: as Leis Morais e Leis Jurídicas

Segundo Kant, o homem vive na tensão entre os impulsos, inclinações sensíveis e a razão, porque encontra, além das *leis da natureza*, as da *liberdade* denominadas de *leis jurídicas* e *leis morais*. Leis que decorrem de dimensão transcendental e que nos revela um *status* privilegiado, somos a causa dos fenômenos no mundo, ou como dizia Protágoras: “*o homem é a medida de todas as coisas*”. Neste diapasão, a *legislação jurídica* diz respeito às ações sob o ponto de vista externo, destacando a mera

conformidade com o que prescreve a lei; o que configura o sentido de *legalidade*. As *leis éticas ou morais*, ao contrário, vinculam-se às determinações das ações e revelam a *moralidade*. Assim, no caso da legislação jurídica temos o sentido de liberdade como exercício do arbítrio e no caso da legislação ética, a liberdade apresenta-se nos exercícios externo quanto interno do arbítrio.

Na *Metafísica dos Costumes*, Kant concentra seus esforços na clássica distinção entre a legislação moral e a jurídica, assinalando para o problema inicial da filosofia do direito: a distinção entre as duas esferas. Nesse sentido, o que efetivamente distingue as duas legislações não é tão somente o fato de uma legislação ser interna e a outra externa, mas em particular a idéia do *dever* como impulso. Portanto, para entendermos melhor essa idéia, temos que considerar que *toda* legislação, como pondera Kant, possui dois elementos constitutivos, a saber: o elemento objetivo que significa a representação da lei como necessária à ação e que, portanto converte a ação em dever, e um elemento subjetivo que liga a representação da lei ao fundamento de determinação do arbítrio para realização de tal ação. No primeiro momento, temos o que Kant denominou de conhecimento teórico da possibilidade da regra prática e, no segundo, o dever como impulso.

“A legislação que erige uma ação como dever, e o dever, ao mesmo tempo como impulso, é *ética*. Aquela, pelo contrário, que não compreende esta última condição na lei e que admite também um motivo diferente da idéia do próprio dever é *jurídica*. No que diz respeito à esta última, vemos facilmente que estes motivos, diferentes da idéia do dever, têm que extrair-se de fundamentos *patológicos* da determinação do arbítrio, das inclinações e aversões e, dentre estas, das últimas porque tem que ser uma legislação que obrigue, não um chamado atraente”[28]

A implicação mais imediata desta distinção é o fato de que os *deveres* característicos da legislação jurídica são *externos*, pois não exigem a idéia de um *dever* interior. Importa ressaltar com certa cautela que é preciso não esquecer que a legislação ética, por ser mais ampla, envolve também a legislação jurídica, o que justifica a afirmação de Kant a respeito da legislação ética como relacionada ao dever em geral:

“A legislação ética converte também em deveres ações internas, porém não excluindo as externas, senão que afeta a tudo o que é dever em geral. Mas justamente por isso, porque a legislação ética inclui também em sua lei o impulso interno da ação (a idéia do dever), cuja determinação não pode transpor de modo algum em uma legislação externa, a legislação ética não pode ser externa (ainda que de uma vontade divina), embora admita como impulsos em sua legislação deveres que desprendem de outra legislação, ou seja, de uma legislação externa, desde que sejam deveres. Disto se infere que todos os deveres, simplesmente por serem deveres, pertencem à ética; mas nem por isso sua legislação está sempre contida na ética”[29]

Assim, teremos a *legalidade* se houver uma simples conformidade externa com a lei, “a *coincidência de uma ação com a lei do dever*”[30] e a *moralidade* quando o dever afigurar-se como impulso da ação, ou seja, quando “a *máxima da ação [coincidir] com*

a lei”[31]. Há, contudo deveres interiores que não são éticos e deveres exteriores que não são jurídicos; há deveres éticos diretos (moralidade) e deveres éticos indiretos (legalidade). Isso implica dizer que todos os deveres são também deveres éticos; todo dever é considerado dever de virtude[32].

Os atributos de *interno* e *externo* apenas sinalizam para a forma de adesão, observando ou não o *animus* com o qual é cumprida uma ação. Nesse caso a liberdade se torna o ponto chave ou o elo entre as duas esferas, se constituindo no conceito limite capaz de conferir sentido e direção à conduta humana na esfera da vida em sociedade[33]. Assim as normas jurídica e ética derivam da razão humana e legisladora.

A partir desta concepção podemos afirmar que o direito identifica-se com a idéia de autonomia. Para Kant, o conceito de direito coincide com o conceito de autonomia, pois “A legislação própria da razão prática é a liberdade em sentido positivo, autonomia”. Essa relação entre direito e autonomia exclui qualquer possibilidade de violência, menoridade e os mais variados tipos de desrespeitos para com certas regras de convivência mútua. E, portanto conceito de liberdade vincula-se necessariamente à idéia de uma sociedade, daí o sentido de limitação recíproca, pois não podemos esperar que todos tenham motivação ética para o cumprimento das leis. As leis morais e jurídicas são leis da liberdade que ordenam na medida em que somos livres, portanto autônomos.

2.3. A Liberdade Interna e Externa

Depois de apreciar essa distinção entre legislação interna e externa, Kant relaciona os atributos *interno* e *externo* ao conceito de liberdade, para esclarecer e justificar o seu conceito de direito. Surge, assim, outro critério de distinção que se baseia no sentido de *liberdade interna* e *liberdade externa* cuja esfera da ética vincula-se à *liberdade interna* e a esfera jurídica à *liberdade externa*.

O primeiro tipo de liberdade refere-se à faculdade de agir segundo leis que a nossa própria razão nos fornece; o segundo, a jurídica, remete-nos à faculdade de agir no mundo exterior, mas limitada pela mesma liberdade presente nas outras pessoas. Então, o âmbito da moralidade diz respeito à liberdade interna e o âmbito da legalidade à liberdade externa.

Na relação entre liberdade e dever não podemos vincular estritamente a liberdade interna com os deveres para consigo próprio e a liberdade externa com deveres para com o próximo. Na verdade, somos responsáveis por todas as nossas ações, primeiramente diante de nossa própria consciência e depois, em alguns casos, diante do olhar dos outros. Ressalte-se que no âmbito da ética, somos responsáveis frente a nós mesmos e na esfera do direito, somos responsáveis frente à coletividade. Assim, podemos pensar a liberdade interna atuando nos dois momentos distintos, ou seja, no âmbito da ética e na esfera jurídica, embora a relação jurídica tenha como característica fundamental a intersubjetividade. Tal relação exige a presença de dois seres humanos para a limitação recíproca da própria liberdade externa.

Por isso no âmbito da legislação externa, as leis obrigatórias podem ser de dois tipos, a saber: as *naturais* e as *positivas*. As *leis externas naturais* são aquelas cuja obrigação é reconhecida *a priori* pela razão, ainda que não haja nenhuma legislação jurídica a seu respeito. As *leis externas positivas* são aquelas cuja obrigação depende necessariamente de uma legislação externa efetiva. É neste ponto que Kant, como legítimo representante do pensamento jusnaturalista, entende que as leis positivas encontram seu fundamento nas leis naturais, o que equivale dizer que o direito se fundamenta na moral.

A lei natural fundamenta a autoridade do legislador, ou seja, confere a faculdade de poder obrigar outrem mediante seu arbítrio[34]. Neste momento, reforça a idéia do seu imperativo categórico no sentido de que prescreve a todos a necessidade de se pôr no papel de um suposto legislador para observar a possibilidade de universalização das máximas do agir. “*Por conseguinte - afirma Kant, debes considerar tuas ações primeiro desde o teu princípio subjetivo: todavia podes reconhecer se esse princípio pode ser também objetivamente válido*”[35]. Esse exercício nos permite conhecer nosso arbítrio e conseqüentemente nossa liberdade.

Kant estabeleceu a relação entre liberdade e arbítrio quando destacou a possibilidade da liberdade ser percebida no sentido de autodeterminação pela razão. O arbítrio determinado diretamente pela razão pura é o livre-arbítrio, o que implica dizer que o homem é livre por ser racional. É neste horizonte que nosso autor afirma ser a liberdade o único direito inato. Embora reconheça a existência de outros direitos inatos em *À Paz Perpétua*, na *Metafísica dos Costumes* ressalta que só há um único direito inato que é a liberdade no sentido de independência do arbítrio de outrem quando assinala que:

“A liberdade (independência do arbítrio necessitante de todo outro), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todo outro segundo uma lei universal, é o único direito originário, pertencente a todo homem em virtude de sua humanidade”[36]

Nesse sentido, complementando o conceito acima exposto, Kant assevera na *Fundamentação da metafísica dos costumes* que “*a liberdade tem de pressupor-se como propriedade da vontade de todos os seres racionais*”[37]. Conclui-se que o conceito de igualdade decorre desta idéia de liberdade como direito inato, pois todos são livres e, portanto igualmente entre si. A igualdade é “*a independência que consiste em não ser obrigado por outros senão àquilo a que também reciprocamente podemos obrigar-lhes*”[38]. Na verdade, a idéia de igualdade, a qualidade do homem como *sui iuris*, o sentido de ser íntegro e o conteúdo da formulação do imperativo categórico já se encontram no princípio da liberdade originária o seu elemento constitutivo.

2.4. A Lei Jurídica e a Sociedade Civil

No pensamento kantiano a lei jurídica não é algo inato, mas surge do acordo entre indivíduos autônomos para justamente assegurar a realização da liberdade em sociedade. Este conceito torna-se um conceito limite que direciona a conduta dos

indivíduos para uma vida em comum. Essa circunstância nos leva a pensar que este autor nega a origem do direito como derivado da propriedade, pois o que seria a propriedade nos primórdios da sociedade senão o reconhecimento de uma posse arbitrária? O conceito de posse em Kant funda-se sobre a inata posse comum da superfície da Terra e sobre a vontade universal. Segundo afirma, só podemos nos considerar possuidores de algo quando há o reconhecimento dessa posse de forma não diretamente relacionada com a detenção física.

Assim, o direito consiste em limitar as ações ressaltando que a minha liberdade de me apoderar das coisas encontra seu limite na liberdade do outro em agir da mesma forma. E que desta forma direito se afigura como uma exigência da razão que apresenta aos homens um procedimento para solucionar conflitos.

Foi dessa forma que Kant justificou o ingresso no estado de direito: a partir do *conceito de racionalidade*. Trata-se de uma *razão prático-jurídica* e não pragmática, ou seja, uma razão direcionada a interesses particulares independentes de qualquer moralidade. A racionalidade, ao contrário, permite o reconhecimento recíproco e a unificação das vontades, logo Kant sublinha, mais uma vez, que não é a experiência da violência como pensava Hobbes que conduz o homem a uma existência coletiva, mas um princípio da razão. É a razão que nos impulsiona a abandonar o estado de natureza, embora seja concebido como estado de direito privado em favor de um estado de direito, no qual não há uma razão privada, mas um interesse comum e um tribunal capaz de assegurar e reconhecer os direitos de todos. O estado de natureza se configura como tal por não apresentar um poder político centralizado.

Isto posto, o Estado para o autor deve reconhecer em cada um a habilidade de ser seu próprio senhor, não permitindo qualquer privilégio ou interesse especial protegido. A igualdade formal que não é igualdade de posses, mas de oportunidades, é uma consequência necessária do único direito inato: a liberdade. Compreende-se, dessa forma, o típico egoísmo humano, o Estado pode e deve usar a coerção *mediante leis* para senão eliminar, pelo menos controlar os abusos, realizando por assim dizer, por meio da legislação civil, os princípios consagrados do direito natural, fundamento racional à legislação positiva.

Segundo Norberto Bobbio (1909-2004), com a doutrina do contrato e do direito natural, o Estado assume a figura de associação voluntária com vistas a defender alguns interesses[39]. Kant partiu em defesa desse modelo de Estado, cuja meta seria assegurar a liberdade de cada um com base em uma lei universal racional, condenando o Estado eudemológico que pretendia tomar para si a tarefa de tornar seus súditos felizes, já que a verdadeira função do Estado não se confunde com esse intento, mas deve ser tão somente salvaguardar a liberdade que permita a cada um buscar a sua própria felicidade. Mais uma vez aparece aqui a prioridade das questões de justiça sobre as questões de bem. Ele acreditava que havia uma tendência natural da história humana para uma ordem jurídica universal, um ordenamento jurídico cosmopolita.

Na sua idéia do homem como cidadão do mundo ou cidadania mundial, presente no texto *“Idéia de uma História universal sob o ponto de vista Cosmopolita”* e que reaparece no opúsculo *A Paz Perpétua* e na *Metafísica dos Costumes* como *Ius Cosmopoliticum*, implica uma espécie nova de direito público em geral, distinto do

direito privado que existia no Estado de Natureza, do direito público interno do Estado Civil e do direito público externo da ordem internacional.

2.5. A Doutrina do Direito

Kant define a doutrina do direito como *um conjunto de leis que se apresentam como leis externas ou exteriores, que constituem o que se chama direito positivo*, cujo interessado é o jurisperito (*Jurisperitus*), aquele que conhece as leis externas em sua aplicação aos casos que se apresentam na experiência, estudo denominado pelo nome técnico de jurisprudência (*Jurisprudencia*). Além da doutrina do direito e da jurisprudência encontramos a Ciência do Direito, que corresponde ao conhecimento sistemático da doutrina do direito natural (*Ius naturae*).

Para compreendermos o direito como idéia da justiça é preciso abandonar o campo empírico e dirigir-se à razão pura. Kant entende que *o conceito de direito diz respeito a uma relação externa entre pessoas cujas ações implicam-se mutuamente*. Não se trata de uma relação entre um arbítrio e um desejo, mas entre arbítrios, e nessa relação recíproca não interessa muito saber o fim a que se propõem, mas sim a forma da relação; *em última análise, trata-se de conciliar a liberdade de um com a liberdade do outro*, isto é, a liberdade em sociedade.

Assim, Kant formula pela primeira vez o seu conceito de direito como *“o conjunto da condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade”*^[40]. O princípio universal do direito expressa a necessidade de coexistência dos arbítrios segundo uma lei universal. Uma lei universal do direito que determina que devo agir externamente de forma tal que preciso sempre respeitar a liberdade do arbítrio do outro como uma obrigação que me determina a razão, isto, é, *“age exteriormente de maneira que o uso livre do teu arbítrio possa estar de acordo com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal”*^[41].

Desdobrando o conceito de direito, temos que levar em conta os seus três elementos constitutivos. O primeiro diz respeito apenas às relações externas, ou seja, é um direito *intersubjetivo*; o segundo estabelece a relação *entre arbítrios*, pois a intersubjetividade pode ocasionar lesões nos outros; o terceiro não se preocupa com a matéria do arbítrio, mas tão somente com a *forma*, pois o direito não concerne aos objetos particulares. O direito, aparentemente, mais do que a moral, está relacionado à coerção, pois está diretamente ligado a esse sentido de obrigar alguém a agir de uma forma e não de outra. O termo coerção pode ser entendido como a possibilidade de regular as relações humanas a partir de leis externamente válidas. Quando usamos a expressão *coerção legal* limitamos esse sentido para um tipo específico de controle baseado em leis positivas.

Num estágio pré-positivo, há a possibilidade de conseguir provocar no outro certa conduta, mas sem garantias de que tal fato aconteça efetivamente. A coerção em que as leis positivas se vinculam e que podemos denominar de *“coerção recíproca universal implica que se desista de procurar convencer os outros do que é ou não justo, e se fique*

limitado a regular a relação entre arbítrios, isto é, sem nenhum componente ético ou intencional”[42]. À primeira vista, pode parecer contraditório relacionar o direito com a liberdade mediada pela coerção. Kant postula uma relação intrínseca entre direito e coerção. Assim, explica como funciona tal coerção capaz de salvaguardar a liberdade, lembrando que:

“A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito serve como auxiliar para este efeito, e concorda com o mesmo. Tudo aquilo que é injusto é um impedimento para a liberdade enquanto esta está submetida a leis universais e a coerção é um obstáculo ou uma resistência à liberdade. Quando certo uso da própria liberdade é um impedimento para a liberdade segundo leis universais (ou seja, é injusto), então a coerção oposta a tal uso, enquanto serve para impedir um obstáculo posto à liberdade, está de acordo com a própria liberdade, segundo leis universais, ou seja, é justo”[43]

Esta passagem indica que há certo uso da liberdade que se configura como obstáculo a outro tipo de liberdade regrada e que a coerção, nesse sentido, é indispensável ao direito[44]. Com isso, exercer a liberdade a qualquer custo ou o mal praticado por alguém fere a liberdade de outrem. Este modo de agir se afigura como uma forma deturpada de liberdade no sentido da capacidade do homem como ser racional. A liberdade exterior compatibilizada com a liberdade dos demais é a forma universalizada da possibilidade de convivência humana, ou seja, a coexistência pública dos homens, a criação de um espaço público sem constrangimento injusto. Porém, se a razão implica liberdade, se a autodeterminação é algo indisponível e envolve necessariamente um espaço público, fica excluída qualquer possibilidade de uma liberdade irrestrita ou irracional porque iria contradizer essa relação que fundamenta a moral e o direito e que ademais confere *status* privilegiado ao homem em relação à natureza. Interessante que esse vínculo da liberdade com a lei foi herdado por Kant do pensamento de Jean-Jacques Rousseau, que entendia a liberdade como a obediência à lei que o homem prescreve a si mesmo. Ora, o conceito de liberdade é comum à doutrina do direito (relacionada à condição formal da liberdade externa) e à doutrina da virtude (relacionada à condição formal da liberdade interna). A ética e o direito afirmam, portanto a relação da liberdade com a lei.

No momento o que importa é perceber que ao pensarmos o direito pensamos também a liberdade na idéia do arbítrio de todos unificados no conceito de vontade universal legisladora. E a justiça consiste exatamente no respeito à vontade universal.

A idéia de justiça liga-se ao sentido de um estado jurídico, ou seja, aquela relação dos homens entre si que contém as condições sob as quais unicamente cada um pode tornar-se partícipe de seu direito. E o princípio formal de sua possibilidade passa a ser considerado a partir da idéia de uma vontade universalmente legisladora. Isto se chama justiça pública. Dessa forma surge o direito público da necessidade de coexistência inevitável, a partir de um ordenamento instituído mediante a publicidade de suas leis para que todos possam usufruir seus direitos, isto é, uma Constituição[45].

A relação da Constituição, que consiste na vontade unificada com o sentido de Estado civil, somente é pensável associada ao conceito de autonomia, uma vez que falar em direitos exige a existência de um “*a priori originário*”, a liberdade, o que, por sua vez,

vincula Kant à concepção liberal, justificando sua definição do direito a partir do conceito de liberdade. Interessante que Kant na sua obra *A Metafísica dos Costumes* formulou uma teoria da justiça como liberdade e que muito pode ter influenciado na elaboração dos fundamentos teóricos do Estado Liberal[46].

3. IGUALDADE NO PENSAMENTO DE KANT

A igualdade, em Kant ,é também fundamento do Direito. Ela legitima a limitação à liberdade, sob a condição de que se limite todos, da mesma forma.

A idéia de igualdade acompanha os momentos em que aparece a idéia de liberdade. O princípio da validade do direito tem como fundamento a liberdade e a igualdade, que compõem ainda a própria estrutura da razão na medida em que é universal e legisladora.

A universalização é condição de existência legítima de um dever e implica em imparcialidade, ou seja, cada ser humano deve considerar-se igual a qualquer outro ser racional em direitos e deveres. O limite da liberdade é necessário, para que se assegure uma liberdade real. Isso reconduz ao imperativo categórico:

“Devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser,(...), auto-limitação, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis”[47]

A igualdade dos homens se dá pela sua racionalidade. O homem se identifica com a razão e todo ser racional é um fim em si mesmo, pois pode agir com autonomia. Sendo assim, deve-se atribuir o mesmo valor a todo ser humano pelo simples fato de ser racional.

Segundo Kant,

“cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição (que pode advir a um súdito) a que o possam levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte; e é preciso que seus co-súditos não surjam como um obstáculo no seu caminho, em virtude de uma prerrogativa hereditária (...) não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto co-súdito, sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus dependentes”[48]

Neste sentido, a igualdade para Kant é inclusiva pois é estendida a todos os homens pela universalização. Funda-se o conceito inclusivo de igualdade, através da igualdade

aritmética, onde todo o homem tem o mesmo valor na sociedade, podendo dela participar, influenciando na construção da norma que regulará sua vida.

3.1. O Direito à Igualdade e à Liberdade e os Direitos Humanos

A liberdade e a igualdade encontram-se enraizadas na consideração do homem como pessoa. Partindo-se para a conceituação da primeira, pode-se afirmar tratar-se de um estado, enquanto a segunda, remete a uma relação. Tanto a liberdade quanto a igualdade servem de fundamento à democracia e é certo dizer que um regime é mais ou menos democrático pela maior ou menor liberdade que têm os cidadãos e pela maior ou menos igualdade existente entre eles.

Ao tratar desses valores, podemos afirmar que “*a igualdade pressupõe a liberdade*”, o que não significa dizer que um princípio seja mais importante que o outro. A liberdade vem primeiro, então, com base na simples consideração de que a igualdade sem liberdade é algo que não pode sequer ser reivindicado. Existe, claro está, uma igualdade que precede a liberdade e não tem relação com ela; é a igualdade que existe entre escravos, entre indivíduos que são iguais por nada possuírem ou por nada valerem, ou por ambos, iguais em sua completa sujeição. No entanto, a igualdade dos escravos ou dos súditos escravizados não é uma vitória da igualdade e não tem nada a ver, assim espero, com as igualdades que prezamos. É difícil não reconhecer, então, que a liberdade vem *primeiro* no sentido de que quem não é livre nem sequer tem voz na questão.

Contudo, quando um estado de liberdade abre espaço para a igualdade, o primeiro princípio passa à desvantagem, eis que o apelo de igualdade torna-se mais forte. Interessante, que em primeiro lugar, a idéia de igualdade é mais acessível, pois é possível atribuir a ela um significado mais tangível (mesmo que seja enganoso), ao passo que à liberdade, não. Em segundo lugar, a igualdade resulta na concessão de benefícios tangíveis, benefícios materiais, ao passo que os benefícios da liberdade são, enquanto são desfrutados, intangíveis.

Porém há uma indagação quando a igualdade realiza a liberdade. Pois a fórmula a ser adotada é aquela que concede “oportunidades iguais para se tornar desigual”, pois para aquele que busca a liberdade, há tanta injustiça em impor uniformidade àquilo que é diferente, quanto em aceitar desigualdades hereditárias. Equalizar ‘todos em tudo’ é criar um situação tão saturada de privilégios quanto a que aceita desigualdade em tudo. Seu critério é que é preciso opor-se tanto às igualdades injustificadas quanto às desigualdades injustificadas, e exatamente pela mesma razão.

4. A CIDADANIA NUMA VISÃO KANTIANA

A origem do Estado para Kant é idéia da razão humana. Diferentemente de Aristóteles, para quem o homem é um animal político por natureza, em Kant o homem é político através do exercício de sua liberdade com a qual cria a sociedade civil.

O ato pelo qual o povo se constitui como Estado é o contrato originário, segundo o qual todos do povo renunciam a sua liberdade exterior, para recobrá-la, em seguida, como membros do povo enquanto Estado.

O Estado é, portanto, um conjunto de homens sob leis jurídicas. Estas leis emanam do legislador, soberano, que representa e ao mesmo tempo se identifica com o próprio povo. Só a vontade unida e concordante de todos, uma vez que decidem o mesmo, cada um sobre todos e todos sobre cada um, através do uso da razão. Só a vontade popular universalmente unida pode ser legisladora[49].

O conceito de cidadão para Kant se compõe de 3 elementos: 1) liberdade legal de não obedecer nenhuma outra lei além daquelas a que tenham dado o seu sufrágio; 2) a igualdade civil que tem por objeto o não reconhecer entre o povo nenhum superior além daquele que tem faculdade moral de obrigar juridicamente da mesma maneira, que por sua vez pode ser obrigado; e 3) o atributo da independência civil que consiste em ser devedor de sua existência e de sua conservação, como membro da república, não ao arbítrio de outro povo, mas sim aos próprios direitos e faculdades[50] Kant retoma a análise destes atributos em outros escritos. A liberdade é assim explicada:

“Ninguém me pode constranger a ser feliz a sua maneira (como ele concebe o bem estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à Liberdade dos outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode coexistir com a Liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível”[51]

Finalmente, quanto ao atributo da independência, ele analisa que é a capacidade de um membro da sociedade de ser “cidadão, isto é, colegislador”[52].

Kant distingue ainda a cidadania ativa da passiva. A cidadania ativa se relaciona com o direito de organizar o Estado ou formar as leis. Estas jamais poderão contrariar a liberdade e a igualdade, direitos inerentes aos cidadãos. A passagem de cidadão passivo para ativo, se dá pelo exercício da liberdade e da igualdade.

A liberdade é, como já afirmado anteriormente, autonomia de participação do cidadão na elaboração das leis que vão reger suas condutas. A igualdade é o reconhecimento de todos como racionais e participantes do processo de formação da norma.

“Para que uma máxima da Razão seja também uma lei moral é preciso que ela seja universalizável. Isso significa que a máxima deve poder ser reconhecida como legítima por qualquer ser racional, uma vez que o que caracteriza as leis é o fato de elas valerem incondicionalmente em qualquer lugar e para qualquer pessoa”[53]

Com isto Kant desenvolve um modelo participativo e consolida o homem como fim e não meio. É o marco inicial do desenvolvimento de teorias participativas que tornam o cidadão co-responsável, no Estado, pela elaboração das normas, que passam a ter validade apenas quando admitidas pelos cidadãos, que passam de meros destinatários a elaboradores das leis.

É o despertar do povo, sempre formalmente titular do poder soberano, mas que só no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa a efetivamente exercê-lo, tornando-se dono de seu próprio destino.

CONCLUSÃO

Neste novo paradigma de Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Estado está cada vez mais próxima do exercício efetivo da cidadania participativa.

Os cidadãos agora, mais que nunca, fazem parte da vontade do Estado, participando da elaboração das normas jurídicas e da execução das decisões políticas.

Neste contexto, os fundamentos da democracia: a liberdade vincula-se ao conteúdo da ordem jurídico-positiva, e o direito só será justo se nela for fundado.

A contribuição de Kant para o desenvolvimento deste modelo participativo é fundamental, na medida em que consolidou o homem como fim em si mesmo e fim do próprio Estado.

Enfim, acentuando e definindo a liberdade como valor máximo da vida moderna, Kant aponta o direito como construtor de uma ordem justa em que a lei teria por fim estabelecer os limites entre os indivíduos, assim como os do Estado para com os indivíduos livres. Que o direito constitui, pensado dessa maneira, um progresso, não resta a menor dúvida, todavia tornou-se limitado quando se descobriu que nem todos os homens são livres por uma dada ordem natural, mas sim em razão de suas condições materiais de existência, o que deixaremos para uma outra oportunidade, pois não cabe aqui a discussão deste problema.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: EDNUB, 1992.

_____. **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1922.

GALEFFI, Ricardo. **A Filosofia de Immanuel Kant**. Brasília: Unb, 1986.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

KANT, Immanuel. **A Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1988

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1948.

TERRA, Ricardo. **A Política tensa: idéia e realidade na Filosofia da História de Kant**. São Paulo: Iluminuras, 1995.

[1] Immanuel Kant (1724-1804) um dos grandes nomes da Filosofia, é um pensador decisivo da modernidade. Filósofo dos: direitos humanos; da igualdade perante a lei; da cidadania universal e da paz universal.

[2] BOOBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 86.

[3] Ibid., 1992, p. 86.

[4] Ibidem.

[5] Ibid., 1992, p. 87.

[6] Norberto Bobbio (1909-2004) nascido em Turim, filho de uma família burguesa do norte da Itália, praticamente viveu o século XX por inteiro, vindo a falecer na mesma cidade aos 94 anos. Ele tornou-se, nos últimos anos, o pensador político italiano mais famoso do mundo, tornou-se um diligente ativista dos direitos individuais e não um apologista dos poderes do estado. Bobbio, emérito professor de Direito e Política em Turim, um filósofo da democracia, foi insuperável combatente a favor dos direitos humanos.

[7] Thomas Paine (1737-1809) foi um político britânico, republicano, jornalista, era herege (por ir contra os dogmas da igreja) e foi um dos defensores e signatários da Declaração de Independência Americana, participando ativamente de várias reuniões com os demais membros idealizadores.

[8] Ibid., 1992, p. 88.

[9] BOOBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 132.

[10] Ibid.,1992, p. 139.

[11] *Cogito ergo sum* cartesiano.

[12] Transcendental é uma categoria kantiana que pode ser tomado por duas condições: a primeira diz respeito o que antecede a experiência; a segunda, ao que concerne o que é independente da experiência ou de princípios empíricos.

[13] Faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados pela razão.

[14] Faculdade que tem o ser humano de avaliar, julgar, ponderar idéias universais; raciocínio, juízo.

[15] KANT, I. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 638.

[16] Ibid., 2001, p. 637.

[17] Idem., **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1948, p. 95-96.

[18] GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 66.

[19] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80.

[20] Ibid., 2002, p. 81.

[21] Ibid., 2002, p. 84.

[22] GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 66.

[23] Ibid., 2000, p. 83-84.

[24] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 84.

[25] Idem.,**O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 80-81.

[26] Ibid., 2000, p. 73-74.

[27] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80.

- [28] KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 218-219.
- [29] Ibid., 2003, p. 219.
- [30] Ibid., 2003, p. 225.
- [31] Ibidem.
- [32] TERRA, R. **A Política tensa: idéia e realidade na Filosofia da História de Kant**. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 79.
- [33] GALEFFI, R. **A Filosofia de Immanuel Kant**. Brasília: Unb, 1986, p. 194.
- [34] KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 224.
- [35] Ibid., 2003, p. 225.
- [36] Ibid., 2003, p. 237.
- [37] Idem., **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Lisboa: Edições 70, 1974, p. 106.
- [38] Idem., 2003, p. 237-238.
- [39] BOBBIO, N. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ednub, 1992, p. 50.
- [40] KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 230.
- [41] Ibid., 2003, p. 231.
- [42] Ibidem.
- [43] Ibidem.
- [44] Cf. a definição Romana: “Liberdade é a faculdade natural de fazer o que se quer, desde que o não impeça a força ou a lei” (*Institutas*, I, 3,2). Cf ainda Aristóteles: “Livre é o homem que tem a si mesmo como fim e não o outro” (*Metafísica*, 892b) e “o que não é senhor de si mesmo é capaz de desejar, mas não de agir por livre escolha” (*Ética à Nicômaco*, 1111b).
- [45] KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 311.
- [46] BOBBIO, N. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ednub, 1992, p. 73-74.
- [47] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 95.

[48] Ibid., 2002, p. 97.

[49] Ibid., 2002, p. 90-91.

[50] KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 153.

[51] Idem., **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 75.

[52] Ibid., 1988, p. 80.

[53] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 83.

DIREITOS HUMANOS E DIREITO DOS REFUGIADOS: OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA, A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTOS PARA SUPERAR A DISCRICIONARIEDADE ESTATAL NA CONCESSÃO DO REFÚGIO

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DE LOS REFUGIADOS: LOS PRINCIPIOS DE LA DIGNIDAD HUMANA, LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTOS PARA SUPERAR LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL EN LA CONCESIÓN DEL REFUGIO

Pietro de Jesús Lora Alarcón

RESUMO

A concessão de refúgio não pode ser juridicamente considerada, em tempos de interação do Direito Constitucional e do Direito Internacional, de internacionalização e universalidade dos direitos humanos, uma mera potestade estatal quando em risco se encontra a vida e periga ou foi lesada a dignidade humana. No Brasil, por força da Constituição Federal de 1988, o asilo é um princípio, que ao lado de outros como a prevalência dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, constituem os fundamentos para alicerçar o reconhecimento do direito ao refúgio e das exigências de deveres jurídicos de prestação nos marcos do Estado Democrático e Social de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: REFÚGIO; DIREITO DOS REFUGIADOS; ASILO; SOLIDARIEDADE; DIREITOS HUMANOS

RESUMEN

La concesión del refugio no puede ser considerada jurídicamente, en tiempos de interacción del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, de internacionalización y universalidad de los derechos humanos, apenas una potestad estatal, cuando se encuentran en riesgo la vida o pelagra o ya hubo lesión a la dignidad humana. En Brasil, por fuerza da la Constitución Federal de 1988, el asilo es un principio, que al lado de la prevalencia de los derechos humanos, la dignidad de la persona humana y la solidaridad, constituyen los fundamentos básicos para el reconocimiento del derecho al refugio y de las exigencias de deberes jurídicos de prestación en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho.

PALAVRAS-CLAVE: PALAVRAS CLAVES: REFUGIO; DERECHO DE LOS REFUGIADOS; ASILO; SOLIDARIDAD; DERECHOS HUMANOS.

INTRODUÇÃO

Em dezembro do ano 2008 se comemoraram os 60 anos da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, um balanço dos últimos vinte anos das relações internacionais permite visualizar que, paradoxalmente e apesar da culminação do período conhecido como Guerra Fria, houve um acirramento dos conflitos e, com eles, uma lamentável redução dos espaços que podem facilitar e tornar possível a efetividade dos direitos humanos. .

O mundo assistiu recentemente, no horizonte da unipolaridade e da hegemonia político-militar de uma potência, ao descaso às Resoluções da Organização das Nações Unidas para, em seu lugar, promover-se seu interesse nacional por cima da ordem pública internacional. Foi assim embora, pelo dramático intervencionismo, o princípio da autodeterminação.

Logo, a existência de um território como Guantánamo, onde desapareceram a legalidade internacional e a cláusula do *due process of law*, bem como a infeliz proclamação de um “direito à tortura” como mecanismo para a obtenção de confissões, terminaram por acentuar a sensação de debilidade das garantias para preservar a vida e a dignidade.

A pesar do questionamento desde distintos setores da academia e da política, das exigências do humanismo e da ética e do desenvolvimento de uma resistência prática contrária à guerra e a favor das soluções pacíficas aos conflitos, a começar do ano 2009 a agressão à Faixa de Gaza fez pensar novamente na erosão do Direito Internacional e duvidar das reais condições do Direito Constitucional projetar ao terreno externo o sonho de uma ordem universal.

Tudo isso, ainda, no contexto de uma globalização neoliberal, condenada prontamente pela história, e de uma virada no discurso sobre a natureza e morfologia estatal por parte dos Estados incorporados e comprometidos com a sustentação de uma estrutura hegemônica de poder vigorante na sociedade internacional.

E é neste quadro cruel e delicado, no qual se misturam os impactos do neoliberalismo e da crise do modelo econômico, a renúncia ao postulado de consenso para o uso da força no cenário das relações internacionais, as tragédias humanitárias e a imposição de regimes autoritários onde a oposição carece das garantias mínimas para o exercício da ação política, que se produz, por serem alvos de perseguições ou por estar no meio do conflito, o deslocamento forçado das pessoas, ocasionando-se, nos casos mais trágicos, verdadeiros êxodos humanos.

Nem sempre as perspectivas de conseguir uma vida digna no território de outro Estado afiguram-se reais. O abandono é relativamente frequente, e as entidades que fornecem a ajuda humanitária podem estar muito distantes de atingir metas significativas nessa empreitada.

Destarte, as conseqüências dessa situação se evidenciam na ausência de uma proteção mínima ou de garantias para o desenvolvimento das potencialidades humanas, a perseguição de minorias e as ameaças constantes a pessoas sem albergue, presas fáceis de exploração, vulneráveis.

O presente artigo é uma reflexão crítica sobre o problema do refúgio, a partir do Direito Constitucional Internacional, disciplina que resulta da convergência paulatina desses dois ramos do Direito, dentro do processo de humanização da ordem jurídica internacional e da aceitação pelas ordens internas de postulados e Declarações destinadas á proteção dos seres humanos em todas as circunstâncias.

Existe um direito a requerer refúgio ou o direito público subjetivo de obter o *status* de refugiado quando requerido? Que condições ou requisitos devem ser analisados para promover ou conceder ou refúgio? Existem diferenças entre o refugio e o asilo? Essas são algumas das questões das quais trataremos, contando com o suporte da Constituição Federal de 1988 e de três princípios que, desde seu interior, consideramos nucleares para o adequado tratamento jurídico do tema, projetando-se diretamente a serviço do amparo ao ser humano em situação de requerer refugio: o da dignidade da pessoa humana, o da prevalência dos direitos humanos e o princípio da solidariedade.

O Brasil, através da Lei 9.474 de 22 de julho de 1997 definiu os mecanismos para viabilizar a aplicação do Estatuto dos Refugiados, proclamado pela ONU em 1951. Manifestou, assim, felizmente, seu compromisso com o desenvolvimento teórico e prático de criativas soluções para a solução do problema.

1. A NATUREZA JURÍDICA DO PROBLEMA DO REFÚGIO

1.1. O DIREITO DOS REFUGIADOS

É fácil compreender que o problema do refúgio seja de índole transnacional, como acontece em geral com os problemas humanitários, bem seja porque implicam movimentos de pessoas para além das fronteiras estatais ou porque supõem para sua solução o entendimento de sentido de comunidade internacional, de gênero humano, de solidariedade e de tolerância.

Tradicionalmente objeto de análise e estudo da Ciência do Direito Internacional Público, o tema supõe para seu adequado tratamento jurídico o reconhecimento da aproximação entre o constitucionalismo e o internacionalismo. A verdade é que já faz um tempo que em virtude da internacionalização e sentido universal dos Direitos Humanos o tema do refúgio passou a ser também objeto de apreciação da Ciência do Direito Constitucional. Nessa interação entre o nacional e o internacional, de agendas domésticas e externas dos Estados, a regulação jurídica desse e de outros fenômenos implicam uma preocupação constante do relativamente novo Direito Constitucional Internacional.

Contudo, a interdisciplinariedade, é necessário sublinhar, é compreensível, devido a que os esforços de amparo colocam de releve questões de várias ordens. Não há que esquecer que o deslocamento forçado dos seres humanos interfere em fenômenos como a estrutura antropológica e a formação de novas sociedades e de novos Estados ou a conformação de inéditas composições populacionais.

Dentre as preocupações têm sido levantadas, no que tem a ver com as possibilidades de asilo e refugio nos deteremos nas seguintes:

- a) Até que ponto pode haver uma distinção entre os refugiados e outros migrantes?
- b) Que circunstâncias podem na contemporaneidade se opor à concessão de asilo e refugio e como superar essas dificuldades?
- c) Que princípios guardam relação com a proteção dos refugiados a partir da leitura dos diplomas constitucionais e de que maneira reforçar a proteção jurídica destas pessoas na ordem nacional?

Obviamente, a proteção internacional não pode pretender substituir a proteção nacional, a que decorre do cumprimento dos fins constitucionais, da ausência da violência estatal, da consideração de um clima de participação política, de efetividade dos direitos fundamentais e de tolerância e solidariedade, acompanhados de um sistema imparcial de acesso à justiça. Também não parece plausível que exista uma pretensão do proteção nacional em detrimento da internacional.

De maneira que as peças normativas básicas da ordem jurídica que pretendam tratar de um tema tão delicado devem levar em conta esses elementos, assumindo um ponto de convergência irrenunciável, tanto na ordem nacional e internacional, que consiste no amparo às pessoas em qualquer circunstância ou diante de qualquer tragédia.

Há que advertir também, entretanto, que não se pretende, porque não é possível nem justo, escamotear as culpabilidades das potências e setores armados no agravamento das situações, nem deixar de encarar as causas que conduzem à violência e que na maior parte dos casos provocam o fenômeno da migração forçada. É dizer, não há como realizar uma análise neutral. O direito, como fenômeno histórico que se propõe a regulação de uma dada realidade, não pode menosprezar a possibilidade de rigorosamente estabelecer mecanismos de coibição da impunidade dos protagonistas das lesões aos direitos básicos das pessoas, aquela que ao reproduzir-se desencadeia um sentimento de impotência nas sociedades nacionais e na sociedade internacional. .

È claro que condutas como o genocídio, a tortura e os assassinatos seletivos e em massa, por exemplo, se encontram no centro de uma reflexão jurídica concreta e guardam relação estreita com o deslocamento forçado e o refúgio. Mas, ao focalizar estes últimos fenômenos – deslocamento forçado e refúgio - nos referimos a essas condutas como *causas*, elementos imprescindíveis para o adequado diagnóstico daquilo que nos ocupa e que é uma das suas conseqüências mais dramáticas. Isso significa, colocando as questões no devido lugar, que o chamado *Direito (s) dos Refugiados*, adquire uma singela, porém firme autonomia, posicionando-se como disciplina que objetiva promover o dever de amparo da sociedade internacional, e dos Estados em particular, aos povos e pessoas ameaçadas em circunstancias político-militares, culturais ou

econômico-sociais adversas, por governos, grupos armados ou forças que por qualquer via atentem contra seus direitos mínimos, especialmente contra a sua vida.

Vale dizer que o *Direito dos Refugiados* complementa uma proteção de outra envergadura. Veja-se com, no plano da regulação dos conflitos em sociedades complexas pela multiplicidade de atores de violência a agentes de paz – caso da Colômbia, por exemplo - as normas constitucionais que vinculam os indivíduos aos Estados cercam as possibilidades de negociação das partes nos territórios em disputa. A excepcionalidade das circunstâncias de uma negociação para a paz pode conduzir até, não raro, uma nova Constituição que expressa o resultado do processo. No campo internacional, por sua vez, as normas de Direito Internacional Humanitário - as do *Direito de Genebra* e o *Direito da Haia* – se ocupam da proteção dos seres humanos, instando às partes a respeitar por igual as regras dos direitos humanos e do *ius in bello*.
[1]

Existindo já essas variáveis jurídicas, o Direito dos refugiados aparece, então, para complementar e reforçar a proteção ao ser humano. É dizer, sem prejuízo dessas normatividades, senão em perfeita sintonia e através de uma relação de horizontalidade, o que nos parece é que o Direito dos refugiados integra duas dimensões: a) a do conjunto de condições necessárias à obtenção da qualidade de refugiado e b) a do compromisso dos poderes públicos nacionais e da ordem internacional para efetivar os direitos fundamentais e fomentar uma política de inclusão com relação aos refugiados ou de retorno pacífico aos seus lares.

Atente-se ao fato de como, dessa forma, o denominado Estatuto dos Refugiados emanado da ONU em 1951 se soma ao sistema de salvaguardas para as pessoas, determinando a proteção humanitária indispensável para um grupo ou segmento da população em situação de fragilidade, diante da atuação de Estados ou outros agentes regularmente sem obediência a freios normativos.

Em suma, pode-se afirmar que ainda que a questão migratória seja um dos temas de maior interesse para a ciência jurídica no transcurso da sua construção até a contemporaneidade, o *Direito dos Refugiados*, como se desprende das afirmações já realizadas, se expressa em uma fase de desenvolvimento dos direitos humanos, que se traduz, dentre outras manifestações no terreno jurídico, na maneira como o Estatuto de 1951 inspira a elaboração de normas constitucionais ou infraconstitucionais que tratam do assunto, ou bem na forma com que incide na hermenêutica das diretrizes que regulam a aceitação de pessoas que requerem esse *status* e sua proteção no território dos Estados.

1.2. UMA NECESSÁRIA MUDANÇA DE PARADIGMA NA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Num sentido mais contextualizado, as originais qualidades ou elementos constitutivos que caracterizam o fenômeno do refúgio, é dizer, a sua essência, se focalizam a partir da leitura da crise do modelo de sociedade internacional que se reproduz especialmente

após a Segunda Guerra, e que continua a priorizar a sustentação de uma estrutura hegemônica de poder que se contrapõe à conquista de uma autêntica comunidade internacional, é dizer, de uma ordem na qual prime a cooperação e o diálogo.

Nessa linha de argumentação, o problema de refúgio deve ser abordado levando em conta, em primeiro termo, a política externa e interna dos Estados e sua responsabilidade na preservação da vida, a paz, a segurança coletiva e os direitos humanos; logo após, a atuação dos grupos rebeldes, insurgentes ou dominantes em uma região, sua atitude, proposta política e métodos de luta nos conflitos armados; finalmente, a solidariedade e as possibilidades concretas da sociedade internacional fortalecer os laços de cooperação, especialmente entre Estados, organizações internacionais - em particular as que integram sistema das Nações Unidas - e demais atores no seu interior.

No campo da responsabilidade estatal, não há como negar que a via do amparo aos refugiados e migrantes em geral deu um passo em reverso no atual cenário, quando a União Européia e os Estados Unidos, em função das variáveis econômicas, de seu mercado interno de trabalho e seu interesse nacional, criaram legislações restritivas à livre circulação de pessoas. A pesar de argumentos que partem de uma prerrogativa estatal ilimitada para legislar sobre o ponto, vale dizer que as colocações podem cair por terra se levamos em conta que esses países obtiveram benefícios enormes com a obtenção de mão de obra de migrantes, a custos irrisórios. Por essa via, a questão migratória é utilizada como mecanismo de crescimento econômico, para logo promover-se o descarte de seres humanos que deixam de ser de presença valiosa no território do Estado que os rejeita.

Efetivamente, na lógica na qual o direito de asilo cede diante do controle migratório, a União Européia, fixou uma Diretiva que obriga à saída compulsória dos migrantes considerados ilegais – *Diretiva de Retorno* de 2008/115/CE – e deu a conhecer o Pacto Europeu sobre Migração e Asilo de setembro de 2008, que criou o *blue card* – cartão azul que identifica aos migrantes para trabalhos qualificados -. Também nesse sentido, Europa estabeleceu o dispositivo FRONTEX, órgão descentralizado orçado entre 35 a 70 milhões de euros no ano 2008, que leva realiza a operação HERA - cujo investimento é de mais de 12 milhões - para estabelecer um sistema de vigilância fronteiriça, que impeça o acesso de migrantes ilegais, muitos deles possíveis solicitantes de refúgio nas regiões dos Bálcãs e Gibraltar.

Bem por isso, e diante desse quadro, bem como do fato de que o fenômeno migrações e particularmente o refúgio tenham como espaço a sociedade internacional implica que estes problemas, pela sua natureza, concitem reflexões de, no mínimo, duas ordens. De um lado, sobre a efetividade dos direitos humanos, de outro, sobre os critérios de organização da sociedade internacional, sobre a sua estrutura, composição e fins.

E daí que, conforme a natureza do problema, a eliminação da prática de requerer refúgio esteja intrinsecamente ligada a uma mudança de paradigma, uma recuperação da legitimidade das potências dominantes, que se contrapõe à crise humanitária causada pela orientação geopolítica que prioriza seus interesses nacionais em prejuízo de um enfoque global de cooperação.

Essa mudança de paradigma supõe o estabelecimento de efetivos mecanismos de controle da migração, mas não em desfavor do migrante, senão em favor do fortalecimento de seus direitos e das facilidades para sua contribuição na sociedade que lhe acolhe.

Com essas anotações iniciais passaremos a tratar de elementos que nos permitam contribuir com a interpretação jurídica do fenômeno.

1.3. OS DILEMAS CONCEITUAIS: ASILADO OU REFUGIADO?

O problema do deslocamento forçado é bastante complexo e adota uma multiplicidade de formas, as que regularmente advêm da própria situação do Estado ou das características da crise humanitária da qual se trate.

Juridicamente, é bastante comum tratar indistintamente das figuras do asilo e do refúgio. A rigor, o asilado é um refugiado. Contudo, as características que rodeiam em particular a um ou outro requerente do benefício ou *status* podem ser substancialmente diferentes, ainda que, como veremos, possa ser delimitada uma região ou zona de convergência teórica.

Essa possível confusão parece também evidente ao tratar das causas que originam tais fenômenos. Alguns estudos apontam para as noções de *expulsão em massa*, outras para o *deslocamento econômico*, ou *limpeza étnica*, *traslado de população*, *repatriação involuntária* ou *retorno forçado*.

Sobre o ponto o próprio ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - reconhece que as circunstâncias e características que assumem as várias formas de deslocamento são também variadas, ainda que o elemento comum seja o fato de que todos precisam de proteção e de que se lhes trate de conformidade com os princípios humanitários e das normas dos direitos humanos. [2]

Talvez seja possível, e é o caminho que estamos a propor, tentar estabelecer grupos de causas do refúgio, na perspectiva de focalizar em análise posterior distinções entre a utilização de uma ou outra opção conceitual.

Assim, as primeiras evidências se orientam a distinguir os êxodos massivos. Existem, nesse sentido, pedidos de refúgio por parte de pessoas que procedem de Estados onde as causas do deslocamento se misturam revelando conflitos políticos sociais e armados internos, originados pela estrutura de desigualdade especialmente nos setores rurais, com uma extensa gama de choques de formas armadas, guerrilhas, grupos paramilitares, como acontece no caso colombiano ou na Ruanda.

Nesta hipótese, o que se observa, especialmente no caso colombiano, é que uma boa parte dos requerentes são pessoas que ocupavam cargos importantes em estruturas sindicais, estudantis, acadêmicas, é dizer, eram ativistas sociais, vinculados a uma oposição que desde o âmbito legal manifesta sua opção por modificar o regime político.

Sua situação não é exatamente a do requerente do refugio que foge do local do combate direto, mas o do ativista cuja vida corre risco porque se encontra indefeso diante da ação direta ou indireta do Estado ou de um setor do governo. Neste caso o requerimento vai frequentemente acompanhado do cumprimento de formalidade e de certas garantias, resultado da ação de OGNs, e entidades que viabilizam a avaliação do caso.

Entretanto, como resultado dos combates entre forças que disputam o controle militar de regiões agrárias ou perseguições de uma dessas forças surge outro tipo de refugiado: o deslocado interno. Neste caso as pessoas se locomovem no interior das fronteiras estatais, é dizer, não existe transposição de fronteiras. Destarte, a ordem jurídica à qual se encontra o indivíduo submetido continua a ser a mesma.

Atualmente, o mundo assiste, contudo, a como de forma crescente o deslocamento forçado se verifica para além das fronteiras. Nesse caso o deslocamento modifica a ordem jurídica e o indivíduo que foge se encontra em situação irregular, o que acontece na maioria dos casos, no Estado ao qual chega.

Neste caso, os aspectos que rodeiam as circunstâncias do deslocamento evidenciam uma tendência a êxodos massivos de camadas marginais da sociedade, membros de grupos considerados minorias, populações indígenas e, em geral, excluídos das estruturas do poder.[3]

Assim, um grande número dos refugiados da contemporaneidade resulta dessa situação. As pessoas ficam reféns do cenário da guerra e temendo por suas vidas, abandonam seus locais de trabalho e moradia e procuram proteção em distantes regiões, fora do seu país.

Existe, ainda, outro tipo de causas, que não se apresentam como as já relatadas. São aquelas ligadas ao impacto das ações de forças econômicas por sobre territórios indígenas, como no caso da migração forçada dos indígenas da Guatemala no México, na qual os requerimentos de refúgio são oriundos de pessoas que não tem possibilidades concretas de obter através de diligências governamentais uma favorável decisão para a resolução da sua situação, é dizer, a permanência nos seus territórios.

Finalmente, e sem pretender assentar a última palavra sobre o ponto, a existência de regimes políticos autoritários que promovem o deslocamento massivo de setores identificados como minorias, atentando-se contra a tolerância e a justiça, como no caso da antiga Yugoslávia.

As anteriores manifestações todas fazem referência a diversas formas e níveis de insegurança humana. Nos casos mais dramáticos, as ameaças à vida ou à liberdade. Contudo, o reconhecimento de que se trata de situações com peculiaridades diferentes a partir da situação concreta do indivíduo, reiteramos, permite diferenciar entre aquele que ocupando cargo ou representando determinadas entidades, sofre a perseguição e regularmente tem condições de receber uma proteção mais efetiva, que a daquele que se encontra em um cenário de guerra e que pretende obter proteção sem contar com essas facilidades. Para este último a situação se apresenta com características bastante diferentes. Sua situação é menos notória, é mais velada. Os meios de comunicação regularmente não se ocupam da gravidade do seu drama.

Não pretendemos fazer uma distinção artificial, nem proclamar que o reconhecimento de uma diferença a partir do critério de situação pessoal deva gerar uma postura juridicamente egoísta, que privilegie um grupo de requerentes. Na verdade, esta distinção somente faz sentido em qualquer esfera, notadamente na esfera jurídica, se o Estado receptor do requerimento outorga a cada um o tratamento jurídico adequado, a prestação positiva necessária, a garantia razoável nos termos em que sejam precisos, para a vida e a liberdade, conforme cada situação em particular.

Por outras palavras, se a questão focada consiste em saber se o refugio e o asilo são categorias jurídicas diferentes ou diferenciáveis, o que deve ocupar a atenção com maior ênfase é se a partir desta diferenciação é possível argumentar que a obtenção do refúgio, caso a caso, é um direito do requerente desse *status*, ou seja, se neste caso não é mais possível falar de potestade estatal, mas da existência de um verdadeiro direito público subjetivo, na perspectiva de superar o entendimento tradicional de que a concessão do refúgio é uma prerrogativa estatal.

Dessa maneira talvez seja possível observar se o conteúdo jurídico dos dispositivos que nas Constituições e demais documentos legais tratam dos fenômenos em pauta, podem ser interpretados restritivamente, na perspectiva de uma mera regulação da possibilidade de requerer o caráter de asilado ou refugiado, é dizer, a regulação de um direito, ou se estamos diante de um princípio, uma garantia ou de um direito fundamental.

Da hermenêutica sadia que se tenha desse conteúdo dependerá, com certeza, o caráter da legislação derivada, dentro de um sistema de hierarquia normativa.

Por isso, Albuquerque Melo, expressa que na Constituição Federal de 1988, quando no artigo 4º, se expressa como verdadeiro princípio constitucional a *concessão de asilo político*, a denominação não é muito feliz. Diz o professor que a expressão *asilo político* é utilizada para o asilo diplomático, concedido a perseguidos políticos, enquanto que o *asilo territorial* é o obtido pelos refugiados.[4]

Para conhecer melhor o problema e atentar para a utilidade desta distinção, brevemente nos deteremos na maneira em que o Direito trata historicamente do fenômeno do deslocamento forçado.

1.4. ALGUMAS ANOTAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO DO REFUGIO

Temos ressaltado que o assunto abordado apresenta diversos aspectos e desdobramentos. Desde a precariedade econômica, até o drama político dos opositores a regimes despóticos ou as discriminações e perseguições contra minorias culturais, se promovem situações de perigos, inseguranças, ausência de efetividade de direitos e vulnerabilidades extremas para os seres humanos.

É realmente preocupante que essas circunstâncias que deflagram o refúgio não sejam novas. Na história, onde registraram-se problemas humanitários e crises houve, de

forma claramente interdependente, um deslocamento forçado. É compreensível que se os desequilíbrios estatais, as restrições às liberdades e a extrapolação da força estatal sejam um fenômeno antigo, então, o deslocamento forçado também o seja.

No século XX, e em relativamente pouco tempo, em virtude das guerras mundiais, o problema tornou dimensões universais, ocasionando um tratamento político e jurídico de relevo, até que, finalmente, as graves crises humanitárias de final do século deram lugar a uma atenção verdadeiramente especial.

Após a Guerra Fria, e apesar de que a sociedade internacional não há presenciado um novo conflito de proporções universais - uma Terceira Guerra - não significa que a convivência tenha sido marcada pelo reconhecimento da democracia mais elementar ou da efetividade dos postulados da igualdade ou a liberdade humanas. A exclusão social, a marginalidade e os conflitos militares de ordem regional ou local criaram instabilidades que provocaram deslocamentos forçados de magnitude e dimensão nunca vistas.

Ainda a violência em alguns lugares do mundo, particularmente em países da América Latina, África e no Leste da Europa ocasionam ondas de solicitantes de refúgio. Em casos concretos, como o da vizinha Colômbia, a perseguição governamental e o incremento do conflito interno gera um deterioro constante do tecido social e uma ausência das condições mínimas de respeito aos direitos humanos. Ainda que não seja uma regra razão assiste a Hans Rudolf-Horns, ao mencionar que as violações aos direitos humanos costumam ser mais prováveis e graves em países isolados, mais que em terrenos vinculados à publicidade mundial trazida pelos meios de comunicação, prevalecendo exemplos decepcionantes nos casos em que a própria ONU fracassa em seus ensaios de pacificação ou de contenção das crises. [5]

Mas, para iniciar o percurso por alguns detalhes históricos sem pretender ser exaustivo, convém lembrar que foi no século XIV que se operou uma distinção entre delitos comuns e políticos, originando-se uma evolução do instituto do asilo, que passou a ser aplicado a perseguidos políticos. Nos séculos seguintes, como registra Pérez de Cuellar, com o aparecimento das Missões permanentes e a inviolabilidade do local da Missão ou franquia de hotel que a fazia inacessível às autoridades do Estado receptor, o asilo diplomática cobrou uma força singular.[6]

Sob a influência liberal, a figura do asilo nasceu e se desenvolveu até o século XX, quando no cenário político, as constantes investidas militares, a Primeira Guerra Mundial, a Guerra Civil Espanhola, e logo a Segunda Guerra e os regimes ditatoriais na América Latina, conduziram a um asilo cada vez mais utilizado e necessário para a proteção dos direitos humanos. Precisamente no espectro da América Latina, o asilo passou a ser positivado, através da aprovação de Convenções entre Estados.

Há que reconhecer que desde o começo do fenômeno do deslocamento forçado a sociedade internacional tomou para si, através de um Protocolo Especial da Sociedade das Nações, a proteção das pessoas que careciam de nacionalidade, os denominados *apátridas*, e daquelas que a pesar de ter nacionalidade não podiam exercer seus direitos por encontrar-se fora do seu território e com dificuldades para retornar, após a Primeira Guerra.

Assim, para a época, a preocupação jurídica dava lugar a que os documentos internacionais tratassem não exatamente do fenômeno do refúgio, senão do problema da carência de nacionalidade das pessoas que nasciam filhos de fugitivos, pessoas sem identidade, sem passaporte ou meio de identificação algum, bem como da maneira de outorgar condições de vida a esse conjunto populacional.

Observe-se que o desenvolvimento das noções jurídicas de proteção dos refugiados, desde seus inícios, exige da comunidade internacional e estatal não a mera proteção contra intervenções ilegítimas, como corresponderia aos denominados direitos de primeira geração, mas uma ação estatal a garantir uma existência humanamente digna. Por outras palavras, somente é possível resolver o problema do refúgio a partir de uma ação estatal ou da comunidade internacional levando em conta a natureza do problema.

Voltando ao enfoque histórico, relata Alfred Verdross, no seu clássico *Curso de Derecho Internacional Público*, que a Sociedade das Nações, consciente de que os apátridas não eram protegidos pelo Direito Internacional atendeu aos migrantes da União Soviética, privados da nacionalidade russa, instituindo o *passaporte Nansen* pelo Acordo de Genebra de 05 de julho de 1922, que foi estendido em 1924 aos refugiados armênios. Logo depois um conjunto de acordos, assinados em Genebra em 12 de maio de 1926 e 30 de junho de 1928 complementariam esta primeira ação. O Alto Comissário da Sociedade das Nações, criado para o atendimento do problema, recebeu autorização para testificar a identidade, estado e outras circunstâncias com respeito aos refugiados e para recomendá-los às autoridades do país da sua residência. [7]

Um pouco mais à frente na história, em 1933, o Conselho da Sociedade das Nações criou o Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha. E, após a Segunda Guerra Mundial, em 15 de dezembro de 1946, através da Resolução da Assembléia Geral, criou-se a OIR (Organização Internacional dos Refugiados) para o retorno das pessoas deslocadas durante a guerra. A Resolução 428 de 14 de dezembro de 1950 ordenou a substituição, em 1º de janeiro de 1951, da OIR por um Alto Comissariado para os Refugiados (ACNUR), para a proteção adequada destas pessoas, que com o Fundo de Ajuda aos Refugiados (U.N.R.E.F.) iniciou o apoio aos programas de integração dos refugiados nos Estados nos quais residiam

Deve-se, entretanto considerar que já um pouco antes, em 1948, as Nações Unidas, pela *Declaração Universal de Direitos Humanos* tratou do assunto no seu artigo XIV *in verbis*:

Art. XIV – “1. Todo homem, vítima de perseguição, tem, o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos ou princípios das Nações Unidas”.

Questão interessante e a ressaltar é que a Declaração utilizou a expressão *asilo* de maneira genérica. A conclusão razoável que se desprende é que a interpretação neste caso deve ser ampliativa, é dizer, a expressão se refere tanto aos solicitantes do

denominado asilo diplomático quanto aos solicitantes de refúgio. Na perspectiva que temos defendido, tanto aos que apresentam uma situação singular como ativistas políticos, bem como aos perseguidos ou fugitivos de conflitos e, logicamente, estando na Declaração, o asilo aparece como um direito humano, um verdadeiro direito fundamental.

Não é possível perder de vista esta constatação, mas, continuaremos a retomar o fio da história, para deter-nos no Convênio de Genebra de 28 de julho de 1951, relativo ao *Estatuto dos Refugiados*, revisado em 16 de dezembro de 1967, que firmou o compromisso dos Estados signatários para estender cartões de identidade e documentos de viagem às pessoas que a consequência dos acontecimentos de antes de 1º de janeiro de 1951 e que por um temor fundado de se verem perseguidos por motivos raciais ou sociais, se encontrassem fora da sua pátria sem proteção e sem haver recebido outra nacionalidade, obrigando-se a equipara-los em parte aos seus nacionais e em parte aos estrangeiros, apoiando o trabalho do ACNUR.

A revisão de 1967, que originou o *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados* ficou aberto para adesão em 31 de janeiro de 1967, entrando em vigor em 04 de outubro do mesmo ano. O Protocolo foi criado especificamente para superar limites geográficos e temporais na proteção dos refugiados.

Vale dizer que os apátridas, que não foram acobertados pelo Estatuto dos Refugiados, foram protegidos pela firma em 28 de setembro de 1954 do *Convênio sobre o Estatuto dos Apátridas*, complementado pelo *Convênio para a redução do Problema dos Apátridas* de 30 de agosto de 1961, no qual se regula sua situação, entrega de documentos e outros problemas que obstaculizavam sua locomoção e, ao final, a eliminação dos problemas ocasionados pela indefinição da nacionalidade.

O progresso da proteção humana no contexto internacional pareceria consolidar-se no que se refere ao tema dos refugiados com todo este arcabouço de Estatutos, Documentos e Resoluções. Adicione-se que a ONU, na idéia de afirmar o compromisso de seus membros com os direitos humanos, através da Resolução 428 (V) da Assembléia Geral determinou que o mandato do ACNUR se aplica a todos os Estados, mesmo que eles não reconheçam o Estatuto dos refugiados.

Justamente por isso, é preciso chegar a conclusões jurídicas não absurdas ao interpretar o texto da Resolução número 2312 de 1967 que deu a conhecer a Declaração sobre o Asilo Territorial, [8] porque nela se faz ênfase em que o ato de concessão de asilo é uma potestade soberana do Estado, que deve ser respeitada pela comunidade internacional e que é o Estado que concede o asilo quem qualifica as causas que o motivam. Teremos em breve oportunidade de retomar esse ponto de aparente retrocesso na dinâmica histórica da proteção ao ser humano.

O otimismo jurídico pode ser renovado quando se descobre que em novembro de 1984 foi realizado na Colômbia o chamado *Colóquio de Cartagena*, que analisou a crise de direitos humanos da América Central e os esforços realizados pelo *Grupo de Contadora* para a promoção da paz e o atendimento aos refugiados nessa região. O Grupo, que já tinha deixado expresso nas suas resoluções, a necessidade de que os Estados realizassem (...) *as alterações constitucionais, para a adesão à Convenção de 1951 e ao Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados* viu suas orientações acolhidas pelo

Colóquio, quando ao final se determinou, nos seus dois primeiros artigos a intenção dos Estados participantes de “*Promover dentro dos países da região a adoção de normas internas que facilitem a aplicação da Convenção dos Refugiados de 1951 e do Protocolo de 1967, e, em caso de necessidade, que estabeleçam os procedimentos e afetem recursos internos para a proteção dos refugiados*”.

Logo, o acordo insta a iniciar um processo de *harmonização sistemática das legislações nacionais em matéria de refugiados*, advertindo que a ratificação ou adesão à Convenção e ao Protocolo não fosse “*(...) acompanhada de reservas que limitem o alcance de tais instrumentos e convidar os países que as tenham formulado a que considerem o seu levantamento no mais curto prazo.*”

Alguns dos motivos para fortalecer essa proteção ao refugiados decorrem de um maior entendimento sobre o problema, Veja-se como, ao introduzir em nome do ACNUR o informe sobre a situação dos refugiados no mundo, Sadako Ogata expressava que o fenômeno do refugio converteu-se em um problema mais amplo e complexo que aquele que se visualiza como um simples campo de refugiados:

“(...) Es mas, hoy en dia, en el sentido convencional del término, los refugiado constituyen un poco más de las personas protegidas y ayudadas por ACNUR. Los siguientes grupos de personas también se encuentran bajo la protección de este organismo: las personas desplazadas internas y las poblaciones afectadas por la guerra: los solicitantes de asilo; los apátridas y aquellos cuya nacionalidad está en disputa; los ‘retornados’- refugiados y desplazados que han podido regresar a su país pero que siguen necesitando ayuda de la comunidad internacional”.[9]

Destarte, é perfeitamente compreensível que o *Colóquio de Cartagena* de novembro de 1984, preocupado com a necessidade de ampliar o conceito de refugiado, tenha exposto no seu terceiro item da Resolução final:

“(...)

Terceiro - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”.

Finalmente, há que destacar a *Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina* de 15-16 de novembro de 2004, que destaca a importância da cooperação, da incorporação da legislação sobre refugiados e da responsabilidade dos Estados no atendimento e procura de estratégias e soluções duradouras que confrontem o problema.

O Brasil, em consonância com toda essa dinâmica protetiva, promulgou a Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997 que define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados e cria o CONARE – Conselho Nacional para os Refugiados – .O país também foi sede, em agosto de 2004, de uma das reuniões consultivas preparatórias à reunião de México que deu origem ao Plano de Ação.

Como é possível perceber, a tendência no contexto da América Latina não pode ser outra senão a de ampliar a proteção, evitando que as vítimas das perseguições, que abandonam seu local de residência, seu trabalho, famílias e propriedades para procurar refúgio em outros Estados, sejam expostas à exploração, ao descaso e ao abandono. Trata-se de uma situação de luta pela efetividade dos direitos humanos, um dos desafios da nossa época.

2. PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM AS SOLUÇÕES AO PROBLEMA DO REFÚGIO

2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Não faz realmente muito tempo que a doutrina do campo constitucional se deteve na análise mais aprimorada do princípio da dignidade da pessoa humana, exposto na Carta brasileira de 1988 no seu artigo 1º, inciso III., como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Partindo do internacionalismo, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* expressa, nas suas considerações iniciais: “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*” e logo, no seu artigo I declara: “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”.

Como se observa, a convicção sobre a proteção das pessoas parte de que todas são igualmente *dignas* e nessa consideração se encontra uma potencialidade jurídica de inusitada força, que implica a impossibilidade de redução de mínimas condições de vida do ser humano, que impeçam sua degradação à categoria de animal ou coisa. É dizer, que impeçam uma colocação ou enquadramento do ser humano em grau do ser que não lhe corresponde.

A questão se coloca, na lição de Recasens Siches, com apoio não pensador mexicano Antonio Caso, no reconhecimento de três graus do ser: a coisa, o indivíduo e a pessoa. No primeiro grau, a coisa é o ser sem unidade, é dizer, se uma coisa quebra nada morre nela. Se passamos desse grau inferior a um grau superior teremos o indivíduo, onde aparece a vida, que se mostra dotada de propriedade profundamente diferentes. Indivíduo é o ser dotado de vida e não pode dividir-se. Entretanto, entre os indivíduos há graus de potencia vital, o homem é, assim, uma forma superior, é um organismo animal e, portanto, um indivíduo; mas, é algo mais que isso: é uma pessoa. [10] Idéia utilizada pela primeira vez por Severino Boécio (480-524) para indicar o indivíduo humano: *pessoa é toda substancia individual de natureza racional*. [11]

Destarte, o entendimento do humano implica reconhecer que o ser assim identificado – *ser humano* – tem uma natureza especial, um conjunto de leis, forças e energia que brotam dele e pedem seu aperfeiçoamento e desenvolvimento. Assim, a natureza faz ao gênero humano universal, de modo que seus sentimentos, idéias e valores são os mesmos para todos, é dizer, são naturais e constituem sua essência. Nisso consiste sua dignidade, na sua possibilidade de livremente optar, levando em conta sua natureza, sua essência livre e seu laço de igualdade, que o une aos outros membros do gênero humano.

Todavia, a essência natural é complementada pela existência social, pela cultura, de onde se originam condicionamentos importantes de toda sua conduta sem, contudo perder-se de vista que é dotado de razão e liberdade para coordenar sua vida. Em consequência, no momento em que o ser humano fica em situação de vulnerabilidade, indefeso, susceptível de ser explorado ou coisificado, escravizado e submetido a forças às quais não consegue resistir, estamos diante de uma redução da sua natureza, é dizer, a uma lesão a sua dignidade.

A possibilidade de optar que manifesta sua dimensão ética – capacidade de decidir sobre o fazer o bem e evitar o mal - é entorpecida quando se atinge sua índole e qualidade de pessoa, sua possibilidade de autodeterminação, um grau de redução tamanha da sua liberdade que o impossibilita de tomar a decisão em um espaço final de raciocínio, do qual não pode fugir porque as circunstancias não o permitem.

Contudo, a dignidade da pessoa humana surge como essência do ser, mas também emana, na prática, de um conjunto de condições externas, fruto dos atos humanos necessários para atingir o desenvolvimento na seara social. Por isso, levando em conta o homem como sujeito econômico-social, a dignidade pressupõe condições de existência mínima, condizentes com a manutenção da vida em toda sua potencialidade[12]

Bem por isso, Panea Márquez explica que reconhecer que o homem tem dignidade é reconhecer que tem umas *exigências* que lhe são devidas, uns *direitos* que lhe pertencem. O homem tem dignidade e este não é um *factum* de caráter empírico nem um teorema que seja possível demonstrar matematicamente, porque também não é realidade nem ideal. Não pertence à ordem ôntica, senão axiológica,, não ao *é*, senão ao *deve*. Pertence não à ordem das coisas futuríveis, senão ao das valorações, é uma qualidade que outorgamos, que realça ao homem e o fazemos simplesmente porque sem ela não haveria horizonte moral possível, moralidade possível, estaríamos no plano da mera natureza, da animalidade, da faticidade instintiva. [13]

No caso dos refugiados, a dignidade humana supõe que o ser humano que procura refúgio é merecedor de algo mais, de um *plus*, de um elevar aquele que está a ponto de ser abatido, cercado pelas contingências que deram lugar ao fugir, uma adversidade que ameaça sua opção existencial, sua vida, liberdade e condições mínimas de existência.

A não obtenção do refúgio, nestas circunstâncias, significa o domínio da perversidade, convertendo ao ser humano em objeto, em coisa. Vulnerável alvo de uma indiferença e insensibilidade diante da sua condição factual.

Não temos dúvidas de que o império da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental tanto na ordem constitucional quanto na internacional impõe o reconhecimento do *status* de refugiado a quem se encontra nestas condições.

2.2. A PREVALÊNCIA, INTERNACIONALIZAÇÃO E UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Talvez o maior desafio do século XXI seja assegurar a proteção universal dos direitos humanos fortalecendo o sistema jurídico de amparo que se gerou na ordem internacional sobre a base de valiosas Declarações, convenções e tratados internacionais especialmente a partir do final da Segunda Guerra.

Entretanto, ainda que seja inegável o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do Direito Internacional, a verdade é que na sociedade internacional ainda não se conta com uma relação de poder em favor da efetividade desses direitos. Mais ainda, a existência desse acúmulo de Declarações, entre as que se conta o Estatuto dos Refugiados, serve também para evidenciar as condições inglórias em que tem se desenvolvido as relações internacionais. E o fato de que alguns autores consignem que elas constituem meras aspirações, apesar de, em alguns Estados, internamente, os direitos humanos não apresentem maiores condições de efetividade, atesta o difícil que pode resultar desde o ponto de vista teórico-prático fomentar uma dinâmica conseqüente com o respeito e prevalência desses direitos nos vários cantos do mundo.

Há que reconhecer certamente, como o faz Peces Barba, que na atualidade a maior parte do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 vincula juridicamente e não só moralmente aos Estados, posto que ainda que ela não tenha *per se* uma natureza obrigatória emanando da Assembléia Geral das Nações Unidas, seu conteúdo forma parte do Direito Internacional geral por meio de outras fontes dessa ordenação, refletindo a *opinio júris* dos Estados da Comunidade Internacional. [14]

No entanto, as duas características em pauta, a universalidade como legitimidade da preocupação internacional com a sua observância, e a internacionalização como processo de afirmação histórica através de Declarações e convenções internacionais, se confrontam cada uma com sérias dificuldades que entorpecem sua possível efetividade.

Por um lado, ainda que seja unanimidade que exista uma vinculação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos, o entendimento sobre o conteúdo desses

elementos é variável e sujeito a peculiaridades, particularismos culturais que supõem uma heterogeneidade e intensidade diversas no terreno não tanto da consagração, mas da intensidade protetiva desses direitos. Sem contar que, como temos anotado desde o começo, a falta de efetividade se acompanha de mostras de intolerância e exclusão, que atuam como fatores potencialmente aptos a produzir dramáticas situações, limpezas étnicas, genocídios e outras violações ostensivas.

O que a simples vista pode resultar negativo, ou seja, poder-se-ia pensar que a universalidade dos direitos humanos não pode ser atingida de forma plena diante da variedade de compreensões de mundo que deriva em intensidade de proteção ou de *status* e condições de amparo, na verdade pode resultar bem positivo, se trabalhamos na perspectiva de que o mundo é realmente diverso e isso constitui uma virtude, uma vantagem e apenas atesta a pluralidade humana, a riqueza do ser.

Tal condição não pode ser sinônimo de debilidade ou fraqueza, se mantemos um princípio inicial e ativo para promover o respeito pelos direitos humanos. Nessa perspectiva, é possível identificar o que constitui uma legítima prática cultural e o que deve ser considerado um atentado contra a humanidade. A reivindicação do princípio da tolerância, no sentido positivo, implica cobrar juridicamente uma atitude de reconhecimento do direito a ser distinto. Por isso a tolerância somente cabe em uma situação em que existe o pluralismo em matéria de crenças, atitudes ou condutas, onde habitualmente há alternativas de vida que se opõem, contudo onde uma relação de poder subjaz com capacidade de proibir ou permitir. [15]

Por outro lado, a internacionalização apresenta também as dificuldades de um controle internacional deficitário para a verificação e sanção diante da falta de cumprimento das atuações estatais, embora o processo tenha desde tratados gerais como a Declaração Universal de 1948 e os Pactos de 1966 – Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos – até tratados setoriais que os complementam.

O processo de internacionalização e a discussão sobre a universalidade dos direitos humanos sugere uma superação das fronteiras nacionais em termos de exigência jurídica para com a efetividade dos direitos. Acontece que, desde esse ponto, uma seria argumentação sobre os limites dessa efetividade somente pode ser achada na medida em que se analisem as condições, Estado a Estado, da promoção dos direitos humanos, especialmente das forças que se opõem a essa efetividade e da possibilidade concreta do Direito, como disciplina que orienta os comportamentos humanos, de contribuir para a rejeição desses adversários.

A humanização do Direito Internacional não somente deve ser o fruto das orientações das Declarações e Documentos, senão que passa pela aplicação de permissões, proibições e obrigações na perspectiva de orientar a aplicação desses direitos nos Estados nos quais eles se encontrem atingidos com maior crueldade.

Contudo, uma proposta de criação de um poder político supranacional pode servir de legitimidade para Estados hegemônicos que plenamente conscientes de seu caráter de potências, teriam condições de assumir o predomínio numa entidade desse tipo, excluindo Estados com menores possibilidades de inserção nas decisões internacionais. Nesse caso, é explicável que surja aquilo que o professor Celso Lafer qualifica de

realismo defensivo, uma atitude dos Estados mais fracos que temem o uso de elevadas motivações para a promoção de interesses de Estados mais poderosos e observam na soberania sua melhor proteção. [16]

È dizer, uma organização internacional de controle político em matéria de direitos humanos tenderia a reproduzir a desigualdade imperante, quando do que se trata é de modificar para o bem os dois lados do assunto. Por um lado, conquistar um patamar jurídico e político que exija quando os direitos humanos sejam violentados, é dizer, o Direito impactando a realidade. Por outro, não há como negar que a realidade impacta ao Direito, e que a correlação de forças no cenário internacional determinaria o significado das normas.[17]

Bem por isso, como afirma Gregório Peces-Barba, comentando a obra de Kant, se reflete em toda esta colocação uma relação entre Direito e Poder e este, entendido em sentido amplo, como o conjunto de instituições públicas, de operadores jurídicos, de cidadãos e de forças sociais que aceitam o ordenamento jurídico, é o fato fundacional que garante a eficácia do Direito, e essa relação não existe no âmbito do Direito Internacional. [18]

Entretanto e muito embora esses fenômenos, os esforços continuam a ser feitos. Especialmente após a *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos* em 1993, onde se ressaltaram no documento final a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência que ostentam esse leque de direitos.

‘0,00

Com relação ao problema dos refugiados, a Conferência apontou *in verbis* no seu ponto número 23:

“ (...) A CMDH reconhece que violações flagrantes de direitos humanos, particularmente aquelas cometidas em situações de conflito armado, representam um dos múltiplos e complexos fatores que levam aos deslocamento de pessoas. Em vista da complexidade da crise mundial dos refugiados, a CMDH reconhece em conformidade com os instrumentos internacionais pertinentes e em sintonia com o espírito de solidariedade internacional e com a necessidade de compartilhar responsabilidades, que a comunidade internacional deve adotar um planejamento abrangente em seus esforços para coordenar atividades e promover uma maior cooperação com países e organizações pertinentes nessa área, levando em conta o mandato do ACNUR”

O planejamento traçado na Conferência inclui, dentre outros mecanismos: estratégias que abordem as causas e efeitos dos movimentos dos refugiados; fortalecimento de mecanismos de resposta para emergências e concessão de assistência; verificação das necessidades especiais de mulheres e crianças refugiadas; condições para a repatriação voluntária dos refugiados em condições de segurança e dignidade; trabalho da ONU com organizações humanitárias para a questão das pessoas deslocadas internamente, incluindo seu retorno voluntário e habilitação. [19]

Tudo indica que a luta pela prevalência dos direitos humanos, apesar de uma atmosfera que não inspira confiança, tem-se incentivado, na idéia de que a universalidade constitui sua gênese, de que a internacionalização é necessária e supõe uma reconsideração das teses do *domaine reserve* ou da *domestic question*, [20] para finalmente impor-se como verdadeiros *status* de liberdade e para ativamente procurar e encontrar justiça tendo em vista pretensões legítimas.

2. 3. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Na contemporaneidade, as ameaças constantes à paz e ao direito à vida, bem como a necessidade de responder à exclusão, à intolerância e à discriminação, tornam impossível não tratar do princípio jurídico da solidariedade, exposto na Constituição Federal brasileira de 1988 no seu artigo 3º, no momento em que o constituinte aborda as finalidades ou objetivos do Estado.

Vale a pena registrar que Declaração sobre o Asilo Territorial de 1967, explicitamente no seu artigo 2º faz referência também ao princípio, determinando que “*quando um Estado encontrar dificuldades em conceder ou continuar concedendo asilo, os Estados, individual ou conjuntamente, ou através das Nações Unidas, deverão considerar, em espírito de solidariedade internacional, medidas apropriadas para aliviar aquele Estado.*”

Como se vê, o princípio não é algo estranho ao mundo do Direito. Muito pelo contrário, deve-se descortinar seu conteúdo e importância, até porque não é de hoje, diga-se de passagem, que a doutrina jurídica vem sentindo a necessidade de promovê-lo convenientemente. A verdade é que, até certo ponto a doutrina, ainda que reconheça sua existência e nexos com a *fraternidade* emanada da Revolução Francesa, caiu muitas vezes, nas suas tentativas de promoção, em oferecer um tratamento retórico ou atrelado às virtudes éticas.

Em boa parte esse parco desenvolvimento é o resultado de uma compreensão privatista da solidariedade e do Direito. Há que lembrar que os romanos falavam das *obrigações in solidum* e que apesar de Condorcet apresentar o princípio no projeto de Constituição da França em 1792, seu desenvolvimento se fez nos marcos privados.

Talvez essa raiz privatista colabore para explicar aquilo que aponta Rawls na sua *Teoria da Justiça* quando trata da *mentalidade da sociedade privada*, no qual cada pessoa entende os ordenamentos sociais como meios para atingir fins privados, e ainda na sua *Justiça como Equidade*, na que Rawls sustenta uma idéia de sociedade que parte de uma concepção de justiça, uma sociedade que funciona como sistema equitativo de cooperação social no qual as pessoas têm acesso aos denominados *bens primários*, liberdade de manifestação do pensamento, de locomoção e escolha de ocupação, de renda e riqueza, de prerrogativas para posições de autoridade e responsabilidade e as bases sociais que gerem a autoconfiança.[21]

Pois bem, para uma base jurídica da solidariedade impende fugir de uma ótica que a coloca como um resgate secular da caridade pavimentando o terreno que alicerça a construção da própria ordem social, de onde se desprendem direitos e deveres de solidariedade, juridicamente exigíveis. Por isso no seu reconhecimento jurídico há que apontar que não se trata de uma virtude próxima ao altruísmo, portanto, não exigível pelo Direito, senão de um postulado com uma dimensão jurídica e política inegável. [22]

Há quem, contudo, manifeste que a juridicidade da solidariedade importe na sua aniquilação devido a que as expressões de altruísmo não suportam a linguagem do Direito, no qual a presença de coação é imprescindível dentro da estrutura jurídica. Nessa lógica, a solidariedade é uma espécie de *plus* da justiça, uma espécie de mal necessário, coadjuvante desse outro valor, representando uma recuperação da sociedade civil, que deve compreender ao maltratado e apoiar ao perseguido, apostando por causas impopulares ou perdidas, diante do fracasso do *Estado Social*. [23]

No campo internacional, parte destas considerações sobre a não juridicidade da solidariedade, decorre de que das chamadas estruturas do Direito e a sociedade internacional – relacional, institucional e comunitária – a comunitária está em um estado precário de desenvolvimento. Daí que Peces-Barba opine que a solidariedade constitui ainda uma aspiração que sustenta alguns setores normativos e instituições jurídicas e não uma realidade do Direito positivo, reconhecendo que “(...) *El Derecho internacional de los derechos humanos necesita de nuevos desarrollos desde la perspectiva de la solidaridad y de consideraciones elementales de humanidad, fundamentalmente en el ámbito de las garantías, así como en el reconocimiento de algunos derechos colectivos.*” [24]

Bem por isso o autor espanhol dedica um capítulo da sua extensa obra a tratar da solidariedade como fundamento dos direitos, incorporado à cultura dos direitos humanos, é dizer, como uma idéia compatível e integrável aos conceitos antropocêntricos ligados ao surgimento desses direitos. Mais ainda, como um valor que com a sua origem moral é assumido por uma concepção política para ser realizado na sociedade através do Direito, desde uma posição subjetiva prioritária que são os direitos fundamentais. [25]

Por sua vez, a idéia de solidariedade como princípio jurídico moderno leva a Javier de Luca a resgatar as noções de comunidade e interdependência, partindo da heterogeneidade, assumindo uma perspectiva especial de ação coletiva – *cidadania ativa* – que significa também assumir como próprios os interesses do grupo, é dizer, do público, e que se expressa, por exemplo, na redefinição da propriedade – *função social da propriedade* - no *dever de contribuir ás cargas públicas*, no reconhecimento dos *deveres para com as gerações futuras*, que compreendem algum dos direitos da chamada *quarta geração*, onde cabe destaque ao *direito dos povos ao desenvolvimento* e aos *direitos das minorias*. [26]

Os argumentos expostos confirmam que a aceitação política e jurídica da solidariedade supõe uma concepção de direitos humanos que implica atuações positivas dos poderes públicos, deveres positivos, obrigações de fazer, das quais o Estado não pode se omitir. Essa visão expõe uma concepção da vida comunitária, tanto no plano da sociedade nacional quanto da internacional.

Daí que a solução de um problema como o deslocamento interno, de índole transnacional, mas que afeta a ordem jurídica de cada Estado, somente tem condições de solução a partir da conjunção de esforços e implica reconhecer deveres positivos, ações concretas de recuperação da dignidade dos seres humanos, nos marcos da efetividade do princípio da solidariedade.

Para encerrar este tópico, e tendo em vista não somente o conteúdo do princípio da solidariedade, mas a dignidade da pessoa humana, a prevalência, universalidade e processo de internacionalização dos direitos humanos, não há como negar que, devidamente ponderadas as situações particulares dos requerentes de asilo ou refúgio, estes princípios devem ser os fundamentos básicos para toda e qualquer concessão do *status* que se pretende, não podendo escapar a discricionariedade estatal, como veremos, destes postulados básicos que alicerçam o próprio processo de evolução do Direito.

3. O REFÚGIO: DIREITO OU DEVER DA SOCIEDADE INTERNACIONAL? A SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL

Presentemente, o ponto de partida consiste em considerar que a nitidez e contundência dos argumentos sobre a necessidade de priorizar os princípios constitucionais expostos - ao qual devemos adicionar a convergência do constitucionalismo e do internacionalismo para a proteção dos seres humanos em qualquer circunstância - deve, sem dúvida alguma, originar uma interpretação avançada, progressista, de compromisso com a vida e as liberdades.

É por isso que as interpretações tradicionais, ancoradas em épocas em que os Estados e seu relacionamento eram consideradas o foco da atenção jurídica, devem ceder diante dos postulados em favor do ser humano. São as exigências da universalidade e da internacionalização dos direitos humanos.

Nessa hermenêutica de ruptura com o tradicional, vale a pena retomar a leitura da Convenção sobre Asilo Territorial assinada em Caracas em 1954, que estabelece no seu artigo II: *Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar porque o nega.*

Veja-se que quando em algumas páginas atrás tratamos da interpretação do artigo XIV da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* explicávamos que, no caso, uma interpretação restritiva do asilo daria lugar a uma odiosa discriminação. A razoabilidade indica que a interpretação que melhor se coaduna com a prevalência dos direitos humanos, a solidariedade e a dignidade como elemento de pré-compreensão da ordem jurídica, é a ampliativa. No caso da *Convenção de Asilo Territorial* de Caracas acontece exatamente o contrário.

A concessão de asilo diplomático pode ser considerada, desde a nossa ótica, discricionariedade estatal apenas no caso de que o indivíduo requerente apresente condições para requerer-o em outros Estados. Não assim quando se trata de refúgio. [27]

Portanto, a interpretação deve restringir-se, levando em conta a condição própria de quem foge de situações de conflito, como temos defendido em outras oportunidades no decorrer do texto.

Vejam os isto com maior prudência, porque se não existe nenhum documento juridicamente vinculante que obrigue aos Estados à concessão do refúgio, então, poder-se-ia pensar que o refúgio não é um direito ou, por via de consequência, que não existe a possibilidade de exigir diante do judiciário a obtenção do refúgio, e tampouco existiria, então, dever estatal de conceder este benefício humanitário a quem se encontre perseguido.

A questão se agrava para o intérprete se pensamos que, embora não exista documento que obrigue, existe o documento que reafirma tratar-se de potestade estatal, é dizer, a própria Convenção sobre Asilo Territorial. Em interpretação meramente gramatical, que não se coaduna com a sistematicidade, a que obriga o atendimento de princípios universais expostos nas Declarações de Direitos Humanos, a limitação para consignar que existe o direito ao refúgio é a soberania estatal.

Entretanto, se realizado o mesmo tipo de interpretação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no seu artigo 14.1 determina que *toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países*, teremos um outro enfoque.

Com efeito, a Declaração Universal refere-se a *toda pessoa*, o que implica um exercício de não distinção para a procura da satisfação do Direito no momento em que a esta se enquadre na situação ali exposta.

Naturalmente, a Declaração Universal pretende uma força jurídica que na interpretação tradicional se lhe nega. Contudo, ainda se aceitamos que a Declaração não tem o vigor jurídico necessário, a verdade é que não faria sentido promover uma Declaração se os Estados do mundo pudessem, além de interpretá-la de maneira a desconhecer sua potencialidade, envidar esforços para o seu não cumprimento, sob o pretexto de uma soberania estatal que não reconhece deveres humanitários.

Outros cânones de interpretação devem ser levados em conta para, ao final, resolver se estamos diante de um mero direito a requerer ou diante de um direito humano que precisa ser re-interpretado para superar a discricionariedade estatal.

Por isso é que sustentamos, e isto nos parece completamente coerente com a linha expositiva que temos trilhado, que uma interpretação sistemática, que leve em conta a dignidade humana, a defesa do direito à vida e às liberdades proclamadas na Declaração Universal e em outros Documentos como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estatuto dos Refugiados e a Declaração de Cartagena e a Declaração ou Plano de Ação de México e, ainda, o leque de direitos considerados fundamentais nos textos constitucionais, impede sim a um Estado de negar o direito ao refúgio quando a pessoa se encontra em circunstâncias que levam a risco esses direitos. O refúgio, neste caso, funciona como um meio para defender esses outros direitos.

Observe-se que o refúgio guarda uma relação de interdependência com os outros direitos, como corresponde a um direito deverás tido como fundamental do ponto de

vista material. Com o direito á vida, á igualdade, a tolerância, á não discriminação, à segurança e o conjunto dos direitos sociais.

Nessa mesma direção, se a efetividade do direito ao refúgio funciona como um meio, então a discricionariedade estatal pode, em últimas, se colocar como superior à vida e à dignidade. Ou seja, o Estado primeiro que as liberdades. A evolução do constitucionalismo e do internacionalismo em favor do ser humano, não suporta uma hermenêutica que conduza a tamanho absurdo, posto que, desde um começo os movimentos tiveram e assim se mantêm até os nossos dias, como norte, a restrição da arbitrariedade estatal, é dizer, a proclamação da supremacia do ser humano, particularmente daquele vulnerável em função das circunstâncias mais negativas.

Regularmente, a obtenção do asilo decorre de um processo administrativo. Nesse sentido, há que lembrar que a garantia do *due process of law* se aplica tanto aos processos judiciais quanto aos administrativos, o que significa que a pessoa requerente do *status* de refugiado deve contar com todas as garantias e possibilidades de que o exame do seu requerimento não resulte em uma decisão caprichosa, senão que seja fundada na ordem jurídica estampada na Constituição e nos documentos internacionais que retratam sua situação. Assim, a decisão deve ser motivada e pública e com a possibilidade de recurso ao Judiciário em homenagem ao princípio de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Em soma, a pesar de que uma boa parte da doutrina entenda que as noções de refúgio e asilo são idênticas, a verdade é que em termos práticos é possível estabelecer diferenças levando em conta a situação da pessoa requerente do *status* de refugiados. Contudo, as exigências éticas e jurídicas de garantir em todas as circunstâncias os direitos das pessoas, obriga a estabelecer uma análise caso a caso, na qual deve primar a razoabilidade para entender que no caso dos requerentes de refúgio e asilo, quando as circunstâncias determinem que a possível saída do indivíduo do território do Estado no qual se encontra o colocariam diante do risco iminente de perder a vida, ou grave lesão a sua liberdade ou direitos, configura-se um verdadeiro direito público subjetivo à obtenção do *status*, sob pena de responsabilidade estatal pela ausência de proteção efetiva dos direitos humanos.

Finalmente, vale dizer que para o Brasil está discussão é deveras importante e necessária, pois consiste em colocar a existência de um dever internacional de solidariedade, em respeito à dignidade humana como reafirmação do compromisso da prevalência dos direitos humanos, exposto no artigo 4º da sua Constituição.

Na ordem externa isso pressupõe uma diplomacia ativa, que não pode perder de vista a existência de estruturas hegemônicas de poder, mas orientada pelo conjunto dos princípios constitucionais e, na ordem interna, a elaboração de políticas públicas e um acolhimento cidadão para o refugiado.

O modelo de Estado social e democrático de Direito, anunciado no artigo 1º da Constituição, e ancorado na dignidade da pessoa humana – como se estabelece no artigo 3º do Diploma Maior - resulta indissociável da promoção de status de cidadania social e econômica para os refugiados e outros setores considerados minorias.

Essa promoção não significa transferência direta de renda, ou contribuições econômicas da sociedade civil, senão um sistema de organização da vida social, que permita a efetividade do direito social do trabalho através de formas úteis que valorizem sua possibilidade de desenvolver-se cooperando com o crescimento do ser humano brasileiro.

O primeiro passo poderia ser o desenvolvimento de uma prática pedagógica nas Universidades que inclua disciplinas como direitos humanos para os refugiados ou direitos dos migrantes, capacitando trabalhadores de direitos humanos nesta área específica.

E ainda, uma questão decisiva poderia ser a de determinar setores de intervenção pública para que refugiados tivessem a chance de nele contribuir ao Brasil. Na esfera da educação, por exemplo, de idiomas como o castelhano, inglês ou francês, dependendo do lugar de origem do refugiado.

Na perspectiva da efetividade do princípio da solidariedade, importante a superação da visão tradicional do assistencialismo, abrindo-se espaços como inclusão cultural, que combina trabalho artístico com o fomento de uma integração necessária nesse campo, acompanhado de meios aptos e suporte para que os refugiados realizem uma contribuição concreta ao bem-estar da comunidade política.

Refletir sobre as formas, manter e fomentar um sentimento de membro da comunidade ao refugiado, conforme os princípios expostos, implica fortalecer o Estado social que considera a solidariedade como princípio exigível, como parte da justiça, da igualdade e da liberdade, em um contexto de internacionalização e universalidade dos direitos humanos. Talvez seja uma vida natural de confronto com um modelo que tende a privilegiar o mercado e converte seres humanos em mercadorias, mas é a via que propus o constituinte brasileiro de 1988 e a que, consideramos modestamente, deve trilhar a sociedade internacional para atingir objetivos de paz, vida e segurança.

4. À MANEIRA DE CONCLUSÃO

O presente artigo não está marcado pelo signo de pessimismo, pretende sim ser um convite para um debate mais amplo, acompanhado de propostas de gestões legítimas que revelem, após um diagnóstico sobre o impacto do refúgio no Brasil, a efetividade máxima dos direitos humanos, contribuindo assim, em tempos de necessária universalidade e internacionalização desses direitos, com uma resposta efetiva para a recuperação de valores como a paz, a liberdade e a igualdade dos seres humanos.

O sentido de uma reflexão sobre o tema dos refugiados desde a ótica do Direito Constitucional Internacional não coincide com um projeto de legitimação das exigências de estruturas hegemônicas de poder senão que, pelo contrário, funda-se na rejeição de mecanismos de dominação político-jurídica, sobre a base do respeito à dignidade humana, de um conteúdo jurídico da solidariedade e da necessária prevalência dos

direitos humanos, todos princípios que se encontram no centro da Constituição Federal promulgada no Brasil em 1988.

È precisamente o conteúdo jurídico desse leque principiológico que obriga a uma interpretação quanto ao fenômeno do refugio, ancorada na distinção entre o refugiado territorial e o requerente de asilo político, uma interpretação razoável e condizente com uma tradição jurídica ousada, que prioriza o ser humano à arbitrariedade e à discricionariedade estatal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. *La situación de los refugiados en el mundo. 1997-1998. Un Programa Humanitario*. Barcelona: Içaria Editorial. 1997.

Alves, J.A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: FUNAG. 1994.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1991.

Horn, Hans-Rudolf. *Aspectos del Humanismo en el Mundo Globalizado In Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 36. México: Departamento de Derecho. Universidad Iberoamericana A.C. P. 375- 383.

Lafer, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos*. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

Lora Alarcón, Pietro de Jesús. *Patrimônio Genético Humano e sua Proteção na Constituição federal de 1988*. São Paulo: Método. 2004.

Lucas Javier de. *Solidaridad y derechos humanos in 10 palabras clave sobre derechos humanos*. Juan José Tamayo (director). Navarra (Esp.): Verbo Divino. 2005. P. 149-194.

Martínez de Pisón, José. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Tecnos. 2001.

Mello, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 1994.

Mondelli, Juan Ignacio. *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*. Localização: ACNUR. Página web. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6418.pdf>. Acesso em 17.05.2009.

Panea Márquez, José Manuel. *La imprescindible dignidad In Bioética y Derechos Humanos*. Antonio Ruiz de la Cuesta (Coordinador) Sevilla: Universidad de Sevilla. Santander Central Hispano. 2005. P. 17-27.

Peces-Barba Martínez Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1999.

Pérez de Cuéllar, Javier. *Manual de derecho diplomático*. México: FCE. 1997.

Pérez González, Manuel. *La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho Internacional Humanitario In Revista Foro*. Nueva época. N° 4. Madrid: Marcial Pons. 2006. P. 13-35.

Rawls, John. *Justiça como Equidade*. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Cláudia Berlinder. 2003.

[1] O artigo 3º comum às Quatro Convenções de Genebra, de 1949, por exemplo, se trata, como afirma Pérez González, de um código essencial de princípios e regras que se referem a certos direitos humanos básicos, que não podem deixar de ser aplicados nem sequer naqueles supostos, como os conflitos internos, nos que os Estados por seus governos resistem a aplicar as regras do *ius in bello*, sob o pretexto de que assim se daria fôlego à violência interna conferindo um *status* aos grupos rebeldes que atentam contra a ordem constitucional. Nesse sentido, consulte-se o artigo *La protección de los derechos humanos em situaciones de conflicto: el parametro del derecho internacional humanitário In Revista Foro*. Nueva época. Número 4. Madrid: Marcial Pons. 2006. 13-35. P. 16.

[2] “(...) *diferencias considerables entre el campesino desplazado por los combates en el sur de Sudán, el bosnio de clase media de Sarajevo que ha buscado refugio en Alemania y el refugio palestino de segunda generación que nunca ha puesto el pie en el territorio que considera propio*. Consulte-se a obra do ACNUR. *La Situación de los Refugiados en el Mundo. Un programa Humanitario*. 1997-1998. Barcelona: Icaria Editorial. 1997. P. 3

[3] *Ibidem.*. Página 1

[4] Albuquerque Mello. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 1994. P. 149.

[5] Hans-Rudolf Horn. *Aspectos del humanismo em el mundo globalizado In Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N° 36. 2006. Jurídica: departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México DF: México. 2006. 375-383. P. 378.

[6] Javier Pérez de Cuéllar, *Manual de derecho diplomático*. México: FCE. 1997. P.117.

[7] Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público*. Traducción al español de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. 1976. P. 550.

[8] *Documento das Nações Unidas n° A/6716*.

[9] Prólogo da Alta Comissionada das Nações Unidas para Refugiados. In *La situación de los refugiados en el Mundo*. P. X-XI

[10] Luis Recasens Siches. *Vida humana, sociedad y derecho*. 3ª ed. México: Porrúa. 1952. Tradução livre do autor. P. 60.

[11] Sobre o ponto consulte-se a Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Patrimônio Genético Humano e sua Proteção da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método. 2004. P. 61 e seguintes..

[12] Pietro de Jesús Lora Alarcón. Ob. Cit. P. 53.

[13] José Manuel Panea Márquez. *La imprescindible dignidad In Bioética y Derechos Humanos*. Antonio Ruiz de la Cuesta (coord.) Sevilla: Universidad de Sevilla, Santander Central Hispano. 2005. 17-27. P. 20-21.

[14] Gregorio Peces-Barba Martínez. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1999. P. 175.

[15] Sobre o tema, consulte-se a José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Tecnos. 2001. P. 59 e SS.

[16] Celso Lafer. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos*. São Paulo: Paz e Terra. 1999. P.156.

[17] Nesse sentido, vale a pena lembrar da lição de Konrad Hesse ao referir-se à força normativa da Constituição e traça como ponto de partida “*o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social*” . Consulte-se *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1991.

[18] Gregorio Peces-Barba Martínez. Obra Citada. P. 177.

[19] Sobre os resultados e mecanismos desenhados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos consulte-se a J.A. Lindgren Alves. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: FUNAG. 1994.

[20] Antonio Enrique Pérez Luño. *La Universalidad de La Declaración de las Naciones Unidas In 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Sevilla: Fundación el Monte. 1998. 81-105. P. 82.

[21] John Rawls. *Justiça como Equidade*. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Cláudia Berlinder. 2003. P. 82-83.

[22] Javier de Lucas. *Solidaridad y derechos humanos in 10 palabras clave sobre derechos humanos*. Juan José Tamayo (director). Navarra (Esp.): Verbo Divino. 2005. P. 149-194.

[23] Ibidem. P. 152-153.

[24] Gregorio Peces-Barba Martínez. Obra Citada. P. 177.

[25] Ibidem. P. 276.

[26] Javier de Lucas. P. 161-165.

[27] Em sentido convergente, veja-se a análise de Juan Ignacio Mondelli. *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*, obténivel no site do ACNUR. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6418.pdf>. Acesso em 17.05.2009.

A IMPOSSIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTADOS EM VALORES HUMANOS, DEMASIADAMENTE HUMANOS: A NECESSÁRIA TRANSVALORAÇÃO DOS VALORES MODERNOS PARA A DIGNIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

THE IMPOSSIBILITY OF HUMAN RIGHTS GROUNDED IN HUMAN VALUES, TOO HUMAN: THE NECESSARY TRANSVALORIZATION OF MODERN VALUES FOR DIGNITY AND EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS.

Sérgio de Oliveira Santos

RESUMO

O presente artigo presta-se a resgatar alguns pressupostos que, sob as arguições de Nietzsche e Foucault, compõe o cenário e as funções do Direito na contemporaneidade e influenciam sobremaneira a vida humana. A estes pressupostos somam-se as contribuições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior que irão possibilitar uma discussão acerca das produções e manifestações humanas da Idade Antiga à Moderna que darão ensejo para tecermos algumas considerações críticas a respeito das leituras e propostas de Norberto Bobbio e Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez a respeito dos fundamentos e eficácia dos direitos humanos e os motivos sob os quais estes últimos não se efetivam. Por derradeiro, tem-se que o pensamento de Gonzalez supera o de Bobbio, porém, em sua fundamentação, participa de uma fragilidade do pensamento kantiano, que é tomar a razão humana como princípio para eleição de uma escala de valores que podem ser favoráveis a uma ética da humanidade ou mesmo servir de fundamento para os direitos humanos. Somente um valor que esteja aquém dos particulares interesses humanos pode nortear as necessárias e indelévels realizações da vida na contemporaneidade, dando margem a direitos plenos de dignidade e possibilidade de efetivação.

PALAVRAS-CHAVES: VIDA; SER HUMANO; DIREITO; DIREITOS HUMANOS; EFETIVIDADE; CONTEMPORANEIDADE.

ABSTRACT

The present article brings to surface some ideas that, under Nietzsche and Foucault charges, compose the scenario and functions of Law in contemporaneity and influence human life. Tercio Sampaio Ferraz Junior's contributions are added to these ideas, making possible a discussion about human productions and manifestations from Antiquity to Modern Age, giving the opportunity to sew some critical considerations about the Norberto Bobbio and Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez's proposals concerning human rights foundations and their efficacy, and the reasons under wich they are not effective. At last, Gonzale's thoughts overcome Bobbio's, but, in its foundation, takes part at Kant's thought, wich is take the reason as a principle for a

value scale election that can be favorable to a humanity ethics, or even be a foundation for the human rights. Only a value which is beyond the particular human interests can address needed realizations in life in contemporaneity, giving the possibility to dignity rights and effectiveness.

KEYWORDS: LIFE; HUMAN BEING; LAW; HUMAN RIGHTS; EFFECTIVENESS; CONTEMPORANITY.

É preciso estender os dedos, completamente, nessa direção e fazer o ensaio de captar essa assombrosa finesse – de que o valor da vida não pode ser avaliado.

Nietzsche

O presente artigo deriva de um outro intitulado *o valor do direito no século XXI – vida, transformações e transvalorações do direito por Nietzsche e Foucault* – ambos fruto do exercício acadêmico em prol da configuração de uma dissertação de mestrado que tem como tema *A (im)possibilidade dos direitos humanos em Nietzsche – a demolição do homem, da verdade, da justiça, da liberdade... pela vida*. Grosso modo, tal exercício traz em seu bojo, em certa forma motivado pelos questionamentos da *Escola de Frankfurt*, o que e como, diante de todo esclarecimento que a humanidade possui, contribui para que os direitos humanos não sejam efetivados.

Nossas suspeitas, no veio de tal problemática, se expressa no sentido de que o *valor ser humano*, ou seja, a defesa da conservação da espécie humana como perspectiva avaliativa – o homem como o valor dos valores –, empreendida no solo das políticas liberais e neoliberais, fez com que o ser humano se desvencilha-se da natureza ou, mais especificamente, da vida que, na obra nietzschiana, apresenta-se como conservação e superação.

No sentido de apresentar em linhas gerais o que trabalhamos no artigo anterior e situar o solo sobre o qual estabeleceremos a presente argumentação resgatamos aqui alguns princípios. Antes de tudo, é justo destacar que, por não se tratar do objetivo do presente trabalho, nem mesmo de nossa dissertação e ser assunto de muitas controvérsias, não nos ocuparemos em delimitar e situar este artigo em termos de Modernidade e Pós-Modernidade, deixando assim, por certo, a utilização da palavra contemporaneidade para nos referirmos ao século XXI e as últimas duas décadas do século XX, momento em que alguns historiadores situam, com a queda do muro de Berlim, a passagem de uma época à outra.

Nossa produção tem por base que o ser humano não é algo estanque e definitivo, podendo ser moldado e (re)inventado junto de suas formas de conhecer, experienciar e pensar(-se). Tais formas são regidas por valores que se materializam em economias, intuições e políticas sociais ao longo da história. História que, tomada na perspectiva *efetiva* trazida por Foucault, vai de encontro à estabilidade, às crenças nas constâncias e processualidades contínuas, imutáveis e sagradas desenvolvidas pelo ser humano ao

longo dos tempos. *Nada no homem – nem mesmo seu corpo – é bastante fixo para compreender outros homens e se reconhecer neles*[1].

Tudo está em movimento para despedaçar as possibilidades de reconhecimento que consolam e tutelam a condição humana na contemporaneidade que, ao nosso ver, inebriada pelo neoliberalismo e envolta por seus tentáculos, feitos *razão instrumental* (tecnociências), mostra-se como momento de transição, desorientação e vulnerabilidade frente à avalanche de discursos que povoam nosso cotidiano com a intenção de nos colonizar, nos disciplinar, nos trancafiar em nós mesmos limitando nosso devir, nossas formas de ser e estar no mundo.

Destacamos que a limitação do ser humano e sua experiência de estar vivo[2] empreendida pelas políticas neoliberais não ocorreram e não ocorrem de maneira explicitamente autoritária. Os ardís das biopolíticas – produção e administração da vida – criam uma atmosfera (estilos de vida) em que o sujeito não é apático frente ao poder que o subjuga, mas ao contrário, extremamente ativo. Contudo, desvinculado da própria vida que, nas considerações de Nietzsche, possui duas características principais: conservação e superação. Por esse viés, o que se produziu da Modernidade à Contemporaneidade em nome da vida – aqui se toma as revoluções, declarações e formas de produção de bens e do próprio ser humano – nada mais foi que um engodo para subjugá-la. O Direito e, mais especificamente, os direitos humanos não estão aquém de tais empreendimentos.

O Direito e o fenômeno jurídico na perspectiva neoliberal além de manter sua atuação disciplinar no auxílio do *sequestro de corporeidade* enquadrando os partícipes da sociedade em uma *norma*, estaria também atento aos acontecimentos (manifestações de ruptura e criatividade) imanentes a estes, agora não apenas para reprimi-los como descumpridores de dada norma, mas para administrá-los, auxiliando as biopolíticas na constituição da normalidade – do que é tido como normal – legitimando as desigualdes e as segregações.

Diante da vontade de não sucumbir à fatalidade da idéia de que nada irá mudar diante de quaisquer atitudes que tomemos e dos sanguinários prazeres acomodatórios da contemporaneidade, buscou-se no *cuidado-de-si* foucaultiano subsídios para pensar a possibilidade de um ser humano ético ao invés de moral que não desperdice a experiência de estar vivo, podendo assim contribuir para um novo Direito – muito mais legítimo do que legal – e para um novo ser humano – muito mais livre, muito mais pleno de vida. Junto destas impressões, o presente artigo apresenta-se na intenção de melhor delinear a maneira pela qual o conceito nietzschiano de vida pode auxiliar o direito e, especialmente, os direitos humanos, no veio de sua legitimidade e efetivação.

O DIREITO NA PERSPECTIVA DE TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Tércio Sampaio Ferraz Jr. na introdução de seu livro *Introdução ao estudo do direito* faz uma crítica diagnóstica do Direito na contemporaneidade e nos apresenta, a partir da obra *A condição humana* de Hanna Arendt, o fato de que o direito manifesta-se de formas diferentes na História e hoje, culturalmente, apresenta-se como um *fenômeno*

decisório, um instrumento de poder junto de uma ciência jurídica como tecnologia[3]. Para fundamentar sua percepção faz um percurso da Antigüidade aos dias atuais.

A existência humana na Antigüidade era marcada por duas esferas: a *oikia* ou privada e a *polis* ou pública. A primeira era caracterizada por atividades que privavam a liberdade dos sujeitos, pois estavam voltadas às necessidades biológicas de sobrevivência comuns a todos os seres humanos – alimentação, abrigo etc. Tais atividades eram exercidas no seio das residências das famílias (*oikia* ou *domus*) onde imperava o *pater familias* – o ser humano do sexo masculino como o senhor de sua mulher, filhos e escravos – e eram denominadas *labor* ou *labuta*, voltadas para a contínua produção de produtos perecíveis, destinados ao consumo e manutenção da vida. Produto e produtor encontravam-se imbricados nessa relação.

Aquém do *labor* estavam os cidadãos (cives) que se encontravam no âmbito da *polis* (civitas). A atividade desenvolvida nesta esfera pública era denominada *ação*, que em semelhança com o *labor* era fútil, fugaz e sem finalidade. Contudo, ao contrário da atividade do *animal laborans*, a *ação* marcava a dignidade dos cidadãos que, dialogando e estabelecendo relações políticas com outros homens iguais e livres, buscavam a melhor maneira de se governarem.

A *ação* do animal político (*politikon zoom*) era instável e ilimitada, porém era virtuosa no sentido de ser prudente. Para tanto, era necessário o *trabalho* do arquiteto para delimitar o espaço físico da cidade e o trabalho do legislador para produzir as leis para o comportamento. Nota-se que a categoria trabalho diferenciava-se da *ação* e da *labuta*, pois possuía uma finalidade, era um bem de uso não perecível que transcendia seu produtor. Assim, conclui o autor, que na Antigüidade:

A legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia diferença entre lex e jus na proporção da diferença entre o trabalho e a ação. Desse modo, o que condicionava o jus era a lex, mas o que conferia estabilidade ao jus era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça[4].

Na Era Moderna houve um igualamento do *jus* à *lex* que resultou em um direito voltado para a normatização, ou seja, para o *comando, como relação impositiva de uma vontade sobre outra vontade, um meio para atingir certos fins: a paz, a segurança, o bem-estar, etc.*,[5] em detrimento de um direito que outrora na Antigüidade era sinônimo de liberdade, de *ação* desprentenciosa e sem finalidade e de um trabalho que atuava no campo do domínio do homem sobre as coisas e não de homens sobre os homens.

Neste contexto surge o *homo faber*, o homem que trabalha e com seu trabalho destitui o significado intrínseco das coisas imprimindo-lhes uma finalidade, instrumentalizando-as como meio para obtenção de um fim. Nesse ponto a legitimidade do direito desvincilia-se da virtude da prudência, do equilíbrio, da moderação, fruto do pensar e do agir político, pois já não é mais proveniente de homens livres e iguais, mas sim de produtores, fabricantes de coisas que se relacionam entre si através da utilidade de suas mercadorias, cujo direito é só mais uma delas – *um mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem*[6].

Ainda na modernidade desponta outro carácter antropológico que determinará as relações e as formas jurídicas na contemporaneidade: o *animal laborans*. Como visto, a característica principal do *trabalho* era engendrar produtos não perecíveis em si, pois permanecem no entorno do homem auxiliando-o na configuração de sua realidade. O *labor*, por sua vez, é caracterizado por produtos imateriais no sentido de extremamente perenes e fungíveis, pois são produzidos pelo homem e para o homem. A resultante da atividade do animal laborans é a sua própria força de produção, sua força de trabalho, que é tida por Ferraz Júnior como as condições humanas de subsistência[7].

Assim, se antes, no mundo do homo faber, a força de trabalho era ainda apenas um meio de produzir objetos de uso, na sociedade de consumo confere-se à força de trabalho o mesmo valor que se atribui às máquinas, aos instrumentos de produção. Com isso, instaura-se uma nova mentalidade, a mentalidade da máquina eficaz, que primeiro uniformiza coisas e homens em bens de consumo, isto é, bens não destinados a permanecer, mas a serem consumidos e confundidos com o próprio sobreviver. (...) Até o pensamento torna-se mero ato de prever conseqüências e só nessa medida é valorizado[8].

O *animal laborans* não enxerga e não atua em prol de outra necessidade que não seja a manutenção da própria vida. Porém, uma sobrevivência individualista e voraz que traz consigo a marca da incongruência, pois ao mesmo tempo em que toma o outro como algo descartável priva-se de sua singularidade em prol do social. A palavra de ordem (sua virtude), é a indiferença transvestida de tolerância. Indiferença que se volta contra si mesmo.

Nas garras do *homo laborans* o direito é um bem de consumo voltado para a sobrevivência humana. Manifesta-se em uma atmosfera de normas contingênciais, extremamente mutáveis e, por muito, incompatíveis entre si. É um instrumento tecnológico que atua em favor de alguns sob o discurso de ser para todos que, por sua vez, aceitam com tranquilidade e inércia tantas mudanças. *Tudo é possível de ser normado e para enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende do status, do saber, do sentir, das diferenças, da personalidade de cada um[9].*

Junto da leitura de Tércio Sampaio Ferraz Jr. tem-se que o direito na contemporaneidade possui um discurso falacioso em prol da vida. Nesse mesmo sentido encontram-se algumas considerações de Michel Foucault.

Para Foucault o direito na contemporaneidade atua em dois sentidos: a criação de normas para restringir comportamentos e a criação da normalidade para regular e equilibrar a sociedade. Há, portanto, um direito **normatizador** e **normalizador** que, percebido através de uma perspectiva histórica tradicional – marcada pela idéia de um contínuo progresso humano – traz uma forma capilar e sutil de poder que não mais se exerce nos moldes da soberania explicitamente tirânica (confisco e suplício de corpos), mas se arvora de outros discursos, de outras ciências, para justificar suas ações (disciplinarização, adestramento e configuração das subjetividades e da sociedade). De modo que, para bem julgar e/ou legitimar o desfecho de um julgamento, o juiz pede, dependendo da circunstância, a contribuição de outros peritos (discursos) como os psicólogos, médicos, filósofos etc.

A estratégia de poder através do confisco da vida do outro não se alterou no decorrer dos tempos. O que mudou foi a forma de confisco. Se antes o soberano atuava em favor do definimento da vida (suplício), hoje as biopolíticas potencializam a vida (força de produção). Mata-se em nome da vida, pois um determinado sujeito, população ou país pode representar uma ameaça para esta. Há que se entrar em uma curva de normalidade para que a saúde, o futuro da espécie não entre em risco. Assim, vimos a valorização da vida causar guerras terrivelmente sangrentas, tal como as guerras mundiais do século XX.

A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

Foucault traz que o poder do soberano era enormemente maior em relação ao do súdito. O primeiro se apoderava, gestava e decidia os rumos da vida (e principalmente da morte) do segundo como se esta lhe fosse um bem. Com o advento do Capitalismo, junto da majoração da força de produção do sujeito, a técnica de poder pelo suplício utilizada pelo soberano ou as guerras travadas em seu nome caem em desuso em favor de uma dinâmica de poder que visava gerir a vida em função de todos, da coletividade.

Alguns autores lêem esse fato transitório como uma valorização do ser humano, uma valorização da vida. Contudo, a nosso ver, partilhando do entendimento de Foucault, não há essa transição. Não há uma humanização no sentido de bom, de favorecimento à vida humana ou à vida no sentido mais abrangente possível. O que ocorre é um aprimoramento da técnica de controle da vida. Tendo em vista que os suplícios, como espetáculo em praça pública, voltavam-se muitas vezes contra o intento do soberano de manter o controle. A disciplina dos corpos, por sua vez, nos moldes capitalistas, é um suplício sutil e sob a nuência do supliciado.

A questão dos direitos humanos surge através dos embates de força entre reis e súditos. Estes últimos operando em defesa da manutenção das tradições (direitos imemoriais) ou do reconhecimento de direitos alicerçados na natureza humana (direitos naturais). Contudo, esse litígio é anterior ao século XIII, ocasião da assinatura da *Grande Carta das Liberdades*. Como expõe Everaldo Tadeu Quilici Gonzales[10], na tragédia grega *Antígona*, de Sófocles, a personagem de mesmo nome da peça entra em embate com o rei Creonte – tirano que a impede de enterrar o corpo de seu irmão Polinice – alegando que o direito à sepultura é um direito natural de todo ser humano e por isso está acima de qualquer decreto, de qualquer governante.

Diante de diversas manifestações a respeito de declarações dos direitos humanos que remontam à América na ainda colônia de Virgínia em 1776, passando pela *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* em 1789, pela *Revolução Russa* de 1917, pela *Constituição de Weimar* em 1919 até finalmente chegar à *Declaração Universal dos Direitos do Homem* aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, é claramente perceptível a menção a uma natureza humana presumida a partir de uma racionalidade moral. Racionalidade esta, que deu ensejo ao que Foucault chamou de poder pastoral, um poder que, nos moldes do cristianismo, aonde o cristão confessava seus pecados e entregava sua subjetividade ao padre, o partícipe da sociedade entregaria sua subjetividade – seu modo de ser e estar no mundo – ao Estado.

Da mesma forma, é possível notar que nessas manifestações dos direitos humanos se presumiu que tais declarações atingiriam indistintamente todas as pessoas de uma dada sociedade ou mesmo iria contemplar toda humanidade. O que não ocorreu. Haja vista a recente invasão do Iraque pelos Estados Unidos da América – a guerra contra o terror –, os conflitos no oriente médio e os sem teto, os sem casa, os sem educação, os sem comida, os sem saúde, *os nadas* descritos por Eduardo Galeano a respeito dos povos latinos americanos.

Norberto Bobbio, autor da obra *A era dos Direitos*, afirma que os direitos humanos não se consolidam porque trata-se de um *direito fraco*, pois não conta com um mecanismo de sanção internacional – sanção institucionalizada – a fim de coibir e punir aqueles que os infringem. Esta consideração é a faceta normativista do pensamento bobbiano de inspiração *neopositivista kantiana* que, por outro lado, possui uma faceta *historicista* inspirada em Hegel e Marx em que se afirma que os direitos humanos se constituem e se legitimam no decorrer da História e por assim serem, apresentam-se de maneiras e formas variáveis nos tempos e sociedades, o que impossibilita que estes possuam fundamentos absolutos.

Para Bobbio os direitos humanos dão ensejo a uma atmosfera desarmoniosa de direitos e deveres, pois suas realizações integrais são simultaneamente impossíveis. São conflituosos processos de anulação. Como ilustração, o italiano expressa a experiência socialista que priorizava a igualdade entre os homens à custa da liberdade destes e a experiência capitalista, que atua em prol da liberdade, mas à custa da produção de desigualdades abismais. Contudo, para o autor, tais querelas não merecem a devida importância, tendo em vista que os direitos humanos são consagrados como o objeto de uma norma fixada em uma *Carta* de grande consenso como a Declaração Universal da Pessoa Humana.

No último capítulo de sua obra *Estudos de filosofia e história do direito*^[11] Gonzalez expressa, sem desconsiderar a importância do pensamento de Bobbio na constituição do raciocínio jurídico/filosófico contemporâneo, que a articulação do historicismo e do normativismo feita pelo italiano trouxe certa fragilidade para sua teoria jurídica, pois tentam conciliar fenômenos incompatíveis, no caso, a legitimidade multifacetada da experiência humana que se fundamenta em percepções diversas acerca da realidade e a norma que, por vezes, *legalista e autoritária*, nem sempre conta com a participação da população em sua elaboração^[12].

Gonzalez concorda, em parte, com o apontamento bobbiano sobre a impossibilidade de se fundamentar os direitos humanos, pois históricos e variáveis. Afinal, em cada época da história humana houve fundamentos diferentes para os mesmos. Mas, recorrendo a Kant, afirma que inerente à condição humana há um direito que atravessa todas as manifestações éticas e culturais da experiência humana que é a *busca pela liberdade*^[13]. *E mesmo quando o homem buscou a igualdade, era no fundo a liberdade que buscava, ainda que sob outra roupagem, pois que a igualdade pressupõe que um homem não tenha mais liberdade que o outro*^[14].

A questão da liberdade está implícita na crítica que Gonzalez tece à caracterização antinômica dos direitos humanos feita por Norberto Bobbio, porquanto que a questão ética na concepção jurídica do italiano mostra-se como um aspecto secundário. Diz Gonzalez que *uma ordem jurídica que busca um fim ético bem definido*

constrói necessariamente uma escala de valores que elimina naturalmente a antinomia supostamente existente entre os direitos do homem[15].

No que tange à eficácia e efetividade dos direitos humanos, os dois autores, sob os quais nos debruçamos agora, concordam que tais questões estão aquém de uma ordem jurídico-filosófica por guardarem estreita relação com as posturas dos partícipes da sociedade que, nas palavras de Bobbio, desafiam *até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica*[16]. Contudo, divergem sob as maneiras de se efetivar tais direitos. Para Bobbio, o principal meio para a efetivação dos direitos humanos é o estabelecimento de uma ordem jurídica internacional que esteja acima dos Estados a fim de garantir os direitos prescritos em *Carta*. Em Gonzalez, a efetivação dar-se-ia através de *manifestações éticas e estéticas* que fariam circular no todo social os valores eleitos e voltados para o bom desenvolvimento da sociedade.

Particularmente tem-se que os dois autores contribuem sobremaneira para a apreensão dos direitos humanos na contemporaneidade. Porém, ao nosso ver, há em ambas considerações que precisam ser melhor refinadas, pois demonstram certo grau de instabilidade e deflagram contradições que nos são extremamente importantes para podermos pensar a problemática do presente trabalho.

É justo destacar, que se parte do entendimento que ao nos debruçarmos sobre as questões trazidas por tais autores, essas perdem o caráter de serem exclusivamente deles e passam a ser *nossas* questões. Pouco importando, dessa maneira, se tais autores as colocaram e as responderam de forma satisfatória. Tão importante quanto seus conteúdos é o movimento a que nos remetem tais contribuições.

Por esse modo, quando Gonzalez busca em Kant sua chave de leitura – o direito à liberdade como o único direito inato do homem – para estabelecer o fundamento primeiro dos direitos humanos e a partir dele tecer suas críticas ao pensamento de Bobbio, participa da fragilidade do pensamento kantiano na contemporaneidade, que é tomar a razão humana como princípio para eleição de uma *escala de valores* que podem ser tidos como *bons* para uma ética da humanidade ou mesmo servir de fundamento para o Direito.

Kant escreve no espírito do seu tempo, ou seja, a Modernidade. Como visto nas contribuições de Tércio Sampaio Ferraz Jr. o tipo de homem característico deste tempo era o *homo faber* que, ao reduzir o direito à norma (o *jus* a *lex*) imprime às experiências humanas[17] e às experiências jurídicas[18] o caráter de relações pragmáticas de troca em que tudo é um meio para um determinado fim. O valor das coisas e das pessoas é estabelecido pela finalidade a que se prestam e não pelo que são. Nesse sentido, como já destacado, há uma degradação das experiências humana e jurídica do e no mundo.

Na tentativa de encontrar uma solução para tal degradação, Kant buscou um fim que não fosse meio para outro fim. Nesse exercício trouxe a idéia de que o homem é um fim em si mesmo. Assim, *o homem nunca deve ser um objeto para outro homem*[19]. Todavia, tal proposição, além de não obter êxito, potencializou as degradantes relações humanas, pois sendo o homem um fim em si mesmo – o valor dos valores – o outro (pessoa ou coisa) tornou-se um obstáculo ou manteve seu caráter instrumental para a realização de um desejo, anseio ou valor humano, demasiadamente humano.

Fato é que historicamente, nas relações entre significante e significado, muitas palavras foram manipuladas e corrompidas perdendo o elo com os afetos ou afetações que lhes deram origem. Fato é que a palavra *liberdade*, que por muito poderia expressar o que entendemos e sentimos como *o intolerável*, ou mesmo, o desejo de querer estar vivo (de sentir a experiência de estar vivo), de tão manuseada acabou *endossando a impunidade, a procura de respeito*[20]. Por isso, como apontou Foucault, nunca se matou tanto em nome da vida como no século XX. Nunca utilizou-se tanto o *Fascismo* para se atingir o *Humanismo*, para defender o futuro, a dignidade e o biotipo perfeito da espécie humana. Por isso temos uma bela Declaração dos direitos humanos que não se efetiva em seus princípios mais caros à humanidade. Assim sendo, partilhamos com Gonzalez a crítica a Norberto Bobbio por entendermos que não será um mecanismo supra-estatal coercitivo que dará efetividade aos direitos humanos.

Nessa mesma condição está também a sacralidade e a devoção à palavra justiça e, em consequência, às suas materializações. Desde a Antigüidade, mesmo com a exortação de Aristóteles de que a justiça é a única virtude que não existe em uma escala de mais ou menos justo, a *reta razão* foi sempre um valor humano – tendencioso, manipulável, parcial – que constituiu saberes e poderes que configuraram e continuam influenciando a constituição do que se entende e se apreende como realidade.

A EXPERIÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

O mínimo de esclarecimento sóbrio que nos resta na contemporaneidade deixa-nos a incômoda e inquietante sensação de que estamos desorientados no mundo, *sem cartas nas mangas*, pois quando ousamos pensar a condição humana através de três categorias – necessidade, realidade e possibilidade – vemos que é sobre o campo das possibilidades (da ação) que incidem as múltiplas tentativas de colonização infligidas pelos poderes/saberes que nos atravessam. A experiência da contemporaneidade é a perda da tutela, do colo, das *divinas tetas* de nossas produções culturais, éticas e estéticas que não mais nos legam um sentido seguro para experienciar a plenitude da vida.

Quando Nietzsche, em *Assim falou Zaratustra*, começou a delinear o conceito de *vontade de potência*, tratou logo de identificá-lo com a vida em todas as suas manifestações orgânicas que, não se restringe aos órgãos do corpo humano, mas estende-se a todos os microorganismos dispostos no planeta. Assim, vida, no sentido mais amplo que possa se expressar é *vontade de potência* que intenta firmar-se frente a qualquer outra manifestação de força que se ponha como empecilho em seu intento. Destarte, o princípio homeostático que figura no organismo humano, com o propósito de mantê-lo *sob controle*, em equilíbrio (organizado), é a manifestação dos embates entre *feedback* positivo e negativo, concentrações de sódio e potássio no interior das células, produção de glóbulos brancos, vermelhos e plaquetas etc.

Nesse sentido tem-se que *o poder não é uma substância* particular, uma instituição (não)governamental ou que exista um centro de onde ele emane e determine sua natureza ou sua origem. Há que se ter claro que o poder tudo atravessa, desde o Estado e suas ramificações periféricas até as mais insignificantes ações humanas. O poder é a própria ação. A ação é vontade de potência, é busca por mais poder. É um querer

firmar-se infinito. Para Nietzsche a *vida é essencialmente apropriação, ofensa, sujeição daquilo que é estranho e mais fraco, opressão, dureza, imposição de formas próprias, incorporação e pelo menos, na melhor das hipóteses, exploração*[21]. E Deleuze contribui dizendo: *não conheço nenhuma potência má. O tufão é uma potência. Alegre-se na alma, mas não por derrubar casas, mas simplesmente por ser*[22].

A vida é uma manifestação da vontade de poder que se revela por dois fatores que se interpenetram: conservação e aumento. Conservando-se a vida pode se expandir, aumentar. Contudo, é cônica de que se atuar apenas em prol de sua conservação irá definhando. Portanto, é impelida a trabalhar para superar-se, para adquirir mais potência. Nesse sentido está sempre em movimento – embates, lutas, conflitos – para firmar-se frente ao seu oponente. Tal característica a coloca em eterno devir, buscando incansavelmente sua maior arma e conquista – a verdade. Mas, a palavra verdade, tal como as palavras liberdade e justiça, aqui já citadas, de tão maltratada e manuseada por poderes/saberes ao longo da história não nos diz mais nada, é uma palavra vazia ou perigosa no vocabulário de raras pessoas com esclarecimento turvo, porém prudentes, pois há muito, é a principal arma da *razão instrumental*.

Como habitar o intervalo entre o que somos e o que poderemos ser? Como viver na incerteza? Como traduzir o desejo de estarmos vivos e expressar o que sentimos como intolerável se tudo está corrompido e degradado? O que nos é possível? O que é possível ao que denominamos e estabelecemos como direitos humanos?

Como já expressara aquele que deu à luz a Zarathustra, mais importante que os fatos são as interpretações. Com essa sentença Nietzsche nos indica que a realidade é configurada por perspectivas valorativas. A ressalva feita ao pensamento de Gonzalez não se encontra em sua proposição, da qual surge a crítica às considerações de Norberto Bobbio, mas justamente em sua fundamentação em Kant que, na busca por superar o degradante espírito de seu tempo produzido pelo *Homo Faber*, elege o homem, por meio de valores demasiado humanos, como um *fim em si mesmo*.

O homem como o valor dos valores, o homem como a perspectiva avaliativa que valora todos os seres e coisas, encerrou a vida em apenas uma de suas características – a de conservação. Através dessa manipulação, a vida perdeu seu valor e entrou no *hall* das palavras e manifestações descartáveis. A experiência sóbria de estar vivo se dá através da composição singular que cada ser humano faz em prol de suas necessidades, por meio da união dos possíveis fragmentos da vida que se apresentam em sua realidade.

O problema da apreensão da vida na contemporaneidade não está no fato de termos de dispender uma energia sobre-humana nesse exercício, pois a vida nunca foi para o homem apreensível em sua plenitude. Ela nunca delegou um sentido pronto e acabado de si que poderia dirigir toda existência no universo. Tudo que se produziu nesse sentido e quis coroar-se como a própria e única verdade sobre a vida incorreu em um grande erro deturpante, ganancioso e degradante da vida. Destarte, o problema encontra-se na perspectiva avaliativa de que se vale para apreendê-la. *A verdade é que os homens se deram todo o seu bem e todo o seu mal*[23] – um *prazerzinho* para o dia e outro para a noite – e não se deram conta de que o valor da vida não pode ser avaliado.

Juízos, juízos de valor sobre a vida, pró ou contra, nunca podem, em definitivo, ser verdadeiros: só têm valor como sintomas, só como sintomas entram em consideração –

*em si tais juízos são estupidezes. É preciso estender os dedos, completamente, nessa direção e fazer o ensaio de captar essa assombrosa **finesse** – de que o valor da vida não pode ser avaliado. Por um vivente não, porque este é parte interessada, e até mesmo objeto de litígio, e não juiz; por um morto não, por outra razão[24].*

A vida não pode ser reduzida a valores dicotômicos como bem e mal, certo e errado, justo e injusto, frutos da razão e dos interesses humanos. A vida é um valor que não pode ser avaliado e por esse motivo é o único valor que pode ser referência na contemporaneidade para o que quer que se queira produzir ou avaliar.

CONCLUSÃO

A experiência digna que se pode ter dos direitos humanos não se dará através de perguntas no sentido de serem bons ou ruins para o ser humano, se têm ou não fundamento, se precisam ser tutelados ou não por um poder institucionalizado. Há que se prestar a devida atenção nos nossos corpos – nas relações de força que há em cada célula e processos psico-fisiológicos – e mergulharmos, à luz do que Tércio Sampaio Ferraz Júnior trouxe como *raízes do mistério do direito*, naquilo que experienciamos quando avaliamos ter agido de maneira torpe – a sensação de remorso, por exemplo – ou a indignação frente a uma injustiça que fora cometida contra nós ou contra o outro. O corpo sente, percebe, se afeta antes da razão e por isso traz um conhecimento que está além desta. Cabe a nós, como cegos tasteando estrelas distraídas, questionar se dado fato, forma ou coisa que nos afeta favorece ou não a vida em suas dimensões de conservação e superação.

A efetividade e a eficácia dos direitos humanos só poderão ocorrer se tudo (ou no mínimo os alicerces) do que fora erguido e celebrado através da perspectiva do *homo faber*, do *animal laborans* ou, em uma terminologia nietzschiana, do *último homem*[25] for destruído. Afinal, como afirma Canguilhem, *toda vida é um processo de demolição*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**, 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANGUILHEM G. **Escritos sobre a Medicina**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

DELEUZE, G. **Diferença e repetição**. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 1998.

GONZALES, E.T.Q. **A filosofia do Direito na idade antiga** 1ª ed. Rio Claro: 2005.

_____ **Estudos de filosofia e história do direito**. 1ª ed. Rio Claro: 2005.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 5ª ed. – 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT. M. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda. 2007.

_____ **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro. Ed. Nau. 1996.

_____ **Microfísica do poder**. 24ª ed. Tradução Roberto Machado. São Paulo: Graal.2007.

_____ Omnes et Singulatim: Uma crítica da razão política. *In*: MOTTA, M. (Org.) 2006 **Estratégia, poder-saber**. Coleção Ditos & Escritos. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.355-385.

GIACOIA JUNIOR, W. **Nietzsche**. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2000.

_____ **Pequeno dicionário de filosofia contemporânea**. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2006.

NIETZSCHE, F. **A Gaia Ciência**. Tradução, notas e posfácio. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 2001.

_____ **Além do Bem e do Mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução, notas e posfácio: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 1992.

_____ **Assim Falou Zaratustra**. Martin Claret. São Paulo: 2005.

_____ **Crepúsculo dos ídolos ou Como filosofar com o martelo**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WOLKEMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. Saraiva, 5ª ed. 2005.

[1] FOUCAULT, M. Microfísica do poder. 24ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

[2] Que vai muito mais além da simples busca de um sentido para a vida.

[3] FERRAZ JUNIOR, T. S. Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. 5ª ed. – 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 22.

[4] Idem. p. 24.

[5] Idem. p. 25.

[6] Idem. p. 26.

[7] Idem. p. 26.

[8] Idem. p. 27.

[9] Idem. p. 28.

[10] GONZALES, E.T.Q. 2005, p. 22.

[11] GONZALEZ, E.T.Q. *Estudos de filosofia e história do direito*. 1ª ed. Rio Claro: Obra Prima Ltda. 2005.

[12] Idem. pp. 131-132.

[13] Idem. p. 132.

[14] Ibidem.

[15] Idem. p. 133.

[16] BOBBIO, N. apud Gonzalez, 2005. p. 131.

[17] Conjunto de conhecimentos históricos – pessoais e coletivos –, estímulos sensoriais, acontecimentos, formas de relação que atuam no ser humano em seu contato com o mundo.

[18] No pensamento jurídico normativista de Norberto Bobbio esta experiência dá-se no momento em que uma norma inside sobre alguma coisa ou pessoa.

[19] FERRAZ JUNIOR, T. S. 2007. p. 25.

[20] Trecho da canção *Tribunal de rua* gravada pela banda carioca O Rappa.

[21] NIETZSCHE, F. Para além do bem e do Mal. p. 185.

[22] DELEUZE, G. O abecedário de Gilles Deleuze. Verbete “J”.

[23] NIETZSCHE, F. *Assim falou Zaratustra*. São Paulo: Martin Claret. 2005, p. 58.

[24] NIETZSCHE, F. Crepúsculo dos ídolos ou Como filosofar com o martelo. São Paulo: Nova Cultural, 1999. O problema Sócrates, § 2. p. 373.

[25] Nas palavras de Oswaldo Giacóia Júnior (GIACÓIA JÚNIOR, O. 2000. p. 56) O último homem simboliza a modernidade, que considera a si mesma o ponto mais avançado do desenvolvimento histórico da humanidade, acreditando que a finalidade

dessa história consistia precisamente na chegada do moderno. Orgulhoso de sua cultura e formação, que o elevaria acima de todo o passado, o último homem crê na onipotência de seu saber e de seu agir. [...] O bem supremo almejado pelo último homem - sua concepção de felicidade – é uma combinação de mediocridade, conforto, bem-estar, ausência de sofrimento e grandeza.

A ORIGEM JUSNATURALISTA DOS DIREITOS HUMANOS: O HORIZONTE HISTÓRICO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948.

THE NATURAL HUMAN RIGHTS ORIGIN: THE HISTORICAL HORIZON OF 1948 HUMAN RIGHTS UNIVERSAL DECLARATION.

Wilson Engelmann

RESUMO

Ao completar 60 anos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, continua mostrando a importância de se valorizar as pessoas na construção de uma sociedade justa. Busca-se mostrar como a caminhada histórica desse documento deve servir de aprendizado, tendo em vista o sofrimento e a violência provocados nos humanos para o seu nascimento. Esse horizonte deverá ser revisitado e colocado na ordem do dia do mundo civilizado, preocupado em dar efetividade a uma sociedade global focada no respeito aos direitos naturais-humanos. As experiências históricas, presentes nesta Declaração, querem mostrar a importância da tradição e, ao mesmo tempo, marcar um horizonte para a caminhada humana na construção de um futuro onde a “aldeia global” possa representar um espaço de livre e fraterna convivência para as pessoas, respeitadas as suas diferenças.

PALAVRAS-CHAVES: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948; DIREITOS HUMANOS; DIREITOS NATURAIS; SOFRIMENTO; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

Once turning 60, Human Rights Universal Declaration, keeps showing how important is apprising people on building, fair society. Showing how this document historical walk must be used for learning, considering all suffering and violence attempted to humans on their birth. This horizon should be revisited and placed into the day of civilized world, concerned about making a global society based on the respect to natural human rights. The history experiences, presents in this declaration, want to show the importance of the tradition and, in the same breath, to flag a skyline to the human walk in a build of a future where the “Global village” can represent a space of freedom and fraternity companionship of people, be respecting their differences.

KEYWORDS: 1948 UNIVERSAL DECLARATION, HUMAN RIGHTS, NATURAL RIGHTS, SUFFERING, HUMAN BEING DIGNITY.

1 INTRODUÇÃO

É objetivo deste artigo recuperar alguns pressupostos históricos que sustentam a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Para isso, o problema que se propõe, desdobrado em duas questões, é: os direitos naturais são os antecessores substanciais dos direitos humanos? A dor e o sofrimento, que estão neste caminho, são condição de possibilidade para o surgimento e o desenvolvimento dos chamados “Direitos Humanos”? Para tanto, são propostos três modelos voltados a mostrar como a solução para esse problema se enlaça à constante busca de efetividade para os direitos humanos.

A caminhada histórica procura resgatar a memória da tradição que ensina e mostra determinadas atitudes como inaceitáveis, posto que atentam contra princípios humanos mais essenciais. Portanto, a efetivação dos direitos humanos, como um espaço de diálogo e mediação, deve verificar as experiências do passado, extraíndo delas a aprendizagem para progredir no efetivo reconhecimento de alguns pressupostos voltados ao desenvolvimento humano pleno.

As tragédias que os humanos já provocaram deverão permanecer vivas na lembrança de cada pessoa, justamente para que elas não venham a se repetir. Investigar o percurso da construção dos pilares que sustentam os direitos humanos visa ao ato de trazer à memória tal aspecto. Não se busca reavivar a memória com o intuito do mero resgate. Pelo contrário, trazer os fatos à memória tem como foco principal sua não reprodução, ou seja, um ponto de retorno que deverá ser evitado.

2 A dor e o sofrimento no rastro dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos no Século XXI representam o resultado histórico de lutas e conquistas que os humanos vêm desenvolvendo ao longo de sua trajetória. As pessoas “civilizadas” de hoje encontram-se vinculadas a essa caminhada, sendo o seu produto ideológico. Na análise da afirmação da pessoa como destinatária de algumas normas e prerrogativas, chamadas de direitos humanos, é possível constatar que todas são os resultados de lutas e, especialmente, muito sofrimento.

Não há nenhuma possibilidade de retorno para minorar esses sofrimentos e mortes em nome dos quais posteriormente se criaram normas para evitá-las. Cabe observar a seguinte idéia de Heidegger: “(...) Ninguém pode assumir a morte do outro. De certo, pode-se ‘morrer por outrem’. No entanto, isso quer dizer sempre: sacrificar-se pelo outro ‘numa coisa e causa determinada’. Esse morrer por ..., no entanto, jamais pode significar que a morte do outro lhe tenha sido, de alguma maneira, retirada. (...)”.[1] A experiência da morte sempre será daquela pessoa, impossível existencialmente a substituição. No entanto, todos aqueles que morreram e sofreram, como vítimas de atrocidades, barbáries e desumanidades, legaram para os tempos atuais a memória, que deverá servir de orientação para que a humanidade não retorne a estes caminhos e nem repita tais violências.

Essa é a verdadeira herança dos Direitos Humanos. No entanto, não é necessário olhar muito longe para perceber-se que a experiência de dor e sofrimento ainda não foi suficientemente apreendida pelos humanos. De certa forma, os sacrifícios das pessoas deram-se pela causa da humanidade, ou seja, para que os humanos percebessem determinados limites em sua forma de atuação.

3 OS DIREITOS HUMANOS LIMITANDO A ATUAÇÃO DO GRUPO SOCIAL

A concepção de limite – para a atuação em nome próprio ou em nome dos outros – acompanhou a luta travada pelos e em nome dos Direitos Humanos, embora nem sempre tenham recebido esse nome.

3.1 O PRIMEIRO MODELO: DA SACRALIZAÇÃO À DESSACRALIZAÇÃO DO DIREITO

Dentro dessa perspectiva, é importante registrar que no reino davídico (996 a.C. 963 a.C), segundo constatação de Fábio Konder Comparato, tenha surgido a “proto-história dos direitos humanos”. A peculiaridade do reino de Davi foi o estabelecimento do rei-sacerdote, “o monarca que não proclama Deus nem se declara legislador, mas se apresenta como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina”.^[2] Nessa condição, a atuação do rei sofre determinadas limitações, dada a existência de uma “autoridade divina” acima dele.

A experiência assim inaugurada inspirou as primeiras instituições democráticas em Atenas (século VI a.C.) e, no século seguinte, projetou a fundação da república romana.^[3] A busca pela convivência das pessoas, que deveriam observar alguns limites, faz nascer a lei, com características próprias, mas antecessora da lei moderna. Aristóteles refere à necessidade da vida focada em atitudes boas, abstendo-se da prática daquelas consideradas más. Para isso, no entanto, o papel da “autoridade” é fundamental, em condições de exercer a “compulsão” a este comportamento. Segundo o filósofo “a lei tem este poder de compulsão, e ela é ao mesmo tempo uma norma oriunda de uma espécie de prudência e de razão”.^[4] A junção da prudência e da razão, reunidas na lei, serviram de modelo normativo planejado para organizar, limitar e possibilitar a convivência das pessoas. A lei assim apresentada foi exercida em nome da autoridade divina ou em atenção a um paradigma racional, forjado dentro da metafísica tradicional, onde os fins já estavam dados, bastando aos humanos descobrir os meios para acessá-los. Para os limites deste trabalho, tem-se o arcabouço correspondente ao primeiro modelo.

Para os gregos, a lei era o *nómos*, considerado “o meio de limitar o poder da autoridade, porque a liberdade política consiste em não ter que obedecer senão à lei. Mas a lei é humana e laica; já não tem nada de religioso, de divino.”^[5] Fica destacada a constante preocupação com a limitação da atuação dos particulares e do exercício da liberdade política. Já se vislumbra um aprofundamento da limitação do poder pelo império da lei, em substituição à autoridade divina. O povo grego marca a laicização do Direito, a partir do momento em que “a promulgação da lei e sua revogação nada têm de divino:

são assuntos humanos.” Isso não significa dizer que os gregos não eram religiosos e nem afastava esse viés da condução política. No entanto, o Direito não tinha a sua validade vinculada à revelação divina e nem era necessária a invocação da vontade dos deuses para que uma lei fosse criada.[6] Vivencia-se, assim, o verdadeiro marco inicial da dessacralização do Direito, onde o poder divino começa a ser substituído pelo poder dos humanos e no exercício da liberdade para a criação das leis consideradas mais apropriadas.

Outro aspecto que merece ser sublinhado encontra-se ligado à experiência multicultural experimentada pelos gregos:

desenvolvendo uma civilização voltada para o mar, os gregos entram em contato com a diversidade das culturas de outros povos. O espírito de comparação leva-os, portanto, a indagar o que afinal é comum entre todas as ‘nações’. Há alguma coisa que pertença por natureza ao gênero humano? Qual é? As próprias diferenças entre as cidades gregas colaboram para que se compreenda o direito com um espírito comparativo e flexível.[7]

O multiculturalismo hoje debatido tem origem nessa comparação realizada pelos gregos, a partir das características de cada ‘nação’ conhecida por eles. Apesar da constatação das diferenças, havia algo de comum entre todos os povos, vinculadas ao “gênero humano”. Essa constatação aponta para os direitos humanos, ou seja, haviam determinadas características e necessidades que se encontravam em todas as pessoas, independente da sua ‘nação’ de origem. A caracterização da humanidade nas relações entre as pessoas e os povos nascia a partir desse momento. Começa a ser gestado o contorno dos direitos humanos como um parâmetro a ser respeitado. Além do mais, verifica-se uma nítida corporificação dos direitos naturais, pois não criados, mas percebidos, ou seja, os gregos se deram conta – já estavam inseridos neste contexto – de que haviam determinadas “regras” que naturalmente devem ser observadas.

Veja-se que nesta época histórica, os gregos perceberam que as normas criadas pelos humanos precisariam ser flexíveis para viabilizar a adaptação aos contornos multiculturais próprias do gênero humano. Esse cenário mostra para as discussões do Século XXI que os direitos humanos têm uma nítida fundamentação nos direitos naturais e apontam para o respeito aos contornos multiculturais de cada grupo social. Todo esse horizonte histórico será decisivo à construção das condições de possibilidade para a elaboração da Declaração Universal de 1948, emergindo com bastante força a partir do término das duas Guerras Mundiais. Esses conflitos provavelmente tenham sido provocados pelo esquecimento humano da experiência deixada a partir da linha histórica acima desenhada.

Uma síntese histórica do primeiro modelo é encontrada na obra de Sófocles, quando a protagonista Antígona, responde a Creonte:

(...) É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. (...).[8]

Assim, Antígona aponta para a querela que acompanhará a evolução do próprio Direito representado pelo Direito Natural e o Direito Positivo. Portanto, a obra de Sófocles, como se verá, serve também para caracterizar o segundo modelo. A percepção da heroína deixa marcado que a criação deste estava claramente subordinada àquele, anterior e superior e não gerida pelas pessoas, mas de origem divina. Tem-se, com isso, um limite para a atuação humana. Será considerado metafísico para muitos, mas um marco importante e que não deverá ser esquecido ou suplantado. Veja-se que não é um limite impeditivo. Pelo contrário, um marco regulatório que acompanha o agir humano, a fim de continuar sendo qualificado como tal. Representa um aprendizado legado pela história, também fruto de sofrimento, lutas e contradições.

Na mesma obra de Sófocles, Hêmon – filho de Creonte – dialoga com seu pai:

(...) Não tenhas pois um só modo de ver: nem só o que tu dizes está certo, e o resto não. Porque quem julga que é o único que pensa bem, ou que tem uma língua ou um espírito como mais ninguém, esse, quando posto a nu, vê-se que é oco. Mas não é vergonha que um homem, ainda que seja sábio, aprenda muita coisa, e não distenda demasiado a corda. (...).^[9]

A modernidade tem muito a aprender com ambas as passagens. Entretanto, o mais significativo é a abertura para sempre continuar aprendendo. Nunca se sabe tudo e nem demais. Vale dizer, os humanos deverão continuar olhando para a história que antecede e envolve os direitos humanos, a fim de não ignorar a dor, o sofrimento e a morte de todos aqueles envolvidos em violências e atrocidades.

3.2 O SEGUNDO MODELO: DO ESTADO NATURAL AO ESTADO CIVIL

Entretanto, mais tarde, na era moderna (aqui considerada a partir de René Descartes: 1596-1650), a lei passa a expressar a vontade do detentor do poder ou do representante da maioria, que caracteriza o segundo modelo: onde se verifica o processo de legitimação da autoridade e da criação da lei, será desenvolvido a partir das contribuições de Thomas Hobbes.

No Estado Natural prevalecia a igualdade entre as pessoas expressa em três planos: igualdade de fato, escassez de recursos e no direito sobre tudo.^[10] Esses três fatores não permitem a construção da superioridade de uma pessoa em relação a outra. A dúvida assim gerada impulsionava cada um dos integrantes do Estado de Natureza à constante vigilância e, na dúvida, ao ataque de um provável inimigo, porque projetava uma superioridade em potencial. Isso gera a “guerra de todos contra todos.”^[11] Para se locomover neste estado, cada pessoa emprega a razão, entendida como um cálculo dos meios necessários para sobreviver neste “mundo de iguais”, regido pela lei do mais forte.

Esta mesma razão abria o caminho para acessar a lei natural, responsável pela indicação dos caminhos a seguir para a implementação dos objetivos pretendidos, dentre os quais a busca pela paz. A lei natural era definida como “um ditame da reta razão sobre as coisas a fazer ou omitir para garantir-se, quanto possível, a preservação da vida e das partes do corpo.”[12] Ela contém, portanto, uma espécie de catálogo de conselhos prudenciais, desenvolvidos à própria sobrevivência do homem.[13] A prudência, nesse contexto, aponta para um saber prático que orienta a ação, procurando indicar uma resposta razoável para a indagação: como agir para atingir o fim visado que é a sobrevivência? A resposta e a ação estão focadas na preservação de determinados direitos naturais, onde a vida é o mais significativo.

A formação do Estado Civil, como um resultado da evolução do Estado de Natureza, está alicerçada na manifestação de vontade das pessoas, sem violência e por intermédio da concordância recíproca. Com isso, o Estado Civil apresenta-se como um Estado artificial, que se mostra como a “síntese de vontades”, onde a conotação propriamente política tem no consenso o princípio de sua legitimação.[14] Desta forma, haverá uma verdadeira submissão da vontade de todos à vontade daquele que os representa, e das suas decisões à sua decisão.

Neste Estado, o Direito (lei civil) encontra-se limitado à vontade estatal, pois cabe ao Estado determinar as condutas a serem observadas pela sociedade. O referido monopólio é justificado pela necessidade da manutenção da concórdia social que seria ameaçada se houvesse outro poder com tais características.

A lei natural e a lei civil formam uma única lei, já que uma está contida na outra. Como dito anteriormente, a lei natural representa apenas um conjunto de conselhos, que recebem verdadeiro caráter coercitivo após a instituição do Estado, momento em que se transformam em leis civis, mediante a interferência do soberano. Portanto, segundo Hobbes, “a lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e se chama civil, e a outra não é escrita e se chama natural.”[15] Ao soberano cabe a tarefa de dizer, por intermédio das leis civis, o que é justo e injusto, as quais representam “a execução coativa das leis naturais.”[16]

O “gigante Leviatã”, que foi idealizado por Hobbes, encontra um limite na sua atuação: o direito natural à vida é inalienável, já que o direito de defender-se não poderá ser transferido pelo homem através do pacto.[17] Com isso, nasce um limite ao poder soberano, a saber, o súdito tem o direito de resistir às ordens do Estado quando colocam em risco a vida do homem. O poder do Estado é preservado enquanto seja capaz de assegurar a proteção ao homem. Evidencia-se, desse modo, que o rompimento do dever de obedecer ao soberano não está alicerçado no abuso, mas no não-uso, isto é, não é o excesso, e sim a escassez de poder.[18]

As considerações assim sucintamente esboçadas[19] demonstram a localização do pensamento hobbesiano dentro dos contornos do jusnaturalismo, quando reconhece a existência do direito natural e em nível superior ao direito positivo; mas as suas idéias também se inserem no positivismo jurídico, tomando em consideração a forma como aborda essa superioridade. A função do direito natural é justificar a legitimidade e a obrigatoriedade do ordenamento jurídico positivo em seu conjunto, e não em cada norma individualmente considerada. Dessa forma, Hobbes enfatiza que o poder civil, na sua constituição, está fundado no direito natural, mas as normas separadas oriundas

desse poder não dependem mais do direito natural, mas apenas da autoridade do soberano.[20]

Com esses caracteres, verifica-se uma síntese do segundo modelo e o fortalecimento da dicotomia entre o direito natural e o direito positivo. No entanto, apesar disso, o elemento motivador subjacente à passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil é ainda o sofrimento das pessoas. A vida naquele, pela ausência de qualquer espécie de limitação externa às pessoas, gerava o sofrimento, como decorrência da constante guerra. Aí já se verifica a necessidade de uma autoridade legitimada para comandar a todos e fazer-se respeitar pela edição de normas de conduta comuns a todos, independente de sua força física. O nascimento dessa organização já carrega consigo um limite natural, ditado pelo respeito ao direito natural à vida. Quer dizer, esse direito aponta para o sofrimento e atrocidades anteriores e formam o contexto da experiência que norteou a estruturação do Estado e poder civis. A reunião desse aprendizado legado pela experiência mostra-se fundamental para a opção de mudança. No fundo, eram os humanos buscando normas comuns e, ao mesmo tempo, a preservação do direito natural à vida como um trunfo contra o não exercício da proteção estatal, um limitador para a sua atuação.

Por tudo isso, o pensamento hobbesiano é um marco importante na caminhada, especialmente na faceta positivista, onde mostra claramente o aspecto voluntarista da criação do Direito, que independe do conteúdo fornecido pelo direito natural. Essa possibilidade gera um fascínio nos detentores do poder, dada a grande possibilidade de criar normas obrigatórias para os outros, ligados exclusivamente à sua vontade. A única condição para o nascimento de novas normas jurídicas e a observância dos aspectos formais.

Entre as diversas características do direito natural encontram-se a imutabilidade; a universalidade; o acesso a ele, dependendo do período histórico, pela razão, intuição ou revelação e servir de elemento de qualificação do conteúdo das normas positivas, provocando uma aproximação entre norma e valor ou, mais especificamente, entre Direito e a Moral.[21] O mencionado fascínio gerou o esquecimento da experiência alcançada pela caminhada histórica que foi apresentada. Especialmente nos Séculos XIX e XX o único Direito reconhecido era o Direito Positivo, que tinha essa característica em atenção ao aspecto eminentemente formal. Vale dizer, o paradigma de qualificação do Direito Natural em relação ao Direito Positivo foi esquecido. O Direito deixou de ter a característica de qualificar as condutas, convertendo-se num “papel técnico-instrumental de gestão da sociedade ao permitir, proibir, comandar, estimular e desestimular comportamentos.”[22]

4 O ESQUECIMENTO DA TRADIÇÃO: A NÃO PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA E OS MARCOS HISTÓRICOS DE RETOMADA DOS DIREITOS NATURAIS-HUMANOS

O velamento do conteúdo em detrimento da forma na criação do Direito provoca, inevitavelmente, uma paralela onda de sofrimento às pessoas. E mais, com isso também era abandonada a experiência histórica iniciada, especialmente, a partir do povo grego. Tais movimentos provocam desvios e descontroles no exercício do poder político no

seio do Estado Civil. Assim, surgem movimentos que buscam resgatar o horizonte histórico esquecido e, ao mesmo tempo, denunciam atrocidades cometidas pelos representantes do Estado, violando, inclusive, o direito à vida. Essa não proteção legítima, de certa forma, a revolta e a revolução, pois constitui, no seu nascedouro, a única alternativa para o não cumprimento das normas de direito positivo.

Um desses marcos históricos foi a Declaração de independência dos Estados Unidos da América do Norte. Merece destaque que em 07/06/1776, a partir de um texto elaborado por Richard Henry Lee, houve a comunicação formal ao monarca inglês e a toda Grã-Bretanha da pretensão de independência das então colônias norte-americanas. No entanto, o texto da Declaração de independência foi aprovado pelo Congresso Americano em 04/07/1776, e que pretendia justificar a independência frente à humanidade. Esse documento nasce, ao lado de sua importância política para o desenvolvimento da soberania popular, como um marco de evidência de “direitos inerentes a todo ser humano, independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.”[23] O sofrimento, como um elemento que motiva e justifica as mudanças, aparece no texto aprovado pelo Congresso Americano:

(...) Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. (...) Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios. (...) Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, (...) revela o desígnio de submetê-los a um despotismo absoluto, é seu direito e seu dever livrar-se desse governo. (...) Tal foi o paciente sofrimento destas colônias. (...). [24]

Esse documento é o desaguadouro de todo o percurso histórico desenvolvido até o momento: o sofrimento como uma justificativa para as mudanças e a busca pela efetividade dos direitos naturais-humanos. Eles são auto-evidentes justamente pelo fato de não serem criados por nenhum documento. Pelo contrário, eles compõem o modo de ser das pessoas. Aí um nítido contorno de direitos naturais.

Vislumbra-se, de certa forma, a continuidade histórica da preocupação em proteger determinados direitos naturais, os quais, pelas características examinadas, não tem força para se fazer respeitar. Dessa forma, eles assumem o conteúdo dos Direitos Humanos e surgem nessa época na Declaração de Virgínia de 12 de junho de 1776 que representa o seu nascimento com essa denominação.

A confirmação dessa incorporação dos direitos naturais fica evidenciada no artigo primeiro deste documento quando refere a igualdade e a liberdade de todos os seres humanos, por sua natureza, os quais são titulares de certos direitos inatos que não podem ser renunciados por nenhum documento de organização pelo ingresso no estado de sociedade.[25] Isso é uma comprovação da hipótese lançada inicialmente de que os direitos humanos são uma decorrência histórica dos direitos naturais, os quais recebem tal categorização muito antes da Declaração de 1948.

Outro marco histórico é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Fica claro no seu preâmbulo o percurso histórico dos direitos naturais e as justificativas para que não se observem as normas positivas, pois “a ignorância, o descuido ou o

desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”. Lembrando a liberdade e a igualdade no artigo primeiro, refere expressamente no artigo segundo: “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. (...)”[26] O reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão nada mais é do que a confirmação expressa dos direitos naturais. Simone Goyard-Fabre confirma essa constatação: “a idéia dos direitos do homem não nasceu *ex nihilo* com a *Declaração* solene de 1789. Ela constitui mesmo um filosofema chave, no século XVII, na obra dos juristas da escola do direito natural; (...). Os direitos naturais de cada um necessitam da mediação do *direito* para adquirir um valor jurídico que não possuem por si só.”[27] A transformação dos direitos naturais em direitos humanos é uma decorrência histórica do seu crescente reconhecimento pelo Direito[28]. No imaginário das pessoas, sob a influência da onda do positivismo jurídico, os direitos (subjativos), aí incluídos os direitos naturais-humanos, foram recebendo uma gradativa valorização, mediante a inclusão nas Declarações que foram surgindo nesta época.

É necessário observar que a Declaração de 1789 reconheceu a liberdade e a igualdade. No entanto, a fraternidade não foi contemplada, inclusão que ocorreu em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos. O andar dos fatos e “o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens”[29], provocou uma evolução sem precedentes em direção à proteção dos direitos humanos. Esse caminhar abriu espaço para a inclusão – além dos dois valores já consagrados anteriormente – da fraternidade, depois reconhecida pela chamada “dignidade da pessoa humana”.

5 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O TERCEIRO MODELO: O DIREITO BUSCANDO SEU FUNDAMENTO AXIOLÓGICO

Os direitos humanos – como a expressão histórica dos direitos naturais – representam um espaço constantemente aberto à discussão e desenvolvimento de um conjunto de condições humanamente necessárias ao pleno desenvolvimento de homens e mulheres. Por isso, no seio da Carta das Nações Unidas, especificamente em seu artigo 55, são estabelecidas as diretrizes gerais para a elaboração de uma declaração universal, preocupada em possibilitar condições de estabilidade e bem-estar, “baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos”, ou seja, “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Este conteúdo da Carta das Nações Unidas está lastreado na memória das atrocidades e maldades cometidas pelos “humanos” contra os humanos. *Auschwitz* parece ser um exemplo para a consolidação do conjunto de fatos históricos que estão subjacentes à criação das Nações Unidas e, posteriormente, para a construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Reyes Mate refere algumas particularidades de *Auschwitz* destacando que as investidas realizadas neste espaço estavam preocupadas em apagar a própria memória, pois ali “não foi apenas uma gigantesca fábrica de morte, mas também um projeto de esquecimento. Tudo já estava pensado para que não ficasse nenhuma pista, por isso, todos tinham que morrer e os cadáveres deveriam ser queimados, os ossos moídos e logo aventados”.[30] Apesar desta tentativa, a memória

não se apagou por completo e continua viva, mesmo que tenha sido jogada ao vento, como se ele não fosse capaz de produzir ecos permanentes nas pessoas e gerações que se seguiram.

Dentro deste arcabouço e com o intuito de tais violências não se repitam, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprova o documento da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Durante esse período, o documento tem gerado polêmica, pois *recomenda* a observância de um conteúdo preocupado com o atendimento qualificado de condições humanamente necessárias. Assim, mesmo que seja uma recomendação, ela deverá ser tomada como se fosse uma ordem dada aos humanos para que haja um respeito mútuo. Além disso, que o gênero humano observe os parâmetros da Declaração como verdadeiro imperativo (na linguagem kantiana), preocupado em legitimar e validar as decisões que venham a ser tomadas. Tal situação foi percebida por Adorno quando apresenta a necessidade de um novo imperativo categórico a partir de Auschwitz: “Hitler impôs aos homens um novo imperativo categórico para seu atual estado de escravidão: o de orientar seu pensamento e sua ação de modo que Auschwitz não se repita, que não volte a ocorrer nada semelhante”.^[31] Adorno pretendeu com a incorporação própria do imperativo de Kant, criar uma espécie de barreira para que a situação de atrocidade não se repita, protegendo os humanos de suas próprias investidas anti-humanas. Este o papel da Declaração de 1948.

Cabe observar que dentro do paradigma positivista, onde muitos juristas ainda concebem o modo de fazer Direito, o documento parece não apresentar força vinculante, eis que apenas recomenda. Tal perspectiva é equivocada: “reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.”^[32] Esse é o modo mais razoável de compreensão da matéria e reflete a essência jusnaturalista, que comungando da mesma estrutura, não necessita de nenhuma norma objetiva para ser respeitada.

A Declaração de 1948 é uma síntese da universalidade dos direitos humanos, onde semelhanças e diferenças se associam em nome do gênero humano. Além disso, ela abriu o caminho para o desenvolvimento de outros documentos, voltados ao aprofundamento do seu propósito: “a este fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito* há que agregar a gradual superação de objeções clássicas como a pretensa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados, e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais.”^[33] A partir do documento de 1948, a matéria relativa aos direitos humanos provocou mudanças na atitude dos particulares, assim como nos representantes dos poderes públicos e dos Estados, que abriram espaço para a incorporação desse conteúdo.

O documento de 1948 também começou a fazer parte do modo de produção do Direito, especialmente a partir de uma construção hermenêutica preocupada em resolver razoavelmente os conflitos envolvendo humanos e assuntos correlatos. Ele passou a ser buscado como condição de validade de decisões judiciais não apenas no plano externo, mas também pelos tribunais dos Estados. O tema dos direitos humanos tem provocado uma verdadeira simbiose entre o Direito Internacional e o Direito Interno, onde o primado de um sobre o outro é colocado de lado, dando preferência pela norma que

melhor protege os direitos humanos, “da norma mais favorável às supostas vítimas.”[34]

A concepção sobre os direitos humanos, a qual, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade[35], é tão antiga quanto a própria história das civilizações, apresenta-se como a confirmação da hipótese inicial: a origem jusnaturalista dos direitos humanos. Tomando-se os pressupostos históricos examinados, é possível constatar a existência de direitos anteriores e independentes da estrutura do Estado. A caracterização da universalidade é fruto dessa origem jusnaturalista, surgindo com força especial na Declaração de 1948 e nos dois pactos de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Políticos. Ela também foi uma das marcas fundamentais das duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968 e Viena, 1993).

O conteúdo do citado artigo 55 da Carta das Nações Unidas retrata a universalidade dos direitos humanos. No entanto, além disso, abre caminho para outra caracterização, hoje correlato, a da chamada multiculturalidade. Não há direitos humanos na unidade. Pelo contrário, é a diversidade o verdadeiro espaço para o seu desenvolvimento. Tal preocupação está na essência dos diversos documentos relativos aos direitos humanos que surgiram especialmente a partir de 1948.

Nessa linha, merece destaque o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa[36], assinado em 29 de outubro de 2004, em Roma (esse documento é contestado por alguns países europeus). Esse documento refere em seu preâmbulo que a Europa está “unida na diversidade” e “oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos de cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir a grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana”. Ao lado da pretenciosa certeza assim esboçada, fica registrada uma flagrante discriminação: a Europa se apresenta como o único espaço geográfico onde as pessoas terão condições de viver melhor. Mostra a flagrante europeização, em detrimento dos outros povos e Estados, seja ocidentais ou orientais.

Ao lado disso, o preâmbulo do texto desta Constituição se inspira “no patrimônio cultural, religioso e humanista da Europa, de que se emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana”. Aqui fica registrada a construção jusnaturalista dos direitos humanos – embora parciais, pois inspirados apenas na Europa – da qual se mostrou a contextualização histórica. Outro aspecto relevante, e que conforta a idéia do sofrimento como o motor dos direitos humanos, refere-se ao convencimento “de que a Europa, agora reunida após dolorosas experiências, tenciona progredir na via da civilização, do progresso e da prosperidade a bem de todos os seus habitantes, incluindo os mais frágeis e os mais desprotegidos, (...)”. Aqui aparece o reconhecimento expresso do sofrimento e da experiência histórica que ela legou para o desenvolvimento de mecanismo à proteção dos direitos humanos.

Nesse cenário, cujo documento precursor completou em 2008 seus 60 anos, abre-se a possibilidade para o fortalecimento do terceiro modelo. Cabe observar que não é um modelo novo e com contornos inéditos. Trata-se de um arcabouço esquecido ao longo da construção da história recente, mas já conhecido pelos antigos, especialmente a história greco-romana. Ele é revisitado por John Mitchell Finnis: os direitos humanos

são sinônimos de direitos naturais e representam os direitos morais fundamentais e gerais ou direitos morais particulares ou concretos.[37] É o resgate da velha sabedoria grega, norteada pela razão prática na construção da resposta mais razoável para a satisfação dos requisitos peculiares de cada caso concreto.

A partir do princípio de que “todos têm direito à igualdade de consideração e respeito”, Finnis apresenta os bens humanos básicos[38] e os requisitos da razoabilidade prática[39] como a expressão dos direitos naturais-humanos. A partir desses dois conjuntos, torna-se possível a formulação de padrões morais gerais que representam os direitos humanos ou direitos naturais. Não se pensa em direitos humanos absolutos, mas em “aspectos do real bem-estar de indivíduos de carne e osso.”[40] Com a inclusão desses ingredientes, marca do terceiro modelo, o elemento substancial (de conteúdo) passa a ser preponderante sobre o instrumental (a forma). Além disso, as decisões sobre os direitos humanos deverão nortear-se pela razoabilidade prática a fim de apontar decisões adequadas e outras que não deverão ser praticadas, posto contrárias ao pleno florescimento humano.

Para dar conta das múltiplas facetas assim apresentadas, os direitos humanos passam a abrigar os direitos individuais e os sociais, econômicos e culturais devidamente harmonizados. “Esta concepção parte dos direitos humanos como uma unidade indivisível e busca o equilíbrio e a harmonização entre eles.”[41] A proposta de John Finnis deverá ser examinada em seu conjunto, formando uma unidade, onde se busca uma constante harmonização. O desafio que se desenha frente a esse quadro e o respeito ao multiculturalismo é o equilíbrio e a harmonização, a fim de serem respeitadas as diferenças regionais e locais. Isso se mostra, segundo Martín Riso Ferrand, ainda muito primitivo em termos latinoamericanos, onde prepondera um enfoque parcial, esquecendo-se da sua globalidade. No caso da Europa, a concepção sobre os direitos humanos já está mais preocupada com um sistema único e indivisível, graças a diversos fatos históricos: as duas guerras mundiais; a Guerra Fria e a divisão da Europa; o processo de consolidação continental originando a União Européia; a queda do império soviético, a divisão da URSS e a queda do muro de Berlim. Essa experiência produziu uma visão acerca dos direitos humanos mais sólida e um conteúdo especialmente relevante.

Já no espaço Latino-americano, os anos oitenta tiveram uma significativa importância, pois representaram o momento de substituição das ditaduras pelo modelo democrático. Com isso, ficaram evidenciadas as consequências violentas provocadas pelos regimes ditatoriais e as flagrantes violações dos direitos humanos.

Novamente fica marcado “que a associação dos direitos humanos com um passado mais ou menos recente, trágico e injusto, e sua formulação como um reclamo de justiça.”[42] O sofrimento surge como um elemento motivador para a mudança e a valorização do conteúdo dos direitos humanos. A falta de um horizonte histórico mais aprofundado provoca na América Latina uma visão muito centrada nas violações do passado. Com isso, são esquecidos alguns aspectos importantes, tais como: “(a) a visão global e total dos direitos humanos e b) a projeção sobre o presente e o futuro dos direitos humanos.”[43] A visão multicultural dos direitos humanos deverá aproximar as histórias da Europa e da América Latina, provocando um enriquecimento recíproco. Embora se tenha dois territórios distintos, com características peculiares, a preocupação

com os direitos humanos é única, eis que as pessoas são essencialmente iguais. Portanto, o projeto de sua efetivação passa pelo mesmo caminho.

Apesar dos seus 60 anos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reflete a ambiguidade da modernidade, que expressa os avanços e retrocessos em relação ao tema: eles surgem como uma resposta mais forte às atrocidades e violações cometidas, especialmente, a partir da Primeira Guerra Mundial e, “ao mesmo tempo, constituem-se em *ethos* político e jurídico de liberdade, que em sua universalidade e seu espírito emancipacionista,”[44] representam a marca característica desse período histórico. Apesar disso, é necessário evitar exageros na busca pela sua implementação efetiva e promover “a desistência de qualquer extrapolação ideológica progressista dos direitos humanos.”[45] Os exageros provocarão malefícios semelhantes aos experimentados nos diversos momentos em que os direitos humanos foram desconsiderados. Esse é o horizonte histórico projetado pela Declaração de 1948 e que deverá influenciar a caminhada da humanidade no século XXI, a fim de evitar as atrocidades e barbáries já cometidas pelos homens e mulheres contra seus semelhantes.

A universalidade e o multiculturalismo serão os dois orientadores para o desenvolvimento dos direitos humanos. No entanto, o perigo que ronda essa perspectiva é o imperialismo cultural, focado somente no lado ocidental e nele na Europa e os Estados Unidos da América. Existe uma forte tendência desse fenômeno, notadamente em termos latino-americanos. Muitas vezes a importação de comportamentos culturais europeus e norte-americanos se dá sem a devida precaução e adaptação (quando possível), como se fosse possível transplantar comportamentos e culturas de um lugar para outro sem dificuldades. Otfried Höffe alerta para o que ele chama de “europeização”, provocando um verdadeiro etnocentrismo. Isso já ocorreu em outros momentos históricos, tais como, na Antigüidade, o caso dos gregos e, mais tarde, dos romanos; já na era Moderna, com as potências colonizadoras.[46] Portanto, o desafio que se tem é a construção da efetiva identidade da universalidade dos direitos humanos. Vale dizer, cada pessoa, cada humano, é convocado a efetivar o que já existe há 60 anos: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não se trata de uma Declaração para o Ocidente. Pelo contrário, ela se diz “Universal”, isto é, sem distinção de nenhuma espécie. Entretanto, como a implementação e a gradativa conquista dos direitos humanos é movida pelo sofrimento, tudo indica que a americanização e a europeização representam no século XXI uma peculiar forma de tirania cultural, econômica, política e social (não necessariamente nessa ordem). Esses fenômenos representam uma sofisticada forma de violência, que gerará atrocidades de muitas espécies. Vislumbra-se, portanto, uma nova forma, muitas vezes velada, de sofrimento, cujo enfrentamento é um desafio coletivo (universal) para que se possa chegar a uma sociedade onde o elemento comum – as pessoas – seja respeitado na sua integralidade, sem considerações particulares.

Esse horizonte projetado para o hoje e o futuro deverá merecer a influência do contexto histórico e da experiência já vivenciada. Vale dizer, verificou-se a origem jusnaturalista dos direitos humanos e, com isso, o horizonte histórico necessário, mas não suficiente, para a condução dos humanos a um espaço temporal aonde cada pessoa venha a ter respeitado seus direitos mínimos por ser pessoa, independente de sua origem, raça, sexo, cor e credo. Não se pensa numa sociedade platônica, mas num contexto real e capaz de abrigar as pessoas com suas diferenças e semelhanças, onde a dignidade seja o princípio vetor.

CONCLUSÃO

O enlaçamento dos três modelos permite que se responda positivamente ao problema formulado inicialmente. Vale dizer: a concepção atual dos direitos humanos é uma decorrência histórica da expressão dos direitos naturais.

O gradativo desenvolvimento de cada um dos modelos mostra que os direitos humanos sempre procuraram proteger os direitos naturais, destacando-se o direito à vida e a dignidade humana. John Finnis mostra uma síntese dos modelos, destacando a necessidade de aliar o direito e a mora, a forma com o conteúdo.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 procurou refletir essa experiência histórica, a fim de evitar novos sofrimentos, como aqueles produzidos especialmente durante os dois grandes conflitos mundiais. Portanto, o sofrimento é o elemento motivador principal da fala dos direitos humanos.

No entanto, apesar disso, não foi ainda o elemento suficiente, pois muitos povos ainda são menosprezados por outros; muitas pessoas não têm respeitado a sua dignidade; as guerras (não mundiais, mas graves conflitos armados); a superioridade econômica de alguns Estados em detrimento da falta de recursos financeiros para o atendimento dos integrantes do bem comum de outros; as perseguições por motivos religiosos, raciais e culturais; a dicotomia entre o ocidente e o oriente. Tudo evidencia que os direitos naturais-humanos ainda têm um longo caminho a percorrer até que os humanos se dêem conta da necessidade de respeitar alguns limites.

A experiência histórica que desembocou na Declaração de 1948, mostrando algumas lições e sofrimentos, ainda não receberam a suficiente atribuição de sentido para gerar o aprendizado de não repetição de algumas condutas. O tempo ainda deverá continuar irradiando os efeitos, a fim de que se possa construir um espaço adequado para a efetividade dos direitos humanos. A racionalidade prática apresenta-se como uma possibilidade, a partir das contribuições de John Finnis, para trazer os direitos naturais na construção de suportes para a implantação dos direitos humanos.

E, além disto, é fundamental dar ouvidos à proposta do imperativo categórico apresentada por Adorno, dentro da sua forma de concebê-los. Vale dizer, os humanos devem olhar para a luz da tradição, ouvindo-lhe os ensinamentos, colocando em prática a aprendizagem, a fim de valorizarem cada pessoa pela sua dignidade. Nenhuma pessoa é uma coisa, por isso não tem preço. Cada ser humano tem na sua essência a dignidade. Quando as pessoas perceberem tal composição, estarão respeitando a humanidade de cada humano, independente de suas características físicas, sociais, culturais, econômicas ou políticas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. Negative Dialektik. Jargon der Eigentlichkeit. IN: *Gesammelte Schriften*. Frankfurt am Main: Druck Beck'sche Buchdruckerei, 1998, Band 6.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo; Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. 4. ed. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. 1. reimpres. São Paulo: Brasiliense, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOUZINAS, Costas. *O 'FIM' dos Direitos Humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

FERRAND, Martín Risso. Los derechos humanos como concepto mítico. IN: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, Parte II.

HOBBS, Thomas. *De Cive – Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Tradução de Miguel Angel Rodilla. Madrid: Tecnos, 1992.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpres. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz: atualidade e política*. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, vol. I.

[1] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, Parte II, § 47, p. 20.

[2] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

[3] *Ibidem*, p. 42.

[4] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001, 1180a.

[5] GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 75-6.

[6] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 39-40.

[7] LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 40.

[8] SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997, 450-455, p. 45.

- [9] SÓFOCLES. *Antígona*. 685-720, p. 54-5.
- [10] BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. 4. ed. Tradução de Carlos Néson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 34.
- [11] HOBBS, Thomas. *De Cive – Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 55.
- [12] Idem. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 113.
- [13] Conforme estudo preliminar desenvolvido por Miguel Angel Rodilla, inserido em HOBBS, Thomas. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Tradução de Miguel Angel Rodilla. Madrid: Tecnos, 1992, p. XVI.
- [14] BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. 1. reimpres. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 38-9.
- [15] HOBBS, Thomas. *Leviatã*, op. cit., p. 208-9.
- [16] BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, op. cit., p. 49.
- [17] HOBBS, Thomas. *Leviatã*, op. cit., p. 178.
- [18] BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo, op. cit., p. 51. Interessante observar a interpretação para essa postura dada por José Reinaldo de Lima Lopes: “apenas em nome da paz e da ordem (segurança) pode-se contestar a autoridade, ou seja, é quando a autoridade se torna incapaz de manter um mínimo de ordem que ela deixa de ser autoridade. Em poucas palavras, a perda de eficácia significa perda de legitimidade”. *O Direito na História*, op. cit., p. 192.
- [19] Para aprofundamento, sugere-se ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. 174p.
- [20] BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*, op. cit., p. 139-50.
- [21] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpres. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 35-6.
- [22] LAFER, Celso, op. cit., p. 47.
- [23] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 99-107.
- [24] Ibidem, p. 109.

[25] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 50.

[26] *Ibidem*, p. 158.

[27] GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XXX-XXXV.

[28] Sobre este tema, consultar: DOUZINAS, Costas. *O 'FIM' dos Direitos Humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. 417 p.

[29] COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 56-7.

[30] MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz: atualidade e política*. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p. 7.

[31] ADORNO, Theodor W. Negative Dialektik. Jargon der Eigentlichkeit. IN: *Gesammelte Schriften*. Frankfurt am Main: Druck Beck'sche Buchdruckerei, 1998, Band 6, p. 358.

[32] COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 226-7.

[33] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 637-8.

[34] *Ibidem*, p. 642.

[35] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, vol. I, p. 33-6.

[36] Jornal Oficial nº C 310 de 16 de dezembro de 2004, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C2004:310:0003:0010:PT:PDF>. Acesso em: 22 jan. 2009.

[37] FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 195-6.

[38] A vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade, a razoabilidade prática e a religião.

[39] Um plano coerente de vida, não dar preferência a valores e pessoas, eficiência dentro dos limites do bom senso, o bem comum.

[40] FINNIS, John Mitchell, op. cit., p. 219-20.

[41] FERRAND, Martín Risso. Los derechos humanos como concepto mítico. IN: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 143.

[42] Ibidem, p. 144-5.

[43] Ibidem, p. 145.

[44] BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo; Unisinos, 2000, p. 41.

[45] Ibidem, p. 47.

[46] HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 63-4.

PROCESSO E DEMOCRACIA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL REPRESSIVA E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: REPÚBLICA INACABADA?

PUBLIC CIVIL ACTION AS REPRESSIVE BASIC GUARANTEE AND THE BEGINNING OF THE SEPARATION OF BEING ABLE THEM: UNFINISHED REPUBLIC?

Alessandro Martins Prado

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a evolução do movimento neoconstitucionalista e neoprocessualista, com o conseqüente alargamento e politização da função jurisdicional do Estado e as conseqüências principalmente quanto aos fenômenos observados na análise cada vez maior do poder judiciário nos atos do poder legislativo e executivo, principalmente no tocante a implantação e manutenção dos fundamentos da República Federativa do Brasil, do Estado Democrático de Direito e do Estado Social, por meio, muitas vezes, de medidas processuais provocadas por ações civis públicas que chegam a cominar até mesmo na implantação de medidas público-administrativas, bem como, discutir ainda a premente e urgente necessidade de aperfeiçoamento de nossa Corte Guardiã do texto Constitucional, que exige o necessário desmembramento do poder judiciário para garantir assim, maior lisura e independência de seus membros.

PALAVRAS-CHAVES: NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The present work intends to argue the evolution of the neoconstitucionalista and neoprocessualista movement, with the consequent widening and politicalization of the jurisdictional function of the State and the consequences mainly how much to the phenomena observed in the analysis each bigger time of the judiciary power in the acts of the legislative and executive, mainly in regards to implantation and maintenance of the beddings of the Social State and Democratic State, Federative Republic of Brazil of Right, way, many times, of procedural measures provoked by public civil actions that threatening in the implantation of public-administrative measures, as well as, still arguing the pressing and urgent necessity arrive even though of perfectioning of ours Cut Guard of the Constitutional text, that demands the necessary dismemberment of the judiciary power to guarantee thus, greater smoothness and independence of its members.

KEYWORDS: (NEOCONSTITUCIONALISMO), (NEOPROCESSUALISMO), PUBLIC CIVIL ACTION AND CONSTITUTIONAL COURT.

1. Introdução

A evolução do constitucionalismo que propiciou o nascimento do princípio da separação dos poderes como forma de limitação dos poderes, através da fiscalização mútua entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, propiciou também o movimento neoconstitucional e neoprocessual.

Referidos movimentos, por sua vez, provocaram o ativismo jurisdicional, com a politização da jurisdição, surgindo acirradas discussões quanto à possível ofensa ao princípio da separação dos poderes com esta expansão do poder judiciário.

O combustível de referidas discussões são, principalmente, as interferências, cada vez mais freqüentes, do poder judiciário em face dos poderes legislativo e executivo, deixando assim, o poder judiciário de ser mera “boca da lei” como descreveu Montesquieu^[1], para assumir um papel de maior responsabilidade em garantir a permanência e implantação dos direitos sociais, no Estado Social.

Neste contexto, o uso da Ação Civil Pública como forma de reivindicação, reconhecimento e implantação dos direitos sociais passa a majorar cada vez mais o papel do poder judiciário, tanto na implantação de medidas públicas, quanto na fiscalização do trato com o dinheiro público.

Não obstante, essa interferência provocada pelo alargamento e politização da jurisdição, através, por exemplo, do uso da ação civil pública, acaba por majorar a importância do poder judiciário como fiscalizador dos mandamentos constitucionais, provocando outra grande discussão, qual seja, a criação, no Brasil, do Tribunal Constitucional, nos moldes do modelo europeu, onde o Tribunal Constitucional passa a ser o guardião da constituição, sem pertencer a qualquer um dos poderes da república (legislativo, executivo e judiciário).

Assim, demonstraremos que a evolução dos movimentos neoconstitucionais e neoprocessuais com o conseqüente alargamento da jurisdição constitucional, expõe de maneira enfática à urgente necessidade de se discutir a criação do Tribunal Constitucional no Brasil, como forma de aperfeiçoamento do regime republicano de governo aqui implantado.

2. A evolução dos movimentos constitucionais e o neoconstitucionalismo

O direito processual, assim como todos os ramos do direito, passou por grandes transformações com o movimento de constitucionalização do direito, até mesmo pela própria essência deste movimento, já que, passamos de um direito individualista, para

um direito coletivo, de modo que a tutela do direito coletivo e dos direitos metaindividuais passaram a ser motivo de preocupações com as influências do constitucionalismo e mais recentemente do chamado movimento neoconstitucionalista.

O constitucionalismo por sua vez, salienta CANOTILHO (2003, p.51), representa uma teoria que gravita em torno do princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos políticos e sociais de uma comunidade, de modo que o constitucionalismo moderno representa uma verdadeira técnica de limitação do poder com fins a garantir aqueles direitos.

Faz-se necessário iniciarmos nossos estudos através dos movimentos constitucionalistas já que representaram à mudança de paradigmas que influenciaram a compreensão da ciência em todos os seus níveis, do paradigma religioso ao jurídico, como bem lecionou CANOTILHO (2003, p.53), que todo esse processo de transição, entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno, foi, pouco a pouco, apresentando perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional. Dessa forma, é difícil compreender a idéia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neo-aristotélica centrado na noção do bem comum. A progressiva aceitação de “pactos de domínio” entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política por meio da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo que vem a se tornar a idéia moderna da República.

Nasce assim o neoconstitucionalismo, com dois marcos históricos especialmente relevantes para entendermos o movimento constitucionalista atual, que tão fortemente irá influenciar o direito processual.

O respeitado doutrinador Luis Roberto Barroso (2008, p.103), ensina que a reconstitucionalização da Europa ocorreu imediatamente após o fim da Segunda Grande Guerra, desenvolvendo-se ao longo da segunda metade do Século XX, enquanto que no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional ocorreu no ambiente de reconstitucionalização do País, por ocasião da discussão prévia, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988.

Faz-se necessário registrar, no entanto, que não foram apenas os acontecimentos históricos, principalmente a partir da metade do século XX, os únicos responsáveis pela evolução consistente do neoconstitucionalismo.

Barroso ensina, neste sentido, que é possível identificar três grandes marcos relacionados com a evolução do neoconstitucionalismo:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-

positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2008, p.113).

Neste sentido, é possível verificar que o cidadão oprimido, procurou, por meio de suas reivindicações, construir, ainda que lentamente, o reconhecimento dos direitos fundamentais e dos movimentos constitucionais, senão vejamos os preciosos ensinamentos de HABERLE:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma (2002, p.15).

Isso ocorre na medida em que é de conhecimento de todos que nenhum movimento, seja ele, social, cultural, religioso ou jurídico, está dissociado dos fatos históricos e culturais de seu tempo. Wilhelm Humboldt, citado por Korand Hesse leciona:

Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se. **Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se** (Humboldt apud HESSE, 1991, p.16) (Grifo nosso).

Neste mesmo diapasão, Peter Haberle, citado por Andreas J. KRELL (2002, p. 29), pactua do mesmo entendimento ao afirmar que a constituição de um Estado não é somente texto jurídico ou regulamento normativo, mas também expressão do seu desenvolvimento cultural, como meio de auto-afirmação cultural de seu povo (Haberle apud KRELL (2002, p. 29).

Todo esse movimento passa a irradiar enorme influência em todos os ramos do direito, inclusive o direito processual, que muito nos interessa neste ensaio, senão vejamos:

[...] a idéia de constitucionalismo do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, **cujo conteúdo material e axiológico se irradia,**

com forma normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO 2008, p. 114). (Grifo nosso).

Logo, com toda influência e vinculação das normas infraconstitucionais à norma constitucional, existente no movimento neoconstitucionalista, que surgiu na segunda metade do Século XX, foi possível assistir a disseminação do direito constitucional por todos os ramos do direito o que provocou por sua vez, o surgimento do Estado Social.

Neste diapasão, Agra registra:

Atualmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos tanto de forma subjetiva quanto, principalmente, na sua forma objetiva, no sentido de uma cominação vinculante para todos os poderes. A identificação dos direitos fundamentais de forma objetiva e subjetiva contribui para a construção de um Estado Social, que condiciona teleologicamente a jurisdição constitucional ao atendimento dessas prerrogativas dos cidadãos (AGRA, 2008, p. 496).

Neste mesmo sentido, demonstra ainda, BARROSO (2008, p. 129), que a fase atual do constitucionalismo é marcada pelo deslocamento da constituição para o centro do sistema jurídico-político, provocando o nascimento de um verdadeiro filtro axiológico pelo qual deve passar o direito.

Porém, o Estado Social, com o envolvimento do direito constitucional em todos os ramos do direito, não bastou para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, a previsão de direitos fundamentais, por si só, sem mecanismos que pudessem transformar a previsão de direito em efetivos direitos, ou seja, a materialização dos direitos fundamentais tornou-se o evidente desafio do neoconstitucionalismo.

Por sua vez, referido desafio passou a ser enfrentado com a instrumentalização do processo, que será um dos objetos de nosso estudo, convocando o poder judiciário, através da jurisdição a intervir cada vez mais na solução dos conflitos.

Quanto a essa nova função do Poder Judiciário Andreas J. Krell (2002, p. 94), citando Tércio Ferraz Jr. leciona que foi necessário que ocorresse um processo de desneutralização do poder judiciário, dotando o juiz de nova função sócio-terapêutica, liberando o magistrado do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva, impondo ao mesmo, uma responsabilidade prospectiva, relacionada com a viabilização das finalidades políticas das quais o juiz não mais poderá se livrar em nome do princípio da legalidade

Por sua vez, ensina Gregório Assagra de Almeida:

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o neoconstitucionalismo. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é pontencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual (2007, p. L) (Grifo nosso).

Fica, evidenciado a importância dos movimentos constitucionais, em especial o neoconstitucionalismo para o nascimento do que alguns autores, como Eduardo Cambi, passaram a denominar de neoprocessualismo, que teria o condão de unir as premissas fundamentais à relação da constituição com o processo e a necessária filtragem constitucional do direito infraconstitucional, o direito fundamental à ordem jurídica justa, o direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo, o direito fundamental à tutela jurisdicional, a instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais, a conciliação da instrumentalidade do processo com o garantismo constitucional (ALMEIDA, 2007, p. LI-LII).

2. Neoprocessualismo

O movimento neoprocessualista nasceu, evidentemente, da constitucionalização do direito, ou seja, dos movimentos constitucionais e conseqüentemente o neoconstitucionalismo, estudados, ainda que brevemente, no tópico anterior.

Superada toda a celeuma hermenêutica provocada pelo neoconstitucionalismo com o efetivo reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, surgiu um segundo problema tão ou mais desconcertante que o primeiro, qual seja, como transformar rol tão grande direitos fundamentais em efetivos direitos?, ou seja, como materializar ao cidadão o farto rol de direitos sociais e fundamentais?

Neste sentido, BOBBIO (2004, p. 46), assevera que o grande problema de nosso tempo, no que diz respeito aos direitos do homem, não mais se circunscreve em fundamentá-los, mas, sim, em protegê-los, vale dizer, pensar em meios capazes de assegurar a efetiva tutela de referidos direitos.

Neste diapasão é que iremos discutir o uso da ação civil pública como garantia fundamental repressiva e meio de imposição à implantação de medidas públicas administrativas.

2.1 Alicerces teóricos do movimento neoprocessualista

Nesta busca pela real efetividade dos direitos, o legislador constituinte tratou de cuidar da fixação de alguns alicerces teóricos do movimento neoprocessualista, podendo ser citado o ensinamento de Eduardo Cambi (2008, p. 24), que assim classifica referidos alicerces: Direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo, todos extraídos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, é notório que o Estado é o principal sujeito passivo dos direitos e garantias fundamentais, como bem lecionou Dimitri Dimoulis:

... o principal sujeito passivo dos direitos e garantias fundamentais é o poder estatal, incluindo-se nesse qualquer autoridade que exerce competências estatais, mesmo mediante concessão de serviço público ou permissão especial (2006, p. 112).

Desta forma, para buscar assegurar o respeito aos direitos fundamentais, o próprio legislador constituinte tratou de prever alguns remédios constitucionais, bem como algumas medidas processuais constitucionais que alguns autores denominam de “garantias fundamentais repressivas”, senão vejamos os ensinamentos de MORAES (2007, p.97):

Dentro desse enfoque, **o legislador constituinte referendou, como garantias fundamentais repressivas**, o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX) e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Mas o legislador constituinte de 1988 não se limitou a isso, foi mais longe. Ele ampliou o leque das garantias fundamentais repressivas, ao instituir o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII) (Grifo nosso).

Não obstante, assevera ainda MORAES (2007, p.97), que da mesma forma que os direitos fundamentais não são somente os encontrados no catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF), já que o meio ambiente, direito de terceira dimensão, está previsto no artigo 225, desta mesma forma, o rol de garantias fundamentais repressivas, instrumentos processuais constitucionais destinados a protegê-los e torná-los efetivos, não se restringe somente àquele constante do artigo 5º da CF. Referido dispositivo, conforme foi possível verificar, consagra aquelas garantias fundamentais repressivas que foram referendadas pelo legislador constituinte, bem como as novas. Desta forma, referido autor leciona que o rol dessas garantias, levando em conta a

análise de todo o texto constitucional, não se circunscreve somente ao mandado de segurança, ao *habeas corpus*, à ação popular, ao mandado de injunção, ao *habeas data* e ao mandado de segurança coletivo.

Bem, é exatamente neste ponto que queríamos chegar, qual seja, a ação civil pública como garantia fundamental repressiva, o que será objeto do próximo tópico.

3. Da ação civil pública

Antes de discutirmos o efeito da ação civil pública como garantia fundamental repressiva, cabe fazer uma breve exposição quanto a origem e desenvolvimento de referido instituto processual constitucional.

3.1. Destaque quanto ao modelo adotado pelo Brasil de tutela de direitos coletivos

Ensina ALMEIDA (2007, p.1), que o legislador brasileiro se inspirou no modelo norte-americano das *class actions*, já que os EUA possuíam vasta tradição no plano da proteção jurisdicional de direitos massificados, salientando o mesmo autor, no entanto, que o sistema jurídico brasileiro é filiado na família romano-germânica, à civil law, o que, acabou por provocar algumas dificuldades de adaptação daquele sistema norte americano ao brasileiro.

Não obstante, se houve alguma dificuldade de adaptação, é interessante observar que o sistema brasileiro de tutela dos interesses difusos e coletivos é um dos sistemas mais avançados do ordenamento jurídico mundial, o que até mesmo provoca intransponível obstáculo quanto à criação de um código de processo coletivo nos moldes em que foi sugerido por Antonio Gidi[2], senão vejamos:

Como o nosso sistema jurídico de tutela coletiva é um dos mais evoluídos do mundo e, por isso, não há, em relação a ele, paradigma nos países integrantes da civil law, torna-se fundamental uma construção teórica e prática própria e adequada para a realidade brasileira, o que deverá ser feito com responsabilidade para que sejam preservadas as nossas conquistas e não seja colocado em risco aquilo que hoje temos como exemplo para o mundo civilizado: um sistema de tutela jurídica coletiva (material e processual) extremamente avançado (ALMEIDA, 2007, p.02)

Esse avanço conquistado pelos juristas brasileiros pode até ser perdido caso nosso legislador não perceba essas qualidades supracitadas e venha a acolher cegamente, sem uma ampla discussão, a proposta de Gidi.

ZANETI JÚNIOR (2007, p. 44-45), acrescenta que o Brasil possui um diferencial positivo, já que o controle de constitucionalidade das leis brasileiras (sistema difuso e sistema concentrado), realizado por órgãos jurisdicionais, sem a influência da jurisdição administrativa ou da jurisdição de órgãos políticos como ocorre no sistema constitucional Francês (*Conseil Constitutionnel*), funcionando desta forma através de um sistema de formatação constitucional híbrido[3], proporciona ao juiz capacidade de suprir a falta de lei que coloque em risco o respeito aos direitos fundamentais, fazendo do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade, sendo possível utilizar a ação civil pública na defesa daqueles direitos.

3.2 Origem e desenvolvimento da Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública teve origem no Brasil com a Lei nº 7.347/85 (LACP), provocando, a partir de então uma verdadeira mudança no sistema jurídico brasileiro, podendo ser destacado em especial três grandes momentos da coletivização do processo no Brasil.

O primeiro grande momento, como ensina ALMEIDA (2007, p.18), foi exatamente a lei nº 7.347, de 24/07/1985, que foi considerada um divisor de águas quanto à tutela jurisdicional dos interesses e direitos coletivos no Brasil.

Por sua vez o segundo grande momento ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

A partir da Constituição Federal de 1988, surge o mais importante e significativo momento histórico da Tutela Coletiva no Brasil.

A CF/88, rompendo com o sistema da tutela jurídica individualista, consagrou no Brasil um novo sistema jurídico, que é aberto (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (art. 1º - princípio democrático) e de tutela jurídica ampla ou irrestrita (art.5º, XXXV, da CF), seja em relação aos direitos individuais, seja em relação aos direitos massificados (coletivos em geral).

O último dispositivo constitucional ainda rompeu com o sistema da taxatividade do objeto material da ação civil pública ao fixar o princípio da não-taxatividade de seu objeto material (ALMEIDA, 2007, p. 19).

É importante destacar desta forma, que o legislador constituinte de 1988 conseguiu imprimir notável avanço na tutela dos direitos fundamentais, notadamente, no caso em análise, os interesses individuais homogêneos e coletivos.

Por fim, o terceiro grande momento, como leciona ALMEIDA (2007, p19-20), ocorreu com o advento da Lei nº 8.078, de 11/09/1990, lei denominada de Código de Defesa do Consumidor, em razão de inserir na LACP o artigo 21, criando desta forma um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, o qual decorre da completa interação entre a parte processual do CDC e a LACP. Esclarece assim, referido autor que a aplicabilidade entre o Código de Defesa do Consumidor, a parte processual, e a Lei de Ação Civil Pública, não é subsidiária, mas integrada, nos termos do artigo 90 do CDC e artigo 21 da LACP.

Estes três momentos relacionados intimamente com a Ação Civil Pública, foram capazes de criar no Brasil, um microsistema de tutela jurisdicional coletivo comum, que representa um avanço à tutela destes direitos sem precedentes no ordenamento jurídico como um todo, inclusive sendo reconhecidamente mais avançado do que o modelo europeu ou o norte americano, como já mencionado.

3.3. Natureza jurídica da ação civil pública

A natureza jurídica da ação civil pública poderá ser, segundo ensinamentos de ALMEIDA (2007, p.43-47), de garantia constitucional, nos termos do artigo 129, inciso III da CF; de natureza processual, podendo, de acordo com o pedido, a ação civil pública ser de conhecimento (acertamento), de execução (efetivação), cautelar (assecuratória) ou sincrética (conhecimento e execução), sem se esquecer do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva[4]; quanto ao plano processual de procedimento, poderá seguir o rito ordinário, sumário, ou qualquer procedimento especial adequado, isso quando se tratar de ação civil pública de conhecimento, quando se tratar de ação civil pública de natureza executiva ou cautelar, aplicam-se os procedimentos previstos no CPC; no plano processual de provimento jurisdicional, poderá ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, podendo ser ainda de provimento cautelar executivo; no plano dos direitos tuteláveis, a ação civil pública deve ser vista como espécie do gênero ação coletiva, já que se destina à tutela dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos); no plano da função preventiva ou repressiva da tutela jurisdicional, a ação civil pública poderá ser ajuizada para a tutela tanto preventiva quanto repressiva dos direitos ou interesses coletivos em geral.

Para nosso estudo, se destaca sobremaneira a natureza jurídica da ação civil pública relacionada à tutela jurisdicional repressiva, que será objeto de nosso próximo item.

3.3.1 Da ação civil pública como garantia fundamental repressiva

Sustenta MORAES (2007, p.97), que a ação civil pública, como instrumento processual que é, destinado a tutelar interesses e direitos individuais indisponíveis, coletivos *lato sensu*, a ordem econômica e o regime democrático de direito, também deve ser tida como uma das garantias processuais constitucionais repressivas dos direitos fundamentais, conforme a previsão constante nos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal.

Neste mesmo diapasão, leciona ALMEIDA, quanto ao objeto material da ação civil pública:

Abrange todo pedido de proteção preventiva ou repressiva pela via jurisdicional dos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, sem prejuízo do cabimento de outras formas de tutelas jurisdicionais, coletivas previstas, tais como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) e a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF) (2007, p. 53).

Levando-se em conta este prisma, a ação civil pública pode ser inserida no rol de ação processual constitucional repressiva, apta para tutelar direitos fundamentais sempre que estes tiverem sido violados em sua dimensão coletiva *lato sensu* ou quando a violação infringir direito individual indisponível, figurando neste último caso o ente estatal como infrator, conforme esclarece MORAES:

Com isso, a ação civil pública, em face do ordenamento constitucional brasileiro (arts. 127, caput, e 129, III), afirma-se também como garantia fundamental repressiva apta a tutelar direitos fundamentais, quando eles tiverem sido violados na sua dimensão coletiva *lato sensu*, independentemente de quem tenha sido o infrator; ou quando se tratar de interesse individual indisponível, o que ocorre nas relações estabelecidas entre uma pessoa e o Estado, como pessoa jurídica de direito público interno, quer ainda por suas autoridades ou pessoas que desempenham atividades mediante concessão do serviço público ou permissão, casos em que se verifica o denominado efeito vertical, decorrente da relação estabelecida entre uma pessoa física (ente inferior) e o Estado, *lato sensu* (ente superior) (2006, p. 100).

Esclarece ainda MORAES (2006, p.100), que a ação civil pública, com esse enfoque, se destina não somente a tutelar os direitos fundamentais em sentido formal como também os direitos fundamentais em sentido material, sendo que, qualquer restrição quanto a este entendimento, significaria ignorar o fato de a Constituição brasileira reconhecer ambos como direitos fundamentais (art. 5º, § 2º).

Por sua vez, ALMEIDA (2007, p. 57) assevera:

O inciso IV do artigo 1º, da Lei nº 7.347/85, acrescentado pelo artigo 110 da Lei 8.078/90, ao estabelecer que outros interesses difusos ou coletivos poderão ser tutelados pela ação civil pública, deixa claro que seu objeto material é amplo, não se admitindo interpretação limitadora que vise implantar ou revigorar o combatido sistema da taxatividade, originariamente implantado na LACP.

Salienta ainda, MORAES (2006, p. 101) que qualquer norma infraconstitucional ou emenda à constituição que venha vedar a utilização de ação civil pública para tutelar direitos fundamentais, quer sejam eles inseridos no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, ou situados fora dele, referida normatização restritiva deverá ser considerada inconstitucional, à luz do que preceitua o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

Assim, até mesmo a celeuma, quanto à implantação de políticas públicas através da ação civil pública deve ser considerada resolvida diante do princípio da não taxatividade, e, principalmente, em razão do princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, senão vejamos:

O ajuizamento de ação civil pública para a implementação de políticas públicas possui fundamentação expressa na Constituição, conforme se extrai do seu art. 129, II e III. O art. 5º, XXXV, da CF, ao consagrar o princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, também ampara esse tipo de intervenção judicial (AMEIDA, 2007, p.58).

Acrescenta ainda Almeida, completando o raciocínio aqui apresentado, (2007, p.59):

Nesse contexto, o Poder judiciário no Brasil também deve obediência aos comandos do art. 3º da CF (I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;...III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais ...), os quais não formam uma mera carta de intenção, mas, como está no próprio texto constitucional, são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da qual o Poder Judiciário é

Instituição fundamental. São objetivos constitucionais fundamentais que adquirem intensa dose de juridicidade e conflituosidade, na medida em que são conduzidos à apreciação do Poder Judiciário, que deles não pode fugir por imposição constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/88), por intermédio, especialmente, das ações coletivas, tais como a ação civil pública, a ação popular, etc. (ALMEIDA, 2007, p.59).

Não resta dúvida, como podemos ver, quanto a legitimidade do uso da ação civil pública na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, o que passa a ser discutido agora é se essa jurisdição politizada estaria ou não agredindo o princípio da separação dos poderes, o que será objeto do próximo tópico.

Neste mesmo diapasão, assim se manifesta ALEXY (2006, p.545):

No centro do longo e árduo debate acerca da jurisdição constitucional encontra-se o problema do equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador. Uma solução perfeita existiria em um sistema de regras que fornecesse, em cada caso, uma única resposta à pergunta sobre se o tribunal extrapolou, ou não, sua competência nos casos em que, de alguma forma, tenha agido contra o legislador. No entanto, não apenas não se pode contar atualmente com uma solução deste tipo, como também é possível indagar, tendo em vista o enraizamento do problema em questões fundamentais, se existe alguma possibilidade de tal solução ser algum dia possível. De qualquer forma, uma coisa parece certa: fórmulas gerais como *judicial self restraint* não ajudam muito. Necessária é uma solução diferenciada. Quando, na decisão sobre congestão, no que diz respeito ao controle dos prognósticos do legislador, o Tribunal Constitucional Federal distingue entre um “controle por evidência”, um “controle de plausibilidade” e um “controle intensivo de conteúdo”, ele corretamente expressa a direção a ser seguida na busca da solução.

Por sua vez, PORTO (2006, p.235) leciona que a “soberania complexa”, ao combinar representação política (eleitoral) e funcional (constitucional ou legal), seria uma forma excelente de expandir a participação e a influência da sociedade no processo político através de todos os meios disponíveis, entre eles, o Sistema de Justiça. A implantação de referido sistema equivaleria à implantação de mecanismos de democracia direta, presentes na idéia de comunidade de intérpretes da Constituição[5], que influenciou a Constituição brasileira de 1988, a qual prevê a participação da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle de constitucionalidade das leis e na defesa dos direitos transindividuais, através, inclusive, da ampliação dos legitimados ativos ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme art. 103 CF/88.

4. Da falácia da ofensa ao princípio da separação dos poderes e o ativismo jurisdicional provocado pelas ações coletivas, em especial a ação civil pública

De antemão, adiantamos que temos forte posicionamento no sentido de que não existe a colisão apregoada por alguns autores, de modo que utilizaremos de um grande rol de renomados juristas para defender essa assertiva, qual seja, não existência de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Na verdade, Montesquieu, criador do princípio em discussão, pelo menos no que diz respeito aos poderes legislativo, executivo e judiciário, não admitia a existência de interferência do poder judiciário nos demais poderes, senão vejamos:

O papel do Judiciário é modesto politicamente por duas razões.

Primeira. Não se concebe o Judiciário posicionar-se no sentido de frear, embaraçar outro Poder (...)

Segunda. O Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, leis elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, mas inteiramente à revelia dele, Judiciário. **O Judiciário é a boca que pronuncia as palavras da lei** (MONTESQUIEU, 1994, p. 26). (Grifos nossos)

A respeito deste entendimento, leciona TAVARES (2005, p. 166), que Montesquieu assume uma concepção iluminista de lei e uma idéia mecanicista de função judicial que não tolerava a intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes.

Não obstante, Hans Kelsen assevera que o argumento da ofensa ao princípio da separação dos poderes através do neoprocessualismo se trata de uma contradição inaceitável, senão vejamos:

Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. **Se devemos dar ao termo “política”, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a “jurisdição”, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como “exercício do poder” (em contraposição a um “exercício de direito”)** (2003, p.250) (Grifo nosso).

Aliás, vale destacar que a consagração do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo moderno teve mesmo berço político-filosófico:

Em nossa opinião, a separação dos poderes configurou-se institucionalmente somente no Estado constitucional moderno. Trata-se de um elemento do constitucionalismo, cujas etapas iniciais podem ser encontradas na organização político-constitucional dos Estados Unidos da América e da França pós-revolucionária (DIMOULIS, 2008, p.147).

Isso se explica até mesmo em razão do objeto do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo, já que, ambos possuem a função de preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência “absolutista” de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoa (DIMOULIS, 2008, p.144).

Por sua vez, acrescenta TELES (2008, p.229), as garantias das condições democráticas de um Estado, com o asseguramento da efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, são as bases primeiras da legitimidade de um tribunal constitucional, que passa a ser o guardião da coerência dos princípios constitucionais e da eficácia social da Constituição, quer dizer, da sua efetividade.

Ademais, vale destacar que os tribunais constitucionais realizando o papel que se convencionou chamar de “ativismo jurisdicional” não estão usurpando função do poder executivo, como argumenta os autores contrários ao presente modelo, mas tão somente, estão defendendo a eficácia da constituição, senão vejamos:

Ao contrário de diversos autores que postulam que as decisões judiciais não podem obrigar a concretização de direitos sociais, mesmo que contidos na Constituição, adota-se neste trabalho a premissa de que o Supremo Tribunal Federal tem obrigação de velar pelo cumprimento de todos os mandamentos contidos na Constituição de 1988, principalmente dos direitos sociais. **Dessa forma, não se estaria transferindo a competência de realizar as políticas públicas para o Judiciário, mas defendendo a eficácia da constituição** (AGRA, 2008, p. 506/507) (Grifo nosso).

Mesmo porque, admitir opiniões contrárias a primazia da jurisdição constitucional poderia colocar em risco o sistema político estabelecido exatamente pelo princípio da separação dos poderes, como muito bem esclarece o iminente doutrinador Roger Stiefelmann Leal:

A primazia da jurisdição constitucional em face dos demais poderes do Estado é realidade incontestável, não só no sistema político brasileiro, mas em vários países. (...) Tolerar a insubordinação dos demais poderes contra a interpretação constitucional firmada pelo guarda da Constituição, ainda que acompanhada de novas medidas que, outrora, não faziam parte das prerrogativas inerentes à jurisdição constitucional, é fazer ruir o sistema político estabelecido. Enquanto a jurisdição constitucional preponderar no

arranjo político-institucional dos poderes, deve prevalecer o efeito vinculante... (2006, p.192).

KRELL (2002, p. 70), assevera ainda que as condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no início do século XXI não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas sim um desenvolvimento robusto, firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Constituição Federal de 1988, de modo que no Brasil, o Poder Público tem necessariamente um outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente superior ao nosso.

Por fim, SAMPAIO JÚNIOR (2008, p. 98), registra que a judicialização da política é uma realidade mundial, reflexo natural do surgimento das constituições escritas e sua vinculação à todos os ramos do direito no Estado Democrático. Neste sentido, ensina ainda referido autor que não há como pensar em um país que tenha positivado os direitos humanos, estabelecidos na Declaração Universal de Direitos do Homem, trazendo-os agora como fundamentais, sem que se perquirira sobre a imanente atuação do Poder Judiciário em todas as arenas, inclusive políticas.

BARROSO, por sua vez, faz posicionamento digno de nota:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. **Nele se condensam algumas das grandes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância** e – quem sabe? – até felicidade. O ideal constitucional e a doutrina democrática forneceram energia e inspiração que ajudaram a reconstruir países devastados pelo nazismo e pelo fascismo, a superar projetos socialistas autoritários e a derrotar as ditaduras civis na Europa e militares na América Latina e África. **No Brasil, o florescimento de um sentimento constitucional proporcionou-nos o mais longo período de estabilidade institucional desde a Independência, vencendo um passado de golpismo e de quebras da legalidade** (2007, p.400) (grifos nossos).

Neste mesmo diapasão, CAPPELLETTI (1999, p.41), preleciona:

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, freqüentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas legitimadas.

E referido autor completa seu raciocínio com magistral facilidade de ensinar dos grandes mestres, senão vejamos:

É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou “*self-executing*”, de tais leis ou direitos programáticos. Sobre isso aprendemos alguma coisa na Itália, especialmente entre 1948 e 1956, ou seja, nos anos entre a entrada em vigor da Constituição e a criação da Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1999, p. 42-43).

Desta forma, se não há dúvida que o constitucionalismo é um fenômeno mundial, denominado por CAPPELLETTI (1999, p. 34), um “fenômeno que gravou profunda marca em nossa época”, é certo ainda que as discussões quanto a necessidade de se criar um Tribunal Constitucional no Brasil ainda são tímidas, o que iremos verificar no próximo tópico.

5. República inacabada: pela criação de um tribunal constitucional no Brasil

Como podemos verificar o neoconstitucionalismo e, por conseqüência, o movimento neoprocessualismo desencadeado e perceptível pela expansão constitucional jurisdicional, na verdade, são elementos fundamentais para assegurar a limitação entre os poderes, barrando ações dos poderes, legislativos e principalmente executivo, que desrespeitem a Carta Magna, sendo imprescindível, neste sentido, para manter, ou até mesmo restabelecer o equilíbrio entre os poderes e a sobrevivência do regime democrático de governo baseado no republicanismo.

Neste sentido, o emérito doutrinador BARROSO (2009, p.390-391), demonstra a importância do fortalecimento das cortes constitucionais:

O papel do judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo

voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. **Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade constitucional.** (Grifo nosso)

Referido autor, como podemos ver, faz questão de destacar a importância do fortalecimento dos tribunais constitucionais inclusive, demonstrando a sua função de mediador de conflitos entre os poderes da república, além de salvaguardar os valores fundamentais e, principalmente, assegurar a estabilidade constitucional, o que, diga-se de passagem, o Brasil já provou ser capaz de fazê-lo com o sistema constitucional implantado com a Carga Magna de 1988.

5.1 Da legitimidade do Tribunal Constitucional

Quanto à legitimidade democrática da Corte Constitucional, SARLET (2001, p. 14-15), apresenta apontamentos dignos de nota:

(...) quanto maior a legitimação democrática da Corte Constitucional, maior também o respeito pela autoridade de suas decisões por parte dos demais órgãos estatais. Muito embora a legitimidade das decisões judiciais (também em sede de controle de constitucionalidade) não possa – nem deva – ser restringida a um problema de composição e recrutamento dos Juízes que integram a Corte Constitucional por meio de mecanismos democráticos, sob um prisma meramente organizacional e procedimental, não há como desconsiderar que tal aspecto constitui ingrediente importante e, por vezes, decisivo.

Por sua vez, Paulo Bonavides, com a excelência e facilidade didática que lhe é peculiar, ensina que o “Governo de Princípios” implantado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 pode ser visto como uma revolução de legitimidade, senão vejamos:

A Carta brasileira de 1988 possui um potencial normativo de reforma que o constituinte derivado, com arrimo em vários artigos da Lei Maior, se acha capacitado a empregar, desenvolver, ampliar e aperfeiçoar. E o fará por meio do poder de emenda, ou seja, no direito positivo do Brasil, pela via instrumental do art. 60.

(...) a cidadania no poder, a soberania permanente do povo, o governo dos princípios, a revolução da legitimidade, que é na idade contemporânea a revolução da democracia (2008, p.215).

Por sua vez TAVARES (1998, p. 113), leciona que as discussões quanto à legitimidade da jurisdição constitucional perderam certa importância, senão vejamos:

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional e com ela do Tribunal Constitucional como órgão máximo a exercê-la, perdeu muito de seu caráter controverso. Assume maior relevância, hoje, a questão do sentido alcance, extensão e limites da justiça constitucional.

É importante registrar que a questão da legitimidade propriamente dita da jurisdição constitucional, ou do tribunal constitucional, realmente perdeu certa importância com o movimento neoconstitucionalista.

Não obstante, apresentaremos agora alguns argumentos, que acreditamos robustos, para tentar convencer definitivamente quanto a legitimidade do Tribunal Constitucional, bem como, demonstrar os caminhos que levaram a politização da jurisdição com os movimentos constitucionais recentes.

Neste sentido, CAPPELLETTI, apresenta argumento irrefutável quanto às disfunções do poder legislativo, e até mesmo, do poder administrativo:

Certamente, o declínio da confiança nos parlamentares constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países; em certa medida porém, constitui elemento característico de todo mundo ocidental.

De outro lado, causou problemas não menos sérios também a emergência do estado administrativo. **Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de “tutela” paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática,** exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão. Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata exatamente dos temas da “solidão na multidão”, tomamos de escaldante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o “estado social”, o *État providence* ou

welfare state, terminou por lavrar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral, com os seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite, à droga e ao terrorismo (1999, p. 45).

A lição de mencionado autor demonstram o desgaste do poder legislativo desacreditado, e por sua vez o do poder administrativo, mergulhado na burocracia, ambos os poderes incapazes de cumprir devidamente com suas funções.

Argumenta ainda o mesmo autor:

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, **cada um deles relevando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo**, chamado a intervir ou “a interferir” em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; **de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo.**

As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos (...) **Pelo fato de que “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui aspecto dessa nova responsabilidade.** (...) E um aspecto dessas novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e freqüentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do exercício de e de seus derivados(CAPPELLETTI, 1999, p.45).

Mauro Cappelletti ensina ainda quanto a necessidade do poder judiciário se impor, realmente como um terceiro poder, atuante, a exemplo do tribunal constitucional dos Estados Unidos da América, como única forma de garantir o respeito da constituição e o desenvolvimento do Estado Social, senão vejamos:

Na verdade, talvez com a só exceção do Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essa nova e pesada responsabilidade. **Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas forma acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes:** a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou **b) elevar-se ao nível dos outros poderes,**

tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador (CAPPELLETTI, 1999, p. 46-47) (Grifo nosso).

TAVARES (2005, p. 501), ensina que a legitimidade do Tribunal Constitucional está, indiscutivelmente, na vontade majoritária representada pelo constituinte que formulou o texto constitucional, senão vejamos:

Portanto, na expressividade de uma Constituição é possível vislumbrar a presença de uma justificativa democrática do Tribunal Constitucional. Sua atividade superior como decorrência da própria superioridade da Constituição agrega-se ao primeiro elemento. Essa tese, incontestável é certo, contudo, há de ser complementada. Para além dos esforços envidados pelos autores mencionados, deve-se proceder ao estudo mais profundo do próprio significado de uma legitimidade democrática ancorada no princípio majoritário. É que ambos os argumentos apresentados definem-se a partir do princípio majoritário. Em outras palavras, o Tribunal seria legítimo porque assim desejou a vontade majoritária explicitada na Constituição (primeiro argumento), legitimidade reforçada na medida em que esse Tribunal atuará apenas a vontade, também majoritária, explicitada na Constituição, contra as vontades inferiores que lhe contrariem (segundo argumento).

Superada a questão da politização da justiça e conseqüente legitimidade de um Tribunal Constitucional que se apresenta de forma indiscutível diante da evolução dos processos conhecidos como neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cabe, nesta altura de nossas reflexões, demonstrar a necessidade de criação de uma Corte Constitucional no Brasil, o que viremos no próximo tópico.

5.2 Pela criação do Tribunal Constitucional no Brasil

Dimitri Dimoulis (2008, p.33), leciona:

No Brasil, a recente doutrina constitucional jusfilosófica mostram particular otimismo em relação ao potencial do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão apresentado como o principal (se não único) guardião da Constituição com argumentos abstratos. Contudo, um estudo empírico-“performativo” de atividade decisória desse Tribunal demonstraria com facilidade o apego a formalismo que impedem a tomada de decisões de mérito e a ausência de elaborações dogmáticas abrangentes e consistentes. **Isso permite criticar a atuação concreta do Supremo Tribunal Federal com**

eminente (e individualmente) política, como bem observa uma parte minoritária da doutrina.

BONAVIDES (2008, p.213-214), demonstra que a preocupação de Dimoulis é realmente fonte de grande perturbação:

Não se compreende, nesta altura da evolução jurídica do País, que um órgão, que tudo vai julgar pelo prisma da legitimidade, chave do novo Direito Constitucional assentado sobre princípios, e da Nova Hemenêutica que trocou a subsunção dos dedutivistas pela ponderação dos indutivistas, seja ele mesmo, **como é o caso do Supremo Tribunal Federal, um órgão de legitimidade não raro questionada, em virtude da raiz política na escolha e nomeação de seus membros.**

Com efeito, isso se configura de extrema gravidade, porquanto o questionamento não entende unicamente com os que compõem a Corte, atados por laços umbilicais de gratidão ao poder pessoal do presidente que os nomeou, senão que afeta a legitimidade mesma do Tribunal, como órgão supremo de um dos Poderes (grifos nosso).

Ensina ainda BONAVIDES (2008, p. 214), que é exatamente o fato de haver esses “laços umbilicais” entre o representante do poder executivo e os membros da Corte revisora, que tornam nosso Supremo Tribunal Federal fraco, de legitimidade duramente criticada, que por sua vez, provoca o surgimento de uma crise institucional no âmbito dos poderes de nossa república.

RAMOS, por sua vez, alerta para a questão que denominou de “déficit decisório”:

A transformação do Supremo em Corte Constitucional de feições européias, isto é, detentora do monopólio do controle de constitucionalidade em nível federal e dedicada, com exclusividade, à jurisdição constitucional, é a chave para a solução do grave problema de carga com que tem se defrontado, crescentemente, de uns tempos a esta parte. Fora aqueles casos que se compreendem em um conceito lato de jurisdição constitucional, como o julgamento de elevadas autoridades da República pela prática de crimes comuns ou de responsabilidade ou de conflitos que possam sim afetar gravemente a coesão federativa, o Supremo Tribunal não deve julgar causas e sim questões de constitucionalidade, inclusive as que envolvam a avaliação da recepção do direito pré-constitucional. **Enquanto não se despir a nossa mais alta Corte das características de derradeira instância recursal, mediante eliminação ou profunda reformulação do recurso extraordinário, bem além de fórmulas paliativas com as da repercussão geral, não se equacionará a questão do déficit decisório**, que incomoda a todos os que a prezam como um dos mais importantes legados do Brasil republicano (2009, p.161) (grifos nosso).

Ramos sugere, como pôde ser visto, a transformação do STF em Corte constitucional nos moldes das cortes européias, ou que pelo menos, se encontre meios de diminuir a carga excessiva de julgamentos a que é imposta a nossa Corte Suprema, para que possa assim, diminuir o que chamou de “déficit decisório”.

BONAVIDES (2008, p. 214), vai além:

Não já, por conseqüência, mais alternativa para uma instituição colocada no aperto de tamanha ambigüidade senão postular a criação e inserção, mediante reforma judicial do sistema, de um Tribunal exclusivamente devotado à função de guardar a Lei Maior. Tarefa em que obviamente malograram já os autores da Carta promulgada em 1988, os quais produziram, em verdade, um tribunal bicéfalo: cabeça de Poder Judiciário e, a um tempo, como se isto fora possível na lógica do regime, cabeça de todos os Poderes da República.

Assim, com a grande facilidade que lhe é peculiar, Bonavides demonstra de forma inquestionável a necessidade de se criar no Brasil um Tribunal Constitucional que não tenha qualquer dependência com os poderes legislativo, executivo e judiciário, ou seja, a criação de um Tribunal no Brasil no modelo do Europeu, que não só não possui vínculo de dependência com os demais poderes, mas que se apresenta acima dos poderes da República podendo efetivamente cumprir com seu papel de guardião da Constituição sem risco de sofrer pressões políticas de qualquer dos poderes, em especial, dos poderes: legislativo e executivo.

É importante observar que países vizinhos, como a Bolívia, já implantaram seu Tribunal Constitucional, com grande sucesso na percepção de suas funções, senão vejamos a lição de SANTIVANEZ (2001, p.62):

Está claro que El Tribunal Constitucional de Bolívia há comprendido que su papel fundamental es el de preservar a orden constitucional, como base esencial Del régimen democrático y la convivencia pacífica, el reguardo y protección de los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno de los mismos y el control Del ejercicio Del poder político para el mismo se efectúe em el marco del equilibrio que garantice la paz social, todo ello em la búsqueda de la consolidación del Estado Social de Derecho. Pero también há comprendido que el cumplimiento efectivo de su papel implica que deberá desarrollar uma verdadeira teoria y doutrina constitucional a partir de uma adecuada interpretación de la Constitución, así como de las demás disposiciones constitucionales a partir del texto constitucional. En suma, se trata de una labor de pedagogia constitucional orientada a consolidar las instituciones democráticas y el orden constitucional.

Por fim, BONAVIDES (2006, p. 535-545), utilizando dos ensinamentos proferidos pelo Vice Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, chama atenção para dois pontos preocupantes para a jurisdição constitucional brasileira:

(...) Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começaram a ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco. Tudo o que Luis Nunes de Almeida, Vice Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, disse em sede teórica, com respeito à inconveniência daquela designação e nomeação, que afeta as garantias de independência do juiz, parece estar ocorrendo no sistema judiciário brasileiro, de forma altamente comprometedora da imparcialidade da magistratura constitucional.

Fica evidenciada assim a urgente necessidade de desmembramento da Corte Constitucional do corpo do poder judiciário brasileiro, a exemplo do modelo europeu, onde o Tribunal Constitucional se posiciona acima dos demais poderes do regime republicano, além é claro, de se rever a forma de nomeação dos membros de referida corte para assegurar-lhe maior independência funcional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos neoconstitucionalista e conseqüentemente o movimento neoprocessualista provocaram um alargamento da função jurisdicional do Estado, muito importante para a implantação e manutenção do Estado Social e Democrático de Direito, principalmente nos países em desenvolvimento, ou ditos periféricos por alguns autores.

Este alargamento a função jurisdicional trouxe a voga várias discussões doutrinárias em torno da ofensa ao princípio da separação dos poderes em razão do ativismo jurisdicional, e, no caso estudado, do uso da ação civil pública para garantir a implantação e manutenção dos direitos fundamentais e até mesmo para intervir nas ações das políticas públicas, medidas essas combatidas pelos juristas que não perceberam que estamos em um novo fenômeno jurídico, que toca seus tentáculos em todos os países ocidentais, qual seja, o ativismo jurisdicional.

Por sua vez, ficou demonstrado que o alargamento da função jurisdicional do estado, com a politização das decisões judiciais em torno da defesa do texto constitucional não ofende o princípio da separação dos poderes, já que tem o mesmo berço histórico-jurídico, qual seja, a limitação do poder, e representa a defesa do texto constitucional e

do Estado Social. No mesmo sentido, ficou demonstrado também a legitimidade desta jurisdição constitucional alargada, legitimidade essa advinda do próprio texto constitucional, fruto dos movimentos constitucionais, principalmente a partir da Segunda Guerra mundial na Europa e da redemocratização do país, no Brasil.

Outrossim, ficou demonstrando a premente necessidade de se dar especial atenção as discussões que pretendem separar a corte guardiã da constituição do corpo do poder judiciário, o que equivaleria, na prática, a criar no Brasil um Tribunal Constitucional inspirado no modelo austríaco, estando desvinculado de qualquer dos poderes da república (legislativo, executivo e judiciário), posicionando-se desta forma acima dos poderes da república, livre para julgar sem qualquer influência de qualquer daqueles poderes.

Na verdade, é possível observar que o alargamento da jurisdição constitucional, provocado pelos processos neoconstitucionalista e neoprocessualista, com a utilização cada vez maior de meios processuais, como as ações civis públicas, em busca de garantir o respeito aos direitos fundamentais, com a implantação e manutenção dos direitos sociais, poderá estar correndo sério risco se não houver mudanças na forma como se organiza nossa Corte Guardiã do texto Constitucional, principalmente em razão de possíveis vícios que podem ocorrer no julgamento e interpretação do texto da carta magna, estando o julgador sujeito a fortes influências indevidas dos poderes executivo e legislativo sobre os julgadores, que acabam não tendo a devida liberdade para um julgamento através da verdadeira intenção do legislador constituinte, qual seja, implantação e manutenção do Estado Democrático e Social, com a observância estrita dos fundamentos previstos no texto da Carga Magna.

Não resta dúvida, desta forma, que enquanto não aperfeiçoarmos nosso sistema de revisão constitucional, proporcionando e garantindo meios para que os membros da Corte Constitucional possam julgar com a devida liberdade e imparcialidade, não resta a menor dúvida, de que o Estado Democrático e Social estará em sério risco de ruir, em razão do desmantelamento de um poder judiciário desacreditado e deslegitimado, a exemplo do que ocorre com os poderes legislativo e executivo, aleijados que estão pela burocracia e corrupção, principalmente nos países em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. Princípio republicano. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das noras principiológicas da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A Democracia participativa e a crise do regime representativo no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Significado e atualidade da separação dos poderes. AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 102, p.112, jun. 2006.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradutor Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Ganira da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (Coord.). **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Coord.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

_____, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. Ed. Madrid: Ed. Techos, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização e o controle de mérito do ato administrativo pelo judiciário. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SANTIVANEZ, José Antonio Riviera. La doctrina constitucional em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. **Armário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Buenos Aires, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Diálogo Jurídico**, (S.l.), ano 1, v. 1, n. 3, p. 14-15, jun. 2001.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

TELES, João Carlos de Oliveira. Jurisdição constitucional e legitimidade de um tribunal constitucional jurídico-político. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[1] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

[2] Esclarecem Roberto Berizone, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sousa: “A idéia de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gini, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (Almeida, p.22).

[3] Da lição entre um sistema da legalidade (*L'État legal* ou Estado de Direito alemão – códigos) em um sistema de criação judicial (*rule of law* – controle de poderes e vinculatividade das decisões judiciais) surge a particularidade híbrida dos sistema brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, dessarte e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o Poder Judiciário exerce sobre a jurisdição. Trata-se portanto de uma riqueza sem igual para a potencialidade institucional do Poder Judiciário. Hermes Zaneti Júnior, em sua obra *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[4] Segundo o Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos (Almeida, 2007, p.35).

[5] HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ALCANCE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

LA JURISDICCIÓN COMO INSTRUMENTO DEL ALCANCE DE LA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Andréia Garcia Martin

RESUMO

O presente artigo pretende-se, analisando as principais características dos modelos de Estado de Direito, seus fundamentos e estrutura política-jurídica, demonstrar que na atualidade é possível se alcançar a democracia substancial por meio do processo, vez que busca alcançar a justiça social. Utilizando-se do controle judicial como forma de suprir as omissões dos demais poderes, através de técnicas de sumarização do procedimento, sendo a mais adequada a tutela de evidência, para promover a real efetividade da tutela jurisdicional e dos direitos fundamentais, alcançando-se, verdadeiramente a democracia substancial.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE DIREITO - DEMOCRACIA SUBSTANCIAL - PROCESSO - CONTROLE JUDICIAL - TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA - TUTELA DE EVIDÊNCIA.

RESUMEN

El actual artículo tien la pretención, analizando las características principales de los modelos Del Estado del Derecho, así como sus lechos y estructura política-legal, para demostrar que en el actual tiempo es posible si alcanzar la democracia substancial por medio del proceso, vez que él busca alcanzar la justicia social. Utilizando el control judicial será subido como forma para proveer las omisiones de los demás Poderes del Estado, con técnicas del aceleración del procedimiento, siendo ajustado la tutela de la evidencia, de promover la eficacia verdadera de la tutela jurisdiccional y de los derechos fundamentales, alcanzándose, en verdad la democracia substancial.

PALAVRAS-CLAVE: ESTADO DEL DERECHO - DEMOCRACIA SUBSTANCIAL - CONTROL JUDICIAL - TUTELA JURISDICIONAL AJUSTADA - TUTELA DE LA EVIDENCIA.

1 - INTRODUÇÃO

O fim do Absolutismo inaugurou a ascensão de uma nova forma de Estado, o Estado de Direito, que assume três diferentes qualificações, conforme sua evolução e a mutabilidade da sociedade.

Inicialmente, informado pelos ideais liberais vislumbra-se o despontar de uma *nova era* na história, voltada para a garantia de direitos. Este Estado torna viável os direitos de primeira geração. Posteriormente, com as novas necessidades da Sociedade, aquele Estado evoluiu, ganhando um viés social, é o indício do Estado Social de Direito.

Diante das mutações da Sociedade o Estado Social torna-se inócuo para proteger e assegurar os direitos, eis que entra em cena o Estado Democrático de Direito. Assim, através da Constituição Federal de 1988 consagra-se no Brasil o Estado Democrático de Direito, que após, mas de 20 (vinte) anos de sua vigência adquire uma nova roupagem da qual se extrai não apenas dos fins perseguidos por ele, mas a preocupação de efetivar os direitos fundamentais constantes nela, vindo a tona o Estado Constitucional Democrático e Social de Direito.

Apesar de consignar em nosso Texto Magno que somos uma democracia, nos deparamos com essa apenas formalmente. Portanto, para se alcançar a democracia que tenha gravada em si a substancialidade nos valeremos dos instrumentos postos ao Poder Judiciário, que alberga os fins propostos pelo nosso Estado, para tornar realidade as promessas constitucionais.

Dessa forma, ao nos depararmos com a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário aufere o encargo de promover a inclusão social, efetivando os direitos e garantias fundamentais, por meio de procedimentos adequados que favoreçam sua concretização.

Portanto, o desdobramento da garantia de acesso à justiça, assumindo a faceta de um rito adequado à proteção dos bens jurídicos fundamentais se vislumbraria através de um controle judicial que promovesse políticas públicas e que se pautassem em técnicas de sumarização do procedimento, as tutelas de evidência.

2 - ESTADOS DE DIREITO: LIBERAL, SOCIAL, DEMOCRÁTICO E CONSTITUCIONAL

Nos fins da idade média, no fenecer do século XVIII, em que predominava o modelo de Estado do tipo absolutista, caracterizado pela presença de um monarca, onde o poder era centralizado e suas decisões eram impostas a todos, os súditos ficavam submetidos ao seu arbítrio e interesse.

Pode-se afirmar, nesse íterim, que o marco inicial para denominarmos um Estado como sendo de Direito, foi a Revolução Francesa, desencadeada pela luta entre a liberdade do indivíduo e a monarquia absolutista. A derrota do Antigo Regime se deu sob influência preponderante da teoria liberal de Locke e Montesquieu que serviu de sustentação para a ascensão de um *Estado jurídico*, guardião das liberdades individuais[1].

Como o ideário da época, com a consolidação do modelo liberal, se assentava na liberdade e na propriedade, houve a necessidade de uma outra forma de proteção, assim, impôs-se ao Estado uma ordem normativa, na qual o próprio poder político estaria limitado, desembocando no então Estado de Direito. Diferentemente do obsoleto modelo que era teocrático e absolutista, fundado em uma concepção divina do poder e da justiça, respaldado no direito natural. Em contrapartida, buscava-se um governo representativo, em que tinha como principal pressuposto a sujeição do cidadão às leis, com o intuito de garantir a ordem e a conservação da propriedade.

Paulo Bonavides, nesse sentido, nos evidencia:

Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução histórica e decantação conceitual (...) A pugna decide-se no movimento de 1789, quando o direito natural da burguesia revolucionária investe no poder o terceiro estado[2].

Assim, oportunamente se afirma que a figura do Estado de Direito[3] é decorrência lógica da evolução da sociedade, que viu, na necessidade da vinculação por meio de leis, um caminho para liberdade e a igualdade, ante ao arbítrio absolutista.

Ademais, segundo o entendimento de Sunfeld, o Estado de Direito pode ser definido como:

“(...) o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.”[4]

Outrossim, só existirá um Estado genuinamente de Direito, quando, na essência de seus objetivos e necessidades estiver *tatuado*, além da proteção, a garantia dos direitos fundamentais, nos quais esses sim são de fato, todo o sustentáculo deste Estado.

Assim, da insurgência do Estado de Direito, este assume três diferentes qualificações, conforme sua evolução e a mutabilidade da sociedade, das quais se passará a abordar. É certo, porém, que não ocorre qualquer rasgo na temporalidade que reveste tais figuras organizativas do Estado, mas simplesmente uma transformação, crescente, que aprimora, agiganta e locupleta.

Dentro desse panorama, agregou-se ao Estado a concepção Liberal que, a partir de então, “apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana”. [5] Ao formar-se o primeiro regime jurídico-político da sociedade, por solidificar as novas relações econômicas e sociais, se instituiu possibilidades para o estabelecimento formal de um rol de direitos que passam a ser

considerados fundamentais, é a chamada primeira geração de direitos fundamentais, os direitos civis e políticos.

O advento do Estado Liberal é marcado pelo signo da liberdade dos indivíduos perante o Estado por meio da não intervenção, com esteio na técnica da separação de poderes, vez que, competiriam aos órgãos estatais, com funções diferenciadas, se limitarem mutuamente. Além de favorecer o crescimento do individualismo e dar sucedâneo à propriedade privada.

Porém, por esta característica não intervencionista do Estado, ele deixava a desejar na esfera social, visto que, segundo Marinoni:

Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitarista mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como intromissão indevida[6].

O *slogan* dos revolucionários, que sintetizava as autênticas aspirações da burguesia, era: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”: a liberdade individual, para o alargamento dos seus negócios e uma maior aquisição do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia que proporcionasse ao banimento das discriminações; e a fraternidade dos camponeses e *sans-cullotes*[7], para que estes lutassem e apoiassem a revolução.

Assim, a efêmera duração das Constituições liberais advinha, certamente, de sua inteira insensibilidade ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia esquivar-se do Estado, rodeava a Sociedade, conservando-a em uma *arredoma intocável* à iniciativa privada: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, mergulhada em uma consciência antioletivista[8].

Em que pese, a dissociação Sociedade-Estado ser característica intrínseca do Estado Liberal, a simples correção dessa postura, interligando o político e o social, não era suficiente para responder às necessidades cambiantes da sociedade. Que exigia uma mudança radical na forma de conceber suas relações.

Posteriormente, estabelecida a supremacia do princípio representativo, ou seja, deslocando a soberania para as mãos dos representantes do povo, o império da lei se transformou em império da representação popular. Sua produção legislativa desaguava diretamente nas Constituições, e como estas eram isentas de conteúdo social, fez com que o Estado Liberal entrasse em crise. Deparando-se com reivindicações por maior igualdade econômica e social, já não bastava, simplesmente, a igualdade formal proporcionada por seus ideais liberais. Aqui, vislumbra-se o indício do surgimento do Estado Social de Direito.

Portanto, vê-se que não houve a *queda* do Estado Liberal, para a ascensão do Estado Social, mas sim, se transmudou neste, em especial estruturalmente pela própria modificação da sociedade, promovendo o renascimento da relação Sociedade-Estado.

No Estado Liberal a Constituição disciplinava tão-somente o poder estatal e os direitos individuais, o Estado era repressivo/protetivo, detinha uma postura negativa em face dos oprimidos. Já no Estado Social, além de abranger os direitos do anterior, a proteção se expandiu albergando uma gama muito maior, incorporando prestações a serem realizadas pelo Estado, que passa a ter um caráter promocional. Ao Estado reclama-se uma conduta positiva, dirigente e ativa.

Volvido por concepções sociais, o Estado de Direito pretende fomentar a igualdade social conciliando-a com os postulados liberais. Dessa forma, o Estado Social busca atribuir um novo papel ao Direito, que passa a incentivar e dirigir comportamentos sociais em direção ao ideal social que espelha. Os atributos promocionais da sociedade não se restringem mais àquelas funções repressiva/protetiva, características do Estado Liberal. Antes, houve a separação entre Estado e Sociedade, neste ocorre o sentido inverso, qual seja, a absorção da Sociedade pelo Estado.

Nesse sentido, Bonavides afirma que:

O recurso às normas programáticas, tendo em vista a reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paradoxos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática a primeira grande abertura para os direitos sociais[9].

Com a primeira abertura aos direitos sociais, jungida pelos termos liberdade/justiça, buscava-se proporcionar aos indivíduos os reais fins do Estado. “Os direitos de justiça, genericamente abrangem os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento, eram aqueles que, em vigor vinham a caracterizar, na escala progressiva e evolutiva, a introdução tanto dos direitos de segunda como da terceira geração”. [10] O Estado, deste modo, assimila determinadas funções, expostas por meio de prestações positivas buscando a implementação da igualdade social, vez que o Estado Social revela-se em “um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”. [11]

O Estado Social foi o *promotor* da sociedade, ampliando, sobremaneira, os direitos sociais. Pois, desejou, com isto, tentar corrigir algumas das maiores deformações da sociedade capitalista, buscando beneficiar os segmentos da sociedade menos favorecidas.

Assim, Carlos Ari Sundfeld sintetiza afirmando que: “O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)”. [12]

Mais uma vez, as mutações da sociedade aspiram o desenvolvimento da teia social. Dessa forma, o Estado Social torna-se legítimo (porém, insuficiente!), pois, além de

observar os valores e princípios de sua base material, busca concretizar os direitos sociais.

O Estado Social apesar da grande preocupação com o *social*, propriamente dito, mostrou-se insuficiente para solucionar o problema da igualdade, haja vista que, ainda, encontrava-se atrelada há um intrínseco formalismo. Ademais, o maior desafio do Estado Social de Direito foi o de tentar compatibilizar o bem estar comum com as insurgentes demandas da sociedade, suscitando um ambiente de decisão política fora dos controles de legitimidade tradicionais. O Estado Social perpassa a fronteira da legalidade, que é um conceito meramente formal, entrelaça-se às aspirações sociais e aos ideais democráticos, vindo a repousar no campo da legitimidade. “De fato, a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*)”.^[13] Vislumbra-se, nesse momento, traços do prelúdio do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário surge o Estado Democrático de Direito, com o intuito de retificar determinadas falhas assentes no Estado Social. Assim, José Afonso da Silva assevera que a igualdade existente no Estado Liberal, fundada num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis, não tem fundamento material para se realizar na vida concreta. Pois, foi a organização do Estado Social que não conseguiu garantir a justiça social nem a efetiva participação democrática do povo no processo político^[14].

O Estado Democrático de Direito assente nos alicerces democráticos, tendo como uma de suas *vigas* os direitos fundamentais, abrolha como uma maneira de frear a proliferação de regimes totalitários que, apesar de utilizar-se do *contorno* de Estado Social, este *rasurava* as garantias individuais, tornando inócua a concreta participação popular nas decisões políticas.

Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugura-se no Brasil uma nova fase na evolução política do País, introduzindo-se ao ordenamento jurídico pátrio os ideais e princípios do chamado Estado Democrático de Direito. Contudo, este não se cinge, simplesmente, na participação dos cidadãos no processo político, formando as instituições representativas, mas também procura, através de todos os meios constitucionalmente e legalmente garantidos, resguardar a inteireza dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Portanto, é premente apontar a organização da República Federativa do Brasil, na atualidade, como sendo um Estado Social e Democrático de Direito, fruto da junção dos principais fundamentos constantes nos três regimes de governo ora considerados: no Liberal, ao utilizar-se da supremacia da Constituição, para restringir e controlar o Poder Estatal, além de garantir o respeito aos direitos individuais dos cidadãos. No Social quando assegura princípios e direitos sociais oponíveis ao Estado, firmando uma postura positiva e dirigente. No Democrático, com o objetivo de realmente garantir a participação popular nas decisões políticas, rejeita qualquer espécie governo que seja autoritário.

O Estado Democrático de Direito, de acordo com José Afonso da Silva^[15] constitui-se nos seguintes princípios:

(a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional; (b) princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral de vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art.1º); (c) sistema de direitos fundamentais, que compreendem os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII); (d) princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; [...] a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica; (e) princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I); (f) princípio da divisão dos poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95); (g) princípio da legalidade (art. 5º, II); (h) princípio da segurança jurídica (art. 5, XXXVI a LXXIII).

Diante dos princípios ora citados, entende-se que o Estado Democrático de Direito foi esculpido por meio da aderência das concepções do Estado de Direito e Democrático, que tendo suas bases fundadas nos ideais democráticos, e na legalidade, garantem, em seu maior grau, os direitos fundamentais. Pois, o Estado Democrático de Direito se distingue, do simples Estado de Direito, por conjugar direitos humanos em todas as dimensões, confirmando, dessa forma, uma postura positiva do Estado.

Desponta-se, então, o Estado Democrático de Direito que, segundo Ivo Dantas, alberga “duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade”. [16]

Aquela postura positiva adviria do estabelecimento das obrigações de fazer do Estado, especialmente, no que toca aos direitos sociais. Portanto, o Estado Constitucional e Democrático de Direito, vocacionado à efetivação do valor da dignidade da pessoa humana, promove um *racho* nas funções típicas de atuação da tríade dos poderes, “tendo em vista que a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é suficiente para exigir deles a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento”. [17]

O Estado Democrático de Direito exurgido com a Constituição Federal de 1988 se modifica, na medida que o cenário das mutações sociais exige-se uma outra postura do Estado, o de guardião dos direitos fundamentais e do primado de sua efetivação, o real alcance da Justiça Social. Assim, após mais de 20 (vinte) anos de existência do Texto Magno brasileiro, pode-se dizer que, no Estado se disseminou uma nova dimensão, em virtude, principalmente, da constitucionalização massificada dos ramos do Direito, ocasião que oportunamente sugere-se uma nomenclatura diversificada, qual seja: Estado Constitucional Democrático e Social de Direito, fato pelo qual consigna-se, posteriormente, o tratamento, diminuto, de Estado Constitucional.

Ademais, compreende o aspecto econômico do Estado Constitucional o direito ao mínimo fundamental, que tem o condão de promover e garantir melhores condições

materiais para que ocorra o desenvolvimento amplo da personalidade de cada um, sendo este como uma primeira expressão da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Estado Constitucional não pode se furtar de cumprir a responsabilidade que nossa Carta Política lhe relegou, que é a de incluir os que necessitam realizando a justiça social.

Assim, além desse Estado ter a função de promover a inclusão social, também tem como encargo a inclusão política, para tanto, necessita completar a ausência de legitimação democrática abarcando novas técnicas de controle político. É imperioso, pois, a realização da democracia, para que haja a ascensão da igualdade material. Prossegue-se na análise da democracia mais especificamente.

3 - DEMOCRACIA: FORMAL E SUBSTANCIAL

Inicialmente se faz necessário exortar no que compreenderia democracia. De acordo com a definição de Pinto Ferreira, é o “(...) governo constitucional das maiorias que, sobre as bases de uma relativa liberdade e igualdade, pelo menos a igualdade civil (a igualdade diante da lei), proporciona ao povo o poder de representação e fiscalização dos negócios públicos”.^[18]

Complementando, Paulo Bonavides entende que democracia é “(...) aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo”.^[19]

É preciso assinalar que, o surgimento e a consagração da Democracia que conhecemos hoje, se deu juntamente com o Estado de Direito. Com o fim do Absolutismo, e a implantação do Estado Liberal, jungido pelos ideais Liberais e pela Separação de Poderes, presenciou-se o indício do Princípio Representativo.

Assim, democracia seria, em apertada síntese, o governo regido por membros representantes do povo, para ver os direitos desses e de seus pares resguardados. Porém, Celso Antonio Bandeira de Mello^[20] assevera a necessidade de distinção entre Estados formalmente democráticos e Estados Substancialmente Democráticos, além daqueles que se encontram em transição para a Democracia. Os primeiros utilizaram-se da Democracia tão-somente como a configuração de seus Estados, depara-se em suas Constituições um elevado nível de inefetividade dos direitos nela consagrados, os valores democráticos quedam-se simplesmente na teoria, ainda que seus governantes sejam investidos por ocasião de eleições conforme os ditames democráticos.

Em tempo, pode-se afirmar que o atual Estado Democrático brasileiro configura-se como um Estado em transição para a democracia. Para embasar esta afirmação, passamos a indigitada conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Na medida em que suas instituições e prática estejam voltadas a este efeito transformador, caberia qualificá-las como **Estados em transição para a democracia**. Entretanto, se, em despeito do formal obséquio que lhe prestem através das correspondentes instituições clássicas, deixarem de consagrar-se à instauração das

condições propiciatórias de uma real vivência e consciência de cidadania, não se lhes poderá reconhecer sequer este caráter.[21]

Inversamente aos primeiros, os Estados Substancialmente Democráticos guiam-se por bases fundadas na concretização e efetivação dos consectários sociais e dos direitos fundamentais, que são o ápice de qualquer Estado que, na prática e nominalmente, se dizem Democrático. Assim, é visível que os direitos fundamentais “*são princípios que impõe a realização da dimensão material da democracia substancial*”[22], principalmente, por constar no art. 5º, § 1º da Constituição Federal lhes serem inerente sua realização imediata. Nesse mesmo sentido alega Gilmar Mendes que a “*exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais*”.[23]

Marinoni *apud* Alexy traz a lume a existência de três maneiras de considerar a relação entre direitos fundamentais e democracia, quais sejam: uma ingênua, outra idealista e a, última, realista. Pela percepção ingênua, nunca haveria relação de conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, visto que seria inadmissível uma relação de tensão entre “*duas coisas boas*”, como se apenas pudesse haver disputa entre o bem e o mal. Com base na segunda concepção, a idealista, apesar de se admitir a probabilidade da existência de conflitos entre posições que, aparentemente, são “*boas*”, parte do pressuposto de existência de uma sociedade ideal, e que a maioria parlamentar não teria qualquer interesse em defender posições com o condão de infringir os direitos fundamentais. Aqui o valor dos direitos fundamentais seria simplesmente simbólico. Passando para a terceira concepção, a realista, que trabalha sob o fundamento que os direitos fundamentais podem ser democrático e antidemocráticos. Aqueles asseguram o desenvolvimento da sociedade mediante a garantia dos direitos de liberdade e igualdade (mantendo a estabilidade do procedimento democrático), bem como o bom funcionamento do processo democrático. Por outro lado, são antidemocráticos, pois tem a função de verificar a adequação do processo democrático ou de negar as decisões da maioria legitimada pelo povo. Esta é a concepção aceita por Alexy.[24] Assim sendo, não há qualquer contradição em defender que uma facção política que foi derrotada nas eleições, aos se valer da Justiça por não concordarem com o resultado da eleição, o Juiz lhes entregue uma decisão favorável.

Portanto, o que se espera, realmente, de uma democracia é que ela seja forte o bastante para resguardar os direitos fundamentais não apenas uma alegoria, o adorno de um Estado jungido pelo signo da inefetividade. Que se possa *derrotar* a maioria em qualquer situação em que estejam em jogo os direitos inerentes a cada membro da Sociedade, haja vista que um dos traços mais marcantes da democracia é, especialmente, o respeito às minorias.

3.1 - A Crise dos Elementos Clássicos da Democracia

Pelo fato da Democracia encontrar-se, constantemente embebida sob o enfoque da legitimação popular, ela significava uma opção viável para responder, de forma

condizente, a todas suas pretensões, conflitos e anseios da atual sociedade complexificada. Porém, ao fracassar diante de seu mister, passa a ser nociva, provocando uma atmosfera de crescente degradação de seus procedimentos clássicos.

Sendo a democracia um dos pressupostos do Estado de Direito, esta não existiria adequadamente sem a reverência aos direitos fundamentais. Por este motivo, quando a Cortes Constitucionais promovem a concretização desses direitos, não dando azo à vontade da maioria, não há qualquer violação ao princípio democrático, mas abre-se espaço para sua integral realização.[25]

Dessa forma, pode-se afirmar que são as instituições democráticas que constituem as bases de uma democracia, representando ingerências concretas do princípio democrático. Dividem-se em instrumentos de exercício da soberania popular, como o sufrágio universal, o plebiscito e a iniciativa popular. Já outros seriam representados pelos Poderes de Estado, controlando-se reciprocamente: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A técnica clássica de Tripartição de Poderes (distribuição horizontal de competências), inicialmente proposta por Aristóteles e reafirmada por Locke e Montesquieu, já não resolve os problemas da Sociedade complexa. Pois, como órgãos autônomos, deveriam prezar pelo equilíbrio mútuo. Contudo, não é isso que se encontra na atualidade. Vislumbra-se um Poder Executivo em posição de dominação diante dos demais, além de concorrer com o Legislativo, legiferando atipicamente, ele é quem detém a capacidade de implementar políticas públicas e ações governamentais, porém, quase sempre, não as executando ou realizando-as insatisfatoriamente.

Nesse diapasão Comparato nos apresenta duas regras complementares do Princípio da Separação de Poderes, quais sejam: a) a não-cumulatividade do poder de propor com o poder de decidir; b) atribuição a órgãos distintos o poder de estatuir a o poder de impedir ou vetar[26]. Dessa forma, mais uma vez, vemos a dificuldade em adequar os preceitos clássicos com as atuais necessidades da sociedade. Deve-se, entretanto, esboçar-se um novo projeto institucional para esta Sociedade em constante mutação, adicionando-se uma função política, que inexistia na concepção clássica, mas que se faz necessária nos arranjos da atualidade.

Passa-se a analisar a possibilidade de superação dessa crise, bem como remodelar a democracia clássica, demonstrando-se a importância do Poder Judiciário, por meio da Jurisdição, como o órgão mais apto a conter o *colapso de efetividade* e a falta de concretização dos direitos fundamentais democraticamente tutelados, em que sua substancialidade seria atingida.

4 - JURISDIÇÃO

Por todo o explanado, não se pode olvidar que todas essas mutações sociais e estruturais, desde o advento do Estado de Direito, influenciaram profundamente o Poder Judiciário. Portanto, como a jurisdição extraiu sua validade baseando-se na conceituação de Estado, vislumbra-se que seus objetivos serão distintos em cada tipo de modelo. Pois, a definição dos objetivos da jurisdição que se distanciam dos fins sociais,

generalizando, sobremaneira, sua atuação, não é apta para conjugar os anseios sociais aos ideais democráticos, promovendo a efetiva justiça

O Judiciário do início do Estado Liberal, já não é mais o mesmo, onde sua função era de simplesmente dizer a lei. Em que ao juiz caberia apenas a função de “boca da lei”, daquela lei emanada pelo órgão competente, não lhe incumbe intrometer na vida privada do indivíduo. O Judiciário, além de ficar politicamente neutralizado, ocupa uma posição institucional dentro da *tríade do poder*. O juiz é compelido a decidir, devendo uma rígida e severa submissão à lei. Confirmando-se que “a criação do Estado legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição”.^[27]

Á faceta da separação de poderes no Estado Liberal seria a técnica fundamental de resguardo aos direitos da liberdade, onde se acredita estar resolvida a questão da soberania, pela partição numa pluralidade de poderes. Porém, é imperioso afirmar que quem desempenhava, verdadeiramente, a função de governo era o Legislativo. Além do monopólio da produção legislativa, especialmente pelo próprio histórico que deu origem ao nascimento desse modelo de Estado, isto é, por ser posterior a um regime autoritário, em que o poder era concentrado nas mãos de um soberano. O Estado Liberal queria quebrar esse paradigma, proporcionando algum poder à burguesia, a maior interessada com o fim do antigo regime. Assim, ao deslocar o centro de decisão política para o Parlamento, em que havia preponderância da classe burguesa, este poderia controlar os demais poderes.

Dessa forma, Campilongo constata que:

A “divisão de poderes” responde às exigências de uma sociedade individualista na medida em que desenvolve mecanismos de autocontrole do Poder e, conseqüentemente, de garantia dos direitos fundamentais. Um Judiciário obrigado a decidir conforme a lei está, por isso mesmo, legitimado a resistir às pressões do sistema político. A independência do Judiciário tem por preço sua dependência à lei. Na concepção liberal da tripartição dos Poderes, liberdade, propriedade e os demais direitos individuais estão protegidos de uma ‘excessiva ingerência política’^[28].

Passando para o Estado Social, sua técnica da separação de Poderes se apresenta de forma diferenciada à vista do Liberal, pois, em virtude deste antigo modelo pautar-se no divorcio entre Sociedade e Estado, em que, de qualquer forma, não se intervinha na vida privada, nem mesmo o Judiciário. No modelo Social, Sociedade e Estado *fazem as pazes* passando a atuam em cooperação, o Estado tem amplos poderes para intervir na sociedade. Neste, o órgão que se coloca no fastígio das funções de governo é, agora, o Executivo, pondo fim aos tradicionais instrumentos de controle.

Conseqüentemente, a ruptura dos antigos mecanismos de controle, reflete redefinições na divisão dos Poderes, pois o Estado está mais preocupado em concretizar os direitos fundamentais do que propriamente com a separação de poderes. Com o intuito de tentar evitar a centralização, o exagero ou o exercício arbitrário do Poder, como ocorria no Estado Liberal, reconduziu-se a uma técnica de divisão procurando, preferencialmente, evitar a concentração. Reflexamente, o *império da lei* e o princípio da legalidade por

padecerem das adaptações, advindas, necessariamente, da incursão em todos os âmbitos da vida social, foram *em parte* mitigados. Porém, com a concentração de muitas funções nas mãos do Executivo deparou-se com seu fracasso diante de questões sociais.

No Estado Constitucional com uma atividade jurisdicional voltada para consecução de seus fins, a jurisdição passa a ser mais que um meio para a realização da inclusão social poderia chamá-la como um elemento que proporciona a justa e efetiva realização da justiça social. Ademais, apesar de ser ínsito ao processo a busca pela paz social, por vezes esta, simplesmente, não é suficiente. Nesse sentido Cintra, Grinover e Dinamarco entendem que “é indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à Sociedade”.^[29] Encontrando-se diante de um colapso de efetividade, principalmente em função da adoção de uma excessiva formalidade processual.

Dessa forma, deve-se abandonar a disseminada, porém ultrapassada primazia das formas sob o conteúdo na tutela dos direitos, principalmente, no que diz respeito aos fundamentais. Pois, sob esta perspectiva, necessário se faz pensar o processo como dispositivo apto a realizar os objetivos sócio-político-jurídico da sociedade, sem se esquecer, porém, de mergulhá-lo à realidade procurando instaurar uma visão de cunho nitidamente teleológico e instrumental.

Em que pese a “formalidade em sentido amplo” ser componente inseparável do direito processual, por ter a função de aparelhar a dar seqüência ao curso processual, a ausência de um *mínimo* de formalidade propiciaria o arbítrio e a parcialidade. Segundo Leonardo Greco “muitas formas sobrevivem como um corpo sem alma, (...) e a instrumentalidade do processo induz-nos a desprezar essas formas obsoletas, liberando dessa camisa de força a pureza e a vitalidade da essência de cada ato”. Dessa forma, o excesso de formalismo produz um quadro de inefetividade da prestação jurisdicional, pois atravanca o alcance dos reais fins do processo.

Nesse diapasão, a figura do juiz como sendo a boca que pronuncia a vontade da lei, na verdade, jamais existiu, porque a vontade da lei, muitas vezes, não passa de uma fantasia abstraída de realidade. Assim, enquanto o formalismo, do positivismo jurídico, determinava a *neutralização política* do Judiciário, com julgadores imparciais, empregando o direito legislado de forma lógico-dedutiva, desprovido de qualquer espécie de decisão criativa, o novo modelo de Estado necessita de juízes mais preparados a realizar as exigências de um direito material “ancorado em normas éticas e políticas”.^[30]

Por isso, pode-se afirmar que o Judiciário, diante da nova realidade social, que preza por efetividade, não é mais, simplesmente, o palco de uma encenação mecânico-formalista, mas onde com cada *novo ator* encerra-se um capítulo diferente ao se fecharem as cortinas da *Jurisdição*.

Assim, o direito que garante a todos uma prestação jurisdicional efetiva descrito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, faz com que o direito de provocar a função jurisdicional adote a condição da proibição geral ao exercício da justiça com as próprias mãos na solução dos conflitos, alcançando o Estado o lugar de sujeito passivo, desse direito, na qualidade de devedor da tutela jurisdicional. Através dessa tutela

jurisdicional concede-se a prestação que satisfaz o direito à ação positiva, no qual podemos chamar de direito à jurisdição.

Ao Estado assumir monopólio da função jurisdicional, criam-se duas realidades opostas que ocorrem na evolução da atividade jurisdicional, uma, enfraquecida, que afasta a justiça privada, e outra, despontando, que em virtude de sua proximidade da função estatal faz com que se busque uma prestação mais eficaz, vislumbrando um alto grau de justiça.

Nesse sentido, apesar da Jurisdição ser vista como a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário, destinada a realizar a justiça, por meio de um processo, que surge do exercício do direito à tutela jurisdicional, isto somente se dará por uma mudança nos alicerces que sustentam o direito brasileiro, pois o tradicional sistema jurídico processual, não se apresenta mais como idôneo para a realização efetiva dos direitos. Simplesmente através de uma revolução jurídica que adentre à sua substancialidade é que os preceitos constitucionais de natureza democrática, bem como os ligados aos direitos fundamentais se efetivarão, por meio de uma atividade jurisdicional voltada aos fins sociais do processo e atrelada, principalmente, aos princípios e as garantias constitucionais com o intuito de atingir a tão desejada justiça social.

Dessa forma, de acordo com o entendimento de Marinoni^[31] o direito à prestação jurisdicional é fundamental para a adequada efetividade dos direitos, vez que, frente a circunstâncias de ameaça ou agressão, sempre ficam subordinadas a sua integral concretização. Portanto, não é sem razão que o direito à prestação jurisdicional efetiva foi proclamado como o mais importante dos direitos, justamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Esse mesmo doutrinador diz ainda:

“O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser visto como um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar através do procedimento adequado ou iii) o direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p, ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional.”^[32]

Vemos ainda, que o direito à tutela jurisdicional efetiva tem relevância no que tange à possibilidade de participação. Esta deverá se valer de procedimento apropriado para à proteção dos direitos fundamentais, fazendo surgir ao Estado o dever de proteção que não se esgota na tutela jurisdicional, mas é permeado de normas de conteúdo material e processual, ou seja, através do procedimento jurisdicional adequado busca-se efetivar direito à proteção dos direitos fundamentais.

Nessa diapasão, Márcia Zollinger acrescenta que aos juízes e aos tribunais é conferido o encargo de:

(...) aplicar diretamente os direitos fundamentais diante de omissão legislativa ou de proteção legal insuficiente, considerando, entretanto, o grau de densidade normativa da norma de direito fundamental e visando atender ao mandado de otimização que exige a proteção mais ampla possível dos bens jusfundamentais[33].

Pretende-se, por meio da atividade jurisdicional se chegar a igualdade em seu patamar horizontal, visto que, no plano vertical foi proporcionada pela democracia formal. Aquela ocorrerá, verdadeiramente, pela concretização da igualdade horizontal e na promoção social que é a realização dos fins que o Estado democraticamente se propôs.

4.1 - A Influência da Teoria Crítica na Jurisdição

Assim, tomando por parâmetro teoria crítica vemos que o direito não pode mais ser visto como em si mesmo, mas também, deverá ser analisada a atividade jurisdicional atrelada ao direito processual civil com o propósito de desenvolver os elementos imprescindíveis à inclusão social e a concretização dos direitos fundamentais via tutela jurisdicional.

Busca-se, dessa maneira, romper o tronco binário que geria a ciência processual do século XX: de um lado Giuseppe Chiovenda, e de outro Francesco Carnelutti.

Chiovenda ao definir a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei, pretendeu distinguir a atuação do Estado Moderno em fazer leis e realizá-las no plano concreto, diferenciando da atividade administrativa ou da atividade legislativa. Dessa forma, o Estado moderno, “considera função essencial e própria do juiz a administração da Justiça. Somente ele pode aplicar a lei no caso concreto, e este pode chamar-se ‘jurisdição’. Para isso atende com órgãos adequados (jurisdicionais), os mais importante dos quais são os juízes (autoridade judicial); perante eles deve propor sua demanda quem pretenda fazer valer um direito em juízo (Código de Processo Civil, art. 35)[34]. A tarefa dos juízes é afirmar e atuar a vontade da lei que consideram existentes como a vontade concreta dados os fatos que eles consideram existentes”[35].

Ao contrário, Carnelutti agregou ao conceito de jurisdição os elementos sociológico e axiológico, definindo-a como a justa composição da lide. Por justa, entende que é a solução da demanda nos termos do direito e por lide a conflito de interesses qualificado por uma pretensão residida[36].

Portanto, segundo a teoria de Carnelutti, a jurisdição não seria uma simples aplicação da norma ao caso concreto, mas resultaria de uma dupla compreensão: fato e justiça (áxio-sociológica), que é inerente ao direito.

Diante de tais definições vê-se que ambos se tornaram inviáveis diante das aspirações da sociedade atual, por não contribuírem à realização dos fins sociais pretendidos pelo ordenamento jurídico.

4.2 - A Função Transformadora da Jurisdição

O direito à efetividade da tutela jurisdicional pode ser definido como o direito de exigir uma prestação do Estado. Como já dito anteriormente, este direito conglera três direitos, quais sejam: a exigência de uma técnica processual, que se daria pela norma processual; o estabelecimento de um procedimento apto a possibilitar a participação, podendo se utilizar das ações coletivas e, finalmente, a adequada resposta jurisdicional[37].

Pela necessidade de participação, poderia se dizer que o procedimento que possibilitaria sua viabilidade, bem como, um procedimento justo, seria o coletivo, isto é, um procedimento apto a outorgar a possibilidade de participação para a proteção e reivindicação dos direitos para se atingir a inclusão social.

Por ser um dever de proteção inerente ao Estado, esta será internalizada através das técnicas adequadas à efetividade da atividade jurisdicional. Sendo concretizado aquele dever pela atuação do juiz para efetivar os direitos.

A atividade jurisdicional visando a tutela dos direitos estabelece um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois este direito preza pela efetiva proteção do direito material.

Assim, a meta da inclusão social impede qualquer tipo de neutralidade da atividade jurisdicional. Nesse diapasão, assumindo esta, uma posição transformadora declarará realmente sua finalidade, qual seja, a realização da justiça social. Colocando a disposição daqueles que necessitam de inclusão procedimentos diferenciados. Que será analisado em tópico posterior.

5 - O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO

Os ideais democráticos, diante da crescente complexidade da sociedade, se mostram inatingíveis, haja vista que os meios determinados para sua salvaguarda são insuficientes. A ampliação dos poderes do Executivo coberto pelo manto da *relevância e urgência*, em face das edições desmedidas de medidas provisórias, fez com que os laços da tríade dos Poderes se tornassem extremamente enfraquecidos. É como em um *cabo de guerra* onde quem consegue trazer a corda além da metade ganha a disputa, derrotam-se os guerreiros do jogo democrático. Contudo, o Poder Executivo, deixa uma lacuna nas funções que essencialmente deveria desempenhar.

Entra em cena, nesse instante, o mais neutro dos poderes, instigado pelos anseios sociais e necessidades de concretização dos direitos constitucionalmente assegurados. O Poder Judiciário é chamado para sustentar a *corda bamba* dos Poderes, com o intuito de proporcionar, novamente, o equilíbrio democrático. Se, por um lado, sua neutralidade advinda de subsumir o fato à norma (esta norma decorrente de um processo legislativo que respeita a representatividade popular), no contexto atual, com o agigantamento do rol de funções do Executivo, o Judiciário tem sua neutralidade mitigada, pois, se vê obrigado, diante de uma inatividade latente daquele que deveria realmente implementar políticas governamentais, a exercer tal ofício.

Assim, o Judiciário valendo-se de sua atividade jurisdicional, promove, por meio do processo, os direitos fundamentais e os fins que o Estado brasileiro constitucionalmente assegurou. A atividade jurisdicional é, paralelamente à Constituição, permeada por escopos[38], que nesta, deverão ser garantidos e alcançados, que deverão refletir as necessidades sociais da Sociedade contemporânea. Valendo-se para tanto de técnicas, que favorecerão o alcance do *status* de agente de transformação social ao processo.

Nesse sentido, Dinamarco define técnicas como:

(...) a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados.[39]

Inobstante a almejada democracia substancial não ter sido atingida ainda no Brasil, o caminho que facilite sua realização e, conseqüentemente a colmatação da *lacuna* da inclusão social, seria por meio do controle judicial de políticas públicas e das técnicas de sumarização do processo, como adequadas para se chegar a efetividade da tutela jurisdicional, nas quais passam-se a analisar.

5.1 - Controle Judicial de Políticas Públicas

O controle judicial de políticas públicas configurariam instrumentos de atuação dos poderes políticos, em substituição da omissão ou falta de uma legislação aplicável. Mancuso define políticas públicas da seguinte forma:

“conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante a eficiência dos meios empregados e a avaliação dos resultados alcançados”.[40]

Portanto, quando o Estado não promove as adequações necessárias para o pleno gozo dos direitos fundamentais compete ao Poder Judiciário, o poder legítimo para fiscalizar e garantir que esses direitos, respaldados constitucionalmente, se concretizem.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior; “quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como terceiro gigante no controle do Poder Público”[41].

Assim, o controle judicial da atuação estatal viria complementar umas das funções do direito à prestação, ou seja, através de um procedimento adequado o Judiciário seria conclamado a controlar a *oferta e procura* de políticas públicas. Onde esse direito à prestação abrangeria o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

Compreende-se, assim, ser este controle, não uma ordem do Poder Judiciário aos Poderes Públicos, mas uma atuação na complementação, na implementação ou na correção de políticas públicas ineficientes em sua função de garantir a plena concretização dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, segundo Jean Carlos Dias “O controle judicial, assim, se manifesta como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade”.^[42]

Assim, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva vincula-se a uma prerrogativa pertencente ao Judiciário, que não vislumbrando a realização de políticas públicas, em que se efetive os direitos fundamentais, voluntariamente pelo Estado, sente-se obrigado a agir para proteção e concretização desses.

Aqui, o controle judicial se apresenta, por meio de um procedimento adequado, quais sejam as tutelas de evidência, para fiscalizar e reafirmar a exigência aos Poderes Públicos do estabelecimento de coerentes políticas públicas que propiciem a concretização dos direitos fundamentais e a inclusão social.

5.2 - Técnicas de Sumarização do Processo: Tutelas de Evidência

Com fundamento na máxima e Rui Barbosa que “justiça tardia não é justiça, é injustiça manifesta”, temos que uma tutela jurisdicional que seja adequada, efetiva, concretizadora, que promova a inclusão e justiça sociais é aquela que é dada em tempo hábil, em que a garantia de acesso a justiça realmente se viabiliza. Nesse sentido assevera Luiz Fux que “só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito”.^[43]

O inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma expressa que o Judiciário deterá a exclusividade sobre a proteção de direito lesado ou ameaçados. E ainda, essa norma garante uma prestação jurisdicional efetiva e adequada ao direito.

Assim, quando tal tutela ostentar relevos de urgência, caberá ao Juiz, fundado na efetividade da prestação, utilizar-se de mecanismos apropriados que vedem os malefícios do tempo.

Comungando no mesmo entendimento Nelson Nery diz que:

Ainda que a lei não preveja para determinadas hipóteses a concessão de medida liminar, se ela for necessária como tutela jurisdicional adequada para o caso concreto, o juiz só atenderá ao princípio constitucional do direito de ação se a conceder. Nisso reside a

essência do princípio: o jurisdicionado tem o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.[44]

Portanto, a solução para a adequada tutela de direitos, em especial os direitos fundamentais sociais, se baseará na classificação de Luiz Fux, que verificou a divisão das tutelas sumárias de direitos em duas: as tutelas de segurança e as tutelas de evidência. No caso em questão, nos prenderemos, mais assiduamente, às tutelas de evidência como sendo a mais adequada a efetividade dos direitos fundamentais, haja vista o alto grau de cognição promovida no juízo sumário.

A tutela de evidência revela-se, não como *mais um* dos instrumentos processuais para a concretização da tutela dos direitos, mas o melhor. Pois, como os direitos que se pretende ver viabilizados efetivamente já estão constitucionalmente positivados, é latente a sua necessidade de realização, vez que são visivelmente *evidentes*. Bastando tão-só demonstrar sua certeza de existência e a necessidade de sua tutela

Segundo explicação de Castagna[45] “a tutela de evidência vincula-se àquelas pretensões nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como ocorre no direito líquido e certo (...)”. Destarte, A tutela da evidência propõe-se alastrar aos direitos evidentes o regime jurídico da tutela de urgência, com vistas a concessão de provimento imediato e satisfativo.

Nesse sentido assevera Luiz Fux:

A tutela de evidência é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar-se o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo.[46]

Uma hipótese legal de atuação da tutela de evidência é encontrada no parágrafo 6º do artigo 273 do CPC que prescreve que “*a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”. Contudo, nada impede que o magistrado expanda o ambiente de atuação da aludida tutela com base nos princípios constitucionais, bem como nos direitos fundamentais.

Dessa forma, com respaldo no §1º do artigo 5º, onde a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais requer o incondicional acoplamento dos entes estatais a esses direitos. Assim, estando a Jurisdição democraticamente vinculada a este dever, é premente que ela vista a camisa da concretização dos direitos e favoreça a efetividade das tutelas utilizando-se, para tanto, da tutela de evidência, como instrumento capaz de promover a justiça social, alcançando-se, destarte, a democracia substancial.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se consagrar o novo modelo de Estado, o Estado de Direito, fundado no princípio representativo, com a queda do Absolutismo monárquico, o seu evoluir de Estado Liberal, Social, Democrático até chegar no Constitucional, implanta uma gama crescente de direitos. Em que no Brasil, deságua na Constituição Federal de 1988.

Assim, nossa Carta Política ao definir os objetivos fundamentais do Estado, correlatamente obriga a Jurisdição a acolhê-los como intrinsecamente ligados ao seu caráter teleológico, ou seja, seu fim será promover a concretização dos direitos fundamentais, tornando-os legítimos.

Visto que, a conceituação da jurisdição de forma universalizante e separada dos objetivos e fins do estado não é satisfatoriamente capaz de responder aos anseios sociais de uma justiça efetiva. O apego excessivo às formalidades faz nos depararmos com uma Constituição bonita tão-somente aos olhos, uma bela pintura, sem qualquer aplicabilidade socialmente concretizada.

Esta prestação jurisdicional só chegará realmente ao cume da efetividade se o Judiciário retirar as vendas da Justiça e, começar a ver as verdadeiras necessidades da nossa sociedade, repleta de desigualdades. O Judiciário deve abandonar seu posto de mero diretor da peça da *Tríade dos Poderes* do Estado, e estrear como protagonista, como *mocinho*, com o condão de proporcionar a realização dos anseios sociais, aliado ao ideal democrático. O essencial instrumento da realização da Democracia Substancial.

Assim, para se alcançar a democracia substancial no Brasil, necessário se faz a combinação dos instrumentos de um procedimento jurisdicional adequado com os de uma democracia formal. Pois, não se deve utilizar a expressão Democracia tão-só para nominar um Estado, deve-se valer dessa para promover a necessária e real transformação na Sociedade, concretizando e efetivando os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Portanto, o Judiciário deve assumir uma atitude substancialista diante das omissões do Poder Público, que deveria realmente implementar políticas governamentais. O que se espera, realmente, de uma democracia é que ela seja forte o bastante para resguardar os direitos fundamentais não apenas como uma alegoria, o adorno de um Estado jungido pelo signo da inefetividade. Que se possa *derrotar* a maioria em qualquer situação em que estejam em jogo os direitos inerentes a cada membro da Sociedade, haja vista que um dos traços mais marcantes da democracia é, especialmente, o respeito às minorias.

A jurisdição deve atuar atrelada aos fins propostos pelo nosso atual Estado Constitucional, sem o qual jamais poderia ser chamado como o guardião, defensor e garantidor da justiça social.

Dessa forma, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais requer o incondicional acolhimento dos entes estatais a esses direitos. Sendo, portanto, por meio de políticas públicas que esses direitos se concretizarão propiciando se chegar a tão desejada justiça social. Assim, estando a Jurisdição democraticamente vinculada a este dever, é premente que ela vista a camisa da concretização dos direitos e favoreça a efetividade das tutelas utilizando-se, para tanto, de um controle judicial adequado, por meio da

tutela de evidência, como instrumento capaz de promover a justiça social, alcançando-se, destarte, a democracia substancial.

7 - REFERÊNCIAS

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 2. 9. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do absolutismo ao Constitucionalismo*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max limonad, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del Proceso Civil*. Volume I. Traducción de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1956.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutelas de Urgência: Análise Teórica e Dogmática*. São Paulo: RT, 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Civi*. Tomo I. Traducción do Prof. José Casais y Santaló. México: Cardenas, Editor y Distribuidor, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COMPARATO, Fábio Conder. *Repensar a Democracia*. LIMA, Martonio Mont' Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menzes (orgs.). In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: ConCeito Editorial, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 4. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Passado e futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *O Direito como Sistema de Garantias*. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). In: *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes*. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, n. 11, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (fundamentos da Tutela Antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes. 1993.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

_____. *Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil*, v.1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *A Democracia e suas Dificuldade Contemporâneas*. In: Revista de Informação Legislativa a. 35 n. 137 jan./mar:Brasília, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

OLIVEIRA, Flávio Luis de. *O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, ano 9, n. 18, 2006.

OLIVEIRA, Flávio Luís; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. *A garantia fundamental ao procedimento adequado: o procedimento interdito como garantia de inclusão social*. Novos Estudos Jurídicos. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. v. 12, n. 1, p. 145-156, jan-jun 2007.

OLIVEIRA, Francisco José Rodrigues de. *Atividade Jurisdicional sob o Enfoque Garantista*. Curitiba: Juruá, 2002.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Os Direitos Fundamentais como condição para a Cooperação na Deliberação Democrática*. LIMA, Martonio Mont´ Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (orgs.). In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SUNDELD Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica constitucional e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

_____; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZARTH, Paulo Afonso; Lindomar Wessler Boneti; Noëlle Marie Paule Lechat; Ivaaldo Gehlen. *Os caminhos da exclusão social*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1998.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais*. Salvador: Edições Podivm, 2006.

[1] No entendimento de Marilena Chauí, ao localizar o liberalismo em alguns países, afirma que este se consolidou em 1668 na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa e nos demais países da Europa só após a Revolução Francesa, em 1789. Já nos Estados Unidos, foi com a luta pela Independência, em 1776.

[2] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41.

[3] Segundo a concepção de Bonavides, este Estado de Direito equivale a Estado Constitucional, conforme constatamos da seguinte passagem: “Esse primeiro Estado Constitucional cristaliza-se ao redor de uma noção fundamental nascida nos escombros e ruínas da sociedade feudal: a noção de povo, a ideia-força que há cerca de três séculos ilumina o caminho para a criação definitiva de um sistema democrático de poder, e que ao mesmo passo inspira a concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões”.(BONAVIDES, Paulo. *Do absolutismo ao Constitucionalismo*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, 2004, p. 562-563.). Contudo no decorrer desse trabalho será utilizada a expressão mais usual e conhecida, qual seja: Estado de Direito.

[4] SUNDELD Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, p.38-39.

[5] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 91.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 40.

[7] O termo sans-culottes traduzido significa: sem-calças; representava a população menos afortunada de Paris, constituída pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados; tiveram relevante participação nos episódios revolucionários de 1789 a 1794.

[8] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203-204.

[9] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 210.

[10] BONAVIDES, Paulo. *Do absolutismo ao Constitucionalismo*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, 2004, p. 571.

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.115.

[12] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, p. 55.

[13] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

[14] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

[15] SILVA, José Afonso da. *Curso...Op. Cit*, p.120.

[16] DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 27.

[17] OLIVEIRA, Flávio Luis de. *O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, ano 9, n. 18, 2006. p. 107-108.

[18] FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88.

[19] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*.4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 17.

[20] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *A Democracia e suas Dificuldade Contemporâneas*. In: Revista de Informação Legislativa a. 35 n. 137 jan./mar:Brasília, 1998, p. 256.

[21] Op. Cit. p. 258.

[22] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 182.

[23] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p. 209.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil*, v.1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89-90.

[25] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Os Direitos Fundamentais como condição para a Cooperação na Deliberação Democrática*. LIMA, Martonio Mont' Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (orgs.). In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p.152.

[26] COMPARATO, Fábio Conder. *Repensar a Democracia*. LIMA, Martonio Mont' Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menzes (orgs.). In: *Democracia, Direito*

e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 218.

[27] FERRAJOLI, Luigi. Passado e futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 1995, p.15-17

[28] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.35.

[29] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 45.

[30] APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 145 e 169.

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

[32] Op. Cit.

[33] . ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais*. Salvador: Edições Podivm, 2006, p. 72.

[34] Este dispositivo refere-se ao CPC Italiano.

[35] CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Civi*. Tomo I. Traducción do Prof. José Casais y Santaló. México: Cardenas, Editor y Distribuidor, 1989, p. 65-96.

[36] CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del Proceso Civil*. Volume I. Traducción de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1956, p. 28.

[37] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. Revista dos Tribunais, 2004, p. 184-185.

[38]“A jurisdição não tem um *escopo*, mas *escopos (plural)*; é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, *escopos sociais* (pacificação com justiça, educação), *políticos* (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e *jurídico* (atuação da vontade concreta do direito)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 387).

[39] DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 273-274.

[40] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 730-731.

[41] CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 353.

[42] DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 4. São Paulo: Método, 2007, p. 99.

[43] FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (fundamentos da Tutela Antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.138.

[44] NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.100-101.

[45] CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutelas de Urgência: Análise Teórica e Dogmática*. São Paulo: RT, 2008, p. 141.

[46] FUX, Luiz. *Tutela de Segurança...op. cit.*, p. 318.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION INVOLVING THE PUBLIC ADMINISTRATION

**Delton R. S. Meirelles
Fernando Gama de Miranda Netto**

RESUMO

A Administração Pública brasileira, sob os argumentos da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, é beneficiada com um sistema de privilégios processuais, frustrando-se as expectativas dos particulares em obter a tutela jurisdicional efetiva, revelando-se incompatível com o cenário atual de concretização de direitos fundamentais e o reconhecimento do direito ao processo justo. Diante disto, o presente artigo busca analisar a possibilidade da utilização de métodos alternativos em conflitos envolvendo a Administração Pública, avaliando cada uma de suas vertentes (tutela jurisdicional diferenciada, justiça coexistencial e resolução extrajudicial). Conclui-se que há uma tendência legal e jurisprudencial favorável à utilização de tais mecanismos, mas que esbarra na tradição patrimonialista de nosso Estado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: MEIOS ALTERNATIVOS – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA – JUSTIÇA CO-EXISTENCIAL – ARBITRAGEM.

ABSTRACT

The Public Brazilian Administration, under the arguments of the supremacy of the public interest, is benefited by a system of procedural privileges, frustrating the expectations of the individuals in obtaining an effective judicial protection, turning out to be incompatible with the current scenery of realization of basic rights and the recognition of the due process of law. Therefore, the present text looks to analyze the possibility of the use of alternative dispute resolution in administrative law conflicts, valuing each one of its meanings (alternative judicial proceeding, coexistential justice and arbitration). It is ended that there is a legal and jurisprudential tendency favorable to the use of such mechanisms, but that it comes up against into the patrimonialist tradition of our country.

KEYWORDS: KEYWORDS: ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION – PUBLIC ADMINISTRATION - ALTERNATIVE JUDICIAL PROCEEDING - COEXISTENTIAL JUSTICE – ARBITRATION.

1. CONFLITOS ENTRE PARTICULARES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina hodierna tem escrito muitos trabalhos na linha da efetividade, esforçando-se para a construção do processo justo, embora ainda seja pequena a literatura processual brasileira voltada especificamente para a composição dos litígios de Direito Público. De fato, o direito pátrio padece do mal da inefetividade do processo nesta área, porque há um desequilíbrio de forças patente entre particulares e Administração Pública, em razão dos privilégios processuais fazendários.

Um breve exame da legislação processual pátria explica o porquê do déficit garantista do processo em face da pessoa jurídica de direito público, figurando esta como *superparte* em juízo. É possível identificar, de acordo com a doutrina, as seguintes prerrogativas do Poder Público no âmbito do processo judicial: 1) inversão do ônus da prova, em decorrência da presunção de legalidade dos atos administrativos; 2) intimação pessoal de seus advogados (art. 222, alínea “c” do CPC; art. 25 da L. 6.830/1980 c/c art. 38 da LC 73/1993); 3) prazos dilatados (art. 188, CPC); 4) reexame necessário (art. 475, CPC); 5) dispensa de preparo ou depósito prévio (art. 488, parágrafo único c/c 511, §1º, CPC); 6) restrição ao deferimento de medidas liminares contra o Poder Público (Lei 8.437/92 e Lei 9.494/97); 7) possibilidade de condenação do Poder Público abaixo do mínimo legal de 10% sobre a condenação (art. 20, § 4º, CPC); 8) dispensa do ônus da impugnação específica na contestação (art. 302 c/c 320, II do CPC); 9) deferimento de arresto sem necessidade de justificação prévia (art. 816, I, CPC); 10) imposição da execução de créditos por precatórios ao adversário (art. 100, CRFB); 11) suspensão da execução de medida liminar (art. 4º, *caput* e §§1º e 2º da L. 4.348/1964 c/c art. 4º, *caput* e §§ da L.8.437/1992).

O moderno Direito Processual exige, contudo, que toda parte deve ter a possibilidade de resolver o seu litígio em condições que não a inferiorizem perante a outra. É o mandamento da isonomia entre litigantes e que também deve ser observado no âmbito do Direito Processual Público. Afinal, é o processo judicial o último meio posto à disposição dos cidadãos não só para frear o arbítrio estatal, mas também para assegurar a eficácia imediata e concreta dos direitos no Estado Democrático de Direito (art. 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988).

Podem-se reconhecer, felizmente, alguns avanços rumo à efetividade do processo em face da Fazenda Pública dentro do contexto dos *meios alternativos de resolução de conflitos*. Cabe agora precisar o significado desta expressão.

2. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É corrente a idéia da crise do Judiciário a partir da segunda metade do século XX, determinada, entre outros motivos, pela conscientização dos direitos, pela facilidade de acesso à Justiça e pela explosão da litigiosidade. Tal crise, exposta principalmente com

a morosidade da prestação judicial, revela-se patente na realidade dos países periféricos e torna a busca pela constitucionalização e efetivação de direitos fundamentais um permanente desafio.

Paralelamente, agigantou-se a complexidade do trabalho forense em virtude da crescente judicialização da política e das relações sociais, da dificuldade de interpretação jurídica dos novos conflitos e os conseqüentes questionamentos dirigidos à legitimidade judicial estatal para dirimi-los. Mas as objeções à legitimidade não se restringem às deficiências interpretativas nesta reconfiguração dos conflitos sociais, merecendo destaque a luta de diversos movimentos sociais para a derrubada de barreiras à tutela jurisdicional plena, pressionando os Estados a pensarem em políticas públicas inclusivas, conhecidas como movimentos de Acesso à Justiça, analisadas por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, no revolucionário projeto de Florença. Assim, há vários obstáculos que não se esgotam nos limites econômicos, como questões técnicas referentes à proteção de interesses coletivos, questões sociais e culturais.

Uma das soluções apresentadas é o estímulo aos chamados meios alternativos de resolução de conflitos (doravante chamados de MARCs em vez do seu equivalente inglês ADR – *Alternative Dispute Resolution*), cujo conceito não é muito preciso na literatura sócio-jurídica. Nesta linha de raciocínio, é possível encontrar três interpretações dos MARCs, começando pela composição dos litígios a partir de uma *resolução estatal imperativa* (item 2.1), passando pela *resolução estatal negociada com as partes* (item 2.2) e culminando com a *resolução privada dos conflitos* (item 2.3). Tais interpretações serão examinadas nos próximos tópicos.

2.1. TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

A expressão *tutela jurisdicional diferenciada* foi cunhada, em 1973, por ANDREA PROTO PISANI, no estudo “Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro”, e significa a proteção jurídica de um interesse ou direito substancial por meio de modelos processuais alternativos ao procedimento judicial ordinário.

MAURO CAPPELLETTI, em relatório apresentado em simpósio sobre a Justiça Civil e suas alternativas (1992), oferece um conceito bem amplo, incluindo “*expedientes – judiciais ou não – que tem emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais, de procedimento*”, como as *class actions* e o acesso à informação.

É possível incluir no conceito, ainda, na linha de FLÁVIO LUIZ YARSHELL, não só os tipos diferenciados de procedimento disponíveis (meios), mas também os tipos diferenciados de provimento perseguidos (resultados), como v.g. a tutela mandamental e a tutela específica. Duvidoso é advogar, no entanto, a falência do procedimento judicial ordinário, pois ele ainda é um modo eficaz de compor as lides com segurança.

Duvidoso é advogar, no entanto, a falência do procedimento judicial ordinário, pois ele ainda é um modo eficaz de compor as lides com segurança. Mas é inegável haver cada vez mais a fuga da vala comum do rito ordinário, percebendo-se a valorização de

procedimentos diferenciados e instrumentos processuais preocupados com a celeridade em detrimento da certeza (ex. antecipação da tutela), deixando superada a lição de que os processos sumários seriam incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna.

A propósito, encontra-se no âmbito dos Juizados Especiais um procedimento que concentra os atos processuais em duas audiências. Embora concebido para ser um procedimento marcado pela rapidez, a marcação da audiência de conciliação, a partir da propositura da demanda, tem superado a marca de 6 (seis) meses nas grandes capitais. Seja como for, prevê a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, o uso de juízes leigos em juizados especiais (inc. I) e juízes de paz, eleitos para o exercício de atividades conciliatórias e administrativas (inc. II).

Regulamentando o art. 98, I, da Constituição, a lei 9099/95 dispõe em seu art. 7º que “*os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência*”. Com isso, a Lei dos Juizados Especiais qualifica como leigo aquele que não é investido por meio de concurso público para a magistratura. Tal conceito é duramente criticado por MIGUEL BALDEZ, que entende inconstitucional tal previsão, por frustrar o ideal de acesso à Justiça objetivado pela nova ordem democrática:

A Constituição brasileira (...) apontou o caminho institucional quando previu em seu art. 98 os Juizados Especiais, neles consentindo a inclusão de juízes leigos e, com isso, abrindo caminho para o rompimento do monopólio do Poder Judiciário pela magistratura. Sem essa abertura não há como pensar, com conseqüências concretas, na democratização da justiça, aqui compreendida, além dos limites restritos e condicionantes do juridicismo, como fato existencial e, por isso, imbricada nas contradições econômicas, sociais, políticas e culturais. (...)

Com o rompimento do monopólio (art. 98 da Constituição Federal), criavam-se as condições de abertura necessárias ao arejamento da ideologia jurídica burguesa, outras realidades enfiem estariam representadas no campo jurídico-judiciário, outras culturas partilhariam com os juízes togados a compreensão dos fatos, iniciando-se um processo compartilhado de produção da Justiça. A utopia democrática, porém, teve pouco tempo de vida, pois veio a Lei nº 9009, de 26.6.1995, de implantação e regulação dos Juizados Especiais, e os juízes leigos da norma constitucional foram apropriados pela ideologia jurídica. E como se fez isso? Com aparente desconsideração pela classe dos advogados, leigos passaram a ser, em matéria cível, pelo menos, os advogados com mais de cinco anos de formados. Há na lei uma clara inconstitucionalidade, por não ter como conformar o conceito de leigo com o dispositivo legal.

Tais críticas podem ser explicadas por BOURDIEU quando, ao falar sobre a *divisão do trabalho jurídico*, explica que

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez

mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra.

De fato, a utilização de juízes leigos *stricto sensu* é bem polêmica, especialmente no direito comparado. MICHELE TARUFFO informa que, no direito norte-americano, o júri popular é um fator essencial para a democratização do Judiciário; ao passo que, na Europa, há a tradição da limitação do júri a determinados casos bem particulares.

Em pior situação ficam os juízes de paz, pois estes não possuem qualquer poder decisório (CRFB, art. 98, II e LOMAN, art. 112), o que leva LEONARDO GRECO a lamentar tais limitações:

A tutela diferenciada abrange, ainda, os juizados especiais para causas de menor complexidade, os juízes de paz e juízes leigos, e a adoção pela lei processual de procedimentos concentrados de cognição sumária.

(...) Os juízes de paz e juízes leigos, previstos na Constituição, não têm qualquer poder decisório, o que limita o alcance da sua atuação, que poderia ser muito mais amplo, no sentido de uma justiça coexistencial, provida por membros da própria comunidade, conforme sugerido por Cappelletti.

Aliás, a gravidade da crise da Justiça e os obstáculos ao acesso à Justiça no Brasil impõem que se suscite o debate sobre a conveniência da manutenção do sistema de juízes exclusivamente profissionais entre nós adotado”.

2.2. JUSTIÇA COEXISTENCIAL

Em um segundo sentido, o próprio Poder Judiciário insere modelos alternativos de resolução de conflitos (MARC)s, buscando não só legitimar sua atuação perante a sociedade, mas conferir maior qualidade à prestação jurisdicional ao colocar em segundo plano uma resolução estatal imperativa. De tal arte, os MARCs constituem o estímulo dos juízes e/ou auxiliares do juízo à solução negociada pelas partes.

Em vez de um procedimento voltado apenas para a imposição de uma sentença fundada num contraditório técnico, surgiriam oportunidades (predeterminadas em audiências ou não) para tentativas de acordo, evitando-se o prolongamento do processo com a produção de provas e interposição de recursos.

MAURO CAPPELLETTI, nos seus estudos sobre as políticas públicas de acesso à Justiça, defende um ideal de *justiça coexistencial* que “(...) *deve ser perseguida quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um second best, mas também melhor do que a Justiça ordinária contenciosa*”. Assim, não haveria uma concorrência

entre a “justiça tradicional” e a “justiça coexistencial”^e, já que esta não esvaziaria o Judiciário formal, e sim deve ser entendida como alternativa ao modelo imperativo e autoritário de resolução de conflitos, atendendo-se ao escopo de pacificação social dos litígios.

Outra característica deste modelo é a de que não há vinculação necessária à dominante jurisdição de direito, sendo possível decidir com base na equidade, como expõe CALAMANDREI:

Anche nei sistemi processuali dell’Europa continentale si trovano numerosi esempi di “giurisdizioni di equità” o di collegi arbitrali composti di “amichevoli compositori”, i quali cercano la giustizia del caso singolo, traendo ispirazione non dalla legge, che non li vincola, ma da quel senso di equità vivente nella loro coscienza, che detta loro la decisione più conveniente e più aderente alle circostanze del singolo caso.

No caso brasileiro, a justiça conciliatória era regra durante o império, possuindo o juiz de paz forte papel. Com o avanço do cientificismo e a unificação legislativa, prevaleceu a concepção autoritária no Código de Processo Civil de 1939, no qual não havia previsão para conciliação no procedimento comum ordinário, inclusive na audiência de instrução e julgamento (arts. 263/272).

Em 1973, o vigente código incorpora a tendência global de estímulo à conciliação (dentro da terceira onda de acesso à Justiça, conforme CAPPELLETTI & GARTH), e a insere como etapa da audiência de instrução e julgamento (arts. 447/449). Pouco tempo depois, a articulação entre a experiência gaúcha das comissões de conciliação e o plano nacional de desburocratização determinou a instituição dos juizados de pequenas causas (Lei nº 7244/84).

Com a redemocratização e o novo cenário mundial, a justiça coexistencial ganha um novo fôlego no Brasil. A Constituição prevê, em seu art. 98, I, a instalação de juizados especiais competentes para a conciliação cível e a transação penal. Sua regulamentação pela lei nº 9099/95 reforça estes papéis em vários dispositivos, prevendo não apenas uma etapa específica (arts. 21/22), como também agentes conciliadores exclusivos (art. 7º).

Paralelamente, a lei nº 8952/94 reformara o Código de Processo Civil a fim de impor ao juiz o dever de tentar conciliar as partes em qualquer fase do processo (art. 125, IV), além de instituir uma audiência específica para este fim (art. 331).

2.3. “PRIVATIZAÇÃO” DOS CONFLITOS

Finalmente, os MARCs podem ser analisados sob um ângulo menos técnico-processual e mais político-social: uma paulatina redução do intervencionismo estatal e a ascensão de soluções privadas para os conflitos atuais. Neste caso, o adjetivo “alternativo” se

referiria à jurisdição estatal, e não ao procedimento formal e tradicional, restando ao Judiciário verificar a existência da tentativa prévia de negociação ou executar o termo de acordo/arbitragem.

Uma das vantagens da utilização dos meios alternativos, para seus defensores, é o retorno a um modelo de justiça baseado em idéias comunitárias, em oposição à distante e formal jurisdição estatal. Como lembra BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *“pode-se dizer que todas as sociedades minimamente complexas têm à disposição dos litigantes um conjunto mais ou menos numeroso de mecanismos de resolução dos litígios, entendendo como tal todas as instâncias suscetíveis de funcionar como terceira parte, ou seja, como instâncias decisórias exteriores às partes em litígio”*. Em outra oportunidade, o pesquisador português relata experiências sociológicas neste sentido, que tinham *“por unidade de análise o litígio (e não a norma) e por orientação teórica o pluralismo jurídico, orientados para a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais”*.

Neste sentido, cria-se uma atmosfera favorável aos MARCs, entendidos como instâncias legitimadas para a solução de conflitos sociais pelo próprio meio social em que se inserem, gerando uma maior conscientização política e participação popular. Ressalte-se que isto não significa o esvaziamento do modelo social-democrático, conforme pensa BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *“não me parece tão-pouco que estes mecanismos de resolução dos litígios à margem do controlo do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade”*.

Destaque-se que os MARCs não constituem um fenômeno recente. Ainda que não se considerem a autocomposição e a heterocomposição privadas pretéritas à constituição dos Estados modernos (já que não seriam alternativos, e sim principal método utilizado nas respectivas comunidades), é possível identificar esta cultura enraizada em países como os EUA (como relata CHASE, *“alternatives to litigation have been a feature of the American way of disputing throughout its history”*).

Convém ressaltar, como faz BARBOSA MOREIRA, que o uso dos meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos de interesses não se confunde com privatização do processo: de fato *“longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem sua atividade revestida de caráter público”* ou, em outras palavras, *“o caso é antes de publicização da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de privatização”*.

Atualmente, merecem destaque a regulamentação da arbitragem^e, em que é possível a escolha de qualquer pessoa capaz de confiança das partes (Lei 9.307/1996, art. 13); e as Comissões de Conciliação Prévia, órgãos paritários formados por representantes dos empregadores e dos empregados, instituídos nas sedes das empresas e nos sindicatos (CLT, art. 625-A, com a redação da Lei 9958/2000). Certamente que tais mecanismos devem ser utilizados de forma a não causar injustiças, especialmente em se tratando de causas que envolvam direitos indisponíveis ou que haja um notável desequilíbrio entre as partes, o que reclamam a intervenção de um juiz estatal independente e imparcial, como observado por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, para quem

a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais.

3. TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO CONTENCIOSO JUDICIAL ADMINISTRATIVO

Se é verdade que o processo judicial tem que ser justo não só para o particular mas também para a Administração Pública, não menos certo é dizer que é do interesse do Estado de Direito e, como corolário natural, também do interesse da Administração Pública a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esta premissa deve nortear o pensamento garantista na busca de salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão através de uma tutela judicial efetiva em face da Administração Pública.

Apesar de todas as dificuldades, é possível encontrar em nosso ordenamento jurídico instrumentos processuais capazes de oferecer uma tutela jurisdicional adequada ao cidadão que escape da camisa de força do procedimento judicial ordinário, podendo-se diferenciar: 1) pelo procedimento (ex. Juizados Especiais Federais); 2) pelo provimento (ex. Tutela Específica). É o que será examinado abaixo.

3.1. RESOLUÇÃO ESTATAL DIFERENCIADA PELO PROCEDIMENTO: JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Os juizados especiais brasileiros tiveram sua origem na Lei nº 7244/84, cujo art. 3º, §2º excluía sua aplicação às causas fazendárias, sem maiores explicações. Com a Constituição de 1988 e a previsão de juizados especiais, aquela lei fora revogada pela Lei nº 9099/95, mas mantendo-se limitada aos conflitos entre pessoas privadas. Com isso, se um particular quiser demandar em face de um *Município* em razão de uma multa de trânsito de valor inferior a R\$ 120,00 (cento e vinte reais) terá que desembolsar, em tese, um valor superior apenas para o pagamento das custas judiciais, já que não pode ingressar nos Juizados Especiais Cíveis, em virtude da proibição do art. 8º da Lei nº 9.099/1995.

Assim, Estados e Municípios ainda não podem ser partes nos Juizados Especiais Estaduais, o que, na prática, constitui uma grave violação à garantia de acesso à justiça.

Alguns projetos de lei e a doutrina apontam, contudo, para a quebra de mais este obstáculo na realização do processo justo.

Em 1997, a União Federal apresenta a PEC nº 526, prevendo a criação dos Juizados Especiais Federais, reconhecendo que “*tal medida, pois, vem ao encontro do compromisso do Governo com a valorização da cidadania, ao oferecer amplo acesso à justiça federal e ao simplificar e agilizar a prestação jurisdicional do Estado, além de fixar de forma clara e precisa a competência do mencionado órgão julgante na hipótese assinalada*”. Com a aprovação desta proposta e conseqüente promulgação da Emenda Constitucional nº 22/99, novamente o Palácio do Planalto apresenta projeto para regulamentar os juizados especiais federais (PL-3999/2001), a partir de adequações ao anteprojeto produzido por uma comissão de ministros do STJ (Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Ari Pargendler, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca e Fátima Nancy), a qual pretendeu

simplificar o exame dos processos de menor expressão econômica “facilitando o acesso à Justiça e o ressarcimento das partes menos favorecidas nas disputas contra a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, pois a solução de tais litígios dar-se-á rapidamente, e sem a necessidade de precatórios para a quitação dos eventuais débitos”(…).

Destarte, após os Juizados Especiais Estaduais, finalmente este procedimento sumário foi estendido à Justiça Federal, com a publicação da lei nº 10.259/2001. Nos Juizados Especiais Federais, a iniciativa procedimental é exclusiva do cidadão, utilizado-se o procedimento previsto para as causas que não ultrapassem o valor de 60 salários mínimos.

A gratuidade figura como grande atrativo deste procedimento, embora esteja restrito, *grosso modo*, às causas em que a *União* é parte.

Importante destacar que o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Federais extinguiu vários privilégios processuais, como a vedação de medidas de urgência, a remessa necessária, e os prazos diferenciados, dispensando, ainda, o pagamento da dívida fazendária por meio de precatórios.

Sobre a utilização de juízes leigos, estes estavam presentes na exposição de motivos da PEC nº 526/97, a qual dizia que os juizados especiais federais se caracterizariam “*como instrumento de participação popular, na medida em que a Constituição prevê a existência de tribunais compostos também por juízes leigos*”. Entretanto, este tema não foi incluído no PL-3999/01 nem na lei nº 10259/01, o que não impediria hipoteticamente seu uso na Justiça Federal, tendo em vista a aplicação subsidiária da lei nº 9099/95, conforme autoriza o art. 1º daquela lei.

Ainda em se tratando de conflitos envolvendo a Administração Pública, não seria razoável excluir os juízes leigos, como bem observa LUIZ FERNANDO SILVEIRA NETTO:

O receio de que não possam atuar em face da Fazenda Pública não procede, pois: a) a própria lei já tratou de igualar a administração aos particulares (não há prerrogativa de prazos, não há remessa necessária, de regra não há precatório). Essa Administração restou *fragilizada*, vale dizer, nada a temer pelo só fato de ser a *Fazenda Pública* processada e julgada por um juiz leigo; b) sua atuação nas audiências (de conciliação, de instruções dos feitos e na elaboração de sentenças *ad referendum* do Juiz *de carreira*) estará sob constante orientação (ou vigilância, se assim se quiser) do Juiz Togado (artigos 22, 37 e 40), que pode preferir ele próprio sentenciar a cancelar a sentença proposta por seu auxiliar; e c) qualquer deslize que ainda assim pudesse ocorrer, teria na via do recurso (artigo 5º da Lei n. 10259/01) ou mesmo da correição parcial a legítima possibilidade de correção.

3.2. RESOLUÇÃO ESTATAL DIFERENCIADA PELO PROVIMENTO: TUTELA ESPECÍFICA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Pode-se definir a tutela específica, na linha de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, como o conjunto de providências direcionadas a proporcionar à parte em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a realização do direito ou do interesse material tutelado. No contexto dos litígios de direito público, isto significa que o cidadão não é obrigado a tolerar as conseqüências do ato administrativo ilícito ou ter que se contentar com uma compensação pecuniária. O cidadão persegue a *tutela específica do seu direito* e apenas na sua impossibilidade a *tutela genérica*, nos termos dos arts. 84, do Código de Defesa do consumidor e arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Para a realização da tutela específica, o magistrado pode fazer uso de *meios coativos* como: a) multa (art. 461, §§4º e 6º; art. 14, V, parágrafo único, CPC); b) prisão por prevaricação (art. 309, CP); c) audiência especial (art. 599, I, CPC). E há, ainda, a possibilidade de o juiz se valer de *meios sub-rogatórios* como nomear um interventor ou comissário *ad acta* para que este pratique o ato omitido pela Administração Pública (art. 461, §5º, CPC).

Há algumas restrições ao deferimento da *tutela específica liminar*, especialmente fora dos Juizados Especiais Federais. Tais restrições, impostas por um microsistema processual autoritário, têm sido afastadas de forma corajosa pelos juízes em nome de uma tutela judicial efetiva contra o Poder Público. De qualquer forma, não são alcançados pelas restrições as liminares deferidas em sede de ações previdenciárias (Súmula 729, STF), de mandado de segurança coletivo e de ação civil pública (art. 2º, L. 8.437/1992).

O argumento da *reserva do possível* não prevalece quando se está a defender direitos fundamentais pertinentes ao *mínimo existencial* (v.g. saúde, alimentação e educação básica). É que no conflito entre o princípio da reserva orçamentária e o princípio da dignidade da pessoa humana, deve este último prevalecer. Assim, por exemplo, tem o carente de recursos de ser tutelado judicialmente, caso peça, liminarmente,

medicamentos com base na Lei 9.313/1996 para ao menos aliviar as conseqüências de sua doença incurável.

4. RESOLUÇÃO ESTATAL NEGOCIADA COM AS PARTES

A resolução consensual no contencioso judicial administrativo esbarra no atributo da indisponibilidade dos direitos pleiteados, mas isto não quer dizer que todos os direitos oriundos de relação jurídica pública sejam indisponíveis. No entanto, cumpre reconhecer que a indisponibilidade pode variar em função da transação. Assim, em uma primeira classificação, pode-se definir o *direito indisponível* como aquele direito que é irrenunciável, mas que pode admitir eventual transação. Se a transação não for admitida por lei, a indisponibilidade é absoluta; se for admissível, a indisponibilidade é relativa.

O fato constitutivo do direito indisponível, mesmo que não seja controvertido, exige prova por força da lei (art. 320, II, CPC).

Esta classificação merece, contudo uma adição. É que mesmo havendo um conflito com o Poder Público, pode o cidadão não ajuizar demanda, não exercer o seu direito, conforme seu livre-arbítrio, faculdade que excepcionalmente é conferida ao Poder Público, em razão do princípio da legalidade. A propósito, veja-se a Lei n. 9.469/1997:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, inclusive no caso das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União.

Assim, pode-se classificar a indisponibilidade do direito quanto à persecução processual, cabendo distinguir: os direitos dos cidadãos são sempre disponíveis (quanto à persecução processual), ainda quando litiguem contra o Poder Público; já os direitos das pessoas jurídicas de direito público são em regra indisponíveis (quanto à persecução processual), podendo, no entanto, perder esta qualidade em virtude da lei.

Melhor, portanto, seria a seguinte classificação quanto à indisponibilidade do direito material público: a) indisponibilidade absoluta (irrenunciável, insuscetível de transação

e de persecução processual obrigatória); b) indisponibilidade relativa (irrenunciável, suscetível de transação, mas de persecução processual obrigatória); c) disponibilidade limitada (irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual facultativa). Assim, apenas as hipóteses de indisponibilidade absoluta obstam a transação entre particular e pessoa jurídica de direito público.

Embora haja a possibilidade judicial de solução negociada nos litígios de direito público, esta é marcada por forte controle normativo. A Instrução Normativa Nº 3, de 25 de junho de 1997, da AGU, assim dispõe sobre a transação:

Art. 2º A transação judicial para pôr fim ao litígio e o acordo para parcelamento de débitos ajuizados terão os seus termos autorizados, previamente, em cada caso, pelo Procurador-Geral da União e pelos dirigentes máximos das autarquias e das fundações públicas federais, e concretizar-se-ão com a sua homologação pelo juízo, a quem serão submetidos por meio de requerimento assinado pelos procuradores daquelas entidades e pelo da parte contrária, detentor de poderes especiais.

Parágrafo único. O Advogado-Geral da União, no caso da União, submeterá o exame do procedimento cogitado, sob os aspectos de conveniência e oportunidade, à prévia aprovação do Ministro de Estado ou do Secretário da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, quando a causa envolver valor superior a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

A Lei 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, prevê, no parágrafo único de seu art. 10: “*os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.*” Poderão ser designados servidores não integrantes de carreiras jurídicas, que tenham completo conhecimento do caso, para auxiliar o patrono da pessoa jurídica de direito público, nos termos do § 1º do art. 1º do Decreto nº 4.250/2002. A Portaria n. 505 da AGU estabelece as condições para haver a transação:

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando: I - inexistir qualquer controvérsia quanto ao direito aplicado; II - houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente.

§ 1º Os valores envolvidos nas conciliações e transações, não poderão exceder ao teto previsto no art. 3, da Lei nº 10.259/2001.

§ 2º Inclui-se no referido teto a soma de 12 (doze) parcelas vincendas, quando for o caso.

§ 3º Não será objeto de acordo: I - as hipóteses em que se discute penalidade aplicada ao servidor; II - os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado; III - o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e não houver a esse respeito súmula administrativa, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73/93 ou

orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União; IV - na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários.

§ 4º Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Merece igualmente destaque a solução negociada entre União e servidores civis do Poder Executivo, autorizada pela Portaria nº 1.052/2006 da AGU, versando sobre a diferença de 3,17% (três inteiros e dezessete centésimos por cento).

A jurisprudência apresenta alguns limites à conciliação envolvendo a Fazenda Pública. No julgamento da Reclamação nº 1893/RN, o Supremo Tribunal Federal interpretou que “*a conciliação, ainda que resulte em vantagem financeira para a Fazenda Pública, não possibilita a inobservância, pelo Estado, da regra constitucional de precedência, com prejuízo ao direito preferencial dos precatórios anteriores*” (Pleno, julgamento unânime de 29/11/2001, rel. Min. Maurício Corrêa). Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em relação à transposição a cargos públicos de carreiras diversas, “*não constitui matéria sujeita a acordo ou conciliação em virtude da legalidade estrita que permeia a atuação administrativa*”. Também merece nota a possibilidade do juiz dispensar a audiência preliminar, conforme permite o art. 331, § 3º, do Código de Processo Civil, diante da impossibilidade de composição amigável em conflitos envolvendo a Administração.

5. RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Finalmente, há a questão da possibilidade de meios alternativos à jurisdição estatal, quando houver a participação da Administração Pública, tendo em vista as limitações legais à negociação dos bens públicos. De fato, não se ignora, aqui, que muitos direitos da Administração Pública são *indisponíveis*, como, por exemplo, os bens de *uso comum* do povo (ex. estradas, praças) e bens de *uso especial* (ex. edifícios destinados ao serviço da Administração), mas esta indisponibilidade não é absoluta. Com efeito, há casos, como o da atividade empresarial da Administração Pública (por meio das sociedades de economia mista) e dos contratos celebrados pelo Estado, em que seria possível refletir melhor sobre a utilização de heterocomposição extrajudicial.

Em várias situações a legislação pátria autoriza expressamente o uso de meios alternativos. Uma das hipóteses é a assinatura de *termo de compromisso*, em que a Administração Pública evita eventuais condenações judiciais cíveis ou penais ao assumir a responsabilidade de compor a controvérsia voluntariamente, conforme admitem a Lei nº 6.385/1976, a Lei 7.347/1985, e a Lei nº 8.884/1994.

Em outros momentos, há o estímulo à composição amigável com o auxílio de terceiros, como nas *comissões de conciliação prévia* em conflitos trabalhistas e na *mediação e*

conciliação, regulados recentemente pela Portaria da AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007. Gize-se o ineditismo da conciliação extrajudicial.

É de se mencionar, igualmente, os projetos de lei envolvendo a transação tributária extrajudicial (e judicial), que têm sido apresentados pelo Poder Executivo Federal: Projeto de Lei Complementar n. 469/2009 e o Projeto de Lei n. 5.082/2009. Em março de 2007, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional já havia apresentado o *Anteprojeto Brasileiro da Lei Geral da Transação*, coordenado por Luís Inácio Adams, que suscitou amplo debate doutrinário.

Entre os meios alternativos, a dificuldade maior reside na heterocomposição extrajudicial com poderes decisórios, que é o caso da arbitragem. Com efeito, esta forma de resolução de conflitos entre Administração Pública e os particulares suscita ainda hoje alguns debates no âmbito doutrinário. A arbitragem difere em grau da mediação e da conciliação. Com efeito, o árbitro detém não só os poderes do mediador (aproximar as partes) e do conciliador (aproximar as partes e propor soluções), como também está investido do poder jurisdicional de substituir as partes na solução dos conflitos.

Os argumentos contrários ao uso do procedimento arbitral podem ser assim sintetizados: a) apenas *direitos disponíveis* podem ser tutelados pelo processo arbitral; b) O Poder Público não pode transigir com o cumprimento da lei e a Administração Pública se orienta pelo princípio da *indisponibilidade* do interesse público; c) A Lei 8.666/1993, que disciplina as licitações e contratos administrativos não prevê a arbitragem e estabelece como cláusula obrigatória, em seu art. 55, §2º, a fixação do foro da sede da Administração para compor litígios contratuais.

Com relação ao primeiro argumento, é preciso registrar não existir na legislação brasileira vedação expressa ao uso da via arbitral para a resolução de litígios entre o particular e o Poder Público. Há registro, no direito brasileiro, de casos históricos envolvendo o Poder Público até mesmo para definir a demarcação de fronteiras entre Estados, em que o Presidente da República foi nomeado árbitro. Ademais, é preciso reconhecer que a Administração Pública também é detentora de direitos disponíveis, isto é, direitos *negociáveis*. O Supremo Tribunal Federal, em precedente conhecido como “caso Lage”, já admitia a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar contrato de arbitragem, quando o objeto da controvérsia fosse meramente patrimonial e disponível:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.
2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. (...)

(STF. Pleno. AI nº 52181/GB. Rel. Min. Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973.

Citando parecer de Castro Nunes, o relator Min. BILAC PINTO observa

não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação.(....)

Argüi-se, por outro lado, a incompatibilidade do ato legislativo em causa com a Constituição vigente, violando, entre outros, o preceito contido no parágrafo 26 do art. 141, pelo qual não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção. A alegação não tem qualquer procedência, pois, como afirma a sentença, a instituição do Juízo Arbitral não importou em constituir foro privilegiado nem tribunal de exceção. (...) basta atentar para a natureza consensual do juízo arbitral que, não integrando os órgãos permanentes do Poder Judiciário, de natureza institucional, é criação contratual, nascida do compromisso das partes, ainda que regulada em lei especial, para concluir-se que a alegada inconstitucionalidade não tem o prestígio da doutrina dominante na matéria.

Sobre a utilização da arbitragem pelas sociedades de economia mista, encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva de que “*não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada*”.

No que diz respeito ao segundo argumento, é preciso dizer que a Administração Pública não está dispondo do interesse público e tampouco abrindo mão de seus direitos quando escolhe o juízo arbitral. Na verdade, apenas há a escolha da jurisdição não-estatal para por fim ao litígio, já que “a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara ou coroa nem à roleta-russa”. O julgamento, aliás, terá de ocorrer com base na jurisdição legal e não recorrendo à jurisdição de equidade. Logo, não há qualquer tipo de ofensa à legalidade. Conforme a lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “jamais se cogita de negociar o *interesse público*, mas de negociar os *modos de atingi-lo com maior eficiência*” (grifos do autor). Realmente, são manifestas as vantagens da arbitragem: a) possibilita a intervenção de especialista na matéria litigiosa; b) desafoga o Poder Judiciário; c) enseja decisão célere; d) busca prioritariamente o consenso e não a condenação.

Por derradeiro, cumpre examinar o último argumento. Embora a lei das licitações e contratos administrativos não faça referência à arbitragem, isto não quer dizer que haja proibição. É preciso interpretar essa lei em sintonia com outros diplomas legais, e não isoladamente. Em primeiro lugar, veja-se a Lei 8.987/1995, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Tal lei estabelece como cláusula essencial e, portanto, obrigatória, a que diz respeito ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais (art. 23, XV), aplicando-se a esses contratos administrativos também a Lei 8.666/1993 (art. 2º). Observe-se que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não faz referência à jurisdição estatal em seu art. 55, §2º: “*Nos*

contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual (...)”.

Já a Lei 9472/1997 (dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, cria a ANATEL, sob regime autárquico, no art. 93, e trata do contrato de concessão), dispõe, em seu art. 120, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais. Mais preciso é o art. 43, X, da Lei 9478/1997 (dispõe sobre a política energética e cria a Agência Nacional do Petróleo, sob regime autárquico especial), que prevê, em sede de contrato de concessão, obrigatoriamente, regra sobre a “solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

O Decreto 2521/1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, ao tratar do contrato administrativo de adesão, impõe como cláusula essencial, nos artigos 19 e 20, a fixação do modo amigável para solução de divergências contratuais. A Lei 10.233/2001 dispõe sobre os transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes, determinando, de forma cogente, no contrato de concessão, em seu art. 35, XVI, que sejam fixadas “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”.

Por derradeiro, o art. 11 da Lei 11.079/2004, no inc. III, determina que a minuta do contrato de parceria público-privada, indicará “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa”, para dirimir conflitos contratuais. Assim, pelo exame dessas leis, apenas a título exemplificativo, é possível perceber que o cabimento da arbitragem alcança diversos setores como o de energia elétrica, o de petróleo, o de telecomunicações, o de concessão de serviços públicos e o de transportes.

6. CONCLUSÃO

A utilização de meios alternativos é um fato cada vez mais freqüente atualmente. Ainda que mantenhamos a cultura cartorária e formalista lusitana, a globalização e o novo cenário jurídico (judicialização das questões sociais e políticas, constitucionalização, reconhecimento de novos direitos, ampliação do acesso à Justiça etc.) impõem ao Judiciário brasileiro assumir esta realidade e adequar-se às mudanças.

As reformas administrativas e judiciárias dos últimos vinte anos convergem para este novo desenho institucional: redução do autoritarismo estatal e conseqüente equilíbrio de forças entre particulares e Poder Público. Da servidão à participação, o particular cada vez avança mais na luta pelos seus direitos, a ponto de estimular novas políticas públicas, como o movimento pela conciliação do Conselho Nacional de Justiça.

O presente artigo demonstrou a tendência crescente pela utilização de métodos alternativos nos conflitos envolvendo o Estado. Os juizados especiais federais e os projetos de reforma da lei nº 9099/95 revelam que nem a Fazenda pode restar imune aos procedimentos mais céleres e informais. A garantia da tutela jurisdicional efetiva afasta os argumentos fazendários contrários à tutela diferenciada, conforme se manifesta o Supremo Tribunal Federal. A Advocacia-Geral da União passa a admitir, ainda que timidamente, a transação judicial e mesmo a extrajudicial, por meio de conciliação e mediação. Até mesmo o dogma da indisponibilidade dos bens públicos vem se relativizando, como se verificou na arbitragem. De tal arte, podem-se mencionar as seguintes formas de heterocomposição extrajudicial dos litígios administrativos: a) mediação; b) conciliação; c) termo de compromisso; d) arbitragem. Em todas deve haver o estímulo da transação.

Diante do exposto, conclui-se pela possibilidade da utilização destes meios alternativos nos conflitos envolvendo a Administração Pública. O sistema jurídico vigente não apenas os autoriza como também os estimula. Entretanto, o problema não é meramente técnico, mas especialmente político e cultural. Nossa tradição patrimonialista e nossa formação publicista (construída ideologicamente desde a formação do Estado brasileiro) são barreiras a estes institutos que prezam pela efetividade e pelo equilíbrio de forças. De qualquer forma, as modificações paulatinas nos dão uma certa esperança de que está sendo construída uma nova relação entre particulares e Poder Público.

7. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, in: Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARMELIN, Donaldo. “Tutela Jurisdicional Diferenciada”, in: *Revista de Processo*, janeiro-março de 1992, vol. 65.

ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, in: Daniel Sarmiento (org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. “Notas sobre a democratização do processo”, in *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Rio de Janeiro: FDCM, n. especial, pp. 95-105, set. 1998.

BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. “Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida”, in: Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo”, in: Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico* (tradução Fernando Tomaz). 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (tradução Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça”, in: *Revista de Processo* n° 74, 1994, pp. 82-97.

CASSONE, Vittorio. “Transação, conciliação e arbitragem no âmbito tributário: confronto entre os princípios constitucionais aplicáveis”, in: *Transação e Arbitragem no âmbito Tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*, org.: Oswaldo O. de Pontes Saraiva Filho e Vasco B. Guimarães, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

_____. “O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época”, in *Anais da 13ª Conferência Nacional da OAB*. Belo Horizonte: OAB, 1990, pp. 115-130.

CHASE, Oscar G. “The Rise of ADR in Cultural Context”, in *Law, Culture and Ritual*. Nova Iorque: New York University Press, 2005, pp. 94/113.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, in *Juizado especial de pequenas causas* (coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: RT, 1985.

FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em Litígios Comerciais com a Administração Pública*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

GRAU, Eros Roberto. “Arbitragem e contrato administrativo”, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, n. 32.

GRECO, Leonardo. “Tutela Jurisdicional Específica”, in *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 513-540.

_____. “O acesso ao direito e à justiça”, in: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 197-224.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Arbitragem e prestação de serviços públicos”, in: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, novembro-dezembro de 2003, n. 26.

_____. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, in *Novas tendências do direito processual*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

JOHNSON Jr., Earl. “Promissing institutions: a synthesis essay”, in: CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Access to Justice*, vol. II. Milão: Giuffrè Editore, pp. 871/903.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997.

LEME, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Cláudio Vianna de. “A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões”, in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, julho-setembro de 1997, n. 209.

MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário”, in: *Transação e Arbitragem no âmbito Tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*, org.: Oswaldo O. de Pontes Saraiva Filho e Vasco B. Guimarães, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

MARSHALL, T. H. “Cidadania e classe social”, in: *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

MARTINS, Pedro A. Batista. “Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública”, in: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, julho-agosto de 2008, vol. 50.

MAYER, Luiz Rafael. “Juízo arbitral entre Estados” (Parecer), in: *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, julho-agosto de 1974, n. 30.

MEIRELLES, Delton R. S. Meirelles. “Avanços democráticos e reação judiciária: os juízes leigos na Constituinte de 1988”. Trabalho inédito e aceito para o XIV Congresso Brasileiro de Sociologia. Rio de Janeiro: 2009.

_____. “Juízes leigos comunitários: acesso à Justiça nas cidades”, in *Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Privatização do processo?”, in *Temas de Direito Processual: 7ª série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

_____. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, in: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980, 2ª Série.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, in: *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “Arbitragem nos contratos administrativos”, in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, julho-setembro de 1997, n. 209.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com Entes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “A arbitragem e as parcerias público-privadas”, in: *Revista de Arbitragem e Mediação*, janeiro-março de 2007, n. 12.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PISANI, Andrea Proto. “Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXIV, 1979, n. 4.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. “Transação e arbitragem no direito tributário: paranóia ou mistificação?”, in: *Transação e Arbitragem no âmbito Tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*, org.: Oswaldo O. de Pontes Saraiva Filho e Vasco B. Guimarães, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____, MARQUES, Maria Manuel Leitão & PEDROSO, João. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas” in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, pp. 29/62.

SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in: Daniel Sarmento (org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA NETTO, Luiz Fernando. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVESTRI, Elisabetta. “Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie”, in: *I metodi della giustizia civile*. Padova: Cedam, 2000.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Marcia C. Xavier de. *Tutela jurisdicional efetiva contra o poder público estadual, distrital e municipal por meio dos Juizados Especiais Cíveis*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, Tese defendida em setembro de 2008, inédita.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”, in: *Grandes Temas de Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

TÁCITO, Caio. “A arbitragem nos litígios administrativos”, *in: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, outubro-dezembro de 1997, n. 210.

TALAMINI, Eduardo. “Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado”, *in: Revista de Processo*, São Paulo: RT, janeiro de 2005, n. 119.

TARUFFO, Michelle. “Dimensioni transculturali della giustizia civile” *in Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, ano LIV, nº 1, pp. 1.047-1.084.

TIBURCIO, Carmen. “Arbitragem envolvendo a Administração Pública”, *in: Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, *in: Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível* (org. Ingo Sarlet e Luciano Timm). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WALD, Arnoldo; SERRÃO, André. “Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões”, *in: Revista de Arbitragem e Mediação*, janeiro-março de 2008, n. 16.

WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro. “O termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários”, *in: Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, janeiro-fevereiro de 2009, vol. 53.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, 2ª tir., São Paulo: Atlas, 1999.

ZIMMERMANN, Dennys. “Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça”, *in: Revista de Arbitragem e Mediação*, janeiro-março de 2007, n. 12.

Neste sentido: DINAMARCO, *A Reforma da Reforma*, p. 128.

Sobre o tema, consulte-se: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, *passim*.

O que afeta triplamente as classes mais baixas, em razão das altas custas, a desproporcionalidade entre tais custas e o valor das causas e a lentidão dos processos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, pp. 168/169)

Para T. H. MARSHALL, “a distância dos tribunais era devida aos tecnicismos do direito e de seu processo que fez com que o cidadão ordinário tivesse de lançar mão de especialistas para orientá-lo quanto à natureza de seus direitos e para auxiliá-lo a obtê-los” (*Cidadania e classe social*, p. 65.)

Os fatores culturais e sociais são o desconhecimento dos direitos pelos cidadãos mais pobres, a hesitação em propor ações por medo de represálias (como no direito do trabalho) e a falta de acesso a advogados. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão*

de Alice, p. 170). No mesmo sentido, o relatório feito por EARL JOHNSON Jr. (Projeto Florença), para quem “*economic cost is not the only source of inaccessibility for many litigants. For many, the format courts may seem inaccessible in psychological terms. This, of course, is a more subtle phenomenon. It seems compounded of several factors: the anxiety-provoking formality of the typical courtroom setting, the language barrier for some litigants, the mysterious legal machinations for nearly all, and similar considerations*” (“Promising institutions: a synthesis essay”, p. 878). Também CAPPELLETTI & GARTH dizem que “*o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem*” (Acesso à Justiça, p. 97.)

Segue-se a crítica feita por ELISABETTA SILVESTRI, para quem a moda destes meios alternativos, imposta culturalmente pela hegemonia ideológica norte-americana, a qual acabaria impondo até mesmo a sigla ADR (“*il successo incontrato dai metodi alternativi è quase senza precedenti: autorevoli esponenti della dottrina, come pure membri di spicco Del ceto forense e della magistratura sembrano conquistati dalla moda delle ADR, come ormai vengono familiarmente chiamate anche da noi le alternative al processo, spesso italianizzando la pronuncia di questo acronimo che, come si spera sia noto almeno a coloro che se ne servono, sta per Alternative Dispute Resolution*” - “Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie”, p. 475).

ADA PELLEGRINI GRINOVER, em relatório brasileiro para o VIII Congresso Internacional de Direito Processual (1987), aplica o conceito de *deformalização* em dois sentidos (processo e controvérsia), para estabelecer tal diferença: “*(...)de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais.*” (“Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, p. 179).

Cf. “Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXIV, 1979, n. 4, p. 536.

“Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça”, in *Revista de Processo* nº 74, p. 82.

Tutela Jurisdicional, p. 34-35.

Recorde-se que foi proclamado a partir do séc. XVII, pelos filósofos modernos, que o direito e a moral seriam ciências capazes de produzir verdades absolutas, de modo que não haveria espaço para que juízos de verossimilhança legitimassem a tutela jurisdicional. Os juristas italianos do início do século XX consideraram a tutela cautelar como algo estranho à tutela jurisdicional ordinária, um terceiro gênero processual,

mantendo a “pureza” do modelo clássico de jurisdição, em que a execução deve ser precedida de um juízo de certeza (*nulla executio sine titulo*). Estes dogmas hoje foram superados. Cf. ROGÉRIO SOARES, *Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 142-143; DONALDO ARMELIN, “Tutela Jurisdicional Diferenciada”, in: *Revista de Processo*, vol. 65, p. 46.

Há outros casos de juízes leigos do sistema jurídico brasileiro: juízes de vintena coloniais; comerciantes integrantes dos Tribunais de Comércio imperiais (Título único do Código Comercial de 1850, art. 2º: “*o Tribunal do Comércio da Capital do Império será composto de um Presidente letrado, seis Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e três Suplentes também comerciantes; e terá por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação Rio de Janeiro. Os tribunais das Províncias serão compostos de um Presidente letrado, quatro Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e dois Suplentes também comerciantes; e terão por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação da respectiva Província*”); juízes classistas nas extintas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho; jurados no Tribunal do Júri (CRFB, art. 5º, XXXVIII); militares nas auditorias respectivas (lei nº 8.457/92 – Lei de Organização Judiciária Militar, arts. 19/22) etc.

Notas sobre a democratização do processo, pp. 254/255. No caso do Rio de Janeiro, a situação se agrava em virtude da Lei Estadual nº 4578/2005, a qual dispõe que “*a função de juiz leigo (...) será exercida por alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na forma disposta em Regulamento, vedado seu exercício por serventuários do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*”. Sobre o tema, ver MEIRELLES, Delton R. S. “*Juízes leigos comunitários: acesso à Justiça nas cidades*”, apresentado no XIV Encontro Nacional do CONPEDI.

O poder simbólico, p. 212.

“*Da um lato, infatti, vi è l’idea tradizionale, tuttora diffusa negli Stati Uniti, per cui la giuria è una necessaria ed irrinunciabile garanzia della partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia, ed è quindi un essenziale fattore di democrazia nell’ambito Del sistema giudiziario. Dall’altro lato vi è in Europa la tendenza tradizionale, tuttora diffusa, a ritenere che la giuria non debba essere usata nelle cause civili, e che la partecipazione di laici agli organi giudiziari debba essere limitata a casi particolari*” (*Dimensioni transculturali della giustizia civile*, p, 1070).

O Acesso ao Direito e à Justiça, p. 18.

“O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época”.

Entretanto, não pode ser desprezada a resistência da magistratura tradicional. Em pesquisa realizada no ano de 1994, 64,9% dos juízes fluminenses entrevistados mostraram-se contrários às idéias de sua abertura à participação popular (JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*, p. 204)

“*Também não se põe de modo alternativo e excludente a escolha entre o processo, como meio de solução dos litígios, e equivalentes jurisdicionais capazes de evitá-lo,*

como a conciliação prévia extrajudicial, atividade preparatória cuja finalidade é a autocomposição. Nem todos os tipos de controvérsia se coadunam com as vias conciliativas. E estas devem permanecer a nível facultativo e coexistente ao processo, a fim de que não se frustrate a garantia constitucional da proteção judiciária dos direitos e dos interesses”.(GRINOVER, Ada Pellegrini. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, p. 201).

Destarte, tais meios alternativos não poderiam servir para esconder as mazelas do Judiciário estatal, como pontifica OVÍDIO BAPTISTA: “*As alternativas dos Juizados Especiais e das juntas de conciliação, instrumentos sem dúvida valiosos como coadjuvantes na busca de uma prestação jurisdicional compatível com os nossos tempos, podem transformar-se em escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas ou relegadas para as calendas gregas. (...) Devemos buscar alternativas, sem no entanto perder de vista o problema fundamental enfrentado pela jurisdição estatal*”.(Processo e ideologia, p. 319).

Em sentido semelhante, MICHELE TARUFFO aponta uma função negativa de tais órgãos: “*quando il processo giudiziario funziona bene (...) l’ADR rimane un fenomeno tutto sommato marginale e chi ha bisogno della tutela di un próprio diritto preferisce rivolgersi al giudice. Quando, al contrario, i rimedi giurisdizionali non funzionano (...) l’ADR diventa una sorta di alternativa necesssaria per coloro che hanna bisogno di risolvere controversie ma non posso o non vogliono farlo per mezzo di procedure formali di amministrazione della giustizia che sono onerose, costose ed eccessivamente lunghe*”. (Dimensioni transculturali della giustizia civile, p. 1065).

Como afirma ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*é isso que vem finalmente indicar aquela que talvez seja a função primordial da conciliação: a pacificação social. Esta não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto (...)*”. (“Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, p. 192). É curioso notar o discurso recorrente na literatura brasileira ao “espírito pacífico” de nosso povo (ou o *homo cordialis* de SERGIO BUARQUE DE HOLLANDA), como se observa no argumento construído por Cândido Rangel DINAMARCO: “*é do sentimento popular o refrão segundo o qual ‘mais vale um mau acordo, do que uma boa demanda’ (...)* Isso corresponde ao decantado espírito conciliador que caracteriza a nação brasileira”.(“Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, p. 112).

São exemplos legislativos brasileiros os juizados especiais (lei 9099/95, arts. 6º e 25) e a arbitragem (lei 9307/96, art. 2º).

Opere giuridiche, I, p. 640.

Constituição de 1824, art. 161: “*Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum*”.

Constituição de 1824, art. 162: “*Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei*”.

Ressalve-se a Justiça do Trabalho, cuja formação se deveu a uma forma bem peculiar, a qual estimula a conciliação como elemento obrigatório na resolução dos conflitos laborais, como se percebe no art. 764 da CLT.

Entre outros, emergem os artigos 1º (“os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”); 2º (“o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”); 3º [“o Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade” (...)]

Também é possível um sistema misto, em que há política pública de incentivo à arbitragem, mas dentro de um contexto jurisdicional estatal, como relata OSCAR CHASE, “*the most obvious way in which the judiciary has contributed to the growth of ADR has been by establishing the already-noted ‘court-annexed’ programs. These typically involve the creation of an arbitration or mediation service (or both) that is administered by the court*” (“The Rise of ADR in Cultural Context”, p. 97)

O ideal comunitário está mais presente nos modelos autocompositivos (mediação e conciliação) do que nos equivalentes jurisdicionais (arbitragem). Neste sentido, CHASE afirma que “*mediation retained vigor as a response to dispute, it was largely in various self-organized utopian communities and within the insular world of immigrant groups (...) that brought a deep distaste for litigation to the New World*” (“The Rise of ADR in Cultural Context”, p. 101). O mesmo autor busca compreender este atual surto das ADR’s a partir do movimento do *counterculturalism* (*ibidem*, pp. 109/111)

SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 52

Pela mão de Alice, p. 175.

Este parece ser o ponto defendido por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ainda que trate do tema específico da conciliação (“*a ponto de falar-se de uma ‘cultura da conciliação’, que conheceu um impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importante desdobramento, por indicar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da Justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também por assumir relevante papel promocional de conscientização política*” - “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, p. 192)

Pela mão de Alice, p. 179.

CHASE, Oscar G.. “The Rise of ADR in Cultural Context”, p. 100. No mesmo sentido, diz ELISABETTA SILVESTRI: “*molti sembrano ignorare che proprio negli Stati Uniti le alternative al processo costituiscono un fenomeno già Vecchio, sai per data di nascita, sai perchè, a torto o a ragione, si ritiene che la fase di massima espansione delle alternative sia terminata e che sia tempo di valutare, quasi in una prospettiva storica, gli effetti che la loro diffusione ha prodotto*” (“Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie”, p. 478)

Privatização do processo?, p. 09.

Privatização do processo?, p. 11.

Embora situada fora do Poder Judiciário, poder-se-ia arrolar, igualmente, a *arbitragem* como modalidade de tutela jurisdicional diferenciada (item 2.1). No passado, a arbitragem foi classificada como um “equivalente jurisdicional”, porque o laudo arbitral poderia ser judicialmente revisto. Em face da nossa legislação atual, no entanto, o árbitro exerce poder jurisdicional, porque profere sentença que produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário (art. 31 da L. 9.307/1996). Opta-se por tratá-la neste tópico para diferenciar a jurisdição estatal da jurisdição não-estatal.

Caso relevante, para fins deste estudo, é da possibilidade de a Caixa Econômica Federal se recusar a liberar o saldo de FGTS, quando o trabalhador resolve seu conflito laboral mediante decisão arbitral. A jurisprudência dos tribunais federais é pacífica quanto à impossibilidade desta empresa pública federal “*tecer questionamentos acerca da possibilidade ou não da arbitragem, no campo do direito individual do trabalho*” (TRF/1. 6ª Turma. AMS 2004.33.00.013235-9/BA, rel. Des. Fed. Souza Prudente, j. 16/05/2005). Neste sentido, entre outros acórdãos: STJ. 1ª Turma, REsp 777906/BA. Rel. Min. José Delgado. j. 18/10/2005; STJ. 1ª Turma, REsp 707043 / BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki. j. 15/03/2005; TRF/1. 6ª Turma. AMS 2004.33.00.011790-4/BA, rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, j. 16/06/2008; TRF/1. 6ª Turma. AMS 2002.36.00.006453-3/MT, rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, j. 04/06/2004; TRF/2. 5ª Turma Especializada, MS nº 20055101008606-3, rel. Des. Fed. Antônio Cruz Neto, j. 10/12/08; TRF/2. 8ª Turma Especializada, MS nº 200651010176032, rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland, j. 12/03/2007; TRF/3. MAS 242036, rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 05/08/2008.

Pela mão de Alice, pp. 179/180.

Convém ressaltar que a lei nº 7244/84 foi resultado da articulação entre a magistratura e o Executivo federal, numa composição de forças a partir dos projetos, respectivamente, de conciliação judicial no Rio Grande do Sul e do então Ministério da Desburocratização. Com isso, não é difícil especular o porquê dos juizados de pequenas causas não satisfazerem integralmente o acesso à Justiça dos cidadãos em face do Poder Público (MEIRELLES, Delton R. S. “Avanços democráticos e reação judiciária: os juízes leigos na Constituinte de 1988”. Trabalho inédito e aceito para o XIV Congresso Brasileiro de Sociologia).

Destaque-se que o projeto de lei nº 1480/89, de autoria do deputado federal Michel Temer, não mantinha a exclusão da Fazenda Pública. Entretanto, o PL-3698/1989, de autoria do então parlamentar Nelson Jobim e do qual foi gerada a parte cível da lei nº 9099/95, aproveitou a estrutura da lei nº 7244/84 e a conseqüente limitação para as causas fazendárias (Diário do Congresso Nacional de 26/09/1989, p. 10300)

Até o fechamento deste artigo, tramitavam na Câmara dos Deputados a PEC nº 145 (dep. Décio Lima – PT/SC, 29/08/2007) e os projetos de lei de números 5306 (dep. Carlos Sampaio - PSDB/SP, 24/05/2005), 7087 (sen. Antônio Carlos Valadares - PSB/SE, 18/05/2006); além de projetos arquivados como os de números 1003 (dep. Carlos Nader - PFL/RJ, 15/05/2003), 1158 (dep. Rogério Silva - PPS/MT, 02/06/2003),

3565 (dep. Marcondes Gadelha - PTB/PB, 14/05/2004), e 2521 (Comissão de Legislação Participativa, 30/11/2007).

Cf. SOUZA, Marcia C. Xavier de. *Tutela jurisdicional efetiva contra o poder público estadual, distrital e municipal por meio dos Juizados Especiais Cíveis*, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, Tese defendida em setembro de 2008, inédita.

Tendo em vista essa possibilidade, já houve até a alteração do valor do teto dos Juizados Especiais para os municípios pela Emenda n. 37 de 2002, nos termos do art. 87: “*Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.*”

Exposição de motivos nº 434, de 11/09/1997, publicada no Diário do Congresso Nacional de 04/04/1997, p. 9149.

Mensagem nº 21, de 12/01/2001, publicada no Diário do Congresso Nacional de 02/02/2001, p. 358.

Não se pode esquecer que as autarquias e as fundações públicas federais também podem figurar no pólo passivo do processo nos Juizados Especiais Federais (art. 6º, II da Lei 10.259/2001).

Art. 4º: “*O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.*”

Art. 13. “*Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário.*”

Art. 9º: “*Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.*”

Art. 100, § 3º: “*O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado*” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000).

Exposição de motivos nº 434, de 11/09/1997, publicada no Diário do Congresso Nacional de 04/04/1997, p. 9149.

Juizados Especiais Federais Cíveis, p. 82.

“*A tutela específica do credor nas obrigações negativas*”, in: *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, p. 31.

Cf. LEONARDO GRECO, ‘Tutela Jurisdicional Específica’, *in: Estudos de Direito Processual*, p. 513 e ss.

Idem, p. 527 e ss.

Exemplificativamente, podem ser citados: a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos (art. 5º, L. 4.348/1964); b) suspensão da segurança (art.4º, caput e §§1º e 2º, L. 4.348/1964); c) vedação genérica de medidas liminares (art. 1º, *caput* e §3º, L.8.437/1992); d) suspensão de tutela contra o Poder Público (art. 4º e §§ L. 8.437/1992); e) vedação genérica de tutela antecipada (art. 1º e 2º -B, L.9494/1997).

Neste sentido: RICARDO LOBO TORRES, ‘O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária’, *in: Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, p. 69/86.

Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, ‘*entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. (...) a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana*’ (STA nº. 223/PE, J. 12/03/2008, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello. Informativo nº 502).

Neste sentido: J.J. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao CPC*, vol. III, n. 247, p. 376-7, esclarecendo que a *indisponibilidade* pode ser: a) *absoluta*, quando o próprio bem, conteúdo do direito, é insuscetível de disposição, porque é indissociável de seu sujeito (ex.: alguns direitos da personalidade, como o corpo); b) *relativa*, quando, embora irrenunciável, a lei admite transação (ex.: *quantum* dos alimentos; os dias de visita) ou condiciona a sua disposição ao controle judicial (ex.: a venda do bem do absolutamente incapaz).

Cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, item 5.3.3.3.

É de se lembrar que a desistência da ação do Poder Público no contencioso judicial administrativo é diferenciada, porque, em geral, o procurador deve aguardar a reposta de seu superior hierárquico sobre a possibilidade de desistir da demanda.

Sobre a transação judicial no âmbito das relações jurídicas de direito público, devem ser examinadas, entre outras leis: Lei Complementar Nº 73, de 10 de Fevereiro de 1993; o Decreto Nº 4.250, de 27 de Maio de 2002; a Lei Nº 9.469, de 10 de Julho de 1997; a Lei Nº 10.667, de 14 de Maio de 2003; Decreto Nº 4.250, de 27 de Maio de 2002.

AGU - Portaria nº 1.052/2006 DE 8 DE NOVEMBRO DE 2006 DOU 09.11.2006: O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997 e o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (art. 4º, incisos

I, VI, XII, XIII e XVIII e art. 28, inciso II), na Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002 (art. 9º), na Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001 (art. 38, § 1º, inciso II): Art. 1º Os órgãos de representação judicial da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal e seus integrantes ficam autorizados a realizar transação judicial para extinguir processos judiciais que tenham por objeto o pagamento, em parcela única, do passivo ainda não liquidado previsto no artigo 11 da Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, referente à aplicação aos servidores civis do Poder Executivo Federal da diferença de 3,17% (três inteiros e dezessete centésimos por cento), desde que atendidos os seguintes requisitos: I - somente podem ser objeto de transação os valores não prescritos; II - os pagamentos serão feitos exclusivamente mediante Requisição de Pequeno Valor - RPV, no prazo legal; III - a transação somente ocorrerá se houver redução de, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor estimado da condenação e se o autor da ação se responsabilizar pelos honorários de seu advogado e eventuais custas judiciais, aceitando ainda a incidência de juros de mora desde a citação válida no percentual máximo de 0,5% (meio por cento) ao mês, bem como o desconto dos impostos e das contribuições respectivas; IV - a transação fica limitada ao valor correspondente a cinquenta e quatro salários-mínimos vigentes na data da sua propositura; e V - o termo da transação conterà, obrigatoriamente, cláusula de renúncia a direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial, e deverá ser comunicado, pelas Procuradorias, ao órgão de recursos humanos do autor da ação, para que seja suspenso o pagamento administrativo das parcelas vincendas nos termos do artigo 11 da Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001.

Art. 2º A transação que se realizar com base nesta Portaria não configura reconhecimento de direito dos autores das ações, mas tão somente o acatamento a decisões judiciais irreversíveis.

Art. 3º Caberá aos titulares da Procuradoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal orientar suas unidades e respectivos integrantes sobre o fiel cumprimento desta Portaria, devendo, inclusive, estabelecer, em conjunto, termo padrão de transação a ser por todos observado.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

STJ. 5ª Turma. REsp 667125/PE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.25/10/2005.

Como já decidiu o TRF da 3ª Região, “*não há falar-se em cerceamento de defesa ante a supressão da audiência de tentativa de conciliação, prevista no artigo 331 do CPC, vez que não é permitido aos procuradores da entidade autárquica qualquer transação, haja vista a indisponibilidade do interesse da Administração Pública, em que se insere a Previdência Social*” (Apelação Cível nº 900569, rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 22/02/2005). Em sentido semelhante: TRF/3, Apelação Cível nº 903721, j. 27/09/2004.

PEDRO A. BATISTA MARTINS, “Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública”, *in Interesse Público*, vol. 50, p. 92/93.

Lei nº 6.385/1976, art. 11, § 5º: “A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do

mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.” Consulte-se: WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro. “O termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários”, in *Interesse Público*, vol. 53, p. 137/149.

A Lei 7347/85, que disciplina a ação civil pública, estabelece no art. 5, §6º: “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”.

Lei nº 8884/1994, art. 53, § 5º: “*Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei*”.

Apesar do art. 635-A da CLT fazer menção a *empresas* (“*As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.*”), a princípio nada impediria que pessoas jurídicas de direito público também mantivessem tais órgãos em sua estrutura interna, atendendo a seus empregados públicos.

A propósito, na Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não há previsão expressa da possibilidade de autocomposição. Com base nisto, o TRF da 2ª Região, em mandado de segurança impetrado para impedir que fosse feito qualquer registro junto ao prontuário do apelante no Conselho Regional de Medicina/ES, de qualquer anotação decorrente do processo administrativo ético-profissional originário de processo de sindicância, julgou que “*não há obrigatoriedade de se realizar fase de conciliação no procedimento administrativo. A prática de infração profissional ou conduta contrária ao comportamento profissional ético, probo e digno não pode ser inserida no campo da disponibilidade de arquivamento (ou não) do procedimento. E, ainda que assim fosse, dependeria de expressa concordância da pessoa lesada ou prejudicada pelo comportamento indevido do Apelante*” (TRF 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Mandado de Segurança nº 20055001009345-4, rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgamento 22/08/06).

Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/2009/msg235-090413.htm (acessado em 01.05.2009).

Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg237-090413.htm (acessado em 01.05.2009).

Destaque-se o §1º do art. 4º, do Anteprojeto: “*São modalidades de transações e formas alternativas de soluções de controvérsias tributárias objeto da presente Lei: I - transação em processo administrativo ou judicial; II - transação judicial no caso de Insolvência fiscal; III - transação por recuperação tributária; IV - transação com arbitragem; V - transação penal tributária; VI - transação por adesão; VII - transação preventiva; VIII - ajustamento de conduta tributária; e IX - interpelação preventiva antielusiva.*”

Cf. <http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-anteprojeto-de-lei.pdf> (acessado em 01.05.2009).

Ver, em especial, CASSONE, Vittorio. “Transação, conciliação e arbitragem no âmbito tributário: confronto entre os princípios constitucionais aplicáveis”, *in: Transação e Arbitragem no âmbito Tributário*, p. 217 e ss.; MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário”, *idem*, p. 111 e ss.; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. “Transação e arbitragem no direito tributário: paranóia ou mistificação?”, *idem*, p. 167 e ss..

Registre-se que, em Portugal, o Ministério da Justiça promoveu a constituição do CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa) que funciona a partir de uma associação privada sem fins lucrativos e cujo objetivo é resolver litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público (funcionalismo público) e contratos, através da consulta, mediação e arbitragem (<http://www.caad.org.pt/>, acessado em 21 de abril de 2009).

Lei 9.307/1996, art. 1º: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Sobre o tema: TÁCITO, Caio. “A arbitragem nos litígios administrativos”, *in: RDA*, n. 210, p. 111 e ss.; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Arbitragem e prestação de serviços públicos”, *in: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26; TIBURCIO, Carmen. “Arbitragem envolvendo a Administração Pública”, *in: Temas de Direito Internacional*, p. 525 e ss.; LEME, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*; FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em Litígios Comerciais com a Administração Pública*; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com Entes Públicos*.

Em 1920, o então Presidente Epitácio Pessoa foi escolhido como árbitro para definir os limites dos Estados de São Paulo e Minas Gerais (Cf. MAYER, Luiz Rafael. “Juízo arbitral entre Estados”, *in: Revista de Direito Público*, p. 85 e ss.

O decreto-lei nº 4648/42 havia autorizado a desapropriação dos bens e direitos das empresas da chamada Organização Lage e do espólio Henrique Lage, em face do então estado de guerra. Diante da controvérsia sobre o valor da indenização, Levi Carneiro, advogado do espólio, em audiência com o Presidente da República, sugeriu a instituição de um juízo arbitral. Ouvido o então Consultor-Geral da República, Min. Themístocles Brandão Cavalcanti, este ofereceu parecer favorável à arbitragem, sendo composta uma comissão formada por um árbitro nomeado pelo Ministro da Fazenda (Raul Gomes de Matos), outro indicado pelo espólio (Antônio Sampaio Dória) e o terceiro seria um Ministro do STF (Costa Manso). Em 21/01/1948, o juízo arbitral proferiu sentença, fixando o valor indenizatório. Ocorre que, em 14/11/1952, a União Federal acolhe parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda e passa a sustentar a inconstitucionalidade do juízo arbitral.

“As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres”.(STJ. 1ª Seção. MS 11308/DF, rel. Min. Luiz Fux julgado em 09/04/2008).

“São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”. (STJ. 2ª Turma. REsp 606345/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha julgado em 17/05/2007). Idem em STJ. 2ª Turma. REsp 612439/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha julgado em 25/10/2005.

STJ. 1ª Seção. MS 11308/DF, rel. Min. Luiz Fux julgado em 09/04/2008.

Importante lembrar que o fundamento da indisponibilidade do interesse público – o dogma da supremacia do interesse público sobre o particular – tem sido criticado e até mesmo abandonado pela doutrina mais autorizada. Sobre o tema, vejam-se: HUMBERTO ÁVILA, “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, in: *Interesses públicos vs. Interesses particulares*, p. 171 e ss.; ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, in: *idem*, p. 1 e ss.; DANIEL SARMENTO “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in: *idem*, p. 23 e ss.; GUSTAVO BINENBOJM, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo”, in: *idem*, p. 117 e ss.; FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO, *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cap. 4.

TALAMINI, Eduardo. “Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado”, in: *Revista de Processo*, n. 119, p. 162.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”, in: *Grandes Temas de Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*, p. 114 e 119.

Outra linha de argumentação, adotada em alguns julgados, sustenta que a indisponibilidade do interesse público deve ficar restrita aos *atos de império* (interesse público primário), não, porém, aos *atos de gestão* que dizem respeito à capacidade de contratar (interesse público secundário). Neste sentido: LEME, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*, p. 130 e ss.; GRAU, Eros Roberto. “Arbitragem e contrato administrativo”, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 20. Tal critério, no entanto, parece ser destituído de rigor científico, porque: a) é fluido, na medida em que remete a problemática a valorações situadas na esfera política, externa ao direito; b) todos os atos da Administração têm como finalidade última a gestão do interesse público (ZIMMERMANN, Dennys. “Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça”, in: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, p. 81).

“Novos institutos consensuais da ação administrativa”, in: *Mutações do Direito Público*, p. 346.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. “Arbitragem nos contratos administrativos”, in: *RDA*, p. 83.

É de se mencionar a vedação do juízo arbitral pelo art. 45, parágrafo único, Decreto-lei 2.300/1986 (antigo diploma das licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal), posteriormente derogado pelo Decreto-lei 2.348/1987. A Lei paulista n. 7.535, de 8 de maio de 1982, no art. 8º, inc. XXI, já contemplava a solução amigável de controvérsias contratuais, enquanto a Lei fluminense n. 1.481, de 21 de julho de 1989, admitiu pioneiramente o juízo arbitral como forma de resolução de litígios administrativos. A redação original da PEC n. 29/2000 (Sen. Hélio Bicudo) dispunha, em seu art. 98, § 3º, que “*ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei.*” A proposta, no entanto, veio a ser suprimida durante sua tramitação pelo voto de 55 senadores, que acompanharam o destaque do Senador Romeu Tuma (DVS935), o qual suprimia a proibição. Na ocasião, o Senador Marco Maciel defendeu o uso da arbitragem pelas agências reguladoras (“Emenda estende juízo arbitral a entidades públicas”, *in: Jornal do Senado*, Brasília, 17 de novembro de 2004, n. 2049, p. 3, http://www.senado.gov.br/JORNAL/arquivos_jornal/arquivosPdf/041117.pdf, acessado em 01.05.2009).

Cf. LIMA, Cláudio Vianna de. “A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões”, *in: RDA*, p. 91 e ss.

Foro significa aqui *porção territorial*, isto é, o lugar em que será instaurado o processo, seja judicial, seja arbitral. Neste sentido: BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. “Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida”, *in: Ricardo Ramalho Almeida, Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 273.

Cite-se, como exemplo, a recente inclusão de cláusula compromissória no Edital da ANAEEEL pertinente ao Leilão 5/2007 (Rio Madeira). Para outros exemplos, veja-se: WALD, Arnoldo; SERRÃO, André. “Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões”, *in: Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 16, p. 30 e ss.

Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “A arbitragem e as parcerias público-privadas”, *in: Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, p. 29 e ss.

EFEITO SUSPENSIVO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE DA ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE SUSPENSIVE EFFECT OF THE LEGAL DEFENSE IN THE TAX EXECUTION PROCESS: AN ANALYSIS OF THE ALTERATION OF THE CODE OF CIVIL ACTION IN ACCORDANCE WITH THE PARADIGM OF THE LAW AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

**Flávio Couto Bernardes
Henrique Machado Rodrigues de Azevedo**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as alterações promovidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/06, em especial no que se refere à introdução do art. 739-A e a possibilidade de sua aplicação subsidiária na Lei nº 6.830/80, de forma a eliminar o efeito suspensivo imediato dos Embargos à Execução Fiscal. Referido estudo dar-se-á no segundo as noções hermenêuticas inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, com enfoque no modelo constitucional de processo e levando-se em consideração as particularidades da relação jurídica tributária, principalmente no que se refere à formação unilateral e sem a participação volitiva do sujeito passivo do título executivo extrajudicial que lastreia a cobrança da dívida ativa tributária.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO.

ABSTRACT

The present article has for objective to analyze the changes promoted in the Code of Civil Action by the Law nº 11.382/06, in special the introduction of the art. 739-A and the possibility of its subsidiary application in the Law nº 6.830/80, due to eliminate the immediate suspensive effect of the legal defense in the tax execution process. Related study will develop according to the hermeneutic rules inherits of paradigm of the Law and Constitutional Democracy, with approach in the constitutional model of process and taking in consideration the particularities of the legal cases in tax matters, mainly in the aspects of the unilateral formation and absence of the volitional participation of the tax payer in the executive title that bases de judicial collection of tax debit.

KEYWORDS: LAW AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY. TAX LAW. TAX LAW PROCESS. LEGAL DEFENSE IN THE TAX EXECUTION PROCESS. SUSPENSIVE EFFECT.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao mesmo tempo em que operou avanços inquestionáveis para a consolidação da democracia e dos direitos e garantias fundamentais, trouxe consigo o grande desafio de conferir plena efetividade a esses objetivos.

Assim, a hermenêutica constitucional, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, impende que os intérpretes não propaguem suas próprias concepções como verdades absolutas, nem mesmo se tornem vítimas daquelas construídas por terceiros, de forma que somente prevaleçam, com a devida e necessária legitimidade, decisões jurisdicionais decorrentes de um processo pautado nos princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e, em especial na seara tributária, da garantia da propriedade (evidentemente, desde que obedecida a sua função social).

Por outro lado, a sociedade, cada vez mais complexa e plural, exige, ao mesmo tempo, uma participação mais ampla na tomada de decisões por parte do Estado e uma maior agilidade na prestação jurisdicional, o que tem levado o Poder Legislativo, com o claro beneplácito do Judiciário, a realizar diversas reformas processuais visando que a tão sonhada “celeridade” possa trazer de volta a legitimidade das decisões judiciais, diminuindo a tensão entre a faticidade e a validade do Direito.

Entretanto, a falácia da celeridade objetivada pelas reformas processuais ocorridas na última década não pode fazer ruir as garantias constitucionais do processo, sob pena de, ao invés de se devolver a pretendida legitimidade do Estado num contexto democrático, ocorrer o retrocesso à ingerência de um poder com viés solipcista sobre os demais, apenas com a substituição do Executivo pelo Judiciário.

Essa questão, como restará demonstrado no presente trabalho, revela-se ainda mais preocupante na seara do Direito Tributário, em que a Administração Pública, manifestando seu poder de tributar, visa à expropriação legalmente consentida do patrimônio do sujeito passivo, ainda que sem a sua declaração de vontade. Particularidade essa, portanto, que leva a relação jurídica tributária a uma situação diferenciada das demais, justificando o tratamento específico, dado por normas processuais próprias, em especial a Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80).

Analisar-se-á, por conseguinte, o processo tributário, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, visando equalizar o direito de acesso à jurisdição por parte da Fazenda Pública para a satisfação de seu crédito, mediante o instituto da Execução Fiscal, com as garantias do sujeito passivo instituídas pelo modelo constitucional de processo e, conseqüentemente, de processo tributário.

Nesse sentido, especificamente será abordado o tema da alteração do Código de Processo Civil realizada pela Lei n. 11.382/06, que modificou a sistemática do processo de execução em geral, ou seja, de créditos que, por sua natureza, não são inscritos em Dívida Ativa, sendo introduzido o art. 739-A no Digesto Processual Civil.

Referido dispositivo legal determinou, expressamente, a extinção do efeito suspensivo automático quando da interposição dos embargos do devedor, cabendo ao magistrado, em decisão tomada em caráter de estreita cognição, decidir em sentido contrário (determinando a suspensão da execução), mediante pedido formalizado pelo suposto devedor, sendo justamente a possibilidade ou não da aplicação dessa norma processual geral aos feitos executivos fiscais o cerne do presente estudo.

Para tanto, mister realizar uma breve reconstituição dos paradigmas do Estado de Direito, a fim de compreender que no atual Estado Democrático de Direito a visão de processo e, por conseguinte, de processo tributário, não pode se afastar dos direitos e garantias fundamentais inseridos na Carta Política.

Ademais, também será necessária uma análise da natureza da relação jurídica tributária, desde a formação do crédito tributário, a fim de firmar as bases hermenêuticas do processo de Execução Fiscal. Levar-se-á em conta o caráter democrático que deve permear as relações entre fisco e sujeito passivo na conjuntura atual, possibilitando uma discussão isonômica de suposta dívida apurada e exigida pelo credor, mas sem a participação volitiva do devedor na formação do título executivo, como ocorre nas execuções em geral.

2. APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO DE DIREITO

Considerando que o presente trabalho tem por objetivo analisar o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, revela-se de suma importância a compreensão do conceito de paradigma e sua influência na interpretação jurídica, bem como se faz relevante a realização de uma breve digressão ao Estado Liberal (considerado primeiro paradigma constitucional), compreendendo o caminhar evolutivo até o contexto atual.

O conceito de paradigma está intimamente ligado à obra do físico americano Thomas Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, publicada em 1963, considerada por muitos como um marco na epistemologia das ciências[3].

Em trabalho específico sobre a aplicabilidade ou não do conceito de paradigma ao Direito, inclusive entendendo por sua total compatibilidade com a ciência jurídica, Álvaro Ricardo Souza Cruz, baseando-se no pensamento kuhniano, ressalta:

O conceito de paradigma pressupõe uma forma específica de concepção do progresso científico, eis que pretende vê-lo não mais por meio de uma linha contínua, mas, ao contrário, por saltos propiciados por períodos “revolucionários”. Nesse sentido, paradigma deve ser compreendido como uma estrutura mental apta a classificar o objeto pesquisado, de modo a conceber não só a natureza metodológica da mesma, mas também suas dimensões psicológica, antropológica, moral e ética. Desse modo, mais do que um modelo, o paradigma conforma os problemas e as formas de solução de uma questão dada. Assim, um paradigma é o que os membros de uma comunidade científica

compartilham, tal como suposições teóricas gerais, leis, proposições e técnicas, bem como os instrumentos de aplicação dessas leis e proposições. Como exemplo, o paradigma newtoniano pressupunha não só a superação das noções da física ptolomaica, mas também a utilização de telescópios para o compartilhamento dos dados sob análise.[4]

Trazendo essa noção de paradigma para as ciências sociais, mas especificamente para o Direito, Jürgen Habermas afirma que:

As ordens jurídicas concretas representam não só distintas variantes da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas se refletem também paradigmas jurídicos distintos. Entendo como tais as idéias típicas e exemplares de uma comunidade jurídica acerca da questão de como se pode realizar o sistema dos direitos e dos princípios do Estado de Direito no contexto efetivamente *percebido* da sociedade dada em cada caso. Um *paradigma jurídico* explica, com ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem entender-se e ‘manejar-se’ os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir, no contexto dado, as funções que normativamente lhes atribui. (...) O paradigma jurídico indica então como no marco de tal modelo podem entender-se e realizar-se os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito.[5]

Com fundamento nos conceitos estabelecidos acima, é possível identificar que o primeiro paradigma constitucional da modernidade corresponde ao que se normalmente se denomina de Estado Liberal, tendo como fundamento três princípios basilares: a igualdade, a liberdade e a propriedade.

A partir da reconstrução de pensamentos até então isolados na Idade Média, tais como as influências, ainda no medievo, de Jean de Paris, Marsílio de Pádua e Bartolo de Saxoferrato[6], e após as intensas modificações ocorridas nesse período de transição, a modernidade se volta para construção de um novo e central tema: o indivíduo, sendo que em seu entorno se desenvolveriam todos os saberes, inclusive o Direito.

Nesse sentido, o Direito era entendido apenas como forma de assegurar a proteção dos interesses individuais, de forma que o Estado somente poderia intervir para garantir a liberdade e a propriedade, ideais influenciados claramente pela burguesia, que acumulava cada vez mais riquezas e, conseqüentemente, mais poder.

Entretanto, a construção e a interpretação do Direito voltadas unicamente para um sentido individualista burguês, bem como a completa omissão do Estado diante dos problemas econômicos e sociais, levou a sociedade a um capitalismo marcado por uma exploração humana sem precedentes na história, eclodindo na Europa industrializada revoltas de operários, movimentos sindicais e lutas por melhores condições de trabalho.

Diante de tais pressões, os Estados Liberais tiveram que começar a ceder, o que culminou na difusão da idéia de que a simples existência formal de direitos elencados em “Declarações” não era o suficiente para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade reais. Era preciso que o Estado e o Direito reconhecessem as diferenças entre os homens, protegendo, efetivamente, os mais fracos.

Dessa forma, o paradigma do Estado Liberal deu lugar ao surgimento do Estado Social (*Welfare State*), tendo a doutrina convencionado a citar como marcos inaugurais dessa nova conjectura a Constituição mexicana, de 1917, e a de *Weimar*, de 1919, ambas preocupadas com a materialização de direitos sociais, a fim de conferir respostas às desigualdades que resultaram na derrocada do paradigma anterior.

Mais do que uma simples agregação dos chamados direitos de “segunda geração” aos de “primeira”, a transição mencionada acima (como ocorrido também na próxima mudança paradigmática), acaba por redefinir o próprio conteúdo e a extensão desses direitos.[7]

Fato é que o Estado passa, nesse contexto, a intervir nas mais diversas áreas da sociedade, destinando-se a cumprir todas as diretrizes constantes da Constituição. Os deveres estatais anteriormente de caráter negativo, assumem também papel positivo, no sentido de que o Estado deveria agir concretamente para garantir direitos sociais mínimos à população.

Ocorre, contudo, que a dificuldade de efetivação de todas as promessas do Estado Providência, bem como o aumento da complexidade das sociedades, coloca em xeque o *Welfare State*, fato que se agrava com a desaceleração da economia e a crise do petróleo, ocorridas na década de 70 do século XX.

O Estado Social realmente necessitava de um incessante crescimento econômico para manter as diretrizes constitucionalmente estabelecidas, de forma que as incertezas na economia mundial acabaram por abalar as, até então sólidas, concepções de que caberia unicamente ao Estado a tutela, praticamente paternal, dos cidadãos.

Mesmo nos países em que o Estado de Bem-Estar Social aparentemente se apresentava como bem sucedido, a pluralidade crescente das sociedades, que implicava em cada vez mais projetos distintos, e até mesmo incompatíveis, de vida boa, acabou por suscitar questionamentos sobre o papel dos indivíduos na construção de seus próprios ideais.

O paternalismo era tão exacerbado que fazia com que o Estado tomasse para si toda a dimensão do público, causando déficit de liberdade nos indivíduos, transformando-os em meros destinatários dos ideais de seus governantes, o que, em última instância, acabou por minar a legitimidade estatal[8].

Portanto, a falibilidade das promessas do Estado Providência, o aumento da complexidade das sociedades e a conseqüente impossibilidade de concepções pré-constituídas pelo Poder Público se amoldarem a todos mais distintos projetos de vida boa criaram o ambiente propício para a derrocada do paradigma social.

O Estado Democrático de Direito surge, então, como uma proposta de redefinição de conceitos como a democracia, a soberania popular, a cidadania, o público e o privado, evitando, por outro lado, um retorno não tolerável pela sociedade ao Estado Liberal, até mesmo para que todas as conquistas acumuladas durante todo esse período não desaparecessem por completo.

Nesse caminhar evolutivo percebeu-se que toda construção sobre os direitos individuais foi um avanço fundamental, mas seu simples reconhecimento formal não garante a autonomia privada dos cidadãos. Ademais, tornou-se possível compreender que a

materialização de direitos sociais, por si só, também não garante a liberdade e a democracia pretendidas pelas sociedades plurais da modernidade.

Os paradigmas jurídicos que antecedem o do Estado Democrático de Direito simplesmente buscaram valorizar a pretensão de um bem-estar dos cidadãos que se apresentavam, ora como cidadãos-proprietários, num primeiro estágio, ora como cidadãos-clientes do Estado, no segundo, mas em nenhum momento pretenderam inseri-los como atores efetivos nos processos de tomadas de decisões.

Na atualidade, o que se pretende é justamente unificar os avanços ocorridos em cada um dos paradigmas anteriores, através do reconhecimento, pelo Estado, das autonomias pública e privada dos cidadãos. Em outras palavras, busca-se a legitimidade do Direito através de procedimentos que façam com que os destinatários das normas jurídicas considerem-se, ao mesmo tempo, como seus próprios autores^[9].

É exatamente nesse contexto que o presente estudo propõe que seja analisado o processo tributário, seguindo o modelo constitucional de processo e com arrimo na mais democrática participação dos agentes envolvidos na relação jurídica tributária. Tudo isso possibilitando que o Estado Arrecadador possa se valer da garantia de acesso à jurisdição, através da Execução Fiscal, permitindo que ela atinja os fins para os quais foi criada, mas sem que tal instituto dizime princípios constitucionais inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, tais como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e a garantia da propriedade privada.

Além disso, intenta-se compreender que somente uma interpretação efetivamente democrática das normas processuais tributárias, em especial a Lei de Execuções Fiscais, pode equilibrar possíveis distorções ocorridas na formação da certidão de dívida ativa, título executivo que, conforme mencionado anteriormente, se reveste de uma característica peculiar, ou seja, a ausência de participação volitiva do suposto devedor (sujeito passivo da obrigação tributária).

3. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E O PROCESSO TRIBUTÁRIO

Após as digressões paradigmáticas realizadas no presente trabalho torna-se possível compreender porque, no contexto atual, a noção de processo, inerente aos direitos e garantias fundamentais constantes do Texto Maior, ganha cada vez mais relevo no sentido de se buscar uma teoria processual efetivamente adequada à democracia.

José Alfredo de Oliveira Baracho^[10], forte nas lições, dentre outros, de Italo Andolina e Giuseppe Vignera^[11], já advertia que somente um processo analisado sob o viés constitucional seria capaz de suprir os anseios democráticos da sociedade moderna.

Sobre a relação entre democracia e processo, afirma José Alfredo de Oliveira Baracho que:

A democracia implica na participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos seguimentos do ordenamento jurídico global. O Direito Constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas que se concretizam, também, por meio das ações, processos e procedimentos que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e conseqüências.

A completa proteção da cidadania depende de práticas institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas que protegem o ser humano em suas variadas situações e posições.^[12]

Na mesma esteira, Aroldo Plínio Gonçalves defende que, segundo o modelo constitucional de processo, os membros da sociedade, como destinatários do provimento jurisdicional, nele devem interferir diretamente, sendo que, com a garantia de sua participação igual, paritária e simétrica, podem compreender plenamente o porquê um direito lhes é assegurado ou negado, suprimindo o déficit de legitimidade democrática apontado no paradigma anterior.^[13]

Ressaltando que, como coloca Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional encontra-se superada^[14], mister ressaltar que se a Constituição estabelece um verdadeiro “Modelo Constitucional do Processo” como estruturante do direito processual, não se pode olvidar que o processo tributário segue, exatamente, o mesmo caminho.

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, nos moldes da Constituição de 1988, não há como prevalecer qualquer noção de processo tributário a que não sejam inerentes os princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e, nesse caso particular, da garantia de propriedade.

3.1. Os princípios constitucionais processuais no Estado Democrático de Direito

Tratando-se de direito e garantia fundamental do cidadão, o processo tributário deve ser pautado na estrita observância das regras principiológicas, especialmente o direito à ampla defesa, que na esfera administrativa e no processo judicial ganha especial relevo, considerando que se trata do mecanismo de participação do cidadão na formação do título executivo tributário, de formato unilateral, como já salientado acima.

Registre-se, por oportuno, que neste contexto não se admite falar em princípio mais importante, pois se afasta a concepção de princípios de Alexy^[15] e Dworkin^[16] no tocante à idéia de que um princípio pode ser mais ou menos relevante dependendo do caso concreto, analisado abstratamente ou no momento de sua aplicação. Nesta linha, precisa a crítica lançada pelo professor Ives Gandra da Silva Martins:

Aliás, a absurda distinção que atualmente se propõe entre princípio jurídico e valor é que tem oportunizado o estéril debate em torno da indagação de ser o princípio norma

jurídica ou norma externa ao direito. Ora, em direito, se o princípio não for norma posta pelo discurso da lei e se a norma, como princípio ou regra, não estiver inclusa no contexto da legalidade, pouco importando se encerra um valor ou um dever (caráter axiológico ou deontológico), a preferibilidade de aplicação de um princípio entre outros, por precedência ou hierarquização, como norma ou valor, não pode extravasar o significado do conjunto de princípios adotado no discurso da constitucionalidade vigente. A preferência entre princípios não pode, como quer Alexi, ser assistemática, porque tal redundaria em admitir que o princípio positivado da reserva legal é cambiável pelo intérprete.

Nenhum sistema jurídico, ao contrário do que imaginam Dworkin, Rawls e Gunther, adquire integridade, equidade ou adequabilidade pelos conceitos de justiça, igualdade, imparcialidade, advindos do julgador, vez que, no Estado de Direito Democrático, é o povo que faz e garante as suas próprias conquistas conceituais pelo processo constitucional legiferante do que é devido (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do povo. O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substanciais (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado.^[17]

Os princípios são regras que compõem a norma jurídica, independentemente de sua classificação, o que delimita sua aplicação. São fronteiras de interpretação da norma, motivo pelo qual se destaca sua importância no contexto do ordenamento positivo. Usualmente externam regras, dirigidas ao legislativo, executivo e judiciário, considerados direitos e garantias individuais dos destinatários da norma, sobretudo do cidadão, devendo ser respeitados por todos e, em especial, pelo Estado, pelos seus poderes.

A hermenêutica das normas, através de sua construção dogmática pelo caminho dos princípios, é o norte fundamental do Estado Democrático de Direito. Permite participação cada vez mais integrada do cidadão na estrutura estatal, que pode cobrar e criticar sistematicamente os responsáveis por sua utilização, de forma que as regras jurídicas possam ser bem elaboradas, aplicadas e interpretadas.

Si el principio de dualidad hace referencia a las posiciones procesales enfrentadas, y el principio de igualdad, alude a la equiparación y equilibrio entre los medios de ataque y defensa, el principio de contradicción esta referido a la existencia misma de la controversia, a la discusión entre las partes, a la contraargumentación frente a las razones aducidas de contrario.^[18]

A ampla defesa, portanto, é a garantia às informações de todos os acontecimentos pertinentes ao procedimento, desde sua instauração até o respectivo encerramento, passando pela fase contenciosa, assegurando o direito de manifestação (direito de petição) do sujeito passivo^[19].

Mesmo que com ressalvas à “Teoria Neo-institucionalista do Processo” introduzida por Rosemiro Pereira Leal, cabe adotar, por precisas, suas colocações quanto à importância do princípio da ampla defesa. Isso na medida em que o referido autor ressalta que não se pode amesquinhar o direito da parte produzir todo o conjunto probatório pretendido

através das limitações temporais instituídas pelas recentes alterações do Código de Processo Civil, na mítica busca por uma celeridade, independentemente do atropelo das determinações da Carta Magna[20].

Em obra sobre o contraditório, André Cordeiro Leal propugna que se as decisões judiciais somente se legitimam pelo processo, resta evidente que a restrição ao contraditório representa um retorno ao autoritarismo não condizente com o Estado Democrático de Direito.[21]

Justamente em razão destas considerações, relativas ao Estado Democrático de Direito, ao processo constitucional tributário e à relação jurídica tributária, é que deve ser reconhecido o exercício constitucional da ampla defesa, tanto na esfera administrativa como judicial, como direito fundamental do cidadão, que não se admite qualquer restrição ao seu exercício por norma infra-constitucional. Importante destacar que a lei ordinária deve se limitar a regulamentar as condições para o seu exercício, de acordo com as normas gerais eventualmente editadas em lei complementar, sendo que ambas jamais podem positivizar validamente qualquer tipo de limitação ao princípio constitucional em referência.

Ademais, a hermenêutica constitucional contemporânea do processo estabelece que toda a interpretação das leis deve se pautar, obrigatoriamente, pela observância irrestrita dos princípios constitucionais, pois somente através desta modelação que se consegue inferir as características próprias do Estado Democrático de Direito.

Logo, trazendo estas argumentações à situação jurídica ora em análise, não se pode afastar a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, assim como a observância às características especiais da relação tributária de direito material e processual, para se buscar a correta hermenêutica na aplicação da Lei n. 11.382/06 com relação à Execução Fiscal.

4. O SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO NORTE DE INTERPRETAÇÃO DO PROCESSO TRIBUTÁRIO

O sistema tributário tem sua estrutura delineada pela forma de Estado e o regime de governo adotado em cada país, sendo certo que no Brasil o federalismo e a democracia são os nortes fundamentais deste sistema. Esta estrutura, por sua vez, deve ser analisada sob dois enfoques: o primeiro, alicerçado na norma jurídica tributária, cuja regra matriz de incidência permitirá desencadear a obrigação tributária, a partir da prática do fato impositivo, com o conseqüente desenvolvimento da relação jurídica; o segundo, consubstancia-se no aparato da norma processual tributária, isto é, na instrumentalização do direito material através do processo.

A relação jurídica tributária, de natureza eminentemente obrigacional no que concerne à exigência do Tributo, quando não satisfeita diretamente pelo sujeito passivo da obrigação, somente se torna efetiva, no sistema democrático, mediante a utilização do processo nos moldes delineados acima. Exatamente no intuito de assegurar a eficácia

normativa desta relação obrigacional que o sistema jurídico disponibiliza à Administração Fazendária, credora do crédito tributário, o acesso à jurisdição.

Justamente entre as referidas atividades públicas, administrativa e jurisdicional, gravita e, ao mesmo tempo, se alicerça o sistema de arrecadação tributária, sendo que as duas etapas são absolutamente indissociáveis. O êxito na arrecadação judicial depende diretamente do rigoroso cumprimento das diversas etapas que compõem o procedimento administrativo tributário, ou seja, da realização válida dos atos administrativos tributários.

Tratando-se de atividades vinculadas ao Poder Público, através de suas diferentes competências, sua realização depende da observância das normas jurídicas, em especial das regras principiológicas, donde se destaca a estrita observância do postulado da segurança jurídica e seus corolários, aliado à eficiência da Administração Pública na consecução de seus objetivos.

Fator relevante no contexto da arrecadação tributária consiste na especialidade desta relação jurídica, em que vincula o Estado e o cidadão em interesses antagônicos, uma vez que o primeiro busca a expropriação consentida, no plano legislativo, do patrimônio do sujeito passivo. Dessa forma, quanto mais eficaz o ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito, maiores as garantias também asseguradas ao cidadão neste específico relacionamento com a Administração Pública.

Confrontam-se, portanto, não numa visão de colisão, mas de aperfeiçoamento do sistema de arrecadação tributária, as garantias e os privilégios estabelecidos à Fazenda Pública e os direitos fundamentais atribuídos ao chamado cidadão-contribuinte.

Precisamente se pretende examinar a existência ou não do efeito suspensivo no ajuizamento dos Embargos à Execução Fiscal, como direito fundamental do cidadão e independente do posicionamento do magistrado. Para tanto, após as digressões aos paradigmas do Estado Constitucional e a necessária inclusão do processo tributário no modelo constitucional de processo na atualizada, impende a análise da natureza jurídica da relação tributária obrigacional, para, em seguida, contextualizar a modificação realizada no Código de Processo Civil, levando-se em conta a especificidade da relação jurídica tributária, uma vez que a definição hermenêutica do processo de Execução Fiscal está vinculada às regras democráticas que permeiam a atividade tributária.

4. 1. A formação do crédito tributário

Na Teoria Geral do Direito Tributário, indiscutível que o crédito tributário tem origem com a ocorrência do fato gerador[22], isto é, a concretização da hipótese de incidência tributária, como elemento integrante da obrigação tributária (objeto). No entanto, o mecanismo de desenvolvimento da relação jurídica tributária, com todas as suas nuances, dependerá da modalidade de lançamento estabelecido pela lei para a

formalização do crédito tributário. Vislumbra-se, assim, que o procedimento tributário administrativo poderá adotar diferentes diretrizes, todas em conformidade com a lei, quando observada as referidas variáveis.

Formalizado o crédito tributário e não satisfeita a obrigação pelo sujeito passivo, este poderá questionar sua exigência perante a própria administração pública, pedindo a revisão do ato administrativo de lançamento. A formação deste litígio instaura a etapa do procedimento denominada de *contencioso administrativo fiscal*, mediante o regular exercício da ampla defesa, que constitui garantia assegurada a todo cidadão nas democracias modernas, essencial para a legitimidade da formação do título executivo de natureza tributária. Nos dizeres de Francisco Ruiz Risueño:

Si el principio de dualidad hace referencia a las posiciones procesales enfrentadas, y el principio de igualdad, alude a la equiparación y equilibrio entre los medios de ataque y defensa, el principio de contradicción esta referido a la existencia misma de la controversia, a la discusión entre las partes, a la contraargumentación frente a las razones aducidas de contrario.^[23]

Sendo assim, concluída a formalização definitiva do crédito tributário, pelo encerramento do contencioso administrativo fiscal de forma favorável à Administração Fazendária, ou pelo não questionamento do ato de lançamento pelo sujeito passivo obrigacional, prossegue-se o desenvolvimento do aspecto procedimental da norma jurídica tributária, com a inscrição do valor devido na denominada dívida ativa tributária. Tal procedimento permite a extração do título executivo extrajudicial para o ajuizamento da ação judicial apropriada, denominada no direito brasileiro de execução fiscal.

A inscrição do crédito tributário em dívida ativa pressupõe, portanto, a inadimplência do sujeito passivo da obrigação tributária, bem como a formalização definitiva do crédito tributário, que se reveste de liquidez e certeza em razão da natureza especial da relação jurídica, através do aspecto procedimental da norma jurídica. Esta inscrição permitirá o ingresso na fase judicial do sistema de arrecadação tributária, como se examinará adiante.

Ressalta-se, contudo, que apesar da possibilidade de participação dialógica do sujeito passivo no contencioso administrativo fiscal (aspecto procedimental da norma tributária), tal fato não se equipara ao consentimento expresso do devedor, como ocorre nas relações jurídicas de natureza não tributária. Essa diferenciação, conforme mencionado anteriormente, influencia diretamente a cobrança judicial do crédito tributário, inclusive carecendo os feitos executivos fiscais de norma processual específica: a Lei de Execuções Fiscais.

5. A NATUREZA JURÍDICA DA LEI N. 11.382/06

A Lei n. 11.382/06 foi taxativa na sua redação no sentido de que alteraria apenas os dispositivos do CPC relativo ao processo de execução, não fazendo qualquer remissão

à ação de execução fiscal, muito menos quanto à sua revogação. Logo, considerando que a Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais) tem natureza especial, por se aplicar exclusivamente à cobrança da dívida ativa tributária e não tributária, ou seja, os créditos de natureza pública, é importante delimitar o âmbito de aplicação da modificação legislativa em comento e seus reflexos.

A resposta ao questionamento deve ser resolvida na Teoria Geral do Direito. Nos dizeres de Norberto Bobbio[24], quando se depara no sistema jurídico com antinomias, estas devem ser resolvidas pelos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade. No caso em exame, indiscutível que o último critério é o adequado para a solução da questão, ou seja, a lei especial prevalece sobre a geral quando dispõe sobre idêntica matéria[25].

Importante trazer à colação a precisa colocação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira, invocando corretamente o parágrafo 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como sustentando no direito comparado:

O princípio norteador do tema é de que, em princípio, regra geral não revoga regra especial, bem como norma especial não revoga norma geral. Nesse sentido dispõe o par. 2º do art. 2º da LICC: ‘A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.’ Veja-se a respeito do tema a lição de Bianca: ‘se la norma successiva detta una norma particolare per una fattispecie limitata, la norma precedente deve ritenersi abrogata solo per la parte che ricade sotto la regola particolare. Se la norma successiva detta una regola generale, le norme particolari rimangono ferme, salvo che la nuova norma sia intesa come una completa regolamentazione della materia.’[26]

Neste aspecto, pelo menos se coloca como ponto indiscutível que a Lei n. 6.830/80 é considerado lei especial sobre o Código de Processo Civil, que sempre trouxe disposições sobre a execução de títulos executivos extrajudiciais, inclusive nas hipóteses em que o executado é a Fazenda Pública. O art. 1º da Lei de Execuções Fiscais é expresso ao determinar que a execução da Dívida Ativa dos entes federados e respectivas autarquias será regida por esta lei, aplicando-se subsidiariamente o Estatuto Processual, como também destacam Alberto Parreira, Danielle Melo e Gustavo Amaral[27]. E não poderia ser diferente, justamente em virtude da particularidade que reveste a formação do título executivo de natureza tributária, frise-se, sem a anuência do sujeito ativo da obrigação, motivando uma legislação processual específico para atender a estas características, como muito bem colocado na exposição de motivo da Lei de Execução Fiscal.

Constata-se, dessa forma, que Lei n. 11.382/06 tem natureza geral, diferentemente da Lei de Execução Fiscal, motivo pelo qual existindo previsão expressa sobre determinada matéria, prevalece a Lei n. 6.830/80 com relação ao processo tributário. O CPC aplica-se apenas de forma subsidiária, pois aqui não se trata de antinomia cronológica, isto é, lei posterior revogando lei anterior, como já assinalado.

A questão que se coloca, então, é que a LEF supostamente não teria estabelecido sobre o efeito suspensivo dos Embargos à Execução Fiscal, aplicando-se a nova regra geral definida pela modificação legislativa aqui discutida, especialmente o art. 739-A do CPC. Sendo assim, o efeito suspensivo dependerá de requerimento do embargante no

ajuizamento dos embargos à execução fiscal, sendo que a necessidade de sua concessão ficará a cargo do magistrado.

Passa-se, portanto, ao exame desta controvérsia, buscando-se aplicar a correta interpretação da legislação supra mencionada à situação concreta que se apresenta, através das regras hermenêuticas próprias aplicáveis ao Estado Democrático de Direito.

6. EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

A dúvida suscitada a partir da modificação do processo de execução pela Lei n. 11.382/06 é ilusória e decorre de uma visão míope do ordenamento jurídico, sobretudo destoante das diretrizes hermenêuticas apresentadas nos tópicos anteriores, oriunda da correta aplicação da concepção de um Estado Democrático de Direito, como se pretende no país.

Isto porque, o efeito suspensivo desta ação de conhecimento de natureza tributária tem sua origem não só da lei ordinária, mas fundamento eminentemente constitucional, considerando a particularidade acima mencionada de que o título executivo extrajudicial tributário não depende da anuência do devedor, da parte contrária da lide procedimental e processual, sendo sua formação unilateral pela Administração Fazendária.

Admitir a ausência do efeito suspensivo nos Embargos à Execução Fiscal seria quebrar a lógica-jurídica do sistema constitucional tributário e processual, ao admitir que a Fazenda Pública possa formar o título executivo unilateralmente e expropriar o patrimônio do cidadão-contribuinte sem lhe outorgar qualquer direito de defesa na fase judicial! Veja-se o absurdo jurídico, a quebra deste importante paradigma que é o Estado Democrático de Direito! A Fazenda Pública edita título executivo extrajudicial contrário ao entendimento do sujeito passivo, ajuíza a ação de execução fiscal, expropria o patrimônio do devedor, enquanto o exercício ao seu direito à ampla defesa, consignado no ajuizamento dos Embargos à Execução Fiscal, sequer foi apreciado pelo Poder Judiciário? Rasga-se o texto constitucional.

No intuito de esclarecer, pormenorizadamente, os fundamentos que permitem apresentar as assertivas anteriores, imprescindível a visão dialética da questão, do falso problema que se estabeleceu. Para tanto, expõe-se primeiramente os argumentos expendidos pelos defensores da aplicação das normas do Código de Processo Civil à Lei de Execuções Fiscais, no que se refere ao processo de execução.

6.1. Ausência do efeito suspensivo imediato no ajuizamento dos embargos à execução fiscal: fundamentos dos defensores desta corrente.

O argumento principal apresentado pelos defensores da facultatividade do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal reside na suposta ausência de dispositivo legal explícito sobre a matéria na Lei de Execução Fiscal, o que motivaria a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil com a nova redação conferida pela Lei n. 11.382/06.

Este posicionamento vem sendo defendido em juízo pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, como se depreende do seguinte trecho de texto publicado na internet pelo Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Marcos Ribeiro Marques:

Com a revogação do dispositivo, a apresentação de embargos à execução fiscal, embora condicionada a garantia do juízo, não tem o automático efeito de produzir a suspensão da execução, por ausência de dispositivo legal. Ainda, o que deflue das novas regras do CPC é que, como regra geral, os embargos não terão efeito suspensivo. Assim, deve-se aplicar subsidiariamente o CPC. Dessa forma, somente ocorrerá efeito suspensivo se garantida a execução fiscal, restarem verificados os requisitos do já citado § 6º, do art. 739-A, do CPC, ou seja, relevante fundamentação jurídica e possibilidade manifesta de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Em se tratando de execução movida pela Fazenda Pública, deverá o julgador ser ainda mais criterioso na concessão do efeito suspensivo, uma vez que dificilmente haverá possibilidade de ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação patrimonial frente à presunção de solvabilidade da Fazenda. Ainda, a fundamentação do embargante deverá ser suficiente para afastar a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, que, nos termos do art. 204 do CTN tem efeito de prova pré-constituída.[28]

Não diverge o posicionamento do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Leonardo Monteiro Xexéo, sobre a matéria aqui tratada, ao afirmar que “a nova redação do CPC determina que os embargos do executado não terão efeito suspensivo. Assim sendo, a mera oposição de Embargos não suspende o curso da execução, que pode prosseguir.”[29]

Incompreensível que o Poder que restava como último guardião deste novo paradigma do Estado Democrático de Direito tenha, até o momento, sucumbido à prevalência do interesse público, ao desprezo dos direitos e garantias fundamentais, na interpretação da aplicação da legislação processual modificada em completa dissonância do texto constitucional, como se verificar do seguinte precedente proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE VEROSSIMILHANÇA E POSSIBILIDADE DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO. REQUERIMENTO EXPRESSO. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA. 1. A Lei nº 11.382, de 06.12.2006, entrou em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação (DOU de 07.12.2006). Todavia, malgrado os embargos à execução, na hipótese, tenham sido opostos antes de sua vigência, o diploma processual novo deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento quanto aos atos ainda não consolidados. Em outras palavras, tratando-se

de modificação de cunho eminentemente processual, aplicam-se as novas disposições desde logo, sem prejuízo da validade dos atos praticados anteriormente. 2. Na hipótese, quando proferida a decisão agravada, já estavam vigentes os dispositivos da Lei n.º 11.382/06, que suprimiram o §1º do art. 739 do CPC, que preceituava deverem os embargos ser sempre recebidos com efeito suspensivo, bem como acrescentaram o art. 739-A ao CPC, o qual preceitua, de regra, que os embargos do executado não terão efeito suspensivo, salvo se, a requerimento da embargante, houver relevância na fundamentação e o prosseguimento da execução possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação. 3. **Não se vislumbram empecilhos à aplicação do aludido dispositivo às execuções fiscais, pois que, de acordo com o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais, as normas do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente à Lei n.º 6.830/80, quando com estas não colidentes. Nesse ínterim, impende destacar que, na LEF, não há previsão de que os embargos à execução serão recebidos no efeito suspensivo; deveras; tal ilação decorria de aplicação do §1º do art. 739 do CPC, o qual foi revogado pela Lei nº 11.382/2006. (...).”[30]**

Registre-se, neste mesmo posicionamento, a opinião do Ministro Humberto Martins, em artigo escrito sobre a alteração da legislação processual, embora sem qualquer fundamentação aprofundada sobre a matéria, limitando-se ao argumento da ausência da literalidade. Justamente estas manifestações, no caso de integrante do Superior Tribunal de Justiça, que acabam por difundir a descrença numa manifestação do Poder Judiciário em consonância com a hermenêutica constitucional contemporânea, que preza pelo equilíbrio das relações e não pela prevalência do público sobre o privado, a qualquer preço, inclusive das garantias fundamentais.

Exemplo de imposição de insegurança jurídica dessa realidade é o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, em decisão proferida em agosto de 2002, no Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889/AL, citado na obra de André Cordeiro Leal, sendo importante transcrever o seguinte trecho:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. [31]

6.2. Fundamentos para o reconhecimento do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal: uma questão de aplicação das regras do Estado Democrático de Direito.

Não bastasse a clara diretriz constitucional sobre a matéria, a LEF, diferentemente do que afirma a Fazenda Pública, reconhece o efeito suspensivo à ação em comento, como se vislumbra dos arts. 18 e 19, diretamente, e dos arts. 24 e 32, § 5º, indiretamente, através da determinação de medidas de continuidade da Execução Fiscal somente após o trânsito em julgado da ação de conhecimento perpetrada pelo executado, no exercício de seu constitucional à ampla defesa, como bem observa Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado[32].

Ademais, é no mínimo surpreendente a assertiva de que a expropriação de bens no processo de Execução Fiscal não causaria prejuízo ao cidadão, antes de esgotado o exercício constitucional do seu direito de defesa! Imagine o executado, discutindo aquilo que considera a intransigência do exeqüente quanto à exigência do crédito tributário, restar privado do exercício de um bem ou direito, inclusive dos frutos daí decorrentes, antes da matéria ser examinada pelo Poder Judiciário e isto não caracterizar dano! Talvez pretenda privar da liberdade o cidadão que responde a um processo criminal, a partir de seu ajuizamento! Ora, e a presunção de inocência do cidadão, inclusive nas discussões em matéria tributária, garantia fundamental do homem? E os direitos constitucionais da liberdade e da propriedade, consagrados como direitos fundamentais de todas as pessoas? Os direitos e as garantias fundamentais vêm sendo simplesmente desprezados pelo Estado na busca de seus interesses, que jamais poderiam ser diferentes dos interesses da coletividade, uma vez que existe em função da mesma. Espera-se que o Poder Judiciário, último anteparo a preservar o Estado Democrático de Direito, não se coadune com uma interpretação autoritária do texto legislativo.

Mesmo que não se reconhecesse que o efeito suspensivo está expresso na Lei n. 6.830/80, seria imperiosa a necessidade de interpretação da norma em conformidade com o texto constitucional, preservando os direitos e as garantias fundamentais acima mencionadas, método preconizado pela hermenêutica constitucional contemporânea, de forma a impedir e evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Sobre o princípio da Unidade da Constituição, preleciona o professor Luiz Roberto Barroso:

O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. (...) Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o

princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.[33]

Verifica-se, portanto, que todo e qualquer dispositivo legal, inclusive os de natureza constitucional, deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, uma vez que as normas constitucionais não devem ser consideradas de forma isolada. Sendo assim, inevitável o reconhecimento do efeito suspensivo à ação de Embargos à Execução Fiscal, de acordo com os preceitos já citados a Lei de Execução Fiscal, como decorrência indissociável do princípio constitucional da ampla defesa.

A prevalecer o entendimento de que o art. 739-A do CPC se aplicaria às execuções fiscais, o sujeito passivo passaria a não só ingressar na discussão judicial do crédito tributário na posição de devedor, reitera-se, sem sua participação volitiva na formação do título executivo, mas também teria seus bens expropriados como requisito indispensável para exercer seu direito constitucional da ampla defesa!

Quanto a essa questão, as particularidades da constituição do crédito tributário e da formalização do respectivo título executivo em favor da Fazenda Pública são ainda mais relevantes para se compreender que a isonomia processual seria diretamente violada caso o art. 739-A realmente pudesse ter aplicação subsidiária à Lei de Execuções Fiscais.

Ora, o princípio da igualdade em termos processuais determina que as partes litigantes em um processo tenham posição paritária e simétrica[34], decorrente até mesmo do primado do contraditório, em que a participação democrática dos agentes é fundamental para a construção de um provimento jurisdicional legítimo.

Ocorre que, nos créditos tributários, inexistiu a participação volitiva do sujeito passivo na formação do título executivo extrajudicial, de forma que o efeito suspensivo é fundamental para que se possa corrigir quaisquer distorções ocorridas durante o procedimento que culminou na lavratura da Certidão de Dívida Ativa.

Pretender que o sujeito passivo tenha seu patrimônio expropriado antes de realizar sua defesa, em casos como o presente, onde o Estado fiscaliza, autua, faz parte do tribunal administrativo e executa o suposto débito, não é conferir às partes litigantes tratamento paritário e simétrico, conforme determinado pela Constituição da República.

Somente a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, independentemente da decisão do magistrado nesse sentido, pode equalizar as forças no processo que visa a cobrança judicial de créditos tributários, sem que, com isso, o direito da Fazenda Pública de receber o que por ventura lhe for devido sofra qualquer mácula. Até mesmo porque, o Fisco possui diversos outros instrumentos jurídicos para resguardar seus interesses, tais como o arrolamento administrativo de bens e a medida cautelar fiscal.

Ademais, justificar a aplicação do art. 739-A do CPC aos feitos executivos fiscais na supremacia do interesse público sobre o privado é completamente incabível no paradigma do Estado Democrático de Direito. Seja porque o princípio da isonomia,

basilar no modelo constitucional de processo, impede que qualquer parte litigante tenha privilégio sobre as demais, ou mesmo em razão de que, no contexto atual, deve ser repensada a divisão entre público e privado. No paradigma atual não há coerência na defesa de que supostos interesses meramente públicos teriam mais relevância do que outros tidos como unicamente privados, eis que tais conceitos, na verdade, são indissociáveis[35].

Cabe salientar, ainda, que a ausência de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, como regra geral, infringe também a garantia da propriedade, outro direito fundamental constante da Carta Magna, que é inerente ao direito processual, mais especificamente ao direito processual tributário, no modelo constitucional de processo proposto no presente trabalho.

Ressalta-se que a garantia da propriedade encontra correspondente direto nas limitações constitucionais ao poder de tributar. Nesse sentido, o art. 150, inciso IV, da CR/88, ao determinar a vedação da utilização de tributo com efeito de confisco, nada mais está fazendo do que reforçar, especificamente na seara tributária, que o Estado não pode se apoderar do patrimônio do cidadão utilizando a tributação para esse fim[36].

Não se ignora que o direito de propriedade não tem mais a conotação absoluta de outrora, possuindo restrições previstas na própria Constituição, tais como o atendimento à função social, a possibilidade de desapropriação, a utilização em caso de iminente perigo público e a tributação exacerbada por razões extrafiscais.

Todavia, é incabível pretender, na conjuntura atual, que o Poder Público exproprie o patrimônio do sujeito passivo como condição prévia para a realização de sua defesa processual, mormente na seara tributária, em que além das particularidades da constituição do crédito tributário, o texto constitucional ainda adicionou a expressa garantia da vedação ao confisco.

Diante das considerações tecidas acima, é, portanto, possível afirmar que a aplicação do art. 739-A do CPC às execuções fiscais não se compatibiliza com o processo constitucional tributário no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.

7. CONCLUSÕES

Conclui-se, dessa forma, que a hipótese do art. 739-A do Código de Processo Civil, instituída pela Lei n. 11.382/06, determinando que o efeito suspensivo dos embargos do devedor deixa de ser regra, tornando-se uma exceção examinada pelo magistrado em um juízo sumaríssimo de cognição, jamais poderá ser aplicada subsidiariamente à Lei de Execuções Fiscais.

Diante da natureza jurídica dos créditos tributários, o rito da execução fiscal já confere ao sujeito passivo o status de devedor, mesmo que não tenha participado consensualmente na formação do título executivo (Certidão de Dívida Ativa), observando o princípio da praticidade fiscal na gestão da Administração Fazendária.

Entretanto, eliminar o efeito suspensivo como regra, quando da apresentação dos embargos à execução fiscal, é conferir poder exacerbado ao Poder Público, que fiscaliza, autua, age como parte integrante do tribunal administrativo e constitui unilateralmente esse título executivo, caracterizando verdadeiro cerceamento de defesa do cidadão-contribuinte.

Fato é que a ausência de efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal dizima o princípio da ampla defesa, eis que impõe ao sujeito passivo, antes mesmo da fase probatória, e tendo apenas a CDA como norte, a expropriação de seu patrimônio sem o exame pelo Poder Judiciário de sua contraposição.

No que tange ao princípio do contraditório outra não é a conclusão, quer dizer, a aplicação do art. 739-A do CPC no rito das execuções fiscais não se coaduna com o modelo constitucional de processo tributário. Isso porque culmina na expropriação do patrimônio do sujeito passivo sem a possibilidade de argumentação dialética e paritária entre as partes, delegando ao julgador poderes para, isoladamente e em cognição estreita, decidir sobre os efeitos dos embargos à execução.

A atribuição de hercúleos poderes ao julgador, realizada pelo dispositivo processual em comento, sob o falacioso discurso da celeridade da prestação jurisdicional, ainda mais se considerando as particularidades da execução de créditos tributários, ao invés de resolver os dilemas da efetividade e da legitimidade do Direito, somente contribui para a discricionariedade e o autoritarismo e, conseqüentemente, para a insegurança nas relações jurídicas.

Também são relevantes as considerações sobre a impossibilidade de aplicação do art. 739-A do CPC às Execuções Fiscais em razão da infringência ao princípio da isonomia que, conforme defende o presente estudo, não pode ser afastado do processo tributário no modelo constitucional de processo. Com efeito, neste modelo há a efetiva possibilidade de expropriação do patrimônio do cidadão sem que este tenha direitos igualitários ao do credor numa relação simétrica processual.

Destaca-se, ainda, a manifesta violação ao direito fundamental de propriedade, em razão da não observância do princípio constitucional que veda a tributação com efeito confiscatório, de acordo com o art. 150, inciso IV, uma vez que o patrimônio do cidadão passa a ser expropriado sem o devido processo legal, consubstanciado nos demais princípios anteriormente mencionados. Com efeito, perde-se o patrimônio com a possibilidade do sujeito passivo ter decisão favorável nos autos dos embargos à execução fiscal, cancelado o crédito tributário, depois de ter perdido seus bens, agravado pela ausência de previsão da forma de restabelecimento da situação jurídica original.

Por fim, deve-se reforçar que a Lei de Execuções Fiscais possui previsão expressa quanto à atribuição do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, ainda que não literal, como se depreende dos dispositivos transcritos na exposição do presente estudo, bastando a correta leitura do texto normativo, reforçada pela única interpretação compatível com as características do Estado Democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del proceso civil italiano*. G. Giappicheli, Editore, Torino, 1990.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de novembro de 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4ª ed., trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Edunb, 1994.

CARVALHO NETTO, Menelick de. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Crise e desafios da constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DABUL, Alessandra. *Da prova no processo administrativo tributário*. Curitiba: Juruá, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz e Nelson Boeira, 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2005.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise, Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, 2008.*

_____. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed., São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos, In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 151, abril/2008.

MARQUES, Marcos Ribeiro. A execução fiscal face à nova execução civil: exame de alguns aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1357, 20 mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 de março de 2007.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*, OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PARREIRA, Alberto; MELO Daniele e AMARAL, Gustavo. As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais, In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 143, agosto/2007.

RISUEÑO, Francisco Ruiz. *El proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Colex, 2000.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *O Discurso Científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009

XEXÉO, Leonardo Monteiro. *A nova sistemática da execução fiscal*. São Paulo, 2007. Disponível em: fevereiro_2007/nova_istematica_Xexeo.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2008.

[1] Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFMG, Professor Adjunto de Direito Tributário dos cursos de Graduação e Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Procurador do Município de Belo Horizonte e Advogado.

[2] Mestrando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV,

Professor de Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Faculdade ASA, Professor de Legislação Tributária do Curso de Graduação em Administração da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC e Advogado.

[3] “(...) paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz e Nelson Boeira, 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 13).

[4] SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *O Discurso Científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 14.

[5] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 263/264.

[6] Sobre o tema, confira-se: SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

[7] Confira-se, nesse diapasão: OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 103.

[8] “A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a sua potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados.” (CARVALHO NETTO, Menelick de. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Crise e desafios da constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 282).

[9] O Estado Democrático de Direito, diferenciando-se dos paradigmas jurídico-constitucionais anteriores, para Jürgen Habermas: “(...) não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autoconsciência das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua (...).” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190).

[10] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[11] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del proceso civil italiano*. G. Giappicheli, Editore, Torino, 1990.

[12] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 248.

[13] GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 171.

[14] “Esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada ao Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões. Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido ‘constitucional’. Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteiro da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.” (OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*, OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 464-465.)

[15] “Na colisão de princípios, um cede diante do outro, mas isso não implica sua invalidade e tampouco que haja sido introduzida uma cláusula de exceção. Essas colisões ocorrem no campo do peso, sendo resolvidas pela ponderação dos bens ou interesses opostos. A solução é formulada à luz do caso concreto.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 82 e ss.).

[16] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e ss.

[17] MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Processo administrativo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

[18] “Pero además dicha igualdad debe producirse en la realidad viva del proceso, una vez puesto en funcionamiento todo el mecanismo judicial encaminado a dar respuesta a las peticiones de las partes. Es igualdad en la aplicación de la ley, porque de nada sirve incluir en la norma los correspondientes mecanismos de defensa, si el órgano judicial, una vez en marcha el proceso, adopta resoluciones o aptitudes que rompen con dicha exigencia legal.” (RISUEÑO, Francisco Ruiz. *El proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Colex, 2000, p. 185).

[19] Embora não aborde o direito como decorrência do princípio da ampla defesa, outro não é o posicionamento de Alessandra Dabul: “como já mencionamos anteriormente, pode o contribuinte participar de maneira ativa do procedimento de fiscalização, não apenas sendo cientificado da mesma, portanto, mas apresentando documentos comprobatórios e elucidativos à atividade formalizadora do crédito tributário.” (DABUL, Alessandra. *Da prova no processo administrativo tributário*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48).

[20] “O princípio da ampla defesa é coextenso ao do contraditório e da isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais o procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto da celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova (...). A ampla defesa, em qualquer sistema jurídico do moderno Estado Democrático de Direito, envolve a cláusula do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process*), equivalente ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual (*procedural due process*), traduzindo a garantia da plenitude da defesa e tempo e modo suficiente para sustentá-la.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 111-112)

[21] “A institucionalização do processo efetivada pela Constituição de 1988 determina que o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto a disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador. A justiça não mais é a do julgador, mas a do povo, (fonte única de Direito), que a faz inserir em leis democraticamente elaboradas. Assim, no plano decisional, o contraditório, referido no art. 5º, LV, da CR/88, deve ser entendido, na atualidade com princípio constitucional que atua como referente inafastável na leitura do Código de Processo Civil e da legislação procedimental no plano infraconstitucional (...). Portanto, a partir da premissa de que o pronunciamento jurisdicional, ou o acertamento de direito pelo Poder Judiciário, somente se legitima pelo processo, claro que o contraditório há de permear tanto a reconstrução dos fatos quanto a escolha e interpretação da norma material aplicável ao caso concreto, sob pena de ruptura autoritária do ciclo de legitimação a que se refere Muller.” (LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 102-103.)

[22] Não será discutida nesta assertiva a idéia do fato gerador presumido ou da antecipação do cumprimento do dever jurídico tributário, como se vislumbra na substituição tributária progressiva, por fugir do escopo do trabalho. Regra geral o crédito tributário se define a partir da realização da hipótese de incidência, sendo que as particularidades aqui mencionadas não interferem no resultado do presente estudo.

[23] “Pero además dicha igualdad debe producirse en la realidad viva del proceso, una vez puesto en funcionamiento todo el mecanismo judicial encaminado a dar respuesta a las peticiones de las partes. Es igualdad en la aplicación de la ley, porque de nada sirve incluir en la norma los correspondientes mecanismos de defensa, si el órgano judicial, una vez en marcha el proceso, adopta resoluciones o aptitudes que rompen con dicha exigencia legal.” (RISUEÑO, Francisco Ruiz. *El proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Colex, 2000, p. 185).

[24] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4ª ed, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Edunb, 1994.

[25] “(...) se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas.” DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481.

[26] OLIVEIRA. J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 285.

[27] RDT nº 143, p. 7 e ss.

[28] MARQUES, Marcos Ribeiro. A execução fiscal face à nova execução civil: exame de alguns aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1357, 20 mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 mar. 2007.

[29] XEXEO, Leonardo Monteiro. *A nova sistemática da execução fiscal*. São Paulo, 2007. Disponível em: . Acesso em: 11 de abril de 2008.

[30] Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AI 2007.04.00013405-9/RS, Primeira Turma, Des. Rel. Joel Ilan Paciornik, D.E. 24/07/2007.

[31] LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise, Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, 2008, p. 24.*

[32] RDT nº 151, p. 66.

[33] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

[34] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 17.

[35] “O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins (...). Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma ‘conexão estrutural’ (*ein struktureller Zusammenhang*). Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos.” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de novembro de 2008.)

[36] “O conceito clássico de confisco operado pelo Poder do Estado empata com a apropriação da alheia propriedade sem contraprestação, pela expropriação indireta ou pela tributação.” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999).

VERDADE, DIREITO E PROCESSO.

TRUTH, LAW AND PROCESS.

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

RESUMO

O trabalho introduz a questão da verdade como humana, experimentada na intersubjetividade, e a insere nos desafios da comunicação. Apresenta o direito como fenômeno cultural e sua relação com a verdade em dois planos, o da verificação da ocorrência dos fatos jurídicos e o da incidência das normas nos casos concretos. Inclui o processo como instrumento do direito para construção, no plano real, de seu projeto de regulação da conduta. A partir destas premissas, examina-se a tangibilidade da verdade, as formas de sua compreensão pelo homem, assim como a atualidade e a importância da questão da verdade nas sociedades, ainda que para a manutenção do compromisso com a verdade possível. Visita-se a relação da verdade com a linguagem, com o direito e com o processo para se concluir que o processo é a busca da verdade pelo direito para entrega, à sociedade, da verdade do direito e que a produção jurisdicional do direito desafia tripla legitimação, pela fundamentação, pelo procedimento e pelo diálogo comunicativo de Habermas, aplicado no âmbito processual.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO. VERDADE. PROCESSO.

ABSTRACT

The paper conceives the truth as a human creation, intersubjectively perceived, and places it throughout the challenges of communication. It presents Law as a cultural phenomenon and also its connection with the truth from two perspectives: the first of verifying the occurrence of legal facts and the other the incidence of legal rules in concrete cases. It also contemplates legal procedure as an instrument to construct, amidst reality, its purpose of regulating conduct. From these premises, the paper examines the tangibility of truth, the forms of its comprehension by men, as well as the contemporariness and importance of the truth within societies, even for the maintenance of the commitment to the possible truth. The paper visits the connection of the truth with Linguistics, Law and legal procedure, concluding at last that the latter is the search of truth, in a procedural system, to surrender to the society the truth of law and that the jurisprudence faces a triple legitimation, through the motivation, the procedure and the Habermas' communicative dialogue, applied over a procedural spectrum.

KEYWORDS: LAW. TRUTH. PROCESS.

Se Deus segurasse toda a verdade oculta em sua mão direita e, na mão esquerda, a persistente luta pela verdade... e dissesse “Escolha”, eu humildemente me curvaria diante de sua mão esquerda e diria: “Pai, dá-me a luta. Porque a verdade pura é para Ti somente.” (Gotthold Lessing).

O homem que lhe diz que a verdade não existe está lhe pedindo que não acredite nele. Logo, não acredite. (Roger Scruton)

1) INTRODUÇÃO: A VERDADE, O HOMEM, O DIREITO E O PROCESSO. A verdade é uma preocupação humana universal, presente em todas as culturas e sociedades, ainda que em cada época e lugar o problema – e sua solução – tenham se revestido de peculiaridades, cuja extensão, porém, não é capaz de extrair a identidade.

Todo aglomerado humano capaz de se comunicar enfrenta a o desafio da confirmação, ou infirmação, das informações transmitidas e/ou trocadas, seja para questões de menor relevância, seja para aquelas necessárias à sobrevivência do indivíduo e/ou da comunidade.

Esta assertiva anterior transmite implicitamente a idéia de que a verdade se transforma em uma questão apenas nos atos de comunicação, pois a busca das “verdades” interiores subjetivas não é problematizável. Não é exatamente isso que se quer dizer, embora seja algo próximo a isso.

De fato, o ser humano experimenta a existência em duas dimensões, a interna, subjetiva e a externa, na relação com o mundo, incluindo com os outros indivíduos da mesma espécie. Em ambas lida com “verdades” que norteiam seu pensamento e sua conduta, ou, de forma unitária, seu existir.

A verdade que pode ser objeto de apreensão na perspectiva que se pretende, porém, é a coletiva, no sentido de compartilhável e compartilhada entre *Homo sapiens sapiens*, ou seja, originada da vida em sociedades desta espécie. O mundo de pensamentos, percepções e crenças não exteriorizadas que povoam apenas o subjetivismo particular de cada um, não obstante real e “verdadeiro” para o sujeito experimentador é estranho ao conceito de verdade que se objetiva abordar, vinculado à intersubjetividade, à pluralidade de sujeitos.

Não é que todos os fatos em derredor da existência de algum animal solitário, vivendo em estado de natureza, sejam destituídos de verdade, muito ao contrário. Sem necessidade de comunicação, sem significados para serem construídos, sem interpretações a serem feitas, esta vida é “apenas” realidade e, por esta relação, extremante “verdadeira”. Porém, a verdade que morre juntamente com o ser que a conhece é, por natureza, inacessível e, portanto, incapaz de ser objeto de uma compreensão compartilhável e, portanto, de um discurso de entendimento.

Assim, a abordagem pretendida busca, a partir de uma reflexão sobre a verdade e sua relação com o homem, entender como o direito e o processo tentam (e conseguem) estabelecer uma relação com a verdade.

O direito – fenômeno cultural que é – está sujeito aos influxos da condição humana e não poderia ser indiferente à questão da verdade. Seja como instrumento de dominação, controle, regulação ou fomentador da cooperação entre os homens, o direito precisa valer para cumprir seu papel social, no que se depara com a verdade em duas vertentes: na ocorrência do fato (o fato é a matéria prima do direito. Na apreciação da veracidade da ocorrência no mundo real do fato previsto hipoteticamente no ordenamento opera-se a primeira verificação de verdade), e; na relação de incidência (o direito é um projeto de conduta conforme ou de reação institucionalizável à sua inobservância, a segunda verificação de verdade opera na sua eficácia, ou seja, se, no caso concreto, o direito efetivamente se fez existir).

O processo – instrumento do direito – é uma prática (técnica) de construir normas individuais concretizadoras no plano real do direito em situações específicas – na existência de conflitos ou nas circunstâncias previstas no ordenamento em que o resultado jurídico pretendido dependa de pronunciamento jurisdicional[1] – se depara com a verdade em dois prismas reflexos daqueles enfrentados pelo direito, na verificação do fato (almejando encontrar os mecanismos de desvendar o verdadeiro fato sobre o qual deve debruçar-se o órgão julgador) e na aplicação do direito (buscando fórmulas confiáveis e estáveis de construir a solução jurídica do caso concreto).

Não é recente a relação intrincada do ser humano com a verdade, novidade é a aparente irrelevância que a questão tem assumido ultimamente nas sociedades ocidentais pós-modernas[2][3], cujos reflexos no direito e no processo, como obras culturais e humanas já se faz sentir. O complexa questão que se propõe, em suma, é: em uma época de descrença na verdade em si e na importância de sua busca, como manter a verdade como um valor a ser atingido pelo direito e pelo processo e como encontrá-la por meio destes?

2) A TANGIBILIDADE DA VERDADE. A abordagem da verdade tem normalmente duas vertentes: a que objetiva a verdade em si, seu conhecimento ou desvelamento, e; a que aborda as possibilidades de relação entre o homem e a verdade. A importância de se descobrir se há verdade e onde se pode encontrá-la é a mesma de se estabelecer a condição humana de, deparando-se com ela, a reconhecer.

A existência da verdade tem um aspecto vinculado à confirmação da realidade circundante do observador. Em uma redução simplória, há verdade em tudo que existe. Porém, sabe-se da relação estreita entre o tido como existente e o percebido ou perceptível ao indivíduo, notadamente de nossa espécie[4]. Na alegoria da caverna Platão semeou para sempre a dúvida na correlação entre a verdade (realidade) e o passível de percepção, distância que o passar dos anos e o desenvolvimento da ciência somente fez crescer.

A comprovada impossibilidade de confiar unicamente nos próprios sentidos[5] esmorece a força das convicções e, a rigor, se não confortar e satisfizer a famosa máxima redução racionalista de René Decartes[6], efetivamente faltarão argumentos cientificamente demonstráveis da realidade de própria existência de tudo que (ao menos aparentemente) se apresenta para a compreensão.

O fato de a realidade superar a capacidade de perceber ou sentir do ser humano, todavia, não elimina, como pode parecer à uma análise apressada, a questão da verdade, apenas a

coloca em outros planos. Tanto é cientificamente possível sustentar a busca da verdade por outros meios capazes de superar as limitações dos sentidos humanos, quanto é moralmente aceitável exigir que o homem permaneça comprometido com toda a verdade que tiver capacidade de conhecer ou ter acesso.

Recomeçando pelo prisma do *cogito ergo sum*[7] da filosofia moderna, semeado desde que Parmênides propôs o “*não há nada que não exista*”, ou nega-se a existência de tudo, inclusive do emissário da idéia, ou se tem que admitir a existência de algo. A primeira hipótese elimina todas as questões. A segunda implica em retomar o problema da verdade enquanto manifestação da existência, e, por conseqüência, o de como chegar à ela.

Assim, aceita a premissa de que a existência é real, a verdade assume seu lugar de destaque na estruturação das relações sociais. Entretanto, paradoxalmente o aprofundamento das ciências e o volume espantoso de informações (novas verdades a desafiar a compreensão do homem) que seu avanço despeja nas comunidades tem sido contemporâneo de uma gradativa e persistente perda da importância da verdade nos contextos social e individual.

Quem se dedicou a estudar a história da verdade, como Fernández-Armesto[8], registra a existência de quatro formas de compreensão da verdade pelos povos que se alternam historicamente na experiência das sociedades: **a)** a verdade conhecida pela emoção, por percepção não racional e não sensorial; **b)** a verdade que é dita(da) pelos tradutores autorizados aos demais que não teriam acesso ao “mundo da verdade”; **c)** a verdade da razão, apreendida por métodos racionais de lógica e de argumentação, e; **d)** a verdade perceptível e compreensível por meio dos sentidos. Não obstante, relata igualmente a desilusão experimentada pelas sociedades pós-modernas com a verdade e com a relevância de sua busca, especialmente após a derrocada de muitos dos conceitos e convicções sobre os quais a humanidade depositava suas mais elementares certezas, notadamente no campo da física, especialmente da clássica, assim como as nefastas conseqüências desta nova postura[9] tão evidente quanto pouco analisada.

A constatação de que o universo mais se parece com uma contínua sopa de átomos tremulando em diferentes freqüências de ondas do que com uma sucessão de matéria e vazio que os sentidos são capazes de apresentar, efetivamente traz um novo paradigma ao pensamento e reconstrói a idéia de mundo então mais difundida, desnortando a tal ponto a maioria dos homens que a conduta mais adotada (e, por enquanto, talvez a mais recomendável) tem sido a de simplesmente evitar o assunto.

A questão da verdade, porém, não está tão abalada pois a revolução gerada pela quebra do paradigma dominante não tornou inverídica a percepção da realidade e dos fatos, apenas deu outra dimensão ao seu conteúdo. Se, por um lado, o que enxergamos como sólido não passa de um conjunto de átomos e sub-partículas que, em nível subatômico, não se distingue do conjunto de átomos e sub-partículas do “vazio” que o rodeia em nossa limitada visão, isto não quer dizer que nossa percepção seja uma mera ilusão, pois as diferenças nas freqüências das ondas sobre a matéria existem e, portanto, o que o homem enxerga como diferente realmente não é igual. Caso deva ser abandonada a idéia original de sólido para intersecção de matéria particularmente energizada, isto não quer dizer que conhecer (e reconhecer) esta particularização tenha perdido valor.

Trazendo abruptamente para uma dimensão mais jurídica, se o disparo intencional de uma arma de fogo envia um projétil cujo impacto seja suficiente para reduzir o tempo de sobrevivência de um homem, objeções calcadas na inexistência da matéria e na realidade ilusória da concepção de vida não devem ser suficientes para desviar a atenção sobre a objetividade do fato ou a pertinência da incidência da norma jurídica aplicável no caso concreto. A caracterização do falso testemunho ou do perjúrio tampouco deveria ceder a refutações calcadas na relatividade da realidade ou na impossibilidade física da verdade. A proposta aqui não é discutir a veracidade destes contrapontos lançados à validade e aplicação das normas de origem cultural, mas sua impertinência e incomunicabilidade.

O erro original, no caso, foi a tentativa de conceber os fenômenos culturais a imagem e semelhança dos naturais, cuja consequência, agora, é a importação das inseguranças e turbulências que a passagem das ciências naturais experimentam por estarem enfrentando uma fase de troca de paradigmas.

Assim, muito ao contrário de ser afetado pela insegurança reinante nas ciências naturais, apesar de exigir um esforço mais complexo do que pode parecer, as incertezas experimentadas pela humanidade em sua relação com o universo e sua própria existência física, ao invés de contaminar as manifestações culturais como a arte e o direito, deveriam ressaltar sua importância, validade e verdade.

Se a humanidade não sabe mais exatamente do que é feito cada indivíduo ou como ele interage com o que o cerca (ou com tudo do que faz parte, como sugere a física quântica), mais do que nunca deve saber como quer e deve o homem viver em sociedade. As certezas, nesta época de incertezas[10], podem ser buscadas na própria humanidade e na sua história. O tempo, mais esta ilusão útil dos sentidos humanos, pode ser utilizado pelos homens mais do que para registrar o direito na história.

É preciso, portanto, combater o desapego à verdade e o desinteresse pela luta por ela. Para isso, é preciso conhecer as origens do processo.

Dentre as raízes desta erva daninha se destaca o avanço do individualismo[11] introduzido na filosofia ocidental por Descartes[12], do voluntarismo, do subjetivismo, do existencialismo e do pragmatismo, estes dois últimos, mais determinantes no naufrágio da verdade que soçobrou na era das incertezas que se desenvolveu conjuntamente a repercussão das teorias da relatividade, do caos e desconstrução da matemática por Kurt Gödel. Em outras palavras: se o tempo e o espaço são relativos, o movimento das asas de uma borboleta em um hemisfério causava ciclones no outro e nem matemática nem lógica são suficientes para comprovar a si mesmas, que verdade seria alcançável? E para quê?

Por outro lado, não menos significativo, o ocidente viveu os últimos anos sobre a dominação dos americanos, um povo que herdou o pragmatismo inglês, mas não seu tradicionalismo e se formou em uma simplificação reducionista, mas que reproduz a auto-imagem conhecida e difundida dos Estados Unidos, por imigrantes que cruzaram o atlântico por motivações predominantemente pessoais. Natural que o domínio americano projete para o mundo um individualismo pragmático utilitarista. Na identidade do americano há elementos de desapego à tradição e ao passado, inclusive por oposição à matriz colonial, de valorização do esforço e da história individual, em detrimento da origem, de reverência à diversidade de oportunidades e de culto ao

sucesso como resultado das vitórias pessoais que propicia uma admirável liberdade de se reinventar da qual pode surgir, para um mundo esperançoso e uma Inglaterra atônita e incrédula[13], a eleição de Barack Obama antecipando em 220 anos a visão premonitória de Monteiro Lobato[14], mas também um campo fértil para o crescimento de concepções fundadas no sujeito[15], que podem ser percebidas em projeções românticas da auto-imagem americana[16] e no significado e importância de expressões idiomáticas[17].

O relativismo que tomou conta do mundo também seduz por adequar-se à uma ideologia dominante, qual seja a da globalização, pois em um mundo cosmopolita, multicultural, nada mais conveniente para pacificar a convivência de pessoas e culturas diferentes do que o conforto – aparente – de saber que todos têm razão. A verdade, ou a busca dela, poderia, nesta concepção, semear a discórdia e a até mesmo a guerra.

Esta aposta na incerteza como fator de cooperação, ou, ao menos aglutinação, porém, revela-se equivocada porque trabalha com uma premissa errada: a de que a irrelevância da correção das verdades de cada um torna todos mais tolerantes com as verdades alheias. O relativismo, ao revés gera, no plano pessoal, a sensação de insegurança (e a inquietude que lhe é peculiar) e, no plano social, fomenta a mais danosa atitude em face da comunidade, a conveniência.

A conjugação destes fatores desagrega em um nível o tecido social que sua ruptura torna-se inevitável. A quase ausência de solidariedade nas comunidades pós-modernas e a própria dificuldade de legitimação das instituições comunitárias, do Estado especialmente[18], têm correlação com esta perspectiva individualista de encarar a vida e o mundo.

A esperada (e cada dia mais visível) reação ao relativismo é o crescimento do fundamentalismo com sua proposta de fornecer o conforto das certezas absolutas para aplacar a insegurança dos mais incomodados. Um dos problemas de toda postura fundamentalista (e de seus movimentos) é que o “bem” que faz aos seus seguidores em pacificação traduz-se em mal para todos os outros estranhos às crenças que compartilham. Os fundamentalistas não se contentam em abraçar suas verdades absolutas, pretendem impô-las ao resto do mundo, ou, de outra forma, eliminar todos aqueles que as refutem.

Desta forma, é uma ilusão crer que o relativismo imperante, que solapa a idéia de valor da verdade e da importância de sua busca, seja benéfico ao projeto de globalização, assim como é insustentável defender a possibilidade de vida harmônica no planeta fundada em perspectivas individualistas da existência e da convivência. Indo mais fundo, concordando-se com a posição de cientistas e ecologistas, que nem mesmo a própria condição da vida (humana) se sustenta diante da globalização (generalização) de padrões de comportamento (especialmente de consumo) individualistas, egocêntricos ou etnocêntricos.

Neste ponto é interessante retomar a correlação da verdade com a intersubjetividade, pois não é mero acaso a relação inversamente proporcional estabelecida entre o avanço do individualismo e o retrocesso da verdade. De fato, quando a verdade torna-se algo individualmente conveniente[19], perde-se qualquer sentido em sua busca, pois ela somente interessa socialmente quando pode ser compartilhada.

A necessidade, ainda persistente e prioritária, de compartilhar verdades, tanto na ciência quanto nas criações culturais, não deve ser relevada, ao revés, é essencial que a confusão estabelecida pela queda abrupta de paradigmas nas ciências naturais não desvie a humanidade por muito tempo da busca das certezas possíveis, ainda que provisórias e incompletas, afinal, sempre foi assim na história da humanidade. A pressa desta retomada de rumo se justifica, inclusive, porque a desestrutura experimentada pelo núcleo das antigas “ciências duras” literalmente liquefeitas nas ondas da física quântica, tem se comunicado de forma perniciososa com a sociedade e as obras culturais, tais como o direito.

O direito, como obra cultural, talvez devesse estar mais imune aos impactos nas ciências naturais, mas, seja porque as ciências sociais foram contaminadas pela era de ouro do cientificismo, seja porque a unidade da experiência da vida humana não permite que sejam isoladas as construções culturais dos abalos que sofrem as certezas individuais e coletivas, a realidade que se apresenta é outra, e inversa.

Neste contexto, o processo como instrumento do direito sofre reflexamente os efeitos da incredulidade com a qual a sociedade passa a enxergar o mundo jurídico.

As complexas sociedades pós-modernas, nas quais o direito vem substituindo – mais por necessidade do que por vocação – o papel da solidariedade na conformação das relações sociais, requerem com urgência o resgate da validade do discurso jurídico[20] e, acima de tudo, da verdade como elemento necessário à comunicação humana, inclusive pelo direito. O processo é parte desta solução.

3) A IMPORTÂNCIA DA VERDADE POSSÍVEL. O que é a verdade? É algo que sentimos e experimenta-se pessoalmente com a afetividade individual? É a algo que é desvelado aos demais por aqueles capazes de, individual ou coletivamente, racional ou emocionalmente a apreender? É algo compreensível racional e/ou logicamente? Ou algo que somente poderia ser compreendida por meio dos nossos sentidos[21]?

Como já visto, o ser humano terá sempre uma idéia limitada da realidade, seja pela deficiência de seus próprios sentidos e dos instrumentos que constrói para compensar tais deficiências, seja porque todo avanço nesta exploração nos leva a novos campos e fronteiras a serem explorados. A impossibilidade do homem apoderar-se da verdade absoluta, porém não elimina o problema da verdade. Ainda se pode querer a verdade absoluta além da percepção do homem, mantendo acesa a busca por esta verdade, ou exigir do homem, ao menos, toda a verdade que puder entregar a cada momento.

A dificuldade de se atingir a verdade não deve ser obstáculo a valorização da mesma, pois tal valor vem da comparação com seu oposto: a não verdade. A mentira, a dissimulação, frise-se, não é admitida por nenhuma sociedade como intrinsecamente negativa, ruim ou malévolos. A rigor, o que importa é a circunstância na qual a não correspondência é utilizada conscientemente[22]. De fato, há várias situações aceitas socialmente nas quais a verdade é propositalmente abandonada, mas que recebem a aprovação popular, não apenas na chamada “mentira inocente”, para proteger um ente fragilizado de uma notícia ruim, mas como ocorre na narrativa das fábulas[23], contos e crenças[24], nos jogos[25] e disputas[26], amadores ou profissionais, em estratégias de sobrevivência individual[27] ou coletiva[28], como é muito comum nas guerras[29]. A

mentira torna-se indesejada apenas quando contamina o discurso comunicativo, quando aparece no lugar onde a expectativa era de encontrar a verdade.

Assim, é preciso deixar claro quando a verdade é valorada: na comunicação que pretende (ou deve) ser exata e precisa. Independentemente da questão da verdade ser plenamente atingível pelo homem ou constituir, em si, um valor absoluto, a idéia proposta é a da importância de se manter socialmente relevante o compromisso com a verdade possível, ou seja, não é porque o homem desconhece toda a verdade absoluta que deverá deixar de transmitir a totalidade da verdade que conhece quando instado a revelá-la.

A verdade já foi, e deve voltar a ser, o ouro, não apenas na analogia primeva que associava a virtude da verdade na comparação do ouro verdadeiro com o falso, mas acima de tudo na simbologia da riqueza, do valorizado, do procurado, do aspirado por uma sociedade.

A consciência da existência, acima de qualquer outra coisa, incertezas. A busca da verdade sempre significou a procura do em “que acreditar além da própria morte” (que seria a única inexorável certeza trazida pela consciência de si mesmo). Esta busca, neste sentido, é inata á natureza humana exatamente porque a consciência da própria morte condenou o *Homo sapiens sapiens* a uma relação com o mundo marcada pela luta contra o fatalismo da existência. Desvendar os mistérios da existência parece traduzir e representar a luta contra a morte. Por isto é tão visceral crer em algo – e tem se revelado tão incômodo viver nesta época de incertezas e relativismos.

Como adverte Felipe Fernández-Armesto, o contrário de acreditar em alguma coisa, não tem sido acreditar em nada, mas acreditar em qualquer coisa[30], fenômeno palpável nas sociedades pós-modernas, nas quais todas as convicções parecem etéreas e não se pisa em solo firme em quase nada. A indefinição dos valores somente semeia mais confusão nas escolhas individuais e coletivos de conduta desde os hábitos saudáveis, a educação dos filhos, a religião, a ética e a filosofia. O crescimento exponencial do livre-arbítrio gerou o inverso da liberdade: o soterramento do indivíduo por um volume de informações e opções além de sua capacidade de escolha. Como adverte o mesmo autor “*Presa entre fundamentalistas, que acreditam ter descoberto a verdade, e relativistas, que se recusam a fixá-la, a maioria desnorteada entre eles continua a esperar que haja uma verdade que valha a pena ser procurada, sem saber como proceder ou responder às vozes de cada extremo.*”[31]

Poder-se-ia argumentar que se a humanidade tem dificuldade de estabelecer a verdade, o caminho poderia ser o de rejeitar a mentira, pois a relativização da verdade não significa a incapacidade de descobrir a inverdade, especialmente a absoluta. Mas, ainda partindo da premissa que o absoluto é inatingível ao homem, ele próprio relativo, também não é em direção da mentira absoluta que se deve apontar os canhões.

Muito mais se fará se as metas forem definidas conforme os recursos disponíveis e os saltos sejam dados no alcance das pernas. Se o pleno é, ou por enquanto ainda é (na visão dos mais otimistas), inacessível, se está diante de um falso problema. A armadilha da qual se deve esquivar é a de abandonar o absoluto pelo relativo, como se verá adiante, pois ao almejar o possível, não se pretende (nem serve) qualquer resposta, mas

a melhor resposta alcançável. Assim, não se abdica da verdade, muito menos da luta por ela, mas aprende-se a conviver com a verdade realizável uma vez ser intangível a total.

O direito pretende operar na sociedade realizando, no sentido exato de tornar reais, suas prescrições hipotéticas regulatórias. O cumprimento de sua missão disto depende. Isto significa, em última análise, que deve operar sobre a verdade (fato reais) e de verdade (incidências corretas e efetivas). O processo representa a última chance de prevalência do direito, pois sua regra é a de ocorrer na ausência do adimplemento espontâneo.

Assim, se veredicto pretende ser a “verdade dita”, assim como a jurisdição tem a intenção de ser “a dicção do direito”, a utilidade do sistema jurídico está em sua capacidade de operar sobre a verdade e de verdade.

4) A LINGUAGEM: SIGNO, IMAGINAÇÃO E VERDADE. Ao se associar a verdade à comunicação, faz-se uma necessária referência à linguagem. O objeto que está presente não precisa ser significado, apenas indicado para efeito de ser comunicado. Quando a linguagem e a comunicação evoluíram e pretenderam referir-se a algo ausente da percepção do destinatário surgiu o problema da correspondência, ou, de outra forma, da verdade, pois toda utilização da linguagem, tem o escopo de representar algo real, verdadeiro. Desde então se tornou palpável a importância da linguagem para a verdade. Para alcançá-la, por muito tempo, se optou pelo caminho da imparcialidade, da isenção e da técnica na aplicação da linguagem, até que a impossibilidade de tais pretensões foi desnudada pelo chamado “giro hermenêutico”.

Com efeito, após o “giro hermenêutico”[32] patrocinado por Heidegger a partir do Século XIX, mostrou-se que a compreensão possui caráter existencial[33]. O próprio Heidegger relacionou a compreensão com uma expectativa da própria existência humana.

Gadamer, por sua vez, acrescenta à hermenêutica filosófica a concepção que a interpretação ocorre na dimensão real existencial do intérprete[34], e, em relação ao direito, realça a importância do contexto histórico na interpretação jurídica[35] e acrescenta a concepção de interpretação como concretização do conteúdo da norma[36].

No campo jurídico, esta idéia da interpretação como concretização possui maior significação na hermenêutica constitucional[37], cuja importância na sociedade pós-moderna somente aumenta e na qual a participação do intérprete é mais evidente[38] e necessária[39].

A realidade do processo de interpretação e as interferências do intérprete no objeto, porém, ao contrário do que possa parecer, não comprometem nem reduzem a importância do resultado. A pretensão de um direito puro, imune as vicissitudes humanas, não passou sequer pela cabeça de Kelsen[40]. Nenhuma obra cultural pode pretender ser absoluta se relativo é o próprio homem e, sendo assim, o melhor direito que se pode produzir é aquele capaz de refletir a sociedade que o concebeu. O direito deve sim almejar a unidade, a coerência e a verdade, mas somente os alcançará dentro dos limites destas mesmas características na sociedade da qual emerge.

Não se pretende aprofundar a discussão em torno das possibilidades e impossibilidades da linguagem, nem das interferências que seu uso, ou as trazidas pelo próprio intérprete

produzem no resultado, pois sendo conhecida esta realidade da condição humana, nela não se pode ver mal. Errado apenas é ignorar tal circunstância, ou tentar simular que ela não existe.

A linguagem, assim, é uma ferramenta cuja obra dependerá da intenção do agente. Conhecer a bem e compreender a linguagem é útil e desejado, mas supervalorizar sua importância para que apenas dela dependa o êxito, o insucesso ou até a impossibilidade da comunicação não se revela adequado nem produtivo. A linguagem, portanto, deve continuar a serviço da transmissão dos conceitos e idéias e da verdade, devendo sim os agentes da comunicação ter a dimensão de seu alcance para melhor atingir o escopo da troca intersubjetiva de conhecimentos teóricos ou práticos.

5) A VERDADE E O DIREITO. O direito, ao disciplinar a conduta por normas hipotéticas e interferir na ação para conformá-la ao modelo posto, tem a reconhecida intenção de realizar-se a si mesmo, cumprindo, assim, seu papel na sociedade de equalizar a relação do homem com o tempo, estabilizando e, se possível e melhor, consolidando as expectativas dos indivíduos. O direito quer se realizar, quer virar história. Esta colocação vem a propósito da perspicaz análise de Felipe Fernández-Armesto sobre um quadro de Goya que retrata a verdade, o tempo e a história:

“Com um leve sorriso, quase imperceptível na mancha indistinta que Goya lhe deu por face, ela volta seu olhar do Tempo e da Verdade para nós, enquanto escreve seus registros em um livro. O Tempo está arrastando a Verdade até a presença da História, mas a História não parece preocupar-se. Enigmática, complacente, está mais interessada em sua platéia.” (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. Verdade: uma história. Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 16)

Admitir que o tempo pretende transformar o direito em história, tal como a verdade do quadro de Goya na interpretação de Felipe Fernández-Armesto, neste contexto, significa também compreender que a história está mais interessada na platéia do que na verdade ou no direito. A platéia, registre-se, não é a humanidade como gênero, pois a história é escrita apenas pelos vencedores e o direito, em regra, construído a serviço da proteção de seus interesses. A história, desta maneira, volta-se a platéia que quer agradar.

Olhando-se a situação no espelho, verifica-se que direito é constituído, assim, por verdades históricas que os vencedores construíram e consolidaram. Isto não o desqualifica ou desmerece, apenas o revela. A verdade buscada pelo direito, portanto, nunca foi (embora pretendesse ou fingisse pretender) uma verdade absoluta, mas apenas a verdade do arranjo de forças existente (e possível) numa determinada sociedade e num período específico. O direito, como advertia o saudoso Calmon de Passos em suas preleções, não administrava a Justiça, mas a maior quantidade tolerável de injustiça, até porque a norma jurídica tem, por essência, a finalidade de distinguir, desigualar, regular o acesso aos bens da vida que, interessando a muitos, não estejam disponíveis em quantidade suficiente para satisfazer a todos. O comprometimento do jurídico com os interesses que o inspiraram não lhe afasta da verdade, põe na mesa apenas a questão da legitimidade, que tem outra matriz, mas em nada corrompe seu conteúdo positivo no plano social, nem sua correlação com a verdade.

Como adverte Fernández-Armesto “*Toda tentativa de ser melhor – toda tentativa de construir relações felizes e sociedades prósperas – começa com duas questões: como posso distinguir o certo do errado? E como posso distinguir o verdadeiro do falso? Não há ordem social sem confiança, e não há confiança sem verdade, ou, no mínimo, sem procedimentos aceitos de apuração da verdade*”[41]

A verdade almejada pelo direito é social e cultural e para atingir esta verdade são concebidos seus institutos, órgãos e procedimentos. Se há uma discussão nos ramos da ciência de qual caminho escolher para combater o relativismo entre as opções possíveis – correspondência, coerência ou consenso – no caso das ciências culturais, a resposta há de ser por meio do consenso, especialmente do direito[42].

O direito, com efeito, não deve ser visto como um ente estático. Não é uma obra acabada, nem mesmo pretende ser, seja porque se organizou para funcionar como uma profecia auto-realizável, uma hipótese sempre desafiando sua própria implementação, seja porque se vinculou a um equilíbrio de forças instável, cujas modificações lhe afetam. O direito, este eterno vir a ser, portanto, resulta de sua própria construção consensual pela sociedade e – com mais intensidade – pelos operadores do direito, em primeiro lugar e acadêmicos, em segundo.

Por outro lado, o direito não obstante se estruture como ciência, evolui como arte, alterando seus paradigmas por meio de experiências emocionais. De fato, quando se reproduz em série as fórmulas consagradas do direito posto e concretizado, vivencia-se a ação de um obra cultural dotada de aparente coerência e unidade, porém, todas as vezes que o direito precisa de um novo salto não pode se amparar nos conceitos consolidados e depende da capacidade intuitiva de um operador capaz de criar um novo argumento sedutor o suficiente para ingressar no mundo jurídico dando a impressão que dele foi extraído, e nisto se assemelha a arte, a “grande arte”[43]. Não teria sido isto que, por exemplo, fez o Promotor Heron Santana quando, para incluir sob o manto do ordenamento aqueles que a interpretação tradicional e estabelecida recusava, se valeu da aceitação do discurso científico para embasar na semelhança cromossômica a titularidade do direito à liberdade de uma primata usado como fulcro de um habeas corpus?

É importante ressaltar no episódio citado o porquê da propositura específica da ação de habeas corpus, se toda a fundamentação teórica já havia sido debatida no meio acadêmico por ocasião da defesa de sua tese de mestrado. A busca da decisão judicial, norma individual aderente ao patrimônio jurídico do sujeito titular do direito subjetivo, resulta da referida situação particular do direito, de acordo com a qual, não obstante a doutrina também seja reconhecida como fonte do direito, é na concretude das normas individuais que o jurídico se torna real, palpável. Embora se forme no consenso, o direito não quer apenas o convencimento, quer a efetivação. Daí a busca pelo reconhecimento da jurisdição.

O próprio Kelsen, em sua obra mais conhecida, apresenta-se o Poder Judiciário como **criador** de norma jurídica constitutiva, aquela individual que dará termo ao conflito[44], embora o reconhecimento do caráter normativo da decisão judicial conviva na obra, entretanto, com uma concepção na qual o preenchimento da moldura deduzida do ordenamento é feita pelo juiz com discricionariedade[45].

Assim, a verdade para o direito é, ao mesmo tempo, sua matéria prima, enquanto fato do mundo fenomenológico, compromisso, enquanto escopo de sua existência quanto à concretização de suas prescrições e, no outro lado da moeda, o que de realmente ocorre por força de sua aplicação na sociedade. A verdade ingressa no sistema jurídico como fonte (fática) e retorna à sociedade, devolvida pelo ordenamento, como resposta jurídica efetiva (seja ela qual for, confirmadora ou informadora da norma geral hipotética pretensamente incidente). Não é por outro fator que a pragmática sociedade tem maior interesse – e atenção – nos pronunciamentos objetivos dos Tribunais do que na própria lei, ou, ainda muito menos, na doutrina. Como na música dos Titãs[46], a sociedade só quer saber do que “*pode dar certo*”. A verdade que deve alimentar o direito é a dos fatos (efetivamente ocorridos) e da construção (legítima) das normas concretas. A verdade que a sociedade se alimenta do direito é a norma individual, aquela que, “dá certo”, acontece. Daí a importância do processo como meio de produção da última oportunidade do direito prevalecer: a decisão judicial.

6) A VERDADE E O PROCESSO. O processo – devido processo legal – é uma das mais significativas conquistas do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito. A adaptação da doutrina de Montesquieu ao Estado Democrático de Direito é fruto da evolução do constitucionalismo contemporâneo e contraria o pensamento original do ideólogo francês. O conceito de poder judiciário é o melhor exemplo disto, pois para Montesquieu, o Poder Judiciário era um poder invisível e “nulo”[47], destinado apenas a pronunciar as palavras da lei, esta norma elaborada pelo poder legislativo, plena e acabada, dotada de todos os elementos necessários à gerar os efeitos pretendidos teria nos julgadores apenas os tradutores técnicos do seu enunciado, daí a ausência de necessidade de legitimação democrática para sua atuação.

A idéia do Poder Judiciário autônomo, independente, e criador do direito individual evoluiu juntamente com a sociedade e próprio conceito de Estado, inclusive para atender, ao mesmo tempo, a uma maior complexidade social que revelou inviável a criação de um ordenamento jurídico pleno, capaz de elucidar todas as possíveis controvérsias, e à transformação radical experimentada na evolução histórica do conceito de lei que abandonou sua acepção original de norma geral e abstrata destinada a orientar e regular a conduta humana com neutralidade, para tornar-se um “fato político”, um instrumento de governo utilizado pelo poder político para realização de sua própria política[48].

Mas a evolução das instituições sociais e políticas transformou todas as funções do Estado, afastando-as das concepções originais de Montesquieu, e, no caso do Poder Judiciário, dando especial relevo à suas atribuições[49], inclusive na qualidade de guardião da Constituição. Com efeito, cada mudança ocorrida no mundo, tornando-o mais complexo e dinâmico, trazia consigo uma defasagem na legislação, aumentando a distância entre a capacidade dos órgãos legislativos normatizarem todas as possíveis novas condutas, ao tempo que ampliava a esfera de interesses dos jurisdicionados e, conseqüentemente, o potencial de conflito.

Para contornar esta situação, as atribuições do Poder Judiciário na solução dos litígios tiveram que ser gradativamente ampliadas para viabilizar sua utilização instrumental. Por outro lado, a lei deixou de ser um ente racional pretensamente equidistante com inspiração ética e filosófica, para amoldar-se a uma racionalidade “político-tecnológica” tornando-se ele próprio também parte de um “processo de governo”[50]. Em função

disto, o Poder Judiciário teve paulatinamente modificada sua atuação inicial de árbitro desinteressado para solucionar conflitos entre terceiros, para órgão de administração da justiça e, portanto, diante da mudança no conceito de lei, instrumento de garantia da legalidade, ou seja, de eficácia da política[51], o guardião do pacto social atualizado, porque “*assegura, por suas decisões, a soberania da justiça, isto é, a realização dos direitos individuais nas relações sociais*”[52], ou promove a harmonia social[53] por meio de uma atuação independente[54], o que, de forma alguma, imuniza o jurídico da crise de legitimidade que assola a maioria das instituições humanas[55].

Neste quadro ressurgem a questão da verdade, pois se uma idéia simplista admitia que o processo somente buscava a verdade por meio da persecução dos fatos sobre os quais deveria ser projetado o modelo da norma hipotética, a realidade revela que o processo judicial contemporâneo transformou-se em um mecanismo de construção do direito efetivo que, destinado originalmente a confirmar o ordenamento substantivo, é, muitas vezes, tanto quem lhe decreta a morte, quanto quem lhe ressuscita (atualizado, aperfeiçoando, etc.).

A criação judicial do direito[56] designa uma corrente do pensamento jurídico que tem inclinado-se cada vez mais para valorizar a norma individual contida na sentença, transformando gradativamente o processo de dizer (declarar) o direito em construir o direito no caso concreto. A idéia da criação judicial do direito – objeto da dissertação de mestrado de José Guilherme de Souza – não é nova, estando presente no pensamento das escolas da jurisprudência teleológica (jurisprudência de interesses - Rudolf Von Ihering, escola da livre pesquisa científica - François Gény) e do direito livre (freie Rechtschule - Ehrliche) baseada na idéia nuclear de Stammler de que “*todo direito deve ser uma tentativa de direito justo*”. Na mesma linha, Kantorowicz inclusive propõe, negando a concepção estatal do direito, a existência de normas jurídicas oriundas do grupo social, expressão da livre vontade dos homens que deveriam servir de inspiração à decisão do juiz. Alinharam-se ainda nas fileiras da produção do direito pela atividade jurisdicional, inobstante com concepções próprias, Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Benjamim Cardoso, John Chipman Gray, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Alf Ross, Olivecrona, Lundstedt, Axel Hägerstrom. Exemplo recorrente da admissão desta nova postura seria o de Piero Calamandrei em sua obra clássica ao referir-se ao Juiz que, convencido por sua consciência da decisão mais justa, busca depois os fundamentos para sustentar lógica e juridicamente sua decisão[57].

Até o positivismo, ao menos na obra clássica de Kelsen, já admitia a função normativa da decisão judicial[58], não apenas como parte do processo originado pelo legislador, mas também em caráter originário seja para preencher lacunas[59], seja para corrigir iniquidades da norma[60]. O problema do positivismo é que aceita a discricionariedade, como já visto, abrindo mão da coerência científica que propõe. A questão da inserção da atividade jurisdicional no ordenamento e de sua legitimidade também não encontra solução satisfatória em propostas voluntaristas ou vinculadas à uma idéia de razão subjetiva do juiz.

Assim, se a captação da verdade dos fatos é favorecida pelo desenvolvimento tecnológico da sociedade, ao menos no plano das ocorrências que interessam ao direito, a construção da verdade da incidência e a efetividade da resposta tornam-se diariamente desafios mais complexos.

É preciso, por isso, construir um conceito de prestação jurisdicional capaz de atender aos desafios da modernidade, ou seja, simultaneamente contribuir para a segurança jurídica[61] pela distribuição da justiça e agir legitimamente nos moldes requeridos pelo Estado Democrático de Direito[62]. Para isso, necessariamente, precisar transpor as fronteiras estabelecidas pela visão primária de Montesquieu e transbordar a moldura do positivismo.

Rudolf Von Ihering, ao analisar em “*A luta pelo Direito*” a obra shakespeariana “*O Mercador de Veneza*” trouxe para a doutrina o clássico exemplo do credor Shylock que exigiu do devedor Antonio o cumprimento da obrigação consubstanciada na entrega de uma libra de carne do próprio corpo e dele tirou uma conclusão: O juiz, ao reconhecer a validade do título no conhecimento, mas torná-lo inexecutável (porque na execução afirmou que o crédito era exatamente de uma libra de carne, e não poderia ser satisfeito com mais ou menos do que isso, e, por conseguinte, o credor somente poderia efetuar o corte se não retirasse do devedor sequer uma gota de sangue) teria frustrado sua eficácia através de “*um ardil infame quando da execução da sentença*”[63], cometendo uma injustiça, ainda que embasada num móvel humanitário. Todavia, esta mesma decisão pode inspirar exatamente o pensamento contrário, ou seja, a capacidade do julgador emprestar ao direito um conteúdo de compromisso com a justiça, pois a sensibilidade do Judiciário para a questão de fundo (da inviolabilidade da integridade física do ser humano por causa de uma dívida pecuniária) fazendo-a sobrepular o aspecto obrigacional da lide, estaria justamente revelando sua preocupação com a perseguição de um ideal maior e mais amplo do justo, resistindo à lei ou à norma conflitante com aquele ideal.

Se, portanto, a jurisdição é uma atividade capaz de – e cada dia mais destinada a – produzir direito, torna-se necessário traçar os parâmetros desta construção[64] a ser balizada pelas três formas de legitimação que o desenvolvimento das sociedades concebeu para a jurisdição: o procedimento, a fundamentação e o diálogo.

É evidente, em primeiro lugar, que o Poder Judiciário desenvolveu um método de atuação – procedimento – cujas regras após sua consolidação passaram a representar para o jurisdicionado uma garantia. O princípio do devido processo legal prescreve que o Poder Judiciário deve respeitar a lei enquanto atua, e que a norma individual somente terá validade para o caso concreto se derivar de um procedimento regular desenvolvido de acordo com regras preestabelecidas, aplicando uma lei material preexistente. Não é demais recordar que as origens históricas do princípio do devido processo legal referem-se ao *direito da terra*, ou seja, às normas aplicáveis como as vigentes no território do jurisdicionado, razão pela qual a questão de validade da norma material é também uma questão de *due process of law*, como nos ensina Hugo Lafayette Black[65].

A legitimação pelo procedimento decorre também na relação cada dia mais estreita entre os princípios processuais e as normas constitucionais fundamentais[66]. Por esta razão, especialmente considerando-se a necessidade do Poder Judiciário exercer uma jurisdição que o credencie não apenas perante os interessados no processo, mas perante a sociedade também, é importante que seus pronunciamentos revistam-se da necessária e suficiente fundamentação, buscada, notadamente, na Constituição[67] para se legitimar como verdadeira[68] tornando-se socialmente eficaz por ser capaz de construir e reconstruir a sociedade a partir dela mesma[69].

Por fim, a busca da verdade no direito e, em especial, no processo, não há de se satisfazer apenas com ritos (procedimento) e argumentos (fundamentação), mas precisará incluir a legitimação pelo diálogo, requisito do consenso que é o caminho para a recuperação do compromisso com a verdade.

Neste sentido, o pensamento de Jürgen Habermas sobre a legitimação pela ação comunicativa, não obstante desenvolvido pelo autor para a atividade de produção legislativa, oferece elementos de grande utilidade e de boa aplicação na criação da norma individual por meio da jurisdição.

Assim, embora o próprio Habermas, autor desta concepção, tenha feito de forma clara sua opção por não aplicar a ação comunicativa na construção do direito pela jurisdição, tenta-se exatamente desenvolver a aplicação prática deste procedimento de legitimação pelo diálogo consistente, engajado e qualitativo para que, junto com a legitimação formal pelo procedimento e pela fundamentação, seja possível construir também uma legitimação material para a atividade jurisdicional, que, se não for capaz de atender a todas as expectativas que a sociedade deposita no direito e no Poder Judiciário, pelo menos se revela mais adequada para arriscar suas chances neste hercúleo trabalho, cuja execução parece somente ser possível para o mais capaz dos homens: o homem coletivo – homem comunicativo.

O processo é constituído de ritos, dialética e tempo. Da mistura destes ingredientes extrai-se o direito. O processo, desta maneira, revela-se o campo adequado para a construção do direito que desafia a sociedade nestes novos tempos. Um direito capaz de extrair da realidade e da sociedade verdade e, igualmente, devolver-lhe verdade e, com isso, segurança (jurídica e social) e convivência harmônica.

7) CONCLUSÃO: O PROCESSO, O DIREITO E A VERDADE. O processo pode ser descrito como a busca pelo direito, na realidade social, das verdades necessárias à análise dos fatos e das incidências, para devolver, à própria sociedade, a verdade do direito, essencial para que a sociedade se visualize no espelho e, desta maneira, possa (re)conhecer o direito e regular sua conduta em conformidade com ele. A ausência da verdade tem sido sentida na sociedade, em especial, da falta da verdade do direito.

De fato, uma das funções do Poder Judiciário é a resolver os conflitos jurídicos na sociedade, mas outra é fornecer a *ultima ratio* do direito, aquela que retorna em forma de verdade para a sociedade. A criação judicial do direito, convive com uma jurisdicização da vida, do que se origina um aumento da demanda por justiça e uma ampliação das expectativas de obter no Poder Judiciário a plenitude da vivência dos direitos assegurados pelo ordenamento. A sociedade testa a verdade do direito, que somente poderá ser obtida, no campo da prestação jurisdicional por sua tripla legitimação: pelo procedimento; pela fundamentação e pelo diálogo comunicativo entre os agentes comunicativos nos moldes imaginados por Habermas, cujo campo mais fértil é o processo[70].

Em relação ao procedimento, na condução do processo, o que o magistrado procura assegurar através da fiel observância de vários princípios, entre os quais o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da vedação da produção de provas por meios ilícitos, da publicidade, da ubiqüidade como caminho para uma decisão justa, porque tais institutos não constituem um fim em si mesmo, mas

traduzem o resultado da evolução da experiência na produção do direito processual, e existem especialmente com o escopo de criar a condição para que o provimento jurisdicional reflita efetivamente a realidade (verdade) fática e jurídica do caso.

Quanto à fundamentação, é por meio dela que o Magistrado se comunica não apenas com as partes, mas (talvez até mais importante) com a sociedade, especialmente para atingir os efeitos (sociais, não jurídicos), sua insuficiência esvazia o sentido da jurisdição, sua presença alcança diretamente o objetivo maior da produção individual do direito: pacificar a sociedade (mais do que ao conflito específico).

A inclusão do diálogo comunicativo seria a novidade, não resultasse muito mais de uma constatação[71] do que de uma proposição. Não que isto retire a importância do efetivo estabelecimento de um diálogo, o mais aberto quanto possível com a sociedade, especialmente quando o tema o exigir[72], mas o propósito maior é mesmo realçar a importância deste elemento na legitimação da jurisdição.

BIBLIOGRAFIA

BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**. Tradução por Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Tradução de: A constitutional faith. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, Vol.1.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem?**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica e reforma constitucional**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, v. 736, p. 11-19, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische

Rechtstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vols. I e II.

HART, Herbert L. A. . **O conceito de direito**. Trad. por: A. Ribeiro Mendes. Trad. de: The concept of law. 2. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Trad. por: Ernildo Stein. Trad. de: Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen philosophie von recht und staat. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASKI, Harold J.. **El problema de la soberania**. Tradução por Armando Bazán. Tradução de: Studies in the problem os sovereignty. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente, [s.d.].

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LIRA, Ricardo César Pereira. **Formação e seleção dos juízes no Brasil: A missão do Juiz em um país do terceiro mundo**. In: VI Jornada Teixeira de Freitas: unidade do sistema jurídico e identidade latino-americana, p. 65-72, [s.l.: s.e.], 1997.

LOMBARDI, Eduardo. **La Organización del Poder Judicial en Uruguay**. In Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, Série Internacional, ano 10, v. 16, jul-dez.1996, São Paulo: Apamagis, 1996.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de Bredè e. **O espírito das leis**. Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. **O judiciário como poder político no século XIX**. In: *Revista Síntese de Direto Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, p. 31-51, 1993.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**. In: *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

RULLI JÚNIOR, Antonio, SANTOS, Antonio Carlos Viana. **MERCOSUL: espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania, Tribunal de justiça**

supranacional do Mercosul, Parlamento do Mercosul. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Clarissa Sampaio. **A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória.** In: Dos direitos humanos fundamentais. Org. Willis Santiago Guerra Filho, p. 183-203. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

[1] Como na jurisdição constitucional abstrata, na execução forçada de cláusula compromissória ou no inventário envolvendo menores.

[2] Contra o pano de fundo da história da busca da verdade, a indiferença atual parece uma novidade súbita, perigosa e inusitada. Abraçada com convicção, a busca sempre foi uma fonte de inspiração e estímulo – fez o progresso acontecer e a civilização funcionar. Não podemos estar seguros de ir além ou mesmo de sobreviver muito mais sem isto. (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história.** Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 10)

[3] “Precisamos saber como chegamos ao ponto em que estamos na história da verdade: como nossa sociedade chegou a perder a fé em sua realidade e a perder o interesse em procurá-la” (idem, p. 16).

[4] A existência de tudo é uma premissa que há de ser pressuposta, como se verá adiante.

[5] A impossibilidade de perceber entre e além as frequências de ondas captáveis pelos sentidos humanos da visão e da audição, por si só, revela o quanto as limitações sensoriais reduzem para o homem o mundo “real.”

[6] Penso, logo existo.

[7] Ou sua variante da escola Nyaya de comentaristas dos vedas: *lembro, logo existo.*

[8] (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história.** Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000)

[9] “Anteriormente, esses esforços foram dirigidos para salvar a verdade. Agora, é muito tarde para isso; é preciso recuperá-la de dentro da goela do ceticismo e ressuscitá-

la. Trata-se de uma tarefa urgente: uma vez que a verdade foi devorada, as pessoas engolem falsidades por inteiro. Sem confiança no conceito de verdade, os ouvintes não dispõem de armas contra mentiras.” (idem, p. 193)

[10] A dúvida é a verdade de nossos tempos. (ibidem, p. 238).

[11] “o indivíduo autoconsciente tende a ser como o ponto unidimensional de Flatland, tão arrebatado pela autocontemplação que “pensa ser o universo” e continua incapaz de discernir qualquer outra realidade. Em qualquer sistema que se inicie com a consciência individual, existe o perigo de se valorizar igualmente todas as opiniões.” (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história**. Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 194)

[12] (idem, p. 195)

[13] Pesquisa de opinião na Inglaterra, contemporânea à eleição de Barack Obama, demonstrou que a eleição de um negro não poderia ocorrer atualmente naquele país.

[14] Em 1926, Monteiro Lobato criou em ficção a eleição de um Presidente Negro nos Estados Unidos em 2228, que seria o 88º Presidente americano vencendo uma disputa com um candidato branco e uma candidata mulher, Barack Obama será empossado como 44º.

[15] Arrisca a afirmação de que a solidariedade social nos Estados Unidos, por sua evolução, parte mais da premissa do compartilhamento de interesses do que de vivência e história comum. Isto não colocaria a sociedade em um plano superior ou inferior, mas diferente.

[16] Como o cowboy solitário.

[17] Como na conotação positiva dada ao indivíduo que *makes difference* (fez diferença) e na pior ofensa para o americano ser *loser* (perdedor).

[18] “No sería una definición impropria de la política de estos tiempos decir que ella busca la unidad social. Cualquier problema político des esta cuestión fundamental está relacionado con los tiempos pasados. ¿Hasta qué punto y de qué manera es una unidad la sociedad contemporánea? ¿Hasta qué punto hay un interés del conjunto, un interés monista, que trasciende al interés de las partes que contituyen el todo?” (LASKI, Harold J.. **El problema de la soberania**. Tradução por Armando Bazán. Tradução de: Studies in the problem os sovereignty. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente, [s.d.], p.12).

[19] Como em Soren Kierkegaard: “*Somente a verdade que edifica é verdade para ti*” para quem verdade seria qualquer coisa que fizesse o indivíduo viver melhor ou em William James quando sustentava que a verdade não era uma questão da realidade do que é afirmado, nas de sua possibilidade de corresponder a um propósito particular.

[20] Não se trata aqui do conteúdo do discurso e da necessidade de sua alteração inclusive para efeito de legitimação, que é um outro problema.

[21] Em acepção ampla, incluindo, se for o caso, a percepção além dos cinco sentidos bilógicos.

[22] Com isto se exclui da observação também a mentira inconsciente, aquela dita quando o orador crê estar dizendo a verdade, a qual, mesmo objetivamente indesejada, não enseja repúdio moral inclusive por não poder ser evitada pelo sujeito.

[23] O uso do fantástico é mais do que um recurso do discurso, é um apelo à imaginação e, por conseqüência, um acesso ao subjetivo do ouvinte utilizado para obter um resultado específico pretendido de vincular emocionalmente o receptor com a mensagem e, via de regra, com a lição implícita, normalmente moral. A importância social da própria verdade, por exemplo, é passada subliminarmente na fábula de Pedro e o Lobo.

[24] Não é por acaso que a obra de Felipe Fernández-Armesto sobre a verdade se inicia com longa digressão acerca dos conflitos originados nos adultos na abordagem da verdade sobre a não existência de Papai Noel.

[25] O drible, o blefe.

[26] Os golpes nas lutas, dentre as quais a capoeira, por sua origem, destaca-se na arte da dissimulação.

[27] É solitária, episódica e, acima de tudo, impopular, a concepção de Kant acerca do dever de dizer a verdade para um assassino, quando sua ocultação salvaria a vida de um ente próximo.

[28] O passado político recente do país deu publicidade e repercussão positiva à declaração de Ministra de Estado (Dilma Rousseff) que, em depoimento no Poder Legislativo retrucou a acusação adversário (Agripino Maia) de poder ser insincera naquela oportunidade porque já admitira ter mentido em depoimentos prestados sob tortura durante o regime de exceção, argumentando, em suas palavras, que a verdade era própria do regime democrático, do embate franco entre iguais, mas que entre torturador e torturado, a mentira não apenas dignificava o último, como ainda preservava vida de terceiros. É um exemplo de como a circunstância influencia a valoração da verdade (e da mentira).

[29] Não apenas a conduta de mentir ao inimigo é esperada de cada combatente, como muitas táticas de combate se estruturam na dissimulação, no engodo do adversário, em diversas formas de fazê-lo crer no que não existe ou desconhecer o que existe.

[30] (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história**. Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 17)

[31] (idem, p. 17).

[32] “A partir do Século XIX, no entanto, a hermenêutica, e as questões que ela coloca, sofreram o denominado “giro hermenêutico”: no lugar de investigações em torno do método mais seguro para que se possa obter sucesso no conhecimento, a atividade hermenêutica passou a investigar o que efetivamente acontece em todo o processo de

compreensão humana, porque esta é a estrutura própria do homem inserido no mundo.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 212)

[33]“Heidegger, todavia, mostrou que a compreensão não tem um caráter epistemológico, mas existencial; não é um modo de conhecer, mas a própria existência. O compreender é histórico porque históricos são a existência do homem e o mundo que o circunda. O conhecimento histórico está submetido aos condicionamentos da estrutura ôntica do *Dasein* heideggeriano. Essa pertinência do intérprete ao objeto da compreensão, que é historicamente determinada e, por isso, obtém um sentido concreto e perceptível, será uma das bases fundamentais da sua hermenêutica.” (idem, p. 218)

[34]“Quando, pois, Gadamer integra a *phronesis* no contexto da hermenêutica filosófica, ele parte do princípio segundo o qual a aplicação não se dá sob a ótica do modelo subsuntivo, característico da hermenêutica científico-espiritual do Século XIX, mas constitui o momento em que o intérprete compreende e o interpreta um texto inserido numa tradição, a partir do horizonte de questões que fazem parte de sua situação hermenêutica. O diálogo e, portanto, a aplicação, não ocorrem num âmbito abstrato, mas na dimensão concreta existencial do intérprete. A compreensão/interpretação, no momento da aplicação, responde pela revitalização do texto que, imerso numa tradição, adquire um novo sentido no presente, a cada vez em que é concretamente aplicado.” (ibidem, p. 224)

[35]“O jurista deve levar em conta o aspecto histórico ao interpretar a lei, para determinar o seu conteúdo normativo (*sein normative Gehalt*) e aplicá-la ao caso a que se dedica.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 225)

[36] “A tarefa da interpretação é a de concretização da lei em cada caso, o que é também tarefa da aplicação.” Traduzido e citado por DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 225.

[37]“A idéia da aplicação do Direito enquanto concretização, cujos reflexos são profundos no plano da hermenêutica jurídica, adquiriu um especial relevo no âmbito da hermenêutica constitucional: todos os problemas que a aplicação das normas constitucionais suscita são compreendidos como “problemas de concretização” .(DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 227.)

[38] “Como objeto da interpretação, a Constituição tem uma objetividade diante do intérprete que não tolera a captação de outros significados para além daqueles que ela transmite por meio de um diálogo hermenêutico. Ao mesmo tempo, o intérprete não assume uma posição de inércia, não se contenta com a mera reprodução fiel do sentido por ele captado, mas também toma parte na produção deste” (idem, p. 227.)

[39] “a hermenêutica constitucional só atinge a plenitude do seu conceito e dos seus objetivos desvelando o inesgotável conteúdo de liberdade que a Constituição possui, porque, obra cultural, é feita pelo homem e para o homem e não para atender a

interesses particularizados de uma classe ou de um segmento não comprometidos com a idéia de justiça social.” (ibidem, p. 20.)

[40] Que propôs apenas a possibilidade de uma ciência pura do direito, pois reconhecia impossível o direito puro, livre de interferências.

[41] (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história**. Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 17)

[42] Ainda é difícil obter a compreensão dos demais ramos do conhecimento da particularidade da relação íntima do direito com seu objeto, para o qual o distanciamento é impossível, pois se conhece estuda e faz direito ao mesmo tempo. Nas trincheiras da vanguarda do desenvolvimento “tecnológico” do direito quase sempre estão os operadores práticos, a maioria dos verdadeiros “cientistas” que constrói o direito e o conhecimento do direito do futuro.

[43] “Quando a arte é “grande arte”, quando nos dá uma convicção de verdade, o resultado raramente é qualificado como uma percepção intelectual, mas, antes, como uma experiência emocional, que modifica nossa relação com o mundo, em vez de acrescentar alguma coisa ao nosso conhecimento sobre ele. Talvez a mais rara e, portanto, mais rica experiência que possamos obter da contemplação da arte seja uma suspeita de mundo possíveis que ainda não imaginamos, e, muito menos, experimentamos.” (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Verdade: uma história**. Trad. por: Beatriz Vieira, Trad. de: Truth: a history. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 203)

[44] “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja “descoberta” do Direito ou juris-“dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. (.....) Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante o tribunal é vigente - e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente -, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia. (.....) Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 264-265).

[45] “A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer seu conteúdo.” (idem, p. 272)

[46] “Go back”. De autoria de Torquato Neto e Sérgio Brito.

[47] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de Bredè e. **O espírito das leis**. Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 172.

[48] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 26.

[49] “Nos derradeiros anos aumentou a influência do Poder Judiciário. Se, a princípio, era um órgão de pouca influência, e praticamente subordinado aos demais órgãos, hoje não somente é um órgão distinto mas poderoso.” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 473.)

[50] A ingenuidade iluminista de tentar reduzir o político ao jurídico fora suplantada pela instrumentalização política do jurídico.

[51] “Na verdade, o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto, à criação do direito, seja em nível legislativo, seja no nível jurisdicional”(SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 23.)

[52] MENDES, João. O processo criminal brasileiro *apud* FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472.

[53] “O Poder Judiciário concorre para a harmonia e o equilíbrio da sociedade. O seu objetivo é traduzir a realidade efetiva do direito, aplicando a justiça nas relações humanas.” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 472).

[54] “Difícilmente poderia supor-se um Estado de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. É uma fórmula consagrada pela doutrina contemporânea. A prática das Constituições não a repeliu: ao contrário, a consolidou. (idem, p. 472).

[55] “11. A Lei e a Justiça “compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos”. Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficiência da realização da justiça”. Daí que, com inteira pertinência, destacou o Des. LUIS FUX que “resplandece no céu do terceiro milênio, encartada numa das ‘Eras do Direito’, idealizadas pelo notável NORBERTO BOBBIO, a ‘Era da Legitimidade’, resultante das novas expectativas quanto à ‘lei e à justiça’, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos”. (RIBEIRO, Antonio de Pádua. **O judiciário como poder político no século XIX**. In: *Revista Síntese de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999, p. 19).

[56] Expressão que intitula a obra de José Guilherme de Souza: SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

[57] (CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados**. Tradução por Ary dos Santos. Tradução de Elogio dei Giudici scritto da un avvocato. 5. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1975, pp. 145-146).

[58] “Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 265)

[59] “Por isso, o tribunal que tem que decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 273).

[60] “Porém a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser considerada como não eqüitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. Tradução de: Reine rechtslehre. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 274).

[61] “Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de Bredè e. **O espírito das leis**. Tradução por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 168).

[62] “Na verdade, o importante é não tanto proibir ao juiz de sentir, de valorar, de preferir, mas obter critérios hermenêuticos com fundamento nos quais as suas próprias escolhas não se distanciem das escolhas que o povo, soberanamente, no Estado Democrático contemporâneo, positivou na Constituição, princípio e fim último de toda atividade do intérprete”. (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 272.) (negrito acrescido)

[63] (IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p.6).

[64] No avanço da técnica, mera extensão do homem, deve a ciência estar submetida à moral? O mito do desconhecido deve ser normatizado pela jurisdição? As novas descobertas trazem novos conflitos, além de incertezas para o futuro e a jurisdição é sempre a expectativa de segurança do homem e de sua sobrevivência no futuro. A jurisdição existe para garantir o futuro do homem, porque consciência e liberdade crescem conjuntamente”. (RULLI JÚNIOR, Antonio, SANTOS, Antonio Carlos Viana. **MERCOSUL: espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania, Tribunal de justiça supranacional do Mercosul, Parlamento do Mercosul**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 19.) (negritos acrescidos).

[65] "É universalmente reconhecido que, no conceito de "lei da terra" da Magna Carta, está a origem da expressão constitucional "processo legal". Como indicou o Professor Dick Howard, da Escola de Direito da Universidade de Virgínia, no seu comentário sobre a Magna Carta, já em 1354, as palavras "processo legal" foram usadas num estatuto inglês de interpretação da Magna Carta, e, no fim do século XIV, as expressões "processo legal" e "lei da terra" eram permutáveis. Quando os colonizadores ingleses se fixaram em nosso país, trouxeram consigo a expressão "processo legal" e, mais tarde, usaram-na muito naturalmente, na Quinta Emenda do "Bill of Rights". Enraizada na história da Magna Carta, esta locução era, para eles, a garantia de que o governo não lhes tiraria a vida, a liberdade ou a propriedade, sem um julgamento feito de acordo com a lei da terra, existente ao tempo em que uma suposta ofensa fosse cometida. A Cláusula de "Processo Legal" da Quinta Emenda dá, assim, a todos os americanos, quem quer que sejam e onde quer que se encontrem, o direito de serem julgados por tribunais independentes e imparciais, de acordo com processos reconhecidos e não-discriminatórios e com leis válidas preexistentes". (BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**. Tradução por Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Tradução de: A constitutional faith. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970, p.53).

[66] "Em sendo assim, os princípios vetores do direito processual possuem sede constitucional, de forma que Processo e Constituição estão intimamente relacionados.

Conforme esclarece o Prof. Cândido Dinamarco: 'a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico'.

Da análise do art. 5º da CF vislumbram-se diversas garantias de ordem processual, tais como: a garantia do devido processo legal (inc. LIV), o princípio do juiz natural e a conseqüente proibição de juízo ou tribunal de exceção (inc. LIII e XXXVII), o princípio do contraditório e ampla defesa com todos os recursos e meios a ela inerentes (inc. LV), o princípio da inocência (inc. LVII), a publicidade dos atos processuais (inc. LX), a garantia da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV).

Por outro lado, cumpre esclarecer que a existência da chamada tutela constitucional do processo tem como escopo assegurar a conformação dos institutos do direito processual com os princípios e fundamentos que descendem da própria ordem constitucional, bem como o reforço do sistema de garantias do cidadão." (SILVA, Clarissa Sampaio. **A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória**. In: Dos direitos humanos fundamentais. Org. Willis Santiago Guerra Filho, p. 183-203. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 185-186)

[67] "Além disso, a Constituição Federal de 1988 abre caminho para uma aplicação mais justa do Direito, consagrando a teoria dos direitos fundamentais, partindo de princípios efetivos e não simplesmente programáticos, que são fundamentos da República mesma.

A Constituição estabelece que a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, declara que é objeto fundamental dessa mesma República erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De outro lado, explicita mais fortemente a função social da propriedade, condenando a propriedade não-utilizada e sub-utilizada.

Dessa forma, esses princípios, sobretudo para um magistrado do terceiro mundo, presidem efetivamente toda a aplicação e aplicação do direito infraconstitucional, de maneira a conduzi-lo à equidade e à Justiça Social.

Esses princípios fundamentais estão acima dos princípios gerais de que cuida a Lei de Introdução ao Código Civil, como instrumentos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento.

Dita concepção dos direitos fundamentais centrados na Constituição já se faz sentir em vários momentos do fenômeno dinâmico da aplicação do direito, revelando a sensibilidade dos magistrados". (LIRA, Ricardo César Pereira. **Formação e seleção dos juízes no Brasil: A missão do Juiz em um país do terceiro mundo**. In: VI Jornada Teixeira de Freitas: unidade do sistema jurídico e identidade latino-americana, p. 65-72, [s.l.: s.e.], 1997, p.70).

[68] "A "verdade" declarada na decisão é, portanto, uma verdade meramente persuasiva - primeira e primordial função do discurso ideológico do poder, em contrapartida ao discurso repressivo do poder -, porque pode prescindir, até, de correspondência com os fatos, de momento que subsunção destes à norma supre aquela correspondência e eleva, pelo discurso, ao nível de verdadeiro o que é apenas verossímil, isto é, aquilo que parece crível e é, em qualquer hipótese, ideologicamente preferível". (SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.83)

[69] Opinião de Luiz Fernando Coelho, *apud* José Guilherme de Souza "... *uma sentença é significativa, não porque corresponda a algum fato ou represente uma conclusão analítica, mas simplesmente porque "funcionou" como portadora de significado [suporte de significações] dentro de uma formação social*" (SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 46)

[70] Ao contrário do que propôs o próprio Habermas que sugeria ser na atividade legislativa que a ação comunicativa deveria ocorrer.

[71] De que, apesar da objeção de Habermas, é no processo que a ação comunicativa que propôs de fato ocorre com mais perfeita simetria com os elementos cogitados por sua teoria.

[72] Como fez o STF, ao analisar a questão das células tronco.

FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA: UM TEMA DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

FLEXIBILIZATION OF RES IUDICATA (COLLATERAL ESTOPPEL): AN ISSUE OF LAW INTERPRETATION

Iara Rodrigues de Toledo

RESUMO

Enfrenta o presente estudo a problemática da imutabilidade absoluta da coisa julgada material, ressalvadas as poucas, e em prazos peremptórios, hipóteses previstas no Código de Processo Civil. Por meio do método crítico, concluiu-se que as chamadas, “data venia”, impropriamente, relativização ou flexibilização da coisa julgada, não traduzem uma novel teoria, enquadrando-se, tão simplesmente, na seara da Interpretação do Direito, na qual o juiz se posta como sujeito do seu tempo, inserto na realidade político – social de sua época, em prol de uma Ordem Jurídica Justa.

PALAVRAS-CHAVES: COISA JULGADA MATERIAL; IMUTABILIDADE; RELATIVIZAÇÃO; FLEXIBILIZAÇÃO; ORDEM JURÍDICA JUSTA.

ABSTRACT

The present study faces a problem of absolute immutability of res iudicata (collateral estoppels), excepted the few, in obligatory terms, hypothesis foreseen in the Civil Procedure Code. Through a critical method, it was concluded that the denominated “data venia”, improperly, relativization or flexibilization of the res iudicata does not represent a new theory, simply adjusting into the field of the interpretation of the law, in which the judge places himself as the subject of his time, inserted into the political and social reality of his/her age, in favor of a Fair Judicial Process.

KEYWORDS: “RES IUDICATA” (COLLATERAL ESTOPPEL); IMMUTABILITY; RELATIVIZATION; FLEXILBILIZATION; FAIR JUDICIAL PROCESS.

“A INJUSTIÇA, A IMORALIDADE, O ATAQUE À CONSTITUIÇÃO, A TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE DAS COISAS QUANDO PRESENTES NA SENTENÇA VICIAM A VONTADE JURISDICIONAL DE MODO ABSOLUTO, PELO QUE, EM ÉPOCA NENHUMA, ELA TRANSITA EM JULGADO”. (EX-MINISTRO DO STJ JOSÉ AUGUSTO DELGADO)

1. À GUIA DE PREMISA

Tematiza Ronald Dworkin (2002, p. 429), no último capítulo da sua obra “Levando os Direitos a Sério”, de forma interrogativa, se os direitos podem ser controversos. Após afirmar que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política, e enfrentando a objeção de que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente resposta, enfatiza: “Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”.

Nesse desafiante viés do pensamento dworkiano da busca de uma “única resposta certa”, ou quiçá, se tormentosa ou impossível esta, numa proposta mais modesta e apaziguadora, é que o princípio da imutabilidade, enquanto voltado à coisa julgada material, receberá uma análise crítica-constructiva, dentro de uma proposta de enfrentamento da tormentosa problemática constitucional-processual civil pertinente a sua natureza jurídica - imutabilidade: Absoluta? Relativa? A sempre complexa e polêmica (por isso mesmo apaixonante) figura da coisa julgada material ressurgiu como pauta obrigatória de estudo, mormente à vista do significativo embate de idéias por parte de festejados cientistas e pensadores do processo civil pátrio em prol de sua revisitação à luz dos princípios de justiça e segurança jurídica. Inquieta a uma progressista vertente de pensamento, no tocante à coisa julgada material injusta e/ou inconstitucional, a sacralização do princípio da imutabilidade por parte de teóricos mais conservadores que se arreceiam dos riscos de fragilização do princípio da segurança jurídica, passível de acarretar até mesmo o desmoronamento do ordenamento jurídico civil, uma vez caracterizado este princípio como estruturante da República Brasileira

Reescrevendo, com mais ênfase: Sempre, sempre “ela” - a “coisa julgada”! Uma vez mais, coloca-se a coisa julgada em sua faceta material como centro de calorosos e inconciliáveis debates e tertúlias, aos quais não se furtam estudiosos geniais das mais variadas áreas acadêmicas e profissionais da Ciência do Direito. Em meio a uma avalanche de leis reformistas do Código de Processo Civil pátrio, sobrepairá a imantar os juristas a impropriamente denominada “flexibilização” ou “relativização” da coisa julgada material em face de julgado inconstitucional e/ou injusto.

2. REAVIVANDO E CONSTRUINDO ALGUMAS NOÇÕES RELATIVAS À COISA JULGADA

2.1 Conceito de Coisa Julgada: Conteúdo, Eficácia e Efeito da Sentença; Discrímen entre Coisa Julgada Formal e Material

Deformando o conceito proposto no Anteprojeto Buzaid, reza o art. 467 do CPC denominar-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. O aleijão doutrinário advém de dois equívocos do legislador: o primeiro, ao entendê-la como “efeito”; e o segundo, por conceituar a coisa julgada formal, intitulado-a de material.

É incontestável, não ser opção feliz a estratificação de conceitos científicos em texto legislativo. Por primeiro, pela possível petrificação do entendimento - desaconselhável mesmo quando retrata com perfeição doutrina sedimentada - e por segundo, pela ausência de cientificismo decorrente da distorção traçada pelo legislador, com não impossíveis reflexos na aplicação da lei.

Em lição que se tornou clássica, esclarece Enrico Tullio Liebman (1984) que a autoridade da coisa julgada, por ele definida como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença, é uma qualidade que reveste o ato também em seu conteúdo e tornam imutáveis, além do ato na sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam do próprio ato.

No estudo “Ainda e sempre a coisa julgada”, dilucida José Carlos Barbosa Moreira (1971), após percuciente análise aos pensamentos de Liebman, Carnelutti, Allorio, não se identificar a coisa julgada nem com a sentença transitada em julgado nem com o particular atributo da imutabilidade de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado

Ovídio A. Baptista da Silva (1996) valendo-se dos conceitos de conteúdo, eficácia e efeitos da sentença perquiri sobre o campo da sentença coberto pela coisa julgada material, e avançando sobre o repetitivo conceito de ser a declaração o conteúdo exclusivo da sentença, conclui que as eficácias de uma determinada sentença fazem parte do seu conteúdo e por meio delas é que uma sentença declaratória, constitutiva, condenatória, executiva “lato sensu” ou mandamental, se diferenciam.

Para Pontes de Miranda (1997) a imutabilidade que caracteriza a coisa julgada material é efeito atribuído à coisa julgada. A imutabilidade da sentença como ato de prestação da tutela jurídica que o Estado cumpriu é a coisa julgada, dita por isso formal. A coisa julgada material é a eficácia da coisa julgada consistente em não se poderem mudar os seus efeitos.

2.2 Natureza jurídica da coisa julgada

No que concerne à natureza jurídica da coisa julgada, duas correntes de pensamento se sobressaem. Em uma delas situam-se os que a elevam à nível constitucional com lastro na compreensibilidade do art. 5º, inc. XXXVI da CF ao normatizar que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse rumo já pontificava a doutrina liebmaniana, como se infere do texto da consagrada obra “Eficácia e Autoridade da Sentença” (LIEBMAN, 1984) que após definir a autoridade da coisa julgada como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença e

ponderar não poder, sequer o próprio legislador, mudar a normatividade concreta da relação a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada, em frase lapidar, expõe pertencer o instituto da coisa julgada ao direito público, e mais precisamente, ao direito constitucional.

Noutra posição enfileiram-se os partícipes da teoria da natureza processual, destacando-se a página pontiniana da obra “Comentários ao Código de Processo Civil” (MIRANDA, 1997) que justifica seu entendimento de ser anacrônica e ilógica a tese da natureza constitucional postulada por Liebman, uma vez que a eficácia da sentença depende do direito processual, e o conceito de coisa julgada formal e material que aparece, ou pode aparecer nas Constituições, foi tomado ao direito processual. Apenas se lhe dá seguridade ou garantia constitucional, mediante a constitucionalidade da regra de direito intertemporal.

Fiel à mesma linha de pensamento, e frisando a tese do ex-Ministro do STJ José Augusto Delgado, expõem Humberto Theodoro Júnior e Juliana C. de Farias (2005), no estudo intitulado “A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para o seu Controle”, que a regra do art. 5º, inciso XXXVI da CF se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de regra de sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao poder legiferante prejudicar a coisa julgada. É esta a única regra sobre a coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária. E arremata, na mesma linha de pensamento, Celso Neves (1971, p. 161) em sua obra “Coisa Julgada Civil”:

A coisa julgada é, pois, um fenômeno de natureza processual, com eficácia restrita, portanto, no plano processual, sem elementos de natureza material na sua configuração, teologicamente destinada à eliminação da incerteza subjetiva que a pretensão resistida opera na relação jurídica sobre que versa o conflito de interesse.¹¹

2.3. Brevíssima construção pessoal do conceito e natureza jurídica da coisa julgada

Nos lindes desses textos doutrinários voltados à coisa julgada, permissível a construção de necessárias assertivas para o avançar do raciocínio na problemática posta.

A primeira, configura a coisa julgada material como uma eficácia pan-processual que se pospõe à definitividade do julgamento de mérito intra-processo (coisa julgada formal), a acarretar a imutabilidade do comando normativo da declaração judicial, nele contido. Explique-se: acolhe-se a natureza jurídica de eficácia à coisa julgada material no entendimento da sua propulsão (força) geradora do efeito extra-processo da imutabilidade (*auctoritas rei iudicatae*) impeditivo à repositura de ação idêntica – eficácia negativa. Essa imutabilidade, esclareça-se, não se relaciona ao ato processual sentença ou acórdão, numa ótica do ato decisório em si mesmo. Também, sequer atinge os efeitos da sentença ou acórdão, quais sejam: declaratório, condenatório, constitutivo, executivo “lato sensu”, mandamental. Cinge-se ela - a imutabilidade - aos comandos normativos (quais sejam, declarando, condenando, constituindo/

desconstituindo/criando, modificando ou extinguindo - executando, o despejo, por exemplo, concedendo a ordem) insertos na sentença - que se visualiza como ato processual de criação da norma jurídica concreta - com julgamento do mérito e transita em julgado a declaração judicial, já que ínsito ao processo de *accertamento*. Não se desconheça, entretanto, ser igualmente extensível, essa imutabilidade, aos demais comandos que possam vir a integrar o conteúdo da decisão. Sempre firme na lição de Pontes de Miranda (1997), exposta em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, acolha-se a tese da inexistência de “sentença pura”. A título ilustrativo, uma ação de conhecimento meramente declaratória, incoada com fulcro no art. 4º do CPC, muito embora a carga de eficácia maior concentre-se na declaração, a outorgar à respectiva sentença, como consequência, natureza declaratória, inegável, conquanto mitigada, a carga eficaz de condenação concernente às custas e honorários advocatícios.

Por segunda assertiva, prestigia-se a tese da natureza jurídica processual ao instituto da coisa julgada, restringindo-se o alcance constitucional a uma garantia de direito intertemporal, à luz das precisas e autorizadas ensinanças trazida à ilustração.

3. ESCOPO POLÍTICO DA COISA JULGADA - SEGURANÇA JURÍDICA E SENTENÇA INCONSTITUCIONAL OU INJUSTA

Se a perquirição sobre a legitimidade da apreciação pelo Poder Judiciário das questões voltadas à inteligência da Constituição nos seus aspectos políticos justifica-se pela imunização ao risco da pecha de prolação de “decisões políticas”, inicialmente, duas premissas põem-se como obrigatórias. A primeira refere-se à delimitação do conceito de “questão política”. A segunda, ao precedente histórico de vedação ao julgamento de inconstitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, sob a égide da Constituição Imperial, em reverência a tese tripartite dos Poderes do Estado traçada por Montesquieu. Paradoxalmente, contudo, aceitável o entendimento dessa legitimidade extrair-se da sua própria natureza como um desses Poderes. Ademais, o próprio Direito tem entre os seus escopos, o político.

Cândido Rangel Dinamarco (1987), no livro “A Instrumentalidade do Processo” e que, inegavelmente, sem favor nenhum, vira página na história do processo civil pátrio, ao propor uma nova mentalidade aos seus operadores, contextualizando o sistema processual a uma visão publicista e solidarista advinda da política e sociologia do direito, e pelo fio da instrumentalidade, edificar os escopos sociais, políticos e jurídicos, em favor da efetividade do processo, lembra que o próprio direito tem inegavelmente um “fim político”, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.

Em seara da coisa julgada, em lição cediça, o fundamento político prende-se à segurança. Com esse magistério, compreende Eduardo Talamini (2005), em sua obra “Coisa Julgada e sua Revisão”, que conquanto comporte íntima vinculação a coisa julgada e o princípio da segurança, outra indagação faz-se necessária, qual seja, a de se saber em que medida a própria segurança jurídica, no Estado Moderno, não teria

perdido seu relevo sistemático em prol de outros valores (hipótese em que a coisa julgada poderia ter tido o mesmo destino) partindo-se da idéia de que uma série de fatores inerentes à atual realidade sócio-econômica não apenas alteraram a feição e função do Estado, como também acabaram esvaziando a operatividade dos princípios da constitucionalidade, legalidade, certeza e segurança.

Com idêntico entendimento, mas detectando uma linha limítrofe a essa segurança, explicita Cândido Rangel Dinamarco (1987), no livro já citado, que o valor segurança, que é um valor de primeira grandeza, e alçado à dignidade constitucional mediante a garantia do respeito à coisa julgada, só não pode prevalecer quando a estabilidade do julgado significar imutabilidade de situações de contrariedade a outros valores humanos, éticos ou políticos de igual ou maior porte.

Se irrepreensível o alicerce da segurança jurídica e pacificação social a nortear a figura da coisa julgada num determinado momento da relação processual, eclodindo o fenômeno da preclusão máxima a tornar intocável o caso julgado, intra e extra processo, devendo findar-se os litígios, não menos acertada é a compreensão de não se compactuar com a ciência do direito um pensar retilíneo, a modo das ciências exatas, matemáticas, nas quais dois e dois somam quatro. O direito, traduzido como o homem em sua dignidade inserido em uma sociedade complexa e altamente conflituosa, está a reclamar dos operadores da máquina judiciária, no dia-a-dia forense, mentes laboriosas que o auxiliem a superar suas angústias e a construir uma sociedade mais solidária, fraterna e mais feliz, sob o signo da Justiça. Redundando, aí sim, na tão almejada “paz social”, objetivo último do próprio direito.

Daí a precisão da doutrina mencionada de Dinamarco (1987) ao propugnar pelo caráter não absoluto da imutabilidade da coisa julgada, e por consequência, do próprio princípio da segurança jurídica, frente a outros valores humanos, éticos, políticos de igual ou maior porte.

Importa, num outro enfoque, consignar como não cumpridoras do idealizado escopo político da “segurança jurídica e paz social” (muito ao contrário, propiciadoras de “insegurança jurídica” e “instabilidade da ordem social”) as sentenças de mérito adjetivadas de aberrantes, teratológicas, patentemente errôneas, irrealis frente à natureza das coisas, imorais, inconstitucionais, injustas, entre outros vícios e imperfeições, uma vez coroadas pela “*autoritas rei iudicatae*”, e cuja imutabilidade seja dogma absoluto, como pretende determinado segmento doutrinário, de matriz fortemente conservadora e de índole meramente legalista.

Não se desconhece que a complexidade da sociedade pós-moderna neste início de novo século, retrata uma humanidade em estado de factível perplexidade frente a uma irrefreável velocidade da realidade, em centros urbanos que nunca adormecem e a projetar delirantes imagens de multidões solitárias, e que a modo de paradoxo entre a “vida-do-fato” e o “fato-do-direito”, ao invés da paz e segurança nas relações sociais, o que se tem é uma constante e insólita (in)segurança, onde a equação - lógica jurídica, “fato *versus* direito”, é transmudada na equação - ilógica da vida, “homem *versus* angústia”. Neste quadro humano de tinturas dantesca, fruto da lógica-do-viver moderno, permissível ao jurista indagar-se sobre o amoldamento a este, da singeleza do binômio da lógica formal “coisa julgada material - imutabilidade da sentença”. Se do observatório totalizante do viver diário, resultar, para esse jurista, o prudente e

consciente pensamento “conquanto aceitável como regra básica de julgamento degradar-se-iam o homem em sua dignidade, e também o ordenamento jurídico, emoldurá-los na rigidez desse axioma matemático”, uma imediata interrogação seguir-se-ia a propósito do parâmetro mais apropriado a justificar, senão propriamente a quebra, mas a minimização dessa regra da imutabilidade. E a resposta única, audível ao pensador de sua época, seria o sentimento do justo, que se traduz na oratória da busca de efetivação de uma ordem jurídica Justa.

Autorizado seria afirmar, que os jurisdicionados de hoje não se contentam com sentenças pró-formas, fictícias, irreais, e injustas que não atendam às suas aflições, e que os divorcie do projeto constitucional de seres humanos dignos, respeitados e felizes. Numa só expressão, os jurisdicionados esperam do Poder Judiciário, última pilastra do cidadão, nada menos que sentenças - justas.

4. A JUSTIÇA: FUNDAMENTO PARA A QUEBRA DA IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA?

Aliançando a explanação supra, não descomplicadas considerações esteriotipam o que se há de entender como “Sentimento do Justo”? Ordem Jurídica Justa? Sentença Justa? Justiça?

Não sem se ponderar quão diáfana e insólita a perquirição sobre Justiça se coloca, seja na Ética, na Filosofia, e, em especial, na Filosofia do Direito, um dado da razão, porém, que se antepõe a sua compreensibilidade, é certo e inquestionável, como propõe Miguel Reale (2001, p. 2), no artigo intitulado “Variações sobre a Justiça” publicado no jornal O Estado de São Paulo, em frase incisiva afirma “*Se não conseguimos defini-la (a Justiça) nem por isso podemos viver sem ela*”, no entendimento de que não desaparece nossa aspiração no sentido de que haja atos justos que dignifiquem a espécie humana. Hans Kelsen (1995, p. 01) na obra “Ilusão da Justiça”, após enfatizar que de todo o grande contingente daqueles que se ocuparam da questão da Justiça, duas cabeças (Jesus e Platão) lutaram pela justiça, de sorte que se se espera uma resposta para a questão da justiça absoluta, haver-se-á de encontrá-la em um ou no outro, ou, caso contrário, inteiramente irrespondível tal questão por-se-á. E fundamenta esse pensar com a frase lapidar “E isso porque inexistente, e decerto nem pode existir, pensamento mais profundo e querer mais sagrado voltados para a solução do enigma da justiça”. No capítulo sessenta e sete, dessa mesma obra, com o título “O Bem e a Justiça”, continuando com o estilo de um diálogo com Platão, pelo qual analisa cuidadosamente todos os posicionamentos deste, e que o conduzirá à conclusão – título “Ilusão da Justiça”, interpreta o Jusfilósofo Catedrático da Universidade de Viena, que por caracterizar a relação do Bem com o Justo, entende Platão que somente por meio do Bem é que o Justo se torna exequível, adquire conteúdo concreto, da mesma forma como a idéia do Bem empresta “Ser e essência”, quer dizer, conteúdo a tudo o mais. E aduz, ainda o autor (1995), que, num outro contexto, Platão afirma que a idéia do Bem é a “causadora de todo justo e de todo o bom”, concluindo que o Bem, na teoria de Platão, é, assim, o cerne da justiça, razão pela qual, Platão frequentemente identifica esta com aquele.

Chaim Perelman (1996, s.p.), ao refletir sobre a Justiça no estudo *Ética e Direito*, partindo da catalogação e análise das concepções mais correntes, e com suporte nos pensamentos de Aristóteles, para quem imprescindível à Justiça a semelhança entre os seres, e de Tisset, no entendimento de que sem identidade a problemática da realização da Justiça sequer se põe, define, o que chama de justiça formal ou abstrata, como “*um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*”, e conclui que o único meio que tem-se de dizer sobre a justiça ou a injustiça de um ato, consiste na igualdade de tratamento que se reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial.

No ensino de Karl Larenz (1969), ao focar a idéia do “Controle da Interpretação por meio da Justiça da Decisão”, na obra obrigatória ao estudioso do Direito, *Metodologia da Ciência do Direito*, evidencia que os autores que se filiam a essa corrente de pensamento têm a compreensão de ser a justiça que legitima a decisão do caso, o critério autêntico e decisivo da correção do método de interpretação para cada caso escolhido. Assim, quando no caso a ser decidido, mais de uma interpretação se põe frente à letra da lei, a decisão considerada justa é que norteará a interpretação da norma, e não o inverso, como normalmente se procede. Quem defende esta teoria, explica Larenz (1969), necessariamente, tem de pressupor que o juiz já conhece a decisão que é “justa” naquele caso concreto, antes mesmo de iniciar o trabalho interpretativo da norma. Relembra o autor, Catedrático emérito da Universidade de Munique, que Hermann Isay, crê no “sentimento jurídico” como a fonte de tal saber; e que, recentemente, Martin Kriele defendeu a concepção de estar o magistrado, por meio das “considerações de direito racional”, capacitado a encontrar a justiça, ou pelo menos - o que já bastaria - a “capacidade de justificação” do seu julgamento, independentemente da lei e da sua interpretação.

Pedro Lessa (2000, p. 63), a sua vez, em sua obra “*Estudos de Filosofia do Direito*”, entende que extinguir ou cercear um direito equivale a uma amputação. Cada injustiça produz o efeito de limitar, ou extinguir, as condições de vida ou de desenvolvimento, do indivíduo, prossegue no entendimento de não ser só o indivíduo que sofre a injustiça, quem fica mutilado, ou privado de uma condição de vida ou de desenvolvimento, mas também aquele que inflige a injustiça, que desrespeita o direito, ou promulga uma lei contrária às exigências da natureza do homem, ou da sociedade, sofre as conseqüências do ato injusto. Fundamenta esta última assertiva no fato do homem não viver isolado, e por viver, necessariamente, em sociedade, sofre os efeitos e conseqüências das injustiças - conforme a gravidade dessa injustiça, sofre redução ou extinção nas suas condições de vida ou desenvolvimento. Em lição enfática arremeta que praticar um ato injusto é tão prejudicial como sofrer uma injustiça. Ao final, ilustra, entre outras, com a hipótese de os membros do governo que, pelo processo despótico da supressão, ou cerceamento, da liberdade de pensamento, obstasse ao progresso intelectual, sofreriam tanto as más conseqüências da mutilação por eles praticada, como se uma enfermidade, ou uma operação cirúrgica, lhes houvesse reduzido a potência intelectual.

Sob o título “*La Idea de Justicia*”, Alf Ross (1997), no Capítulo XII, da sua obra intitulada “*Sobre el Derecho y la Justicia*”, após narrar que na filosofia mais antiga, justiça significa a virtude suprema, onicompreensiva, sem distinção entre o Direito e a Moral, caracterizando-se, simplesmente, na expressão do amor ao “Bem” ou a “Deus”, na qualidade de “princípio do direito”, dilucida: “*la justicia delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses em conflicto en la vida social de la comunidad*”.

Partindo da construção de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, afiança o autor que o postulado de justiça equivale a uma demanda de igualdade na distribuição ou partilha das vantagens ou cargas. Enfaticamente, conclui o jurisfilósofo escandinavo - para quem a filosofia jurídica não só constitui uma formosa atividade mental *per se*, senão também um instrumento que pode beneficiar a todo jurista que queira compreender melhor o que faz e por que o faz - a modo de conceito: “La justicia es la igualdad”.

Na obra escrita pelo jusfilósofo da Universidade de São Paulo, Márcio Sotelo Felipe (1996) com o título “Razão Jurídica e Dignidade Humana”, já na Introdução, o autor faz saber: A liberdade é o axioma fundamental, e dela deduz-se a igualdade. E prossegue: Se se afirma que os homens são iguais, daí não se conclui, necessariamente, a liberdade. Após interrogar: sendo iguais, são o quê? Ensina que sendo os homens livres, estabelecem-se as premissas que conduzem à igualdade, chegando ao conceito de justiça. Para Sotelo Felipe, justiça é o conceito síntese de liberdade e igualdade, ou, na expressão clássica de Kant “conferir a todos os indivíduos a dignidade correspondente à condição de membro da comunidade humana”.

Trabalhando o texto de John Rawls, “A Theory of Justice”, no capítulo “A Justiça e os Direitos” do livro de sua autoria “Levando os Direitos a Sério”, Ronald Dworkin (2002), inicialmente, prepara o leitor expondo encontrar-se a posição original daquele autor - ao conceber um grupo de homens e mulheres que se reúnem para celebrar um contrato social - na descrição dos participantes: pessoas com gostos, talentos, ambições e convicções comuns, mas que, temporariamente, desconhecem suas personalidades individuais. Segue Dworkin pontuando, *grosso modo*, os dois princípios de justiça na teoria de Rawls, quais sejam: a) cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade política compatível com igual liberdade para todos; b) as desigualdades em termos de poder, riqueza, renda e outros recursos não devem existir a não ser na medida em que favoreçam o benefício absoluto dos membros em pior situação na sociedade. Elucida Dworkin, ser hipotético o contrato e que o autor apenas afirma que, se um grupo de homens racionais se encontrasse na difícil situação da posição original, iria entrar em acordo nos termos dos dois princípios. Sobre a técnica do equilíbrio reflexivo, que desempenha papel importante na argumentação de Rawls, resume Dworkin, que a técnica supõe que os leitores de Rawls possuem um senso, que se aplica na vida cotidiana, de que certos arranjos ou decisões políticas, como os juízos convencionais, são justos, e que outros, como a escravidão é injusta. Além disso, supõe que cada pessoa é capaz de dispor essas intuições ou convicções intuitivas em uma ordenação que designe algumas delas como mais corretas que outras. Embora na teoria profunda sobre a justiça de Rawls o direito de liberdade tenha um papel importante e dominante, não pode ser tomado como o direito fundamental (primeiro princípio). Já quanto à igualdade (segundo princípio), apresenta-a em duas concepções. Afiançando Rawls que alguns escritores distinguiram entre a igualdade invocada a propósito da distribuição de certos bens (alguns dos quais darão, quase certamente, mais “status” ou maior prestígio àqueles que são mais favorecidos) e a igualdade que se aplica ao respeito que se deve às pessoas, independentemente de sua posição social, propõe que o primeiro tipo de igualdade é definido pelo segundo princípio da justiça, enquanto a igualdade do segundo tipo é, contudo, fundamental.

Interessante considerar pelos estudos dos filósofos colacionados que, muito embora variados sejam os pontos de partida, os métodos e técnicas de raciocínio, nacionais ou

alienígenas, estilos (menos ou mais aprofundados), objetivos e áreas de pesquisa, a constatação é de que se identificam ou, se se quiser, se assemelham. E essa revelação seria surpreendente? Mesmo que se afirmasse que não, que não poderia ser outro o resultado, importa, em resumo, o que se possa extrair para o enriquecimento do direito, mormente quando a proposta teórica alça a justiça ao nível de sinonímia do próprio direito, ou, em outras palavras, usando uma linguagem técnica-científica, “A Justiça é a teleologia do Direito”, colocando-se o magno princípio da “dignidade da pessoa humana” como conteúdo daquela. Portanto, um sobreprincípio constitucional do qual todos os demais se irradiam, fazendo-se presente, textualmente, no Preâmbulo da Constituição Federal e já entre os Princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, no artigo 3º, inciso I, que dispõe “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] Liberdade e igualdade, como retratado, são os “subprincípios-contéudo” do princípio-mor de justiça. Marcante nos ensinamentos traçados a menção ao “sentimento do justo” e à “intuição”, batizando e galaneando a justiça como decorrência da própria natureza de seres humanos - “seres humanos livres e iguais”, ou, repetindo o clássico pensamento kantiano “conferir a todos os indivíduos a dignidade correspondente à condição de membro da comunidade humana”.

Tais considerações, desmistificam um pensar trôpego, “frase feita”, no sentido da impossibilidade de se apreender o sentido da expressão justiça. Não pouco frequente, põe-se a interrogação: o que é justiça? E a resposta: cada um tem o seu próprio conceito. Contudo, não é verdadeira esta assertiva. Não se está a falar numa justiça individualista, utilitarista, interesseira, impossível de realizar-se, mas sim, numa justiça como instrumental científico, como técnica de julgamento e ferramenta teórica, doutrinária, na construção das idéias. Emprestando a escrita candente de Miguel Reale (2001) ressalte-se a imprescindibilidade da Justiça, que para o autor da Universidade das Arcadas, em primeiro lugar, a justiça é, ao mesmo tempo, uma idéia e um ideal, de sorte que se ela jamais se realizasse, manifestando-se concretamente como um dos momentos necessários e mais altos da vida humana, seria mera suposição, uma quimera não merecedora de nossa constante atenção. Todavia, continua o filósofo, por maiores que sejam os obstáculos que se deparam ante o propósito de desvendá-la, e mesmo quando, desoladamente, constata-se a impossibilidade de alcançá-la pelas vias da razão, restando contentar-se com meras intuições, professa que “nem por isso desaparece a nossa aspiração no sentido de que haja atos justos que dignifiquem a espécie humana”.

Nesse cenário doutrinário a indagação - título sobre a imutabilidade da sentença ou acórdão injustos, já por ferir um sobreprincípio constitucional de primeira grandeza, não deverá permanecer intocável na ordem jurídica - social, mas mesmo para os céticos que vêm na justiça uma “mera ilusão”, impossível de ser captada pela razão, sobreleva considerar que o inato “sentimento do justo”, conduz ao mesmo resultado - de possibilidade de quebra da imutabilidade da coisa julgada - sendo suficiente lembrar o ensino de Pedro Lessa (2000) ,no texto supra transcrito, ao alertar que cada “injustiça produz o efeito de limitar ou extinguir as condições de vida, ou desenvolvimento do indivíduo”, bem como que “praticar um ato injusto é tão prejudicial como sofrer uma injustiça”. Para uma melhor compreensão, imagine-se uma demanda cível finda, transitada em julgado, e na qual se detecte um verdadeiro “estelionato” praticado contra o erário público, dentro dos próprios autos, através de uma prova pericial a originar pagamento via precatório com valor astronômico, e cujo biênio para a ação rescisória já escoara. Afora a nulidade do procedimento, e, como consequência da decisão final transitada em

julgado, a ensejar o manejo, a qualquer tempo, da *actio nullitatis*, implícita no sistema processual brasileiro para as sentenças nulas *ipso iure* “*in nullitate notoria, quae ex actis apparet*” (e anteriormente exemplificada na redação do art. 741, I do CPC, nos embargos à execução fundada em título judicial, extinta pela Lei nº. 11.232/06), incontestável a ofensa ao sobreprincípio constitucional de Justiça. Mantê-la intocável, em nome da segurança jurídica, além do desprestígio ao Poder Judiciário pela não corrigenda do imoral, quiçá criminoso, ato da parte e/ou do auxiliar do juízo, com o conseqüente “assalto” aos cofres públicos em bilhões de reais em favor de umas poucas pessoas (com o “referendum” judicial nos autos!), seria ceifar melhores condições de vida à tão sofrida e carente população brasileira destinatária dessa verba pública (municipal, estadual ou federal). E mais, como se explicará ao cidadão comum do povo que o Poder Judiciário, um dos poderes do Estado, última pilastra do cidadão, não poderá reverter o julgado por que existe uma “coisa julgada imutável, em nome da segurança jurídica”!!! Por certo, o bom e simples homem comum do povo, não entenderá, não se conformará. E o seu “inato senso do justo” reprovará de forma veemente essa “Justiça Injusta”, cujos fundamentos refogem da sua natureza e compreensão humanas. Essa injustiça que cala no sentimento popular, não pode ter “coisa nenhuma”!!! Que a mantenha válida e exigível juridicamente, sob pena de uma mera “alegoria” processual chamada imutabilidade, que não tem forma, nem cor, nem cheiro no mundo das pessoas, ser responsável, comandar a esperança e a felicidade da pessoa humana, num paradoxo para a função jurisdicional que, justamente, a tem como centro do universo jurídico. Nesse caso do precatório bilionário, hipoteticamente desenhado, à evidência, a “imutabilidade” da coisa julgada não se perfaz, uma vez que a nulidade da perícia por dolo, e na qual se fundamentara a sentença, contaminara todo o procedimento. Havendo fluído o prazo para a ação rescisória, abre-se a via processual, que independe de prazo, da ação declaratória de nulidade (visando a restauração de uma Ordem Jurídica Justa), como disserta Alasdair Macintyre (1996), no livro “Justiça de quem? Qual a racionalidade?”, sobre a justiça compreendida por Hume, “O que faz com que o raciocínio sobre a justiça seja sólido é, fundamentalmente, que é um raciocínio compartilhado por, pelo menos, a grande maioria dos membros da comunidade à qual alguém pertence”.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTO PARA A QUEBRA DA COISA JULGADA MATERIAL?

Estratificada coloca-se a tese “lei inconstitucional é nula”. Relativamente à declaração de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato de normas, escreve o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (1990), na obra “Controle de Inconstitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos”, ser pacífico, entre nós, o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle abstrato de normas, acarreta a nulidade *ipso jure* e *ex tunc* da norma, inexistindo qualquer referência sobre o tema na Constituição Federal.

No livro “Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, propõe Regina Maria Nery Ferrari (1992) que a norma inconstitucional é simplesmente anulável. Apresenta a autora como fundamento ser esta qualidade (inconstitucional) imposta à norma por um

órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, sendo essa norma eficaz, operando normalmente, como qualquer disposição normativa válida, até a decretação de sua inconstitucionalidade.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2005), no livro já referido, acolhem a tese da nulidade da coisa julgada inconstitucional, afirmando que a decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Enfatizam os autores que no sistema de nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a sanção do vício e citando o julgamento do STJ no Recurso Especial nº. 7.556/RO da Terceira Turma, no qual figura como Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, complementam ser possível a declaração de nulidade em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução.

Outro não é o pensamento de Sérgio Bermudes (2005) no estudo “Sindérese e coisa julgada inconstitucional”. Partindo da observação do comportamento humano, conclui esse jurista que o ser humano em geral encontra-se dotado de uma intuição inerente à sua consciência a permitir-lhe julgar de modo correto, discernir e distinguir entre o certo e o errado, aceitar o razoável e repudiar o aberrante. Enquadra-a na intuição permissiva da verdade de Platão, ou a aptidão a que a escolástica denomina de sindérese.

Refletindo no artigo “O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade”, sintetiza a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004) que “Contravindo a Constituição, o que se julgou em fase processual tida como derradeira não é intangível”. Alicerça sua teoria no entendimento de que se assim não fosse, estar-se-ia a aquiecer com a tese de que a Constituição Federal possa ser mudada ou transgredida por ato de um juiz, que contra ela decidisse.

Com alicerce nessas lições doutrinárias, até porque praticamente uníssona, elege-se como nula (nulidade absoluta) a decisão judicial que agrida à Constituição, seja na sua principiologia (explícita ou implícita) ou nas suas regras, ambas soberanas no ordenamento jurídico. E por que nula, sequer chega à completude de formar “coisa julgada material, imutável”, uma vez que írrito se põe o ato judicial, sem produção de qualquer efeito.

6. A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Se colocada como centro da problemática o tema da imutabilidade da coisa julgada material, outras se lhe acrescentariam como resultantes lógicas dessa premissa, quais sejam: teria ela, a imutabilidade, sucumbido à propalada nova tese flexibilizadora da coisa julgada material? Estar-se-ia, realmente, em face de uma “nova tese” ou tratar-se-ia, essa denominada teoria flexibilizadora da coisa julgada material, de uma mera “temática de interpretação”?

Pelo já exposto, permissível, desde logo, adiantar a todas essas interrogações respostas negativas. Em nenhum momento foi utilizada as expressões correntes “flexibilização”, “relativização”, ou qualquer outra terminologia assemelhada. Isto por entender-se não constituir teoria nova. Ou seja, não há nada de novidadeiro. Houve, é verdadeiro, mormente no campo do Direito Processual Civil Constitucional, fecundo labor por parte de mentes engenhosas, voltadas a uma engenharia de redescoberta da Constituição Federal, situando-a como centro de gravitação do ordenamento jurídico pátrio, prestigiando-se um pensar mais principiológico que legalista. Há clamor por um judiciário ativo, compromissado com decisões “educativas” e rentes às expectativas e necessidades sociais da sua época, não complacente com os ataques aos direitos fundamentais e sociais da pessoa humana, tudo em prol de um “Direito com Justiça”, e quem sabe, auxiliando a tornar um pouco mais feliz o “homem comum do povo”.

Por esse ângulo do avanço processual, poder-se-ia afiançar que o movimento de aperfeiçoamento do Direito Processual Civil pátrio, numa sociedade angustiada e economicamente desigualitária, vem caminhando priorizando o valor Justiça (individual e social), sem que se expresse mitigação do valor segurança jurídica.

O que se torna perceptível no estudo crítico da imutabilidade da coisa julgada material, numa investigação voltada à perquirição quanto à possível permissibilidade constitucional - legal de sua mitigação (relativização ou flexibilização), especificamente no direito processual civil, pode ser resumido numa só frase: a imutabilidade absoluta da coisa julgada é um mito. A segurança jurídica, como seu atributo, igualmente, por via de consequência, não é absoluta. Acresça-se, por não ser no estudo científico desprezível, representarem a ação rescisória (art. 485 do CPC) e a ação anulatória (art. 486 do CPC), já uma forma de “mutabilidade” e, por que não, de “in-segurança jurídica”, num certo sentido. Não é ignoto, ademais, que a via processual da ação declaratória de nulidade remonte ao histórico direito romano, e que esteja facultada à situações onde tamanho é o gravame ao sistema jurídico ensejado pelo ato processual viciado, que impossível se faz sua sanação (daí por que não está condicionada esta ação a prazo prescricional ou decadencial), e sequer ensejará ele produção válida e eficaz dos seus efeitos. Saliente-se, ainda, não se consumir, por conta da nulidade absoluta, a coisa julgada material, e sequer sua correlata imutabilidade pan-processual. Assim ocorrendo, permissível indagar-se sobre o porquê de tão acirrada discussão, e inquietação doutrinária. Não se está “jogando no lixo” o instituto da coisa julgada, e vedado seria fazê-lo, dado o seu encarte constitucional, mormente entre os direitos e garantias fundamentais. De mais a mais, a Ciência do Direito não se compraz com raciocínios cartesianos. Isso ocorre, e não poderia deixar de ser, com a coisa julgada, com a citação, com provas, etc., porque o material com o qual laboram os operadores do direito outro não é que o homem em sua humanidade, ora carregado de imperfeições, ora de gestos magnânimos; ora bom, ora extremamente cruel; inserido numa mundialização atordoante, isolacionista, hedonista, consumista, ilusionista, individualista, e inúmeros outros “istas”, que, paradoxalmente, num outro prisma de visão, é capaz de prodígios nas mais variadas áreas, funções e atividades profissionais, com rasgos até de divindade, e infinita capacidade de amar. Por isso, a solução para suas “dores”, sejam da alma, sejam econômicas, ou corporais, só pode ser a busca, em cada caso *subjudice*, em cada caso concreto, do Bem e do Justo.

Em síntese, numa só expressão, o que se tem no cenário jurídico processual civil, seja individual ou coletivo, com a ruptura do mito da imutabilidade absoluta da coisa julgada

material, nada mais é que uma mera questão de interpretação à luz da Lei Maior, num pensar mais principiológico que legalista, com a pessoa humana na sua dignidade, como centro da reflexão jurídica, em prol da aplicação do Direito Justo e da pacificação social, ideal e esperança de toda sociedade livre e democrática (sujeitos livres e iguais).

Àqueles inquietos e fervorosos devotos da blindagem absoluta da coisa julgada, afora às hipóteses das ações rescisória e anulatória, receosos da ruína e fragilização da figura da coisa julgada, há de interrogar-se: “Quem tem medo dos Juizes?” E a resposta apaziguadora, redentora vem com José Renato Nalini (1997, p. 82), em estudo enquanto Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, entendeu que a equidistância das partes não pode impedir o juiz de procurar colocar-se em lugar de cada uma delas, sendo que a paixão é o sentimento que o fará perseguir e realizar a justiça”. Por derradeiro, apropriado reescrever as afortunadas palavras de Ronald Dworkin (1999, p. 492), em sua obra “O Império do Direito”, ao responder o que é o Direito, “É (o império do direito), por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções”. Realmente, nada além disso é o que se almeja “NUM PAÍS TROPICAL, ABENÇOADO POR DEUS E BONITO POR NATUREZA”. Não é verdade ?!

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sérgio. Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José de Souza e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Editora Bookseller, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Trad. Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de Quem? Qual a Racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Inconstitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. tomo. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NALINI, José Renato. Pós-Modernidade e a Profissão Juiz. In: **Revista Justiça & Democracia**, n. 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. Variações sobre a Justiça (I), Jornal “**O Estado de São Paulo**”. 04.08.2001, p. 2.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. ROCHA, Cármen Lucia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

[1] Professora Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado do Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO de Araçatuba/SP, na disciplina Direito Constitucional Processual Civil. Coordenadora e professora do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB/PREVE. Ex-Procuradora do Estado de São Paulo. Advogada.

**NOTAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS
AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UMA EVOLUÇÃO HERMENÊUTICA**

**NOTAS SOBRE EL RELATIVIZACIÓN DE LA COSA JUZGADA MATERIAL
EN LA ACCIONES INVESTIGACIÓN PATERNIDAD EN EL ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DERECHO - UNA EVOLUCIÓN HERMENÉUTICA**

**Ivan Aparecido Ruiz
Viviane Cristina Rodrigues Cavallini**

RESUMO

Resumo: Neste texto, os autores abordam, com base na doutrina e na jurisprudência, a coisa julgada material, seu conceito, seus fundamentos, bem como a teoria da relativização da coisa julgada material no âmbito do Direito da Família, particularmente na ação de investigação da paternidade, ação de estado, onde deve prevalecer a verdade real, atentos sempre ao princípio da dignidade humana e o direito fundamental da coisa julgada material, como pilar do Estado Democrático de Direito, culminando com a análise de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, na esfera da Justiça Comum, federal e estadual.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: DIREITO DE FAMÍLIA. COISA JULGADA MATERIAL. RELATIVIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

RESUMEN

Resumen: En este documento, los autores enfoque, basado en la doctrina y la jurisprudencia, la cosa juzgada material, su concepto, sus fundamentos y la teoría de la relativización de la cosa juzgada material en virtud del Derecho de la familia, en particular en la acción de investigación de la paternidad, la acción del Estado, donde la verdad debe ser real, tomando siempre el principio de la dignidad humana y el derecho fundamental de la cosa juzgada material, como un pilar del Estado democrático de Derecho, que culminó con el análisis del juicio del Superior Tribunal de Justicia, el órgano cúpula del Poder Judicial Nacional de la Judicatura, la justicia en el ámbito de la política federal y estatal.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS CLAVE: DERECHO DE FAMILIA. COSA JUZGADA MATERIAL. RELATIVIZACIÓN. PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA.

DESENVOLVIMENTO

1 Da coisa julgada nas ações de direito de família

1.1 Generalidades acerca das ações de investigação de paternidade

É fato notório e incontroverso que na sociedade atual é cada vez maior o número de crianças que nascem e não gozam do reconhecimento voluntário de seus genitores, seja porque a mãe realmente não sabe quem é o pai, seja porque a quem ela imputou a paternidade se recuse a fazer o reconhecimento voluntário. Independente do motivo, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível dessa pessoa conhecer a sua descendência e saber quem realmente é o seu pai, podendo exercê-lo contra o suposto pai ou seus herdeiros. Cumpre destacar que o ato de reconhecimento é irretratável conforme dispõe o art. 1610[1] do Código Civil brasileiro de 2002, permitindo-se a respectiva ação negatória apenas quando houver vício de vontade. A ação de investigação será desenvolvida, mediante processo de conhecimento, de conteúdo declaratório, pelo procedimento ordinário, podendo haver cumulação de *pedido de alimentos*, com *petição de herança*[2]. Poder-se-ia, também, pensar na cumulação com o *pedido de anulação de registro civil*. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, no âmbito da Justiça Comum, federal e estadual, tem entendido pela desnecessidade do ajuizamento de ação própria para tal finalidade, conquanto a procedência do pedido da declaração de vínculo de paternidade, nestas circunstâncias, já conduziria ao *cancelamento do registro civil*[3].

1.2 Da coisa julgada nas ações de investigação ou negatória de paternidade

O direito de família vem sofrendo nas últimas décadas várias mudanças que são resultados das alterações de valores que conduzem a sociedade, ou seja, a sociedade passou a dar importância a alguns valores esquecidos ou então nunca mensurados anteriormente. Um dos marcos históricos destas mudanças é a Constituição Federal de 1988, que não mais permite discriminação entre os filhos, sejam eles resultantes de casamento ou não. Também, não se pode esquecer da revolução causada pelo exame de DNA, o qual foi criado no final da década de 1980.

O tema, reconhecimento/negatória de paternidade, é complexo e demasiadamente importante, necessitando de uma profunda apreciação, vez que dele decorrem inúmeros direitos e obrigações às partes envolvidas, dentre aqueles, o de saber a sua verdadeira origem.

Segundo o Código de Processo Civil vigente, em seu art. 467, “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Esse mesmo diploma legal, ainda, define a “(...) coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”[4]. Como se pode perceber, publicada a sentença o juiz que a proferiu, com raras exceções[5], não pode mais alterá-la, e esgotados os recursos ordinários e extraordinários, transita ela em julgado.

Poder-se-ia, aqui, falar em graus crescentes da *coisa julgada*, até mesmo porque como se verá, uma depende da outra, sendo seu pressuposto: **a) coisa julgada formal**[6]; **b) coisa julgada material**[7]; e **c) coisa julgada material soberanamente**. A primeira hipótese, ou seja, a *coisa julgada formal* é aquela que não permite que se reforme, ainda que por meio de recurso, a sentença, tornando-a imutável no âmbito do processo em que foi proferida. Ocorre o confinamento de seus efeitos no âmbito do próprio processo em que foi proferida. A *coisa julgada formal* não se confunde com a *preclusão*, muito embora apresentem certas semelhanças[8]. A *coisa julgada material* torna imutável a sentença e seus efeitos, tanto no âmbito do próprio processo, em que foi prolatada, quanto para fora dele, irradiando seus efeitos além desse processo, não sendo possível, em razão da coisa julgada, que as partes tornem a discutir a questão selada pela coisa julgada material e, tampouco, que o órgão jurisdicional venha manifestar a respeito da questão já decidida, assim como não é permitido, nessas circunstâncias, ao legislador dar novo tratamento jurídico a essa relação jurídica decidida. A *coisa julgada material soberanamente* ocorre quando a sentença transitada em julgada materialmente também não é passível de ser atacada por meio da *ação rescisória*, porquanto já transcorreu o prazo decadencial para tanto.

A Coisa julgada material[9], além de vista como *elemento de existência do Estado Democrático de Direito*[10], é garantia constitucional (art. 5º, inc. XXXVI)[11], tendo um fundamento político, que é de promover a segurança das relações jurídicas, buscando-se a pacificação social, e, ainda, encerrar uma presunção de verdade ou de justiça com relação a resolução dada pelo órgão jurisdicional, quanto ao conflito de interesses posto à sua apreciação.[12] Isto porque quando se encerra o processo, com resolução do mérito, a *res in iudicium deducta* se torna *res iudicata*, e o *bem da vida* controvertido, constante do pedido formulado na petição inicial pelo autor, passa a ser reconhecido ou negado pelo órgão jurisdicional. Tal conclusão já constava do Digesto: *res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolut one contingit.* (D. 42.1.1). Tem, a coisa julgada material, assim, a finalidade de evitar a repetição da mesma lide em juízo, sendo adotada no Direito Romano e seguida pelos ordenamentos jurídicos subseqüentes, conforme observa Jorge Salomão[13].

A autoridade da *coisa julgada material* sempre foi vista como um *pressuposto processual negativo*, diga-se de passagem, *absoluto*, no sentido de que se houvesse a presença de coisa julgada material, estava o juiz impossibilitado de proceder a análise do novo processo. Contudo, nem por isso pode ela prevalecer sobre uma inverdade, mormente no plano biológico, que acarretaria prejuízos diversos, ofendendo valores éticos, fundamento do Estado Democrático de Direito, garantias constitucionais (*dignidade da pessoa humana* – art. 1º, inc. III[14], e *convivência familiar* – art. 227[15], *caput*, ambos artigos da Constituição Federal de 1988) e infraconstitucionais, bem como os sentimentos mais valiosos das pessoas envolvidas, resultando em situações insustentáveis.

Como deixa claro Osmar Brina, em parecer, transcrito em parte no corpo do acórdão do Recurso Especial n. 4987-RJ, quando afirma: “Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos reconhecidos pelo direito natural implícitos no ordenamento jurídico. A preocupação com a verdade e a justiça é tamanha que não ocorrem os efeitos da revelia

(CPC, art. 320, II) e nem mesmo a confissão pode ser admitida (CPC, art. 351). (...) A Constituição Federal brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227). *Saber a verdade sobre a paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar*”. (original sem os itálicos).

Como escreve Eduardo Talamini[16], “(...) Não há dúvidas de que a *dignidade humana* funciona como valor último, a razão de ser do próprio direito. O ser humano é o único capaz de pautar suas condutas por regras que ele mesmo estabelece, *cria*. (...)”. A *dignidade da pessoa humana*, na hermenêutica constitucional, tem primazia sobre qualquer outro princípio constitucional. Aliás, nesse sentido, também é o posicionamento de Flávia D’Urso, quando aborda, especificamente, sobre *A primazia da dignidade humana na hermenêutica constitucional*[17]. *Aqui*, então, como se percebe, não está frente a uma questão que envolve *direito patrimonial*, de *natureza obrigacional*, de *colorido disponível*, onde, realmente, pensa-se, a segurança jurídica nos tratos das relações jurídicas e a observação da coisa julgada material devem se sobrepor, mas sim, na presença de uma questão que diz respeito a *pessoa humana*[18], aos *direitos da personalidade*[19], que requer *tratamento e interpretação totalmente diferenciados*, atendendo *as peculiaridades* do caso concreto. A coisa julgada material, nessas hipóteses, por evidente, não podem ser imutáveis, absolutas. É que, nesses casos, se está na presença da segurança jurídica fundada na verdade formal, em detrimento da verdade real. E, segurança jurídica, nessas hipóteses, é insustentável ante o clamor social ou, até mesmo porque, como ensina José Augusto Delgado[20], “(...) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças”. Ou, ainda, nas palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “(...) A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade (...)”[21].

De outro modo, nesse aspecto – *relativização da coisa julgada* –, em que pese o Código de Processo Penal ser de 1941 (Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941), portanto, bastante tempo anterior ao Código de Processo Civil de 1973, está ele e a doutrina[22] do Direito Processual Penal[23] bem à frente do sistema do Direito Processual Civil, registrando-se, no entanto, que na doutrina do processo civil, encontram-se defensores[24]. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[25], ao tratar sobre *A suposta ausência de coisa julgada na ação de investigação de paternidade do direito brasileiro*, afirmam, a respeito de uma decisão judicial, “(...) que o pedido julgado improcedente em ação de investigação de paternidade não transita ou pode não transitar em julgado. É que, em tais casos, não teria chegado o juiz afirmar que o direito efetivamente inexistia, mas apenas que não teria sido provado. A solução indicada é instigante. É que evoca o exame de diversas outras questões, tais como: a) a distinção entre extinção do processo sem julgamento do mérito e improcedência do pedido ante a ausência de prova; b) a coisa julgada *secundum eventum probationes*; c) a ausência de coisa julgada nas ações que versam direitos indisponíveis, quando o autor

carece de provas para demonstrar tal direito”. Na seqüência, esses autores fazem um estudo específico de cada um desses itens, constantes das alíneas acima[26].

A *pessoa humana*, é de se registrar, antecede ao próprio Estado e sua estruturação, bem como sua regulamentação, sendo seu elemento constitutivo. É ela, nesse sentido, superior ao próprio Estado e a todas as coisas que o cercam. O Estado existe em função das pessoas humanas, não o contrário. A pessoa humana, não há qualquer dúvida, é o centro do sistema jurídico. Portanto, quando se trata da *pessoa humana, do conhecimento de sua verdadeira origem*, como um dos bens mais preciosos relativos a pessoa, *dos direitos da personalidade*, por evidente, que seus interesses, enquanto elementos inatos, atributos essenciais, devem prevalecer sobre a coisa julgada material, ficando acima dela, ainda que com previsão constitucional e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Aliás, não só a pessoa, mas o próprio Estado deve ter interesse na verdadeira origem e identidade da pessoa. Como ensina Adriano de Cupis, “O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade”[27]. Veja-se que não se admitir da relativização da coisa julgada material em tais questões, corre-se até o risco de casamento entre parentes na linha reta (filha e pai, por exemplo) e na colateral (entre irmãos).

Enquanto não se altere o Código de Processo Civil de 1973, quanto às hipóteses de cabimento da *ação rescisória*, bem como ao prazo decadencial, acredita-se que, para a defesa de valores sublimes, em ação de estado, o melhor caminho é a *relativização da coisa julgada material* no processo civil. Para afastá-la, dever-se-ia, então, no rol do art. 485 do Código de Processo Civil, introduzir a do presente estudo – *ação de investigação de paternidade, em decorrência da possibilidade de novas provas (exame de DNA)* – sem a previsão, ainda, para esta hipótese, de prazo decadencial, nos moldes do que ocorre, atualmente, com a *revisão criminal*, no âmbito do Código de Processo Penal. Este estatuto processual, em seu art. 621[28], prevê a *revisão criminal*, não impondo qualquer limite temporal[29], podendo a mesma ser proposta até mesmo após o falecimento do réu[30].

É bem por isso, que nesse contexto, atualmente, está se admitindo a possibilidade de relativização da coisa julgada nos *processos de investigação de paternidade*, por se trataram de casos excepcionalíssimos, vez que antigamente não havia o exame de DNA (criado no final da década de 80), método 99,99% seguro. Registre-se que a admissão da relativização da coisa julgada não se justifica só pela excepcionalidade, da exceção, mas, sobretudo, em razão dos direitos fundantes, naturais, personalíssimos e da dignidade da pessoa humana.

Observe-se que, em sendo mantida a coisa julgada material, a paternidade poderia ser atribuída a um falso pai[31]. O que se visa com esta mitigação é “não permitir que a segurança espanque a justiça”[32], mas sim, fazer com que esta prevaleça e venha ter crédito no seio social. Se assim não fosse, ter-se-ia a prevalência do “pai jurídico”, em detrimento do “pai biológico”. O fictício, o aparente, sobre o real.

O valor justiça, que se sobrepõe ao próprio Direito, em tais casos, principalmente por envolver *direitos da personalidade*, deve predominar, porquanto “o rigor formal justificado pela segurança não deve deixar de primar pela justiça, enquanto pacificadora

de conflitos de interesses (...) a coisa julgada não pode tornar-se obstáculo à busca da verdade biológica”[33].

1.3 A coisa julgada “*pro et contra*” e “*non secundum eventum probationis*” nas demandas investigatórias

Entende-se por coisa julgada material *pro et contra* aquela que se forma independente do resultado da demanda, seja ela em favor ou contra o autor e o réu. Trata-se da regra geral de produção de coisa julgada. Esse tipo de coisa julgada material prestigia o princípio da isonomia que deve haver entre as partes, onde a coisa julgada se dará “independentemente da procedência ou improcedência do pedido, trata igualmente ambas as partes do processo. Valer dizer, seja o autor vencedor ou não na ação, a coisa julgada produzir-se-á”[34].

Se, de um modo geral, essa é a regra no processo civil, com relação às *ações de investigação de paternidade* e aceitação da coisa julgada *pro et contra* pode fomentar a eternização de injustiças, pois segundo esta modalidade as ações que foram julgadas, com ou sem a produção de prova à exaustão, inclusive com a realização do exame de DNA, com uma cognição exauriente, por parte do magistrado, estarão sob o manto da imutabilidade, correndo-se o sério risco de se cometer violação flagrante de direito de outrem, sendo, ainda, a decisão contrária à justiça.

1.4 A demanda de investigação de paternidade como procedimento de cognição exauriente “*secundum eventum probationis*”

Inicialmente, faz-se necessário um esclarecimento[35], no sentido de que a coisa julgada material, prevista no Código de Processo Civil de 1973, oriunda de uma sentença proferida numa *ação individual*, não é a mesma que se utiliza para as *ações coletivas* de um modo geral, porquanto o sistema da coisa julgada material do Código de Processo Civil de 1973 é, nitidamente, voltado para os conflitos de interesses interindividuais, intersubjetivos, ao passo que nas ações coletivas, em decorrência da legitimidade extraordinária, por estar, como regra geral, presente o interesse público, o regime da coisa julgada material é diverso, tanto que, no caso específico da ação popular, fala-se em coisa julgada material *secundum eventum litis*.

Por coisa julgada *secundum eventum probationis* entende-se que seja aquela que se relaciona com a justiça da decisão, porque se concretiza somente após o esgotamento da produção de provas no processo[36]. Admite inclusive que o surgimento de nova prova permite, mesmo na hipótese de improcedência com provas suficientes, o ajuizamento de nova ação[37].

Essa técnica de coisa julgada material é encontrada na nossa legislação. A respeito do assunto, a Lei de Ação Popular (Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965) cuida do assunto em seu art. 18[38]. A Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985), por sua vez, trata da matéria em seu art. 16[39]. Finalmente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990), no âmbito das ações coletivas, a respeito da coisa julgada, disciplina-a no art. 103[40], com regras totalmente diferentes do Código de Processo Civil de 1973.

Esta modalidade de coisa julgada *secundum eventum probationis* guarda estreita relação com a chamada teoria da relativização da coisa julgada, defendida por alguns doutrinadores, principalmente quando tratam das ações de investigação/negatória de paternidade.

É uma forma diferente de se interpretar a coisa julgada material. Como a legislação pátria, no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, no caso da ação de investigação da paternidade, que teve o seu pedido julgado improcedente por falta de prova, ou até procedente em razão da revelia, e, com isso não permite realizar a verdadeira justiça, porquanto o “pai jurídico” não coincide com o “pai biológico”, deve o Poder Judiciário permitir a rediscussão, lastreada em nova prova, utilizando-se das *chamadas fontes secundárias do direito*, em especial, valendo-se da *analogia*, com observação do sistema da ação popular, da ação civil pública, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), da ação de alimentos, e, finalmente, da própria ação revisional prevista no Código de Processo Penal.

O que não se compreende é que, no caso dessas ações, por se ter uma previsão na lei, entende-se pela relativização da *coisa julgada material*, enquanto que, no caso específico da ação de investigação da paternidade (cuja causa de pedir está alicerçada nos âmbito do direito natural, fundamental, da personalidade e, sobretudo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana), onde a coisa julgada é regida pelo Código de Processo Civil, e por não albergar ele essa previsão, de se permitir a rediscussão da questão debatida pelas partes, a interpretação fica pautada na *fonte principal do direito – lei* – ainda que não se venha realizar a verdadeira justiça no caso concreto.

Acredita-se que, no presente caso, deve-se observar o que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942), diga-se de passagem, *lei de teoria geral do Direito*, em especial o comando estatuído no art. 5º, com a seguinte redação: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial sob o n. 226436-PR[41]., que versa sobre investigação da paternidade, repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas e a mitigação da coisa julgada material, já citado neste texto, quanto a este posicionamento, afirmou que o Superior Tribunal de Justiça “(...) tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum”.

Mas, não deve parar por aí. Em se tratando de *Direito de Família*, a evolução interpretativa deve estar sempre presente, acompanhando o crescimento e desenvolvimento da sociedade, da tecnologia, pois os valores mudam com o passar do tempo. O Direito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário, não pode ficar imune a essas alterações no quadro social, sob pena de ficar em posição de desvantagem, e o pior, não alcançar a sua função, que é a de realizar a justiça. É função do Poder Judiciário realizar o Direito com justiça. É na esteira desse pensamento que o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário, no âmbito da Justiça Comum, federal e estadual, exercendo sua missão constitucional como guardião do direito constitucional, vem decidindo: “As normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas

modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos”[42].

Ainda mais: “(...) Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. (...) O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana”[43]. No corpo do acórdão deste último Recurso Especial, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira deixa assentado: “(...) O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se”.

Em razão de diversos julgados a respeito da investigação de paternidade terem sido feitos somente baseados em provas frágeis, fictícia, surgiu uma corrente doutrinária que aceita uma nova apreciação da matéria já decidida, relativizando-se, assim, a coisa julgada material, permitindo-se que, como o primeiro provimento jurisdicional baseado em provas frágeis, pudesse haver uma nova manifestação por parte do Poder Judiciário, com a prolação de uma nova sentença, vez que a primeira não foi baseada em prova robusta e inquestionável, como é o exame de DNA. Nestes casos, permite-se, então, a relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, visando sempre a prevalência da *verdade real*, a *verdade biológica*, pois nada seria mais injusto que atribuir a paternidade a quem não é pai e a filiação a quem não é filho. É inaceitável as sentenças que atribuem a paternidade/filiação baseadas somente em semelhanças físicas, em testemunhos e em cartas, pois “indicar erroneamente o pai é transgredir o dever do Estado em assegurar à criança a sua devida dignidade, como determina o art. 227, *caput*, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988”[44].

Correta, nesse sentido, é a lição de Belmiro Pedro Welter, na qual afirma que a “(...) a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo esse direito indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano[45].

Também Carlos Alberto Bittar defende que:

Os direitos de personalidade são dotados de constituição especial, para uma proteção eficaz da pessoa, em função de possuir, como objeto, os bens mais elevados do homem. Assim, o ordenamento jurídico não pode consentir que o homem deles se despoje, conferindo-lhes caráter de essencialidade: são, pois, direitos intransmissíveis e indispensáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, sob raros e explícitos temperamentos, ditados por interesses públicos. Em vista desses predicados, não se pode aceitar que a personalidade de alguém seja reconhecida apenas com base em verdade formal, denominada ficção jurídica, mas, sim, deve ser buscada, incansavelmente, a verdade material, ou seja, a

verdadeira filiação biológica, aliás, exigência fincada na Constituição Federal de 1988 (artigo 227) e Estatuto da Criança e Adolescente (artigo 27)[46].

Ocorre, contudo, que não é em todas as ações de investigação/negatória de paternidade que a coisa julgada material poderá ser relativizada, porquanto nas ações onde houve cognição exauriente, ou seja, o esgotamento de todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente com a realização do exame de DNA (prova pericial), a decisão judicial será coberta pela coisa julgada material, não se admitindo, então, neste caso, mais sua relativização. São defensores desta teoria, dentre outros, Belmiro Pedro Welter[47] e José Sebastião de Oliveira[48].

Referida teoria sofre algumas críticas, sendo questionado, por exemplo, a não positivação da obrigatoriedade do exame de DNA. Poder-se-ia pensar, nesse contexto, que entre os vários meios de prova não existe qualquer hierarquia, até mesmo porque, como estatui o Código de Processo Civil, em seu art. 332, “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Contudo, ao passo que criticam, reconhecem a importância deste posicionamento, passando inclusive a sugerir alterações na legislação[49].

Embora não se possa hierarquizar a prova, o fato é que o exame de DNA, com todo o progresso da ciência, com uma instrução plena e exauriente, permite aproximar ao máximo em torno da *verdade real*[50], tão cara quando se discute a questão da verdadeira paternidade. Ao revés, se assim não se procedeu, quando do desenvolvimento da relação jurídica processual em juízo, e o magistrado vier dar pela improcedência do pedido formulado pelo autor, ante a precariedade da prova produzida, pensa-se, que não há outro caminho, a não ser o de se entender pela coisa julgada material *secundum eventum probationis*, abrindo-se, conseqüentemente, a possibilidade do ajuizamento de nova demanda, com outras provas.

1.5 A relativização da coisa julgada nas ações de investigação e negatória de paternidade

A corrente que defende a mitigação da coisa julgada nos processos de investigação/negatória de paternidade, o faz baseado nos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, tentando-se evitar resultados desproporcionais e injustos, defendendo que a manutenção de uma sentença proferida de forma errada, baseada em provas frágeis, até mesmo pelo fato da ausência da prova pericial, consistente no exame de DNA, não pode se revestir de imutabilidade, definitividade e intangibilidade, vez que fere alguns princípios constitucionais, como por exemplo, o do *acesso à ordem jurídica justa* (art. 5º, inc. XXXV) e a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III). Assegura-se que às qualidades da coisa julgada material devem ser atribuídas fronteiras, objetivando-se sempre a verdade real, impedindo que decisões judiciais injustas se perpetuem[51]. “Não se tolera selar definitivamente o *status familiae* do investigante sem que se realize uma adequada e exauriente produção de prova. Pensar de modo contrário é violar a dignidade da pessoa humana”[52].

Sérgio Gilberto Porto, por sua vez, “Admite-se a mitigação de certo direito frente a outro ainda mais relevante, pena de, em se mantendo a inflexibilidade, gerar um

resultado desproporcional, haja vista que estar-se-ia prestigiando um direito menor hierarquia, embora também de assento constitucional”[53].

Maria Berenice Dias tece críticas aos meios de prova comuns, que são produzidos nas ações de investigação de paternidade sem, contudo, fazer uso do DNA, preferindo cravar a relação jurídica com a autoridade da coisa julgada material, ao invés de se realizar um exame genético seguro e, aí sim, proferir uma sentença com a máxima segurança jurídica, devolvendo ao investigador e ao investigado um juízo de certeza[54].

Rolf Madaleno, com muita propriedade, traz o termo “filho da coisa julgada”, onde defende que a norma jurídica precisa se modernizar e ir de encontro às descobertas científicas, não apenas propalando sentenças baseadas em provas secundárias e inseguras, deixando de realizar a prova pericial, consistente no exame de DNA, e com isso, distribuindo injustiças e não certeza jurídica. Adverte que se esta materialização da coisa julgada material for dada de forma errônea, haverá o comprometimento de toda uma árvore genealógica, prejudicando a filiação, bem como criando problemas das mais diferentes ordens, “criando-se pais e filhos das presunções codificadas”, condenados a viverem o resto da vida com dúvidas a respeito da verdadeira filiação e da indubitável paternidade[55]-[56].

Cândido Rangel Dinamarco defende a teoria da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação/negatória de paternidade, vez que se tratam de verdadeiras ações de estado, cuidando de direitos indisponíveis da pessoa, não se podendo conceber a idéia da imutabilidade da coisa julgada material por visar a segurança jurídica garantindo a pacificação social, quando a real intenção é aplicar a lei de forma justa[57]. Caso mantivesse o véu da coisa julgada material, certamente se estaria arranhando direitos personalíssimos do indivíduo.

Valéria Silva Galdino defende no sentido de que somente nos casos de filiação socioafetiva é que deve prevalecer com total veemência o manto da coisa julgada material, por se atender, neste caso específico, o princípio melhor interesse da criança, o qual já está habituado ao seu pai e vice-versa e que uma verdade real, neste caso específico, só viria a comprometer a relação de paternidade/filiação existente eles[58].

Araken de Assis, contudo, é contrário à idéia de flexibilização da coisa julgada nas ações de investigação/negatória de paternidade, porquanto entende que o germe do relativismo poderá se espalhar e contaminar todo o sistema judiciário. Confira-se a sua lição:

Tornou-se corriqueiro afirmar que a eficácia de coisa julgada cederá passo, independentemente do emprego da ação rescisória ou da observância do prazo previsto no art. 485, em algumas hipóteses. (...) Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, ‘a priori’, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá,

preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior (...) parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral[59].

Atenta a essa lição de Araken de Assis, para que não se possa falar em relativização da coisa julgada material, por meio de uma ação judicial qualquer, seria prudente, nessa seara do Direito de Família, alterar o art. 485 do Código de Processo Civil, quando trata da *ação rescisória*, introduzindo essa hipótese específica, mediante o balizamento dos requisitos na lei processual, dentre elas a não sujeição a qualquer prazo decadencial, nos exatos moldes do tratamento da ação revisional, quanto ao prazo, prevista no Código de Processo Penal.

José Maria Tesheiner, pactuando desse mesmo pensamento de Araken de Assis, afirma: “O que absolutamente não pode prevalecer é a idéia de que possa qualquer juiz ou tribunal desrespeitar a coisa julgada decorrente de decisão proferida por outro órgão judiciário, de igual ou superior hierarquia, a pretexto de sua nulidade ou erronia”[60].

Não é justo, todavia, que as pessoas fiquem reféns da coisa julgada material e que relações de paternidade e filiação sejam impostas não por laços consangüíneos ou de afetividade, mas sim, pelo manto da *res judicata*, tornando-se assim “filhos da coisa julgada”. Para que as injustiças não se perdurem *ad eternum* e não sejam intransponíveis, causando com isso uma insegurança jurídica muito maior do que relativizar a coisa julgada material, o próprio Código de Processo Civil em seu art. 485[61] permite a flexibilização da coisa julgada, quando tece as oportunidades em que se poderá promover ação rescisória, com o objetivo de se rescindir sentença de mérito. Aliás, em outra oportunidade, esse mesmo diploma legal, mais recentemente, por meio da Lei n. 11.232/2005, cuidou de flexibilizar a coisa julgada material, conforme se vê da nova redação do parágrafo único do art. 741[62]. Determinados julgados têm aceitado a propositura de ação rescisória instruída em exame de DNA com o fito de rescindir sentença prolatada em ação de investigação de paternidade, tendo fundamento documento novo obtido após a prolação da sentença de mérito, tudo ao permissivo do art. 485, inc. VII, respeitado o prazo do art. 495[63], ambos do mesmo *codex*[64]. Mas, é de se observar: transcorrido o prazo decadencial de dois (2) anos, a pessoa ficaria sem remédio jurídico-legal para ser tratada do mal que se queixa, remanescendo, dessa forma, ante a persistência da doença, a utilização da teoria da relativização da coisa julgada. Também é possível por meio de uma *ação declaratória*, que é imprescritível, para se declarar a existência ou a inexistência de relação jurídica, qual seja, a paternidade e a filiação, conforme permite o art. 4º[65], do Código de Processo Civil. Por derradeiro, também é lícito a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade tendo em vista que a verdade dos fatos que sustentaram a sentença de mérito não corresponderam à verdade real, ao permissivo do art. 469, inc. II[66], do mesmo *codex*[67].

Existe inclusive o Projeto de Lei de n. 6.960/2002, de autoria do então deputado Ricardo Fiúza sugerindo alteração do art. 1.606, do Código Civil, propondo o acréscimo do § 2º, assim disposto: “Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1.601”.

As ações de investigação/negatória de paternidade são consideradas ações de estado e, por isso, não são cobertas pela coisa julgada material, exceto se forem provenientes de sentença de mérito, com cognição exauriente, em decorrência da ampla dilação probatória verificada no desenvolvimento da relação jurídica processual. Neste tipo de ações, a verdade real ocupa o lugar da segurança jurídica (coisa julgada material), pois se trata, numa escala de valores, o de maior hierarquia, uma vez que é muito mais importante para o filho saber quem realmente é o seu pai, e para o pai conhecer quem é o seu filho, do que se preservar a imutabilidade da coisa julgada material.

1.6 A relativização da coisa julgada nas ações de investigação e negatória de paternidade segundo a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Como se demonstrou a relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade não é matéria pacífica, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que alguns dos processos que guardam essa natureza algumas vezes chegam a ser decididos pelo Superior Tribunal de Justiça[68].

Optou-se por fazer uma pesquisa das decisões exaradas pelo STJ, passando a um breve relato de duas delas. A primeira refere-se ao Recurso Especial n. 706.987/SP, julgado em 14 de maio de 2008, na qual *o Superior Tribunal de Justiça não aplicou a teoria da relativização da coisa julgada material*, decidindo-se pela extinção do processo da ação de paternidade, dando preferência à segurança jurídica em detrimento da verdade real, sob o fundamento de que na primeira ação de investigação de paternidade a improcedência não foi dada por falta de provas, mas sim, pela produção da prova da impossibilidade do investigado ser o pai dos investigantes. Pela relativização da coisa julgada material, nesse processo, votaram os Ministros Jorge Scartezini, Nancy Andrighi, Castro Filho e Massami Uyeda, ao passo que pela prevalência da segurança jurídica votaram os Ministros Humberto Gomes de Barros (relator), Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes e pelo desempate, Aldir Passarinho Junior.

De outro lado, depreende-se do Recurso Especial n. 226.436/PR, julgado em 28 de junho de 2001, no qual *o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a teoria da relativização da coisa julgada material e reconheceu como justa a repetição da ação de investigação de paternidade que foi anteriormente indeferida baseada em provas secundárias sem a realização do exame de DNA*. Votaram nesse sentido os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira (relator), Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Junior.

Como fica fácil perceber, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a matéria não está pacificada, reinando verdadeira cizânia. Apesar da discrepância de entendimento na própria Corte, pela data do julgamento da primeira decisão mencionada, *14 de maio de 2008*, parece que a tese prevalente deverá ser a da não utilização da teoria da relativização da coisa julgada material.

Conclusões

Em matéria de Direito de Família, principalmente nas ações de investigação de paternidade, caracterizando-se com uma ação de estado, de conteúdo indisponível, onde se questiona a vínculo de parentesco, filiação, o magistrado deve, como destinatário da prova, procurar possibilitar ao máximo, a produção de provas, principalmente, a prova

pericial, consistente no exame do DNA, a fim de que possa, numa cognição exauriente, formar a sua convicção, quando da prolação da sentença de mérito, evitando, acaso esta venha transitar em julgado materialmente, uma nova ação de investigação de paternidade, com base na teoria da relativização da coisa julgada material.

Apesar de a coisa julgada material estar assentada no fundamento político da segurança jurídica, esta deve, sempre, ceder lugar a verdade real, mormente quando se tratar de ação de estado, de conteúdo indisponível, porque o escopo último do Direito é a justiça.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, ainda que em confronto com a coisa julgada material, direito fundamental e sustentada como pilar do Estado Democrático de Direito, deve prevalecer sobre esta porque a pessoa humana é o centro do sistema jurídico.

No Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, no âmbito da Justiça Comum, federal e estadual, reina divergência quanto a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, transparecendo, no entanto, que o entendimento encaminhará no sentido da não aplicação dessa teoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, p. 11 e 27.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. *Revista brasileira de direito de família*, n. 1. São Paulo: IBDFAM, p. 19, abr/jun 1999.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *In Revista de Processo*, v. 103, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 out. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativização da coisa julgada material*. *Ajuris*, n. 83/33, p. 38-54.

D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 152-155, dezembro 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. V. II. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em 30 out. 2008.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 291-301.

MANCUSSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida: v.1).

MENDONÇA, Maria Clarice Maia. *A coisa julgada na ação civil pública*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_junho2005/discute/disc_04.doc>. Acesso em 30 out. 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante* / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 10. ed. rev., ampl. E atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de, AZEREDO, Adelina. Aspectos da coisa julgada e seus efeitos em determinadas ações do direito de família brasileiro. *Universitária – Revista do Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba*, Araçatuba, v. 6, n. 1, p. 80, jul. 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SEREJO, Lourival. O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 545-547.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria. Relativização da coisa julgada. *Revista do Ministério Público*, n. 47, p. 104.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação. In *Revista de Processo*, v. 167, ano 34, janeiro de 2009, p. 9 a 24, São Paulo: Revista dos Tribunais.

VILAÇA, Zuleide Barbosa. Paternidade ou filiação sócio-afetiva. In: _____. *Direito personalíssimo de filiação, prova e coisa julgada*. 2006. f. 136. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ensino Superior de Maringá, Maringá.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] “Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

[2] GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 152-155, dezembro 2006.

[3] Nesse sentido, confira-se: “Na linha da jurisprudência deste Tribunal, "a falsidade do registro de nascimento pode ser demonstrada no âmbito da ação investigatória de paternidade. A procedência do pedido conduz ao cancelamento do registro, não se exigindo pedido expresso nem muito menos ação própria". (...) “O modo ou a forma da averbação da retificação do registro é irrelevante, e nem precisaria constar na parte dispositiva, por ser conseqüência lógica do cumprimento da sentença”. (REsp. 216719/CE Recurso Especial 1999/0046520-2, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, órgão julgador T4 – Quarta Turma, data do julgamento 16/09/2003, data da publicação/fonte DJ 19/12/2003, p. 468; LEXSTJ, v. 176, p. 73, v.u.); “A falsidade do

registro de nascimento pode ser demonstrada no âmbito da ação investigatória de paternidade. A procedência do pedido conduz ao cancelamento do registro, não se exigindo pedido expresso nem muito menos ação própria”. (REsp. 162028/MG Recurso Especial 1998/0001810-7, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, órgão Julgador T4 - Quarta Turma, data do julgamento 20/11/2001, data da publicação/fonte DJ 18/03/2002, p. 253; LEXSTJ, v. 154, p. 127, v.u.); “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Falta de ação ou de pedido para anulação do registro. Desnecessidade. A alteração do assento de nascimento no registro civil é consequência da sentença de procedência da ação de investigação de paternidade”. (REsp. 107222/MG Recurso Especial 1996/0057075-2, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, órgão julgador T4 - Quarta Turma, data do julgamento 29/02/2000, data da publicação/fonte DJ 26/03/2001, p. 427; JBCC, vol. 189, p. 490; RJADCOAS, v. 30, p. 76, v.m.); “Como bem anotado no precedente da Corte, o cancelamento do registro será sempre uma simples consequência do resultado da ação de investigação de paternidade”. (REsp. 158086/MS Recurso Especial 1997/0087960-7, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, órgão julgador T3 - Terceira Turma, data do julgamento 06/06/2000, data da publicação/fonte DJ 28/08/2000, p. 74; RSTJ, v. 142, p. 238, v.u.); “Investigação de paternidade. Cancelamento de registro. Efeito da sentença de procedência. O fato de o investigante estar registrado como filho de outrem não impede a propositura da ação, sendo desnecessário cumular o pedido com de cancelamento do registro porque esse será o efeito da sentença que der pela procedência do pedido”. (REsp. 114589/MG Recurso Especial 1996/0074857-8, relator Ministro Ruy Rosado De Aguiar, órgão julgador T4 - Quarta Turma, data do julgamento 10/11/1997, data da publicação/fonte DJ 19/12/1997, p. 67506; RDJTJDFT, v. 53, p. 137, v.u.); “Investigação de paternidade. Alegação de falsidade do registro de nascimento. Nada obsta que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória de paternidade, a teor da parte final do art. 348 do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa”. (REsp. 40690/SP Recurso Especial 1993/0031755-5, relator MIN. Costa Leite Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, data do julgamento 21/02/1995, data da publicação/fonte DJ 04/09/1995, p. 27828; LEXSTJ, v. 77, p. 85; RDC, v. 74, p. 196; RT, v. 724, p. 263, v.u.).

[4] Consulte-se o art. 301, § 3º, parte final: “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) § 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

[5] Confira-se, no entanto, os arts. 296 e 463, respectivamente, do Código de Processo Civil de 1973: “Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão. Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente”.; “Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração”.

[6] “A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a *coisa julgada formal*, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos

recursos. A coisa julgada formal representa a preclusão máxima, ou seja, a extinção do processo (àquele processo, o qual se extingue)”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 326).

[7] “(...) É a *imutabilidade* da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 327).

[8] Consulte-se, a respeito, MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 262 e 263.

[9] Consulte-se, a respeito da *sentença, coisa julgada e sua interpretação*, recente artigo de doutrina publicado na Revista de Processo, de autoria de Humberto Theodoro Júnior, no volume 167, ano 34, janeiro de 2009, p. 9 a 24. Nesse artigo, o autor discorre sobre a *coisa julgada*, os *limites objetivos da coisa julgada*, a *lide*, as *questões decididas*, o *dispositivo da sentença* e, finalmente, sobre a *coisa julgada e efeito substitutivo dos recursos*.

[10] Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, apesar de não defenderem a tese da relativização da coisa julgada material, a respeito do assunto da *coisa julgada material e Estado Democrático de Direito*, assim se manifestam: “ A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito (...). A *supremacia da Constituição* está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º *caput*), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso de sentença injusta, repelida como irrelevante (, ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente rechaçadas pela doutrina (...), sendo que, nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (CPC 485 V). Com a devida *vênia*, tratam-se de teses velhas, que não contêm nenhuma novidade. O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso e, depois de transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação concreta (...). O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada: “No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral” (...) O ponto de vista que adotamos admite a mitigação da coisa julgada pelos mecanismos constitucionais e legais, em homenagem à incidência do *princípio da*

proporcionalidade, existente no sistema constitucional brasileiro, estabelecidos em *numerus clausus*, como são os casos da ação rescisória, revisão criminal e coisa julgada *secundum eventum litis* (...). A ação rescisória, portanto, está perfeitamente justificada no sistema. (...) deve admitir-se a tangibilidade da coisa julgada, mas pelos mecanismos autorizados pela CF e pelas leis e não por obra do juiz (*ope iudicis*), em ação futura ajuizada contra a coisa julgada – que não a rescisória ou revisão criminal –, de interpretação do que seria justo ou constitucional, do que teria feito ou não coisa julgada”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante* / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 685 e 686).

[11] “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI – *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*; (...)”. (original sem os itálicos).

[12] A respeito do *fundamento da autoridade da coisa julgada*, escreve Humberto Theodoro Júnior: “Há que defenda o fundamento da coisa julgada com argumento na tese de que a sentença encerra uma presunção de verdade ou de justiça em torno da solução dada ao litígio (*res iudicata pro veritate habetur*). Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de *valorar* a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 568).

[13] Confira-se: “Ela nos revela, entretanto, que o admirável gênio jurídico dos romanos percebeu, desde cedo, as conveniências e vantagens de se impedir a indefinida repetição de controvérsias, com o expediente de tornar imutável a sentença que decidisse a lide. E tão valiosa se mostrou tal providência, que dela não abriram mão os ordenamentos constituídos à base do Direito Romano”. (SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 12).

[14] “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (...)”.

[15] “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

[16] TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 564.

[17] Sustenta que “A adoção nessa pesquisa da teoria dos princípios de Robert Alexy e Ronaldo Dworkin, também concebida por J. J. Gomes Canotilho, confere à dignidade humana um conteúdo não só de uma declaração ético-moral, mas também de uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e *material* e, nessa condição, carregada de eficácia. Nessa perspectiva principiológica a dignidade humana atua como um *mandado de otimização*, ordenando a proteção e a promoção da dignidade da pessoa, que deve ser realizado na maior medida possível, observando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O comando de otimização da dignidade humana desfruta, todavia, frente aos demais princípios que compõe a Constituição Federal, da posição mais privilegiada. Em função de dois aspectos: (1) sob um ponto de vista jusfilosófico (...), e para uma sociedade como a contemporânea, que crê nos postulados humanistas e na democracia, esse valor é tido como *mais fundamental*; (2) sob o aspecto jurídico, levando-se em conta a realidade brasileira a partir da Constituição de 1988, “a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado com todas as conseqüências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio”. (D’URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 72-73).

[18] Aqui, vale a pena transcrever excerto do comentário de José Afonso da Silva, quando aborda sobre a *dignidade da pessoa humana*: “**4.5. A dignidade da pessoa humana: Fundamento constitucional** – Foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que por primeiro erigiu a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental expressamente estabelecido no seu art. 1º, n. 1, declarando: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes”. Fundamentou a positivação constitucional desse princípio, de base filosófica, o fato de o Estado Nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões”. Mas adiante, continua o mestre: “A norma compreende dois conceitos fundamentais, porque, em si e isoladamente, revelam valores jurídicos: *a pessoa humana* e a *dignidade*. *Pessoa humana* – A filosofia Kantiana mostra que o *homem*, como ser racional, *existe* como fim em si, e *não simplesmente como meio*, enquanto os seres desprovidos de razão tem um valor relativo e condicionado, o de *meios*, eis por que se lhes chamam “coisas”, ao contrário, os seres racionais são chamados de *pessoas*, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção, o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito. E assim se revela como um *valor absoluto*, porque, ainda com Kant, “*a natureza reacional existe como fim em si mesma*. O homem se representa necessariamente assim sua própria existência. Mas qualquer outro ser racional se representa igualmente assim sua existência, em conseqüência do mesmo princípio racional que vale também para mim”, princípio objetivo de onde Kant deduz o seguinte imperativo prático: “Age de tal sorte que consideres a Humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Disso decorre que “os seres racionais estão submetidos à *lei* segundo o qual cada um deles *já* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meio*, mas sempre e *simultaneamente como fins em si*”. Isso porque “o homem não é uma coisa, não é, por conseqüência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado um fim em si”. Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é *pessoa*. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo,

fonte e imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio. Todo ser humano se reproduz no outro noutro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação dela e para propiciar seu desenvolvimento. Nisso Já se manifesta a idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui – no dizer de Kant”. (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37).

[19] “Direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 345).

[20] DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *In Revista de Processo*, v. 103, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 31.

[21] REsp. 226436/PR Recurso Especial 1999/0071498-9, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, órgão julgador T4 – Quarta Turma, data do julgamento 28/06/2001, data da publicação/fonte DJ 04/02/2002, p. 370; RBDF, v. 11, p. 73; RDR, v. 23, p. 354; RSTJ, v. 154, p. 403, v.u.

[22] “**7.3. Estabilidade social e justiça** O objeto da coisa julgada consiste na garantia da estabilidade das relações jurídicas e sociais, evitando que a indefinição de um pronunciamento do órgão judiciário competente fomenta a discórdia entre as pessoas. Mas se a coisa julgada é essencial à ordem jurídica, o erro da decisão impede a almejada estabilidade, pelo clamor que provoca entre as pessoas, direta ou indiretamente relacionadas com o julgamento de uma ação penal condenatória. Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige – proclama Alimena – é uma justiça sublime, é uma justiça que se acusa e se julga a si mesma, ao passo que, ao contrário, a desconfiança nasce precisamente do erro, que se conserva e se defende por meio de fórmulas vãs”. ((MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida: v.1), p. 223).

[23] “Assegurada pela Constituição Federal, a coisa julgada é plena no campo extrapenal, pois as revisões dos julgados estão limitados no tempo. Findo o prazo, opera-se a imutabilidade absoluta. No âmbito penal, entretanto, o problema apresenta algumas peculiaridades, que exigem uma adequação desses conceitos às regras específicas da revisão criminal (art. 5º, inc. XXXVI, da Carta Maior). Diferentemente do que acontece no processo civil de caráter contencioso, observa Rogério Lauria Tucci, a exigência de irrevogabilidade do ato decisório de mérito não se faz absoluta, no processo penal: “Há sentenças penais que transitam em julgado apenas formalmente, podendo ser revogadas em qualquer tempo ou circunstância”. (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida: v.1), p. 207).

[24] É o caso de Rodolfo de Camargo Mancusso, quando escreve: “A *latere*, impende observar que o instituto da coisa julgada não é dogma intransponível que muitos

supõem, mas, na verdade, é uma simples *técnica* de que se pode valer o legislador, quando entender oportuno – sob o ponto de vista da conveniência social e da estabilidade de certas relações jurídicas – que determinados *tipos* de julgados permaneçam imutáveis e projetem essa imutabilidade *erga omnes*. Prova disso é que em muitos casos não se dá a formação da coisa julgada material: nos feitos de jurisdição voluntária (CPC, art. 1.111); mesmo nos de jurisdição contenciosa, se a sentença não apreciou mérito (CPC, art. 267); nas sentenças que resolvem sobre relações jurídicas continuativas, sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus* (ex.: ações de alimentos, Lei 5.478/68, art. 15); no campo penal, onde existe a possibilidade de revisão criminal a qualquer tempo (CPP, art. 622)”. (MANCUSSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 245-246).

[25] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 193.

[26] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 193 a 203.

[27] CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 165.

[28] “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

[29] “Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas”.

[30] “Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

[31] Neste sentido GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. V. II. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35-36. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 181-192. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 125-138. OLIVEIRA, José Sebastião de, AZEREDO, Adelina. Aspectos da coisa julgada e seus efeitos em determinadas ações do direito de família brasileiro. *Universitária – Revista do Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba*, Araçatuba, v. 6, n. 1, p. 78-79, jul. 2006.

[32] VILAÇA, Zuleide Barbosa. Paternidade ou filiação sócio-afetiva. In: _____. *Direito personalíssimo de filiação, prova e coisa julgada*. 2006. f. 136. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ensino Superior de Maringá, Maringá.

[33] GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 152 e 159, dezembro 2006.

[34] MENDONÇA, Maria Clarice Maia. *A coisa julgada na ação civil pública*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_junho2005/discente/disc_04.doc>. Acesso em 30 out. 2008.

[35] Confira-se, à propósito, MANCUSSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 239, quando trata, especificamente, sobre a coisa julgada na ação popular.

[36] MENDONÇA, Maria Clarice Maia. *A coisa julgada na ação civil pública*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_junho2005/discente/disc_04.doc>. Acesso em 30 out. 2008.

[37] GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em 30 out. 2008.

[38] “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

[39] “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

[40] “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de

indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

[41] REsp. 226436/PR Recurso Especial 1999/0071498-9, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, órgão julgador T4 – Quarta Turma, data do julgamento 28/06/2001, data da publicação/fonte DJ 04/02/2002, p. 370; RBDF, v. 11, p. 73; RDR, v. 23, p. 354; RSTJ, v. 154, p. 403.

[42] REsp. 194866/RS Recurso Especial 1998/0084082-6, relator Ministro Eduardo Ribeiro, órgão julgador T3 – Terceira Turma, data do julgamento 20/04/1999, data da publicação/fonte DJ 14/06/1999, p. 188; JSTJ, v. 7, p. 295; RDR, v. 15, p. 280; RSTJ, v. 119, p. 348, v.u.

[43] REsp. 4987/RJ Recurso Especial 1990/0008966-2, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, órgão julgador T4 - QUARTA TURMA, data do julgamento 04/06/1991, data da publicação/fonte DJ 28/10/1991, p. 15259; JBCC, v. 185, p. 293; JBCC, v. 165, p. 293; LEXSTJ, v. 32, p. 159; REVJMG, v. 117, p. 302; REVJUR, v. 169, p. 45; REVPRO, v. 62, p. 336; RJM, v. 102, p. 61; RSTJ, v. 26, p. 378, v.m.

[44] DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 out. 2008.

[45] WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 42.

[46] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 42.

[47] “Somente haverá coisa julgada material quando na ação de investigação de paternidade forem produzidas todas as provas permitidas em Direito”. (WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 55).

[48] “Os estudiosos perceberam que as sentenças eram baseadas em provas circunstanciais e para que a sentença tenha qualidade de coisa julgada nestas ações deverá sempre ser *secundum eventum probationes* que significa dizer que para que haja coisa julgada, o modo de produção da prova pericial, deve ser absolutamente confiável, idôneo, exato e incontroverso, pois através desta a decisão será imunizada pela qualidade da coisa julgada”. (OLIVEIRA, José Sebastião de, AZEREDO, Adelina. Aspectos da coisa julgada e seus efeitos em determinadas ações do direito de família brasileiro. *Universitária – Revista do Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba*, Araçatuba, v. 6, n. 1, p. 78, jul. 2006.

[49] DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 out. 2008.

[50] “É sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA E DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza, mas não é imprescindível a instrução do feito, nem condição para julgamento de procedência da ação, pois são conhecidas as dificuldades para sua realização, por oposição do réu ou carência de recursos”. (REsp. 38451/MG Recurso Especial 1993/0024734-4, relator Ministro Ruy Rosado De Aguiar, órgão julgador T4 – Quarta Turma, data do julgamento 13/06/1994, data da publicação/fonte DJ 22/08/1994, p. 21266; LEXSTJ, v. 65, p. 235, v.m.).

[51] GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 152 e 157, dezembro 2006.

[52] OLIVEIRA, José Sebastião de, AZEREDO, Adelina. Aspectos da coisa julgada e seus efeitos em determinadas ações do direito de família brasileiro. *Universitária – Revista do Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba*, Araçatuba, v. 6, n. 1, p. 80, jul. 2006.

[53] PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 128.

[54] DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. *Revista brasileira de direito de família*, n. 1. São Paulo: IBDFAM, p. 19, abr/jun 1999.

[55] MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 291-301.

[56] No mesmo sentido SEREJO, Lourival. O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 545-547.

[57] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativização da coisa julgada material*. *Ajuris*, n. 83/33, p. 38-54.

[58] GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 157, dezembro 2006.

[59] ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, p. 11 e 27.

[60] TESHEINER, José Maria. Relativização da coisa julgada. *Revista do Ministério Público*, n. 47, p. 104.

[61] “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar literal disposição de lei; VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

[62] “Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – ilegitimidade das partes; IV – cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII – incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

[63] “Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

[64] Neste sentido WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 161, dezembro 2006.

[65] “Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I – da existência ou da inexistência de relação jurídica; II – da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

[66] “Art. 469. *Não fazem coisa julgada*: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – *a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença*; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”. (original sem os itálicos).

[67] GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 162-163, dezembro 2006.

[68] Consultem-se, dentre outros, os seguintes Recursos Especiais: **REsp. 826698/MS** Recurso Especial 2006/0039233-3, relator Ministra Nancy Andrichi, órgão julgador T3 – Terceira Turma, data do julgamento 06/05/2008, data da publicação/fonte DJe 23/05/2008; **REsp. 226436/PR** Recurso Especial 1999/0071498-9, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, órgão julgador T4 – Quarta Turma, data do julgamento 28/06/2001, data da publicação/fonte DJ 04/02/2002, p. 370; RBDF, v. 11, p. 73; RDR, v. 23, p. 354; RSTJ, v. 154, p. 403; **REsp. 427117/MS** Recurso Especial 2002/0044155-6, relator Ministro Castro Filho, órgão julgador T3 – Terceira Turma, data do julgamento 04/11/2003, data da publicação/fonte DJ 16/02/2004, p. 241; REVFOR, v. 375, p. 310; RSTJ, v. 179, p. 294; **REsp. 330172/RJ** Recurso Especial 2001/0066393-6, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, órgão julgador T4 – Quarta Turma, data do julgamento 18/12/2001, data da publicação/fonte DJ 22/04/2002, p. 213; RDTJRJ, v. 58, p. 98; RSTJ, v. 158, p. 409; **REsp. 4987/RJ** Recurso Especial 1990/0008966-2, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Órgão Julgador T4 – Quarta Turma, Data do Julgamento 04/06/1991, Data da Publicação/Fonte DJ 28/10/1991, p. 15259; JBCC, v. 185, p. 293; JBCC, v. 165, p. 293; LEXSTJ, v. 32, p. 159; REVJMG, v. 117, p. 302; REVJUR, v. 169, p. 45; REVPRO, v. 62, p. 336; RJM, v. 102, p. 61; RSTJ, v. 26, p. 378; **REsp. 194866/RS**; Recurso Especial 1998/0084082-6, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Órgão Julgador T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento 20/04/1999, Data da Publicação/Fonte DJ 14/06/1999, p. 188; JSTJ, v. 7, p. 295; RDR, v. 15, p. 280; RSTJ, v. 119, p. 348.

TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

URGENT JURISDICTIONAL CUSTODIES ON FAMILY RIGHTS

**José Sebastião de Oliveira
Juliana Maria Simão Somagin**

RESUMO

Inerentes e indispensáveis ao mundo moderno, as tutelas de urgência funcionam como o mecanismo necessário à prestação jurisdicional adequada, mormente em se tratando de Direito de Família. Seja pela tutela cautelar, seja pela antecipação da tutela, o fato é que temos disponibilizado, no ordenamento jurídico pátrio, uma gama de tutelas de urgência aptas a garantir, sobretudo, a especial proteção dispensada à família pelo texto Constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: TUTELA, URGÊNCIA, FAMÍLIA, CAUTELAR, ANTECIPAÇÃO.

ABSTRACT

Inherent and indispensable to the modern world, the urgent custodies work as the necessary mechanism to adequate jurisdictional rendering, mainly while Family Rights are concerned. Be it for the precautionary custody, be it for anticipation of the custody, the truth is there is a number of urgency custodies available at our native legislation that are able to guarantee, above all, the special protection to the family through the Brazilian Constitution.

KEYWORDS: CUSTODY, URGENCY, FAMILY, PRECAUTIONARY, ANTICIPATION

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro passa no momento por um período de grandes transformações e o que se constata é que no campo do direito infraconstitucional, em especial, no direito processual civil, temos as novas tutelas jurisdicionais, em especial, as tutelas de urgência.

Verifica-se que a Constituição Federal vigente, dá guarida a todas estas novidades jurídicas, com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo-o como fundamento maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A realidade é que com a globalização da economia mundial, a modernização da sociedade brasileira em termos de anseios e de comunicações, novas medidas jurídicas se fizeram necessárias, para atender os reclames dessa nova sociedade do início do Século XXI.

A simples prestação jurisdicional, perdeu totalmente o seu sentido, no contexto dessa modernidade, exige-se que ela seja mais efetiva, célere, e ao mesmo tempo, sem que haja prejuízo do atendimentos aos princípios gerais que regem o nosso direito adjetivo, ou seja, o contraditório, a ampla defesa, a proibição da ilicitude das provas, do devido processo legal, do acesso à justiça etc.

Assim, a família como uma célula-mater da nossa sociedade moderna, identificada na Constituição como Entidade Familiar, também tem os seus componentes, os anseios e as suas necessidades, para que se possa manter, como um elemento fundamental, na continuidade da perpetuação da espécie humana, no contexto de harmonia e de paz social.

Dessa forma, este estudo dirige-se para o campo do direito família na modernidade, como também das tutelas jurisdicionais que a protegem, visando lhe assegurar uma prestação jurisdicional que efetivamente atenda os seus verdadeiros anseios e pode-se afirmar que, estão nesta direção exatamente as tutelas de urgência, nas modalidades de tutela cautelar e antecipada previstas no Direito Processual Civil brasileiro.

Iniciou-se o presente artigo com a análise da família e do direito de família, e posteriormente dedicou-se a uma análise das *tutelas de urgência*, indispensáveis ao mundo moderno, por sua vez célere, cujos conflitos de interesses na área da família, clamam por provimento jurisdicional em tempo hábil.

Passou-se, assim, à *tutela cautelar*, fundamentada no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição e tendente a afastar o perigo de dano para, em um segundo momento, estudar a *tutela antecipada*, também direcionada a prestar o bem da vida mais rapidamente; contudo, sem a necessidade da tutela cautelar, cuja natureza visa preservar o direito para futura propositura de ação.

Da análise das tutelas de urgência no Direito de Família, inicialmente fora considerada a especial proteção dedicada pela Constituição Federal de 1988 à família. Essa mesma família que, quando envolvido pelo conflito de interesses, busca do Poder Judiciário uma resposta que, proferida em tempo hábil, se revela, ao menos tecnicamente, adequada.

Por fim, passou-se à análise de cada qual das tutelas de urgência prevista no ordenamento jurídico pátrio, teria aplicabilidade nos Institutos do Direito de Família.

2. A FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA NESTE INÍCIO DO SÉCULO XXI.

Propondo este trabalho uma análise sobre a evolução das medidas protetivas no campo do direito processual civil direcionado para a família, faz-se mister apresentar a evolução da família e a sua atual constituição neste início de século.

2.1.A importância da família, como entidade familiar.

A questão da indagação da origem da espécie humana, que redundará refletir na origem e evolução da própria família, ainda é um tema tormentoso tanto para historiadores, como para sociólogos, economistas e juristas; pois o ser humano nasce no seio dela, como uma verdadeira semente que está predestinada a um futuro germinamento, visando a perpetuação da espécie, recebe a sua proteção desde a mais tenra idade, fato fundamental para sua própria subsistência inicial e sua existência futura, e quando atinge sua maioridade, constitui uma nova família, através da união de dois sexos opostos, sem romper com os vínculos de sua família originária[1].

A realidade é que o ser humano é um ente frágil, que não sobreviveria sem o apoio do seu grupo familiar, por ser ele em si mesmo imperfeito, na vida em sociedade, conforme muito bem observa Fernando Fueyo, citado por Antonio Chaves[2].

Sem sombra de dúvidas de que a família dentro da sociedade humana, destaca-se para o homem como o seu mais importante elo no relacionamento social, pois é no seio dela que ele surge, recebe a proteção indispensável para a continuidade da vida, e se prepara para os embates que o futuro lhe aguarda em termos de subsistência, evolução pessoal e material que a humanidade busca sem cessar, como fator de seu desenvolvimento e progresso contínuo[3].

Nenhuma dúvida existe de que, em termos de organismo social, é a família a mais antiga, portanto sempre existiu, a partir do primeiro momento em que passou a existir o primeiro homem no seu exemplo mais rudimentar que se tem conhecimento na face da terra, e é no seu seio que ocorreu, ocorre e continuará ocorrendo, a maravilha da reprodução de uma das mais importantes espécies que ocupam o planeta terra, ou seja, a espécie humana, a única dotada de inteligência.

Não obstante já ter se passado alguns milhares de anos, da existência dos primeiros homens mais primitivos na face do nosso planeta, fato que demonstra que a família passou por um longo processo ininterrupto de transformações no caminho de sua evolução, no entanto ela ainda existe até hoje e continua sem cessar o seu processo evolutivo, como o meio mais seguro, natural e normal da reprodução e conservação da espécie humana.

A sua importância, reluz por existir e subsistir em todos os quadrantes de nosso planeta, desde as regiões mais inóspitas até as consideradas como centros de excelência em termos de qualidade de vida, do nosso mundo civilizado, apenas sofrendo as variações quanto as suas formas constitutivas em termos de estrutura, decorrendo isso, do maior ou menor grau de aculturação do povo que habita a região em que for submetida a um análise.

A família se relaciona e interage com a sociedade, atendendo-a em suas principais “necessidades estas identificadas como de ordem sexual, reprodutiva, educacional, social, econômica, política, espiritual e psicológica, abrangendo, assim todas as esferas da vida do indivíduo na organização social”.

A entidade familiar é fundamental em termos de sustentabilidade das boas relações entre os indivíduos que compõem a comunidade ou agrupamentos, no sentido de se manter a paz e a harmonia de forma duradoura entre eles[4], e ter condições de propiciar os elementos indispensáveis para o funcionamento do sistema produtivo indispensável para a continuidade da vida em sociedade, na concepção materialista da história, qualidades essas que a tornou objeto de intensa investigação científica, a partir do século passado[5].

2.2 O Direito de família em transformação neste início do Século XXI.

O que se verifica pelas legislações modernas dos países mais adiantados e também dos emergentes, é que o Direito de Família, que tinha como eixo referencial, o patrimônio, abandonou esse posicionamento, de tal sorte que na modernidade, inclusive no Direito Civil brasileiro, o eixo central dos sistema jurídico foi direcionado para a pessoa, na perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, temos que o nosso Direito Civil, trata primeiramente, no seu Livro IV, Título I, do Direito Pessoal, para somente depois tratar, no Título II, Do Direito Patrimonial.

A constituição da família, hodiernamente, através do ato do casamento ou de outras uniões legais ou extra-legais, não se resume a apenas numa satisfação sexual a dois, e sim por intermédio do consenso, do amor, do respeito recíproco, e da harmonia, da paridade entre os dois sexos opostos ou de pelo menos um par de pessoas, que mantenham a identidade familiar e um relacionamento de unidade familiar.

Na verdade, em principio, como regra geral, é da união de pessoas heterossexuais, visando constituir família, que se caracteriza por ser um laboratório natural de fecundidade humana, portanto, muito superior aos locais de fecundidades *in vitro* ou de possíveis futuras clonagens de seres humanos, local mais que perfeito, donde a prole que representa o futuro da humanidade; recebem os primeiros ensinamentos de comportamento social, que vão lapidá-la de modo indelével, com importantes consequências para sua personalidade, que marcam toda uma existência do ser humano na sua vida terrena.

No entanto, na modernidade, a constituição da família, também pode-se dar por diversas outras formas, permitidas e aceitáveis pelo Direito de Família moderno.

Assim, conclui-se, pois, que a família, como instituição social, é uma entidade anterior ao Estado, como nação politicamente organizada, anterior à própria religião, e também anterior, ao direito que hoje a regulamenta, que resistiu a todas a transformações que sofreu a humanidade, quer de ordem consuetudinárias, econômicas, sociais, científicas ou culturais, através da história da civilização, sobrevivendo praticamente incólume, desde os idos tempos que passou a existir na sua estrutura mais simples, certamente de

forma involuntária e natural, seguindo paulatinamente, na sua primordial função natural que é da conservação e perpetuação da espécie humana[6].

Na lição de Paulo Lobo (2009; p.02), a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, Inc. I, da CF), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo. Na expressão de um conhecimento do autor do século XX, “pode-se expressar o contraste de uma maneira clara dizendo que a unidade antiga sociedade era uma família como da sociedade é o indivíduo”.

Não resta a menor dúvida, que ela é uma instituição que se reveste de grande significação, por constituir o núcleo fundamental, no qual se apóia toda a nossa organização social contemporânea. É certo de que a Instituição da família, passa por transformações, como uma forma de sua própria revitalização, mas jamais ela se extinguirá, como grupo de coesão ligadas por laços de parentesco natural ou civil ou vínculo de afinidade familiar.

A sua história em termos de importância, abrange tanto no tempo como no espaço, a evolução da espécie humana, sendo o seu conhecimento, de suma importância, para a perfeita compreensão do estágio das civilizações passadas, das do presente e as do futuro. Temos “que a vida das sociedades futuras há de consistir na máxima solidariedade, junto ao máximo do individualismo possível, e a família realiza em parte os sentimentos que constituirão o modo de ser dessa vida futura da humanidade[7]”.

A civilista Maria Berenice Dias (2009; p.36) afirma, que procedeu o legislador constituinte de 1988, a um alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou a idéia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável (§ 3º. do art. 226, da CF) entre um homem e uma mulher.

Da mesma forma, nesse redimensionamento do vocábulo família, todo agrupamento de pessoas constituído por um dos pais com os seus filhos, nominado pela doutrina de relações monoparentais, também foi erigido à condição de entidade familiar.

Em sendo assim, foi abandonada aquela idéia fixa, de que entidade familiar, somente se constituiria, exclusivamente, por um par de pessoas heterossexuais, onde necessariamente, imperava a necessidade da procriação, como uma das imposições sociais na constituição da família, na atualidade.

Tem-se que o Direito de Família atual preocupa-se com a felicidade dos elementos integrantes de uma família, dentro de uma nova perspectiva de vida familiar.

O elemento patrimonial está em segundo plano. É, por isso que se diz que as relações familiares estão repersonalizadas, ou atomizadas pelo elemento afetividade, as famílias dependem deste elemento para garantirem o sucesso de sua felicidade e a manutenção de sua estabilidade neste início de Século XXI(1989,p.03)..

É dentro desse contexto, que neste trabalho se estudará, as medidas protetivas de cunho processual, visando demonstrar o quanto elas são importantes, visando garantir a paz

em sociedade, em termos de efetividade e de celeridade, da prestação jurisdicional, no seio de uma entidade familiar.

3.TUTELAS JURISDICIONAIS URGENTES

Temos que desde o primeiro momento em que passou a existir dois seres humanos na face do nosso planeta Terra, e se encontraram, para a convivência do dia-a-dia, tornou-se necessário a existir regras de comportamento e relacionamento entre eles.

No entanto, a proteção jurídica, na concepção atual, somente veio a existir milhares de anos depois da existência dos seres racionais em nosso planeta, fato público e notório, pela própria falta de aculturação humano, que somente veio a ocorrer após a evolução do conhecimento ao longo dos tempos.

Pelos estudos antropológicos, históricos, econômicos e jurídicos, sabe-se que as civilizações floresceram não mais que entre 2.500 a.C a 5.000 a.C., período onde surgiu a comunicação escrita, em especial as cuneiforme e que o direito sistematizado, por codificações rudimentares, somente apareceram na Mesopotâmia e na Índia, por intermédio dos Códigos de Hamurabi e Manu.

Aqui se faz necessário, ressaltar, James Casey (1989;p.18), quando afirma que Fustel de Coulange, ao estudar antiguidade, descobriu que Grécia e Roma, no seu estágio formativo, não eram compostas de cidadãos, mas de clãs. A família não era um mero refúgio privado, porém, uma corporação poderosa, ocupando o centro da vida pública, onde a gens era patrilinear.

Tem-se que os romanos foram um povo que se dedicou às realizações materiais e objetivas, emprestando ao direito um caráter de perenidade, e assim tiveram a felicidade de fixar normas que ainda hoje resistem ao tempo, devido a sua praticidade e utilidade e a sua tradição cultural.

Eduardo Melo de Mequita (2002;p.259), diz que :

Já existia a tutela cautelar no direito romano, não obstante só sido sistematizada no Século XX, após diversas conquistas científicas no plano das decisões e suas cargas de eficácia.(...)Entre as medidas urgentes, conhecidas no direito romano, estão as interdictas, como já se frisou, de caráter administrativas ou de política administrativa.(..)Além dos interditos, outras tantas poderiam ser citadas, como o caso da *missio in possessionem*, de *caucio damni infecti* e da *restitutio in integrum*.,entre outras.

No entanto, no Direito Romano, não se encontra, medidas processuais protetivas para a família, tendo-se em vista, que a família romana era chefiada pelo pater famílias, pessoa *sui iuris* e única detentora de capacidade jurídica, de modo que no direito quiritário, detinha o *ius vitae ac necis* em relação a qualquer membro de sua família (pessoas *sui iuris*).Assim, ele era o chefe político, o juiz e o sacerdote diante do seu grupo familiar.

Mutatis mutandis, o pater famílias era um verdadeiro imperador perante a sua própria família, pois não só tinha o domínio pessoal, como também o econômico e o espiritual acerca dos membros de sua família.

Certamente, em razão dessas considerações, ou seja, do poder absoluto, que o direito conferia ao chefe, praticamente quase nada se encontra, no Direito Romano, de medidas protetivas para a família ou de seus componentes familiares.

Somente após o Édito de Milão, subscrito pelo Imperador Constantino, no dominato, é que os romanos passaram a ter acesso livre aos ensinamentos do Cristianismo, que veio a permitir a religião Católica ser a oficial do Império (PESSOA;82), de tal modo que ao longo do tempo, formou-se a idéia de pessoa natural e esta a posteriori veio a integrar a ordem jurídica.

Assim, na perspectiva da fé cristã, todas as pessoas, eram seres humanos e como tal gozavam da mesma proteção de Deus, bastando que se convertessem a essa fé, dentro da sociedade daquela época.

A realidade é que o direito romano apenas conheceu algumas medidas preventivas, mas não tinha uma visão autônoma do processo cautelar como forma especial de jurisdição, sendo certo de que foi na doutrina alemã que apareceram as primeiras tentativas de fixar uma concepção processual dessa modalidade de medida e a forma de estruturação de sua sistematização (2002;p.55)

A família, ao longo de sua história, sempre foi uma entidade, que se iniciou de forma dispersa, pois a própria poligamia levou para essa situação, depois acabou se concentrando sob o domínio de um chefe, fato permitido pelo sistema de família adotado no mundo ocidental, no sistema patriarcal de família, que na quase unanimidade, acabou por acatar a monogamia como forma de constituição de família.

Com a evolução das formas de constituição e dissolução das entidades familiares, ao longo do tempo, onde a união das pessoas que constituíam o agrupamento familiar, dava-se mais por afetividade do que pelo temor reverencial ao chefe de família, onde as pessoas adquiriram autonomia, vida própria e independente no seio de sua família, a harmonia e o respeito mútuo do agrupamento familiar concorreu para a diminuição dos conflitos familiares.

No entanto, mesmo com o abrandamento dos conflitos neste início de século, pela aculturação das pessoas, pelo processo de comunicação de massa, como o televisivo e pela informática, ainda eles existem em considerável número e exigem pronta resposta por parte dos representantes do Poder Judiciário.

Em razão do crescimento célere e desenfreado dos conflitos de interesses, próprios do mundo moderno, passou-se a exigir do Estado-juiz, responsável pela jurisdição, uma resposta mais célere do que aquela oferecida pelo procedimento ordinário, que, por sua vez, não se mostra efetivo frente a certas situações de direito substancial.

O que se depara é que de nada adianta, no atual Estado Democrático de Direito, a existência de inúmeros direitos, se a justiça é morosa e não haja instrumentos que permitam a efetividade desses direitos, pois Justiça tardia não pode ser Justiça.

Interessante, o posicionamento, de Mauro Capeletti (1988;P.31), quando sustenta que:

“O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que (1994, p. 4): “a proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massas, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelo procedimento ordinário”.

Além disso, ao se pensar em tempos mais contemporâneos ainda, a tutela dos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal de 1988, reclama, não raras vezes, por uma jurisdição premente, devendo a pessoa se socorrer, inevitavelmente, das “tutelas diferenciadas” (BEDAQUE, 2001), a fim de ver-se protegido por uma tutela que seja efetiva.

Isso porque, à luz do também constitucional princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça (. Art.5º inc.,XXXV, Constituição Federal de 1988), percebe-se a intenção do legislador em garantir a tutela de urgência, como método eficaz de distribuir justiça e garantir a paz social.

Esclareça-se, num aparte, que:

A ação de direito material não se confunde com a ação processual. A ação processual é o veículo civilizado que permite a realização da ação de direito material. Mas todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional, o que exige a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, isto é, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais. (MARINONI, 2000, p. 21).

Nesse mesmo sentido, as palavras de Jose Roberto dos Santos Bedaque, salientando que:

A grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada, portanto, à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. (2001, p. 15).

O mesmo autor ensina que:

A expressão *tutela jurisdicional diferenciada* pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo. (*Ibid*, 2001, p. 26).

Sendo assim, na ocasião em que a pessoa apresenta uma pretensão de direito material que clama por resposta urgente, o direito processual deve se mostrar capacitado a assim

proceder, utilizando, em casos tais, das tutelas de urgência, como instrumentos aptos a preservar a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 139) bem esclarece tal corolário, ao expressar:

A inserção de princípios processuais no bojo da Constituição Federal significa exatamente o propósito do constituinte em demonstrar a indissociabilidade entre o processo e o direito material, porquanto encarta, juntamente com os direitos e garantias fundamentais materialmente previstos, o instrumento a ser utilizado, como que alertando não poder este perder de vista àqueles.

Surgem, assim, no cenário processual contemporâneo, as tutelas de urgência, as quais, na definição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2000, p.1), compreendem:

[...] tanto a tutela cautelar em sentido estrito, regulada nos arts. 798 a 887, quanto a tutela antecipatória, objeto de consideração no art. 273 e respectivos parágrafos, assim como as tutelas ditas provisionais estabelecidas nos arts. 888 e 889 do Código de Processo Civil.

Destinadas a abarcar todas as medidas necessárias a evitar o risco de dano, caracterizam-se as tutelas de urgência, na visão de José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 157):

[...] não pela sumariedade da cognição, circunstância também presente em tutelas não cautelares, mas pelo *periculum in mora*. Analisa-se a situação substancial e verifica-se a necessidade de proteção imediata, em sede cautelar, ante a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário para entrega da tutela final.

Em assim sendo, temos a jurisdição, que é realizada pelo Estado, pela cognição e pela execução, onde a composição da lide por intermédio do processo, só é conseguida após um certo tempo, no qual são praticados todos os atos permitidos pelo princípio da ampla defesa, fato que implica numa certa demora da prestação jurisdicional, e disso resulta a necessidade de soluções, mesmo que às vezes, parciais, visando proteger o bem da vida, buscado pelo autor da demanda. É neste particular, que faz sentido o poder de cautela do magistrado (2009;p.485).

3.1. TUTELA CAUTELAR

Tem-se que o processo cautelar corresponde a uma terceira forma de atuação da jurisdição, de modo que ele simultaneamente tem as funções do processo de conhecimento e de execução. No entanto, a sua marca é que não tem o condão de ser satisfativo em termos de provimento jurisdicional.

Nesse sentido, é a doutrina de Sérgio Seiji Shimura (1997;p.31), de que:

As cautelares não são por si mesmas um fim, mas um meio idôneo para que a providência definitiva produza todos os seus efeitos úteis. Em outras palavras, são um instrumento, posto a serviço da providência final, preparando o terreno para assegurar a

eficácia da decisão definitiva. Entre a providência cautelar e a definitiva existe uma relação de instrumentalidade, instrumentalidade hipotética, já que a providência cautelar é decretada com vistas à hipótese de a providência final ser favorável ao autor.

É certo de que as medidas cautelares, encontram respaldo no princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do Inc. XXXV, art. 5º. da Constituição Federal, tendo por finalidade, resguardar e proteger o resultado final e útil da própria atividade jurisdicional.

Freis Friede (1998, p. 29), por sua vez, assevera que a tutela cautelar:

[...] alude a uma forma de *jurisdição impropriamente considerada* (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma *lide de caráter meritório*. Por via de consequência, a sentença de cunho cautelar não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a *antecipar* os efeitos próprios da sentença da ação principal, salvo, em situações excepcionalíssimas, em que a proteção cautelar concedida – sempre por vias transversas – esvazia indiretamente (sem propender ostensivamente a esta finalidade) o conteúdo meritório da lide cognitiva.

É de se perceber, sem maiores esforços, que a tutela cautelar está intimamente ligada ao perigo de dano, visando, então, afastá-lo. É, assim, o *periculum in mora*, a característica essencial e a própria razão de existir dessa modalidade de tutela jurisdicional, aliado, ao *fumus boni iuris*.

3.2. TUTELA ANTECIPADA

Até o advento da Lei n.8.952/94, que introduziu a tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico, havia muita controvérsia, em termos doutrinárias, na distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada. Eram perfeitamente confundíveis, em decorrências de semelhanças que apresentavam, no entanto eram institutos diversos, com finalidades distintas, em que pese possuírem pontos em comuns e pontos de dessemelhança.

Utilizando-se, mais uma vez, da conceituação de Reis Friede (1998, p. 39), é possível estabelecer a afirmação de que a tutela antecipada

[...] alude necessariamente a uma jurisdição propriamente considerada (jurisdição de conhecimento) e a uma efetiva *lide* de natureza meritória. A tutela antecipatória ou *antecipação de tutela* é, portanto, sempre *satisfativa* do direito reclamado, especialmente quando este mesmo direito é evidenciável *prima facie* sem a necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional.

Utilizada como forma de se obter o bem da vida em tempo bem mais célere, a natureza jurídica da tutela antecipada, contudo, é deveras diferente da tutela cautelar,

especialmente pelo fato de inexistir a índole cautelar que tenha por objeto a preservação do direito reclamado para a futura possibilidade de exercício.

Tem-se que na modalidade de tutela de urgência, distintamente da tutela cautelar, satisfaz-se para proteger, e não simplesmente se acautela para possibilitar uma futura satisfação. Por palavras simples,, enquanto que na tutela antecipada corresponde a adiantamento de efeitos da sentença de mérito, na tutela cautelar limita-se a garantir a utilidade do processo principal, sendo, portanto, despida de satisfatividade.

Nesse diapasão, é a lição de William Santos Ferreira (2000;75), ao sustentar que:

Falar de antecipação de tutela é admissível desde que tutela seja concebida no seu sentido mais amplo de proteção efetiva(satisfativa), isto é, de tutela satisfativa.Neste sentido parece entender Nelson Nery Jr, conforme se observa em um trecho de sua exposição sobre o tema:” Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito....”.

Além dos requisitos comuns às tutelas de urgência, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, a tutela antecipada requer outros, pressupostos positivos: a)requerimento da parte interessada; b) a concessão total ou parcial dos efeitos do provimento final; c) a prova inequívoca do alegado e a verossimilhança da alegação; d)inexistência do perigo de irreversibilidade dos efeitos antecipados;

E ainda, temos os requisitos específicos: a) primeira hipótese: causa petendi específica – O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, Inc.I, do CPC; b) segunda hipótese: causa petendi específica- O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art.273, Inc.II, do CPC)

Antonio Darienso Martins (2007;p.107), comenta:

A tutela antecipada consiste na antecipação provisória, total ou parcial, dos efeitos da tutela, com a finalidade essencial de evitar danos ou prejuízos à parte, através do adiantamento da prestação jurisdicional, cuja prestação tem limitação à profundidade da cognição, ou seja,é concedida com base em cognição sumária ou superficial.tem limite temporal, seja ela a própria duração do processo, seja a fixada pelos critérios da finalidade ou da necessidade.

Considerados os apontamentos até agora dispensados à tutela cautelar e à tutela antecipada, é possível notar que, embora apresentem algumas características comuns, tais tutelas são distintas, principalmente se considerado o procedimento.

Também se valendo do critério de diferenciação, José Gilmar Bertolo e Ana Maria Ribeiro Bertolo (2005, p. 64) revelam que:

[...] Ao citar o artigo (796 CPC), vê-se uma das maiores diferenças entre cautelar e antecipação de tutela, qual seja, na tutela cautelar é imprescindível uma outra causa para amparar o direito acautelado, o que não acontece na antecipação da tutela, vez que a mesma é requerida na própria ação , sendo desnecessário a existência de outra causa para o seu pletio.

Por uma síntese, verifica-se que a tutela cautelar tem por escopo assegurar, prevenir e garantir o interesse jurídico no âmbito do direito processual, o qual encontra-se *sub judice*, numa ação principal, de modo que a concessão dessa tutela fica sempre na dependência do resultado deste feito, que ao final, poderá ser confirmado ou revogado. No que diz respeito à tutela antecipada, esta se satisfaz de imediato, e como se trata de um direito material, torna-se despicando outro processo, pois o pedido pode ser formulado dentro dos próprios autos da ação em curso.

4 ANÁLISE DE ALGUMAS TUTELAS DE URGÊNCIA DO CPC APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a família passou a ter especial proteção do Estado. Tanto que dedicou um Capítulo próprio, denominado de Da Família, da criança, do adolescente e do idoso; disciplinando-a nos arts. 226 *usque* 230, tendo afirmado ainda que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”[8]

Assistimos, então, na atualidade, à “constitucionalização do Direito de Família”, que “[...] representa a prova da modernidade dos contornos da família brasileira contemporânea, em sintonia com idêntico fenômeno em âmbito mundial.” (OLIVEIRA, 2002, p. 223).

Mais adiante um pouco, o mesmo autor ensina que tal constitucionalização do Direito de Família (2002, p. 225),

insere-se no contexto do Estado moderno, onde a base do ordenamento jurídico passa a ser, rigorosamente, a Constituição, em substituição aos códigos. Pela supremacia de suas disposições, a organicidade e unidade do ordenamento jurídico (afastando as antinomias) é obtida através da Constituição. Todas as normas infraconstitucionais devem estar em sintonia com o texto maior, sob pena de serem consideradas como ineficazes perante a nova ordem constitucional.

Mais que nunca, a família e, em consequência, a norma legal que a esse respeito discorre, clama por uma resposta do Estado-juiz que venha a contento e, mais que isso, em tempo hábil.

É sabido ser extremamente comum o conflito de interesses envolvendo questões familiares, seja entre marido e mulher, entre companheiros ou mesmo entre os pais e sua prole. A questão, contudo, é que, por mais que outras demandas sejam desgastantes, nada se compara àquela envolvendo entes de uma mesma família, envolvidos por laços de sentimento.

Além da disputa pelo interesse, que, por si só já causa trauma aos envolvidos, o abalo psicológico dos envolvidos numa lide familiar é deveras acentuado.

Também por esse motivo, o ordenamento jurídico viu-se obrigado a tratar do assunto das tutelas de urgência no Direito de Família com maior afinco. Some-se a isso o fato

do texto Constitucional revelar, expressamente, repita-se, a importância e a proteção incondicional dispensadas à família.

A família, como base da sociedade, clama do Estado-juiz o acesso a uma justiça que lhe ofereça em tempo razoável, a resposta efetiva àquela questão que lhe aflige. É nesse sentido que Rita de Cássia Correa de Vasconcelos ensina que:

A preocupação com a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional representam importante evolução no campo processual, pois houve épocas em que as construções teóricas não valorizavam o aspecto fundamental do processo, qual seja, sua função instrumental na realização da justiça. Felizmente, hoje, ante a necessidade de que esse ‘instrumento’ desempenhe a contento tal função, os processualistas empenham-se em buscar mecanismos que tornem viável uma resposta jurisdicional tempestiva, evitando que uma demora excessiva comprometa a efetividade da tutela. (2000, p. 78).

Sendo assim, com o objetivo primeiro de dar um pronunciamento judicial em tempo hábil, qualificando-se, assim, como tecnicamente adequado, as tutelas de urgência no Direito de Família vêm dotadas de finalidade inigualável.

Revelada a importância e a indispensabilidade das tutelas de urgência no âmbito das relações jurídicas de natureza familiar, necessária de faz a análise de cada qual das medidas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

4.1. SEQUESTRO

O Instituto do Sequestro, já era tratado pelo Direito Romano, pela *sequestratio*, sendo certo, de que sem as características atuais, os romanos já conheciam as medidas assecuratórias capazes de contornar situações de perigo de dano. Para fazer valer sua autoridade, o pretor romano, podia tomar medidas cautelatórias em favor do ofendido.

Esse Instituto está regulado pela lei processual civil, do art. 822 *usque* 825, de modo, que pode ser utilizado como medida incidental no curso da ação ou preparatória que antecede a ação principal.

Nota-se que o *fumus boni iuris* é acatado no interesse do autor da ação que visa preservar a titularidade ou posse do seu bem, objeto da lide. A medida cautelar pode ser pedida de forma autônoma, independentemente, do ajuizamento da ação principal, pois aquela está na direção de apenas proteger o objeto do litígio.

Já o *periculum in mora* fundamenta a obtenção da medida cautelar de sequestro, que ao ser concedida, tende a evitar o desvio do bem jurídico, sua deterioração ou até mesmo a sua ocultação dolosa, que evitaria futuramente o cumprimento de uma sentença.

A medida prevista no art. 822 do Código de Processo Civil de 1973, tem aplicação direta no Direito de Família quando aborda, no inciso III, a necessidade de decretação de sequestro dos bens do casal, quando um deles passa vender certos bens ou desviar para nome de terceiros, a título de desaparecer com os mesmos por intermédio de “testas de ferro”, fato comum, quando antecedem litígios familiares que levam a ações de separações ou divórcios judiciais litigiosos e de ações de nulidade ou anulação de casamento.

O seqüestro pode ser requerido em caráter preparatório de ação futura ou incidente, cujo fim se destina à preservação da existência de certo bem, objeto do litígio, entregando-o aos cuidados de um depositário, numa das formas do art. 824 do CPC.

4.2 BUSCA E APREENSÃO

O procedimento da busca e apreensão, tanto pode se dar, em relação à pessoas naturais com sobre coisas, supondo que eles se encontrem num certo e determinado lugar, indicado pelo autor da medida, de modo que deverá ser entregue a um depositário, que pode ser judicial ou uma outra pessoa natural, de confiança do juízo e até o próprio autor.

Segundo Humberto Teodoro Júnior, (2002;p.294) o conceito dessa medida é:

“busca é a procura, a cata, a pesquisa de uma coisa ou pessoa.É ato que não se esgota em si mesmo sua finalidade.Vem sempre ligado ao seu complemento, que é a apreensão da coisa buscada.Não separação ou autonomia entre os dois atos.”

A utilização da busca e apreensão (art.839 a 843, Código de Processo Civil de 1973) no Direito de Família, pode se verificar em diversas ocasiões, dentre elas, “[...] como medida acautelatória ou para satisfazer o cumprimento de decisões em ações de separação ou divórcio, guarda de filhos menores ou incapazes, regulamentação de visitas e, ainda, dissolução de uniões estáveis”. (VASCONCELOS, 2000, p. 107).

Assim sendo, como medida que poderá recair sobre menores e incapazes, a busca e apreensão reveste-se de caráter especificamente cautelar, oportunidade em que os pais, ou seus substitutos (tutores), litigam a respeito da guarda ou destituição do poder familiar na ação principal.

Desse mesmo entendimento compartilha Oliveira (2000, p. 115), ensinando que: “O autor estará habilitado à busca e apreensão satisfativa em caso de lhe ter sido injustamente arrebatada a guarda do menor ou incapaz, que mantinha de forma legítima, por força de alguma regra de lei, acordo ou sentença”.

Como adverte a já citada autora (2000, p. 106), contudo, “Há quem conteste, com razão, sua cautelaridade, porque pode ser intentada como medida satisfativa – bastando em si mesma – dispensando a propositura de ação posterior”, como no caso específico da mãe que detém a guarda exclusiva do filho menor, e o pai ao levá-lo no final de semana, como dias de visita, resolve não mais devolvê-lo por qualquer motivo..Consumada a busca e apreensão neste caso, torna-se despiciendo, o ajuizamento de uma ação visando garantir a guarda, pois ela já existe desde a consumação da separação do casal ou outro processo judicial,que confira esse direito(v.g. separaçãode corpos cumulada com pedido de guarda de filho menor)..

4.3 DOS ALIMENTOS

O Instituto dos Alimentos, previstos em nossa lei substantiva civil (art.1694 *usque* 1.710), art.22 do ECA, O Estatuto do Idoso (Lei n.10.741/2003, arts.11 e 14), em normas residuais da Lei de Alimentos (Lei n.5478/68) e outras normas dispersas, tem uma fundamental importância para a paz social no seio da família, pois é exatamente ele que permite a continuidade da vida harmoniosa no contexto do agrupamento familiar, em nossa sociedade brasileira.

Afirma, Paulo Lobo (2009, p.347):

Sob o ponto de vista da Constituição, a obrigação a alimentos funda-se no principio da solidariedade (art.3º, Inc. I), que se impõe à organização da sociedade brasileira.A família é a base da sociedade (art.226), o que torna seus efeitos jurídicos. (...) É jurídica, pois, a obrigação alimentar, fundada no principio normativo da solidariedade, seja na relação entre parentes, seja na relação familiar (cônjuges, companheiros)).O direito empresta-lhe tanta força que seu descumprimento enseja, inclusive, prisão civil (art. 5º, Inc.LXVII, da Constituição Federal.

Tem-se que a vida em comum, no que diz respeito a todas as pessoas que configuram uma entidade familiar, nem sempre é um mar de rosas, o que vale dizer, que também ela está sujeita a altos e baixos, em termos de relacionamento familiar, que fica submetido a inúmeras causas para sua continuidade: problemas psicológicos de seus membros, problemas educacionais, problemas financeiros etc.

Em razão do exposto, é muito comum, que venha a ocorrer em um determinado momento uma ruptura da vida conjugal familiar, geralmente com a saída de um dos pares do seu lar, principalmente, quanto for o que mantém a família, ou o que tem melhores condições financeiras de ganho e isso certamente resultará em um desarranjo econômico familiar, que poderá ser temporário ou definitivo, fato que ensejará um pedido amigável ou judicial de fixação de pensão alimentícia para quem necessita deles, enquanto perdurar aquela situação.

Dentro desse contexto, o cônjuge que fica com a guarda dos filhos é que terá de optar por uma das duas soluções, ou vai se separar em definitivo em relação ao outro consorte e neste caso poderá optar por buscar provisoriamente, alimentos provisionais e posteriormente, no prazo letal de 30 dias, previstos no art.806 do CPC, promover uma ação de separação judicial litigiosa, ou então, caso não tenha interesse em se separar e acha que aquela situação poderá ser revertido em um certo espaço de tempo, daí a melhor solução será optar apenas por promover uma Ação de alimentos, com fundamento no Código Civil e a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68).

Assim, se a intenção é a ruptura definitiva do casal, o ideal é buscar o resultado dos alimentos necessitados pela via dos alimentos provisionais.Considerado, dentre as tutelas de urgência, como a mais importante das medidas, o requerimento dos alimentos provisionais vem previsto nos arts. 852 a 854 do Código de Processo Civil de 1973. Diz-se poder ser considerada a mais importante das modalidades de tutela de urgência pelo fato de sua concessão estar diretamente relacionada à manutenção do bem maior do alimentando, qual seja, a sua própria vida.

Neste particular, leciona Yussef Cahali:

A todos aqueles a quem a lei assegura o direito de pedir alimentos, manutenção e sustento reconhece-se igualmente legitimidade ativa para reclamar provisão alimentar. (...) São casos de de alimentos provisionais como medida cautelar específica do arts. 852 do CPC: nas ações da sociedade conjugal, nas ações de revisão de cláusula de renúncia de pensão no acordo de separação consensual; nas ações ordinárias ajuizadas pelos filhos ilegítimos não reconhecidos.

Assim, os alimentos provisionais, são fixados em procedimento cautelar (*alimenta in litem*), regulados pela legislação processual civil, promovidos por quem tenha legitimidade *ad causam* para figurar no pólo ativo da relação jurídica processual, cabendo ao autor, atender aos pressupostos das medidas cautelares específicas do CPC: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

E, dentro do prazo dos 30 dias, após a concessão da medida cautelar dos alimentos provisionais, ter-se-á que propor o autor da cautelar, a ação principal, que se for o consorte abandonado, uma Ação de Separação Judicial Litigiosa, fundada no art. 1572 do CC., alegando grave violação dos deveres do casamento e a insuportabilidade da vida em comum para o casal.

No entanto, caso o cônjuge abandonado, opte por buscar uma reconciliação futuramente, a solução indicada, é a propositura de uma Ação de Alimentos, com pedido de antecipação de tutela.

Neste caso, temos os alimentos provisórios, que serão concedidos com fundamento no art. 4º da Lei 5.478/68, *ab initio*, quando o juiz despacha o processo e então no curso da ação, depois de efetivamente ter ocorrido a cessão da vida em comum do casal, de fato ou de direito por intermédio da separação judicial ou pelo divórcio.

Utilizando das palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2000, p. 83/84), é possível compreender que:

[...] a tutela diferenciada da Lei n. 5.478 exhibe feição nitidamente “executiva” na medida em que é concedida apenas a quem disponha de prova da relação de parentesco ou da obrigação de alimentar do devedor (art. 2º da Lei Especial), devendo o órgão judicial já no despacho inicial fixar os alimentos, sem maiores indagações (segundo o art. 4º da Lei Especial, o juiz só não o fará se o credor expressamente declarar que deles não necessita). Constata-se, assim, que o credor deve estar munido de um título inicial, a permitir imediata agressão ao patrimônio do devedor para satisfação prática do crédito alegado.

Diferentemente, dos alimentos provisionais, na ação especial de alimentos, temos que o primeiro pressuposto, ou seja, o *fumus boni iuris* já fica caracterizado pela própria ação, em razão da prova antecipadamente produzida e entranhada no feito no que diz

respeito a parentalidade ou ao vínculo conjugal; já o *periculum in mora* fica presumido, na hipótese em que não houve dispensa por parte do credor (art.2º da Lei 5478/68).

Acrescenta, ainda, Iara de Toledo Fernandes (1994, p. 147), que:

[...] havendo comprovação do vínculo parental, presente a obrigação alimentar decorrente das relações entre os cônjuges, o rito adequado é o especial da Lei de Alimentos – Lei n. 5.478/68. Na impossibilidade da prova escrita e imediata, seja do vínculo de parentesco, seja da relação conjugal, a ação de alimentos seguirá o procedimento comum ordinário, com a interposição da ação cautelar de alimentos provisionais antecedente ou incidente.

Mais recentemente, uma nova figura, foi acrescido ao Instituto dos Alimentos, por intermédio da Lei n.11.804/2008, que concede à gestante o direito de buscar alimentos durante a gravidez em face do suposto genitor do nascituro.

Sempre foi motivo de controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência, a concessão de alimentos em favor da mulher-gestante, em termos de obrigação alimentar desde a concepção, sendo certo de que a lei, no seu art. 2º, explicita as possíveis despesas da gestante, não constituindo essa enumeração, necessariamente *númerus clausus*.

Sendo certo, que nos casos de pedidos de alimentos gravídicos, se fará com mais necessidade a celeridade da prestação jurisdicional, onde as tutelas de urgência, serão certamente providenciais, pois uma má alimentação poderá resultar danos irreparáveis para o futuro ser que se encontra em plena formação.

Como é de conhecimento de todos, hoje tem-se a figura da “barriga-de aluguel” que corresponde, a uma mulher, que alugou o seu ventre para que ocorresse a gestação normal dos nove meses de um nascituro e fica aqui um questionamento: pode ela, que não é a mãe daquela futura criança, promover o pedido de alimentos gravídicos, em face dos seus contratantes, para quem iria suportar a gestação, em decorrência de a terem abandonada, em pleno desenvolvimento da gestação ?

A seguir os ditames da lei, verifica-se que o legislador conferiu a legitimidade para a gestante, e a mulher que suporta o contrato de aluguel de seu ventre, não resta a menor dúvida que é a gestante e caberá a ela oferecer uma saúde saudável para que a criança tenha o seu pleno desenvolvimento e venha a nascer com boa saúde, fato que a outorgaria, essa legitimidade.

Para finalizar, o que se pode afirmar, com segurança, é que o que se busca preservar, em qualquer situação, ou seja, utilizando-se de um ou de outro rito processual, é a manutenção da subsistência do alimentado, sob pena de ver perecido o seu bem maior, qual seja, a sua própria vida.

4.4 ARROLAMENTO DE BENS

A lei processual civil brasileira, ainda oferece a oportunidade, em termos de medida provisória, a um dos cônjuges, a possibilidade de apreender e descrever todos os bens do casal, pela via judicial, quando existir fundado receio de dilapidação do seu patrimônio por parte do outro consorte.

E, em sendo, uma ação preparatória de natureza provisória, a mesma está sujeito ao cumprimento da exigência do art. 806 do CPC, o seja, do ajuizamento da ação principal (v.g.,separação judicial litigiosa ou divórcio litigioso), no prazo dos 30 dias, da efetiva concessão da medida, sob pena de extinção da cautelar obtida, visando uma segurança jurídica em relação ao patrimônio do casal. Como ela é preparatória, exige-se a intervenção do representante do Ministério Público, nos termos do art.82, II, do CPC.,sob pena de nulidade do processo.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2000, p. 110/111) ressalta que é de suma importância no Direito de Família, a medida cautelar de arrolamento de bens, expondo que dela:

[...] se valem aqueles que têm interesse na conservação do patrimônio ameaçado de extravio ou dissipação, interesse que pode resultar de direito já constituído ou passível de declaração em ação própria (CPC, arts. 855 e 856).

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2000, p. 110/111) ressalta que é de suma importância no Direito de Família, a medida cautelar,em que pese ter algumas similitudes com o Instituto do Seqüestro, com este, a medida de Arrolamento de Bens, não se confunde, ou seja, em ambos busca-se a segurança jurídica, porém, no seqüestro, decreta-se ele, a pedido do interessado, quando houver disputa sobre a posse ou propriedade da coisa, móvel ou imóvel, em especial, quando o magistrado se convence da existência de receio de rixas ou danos em relação ao bem, nos termos do art. 822 CPC. Já o Arrolamento de bens, tem como pressuposto, a existência de fundado receio de extravio ou de dissipação de bens, nos termos do art. 855 CPC.

Vale ainda a pena, anotar, a doutrina de Yussef Cahali(2005,p.1086), sobre a distinção dos institutos, quando diz: pode-se concluir que ambas as medidas cautelares encerram o mesmo objetivo, com a diferença que o arrolamento de bens implica a sua indisponibilidade como medida preventiva.para que a dissipação ou extravio não se consume.o seqüestro atua diante do fato concreto.para que a dilapidação não prossiga.para impedir que o dissipante não continue a dilapidar ou a praticar atos com esse objetivo.

Conforme expõe Alice de Souza Birchall (2000, p. 127), iminentemente cautelar é o arrolamento de bens, advertindo, ainda, que o arrolamento

[...] não pode ser requerido em antecipação de tutela, porque não há como, através dele, se antecipar os efeitos do mérito da ação principal, que conterà ampla discussão sobre a titularidade e divisão dos bens. O que se pretende é apenas assegurar o resultado útil da ação principal.

Dá sua distinção do seqüestro, na medida em que esse pode ser mais abrangente que o arrolamento, ao permitir a concessão em sede de tutela antecipada.

4.5 POSSE EM NOME DO NASCITURO

Tem-se que nascituro é aquele ser que está na expectativa de nascer. Não obstante, assegurar o nosso Código Civil vigente, seus direitos desde a concepção (art. 2º CC), esse é ainda um Instituto onde a controvérsia é muito presente, aliás, diga-se de passagem, desde a antiguidade clássica.

Acerca do direito romano sobre nascituro, afirma Milciades M. de Sá Freire (1930; p.39) o que imperava era *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ipsius partus agitur* (considera-se nascituro já nascido quando se trata de proteger seus interesses), posicionamento da época do Imperador Justiniano (Digesto, 26 – De statu hom. 5.I, Lei 3 – De postumis, 6, 26).

Neste particular, Clovis Bevilacqua, citando Windschied, diz que: a doutrina romana é a seguinte: o feto no útero materno ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção”, ou seja, é a teoria da personalidade condicionada com vida, até hoje adotada pela nossa lei civil.

Medida prevista nos arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil vigente, a posse em nome do nascituro, como se pode depreender da própria nomenclatura, visa assegurar direitos de sucessão do ser humano já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno.

Alice de Souza Birchall (2000, p. 137/138) afirma que: “Embora possa conter finalidade cautelar – é preventiva, assegura direitos futuros –, não se vê na posse em nome do nascituro dependência a nenhum processo principal (de mérito)”.

A hipótese diz respeito ao caso de ocorrer a morte do autor de herança, que deixa a sua mulher grávida, que tanto pode ser a sua esposa, companheira ou até mesmo uma mulher com quem tinha relações íntimas eventuais. Basta que ela, ingresse na justiça, com um pedido declaratório da efetiva relação jurídica que possuía com o falecido e a realização do exame que comprove o seu estado de gravidez, com a realização da prova convincente de que o genitor do nascituro concebido é o autor da herança.

Diante dessa realidade comprovada, no referido feito, o magistrado por decisão, investirá a genitora do nascituro, na posse dos direitos que pertençam ao mesmo e em sendo ela pessoa incapaz, o Código Civil, no seu art. 1.778, já prevê que a autoridade do seu curador, estenderá automaticamente à pessoa e aos bens dos seus filhos, de sorte, que o curador dela será também o curador do nascituro e a posteriori, da sua pessoa quando do seu nascimento com vida.

Sendo assim, a mesma autora adverte que a posse em nome do nascituro é: “[...] tutela satisfativa urgente, já que encerra sua finalidade em si mesma, além de a sentença ter natureza mandamental.” (*Ibid*, 2000, p. 138).

A realidade é que a pessoa pode ter os seus direitos assegurados, mesmo que ainda não tenha nascido, basta estar comprovado a sua concepção por comprovação científica usual da biologia ou da medicina.

Na lição de Benedita Inês Lopes Chaves (2000;p.82), no domínio sucessório:

A lei admite a sucessão de nascituros, mas o nascimento deve ocorrer dentro dos 300 dias, o que significa que, mesmo sendo nascido do desenvolvimento de embrião já existente, não poderá suceder se o evento ocorrer fora desse prazo, após a abertura da sucessão.

No entanto, em se tratando de sucessão testamentária, o art. 1.717 do CC, admitem que podem receber a herança, tão-somente as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, não taxadas de incapazes pela lei civil, entre essas, evidentemente, inclui-se o nascituro.

E para os não concebidos, prescreve o art. 1.718 do CC, que não podem ser herdeiros, na sucessão testamentária, salvo se constar da cártula testamentária garantia de herança para a prole eventual, de pessoas pelo testador designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.

No mesmo sentido, Rita de Cássia de Vasconcelos (2000, p. 114) leciona que: “A posse em nome do nascituro, na verdade, não tem qualquer traço de cautelaridade e objetiva tão-somente a habilitação do nascituro no inventário daquele de quem é herdeiro”.

O que se constata, do exposto é que é uma medida típica cautelar de prevenção em relação a possíveis direitos futuros, de modo que é totalmente dispensável a propositura de uma ação principal e não se vislumbra a possibilidade de interposição de tutela antecipada, por ser incompatível com a natureza jurídica desta.

5.CONCLUSÃO

Neste início do Século XXI, temos que os Direitos Fundamentais encartados na Constituição levou o ser humano como fonte de todos os demais valores e com isso a preocupação de garantir os seus direitos tanto em nível de direito Constitucional como infraconstitucional, tomou uma outra dimensão perante o direito.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco no sentido da repersonalização, onde ficou claro de que os interesses que são tutelados, no Direito de Família são fundamentalmente voltados para a dignidade da pessoa humana, isto é, personalíssimos e portanto, indisponíveis, sem ser necessariamente de natureza patrimonializante e somente secundariamente, leva-se em conta os bens materiais da pessoa.

As relações jurídicas, no que diz respeito, aos interesses da família e de seus membros, demonstram ser uma das mais dinâmicas, e em virtude disso, em ocorrendo qualquer tipo de violação dos seus direitos, leva a uma imediata provocação da jurisdição, que é

o meio pelo qual o Estado presta a cognição e a execução, no sentido de atender os reclames do autor deduzidos em juízo.

A pronta prestação jurisdicional, por parte do Estado, em muitos casos, somente se viabiliza por intermédio das tutelas de urgência, que na atualidade, podem proporcionar um anteparo à burocracia e morosidade judicial em nosso País e no Direito de Família, elas são de grande importância.

Não obstante a doutrina, em determinadas ocasiões, mantém-se longe de atingir um consenso, especificamente quanto à natureza cautelar ou satisfativa da medida de urgência adotada, o fator de maior importância traduz-se na efetividade da prestação jurisdicional, que, por sua vez, revela-se a contento quando ditada em tempo hábil.

Indiscutível a acertada atitude do legislador infraconstitucional ao disponibilizar, no ordenamento processual pátrio, o vasto rol de medidas aptas a entregar o bem jurídico em tempo célere, visando a atender o anseio daqueles que batem às portas do Poder Judiciário visando buscar satisfação de uma pretensão deduzida em juízo.

Em sede de Direito de Família, referido bem jurídico, em não raras ocasiões, coincide com a própria vida de quem os reclama, fato inerente às ações de alimentos, principalmente as dirigidas para crianças, adolescentes e mais recentemente, para o nascituro, no caso dos alimentos gravídicos.

Na atualidade, não há como se pensar em solução do conflito, notadamente na área de Direito de Família, sem a utilização das tutelas de urgência, aptas a prestar a jurisdição com a especialidade que o tema requer, principalmente, quando se busca assegurar o resultado útil do processo, de modo que se atinja ao final da demanda, a obtenção do direito material ao seu titular.

A realidade é que a configuração de violação de direitos no seio da família, torna-se indispensável a utilização das tutelas de urgências nas mais diversas hipóteses, tanto no que diz respeito de se buscar a cautela, como no de satisfazer, de modo a antecipar a concessão do direito ou protegendo-o para se evitar o seu perecimento ou permitir que se torne inócua a decisão definitiva, ao longo do tempo.

Assim, conclui-se que o Estado oferece, na atualidade, por intermédio do princípio do acesso à justiça (art.5, Inc.XXXV, CF), aos operadores do direito, a oportunidade de se obter, para quem necessite a pronta prestação jurisdicional, por intermédio de um vasto rol de tutelas de urgência, na área do Direito de Família, que se encontram perfeitamente reguladas em nosso direito processual civil, possibilitando a prestação jurisdicional, no exato momento da real necessidade.

6.REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BERTOLO, José Gilmar; BERTOLO, Ana Maria Ribeiro. **Tutela Antecipada: origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro**. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

BEVILAQUA, Clovis. Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed., Rio de Janeiro: Atualizada por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas Urgentes de Família no Código de Processo Civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). Novos Rumos do Direito de Família. In: **O direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Divorcio e Separação. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASEY, James. **A História da Família**. São Paulo: Ática, 1989.

DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Iara de Toledo. **Alimentos Provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Willian Santos. **Tutela Antecipada no Âmbito Recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREIRE, Milciades Mario de Sã. Manual do Código Civil Brasileiro (parte geral). Das pessoas e dos bens. v. II, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Editor, 1930.

FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MARTINS, Antonio Darienso. **Investigação de Paternidade & Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Curitiba: Juruá, 2007.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A Tutela de Urgência e o Direito de Família**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A Antecipação da Tutela dos Alimentos Provisórios e Provisionais Cumulados à Ação de Investigação de Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PESSOA, Eduardo. **História do Direito Romano**. São Paulo: Habeas Editor, 2001.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto Cautelar**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 2002.

_____; **Curso de Direito Processual Civil**. 44.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Tutela de Urgência nas Uniões Estáveis**. Curitiba: Juruá, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

[1] Cf. GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de família, v.I*, Rio de Janeiro, Officina Graphica Villas Boas & Cia., 1929, p.21, que diz : “O homem ao nascer se acha preso pelas relações de família, visto que pelo fato de nascer cria direitos e obrigações para com os seus progenitores. Assim, nascendo o indivíduo tem uma família e nela figura numa posição secundária e temporária até a maioridade. A família, verdadeira fonte de seus mais importantes direitos, tem su desenvolvimento pela ordem natural das coisas. Assim é que, procedendo constitue, com os filhos, pequenas parcelas de famílias, que, por sua vez, vão organizando novas famílias, desenvolvendo-as e multiplicando-se.”

[2] FUYO, Fernando, apud CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito civil, Direito de família*, 2^a ed., v.V, t.I, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp.18-19, que pontifica: “Um só ser é incapaz de reproduzir e perpetuar a espécie. Exige um indivíduo do sexo oposto. A idade, por outro lado, é óbice para a obtenção de coisas elementares nos primeiros anos do indivíduo, desde o nascimento e lactância, até a infância, a puerícia e mesmo a adolescência. Para superar tais deficiências, não é próprio nem conveniente procurar de qualquer modo a outra metade sexual em forma de faltar-lhe o sentido de união estável e regida por sentimentos superiores; nem obter a criança, educação e estabelecimento do novo ser por concorrência de estranhos, aos quais faltará naturalmente a compreensão e a ternura. Essas funções exigem um organismo natural,

próximo, íntimo, afetivo. Este organismo adequado, capaz de salvar as deficiências naturais do ser humano ... é a família.”

[3] Cf. LIMA, Alceu Amoroso. *A família no mundo moderno*, Rio de Janeiro, Agir Editora, 1960, p. 26, que diz: “A família não é um fruto da sociedade. É a semente da sociedade. (...) Há, pois, uma subordinação global da sociedade inteira e de todos os seus grupos e membros componentes à família, por ser o grupo fundamental, o grupo inicial, o grupo medida de todos os grupos. Todos os demais grupos sociais - a escola, a empresa econômica, a nação e o Estado, a comunidade internacional, a própria Igreja (...), todos dependem da família, pois é a esta que lhes fornece o elemento sem o qual nenhum deles existiria: o homem.”

[4] SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*, São Paulo, Livro XIX, Biblioteca de Cultura Cristã, Editora das Américas S/A, 1964, cap. XVI, p.15, que apregoa: “A família humana constitui o início e o elemento essencial da sociedade. Qualquer início tende para um fim da mesma natureza, e qualquer elemento tende para a perfeição do conjunto de que esse elemento é parte. É evidente, por isso mesmo, que a paz na sociedade deve depender da paz na família e que a ordem e a harmonia dos governantes e dos governados brotam diretamente da ordem e da harmonia que nascem da direção criativa e da resposta que nascem da direção criativa e da resposta proporcionada no seio da família.”

[5] Cf. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado, Prefácio da 1ª ed., de 1884*, trad. de Abguar Bastos, Editorial Calvino Ltda., 1.944, p.12., que assim se manifesta sobre a importância da família na questão da produção: “ (...)os elementos determinantes na história são a produção e a reprodução da vida imediata. Por sua vez, esta é de duas espécies. De um lado, produção dos meios de existência de objetos servindo à nutrição, vestimento, moradia e utensílios que eles exigem; de outro lado, produção de seres humanos, propagação da espécie. **As instituições sociais, sob as quais vivem os homens de uma época qualquer e de qualquer país são condicionados por duas formas de produção: pelo estado de evolução em que se encontram, de um lado; o trabalho, e de outro, a família.**”

[6] Cf. GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de família,...*, cit., p.28, que diz: “ Não pode haver família perfeita senão aquela em que o homem e a mulher vivam numa perfeita igualdade de direitos e de consideração moral: só assim podem existir o amor e a harmonia conjugal, elementos indispensáveis na constituição e educação de uma família, digna desse nome. A união dos sexos não é somente um ato de necessidade para o homem e para a mulher, mas, a imperiosa conservação do gênero humano. E esta união de sexos, conforme os preceitos e regras estabelecidos pela sociedade é o que se chama casamento.”

[7] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de família*, 33ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.1, que pontifica: “Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.”

[8] Art. 226, *caput*; da CF/88.

**PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA: JUSTIFICAÇÃO PELO BINÔMIO
INCLUSÃO DOS INTERESSADOS – PROMOÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**CRIMINAL PROCEDURE AND DEMOCRACY: JUSTIFICATION BY THE
BINOMINAL INCLUSION OF THE RECIPIENT-PROMOTION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Leonardo Augusto Marinho Marques
Christiano Rodrigo Gomes de Freitas**

RESUMO

O Código de Processo Penal se sustenta no binômio eficiência-garantia, o que restou reforçado pelas recentes reformas legislativas, representando um modelo que ao mesmo tempo asseguraria a coerção penal e a proteção contra arbítrios, mas está, na verdade, acarretando a exclusão dos destinatários e a mitigação, e muitas vezes violação, dos direitos fundamentais. A manutenção desse critério se dá, por certo, pela manutenção de uma mentalidade inquisitória que vê na repressão e na punição máximas a única resposta estatal à criminalidade. Entretanto, o Estado Democrático de Direito demanda a inclusão dos interessados e a promoção dos direitos fundamentais, binômio inclusão-promoção, possíveis através do Processo, enquanto instituto garantidor, composto por princípios constitucionais que condicionam e legitimam o procedimento e a jurisdição.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PROCESSO PENAL. INCLUSÃO DOS INTERESSADOS. PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The Code of Criminal Procedure is sustained in the binominal efficiency-guarantee, which was reinforced by recent legislative reforms, representing a model that at the same time would ensure the criminal coercion and the protection against state violence, but is, in fact, resulting in the exclusion of the recipient and the mitigation, and often violation, of fundamental rights. Maintaining this criterion is due to an inquisitive mind that sees in the maximum repression and punishment the only state response towards criminality. However, the Democratic State of Law demands the inclusion of the recipient and the promotion of fundamental rights, binominal inclusion-promotion, possible through the due process of law (Process), as a guarantor institution, composed of constitutional principles which determines and legitimizes the procedure and the jurisdiction.

KEYWORDS: DEMOCRATIC STATE OF LAW. CRIMINAL PROCEDURE. INCLUSION OF THE RECIPIENT. PROMOTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao acolher textualmente direitos fundamentais, ao enunciar que todo o poder emana do povo e ao propor um Estado Democrático de Direito, nos obriga a repensar o nosso sistema processual penal, de base notoriamente antidemocrática, porque inspirada na reforma legislativa comandada na Itália, por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Benito Mussolini[1], e também por preservar características essenciais do método inquisitivo, como por exemplo a gestão da prova nas mãos do juiz, a iniciativa acusatória do juiz e a política de defesa social em detrimento da tutela dos direitos fundamentais.

Nesse quadro conflitante de Constituição democrática e legislação processual penal autoritária é que se propõe pensar os fundamentos do processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito.

Essa análise passa necessariamente pela superação do binômio eficiência-garantia que orientou a elaboração do Código de Processo Penal[2] e ainda orienta as recentes reformas processuais-penais, numa clara demonstração de que nada mudou, apesar da nova ordem constitucional inaugurada há mais de vinte anos.

Será possível verificarmos que a manutenção do *status quo* inquisitivo se deve, em muito, pela própria conservação de uma mentalidade inquisitiva, que vê na repressão e na punição máximas, a única resposta estatal à criminalidade.

A superação desse modelo passa, invariavelmente, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, cujos postulados democráticos impõem o reconhecimento e a inclusão dos destinatários no processo de tomada de decisões estatais, com total respeito aos seus direitos fundamentais, a partir do que propomos um novo binômio: inclusão-promoção.

Com isso, dispositivos do Código de Processo Penal e de leis processuais-penais extravagantes que excluam a participação dos interessados e, em contrapartida, concentram poderes na pessoa de um juiz mítico devem ser abandonados, a exemplo da *mutatio libeli*[3] e da produção de provas de ofício pelo juiz, tanto na forma antecipada como no curso do procedimento.[4]

A superação do modelo inquisitivo nos levará a uma nova concepção de Processo, em cujas bases construiremos um modelo acusatório, único condizente com o Estado Democrático de Direito, devendo, para tanto, desenvolvermos uma nova consciência, também, acusatória, ou melhor, processual, pois como nos informa Karl Popper:

“As normas são feitas pelo homem no sentido de que não podemos censurar a ninguém por elas, nem à natureza nem a Deus, mas só a nós mesmos. Cabe-nos aperfeiçoá-las tanto quanto possamos, se acharmos que merecem objeções” (POPPER, 1998, p. 75)

As bases desse sistema que podemos chamar de acusatório-processual será o objeto de nossa análise que, já adiantando, importa na inclusão dos destinatários do provimento e no respeito aos direitos fundamentais, viável pelo instituto do Processo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O PROCESSO PENAL A PARTIR DA DICOTOMIA SEGURANÇA PÚBLICA E LIBERDADES INDIVIDUAIS (EFICIÊNCIA-GARANTIA)

A construção do processo penal brasileiro, supostamente comprometido com os ditames da Constituição brasileira, tem se dado a partir de uma alegada dicotomia sobre o qual ele atua e se desenvolve. Trata-se da segurança pública em contraste (se é que possível) com a liberdade individual.

Essa reflexão é importante, na medida em que políticas criminais são construídas nos limites desse mesmo binômio, muitas vezes tendendo para os extremos, a partir dos quais encontramos os movimentos de “lei e ordem”, de “direito penal do inimigo”, bem como “abolicionista”.

Trabalhando dentro, ou a partir, dessa dicotomia, ao colocar o processo em estrita relação com a pena e com a observância das regras do jogo, temos na doutrina brasileira AURY LOPES JR., para quem o processo penal é:

“Um caminho necessário para alcançar a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) a estrita observância de uma série de regras que compõem o devido processo penal.” (LOPES JR, 2003, p. 1)

Tal tensão nos é colocada, dentre outros, também por ALBERTO BINDER, afirmando que os sistemas processuais-penais são construídos a partir da síntese dialética eficiência-garantia.

Segundo referido autor argentino:

“Quem quiser construir um modelo processual deve responder ao duplo problema da eficiência e da garantia. Portanto, na construção desse modelo aparecerá um ponto de equilíbrio ou perfeição que se converte no ideal de sua construção e que consiste (em termos puramente formais) em uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana” (BINDER, 2003, p. 32)

Sob essas perspectivas, o processo penal estaria no centro dessa tensão, tendo, ao mesmo tempo, que assegurar o desempenho das atividades estatais e limitar qualquer arbítrio estatal, pelo que, segundo nossa conclusão dessa posição, a solução estaria em encontrar uma fórmula que harmonizasse o Estado do Direito e o Estado de Direito.[5]

Trazer essa conclusão para o processo penal representaria encontrar um modelo que ao mesmo tempo assegurasse a coerção penal e a proteção contra arbítrios.

As recentes reformas do Código de Processo Penal Brasileiro (Leis n. 11.689/2008, n. 11.690/2008 e n. 11.719/2008) também buscam uma composição desse binômio ao tentar compor “as exigências da acusação e da defesa”, como podemos depreender da exposição do Deputado Federal Ibrahim Abi - Ackel, relator do projeto de lei n. 4207/2001, que culminou na Lei 11.719/2008, conforme mensagem 213/01:

“O projeto de lei nº 4.207 modifica os procedimentos que disciplinam a instrução probatória, ao adotar princípios que modernizam o processo, especialmente no que diz respeito à celeridade, à defesa efetiva e ao sistema acusatório, e que podem ser assim resumidos: (...)

Visam, em conjunto, a modernizar o processo penal, dando-lhe celeridade compatível com as exigências da acusação e da defesa. Não suprime um só ato ou termo que interesse efetivamente à eficácia do desempenho de uma ou outra. Em suma, simplifica, atualiza, consagra no texto a lição da doutrina, já há tanto tempo convencida de que a economia de esforços e recursos adotada no projeto constitui segura contribuição para o melhor desempenho da Justiça Criminal” (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS 2009).

Essas razões, por certo, podem ser estendidas às demais leis reformadoras, na medida em que se verifica em todas a busca pela “contribuição para o melhor desempenho da Justiça Criminal”, que resume a tônica de todas as leis processuais-penais que se edita no país, sendo este melhor desempenho entendido como maior repressividade, como resposta ao aumento geométrico da criminalidade, principalmente a violenta, mas supostamente com uma preocupação em reforçar o sistema acusatório, parte do nosso projeto constitucional, ao se fazer certas “concessões” à defesa.

Entretanto, esse discurso alegadamente construído a partir da dicotomia eficiência-garantia em nada difere daquele que embasou o Código de Processo Penal, como podemos colher de sua exposição de motivos, elaborada em 8 de setembro de 1941, em plena ditadura do Estado Novo de Vargas (1937 a 1945).

A preocupação com a eficiência pode ser vista no ponto em que a Exposição afirma que a elaboração do Código de Processo Penal teve:

“o objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. (...) Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar em face do Estado, outras franquias o imunidades, além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração ” (BRASIL, 2009, p. 379-380)

E, completando o binômio, revela a preocupação com a garantia ao afirmar que:

“E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados.

Na medida em que não se afastou desse critério, que desde a elaboração do Código ampara toda a construção do processo penal no Brasil, fica fácil compreender a crítica feita por JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO quando ao tratar daquelas reformas afirma que “são mudanças para tudo permanecer como sempre esteve”, conduzido sob a égide do discurso fácil da celeridade, colocada para mascarar o punitivismo e a repressão. (COUTINHO, 2009, p. 222)

A manutenção desse critério se dá, por certo, pela manutenção de uma mentalidade inquisitória, fomentada pela grande mídia e por setores interessados na manutenção da ideologia vigente, para a qual toda e qualquer alteração na estrutura do processo penal deve significar maior repressão e punição, sendo a resposta primeira e última a qualquer violação da “ordem”.^[6]

Necessário, por tudo isso, (re) pensarmos o Processo e o seu papel no Estado Democrático de Direito, de modo a rompermos com o fascismo que ainda nos rege e implementarmos os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, para o que devemos, necessariamente, romper com aquele binômio.

O estabelecimento de uma relação de fim e meio entre a pena e o processo penal, ou deste a objetivos metajurídicos, limita o processo a uma simples estrutura ou, como se disse, um “caminho” para o Estado legitimamente impor a sanção, ou seja, exercer o seu poder punitivo, alcançada pela simples observância das “regras do jogo” ou da realização de fins entendidos relevantes pelo juiz, mantendo-se a jurisdição em posição privilegiada e acarretando a total imprevisibilidade das decisões.

Nesse sentido, desde já fica clara nossa posição, de que estamos longe de implementar o modelo constitucional de processo, comprometido com a construção do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CR/88), o que importaria a adoção de um sistema verdadeiramente acusatório-processual, uma vez que as reformas processuais-penais apenas reforçam o sistema inquisitivo vigente no país ao reforçarem a figura de um juiz gestor da prova e único apto a encontrar a verdade dos fatos e a verdade da norma, independentemente das partes.

Evidente que o desenvolvimento dessa compreensão passa pela (re)formulação da concepção de Processo, que não pode mais ser entendido como “relação jurídica” marcada, ontologicamente, pela idéia de subordinação das partes, com o juiz ocupando o topo da pirâmide, e agora visto também como instrumento nas mãos do juiz para o alcance de fins metajurídicos, tampouco de um processo guiado pelo princípio da necessidade e das regras do jogo, sob pena de não sairmos da ideologia acima refutada.

O Processo não pode de forma alguma ser entendido como ferramenta que possa acarretar a redução da legitimidade do poder do Estado, muitas vezes colocado como

verdadeiro entrave à realização da “Justiça”, mas como legitimador de qualquer atividade estatal.

E para essa (re)formulação é fundamental entender o papel desempenhado pela Constituição da República de 1988, com a previsão expressa das bases do Processo, trazendo os seus princípios institutivos, isto é, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado, a reserva legal, objeto da Teoria Geral do Processo, que representam referentes lógico-jurídicos para a construção do procedimento e para a regulação da jurisdição.

É inconcebível a concepção em termos bulowianos e goldschmidtianos de que ainda se valem, em completa desconsideração ao ganho teórico operado pela Constituição de 1988, a partir da qual devemos pensar o Processo e o seu papel na regulação do procedimento e da jurisdição, àquele condicionados e só por ele legitimados.

A abertura para um direito revelado pelo bom senso do juiz é violador de direitos fundamentais esculpidos no texto constitucional, pelo que algumas tentativas veem sendo apresentadas, preocupadas em construir uma alternativa à teoria do Processo como relação jurídica e à instrumentalidade, buscando na Constituição em vigor suas bases teóricas, ao que nos filiamos.

A preocupação de se construir um processo penal condizente com suas especificidades deve ter, portanto, na Constituição e no Processo, visto pelos seus princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da reserva legal e do direito ao advogado, o seu sustentáculo.

Somente a partir desses princípios constitucionais institutivos, poderemos pensar e construir um processo penal, com bases legitimadas na Constituição, bem como compreender o papel que desempenha na construção do Estado Democrático de Direito.

Se tomarmos outro caminho, cairemos no mesmo erro das ideologias das verdades absolutas, qual seja, a exclusão dos interessados na construção do provimento estatal, sujeitos a um poder mítico revelador do direito, do sentido único da norma, apreendido independentemente das partes e até mesmo à revelia delas.

2.2. A SUPERACÃO DO BINÔMIO EFICIÊNCIA-GARANTIA PARA REESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO PENAL NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A elaboração de um processo penal democrático e em atendimento às prescrições constitucionais deve incluir as partes no discurso e ter como finalidade precípua a realização, a efetivação, a promoção dos direitos fundamentais, com o que se estará implementando o Estado Democrático de Direito

Na lição de FRIEDRICH MULLER:

“(…) no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes ‘executantes’[‘ausführenden’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado *estrutura de legitimação*.”(MULLER, 1998, p. 60)

Por isso, seguindo essas lições, a democracia moderna avançada não se limita a uma técnica jurídica de elaboração e promulgação de textos de normas, mas no reconhecimento do povo como legitimador da totalidade do Estado, permitindo a manutenção da estrutura de legitimação que toda e qualquer atividade estatal demanda.

Na medida em que todo o poder emana do povo (CR, art. 1º, par. único), é certo concluirmos que toda e qualquer atividade estatal, principalmente aquela que interfere na situação do indivíduo, somente se legitima com a efetiva participação dos interessados.

E evidente que a atividade jurisdicional, sendo ato estatal, se prende a essa regra, sendo a única forma de seus provimentos serem dotados de legitimidade.[7]

Comungando com a posição que adotamos, no campo específico do processo penal temos GERALDO PRADO, para quem:

“A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao espaço de técnicas que imunizam o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.” (PRADO, 2006, p. 35-36)

Essa perspectiva não comporta a idéia de um processo penal a partir da síntese do binômio eficiência-segurança, uma vez que essa síntese leva, necessariamente, a uma desconsideração, ou falsa consideração, dos interessados na construção do provimento, diante de sua matriz repressiva, como demonstrado acima mais condizente com um sistema inquisitório.

E além dessa inclusão dos interessados, visto como todo aquele que pode sofrer os efeitos da decisão[8], decorrente da democracia, o Processo se ocuparia também da proteção e eficácia dos direitos fundamentais, por força do Estado de Direito.

Isso porque, repetimos, não podemos desconsiderar o ganho teórico para o Processo obtido com a recepção dos direitos fundamentais pela Constituição da República de 1988, com os quais possui conexão imediata e inexorável.

Nesse prisma temos a lição de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO no sentido de que:

“O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não venha acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor, quando existem garantias que as tornem eficazes.” (BARACHO, 12008, p. 53)

Assim, o Processo aparece como garantia constitucional, instituído por princípios constitucionais, incumbido de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais.

Fácil compreender que a eficácia dos direitos fundamentais se dá pela sua aplicabilidade concreta, ou ficariam restritos ao texto, que somente é possível pelo Processo, enquanto garantia.

Resta, portanto, superada a separação entre processo civil, penal, trabalhista, administrativo, legislativo, dentre outros, passando, com a Constituição da República de 1988, a configurar-se um instituto garantidor, formado por princípios eleitos pela norma constitucional, que orientarão a atividade jurisdicional e a estruturação do procedimento.

É essa a lição que colhemos de ROSEMIRO PEREIRA LEAL ao postular que:

“Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia” (LEAL, 2008, p. 84-85).

Relevante, nesse momento, a compreensão de que a superação da idéia de distinção entre processo penal, civil, trabalhista, e outros, não implica na impossibilidade de na construção do procedimento e na regulação da jurisdição se atender a especificidades impostas pelo provimento pretendido e pelos direitos fundamentais a serem garantidos^[9].

O binômio que ora propomos, isto é, inclusão-promoção, pode ser encontrado na definição vanguardista de Processo encontrada em ROSEMIRO PEREIRA LEAL, que o tem como:

“conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.” (LEAL, 2008, p. 86).

Esse posicionamento nos afasta daqueles que limitam o chamado Processo Constitucional a uma simples releitura das normas processuais infraconstitucionais à luz dos princípios e das regras constitucionais, ou seja, um simples “proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição”, como quer ADA

PELLEGRINI GRINOVER (1990, p. 14-15), ou como “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, como vemos em CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (2006, p. 85).

O binômio inclusão-promoção, em substituição ao eficácia-garantia, revela-se mais condizente, portanto, com a noção de Processo inserido na Constituição e comprometido com o projeto nela existente.

Marca, portanto, o binômio inclusão-promoção presente no Processo a participação efetiva e paritária dos interessados na construção do provimento (inclusão), bem como a concretização, dos direitos fundamentais (promoção), isto é, assegurar o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional (promoção) e manejável pelos juridicamente legitimados (inclusão).

Nesse sistema proposto, o princípio do contraditório assume relevância, pois é exatamente ele que permitirá a participação dos destinatários em situação de paridade, além de condicionar a fundamentação da decisão judicial à conexão com os fatos debatidos e com provas realizadas pelas partes.

Daí não ser mais possível uma noção simplória de contraditório como a oportunidade de dizer e de contradizer, pois como ensina AROLDO PLÍNIO GONÇALVES:

“O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”. (GONÇALVES, 1992, p. 120)

Avança nesse ponto o professor ROSEMIRO PEREIRA LEAL que, reconhecendo a importância do princípio do contraditório, dá um salto teórico na concepção acima exposta e coloca a simétrica paridade de participação além da igual liberdade participativa para todos nos atos procedimentais, pelo que a isonomia se apresenta nas vertentes da isotopia (igualdade a partir do conteúdo da lei), isomenia (igualdade de todos de interpretar a lei) e isocrítica (igualdade de todos na transformação ou reconstrução da norma). (LEAL, 2008, p. 106-108)

Diante disso, afirma referido autor que:

“Por conseguinte, o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. Daí, o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. Conclui-se que o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes.” (LEAL, 2008, p. 97)

Tal característica por certo não é possível em um sistema processual-penal inquisitório, que prima pela confusão entre o acusador e o julgador, bem como pela gestão da prova nas mãos do juiz.

Necessário, ainda, que esse contraditório esteja conectado indissociavelmente à fundamentação das decisões, para que só assim possuam legitimidade, pois nada adiantaria a garantia de atuação dos interessados se o juiz pudesse desconsiderá-los quando da prolação da decisão.

Revelam-se, portanto, totalmente incompatíveis institutos presentes no Código de Processo Penal brasileiro como o inquérito policial[10], a *mutatio libeli*, a produção antecipada de provas de ofício, os recursos de ofício[11], a fonte de prova independente[12], dentre outros, sem falar em leis processuais extravagantes como a Lei de Crimes Hediondos[13], RDD[14], interceptação telefônica[15], e segue à infinidade.

O nível de inclusão e de promoção está diretamente ligado ao nível de democracia buscado, que alcançará a esfera máxima quando superarmos o modelo de processo penal de defesa social por um modelo de processo penal de garantia.

Em um Estado Democrático de Direito, no qual a inclusão dos interessados nas tomadas de decisões estatais e o respeito aos direitos fundamentais são condições de legitimidade de qualquer provimento, somente se pode admitir um sistema acusatório-processual, no qual o Processo se torna o núcleo.

Necessário para isso abandonarmos o sistema inquisitório que marca o processo penal brasileiro, bem como a cultura e a ideologia inquisitórias, marcadas pela fetichização da repressão, da punição máxima, e optarmos conscientemente por uma postura teórica acusatório-processual a nos conduzir à adoção de um sistema acusatório-processual de processo penal, permitindo a inclusão e a promoção, condicionadores e legitimadores de todo e qualquer provimento.

2.3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como se viu, pretendemos nas linhas acima um abandono dos critérios eficiência e garantia que, segundo verificamos, dão a tônica da construção do processo penal brasileiro, por entendermos incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Como alternativa, sugerimos os critérios de inclusão dos interessados e de promoção dos direitos fundamentais na reestruturação do processo penal, estes sim compatíveis com o Estado Democrático de Direitos e implementáveis pelo Processo enquanto instituto garantidor.

Fundamental, portanto, para exata compreensão e avaliação da nossa proposta, colocarmos, em breves linhas, nossa compreensão de Estado Democrático de Direito, que muito se fala e ouve, mas pouco se explica.

Apurou-se em RONALDO BRETAS DE CARVALHO DIAS que a teoria do Estado de Direito se formou dentro da ciência política e da teoria do Estado, com a obra de Robert Von Mohl, quando este se valeu daquela expressão em sua obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (título traduzido como *A ciência policial segundo os princípios do Estado de Direito*), publicada entre 1832 a 1834, esclarecendo que a doutrina alemã o idealizou como alternativa ao Estado Policial, no qual se governaria segundo a vontade racional geral, entendido, assim, como o “Estado da Razão”[16]. (DIAS, 2004, p. 94).

Vemos, portanto, que o Estado de Direito é marcado em sua origem pela preocupação de regular a atividade estatal a se evitar qualquer tipo de violação do indivíduo, o que se alcançaria pelo predomínio da lei, a partir do que podemos verificar que se apóia, principalmente, no império da lei e no enunciado dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos.

A esse Estado de Direito se liga o Estado Democrático, como nos informa CANOTILHO, segundo o qual:

“tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de Direito”; “tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas”. (CANOTILHO, 2003, p. 227)

A compreensão do Estado Democrático implica no povo enquanto única fonte de legitimação do exercício do poder, em nome de quem é exercido, colocado, constitucionalmente, dentro da estrutura de legitimação de que tratamos.

Possível, diante desses ensinamentos, depurarmos a exata compreensão do Estado Democrático de Direito, diante do qual estamos compelidos, frente a nossa opção constitucional, a conformar nosso ordenamento jurídico.

Encontramos, assim, no Estado Democrático de Direito, a necessidade de observância estrita dos direitos fundamentais pelo Estado, bem como a atuação dos interessados na “estrutura de legitimação” de seus atos, como resulta da articulação constitucional dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito.

Por certo, essa nova configuração implica na reformulação de nossos institutos jurídicos, notadamente do Processo, na medida em que será o principal garantidor e promotor desse Estado Constitucional, assegurando a realização concreta dos direitos fundamentais, indo, assim, para além do texto.

Como leciona JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO:

“A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O

objetivo da garantia é a realização efetivas dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico-fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional.” (BARACHO, 2008, p. 54)

Daí ser possível concluirmos, quase que num juízo de correlação, que o processo penal somente se sustenta no binômio inclusão-promoção, a corresponder com as bases do Estado Democrático de Direito, alicerce, portanto, de todo o sistema processual brasileiro, como propomos.

Resta, diante disso, comprovada a compatibilidade entre nossa proposta e o modelo de Estado constitucional que temos, mas cuja implementação ainda está a ser buscada, no que o Processo realizará importe papel, por ser instituto garantidor dos direitos fundamentais manejável pela partes interessadas, sob as bases inclusão-promoção.

3. CONCLUSÃO

Após as observações feitas ao longo deste trabalho cremos possível entendermos a razão da manutenção de um código processual fascista em plena vigência de uma Constituição Democrática, qual seja, ainda se pensa o processo penal sob a perspectiva daquele binômio eficiência-garantia, amparado na ultrapassada distinção público-privado, que nada mais é do que representante de uma cultura inquisitória.

Do mesmo modo como não mais se sustenta a distinção público-privado por força do acolhimento dos direitos fundamentais no texto constitucional, reforçado pelas normas internacionais de mesmo conteúdo, não mais se sustenta o binômio eficiência-garantia que orienta o processo penal, inclusive as reformas recentes, como tivemos oportunidade de demonstrar.

A proposta da substituição desse binômio pelo inclusão-promoção está diretamente ligado à nova concepção de Processo à luz do Estado Democrático de Direito eleito constitucionalmente, defendida, como forma de implementar um processo de partes.

A preocupação de se construir um processo penal condizente com suas especificidades deve ter, portanto, na Constituição e no Processo, visto pelos seus princípios institutivos, a sua base, a partir do que se construirá um sistema acusatório-processual, representado pelo binômio inclusão-promoção.

Se tomarmos outro caminho, criando roupas novas para o processo penal a partir de escopos metajurídicos, cairemos no mesmo erro das ideologias das verdades absolutas, e na exclusão dos interessados na construção do provimento estatal, sujeitos a um poder mítico revelador do direito, do sentido único da norma, apreendido independentemente das partes e até mesmo à revelia delas.

Importante, destarte, elaborarmos um processo penal que inclua as partes no discurso e que tenha como finalidade precípua a realização, a efetivação dos direitos fundamentais,

com o que estaremos realizando o nosso projeto constitucional e construindo um processo verdadeiramente democrático e incluyente e, conseqüentemente, um sistema processual penal acusatório-processual.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In* Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4207 de 2001. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=26557. Acesso em 6 de abril de 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1942. Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINDER, Alberto M.. Introdução ao Direito Processual Penal. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. *In* Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Lide e Conteúdo do Processo Penal. Curitiba: Juruá, 1989.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo, *in* Novas Tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LEAL. Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos. Ed. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL. André Cordeiro. O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. I. Ed. 3ª. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

MULLER, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

POPPER, Karl R.. A Sociedade Aberta e Seus Inimigos. v.1. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

[1] Esta informação encontra-se presente na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, item II.

[2] A exposição de motivos do Código de Processo Penal, ao explicar a reforma vigente, declara o objetivo de conferir maior eficiência e energia à ação repressiva do Estado, de abolir a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

[3] Cf. artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal Brasileiro (Dec.Lei n. 3689/41).

[4] Cf. artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro (Dec.Lei n. 3689/41).

[5] Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, amparando-se das lições de Lowenstein e Simone Goyard-Fabre, no Estado do Direito primeiro há a preocupação com a manutenção da ordem posta, de modo a permitir o exercício das atividades estatais, enquanto no Estado de Direito busca-se garantir os indivíduos contra qualquer exercício arbitrário e abusivo do poder (DIAS, 2004, p. 32)

[6] No mesmo sentido Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Infelizmente, no entanto, é, no fundo, o anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, em que pese o espírito democrático (sincero) de muitos dos autores das idéias reformistas; e é por isso que o País continua assim: porque se reforma e se reforma para não mudar nada,

seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição.” (COUTINHO, 2009, p. 230). Ver também Geraldo Prado, para quem o obstáculo para transição para a democracia é sem dúvida nenhuma a impregnação de mentalidade inquisitória, para a qual toda e qualquer alteração na estrutura do processo penal deve significar o aperfeiçoamento do sistema punitivo. (PRADO, 2006, p. 63-64)

[7] Em André Cordeiro Leal teremos que “a justiça não é mais a do julgador, mas a do povo (fonte única do Direito) que a faz inserir em leis democraticamente elaboradas.” (LEAL, 2002, p. 102)

[8] Conforme doutrina de Elio Fazzalari, difundida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves em Técnica Processual e Teoria do Processo, Editora Aide, 1992, para quem o processo é espécie de procedimento em contraditório, entendido como a simétrica paridade das partes na construção do provimento.

[9] Entendimento buscado em Flaviane de Magalhães Barros, apesar de sua concepção de processo, diferentemente da exposta, se suportar em base procedimentalista. Para a autora, seguindo lições de Andolina e Vignera, o modelo único constitucional de Processo, formado pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da existência de um terceiro imparcial, se especifica pelos critérios da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, em razão dos direitos fundamentais a serem garantidos e do provimento pretendido, formando microsistemas. (BARROS, 2009, p. 333 a 336)

[10] Cf. artigo 14 do Código de Processo Penal Brasileiro (Dec.Lei n. 3689/41).

[11] Cf. artigos 564, inciso III, alínea “n”, 574 e 746 do Código de Processo Penal Brasileiro (Dec.Lei n. 3689/41).

[12] Cf. artigo 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro (Dec.Lei n. 3689/41).

[13] Cf. Lei 8072, de 25-7-90.

[14] Cf. Lei10792, de 1o – 12-2003.

[15] Cf. Lei 9296, de 24-7-1996.

[16] O entendimento sobre esse “Estado da Razão” é encontrado em Mario Lúcio Quintão Soares que afirma: “O Estado da Razão, assente na premissa de que a razão fundamenta a legislação positiva, deve respeitar a liberdade ética do homem tomado individualmente e reconhecer uma vinculação jurídica para seus próprios atos, visando a coincidir sua finalidade com os fins múltiplos dos indivíduos. Este Estado passa, então, a atuar de forma que cada indivíduo possa alcançar livremente os seus objetivos, numa situação de liberdade externa garantida.” (SOARES, 2000, p. 79-80)

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO
PROCESSO PENAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CONTRADITÓRIO,
DA AMPLA DEFESA E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS.**

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CITACIÓN POR HORA
DETERMINADA EN EL PROCESO PENAL: UN ESTUDIO A PARTIR DEL
CONTRADICTORIO, DE LA AMPLIA DEFENSA Y DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

**Nereu José Giacomolli
André Machado Maya**

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o instituto da citação por hora certa, introduzido no processo penal brasileiro através da Lei 11.719/08. Para isso, toma-se como ponto de partida a fundamentalidade das garantias do contraditório e da ampla defesa, tal como disciplinadas na Constituição Federal e, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos, que exigem, diante da indisponibilidade dos interesses em jogo na seara criminal, a prévia, efetiva e detalhada ciência do acusado acerca da acusação penal. A isso, acrescentamos o caráter cogente da Convenção Americana de Direitos Humanos, para, ao final, concluir pela incompatibilidade dessa nova forma de comunicação dos atos processuais com as regras protetivas dos direitos humanos previstas na Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO PENAL – CITAÇÃO – HORA CERTA -
CONTRADITÓRIO – AMPLA DEFESA.

RESUMEN

El presente trabajo se propone a investigar el instituto de la citación por hora determinada, introducido en el proceso penal brasileño por medio de la Ley 11.719/08. Para eso, empezamos la investigación con las garantías del contradictorio y de la amplia defensa, de acuerdo con la previsión en la Constitución Federal y, también, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que exigen, frente a la indisponibilidad de los intereses en juego en el ámbito criminal, la previa, efectiva y detallada comunicación al inculgado de la acusación penal. A eso, acrescentamos el carácter obligatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos, para, al final, concluir por la incompatibilidad de esa nueva forma de comunicación de los actos procesales en el proceso penal, frente a las reglas protectivas de los derechos humanos previstas en la Constitución Federal y en el Pacto de San José de la Costa Rica.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, deve ser compreendido como uma situação em contraditório formada a partir da dialética entre acusação e defesa, em um processo de partes, em que o juiz se posiciona como um terceiro equidistante, comprometido com a tutela dos direitos fundamentais previstos, tanto na Carta Constitucional, quanto nos tratados internacionais de direitos humanos. A compatibilização das regras processuais a esse paradigma democrático exige a superação da concepção da existência do processo penal unicamente para proteger os interesses do Estado, de fazer incidir o *ius puniendi*. Essa é uma perspectiva típica de um modelo de processo penal concebido em um Estado autoritário. O processo penal, em um Estado democrático concebe o indivíduo como sujeito de direitos, e não como simples objeto, motivo por que o processo penal passa a ser um instrumento de tutela de direitos, mormente do direito de liberdade.

Dentro desse contexto de *evolução na direção do garantismo*,^[1] identificado com o período do pós-guerra, vários diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos foram firmados conjuntamente por países engajados na busca pelo respeito aos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, dentre os quais sobressaem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992.^[2]

É a partir desse paradigma democrático e humanitário de processo penal, como instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, estruturado em uma dialética contraditória, que pretendemos analisar a validade da citação por hora certa no processo penal brasileiro, tal como instituída pela Lei 11.719/08, a qual alterou a redação do artigo 362 do Código de Processo Penal, determinando que, nos casos em que o oficial de justiça verificar estar o acusado se ocultando, a citação deverá ser feita nos moldes da prevista nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil.^[3] Diante disso, a citação por hora certa, no processo penal brasileiro, encontra validade constitucional? O presente artigo pretende responder a esse questionamento.

Com esse objetivo, iniciaremos a abordagem do tema pelo estudo do contraditório, para então, ao final, tecer algumas considerações sobre a citação por hora certa no processo penal brasileiro, sempre pautando a abordagem pelas diretrizes traçadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica.

2. A garantia constitucional do contraditório: Da idéia tradicional à contribuição de Fazzalari.

A noção de contraditório como garantia essencial ao processo penal, segundo Plínio Gonçalves, não é recente, sendo possível identificar, já em Jhering, referências à "justiça no processo" como um pressuposto da própria relação processual, que justificava-se pela necessidade de garantir a igualdade jurídica entre as partes.[4] Nesse contexto originário, a garantia do contraditório identificava-se, pois, com a simples atuação das partes no processo, ou com a mera possibilidade de participação destas.

Desde então, o desenvolvimento do conceito de contraditório orientou-se no sentido de uma dimensão mais ampla, passando a envolver duas diferentes dimensões, ou "dois tempos essenciais": informação e reação.[5] O primeiro deles, sempre necessário e imprescindível, referente ao direito de ser informado da acusação penal, a ponto de Lopes Jr. conceituar a garantia do contraditório como sendo, "essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, não pode haver segredo (antítese) para a defesa, sob pena de violação do contraditório."[6]

Por outro lado, o segundo momento de realização da garantia do contraditório diz respeito à possibilidade de reação das partes, incluindo-se aqui o direito de ser ouvido, de indicar provas e de impugnar as produzidas pelo adversário processual. Trata-se, segundo Plínio Gonçalves, de uma possibilidade que deve obrigatoriamente ser garantida às partes, embora o seu exercício constitua uma simples faculdade, sendo-lhes lícito optar por arcar com os ônus decorrentes da sua inércia.[7] Em se tratando de garantia, esclarece o citado autor, somente sob o ponto de vista do Estado pode ser considerada um dever, cujo descumprimento acarreta a invalidade do provimento jurisdicional futuro.

A essa compreensão de contraditório, refere-se Pacelli de Oliveira como sendo a "pedra fundamental de todo processo", pois, "como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo e equitativo*, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal."[8] Com efeito, aponta também nesse sentido a leitura da garantia do contraditório feita por Bacigalupo, que ao referir-se ao devido processo penal, conceitua-o como um conjunto de princípios de caráter supranacional, oriundos principalmente dos diplomas protetivos de direitos humanos firmados após a segunda guerra mundial, dentre os quais estão o direito de ser ouvido, o direito de ser informado da acusação, e o denominado *fair trial*, este último abrangente da garantia de *igualdad de armas*. [9]

Nesse contexto, insere-se a doutrina de Fazzalari, ao considerar o contraditório como elemento diferenciador do processo jurisdicional, espécie do gênero procedimento. Segundo leciona, procedimento é uma sequência de atos, regulados por uma série de normas, orientados a um provimento final, enquanto que processo é o procedimento realizado em contraditório, quando dele participam, além do juiz, os demais interessados no provimento final, que de alguma forma serão por ele atingidos e, por isso, figuram como seus destinatários.[10]

Essencialmente, o contraditório encontra correspondência no princípio *auditur et altera pars*, ou seja, na concepção de participação dialética das partes no processo, ou seja, na ação e reação, acusação e defesa, de afirmação e negação. Segundo Paolo Ferrua, o

contraditório reclama uma estrutura tríade, fundada na relação dialética entre as partes, diante de um juiz imparcial, sem que os direitos e garantias dele oriundos possam ser definidos *a priori* e nem serem fechadas.[11] É uma garantia de desenvolvimento válido de cada procedimento judicial, ou como afirma Grevi, é uma garantia objetiva de regularidade e correção na formação do convencimento do juiz e também subjetiva, de tutela dos direitos das partes, como um cânone imprescindível à obtenção de uma decisão justa.[12]

O contraditório, assim, se constitui como uma nota essencial e característica do processo, a exigir seja garantido, tanto ao Ministério Público, quanto ao acusado, idênticas possibilidades de participação na formação do provimento final. Na esteira dessa doutrina, afigura-se insuficiente a simples garantia de participação no processo, exigindo-se que o Estado assegure às partes iguais oportunidades de atuação em *intensidade* e *extensão*,[13] ou, segundo lição de Plínio Gonçalves, em "simétrica igualdade".[14] Daí porque Scarance Fernandes destaca que "não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares."[15]

A efetividade da garantia do contraditório no processo penal, assim, é erigida à condição de legitimidade do próprio provimento final exarado pelo Estado, em especial quando for ele condenatório.[16] Não por outro motivo, trata-se de garantia fundamental expressamente prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, e, como bem observado por Pacelli de Oliveira, constitui também um *método de conhecimento do caso penal*, a instituir "uma estrutura dialética de informações e negações (...) extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial".[17]

É assim, dentro desse contexto, que Lauria Tucci afirma a imprescindibilidade do contraditório - contraditoriedade - ao processo penal acusatório, como meio de assegurar a liberdade jurídica do acusado.[18]

3. A citação por hora certa no processo penal: Breve análise do artigo 362 do CPP.

A efetividade da garantia do contraditório, tido como característica distintiva dos processos no âmbito judicial, segundo a doutrina de Fazzalari,[19] passa necessariamente pela comunicação dos atos processuais às partes. Como visto no tópico anterior, é a partir da ciência da prática de um ato processual pela parte adversa, ou mesmo da existência de uma acusação penal, que os acusados em geral têm garantido o direito de reação, de defesa, daí porque Lopes Jr. afirma não ser mais possível "pensar a comunicação dos atos processuais de forma desconectada do contraditório."[20]

Dentre as modalidades de comunicação dos atos processuais, tem-se a intimação, a notificação e a citação, sendo esta última a que, dado o objetivo do presente estudo, interessa-nos no momento. Segundo preceitua Pacelli de Oliveira, a citação é

"modalidade de ato processual cujo objetivo é o chamamento do acusado ao processo, para fins de conhecimento da demanda e das demais garantias individuais." [21] É isso, também, o que se depreende da lição de Giacomolli para quem "a citação, na esfera do processo penal, passou a ser o ato processual que, primordialmente, dá conhecimento ao acusado da existência de uma acusação recebida e que o está cientificando de que deverá responder à acusação." [22] Trata-se, com efeito, de ato processual intimamente ligado à garantia do devido processo legal, figurando como pressuposto da efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa pois, sem a informação, não é possível a reação.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal disciplina, como regra do procedimento citatório, no seu artigo 351, a citação pessoal do réu, por mandado, e determina, no seu artigo 357, a necessidade de leitura do mandado ao citando e da entrega da contrafé a este, independentemente de sua aceitação ou recusa. Tal procedimento justifica-se como forma de garantir a plena ciência, ao acusado, dos termos da acusação penal que pende contra si, em obediência ao disposto no artigo 8.2.b da Convenção Americana de Direitos Humanos, no ponto em que determina:

"2. Toda pessoa acusado de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se estabeleça legalmente sua culpabilidade. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

b) comunicação prévia e detalhada **ao imputado** da acusação formulada;"

Excepcionalmente, entretanto, a Lei processual penal dispõe sobre duas formas de citação *ficta* dos acusados em processo penal. A primeira delas, tem lugar quando não localizado o réu. É a citação por edital, determinada pelo artigo 361, e regulamentada pelo artigo 365 do Código de Processo Penal. A outra, para os casos em que for verificado estar o acusado se ocultando para não ser citado, é a citação por hora certa, determinada pelo artigo 362, com remissão à regulamentação disposta nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil.

Esta última, a citação por hora certa, é uma inovação no âmbito do processo penal, resultado da reforma introduzida pela Lei 11.719/08 nos procedimentos penais, que deu ao artigo 362 a seguinte redação:

"Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único: Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo."

Trata-se, na compreensão de Lopes Jr., de uma infeliz transmissão de categorias do processo civil ao processo penal,^[23] a qual, segundo Delmanto Jr., ressuscita a possibilidade de um processo e de uma condenação penal sem o conhecimento do acusado,^[24] tudo isso a partir de critérios subjetivos confiados aos oficiais de justiça.

Com efeito, a introdução da citação por hora certa no processo penal incorpora ao âmbito dos procedimentos criminais um juízo de suficiência da presunção de que o acusado está ciente da acusação, algo aceitável no âmbito do processo civil se considerada a natureza disponível dos interesses incorporados ao processo. Entretanto, na seara criminal, os interesses envolvidos são absolutamente indisponíveis, tanto que não se admite a resolução de problemas penais fora da jurisdição oficial estatal.^[25]

Ciente dessa problemática inovação, a doutrina tem debatido sobre as formas de compatibilização da citação por hora certa ao espírito democrático que deve orientar o processo penal no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. Galluzzi dos Santos, nessa linha, sustenta que a medida "deverá ser reservada às hipóteses em que o acusado se furta deliberadamente ao chamamento da justiça, dificultando o legítimo direito do Estado e da sociedade de ver a causa pena resolvida." O autor considera tratar-se de uma importante medida orientada ao "equilíbrio da balança formada entre as garantias individuais e a efetividade do processo".^[26]

Não com o mesmo entusiasmo, mas, ao contrário, demonstrando preocupação com os efeitos que podem decorrer da admissão, no processo penal, de uma presunção de conhecimento da acusação, Lopes Jr. afirma a necessidade de se interpretar, com cautela, esse poder atribuído aos oficiais de justiça, no intuito de evitar abusos que dele podem decorrer. Destaca, o autor, que a medida vem exigir ainda mais atenção do juiz à observância irrestrita das garantias individuais, devendo receber com cautela a certidão do oficial de justiça nesses casos, e determinar, diante de suspeitas de irregularidade, a repetição do ato citatório por outro servidor.^[27]

O problema, entretanto, não se limita à subjetividade dos critérios conferidos à apreciação exclusiva dos oficiais de justiça. Vai além. A lei processual determina que, uma vez completada a citação por hora certa, não comparecendo o acusado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. Não comparecer aonde, em que prazo, e para que, se com a alteração dos ritos procedimentais do processo penal o acusado agora é citado para apresentar resposta à acusação, e não mais para ser interrogado?

Neste ponto, Pacelli de Oliveria sustenta que o parágrafo único do artigo 362 do Código de Processo Penal deve ser lido da seguinte forma: não apresentando o acusado resposta no prazo de 10 dias, conforme determina o artigo 396, o juiz deverá nomear defensor dativo para oferecê-la, na forma do artigo 396-A, § 2º, contando-se o prazo a partir da efetiva diligência à residência e entrega da contrafé.^[28]

Efetivamente, é esse o procedimento que se extrai da interpretação combinada dos artigos 362 e 396-A, ambos do Código de Processo Penal, em uma clara alusão de que, nas hipóteses em que o acusado esteja se furtando à ação penal, o processo seguirá normalmente o seu trâmite, independentemente da sua efetiva ciência acerca da acusação penal que lhe é formulada. Lopes Jr., entretanto, em uma clara tentativa de

conciliar o dispositivo legal em comento às garantias individuais constitucionalmente expressas e... previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, sustenta, para as hipóteses nas quais o acusado citado por hora certa não comparecer, que "o melhor caminho é determinar a citação por edital e, persistindo a inatividade processual do imputado, determinar a suspensão do processo e da prescrição, nos termos do artigo 366 do CPP."^[29] Nesse ponto, o autor é acompanhado por Marques da Silva, para quem a regra processual do artigo 396-A do Código de Processo Penal somente deve ser válida e, portanto, aplicável, para os casos em que a citação se deu pessoalmente.^[30]

Entendimento diverso, entretanto, é sustentado por Giacomolli, para quem não é possível a citação editalícia do acusado que, citado por hora certa, não apresentar resposta à acusação e tampouco constituir defensor.^[31] Isso porque o artigo 363 do Código de Processo Penal é taxativo ao disciplinar que "o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado". E o parágrafo único do artigo 362 do CPP considera o sujeito citado, para todos os fins legais. Portanto, o ato processual foi completado.

De fato, se considerada válida e regular a citação por hora certa, porque preenchidos e observados os seus pressupostos, tal como previstos nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil, estará completada a formação do processo, não havendo como justificar uma nova citação diante do não comparecimento do réu. Não fosse assim, estaríamos diante de um processo com duas citações, o que não encontra qualquer respaldo legal.

Nesta linha de raciocínio, embora a proposta de citação editalícia represente uma forma de minimizar o problema da citação por hora certa no âmbito do processo penal, pensamos ser mais apropriado questionar a inconstitucionalidade do artigo 362 do Código de Processo Penal, dada a sua flagrante incompatibilidade com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e também com o disposto no artigo 8.2.b da Convenção Americana de Direitos Humanos. É o que passamos a enfrentar no item seguinte.

4. A inconstitucionalidade do artigo 362 do Código de Processo Penal, a partir da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Também denominada Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, datada de 1969, ao dispor sobre as garantias judiciais mínimas dos acusados em processo penal, no seu artigo 8º, parágrafo 2, alínea *b*, destaca a necessária comunicação prévia e detalhada do imputado acerca da acusação formulada.

A República Federativa do Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992. No dia 06 de novembro do mesmo ano foi publicado o Decreto 678/1992, ratificando o inteiro teor do diploma e determinando o seu fiel cumprimento. Trata-se, pois, de diploma internacional disciplinador de direitos humanos, plenamente vigente no plano jurídico interno, cuja fundamentalidade é

admitida por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao consagrar a abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais. A sua aplicabilidade, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º, é imediata, irradiando efeitos na ordem interna assim que ratificados pelo Chefe do Poder Executivo.[32]

Sobre o tema, Piovesan afirma ser nítida "a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos", dentre os quais destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma que reflete, nas suas palavras, uma "consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que traduzem o consenso internacional acerca de parâmetros protetivos mínimos relativos aos direitos humanos". [33]

Posteriormente, com a EC 45/2004, o artigo 5º da Constituição Federal recebeu um terceiro parágrafo, emprestando hierarquia similar às Emendas Constitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos, dependendo, para tanto, da sua aprovação, em dois turnos, e por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional. Desde então, a doutrina constitucional tem divergido quanto às consequências dessa inovação, em especial acerca da situação dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC 45/2004.

Sem que se pretenda ingressar nesse debate, aos limites do presente estudo é suficiente destacar, seguindo a linha sustentada por Sarlet,[34] que essa inovação constitucional veio reforçar o entendimento já consolidado pela doutrina no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 são normas efetivas e materialmente constitucionais. Aponta nesse sentido, também, a lição de Piovesan, quem justifica a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, o que estaria a justificar a extensão, aos direitos previstos nos referidos tratados, do mesmo regime constitucional destinado aos demais direitos e garantias fundamentais elencados expressamente na Constituição Federal. [35]

É preciso observar, entretanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota entendimento diferente sobre o tema, alinhado-se apenas, recentemente, ao pensamento que sustenta hierarquia apenas supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos.[36] Nesse sentido, é digno de referência o julgamento do HC 95967/MS, relatado pela Ministra Ellen Gracie, no qual o STF afirma a inaplicabilidade das normas infraconstitucionais conflitantes com os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, e que tenham sido ratificados pelo Brasil, *in verbis*: "...Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação..."

Assim, embora o posicionamento ainda reticente da Corte Constitucional brasileira, é possível afirmar que o advento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal reforça a natureza materialmente constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos, decorrente do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. É nesse sentido, também, o entendimento de Piovesan, para quem "o § 3º do artigo 5º vem a reconhecer, de modo expresse, a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos."[\[37\]](#)

Em face desse contexto, portanto, é plenamente possível afirmar a necessidade de compatibilização das normas infraconstitucionais, não somente ao texto expresse da Constituição Federal de 1988, mas também às garantias veiculadas expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, até porque, na esteira de Piovesan, "na qualidade de parâmetros protetivos mínimos, os tratados de direitos humanos têm como maior finalidade propiciar avanços internos e impedir retrocessos no regime de proteção dos direitos humanos."[\[38\]](#)

Compreendido isso, o confronto que deve ser feito, nos limites do presente estudo, refere-se à possibilidade de tramitação de um processo penal fundado em uma mera presunção de ciência do réu sobre a imputação que lhe é formulada, vista sob o ângulo da Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante a todo acusado criminalmente o direito à comunicação prévia e detalhada da imputação que paira contra si.

Essa referência expressa do Pacto de San José da Costa Rica, em verdade, traduz os pressupostos mínimos necessários ao exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, pois, como referido acima, a resposta à acusação e o consequente diálogo que deve ser estabelecido entre as partes, no processo penal, somente têm espaço a partir da informação detalhada e pessoal dessa acusação. Em outras palavras, é absolutamente impossível se reagir contra algo que o imputado desconhece.

Daí que, pode-se afirmar, que a inconstitucionalidade da citação por hora certa no processo penal brasileiro encontra seu fundamento na violação da essência das garantias do contraditório e da ampla defesa, as quais encontram guarida no artigo 8º, § 2º, *b*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e na previsão explícita do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Como destacado acima, o contraditório exige, para sua efetivação, a ciência prévia da imputação penal, pressuposto ao efetivo contraponto entre acusação e imputado - estrutura dialética do processo[\[39\]](#) -, e, conseqüentemente, ao próprio exercício do direito de defesa. Ainda que garantias diversas, conforme preceitua Lopes Jr,[\[40\]](#) contraditório e ampla defesa estão umbilicalmente ligados, sendo o exercício da defesa uma consequência do contraditório mas, ao mesmo tempo, o contraditório uma manifestação da ampla defesa.[\[41\]](#)

Assim, a citação pessoal dos acusados criminalmente, ato processual pelo qual é dada plena, prévia e detalhada ciência ao réu da imputação penal, figura como requisito das garantias do contraditório e da ampla defesa, cuja fundamentalidade justificou a alteração da redação do artigo 366 do Código de Processo Penal pela Lei 9.271/96. Esse diploma legislativo, segundo Pacelli de Oliveira, "atentando para os graves efeitos decorrentes da citação ficta, reformulou completamente a regulamentação da citação por

edital, ao prever, alterando a redação do artigo 366, a suspensão do processo, com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, sempre que o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir advogado para a defesa de seus interesses." [42]

Nesse sentido, pode-se dizer que essa alteração legislativa veio adequar o Código de Processo Penal, no tocante aos acusados citados por edital, aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, compatibilizando a hipótese legal de citação ficta, quando não encontrado o acusado, com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, ambas pressupostos de um processo penal justo e ético, tal como exigido pelo princípio democrático.

Esse avanço, decorrente da Lei 9.271/96, entretanto, restou esfumado com a introdução da citação por hora certa no processo penal, resultado da reforma procedimental levada a cabo pela Lei 11.719/08. Ressalvada a hipótese da citação por edital, pois mantida a anterior redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, no caso de citação por hora não haverá defesa pessoal e nem técnica efetivas. Observa-se que na citação por edital o processo resta truncado, aguardando o comparecimento do imputado para exercer o seu direito ao contraditório, o seu direito de defesa, situação diversa da citação por hora certa, em que o processo penal tramitará normalmente, com nomeação de defensor dativo ou público. Admitir-se a citação por hora certa, no processo penal, é admitir um processo penal sem contraditório e defesa efetivos; é obrar na ficção da existência da comunicação da imputação ao acusado; é obrar na presunção de que o citando está se ocultando.

Com efeito, o prosseguimento da instrução processual sem a presença do acusado impede o exercício efetivo e pleno da defesa pessoal, faceta de considerável relevância à garantia da ampla defesa, tanto que expressamente prevista no artigo 8º, § 2º, *d*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao assegurar o direito do imputado a defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se livre e privadamente com seu defensor.

A essa defesa pessoal, acresce-se a indispensabilidade da defesa técnica, conduzida por profissional habilitado, não constituindo exagero afirmar que, sem a primeira, esta assume uma natureza meramente formal, insuficiente a validar a decisão penal diante da indisponibilidade dos interesses em jogo. Aliás, bem observa Scarance Fernandes, "quanto mais indisponível os interesses em jogo maior devem ser as preocupações garantistas e, entre elas, a de que o contraditório seja efetivo e pleno." [43]

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Marques da Silva, para quem a inconstitucionalidade do artigo 362 do Código de Processo Penal, fundamentada nos motivos ora expostos, resta evidenciada pelas próprias razões do veto presidencial ao parágrafo 2º do artigo 363 do Código de Processo Penal, cuja redação era também prevista na Lei 11.719/08, e determinava, nos casos de citação por edital, a suspensão do prazo prescricional mas não do processo, viabilizando o prosseguimento do feito também nos casos de réus não encontrados e citados por edital. [44] Consta da justificativa do veto: "a despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do artigo 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente,

a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório."

De fato, as situações processuais da citação por edital e da citação por hora certa são nitidamente similares, diferenciando-se apenas pelo motivo ensejador de cada uma delas - réu não localizado e réu que se furta da citação, respectivamente - o que, a nosso juízo, não justifica tamanha diferenciação em termos de consequências jurídicas, a ponto de flexibilizar importantes garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, para viabilizar o processamento do acusado citado por hora certa.

Há que ser considerado, também, que o sistema processual penal pátrio dispõe de outros mecanismos a serem aplicados aos casos em que os acusados se furtam ao ato citatório, no intuito de frustrar a persecução penal. Basta verificar que o intento de impedir a aplicação da lei penal, ou mesmo de tumultuar a instrução processual, são hipóteses justificadoras da prisão cautelar prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal. Embora a prisão deva ser sempre medida excepcional, pensamos estar, no caso, justificada, ao menos para fins de garantir a comunicação prévia e detalhada da acusação penal, após o que, sem que sobrevenham novos motivos, deverá ser revogada, pois ao acusado deve ser garantido o direito de, querendo, não comparecer aos atos do processo.

Nessa linha, portanto, nem mesmo a proporcionalidade justifica, a nosso ver, a desconsideração de garantias constitucionais tão caras ao indivíduo, como o contraditório e a ampla defesa, em prol da aplicação da lei penal a qualquer custo. Grinover já enfatizava que "a reação, no processo penal, não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contraposição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal."^[45]

5. Considerações finais

Nos estreitos limites do presente estudo, algumas considerações podem ser formuladas como síntese do que foi proposto. Sem a pretensão de esgotar os questionamentos acerca do tema, é possível afirmar que a citação por hora certa afronta as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Tais garantias constitucionais encontram respaldo na referida Convenção, diploma internacional firmado e ratificado pelo Brasil, representativo de um padrão mínimo de proteção dos direitos individuais e que não pode ter sua eficácia reduzida sob o pretexto de incompatibilidade com a ordem jurídica interna, segundo dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena.^[46] O Código de Processo Penal, como legislação infraconstitucional que é, há de, nessa perspectiva, reger o poder punitivo estatal de forma a compatibilizá-lo, sempre, com as garantias individuais, características

de um Estado Democrático de Direito, sem perder de vista a existência desse padrão mínimo formado pelos diplomas internacionais de direitos humanos, no caso o Pacto de San José da Costa Rica, e pelos direitos e garantias individuais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988.

Assim, não observado esse padrão mínimo, as medidas propostas, como, no caso, a citação por hora certa, afrontam a Constituição Federal, assumem uma natureza inconstitucional, devendo serem assim declaradas pelo Poder Judiciário, no exercício do seu mister de garantidor dos direitos individuais dos acusados em processo penal democrático, humanitário e republicano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. 5.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

DELMANTO JR. Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón - teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 6.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRUA, Paolo. *Il Giusto Processo*. Torino: Zanichelli, 2007.

GALLUZZI DOS SANTOS, Leandro. *Procedimentos - Lei 11.719, de 20.06.2008*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (org.). *As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal - Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Atividade do juiz criminal frente à Constituição: Deveres e limites em face do princípio acusatório*. In *Sistema Penal e Violência*. Coord. Ruth Maria Chittó Gauer. pp. 209-230. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di un Processo Penale "Giusto"*. Milão, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual - de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. In: Boletim IBCCrim, ano 13, nº 153, agosto/2005. p. 08/09.

_____. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. *O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari*. In: Revista *Novos Estudos Jurídicos*. v. 11, n. 2, p. 219-233, jul/dez 2006. Itajaí: Univale, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos: Conteúdo e significado dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[1] A expressão é de Scarance Fernandes, Antonio. In: *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

[2] SCARANCE FERNANDES, Antonio.. *Processo Penal Constitucional...* p. 17.

[3] "Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo."

[4] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro. Aide, 1992. p. 119.

[5] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...* p. 126. Também nesse sentido: SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 63.

[6] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. I. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 185.

[7] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...* p. 126.

[8] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34.

[9] BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 13/17.

[10] FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual...* p. 93/94.

[11] FERRUA, Paolo. *Il Giusto Processo*. Torino: Zanichelli, 2007, p. 46 e 47.

[12] GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di un Processo Penale "Giusto"*. Milão, 2000, p. 156 e 157.

[13] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...* p. 33.

[14] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...* p. 127.

[15] SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional...* p. 63.

[16] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O Processo (penal) como procedimento em contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari*. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 11, n. 02, p 219-233, jul.-dez. 2006, Itajaí: Univale, 2006. p. 221.

[17] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...* p. 34.

[18] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

[19] FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual...*

[20] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 07.

[21] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...* p. 495.

[22] GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal - Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 65.

[23] LOPES JR., Aury.. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional* v.II... p. 15.

[24] DELMANTO JR. Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

[25] GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à Constituição: Deveres e limites em face do princípio acusatório*. In: Ruth Maria Chittó Gauer (Coord.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 220.

[26] GALLUZZI DOS SANTOS, Leandro. *Procedimentos - Lei 11.719, de 20.06.2008*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Org.). *As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 304 e 305.

[27] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.II... p. 16.

[28] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...* p. 498.

[29] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.II... p. 17.

[30] MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37.

[31] GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal - Considerações críticas...* p. 67.

[32] PIOVESAN, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. In: GOMES, Luiz Flávio; e PIOVESAN, Flávia. (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 159.

[33] PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. In: Boletim IBCCrim, ano 13, nº 153, agosto/2005. p. 08/09.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *A abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos: Conteúdo e significado dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de*

1988. In: SCHÄFER, Jairo (Org). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 207/245.

[35] PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988...* p. 08/09. Em outro estudo específico sobre o tema, afirma Flávia Piovesan, com propriedade, que "Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional - abertura que resulta na ampliação do 'bloco de constitucionalidade', que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato de as Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional." (PIOVESAN, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro...* p. 160).

[36] Sobre a compreensão da hierarquia dos tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Flávia Piovesan destaca que o entendimento predominante no Pretório Excelso, desde o julgamento do RE 80.004, datado de 1977, era o da paridade entre os tratados e a legislação ordinária (PIOVESAN, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro...* p. 164). Esse entendimento perdurou até período recente, quando passou a ser admitida a hierarquia supralegal dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, consoante se depreende do HC 95967, de 2009.

[37] PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988...* p. 09.

[38] PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988...* p. 09.

[39] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.I... p. 182.

[40] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.I... p. 184/185.

[41] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual - de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 04/05.

[42] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal...* p. 503/504.

[43] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional...* p. 66. Igual destaque faz Lauria Tucci, ao discorrer sobre o contraditório no processo penal, afirmando que o direito do réu "à contraditoriedade real assume a natureza de indisponível, dada, precipuamente, a impessoalidade dos interesses em conflito; sendo, portanto, indispositivo." (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias no processo penal brasileiro...* p. 49.

[44] MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. *Reforma Processual Penal de 2008...* p. 21.

[45] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual - de acordo com a Constituição de 1988...* p. 12.

[46] A propósito, é importante destacar que a Convenção de Viena, da qual o Brasil é parte signatária, dispõe no seu artigo 27 que "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado." Sobre o tema, "afirma Antônio Augusto Cançado Trindade: 'Como em outros campos do direito internacional, no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito, não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não-cumprimento destas obrigações. Pode-se recordar o dispositivo da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969 nesse sentido (art. 27).'" (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 47. *Apud*: PIOVESAN, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro...* p. 155)

**O NEOPROCESSUALISMO E A PUBLICIZAÇÃO NORMATIVA COMO
COROLÁRIO DA UNIDADE PROCESSUAL SISTÊMICA: UMA
AFIRMATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**THE NEOPROCESSUALISMO AND THE NORMATIVE PUBLICIZAÇÃO AS
COROLLARY OF PROCEDURAL UNIT SISTÊMICA: AN AFFIRMATION OF
THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION**

**Paulo Roberto Pegoraro Junior
José Laurindo de Souza Netto**

RESUMO

A onda afirmativa que propicia a expansão da jurisdição constitucional e, nessa quadra, o próprio ativismo judicial, revela importante faceta da aproximação dos sistemas processuais, penal e civil, dada a convergência de diversos institutos processuais, atraídos que se encontram pela irresistível influência constitucional. Sua eventual constatação deve decorrer de elementos objetivos e sua assimilação envolve a compreensão do conceito de acoplamento estrutural proposto por Luhman, no conjunto de sua autopoiese, a aceitar a oxigenação do modelo do fechamento operacional. A investigação proposta é de aferir se tal convergência pode mesmo ser identificada, e quais seus efeitos decorrentes para absorção de uma teoria unitária do processo.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA GERAL DO PROCESSO; SISTEMAS PROCESSUAIS; PROCESSO CIVIL; PROCESSO PENAL; CONSTITUIÇÃO FEDERAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The affirmative wave that propitiates the expansion of constitutional jurisdiction e, in this squares, the proper judicial activism, discloses important face of the approach of the procedural systems, criminal and civil, given the convergence of diverse procedural justinian codes, attracted that they meet for the irresistible constitutional influence. Its eventual must elapse of objective elements and its assimilation involves the understanding of the concept of structural coupling considered by Luhman, in the set of its autopoiese, to accept the oxygenation of the model of the operational closing. The inquiry proposal is to survey if such convergence can exactly be identified, and which its decurrent effect for absorption of a unitary theory of the process.

KEYWORDS: GENERAL THEORY OF THE PROCESS; PROCEDURAL SYSTEMS; CIVIL ACTION; CRIMINAL PROCEEDING; FEDERAL CONSTITUTION; CONSTITUTIONAL JURISDICTION.

INTRODUÇÃO

A crescente importância que tem sido atribuída à jurisdição constitucional, sobretudo em decorrência da histórica transição para o Estado Democrático de Direito – que em nosso ordenamento se identifica com a promulgação da Constituição da República de 1988 – tem conduzido a unidade processual sistêmica, relacionada tanto ao processo civil quanto ao processo penal, e se caracteriza pela convergência de diversos institutos processuais, num trilhar que se nutre da mesma fonte: a matriz constitucional.

Algumas dimensões de tal convergência podem ser aferidas pelo denominado neoprocessualismo, não apenas pela já plasmada e irreversível constitucionalização do direito privado, mas agora, ao reverso, pela publicização das normas processuais, retirando do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual.

Se a matriz constitucional impera, então o resultado não poderia mesmo ser outro que não a convergência dos sistemas, superando suas dicotomias extrínsecas e reafirmando, cada vez mais, sua raiz comum.

Neste quadro, se pretende aqui aferir as causas e, especialmente, as conseqüências advindas de tal movimento, inclusive para se constatar sua aparente convergência.

1. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Se o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, especialmente, a franca expansão da jurisdição constitucional caracteriza o chamado neoconstitucionalismo, como aponta Luis Roberto Barroso (2005), tem-se a superação da visão clássica do Direito Constitucional, em que se admitia a existência das *normas constitucionais programáticas*, as quais eram meras declarações políticas ou exortações morais.

Valendo-se da lição de Garcia de Enterría, conclui José Joaquim Gomes Canotilho que:

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ (*altuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são actuais, isto é, tem força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, ‘simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico de dito valor’ (Garcia de Enterría) (CANOTILHO, 1995, p. 193).

Por outro lado, a *ampliação do acesso à Justiça* e a própria *expansão da litigiosidade*, seja em decorrência da simplificação verificada com a adoção dos Juizados Especiais, seja pela tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado *ativismo judicial*, cuja gênese se encontra no próprio controle incidental (difuso) da constitucionalidade, tendo reconhecido o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, que “em caso de omissão inconstitucional sistêmica, recalitrante, o tribunal tem que assumir uma posição ativa, mais enfática”^[i].

Ainda que temperado pela *reserva do possível*, pela *reserva da consistência* e pelo próprio *princípio da proporcionalidade* (CAMBI, 2007) o *ativismo judicial* não pode ser compreendido sem a umbilical relação que guarda com a difusão da jurisdição constitucional, posto que se nutre de seus fundamentos e de seus princípios para consecução de seus objetivos, para a realização das promessas a que alude Antoine Garapon, assinalando que “o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX” (2001, p. 24).

A aparente resposta institucional da atuação estatal tem se dado de modo a prestigiar a atuação do Poder Judiciário, viabilizando uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (FERRAZ JR., 1989, p. 11), com a incorporação de direitos e princípios fundamentais, pelo texto constitucional, e a configuração do Estado Democrático de Direito ao estabelecer princípios e fundamentos do Estado. Como assinala Luiz Werneck Vianna,

(...) à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça (1996, p. 263).

Tal atuação do Poder Judiciário se conceitua como *ativismo judicial*, que se caracteriza pela participação do magistrado e o afastamento da neutralidade jurídica para interpretação e aplicação da lei.

A propagada expansão da jurisdição constitucional não pode ser compreendida separadamente da brutal aceleração da difusão jurídica, que não é meramente conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades democráticas. “Nós não nos tornamos mais litigantes porque as barreiras processuais caíram. A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Ele se origina da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do direito” (GARAPON, 2001, p. 19). O prestígio contemporâneo do juiz – e da jurisdição – procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. Para Garapon,

Após a embriaguez da liberação, descobre-se que é nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a da vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito,

privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares (GARAPON, 2001, p. 26-27).

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que em vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária (SOUZA NETTO, 2009). Nos últimos cinquenta anos,

(...) ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade. A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo político. Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas.

À medida que o Poder Público torna-se mais intenso, a justiça descobre, sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios. Não há hoje nenhuma intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação do juiz. Onde existe uma lei também existirá um juiz para interpretar e precisar os seus efeitos.

Hodiernamente, o juiz tende assim a se tornar uma espécie de maestro de orquestra, onde sua função consiste não só em resolver os litígios, mas também em encontrar soluções aos problemas que as outras instituições não puderam resolver.

Além de uma função técnica científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das idéias que iluminam o direito. A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, de tutelar o meio ambiente, conter as tendências incoercíveis ao abuso do poder, de impor penas, de atenuar as diferenças entre os indivíduos, de defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio e morte, etc...

As responsabilidades do juiz revelam-se cada vez mais acrescidas, desencadeando o fenômeno da jurisdicionalização e a crescente influência da justiça na vida cotidiana.

Na sua nova função, o juiz cria o direito, pois constrói normas que não estão nos códigos. Os juízes se tornam depositários do direito que se torna o que é por eles feito. O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário. A idéia do justo só se completa na aplicação da norma ao julgamento.

O julgamento é uma verdadeira norma jurídica, ainda que limitada às partes que estão obrigadas a cumprir. Nesse sentido a função judiciária revela sempre uma versão política. Por isso que o controle da sociedade sobre as razões que fundamentam a decisão judiciária é cada vez mais amplo, colocando em xeque o preparo do juiz (SOUZA NETTO, 2009).

É que, afinal, quanto menos o direito for assegurado à sociedade, mais e mais esta é induzida a tornar-se jurídica, fazendo do direito o último bastião da moral comum de uma comunidade que é carente desta, pelo que se admite a veemente repulsa para a democracia de qualquer outro tipo de julgamento que não o do juiz.

Ainda assim, seja causa estrutural ou conseqüência conjuntural, a expansão da jurisdição constitucional é um dado objetivo, como revelam as estatísticas do Supremo Tribunal Federal: enquanto que no ano de 2002 houveram 34.719 recursos extraordinários distribuídos, no ano de 2006 este número atingiu 54.575, embora nos anos posteriores tenha ocorrido um notável decréscimo real (49.708 em 2007 e 21.531 em 2008)[ii], atribuível à necessidade de demonstração da repercussão geral, exigível a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. De outro lado, entre 1988 até fevereiro de 2009 foram distribuídas 4.207 ações diretas de inconstitucionalidade, das quais 843, ou seja, 20,03%, foram julgadas procedentes ou procedentes em parte[iii].

Aliado aos números estatísticos há também a experiência prática que revela a intensidade da postulação perante o Judiciário, no exato momento em que se advoga a falência do positivismo jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompendo o método silogístico e abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Se a expansão jurisdição constitucional, num viés estruturalista, é embalado pela nova dogmática, sem abandonar os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas relativizando-os à hermenêutica jurídica ressaltando a teoria dos princípios sobre as regras, torna-se possível encontrar o meio-termo entre a *vinculação* e a *flexibilidade* (ALEXY, 1999, p. 79; HABERMANS, 1997, p. 259; e CAMBI, 2002, p. 110-111), buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais.

A esse fenômeno deve se somar a *constitucionalização* dos direitos e garantias processuais, que para Eduardo Cambi retiraria o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual (2007), com o que não podemos concordar por conta do fato de que aludida centralidade não poderia existir nem mesmo precedentemente, por conta da hierarquia ínsita do sistema. Central é e sempre foi a Constituição, de modo que parece insustentável advogar a hodierna condição periférica do Código de Processo, eis que ela sempre esteve presente. Com efeito, destaca ainda Eduardo Cambi que

(...) o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação

das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc. (2007).

Se a constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz, entre outros fenômenos, explicam o surgimento do neoprocessualismo, também servem para afirmar um modelo que se nutre cada vez mais, de forma irreversível, com a própria dogmática constitucional, posto que, se a fonte é comum, o resultado não pode ser dissonante.

2. DO FECHAMENTO OPERACIONAL SISTÊMICO AO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DO PROCESSO

A unidade sistêmica do processo pode também ser compreendida a partir da dimensão filosófica que assume o reconhecimento de que sua suposta unidade, ordem interna e coerência formal, defendida pelos positivistas dos Séculos XIX e XX, não passam de uma espécie de *mito fundador* da *teoria do ordenamento jurídico*. Isso porque o direito não possui coerência interna como condição de sua sistematicidade, não há unidade vez que dela prescinde e nem mesmo obedece a uma só ordem hierárquica, ou a um só sentido.

“Se o direito trabalha com valores – que são reconhecidos através de signos, os quais mudam de acordo com a conjuntura social – não há sequer hierarquia material ou mesmo formal, pois os valores se revelam em várias dimensões semânticas e construções sintáticas”, aponta Lucas de Alvarenga Gontijo (2009). Daí porque o direito é capaz de suportar antinomias perenes, inexistindo lacunas porque é fragmentado por formação.

Ainda assim, é um sistema próprio, com estrutura e função definidas e delimitadas, daí porque aceita a denominação de *auto-referencial* atribuída por Niklas Luhmann, como alude Gunther Teubner:

O Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de LUHMANN, “não existe direito fora do direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem inputs nem outputs” (1989, p. 2).

Neste trilhar, se verifica que a *teoria dos sistemas é binária* e o direito existe por si, ou seja, a partir do momento em que não gera *inputs* nem *outputs*, está ele girando em torno e por si mesmo, alterando sua própria estrutura, “aumentando constantemente suas possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura, levando-o a mudar sua forma de diferenciação” (KUNZLER, 2004, p. 123).

Para esse modelo, Luhmann aproveitou o termo cunhado na década de 70 pelos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios (RAMOS, 2009, chamado *autopoiese* ou *autopoesis* (do grego auto “próprio”, poiesis “criação”)[iv], estendendo para as ciências sociais o *fechamento operacional* proposto para a biologia.

Embora o modelo autopoietico tenha por função *reduzir complexidades e negar paradoxos* em relação ao ambiente, internamente sua segmentação e especialização acabam, ao reverso, por aumentar a *complexidade interna*, mesmo considerando, segundo Luhmann, que a complexidade interna nunca vai ser maior que a complexidade do ambiente, porque este contém sempre um número maior de elementos do que aquela, e porque o sistema é capaz de fixar seus próprios limites, demarcando as possibilidades de seu interior (KUNZLER, 2004).

Dada sua aparente incapacidade estrutural de romper com o que se acredita ser uma forma de autismo que impede uma comunicação plena e eficaz entre os sistemas, se teceram críticas à *autopoiésis*, propondo-se a adoção de princípios fundados na razão prática e na comunicação entre os cidadãos (BONAVIDES, 2003, p. 125), incumbência que coube à *teoria da ação comunicativa*, como alternativa ao positivismo jurídico e ao seu projeto de validade formal e absoluta, a partir da *regra de precedência condicionada*, proposta por Robert Alexy (APPIO, 2005, p. 40).

Mas importa compreender o modelo da *autopoiésis* também em conjunto com o fenômeno do *acoplamento estrutural*, em que o sistema vivo e o meio ambiente se modificam de forma congruente. Na comparação proposta, o pé está sempre se ajustando ao sapato e vice-versa (MARIOTTI, 2009), ou seja, o meio produz mudanças na estrutura dos sistemas, que por sua vez age sobre ele, alterando-o, numa relação circular. Sempre que um sistema influencia outro, este passa por uma mudança de estrutura, por uma deformação. Ao replicar, o influenciado dá ao primeiro uma interpretação de como percebeu essa deformação. Estabelece-se, portanto, um diálogo. Por outras palavras, forma-se um contexto consensual, no qual os organismos acoplados interagem. Esse interagir é um domínio lingüístico. A dificuldade reside na transposição do modelo, inspirado num sistema tipicamente natural, embora vivo, para o sistema social. Ainda assim, destaca Rômulo Figueira Neves,

Pelo acoplamento estrutural um sistema pode se relacionar com sistemas altamente complexos do ambiente que o envolve, sem que precise alcançar ou reconstruir cognitivamente sua complexidade, mas apenas operacionalmente relacionar-se com os elementos do outro sistemas, a fim de colocar em operação seus próprios elementos. Assim, um sistema pode utilizar estruturas mais avançadas do que suas próprias sem a necessidade de compreender as suas lógicas de funcionamento (NEVES, 2009).

Embora o fenômeno do *acoplamento estrutural* se apresente como hipótese de diálogo do sistema, numa inter-relação mútua, não supera a visão binária proposta por Luhmann, para o qual não existe o direito fora do direito (ALMEIDA FILHO, 2004). Ele só se justifica enquanto aceito o modelo da *autopoiésis*. Mas ainda que admitido o *fechamento operacional* decorrente do modelo, o *acoplamento estrutural* pode funcionar como válvula de escape e interagir com os demais sistemas, até mesmo simbioticamente, de modo que a constante inter-relação acaba por produzir mais pontos de convergência do que pontos de divergência.

3. DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA À POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A frustração em geral do meio político tem implicado tanto na condução das demandas de natureza política à jurisdição como, em sentido contrário, a adoção da postura política pelo Judiciário, como bem caracteriza o *ativismo judicial*. Disso decorre que a legitimação das reivindicações coletivas tem se dado mais sob a forma processual do que política, decorrente da perda de prestígio do político e de uma reorientação das expectativas políticas com vistas à justiça, pois é a ela que a opinião pública dirige agora suas demandas (GARAPON, 2001). A justiça passa a encarar, assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.

O movimento se dá tanto com a extensão da competência da justiça em detrimento do Poder Executivo, como marca indelével da superação do Estado Social, como também pela atração que a jurisdição exerce em função do raciocínio político. Daí porque a *politização da razão judiciária* não tem outro equivalente senão a *judicialização do discurso político*, posto que as reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termo jurídicos do que ideológicos.

Esses dois fenômenos – desnacionalização do direito e exaustão da soberania popular – ilustram o núcleo da evolução hoje vivida, a saber, a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo, sendo que a judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. Daí a afirmação de Willis Santiago Guerra Filho de que “o objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas a que elas cabe viabilizar a solução” (GUERRA FILHO, 1998).

O dúplice movimento apontado – judicialização da política e politização do Judiciário – só pode ser demonstrado também como consequência da disseminação da jurisdição constitucional, sobretudo em seus aspectos substantivos, eis que a carga de pretensões irrealizadas, enunciadas pelo texto constitucional, exige a tomada de posição indistinta para sua realização. Afinal, se o Estado Liberal era identificado com o Poder Legislativo, o Estado Social com o Poder Executivo, o Estado Democrático de Direito está mais do que qualquer outro identificado com o Poder Judiciário, sendo que a importância aqui está ao se identificar o tendência convergente do sistema, material e formalmente, num contexto que não se cinge à mera inter-comunicação sistêmica.

4. DA CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS COMO HIPÓTESE DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Embora identificável, até aqui, elementos idôneos da aproximação do processo em direção à Constituição, que poderia ser inferido como sendo a constitucionalização do

processo, há um trilhar em sentido diverso que aponta para a aproximação da Constituição em direção ao processo, em sua dimensão instrumental substantiva (processualização da Constituição), assim destacado por Willis Santiago Guerra Filho:

(...) quer dizer, do que leva à estreita associação entre Constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, à medida que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’, ou ordinárias (1998).

Se antes desse movimento circular era possível afirmar a dicotomia entre o processo civil e o processo penal, tal como fizeram Francesco Carnelutti, Ovídio Baptista da Silva e Flávio Gomes (2002), e Rogério Lauria Tucci (2003), ao defenderem a inexistência de uma *teoria geral do processo*, sustentando a plena desvinculação da *teoria geral do processo civil* com a *teoria geral do processo penal*, a aproximação da técnica processual da mesma matriz condicionadora, qual seja, constitucional, implica no reconhecimento de que a técnica não é mais tão distinta quanto aludia Silva e Gomes:

Esta peculiaridade, comum a todo fenômeno jurídico, mostra-se ainda mais visível quando se trata do direito processual, dado que este ramo da ciência jurídica tem de tratar, necessariamente, de casos individuais, onde a construção de regras gerais mostrar-se-á sempre uma tarefa limitada e precária (2002, p. 9).

Também para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho não existiria uma *teoria geral do processo*, pois, sustenta, no processo penal não existe lide como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, afirmando a incompatibilidade estrutural para composição do processo civil e do processo penal. Segundo Coutinho, a construção da *teoria geral do processo civil* se deu a partir de Liebman, sendo impossível compartilhar da mesma visão em relação ao processo penal, tendo recentemente reiterado posição firmada há mais de vinte anos:

Imperioso, porém, negar peremptoriamente a chamada teoria geral do processo, (...)

Assim, com um sistema diverso, um princípio unificador diverso, um conteúdo do processo diverso, e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria geral. Com denominadores comuns diferentes, não cabe uma teoria, muito menos geral. Como referi há 20 anos, “sem embargo disso, *per faz et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.” Ela, todavia, serve: para reter o desenvolvimento democrático do processo penal porque encobre o núcleo do problema de seu sistema (2007, p. 11).

Já os instrumentalistas, da escola processual paulista, acolhem a existência de uma teoria geral do processo (GRINOVER, 1999), estruturada com fundamento no tripé

jurisdição – ação – processo, tendo a jurisdição como base institutiva sistematizada, que vê o processo como instrumento de pacificação social, colocando o processo como forma de realização da jurisdição, tendo como marco teórico a *teoria do processo* como relação jurídica.

O mero paralelismo entre a disciplina do processo e o regime constitucional já vem sendo há muito reconhecido pelos processualistas clássicos, ainda que beirando a subsidiariedade. Assim é que para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios fundamentais.

Antigos e conceituados doutrinadores já afirmavam que o direito processual não poderia florescer senão no terreno da liberalismo e que as mutações do conceito de ação merecem ser estudadas no contraste entre liberdade e autoridade, sendo dado destaque à relação existente entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje acentua-se a ligação entre o processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade (CINTRA, 2008, p. 84).

Sem que tal convergência implique em massificação do processo, como poderia parecer, é de constatar que, embora diversos os ramos, o tronco comum é um só, ou seja, o poder, o que gera a unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais do processo, na interação funcional dos institutos, sem que isto signifique admitir soluções igualadas em todos os setores (DINAMARCO, 1987, p. 100/03), arrematando José Figueiredo Dias que qualquer conclusão pessimista quanto à viabilidade de uma Teoria Geral do Processo não deve obstar que se reconheça a importância de uma consideração comparativa dos diversos tipos de processo (DIAS, 1974, p. 52/7).

Aliás, a unidade processual foi uma das intuições de Carnelutti, quando afirmava que o direito processual é uno, distinguindo-se o processo penal e o processo civil não por suas raízes, mas porque, sem dois grandes ramos, logo, deles deriva um tronco comum (GIORGIS, 1991, p. 76). Previa o tempo, alude José Carlos Teixeira Giorgis,

(...) em que se levará em consideração tal verdade no ensino universitário, advertindo que um dos graves problemas do ordenamento jurídico se encontra na cisão do processo civil e penal e no acoplamento deste ao Direito Penal.

Ao encaminhar-se para conclusão unitária, em conhecido trabalho, Carnelutti observa que, no fundo, o ambiente do processo civil já se revela uma impressão de superioridade.

Escrituras cuidadosas, discussões rebuscadas, e, sobretudo, pessoas esquisitas...

Ao contrário, o processo penal é inquieto, turbulento, um verdadeiro reino de andrajosos.

O processo civil, na grande maioria dos casos, é um processo de possuidores, pois, quanto um dos dois sujeitos não possui, pelo menos aspira possuir. É o processo do meu e do teu, a aposta do jogo é a propriedade.

No processo penal, em troca, se trata da liberdade, que é uma verdadeira aposta no processo.

Nisto reside a distinção entre os dois processos: no civil, discute-se sobre o ter ou haver, e no penal sobre o ser! (GIORGIS, 1991, p. 76/77).

Também para José Frederico Marques, discípulo de Liebman, o processo, como instrumento compositivo de litígios, é um só, quer quando tenha por objeto uma lide penal, quer quando trate de uma lide não-penal, e que, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, não sofre mutações substanciais quando passa do campo de justiça civil para o penal. “Uno, portanto, é o Direito Processual pelo que pode ser construída uma Teoria Geral do Processo com os postulados e linhas mestras construídas segundo a metodologia da Dogmática do Direito” (MARQUES, 1980, p. 36). Daí também porque, para René Ariel Dotti, as categorias dogmáticas do processo penal não devem perder o contato com os valores que o processo se destina a amparar, pois a supremacia das categorias lógicas tão marcantes na prestação jurisdicional através do processo civil (avaliação das provas, restrições de capacidade de meios, reconhecimento de indícios, etc) é muito distinta da ocorrente no processo penal, pois quando se trata de infligir uma pena a verdade convencional não é o bastante (DOTTI, 1987, IX).

Muito além do paralelismo, seja num ou noutro caso, a assunção da garantia do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process of law*), construído ao longo da experiência constitucional norte-americana[v] e alemã, incorporado pela Constituição Federal de 1988 ao ordenamento jurídico nacional, implicou na perda da posição central da lei como fonte do direito, passando a ser subordinada à Constituição[vi], não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais (CAMBI, 2007).

A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do artigo 5º a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa) (MARINONI, 1997, p. 20).

A convergência dos vetores processuais, envolto no líquido amniótico constitucional, pode levar a um modelo mínimo de processo, num modelo constitucional de processo que não se limite ao processo civil, mas seja compreendido como gênero, que tem no processo a espécie, e na qual o provimento é preparado em simétrica paridade pelos afetados, como sustentou Elio Fazzalari (2006).

Se a tônica da pós-modernidade se lastreia na hermenêutica dos princípios constitucionais, então a justificativa para a dicotomia entre o processo penal e o processo civil não pode mais prevalecer. A propósito, Ronald Dworking enfrenta um

problema interpretativo para compreensão do direito como integridade, no caso *McLoughlin*, que serve para indicar um caminho para a hipótese proposta. Para o autor, a divisão do direito em áreas específicas – Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito do Trabalho e Direito Tributário – segue uma definição tradicional que reflete princípios morais amplamente aceitos pela opinião pública, cuja demonstração é ainda mais fácil a partir da clara distinção entre Direito Civil e Direito Penal, como ilustram Flaviane de Magalhães Barros e Fabrício Santos Almeida (2007), de tal modo que a interpretação do direito deve se dar como elemento de integridade, respeitando as diferenças relativas à prioridade local, salvo quando os limites tradicionais de divisão do direito em áreas se mostrar mecânico ou arbitrário. Assim,

Se um juiz aceita o direito como integridade considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer as limitações interpretativas, então ampliará o alcance de seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do direito e, assim, determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente. Mas respeitará, normalmente, a prioridade da área do direito, na qual desponta seu problema imediato; considerará de menor valor, rigorosamente, algum princípio como uma interpretação aceitável do direito de acidentes se ele for estranho a esse ramo do direito, mesmo que se ajuste bem a outras áreas. A topologia das áreas é, como vimos, parte do seu problema interpretativo, e os seus julgamentos sobre os limites das áreas pode ser polêmico e, todo modo, irá modificar-se com a evolução do direito. No entanto, restrições específicas aplicam-se a seus julgamentos sobre os limites: devem, em princípio, respeitar opiniões públicas e profissionais estabelecidas que dividem o direito em áreas importante de conduta pública e privada (DWORKING, 1999, p. 481).

A afirmação inequívoca da plenitude da jurisdição constitucional, alastrando-se de modo irresistível pelo ordenamento e minando o anacrônico encapsulamento do direito processual, contribui para a formação de similaridades sucessivas entre o processo civil e o processo penal, num movimento que pode conduzir a construção de uma teoria geral do processo, desta vez não pela sua gênese, mas sim pela sua refundação em conformidade com a Constituição.

5. EVIDÊNCIAS OBJETIVAS DA CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

Se a expansão da jurisdição constitucional, a politização do Judiciário e a compreensão do conceito de *acoplamento estrutural* podem fornecer os pressupostos elementares para o magma da convergência entre o processo civil e o processo penal, então deve ser possível identificar objetivamente as manifestações de tal movimento, exatamente para sua eventual confirmação.

A rigor a convergência poderia ser pontuada a partir da inter-relação macro-sistêmica entre a *Common Law* e a *Civil Law*, a exemplo do que já se operou com a assimilação da *disregard doctrine* pelo artigo 50 do Código Civil, a possibilidade da transação penal, por conta do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e da Lei nº 9.099/1995, a

regra do *stare decisis*, inspiradora da súmula vinculante objeto do artigo 103-A, da Constituição Federal, e a recente adoção, pela Lei nº 11.690/2008, da técnica da *cross examination* no processo penal, possibilitando às partes que formulem perguntas, diretamente, à testemunha, ou seja, sem que elas sejam feitas por intermédio do magistrado. Daí a precisa constatação de Mario Losano de que

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar. o Common Law está passando por uma extensão dos statutes e das consolidations em detrimento do puro “judge made law”, enquanto a jurisprudências vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a se tornar um direito jurisprudencial (LOSANO, 2007, p. 345).

Cumpra aqui, no entanto, por rigor científico da problemática proposta, limitar a análise sob o viés endógeno do sistema pátrio, notadamente entre o processo civil e o processo penal. Neste trilhar, a convergência entre os sistemas pode se dar tanto sob o aspecto normativo quanto sob o aspecto jurisdicional, já que o fenômeno pode ser destilado em ambos.

A mera interpretação extensiva e a aplicação analógica admitida pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal, pelo artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e pelo artigo 126, do Código de Processo Civil, não dão conta de asseverar a convergência dos sistemas pois representam, quando muito, vasos comunicantes que antes reafirmam a autonomia do que propriamente aproximam os modelos. Já a recente aprovação da Lei nº 11.719/2008, que acrescentou o inciso IV ao artigo 387 do Código de Processo Penal e determinou a fixação, pela sentença penal condenatória, de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, “considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, representou inequívoca convergência processual, não apenas na reafirmação da unidade da jurisdição, mas também pela exigência de estabelecimento de determinado montante (o valor “mínimo”) que não é objeto da própria instrução criminal.

As medidas assecuratórias do processo penal (seqüestro e arresto) também guardam intensa vinculação e inspiração com suas congêneres do processo civil, tanto assim que autorizam o uso dos embargos de terceiro rigorosamente com fundamento no diploma civil.

O próprio transbordamento do conceito da ampla defesa e do contraditório, tão mais em sua plenitude identificado com o processo penal – seja pela sua concepção garantista, seja por lidar com valores como a liberdade -, mas que avança e se consolida no âmbito do processo civil, remonta à origem comum, constitucional, dos modelos, sendo efetivamente dois pilares básicos da irradiação da combinação entre o *due processo of law* e o *substantive due process*.

Em arremate, a convergência pode ser plenamente identificada pela assimilação do simples e genial conceito de Elio Fazzalari do processo como procedimento mais o contraditório, que se afasta do “velho e inadequado clichê pandetístico da relação jurídica processual (...) esquema estático (...) que leva em conta a realidade, mas não a explica” (FAZZALARI, 2006, p. 5), conceito este que se espraia por todo o modelo

formal, seja penal, cível ou administrativo, e impõe o reconhecimento da unidade sistêmica decorrente.

6. VANTAGENS DA SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE O PROCESSO PENAL E O PROCESSO CIVIL

Se é possível o reconhecimento de elementos que apontam para a convergência dos modelos processuais, então cabe ainda identificar as razões pelas quais tal movimento é vantajoso para o sistema, de modo a não repelir sua consolidação.

A primeira e mais importante razão para a utilidade da superação da dicotomia está exatamente na retroalimentação do circuito constitucional, que ao mesmo passo em que irradia sua dimensão normativa, aproximando e não distanciando o processo penal do processo civil, também se reafirma como núcleo duro do ordenamento, na medida em que se serve da ressonância obtida para manter constante a força centrípeta necessária à sua legitimidade, validade e plenitude.

A segunda vantagem na afirmação unitária do sistema está na recíproca possibilidade de aproximação, comparação e fusão dos institutos, nutrindo-se mutuamente de elementos aptos a dar suporte à regulamentação do exercício de uma das funções capitais do Estado moderno, que é o poder jurisdicional.

Se é verdade que o Direito Processual Penal vem recebendo seiva do Direito Processual Civil, não é menos verdade que este encontrou naquele a substância publicística melhor preparada para sua construção sistemática (GIORGIS, 1991, p. 80).

Ora, se a prestação jurisdicional tem como precípuo escopo a garantia da efetividade do exercício dos direitos e deveres inerentes ao Estado Democrático de Direito, então a proximidade dos modelos só tende a revelar a concatenação de esforços em tal sentido, superando o viés autonomista, senão mesmo autista, que se apregoava enquanto em voga o discurso pluralista dicotômico.

A experiência que mantém cada ramo em sua individualidade, tendo o processo penal clara vocação para atuar em relação ao ser, enquanto que o processo civil em relação ao ter, pode ser aproveitada em sua condição de mutualismo, ofertando a cada um, de modo recíproco, a solução para o problema da prestação da atividade jurisdicional, propriamente, garantido a consecução de um processo justo, eficaz e célere.

Por fim, a aproximação dos sistemas numa visão unitária também implica no aumento exponencial das garantias, já que, mais uma vez voltados à matriz constitucional, refutam a construção de teorias que se ignorem ou que se contradigam, de modo a catalisar a assunção de princípios comuns tendentes a prestigiar a dimensão final, humana, da construção do bem comum a partir da jurisdição, num círculo virtuoso que congrega esforços no afã da concretização dos fundamentos da República.

7. CONCLUSÃO

O caminho que o ordenamento trilhou até sua atual constitucionalização não foi em vão. Ele se deu tendo por postulado o reconhecimento de um astro-rei, a Carta Magna, irradiando seus efeitos de modo constante por todo o sistema, e, embora a construção histórica metodológica tenha optado pela especialização e pela autonomia dos modelos processuais, sua releitura embalada pela cantiga constitucional reabre a concreta possibilidade do reconhecimento de que a mecânica da prestação jurisdicional tem fonte comum, e, como tal, não pode implicar em resultados dissonantes.

A tal neocentrismo, com o papel sempre renovado da Constituição como o Sol atraindo os sistemas e exercendo sua influência irresistível, logra aproximar o processo penal do processo civil e vice-versa. O reconhecimento de tal convergência acaba por influir na percepção, ao reverso, das suas próprias divergências, e, como tal, propiciar a atuação da força motriz constitucional na consecução da prestação da jurisdição de modo equânime e equalizada com a operacionalização de seu pleno funcionamento, como células que mantêm a sinapse em atividade e que, com isso, se prestam a reconhecer, ao final, a centralidade do homem e de sua busca pelo bem comum, como móvel de toda a atividade estatal, e de sua precípua contribuição para que o processo atue como ferramental adequado na permanente construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. De Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 217, jul/set 1999.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **O direito como sistema autopoietico**. Seminário apresentado para cadeira de Teoria do Direito, no Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2004, p. 20. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc>, acesso em 26 mar 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães; e ALMEIDA, Fabrício Santos. A dicotomia do processo penal e do processo penal militar face a uma teoria geral do processo. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, Belo Horizonte, 2007. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/fabricio_santos_almeida.pdf>, acesso em 27 mar 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 851,

1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>, acesso em 13 nov 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, acesso em 27 mar 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, nº 175, junho/2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo : Martins Fontes, 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. I. Coimbra : Coimbra Editora, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo : RT, 1987.

DOTTI, René Ariel. **Prefácio ao Código de Processo Penal**. 8ª Ed., Rio de Janeiro : Editora Forense, 1987.

DWORKING, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas : Bookseller, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa**. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A lide como categoria comum do processo**. Porto Alegre : Letras Jurídicas Editora, 1991.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Teoria geral do processo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137, jan/mar 1998, p. 20. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_137/r137-02.pdf>, acesso em 27 mar 2009.

HABERMANS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KUNZLER, Caroline Morais. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de Sociologia, Araraquara, 16, 123-136, 2004. Disponível em <http://www.fclar.unesp.br/soc/revista/artigos_pdf_res/16/07kunzler.pdf>, acesso em 26 mar 2009.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998.

MARIOTTI, Humberto. **Autopoiese, cultura e sociedade**. Disponível em <<http://www.geocities.com/pluriversu/autopoies.html>>, acesso em 26 mar 2009.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo : Saraiva, 1980, vol. I.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Dissertação de Mestrado em Sociologia apresentado perante a USP. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154>>, acesso em 26 mar 2009.

RAMOS, Edla M. R. **O trabalho de Humberto Maturana e Francisco Varela**. Disponível em <<http://www.inf.ufsc.br/~a.c.mariani/autopoiese/maturana-edla.html> >, acesso em 26 mar 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Flávio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. A formação de juízes como imperativo ético. **Estado do Paraná**, Direito e Justiça. Curitiba, 11 mar. 2007 (a).

_____. **A qualificação dos juízes para a formação do convencimento motivado diante da súmula vinculante**. Disponível em

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/16308/15872>>, acesso em 11 abr 2009.

_____. A Súmula Vinculante e o convencimento motivado do juiz. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 17 mar 2007 (b).

_____. **Processo penal sistemas & princípios**. Curitiba : Juruá Editora, 2003.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz. Garantia do processo sem dilações indevidas. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política. **Estudos Históricos**, vol. 9, nº 18, 1996, p. 263.

[i] Folha de São Paulo, 24 mar 2009, p. A6.

[ii] Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido#>>, acesso em 27 mar 2009.

[iii] Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>, acesso em 27 mar 2009.

[iv] Para Maturana, o termo "autopoiese" traduz o que ele chamou de "centro da dinâmica constitutiva dos seres vivos". Para exercê-la de modo autônomo, eles precisam recorrer a recursos do meio ambiente. Em outros termos, são ao mesmo tempo autônomos e dependentes. Trata-se, pois, de um paradoxo. Essa condição paradoxal não pode ser bem entendida pelo pensamento linear, para o qual tudo se reduz à binariedade do sim/não, do ou/ou. Diante de seres vivos, coisas ou eventos, o raciocínio linear analisa as partes separadas, sem empenhar-se na busca das relações dinâmicas entre elas. O paradoxo autonomia-dependência dos sistemas vivos é melhor compreendido por um sistema de pensamento que englobe o raciocínio sistêmico (que examina as relações dinâmicas entre as partes) e o linear. Eis o pensamento complexo, modelo proposto por Edgar Morin.

Maturana e Varela utilizaram uma metáfora didática para falar dos sistemas autopoiéticos que vale a pena reproduzir aqui. Para eles, trata-se de máquinas que produzem a si próprias. Nenhuma outra espécie de máquina é capaz de fazer isso: todas elas produzem sempre algo diferente de si mesmas. Sendo os sistemas autopoiéticos a

um só tempo produtores e produtos, pode-se também dizer que eles são circulares, ou seja, funcionam em termos de circularidade produtiva. Para Maturana, enquanto não entendermos o caráter sistêmico da célula, não conseguiremos compreender os organismos. (MARIOTTI, Humberto. *Autopoiese, cultura e sociedade*. Disponível em <<http://www.geocities.com/pluriversu/autopoies.html>>, acesso em 26 mar 2009).

[v] A respeito do controle judicial dos atos legislativos, como conseqüência, do devido processo legal, ensina F. C. de San Tiago Dantas, que “a jurisprudência não poderia considerar *law of the land* toda lei que dispusesse com caráter geral, para um grupo ou classe de indivíduos, a menos que ela preenchesse dois requisitos: 1o, que compreenda no seu âmbito todos os que se encontram ou se venham a encontrar em igual situação; 2o, que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa (Vd. Magrath, loc. cit., pág. 302). A extensibilidade a todas as situações idênticas é um requisito que, no fundo, prova o caráter genérico da lei. Não é geral a norma cujo comando carece de fungibilidade perfeita; e não lhe poderá ser, portanto, reconhecido o caráter de *due process of law* (Sutton v. State, 96 Tenn. 710; Woodard v. Brien, 14 Lea, Tenn., 531; State v. Burnetts, 6 Heisk, Tenn., 186; etc). No segundo requisito, o da racionalidade da classificação, abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como um *due process of law* a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar o tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejo da lei especial com as normas gerais de direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado” (Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: Problemas de direito positivo. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Pág. 46).

[vi] O fenômeno da constitucionalização dos direitos e, conseqüentemente, da sua descodificação foi bem asseverado, entre outros, por Pietro Perlingieri: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, comausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”(Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1997. p. 6).

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E PRÁTICAS JUDICIÁRIAS BRASILEIRAS

"PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO" AND BRAZILIAN'S JUDICIARY PRACTICE

Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca

RESUMO

A comunicação tem por objetivo explicitar a representação de juízes acerca do livre convencimento e outras categorias que com ela se articulam, informando o processo decisório dos magistrados nas decisões e na efetividade dos direitos fundamentais. O princípio do livre convencimento e a iniciativa probatória do juiz são categorias indissociáveis de outras como a verdade real e imparcialidade na tomada de decisão constituindo expressão máxima de poder no campo jurídico. As categorias foram exploradas em três discursos entrelaçados: a doutrina, a legislação e juízes entrevistados, já que o livre convencimento é uma categoria que percorre âmbitos diferentes de atualização que não são uniformes.

PALAVRAS-CHAVES: LIVRE CONVENCIMENTO, PROCESSO JUDICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS, ACESSO À JUSTIÇA, INICIATIVA PROBATÓRIA

ABSTRACT

This work aims to clarify the judges' view of the "livre convencimento" and others categories that are articulated with it, informing the decision-making process of judges in decisions and the effectiveness of fundamental rights. The principle of "livre convencimento" and "iniciativa probatória" are inseparable from other categories as the "verdade real" and "imparcialidade" in decision-making constitute maximum expression of power in the judicial field. The categories were explored in three statements intertwined: the doctrine, laws and judges interviewed, as the free belief is a category that crosses different fields to update that are not uniform.

KEYWORDS: "LIVRE CONVENCIMENTO", JUDICIAL PROCESS, FUNDAMENTAL RIGHTS, JUSTICE ACCESS, PROOF INICIATIVE

Esta comunicação é uma breve exposição da pesquisa que realizei sobre as representações de juízes brasileiros acerca do princípio do livre convencimento do juiz que teve por objetivo explicitar questões que despertam atenção e curiosidade de operadores jurídicos, de intelectuais e estudiosos voltados para reflexões sobre o direito brasileiro.

O sistema processual brasileiro, seja em matéria civil, seja em matéria criminal, está orientado pela Constituição da República de 1988, que garante a todos os cidadãos os mesmos direitos fundamentais que ali estão positivados. Logo, as ditas garantias fundamentais são também garantias processuais. Usualmente, no entanto, o processo civil é identificado no campo jurídico como um processo de feição “acusatória”, que valoriza e permite a participação ampla dos jurisdicionados interessados no litígio em apreço, para alcançar a sua solução. Já o processo penal, costuma ser classificado, para uns como um processo “misto” (“acusatório/inquisitório”) enquanto, para outros, ele é entendido como plenamente “inquisitório”, tendo em vista que é um processo onde há maior participação do Estado. Contribui, ainda, para identificação da inquisitorialidade no processo penal, a existência do inquérito policial, procedimento que não está submetido às garantias constitucionais processuais, pois não tem proteção judicial, já que é realizado independentemente da esfera do Poder Judiciário. Esta separação entre o inquérito policial e o processo leva muitos operadores do campo a identificá-lo como “administrativo” por ser realizado pela polícia, que é órgão do Poder Executivo, federal ou estadual.

Todavia, seja no âmbito do processo civil ou no do processo penal, o juiz tem a atribuição concedida por lei e assim entendida pela doutrina, de decidir livremente sobre os conflitos de interesses levados a sua apreciação. Complementarmente, a seu *livre convencimento*, a *iniciativa probatória*, igualmente, é consagrada ao juiz pela doutrina e pela lei, o que reforça sua autonomia decisória sobre o processo e sobre o conflito nele deduzido. Tais prerrogativas dos julgadores, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, seja civil ou penal, contrariando, assim, a visão naturalizada dos operadores.

O campo jurídico brasileiro é um campo semi-autônomo integrado por iniciados em um saber com características específicas, que estão nele hierarquizados. No topo desta hierarquia estão os juízes que detém o poder de interpretar e decidir sobre o direito posto. Esta posição de supremacia dos juízes no campo está bem explícita nos trechos das entrevistas que se seguem:

“... a gente tem que levar em conta que ficções não existem, porque são ficções, tem um limite. Por exemplo, afirmar que a lei diz algo é ficcional, é fictício. Eu acabo por fazer a seguinte pergunta: quem é que diz o que a lei diz? É o juiz! Então, em primeiro lugar, a lei não diz nada[1], porque a lei é uma ficção. Quem diz o que a lei diz é o juiz.”

“... Eu entendo que o juiz realmente tem uma ação permitida pra investigar aqueles fatos que estão sendo trazidos a ele. Tudo é possível ao juiz!...”

Hierarquizados a seguir estão os doutrinadores, detentores de prestígio singular, pois são intérpretes das leis e das práticas autorizados no campo. Entretanto, a função que exercem é mais formadora e reprodutora do saber pertinente ao campo, o que, sem dúvida, lhes concede algum poder, mas este não se equipara ao dos julgadores.

Ainda povoa este campo, uma camada de operadores concursados e que, uma vez aprovados, recebem a outorga de um mandato para exercer funções judiciais e extrajudiciais, porém não jurisdicionais, já que estas são exclusivas dos juízes.

O campo do direito depende, na esfera do Poder Judiciário, de uma máquina burocrática constituída por servidores concursados, tais como oficiais de justiça, serventuários de cartórios, assistentes e técnicos judiciários, que exercem funções auxiliares para a entrega da prestação jurisdicional. De maneira análoga ao Judiciário, os outros órgãos jurídicos estatais, tais como Ministérios Públicos, Procuradorias e Defensorias Públicas, contam com máquinas burocráticas análogas às do Judiciário.

Outra categoria de atores que integram o campo são os advogados, que suprem a capacidade postulatória das partes – cidadãos ou pessoas jurídicas - defendendo o interesse delas em juízo. O cidadão comum, assim como as pessoas jurídicas, não podem estar em juízo sem a representação de um advogado[2].

O campo ainda abriga integrando, as hierarquias mais baixas e subalternas, os estagiários, bacharéis em formação, que emprestam seus serviços, quase sempre gratuitamente ou com ínfimas remunerações, que compulsoriamente são levados a aceitar, por exigência curricular dos cursos de graduação em direito.

Como o Poder Judiciário tem como finalidade administrar os conflitos de interesse que normalmente ocorrem na sociedade, paradoxalmente os cidadãos, usualmente chamados de “partes”, recorrem ao Judiciário, que lhes concede posição quase invisível no campo, ainda que sem elas, toda a máquina do Poder Judiciário ficaria paralisada e as consideradas importantes funções institucionais e papéis profissionais não teriam qualquer expressão material ou simbólica no âmbito do Judiciário.

O campo jurídico é constituído de um saber que é socializado a partir da formação universitária. Neste âmbito, a doutrina detém, como já mencionado, um lugar privilegiado, uma vez que encerra interpretações do ordenamento jurídico positivo, o que supostamente lhe conferiria função orientadora dos usos do referido saber. Tendo em vista que a legislação brasileira não privilegia interpretações literais[3], nem consensuais, tais características abrem espaço para variadas interpretações doutrinárias. Alguns doutrinadores detêm maior reconhecimento do que outros, sendo, portanto, preferidos enquanto difusores ou porta-vozes do saber jurídico. Essa preferência os torna privilegiados em editoras que publicam sucessivas edições de seus livros, a exemplo de Frederico Marques, Moacyr Amaral dos Santos e Vicente Greco Filho, motivo pelo qual foram utilizados como destacados intérpretes do ordenamento jurídico brasileiro em minha tese. Porém, nem sempre são estes e outros não mencionados doutrinadores concordantes entre si a exemplo das interpretações que concedem ao *princípio do livre convencimento motivado do juiz* e de sua *iniciativa probatória*, respectivamente positivados tanto no Código de Processo Civil como no Código de Processo Penal. Assim sendo, os doutrinadores, que desfrutam de posição privilegiada pelo campo, são os produtores e detentores de um determinado saber que é nele reproduzido e, conseqüentemente, internalizado nos operadores.

Não obstante o prestígio desfrutado pelos doutrinadores na socialização dos operadores do direito, o saber por eles produzido não orienta as decisões judiciais prolatadas pelos julgadores, que pela supremacia de suas posições hierárquicas no campo, descartam de

suas decisões o saber doutrinário, como demonstram entrevistas relatadas nesse trabalho. Essa situação explicita uma luta entre o saber e o poder no campo do direito brasileiro, onde aquele fica submetido a este.

2. O PROBLEMA

Como se pode admitir, o campo do direito permite vasta exploração. Minha tese destacou como via de ingresso e de compreensão parcial neste campo, as representações dos juízes acerca de duas categorias que são complementares: o *princípio do livre convencimento motivado*^[4] e a *iniciativa probatória do juiz*. Ambas são indissociáveis da decisão judicial e constituem a expressão máxima de poder no campo. Estas mesmas categorias foram exploradas no contexto do discurso da doutrina e no da legislação, entendidos como o saber orientador das práticas decisórias. Assim sendo, minha tese resultou em reflexão sobre três discursos entrelaçados, que envolvem a temática nele explorada: o discurso dos julgadores, o dos doutrinadores e o da lei.

Em função deste entrelaçamento dos três discursos as primeiras perguntas que trouxeram incentivo a minha pesquisa foram: que representações fazem os juízes sobre o *princípio do livre convencimento motivado*? De que maneira e por que tais representações informam as suas práticas decisórias?

Das entrevistas que com eles realizei vieram respostas como a preocupação que alimentavam com busca da “*verdade real*” para realização da justiça e com a relevância da *iniciativa probatória do juiz*, de onde comecei a perceber fragmentos que eram complementares à categoria do *livre convencimento*, inicialmente privilegiada em meu trabalho, mas que se refletiam sobre outras categorias jurídicas e, ao mesmo tempo eram dela indissociáveis. Trato tanto o *livre convencimento* como a *iniciativa probatória do juiz*, assim como *justiça*, *verdade real* e *imparcialidade* não como princípios jurídicos, mas como categorias que se articulam nos discursos analisados.^[5]

Assim, é importante frisar que as categorias articuladoras do *princípio do livre convencimento motivado do juiz* mudam de um discurso para outro. O modo como aparecem no discurso doutrinário nem sempre é o mesmo com que são expressas no discurso dos juízes a respeito de suas práticas decisórias.

A originalidade do trabalho reside na perspectiva empírica da investigação, que é rara no campo jurídico, especialmente entre os estudiosos brasileiros. Tomei, pois o saber jurídico como objeto de estudo para investigar as representações que os nossos julgadores têm do processo de tomada de decisão, em alguns de seus aspectos peculiares observáveis empiricamente. Pretendeu-se o exercício de dirigir a aspectos vivos do direito brasileiro um olhar relativizador e, para tanto, tomar o direito não como um saber universal, mas como um saber local, culturalmente construído e que permite identificar em cada sociedade uma sensibilidade jurídica^[6] diversa.

Construí o meu objeto livremente. Entretanto, ao iniciar minha pesquisa comecei a realizar trabalho de campo no Judiciário, onde também exerço a função de Oficial de Justiça, no âmbito da Justiça Federal. Nas primeiras entrevistas que realizei, comecei a ficar assustada com possíveis conseqüências do meu trabalho, uma vez que estava

entrevistando os meus superiores hierárquicos, os juízes, a quem minha função obriga a obedecer. Imediatamente passei a trabalhar outro tema, relativo à institucionalização do ensino sobre processo judicial no Brasil. Iniciei nova pesquisa e no meio do caminho percebi que me faltava ânimo para prosseguir-la, meus escritos me pareciam sem alma e bastante repetitivos.

Comecei a repensar meu objeto anterior e a fazer reflexões sobre a reviravolta frustrada a que estavam submetidas minhas reflexões acadêmicas, diante da meta que tinha a cumprir: elaborar minha tese de doutorado até fevereiro de 2008. Percebi, então que meu interesse pelo *livre convencimento do juiz* era somente um objeto, um tema para investigar ao qual, inconscientemente eu havia atribuído a condição de criatura, que ameaçava a criadora: eu. Esta percepção me veio com tamanha clareza que imediatamente retomei o tema, antes abandonado, para apresentá-lo como minha tese de doutorado.

Reiniciei o trabalho de campo e surpreendentemente constatei que os juízes, pessoas usualmente tidas como inacessíveis, já que muito ocupadas, mostraram-se completamente disponíveis para as entrevistas e que lhes era agradável falar sobre sua prática e refletir sobre o tema. Muitos chegaram a dizer claramente que nunca tinham “parado para pensar” na sua própria prática cotidiana e que, neste sentido, a minha entrevista estava proporcionando a eles uma experiência interessante. Alguns chegaram a se dispor a me receber mais de uma vez.

As entrevistas, na maior parte das vezes - para minha surpresa - tiveram um tom intimista e coloquial, o que não é usual frente ao formalismo adotado neste campo. Constatei em todas elas que o fato dos interlocutores perceberem que eu era uma pessoa “de dentro do campo[7]”, socializada em seu saber “técnico”, contribuiu muito para que eles passassem a falar de uma forma mais próxima e coloquial. Entrevistei juízes de diversas especialidades, por estar investigando uma categoria hegemônica do campo (o *livre convencimento do juiz*). A partir da análise do material levantado nas entrevistas na primeira fase da pesquisa, busquei identificar o significado da categoria objeto do trabalho para os operadores e identificar também as categorias articuladoras do discurso destes mesmos julgadores relativo ao *princípio do livre convencimento motivado do juiz*.

Em seguida, confrontei os dados colhidos no campo com o tratamento doutrinário da matéria, com a finalidade de investigar e explicitar que categorias informavam o discurso jurídico brasileiro acerca do princípio em questão e a concepção do processo como garantia constitucional, bem como os encontros e desencontros do discurso da doutrina e o dos operadores.

A revisão da doutrina à luz das categorias assinaladas revelou-se uma fonte muito importante que, suscitando inúmeras questões relevantes para a discussão do tema, mereceriam maior atenção em estudos futuros. Este exercício apresentou ricas oportunidades de reflexão sobre a nossa forma peculiar de construção do saber jurídico.

No campo do direito brasileiro, a principal forma em que a luta interna se apresenta é através da disputa pelo prestígio de “dizer o direito”. Desta luta participam os doutrinadores, que pontificam sobre o significado de princípios e de sua aplicação prática no campo. Entretanto, esta disputa aponta dissenso entre os doutrinadores, não

havendo concordância sobre suas interpretações, como é possível observar nas diferenças com que apreciam o *livre convencimento* e a *iniciativa probatória do juiz*.

Resta fazer algumas considerações sobre autores cujas noções, conceitos e teorias contribuíram para a concepção geral da tese, prestando assim auxílio indispensável em *insights* e interpretações, tanto durante a pesquisa, como na análise dos dados. Dentre estes autores, cabe destacar Pierre Bourdieu e Clifford Geertz, que foram recorrentemente mencionados implícita ou explicitamente.

O trecho do discurso de um dos julgadores transcrito abaixo se apresenta em descompasso com o discurso doutrinário que pontifica que o processo decisório parte da análise das provas e, por um processo dedutivo, chega a decisão.

“Quando eu faço a audiência eu já sei o que vou decidir. É na audiência que eu tenho contato com os fatos. Quando vou fazer a sentença, primeiro eu penso no fato e vejo o que eu vou decidir e aí busco as provas no processo, doutrinas, jurisprudências para justificar minha decisão. Primeiro eu decido. Os fatos me fazem sentir o que eu devo decidir. Os fatos são toda a história que me foi contada durante a audiência.”

Neste texto destaco o conceito de campo jurídico construído por Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 1989), que é um campo de disputa de poder, por ser um segmento da vida social diretamente ligado às decisões que vão definir as normas jurídicas que devem ser adotadas, assim como a forma mais adequada de interpretação destas mesmas normas. É, portanto, um campo privilegiado de disputa de visões de mundo e interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica.

No Brasil, o campo do direito apresenta peculiaridades, conforme demonstra minha tese. A contribuição de Geertz leva, sem dúvida, a tratar o direito como um saber local, específico de cada sociedade, o que contribui para não generalizar a noção de campo concebida por Bourdieu – aliás, intenção não pretendida por este autor – que foi bastante utilizada em meu trabalho.

Partindo da premissa de que o saber jurídico é um saber local, produzido por uma dada sociedade num determinado momento histórico, fácil a percepção de que ele expressa as peculiaridades da formação dessa sociedade num âmbito especialmente sensível da vida social que é o da administração institucional de conflitos, tendo em vista que cada sociedade valoriza, em determinada época, aquilo que deseja ou aquilo que desejam por ela, sendo que esses graus de legitimidade não são absolutos e imutáveis, mas submetem-se a um verdadeiro devir, modificando-se de acordo com a importância que lhes é oferecida (BOURDIEU, 1968). O direito varia no tempo e no espaço, mas num determinado tempo e num determinado espaço parece justo aos que compartilham a mesma sensibilidade jurídica (GEERTZ, 1998: 249-356).

3. O LIVRE CONVENCIMENTO E PRINCÍPIOS CORRELATOS

Sendo o *princípio do livre convencimento* a idéia reitora do meu trabalho, esta categoria foi tratada a luz da legislação e da doutrina, particularmente privilegiando dois doutrinadores, porta-vozes reconhecidos no campo do direito processual brasileiro: Ovídio Baptista da Silva e José Frederico Marques. A análise do discurso do texto doutrinário relativo a este princípio revela que a nossa lei processual outorga ao juiz tão amplos poderes de decisão no processo que este pode inclusive dispensar os ensinamentos dos doutrinadores para decidir. Sendo assim, inarredável a conclusão de que as decisões não são baseadas no saber, mas no poder.

A esta supremacia do julgador estão associadas outras categorias que a complementam tais como a de “*justiça*”, a de “*verdade real*” ou “*verdade dos fatos*”, a de “*iniciativa probatória do juiz*”, assim como a de “*imparcialidade*”, cuja a análise das articulações mais recorrentes e relevantes passo a expor.

3.1. LIVRE CONVENCIMENTO E JUSTIÇA

Num exercício de decomposição do *livre convencimento* à luz da legislação e da doutrina, assim como nas representações dos julgadores, a relação entre o livre convencimento e as demais categorias que lhe são solidárias a exemplo da de “*justiça*” e de “*verdade dos fatos*”, tomei como pressuposto que a idéia de justiça é uma construção social variável no tempo e no espaço. Todavia, no campo jurídico brasileiro somos fortemente socializados de forma a naturalizar a “nossa” idéia de *justiça* e a tomá-la como única, imutável e natural. Trata-se de uma atitude etnocêntrica que, como muitas outras acabam por constituir uma identidade cultural.

O caráter essencialmente convencional e precário da idéia de *justiça* faz com que o reconhecimento de uma solução como uma solução justa pelo grupo seja constitutiva da própria idéia de justiça. Em outras palavras, justa é a solução de um conflito quando é reconhecida como tal pelo grupo social que a adota. Entre nós, a categoria *justiça* aparece indissociavelmente ligada à categoria de *verdade real*.

O direito é um produto de cada sociedade e não é possível, portanto, pensá-lo como um saber composto por um conjunto de regras universais interpretadas também de forma universal, válido em qualquer parte do planeta e transmutável de uma sociedade para outra, concepção bastante comum e muito praticada no campo jurídico brasileiro. Se o mesmo conjunto de normas for adotado em sociedades diferentes, certamente ganharão significações distintas em cada um desses contextos sociais.

Em vários depoimentos de juízes aparece uma descrição de atividade decisória que não parte da prova dos autos, conforme recomenda a doutrina. Este exame é posterior a formação do convencimento do juiz que procura nos autos uma justificativa para a decisão que já está tomada.

“O livre convencimento faz a decisão vir antes. Tanto é assim que na hora que eu faço as perguntas, eu direciono para justificar a minha decisão que já foi tomada”.

Vê-se, assim, que o princípio em análise, tal como é descrito por alguns dos julgadores, faz com que a atividade decisória seja prévia à análise das provas: o juiz decide antes e busca os elementos probatórios que sirvam para justificar sua decisão num momento seqüencial posterior, o da fundamentação da decisão. Muitas vezes, estas provas são produto da atividade probatória do julgador, que já a dirige, como se vê no depoimento acima transcrito, para que ela sirva de premissa e elemento justificador da decisão que já está previamente tomada.

3.2. VERDADE REAL

A concepção de verdade jurídica que se depreende da leitura da doutrina processual brasileira se afasta muito da idéia de processo como forma de construção de verdade. A doutrina brasileira insiste em pretender descobrir, pela via do processo, uma “*verdade real*”, absoluta, que deve estar em algum lugar esperando para ser descoberta.[8] Desta forma, a sensibilidade jurídica brasileira, aponta, com uniformidade nos discursos da lei, da doutrina e dos juízes, para a descoberta da verdade como sendo o caminho privilegiado para a realização da justiça.

No sistema processual brasileiro, os fatos dos quais decorrem as decisões do juiz devem, segundo a lei e a doutrina, ser aqueles provados no processo e não os que o julgador considerou importantes para fundamentar uma decisão previamente concebida. Todavia, as entrevistas demonstram que a decisão judicial não é parte de um raciocínio dedutivo, pois esta “não decorre de uma construção demonstrativa e consensual da verdade jurídica processual na qual o juiz teria por função garantir a igualdade jurídica entre as partes, isto é, a igualdade de condições de manifestação em juízo e a observância das regras do jogo processual por ambos os envolvidos, mas decorre de uma escolha prévia determinada pela idéia de verdade preexistente ao processo.” (MENDES, 2005)

O procedimento adotado aproxima a atividade de julgamento descrita nas entrevistas das práticas dos juízes dos sistemas inquisitoriais, os quais dão aos juízes amplos poderes de atividade probatória e a função de descobrir a “*verdade dos fatos*”, ou o que “*de fato aconteceu*”.

No direito brasileiro, a “*verdade dos fatos*” é entendida como uma “*verdade real*”, existente *a priori*, ainda que desconhecida, o que justifica uma investigação minuciosa a seu respeito, uma vez que, como já foi visto, na nossa sensibilidade jurídica a realização da *justiça* depende da descoberta da “*verdade real*”. Vale enfatizar, no entanto, que esta concepção do campo jurídico sobre a “*verdade real*” pré-existente está em contradição com as formas de construção de verdade nas ciências, tanto nas ditas ciências naturais como nas ciências humanas, uma vez que a ciência estranha a realidade dada, o que a leva a entender toda e qualquer verdade como verdade construída (BOURDIEU, CHAMBOREDON E PASSERON, 2004: 45-48 e 73-80). Assim, toda a verdade no saber científico resulta de uma realidade que é construída e consensualizada, o que não ocorre nas representações expressas nos discursos da lei, dos doutrinadores e dos magistrados.

Conclui-se, pois, que a “*verdade real*” é uma verdade auto-revelada, uma verdade dada, concebida pela formação do convencimento do juiz e por sua autoridade no processo.

3.3. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Ainda que parte da doutrina, com base em interpretação dos princípios adotados na Constituição da República de 88 classifique o sistema processual brasileiro como um sistema acusatório, tendo em vista que as funções de acusação e julgamento estão entregues a órgãos diferentes para garantir a *imparcialidade do juiz*, os amplos poderes probatórios atribuídos ao magistrado por nossa legislação processual dão ao sistema brasileiro cores inquisitoriais bastante fortes^[9] tanto no âmbito do processo penal, como no âmbito do processo civil.

Para chegar à *verdade real*, são atribuídos ao juiz amplos poderes probatórios a tal ponto que ele pode, até mesmo, mandar produzir provas sobre fatos incontroversos, isto é, sobre fatos que estão consensualizados entre as partes. É o que afirma Frederico Marques, baseado em FENECH.^[10]

Por outro lado, Geraldo Prado chama a atenção para a incompatibilidade entre a *iniciativa probatória do juiz* e o sistema acusatório, quando examina as características do princípio acusatório. O autor faz ampla revisão da matéria na doutrina jurídica estrangeira e conclui afirmando que “o princípio acusatório se distingue por um tipo característico de processo que está alicerçado entre três diferentes sujeitos das tarefas de acusar, defender e julgar.” Afirma, ainda, que “no modo inquisitorial de processo prevalece o objetivo de realização do direito penal material, enquanto no processo acusatório preponderante é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade do arbítrio do poder de punir, o que define o horizonte do mencionado processo.” (PRADO, 2006: 104)

Entretanto, nas representações da *iniciativa probatória* expressas nas entrevistas realizadas esta não aparece relacionada ao caráter inquisitorial do processo, nem tampouco como possível ofensa ao *princípio acusatório* ou ainda ao *princípio da presunção de inocência*, que determina que, em matéria penal, a dúvida beneficia o réu, como se pode constatar nos trechos de entrevista a seguir transcritos.

“Há juízes que interpretam literalmente isso aqui, considerando como livre apreciação da prova somente o que o Ministério Público oferece e o que a defesa oferece. Mas, em matéria penal, processual penal, se o juiz se limitar ao texto da lei é perigoso. Porque você corre o risco de não fazer justiça e às vezes cometer uma injustiça. O cometimento de uma injustiça pode ser, por exemplo, a não condenação de um cidadão quando ele merece a condenação, se você aprofundar na busca do que costumam chamar de verdade real. Eu acho que por esse dispositivo, 157, o juiz não tem limites na busca dessa verdade real.”

“Trabalho com matéria civil e aqui é uma comarca tranqüila. É muito tranqüilo, pra quem já trabalhou em certos lugares bem mais complicados. Então até dá pro juiz

realmente presidir o processo. Ver qual é a prova, qual a prova que está faltando, pedir a prova que está faltando pra buscar realmente a verdade real. A gente aqui sempre busca, não é só uma questão processual. Eu realmente não utilizo o livre convencimento, como alguns utilizam. Não é ler o que está no processo, se resolver, resolveu; se não resolveu, paciência. Eu realmente procuro a verdade dos fatos. Então realmente o livre convencimento aqui, eu posso dizer que ele é meio relativo em relação a isso. Ele não é uma questão só processual”.

Ainda que o discurso doutrinário diga que o ônus da prova é da parte, e que, portanto, ao juiz não é permitido ele próprio por sua atividade produzir prova, resta admitir que esta é uma idéia equivocada em nosso sistema, uma vez que a lei atribui expressamente ampla capacidade probatória ao juiz[11], como se vê no depoimento a seguir:

“Eu tenho uma opinião contrária a do pessoal mais garantista. Eles defendem a tese de que o juiz não pode ter iniciativa probatória, porque o processo no Brasil é acusatório, então cabe as partes produzirem as provas. Se o juiz produz prova, ele vai estar tomando partido de alguém. Eles partem por esse entendimento. Eu parto de outro. A minha questão aqui é de descobrir a verdade. Alguns garantistas acham que não, que eu estaria invadindo a área das partes. Eu acho que posso. A minha busca aqui é produzir a verdade. Na área civil não. Na área civil, eu não faço isso. É diferente.”

Nesse depoimento aparece a tensão existente entre parte da doutrina jurídica que acha que o princípio acusatório não admite a *iniciativa probatória* do juiz e as representações dos julgadores que acham que a *iniciativa probatória* do juiz é atributo indispensável para a atividade judicante no nosso sistema processual.

É importante esclarecer que, dentre os juizes que entrevistei, nenhum demonstrou qualquer incômodo com os amplos poderes probatórios que lhes são atribuídos e não vêem em que medida tais poderes poderiam abalar a *imparcialidade* do órgão julgador, ou enfrentar o sistema acusatório de processo, segundo alguns, eleito como sistema processual a ser adotado no Brasil por determinação da Constituição da República de 1988.[12]

“O que significa a iniciativa probatória do juiz para a observância do princípio da verdade real”?

“É a carga dinâmica da prova. Hoje, no processo civil moderno, isto se chama o princípio da carga dinâmica da prova. Quer dizer como se distribuem os ônus da produção desta prova? Eles são distribuídos para todo mundo. O juiz também acaba interferindo na produção da prova, isto definitivamente não é ideal no processo penal.”

No entanto, do trecho de entrevista apresentado a seguir, que trata de atividade judicante em matéria civil, mais uma vez, se depreende a representação de que o processo — ainda que em matéria civil — é instrumento cuja finalidade é chegar à verdade absoluta que deve ser extraída, descoberta, por ser o único caminho que leva a efetivação da *justiça*. Por esta razão, a *iniciativa probatória* do juiz fica justificada e autorizada também no âmbito do processo civil.

“Eu tento não me influenciar exclusivamente com o papel. Eu tento extrair a verdade e eu acho que a verdade a gente só extrai[13] ouvindo as pessoas, ouvindo aquilo que as pessoas têm a dizer.”

Toda a atividade probatória tem o objetivo de formar o convencimento do juiz a respeito daquilo que se pleiteia e daquilo que se alega para que, desta forma, a atividade probatória seja da parte, seja do juiz, esteja voltada para o convencimento do julgador. Sendo assim, fica ao alvedrio do magistrado aceitar ou não a produção da prova conforme entenda que ela seja necessária, ou não, para o seu convencimento. Portanto, provar não é um direito da parte, mas um ônus que lhe é atribuído formalmente e que tem a finalidade de contribuir, ou não, para o convencimento do juiz.

3.4. IMPARCIALIDADE, NEUTRALIDADE E SUBJETIVIDADE

Seguindo o encadeamento das categorias indissociáveis do *livre convencimento*, destaco a esfera de liberdade do julgador na produção da prova processual e agrego discussões explícitas e implícitas sobre a *imparcialidade* e a *iniciativa probatória* do juiz.

Em acréscimo, apresento o avesso da discussão introduzida no ítem relativo à *iniciativa probatória*. Tal discussão recai sobre a *imparcialidade*, neutralidade e subjetividade da decisão judicial, aspectos presentes na atividade dos julgadores, não como indivíduos, mas como pessoas que exercem papéis institucionalizados, a que se incorporam inevitavelmente aspectos subjetivos, conforme pode ser constatado nas representações que fazem sobre o seu próprio papel de julgador.

O trecho de entrevista abaixo transcrito demonstra que, na representação dos juízes, a *iniciativa probatória* não compromete a *imparcialidade*. Ao contrário, ela aparece como indissociável e inerente à função do juiz. Todavia o trecho demonstra claramente que além da *iniciativa probatória* comprometer a *imparcialidade* do julgador, inverte a lógica do raciocínio decisório, isto é, o juiz, para formar sua decisão, passa a procurar as provas que confirmam sua hipótese sobre o caso.

“A prática é isso. O livre convencimento é extremamente relativo. Livre convencimento até onde ele é de acordo com a lei. Eu realmente sou adepta de que, hoje em dia, o juiz deve sim produzir prova, ele deve procurar a verdade nos autos, procurar descobrir o

que realmente aconteceu pra dar a sentença. Porque essa é a função do juiz. A função do juiz não é simplesmente olhar pro papel e ver qual é a melhor, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso, eu acho realmente, que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido; oficiar quem quer que seja; descobrir o que realmente aconteceu, acho que deve fazer. O livre convencimento aqui funciona um pouquinho além. Quando chegam os autos, às vezes até pra dar a sentença, eu leio e vejo que está faltando uma prova, mando produzir”.[14]

Desse modo, a *imparcialidade* do juiz não aparece questionada nas entrevistas realizadas. Ela fica completamente dissociada da *iniciativa probatória* lhes é permitida no processo, o que pode torná-lo parte no processo. Já o contato do juiz com as testemunhas e com as vítimas é representado pelos julgadores como ameaçador a sua *imparcialidade*.

A questão da subjetividade foi introduzida nas Ciências Sociais no século XIX e continua sendo discutida até hoje. Desde Hurssell, Max Weber, Alfred Schütz entre outros e, contemporaneamente, Bourdieu, Goffman e Foucault, por exemplo, exploram a questão do componente da subjetividade nas ações humanas. Nessa tradição, não há ações propriamente neutras, pois, em todas elas, aparece presente o componente subjetivo dos atores sociais. Entretanto, ainda que os juízes tenham um domínio institucionalizado do saber relativo às suas tomadas de decisão, denominado por eles de saber “técnico”, suas decisões são, sem dúvida, marcadas por características pessoais. As representações dos julgadores, entretanto, variam bastante a respeito de interferências subjetivas em suas decisões.

Seus depoimentos destacam a posição hierarquicamente privilegiada que desfrutam e os aspectos do desabrochar de interioridades pessoais a eles específicas, uma vez que a divergência de interpretações legais e doutrinárias freqüente, não lhes deixa oportunidade outra que não seja a de construir um discurso próprio sobre as suas decisões.

Neste contexto, a decisão do juiz é solitária, uma vez que a busca da “*verdade real*” o leva a mergulhar nos autos para encontrá-la. Entretanto, como tal verdade é inalcançável para qualquer ser humano mortal, são eles aparelhados pela crença no *princípio do livre convencimento* e na *iniciativa probatória* que lhes é atribuída, ambos institutos explícitos no discurso legal e no discurso doutrinário.

Porém, tal elaboração não é suficiente para lhe conceder entendimento suficiente acerca da dimensão subjetiva presente em suas decisões. Eles percebem a própria dimensão subjetiva considerando-a incidente fatal e inevitável no curso de seus julgamentos, que resultam em decisões que exprimem o seu poder.

Chama a atenção nas representações aquelas que apontam para a decisão judicial como fruto de uma escolha pessoal, subjetiva e não como produto de uma operação neutra e imparcial, tal como recomenda a doutrina. Nota-se, também, que os parâmetros de justiça são orientados por uma tradição que não se manifesta de forma consciente,

uma vez que aparecem de forma particularizada como se dependessem da concepção particular de justiça de cada julgador.

“Eu acho que a decisão não é um processo racional. É uma escolha sentida, intuitiva, chame como quiser. Depois de decidir, eu vou buscando como justificar a minha escolha. Eu acho que o juiz sente, intui, sei lá como é que se pode chamar isto. Eu acho que o juiz não decide, acho que ele escolhe, aí decide e depois justifica.”

CONCLUSÃO

A título de conclusão passo a elencar algumas conseqüências que me parecem relevantes relativamente ao impacto da categoria *livre convencimento motivado* e das que lhe complementam na atualização de decisões judiciais.

A descrição dos discursos doutrinário, legislativo e dos juízes, quer no campo do processo civil quer no do processo penal, apontam aspectos inquisitoriais do processo judicial, atribuídos usualmente exclusivamente ao âmbito criminal. Entretanto, o sistema de justiça brasileiro incorpora o inquérito, tanto ao processo civil como ao processo penal. A *iniciativa probatória do juiz*, admitida e valorizada tanto no processo civil como no penal, introduz nítidas características inquisitoriais ao processo brasileiro, uma vez que, segundo os discursos objeto da pesquisa, a finalidade do processo, em ambos os casos, é descobrir a verdade do que aconteceu, a dita “*verdade dos fatos*”, por ser este, segundo o exame do material colhido, o único caminho possível de se fazer *justiça*.

As decisões judiciais, dada a variação de entendimentos relativos ao *livre convencimento*, geralmente provocam a distribuição desigual de justiça para jurisdicionados, que experimentam conflitos semelhantes em suas vidas cotidianas. Tal situação, ainda que não afete internamente o campo jurídico brasileiro, não contribui para a credibilidade do Judiciário na nossa sociedade. A fragilidade do reconhecimento atribuído aos tribunais contribui para aumentar o afastamento entre o direito, a Justiça e a sociedade no Brasil.

As garantias e os direitos fundamentais, particularmente, aqueles que asseguram o direito do cidadão ao processo são, por sua vez, frágeis em efetividade de modo geral. A presença do cidadão no processo judicial é praticamente invisível, já que ela só se manifesta quando e se autorizada ou requisitada pelo juiz. A sua oralidade direta é suprimida, uma vez que o que consta dos autos não é seu depoimento literal e sim aquilo que o juiz dita para o escrivão.

Geralmente, a inquisitorialidade costuma ser mais atribuída ao processo penal do que ao processo civil. No entanto, a disponibilidade da *iniciativa probatória* do juiz tem supremacia sobre o contraditório e sobre o princípio dispositivo, que determina, segundo a doutrina e a lei, que o ônus da prova cabe às partes. Para os juízes

entrevistados, entretanto, se torna impossível atingir o *livre convencimento* sem, a seu critério, buscar novas provas ou esclarecimentos sobre as que já constam dos autos. Normalmente, o juiz se vê sozinho diante do que consta nos autos[15]. Para uns basta o que consta no processo, para outros – a grande maioria – é necessário amadurecer o seu convencimento com a produção de provas “do juízo”. O contato com as partes, para os julgadores que o valorizam, serve como já vimos, para a formação do seu convencimento. Porém, sua decisão é sempre solitária, o que se depreende de várias entrevistas em que afirmam ser a decisão atividade indelegável e incompartilhável, ou seja, da exclusiva competência deles. A valorização das representações que fazem sobre seus atos de decidir, se por um lado os deixa em uma posição solitária, por outro reafirma a supremacia de seu poder no campo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, Introdução.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Pierre Bourdieu. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989: 209-255.

_____. A linguagem autorizada: As condições sociais da eficácia do discurso ritual. In Pierre Bourdieu. **A economia das trocas lingüísticas**. São Paulo: Edusp, 1996: 85-128.

_____. CHAMBOREDON, Jean- Claude. PASSERON, Jean- Claude. **O ofício de sociólogo**. Metodologia da pesquisa na sociologia. Petrópolis: Vozes, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **Hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O Guardião das Promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. PAPADOPOULOS, Ioannis. **Juger en Amérique et en France: deux cultures juridiques distinctes**. França: Odile Jacob, 2003.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: Clifford Geertz. **O Saber Local**. Petrópolis, Vozes, 1998: 249-356.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3 v. 12^a. Edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

KANT DE LIMA. **Direitos Cíveis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, SP, v. 18, 2004-a: 49-59.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 4v. 1^a. ed. Atualizada. São Paulo: Bookseller, 1997 – b

MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. **Sobre culpados e inocentes: o processo de criminalização e incriminação pelo Ministério Federal Brasileiro**. Tese de doutorado apresentada ao PPGA- UFF. Niterói: Departamento de Antropologia o ICHF/UFF, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil**. 3v. São Paulo: Saraiva. 1995.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil**. In Maria Stella de Amorim; Roberto Kant de Lima; Regina Lúcia Teixeira Mendes, (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[1] O depoimento admite a falta de literalidade das leis no campo do direito brasileiro, uma vez que, apesar de estarem escritas, como disse o entrevistado “...a lei não diz nada...”.

[2] Exceção aberta pelos casos de capacidade postulatória presumida pelas leis 9099/95 e 10259/2001, que dispensam a assistência de advogado no âmbito dos Juizados Especiais.

[3] Afirmando que a legislação brasileira não privilegia interpretações literais, pois ela vale conforme a interpretação que lhe é dada pela autoridade judicial (KANT DE LIMA, 2004 a).

[4] Princípio, em direito, segundo a dogmática jurídica, é uma idéia fundamental na qual se baseia todo um sistema de normas. (CANOTILHO, 1997:1123-1126) É a idéia básica que dá coerência sistêmica a um determinado conjunto de normas fazendo com que elas se inter-relacionem. A idéia de um colar auxilia na percepção da função dos princípios no sistema jurídico. O princípio para os sistemas jurídicos faziam o papel do fio que une as contas de um colar, sem o qual o colar não passa de um amontoado de contas. Os princípios podem estar positivados e explícitos ou não. Quando implícitos, os princípios, são extraídos da exegese do sistema e, ainda assim continuam sendo a idéia fundamental que dá coerência a um sistema ou a um subsistema de normas de um determinado ordenamento jurídico.

[5] Foram entrevistados 21 juizes de diversas especialidades, tanto da Justiça Federal como da Justiça Estadual, bem como da Justiça do Trabalho.

[6] Sensibilidade jurídica é conceito construído por Geertz para designar a noção de justiça em uma cultura. Segundo o autor, toda e qualquer cultura tem uma sensibilidade jurídica que pode ou não se aproximar da nossa, que não é única nem absoluta. Sensibilidade jurídica é o complexo de operações utilizado por uma sociedade para relacionar princípios abstratos desse direito. (GEERTZ, 1998: 249)

[7] Tive a minha socialização acadêmica mais marcante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ainda que depois tivesse concluído outra graduação em Ciências Sociais na UFRJ. Sou bacharel, mestre e doutora em direito. Frequentei durante alguns anos os cursos preparatórios para concursos públicos. Fiz vários deles para carreiras jurídicas. Hoje exerço o cargo de Oficial de Justiça da Justiça Federal de 1ª Instância, na 2ª Sessão Judiciária da Justiça Federal que inclui os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Além disso, sou professora da graduação em direito na Universidade Gama Filho há 9 anos, onde já ministrei várias disciplinas, dentre as quais Direito Constitucional e Direito Processual Penal.

[8] Neste sentido, posicionam-se todos os doutrinadores citados neste trabalho.

[9] Vale lembrar que o princípio inquisitório traz características ao processo, além da separação dos órgãos de acusação e julgamento. As principais são o sigilo da acusação e a forma escrita do processo. Nesse sentido ver (LIMA, 1996)

[10] Apud (MARQUES, 1997-b: v2, 255). Frederico Marques não cita a referência completa da obra. Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo encontrei a referência completa da obra, a saber: FENECH, Miguel. Derecho procesal penal. 2. Ed, 2 v. Barcelona : Editorial Labor, 1952.

[11] Código de Processo Civil Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[12] Neste sentido (PRADO,2005)

[13] Mais uma vez a representação de que processo é instrumento de se chegar a uma verdade absoluta que deve ser extraída, descoberta, por ser o único caminho que leva a efetivação da justiça.

[14] Vale ressaltar o fato de que o juiz autor do depiemento é juiz de Vara Civil, o que demonstra, ao contrário do que diz a doutrina, que o princípio da verdade real orienta ambos os ramos de processo brasileiro, uma vez que é nítida, na representação deste julgador, a ligação que existe entre descoberta da verdade e a efetivação da justiça.

[15] Os juizes cujos depoimentos foram transcritos nessa tese são todos juizes monocráticos, juizes de 1ª. instância, por isto este capítulo trata da “decisão solitária”. Assim, esta pesquisa não tratou das decisões dos órgãos colegiados dos tribunais, tema

que merece aprofundamento. No entanto, deve ficar claro que o livre convencimento também vigora em instâncias superiores de julgamento, no campo jurídico brasileiro.

A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

ANTICIPATING THE EFFECTS OF PROTECTION AS A MECHANISM FOR ACCESS TO JUSTICE

Reinaldo Luís Tadeu Rondina Mandaliti

RESUMO

O processo civil moderno constitucionalizou-se. Tal assertiva significa, sobretudo, que o modo de ser do processo deve ser encarado a partir dos princípios e regras entabulados na Constituição Federal, sob pena do desvirtuamento de sua função precípua, qual seja, garantir aos jurisdicionados verdadeiro e efetivo acesso à justiça. O acesso à justiça, entretanto, não significa o mero acesso ao Poder Judiciário, mas sim, a efetiva concretização do direito pleiteado através da outorga da tutela jurisdicional. As situações cotidianas evidenciaram que a tutela jurisdicional entregue mediante o procedimento ordinário de cognição exauriente não está apta a tutelar, de modo concreto, todas as situações de litígio que se submetem ao Estado-juiz. Logo, necessária a adoção de tutelas diferenciadas para o cumprimento deste desiderato. No rol das tutelas diferenciadas destacam-se as tutelas de urgência, em especial a tutela antecipada, através das quais o juiz, baseado em cognição sumária, pode de maneira rápida e eficaz tutelar o direito da parte, entregando-lhe tutela jurisdicional que lhe garante o tão almejado acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: TUTELA; ACESSO À JUSTIÇA.

ABSTRACT

The modern civil process build up itself constitutionally. This assertion means that, above all, how the process should be viewed from the principles and rules hold in the Federal Constitution, under penalty of distortion of its main function, ensuring to the citizen a true and effective access to justice. The access to justice, however, does not mean the normal access to the Judiciary, but the effective implementation of the law claimed through the granting of judicial protection. The everyday situations have showed that the legal protection given by the ordinary procedure of the conclusive cognition is not able to protect, in fact, all cases of dispute which is subject to state-court. Therefore, it is required the differentiated adoption to the tutelage for the fulfillment of this goal. In the role of guardianship there is a differential stress in the guardianship of urgency, in particular the earlier tutelage, through which the judge will be based on summary cognition, what can rapidly and effectively protect the right of the author and defendant, handing it the judicial protection which guarantees the most desired access to justice.

KEYWORDS: TUTELAGE; ACCESS TO JUSTICE.

1 INTRODUÇÃO

O processo civil atual, comumente chamado de moderno diverge, substancialmente, do processo civil de outrora. E trata-se de uma feliz divergência.

Isso porque estamos vivendo uma era de “constitucionalização” de direitos e o processo civil, como não poderia deixar de ser, fincou raízes em nosso texto constitucional e, a partir daí, teve de ser revisto para atender aos anseios e comandos da Constituição Federal.

O resultado disso é que hoje estamos lidando com um novo processo cujo objetivo maior é o resultado que ele pode e deve praticar na vida das pessoas. A idéia maior que rege o moderno processo é a do acesso à justiça. Acesso à efetiva e verdadeira justiça.

Se o processo é um instrumento de acesso á justiça, é evidente que ele deve se servir de mecanismos que o permita cumprir seu desiderato.

O presente trabalho pretende demonstrar a importância da antecipação da tutela como mecanismo de acesso à justiça.

Partimos da necessária compreensão que se deve ter acerca da constitucionalização do processo civil e sua principal consequência que é o acesso à justiça.

Após, discorreremos sobre a tutela jurisdicional, a efetividade do processo e a tutela jurisdicional diferenciada que, ao final, desemboca na tutela de urgência.

Não nos furtamos a analisar as técnicas de cognição, elementos indispensáveis para a concessão de uma tutela diferenciada, mormente a de urgência que exige cognição sumária.

Por fim, analisamos a tutela antecipada no que tange, principalmente, aos requisitos para a sua concessão para concluir como se verá, que consiste ela num dos mais importantes e eficazes mecanismos processuais de acesso à justiça.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

É certo que o direito constitucional tornou-se efetivamente forte na medida em que a democracia foi se consolidando como sustentáculo dos governos e do próprio Estado.

Sendo assim, a maioria dos ramos do direito, inclusive o processo civil, foi desenvolvida sem a devida correlação com o texto constitucional.

Apenas com o apogeu da Constituição, e a necessária compreensão de que ela é a lei que rege e organiza o Estado, é que o direito como um todo passou a ser visto, analisado e interpretado de acordo com os ditames constitucionais.

A esse fenômeno de subordinação interpretativa do processo civil à Constituição Federal é que se convencionou chamar de constitucionalização do processo civil.

Partindo desta premissa, é possível constatar que toda a legislação processualista, seja a estampada no Código de Processo Civil, seja a elencada em leis extravagantes, não são o bastante para a compreensão do processo civil moderno, pois, como dito, se subordinam aos interesses e desejos constitucionais.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 41), “o que deve ser posto em primeiro lugar, inclusive em ordem de pensamento, é verificar em que medida a Constituição Federal quer que o direito processual seja”, pois, a Constituição Federal é o necessário ponto de partida para qualquer reflexão sobre o direito processual civil.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um nova era em nosso direito processual civil. Isto porque, a partir dela, se pode verificar a existência de um modelo constitucional de processo civil brasileiro.

Não se discute que o atual texto constitucional é riquíssimo em dispositivos de cunho processual que visam, sobretudo, às garantias de um processo civil justo e efetivo.

A garantia do devido processo legal deixou de ser uma estrela solitária no texto constitucional, e ganhou a companhia de uma série de outros comandos constitucionais, todos em igual ordem de importância, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, a vedação das provas ilícitas, o juiz e o promotor natural, a assistência jurídica gratuita, a isonomia formal e material, a publicidade dos atos processuais, a fundamentação das decisões judiciais e, recentemente, a celeridade processual.

Não bastasse essa extensa gama de princípios processuais, a Constituição de 1988 alberga uma série de institutos, de cunho nitidamente processual, que possuem o escopo de proteger valores caros aos cidadãos. Trata-se da chamada jurisdição constitucional das liberdades, que prevê a existência dos chamados remédios constitucionais como o *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, e o mandado de segurança.

Daí, Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 181) sustentar que o modelo constitucional de processo civil brasileiro,

é acentuadamente garantístico, no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania.

Ainda, para Dinamarco (2004, p. 182), dentre as garantias inerentes ao modelo constitucional de processo civil brasileiro, há inegável primazia do princípio do acesso à justiça. Explica que embora não haja previsão explícita do acesso à justiça, tal princípio ostenta uma explicitude ímpar, porque “é a síntese a razão de ser de todas as demais garantias, inclusive do devido processo legal pelo simples motivo de que nela “reside a promessa constitucional de que os serviços jurisdicionais devem ser realizados com vistas postas no resultado final do processo”.

A exata compreensão do significado e alcance desse tão festejado princípio do “acesso à justiça” é que nos conduzirá à necessidade da tutela jurisdicional diferenciada para a efetividade do processo e, nesse diapasão, à importância da antecipação dos efeitos da tutela.

3 O ACESSO À JUSTIÇA

Nos meios acadêmicos não se fala em “acesso à justiça” sem referência à homônima obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que, de maneira clara e irretocável, buscam desvendar o tema e propor soluções de caráter prático para os enormes problemas de efetivação deste acesso.

No entanto, os próprios autores reconhecem que a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 08)”.

Explicam os autores que primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos e que segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Entendemos, particularmente, que o acesso à justiça não pode ser confundido com o acesso ao poder judiciário. Pois, embora possam ambos se interdependem, como realmente ocorre na maioria dos casos, cada qual possui objetivos e, não raras vezes, resultados distintos.

O acesso ao poder judiciário está insculpido no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Esse comando constitucional alberga a idéia de inafastabilidade do controle jurisdicional e a própria noção de acesso ao poder judiciário, que se caracteriza pela oportunidade irrestrita que todos os cidadão devem ter de procurar o Estado-jurisdicção toda vez que dependerem dele para a solução de um litígio.

A conseqüência natural do acesso ao poder judiciário é a obtenção de um provimento jurisdicional que pode, ou não, revelar efetiva justiça. Toda vez que um cidadão invoca a jurisdição para a solução de um conflito, ele necessariamente receberá por parte do Estado, um provimento jurisdicional, que é uma espécie de resposta ao seu reclamo.

Essa resposta, no entanto, pode ser, por exemplo, uma decisão sem resolução de mérito. Nesse caso, houve inegavelmente acesso ao poder judiciário, ou seja, obedeceu-se tal comando constitucional. Mas o jurisdicionado não foi alvo de efetiva justiça.

Entendemos, pois, que o acesso à justiça compreende a efetiva concretização dos direitos. Ou seja, apenas se tem verdadeiro acesso à justiça, quando um direito colocado em questão atinge o apogeu de sua concretude e eficácia.

Logo, o acesso à justiça, por vezes, não depende do acesso ao Poder Judiciário. A concretização dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, largamente elencados em nosso texto constitucional, pode se dar através de eficazes políticas públicas patrocinadas pelas esferas de governo. Quando um município consegue oferecer educação de qualidade a todos os seus habitantes em idade escolar, esses cidadãos experimentam verdadeiro acesso à justiça em precisar, contudo, ingressarem no poder judiciário para ver seus direitos realizados.

Por outro lado, se o Estado não é capaz de fornecer medicamentos à população, embora a saúde seja um direito constitucional garantido a todos os brasileiros, e mesmo diante desse dever se nega a fazê-lo, será preciso que o cidadão em primeiro plano faça valer seu direito de acesso ao poder judiciário para, em seguida, ter um efetivo acesso à justiça.

Este exemplo nos possibilita determinar de forma clara a diferença que entendemos haver entre o acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário que, infelizmente, é confundido pela maioria dos estudiosos do direito.

Nessa mesma esteira é o pensamento de Flávio Luís de Oliveira (2008, p. 79), para quem o acesso à justiça não pode ser visto com um direito formal e abstrato de simplesmente propor a ação em juízo. Para o autor, “a questão do acesso à justiça exige o enfrentamento dos obstáculos econômicos e sociais à concretização dos direitos”.

Quando o acesso à justiça depender, num primeiro plano, do acesso ao poder judiciário, é certo que o jurisdicionado que clama por justiça, receberá um provimento jurisdicional, mas, nesse caso, este provimento deve vir acompanhado da efetiva concretização do direito e, sendo assim, estar-se-á diante de uma tutela jurisdicional.

Ou seja, uma vez invocada a jurisdição, só haverá acesso à justiça quando o Estado entregar ao cidadão o direito que ele persegue, ou, em outras palavras, quando o Estado, utilizando-se do seu poder de império, fazer com que este direito seja concretizado.

Evidente que, se aquele que invoca a jurisdição não demonstrar ser o detentor do direito reclamado, terá acesso à justiça aquele que, embora figurando no pólo passivo da demanda, não sofreu qualquer violação na sua esfera de direitos, sendo ele, portanto, o destinatário da tutela jurisdicional prestada pelo Estado, enquanto o autor da ação obteve apenas um provimento jurisdicional que julgou improcedente o seu pleito.

Em suma, tutela e provimento jurisdicional não se confundem e o acesso à justiça, quando invocado através do Poder Judiciário, se concretiza através da efetividade da tutela jurisdicional.

4 A TUTELA JURISDICIONAL

Quando consultada no dicionário, a expressão tutela encontra significado em amparo, proteção, defesa. Adjetivada com a expressão jurisdicional, tutela passa a significar a proteção conferida pelo Estado (jurisdição) àquele que possui um direito.

Invocado por alguém que se encontra em uma situação de litígio, o Estado, utilizando do seu peculiar poder de império, traduzido na força para fazer impor a vontade da lei, protege àquele que necessariamente possui o direito em questão, ou melhor, faz com que este direito seja concretizado.

É essa resposta do Estado, que tem o condão de concretizar um direito posto em conflito, em que consiste a tutela jurisdicional.

Segundo Flávio Luiz Yarshell (1998, p. 29), a tutela jurisdicional representa a “passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser”. Ou seja, é através da tutela jurisdicional que o processo se desliga da abstração que permeia o direito de ação para, efetivamente, incidir no mundo concreto, no mundo do ser, modificando os fatos, fazendo agir o dever ser.

Em suma, a tutela jurisdicional é um instrumento de transformação da realidade. Antes dela, havia, com a lide, uma situação de desconformidade com o direito que, com o seu advento, elimina o conflito e concretiza o direito.

Paulo Afonso Brum Vaz (2002, p. 31), em seu manual da tutela antecipada, diferencia a função jurisdicional da tutela jurisdicional em construção com a qual concordamos plenamente. Segundo o autor, a função jurisdicional ou a própria jurisdição, tem como objetivo compor os litígios, impondo a pretensão do litigante vitorioso e substituindo a vontade do derrotado pela vontade do Estado.

Por seu turno, a tutela jurisdicional é o amparo que os juízes, no exercício da jurisdição, oferecem ao litigante que tem razão, ou seja, “é a concreta e efetiva oferta dos bens ou situações jurídicas que lhe favoreçam na realidade da vida”. É em outras palavras, e como temos dito, a real satisfação de uma pretensão.

Com autoridade, ensina João Batista Lopes (2003) que tutela jurisdicional significa “a proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem jurídica, vale dizer, com respeito aos princípios constitucionais, aos direitos e garantias previstos na Carta Magna e aos direitos assegurados pela legislação infraconstitucional”.

Enfim, a tutela jurisdicional nada mais é do que a concretização do direito, através do poder estatal e, é dessa forma, que o jurisdicionado, agora tutelado, obtém o tão clamado acesso à justiça.

Equivoca-se, no entanto, quem defende que a tutela jurisdicional representa o resultado final da atividade jurisdicional exercida pelo Estado. Isso porque, como se demonstrará adiante, a tutela jurisdicional pode ser prestada de maneiras diferenciadas, utilizando-se, como aduz Marinoni (2004, p. 12), do “correto manejo das técnicas de cognição, da antecipação, das sentenças e da atuação dos direitos”.

5 A TUTELA JURISDICIONAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A tutela jurisdicional, por evidente, só pode ser prestada através do regular desenvolvimento do processo.

O processo civil, como é cediço, nem sempre se preocupou com a efetividade dos seus resultados, ou melhor, não dava a devida importância verdadeira atuação dos direitos.

Essa “inefetividade” do processo, que o marcou por um longo período, decorreu da sua própria evolução. Reconhece-se que a evolução do processo civil se deu em três fases. Num primeiro momento, o processo não era dotado de autonomia, não se concebia uma relação jurídica de direito processual e o processo, confundido com o procedimento, era uma mera sucessão de atos para fazer atuar o direito material. Chamou-se essa fase de sincretista.

No entanto, o desenvolvimento de variados estudos acerca da ação e do processo, fizeram com que o processo se libertasse dessa fase adjetiva e caminhasse para um período em que estabeleceu sua total autonomia em relação ao direito material, inaugurando-se a fase autonomista do processo.

Foi esta fase que estabeleceu a diferença entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito processual. Enquanto a primeira se estabelecia entre os litigantes apenas, a segunda se dava entre o autor, juiz e réu.

Assim, os processualistas perceberam que o processo não poderia ser encarado com simples modo de exercício de direitos, mas, sim, como um caminho para se obter uma proteção do Estado, por obra do juiz, ou seja, a tutela jurisdicional.

Não se pode olvidar que a fase autonomista do processo foi marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Sua importância consiste, notadamente, na instituição de teorias, conceitos e estruturas que definiram o processo como ciência.

Todavia, durante todo o período em que fase autonomista teve acento, o processo foi visto como instrumento técnico de realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e, principalmente, sem que fosse feita uma análise de seus resultados na vida das pessoas.

Essa fase autonomista, desgarrada da efetividade, está sendo substituída por um terceiro momento na evolução do processo. Nos dias atuais, felizmente, se fala em instrumentalidade do processo.

Isso porque se chegou ao consenso de que a ciência processual atingiu níveis elevados de desenvolvimento e sofisticação. No entanto, o sistema processual está longe de ser o ideal, na medida em suas falhas residem, sobretudo, em sua principal missão, que é a de produzir justiça entre os cidadãos.

Sintetizando a idéia da instrumentalidade, aduz Dinamarco (2003, p. 372), que:

falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.

A idéia síntese da instrumentalidade do processo é fazer com que ele seja dotado de efetividade, ou seja, fazer com que a tutela jurisdicional prestada seja efetiva e produza os resultados esperados pelos litigantes.

Nesse contexto, a concepção instrumentalista do processo impõe que seus institutos sejam concebidos em conformidade com as necessidades do direito material. Como bem acentua BEDAQUE (2001, p.16), “a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”.

Conclui que não interessa “uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça é o que se pretende”. (2001, p. 24)

Segundo Kazuo Watanabe (2000), existem duas perspectivas que instruem os estudos acerca da aproximação do direito processual com o direito material, visando a efetividade do processo. A primeira é material. Nesse contexto, os processualistas analisam a pretensão de direito material, no sentido de adequar a ação processual às peculiaridades do direito material.

A outra perspectiva é direito processual, e possui inspiração chiovendiana no sentido de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que el tem direito de conseguir”. Ou seja, o objetivo é aprofundar as técnicas e institutos processuais para buscar a melhor tutela de direitos através do processo.

Essa tendência está configurada na busca de novos provimentos, de novos procedimentos, pelas tutelas de urgência e pela facilitação do acesso à justiça.

Em suma, as relações entre o direito material e o processo, quando aprimoradas, resultam em efetividade e garantia de resultados mais justos na prestação jurisdicional. Sendo o processo concebido como instrumento de atuação da jurisdição, é imperioso que seus institutos sejam concebidos com as necessidades do direito substancial, de modo a lhe garantir a efetividade.

A aproximação entre o direito material e o processo dá ensejo à tutela jurisdicional diferenciada, que nada mais é do que uma exata correspondência entre o tipo de tutela prestado pelo Estado e as diferentes situações que se apresentam na vida social. Ou seja, para cada tipo de situação de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, isto é, diferenciada pelo procedimento.

6 A TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

É certo que o procedimento comum ordinário não se presta a garantir efetividade a todas as situações de litigiosidade que invocam o poder jurisdicional na expectativa de serem resolvidas.

Isto porque, o procedimento ordinário depende é longo em demasia, pois depende, para sua conclusão, de uma cognição exauriente por parte do juiz. Ou seja, existem situações conflituosas que não podem esperar por todo o andamento do procedimento ordinário e, sendo assim, clamam por tutela diferente, ou melhor, por uma tutela jurisdicional diferenciada.

Esta expressão foi utilizada pela primeira vez pelo jurista italiano Andrea Proto Pisani e que significa, sobretudo, uma oposição ao procedimento ordinário de cognição exauriente.

Segundo Donaldo Armelin (1992), pelo menos dois posicionamentos podem nortear a tutela diferenciada. Num primeiro plano, adotando como referencial a própria tutela, vista em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atenda a pretensão da parte, segundo o tipo de necessidade de tutela ali veiculado. Num outro plano, a tutela jurisdicional diferenciada pode ser qualificada pelo prisma da sua cronologia no iter procedimental em que se insere.

Como exemplo do primeiro plano, podemos destacar os procedimentos especiais que encerram em si a prestação de uma tutela jurisdicional diferenciada, como as ações

possessórias. E, por outro lado, podemos destacar a antecipação dos efeitos da tutela, a depender de cognição sumária, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas no procedimento comum ordinário que, frise-se, ostenta necessariamente cognição exauriente.

O fato é que aceita a idéia de que o processo é um instrumento para fazer valer o direito material, há que se buscar uma adequação do processo a essa finalidade. Sem essa adequação o processo deixará de ser efetivo. E o que se busca, notadamente, é a efetividade do processo.

Partindo dessa premissa, Flávio Luis de Oliveira e Carlos Eduardo Freitas Fazoli (2007) sustentam a existência de um direito fundamental ao procedimento adequado. Enfrentando a temática do acesso à justiça, esclarecem que o verdadeiro acesso corresponde à prestação jurisdicional justa, adequada e em um prazo razoável. E, nessa esteira, a adequação diz respeito à correlação entre o bem da vida entregue pelo Poder Judiciário e aquele postulado pelo jurisdicionado.

Definindo o procedimento adequado, explicam:

É aquele apto a proporcionar o provimento mais justo, em um tempo razoável, com o menor custo possível e que entregue ao postulante o bem da vida pretendido (ou o mais próximo possível). Para isso, não podemos ter um procedimento padrão adotado para “todos os tipos de direito”. Dependendo da natureza jurídica do bem protegido o rito deverá ser diferente (OLIVEIRA; FAZOLLI, 2007, p. 31).

Fica claro, portanto, que o procedimento adequado depende, na esmagadora maioria das vezes, da tutela jurisdicional diferenciada.

Em suma, a tutela jurisdicional diferenciada é aquela prestada em contrariedade ao procedimento comum ordinário de cognição exauriente, alinhada a especificidade do direito material posto em conflito e apta a entregar ao jurisdicionado, de forma adequada, o bem da vida pretendido.

7 AS TÉCNICAS DE COGNIÇÃO JUDICIAL COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA A CONCESSÃO DE TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS

Foi dito, até o momento, que a tutela jurisdicional diferenciada se opõe ao procedimento ordinário que, por excelência, ostenta cognição exauriente.

Compete-nos, pois, nessa esteira, estabelecer a importância da cognição judicial para a prestação jurisdicional de forma diferenciada e, portanto, efetiva.

Kazuo Watanabe (2000, p. 47) assevera que a cognição deve ser compreendida como uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada. Assim, a utilidade da cognição encontra-se na técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimento tendo em vista a instrumentalidade do processo.

Ainda segundo WATANABE (2000), indiscutível mestre do assunto, pode-se dizer que a cognição é prevalentemente um ato de inteligência do juiz, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes.

Há consenso na doutrina de que o juiz, antes de decidir a demanda, realiza uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aprofundar na questão litigiosa, de modo a se convencer de ser a demanda fundada ou infundada e se, no caso concreto, existe ou não a vontade concreta da lei que se cogita. É nesse sentido que reside o conceito lógico de cognição.

No entanto, é importante frisar que a cognição pode encerrar componentes de caráter não intelectual e, nessa esteira, impecável é o pronunciamento de LIEBMAN (*Apud* WATANABE, 2000, p. 47):

A atividade do juiz é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples decisão lógica e sim de intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade.

O aprimoramento da cognição se dá através de suas técnicas. Ou seja, o juiz, para melhor elucidar o litígio deve-se utilizar das diferentes técnicas cognitivas existentes.

A cognição pode ser analisada em dois planos distintos, quais sejam o plano horizontal e o plano vertical. Por horizontal deve ser compreendida a cognição em sua extensão e amplitude. Daí dizer que, horizontalmente analisada, a cognição pode ser plena ou parcial. Por vertical, a cognição é compreendida no que tange a sua profundidade, ou melhor, na análise das provas carreadas aos autos e, assim, pode ser classificada em exauriente, quando for completa, e, sumária, quando incompleta, fundada em juízo de verossimilhança.

7.1 A cognição no plano horizontal: plena e parcial

Cognição parcial é aquela em que ao juiz não é permitido conhecer da coisa litigiosa em toda sua extensão. Nela o juiz fica impedido de conhecer as questões

reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda. É o caso, por exemplo, das ações possessórias, onde está vedada qualquer discussão acerca do domínio.

Há dois modos de atuação da técnica de cognição parcial. No primeiro a lei fixa o objeto litigioso, como no caso dos embargos à execução ou, em outro plano, a lei estabelece os limites da defesa, como se evidencia na ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei 911/69.

Salienta MARINONI (2006) que o procedimento de cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade, ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa, mas deixa de lado o valor justiça material.

Por sua vez, cognição plena é aquela em que o juiz pode analisar todo o objeto litigioso, sem qualquer restrição.

7.2 A cognição no plano vertical: sumária e exauriente

Tem-se cognição exauriente quando o juiz aborda toda a profundidade da demanda até atingir o juízo de certeza e, por consequência, a almejada segurança jurídica. Assim, a tutela concedida com base em cognição exauriente garante a realização plena do contraditório e produz coisa julgada material.

Por seu turno, a cognição sumária, restrita no plano vertical, conduz ao chamado juízo de probabilidade e verossimilhança, ou seja, as decisões ficam limitadas a afirmar o provável.

MARINONI (2006), de modo claro e preciso, elenca os objetivos da técnica de cognição sumária que permitem ao juiz conceder as chamadas tutelas de urgência, que serão adiante analisadas. Segundo o Autor, os objetivos são os seguintes: 1) assegurar a viabilidade de realização de um direito (tutela cautelar); 2) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipada); 3) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipada um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); 4) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente esse direito (tutela antecipada, com fundamento no art. 273, II do CPC).

Quando o juiz concede uma tutela com base em cognição sumária, ele se limita a afirmar a probabilidade de existência de um direito, de modo que, uma vez aprofundada a cognição, passando da esfera sumária para a esfera exauriente, nada impede que o juiz afirme que aquele direito que supôs existir, em verdade, não existe.

A técnica de cognição sumária permite que se garanta a efetividade dos provimentos jurisdicionais sempre que não for possível aguardar o tempo normal de tramitação do processo e, conseqüentemente, a cognição exauriente.

8 AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Numa única expressão podemos definir a tutela de urgência como sendo a tutela jurisdicional ancorada em cognição sumária. Logo, opõe-se, num primeiro plano, à tutela ordinária calcada, sempre, na cognição exauriente.

BEDAQUE, com muita propriedade acentua que as tutelas jurisdicionais dividem-se em dois grandes grupos:

Aquelas destinadas a afastar definitivamente a crise verificada nos planos das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material; e as que tem por escopo possibilitar soluções urgentes e provisórias, a fim de que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação.

A tutela de urgência, pois, é aquela precedida de cognição sumária e que, portanto, possibilita uma solução urgente e provisória. Destina-se, sobretudo, a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional. Contrapõem-se as tutelas concedidas em caráter definitivo, fundadas na idéia de certeza.

Marcos Destefenni (2002), em irretocável trabalho sobre o tema, explica que a tutela de urgência possibilita uma solução judicial mais rápida e, portanto, mais efetiva, concluindo que “se não é a melhor forma de prestação jurisdicional, às vezes é a única aceitável, a única possível”.

É importantíssimo esclarecer que as tutelas de urgência nem sempre têm a mesma finalidade. Por vezes o objetivo da tutela de urgência é apenas o de conservar um direito ou, ao menos, viabilizar meios para executá-lo no futuro. Assim, essa tutela de urgência possui caráter conservativo e destina-se à assegurar a viabilidade de um direito de natureza processual.

Enquadram-se nesses casos as tutelas cautelares, preventivas por excelência, cujo objetivo é apenas o de assegurar a viabilidade de um direito, evitando a ocorrência de danos e prejuízos.

Por outro lado, existem situações que clamam pela satisfação imediata do direito posto em litígio. Não basta mera tutela de prevenção, faze-se necessária tutela

satisfativa, ou seja, uma tutela jurisdicional que garanta ao jurisdicionada a efetiva realização do direito.

É o caso da tutela antecipada, pois através dela, e o próprio nome já o diz, há uma antecipação dos efeitos da tutela final, o que permite a fruição do bem pretendido através do processo.

Importante ressaltar que a expressão tutelas de urgência se destina a todas as tutelas prestadas com apoio em cognição sumária. Entre elas destacam-se a tutela cautelar (preventiva) e a tutela antecipada (satisfativa). Ambas, assemelham-se apenas em relação à técnica de cognição e ao fato de serem prestadas em caráter de urgência, pois, na essência e nos resultados que proporcionam aos consumidores de justiça, são substancialmente diferentes.

O presente estuda se presta a examinar a tutela antecipada, aquela que efetivamente satisfaz um direito e que, por isso mesmo, é apta a levar justiça ao cidadão.

Em seara processual, a tutela antecipada indiscutivelmente consiste num dos maiores e mais eficazes instrumentos de concretização de direitos e acesso à justiça.

9 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Não se discute que o tempo é algo inerente ao processo. O processo nada mais é que sequência de atos que se desenvolvem com vistas à obtenção de um provimento jurisdicional final, que é a sentença.

Evidente que o desenrolar de todos esses atos exigem um espaço de tempo considerável. Portanto, não há processo que não perdue no tempo. E enquanto dura o processo, permanece entre os litigantes a situação conflituosa.

Mas não é só. A demora na prestação jurisdicional penaliza, sobremaneira, aquele que efetivamente possui um direito que fora violado, o que gera uma injustiça social.

Tendo em vista de eliminar esse problema, várias técnicas procedimentais buscam abreviar e minimizar os transtornos causados pelo tempo no processo, é que entram em ação as tutelas de urgência e, nesse particular, a tutela antecipada.

O objetivo, conforme explanado, não é outro que não o de satisfazer, em caráter provisório e calcado em cognição sumária, o direito reclamado pelo consumidor de justiça.

No Brasil, a antecipação da tutela foi instituída pela Lei 8.952/94, com a nova redação que conferiu ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Além disso, a mesma lei cuidou da antecipação da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, previstas no artigo 461, do mesmo estatuto.

Após, inúmeras outras mudanças legislativas incluíram a antecipação da tutela em ações de obrigação de dar (art. 461-A), na ação rescisória (art. 489) e, de certa forma e, por analogia, em todos os procedimentos em que ela se vislumbra cabível, inclusive em face da fazenda pública.

Todavia, o arcabouço fundamental da antecipação da tutela encontra-se no artigo 273 do CPC e é sobre que vamos nos debruçar neste trabalho. Cumpre-nos esclarecer, no entanto, que há uma diferença substancial entre a tutela antecipada concedida com fulcro no artigo 273 e a tutela antecipada concedida com fundamento no artigo 461 ou 461-A, todos do CPC.

Isso porque, a concessão da antecipação da tutela fundamentada no artigo 273 do estatuto processual exige, como requisitos, a presença de prova inequívoca e verossimilhança da alegação e, necessariamente, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Por seu turno, a concessão da antecipação da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar exige como pressupostos apenas que seja relevante o fundamento da demanda e que haja justificado receio de ineficácia do provimento final.

Ou seja, não se exige, nessa modalidade de antecipação da tutela, o requisito da prova inequívoca e, tampouco a verossimilhança da alegação, mas apenas a relevância da demanda. Por outro lado, basta que haja receio, por óbvio justificado, da ineficácia do provimento final, enquanto a tutela antecipada exige semelhante fundamento ou, de maneira alternativa, aceita como fundamento da antecipação a alegação de que há, por parte do réu, abuso do direito de defesa com manifesto propósito protelatório.

O que nos leva a concluir que a antecipação da tutela, fundada em situações de obrigação de fazer, não fazer ou dar, exige menos requisitos do que a antecipação da tutela fundada no art. 273 que, por exclusão, deverá abranger todas as demais situações de litígio não provenientes do campo das obrigações.

Feitas tais considerações, passamos a discorrer sobre a antecipação da tutela com fundamento no artigo 273 do Código de Processo Civil.

10 OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA COM FULCRO NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dispõe o artigo 273 do nosso estatuto processual que:

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

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

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

Compete-nos, pois, diante da sistemática imposta pelo Código, analisar o significado e alcance de cada um dos pressupostos elencados como necessários para a concessão da tutela antecipada.

Num primeiro plano cabe analisar o que seja “prova inequívoca”. Trata-se da prova forte, robusta, com poder de grande convencimento, capaz de firmar no juiz um juízo de verossimilhança, um sentimento de que há grande probabilidade de ser verdadeiro aquilo que é afirmado e demonstrado pela parte que requereu a antecipação da tutela.

Importante salientar, que a prova inequívoca não se restringe a determinada prova em espécie, podendo ser obtida em prova documental, testemunhal ou pericial. Tanto poder produzida junto à petição inicial, como também, em outra fase do processo.

A verossimilhança da alegação consiste num juízo de probabilidade, se opondo a um juízo de certeza do direito invocado. Mas não se trata de mera probabilidade, refutável a qualquer momento, e sim de grande probabilidade de ser verdadeiro. É mais, portanto, que a simples aparência do direito.

A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação devem obrigatoriamente estar presentes para a concessão da tutela antecipada acrescidos de pelos menos mais um dos requisitos previstos no art. 273 do CPC.

O primeiro deles é o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Sendo a tutela antecipada espécie de tutela de urgência, a presença do dano é um dos requisitos para a concessão da medida. Falar-se de fundado receio de dano, significa que o dano ainda não ocorreu, mas encontra-se na iminência de ocorrer. E, além disso, não é qualquer dano que enseja a concessão da tutela antecipada, mas, somente aquele que se mostra apto a ser irreparável ou, ao menos, de difícil reparação.

Cabe a parte, no pedido de antecipação da tutela, demonstrar de maneira precisa no que consiste a irreparabilidade do dano ou a dificuldade na sua reparação. Não basta um simples “temor” de que ao final o provimento possa ser ineficaz, é preciso demonstrar a possível ocorrência do dano efetivamente.

Ao discorrer sobre o tema, José Luiz Ragazzi (2002, p. 88) salienta que:

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e da ampla defesa, não podem, por si só, justificar a antecipação da tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Por seu turno, o requisito consistente no abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu mostra-se como alternativa ao requisito anterior. Ou seja, não havendo possibilidade de demonstração do dano irreparável ou de difícil reparação, ainda assim, a tutela antecipada poderá ser concedida com fundamento neste requisito, mas, frise-se, sempre acompanhada da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação.

Infelizmente, não são raras as situações em que além da demora normal do processo, inerente a observação dos prazos, por exemplo, haja uma demora que extrapola o razoável, provocada pela infundada resistência do réu que se utiliza de inúmeros artifícios para prorrogar o final do processo.

O que procura a lei, portanto, é punir o réu que faz uso desse tipo de expediente e beneficiar o autor que, diante de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, aparenta possuir razão, ainda que não haja receio de eventual dano irreparável ou de difícil reparação.

Tais requisitos são fundamentais para a concessão da tutela antecipada, até porque, sendo tutela concedida em caráter provisório, não se alinha aos valores da certeza e segurança jurídica, igualmente preconizados pelo texto constitucional.

Assim, eles atuam como fator limitador à concessão alhures de tutela antecipada. É sempre bom ter em mente que objetivo da tutela antecipada é garantir a quem provavelmente tem um direito a possibilidade de concretizá-lo, antes da certeza jurídica concedida pela coisa julgada.

11 CONCLUSÃO

A pedra de toque do direito atual é, sem que paire dúvida, o acesso à justiça. Vale lembrar, em linhas conclusivas, as palavras de DINAMARCO para quem o acesso à justiça, ainda que implícito, é o princípio síntese de todas as garantias constitucionais processuais, pois nele reside a promessa de uma prestação jurisdicional voltada para os resultados que pode e deve provocar na vida das pessoas.

Mas acesso à justiça, frise-se sempre, não significa acesso ao poder judiciário. Justiça e Poder Judiciário não se confundem. O Poder Judiciário é, apenas, um instrumento para se chegar à justiça. Justiça é, em suma, concretização de direitos.

Ter acesso à justiça é ter acesso ao direito reclamado, vê-lo concretizado, vê-lo incorporado ao seu patrimônio, seja moral ou material, é ver restabelecida a vontade da lei.

A tutela jurisdicional, portanto, é o mecanismo que possibilita ao Poder Judiciário entregar a justiça ao cidadão que clama por ela. Mas não basta que seja uma mera tutela, em sentido formal, é preciso que esta tutela seja revestida de efetividade.

A necessidade de uma efetiva tutela jurisdicional fez surgir a idéia da tutela jurisdicional diferenciada. O próprio nome diz tudo, tutela diferenciada é aquela que se difere da tutela ordinária, ou em outras palavras, é aquela tutela concedida em formato que se opõe ao formato comum estabelecido pelo procedimento comum ordinário.

Além disso, a tutela jurisdicional diferenciada tem o condão de se aproximar das peculiaridades do direito material para, atendendo à máxima chiovendiana, fazer com que o processo dê a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele pode conseguir.

Dentro da idéia de tutela jurisdicional diferenciada, é que surgem as tutelas de urgência, caracterizadas por serem concedidas pelo juiz após cognição sumária, contrapondo-se, pois, à cognição exauriente, própria da tutela concedida no procedimento comum ordinário.

Existem variadas situações de direito material que, postas em conflito, exigem pronta intervenção estatal a fim de prevenir a ocorrência de danos que se mostrem irreparáveis ou, no mínimo de difícil reparação.

Para a concessão de uma tutela de urgência, o juiz lança mão da técnica sumária de cognição. Ou seja, profere uma decisão pautada num juízo de probabilidade e verossimilhança e, portanto, provisório.

A tutela de urgência é um gênero do qual são espécies todas as medidas urgentes concedidas pelo juiz com base em cognição sumária, com destaque para a tutela antecipada e a tutela cautelar que, como dito, embora carreguem consigo a marca da urgência, substancialmente divergem quanto à sua função.

Enquanto a tutela cautelar é essencialmente preventiva, e visa coibir a ocorrência de um dano processual, a tutela antecipada é eminentemente satisfativa e visa prevenir um dano de ordem material.

Evidente que o fator tempo e a inevitável demora na prestação jurisdicional é que justificam a concessão das tutelas de urgência. Não se pode sobrepôr a questão meramente formal, de realização do procedimento, a efetiva proteção ou concretização de um direito que, se não atendidos prontamente, perecerão.

Nesse sentido, a tutela antecipada, em vista de seu caráter satisfativo é a tutela de urgência que mais se coaduna com o acesso justiça, pois, trata-se de medida jurisdicional apta a concretizar o direito reclamado e dotar o processo de efetividade.

Não é todo direito que alça condição para ser urgentemente tutelado, ou seja, não é qualquer pretensão que encontra guarida na antecipação dos efeitos da tutela. Para que haja a antecipação é mister que fique o parte requerente traga aos autos prova inequívoca e que sua alegação seja verossímil. Mas não é só, a parte deverá demonstrar a probabilidade da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, alternativamente, que o réu esteja agindo com abuso de direito e condução do processo com manifesta intenção protelatória.

No entanto, no mais das vezes é impossível alcançar a justiça sem a utilização do expediente da tutela antecipada. Principalmente quando se está diante de consumidores de justiça que são hipossuficientes ou vulneráveis, como os consumidores e idosos, por exemplo.

Logo, parece não haver dúvida que o efetivo e verdadeiro acesso à justiça depende de mecanismos aptos a, efetivamente, concretizar o direito do cidadão, e a antecipação da tutela se insere, com primazia, no elenco desses mecanismos.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, ano 17, nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

OLIVEIRA, Flávio Luís. Princípio do acesso à justiça. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípios processuais civis na Constituição*. (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Flávio Luis; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. O direito fundamental ao procedimento adequado: o procedimento interdito como garantia de inclusão social. In:

ALARCON, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (org.). *Constituição e inclusão social*. Bauru: EDITE, 2007.

RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. at. Campinas: Bookseller, 2000.

A MOTIVAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FUNÇÕES SOCIAIS, POLÍTICAS E PROCESSUAIS

THE MOTIVACION IN THE DEMOCRATIC STATE: SOCIAL FUNCTIONS, POLITICS AND PROCESSUAL

Tatiane de Abreu Fuin

RESUMO

O princípio da motivação, derivado do devido processo legal, revela-se como mais uma garantia do Estado Democrático de Direito para proteção dos direitos fundamentais, dirigindo-se ao juiz, às partes e aos terceiros estranhos ao processo. Ainda que não estivesse positivado, seria exigível, uma vez que decorre dos princípios do Estado Democrático de Direito. Além disso, possui três funções primordiais: social, política e processual. Entre as funções processuais encontram-se a correta interpretação do julgado para que o insatisfeito procure o recurso, bem como o auxílio ao Tribunal no julgamento do mesmo, possibilitando a efetividade do duplo grau de jurisdição; a delimitação da coisa julgada; do julgado para a execução; além do fato de ser requisito formal para validade das decisões. Como funções sociais encontram-se a pacificação com justiça e segurança e a educação para que haja maior confiança no Poder Judiciário. Já as funções políticas residem no fato de que a exigência de motivação das decisões judiciais atua como importante mecanismo de controle das decisões judiciais, auxiliando na separação de poderes, além de garantir os direitos fundamentais em sua máxima efetividade. Não configurando direito fundamental ou garantia, possui natureza jurídica de princípio, abrangendo toda e qualquer decisão levada a efeito por esse Poder, sendo a nulidade cominada constitucionalmente para sua ausência ou deficiência. Nesse esteio, visa-se o princípio da motivação como forma de efetivar os direitos fundamentais, não somente minorando a exclusão social por permitir a participação popular na Administração da Justiça, mas também como garantia de que arbítrios serão controlados.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO CIVIL; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; MOTIVAÇÃO; FUNÇÕES PROCESSUAIS; FUNÇÕES SOCIAIS; FUNÇÕES POLÍTICAS.

ABSTRACT

The motivation principle, derivated from due process of law, manifests itself how one more guarantee of Democratic State for protection of basic rights, addressing to the judge, the parts and to the third strange to the process. Further it wasn't positivated, there would be demanded, once ir originate from the Democratic State. Besides, it had three primordial functions: social, political and processual. Among the processual functions there is the correct interpretation of the judge in order to the dissatisfied looks

for the appeal, and the assistance to the Court in the judge, making possible the effectiveness of the double degree of jurisdiction; the delimitation of the judged thing, the judgeship for execution; beyond the fact of being formal requisite for the validity of the decisions. As social functions there are the pacification with justice and security and education so there will be more confidence in the Judiciary Power. The politics functions inhabit in the fact that the requirement of motivation of the sentences acts as important mechanism of judge decisions control, assisting in the powers separation, beyond guaranteeing the basic rights in its maximum effectiveness. Not configuring basic rights or guarantee, it possess legal nature of principle, enclosing all and any decision taken effect for this Power, being the nullity threatened constitutionally for its absence or deficiency. In this prop, it's aimed the principle of motivation as form to accomplish the basic rights, not only lessening the social exclusion for allowing the popular participation in Justice Administration, but also as a guarantee of that wills will be controlled.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE; DEMOCRATIC STATE; MOTIVACION; PROCESSUAL FUNCTIONS; SOCIAL FUNCTIONS; POLITICS FUNCTIONS.

Introdução

O presente estudo pretende versar sobre o princípio da motivação, demonstrando que tão singelo princípio à primeira vista, pode ser por demais abrangente, possuindo diversas funções, estas que são inseparáveis possuindo como escopo maior, que coincide com os do Estado Democrático de Direito, o resguardo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

De notável importância prática, este princípio constitucional deve ser respeitado em todas as situações, pois caso não o seja, a Carta Maior comina pena de nulidade para tanto.

No âmbito social, encontram-se duas relevantes funções, a de pacificar com justiça e segurança e a de educar os cidadãos para que haja mais confiança no Poder Judiciário, dissipando-se essa visão tão conturbada sobre esse Poder.

A função processual manifesta-se de diversas formas, como a delimitação da coisa julgada, a delimitação do julgado para a execução, a correta interpretação do julgado para que o insatisfeito procure o recurso, além da primordial função de ser requisito formal para validade das decisões.

Quanto às funções políticas, estas se manifestam na motivação como mecanismo de controle das decisões judiciais, aferindo-se sua legitimidade pela razão de a fundamentação dirigir-se não somente às partes em litígio, mas também a terceiros estranhos.

É conveniente ressaltar que importante princípio abarca, além das decisões judiciais, também a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, como garantia do Estado Democrático de Direito.

Porém, o que interessa, neste momento, é a realização de uma análise profunda a respeito do princípio da motivação somente no âmbito das decisões judiciais.

1.0 A motivação e o Estado Democrático de Direito

O conceito de Estado Democrático de Direito, segundo diversos autores, por uma concepção histórica e política, é superior ao de Estado de Direito ou de Estado Social de Direito, pois a concepção de Estado Democrático de Direito visa a realizar princípios democráticos como forma de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e o conceito de Estado de Direito apenas enuncia a conformação do Estado com a ordem jurídica.

Por sua vez, o Estado Social de Direito nem sempre consegue trazer as garantias que um Estado Democrático atinge. Enuncia José Afonso da Silva:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da Constituição da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social e Democrático de Direito da Constituição Espanhola (art. 10).

E arremata:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo^[1].

O Estado Democrático de Direito se funda na soberania popular, não somente na influência que o povo exerce na formação das instituições representativas, pois esse configura apenas um estágio da evolução do Estado Democrático, mas também em todos os assuntos concernentes à vida pública e privada, permitindo ao cidadão, a participação nos destinos do país.

Nesse contexto, insere-se o princípio da motivação, o qual governa a todos indistintamente. Na zona política, predominantemente, ao juiz, a fim de que possa ser verificada a imparcialidade e a justiça de suas decisões. E em todos os campos, social, político e processual, dirigindo-se não apenas às partes, para que possam intentar recursos ou conformarem-se, mas aos terceiros em geral com o intento de que os mesmos verifiquem a legalidade, a justiça, a coerência, a clareza das decisões, possibilitando a alegação de nulidade da decisão àquele que entendê-la não condizente com o Estado Democrático de Direito.

De tal modo, justificando-se tal princípio sob dois planos de análise: de maneira endoprocessual, vez que se cuida de garantia constitucional e processual constituída para que as partes possam conhecer as razões da decisão judicial, permitindo ainda, que o órgão jurisdicional de segundo grau tenha a possibilidade de controlar a atividade da instância inferior; e, de maneira extraprocessual, porquanto a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional, tornando possível, com efeito, a legitimação da função judicial por meio de uma atividade democrática[2].

Surge como mais uma garantia do Estado Democrático de Direito, de maneira a minorar a exclusão social, pois possibilita a participação popular na Administração da Justiça.

Trata-se, então, de atribuir à motivação a qualidade ressaltada por Ferrajoli de garantia de segundo grau ou garantia das garantias, na medida em que representa um instrumento de controle sobre a efetividade das demais garantias processuais[3].

Barbosa Moreira, em trabalho apresentado à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em maio de 1978, posteriormente publicado, traz a lição de que no Estado Democrático de Direito há a necessidade de uma arguição formal e material para que o mesmo possa justificar sua intromissão na vida das pessoas, vez que todos os poderes sujeitam-se à lei. “A intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento: é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento”[4].

Assim, a motivação torna-se verdadeiro termômetro para se detectar possíveis injustiças no Estado Democrático de Direito, não permitindo decisões arbitrárias que firam direitos fundamentais dos indivíduos e possibilitando aos mesmos a participação na vida pública, pois além de exigir a declaração dos fundamentos em que a decisão se baseia, expondo-se as razões pelas quais se chegou àquela determinada decisão, exige a existência do fundamento em si para que a motivação seja justa e legal.

2.0 Da natureza jurídica da obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais

Dividem-se os doutrinadores a respeito da natureza jurídica da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, uns afirmando que se trata de direito, outros garantia, e ainda outros, que se trata de princípio.

Canotilho distingue as garantias dos direitos pelo caráter instrumental das primeiras para proteção dos direitos, embora afirme que “as clássicas garantias são também direitos”[5].

Essa clássica divisão entre direitos e garantias remonta a Rui Barbosa, a qual também é adotada por Jorge Miranda quando aduz que “os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se” [6].

Já os princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”[7], em outras palavras, “devem ser considerados como fatores modeladores de uma concepção valorativa do

constitucionalismo”[8], configurando a base ética do Estado Democrático de Direito, servindo como regramento que abrange todas as decisões do Estado-Juiz, ou como preferem alguns, norma escrita de alcance genérico.

Poucos autores sustentam ser a obrigatoriedade de motivação apenas um direito, por ser também de igual relevância seu vértice instrumental, de garantia dos direitos assegurados por lei.

Examina-se essa posição na assertiva do jurista Lênio Luiz Streck, quando afirma que “no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental”[9].

Comungam de idêntica opinião os autores Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. [...] Ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consecutório da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito[10].

Cândido Rangel Dinamarco afirma em sua obra Instituições de Direito Processual Civil, antagonicamente quando diz ser um princípio em co-autoria na obra Teoria Geral do Processo, que a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais é garantia constitucional, não sendo um princípio e inserindo-se no quadro de limitações da liberdade de atuação do juiz[11]. É o mesmo o entendimento de Carlos Eduardo Scheid ao sustentar que a motivação é garantia dos direitos fundamentais, quando se invocam as restrições aos magistrados[12].

Poder-se-ia afirmar que a exigência de motivação constitucional é além de um direito, uma garantia, no entanto, verifica-se que a característica de princípio, o qual é a “regra-mestra dentro do sistema positivo” [13], “lançando sua força sobre todo o mundo jurídico”[14] é a que mais prevalece, uma vez que todas as decisões deverão conter fundamentação, ainda que concisa em casos excepcionais.

Constata-se que mais acertada é a posição encontrada na obra Teoria Geral do Processo, alegando que antes havia o juízo de que a exigência era garantia das partes a fim de proporcionar possível impugnação pelo inconformado, porém, com o novo entendimento de que a decisão não somente se dirige às partes, mas *quisquis de populo*, as Constituições belga, italiana, grega e diversas constituições latino-americanas, além da brasileira, erigiram a obrigatoriedade de motivação a princípio constitucional[15].

Entendimento este que prevalece na doutrina, ao ressaltar-se o caráter político da obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais.

Abraçam essa posição os autores Alexandre Freitas Câmara, Nelson Nery Júnior, Luiz Rodrigues Wambier, José Roberto Neves Amorim, João Batista Lopes, Luís Roberto Barroso, Joaquim José Gomes Canotilho, dentre outros.

Luís Roberto Barroso divide os princípios constitucionais em três grupos: princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais, incorporando a este último o princípio da motivação das decisões judiciais[16].

Por outro ângulo, Luiz Rodrigues Wambier divide-os em princípios fundamentais e informativos, inserindo-se o princípio sob comento na primeira categoria[17].

Pelo ensejo de Canotilho afirmar ser um princípio o dever de fundamentação de decisões dos tribunais da República Portuguesa, observa-se que tal princípio guarda íntima relação com nossa exigência de motivação das decisões judiciais, podendo ser estendido este juízo para o ordenamento jurídico pátrio.

Pelas razões expostas, entende-se que a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais configura mais que um direito ou uma garantia ou ambos, mas um princípio constitucional que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, não excetuando qualquer decisão em procedimentos judiciais.

Ademais, independentemente da conclusão a que se chegue no tocante à natureza jurídica da necessidade de motivação das decisões, interessa destacar que a mesma não se dissociará de seu caráter de legitimadora do Estado Democrático de Direito, exercendo-se o controle do direito pelo direito, consistente na autoridade que a Constituição possui sobre todas as leis infraconstitucionais, bem como no controle popular que pode ser exercido após a decisão ser contextualizada e publicada.

3.0 Devido processo legal

Na Magna Carta de 1215, encontra-se sua origem remota. Consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, é o princípio-cause de todos os demais, visto como princípio-mestre que possui ligações com todos os outros princípios.

No início, o princípio do devido processo legal somente era compreendido em sua face processual, porém com o passar dos tempos, mais ênfase foi dada à sua face material, entendendo-se como “uma garantia do trinômio vida-liberdade-propriedade, através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social”[18].

Conforme Alexandre Freitas Câmara, “a consagração na Lei Maior do princípio do devido processo legal é suficiente para que se tenha por assegurados todos os demais princípios constitucionais do Direito Processual”[19], pois

bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do “due process of law” para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies[20].

Mais do que um princípio é componente estrutural do Estado Democrático de Direito, que ainda que estivesse implícito – não positivado –, deveria ser observado por ser necessário a fim de assegurar o direito à ordem jurídica justa.

Nessa conjuntura é que se estende à motivação, uma vez que não poderá existir o princípio da motivação sem o devido processo legal e, em sentido contrário, não poderá haver devido processo legal sem a devida motivação, salvo em casos excepcionais como o do veredicto do Tribunal do Júri, em que não há fundamentação em matéria fática, porém tal procedimento não deixa de ser obediente ao devido processo legal. “Desta forma, não pode existir Estado de Direito, nem garantia constitucional do devido processo legal, se o órgão responsável por administrar a Justiça se encontra desobrigado de fundamentar as respectivas decisões judiciais”[21].

4.0 Princípio da motivação

4.1 Conteúdo e alcance

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, afirma que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, enunciando, dessa forma, dois significativos princípios: o da publicidade e o da obrigatoriedade de motivação.

Como já asseverado, são princípios diretamente derivados do *due process of law*, todos como manifestação do Estado Democrático de Direito, por essa razão, não significando que apenas se adotada determinada norma pelo legislador constitucional é que se terá validade e eficácia.

Além disso, são princípios que se encontram entrelaçados de maneira instrumental, visto que

a motivação garante a possibilidade de a decisão (com seus motivos e fundamentos) ser publicada; e a publicidade, de sua vez, viabiliza o controle da atividade jurisdicional por parte da sociedade, das partes e dos órgãos jurisdicionais superiores[22].

Passa-se à motivação.

Discorre-se no artigo 458 do Código de Processo Civil sobre os requisitos essenciais da sentença, os quais são justificados pela importância que o ato assume no procedimento, não havendo tal exigência semelhante para outras decisões[23], preferindo a doutrina denomina-los de elementos essenciais,

isso porque a palavra ‘requisito’, empregada no texto do art. 458 do CPC, designa algo que deve ser preexistente, algo que deve existir antes da sentença, como um seu pressuposto. Não é disso, porém que trata o art. 458, o qual, em verdade, enumera os diversos componentes da sentença, suas ‘partes integrantes’, daí ser preferível falar em elementos da sentença[24].

São eles: o relatório, os fundamentos e o dispositivo. No relatório haverá um breve relato das ocorrências havidas no andamento do processo, além dos nomes das partes, a

suma do pedido e da resposta do réu. No dispositivo haverá a comunicação do juiz da decisão final determinada em razão dos fundamentos. Os fundamentos conterão o cerne do processo consistente na análise das questões de fato e de direito, isto é, a motivação da decisão, que como adiante abordar-se-á, será nula caso esteja ausente.

Quanto às sentenças, a nulidade não ocorrerá somente com relação à motivação, mas também quanto ao relatório inexistente. Por outro lado, se houver ausência completa de dispositivo, será causa de inexistência[25], pela razão de constituir “manifestação do poder de império estatal”[26].

No tocante ao relatório da sentença, é importante ressaltar que nele deverão constar o registro das principais ocorrências havidas no curso do processo (artigo 458, inciso I, do CPC), estando entre estas a definição dos fatos controvertidos e das provas admitidas e produzidas, pois “a relação entre a prova produzida e a valorada permite à parte controlar se o juiz valorou todas as provas produzidas e, até mesmo, se valorou alguma prova que não foi produzida”[27].

Relatam os juristas Arenhart e Marinoni que essa última hipótese não configura fantasia pois Salverría, em obra a respeito da motivação, conta caso em que a Corte de Cassação italiana se baseou unicamente em depoimento de testemunha que havia falecido antes mesmo de o processo ser instaurado[28]

Demais disso, não somente as sentenças deverão obrigatoriamente ser motivadas, pois o princípio constitucional não faz exceção a nenhuma decisão e o artigo 165 do Código de Processo Civil afirma que os acórdãos também serão proferidos em observância ao artigo 458 e as demais decisões deverão ser fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Somente os despachos de mero expediente não necessitarão de fundamentação em razão de não conterem em seu bojo qualquer decisão.

As decisões dos relatores e presidentes de Tribunal, as decisões interlocutórias do Juiz de primeiro grau de jurisdição, as sentenças dos juizados especiais cíveis – bastando-lhes a indicação dos elementos de convicção do juiz (Lei nº 9.099/95, artigo 38) - e os acórdãos do colégio recursal (Lei nº 9.099/95, artigo 46) trarão fundamentação sucinta.

Fundamentação concisa ou sucinta não significa que estará ausente, que será defeituosa ou sem fundamento, apenas traz a idéia de que determinadas decisões, para atendimento do princípio da economia e da celeridade processual com base em suas naturezas, não merecerão exposição minuciosa do Magistrado a respeito dos fatos relevantes do processo.

Com a alusão a “modo conciso de fundamentação”, deseja-se permitir que as decisões que podem ser facilmente explicadas possam ser objetiva e brevemente fundamentadas. Nesse sentido, nem toda decisão interlocutória será, somente pelo fato de não constituir sentença, uma “decisão que não precisa ser longamente motivada”. Em alguns casos, como no da decisão que trata da parcela incontroversa do mérito (art. 273, parágrafo 6º, do CPC), a decisão interlocutória merece fundamentação que não pode assemelhar-se àquela que pode ser dispensada a algumas situações de extinção anômala do processo[29].

Insta salientar o fato de que a admissão das provas ou a decisão a respeito da inversão do ônus da prova, apesar de interlocutória, também necessitará de fundamentação mais meticulosa do que a dispensada a algumas situações de decisão interlocutória mais simples de serem tomadas, tendo em vista que a decisão a respeito das provas tange de maneira mais profunda o princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual garante às partes a participação adequada e efetiva no processo.

Assim sendo, será maior ou menor a exigência de motivação não somente pelo fato de ser decisão de mero incidente processual, que não julgue o pedido, mas em razão de outros fatores constitucionais que possam vir a atingir direitos das partes ou de terceiros.

Ademais, lembrando-se a lição de Barbosa Moreira exposta anteriormente, não somente far-se-á mister a motivação formal, em que declarar-se-ão as razões pelas quais a decisão foi tomada, mas também a motivação material, em que denotar-se-á fundamento para tal deliberação.

4.2 Vícios das decisões judiciais

Em consonância com o item anterior, a ausência completa de motivação acarretará a nulidade da decisão, porém há motivações insuficientes que não traduzem minúcias da valoração das provas e dos pontos relevantes que levaram à decisão ou as que não sejam leis ao que ficou provado no processo que também ocasionarão a nulidade.

Por razões óbvias de nosso ordenamento jurídico não trazer às minúcias o que deverá ser entendido por ausência de motivação, exemplifica-se neste trabalho a fim de que possa ser desenvolvida uma convicção acerca do que se entende por ausência de motivação ou outros vícios que levem à nulidade.

Um exemplo é a decisão com fundamentação falsa a fim de perturbar os sentidos das partes e de terceiros para que uma decisão arbitrária, sem embasamento legal e justo, possa ser tomada.

Está elencada nesse quesito, a motivação insuficiente, a qual não valora as provas de maneira correta e explica de maneira defeituosa os motivos da decisão, e a que não é fiel ao que ficou provado no processo. Marinoni e Arenhart entendem que decisões podem ser manipuladas, não constituindo a obrigatoriedade de motivação uma garantia absoluta contra o arbítrio do Magistrado[30].

Por essa razão, há a imperiosa necessidade de uma decisão materialmente justificada e não somente formalmente justificada, como já afirmado. É a mesma a opinião de Nelson Nery Júnior:

Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação[31].

O citado autor traz diversos exemplos de sentenças nulas por ausência de fundamentação, como o indeferimento de pretensões das partes alegando que o fazem “por falta de amparo legal”, pois

o juiz deverá indicar o porquê do indeferimento, já que se não houver vedação expressa na lei, o juiz não poderá deixar de apreciar o pedido, preenchendo eventual lacuna pelos mecanismos indicados no art. 5º, da LICC, no art. 126 do CPC e no art. 7º do CDC. Sua conclusão até poderá ser pelo indeferimento, mas deverá dizer quais as razões pelas quais assim decidiu[32].

Não deverá também, o Juiz, limitar-se a repetir a letra da lei sem aprofundar-se no caso concreto, não explicitando a lógica de sua decisão, não afirmando porque entendeu ausentes ou presentes os pressupostos legais. Conforme Alexandre Freitas Câmara, “o juiz que se limita a repetir fórmulas e textos legais, achando que assim fundamenta suas decisões, é um mau juiz, que com toda certeza proferiu tal decisão com parcialidade”[33].

Deverá, a motivação, portanto, ser casuística, não se admitindo a imposição de modelos pré-fabricados. Nessa vertente, registre-se o parecer ministerial elaborado pelo Procurador de Justiça, Lênio Luiz Streck, nos autos de apelação criminal nº 70.012.342.515:

Violado, pois, o preceito constitucional que trata da fundamentação das decisões judiciais. A fundamentação deve – sempre - , conforme já exposto, estar relacionada às circunstâncias do caso concreto: não pode seguir modelos de argumentação pré-fabricados, sem que encerrem perfeita harmonia e correspondência. Para embasar-se caso presente em precedente pretérito, mister que sejam idênticas circunstâncias e, para a constatação dessa identidade entre os casos, é imprescindível que se faça a devida análise; deve haver a devida contextualização[34].

Há também a motivação na direção da hipótese vencedora, explicando-se os motivos e valorando-se as provas apenas da parte vencedora, fazendo-se uma operação inversa: primeiro decidindo-se qual será a tese vencedora, depois justificando as causas da decisão, somente mencionando os pontos relevantes da hipótese vencedora, ignorando-se a necessidade de se justificar as razões de não ter sido aceita a hipótese vencida. Desse modo, justificando apenas as razões de uma das partes e não da tomada de decisão em si, resultado de um diálogo argumentativo.

Exige-se também que a motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente. Sempre que a sentença seja repartida em capítulos, cada um deles consistindo no julgamento de uma pretensão, todos eles devem ser precedidos de uma motivação que justifique a conclusão assumida pelo juiz[35].

Igualmente serão nulas as sentenças que julgarem pedido ou causa de pedir distintos daqueles apresentados pelas partes – sentença “extra-petita” – e as que não apreciarem um dos pedidos formulados – sentença “citra ou infra-petita”.

Nosso ordenamento não exige uma fundamentação longa, em modelo de tratados ou monografias, apenas exige uma motivação adequada, que revele os fundamentos em que

se baseou, trazendo “as razões de seu convencimento”[36], submissa à lei e aos princípios e garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito, ou, conforme enunciou Beclate Oliveira Silva, buscando-se a significação por meio da leitura do enunciado para o manejo de recurso de embargos de declaração, a fundamentação deverá ser clara – não obscura –, consistente – não contraditória – e completa – não omissa[37].

5.0 Funções processuais

Para a exposição de uma decisão é necessário que haja uma anterior no íntimo do Magistrado, o chamado livre convencimento judicial. Esse se revela por meio do valor que o julgador oferece na fundamentação às provas trazidas pelas partes, expondo-se as razões de cada uma admitida ou rechaçada, configurando operação essencial para a tomada de decisão.

Muitos doutrinadores acreditam que o juiz somente julga ao descobrir a verdade, no entanto, nem sempre é tão simples deparar-se com a verdade e por não caber ao juiz proferir o *non liquet*, deverá o mesmo utilizar-se de regras auxiliares para que possa resolver o caso.

Não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes. A convicção do juiz se faz a partir da argumentação e das provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que gera uma verdade construída no processo. O que legitima a decisão jurisdicional é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, as próprias regras que criam as balizas para a construção da verdade processual[38].

Quanto às regras para determinação do convencimento judicial, há imensa contenda na doutrina brasileira a respeito do momento da inversão do ônus da prova, pela razão de nem sempre o juiz obter uma convicção de verdade, uma certeza para julgar. Há ainda, alguns processualistas que relutam em aceitar a regra da inversão do ônus da prova como auxílio para tomada de decisão ou produção de provas, acreditando que a mesma não se faz necessária frente a idéia - simplista e ingênua - de que se o juiz pode determinar provas de ofício, todos os casos concretos estariam solucionados. O que se afigura irreal por nem sempre o juiz atingir a certeza necessária para julgar.

Conforme o entendimento dos processualistas Arenhart e Marinoni, quando o magistrado concluir que o fato constitutivo é insuscetível de elucidação – prova impossível ou muito difícil para as partes –, ainda que já tenha ordenado alguma de ofício para melhor elucidação dos fatos, não encontrando a convicção de verdade, será a sentença o momento da inversão do ônus da prova, utilizando-o como regra de decisão.

Por outro ângulo, afirmam os precitados autores que quando a prova do fato constitutivo for muito difícil ou impossível somente ao autor e ao réu for viável, ou mais fácil, o ônus da prova será invertido na Audiência preliminar, dirigindo-se tal regra às partes[39].

Cedição é que será na fundamentação da sentença que a convicção será traduzida, explicitando-se as razões de decisão do julgador por determinado caminho, explicando-se as razões de possível inversão do ônus da prova, ou somente, racionalizando-se a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, expondo-se a coerência da valoração de cada prova. “Ou melhor: o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido”[40].

Elevado à categoria de princípio constitucional, a exigência de motivação das decisões judiciais configura-se requisito formal de validade das decisões, o qual é a função processual fundamental de tal princípio, em razão da racionalização e eficiência que promove na atividade jurisdicional.

Barbosa Moreira entende que, em primeiro plano, a exigência de motivação atinge significação técnica, trazendo como exemplos a correta interpretação do julgado e a determinação precisa do respectivo conteúdo para delimitar-se o âmbito da *res iudicata*[41].

De acordo com o aludido autor, importante função processual será a de denotar a correta interpretação julgado assistindo o vencido na interposição do recurso, pois “só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados recorram adequadamente e que os órgãos superiores controlem com segurança a justiça e a legalidade das decisões submetidas à sua revisão”[42].

Nesse sentido, desponta como meio de propiciar a efetividade do duplo grau de jurisdição. Alguns juristas afirmam que a apresentação de fundamentação convincente teria como fator psicológico a inibição de recursos ao verificar a parte vencida a possibilidade de insucesso no julgamento de eventual recurso, todavia, não é o que freqüentemente ocorre na prática, pois a correta motivação não somente não dissuadirá a parte inconformada de propor o recurso, bem como auxiliará o Tribunal no julgamento do mesmo.

Todavia, essa discussão a respeito de ser um fator psicológico ou não é completamente relativa, pois, se a motivação inibirá futuras impugnações, tornando-se importante fator social, conforme verificar-se-á adiante, ou se a correta motivação instigará a parte a propor o recurso, tornando-se fator processual, isso foge ao controle, haja vista que muitos fatores internos e externos ao indivíduo influenciarão nessa decisão.

De tal modo, outra relevante função processual da obrigatoriedade de motivação é a determinação da coisa julgada, pois a fundamentação delibera o dispositivo. Apesar de a motivação não fazer coisa julgada, influirá de maneira direta no dispositivo, vez que se decidiu daquela forma em razão de determinados fundamentos de fato e de direito. Se outros fossem os motivos, outra seria a decisão. Terá reflexos ainda na execução do julgado, obviamente, porque decidiu o dispositivo, e este, por sua vez, determinará a execução.

6.0 Funções sociais

Quando um cidadão dirige-se ao Poder Judiciário, pretende ver suas pretensões resistidas resolvidas por um poder superior, pois o processo deve ser destinado a realizar justiça no caso concreto, dizendo o direito que cabe em determinado caso.

Assim, cada pessoa procura no Judiciário a pacificação com justiça e segurança, uma vez que após a decisão final, sente-se satisfeito por ter havido uma decisão a respeito de um caso que tanto sofrimento e angústia lhe causava.

Mesmo que não saia vencedor, com a motivação na decisão, o perdedor experimenta a certeza de que uma decisão mais acertada foi tomada e assim, conforma-se com o resultado, uma vez que “a experiência mostra também que, apesar de contrariado, o litigante vencido tende a aceitar a solução de seus conflitos com sofrimento menor que o decorrente das instabilidades inerentes à indefinição”[\[43\]](#).

Nesse viés, encontra-se a primeira função social da motivação: pacificar com justiça e segurança, trazendo às partes em conflito uma solução definitiva, a tranquilidade de ter alcançado a resolução de seu caso por um órgão imparcial, o qual demonstrou a legitimidade da decisão com a fundamentação.

Aliás, nesse sentido nos parece correta a advertência, já feita em sede doutrinária, de que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor. A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão, e assim ter a necessidade de buscar conforto e explicação na justificação judicial[\[44\]](#).

Pertinente conclusão é a do jurista Dinamarco quando afirma que “o escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”[\[45\]](#).

Alguns doutrinadores divergem a respeito de a pacificação dos conflitos ser um escopo social ou político, porém, entende-se que assiste razão aos autores Cintra, Dinamarco e Grinover, por aproximar-se este escopo da jurisdição mais à função social. Confira-se:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária de seus membros e felicidade pessoal de cada um[\[46\]](#).

Dessa forma, é dever de um legítimo Estado Democrático de Direito a eliminação dos conflitos com justiça, por meio da motivação justa e correta das decisões tomadas pelo juiz quando representante do Estado, havendo mais segurança para o perdedor ao verificar que as decisões do Estado-Juiz não são arbitrárias, mas obedientes a princípios de ordem constitucional.

Representa, pois, por esse lado, importante valor psicológico de persuasão ao vencido, que encontra contentamento com a correta motivação, a qual deve ser fundada em plano racional e com base no Direito.

Fundamentação eficaz é, também, uma forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário, na medida em que todos são iguais perante a lei e o cidadão tenderá a conformar-se com a decisão judicial caso essa seja fundamentada em bases racionais, e não apenas por temor ou por respeitar, de forma heterônoma, a autoridade do magistrado[\[47\]](#).

De acordo com o item supra, isso nem sempre ocorre no plano prático, podendo a motivação justa desenvolver-se em função processual, incentivando até com mais razão a impugnação à decisão, ficando dependente de diversos fatores internos e externos ao indivíduo, não somente do poder de persuasão da decisão para a transmutação nessa função social de inibição de recursos.

No entanto, caso não haja mais possibilidade de se recorrer da decisão, a motivação adequada persistirá em seu caráter social, visto que trouxe maiores subsídios para o vencido a fim de que se conformasse com a decisão tomada, assim, pacificando com segurança e justiça.

Em decorrência da primeira função social do princípio da motivação das decisões judiciais, encontra-se a segunda função social que é a educação dos cidadãos, tendo em vista que com uma solução definitiva e justa ao caso, adequadamente motivada, em consequência, trará às pessoas mais confiança no Poder Judiciário.

Ultimamente, vivem-se tempos de descrença neste Poder. As causas podem ser a morosidade da resposta estatal, seu custo, formalismo e até mesmo, o temor reverencial que muitas pessoas ainda possuem quando cogitam em levar qualquer causa para ser apreciada pelo Poder Judiciário. Ensina o supracitado jurista que “onde a Justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela”[\[48\]](#). E arremata que

esses maus vezos, de fundo cultural ou psicossocial, comportam combate pela via da educação, que pode vir da instrução escolar básica, de campanhas publicitárias de variada ordem e, como dito, do exemplo ofertado pelos bons resultados do processo[\[49\]](#).

Discute-se, mais adiante, a função política do princípio da motivação no viés de motivar corretamente as decisões para que elas possam dirigir-se a terceiros, e neste ponto também, encontra-se, indissociavelmente, a função social de educação dos cidadãos, porque, estando as decisões motivadas corretamente, de modo a excluir as outras teses e não somente justificar a vencedora, além da valoração correta das provas, fará com que as pessoas verifiquem a transparência do Poder Judiciário e de suas decisões, que não se baseiam em conhecimentos pessoais e arbitrários, mas na lei, nos princípios e garantias constitucionais, no senso comum e em todos os mecanismos aptos a oferecer uma decisão justa para o conflito.

Assim, se a Justiça funcionar bem, isto é, se as decisões forem mais céleres, menos formais e menos custosas – um exemplo disso é a criação dos Juizados Especiais -, além de mais justas, no sentido de haver uma motivação racional, calcada na legislação e em outros meios, haverá mais confiança no Poder Judiciário, tanto para o cidadão dirigir-se a ele quando houver uma litigiosidade contida – que, segundo Kazuo Watanabe é perigoso fator de infelicidade pessoal e desagregação social - , como para possuir a

segurança de que uma decisão equitativa será tomada, ao se deparar com a fundamentação de outras decisões.

7.0 Funções políticas

Talvez a mais importante função de todas, por tratar-se de razão de ordem pública, a última tratada neste trabalho, a qual se faz enorme esforço para que possa ser dissociada das demais, é a política.

Como primeira função política, encontra-se na motivação a efetividade do princípio da separação de poderes, o qual é premissa fundamental do Estado Democrático de Direito, pela razão de que o magistrado apresenta um grau de criação do Direito ao julgar, porém não poderá ultrapassar o poder que lhe foi conferido originalmente, invadindo esferas de outros poderes.

Em face desse contexto (e, sobretudo à vista de que se deve estabelecer alguns limites à criatividade do juiz, como exposto acima), é que a motivação surge como instrumento por intermédio do qual se pode verificar se o juiz avocou poderes típicos do Legislativo, invadindo a esfera de atribuições do legislador, o que, verdadeiramente, se apresenta defeso em nossa ordem jurídica, por ferir, às inteiras, o princípio da separação de poderes[50].

De tal modo, a exigência de motivação traz segurança jurídica aos cidadãos, auxiliando no controle popular para aferir-se a imparcialidade do juiz e a legalidade e a justiça de suas decisões.

A motivação possui tamanha relevância a ponto de se poder aferir na decisão seu grau de legitimidade, tendo em vista que é nela que se observa o convencimento judicial, ou seja, a justificativa para a tomada de decisão do magistrado, suas opções na valoração às provas e as regras de decisão utilizadas. Ensinam Arenhart e Marinoni que “se a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção, a dúvida ou a inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade”[51].

A motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial. Isto se dá por uma razão. Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada a posteriori, através da análise do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso de legitimidade da atuação dos magistrados. Trata-se, pois, de mais uma garantia ligada à idéia de processo justo, de devido processo legal. A motivação das decisões judiciais é essencial para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade[52].

Com o princípio da motivação, será menos dificultosa a tarefa de acompanhar a justiça e a legalidade das decisões, pelo fato de que não há como controlar a atuação do juiz

enumerando-se como deverá ser sua postura em todos os casos concretos ou deixando as decisões a seu arbítrio, mas somente podendo ser obtido por meio da “imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras, como as das proporcionalidade e suas sub-regras”[53].

Além disso, por meio da motivação das decisões judiciais, é possível que se exerça a participação popular, controlando-se a legalidade e a justiça das decisões, verificando se as regras do “devido processo legal” foram observadas, se a decisão está em conformidade com a lei e se o conteúdo fático foi apreciado corretamente. A esse respeito, assevera Antonio Magalhães Gomes Filho que

a legalidade de uma decisão não resulta da simples referência ao texto legal, mas deve ser verificada “in concreto” pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei, pois somente tal exame é que pode propiciar o efetivo controle daquela demonstração[54].

A derradeira função política do princípio da motivação tange o chamado garantismo processual, pelo motivo de que este assegura a maior efetividade aos direitos fundamentais, trazendo-se uma interpretação mais favorável à proteção de direitos.

Por esse viés das decisões, elaborando-se as motivações, os magistrados deverão interpretar e aplicar o Direito em sua máxima realização, expandindo-se os direitos dos cidadãos e os deveres do Estado para com os mesmos, pelo motivo de que o velho modelo paradigmático juspositivista está em desuso, não ficando o juiz sujeito à letra fria da lei, apenas à sua validade enquanto coerente com a Constituição[55].

Os magistrados, na perspectiva garantista, devem (além de respeitar os direitos fundamentais individuais, pois eles impulsionam garantia contra o exercício abusivo de poder) interpretar/aplicar a Constituição Federal de 1988 no sentido segundo o qual os direitos fundamentais sociais sejam incrementados na sociedade, modificando para melhor a realidade social, por meio do resgate das promessas de modernidade. Nesse lanço, é de rigor ter-se em mente que a motivação se constitui no veículo pela qual os direitos fundamentais coletivos adquirem capacidade transformadora da realidade social brasileira. É que a motivação retrata o momento no qual o juiz deve confrontar a Constituição com a sociedade para a qual ela é projetada, fazendo incidir a justiça social projetada no texto constitucional[56].

Em magnífica conclusão, o jurista Carlos Eduardo Scheid afirma que “a motivação, portanto, dá vida aos direitos fundamentais sociais; ela demonstra se as decisões judiciais submetem-se ao dirigismo constitucional[57]”, auxiliando-se não somente na separação de poderes, mas também no controle popular para o combate de arbítrios no Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

A obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais configura pilar do Estado Democrático de Direito, auxiliando-lhe na aferição de legitimidade dos juízes, podendo esta somente ser aferida posteriormente, pois os integrantes do Poder Judiciário não

recebem de maneira *ab initio* a mesma dos cidadãos para que seus atos possuam presunção de legitimidade, como possuem os lidadores do Poder Legislativo.

Auxilia assim, na manutenção da tripartição dos poderes, podendo-se verificar na motivação se houve extrapolação de poderes conferidos ao magistrado originalmente.

Possui natureza de princípio, derivando do princípio-matriz “devido processo legal”, auxiliando na realização de direitos e garantias constitucionais, sendo ela, indispensável para o controle – das partes e de terceiros – sobre a atividade judiciária.

Sendo imperativa e detentora de três funções que lhe dão sentido e coerência, quais sejam, a social – pacificando com segurança e justiça e educando os cidadãos para uma maior confiança no Judiciário – , a processual – sendo requisito de validade para as decisões, auxiliando na interposição de recursos e na apreciação pelo Tribunal, a delimitação da coisa julgada e do julgado para execução – e a política – separação de poderes, aferição de legalidade e justiça das decisões, aferição de legitimidade do magistrado, controle popular sobre as decisões – , não necessitaria de positivação, por simplesmente decorrer dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Possibilita, em última análise, a diminuição da exclusão social, possibilitando aos indivíduos de um mesmo Estado a participação na vida pública, uma vez que a nulidade está cominada constitucionalmente para sua ausência.

Desse modo, conclui-se que o princípio da motivação das decisões judiciais configura essencial preceito do Estado Democrático de Direito, possuindo como escopo maior de que em grau máximo as garantias e os direitos fundamentais sejam realizados.

Referências bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, v. 2: Processo de Conhecimento*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sentença penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOUEVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In: O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais*. In Revista do Advogado, ano XXVIII, setembro de 2008, nº 99. p. 18.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, vol. II*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

STF, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.1995, AI 162.089-8 – DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TJRS, Quinta Câmara Criminal, Rel. Aramis Nassif, parecer do Procurador de Justiça Lênio Luiz Streck, Apelação Criminal nº 70.012.342.515. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de processo civil, vol. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[1] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112.

[2] SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 93.

[3] FERRAJOLI, Luigi apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais*. In Revista do Advogado, ano XXVIII, setembro de 2008, nº 99. p. 18.

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 89.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

[6] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 89.

[7] SILVA, J. A. 2007, p. 92.

[8] ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 249.

[9] STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 242.

[10] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, v.2. p. 227-228.

[11] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244.

[12] SCHEID, 2009, p. 100.

[13] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

- [14] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. 1995. p. 143.
- [15] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOUEVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.74.
- [16] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 147-150.
- [17] WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de processo civil, vol. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 65.
- [18] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.Vol. I*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 35.
- [19] Id. Ibid, p. 33.
- [20] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.
- [21] SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Jus Podvim, 2007. p. 73.
- [22] SCHEID, 2009, p. 92.
- [23] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, vol. II. 2ªedição. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 4*.
- [24] CÂMARA, 2008, p. 371.
- [25] GONÇALVES, 2008, p.13.
- [26] CÂMARA, 2008, 373.
- [27] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, v. 2: Processo de Conhecimento*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 474.
- [28] Id. Ibid., p. 474.
- [29] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 414.
- [30] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 413.
- [31] NERY JÚNIOR, 2004, p. 218.
- [32] Id. Ibid., p. 219.

[33] CÂMARA, 2008, p. 56.

[34] TJRS, Quinta Câmara Criminal, Relator Desembargador Aramis Nassif, parecer do Procurador de Justiça Lênio Luiz Streck. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

[35] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 243.

[36] STF, 2ª Turma, AI 162.089-8 – DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2009.

[37] SILVA, B. O., 2007. p. 170.

[38] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 471.

[39] ARENHART; MARINONI; 2008; p. 275.

[40] Id. Ibid., p. 472.

[41] MOREIRA, 1980, p. 86.

[42] Id. Ibid., p. 86.

[43] DINAMARCO, 2003, p. 128.

[44] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 476.

[45] DINAMARCO, 2003, p. 128.

[46] CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2007, p.30.

[47] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sentença penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004. p. 52.

[48] DINAMARCO, 2003, p. 129.

[49] Id. Ibid., p. 129.

[50] SCHEID, 2009, p. 99.

[51] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 279.

[52] CÂMARA, 2008, p. 55.

[53] ARENHART; MARINONI; 2008, p. 273.

[54] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 85.

[55] FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In: O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 100-101.

[56] SCHEID, 2009, p. 101.

[57] Id. Ibid., p. 101.

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NOS LIMITES DA DEMOCRACIA**

**THE JUDICIAL REVIEW, BY THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL
COURT, AT THE DEMOCRACY'S LIMITS**

**Thiago Caversan Antunes
Luiz Fernando Bellinetti**

RESUMO

Trata da questão dos limites da denominada jurisdição constitucional, em geral, e da possibilidade de controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em particular, frente aos limites que seriam inerentes à idéia de Democracia. Parte das definições de Poder, Direito, ordenamento jurídico e Processo para analisar o tema. Investiga, perfunctoriamente, as funções do controle de constitucionalidade como instrumento da Democracia. Traça considerações gerais sobre o problema da interpretação, em Direito. Analisa, em linhas gerais, os riscos das posições extremadas, frente ao tema, tratando da hipótese de inexistência de controle de constitucionalidade, por um lado, e da exacerbação do exercício de tal controle, por outro.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE –
DEMOCRACIA – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS

ABSTRACT

It deals with the judicial review's limits question, in general, and on the about the constitutionality control possibility, by the Brazilian Supreme Federal Court, in particular, considering the limits inherent to the idea of Democracy. It parts from Power, Law, legal system and Process definitions to analyze the subject. It analyzes, in a general way, judicial review's functions as a Democracy instrument. It takes into consideration the interpretation's problem, in Law. It analyzes, the extreme positions' risks, in relation to the subject, observing the hypothesis of judicial review's inexistence, in one hand, and such control's exercise maximization, in another one.

KEYWORDS: JUDICIAL REVIEW – DEMOCRACY – NORMS'
INTERPRETATION

INTRODUÇÃO.

O estudo que ora se apresenta tem o escopo de levantar questões e possibilidades a respeito do poder inerente, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, de declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais, ainda mais especificamente no chamado controle concentrado - vale dizer, nas denominadas ações diretas de inconstitucionalidade, principalmente, assim como, de forma reflexa, nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Tendo em vista que é a própria Constituição Federal quem atribui, em termos expressos, ao Supremo Tribunal Federal, tal competência, seria prescindível a investigação do tema, caso todas as alegações de inconstitucionalidade de dispositivos legais se baseassem em irregularidades meramente formais, ou, ainda, em flagrantes incompatibilidades materiais.

Ocorre, todavia, que o Supremo Tribunal Federal tem se dedicado, com frequência crescente,^[1] a analisar e decidir casos em que se discute a constitucionalidade ou não de dispositivos legais, em relação a princípios de conceito completamente aberto ou impreciso, como "vida" e "dignidade da pessoa humana".

Surge, desta forma, em linhas gerais, o problema (que precisa ser cuidadosamente analisado) de se saber se cabe, realmente - em um cenário que se pretende plenamente democrático - ao Poder Judiciário em geral e ao Supremo Tribunal Federal em particular dar a palavra final a respeito de tais questões.

É necessário, também, analisar as múltiplas conseqüências que podem resultar de qualquer solução que se pretenda adotar, diante do mencionado problema.

Para tanto, procurar-se-á partir da análise das definições de Poder, Direito, ordenamento jurídico e Processo, ainda que de maneira bastante resumida.

É com base em tais definições - que serão tomadas como premissa epistemológica - que se procurará apontar alguns interessantes e importantes aspectos do tema objeto deste trabalho, e de suas respectivas conseqüências.

Não se pretende, com este estudo, por óbvio, dar uma solução definitiva aos problemas que serão levantados.

Propõe-se, antes, um olhar sobre importantes questões que, ao que tudo indica, vêm sendo sistematicamente negligenciadas pela doutrina e pelos estudiosos das chamadas Ciências Jurídicas em geral.

1 PODER.

Como já salientado, na introdução, entende-se necessário estabelecer, preliminarmente, ainda que em linhas gerais, como pressuposto epistemológico, noções a respeito das definições de Poder, Direito, ordenamento jurídico e Processo.

O Direito - conforme será explicitado adiante - pode ser compreendido como expressão de um determinado Poder.[2]

É útil, portanto, que se estabeleça o que se entende, também, por Poder, para que os próprios delineamentos do conceito de Direito sejam, por via de consequência, mais claros.

A definição mais comum de Poder relaciona o fenômeno à habilidade ou faculdade de agir ou não agir; ou de domínio, controle ou influência sobre o outro (GARNER, 1999, p. 1189, tradução nossa).

Segundo Stoppino, "em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais" (1998, p. 933).

O mesmo autor aponta que, "em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem" (STOPPINO, 1998, p. 933).

Ocorre, todavia, que o Direito pode ser visto, conforme já mencionado, com uma expressão do Poder, e é bastante claro que os dois conceitos - assim como os dois fenômenos - influenciam-se reciprocamente em grande medida.

De qualquer forma, é claro que, em um panorama democrático, o Direito não pode ser visto como uma expressão do Poder simplesmente entendido como a capacidade de um único homem de determinar o comportamento de outros homens, ou dessa mesma capacidade de um determinado grupo.

Ou seja, partindo-se da premissa democrática,[3] o Poder que se relaciona com o Direito não pode ser entendido como característica de uma distribuição desigual de recursos.[4]

Para Max Weber, as relações de mando e obediência que, de alguma forma, se confirmam no tempo - e que são encontradas, tipicamente, no âmbito da Política - tendem a se basear, principalmente, em um específico fundamento de legitimidade, e não apenas em fundamentos materiais ou no mero hábito de obediência dos súditos (*apud* STOPPINO, 1998, p. 940).

Talcott Parsons dedica especial atenção ao "Poder Político", que conceitua como a "capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar" (*apud* STOPPINO, 1998, p. 941).

Tomando-se como exemplo o caso especificamente brasileiro, a própria Constituição Federal em vigor dispõe, já no parágrafo único de seu primeiro artigo, que o "Poder emana do povo",^[5] especificando, ainda, que será ele exercido "por meio de representantes eleitos ou diretamente";^[6] o que, aliás, faz muito sentido como fundamento de um Estado que se denomina "Democrático de Direito".^[7]

O Poder, portanto, neste panorama, pode ser entendido, de certa forma, como a capacidade de autodeterminação do povo.^[8]

2 DIREITO.

Estabelecida, ainda que em linhas bastante gerais, a definição de Poder, sob o prisma da Democracia, cumpre traçar algumas considerações sobre o que venha a ser Direito.

Dimoulis ressalta as dificuldades de se tratar da definição de Direito, salientando que "os únicos elementos de definição que todos admitem são a coação e a finalidade de regulamentar condutas sociais. Mas esses elementos não são específicos para o direito, encontrando-se em variados sistemas de normas" (2006, p. 34).

Para se entender um dos motivos das dificuldades de que ora se trata, é útil referir os esclarecimentos de Machado Neto, no que diz respeito à questão da multiplicidade de significados do termo "direito":

[...] se estudar a vida é tema do biólogo, quando se está definindo a ciência da vida, a biologia, não se está ainda estudando a vida, mas uma ciência, embora aquela que leva a vida em seu nome. O tema não será aí, pois, a vida (*bios*) - *biologia*, mas uma ciência (*episteme*) - *epistemologia*. Não se estará fazendo então ciência, mas epistemologia, teoria da ciência.

Sem dúvida, o mesmo se passa com o direito. Tratar de direito é fazer ciência jurídica, dogmática ou jurisprudência, mas tratar da ciência do direito, ainda que para o mister elementar de defini-la, é fazer epistemologia (Machado Neto, 1975, p. 5)

Há, portanto, pelo menos três sentidos diversos importantes para a palavra "direito". O primeiro significado diz respeito ao Direito enquanto objeto de estudo; o segundo se refere à Ciência que se dedica, primordialmente, ao estudo de tal objeto; e, por último, o terceiro significado, que é utilizado em referência a "direito subjetivo" ao qual corresponde determinado "dever jurídico".^[9]

Segundo Garner (1999, p. 889), o Direito pode ser entendido como o regime que ordena as atividades e relações humanas por meio da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada.

Para Kelsen, "o Direito é uma ordem da conduta humana" e "um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema" (2000, p. 5).

Leva-se em conta, aqui, que o Direito é, sob certa perspectiva, um conjunto de regras que traduz a expressão do poder, em uma sociedade politicamente organizada, ou seja, o Direito (ainda que possa, eventualmente, ser injusto),^[10] não pode ser confundido com o simples arbítrio.

Vale repisar, portanto, que há, em certa medida, uma relação dialética entre Poder e Direito, já que o Poder constitui o Direito, e é por ele recriado e limitado.

De uma maneira sistemática, o Direito - enquanto "objeto de estudo", é válido ressaltar - pode ser definido como "o ordenamento que visa regular a conduta humana de forma bilateral, externa e coercível" (BELLINETTI, 2006, p. 818).^[11]

Cabe destacar aqui, também, que "o Direito é um ordenamento, que deve ser entendido como uma forma de organizar harmonicamente determinado conjunto de elementos" (BELLINETTI, 2006, p. 818).^[12]

Restando delineada, desta forma, a definição de Direito, resta traçar, ainda, algumas considerações a respeito de suas principais funções.

Assumir-se-á, aqui, que a função primordial a que se propõe o Direito é garantir a segurança social e institucional.

O fato é, todavia, que as normas, em geral (assim como o próprio Direito), não são criadas com a função primordial de promover mudanças, mas, sim, de garantir determinado nível de segurança.

Não é o Direito que modifica a realidade. O Direito é um dos instrumentos, modesto instrumento, de transformação da sociedade. O Direito é acima de tudo um instrumento de consagração de uma dada realidade (MELLO, 1985, p. 97).

Não se nega, é claro, que o Direito é um instrumento importantíssimo, na promoção de transformações positivas em qualquer sociedade, mas é, também, inegável que não foi, sequer, com este intuito que ele surgiu.

Resta claro, portanto, que a promoção de mudanças e de evolução social é, também, uma das múltiplas importantes funções que podem ser atribuídas ao Direito - mas não a sua única e, nem de longe, a sua principal.

3 ORDENAMENTO JURÍDICO.

Traçada, de maneira geral, uma definição de Direito, e referidas, também em linhas gerais, as suas funções, cabe definir o ordenamento jurídico.

É de se destacar, em primeiro plano, o alerta da doutrina de que "a noção de ordenamento é complexa" (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 175).

Ferraz Junior esclarece que, "em princípio, um ordenamento jurídico é um conjunto de normas" (2007, p. 175 e 176), de todas as espécies,^[13] mas que nele não se encontram, exclusivamente, normas, havendo ainda critérios de classificação, definições e preâmbulos (2007, p. 176).

Já se observou, aliás, que o ordenamento jurídico

[...] pode ser vislumbrado de uma perspectiva estática e de uma perspectiva dinâmica. Isto porque, se é certo que se de um lado pode ser visto como um conjunto de regras abstratas preestabelecidas que servirão de parâmetro para a regulação futura da conduta humana (aspecto estático), de outro também pode ser visto como um conjunto de normas concretas que estão regendo as relações jurídicas em determinado momento (aspecto dinâmico) - (BELLINETTI, 2006, p. 819).^[14]

Mencione-se, neste ponto, que as regras que compõem validamente um determinado ordenamento jurídico, em um Estado Democrático, devem ser, em geral, elaboradas de acordo com um determinado processo, previamente estabelecido e conhecido - o assim denominado "processo legislativo".

4 PROCESSO.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, "etimologicamente, processo significa 'marcha avante', 'caminhada' (do latim, *procedere* = seguir adiante)" (2001, p. 277).

É de se destacar que, diversamente do que se poderia supor, o processo não é um fenômeno exclusivamente jurisdicional, nem se verifica apenas no âmbito estatal.^[15]

Conforme observa Câmara, aliás, "[...] o conceito de processo, *lato sensu*, não é exclusivo do Direito Processual. Há processos em outras áreas da atividade estatal diversa da jurisdição, como os processos administrativos e o processo legislativo" (2008, p. 133).

Assim, no que se refere, especificamente, à ordem jurídica, "o processo pode ser definido como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico é construído, modificado e aplicado" (BELLINETTI, 2006, p. 820).

Nesta perspectiva,

[...] o processo é o elemento que dá dinamismo ao ordenamento jurídico, que lhe permite a atividade dialética de constante construção (através da concretização das normas concretas e criação das normas abstratas complementares das preexistentes) e reconstrução (através das modificações das normas abstratas do ordenamento, bem como através da modificação da interpretação dessas normas abstratas, gerando normas concretas diferentes para casos similares) (BELLINETTI, 2006, p. 820).

Importam, para os fins deste estudo, especialmente as idéias de "processo legislativo" e de "processo jurisdicional".^[16]

Assim, pode-se definir o processo legislativo como sendo a "seqüência juridicamente preordenada^[17] de atividades de vários sujeitos na busca de um determinado resultado: a formação ou a rejeição da lei" (OLIVETTI, 1998, p. 996).^[18]

O processo jurisdicional, a seu turno, pode ser entendido como o encadeamento lógico de procedimentos, que tem a função primordial de dar aplicação à norma abstrata prevista no ordenamento jurídico, por meio da construção de uma norma concreta.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade de normas é, notavelmente, um dos mais importantes instrumentos garantidores da plena expressão democrática.

Aliás, o fundamento da idéia de controle de constitucionalidade repousa no próprio princípio da supremacia da Constituição.

Cabe mencionar que, para que seja verdadeiramente efetivo, o controle de constitucionalidade não pode ser atribuído (ao menos não com exclusividade) ao próprio órgão que fica encarregado de produzir as normas que constituirão o seu objeto, o que, aliás, já foi observado por Kelsen (2003, p. 150).^[19]

Há, desta forma, basicamente duas formas de se instrumentalizar esse controle de constitucionalidade externo ao próprio Poder Legislativo: a política e a jurídica.

O controle de constitucionalidade pela forma política seria efetivado por meio de um órgão - que não se enquadra em nenhum dos poderes existentes - especialmente constituído por representantes eleitos pelo voto popular direto, especificamente para decidir a respeito da constitucionalidade das normas exaradas pelo Poder Legislativo (FERRARI, 2004, p. 81 e 82).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade é efetivado pelo próprio Poder Judiciário (FERRARI, 2004, p. 82 a 84).

De toda sorte, é certo que, se há, como visto, limites formais e materiais que devem ser observados no processo legislativo, deve haver, também, meios efetivos de controle que possibilitem o estrito cumprimento de tais limites.

E é igualmente certo que a existência e adequado funcionamento de tais meios constituem instrumentos indispensáveis à manutenção da Democracia enquanto tal.

Nas palavras de Magalhães,

A existência de mecanismos adequados e eficazes de controle de constitucionalidade é condição fundamental para a supremacia constitucional e a segurança jurídica, essência do moderno estado de direito. De nada adiantam a existência de limites materiais, circunstanciais, temporais e formais que marcam a rigidez constitucional se não existem eficazes meios de controle, e afastamento do ordenamento jurídico e da vida das pessoas, dos atos e leis que contrariam estes limites (2009).

Assim, o controle de constitucionalidade pode ser definido como o controle de conformidade das normas à Constituição, que tem por objetivo garantir o respeito à hierarquia que lhes é aplicável.

A existência de tal controle se justifica pela idéia de que "a lei não é plenamente legítima, a menos que ela respeite os princípios superiores constantes da Constituição e que tenha sido ela formulada segundo um procedimento regular" (SÉNAT, 2009, tradução nossa).

Segundo Martins e Mendes, "o controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno" (2005, p. 33).

Parece pacífico, portanto, que o controle de constitucionalidade das normas é um importante instrumento - previsto no próprio ordenamento jurídico, que se efetiva mediante um "processo" -, sem o qual a Democracia restaria extremamente fragilizada, senão verdadeiramente inviabilizada.

Isto se dá, como visto, porque a atividade legislativa, em geral, encontra limites formais e materiais, na própria Constituição.

A questão que se coloca é saber se a própria atividade de controle de constitucionalidade não teria, ela também, os seus limites, o que, ademais, procurar-se-á analisar no próximo capítulo.

Cabe, antes, porém, fazer uma importante observação.

Considerar-se-á que a forma "jurídica" de controle de constitucionalidade é preferível à "política", por razões que serão melhor explanadas no próximo capítulo.

Dito isto, cabe lembrar que, no Brasil, como é por demais sabido, é adotada a forma "jurídica" de controle de constitucionalidade, que se efetiva, basicamente, por meio de dois grandes sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Tanto os magistrados, em geral, têm o "poder" de declarar, com eficácia *intra pars*, a inconstitucionalidade de atos normativos, nos casos concretos que são levados à sua apreciação, no chamado "controle difuso"; quanto os ministros do Supremo Tribunal Federal, em particular, têm a possibilidade de pronunciar a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, no denominado "controle concentrado".

As diferenças entre estas modalidades de controle de constitucionalidade são esclarecidas por Mezzomo, nos seguintes termos:

No caso do controle *difuso* ou *concreto*, há o caráter incidental da discussão da constitucionalidade à vista de uma demanda que visa determinada pretensão, que não é a de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma.

A questão constitucional surge, portanto, em relação ao direito que embasa a pretensão e que constitui elemento da causa de pedir, seja a demanda cível ou penal. Desta forma, o controle incidental pode ocorrer em qualquer espécie de demanda.

No controle *concentrado* ou *abstrato*, a questão constitucional não surge incidentalmente, senão que constitui a própria motivação da demanda, que se volta contra a lei abstratamente considerada, e não contra os seus efeitos concretos. Busca-se em síntese, afirmar ou negar a conformidade, material ou formal, do ato normativo em relação à Constituição (2006).

Conforme já mencionado, o que interessa, primordialmente, aos fins deste estudo, é o controle de constitucionalidade pela via "concentrada".

6 LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade de normas, como visto, perfunctoriamente, no capítulo anterior, é tido como importante criação da modernidade, e instrumento indispensável à manutenção das instituições democráticas.

Um fundamento importante deste controle está, como visto, na existência de limites, previamente determinados, formais e materiais, inerentes à atividade legislativa.

O estudioso do Direito parece naturalmente inclinado a supor que o próprio controle de constitucionalidade encontra, também, os seus próprios limites.

Que limites seriam estes, todavia, e quem os controlaria? [20]

É necessário reconhecer, de início, que o limite primeiro, por excelência, do controle de constitucionalidade é o próprio texto constitucional.

Este parâmetro não encontra grandes problemas de efetivação, quando a possível inconstitucionalidade que é argüida perante o "órgão controlador" tem natureza formal; ou quando há flagrante inconstitucionalidade material.

Ocorre que em textos constitucionais contemporâneos - como é o próprio caso específico brasileiro, por exemplo -, há uma grande plêiade das chamadas "cláusulas abertas", isto é, princípios gerais que, por um lado, constituem a base do sistema normativo, e, por outro, permitem as mais variadas interpretações.

São exemplos ilustrativos os princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana: conceitos completamente abertos, para os quais o texto constitucional não estabelece, sequer, parâmetros claros.

É importante destacar que a discussão é atual e pertinente, mormente quando se tem legado ao Supremo Tribunal Federal a função de decidir casos de extrema complexidade e que envolvem grandes controvérsias, como a constitucionalidade da utilização de células embrionárias em pesquisas científicas e da antecipação do parto em casos clínicos de fetos anencéfalos - por possível descompasso com princípios de ordem generalíssima[21] - apenas para citar dois, entre vários exemplos existentes.

Enquanto não há norma regulamentadora de tais condutas, é praticamente pacífico o entendimento de que deve, realmente, o Poder Judiciário decidir, de forma pontual, as demandas em que se solicita a sua intervenção.

O grande problema é saber o alcance da legitimidade do Supremo Tribunal Federal (e, no mais, dos julgadores em geral) de declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, por ser ela, em tese, incompatível com um determinado princípio de conceito aberto.

Vale ressaltar a observação de Repolês de que

A conseqüência mais grave da definição de Constituição como ordem concreta de valores é que a generalidade e imprecisão de suas formulações permite que as Cortes ampliem voluntaristicamente os princípios a ponto de criar critérios de interpretação que não encontram o menor ponto de apoio no texto constitucional (2003).

Ainda, neste sentido, interessantes as ponderações de Neves de que "dado o forte componente ideológico e a profunda imprecisão semântica (vagueza e ambigüidade) das

normas programáticas, é muito difícil a caracterização da incompatibilidade de lei ordinária com norma programática" (1988, p. 103).

Há, sem sombra de dúvidas, entre os mais respeitáveis doutrinadores, uma preocupação praticamente uníssona com a necessidade de se garantir a margem mais ampla possível de objetividade, e, a respeito da aplicação de princípios, assevera Guerra Filho que "a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente" (2002, p. 19).

Dimoulis, todavia, a seu turno aponta o risco de a interpretação jurídica ser vista e utilizada "como pretexto para impor aquilo que o intérprete considera como a melhor solução de um conflito social" (2006, p. 60),^[22] o que é especialmente notável quando se leva em conta o controle de constitucionalidade.

Esse é um fator que já preocupava Kelsen, que observou, ainda em 1928, que

[...] como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que o que se deve entender por isso (2003, p. 168).

A este respeito, esclarece ainda o autor:

[...] as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegações dos valores em questão não significa e não pode significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo (KELSEN, 2003, p. 168 e 169).

Kelsen esmiúça as suas observações, em torno do problema, asseverando:

As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer (2003, p. 169).

Chega, nesta altura, o autor ao ponto nevrálgico de suas considerações, naquilo que mais interessa aos fins deste estudo, ao esclarecer:

[...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei (KELSEN, 2003, p. 169).^[23]

Todas essas observações fazem muito sentido, mormente levando em conta que Kelsen, em 1944 (conforme já mencionado no segundo capítulo deste estudo), voltaria a expressar que, em seu entendimento, a idéia de justiça é "um julgamento subjetivo de valor" (2000, p. 9 a 12).

Vale dizer que este tema continua sendo, contemporaneamente, trabalhado na Alemanha.

Maus destaca a constante e crescente transferência, pela sociedade, ao Poder Judiciário, da responsabilidade de decidir casos de extrema complexidade e importância, com base em princípios de conceito completamente aberto, que implicam, quase que invencivelmente, em amplos subjetivismos.

Segundo a autora, por meio deste processo, o Poder Judiciário tem se perpetuado como um verdadeiro "super ego" da sociedade (MAUS, 2000).^[24]

A esta altura, vale fazer uma recapitulação.

Conforme mencionado no capítulo primeiro, a Constituição Federal brasileira reconhece, já no parágrafo único de seu primeiro artigo, que o Poder, em sua totalidade, emana do povo; e determina que será ele exercido diretamente, ou por meio de representantes eleitos.

Ocorre, todavia, que os "representantes eleitos", por voto direto, são apenas os chefes do executivo, e os membros do parlamento.

No Poder Judiciário, em geral, não há membros eleitos, e no Supremo Tribunal Federal, em particular, não vige, sequer, a regra do chamado "quinto constitucional", prevista nos arts. 94; 107, I; 111-A, I; e 115, I, da Constituição Federal.^[25]

Aqui cabe um esclarecimento importante, que já foi referido no capítulo anterior.

Ao contrário do que pode parecer, não se defende que seria desejável e mais amplamente democrático que o controle de constitucionalidade fosse efetivado segundo a forma "política", e, aqui, cabe abrir parênteses, para um importante esclarecimento.

Se, por um lado, é verdade, conforme observado por Ferrari que

[...] a vontade tem sua expressão através de um órgão, que é o Parlamento, no qual se acha representada a soberania nacional, seria inadmissível que alguém que não seja escolhido pelo povo tenha poder para impedir a aplicação de uma lei - expressão máxima da soberania nacional (2004, p. 82)

Por outro lado não se pode ignorar o que se tem verificado, segundo hábil observação da mesma autora, em relação à forma política de controle de constitucionalidade, isto é

[...] a ineficácia deste tipo de controle por um órgão político, pois o que vemos é apenas a opinião política do órgão que elaborou o ato substituída pela opinião do órgão controlador, tornando-se, assim, o órgão controlador um outro Legislativo, já que, na prática, não se atém apenas a analisar a concordância dos atos legislativos frente à Constituição, mas, ao contrário, atém-se à apreciação de sua conveniência ou oportunidade (FERRARI, 2004, p. 82).

Ocorre, de qualquer forma, que, se a função primordial do Direito é promover a segurança social e institucional,^[26] e se pelo princípio da presunção de legitimidade das leis, toda norma jurídica deve ser presumida constitucional, enquanto não for decretado o contrário, por órgão competente,^[27] é de se admitir que o constante exercício de um "poder" de controle de constitucionalidade, com base em princípios de conceito completamente aberto, por um colegiado formado de maneira que não reflete, necessariamente, as convicções constantes da Sociedade, pode, ao que tudo indica, trabalhar precisamente em sentido contrário do referido ideal de segurança.

Vale dizer, é óbvio que o Poder Judiciário tem um papel importantíssimo na efetivação da ordem jurídica, como um todo, e notavelmente daqueles valores que permeiam a sociedade, e que inspiram o texto constitucional (estando nele inseridos, no mais das vezes, precisamente na forma de princípios), e a efetiva atuação do Supremo Tribunal Federal é, neste panorama, essencial para a manutenção da Democracia.

Por outro lado, isto não dá ao Supremo Tribunal Federal - é, também, claro - a prerrogativa absoluta de submeter todas as normas que resultam do debate democrático (ou razoavelmente democrático), no âmbito do Poder Legislativo, ao crivo daquilo que os seus próprios eminentes ministros entendem, por exemplo, por "justiça" ou por "dignidade da pessoa humana", sob o pretexto de se realizar um controle de constitucionalidade.

Há, portanto, duas grandes questões, que merecerão atenção e reflexão dos estudiosos do Direito.

Em primeiro lugar, é necessário investigar se é possível estabelecer, com relativa clareza, qual é o limite a partir do qual a interferência do Supremo Tribunal Federal, no cenário político, no âmbito do controle de constitucionalidade, em defesa da Constituição Federal e da efetivação de princípios, deixa de ser um importante instrumento de defesa da Democracia, e passa a ser a ela atentatório.

Depois, levando-se em conta que é, por excelência, o Poder Judiciário quem controla, das mais variadas formas,^[28] os excessos e desvios do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é necessário se analisar como poderia ser efetivado o controle dos excessos do próprio Poder Judiciário, já que qualquer poder ilimitado tende à tirania.

CONCLUSÃO.

Não se pretendeu, com este estudo, de forma alguma, afirmar que os juízes em geral - e, também, em particular, aqueles magistrados ligados mais visceralmente ao controle de constitucionalidade - efetivamente sejam, ou devam ser, meros reprodutores mecânicos da lei.

Igualmente, não se quis negar que o Poder Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, tenha um verdadeiro e importante papel na efetivação das normas jurídicas, e que neste processo, verdadeiramente crie, também, normas concretas.

É certo, por um lado, que se o Supremo Tribunal Federal omitir-se, na realização do importante papel que lhe foi outorgado pela própria Constituição Federal - que consiste no efetivo controle de constitucionalidade formal e material de normas jurídicas -, restará a Democracia seriamente ameaçada.

Por outro lado, excedendo-se em suas funções, utilizando-se da interpretação invencivelmente subjetiva de princípios de conceito completamente aberto, para impor a sua própria vontade política - em verdadeira substituição da das diretrizes resultantes do debate parlamentar, corporificado em normas jurídicas - sob o pretexto de se garantir a supremacia da Constituição Federal, será, também, a Democracia abalada, senão verdadeiramente substituída por um regime de essência aristocrática (na melhor das hipóteses) ou, mesmo, oligárquica.

O grande problema está em se saber, com certa margem de clareza, onde está o exato limite no qual a efetivação de princípios, por parte do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, deixa de ser um serviço à Democracia, para ser um atentado a ela; e um de seus importantes desdobramentos está em se saber como poderia ser efetivada qualquer espécie de controle acerca dos eventuais excessos no que concerne a tal limite.

Ainda não é possível apontar respostas para os problemas levantados - o que, ademais, já se advertia nas considerações introdutórias deste estudo -, e, inclusive por isto, é imperioso que a sua existência seja reconhecida, e que sejam criadas e cultivadas as

condições para uma reflexão ampla e profunda, o que é necessário para a própria preservação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Marcio. *Panorama: radar*. In: *Revista Veja*, São Paulo: Abril, 7 jan. 2009, p. 37.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Direito e Processo*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 816 a 826.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAZEL, François. *Poder*. In: BOUDON, Raymond. *Dicionário de Sociologia*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006.

_____. e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *O Positivismo Jurídico Diante da Principiologia*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 179 a 197.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARNER, Bryan A (ed.). *Black's Law Dictionary*. 7 ed. Saint Paul: West, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3557/CONTROLE_DE_CONSTITUCIONALIDADE_E_JURISDICA_O_CONSTITUCIONAL>. Acesso em 13 mar. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. IN: CEBRAP: Novos Estudos, n. 58, nov. 2000, p. 183 a 202.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (rel.). *Poder Constituinte*. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. IV. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1985.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao Controle de Constitucionalidade: difuso e concentrado*. 2006. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/marcelocolombellimezzomo/introducaocontr ole.htm>>. Acesso em 16 mar. 2009.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVETTI, Nino. *Processo Legislativo*. In: BOBBIO, Norberto (et. al.). *Dicionário de Política*. 11 ed. Brasília: UNB, 1998, p. 996 a 1006.

PALU, Oswaldo Luiz. *Contrle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *O Papel Político do Supremo Tribunal Federal e a Hermenêutica Constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência*. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 150, 3 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4570>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

SÉNAT. *Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois*. Disponível em: <http://www.senat.fr/role/fiche/contrôle_constit.html>. Acesso em 13 mar. 2009.

STOPPINO, Mario. *Poder*. In: BOBBIO, Norberto (et. al.). *Dicionário de Política*. 11 ed. Brasília: UNB, 1998, p. 933 a 943.

[1] Por provocação da própria sociedade, por meio dos órgãos legitimados, é válido ressaltar.

[2] É claro, também, por outro lado, que o Direito tem a importante função - não a única - de limitar o Poder, uma vez que, por exemplo, aqueles que editam as normas de uma determinada ordem jurídica ficam, também, por definição, a elas sujeitos.

[3] Referir-se-á, no decorrer deste estudo, às definições modernas (de base aristotélica) de Democracia e, ademais, das formas denominadas "puras" e "impuras" de governo, em geral (cf. BONAVIDES, 2000, p. 249).

[4] O Poder, em sua acepção sociológica, é definido por Chazel, precisamente, como um conjunto de relações interpessoais assimétricas, cujo exercício é condicionado pela distribuição desigual de recursos (1990, p. 192).

[5] Destaque-se que esta disposição da Constituição Federal brasileira legitima um Poder já existente, mesmo antes do próprio texto constitucional; sendo, portanto, equivocada a idéia de que a Constituição "cria" o Poder.

[6] Saliente-se, já neste ponto, que os integrantes do Supremo Tribunal Federal, como é por demais sabido, não são, propriamente, "eleitos".

[7] São, também, aqui, fundamentais as considerações de Charles de Montesquieu, na obra "O Espírito das Leis", a respeito da divisão funcional do Poder (que continua sendo, contudo, "uno") e da idéia de autocontrole do poder estatal.

[8] O que, ademais, encontra-se, de certa forma, também, contemplado na Constituição Federal, no art. 4º, III.

[9] Neste artigo, pretende-se tratar da definição de Direito enquanto objeto de estudo, e não como Ciência propriamente dita, ou como "direito subjetivo" ao qual corresponde determinado "dever jurídico".

[10] Ressalte-se que o problema da "justiça" ou "injustiça" de um determinado ordenamento jurídico está ligada a um "julgamento subjetivo de valor" (KELSEN, 2000, p. 9). De qualquer forma, é desejável que, em um ambiente democrático, o Direito reflita, dentro do possível, o ideal sintético de Justiça que permeia a sociedade como um todo.

[11] Cada um dos elementos que compõem esta definição já foi melhor esmiuçado (BELLINETTI, 2006), sendo, todavia, que tal tarefa não cabe nos limites deste estudo em particular.

[12] Maior e mais minuciosa análise a respeito da definição de Direito encontra-se na referida obra (BELLINETTI, 2006).

[13] Nisso se incluem, obviamente, os princípios, o que é admitido, inclusive, pelos partidários do positivismo jurídico. Bobbio, há mais de 50 anos, já defendia que os princípios são "normas como todas as outras" e esclarecia que são eles "normas fundamentais ou generalíssimas do sistema" (1995, p. 158). Posição semelhante

prevalece, contemporaneamente, conforme dão conta os apontamentos de Dimoulis e Lunardi (2008). As diferenças fundamentais entre princípios e regras são traçadas, todavia, de maneira magistral por Dworkin (2002, p. 39 e 42).

[14] É possível, ainda, tratar do ordenamento jurídico a partir de diversas concepções - ordem legal, ordem escalonada, realidade sociológica, ordem tridimensional - sem que o aprofundamento neste tema, todavia, caiba nos limites deste trabalho (cf. BELLINETTI, 2006).

[15] Isto porque, "se fora do Estado também se constrói e aplica o ordenamento, deve também aí haver processo" (BELLINETTI, 1994, p. 79). Neste mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco observam que "Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.)" (2001, p. 278).

[16] Ainda mais especificamente no que se refere à jurisdição constitucional, obviamente.

[17] Cabe mencionar - o que, aliás, pode parecer óbvio - que este "regramento jurídico" do processo legislativo inclui aspectos formais e materiais; que no caso brasileiro encontram-se previstos, já, na Constituição Federal, e que constituirão baliza, inclusive, para o controle de constitucionalidade das normas.

[18] A bem da verdade, Olivetti assim define o que denomina "procedimento legislativo", o qual considera mera parte integrante daquilo que entende por "processo legislativo", que, em suas palavras (com referências indiretas a Predieri), seria o "fenômeno dinâmico da realidade social, que se caracteriza por uma concatenação de atos e de fatos não necessariamente disciplinada pelo direito, começando com a 'demanda' da lei e terminando com a 'decisão' da lei ou com a rejeição da 'demanda'" (1998, p. 996).

[19] Observe-se que no Brasil - ao contrário do que se poderia supor, em um exame apressado - o controle de constitucionalidade de normas não é procedido exclusivamente pelo Poder Judiciário. Isto porque, de certa forma, o próprio Poder Legislativo procede a um "controle prévio de constitucionalidade". Tanto é verdade que, no âmbito da União, por exemplo, existem Comissões de Constituição e Justiça, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal. Ainda, por parte do Senado Federal, há a competência para suspender, no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na via do controle difuso, conforme disposição expressa da própria Constituição Federal, no art. 52, X (a este respeito, cf. PALU, 2001, p. 149 a 153). Além do mais, o Poder Executivo também tem a oportunidade de realizar um certo "controle de constitucionalidade", por meio do exercício do chamado "poder de veto".

[20] É de se mencionar que o cerne da questão é antigo. Pode-se inferir que a problemática já se encontra incipiente no adágio latino *quis custodiet custodes ipsos?* (quem guardará os guardiões? ou quem vigiará os vigilantes?).

[21] Veja-se, *v. g.*, que, já no início de 2009, era publicada, em revista de grande circulação nacional, sob o título "Toga em evidência", a notícia de que "a pauta do STF [...] continuará polêmica [...]. O tribunal vai decidir a legalidade da união entre homossexuais, o aborto de fetos com má-formação cerebral [...]" (AITH, 2009).

[22] Saliente-se que não se trata de negar a normatividade dos princípios, o que é esclarecido pelo mesmo doutrinador em artigo de sua autoria (DIMOULIS, 2008); e que, ademais, já era observado por Bobbio, há mais de 50 anos, quando ressaltava a plena normatividade dos princípios, inclusive daqueles não expressos, que decorreriam do sistema (1995, p. 158 e 159).

[23] É de se destacar, todavia, por honestidade acadêmica, que essa posição não é unânime. Guerra Filho, por exemplo, menciona que "o centro de decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário" (2001, p. 161), e considera este fato - curiosamente - edificante da Democracia.

[24] A autora, aliás, aponta que fizeram o mesmo papel de "super ego", anteriormente, os imperadores e tiranos, tendo sido, modernamente, transferida essa nefasta função ao Poder Judiciário, em um verdadeiro processo de negativa da sociedade a assumir as suas própria responsabilidades, em uma conjuntura genuinamente democrática (MAUS, 2000).

[25] Uma leitura apressada do art. 101, *caput*, da Constituição Federal poderia levar à idéia, todavia, equivocada, salvo melhor juízo, de que o Supremo Tribunal Federal seria a corte nacional formada de maneira mais democrática, tendo em vista que não há explicitação, sequer, como requisito, de que devam os indicados ter formação jurídica, limitando-se o aludido dispositivo legal a exigir "notável saber jurídico e reputação ilibada".

[26] Conforme já discutido no segundo capítulo.

[27] A este respeito, cf. FERRARI, 2004, p. 77 e 78.

[28] Observe-se, ademais, que o estudo e análise de tais formas de controle é de diferenciada importância, mas que não cabem nos limites deste trabalho.

AS AÇÕES COLETIVAS COMO VIA INSTITUCIONAL DISPONÍVEL PARA EXPANSÃO DA PARTICIPAÇÃO E INFLUÊNCIA DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO DEMOCRÁTICO

CLASS ACTIONS: AN INSTITUTIONAL WAY AVAILABLE FOR ENHANCING CITIZEN'S PARTICIPATION IN DEMOCRATIC RULEMAKING PROCESS

Vitor Burgo

RESUMO

Na busca por justificativas para a legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas, descobrimos estar em curso uma verdadeira revolução processual provocada pela ascensão e maturação dos instrumentos coletivos de tutela jurídica. Ao tentar desvendar as razões do êxito de referidas ferramentas, descobriu-se que esse sucesso advém de uma característica que é peculiar ao plano social das democracias periféricas (em especial, a brasileira): a institucionalização do regime democrático por meios não-políticos. O direito apresenta-se, nestes casos, como o ingrediente principal da liga democrática, razão suficiente para torná-lo aberto às demandas e exigências sociais, permitindo-se a participação popular em sua constante reformulação.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA; CIDADANIA; LEGITIMIDADE ATIVA

ABSTRACT

Trying to justify the individual standing to sue inside the class actions, we got surprised by a real processual revolution provoked by the raise and maturation of the collective instruments of judicial protection. When we try to learn the reason of the social success of those actions, we indentify a particular reality of the periferic democracies (the Brazilian one in special): the institution of democracy by ways that do not involve the government. Law, in those cases, is the main component of the democratic leage, which represents enough reason to make it open to the social demands, allowing the popular involvement in its constant updates.

KEYWORDS: DEMOCRACY; CITIZENSHIP; INDIVIDUAL STANDING TO SUE

1. INTRODUÇÃO

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos contemplava em seu art. 20, I, a legitimidade concorrente de qualquer pessoa física para propositura de ação coletiva para defesa dos interesses ou direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, desde que o juiz reconhecesse adequada a representatividade desta pessoa, demonstrada por dados como credibilidade, capacidade e experiência, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos interesses e direitos difusos ou coletivos e conduta em eventuais processos coletivos em que tivesse atuado. No entanto, não foram poucas as vozes que se levantaram contra referida opção legislativa.

Alguns argumentos contrários à legitimação da pessoa física para propositura de ações populares já foram oportunamente identificados por Eurico Ferraresi[1], tais como o caráter de instrumento político da ação popular, a própria existência da ação popular que já prevê a legitimação da pessoa física, a possibilidade de banalização das ações coletivas pelo seu mau-uso e a inadequação da prática à nossa tradição jurídico-social. Pretende-se neste artigo não apenas apresentar novas respostas a estes argumentos[2], mas também a outros já surgidos neste ínterim.

Todas as críticas já formuladas em detrimento à legitimidade ativa da pessoa física foram muito bem construídas, com embasamento jurídico bastante sólido, apesar da deficiência estrutural de seu pensamento sócio-político. No entanto, nenhuma destas conseguiu errar tanto o alvo quanto a que caracterizou o Anteprojeto, por sua proposta de legitimação ativa, como "intelectualmente desonesto e um engodo populista [ao] dizer que os membros do grupo podem ser legitimados a propor demandas coletivas"[3]. Ainda que impertinentes, estes raciocínios conseguiram encontrar eco na nova lei que disciplina o sistema único de ações coletivas brasileiras e que deverá substituir na íntegra a Lei 7347/85.

Conforme dispõe o art. 6º da nova lei, permanecem legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas de direito público interno, suas autarquias, fundações e órgãos despersonalizados e as associações civis e fundações de direito privado. A novidade fica por conta da menção expressa à OAB, suas seções e subseções, às entidades sindicais e de fiscalização do exercício de profissões e aos partidos políticos com representação na Casa respectiva ao âmbito do objeto da demanda. Para mostrar o absoluto descompasso desta nova opção legislativa com a construção do processo democrático (em especial o brasileiro) é que este estudo pretende resgatar os princípios básicos da democracia e, em especial, uma figura bastante conhecida da representação institucional, que pode *vir-a-ser* perniciosa ao futuro democrático brasileiro.

Para alcançar este intento, precisaremos responder às seguintes questões: i) o que significa o verbete populismo?; ii) existe autorização *democrática* para legitimação da pessoa física para propositura de ações coletivas, ou esta opção fugiria às nossas tradições?; iii) seria o uso político das ações populares propriamente ruim?; e, iv) quais são os custos sociais das opções feitas pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e da nova Lei que disciplina o sistema único de ações coletivas brasileiras?

2. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA DEMOCRACIA.

2.1. Populismo.

Levando-se em conta que a legitimação da pessoa física para propositura de ações coletivas já foi chamada até mesmo de *engodo populista*, qualquer tentativa de seu estudo sem o delineamento teórico do que venha a ser o populismo seria minimamente incompleta. Pois bem. A história analítica do termo populismo no âmbito das ciências sociais foi permeada por conceituações de cunho social, ideológico ou institucional[4], razão pela qual o termo encerra uma turbulenta indefinição semântica. Aliado a este fato, Jorge Ferreira[5] explicita que a literatura frequentemente aponta como antecedentes históricos do populismo latino-americano os fenômenos ocorridos na Rússia czarista e nos Estados Unidos durante o século XIX, apesar de todas as diferenças existentes entre seus *contextos econômico, político, social, agrário, cultural, ideológico e religioso*.[\[6\]](#)

Fato é que, no Brasil, o termo começa a ser empregado após a publicação de *Brazil under Vargas*[\[7\]](#), em 1942; porém, durante o período compreendido entre esta data e o ano de 1964 muito pouco se falou sobre populismo, com a grande diferença que, até então, seu significado era consideravelmente diferente deste arquétipo *sensocomunizado* utilizado hoje como crítica virulenta a idéias e governos. Jorge Ferreira[8] aponta, após pesquisar diversos documentos da época, que não havia intenção ofensiva na utilização do termo populista tanto para definição de Getúlio Vargas quanto para João Goulart. O populista estava ligado ao povo, atendendo a seus anseios[\[9\]](#), mas sem ser demagógico, manipulador ou mentiroso, o que faz da palavra populismo iniciar sua vida no Brasil com um sentido absolutamente oposto ao que hoje lhe é conferido[\[10\]](#).

Acontece que, após findo o risco da greve geral, as lideranças carismáticas sucedem aos comunistas na diuturna ameaça aos interesses políticos e econômicos das mais tradicionais elites do país, cenário oportuno para a *satanização*[\[11\]](#) dos populistas e de todas as práticas que remetam a eles, invertendo-se quase que irremediavelmente a visão política e social acerca do populismo. A partir de então, populista passa a ser toda idéia ou forma de governo destituída de conteúdo e de seriedade, baseada tão somente em técnicas, subterfúgios demagógicos, tornando o povo inapto a diferenciar propostas consistentes, sérias, daquelas baseadas apenas nestes engodos desprovidos de substância[\[12\]](#). Daqui partem as tradicionais chaves para compreensão dos fenômenos populares no Brasil, sempre calcadas sobre a completa ou relativa insipiência do povo em seu exercício de sufrágio[\[13\]](#), e motivadoras de práticas supressoras deste mesmo sufrágio em nome de uma política séria e comprometida.

Fica visivelmente exposto no embate político que a atribuição da qualidade de populista a uma idéia ou pessoa pretende tolher uma maior participação política tanto daqueles sujeitos que visam a alteração no catastrófico quadro social brasileiro marcado por uma abissal desigualdade na distribuição da renda[\[14\]](#) quanto daqueles que apenas não seguem os preceitos clássicos da política nacional. Este fato irá explicar porque pessoas com idéias políticas completamente diversas são unificadas sob o manto do populismo[\[15\]](#).

O mais importante de se observar é como o sentido de populismo, na forma como utilizado contra a idéia do Anteprojeto, se identifica plenamente com a proposta de seus críticos. É que Francisco Weffort[16] pontua como elementos básicos para sedimentação do populismo a massificação de boa parte dos estratos de uma sociedade, tornando-a eminentemente uma só massa, onde os indivíduos estão *relacionados entre si por uma sociabilidade periférica e mecânica*; a diminuição da reflexividade da representação; e, o surgimento de um líder carismático. Esta definição, montada com elementos retirados do Estado Novo, diz respeito ao fenômeno de incorporação burocrática das massas ao governo por meio de um movimento corporativista, que faz surgir no Brasil a figura da representação institucional, hoje bem caracterizada pelo Ministério Público. Por tudo sobre o que foi dito sobre essa inversão ideológica[17] do termo populismo, devemos concordar com a afirmação de que "o populista, portanto, é o adversário, o concorrente, o desafeto. O populista é o Outro. [...] Populista é sempre o Outro, nunca o Mesmo." [18].

À luz do debate trazido por Jorge Ferreira[19] acerca das gerações do populismo brasileiro, parece que a crítica dirigida ao Anteprojeto se enquadra, ainda, nos moldes do pensamento da primeira geração. Esta afirmação se faz com base na utilização, pelos críticos, do sintagma substantivo "engodo" acompanhado pelo adjetivo "populista", que denota claramente a vertente assistencialista ou satisfativa de uma proposta qualquer. Pois bem, conforme se pode extrair ainda do referencial montado pelo autor citado[20], a segunda geração do populismo prescinde teoricamente do viés da satisfação, tendo focado suas atenções nas variáveis *repressão e manipulação* (ou persuasão, para melhor seguir a proposta gramsciana), enquanto a terceira caracteriza-se pela "personalização e autonomia do poder executivo, conciliação de classes e ideal da Nação"[21]. Ainda assim, em que pese a delimitação ora formulada indicar certo envelhecimento do referencial teórico adotado pelos críticos da legitimação da pessoa física para promoção de ações coletivas, é preferível a ingenuidade da opção pela primeira geração à ignorância da utilização de um termo explicado teoricamente pelo senso comum.

Portanto, ao fim da análise empreendida em torno do conceito de populismo, podemos até mesmo dizer sem receio que, dependendo da ótica do leitor, a proposta da legitimação da pessoa física pode sim ser encarada como populista, desde que se entenda que a intenção primordial dos elaboradores de seu texto foi justamente ampliar os campos de atuação política para os mais diversos sujeitos, com o fim primordial de inverter a estagnação social brasileira, ou de chacoalhar as bases da estabilidade improdutiva [22]. No entanto, em virtude de toda a problemática e indefinição que referido verbete encerra, requer-se qualificação que seja, no mínimo, teoricamente mais precisa.

2.2. A evolução da idéia democrática: a necessidade se ir além.

Da idéia de *isegoria* às noções de democracia de libertação[23], democracia estendida[24] ou democracia radical[25] muito se discutiu acerca da propriedade e da conveniência da adoção um regime democrático de governo. Este debate foi realmente intensificado há cerca de dois séculos, com o advento das duas revoluções

desencadeadas nos EUA e na França do século XVII. A partir daí a democracia passará a ser, como destacado por Alain Touraine[26], caracterizada de duas diferentes maneiras, seja por seu conteúdo ou por seu procedimento. Tratar de conteúdo é trazer à tona a temática relativa à soberania popular; o procedimento democrático, contudo, dá conta de estabelecer uma liberdade de ação política com as devidas garantias protetivas da manifestação legítima da vontade popular.

Em verdade, se fosse possível identificar neste percurso evolutivo do conceito a sua forma primordial, poderíamos considerá-la como sendo aquela de nuance unidimensional, ou seja, uma democracia pensada como mecanismo de canalização da vontade majoritária. Pensada assim, a democracia fica confinada ao limitado âmbito das eleições ordinárias como se estas fossem suficientemente capazes de dar vazão à questão da representação popular[27]. O grande problema daí advindo foi justamente a total desvinculação representante/representado promovida pelos princípios básicos do mandato representativo[28], que importaram numa violenta quebra de confiança nestes representantes, ocasionando o colapso do esquema representativo. É nesta "falta dessa relação de confiança", diz Jacques Chevalier[29], que "toda a economia das transações políticas que desmorona."

Devido a esse descompasso, a esse déficit de legitimidade do sistema puramente representativo, os estudiosos do direito e da filosofia política têm reclamado há mais de meio século a criação de novos foros, de novas arenas públicas que possibilitem aos cidadãos uma participação mais próxima no processo de tomada de decisão, sendo que referida pretensão encontra, hoje, espaço na esfera pública[30]. Temos, então, um amadurecimento do conceito de democracia e de sua experimentação na sociedade, motivo pelo qual começamos a investigar não apenas a gênese desta vontade que representa uma maioria, mas igualmente os procedimentos pelos quais se expõe e se faz valer em concomitância à responsabilização de todos os cidadãos pela ordem social[31]. Estes procedimentos em verdade visam a conferir ao jogo político caráter de transparência além de "impedir o arbitrário e o segredo, responder às demandas da maioria, garantir a participação do maior número de pessoas na vida pública." [32]

Mas isso não tem sido suficiente. Os fins a que se prestam os procedimentos democráticos já conhecidos não têm sido atingidos, motivo pelo qual devemos querer mais e nos lançar na busca por uma idéia libertadora de democracia, que possa liberar os indivíduos e as coletividades das amarras do poder, de explodir os horizontes já fechados da concepção tradicional acerca da democracia. Logo, a atividade democrática deve ser desejada e planejada como sendo capaz de liberar estes atores sociais supramencionados, pois apenas assim ela será vigorosa[33]. Surge a dificuldade então de conjugar democracia e república[34] ou democracia procedural e participativa[35].

Rodolfo Viana Pereira[36] chama atenção para o que ele chama de *interação produtiva entre os princípios representativo e participativo*. De acordo com esta concepção, a democracia passaria a comportar tanto os mecanismos populares de participação nos processos decisórios quanto os tradicionais *locus* representativos. Segundo o autor, o estabelecimento deste momento democrático na prática é de alta complexidade, exigindo rigorosa delimitação das atribuições de cada um destes *vetores* da democracia, o que leva à dificuldade de os críticos do modelo tradicional de democracia representativa forjarem ou pensarem novos espaços e maneiras de interação entre esta combinação de formas democráticas. Por sua vez, Luiz Alberto Rocha[37]

proporá em contraponto ao unidimensionalismo inicial do modelo representativo, um sistema multidimensional, onde caiba uma melhor teoria acerca da representação popular, que não a limite ao espaço inicial dos registros eleitorais intermitentes.

Esta tensão havida entre diversos modelos democráticos na busca por novos espaços políticos capazes de promover a vazão de anseios políticos reprimidos e que comporte a mudança do formato de atuação dos atores sociais[38] será enxergada neste estudo como o deslocamento de parte da vida política, dos clamores e reclamos sociais, para a esfera de atuação do Judiciário[39]. E será justamente no encontro deste Poder com a democracia que poderemos afirmar, ante a formatação social brasileira, a necessidade de se legitimar a pessoa física para propositura de ações coletivas, sob pena de autorizarmos a subtração de poderes legítimos aos seus verdadeiros detentores.

2.3. Comentários sobre a formação democrática brasileira: a sombra da figura da representação funcional

Tomada por base a institucionalização da democracia no Brasil, descobrimos que este movimento se não se deu por meio do uso da política, mas sim do direito. Descobrimos que o afastamento imposto pela impessoalidade das normas e provimentos jurídicos se fez de suma importância para a transposição de um patriarcado a uma nação. O insulamento burocrático, tão criticado principalmente no período da ditadura militar (1964-1985), foi em verdade o grande responsável pelo início da democratização brasileira.

Hoje, no entanto, essa construção diferenciada da democracia impõe-nos um verdadeiro *déficit democrático*, o que explica a falta de aplicabilidade dos programas sociais constitucionalmente previstos. Em outras palavras, e por mais paradoxal do que possa parecer, a construção de uma democracia sobre os pilares do direito acabou por tornar inefetivas as garantias constitucionais previstas na Constituição de 1988, devido à falta de tradição e apoio das instituições políticas tradicionais combinada com a sombra da *representação funcional* que nos acompanha desde a primeira República. Com o assalto das vias políticas pelo Poder Executivo, pelo uso incessante de Medidas Provisórias e governos de coalizão, a tomada de decisões relativas aos rumos do Brasil como democracia tem sido suprimida não apenas da sociedade civil, mas igualmente do âmbito parlamentar[40].

Visando a suprir esta carência de cidadania cívica que nos conduz ao propalado déficit democrático, a cidadania jurídica baseada na tradição do direito e nas suas novas instituições[41] busca um *locus* propício à sua realização e é neste contexto que vislumbramos a legitimação do indivíduo para propositura das ações coletivas como a ferramenta ideal de sua participação e influência no processo político. Longe de demonstrar, competentemente, as nuances mais ricas desta construção entremeada de avanços e retrocessos, gostaríamos de destacar a peculiaridade da participação do direito como protagonista deste processo social. Para nos aproximarmos desta idéia que já se faz repetida em tão curto espaço de texto, trazemos Oliveira Vianna para falar, de 1949, um pouco sobre o que representava a democracia naquele momento. De acordo com

suas observações, a democracia brasileira não será completamente realizada pelo sufrágio universal, mas sim em garantias ao "homem do povo-massa" para conter o arbítrio das autoridades eleitas de forma direta ou nomeadas por investidura carismática[42]. Novamente: estávamos já em 1949, três anos após o início de nosso segundo período de democratização liberal. Oliveira Vianna nos dá as pistas, então, de que ainda naquele tempo o direito, pelo Poder Judiciário, deveria funcionar como verdadeira salvaguarda da democracia brasileira, na medida em que efetivaria a contenção do arbítrio dos eleitos, o que considerava o ponto vital da democracia.

Indo adiante com suas análises, entendeu necessário ponderar que faltava a nossos reformadores constitucionais e às demais figuras liberais a compreensão de que a garantia do sufrágio direto de nada serviria à democracia sem a instituição de um Poder Judiciário forte, ativo e que ao alcance de todos os cidadãos[43]. Foram estas pistas que nos abriram os olhos para a peculiar construção democrática do Estado brasileiro, que desde seu começo precisou da figura forte das garantias liberais trazidas pelos instrumentos normativos do direito. Desde a Constituição de 1891, em verdade, o direito assume importante papel civilizatório, frente à inefetividade das instituições e formas representativas de democracia que haviam sido importadas dos Estados Unidos[44]. Este sentimento de colonização das esferas políticas pelas oligarquias e patronatos possibilitou análises como de Oliveira Vianna, que buscava a dispersão pelo Judiciário das garantias de segurança e acessibilidade ao poder soberano até aos mais "jecas".

O grande *fiat* provocado pelo direito, na verdade, ainda estava por vir com a Revolução de 30, quando "ao instituir o Ministério do Trabalho como o 'ministério da Revolução', fez do direito do trabalho e da sua legislação social o principal instrumento de *ampliação* da República, incorporando a ela importantes setores sociais até então excluídos [...] [45]". É a assunção das massas na conformação do rearranjo político. É claro que, o entendimento deste período da forma como propomos apenas será possível se esquecermos a tradicional descrição do Estado Novo como sendo a implantação de um regime autoritário no Brasil. É de suma importância que entendamos tratar-se de uma democracia plebiscitária de tendência antiliberal. A diferença prática resultará no entendimento de que o regime estabelecido durante o Estado Novo tinha ciência da necessidade de comunicação interativa com as massas de forma a viabilizar sua integração no seio da organização estatal por meio de uma política de massas corporativista, sob a qual se fundiam práticas plebiscitárias e a concentração de poder nas mãos do Presidente, tudo realizado em absoluta consonância com a aceitação popular[46].

Esse programa corporativista para aceitação e adesão social se fez pela gramática do peleguismo[47], no momento em que os sindicatos são incluídos na agenda do Estado, criando verdadeiras escolas de civismo onde os trabalhadores aprenderiam a tornar seus interesses, interesses comuns[48]. Veja-se que o direito passa a operar de maneira diversa da exigida por Oliveira Vianna após o fim do Estado Novo. Não se trata aqui de conferir aos indivíduos as garantias liberais necessárias ao combate dos muitos arbítrios existentes nas autoridades públicas. O discurso agora passa pela cooptação do peso político das massas por fórmulas antiliberais, pela integração burocrática corporativista, numa espécie de cidadania regulada. Essa formatação corporativista estende-se até 1964, e neste interregno acaba por encontrar-se com

instituições de representação política e desaguar numa simbiose conhecida por *representação generalizada*[49].

A representação generalizada passa a dar o tom e a forma da democracia brasileira, mesmo durante o período de suspensão autoritária provocado pela ditadura militar, chegando a ser recepcionada pela atual Constituição de 1988. Se formos até o art. 129 da Constituição de 88, veremos que o órgão destinado a *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia* (II), a *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (III), a *defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas* (V) é justamente o Ministério Público, instituição de caráter representativo eminentemente funcional.

É desta maneira que a figura da representação funcional atravessa gerações e persiste como artifício conformador da cidadania no contexto social brasileiro, ora tornando-a regulada[50] ora conduzindo à cidadania da Constituição de 1988. Essa ciclicidade da representação funcional, "tem resultado, como um dado singular à nossa formação, uma parceria institucional entre as duas formas de representação, do que é exemplo a frequência com que os partidos políticos recorrem à iniciativa do Ministério Público[51]". E por esta dupla forma de representação abrimos caminho à construção de uma cidadania diversificada, complexa, que entrecruza elementos funcionais e políticos para viabilização e realização da massa enquanto povo legitimamente afirmado e reconhecido, tendo à sua disposição ferramentas como o sufrágio universal, as ações judiciais para controle de constitucionalidade das leis e as ações para proteção dos direitos coletivos *lato sensu*.

2.3.1. O trânsito dos atores democráticos: a judicialização da política.

Do que foi dito até agora, podemos identificar que a cidadania cívica ou política fica no Brasil limitada "a políticas compensatórias e dos eventuais benefícios provenientes das máquinas que manipulam clientelas"[52]. O viés funcionalista presente na construção de nossa democracia sempre impôs um recuo às investidas da política na tentativa de ganhar uma maior fatia do espaço público. Com a crise atual - que se estende por todos os países do globo, e não apenas aos da *periferia* - da democracia representativa, esta situação se agrava, uma vez que nosso único instrumento legítimo de participação política acaba por sucumbir ao avanço do controle normativo pelo Poder Judiciário, conforme observa Gisele Cittadino[53].

Muitos são os estudiosos que observarão este deslocamento das manifestações democráticas para o âmbito do Judiciário, como Catalina Slumovitz e Daniela Urribarri que pontuam este aumento do na judicialização dos conflitos. De acordo com seus estudos, este acontecimento é, em verdade, multifacetado, compreendendo a intervenção cada vez maior dos juízes e das Cortes judiciais nas políticas públicas instituídas pelos Poderes Executivo e Legislativo, a utilização do Judiciário pelos atores

políticos na busca por uma solução de conflitos sociais e a crescente utilização política de um discurso afeto ao direito[54].

O que é mais interessante de se notar é que, ao desmembrar direito da política e alertar para o perigo de se confundir um com o outro, Gisele Cittadino[55] nos deixa muito claro que a força que o direito adquire nas últimas décadas provém da afirmação da autonomia individual dos sujeitos. Autonomia esta não mais entendida como aquela esfera privada impenetrável, "mas sim como a capacidade que temos de dar a nós mesmos o nosso próprio direito". Ao permitirmos que os indivíduos possam dar a si mesmos seus próprios direitos, sem, contudo, cogitarmos do fim da democracia representativa, talvez estejamos viabilizando o tão esperado encontro dos instrumentos de democracia participativa com os da representativa.

Começamos, então, a nos aproximar cada vez mais do objeto principal de nossa pesquisa, qual seja, a utilização do direito e de seus instrumentos processuais para superação do déficit democrático que tanto ameaça a sobrevivência do Brasil enquanto espaço público de discussão e convergência dos interesses de seu povo na busca de sua tradução em direitos. É exatamente o que propõe Luiz Werneck Vianna[56], ou seja, a utilização das garantias processuais em favor de indivíduos e da coletividade em face dos entes estatais ou financeiros a fim de reduzir este tão acintoso déficit. Com o advento das ações coletivas, tais como as ações civis públicas e ações populares, abre-se um novo campo para vazão daquelas demandas sociais que ficam retidas pelos instrumentos clássicos de representação.

Nesse movimento de abertura destes novos espaços, é curioso notar como os próprios agentes do sistema representativo acabam valendo-se deles, numa relação clara de complementaridade entre os diversos campos democráticos. Longe de haver qualquer excesso praticado pelo Judiciário, é de se notar que o próprio Legislativo vem não apenas dotando a sociedade de novos instrumentais democráticos como fazendo uso destes. Como podemos notar, as figuras de representação atingiram um estágio tal de imbricação que na medida em que o Poder Legislativo concede à população novos instrumentos de defesa e aquisição de direitos pelas vias funcionais, tem seus próprios integrantes (vereadores, deputados e senadores) utilizando-se destes expedientes. É o caso da ação popular. Pelo que restou demonstrado dos dados levantados por Luiz Werneck Vianna em sua pesquisa sobre as ações populares e as ações civis públicas, de fato "aproximadamente um terço do total das ações consultadas foi de iniciativa direta de parlamentares - 27 ações propostas por deputados estaduais, 8 por vereadores e três por deputados federais."[57].

Estes dados, porém, não podem ser dissociados da conclusão a que chegaram os autores da pesquisa. Quero dizer que, longe de entenderem que a ação popular tenha sofrido algum desvirtuamento por sua utilização por representantes políticos, os pesquisadores afirmam que esta prática nada mais representa do que uma salutar complementaridade entre as duas formas de representação coexistentes na democracia brasileira, que abre mais uma arena para a democracia brasileira. É, portanto, curioso observar como, ao contrário das análises tradicionalmente feitas, que dão conta de uma perniciosa *judicialização da política*[58], parte do próprio Legislativo o aparelhamento da cidadania social com estes novos instrumentos de revolução processual, capazes de dotar o cidadão de uma valiosa ferramenta para realização dos direitos reconhecidos pela via da cidadania política. Logo, a conclusão a que se chega é diametralmente

oposta à leitura tacanha e preconceituosa realizada por juristas que costumam tirar conclusões precipitadas sobre o assunto.

Paradoxalmente, na medida em que a cidadania vai se tornando *complexa*, a sobrecarga de exigências éticas do cidadão vai se dissipando em virtude de uma melhor (ao menos quantitativamente) distribuição do ônus democrático. A edificação de uma cidadania complexa que conjuga instrumentos legitimamente democráticos com aqueles novos de caráter funcional/procedimental, longe de exigir do cidadão uma postura insuportavelmente participativa, traz à tona novos atores sociais que se encarregam de distribuir este custo da construção democrática da nação. O Judiciário, como visto, passa a atuar como verdadeiro guardião do princípio da composição social, interagindo intimamente não apenas com o indivíduos mas com os corpos intermediários da coletividade e com o Ministério Público, força motriz de proteção e criação dos direitos inerentes à sociedade de massas.

Esta talvez seja a melhor fórmula de estímulo e desenvolvimento social de um país periférico, cuja modernização se deu em plena vigência de períodos autoritários, sem o envolvimento e participação de seu povo, tendo deixado como legado um impressionante déficit democrático que se tenta agora reparar por vias colaterais. Devemos, contudo, proceder à constante avaliação da retro-mencionada distribuição do ônus democrático. Ao trabalhar o acesso à justiça e o processo como efetivação dos direitos fundamentais, por exemplo, Cattoni se vale da doutrina de Dinamarco para colocar uma carga ética quase insuportável sobre os juízes, ao pretender que estes, em sua atividade judicante, atuem de forma reparadora, suprimindo "a falta de virtudes da legislação (envelhecida ou mal feita), através do apelo aos compromissos éticos do juiz, às finalidades políticas do processo e a um uso alternativo do direito." [59]. Esta sobrecarga acaba se dando por transferência, na medida em que a retiramos do cidadão comum.

Ora, não adianta apenas transferirmos a carga; é necessário que procedamos a uma melhor equalização deste peso. Equalização que, no Estado Democrático de Direito apenas se dará em um *locus* apropriado a uma construção dialogada. Pois bem, já existem elementos suficientes para identificar que a formatação tradicional do processo não será este lugar privilegiado. É neste momento que a revolução processual provocada pelas ações coletivas indicará o melhor caminho para uma democracia progressiva, de libertação ou estendida.

3. A POSSIBILIDADE DE DOTAR A SOCIEDADE DE PROCEDIMENTOS QUE CONDUZAM À REALIZAÇÃO DE IDEAIS DE JUSTIÇA.

A revolução processual que se comenta, obviamente, não se fez desacompanhada de uma outra, no seio dos direitos entendidos por fundamentais; tampouco a precedeu de forma a impulsionar toda a alteração do quadro esquemático desses direitos tão delicados e peculiares. O fato é que todas as mudanças experimentadas no cenário dos direitos fundamentais pelo mundo afora acabaram por refletir na ciência processual, exigindo desta novas respostas aos anseios latentes na

sociedade. Acontece que, não apenas no Brasil, o Poder Executivo, responsável por efetivar os direitos fundamentais conferidos aos cidadãos, através da materialização, da concretização daquelas normas elaboradas durante o fenômeno constituinte, tem deixado de cumprir sua finalidade a contento. Aqueles direitos de solidariedade encontrados, principalmente, na chamada terceira geração passaram, portanto, ao limite de seu reconhecimento, não conseguindo alcançar satisfatividade.

Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common Law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.[60]

Podemos observar o deslocamento feito por Ada Pellegrini Grinover (coautora deste estudo), ao lançar para o plano do processo a atuação prática sobre os direitos ameaçados ou violados - ou ainda não cumpridos -, permitindo afirmar a nova posição do Judiciário como guardião do princípio da composição social. Não é à toa, portanto, a afirmação de que o Brasil tem algo a dizer sobre novas técnicas processuais mais aderentes à realidade social e política subjacente. Nossa experiência com a cidadania complexa, forjada pela imbricação de dois diferentes modelos de representação, trouxe-nos vivência na lida da construção democrática pela via normativa.

Os elementos sociais que nos são tão caros ao entendimento de nós, brasileiros enquanto povo - afinal, que outra nação tem seu plano social entremeado por *carnavais, malandros e heróis?* -, devem ter o poder de influenciar nas escolhas políticas que nossos representantes farão no momento do repensarem estes novos espaços que precisam ser abertos. Afinal, com estas novas características do Judiciário, que expõe suas entranhas às demandas sociais, as ações coletivas se apresentam como terreno fértil para consolidação de novos campos democráticos aptos ao exercício de conflitos coletivos. Insisto no termo exercício e não resolução, pois, "tais arenas, a par de realizarem movimentos defensivos da sociedade em face de abusos do poder do Estado e do mercado, têm servido como lugar de afirmação de novos direitos e de participação na construção da agenda pública"[61].

Esta observação das ações coletivas como ferramentas de afirmação de novos direitos e de participação na construção da agenda pública não pode prescindir, porém, de breve análise retrospectiva da experiência brasileira no manejo deste tipo de ferramenta processual. Começaremos, portanto, pela Ação Popular, hoje prevista pela Constituição de 1988 e regulada pela Lei 4717/65, mas que surge no ordenamento jurídico positivo brasileiro por ocasião da promulgação da Constituição de 1934,

embora desde o Império, já se admitisse doutrinariamente "que qualquer pessoa do povo propusesse a ação em defesa das coisas públicas"[62].

Em seu art. 113, inc. XXXVIII, a Constituição de 34 dispunha que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.". Até 1937, porém, quando a Constituição de Francisco Campos expurgou-a do ordenamento jurídico, a ação popular não passou incólume às mais diversas críticas. O Constituinte de 46, por sua vez, ao redigir o parágrafo 32 do artigo 141, não apenas tornou a prever a possibilidade de ajuizamento de ação popular, como alargou seu escopo para introduzir, como legitimados passivo, os entes da administração indireta, "instâncias de poder importantes desde a ampla modernização do aparato estatal realizada durante os quinze anos anteriores."[63]. Daí, temos sua regulamentação em 1965 pela Lei 4717, passando incólume às alterações constitucionais de 67 e 69. Em 1988, por fim, vemos a ação popular adquirir maior fôlego normativo, enquadrando-se como garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LXXIII, que dispõe que:

Art. 5º [...]

LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Fato curioso é a constante confusão promovida pelos processualistas brasileiros ao rechaçar a legitimidade ativa dos indivíduos para propositura de ações coletivas com base nos dados relativos à propositura da ação popular em todo seu histórico de existência. É comum encontrarmos textos dizendo, por exemplo, não ser "preciso ir tão longe para buscar a experiência com a legitimidade coletiva de indivíduos, pois temos a nossa própria experiência com as ações populares."[64]. Sim, temos nossa própria experiência com as ações populares e esta nos diz duas coisas bem interessantes: a primeira, repetindo conclusão já feita neste trabalho, que a utilização das ações populares por políticos ou outras autoridades apenas faz reforçar a *complementaridade entre as duas formas de representação coexistentes na democracia brasileira, que abre mais uma arena para a democracia brasileira*. A outra, não menos importante, que os interesses em jogo são completamente diferentes daqueles envolvidos em demandas coletivas para proteção de interesses coletivos *lato sensu* que afetam, diretamente, a esfera social (e principalmente financeira) dos indivíduos. Ademais, estudos promovidos por especialistas autorizados indicam que "quanto mais um ação popular se parece com uma ação civil pública, mais o Judiciário se mostra sensível a ela"[65].

Feita da experiência com a ação popular um verdadeiro teste no manuseio de instrumentos de tutela dos interesses difusos e coletivos, veremos, enfim, explodir os horizontes do processo individual com a promulgação, em 24 de julho de 1985, da Lei 7347/85, que dotou o ordenamento jurídico brasileiro de uma ação verdadeiramente protetiva de interesses difusos e coletivos, a Ação Civil Pública.

Na verdade, como lembram Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, é "com a lei ambiental e a lei orgânica do Ministério Público [que] amplia-se no país o debate em torno da questão da tutela dos direitos difusos"[66]. Mais importante do que entender a disputa travada naquele momento entre o Projeto Bierrenbach e o Projeto do MP é identificar de que forma a atuação do Ministério Público ganha uma aura de protetor incondicional dos direitos afetos à sociedade. Neste ponto retoma-se a importância da representação funcional na formação contínua da cidadania regulada. Ora, como já dito anteriormente, esta forma de representação que adquire tónus democrático durante o Estado Novo e chega em plena forma à Constituição de 1988, praticamente se personifica na instituição do Ministério Público, assim que este consegue sua alforria pelos artigos 128 e seguintes do pacto constituinte de 88. É o *Parquet*, portanto, que se porta verdadeiramente como o defensor do interesse público, como previsto pelos arts. 127 e 129 da Constituição. Pode-se creditar o sucesso, no Brasil, do debate em torno das ações coletivas ao expressivo papel desenvolvido pelo Ministério Público em sua utilização. Não é por defender a legitimidade do indivíduo para propositura de ações coletivas que pretendemos retirar a importância do Ministério Público para o desenvolvimento dessas ações. Não há como compartilhar o entendimento de que "ao se retirar da legitimidade coletiva das entidades, públicas e privadas, conferindo-a também a indivíduos, dilui-se o poder das associações e do Ministério Público sem dar, em contrapartida, um poder substancial aos membros do grupo"[67].

O Ministério Público deve fomentar na sociedade a vontade de criar e proteger seus próprios direitos, de se emancipar. O que se espera do manejo do direito e seus procedimentos enquanto nova arena de participação, longe de ser a pacificação de todos os conflitos, é justamente o seu acirramento, gerando uma tensão emancipatória tanto em nível individual quanto coletivo[68].

Não se diga que esses percursos da democracia têm sido invisíveis. A sociedade já os identificou enquanto chave de maior participação na vida pública do Brasil. Porém, para que o movimento seja seguramente executado, faz-se necessária a compreensão por parte dos atores democráticos de que esses instrumentos diversificados devem encontrar seu ponto de convergência, para que assim possam ser utilizados como complementares[69]. Ou seja, não basta que a sociedade entenda e assimile as novas instituições como possibilidades de participação na vida pública; é preciso que as autoridades públicas compreendam as possibilidades de dotar a sociedade de procedimentos que conduzam à realização de ideais de justiça, dentro do molde brasileiro de representação generalizada, frente ao déficit democrático que tende a se agravar.

4. LEGITIMAÇÃO PARA AGIR NAS *CLASS ACTIONS*. TENTATIVA DE DEMOCRATIZAÇÃO OU DESONESTIDADE INTELLECTUAL?

O levantamento acerca da construção democrática brasileira e da formação da cidadania de seu povo não foi feito em vão, buscando, antes de tudo, embasar uma conclusão socialmente preocupada que aponta para a legitimidade ativa dos indivíduos à propositura de ações coletivas. Correta, portanto, a opção do Anteprojeto de Código

Brasileiro de Processos Coletivos, no sentido de que deve ser atribuída legitimidade ativa aos indivíduos (pessoas físicas) na exata medida em que essa opção se afigura validamente democrática, pelo simples motivo de que na literatura especializada, não existe voz contrária à instituição de *formas reguladas de participação popular*[70], que possibilitem aos sujeitos democráticos formular e pleitear seus próprios direitos. É a possibilidade de autonomia do povo brasileiro, a ser promovida por uma nova arena pública de debates e embates, onde não se pretenda apaziguar conflitos, mas pelo contrário, acirrá-los provocando a emancipação deste povo, aguçando-lhe os sentidos de uma cidadania complexa que permite a criação de novos direitos na medida em que exige deste a abertura às demandas sociais[71].

Deve-se estar cientes de que o Brasil como democracia periférica teve seu "tempo de 'ocidentalização' superpos[to] [a]os processos de conquista da democracia e de implosão identitária dos sujeitos (partidos, classes)."[72]. Portanto, a participação individual na conformação de uma ação coletiva (entendida como via institucional disponível para expansão da participação e influência dos cidadãos no processo político) garante ao homem-massa a idéia de pertencimento, fazendo com que sua atividade política não se esgote na satisfação, mas que o conduza na busca por mais satisfação dentro de uma incessante luta politizada[73]. E a abertura de um novo espaço para realização desta atividade que busca mais satisfação se faz necessária na medida em que:

O ambiente de interação política, o espaço onde se opera a conversão da "satisfação" em impulso garantidor de "mais satisfação", o lugar que mantém a liberdade como um horizonte aberto e como energia descontrolada de um poder (ainda) sem forma - esse *espaço público*, enfim, não se estende aos "indignos", isto é, aos seres que se reproduzem à margem das dinâmicas propiciadoras de reconhecimento social.[74]

São, no entanto, compreensivas as preocupações acerca do monopólio do debate promovido no interior das ações coletivas pelos advogados constituídos por particulares, porém, o problema, como dito por Ferraresi, "não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez o que mereça destaque é o controle dessa legitimidade"[75].

4.1. A contenção da banalização pelo controle da representatividade adequada

As críticas acerca da possibilidade de banalização do uso das demandas coletivas são perfeitamente refutáveis pela construção de um sistema seguro de controle da representatividade daquele que leva uma demanda coletiva à apreciação do Judiciário. Com um sistema eficiente, capaz de promover uma verdadeira filtragem nas demandas *aventureiras*, conseguir-se-á abrir o espaço democrático das ações coletivas a todos, a um custo zero de fracasso[76]. Pois o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos conseguiu estabelecer esse sistema de forma bastante rígida e segura, ao

conferir ao juiz da causa o controle da representatividade adequada, tendo em vista os seguintes requisitos:

Art. 20. *omissis*

I - *omissis*

- a) Credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) Seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;
- c) Sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

§ 2º. No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

Conforme anota Kazuo Watanabe[77], poucos países da civil Law adotam o controle da representatividade adequada pelo juiz, dentre os quais estaria o Brasil caso fosse adotada a proposta de legitimação das pessoas físicas formulada no Anteprojeto, tendo em vista que sobre estes atores recairia tão funcional e rigoroso controle, que de acordo com sua tradição pode ser feito diretamente pelo juiz ou a critério do legislador, segundo ditames estabelecidos em lei. A opção do Anteprojeto quanto ao controle da representatividade segue o que Kazuo Watanabe[78] denominou de "escrutínio" judicial dos pré-requisitos estipulados pelo legislador. A opção do Anteprojeto pode ser entendida, então, como rígida e segura pois funciona como dupla garantia, uma vez que a coisa julgada forma-se apenas *secundum eventum litis* e *in utilibus* (art. 103, CDC), o que já restringe os riscos advindos de uma possível demanda temerária.

As pessoas físicas legitimadas deverão apresentar em juízo as credenciais que as habilitem enquanto representantes adequados de todos aqueles que serão substituídos na ação manejada. Mas não basta forjar uma situação legitimante no momento de propositura da ação; conforme previsto no parágrafo 2º do art. 20, do Anteprojeto, o Judiciário poderá a todo tempo, durante todo o curso da ação, em qualquer grau de jurisdição, aferir essas condições *legitimadoras*[79], de maneira que não se vislumbram no Anteprojeto falhas que possam acarretar uma banalização do instituto das ações coletivas, ainda que se legitimem as pessoas físicas.

4.2. A legitimação concorrente como mecanismo de salvaguarda.

Não se diga que ao se atribuir legitimidade aos indivíduos se estaria colocando sobre eles aquela mesma sobrecarga ética a que aludimos anteriormente. A possibilidade de utilização do instrumento processual, como espaço público privilegiado para o exercício da autonomia, apenas ficará prejudicado acaso se tornem altos os custos do fracasso. Acreditamos, entretanto, que os arts. 7º *caput* e parágrafo 2º; 11 e seus parágrafos; 13 e seus parágrafos; 17 e seus parágrafos; 20, parágrafos 3º e 6º a 9º; 27 e seus parágrafos, todos do Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos, sejam aptos a fulminar ou, pelo menos, a reduzir ao máximo esse risco. A legitimação, quer no Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos, quer no novo Anteprojeto, é concorrente, servindo como mecanismo de salvaguarda das ações coletivas.

Consoante bem destacou Eurico Ferraresi[80], "a opção brasileira pela legitimidade concorrente é a mais adequada, uma vez que vários são os entes aptos à propositura de demandas coletivas". A intenção é distribuir o ônus da construção democrática, sem a imposição de uma sobrecarga ética sobre quaisquer dos atores sociais. Por isto, a legitimidade deve ser concorrente, permitindo que todos os legitimados possam se ajudar, se complementar, numa busca pela realização de direitos que insistem em ser descumpridos e pela recriação de direitos que se entendam necessários. O Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos prevê medidas como a notificação dos demais legitimados para assumirem a titularidade de ação proposta por quem não detenha representatividade adequada, por quem não tenha legitimação ou por quem desista ou abandone a demanda em curso, além do litisconsórcio entre legitimados.

Art. 20. *omissis*

[...]

§ 3º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

[...]

§ 6º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Estando o Ministério Público obrigado a atuar por força dos art. 127 da Constituição e dos dois Anteprojetos, não haverá demanda relevante que não seja levada, forçosamente, a seu conhecimento, podendo exercer, assim como o faz nos dias de hoje, seus poderes institucionais de defesa e proteção da sociedade, seja ajudando no manejo e condução das ações coletivas, seja requerendo ao juiz competente que negue a condição de representante adequado àquele que assim se apresente. Trata-se, portanto,

do estabelecimento de uma relação responsiva a ser estabelecida entre os atores sociais e o Poder Judiciário, como guardião do princípio da composição social, numa mobilização de criação de novas arenas de conflitos coletivos no âmbito das ações coletivas, onde indivíduos, Ministério Público e associações poderão participar da construção da agenda pública ao se confrontarem com Estado ou mesmo com empresas[81].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo buscado observar de perto as particularidades da institucionalização da democracia no Brasil, foi possível compreender as razões pelas quais a livre cidadania pregada pela Constituição de 1988 ainda não foi plenamente alcançada. A figura de representação institucional hoje verificada no Ministério Público confere à cidadania o mesmo antigo caráter limitador, regulador, que não permite sua emancipação. Em virtude disso, buscamos a abertura de mais de um *locus* propício ao eterno devir dos conflitos sociais.

Entender a complexa imbricação existente no Brasil entre duas formas de representação nos fez, por um lado, concluir que, na medida em que houver entre elas concordância quanto à facilitação procedimental legítima à construção democrática, aumentam as possibilidades de participação, pela sociedade, na vida pública e no processo de aquisição de direitos, de forma autônoma. É nesse sentido que o uso político das ações populares não pode ser entendido como fracasso deste instrumento mas, pelo contrário, como sucesso enquanto ferramenta mista de democratização.

Por isso devemos levar em conta que as formas representativas são apenas o pórtico de acesso aos espaços privilegiados de diálogo e conflito onde efetivamente se exerce a democracia. Portanto, entender que as figuras de representação, seja ela funcional ou pública, sejam de per si suficientes para promover a emancipação dos indivíduos enquanto tais e não como membros de uma coletividade, é equivocar-se quanto à forma de atuação dos agentes sociais. O indivíduo precisa se emancipar de forma a saber encontrar as formas de satisfação de seus interesses e essa emancipação apenas advirá na medida em que a pessoa física for incluída de forma direta nas relações responsivas mantidas com o poder institucionalizado. Atingir esse ponto de maturação social seria, enfim, implementar as condições contempladas pela Constituição de 1988.

A revolução processual provocada pelos instrumentos de tutela coletiva nos fez descobrir um novo espaço democrático, espaço que, até agora, se encontrava fechado, congestionado, dominado por forças descomprometidas com o desenvolvimento social do país.. Nesse contexto é que se percebe que nossa tradição jurídico-democrática não apenas autoriza como exige a legitimação da pessoa física às ações coletivas, na tentativa de buscar a livre cidadania.

6. REFERÊNCIAS

BORGES, Vavy Pacheco. O populismo e sua história: debate e crítica. *Rev. bras. Hist.*, São Paulo, v. 22, n. 43, 2002. Disponível em: . Acesso em: 16 Feb. 2009. doi: 10.1590/S0102-01882002000100013.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In: WERNECK VIANNA, L. (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CERVI, Emerson Urizzi. As sete vidas do populismo. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 17, Nov. 2001 .Disponível em: . Acesso em: 16 Feb. 2009. doi: 10.1590/S0104-44782001000200012.

CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ. 2003.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK VIANNA, L. (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER; MENDES; WATANABE. **Direito Processual Coletivo...** São Paulo: RT, 2007.

FERREIRA, Jorge [org]. O populismo e sua história. Debate e crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no limiar do Século XXI. São Paulo: Saraiva. 2001.

GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Coletivo**. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Relatório Geral. In: In: *Direito Processual Comparado, XIII World Congresso of Procedural Law*, Salvador, 16-22 set. 2007; Rio de Janeiro:Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Popular**. 3. ed. São Paulo: RT. 1996.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Gradiva: Lisboa. 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma construção no marco da teoria

discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1. n.6. 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Tutela Coletiva no Direito Eleitoral... Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República. A questão do desejo nas lutas sociais. In: **Pensar a república**. BIGNOTTO, Newton [org]. Belo Horizonte:UFMG. 2000.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

SANTOS, Rogério Dutra dos. **O constitucionalismo antiliberal no Brasil: cesarismo, positivismo e corporativismo na formação do Estado Novo**. Rio de Janeiro: IUPERJ. Tese de doutorado. 2006.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **Horizonte do desejo**. Instabilidade, fracasso coletivo e inércia social. São Paulo:FGV, 2006.

_____. **Cidadania e justiça**. A política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro, Editora Campus LTDA, 1979.

SMULOVITZ, Catalina; URRIBARRI, Daniela. Poderes Judiciales en America Latina...In: **Cohesión social en América Latina: bases para una nueva agenda democrática**. Disponível em: www.plataformademocratica.org. Acesso em: 10 de fevereiro de 2009.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **Brasil: ¿qué políticas para qué cohesión social?** Disponível em www.bernardosorj.com. Acesso em 19 de fevereiro de 2009.

SOUSA JR., José Geraldo. Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça. In: **Revista Jurídica. Brasília**, v. 10, n. 90. Ed. Esp., p. 01-14. abr./maio, 2008. Disponível em: www.planalto.gov.br/revistajuridica. Acesso em: 15 de junho de 2008.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: Vozes. 1996.

VIANNA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. vol. 2. Belo Horizonte: Itatiaia. 1987.

WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2003.

WATANABE, Kazuo. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: **Direito Processual Comparado**, XIII World Congress of Procedural Law, Salvador, 16-22 set. 2007; Rio de Janeiro:Forense, 2007.

WERNECK VIANNA, Luiz; Apresentação. In: WERNECK VIANNA, L. (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: WERNECK VIANNA, L. (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

[1] FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. *In: Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* [org]. São Paulo: RT. 2007. pp. 136/143.

[2] Chamamos de novas respostas porque os argumentos já foram brilhantemente refutados por FERRARESI. ob. cit.

[3] GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo...** Rio de Janeiro: Forense. 2008. p.229.

[4] CERVI, Emerson Urizzi. As sete vidas do populismo. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 17, Nov. 2001. Disponível em: . Acesso em: 16 Feb. 2009. doi: 10.1590/S0104-44782001000200012.

[5] FERREIRA, Jorge. O nome e a coisa: o populismo na política brasileira. *In: FERREIRA, Jorge [org]. O populismo e sua história*. Debate e crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2001. p. 79.

[6] FERREIRA. *ibidem*.

[7] LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. Nova York: The Macmillan Company. 1942. 382p.

[8] FERREIRA. ob. cit. p. 115

[9] CERVI. *idem*.

[10] FERREIRA. ob. cit. p. 116.

[11] CERVI. *idem*.

[12]. *Ibidem*.

[13] FERREIRA. ob. cit. p. 21. *É o populismo, afinal, que demonstra como "o povo não sabe votar" ou, em versão mais otimista, "ainda não aprendeu a votar"*.

[14] BORGES, Vavy Pacheco. O populismo e sua história: debate e crítica. *Rev. bras. Hist.*, São Paulo, v. 22, n. 43,2002.Disponível em :. Acesso em: 16 Feb. 2009. doi: 10.1590/S0102-01882002000100013.

- [15] FERREIRA. ob cit. pp. 76-7.
- [16] WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.2003.
- [17] Acerca do sentido aqui empregado para *ideologia*, ver: ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. 2. ed. Trad. de Valter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985.; ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** São Paulo: Boitempo. 2003. 191p.
- [18] FERREIRA. ob cit. p. 124
- [19] *Idem*.
- [20] *Idem*. p. 84
- [21] *Idem*. p. 122
- [22] SANTOS, Wanderley Guilherme. **Horizonte de desejo...** Rio de Janeiro:FGV. 2006. 200p.
- [23] TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: Vozes. 1996. pp. 21 e ss.
- [24] ROCHA, Luiz Alberto S. **Estado, democracia e globalização**. Rio de Janeiro: Forense. 2008. pp. 190 e ss.
- [25] MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Gradiva: Lisboa. 1996.
- [26] TOURAINE, Alain. ob. cit. pp. 21 e ss.
- [27] ROCHA. ob. cit. p. 183-4.
- [28] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do Século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 25.
- [29] CHEVALIER, Jacques. **L'État post-moderne**. Paris: LGDJ. 2003. P. 146
- [30] PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela Coletiva no Direito Eleitoral...** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 135
- [31] TOURAINE. ob. cit. p. 20
- [32] *Ibidem*.
- [33] *A democracia só é vigorosa na medida em que é alimentada por um desejo de libertação que, de forma permanente, apresenta novas fronteiras, ao mesmo tempo longínquas e próximas, porque se volta contra as formas de autoridade e repressão que atingem a experiência mais pessoal. Idem. p. 23*

[34] RIBEIRO, Renato Janine. Democracia *versus* República. A questão do desejo nas lutas sociais. In: **Pensar a república**. BIGNOTTO, Newton [org]. Belo Horizonte:UFMG. 2000.

[35] *A ação democrática situa-se entre a democracia procedural, que carece de paixão, e a democracia participativa, que carece de sabedoria*. TOURAINE. ob. cit. p. 23.

[36] PEREIRA. ob. cit. pp. 136-7

[37] ROCHA. ob. cit. p. 184

[38] *La debilidad de los actores colectivos precipita la búsqueda de salidas individuales a problemas sociales. Actualmente esta democratización comienza y muchas veces termina en los individuos -en sus expectativas y en sus nuevas capacidades de acción. [...] En realidad, ahí donde el antiguo vínculo social dual -jerarquía e igualdad, pero con predominio de la primera- asignaba a cada actor un claro lugar en el espacio social, dictándole sus conductas y restringiendo el abanico de sus transgresiones interactivas, en el nuevo marco de una sociabilidad más horizontal y exigente en términos igualitarios, las relaciones con los extraños son globalmente percibidas como menos estructuradas. Incluso a través de mecanismos pervertidos, la horizontalidad del vínculo social se impone*. SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **Brasil: ¿qué políticas para qué cohesión social?** Disponível em www.bernardosorj.com. Acesso em 19 de fevereiro de 2009.

[39] Sobre este tema, o qual retomaremos adiante, vide: GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**...trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001; VIANNA, Luiz Werneck [org] **A democracia e os três poderes**. Belo Horizonte:UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ. 2002; SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI. **O desafio latino-americano: coesão social e democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2008; SMULOVITZ, Catalina; URRIBARRI, Daniela. Poderes Judiciales en America Latina...In: *Cohesión social en América Latina: bases para una nueva agenda democrática*. Disponível em: www.plataformademocratica.org. Acesso em: 10 de fevereiro de 2009.

[40] WERNECK VIANNA, Luiz. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002 p.8.

[41] CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In: WERNECK VIANNA, L. (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.322.

[42] VIANNA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. vol. 2. Belo Horizonte: Itatiaia. 1987:160.

[43] VIANNA. *idem*. 159-160.

[44] WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: WERNECK VIANNA, L. (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.383.

[45] *Idem.* 384.

[46] SANTOS, Rogério Dutra dos. **O constitucionalismo antiliberal no Brasil: cesarismo, positivismo e corporativismo na formação do Estado Novo.** Rio de Janeiro: IUPERJ. Tese de doutorado. 2006. p.6

[47] Para melhor compreensão do tema ver FERREIRA, Jorge. ob. cit.

[48] Ver capítulo 3 de: WERNECK VIANNA, Luiz. **Liberalismo e sindicato no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

[49] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit. p.384. A representação generalizada não é nada mais que a soma das figuras da tradicional representação política com a representação institucional.

[50] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça.** A política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro, Editora Campus LTDA, 1979.

[51] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit.:385.

[52] WERNECK VIANNA. ob. cit. p. 11.

[53] CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: WERNECK VIANNA, L. (org). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

[54] SMULOVITZ, Catalina; URRIBARRI, Daniela. Poderes Judiciales en America Latina...In: *Cohesión social en América Latina: bases para una nueva agenda democrática.* Disponível em: www.plataformademocratica.org. Acesso em: 10 de fevereiro de 2009. Neste mesmo sentido, Bernardo Sorj disse em palestra proferida na III Câmara Técnica dos Balcões de Direito: *A grande linguagem contemporânea para reivindicação passou a ser a linguagem dos direitos. [...] Ou seja, hoje aquele que fala em Direito não está pensando no Direito, está usando uma linguagem política. A linguagem política contemporânea deixou de ser a política, passou a ser a linguagem dos direitos.* Transcrição disponível em: www.bernardosorj.com. Acesso em: 28 de fevereiro de 2009.

[55] CITTADINO. *Idem.* p.19

[56] WERNECK VIANNA. ob. cit. p.12.

[57] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit. 415.

[58] Sobre os mais diversos significados do termo, ver: MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *In: Revista Lua Nova.* N. 57. 2002.

[59] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma construção no marco da teoria*

discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1. n.6. 2008. p. 349.

[60] GRINOVER. Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.18.

[61] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit. p.484.

[62] MANCUSO. Rodolfo Camargo. **Ação Popular**. 3. ed. São Paulo: RT. 1996 .p. 49-50.

[63] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit. p. 396.

[64] GIDI. ob. cit. p.229.

[65] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit. p.431.

[66] *Idem*. p. 400.

[67] GIDI.ob. cit. p.231.

[68] SOUSA JR. José Geraldo. Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça. In: **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 90. Ed. Esp., p. 01-14. abr./maio, 2008. Disponível em: www.planalto.gov.br/revistajuridica. Acesso em: 15 de junho de 2008.p.3

[69] WERNECK VIANNA; BURGOS. ob. cit. p.484.

[70] SOUSA JR. *Idem*. p.8.

[71] WERNECK VIANNA. 2002; SOUSA JR. ob. cit.

[72] CARVALHO. ob. cit. p. 318.

[73] *Ibidem*.

[74] *Idem*. p. 321.

[75] FERRARESI. ob. cit. p.137.

[76] É o que diz Kazuo Watanabe, para quem "Por meio dele [controle da representatividade] não somente se controlam os possíveis abusos no ajuizamento de ações coletivas, como também se afere, em alguns países, a efetividade da coisa julgada. (WATANABE, Kazuo. *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas*. In: **Direito Processual Comparado**, XIII World Congresso of Procedural Law, Salvador, 16-22 set. 2007; Rio de Janeiro:Forense, 2007, p. 302). Também Ada Pellegrini Grinover pontua que "a chamada 'representatividade adequada' (adequacy of representation) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Relatório Geral*. In: **Direito Processual Comparado**, XIII World

Congresso of Procedural Law, Salvador, 16-22 set. 2007; Rio de Janeiro:Forense, 2007, p. 238).

[77] WATANABE. ob. cit. p. 303.

[78] *Ibidem*.

[79] Para Kazuo WATANABE (ob. cit. p. 302), o instituto da representatividade adequada está "intimamente ligado à legitimação para agir".

[80] FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**. Instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p.115.

[81] *Idem*. p. 484.

**O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO COMO
ALTERNATIVA DE EFETIVIDADE E TEMPESTIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

**THE PHENOMENON OF COLLECTIVIZATION PROCESS AS
ALTERNATIVE OF THE TEMPEST EFFECTIVE AND JUDICIAL
PROTECTION**

Willians Franklin Lira dos Santos

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da coletivização do processo sob o viés da efetividade e duração razoável do processo, considerando-se a idéia de espaço público em Hannah Arendt.

PALAVRAS-CHAVES: COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO - EFETIVIDADE - ESPAÇO PÚBLICO – ARENDT

ABSTRACT

This article aims to analyze the process of collectivization of phenomenon under the bias of reasonable duration and effectiveness of the process, considering the idea of public space in Hannah Arendt.

KEYWORDS: COLLECTIVIZATION OF THE PROCESS - EFFECTIVENESS - PUBLIC SPACE – ARENDT

INTRODUÇÃO:

Nas últimas décadas se observa acentuada intensificação da crise do paradigma individualista, inaugurado mais ostensivamente pelo liberalismo, de sorte que já começa tomar corpo um movimento contrário com vistas ao coletivo e às soluções que atendam ao sujeito observada a alteridade que contém.

O recorte temático em exame situa a problemática no viés não apenas da tutela processual afeta ao direito empresarial, mas das relações sociais, especialmente por conta da histórica oposição do binômio capital/trabalho como forças propulsoras do desenvolvimento da sociedade humana e da usual tensão entre esses dois vetores a que o Direito historicamente é chamado a intervir, seja pela regulação da atividade econômica, seja pela tutela dos direitos sociais.

Por conseguinte, vislumbra-se o franco declínio do dissídio individual por conta de sua onerosidade, heterogeneidade nas soluções, custo operacional ao aparelho estatal e, ainda, principalmente, de sua conhecida morosidade; fatores que, sinergicamente, esvaziam a tutela jurisdicional da necessária efetividade e tempestividade.

Nessa medida, descortina-se um importante viés reflexivo acerca da crise da resposta estatal da jurisdição, consistente na derrocata do dissídio individual enquanto meio usual de solução heterônoma de conflitos.

Ademais, os instrumentos de solução autônoma de litígios ainda se encontram em fase incipiente, por ora prevalecendo massivamente o uso das soluções heterônomas, o que naturalmente convida a centrar a análise sob o vértice processual.

Aliás, esta assimetria é fator de agravamento da crise da resposta estatal da jurisdição que fenece ante os reclamos fáticos, não apenas pela falta de melhor aparelhamento, como também se agrava pelo crescente contingente de litígios a compor; suscitando por conta dessa nefasta sinergia, cada vez maior morosidade e inefetividade da resposta jurisdicional.

Em movimento compensatório à crise em epígrafe, o fenômeno da coletivização do processo tem encampado, conquanto lance raízes apenas pontualmente^[1] no ordenamento brasileiro, um parâmetro de solução não apenas factível como desejável, na medida em que permite menor custo (tanto para o jurisdicionado, como para o Estado) pela demanda, ao mesmo tempo em que confere maior previsibilidade, celeridade e homogeneidade às decisões judiciais, o que atende aos reclamos tanto daqueles ligados ao capital, como daqueles ligados ao trabalho, na estrutura produtiva brasileira^[2].

1. Considerações iniciais sobre a dicotomia coletivo/individual:

Conquanto a intenção seja delinear uma breve caracterização dos elementos que diferenciam o coletivo e o individual, convém enfrentar um antecedente lógico que se refere à dicotomia público/privado.

Isso porque a idéia de *público* segmentadamente considerada^[3] vem sendo desenhada por oposição desde o binômio fundante do direito antigo público/privado.

Discorrendo a respeito, Mancuso (2004, p. 36-37), assim considera:

Pensamos que tal confronto remonta à *summa divisio*, forjada nas origens do Direito, onde este aparecia rigidamente dividido entre “público” e “privado”. *Tertium non datur!* Com efeito, pela palavra de Ulpiano, se estabeleceu que “*jus publicum est quod ad statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”

Acresce, ainda, (MACUSO, 2004, p. 37-38) que o Estado, enfraquecido no período medieval, viu ocorrer uma pulverização do poder, desde os feudos e corporações até a igreja.

Feita essa consideração, aponta fato, também considerado por ARENHART (2003, p. 147) de que o Direito francês é um tanto refratário à solução coletiva, muito embora o faça sob outro enfoque (MANCUSO, 2004, p. 40), qual seja o de que chegou a ter expressão corrente doutrinária que defendia a necessidade de controle estatal em qualquer manifestação coletiva (dentro e fora do processo), o que resultou exatamente na redução da solução pela via coletiva.

Em que pese a interessante abordagem da fonte francesa (MANCUSO, 2004, 40-63), que tem o especial mérito de apontar a inserção da solução coletiva em um sistema que lhe é refratário, pensamos que Arenhart, em síntese lapidar aponta a importância da *Common Law* no fenômeno da coletivização do processo:

Em espremida síntese, pois, é possível concluir que, tirante a situação dos países de vinculação anglo-americana, não há, no direito continental europeu, a tradição de lidar com tutela coletiva, ao menos de modo generalizado. Embora se possam localizar, nesses últimos países, alguns traços de proteções coletiva de interesses (normalmente fulcrados no direito material antes do direito processual), nota-se nítida tendência individualista, indicando a preferência por tutelas em que se pode sempre individualizar o sujeito a ser beneficiado. Apenas nos países de origem anglo-americana é que, por sua índole pragmática, realmente vingou a proteção coletiva dos interesses, no preponderante objetivo de dar solução completa aos litígios e simplificar os procedimentos e a resposta jurisdicional, permitindo que, de uma só vez, todos os interessados tenham acesso ao resultado indicado pelo Estado. (ARENHART, 2003, p. 150-151).

Todavia, a indagação, em tela, requer perquirição mais profunda, que tome em conta a dicotomia do público/privado, mais apropriadamente aprofundada em ARENDT (1999).

2. O decréscimo do Espaço Público e a crise do paradigma individual segundo ARENDT:

O marco inicial de qualquer reflexão sobre o tema da coletivização do processo deve passa, necessariamente, pelo delineamento da idéia de sujeito que marcou a construção da dogmática processualística.

Isso porque, o liberalismo marcou profundamente a identidade de pensamento ocidental, centrada no sujeito, enquanto indivíduo e destituído de enlace com o corpo coletivo que o cerca.

Não se pretende afirmar aqui, evidentemente, uma cisão invencível entre individual e coletivo, mas sim apontar para o eixo ideológico reinante e sua nítida influência na construção da Ciência Processual, haja vista a relação visceral que marca os conjuntos Direito e Sociedade.

Nessa medida, vislumbra-se o franco declínio do dissídio individual por conta de sua onerosidade, heterogeneidade de decisões, custo operacional ao aparelho estatal e, ainda, conhecida morosidade; fatores que, sinergicamente, esvaziam a tutela jurisdicional de qualquer efetividade.

Nessa medida, descortina-se um importante flanco da crise da resposta estatal da jurisdição, consistente na derrocata do dissídio individual enquanto meio usual de solução heterônoma de conflitos.

Ademais, os instrumentos de solução autônoma de litígios ainda se encontram em fase incipiente de implantação, por ora prevalecendo massivamente o uso das soluções heterônomas, o que naturalmente convida a analisar sob o viés processual.

Aliás, esta assimetria é fator de agravamento da crise da resposta estatal da jurisdição que fenece ante os reclamos fáticos, não apenas pela falta de melhor aparelhamento, como também se agrava pelo crescente contingente de litígios a compor; suscitando por conta dessa nefasta sinergia, cada vez maior morosidade e inefetividade da resposta jurisdicional.

Em movimento compensatório à crise em epígrafe, o fenômeno da coletivização do processo tem encampado, conquanto estenda-se apenas pontualmente[4] no ordenamento brasileiro, um parâmetro de solução não apenas factível como desejável, na medida em que permite menor custo (tanto para o jurisdicionado, como para o Estado) pela demanda, ao mesmo tempo em que confere maior previsibilidade, celeridade e homogeneidade às decisões judiciais, o que atende aos reclamos tanto daqueles ligados ao capital, como daqueles ligados ao trabalho, na estrutura produtiva brasileira[5].

A CF/88, no artigo 129, III, destacou, como de maior importância, Ação Civil Pública como meio mais apropriado para defesa de direitos coletivos e individuais.

O futuro aponta para o crescimento dessa modalidade processual, na medida em que o Poder Judiciário não tem condições de dar resposta célere e satisfatória a uma infinidade de ações de caráter individual e repetitivo.

Destarte, a concentração de demandas num único processo, para reconhecimento genérico da existência de lesão de determinado direito, assegura um sensível desafogamento do Poder Judiciário.

Assim procedendo o Judiciário, alcançaria um provimento mais efetivo e homogêneo, capaz de dar conta da discussão singular de litígios.

3. O VIÉS POLÍTICO E A CONSTRUÇÃO DA IDÉIA DE *ESPAÇO PÚBLICO* EM ARENDT:

Após a análise da experiência *originária*[6] do fenômeno político, Arendt (1999) conclui que não foi aquele herdado por nossa tradição filosófica. O que constitui a tradição do pensamento político ocidental é a concepção de política sistematizada na Filosofia Política Platônica.

A tradição do pensamento político ocidental teve início, segundo sustenta ela, com a morte de Sócrates e a conseqüente dúvida de Platão no que pertence aos princípios fundamentais sobre os quais se apoiavam os ensinamentos socráticos.

Neste sentido, afirma que a forma como Platão opôs sistematicamente a *verdade* à *opinião* revela uma compreensão diferente daquela concebida por Sócrates, em que verdade e opinião não são opostas uma à outra.

Em Sócrates, não haveria, como em Platão, um modelo ou padrão transcendente[7], quer seja, uma verdade exterior a partir da qual julgar-se-ia a opinião (*doxa*) particular dos indivíduos.

Referindo ao pensamento socrático nesse particular, afirma Arendt que “a *doxa* era a formulação em fala daquilo que *dokei moi* daquilo que me parece”. Essa *doxa* compreendia o mundo na forma como ele se abre ao sujeito. O pressuposto socrático, entretanto, era o de que “o mundo se abre de modo diferente para cada homem”[8] de acordo com a posição que se ocupa nele. Como há *diferente posição* para cada indivíduo, todas as *doxas* se tornam igualmente válidas.

O que Sócrates chamava maiêutica constituía-se justamente na arte de auxiliar a cada um na descoberta da verdade em sua *doxa*. A convicção socrática era de que “todo homem tem sua própria *doxa*, sua própria abertura para o mundo”[9].

Para Sócrates, no entanto, não era possível saber de antemão que espécie de *dokei moi*, de “parece-me”, o outro possui. Para isso precisava, em primeiro lugar, assegurar-se da posição do outro no mundo comum. Daí, a necessidade de começar sempre com perguntas, característica essencial do método socrático.

Observa-se na noção de *doxa* e de verdade socrática, a importância do outro - de um mundo comum, sem o que, a *doxa*, “a verdade que cada um possui em potencial” não se revelaria. “Assim como ninguém pode saber de antemão a *doxa* do outro, não há quem possa saber por si só, e sem um esforço adicional, a verdade inerente à sua própria opinião”[10].

Na interpretação do processo que levou Sócrates à morte, Platão teria concluído que a *persuasão* como forma de discurso que exprime uma opinião (uma *doxa*), é sempre passível de contestação. E, mesmo quando não é contestada, ou seja, quando convence os demais, não se torna uma verdade absoluta.

Para ARENDT, “o fato de que Sócrates não tivesse sido capaz de persuadir os juízes de sua inocência e de seu valor, fez com que Platão duvidasse da validade da *persuasão*” [11].

Para ARENDT, “intimamente ligada à dúvida de Platão quanto à validade da persuasão está a sua enérgica condenação da *doxa*, a opinião” que não só atravessou suas obras políticas deixando uma “marca inequívoca”; como também, tornou-se uma das “pedras angulares do seu conceito de verdade”[12] na qual verdade e opinião se opõem sistematicamente.

Nessa medida a transferência da discussão política do espaço público para o espaço privado (esfera econômica) parecia inapropriada; diferentemente do discurso sobre o eterno e imutável que exige apenas a contemplação, a *doxa* possui uma característica fundamentalmente política, no sentido de que é necessário um espaço público onde as *doxas* possam manifestar-se:

A palavra *doxa* [na *polis*] significa não só opinião, mas também glória e fama. Como tal relaciona-se com o domínio político, que é a esfera pública em que qualquer um pode *aparecer* e mostrar quem é. Fazer valer sua própria opinião referia-se, na *polis* grega, a ser capaz de mostrar-se, ser visto e ouvido pelos outros[13].

Ao introduzir na filosofia um modelo, uma verdade, (o mundo das idéias) duplamente longe do alcance dos homens, por ser *externo* ao mundo humano e *eterno*, e ao condenar a *doxa*, Platão acaba por introduzir já na gênese do pensamento político o não reconhecimento da atividade política que permite o aparecimento da *doxa* de cada um. Com isso, condena o espaço público no qual se desenvolve a atividade política e onde, portanto, as *doxas* têm seu local de aparecimento.

Um dos aspectos observados nas ideologias totalitárias do século XX, é o que ARENDT denomina de *paradigma da fabricação*. A noção de *fabricação* teria sido introduzida na tradição do pensamento ocidental pelo sistema filosófico platônico na medida em que o *mundo das idéias* transformou-se em modelo a partir do qual o mundo sensível é criado como cópia.

A generalização do *paradigma da fabricação* herdado da filosofia política platônica consistiria na sociedade moderna – em que o sistema totalitário foi possível - na fabricação tanto de idéias quanto de objetos a partir de um modelo, ou seja, a partir de um padrão.

Na economia, tal paradigma está presente na produção em série. Na política, observa-se a produção de comportamentos segundo uma lógica, uma ideologia. Mesmo a Psicologia, albergada na teoria comportamentalista, resta inserida neste paradigma.

Avançando nessa reflexão, é possível afirmar que, dentro do pensamento arendtiano, o Campo de Concentração do Sistema Totalitário é o espaço em que o *paradigma da fabricação* pode ser observado em toda sua complexidade. O seu objetivo último é transformar seres humanos em uma espécie em que todos obedeçam a uma lógica e que

possam reproduzir pensamentos e comportamentos que lhe sejam ditados por esta lógica.

É justamente nesta instituição que tem fim a *doxa*, a opinião. A lógica, única para todos, toma o lugar da *doxa* particular de cada indivíduo.

Não há mais necessidade de um espaço público em que as *doxas* possam aparecer. Com isso, tem fim a “intersubjetividade”, que surge quando as *doxas* de cada indivíduo se entrecruzam entre si. Com o fim da intersubjetividade, tem fim também a “vida comum”, aquela “rede comunitária”[14] que torna real a vida humana.

Em verdade, qualquer realidade ou sentido da realidade, dependem da pluralidade que é conferida pelo “senso comum”. Comum, no entanto, em ARENDT, não significa uma qualidade semelhante em cada um, mas uma propriedade “produzida em comum”, em um *Espaço Público*, termo muito caro à filosofia arendtiana.

Por conta disso, o Campo de Concentração dos sistemas totalitários - segundo a autora a instituição mais fundamental desses sistemas - é exatamente o oposto do Espaço Público.

Nele, mesmo próximos fisicamente de outros seres humanos, a existência de cada um caracteriza-se pelo isolamento e não só, mas também, pela mais completa desolação e solidão.

O isolamento caracteriza-se pela destruição das condições do exercício da acção política, pela ausência de um Espaço Público e de uma esfera política.

É claro que também pode ser caracterizado como isolamento a atividade do *homo faber* quando se isola no seu trabalho enquanto produz. “Segundo uma distinção de Aristóteles, a *práxis* requer os outros, mas a *poesis* requer o isolamento. Mas o *homo faber*, mesmo isolado, continua em contacto com o mundo construindo-o, embelezando-o, aumentando-o”[15] e neste sentido, a espécie de isolamento a que está condicionado ainda não lhe traz uma ausência completa do mundo humano.

O que pode ser compreendido por *isolamento* na esfera política, quer seja, a falta de um Espaço Público, torna-se *desolação* quando adentra a esfera das relações humanas que é neste caso, a ausência de um Espaço Privado, ambos absolutamente necessários para a condição humana.

Desolação não é o mesmo que solidão para ARENDT, até porque esta, enquanto é o requisito do pensamento, requer um afastamento do mundo das aparências e da pluralidade, mas não significa, por isso, uma ausência de relações com os outros. A solidão, no entanto, é potencialmente desolação porque encerra sempre o risco de um distanciamento em grau cada vez maior do mundo dos homens.

A dominação totalitária - que é o que se verifica no Campo de Concentração - fundamentar-se-ia tanto no isolamento quanto na desolação, ou seja, na experiência de absoluta não-pertença ao mundo, que, segundo Arendt, é uma das experiências “mais radicais e mais desesperadas do homem”[16].

Do ponto de vista histórico, a desolação, segundo sustenta, não seria uma característica específica do Campo de Concentração, ou das ideologias totalitárias, embora tenham aí se desenvolvido até as últimas conseqüências, mas está presente também no “desenraizamento” e na “superfluidade” a que a sociedade moderna está submetida desde o início da revolução industrial.

Se, do ponto de vista filosófico a desolação “vai ao encontro das exigências fundamentais da condição humana e, se ela é uma das experiências essenciais de cada vida humana descrita por Epicteto (Discursos, III 13), o problema consiste no facto de esta experiência limite se ter tornado uma experiência de massas”[17] com o advento da sociedade moderna. A solidão e mesmo a desolação como opção filosófica individual é sempre reversível, o que não ocorre com a sociedade de massas que é condicionada, sem ter feito qualquer opção.

Há uma conformação histórica entre as ideologias totalitárias e a desolação da sociedade moderna na medida em que tanto a organização de massas como a ideologia totalitária baseiam-se no desenraizamento e na superfluidade. Os totalitarismos nazista e stalinista encontraram na sociedade moderna, portanto, um terreno fértil para o seu desenvolvimento.

Mesmo no isolamento e na desolação, a mente humana pode se conformar facilmente a uma lógica, porque a lógica, pressuposto de toda ideologia, não precisa “nem do eu, nem de outrem, nem do mundo” para funcionar seguramente.

O Campo de Concentração, enquanto oposto do Espaço Público, exige como “última fase” da transformação do indivíduo - torná-lo simplesmente um “feixe de reacções”. O “triunfo do sistema” reside na destruição completa da individualidade, da espontaneidade, do “poder que o homem tem de começar algo de novo a partir dos seus próprios recursos”. A noção de “mal radical”, desenvolvida por Arendt, relaciona-se à superfluidade, na medida em que “tornar os homens supérfluos é tentar eliminar a espontaneidade, o que pressupõe a ilusão da onipotência de um homem e a destruição da pluralidade”. [18]

Um outro aspecto característico do fim do espaço público é o medo. O medo é constituído pelo desespero de não mais ser possível agir em conjunto e é, portanto, uma das conseqüências do isolamento. “O isolamento conduz à impotência, pois agir significa sempre agir em concertação”[19]. O poder, na acepção arendtiana do termo conduz sempre a uma pluralidade organizada dos homens. Mais ainda, o poder que um único indivíduo julga ter sobre os demais, não é poder na verdadeira acepção da palavra, e está mais próximo da força e da violência, que surgem justamente nos vácuos de poder. [20]

Enfim, os Campos de Concentração, eis que opostos à noção de Espaço Público, aparecem na filosofia política arendtiana como sendo “a verdadeira instituição central do totalitarismo, o laboratório onde se verifica a crença do ‘tudo é possível’, o ideal social exemplar do domínio total, que tenta erradicar a espontaneidade e a pluralidade e fabricar uma ‘espécie humana’ cujos indivíduos são apenas espécimes”. [21]

Embora não deixe ela bem claro o conflito que pode surgir entre a “força coercitiva” exercida pela “lógica interna” da ideologia totalitária, e o *dokei moi*, a forma como o

“mundo a mim me parece”, socrático - por um lado, inerente à existência de cada indivíduo; e, por outro, somente possível de ser manifesto em um espaço público - afirma haver, na ideologia totalitária, uma força coercitiva que conduz à “renúncia da liberdade interior” entendida como a liberdade de expressar o próprio “olhar” sobre o mundo.

Para Sócrates, a propriedade do mundo de “ser o mesmo, o seu caráter comum (*koinon*, como diziam os gregos, qualidade de ser comum a todos), ou ‘objetividade’ (como diríamos do ponto de vista subjetivo da filosofia moderna), reside no fato de que o *mesmo* mundo se abre para todos” [22].

Em sintonia com esta interpretação da filosofia socrática afirma em *A condição humana*, que somente quando as coisas podem ser vistas “por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade”, quando todos sabem que vêm o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna”[23]. Isso só é possível quando se preserva a pluralidade, a liberdade e o Espaço Público em que podem se manifestar.

4. IDEOLOGIA E LIBERDADE DE PENSAMENTO

Em *O sistema totalitário* ao analisar o fenômeno das ideologias totalitárias, Arendt observa, como já vimos, que uma das características fundamentais de tais ideologias é sua “lógica interna”, que ao exercer uma “força coercitiva sobre a mente humana” faz com que os homens abandonem a sua *doxa*, ou seja, sua opinião.

Segundo sustenta, “a tirania da lógica” inicia-se com a “submissão da mente à lógica” como processo de dedução infinita na qual o homem se baseia para elaborar os seus pensamentos.

Para o totalitarismo, torna-se necessário substituir não só a liberdade, mas também a vontade humana de agir pela necessidade de penetrar tal *lei do movimento histórico*.

O pensamento adentra numa cadeia de necessidades lógicas e, com isso, tem fim a liberdade, pois conforme bem pontua AMIEL, “o contrário da necessidade não é a contingência ou o acidente mas a liberdade”[24].

A liberdade arendtiana, portanto, é entendida como capacidade de começar. A liberdade política, por sua vez, é idêntica a um espaço onde os homens se podem mover. Assim, por meio da submissão à lógica, o homem renuncia à sua liberdade interior, tal como renuncia à liberdade de movimento quando se curva a uma tirania externa.

A liberdade é uma capacidade interior do homem, equivalente à “capacidade de começar”. Inclusive a própria ideologia totalitária não pode negar a si mesmo um começo.

O terror nasce com o medo de que se levante um novo começo mesmo que por meio de um novo nascimento e a “mobilização autoconstrigente da lógica tem por origem o medo de que alguém comece a pensar. O terror arruína todas as relações entre os homens, o autoconstrangimento da lógica arruína todas as relações com a realidade”[25].

Portanto, afirma Arendt, contra o começo “nenhuma lógica, nenhuma dedução convincente pode ter qualquer poder, porque o processo da dedução pressupõe o começo como premissa”. Tal é a importância do começo - sempre inevitável, que “o terror é necessário para que o nascimento de cada ser humano não dê origem a um novo começo que imponha a sua voz”. E como, infelizmente, a natalidade por si só não assegura que o pensamento e a opinião apareçam no mundo dos homens, a “força coercitiva da lógica é mobilizada [pela ideologia totalitária] para que jamais alguém comece a pensar” porque “o governo totalitário só se sente seguro na medida em que pode mobilizar a própria força de vontade do homem para o forçar a mergulhar naquele gigantesco movimento da História ou da Natureza que supostamente usa a humanidade como material e ignora o nascimento e a morte.”[26]

5. O ESTATUTO DA OPINIÃO (DOXA) EM HANNAH ARENDT

A concepção do mundo como *natureza fenomênica* é de fundamental importância para a compreensão da Filosofia Política de Hannah Arendt e constitui-se no ponto de partida para a formulação de importantes noções presentes em seu pensamento político.

Em *A vida do Espírito*, Arendt afirma que o que há de comum entre todas as coisas do mundo é o fato de que elas “aparecem”. E nesse mundo em que chegamos e aparecemos “vindos de lugar nenhum”, e do qual desaparecemos em lugar nenhum, “*Ser e Aparecer coincidem*”. Ou seja, não há um Ser para além das aparências.

Tudo o que “aparece”, segundo lhe parece, manifesta o seu Ser constituindo o caráter pluralista da Verdade. “Uma verdade absoluta, além das aparências, [e que, portanto] seria a mesma para todos os homens, não poderia existir para os mortais”[27].

A natureza fenomênica do mundo e, por definição, a sua pluralidade intrínseca - de modo especial aplicável à vida humana na Terra, torna impossível um discurso “eterno e imutável” como medida para os assuntos humanos.

Dado o caráter fenomênico e pluralista da verdade, a *opinião*, sendo ela própria um fenômeno enquanto algo que aparece - e desaparece - no mundo dos homens, é entendida como o discurso por excelência porque, potencialmente, garante a manifestação da pluralidade humana em toda sua complexidade.

O que “aparece” e “desaparece” forma uma imensa pluralidade, decorrendo daí a necessidade desses indivíduos de “verem” e “serem vistos”, em suas *doxas* particulares para que a realidade de toda pluralidade se manifeste.

7. Espaço público e *doxa* em ARENDT:

Com relação à necessidade de um espaço público que tenha por objetivo dar visibilidade aos atos humanos, assevera que os seres humanos são seres que aparecem em um mundo de aparências e é este mundo de aparências a própria realidade. Decorre daí que “nossa certeza de que o que percebemos tem uma existência independente do ato de perceber, depende inteiramente do fato de que o objeto aparece também para os outros e de que por eles é reconhecido”; pois, sem esse reconhecimento tácito dos outros, não seríamos capazes nem mesmo de “ter fé no modo pelo qual aparecemos para nós mesmos”[28].

Em *A condição humana*, ao abordar as características da esfera pública da *polis* grega afirma que “a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade” e que mesmo “as maiores forças da vida íntima – as paixões do coração, os pensamentos da mente, os deleites dos sentidos – vivem uma espécie de existência incerta e obscura, até que sejam desprivatizadas e desindividualizadas” e acrescenta que somente “a presença de outros que vêm o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos”[29].

Sem visibilidade não há aparência, nem portanto, pluralidade, e ainda menos qualquer sentido de realidade para os seres humanos.

É extraordinário o sentido de “aparecer” na filosofia arendtiana ao estar relacionado a um “espaço público” que dá visibilidade aos atos humanos. É esta a conexão da *doxa*, enquanto discurso, com o mundo da política que também exige como condição *sine qua non* a existência de um espaço público.

Há, portanto, uma inter-relação entre o “aparecer”, a *opinião* e o *espaço público*. O próprio significado do termo *opinião*, em grego *doxa*, aquilo que aparece, que vem à luz, contribui para esse entendimento.

Antes que a Filosofia Política Platônica abordasse o problema da *opinião* como uma forma de discurso “inconsistente” por não tratar daquilo que é eterno e sim do contingente, antes disso, na *polis* grega, a *opinião* teria sido o discurso por excelência do espaço público da *polis*.

A noção arendtiana de *opinião* visa rememorar tal estatuto da *opinião* presente na *polis* grega e, por que não dizer, também na filosofia socrática, no sentido de demonstrar ser a *opinião* a forma de discurso mais adequada para tratar dos “assuntos humanos”.

Ao refazer o estatuto da *opinião* elevando-a ao mais alto grau desde que se tornou assunto corrente do pensamento filosófico – ou seja, desde o sistema filosófico platônico – Arendt inverte a hierarquia predominante das formas de discurso que percorreram toda a tradição filosófica desde Platão na qual a *doxa* jamais se tornou um instrumento de acesso à verdade.

Dessa forma, entende a *opinião* como “o correlato necessário da pluralidade humana irreduzível e, portanto, da pluralidade de ‘perspectivas’ a partir das quais um mesmo assunto pode ser considerado”[30]; e não apenas um discurso sem significado e “desprovido de Ser”, como aparece no sistema platônico.

Diante disso, é possível descortinar uma relação entre o *dokei moi* socrático e a *doxa*. No entanto, embora a natalidade já ofereça a cada ser humano um *dokei moi*, um parece-me[31], o simples fato da natalidade por si só não garante o “aparecimento” do homem no mundo; é preciso antes, um espaço público que proporcione ao homem “ver” e ser “visto” a fim de demonstrar aos demais o “como o mundo a mim me parece” socrático.

Neste sentido, em que pese o “parece-me” ser contemporâneo da natalidade de cada um, ele somente pode se tornar real, para o sujeito e para os outros, na medida em que “aparece”, em que se torna “visível”.

O *dokei moi* torna-se, por conta disso, a *doxa* ao adentrar a esfera da visibilidade. Embora haja indícios no pensamento arendtiano de que o *dokei moi* possua algo de *a priori* que desde sempre individualiza cada indivíduo, - “os homens foram criados no singular”- mesmo assim, se o indivíduo jamais adentrar na esfera da “visibilidade” - a esfera pública, jamais tomará conhecimento de seu *dokei moi*; o qual, ao não se tornar visível, não se tornará visível nem para si, nem para os demais.

O pensamento arendtiano deixa entrever que no momento em que o *dokei moi* torna-se visível, e torna-se, portanto, um entre os demais, o contato de todos entre si faz com que o *dokei moi* de cada um possa modificar ou ser modificado em função da força persuasiva exercida sobre os demais, ou seja, eu posso persuadir os demais de meu *dokei moi* de meu *parece-me*, mais especificamente, da forma como o mundo *se abre para mim*.

Ao se referir à noção de opinião em Hannah Arendt, pontifica ANDRÉ DUARTE que:

(...) uma opinião não anula a validade de outra opinião e somente o debate constante pode estabelecer as bases frágeis sobre as quais recai o consentimento provisório a favor de uma opinião em relação à outra. Por certo, as opiniões não dispensam o amparo em verdades factuais a fim de se tornarem persuasivas, e uma opinião pode ser refutada e descartada por estar fundamentada em informações factuais questionáveis ou mesmo erradas. Mas mesmo então, ela só poderá ser substituída por uma outra opinião, e não por uma verdade racional que pudesse encerrar a discussão e estabelecer-se como regra universal para a avaliação de todos os casos concretos semelhantes[32].

Outro aspecto a ser considerado no pensamento político arendtiano e que se relaciona à temática da opinião é a importância dada à natalidade. Cada natalidade traz uma nova forma de compreender o mundo, um novo *dokei moi*, fazendo com que este novo *dokei moi* possa mudar o rumo dos acontecimentos humanos. Daí, que para ARENDT, sempre que houver um espaço público, um espaço que proporcione a visibilidade e “enquanto houver natalidade”, será possível a novas opiniões e novas formas de “ver” o mundo trazer algo de novo e imprevisível aos assuntos humanos.

Do contrário, se o espaço público desaparecer, se a esfera da visibilidade não for garantida ou se cessar a natalidade, a história não trará nada mais de novo à vida humana na Terra.

Há ainda, com relação a esta temática, uma importante crítica realizada por ARENDT à tradição ocidental no que refere-se à compreensão das faculdades do espírito, o *pensar*, o *querer* e o *julgar*[33]. A forma como estas noções foram entendidas no decorrer da tradição ocidental traduz o *paradigma platônico*[34] em que o querer, ou, a vontade, como geralmente o querer é abordado, jamais teve o merecido reconhecimento como uma das faculdades mais importantes. O que há de comum entre a *doxa* e a *vontade* é que ambos se opõem à “verdade eterna e imutável” e voltam-se para o futuro entendendo-se o futuro sempre como algo de novo e indeterminado.

A noção de *vontade* que está presente na filosofia política rousseana não se aproxima da compreensão arendtiana. A noção de *vontade geral* em Rousseau não resulta de um

acordo provisório das várias *doxas* que se expõem no espaço público, mas sim, antecede à esfera pública. A vontade geral rousseana não preserva a pluralidade, entretanto se contrapõe às *doxas* particulares dos indivíduos na medida em estas não estiverem de acordo com a *vontade geral*.

6. O princípio da tempestiva duração do processo (EC/45/2004):

Embora conhecida de longa data e sob a roupagem do reclamo da celeridade na prestação da tutela, o movimento reformista que culminou na EC 45/2004 inscreveu no rol de garantias do artigo 5º, inciso LXXVIII[35] da Constituição Federal, o imperativo de duração razoável do processo.

Não se olvide, ademais, que o mesmo dispositivo legal contempla norma cogente de imediata aplicabilidade de direitos e garantias individuais[36].

Até então, o reclamo de celeridade encontrava-se disposto esparsamente na legislação:

Artigo 531 do Código de Processo Penal: “O processo das contravenções **terá forma sumária**, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público (...)” (destaques não originais).

Artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e **velarão pelo andamento rápido das causas**, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (destaques não originais).

Artigo 125, II do Código de Processo Civil: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) **velar pela rápida solução do litígio**” (destaques não originais).

Artigo 2º da Lei 9099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais): “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e **celeridade**, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação” (destaques não originais).

Observe-se, também, que em 1992 o Brasil ratificou parcialmente o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992), sendo que a integral observância deu-se por meio do Decreto Legislativo nº 678/1993. Importante frisar que se trata de marco dos Direitos Humanos e, nessa perspectiva, este tratado diz:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (destaques não originais).

Percebe-se, por conseguinte, que a falta de celeridade é uma preocupação antiga e, todavia, em que pesem os avanços já alcançados[37], ainda está longe do ideal

7. à guisa de PROVISÓRIA CONCLUSÃO:

De pronto, convém observar que tanto a *filosofia* quanto a *política* são criações gregas, bem assim, mesmo berço tem a Filosofia Política. Portanto, quando Arendt remete à experiência grega, não se trata apenas de *saudosismo* com relação ao *modelo* de filosofia ou de política, mas sim, de uma questão metodológica - a opção pelo *método genealógico*[38], herdado de Heidegger e Nietzsche. Compreende-se que, uma vez havendo tal opção metodológica, não haveria outro caminho que não a análise exaustiva da experiência grega no que concerne a tais temas.

É com os olhos voltados para esta experiência, sobretudo a do período clássico pré-platônico, que ARENDT vai buscar elementos para uma crítica contundente não só à Filosofia Política fundada por Platão, como também à tradição filosófica ocidental que tomou seu pensamento como paradigma central.

É a partir de tais análises do passado e do presente que se pode delinear os contornos do pensamento político arendtiano.

Pode-se perceber, por exemplo, que a concepção do mundo como *natureza fenomênica*[39] é de fundamental importância para a compreensão da visão de Filosofia Política proposta por Arendt, bem expressa na afirmação de ANNE AMIEL de que “o domínio político não conhece objectos, mas sim fenômenos, o que se mostra por si próprio”[40].

Assim, sua concepção de mundo define, em primeiro lugar, a forma de conhecimento, na qual *aparência* e *essência* são indistintas. O conhecimento da *aparência* já é ao

mesmo tempo o conhecimento da *essência*. O que não *aparece* não pode *ser*. O *aparecer no mundo* é, portanto, ao mesmo tempo o *ser no mundo*.

Emerge daí o elogio arendtiano à *doxa*, à opinião. Ademais, a compreensão do mundo como *natureza fenomênica* permeia sua análise da *tradição do pensamento político ocidental*, bem como a crítica das ideologias totalitárias do século XX.

Embora não apareça com contornos bem definidos, o estatuto da opinião arendtiano - estreitamente relacionado à sua concepção de mundo e formulado a partir da análise das filosofias socrática e platônica -, participa de todos os aspectos de seu pensamento político com grande capacidade de operacionalização no conjunto de sua filosofia.

Aliás, por conta da crescente complexidade das relações intersubjetivas na contemporaneidade e da ausência de uma resposta efetiva às questões que delas emergem, cada vez mais se acentua a tendência de questionamento não só da validade do estatuto epistemológico de cada um dos ramos do saber, como também da responsabilidade que ostentam face à sociedade, cujo reclamo converge por soluções efetivas, não raro orientadas pelo aspecto pragmático[41], mecanismo que, não raro, escamoteia a necessária dimensão política de tais problemas.

Nessa medida, um recorte bastante interessante, posto que traz à baila a inserção a do sujeito na dimensão política que o cerca, diz respeito à gênese e do paradigma do pensamento político ocidental[42] no que respeita à idéia de espaço público[43].

É admissível arriscar que esse recorte específico[44] não recebeu até então tanta e merecida atenção quanto nas reflexões arendtianas.

O conjunto da obra de ARENDT[45] parece trazer a reflexão mais bem acabada no que toca a esta carência, apontando problemas que por muito tempo ficaram ausentes de melhor questionamento.

Feitas essas considerações e limitando essa reflexão a acompanhar tais movimentos na obra de ARENDT, o principal objetivo deste trabalho é, acompanhando a gênese da filosofia política, segundo a ótica arendtiana, associada a outros autores que dialogam com o viés específico da crise do espaço público, delinear os contornos da idéia de espaço público, que é tema conexo e dependente quando se pretende pensar o fenômeno da coletivização do processo como alternativa a crise do dissídio individual[46].

Aliás, esta assimetria é fator de agravamento da crise da resposta estatal da jurisdição que fenece ante os reclamos fáticos, não apenas pela falta de melhor aparelhamento, como também se agrava pelo crescente contingente de litígios a compor; suscitando por conta dessa nefasta sinergia, cada vez maior morosidade e inefetividade da resposta jurisdicional.

Em movimento compensatório à crise em comento, o fenômeno da coletivização do processo tem encampado, conquanto encontre-se positivado apenas pontualmente[47] no ordenamento brasileiro, um parâmetro de solução não apenas factível como desejável, na medida em que permite enfrentar exatamente os pontos críticos de aodamento do aparelho judiciário, possibilitando menor custo (tanto para o jurisdicionado, como para o Estado) pela demanda, ao mesmo tempo em que confere

maior previsibilidade, celeridade e homogeneidade às decisões judiciais, o que atende aos reclamos tanto daqueles ligados ao capital, como daqueles ligados ao trabalho, na estrutura produtiva brasileira[48].

Por fim, gize-se que a solução coletiva, ou a consideração da alteridade na condução e solução do dissídio individual parece ser a solução mais consentânea aos reclamos de celeridade e efetividade, tão caros à atual Ciência Processual.

10. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais trabalhistas: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial**. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba, 2008

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

_____. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAGOLINI, Luigi. **Filosofia do trabalho: o trabalho na democracia**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho; Legislação Previdenciária e Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial**. Organizador Yussef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, **Revista de Processo**. São Paulo: n. 147, p. 123-146, maio/2007.

CANDEAS. Ana Paula Lucena Silva. **Juízes para o mercado?** Os valores recomendados pelo Banco Mundial para o Judiciário em um mundo globalizado. Mestrado em Relações Internacionais. UnB. Brasília. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, Le azioni a tutela di interessi collettivi** (obra coletiva). Padova: Cedam, 1976.

_____. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, vol. XXX (II serie). Padova: Cedam, 1975.

_____. **Processo, ideologias, Sociedad**. Tradução de Santiago Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1974.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 63, p. 71-89, 2006.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. **Comentários à Emenda Constitucional 45/2004: os novos parâmetros do Processo Civil no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.

FRIEDMAN, David. **More Justice for Less Money**. The journal of Laws and Economics, v. 39, 1996.

FUIANO, Mario Pio. Durata ragionevole de processo e termine per comparire. **Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile 1/241-261**, anno LVII. Milano: Giuffrè, mar. 2003.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda S. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: Uma análise de direito comparado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; GOSDAL, Thereza Cristina (org.). **Temas da ação civil pública trabalhista**. Curitiba: Gênese, 2003, p. 131-158.

_____. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: Luiz Eduardo Gunther. (org.). In: **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. 1 ed. Curitiba: Juruá, v. 1, p. 151-179, 2008.

_____. **Questionamentos sobre a utilização do instituto da arbitragem como forma de solução dos conflitos trabalhistas**. In: Luiz Eduardo Gunther (org.).

Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, v. 1, p. 509-562.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica política e direito**. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LEISINGER, Klaus; SCHMITT, Karin. **Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito, 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. SP: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. SP: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLEA, Manoel Alonso. **Derecho del Trabajo**. 14. ed. Madrid: Universidade Complutense de Madrid, 1995.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coordenador). **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. RJ: *Lumen Juris*, 2005.

RAMOS FILHO, Wilson (coordenador). **Direito Coletivo do Trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 5. tir. São Paulo: LTr, 1997.

ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica, **Revista de Processo**. São Paulo: n. 161, p. 21-38, jul/2008.

SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à Justiça**. SP: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho. **Revista LTr. Legislação do Trabalho**, v. 72, p. 712-724, 2008.

TAVARES, Maria Augusta. **Os fios (in)visíveis da produção capitalista: informalidade e precarização do trabalho**. São Paulo: Cortez, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIGORITI, Vincenzo. Class action e azione coleettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro, **Revista de Processo**. São Paulo: n. 160, p. 181-204, jun/2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a Emenda Constitucional nº 45**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[1] Destaquem-se as tutelas transindividuais tuteláveis por Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, além de outras formas esparsas de tutela coletiva.

[2] Convindo pontuar que o trabalho humano é considerado fundamento da República brasileira (CRFB, art. 1.º, IV), fundamenta a ordem social (CRFB, art. 193) e assume papel destacado na ordem econômica (CRFB, art. 170).

[3] Ou mais apropriadamente, em si mesma considerada.

[4] Destaquem-se as tutelas transindividuais tuteláveis por Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, além de outras formas esparsas de tutela coletiva.

[5] Convindo pontuar que o trabalho humano é considerado fundamento da República brasileira (CRFB, art. 1.º, IV), fundamenta a ordem social (CRFB, art. 193) e assume papel destacado na ordem econômica (CRFB, art. 170).

[6] Experiência originária a qual deu origem ao termo Política.

[7] O *mundo das idéias* platônico constitui-se em um modelo transcendente, um padrão segundo o qual se pode medir e julgar as ações humanas.

[8] ARENDT, Hannah. *A dignidade da política*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 96.

[9] *Idem*. p. 96

[10] *Ibidem*.

[11] *Idem*, p. 91.

[12] *Idem*, p. 92.

[13] *Idem*, p. 97.

[14] ARENDT, H. *Política e acontecimento*, p. 30.

[15] *Idem*, p. 43.

[16] *O Sistema Totalitário*, p.226.

[17] *Hannah Arendt: Política e acontecimento*, p. 46.

[18] *Idem*, p. 35

[19] *Idem*, p. 39

[20] Tal distinção entre poder, força e violência encontra-se em *Sobre a Violência* de Hannah Arendt.

[21] *Idem*, p. 33

[22] *A dignidade da política*, p. 97

[23] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1999. p. 67.

[24] *Hannah Arendt:Política e acontecimento*, p. 09.

[25] *O Sistema Totalitário*, p. 223.

[26] *Idem*, p. 586.

[27] DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.170.

[28] ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p.37.

[29] *A condição humana*, p.60

[30] *O Pensamento à sombra da ruptura*, p. 170.

[31] *A vida do Espírito*, p. 243.

[32] *O pensamento à sombra da ruptura*, p. 180.

[33] O pensar, o querer e o julgar formam a trilogia que, segundo ARENDT, compõem as faculdades do espírito.

[34] A noção de vontade não é entendida como uma faculdade autônoma e jamais teve primazia na tradição do pensamento ocidental.

[35] “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

[36] CFRB, artigo 5º, §1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

[37] Nesse sentido, arrola-se, apenas a título exemplificativo: utilização de meios alternativos de composição (mediação e arbitragem), negociação coletiva, tutela de interesses transindividuais, uso de tutelas diferenciadas (monitória, inibitória, antecipação dos efeitos da tutela), informatização do processo, a tutela célere ao idoso (Lei 10173/2001)

[38] O Método genealógico caracteriza-se pela busca da experiência originária a partir da qual surgiram determinados conceitos. Tal experiência originária está inclusive na origem das palavras, permanecendo sempre ligada a ela.

[39] Aqui convém destacar um viés bastante específico do pensamento arendtiano, que vislumbra absoluta identidade entre aparência e essência.

[40] *Hannah Arendt: Política e acontecimento*, p. 48.

[41] No sentido corrente de encontrar uma solução prática ao problema.

[42] Evidentemente, trata-se de um recorte parcial, envolvendo apenas alguns autores.

[43] Que mais bem e modernamente se realiza em ARENDT

[44] dentro da relação entre Filosofia e Política.

[45] Arrolada nas referências bibliográficas.

[46] Nesse passo será interessante, ainda que *en passant*, pensar a crise do sujeito na modernidade sob a ótica de Foucault.

[47] Destaquem-se as tutelas transindividuais tuteláveis por Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, além de outras formas esparsas de tutela coletiva.

[48] Convindo pontuar que o trabalho humano é considerado fundamento da República brasileira (CRFB, art. 1.º, IV), fundamenta a ordem social (CRFB, art. 193) e assume papel destacado na ordem econômica (CRFB, art. 170).

**SENTENÇA DECLARATÓRIA COMO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL NA
ORDEM PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEA – UMA MODALIDADE
QUE ABRE CAMINHO PARA UMA NOVA FASE PROCESSUAL DESTINADA
À EFETIVAÇÃO DO DIREITO RECONHECIDO.**

**DECLARATORY SENTENCE AS JUDICIAL EXECUTIVE TITLE IN THE
CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURAL ORDER – A MODALITY THAT
GIVES WAY TO A NEW PROCEDURAL PHASE DESTINED TO THE
ESTABLISHMENT OF RECOGNIZED LAW.**

Zoraide Sabaini dos Santos Amaro

RESUMO

Resumo: A alteração do Código de Processo Civil - CPC, instituída pela lei 11.232/2005 inseriu o novo art. 475-N, I. O trabalho analisa a possibilidade ou não de uma sentença declaratória constituir título executivo judicial. A Reforma do CPC é mais uma fase da modernização do direito processual pátrio, sob a proteção dos princípios da celeridade [CF, art. 5º, LXXVIII]. Entre as mudanças está a de que a função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. A sentença da ação declaratória é provida de eficácia consistente em legitimar a execução sem exigir-lhe nova demanda.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: LEI; SENTENÇA; TÍTULO;
EXECUTIVO; JUDICIAL

ABSTRACT

Abstract: The alteration of the Code of Civil action - CPC, instituted for law 11.232/2005 inserted new art. 475-N, I. The work analyzes the possibility or of a declaratory judgement not to constitute judicial executive heading. The Reformation of the CPC is plus a phase of the modernization of the native procedural law, under the protection of the principles of the celeridade [CF, art. 5º, LXXVIII]. Between the changes it is of that the jurisdictional function is not limited to the sentence emission, through the discovery process. The sentence of the declaratory action is provided with consistent effectiveness in legitimizing the execution without demanding new demand to it.

KEYWORDS: KEYWORDS: LAW; SENTENCE; HEADING; EXECUTIVE;
JUDICIAL

1 INTRODUÇÃO

O processo civil, nos últimos vinte anos, vem passando por inúmeras alterações em sua essência. Essas alterações acabaram por redirecionar a sistemática vigente a uma vertente que emerge sob o pálio de uma tendência de simplificar o processo, viabilizando o amplo acesso à justiça e limitando as medidas de natureza procrastinatórias. Destaca-se que toda essa movimentação formou-se em busca da celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional.

O tema que será examinado tem seu foco direcionado à alteração do Código de Processo Civil, instituída pela lei 11.232/2005, que inseriu significativas mudanças no processo de execução dos títulos judiciais, e em especial redefiniu o título executivo judicial sob a epígrafe Cumprimento de Sentença - trata-se do dispositivo o art. 475-N, dando especial destaque ao inciso I, deste mesmo preceito. Obviamente que a questão da sentença declaratória como título executivo é polêmica e conta com diversos entendimentos divergentes na doutrina.

Constata-se que pela nova lei houve um rompimento do modelo tradicional do processo civil brasileiro em que a parte tinha a necessidade de se valer de dois processos para forçar o devedor a cumprir uma só obrigação. A modificação suprimiu o antigo processo de execução autônomo e inseriu uma forma de convivência consistente em um só procedimento - a cognição e execução - quer dizer a acomodação ou coexistência de duas realidades completamente distintas.

Face à nova sistemática, o legislador procurou estabelecer um critério razoável para atender os objetivos do referido artigo que será dar maior celeridade e eficácia às decisões judiciais evitando os conhecidos recursos protelatórios. Visando à obtenção de eficácia no plano do direito substancial, emerge entendimento doutrinário que a finalidade processual não se encerra com a simples declaração, compreendendo que a representação documental de uma norma jurídica individualizada contendo os elementos, sujeitos determinados, obrigação líquida, certa e exigível de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, tem efeito específico de viabilizar a tutela jurisdicional executiva como título executivo judicial. À luz desse entendimento, se presentes os componentes formadores do título executivo, não seria razoável exigir-lhe nova demanda para obter eficácia executiva, pois a violação do direito já estaria latente e, ao mesmo tempo, assegurar a economia e agilidade processual almejada pela reforma, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Com isso se processa uma matéria controversa[1], razão pela qual num primeiro momento, antes de se adentrar ao exame da sentença declaratória, torna-se imperioso fazer uma sucinta exposição acerca do aspecto histórico da ação declaratória; do sistema processual instituído pelo Código de Processo Civil de 1939; a forma instituída no Código de 1973, até a vigência da alteração inserida no ordenamento pátrio pela Lei nº 11.232/05. Por fim, alicerçando-se em vários argumentos doutrinários e, por conta da conceituação inserida no art. 475-N, “I” do Código de Processo Civil, examina-se o título executivo judicial.

Como o direcionamento dessa pesquisa será à exequibilidade da sentença declaratória [que não parece ser tão novidade ante a contemporânea positivação], estabelece-se

maior ênfase ao que se refere à problemática dessa figura processual. Portanto, em decorrência da natureza do objeto e desenvolvimento do tema, na metodologia histórico-dedutiva adotada estará presente a interdisciplinaridade, tendo em vista a necessidade de encontrar, nas várias espécies do conhecimento, argumentos que são indispensáveis ao contexto que se pretende elaborar. Assim, esboçado o itinerário a ser percorrido neste trabalho, insere-se a pergunta central que motivou esta pesquisa:

Evidencia-se, no âmbito do atual Código de Processo Civil em liame com o os princípios constitucionais de acesso à justiça e duração razoável do processo, a possibilidade de uma sentença oriunda da espécie - ação declaratória [considerando-se a sua natureza] constituir título executivo judicial provido de uma eficácia consistente em legitimar a execução sem necessidade de novo processo?

2 SUCINTA RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Embora não seja finalidade precípua a investigação histórica da ação declaratória, esta tem suas raízes no direito romano no processo formular cuja presença se dava em: indicação do juiz; demonstração [“demonstratio”]; pretensão [“intentio”] e condenação [“condemnatio”][2]. Verificava-se que nas fórmulas ou “formulae”[3] o teor declaratório na chamada “intentio”, que era a parte representativa da pretensão do autor, que poderia estar restringida somente à mera certificação, quando não havia a presença da “demonstratio” e nem da ‘comndenatio era denominada de formulae praejudiciales ou simplesmente “praejudicia”. [4]

Posteriormente, no direito medieval, verifica-se a presença da ação declaratória nos chamados juízos provocatórios ou de jactância, assim caracterizados pela forma desencadeada de provocação direcionada ao réu para que esse propusesse a ação ou se calasse. “Arrogando um indivíduo ter certo direito contra outro, pode este requerer ao Tribunal seja marcado àquele um determinado prazo para que, proponha a ação [“provocatio ad agendum”], sob pena de ser-lhe imposto perpétuo silêncio [“impositio silentii”]”[5]. O formato dos juízos provocatórios, apesar de ter sido previsto nas Ordenações Filipinas, não obteve êxito no direito pátrio tal como em outros sistemas, pois a doutrina nacional repugnou a possibilidade de alguém ser obrigado a demandar.

Segundo Buzaid, citado por João Batista Lopes foi Rui Barbosa quem primeiro estabeleceu a diferença entre julgamentos meramente declaratórios e sentenças constitutivas. Jorge da Veiga, em conferência proferida no Instituto da Ordem dos Advogados em 1924, muito propriamente já afirmava:

O julgamento que põe termo à ação declaratória não goza de força executiva: entretanto, possui a autoridade relativa de coisa transitada em julgado. Assim, a parte vencida não se dispendo a cumprir ou respeitar o julgamento, terá de ser chamada ao juízo ordinário. Neste, porém, não se discutirá mais a matéria julgada declaratoriamente, a qual ficará

então servindo de base para a sentença executória. É imensa a vantagem obtida: a causa contenciosa, na maioria dos casos, estará prejudgada [...] [6].

No sistema processual brasileiro, a ação declaratória foi definitivamente inserida com a edição do Código Civil de 1939, pelo Projeto de Lei apresentado por Guilherme Estelita ao 1º Congresso de Direito Judiciário, oportunidade em que foram extraídas as bases do sistema do referido Código de Processo Civil para a ação declaratória[7]. Note-se que na doutrina nacional[8] e estrangeira[9], de um modo geral, todas as ações são declaratórias sendo diferenciadas apenas pelo seu escopo e extensão de seu objeto[10].

A ação declaratória adquire o caráter geral das ações de conhecimento, onde se constata a teoria da carga de eficácia das ações, também chamada de *subdivisão quinária*. Essa classificação quántupla das ações – que é uma criação da doutrina brasileira [Pontes de Miranda] subdivide as ações em classes mandamentais, condenatórias, declarativas, executivas e constitutivas[11] que de certa forma facilitou o estudo das ações quanto à sua finalidade e eficácia defendida por boa parte da doutrina brasileira, apesar de essa teoria não ser totalmente aceita[12], opõe-se à clássica tripartição – não obedece ao mesmo critério por esta adotado, o qual se funda na natureza processual da tutela jurisdicional invocada [condenação][13].

Face à lei anterior [1939], a doutrina e a jurisprudência mostravam-se dúbias na admissibilidade da ação declaratória quando houvesse violação de direito[14]. O Código de Processo Civil de 1939 dispunha, no seu art. 290, que "na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória". A sentença declaratória era totalmente inapta a formar o processo de execução. A ação declaratória era limitada pela vontade da lei, sua nomenclatura era mais respeitável que eventual conteúdo do pedido deduzido, uma vez denominada ação declaratória, não poderia ser tratada como outra, posto sua eficácia não pudesse ir além de mero preceito a informar uma ação de cunho condenatório. Assim, por expressa disposição legal a sentença da ação declaratória estava impedida de se constituir título executivo judicial.

O Código de Processo Civil de 1973 trouxe alterações em seu conteúdo e estrutura. Com especificidade no âmbito da ação declaratória – a restrição que até então era imposta, foi abolida. Consigna o parágrafo único do art. 4.º, preceito inovador: "é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito"[15]. Assim estabelecido, nota-se presente a faculdade consentindo que a mera declaração seja identificada pelo conteúdo da petição e da sentença[16]. Pela doutrina, a nova norma assim instituída dá ensejo a que a sentença, agora, possa fazer juízo, não apenas sobre o preceito da endonorma – que impõe uma prestação[17], mas também sobre o da perinorma [mandato sancionatório], permitindo, nesse último caso, juízo de definição inclusive a respeito da *exigibilidade* da prestação devida. "Sentença de tal conteúdo representa, sem dúvida, um comprometimento do padrão clássico de tutela puramente declaratória [como tutela tipicamente *preventiva*], circunstância que não pode ser desconsiderada pelo intérprete"[18].

Conclui-se que as probabilidades de uso da ação declaratória foram ampliadas seja pela extensão de sua finalidade ou pela sua combinação com outras ações[19].

3 O ÂMBITO E FINALIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA

Tem-se entendido ser amplo o âmbito da ação declaratória, mesmo porque a lei não faz qualquer restrição a respeito[20]. Neste contexto, há que se estabelecer uma visão pragmática do processo e do direito de ação como marco para o exame da finalidade da ação declaratória e como consequência a sentença declaratória, em razão da extensão de sua eficácia no sistema vigente.

No direito pátrio, a evolução da ação declaratória veio garantir o direito de pleitear a mera declaração se assim for suficiente, o que não era permitido na regra anterior. Esse direito, que é direito de ação, está sujeito aos requisitos das ações em geral, sendo natural que a possibilidade jurídica da demanda, o verdadeiro interesse e a legitimidade *ad causam* constituam as condições de ações declaratórias e, portanto, se repute incluídos entre os pressupostos de admissibilidade da sentença de mera declaração[21].

Em face da estrutura da tutela declaratória, fala-se freqüentemente em ação meramente declaratória tanto para designar o ato postulado em juízo em uma sentença de mera declaração [demanda] como o direito de obtê-la. Ao tratar da ação declaratória, no sistema processual vigente, dentre outras considerações, deve-se visualizar sempre o conteúdo do pedido como seu elemento identificador, e sua eficácia a finalidade impressa na propositura da ação[22], que por sua vez estabelece a extensão do interesse almejado do autor, ficando adstrita à faculdade inserida no art. 4º do Código de Processo Civil.

Há a ação declaratória que tem por escopo a declaração da existência ou inexistência de relações jurídicas, direitos e obrigações [daí, serem meramente declaratórias] onde a sentença que se pretende obter tem a sua eficácia limitada à declaração pura e simplesmente. Há também ação em que o conteúdo do pedido deduzido almeja mais do que simplesmente declarar, contém algum outro elemento que se projeta para fora do processo e interferirá na vida dos litigantes – é também, comumente, denominada declaratória - porém, na realidade trata-se de ação portadora de uma eficácia substancial que a difere da meramente declaratória, pois a finalidade impressa no postulado inicial compreende preceito de cunho constitutivo ou condenatório.

O entendimento de que o interesse jurídico na ação meramente declaratória está adstrito à certificação e à proteção dessa certificação subsiste, ainda após a alteração do Código quanto à nova definição dos títulos executivos judiciais. Todavia, parece ser razoável a concepção de que havendo uma violação de direito, o pedido não pode ser outro senão o reconhecimento da relação jurídica e a violação do direito. Entretanto, sendo a lesão identificada e dimensionada, no mínimo, o efeito constitutivo se deflagra no que concerne o molde da reparação extraído do conteúdo do prejuízo experimentado. De forma que depois de declarado o dano juntamente com sua dimensão, constata-se que a sentença que inicialmente continha preceito declaratório, delimitado pelo pedido deduzido em juízo, passa a representar o preceito constitutivo e resultado disso conter os elementos formadores do título executivo: obrigação líquida, certa e exigível.

4 UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE TÍTULO EXECUTIVO

Do primeiro modelo executivo, estabelecido com a edição do Código de Processo Civil, chegou-se em outro totalmente diferente, passando por inúmeras e importantes modificações. O art. 583 do CPC [revogado pela Lei 11.382/06] previa que toda execução tinha por base título executivo judicial ou extrajudicial. O artigo 584 [revogado pela Lei 11.232/05] ao dispor sobre as modalidades de títulos executivos incluía “a sentença condenatória proferida no processo civil” como sua espécie. Quer isso significar que a tutela jurisdicional do direito só poderia ser prestada quando o direito fosse reconhecido como existente, após a adequada discussão no processo de conhecimento[23].

Vale lembrar, no processo civil caracterizado pelos valores do Estado liberal – o processo chiovendiano -, a única modalidade de sentença dependente da execução era a sentença condenatória, moldada pela doutrina para atender as necessidades de tutela dos direitos daquela época. A teoria do processo civil de marca chiovendiana, isto é, do processo italiano construído no começo do século, caracteriza-se pela regra da “nulla executio sine titulo”, que expressa a impossibilidade de execução sem título. De notar-se que a tutela jurisdicional do direito apenas poderia ser prestada quando o direito fosse reconhecido como existente, após a sua adequada discussão no processo de conhecimento. A regra da “nulla executio sine titulo”, quando complementada a partir da relação do título executivo com a existência do direito[24], revela a preocupação em não se consentir que a execução se desse com base em convicção de verossimilhança ou sem que fosse encontrada a chamada “certeza jurídica”[25]. Reconhece a doutrina que a regra da “nulla executio sine titulo” é marcada pelos valores do Estado liberal, pois a procedência da execução sobre a cognição e mesmo a reunião das atividades de conhecer e executar, em um mesmo procedimento, já foi admitido em vários momentos que lhe antecederam na história.

É pertinente que seja conceituado o título executivo, para seu real dimensionamento no direito processual. O título executivo pode ser visto, segundo Sergio Shimura, sob dois aspectos, substancial e formal:

Substancialmente, título é apreciação oficial do fato pelo juízo, no caso de ser judicial, ou o negócio pactuado entre as partes, sendo extrajudicial.

Formalmente, é o documento oficial ou extrajudicial, autêntico, em que a obrigação está contida. É o papel continente do que foi escrito nos autos da ação, pelo julgador, como decisão oficial, ou do que foi subscrito pelo devedor em favor do credor[26].

Aqui, o destaque deve ser dado para o título executivo judicial que deve ser examinado dentro do panorama processual. Todavia, por ser de relevante importância para a

compreensão da função do título executivo no direito processual, abre-se um parêntese para breves considerações sobre alguns aspectos do título executivo em sentido lato.

Para conceituação do título executivo, impõe-se fazer um cotejo das teorias que foram assinaladas por Carnelutti e Liebman. A teoria apontada por Carnelutti tinha como base o caráter documental e desse ponto desenvolveu a assertiva de que o título executivo servia ao processo de execução como prova da dívida ou da obrigação[27]. A teoria de Liebman transparecia estar fundamentada na mesma linhagem da teoria concreta do direito de ação, que existia a idéia basilar de que a natureza jurídica do título executivo era como ato jurídico, e como tal independe da existência de crédito ou obrigação nele contido[28].

Verifica-se que são correntes com entendimentos divergentes, não obstante, as duas se encaminham à conclusão do título executivo. Indica a doutrina que o exame da natureza do título executivo não deve ser feito por uma das teorias de modo separado, mormente por ambas tratarem de aspectos importantes da constituição do título executivo. À evidência, a teoria documental elucida o aspecto formal do título, condição a que se subordina pela tipicidade exigida no ordenamento para que se revista de exequibilidade. Por outro lado, o ato em si não se reveste de exequibilidade, contudo a sua formalização garante a constituição do título executivo por atender a exigência da lei processual[29]. Nesse sentido, Sergio Shimura pondera que as junções das teorias documentais e do ato jurídico convergem para a formação do título executivo[30].

O processo de execução, na conformação original do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 assentava-se, fundamentalmente, nos princípios que se seguem: da autonomia, da “nulla exectio sine titulo” e da tipicidade das medidas executivas[31]. Prevalcia, em relação às medidas executivas, a regra segundo a qual o executado não poderia ser constrangido ao cumprimento da obrigação, preferindo o sistema a prática de atos executivos tendentes à aquisição do bem devido independentemente de sua participação. Na verdade, tais princípios tidos por tradicionais, vêm sendo gradativamente mitigados através das reformas pelas quais continuamente tem passado o Código de Processo Civil brasileiro[32]. A primeira alteração estrutural relevante está na eliminação da separação entre processo de conhecimento e execução[33]. Observe-se que com a implantação de tais reformas o princípio do sincretismo entre cognição e execução prevalece sobre o princípio da autonomia, e a aplicação deste princípio tende a ficar restrita à execução fundada em título extrajudicial[34].

O novo artigo 475-N [redação da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005] apresenta o rol de títulos executivos judiciais[35].

4.1 Título Executivo Judicial Instituído no Art. 475-N, I

A Reforma do Código de Processo Civil é mais uma fase da modernização do direito processual pátrio, sob a proteção dos princípios da celeridade [com sede constitucional - art. 5º, LXXVIII]. A Lei nº 11.232/05 surgiu com esse intuito e finalidade[36] - tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e rápida.

Os títulos executivos estão previstos na legislação vigente[37]. Conforme entendimento de Teori Albino ZAVASKI “o conteúdo do título executivo judicial compreende a materialização da norma jurídica concreta”[38]. Por conseguinte, a eficácia do título executivo judicial somente pode ser obtida de duas maneiras, voluntária pelo adimplemento do devedor, ou, com a adição da força sancionadora[39], oriunda da perinorma[40].

A definição de título executivo judicial com a Lei 11.232/05 sofreu uma considerável alteração. Estão na ordem jurídico-processual brasileira - Código de Processo Civil - por acréscimo da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, assim preceituados: Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, de não fazer, entregar coisa ou pagar quantia[41].

A referida norma corresponde ao revogado art. 584, inciso I do Código de Processo Civil, que considerava título executivo judicial “a sentença condenatória proferida no processo civil”. Essa normatização somente veio dar amparo legal e tornou mais claro, evidente e cristalino o entendimento de que não só as sentenças condenatórias, mas também as sentenças declaratórias podem constituir títulos executivos, posto que já houvesse, “antes da reforma de fins de 2005, na jurisprudência do STJ, julgados no sentido de que a sentença declaratória que contém todos os elementos da obrigação é título executivo”[42].

5 SENTENÇA DECLARATÓRIA COMO TÍTULO EXECUTIVO – O ART. 475-N, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A evolução da sociedade implica o surgimento de novos conceitos ou, simplesmente, a alteração de conceitos já existentes. Perfila-se junto dessas mudanças o Direito e seus institutos. Como já referido o direito processual civil atual sofreu grandes alterações. As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional. Nesse clima, as Reformas se dispuseram a transgredir dogmas tradicionalmente levados a extremos cruéis. Essa renúncia a tradicionais postulados do direito processual veio com o declarado objetivo de propiciar uma justiça mais ágil e adequada a oferecer uma eficaz tutela jurisdicional em tempo razoável[43].

Tendo em vista ser a sentença declaratória como título executivo - premissa neste estudo -, acredita-se ser pertinente uma breve consideração sobre sentença. Entre outros, expositores manifestam-se a respeito: Luiz Rodrigues Wambier dizendo que “a sentença não extingiria o processo, mas apenas o procedimento em primeiro grau de jurisdição”[44]. Teresa Arruda Alvim Wambier, citada por Luiz Rodrigues Wambier, discorrendo sobre o mesmo assunto, já sustentava, antes mesmo da alteração do art. 162 do CPC, que o único elemento capaz de consentir a identificação das sentenças seria o seu conteúdo. Em seu sentir, mesmo à luz da redação anterior do parágrafo 1º do art. 162, dever-se-ia sopesar que o legislador teria especificado quais os conteúdos capazes de identificar um pronunciamento judicial como sendo sentença. E tais conteúdos em sua opinião, seriam justamente os expressos nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil[45]. Alexandre Freitas Câmara lecionando sobre sentença considera:

[...] há que se buscar uma definição de sentença cientificamente mais adequada, para que se possa bem compreender esse ato processual, que de tão relevante já foi chamado em doutrina de ‘ato jurisdicional magno’[46] [...] parece-nos preferível definir sentença como o provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo. Com esta definição não atribuímos à sentença a força de pôr termo ao processo, o que, como visto, não corresponde à verdade. Afirmasse, tão somente, que com a sentença o juiz cumpre seu ofício de julgar. Tal ofício de julgar estará encerrado, quer tenha o juiz proferido sentença que contenha resolução de mérito, quer não o contenha[47].

Luiz Fernando Belinetti sobre sentença considera que:

Entre os atos decisórios encontra-se a *sentença*, que entendo como ato jurisdicional magno, ou seja, aquele em que a função jurisdicional realiza a sua tarefa mais nobre e significativa. [...] Bastaria utilizando os argumentos correntes, afirmar que a sentença é ato de inteligência no sentido de que genérica e idealmente deve declarar direito de conteúdo preexistente, mas não limitando apenas a isso, indo além, agregando características que não poderiam existir nos regramentos abstratos, constituindo uma norma individual e, por isso, sendo também ato de vontade[48].

No exame da extensão da sentença como forma de identificação de sua eficácia, está atrelada esta à finalidade da ação conforme proposta, se declaratória, constitutiva ou condenatória. O novo conceito de sentença segundo a nova sistemática é o “ato do juiz que implica em uma das situações previstas no art. 267 e 269 do Código de Processo Civil”[49]. Nos referidos artigos, constam: “Art. 267. Extingue-se o processo sem a resolução de mérito”; e “Art. 269. Haverá resolução de mérito”. Nota-se que a sentença não põe termo ao processo, conforme a antiga definição, mas sim resolve ou não o mérito.

Com isso, pode-se ver que a antiga conceituação de sentença que tinha a finalidade de pôr termo ao processo não mais existe, pois o novo ordenamento modificou o fim da sentença para que este ato do juiz se limite a resolver ao mérito da demanda. Nesse passo, se a sentença não põe termo ao processo, mas resolve o mérito, significa que o processo deve continuar o seu curso após a sentença, que é a fase do cumprimento desta, onde será promovida a execução, e serão utilizados os meios executórios disponibilizados pela lei, conforme a alteração inserida pela Lei nº 11.232/05. “Na presente reforma o Código não mais se refere a sentença condenatória, mas a sentença que reconheça a existência de obrigação, o que confere eficácia executiva também à sentença declaratória”[50].

Todas as sentenças declaratórias em sentido amplo [sentenças de mérito] contêm a declaração da regra jurídica substancial concreta, assim consideram Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Pelo art. 475-N, inc. I é título executivo judicial, entre outros, “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Essa sentença será meramente declaratória, mandamental ou executiva *lato sensu*, mas em todas essas modalidades abre caminho para uma nova fase processual destinada à efetivação do direito reconhecido (execução por título judicial ou *cumprimento de sentença* – art. 475-I). [...] Na ordem processual civil anterior à lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005 o autor deveria, para poder depois exigir a satisfação do direito que a sentença declaratória tornou certo, propor nova ação, de natureza condenatória; a sentença declaratória positiva valer-lhe-ia apenas como preceito, tendo eficácia imperativa exclusiva no tocante à existência ou inexistência de relação jurídica entre as partes. Pelo que dispõe a lei, a própria declaração da existência de um direito a ser satisfeito pelo réu já tem eficácia de título executivo, podendo ser considerada uma sentença condenatória, ou ao menos ser equiparada a esta – e dispensando, pois a propositura de nova demanda destinada a obter o título [CPC, art. 475-N, inc. I, red. lei n. 11.232, de 22.12.2005][\[51\]](#).

Segundo Teori Albino ZAVASCKI se a sentença apresenta definição de certeza a respeito não apenas da existência da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida, não há como negar-lhe, definitivamente, eficácia executiva. Esta comprovação já vinha firmada pela forte corrente doutrinária que via a ação meramente declaratória como um veículo processual destinado à certificação agregando proteção ao objeto da declaração. Portanto, ao legislador ordinário não é dado recusar executividade a norma jurídica concreta, certificada por sentença, se nela estiverem presentes todos os elementos identificadores da obrigação [sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade], pois isso representaria ofensa ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação[\[52\]](#). E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há motivo algum, lógico ou jurídico, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior. Não há como negar a execução dessa sentença sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Assim, já ressoavam as vozes nos tribunais em julgados precedentes[\[53\]](#).

Não se desconhece que há por parte da doutrina resistência em admitir a sentença declaratória como título executivo judicial. Ocorre que a redação do art. 475-N, I ampliou a possibilidade de formação de título executivo judicial ao enunciar “sentença proferida no processo civil”. O legislador fez referência à sentença no processo civil como título executivo, em sentido amplo, [o que remete à idéia de que a sentença deve ser obtida em um processo regular, onde todos os princípios bases formadores do processo civil sejam observados - releva-se o contraditório e a ampla defesa]. Não há menção quanto à sentença sobre o seu destinatário, mas simplesmente sobre o seu conteúdo. A nova regra expande as possibilidades de se obter exequibilidade nas sentenças, eis que faz referência pura e simplesmente à sentença civil, que reconheça a existência de relação jurídica que resulte obrigação. Foi potencializada a exequibilidade do decisório, desde que atendido os requisitos da lei.

6 O DESAPARECIMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

É hoje idéia do passado a velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento de sorte que a verdade por todos aceita é a da completa e indispensável integração das atividades cognitivas e executivas. Conhecimento e declaração, sem execução – proclamou Couture, em obra de Humberto Theodoro Junior, é academia e não processo[54].

Pela alteração instituída pela Lei 11.232/05, vê-se de maneira clara que toda sentença que dependa de execução para concretização da tutela jurisdicional não exige ação de execução de sentença. O processo de conhecimento, instaurado para verificar com quem está a razão diante do litígio não mais termina com a sentença que fica na dependência da execução. Agora o processo prossegue até que a tutela do direito almejada seja prestada, mediante atividade executiva necessária. O processo de conhecimento deixou de ser algo preocupado unicamente com a declaração do direito, isto é, com a prolação da sentença de mérito. No Estado contemporâneo o processo apenas existe para viabilizar a prestação da tutela do direito, não mais importando apenas a sua declaração ou a decisão jurisdicional.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco que a Lei 11.232/05 parece ter extinguido do processo civil brasileiro regido pelo Código de Processo Civil o conceito e mesmo a categoria das sentenças condenatórias puras. Todas as sentenças que declararem a existência de obrigação a ser cumprida pelo réu comportarão efetivação “sine intervallo”, ou seja, mediante a continuação do mesmo processo no qual houverem sido proferidas, sem a apresentação de uma petição inicial, sem citação do demandado e, portanto, sem um processo executivo distinto e autônomo. Assim pode-se verificar:

Como já exposto, com a vigência da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 a tendência será desaparecer no direito processual civil brasileiro o conceito de sentença condenatória pura, em razão (a) da outorga de eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias e (b) da generalização das sentenças dotadas de eficácia mandamental ou executiva “lato sensu” [55].

Entende J. A. Almeida Paiva: “Há necessidade de se eliminar todos os entraves burocráticos e processuais de sorte a permitir que o vencedor do conflito de interesses possa ter acesso rápido à satisfação do direito lesado e reclamado judicialmente; a prestação jurisdicional deve ser rápida e eficaz para não se tornar injusta”[56].

Pelo regramento proposto, Cássio Scarpinella Bueno argumenta que:

O que muda é a “forma” pela qual se praticarão atos jurisdicionais em busca do cumprimento do direito tal qual reconhecido na sentença ou nos documentos a ela equiparados (títulos executivos judiciais, novo art. 475-N). Não duvido de que seja mais apropriado, para estes casos, falar não mais em “processo de execução”, mas em “fase” ou “etapa” voltada à prática de atos de satisfação do credor (de “cumprimento de sentença”), quase que um “complemento” à “fase” ou “etapa” que a precedeu voltado ao reconhecimento de um direito. Importa, no entanto, que não nos deixemos levar ao entendimento de que isso, por si só, esgota todas as possibilidades de uso da Lei n. 11.232/2005 e, pior, que venha, por si só, para resolver todas as angústias e dificuldades da “execução civil”^[57].

Observa ainda o autor que o dever daqueles que militam no foro com os olhos voltados para um processo civil realizador do direito material, em processo civil “efetivo”, é extrair da lei, mesmo do que só está escrito nas suas entrelinhas, todas as suas possibilidades para tornar concretas as garantias constitucionais do processo, inclusive aquela que vem sendo tão decantada, porque mais recente e expressa no texto constitucional: a do inciso LXXVIII do art. 5º.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contra o intolerável problema da demora na prestação jurisdicional, a conseqüente produção dos doutrinadores do processo civil sinalizava, de longa data, um incansável trabalho [ainda que se encontre longe de ser concluído] todos eles destinados a buscar novos caminhos para imprimir maior efetividade ao processo. Atendendo reclamos foi promulgada a Lei nº. 11.232/05 que cuidou de trazer, no âmbito do processo civil, alterações para combater a manifesta ineficiência do sistema do processo de execução. Entre as mudanças pontuais está a de que a função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. Para efetivação dos efeitos dessas sentenças a legislação processual brasileira atual institui o “cumprimento de sentença”, mediante o qual se promove a realização das obrigações de fazer, de não fazer, de entregar coisa ou pagar quantia, quando declaradas em sentença.

Na ordem processual civil anterior à lei 11.232/05, o autor deveria para depois poder exigir a satisfação do direito que a sentença declaratória tornou certo, propor nova ação, de natureza condenatória. Com o sincretismo processual que reúne a atividade cognitiva e executiva, no mesmo processo, nota-se que a sentença não põe termo ao processo, conforme a antiga definição, mas sim resolve ou não o mérito. Pelo que dispõe a lei, a própria declaração da existência de um direito a ser satisfeito pelo réu já tem eficácia de título executivo. Em que pese as controvérsias doutrinárias, a toda evidência o Código não mais se refere a sentença condenatória, mas a sentença que reconheça a existência de obrigação, o que confere eficácia executiva também à sentença declaratória, isentando, pois, a propositura de nova demanda destinada a obter o título.

Nada obstante, há muito esse entendimento tem se consolidado em determinados julgados nos tribunais, de notar-se que, se a norma jurídica individualizada está definida de modo completo por sentença, se nela estiverem presentes todos os elementos identificadores da obrigação [sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade], não se atina qual utilidade há em se mandar o beneficiário da sentença declaratória para uma ação condenatória v.g. sob o mal engendrado argumento do equívoco formal do ilustre advogado que não fez constar na ação declaratória o pedido com a nota de que a declaração produziria “todos os efeitos legais”.

Ademais, ao pautar-se pelos princípios da economia processual, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, a sentença declaratória constitui título executivo judicial provido de eficácia consistente em legitimar a execução.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 11ª ed. São Paulo: RT, 2007. V. II.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10 ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Thetonio Negrão e José Roberto F. Gouveia; com a colaboração de Luiz Guilherme Aidar Bondioli. -40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, VADE MECUM acadêmico de direito/ organização Anne Joyce Angher. – 3. ed. – São Paulo: Rideel, 2006. (Coleções de leis Rideel).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Primeiras notas do cumprimento das sentenças (Lei n. 11.232/2005.)*. 10.04.2006 - Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em: 29 jul 2008.

BUZAID, Alfredo. *Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova Execução – Aonde Vamos? Vamos Melhorar. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ano VI – Nº 34 – Mar/Abr 2005, p. 18-27.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. V. I e III, tradução para o Português por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTRO, Torquato. *Ação Declaratória*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

CORREIA, Alexandre e Gaetano Sciascia. *Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, v. 1. São Paulo: Saraiva: 1949.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Traduzido para o português por Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. São Paulo: Aide, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. Atualizado por Joaquim Munhoz de Mello, 1980.

LOPES, João Batista. *Ação Declaratória. Coleção de Estudos de Direito de Processo*. Enrico Tullio Liebman. Vol.10. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 3: execução*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Paiva, J. A. Almeida. *Ações sincréticas como instrumento para minorar a morosidade dos processos. Direito processual civil brasileiro*, [3-10-06]. Disponível em:

<<http://www.almeidapaiva.adv.br>>. Acesso em: 28 jul 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I: Classificação das Ações, atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

SHIMURA, Sergio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. rev.e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação de cumprimento*. – 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999.

Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados. Revista de processo, v. 28, n. 109, p. 45-46, jan./mar.2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em 24 jul. 2008.

[1] “A lei n. 11232, de 22 de dezembro de 2005 (lei do Cumprimento de Sentença) trouxe significativas dificuldades para a conceituação do processo civil de conhecimento, as quais ainda clamam por maiores reflexões da doutrina”. Cf. CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 282

[2] CORREIA, Alexandre e Gaetano Sciascia. *Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, V. 1. São Paulo: Saraiva: 1949, p. 86

[3] CASTRO, Torquato. *Ação Declaratória*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 32.

[4] “Quando o autor pretende que o juiz certifique apenas a existência de um elemento, p. ex. se o escravo Stico é efetivamente tal, neste [*sic*] caso a fórmula contém só a *intentio*, sem *demonstratio*, e se chama *formula praejudicialis*, pois aparece como um pressuposto para um sucessivo juízo. Pode comparar-se com as modernas ações declaratórias de mera certeza”. Cf. CORREIA. *Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, V. 1, 1949, p. 87.

[5] BUZAID, Alfredo. *Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 17.

[6] LOPES, João Batista. *Ação Declaratória. Coleção de Estudos de Direito de Processo*. Enrico Tullio Liebman. Vol.10. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995, p. 40.

[7] Cf. BUZAID. *Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, 1943, p. 26-27.

[8] ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, v. II, p. 601.

[9] “Na realidade, cumpre adiantar que todas as sentenças contêm uma declaração do direito como antecedente lógico da decisão principal”. Cf. COUTURE, Eduardo J. *fundamentos do Direito Processual Civil*. Traduzido para o português por Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999, p. 238.

[10] Cf. CASTRO. *Ação Declaratória*, 1942, p. 19. “De um modo geral se pode dizer que todas as ações são declaratórias, no sentido de que elas não têm a virtude de criar o direito, mas tão somente de declarar o direito preexistente”.

[11] Nesse sentido, Pontes de Miranda esclarece: “A preocupação da ciência do direito até a pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra condenatória; outra mandamental; outra executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostramos o que nelas pondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos. Não só, por conseguinte, vemo-las por fora, com as suas características exteriores, mas também por dentro”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I: Classificação das Ações, atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131.

[12] “Essa relação entre as modalidades de tutela e a situação substancial trazida à apreciação do juiz é extremamente útil à compreensão da classificação ternária, tornando possivelmente desnecessária a criação de novas categorias de tutelas”. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 352.

[13] Cf. CINTRA, *et al.* *Teoria Geral do Processo*, 2007, p. 321.

[14] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 227.

[15] *Idem*, *ibidem*, p., 227.

[16] “[...] é na petição inicial que se encontram os elementos para identificar o objeto litigioso, pois o autor é que o fixa”. Cf. ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, V. I, p. 451.

[17] NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85.

[18] ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados*. Revista de processo, v. 28, n. 109, p. 45-46, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2008.

[19] “Tanto a doutrina como a jurisprudência não vêem inconveniência legal na acumulação de ação declaratória com condenatória ou com a constitutiva, ou com ambas, desde que sejam obedecidos os requisitos específicos da cumulação (art. 292, §1º, I a III, e § 2º)”. Cf. BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória*, Ed. Forense: 1976. 4ª ed., pág. 153.

[20] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 1979, p. 229.

[21] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* 4ª edição. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 220.

[22] “não se pode negar ao autor o direito de optar entre os efeitos mais amplos da forma da tutela condenatória, e os mais restritos da declaratória que muitas vezes, podem lhe parecer bastantes, independentemente da energia à sentença susceptível de execução”. Cf. CASTRO. *Ação Declaratória*, 1942, p. 125.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, volume 3: execução. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

[24] “o princípio da *nulla executio sine título*, além de ter objetivado demonstrar que a execução não poderia ser realizada sem título, quis também deixara claro que esse deveria conter em si um direito declarado, sem deixar margem para qualquer situação de incerteza”. Idem, *ibidem*, p. 24. Nota de rodapé:

[25] Idem, *ibidem*, p. 25.

[26] SHIMURA, Sergio. *Título Executivo*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 114.

[27] Francesco Carnelutti assevera que: “[...] o título executivo é, portanto, uma prova, mas uma prova provida de eficácia particular do título legal, que atua no princípio e não no decurso do procedimento [...], do qual constitui o fundamento indefectível (art. 474), pelo que é oportuno que, antes de tudo, seja levado ao conhecimento do devedor do modo que melhor garanta o conhecimento propriamente dito”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, V. III, tradução para o Português por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 24.

[28] “O crédito é motivo indireto e remoto da execução, mas o fundamento direto, a base imediata da ação executória é o título e só ele. Nisto reside a autonomia da ação executória que decorre do título, que não é condicionada nem pela existência, nem pela prova de crédito. Sem dúvida, a lei atribuiu esta eficácia a atos, cuja simples existência torna sumamente provável a existência do crédito. Este é, pois, o motivo político da eficácia do título, não é porém seu conceito jurídico, uma vez que o modo como ele funciona exclui qualquer possibilidade que o órgão encarregado da execução remonte a investigar a existência do crédito”. Cf. LIEBMAN. *Processo de Execução*, 4. ed. São Paulo: Saraiva. Atualizado por Joaquim Munhoz de Mello, 1980, p. 22.

[29] “título executivo é ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão. Ele torna adequadas as medidas de execução forçada para atuação da vontade da lei. Ainda quando o ingresso em juízo seja necessário para obter o bem almejado, só se tem legítimo acesso às vias executivas quando a pretensão estiver amparada por título executivo”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000, p. 456.

[30] “Infere-se que para a formação do título executivo concorrem dois elementos: a) certo ato jurídico, tomando estas palavras um sentido geral, de modo abrangerem o ato jurisdicional; b) um documento com determinados requisitos de forma”. Cf. SHIMURA, Sergio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 106-114.

[31] WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação de cumprimento*. – 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 419.

[32] Idem, *ibidem*, p. 419.

[33] Idem, *ibidem*, p.420.

[34] Idem, ibidem, p. 419.

[35] Idem, ibidem, p. 395.

[36] Carlos Maximiliano assim esclarece: “Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessária para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida”. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1965, 8ª ed., p. 163-164.

[37] Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o elenco dos títulos executivos, em dada ordem jurídica e os contornos da configuração de cada um deles vêm traçados na lei e só se considera título o ato ou fato que se enquadrar no modelo traçado abstratamente, sem resíduos ou ampliações. Parodiando prestigiosa máxima em vigor entre penalistas, é lícito dizer que não há título sem lei anterior que o defina. É preciso dar à tipicidade do título executivo rigidez análoga à que vigora em matéria criminal, respeitando o princípio da reserva legal também a esse respeito e vedada, portanto, a analogia. Cf. DINAMARCO. *Execução Civil*, 2000, p. 460.

[38] “Pois bem, nesse pressuposto de que a execução forçada busca dar efetividade à norma jurídica concreta há de se concluir que o título executivo – base, alicerce, fundamento, projeto, guia, que é da execução – deve ter por conteúdo, precisamente referida norma”. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 60.

[39] Idem, ibidem, p. 60: “Ao sustentarmos que o conteúdo do título executivo é uma norma jurídica concreta, individualizada, estamos afirmando que ele não só (a) espelha a relação jurídica exurgente da incidência da norma abstrata sobre o suporte fático, mas, mais do que isso, que ele (b) é portador de uma eficácia típica: a de autorizar a outorga da tutela jurisdicional executiva. Essa eficácia não decorre de ato de vontade, nem de sentença. Decorre sim, da própria norma jurídica, da qual é parte essencial”.

[40] Idem, ibidem, p. 61: “Toda norma jurídica, inclusive a norma individualizada, compõe-se de dois enunciados: o da endonorma, ou norma primária, que dispõe sobre a conduta devida, a pretensão, o dever jurídico e que relaciona o sujeito ativo e o sujeito passivo; e o da perinorma, ou norma secundária que estabelece a sanção, a consequência jurídica, em caso de não cumprimento do preceito endonormativo, e que é dirigido contra o Estado, trazendo embutida autorização para que o interessado possa vindicar a tutela jurisdicional”.

[41] BRASIL, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Thetonio Negrão e José Roberto F. Gouveia; com a colaboração de Luiz Guilherme Aidar Bondioli. -40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

[42] Nesse sentido, assim prescrevem os julgados do STJ: “1. No atual estágio do sistema de processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças

declaratórias jamais têm eficácia executiva. O art. 4º , parágrafo único, do CPC considera ‘admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação de direito’, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta”. 2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisprudencial. 3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando a satisfação, em dinheiro, o valor devido”. No mesmo sentido: (STJ, REsp 588.2/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASKI, 1ª T., j. em 10.02.2004, *DJ* 25.02.2004, p. 123). Mais recentemente, esta orientação foi ratificada em acórdão da 1ª Seção: STJ, EREsp 502.618/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 1ª Seção, j. em 08.06.2005, *DJ* 01.07.2005, p. 359). Tal orientação, com a entrada em vigor do novo art. 475-N do CPC, passa a ter amparo legal. Anteriormente, prevalecia orientação diversa: “Em se tratando de ação de natureza meramente declaratória, a decisão vale como preceito para a ação de natureza condenatória, se proposta, onde deverá ser amplamente debatida” (*RSTJ*, v.34, p. 252). Cf. WAMBIER. *Sentença civil: liquidação de cumprimento*, 2006, p. 43.

[43] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Direito Processual*. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA., 2007. p. 27-29

[44] WAMBIER. *Sentença Civil: liquidação e cumprimento*, 2006, p. 32.

[45] Idem, *ibidem*, p.32.

[46] BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, p. 86. b

[47] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 432.

[48] Cf. BELLINETTI. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*, 1994, p. 86- 103.

[49] BRASIL, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Thetonio Negrão e José Roberto F. Gouveia; com a colaboração de Luiz Guilherme Aidar Bondioli. -40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 162.

[50] Idem, *ibidem*, p. 597. Comentário art. 475- N.

[51] CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2007, p. 322-324.

[52] ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados*. Revista de processo, v. 28, n. 109, p. 45-46, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 24 jul 2008.

[53].Efeitos da sentença declaratória do reconhecimento - da união estável para fins previdenciários. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO - Terceira Vara da Fazenda Pública - Embargos à Execução nº 2000.001.110301, distribuído em 02/10/2000 - Embargante: Instituto de Previdência do Município do Rio de Janeiro Procurador do Município: Doutora Ivone Duarte Monteiro de Campos - Embargada: Marlene Fagundes de Castro Advogado: Doutora Glória Maria da S. Oliveira - Ministério Público: Promotor de Justiça Doutor Orlando Carlos N. Belém – SENTENÇA - *Direito Processual Civil. Efeitos da sentença declaratória do reconhecimento da união estável. Os efeitos das sentenças declarativas têm uma retroatividade que se pode considerar total (Eduardo Couture) [...]. Só os sistemas jurídicos mais civilizados podem admitir a abstração necessária ao reconhecimento da ação declaratória, porque a sentença declaratória, ao afugentar a dúvida, é útil à paz social, desenvolvendo as relações econômicas e sociais e prevenindo litígios. O reconhecimento por sentença transitada em julgado da condição de companheira para efeitos previdenciários implica necessariamente no efeito de se conferir à mesma os direitos e deveres concernentes a tal situação, ainda que não se contivesse no dispositivo sentencial que tal declaração se faz "para todos os efeitos legais". Rejeição dos embargos postos sob a alegação de inexistência do título executivo suficiente para autorizar a via do procedimento do art. 730 do Código de Processo Civil quanto ao pagamento das prestações previdenciárias vencidas em decorrência da sentença declaratória que reconheceu a união estável para os fins previdenciários. A sentença exequenda, proferida nos autos principais, assim fez constar no dispositivo: "Julga-se procedente a demanda para declarar, para fins previdenciários, [...]. Citada pela via do art. 730 da lei processual para o pagamento de R\$ 55.536,01, referente às prestações [...], apresentou a autarquia os presentes embargos à execução alegando a inexigibilidade do título em face do caráter declaratório do pedido contido na ação ordinária e que foi acolhido pelo dispositivo sentencial antes transcrito. A embargada apresentou a sua impugnação aos embargos e o digno Curador da Fazenda Pública perante este Juízo oficiou a fls. 36/42 no sentido do acolhimento dos embargos. É o relatório. Cabe o julgamento da causa no estado em que se encontra, incidente o suporte fático do inciso I do art. 330 da lei processual, mesmo porque presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, [...] (4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 14 de agosto de 1990, Rel. Min. Sálvio Figueiredo, RESp nº 2.832-RJ, DJU de 19/09/90, p. 9.513). No ponto principal desta ação autônoma incidental de impugnação está a natureza jurídica dos efeitos de sentença que ao ser da autarquia embargante se afiguram declaratórios, assim sem o poderoso condão de levá-la ao pagamento da pensão à companheira desde a data do descesso do instituidor. [...] Note-se que, ao menos aí, a autarquia reconheceu efeitos que, agora, vislumbra exorbitar dos pretendidos efeitos declaratórios da sentença exequenda. "Los efectos de las sentencias declarativas tienen una retroactividad que podría considerarse total. Si el fallo se limita a declarar el derecho, su función resulta meramente documental: el decreto antes incierto se hace cierto y adquiere en la sentencia una prueba perfecta de sua certidumbre" O*

texto acima, do célebre jurista uruguaio, Eduardo J. Couture, é a epígrafe escolhida pelo signatário para o capítulo X, sobre a sentença declaratória, em obra doutrinária sobre a sentença cível ("Sentença cível fundamentos e técnica, Rio, Forense, 5ª edição, 2000, 2ª tiragem, pp. 237 e seguintes, em que anotou: "1.1 - Conteúdo da sentença declaratória O efeito principal na sentença declaratória ou declarativa é reconhecer a existência ou inexistência de relação jurídica, isto é, o liame jurídico entre as partes, na relação material: A <---> B Diz o CPC, art. 4º, que "o interesse do autor pode limitar-se à declaração: [...] É admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação de direito". [...] O elemento da declaratividade aparece em todas as ações e sentenças, às vezes com o peso ínfimo. Mas, nas ações declarativas, a declaratividade é o que vem em primeiro lugar, ela é que é a força eficaz. [...] Há sentença transitada em julgado entre as partes no sentido de afirmar a condição da autora, ora embargada, de dependente do instituidor para fins previdenciários, preenchendo os requisitos constitucionais e legais para a percepção da pensão e outros direitos concernentes a tal situação. Tanto é dependente do instituidor que a autarquia lhe paga a pensão devida. Daí não se atina qual utilidade há em se mandar a pensionista para uma ação condenatória sob o mal engendrado argumento do equívoco formal do seu ilustre advogado, que não fez constar na ação declaratória o pedido com a nota de que a declaração produziria "todos os efeitos legais". E certamente se veria vencedora a pensionista em tal demanda condenatória, [...] Entre os valores em conflito de se emprestar eficácia à sentença transitada em julgado, assim homenageando o princípio da efetividade processual que se extrai da garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição, e o de curvar-se à hermenêutica genuflecta ao formalismo que nem se albergou na Lei das XII Tábuas, pouco resta de discricionariedade ao juiz do Estado Democrático de Direito. Ante tais considerações, REJEITAM-SE OS EMBARGOS, julgando-se improcedente a demanda. Nos termos do art. 20, § 4º, da Lei Processual Civil, condena-se a embargante a pagar honorários sucumbenciais [...]. Traslade-se cópia da presente para os autos principais. Submete-se a presente a reexame necessário pela Egrégia 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, preventa em face do Duplo grau obrigatório de jurisdição de nº 1998.009.00245. P. R. I. Em 23 de fevereiro de 2001. Nagib Slaibi Filho. Juiz de Direito. Disponível em: <<http://www.nagib.net>>. Acesso em: 31 jul 2008.

[54] THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. São Paulo: Aide, 1987, p. 74. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Nova Execução – Aonde Vamos? Vamos Melhorar. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ano VI – Nº 34 – Mar/Abr 2005, p. 18-27.

[55] CINTRA, et al. *Teoria Geral do Processo*. 2007, p. 321-322.

[56] Paiva, J. A. Almeida. *Ações sincréticas como instrumento para minorar a morosidade dos processos*. [3-10-06]. "Esperar como hoje, 10, 20, 30 ou até 50 anos para se concluir um processo é algo tão estarrecedor, como sentir que no nosso País as dificuldades de acesso à Justiça equivale [sic] à total negação de Justiça, ao comprometimento do Estado de Direito, princípio fundamental da Lei Maior. [...] Esperamos que a Lei 11.232/2005 seja um marco definitivo para a total implantação do sincretismo no sistema processual [...]. O próprio Ministro Athos Gusmão Carneiro, a propósito, doutrina: "Mediante este artigo [...] é concretizada a nova sistemática, de ação "sincrética" (conhecimento + execução), ficando dotada de *eficácia executiva* a sentença de procedência, nos casos de condenação ao pagamento de quantia líquida (valor já fixado na sentença de procedência, ou avaliado em procedimento de liquidação

por arbitramento ou por artigos). [...]. Concluimos citando Cândido Rangel Dinamarco: "essa renúncia a tradicionais postulados do direito processual está, contudo, muito longe da ilegitimidade, dada sua destinação a propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida e, para tanto, descompromissada dos preconceitos irracionais que envolvem todos esses dogmas. Não se trata de repudiar aquelas regras tradicionais de inegável relevância quando se trata de assegurar a segurança jurídico-processual dos litigantes, mas somente de dimensionar adequadamente sua aplicação e compatibiliza-las com o objetivo maior, que é o de oferecer em tempo razoável a tutela jurisdicional plena e efetiva". Disponível em: <<http://www.almeidapaiva.adv.br>>. Acesso em: 28 jul 2008.

[57] BUENO, Cassio Scarpinella. *Primeiras notas do cumprimento das sentenças (Lei n. 11.232/2005.)*. Disponível em: < <http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em: 29 jul 2008.

**PROPRIEDADE INTELECTUAL,
POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO**

PROPRIEDADE INTELECTUAL E AMBIENTALISMO CULTURAL

INTELLECTUAL PROPERTY AND CULTURAL ENVIRONMENTALISM

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

RESUMO

O artigo tem por objetivo traçar um paralelo entre o Direito Ambiental e o direito da Propriedade Intelectual. São apresentadas as similitudes de formação e tratamento constitucional entre as duas searas jurídicas, com ênfase na estreita relação entre o Meio Ambiente e a Cultura. Propõe-se a idéia de existência de um Meio Ambiente Cultural. Apontam-se as possíveis repercussões que uma perspectiva ambiental pode ter sobre a hermenêutica a ser utilizada nas questões envolvendo a propriedade intelectual e sobre a dinâmica dos bens imateriais na sociedade. São apresentadas sugestões de aplicações dos princípios ambientais à propriedade intelectual. Conclui-se que uma visão ambiental pode ser extremamente útil para ressaltar os pontos comuns às diversas doutrinas da Propriedade Intelectual, bem como para indicar soluções mais efetivas para garantir a difusão do conhecimento através de um sistema equilibrado de incentivos e limitações de direitos intelectuais.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; AMBIENTALISMO CULTURAL, DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

The article's purpose is to show a parallel between Environmental Law and Intellectual Property rights. It presents the similarities in the formation and constitutional treatment in the two fields of law, with emphasis in the close relation between Environment and Culture. It proposes the idea of an existing Cultural Environment. It suggests possible repercussions that an environmental view might have in intellectual property issues and the dynamic of intellectual goods in society. It presents suggestions of possible applications of environmental principles to intellectual property. It concludes that an environmental view might be extremely useful to highlight the commonalities in the several doctrines of intellectual property, as well as to point effective solutions to assure the dissemination of knowledge through a balanced system of incentives and limitations on intellectual rights.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; CULTURAL ENVIRONMENTALISM, DEVELOPMENT

INTRODUÇÃO

O trabalho busca identificar os paralelos existentes entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito Ambiental, de forma a propor a existência de um meio ambiente intelectual ou cultural e como instrumentos do direito ambiental podem ser utilizados para aprimorar a tutela jurídica da propriedade intelectual.

Inicialmente serão apresentadas algumas similitudes fáticas e epistemológicas entre essas duas searas jurídicas, para posteriormente sugerir formas de aplicação de alguns princípios do direito ambiental para o campo da propriedade intelectual. Por fim, demonstra-se que a idéia de um ambientalismo cultural já vem sendo debatida no direito comparado e que o prisma ambiental sobre a propriedade intelectual pode ser útil tanto para a hermenêutica destinada aos bens intelectuais como para a definição de políticas públicas.

1 SIMILARIDADES ENTRE O DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A idéia de um direito ambiental ou direito do meio ambiente, está relacionado com a progressiva compreensão da existência de um bem comum abrangente – o meio ambiente – que funcionaria como aglutinador do discurso de diversos movimentos e interesses sociais correlatos – grupos focados na preservação de animais, plantas, biodiversidade, preservação dos oceanos, preservação de parques nacionais, etc.

Para James Boyle: “A invenção do conceito de ‘ambiente’ agrupou um conjunto de questões de outra forma desconexas, ofereceu uma nova visão em face da cegueira implícita nas concepções passadas e permitiu encontrar um interesse comum nunca antes vislumbrado.”^[1]

Logo, o direito ambiental surge da convergência de diversas doutrinas específicas relacionadas a bens ambientais específicos. No direito brasileiro, é preciso fazer destaque à Constituição Federal de 1988 que passou a referenciar o meio ambiente de forma expressa, no art. 225 e seguintes. Anteriormente, o direito ambiental era referenciado apenas em legislações esparsas e de forma não específica.^[2]

Assim, nas palavras de Paulo Affonso Machado:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O

Direito Ambiental não ignora que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação e de monitoramento e de participação.[3]

Assim, a ausência de uma codificação única não retira do direito ambiental a sua identidade, sendo facilmente perceptível, atualmente, que os diversos diplomas legislativos que tratam de bens ambientais possuem um quantum comum, uma razão de ser pautada por princípios comuns – a proteção do ambiente.

O direito da propriedade intelectual, por sua vez, também apresenta uma formação similar, podendo ser classificada como uma expressão genérica, correspondendo ao direito de apropriação sobre criações, obras e produções do intelecto, talento e engenho humanos.

Funciona como um conceito “guarda-chuva”, que engloba uma série de diferentes doutrinas, todas, porém, relacionadas com atividades intelectuais ou com a implementação de idéias, dados e conhecimento em atividades práticas.

Carol Proner ressalta que a idéia de “propriedade intelectual” deve ser entendida como categoria, respondendo aos estímulos econômicos e políticos de cada período histórico, envolvendo: direitos autorais, desenhos e processos industriais, marcas, patentes de invenção, denominações de origem, contratos de transferência de tecnologia, saberes tradicionais - folclore, costumes populares, artes reproduzidas em pintura e escultura -, enfim, temáticas diversas e abrangentes.[4]

Denis Borges Barbosa, da mesma forma, compreende-se a noção de Propriedade Intelectual: “(...) como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, dos direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros”.[5]

De forma ainda mais abrangente, Bettina Augusta Amorim Bulzico entende que a Propriedade Intelectual “(...) envolve toda atividade humana de caráter intelectual, que seja passível de agregar valores e que necessite de proteção jurídica”.[6]

A expressão consagrou-se a partir da “Convenção de Estocolmo”, de 14 de julho de 1967, com a constituição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (World Intellectual Property Organization – WIPO), que, posteriormente, veio a se tornar uma agência especializada dentro do sistema das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 1974. No Brasil, a convenção de constituição da OMPI foi promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975.[7]

Maristela Basso destaca a importância da OMPI para uma compreensão unificada: “(...) a OMPI unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores em duas categorias: direito de autor e conexos e propriedade industrial”.[8]

Com efeito, vários doutrinadores apontam elementos comuns às diversas doutrinas identificadas com a propriedade intelectual, o que permitiria a sua classificação e estudo conjunto.

Para Robert Sherwood existem oito elementos comuns aos diversos regimes de proteção: o conceito de um direito exclusivo; o mecanismo para a criação do direito exclusivo; a duração do direito exclusivo; o interesse público correlato ao direito exclusivo; a negociabilidade desse direito; os acordos informais e entendimentos entre as nações; a vigência do direito exclusivo; e os arranjos de transação para efeitos de mercado.[9]

Luis Otávio Pimentel, por sua vez, também vislumbra um núcleo comum a tais direitos: “(...) *entre os elementos comuns, ou nucleares, de toda a propriedade intelectual a imaterialidade do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção* (...)”.[10]

Contudo, para que a simetria com o direito ambiental se mantenha, é necessário identificar qual o objeto comum ao qual se destina todo o conjunto de tutelas e mecanismos jurídicos.

No Direito Ambiental, não obstante os objetos de proteção nos casos concretos sejam bens ambientais específicos – corpos d’água; florestas, terrenos – o objetivo do sistema, enquanto conjunto, é a tutela de um equilíbrio ambiental. O objetivo maior do sistema é a tutela de um equilíbrio dinâmico nas interações da humanidade com os elementos bióticos e abióticos de forma sustentável.

Para os propósitos deste trabalho, entenda-se essa sustentabilidade ambiental como a durabilidade dos recursos frente às necessidades dos ecossistemas naturais e às demandas dos ecossistemas sociais com destaque para os processos de produção e consumo.[11]

Para a Propriedade Intelectual, os objetos específicos de proteção são diversos, relacionando-se a cada doutrina específica e englobando criações intelectuais, expressões, informações, conhecimentos e tecnologias. O objetivo geral do sistema, entretanto, não é tão claro, possivelmente porque o foco da tutela jurídica é mais vislumbrado como o direito individual, eclipsando o interesse público subjacente.

Os direitos de propriedade intelectual relacionam-se diretamente com o interesse público, pois tem sua existência justificada pelo interesse público simultâneo de: a) reconhecer os autores e inventores pelas suas criações; e de b) estimular que os mesmos produzam novos produtos e informações para a sociedade. Objetiva-se, portanto, um ciclo contínuo de inovação que trará conhecimentos e tecnologias que beneficiarão a sociedade e, ainda, o desenvolvimento econômico.[12]

Logo, tal qual no direito ambiental, deve existir uma dinâmica própria relacionada à interação dos seres humanos com os conhecimentos, informações e criações produzidas no ecossistema social. A sustentabilidade desse ambiente cultural relacionar-se-á, portanto, com a produção e disseminação de conhecimentos.

Eliane Y. Abrão, discorrendo sobre o direito autoral, demonstra a dinâmica dos bens imateriais que pode ser estendida à propriedade intelectual como um todo:

O privilégio temporário garantido por lei é, em si mesmo, enunciado e solução: os autores, pessoas comuns e sensíveis frutos do meio social e ambiental que habitam, recebem do meio ambiente histórico, geográfico e cultural os estímulos necessários à sua singular criação. Esta, por outro lado resulta de sua leitura pessoal do universo, decodificada pelos sentidos, razão pela qual goza o autor de privilégio temporário e exclusivo em relação à obra. E como é a coletividade que lhe fornece os ingredientes para a criação e a confecção de seu trabalho intelectual, de modo justo e equânime, manda a lei que ele devolva o uso e o gozo da obra criada a essa mesma coletividade, após a extinção do privilégio temporário.^[13]

Assim, da mesma forma, que existem ciclos naturais dos recursos ambientais, existe um ciclo próprio dos bens imateriais que compõe o horizonte cultural e científico da humanidade.

Da mesma maneira que o Direito Ambiental se pretende uma forma de regulação da utilização dos bens ambientais de modo a salvaguardar a continuidade desse ciclo e otimizar o aproveitamento social dos bens naturais, o Direito da Propriedade Intelectual deveria atuar como um mecanismo de salvaguarda dos ciclos do ecossistema social de produção de conhecimentos, bem como otimizar o aproveitamento social dos mesmos.

A preocupação na preservação do meio ambiente natural não é meramente ética. Os recursos naturais e as dinâmicas dos ecossistemas naturais são elementos essenciais dos ecossistemas sociais, especialmente à economia moderna. David Bollier ressalta essa relevância da natureza:

“A natureza proporciona, de forma silenciosa, inúmeros outros benefícios para a economia. A biodiversidade representa uma biblioteca genética que está sendo cada vez mais utilizada para desenvolver novos remédios e para aumentar a produtividade de trigo e milho. Os oceanos do planeta são importantes para a filtragem biológica de água, para desintoxicar poluentes, proporcionar alimentos e encorajar o turismo. Pesticidas naturais proporcionam um valioso serviço os agricultores ao melhorar as colheitas e diminuir custos de produção (um benefício que fica mais aparente quando o sistema ecológico está comprometido). No total, estima-se de forma grosseira que os serviços que a natureza proporciona estão na ordem de US\$ 39 trilhões de dólares para a economia – isto num PIB estimado em US\$ 35 trilhões”.^[14]

Marcos Wachowicz, por sua vez, faz bela comparação entre os bens intelectuais na sociedade atual e a importância dos recursos naturais que foram base da “Revolução Industrial”:

O bem intelectual na Sociedade da Informação paulatinamente passa a ser considerado tão valioso quanto, para a Revolução Industrial, foram os recursos das matérias-primas do carvão, do ferro e do óleo. Isto com nítida vantagem e diferença em relação a estes últimos, por se tratar de recursos naturais limitados e não-renováveis, ao passo que o bem intelectual é um recurso indefinidamente renovável.[15]

O ecossistema social, tanto nos seus processos produtivos como nos seus processos de consumo, está cada vez mais voltado para os bens intelectuais. Quanto ao aspecto produtivo, Aires Rover destaca que, “(...) *para as empresas, a posse do capital físico está se tornando marginal ao processo econômico e até desnecessário e incômodo. Em contraposição, agora a fonte da riqueza é o capital intelectual: conhecimentos estratégicos, marcas, patentes, conceitos, enfim, propriedade intelectual*”.[16] Os processos de consumo, por sua vez, tem os próprios bens consumidos estreitamente ligados aos sistemas de propriedade intelectual, especialmente na vertente dos direitos autorais e de *copyright*: músicas, filmes, shows, jogos eletrônicos, etc.

Desta forma, conjugando-se a importância do meio ambiente para a economia – e para a própria sociedade – com a crescente relevância a importância dos bens imateriais, são válidas as indagações: Será que existe uma universalidade tal qual é o meio ambiente para os bens naturais em relação aos bens imateriais? Será que existe algo como um meio ambiente imaterial, meio ambiente intelectual ou cultural?

A resposta é afirmativa, existe sim um horizonte cultural comum que congrega todos os conhecimentos e informações da humanidade. Tal qual o ar que é respirado, existe uma pleora de sentidos e significados que são utilizados por todos, sem normalmente qualquer reflexão do grande valor social que possuem: a linguagem, a matemática, os conhecimentos científicos básicos, etc.

Esse meio ambiente dos bens e recursos imateriais pode ser identificado com a própria cultura humana. Outro aspecto curioso é perceber que também existem importantes similitudes entre o meio ambiente e a cultura.

2 UM MEIO AMBIENTE CULTURAL E INTELECTUAL

Da mesma forma que o Direito Ambiental vai determinar formas de comportamento social em relação aos recursos naturais, o direito da Propriedade Intelectual é um importante segmento da ordem jurídica que vai determinar como a coletividade vai se relacionar com essa sua “ecologia do conhecimento”, em razão dos recursos imateriais.

O equivalente ao meio ambiente natural no plano imaterial seria a cultura. Esta última vista como a integralidade dos conhecimentos, informações e sentidos existentes na sociedade.

Para Ana Maria Marchesan a cultura “(...) *é tudo aquilo que é criado pelo homem. É também um conjunto de entes que, embora não sejam fruto da criação humana (ex. as paisagens naturais) são valorados como bens culturais*”.^[17]

Danilo Fontenele Sampaio Cunha, indica que é possível compreender “(...) *a cultura como sendo a maneira pela qual os humanos se humanizam por meio de práticas que criam a existência social, econômica, política, religiosa, intelectual e artística*”.^[18]

Logo, essa concepção abrangente permite reformular a idéia de cultura como todos aqueles elementos imateriais ou o valor imaterial atribuído a coisas materiais que compõe o horizonte comum da humanidade e constitui as interações intersubjetivas humanas e as interações com a realidade natural.

Com efeito, a própria relação do homem com o meio ambiente é mediada por informação, conhecimento. As revoluções tecnológicas colocam em evidência que a relação do ser humano com a realidade circundante passa a ser cada vez mais dependente da tecnologia, sendo esta entendida como o conhecimento aplicado.

Nessa perspectiva, justifica-se a interpretação ampliativa proposta por José Afonso da Silva para o conceito de meio ambiente que deve ser “(...) *globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico*”.^[19]

Logo, não seria de todo absurdo, defender a existência de um meio ambiente cultural, no qual os recursos naturais seriam as idéias, conhecimentos e tecnologias do horizonte cultural comum da humanidade, especialmente quando a Constituição Federal de 1998, expressamente consagra, no *caput* do art. 216, o patrimônio cultural imaterial. Há uma contraposição ao paradigma anterior, onde somente bens físicos e edificações com valor histórico seriam integrantes do patrimônio cultural.^[20]

Além disso, o inc. III do art. 216 da Constituição Federal ressalta que as criações artísticas, científicas e tecnológicas compõem o patrimônio cultural. Logo, devem ser protegidas de acordo com esta natureza, embora a tutela jurídica das mesmas seja a da Propriedade Intelectual no que diz respeito aos interesses individuais dos autores, artistas e inventores.

Há ainda algumas similitudes interessantes no tratamento constitucional dispensado tanto ao Patrimônio Cultural^[21] como ao Meio Ambiente^[22]. Primeiro, ambos são tratados como direitos difusos da coletividade. O meio ambiente chega a ser expressamente designado como bem de uso comum do povo. Logo, ambos passam a ser direitos públicos subjetivos, oponíveis até mesmo contra o estado. Segundo, em ambos há a expressa previsão de participação da sociedade na proteção. Fica assim caracterizada uma responsabilidade da própria sociedade em relação aos mesmos.

Ainda na linha defendida por José Afonso da Silva, seria possível até mesmo enquadrar esse meio ambiente cultural dentro de uma idéia global de meio ambiente.

Observe-se que o conceito legal de meio ambiente identificado no art. 3º, inciso I da Lei 6.938/31 aponta para o meio ambiente como “(...) *o conjunto de condições leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, **abriga e rege a vida em todas as suas formas.***” (grifado e negrito).

A expressão abrangente do final do dispositivo torna possível argumentar que a vida engloba ainda um aspecto imaterial ou cultural que não só o biológico, pois as interações do homem com os recursos naturais são, invariavelmente, mediadas pela cultura.

Essa perspectiva de um meio ambiente cultural é relevante, pois serve para colocar a ótica na proteção cultural integralmente considerada e não no direito individual como usualmente acontece nos campos da propriedade intelectual.

Ao contrário do Direito Ambiental, onde os debates e discussões sempre partem de um paradigma de proteção do interesse coletivo no equilíbrio ambiental, no caso da Propriedade Intelectual a própria forma de raciocínio jurídico está marcada pela perspectiva de um raciocínio privado de direitos individuais. Por exemplo, os debates do direito autoral são vistos como questões de direito civil e os debates da propriedade industrial vistos como questões de direito comercial, em todos os casos dissociados do profundo impacto social que possuem sobre a cultura de determinada sociedade.

A própria expressão “propriedade intelectual” coloca-se em contraponto ao a expressão “patrimônio cultural”. As duas palavras que compõe a primeira expressam um aspecto individualista, vez que “propriedade” e “intelectual” evocam a idéia do indivíduo e da criatividade individual. Já as palavras que compõe a segunda expressão evocam uma noção de coletivo – patrimônio e cultura.

Colocar em evidência a importância de um espaço cultural comum é necessário para evitar que uma lógica de tutela jurídica individualista venha a ser extremada na atribuição progressiva de direitos individuais em detrimento do direito difuso da coletividade de acesso aos bens culturais. Pertinente destacar a análise de José Oliveira de Ascensão, que embora se refira aos direitos autorais pode ser expandida para toda a propriedade intelectual:

A defesa da cultura faz-se com a liberdade e não com a proibição.

A afirmação pareceria desnecessária, mas não é. Quando hoje se vem falar de cultura, freqüentemente é apenas como pretexto para novas imposições a título de direito autoral.

[...]

Infelizmente, assistimos a uma evolução decepcionante.

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “caça as exceções”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social.

[...]

É lamentável que assim se proceda. As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.^[23]

Além disso, outro ponto que a ótica sob um prisma ambiental coloca em evidência é qual a ecologia natural dos bens imateriais, qual o comportamento dos mesmos no âmbito social.

3 CONTRASTE ENTRE AS DIÂMICAS DE UTILIZAÇÃO DOS BENS NATURIAS E DOS BENS INTELECTUAIS

Do paralelo traçado ao logo do trabalho verifica-se que um dos objetivos do sistema de propriedade intelectual deve ser a manutenção de um equilíbrio na “ecologia natural” dos bens intelectuais, além de promover um aproveitamento otimizado dos recursos. É a nota característica da imaterialidade que vai diferenciar o tipo de tutela jurídica que deve incidir sobre tais bens imateriais das tutelas jurídicas dispensadas aos bens ambientais.

Um dos paradigmas para a definição das formas de proteção dos recursos naturais é o problema económico que se tornou famoso com o artigo *The Tragedy of the Commons*^[24], publicado por Garret Hardin, na revista *Science*, em 1968.^[25]

O problema procura ilustrar como a racionalidade individual importa num incentivo natural para sobre-utilizar recursos naturais mantidos em regime comunal. O exemplo prático utilizado foi o de pastagens comunais e um grupo de criadores de gado.

A tragédia que os terrenos vêm a sofrer é a sobre-pastagem. Segundo Hardin, esta decorre da situação aonde os benefícios provenientes de cada cabeça de gado adicional vão na sua totalidade para o proprietário – internalização dos benefícios – ao passo que o ônus que aquele consumo sobre o recurso ambiental – pastagem – é partilhado por todos os utilizadores do terreno – exteriorização dos custos. O resultado lógico dessa dinâmica é a utilização excessiva do pasto comunal, com o conseqüente esgotamento do próprio recurso.

Logo, direitos de propriedade, ou direitos de exclusividade sobre a utilização de recursos naturais – no exemplo, propriedade sobre os terrenos de pastagem – é uma forma de prover incentivos para que os criadores de gado procurem manejar de forma eficiente os recursos que possuem, procurando extrair o máximo daquela área de pastagem, até mesmo reduzindo a utilização para permitir sua conservação.

Contudo, esta lógica de atribuição de direitos exclusivos necessita ser reformulada quando da aplicação sobre bens intelectuais. Com efeito, os bens intelectuais são o que se pode chamar de “imperfetamente exclusivos”^[26], pois é possível excluir terceiros de determinada informação ou conhecimento enquanto estes forem mantidos em segredo. Uma vez comunicados não é mais possível excluir aquele conhecimento ou informação do terceiro.

A natureza imaterial ainda permite que o mesmo bem ou recurso – informação – seja utilizada por múltiplos indivíduos sem esgotar o recurso original. Uma mesma música, por exemplo, pode ser cantada por milhares de pessoas simultaneamente sem que a música se esgota, ao passo que a pastagem consumida por uma cabeça de gado não subsiste mais disponível para outros animais.

Assim, os bens imateriais são diferentes no que se relaciona aos critérios econômicos de rivalidade e exclusividade dos recursos. Essas diferenças de comportamento econômico implicam que os equilíbrios do meio ambiente natural e do meio ambiente cultural prestar-se-ão a dinâmicas diferenciadas, demandando lógicas e formas de regulação próprias.

Lawrence Lessig explica as implicações da rivalidade na definição de um sistema de controle sobre a utilização de recursos econômicos, naturais ou imateriais

1. Se o recurso é rival, então o sistema de controle é necessário para assegurar que o recurso não será esgotado, o que significa que o sistema deve assegurar que o recurso será tanto produzido como não sobre-utilizado;
2. Se o recurso é não rival, então o sistema de controle é necessário simplesmente criado – um problema de provisionamento. Uma vez criado não há qualquer perigo de que o recurso seja esgotado. Por definição um recurso não rival não pode ser exaurido.

[...]

O que se segue é crucial: O sistema de controle criado para recursos rivais (terra, carros, computadores) não é necessariamente apropriado para recursos não rivais (idéias, música, expressões). De fato, o mesmo regime para os dois tipos de recursos pode ocasionar um dano real. Portanto, o sistema legal ou a sociedade em geral, deve cuidadosamente delinear o tipo de controle ao tipo de recurso. Um só tipo de regulação não serve para todos os casos.^[27]

Logo, o sistema de propriedade intelectual não deveria ter, *a priori*, a mesma formatação de um sistema de propriedade para bens materiais ou de recursos naturais. Embora o que se persiga no Direito Ambiental e no direito de Propriedade Intelectual seja o equilíbrio, no primeiro, uma preocupação deve ser a sobre-utilização ou esgotamento dos recursos, no segundo a existência ou não de incentivos suficientes à produção dos bens imateriais.

Uma vez produzidos, os bens intelectuais podem ser amplamente difundidos, sem que o detentor originário veja-se diminuído no acesso ao bem. Essa vocação para a difusão dos bens intelectuais torna-se ainda mais patente diante das tecnologias digitais e das redes de telecomunicação, cujo exemplo por excelência é a Internet, que se consubstanciam em uma infra-estrutura que reduz os custos de distribuição dos bens intelectuais à quase zero.

Contudo, essa facilidade de replicação ocasiona um problema que se relaciona com os incentivos necessários à produção do bem intelectual em primeiro plano. Surge o problema econômico conhecido como *free riding*, ou seja, a possibilidade de “pegar carona” no esforço alheio. Se os custos com a cópia ou a engenharia reversa de um determinado produto intelectual são muito menores do que os custos com a criação ou desenvolvimento do mesmo, a racionalidade individual sugeriria que todos os agentes aguardassem que outrem criasse o produto. Com todos agindo dessa forma o produto sequer seria criado inicialmente.

O sistema de direitos de Propriedade Intelectual é a forma como a sociedade busca resolver esse problema. Através da atribuição de direitos exclusivos, busca-se equacionar tanto a questão dos incentivos para a produção como garantir uma distribuição eficiente. Consoante Lévêque e Ménière,

Através da oferta de direitos exclusivos por um período de tempo limitado, a propriedade intelectual trata desses dois problemas de forma seqüencial. Inicialmente, o mecanismo legal de proteção torna o produto exclusivo. Usuários devem pagar pelos serviços oferecidos, através de royalties. Seqüencialmente, quando o trabalho passa para o domínio público, todos os consumidores podem acessá-lo de forma gratuita. Propriedade Intelectual procura encontrar um equilíbrio entre incentivos para a criação e inovação e usos, traduzindo-se em linguagem econômica como uma troca entre eficiências dinâmica e estática.^[28]

Essa sistemática de atribuição de direitos exclusivos é comum às diversas doutrinas da propriedade intelectual, seja no tocante às criações artísticas seja no que se relaciona aos inventos industriais. Logo, traduz-se na própria dinâmica do equilíbrio ecológico desse meio ambiente cultural.

Os direitos exclusivos são uma forma de permitir o controle da criação de modo que o titular possa cobrar pelo acesso desse recurso intelectual para não só recuperar os custos com a criação ou desenvolvimento, bem como se sentir estimulado à criar em primeiro lugar.

Dessa concepção decorre importante constatação, a forma e a extensão do controle é que delimitam o equilíbrio dessa ecologia informacional. Se o controle for muito reduzido, não haverá incentivos suficientes para a produção de novos bens intelectuais e o ambiente intelectual não estará a se expandir em toda a sua potencialidade.

Por outro lado, se o controle for excessivo, estar-se-á limitando o acesso a esses bens imateriais desnecessariamente em favor do interesse individual. Além disso, não se está a permitir que outros indivíduos na sociedade elaborem sobre esse conhecimento prévio, produzindo algo novo sobre fundamentos passados.

É possível dizer que as diferenças de dinâmica econômica entre os recursos naturais e os recursos intelectuais determinam duas diferentes posturas em relação à tutela dos respectivos meio ambientes.

O meio ambiente natural, composto de bens materiais, necessita de uma lógica de preservação e limitação da utilização de modo a promover a sustentabilidade do mesmo frente à esgotabilidade dos recursos.

Já o meio ambiente cultural, composto de bens imateriais, necessita de uma lógica de expansão progressiva, tendo em vista a inesgotabilidade dos recursos. Para tanto, necessita de uma tutela que providencie tão somente os incentivos necessários a um nível de produção ótimo para a posterior difusão dos bens produzidos. O equilíbrio desse meio ambiente peculiar encontra-se na adequada atribuição da exclusividade tanto em escopo, como em duração.

Os princípios ambientais, por sua vez, orientam tanto a construção de políticas públicas, como a hermenêutica a ser aplicada às questões ambientais. Válido, portanto, fazer algumas ilações de como transportar os principais princípios do direito ambiental para o campo da Propriedade Intelectual.

4 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS APLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os princípios ambientais têm grande importância para se obter a efetividade do direito subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. São diversos os princípios ambientais de índole constitucional: a) o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais; b) o princípio do usuário-pagador; c) o princípio do poluidor-pagador; d) o princípio da precaução; e) o princípio da prevenção; f) o princípio da reparação; g) o princípio da informação; h) o princípio da participação.^[29]

Contudo, para os propósitos deste estudo, destacamos alguns princípios nos quais é possível fazer paralelos e suscitar questões cuja análise pode se mostrar relevante para a compreensão da propriedade intelectual.

4.1 Princípio da Responsabilidade Intergeracional

O princípio da responsabilidade intergeracional decorre da previsão constitucional, no final do *caput* do art. 225, da necessária preservação do meio ambiente para as gerações futuras. Tal princípio coloca em evidência que a tessitura social não é pontual, mas sim um contínuo através da história, ligando as mais diversas gerações. Nas palavras de Edmund Burke:

Sociedade é realmente um contrato. (...) É uma parceria em toda a ciência; uma parceria em todas as artes; uma parceria em toda virtude e em toda a perfeição. Como os objetivos dessa parceria não podem ser obtidos em várias gerações, fica claro que essa parceria não é somente entre aqueles que estão vivos, mas entre aqueles que estão vivos, aqueles que estão mortos e aqueles que estão por nascer.^[30]

O Direito Ambiental, portanto, objetiva salvaguardar as condições ambientais para o futuro. Do contrário, o uso desregrado atual irá comprometer a quantidade e qualidade de recursos ambientais necessários para que as gerações futuras possam exercer, no seu momento próprio, o direito a uma qualidade sadia de vida.^[31] Para José Rubens Leite, portanto:

(...) a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual. Assim sendo, este novo paradigma de proteção ambiental com vistas às gerações futuras, pressiona um condicionamento humano, político e coletivo mais consciencioso com relação às necessidades ambientais.^[32]

O tratamento constitucional da cultura, por sua vez, também aponta para a preservação da história e memória cultural do povo. Com efeito, existe toda uma gama de instrumentos jurídicos para a proteção do Patrimônio Cultural. Contudo, este é normalmente vislumbrado como tão somente os bens materiais e imateriais de valor histórico ou historiográfico, quando os incisos do art. 216 claramente indicam que os elementos desse Patrimônio transcendem os bens de valor meramente historiográfico.

Particularmente no tocante aos bens do inciso III, as criações artísticas, científicas e tecnológicas, o princípio da responsabilidade intergeracional no campo da Propriedade Intelectual traduzir-se-ia em um imperativo de que, para as gerações futuras, não seja repassado um horizonte cultural e intelectual mais reduzido em razão da atribuição excessiva de direitos exclusivos sobre bens intelectuais.

De fato, uma expansão desmedida de direitos de Propriedade Intelectual sobre bens intelectuais implica numa redução do horizonte cultural comum que estará à disposição da humanidade para que novas descobertas científicas e novos trabalhos de arte.

Esse horizonte cultural comum disponível à todos, pode ser identificado com o domínio público, ou seja, um conjunto de bens ou recursos imateriais disponível à todos para utilização independentemente de autorização ou controle. Trata-se, portanto, de um *commons* cultural.

Esse tipo de *commons* é normalmente negligenciado ou pouco estudado, pois o foco da atenção social usualmente reside com a novidade, não com a ciência ou conhecimentos básicos subjacentes. Peter Barnes assim se posiciona sobre este *commons* cultural:

Por este eu me refiro aos presentes da linguagem, arte e ciência que herdamos, mais as contribuições que fazemos enquanto vivemos. Cultura é um trabalho conjunto – uma co-produção – de indivíduos e sociedade. As sinfonias de Mozart, tal quais as canções de Lennon e McCartney, são trabalhos de gênio. Mas elas surgem da cultura na qual tais gênios vivem. A instrumentação, o sistema de partituras, as formas musicais prevalentes são a massa da qual os compositores assam os seus bolos. Também com as idéias. Todos os pensadores e escritoras evocam histórias e descobertas que foram desenvolvidas por incontáveis homens e mulheres antes deles. Parafraseando Issac Newton, cada geração vê um pouco mais longe porque está nos ombros de suas predecessoras. Desta forma, todos os novos trabalhos absorvem do coletivo e o enriquecem. Para manter a arte e a ciência florescendo, nos devemos garantir que o *commons* cultural seja cuidado.

[...]

Hoje em dia, infelizmente, este *commons* cultural, tal qual o *commons* da natureza e comunidade está sendo enclausurado por corporações privadas. O perigo é que estas corporações venham a esgotar o solo onde a cultura cresce. O remédio é revigorar o *commons* cultural.^[33]

A idéia de um meio ambiente cultural é importante para evidenciar a importância dessa cultural básica na qual toda a inovação e criatividade são geradas.

A aplicação de um princípio de responsabilidade intergeracional à Propriedade Intelectual, por sua vez, implica na inserção de um componente ético na definição do que pode ou não ser apropriado, de que forma e por quanto tempo, para que esse *commons* cultural que é passado através das gerações não seja progressivamente enclausurado e controlado por uns poucos detentores de ativos intelectuais, sufocando a criatividade futura e o acesso aos conhecimentos básicos para que se possam conduzir novas pesquisas científicas.

Essa noção de um meio ambiente cultural que deve ser cuidado possui, portanto, implicação direta para as diversas doutrinas da propriedade intelectual: a necessidade de uma gestão racional dos recursos intelectuais.

Se para o Direito Ambiental a utilização racional é aquela que permite a preservação e recuperação natural do ambiente, a utilização racional da Propriedade Intelectual será

aquela onde a exclusividade e o controle privado são atribuídos na medida adequada para que haja um máximo de produção social de bens intelectuais e o retorno dos mesmos ao patrimônio comum.

Foge aos propósitos deste trabalho delinear todas as possíveis aplicações que a construção desse princípio no campo da Propriedade Intelectual permitiria, contudo, fica patente que diversas questões atualmente debatidas poderiam ser beneficiadas com uma ótica ambiental, por exemplo, a questão dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético.

4.2 Princípio do Poluidor-Pagador

Para Marcelo Abelha,

(...) o princípio do poluidor-pagador, juntamente com o do desenvolvimento sustentável (utilização racional dos componentes ambientais, que também constituem um direito das futuras gerações) e com a identificação do objeto de proteção do Direito Ambiental (equilíbrio ecológico derivado da interação de seus componentes – bens de uso comum), constituem os mais robustos “pilares” do Direito Ambiental, sobre os quais devem se assentar todas as normas do ordenamento jurídico do ambiente.^[34]

De fato, o princípio do poluidor-pagador e do usuário-pagador além do viés econômico, possuem uma dimensão de ordem repressiva, de índole reparatória e ressarcitória, buscando internalizar ao processo produtivo os custos sociais que são suportados com o desenvolvimento das atividades econômicas. Consoante Paulo Affonso Machado: “*A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar um ar puro, beber água saudável e viver com tranqüilidade*”.^[35]

Num nível bem básico, o que o princípio prevê é uma reparação tendo em vista o valor do ambiente que é aproveitado ou degradado dentro de um processo produtivo que gera lucros para determinado agente econômico.

O pagamento financeiro é apenas a forma residual de reparação, pois o objetivo ideal do Direito Ambiental é a manutenção, recuperação ou reparação do próprio bem ambiental.

No campo da Propriedade Intelectual é possível verificar uma dinâmica com algumas possíveis analogias. Com efeito, os titulares de ativos intelectuais relacionam-se com o meio ambiente *ex ante* e *ex post* à atribuição dos direitos exclusivos.

No caso do direito de propriedade industrial, por exemplo, ao solicitar a patente o inventor deve expor a técnica e o conhecimento inerentes à sua invenção, de modo que um técnico no assunto possa repetir o processo (art. 24 da Lei de Propriedade Industrial^[36]). Neste momento, *ex ante* à proteção patentária, já há um retorno de

conhecimento à coletividade. Ao expirar a patente, há um retorno mais significativo à sociedade, pois o conhecimento subjacente àquele invento ou processo passa para o domínio público, o que permite à qualquer indivíduo trabalhar com e elaborar sobre o mesmo.

No direito autoral, o final da proteção dos direitos patrimoniais reflete a possibilidade de uma disseminação muito mais fácil e abre-se a possibilidade de elaboração de novos trabalhos sobre os bens intelectuais.

Com efeito, um exemplo icônico do problema a qual está sujeito o meio ambiente cultural é a história da *Disney Corporation*. Lawrence Lessig informa que a maior parte dos grandes sucessos da *Disney* foram histórias derivadas de trabalhos do domínio público:

Em verdade, o catálogo de trabalhos da Disney derivados do trabalho de outros é assombroso quando colocado em conjunto: Snow White (1937), Fantasia (1940), Pinocchio (1940), Dumbo (1941), Bambi (1942), Song of the South (1946), Cinderella (1950), Alice in Wonderland (1951), Robin Hood (1952), Peter Pan (1953), Lady and the Tramp (1955), Mulan (1998), Sleeping Beauty (1959), 101 Dalmatians (1961), The Sword in the Stone (1963), and The Jungle Book (1967), Treasure Planet (2003). Em todos esses casos, Disney (ou Disney, Inc.) retirou criatividade da cultura ao seu redor, mixou essa criatividade com seu extraordinário talento e gravou essa mistura na alma dessa cultura.^[37]

Inegável que toda essa criatividade produzida corporativamente é uma importante parte da nossa cultura e valorizada pela comunidade. Com efeito, muitas dessas histórias passaram a se tornar elementos indissociáveis dos sentidos e significados de várias comunidades pelo globo.

Contudo, essa criatividade está apenas disponível para consumo, nos termos ditados pelo detentor dos direitos. Qualquer uso não autorizado pode ser reprimido pelo aparato policial e jurisdicional do estado. Assim, é inegável que essa criatividade não retornou efetivamente para *commons* cultural, não obstante o efetivo valor desses trabalhos esta na apreciação do público. Através de progressivas expansões dos períodos de proteção dos trabalhos expressivos, nenhum dos trabalhos acima listados ingressou no domínio público.

Assim, retirou-se um grande valor do *commons* cultural e ocorreu apenas um retorno parcial, com a elaboração de novos trabalhos, porém, esses novos objetos permanecem no controle de alguns poucos titulares, que efetivamente passam a ditar como a cultura pode ou não ser utilizada.

Esse problema da ausência de um efetivo retorno ao *commons* cultural fica ainda mais cristalizado frente às novas tecnologias digitais que, através de tecnologias e equipamentos de baixo custo, democratizaram a possibilidade dos indivíduos de capturar sons e imagens da cultura ao seu redor e alterá-las para expressar novas mensagens e significados. Contudo, a maioria das imagens, músicas e filmes da nossa cultura são trabalhos protegidos pela Propriedade Intelectual, através da qual, os

titulares detêm o controle de como tais bens e a criatividade subjacente aos mesmos será utilizada.

Ainda na comparação entre o meio ambiente natural e o meio ambiente intelectual, cumpre definir o que seria poluição que se pretende prevenir ou reparar no Direito Ambiental para a Propriedade Intelectual.

A poluição é vista como uma externalidade negativa do processo produtivo, logo o direito cria mecanismos para que esta externalidade seja internalizada, através da imposição de custos, como por exemplo, necessidade de tratamento dos efluentes industriais.

O equilíbrio que norma ambiental deve alcançar é a internalização dos custos associados a uma atividade produtiva sem, contudo, se tornar tão excessiva ao ponto de inviabilizar as próprias atividades econômicas necessárias à sociedade.

Para os bens intelectuais, o problema é inverso, há uma dificuldade de internalizar os benefícios de determinada criação, uma vez que é da natureza desses bens uma grande assimetria entre os custos de produção e os custos de reprodução. Essa facilidade de reprodução gera, na verdade, externalidades positivas para a sociedade, uma vez que determinado conhecimento ou informação pode ser utilizado por terceiros, levando a novas descobertas.

Numa simetria interessante, a lógica subjacente à Propriedade Intelectual deve ser a busca de um equilíbrio que permita a internalização dos benefícios oriundos de determinado bem intelectual produzido sem, contudo, reduzir as externalidades positivas ao ponto de anular qualquer benefício à sociedade.

Logo, poderíamos entender como “poluição” do ambiente cultural o desequilíbrio causado por utilizações abusivas ou controles excessivos dos titulares de ativos intelectuais, uma vez, que a vocação natural da informação e do conhecimento é a difusão.

A idéia de um poluidor-pagador, traduzir-se-ia, para a Propriedade Intelectual, em um princípio pelo qual o deve-se valorizar o *commons* cultural, bem como devem existir mecanismos jurídicos e institucionais através do qual o conhecimento produzido e usufruído com base nesse manancial informacional coletivo retorne para a sociedade de modo ainda útil e com potencial para permitir novas criações. Um dos pagamentos desse “poluidor” – aquele que se apropria do conhecimento através da ordem jurídica – seria o próprio novo produto cultural quando do seu retorno ao domínio público.

5. O AMBIENTALISMO CULTURAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

Embora as considerações sobre as possíveis formas de instrumentalização e transposição de princípios ambientais à Propriedade Intelectual no direito brasileiro

sejam apenas iniciais, demandado uma maior reflexão e estudo doutrinário, essa comparação e utilização do conjunto conceitual e metodológico do ambientalismo para a construção de uma perspectiva unificada dos movimentos sociais relacionados com a informação e o conhecimento já é presente no direito comparado.

A idéia específica de um ambientalismo cultural (*cultural environmentalism*) no campo da propriedade intelectual surgiu na doutrina americana a partir dos trabalhos de James Boyle, professor da universidade de Duke.[38] No livro *Shamans, Software, and Spleens*, Boyle explicita a multiplicidade de campos aparentemente díspares que tem como elemento comum a regulação sobre a informação.

A utilização do movimento ambientalista como um paradigma de estudo é interessante para dotar os diversos movimentos em torno da regulação das informações e do conhecimento de uma identidade. Desta forma, fortalecendo o discurso sobre a necessidade de valorizar o *commons* cultural e informacional que tem cada vez maior importância na sociedade.

Nas palavras do próprio Boyle:

Eu tenho defendido que, da mesma forma, temos que tornar visíveis as invisíveis contribuições do domínio público, o “eco-sistema de serviços” realizados pelo ignorado, porém vital, reservatório de liberdade na cultura e na ciência. E, da mesma forma que com o ambientalismo, necessitamos não só de um reconhecimento semântico ou um movimento devotado a este fim, mas de um conjunto de ferramentas conceituais e analíticas.[39]

O domínio público é o foco de uma grande valorização no trabalho de Boyle, para quem o mesmo sofre problemas similares ao ambiente em seu processo de afirmação social:

O ambiente era sub-valorizado por uma concepção estreita e formalista de direitos de propriedade, que ignorava os efeitos da poluição e de outras atividades na ecologia coletiva, não reconhecidos como danos legalmente tuteláveis. Similarmente, existiam áreas da propriedade intelectual onde o domínio público era sub-valorizado por uma ideologia romântica de autoria, que pressupunha que a inovação surgia do éter – o autor não necessitaria de materiais básicos para suas criações.[40]

Retirar o foco do debate da pessoa do criador de um bem intelectual é uma forma importante para permitir a compreensão da importância do horizonte cultural comum da comunidade para o próprio processo criativo. Valorizar a idéia e o estudo do domínio público é uma forma de destacar a importância de um espaço de liberdade, seja nas artes ou nas ciências:

A idéia do “ambiente” literalmente criou o “auto-interesse” ou conjunto de preferência que torna o movimento coeso. O mesmo é verdade aqui. Interesses aparentemente

dísparos são ligados pela idéia de proteção do domínio público e da importância de equilíbrio entre proteção e liberdade na ecologia cultural e científica.^[41]

Essa ecologia da informação e do conhecimento necessita ser vislumbrada em toda a sua extensão, especialmente para que os diversos problemas existentes nas diversas doutrinas da Propriedade Intelectual possam ser entendidos como decorrência de uma causa comum, o desequilíbrio entre o controle e a liberdade sobre os bens intelectuais.

O foco dos debates deve passar a ser o equilíbrio e não simplesmente a idéia de proteção e regulação. A já assentada idéia de um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, transposta à Propriedade Intelectual em relação a um meio ambiente cultural, pode ser um importante fator para reformular o debate de forma mais lúcida e racional.

É necessário, portanto, valorizar tanto o papel do indivíduo e seus interesses como o indispensável papel da coletividade nos processos de produção cultural e científica. Nas palavras de Lawrence Lessig:

Tal qual o meio ambiente global, cada vez mais percebemos como escolhas relativamente específicas sobre como a informação será regulada possuem efeitos radicais na saúde e diversidade da ecologia informacional. E da mesma forma que precisamos levar em consideração os efeitos globais de nossa decisão de usar como fonte de energia o carvão, ou a utilização de gasolina nos carros, também devemos levar em consideração os efeitos culturais globais do aumento radical na regulação característica legislação sobre informação. O ponto não é anarquia. Ambientes informacionais, como os ambientes físicos, necessitam de regulação. Ninguém duvida que certa regulação é boa. Mas simplesmente porque alguma é boa, não segue que quanto mais é melhor. Ou mesmo se mais for melhor para alguns propósitos, não é necessariamente o melhor para a difusão do conhecimento ou progresso da cultura.^[42]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou demonstrar as similitudes de tratamento existente entre o tratamento constitucional do meio ambiente e do patrimônio cultural, destacando que este último é composto não somente dos bens de valor historiográfico. A dicção constitucional expressamente indica que compõe esse patrimônio as criações artísticas, científicas e tecnológicas.

A Propriedade Intelectual, por sua vez, disciplina exatamente os limites de apropriabilidade desses bens, bem como cria incentivos para a produção e regula o retorno dos bens produzidos para o horizonte cultural comum da humanidade.

Conclui-se se possível traçar alguns paralelos entre o meio ambiente e um *commons* cultural da sociedade, contudo, os respectivos bens formadores prestam-se a dinâmicas de produção e consumo diferenciadas em razão da natureza material ou imaterial. Essas diferenças, por sua vez, vão determinar sistemáticas e equilíbrios próprios para o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural.

A transposição de princípios do direito ambiental para a propriedade intelectual encontra diversas aplicações. Primeiro, por traduzir para a propriedade intelectual a noção de uma responsabilidade intergeracional relativamente à cultura que é repassada às gerações futuras, que deve ser rica, farta e, principalmente, acessível para que possa haver uma evolução e expansão do conhecimento humano. Segundo, a idéia do direito a um meio ambiente equilibrado, onde os ônus impostos pela atividade humana devem ser reparados, evoca a idéia análoga de um ambiente cultural onde o acesso aos bens intelectuais não seja desnecessariamente limitado em favor da apropriação individual do conhecimento, bem como haja um efetivo retorno dessa cultura à coletividade.

O artigo ainda demonstra que a idéia de um ambientalismo cultural como forma de unificar a visão dos diversos problemas e questões envolvendo a Propriedade Intelectual em suas diversas doutrinas, já vem sendo construído no direito comparado. A dignidade constitucional do meio ambiente é transportada para a seara intelectual como a dignidade do domínio público e do *commons* cultural da humanidade.

Por fim, conclui-se que as analogias e o estudo das interações do Direito Ambiental, com a Propriedade Intelectual podem apresentar relevantes *insights* para o aprimoramento do debate, bem como para a construção racional e equilibrada do sistema jurídico de tutela dos bens intelectuais e informacionais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, Pesquisa, Cultura e os Direitos Autorais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 165-182.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1.

BARNES, Peter. **Capitalism 3.0**. San Francisco: Berret-Koehler Publishers, Inc. 2006.

BASSO, Maristela. **A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41. n. 162. p. 287-310. abr./jun. 2004.

BOLLIER, David. **Silent Theft – The private plunder of our common wealth**. New York: Routledge, 2003.

BOYLE, James. **Cultural Environmentalism and Beyond**. In: Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70, p. 5-22. Spring 2006.

BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. In: Duke Conference on the Public Domain. Law and Contemporary Problems. Volume 66, p. 33-74. Winter/Spring 2003.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. **Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

BURKE, Edmund. **Reflections on The Revolution in France**. 1790. Disponível em: <<http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf>>. Acesso em 08/08/08.

DELGADO, José Augusto. **Aspectos constitucionais do direito ambiental**. BDJur, Brasília, DF. 19 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16087>>.

GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural Imaterial. In: **Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais**. Belém/PA, 13-15 de out. 2004. MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio. (Orgs.). p. 211-222. Belém: CESUPA/MPEG. 2005.

HARDIN, Garret. **The Tragedy of the Commons**. Science Magazine. nº 162. p. 1243-1248. 1968.

LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial**. RT. São Paulo, 2003.

LESSIG, Lawrence. **Foreword**. In: Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70, p. 1-4. Spring 2006.

LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. New York: Penguin Books, 2004.

LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002.

LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16^a. ed. Malheiros: São Paulo. 2008.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p 41-60.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível**. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

ROVER, Aires J. O Direito Intelectual e seus Paradoxos. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-38.

SAMPAIO CUNHA, Danilo Fontenele. **Patrimônio Cultural – Proteção Legal e Constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. p. 25.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

[1] BOYLE, James. **The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain**. In: Duke Conference on the Public Domain. Law and Contemporary Problems. Volume 66, p. 33-74. Winter/Spring 2003. p. 52. No original: *“The invention of the concept of “the environment” pulls together a string of otherwise disconnected issues, offers analytical insight into the blindness implicit in prior ways of thinking, and leads to perception of common interest where none was seen before.”*

[2] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 57.

[3] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16ª. ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 54-55.

[4] PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível**. São Paulo: Cortez Editora, 2007. p. 3.

[5] BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. vol. 1. p. 5.

[6] BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos Para Harmonizar a Legislação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. Vol 1. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 25.07.08.

[7] O art. 2º da Convenção indica de forma exemplificativa e ampliativa uma série de direitos que estariam englobados pela noção de propriedade intelectual. No texto do Decreto 75.541/75: “(...)Para os fins da presente Convenção, entende-se por: (...) viii “propriedade intelectual”, os direitos relativos: às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

[8] BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41. n. 162. p. 287-310. abr./jun. 2004. p. 288.

[9] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 37.

[10] PIMENTEL, Luís Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p 41-60. p. 46.

[11] MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 69.

[12] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: EdUsp. 1992. p. 46.

[13] ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, Pesquisa, Cultura e os Direitos Autorais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 165-182. p. 167-168.

[14] BOLLIER, David. **Silent Theft – The private plunder of our common wealth**. New York: Routledge, 2003. p. 65. No original: “*Nature quietly provides countless other benefits to the economy. Biodiversity represents a “genetic library” that is increasingly used to develop new medicines and increase de productivity of wheat and corn crops. The world’s oceans are important in biologically filtering water, detoxifying some pollutants, providing food, and encouraging tourism. Natural pests provide a highly valuable service to farmers in improving crop yields and lowering costs (a benefit that is most apparent when the ecosystem service has broken down). All told, it*

has been crudely estimated that nature's service provide some US\$ 39 trillion of value to the economy – this in a global GDP estimated at US\$ 35 trillion”.

[15] WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 96.

[16] ROVER, Aires J. O Direito Intelectual e seus Paradoxos. In: ADOLFO, Luis Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-38. p. 36.

[17] MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

[18] SAMPAIO CUNHA, Danilo Fontenele. **Patrimônio Cultural – Proteção Legal e Constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. p. 25.

[19] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

[20] GANDELMAN, Silvia Regina Dain. **Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural Imaterial**. In: Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais. Belém/PA, 13-15 de out. 2004. MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio. (Orgs.). p. 211-222. Belém: CESUPA/MPEG. 2005. p. 216.

[21] Constituição Federal de 1988: Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, (...). § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (...) § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

[22] Constituição Federal de 1988: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[23] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135-137.

[24] O termo “*commons*” refere-se a qualquer recurso natural que disponha de pouca ou nenhuma regulação, ou seja, são recursos naturais que podem ser livremente utilizados pela comunidade.

[25] HARDIN, Garret. *The Tragedy of the Commons*. **Science Magazine**. n° 162. p. 1243-1248. 1968.

[26] LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Vintage Books, 2002. p. 94.

[27] LESSIG, Lawrence. *Idem*. p. 94-95. No original: “1. *If the resource is rivalrous, then a system of control is needed to assure that the resource is not depleted which means the system must assure the resource is both produced and not overused*; 2. *If the resource is nonrivalrous, then a system of control is needed simply to assure the resource is created – a provisioning problem, (...). Once it is created, there is no danger that the resource will be depleted. By definition, a nonrivalrous resource cannot be used up. [...] What follows then is critical: The system of control that we erect for rivalrous resources (land, cars, computers) is not necessarily appropriate for nonrivalrous resources (ideas, music, expression). Indeed, the same system for both kinds of resources may do real harm. Thus a legal system, or a society generally, must be careful to tailor the kind of control to the kind of resource. One size won’t fit all.*”

[28] LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. **The Economics of Patents and Copyright**. Paris: Berkley Eletronic Press, 2004. p. 5. No original: “*By offering an exclusive right for a limited period, intellectual property law addresses these two problems sequentially. Initially, the legal mechanism of protection makes the good excludable. Users are required to pay for the services offered, through royalties. Subsequently when the work passes into the public domain, all consumers can access it free of charge. Intellectual property law thus attempts to strike a balance between the incentive to create and innovate and use translates into economic language as a trade-off between dynamic and static efficiency.*”

[29] DELGADO, José Augusto. **Aspectos constitucionais do direito ambiental**. BDJur, Brasília, DF. 19 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16087>>.

[30] BURKE, Edmund. **Reflections on The Revolution in France**. 1790. Disponível em: <<http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf>>. Acesso em 08/08/08. No original: “*Society is indeed a contract. (...) It is a partnership in all science; a partnership in all art; a partnership in every virtue and in all perfection. As the ends of such a partnership cannot be obtained in many generations, it becomes a partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to be born.*”

[31] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 171.

[32] LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial**. RT. São Paulo, 2003. p.74.

[33] BARNES, Peter. **Capitalism 3.0**. San Francisco: Berret-Koehler Publishers, Inc. 2006. p. 117. No original: “*By this I mean the gifts of language, art, and science we inherit, plus the contributions we make as we live. Culture is a joint undertaking—a co-production—of individuals and society. The symphonies of Mozart, like the songs of Lennon and McCartney, are works of genius. But they also arise from the culture in which that genius lives. The instrumentation, the notation system, and the prevalent musical forms are the dough from which composers bake their cakes. So too with ideas. All thinkers and writers draw on stories and discoveries that have been developed by countless men and women before them. To paraphrase Isaac Newton, each generation sees a little farther because it stands on the shoulders of its predecessors. In this way, all new work draws from the commons and then enriches it. To keep art and science flourishing, we have to make sure the cultural commons is cared for. [...] Today, unfortunately, this cultural commons, like the commons of nature and community, is being enclosed by private corporations. The danger is that corporations will deplete the soil in which culture grows. The remedy is to reinvigorate the cultural commons.*”

[34] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 190.

[35] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16^a. ed. Malheiros: São Paulo. 2008. p. 273.

[36] Lei nº 9.279/96: “Art. 24. O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução”.

[37] LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. New York: Penguin Books, 2004. p. 23-24. No original: “*Indeed, the catalog of Disney work drawing upon the work of others is astonishing when set together: Snow White (1937), Fantasia (1940), Pinocchio (1940), Dumbo (1941), Bambi (1942), Song of the South (1946), Cinderella (1950), Alice in Wonderland (1951), Robin Hood (1952), Peter Pan (1953), Lady and the Tramp (1955), Mulan (1998), Sleeping Beauty (1959), 101 Dalmatians (1961), The Sword in the Stone (1963), and The Jungle Book (1967), Treasure Planet (2003). In all of these cases, Disney (or Disney, Inc.) ripped creativity from the culture around him, mixed that creativity with his own extraordinary talent, and then burned that mix into the soul of his culture*”.

[38] LESSIG, Lawrence. **Foreword**. In: Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70, p. 1-4. Spring 2006. p. 1.

[39] BOYLE, James. **Cultural Environmentalism and Beyond**. In: Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70, p. 5-22. Spring 2006. p. 7. No original: “I argued that, in a similar way, we needed to make visible the invisible contributions of the public domain, the “eco-system services” performed by the under-noticed but nevertheless vital reservoir of freedom in culture and science. And, just as with environmentalism, we needed not only a semantic reorganization, or a movement devoted to a goal, but a set of conceptual and analytic tools.”

[40] BOYLE, James. **Cultural Environmentalism and Beyond**. In: Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70, p. 5-22. Spring

2006. p. 7. No original: *“The environment was undervalued by a narrow and formalistic conception of property rights that ignored the effects of pollution and other activities on the collective ecology, not counting it as a legally cognizable harm. Similarly, there were areas in intellectual property law where the public domain was undervalued by an ideology of authorial romance, which assumed innovation sprang out of thin air—the great author needs no raw material for his creations.”*

[41] BOYLE, James. **Cultural Environmentalism and Beyond.** In: *Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70*, p. 5-22. Spring 2006. p. 17. No original: *“The idea of the “environment” literally created the “self-interest” or set of preferences that ties the movement together. The same is true here. Apparently disparate interests are tied together by the ideas of the protection of the public domain and of the importance of a balance between protection and freedom in the cultural and scientific ecology.”*

[42] LESSIG, Lawrence. **Foreword.** In: *Cultural Environmentalism @ 10. Law and Contemporary Problems. Volume 70*, p. 1-4. Spring 2006. p. 4. No original: *“For, like the global environment, more now see how relatively specific choices about how information gets regulated have radical effects upon the health and diversity of an information ecology. And Just as we need to account for the global effects of our decision to heat with coal, or drive with oil, so too we need to account for the global cultural effects of the radical increase in regulation that marks information law. The claim is not for anarchy. Information environments, like physical environments, need regulation. None doubt that some regulation is good. But just because some is good, it does not follow that more is better. Or even if more is better for some purposes, it is not necessarily better for the spread of knowledge or the progress of culture”*

O PROFESSOR E OS DIREITOS AUTORAIS SOBRE SUAS AULAS.

IL INSEGNANTE E GLI DIRITTI DEGLI CREATORI SU LORO LEZIONI.

Alberto Vizzotto

RESUMO

O presente estudo se dedica a analisar as questões decorrentes da atividade docente no que se refere aos direitos autorais dos professores sobre suas aulas, cada vez mais gravadas e utilizadas sem a devida autorização. Durante o seu desenvolvimento foram abordadas questões como se o conteúdo das aulas é, ou não, passível de proteção pelo direito autoral, a partir de quando e com qual extensão, também foi analisada a questão da obra realizada sob um contrato de trabalho. Concluiu-se que a atividade docente, que evoluiu de um estado em que se entendia que o professor que cobrasse pela aula estaria vendendo um dom divino, atualmente deve ser entendida de modo amplo, garantido ao professor tanto os direitos morais quanto os patrimoniais decorrentes de sua criação.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; DIREITO AUTORAL; DOCÊNCIA; GRAVAÇÃO DE AULAS.

RIASSUNTO

Questo studio è dedicato a esaminare le questioni derivanti dall'attività didattica relativamente ai diritto degli creatori di insegnanti sulle loro insegnamento, sempre più registrato e utilizzate senza essere debitamente autorizzato. Durante il suo sviluppo sono state affrontate questioni come il contenuto dell'insegnamento è, o non, in grado di tutelare il diritto degli creatori, da quando e in quale misura, è stato inoltre analizzato la questione del lavoro svolto nel quadro di un contratto di lavoro. Conclusi che l'attività didattica, che ha sviluppato da un membro in cui essa ritiene che il professore che praticati da lezione vendita sarebbe un dono divino, attualmente devono essere interpretate in senso lato, garantito al professore sia diritti morali come proprietà derivanti dalla sua creazione.

PAROLE CHIAVE: PROPRIETÀ INTELLETTUALE; DIRITTO DEGLI CREATORI; INSEGNAMENTO; REGISTRAZIONE DE CLASSI.

Introdução

Atualmente, com o desenvolvimento dos aparelhos para gravação de voz, cada vez menores e capazes de gravar, a longa distância, sons com boa qualidade, ainda que em circunstâncias adversas como dentro de bolsas e mochilas ou em bolsos de roupas, torna-se mais freqüente a utilização destes dispositivos por parte de discentes para a gravação sub-reptícia de aulas ministradas em cursos de que participem. Posteriormente, de posse do material gravado, é realizada a chamada degravação, ou seja, o conteúdo das aulas gravado em áudio é reduzido a forma escrita e torna-se um texto, mais prático de se lidar e mais fácil de transmitir e copiar. Normalmente, a despeito de serem realizadas sem qualquer tipo de permissão ou autorização por parte do docente em questão, estas gravações são utilizadas pelos próprios alunos, por meio da degravação do material, com intuito de fixar ou de melhor compreender a matéria objeto da aula ou, ainda, com o intuito de reforçarem a preparação para eventuais testes em que necessitem de aprovação. Contudo, não são poucos os exemplos em que a referida degravação é disponibilizada na rede mundial de computadores, a Internet, sem a necessária autorização; ou mesmo, em casos mais graves, em que aquele que grava as aulas e em seguida degrava o respectivo material assume sua autoria, o publica, e o utiliza com finalidade econômica, usurpando, desta forma, os direitos morais e patrimoniais lidimamente cabíveis ao professor que criou, elaborou, desenvolveu e ministrou todo aquele conteúdo.

Neste sentido, José de Oliveira Ascensão[1] contextualizou todo o supramencionado ressaltando que a proteção legal conferida ao direito autoral só se legitima se for concedida em razão da criatividade de seu autor, vejamos:

A expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade. Os grandes postuladores da tutela cada vez estão mais longe das figuras paradigmáticas do homem das letras ou das artes. O mérito literário ou artístico não é relevante. Mas a tutela extensa do direito de autor só é justificada pela criatividade, pelo que, se não houver uma base de criatividade, nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito do Autor. (g. n.).

Sendo assim, o tema “o professor e os direitos autorais sobre suas aulas” assume especial relevância acadêmica e social. Sua relevância acadêmica atenta para o fato de que pouco se tem escrito sobre este tema especificamente, que também se mostra em um estágio inicial no que diz respeito ao respaldo jurisprudencial. Quanto a sua relevância social, além da lesão aos direitos morais e patrimoniais do docente, insta salientar que a sensação de insegurança gerada pela expectativa de ter o conteúdo de sua aula gravado e, possivelmente, utilizado de maneira não idônea pode prejudicar a tranquilidade e a clareza com que o docente o transmite e também, em última análise, os próprios discentes destinatários da aula.

Diante deste quadro, ao se entrar em contato com a especificidade do assunto, verifica-se que existem outros problemas e que são muitas são as questões que instigam o presente estudo, tais como: o conteúdo das aulas ministradas é passível de proteção pelo direito autoral? Caso seja afirmativa a resposta à questão anterior, qual o conteúdo e a extensão da proteção a esta obra? Qual o suporte necessário para a inserção e

exteriorização da obra? A partir de qual momento a referida proteção é concedida? De que modo se caracteriza a proteção à obra nascida sob contrato de trabalho?

Sendo assim, para compreender, ou melhor, estudar a especificidade desta temática, buscar-se-á assento no método de pesquisa teórico dedutivo, método este consistente em descrever, demonstrar e justificar, tendo por critério a coerência, a consistência e a não-contradição. Utilizar-se-á de teorias já existentes, buscando compará-las e aperfeiçoá-las, tal como colocam Cervo e Bervian[2]; Marconi e Lakatos[3].

Cabe lembrar que, conforme já o explicou Kerlinger[4], todo trabalho científico abrange abordagens de um conjunto sistematizado de idéias, de verdades logicamente encadeadas entre si, sendo elas: produto cumulativo, mas não um produto acabado de conhecimento; e que comportam conhecimentos em processo; comportam um conjunto, geralmente de verdades provisórias, possibilitando revisões constantes e novas descobertas.

Localização dos direitos autorais na sistemática do Direito e suas diferenças em relação ao direito industrial:

Em um primeiro momento, para a melhor compreensão deste estudo, faz-se necessário analisar a situação da matéria ora tratada dentro das várias áreas do Direito. Os chamados direitos intelectuais, ou *jura in intellectuali*, abarcam as relações entre as pessoas e os bens imateriais, produtos de seu intelecto, a respeito dos quais a lei confere um monopólio temporário. No entanto, deve-se destacar que os direitos intelectuais ainda podem ser divididos em direitos autorais e direitos de propriedade industrial, em razão de suas especificidades e do tratamento diverso que concerne a suas diferentes subdivisões. Cabe ressaltar que, como destacaram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber[5], o direito autoral, assim como toda a propriedade intelectual, consubstancia uma situação jurídica subjetiva engendrada artificialmente, pelo Estado, nos moldes de um estatuto proprietário, com o fito de garantir ao criador o direito de exploração exclusiva de sua criação. Nesse sentido, ressalta Carlos Alberto Bittar[6]:

Ora, esses direitos incidem sobre as criações do gênio humano, manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias, ou seja, voltadas, de um lado, à sensibilização e à transmissão de conhecimentos e, de outro, à satisfação dos interesses do homem na vida diária.

No primeiro caso, cumprem-se finalidades estéticas (de deleite, de beleza, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência); no segundo, objetivos práticos (de uso econômico, ou doméstico, de bens finais resultantes da criação, como, por exemplo, móveis, automóveis, máquinas, aparatos e outros), plasmando-se no mundo do Direito, em razão dessa diferenciação, dois sistemas jurídicos especiais, para a respectiva gerência, a saber: o do Direito de Autor e o Direito de Propriedade Industrial (ou Direito Industrial).

Deste modo, em consonância com o excerto acima, o direito autoral abarca as relações jurídicas decorrentes da utilização e da criação de obras intelectuais de cunho estético, integrantes da literatura, das artes e das ciências; já o direito industrial abrange as relações referentes às obras de caráter utilitário, relativas a bens materiais de uso empresarial por meio das marcas e patentes. Isto ocorre em razão de que na disciplina do direito autoral a diretriz é a proteção ao autor, possibilitando-lhe a defesa de sua relação com sua criação e, até mesmo, da integridade desta, além da fruição dos resultados econômicos provenientes da utilização de sua obra, preponderando, desta maneira, o caráter subjetivista e privatista do direito do autor. Já no tocante ao direito industrial, o objetivo, em última análise, é o aproveitamento, pela sociedade, do benefício ou utilidade resultante da obra industrial ou do impedimento da prática de concorrência desleal.

Para Fábio Ulhoa Coelho[7] o conceito de propriedade intelectual abarca o de propriedade industrial e o de direito autoral, estes, por sua vez, possuem regras e disciplinas diversas, vejamos:

Os bens sujeitos à tutela jurídica sob a noção de “propriedade industrial” (isto é, as patentes de invenção, as marcas de produtos ou serviços, o nome empresarial etc.) integram o estabelecimento empresarial. São, assim, bens imateriais da propriedade do empresário. Há, porém, outros bens da mesma natureza, cuja tutela segue disciplina diversa, a do direito autoral.

O conjunto dessas duas categorias de bens é normalmente denominado “propriedade intelectual”, numa referência à sua imaterialidade e à origem comum, localizada no exercício de aptidões de criatividade pelos titulares dos respectivos direitos. A propriedade intelectual, portanto, compreende tanto as invenções e sinais distintivos da empresa, como as obras científicas, artísticas, literárias e outras. O direito intelectual, desse modo, é o gênero, do qual são espécies o industrial e o autoral. Normalmente, o estudo deste último é reservado à doutrina de direito civil, não cuidando dele os comercialistas. Deve-se acentuar que há bens de extraordinária importância econômica para os empresários que são protegidos, no Brasil e no exterior, pelo direito autoral, e não pelo direito industrial, como por exemplo os programas de computador.

Neste mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar[8] fixa as diferenças entre os referidos ramos do Direito sob análise, vejamos:

Extremando-se esses dois direitos, a fim de assentar-se suas linhas divisórias, tem-se que: a) os direitos de autor respeitam à criação e à utilização de obras intelectuais estéticas, destinando-se a proteger o autor da obra e, por extensão, as categorias criadoras enumeradas; b) os direitos industriais referem-se a obras utilitárias, realizando, inobstante os referidos pruridos individuais, objetivos marcadamente empresariais.

No primeiro, a obra é protegida, independentemente de formalidades, bastando a originalidade na forma, enquanto, no segundo, exige-se registro próprio condicionante e

caráter de novidade da criação, em face do uso específico empresarial, com todas as conseqüências daí decorrentes, verificadas ao longo da correspondente legislação.

Realçando a linha divisória entre estas duas espécies de tratamentos legais dentro do gênero propriedade intelectual, Fábio Ulhoa Coelho[9] explicita que relevantes diferenças decorrem do fato de que a legislação pertinente confere ao registro, ou seja, ao ato administrativo referente ao bem imaterial, natureza diversa e, por conseqüência, efeitos distintos, vejamos:

A exclusividade na exploração do bem imaterial conferida pelo direito industrial decorre de um ato administrativo. O inventor e o *designer* somente titularizam o direito de exploração exclusiva da invenção, modelo ou desenho, após a expedição da patente pelo INPI. Do mesmo modo, o empresário só se considera titular do direito de exclusividade, em relação à marca, após expedido o certificado de registro. Em outros termos, o ato administrativo pelo qual o inventor ou o empresário tem reconhecido o seu direito industrial é de natureza constitutiva, e não declaratória. A conseqüência imediata da definição é clara: o direito de exclusividade será titularizado por quem pedir a patente ou o registro *em primeiro lugar*. Não interessa quem tenha sido realmente o primeiro a inventar objeto, projetar o desenho ou a utilizar comercialmente a marca. O que interessa é saber quem foi o primeiro a tomar a iniciativa de se dirigir ao INPI, para reivindicar o direito de sua exploração econômica exclusiva.

(...)

Já em relação aos bens que integram a propriedade autoral, a regra não é esta. O direito de exclusividade de autor de obra científica, artística, literária ou de programa de computador não decorre de algum ato administrativo concessivo, mas da criação mesma. Se alguém compõe uma música, surge do próprio ato de composição o direito de exclusividade de sua exploração econômica. É certo que a própria legislação de direito autoral prevê o registro dessas obras: o escritor deve levar seu livro à Biblioteca Nacional, o escultor sua peça à Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o arquiteto seu projeto ao CREA, e assim por diante (Lei n. 5988/73, art. 17, mantido em vigor pelo art. 115 da Lei n. 9.610/98). Estes registros, contudo, não têm natureza constitutiva, mas apenas servem a prova da anterioridade da criação, se e quando necessária ao exercício do direito autoral. O autor, portanto, pode reivindicar em juízo o reconhecimento de seu direito de exploração exclusiva da obra, mesmo que não tenha o registro. O inventor, o *designer* e o empresário não podem reivindicar idêntica tutela, se não exibirem a patente ou o registro.

O mesmo autor, dedicando especial atenção ao tema, observa, ainda, mais uma diferença que merece ser destacada entre os regimes da propriedade autoral e da industrial. O objeto de proteção no primeiro é a forma com que se exterioriza, já no segundo a própria idéia inventiva é que é merecedora de proteção; vejamos:

A segunda diferença entre estes dois sistemas protetivos da propriedade intelectual diz respeito à extensão da tutela. O direito industrial protege não apenas a forma exterior do objeto, como a própria idéia inventiva, ao passo que o direito autoral apenas protege a forma exterior. Se alguém apresenta ao INPI um pedido de patente, descrevendo de maneira diferente uma invenção já patenteada, ele não poderá receber o direito industrial que pleiteia. Isto porque a propriedade, neste caso, está protegida como a *idéia* de que decorre a invenção. Ao seu turno, no campo do direito autoral, coíbem-se os plágios, ou seja, a apropriação irregular de obra alheia, tal como ela se apresenta externamente. Qualquer um pode publicar um livro, narrando, em primeira pessoa, a história de um homem obcecado pela idéia de que sua mulher foi adúltera, tema introduzido na literatura brasileira por Machado de Assis, em *Dom Casmurro*. Ora, desde que não reproduza trechos do texto machadiano, este escritor não incorrerá em plágio, embora a sua idéia não seja minimamente original. O pintor que retratar as coloridas bandeirolas de papel, usadas nas festas juninas do interior paulista, não estará infringindo os direitos autorais de Volpi (ou seus sucessores), que foi o criador do tema, desde que não reproduza especificamente nenhuma tela ou gravura dele. Isto porque a proteção liberada pelo direito autoral não alcança a idéia do autor, mas só a forma pela qual ela se exterioriza.

Ademais, não se pode olvidar que diferentemente das obras industriais, as quais, via de regra, consistem no produto final obtido, no tocante à disciplina do direito autoral a criação não se confunde com a forma em que se concretiza, visto que a criação pode até mesmo não ser concretizada em coisa material, como no caso em que os docentes (criadores) ministram suas aulas (obra).

Peculiaridades do direito autoral e a atividade docente:

A atividade docente, notadamente no tocante àquela desempenhada no ensino superior, passou por diversas transformações e, por vezes, foi encarada de maneiras diversas de acordo com o momento histórico correspondente. Reinoldo Aloysio Ullmann^[10] preceitua que o ensino, na Idade Média, por largo tempo foi gratuito, os professores viviam de benefícios eclesiásticos, chamados prebendas, ou, no caso dos religiosos, eram sustentados pela Ordem a qual pertenciam. No século XIII as aulas eram ministradas em conventos e nos refeitórios dos claustros e que até nas igrejas eram realizadas cerimônias acadêmicas por falta de salas para tanto. Oxford, por doação do bispo de Worcester, em 1320, ao que tudo indica foi a primeira universidade a ter prédio próprio para reuniões e assembléias.

Ressalta este mesmo autor que. No período de transição entre o ensino gratuito e o pago, chegou-se a afirmar que a cobrança de dinheiro por trabalho intelectual era o mesmo que a compra de favores da Igreja ou a compra de cargos eclesiásticos, porque, sendo o saber um dom de Deus, não poderia ser vendido. Já nos séculos XIV e XV

ocorre uma reviravolta na vida dos professores, termina o “sacerdócio” do ensino e implanta-se a ganância; em Bolonha, na Itália, tornou-se tradição que, antes das provas para os graus acadêmicos, os alunos ofertassem roupas novas a muitas pessoas. Antes, ser professor universitário dava *status*, mas não riqueza, já, neste período, este título se unia a uma verdadeira vida aristocrática. Para os alunos menos afortunados tornou-se cada vez mais difícil o acesso às universidades. Instalou-se uma hereditariedade de cátedra, aos pais se sucediam os filhos na docência, aos tios os sobrinhos, o que, por óbvio, resultou em queda no nível de ensino. Somente com o emergir da renascença é que se passou a uma época voltada às ciências e às letras humanas.

A atividade docente evoluiu, passando por alguns percalços ao longo dos séculos, da gratuidade do ensino e da pecha de venda de dom conferido por Deus a nossos dias atuais, em que o trabalho intelectual e o esforço de criação realizado pelos professores não podem restar desamparados e passíveis de serem usurpados por quem quer que seja. A proteção não deve se restringir apenas ao ato de ministrar aulas, mas deve ser global, abarcando todas as facetas do prisma dessa nobre atividade criativa, inclusive o conteúdo desenvolvido e exposto pelo professor.

Em consonância com o todo até agora exposto, pode-se afirmar que o direito autoral é o ramo do direito privado que disciplina as relações jurídicas entre o criador e sua obra intelectual, notadamente quanto à criação e utilização econômica de sua obra de caráter estético inserida na literatura, nas artes ou nas ciências. Conforme conceituou Eduardo J. Viera Manso[11]: “Pode-se dizer que o direito autoral é o conjunto de prerrogativas de ordem *patrimonial* atribuídas ao autor de obra intelectual que, de alguma maneira, satisfaça algum interesse cultural de natureza artística, científica, didática, religiosa ou de mero entretenimento;”. Acrescenta, ainda o mesmo autor[12] que “O direito autoral, assim, consiste no direito de utilização patrimonial de obra intelectual. Isso significa que ao autor compete, com exclusividade, o poder de tirar utilidades patrimoniais de sua obra, de conformidade com o desenvolvimento tecnológico.”

No Brasil, o primeiro registro de amparo legislativo ao direito autoral data do ano de 1827, com a lei que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda. Neste diapasão, José Carlos Costa Netto[13] esclarece que:

O primeiro vestígio no Brasil de proteção dos direitos do autor remonta ao início do século passado.

Em 1827, a Lei Imperial que criou as duas primeiras Faculdades de Direito do país, em São Paulo e em Olinda, frisava:

“Art. 7 – Os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, outros arranjarão, não existindo já feitos, contando que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação.

Esses compêndios, depois de aprovados pela congregação, servirão interinamente, submetendo-se porém à aprovação da Assembléia Geral; o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos.”

Já, em âmbito internacional, cabe destacar que o Brasil é signatário da Convenção de Berna, convenção esta que propugnou pelo tratamento uniforme dado aos direitos de autor em seus países membros. Acerca da natureza da Convenção de Berna, Plínio Cabral[14] esclarece que:

A Convenção de Berna é um instrumento transnacional e pioneiro na previsão de um mundo unificado pelas idéias. A preocupação de seus autores foi a universalidade do pensamento e a consciência nítida de que a obra de arte não tem fronteiras e que, por isso mesmo, deve ser protegida universalmente.

O direito autoral se preocupa com o momento da criação da obra, visto que nesse instante nascem os direitos pessoais ligados ao autor, tais como o chamado direito de paternidade, o de nomeação e o de integridade da obra; já no momento da comunicação ao público é que exurgem os direitos patrimoniais, estes divididos entre direito de representação e direito de reprodução da obra.

Interessante rol sobre as principais características do direito autoral é apresentado por Carlos Alberto Bittar[15], vejamos:

a) dualidade de aspectos em sua cunhagem, que, embora separáveis, para efeito de circulação jurídica, são incidíveis por natureza e por definição; b) perenidade e inalienabilidade dos direitos decorrentes do vínculo pessoal do autor com a obra, de que decorre a impossibilidade de transferência plena a terceiros, mesmo que o queira o criador; c) limitação dos direitos de cunho patrimonial; d) exclusividade do autor, pelo prazo definido em lei, para a exploração econômica da obra; e) integração, a seu contexto, de cada processo autônomo de criação da obra, correspondendo cada qual a um Direito Patrimonial; f) limitabilidade dos negócios jurídicos celebrados para a utilização econômica da obra; g) interpretação estrita das convenções firmadas pelo autor.

Diante disto, é lícito afirmar que o objetivo do direito autoral é a regência das relações jurídicas entre o autor e sua obra, seja no âmbito de direitos morais, provenientes da criação, seja no âmbito dos direitos patrimoniais, decorrentes da respectiva circulação, e frente a todos os que vierem a integrar esta relação. Cabe ressaltar que mesmo obras que não se enquadrem no conceito estreito de literárias, científicas ou artísticas, desde que consistam em obras de caráter estético e não em obras de caráter utilitário (direito industrial) são passíveis de proteção pelo direito autoral.

Sobre os direitos de natureza moral e de natureza patrimonial do autor, José Carlos Costa Netto[16] explica que:

Consoante se expôs, em relação à teoria dualista, a mais apropriada para conceituar a natureza *sui generis* dos direitos de autor, os direitos morais (“pessoais” ou “de personalidade”) de autor devem prevalecer aos patrimoniais. Essa conclusão resulta de serem aqueles modalidade dos direitos de personalidade, uma vez que a obra intelectual, como criação de espírito, se vincula essencialmente à personalidade do seu autor.

Acrescenta, ainda, este mesmo autor[17]:

Conforme a teoria dualista, relativa à natureza de direitos de autor, diferentemente da parcela moral – a estreita vinculação entre a pessoa do autor e sua criação intelectual –, a parcela patrimonial refere-se à exploração econômica que o autor pode fazer de sua obra.

A expressão “pode” não acidental, mas proposital, porque é atributo exclusivo do autor a autorização, ou não (e em que condições), do uso de sua obra. (g.n.).

Desta maneira, não se pode olvidar que, como ressaltaram Carlos Alberto Bittar Filho e Carlos Alberto Bittar[18], aquele que se apropria ou se utiliza de obra sem autorização de seu autor ou em desconformidade com esta se sujeita a sanções de caráter administrativo, de caráter civil e de caráter penal.

Insta salientar que o momento da criação da obra não se confunde com o momento da idéia que se faz da criação. O direito autoral não alcança as idéias em si, senão depois de materializadas em forma literária, artística ou científica. Outra não é a posição de nossos Tribunais[19].

Para receber a proteção do direito autoral a criação deve estar inserida em um suporte, no entanto, nem sempre há a necessidade de que este suporte seja material. Em determinados casos o suporte possível não é de natureza material, mas apenas oral, como no caso da comunicação oral de obra, de aulas ou palestras ministradas, etc. em que se identifica e se exaure no mesmo ato a criação e que merece a tutela por parte do direito autoral.

Ilustrando o exposto, Carlos Alberto Bittar[20] proclama:

São protegidas as obras que se exteriorizam péla palavra oral (discurso, conferência, - aula, palestra) ou escrita (livro, artigo, verbete), gestos (mímica, pantomima, gesto, coreografia), sinais ou traços (desenho, mapa), sons (melodia, ópera, obra radiofônica), imagens (filme, videofilme, *show*, novela), figuras (pintura, escultura, arquitetura) e pela combinação de um ou mais meios de expressão (obra teatral, cinematográfica e radiofônica). (g.n.).

Não se pode olvidar que a criação é o título atributivo do direito autoral, pois ela insere no mundo obra não-existente, inédita perante a sociedade. José de Oliveira Ascensão[21] afirma que:

O princípio deve ser fixado com toda a clareza: *autor é o criador intelectual da obra.*

A obra literária ou artística exige uma criação no plano do espírito: autor é quem realiza essa criação.

Nesse sentido é que se pode afirmar que o titular desse direito é o criador da obra protegida, ou seja, aquele que idealiza e materializa o produto de seu intelecto, de modo que ainda que o autor transfira os direitos patrimoniais decorrentes de sua obra os direitos morais personalíssimos permanecem com o autor.

Cabe destacar o pensamento de Guilherme Carboni[22] o qual afirma que há razões para que os direitos autorais, analisados em sua esfera moral, possuem razões para serem elencados entre os direitos fundamentais, notadamente no tocante ao direito de paternidade.

Ponto determinante acerca dos direitos autorais sobre o produto da atividade docente passa pelo fato de que tal atividade se dá sob vigência de um contrato de trabalho entre a instituição de ensino e o docente.

Interessante questão se coloca, pois a o fato de a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não prever solução específica para o caso em tela, não impede que a solução seja alcançada por meio da utilização suplementar de outros diplomas legais e, até mesmo da Constituição. Neste sentido, Sandra Lia Simón[23] dispõe que:

O grau de generalidade da norma constitucional é que permite solucionar a colisão entre os direitos do empregador e do empregado. Isso porque, como visto quando do estudo das regras básicas para a solução da colisão de direitos, é imprescindível a análise do caso concreto. Assim, com a regra constitucional, mais a doutrina, a jurisprudência, o direito comparado e a analogia, é possível tutelar os direitos da personalidade do empregado, sem a necessidade de um diploma legal específico.

Destaca a mesma autora que não se discute que existam algumas peculiaridades na relação de trabalho, pois é clara a posição de subordinação do trabalhador em relação ao empregador. Ressalta, ainda, apoiada em ampla doutrina estrangeira, que a simples condição de empregado não é incompatível com a condição de cidadão, dentro ou fora dos limites delimitados por sua prestação de serviços, e que essa afirmação é extensível a todos e cada um dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, Estêvão Mallet[24] afirma que as lacunas encontradas na CLT são preenchíveis com a utilização da legislação comum, vejamos:

A Consolidação das Leis do Trabalho, na mesma linha do antigo Código Civil, não se ocupou detidamente dos direitos da personalidade, com algumas poucas e raras exceções.

(...)

A lacuna, própria da época em que editada a CLT, decorre da visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação do trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado.

(...)

A apontada lacuna da legislação trabalhista brasileira é preenchida com a aplicação subsidiária do direito comum (...).

Sobre esta peculiaridade, decorrente da aplicação da disciplina dos direitos autorais à relação de trabalho, discorreu Carlos Alberto Bittar[25], para quem, nestas circunstâncias, o autor preserva os direitos morais sobre sua criação, mas transfere os direitos patrimoniais correspondentes à utilização relativa à finalidade de sua atividade, isto pelo fato de que o criador é remunerado exatamente para atingir o objetivo almejado pelo empregador. Contudo, para este mesmo autor, mais nenhum outro direito adquire o empregador em razão deste relacionamento, sendo assim, com o criador permanecem os direitos morais e todos os direitos patrimoniais não alcançáveis em razão de sua atuação específica.

Neste diapasão, a instituição de ensino, por decorrência do contrato de trabalho firmado com o docente, faz jus à obra do docente somente no tocante à manifestação emanada no momento da aula, seja ela oral, através de multimeios ou por qualquer outro modo que a didática recomendar ao professor. Ao docente pertencem os direitos de natureza moral e os patrimoniais decorrentes de sua obra, com exceção daquela parcela concernente à instituição de ensino.

Porém, cabe salientar que, quanto aos direitos de caráter patrimonial, por sua natureza disponível, podem ser objeto de relação contratual e serem transferidos ou alienados de qualquer modo.

Deste modo, a utilização da obra do docente sem sua autorização ou fora das condições autorizadas incorre nas sanções estipuladas pela legislação de caráter cível, criminal e administrativo.

Conclusões:

No início deste trabalho foram apresentadas algumas questões, as quais instigaram e justificaram sua pertinência. Durante o desenvolvimento deste estudo, pretendeu-se contextualizar o tema e buscar soluções viáveis para as referidas questões, contudo, deve-se ressaltar, como destacado neste estudo, que as verdades científicas são sempre provisórias e sujeitas a revisões.

O Direito tutela os bens imateriais produzidos pela inteligência humana de diferentes formas, de acordo com a espécie a que pertença. Normalmente, refere-se à propriedade intelectual como o gênero do qual a propriedade industrial e o direito autoral são espécies. O direito industrial possui como características o fato de o registro do objeto criado possuir natureza constitutiva e o de oferecer tutela jurídica em relação à própria idéia inventiva. O direito autoral, por sua vez, apresenta como seus traços distintivos, em primeiro lugar, a proteção ao direito de exploração econômica exclusiva e ao direito de paternidade da obra desde a criação, servindo o competente registro apenas como prova da anterioridade, quando necessária e, em segundo lugar, a extensão da tutela jurídica corresponder à proteção da forma em que a idéia se exterioriza.

Neste sentido, diante do todo exposto, concluí-se que o conteúdo das aulas ministradas é objeto de proteção pelo direito autoral, segundo as suas características. Como visto, malgrado tenha recebido tratamentos distintos ao longo do tempo a atividade docente evoluiu da gratuidade do ensino e da pecha de venda de dom divino até nossos dias, em que o trabalho intelectual e o esforço de criação realizado pelos professores não podem restar desamparados e passíveis de serem usurpados por quem quer que seja. A proteção não se restringe apenas ao ato de ministrar aulas, mas possui caráter global, de modo a abarcar todas as facetas do prisma dessa nobre manifestação criativa, inclusive o conteúdo desenvolvido e exposto pelo professor.

Tal manifestação, apesar de não se materializar em suporte físico, se assenta em suporte oral, que também é adequado a receber proteção por parte do direito autoral. Esta proteção se dá a partir do momento da criação, quanto aos direitos de natureza moral, com a colocação do conteúdo em circulação, quanto aos direitos de natureza patrimonial.

Em razão do contrato de trabalho existente entre o docente e a instituição de ensino, esta é titular de parte dos direitos de natureza patrimonial, contudo, este direito se esgota no momento em que são ministradas as aulas, salvo nos casos em que haja prévia disposição contratual que disponha de modo diverso. Sendo assim, o autor docente conserva todos os direitos morais e os patrimoniais remanescentes e a utilização não consentânea com a autorização deste acarreta a responsabilização administrativa, civil e criminal do usurpador.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 1998.

CARBONI, Guilherme. *Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico*. In: Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Patrícia Luciane de Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4^a ed. São Paulo: makron,-books, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Coleção juristas da atualidade. Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998.

KERLINGER, Fred. *Metodologia da pesquisa em ciências sociais*. São Paulo: EPU, 1975.

MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. Coleção primeiros passos. 2.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

MARCONI, Mariana; LAKATOS, Eva. *Técnicas de pesquisa*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SIMÓN, Sandra Lia. Os direitos da personalidade e o direito do trabalho. In: **Revista do Advogado**, n.º 70, jul de 2003.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. In: **Revista do Advogado**, n.º 76, jun de 2004.

TJ-RJ, Ap. Cív. 949/91, rel. JD. subs. Des. Décio Xavier Gama, reg. em 10.04.1992.

ULLMANN, Reinoldo Aloysio. *A universidade: das origens à renascença*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1994.

[1] ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 3.

[2] CERVO, A L; BERVIAN, P A. *Metodologia científica*. 4^a ed. São Paulo: makron,-books, 1996.

[3] MARCONI, Mariana; LAKATOS, Eva. *Técnicas de pesquisa*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1996.

[4] KERLINGER, Fred. *Metodologia da pesquisa em ciências sociais*. São Paulo: EPU, 1975.

[5] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. In: **Revista do Advogado**, n.º 76, jun de 2004.

[6] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 2-3.

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143.

[8] *Op. cit.* p. 6.

[9] *Op. Cit.* p. 144-146.

[10] ULLMANN, Reinoldo Aloysio. *A universidade: das origens à renascença*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1994.

[11] MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. Coleção primeiros passos. 2.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 7.

[12] *Op. cit.* p. 21.

[13] COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Coleção juristas da atualidade. Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1998. p. 36-37.

[14] CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 1998. p. 85.

[15] *Op. cit.* p. 11-12.

[16] *Op. cit.* p. 72.

[17] *Op. cit.* p. 77.

[18] BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[19] Por todos: TJ-RJ, Ap. Cív. 949/91, rel. JD. subs. Des. Décio Xavier Gama, reg. em 10.04.1992.

[20] *Op. cit.* p. 24.

[21] *Op. cit.* p. 70.

[22] CARBONI, Guilherme. *Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico*. In: Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Patrícia Luciane de Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

[23] SIMÓN, Sandra Lia. Os direitos da personalidade e o direito do trabalho. In: **Revista do Advogado**, n.º 70, jul de 2003. p. 81.

[24] MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e direito do trabalho. In: **Revista do Advogado**, n.º 76, jun de 2004. p. 12-13.

[25] *Op. cit.*

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA
FUNÇÃO SOCIAL: O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE
MEDICAMENTOS**

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU
FUNCIÓN SOCIAL: LA CONCESIÓN DE LICENCIAS OBLIGATORIAS DE
MEDICAMENTOS**

Armando Zanin Neto

RESUMO

O Art. 5º, XXII da Constituição Federal, assegura inequivocamente que o direito de propriedade deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, de que a propriedade atenderá sua função social. Também no Art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social. Os interesses social e econômico devem ser compatibilizados de maneira a possibilitar que o desenvolvimento de novas tecnologias, sejam aplicadas não só para a obtenção de lucros extraordinários mas também para beneficiar os seres humanos que, em especial nos países em desenvolvimento, necessitam do produto dessa nova tecnologia, cito medicamentos, cultivares entre outros para melhorar sua condição de existência humana. Hodiernamente, nas discussões levadas a cabo nos órgãos internacionais responsáveis pela regulação e controle da propriedade intelectual no mundo, predomina o interesse dos países desenvolvidos, seja na redação dos tratados internacionais em que os países subdesenvolvidos são obrigados a aderir por pressão internacional, seja nas matérias eleitas para estas discussões. Nesse contexto, o instrumento do licenciamento compulsório de patentes medicamentosas pode contribuir para a mudança desse cenário desastroso, transferindo tecnologia para países em desenvolvimento, gerando emprego e estimulando o desenvolvimento humano de seus habitantes, bem como reduzindo os recursos despendidos com o pagamento de royalties, transformando o que era despesa em investimento, contribuindo para a formação de um ciclo virtuoso e melhor qualidade de vida para as pessoas. Em 13 de novembro de 1996, foi aprovada a Lei no 9.313 que tornou obrigatória a distribuição de medicamentos antiretrovirais (ARVs) pelo sistema público de saúde. Frente à epidemia HIV/AIDS no Brasil, tal normativa fortaleceu o arcabouço legal já existente, pois garantiu o acesso a ARVs e outros medicamentos para o tratamento de infecções relacionadas à doença. Além de elogios internacionais de países e órgãos como a Organização Mundial de Saúde, a aplaudida política de distribuição universal brasileira pode ser demonstrada em números: entre 1997 e 2004, a mortalidade foi reduzida em 40% e a morbidade em 70%; e a redução das internações hospitalares e do tempo médio de internação hospitalar foi de 80%, a economia de recursos foi da ordem de US\$ 2,3 bilhões com gastos hospitalares. Destaca-se ainda a redução significativa dos preços de medicamentos ARVs com o incremento da produção local. No dia 4 de maio de 2007, o governo brasileiro decidiu licenciar compulsoriamente o medicamento Efavirenz – componente do coquetel contra o HIV, cuja patente pertence ao laboratório Merck Sharp & Dohme. De acordo com o Programa DST/AIDS do Ministério da Saúde, o

antiretroviral Efavirenz é o medicamento importado mais utilizado no tratamento da AIDS: atualmente, 38% das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil utilizam o remédio em seus esquemas terapêuticos. Estima-se que até o final deste ano, 75 mil das 200 mil pessoas farão uso desse medicamento. O Programa informa, ainda, que com os valores praticados pelo laboratório para o país, o custo por paciente/ano equivale a US\$ 580, o que representaria um orçamento anual de US\$ 42,9 milhões para 2007. Os preços do produto genérico variam de US\$ 163,22 a US\$ 166,36 o custo por paciente/ ano. A partir desses valores, com o licenciamento compulsório, a redução de gastos em 2007 foi em torno de US\$ 30 milhões. A estimativa de economia até 2012, data em que a patente Efavirenz expira, é de US\$ 236,8 milhões, segundo o Ministério da Saúde. O licenciamento compulsório foi uma demanda de diversas Organizações não Governamentais (ONGs). Historicamente, movimentos sociais e coletivos de ONGs têm lutado no Brasil para garantir a sustentabilidade de políticas públicas de saúde, o acesso universal a medicamentos utilizados no tratamento de pessoas que vivem com HIV/AIDS e o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS). A medida é histórica e inédita na América Latina, embora já tenha ocorrido em outros países como Canadá, Tailândia e Itália, inclusive em relação a medicamentos da própria Merck. A decisão do governo foi o desfecho de uma longa negociação com o laboratório e foi tomada com responsabilidade, sem desrespeito às legislações nacionais e internacionais em vigor. A humanidade necessita de uma alteração no paradigma de valores que hoje imperam em nossa sociedade. O poder econômico não pode mais prevalecer sobre o ser humano. A crise financeira mundial pela qual o mundo atravessa desde 2007, mostra que a supervalorização do capital é um contra senso numa sociedade onde pessoas estão sobrevivendo miseravelmente, sem alimentação ou medicamentos, numa condição sub humana. O caso do Efavirens demonstrou que a experiência da licença compulsória traz inúmeros benefícios, principalmente na persecução dos objetivos nacionais brasileiros que coloca a Saúde como dever do Estado e direito do cidadão. Assim sendo, como demonstrado ao longo de toda a exposição, a comunidade internacional precisa se unir, contando com maior participação de países em desenvolvimento em órgãos multilaterais, atribuindo-lhes poderes de veto. Neste espeque, países como o Brasil, a Índia, a China e Rússia devem possuir maiores poderes junto a Organização Mundial do Comércio, no Conselho da Organização das Nações Unidas e integrar grupos até então formados apenas pelas grandes potências como o G8. Assim, necessitamos trabalhar conjuntamente para que a experiência hodierna do desenvolvimento econômico combinado com a valorização do ser humano que parece ser o caminho trilhado pelos países em desenvolvimento, passem a integrar os paradigmas de valor hoje presentes nos órgãos mundiais de controle, bem como, na mente das sociedades presentes em países desenvolvidos que, muita vez, atingiram um patamar elevado de desenvolvimento, graças a exploração de países que hoje buscam um desenvolvimento sem exploração, mas construtivista.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL, FUNÇÃO SOCIAL; LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO, EFAVIRENS

RESUMEN

El artículo 5, XXII de la Constitución Federal establece claramente que la propiedad debe ser contrastada con las restricciones del siguiente tema de la propiedad que se

ajusten a su función social. El artículo 170 también en la propiedad privada se define como un principio fundamental de orden económico, con la condición de su función social. Los intereses sociales y económicos deben ser compatibles, a fin de que el desarrollo de nuevas tecnologías se aplican no sólo para obtener beneficios extraordinarios, sino también para beneficiar a los seres humanos, especialmente en los países en desarrollo, la necesidad de este nuevo producto la tecnología, dice que los medicamentos, entre otros cultivos para mejorar su condición de la existencia humana. Hoy, en los debates llevados a cabo en los organismos internacionales encargados de la regulación y el control de la propiedad intelectual en el mundo, domina el interés de los países desarrollados es en la redacción de los tratados internacionales en los que los países en desarrollo están obligados a adherirse a la presión internacional, es en el campo elegido para los debates. En este contexto, el instrumento de la concesión obligatoria de licencias de las patentes de los medicamentos pueden ayudar a cambiar esta desastrosa situación, la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, generar empleo y estimular el desarrollo de sus habitantes, así como la reducción de los recursos gastados en el pago de royalties, transformando lo que era en el gasto de inversión, contribuyendo a la formación de un círculo virtuoso, una mejor calidad de vida de las personas. El 13 de noviembre de 1996, la Ley fue aprobada en 9313 hizo obligatorio que la distribución de medicamentos antirretrovirales (ARV) por el sistema de salud pública. Frente a la epidemia de VIH / SIDA en el Brasil, el fortalecimiento de este marco jurídico normativo que ya existe, como garantía de acceso a los antirretrovirales y otros medicamentos para el tratamiento de las infecciones relacionadas con la enfermedad. Además de los elogios de los países y organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud, dio la bienvenida a la política brasileña de distribución universal puede demostrarse en cifras: entre 1997 y 2004, la mortalidad se redujo en un 40% y la morbilidad en un 70% y la reducción de hospital hospital y el tiempo promedio de hospitalización fue de 80%, la economía de los recursos fue del orden de US \$ 2,3 mil millones en gastos de hospital. Es también una reducción significativa de los precios de los medicamentos antirretrovirales para aumentar la producción local. El 4 de mayo de 2007, el gobierno brasileño decidió licencia obligatoria de la droga Efavirenz - componente de un cóctel contra el VIH, cuya patente pertenece al laboratorio Merck Sharp & Dohme. Según el Programa de ETS / SIDA del Ministerio de Salud, el tratamiento antirretroviral Efavirenz es el medicamento importado más utilizado en el tratamiento del SIDA: hoy, el 38% de las personas que viven con el VIH / SIDA en Brasil el uso de medicamentos en sus regímenes de tratamiento. Se estima que para finales de este año, 75 mil de 200 mil personas van a utilizar este medicamento. El programa también informa de que los valores por el laboratorio para el país, el costo por paciente por año equivale a \$ 580, lo que representaría un presupuesto anual de \$ 42,9 millones para 2007. Los precios de la gama de productos genéricos a partir de \$ 163,22 a \$ 166,36 el costo por paciente por año. De estos valores, con la concesión de licencias obligatorias, la reducción de los gastos en 2007 fue de alrededor de 30 millones de dólares EE.UU.. El ahorro estimado para el año 2012, cuando expira la patente Efavirenz, es de \$ 236,8 millones, según el Ministerio de Salud. La concesión de licencias obligatorias fue una demanda de varias organizaciones no gubernamentales (ONG). Históricamente, los movimientos sociales y colectivos de las organizaciones no gubernamentales en Brasil han luchado para garantizar la sostenibilidad de las políticas de salud pública, el acceso universal a los medicamentos utilizados para tratar a las personas que viven con el VIH / SIDA y el fortalecimiento del Sistema Nacional de Salud (SUS). La medida es histórica y sin precedentes en América Latina, a pesar de que ha ocurrido en otros países como

Canadá, Tailandia e Italia, incluso en relación a Merck de la propia droga. La decisión del Gobierno fue el resultado de una larga negociación con el laboratorio y fue tomada con responsabilidad, sin faltar el respeto a las leyes nacionales e internacionales en vigor. La humanidad necesita un cambio de paradigma en los valores que prevalecen hoy en día en nuestra sociedad. El poder económico ya no puede prevalecer sobre el ser humano. La crisis financiera mundial a través de la cual el mundo desde 2007, muestra que la sobrevaloración del capital es un contra del sentido en una sociedad donde las personas son miserablemente sobrevivir sin comida o medicina, un sub-condición humana. El caso de Efavirens mostró que la experiencia de las licencias obligatorias tiene muchas ventajas, principalmente en la búsqueda de objetivos que pongan Nacional de Salud del Brasil y el deber del Estado y derecho del ciudadano. Así pues, como se ha demostrado a lo largo de la exposición, la comunidad internacional tiene que unir, con una mayor participación de los países en desarrollo en los organismos multilaterales, dándoles poder de veto. Puncheon esto, países como Brasil, India, China y Rusia deberían tener más competencias en la Organización Mundial del Comercio, el Consejo de las Naciones Unidas y luego unirse a los grupos formados solamente por las grandes potencias como el G8. Por lo tanto, tenemos que trabajar juntos para hoy la experiencia de desarrollo económico combinado con el reconocimiento del ser humano parece ser la forma en las pistas de los países en desarrollo, tendrá que integrar los paradigmas de valor en el mundo de hoy al organismo de control y, en cuenta de las empresas en los países desarrollados, mucho tiempo, llegó a un alto nivel de desarrollo mediante la explotación de los países que ahora buscan un desarrollo sin explotación, pero constructiva.

PALAVRAS-CLAVE: PROPIEDAD – INTELECTUAL - FUNCIÓN SOCIAL - LICENCIAMIENTO COMPULSORIO – EFAVIRENZ

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende investigar o tratamento dispensado pela Lei maior à propriedade intelectual, sua função social, aos direitos dela decorrentes e até que medida os direitos de exclusividade e os privilégios conferidos à PI se sustentam frente ao instrumento do licenciamento compulsório, utilizado para a quebra da patente em benefício do interesse público.

Neste esboço, este artigo busca analisar as disposições legais acerca do tema, a natureza jurídica da propriedade intelectual, sua função social determinada positiva e negativamente por seus limites, em especial, o limite compulsório externado pelo instrumento do licenciamento compulsório, sua aplicação no âmbito das patentes de medicamentos e o único caso brasileiro de quebra da patente: o Efavirenz. – medicamento componente do coquetel antiaids distribuído pelo Ministério da Saúde, dentro do programa de universalização da saúde previsto na Lei 9.313/96.

1.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL

Podemos dizer, de maneira geral, que a propriedade intelectual se constitui do conjunto de princípios e de regras que regulam a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos e interesses sobre ativos intangíveis diferenciadores, que são suscetíveis de utilização no comércio. Este instituto não abarca todos os ativos intangíveis, mas aqueles que servem de elementos de diferenciação entre concorrentes.

Assim, conforme Carvalho^[1], o objeto tratado pela propriedade intelectual abrange os elementos diferenciadores que apresentem: a) *novidade*, que diferencia quanto ao tempo; b) *originalidade*, que diferencia quanto ao autor; c) *distingüibilidade*, que diferencia quanto ao objeto.

A propriedade intelectual compreende: I) Propriedade Industrial: marcas, patentes, desenho industrial, indicações geográficas e cultivares e; II) Direitos do Autor e Direitos Conexos: obras literárias e artísticas, programas de computador, domínios da internet e cultura imaterial. Os conhecimentos tradicionais ainda não foram reconhecidos como parte da Propriedade Intelectual.

Como o objetivo do presente trabalho é investigar a interpretação da propriedade intelectual sob o prisma da função social, com ênfase no licenciamento compulsório, optamos por sinteticamente conceituar a propriedade intelectual sem maiores digressões.

2. NATUREZA JURÍDICA

Se os direitos do autor de obra ou invento são configurados como verdadeira propriedade intelectual, forçosamente somos obrigados a concluir que estamos tratando de uma espécie de propriedade, e que portanto, caberiam ao proprietário todos os frutos de seu bem imaterial, de maneira exclusiva e privilegiada.

Demais disso, se a CR/88 fala em garantia do direito de propriedade, as prerrogativas do autor sobre sua obra estariam garantidas de maneira permanente, cito:

“Artigo 5º: ...

XXII – é garantido o direito a propriedade”

Todavia, no inciso XXIII, do artigo que trata dos direitos e garantias fundamentais, o legislador inseriu de forma genérica, que toda propriedade atenderá a sua função social, *in verbis*:

“Art. 5º

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”

A nosso ver, a maneira genérica com a qual o legislador constituinte originário impôs a observância da função social à propriedade fora intencional, pois desta forma estendeu a obrigatoriedade de atendimento da função social, não só à propriedade

material de bens corpóreos mas também à propriedade imaterial, constituída por bens incorpóreos.

Parece-nos que a natureza jurídica encontra-se delineada: Um direito de propriedade que detêm em sua concepção primeira, privilégios e exclusividades, naturalmente será um direito de natureza patrimonial.

Todavia, pela vontade do legislador constituinte, acreditamos que o “tempero” da função social trazido no inciso XXIII do artigo 5º, impõe limites ao direito patrimonial, a ponto de impor ao particular a perda da propriedade e dos direitos dela decorrentes, em favor do interesse público.

Assim, temos que o direito de propriedade é garantido e prestigiado no Brasil (regime capitalista da livre iniciativa), porém, esta garantia é mitigada pelo interesse público que sempre prevalecerá sobre o interesse do particular.

3. INTERESSE SOCIAL E O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E ECONÔMICO DO PAÍS

A propriedade intelectual, sob o prisma dos direitos humanos, apóia-se em dispositivos constitucionais e tratados internacionais internalizados e materializados na legislação brasileira por normas infraconstitucionais. Além da parte final do artigo 5º, inciso XXIX, da CF/88, a carta aponta para a existência de interesses sociais coletivos, imputando ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais. Assim, por exemplo, nos artigos seguintes, temos que:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

No dizer de Denis Borges Barbosa[2], na seara do direito constitucional, os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc.) são objeto de tutela própria, que não se confunde com a regulação econômica dos direitos autorais. Em dispositivo específico, a Carta sujeita a constituição de tais direitos a condições especialíssimas de funcionalidade (a *cláusula finalística*), compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social. Não é assim que ocorre no que toca aos direitos autorais.

O Art. 5º, XXII da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, de que a propriedade atenderá sua função social. Também no Art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social [3].

Os interesses social e econômico devem ser compatibilizados de maneira a possibilitar que o desenvolvimento de novas tecnologias, sejam aplicadas não só para a obtenção de lucros extraordinários mas também para beneficiar os seres humanos que, em especial nos países em desenvolvimento, necessitam do produto dessa nova tecnologia, cito medicamentos, cultivares entre outros para melhorar sua condição de existência humana.

Hodiernamente, nas discussões levadas a cabo nos órgãos internacionais responsáveis pela regulação e controle da propriedade intelectual no mundo, predomina o interesse dos países desenvolvidos, seja na redação dos tratados internacionais em que os países subdesenvolvidos são obrigados a aderir por pressão internacional, seja nas matérias eleitas para estas discussões.

Essa perspectiva funesta, atribui ao instrumento do licenciamento compulsório de patentes uma importância muito grande no contexto atual: A possibilidade dos países em desenvolvimento se aproveitarem das tecnologias já desenvolvidas para impulsionar a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias em seu próprio território, formando um ciclo virtuoso em que há o estímulo à formação de novos pesquisadores, à criação de novos institutos de pesquisa, ampliação da produção industrial, geração de empregos, melhor formação educacional e maior renda a todos os ocupantes dessa cadeia produtiva.

4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA

A legislação brasileira sobre propriedade industrial é baseada essencialmente em tratados internacionais (Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), a União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV) e o Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual relacionados com o

Comércio (TRIPs, em inglês)), que, em sua grande maioria como vimos, regulam o tema de maneira a privilegiar as nações que possuem um maior número de patentes, (anos à frente em pesquisa e desenvolvimento), em detrimento de nações em desenvolvimento com menor número.

Em brilhante ensaio sobre a propriedade industrial das plantas, Kelly Bruch, Débora Hoff e Homero Dewes^[4], traçam um breve panorama da legislação internacional e nacional:

“O Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectuais relacionados com o Comércio (TRIPs) tem como objetivo geral reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional e assegurar que as medidas e procedimentos de repressão ao comércio ilícito de bens protegidos por direitos de propriedade intelectual não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio internacional legítimo. Ele foi consolidado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, no Anexo 1.C de seu Acordo Constitutivo. Este Acordo estipula uma proteção mínima da propriedade intelectual em nível mundial, buscando uma harmonização do nível de proteção em todos os Membros e garantindo esta proteção mediante procedimentos judiciais pré-determinados que sejam ágeis e efetivos. O referido Acordo, em suas exigências, não entra em conflito com as disposições previstas nas Atas da UPOV. Em seu texto, dentre outras disposições, o TRIPs determina que haja a proteção das variedades vegetais, seja mediante patentes, seja mediante um regime *sui generis*, sejam por ambos os regimes. Entretanto, ele permite explicitamente a exclusão da patenteabilidade de plantas pelos Membros em suas normas internas, de forma a permitir a possibilidade de proteção por apenas um regime *sui generis*. É a partir dos dispositivos proporcionados pela TRIPs que surgem, especialmente em países em desenvolvimento ou periféricos, as patentes biotecnológicas e a proteção de cultivares, antes apenas existentes nos países desenvolvidos. O mesmo também permite a concessão de licenças compulsórias e licenças obrigatórias, não se manifestando, no entanto sobre a aplicabilidade e extensão do princípio da exaustão de direitos. Em 1995, sob influência da TRIPs, foi promulgado no Brasil um conjunto de leis que visavam estabelecer a proteção de praticamente todas as áreas da propriedade intelectual, dentre as quais destacam-se: a lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996, que se refere à propriedade industrial e a lei n. 9.456 de 25 de abril de 1997, que disciplina a proteção de cultivares.”

Antes do Acordo TRIPs, os Estados eram livres para determinar seus padrões de patenteabilidade. O patenteamento de bens essenciais, tais como medicamentos e alimentos, foi considerado por um bom tempo como sendo evidentemente contra o interesse público. Durante a Rodada Uruguai de negociações do GATT, os países em desenvolvimento aceitaram a proteção da propriedade intelectual no âmbito da OMC não porque esta era uma de suas prioridades, mas sim porque a propriedade intelectual estava dentro do pacote oferecido, que incluía a redução de medidas protecionistas pelos países desenvolvidos.

O avanço e o amadurecimento das economias de países desenvolvidos, lhes possibilita uma maior dedicação e concentração de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos inventos e, por conseguinte, de novas patentes, sedimentando o indigitado círculo virtuoso no seio de sua sociedade.

De outro lado, os países subdesenvolvidos hoje são dependentes dessa tecnologia e sem recursos financeiros para direcionarem a pesquisa e desenvolvimento, ajudam a formar um cenário tenebroso, no qual a propriedade intelectual favorece o proprietário e/ou cessionário da patente (geralmente localizado em países desenvolvidos) com privilégios sobre sua utilização e que impõe ao país subdesenvolvido o ônus do pagamento de royalties, agravando ainda mais a condição do subdesenvolvimento no que toca ao dispêndio de recursos de que disporia para pesquisa e desenvolvimento.

No Brasil, o registro de patentes continua sendo um problema em todo o País. Os pedidos brasileiros de concessão de patentes representam uma pequena fração do total mundial, 0,09%^[5]. A Lei 9.279/96, que trata de propriedade intelectual, provocou o aumento do investimento da iniciativa privada e dos pedidos de concessão de patentes de instituições brasileiras no exterior. Até 1995, antes da lei entrar em vigor, pesquisas indicam que foram registrados, no total, 40 pedidos de patentes da iniciativa privada. Este número evoluiu para 215, desde que a lei entrou em vigor até o ano de 2007. Vale frisar, que até 1995 os depósitos de patentes foram quase exclusivamente de universidades, mas após esse ano as empresas passaram a representar cerca de 40% dos registros de patentes, os institutos de pesquisa 10% e as universidades o restante.

Apesar de a lei ter motivado a expansão dos depósitos, o Brasil ainda está em 28º lugar no número de pedidos concedidos pelo United States Patent and Trade Mark Office (USPTO), dos Estados Unidos, e apresenta um investimento em pesquisas e desenvolvimento muito baixo. Enquanto os países desenvolvidos investem 2% do Produto Interno Bruto (PIB) em pesquisas, o Brasil investe apenas 1%, sendo que 65% desses recursos saem dos cofres públicos.

O governo federal lançou em 2004 uma política industrial e tecnológica para o setor, financiada pelo BNDES. O programa foi renovado pelo banco há menos de um ano e irá até 2012, com dotação de R\$ 3 bilhões. Há R\$ 1 bilhão de projetos aprovados e contratados em carteira, mas a maioria é de implantação de unidades produtivas, não de P&D.

Falta muito para o Brasil conseguir repetir o exemplo da Índia. Algumas farmacêuticas do país asiático enxergaram que só tinham futuro investindo decididamente em inovação. Tornaram-se competitivas em genéricos no mercado mundial e passaram a respeitar patentes. Depois disso é que grandes empresas multinacionais reconheceram a competência indiana e levaram para lá laboratórios de P&D.

A título de registro, autores listam uma série de situações desvantajosas aos países subdesenvolvidos, tais como^[6]:

- a) barreira à transferência tecnológica do centro para a periferia, fazendo com que a periferia tenha que pagar pelo direito de uso de tecnologias específicas;
- b) criar mercados para produtos casados (caso dos herbicidas criados para plantas geneticamente modificadas);

c) dependência tecnológica, pois a compra de uma tecnologia principal pode desencadear a compra de tecnologias complementares, bem como serviços de manutenção e melhoria;

d) redução da competitividade, pois a aquisição de tecnologias no mercado não garante o domínio sobre tecnologias de ponta, ou pode significar incremento de custos pelo pagamento de *royalties*.

Desta exposição, ficam as questões:

1) Como proceder para compatibilizar os interesses de um lado, dos países e iniciativa privada que investem bilhões em pesquisa e desenvolvimento e querem lucrar com o produto destas e de outro, dos países que não têm condições e recursos para realizar pesquisas científicas, mas que, na maioria das vezes, são os que mais necessitam das inovações tecnológicas para melhorar a qualidade de vida de seus habitantes em todos os níveis?

2) De que maneira compatibilizar o sistema capitalista de busca do lucro (mais valia) com um sistema comunitário internacional que valorize o ser humano acima de tudo, utilizando-se da tecnologia em prol do bem estar da humanidade?

5. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Como concluímos alhures, a propriedade intelectual possui natureza patrimonial. Com efeito, a Constituição Federal/88 no artigo 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade a todos os brasileiros. Da mesma sorte, o indigitado diploma insere no inciso seguinte, cito o XXIII, que a “propriedade atenderá a sua função social”.

A nosso ver, o inciso XXIII impõe à propriedade um requisito essencial para o seu exercício, qual seja, o atendimento da função social.

Mas o que entendemos por “função social”?

A sociologia define a expressão, indicando a idéia de uma sociedade vista como um organismo vivo, onde cada parte tem uma função.

De outro lado, se interpretarmos a expressão “função social da propriedade” sob o prisma das ciências jurídicas, temos a propriedade como uma parte do organismo social, cabendo a esta, a realização de uma função.

Neste esteio, podemos dizer que caberá a cada nação definir qual será a função atribuída à propriedade segundo a opção política de seu povo.

Neste aspecto, vale transcrever as criteriosas ponderações de Orlando Gomes^[7] que identifica a diferença estrutural e política existente entre a propriedade que tem função social e propriedade que é função social:

“...Essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma função social não tem, entretanto, inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialístóides levianos ou contrabandistas de idéias.

Muito pelo contrário. Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula da função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico jurídico, revela profunda hipocrisia pois “mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalista. É que, legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor da riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão de interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente.

...

O primeiro problema foi levantado por Perlingieri na sua obra *Introdução à Problemática da Propriedade*, publicada em 1971 pela Escola de Aperfeiçoamento em Direito Civil da Universidade de Camerino. Registrando a evidente diferença estrutural e política existente entre a propriedade que tem função social e propriedade que é função social, esclarece que, na primeira colocação, a propriedade permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente este é investido na função social, enquanto na outra perspectiva a propriedade é atribuída ao proprietário, não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou coletivo.

No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política das limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito, - conforme a intensidade do interesse geral que o delimita, e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional.”

No Brasil, adotamos o regime capitalista e a propriedade corpórea e incorpórea é privada, tendo função social e não sendo uma função social, para utilizarmos as idéias trazidas pelo douto autor.

Desta feita, a função social preconizada por nossa carta magna, nunca será plena como aquela imaginada em um Estado que adota a opção político-econômica do socialismo, pois em nossa opção econômica, o proprietário possuirá sempre prerrogativas positivas, tais como privilégios, exclusividades e direito de proteção, em face de seus semelhantes.

Contudo, a despeito de não ser plena, a função social inserta da Constituição Federal, impõe aos proprietários de bens corpóreos e incorpóreos uma importante limitação: O interesse público deverá ser sempre observado, prevalecendo sobre o interesse privado.

Assim, temos que o Estado deve garantir o direito de propriedade ao dono, concebendo instrumentos jurídicos para esta proteção *erga omnes*. De outro lado, deve o proprietário retribuir à sociedade a concessão desta garantia, utilizando a propriedade de maneira adequada, coadunando-se com o conceito da função social.

No direito de propriedade industrial, esta face positiva pode ser compreendida como o direito que o titular da patente tem de explorá-la no território onde esta se encontra protegida bem como de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto de patente e o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

Na face negativa encontra-se o impedimento de que o proprietário use seu bem de forma nociva à coletividade. Também estão compreendidas na face negativa as situações em que legalmente o proprietário não pode impedir o terceiro de atuar. Trata-se da possibilidade de utilização de sua invenção em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarrete prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas; à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; o produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa; e aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40 da Lei 9.279/96.

Em ambos os casos, tanto positiva quanto negativamente, a intervenção estatal pode se dar de maneira limitadora ou impulsionadora. A maneira limitadora se traduz em todos os deveres legalmente estabelecidos que determinam que o indivíduo deva agir ou deixar de agir de determinada forma. No direito de propriedade industrial esta intervenção limitadora poderia ser compreendida como o limite temporal que a lei determina para a exploração da proteção da patente de invenção. A maneira impulsionadora implica na intervenção do Estado na atuação do indivíduo quando a limitação legal por si só não é suficiente. No direito de propriedade industrial esta intervenção impulsionadora pode ser traduzida na concessão de licenças compulsórias por abuso de direito, bem como na decretação da caducidade da patente por falta de exploração desta.

Por fim, estas limitações podem existir em face do interesse público ou do interesse privado. Tratam-se de limitações de interesse público aquelas que dizem respeito a reflexos que se espriam por toda a sociedade. No direito de propriedade

industrial esta limitação pode ser percebida quando a lei determina que se possa utilizar o invento para pesquisa e desenvolvimento. Embora pareça que, em um primeiro momento, está se desprezando o privilégio do particular em utilizar o invento, na verdade está se garantindo a toda a sociedade o progresso científico e tecnológico. Isso se explica da seguinte forma: se a um titular fosse dada a possibilidade de proibir a pesquisa sobre suas inovações, ele teria o monopólio não somente sobre o fruto destas, mas sobre a possibilidade de se avançar cientificamente, determinando a estagnação do conhecimento nesta área.

Tanto a maneira limitadora quanto a maneira impulsionadora de intervenção do estado sobre o direito de propriedade, podem ser entendidas como formas de governabilidade, possibilitadas pelo direito de propriedade industrial. Estas formas de governabilidade podem ser utilizadas para defender os interesses do país perante os avanços tecnológicos permitidos pela Pesquisa e Desenvolvimento, mas protegidos pelo direito.

Isto posto, vale enfatizar que no âmbito da propriedade industrial, dentro das categorias supra mencionadas, são tratados os seguintes limites: temporais, territoriais, compulsórios e de esgotamento de direitos.

Neste artigo trabalharemos com o denominado limite compulsório e sua aplicação sobre os medicamentos e as consequências para o país que o utiliza, no cenário internacional.

6. LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE MEDICAMENTOS

No Brasil, o licenciamento compulsório está regulado na Lei 9.279/96, em seus artigos 68 *usque* 74, os quais dispõem que o titular ficará sujeito à quebra da patente nos casos de: a) exercício dos direitos dela decorrentes de forma abusiva; b) prática de abuso de poder econômico; c) não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto; d) falta de uso integral do processo patenteado e; e) a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado.

Segundo o artigo 70 da indigitada Lei, a licença compulsória poderá ainda ser concedida quando, cumulativamente, se verificarem: a) ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra; b) o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e c) o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para a exploração da patente anterior.

O Acordo da OMC sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS, sigla em inglês) permite que os Membros da Organização, na qual inclui-se o Brasil, emitam licenças compulsórias (artigo 31 do tratado internacional) em circunstâncias específicas, entre elas emergências nacionais relacionadas à saúde pública. No caso dos medicamentos, a licença compulsória por interesse público suspende os direitos patentários sobre determinado produto e abre caminho para a importação ou produção de genéricos a um custo bastante inferior.

Ocorre que, na quebra de uma patente medicamentosa, mais importante que a economia em termos de gastos públicos para um país em desenvolvimento como o Brasil, é o estímulo ao desenvolvimento de uma competência tecnológica nacional para desenvolver e testar um princípio ativo. É uma condição necessária para desenvolver o setor de fármacos no país e reduzir sua dependência na importação de produtos de química fina.

As farmacêuticas brasileiras, apesar de avanços recentes, não têm tradição de pesquisa nem recursos financeiros para se tornarem tão cedo de fato inovadoras. Farmanguinhos, da Fiocruz, é um laboratório público, que se associou a duas empresas privadas nacionais para desenvolver o Efavirenz, medicamento que teve sua patente quebrada pelo governo brasileiro através do Decreto nº 6.108/2007. No caso brasileiro, parece ser esse o caminho do desenvolvimento tecnológico: criar consórcios para aglutinar competências e ganhar escala, com foco na inovação que vá além da simples cópia de medicamentos consagrados.

O Decreto que inaugurou o instituto da licença compulsória por interesse público no Brasil, utilizou-se da faculdade prevista no artigo 71 da Lei 9.729/96, dispositivo este que fora instituído no país graças à assinatura pelo Brasil do Acordo da Organização Mundial do Comércio sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS, sigla em inglês), *in verbis*:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

Atendendo aos requisitos do citado artigo, o Decreto 6.108/2007, vaticina:

Art. 1o Fica concedido, de ofício, licenciamento compulsório por interesse público das Patentes nos 1100250-6 e 9608839-7.

§ 1o O licenciamento compulsório previsto no caput é concedido sem exclusividade e para fins de uso público não-comercial, no âmbito do Programa Nacional de DST/Aids, nos termos da Lei no 9.313, de 13 de novembro de 1996, tendo como prazo de vigência cinco anos, podendo ser prorrogado por até igual período.

§ 2o O licenciamento compulsório previsto no caput extinguir-se-á mediante ato do Ministro de Estado da Saúde, se cessarem as circunstâncias de interesse público que o determinaram.

Art. 2o A remuneração do titular das patentes de que trata o art. 1o é fixada em um inteiro e cinco décimos por cento sobre o custo do medicamento produzido e acabado pelo Ministério da Saúde ou o preço do medicamento que lhe for entregue.

Art. 3o O titular das patentes licenciadas no art. 1o está obrigado a disponibilizar ao Ministério da Saúde todas as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução dos objetos protegidos, devendo a União assegurar a proteção cabível dessas informações contra a concorrência desleal e práticas comerciais desonestas.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no art. 24 e no Título I, Capítulo VI, da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996, no caso de descumprimento da obrigação prevista no caput.

Art. 4o A exploração das patentes licenciadas nos termos deste Decreto poderá ser realizada diretamente pela União ou por terceiros devidamente contratados ou conveniados, permanecendo impedida a reprodução de seus objetos para outros fins, sob pena de ser considerada ilícita.

Art. 5o Nos casos em que não seja possível o atendimento à situação de interesse público com o produto colocado no mercado interno, ou se mostre inviável a fabricação, no todo ou em parte, dos objetos das patentes pela União ou por terceiros contratados ou conveniados, poderá a União realizar a importação do produto objeto das patentes, sem prejuízo da remuneração prevista no art. 2o.

Art. 6o Caberá ao Ministério da Saúde informar ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, para fins de anotação, o licenciamento compulsório concedido por este Decreto, bem como alterações e extinção desse licenciamento.

Art. 7o Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de maio de 2007; 186o da Independência e 119o da República.

*LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
José Gomes Temporão”*

Muitos setores reagiram de maneira positiva, tendo expressado apoio público à emissão da licença compulsória brasileira. O ex- Ministro francês das Relações Exteriores, Philippe Douste-Blazy, apoiou a decisão e afirmou que a medida tem fundamento no TRIPs, que prevê que cada país possui a liberdade de determinar os motivos que levam à emissão das licenças compulsórias. O ex-Presidente dos Estados Unidos da América (EUA), Bill Clinton, também apoiou a decisão do governo brasileiro. Estes apoios públicos, representam a confirmação de que o Brasil segue na direção correta em termos de ação de saúde pública e que a medida adotada está absolutamente de acordo com o disposto no Acordo TRIPs, não caracterizando nenhuma arbitrariedade ou estatização.

A propósito, vale frisar que antes de decretar o licenciamento compulsório por interesse público, o Brasil seguiu o protocolo exigido pelo TRIPs, realizando negociações com a indústria farmacêutica detentora da patente a fim de compor o conflito de interesses amigavelmente. Ocorre que, a empresa negou-se a negociar. Talvez até pelo desgaste que o instrumento da licença compulsória atravessara eis que, em outras ocasiões, o Ministério da Saúde ameaçara empresas de quebra de patente em relação a outros medicamentos que também fazem parte do coquetel antiaids. Contudo, nestas

oportunidades o país recuou, aceitando termos que, algumas vezes, não foram os mais interessantes para os interesses nacionais, como ocorre no caso Kaletra (Lopinavir + Ritonavir), fabricado pelo laboratório Abbott.

O uso racional da licença compulsória pode favorecer a transferência de tecnologia para a produção de medicamentos nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, em setores de vital interesse para saúde da população. Assim, apesar do poder econômico representado por gigantes do setor farmacêutico não estarem de acordo com a utilização da licença, ela é uma das poucas maneiras pelas quais os países mostram para a comunidade internacional que os valores prevalecentes nas culturas dos povos deve ser o da primazia do ser humano em detrimento do capital. Enquanto não unirmos esforços para deixar realçado o império de valores humanísticos, a sociedade continuará assistindo a genocídios em massa, como ocorre nos países africanos com a disseminação de epidemias e doenças infecto contagiosas, sem tratamento por falta de recursos. Não podemos aceitar que seres humanos, pelo fato de terem nascido em um país economicamente subdesenvolvido, agonizem aguardando a morte sem remédios ou outro tipo de tratamento, enquanto indústrias farmacêuticas, discutem qual será a repercussão em seu faturamento da quebra de uma patente em um país em desenvolvimento.

Os órgãos multilaterais internacionais possuem a obrigação de estimular, apoiar e assessorar os países em desenvolvimento a transferir tecnologia para o seu território, fazendo com que o desenvolvimento econômico atravesse as fronteiras para que um dia o instrumento do licenciamento compulsório não seja mais importante, dada a condição de desenvolvimento que o planeta atingirá.

7. O ÚNICO CASO BRASILEIRO DE LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO: O ANTIRETROVIRAL EFAVIRENZ

O Brasil alterou sua legislação de propriedade industrial em 1996, ajustando-se às regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). A Lei no 9.279/96 ampliou o escopo das matérias patenteáveis e estabeleceu a possibilidade de proteção de todos os campos tecnológicos. Com isso, houve alteração significativa da lei anterior (Lei nº 5.772/71), que proibia, por exemplo, o patenteamento de substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação dos mesmos.

Em 13 de novembro de 1996, foi aprovada a Lei no 9.313 que tornou obrigatória a distribuição de medicamentos antiretrovirais (ARVs) pelo sistema público de saúde. Frente à epidemia HIV/AIDS no Brasil, tal normativa fortaleceu o arcabouço legal já existente, pois garantiu o acesso a ARVs e outros medicamentos para o tratamento de infecções relacionadas à doença.

Além de elogios internacionais de países e órgãos como a Organização Mundial de Saúde, a aplaudida política de distribuição universal brasileira pode ser demonstrada em números: entre 1997 e 2004, a mortalidade foi reduzida em 40% e a morbidade em 70%; e a redução das internações hospitalares e do tempo médio de internação hospitalar foi de 80%, a economia de recursos foi da ordem de US\$ 2,3 bilhões com

gastos hospitalares[8]. Destaca-se ainda a redução significativa dos preços de medicamentos ARVs com o incremento da produção local.

A manutenção da distribuição universal de ARVs encontra-se, no entanto, ameaçada pela sustentabilidade financeira do Programa. Os medicamentos antiretrovirais de primeira linha produzidos localmente não estavam sob proteção patentária no Brasil, já que à época do início da produção o país não reconhecia patentes farmacêuticas. Esse fato permitiu que 7 ARVs fossem produzidos como genéricos nacionais, o que reduziu o custo do tratamento e ampliou o acesso. Após a alteração da lei de propriedade industrial e o reconhecimento de patentes farmacêuticas, os novos medicamentos, agora patenteados no Brasil, impactaram e seguem impactando na política de distribuição universal de ARVs.

Em negociações com laboratórios farmacêuticos transnacionais detentores de patentes de Antiretrovirais, o Brasil utilizou a ameaça de licença compulsória como instrumento de pressão em três ocasiões: Primeira: Em agosto de 2001, o então Ministro da Saúde José Serra anunciou o licenciamento compulsório da patente do medicamento Nelfinavir (fabricado pela Roche). No mesmo dia, porém, e logo após o anúncio, foi anunciada a interrupção do processo porque a Roche aceitou reduzir o preço do medicamento em 40%. Segunda: Em dezembro de 2003, o Ministro da Saúde, Humberto Costa, anunciou que o governo brasileiro poderia, mais uma vez, adotar a medida para a produção do Nelfinavir no País. Em janeiro de 2004, depois de conseguir a redução do preço de cinco medicamentos - Nelfinavir, Lopinavir, Efavirenz, Tenofovir e Atazanavir - o Ministério da Saúde desistiu da medida. Terceira: Em junho de 2005, o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva e o Ministro Humberto Costa, assinaram decreto no qual o medicamento ARV Kaletra (Lopinavir + Ritonavir), fabricado pelo laboratório Abbott, passou a ser de interesse público. A negociação com a empresa mostrou-se desastrosa, e foi assinado um contrato que continha cláusulas abusivas, tais como: a restrição da aplicação de flexibilidades legais; a fixação do valor unitário do medicamento até 2011, o que dificultava nova negociação de preço; e a previsão de aumento em 10% no preço da nova formulação do medicamento. Em suma, o preço da nova formulação praticamente anulou a redução de preço obtida à época. Diversas organizações da sociedade civil denunciaram aspectos abusivos do acordo e ingressaram na Justiça Federal para obrigar o Poder Executivo a licenciar compulsoriamente o medicamento Kaletra.

No dia 4 de maio de 2007, o governo brasileiro decidiu licenciar compulsoriamente o medicamento Efavirenz – componente do coquetel contra o HIV, cuja patente pertence ao laboratório Merck Sharp & Dohme. De acordo com o Programa DST/AIDS do Ministério da Saúde, o antiretroviral Efavirenz é o medicamento importado mais utilizado no tratamento da AIDS: atualmente, 38% das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil utilizam o remédio em seus esquemas terapêuticos. Estima-se que até o final deste ano, 75 mil das 200 mil pessoas farão uso desse medicamento.

O Programa informa, ainda, que com os valores praticados pelo laboratório para o país, o custo por paciente/ano equivale a US\$ 580, o que representaria um orçamento anual de US\$ 42,9 milhões para 2007. Os preços do produto genérico variam de US\$ 163,22 a US\$ 166,36 o custo por paciente/ ano. A partir desses valores, com o licenciamento compulsório, a redução de gastos em 2007 foi em torno de US\$ 30 milhões. A

estimativa de economia até 2012, data em que a patente Efavirenz expira, é de US\$ 236,8 milhões, segundo o Ministério da Saúde.

O licenciamento compulsório foi uma demanda de diversas Organizações não Governamentais (ONGs). Historicamente, movimentos sociais e coletivos de ONGs têm lutado no Brasil para garantir a sustentabilidade de políticas públicas de saúde, o acesso universal a medicamentos utilizados no tratamento de pessoas que vivem com HIV/AIDS e o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

A medida é histórica e inédita na América Latina, embora já tenha ocorrido em outros países como Canadá, Tailândia e Itália, inclusive em relação a medicamentos da própria Merck. A decisão do governo foi o desfecho de uma longa negociação com o laboratório e foi tomada com responsabilidade, sem desrespeito às legislações nacionais e internacionais em vigor.

Cumprir observar, que nos termos do Decreto 6.108/2007, o licenciamento compulsório foi concedido sem exclusividade e para fins de uso público não-comercial, no âmbito do Programa Nacional de DST/Aids, nos termos da lei 9.313/96, tendo como prazo de vigência cinco anos, podendo ser prorrogado por até igual período. A remuneração do titular das patentes, foi fixada em um inteiro e cinco décimos por cento sobre o custo do medicamento produzido e acabado pelo Ministério da Saúde ou o preço do medicamento que lhe for entregue, podendo a União realizar a importação do produto objeto das patentes, sem prejuízo da indigitada remuneração.

Em entrevista coletiva ofertada aos meios de comunicação nacionais e internacionais, no início de 2.009, por ocasião do primeiro lote do Efavirenz produzido no país, o atual Ministro da Saúde ressalta a extrema valorização desse momento, para que o Brasil possa enfrentar novos desafios e novas conquistas. Para que a entrega do Efavirenz fosse concretizada, o Ministro Temporão destacou quatro etapas: a dimensão política, quando os sanitaristas se uniram no Sistema Único de Saúde (SUS); a dimensão técnico científica, marcada pela capacidade dos pesquisadores brasileiros de organizar e aplicar seus conhecimentos aos serviços de saúde; a dimensão da política industrial e desenvolvimento, onde a saúde é vista como espaço de geração de riqueza e criação de empregos e a dimensão exercida pelo processo civilizatório, quando Betinho e Sérgio Arouca contribuíram para a formação de uma “consciência diferenciada”.

Temporão também afirmou que o setor da saúde será uma arma para enfrentar a crise econômica mundial iniciada em 2007 nos EUA, devido à geração de emprego, renda e tecnologia a partir de uma política industrial e de desenvolvimento nesse campo. Cita ainda, que o Efavirenz não é o fim da linha, mas a possibilidade de desenvolvimento e criação de novas tecnologias.

O presidente da Fiocruz, Paulo Gadelha, nesta mesma ocasião, lembrou que a produção do Efavirenz foi possível através de uma nova compreensão na área de patentes e que com isso 85 mil pessoas poderão ter acesso ao medicamento com qualidade e preço justo, assegurando a manutenção do Programa do Ministério da Saúde (DST/AIDS). Gadelha lembrou ainda dos avanços da Fundação Fiocruz em relação a prevenção, diagnóstico e tratamento da Aids, como a criação e aplicação do teste rápido para diagnóstico da doença (apresenta resultado em 30 minutos), os Centros de Referência, as campanhas educativas e a produção e distribuição de medicamentos.

Por derradeiro, vale registrarmos que a experiência brasileira serve de exemplo para outras nações em desenvolvimento, tanto porque respeitou todo o protocolo estipulado no TRIPs para a realização da licença compulsória, utilizando-se legitimamente do instrumento, tanto porque utilizou-se desta oportunidade para transferir tecnologia para o país, impondo a laboratórios nacionais (parceria entre Farmanguinhos/Fiocruz e laboratórios particulares), o dever de pesquisa e desenvolvimento para o atendimento da demanda interna. É verdade que logo após o decreto da licença compulsória, o país ainda não tinha capacidade técnica para produzir o medicamento, importando-o da Índia mas, ao longo dos últimos dois anos, o caminho trilhado demonstra o sucesso da operação e a consequência principal da ampliação do desenvolvimento tecnológico no país.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade necessita de uma alteração no paradigma de valores que hoje imperam em nossa sociedade. O poder econômico não pode mais prevalecer sobre o ser humano. A crise financeira mundial pela qual o mundo atravessa desde 2007, mostra que a supervalorização do capital é um contra senso numa sociedade onde pessoas estão sobrevivendo miseravelmente, sem alimentação ou medicamentos, numa condição sub humana.

Nesse contexto, o instrumento do licenciamento compulsório de patentes medicamentosas pode contribuir para a mudança desse cenário desastroso, transferindo tecnologia para países em desenvolvimento, gerando emprego e estimulando o desenvolvimento intelectual de seus habitantes, bem como reduzindo os recursos despendidos com o pagamento de royalties, transformando o que era despesa em investimento e melhor qualidade de vida para as pessoas.

O caso do Efavirens demonstrou que a experiência da licença compulsória traz inúmeros benefícios, principalmente na persecução dos objetivos nacionais brasileiros que coloca a Saúde como dever do Estado e direito do cidadão.

Assim sendo, como demonstrado ao longo de toda a exposição, a comunidade internacional precisa se unir, contando com maior participação de países em desenvolvimento em órgãos multilaterais, atribuindo-lhes poderes de veto. Neste espeque, países como o Brasil, a Índia, a China e Rússia devem possuir maiores poderes junto a Organização Mundial do Comércio, no Conselho da Organização das Nações Unidas e integrar grupos até então formados apenas pelas grandes potências como o G8. Assim, necessitamos trabalhar conjuntamente para que a experiência hodierna do desenvolvimento econômico combinado com a valorização do ser humano que parece ser o caminho trilhado pelos países em desenvolvimento, passem a integrar os paradigmas de valor hoje presentes nos órgãos mundiais de controle, bem como, na mente das sociedades presentes em países desenvolvidos que, muita vez, atingiram um patamar elevado de desenvolvimento, graças a exploração de países que hoje buscam um desenvolvimento sem exploração, mas construtivista.

REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- BARBOSA, Denis Borges. IBMEC. LL.M. em Direito Empresarial . Apostila Direitos Autorais, Conexos e de Software. Pág 15.
- BRUCH, K L; HOFF, D. N; DEWES, Homero. A função social do direito de propriedade industrial como alternativa de governabilidade aos países em desenvolvimento: um estudo sobre a propriedade industrial de plantas. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.32 p. 148 a 180 jan/jun 2008
- CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *Propriedade Intelectual*. Florianópolis: UFSC, 22 de maio de 2004
- CHAVES, Gabriela Costa. Perguntas e respostas sobre o licenciamento compulsório do medicamento efavirenz no Brasil, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.abiaids.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2009.
- CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.
- GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, pág 107 a 109.
- Oliveira, Ubirajara Mach de. A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios. Porto Alegre: Síntese, 2000. 196 p..
- SCIENTIA 2000: propriedade intelectual para a academia./ Coordenado por Claudia Inês Chamas, Marylin Nogueira e Simone Henriqueta Cossetin Scholze. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Ministério de Ciência e Tecnologia, Fundação Konrad Adenauer, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. RT, 1989, p. 241.
- TEJERINA-VELAZQUEZ, Victor Hugo (Org.). Propriedade Intelectual: Setores Emergentes e Desenvolvimento. Piracicaba? Equil[í]brio, 2007, 214 p..
- TOUSSAINT, Eric. *Deuda externa en el tercer mundo: las finanzas contra los pueblos*. Venezuela : Nueva Sociedad, 1998, p. 291.

[1] CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *Propriedade Intelectual*. Florianópolis: UFSC, 22 de maio de 2004

[2] IBMEC. LL.M. em Direito Empresarial. Denis Borges Barbosa. Apostila Direitos Autorais, Conexos e de Software.

[3] José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. RT, 1989, p. 241: "a propriedade (sob a nova Constituição) não se concebe senão como função social".

[4] Bruch, Kelly Lissandra, Hoff, Debora Nayar, Dewes, Homero. A função social do direito de propriedade industrial como alternativa de governabilidade aos países em desenvolvimento: um estudo sobre a propriedade industrial de plantas. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.32 p. 148 a 180 jan/jun 2008.

[5] Dados fornecidos pela Prospectiva Consultoria Brasileira de Assuntos Internacionais.

[6] CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996. TOUSSAINT, Eric. *Deuda externa en el tercer mundo: las finanzas contra los pueblos*. Venezuela : Nueva Sociedad, 1998, p. 291.

[7] GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, pág 107 a 109.

[8] Dados obtidos no sítio eletrônico do Ministério da Saúde: www.ms.gov.br

**DAS ALIANÇAS EMPRESAS-UNIVERSIDADES NO CONTEXTO DO
ARCABOUÇO LEGAL DAS LEIS DE INOVAÇÃO**

**ABOUT THE ALLIANCES COMPANY-UNIVERSITIES IN THE CONTEXT IN
THE LAWS OF INNOVATION**

**Charlene Maria Coradini De Ávila Plaza
Nivaldo Dos Santos**

RESUMO

O artigo tem como finalidade analisar as Leis de inovação focando principalmente nas alianças estratégicas entre empresas-universidades. A questão da inovação se torna essencial para o desenvolvimento científico tecnológico, econômico e social do Brasil e, dessa forma procurou-se através de estudos concernentes a matéria evidenciar as principais medidas explicitadas nas legislações pertinentes. Dessa maneira, demonstraremos que o Brasil através das aprovações das leis de inovação (Leis n. 11.196/05 e 10.973/04) vislumbra o papel integrador destes instrumentos institucionais que, apesar de conterem algumas deficiências constituem verdadeiros suportes às políticas industriais e tecnológicas do país. Além de que criam um ambiente propício a parcerias estratégicas e outros tipos de relacionamentos capazes de fazer convergir, universidades, institutos tecnológicos e empresas fazendo com que seja diminuído o ciclo vicioso da dependência tecnológica nacional.

PALAVRAS-CHAVES: INOVAÇÃO, EMPRESAS, UNIVERSIDADES, PESQUISA, INCENTIVOS.

ABSTRACT

The article aims to analyze the Law of innovation focusing mainly on strategic alliances between companies-universities. The question of innovation is essential for developing scientific technological, economic and social of the Brazil and thus, it was through studies concerning this issue, highlight the key measures outlined in the relevant laws. Thus, will show that the Brazil through the approval of laws of innovation (Laws n. 11.196/05 e 10.973/04) sees the role of integrating these institutional instruments that, although containing some deficiencies will be in true support to the industrial and technological policies of the country. In addition to establishing an environment conducive to strategic partnerships and other types of relationships able to converge universities, technological institutes and companies making it decrease the vicious cycle of national technological dependence.

KEYWORDS: INNOVATION, COMPANIES, UNIVERSITIES, RESEARCH, INCENTIVES.

Não haverá futuro para qualquer país que hesite em investir maciçamente no campo do conhecimento. É nessa área que estará sendo decidido o lugar que as nações ocuparão no concerto internacional. A indigência do patrimônio intelectual e de recursos de conhecimento conduzirá, inevitavelmente, a perda da soberania. (GAZZOLA).

INTRODUÇÃO

Com a aprovação da Lei de Inovação (Lei n. 10.973/04), a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e as agências de fomento passaram a estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, instituto de ciência e tecnologia, organizações de direito privado, sem fins lucrativos que desenvolvem P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) no intuito de gerar produtos e processos inovadores.

Basicamente, as três vertentes que embasam a Lei de Inovação referem-se à constituição de ambiente propício às parcerias estratégicas entre universidades, institutos tecnológicos e empresas, estímulo a participação de instituição de ciência e tecnologia no processo de inovação e incentivo à inovação na empresa.

Com essas premissas básicas, a Lei procura solidificar as alianças entre a ciência e a indústria, fomentar parcerias públicas e privadas e estabelecer subvenção econômica para o fomento de gastos em P&D, legitimando o investimento direto de recursos públicos no processo de inovação industrial.

Além desse arcabouço legal, a Lei 11.196/05, denominada “Lei do Bem” representou um avanço considerável na direção do estímulo à pesquisa e desenvolvimento nacional.

A Lei 11.196/05 consolidou a partir de 1º de janeiro de 2006 os incentivos que já se encontravam esparsos em outras legislações, como a lei n. 8.661/93 alterada pela Lei 8.661/97 – incentivos dos programas de desenvolvimento tecnológico industrial e agropecuário (PDTI e PDTA), bem como os previstos nos artigos 39, 40, 42 e 43 da Lei n. 10.637/02 que na época denominada “mini reforma tributária”.

A mencionada Lei consolidou em um único dispositivo legal os incentivos fiscais já existentes e criou alguns outros, beneficiando sobremaneira os agentes acobertados por essa lei, principalmente com a eliminação da carga burocrática anteriormente existente para que as empresas pudesse auferir benefícios fiscais.

Entretanto, as dificuldades ainda são aparentes para a implantação dos instrumentos das novas normas, cogitando-se a eficácia real da atual legislação,

principalmente no que se refere na ausência de articulação entre as normas específicas de interesse para o processo de inovação e as normas gerais que regem o processo administrativo da União.

Assim, o presente artigo se desenvolve em 04 tópicos. O primeiro “Breves considerações sobre a inovação tecnológica” e os métodos e conceitos que melhor adequam ao termo “inovação tecnológica”, como forma de adentrar no tema específico da proposta do estudo, ora apresentado. Em um segundo momento, discutir-se-á a Lei de incentivos fiscais para a inovação tecnológica analisando sobre o seu papel no que concerne a maiores estímulos ao processo de inovação nas empresas. Em seguida, analisamos os procedimentos para a obtenção de fomento pela empresa no âmbito da Lei n. 11.196/05 e, finalmente, no último tópico, a cooperação entre os atores Universidades-Empresas e Entes Políticos, bem como a alguns entraves da Lei de Inovação Federal.

Valemos-nos para a pesquisa de fontes documentais, fontes publicadas pela imprensa e outros meios disponíveis com o objetivo de melhor adequação e fornecimento das informações necessárias para o desenvolvimento do assunto proposto, partindo-se de uma metodologia dedutiva e analítica.

O estudo será desenvolvido baseado no estágio atual do conhecimento nessas áreas, notadamente sua aplicabilidade à realidade brasileira.

Do ponto de vista de abordagem para obtenção das respostas utilizamos estudo comparado dos dados disponíveis na literatura especializada com intuito de avaliar criticamente o quadro teórico de referência para oferecer contribuições originais aos leitores.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Considerando os estudos nacionais mais recentes, Rezende e Tafner (2005, p. 45) preceituam como sendo inovação tecnológica:

A introdução no mercado de um produto (bem ou serviço) tecnologicamente novo ou substancialmente aprimorado ou pela introdução na empresa de um processo produtivo tecnologicamente aprimorado ou novo. A inovação tecnológica pode resultar de novos desenvolvimentos tecnológicos, de novas combinações de tecnologias existentes ou da utilização de outros conhecimentos adquiridos pela empresa.

De maneira mais abrangente o Manual de Oslo (1997, p.55) define “inovação” como sendo “a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de *marketing*, ou um novo método organizacional nas práticas e negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas”.

Percebe-se que por esse Manual as inovações tecnológicas são consideradas sob quatro categorias: inovações de produtos, processos, organizacionais e *marketing*, tanto no que diz respeito à novidade como as melhoras tecnológicas.

Processos novos nos remetem às inovações radicais, inovações de ruptura pelo qual representam um salto tecnológico, capacitando e criando a destruição criativa, preconizado por Schumpeter ao se referir a essas inovações que introduzem algo novo no mercado tornando obsoletos outros produtos, isto é, podendo ter mudanças estruturais de mercado, criar novos mercados ou tornar obsoletos os produtos já existentes.

Já as inovações incrementais, melhoram produtos, processos e serviços já existentes no mercado, sem alterá-los em sua essência, e sim, melhorando-os na qualidade.

No que diz respeito à proteção dessas inovações, o sistema de patentes ainda é deficiente, pois não diferencia as inovações radicais das incrementais como indicador do esforço tecnológico, atribuindo assim o mesmo valor econômico.

Entretanto, em termos jurídicos, no que diz respeito aos seus requisitos, pode-se dizer que há certa diferenciação entre as patentes de inovações radicais e as incrementais. Assim sendo, apesar de apresentarem elementos comuns das patentes, como novidade, aplicação industrial e atividade inventiva a inovação radical requer novidade absoluta para seu patenteamento, já as incrementais requerem novidade absoluta como o caso de modelos de utilidade.

Para o termo “inovação” não existe vários conceitos, vez que em praticamente um quarto de século surgiram elementos definidores como “idéias de novidade”, “mudanças”, “aperfeiçoamento”, “prática ou artefato material inventado” ou mesmo sinônimo de “invenção”, como também sendo “às pessoas”, “as organizações”, “um setor industrial”, “as regiões”.

De fato, o que existe quando se procura uma definição mais ampla e objetiva para o termo “inovação”, é que concretamente, elas podem criar ou preceder mudanças de mercado ou ser desenvolvidas em resposta as necessidades criadas pela mudança social e que por sua vez, induzirão as transformações tecnológicas, econômicas, ambientais.

Essa noção está inserida na nossa Carta Constitucional para legitimar e garantir essas transformações. Dessa forma, o artigo 5º, XXIX, apregoa que:

Art. 5º...

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista **o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.** (grifo nosso).

Quando se inova há uma interação entre as novas idéias, práticas e produtos, de um lado, e a estrutura e a função social do outro. Essa interação funciona como “efeito

casca” em ao se praticar a inovação, muda-se a questão social e, esta por sua vez, reage sobre as estruturas (econômicas, sociais, tecnológicas, ambientais) alteradas pelo processo inovativo, transformando toda a organização.

De acordo com o *Green Paper on innovation of European Commission*, o termo “inovação” é definida como sendo “um sinônimo para a produção, assimilação e exploração com sucesso de novidades nas esferas econômicas e sociais” e segue preceituando quanto à “função” [inovação]... “oferece novas soluções para problemas e assim torna possível satisfazer as necessidades tanto do indivíduo como da sociedade” (EUROPEAN COMMISSION, 1995, p. 02).

No entanto, para se caracterizar ou medir uma inovação e não exatamente o significado de “o que é novo” (em produto, processo ou serviço), necessário três premissas.

Primeiro se faz imprescindível saber o que significa algo ser “novo”, em segundo lugar, quão “novo” esse algo precisa ser para ser considerado uma inovação e, por último, esse algo deve ser “novo” para quem, vez que uma inovação pode ter o caráter de “novo” para determinada organização e não ser para outra, ou mesmo, ser “novo” para uma empresa e não ser para o mercado.

A síntese do conceito de inovação que melhor se ajusta a estas indagações é feita por Tornatzky e Fleischer (1990, p. 10); Como o novo é novo? Quão novo algo tem que ser para ser uma inovação? Por quanto tempo temos que saber sobre ele, ou usa-lo, antes que não seja mais uma inovação? **Dado que a novidade é uma qualidade situacional, parece claro que a inovação é algo situacional – se algo é novo para um dado ambiente, pode ser visto como uma inovação, mesmo se para outros já for bem conhecida.** (grifo nosso).

Neste raciocínio, Barbosa (2008, p.164) ao discorrer sobre o que é “novo” no contexto da Lei de inovação, considera o que é pertinente para aquele que pede e a pratica e não apenas como sendo somente novidade absoluta ou relativa, ou mesmo o que se resume em “criação” definida na própria lei. Desse modo, “criação” seria a patente de invenção, modelo de utilidade, desenho industrial e outros.

Dessas premissas, resta-nos saber como se mede a “inovação”. Em específico, as medidas utilizadas de forma indireta para se verificar a inovação são feitas utilizando as despesas totais com Pesquisa e Desenvolvimento, a proporção de cientistas e engenheiros engajados em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento), como também, pelos números de patentes registradas e produtos introduzidos pela empresa.

Vislumbrando que os dados verificados por esses mecanismos se tornaram incompletos e que não necessariamente se reflete na medida para se contabilizar uma inovação de maneira satisfatória, surgem mecanismos que se denominam de “segunda geração” metodológica, implantados pela PINTEC (Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica) e o *Community Innovation Survey*, da OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*), tendo como base metodológica o Manual de Oslo.

Por esse Manual, a inovação representa como um processo simultâneo de mudanças envolvendo atividades internas e externas das empresas em qualquer etapa do processo inovativo. Dessa forma, os recursos direcionados a P&D e a estatística de patentes são

altamente relevantes para a mensuração da inovação, além de outros tipos complementares de indicadores, mas apresentam algumas limitações.

Dentre essas limitações, a primeira se refere aos indicadores de P&D, isto é, muito embora sendo a P&D um insumo, estas não são mensuradas quanto às mudanças técnicas por aquelas. A segunda limitação é que a P&D não abarca todos os esforços compreendidos pelas empresas e governos no que concernem a estas áreas.

No que se refere ao uso de patentes como indicadores de inovação as limitações estariam nas inovações não patenteadas, enquanto algumas são protegidas por patentes múltiplas, outras não possuem valor tecnológico ou econômico bem como valores muito elevados. (*Patent Manual*, OCDE, 1994).

Assim, o primeiro passo para entender e, eventualmente, interferir em componente tão crucial para o desenvolvimento econômico (a inovação) consiste em avaliar da forma mais abrangente possível, tanto qualitativa como quantitativamente, o processo de geração, difusão e incorporação do progresso tecnológico.

Essa metodologia é considerada coerente com o entendimento da inovação tecnológica como um processo amplo e complexo, superando dessa maneira, o enfoque inicial, centrado nos dados referentes à Pesquisa e Desenvolvimento e/ou patentes. (Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica, 2004, p. 08).

2. ANÁLISES SOBRE O ESTÍMULO A INOVAÇÃO NAS EMPRESAS

A sociedade pós-capitalista vislumbra a importância fundamental do conhecimento como fonte de geração de maior relevância econômica para as empresas.

Agregado ao conceito de economia do conhecimento está o de inovação fazendo com que haja mudança de paradigma no tocante a abertura de novos mercados, sobretudo em produtos, processos e serviços, isto é, afetam mercados, o ritmo das inovações, a gestão empresarial e, sobretudo criam a convergência entre os vários atores sociais – empresa-universidade-governo.

Entretanto, a idéia de economia de conhecimento, não é nova, preconizada por Marshall no século XIX (1982, p.178), reconhecia o papel do conhecimento na sociedade como motor do progresso da economia.

Cabe ressaltar que o conhecimento constitui uma condição fundamental para se ter acesso à informação, devido à natureza da codificação lingüística, técnica ou científica exigida para sua manipulação e transmissão, envolvendo um conjunto de habilidades que constituem “capital humano” de difícil reprodução e “capital intangível”.

Dessa forma, uma economia baseada no conhecimento se desmaterializa e potencializa habilidades de gerar, armazenar, recuperar, processar e transmitir informações, funções aplicáveis a todas as atividades humanas.

Em sendo o conhecimento considerado como capital intangível ou fator de produção pode-se classificar o capital do conhecimento em quatro tipos, de acordo com o Centro de Referência em Inteligência Empresarial (CRIE) – Coppe- UFRJ *apud* Bastos Tigre (2006). Primeiro, em capital ambiental que diz respeito ao conjunto de fatores que descrevem o ambiente onde a empresa está inserida, incluindo as características socioeconômicas, legais, éticas e culturais. Em seguida, o capital estrutural que se insere um conjunto de sistemas administrativos, conceitos, modelos, propriedade intelectual. Já o capital intelectual se refere à capacidade, habilidade e a experiência das pessoas que integram uma organização, e por fim, o capital de relacionamento conceituado como a rede de alianças e parcerias desenvolvidas pelas empresas, (BALDAM, 2005).

Hodiernamente, percebe-se que a sinergia entre esses capitais constitui um dos fatores de competitividade.

Dentre os desafios que se apresentam à organização empresarial, pode-se destacar o da gestão qualificada da propriedade intelectual e a necessária interação com as Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, tais como centros de pesquisas, universidades, visando o acesso à ciência produzida nas diversas áreas do conhecimento.

Nesse raciocínio, a importância da gestão da propriedade industrial como ferramenta de desenvolvimento científico e tecnológico do país é *conditio sine qua non* para os atores que desenvolvem a inovação.

Desta feita, o Brasil em 02 de dezembro de 2004, sancionou a Lei de Inovação (Lei nº. 10.973), que tem como propósito trazer medidas de estímulo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo privado, bem como, em 21 de novembro de 2005, a Lei de Incentivos Fiscais (Lei nº. 11.196), que propicia benefícios fiscais para as empresas que investirem em inovação.

A Lei n. 11.196/05 foi regulamentada através do decreto n. 5.798/06, que até sua conversão em lei, tramitou como jargão de “MP do Bem” n. 252/2005 e, em seguida MP n. 255/05, preconizando no capítulo III em específico nos artigos 17 a 26 a fruição pela pessoa jurídica de incentivos fiscais àquelas que investem em inovação tecnológica.

No entendimento legal, inovação tecnológica é definida como sendo a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivos ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado.

Além disso, pode-se destacar como benefícios trazidos por essa lei:

? Dedução dos gastos com pesquisa da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o lucro líquido – CSLL.

? Redução de 50% do Imposto sobre produtos industrializados – IPI, o que significa reduzir metade do IPI incidente sobre os investimentos em máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos novos, destinados à pesquisa e desenvolvimento, ou seja, possibilitando uma redução tributária, independente de apuração do lucro.

? Depreciação e amortização acelerados. Significa que os equipamentos serão depreciados representando uma antecipação de deduções do lucro tributável, o que implica antecipação de redução do imposto de renda. Observa-se que no caso da depreciação de um bem, este terá o valor reduzido pelo desgaste ou perda de utilidade de uso, seja naturalmente ou por obsolescência. Por outro lado, pela amortização deduz-se o custo ou despesa operacional no período de apuração em que forem efetuados relativos ao dispêndio da aquisição de bens intangíveis.

Praticamente tais eventos proporcionarão a empresa uma redução da base de cálculo do imposto de renda, diminuindo o encargo tributário no que concerne ao investimento na inovação tecnológica.

Ressalta, porém que tais benefícios não poderão ser utilizados para apuração da base de cálculo da CSLL no qual somente se beneficiará dos outros incentivos constantes na lei, (§ 3º do artigo 20).

? Créditos do imposto de renda retido na fonte – IRRF sobre o pagamento de *royalties*, de assistência técnica ou científica e de serviços especializados que deverão ser previstos em contrato de transferência de tecnologia averbados ou registrados nos termos da Lei 9.279/96 seguindo os percentuais de 20% no que tange aos períodos de apuração encerrados a partir de 1º de janeiro de 2006 até 31 de dezembro de 2008 e, redução de 10% aos períodos de apuração encerrados a partir de 1º de janeiro de 2009 até 31 de dezembro de 2013.

As empresas para obterem o crédito terão que assumir compromisso de investirem em pesquisa no país um montante de no mínimo 1,5 (uma vez e meia) o valor do benefício para aquelas pessoas jurídicas localizadas na área da SUDENE e SUDAM e, 02 vezes o valor dos benefícios nos demais casos. Os créditos serão restituídos em moeda corrente conforme ato normativo – Decreto n. 5.798/06, artigo 3º, § 4º do Ministério da Fazenda.

No entanto se a remessa para o exterior for com o objetivo de pagamento de despesas de registro e manutenção de propriedade intelectual ou cultivares, as empresas terão suas alíquotas do imposto retido na fonte reduzidas a percentual zero.

Por sua vez, não constituirão em receita para as micros e pequenas empresas, mesmo participando dos resultados econômicos do produto obtido com as pesquisas realizadas.

Em contrapartida as despesas de atividades relacionadas à inovação não serão deduzidas no lucro líquido das empresas e nem da base de cálculo do CLSS.

Desse modo, tanto as micros quanto as pequenas empresas que recolhem tributos pelo lucro real ou presumido, bem como aquelas que submetem ao regime do SIMPLES serão beneficiadas, pois os valores que lhes forem transferidos e utilizados em P&D não serão considerados receita.

Nota-se que a empresa que efetuou a transferência auferirá vantagens tanto quanto as micros ou pequenas empresas, pois ao repassar os valores a essas terão deduzidos seus tributos no que concerne à base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

? A exclusão do lucro líquido de até 60% dos gastos incorridos em pesquisa.

Isto quer dizer que a lei em seu artigo 19 permite as empresas de lucro real juntamente com os benefícios do artigo 17, excluir, do lucro líquido, 60% dos gastos correntes com P&D incorridos no exercício, o mesmo não se aplica às empresas com lucro presumido.

O Decreto n. 5.798/06, artigo 8º, § 1º, preconiza que as empresas que aumentarem em mais de 5% a quantidade de profissionais (pesquisadores graduados, pós-graduados, tecnólogos ou técnicos de nível médio, com relação formal de emprego com a pessoa jurídica e que atuem exclusivamente em atividades de P&D) engajados na pesquisa em relação ao ano anterior poderá excluir, do lucro líquido, 80% dos gastos correntes com P&D incorridos no exercício. Se o aumento nesse pessoal for de 5% ou menos, a empresa poderá excluir 70% do lucro líquido.

Resta-nos evidente que o investimento em pesquisa deixou de ser um ônus para se tornar uma benefício para as empresas, vez que grande parte do capital que foi investido, retornará para as mesmas, face redução da carga tributária. Lógico que haverá uma diminuição da arrecadação pelo estado, entretanto, há que considerar que viabilizará o desenvolvimento sustentado por novas tecnologias essenciais para o fomento da competitividade do país.

3. DOS PROCEDIMENTOS DE OBTENÇÃO DE FOMENTO PELA EMPRESA NO ÂMBITO DA LEI 11.196/05

A empresa que tem um projeto de P&D para que seja beneficiária dos incentivos à inovação tecnológica, deverá adotar alguns procedimentos para a consecução dos objetivos almejados. Analisamos os procedimentos de obtenção de fomento pelas empresas, baseado no referencial teórico do Manual de uso dos mecanismos de estímulo à inovação tecnológica *apud* Weisz (2006, p.22-26). Informamos que o estudo tem o propósito meramente acadêmico não devendo ser tomado como base para planejamento fiscal.

Além disso, ressaltamos que a aplicação desses procedimentos não se aplica as empresas de desenvolvimento ou produção de bens e serviços de informática e automação que por ventura investirem em P&D em TI (Tecnologia de informação), pois se sujeitam exclusivamente aos incentivos fiscais preceituados na Lei n. 8.248/91.

Considerações à parte, o primeiro passo que as empresas deverão providenciar no projeto de P&D é alocar todos os custos e despesas operacionais, incorridos na execução do mesmo que serão deduzidos do lucro, no exercício em que tiverem sido incorridos. Entretanto, nada de novo nesse procedimento, pois já era facultado pelo Decreto 3.000/99, artigo 349 e que se repete na lei n. 4.506/64, artigo 53, beneficiando as empresas que fazem sua contabilidade fiscal pelo regime de apuração de lucro real e que efetivamente tenham lucro contra o qual deduzir esses dispêndios.

Dentre os gastos, as empresas deverão considerar os pagamentos feitos a universidades, instituição de pesquisa ou inventor independente no país, responsáveis pela execução de parte ou do todo do projeto de P&D, os pagamentos para micros e empresas de pequeno porte, destinadas à execução de pesquisa tecnológica e de desenvolvimento de inovação tecnológica de interesse para a empresa que contratou esse serviço, deduzidos do lucro da empresa que transferiu os recursos, sem onerar com os tributos àquelas, vez que o pagamento não constituirá em receita tributável.

Deverão relacionar para auferir os benefícios da redução de 50% do IPI, os equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos, seus acessórios, sobressalentes e ferramentas que os acompanham, utilizados para P&D.

É importante para a empresa que ao adquirir de um fabricante um produto destinado ao projeto, o vendedor deverá ser informado desse desconto, constando na nota fiscal “os produtos objeto desta nota se destinam à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, sendo, portanto, objeto de redução de 50% no IPI, nos termos da Lei 11.196/05, artigo 17, II, e do Decreto n. 5.798/06, artigo 3º, II e artigo 5º”.

Quanto à mencionada depreciação dos ativos, serão calculados em 30% da taxa usualmente admitida (10%), não podendo ultrapassar o custo de aquisição dos bens para as empresas que fazem sua contabilidade fiscal pelo regime de apuração de lucro real. Essa depreciação acelerada não abrange para efeitos de apuração o CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido).

Por outro lado, o artigo 35 desta lei, permite usar o crédito relativo à CSLL, de 25% sobre a depreciação, independentemente de ser ou não usado para projeto de P&D, com a ressalva de que as máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos novos, tenham sido adquiridos nos períodos de 1º de outubro de 2004 e 31 de dezembro de 2006.

A aquisição de bens intangíveis, isto é, marcas, patentes, assistência técnica, estudos ou projetos realizados ou comprados deverão ser relacionados seus dispêndios ao projeto de P&D. Esses gastos, por sua vez, poderão ser deduzidos do lucro no exercício em que forem incorridos, ao invés de amortizados ao longo do prazo em que a empresa usufruirá de seus resultados.

Nas remessas ao exterior competente ao projeto de P&D, necessário destacar aquelas que se destinam ao registro e manutenção de marcas e patentes no exterior, sendo que terão a alíquota zero conforme já mencionado acima.

Do mesmo modo, deverão ser computados os valores pagos, remetidos ao exterior a título de *royalties*, de assistência técnica ou científica e de serviços especializados,

incidindo sobre essa operação o pagamento de 15% relativo a imposto de renda, além de 10% de CIDE.

Atentamos que sobre os 15% de imposto de renda haverá um crédito de 20%, caso as remessas tenham sido feitas no período de 1º/1/06 e 31/12/08 e, será de 10% caso a remessa seja feita entre 1º/1/09 e 31/12/2013, além de que esse benefício só se aplicará, caso o montante gasto em P&D, no país, pela empresa, corresponda a 2,0 vezes o total desse mesmo benefício para empresas situadas nas áreas das extintas SUDAM e SUDENE.

Para as empresas que fazem a contabilidade pelo regime de apuração do lucro real poderão abater do CSLL, valor equivalente à alíquota de CLSS, multiplicada pelos gastos correntes com o projeto de P&D, isto significa que, o cálculo desse imposto é feito com base no lucro, deduzidos os gastos correntes incorridos no projeto de P&D.

Os pagamentos efetuados as microempresas e empresas de pequeno porte, como parte dos gastos incorridos no projeto, serão deduzidos do lucro sobre o qual se calculará a CSLL, não podendo auferir novamente do benefício dos mesmos incentivos, usufruídos pela empresa pagadora.

As empresas que são beneficiadas por esses incentivos deverão, em meio eletrônico, prestar informações sobre os programas de pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação na forma estabelecida e regulamento do Ministério da Ciência e Tecnologia.

Mencionamos acima que a empresa deverá alocar todos os custos e despesas operacionais incorridos na execução do projeto de P&D. Com isso, as empresas que optarem pelo lucro real e que efetivamente tenham lucro contra o qual deduzir esses dispêndios passará a ter uma dedução adicional de 60% dos gastos correntes, isto é, em mão-de-obra, matéria-prima, insumos, serviços contratos e outros na oportunidade da apuração do lucro tributável e, o mesmo pode ser aplicado para a apuração da base de cálculo da CSLL.

Dessa forma, o valor dessa mesma dedução passará de 60% para 80% dos gastos correntes, se a empresa crescer em mais de 5% seu quadro de profissionais engajados na pesquisa, em comparação com o ano anterior ou de 70% do lucro líquido se o aumento de profissionais for de 5% ou menos. Isto posto, o mesmo aumento na dedução, valerá para a apuração da base de cálculo da CSLL.

No caso de concessão e patentes, haverá dedução adicional de 20% sobre os gastos incorridos no projeto de P&D, devendo ser registrados em livro fiscal de apuração do lucro real e deduzidos no período de apuração da concessão.

Atualmente, a concessão do pedido de patentes depositadas no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) demora no mínimo 08 anos ou mais antes de resultar em 20% adicionais de dedução do lucro tributável.

Em contrapartida, nos parece ser mais vantajoso patentear fora do Brasil, pois além de ser concedidas em prazos menores, a alíquota do imposto de renda retido na fonte será zero. O adicional de 20% na dedução ocorrerá também para a apuração da base de cálculo da CSLL.

As deduções de 60% dos gastos correntes estão limitadas ao valor do lucro líquido e da CSLL antes das referidas deduções. Os gastos que ultrapassarem esse limite não poderão ser aproveitados para a dedução em exercícios posteriores.

No entanto, ocorrendo essa hipótese, como no caso de empresa emergente que ainda não tem lucro, poderá considerar a possibilidade de capitalizar os gastos com o projeto de P&D e diferir sua recuperação para períodos de apuração futuros, quando ela venha a ter resultados contra os quais possa fazer as citadas deduções.

A aquisição de aparelhos, máquinas e equipamentos como finalidade do projeto, bem como investimentos em instalações fixas, serão amortizados a taxa usualmente admitida, no entanto, o saldo não depreciado ou não amortizado, ao final da execução do projeto, será deduzido, na determinação do lucro real, no período de apuração em que terminar sua utilização.

Os ativos que se beneficiarem da depreciação acelerada ou os ativos intangíveis que foram objeto de dedução do lucro líquido no exercício em que foram incorridos, não poderão ser objeto da dedução do lucro ao final da sua utilização no projeto de P&D.

O saldo não depreciado ou não amortizado ao final da execução do projeto não valerá para apuração da base de cálculo da CSLL.

Apesar dos vários pontos considerados positivos no que concerne a lei de incentivos fiscais, existem outros que não cumpridos, tornam-se impeditivos de gozo e fruição dos benefícios legais.

Em um primeiro momento mister se faz que a empresa comprove sua regularidade fiscal, isto é, não podem estar pendentes perante os entes públicos.

Logicamente que ao estar com débitos fiscais, às empresas poderão adotar medidas saneadoras, com pedido de parcelamento ou pleitear judicialmente as exigências indevidas do órgão público, viabilizando com esse procedimento a fruição dos benefícios garantidos por lei.

Isto posto, em apertada síntese, o presente tópico destacou algumas premissas relevantes contida na referida lei, no intuito de maior difusão dos benefícios regulamentados, como forma de viabilizar o incremento dos investimentos privados e a melhoria da estratégia competitiva do país.

4. COOPERAÇÃO UNIVERSIDADE – EMPRESA – GOVERNO: AS DIFICULDADES NA APLICABILIDADE DA LEI DE INOVAÇÃO

Ao analisarmos a possibilidade de alianças entre universidades, empresas e governos principalmente no âmbito da América Latina, consideramos os estudos dos eminentes autores argentinos Jorge Sabato e Botana, ou seja, o modelo da Hélice Tríplice que tem como chave estas instituições baseado nos argumentos: atingir maior eficiência na

absorção de tecnologias, necessidade de exportar bens com maior valor agregado, e o fato de C & T serem catalisadores de mudança social.

Os autores preconizam a importância da integração entre estes setores para fomentar a ciência e a tecnologia nos países latino americanos principalmente para minimizar as desigualdades existentes em todos os âmbitos.

Argumentam que para minimizar estas desigualdades estes países deverão ter a infraestrutura tecnocientífica capacitada para absorver as tecnologias importadas para caracterizar um grau de eficiência maior através da pesquisa científica.

Seguem preceituando a importância de utilizar adequadamente os recursos naturais, as matérias primas, a mão de obra e o capital a serem pesquisadas atendendo as especificidades de cada país.

E finalmente, que a capacidade de transformação das economias da América Latina só terá mais êxito se conseguirem aliar o potencial tecno-científico com as necessidades da industrialização e de exportação de produtos manufaturados, vez que a ciência e a tecnologia são catalisadores também de mudanças sociais.

Portanto, não basta criar condições propícias para P&D nas universidades sem que haja melhoria nas relações de cooperação entre os vértices da base do triângulo: o governo.

A parceria entre empresas e universidades, que aparentemente exercem missões diferentes, vários questionamentos são suscitados.

Primeiro se esta aproximação veio para ficar e reger a atuação universitária, ou se é obra do acaso, mais um modismo e, logo a universidade retornará as suas missões históricas de ensino e pesquisa.

Além desses questionamentos, existe outro que consiste em indagar se a universidade deve produzir conhecimentos científicos, ou ficar sujeita aos interesses do mercado?

Oras, o relacionamento empresa e universidade se transformaram gradualmente e irreversivelmente a partir do século XX, principalmente pelo fato de que a inovação tecnológica se tornou o grande propulsor do progresso e desenvolvimento econômico e social nas sociedades capitalistas, (ETZKOWITZ, 2004).

As empresas iniciaram um método de gestão organizacional e tecnológica para se adequarem às demandas e estarem na participação competitiva do mercado.

Iniciaram também, a procura de novos conhecimentos tecnológicos que possibilitariam desenvolver um produto inovador através da busca incessante de novos métodos e produtos e profissionais altamente qualificados no mercado capazes de lhes dar respaldo no conhecimento da ciência e na tecnologia.

As universidades por sua vez, foram criadas com o objetivo de gerar conhecimentos científicos e tecnológicos e formar profissionais capacitados que atualmente são solicitados a expandir o seu universo de atuação, com maior interação entre os setores empresariais e sociais.

Para tanto, as universidades para empreender deverão ter independência do Estado e da empresa e, ao mesmo tempo estabelecer maior interação com estas instituições, sinalizando que necessitará de um equilíbrio para a consecução dos objetivos. (ETZKOWITZ, 2004).

A partir desses novos contornos que dão dimensão a uma nova realidade para as universidades em face da interação com as empresas muitos questionamentos surgem suscitando se é viável inserir a pesquisa científica e tecnológica como objeto comercial.

Desse modo, partindo do novo conceito dessa interação entre universidade-empresa surge a denominada “segunda revolução acadêmica” pelo quais os cientistas desempenham um papel produtivo na inovação e não meramente consultivo, isto é, são os próprios inovadores na atual era do conhecimento.

As pesquisas começaram a ser o suporte estratégico para o desenvolvimento tecnológico das empresas, motivo de maior convergência entre empresas-universidades (EU), não comprometendo assim a sua integridade institucional, pelo contrário, aumentando, diversificando seu papel como indutor de conhecimento e promovendo o auxílio as empresas, principalmente as pequenas e médias, auxiliando a modernizar os parques industriais, bem como manter sua atualização sustentada.

Entretanto, existem algumas premissas diferenciais destes setores. Primeiro em uma primeira análise, possuem missões organizacionais diferentes, mas também há certa relação de interdependência e complementaridade.

Depois não possuem estruturas especializadas para manter interações explícitas e formais levando quase sempre a uma interação (EU) de modo casual, ocasional, sem orientações que viabilizem uma gestão efetiva desse processo, tipo *laissez-faire*, enfim, de um enfoque estratégico que corresponda com as reais expectativas de ambos os setores envolvidos.

Com a inexistência desse enfoque estratégico, conseqüências são detectadas, como ausência de *feeling* sobre as necessidades e oportunidades, atividades casuais, indiferença empresarial, pouca integração entre os diferentes agentes da infra-estrutura tecnológica no âmbito da universidade.

E quais seriam as principais barreiras ao processo de interação entre Empresas/Universidades?

No que diz respeito ao setor empresarial, barreiras como à redução da aplicação prática dos trabalhos acadêmicos; ausência de um órgão gestor dos processos e inexistência de canais adequados para a interação; complexidade dos contratos; necessidade de confidencialidade e ausência de estratégia entre os setores.

No caso das Universidades, as barreiras seriam ausências de estratégia para se relacionar com a empresa; burocracia da universidade; inexistência de canais adequados para essa sinergia; existência de preconceitos, de ambas as partes, como também a aplicação prática bastante reduzida dos trabalhos acadêmicos.

Alguns estudiosos, como Lotufo (2005, p.64) relata que tanto universidades quanto empresas possuem missões diferentes e incompatíveis sob determinados aspectos. A Universidade, enquanto instituição tem a missão de disseminar o conhecimento, sendo basicamente custeada por recursos públicos.

Por sua vez, as empresas sobrevivem em função do lucro e, para se manter competitiva no mercado precisam manter sigilosos o conhecimento adquirido, isto é a tecnologia. Para as empresas, inovação não se restringe a realizar atividades de pesquisa e desenvolvimento, e sim da aplicação do conhecimento para agregar valor às operações, (CHIARELLO, 2007, p.159).

Vários esforços estão sendo realizados para o avanço da institucionalidade da inovação no Brasil.

Entretanto, sem desmerecer os mecanismos criados pelas Leis de inovação, pois demonstram caminho considerável para o estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento inovativo para o país, existem algumas dificuldades no que tange a sua aplicabilidade na prática.

Um dos aspectos controvertidos diz respeito à remuneração dos pesquisadores envolvidos nas atividades de inovação em ICTs (Instituto de Ciência e Tecnologia). A divisão da titularidade em projetos de parcerias em pesquisa ou nos *cost sharing agreements* como devem ser feitos na prática?

Deve ser conforme apregoa o artigo 9º, §§ 2º e 3º, isto é, proporcional equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento pré-existente, ou corresponderá à razão entre a diferença do valor dispendido pela pessoa jurídica e do valor do efetivo benefício fiscal utilizado, de um lado, e o valor do projeto, de outro, cabendo a ICT a parte remanescente? (Lei n. 11.487/07 altera a Lei n. 11.196/05).

Chiarello (2007, p.160) afirma que o problema de difícil aplicação é “uma justaposição do tangível, medido pelo volume de recursos aportado pela empresa parceira, e do intangível, que é o conhecimento aportado pela ICT”.

No caso em questão, trata-se de parcerias desenvolvidas em conjunto entre agentes públicos e privados. O conhecimento tácito provido pela ICT e o recurso tangível aportado pela empresa. A titularidade da PI entre os agentes parceiros como se fará?

A titularidade e a participação nos resultados são categorias jurídicas diversas. A titularidade pertence aos direitos reais de caráter absoluto e, a participação nos resultados diz respeito aos frutos da atividade comum, que podem ser repartidos convencionalmente, de forma distinta da titularidade.

Em relação à **proporção equivalente**, essa diz respeito a dois elementos: 1- ao montante do valor agregado do conhecimento já existente ao início da parceria; e 2- dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes à atuação comum.

Dessa análise, podemos inferir que a participação necessária e indeclinável, *ex vi legis*, é o direito ao licenciamento das referidas criações e inovações e, não necessariamente, a participação na titularidade.

Outro entrave diz respeito à exigência de edital para licenciamento de patentes, vez que com a publicação da criação, perde-se a novidade inventiva e com isso obsta a obtenção da mesma.

Dois pesos e duas medidas: enquanto há necessidade de tornar público a criação pelas instituições públicas, garantindo maior transparência do processo há dificuldades na relação com as empresas privadas que tem como finalidade o sigilo das informações como forma de incrementar o mercado competitivo.

Uma alternativa para o Edital, segundo Barbosa (2006, p. 71) será “a oferta de licença de patente, prevista na Lei 9.279/96, que igualmente satisfaz o requisito de publicidade do art. 37 *caput* da Constituição, com algumas vantagens (...) prevê a possibilidade do titular de uma patente ofertar ao público a autorização para usar o invento, em preços e condições determinadas”.

A universalidade da legislação também é questionada, vez que na prática, os fomentos não alcançam da mesma forma empresas de pequeno e de médio porte e as grandes empresas

Assim, por mais que a Lei de Inovação seja um mecanismo impulsionador de muitos avanços no marco regulatório nacional, ainda será necessário ajuste nas demais legislações correlatas, objetivando maior operacionalização entre os agentes envolvidos e a obtenção plena de todos os benefícios trazidos por essa legislação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Douglas North, Nobel de economia de 1993, ao se questionar sobre o desenvolvimento econômico e o porquê que a revolução industrial teria ocorrido inicialmente na Inglaterra e não na França, sendo essa economicamente mais avançada, concluiu sinteticamente: Por que a Inglaterra tinha “instituições” muito mais estáveis e propícias ao desenvolvimento do capitalismo comparadas com a França.

Referenciamos essa passagem, para destacar a importância de amadurecer e consolidar as instituições no processo de desenvolvimento em todos os setores, seja no socioeconômico e tecnológico, seja no jurídico e cultural.

Por mais que o Brasil tenha adotado um caminho neoliberal, retirando cada vez mais o Estado como ator principal do desenvolvimento do país, não se pode negar o seu caráter alicerçador na formulação e execução de políticas consistentes para fomentar o tal “desenvolvimento” nacional e regional.

Muito mais que um orquestrador do sistema nacional de inovação, o Estado não é só uma grande fonte de fomento e investimentos, como também, integrador que envolve dentro de suas estruturas, as organizações de ensino e pesquisa que são relevantes em termos de produção de conhecimento.

Nessa esteira, no ano de 2005 foi aprovada a Lei 11.196, regulamentada pelo Decreto 5.798/06, conhecida como Lei do Bem, que muito embora, parem críticas sobre a sua real efetividade e eficácia bem como as dificuldades de sua aceitação e implantação pelos atores envolvidos na cadeia produtiva do país, tornou-se um marco para o relacionamento que fomenta a convergência entre empresas/universidades e governo.

O processo de inovação é um canal de interação entre empresas/universidades e governo que em uma primeira análise refletem em tese, universos distintos, mas atualmente, buscam o mesmo fim – o desenvolvimento científico e tecnológico incrementando a competitividade nacional.

Além de que, com a Lei 11.196/05, iniciou-se uma nova roupagem para o modelo universitário. O até então modelo ensino, pesquisa e extensão se mostra ultrapassado pela própria demanda por capacitação tecnológica que procura agregar os vários setores da economia e do conhecimento em busca de maior competitividade para o país.

Assim sendo, a referida lei veio ao encontro não só do estímulo à união entre empresas e universidades para a concretização de esforços e interesses, como também constituindo como elemento facilitador “em tese” do processo de inovação na própria empresa, por meio da criação de estruturas físicas e subvenções para incrementar o quadro de colaboradores qualificados na atuação das atividades de inovação.

O diálogo entre esses setores é de fundamental importância para que a sociedade venha a ter acesso ao conhecimento de qualidade produzido nacionalmente e o país venha a extirpar de vez a defasagem tecnológica.

Finalmente, ressaltamos que a lei 11.196/05, conseguiu unificar e consolidar em um único dispositivo legal os incentivos fiscais já existentes em leis esparsas (Leis n. 9.532/97 e n. 10.637 entre outras), com vistas a maior estímulo as atividades tecnológicas no país, a redução da carga tributária para os setores que investem em inovação e, por consequência, a dinamização das parcerias empresas e universidades em busca de uma mesma finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDAN, Roquemar (Org.). **Que ferramentas tecnológicas devo usar?** Qualitymark, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. Lei de Inovação: Entrosamento (ou falta de) entre Universidade e Empresa. **XXVII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. Inovação e Desenvolvimento**. Anais 2008. Rio de Janeiro: ABPI, 2008, p.164.

BARBOSA, D. B. et al. Direito da Inovação. (Comentários à Lei n. 10.973/04, Lei Federal da Inovação). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BIRD. Conhecimento e inovação para a competição. Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso: 10/02/2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva 2008.

BRASIL. Lei n.9.279/96. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Lei 11.196/05. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111196.htm. Acesso em: 05/10/2008.

BRASIL. Lei 10.973/04. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato_2004-2006/2004/lei/110973.htm. Acesso em: 05/10/2008.

CHIARELLO, Marileusa D. Lei de Inovação – perspectivas para a relação universidade-empresa. **XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual.** A contribuição da propriedade intelectual para a aceleração do crescimento. Anais 2007. Rio de Janeiro: ABPI, 2007, p. 159.

EUROPEAN COMMISSION. *Green paper on innovation*, 1995, p.02.

ETZKOWITZ, H. *The evolution on the entrepreneurial university.* **International Journal Technology and globalization.** v. 01, p. 64, 2004.

LOTUFO, Roberto de Alencar. Lei de Inovação e incentivos fiscais. **XXV Seminário Nacional da propriedade intelectual**. Anais 2005. A importância da propriedade intelectual na indústria e no comércio: agregando valor aos produtos e serviços. Rio de Janeiro: ABPI, 2005, p. 64.

MANUAL DE OSLO. Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. OEDC/Eurostat/FINEP, 1997.

MARSHALL, A. Principles of economics: An introductory volume, 1890. Tradução brasileira: **Princípios da economia**. Abril Cultural, 1982. Coleção os economistas, p. 178.

PATENT MANUAL. (1994) *apud* **MANUAL DE OSLO**. Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. OEDC/Eurostat/FINEP, 1997.

PINTEC . PESQUISA INDUSTRIAL DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. **Manual Pintec**, 2004, p.08.

PRAHALAD, C.K; **KRISHNAN**, M.S. **A nova era da inovação**. Rio de Janeiro: Elsevier.

REZENDE, F; **TAFNER**, P. (Orgs) Brasil: **O estado de uma nação**: IPEA: Brasília, 2005, p. 45.

TIGRE, Paulo Bastos. **Gestão da Inovação**: a economia da tecnologia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

TORNATZKY, L.G.; **FLEISCHER**, M. *The process of technological innovation*. *Lexington Books*, 1990, p. 10.

UNIVERSIA KNOWLEDGE WHARTON. Brasil sofre com a distância empresa e universidade.

Disponível:<http://wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewArticle&id=1577&language=portuguese>. Acesso em 02/03/09.

WEISZ, Joel. **Mecanismos de apoio à inovação tecnológica**. Brasília: Senai/DN, 2006, p. 22-26.

O BIRD (Banco Mundial) através de um estudo, intitulado “Conhecimento e inovação para a competição” relata que o Brasil está ficando para trás na comparação com outros países em desenvolvimento quando se trata de converter conhecimentos em resultados práticos. Um dos motivos é o baixo investimento do País em pesquisa e desenvolvimento. Enquanto o setor brasileiro recebe apenas 0,98% do PIB (Produto Interno Bruto), a China aplica 1,22% do seu PIB em inovação. Não à toa, o Brasil fica atrás de seus principais concorrentes no mercado internacional: Coreia do Sul, China, Índia e Rússia. (Fonte: BIRD, 2008)

A criação dos fundos setoriais e a promulgação da Lei de Inovação, instrumentos indiretos de apoio às empresas que estimulam a realização de projetos cooperados com as universidades e institutos de pesquisa. Além disso, foram criados mecanismos de

apoio direto ao setor produtivo, como a Lei de incentivos fiscais, que oferece novos incentivos fiscais às empresas inovadoras e amplia os mecanismos de subvenção econômica e o financiamento.

Lei n. 11.196/05, Lei n. 11.587/07 e Decreto n. 5.798/06.

Art. 9º É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.

§ 1º O servidor, o militar ou o empregado público da ICT envolvido na execução das atividades previstas no caput deste artigo poderá receber bolsa de estímulo à inovação diretamente de instituição de apoio ou agência de fomento.

§ 2º As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 6º desta Lei.

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

DA NECESSIDADE DE (RE)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA NACIONAL EM FACE DA LEI DE PATENTES: UMA ANÁLISE DAS PATENTES PIPELINE.

LA NECESIDAD DE (RE) CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL EN EL ROSTRO DE DERECHO DE PATENTES: UN ANÁLISIS DE PATENTES PIPELINE.

**Claudio José Amaral Bahia
Ana Carolina Peduti Abujamra**

RESUMO

As transformações advindas na nova ordem mundial, o chamado processo de globalização, não se restringe aos aspectos econômicos, políticos e sociais, mas podem ser observadas ao nível conceitual, onde presencia-se alterações em diversos conceitos flexibilizados frente ao novo contexto. Dentre esses é possível verificar uma crise conceitual da soberania, pois, frente às determinações da “mundialização” do capital presencia-se a necessidade de reformular a concepção clássica do conceito presente na Teoria do Estado. É nessa perspectiva, que buscar-se-á nesse trabalho analisar as leis de patentes algumas de suas peculiaridades, em especial a “invenção” brasileira da patente pipeline. Será que estar-se-á ferindo tal princípio?

PALAVRAS-CHAVES: SOBERANIA - GLOBALIZAÇÃO – PATENTE – DIREITOS FUNDAMENTAIS – MEDICAMENTOS

RESUMEN

Los cambios que se plantean en el nuevo orden mundial, el llamado proceso de globalización, no se limita a los aspectos económicos, políticos y sociales, pero pueden observarse en el plano conceptual, donde la presencia es flexible conceptos en varias enmiendas a la nueva interfaz. Entre estos se puede ver una crisis conceptual de la soberanía, por lo tanto, se enfrentan a las determinaciones de la "internacionalización" de la presencia de capital es una necesidad de reformular el diseño tradicional de este concepto en la Teoría del Estado. Es en esta perspectiva, tratará en este trabajo examinar las leyes de patentes, sus peculiaridad y en especial la "invención" de la tubería de patente brasileña. ¿Se estará afectando este principio?

PALAVRAS-CLAVE: SOBERANÍA - GLOBALIZACIÓN - PATENTES - LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – DROGAS

INTRODUÇÃO

Como indivíduo e ser autônomo, o homem procura realizar suas oportunidades conforme seus interesses próprios; todavia, esta satisfação de interesses só lhe é possível em sociedade, quer dizer, em intercâmbio com outros homens. Desse intercâmbio, inevitavelmente surgem tensões, zonas de conflito de interesses, as quais somente são passíveis de solução por intermédio da função e da força ordenadora do Direito.

Entretantes, é preciso que se esclareça que o Direito não realiza tal tarefa de qualquer maneira; fá-lo a partir de uma idéia de justiça, que o legitima, que o torna aceito pela comunidade onde aplicado - estabelece normas de condutas jurídicas vindas do passado, visando contemplar comportamentos humanos presentes e futuros.

Só que tais diretrizes podem ser facilmente superadas se não existir uma correta, eficaz e contínua atualização da compostura jurídica existente e aplicável a uma determinada sociedade. Uma constante do Direito é, portanto, a sua contínua renovação. Para que seja dotado de efetividade e de eficácia, o Direito deve, na medida do possível, acompanhar os fenômenos evolutivos que o circundam, sob pena de, em assim não agindo, tornar-se obsoleto e sem utilidade.

Nesse contexto, tem-se que um dos fenômenos mais comentados dos últimos tempos, seja para o bem, seja para o mal, diz respeito, indiscutivelmente, à denominada globalização[1]. Não se perca de vista que, em seu sentido amplo, referido fenômeno revolve ao século XII, mais precisamente no que diz respeito à intensa atividade de mercadejo exercida pelos comerciantes medievais, os quais, já naquela época, contavam com grandes organizações ao seu derredor, com o fito de protegerem seus interesses e direitos.

Com o passar do tempo, o processo de globalização deixou de ser guiado apenas pelo viés econômico, pautando-se, hodiernamente, pela criação de processos e mecanismos de integração e união que ultrapassam as fronteiras estatais até então conhecidas e vigentes, mexendo, conjunta e simultaneamente, com a política, a cultura e as formatações sociais ali existentes, de modo que o direito não pode ficar alheio ou a margem do aludido processo integrativo.

Diz-se isso porque, a globalização não trouxe apenas benesses, como a interação entre os povos, o compartilhamento de opiniões e tecnologias, um maior instinto de solidariedade social; a verdade é que, muito em face de seu cunho econômico, percebe-se um aumento alarmante em relação ao número de pessoas que se encontram abaixo da linha da pobreza, um constante ataque ao meio ambiente pertencente a estas e as futuras gerações, um percentual de desemprego preocupante, além de questões magnas outras: marginalização, discriminação, intolerância racial, dentre outros graves problemas[2].

Não há como se negar que, essa “modernização” abala, ou melhor, modifica, conceitos jurídicos de há muito sedimentados, tais como, jurisdição, competência, soberania, nacionalidade, etc. Deve, pois haver uma nova releitura de tais conceitos. O conceito tradicionalmente empregado em relação à denominada soberania estatal nessa nova ordem mundial não pode mais ser interpretado de modo absoluto, o Estado Absoluto soberano, não sobreviverá.

PARTE I – DO ESTADO E SUAS CRISES: SOBERANIA NACIONAL

1. FORMAÇÃO CLÁSSICA DOS ESTADOS.

Para que se entenda o Estado Moderno é preciso observar a evolução histórica da organização social humana.

Antes de o Estado ser formado existiam sociedades que podem ser chamadas de pré-estatais, tais como a família, a tribo, o clã, entre outros. Estas uniões ocorriam porque havia a necessidade de conservação da vida e, em prol disto, muitos homens abriam mão de bens, tais como a liberdade. Daí conclui-se que a sociedade atual é o resultado do esforço de muitas gerações passadas.

Na Grécia antiga, a polis (cidade-estado) era uma unidade social natural que definia o universo e sua interação social, bem como os valores e até mesmo a formação do Império de Alexandre, o Grande.

Para o filósofo grego Platão, o Estado é tudo e o indivíduo nada, desta forma a política é uma moral que engrandece e se baseia na psicologia do Estado. Neste Estado havia três classes, a saber: os sábios (magistrados) que são a cabeça e a razão de Estado; os guerreiros coração e força; os artesãos, lavradores e artistas que velam pela satisfação das necessidades materiais do Estado.

Um governo perfeito então é aquele exercido pelos aristocratas, pois eles têm o domínio da razão.

Já na Idade Média, onde o princípio norteador é o da autoridade, adotou-se três características principais: o elemento cristão, o elemento clássico e o elemento bárbaro.

Conforme leciona João Ribeiro Júnior:

[...] no desenrolar do século XIV, o regime econômico entra em declínio, e com ele todo o sistema que o acompanhava. É a crise, com sua mudança na hierarquia dos valores predominantes. Conseqüentemente, alvorece nova Era distinta da chamada Idade Média. Distinta nas circunstâncias econômicas, sociais e políticas; distinta da mentalidade – plena de novos conhecimentos –, que se forma no homem europeu; distinta no âmbito geográfico em que haverá de viver no futuro o homem ocidental [3].

Na Idade Média, podemos destacar a idéia de Maquiavel que afirma que para fundar um Estado é preciso a obra de um só homem, mas para mantê-lo é necessário um governo republicano que equilibre as ambições as exigências de todos. Assim deve-se lutar para a conservação e o desenvolvimento da república o que exige a virtude de determinados indivíduos, dando a esta palavra um significado político diferente, portanto, do significado moral e cristão.

Thomas Hobbes explica a sociedade de acordo com a concepção contratualista, é fruto de um contrato que tem por finalidade assegurar a paz o que implica na total atuação de uma poderosa autoridade soberana, autorizada a agir em nome do povo, inclusive reprimindo suas paixões belicosas.

Modernamente, o Estado Democrático, pode ser explicado por Locke e Rousseau. O primeiro filósofo conferia grande importância às leis, pois elas eram as responsáveis por assegurar a harmonia social.

Já Rousseau defendia que o contrato social era uma união de vontades e esforços de todos os cidadãos para que a sociedade fosse mantida em paz e que a liberdade de todos fosse conservada. Pelo contrato social, a liberdade deixa de ser natural para ser contratual, porém, esta é a única obrigação dos pactuantes.

Com o passar do tempo percebeu-se que havia a necessidade de fiscalizar e controlar os atos da Administração Pública, ao que se deu o nome de Estado Social.

Por outras palavras:

[...] esta forma de controle dos atos administrativos foi aperfeiçoada com o advento do Estado Democrático e Social. Com efeito, a necessidade de prestação de uma maior gama de serviços públicos pelo Estado (intervencionismo estatal), aliada à preocupação de garantir os valores democráticos na esfera da Administração Pública, tornou essencial o controle dos atos administrativos em todas as suas fases de execução, determinando, portanto, a procedimentalização do agir administrativo. Interessante, ainda, a observar que através do procedimento permite-se a participação do cidadão na fase de elaboração do ato administrativo [4].

O Estado Social Constitucional, assim, caracteriza-se pela necessidade precípua de observância, respeito, concretização e aplicação das idéias contidas no corpo jurídico-político fundamental de uma sociedade, deixando assente, também, que os representantes escolhidos para gerir o Poder Público, em qualquer de suas funções, não possuem a prerrogativa de se furtarem ao cumprimento de referidas opções de consecução e desenvolvimento das políticas públicas relativas à fomentação da proteção da dignidade, da isonomia e dos direitos sociais.

Canotilho [5] informa que:

[...] a concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos.

A preocupação do Estado Social Constitucional, deve ser fulcrada, indispensavelmente, na concretização dos direitos fundamentais pertencentes a todos os seus cidadãos, de modo a remarcar a assertiva de que a isonomia não é quimera ou sonho, mas sim finalidade primaz do ente estatal.

2. PRINCÍPIO VESTFALIANO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS ESTADOS.

O Tratado de Westfalia [6], 1648, marca o início dos acordos entre Estados-nação na Europa. Deliberou-se o fim das guerras religiosas e a “regulação” dos Estados sobre a religião, tornando-se, ele mesmo, ícone do novo arranjo, em que o Estado-nação, assume uma soberania incontestável e exclusiva no cenário mundial.

Com isso foi garantida a segurança dos protestantes e estabelecido o princípio do equilíbrio das potências da Europa.

Conforme assevera Fabio Floh [7], “[...] o advento da Paz de Vestfália a criação definitiva do conceito Estado Nação, assim como o estabelecimento da sociedade internacional de Estados [...]”.

O Tratado estabelece quatro elementos caracterizadores no novo sistema internacional, quais sejam: soberania, territorialidade, autonomia e legalidade.

Assim, os processos de realização legislativa, de solução de conflitos, bem como a execução de suas normas jurídicas, são de encargo, único e exclusivo, de cada país, isoladamente analisados. É objetivo do mesmo o relacionamento entre países, para tanto os interesses nacionais ficariam em primeiro plano, porém, as normas internacionais devem estabelecer mínimas condições de convivência entre os Estados, que são tratados de forma isonômica, prestigiando-se a livre atuação dos mesmos.

Esse modelo perdurou até o surgimento das chamadas organizações internacionais, entre as quais, pode-se citar a ONU, e suas diversas ramificações, que possuem personalidade jurídica e podem participar do cenário mundial.

Em suma, o Tratado de Westfalia restabeleceu a paz na Europa e inaugurou uma nova fase na história política daquele continente, pois estabeleceu a igualdade jurídica dos Estados, eliminando o poder da Igreja.

Desta forma, consagra-se o modelo da soberania externa absoluta e inicia-se uma ordem internacional.

Pode-se concluir que, o tratado de Westfalia, e seus reflexos, são de grande influência ao Direito Constitucional, pois trazem fundamentos e princípios estatais como: a igualdade soberana entre os Estados, o respeito aos limites internacionais, prevalência do princípio territorial sobre o pessoal, não intervenção por outros Estados em assuntos internos são fundamentos e consequências do Estado Democrático de Direito.

3. O MODELO CONSTITUCIONAL ESTATAL

O Direito Constitucional se constitui em principal vertente da ordem jurídica de um Estado, inserido como tal dentro do Direito Público (coletividade), desdobrando seus

efeitos para a estruturação do Poder, cedendo-lhe os contornos de atuação e os limites de sua atividade.

Conforme bem conceitua o mestre luso Jorge Miranda,

o Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza[8].

Cumprе esclarecer, que toda a regulamentação afeta ao Direito Constitucional se encontrará positivada num corpo legislativo denominado de *Constituição*.

O termo “constituição” encontra nascedouro no Direito Romano, mais precisamente da expressão *constitutiones principum*, o qual se relacionava, apenas e tão-somente, a meros atos normativos proferidos pelo Imperador e ostentavam condição de lei, não guardando, assim, qualquer similitude com a definição hoje utilizada. Significa, o conjunto de regras atinentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e consecução do poder, à fixação dos seus órgãos e aos limites de sua ação. Há outras formas de se conceituar Constituição, a saber: A conceituação em sentido material, contempla o universo do ser, e não do dever-ser, do qual o Direito faz parte. Em sentido substancial, já se percebe um maior conteúdo normativo do termo “constituição”, passando este a representar um conjunto de regras ou princípios que têm por pálio a fomentação da estrutura do Estado, a organização dos seus órgãos supremos, bem como a definição de suas respectivas competências[9].

O sentido formal traz em seu bojo característica diametralmente oposta aquela externada pelo substancial, definindo “constituição” como sendo a reunião de normas legislativas diferentes daquelas de natureza não basilar, em razão de as primeiras serem confeccionadas diante de um processo legislativo mais dificultoso, formativo, árduo e solene, somando-se a tais dificuldades a criação de um órgão com função especial de elaborá-la (Assembléia Constituinte). O objetivo da Constituição formal é apenas e tão-somente a existência de um texto regularmente aprovado pela força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e declina os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Modernamente, e adotando a conceituação estabelecida por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, pode-se definir Constituição como:

[...] a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional [10].

Tem-se que a Constituição não é – e nem poderia ser – uma lei qualquer, daí porque se pode afirmar, com toda certeza, que tal jamais poderá ser revogada, mas apenas alterada, vez que, como dito anteriormente, se apresenta como legislação hierarquicamente superior: é a lei fundamental, nuclear e básica de uma sociedade politicamente organizada.

Em suma, o princípio da supremacia da Constituição é decorrência lógica de sua própria origem, haja vista que deriva do chamado Poder Constituinte Originário, o qual apresenta natureza absoluta, além de seu inegável caráter de rigidez, sobrepondo-se, assim, em relação as demais espécies normativas existentes, sendo, portanto, de observância obrigatória.

O chamado Estado Constitucional confirma e ratifica a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, exigindo, assim, observar-se o homem como o centro do universo jurídico, sendo certo que esse reconhecimento, abarca a todos, coletivamente, e cada um, individualmente.

O direito à existência digna não é assegurado apenas pela não-abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Passa, também, pelo cumprimento de prestações positivas, destinadas a garantir a efetiva proteção aos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social, dentre inúmeros outros.

A cidadania também é outra vertente magna do Estado Constitucional, estando a exigir que o cidadão tenha plena participação nas decisões e nos acontecimentos que envolvem os atos promovidos pela Administração Pública, não se perdendo de vista, como bem salienta Eliana Franco Neme :

[...] é evidente que a atividade estatal é necessária na medida em que a colocação dos cidadãos no ‘estado de natureza’, distancia-se do ideal de igualdade formal e material pretendido por todas as declarações de direito e constituições democráticas. Sendo assim, alguns valores podem ser albergados como valores comuns ao projeto de inclusão, por serem independentes de carga filosófica ou política, podem ser utilizados em qualquer estado que tenha por objetivo diminuir ou, ao menos, minimizar os efeitos do tratamento desigual até aqui perpetrado[11].

Realizado isso, a Constituição não será mais usada como mero instrumento de retórica vazia, mas sim, como verdadeiro documento político fundamental de concreção de vida digna para todos os cidadãos brasileiros, sem distinções de quaisquer naturezas. Seria, enfim, a verificação de um autêntico Estado Constitucional Social, que visa o bem de seus convivas.

4. PRINCIPAIS FORMAS DE ESTADO

Do ponto de vista da distribuição geográfica de poder, até o final do século XVIII, só se conhecia o “Estado Unitário”, que é aquele em que há um único centro irradiador de decisões políticas expressas em lei [12]. O contraponto a este é o Estado composto,

onde há uma junção de dois ou mais Estados que podem ser transitórias, que não atingem a estrutura interna do Estado, que têm caráter mais jurídico, que influem diretamente na estrutura do Estado. Exemplo deste é o Estado federal [13].

Este Estado pode ser definido como uma Federação, ou seja, uma aliança de vários Estados para a formação de um Estado único, em que as unidades federadas preservam parte de sua autonomia política, enquanto a soberania é transferida para o Estado Federal.

O pacto federativo normalmente estará expressamente consignado como cláusula pétrea de uma Constituição, sendo que esta deve ser escrita e rígida de forma a impedir a saída de qualquer dos Estados ou até mesmo a dissolução da união. A indissolubilidade é elemento diferenciador do Estado Federal em relação à chamada Confederação, cuja criação vem embasada em um Tratado – formada por Estados soberanos, sendo permitido o desligamento de qualquer deles.

No Federalismo a representação das vontades dos Estados se dá por um Poder Legislativo bicameral, uma casa representativa do povo, a Câmara dos Deputados, e outra, com representantes dos Estados federados, nominada de Senado Federal. Há também o Poder Judiciário que, embora independente, é capaz de manter o pacto federativo.

Em suma, embora existam grandes diferenças de organização entre os Estados federais, todos possuem características comuns básicas aptas a identificá-los servindo de padrão para o estudo comparativo com a formatação que se pretende outorgar a comunidade européia.

Devido à necessidade de evolução, a forma federalista deve sofrer uma interpretação dinâmica, capaz de acompanhar as solicitações que lhes são feitas, como, por exemplo, no que tange a possibilidade de existência de uma nova modalidade, denominada de “federalismo internacional”; todavia, a existência ou não de uma nova concepção federalista ou até mesmo de uma criação estatal original, estará a se exigir, sem sombra de dúvidas, a superação do arraigado centralismo, o que, na realidade, não se tem mostrado fácil de conseguir.

5. DA SOBERANIA NACIONAL

O termo surge no final do século XVI, juntamente com o Estado Moderno, sendo esse decorrente da necessidade de neutralizar um contexto de instabilidade política, econômica e social presente no final da Idade Média. Instabilidade gerada, dentre outros fatores, pela disputa constante entre o poder temporal, do rei e o poder espiritual, da Igreja, agravada ainda pela descentralização do poder entre barões, condes, duques e outros. Durante esse período, o termo soberano indicava mais uma privilegiada posição dentro de um sistema hierárquico do que propriamente a unicidade do poder político, evidenciando uma situação em que cada barão, conde ou visconde era soberano dentro de seus domínios.

Na monarquia, tal poder se estendia a figura do rei, tanto é que tal situação pode ser sintetizada em uma frase do rei da França Luís XIV: “o Estado sou eu”, sendo expressão máxima da teoria do direito divino do poder do monarca e do absolutismo.

Durante seu desenvolvimento histórico, o conceito de soberania vem se transformando e adequando-se ao contexto da época.

A soberania[14], que no passado esteve umbilicalmente ligada à figura do monarca, o qual por sua vez encarnava o caráter da divindade, hoje se apresenta de uma forma bastante diversa.

Sob o prisma da democracia, ainda abordando questões históricas, podemos dividir a doutrina da soberania em: soberania popular e soberania nacional. A primeira, mais democrática, difundia a soberania a todos os membros da comunidade, sendo, por consequência, cada um deles titular de uma parcela da mesma, de modo que todos fossem iguais politicamente. A soberania nacional, de outro lado, ao invés de pulverizar a soberania, absorve-a e delega a um único ente, qual seja, a Nação. A diferença básica entre ambas reside na legitimidade para o sufrágio popular: uma restringe tal legitimidade e a outra a concede a todos os cidadãos.

Por óbvio que a questão da soberania[15] não se adstringe apenas às citadas características doutrinárias e históricas, de modo que atualmente seu conceito é bastante abrangente, sendo utilizado em inúmeras situações para justificar vários atos do Poder Público, e, por que não dizer, dos entes privados. Apenas para citar alguns exemplos da positivização deste conceito, a nossa Constituição Federal declara que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tem como fundamento a soberania (art. 1º, I) e regem-se nas suas relações internacionais pelo princípio da independência nacional (art. 4º, I).

Soberania[16] é a racionalização do poder – transformação da força em poder legítimo - significa que a autoridade política mantém tanto a lei e a ordem dentro das fronteiras do seu território (interna - soberania no Estado) quanto à integridade dessas fronteiras perante o cenário externo, em que o Estado em competência reconhece-se mutuamente com base no direito internacional (externa – Soberania do Estado). Estado e sociedade dependem mutuamente um do outro.

O conceito de soberania pode-se dizer, envolveu o conceito de Estado. O Estado soberano impõe a si os seus próprios limites. Aqui reside, pois, a principal diferença entre soberania e autodeterminação, que são facilmente confundidas: à soberania não cabe nenhuma espécie de limitação, enquanto que a autodeterminação pode ter suas ações limitadas por algum outro tipo de poder. Um Estado soberano é autônomo, independente e tem poder supremo.

Segundo Paupério:

A vontade de um Estado soberano não depende de nenhuma outra vontade. É a vontade suprema garantida, se necessário pela força coatora de que dispõe, pela própria natureza, a entidade estatal [17].

Ou seja, a soberania se traduz na vontade própria do Estado, que, conseqüentemente, embasa a idéia clássica de soberania, qual seja, a de supremacia interna e de independência internacional.

Por fim, diante das transformações advindas da nova ordem social, o conceito clássico de soberania não responde mais às atuais circunstâncias. Até mesmo o papel do Estado transformou-se em decorrência da expressão política do chamado processo de globalização, ou seja, o programa neoliberal de governo.

5.1. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA NACIONAL

Com o passar dos tempos, nota-se na história uma mudança conceitual do termo soberania conforme as formas de organizações do poder. A idéia de poder supremo e incontestável que estava no centro da noção de soberania incomodava, e fez com que aparecessem pensadores que passaram a discordar deste pressuposto.

Rousseau aparece como o grande pensador contratualista após Hobbes, adaptando a noção de pacto às suas teorias, porém afastando-se decisivamente do autor inglês ao conceituar o estado de natureza e a soberania. Para ele, a soberania é do povo. Seu conteúdo é colocado na legislação como expressão da vontade geral, e, todo o poder é estabelecido em favor dos governados. A função do soberano é de executar as leis, e esta função é revogável a qualquer momento. Assim, ela não pode ser transmitida, é inalienável, indivisível, insuscetível de representação ou de limitação.

Inspirada nele, tal definição fora adotada por várias Constituições, e, consagra-se na Europa, mais precisamente em 1789, na Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quando o termo soberania firmou-se trazendo em sua essência características de indivisibilidade, inalienabilidade, imprescindibilidade e unidade.

Em tempos mais recentes, no início do século XX, discutindo a legitimidade do poder soberano, Leon Duguit analisa a soberania fazendo uma crítica à sua origem divina, que, segundo ele, utilizando-se da onipotência do termo, o Estado legitima o abuso do poder, já que este vem de Deus. Resgata em Rousseau a idéia de que soberania é uma vontade, que se determina por si mesma que tem a sua própria competência e que é, por conseguinte, independente de outra vontade [18].

Nessa teoria, o príncipe tem direitos sobre seus súditos, mas os súditos não têm direito algum sobre ele – o direito divino sobrenatural. Após a crítica a respeito da criação da origem divina do poder soberano, Duguit trata em sua obra da impossibilidade de manter o absolutismo que é referido ao princípio da soberania no âmbito das relações internacionais de Estados soberanos. Para isso, o autor utiliza o exemplo da Liga das Nações, que seria como um super-Estado, que estaria acima dos demais Estados que aderissem a ela.

A idéia que inspirou a Liga das Nações pós-primeira guerra era a de que era necessário impedir que uma potência qualquer desencadeasse novamente outra calamidade no mundo, que viesse a impedir novamente o homem de trabalhar livre em seu território nacional. Em verdade, este pensamento foi um dos mais generosos e humanos em um tratado de paz, mas que na conjuntura em que se encontrava o mundo naquele momento, a Liga não teria como funcionar. Isso porque, o conceito absoluto de soberania ainda estava muito vivo nas relações internacionais para que nenhum participante do Tratado de Versalhes pudesse aceitar uma sociedade de nações compreendida como queria a Liga.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que mesmo com o fracasso da Liga das Nações, já muito antes da Primeira Guerra Mundial, mais precisamente da data da formação do Estado clássico surgido do constitucionalismo moderno após as Revoluções Americana e Francesa, para o Estado globalizado, plurinacional do século XXI há uma forte mudança.

Assim é que a idéia, já não tão nova, de que o fenômeno da globalização afeta de forma adversa a soberania do Estado Moderno [19] é cada vez mais aceita em diversos círculos acadêmicos, governamentais e internacionais.

A vida da sociedade mundial carece de um Estado moderno que se ajuste às necessidades supremas da humanidade, em que parece primária a noção de absolutismo da soberania dos Estados, noção esta que se torna ainda mais relativa à luz do Direito Internacional atual, cujo exercício está justificado em nome da paz e do bem comum da nação globalizada.

A soberania externa absoluta conhece seu fim, ou a sua relativização, quando, no plano do direito internacional, são sancionadas a Carta da ONU, em 26 de junho de 1945 e três anos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembléia Geral da ONU. Com estes documentos, a soberania deixa de ser absoluta e subordina-se a duas normas fundamentais para o mundo: “o imperativo de paz e a tutela dos direitos humanos”. De fato, a Carta da ONU marca o fim do paradigma firmado com os Tratados de Vestfália ao final da Guerra dos Trinta Anos e o nascimento de um novo direito internacional.

Neste sentido, o veto ao *ius ad bellum*, que aparece no preâmbulo e nos dois primeiros artigos da Carta da ONU representa o fim do principal atributo da soberania externa, representa a norma constitutiva da juridicidade do novo ordenamento internacional.

O princípio da soberania enfrentou então, após a formação do Estado moderno, a promulgação de constituições nacionais baseadas na declaração de 1789, e, sobretudo, mais recentemente, a formação das Nações Unidas, um progressivo processo de relativização. Nesse panorama, o fato é que a Constituição brasileira de 1988, ao menos em tese, impede que o Estado brasileiro alimente a autofagia do mercado e do próprio Estado. Não impede, é verdade, a adoção do receituário neoliberal, todavia estabeleceu os princípios da ordem econômica que, por via indireta, impuseram limites às idéias neoliberais (art. 170, da CF/88).

Ainda há de se lembrar que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Seus fins, de acordo com a Constituição, são

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social. O governo brasileiro, ao adotar políticas econômicas, precisa estar mais atento aos ditames mencionados acima, bem como aos fundamentos e objetivos constitucionais, sob pena de dar azo a um sistema econômico demasiado liberado, porém, pouco competitivo e pouco produtivo.

A soberania nacional, na lição de Massimo Severo Giannini, pode ser analisada tanto no âmbito interno quanto externo,

no âmbito interno corresponde à efetividade da força pela qual as determinações da autoridade são observadas e tornadas de observância incontornável mesmo mediante coação; no âmbito externo, num sentido negativo, indica sujeição a determinações de outros centros normativos. Ao conceito de soberania estão conexos os do caráter originário e absoluto do poder soberano. O primeiro, no sentido de fundamento de si próprio, e segundo, no de capacidade de determinar, no campo de sua atuação, a relevância ou a irrelevância de qualquer outro centro normativo que ali atue.[20]

Assim, como dito ao longo deste trabalho, a soberania é, grosso modo, um poder de mando, exercido pelo Estado, obedecido pelo seu povo em determinado território. Em outras palavras, é um poder através do qual o Estado (ente imaginário) pode fazer regras e ser obedecido, organizando sua sociedade. Ainda sobre o aspecto teórico-doutrinário, pode-se atribuir certas características à soberania: ela é una (nunca poderá haver mais de um ordenamento sobre o mesmo povo no mesmo lugar, pois tal fato enfraqueceria ambos), absoluta (incontestável) e imprescritível. Além disso, cada Estado é soberano dentro de seu território, não cabendo a intervenção de terceiros Estados para resolver celeumas internas.

A transnacionalização dos mercados, transformando problemas regionais em problemas mundiais, fez o Estado perder seu caráter absoluto sobre seu território, estando muitas vezes sujeito às imposições do capital internacional. O neoliberalismo faz surgir as mega-empresas multinacionais, com sedes em vários países, e que se mudam conforme as conveniências de momento.

O papel estatal passa a ser o de simples agente coercitivo, de modo que todos obedeçam ao que as firmas de grande capital obrigam-no Estado a legislar. Com o Estado como simples “marionete” dos interesses econômicos das mega-corporações, o Direito estatal só poderia também estar em crise. Conceitos antes absolutos como hierarquização das normas (Constituição Federal como Lei Maior e as outras subordinadas a ela) e monismo jurídico (Estado único autor do Direito) tiveram suas estruturas fortemente abaladas com o advento do neoliberalismo.

A atividade legislativa deixa de ser exclusiva do Estado, adotando-se ora o Direito Substituído, ora o Direito Suprido (ao adaptar sua legislação a diretrizes internacionais, como as adotadas pela Organização Mundial do Comércio – OMC) e ora o Direito Suplantado, este último à revelia do próprio Estado, e caracterizado pela *lex mercatoria*, procedimentos costumeiros adotados pelos empresários em suas transações financeiras (ex.: letra de câmbio).

Isso fere diretamente o princípio da unicidade da soberania, pois passam a vigorar, conjuntamente, vários ordenamentos jurídicos, cada um deles obedecido por determinado segmento social, que o faz em conformidade com seus interesses. Ligado a isso vem o abalo no monismo jurídico, que passa a ser substituído por um pluralismo jurídico, com diversas legislações convivendo concomitantemente.

As constituições passam também a perder sua força e seu posto mais elevado, não influenciando mais socialmente de modo a garantir um estado de bem-estar social (*welfare state*). O Estado também deixa de garantir os mínimos direitos abordados em sua Lei Maior, tais como habitação, saúde, educação. Ocorre, portanto, uma redução significativa no poder de gerência estatal.

Mitiga-se a tutela sobre o indivíduo e dos seus direitos ditos sociais: cada um está sozinho no mundo, e deve por si próprio e seus próprios meios, “comprar” saúde, educação e alimentos.

Alguns doutrinadores, dentre os quais, J.J. Gomes Canotilho, chegam a afirmar que, provavelmente, ou se extinguirão as constituições, ou elas servirão como mera “carta de identidade” de uma nação.^[21]

Ademais, também se busca, por parte de algumas mega-empresas, uma espécie de Direito Global, válido em todo o planeta, de modo a se tomar as mesmas decisões em todos os países. Tal fato é deveras temerário, visto que abre portas ao desrespeito às desigualdades culturais entre os povos.

Teoricamente, a soberania é concebida como a superioridade da essência do ordenamento estatal, permitindo que o Poder estatal se sobreponha incontrastavelmente sobre outros poderes sociais. Um estado soberano tem a capacidade de ter um governo próprio, notável e poderoso, além independente de qualquer outro Estado ou potência mundial. Ela possui duas faces distintas, uma externa e outra interna. A interna consiste no poder de *imperium* exercido sobre um determinado território, sobre um povo e sobre outros poderes sociais. Já a externa é encontrada na independência de cada Estado perante outros Estados.

Atualmente, o constitucionalismo moderno vem se contorcendo para tentar demonstrar que esse poder soberano continua intocado e absoluto, o que não condiz com a realidade.

Celso Ribeiro Bastos defende que,

a soberania absoluta, na verdade, nunca existiu. Um Estado sempre teve de limitar-se às situações políticas, geográficas, econômicas que sua realidade impunha. Mas, pelo menos, a sua não vinculação direta a tratados internacionais, bem como a existência de organismos internacionais na época davam ao Estado esse papel formal de ser a fonte mais alta geradora do direito.^[22]

Enfim, por mais absoluto que esse poder deseja ser, ele não conseguirá porque sempre encontrará limites no conjunto de valores compartilhados pela comunidade internacional, e principalmente nos interesses dos grandes grupos econômicos.

Vale nesse instante a contribuição do professor Manoel Jorge e Silva Neto sobre o tema,

Guardo a convicção que a soberania preconizada como fundamento da República Federativa do Brasil não deve ser esquecida pelo presidente da República ou seu Ministro de Estado ao serem assinados os referidos “acordos” com o Fundo Monetário Internacional, porquanto relativizar o conceito é o mesmo que negá-lo como elemento constitutivo do Estado.[23]

Se relativizá-lo é o mesmo que negá-lo, conclui-se pela crise da soberania nacional motivada pelo atropelo econômico das grandes potências sobre as pequenas, pela perda contínua do poder de gerência do Estado, dentre outras restrições causadas pelo fenômeno da não recente “Globalização”.

PARTE II – OS MEDICAMENTOS SUAS PATENTES: PATENTES PIPELINE

1. O REGIME DE PATENTES NO BRASIL

No Brasil, a primeira proteção conferida ao inventor ocorreu em 28 de abril de 1809, através de um alvará, em que o Príncipe Regente concedia aos criadores de uma máquina nova ou de uma obra do espírito um privilégio temporário, desde que o invento fosse descrito e registrado na Real Junta de Comércio.

Mas a primeira lei específica sobre o assunto surgiu na data de 28 de agosto de 1830, cujas disposições asseguravam ao descobridor ou inventor o uso exclusivo de sua descoberta ou invenção[24].

Os produtos farmacêuticos, no Brasil, foram excluídos da proteção patentária até 1996. Durante a década de 1980, a prevalência desse regime que, segundo algumas interpretações, foi definido como "débil", motivou um longo período de conflito comercial com os Estados Unidos. Este país impôs ao Brasil sanções comerciais severas por tal ausência. A associação dos fabricantes americanos de drogas farmacêuticas (Pharmaceutical Manufacturing Association – PMA) divulgou inúmeras matérias na mídia internacional chamando o Brasil de "país pirata".

O tempo das cópias – e também de sofrer retaliações a esse pretexto – terminou para o Brasil com a aprovação, em 1996, do novo código das patentes (lei 9279/96), em vigor desde abril de 1997. Onde a patente é o título concedido pelo Estado que confere ao seu titular o direito exclusivo de exploração da invenção que foi o seu objeto.

O inventor que traz para a sociedade um produto ou um método novo recebe, em contrapartida à revelação dos meios que permitirão reproduzir sua invenção, um direito exclusivo e temporário de exploração. De outro lado, também confere direito ao titular de impedir que terceiros realizem certos atos relativos ao objeto da invenção patenteada.

A nova lei brasileira tornou extensível a patente aos produtos e processos farmacêuticos. O novo regime também inclui o microrganismo transgênico, ou seja, obtido por meio da engenharia genética, que satisfaça aos requerimentos necessários de novidade, ato inventivo – não ser uma decorrência óbvia do estado da técnica – e utilidade industrial. Patentes não são emitidas para formas superiores de vida.

Segundo leciona Pimentel,

... o direito de patentes, ao proteger a tecnologia e colocá-la à disposição do seu proprietário, permite um monopólio cujo efeito é a limitação da concorrência no mercado. No entanto, todo direito de propriedade gera o dever de não ser exercido abusivamente. No caso da patente facilmente se verificam abusos e os remédios para corrigir as distorções que possam ocorrer no mercado são as licenças e a caducidade da patente [25].

O autor afirma ainda que

... os Estados membros (em relação ao Acordo TRIPS ou ADPIC) conservam o poder de considerar como não patenteáveis as invenções cuja exploração comercial em seu território necessariamente deva ser evitada para proteger a ordem pública ou a moralidade, a vida ou a saúde humana ou animal, para preservar os vegetais, ou para evitar danos graves ao meio ambiente – chamado princípio da ordem pública [26].

Aquele que detém a patente de uma invenção, uma vez que seja explorado o seu objeto regularmente, tem o direito de impedir que terceiros venham a explorá-la, ou, então permitir que a sua exploração ocorra com o pagamento de *royalties*.

Entretantes, prevê a lei n. 9.279/96, o licenciamento compulsório que consiste na possibilidade de, em situações excepcionais, vir a ser explorada por terceiros, quebrando com isso, a patente do produto e ferindo o direito de propriedade do inventor.

Portanto, os próprios países têm autonomia para definir o que deva ser excluído de patenteabilidade quando a própria legislação não proíbe de acordo com o que foi estabelecido no Acordo ADPIC.

De outro lado, encontra-se a situação das pessoas que necessitam de atendimento à saúde, de acesso a medicamentos de tecnologia avançada que são, na sua grande maioria, patenteados e, em virtude disso, possuem seus preços extremamente elevados, tornando difícil, senão impossível, a sua aquisição pela grande maioria da população.

Surge, então, a obrigação do Estado de suprir essas necessidades elementares de acesso aos medicamentos de última geração pelos indivíduos. A saúde, conforme o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 é um dos direitos sociais, portanto, um dos direitos fundamentais do ser humano, de eficácia imediata e de auto-aplicação.

Trata-se de uma obrigação positiva do Estado, que está jungido a prestação nesse caso, podendo o indivíduo se valer de instrumentos que lhe assegurem a prestação deste visando a prevenção e o tratamento de doenças.

Para efetivar esse direito, poderá o sujeito valer-se de determinadas medidas por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, § 2º) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode abrir pressuposto para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Outros diplomas surgiram exatamente para regular o assunto, tais como a lei n. 8.080/90 e a lei n. 8.142/90, que reafirmam que a saúde é um dos direitos fundamentais do ser humano, devendo o Estado promover todas as condições necessárias para assegurar o seu pleno exercício.

Verifica-se, portanto, um hiato na promoção desses direitos, uma vez que poderá ocorrer inconstitucionalidade entre a confrontação da norma inferior (Lei de Propriedade Industrial) e a norma constitucional que prevê como um dos direitos fundamentais do ser humano o acesso irrestrito à saúde.

2. PATENTE PIPELINE

A lei de patentes (9.269/96) introduziu novo instituto, denominado pipeline, que visa trazer diretamente ao sistema jurídico brasileiro as patentes solicitadas no exterior ou no Brasil, que aqui não poderiam ser deferidas em face da proibição da lei anterior, bem como nos dias atuais, quando da necessidade de se reconhecer a patente de um medicamento já patentado no exterior.

Assim define o instituto um dos mais experientes especialistas:

O termo pipeline, cuja tradução para o português seria tubulação-refere-se, no sentido figurado, aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto, ainda na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio. Ou seja, tais produtos e processos não chegaram ao mercado consumidor e, por isso, ainda poderão ser protegidos. O pipeline também pode ser chamado de patente de revalidação [27].

Com, a inserção do art. 230, na lei brasileira de propriedade industrial, houve a criação desse instituto, onde se decidiu reconhecer no país, e assegurar seus efeitos próprios, atos praticados no exterior sob o regime da lei estrangeira.

A questão não é nova e é freqüente no Direito internacional privado. Um ato jurídico regularmente celebrado no exterior será reconhecido no Brasil uma vez que observe alguns requisitos formais e não viole determinados princípios e regras essenciais, que formam a chamada ordem pública brasileira. Assim, a patente obtida no exterior – e revalidada no Brasil sob o sistema pipeline – deve ser reconhecida no Brasil com as características e pelo prazo assegurado pela legislação estrangeira, com ressalva apenas quanto à ordem pública nacional.

Os requisitos essenciais para a concessão do pipeline são: depósito, concessão e correspondência, conforme se depreende do art. 230 da Lei de Propriedade Intelectual. Tal dispositivo abre uma exceção ao princípio da patenteabilidade, a fim de permitir o patenteamento de matérias não privilegiadas pela legislação anterior.

No regime do pipeline, não é feito pela autoridade administrativa (INPI), os exames de requisitos de patenteabilidade, sendo o privilégio concedido tal qual o feito no país de origem. A regra, portanto, é transplantar para o Brasil a patente tal qual concedida com base na legislação do país em que efetuado o primeiro depósito, cuja incidência é assegurada pelo *caput* do dispositivo. Essa constatação, aliás, afasta qualquer crítica quanto à suposta inobservância do requisito da novidade, exigido pela legislação brasileira, na concessão das patentes pipeline. Aqui não é mesmo necessário o exame dos requisitos previstos no art. 8º da Lei nº 9.279/96, já que não se trata propriamente da concessão de uma nova patente, mas do reconhecimento e revalidação de patente já concedida no exterior.

Segundo o testemunho do jurista argentino Carlos Correa, consultor dos órgãos da ONU e citado até em decisões importantes do STF, o pipeline resultou de pressões unilaterais dos Estados Unidos e da indústria farmacêutica [28].

A questão do prazo de vigência que essas mesmas patentes deverão ganhar no Brasil é objeto do § 4º do já referido art. 230. O dispositivo determina que uma vez reconhecida a patente pelo sistema pipeline, seu titular terá assegurado o benefício pelo prazo que remanescer daquele já decorrido após a concessão da patente de referência no exterior. A questão, todavia, tem sido envolta em alguma controvérsia.

Coexistem, hoje, duas correntes distintas quanto à determinação da data inicial para contagem do prazo remanescente da patente no exterior.

A primeira entende que, para a definição do prazo de vigência no Brasil, considera-se a data do primeiro depósito no exterior – ainda que este não seja o termo inicial previsto no Direito estrangeiro –, à qual se aplica o prazo de proteção previsto na lei estrangeira (i.e 15, 17 ou 20 anos) para, então, definir-se o prazo remanescente a ser aqui assegurado. A segunda defende que o dia que o prazo começa a correr deve ser aquele definido pela lei estrangeira (que pode adotar critério diverso da data do primeiro depósito), ao qual se aplica, então, o prazo de tutela também por ela definido. Para essa segunda corrente, portanto, o prazo de exploração no Brasil da patente concedida pelo sistema pipeline, deverá coincidir sempre com o prazo remanescente de proteção da

patente no país de referência no exterior, de forma que ambas expirem exatamente ao mesmo tempo, observado o limite máximo de 20 (vinte) anos contados da data do depósito no Brasil.

A polêmica parece decorrer da previsão do caput do art. 230, da Lei da Propriedade Industrial, que traz a expressão “ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior”, combinada com o §1º do mesmo dispositivo, que exige que o pedido de patente pelo sistema pipeline contenha a indicação da “data do primeiro depósito no exterior”.

É com base nesses dispositivos que a primeira corrente defende que o legislador brasileiro teria definido a data do primeiro depósito como marco inicial para a contagem do prazo remanescente de vigência da patente no exterior. Nada obstante, o mesmo dispositivo traz, em outros parágrafos, previsões que alimentam o entendimento da segunda corrente: o §3º determina que “será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem”; e o § 4º assegura “à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido”.

A solução para a controvérsia demanda, pois, a interpretação sistemática de todos esses dispositivos, sem perder de vista os princípios e políticas que informaram a adoção do sistema de patentes pipeline no Brasil.

Como já se esclareceu, no Brasil, a revalidação de patentes dá-se pelo reconhecimento da patente tal qual concedida no país de origem, como forma de assegurar o necessário respeito ao direito validamente adquirido no exterior.

Ora, reconhecer a patente tal como concedida no país de origem implica, necessariamente, que tal reconhecimento dê-se pelo seu prazo remanescente de vigência no país de origem, contado tal como o direito estrangeiro determina, respeitado apenas o limite de vinte anos imposto pela ordem pública brasileira e pelos acordos TRIPS (parte final do referido § 4º). Ou seja, se o país de origem prevê que o prazo de vigência da patente é de 17 anos contados da data da concessão, e não do depósito, deve-se reconhecer essa situação jurídica constituída no exterior na sua integralidade, inclusive quanto o termo inicial de contagem do prazo de tutela.

Mais do que isso, quando o legislador estabelece que o prazo do benefício no Brasil será o remanescente do prazo no exterior, deixa implícito que tal prazo deve ser computado em conformidade com a lei estrangeira, de forma que seria incoerente que o prazo inicial fosse determinado pela lei brasileira.

Não haveria mesmo qualquer sentido em se aplicar, como pretende a primeira corrente, dois regimes distintos e conflitantes na definição do prazo de vigência no Brasil, quais sejam: o prazo inicial definido na lei brasileira e o período de proteção previsto na lei estrangeira.

Não há dúvidas, portanto, de que o entendimento defendido pela segunda corrente é o que melhor se coaduna com o sistema pipeline adotado pelo legislador brasileiro, já que respeita a teoria dos direitos adquiridos e atende à idéia de uniformização do direito patentário. Ela também se coaduna com a intenção política de inverter a imagem do

Brasil de país conivente com a pirataria e a copiagem – já que, através dela, resta assegurado também aqui o mesmo prazo de tutela garantido no exterior. Ou seja, a adoção da segunda corrente impede que o objeto da patente do medicamento de referência[29], ainda em vigor no exterior, seja reproduzido no Brasil sem qualquer autorização de seu titular, porque expirado aqui o prazo de sua tutela.

Em razão do compromisso assumido pelos estados ratificantes do TRIPS, esse prazo é, atualmente, uniformemente estabelecido em um grande número de sistemas jurídicos em vinte anos. Tal prazo pode, todavia, sofrer alterações. Em tese, cogita-se de três alterações possíveis: extensão (em relação aos medicamentos tem sido freqüente nos sistemas jurídicos), diminuição ou cessação do prazo por revogação ou cassação da patente.

Com efeito, a extensão do prazo de proteção de patente de medicamentos é instituto comum a vários sistemas. Tal extensão deriva da perda de prazo de exploração comercial sob a proteção patentária, em razão do lapso temporal existente entre a obtenção da patente e a autorização para colocação do medicamento no mercado: embora o titular da patente já goze de sua proteção, a comercialização do medicamento depende da autorização de órgãos de proteção e vigilância sanitária, após todos os testes necessários a garantir sua segurança e eficácia.

O transcurso de tempo, entre a obtenção da patente e a autorização para exploração comercial efetiva do medicamento, por vezes faz com que o prazo de proteção remanescente seja insuficiente para amortizar os altos investimentos em pesquisa e desenvolvimento farmacêuticos. Ante tal situação, alguns sistemas jurídicos passaram a prever a possibilidade de prorrogação da proteção patentária, de modo a compensar o período em que a exploração econômica da patente estava suspensa, aguardando a autorização para comercialização do medicamento - O SPC – Supplementary Protection Certificate, que não será por ora tratado.

CONCLUSÃO

Há na doutrina quem entenda que a patente pipeline, prevista no ordenamento brasileiro, seria inconstitucional, por violar o princípio da soberania nacional – um dos norteadores da ordem econômica brasileira, segundo o disposto no artigo 170, I da Constituição de 1988.

O problema, como já exposto, suscita-se em virtude de a concessão destas patentes repousar na averiguação dos requisitos de patenteabilidade empreendida pela autoridade competente do Estado que registrou a patente original, dispensando um exame semelhante pela autoridade congênere brasileira.

Trata-se de um argumento que tenta transpor para o plano do direito constitucional as implicações do princípio da independência das patentes (art. 4º, Convenção de Paris). Argumento, este, débil, por dois motivos:

O princípio da independência das patentes é relativizado pelo Acordo TRIPS, quando este no seu art. 29, II dispõe que os membros podem exigir que o requerente de uma

patente forneça informações relativas a seus pedidos correspondentes de patentes e às concessões no exterior.

Na verdade o princípio da independência das patentes tem por objetivo primordial impedir a aplicação cumulativa de normas de ordenamentos jurídicos distintos. O mesmo não impede que um Estado, no domínio da patenteabilidade, tenha em conta fatos ocorridos no estrangeiro.

Atendendo à natureza de tratado- contrato da Convenção de Paris e à sua paridade hierárquica normativa com a lei ordinária (lei posterior revoga a anterior) não seria facilmente sustentável a aplicabilidade direta do princípio da independência das patentes, contra e em vez da lei brasileira, especialmente numa leitura rígida e inflexível do mesmo, adversa a qualquer forma de ponderação ou relativização.

Por outro lado, trata-se de um argumento que supõe uma hostilidade a todos os sistemas de reconhecimento internacional de atos de natureza técnica, académica ou jurídica, praticados no estrangeiro, argumento esse claramente contrário às exigências de uma ordem internacional cada vez mais globalizada do ponto de vista político, jurídico, económico, técnico, académico, científico, etc. Na verdade a Lei de Introdução do Código Civil brasileiro, à semelhança do que sucede com outros Estados, prevê, no seu artigo 17, o reconhecimento de atos jurídicos praticados no estrangeiro fornece um importante ponto de apoio para o reconhecimento das patentes “pipeline”.

Assim é, porque, de acordo com este artigo, as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Ora considerando que a patente “pipeline” concedida no Brasil, se limita a refletir na ordem jurídica um direito validamente constituído noutro país, deve concluir-se que, em princípio, só por esse motivo, a mesma não representa qualquer atentado à soberania nacional.

Uma vez verificada a observância dos requisitos de patenteabilidade à face da legislação estrangeira, o Estado não tem que gozar de qualquer discricionariedade na concessão de patentes. Não se pode deixar de noticiar que essa dependência da “pipeline” face à patente original requerida no estrangeiro é uma solução excepcional, justificada pela inexistência de proteção legal para os direitos de propriedade intelectual dos inventores, buscando-se minimizar os danos causados por uma omissão de tutela, de constitucionalidade mais do que duvidosa.

De resto, trata-se de solução que, longe de por em xeque a soberania nacional, exprime a autonomia legislativa do legislador soberano na disciplina jurídica das patentes dentro do território do Estado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Característicos comuns do federalismo**, *in*, “Por uma nova Federação”, Celso Bastos (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____ & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, p. 03.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A propriedade intelectual na política exterior e nos processos de integração econômica. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, ano 36, n. 2, 1993.

ANVISA, www.anvisa.gov.br/medicamentos/conceitos.htm, acessado em 15/06/2008. definições de medicamento genérico e similar.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 15ª edição. São Paulo: globo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander (org.). **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos**. Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, s/d.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERMUDEZ, Jorge. **Remédio: saúde ou indústria? A produção de medicamentos no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

_____ ; OLIVEIRA, M. A. ; CHAVES, G. C., 2004. O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a saúde pública. In: BERMUDEZ, J.A.Z ; OLIVEIRA, M. A. ; ESHER, A. (Org.). Acceso a medicamentos: derecho fundamental, papel del Estado, pp. 69-89, Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ.

BERALDI, Roberto Mario. **El derecho de la propiedad industrial y el Mercosur**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

BODIN, Jean. **LOS SEIS LIBROS DE LA REPÚBLICA**. 3 ed. Madrid: Tecnos. 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 4.ª edição, revista e ampliada, Malheiros Editores.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHAVES, G. C.; OLIVEIRA, M. A. 2004. WTO TRIPS Agreement implementation in Latin America and the Caribbean. In: BERMUDEZ, J. A. Z.; OLIVEIRA, M. A. (Org.).

Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health, pp. 117

CLÉVE, Clémerson Merlin & RECK, Melina Brekenfeld . **A repercussão, no regime da patente de pipeline, da declaração de nulidade do privilégio originário**. Revista da ABPI, São Paulo: Prêmio Editorial, n. 66, set/out. 2003, p. 24

CORREA, Carlos M. Industria farmacéutica y biotecnología: oportunidades y desafíos para los países en desarrollo. **Comércio Exterior**, v. 42, n. 11, México, nov. 1992. p. 1.009-1.018.

COSTA E SILVA, Eugênio da. A defesa da concorrência comercial e o direito sobre as patentes: a experiência da CEE - II. **Boletim de Integração Latino-Americana**, n 12. Brasília: MRE, jan.-mar. 1994.

COUTINHO, Luciano G.. A Fragilidade do Brasil em face da Globalização. **O Brasil e a Economia Global**. Organizador: Renato Baumann. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 219-238.

DIAS, Vivianne Ventura. O Brasil entre o Poder da Força e a Força do Poder. **O Brasil e a Economia Global**. Organizador: Renato Baumann. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 55-74.

DI BLASI, GARCIA & MENDES. **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41, POLLAUDDULIAN, Frederic. Droit de la propriété industrielle. Paris : Montchrestien, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 3ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997

DUGUIT, Leon. **Soberania y Libertad**. Madrid: Librería española y extranjera, 1924.

FARINA, Juan M. **Contratos Comerciales Modernos**. 2.^a ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLOH, Fabio. **Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana**, in, Direito internacional, humanismo e globalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro**. 1.^a ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

FURTADO, Celso. **O Capitalismo Global**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

GIANNINI, Massino Severo *apud* Maria Helena Diniz. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 3ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.

GROSSI, Paolo. **Da sociedade de sociedades a insularidade do Estado entre Medieval e Idade Moderna**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Mimeografado, p. 04

HERINGER, Astrid. **Patentes farmacêuticas e propriedade industrial no contexto internacional**. Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 5.^a ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

LERDA, Juan Carlos. Globalização da Economia e Perda de Autonomia das Autoridades fiscais, bancárias e monetárias. **O Brasil e a Economia Global**. Organizador: Renato Baumann. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 239-264.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 2.^a edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MUJALLI, Walter Brasil. **A Propriedade Industrial – Nova Lei de Patentes**. Leme: Editora de Direito, 1997.

NEME, Eliana Franco. **Os modelos americanos e as ações afirmativas**, in, “Ações afirmativas e inclusão social”, Eliana Franco Neme (coord.), EDITE, pp 311-312.

NUNES, A. J. AVELÃS. **A Constituição Européia: a constitucionalização do neoliberalismo**, 1.^a edição brasileira, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAUPERIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina**, São Paulo: Editora Método, 2003.

PUREZA, José Manuel. **EL PATRIMINIO COMÚN DE LA HUMANIDAD ¿ HACIA UM DERECHO INTERNACIONAL DE LA SOLIDARIDAD?** Portugal: Trotta. 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SALAZAR, AL; Grou, KB; Grangeiro, A et alii. **Propriedade intelectual, patentes & acesso universal a medicamentos**. São Paulo: Grupo de Incentivo à Vida (GIV), Grupo pela Vida - SP, Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS de São Paulo e Instituto de Saúde, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma concepção intercultural dos direitos humanos**, in, Igualdade, diferença e direitos humanos, Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAYAD, João. **Propostas para a retomada do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Ciec, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**, São Paulo: Renovar.

SHERWOOD, Robert M.. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Globalização e Direito Econômico. **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Introdução**, 2.^a edição, revista e ampliada, Del Rey.

STRENGER, Irineu. **Marcas e patentes: análise sucinta da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. Editorial Trotta. 2007.

[1] SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos, *in*, **Igualdade, diferença e direitos humanos**, Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 05: “[...] Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenómenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. Em rigor, este termo só deveria ser usado no plural [...]”.

[2] NUNES, A. J. AVELÃS. **A Constituição Européia: a constitucionalização do neoliberalismo**, 1.^a edição brasileira, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88: “[...] As questões relacionadas com a política social estão entre as que são motivo de maior preocupação, dadas as implicações que têm no plano dos direitos económicos e sociais e, por isso mesmo, no plano das condições efectivas para a concretização dos próprios direitos, liberdades e garantias [...]”.

[3] RIBEIRO JÚNIOR, João. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58-59.

[4] SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação**. São Paulo: Renovar, 2003, p.97-98

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.89.

[6] Foram dois os Tratados de Vestfália: em 14 de outubro de 1648, foi assinado o tratado de Osnabrück, concluído entre a Rainha da Suécia e a França por um lado, e o imperador e príncipes alemães por outro. No dia 24 de outubro do mesmo ano, foi assinado o Tratado de Münster, que continha também duas partes: de um lado a França e seus aliados (a Suécia entre eles), e de outro os príncipes e o imperador alemães. De acordo com Daillier, Dinh e Pellet, os Tratados de Vestfália foram qualificados de Carta Constitucional da Europa, que legalizaram formalmente o nascimento de novos Estados soberanos e a nova carta política europeia que resultou daí. (Vide DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allan. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenfian, 2003).

[7] FLOH, Fabio. Direito Internacional Contemporâneo: Elementos para a Configuração de um Direito Internacional na Ordem Internacional Neo-Vestfaliana. In: **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 220

[8] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 02.

[9] ZAGREBELSKY, 2007, p. 14: “*La coexistência de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitucion para no renunciar a sus cometidos de unidad e integraci3n y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con car3cter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir [...]*”.

[10] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.03

[11] NEME, Eliana Franco. Os Modelos Americanos e as Ações Afirmativas. In: **Ações Afirmativas e Inclusão Social**. Bauru: EDITE, 2006, p.311-312

[12] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 5ª edição. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

[13] AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 15ª edição. São Paulo: globo, 2003, p.133.

[14] BODIN, Jean **Los Seis Libros de La República**. 3 ed. Madrid: Tecnos. 1997: “a soberania é um poder perpétuo e absoluto (p. 47) que enseja a independência em relação aos poderes internos e aos externos. Quanto aos primeiros, indica a desnecessidade de consentimento dos súditos para a validade e a eficácia das normas, já a independência frente aos poderes externos demonstra a igualdade entre os Estados. Resultando da consolidação do poder e da supremacia daí decorrente, a soberania será necessariamente ilimitada e indivisível (livro II, p. 89)

[15] PUREZA, José Manuel. **El Patrimonio Común De La Humanidad ¿ Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?** Portugal: Trotta. 2002. p. 79: (...) La soberania es el fundamento último de la igualdad de los Estados(...)La igualdad soberana permanece así como una garantía protectora de la individualidad y de la capacidad de hacer efectiva una autodeterminación em múltiples facetas(...)

[16] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.44: “A história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si. [...] Essa antinomia [...] resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio [...]”

[17] PAUPERIO, A. Machado. **O conceito polemico de soberania**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.17.

[18] DUGUIT, Leon. **Soberania y Libertad**. Madrid: Librería española y extranjera, 1924, p. 150

[19] Idem, p. 46: “Repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional. Isso quer dizer analisar as condutas dos Estados em suas relações entre si e com seus cidadãos [(guerras, massacres, torturas, etc.)], interpretando-as [...] como violações jurídicas reconhecíveis em relação à obrigação de ser do direito internacional vigente, tal como ele já está vergado em seus princípios fundamentais”

[20] GIANNINI, Massino Severo *apud* Maria Helena Diniz. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 3ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997, p.2.

[21] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1275-1283.

[22] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.264.

[23] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Globalização e Direito Econômico. Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.164.

[24] Esta inter-relação entre o texto constitucional e a lei ordinária foi analisada pelo STF no caso da vedação de patenteabilidade de remédios e de comida, entendendo que a inter-relação entre os princípios constitucionais pertinentes pode e deve ser feito ao nível da legislação ordinária, desde que obedecida a proporcionalidade. Narra Newton Silveira, *Garantias Constitucionais Aos Bens Imateriais*, RDM 1985.: “A constitucionalidade desse dispositivo foi confirmada por acórdão da 1.a Turma do STF de 13.4.82, no RE 94.468-1-RJ, do qual foi relator o Min. Neri da Silveira (RDM 56/130 e ss.), e tem a seguinte ementa: “O legislador ordinário pode definir o que não é patenteável, seguindo critérios técnicos. Não dispôs o legislador ordinário em afronta ao espírito do dispositivo constitucional referido quando, no art. 9.º, “c”, da Lei 5.772/71s vedou a privilegiabilidade quanto as substancias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como aos respectivos processos de obtenção ou modificação. Recurso extraordinário não conhecido”. Idêntica conclusão, com a preciosa adição de uma inconstitucionalidade superveniente, quando se alteram as condições históricas, foi a que chegou a Corte Constitucional da Itália, na sua famosa decisão de 1978.

[25] PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.215

[26] Idem, p. 209

[27] DI BLASI, GARCIA & MENDES. **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 159.

[28] Carlos Correa, - Implementing TRIPs in developing countries, encontrado em <http://www.twinside.org.sg/title/ment-cn.htm>, visitado em 08/04/2008. “Thus, the US government and the pharmaceutical industry have attempted to obtain a retroactive recognition of protection for pharmaceuticals that are already patented (the so-called “pipeline” protection). The Andean Court of Justice (established by the Cartagena Agreement) declared in a decision (Process No. 1-AI-96) on 30 October 1996, that the “pipeline” formula was inherently contradictory with the novelty requirement under patent law, and thus rejected the retroactive registration of patents in the subregion”.

[29] Medicamento de referência: São aqueles produtos considerados inovadores. Antes de serem colocados à venda, precisam da aprovação para o consumo concedida pela agência reguladora de medicamentos (no caso do Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa), o que somente deve ocorrer após comprovações científicas quanto à sua eficácia, segurança e qualidade. Apresentam marca específica, chamada de “nome fantasia”. Em geral são patenteados pelo fabricante.

DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL: UMA PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO ESPECIAL ÀS PATENTES DE MEDICAMENTOS

INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS: A PROPOSAL FOR A PROTECTIVE REGIME OF PATENTS ON MEDICINES

**Fábio Luparelli Magajewski
André Luís de Marchi Costa Curcio**

RESUMO

Diante dos abusos proporcionados pela forma com que o regime jurídico internacional de propriedade intelectual legitima o interesse de maximização desenfreada de resultados econômicos dos grandes laboratórios farmacêuticos, em detrimento da necessidade fundamental de acesso a medicamentos capazes de salvar vidas de pessoas infectadas por patologias letais, mas que não ostentam condições econômicas para pagarem os elevados preços cobrados pelos laboratórios detentores de patentes, faz-se necessária a proposição de novos regimes jurídicos às patentes de medicamento mais pertinentes aos interesses de cada país. Este estudo propõe um modelo de regime jurídico especial às patentes de medicamentos para o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do dever imposto pela Ordem Constitucional de o Estado buscar, por meio de seus institutos e competências, a melhor forma de garantir os direitos fundamentais da sociedade que lhe confere a legitimidade inerente ao próprio existir estatal.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE, INTELECTUAL, INDUSTRIAL, PATENTES, MEDICAMENTOS, VEDAÇÃO, RETROCESSO, TELEOLOGIA, CONSTITUCIONAL, EFICÁCIA, INTEGRADORA, CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, TELEOLÓGICA, SOCIEDADE, INOVAÇÃO, EVOLUÇÃO.

ABSTRACT

The way intellectual property rights are internationally granted creates opportunity for abuses. The interests of pharmaceutical companies to maximize profits generates consequences that hamper the access to medical drugs, which are capable of saving lives and cure lethal diseases. A proposal for a protective regime of intellectual property is needed for those who can't afford medicines and as consequence don't deserve to die. The interests of each country must be preserved. This study proposes a different regime of patents on medicines for Brazil, since it is the duty of the state to ensure, through its institutions and powers, that the fundamental rights protected by the Constitution are implemented.

KEYWORDS: PROPERTY, INTELECTUAL, INDUSTRIAL, PATENTS, MEDICINES, IMPEDIMENT, RETROCESSION, TELEOLOGY, CONSTITUTIONAL, EFFICIENCY, INTEGRANT, INTERPRETATION, SOCIETY, INOVATION, EVOLUTION.

INTRODUÇÃO: EVOLUÇÃO SOCIAL E INOVAÇÃO

O fenômeno da evolução social é abordado por inúmeras teorias científicas, sob os mais diversos critérios e enfoques. É necessário, como ponto de partida para este estudo, afirmar o indissociável vínculo entre o processo evolutivo da sociedade e as inovações promovidas por meio da intelectualidade humana.

Marcelo Neves apresenta duas teorias que consideram, ainda que de modos distintos, as inovações intelectuais como critério de evolução social: a concepção sistêmica, proposta por Luhmann, e a teoria da evolução social como desenvolvimento da consciência moral, desenvolvida por Habermas.

A teoria de Luhmann vislumbra a sociedade como um sistema que evolui sempre que um aspecto que a princípio não constituía sua estrutura, por meio de um processo de seleção e estabilização, passe a integrá-la.

Para Luhmann, evolução ocorre sempre que algo inovador às expectativas das estruturas do sistema social passe a ser continuamente reproduzido e assimilado por essas estruturas, até o momento em que se confira ao elemento inovador a resistência e durabilidade características dos elementos já constituintes do sistema. Assim, o elemento inovador passaria a integrar o metabolismo sistêmico, o que caracterizaria um aumento de complexidade – e, portanto, evolução – com relação à estrutura em que se dispunha o sistema social anteriormente à assimilação do novo mecanismo.

Dessa forma, a teoria luhmanniana estabelece um critério essencialmente quantitativo de influência das inovações sobre o processo evolutivo, uma vez que concebe evolução como agregação de complexidade estrutural a um sistema social. Uma vez integrada a inovação à ordem sistêmica, será ela, para Luhmann, geradora de evolução, independentemente de seu conteúdo.

De outro lado, a teoria do discurso de Habermas impõe um critério de adequação material para que as inovações possam operar como geradoras de evolução de uma sociedade.

O estado de evolução pós-convencional de consciência moral pressupõe à sociedade uma capacidade crítica de análise e julgamento daquilo que se manifesta no mundo dos fatos – no caso, as inovações – a partir de princípios racionais e legitimamente elencados como representantes da pluralidade harmônica de valores constituintes da complexidade social. São esses os valores que a Ordem Constitucional tem o dever de expressar e garantir.

Para Habermas, portanto, sempre que há uma inovação, há a necessidade de que seja submetida a um crivo qualitativo que julgue sua pertinência ao quadro de valores caros à sociedade, para que só então possa ser considerada, ou não, como evolução.

Enquanto o fundamento da teoria luhmanniana reside no positivismo sistêmico, que veicula o discurso de plenitude e completude da ordem jurídica, a teoria habermasiana arquitetada sobre a necessidade de abertura da Ordem Constitucional à pluralidade axiológica da sociedade.

Embasado no pensamento de que só é evolução aquela inovação que a intelectualidade humana cria em coerência aos valores constitucionais, bem como de que a Ordem Constitucional se deve abrir à reflexão dos interesses legítimos da sociedade, principalmente quando se está a tratar de direitos fundamentais, é que este estudo pretende formular uma proposta alternativa ao regime jurídico das patentes de medicamentos.

É dever do Estado criar mecanismos de proteção legal à propriedade intelectual, como forma de estímulo à inovação e fomento ao desenvolvimento. No entanto, a íntima relação que guardam as patentes sobre medicamentos com os direitos fundamentais à vida, saúde e dignidade é a justificativa pela qual merece essa matéria uma abordagem legal diferenciada.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E AS PATENTES DE MEDICAMENTOS

2.1 DIREITO DE PROPRIEDADE E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O conceito de propriedade pode ser explicado como um complexo de direitos atribuídos a um sujeito sobre um *recurso* determinado, de modo que as diversas prerrogativas conferidas sobre o bem possam ser exercidas livremente, contanto que observados os limites impostos pela ordem jurídica, nas relações celebradas entre o titular e outros sujeitos. A propriedade liga-se a uma capacidade de um recurso ser transacionado, independentemente de sua natureza corpórea ou intangível.

Ao abordar os direitos de propriedade, Maílson da Nóbrega recorre a um conceito formulado por Yoram Barzel, segundo o qual a propriedade seria concebida em duas dimensões: o desfrute, chamado *direito econômico*; e o direito garantido contra abusos do Estado ou de terceiros, chamado *direito legal*.

O *direito legal* consistiria na capacidade de se acionar o Estado sempre que houver lesão ou perigo de lesão ilegítima ao direito de propriedade. O *direito econômico* sobre a propriedade, por sua vez, implicaria no uso, gozo e a fruição dos bens, por meio dos quais se concebe a idéia de que seria garantida ao titular do bem, além da materialidade da coisa, também, em abstrato, a posse de uma riqueza.

É através do valor imaterial agregado aos bens pelo esforço intelectual que se concebe a propriedade intelectual, e, como espécie desse gênero, também a propriedade industrial, que se destina à proteção dos bens industriais: invenções, modelos de utilidade, design e marcas.

As patentes, para Gabriel Di Blasi, são definidas como o direito de propriedade que, oficialmente, atribui a uma pessoa física ou jurídica, durante um certo tempo, a exclusividade de exploração de uma invenção. O interesse de as patentes serem tuteladas dessa forma pelo Estado configura um incentivo à atividade intelectual e demonstra uma razão direta e proporcional entre as inovações frutos desse processo e os benefícios que trazem à sociedade. Desta forma, o grau pelo qual o inventor é remunerado varia de acordo com o interesse dos consumidores pelos produtos. Serão

lucrativas as patentes que tiverem uma grande utilização e que promovam desenvolvimento.

Sem o instrumento da patente as invenções ficariam sujeitas à exploração ilegítima através da contrafação, espécie de concorrência desleal decorrente da cópia da tecnologia de um produto e o lançamento da invenção no mercado sem ter havido nenhum gasto com pesquisa e desenvolvimento, o que possibilita aos contrafatores a comercialização desses inventos a preços muito inferiores aos razoavelmente cobrados pelo detentor da patente. Esse tipo de atentado contra a concorrência vai de encontro ao que defende a Constituição da República do Brasil, que, além de incentivar a livre iniciativa e impulsionar o desenvolvimento da atividade econômica, dispõe como dever do Estado o combate de práticas abusivas que diminuam ou suprimam a concorrência.

2.2 abordagem legal e tratados internacionais

No Brasil a previsão legal do direito de propriedade se dá pelo exposto na Constituição da República no artigo 5º, inciso XXIX, sob forma de direito fundamental ao indivíduo, e também no artigo 218, que elenca como dever do Estado a promoção de atividades que incentivem a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e científico.

A propriedade industrial encontra-se regulada na Lei 9.279/96, a qual prevê a proteção das invenções e modelos de utilidade (por meio do sistema de patentes), e as marcas e desenhos industriais (por meio de registros). O regime jurídico da propriedade industrial segue as diretrizes constitucionais que determinam sua adequação ao disposto em acordos e convenções internacionais que versem sobre a matéria.

O primeiro grande tratado internacional referente à propriedade intelectual do qual o Brasil foi signatário é a *Convenção de Paris*, que estabelecia o princípio do *trato nacional*, segundo o qual cada soberania deveria estipular sua própria forma de garantir a proteção jurídica às propriedades intelectuais dentro dos territórios nacionais, assim como estipulava o respeito a direitos intelectuais dos estrangeiros que se mantivessem em conformidade com a lei.

Sob a égide da Convenção de Paris o mundo convergiu, em 1947, para a formação, no âmbito das Nações Unidas (ONU), do chamado Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), que tratava de disciplinar grande parte das transações internacionais e, com isso, fomentar a aceleração do desenvolvimento tecnológico mundial.

Com a relevância assumida pelo direito de propriedade intelectual no âmbito das relações internacionais, o mundo deu-se conta de que, com a formação de blocos econômicos e com o processo de globalização, iniciados na década de 80, seria necessária uma uniformização supranacional das regras jurídicas reguladoras do mercado. Dessa forma, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – atual Organização Mundial do Comércio – não mais serviria aos interesses econômicos internacionais. Expõe Gabriel Di Blasi:

O fato de a OMC, uma organização referente ao comércio internacional, supervisionar o cumprimento dos direitos da propriedade intelectual se explica pela seguinte situação:

a crescente reprodução não autorizada de criações intelectuais, como as tecnologias protegidas, inclusive a patente. Isto gerou, a partir da década de 60, uma crescente pressão por parte dos grupos econômicos e conseqüentes providencias para a proteção efetiva dos direitos de propriedade intelectual em nações que não previam tal proteção.

Para integrar internacionalmente diversos mercados e atender às necessidades de proteção das transações, foi criado o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), que por fim estabelecia regras que permitiriam o uso de sanções comerciais como meio de se impor, legalmente, os direitos de propriedade industrial.

2.3 Patentes de medicamentos

Em 1987 iniciou-se uma disputa entre Brasil e Estados Unidos, em que a indústria farmacêutica americana criticou os laboratórios brasileiros sob o argumento de que estariam comercializando ilicitamente medicamentos patenteados. Isso se deu porque a lei brasileira previa a concessão de licenças compulsórias pelo Estado, em casos extremos que oferecessem risco a saúde pública nacional.

Nesse conflito de interesses, contrapunham-se as necessidades fundamentais da sociedade aos interesses econômicos da indústria farmacêutica americana. Isso gerou um grande atrito nas relações comerciais, nas quais o Brasil passou a ser alvo de severas sanções. Gabriel Di Blasi afirma que "o Governo brasileiro não admitiria a modificação de sua legislação interna sob ameaças, pressões ou sanções. As autoridades brasileiras compreendiam que as normas internas sobre patentes eram compatíveis com as convenções internacionais". Os Estados Unidos valiam-se do TRIPS para impor aos brasileiros sanções comerciais de caráter essencialmente político, vez que não havia violação a norma internacional, mas mera previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de um mecanismo legal – a licença compulsória – que relativizava o direito de monopólio das patentes quando assim o exigisse o interesse público.

Conquanto tenha sido criado para uniformizar os regimes de propriedade intelectual mundiais, os Estados Unidos e a Europa conseguiram fazer imperar suas deliberações, impondo ao mundo um regime de propriedade intelectual conveniente a seus interesses econômicos. Em decorrência disso, o TRIPS recebeu diversas críticas. Destaca-se, para este estudo, o fato de ter obstruído politicamente a concessão de licenças compulsórias necessárias ao desenvolvimento de remédios genéricos, importantes à satisfação da demanda social por medicamentos, por conta dos preços mais acessíveis pelos quais são comercializados.

Um acordo internacional como o TRIPS, cujas finalidades são essencialmente de regular o mercado para facilitar transações, não pode coagir os países signatários a sobrelevar os interesses de agentes econômicos a ponto de gerar retrocessos no âmbito dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

3. VEDAÇÃO AO RETROCESSO E TELEOLOGIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A aceção de ordenamento jurídico como Ordem Constitucional teve origem nas teorias contratualistas modernas, que fizeram insurgir o sentido de que a legalidade seria, principalmente, uma garantia individual em face do arbítrio estatal. Foi na modernidade que diplomas normativos passaram a veicular direitos fundamentais e limitações aos poderes do Estado.

As Ordens Constitucionais fundadas a partir das revoluções burguesas do século XVIII, por maiores que fossem suas vontades inovadoras ante as estruturas estatais que as precederam, preservavam um caráter descritivo na forma de regular a realidade social. A ordem jurídica se dispunha em uma rígida hierarquia de diplomas normativos, cujo cume seria habitado pela Constituição, de modo que o conteúdo legal incidisse sobre o mundo dos fatos de maneira descendente e impositiva, sob a pretensão de amoldar a realidade aos enunciados hipotéticos da norma.

A ordem jurídica, sob a concepção moderna, descrevia a realidade social que tinha pretensão de regular, assegurando permanência e segurança aos bens jurídicos que se adequassem às estruturas normativas positivadas, mas confrontando manifestações sociais, em pontos cujas abordagens legais de valores constitucionais não corresponderiam aos anseios de justiça da coletividade.

O pensamento de que a ordem jurídica, por conta de sua completude sistêmica e plenitude semântica, deveria preservar-se hermeticamente fechada a influências externas aos enunciados legais foi superada pela Teoria da Constituição originada no período que sucedeu as grandes guerras mundiais do século XX. Essa corrente propôs a emancipação do caráter meramente descritivo da Ordem Constitucional, ao atribuir à Constituição a função de garantia de justa tutela aos valores legítimos e tradicionalmente consolidados em meio à coletividade; da adequação, pelo poder constituinte, de aspectos do ordenamento jurídico confrontantes às demandas sociais; e da preocupação constitucional com a presença eficaz de direitos fundamentais ao longo do processo de evolução e desenvolvimento sustentáveis percorrido pela sociedade.

Outorga-se, com isso, ao ordenamento jurídico um dever de operar como gerador de meios para o progresso, concomitantemente à obrigação de guarda do *status* de evolução já assumido pela coletividade, por meio da vedação à busca por um desenvolvimento que importe à renúncia de direitos legitimamente conquistados, caros à paz social.

Esse raciocínio contrapõe dois valores constitucionalmente elencados: a busca pelo progresso – que impele a busca por um futuro que supere as imperfeições do presente – e a segurança jurídica – que protege o grau de evolução presente contra futuros retrocessos. Deve a Teoria da Constituição buscar uma forma de harmonizá-los de maneira que ambos estejam sempre presentes na realidade social na justa medida de suas relevâncias concretas, de modo que nunca se anulem, mesmo havendo necessidade de que um prevaleça, no caso concreto, em detrimento do outro.

Os dois mecanismos, consolidados pela Teoria da Constituição, de que se vale a ordem jurídica para buscar essa justa ponderação de valores são a *vedação ao retrocesso* e a *teleologia constitucional*.

A *vedação ao retrocesso*, para Ingo Wolfgang Sarlet, é a proteção à estabilidade das relações jurídicas – como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, os direitos adquiridos, a vedação à retroatividade da lei penal e tributária, salvo quando mais favoráveis, ou mesmo à vedação de medidas legislativas que restrinjam direitos fundamentais (mesmo quando provenientes do poder constituinte reformador) – inerente e necessária à atribuição do status de Estado de Direito a uma nação soberana. A *segurança jurídica* é valor em que se pauta a confiança do cidadão na eficácia e efetividade dos direitos enunciados nos diplomas normativos, o que constitui vínculo umbilical que liga a *segurança* tanto ao princípio e direito fundamental à *dignidade da pessoa humana*, quanto aos princípios fundamentais à ordem jurídica estatal, ou mesmo internacional, tão notória sua relevância às relações supranacionais.

A *segurança* constitui um dos principais alicerces do desenvolvimento, pois viabiliza aos sujeitos de direito a elaboração de projetos que visem ao otimizado usufruir, ao longo do tempo, dos direitos e prerrogativas de que sejam legitimamente titulares, em conformidade ao disposto na ordem jurídica.

A *teleologia constitucional*, por sua vez, seria uma referência à sincronia entre o método *hermenêutico racional-teleológico*, que busca atribuir sentidos aos enunciados normativos a partir de seus fundamentos ou finalidades (*ratio* ou *telos*), e a *eficácia integradora da Constituição*, construção teórica segundo a qual a interpretação e aplicação da Constituição deveriam sempre orientar seus efeitos à promoção de uma unidade cultural, social e política em torno de um “projeto comum de justiça” em conformidade aos valores constitucionais.

A *hermenêutica racional-teleológica*, ensina José Adércio Leite Sampaio, busca desvendar o bem jurídico protegido e o resultado prático que o enunciado pretende infringir na realidade. Procura-se na psicologia do legislador (tanto na época da promulgação, quanto na vontade renovada pelas mudanças ocorridas), e no fundamento objetivo de ser da norma (tanto nos propósitos que levaram a sua edição, quanto nas causas atualizadas às presentes contingências) a orientação para a definição dos efeitos que a norma deverá produzir no caso concreto.

A *eficácia integradora da Constituição*, para José Adércio Leite Sampaio, busca maximizar a abrangência do consenso em torno da Constituição, de seu lugar de diferenciada importância no *ethos* jurídico, das instituições estatais encarregadas de assegurar sua eficácia e efetividade, e do prestígio do diploma constitucional enquanto diretriz unificadora da pluralidade e diversidade social.

Enquanto a *interpretação teleológica* busca pontualmente em cada enunciado normativo uma finalidade almejada, a *eficácia integradora* trata a Constituição como uma unidade na dispersão de entendimentos, um consenso na diversidade. Eis o ponto em que se complementam esses dois cânones. Aplicar a teleologia, ou seja, a busca por objetivos, fundamentos e finalidades, sob a lente do consenso constitucional, e não sobre enunciados individualmente considerados, gera um dever ao Estado de Direito de

aplicar a ordem jurídica de modo a criar meios ao desenvolvimento e progresso social em conformidade ao que dirige, orienta e limita a Constituição.

Assim, a complementaridade entre a *vedação ao retrocesso* e a *teleologia constitucional* faz com que o progresso não possa ser meramente visto como a transposição de uma situação atual a outra futura, como se à deriva indefesa das aleatórias contingências do tempo estivesse o Estado Constitucional. O progresso é o dever de a Ordem Constitucional promover e orientar, seja sob forma de mudança ou estabilidade, o desenvolvimento e necessária *melhora* da sociedade como um todo, que leve em consideração, harmonicamente, os valores consolidados pelas gerações passadas, os interesses e aspirações das gerações presentes, e as necessidades das futuras gerações.

4. PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO ESPECIAL ÀS PATENTES DE MEDICAMENTOS

O confronto entre interesses sociais e econômicos que se estabelece em torno do comércio de medicamentos fez do tema um foco de discussão ao longo das últimas décadas. A equação entre os interesses econômicos dos criadores de drogas medicinais contrasta com a necessidade básica e crescente da sociedade por medicamentos.

Na busca de um ideal de progresso, as patentes de medicamentos outorgam ao criador de remédios o poder de monopólio econômico sobre o seu produto. O que se faz notar é a razão direta e proporcional que vincula as inovações decorrentes de re-investimentos em pesquisa aos benefícios que remédios trazem à sociedade.

As leis de mercado estipulam razões entre oferta e demanda, tendo como objeto os elementos produzidos em uma economia e a capacidade de absorção desses bens pelos mercados. O que ocorre dentro dos mercados, com a presença de um regime patentário extremamente protetor, é um estrangulamento da oferta em relação às demandas crescentes, ou seja, o monopolista tem controle de quanto, como e a qual preço irá produzir o seu bem, contingência que dificulta o acesso da sociedade aos bens de consumo.

Uma das causas dessa disparidade reside no fato de que os preços cobrados pelos medicamentos ao longo da duração da patente não garantem ao titular do monopólio a aferição de resultados compatíveis com os elevados gastos com pesquisas e desenvolvimento de medicamentos. Faz-se necessária a criação de mecanismos legais que, de um lado, garantam preços acessíveis de comercialização de medicamentos patenteados, e, de outro, fomentem o incentivo à atividade da pesquisa farmacêutica, sem a qual a eficácia dos direitos fundamentais à vida, saúde e dignidade restaria abalada em alguns de seus mais essenciais alicerces.

Submeter tão caro interesse público à mera influência da lei da oferta e demanda naturalmente faria com que o monopolista estipulasse preços tão mais elevados quanto mais vitais ou eficazes os medicamentos patenteados, o que obstruiria desnecessariamente o acesso a um bem de primeira carência, constituindo frontal afronta a alguns dos mais caros e intrínsecos direitos fundamentais do indivíduo. Nessa linha, defende Fabio Tokars:

(...) no momento em que vidas dependem de um medicamento produzido (ou licenciado, sob suas condições) por um determinado laboratório, não é difícil imaginar que as políticas de preços possam, em certos casos, extrapolar a lógica da recuperação dos investimentos. E, assim acontecendo, pessoas morrerão por não terem condições econômicas de pagar pelos remédios de que necessitam.

Um grande avanço em defesa contra esses abusos foram as licenças compulsórias, que incumbem ao Estado – nos casos em que a patente crie risco ao interesse público ou que seja abusivamente exercida – permitir que outros laboratórios produzam e comercializem o medicamento que se mostre necessário à garantia dos direitos fundamentais, mesmo que ainda vigente o prazo do monopólio.

Ainda assim, o modo como se dão os registros de patentes de medicamentos no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) não confere a devida segurança à tarefa estatal de coibir o exercício abusivo de propriedade industrial sobre medicamentos, o que impede a concessão de licenças compulsórias em muitos dos casos em que seriam necessárias.

A harmonia entre a *segurança jurídica* e o *progresso* consolida-se à medida que seja aplicada a *vedação ao retrocesso* não somente sob a faceta de limitação, mas também como fomento ao desenvolvimento por meio da atribuição de segurança jurídica à projeção futura dos anseios legítimos da sociedade; e à medida que seja perseguido o progresso de acordo com os nortes teleológicos constitucionais, que devem orientar a construção de um futuro melhor condizente às expectativas que possam surgir de um consenso ao máximo abrangente, proveniente da pluralidade de valores e interesses legítimos intrínseca à essência de um Estado Democrático de Direito.

Emerge desses fundamentos a busca por uma alternativa de modelo legal que atenda melhor ao interesse público de acesso aos medicamentos, mas que incentive a atividade empreendedora na área de pesquisas farmacêuticas, tão intimamente ligada à eficácia dos direitos fundamentais.

Propõe Fábio Tokars que as novas pesquisas no ramo de medicamentos sejam, desde o início, registradas no INPI, mas, a princípio, não submetidas a publicação. Uma vez registradas, impõe-se que todos os gastos vinculados ao desenvolvimento do medicamento sejam comprovados perante esse instituto.

Concluída a pesquisa, seria publicado seu resultado e concedida a patente correspondente. Seria então a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) incumbida de fiscalizar os preços cobrados e o volume das vendas – o que se torna mais simples tarefa quando se tem acesso aos valores despendidos com pesquisa – sob o fim de coibir eventuais abusos no exercício do direito ao monopólio, e garantir acessibilidade do produto conforme o interesse público. Parcela do preço de venda serviria à amortização das despesas comprovadas com pesquisa.

Uma vez amortizados os valores despendidos com desenvolvimento da droga medicinal, qualquer interessado poderia obter uma licença nos moldes da licença compulsória, mediante pagamento de *royalties* ao titular do direito de propriedade industrial, para fabricar e comercializar o medicamento.

Não serão computados os valores já amortizados referentes aos gastos com pesquisa para o cálculo dos *royalties* devidos ao detentor da patente, o que os tornaria menos onerosos, bem como possibilitaria a cobrança de preços ainda mais acessíveis pelas drogas, num ambiente de ampla concorrência.

Tal como ocorre no atual modelo, findo o prazo da patente teria fim o monopólio, o que autorizaria qualquer laboratório a produzir e comercializar livremente o medicamento.

5. CONCLUSÃO

O elo que vincula a indústria de medicamentos à eficácia essencial de alguns dos mais caros direitos fundamentais – como o direito à vida, à saúde e à dignidade – implica num dever de o Estado abordar (por meio de leis, políticas públicas e controle jurisdicional) as patentes de medicamentos de maneira diferenciada com relação às demais espécies de propriedade industrial e intelectual.

Dessa forma, a Ordem Constitucional deve buscar nos anseios da sociedade o fundamento para a elaboração de um regime jurídico destinado às patentes de medicamentos que incumba às instituições públicas uma fiscalização mais acirrada sobre a forma de exercício do direito de monopólio pelo laboratório detentor da patente – inclusive mediante acesso às despesas efetivamente dirigidas à pesquisa e desenvolvimento de drogas medicinais – e flexibilização dos meios de concessão de licenças compulsórias mediante pagamento de *royalties* ao titular da propriedade industrial, que ampliariam o ambiente de concorrência e tornariam os medicamentos mais acessíveis à população sem desestimular as pesquisas no ramo farmacêutico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI BLASI, Gabriel. GARCIA, Mario Soerensen. MENDES, Paulo Penente M.. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriados analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

Nóbrega, Mailson da. *O Futuro Chegou: Instituições e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional* in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais*. in *Direito & Justiça: revista da Faculdade de*

direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. v. 32, n. 1. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

TOKARS, Fábio L.. *Patentes de remédios: Uma proposta de combate aos abusos*. O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 10 - 10, 07 set. 2008.

ZYLBERSTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

NEVES, Marcelo. Op. cit. p.1-25.

NEVES, Marcelo. Op. cit. p.25-58.

ZYLBERSTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005. p.92

Nóbrega, Maílson da. *O Futuro Chegou: Instituições e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005. p. 127-128.

DI BLASI, Gabriel. GARCIA, Mario Soerensen. MENDES, Paulo Penente M.. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriados analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. p.119.

“Art. 173.(...). V. (...). § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Art.5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

XXIX – A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao país, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

A Convenção de Paris dispõe que: "Os Nacionais de qualquer país da União, no que se refere a proteção da propriedade industrial, desfrutarão em todos os demais países da União das vantagens que nesse momento, ou mais adiante, suas respectivas leis condenem a seus nacionais, sem prejuízos dos direitos especialmente estabelecidos por essa Convenção. Em consequência terão a mesma proteção que os nacionais e os mesmos recursos contra qualquer violação dos seus direitos, supondo que tenham cumprido com as condições e formalizações impostas aos nacionais".

DI BLASI, Gabriel. Op. cit. p. 136

A legislação brasileira. Lei N º 9.279/96 no seu Capítulo VIII, Seção III, relaciona as condições para a emissão de licenças compulsórias. O Decreto N º 3.201/99 dispõe sobre a concessão de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público.

DI BLASI, Gabriel. Op. cit. p. 9

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais*. in *Direito & Justiça: revista da Faculdade de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*. v. 32, n. 1. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.p. 9-21.

SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional* in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 415.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *op. cit.* p. 428.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *op. cit.* p.415-416.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *op. cit.* p. 428-429.

TOKARS, Fábio L. *Patentes de remédios: Uma proposta de combate aos abusos*. O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 10 - 10, 07 set. 2008.

TOKARS, Fábio L. op. cit.

TOKARS, Fábio L. op. cit.

TOKARS, Fábio L. op. cit.

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS

LEGAL PROTECTION OF AUTHOR'S RIGHTS

Fernanda Heloisa Macedo Soares

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer à tona a proteção jurídica dos Direitos Autorais, onde se destaca relevante importância ao mundo jurídico. O autor, de qualquer forma de manifestação artística, exterioriza sua visão do universo, podendo, assim, trazer ao plano da realidade um enfoque de determinadas situações ou até mesmo de momentos históricos, sendo vital para memória de uma sociedade moderna a disseminação da cultura. Faz parte de qualquer Estado Democrático de Direito a necessidade de acesso à cultura e o respeito à vida privada, devendo levar em consideração um equilíbrio entre autores e usuários das obras protegidas. Buscam-se no decorrer do texto deixar evidente que são os titulares desses direitos, quais obras são protegidas e conseqüentemente, as formas de violação e possíveis casos de reparação diante de eventuais danos causados por terceiros.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AUTORAL, AUTOR, OBRA INTELECTUAL.

ABSTRACT

The present work is intended to emphasize the legal protection of Author's Rights, where it stands out a relevant importance to the legal world. The author, of any form of artistic manifestation, shows his vision of the universe which allows him to bring to reality an approach of certain situations or even historical moments, for the dissemination of culture is vital to the memory of a modern society. It is part of any Brazilian Constitutional Democracy the necessity of access to culture the respect to private life, taking to consideration a balance between authors and the people who use the protected works. In the course of the work, it is intended to make it evident who the holders are for those rights, which works are protected and, consequently, the types of violation and possible cases where amendments have to be made when there is harm caused by a third party.

KEYWORDS: AUTHOR'S RIGHTS, AUTHOR, INTELLECTUAL WORK.

INTRODUÇÃO

O nosso ordenamento jurídico viu-se compelido a proteger determinados valores que foram se emoldurando em conformidade com os interesses da sociedade.

O direito autoral é um desses ramos autônomos com o qual teve primordial atenção devido ao grande número de pessoas atingidas, não só os criadores das determinadas espécies de manifestações artísticas, como também, aquelas que desta irão utilizar-se de forma direta ou indiretamente, ou seja, abrangendo a própria coletividade.

O tema, a seguir, se refere aos danos causados ao lesar os direitos de autor e de sua obra, visando delimitar os titulares e o objeto de proteção legal, além de diferenciar os direitos decorrentes da produção dessa obra intelectual. O ponto de maior importância é quando trata de particularizar os prejuízos sofridos pela vítima da violação, a partir daí distinguir os danos de âmbito moral e patrimonial e conseqüente indenização devida para que possa reparar essa lesão.

1. O OBJETO DO DIREITO AUTURAL: A OBRA INTELECTUAL

É necessário delimitar o objeto de proteção do Direito Autoral que é a obra intelectual, não a idéia que a originou e sim sua materialização, ou seja, sua forma estética. A Lei 9.610 de 19/02/1998 deixa claro essa concepção nos seus artigos 7º e 8º.^[1]

Essa obra intelectual para ser protegida precisa de um elemento denominada originalidade, ou seja, deverá possuir características próprias. As obras intelectuais podem ser absolutas quando não possuem derivação de outra obra intelectual; e também relativamente originais quando ocorre uma derivação da obra como traduções e adaptações, que devem ser protegidas sem prejuízo aos direitos de autor relativos a esta.

A Convenção de Berna, em sua última atualização (1979),^[2] utiliza apenas a expressão “*obras literárias e artísticas*”, ficando a cargo de leis nacionais estabelecerem as obras que serão protegidas.

Há, também, necessidade de classificar as espécies de obras protegidas:

- **Obra Coletiva**

Primeiramente, trataremos da obra coletiva, que para sua realização é necessário a reunião de esforços de várias pessoas que serão organizadas por uma pessoa física ou jurídica que a utilizará em seu nome posteriormente (art. 5º, VII, “h”, da Lei 9.610/98)^[3], normalmente não é possível atribuir a cada um dos autores um direito distinto do conjunto, onde se destaca reconhecimento do trabalho criativo do organizador, porém, poderá ocorrer essa dissociação, desde que a obra não perca a sua individualidade (art. 5º, XXVIII, “a”, CF/88).^[4]

Em relação aos direitos decorrentes da obra coletiva, há duas hipóteses, a primeira com a possibilidade de sua individualização e na segunda quando não puder ser individualizada. A primeira situação é resguardada os direitos morais dos colaboradores; já na segunda os direitos autorais ficariam para aquele que coordenou, organizou e assumiu responsabilidade sobre esta.

· Obra em Colaboração

Carlos Alberto Bittar (1994, p.34), preceitua que: “*Obra em colaboração é aquela realizada em comum, por dois ou mais autores,...*”

Diante disso, podem-se extrair diferentes situações, onde algumas obras podem manter sua individualidade (artigos, coletâneas), outras apesar da individualidade se unirão para formar a obra final; e por fim, existe a possibilidade das contribuições pessoais fundirem-se, como em artigos em comum.

É preciso denotar-se, para o fato de que nem toda participação resulta em colaboração na obra, como aquelas pessoas que auxiliam com revisões e atualizações.

· Obra Sob Encomenda

A obra sob encomenda é aquela criação que surge da iniciativa de um terceiro que contrata o autor para realizar determinada empreitada ou mantém vínculo empregatício, podendo ser ou não realizado com a união de esforços, não se discute os direitos morais, mas somente os patrimoniais.

· Obra em Co-Autoria

Para finalizar, a obra em co-autoria, onde uma obra é realizada por várias pessoas que se associam para determinado fim, onde cada um tem sua relevância intelectual[5], não sendo considerado co-autor quem somente contribuiu com conselhos para formação da obra. Como, também, não é colaborador que somente revisou ou atualizou a obra, bem como a fiscalizando.

2. TITULARIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS

O autor se difere do cidadão comum pela sua visão do mundo expressando essa maneira de ver por inúmeras formas de expressão existentes.

O artista e os autores têm em comum a extrema sensibilidade e o talento para transpor de modo original o que a mente captou do universo exterior para o suporte desejado. Esse ser consciente sensível é o sujeito de direito autoral. As leis se propuseram a estimulá-lo a criar cada vez mais, garantindo-lhe a sobrevivência por meio da própria criação, assegurando um privilégio temporário ao fruto da criação. A sociedade precisa

do intelectual e do artista para sua própria sobrevivência. Esses seres sensíveis podem apontar de um modo muito pessoal, as benesses ou as mazelas dos diferentes grupos sociais de que fazem parte, se não auxiliando na solução, revelando-as. Ou podem, simplesmente, apontar a beleza onde os seres comuns não o vêem. (ABRÃO, 2002, p. 69)

Autor é o criador da obra protegida e titular de direitos. A criação cria um vínculo indissolúvel entre autor e obra, mas a titularidade pode ser adquirida por terceiros em virtude de contrato ou em função de sucessão.

A seguir delimitaremos adequadamente as espécies de titularidade existentes no âmbito do Direito Autoral.

2.1. Titularidade Originária

O titular originário de autor é o criador da obra intelectual, ou seja, o autor, pessoa física (natural).^[6]

O autor é a pessoa física que cria a obra individualmente em regime de co-autoria ou colaboração, interessando somente a criatividade. O criador da obra intelectual pode ser qualquer pessoa, independente de idade, estado ou condições mentais, desde que seja submetido às regras do direito comum.

Segundo a Convenção de Berna e seguido pelo sistema nacional os autores estrangeiros domiciliados no país obedecerão às regras desta, os do exterior ficam sujeitos à proteção previstas em acordos internacionais, convenções e tratados ratificados pelo Brasil.

2.2. Titularidade Derivada

Existe a possibilidade de ser titular de obra intelectual, mas de uma forma derivada, é o caso das obras coletivas e obras realizadas sob encomenda, onde o vínculo ocorreria pela circulação jurídica da obra ou por vínculo sucessório.

A titularidade derivada refere-se somente aos aspectos patrimoniais dos direitos de autor, quando dependerá de transmissão através, principalmente, de cessão ou sucessão.

A derivação plena ocorre só nos casos de sucessão, mas respeitados os vínculos morais e personalíssimos.

2.3. Titularidade da Pessoa Jurídica

A criação de obras intelectuais é característica exclusiva de pessoas físicas, pois estas podem criar, avaliar e sentir; entretanto a titularidade dos direitos autorais pode ser conferida as pessoas jurídicas, vide a existência de empresas especializadas em criação, tanto por via originária como por derivação.

Na realidade os executores da criação agem sob direção da pessoa jurídica, levando em consideração se a relação existente entre eles é de vínculo empregatício, cessão de direitos (patrimonial) ou prestação de serviços.

No caso de vínculo empregatício existe uma relação de trabalho entre o criador e o encomendante, preservando-se os direitos morais do criador e transferindo por força da remuneração desse trabalho intelectual, direito patrimonial, pela utilização da obra final. Isso ocorre devido o criador ser remunerado já objetivando o encomendante a obra final, caracterizando um vínculo de subordinação.

Em relação à cessão de direitos, é inegável que somente aqueles patrimoniais, podem ser transferidos. O autor tem plenos direitos sobre sua obra e poderá vir a autorizar sua utilização nas condições que considerar adequadas, caso, não autorize ficará sujeito a sanções quem a violar.

Já para ocorrer à hipótese da prestação de serviços, é necessário verificar a espécie de obra, pois está irá direcionar a solução para os determinados casos. Quando o autor produz a obra sozinho, o encomendante somente irá sugerir o tema ou solicitar a criação, os direitos autorais de cunho moral pertencerão, é claro, ao autor e os patrimoniais dependerão de acordo ajustado. Há, também, a possibilidade do encomendante colaborar para formação da obra (obra em colaboração), onde os direitos autorais pertencerão a ambos. E, por fim, quando o encomendante dirige o trabalho do elaborador, acaba este sendo titular dos direitos autorais.

Segundo José Carlos Costa Netto (1998, p. 65) o maior problema referente à pessoa jurídica ter titularidade, é ao possível corporativismo que pode ser criado em torno das dificuldades existentes entre os criadores das obras e os veículos de comunicação, onde é inegável a dependência entre si, pois se acaba ignorando o interesse desses criadores para visar unicamente à exploração econômica das obras.

3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL

A natureza jurídica do Direito autoral é tema bastante controverso.

Há aqueles que acreditam que o Direito Autoral possui natureza de direito de personalidade, pois tem como fundamento a idéia que é a extensão da personalidade.

Outros classificam, a natureza jurídica do Direito Autoral como uma forma especial de propriedade sobre direitos imateriais, possuindo uma condição de direito real.

O consenso entre os juristas da atualidade é de que o Direito Autoral, por ser um ramo autônomo, possui a natureza “*sui generis*” por se trata tanto de um direito abstrato (pessoal) como de um direito concreto (real), ou seja, dois direitos de natureza diferentes só que derivados de uma mesma fonte: a obra intelectual.

A seguir, trataremos as teorias que fundamentam a natureza jurídica do Direito de Autor.

3.1. Teoria Monista

A teoria monista, consiste basicamente, em admitir o Direito Autoral como um dos reflexos de ordem pessoal e patrimonial, entende-se que o Direito Autoral fundamenta-se no “direito moral de autor”.

Tobias Barreto citado por Antonio Chaves (1994, p.12) acentua: “*Chega-se, enfim, a conceder o direito autoral como uma derivação da pessoa, como um direito classificado entre os direitos pessoais. A obra é uma expressão do espírito pessoal do autor, um pedaço de sua personalidade.*”

3.2. Teoria Pluralista

A teoria pluralista possui como maior adepto Pontes de Miranda (1956, p.37:100) que enumerou pelo menos três direitos atribuídos ao autor. Ele sistematizou tais direitos em um Direito Autoral de Personalidade, de Nominção e de exploração econômica de obra criada.

Já, José de Oliveira Ascensão (1980, p.320) entende que o Direito de Autor, em sua forma patrimonial, um direito personalíssimo e direito de seqüência.

Segundo essa teoria, o Direito Autoral, não seria um, mas vários, que se distribuíram em direito de exploração econômica de obra criada, em direitos pessoais (morais), e um direito de seqüela, ou aqueles designados “pessoalíssimos”, tais como o de modificação, integridade e de arrependimento.

3.3. Teoria Dualista

“*A peculiaridade seria decorrente, basicamente da fusão – em seus elementos constitutivos essenciais – de características pessoais com patrimoniais.*” (COSTA NETTO, p. 46, 1998).

A teoria dualista, considerada a mais apropriada na conceituação da natureza jurídica do Direito de Autor coloca de um lado os direitos morais e de outro os direitos patrimoniais de autor, onde os primeiros tratam da ligação pessoal, entre o autor e a obra criada, já o

segundo trata do proveito econômico que o autor pode ter da divulgação de sua obra, onde essa decisão de explorá-la fica a critério do autor.[7]

Compõe-se o direito de autor de dois elementos fundamentais diferentes: o direito moral, como proteção da obra e da personalidade do autor nela refletida, e o direito patrimonial, monopólio de utilização econômica temporária, relativo e limitado, participando da eficácia dos direitos reais.

Há uma ressalva a se destacar nesse conceito dualista onde os direitos morais de autor se sobrepõem aos econômicos, é caso do “direito moral de arrependimento”, onde o autor pode determinar a retirada de sua obra de circulação, mesmo após publicação, desde que indenizada às partes prejudicadas, esse princípio é abrigado pela lei brasileira.

4. DIREITOS MORAIS

Conforme dito, a teoria dualista classifica o direito de autor de natureza “*sui generis*”, onde os direitos morais se sobrepõem ao direito patrimonial.

Estabelece a UNESCO (1981, p.30): “*Mas, ao mesmo tempo, diz-se que o autor ‘vive na sua obra’. Enquanto criação do espírito a propriedade intelectual reflete a personalidade do autor. Faz parte da pessoa humana e representa, por conseguinte, algo de mais importante que a propriedade material, a qual existe fora da personalidade*”.

Ao se tratar das noções sobre os direitos de personalidade, leciona Pontes de Miranda, adverte: “*a) no suporte fático de qualquer fato jurídico de que surge o direito, há necessariamente alguma pessoa como elemento do suporte; b) no suporte fático de fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.*” [8]

Os direitos morais de autor são como os direitos de personalidade, considerados indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, devido ao caráter de “*essencialidade*” (COSTA NETTO, 1998, p. 73).

Referente à integração dos direitos morais de autor à área dos direitos de personalidade, como ensina Pontes Miranda citado por José Carlos Costa Netto (1998, p.73), o que se tutela no denominado “direito autoral de personalidade” é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria (p.143, op. citada).

Apesar dos direitos morais de autor estarem inseridos na categoria de direitos de personalidade, não são inatos, mas adquiridos por aqueles que criam uma obra original.

Os direitos morais de autor são:[9]

1-paternidade; poder de reivindicar, a qualquer tempo a autoria da criação intelectual.

2-direito ao nome, pseudônimo ou sinal convencional, que identifica sua autoria da obra sempre que for utilizada.

3-direito de inédito; de conservar inédita a criação (de não comunicar a obra).

4-direito de conservar íntegra a obra; podendo opor-se a qualquer modificação nela ou ainda, atos que, de qualquer maneira possam prejudicá-la ou atingi-lo em sua reputação ou honra.

5-direito de modificar a criação do espírito, antes ou depois de sua utilização.

6-direito de retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada (direito de arrependimento).

7-o direito a acesso a exemplar único e raro da obra.

Há que se destacar que a Lei 9.610/98 inovou em relação ao fato da retirada de circulação ou suspensão de utilização já autorizada, ao restringir o seu exercício; pois só poderia ocorrer determinada hipótese que referisse afronta à reputação ou à imagem do autor.

Os direitos morais são vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade, (BITTAR, 1994, p.24), pois a obra é a emanção da personalidade do autor. Esses direitos nascem com a criação da obra, manifestando-se de várias maneiras, desde o direito de inédito ou a simples materialização.

Características fundamentais desses direitos são: a pessoalidade, a perpetuidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e impenhorabilidade. De início, são direitos de natureza pessoal, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são também perpétuos ou perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser o criador, pois deles, não pode dispor; são imprescritíveis, comportando, pois exigência por via judicial a qualquer tempo; e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial.

A jurisprudência[10] utilizou essas características para reprimir o uso depreciativo da obra intelectual, em todas as possibilidades que pudessem resultar.

Observa-se que a marca pessoal do autor acompanha a sua criação mesmo após sua morte e, mesmo depois de esgotada toda a exclusividade patrimonial, ou sofrida adaptação para outro gênero.

Esses direitos são transmissíveis por sucessão, exceto aqueles ligados à própria pessoa do titular, ou seja, aqueles referentes à modificação e retirada de circulação. Consistem

em faculdades positivas, de exercício do autor; e negativas, de respeito pela coletividade.

Há um conflito aparente entre o art. 27 e o art. 24, § 1º [11]; da lei que rege os direitos autorais; pois o primeiro diz serem “inalienáveis e irrenunciáveis”, já na segunda hipótese os incisos I a IV são transmissíveis. O que ocorre na realidade é que o art. 24, § 1º da Lei 9.610/98, é uma forma específica de representação. A Lei simplesmente permite aos herdeiros que exercitem proteção àqueles direitos para a proteção da honra e bom nome do autor.

E, por fim, destaca-se que a lei brasileira em relação às normas de sucessão dos direitos morais de autor estabelece que a transmissão aos sucessores do autor de direitos especificados nos incisos I a IV da lei de direitos autorais (art.24, Lei 9610/98) e atribui ao Estado à defesa da integridade e autoria de obra caída em domínio público, objetivando dar efetividade à condição de perpetuidade e imprescritibilidade dos direitos morais de autor, no que concerne à tutela da integridade da obra intelectual.

5. DIREITOS PATRIMONIAIS

Em conformidade com a teoria dualista, que trata da natureza jurídica de direito de autor, a parcela patrimonial refere-se à exploração econômica que o autor pode fazer de sua obra, pois fica somente a critério dele autorizar ou não o seu uso.

É de suma importância destacar que o tratamento dado a obra intelectual é diferenciado em relação a um bem móvel, pois este trata exclusivamente de direito real entre o adquirente e o objeto[12]; no primeiro caso não acaba o vínculo entre a obra e o autor.

Esses direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para a exploração econômica de sua obra que constitui verdadeiro monopólio, submetendo à sua vontade qualquer modalidade possível; com isso, impõe-se a prévia consulta ao autor para qualquer uso econômico da obra, que só se legitimará sob sua autorização expressa.

Carlos Alberto Bittar (1994, p.47) enuncia as características básicas do direito patrimonial:

- a-) cunho real ou patrimonial (da relação direta com a obra);
- b-) caráter de bem móvel;
- c-) alienabilidade (para permitir seu ingresso no meio jurídico, tanto por via contratual ou sucessória);
- d-) temporaneidade (limitação ao tempo);
- e-) prescritibilidade (perda da ação por inércia).

Além dessas, há também, que se falar que os direitos patrimoniais são independentes entre si, podendo ser utilizado à vontade do autor e negociado com pessoas diferentes.

Observadas às prescrições legais cabíveis e os contratos celebrados, interpretam-se, todos, sempre restritivamente, permanecendo, pois com o criador, os não expressamente transferidos ou os novos usos não previstos, ou não existentes à ocasião da contratação.

Ora, é exatamente pela utilização da obra, pelos meios citados, que pode o autor receber os proventos pecuniários correspondentes, em última análise, o objetivo precípua dos direitos em causa, estruturadas para possibilitar a integração a seu patrimônio, de todas as receitas produzidas pelo uso econômico da obra.

Os direitos patrimoniais de autor encontram-se, exemplificadamente, elencados nos arts. 28 e 29 da Lei 9.610/98, que permite a inserção de quaisquer meios de reprodução ou mesmo comunicação da obra criada ao público, pois se trata de um direito exercido de vários modos.

Deve-se salientar que somente irá tratar dos efeitos dos direitos patrimoniais da criação quando esta for publicada, pois só aí poderá tirar proveito econômico.

Os direitos patrimoniais de autor baseiam-se nos atributos do criador intelectual, de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros[13]; este princípio está sistematizado na Constituição Federal brasileira.[14]

José Carlos Costa Netto (1998, p.79) ao tratar desse assunto sistematiza dois elementos essenciais:

- a-) a obrigatoriedade de autorização ou licença (cessão) ou lesão de direitos;
- b-) a delimitação das condições de uso da obra do licenciado.

Portanto, o licenciado ou cessionário não pode ultrapassar, os termos do acordo e praticar ato ilícito pela inexistência da autorização para uso extracontratual, acarretando conseqüências tanto no âmbito cível como penal.

Decorrente desse fato é necessário que sejam respeitadas as condições de uso da obra intelectual e a devida remuneração do autor a título de direitos patrimoniais que constem adequadamente do contrato estipulado; seja de licenciamento, termo de autorização ou cessão de direitos, pois a interpretação dessas cláusulas será sempre restritiva.[15]

A legislação brasileira sobre os direitos autorais estabelece, em capítulo próprio[16], as condições em que a transferência de direitos patrimoniais de autor poderá ocorrer (COSTA NETTO, 1998, p.79), além dessas características a nova legislação, também trata das condições que pode ocorrer a transferência de direitos patrimoniais (art. 49 e incisos da Lei 9.610/98):

- a-) transferência total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

b-) somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

c-) na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

d-) a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

e-) a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à datas do contrato;

f-) não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Há que se falar nas duas possibilidades extraídas do termo “utilização”: a reprodução que consistiu sua origem na proteção legal ao direito de autor e o direito de representação, instituído legislativamente na França em 1971 e se referia às obras dramáticas.

A doutrina atual entende que a reprodução possui o significado de comunicação indireta, ou seja, decorreria de estar à obra intelectual incorporada em um suporte material; e a representação seria a comunicação direta que se daria sem a intermediação de um meio material.^[17]

O exercício de exploração econômica que está prevista no art. 29 da Lei 9.610/98 acaba englobando essas duas ramificações dos direitos patrimoniais.

Há que se ressaltar, que a nova legislação brasileira estabelece o prazo para a proteção dos direitos patrimoniais de autor que durará por toda a sua vida, sendo exercida sucessão “causa mortis” pelos seus sucessores setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do seu falecimento.^[18]

E por fim, é através do aspecto patrimonial que este tem encontrado respaldo constitucional e, por conseguinte, o direito positivo.

6. DIREITO DE SEQUÊNCIA

O direito de seqüência é também chamado de seqüela, (ASCENSÃO, 1980, p. 88) utiliza-se, melhor, como direito de seqüência por ser a expressão seqüela já utilizada para caracterizar direitos reais; apesar de seqüência não ser a mais perfeita, não encontrou outra que melhor definisse tal direito.

José de Oliveira Ascensão estabelece que o direito de seqüência é um direito patrimonial, mas fica na titularidade do criador intelectual, pois não passa para a esfera de terceiro, sequer na sucessão por morte. *“É um caso raro de inalienabilidade, que atribui a este direito uma posição paralela à dos direitos personalíssimo, mas não há qualquer confusão entre ele e os direitos personalíssimos de autor.”* (o.p., 88)

O novo ordenamento reduziu a participação de 20% para 5% da mais-valia, excluiu a ressalva quanto ao acréscimo que decorre da inflação, como na Lei 5.988/73, bem como o limite referente ao valor.

Segundo Matias de Souza (1998, p.31), a Lei 9.610/98 oferece uma definição melhor sobre o pagamento de mais-valia, pois a lei anterior somente limitou a criar o direito de seqüência, sem definir o responsável pelo recolhimento. Ainda, preceitua o autor, entende cabível que a obrigação seria do vendedor, ou melhor, do vendedor e do comprador solidariamente; pois é sobre a mais-valia advinda que incide a participação.

A Lei 9.610/98 em seu art. 38 e parágrafo único disciplinam o direito de seqüência e suas características principais:

“Art. 38. O autor tem direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.

Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de seqüência no ato de revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este depositário.”

A cessão de direitos pode ocorrer tanto de forma total como parcial, título universal ou singular, pessoalmente ou por meio mandatário, com poderes especiais, bem como pelos sucessores, quando for o caso.

O direito patrimonial genericamente alcança alguns direitos como uso, gozo e disponibilidade de um bem patrimonial, ou seja, possui um valor apreciado monetariamente.

No caso do direito de seqüência, ela é enquadrada como patrimonial pela Lei de Direitos Autorais, mas decorre de mais-valia, que é o resultado de um novo valor dado a uma obra, quando esta é alienada novamente. (MATIAS DE SOUZA, 1998, p.33). Na realidade, não se trataria de um direito resultante de uma alienação da obra pelo autor, mais pelo percentual de mais-valia, decorrente da alienação por terceiro.

Por fim, concluiu-se que a intenção do legislador é proteger o criador intelectual, com freqüência explorado, sobretudo no início da carreira, de tal modo que as suas criações vão provocar o enriquecimento de outrem. Portanto, é só o titular originário quem pode beneficiar do direito de seqüência. (ASCENSÃO, 1980, p.90)

7. DAS LIMITAÇÕES E VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DE AUTOR

A obra intelectual compõe-se da idéia, da forma de expressão e da originalidade, características elementares para formação, pelo esforço intelectual do autor da obra.[19]

Os autores de obras são protegidos pela legislação pátria[20], podendo utilizar, fruir e dispor, conceito reafirmado pela Convenção de Berna[21], que permitem gozar do direito exclusivo de utilizar a reprodução de suas obras.

Algumas formas de utilização de obras protegidas não estão sob a proteção dos direitos autorais, ou seja, são situações em que é permitido o uso livre da obra sem consulta ao titular ou mesmo remuneração.

7.1. Das Limitações ao Direito de Autor

A Lei 9.610/98 trata das limitações aos direitos autorais em seus arts. 46 a 48; onde apresenta as exceções aos direitos autorais, pois se podem praticar determinados atos que não infrinjam os direitos autorais.

Essas limitações decorreram do conflito entre a difusão da cultura e do conhecimento da humanidade, que estão garantidas na Constituição Federal, com o ato do autor de divulgar sua obra ao público.

A UNESCO trata com maestria desse assunto: *“Por razões de política social já indicadas – a saber, que a sociedade deve poder aceder ao conhecimento e ser informada do que se passa no mundo – , a proteção do direito de autor é limitada.* (1981, p.49)

O autor tem a primazia de decidir se torna ou não pública a sua obra, pois não existe limitação a direitos de obra não publicada. No caso de obra publicada, os direitos exclusivos ao direito de autor ficam sujeitos a determinadas limitações.

Certas formas de utilização das obras protegidas estão excluídas da proteção aos direitos autorais, essas situações são aquelas em que permitido o uso livre da obra, ou seja, sem prévia consulta ao titular e conseqüente remuneração. Esses casos não são alcançados pelo âmbito de incidência da sistemática do direito autoral, pois não estão protegidas ou por já terem caído em domínio publico.

A própria legislação como já citado acima, prevê essas limitações que são revestidas da feição institucional que decorre do próprio direito autoral e também se aliam às exigências de várias ordens como: quanto à censura, à informação, à cultura, ao ensino e considerações ditadas pela prevalência de direitos da coletividade.

Há um ponto que vem preocupando a posição de direito de autor devido à inserção de noções e elementos de ordem pública na disciplinação legal dos direitos de ordem privada. O atrito instalado entre os interesses público e privado traduz-se em limitações aos direitos de autor.

O direito de autor é um direito exclusivo da pessoa do autor, ou seus sucessores, ficando a utilização dependente de prévia autorização. Essa idéia de exclusividade do autor para exploração da obra é delimitada no tempo para a utilização, refletindo daí o conflito entre os interesses públicos e privados; pois o autor tem direito à modificação de sua obra e, também, direito de integridade, ou seja, de mantê-la como se encontra.

O principal argumento desse tema controvertido para esse conflito é de que o autor utiliza do acervo cultural da humanidade para produzir sua obra, daí surgindo o direito de utilização pela coletividade; por outro lado, a criação e concepção da obra é fruto do intelecto humano, podendo o autor dela explorar, além de ter reconhecido os direitos personalíssimos que a lei preserva.

As limitações são impostas pela sociedade aos direitos autorais, pois em decorrência da vida pública ocorre uma relação com a censura e o controle de comunicações. Ao tratar do cunho científico, fica em evidência o aspecto das citações, que ilustram um pensamento ou reforçam uma idéia, desde que seja restrito a pequenos trechos; e, também, das críticas que tem como finalidade divulgar as idéias, e por fim, as limitações de cunho didático, como coletâneas e antologias.

Apesar das exceções do dispositivo legal sempre haverá a possibilidade desse rol ser aumentado, trata-se de um rol exemplificativo, devido à expansão de técnicas que visam a coletividade.

Ao autor (e conseqüentemente, sucessores) é reconhecida uma exclusividade para exploração econômica de sua obra por um tempo determinado, a partir daí ela cai em domínio público. Essa exclusividade submetida à autorização para exploração e conseqüente remuneração do autor, pelo lapso de tempo deferido[22], é causa geradora de um direito de autor, devido à independência dos direitos patrimoniais, aleatório ao modo de utilização.

7.2. Das violações aos direitos autorais

A violação aos direitos autorais ocorre quando uma determinada obra, independente de sua natureza, é utilizada sem a prévia autorização do criador desta.

Quando ocorre uma utilização desautorizada de uma obra intelectual, esse ato tipifica um ilícito penal[23], mas não haverá essa caracterização se houver um simples aproveitamento da idéia, pois o que se protege é a exteriorização dessa idéia.

A violação do direito autoral caracteriza-se pela sua utilização total ou parcial da obra intelectual sem a autorização do autor; exceto naqueles casos que a lei permite.[24]

Há que se destacar, que a violação do direito autoral tem como objeto jurídico o direito autoral e como objeto material a obra intelectual, assim preceituado por Eduardo S. Pimenta. (1994, p.79)

Com a ocorrência da violação dos direitos autorais devem-se destacar as figuras mais comuns. Em primeiro plano é necessário tratar da contrafação[25], que em uma concepção genérica, é a violação que consiste em utilização não autorizada da obra intelectual.

A contrafação seria a publicação ou reprodução abusiva de obra alheia, tendo como pressuposto a falta de consentimento do autor. A legislação não fala claramente em contrafação, mas sim em utilização não autorizada.

A seguir será tratada a figura do plágio, este se caracteriza por uma imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, ou seja, apresenta a coisa alheia como se própria fosse a graus diferentes de dissimulação.

Plágio, segundo Antonio Chaves citado por José Carlos Costa Netto (1998, p.188) é mais sutil: *“apresenta o trabalho alheio como próprio mediante o aproveitamento disfarçado, mascarado, diluído, oblíquo, de frases, idéias, personagens, situações, roteiros e demais elementos das criações alheias.”*

No tratamento das violações dos direitos autorais não há nenhuma legislação específica envolvendo a matéria, há, somente, um aspecto geral na Constituição, na legislação civil e penal. Violações a direito de autor são ilícitos civis e criminais. O fundamento legal e geral do ilícito civil é o art. 159 do Código Civil, e o do crime são os artigos 184 a 186 do Código Penal. O ato ressarcível na área civil deve ser meramente culposo e o punível no crime, doloso.

O plágio é usurpação intelectual, pois o agente utiliza de malícia e dissimulação, consciente, além de má-fé, aos se apropriar de determinada obra intelectual.

No crime de plágio é de suma importância que seja avaliado a intenção do agente, pois com a ocorrência da ação dolosa e a usurpação da obra intelectual caracteriza o crime citado.

Segundo José Carlos Netto (1998, p.191) para melhor entendimento e caracterização do plágio é necessário verificar alguns itens:

- a-) o grau de originalidade da obra plagiada;
- b-) a anterioridade de sua criação (da obra plagiada);
- c-) o conhecimento efetivo ou suposto conhecimento da obra;
- d-) as vantagens econômicas ou de prestígio do plagiador;
- e-) grau de identidade e semelhança entre as obras.

Com a análise dessas características, a segunda e a terceira são as fundamentais, pois sem elas não existiria a figura do plágio, após essa identificação leva-se em consideração as três restantes; que irão determinar a existência do plágio.

8. DANOS AOS DIREITOS AUTORAIS

Segundo Carlos Alberto Bittar citado por Maria Helena Diniz (1999, p.57), “*o dano é prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão da ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral*”.

O dano decorre de um evento que acarreta uma lesão sofrida por uma pessoa em qualquer bem ou interesses jurídicos, patrimoniais ou morais.

Os danos aos direitos autorais assumem essa forma de danos morais e patrimoniais, dependendo da natureza da lesão e quais prejuízos irão causar.

8.1. Dano Patrimonial

O dano patrimonial, em regra, ocorre quando o autor não recebe pagamento devido por utilização da obra por terceiro, há também, o dano ocasionado quando o autor deixar de ganhar em decorrência de ilícita intromissão de terceiros. Essas são algumas das possibilidades que acabam diminuindo a capacidade de lucro e conseqüente cálculo para indenização futura.

Segundo Maria Helena Diniz (1999, p.62), o dano patrimonial mede-se pela diferença de valores, onde se leva em consideração o valor atual e o possível valor se caso não houvesse ocorrido o dano natural, ou seja, restauração ou entrega da coisa; ou mediante indenização pecuniária, quando não há possibilidade de devolução de bem.

Após este conceito amplo de dano patrimonial, a Lei 9.610/98 em seus artigos 102 e 103[26], trata claramente da indenização por danos patrimoniais, sobre a perda dos exemplares produzidos e pagamento do valor daqueles que tiverem sido vendidos.

O direito de autor, como já citado, é um ramo autônomo do Direito, onde os direitos patrimoniais caracterizam-se como direitos pessoais de natureza patrimonial e os direitos morais como os direitos de natureza personalíssima, pois há uma ligação intrínseca entre o autor e a obra produzida.

Os danos patrimoniais, diferentemente dos morais, devem ser provados, no caso de impossibilidade dessa comprovação utiliza-se do aparato legal que ira facilmente resolver tal questão.

Apesar dos direitos de autor terem caráter de absolutos, não são ilimitados, com isso as lesões podem ter natureza de ilícitos absolutos ou relativos, pois a lesões a direitos patrimoniais não acarretam conseqüências somente neste âmbito já que o seu reconhecimento nasce dos direitos morais. Para que se possa definir o ilícito relativo ou absoluto dependerá, exclusivamente, da relação firmada entre o autor e o agente causador do dano.

8.2. Dano Extrapatrimonial

O dano extrapatrimonial, também conhecido como dano moral, trata de assunto fora do âmbito de natureza pecuniária.

“O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.” (DINIZ, 1999, p. 80)

A lesão sofrida no objeto de seu direito repercutirá em seu interesse, que é o pressuposto do direito, havendo um critério que distingue o dano patrimonial do moral que é o efeito da lesão jurídica, ou seja, sua repercussão sobre o lesado; pois um dano patrimonial pode causar um evento que provoque um prejuízo extrapatrimonial.

A reparação dos danos morais tem como principal fundamento o dispositivo do art.159 do Código Civil: *“Aquele que por ação ou omissão, voluntária, negligência, ou imprudência, violar direitos, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”*

A indenização de um dano moral ou extrapatrimonial é, na realidade, uma *“compensação”* [27], pois não há como delimitar dano causado em termo pecuniário. No caso da fixação do valor da indenização, entra a questão de punibilidade desta, pois visa com isso inibir a prática de outros tipos de danos; essa teoria é conhecida como *“teoria do valor do desestímulo”* [28], podendo acarretar um enriquecimento sem causa da vítima, não sendo compatível com o direito, em seu amplo sentido.

9. DA INDENIZAÇÃO

Antes de adentrarmos no aspecto da indenização, é necessário ilustrar que após a sentença que determinar a devida reparação, esta irá condenar o lesante ao pagamento de indenização cabal, ou seja, abrangerá, também, as custas processuais, honorários advocatícios e juros. Para que ocorra essa devida reparação vê-se necessidade desse procedimento e conseqüentemente é de suma importância saber o montante exato, ou seja, a liquidez da obrigação.

No âmbito da regra geral do Direito Civil precisa-se saber se a obrigação é líquida ou ilíquida, no primeiro caso esta é certa e determinada podendo ser expressa monetariamente, no segundo não é possível delimitação.

Na hipótese de dano ilíquido realiza-se um processo denominado liquidação, onde será determinado seu valor tornando, assim, a obrigação líquida. Ao ser comprovado o direito de reparação do dano, surge em decorrência desse fato à efetiva concretização da indenização que ocorrerá com a liquidação.

A violação a direitos autorais acarreta sanções nos diferentes planos do Direito, onde se visa reparar os danos sofridos pelo lesado, tanto de natureza moral ou patrimonial; o primeiro caso refere-se as lesões de componentes pessoais do relacionamento entre o autor e a obra, já no segundo a de cunho pecuniário.

Os interesses oferecidos pelo ordenamento jurídico têm na indenização de danos a possibilidade concreta de satisfazer os direitos de caráter personalíssimo ou de cunho material.

Para haver uma efetiva reparação é necessário que seja delimitado o conteúdo do prejuízo, visando satisfazer os interesses do lesado, tanto moral como patrimonial.

Os danos sofridos pelo lesado, independentemente se por ação de terceiro ou por pessoas relacionadas com ele, pessoal ou contratualmente, ocorrem quando se ultrapassa os limites autorizados de uso da obra; configurando ações ilícitas e os resultados ficam sujeitos ao ressarcimento que poderá exigir o titular.

Segundo Carlos Alberto Bittar (1994, p.232), a doutrina é pacífica, ao criar sanções para os efeitos danosos de ação lesiva e para propor ações com critérios próprios. Após essa afirmação, compreendem-se para os cálculos da indenização, verbas correspondentes à satisfação dos danos morais e patrimoniais, considerando cada direito exclusivo violado.

Ao entrar-se com o pedido de indenização, essa deve ser bem definida, mas também há a possibilidade de ser formulado pedido genérico, quando haverá a necessidade de ser definida por arbitramento onde teremos como principal figura o perito, ou seja, aquele com conhecimentos técnicos e profissionais sobre o assunto.

No caso de uso indevido de obra alheia, em que não é divulgado o nome do autor, a par da reação específica, deve-se cogitar, cumulativamente, da indenização dos efeitos patrimoniais diretos e indiretos decorrentes dentro das noções básicas de danos emergentes e de lucros cessantes.

Ainda, defende-se, a estipulação de valores em níveis desestimuladores de novas práticas lesivas, a fim de, coerentemente com o espírito da legislação especial e com a evolução jurisprudencial conferir-se efetivo amparo aos titulares de direitos autorais sobre criações intelectuais estéticas.

A questão mais complexa quando do tratamento de indenização na violação de direitos autorais está no “*quantum*” a pagar, devido a extensão do respectivo cenário fático e a falta de indicadores legais.

Segundo Carlos Alberto Bittar (1999, p.233), a doutrina e jurisprudência têm tratado dessa sistemática com base em algumas premissas:

- “a) a definição do dano moral independe de prova do prejuízo;
- b) o valor a pagar deve ser fixado, conforme assinalamos de forma a desestimular novas investidas contra os direitos autorais;
- c) na perícia devem atuar pessoas habilitadas na área correspondente; e
- d) o critério de indenização deve respeitar as circunstâncias do caso.”

Em conformidade com essas premissas, conclui-se que no dano moral não é necessário que se prove o prejuízo, pois está intimamente ligado a própria violação; o que ocorre é uma indenização de importância maior ao valor normal de mercado, como caráter sancionatório e esse valor deve ser estipulado por peritos com conhecimento corresponde quanto ao preço de mercado.

A indenização não deve ser utilizada somente para diminuir ou repreender a violação de direito moral ou patrimonial, mas sim, como meio de reparação pelas perdas e danos causados pelo infrator, por ser mais grave que o crime em si.

O renomado jurista Eduardo S. Pimenta (1994, p.166), destaca que os tribunais têm-se prendido demasiadamente ao texto legal não levando em consideração o valor que a obra tem para o artista. Ainda, disserta, que existe uma possibilidade de diminuir tal infração, citando Fábio Maria de Mattia: *“uma indenização estipulada em virtude da violação, e não das perdas e danos comprovados.”*

O que se pode afirmar é que a indenização limita-se às perdas e danos, sendo medida apropriada contra violação da obra intelectual alheia. A indenização civil não é o único caminho para deter a prática da violação de direito autoral, pois não repararia a afronta provocada pela violação do direito moral; já sanção penal possui como base de reparação cifras monetárias com intuito de reter a desenfreada prática de violação; resultando em perda da liberdade e reparação econômica por dano patrimonial e moral.

CONCLUSÃO

Ao finalizar esse trabalho têm-se necessidade de serem feitas algumas considerações finais para que se possa ter uma ampla visão do assunto tratado nesse singelo manuscrito.

Antes de adentrar no mérito, propriamente dito, tem que se levar em conta o titular do bem jurídico, ou seja, do Direito Autoral. O titular desse direito será o autor, pessoa física, pois somente este tem o poder da criação e terá uma íntima relação com a obra produzida; e é exatamente esta que será protegida desde que exteriorizada e materializada no plano fático e possua caráter de originalidade (principal característica para sua proteção).

Ainda no tratamento da titularidade, existem exceções a regra, pois além do titular originário (autor) há a possibilidade desta se manifestar de forma derivada, onde em decorrência da evolução dos meios artísticos e intelectuais evidenciou-se o aspecto patrimonial, essa relação caracteriza-se, principalmente, pela cessão e sucessão, onde o titular originário irá ceder os direitos patrimoniais a determinada pessoa ou grupo de pessoas, por relação contratual ou extracontratual.

Também é conferida titularidade à pessoa jurídica no caso de empresas especializadas no ramo de criação, onde os criadores irão agir sob a direção desta, mas tem-se que tomar cuidado com essa situação, pois pode acarretar um corporativismo visando exclusivamente à exploração econômica.

Para definição da natureza jurídica do Direito Autoral existem três teorias que tratam do assunto. A primeira teoria denominada monista é defendida com o fundamento de ser o Direito Autoral reflexo de ordem pessoal e patrimonial, já a segunda teoria é a pluralista que preceitua que o Direito Autoral não seria um, mas vários; e finalmente, a teoria dualista, que é a adotada em nossa legislação, onde os direitos morais e patrimoniais andam lado a lado se interagindo, pois derivam da obra intelectual.

Com fundamento na teoria dualista pode-se classificar o Direito Autoral como de natureza “*sui generis*”, onde os direitos morais se sobrepõem ao direito patrimonial.

Os direitos morais são direitos personalíssimos e conseqüentemente inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e indisponíveis; eles estão classificados em legislação específica como: direito de paternidade, direito ao nome, direito de sinal convencional que identifique a autoria, direito de inédito, direito de conservar íntegra a obra, direito de modificação, direito de retirar de circulação a obra, direito de arrependimento e direito de acesso a exemplar único.

Os direitos são liames que unem o criador à sua obra, pois esta é a emanção da personalidade. Algumas características destes direitos são perpetuidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. A marca pessoal do autor acompanha a sua criação a vida toda e mesmo após morte.

Os direitos patrimoniais referem-se à utilização econômica que o autor fará de sua obra de acordo com sua utilização. Esses direitos são independentes entre si, pois se manifestam de várias maneiras. Ao ter autorização o agente não poderá ultrapassar os limites fixados para uso e devida remuneração, pois a interpretação para essa hipótese será sempre restritiva. Citam-se duas possibilidades para o termo utilização: reprodução (comunicação indireta) e representação (comunicação direta), mas a lei de Direitos Autorais engloba essas ramificações como meio de exploração econômica aos direitos patrimoniais.

A legislação, também, garante proteção aos direitos patrimoniais por toda a vida do autor e poderá ser exercida por sucessão “*causa mortis*” por setenta anos contados do ano subsequente do seu falecimento.

Convém citar o direito de seqüência que é aquele direito que resulta de nova alienação da obra resultando no percentual de mais-valia dessa nova alienação feita por terceiro, visando à proteção do autor para que não ocorra exploração deste.

Existem algumas possibilidades de utilização da obra sem que haja necessidade de prévia autorização do autor e conseqüente remuneração. Essas hipóteses surgiram em decorrência do conflito existente entre o interesse público e o particular procurando, assim com um rol meramente exemplificativo, um justo equilíbrio entre os interesses. O principal fundamento dessa argumentação é de que o autor utilize de meios da sociedade como inspiração para criar uma obra.

Essas limitações aos direitos autorais visam permitir que a coletividade utilize em alguns casos essas obras, como no caso de educação e citações, mas sem prejuízo do autor, pois seus direitos morais (modificação e integridade) não são afetados.

Para uma futura ação reparatória é pré-requisito que tenha ocorrido uma violação aos direitos autorais, ou seja, quando é utilizada uma obra sem a prévia utilização do criador. Caracteriza-se violação quando a obra é utilizada sem autorização do autor de forma plena ou parcial, exceto naqueles casos de limitações.

As violações mais comuns são a contrafação e o plágio, a primeira de forma mais genérica refere-se à utilização (publicação ou reprodução abusiva). A figura do plágio caracteriza-se por um meio dissimulado e fraudulento de imitação servil de obra alheia, é considerado com repúdio no meio jurídico, pode caracterizar ilícito civil e penal.

No âmbito dos danos, ou seja, o evento que causa lesões a uma pessoa ou bem jurídico tutelado, podendo assumir forma de dano moral ou patrimonial. O dano patrimonial depende da natureza da lesão e do prejuízo causado, ocorre quando essa lesão afeta interesses (pressuposto do direito), como no caso de não pagamento devido ou o autor deixar de ganhar algo devido à ilícita intromissão de terceiro, onde diminui a capacidade de lucro do autor.

O dano moral ou extrapatrimonial, como o próprio nome diz, é aquela lesão que não atinge interesse exclusivamente patrimonial, causando repercussão no interesse, pressuposto do direito. Esses danos não precisam ser comprovados, pois independem de causa do prejuízo ficando a cargo do agente o ônus da prova. A principal função da indenização do dano moral é compensar o direito lesado, pois não há como medi-lo, e causar um desestímulo para futuras violações.

Para que se possa delimitar a indenização é necessário fazer um primeiro exame determinando-se o devido valor a ser pago, para tal é necessário estipular se a obrigação é líquida ou ilíquida. Caso seja ilíquida deve-se realizar um processo de liquidação para determinar seu valor, surgindo daí uma efetiva concretização da reparação de danos.

O ordenamento jurídico através de sancionamento em vários planos do Direito visa reparar os danos sofridos pelo lesado tanto de ordem patrimonial ou moral com o intuito de satisfazer o direito pleiteado.

Para que seja efetivada a reparação é de suma importância delimitar o prejuízo para satisfazer o interesse do lesado. Os danos sofridos pelo lesado configuram ações ilícitas, tanto de ordem pessoal como contratual, desde que ultrapassados os limites de autorização do uso da obra.

O que é preciso levar em consideração para que seja efetivada a indenização é reparar os danos (morais ou patrimoniais), mas com critérios próprios considerando o direito violado.

Para se fazer o pedido de indenização é necessário que este seja bem definido, caso não haja essa possibilidade (pedido genérico), define-se tal mérito por arbitramento, onde irá ser indicado um perito com conhecimentos técnicos ou profissionais que irá delimitar o valor.

O que é defendido na doutrina é a criação de valores que façam com que não haja novas práticas de atos lesivos e com isso amparar os titulares de direitos autorais.

A questão de maior relevância no tema da indenização é exatamente a complexidade para delimitar o “quantum” a pagar, pois não há indicadores legais, pois os prejuízos no plano do dano moral não necessitam de prova do prejuízo, sendo assim, desnecessário comprovar tal prejuízo. A principal função, na verdade, é diminuir e repreender as violações, além de reparar perdas e danos causados pelo infrator, tanto no plano civil como no penal.

Com essa visão geral, pode-se visualizar a importância do Direito Autoral na vida de todos e conseqüentemente proteção aos criadores dessa obra, pois sem a participação destes não poderia haver um crescimento intelectual e cultural de toda a coletividade.

O mundo necessita de toda e qualquer manifestação artística e por isso carece de segurança aos seus criadores para que possa exteriorizar suas idéias, conseqüentemente proteger suas obras, independente da mídia que está será exteriorizada.

Os direitos do autor são protegidos com a finalidade de garantir que o pensamento, a criação artística, literária e científica, ao ser transformado para a realidade material receba sua devida valoração. Essa valoração definida na forma de uma remuneração reflete o respeito que é dado ao direito do autor, destacando sua relevância para o mundo jurídico, por conseguinte estimulando toda e qualquer atividade artística e assegurando que o pensamento criativo continue servindo como força matriz no desenvolvimento da humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouch, *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. 1ª Edição. São Paulo. Editora do Brasil. 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1980

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Forense Universitária. 2ª Edição.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito de Autor*. 1ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional número 42, de 19-12-2003. 33. Ed. São Paulo: Saraiva. 2004

CHAVES, Antonio. *Direito de Autor*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1987

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 1ª Edição. São Paulo. FTD. 1998

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 1999. 7º Volume

MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de Direito Autoral*. 1ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1989

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 1996. Volume I

SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 1998.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. Brasília Jurídica. 1998

UNESCO, *ABC do Direito de Autor*. 1ª Edição. Lisboa: Editorial Presença, s.d.d.

[1] Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixados em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Art. 8º. Não são objetos de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I- as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

[2] Artigo 2º, subdividido em 08 itens: 1-“obras, literárias e artísticas.

[3] Art. 5º, VII, “h”: coletiva – a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;

[4] Art. 5º, XXVIII, “a”, CF/88: a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

[5] Art. 5º, VII, “a”): Para os efeitos desta Lei, considera-se: obra em co-autoria- quando é criada em comum por 02 ou mais autores.

[6] O art. 11 da Lei 9.610 de 1998 estabelece que “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

[7] Art.9610/98, art.22 e 24, I.

[8] Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo VII, 4ºed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p.5

[9] Lei 9610/98, art.24 e incisos.

[10] Ementa do acórdão proferida em 29/10/1991, no recurso especial 7.550-SP (91.0001018-9), por votação unânime de sua Quarta Turma, relator o Ministro Sálvio de Figueredo Teixeira.

“Direitos autorais. Lei 5988/73, arts. 25, 80 e 126.

Exposição e alterações não autorizadas. Reparação dos danos patrimonial e moral. Recurso não conhecido.

- embora não se possa negar ao adquirente de uma obra de arte, especialmente em se tratando de galeria de arte, o direito de expô-la, não se pode deixar sem proteção outros direitos decorrentes da produção artística ou intelectual, tais como o da titularidade da autoria e o da intangibilidade da obra.

- a teleologia da lei 5988/73, ao garantir a integridade da obra artística ou intelectual, veda a utilização desta em detrimento do respeito ao seu autor, ensejando reparação do dano causado.”

[11] Art. 24, §1º: Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

“I- o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II- o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização de sua obra:

III- o de conservar a obra inédita;

IV- o de assegurar a integridade da obra,, opondo-se a quaisquer modificações ou á prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;...”

Art. 27: Os direitos morais de autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

[12] Lei 9.610/98, art.3º: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”

[13] Art. 28 e 29 da Lei 9.610/98: utiliza a expressão “no todo ou em parte”

[14] Art. 5º, XXVII: aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

[15] Art. 4º da Lei 9.610/98: Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

[16] Capítulo IV: “Da Transferência dos Direitos do Autor” integrados pelos arts. 49 a 52 da Lei 9.610/98

[17] Art. 5º, V e VI da Lei 9.610/98, que preceituam:

“V – Comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público , por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meio eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.”

[18] Art. 41 da Lei 9.610/98: Os direitos patrimoniais de autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

[19] Lei nº 9.610/98, art. 7º

[20] Lei nº 9.610/98, art.28: Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

[21] Art. 9º, alínea 1: “Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam de direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.”

[22] Lei nº 9.610/98, art.41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

[23] Caracterizado no art. 184 do Código Penal.

[24] Capítulo IV: Dos Limites aos Direitos Autorais: que engloba os artigos 46, 47 e 48 (Lei nº 9.610/98)

[25] Na definição de “contrafação” contida no art.5º, inciso VII da Lei nº 9.610/98 consta apenas a expressão “a reprodução não autorizada”

[26] Art. 102: “O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.”

Art. 103: “Quem editar obra literária artística, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.”

[27] MATHIAS DE SOUZA, 1998, p. 54

[28] Obra Citada, p.55

ACORDOS DE PARCERIA PARA PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

RESEARCH AND DEVELOPMENT AGREEMENTS AS AN INSTRUMENT OF INNOVATION AND DEVELOPMENT POLICY

Jussara Seixas Conselvan

RESUMO

O objetivo deste trabalho é examinar o Acordo de Parceria para Pesquisa e Desenvolvimento de Tecnologia como instrumento de Política de Inovação e Desenvolvimento. Está previsto no artigo 9º da Lei de Inovação para cooperação entre instituições científicas e tecnológicas (ICTs) e instituições públicas e privadas, principalmente com estas. A inovação tecnológica tem função estratégica no desenvolvimento, pois significa novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços. Na Constituição Federal, Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento estão relacionados. Conceituam-se Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), ressaltando-se que podem ocorrer em diferentes fases do processo de inovação, tanto como fonte de ideias criativas quanto para resolver problemas até a sua implementação. Os acordos, contratos e convênios são analisados, fazendo-se a distinção de contratos afins.

PALAVRAS-CHAVES: ACORDOS, CONTRATOS, CONVÊNIOS, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO (P&D), INOVAÇÃO, DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

The objective of this work is to examine the Research and Development Agreements (R&D) as an instrument of Innovation and Development policy. It is established in Brazilian Innovation Law for partnerships between university, technological institutions and private companies. Technological innovation has a strategic function in a country's development because it results in new products, processes or services. In Brazilian Federal Constitution, Science, Technology and Development are connected. Research and Development can happen in different phases of the innovation process, as a source of creative ideas or as solutions to problems until its implementation. Agreements and contracts are distinguished from similar types of contracts.

KEYWORDS: RESEARCH AND DEVELOPMENT (R&D), AGREEMENTS, INNOVATION, DEVELOPMENT

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata do Acordo de Parceria para Pesquisa e Desenvolvimento previsto no artigo 9º da Lei de Inovação, para cooperação entre instituições científicas e tecnológicas (ICTs) e instituições públicas e privadas, principalmente com estas, considerando-o como um instrumento de Política de Inovação e Desenvolvimento.

Uma cultura de inovação é fundamental face à constatação de que a produção de conhecimento e a inovação tecnológica passaram a ditar as políticas de desenvolvimento dos países. O conhecimento é o elemento central e a inovação passa a ser o veículo de transformação de conhecimento em riqueza e melhor qualidade de vida.

A tecnologia tem função estratégica no desenvolvimento porque, dentre outras coisas, faz com que produtos e serviços se tornam competitivos em um mundo globalizado e traz soluções a problemas sociais.

O Brasil criou um sistema de apoio à inovação tecnológica, através de mecanismos como a Lei de Inovação (Lei nº 10.973, de 02.12.2004), que surgiu exatamente da necessidade de legislação que contribua para o desenvolvimento científico e tecnológico no país, ou seja, para implementar os artigos 218 e 219 da Constituição Federal.

Dessa forma, a lei visa a ampliar e agilizar a transferência do conhecimento do ambiente acadêmico para o setor produtivo, estimulando a cultura de inovação e contribuindo para o desenvolvimento industrial do país.

INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

A inovação apresenta relação direta com o desenvolvimento econômico. Joseph A. Schumpeter, no início do século XX, assim teorizou sobre essa relação:

O impulso fundamental que inicia e mantém a máquina capitalista em movimento decorre dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria (...). Esse processo de destruição criativa é o fato essencial acerca do capitalismo. É nisso que consiste o capitalismo, e é aí que têm que viver todas as empresas capitalistas (SCHUMPETER apud KUBOTA e SALERNO, 2008, p. 18)

A inovação tecnológica tem função estratégica no desenvolvimento porque otimiza a utilização de matérias-primas, agrega valor aos produtos e serviços, é um diferencial na concorrência e porque permite encontrar soluções a problemas práticos da sociedade (PIMENTEL, 2005, p. 11-12).

Diante disso, o Brasil criou um sistema de apoio à inovação tecnológica, através de mecanismos como a Lei de Inovação e a Lei do Bem, sendo uma de suas principais metas aproximar os setores empresarial e acadêmico.

Segundo João Alberto de Negri, organizador do livro “Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil”, o Brasil investe pouco mais de 1% de seu Produto Interno Bruto (PIB) em Pesquisa e Desenvolvimento. A média dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é de 2,3%. A China já aporta 1,2% de seu PIB nessas atividades (INOVAÇÃO UNICAMP, 2008, edição nº 114).

Todavia, há demanda por inovação tecnológica no País, principalmente por empresas líderes, que são aquelas que exportam, competem no mercado global e ocupam uma posição de destaque no mercado internacional.

Para suprir essa necessidade, empresas, líderes ou não, se utilizam do Contrato de Pesquisa e Desenvolvimento e das Parcerias com Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs, previstos na Lei de Inovação.

Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e Inovação Científica e Tecnológica.

É imprescindível definir primeiramente o que significa a expressão “Pesquisa e Desenvolvimento” (P&D), denominada em Portugal de Investigação e Desenvolvimento Experimental (ID) e, em inglês, de *Research and Experimental Development* (R&D).

Pesquisa e Desenvolvimento relacionam-se com outras atividades baseadas na ciência e na tecnologia. As atividades afins são: o conjunto de atividades científicas e tecnológicas e o processo de inovação científica e tecnológica.

Além da Pesquisa e Desenvolvimento, as atividades científicas e tecnológicas compreendem o ensino e a formação científica e técnica e os serviços científicos e técnicos (OECD - MANUAL DE FRASCATI, 2002, pág. 26).

As atividades de inovação tecnológica são “o conjunto de etapas científicas, tecnológicas, organizativas, financeiras e comerciais, incluindo os investimentos em novos conhecimentos, que levam ou que tentam levar à implementação de produtos e de processos novos ou melhorados” (OECD - MANUAL DE FRASCATI, 2002, pág. 28).

É esse conceito que a Lei nº 10.973, de 02.12.2004, nomeada “Lei de Inovação”, traz em seu art. 2º ao dispor que inovação é a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”.

“Pesquisa e Desenvolvimento” não é mais do que uma destas atividades e pode ser desenvolvida em diferentes fases do processo de inovação, não sendo utilizada apenas enquanto fonte de ideias criativas, mas também para resolver os problemas que podem surgir em qualquer fase até a sua implementação.

Pesquisa e Desenvolvimento incluem o “trabalho criativo levado a cabo de forma sistemática para aumentar o campo dos conhecimentos, incluindo o conhecimento do homem, da cultura e da sociedade, e a utilização desses conhecimentos para criar novas aplicações” (OECD - MANUAL DE FRASCATI, 2002, pág. 44).

Pesquisa e Desenvolvimento englobam três atividades: pesquisa básica, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental.

A pesquisa básica consiste em “trabalhos experimentais ou teóricos iniciados principalmente para obter novos conhecimentos sobre os fundamentos dos fenômenos e fatos observáveis, sem ter em vista qualquer aplicação ou utilização particular”. A pesquisa aplicada, por sua vez, consiste também em “trabalhos originais realizados para adquirir novos conhecimentos; no entanto, está dirigida fundamentalmente para um objetivo prático específico” (OECD - MANUAL DE FRASCATI, 2002, pág. 44).

Desenvolvimento experimental envolve o trabalho sistemático baseado em conhecimentos existentes resultantes da pesquisa e/ou pela experiência prática, e dirige-se à produção de novos materiais, produtos ou dispositivos, à instalação de novos processos, sistemas e serviços, ou à melhoria substancial dos já existentes (OECD - MANUAL DE FRASCATI, 2002, pág. 44).

O critério básico que permite distinguir a Pesquisa e Desenvolvimento de atividades afins é a existência na Pesquisa e Desenvolvimento de um elemento de novidade e a resolução de uma incerteza científica e/ou tecnológica; ou seja, Pesquisa e Desenvolvimento aparecem quando a resolução de um problema não é evidente para alguém que tenha o conjunto básico de conhecimentos da área e conheça as técnicas usualmente utilizadas nesse setor.

Um projeto pode ser Pesquisa e Desenvolvimento dependendo da razão pela qual é realizado, como nos seguintes exemplos (OECD - MANUAL DE FRASCATI, 2002, pág. 49 - 50): a) Exames de rotina, como análises de sangue ou bacteriológicas, não são Pesquisa e Desenvolvimento; mas se um programa especial de análise de sangue for realizado por ocasião da introdução de um novo fármaco, então é Pesquisa e Desenvolvimento. b) Na medicina, uma autópsia de rotina para conhecer as causas de uma morte é prática médica comum e não é Pesquisa e Desenvolvimento; mas, se for efetuada para estudar um caso de mortalidade particular com o fim de estabelecer os efeitos secundários de um dado tratamento contra o câncer, então é Pesquisa e Desenvolvimento.

2.2 Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento na Constituição Federal Brasileira

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo IV - Da Ciência e Tecnologia – e, especificamente, no Art. 218, estabelece como função do Estado a promoção e o incentivo do desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

O Art. 219 reforça a idéia de viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico e a autonomia tecnológica do País. Com isso, indica um dos objetivos fundamentais

previsto no artigo 3º, da própria Constituição, que é garantir o desenvolvimento nacional.

Tecnologia, por sua vez, pode ter distintas definições. Uma delas refere-se à aplicação do conhecimento científico no meio técnico, para obter novo produto, processo industrial ou serviço (PIMENTEL, 2006, p. 187).

Destarte, “tecnologia abrange a maior parte das formas de conhecimento industrial, não só os resultados da investigação científica, como também a sua aplicação industrial, produção e comercialização” (ANTUNES E MANSO, 1993, p. 43).

Há autores que entendem que a tecnologia se soma aos fatores de produção clássicos: natureza, capital, trabalho e organização da atividade econômica (CORRÊA, 2005, p. 57).

É justamente aí que reside a importância da inovação tecnológica no desenvolvimento, pois, dentre os fatores de produção, a tecnologia é um dos elementos mais fundamentais.

Assim, a tecnologia é um conjunto de conhecimentos aplicáveis na atividade produtiva que gera desenvolvimento para o país.

2.3 Leis Federais de incentivo à Tecnologia e Inovação

Para implementar os arts. 218 e 219 da Constituição Federal foram aprovadas a Lei nº 10.973, de 02.12.2004, denominada “Lei de Inovação”, e a Lei 11.196, de 21.11.2005, que se convencionou chamar de “Lei do Bem”, que se refere a incentivos e renúncia fiscais.

Apenas a título de informação, uma vez que não é objeto deste estudo, a Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, conhecida como Lei do Bem, em seu Capítulo III, artigos 17 a 26, e regulamentada pelo Decreto nº 5.798, de 7 de junho de 2006, consolidou os incentivos fiscais para pessoas jurídicas que realizem pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica.

Esse Capítulo foi editado por determinação da Lei da Inovação para fortalecer o desenvolvimento tecnológico e inovação nas empresas brasileiras.

Os benefícios do Capítulo III da Lei do Bem são baseados em incentivos fiscais ou subvenções econômicas concedidas em virtude de contratações de pesquisadores, titulados como mestres ou doutores, empregados em empresas para realizar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica.

2.3.1 Lei de Inovação

A Lei nº 10.973, de 02.12.2004, nomeada “Lei de Inovação”, estabelece medidas de incentivo à inovação e pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País.

A Lei encaixa-se também na Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) do Governo Federal que tem, dentre seus objetivos, o de melhorar a eficiência do setor produtivo, capacitando-o tecnologicamente para a competição externa, ampliando as exportações de bens e serviços com padrões internacionais de qualidade, maior conteúdo tecnológico e maior valor agregado.

A lei sobre inovação tecnológica está organizada em torno de três vertentes:

Criação de ambiente propício às parcerias estratégicas entre as universidades, institutos tecnológicos e empresas;

Estímulo à participação de instituições de ciência e tecnologia no processo de inovação;
e

Incentivo à inovação na empresa.

Na lei há cinco grandes grupos de normas: a) criação de parcerias estratégicas entre universidades, institutos tecnológicos e empresas; b) incentivo para instituições de ciência e tecnologia participarem de inovação; c) incentivo para o pesquisador-criador; d) incentivo à inovação nas empresas; e) apropriação de tecnologias (BARBOSA, 2006, p. 1 e 2).

Traz, assim, um conjunto de medidas visando a ampliar e agilizar a transferência do conhecimento do ambiente acadêmico para o setor produtivo, estimulando a cultura de inovação e contribuindo para o desenvolvimento industrial do país, tais como:

a) Faculta à Instituição Científica e Tecnológica (ICT) celebrar Acordos de Pesquisa e Desenvolvimento, Transferência de Tecnologia e de Licenciamento de patentes de sua propriedade, prestar serviços de consultoria especializada para o setor produtivo, e estimular a participação de seus funcionários em projetos inovadores;

b) Seus pesquisadores poderão, em casos específicos, beneficiar-se do resultado financeiro dos serviços prestados, além da remuneração percebida em face do vínculo com a instituição. Igualmente, como criadores ou inventores, poderão fazer jus a uma parcela dos ganhos auferidos pela ICT, quando da exploração comercial de sua criação. Também poderão receber bolsa diretamente de instituição de apoio ou de agência de fomento.

Este trabalho concentra-se no primeiro grupo de normas, que propicia a cooperação entre setor privado e Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs) e, especificamente, no art. 9º da Lei de Inovação, que trata de parcerias não personalizadas, através de Acordos de Pesquisa e Desenvolvimento.

Parcerias para Inovação

A parceria é uma união de esforços com o objetivo de realizar a pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo. Há uma junção de conhecimentos e recursos humanos, financeiros ou materiais.

A Lei de Inovação estimula especialmente a parceria público-privada de empresas com instituições públicas. O estímulo à associação entre academia e indústria, tornou-se importante porque muitas das fontes de inovação estão atualmente fora da empresa. Por isso, muitas companhias estão fazendo a chamada inovação aberta, ou *open innovation*, isto é, a empresa precisa de uma rede de relacionamentos para mobilizar um grande volume de conhecimento (INOVAÇÃO UNICAMP, 2008, edição nº 114).

Para os centros de pesquisa a parceria também é interessante, uma vez que carecem de políticas públicas e investimentos para melhorar a sua capacidade tecnológica (PIMENTEL, 2005, p. 52).

O art. 9º da Lei de Inovação trata da parceria, ou seja, união de esforços, sem criação de uma pessoa jurídica própria, entre Instituição Científica e Tecnológica (ICT) e instituições públicas e privadas.

ICT é órgão ou entidade da administração pública com missão institucional de executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico, segundo o que dispõe a Lei de Inovação, em seu artigo 2º, inciso V.

Ela é o agente central da Lei de Inovação e pode ser federal, estadual ou municipal e goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, de acordo com o art. 207 da Constituição Federal de 1988, como as universidades federais e estaduais.

A ICT passa a ter poderes de disposição parcial e limitada de certos resultados da pesquisa e desenvolvimento. De acordo com os pressupostos estabelecidos no art. 218 da Constituição Federal, a produção de tecnologia, reservada ao patrimônio nacional, é necessariamente apropriada, no que tiver repercussão econômica. De acordo com o art. 9º, parágrafo 3º, o resultado será apropriado pelos participantes proporcionalmente aos recursos trazidos à parceria (BARBOSA, 2006, p. 88).

Disso decorre a importância dos acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa e desenvolvimento, que serão ora examinados.

ACORDOS DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO (P&D)

Acordo ou contrato é ato jurídico e, mais especificamente, negócio jurídico. No Brasil, a corrente majoritária é a voluntarista para a qual o contrato é ato de vontade, ou seja, manifestação de vontade que visa a produzir efeitos jurídicos (AZEVEDO, 2002, p. 1 e 4).

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que exige a presença de, pelo menos, duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral (GOMES apud AZEVEDO, 2004, p. 20)

No âmbito da Administração Pública, a Lei 8.666, de 21/06/1993, que institui normas para licitações e contratos, em seu art. 2º, parágrafo único, define contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Há inúmeras formas para os Acordos de Pesquisa e Desenvolvimento, como será visto adiante: a) Contrato; b) Acordo; c) Convênio. Por isso, no Brasil, são comuns os seguintes títulos na identificação dos Contratos: Contrato de Cooperação Científica e Tecnológica, Convênio de Cooperação, Convênio de Cooperação Técnico-Financeira, Acordo de Cooperação.

Nos Estados Unidos, pode ser designado como Acordo para Pesquisa Financiada (*Sponsored Research Agreement*) ou Acordo para Pesquisa (*Research Agreement*) e o Instituto de Tecnologia da Califórnia o conceitua como “um acordo entre o financiador (agência) e o pesquisador principal, em que este tem um projeto de trabalho claro e um conjunto de responsabilidades em contrapartida ao apoio que recebe pelo período de tempo especificado” (tradução nossa).

O Acordo de Parceria ou Cooperação para Pesquisa e Desenvolvimento está previsto no artigo 9º da Lei de Inovação. São convencionadas atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia.

Nesse contrato, há a obrigatoriedade de previsão sobre transferência de tecnologia em suas cláusulas. De fato, verificando-se as cláusulas do Contrato de Pesquisa e Desenvolvimento, constata-se que várias figuras contratuais são agrupadas, normalmente atípicas no Direito Privado, tais como a transferência de tecnologia. Assim, alguns acordos passaram a ser regulados em normas administrativas: cooperação técnico-industrial, fornecimento de tecnologia, licença de uso de patente e de marca.

Nos Acordos previstos na Lei de Inovação, pelo menos uma das partes é pessoa jurídica pública, justamente porque o seu intuito é estimular as parcerias público-privadas, especialmente entre ICTs e empresas privadas.

O contrato pode ser bilateral (Partes A e B) ou plurilateral (Partes A, B e C ou mais), em que todas têm obrigações recíprocas e com o todo, que normalmente é o caso da cooperação em P&D.

Um exemplo comum de Termo ou Contrato de Cooperação é aquele em que as partes são: uma sociedade de economia mista exploradora de atividades econômicas, uma autarquia (universidade ou ICT), e uma fundação de direito privado, que é a Interviente Administrativa e cuida da gestão dos recursos.

Mesmo sendo a universidade ou ICT órgão ou entidade da administração pública, não exploradora de atividade econômica, verifica-se que a licitação não é necessária. Na

maioria das vezes, a iniciativa de parceria é da empresa, que procura a ICT para uma associação de esforços. Não há compra governamental de bens ou serviços.

A universidade ou ICT podem aplicar os critérios para a apuração da notória especialização, para aceitar convites e escolher os parceiros mais qualificados, conforme previsto no Art. 25, da Lei 8.666/93.

Todavia, devem atender, enquanto Administração Pública, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37 da Constituição Federal, e explorar as possibilidades de parceria, utilizando critérios objetivos para sua escolha. Quanto ao dever de publicidade, se não contrariar interesses estratégicos, é recomendável, mas não obrigatória alguma divulgação da intenção de firmar parceria.

Por outro lado, para licenciar ou ceder o direito de uso ou de exploração de criação protegida, a universidade ou ICT estará dispensada de licitação porque a Lei de Inovação assim dispôs, modificando a Lei de Licitação.

Embora não seja necessário ganho econômico para a ICT, é assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, caso sejam auferidos pela ICT, segundo o que dispõe o art. 13 da Lei de Inovação. Caso não haja proveito econômico, o pesquisador poderá receber bolsa de estímulo da instituição de apoio ou agência de fomento.

Negócio Jurídico da Administração: Convênio

A Lei nº 10.973/04 menciona acordos e contratos, enquanto os convênios estão previstos especificamente no Art. 11 do Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005, que a regulamenta.

O contrato é instituto da Teoria Geral do Direito e abrange duas modalidades básicas: a) contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos; b) contratos que as partes se compõem pela comunidade de interesses, pois há uma finalidade comum. Exemplos destes são as associações, as sociedades, os convênios e consórcios. Os demais contratos são exemplos do primeiro tipo (MELLO, 2007, p. 642).

No entanto, parte da doutrina distingue convênio de contrato, pois naquele os interesses são recíprocos e neste, opostos e contraditórios. Ressaltam que no contrato há partes, enquanto no convênio, partícipes. Os partícipes buscam um resultado comum que será usufruído por todos. Há mútua colaboração, que pode assumir diversas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de tecnologia, de *Know How* (DI PIETRO, 2002, p. 189; ARAÚJO, 2007, p. 690; MEIRELLES apud DI PIETRO, 2002, p. 190).

Para esses autores, convênio é um acordo de vontades paralelas, não opostas, que se somam para alcançar interesses e objetivos comuns dos partícipes, somente pessoas públicas ou pessoas públicas e privadas, em posição de horizontalidade, sem supremacia da Administração Pública.

Podem ser acordos de cooperação, em que todos têm atividades preordenadas para o fim desejado, ou de colaboração, em que as pessoas desempenham atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo comum. Por causa disso, não há vinculação contratual, a cláusula de permanência obrigatória é inadmissível (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas), bem como sanções pela inadimplência, com exceção de eventuais responsabilidades funcionais, que ocorrem fora da avença (ARAÚJO, 2007, p. 690).

Assim sendo, “a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos” (MEIRELLES apud ARAÚJO, 2007, p. 690).

Di Pietro alerta que quando o Estado for parte, ainda que o acordo seja denominado de “convênio”, se houver obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, estará sujeito à Lei 8666/93, especialmente quanto à licitação (DI PIETRO, 2002, p. 195).

O convênio entre entidades públicas e particulares normalmente é uma modalidade de fomento, que é uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público. O incentivo é dado através de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações, etc. (DI PIETRO, 2002, p. 192).

A Lei de Inovação objetiva também o fomento, pois o art. 2º, inciso I, define agência de fomento como “órgão ou instituição de natureza pública ou privada que tenha entre os seus objetivos o financiamento de ações que visem a estimular e promover o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação”.

Um exemplo de convênio bastante comum é aquele em que são partes: a Concedente (que pode ser uma empresa pública federal e financiadora do projeto); o Conveniente (instituto ou fundação, que é pessoa jurídica de direito privado); o Interviente/Co-Financiador (empresa, que é pessoa jurídica de direito privado) e o executor (universidade ou ICT, que é fundação de direito público).

Uma financiadora de projetos é a FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), que substituiu o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e seu Fundo de Desenvolvimento Técnico-Científico (FUNTEC), e é uma empresa pública vinculada ao MCT, cuja missão é promover e financiar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica.

Alguns casos de pesquisa e desenvolvimento de empresas em parceria com ICTs e associadas a financiamentos da FINEP que tiveram grande sucesso econômico: o avião Tucano da Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer), importantíssimo para as exportações do País; programa de formação de recursos humanos e projetos da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e de universidades, tornando o sistema agropecuário brasileiro um dos mais competitivos do mundo; projetos de pesquisa e de formação de recursos humanos da Petrobras, em parceria com universidades, que

contribuíram para o domínio da tecnologia de exploração de petróleo em águas profundas, essencial para o País alcançar a auto-suficiência no setor.

Quanto ao regime jurídico de um convênio em que a FINEP seja parte, há que se considerar que se trata de uma empresa pública federal. Assim, observa-se que se submete à Lei 8.666/93, no que couber (aliás, nos instrumentos de convênio por ela elaborados consta essa observação). São utilizados procedimentos licitatórios para a escolha dos contratantes, como o convite, que é a modalidade para relações que envolvem valores mais baixos. Logo abaixo do título “convênio”, já vem especificada a modalidade licitatória e que se trata de cooperação entre ICTs e empresas.

Por outro lado, como a FINEP concede recursos ao Conveniente (parte no Convênio), este deve contratar obras, compras, serviços e alienações através de licitação, mas que é dispensável para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos por ela, pela CAPES, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico, por força do Art. 24, inciso XXI, da Lei 8.666/93.

O executor normalmente é uma universidade ou ICT, que é uma autarquia e que executará o projeto de pesquisa e desenvolvimento, com os recursos aportados pelos financiadores.

Autarquias são “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”. Como são pessoas de Direito Público, são titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista que, sendo pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas. Gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a algum órgão do Estado, mas apenas controladas. Seus negócios são negócios próprios; seus recursos são recursos próprios, bem como seus patrimônios. Por isso, têm autonomia financeira e administrativa e sua gestão é descentralizada. Perante terceiros, são responsáveis. A responsabilidade do Estado é apenas subsidiária (MELLO, 2007, p. 153-4).

Antes da reforma administrativa, apenas as universidades eram consideradas autarquias especiais ou sob regime especial, pois tinham um teor mais acentuado de independência administrativa que as demais autarquias. Isto por causa da legislação de ensino, que defende a liberdade de pensamento e orientação pedagógica, e porque seus dirigentes são escolhidos pela comunidade universitária, com mandatos, excluindo ou minimizando interferências externas (MELLO, 2007, p. 162).

Nesse sentido, o art. 207 da Constituição Federal prevê que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Cite-se como exemplo a Universidade Federal de Santa Catarina que é uma autarquia de regime especial, cujo Estatuto prevê essa autonomia (http://www.ufsc.br/paginas/downloads/EstatutoUFSC_062008.pdf).

Como visto anteriormente, a ICT é órgão ou entidade da administração pública que tem a missão de executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico e goza da mesma autonomia das universidades.

As fundações públicas também são autarquias de Direito Público com capacidade administrativa e sujeitas ao mesmo regime jurídico. Apenas são denominadas “fundações” porque as pessoas jurídicas são classificadas em dois tipos, de acordo com seu “substrato básico”: pessoas de base corporativa (corporações, associações, sociedades) e pessoas de base fundacional (fundações). Nas primeiras, há uma associação de pessoas e nas segundas, um patrimônio personalizado ou a “personificação de uma finalidade” (MELLO, 2007, p. 178-9).

As mesmas observações quanto à desnecessidade de licitação para as universidades e ICTs, feitas no item anterior, são válidas no caso do Convênio.

Uma terceira parte no Convênio é o Conveniente, que pode ser um instituto ou fundação de direito privado.

Essas pessoas jurídicas privadas são criadas com o intuito de dar apoio a entidades públicas, em geral a fundações ou autarquias instituídas pelo Poder Público. Prefere-se a forma fundacional, mas há também associações e cooperativas com essa finalidade. Se o Poder Público tiver participação em sua instituição ou manutenção, a fundação integrará a Administração indireta. Mas existem também fundações instituídas por particulares cujo objetivo é colaborar com a Administração Pública (DI PIETRO, 2002, p. 227).

Normalmente a função do instituto ou fundação de direito privado é receber os recursos tanto da financiadora quanto da empresa e utilizá-los na execução do projeto, repassando ao executor e fazendo a prestação de contas técnica e financeira, e restituindo-os nos casos previstos.

Di Pietro entende que os acordos de cooperação celebrados com as entidades de apoio têm mais a natureza de contratos do que convênios: “seriam contratos de prestação de serviços ou, mais especificamente, contratos de gestão, sendo que os serviços prestados são remunerados por meio de taxa de administração”. Como contratos, deveria haver licitação, exceto nos casos de dispensa e inexigibilidade, bem como prestação de contas (DI PIETRO, 2002, p. 231). Todavia, na prática não há licitação.

Natureza Associativa da Parceria

Barbosa, ao discorrer sobre o art. 9º, da Lei de Inovação, propõe que “o propósito legal aponta, sem dizê-lo, para uma *sociedade*” prevista no Código Civil.

Isto porque o Convênio é uma figura associativa em que os interessados, sendo um deles um ente ou vários da Administração Pública, têm objetivos comuns e se voltam para esses objetivos de uma forma concertada, de forma semelhante ao que ocorre no contrato de sociedade, sendo esse o acordo de vontades por via do qual duas ou mais pessoas se obrigam a combinar seus esforços ou recursos e conjugar suas aptidões, com a finalidade de lograr fins comuns, citando o conceito de Caio Mário da Silva Pereira (BARBOSA, 2006, p. 89-91).

Para o autor, quando envolver apenas sociedades, como sociedades de economia mista, terá a natureza de um consórcio previsto no art. 278, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades Anônimas ou por Ações.

Esse consórcio não deve ser confundido com o público, regido pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que é um contrato realizado entre pessoas de Direito Público com capacidade política, ou seja, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para realização de atividades públicas de interesse comum.

Distinção de Contratos Afins

Embora haja a possibilidade de muitos contratos na Lei de Inovação (Lei 10.973/2004), é importante destacar dois deles, diferenciando-os do Contrato de Pesquisa e Desenvolvimento: a Prestação de Serviços ou Encomenda de Pesquisa e a Transferência de Tecnologia (PIMENTEL, 2008).

O Contrato de Transferência de Tecnologia (Fornecimento de Tecnologia e Licença) está previsto no artigo 6º da Lei de Inovação, ou seja, trata tanto da cessão quanto da licença, podendo ser concedido o direito de uso ou exploração de criação desenvolvida na ICT. Também é assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, caso sejam auferidos pela ICT.

A tecnologia pode ser: patenteada (invenção e modelos de utilidade); registrada (topografia de circuito integrado, desenho industrial, programa de computador, obra científica); certificada (cultivares); objeto de pedido de patente, registro e certificado; não patenteada, registrada ou certificada (segredo industrial, informação tecnológica não divulgada); objeto de consultoria e de serviço de assistência em Ciência e Tecnologia (PIMENTEL, 2008).

O Contrato de Prestação de Serviços ou Encomenda de Pesquisa está previsto no artigo 8º da Lei de Inovação. Nele ajusta-se uma prestação de serviços voltada à inovação e pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Pode haver retribuição pecuniária através de um adicional variável para o pesquisador.

considerações finais

A Lei de Inovação surgiu para implementar os artigos 218 e 219 da Constituição Federal, especialmente este, pois prevê mecanismos de incentivo para viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

À medida que estimula a participação da academia no processo de inovação, incentiva a inovação na empresa e, principalmente, a criação de parcerias entre universidades,

instituições científicas e tecnológicas e instituições públicas e privadas, todos são beneficiados, inclusive a sociedade.

Isto porque é perceptível que a academia, na maioria das vezes, não aplica suas pesquisas e conhecimentos. Por outro lado, as empresas, especialmente as pequenas e médias, nem sempre dispõem de recursos humanos e financeiros para investir em pesquisa e desenvolvimento e dependem de convênios, na modalidade de fomento.

Por isso, o Acordo de Parceria para P&D, ou seja, essa união de esforços para realização de atividades de Pesquisa Científica e Tecnológica e Desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo é de fundamental importância como instrumento de política de inovação e desenvolvimento.

5 REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Manuel Oliveira Antunes. *Relações Internacionais e Transferência de Tecnologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação (Comentários à Lei n. 10.973/2004, Lei federal de inovação)*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª. ed. São Paulo: Obra Coletiva Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005.

_____. Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005.

_____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

_____. FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), disponível em <http://www.finep.gov.br/o_que_e_a_finep/a_empresa.asp?codSessaoOqueeFINEP=2>. Acesso em: 02 maio 2009.

_____. Ministério da Ciência e Tecnologia, disponível em <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/302574.html>>; <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8586.html>>; <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8477.html>>. Acesso em 25 fev. 2009.

CORRÊA, Daniel Rocha. *Contratos de Transferência de Tecnologia: Controle de Práticas Abusivas e Cláusulas Restritivas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Instituto de Tecnologia da Califórnia, disponível em <<http://www.researchadministration.caltech.edu/osr/faq#agreement%20vs%20gift>>. Acesso em 25 fev. 2009.

FRASCATI, Manual de. *Proposta de Práticas Exemplares para Inquéritos sobre Investigação e Desenvolvimento Experimental*. Coimbra: G.C. Gráfica de Coimbra, 2007.

INOVAÇÃO UNICAMP, *Boletim dedicado à Inovação Tecnológica*, edição nº 114 de 20 de outubro de 2008, disponível em <<http://www.inovacao.unicamp.br>>. Acesso em 25 fev. 2009.

KUBOTA, Luis Claudio; SALERNO, Mario Sergio. In NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luis Claudio (Ed.). *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica*. IPEA: Brasília, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). *Manual de Frascati. Proposta de Práticas Exemplares para Inquéritos sobre Investigação e Desenvolvimento Experimental*. Coimbra: OECD, 2002. Disponível em <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0023/23423.pdf>. Acesso em 16 dez. 2008.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Da propriedade intelectual à inovação: contratos*. Curso ministrado na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: NIT, 2008.

_____. *Direito Industrial: Noções Introdutórias*. Chapecó: UNOESC, 1994.

_____. *O desenvolvimento nacional e a tecnologia – perspectivas para inovação, propriedade intelectual e transferência de resultados no Brasil*. In Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coord.), *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

_____. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. In Patrícia Luciane de Carvalho (coord.), *Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

_____. *Propriedade Intelectual e Universidade: aspectos legais*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

SANTA CATARINA. Universidade Federal de Santa Catarina, disponível em <http://www.ufsc.br/paginas/downloads/EstatutoUFSC_062008.pdf>. Acesso em 25 fev. 2009.

Constituição Federal - Capítulo IV - Da Ciência e Tecnologia. Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. § 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Constituição Federal: Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Dentre os incentivos fiscais podem ser citados: deduções de Imposto de Renda e da Contribuição sobre o Lucro Líquido – CSLL - de dispêndios efetuados em atividades de P&D; a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na compra de máquinas e equipamentos para P&D; depreciação acelerada desses bens; amortização acelerada de bens intangíveis; redução do Imposto de Renda retido na fonte incidente sobre remessa ao exterior resultante de contratos de transferência de tecnologia; isenção do Imposto de Renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares. Há, ainda, um Incentivo Adicional, pois a empresa poderá optar entre os incentivos originais da Lei do Bem e os do art. 19-A, introduzidos pela Lei nº 11.487, de 15 de junho de 2007, regulamentada pelo Decreto nº 6.260, de 20 de novembro de 2007. Esta Lei trata de financiamento pelas empresas de projetos de pesquisa de Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs (conforme definidas na Lei nº 10.973/2004), previamente aprovados por Comitê

permanente. Disponível em <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8586.html>. Acesso em 25 fev 09.

Disponível em <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8477.html>>. Acesso em 25 fev 09.

Constituição Federal: Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. § 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

A Sponsored Research Agreement is an agreement between the Sponsor (agency) and the Researcher (PI - Principal Investigator) that has a clear statement of work and set of deliverables in exchange for which the PI receives an agreed upon level of support for a specified period of time (<http://www.researchadministration.caltech.edu/osr/faq#agreement%20vs%20gift>).

Lei nº 10.973/04: Art. 9º É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.

Lei 8.666/93: Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros [...]; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico [...]; § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º [...]

Constituição Federal: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Lei nº 10.973/04: Art. 25. O art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso: "Art. 24. É dispensável a licitação: XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida".

Lei nº 10.973/04: Art. 13. É assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor, aplicando-se, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 93 da Lei no 9.279, de 1996. § 1º A participação de que trata o caput deste artigo poderá

ser partilhada pela ICT entre os membros da equipe de pesquisa e desenvolvimento tecnológico que tenham contribuído para a criação. § 2º Entende-se por ganhos econômicos toda forma de royalties, remuneração ou quaisquer benefícios financeiros resultantes da exploração direta ou por terceiros, deduzidas as despesas, encargos e obrigações legais decorrentes da proteção da propriedade intelectual.

Decreto nº 5.563/05: Art. 11. Os acordos, convênios e contratos firmados entre as ICT, as instituições de apoio, agências de fomento e as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para as atividades de pesquisa, cujo objeto seja compatível com os objetivos da Lei no 10.973, de 2004, poderão prever a destinação de até cinco por cento do valor total dos recursos financeiros destinados à execução do projeto, para cobertura de despesas operacionais e administrativas incorridas na execução destes acordos, convênios e contratos.

Missão da FINEP: “promover e financiar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica em empresas, universidades, institutos tecnológicos, centros de pesquisa e outras instituições públicas ou privadas, mobilizando recursos financeiros e integrando instrumentos para o desenvolvimento econômico e social do País”. Disponível em <http://www.finep.gov.br/o_que_e_a_finep/a_empresa.asp?codSessaoOqueeFINEP=2>. Acesso em 25 fev 2009.

Código Civil: Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Lei 6.404/76: Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

Lei nº 10.973/04: Art. 6º É facultado à ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida.

Lei nº 10.973/04: Art. 8º É facultado à ICT prestar a instituições públicas ou privadas serviços compatíveis com os objetivos desta Lei, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. [...] § 2º O servidor, o militar ou o empregado público envolvido na prestação de serviço prevista no caput deste artigo poderá receber retribuição pecuniária, diretamente da ICT ou de instituição de apoio com que esta tenha firmado acordo, sempre sob a forma de adicional variável e desde que custeado exclusivamente com recursos arrecadados no âmbito da atividade contratada. [...]

DOENÇAS NEGLIGENCIADAS COMO UMA QUESTÃO DE DIREITO: UMA ANÁLISE DO MODELO DE PATENTES FARMACÊUTICAS SOB O PRISMA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

NEGLECTED DISEASES AS A MATTER OF PRINCIPLE: THE ANALYSIS OF PHARMACEUTICAL PATENTS ACCORDING TO THE IDEA OF LAW AS INTEGRITY

**Marcos Vinício Chein Feres
Ronan Ferreira Figueiredo**

RESUMO

Questiona-se, hoje, o mercado de desenvolvimento de novos fármacos para determinadas doenças, como por exemplo, doença do sono, malária, doença de chagas, leishmaniose. Tais doenças foram classificadas pelos médicos sem fronteiras como doenças negligenciadas, porque, primeiro, a população que sofre desse tipo de enfermidade é, em sua maioria, pobre e por isso o mercado consumidor torna-se pouco atrativo e, segundo, não existem políticas públicas para incentivar investimentos nesse tipo de doenças. Se a função precípua da patente é, em última instância, a produção constante de novas tecnologias, como explicar a ineficácia na solução dos problemas referentes às doenças negligenciadas? Considerando a teoria direito como integridade de Dworkin (2003), afirma-se que, numa análise crítica do atual sistema de proteção ao conhecimento, a patente tem servido apenas aos interesses exclusivamente econômicos da indústria farmacêutica, dificultando o acesso a medicamentos imprescindíveis à população enferma de países pobres. A comunidade de princípios, a integridade e a moral institucional compõem um sistema analítico de conceitos que substanciará uma análise de conteúdo do atual sistema de patentes. Numa comunidade fundada em princípios, não se sustenta a proteção de um modelo patentário que instrumentaliza direitos em nome de uma suspeita defesa da propriedade intelectual e estrita lógica econômica da pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ECONÔMICO E FILOSOFIA DO DIREITO; DIREITO COMO INTEGRIDADE; DIREITO DE PATENTES; DOENÇAS NEGLIGENCIADAS; DIREITO À SAÚDE.

ABSTRACT

The development of new pharmaceuticals which may cure or avoid diseases, such as, African sleeping sickness, malaria, Chagas disease, kala-azar. The above-mentioned are called neglected diseases by Médecins Sans Frontières, first of all, because the majority of people who suffer from this kind of malaise are poor citizens from developing countries, secondly, there is no governmental policy which fosters investments for developing new pharmaceuticals for neglected diseases. Taking into account that the

aim of patent rights is to positively influence the production of new technology, how can this inefficacy to solve the problem of drugs for neglected disease be explainable? Considering law as integrity as a theoretical point of departure, it is natural to assert that, critically analysing the juridical protection of knowledge, the patent rights have been used in order to satisfy economic interests of pharmaceutical industry, making it hard for poor sick people from developing countries to have access to new drugs. The personified community based on an association of principles, law as integrity and institutional morality integrate the theoretical reference of analysis which are major factors to fulfill an obtrusive research. Finally, as far as law as integrity is concerned, this study will lead to the conclusion that the existing system of patent rights cannot be interpreted in terms of maintaining the absolute protection of property rights as well as the mere economic interests of the pharmaceutical market.

KEYWORDS: ECONOMIC LAW AND PHILOSOPHY OF LAW; LAW AS INTEGRITY; PATENT RIGHTS; NEGLECTED DISEASES AND RIGHT TO HEALTH.

INTRODUÇÃO

No ano de 1994, a Rodada Uruguai do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) chegava ao fim culminando na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e na assinatura do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionado ao Comércio (TRIPS). O principal objetivo do acordo foi o estabelecimento de um patamar mínimo em torno do tema de propriedade intelectual sistematizando internacionalmente a proteção do conhecimento. Com isso todos os Estados membros da OMC foram obrigados a reconhecer a proteção patentária em ramos da tecnologia que vários países em desenvolvimento se negavam a proteger, como na inovação de produtos e processos farmacêuticos. No Brasil, por exemplo, a descoberta de um novo medicamento não poderia ser patenteada por ser considerada de interesse coletivo e social, logo pertencente ao domínio público. A concessão de patentes a medicamentos tem sofrido desde então fortes questionamentos por parte de comunidades defensoras de direitos humanos por ser uma questão que envolve não apenas divergências políticas e jurídicas, mas discussões éticas e morais.

O problema se agrava quando a proteção patentária, que teoricamente serviria de estímulo à inovação constante, não tem atendido à demanda de doenças que atingem principalmente países em desenvolvimento. São males como a tuberculose, a leishmaniose, a malária, a doença do sono e a doença de chagas, que foram, muitos deles, totalmente erradicados em países centrais, mas atingem de maneira desproporcional nações periféricas, seja por não haver pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos, seja pela existência de tratamentos que são mantidos a preços impraticáveis, tornando-os inacessíveis à população pobre. Tais males ficaram conhecidos como doenças negligenciadas, pois as grandes indústrias farmacêuticas, sediadas nos Estados Unidos e Europa, não vêem como uma rentável fonte de lucro o investimento em pesquisas direcionadas ao tratamento específico dessas doenças, passando simplesmente a ignorá-las.

Se a função precípua da patente é, em última instância, a produção constante de novas tecnologias, como explicar a ineficácia na solução dos problemas referentes às doenças negligenciadas? A partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin (2003), o trabalho buscará uma análise crítica do atual sistema de proteção ao conhecimento. Demonstrar-se-á que sob uma lógica instrumental baseada em critérios essencialmente patrimonialistas, a patente tem servido apenas aos interesses da indústria farmacêutica, dificultando o acesso a medicamentos imprescindíveis aos países pobres. Os conceitos de comunidade de princípios, integridade e justiça institucional constituem um sistema analítico de conceitos que substanciará uma análise de conteúdo do atual sistema de patentes. Será proposto que em uma comunidade governada por princípios não se sustenta a proteção de um modelo patentário que instrumentaliza direitos em nome de uma suspeita defesa da propriedade intelectual e manutenção da pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos. Esse modelo acaba por não respeitar o direito à saúde, alimentando o problema das doenças negligenciadas.

Em um primeiro momento serão expostos os principais pontos da teoria dworkiniana, valendo-se de conceitos extraídos da obra "O Império do Direito", que servirão de fundamento ao trabalho. Seguir-se-á com uma breve abordagem das doenças negligenciadas, expondo dados oficiais e casos concretos que demonstram os contrastes entre o atual sistema de patentes, que prioriza a proteção à propriedade intelectual como instrumento de lucro e fortalecimento de multinacionais farmacêuticas, e uma comunidade de princípios, que guiada por princípios de equidade, justiça, devido processo legal e integridade não pode permanecer inerte diante do descaso com questões de direito. Por fim, defender-se-á que uma sociedade guiada por princípios deve procurar soluções que considerem a saúde como uma questão de direito. Afinal, problemas de saúde não devem ser submetidos aos acordos estratégicos governamentais nem à lógica utilitarista do mercado.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE

“O Império do Direito” é certamente a principal obra do filósofo Ronald Dworkin. É nela que o autor expõe de forma sistemática o seu direito como integridade, insurgindo-se contra as duas concepções filosóficas que mais exercem influência sobre o pensamento jurídico: o positivismo e o utilitarismo. Para tanto, Dworkin se vale de polêmicos casos que fizeram história na jurisprudência estadunidense como o caso Brown em que a Suprema Corte rompeu com antecedentes judiciais proferidos por ela mesma e condenou a segregação racial como contrária não apenas à moralidade pública dos Estados Unidos, mas também à sua própria Constituição (DWORKIN, 2003). O autor parte do fundamento de que o escopo central do direito é a justificação das decisões institucionais, princípio elementar num verdadeiro Estado de Direito. A partir disso, Dworkin coloca em prova o direito como integridade confrontando-o sempre com outras duas concepções do direito, quais sejam, o convencionalismo e o pragmatismo.

O convencionalismo defende que as decisões políticas estão sempre vinculadas às convenções sociais do passado (DWORKIN, 2003). O direito para os convencionalistas se resume a uma questão de respeitar e aplicar essas convenções no momento presente. Todavia, a complexidade social exige que os operadores do direito se posicionem diante de casos que não encontram precedentes nas convenções do passado. Conforme prega o convencionalismo, somente quando diante de casos sem referências nas convenções, um juiz ou um administrador público estará liberado da vinculação aos antecedentes, podendo decidir o caso com total discricionariedade. Com um olhar prospectivo tomará a decisão que pensa ele ser a mais justa no futuro. O convencionalismo é a concepção de direito que se identifica com teorias positivistas. Numa sociedade que tem na convenção o seu valor fundamental, as decisões públicas só encontram justificção quando amparadas pelos precedentes, ou, quando estes não existirem, pelo subjetivismo discricionário de um aplicador do direito.

Para o convencionalismo, uma pessoa não possui direito genuíno senão aquele derivado de uma convenção passada, ou seja, os direitos somente existem porque leis e decisões judiciais consolidadas ou qualquer outro tipo de convenção institucional os estabeleceram. A consequência disso é que, quando se estiver diante de um caso difícil, fora das estruturas convencionais estabelecidas, não existe direito a ser protegido nem pretensão a ser tutelada. As instituições que possuem autoridade para resolver tais problemas desconhecem a existência de direitos substanciais e usarão critérios extrajurídicos para solucioná-los.

De outra parte, o pragmatismo supõe que as decisões públicas podem não encontrar justificção nos precedentes e, por isso, cabe ao juiz ou administrador público decidir conforme convenha ao bem-estar geral e futuro da comunidade. O pragmatista não atribui a convenção um valor em si. O direito para o pragmatismo se define nas decisões concretas tomadas pelas instituições comprometidas tão somente com o melhoramento do bem-estar geral da comunidade no futuro, não estando vinculadas a qualquer decisão judicial ou legislativa para isso (DWORKIN, 2003). O precedente deve ser respeitado num caso concreto porque de algum modo ele serve a essa tarefa, promovendo certa segurança jurídica. Se, por outro lado, alguma convenção do passado se mostrar ineficiente, ou mesmo contrária à promoção do bem-estar coletivo no futuro, a instituição pública que decide o caso não possui qualquer obrigação moral de permanecer adstrita a uma norma, devendo rejeitá-la e tomar a decisão baseada tão somente no que pensar ser o mais justo e o melhor para a comunidade como um todo.

Nesse sentido o pragmatismo se mostra menos conservador do que o convencionalismo, principalmente quanto a sua vinculação aos precedentes. Porém, enquanto este nega a existência de direitos apenas quando não haja normas que os prevejam, o pragmatismo nega que as pessoas tenham direitos seja qual for a situação. Assim como os precedentes, o que leva o nome de direito em uma sociedade pragmática não passa de um meio para se atingir o bem-estar geral. Não se pode atribuir direito a alguém em situações que contrariem o bem-estar da comunidade ainda que alguma lei o tenha estabelecido ou um juiz decidido em outro caso semelhante. Assim, o pragmatismo nega a coerência como um valor autônomo.

Numa comunidade pragmática as autoridades agem de maneira estratégica buscando sempre o melhoramento da coletividade. Um juiz, diante de um litígio, não deve negar que existam direitos a serem tutelados, ele deve agir “como se” as pessoas tivessem

direitos, pois isso seria melhor para a comunidade no futuro. O pragmatismo encontra na teoria utilitarista o seu principal fundamento no sentido de esta também defender que a justificação dos atos estatais encontra-se na busca pelo bem comum, mesmo que, para isso, direitos sejam instrumentalizados.

As duas concepções de direito analisadas terminam por ignorar que um Estado de Direito é guiado antes de tudo por princípios. A consequência disso é que o pragmatismo acaba por reduzir os direitos a questões de estratégia e o convencionalismo defende uma rígida obediência à convenção desconsiderando um conjunto coerente de princípios que endossaram as decisões do passado. Nesses dois contextos, não se levam os direitos a sério.

Dworkin propõe o direito como integridade. Não nega o respeito às decisões do passado antes defende a sua necessidade, não como um fim em si mesmo, mas como uma conduta coerente com os princípios que fundamentam todo o direito. Enquanto o convencionalismo vê na norma o resultado de uma convenção que desconhece toda pretensão que nela não esteja contida, o direito como integridade toma uma atitude interpretativa extraindo da lei mais do que a sua letra esclarece, busca a compreensão dos princípios que lhe servem de pressuposto e que informam todo o ordenamento jurídico. Assim os precedentes vinculam apenas se estiverem em harmonia com a comunidade de princípios. Essa é a principal diferença entre as teorias positivistas e o direito como integridade. Ao extrair de uma ordem coerente de princípios toda fundamentação do direito, a teoria dworkiniana reconhece no direito um conteúdo moral que o positivismo nega. Sob essa moral política existem decisões certas, que não estão subjogadas à discricionariedade pessoal de agentes públicos.

A justificação das decisões do Estado, portanto, está condicionada à observância dos princípios que fundamentam a comunidade. Dworkin enumera quatro princípios que devem guiar uma sociedade democrática: o devido processo legal adjetivo, a equidade, a justiça e a integridade. O devido processo legal define os procedimentos nos quais se dará o exercício democrático. Aqui se promove o respeito aos precedentes como uma questão de coerência, exigindo uma justificável razão de princípio para que sejam ignorados. A equidade é o princípio que proporciona a cada cidadão o mesmo grau de influência política nas decisões tomadas pelo Estado. O princípio da justiça trata da conformidade que deve haver entre as consequências concretas das decisões estatais e a moral pública, é uma questão de resultados. A integridade, por sua vez, é primeiramente esclarecida como o sentido corrente que se dá ao termo. Considera-se íntegra uma pessoa que age conforme os princípios que definem a sua moral. A integridade é o princípio que complementa e harmoniza o conteúdo moral de uma sociedade governada por princípios, exigindo que as suas normas públicas sejam criadas e interpretadas como expressão de um sistema único e coerente de justiça, equidade e devido processo legal (DWORKIN, 2003).

A integridade pressupõe a personificação do Estado. A comunidade política é um ente que possui princípios próprios e responsabilidade moral própria, que não se confunde com as concepções particulares do grupo economicamente dominante ou das pessoas que assumem cargos públicos. É diferente também da concepção de justiça defendida pela maioria da sociedade. O Estado é tratado como uma pessoa autônoma que está moralmente comprometida com os princípios que o informam. Essa personificação política é um ponto fundamental na teoria de Dworkin porque permite que os atos do

Estado passem pelo crivo da moralidade pública. Exige que diante de questões que envolvam direitos o ente público afaste qualquer escolha estratégica ou instrumental e, guiado por um conjunto coerente de princípios, tome a decisão correta. A comunidade personificada é um ente que possui a própria concepção de justiça, uma justiça institucional construída pela integridade. Trata-se de um dever moral a sua concretização.

É a partir dos conceitos de pragmatismo, convencionalismo, comunidade de princípios, integridade e personificação política que se buscará uma análise crítica do instituto da patente dos produtos farmacêuticos. Diante do problema das doenças negligenciadas, o sistema de proteção à propriedade intelectual tem se revelado contrário ao direito como integridade, pois trata questões de direito de forma estratégica e utilitarista, o que não se justifica em uma sociedade fundada em princípios.

AS DOENÇAS NEGLIGENCIADAS COMO QUESTÃO DE DIREITO

Doenças negligenciadas são aquelas que afetam de maneira desproporcional a população dos países em desenvolvimento. São negligenciadas doenças como a leishmaniose, presente nos países da América do Sul, e a doença do sono, que afeta quase que exclusivamente a população da África subsaariana. São desatendidas também enfermidades como a tuberculose, a malária e a doença de chagas, além de outras. Essa classificação foi proposta em 1996 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelos Médicos sem Fronteiras, em substituição ao conceito de doenças tropicais que se limitava apenas ao critério geográfico do problema, quando a sua verdadeira causa esconde-se em questões de natureza econômica, política e social.

As doenças negligenciadas persistem principalmente devido à inexistência de pesquisa em inovação de produtos farmacêuticos destinados especificamente ao seu tratamento. Nesse contexto, mesmo que existam medicamentos eficazes, eles são mantidos longe do acesso das pessoas que deles necessitam devido aos altos preços praticados por empresas que monopolizam a sua produção. Segundo dados da OMS, vivem hoje nos países em desenvolvimento 4,8 bilhões de pessoas, o que representa 80% da população mundial. Atualmente, 2,7 bilhões, 43% da população mundial, vivem com menos de US\$ 2 por dia. As enfermidades transmissíveis são responsáveis por 50% do total de mortalidade nesses países. Todavia apenas 1% dos 1556 medicamentos desenvolvidos nos últimos 25 anos teve como alvo as doenças negligenciadas (P&D, 2009). Essa desproporção fica facilmente compreendida quando o principal fator que impulsiona a inovação nas empresas farmacêuticas é a possibilidade de grandes lucros assegurados artificialmente pelos elevados preços dos medicamentos patenteados. Assim, as enfermidades que afetam especialmente as nações periféricas restam ignoradas.

Um estudo desenvolvido pelo Dr. David Heiden (2008) ilustra como a falta de acesso a medicamentos é um fator que promove o descaso por vidas humanas. O

trabalho realizado em Camboja, Mianmar e Tailândia demonstra que 23, 27 e 32% dos pacientes com AIDS dos respectivos países sofrem de citomegalovirus retinite (CVM), uma doença que causa cegueira entre 3 e 6 meses em pessoas com o sistema imunológico fragilizado pelo HIV. O tratamento relativamente simples depende do remédio valganciclovir via oral, produzido por apenas uma empresa farmacêutica. O seu preço é superior a US\$ 10.000 por mês de tratamento (HEIDEN, 2008). Como o alto custo do medicamento inviabiliza o seu acesso, pessoas ficam permanentemente cegas por causa de uma doença cujo tratamento é plenamente conhecido e eficaz, mas, por questões de ordem econômica, permanece afastado dos pacientes que dele necessitam.

A leishmaniose também é um exemplo de ineficiência do instituto da patente no atendimento à demanda de enfermidades negligenciadas. A doença, que atinge predominantemente a Bolívia, o Brasil e o Peru, é tratada há mais de 70 anos com o mesmo medicamento. Além de ser doloroso, prolongado, tóxico e causar efeitos colaterais que podem levar ao óbito, o tratamento tradicional não tem sido eficaz em muitos casos. A afotenicina B é uma medicação mais eficiente, não possui muitos efeitos colaterais e pode recuperar o paciente em, no máximo, 10 dias. Porém sua produção é monopolizada e seu custo é extremamente caro, chegando a US\$ 2.400 por tratamento, segundo se verifica em DOENÇAS Negligenciadas - Leishmaniose (2008). Preço inviável para as pessoas que sofrem com a doença nesses países.

Além de ser um grave problema de saúde as doenças negligenciadas revelam-se promotoras de mazelas sociais. De acordo com Paredes e Morales (2007), as enfermidades negligenciadas não apenas resultam da pobreza da população e do subdesenvolvimento dos países por elas assolados, mas também contribuem para a promoção dos problemas sociais e econômicos. Isso acontece porque as doenças desatendidas possuem um teor estigmatizante e prejudicam o desenvolvimento físico e intelectual saudável, incapacitando para o estudo e para o trabalho. Cria-se um ciclo vicioso em que as doenças negligenciadas se mostram como um dos fatores que impulsionam a pobreza, enquanto a pobreza faz com que esses males persistam.

Deve-se considerar que a saúde é um direito genuíno que independe de convenções que o estabeleçam. O direito à saúde não pode ser atribuído a alguém porque de alguma forma a sociedade teria melhoramentos. O fato de se constatar algo de injusto nos dados mostrados acima não resulta apenas de concepções de justiça individuais, antes decorre da exigência moral de que as pessoas tenham seus direitos respeitados. A falta de acesso de medicamentos que atendam as doenças negligenciadas é um fato que contraria o próprio conceito de justiça institucional que emerge da moralidade política que guia uma comunidade de princípios. O sistema de proteção de patentes farmacêuticas não se coaduna com a concepção de direito como integridade porque promove o descaso pelo direito à saúde.

Um dos principais argumentos a favor do sistema de patentes é que seria ele um meio para se estimular a inventividade. Ao se conceder o direito de propriedade sobre um novo conhecimento, estaria não apenas cobrindo o custo das pesquisas, mas garantindo o lucro que incentivaria a realização de novos inventos. Em última instância a patente constituiria o motor do desenvolvimento tecnológico da comunidade. Segundo Barbosa (2003), a patente seria uma espécie de contrato entre o inventor e a sociedade. Enquanto esta gozaria dos benefícios proporcionados por um novo produto, o dono da invenção seria recompensado com o privilégio de fruição exclusiva do conhecimento produzido. O resultado seria um enriquecimento tecnológico e econômico de toda sociedade.

Esse argumento, porém, não encontra legitimidade quando confrontado com o problema das doenças negligenciadas. O parco desenvolvimento de novos produtos farmacêuticos que atendam a essas doenças não justifica a manutenção do atual modelo de patentes, pois contradiz sua própria fundamentação. Como já dito, a indústria farmacêutica não vê como lucrativo o investimento em inovação de tratamentos que atendam enfermidades negligenciadas uma vez que a parte pobre do mundo afligida por esse mal não possui recursos suficientes para arcar com o preço dos medicamentos patenteados. Sob essa lógica, 90% da verba de pesquisa em saúde, cerca de US\$ 2,5 bilhões por ano, são investidos em doenças que atingem apenas 10% da humanidade.

O paradoxo entre a base teórica e a utilização prática da patente também se revela no seu conservadorismo que dificulta o desenvolvimento de inovação local em matéria de saúde nos países pobres. A realização de pesquisas está condicionada à existência de um capital financeiro que esses países não dispõem. A patente nesse sentido revela-se apenas como um instrumento de conservação da pesquisa no domínio das empresas farmacêuticas, viabilizando a criação de monopólios que garantem os recursos necessários ao desenvolvimento das pesquisas. Monta-se um círculo vicioso onde os países pobres permanecem em constante dependência do complexo industrial farmacêutico de países centrais, impossibilitados de se desenvolverem tecnologicamente e atacar o mal das enfermidades desatendidas.

De acordo com a análise do direito como integridade, o modelo de patentes farmacêuticas é arquitetado sob uma lógica que não é compatível com uma comunidade de princípios. A defesa da patente como o meio provedor da inovação e desenvolvimento tecnológico, além de revelar-se uma falácia para o mal das doenças negligenciadas, está fundamentada em um paradigma utilitarista, pois instrumentaliza o direito à saúde com objetivo de um melhoramento do bem comum. O modelo patentário coloca em confronto a proteção ao conhecimento e o acesso a medicamento. Privilegia o primeiro com a justificativa de que a sociedade seria melhor no futuro, sem considerar que direitos estão sendo ignorados. O atual modelo se enquadraria com facilidade no que Dworkin chama de comunidade de fato. Os membros de tal comunidade tratam sua associação apenas como um acidente histórico-geográfico, pois, decerto, subordinam o interesse de outras pessoas ao aperfeiçoamento geral da comunidade (DWORKIN, 2003).

O que se condena é a instrumentalização de direitos que contraria a moral pública. Quando os acordos internacionais, como o TRIPS, pressionam as nações periféricas para estabelecerem a proteção patentária para os fármacos, ignoram um ambiente constituído pelo lobby da grande indústria farmacêutica e dos países desenvolvidos,

revelando, assim, um descaso por problemas de saúde pública que envolvem direitos genuínos. Em uma comunidade de princípios não estão afastadas as questões estratégicas que envolvem escolhas políticas. O que a integridade rejeita é que se firmem acordos conciliatórios sobre questões que não admitem negociação. Quando se está diante de um direito, não existem escolhas a serem feitas, mas resta apenas a decisão a ser tomada de acordo com os princípios que governam o direito. Questões de princípios devem ser decididas de modo que se respeitem os direitos.

Considerando que a proteção patentária constitui um fator que inviabiliza a solução do problema das doenças negligenciadas, a OMS reconheceu recentemente o direito dos países em desenvolvimento de licenciar compulsoriamente produtos farmacêuticos para atender as enfermidades que os assolam. Formou também um grupo de trabalho intergovernamental sobre saúde pública e inovação buscando propor saídas para o dilema.

Porém, o problema não é totalmente solucionado apenas com o licenciamento compulsório, uma vez que não somente a proteção do novo conhecimento inviabiliza o tratamento eficaz das enfermidades desatendidas, mas a ausência de pesquisa em novos produtos medicamentosos.

O certo é focar em soluções que considerem a saúde como um direito genuíno o qual não pode ser ignorado por questões econômicas. Não é condizente com a justiça institucional de uma comunidade personificada que pessoas se vejam impedidas de um tratamento adequado das enfermidades negligenciadas em nome da proteção do conhecimento. A moral política exige que o ente público tome uma decisão que afaste questões de estratégia e, guiada por princípios, leve os direitos a sério.

CONCLUSÃO

Os dados apresentados, apesar de serem apenas exemplificativos do universo das doenças que assolam os países em desenvolvimento, demonstram que o atual modelo de patentes farmacêuticas não é eficaz no atendimento às enfermidades negligenciadas.

Como o faturamento das indústrias farmacêuticas decorre principalmente dos altos preços atribuídos aos medicamentos patenteados, deixa-se de investir em novos tratamentos para doenças que assolam os países pobres. A ausência de medidas políticas no sentido de direcionar os investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos adequados às necessidades dos países em desenvolvimento gera um desrespeito pelo direito individual à saúde e ao tratamento adequado de enfermidades específicas.

Sob a perspectiva do direito como integridade foi analisado o escopo do sistema de patentes. A defesa da patente como um meio de incentivo à inovação se mostrou não apenas falacioso, sendo também contrário à moral pública de uma comunidade de

princípios. Tal argumento é construído sob um fundamento utilitarista, pois instrumentaliza direitos em nome de um suspeito desenvolvimento tecnológico.

A defesa da propriedade intelectual, de valor eminentemente econômico, frente ao direito à saúde, de valor essencialmente existencial, é igualmente contrária ao direito como integridade. Traz para um ambiente patrimonialista, no qual impera uma lógica de estratégias políticas e financeiras, uma questão de direitos que deveria ser decidida por parâmetros de princípios.

Diante disso, o ente político moralmente íntegro, que se expressa em uma comunidade guiada por princípios, possui a obrigação moral de não permitir que o direito à saúde seja instrumentalizado, retirando-o do terreno dos acordos estratégicos e trazendo-o para o âmbito das questões de princípio.

O reconhecimento, pela OMS, do direito que os países em desenvolvimento têm de licenciar compulsoriamente patentes com a finalidade de atender aos problemas de saúde pública que os afligem, foi significativo no sentido de tratar de um tema que até então era exclusivo das rodadas de comércio, mas é insuficiente para resolver o problema das doenças negligenciadas. É necessário viabilizar o acesso a medicamentos para pessoas que sofram de doenças negligenciadas, sob pena de não se criar uma cultura de proteção aos direitos à saúde e de se fomentar, cada vez mais, uma lógica instrumental exclusivamente voltada para os objetivos econômicos derivados do patenteamento de fármacos.

Enfim, verifica-se um ambiente de comodismo acentuado por parte do poder público. Este passa a não adotar medidas de política pública que efetivamente possam contribuir para incrementar o desenvolvimento tecnológico de novos produtos e processos farmacêuticos para solucionar o flagelo das doenças negligenciadas. Afinal, nesse contexto, o mercado em si não se mostrará propenso a atrair investimentos nesse setor, tendo em conta o perfil socioeconômico das populações afetadas por esse tipo de doenças.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D. B. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CHEIN FERES, M. V. **Law, Art and Life: a critique of economic analysis of law based on integrity**. In: Festival of Legal Theory, Edinurgh. IVR UK Conference - <http://www.law.ed.ac.uk/festivaloflegaltheory/files/paperivruk.pdf>, 2008.

DOENÇAS Negligenciadas – Leishmaniose. Disponível em:. Acesso em 01 de maio de 2009.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HEIDEN, D. **Citomegalovirus Retinitis: The Neglected Disease of the AIDS Pandemic.** Disponível em: <<http://medicine.plosjournals.org>>, visitado pela última vez em 02/08/2008.

HEIDEN, David (org.) Cytomegalovirus Retinitis: The Neglected Disease of the AIDS Pandemic. **PloS Medicine Journal**, v.4(12), 2007. Disponível em: Acesso em 01 de maio de 2009.

P&D de medicamentos não atendem às necessidades de saúde dos países em desenvolvimento. Disponível em: . Acesso em 01 de maio de 2009.

PRONER, C. **Propriedade Intelectual: Para uma ordem jurídica possível.** Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/varios/Proner_2007.pdf>, visitado pela última vez em 02/08/2008.

SILVA, D. F.; CHEIN FERES, M. V. **The patent licensing conundrum: a Brazilian substantial legal theory in the Law of Contracts.** In: 23rd IVR World Congress, 2007, Krakow. Law and legal cultures in the 21st century: diversity and unity, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO, Geneva. Disponível em:<www.who.int>.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE SERVIÇOS P2P NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO.**

**CIVIL LIABILITY OF P2P SERVICES PROVIDER UNDER THE BRAZILIAN
LAW.**

**Marcos Wachowicz
Alexandre Pessler**

RESUMO

A emergência da sociedade informacional e a crise do direito autoral são fenômenos amplos e com diversas consequências, em especial para as indústrias estabelecidas na difusão de conteúdo. Observa-se uma dissensão doutrinária, com o interesse estabelecido defendendo um direito autoral máximo, fundado em limites taxativos e na interpretação restritiva. É possível identificar a presença de vários dos fatores intrínsecos dessa crise na análise do conceito de redes ponto a ponto (P2P), e como estas estão relacionadas à forma de acesso aos bens culturais e ao conhecimento. Este artigo examina a responsabilidade civil do provedor de serviços P2P, à luz da legislação brasileira, bem como algumas consequências do uso dessa tecnologia junto ao mercado fonográfico.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AUTORAL, SOCIEDADE INFORMACIONAL, PROVEDORES DE CONTEÚDO, RESPONSABILIDADE CIVIL, PROVEDOR DE SERVIÇOS, REDE PONTO A PONTO.

ABSTRACT

The emergence of the informational society and the copyright crisis are both wide phenomena with multiple consequences, especially for content-distribution industries. There is a doctrinaire dissension on the subject, with the established interests defending a maximum copyright, centered on straight limits and restrictive interpretation on the subject. It is possible to identify the presence of several of their intrinsic factors through the analysis of peer-to-peer (P2P) networks, and how do they relate to means of access to knowledge and cultural goods. This paper exams the civil liability of the P2P services provider under the scope of Brazilian law, as well as some of the consequences of the usage of this technology for the music industry.

KEYWORDS: COPYRIGHT, INFORMATIONAL SOCIETY, CONTENT PROVIDERS, CIVIL LIABILITY, SERVICES PROVIDER, PEER TO PEER NETWORKS

1. Introdução

A popularização das redes P2P, ou ponto a ponto, trouxe consigo reflexos diretamente relacionados aos modos de acesso aos bens culturais e ao conhecimento. A invenção de um meio rápido, acessível e barato para a troca de arquivos digitais facilitou e ampliou o acesso público às informações; entretanto, tal se deu muitas vezes ao arrepio da vontade dos titulares de certas porções de informações, notadamente àquelas sujeitas ao direito autoral

A legislação autoral protege de forma especial as corporações que sejam titulares de direitos autorais. Normalmente são empresas com acesso direto à mídia e ao poder político, de alcance multinacional.

O direito autoral está diretamente ligado aos ativos de tais empresas. Assim, não é incomum a realização de campanhas publicitárias por parte de tais empresas, quiçá propositadamente confundindo a população sobre o tema (ao misturar indiscriminadamente conceitos como cópia privada, contrafação, associação com o crime organizado e afins, todos sob a mesma tarja inespecífica da “pirataria”).

Entretanto, o direito autoral, de cunho constitucional, deve ser interpretado sempre em equilíbrio necessário com os demais direitos constitucionalmente previstos, entre os quais os de direito à cultura e à educação. Neste condão, há considerável discussão doutrinária sobre a legalidade da cópia privada, por exemplo, na qual não há um uso econômico do bem cultural em questão. Outro ponto a se levantar são os limites e exceções legalmente previstos, inclusive todo o domínio público, que representam usos legítimos para essa tecnologia (redes P2P).

As associações que reúnem os grandes grupos de mídia têm recorrido ao judiciário em suas tentativas de paralisar a utilização de tais redes, fundamentados na doutrina maximalista do direito autoral. São bem conhecidos os processos (notadamente em território norte-americano) de usuários que supostamente realizaram trocas de arquivos, bem como as diversas críticas que estes atraíram devido a acusações aparentemente aleatórias, processos contra pessoas sem acesso à Internet, e afins.

Essa indústria também dispara suas baterias contra determinadas empresas que mantêm ou disponibilizam softwares capazes de auxiliar os usuários da Internet na troca de arquivos. Argumentam, de forma geral, que quem disponibiliza tal tecnologia incorre em violação direta de direitos autorais, manutenção de serviço que reputam ilícito, e principalmente na responsabilização solidária por atos de terceiros, usuários do software em questão.

Pregam que quem as explora comete ato ilícito, ao facilitar a violação por parte de terceiros de direitos autorais de titularidade das empresas que representam. Esses argumentos se manifestam em casos como *Napster* e *Kazaa* (EUA), e agora se repetem na Suécia (*Pirate Bay*), entre outros.

Cabe portanto a pergunta: tais argumentos são oponíveis no Brasil? É possível a responsabilização civil do provedor de serviços P2P, ao facilitar atos de terceiros potencialmente lesivos a interesses de titulares de direitos autorais?

2. Redes ponto a ponto

Uma rede P2P (*peer-to-peer*), ou ponto a ponto, também chamada de distribuída ou não hierárquica, é uma topologia de rede caracterizada pela descentralização das funções na rede, onde cada terminal realiza tanto funções de servidor quanto de cliente.

Geralmente, uma rede P2P é constituída por computadores que não possuem um papel fixo de cliente ou servidor; pelo contrário, costumam ser considerados de igual nível e assumem o papel de cliente ou de servidor dependendo da transação sendo iniciada ou recebida de um outro par da mesma rede.

Uma rede P2P, diferentemente de uma rede em estrela (*com servidor central*), é criada com o intuito de compartilhar dispositivos e dados, e não serviços. Como não existe gerenciamento central, a informação trafega por todos ou muitos dos nós da rede, desde sua origem até o destino, sendo ignorada por todos os nós exceto o destinatário. As estações intermediárias atuam simplesmente como repetidoras da informação.

O termo tornou-se popular com o surgimento de aplicações de compartilhamento de arquivo, em outras palavras, programas que possibilitam a distribuição de arquivos em rede, permitindo o acesso de qualquer usuário dessa rede a este recurso.

Outros tipos de recursos também podem ser compartilhados em redes P2P, tal como capacidade de processamento de máquinas, espaço de armazenamento de arquivos, ou serviços de *software*.

Dessas afirmações podemos inferir que por serem descentralizadas, as redes P2P são muito difíceis de se “derrubar”; cada computador que instala um software P2P passa a operar como cliente e servidor, simultaneamente. Quando alguém passa a integrar tal rede, cria um nó de rede extra, que passa a repetir a informação.

3. O mercado fonográfico no Brasil

Em 1997, segundo a ABPD, a indústria fonográfica faturou R\$ 1,4 bilhão com a venda de 107 milhões de CDs. O Brasil era o sexto mercado mundial. Em 2003 a situação já era completamente diferente. O mercado encolheu para o 13º lugar, com 52 milhões de CDs e 2,5 milhões de DVDs vendidos – os dados também são da ABPD.

A dilapidação contínua se expressa de forma mais dramática nos números de 2007, recentemente divulgados pela ABPD: 25,4 milhões de CDs e 5,9 milhões de DVDs vendidos. Somando tudo, inclusive a comercialização de downloads, o faturamento obtido não chega a R\$ 300 milhões.

Em 10 anos, de acordo com estes dados, perdemos mais do que 75% do nosso mercado fonográfico. As multinacionais responsabilizaram a “pirataria” pela vertiginosa queda.

Mas tais dados, em primeiro lugar, ignoram completamente os números do importante mercado musical independente que se consolidou no país nos últimos anos. Em termos de números absolutos, os lançamentos independentes suplantam os multinacionais numa proporção de **14** para **01**, de acordo com a “Carta do Paraná”, redigida durante o 1º Encontro Nacional de Música Independente:

“Durante o ano de 2007, as quatro gravadoras multinacionais que operam no Brasil produziram apenas 130 títulos. Destes, 75 são licenciamentos de música estrangeira e apenas 55 de produção nacional. No mesmo período, 63 gravadoras nacionais independentes colocaram no mercado 784 títulos novos.

De modo inversamente proporcional, a produção de música independente nacional ocupou apenas 9,82% do espaço de veiculação musical, contra 87,37% do espaço ocupado pela produção da indústria multinacional nas rádios comerciais de todo o País.”

As empresas multinacionais adotam a política de reduzir drasticamente a quantidade de títulos lançados para ocupar com eles, pagando ilegalmente e a peso de ouro, todo o espaço da execução pública nos grandes meios de comunicação (“jabá”).

Dentro dessa estratégia de reduzir os lançamentos e massificá-los, a qualidade musical cede seu lugar às jogadas de marketing e já não desempenha qualquer papel no resultado das vendas. Foi assim que os novos talentos, e logo em seguida os grandes nomes já consolidados da MPB, viram as portas das multinacionais se fecharem para eles.

O eixo da produção fonográfica brasileira se deslocou então para as independentes - pequenas gravadoras que mantêm vivo o registro da nossa cultura musical, mas não conseguem levá-lo ao grande público porque o espaço dos meios de comunicação foi loteado, comprado e cercado pelo monopólio de acesso às estruturas de distribuição.

A diminuição dos custos de produção permitidos pelas novas tecnologias derrubou o risco inerente ao negócio musical; atualmente, o papel das gravadoras se limita apenas à prensagem e distribuição do produto acabado. O custo inicial – pesquisa, produção, gravação – é cada vez mais suportado pelos próprios artistas.

Tanto é assim, que João Marcelo Boscoli, diretor da gravadora brasileira Trama, em entrevista ao IDG Now afirma:

“A Trama apóia o P2P e é contra qualquer tecnologia de DRM (Digital Rights Management), sigla que se refere aos sistemas digitais de gerenciamento de direitos autorais capazes de restringir o acesso e a possibilidade de se copiar um CD ou um arquivo de música digital em MP3 ou qualquer outro formato. "Não estou nem aí para a pirataria digital. Podem copiar quantas vezes quiserem".”

Para Boscoli, filho de Elis Regina, "as independentes se aproveitam desse novo método", referindo-se ao formato digital. Para ele o MP3 é uma nova versão do single ou da música no rádio, pois ajuda a divulgar o artista e assim incentiva a compra do disco e o agendamento de shows.

Em 2003, a Trama realizou uma promoção para divulgar o disco da cantora Fernanda Porto que premiava usuários "flagrados" oferecendo a música da artista para que terceiros a baixassem. A *blitz* virtual recompensava aqueles que distribuíssem o arquivo na web. A posição da Trama é também a adotada pela Associação de Música Independente (ADMI), da qual é integrante.

4. Da tecnologia de cópia

A posição da doutrina maximalista, no sentido de que a exploração comercial de redes P2P é essencialmente um serviço que permite que seus usuários infrinjam direitos autorais em larga escala, pode muito bem se referir à conduta da empresa Xerox, quando comercializa uma máquina de fotocópias, ou da Sony, quando vende um gravador de CDs. Ou ainda das diversas empresas que vendem CDs e DVDs virgens, ou tocadores de MP3, ou pen-drives.

A partir do momento em que são comercializados, todos estes produtos têm uma finalidade em comum: permitir reprodução de informações, que podem ou não ser protegidas pelo direito autoral.

O usuário de uma rede P2P pode realizar o *download* de arquivos, tanto aqueles legítimos (cuja distribuição foi autorizada, caídos no domínio público ou em situações de exceção ao exclusivo do autor) quanto ilícitos (obras protegidas, sem autorização). Da mesma forma que quem utiliza uma fotocopadora pode copiar o texto ou as imagens que escolher, lícita ou ilicitamente.

A posição maximalista, ao optar pela via do litígio judicial, consegue apenas afastar os empreendedores honestos, na legalidade, que tentam criar modelos de negócios inovadores. De forma indireta, estimulam a criação de redes cada vez mais despersonalizadas e descentralizadas, tornando cada vez mais difícil a tarefa de construir um esquema que agregue as potencialidades da nova tecnologia com o necessário estímulo aos trabalhadores criativos.

Esta miopia da indústria ecoa as tentativas de se matar a tecnologia do vídeo-cassete, no início dos anos 80. No paradigmático caso “Betamax” (Sony v Universal), examinado pela Suprema Corte norte-americana, também se tentou condenar uma tecnologia de cópia (sem sucesso).

A mesma tecnologia que se tornou, anos mais tarde, salvadora dos estúdios de Hollywood, graças ao sucesso das fitas de vídeo e às generosas rendas dali advindas.

Tal decisão reconhece que as leis de direito autoral não são feitas para desencorajar ou controlar a emergência de novas tecnologias, inclusive (talvez especialmente) aquelas que ajudam a disseminar informações e idéias com maior alcance ou com mais eficiência.

5. Do potencial lesivo das redes P2P

Os *papers* divulgados pelos representantes desses grupos detentores de direitos autorais, quando abordam as redes P2P, usualmente assumem que há uma correlação direta entre o número de arquivos trocados (nestas redes) e o número de vendas de determinado CD. Logo, se houve troca de arquivos, ela deve ser reparada monetariamente.

Mas tais assertivas não se sustentam; estudos científicos demonstram que muitas vezes quem baixa arquivos musicais são justamente as pessoas que mais consomem música, o que pode levar ao conhecimento de novos artistas, aumento na frequência em shows e a um aumento geral no volume de vendas, incluindo *merchandising*.

O principal trabalho acadêmico sobre o tema é dos professores Oberholzer e Strumpf (2005), da Harvard Business School e da UNC Chapel Hill, respectivamente. É intitulado “*The Effect of File Sharing on Record Sales – An Empirical Analysis*” (“Os efeitos da troca de arquivos na venda de discos – uma análise empírica”).

Neste *paper*, afirmam logo na introdução (em tradução livre):

“Neste artigo, estudamos o impacto de tecnologias de trocas de arquivos na indústria musical. Em particular, analisamos se a troca de arquivos reduziu as vendas lícitas de música. Enquanto esta questão têm recebido considerável atenção na academia, indústria e no Congresso, nós somos os primeiros a estudar o fenômeno utilizando dados sobre o download realizado de arquivos musicais. (...) **Os downloads têm um efeito nas vendas que é estatisticamente indistinguível de zero.** Além disso, estimamos que tenham uma significância econômica moderada e que as alegações de que a troca de arquivos pode explicar o declínio na venda de músicas durante o período de estudo são inconsistentes.”

Argumentam ainda que, provavelmente, aquele que “baixou” músicas provavelmente não as teria comprado em primeiro lugar. E prosseguem:

“A troca de arquivos permite que os usuários descubram novas músicas a que de outra forma não seriam expostas. Na comunidade de trocas de arquivos, é prática comum navegar pelos arquivos de outros usuários e discutir música em salas de bate-papo. Tal conhecimento pode promover novas vendas.”

Em suas conclusões, os estudiosos apontam que, apesar de haver alguma evidência no sentido que os discos mais trabalhados podem vender menos cópias como resultado das redes P2P, o impacto econômico é pequeno, menos de 10% de vendas até para os mais populares.

Por outro lado, as estimativas indicam que artistas menos populares, que vendem menos discos, provavelmente não são afetados, ou são afetados positivamente pela troca de arquivos, **deixando os incentivos para se entrar na indústria não-modificados ou talvez melhorados.**

Para o Prof. Yokai Benkler (*Professor for Entrepreneurial Legal Studies at Harvard Law School*), em seu seminal livro “The Wealth of Networks” (*A Riqueza das Redes*), esta crise não é sentida por quem deveria ser de fato protegido pelos direitos autorais (os artistas):

“Músicos e compositores parecem estar relativamente insulados dos efeitos de redes P2P, e no geral, são provavelmente afetados positivamente. Os melhores dados de pesquisas disponíveis, de fins de 2004, demonstram que 35% de músicos e compositores disseram que downloads gratuitos ajudaram suas carreiras. Apenas 5% disse que isso os prejudicou. Trinta por cento disse que isto aumentou a frequência em shows, 21% que ajudou na venda de CDs e outros produtos, e 19% que ajudou a ganhar presença nas rádios”.

Benkler, ao analisar esta mudança de mercado, assim afirma

“A distribuição, que já foi o domínio solitário de empresas baseadas no mercado, agora pode se dar por redes descentralizadas de usuários, compartilhando músicas que consideram atrativas com outros usuários, usando equipamentos que lhe pertencem e conexões genéricas de redes. Essa rede de distribuição, por sua vez, permite que um escopo muito mais diverso de músicos possa alcançar audiências muito mais específicas do que aquelas necessárias à produção industrial e distribuição física da música nos formatos de vinil ou CD. A batalha legal reflete um esforço de uma indústria estabelecida para preservar seu modelo de negócios amplamente lucrativo”. (grifo nosso)

Neste prisma, deixam de fazer sentido as alegações de prejuízo sofrido pela autora; conclui-se que o P2P funciona de fato como ferramenta de divulgação para os artistas.

Não custa lembrar que uma das fundamentações ideológicas dos direitos autorais é a proteção da parte hipossuficiente da relação de mercado, qual seja, o trabalhador criativo. E é esse trabalhador quem historicamente batalha por direitos básicos seus, constantemente desrespeitados pelos grandes grupos de mídia (por exemplo, a numeração das cópias de um CD).

6. **Infração direta e indireta a direitos autorais**

Passemos então à análise da legalidade da conduta do provedor de serviços P2P. É possível o reconhecimento da *culpa in vigilando*? Pode tal provedor ser diretamente responsabilizado por infração ao direito autoral cometida por usuários de seus serviços?

Não nos parece possível a aplicação de tal tese, a não ser que reste provado que tal provedor disponibilizava pessoalmente arquivos digitais com conteúdo protegido – e mesmo assim, com as ressalvas relativas à cópia privada.

De outra forma, como isentar a Xerox de culpa pelo mau uso de fotocopiadoras? Como isentar a Maxwell pelo fato de que vende CDs e DVDs virgens, se se sabe que provavelmente neles serão apostas obras protegidas? Como proteger a Apple por comercializar iPods no Brasil, país no qual não se podem ainda comprar músicas pelo sistema iTunes? Ou a Sony, por seus aparelhos de MP3?

A principal tese maximalista, entretanto, parece ser pela aplicabilidade de instituto próprio da *common law*: a responsabilização por “*secondary copyright infringement*”, ou seja, a responsabilização solidária do provedor de tecnologia que permita a troca de arquivos.

Em matéria de direito autoral brasileiro, a responsabilidade solidária pode derivar da participação direta de diversos agentes, caracterizando a co-autoria, o que determina a aplicação do preceito contido no parágrafo único do Art. 942 do Código Civil, segundo o qual “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

Assim, tal tese somente pode ser aplicada é quando puder ser demonstrada a responsabilidade do provedor de serviços P2P por qualquer contrafação *ipso facto*.

Existem, porém, casos de responsabilidade por atos praticados por terceiros. A regra básica dessa responsabilidade solidária está codificada no Art. 104 da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA), segundo a qual quem **comercializa** ou **auxilia na comercialização** de obra reproduzida fraudulentamente (i.e., oculta, tem em depósito ou importa), com a finalidade de obter ganho ou lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, é solidariamente responsável com o contrafator. Normas adicionais estão contidas nos Arts. 86, 107, IV, e 110 da LDA.

A jurisprudência tem entendido que a regra geral não estabelece uma responsabilidade objetiva, mas sim dependente da comprovação de culpa, o que pressupõe pelo menos *a ciência de que se trata de obra fraudulentamente reproduzida*.

Assim decidiu a 3ª. Turma do STJ em acórdão proferido em sede de Recurso Especial, ainda na vigência da Lei 5.988/73. O requisito de ciência da contrafação tem sido acolhido pela jurisprudência, embora hajam decisões aplicando uma forma de responsabilidade objetiva em casos de infração pela imprensa.

No que se refere ao provedor de hospedagem, a jurisprudência também não tem reconhecido a responsabilidade objetiva do mesmo pela inserção, por parte do assinante do serviço, de material ilícito em página hospedada em seu servidor, a não ser na hipótese de flagrante ilegalidade.

É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná em acórdão de 2002, com grifos nossos:

“Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, **ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade**. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro.” – AC 130075-8-Londrina – 5ª. Câmara Cível – TJPR – 19.11.2002.

Ou seja: para nossos tribunais, parece ser requisito para aceitação da tese da responsabilização solidária que a conduta imputada a terceiro seja **flagrantemente ilícita**.

É a conduta de terceiro fazer o *download* de arquivos para cópia privada ilícito flagrante? Para a empresa Sony, grande titular de direitos autorais, parece que não. Em data de 22 de abril de 2009, o seguinte texto podia ser encontrado no seguinte endereço eletrônico, pertencente à Sony, ”

E quanto à questão dos provedores de serviços P2P estarem explorando comercialmente tal serviço, visando lucro? Pergunta-se: há uma diferença fundamental entre tal conduta e a da empresa Xerox, que não seja o meio em que operam suas ferramentas? A Xerox, ao que se saiba, visa o lucro com a venda de suas fotocopiadoras, que também podem ser acusadas de uso “predominantemente infringente”. Tanto quanto a própria Sony lucrou com a venda de aparelhos de VHS, ou como lucraram os vendedores de fitas K-7, e continuam lucrando com DVRs, CDRs, iPods, MP3s...

Rigorosamente o mesmo potencial de ilícito pode ser impingido a todas essas empresas e produtos. Não há diferença real entre o que fazem e os atos dos provedores de serviços P2P.

7. Conclusões

A sociedade informacional trouxe consigo consequências de grande impacto para determinados setores, especialmente aqueles estabelecidos nos setores de produção e distribuição de conteúdo. A digitalização de tais informações permite seu livre trânsito, muitas vezes em detrimento dos interesses de seus titulares – os quais têm invocado o ordenamento legal como forma de reprimenda de tais condutas.

Esse movimento se sustenta na doutrina maximalista do direito autoral, que prega a interpretação absolutamente restritiva dos negócios jurídicos na área, bem como na existência de limites taxativos – situação positivada na legislação brasileira.

Porém, o ambiente digital não se coaduna com tais limites e restrições. É preciso um balanceamento entre os direitos individuais dos titulares e os direitos coletivos ao conhecimento e à cultura, que se preocupe com a devida remuneração aos trabalhadores criativos.

A incapacidade em reconhecer e assimilar essa mudança de paradigma leva os doutrinadores maximalistas a esbravejarem contra tudo o que chamam de “pirataria”, enquadrando sob essa tarja qualquer conduta que signifique um declínio dos poderes estabelecidos na estrutura de disseminação de conteúdo.

Nesse condão, procuram responsabilizar civilmente empresas ou indivíduos que mantêm serviços de conexão às redes ponto a ponto (P2P), redes de topologia descentralizadas que permitem a troca de arquivos *online*, por suposta facilitação de atividades de terceiros potencialmente lesivas à seus interesses.

Existe vasta discussão doutrinária a respeito da licitude do direito de cópia privada, bem como usos manifestamente legítimos para tal tecnologia (obras licenciadas e informações sob o domínio público); e a jurisprudência pátria sobre o tema tem estabelecido que a responsabilização solidária, em matéria autoral, só se dá quando existe uma conduta *flagrantemente ilícita*, por exemplo na comercialização de material “pirateado” (contrafeito).

Assim, não nos parece admissível responsabilizar o provedor de tais tecnologias por eventuais condutas ilícitas cometidas por usuários de tais redes; mormente que é impossível fazer cessar o uso dessas redes, por sua própria característica de descentralização.

Enquanto a lei não disser expressamente que devem ser reprimidas tais condutas, elas são lícitas. Qualquer decisão em sentido contrario será, s.m.j., *contrarium legem*, verdadeiro pronunciamento legiferante, em afronta à expressa disposição legal e à tripartição de poderes.

Referências Bibliográficas:

BENKLER, Yochai, *The Wealth of Networks, How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006.

GIL, Gilberto. “O Direito Autoral no Brasil hoje”. Artigo publicado no jornal “O Globo”, em 23/06/2008

OBERHOLZER, Felix; STRUMPF, Koleman. *The Effect of File Sharing on Record Sales – An Empirical Analysis*.

TRABUCO, Claudia. O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital. Coimbra Editora: 2006.

Referências Adicionais:

<http://www.lessig.org/blog/eldredcc/>

http://www.abpd.org.br/estatisticas_mercado_brasil.asp

http://www.musicnews.art.br/Produtos/pdf/encontro_abmi.pdf

Ver *Eldred vs Ashcroft*. Informações detalhadas pela equipe do Prof. Lawrence Lessig em Ver TRABUCO, Claudia. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra Editora: 2006.

Associação Brasileira de Produtores de Disco, entidade que reúne empresas multinacionais do setor. Dados sobre o mercado disponíveis em Reuniu representantes das sociedades autorais (AMAR e UBC), dos produtores independentes (ABMI), das rádios públicas (ARPUB), artistas e jornalistas, em abril de 2008 em Curitiba/PR. Texto disponível em

Texto disponível em Disponível em *“In this paper, we study the impact of filesharing technologies on the music industry. In particular, we analyze if file sharing has reduced the legal sales of music. While this question is receiving considerable attention in academia, industry and in Congress, we are the first to study the phenomenon employing data on actual downloads of music files. (...) Downloads have an effect on sales which is statistically indistinguishable from zero. Moreover, our estimates are of moderate economic significance and are inconsistent with claims that file sharing can explain the decline in music sales during our study period.”*

“File sharing allows users to learn about music they would not otherwise be exposed to. In the file sharing community, it is a common practice to browse the files of other users and discuss music in file server chat rooms. This learning may promote new sales.”

BENKLER, Yokai *The Wealth of Networks*, p. 268. Disponível em *“Distribution, once the sole domain of market-based firms, now can be produced by decentralized networks of users, sharing instantiations of music they deem attractive with others,*

using equipment they own and generic network connections. This distribution network, in turn, allows a much more diverse range of musicians to reach much more finely grained audiences than were optimal for industrial production and distribution of mechanical instantiations of music in vinyl or CD formats. The legal battles reflect an effort by an incumbent industry to preserve its very lucrative business model.” BENKLER, Yokai. Op. Cit. p. 296.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

“Art. 104. Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior”.

“À falta de ciência de que a autoria do projeto e da construção da casa fosse de terceiro e não daquele que se apresentou como tal na reportagem publicada, a editora da revista especializada não responde por danos materiais e morais postulados em razão da

usurpação havida”. Apelação Cível 2001.001.21728 – Rio de Janeiro – 5ª Câmara Cível – T.J.R.J. – 25.3.2002.

“A solidariedade do que vende ou expõe à venda obra reproduzida com fraude não prescinde da comprovação de culpa”. Recurso Especial 6.087 – Minas Gerais – 30.4.1991.

“DIREITO AUTORAL - Edição de obra traduzida, cujos direitos haviam sido objeto de cessão, pelo tradutor. (omissis). Inteligência do artigo 122 da Lei n. 5.988/73, vigente à época - Não caracterização, porém, na espécie, da responsabilidade solidária do livreiro, sob a égide do artigo 124 do mesmo diploma legal - Ciência da origem viciada da edição nem sequer insinuada, no pedido inicial - Carência da demanda, nessa parte - Distribuição conseqüente dos ônus sucumbenciais - Preliminares rejeitadas, recurso da editora não provido e do livreiro, provido”. Apelação Cível n. 78.944-4/8 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Privado – T.J.S.P. – 20.08.99.

GIL, Gilberto. “O Direito Autoral no Brasil hoje”. O Globo, 23/06/2008

SABERES TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: ENTRE DOIS SISTEMAS DE MUNDO

TRADITIONAL KNOWLEDGE AND INTELLECTUAL PROPERTY: BETWEEN TWO WORLD SYSTEMS

Nirson Medeiros da Silva Neto

RESUMO

O texto que consta nas próximas linhas parte da necessidade de aprofundamento dos debates teóricos referentes aos impactos da aproximação entre o sistema de mundo capitalista e o sistema de mundo das populações tradicionais, percebendo nuances desta relação intercultural que sugerem um caminho para além da dicotomia proteção/desculturação. Esta oposição tem caracterizado as discussões sobre o tema da proteção dos saberes tradicionais e da propriedade intelectual, os debates recaindo em uma ingênua, ou talvez interessada, afirmação das fecundidades do relacionamento entre a lógica do capitalismo e as culturas tradicionais ou em uma absoluta negação das relações positivas entre capitalismo e populações nativas. Demonstrar-se-á que estes posicionamentos intelectuais admitem uma falsa dualidade que nem sempre considera a existência da vida econômica, embora muito peculiar, dos grupos tradicionais, assim como ignoram a possibilidade de o contanto com o sistema de mundo capitalista reafirmar os pontos de vista tradicionais e, por conseguinte, produzir desenvolvimento da cultura local. Isto, todavia, não elimina a possibilidade de relações simbolicamente violentas das populações nativas com a economia de mercado, também sobremodo comuns, que, ao invés de reafirmar, descaracterizam e, não raramente, destroem o sistema de mundo tradicional.

PALAVRAS-CHAVES: CONHECIMENTOS TRADICIONAIS; PROPRIEDADE INTELECTUAL; CAPITALISMO.

ABSTRACT

The text that consists in the next lines begins from the necessity of deepening in the theoretical debates to the impacts of the approach between the capitalism world system and the traditional world populations system, perceiving nuances of this intercultural relation that suggests a way beyond the dichotomy protection/unculture. This opposition has characterized the quarrels onto the subject about the protection of traditional knowledge and the intellectual propriety, the debates have fallen into an ingenuous, or perhaps interested, affirmation of fecundates from the relationship between the capitalism and native populations. It will demonstrate that these intellectual positions admit a false duality that not always consider the existence of the economic life, though so peculiar, of the traditional groups, as well as ignore the possibility of the contact with the capitalist world system to reaffirm traditional points-of-view and, therefore, to

produce the local culture development. This, however, does not eliminate the possibility of symbolically violent relations of the breaking coconut babassu ladies with the market economy, which is also very common, that, instead of reaffirming, they deprive of characteristics the way of traditional living.

KEYWORDS: TRADITIONAL KNOWLEDGE; INTELLECTUAL PROPERTY; CAPITALISM.

INTRODUÇÃO

O cultivo da diversidade cultural, afirmara Vandana Shiva inspirada nos preceitos de Mahatma Gandhi, requer “uma resposta não-violenta à violência da globalização, da homogeneização e da monocultura”[1] típica do sistema de mundo capitalista-ocidental. As formas contemporâneas de reação às imposições da economia global têm sido tanto mais variáveis quanto mais diversificadas são as maneiras que as estratégias empresariais desenvolvem para, a um turno, maximizar os lucros dos setores dominantes do capitalismo e, a outro, minimizar as possibilidades de percepção dos arbitrários requeridos para o alcance dos fins capitalistas, ocultando, por seguimento, a violência simbólica[2] característica de tais estratégias que apresenta o efeito de domesticação dos grupos sociais dominados[3], isto é, de conversão destes em cúmplices de sua própria dominação. É no âmbito do enfrentamento da ação simbolicamente violenta e desculturante do sistema de mundo capitalista face grupos dominados que, há cerca de duas décadas, originou-se o campo de proteção dos conhecimentos tradicionais, um espaço de relações objetivas entre intelectuais que concorrem pela palavra científica e jurídica mais autorizada sobre qual a melhor forma de salvaguardar os saberes das populações – conforme denominação da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) – com estilo de vida tradicional e que detêm grande sabedoria quanto à relação entre a humanidade e o meio ambiente.

A especificidade de referido *campus*, no íterim das discussões acerca do cultivo da diversidade cultural, reside justamente no objeto tomado para reflexão, qual seja, como adequada e eficientemente proteger as obras do intelecto coletivo de grupos nativos que possuem relevância para a conservação da biodiversidade e que, atualmente, sofrem com a ação de indústrias biotecnológicas e instituições de pesquisa científica e bioprospecção que apropriam-se ilegitimamente dos frutos de suas “ciências” tradicionais visando inserir no mercado produtos e processos associados aos recursos naturais que sejam inovadores, tenham aplicação industrial, envolvam inventividade e despertem interesse nos consumidores – isto é, que sejam patenteáveis e rentáveis –, especialmente por trazerem incorporado o discurso do desenvolvimento sustentável porque originários de populações que tradicionalmente relacionam-se de maneira harmoniosa com os ecossistemas nos quais estão inseridas.

Os debates intelectuais acerca da proteção dos saberes nativos são, no entanto, concomitantes ao advento de um sistema de proteção da propriedade sobre obras do intelecto fortemente voltado à realização dos interesses do setor industrial e das instituições de pesquisa científica e bioprospecção, o qual não prevê instrumentos inibitórios às práticas de apropriação indevida do patrimônio genético das nações, particularmente as periféricas e semiperiféricas, e dos conhecimentos de populações tradicionais associados a este patrimônio: em outras palavras, a chamada biopirataria. A fim de estruturar mecanismos jurídicos hábeis à conservação da biodiversidade e à regulação das atividades de pesquisa envolvendo recursos naturais e conhecimentos tradicionais, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, foi elaborada e assinada a CDB. A partir da assinatura desta Convenção, uma série de debates efetuou-se quanto à exigibilidade de consentimento prévio fundamentado e de contratos de repartição de benefícios não somente entre as nações em cujo território estão situados os recursos e saberes pesquisados e os grupos empresariais interessados, mas, de igual modo, entre estes grupos e as populações detentoras dos conhecimentos explorados, ou seja, foram gestadas as primeiras discussões sobre o denominado sistema *sui generis* de proteção dos saberes tradicionais. A emergência da CDB veio a suscitar, nas lides eruditas sobre a salvaguarda dos conhecimentos nativos, a problemática da associação entre o resguardo das obras do intelecto coletivo e o direito de propriedade intelectual, dado que as regras instituídas pela Convenção subscrita na Conferência Rio-92 não anularam as forças de apropriação privada dos conhecimentos das populações tradicionais, senão apenas estabeleceram formas legais para o empreendimento de privatização de tais saberes, ainda que, agora, com o consentimento das populações afetadas e mediante a repartição dos benefícios com estas.

Diante disso, uma controvérsia fundamental edificou-se no *campus* referente à fecundidade ou não da associação entre o sistema de mundo capitalista, mediado pelo direito de propriedade intelectual, e o sistema de mundo das populações nativas, portadoras de sabedorias que, de forma cada vez mais difusa, passavam a interessar aos setores dominantes do capitalismo. A possibilidade ou não de referida associação contribuir para a realização não somente dos interesses empresariais, mas igualmente dos projetos e pontos de vista dos nativos, tornou-se, pois, o “pomo da discórdia” entre os intelectuais, sendo então sustentados dois posicionamentos opostos sobre a temática: por um lado, a afirmação de que o consentimento prévio fundamentado e a repartição de benefícios podem ser promissores aos interesses das populações tradicionais, desde que tomados como requisitos para o patenteamento de produtos e processos atinentes aos conhecimentos destes grupos sociais; por outro, a crítica a estes dois instrumentos legais, sustentando que nada mais são que formas de legalização da exploração e privatização de bens públicos que, originalmente, não possuem valor-de-troca, sendo a apropriação privada um modo de intervenção predatória nas culturas e formas de vida tradicionais. Esta controvérsia, entretanto, parte de um pressuposto mais profundo e genérico segundo o qual a tradicionalidade dos conhecimentos nativos deriva necessariamente de sua imemorialidade e *natural* oposição à modernidade ocidental. A dicotomia reforça ainda a percepção de que as populações tradicionais vivem em um estado de distanciamento do sistema de mundo capitalista, não atribuindo por isso valor de mercadoria e monetário a seus saberes, e apenas muito superficialmente compreende as especificidades da vida econômica dos nativos e as reais possibilidades destes se

relacionarem de forma promissora ou desculturante com a economia de mercado de feição capitalista. Além disso, a separação prevalecente no campo de proteção dos conhecimentos tradicionais parece que apenas muito parcamente considera a possibilidade de que certas tradições, ao invés de *naturalmente* opostas à modernidade, resultam de processos *artificiais* de (re)tradicionalização que se apresentam justamente na forma de reações às imposições do mundo moderno, afirmando alguns aspectos da vida social, que então passam a ser percebidos como tradicionais, a fim de contrastarem com as novas situações postas pelo universo capitalista.

1. A ESTRUTURAÇÃO DO CAMPUS DE PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

A mencionada lide intelectual exterioriza-se, principalmente, nos debates sobre a associação entre proteção dos “saberes tradicionais associados à biodiversidade” e instrumentos legais relacionados à propriedade intelectual, isto é, as legislações que dispõem sobre direito autoral (no Brasil, Lei n. 9.610/98) e propriedade industrial (Lei n. 9.279/96), bem como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Entre os direitos relativos à propriedade intelectual está o de patentear produtos e processos resultantes das atividades técnicas e científicas, tocantes à tecnologia e ao setor industrial[4]. Os objetos de patentes – direito de excluir quaisquer outros sujeitos, individuais ou coletivos, da produção, utilização e venda de certos bens – foram ampliados de sorte a abranger todas as invenções tecnológicas de produtos e processos, desde que sejam novos, envolvam inventividade e sejam suscetíveis de aplicação industrial (TRIPS, artigo 27.1). Isto vem a abarcar, se não as plantas e animais (excluídos pelo artigo 27.53, b, do TRIPS), ao menos os microrganismos, que são formas de vida, e autorizar a apropriação privada de conhecimentos de populações tradicionais. Daí a necessidade de proteção destes saberes, pois a autorização do TRIPS não previne práticas como a chamada biopirataria; ao contrário, segundo afirma Vandana Shiva[5], favorece-lhes:

Quinhentos anos atrás, bastava ser uma cultura não-cristã para perder quaisquer posses e direitos. Quinhentos anos depois de Colombo, basta ser uma cultura não-ocidental com uma visão de mundo característica e sistemas de conhecimento diversos para perder quaisquer posses e direitos. A humanidade dos outros foi anulada então e seus intelectos estão sendo anulados agora. Territórios foram tratados como despovoados nas patentes dos séculos XV e XVI. Pessoas foram naturalizadas como “nossos súditos”. Na seqüência dessa conquista por meio da naturalização, a biodiversidade é definida como natureza – as contribuições culturais e intelectuais dos sistemas de conhecimento não-ocidentais são sistematicamente apagadas.

[...]

No coração da “descoberta” de Colombo, estava o tratamento da pirataria como um direito natural do colonizador, necessário para a salvação do colonizado. No coração do tratado do GATT e suas leis de patentes está o tratamento da biopirataria como um

direito natural das grandes empresas ocidentais, necessário para o “desenvolvimento” das comunidades do Terceiro Mundo[6].

A intensificação das violações aos direitos das populações tradicionais de usar, usufruir, reaver e dispor de seus conhecimentos suscitou, desde a CDB, conflitos intelectuais em torno da necessidade de se elaborar um sistema *sui generis* de proteção das obras coletivas do intelecto. Este sistema *sui generis*, segundo a MP n. 2.186-16/01 (artigo 9º), deve assegurar às populações que detêm aquela forma de saber, entre outros, os direitos de “ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações”, “impedir terceiros não autorizados de: a) utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado; b) divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado” e, ainda, receber “benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade”. Em outras palavras, o regime especial de proteção das obras intelectuais coletivas há de incluir exigências como, por exemplo, a indicação de origem, o consentimento prévio dos detentores do conhecimento quanto ao acesso e uso deste e os contratos de repartição de benefícios, principalmente econômicos, auferidos com a comercialização do saber tradicional. Conforme as letras da própria CDB (artigo 8º, item j):

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

A CDB, entretanto, não prevê apenas o consentimento prévio, tal como a MP brasileira que lhe regulamentou provisoriamente, mas o consentimento prévio e fundamentado ou informado. Tal previsão diz respeito aos Estados que subscreveram a Convenção – “o acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos” (artigo 15.5) –, no entanto, os defensores do sistema jurídico *sui generis* a têm estendido às populações tradicionais com fulcro no princípio de que estas populações devem participar do processo de gestão e proteção dos recursos naturais e conhecimentos que lhes estão associados, o que há de se dar de forma justa e equitativa. Tais agentes ainda fundam-se nas Diretrizes de Bonn sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa de Benefícios Derivados de seu Uso apresentada na 6ª Conferência das Partes (COP VI) da CDB, que afirmara no Parágrafo 26 que, além do país provedor do conhecimento, deveria “ser obtido também o consentimento de partes interessadas relevantes, como comunidades indígenas e locais”. Neste sentido, Laurel Firestone, pesquisadora do *Harvard Law School* e do Instituto Socioambiental (ISA), afirma que consentimento prévio informado significa exigir, das empresas e pesquisadores que objetivam acessar e usar

conhecimento tradicional, a consulta às populações detentoras do saber a fim de que estas assintam voluntariamente no que respeita ao acesso e uso, sendo fundamental que o consentimento se dê após a informação sobre os riscos e os benefícios do projeto de pesquisa científica e/ou bioprospecção[7].

Segundo Margarita Flórez, do *Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos* (ILSA), o consentimento prévio informado implica que o ato de assentimento seja voluntário, livre, informado e prévio: 1) a voluntariedade do consentimento, de acordo com a autora, inclui os direitos de proibir, controlar e autorizar ações que estejam relacionadas a territórios de populações tradicionais e recursos naturais a estes circunscritos, caso tais populações entendam que as pesquisas afetam seus costumes, territorialidade, direitos ou o meio ambiente; 2) a liberdade requer que o acordo seja obtido sem coerção, ameaças, fraude ou manipulações, as populações tendo conhecimento das implicações do projeto e sendo possível revisar a decisão que autoriza o acesso e uso em caso de surgimento de fatos novos; 3) o consentimento será prévio quando outorgado antes que as atividades hajam sido efetuadas; e 4) apresentar-se-á como informado quando todas as informações necessárias para a tomada de decisões sejam acessadas, e desde que tais informações estejam disponíveis em linguagem apropriada, o que quer dizer inteligível para a população detentora do conhecimento tradicional[8]. Nas palavras de Debra Harry, integrante do Conselho dos Povos Indígenas sobre Biocolonialismo (IPCB):

[...] o consentimento prévio informado não é só assinar na linha pontilhada. Tem que ser feito numa linguagem completamente compreensível, e os participantes têm que entender as implicações mais amplas, e também entender que os benefícios têm que ser maiores do que os riscos assumidos pela comunidade. Nós falamos sobre o respeito à confidencialidade quando exigida. Se houver informação delicada que a comunidade acha que não deveria ser divulgada, eles têm o direito de vetar, alterar, revisar e aprovar essas publicações antes que elas sejam lançadas no domínio público, e ter certeza que a informação e conhecimento são protegidos[9].

O consentimento prévio e informado é um dos pilares do sistema de proteção dos conhecimentos tradicionais instituído pela CDB. Outro, tão importante e discutido quanto o primeiro, é a repartição de benefícios. Da mesma forma como no caso anterior, a repartição de benefícios na CDB foi prevista objetivando beneficiar os Estados signatários em cujo território nacional o conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos é apropriado. Os debates acerca do sistema *sui generis*, novamente com base nos princípios de justiça e equidade e nas Diretrizes de Bonn, têm indicado que a repartição de benefícios deve ser estendida às populações tradicionais detentoras do conhecimento acessado e usado pelas pesquisas científicas e de bioprospecção. Isto significa reconhecer, nas palavras de Juliana Santilli, pesquisadora e sócia-fundadora do ISA, a titularidade destas populações “sobre os direitos intelectuais associados aos seus conhecimentos tradicionais, por se reportarem a uma identidade cultural coletiva e a usos, costumes e tradições coletivamente desenvolvidos, reproduzidos e compartilhados”[10]. Significa também que em se identificando, nas atividades de pesquisa, saberes tradicionais com potencial de utilização comercial, e havendo

interesse nesta utilização, é mister o estabelecimento de contrato de repartição de benefícios entre a empresa ou pesquisador que acessara os conhecimentos e a população tradicional provedora do construto intelectual. De conformidade com a MP 2.186-16/01 (artigo 25), os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo originariamente relacionado a conhecimento tradicional, podem ser, dentre outras possibilidades, compreendidos como “divisão de lucros”, “pagamento de *royalties*”, “acesso e transferência de tecnologias”, “licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos” e “capacitação de recursos humanos”. No parecer de Santilli:

[...] os mecanismos mais eficientes e eqüitativos de repartição de benefícios são aqueles que implicam a participação nas atividades de pesquisa e desenvolvimento, a sua capacitação e treinamento para uma participação efetiva e qualificada, e não apenas formal, o acesso a tecnologias, até mesmo a biotecnologias protegidas por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, e a participação nos lucros auferidos com a comercialização de produtos e processos desenvolvidos com a utilização de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais de que são detentores. Pagamentos pontuais e momentâneos, como taxas de coleta e bioprospecção, que não promovem um processo mais amplo e permanente de troca de informações e de repartição de benefícios, têm alcance muito limitado[11].

No âmbito das discussões em torno do consentimento prévio fundamentado e da repartição de benefícios residem disputas intelectuais respeitantes às circunstâncias em que a titularidade dos conhecimentos tradicionais não se restringe a uma singular população e, por seguimento, é compartilhada por mais de um ou mesmo por uma diversidade de grupos sociais. Desta forma, o exercício dos direitos intelectuais coletivos – conforme a lógica da CDB e da MP brasileira, leia-se: direitos de consentir previamente e receber benefícios – “por um ou mais detentores não deve prejudicar ou restringir os direitos de outros povos ou comunidades co-detentores”[12]. É evidente que quando se tratar de uma população detentora singular e identificável do conhecimento, o consentimento prévio e informado, assim como a repartição de benefícios, deve-se dar juntamente a ela. Problemas emergem, porém, quando se estiver a lidar com um saber detido por mais de um grupo social ou por populações não-identificáveis. Em ocorrendo isto, no caso do consentimento, há agentes no campo de proteção dos conhecimentos tradicionais, como Firestone, a sugerir que, dada a dificuldade de se identificar quem deve consentir, poderia ser competente para tal assentimento uma agência nacional, um mediador governamental ou mesmo não-governamental capaz de garantir os direitos das populações tradicionais[13].

No Brasil, conforme o atual estado da legislação nacional, a agência que mais se aproximaria desta atribuição é o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), a quem compete hoje conceder “autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seu titular” (MP n. 2.186-16/01, artigo 11, IV, b). No que respeita à repartição de benefícios, intelectuais como Santilli vêm propondo a criação de fundos “geridos por conselhos compostos por representantes de órgãos públicos, da sociedade civil e das organizações representativas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais”, fundos estes destinados a financiar tanto

projetos de preservação da biodiversidade nos territórios tradicionalmente ocupados quanto projetos de desenvolvimento sustentável (econômico, social e cultural) das populações tradicionais, devendo garantir-se “acesso prioritário aos recursos para projetos apresentados por povos e comunidades co-detentores de conhecimentos tradicionais”, em especial daqueles que já foram acessados e utilizados[14].

Diante desta breve explanação sobre o sistema *sui generis* de proteção dos conhecimentos tradicionais esboçado na CDB, visualiza-se que, ao exigir o consentimento prévio informado e a repartição de benefícios, decerto flexibiliza o direito de propriedade intelectual, pois a concessão de patentes, em tese, como observa Eliane Moreira, ex-coordenadora do Núcleo de Propriedade Intelectual do Centro Universitário do Pará (NUPI/CESUPA), deveria estar condicionada à observância destas duas exigências legais: consentimento informado prévio e repartição de benefícios – condição esta que garantiria a função sócio-ambiental da propriedade intelectual[15]. No entanto, este condicionamento certamente não anula as forças de apropriação privada de referidos conhecimentos, embora amenize os efeitos da privatização. Uma das razões porque isto se dá reside na relação ainda precária entre a CDB e o TRIPS, pois, como afirma Vanessa Dolce de Faria, diplomata que atua na Divisão de Propriedade Intelectual do Ministério das Relações Exteriores, “não há como, da forma como se estrutura o sistema patentário internacional hoje, se evitar a concessão de uma patente” relacionada a conhecimento tradicional “se o processo ou produto for considerado novo, inventivo e com possibilidade de aplicação industrial pelo escritório patentário junto ao qual foi depositado o pedido da patente”[16].

Mas ainda que os escritórios de patentes exigissem comprovação de obtenção do consentimento prévio informado e de realização do contrato de repartição de benefícios, mesmo assim a apropriação individual ou empresarial de conhecimentos outrora apenas coletivos e a comercialização de saberes antes não-comercializáveis não deixariam de ocorrer. Agregar-se-ia, portanto, novas exigências à concessão de patentes, para além daquelas já existentes (inovação, inventividade e aplicação industrial); contudo, com isso se obteria não um impedimento da privatização de saberes tidos como “públicos” (embora alguns não sejam de domínio geral, senão apenas de agentes que detêm faculdades especiais como, por exemplo, pajés) e sim uma flexibilização do enrijecido direito de propriedade intelectual incorporando a este outros requisitos para a patenteabilidade de produtos e processos biotecnológicos.

2. CRÍTICAS AO SISTEMA *SUI GENERIS* DE PROTEÇÃO DOS SABERES NATIVOS

Por esta razão, o sistema *sui generis* tem sofrido críticas afirmando que, por aplicar-se à proteção de saberes de natureza não-individual e cultural, possibilita uma forma de apropriação e privatização de bens públicos, transformando-os em mercadorias e, assim,

sendo mais bem uma legalização da exploração dos conhecimentos tradicionais do que uma proteção destes e de seus detentores[17]. Segundo Edna Castro, pesquisadora do Núcleo de Altos Estudos da Amazônia da Universidade Federal do Pará (NAEA/UFPA), o termo propriedade privada não possui significado para povos tradicionais como os indígenas da Amazônia, sendo o estatuto da propriedade intelectual incompatível com a proteção de saberes cuja invenção é coletiva, não-datada, não-localizada e fundada em padrões de informalidade, a sociabilidade e os valores dos grupos exercendo papel determinante no processo de invenção. A noção de patrimônio, que faz referência a saberes herdados e acumulados por gerações, seria por isso mais adequada. Daí porque Castro recorre à noção de patrimônio de François Ost:

[...] Ost pensa o patrimônio como “instituição transtemporal” e “translocal”, enquanto um reservatório de possibilidades. Para além do estatuto da propriedade, a noção de patrimônio requer incorporar outras dimensões plásticas, móveis, levando em conta escalas diferentes e variáveis “segundo o tipo de recurso a proteger e segundo o tipo de uso a favorecer... mas ao mesmo tempo esses recursos transitam através da propriedade, a transcendem na medida em que um interesse mais geral os finaliza” [...]. Os bens recebidos do passado devem ser remetidos ao futuro, sentido que interroga o princípio de propriedade, a partir de uma compreensão sobre a transitoriedade das gerações e, portanto, de serem os indivíduos e grupos guardiães de um processo de acumulação de saberes e práticas[18].

A associação entre proteção dos conhecimentos tradicionais e direito de propriedade intelectual, conforme o posicionamento crítico, seria mais precisamente um meio de inserção destes conhecimentos no mercado, permitindo assim sua utilização como forma de agregar valor a produtos e diminuir custos e períodos de pesquisas e bioprospecções. Tal associação, portanto, se por um lado objetiva salvaguardar os interesses das populações tradicionais, por outro, como afirma Gysele Amanajás Soares, ex-coordenadora do NUPI/CESUPA, traz o potencial de transformar os conhecimentos destes grupos sociais em matéria-prima para o desenvolvimento de produtos e processos industriais, reduzindo seus detentores tão-somente a fornecedores de matéria-prima, o que contribui para a manutenção e ampliação das relações de opressão típicas do universo capitalista e, com efeito, para a multiplicação da desigualdade e da exclusão[19]. A proteção dos conhecimentos tradicionais associada ao sistema de propriedade intelectual, por conseguinte, é um anseio que não nasceu da necessidade sentida pelas populações detentoras de tais conhecimentos, “mas sim do desejo ocidental de enquadrar os sistemas sociais e culturais em formas de direito de propriedade para assim encontrarem os ‘titulares’ dos conhecimentos e estabelecerem contratos ou acordos sobre eles”[20]. Segundo Cristiane Derani, pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), os saberes e tecnologias tradicionais são produzidos fora da dinâmica do mercado, pois não possuem originalmente valor-de-troca e valor monetário, não gerando mercadoria, senão apenas valor-de-uso, visto que são desenvolvidos para a melhor satisfação das necessidades e vontades de seus detentores. A associação do direito de propriedade intelectual ao resguardo dos conhecimentos tradicionais é nada mais que um reflexo da expansão do mercado que então dirige-se ao patrimônio sócio-ambiental a fim de inserir no mercado “produções sociais fora-do-mercado”, e o “ingresso de comunidades tradicionais na

atividade de troca traz como uma das conseqüências a eliminação da tradição pela incorporação da modernidade”[21].

Em outras palavras, o que os críticos do sistema *sui generis* estão a denunciar é o seguinte: quando, no campo de proteção dos conhecimentos tradicionais, tem-se trazido à pauta pontos de vista concorrentes sobre qual a melhor forma de proteção dos saberes nativos sem dissociá-la do direito de propriedade intelectual, o que está em jogo não é a verdade quanto ao melhor modo de proteger as formas sócio-culturais tradicionais que garantem as condições de possibilidade dos saberes nativos – por exemplo, a cultura, o território, o ecossistema e a organização social tradicional. Ao contrário, o que está em jogo é o monopólio da afirmação, pretensamente correta, sobre que direito melhor regula o acesso e uso, por parte do setor industrial e de instituições de pesquisa, da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais que lhe estão associados, oferecendo condições seguras e legais ao trato com recursos biológicos e saberes nativos relacionados a estes, trato seguro e legal que mais interessa àqueles que desejam utilizar legalmente os recursos naturais, diminuir os custos e aumentar a rapidez e eficiência das pesquisas biotecnológicas, agregar valor aos seus produtos e/ou, ainda, deter a propriedade intelectual sobre produtos e processos relacionados a tais recursos e saberes. É por isso que se visualiza, entre os juristas que debatem a proteção dos conhecimentos tradicionais, assertivas afirmando que a proteção dos conhecimentos tradicionais não se justifica em razão de uma deferência aos grupos sociais nativos, mas sim é decorrência da função social e ambiental da propriedade intelectual.

Parafraseando Bourdieu[22], o que os agentes que têm denunciado o caráter mercadológico e colonizador da associação proteção dos conhecimentos tradicionais/direito de propriedade intelectual poderia ainda ser traduzido desta forma: o *ethos* e a *doxa* dos cientistas e juristas que defendem o sistema *sui generis* de proteção dos conhecimentos tradicionais demonstram possuir maior probabilidade de favorecer os estratos sociais e interesses dominantes da sociedade capitalista, em especial instituições de pesquisa e indústrias biotecnológicas, do que de empreender uma efetiva proteção das populações tradicionais, a despeito das tomadas de posição e, até mesmo, das sinceras inclinações protecionistas. Este fato tende, o que corrobora a assertiva posta acima, a gerar inconformidades e resistências por parte não somente dos críticos do sistema, mas também dos detentores de saberes nativos.

Iza Roná dos Santos Tapuia, antropóloga indígena que atua na Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica (COICA), expressa bem esta indignação quando afirma que os saberes ancestrais (ao invés de “tradicionais”) dos índios são informações culturais e intelectuais coletivas cuja utilização, por isso, somente faz sentido se ocorrer em função de uma coletividade, não podendo ser apropriada para atender estritamente ao consumo privado e à “ganância de poucos”. Segundo Tapuia, a representação indígena acerca de seus conhecimentos os percebe enquanto sabedorias materiais e espirituais, tecnologias e ciências relacionadas desde à caça, pesca, agricultura, metalurgia, criação dos filhos, saúde física e mental, até à ocupação do

tempo livre, expressões musicais, danças, pinturas, preparação de alimentos, etc.[23] . Tal inconformidade está presente, também, nas palavras de Jorge Terena, líder indígena que compõe o Núcleo de Estudos sobre Propriedade Intelectual Indígena (NEAPI) da Fundação Estadual de Política Indigenista do Estado do Amazonas (FEPI/AM):

Nosso meio ambiente faz parte de nossa cosmovisão e faz parte da nossa espiritualidade, portanto a biodiversidade que existe dentro das nossas terras não é uma coisa comercializável. Ela é para ser preservada sim, mas é para ela ser usada também, mas ser usada dentro das necessidades dos povos indígenas. E existe muita coisa que é usada para rituais, e essas plantas, animais, seja lá o que for, são sagrados, portanto não é comercializável, como muitos querem que sejam[24].

Evidentemente, como assevera Fernanda Kaingang, advogada e integrante do Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual (INBRAPI) – composto tão-somente por índios –, embora a perspectiva dos povos indígenas seja coletiva, geralmente não associada a interesses econômicos, tais interesses podem existir, “pois em uma diversidade de 230 povos há indígenas interessados em comercializar uma parte dos seus conhecimentos tradicionais, ou apenas o produto derivado desse conhecimento, mas não a sua totalidade”[25]. Ainda quando admita interesses econômicos, a representação indígena do que seja a proteção dos conhecimentos nativos está sempre muito para além destes interesses, incluindo a garantia de direitos como a participação política, o resguardo das culturas e formas de organização sócio-jurídica tradicionais, a demarcação de territórios, dentre outros. A Carta de São Luís do Maranhão, resultante do I Encontro de Pajés sobre a Convenção da Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais, é um notável indicador disso, por exemplo, ao reivindicar o direito dos indígenas “à participação plena nos espaços de decisões nacionais e internacionais sobre biodiversidade e conhecimentos tradicionais”, ao manifestar “oposição a toda forma de patenteamento que provenha da utilização dos conhecimentos tradicionais”, ao requerer a adoção, pelo governo, de “uma política de proteção da biodiversidade e sociodiversidade destinada ao desenvolvimento econômico sustentável dos povos indígenas”, assim como ao propor que o sistema protecionista *sui generis* contemple, além do consentimento prévio informado e a repartição justa e equitativa de benefícios: “o reconhecimento das terras e territórios indígenas, conseqüentemente a sua demarcação; o reconhecimento da propriedade coletiva dos conhecimentos tradicionais como imprescritíveis e impenhoráveis e dos recursos como bens de interesse público”; o direito dos índios “negarem o acesso aos conhecimentos tradicionais e aos recursos genéticos existentes em seus territórios”; o “reconhecimento das formas tradicionais de organização dos povos indígenas”; o direito de “continuidade da livre troca entre povos indígenas dos seus recursos e conhecimentos tradicionais”[26].

3. POPULAÇÕES TRADICIONAIS E SISTEMA CAPITALISTA: UMA RELAÇÃO DE INTERCULTURALIDADE (IM)POSSÍVEL E (IN)DESEJÁVEL?

Os tópicos anteriores clarearam o estado dos embates intelectuais acerca da proteção dos conhecimentos tradicionais. O que, no entanto, não se apresenta suficientemente nítido nas lutas pela palavra mais autorizada é a percepção – aliás, sobremaneira necessária de ser compreendida – da relação entre o sistema ocidental-capitalista e o sistema não-capitalista das populações tradicionais como uma interação entre culturas com sistemas de mundo diferentes e que podem tanto dialogar quanto conflitar entre si. Esta percepção deve objetivar o estabelecimento de um caminho de análise de tal relação de interculturalidade que esteja para além da tendência de folclorização dos conhecimentos tradicionais, de refreamento da evolução das culturas e de isolamento dos grupos sociais nativos, bem como reconheça as possibilidades de (re)invenção de tradições e de comunicações tanto perversas como fecundas entre os modos de vida tradicionais e modernos. A partir de agora buscarei esboçar teoricamente referida percepção baseando-me na obra de Marshall Sahlins. Mas antes de tratar de Sahlins, falarei brevemente da tese da ciência do concreto, de Claude Lévi-Strauss, que demonstra-se imperiosa para referida reflexão.

A tese lévi-straussiana considera que o saber dito “primitivo” ou mágico, o que pode ser estendido aqui para o chamado saber tradicional, é tão familiarizado com abstrações quanto o conhecimento científico. O conhecimento, portanto, dos povos e populações tradicionais apresenta, tal qual a ciência, uma ânsia por objetividade que implica diligências intelectuais e métodos de observação semelhantes aos utilizados pelos cientistas modernos, não se tratando, pois, de uma forma de conhecimento governada tão-somente por necessidades práticas, orgânicas ou econômicas. No dizer de Lévi-Strauss, o objeto da ciência do concreto “não é a ordem prática”, este modo de pensar correspondendo, ao contrário disso, “a exigências intelectuais ao invés de às necessidades”: por exemplo, “as espécies animais e vegetais não são conhecidas porque são úteis; elas são consideradas úteis ou interessantes porque são primeiro conhecidas”[27]. Em outras palavras, não são as necessidades – físicas, biológicas ou econômicas – que determinam as práticas sociais e mesmo os eventos históricos, senão a cultura ou, no dizer de Sahlins, a razão cultural de um dado grupo humano[28].

Esta anotação é imperiosa porque a interpretação do pensamento de Sahlins aqui apresentada partirá justamente de uma apropriação que tal autor realizara do reconhecimento, muito caro a Lévi-Strauss, de que o pensamento dos povos que não vivenciaram o processo civilizatório ocidental obedece a uma lógica própria e racional. Refiro-me às pesquisas de Sahlins sobre alguns episódios de colonização, especialmente em “Cosmologias do capitalismo: o setor transpacífico do sistema mundial”, e à análise do modo peculiar como se dera a relação intercultural colonizadores/colonizados de conformidade com os elementos culturais dos povos que sofreram a colonização, recebendo de maneira muito particular as imposições do capitalismo. Sahlins afirma que os povos colonizados não foram, ou não são, simples vítimas e testemunhas de sua própria submissão à ordem capitalista; ao contrário, são agentes históricos, autores de sua própria história que, quando submetidos ao encontro intercultural com o sistema capitalista, são capazes de integrar a experiência deste sistema de conformidade com a lógica própria de sua cultura e seu modo de viver: seu próprio sistema de mundo, nas palavras do antropólogo americano. Sahlins visa demonstrar que as forças capitalistas

são reafirmadas por diversos povos colonizados apesar de tomadas de uma forma diferencial em relação ao modo como foram concebidas pelos colonizadores e às finalidades a que estavam originalmente programadas[29]. Por exemplo, nas ilhas polinésias:

[...] bens ocidentais e até pessoas são frequentemente incorporados enquanto forças indígenas, em uma espécie de homenagem neolítica à Revolução Industrial. Mercadorias européias aparecem como sinais de benefícios divinos e concessões míticas, negociados em trocas e ostentações cerimoniais que são também sacrifícios costumeiros. Assim sendo, “do ponto de vista nativo”, uma exploração pelo sistema mundial pode representar um enriquecimento do sistema local. Apesar de haver uma transferência lucrativa de forças de trabalho para a metrópole, através de valores de troca desiguais, os povos das terras remotas adquirem mais bens, de extraordinário valor social, com menos esforços do que jamais poderiam no tempo dos ancestrais. Seguem-se então as maiores festas, trocas, e cantorias que já aconteceram. E, como isto significa uma acumulação máxima de benefícios divinos com poderes sociais humanos, o processo, em sua totalidade, é um *desenvolvimento*, nos termos da cultura em questão[30].

As observações e interpretações de Sahlins apontam, por assim dizer, a “positividade” que o processo de colonização pode representar ao sistema de mundo dos povos colonizados, ou seja, a reafirmação deste sistema. Naturalmente isto nem sempre virá a ocorrer (e não ocorreu no caso da China, também observado por Sahlins e que mais adiante será tratado), no entanto *pode* ocorrer, como de fato afirma o antropólogo haver acontecido nas ilhas polinésias. Parte das lutas internas do campo de proteção dos conhecimentos tradicionais reside justamente na discussão sobre o caráter colonizador – atuando na reafirmação ou descaracterização dos sistemas de mundo locais dos colonizados – que os mecanismos da propriedade intelectual podem vir a representar à cultura e ao modo de vida dos povos tradicionais, ao se transformar um conhecimento antes não produzido para a comercialização em um conhecimento comercializável, de acordo com as imposições do capitalismo. Sem embargo, o direito de propriedade intelectual é um construto jurídico elaborado para atender às demandas e necessidades sócio-econômicas surgidas no âmbito de uma cultura e forma de vida ordenadas pelas regras e princípios do sistema do capital. Este direito ao associar-se à proteção dos conhecimentos tradicionais indubitavelmente imprime relações interculturais entre um sistema de mundo articulado conforme a lógica do capitalismo e os sistemas de mundo locais das populações nativas, relações que, na esteira de Sahlins, *podem* – ao invés de *devem* – gerar benefícios a estas populações, sendo tal *possibilidade* (que não haveria de ser vista como *necessidade*) a base argumentativa dos intelectuais que defendem a associação entre os marcos legais da propriedade intelectual ao resguardo dos conhecimentos tradicionais.

Portanto, cabe já a pergunta: a partir de uma interpretação de Sahlins, poder-se-ia afirmar que não há *a priori*, talvez somente após uma análise mais rigorosa de fatos concretos, razões suficientes para não se associar o direito de propriedade intelectual, ou mais amplamente os interesses comerciais e individualistas caros ao capitalismo, à

proteção dos conhecimentos tradicionais? A resposta a esta pergunta requer uma análise mais minuciosa do pensamento de Sahlins, e apenas um esboço desta análise é possível se oferecer aqui. Este esboço segue abaixo.

A primeira reflexão que é interessante de identificar no pensamento de Sahlins respeita às relações econômicas nas sociedades alheias ao processo civilizatório ocidental (esta reflexão sendo especialmente relevante para o presente estudo em razão de uma certa prevenção, declarada ou não, de alguns agentes do campo de proteção dos conhecimentos tradicionais quanto à identificação de uma economia, ou mais propriamente um comércio, no sistema de mundo das populações nativas). Obviamente que não se está a falar de relações econômicas no sentido capitalista, mas sim de um modo de produção orientado geralmente pelo parentesco. “O parentesco é, ao mesmo tempo, ‘superestrutura’, na perspectiva do materialismo clássico, e base na estrutura da sociedade tribal”[31]. Sahlins faz referência aos conceitos marxistas de superestrutura e infra-estrutura, onde esta constitui a estrutura econômica da sociedade e aquela a vida política e jurídica a que correspondem formas definidas na consciência social. Para Karl Marx, o modo de produção da vida material, isto é, a infra-estrutura, determina o caráter geral dos processos de vida social, política e intelectual, ou seja, a superestrutura. No caso das sociedades tribais, porém, tal divisão estrutural não é tão clara, pensa Sahlins, as relações sociais sendo ordenadas por um único e consistente sistema, que é o parentesco. O antropólogo americano resgata o caso da sociedade Tale, analisado por Peter Worsley, para clarear sua percepção:

Por volta dos nove ou dez anos, por exemplo, as crianças Tale começam a participar da economia doméstica, sob a autoridade paterna. É “durante este período”, escreve Worsley, “que a identificação de pai e filho, que dá *forma* e força ao sistema de linhagem, começa a desenvolver-se [...]. De igual modo, é porque dividem a comida e trabalham juntos que os irmãos desenvolvem aquela “solidariedade fraterna”, que é a garantia da linhagem. A “base prática” da submissão e do afeto é o valor econômico da terra, da mesma forma que é a base do desengajamento quando a terra é escassa [...]. Neste sentido, a partir de algumas observações semelhantes, Worsley conclui: “O sistema de relações de parentesco é o sistema unificador na vida Tale. Mas ele próprio é também a forma de *expressão* de atividades econômicas... Eu afirmo que o sistema determinante significativo é o sistema econômico, incluindo produção, distribuição e consumo”[32].

Observações como estas levam Sahlins a afirmar, no caso da sociedade Tale, que os “agricultores tallensi não se relacionam como pai e filho pela maneira como entram na produção”, mas sim “eles entram na produção porque se relacionam como pai e filho”[33]. Trata-se de uma forma de relação econômica bastante peculiar e ordenada pelo parentesco que não se encaixa, sem alguma reformulação teórica, na compreensão marxista clássica, por ser esta uma teoria datada historicamente e situada culturalmente, pensada para compreender fenômenos próprios a sociedades ocidentais, particularmente européias, do século XIX. Ainda assim, não há como não perceber relações econômicas nas sociedades tribais, mesmo que determinadas pelo parentesco. Daí a necessidade, já ressaltada por Maurice Godelier, de a antropologia compreender a importância relativa

das relações econômicas na lógica do funcionamento e da evolução das sociedades[34]. Para o caso da relação intercultural entre conhecimentos tradicionais e direito de propriedade intelectual, a compreensão da economia local das populações detentoras daqueles conhecimentos é particularmente importante para se averiguar que tipos de impactos sobre o modo econômico de viver destes povos a comercialização de seu saber vem a acarretar, já que um dos principais pontos de discórdia sobre a questão reside justamente nos juízos que dão os agentes acerca da “positividade” – reafirmação do sistema de mundo local – ou “negatividade” – descaracterização deste sistema – de se tornar conhecimentos antes não-comercializados em comercializáveis. Aliás, é relevante notar em que medida o comércio não integra a vida econômica destas populações, pois, como afirma Sahlins, em dadas circunstâncias – qual a do chefe maori –, até mesmo trocas rituais podem ser tomadas localmente como comércio[35].

A segunda reflexão que pode ser abstraída da obra de Sahlins diz respeito mais propriamente às relações de interculturalidade entre povos colonizadores e povos colonizados e a forma como estes, de acordo com seu sistema de mundo, tomam a presença e intervenção daqueles que lhes colonizam. Sahlins parte do reconhecimento de que cada ordem cultural tem um modelo próprio de ação, consciência e determinação histórica, ou seja, práticas históricas peculiares, cada sociedade possuindo sua vida e trajetória próprias[36]. Somente a partir deste reconhecimento é que se torna viável entender os processos históricos das sociedades para as quais a colonização se dera como reafirmação do sistema de mundo local. É o caso dos países de Fiji e o mito do rei-estrangeiro. Para os povos de Fiji a “soberania aparece como vinda do exterior da sociedade”, o rei sendo um estrangeiro, uma figura aterrorizante que é domesticada pela população nativa, morta simbolicamente e ressuscitada sob a forma de um deus local[37]. Este caso ocorrera com o capitão inglês Cook, em viagem colonizadora ao Havai:

Para os havaianos, Cook havia sido mito antes de tornar-se evento, já que o mito foi a moldura para sua aparição. Cook surge nas ilhas proveniente de Kahiki, domínio celeste e invisível do além-horizonte, fonte lendária dos grandes deuses, de antigos reis e das coisas boas da cultura. Espaço produtivo natural, Kahiki também era o tempo original. E, assim, os havaianos receberam Cook como o reaparecimento de seu Deus-Ano, Lono, o deus especialmente conhecido como o padroeiro da fertilidade na agricultura. Esse fato não os impediu de matá-lo no dia 14 de fevereiro de 1779. Tão logo morto, Cook foi empossado como antecessor divino pelos chefes dominantes do Havai[38].

Para as referências culturais ocidentais, a crença dos povos polinésios no rei-estrangeiro vem a parecer sujeição ingênua a um processo de dominação (colonização), em outras palavras, para usar os termos de Bourdieu, uma violência simbólica em que o colonizador produz o desconhecimento dos arbitrários de sua ação (ato de dominar) e, com isso, garante a cumplicidade dos dominados[39]. Todavia, Sahlins não está falando de violência simbólica, embora não ignore ou desconsidere as intenções do colonizador estrangeiro. Ao contrário, o antropólogo americano fala efetivamente de um fato social, de uma crença, bastante comum entre os polinésios, de que os chefes e reis não são integrantes da população que governam, mesmo que isto soe estranho aos olhos do

ocidente e seus conceitos de soberania e autodeterminação dos povos. Em Fiji o chefe ou rei é um não-nativo, não é um verdadeiro “filho da terra”, no dizer dos polinésios. Lembra Sahlins que este fato justifica uma teoria (local) naturalística da dominação, porque o dominante, por ser naturalmente exterior à cultura doméstica, surge em seu interior como uma força natural, reafirmando o sistema de mundo local. Isto, porém, não garante uma chefia ou reinado tranquilo; diferentemente, a soberania é sempre problemática e o rei ou chefe está sempre em perigo. Ainda assim, a dominação permanece justificada e reafirmada culturalmente[40]. É evidente, entretanto, que haverá quem faça interpretações destes mesmos fenômenos de maneira diversa de Sahlins, e até o acuse de reacionismo. Mas contra as críticas, o antropólogo defende sua teoria:

Cientistas sociais freqüentemente vêem em tudo isso uma mistificação do poder, formulada pelos interesses dominantes. No entanto, enquanto “ideologia dominante” esta visão é, no mínimo, equivocada, já que, no caso do Capitão Cook ou em outros análogos antropológicos como o do sacerdote de Nemi, essa ideologia também autoriza as pessoas a “sentarem-se no chão e contarem tristes estórias das mortes dos reis”. Falar de uma ideologia motivada por interesses é em primeiro lugar empobrecer de forma muito triste a descrição desses fatos[41].

Somos advertidos – por Akhil Gupta e James Ferguson, por exemplo – de que ao celebrar a criatividade histórica dos povos indígenas em face da globalização, ignoramos a tirania do sistema mundial e assim tornamo-nos cúmplices da dominação ocidental. Por outro lado, é claro que, quando nos referimos à hegemonia sistemática do imperialismo, ignoramos as lutas dos povos por sua autonomia cultural e assim tornamo-nos cúmplices da dominação ocidental[42].

Diante das palavras anteriores, agora já é possível abordar mais detidamente “Cosmologias do capitalismo”. Já foi dito antes que nesta conferência Sahlins apresenta as sociedades colonizadas pelos povos capitalistas como autoras de sua própria história, ao invés de apenas vítimas do capitalismo. A incorporação de elementos da cultura ocidental, em especial do modo de vida capitalista, produziu nestas sociedades o que Sahlins define como “desenvolvimento neo-tradicional” ou “*develop-man*”, por ser uma forma de desenvolvimento de acordo com o que a cultura destes povos considera digno de seres humanos. Trata-se de “uma auto realização cultural na escala material, e em formas materiais nunca dantes conhecidas”, o que não representa uma “simples instalação de relações de mercado capitalistas”. O antropólogo americano tem clareza de que o que permite ao capitalismo estabelecer uma dominação na esfera cultural é justamente sua capacidade de reduzir propriedades sociais a valores de mercado. Mas tal redução nada impede que a cultura local dos povos colonizados seja reafirmada nesta relação intercultural. Com a colonização, assevera Sahlins, as ilhas polinésias conheceram um período de significativo desenvolvimento dos projetos hegemônicos locais, favorecendo as concepções tradicionais de divindade, o que se dera justamente pela apropriação de mercadorias ocidentais. As forças capitalistas, assim, realizaram-se (converteram-se) em outras formas e finalidades, bastante distintas do fetichismo da

mercadoria característico dos povos capitalistas, tudo de conformidade com a lógica da cultura dos polinésios[43].

Nada garante, porém, que os povos não-ocidentais terão sempre reafirmada sua cultura e modo de vida por meio da sujeição ao colonizador capitalista. Sahlins observa isso no caso de uma das tentativas inglesas de colonizar a China. Esta tentativa de colonização consistiu na apresentação, pelos ingleses, de presentes do ocidente aos mandarins, presentes que eram mercadorias, aliás, exemplares, como diz Sahlins, “do engenho industrial, destinados a simbolizar a ‘superioridade’ da civilização britânica e a majestade de Jorge III”. Os presentes, portanto, deviam ser símbolos do progresso da ciência ocidental e fornecer informações (ensinamentos) ao imperador chinês: eram signos da preeminência da cultura ocidental, em particular da inglesa. A intenção dos ingleses era comunicar toda uma cultura intelectual e moral e, evidentemente, colonizar. A resposta dos chineses foi surpreendente e indignou os mandatários ocidentais: recusando serem humilhados, os mandarins tomaram os presentes ingleses como tributos que estavam sendo pagos como que expressando o sincero desejo dos bárbaros (os ocidentais) de aceder à civilização (a China), as coisas inglesas sendo claramente inferiores às chinesas (eram, no máximo, “coisas exóticas, raras e estranhas de um mundo longínquo onde as categorias eram cruzadas, embaralhadas, invertidas e confundidas”); os chineses admitiram, pois, “que os ingleses podem fazer coisas extraordinárias – mas os elefantes e outros animais selvagens também podem”[44].

Este “negócio da China”, para Sahlins, confirma sua intuição de que os povos são autores de sua própria história, autoria esta que se dá de conformidade com a lógica cultural de cada povo, e não apenas de acordo com as imposições de outros povos. Os fatos se deram com a China de maneira diversa do caso polinésio exatamente porque entre os mandarins os estrangeiros não eram tomados como portadores de uma cultura superior ou como divindade, mas sim como bárbaros que, ao presentear os chineses, demonstravam interesse na civilização e, com efeito, em serem colonizados. É importante salientar que, àquela época, os mandarins tinham interesse em estabelecer relações comerciais com outros povos, embora tão-somente de consonância com a lógica econômica interna da sociedade chinesa e não sob imposição da lógica econômica de outras sociedades[45].

A experiência dos colonizadores capitalistas com os Kwakiutl também foi diversa da com os polinésios. Ao contrário da lógica capitalista ocidental, os Kwakiutl não adquiriam poderes pela acumulação de bens de mercado, mas sim se desfazendo destes bens. Em sendo assim, as relações comerciais com os europeus produzia um extraordinário “*develop-man*” ou “desenvolvimento neo-tradicional” que se deu através da elaboração do sistema de *potlatch*. No *potlatch*, conta Sahlins, os índios canadenses “empilhavam mantas ‘Hudson Bay’ e outras coisas estranhas para distribuições”, através deste ato manifestando diferentes e misteriosos poderes sagrados. Os “bens” distribuídos eram peles de animais trabalhadas sob a forma de túnicas que, na cosmovisão dos referidos índios, quando doadas, gerava-se uma espécie de

reencarnação ritual, pois debaixo das peles os animais são humanos. A distribuição, portanto, “de peles na forma de mantas recria as vítimas animais em forma humana viva; e além disso, em grandes quantidades e de modo respeitoso, como bens culturais e trabalhados”. Os Kwakiutl possuíam, destarte, um respeito ritual pelos despojos dos animais, aliás é por isso – acreditavam eles – que os animais se lhes entregavam. As mantas Hudson Bay foram tomadas pelos índios como possuindo poderes ocultos especiais. No dizer de Sahlins:

Nos potlatches, eram distribuídas pelos chefes para validar seus privilégios e acrescentar grandeza aos seus nomes. As mantas representavam o grau do chefe em *nawalak*, um poder criador genérico que, dizem os mitos, permite matar inimigos sem esforço, ressuscitar mortos e realizar milagres na caça e na busca de riquezas [...]. Assim, diz-se que os presentes “engolem” os receptores, que são chefes de outras linhagens (*numaym*) e tribos. Aqui estão em jogo certos poderes de inclusão social, ou uma tentativa de hierarquização, que é também o transcender limites sociais. [...]

[Eis, portanto, um elemento da] política Kwakiutl: os chefes aumentam o “peso” de seus nomes herdados apropriando-se de privilégios de outras linhagens e tribos; poderes externos que podiam validar através das distribuições do potlatch, que novamente “engoliam” os nomes e reivindicações dos outros-rivais[46].

A distribuição pública de mantas vinha a fornecer aos Kwakiutl comparações quantitativas entre os poderes sagrados de tribos e chefes, o comércio com os povos capitalistas oferecendo vastas possibilidades de reafirmação do sistema de mundo indígena, um espetacular desenvolvimento de consonância com a cultura local. É óbvio que este caso difere do polinésio, pois entre os Kwakiutl não existia a exaltação pelo estrangeiro; além disso, para os havaianos a aquisição de bens do mercado capitalista não era voltada para a distribuição, e sim para a acumulação. Dadas as peculiaridades das ilhas polinésias, seus chefes não queriam apenas os bens europeus, mas igualmente sua identidade, nomes e hábitos, já que os consideravam superiores e sinônimos de dignidade: os “brancos” eram vistos como portando poderes civilizatórios e divinos. Acontece que, como explica Sahlins, no Havaí os poderes sagrados dos ancestrais eram únicos, não havendo diferenças qualitativas entre os chefes havaianos (todos possuíam a mesma origem divina) – o que não ocorria com os Kwakiutl –, por isso necessitando estes chefes se diferenciar entre si, e a colonização foi uma forma de propiciar tal diferenciação social através do consumo e acumulação de bens de uma natureza superior aos tradicionais da polinésia: bens europeus. A competição entre os chefes havaianos e sua avidez tradicionais foi então reafirmada com o sistema capitalista[47].

Até aqui a discussão pode estar conduzindo a uma avaliação “positiva” da associação entre proteção dos conhecimentos tradicionais e direito de propriedade intelectual, visto que, se o “nó górdio” da questão é a valoração “negativa” que alguns intelectuais dão à mercantilização daqueles conhecimentos, então a leitura ora apresentada do pensamento de Sahlins tem, por enquanto, destacado – exceto no caso da China – a “positividade” da relação intercultural entre populações tradicionais e sistema capitalista, quer dizer, o quanto o sistema de mundo dos colonizados pode ser reafirmado com a economia de

mercado. O próprio Sahlins, no entanto, é lúcido a respeito de alguns efeitos desastrosos para o sistema de mundo nativo que esta relação intercultural pode gerar. Destacarei apenas tais efeitos para os havaianos, por serem melhor tratados pelo antropólogo americano. Ávidos por acumular bens europeus, os chefes polinésios, quando não tinham mais sândalos (seu valor-de-troca) para pagar as mercadorias, emitiam notas promissórias e endividavam-se. E na economia de mercado logo os nobres do Havai demonstraram suas fragilidades perante os comerciantes capitalistas, pois a capacidade de acumular daqueles era maior do que a de pagar o que consumiam destes, e as dívidas comerciais só aumentavam. Os chefes começaram a desaparecer, seu sistema aristocrático tornou-se obsoleto, e, não sabendo valer-se dos recursos sociais disponíveis para reproduzir seu sistema, passaram a transferir a autoridade para os “brancos”[48].

Em outras palavras, o caso do Havai demonstra o seguinte, embora esta não seja uma conclusão de Sahlins – que é mais otimista do que eu quanto às “positividades” da colonização capitalista: a curto prazo, a relação intercultural entre este povo tradicional e o sistema capitalista tendeu a reafirmar o sistema de mundo nativo; a longo prazo, todavia, tendeu a absorver este sistema no sistema capitalista e, conseqüentemente, destruir parte do modo de vida e da cosmovisão daquele povo. Evidentemente que, ao concluir isso, não estou a ignorar a criatividade dos colonizados perante as imposições dos colonizadores, tão bem destacadas pelo antropólogo americano, nem estou acusando este de ser cúmplice do colonialismo, mas apenas e tão-somente desejo anotar que a própria história tem demonstrado, como no caso havaiano, que, por detrás da criatividade e das aparentes “positividades” relatadas por Sahlins, uma cumplicidade e um arbitrário residiam, legitimando localmente a violência simbólica[49] dos colonizadores sobre os colonizados. Naturalmente, é possível e desejável o estudo da criatividade dos povos periféricos e das reafirmações dos sistemas de mundo locais promovidas pela incorporação do capitalismo, *à la* Sahlins – no dizer de Marcos Lanna: “Sahlins contribui decisivamente para as ciências sociais ao mostrar que os efeitos das forças materiais globais dependem dos diversos modos como são mediados em ‘esquemas culturais locais’ e que ‘a presente ordem global foi decisivamente moldada pelos povos periféricos’”[50]. Contudo, não há como negar as perversidades culturais que não raro subjazem ao processo de colonização, a despeito de toda a imaginação dos colonizados com relação aos elementos da cultura dos colonizadores. É o que afirma Lanna: “o capitalismo ora renova estruturas locais (através de alianças, caso dos ingleses na Índia), ora busca destruí-las (ainda que sem sucesso, caso dos ingleses na China), ora renova-as e posteriormente as destrói (no Havai)”[51].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante à proteção dos conhecimentos tradicionais, é possível se inferir, a partir do que foi relatado acima, principalmente em razão do desejo – que não deve ser ignorado nem sequer repreendido – de algumas populações tradicionais de estabelecer relações comerciais com setores dominantes do sistema capitalista (tais como as indústrias

biotecnológicas), inclusive com o intuito de reafirmar os sistemas de mundo locais, que não se demonstra uma alternativa metodologicamente adequada o afastamento *a priori* da possibilidade de relações fecundas entre populações nativas e economia de mercado, legando aquelas ao estado de isolamento – como se fossem grupos sociais que não conhecem valor-de-troca, senão apenas valor-de-uso de seus produtos – e confundindo proteção com folclorização dos saberes nativos. Por outro lado, seria metodologicamente ingênuo, da mesma forma, aprioristicamente concluir que as interações entre os sistemas de mundo tradicionais e o capitalista *sempre* contribuiriam para o desenvolvimento dos primeiros, ignorando assim as perversidades dos processos de colonização. Os debates em torno da proteção dos saberes tradicionais, conforme visto alhures, tendem a incorrer nestas duas extremidades de pensamento, pois a afirmação do sistema *sui generis* significa, em outras palavras, que o consentimento prévio informado e a repartição de benefícios, que só fazem sentido se considerados e reproduzidos os direitos de propriedade intelectual, produziram *necessariamente*, como o próprio termo já insinua, *benefícios* às populações detentoras dos conhecimentos apropriados; já a negação do sistema *sui generis* no mais das vezes é inclinada a considerar *invariavelmente* depreciativas para as populações tradicionais as associações entre seus conhecimentos e a concepção ocidental capitalista de propriedade privada, incluindo a intelectual.

Uma alternativa mais aproximada da realidade das populações nativas parece indicar a necessidade de se reconhecer suas relações econômicas, inclusive suas trocas monetárias e de mercadorias, com setores capitalistas, ainda que, com isso, não percam a característica de grupos sociais tradicionais, posto que intentam, através destas relações, reafirmar seus projetos locais e cosmovisões diante do mundo moderno. E, de fato, como demonstrara Sahlins, em algumas circunstâncias tal intento vem a ser bem sucedido ao se re-significar elementos da cultura dos povos capitalistas de sorte a produzir desenvolvimento do ponto de vista da cultura nativa. Todavia, a alternativa de que trato também deve considerar que, apesar do reconhecimento de possíveis relações férteis, o contato entre populações tradicionais e interesses capitalistas são sempre tendentes a favorecer estes em detrimento daqueles, dada a vulnerabilidade das forças locais perante a economia de mercado. Se são praticamente inevitáveis e, em certos casos, até desejáveis aproximações entre os sistemas tradicionais e o capitalista, então o que se deve buscar garantir é que neste contato as populações nativas não sejam apenas compensadas pelas perdas (ou mesmo “furtos”) que sofrem – tendência do atual sistema *sui generis* –, mas, muito para além disso, que seus projetos e interesses sejam contemplados e reafirmados, isto é, que sejam resguardadas e promovidas as condições de produção e reprodução material e simbólica das culturas e modos de viver tradicionais. Muitos caminhos, naturalmente, podem ser pensados para atingir este objetivo. No entanto, penso que, antes de quaisquer outras elucubrações teóricas, há que se compreender as representações que as próprias populações nativas estruturam no que respeita à salvaguarda de suas tradições e as práticas que têm historicamente desenvolvido para alcançar tal fim.

REFERÊNCIAS

BELAS, Carla Arouca. Gestão da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia nas instituições de ensino e pesquisa: a experiência do Núcleo de Propriedade intelectual MPEG. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). Saber local / interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005a.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: CASTRO, Edna e FLORENCE, Pinton (orgs.). Faces do trópico úmido: conceitos e novas questões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Belém: Cejup; UFPA-NAEA, 1997.

DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações sobre seu acesso. In: LIMA, André (org.). O direito para o Brasil socioambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

FARIA, Vanessa Dolce de. Acordos internacionais TRIPS e CDB. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). Saber local / interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005.

FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: ISA, 2003.

FLOREZ, Margarita. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. Conocimiento tradicional: objeto o sujeto de investigación? In: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura. São Paulo: ISA, 2006.

GODELIER, Maurice. Antropologia e economia. In: Horizontes da antropologia. Lisboa: Edições 70, 1973.

HARRY, Debra. Protegendo o conhecimento os povos indígenas na pesquisa. In: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura. São Paulo: ISA, 2006.

KAINGANG, Fernanda. À guisa... In: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura. São Paulo: ISA, 2006.

LANNA, Marcos. Sobre Marshall Sahlins e as “Cosmologias do capitalismo”. Revista Mana. N. 7. 2001.

LÉVI-STRAUSS, Claude. O pensamento selvagem. Trad. Tânia Pellegrini. 6. ed. Campinas, SP: Papirus, 2006.

LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: ISA, 2003.

MOREIRA, Eliane. Relação entre propriedade intelectual e biodiversidade. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). Saber local / interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005.

RIFIKIN, Jeremy. O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999.

SAHLINS, Marshall. Esperando Foucault, ainda. Trad. Marcela Coelho de Souza e Eduardo Viveiros de Castro. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

_____. Ilhas de história. Trad. Bárbara Sette. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

_____. Cosmologias do capitalismo: o setor transpácífico do sistema mundial. Conferência apresentada à Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Campinas, SP, de 27 a 30 de mar. de 1988.

_____. Cultura e razão prática. Trad. Tadeu de Niemayer Lamarão. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SHIVAS, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOARES, Gysele Amanajás. Proteção ou comercialização dos conhecimentos tradicionais? Dissertação de Mestrado. Belém: UNAMA, 2006.

TAPUIA, Iza Roná dos Santos. Coica y el consentimiento previo. In: MOREIRA, Eliane et al (orgs.). Patrimônio cultural e propriedade intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais. Belém: CESUPA; MPEG, 2005.

TERENA, Jorge. A experiência do Núcleo de Propriedade Intelectual Indígena. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). Saber local / interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília, DF: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1.

[1] SHIVAS, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 146.

[2] BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

[3] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília, DF: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1.

[4] BELAS, Carla Arouca. Gestão da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia nas instituições de ensino e pesquisa: a experiência do Núcleo de Propriedade intelectual MPEG. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). **Saber local / interesse global**: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005.

[5] SHIVAS, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Semear outras soluções**: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

[6] Idem, 2001. p. 27.

[7] FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). **Quem cala consente?** Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: ISA, 2003.

[8] FLORÉZ, Margarita. Conocimiento tradicional: objeto o sujeto de investigación? In: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). **As encruzilhadas das modernidades**: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura. São Paulo: ISA, 2006.

[9] HARRY, Debra. Protegendo o conhecimento os povos indígenas na pesquisa. In: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). **As encruzilhadas das modernidades**: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura. São Paulo: ISA, 2006. p. 127.

[10] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 222.

[11] Idem, *ibidem*. p. 233.

[12] Idem, ibidem. p. 224.

[13] FIRESTONE, 2003.

[14] SANTILLI. 2005. p. 234.

[15] MOREIRA, Eliane. Relação entre propriedade intelectual e biodiversidade. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). **Saber local / interesse global**: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005.

[16] FARIA, Vanessa Dolce de. Acordos internacionais TRIPS e CDB. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). **Saber local / interesse global**: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005. p. 51.

[17] SOARES, Gysele Amanajás. **Proteção ou comercialização dos conhecimentos tradicionais?** Dissertação de Mestrado. Belém: UNAMA, 2006.

[18] CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: CASTRO, Edna e FLORENCE, Pinton (orgs.). **Faces do trópico úmido**: conceitos e novas questões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Belém: Cejup; UFPA-NAEA, 1997. pp. 230-1.

[19] SOARES, 2006.

[20] FLORÉZ, Margarita. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Semear outras soluções**: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 311.

[21] DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações sobre seu acesso. In: LIMA, André (org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. pp. 157-8.

[22] BOURDIEU, 2005.

[23] TAPUIA, Iza Roná dos Santos. Coica y el consentimiento previo. In: MOREIRA, Eliane *et al* (orgs.). **Patrimônio cultural e propriedade intelectual**: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais. Belém: CESUPA; MPEG, 2005. p. 18.

[24] TERENA, Jorge. A experiência do Núcleo de Propriedade Intelectual Indígena. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita (orgs.). **Saber local / interesse global**: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia. Belém: CESUPA; MPEG, 2005. p. 164.

[25] KAINGANG, Fernanda. À guisa... In: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). **As encruzilhadas das modernidades**: debates sobre biodiversidade, tecnologia e cultura. São Paulo: ISA, 2006. p. 47.

[26] *Apud* LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). **Quem cala consente?** Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: ISA, 2003. pp. 289-290.

[27] LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. Trad. Tânia Pellegrini. 6. ed. Campinas, SP: Papirus, 2006. p. 24.

[28] SAHLINS, Marshall. **Cultura e razão prática**. Trad. Tadeu de Niemayer Lamarão. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

[29] Idem. **Cosmologias do capitalismo**: o setor transpacífico do sistema mundial. Conferência apresentada à Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Campinas, SP, de 27 a 30 de mar. de 1988.

[30] Idem, *ibidem*.

[31] Idem, 1979, p. 18.

[32] Idem, *ibidem*. p. 20.

[33] Idem, 1979, p. 21.

[34] GODELIER, Maurice. Antropologia e economia. In: **Horizontes da antropologia**. Lisboa: Edições 70, 1973.

[35] SAHLINS, Marshall. **Ilhas de história**. Trad. Bárbara Sette. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

[36] Idem, *ibidem*.

[37] Idem, *ibidem*. p. 106.

[38] Idem, *ibidem*. pp. 106-7.

[39] BOURDIEU, 2005.

[40] SAHLINS, 1990.

[41] Idem, *ibidem*, p. 113.

[42] Idem, **Esperando Foucault, ainda**. Trad. Marcela Coelho de Souza e Eduardo Viveiros de Castro. São Paulo: Cosac Naify, 2004. p. 68.

[43] Idem, 1988.

[44] Idem, *ibidem*.

[45] Idem, *ibidem*.

[46] Idem, *ibidem*.

[47] Idem, ibidem.

[48] Idem, ibidem.

[49] BOURDIEU, 2005.

[50] LANNA, Marcos. Sobre Marshall Sahlins e as “Cosmologias do capitalismo”.
Revista Mana. N. 7. 2001. p. 123

[51] Idem, ibidem. p. 125.

AUTORIA E TITULARIDADE DO SOFTWARE E DESENVOLVIMENTO

SOFTWARE AUTHORSHIP AND OWNERSHIP AND DEVELOPMENT

Patrícia de Oliveira Areas

RESUMO

O objetivo deste capítulo é analisar a questão da autoria e da titularidade do software no âmbito legal brasileiro, considerando a complexidade e a importância deste bem imaterial. Visa-se demonstrar as lacunas legislativas no que tange à própria natureza do software e do programa de computador, destacando o atraso na harmonização entre a atual Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), o governo federal e os diversos instrumentos legislativos que instrumentalizam questões estratégicas desta política, tais como propriedade intelectual, inovação tecnológica e parceria público-privado. Tais lacunas podem ser um obstáculo para o desenvolvimento, devendo a legislação ser alterada para se tornar um instrumento neste processo.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; DIREITO AUTORAL; PROGRAMA DE COMPUTADOR; SOFTWARE; AUTORIA; TITULARIDADE; DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

The aim of this chapter is to examine the issue of software's authorship and ownership under the Brazilian law, considering the complexity and importance of this immaterial asset. The objective is to demonstrate the legal blank spaces with respect the software nature (herewith the source code), giving emphasis on the delay of the harmonization between the current Industrial, Technological and Foreign Trade Policy (PITCE), Productive Development Policy (PDP) and the various legal instruments that implement this policy strategy issue, such as intellectual property, technological innovation and public-private partnership. These legal blank can be a obstacle to a development process and must be changed.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; SOFTWARE; SOURCE CODE; AUTHORSHIP; OWNERSHIP; DEVELOPMENT

1. Introdução

Cada vez mais essencial, o *software* vem transformando a estrutura econômica, política e jurídica das sociedades atuais, sendo a base dessa mudança a disseminação globalizada de computadores para processar conhecimento, informações e dados.

O uso de softwares que incrementem o funcionamento dos computadores se converteu igualmente em um aspecto fundamental para a conquista e manutenção do poder, principalmente o econômico. Tal importância se revela também no âmbito comercial e cultural, seja enquanto potencial de inovações tecnológicas, seja como recurso rápido para acessar conhecimento e informação.

Paradigmática, a mudança que o computador – e, com ele, o software – desencadeou na sociedade se reflete no próprio software, que tem assumido papel primordial no meio industrial. A legislação nacional que regulamenta a matéria, contudo, não está acompanhando de forma adequada tais transformações; ainda existem lacunas legislativas no que tange à complexidade do software. Um destes casos envolve a autoria e a titularidade do software: a aplicação tão-somente das normas de direitos autorais não é suficiente para abarcar todas as possibilidades de co-autoria e titularidade que o envolvem. É, assim, imprescindível realizar um estudo pormenorizado da própria natureza do software e de sua regulamentação – o que implica uma readequação legislativa conforme à realidade social e econômica desse bem imaterial.

2. Conceito de software e programa de computador: proteção legal no Brasil

Ao conceituar *software* é importante, antes de tudo, distingui-lo de “programa de computador” – que alguns consideram expressão sinônima. Software abrange o programa de computador, a descrição do programa e o material de apoio. Assim, programa de computador se refere tão-somente ao código-fonte e ao código objeto[1] do software – o qual envolve tanto o programa quanto os demais materiais necessários ou úteis ao funcionamento adequado do software no *hardware*. [2]

Esta definição foi outorgada em 1977 pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)[3], que determinou ser o software integrado pelos seguintes elementos: a) programa de computador (conjunto de instruções que permitem à máquina processar as informações); b) descrição de programa (a apresentação completa do processo, podendo ser expressa por palavras ou esquemas); e c) material de apoio (qualquer material que ajude na compreensão ou aplicação de um programa de computador)[4].

A mesma diferenciação foi adotada pela legislação nacional, como se vê na Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984[5], em seus arts. 3º e 43[6], conforme segue:

Art. 3º [...]

III – importação, exportação, produção, operação e comercialização de programas para computadores e máquinas automáticas de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (“*software*”); [...]

Art. 43 – Matérias referentes a programas de computador e documentação técnica associada (“*software*”) (VETADO) e aos direitos relativos à privacidade, com direitos da personalidade, por sua abrangência, serão objeto de leis específicas, a serem aprovadas pelo Congresso Nacional. (*grifos nossos*)

Programa de computador, por sua vez, é conceituado no art. 1º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998[7], onde resta claro tratar-se de linguagem utilizada na máquina (natural e codificada), configurando assim o código-fonte e código-objeto do software. Segue o teor do artigo:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

A definição legal nada menciona sobre software, contemplando tão-somente o conjunto de instruções que fazem com que o computador cumpra sua função (código-fonte e código-objeto), sem regulamentar material de apoio ou descrição do programa protegidos pelo regime geral de direito autoral.[8]

Software e programa de computador são, portanto, termos diferentes, mas que na prática atuam conjuntamente em uma máquina de tratamento de informações.

A proteção jurídica tanto do software como do programa de computador é garantida pelo instituto do Direito Autoral – um dos principais pontos de negociação no Acordo sobre Aspectos de Direito da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC ou TRIPS)[9], no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Esta regulamentação atendeu em especial aos interesses dos países desenvolvidos que se destacavam no setor, possibilitando a proteção dos softwares independentemente de registro no âmbito internacional, o que não seria possível no regime de propriedade industrial. Assim, para justificar sua vinculação ao Direito Autoral, interpretou-se o software como uma espécie de obra literária – o que gerou polêmica, já que o software se destina a um efeito técnico em uma máquina.

Ascensão e Correa explicam a inclusão do software na proteção autoral como resultado da pressão dos países desenvolvidos, dentre os quais os Estados Unidos. Para Ascensão, a pressão internacional foi “muito grande no sentido de tutelar o programa pelo direito de autor”[10]. Correa coincide com tal posicionamento, destacando a pressão norteamericana para que o *software* fosse regulamentado no mesmo sentido.[11]

Assim, partindo de sua natureza, várias são as críticas, principalmente doutrinárias, ao enquadramento do software na proteção por direito autoral. Ascensão afirma que o programa de computador não pode ser considerado uma obra literária ou artística, mas um processo (em que pese tratar-se de linguagem destinada à máquina) que não deveria regulamentar-se no âmbito do direito de autor[12]. Correa, por sua vez, acrescenta que boa parte da doutrina jurídica e econômica questiona a aplicabilidade e a adequação do direito de autor para regular uma obra funcional como o programa de computador[13]. Barbosa também discorda da sua inclusão no âmbito do Direito Autoral, afirmando que

a interpretação dada ao art. 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 (CF)[14] determina ser o regime adequado o da propriedade industrial.[15]

Não obstante as críticas (cabíveis, por sinal), o programa de computador é um texto – escrito em linguagem natural ou codificada – e em virtude disso, regula-se pelo direito autoral – o que se protege é a notação, a linguagem, o conjunto de instruções que formam o *software*, e não o resultado, a funcionalidade do mesmo.[16] Ascensão assevera, contudo, que a lei brasileira não igualou programa de computador à obra literária, mas aplicou-lhe, respeitadas suas peculiaridades, o regime de proteção do direito de autor. Assim, nem todas as disposições legais referentes ao direito de autor são aplicáveis a programas de computador.[17]

A base legal está, destarte, na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998[18], e na Lei de Programa de Computador. Esta se refere especificamente ao código-fonte ou código-objeto do software, enquanto a LDA regulamenta os direitos autorais dos demais elementos e aspectos do software e do programa de computador, desde que conformes às suas especificidades.

Neste sentido, reza o art. 2º da Lei de Programa de Computador: “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”. Tal proteção sofre algumas limitações no que tange a programa de computador: a) quanto aos direitos morais, que são reduzidos a dois[19]; e b) quanto ao prazo de proteção, reduzido para 50 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou criação. Cabe destacar aqui, conforme a diferenciação estabelecida no início do capítulo, que a proteção por 50 anos é conferida ao programa de computador em si. O restante do *software* – descrições, manuais técnicos etc. – enquadra-se no regime geral de direito autoral, cujo prazo de proteção é de 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da morte de seu criador.[20]

O que será protegido no software, portanto, é a expressão da idéia, da solução para um problema, e não a idéia em si, algoritmos, esquemas, estruturas etc.[21] E é justamente neste ponto que reside a problemática do presente capítulo: ante a complexidade do software e, conseqüentemente, do programa de computador, como fica a questão da autoria e da titularidade regulamentada no direito autoral brasileiro?

3. A autoria e a titularidade do programa de computador e do software

Primeiramente cabe diferenciar autoria de titularidade. Autor é o criador do programa de computador, aquele que exerceu a atividade intelectual para expressar uma obra; titular é o proprietário dos direitos provenientes da obra criada.

A Lei de Programa de Computador não possui um dispositivo específico sobre a autoria, motivo pelo qual se observa o disposto no art. 11 da LDA: “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Contudo, como referido no parágrafo único do artigo, “a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”. É o caso, por exemplo, das obras coletivas, que

são oriundas da participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma. Tais obras são criadas por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica que as publicam sob seu nome ou marca (art. 5º, VIII, *h*, da LDA).[\[22\]](#)

Portanto, com base na conceituação acima, pode-se considerar como obra coletiva o programa de computador desenvolvido por uma empresa de software. A pessoa jurídica não será autora, mas titular originária do programa, podendo exercer os direitos provenientes de tal titularidade[\[23\]](#). Mesmo sendo o software uma obra coletiva, o mesmo teve como co-autores pessoas físicas, programadores, empregados, que têm o direito moral de reivindicar sua participação individual e de se opor a alterações não-autorizadas que possam denegrir sua imagem. É o que determina o art. 17 da LDA, c/c art. 2º, §1º, da Lei de Programa de Computador.[\[24\]](#)

Apesar de distintos, cabe ressaltar que no decorrer do presente capítulo se utilizará os termos “programa de computador” e “software” de forma indistinta, por admitirem ambos as mesmas observações. Vale lembrar, todavia, que a autoria, no caso de software como um todo, envolverá não só a autoria do programa de computador, mas a dos direitos de autor provenientes da descrição do programa e dos demais materiais de apoio. Portanto, os criadores destes elementos também deverão ser considerados co-autores do software, embora não do programa de computador em si. Esta diferenciação é importante principalmente no que tange ao procedimento de registro de programas de computador junto ao INPI[\[25\]](#), o qual – apesar de permitir a proteção de demais obras intelectuais envolvidas no software – diferencia a autoria e a titularidade do programa de computador.

3.1. Fases do desenvolvimento do software/programa de computador e a autoria

Não obstante o fato de a lei proteger tão-somente a expressão da idéia e não a idéia em si, pessoas que tenham participado das fases do desenvolvimento do programa de computador diversas da codificação em si também participam da autoria. Para melhor entendimento, relaciona-se a seguir algumas fases do desenvolvimento do software segundo Barry Boehm, cujo modelo básico foi proposto em 1976: a) especificação ou determinação do problema; b) projeto, que estabelece a estrutura do *software*; c) codificação, onde ocorre a efetiva programação e a implementação das soluções; e d) teste, que é a verificação e avaliação do programa. Completando o ciclo, Lupi acrescenta a fase de manutenção.[\[26\]](#)

Barbosa, por sua vez, estipula seis fases da criação do programa de computador: a da idéia em si, que visa solucionar um problema; a da formulação do método, normalmente expressa por fórmulas matemáticas ou algoritmo; a do fluxograma[\[27\]](#), que é o plano de solução proveniente do algoritmo; a da linguagem de programação ou instruções, que configuram o chamado código-fonte; a de uma linguagem intermediária (*assembly*); e, finalmente, a fase do código-objeto, inteligível à máquina. [\[28\]](#)

Fernandez Masiá menciona as seguintes fases do desenvolvimento do software: a) análise funcional do problema e possíveis soluções; b) criação de um algoritmo, consistindo no método pelo qual o programa resolverá o problema; c) desenvolvimento

de uma representação visual da estrutura do programa em forma de um fluxograma; e d) a escrita do programa[29].

Das fases acima relacionadas podem-se identificar alguns pontos em comum: a identificação do problema; sua solução, expressa por meio de um algoritmo[30] e de um fluxograma[31] (atualmente sendo utilizados documentos de modelagem para cumprir esta função); a confecção do código-fonte em si; e procedimentos extras para aperfeiçoar o software criado. Como se vê, a expressão da idéia em si – ou seja, a criação fática do programa de computador – é somente uma das fases. Partindo deste pressuposto, aquele que participou de uma fase diversa da redação do programa de computador não poderia ser considerado co-autor. Contudo, não é o que ocorre: quem participa de qualquer das fases de desenvolvimento do programa de computador/software é considerado co-autor.

Esta concepção foi adotada, por exemplo, pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais no ano de 2004. O caso envolvia a discussão de co-autoria de um software. O autor da ação procurou a empresa de desenvolvimento de software (ré) com uma solução para o problema de controle de gado bovino. A empresa fez o código-fonte e ambos comercializaram o software juntos. Contudo, após alguns anos, a empresa dispensou os serviços do autor como se ele fosse um prestador de serviços autônomo. O indivíduo ingressou com uma ação contra a empresa exigindo “co-propriedade” e participação nos lucros. O juiz deferiu o pedido alegando, entre outras coisas, que o indivíduo foi “co-autor” do software (não obstante a impropriedade utilizada na peça exordial). Para tanto, baseou-se nas fases “do ciclo de vida do software”, de Barry Boehm. Segundo decisão, a perícia constatou que o autor participou, no mínimo, das duas primeiras e da última fase. Portanto, conforme os conceitos até aqui explanados, o indivíduo não participou da expressão da idéia, mas da idéia em si – o que não o privou, contudo, da característica de co-autor do programa de computador/software.[32]

3.2. Titularidade do programa de computador/software

Como já analisado, o titular de direitos sobre o software é aquele que detém os direitos patrimoniais sobre o mesmo – ou seja, quem pode usá-lo, comercializá-lo, cedê-lo, reproduzi-lo etc. Existem, assim, dois tipos de titularidade: a originária e a derivada. A primeira nasce com a criação do software, sendo o autor, a princípio, o titular originário do software. Já a titularidade derivada acontece quando o titular originário transfere seus direitos patrimoniais a terceiro.

Nem sempre, contudo, o autor será titular dos direitos advindos da criação do software. É o caso, por exemplo, do programador empregado, contratado ou funcionário público que cria o software na vigência do contrato, dentro de suas funções e nos horários determinados para tanto. Este não será titular originário do software, e sim o empregador, contratante ou órgão público, salvo estipulação em contrário, conforme art. 4º[33], da Lei de Programa de Computador. O referido artigo aproxima-se mais das disposições da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996[34] (art. 88[35]), do que da LDA.

Na LDA anterior – Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973[36] –, o art. 36[37] previa a co-titularidade entre autor e empregador/contratante. Tal dispositivo, contudo, não foi

reiterado na LDA de 1998. Considerando a interpretação restritiva (art. 4º. LDA) e a autoria de pessoa física (art. 11, LDA), a titularidade originária continuará sendo do autor, salvo nos casos já referidos de obra coletiva organizada por pessoa física ou jurídica que não o autor.

Assim, quando o autor for empregado, funcionário público ou prestador de serviço contratado, a titularidade será do empregador, órgão público ou contratante. É importante ressaltar que esta situação só se configura no caso de o autor criar o programa de computador cumprindo suas funções contratuais ou estatutárias. Se ele foi contratado para outra função e desenvolveu o programa de computador fora da empresa ou órgão público contratante, sem utilizar recursos de tais entidades, a titularidade lhe pertencerá (art. 4º, §2º, Lei de Programa de Computador). Esta disposição legal poderá ser alterada por cláusula contratual.

É importante destacar a problemática existente com os outros elementos do software – descrição do programa e material de apoio –, já que não há previsão na LDA sobre a possibilidade de a titularidade originária ser do contratante/empregador/órgão público. A princípio, uma interpretação possível seria aplicar a máxima do direito “o acessório segue a ordem do principal”, considerando-se estes elementos como acessórios ao principal (programa de computador). Apesar de o Código Civil de 2002[38] não repetir a disposição do art. 59[39] do Código Civil anterior[40], resta ponderar que tal disposição é aplicável aos casos em que o acessório seja necessário para a utilização do principal. Portanto, se alguns dos demais elementos que formam o software forem considerados pertencentes[41] – ou seja, bens que não são partes integrantes do principal mas podem se destinar ao uso, serviço ou aformoseamento deste –, eles não poderão ser de titularidade originária do empregador/contratante/órgão público, mas do autor.[42] Contudo, para evitar problemas desta ordem, recomenda-se prever em contrato a cessão das obras intelectuais que façam parte do software mas não sejam necessárias a seu funcionamento, tais como fotos, figuras, adornos etc.

Outro ponto controverso na legislação envolvendo a titularidade do software diz respeito aos contratos administrativos que envolvam direitos autorais. O art. 111[43] da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[44], estabelece que, quando a administração pública “contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado”, somente poderá fazê-lo se o autor ceder os direitos autorais patrimoniais à Administração. E, no caso do software, por envolver caráter tecnológico, o autor deverá incluir na cessão “o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra”. Portanto, nos contratos de desenvolvimento de software envolvendo a administração pública, por exemplo, a titularidade deverá ser transferida a esta.

Várias controvérsias ainda podem surgir no que tange a tal dispositivo, ainda mais considerando o expressivo aumento de parcerias entre órgãos públicos e privados (PPP)[45] e as políticas governamentais de aceleração do crescimento (PAC) – o que vem a fomentar um novo modelo de desenvolvimento, focado na inovação tecnológica e no aumento da exportação. O investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), bem como no fomento a centros públicos e privados de pesquisa, se tornam peças-chaves nessa política.

Questões como propriedade intelectual e software são estratégicas neste ambiente institucional[46]. Na medida em que se ampliarem as PPP, principalmente no que se refere a universidades e institutos de pesquisa, maior será a necessidade de adequação legislativa em questões envolvendo propriedade intelectual. Atuando o Estado cada vez mais como ente particular e com ente particular, sua participação na criação também se modifica, justificando uma revisão dos preceitos legais para adequá-los à realidade nacional.

4. Marco legal adequado ao desenvolvimento

Esta adequação legislativa é necessária não só para os interesses privados das empresas de software e autores, mas principalmente como um fator de desenvolvimento. Para justificar esta afirmativa parte-se da premissa que o direito – dentro dele a própria legislação como instituição – deve ser uma ferramenta para o processo de desenvolvimento e não um empecilho. É o que defender Welber Barral, partindo da teoria institucionalista de Douglas North e o conceito do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

Assim, entende-se como desenvolvimento o conceito elaborado por Sen, o qual o trata como liberdade. Desta forma, o país só será desenvolvido se possibilitar que seus cidadãos tenham a liberdade de participar da sociedade, fomentando suas capacidades e melhorando, de forma abrangente, os vários aspectos que envolvem o desenvolvimento, quais sejam: econômico, social, humano, institucional e sustentável.[47]

O conceito de desenvolvimento vai além do crescimento econômico, sendo um processo e um fim. Este processo de desenvolvimento deve afetar vários setores da sociedade propiciando a expansão das liberdades humanas. Para se atingir este objetivo, deve-se ter em vista as liberdades instrumentais tratadas por Sen, que devem ser exercidas pelos sujeitos. São elas: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Partindo dessas premissas, o desenvolvimento só acontecerá se as principais fontes de privação de liberdade forem removidas, quais sejam: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”. [48]

É importante, ainda, que cada cidadão assuma a sua “condição de agente”, ou seja, é uma “relação de mão dupla”, onde não só se permite que cada qual exerça suas liberdades, mas que o exerçam de forma responsável e consciente de seu papel na sociedade e no processo de desenvolvimento. O desenvolvimento tratado por Sen considera as liberdades dos indivíduos como os elementos constitutivos básicos, sendo que se deve atentar para as “capacidades [...] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão.” Tais “capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo”. [49] Tais capacidades, mais precisamente as privações ou não a estas capacidades, vão servir como sistema de avaliação do desenvolvimento. Portanto, esta abordagem múltipla do desenvolvimento está respaldada por esta noção de liberdade e capacidade. [50]

Portanto, neste âmbito o governo, as instituições e, dentre elas, a lei e as políticas adotadas, assumem papel fundamental. É o que se verifica a partir dos ensinamentos de Douglas North. Instituições, segundo North, são regras aplicadas à sociedade, sejam elas diretas ou indiretas, tais como: leis, normas morais, ideologias, etc. Para ele “as instituições reduzem a incerteza pelo fato que proporcionam uma estrutura à vida diária”. Elas não podem ser confundidas com os organismos, que são os corpos políticos, econômicos, sociais, órgãos educativos, que criam limitações, regras para a sociedade e influenciam o marco institucional, mas não podem ser considerados como instrumentos de desenvolvimento, em si. A função deles, primordialmente, é de agentes do intercâmbio institucional. Assim, o que eles fazem é influenciar as regras do jogo para que a sociedade possa se desenvolver por meio delas.[51]

Barral, por sua vez, faz a junção dos conceitos trabalhados por Sen e North, destacando a importância do direito, como instituição que é, para o desenvolvimento visto como liberdade. Ele defende que o direito deve auxiliar no desenvolvimento e não ser um empecilho, trazendo alguns elementos importantes para tanto: regras claras e previsíveis; tratamento equitativo aos cidadãos; necessidade de participação democrática; eficiência do judiciário. Para ele, o que atrapalha a estrutura regulamentar são: custos de transação; insegurança jurídica; comprometimento com o planejamento; falta de transparência e liberdade.[52]

É neste foco que se defende a alteração da lei e a concatenação dos vários instrumentos legislativos com o objetivo de se atingir o desenvolvimento. Neste viés está a necessidade de se transformar a legislação sobre autoria e titularidade mais “clara e previsível”; propiciando um “tratamento equitativo” de todos os participantes do desenvolvimento do software; de forma “democrática”; possibilitando, com isto, decisões judiciais mais eficientes e equânimes nos tribunais brasileiros.

Estas modificações na legislação de software, especificamente, estão relacionadas com o papel que este intangível tem no desenvolvimento nacional, como se vê da própria Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) do governo federal. O objetivo central da PDP é dar sustentabilidade ao atual ciclo de expansão, tendo como desafio elevar a capacidade de inovação, aumentando o investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).[53] Para tanto, o governo focalizou sua política em três níveis, onde estão os programas estruturais, contendo o “programa mobilizador em áreas estratégicas”. Dentre as cinco áreas estratégicas do PDP está a Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC). Dentro da área de Tecnologia da Informação e Comunicação está o setor do software e serviços, onde a indústria brasileira tem se destacado a cada ano. “De 1995 a 2001, o setor de software cresceu a uma taxa média anual de 11% - cinco vezes mais do que a do Produto Interno Bruto (PIB)”. Em 2007, subiu para a 12ª posição do ranking mundial de softwares e serviços, movimentando US\$ 11,12 bilhões (crescimento de 22,3% sobre o ano anterior). [54]

5. Considerações finais

Como se vê, a problemática referente à titularidade e à autoria do software – e, conseqüentemente, do programa de computador – é fruto das próprias mudanças ocorridas em sociedade. Estes bens imateriais assumem papel fundamental na indústria,

comércio e vida social, e sua influência abrange não só o setor privado, mas principalmente o setor público.

A legislação pátria, contudo, ainda está se readequando a esta nova realidade, possuindo pontos-chaves controversos na regulamentação legislativa. É o que ocorre, por exemplo, com a lei de inovação e de parceria público-privado, que visa maior flexibilidade na contratação entre entes públicos e privados. As parcerias, no entanto, têm esbarrado em dispositivos da própria lei de licitações, no que tange à titularidade dos direitos autorais.

A título de sugestão, portanto, arrolamos três providências: a) maiores estudos acerca das conseqüências fáticas e legais da regulamentação do software, readequando-o, na medida do possível, à dimensão industrial que representa e à sua efetiva natureza; b) readequar as leis à proposta política do novo modelo desenvolvimentista do país, harmonizando as instituições legais referentes ao assunto; e c) definir legalmente a autoria do processo de criação do software.

6. Referências bibliográficas

AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software “shrinkwrap licenses” e “clickwrap licenses”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AREAS, Patrícia de Oliveira. *Contratos internacionais de software: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AURÉLIO. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio* versão 5.11. 3. Curitiba: Positivo, 2004. CD-ROM.

BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 21 out. 2004. p. 8; BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BELLEFONDS, X. Linant. *L'informatique et le droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1982.

BRASIL, Decreto nº 1.355, de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

_____, Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998. Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

_____, Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 jan. 2008.

_____, Diretrizes Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), 2003. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0008/8359.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2003.

_____, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL, Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 jan. 2008.

_____, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública” brasileira com abrangência ao Governo Federal, Estados e Municípios. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 jan. 2008.

_____, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

_____, Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 20 jan. 2006.

_____, Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006.

_____, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2007.

_____, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

_____, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

_____, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

_____, Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Direito autoral. Decisão *extra petita*. Não adstrição do juízo. Comprovação de participação na criação do programa de computador. Co-autoria declarada. Participação na receita reconhecida. Apelação Cível nº 0431374-6. Apelante: Alma Informática Ltda. Apelado: Virgílio Cançado Paculdino Pereira. Rel. Juíza Evangelina Castilho Duarte. Belo Horizonte, 16 de março de 2004.

_____, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*, 2008. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/pdp/arquivos/destswf1212175349.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

BRAUM, Daniela. Brasil sobe para 12º posição em ranking de software e serviços. *IDGNow*, 6 maio de 2008. Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/computacao_corporativa/2008/05/06/brasil-sobe-para-12o-posicao-em-ranking-de-software-e-servicos/paginador/pagina_2>. Acesso em 10 set. 2008.

COMPUTERWORLD. Para onde vai a indústria nacional de software?, 10 julho 2003. Disponível em: <<http://www.softex.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=2494&sid=125>>. Acesso em: 14 jul. 2006.

CORREA, Carlos M. *Acuerdo TRIPs: regimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

_____. *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPs agreement and policy options*. London: Zed Books, 2000.

INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2006.

LUPI, André Lipp Basto Pinto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 7

NORTH, Douglas C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

SOARES, José Carlos Tinoco. Patentes de programas de computador. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, nº 20, p. 39-46, jan./fev. 1996.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998.

TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004.

VIEIRA, José Alberto C. *A protecção dos programas de computador pelo direito autoral*. Lisboa: Lex, 2005.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004.

[1] É importante frisar que código objeto é a linguagem codificada (linguagem de máquina), que é traduzida para uma linguagem natural, utilizada pelo programador, que é chamado de código-fonte.

[2] O jurista francês Philippe de Tourneau destaca tal diferenciação: “O software é um bem imaterial muito particular, fruto de uma criação intelectual (como uma obra literária, ou... um contrato). A palavra software engloba várias categorias distintas, que não são determinantes; mas todas compreendem mais que um programa. Em outras palavras, as duas palavras não são sinônimas: o programa é um elemento constitutivo de um software, que inclui notadamente outros programas e sub-programas, a documentação e o material de concepção preparatória”. TOURNEAU, Philippe de. *Contrats informatiques et électroniques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004. (Le logiciel est un bien immatériel très particulier, fruit d’une création intellectuelle (comme une oeuvre littéraire ou... un contrat). Le mot de logiciel englobe plusieurs catégories distinctes, qui ne son pas déterminantes; mais toutes comprennent plus qu’un programme. Autement dit, les deux mots ne sont pas synonymes : Le programme n’est qu’un élément constitutif d’un logiciel, qui incluit notamment, outre des programmes et des sous-programmes, la documentation et le matériel de conception préparatoire).

[3] A OMPI foi criada em 14 de julho de 1977 com a função de administrar a Convenção de Berna (CUB) e a Convenção de Paris (CUP), as quais regulam os temas concernentes à propriedade intelectual. Será referida no decorrer deste capítulo apenas como OMPI.

[4] WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 71-72. Veja-se também: STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 413.

[5] BRASIL, Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2006. Referida no decorrer deste capítulo como Lei nº 7.232/1984.

[6] Sobre o assunto veja-se: BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*, 2001. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 21 out. 2004. p. 8; BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 141; AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software “shrinkwrap licenses” e “clickwrap licenses”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 26; FERNANDEZ MASIÁ, Enrique. *La protección de los programas de ordenador en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 40.

[7] BRASIL, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referida no decorrer deste capítulo como Lei de Programa de Computador.

[8] Neste sentido, BARBOSA (2001, p. 9): “A intenção do legislador da Lei 9.609/98, assim, era proteger pelo regime especial exclusivamente o programa de computador, deixando de lado a documentação técnica associada – que, em princípio, será objeto do Direito Autoral genérico e do regime fiscal e regulatório próprio aos livros e documentos, conforme sua natureza”.

[9] Arts 14.3. e 11 bis, TRIPS/OMC. BRASIL, Decreto nº 1.355, de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

[10] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 665-666.

[11] Segundo Correa: “Empurrando para o caminho do copyright, o governo e a indústria dos Estados Unidos estrategicamente optaram pela forma de proteção, a qual é mais barata de se obter que os direitos de propriedade industrial, que não requer revelação e, acima de tudo, que permite uma proteção quase que universal e automática sem registro, desde a exata data da criação do programa. [...] A proteção por copyright não requer aplicação e procedimentos em países individuais. Praticamente tem um alcance global como resultado do largo número de membros da Convenção de Berna e da OMC”. CORREA, Carlos M. *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*. London: Zed Books, 2000. p. 129. (By pushing the copyright way, the US government and industry strategically opted for a form of protection which is cheaper to obtain than industrial property rights, that does not require disclosure and, above all, that permits almost universal and automatic protection without registration, since the very date of creation of the program. [...] Copyright protection does not require applications and procedures in individual countries. It practically has a global reach as a result of the large membership of the Berne convention and the WTO).

[12] ASCENSÃO, op cit., 665-667.

[13] CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPs: regimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 58.

[14] Art. 5º da CF: [...] “XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

[15] BARBOSA, 2003, p. 130.

[16] Quando se quer proteger a funcionalidade do *software* aplica-se o instituto da patente. Vale ressaltar que, por força do art. 10, V, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, a patente de “programa de computador em si” não é permitida, só sendo possível quando este está vinculado a um *hardware*. O próprio INPI, nas informações de seu site, coloca a patente de *software* nas seguintes condições: “– programas de computador em si (protegidos pelo direito autoral). Note-se, entretanto, que os programas de computador desenvolvidos estritamente para funcionar ‘embarcados’ em máquinas ou equipamentos, normalmente gravados em ‘chips’ integrantes das estruturas destes, podem ser objeto de proteção através de patente. Nestes casos, não se está demandando o programa de computador ‘em si’ e sim a máquina ou equipamento”. INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2006.

Entretanto, nos últimos anos, em vários lugares do mundo e até no Brasil, tem-se falado na possibilidade de patentear *softwares*, protegendo com isso sua funcionalidade. Apesar de ser um tema muito interessante, não é o foco da presente dissertação. Sobre o assunto, veja-se: BARBOSA, 2001, p. 23 et seq. BARBOSA, 2003, p. 166 et seq. FERNANDEZ MASIÁ, op. cit., p. 53-71; BELLEFONDS, X. Linant. *L’informatique et le droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1982. p. 24 et seq; SOARES, José Carlos Tinoco. Patentes de programas de computador. *Revista da ABPI*. ABPI. São Paulo, n. 20, p. 39-46, jan./fev. 1996. VIEIRA, José Alberto C. *A proteção dos programas de computador pelo direito autoral*. Lisboa: Lex, 2005. p. 23 et seq.

[17] ASCENSÃO, 1997, p. 669-670.

[18] BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referida no decorrer deste capítulo como LDA (Lei de Direitos Autorais).

[19] Art. 2º da LDA: “[...] § 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

[20] Art. 2º, §2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

[21] Wachowicz corrobora esse entendimento, afirmando que “é a expressão de uma solução que merece tutela pelo direito autoral e não a solução encontrada, ou sua idéia primitiva”. Conclui o autor, a seguir, que o idealizador do programa, em si, “não terá qualquer direito de exclusividade sobre sua idéia, mas terá a proteção da expressão desta idéia materializada nas soluções expressas no programa de computador que desenvolveu”. WACHOWICZ, 2004, p. 78.

[22] Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - obra:

[...]

h) coletiva – a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;

[...]

[23] Apesar de os direitos morais não se constituírem num dos pontos a abordar, Pontes de Miranda defende que, apesar de serem direitos específicos do autor – ou seja, pessoa física –, poderá a pessoa jurídica titular de direitos reivindicá-los no que tange a obras coletivas. São estes os termos do autor: “O titular do direito autoral de personalidade é sempre homem, a pessoa física, ainda quando se trate de grupo de homens, em comunhão. A pessoa jurídica tem apenas o exercício do direito autoral da personalidade, cumulativamente com o exercício pelos titulares segundo regras de comunhão, ou individualmente”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 7. p. 190. Sobre assunto, veja-se: AREAS, Patrícia de Oliveira. *Contratos internacionais de software: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

[24] Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

[25] BRASIL, Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998. Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

[26] *Apud* LUPI, André Lipp Basto Pinto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 20-21.

[27] Ressalta-se que Barbosa utiliza-se o termo organograma. Contudo, utiliza-se neste texto o termo “fluxograma” por ser mais específico para o programa de computador. Vide nota 31.

[28] “Todo programa perpassa por seis fases básicas: a concepção da idéia que soluciona o famoso problema técnico de que falam as leis de patentes; a formulação do método a seguir, usualmente expresso em fórmulas matemáticas ou lógico-matemáticas, denominado algoritmo; o organograma ou plano de solução, resultante do algoritmo; um texto em linguagem de programação – BASIC, C, PASCAL – que toma os elementos do organograma, chamado de programa fonte ou código fonte; um texto em linguagem intermediária, assembly ou de compilação; um texto legível diretamente pela máquina, denominado código objeto” (*grifos no original*). BARBOSA, 2001, p. 15.

[29] FERNANDEZ MASIÁ, 1996, p. 43.

[30] O algoritmo é um dos pontos mais importantes do programa de computador/software, já que muitas vezes é nele que está a solução principal para o problema, da mesma forma que, ao falar-se em efeito técnico novo (invenção), é o algoritmo um dos principais elementos. Portanto, pode-se dizer que ele seria a idéia em si, o que, por si mesmo, não pode ser protegido legalmente. Segundo o Dicionário Aurélio, algoritmo é o “conjunto de regras e operações bem definidas e ordenadas, destinadas à solução de um problema, ou de uma classe de problemas, em um número finito de etapas”. AURÉLIO. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*, versão 5.11. 3. Curitiba: Positivo, 2004. CD-ROM.

[31] Fluxograma (mais específico para o meio informático), é a representação gráfica da solução apresentada pelo algoritmo ou conjunto de algoritmos. É o projeto do programa de computador a ser codificado. Segundo o Dicionário Aurélio, fluxograma é a “representação gráfica, por meio de símbolos geométricos, da solução algorítmica de um problema”. AURÉLIO, *op. cit.*

[32] BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Direito autoral. Decisão *extra petita*. Não adstrição do juízo. Comprovação de participação na criação do programa de computador. Co-autoria declarada. Participação na receita reconhecida. Apelação Cível nº 0431374-6. Apelante: Alma Informática Ltda. Apelado: Virgílio Cançado Paculdino Pereira. Rel. Juíza Evangelina Castilho Duarte. Belo Horizonte, 16 de março de 2004.

[33] Art. 4º, Lei de Programa de Computador. “Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e

desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

§ 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.”

[34] BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004. Referenciada no decorrer do presente capítulo como LPI (Lei de Propriedade Industrial)

[35] Art. 88, LPI. “A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício”.

[36] BRASIL, Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 20 jan. 2006.

[37] Art. 36, Lei nº 5.988/1973. “Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

§ 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação.

§ 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou”.

[38] BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2006. Referida no decorrer do capítulo como CC (Código Civil).

[39] Art. 59, CC de 1916. “Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal”.

[40] BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

[41] Art. 93, CC. São pertencas os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

[42] Entendimento do art. 94, CC. “Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso”.

[43] Art. 111, Lei de Licitações – “A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra”.

[44] BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2007. Referida no decorrer do capítulo como Lei de Licitações.

[45] Sobre assunto veja-se: BANCO CENTRAL DO BRASIL, Relatório de inflação, março de 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2007/03/ri200703b4p.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2008. Reflexo desta realidade é a criação da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública” brasileira, abrangendo Governo Federal, Estados e Municípios. E também da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências, regulamentada pelo Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005, que “regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências”.

[46] Conforme as diretrizes da PITCE, “o Brasil precisa estruturar um Sistema Nacional de Inovação que permita a articulação de agentes voltados ao processo de inovação do setor produtivo, em especial: empresas, centros de pesquisa públicos e privados, instituições de fomento e financiamento ao desenvolvimento tecnológico, instituições de apoio à metrologia, propriedade intelectual, gestão tecnológica e gestão do

conhecimento, instituições de apoio à difusão tecnológica”. Sobre o assunto, veja-se: BRASIL, Diretrizes de Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), 2003. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0008/8359.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2003.

[47] Aspectos destacados por Welber Barral nos encontros sobre desenvolvimento em Amartya Sen do Seminário de Pesquisa Direito e Desenvolvimento, no Programa de Doutorado CPGD/UFSC, ministrado pelo Prof. Dr. Welber Barral e Viviane Ventura (setembro a dezembro de 2006).

[48] Sen destaca de forma clara seu objetivo ao tratá-lo como liberdade: “Procuramos demonstrar [...] que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumentando rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis, (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).” SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17 e 18.

[49] Capacidade, na concepção de Sen, é aquilo que o indivíduo possui que o permite fazer algo, como educação, saúde, emprego. SEN, 2000, p. 33, 151.

[50] Veja-se também: SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 17.

[51] NORTH, Douglas C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 14-15. (Las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria [...].) el acento en este análisis recae en las instituciones que son las normas subyacentes del juego e el acento en las organizaciones (y en sus empresarios) recae primordialmente en su papel como agentes del cambio institucional; [...].

[52] BARRAL, 2005, p. 43; 54.

[53] MINISTÉRIO do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Política de Desenvolvimento Produtivo, 2008. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/pdp/arquivos/destswf1212175349.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

[54] COMPUTERWORLD. Para onde vai a indústria nacional de software?, 10 julho 2003. Disponível em: <<http://www.softex.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=2494&sid=125>>. Acesso em: 14 jul. 2006. e BRAUM, Daniela. Brasil sobe para 12º posição em ranking de software e serviços. *IDGNow*, 6 maio de 2008. Disponível em:

<http://idgnow.uol.com.br/computacao_corporativa/2008/05/06/brasil-sobe-para-12o-posicao-em-ranking-de-software-e-servicos/paginador/pagina_2>. Acesso em 10 set. 2008.

**DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, TECNOLOGIA E
INTEROPERABILIDADE: ESTUDO À LUZ DAS LIMITAÇÕES AOS
DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR**

**INTELLECTUAL PROPERTY LAW, TECHNOLOGY AND
INTEROPERABILITY: STUDY FROM THE LIMITS OF PATRIMONIAL
SUBJECTIVES RIGHTS**

**Sávio de Aguiar Soares
Roberto Henrique Porto Nogueira**

RESUMO

O trabalho visa apresentar a propriedade intelectual no aspecto dos direitos subjetivos patrimoniais, pelo exame das questões relacionadas com o espaço das mídias digitais. A base teórica para justificar a interoperabilidade é formada a partir das conseqüências, para o Direito, do desenvolvimento tecnológico, em conformidade com os princípios da função social da propriedade, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. O estudo dos direitos autorais sobre as obras criadas no meio digital é desenvolvido pelo entendimento das limitações impostas na regulamentação legal, para demonstrar como a interoperabilidade transforma-se em espécie de limitação patrimonial ao direito de autor, na sociedade contemporânea. A interoperabilidade surge como solução viável para a promoção do equilíbrio entre as ferramentas tecnológicas de proteção aos direitos de autor e o uso privado dos conteúdos digitais obtidos licitamente.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; LIMITAÇÕES; INTEROPERABILIDADE.

ABSTRACT

The work aims to present the intellectual property, in relation to patrimonial subjective rights, focused on digital media. The theoretical basis to justify the interoperability is formed by the consequences, for the Law, of technology development, according to the contents of the social function of property, social function of contract and objective good-faith principles. Starting from the limits of copyright in Brazil, the study analyses how interoperability becomes an important restriction of the author rights of this present time. Interoperability emerges as an important solution to ensure a balance between the technological tools of protection of the patrimonial subjective rights of author and the private use of digital contents, obtained according to the Law.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; LIMITATIONS; INTEROPERABILITY.

1 Introdução

Há direitos de propriedade intelectual, especialmente, na espécie dos direitos de autor, que possuem aspecto patrimonial. E como espécie de direito de propriedade, revestem-se de natureza de direito subjetivo.

Tradicionalmente, o direito subjetivo, do contexto do Estado Liberal, escora-se na noção de liberdade, que converge com o paradigma do individualismo filosófico clássico.

Entretanto, na realidade do ordenamento jurídico nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil formalizou o estabelecimento do Estado Democrático de Direito que, por sua vez, determinou a crescente relativização de interesses individuais.

Logo, qualquer abordagem interpretativa dos direitos de propriedade intelectual não pode desconsiderar a questão da crise do caráter absoluto dos direitos subjetivos.

Alguns limites a direitos dessa sorte encontram-se positivados. Resta saber se a interpretação restrita de limites impostos por lei aos direitos patrimoniais de autor é suficiente à satisfação dos anseios da comunidade jurídica hodierna.

Nesse horizonte, apresenta-se o problema do estudo. Desponta a necessidade de conhecimento da natureza desse rol de limites, para classificá-lo como taxativo ou exemplificativo. E mais: a eventual conclusão pela exemplificatividade do referido rol torna imperiosa a verificação de determinantes jurídicas intra-sistêmicas capazes de fazer emergir outros limites aos direitos patrimoniais de autor.

Ante à amplitude da celeuma, cabe restringir o enfoque aos direitos patrimoniais de autor pertinentes a obras que, de algum modo, empregam tecnologia digital.

O panorama da tecnologia sugere que o limite primordial dos direitos em análise é a utilidade, ou possibilidade de utilização, dos bens móveis protegidos pelo regime dos direitos de autor. A utilidade, porém, depende da viabilidade de compreensão de obras digitalizadas por programas de computadores, além da intercompreensão entre sistemas e equipamentos informáticos. Trata-se da interoperabilidade.

Porém, como a interoperabilidade, assim como nenhum outro fato, pode ser considerado jurídico por natureza, tampouco suas conseqüências jurídicas podem existir sem que o mesmo possua, ao menos, mínima relação com algum conteúdo normativo jurídico, pende apontar se a interoperabilidade não passa de pressuposto fático à utilização privada de obras digitalizadas ou se, em verdade, constitui-se verdadeira imposição, que pode ser abstraída de dispositivos normativos principiológicos ou legais.

A hipótese, a ser verificada, é de que, a partir dos conteúdos normativos dos princípios da função social da propriedade e dos contratos e da boa-fé objetiva, é possível entender a interoperabilidade como determinação jurídica a ser observada pelos atores do cenário dos direitos autorais sobre obras tecnodigitais.

Cumprе ressalvar que não é perseguido o estudo técnico da interoperabilidade, pois este dependeria da análise de obras, suportes, sistemas ou equipamentos específicos, sob crivo de conhecimento científico especializado. É visada à abordagem do direito de propriedade intelectual, no que respeita às limitações aos direitos patrimoniais de autor, que ganham novos contornos, impulsionados pela interoperabilidade que a própria evolução tecnológica estabelece e exige.

Para tanto, receberão breve atenção os direitos de propriedade intelectual, sua relação com o princípio da função social e da boa-fé objetiva. Em seguida, as limitações aos direitos patrimoniais de autor merecerão tratamento, para a compreensão do cenário no qual se insere a interoperabilidade.

A relevância deste estudo verifica-se em razão dos propósitos sociais e jurídicos de proteção do desenvolvimento técnico e científico da sociedade contemporânea, na busca pelo equilíbrio entre a proteção dos interesses do titular dos direitos patrimoniais de autor e o uso privado da obra, direito fundamental da coletividade.

A operacionalização do trabalho vale-se de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica, além de amplos debates realizados em razão das análises havidas no grupo que pesquisa os *Contornos do microssistema da propriedade tecnodigital*, integrante do Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC Minas.

2 Direito de propriedade intelectual e direito subjetivo

O direito subjetivo pode ser entendido como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.” (AMARAL, 2003, p.187). Trata-se do poder conferido ao seu titular de fazer valer seus direitos individuais em face de terceiros, donde, destaca-se a idéia de direito-dever (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p.4).

A origem do conceito de direito subjetivo remonta aos tempos idos da produção da literatura jurídica da Idade Média[1], encontrando, conseqüentemente, solidificação no século XIX, com o movimento pandectista. Nesse período, o *ius subjectivum* estava axiologicamente alicerçado na idéia de liberdade do indivíduo (AMARAL, 2003).

A utilização do termo “subjetivo” relaciona-se à titularidade do direito, ou seja, à pessoa[2], que encontra sua limitação na órbita do direito objetivo. Nisso, o direito subjetivo, para referido autor, apresenta-se, pois, em duas linhas, quais sejam, a técnica e a ética. Em sua primeira linha, o conceito é entendido como uma forma de promover a facilitação da incidência do Direito nos casos concretos. Ou seja, o Direito, em sua órbita objetiva, *sic et simpliciter*, fixar limites dentro dos quais, o indivíduo pode agir conforme o seu entendimento.

Por outro lado, quando se estuda o direito subjetivo em sua linearidade ética, percebe-se que nas relações jurídicas entre o Estado e o particular e,

principalmente, entre os particulares, existe um papel daquele direito no sentido de proteger algumas liberdades, de índole fundamental, bem como algumas garantias para o exercício das relações *inter privatos*, nas quais o indivíduo sempre busca um resultado amparado por disposições jurídicas.

Do magistério de Francisco Amaral (2003), é possível abstrair que a importância do direito subjetivo é constatada por meio da evolução histórica dos ensinamentos jurídicos relacionados com o conceito de índole liberal e capitalista.

Entretanto, a aceitação do direito em sua órbita subjetiva não é uníssona na doutrina, haja vista a existência de várias teorias negativistas da existência de referido direito. Ocorre que, apesar dos argumentos apresentados por referidos pensadores, Amaral (2003) constata que o direito subjetivo tem sido amplamente utilizado hodiernamente na *práxis forense*.

Nesse diapasão, ao abordar o estudo do direito subjetivo em sua classificação tradicional, o direito de propriedade intelectual, objeto de estudo no presente tópico, apresenta-se como uma espécie de direito patrimonial[3], mais precisamente como um direito intelectual, tendo por assunto as produções relacionadas à dimensão imaterial do ser humano, isto é, a sua intelectualidade. Desse modo, é a possibilidade de sua transferência, ainda que em significativa parcela, a outrem, que justifica a classificação do direito da propriedade intelectual como um direito subjetivo patrimonial, apesar de tal assertiva não ser de aceitação absoluta por parte da literatura jurídica, como quase tudo no Direito.

Dessa forma, o direito de propriedade intelectual, enquanto direito subjetivo, é entendido como o “ramo do direito que estuda os direitos exclusivos dos autores e inventores sobre suas obras, invenções e descobrimentos.” (POLI, 2006, p.15).

Diante da importância do direito da propriedade intelectual, como instrumento de proteção do desenvolvimento técnico e científico da sociedade contemporânea, impõe-se a análise de suas limitações e dos princípios jurídicos a ele aplicáveis.

2.1 Direito subjetivo e função social

Enquanto realidade jurídica, o direito subjetivo não é revestido de um caráter absoluto e intocável. Pelo contrário, a dinâmica existencial do homem impossibilita a idéia de imutabilidade do direito, uma vez que o direito é um fenômeno social e, como tal, atrelado está à mudança contínua e gradativa da sociedade. Ora, sendo o homem um ser social e político, ao exercer o seu direito subjetivo, encontra limitações para a utilização de referido direito. Um exemplo disso se nos apresenta quando o exercício de um direito pelo particular entra em “contato” com os princípios de ordem social, atinentes, portanto, a toda a coletividade (AMARAL, 2003).

Os direitos subjetivos eram praticamente incondicionados quando do Estado Liberal. Entretanto, a idéia de ordem pública no Estado Liberal é bem diferente da ordem pública prescrita no Estado Democrático de Direito. Em verdade, a ordem pública subsiste no tempo enquanto expressão de limite ao exercício da autonomia privada[4]. Entretanto, o regime jurídico da ordem pública ampliou-se, para impor exigências maiores e ingerências mais frequentes nas relações jurídicas privadas.

Tal ampliação do conteúdo da noção limitativa dos direitos subjetivos, qual seja, a ordem pública, deve-se, em grande parte, ao percurso histórico que, marcado pelo desenvolvimento do capitalismo, demonstrou que o exercício desses direitos no sentido exclusivo dos interesses individuais acentuava as discrepâncias no tratamento das pessoas, pelo Estado, no plano da promoção da inclusão social e, em determinada medida, da dignidade.

Até o estabelecimento do Estado Social e do alargamento da idéia de ordem pública, o exercício do direito à propriedade privada, direito subjetivo por excelência, acentuou as desigualdades, de maneira a evidenciar a incompatibilidade de tais concepções com as tendências da atualidade, de consideração da pessoa e de sua dignidade, bem como da postura intervencionista do Estado, em promoção do bem-estar social.

Por resposta, houve um crescente condicionamento da propriedade ao atendimento da função social.

A função social da propriedade[5], estabelecida constitucionalmente[6], acabou por atingir também os contratos[7], instrumento de produção e circulação da riqueza (patrimônio), da paz social, da consecução das necessidades humanas e da efetivação do bem-comum.

Destarte, se os direitos de propriedade intelectual podem ser classificados como direito subjetivo patrimonial, é certo que seu exercício deve submeter-se aos preceitos decorrentes do conteúdo deontológico do princípio da promoção da função social.

E se os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais (FIUZA, 2003, p. 27), também é possível a conclusão de que, nem mesmo por contrato, preceitos que tornem absoluto o exercício dos direitos de propriedade intelectual podem subsistir diante da ordem jurídica atual.

A realização da função social representa a harmonização dos interesses particulares e coletivos, por meio da formação de situações e relações jurídicas, sempre constituídas a partir dos paradigmas da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade material dos contratantes nos moldes constitucionalmente previstos.

2.2 Direito de propriedade intelectual enquanto objeto do contrato e sua correlação com o princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva modifica profundamente o contexto das relações jurídicas obrigacionais na contemporaneidade, a partir do entendimento das obrigações como complexas e dinâmicas, formadas por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas.

A boa-fé objetiva representa um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’.” (MARTINS-COSTA, 2000, p.411).

O referido princípio confere ao Direito contemporâneo a roupagem de sistema ético-jurídico, por estabelecer padrões éticos, objetivamente considerados, evidenciados na intersubjetividade. Apesar dos parâmetros éticos aprioristicamente extraídos do princípio em alusão, não se exaure a possibilidade de densificação de seu conteúdo diante do caso concreto. Daí, é possível a afirmação de que, por este novo modelo jurídico, prevalece a ética intersubjetiva à dogmática positiva.

A boa-fé objetiva independe da intenção ou convicção do integrante da relação jurídica, mas sim, do atendimento a padrões éticos juridicamente estabelecidos, considerados objetivamente. Portanto, a convicção do agente, seu estado psicológico, deixa de ser relevante na relação jurídica contratual, apenas sendo primordial, a avaliação da conformidade ou não do comportamento das partes com os padrões éticos e sociais vigentes na sociedade. Isto porque, o descumprimento da boa-fé objetiva não denota má-fé do agente, mas, tão somente quebra ou simplesmente ausência da boa-fé (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.41).

Os parâmetros éticos obtidos a partir de uma análise abstrata do princípio são a probidade, honestidade, integridade, retidão. Significa que a pessoa deve agir em conformidade com a expectativa^[8] que se firmou numa relação pautada na honestidade das partes, com retidão no cumprimento dos deveres legitimamente estabelecidos. A probidade refere-se à lealdade das partes na cooperação mútua para a satisfação dos interesses havidos na dinâmica da relação jurídica, sendo pregada a integridade das atitudes, para que sejam irrepreensíveis.

Nesse diapasão, a boa-fé objetiva determina a consideração dos interesses legítimos da contraparte, ainda que sejam expectativas relacionadas à relativização do direito de propriedade intelectual, em decorrência da utilização privada de determinado objeto contratual protegido pelo regime jurídico em tratamento. Significa atestar que o exercício de um direito subjetivo, por uma das partes contratuais, não pode impedir ou tolher legítimas expectativas da contraparte, com relação à utilização do objeto do contrato que versa sobre direito de propriedade intelectual.

Cumpra, assim, insistir que o princípio da boa-fé objetiva desempenhará sua função no contrato de propriedade intelectual, tanto para determinar a interpretação de suas cláusulas, quanto para limitar o exercício abusivo de direitos e para fazer emanar os chamados deveres anexos de conduta. Trata-se, nos dizeres de Teresa Negreiros (2006, p. 150), da especialização da exigência de as partes comportarem-se em conformidade com os ditames da boa-fé, o que engendraria os deveres instrumentais, também denominados deveres laterais ou anexos, tais como o dever de proteção, esclarecimento e lealdade, dentre outros.

3 Limitações aos direitos intelectuais e tecnologia

O Direito, enquanto fenômeno social, criado pelo homem e para o homem, exerce um papel fundamental no controle das atividades humanas no meio social.

Neste contexto, em que o Direito ocupa-se da tutela do exercício dos direitos subjetivos e das relações jurídicas, tem lugar o tratamento das limitações a que se sujeita

o exercício de todos os direitos de propriedade intelectual. Estes sempre possuem limites, intrínsecos ou não, expressamente positivados ou não.

Em se tratando da proteção dos direitos subjetivos intelectuais de natureza autoral, são duas as leis ordinárias que projetam o regime jurídico do tema, quais sejam, a Lei nº 9.609 e nº 9.610, ambas de 1998.

A Lei nº 9609 (BRASIL, 1998), Lei do Software, em seu art. 1º conceitua o objeto da propriedade intelectual, isto é o programa de computador, entendido como:

a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. (art. 1º Lei 9609).

A Lei nº 9610 (BRASIL, 1998), Lei de Direito Autoral (LDA) conceitua os direitos autorais como aqueles do autor e os que estejam conexos ao mesmo (art. 1º). Para efeitos legais, os direitos autorais são vistos como bens móveis e, em âmbito contratual, são interpretados restritivamente. O art. 7

º de referido texto dispõe sobre as obras intelectuais objeto de tutela pela Lei. A Lei de Direito Autoral também regula o direito moral de autor, bem como a questão patrimonial do mesmo.

As limitações sobreditas correspondem às possibilidades de utilização parcial ou integral da obra intelectual protegida sem necessidade de prévia e expressa autorização (consentimento) do seu criador. Isto é, seja esta autorização do próprio autor ou do titular derivado de direitos patrimoniais de autor o que equivale, conforme a terminologia autoralista, a restrições aos princípios aplicáveis aos direitos patrimoniais de autor.

Tais limitações são entendidas como situações em que a utilização pública da obra não estaria compreendida pelo conteúdo do direito autoral, de modo que certas hipóteses legais que adiante serão analisadas ao revés de limitar o direito autoral suscitariam verdadeira ampliação do seu conteúdo ante a restrição ao uso privado das obras intelectuais em tela.

Na colocação abalizada de José de Oliveira Ascensão (2004, p.21) “os limites permitem conciliar o exclusivo atribuído ao autor com o interesse público e as posições de outros titulares. São fundamentos para a obtenção justa das finalidades do direito de autor.”

Como exemplo de limitação temporal, a Lei do Software prescreve que a tutela dos direitos autorais patrimoniais pertinentes aos programas de computador está assegurada pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação, ou na ausência desta, da data de sua criação.

Some-se a isso a exigência legal de que a utilização do programa de computador, em solo brasileiro, esteja condicionada à existência de um contrato de licença de uso, sendo admitida o documento fiscal comprobatório da aquisição ou licenciamento de cópia. É certo que a licença, primordialmente, constitui contrato por meio do qual o autor outorga a terceiro o direito de explorar a obra, por tempo determinado, dentro dos

limites estabelecidos no aludido instrumento. Ocorre que, diante da autorização do titular dos direitos autorais, para a utilização privada da obra, esta constituirá, nas mesmas proporções, limitação aos direitos autorais.

Assim como acontece no regime jurídico do software, a Lei de Direito Autoral apresenta limites temporais à exclusividade da exploração econômica dos direitos autorais patrimoniais.

A legislação autoral brasileira em vigor elenca uma série de possibilidades de reprodução lícita de obras intelectuais, isto é, hipóteses nas quais não há violação aos direitos patrimoniais de autor. A discussão mais controvertida é a que toca aos preceitos normativos dessas duas legislações em tratamento, que dispõem, expressamente, sobre as limitações aos direitos de autor. Os catálogos de limitações constam dos artigos 6º e 46 a 48, da Lei do Software e da Lei do Direito Autoral, respectivamente. Seriam, portanto, estes róis, taxativos ou exemplificativos?

É certo que as limitações extrapolam estes artigos, conforme exposto acima, o que torna forçosa a conclusão de que tais catálogos não puderam apresentar, em absoluto, todas as limitações aos direitos patrimoniais de autor.

Ademais, todas as limitações visam a assegurar, em contraposição aos interesses do titular dos direitos autorais, direitos à utilização privada da obra. Trata-se, indubitavelmente, de ponto de interlocução entre a Constituição (BRASIL, 1988) e a legislação infraconstitucional. Afinal, tais limitações devem ser concebidas e interpretadas à luz dos princípios constitucionais.

Merece destaque o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF), que deve ser estendido a todos os meios de expressão ou exercício desse direito. Como exposto anteriormente, a função social é capaz de condicionar o exercício dos direitos subjetivos, inclusive dos direitos patrimoniais de autor.

Do mesmo modo, estas limitações possuem natureza dúplice, de direito e garantia, relativos ao usuário da obra autoral. As limitações são, fatalmente, instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais à intimidade e vida privada. E, neste tocante, vale destacar: trata-se de direitos constitucionais, que não comportam rol taxativo para sua efetivação.

Assim, mesmo que haja cláusula, no contrato de licença, que mitigue os direitos à intimidade e vida privada, esta será, insubsistente, posto que ofende as normas constitucionais aludidas, além de, nesta medida, atentar contra os padrões éticos objetivamente estabelecidos pela ordem jurídica, que devem ser observados por todos os contratantes, por força do princípio da boa-fé objetiva.

Significa que, em verdade, que os limites aos direitos patrimoniais de autor possuem relevância prática, no sentido de efetivar direitos de ordem constitucional. E, por esta razão, tais catálogos não são taxativos, uma vez que os mais rígidos limites aos direitos patrimoniais do autor dão os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

É interessante contrapor o sistema brasileiro da propriedade intelectual com o direito norte-americano (*copyright*) sobremaneira em razão da certa aproximação que tem sido delineada mais profusamente por meio da implementação do ADPIC/ TRIPS no âmbito da Organização Mundial do Comércio.[9]

No âmbito do *copyright*, o instituto do *fair use* (uso justo ou uso honrado) consiste numa cláusula geral de limitação ao direito de autor aplicável a situações não predeterminadas, aferindo-se a hipótese de caracterização ou não de violação aos

direitos patrimoniais de autor, de acordo com o uso concreto da obra intelectual alheia, a partir de critérios construídos doutrinária e jurisprudencialmente, amoldando-se com mais facilidade às inovações tecnológicas.

O sistema norte-americano leva em conta na determinação do *fair use* os seguintes critérios: o propósito e natureza do uso (se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos), a natureza da obra, a quantidade e qualidade da utilização em relação à obra global e principalmente a incidência da utilização (efeitos do uso) sobre o mercado atual ou potencial da obra. (BRANCO JÚNIOR, 2007, p.71-72).

Ascensão citado por Branco Júnior (2007, p.72) afirma que embora o sistema norte-americano seja maleável e impreciso não é contraditório com o sistema europeu, uma vez que mantém a capacidade de adaptação aos desafios emergentes diante das novas condições surgidas pela evolução tecnológica, por exemplo.

Nesse passo, aponta-se também para a possibilidade do uso na esfera privada para a qual não se estende o monopólio de exploração econômica da obra intelectual. Vale dizer, as formas de utilização da obra intelectual que se efetuam no âmbito reservado do indivíduo e não para o aproveitamento coletivo.

Como dito acima, cuida-se de reflexo do grande princípio do direito de autor, isto é, da liberdade do uso privado com o desiderato de tutelar o valor da vida privada.

Ademais, do ponto de vista da política de proteção dos direitos autorais insta examinar o uso privado no ambiente digital diante dos avanços da tecnologia da informação e a exploração da comunicação digital.

Nesse sentido, surgiu uma série de ferramentas tecnológicas por parte da indústria cultural com o escopo de restringir o direito dos usuários de decisão acerca do uso pessoal dos conteúdos digitais dos produtos obtidos licitamente. Isto é, trata-se das denominadas restrições ou travas tecnológicas (medidas tecnológicas de proteção) [10] que correspondem a chaves criptográficas (dispositivos de codificação) inseridas nos bens culturais digitais, atuando no reconhecimento de características tecnológicas programadas de fábrica.

No ambiente da internet a justificativa para a aplicação de medidas de proteção supracitadas seria lastreada no fato de que o uso privado teria deixado de ser privado, tendo em vista que os usuários finais teriam se tornado agentes intermediários destinados a redistribuir o conteúdo das obras disponibilizadas no meio digital. (GERVAIS, 2007, p.217).

Impõe-se amparar a possibilidade da reprodução para uso privado e da garantia ao beneficiário do direito de acesso às obras, ainda que as utilizações consistam em reproduções em suportes digitais.

O Direito autoral perante a nova realidade tecnológica opera igualmente em vista do necessário equilíbrio de interesses sob o qual se sustenta esse ramo do Direito. Tendo-se de um lado o direito de acesso da coletividade à informação e à cultura e do outro a tutela dos interesses patrimoniais e morais dos titulares de direitos autorais.

Destarte, pugna-se que a interoperabilidade seja o mecanismo que responda as aspirações e necessidades dos usuários, dos criadores intelectuais (titulares originários) e também dos titulares derivados (cessionários dos direitos autorais patrimoniais) como será tratado a seguir.

4 Busca pela interoperabilidade

Ainda na perspectiva da compreensão do regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual, pautada na hermenêutica constitucional, cumpre analisar a interoperabilidade, no que concerne às criações intelectuais desenvolvidas no campo da tecnologia informática.

Consoante Alexandre Pereira (2001), a interoperabilidade pode ser entendida como a aptidão para promover o intercâmbio de informações. Nesse sentido, é objeto de análise a

[...] interconexão e interação lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento conjunto de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos, e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas. (PEREIRA, 2001, p. 643).

Dessa forma, a interoperabilidade é “a capacidade que possuem os aparelhos ou equipamentos que dela fazem parte de comunicarem-se entre si, independentemente de sua procedência, ou do seu fabricante.” (MENKE, 2005, p.59). Esta é a chamada interoperabilidade vista em seu aspecto objetivo, isto é, relacionado à questão operacional.

Ocorre que existe um outro tipo de interoperabilidade, qual seja, a subjetiva, também denominada substancial ou jurídica. Esse tipo de interoperabilidade “invoca um fundo comum principiológico, de índole normativa, que faz com que os indivíduos envolvidos na comunicação ou transação eletrônica [...], confiem na utilização do serviço [...]” (MENKE, 2005, p. 127).

Assim, é buscado o alcance da segurança jurídica, por meio do conjunto de princípios e regras que regulamentam os sujeitos que se relacionam em meio eletrônico, além das criações tecnológicas que acabam por interagir. Assim, a interoperabilidade substancial diz respeito à efetiva confiança e segurança na integração dos processos, que possibilitem o funcionamento conjunto e a intercompreensão entre sistemas, além da identificação dos respectivos usuários, quando necessário, através do emprego de certificação digital.

Logo, a interoperabilidade deve ser observada, não somente no plano das interfaces programas-programas e programas-equipamentos, mas também no novo cenário paradigmático digital, marcado pela rede em âmbito global, com a conseqüente circulação de dados.

No âmbito da contratação em meio eletrônico, a interoperabilidade é pressuposto inarredável para a promoção do acesso e da integração da coletividade.

Tal conjectura interpretativa do regime estudado determina a observância dos ditames da boa-fé objetiva, quando os direitos de propriedade intelectual integrarem o objeto da relação jurídica contratual.

O princípio da boa-fé objetiva impõe que, no contrato, sejam asseguradas as expectativas mínimas, desde que legítimas, das partes, para garantir a utilização da criação protegida pelo regime dos direitos de propriedade intelectual no âmbito da vida privada, com reserva da liberdade que integra o conteúdo do direito à intimidade, ambos, direitos fundamentais de índole constitucional.

O ordenamento jurídico nacional sinaliza a tendência da busca pela interoperabilidade, na medida em que impõe que, para serem presumidas verdadeiras as declarações constantes em documentos eletrônicos, é imprescindível o emprego, em sua produção, de processo de certificação disponibilizado pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Significa que o documento deve ser assinado digitalmente, a partir da tecnologia da criptografia assimétrica, sendo que a chave pública deve ser necessariamente certificada por uma Autoridade Certificadora ligada à Autoridade Certificadora Raiz do país que, no caso é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

Essa padronização, que se dá por meio da exigência de uma tecnologia específica, para integração no processo coordenado pela ICP-Brasil, justifica-se em razão do interesse público na firmação e execução de contratos eletrônicos. A própria idéia de uma infraestrutura centralizada e oficial visa a possibilitar a comunicação e, assim, viabilizar a formação de contratos eletrônicos. Fabiano Menke esclarece:

As razões para que haja uma infra-estrutura que congregue número maior possível de pessoas e entidades são simples e facilmente perceptíveis. É justamente para que haja

possibilidade de comunicação entre os envolvidos, ou, meramente, a possibilidade de pronto acoplamento. A infra-estrutura uniforme evita que sejam aplicadas soluções díspares por cada indivíduo. (MENKE, 2005, p. 57).

Ainda como expressão do interesse público no regime jurídico da propriedade intelectual, a interoperabilidade desponta para viabilizar o acontecimento do processo eletrônico, sendo que, nesse sentido é necessário estabelecer padrões de interoperabilidade.

Nesse sentido, a Lei n.º 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 (BRASIL, Lei n. 11.280, 2006), que acrescentou o parágrafo único no art. 154 do Código de Processo Civil vigente[11] (BRASIL, 1973), vinculou a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos ao atendimento dos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade, assim definidos pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Nisso, Leal (200-) reforça a alegação da necessidade de se buscar a interoperabilidade entre os softwares no Poder Judiciário, uma vez que em nome da celeridade processual, referida inclusão tecnológica no Direito restaria impossibilitada de funcionar, haja vista, que seriam formadas verdadeiras “ilhas informáticas” (LEAL, 200-), com a adoção, pelo Estado de um *e-government*, que não utiliza padrões uniformes na interação entre os sistemas informáticos.

Diante do reconhecimento do interesse público que paira sobre os direitos de propriedade intelectual, assim como do caráter subjetivo que pode ser reconhecido a estes direitos, impõe-se a observância da sua função social. A interoperabilidade, por sua vez, é importante mecanismo de promoção da efetividade dos direitos e princípios constitucionais.

Portanto, a interoperabilidade é tendência nitidamente identificável, para a construção evolutiva do direito aplicável à propriedade intelectual, vez que pode ser capaz de possibilitar a evolução tecnológica, a democratização da informação e da cultura. A busca pela interoperabilidade compõe os objetivos maiores do Estado Democrático de Direito, na medida em que o bem comum e o interesse público hão de prevalecer sobre os interesses individuais e o exercício dos direitos subjetivos pertinentes à propriedade intelectual.

5 Conclusão

A releitura do direito da propriedade intelectual e dos paradigmas tecnológicos sob o enfoque da limitação aos direitos patrimoniais de autor é fundamental dentro do contexto contemporâneo das relações jurídicas contratuais, profundamente alteradas pela inserção de princípios constitucionais e contratuais aos conflitos relacionados à utilização de obras relacionadas à criação pelo intelecto humano.

Trata-se o direito intelectual, do ramo do direito que propugna a proteção do autor das produções/obras relacionadas à dimensão intelectual do ser humano, decorrentes de sua intelectualidade.

É imprescindível que o direito da propriedade intelectual seja interpretado e exercido em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, reflexos da solidariedade social (art. 3º, III CR/88), e elementos norteadores das relações jurídicas, os quais visam a relativizar o exercício da autonomia privada dos contratantes, no intuito de se evitar o exercício abusivo do direito subjetivo e a observância ao interesse social, e inclusive dos direitos patrimoniais de autor..

Em face ao crescente valor econômico relativo à produção intelectual na contemporaneidade e sua difusão sem precedentes pelo meio virtual, através da expansão da Internet, tornou-se imprescindível o controle do referido fenômeno por meio de mecanismos de proteção adequados a impedir a difusão indevida dos referidos direitos intelectuais.

Daí evidencia-se a relevância dos mecanismos tecnológicos de controle, donde se destaca a interoperabilidade, e a tutela jurídica do exercício dos direitos subjetivos, em face da limitação dos direitos patrimoniais do autor da propriedade intelectual.

Em relação à proteção dos direitos subjetivos intelectuais de natureza autoral, as Leis nº 9.609/98 e 9.610/98, apresentam-se como diretrizes ao exercício dos referidos direitos, possuindo relevância no controle e vedação de condutas ilícitas perpetradas contra o titular de direito de autor, permitindo-se, conciliar o interesse público e o direito exclusivo atribuído ao titular da obra.

Nesse escopo, surgiram inúmeras ferramentas tecnológicas visando a limitar o uso pessoal dos conteúdos digitais obtidos licitamente, através das denominadas restrições ou travas tecnológicas, ou seja, através de medidas tecnológicas de proteção aos direitos de autor.

A interoperabilidade surge, nesse cenário, como alternativa viável a utilização lícita dos direitos de autor e da propriedade intelectual, por meios de mecanismos de controle eficientes e confiáveis, dentro do processo de contratação eletrônica, principalmente, relacionados com a assinatura digital e a criptografia.

Por fim, é imprescindível a compreensão que o direito de propriedade intelectual propugna um cenário onde o equilíbrio de interesses deve ser observado, para garantir o direito de acesso da coletividade à informação e à cultura, enquanto direito fundamental, bem como a tutela dos interesses patrimoniais e morais dos titulares de direitos autorais.

6 Referências

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, ano 1, número 1, p.3-33, ago. 2004.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Lei n. 10406/2002. **Código Civil brasileiro de 10 de janeiro de 2002**. *DOU*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 out. 1988. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL Lei n. 9609/1998. **Lei do Software de 19 de fevereiro de 1998**. *DOU*, Brasília, 19 fev. 1998.

BRASIL. Lei n. 9610/1998. **Lei de Direitos Autorais de 19 de fevereiro de 1998**. *DOU*, Brasília, 20 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 11.280, de 16 de fev. 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 17 fev. 2006, p. 2. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº10.406, de 10 jan. 2002. **Código civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº5.869, de 11 jan. 1973. Código de processo civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2007.

BRASIL. **MPV nº 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA), de 24 ago. 2001**. Diário Oficial da União. Brasília, 27 ago. 2001, p. 65. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. de 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-59.

GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o “teste dos três passos” reversos. In: POLIDO, Fabrício; JR., Edson Beas Rodrigues (Org.) **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93-114.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. A multiplicidade de credenciamentos e a falta de interoperabilidade dos softwares dos tribunais como ameaça ao sucesso do processo judicial telemático no modelo dogmático brasileiro. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1644. Acesso em 06 de maio de 2008.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; COSTA, Marcos da. **Questões sobre a vigência do parágrafo “único” do artigo 154 do CPC**. Março de 2007. Disponível em: <http://augustomarcacini.cjb.net/index.php/DireitoInformatica/Artigo154CPC>. Acesso em: 06 de maio de 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra, 2001.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[1] Essa produção está relacionada à Escola dos Glosadores, tendo Bártolo como um dos seus expoentes.

[2] A palavra aqui deve ser entendida em seu sentido amplo, isto é, abrange tanto a pessoa individual quanto a coletividade.

[3] Nos termos da legislação civil em vigor, isto é, art. 91 do Código Civil (BRASIL, 2002), o patrimônio é entendido como “conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de que o indivíduo é o titular”.

[4] O princípio da promoção da função social do contrato e da autonomia privada são dois lados da mesma moeda – a liberdade. O primeiro é aspecto relacionado ao exercício da liberdade, enquanto o segundo é representativo das restrições impostas pelo Direito aos contratos.

[5] A função social vincula-se aos princípios constitucionais do solidarismo social e da dignidade da pessoa humana.

[6] Constituição da República (BRASIL, 1988). “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.”.

[7] Em verdade, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, inserem-se no contexto contemporâneo do Direito das Obrigações, no intuito de relativizar e modelar a autonomia privada dos particulares. Alguns conteúdos contratuais passaram a ser impostos, outros, proibidos, sempre com o condão de tutelar as partes da relação contratual e a sociedade, na medida em que essa poderia sofrer os efeitos do conteúdo relacional.

[8] Trata-se da tutela da justa expectativa do contratante, que espera que a outra parte aja de acordo com o pactuado, pautando-se por parâmetro objetivo e de caráter genérico de comportamento, relacionado à lealdade e probidade na relação contratual (HIRONAKA, 2003, p. 112-113).

[9] O acordo denominado TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) emergiu no cenário internacional no sentido de reconhecer a extrema importância da propriedade intelectual para o desenvolvimento socioeconômico-cultural da humanidade.

[10] As TPMs - *Technological Protection Measure* (medidas tecnológicas de proteção) - correspondem a um método de controle de acesso a materiais registrados com a utilização de meios tecnológicos, consistindo em chaves que impedem, por exemplo, a possibilidade de cópia de pequenos trechos de um DVD para o computador ou para uma fita VHS ou que um determinado CD possa tocar adequadamente num equipamento de som específico. Além disso, tais medidas impedem que música adquirida em formato digital possa ser executada por outros tocadores de áudio digital.

[11] “Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preenchem-lhe a finalidade essencial. Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.”.

**RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS
CONTEMPORÂNEAS**

O CONTRATO EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

THE CONTRACT IN A CIVIL-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Alessandro Marcos Kobayashi

RESUMO

A concepção do Direito Civil e, em especial dos contratos, não pode ser mais analisada nos moldes tradicionais, calcada nos ideais liberais dos séculos XVIII e XIX, onde imperava de forma absoluta a autonomia da vontade e a defesa do patrimônio em primeiro lugar. Atualmente, defende-se a idéia de que o Direito Civil deve ser analisado a partir da Constituição Federal, ou seja, dentro de um processo de constitucionalização do Direito Civil, ou ainda, sob a ótica de um sistema Civil-Constitucional. O entendimento dessa nova sistemática é realizado por meio da concepção de um sistema aberto, sujeito a influências jurídicas e metajurídicas, e não apenas com base no Código. A Constituição Federal, ao erigir a pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, fez com que ela se tornasse o centro das atenções do ordenamento, o princípio norteador da atuação do intérprete. Também é necessário compreender que a normativa constitucional, composta de normas e regras jurídicas, pode ser aplicada diretamente às relações privadas, sem a necessidade da existência de legislação infraconstitucional a esse respeito. Assim, importante compreender os novos princípios a serem aplicados às relações privadas, merecendo destaque os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. O contrato deve ser utilizado em conformidade com a normativa constitucional de respeito à dignidade de pessoa humana e aos princípios contratuais mencionados, buscando-se na Constituição Federal o fundamento de validade dos pactos.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALIZAÇÃO. CONTRATOS. DIREITO CIVIL.

ABSTRACT

The conception of the Civil law and, especially of the contracts, it cannot be more analyzed in the traditional molds, stepped on in the liberal ideals of the centuries XVIII and XIX, where it reigned in an absolute way the autonomy of the will and the defense of the patrimony in first place. Now, he/she defends the idea that the Civil law should be analyzed starting from the Federal Constitution, in other words, inside of a process of constitutionalization of the Civil law, or still, under the optics of a Civil-constitutional system. The understanding of that new one systematic is accomplished through the conception of an open system, subject to juridical influences and outside the law, and not just with base in the Code. The Federal Constitution, when erecting the human

person as one of the foundations of the Democratic State of Right, did with that her if it turned the center of the attentions of the laws, the beginning indication of the interpreter's performance. It is also necessary to understand that the normative constitutional, composed of norms and juridical rules, it can be applied directly to the private relationships, without the need of the existence of legislation inside the constitutitucion to that respect. Like this, important to understand the new beginnings to they be applied to the private relationships, deserving prominence the beginnings of the good-faith aims at and of the social function of the contract. The contract should be used in accordance with the normative constitutional of respect to human person's dignity and the mentioned contractual beginnings, being looked for in the Federal Constitution the foundation of validity of the pacts.

KEYWORDS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO. CONTRACTS. CIVIL LAW.

INTRODUÇÃO

O Direito Civil, segundo sua concepção tradicional, era entendido como um sistema codificado, fechado e completo, baseado num método lógico-dedutivo, onde o patrimônio representava o centro das atenções do ordenamento jurídico, a autonomia da vontade um princípio absoluto e o contrato o instrumento fundamental para a circulação das riquezas.

As alterações nas estruturas sociais e econômicas ocorridas após a Revolução Industrial demonstraram que o sistema codificado não gozava da completude anunciada, havendo a necessidade de elaboração de diversas leis para regulamentar as novas situações apresentadas ao ordenamento e que o sistema codificado não se mostrou capaz de resolver.

Os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual demonstraram não serem suficientes para regular de forma adequada os interesses das partes contratantes, pois era freqüente a imposição dos interesses dos detentores do poder econômico em desfavor do contratante mais fraco, impondo ao Estado a necessidade de intervir nas relações privadas para restabelecer o equilíbrio das relações negociais.

Fato semelhante ocorreu em nosso ordenamento civil, fundado no Código Civil de 1916 que, totalmente influenciado pelos ideais liberais da Revolução Francesa, não se mostrava mais adequado para regular essa nova realidade social e econômica que se apresentava, ocorrendo também aqui o processo de descodificação do ordenamento civil, haja vista a necessidade de elaboração de leis especiais ou multidisciplinares para regulamentar as novas situações trazidas pela sociedade contemporânea, as quais o Código não conseguia disciplinar.

Os novos anseios da sociedade fizeram surgir Textos Constitucionais que deixaram de considerar o patrimônio o centro do ordenamento e passaram a entender que a pessoa deveria ser o centro das preocupações, constituições preocupadas com as questões de justiça social.

Também foi necessário reconhecer que o sistema fechado não era capaz de regulamentar de forma adequada essas novas situações, passando-se à defesa um sistema aberto, sujeito a influências jurídicas e metajurídicas, composto de princípios gerais e cláusulas abertas, que encontra sua origem na funcionalização dos institutos jurídicos e no reconhecimento da influência social na aplicação da lei, possibilitando que o ordenamento civil se amoldasse às novas situações que a sociedade contemporânea lhe apresentava.

Neste contexto foi editada a Constituição de 1988, onde a dignidade da pessoa humana foi erigida como fundamento do Estado Democrático Brasileiro servindo como norte para o aplicador da lei. Além disso, prescreveu toda uma normativa voltada para a consecução de uma justiça social, onde aqueles ideais puramente liberais não poderiam mais ser aplicados de forma absoluta como outrora.

Assim, passou-se à concepção de que o ordenamento civil deve ser analisado a partir da Constituição, buscando-se um novo paradigma para o Direito Civil, sendo necessário reconhecer que a normativa constitucional, composta de princípios e regras, pode ser aplicada diretamente às relações privadas, não necessitando da existência de normas infraconstitucionais a esse respeito.

Com a edição do Código Civil de 2002, foram introduzidos no ordenamento os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, porém manteve-se a concepção de um sistema codificado que, da mesma forma que o Código Civil de 1916, não se mostrou suficiente para a regulamentação de todas as situações, pois já nasceu com a necessidade de conviver com leis outras que retiraram parte de seu campo de atuação, como o Código de Defesa do Consumidor, que regula os contratos de consumo.

Assim, revelou-se a importância da interpretação da normativa civil a partir da Constituição Federal, que possibilita a revitalização do Direito Civil, alterando-o qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais.

Essa nova sistemática não tem por fim retirar do Direito Privado seu espaço de incidência, ao contrário, visa manter a unidade de todo o sistema jurídico, pois, a fragmentação da legislação civil em meio à edição de leis especiais e multidisciplinares poderia levar à decomposição do sistema jurídico civil.

1 CONTRATO E AUTONOMIA DA VONTADE

O contrato é instituto cuja estrutura foi influenciada pelas mudanças morais, sociais e econômicas ocorridas na sociedade desde eras remotas, sendo possível dizer, assim, que o contrato nasceu da realidade social.^[1] Nesse ponto importante ressaltar que a concepção do contrato possui relação íntima com a idéia de autonomia da vontade, revelando-se de crucial importância para o entendimento do instituto, uma análise, mesmo que superficial, de seus antecedentes históricos.

O Direito Romano não possuía uma doutrina específica sobre os contratos, muito provavelmente devido ao seu caráter essencialmente formalista. Todavia, reconhecia que, dentre as causas que poderiam dar origem a uma obrigação contratual, figurava o consentimento, embora com um sentido diverso do entendido atualmente.[2]

O Direito Canônico contribuiu enormemente para a formação da doutrina da autonomia da vontade, pois combatiam o formalismo do Direito Romano, uma vez que este era prejudicial à divulgação da fé cristã que era transmitida por meio da palavra falada. Assim, defendiam a idéia de que a promessa por si só possuía força obrigatória, ou seja, as convenções livremente pactuadas eram dotadas de obrigatoriedade, uma vez que criavam uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.[3]

Porém, foi com o jusnaturalismo que se formou a base teórica dos dogmas da concepção clássica de contrato, a autonomia da vontade e a liberdade contratual, uma vez que os estudiosos desse período entendiam que o homem era um ente dotado de razão, sendo uma fonte fundamental do direito, pois, a expressão jurídica se realizaria por meio de sua vontade. Assim, entendiam que “[...] a vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito.”[4]

De acordo com KANT, a autonomia da vontade seria o princípio supremo da moralidade, ou mais amplamente segundo MEGONI concebia ela a ordem social como o resultado natural do livre encontro das forças de mercado, baseada em estrutura simples e relativamente estáveis, postas em ordem de princípios jurídicos [...] compostos de valores imutáveis[5].

A escola pandectista alemã, utilizando-se das concepções do Direito Natural e das lições de Kant, reconheceu que a liberdade de contratar seria uma liberdade natural do homem e somente ele poderia limitá-la, ou seja, o homem só estaria sujeito às leis por ele mesmo elaboradas, ou seja, o contrato.[6]

Importante ressaltar que o movimento pandectista teve como sua obra máxima o BGB, que partiu de uma concepção sistema jurídico fechado e concebido dentro de um padrão lógico-dedutivo, com base no sistema *more geometrico demonstratum*. Ainda, que influenciou na elaboração diplomas de outros países, dentre eles na composição temática do Código Civil de 1916 e na hermenêutica dos fatos jurídicos *lato sensu*. [7]

Todavia, foi com a Revolução Francesa que se tem afirmado a origem do direito moderno, destacando-se a influência da teoria do contrato social de Rousseau sobre o direito contratual, pois, seria por meio da manifestação da vontade dos homens, que abrindo mão de parte de sua liberdade individual, formariam a sociedade e o Estado. Assim, o contrato não seria apenas fonte de obrigações entre as pessoas, mas o fundamento de toda a autoridade, ou seja, “[...] o contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato.”[8]

O legado mais importante da Revolução Francesa para o Direito Civil foi o Código Napoleônico que, conjugando as idéias do Direito Natural com as idéias individualistas da época, consagrou a autonomia da vontade como valor supremo, defendendo-se a idéia de que o ordenamento jurídico, baseado no Código vigente seria dotado de completude e unicidade.[9]

Essa codificação civil tinha como paradigma a pessoa dotada de patrimônio, ou seja, a classe burguesa emergente que necessitava de um Estado que não intervisse nas atividades econômicas, entendendo que o homem comum seria representado por essa classe de pessoas.

Nesse período, liberdade era associada à qualidade de proprietário, entendendo que a plenitude da pessoa de dava com base no seu poder de domínio sobre as coisas. Ser livre significava o exercício do direito de propriedade sem impedimentos. “Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.”[10]

Entretanto, com advento da Revolução Industrial e suas profundas transformações nas estruturas sociais e econômicas, constatou-se que os ideais liberais não se mostraram capazes de tutelar os interesses da nova classe social emergente, o proletariado, uma vez que a igualdade formal apregoada pelo liberalismo, não se confirmava na realidade fática, sendo freqüente a exploração dessa classe menos favorecida por aquela representativa dos detentores do poder econômico.[11]

Esse fato, aliado às grandes Guerras, a depressão de 1929 e à alteração do modo de produção, que passou a ser em massa, ocasionando a contratação de massa, por meio de contratos-tipo e contratos de adesão, provocaram a revisão dos postulados básicos do liberalismo, pois, ficou demonstrado não haver igualdade real entre as partes contratantes, sendo necessária a intervenção do Estado nas relações privadas, por meio da edição de normas de ordem pública, que tinham por fim restabelecer o equilíbrio das partes, o chamado dirigismo contratual.[12]

Assim, houve a transição do Estado Liberal para o Estado Social, onde, no plano do Direito, as constituições passaram a regular a ordem econômica e social, passando o indivíduo a ocupar a centro das atenções do ordenamento e não mais o patrimônio, como apregoado pelo liberalismo, ou como leciona Paulo Luiz Netto Lobo:

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do Direito Civil.

[...]

Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana.[13]

Complementa o mesmo autor:

[...] A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como o centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante nem sempre necessário.

Esses ideais passaram a influenciar as constituições do século XX, onde se desenvolveu uma concepção social-humanista do contrato, que, para fazer frente às injustiças acima mencionadas e, impulsionado pelos movimentos sociais daquela época, apregou pela necessidade da existência de uma consciência de justiça social, com a afirmação dos chamados direitos sociais.^[14]

A mudança de paradigmas, onde a pessoa ocupa o lugar do patrimônio como o centro das atenções do ordenamento jurídico, alterou o modo de se entender o Direito Civil e, em especial, o contrato, que passa a possuir uma função social, estabelecendo-se também o dever de obrarem as partes respeitando a boa-fé objetiva.

Ao analisar-se a evolução histórica do contrato, comprova-se que ele se amoldou e continua a amoldar-se de acordo com as mudanças sociais e econômicas de cada época, uma vez que, de simples instrumento para a regulamentação das trocas em épocas mais remotas, passou a importante instrumento de consolidação do poder de uma classe que emergia com o declínio do absolutismo, ou seja, a classe burguesa, consagrando-se o princípio da autonomia da vontade de forma absoluta.

Mais adiante, as transformações resultantes da Revolução Industrial alteraram a estrutura do contrato, diante da necessidade do Estado intervir nas relações privadas, seja ditando o conteúdo de alguns contratos, seja editando normas de proteção às classes menos favorecidas.

Por fim, diante do fortalecimento dos movimentos sociais, atualmente o contrato não é mais concebido com o caráter eminentemente patrimonialista de outrora. Não obstante seja o principal instrumento para a circulação de riquezas na sociedade, deve ser utilizado não apenas para satisfazer os interesses individuais das partes, devendo ser utilizado de molde a crescer algo à sociedade, respeitando os princípios da boa-fé objetiva e da função social.

2 DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Conforme visto linhas atrás, os ideais liberais influenciaram na elaboração do Código Civil Francês, que influenciou na codificação civil de diversos países, dentre essas o

Código Civil de 1916. Esse processo de codificação realizada no período oitocentista possuía duas ordens de motivações: motivações ideológicas e motivações concretas.[15] – (Professora Jussara, os três parágrafos abaixo foram baseado nesta citação, razão pela qual entendi não ser necessária a inserção de notas.)

A motivação ideológica representava o desejo da burguesia na manutenção do *status quo* alcançado com a Revolução Francesa, ou seja, a manutenção do mundo da segurança jurídica, simbolizada por meio de regras jurídicas destinadas ao perpétuo, consubstanciadas num conjunto de procedimentos e formalidades. Essas formas representariam a segurança do cidadão e, por conseqüência, da ordem jurídica.

A motivação concreta deste projeto codificador consistiu na necessidade que a sociedade possuía de verem reunidas em um único corpo legal todas as fragmentadas leis existentes sobre a matéria civil daquela época.

Assim, como a matéria estaria toda reunida em uma única compilação, o sistema codificado teria como característica a unidade, entendendo também que, por se tratar de um sistema lógico, possuiria a característica da completude, pois teria o condão de regulamentar todas as relações jurídicas privadas.

Desta forma, como era defendida a idéia de um sistema fechado, que se baseava em um método dedutivo, partia-se da presunção de que todas as situações fáticas eram previstas, expressas ou implicitamente, pelo ordenamento.

Entretanto, em decorrências das alterações nas estruturas sociais e econômicas pelas quais passou a sociedade contemporânea, demonstrou-se que essa presunção estava equivocada, pois, o sistema codificado não dava conta de regulamentar as novas relações existentes, perdendo o código a condição de fonte exclusiva de regulamentação dos interesses privados.

Diante dessa situação, no início, foram editadas leis excepcionais para a regulamentação dessas matérias. Depois, em decorrência do aumento de lacunas, passou-se a editar leis especiais com conteúdo mais especializado e amplo, culminado com a edição de leis multidisciplinares, verdadeiros microssistemas jurídicos, que além de cuidarem da matéria civil, traziam disposições de direito processual, administrativo e, até mesmo, de Direito Penal, sendo exemplos o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho etc.[16]

No entanto, diante do quadro histórico traçado inicialmente e, principalmente, como conseqüência das profundas alterações ocorridas no seio da sociedade, num primeiro momento, mostrou-se necessária, em caráter emergencial, a criação de leis excepcionais para regular setores não disciplinados pelo Código.

Posteriormente, com o crescente aumento das lacunas do direito, advieram leis especiais que tiveram por fito disciplinar, de forma especializada e ampla, determinados temas de natureza civil, o que fez com que o Código Civil perdesse o caráter de estatuto exclusivo das relações patrimoniais privadas.

Por derradeiro, o legislador se viu obrigado a formular leis ainda mais abrangentes, tratando de maneira aprofundada certos assuntos que, paulatinamente, foram sendo subtraídos do Código [...].^[17]

Assim, observou-se o fenômeno conhecido como descodificação do Direito Civil, pois ficou demonstrado que o Código Civil não era capaz de regulamentar todas as situações apresentadas pela sociedade contemporânea, impulsionadas pelas constantes alterações sociais, bem como pela rápida evolução tecnológica, sendo necessário, como visto, a edição de leis para regulamentar essas novas situações.

Importante ressaltar que esse fenômeno da descodificação não foi superado com a edição do Código Civil de 2002, pois, com sua publicação não foram revogados algumas normas já vigentes que cuidam em seu bojo de matérias civis, casos em que o Novo Código Civil tem apenas aplicação subsidiária. Exemplo mais contundente é encontrado no Código de Defesa do Consumidor, que retira do Código Civil a regulamentação da matéria referente às relações de consumo, que representam a maioria dos contratos celebrados na atualidade.

Por fim, acrescente-se que, diante as constantes transformações pela quais passa e passará nossa sociedade, haverá novas situações que o Código não será capaz regulamentar, as quais ensejarão da edição de novas legislações, o que vem a comprovar a deficiência do sistema codificado.

3 ABERTURA DO SISTEMA

A compreensão da nova sistemática em que deve ser entendido o Direito Civil e, em especial, os contratos, passa por uma análise do sistema jurídico adotado por nosso ordenamento, que pode ser aberto, ou seja, concebido em razão de sua proximidade com uma construção casuística afinada com a construção jurisprudencial, onde se reconhece sua incompletude e a possibilidade de sua modificação ou, ao contrário, ser concebido em razão do modelo codificado – fechado – que presume ser completo, não admitindo sua modificação.^[18]

O Código Civil de 1916, numa visão tradicional do ordenamento civil, baseado no método lógico-dedutivo, fundamentava-se em uma concepção fechada de sistema jurídico, caracterizado por sua pretensa completude e unidade, que não se comprovou na prática, haja vista a existência de diversas leis especiais tratando da matéria cível, uma vez que o Código não demonstrou ser capaz de regular todas as situações postas na sociedade, em especial, em decorrência da acelerada evolução social e tecnológica verificada em nossos tempos.

Nos tempos atuais é defendida a idéia de um sistema aberto, também chamado de teleológico, onde é reconhecida sua incompletude, sendo sujeito a influências jurídicas e metajurídicas, que encontra sua origem na funcionalização dos institutos jurídicos e no

reconhecimento da influência social na aplicação da lei, consistindo num método de pensamento mais tópico, organizado em torno da problemática jurídica.[19]

Nesse novo contexto se revela de sua importância o papel da jurisprudência, uma vez que o juiz se encontra em constante provocação para resolver os casos que envolvem as relações privadas, sempre em atenção aos valores estampados no Texto Constitucional.

O sistema jurídico, bem ao contrário, há de fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa de aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura do magistrado, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. [20]

Porém, adverte a melhor doutrina que apenas a jurisprudência não é suficiente para abertura do sistema, pois, é preciso conferir a ela alguma cientificidade, a fim de possibilitar que as soluções dos casos pontualmente apresentados sejam racionalmente comprováveis e seu conjunto forme um sistema, razão pela qual se defende a utilização do recurso principiológico.[21]

Para a aplicação dos princípios, segundo a moderna técnica legislativa, faz-se necessária a utilização de cláusulas gerais que seriam pontos de apoio, liames que permitiriam a conexão entre os valores e o sistema normativo e seu ingresso na ordem jurídica, facilitando o trabalho do hermeneuta.[22]

Entretanto, apesar de amplamente reconhecida da necessidade de abertura do sistema, o Código Civil de 2002, não obstante prescreva a função social do contrato e a boa-fé objetiva, não conferiu originalidade ao sistema, pois, já se encontram previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, sendo que, ao apegar-se o legislador ao modelo unitário e totalizante de uma codificação não será capaz de regulamentar todas as situações que lhe forem colocadas, não sendo capaz, assim, de concretizar os valores estampados na Constituição Federal.[23]

Desta forma, mostra-se cada vez mais necessário o entendimento do Direito Civil à luz dos comandos constitucionais, a chamada constitucionalização do Direito Civil, pois, somente assim o intérprete poderá conferir efetividade aos comandos e valores constitucionalmente estabelecidos.

Portanto, o sistema codificado adotado por nosso legislador comprova-se não ser o mais adequado para satisfazer as necessidades de nossa sociedade, que se encontra em rápida e constante mutação, defendendo-se, outrossim, a necessidade de um sistema aberto, composto de cláusulas gerais e princípios, que se mostra mais apto a solucionar as novas situações apresentadas, onde o julgador assume um importante papel interpretando os casos concretos à luz dessa principiologia e dos comandos constitucionais, como se demonstrará a seguir.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, operou-se a introdução de uma nova ordem jurídica na qual, ao invés da tutela exclusiva das relações individuais, passou-se a buscar a tutela dos interesses coletivos, exigindo que o Direito Civil e, em especial, os contratos, seja analisado sobre outro prisma, despidendo-se das concepções puramente liberais de outrora, uma vez que é vivido um processo de constitucionalização dos direitos, processo esse fundamental e indispensável para nosso ordenamento jurídico.[24]

Essa idéia de constitucionalização serve de fundamento para processo de descodificação do Direito Civil, sendo necessária sua resistemização na busca de um novo paradigma com a aproximação do Direito Constitucional ao Direito Civil, para seja possível a concretização dos valores fundamentais estampados pela Constituição Federal, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e onde o magistrado assume a função constitucional de dignificar o homem e eliminar a desigualdade sócio-econômica.[25]

Assim, são elencados como pressupostos metodológicos para a descoberta desse novo paradigma e para a compreensão da sistemática civil-constitucional, reconhecer que as normas constitucionais não possuem apenas função interpretativa em nosso ordenamento, mas que possuem também função normativa e que podem incidir diretamente sobre as relações de direito privado.[26]

[...] a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações sociais, não somente como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento, apta a incidir sobre as situações subjetivas, funcionalizando-as, conforme os valores constitucionais. Tal postura se apresenta ainda como reação à fragmentação do saber jurídico, à insidiosa e excessiva divisão do direito em ramos e em especializações que, a prevalecer, fariam do jurista, fechado em seu microsistema, se bem que dotado de refinados instrumentos técnicos, um ser insensível ao projeto de sociedade contido na Lei Maior.[27]

Também é preciso uma definição sobre essa nova sistemática Civil-Constitucional, com o reconhecimento de que é composta de regras e princípios normativos institucionais, todos interligados e integrados no corpo constitucional, formando um unitário ordenamento jurídico.[28]

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios

constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que a doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais tem assegurado eficácia imediata nas relações de Direito Civil. “Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente à Constituição”.^[29]

Ainda se faz preciso compreender que esse novo paradigma, ao contrário da codificação civil liberal, que possuía a defesa do patrimônio como valor preeminente, está centrado na pessoa, seja na sua tutela por si mesma, seja na tutela de suas dimensões outras, como família e propriedade.

É certo que as relações civis têm forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado pelos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo da relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória longa da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como o centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.^[30]

Nesse ponto, ao reconhecer que a pessoa humana encontra-se no centro do ordenamento jurídico, é preciso recordar que a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada fundamento maior do nosso Estado Democrático de Direito, ou seja, serve como princípio norteador de todo nosso ordenamento jurídico.^[31]

Há que se perseguir um amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da pessoa humana na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar (sic) legitimidade no espaço do Código Civil [1916], pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isso é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüências da massificação negocial.^[32]

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, deve ser entendido como a norma embasadora de todo o sistema constitucional, devendo-se reconhecer sua força normativa, “dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos.”[33]

Denota-se, assim, que o Direito Civil não pode ser mais considerado o “[...] *locus* normativo privilegiado do indivíduo [...]”[34], ou seja, não pode mais ser considerado como a constituição do Direito Privado, devendo-se compreender que os critérios para a interpretação do Direito Civil não se encontram mais no Código Civil, mas que são encontrados na Constituição Federal.

Essa nova proposta interpretativa não tem por fim retirar do Direito Privado seu espaço de incidência, ao contrário, pretende revitalizá-lo, alterando-o qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais. Assim, constata-se que não existem mais setores que escapam de sua incidência axiológica, onde a autonomia privada deixa de configurar uma espécie em si mesma e somente será merecedora de tutela, caso consiga realizar concretamente os valores constitucionais.[35]

Ainda, é preciso compreender que a análise do Direito Civil à luz da Constituição Federal tem por fim manter a unidade de todo o sistema jurídico, pois, conforme mencionado, sua fragmentação em leis especiais e em leis multidisciplinares, os chamados microssistemas jurídicos, poderia levar à decomposição do sistema jurídico civil.

Assim, levando-se em consideração a necessidade de manutenção da unidade do sistema jurídico, a interpretação desse complexo de normas há de ser feita à luz dos princípios estampados na Constituição Federal, que “[...] centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo incidir diretamente nas relações privadas.”[36]

Em suma, como a Constituição Federal trouxe em seu bojo uma série de preceitos civis e ante a existência de outras normas infraconstitucionais que tratam de matérias originalmente confiadas ao Código Civil, é preciso harmonizar esses preceitos para a manutenção da unidade de todo o ordenamento jurídico, o que somente poderá ser realizado partindo-se da Constituição, porque nos traz os valores e princípios basilares de nossa sociedade, onde o patrimônio deixou de ser o centro das atenções do ordenamento jurídico, que passa a se preocupar com a proteção da dignidade da pessoa humana, erigida a princípio norteador de todo o ordenamento jurídico.

5 PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

O novo sistema de Direito Civil-Constitucional como visto, deve ser entendido por meio da busca de novos paradigmas para o Direito Civil e, conseqüentemente, para os

contratos, revelando-se importante o reconhecimento de que o sistema é composto de princípios, os quais têm o condão de manter a unidade do sistema.

Em matéria contratual é possível conceituar os princípios como “[...] as idéias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos”.^[37]

Para a aplicação dos princípios, segundo a moderna técnica legislativa, faz-se necessária a utilização de cláusulas gerais que seriam pontos de apoio, liames que permitiriam a conexão entre os valores e o sistema normativo e seu ingresso na ordem jurídica, facilitando o trabalho do hermenêuta.^[38] Judith Martins Costa, traz importantes lições sobre o tema:

Dotadas de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar ao juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes.^[39]

Complementa na obra a autora:

Não se trata – é importante marcar logo esse ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a esses critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via de jurisprudência.

Nesse ponto é preciso distinguir os princípios das cláusulas gerais. Os primeiros podem ser considerados como normas, expressas ou não, que servirão de fundamento para outra. As segundas serão sempre expressas, podendo até mesmo expressar um princípio, mas diante de seu caráter vago, ou seja, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, exigem do intérprete uma atuação especial, sendo sua função principal, permitir ao intérprete a criação de normas jurídicas com alcance geral.^[40]

Desta forma, considerando que os princípios representam os valores eleitos como primordiais para a sociedade, necessário que sejam reconhecidos e efetivados em nosso ordenamento jurídico, pois diante da fragmentação da normativa civil, somente

mediante sua aplicação será possível conferir unidade ao sistema jurídico e conferir concretude aos valores enunciados pelo Texto Constitucional.

Nesse aspecto, considerando que a Constituição é composta de princípios, dotados de elevado grau de generalidade e forte carga valorativa, denota-se que, para uma correta interpretação de seus dispositivos, não é possível ao intérprete utilizar-se apenas do tradicional método subsuntivo, devendo utilizar-se também da técnica da ponderação, ou seja:

Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica da ponderação[41].

Conclui-se, portanto, que para o correto entendimento do chamado sistema Civil-Constitucional, revela-se de suma importância a compreensão dos princípios elencados em nosso ordenamento, os quais são aplicados atualmente por meio das cláusulas gerais, permitido ao intérprete “criar” normas jurídicas que possibilitam a solução dos novos casos que lhe são apresentados, o que restaria impossível caso fosse analisado isoladamente o Código Civil, o que acarreta, além da harmonização e unidade do ordenamento jurídico, a concretização dos valores elencados como primordiais em nossa Constituição Federal.

5.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Ao longo desses breves estudos acerca da nova sistemática Civil-Constitucional, revelou-se que os princípios tradicionais do contrato não saem ilesos, uma vez que as relações negociais não podem ser entendidas no âmbito puramente individualista, sendo necessário observar se possuem relevância para a sociedade, ou seja, hoje se faz necessário que contrato cumpra sua função social.[42]

Importante ressaltar que essa idéia de função social – inicialmente em relação à propriedade – surgiu no final do século XVIII, como reação ao iluminismo, quando a sociedade e o direito abandonaram a concepção individualista típica do Estado Liberal e procuraram realizar a tutela do bem comum, da coletividade, buscando limites para a autonomia privada e, em última análise efetivar o primado da igualdade.[43]

O fim da ordem jurídica só pode ser, pois, o de impedir o desencontro entre as classes e o eliminar o desperdício recursos garantindo-lhes a mais larga distribuição, de modo tal quem se não tudo que se deseja possa ser assegurado. Ao menos que seja distribuído a cada um o máximo possível; e considerando o discurso nestes termos, procuramos satisfazer o maior número de exigências e necessidades humanas [...].^[44]

No Brasil a função social já era tratada, embora de forma incipiente pela Lei de Introdução ao Código Civil que dispunha em seu Art. 5º: “[...] Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi trazida uma nova pauta de valores para nossa sociedade ao erigir-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, trazendo também em seu bojo a função social da propriedade – que possui reflexos nos contratos – como um dos princípios que devem reger a ordem econômica e financeira.

Essa correlação entre a função social da propriedade com os contratos é justificada porque “[...] o contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da propriedade, experimentando inegável interferência deste direito”^[45]. Assim, como a Constituição Federal prescreve que a propriedade somente resta protegida quando cumpre sua função social, tal exigência também repercutiu na esfera contratual, ou seja, além dos interesses individuais das partes, o contrato deve trazer algum benefício para a sociedade.

Entretanto, a função social dos contratos veio a ser consagrada em definitivo em nosso ordenamento com o advento do Código Civil de 2002, que prescreve em seu Art. 421: “[...] a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, estabelecendo, assim, além de um critério finalístico para as atividades negociais, ou seja, o cumprimento da função social estabelece um limite para as partes, um limite ao princípio da autonomia da vontade, repercutindo no interesse social e na dignidade da pessoal humana.^[46]

Essa função social dos contratos deve ser entendida, ainda, tanto no que tange ao tratamento ético, moral, que as partes devem observar, tanto quanto ao seu aspecto extrínseco, ou seja, como instrumento de desenvolvimento social, uma vez que a ordem econômica deve desenvolver-se de modo sustentado, racionalizado e equilibrado, sempre de forma a dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa, princípio norteador do ordenamento^[47].

Conclui-se, portanto, que a defesa da função social do contrato não significa negação à necessidade de liberdade para as partes realizarem atos negociais que repercutam em sua esfera individual. O que se almeja, na realidade, é que o contrato traga benefícios para ambas as partes contratantes, buscando um equilíbrio das prestações das partes e não represente um instrumento de opressão do mais forte sobre o mais fraco.

E, finalizando, que o contrato, ao mesmo tempo em que busque satisfazer os interesses individuais das partes, também possa trazer algo que seja benéfico, ou ao menos que não prejudique a coletividade.

5.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Na compreensão dos novos paradigmas para Direito Civil contemporâneo, não seria possível deixar de mencionar o princípio da boa-fé, que se faz presente nos ordenamentos jurídicos que elegeram a dignidade da pessoa humana como fundamento para a concretização dos Direitos Fundamentais, nos quais o vínculo jurídico contratual não se funda exclusivamente na autonomia da vontade, mas principalmente na boa-fé, que pode ser dividida em subjetiva e objetiva. A primeira se refere ao estado de ânimo das partes no momento da celebração do contrato e sua importância se revela tanto da interpretação, quanto na verificação da validade dos pactos.^[48]

[...] a expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou o convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade com o direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. ^[49]

Com relação à boa-fé objetiva, levando em conta a função social de que deve se revestir o contrato, ela se apresenta como princípio basilar, que representa tanto um padrão de conduta objetivo que dever nortear as relações negociais, desde a formação até a execução do contrato, como a proteção às justas expectativas, à confiança, que as partes possuíam no momento da celebração do contrato.^[50] Judith Martins-Costa a conceitua da seguinte forma:

[...] já por ‘boa-fé objetiva’ e quer significar – segunda a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquele que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.^[51]

Ainda, conforme os ensinamentos da mesma autora denota-se que o princípio da boa-fé comporta três funções: a) interpretativa, dirigida ao magistrado a fim de que preencha as

lacunas e realize a justiça interna contratual; b) criadora de deveres jurídicos, dirigida às partes em todas as fases do contrato, consubstanciando-se no dever permanente de se buscar o equilíbrio da relação contratual; e, por fim, c) limitadora do exercício dos direitos subjetivos, representando um limite ao princípio da autonomia da vontade, não mais se admitindo condutas desleais ou imorais.^[52]

É com base na boa-fé objetiva que é exigida a transparência das partes ao contratar, a necessidade de prestar informações adequadas e suficientes, bem como a vedação da utilização de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações abusivas ou desproporcionais, ou seja, enquadraram-se naqueles chamados deveres anexos aos contratantes, deveres que apesar de não estarem expressos nos contratos devem nortear a atuação das partes.^[53]

Com base no exposto, constata-se que o princípio da boa-fé objetiva está diretamente relacionado ao princípio da função social do contrato, princípio que deve ser observado em todas as relações contratuais, de modo a exigir dos contratantes que pautem suas condutas pela retidão e moralidade, visando o equilíbrio da relação contratual, fazendo com que o contrato seja um instrumento agregador para as partes e para a sociedade e não um instrumento de opressão do mais forte sobre o mais fraco como já mencionado.

CONCLUSÃO

A concepção tradicional do Direito Civil, calcado na autonomia da vontade e na concepção de um sistema fechado não foi capaz de regulamentar todas as situações que surgiram com as transformações ocorridas na sociedade contemporânea.

A necessidade de elaboração de leis especiais e multidisciplinares para regulamentar as novas situações levou ao processo de descodificação do Direito Civil.

A presunção de completude do sistema fechado adotado pelas codificações liberais não foi confirmada na prática, levando-se a defender a idéia de um sistema aberto, sujeito a influências jurídicas e metajurídicas, não se bastando no Código.

Com o advento das Constituições Sociais, das quais é exemplo a Constituição Federal de 1988, a pessoa humana passou a representar o centro do ordenamento jurídico, levando à necessidade de se compatibilizar os ordenamentos civis aos comandos constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 prescreveu diversas normas de Direito Civil, que podem ser aplicadas diretamente às relações privadas, não possuindo apenas função interpretativa, como se defendia até então.

O Código Civil de 2002, apesar de prescrever os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, manteve-se fiel ao sistema codificado unitário e totalizante convive com legislações outras que já regulam algumas relações civis devendo ser compatibilizado com a normativa constitucional.

O entendimento da sistemática Civil-Constitucional está condicionado à compreensão de que a pessoa humana se tornou o centro das atenções do ordenamento jurídico e que a Constituição Federal é composta de princípios e normas de caráter eminentemente civil, os quais podem ser aplicados diretamente às relações privadas.

A atuação do magistrado se mostra de fundamental importância, pois se encontra em constante provocação, devendo resolver as lides que lhe são postas por meio da conjugação das normas civis com a normativa constitucional.

A busca de novos paradigmas para o Direito Civil e, conseqüentemente, para os contratos, tem como pressuposto o reconhecimento de que o sistema é composto de princípios que têm o condão de promover a unidade do sistema, atuando por meio da introdução de cláusulas gerais.

Na interpretação dos princípios, o intérprete não pode se valer apenas do tradicional método da subsunção, devendo se utilizar também da técnica da ponderação, sopesando os princípios em aparente conflito e aplicando aquele mais adequado ao caso concreto.

Dentro dessa principiologia, destacam-se os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que têm por finalidade fazer com que as partes comportem-se de maneira honesta e leal, fazendo com que contrato não seja um instrumento de opressão do mais forte sobre o mais fraco, mas que favoreça as ambas as partes contratantes e acrescente algo de positivo para a coletividade.

A interpretação da normativa civil a partir da Constituição Federal serve para revitalizar o Direito Civil, alterando-o qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais.

Essa nova sistemática não tem por fim retirar do Direito Privado seu espaço de incidência, ao contrário, visa manter a unidade de todo o sistema jurídico, pois, a fragmentação da legislação civil em meio à edição de leis especiais e multidisciplinares poderia levar à decomposição do sistema jurídico civil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel desempenhado pelos princípios*. Revista Interesse Público, n. 19. Belo Horizonte: Fórum, v. 5, 2003.

BRASIL. *Vademecum*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Funcionalização do Direito Privado e Função Social. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *ARGUMENTUM – Revista de Direito da Universidade de Marília*. Marília: UNIMAR, 2005, v. 5.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 03nov.08.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Tratado de Los Contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006.

MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonade, 2000.

SOARES. Ricardo Maurício Freire. *Repensando um velho tema: A dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.cursoparaconcursos.com.br/arquivos/downloadsartigos/Ricardo_mauricio.p.d.f.>. Acesso em 07mai. 08.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil)*, São Paulo: Saraiva, 2005, v.IV, Contratos, t.1.

TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

[1] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 49.

[2] LORENZETTI, Ricardo Luís. *Tratado de Los Contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 35.

[3] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p.55-56.

[4] Op.cit, p. 56.

[5] MODGNO, Franco, *Sistema Jurídico*. Enciclopédia Jurídica, 1993, v.9, p. 4 *apud* NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 70.

[6] MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit, p. 56.

[7] NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 70-72.

[8] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 57.

[9] NALIN, Paulo, op.cit, p. 73.

[10] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 03nov.08.

[11] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 19.

[12] KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 29-31.

[13] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 03nov.08.

[14] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 21.

[15] NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 72-74.

[16] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 03nov.08.

[17] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 30.

[18] NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 65.

[19] NALIN, Paulo, op.cit, p. 61-63.

[20] TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 51-52.

[21] NALIN, Paulo. NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 66-67.

[22] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007. p. 33.

[23] NALIN, Paulo, op.cit, p. 83.

[24] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *ARGUMENTUM – Revista de Direito da Universidade de Marília*. Marília: UNIMAR, 2005, v. 5, p. 76.

[25] NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 85-87.

[26] NALIN, Paulo, op.cit, p. 48.

[27] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

[28] NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 89-90.

[29] TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição, 1998/1999, p. 22 *apud* FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *ARGUMENTUM – Revista de Direito da Universidade de Marília*. Marília: UNIMAR, 2005, v. 5, p. 82.

[30] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 03nov.08.

[31] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonade, 2000, p. 54/55.

[32] NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 91.

[33] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Repensando um velho tema: A dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.cursoparaconcursos.com.br/arquivos/downloadsartigos/Ricardo_mauricio.p.d.f.>. Acesso em 07mai. 08.

[34] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 03nov.08.

[35] TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 46-47.

[36] Op.cit, p. 52.

[37] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calostre Gulbenkian, 1997, p. 569 *apud* MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 32.

[38] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007. p. 33.

[39] MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 299 *apud* STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil), São Paulo: Saraiva, 2005, v.IV, Contratos, t.1, p. 50-51.

[40] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007. p. 34-35.

[41] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel desempenhado pelos princípios*. Revista Interesse Público, n. 19. Belo Horizonte: Fórum, v. 5, 2003, p. 51/80.

[42] MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007. p. 37.

[43] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Funcionalização do Direito Privado e Função Social. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 80-86.

[44] POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. 2.ed. São Paulo: IBRASA, 1976 *apud* FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, op.cit, p. 80-81.

[45] STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil), São Paulo: Saraiva, 2005, v.IV, Contratos, t.1, p. 52.

[46] Op.cit, p. 60-70.

[47] Op.cit, p. 53-54.

[48] KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 61-65.

[49] MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 411 *apud* MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007. p. 40.

[50] KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 66-67.

[51] MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 411 *apud* MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007. p. 40.

[52] MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 427-455 *apud* KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 68-69.

[53] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 215.

INVASÃO À PRIVACIDADE E USO INDEVIDO DA IMAGEM ATRAVÉS DA INTERNET E O DEVER DE REPARAÇÃO

INVASION ON THE PRIVACY AND USE IMPROPER OF THE IMAGE BY THE INTERNET AND THE OBLIGATION OF REPARATION

**Ana Manuela dos Reis Rampazzo
Ana Cleusa Delben**

RESUMO

Corriqueiramente, uma pessoa procura a polícia porque foi alvo de alguma maldade ou brincadeira ofensiva via internet. Os casos são dos mais variados, desde jovens traídos que criam um site para expor fotos de suas ex-namoradas ou esposas em situações constrangedoras ou com informações falsas que vão contra a sua honra, até aqueles que divulgam casos falsos de traição de terceiros, realização de fotos montagens, enfim invadem sem nenhum pudor a intimidade de terceiro ou utilizam indevidamente a sua imagem. Em sua primeira manifestação diante da responsabilização dos provedores pelos conteúdos das mensagens que trafegam em seu sistema, a Corte de Apelação do Estado de Nova York reconheceu ser o provedor de acesso à Internet um mero condutor para o tráfego de informações, em situação equivalente a da linha telefônica quando ocorrem mensagens difamatórias por suas linhas. Tal decisão deve ser considerada um precedente, devendo ser adotado como paradigma? Diante de tal posicionamento como fica a vítima? Não tem direito a qualquer tipo de reparação? De quem exigi-la? Como os tribunais pátrios estão entendendo a questão? Visa-se exatamente discutir a responsabilidade civil de quem acessa ou viola informação de terceiros sem a devida autorização, bem como tratar de questões relacionadas.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE DE INFORMAÇÃO; INTERNET; VIDA PRIVADA

ABSTRACT

Frequently, a person is looking for the police because it was the target of some evil or offensive play by internet. The cases are the most varied, from youth betrayed that create a site to exhibit photos of their ex-girlfriends or wives in embarrassing situations or with false information that go against their honor, to those who disseminate false cases of other's treason, conduct of photos mounted, finally invading the intimacy without any embarrassment of a third party or using his image improperly. In its first demonstration in front of the accountability of providers for the content of the messages that travel on your system, the Court of Appeal of the New York's State acknowledged to be the provider of Internet access just a driver for the traffic of information in a situation equivalent to the telephone line occurs when defamatory messages for their lines. This decision should be considered a precedent and should be adopted as a

paradigm? Faced with this position as is the victim? Didn't entitled to any remedy? Who did call it? As the home courts are considering the question? The aim is just to discuss the liability of the person who accesses or violates a third party information without proper authorization, and deal with issues.

KEYWORDS: FREEDOM OF INFORMATION, INTERNET, PRIVACY LIFE

INTRODUÇÃO

Buscando proteger sua rede de comunicações de um possível ataque nuclear russo, a Agência de Projetos Avançados, do Departamento de Defesa norte americano, em 1969, contratou a *Rand Corporation* para a elaboração de um sistema visando a não interrupção de seus comandos, através de redes de comunicação descentralizadas. Assim, a contratada criou pequenas redes locais, denominadas LAN, que foram posicionadas em locais estratégicos do país e coligadas por meios de redes de comunicações geográficas, as WAN. Com isso, se uma cidade viesse a ser destruída por um ataque nuclear, essa rede de redes conexas garantiria a comunicação entre as demais cidades coligadas.

Após, em 1973, o registro do Protocolo do Controle de Transmissão ou Protocolo Internet permitiu que esse veículo de comunicação se desenvolvesse no campo civil, mas apenas com acesso restrito às universidades e aos grandes centros culturais de pesquisa, tendo a sua liberação comercial ocorrido somente em 1987, nos Estados Unidos, devido ao surgimento dos primeiros provedores de acesso, incentivados pelo baixo custo dos sistemas de comunicação e o desenvolvimento da indústria da informática.

Atualmente, a internet é vista não só como um meio de comunicação que interliga milhões de pessoas de diversas partes do planeta permitindo o acesso a uma gama de informações praticamente inesgotáveis sobre os mais variados assuntos, mas também como um importante instrumento de economia mundial, que proporciona novos conceitos, idéias e atitudes, influenciando no estabelecimento de novos paradigmas.

Essa difusão representa uma importante consequência da revolução social, política, econômica e cultural ocorrida nas décadas finais do século XX e tem como cerne uma máquina, ou mais precisamente, o computador e os programas que o torna útil. Em meio às inúmeras desigualdades, vive-se a era digital. A nova realidade, aliada ao valor estratégico conferido à informação, resultam em indiscutíveis benefícios, porém algumas questões éticas e jurídicas devem ser discutidas.

O presente trabalho pretende buscar respostas e soluções pontuais, especificamente nos casos de invasão da privacidade e/ou uso indevido da imagem através desse veículo de comunicação, tomando como base o descompasso entre a velocidade tecnológica e a ausência de legislação específica sobre o tema.

1. DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

É da natureza do ser humano a necessidade de se comunicar, de expressar seu pensamento, o que, conseqüentemente, leva ao desenvolvimento da sociedade, face a permuta de informações e conhecimento.

Entretanto, a exteriorização de idéias e opiniões pode afetar a paz do grupo, fazendo-se necessário a imposição de restrições quando se chocam com outros direitos de igual importância, como a privacidade e a imagem.

Nesse sentido, a liberdade de pensamento, direito fundamental reconhecido na Lei Maior, representa o gênero de onde decorre diversas manifestações, muitas integrantes do rol das cláusulas pétreas (artigos 34, VII, b e 60, § 4º, IV, ambos da Constituição Federal), sendo, portanto, impossível a sua abolição. A título ilustrativo cita-se: a liberdade de expressão, intelectual, artística, científica; a religiosa e a faceta indispensável ao desenvolvimento deste trabalho: a de informação.

1.1. Liberdade de Informação

É através da atividade informativa que a liberdade de expressão destaca-se e se aprimora, ganhando um extraordinário alcance em decorrência do intercâmbio de idéias e sentimentos.

Envolve o direito de transmitir, receber e buscar informações, ou seja, apresenta aspectos ativo e passivo. Sob o olhar ativo enfatiza-se o acesso aos meios de informação, possibilitando expressar o pensamento e informar, já o aspecto passivo está presente no ato de receber e assimilar notícias e opiniões emitidas.

Não há divulgação mais expressiva e capaz em nossos dias que aquela feita pelos veículos de comunicação social, a imprensa mantém e sustenta a democracia. Mas, movidos pelo descuido, pela pressa (pretextando a exclusividade ou revelação primeira da notícia), pelos interesses capitalistas ou simplesmente malsões, os órgãos de comunicação perdem, com frequência, sua legítima função social.[1]

Nesse contexto, a liberdade de imprensa aparece como elemento indissociável da liberdade de expressão, representando um meio importante para a transmissão de fato e opiniões, que leva informação à população.

Por isso, prima-se pela transmissão da informação verdadeira, que não sofra qualquer tipo de restrição, pois como já dizia Marx: “a imprensa é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira condição de sabedoria”[2].

Deste modo, a existência da opinião pública só se faz possível onde há liberdade de informação jornalística, visto que a imprensa, além de sustentar a democracia, adquiriu o *status* de meio de divulgação de informação mais expressivo e eficiente do mundo moderno, levando a um grande número de pessoas os acontecimentos quase no tempo real de sua verificação.

Face ao objeto central desse estudo, analisar-se-á apenas a divulgação de informação através da internet.

2. INTERNET E DIREITO

Preliminar a análise das repercussões que possam advir desse mundo informatizado que interliga milhões de computadores e permite o acesso a uma infinidade de assuntos anulando as barreiras de espaço e tempo, cabe delimitar o que seja internet.

Muitas são as teorias propostas à sua conceituação. Semanticamente pode-se dizer que é “aquela que lhe confere o sentido de ciência que visa o tratamento da informação, através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados”[3].

Nesse contexto, devido à facilidade de acesso aos equipamentos e a necessidade de especialização imposta pela nova ordem mundial, a internet se inseriu de forma irreversível em toda a sociedade, aumentando, de maneira nunca antes experimentada, a quantidade de informações disponíveis. O ambiente virtual pode ser descrito como o único verdadeiramente globalizado ou universalizado.

Instaurou-se um domínio virtual, amplo e complexo, denominado “ciberespaço”, onde não há regras nem limites fixamente estabelecidos. Para que melhor possa se entender esse fenômeno, transcreve-se as considerações de Alexandre citado por Newton Lucca:

Imagine descobrir um continente tão vasto que suas dimensões talvez não tenham fim. Imagine um novo mundo com mais recursos que toda a nossa futura ganância poderia esgotar, com mais oportunidades que os empresários poderiam explorar. Um lugar muito particular que se expande com o crescimento.

Imagine um mundo onde os transgressores não deixam pegadas; onde as coisas podem ser furtadas um número infinito de vezes e, ainda assim, ficam na posse de seus donos originais; onde coisas que você nunca ouviu falar possuem a história dos seus assuntos pessoais; onde a física é aquela do pensamento que transcende o mundo material; e onde cada um é uma realidade tão verdadeira como as sombras da caverna de Platão. [4]

Se alguma comparação pudesse ser feita ao lugar descrito por Lucca, esta seria com a grande rede. A indagação que surge é: conseguirão os Estados estender suas jurisdições a ele ou serão sepultados pela globalização? A maior barreira encontrada pelo Direito é sua formalidade e pequena flexibilidade no que tange conceitos e padrões jurídicos contemporâneos. Assim ele tem se mostrado incompatível com as necessidades atuais, exigindo o reconhecimento de que nem todas as soluções para os problemas atuais estão abarcados pela legislação, o que exige dos profissionais do direito a utilização da transdisciplinaridade para a resolução eficaz das questões que surgem.

Interessante é a colocação de Castro Júnior acerca do tema:

O saber do jurista não há de se limitar ao tempo, nem ao espaço, haja vista que a cultura se solidifica em princípios universais, donde surgem os anseios e idéias de diferentes povos. Sua atividade fecunda se desenvolve, principalmente, no plano do iure constituendo, aquele que se ajustará aos novos princípios que a ciência jurídica releva, em harmonia com o momento histórico. [5]

Ainda nessa linha, cita-se o aviso de Borruso (1.978)[6]:

Se o jurista se recusar a usar o computador, que formula um novo modo de pensar, o mundo, que não dispensará a máquina, dispensará o jurista. Será o fim do Estado de Direito e a democracia se transformará facilmente em tecnocracia.

Portanto, ao jurista cabe a tarefa de tentar regulamentar as situações conflituosas ocorridas no ambiente virtual, adequando coerentemente os conceitos e até, se necessário, criando novos paradigmas capazes de resolver os problemas advindos dessa realidade que se apresenta, porém sem afastar das normas e princípios que constituem o ordenamento jurídico.

Independente do meio utilizado, real ou virtual, a relação jurídica continua a se apresentar como: A relação da vida social disciplinada pelo direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição de um dever se sujeição.

Por isso, as relações desenvolvidas na grande rede de computadores não deixam de ser relações de fato, previstas, portanto, em normas de direito. Assim, deve o jurista, ao analisar um conteúdo divulgado nesta, buscar os limites do poder político da nação em que está atuando, sem se esquecer da repercussão geral que possa haver.

Importante nesse momento se estabelecer, ainda que superficialmente, quem são os sujeitos atuantes nesse mundo eletrônico.

2.1 Sujeitos do Ciberespaço

Conforme a doutrina tradicional, sujeito de direito é toda pessoa, física ou jurídica, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações.

No caso da internet, identifica-se a figura do provedor de acesso, que são os proprietários de portais de acesso, provedores de informação ou serviço, ou seja, os donos de sites ou de portais de informação ou serviço e o usuário final, incluindo nesse grupo os hackers, ou seja, expertos em computadores que passam seu tempo criando facilidades e aprimorando ainda mais as novas tecnologias que estão em constante desenvolvimento, aperfeiçoando os sistemas em prol da comunidade e os crackers, ou piratas da internet que invadem os sistemas com o único intuito de roubar arquivos, destruí-los ou alterá-lo, enfim para a prática do mal.

A identificação precisa dos sujeitos se faz importante quando da apuração de responsabilidade por eventuais danos ocorridos, pressuposto lógico de uma eventual obrigação ressarcitória.

Importante considerar que a atual integração da sociedade em rede é um enorme fluxo de informações: coletadas facilmente por ferramentas de rastreamento, armazenadas, transferidas e editadas. Nesse processo, é possível se perder o controle sobre as mesmas, que deliberadamente podem ser utilizada por terceiro em prejuízo a interesses individuais. Bancos de dados são criados e estão disponível aqueles que souberem utilizá-los, que tiver algum tipo de acesso ou que possuem habilidades técnicas para entrar até nos sistemas considerados mais seguros, representando grande ameaça à privacidade e imagem.

Com o uso dessas tecnologias é possível violar a privacidade, e uma vez que se torna possível relacionar indivíduos com processos específicos de comunicação em contextos institucionais específicos, todas as formas de controle político e organizacional podem ser lançadas sobre o indivíduo em rede.[7]

A maior ameaça decorre do desconhecimento dos usuários em relação ao que ocorre ao conectar-se à rede. O encanto do mundo digital e os benefícios oferecidos por ela, muitas vezes, levam os desavisados a revelar diversas informações sobre si. Observa-se que nem todas as empresas apresentam uma política de privacidade em seus sites e também que as políticas exibidas nem sempre garantem o que divulgam.

Agora, traçam-se algumas considerações sobre os direitos morais da personalidade, para, em seguida, discutir a sua violação através da internet, bem como as tentativas de controle.

3. DIREITO À VIDA PRIVADA

3.1. A vida privada e suas esferas

A vida não pode ser resumida no conjunto de elementos materiais que o homem vem a possuir ao longo de sua existência. Mais que isso, é igualmente composta por valores e informações que cada indivíduo acumula sobre si, ou seja, seus valores imateriais, sendo estes somente compartilhados com terceiros se o titular assim decidir.

Contudo, os atuais avanços tecnológicos, apesar de seus inegáveis aspectos positivos, podem trazer, no campo dos direitos da personalidade, uma série de transtornos e prática de ilícitos, visto que, com demasiada facilidade, alguns sujeitos invadem a intimidade de terceiros, acarretando as mais variadas conseqüências, na maioria das vezes desagradáveis.

As teleobjetivas, os aparelhos de ausculta e precipuamente a internet diminuem, com assustadora rapidez, a capacidade de isolamento e resguardo essencial de cada indivíduo, o que, muitas vezes, acaba por trazer transtornos àquele que se vê exposto.

Outro caso desagradável dá-se quando informações inverídicas são divulgadas, espalhando-se rapidamente e para um expressivo número de pessoas, sem que se saiba ao certo a identidade do autor.

Tal fato se dá acima de tudo porque o ser humano, esquecendo da relevância do conhecimento, passa a dar maior importância à satisfação de suas curiosidades, lendo notícias ou assistindo programas pobres em conteúdo e vis, que nada têm a lhes acrescentar ou lhes engrandecer, levando ao esquecimento dos limites e adentrando na vida privada de alguém, tornando-a pública, e, conseqüentemente, dando ensejo a repercussões e julgamentos perante a sociedade.

A vida privada deriva do direito de estar só, bem como de excluir de terceiros o conhecimento de aspectos que considera íntimos, específicos e que por isso não deseja ver compartilhado até mesmo com determinadas pessoas do seu convívio. Tristezas, desavenças, equívocos, rompimentos sentimentais, crises, na maioria das vezes, não ensinam a possibilidade de veiculação da informação, ainda mais quando acompanhada de comentários maldosos ou insinuantes.

Sobre o tema leciona Wanderlei de Paula Barreto:

O direito à vida privada de uma pessoa pode (e deve) ser analisado sobre o prisma negativo, que atinge a todas e demais pessoas, impondo-lhes o dever de se absterem de quaisquer ações ou iniciativas tendentes a lhe invadir ou devassar a privacidade, e, também, por um enfoque positivo, na medida em que se reconhece à pessoa o direito derivado da autonomia privada de autodeterminação quanto ao modo como deseja conduzir a sua vida privada, definindo quantas e quais pessoas dela participarão e em quais condições.^[8]

Cita-se também a lição de René Ariel Dotti:

A vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito a informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados^[9].

Aliado ao subjetivismo dessa categoria de bens, a especificidade de cada época e lugar contribui para a difícil precisão dos contornos da vida que deve permanecer no anonimato, que não deve ser objeto do direito à informação, nem da satisfação da curiosidade pública.

Oportuna também trazer a tona a colocação de Capelo de Sousa sobre o tema:

É que, a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente na condução da sua vida, na auto atribuição de fins a si mesmo, na eleição, na criação e assunção da sua escala de valores, na prática de seus atos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face a complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (*right to be alone*), pensar-se a si mesmo, avaliar sua conduta, retemperar suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não deve violar, v. g., intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem. [10]

Representa, portanto, um conceito indeterminado, uma cláusula aberta, que deve levar em consideração o senso comum, os valores detectáveis em cada época e lugar e, de acordo com o ordenamento vigente encontrar remédios que o assegurem.

Pelo fato de ser repertório das particularidades do ser humano, muito tênue é a linha divisória entre vida privada e intimidade.

Divergem os doutrinadores quanto aos seus pontos comuns e distintos, porém a maioria considera à vida privada gênero da qual são espécies a intimidade e o direito de segredo.

Uadi Lammêgo Bulos assim define os institutos:

A vida privada envolve os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário; e a intimidade diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal[11].

Milton Fernandes, por sua vez, leciona que a vida privada representa “o direito de que sejam razoavelmente excluídos da informação alheia as idéias, fatos e dados próprios do sujeito” [12].

Já Adauto Tomaszewski afirma que:

Esse direito está relacionado diretamente a fatos, situações e ocorrências que o indivíduo gostaria que lhe fosse particular, sem o conhecimento ou comentários por parte de quem quer que seja. Existem certas passagens em nossa vida que nos dão uma certa aura de individualidade, nos são muito íntimas e peculiares. Isto nos faz diferente dos demais. [13]

René Ariel Dotti assevera:

Genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados[14].

Legalmente, o direito brasileiro somente passou a tutelar expressamente a esfera íntima do homem a partir do vigente texto constitucional, o que não impediu, entretanto, o anterior reconhecimento pela doutrina e por alguns tribunais pátrios.

Reza o inciso X, do artigo 5º da Lei Maior ser “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Necessário ressaltar que essa proteção desdobra-se em outros direitos também de índole constitucional, como a inviolabilidade de domicílio, de correspondência, de sigilo profissional, de cartas confidenciais e demais papéis pessoais, uso de substâncias ou meios eletrônicos que obrigue alguém a revelar algo de sua vida pessoal. Enfim, visa, acima de tudo, a preservação do campo privado de cada pessoa.

Na legislação infraconstitucional, destaca-se o artigo 12 do Código Civil vigente que tutela genericamente os direitos da personalidade.

Apesar dos períodos obscuros e tortuosos enfrentados pela humanidade, vê-se a atual proteção à dignidade da pessoa através da tutela de suas facetas, sendo a vida privada, intimidade e imagem inserida no rol das liberdades públicas e protegida das invasões devassadoras a que está sujeita.

3.2 Imagem

O desenvolvimento de novas técnicas fotográficas em 1829 modificou o cenário até então existente, visto que antes para gravar ou fixar uma imagem por pintura, desenho ou escultura, exigia razoável tempo de exposição do interessado, implicando em seu consentimento implícito. A rapidez de hoje praticamente aboliu essa necessidade, bastando uma simples aparição para que ocorra a captação.

Diante da necessidade de proteger a figura do indivíduo, surgiram as primeiras manifestações jurídicas sobre o tema. Primeiro na jurisprudência, quando, em 1890, a Suprema Corte do estado da Geórgia, Estados Unidos, manifestou-se favorável a sua proteção. Após, em 1942, o Código Civil italiano veio a especificamente legislar sobre o tema.

A imagem nada mais é que algo inato ao homem, uma forma de identificação da pessoa através de seus traços físicos, sinais distintivos ou a voz. Walter Morais a vê como sendo “toda sorte de representação de uma pessoa”. [15]

Já Adriano de Cupis a define como:

Aquele modo de ser da pessoa, o qual consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere “a mesma pessoa” e termina afirmando se tratar de um direito ao não conhecimento alheio da imagem do sujeito. [16]

Um conceito mais amplo é dado por Bittar, que considera este:

Um direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no seio social. É o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).[17]

Portanto, qualquer forma de identificação, mecânica, gráfica, fotográfica, escultural que leve a um indivíduo específico pode agredir a intimidade, a imagem ou os dois simultaneamente. A análise dependerá da verificação da ocorrência de intromissão ou não na esfera de sentimentos e afeições de alguém.

Oportuno se mostra a colocação de Walter Morais: “O direito à imagem pessoal relaciona-se, sem dúvida, às vezes, com o direito à intimidade, à identidade, à honra... Não é menos certo o fato de não se esgotar em nenhum desses direitos a tutela do direito à imagem. [18]

Ressalta-se que a imagem não fica limitada ao aspecto visual, semelhante do ser humano, engloba todo e qualquer atributo exterior da pessoa física ou jurídica que a identifica perante à sociedade, como partes destacadas do corpo, desde que através desta possa-se reconhecer o indivíduo ou ainda algo referente ao patrimônio moral que esta construiu ao longo de sua existência, como gestos, expressões, atitudes, traços fisionômicos, sorriso, entre outros.

A infração ao direito em questão ocorre por meio de divulgação desautorizada pelo titular de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematográfica, televisão, sites, etc. Essa faceta (representação física) é denominada por Luiz Alberto David Araújo^[19] de imagem – retrato.

O direito à imagem-retrato, em seu efeito extrapatrimonial, submete a divulgação do retrato de uma pessoa, em suporte estático (fotografia, desenho, pintura) ou dinâmico (filme, televisão) ou seu consentimento. O direito à imagem não existe: a) no atendimento às necessidades da administração da justiça ou manutenção da ordem pública; b) na divulgação de fatos jornalísticos; c) nos eventos sociais tornados públicos pelo organizador.[20]

Destaca-se que a tutela decorre independente de constrangimento, sendo o simples fato da disposição não consentida suficiente para a configuração do ilícito. A divulgação de uma fotografia de alguém famoso utilizando roupas de determinada grife ou realizando refeições em determinado restaurante, consumindo determinado produto com intuito comercial já dá ensejo à reparação.

De outro lado, aparece a imagem-atributo que é o conjunto de qualidades cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social, isto é, a forma como a pessoa moldou a sua imagem junto à sociedade em que vive, o conceito e o prestígio conquistado.

Esta noção de imagem-atributo, que faz com que o indivíduo seja também visto como bom pai de família, um político honesto ou um juiz que não se corrompe vendendo sentenças, pode ser compreendida como um feixe de elementos que o indivíduo exprime vivendo em sociedade.[21]

Imagine-se como a veiculação de acusações infundadas relacionando formadores de opinião, líderes governamentais e religiosos à pedofilia, furto, corrupção atingiriam a imagem deles.

Luiz Alberto David Araújo destaca que “o conjunto de características sociais que envolvem o indivíduo, determinadores de seu conceito social, não se confundem com a honra”[22]. É a imagem profissional construída, seja ela boa ou má.

Não se nega que ela relaciona-se a honra, intimidade, mas deve ser reconhecida sua natureza autônoma. Reforçando a tese, argumenta Maria Helena Diniz:

O direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra etc., embora possam estar, em certos casos, tais bens a ele conexos, mas isso não faz com que sejam parte integrantes um do outro. Não se pode negar que o direito à privacidade ou à intimidade é um dos fundamentos basilares do direito à imagem, visto que seu titular pode escolher como, onde e quando pretende que sua representação externa (imagem-retrato) ou a sua imagem-atributo seja difundida.[23]

A imagem também veio para proteger a reprodução, romanceada em livro, filme ou novela, da vida de uma pessoa famosa.

E, visa-se proteger tanto a figura de alguém à exposição pública sem o seu consentimento, bem como em reprimir a utilização de imagens distorcidas por um processo de montagem. Esta somente pode ser utilizada dentro do contexto em que está inserida, por ensejar oportunidade de causar danos reputação do titular.

Desta forma, compreende o direito à própria imagem: o uso ou difusão desta, à obtenção ou consentir sua captação por qualquer meio tecnológico.

Deveras, apesar de tratar-se de um direito autônomo, seu fundamento encontra-se no direito à privacidade ou à intimidade, uma vez que o titular tem a liberdade de escolher quando e onde pretende ver seu retrato ou atributo difundido. Por isso, pode se verificar a ocorrência de violação tanto da imagem quanto da intimidade, contudo somente poderá precisar qual dos bens foram violados diante do caso concreto. Um exemplo é a publicação de fotografia desnudando aspectos íntimos, que fere as duas categorias de direito, já a veiculação de fotos de celebridades consumindo determinada marca, sem qualquer caráter constrangedor só vem a ferir o direito à preservação de sua imagem.

Lembra-se, ainda, que decorre deste, o direito a identidade, ou seja, a utilização da imagem como forma de identificação. Também se apresenta como derivativo da imagem, o direito à integridade desta, que leva à indenização caso haja agressão ao dano estético.

A imagem é a individualização figurativa de uma pessoa, autorizando qualquer oposição contra adulteração da identidade pessoal, divulgação indevida e vulgar discriminação, gerando o dever de reparar o dano moral e patrimonial que advier deste ato^[24].

Quando se fala de imagem-atributo é possível proteger a pessoa jurídica, através de marca ou de algum produto. Tal fato mostra-se plausível, pois se uma empresa desenvolve determinado bem, com características próprias reconhecidas como integrantes do seu patrimônio, o ordenamento jurídico não pode permitir lesão a representação que esta conquistou junto a comunidade, haja vista que o gasto com a publicidade foi alto e um arranhão a imagem, devido a veiculação de notícia equivocada, gera danos consideráveis, muitas vezes irreversíveis. Ora o que está em jogo é o prestígio, a boa fama, a confiança que o público deposita nessa empresa, derivando daí a necessidade de proteção.

Quanto a disposição da imagem, certo é que:

O direito à imagem-atributo é irrenunciável; por sua vez, o direito à imagem-retrato é disponível, transferível *inter vivos e mortis causa*, parcial ou totalmente, a título oneroso ou gratuito, expressa ou tacitamente.

Portanto, a imagem da pessoa pode ser captada, reproduzida, exibida, exposta e comercializada com a autorização do seu titular compreendidas no direito de imagem todas as formas de identificação...[25]

Finalizando, qualquer ameaça ou efetiva lesão ao direito em questão ensejará a imediata reparação, correspondente ao dano causado.

Superadas estas conceituações sobre os sujeitos e direitos que possam ofendê-los, passa-se à análise dos delitos cometidos pela utilização da rede de computadores e a responsabilidade civil quer dos provedores, quer dos crackers, pela difusão de informação que violou a vida privada e/ou a imagem.

4. IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA INVASÃO DA PRIVACIDADE E DO USO INDEVIDO DA IMAGEM ATRAVÉS DA INTERNET

O uso dos computadores determinou uma série de transformações tanto qualitativa quanto quantitativa em relação aos efeitos decorrentes da coleta e divulgação de dados.

As empresas indiscriminadamente armazenam informações pessoais transmitidas pelos usuários, incorporando-as a sua propriedade. Todavia, em que pese constar, em muitos *sites*, a existência de políticas de segurança, não raro, elas se mostram ineficientes, possibilitam que os crackers venham conhecê-las e utilizá-las. De outro lado, verifica-se a venda ou compartilhamento com terceiros, formando rentáveis bancos de dados e ainda a facilidade de criação de páginas ou inserção de vídeos e conexos com o único objetivo de ferir direitos de terceiros, divulgando aspectos íntimos e/ou inverídicos. Sábias se mostram as palavras de Reinaldo Demócrito Filho[26]:

(...) se, por um lado, a coleta de informações pessoais pode favorecer negócios, facilitar decisões governamentais ou mesmo melhorar a qualidade de vida material da sociedade como um todo, outros valores necessitam ser considerados à luz da privacidade individual.

Não se nega que com advento dessa nova mídia, incontáveis benefícios foram trazidos à sociedade, entretanto, a tecnologia relacionada à inserção de mecanismos cada vez mais sofisticados de difusão de informação tem contribuído em muito para a violação da vida privada e uso indevido da imagem, na medida em que possibilita, mesmo de longa distância, a intromissão na esfera íntima de outrem. Assim, aparece uma nova modalidade de delinqüência, que se apresenta com o refinamento das ações dos seus participantes.

Importante mencionar as considerações de Ascensão sobre o assunto:

O tratamento dos dados fornecidos pelo internauta na sua indagação permite insuspeitadas possibilidades de conhecimento por terceiros, que são potenciadas pela elaboração de cookies. (...) a linguagem Java Script permite dirigir instruções ao disco duro do terminal do internauta, levando-o a executar, no próprio computador do internauta e sem o conhecimento deste, operações programadas do exterior. (...)

Torna-se evidente a necessidade de se assegurar uma reserva que responda a muitas formas de intromissão na vida privada.^[27]

Verifica-se o número crescente de endereços eletrônicos especializados em campanhas preconceituosas que vem a ridicularizar, por exemplo, nordestinos, negros, judeus e homossexuais, fato que preocupa as organizações protetoras dos direitos humanos. Na mesma esteira, não raros são os casos de exposição de pessoas, famosas ou não, através de publicação de informações inverídicas ou fatos que estas não gostariam de compartilhar, bem como fotos em situações inadequadas que venham constranger o alvo do delito, ou ainda a utilização de foto montagem ou inserção de retratos em sites eróticos ou pornográficos levando a se por em dúvida a reputação da vítima. Não se olvide os emails, blogs, páginas pessoais devassadas ou criadas por terceiros com informações sobre o alvo e também a obtenção de informações pessoais armazenadas em sites ditos confiáveis e a utilização indevida das mesmas.

Cada vez mais é comum encontrar uma pessoa que já tenha vivenciado umas das situações acima citadas, entretanto o assunto até a década de noventa, não havia despertado preocupação. Isto porque, de início, a rede era utilizada por um restrito grupo de pessoas, entre eles: técnicos de informática, instituições de pesquisas e alguns interessados.

O fato é que, uma das características mais marcantes do uso da Internet é a instantaneidade, isto é, a extrema rapidez e a fugacidade com que são mantidos os contatos mais usuais, com a agravante de que, de uma maneira geral, os usuários podem facilmente manter-se no anonimato, não necessitando de muitos recursos para preservar sua identidade em sigilo. Esse fato complicador naturalmente se afigura quando o uso socialmente sadio é distorcido e o acesso à Internet se presta a servir de meio para a prática de condutas nocivas, algumas criminosas.

Os meios eletrônicos, sobretudo a internet, possibilitam a prática de crimes complexos e que exigem uma solução rápida e especializada. Entretanto, independente de tipificação penal, o ato ilícito eletrônico pode ensejar reparação cível, com a imposição de indenizações e multas variáveis, de acordo com o resultado obtido, sendo esta estipulada pelo juiz. A indagação que resta é: quem pode e deve figurar no pólo passivo de uma demanda indenitória face a invasão de privacidade ou uso indevido de imagem através da internet?

4.1 Responsabilidade Civil

A sistemática civil adota, para a caracterização da responsabilidade, a prática de uma conduta ilícita que viola um dever jurídico ocasionando dano a outrem. Assim, seus elementos fundamentais são: a culpa, o dano e o nexo causal.

Judith Martins Costa leciona que a função da responsabilidade civil é “realocar a vítima do dano na situação que estaria se o ato danoso não tivesse sido produzido”. [28]

A doutrina e a jurisprudência, consoante os ditames do artigo 12 e 21 do Código Civil, são uníssonas em reconhecer a responsabilidade do autor de ofensa à imagem ou privacidade, o que resulta na obrigação de indenizar. Ainda, verifica-se o aumento de deferimentos de tutelas inibitórias nesses casos. Como bem coloca o professor Elimar Szaniawski:

A vítima terá por escopo obter, por parte do Judiciário, a cessação da execução da violação. A interdição da perturbação dar-se-á através de tutela inibitória, que além de fazer cessar o atentado atual e contínuo, removendo os efeitos danosos que são produzidos e que se protraem no tempo, possui natureza preventiva contra a possível prática de novos atentados pelo mesmo autor. As ações típicas destinadas para tutelar preventivamente a vítima de atos atentatórios ao seu direito de personalidade, consiste na ação inibitória antecipada, na ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e das medidas cautelares atípicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e das medidas cautelares atípicas.[29]

Uma vez identificado o autor do ato ilícito, a vítima munida da imagem ou mensagem que o atingiu, pode ingressar imediatamente com uma ação civil de indenização por danos morais.

Teoricamente a questão parece simples, mas na prática há uma grande dificuldade em se localizar o agente do delito. Quando este é praticado por pessoas comuns, a rastreabilidade, apesar de precária, é possível, através da individualização do usuário ou da máquina, pelo número do IP, o registro de logs de acesso, a conta do e-mail e dados cadastrais, senhas e cadastro nos provedores e site, etc. Porém, quando é um experto no meio eletrônico que comete o crime, a solução não se mostra tão simples. Embora a maioria dos sites possuam uma política de uso e privacidade, o controle sobre o conteúdo divulgado ainda é insuficiente ensejando ilícitos.

Destaca-se que os provedores de internet possuem responsabilidade social, vez que são os responsáveis pela conexão do usuário com a Internet, possibilitando o tráfego de dados bidirecional. Assim, tem o dever de reprimir condutas nefastas. De fato, em face da adoção completa da Teoria do Risco pelo Código Civil, (artigo 927, parágrafo único), os provedores passaram a se preocupar com a questão da identificação e, principalmente, com a possibilidade de serem chamados em juízo ou notificados para prestarem informações sobre eventos ocorridos dentro de seus sistemas ou pela utilização de dados que mantém armazenados.

Mas até que ponto pode se responsabilizar os provedores de acesso pela invasão à vida privada e uso indevido da imagem? Teriam eles culpa *in vigilando*?

Estes têm um argumento muito sólido quando da sua inclusão no pólo passivo de demanda indenizatória. Afirmam que o volume de dados dentro da internet é tão grande que o processo de checar a decência dos mesmos é humanamente impossível, bem como que não é responsável pelo conteúdo dos sites que hospeda, sendo de responsabilidade dos usuários a má-utilização. E tal justificativa tem sido acolhida pela maioria dos juízes pátrios.

Assim, evidencia-se a tendência de eximir a responsabilidade das companhias de serviços on-line por conteúdos divulgados por terceiros, sendo estas consideradas apenas proporcionadoras de acesso ao cyber mundo. Entretanto, os juízes tem optado favoravelmente pela obrigatoriedade de revelar o autor dos delitos, bem como retirar da rede as informações que violem a intimidade ou privacidade, vejamos:

DECISÃO LIMINAR DO JUIZ DO 9º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE GOIÁS, RODRIGO DE SILVEIRA, QUE MANDA O GOOGLE INC., EMPRESA MANTENEDORA DO SERVIÇO ORKUT, APAGAR MENSAGENS DIFAMATÓRIAS

Autos nº 1.111/05

Protocolo nº 200502250911

SENTENÇA

Cuida-se de uma Medida Cautelar Inominada proposta por NEUSA MARIA PERES DE ALMEIDA contra GOOGLE INC., ambas qualificadas, alegando que é artista plástica e recentemente resolveu expandir seus trabalhos e contatos com o uso da rede mundial de computadores (Internet) e logo após começou a criar desenhos para divulgação entre amigos, através do site 'ORKUT', criado e fomentado pela requerida.

Contudo, segundo a requerente, uma comunidade criada por usuária de serviço intitulada "Criadores de Desenhos" começou a copiar os desenhos de sua página pessoal sem a devida autorização, fato que levou a entrar em contato com sua coordenadora, tida como "Dorinha", para solicitar a retirada deles.

Porém, conforme a inicial, agindo de modo grosseiro e antipático, a coordenadora provocou o restante da comunidade com a divulgação de mensagens particulares entre elas e, a partir daí, os demais membros iniciaram uma série de ofensas à requerente, não só na comunidade "Criadores de Desenhos", mas também em sua página pessoal.

Para a requerente não restou outra alternativa senão movimentar a máquina jurisdicional, eis que, instada, a requerida não tomou providência a respeito, permitindo o acesso de todos às falácias difamatórias e de elevado teor ofensivo, denegrindo sua imagem.

Ao final, pediu a concessão de liminar para que a requerida providencie a exclusão da comunidade "Criadores de Desenhos", coordenada pela usuária "Dorinha", no site

"ORKUT" sob pena de multa diária, afirmando, depois de emenda à petição inicial, que iria promover ação indenizatória por danos materiais e morais.

A medida cautelar está a tutelar a ação principal de indenização, pois, enquanto aquela se presta a garantir a eficácia do processo principal, evitando-se o agravamento do dano, esta tem por objeto a reparação de possíveis danos à pessoa da requerente, fazendo-se presentes os requisitos para a concessão da liminar, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

No entanto, o pedido de cautelar para exclusão da comunidade "Criadores de Desenhos", coordenado pela usuária "Dorinha", do site 'ORKUT', não se ajusta ao pleito principal indenizatório, mesmo porque a relação jurídica estabelecida entre elas não diz respeito aos interesses da autora.

À toda evidência, carece a autora de interesse processual, para por fim a uma relação jurídica entre terceiros, podendo, todavia, haver mera exclusão dos textos ofensivos à honra da autora, já que a permanência das mensagens, enquanto se aguarda o desfecho do processo principal, pode denegrir sua imagem.

Em caso análogo, já decidiu o TJ/SP:

(TJSP 073708) AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Deferimento de tutela antecipada para que os réus retirem do site na Internet todas as mensagens ofensivas à honra dos autores, fixando multa diária na hipótese de descumprimento - Ao que consta dos autos, a co-ré transmite um programa de rádio e a jornalista, por si ou através da emissora, mantém uma página na Internet, divulgando o próprio programa - Ocorre que vários usuários têm feito uso dessa página para aviltar os autores, com remessa e mensagens de texto ofensivo, as quais ficam publicadas e disponíveis para consulta e leitura por outros usuários. A r. decisão merece ser mantida, mesmo porque adstrita aos textos ofensivos à honra dos autores, não atingindo as manifestações críticas, estas sim protegidas pelo direito constitucional de liberdade de expressão e de pensamento - Consoante o art. 5º, inc.X, da Constituição Federal, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito de indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação. - Na hipótese vertente, mesmo cuidando-se de site na Internet, não se pode permitir a permanência de mensagem que denigram a imagem dos agravados, nada tendo a ver com liberdade de expressão ou de imprensa. - No que tange à multa, realmente foi arbitrada em valor excessivo diário, não se mostrando proporcional ao objeto da demanda e situação das partes, cumprindo reduzi-la. - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 283.271.4-6, 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, São Carlos, Rel. Dês. Sérgio Gomes. J. 01.04.2003, unânime).

Isto posto, com espeque no art. 804 do CPC, defiro PARCIALMENTE a medida cautelar para determinar tão-somente a exclusão de todos os textos ofensivos à honra e a imagem da autora, cominando multa diária de R\$ 500,00.

Cumprida a liminar, cite-se para responder no prazo de 05 dias. Advirta-se à requerente que terá o prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação principal, pena de eficácia de medida.

Intimem-se.
Goiânia, 05 de outubro de 2005.

Rodrigo de Silveira

Juiz de Direito[30]

Em outra situação, a justiça carioca decidiu pela revelação da identidade de usuários de serviços prestados pela Yahoo e Microsoft, por difundirem mensagens difamatórias, conforme se verifica:

Justiça do Rio Manda Yahoo e Microsoft Revelarem Autor de E-Mails Ofensivos

Por decisão da 6ª Vara Cível de Niterói (RJ), o Yahoo e a Microsoft estão obrigados a revelar a identidade dos usuários de seus serviços de e-mails que têm enviado desde novembro de 2005 mensagens difamatórias a um casal, cujo remetente era “Se Deu Mal”.

(...)O internauta, então, foi à Justiça, ingressando com uma ação de exibição de documentos, a partir das diversas mensagens (...). O mesmo endereço também enviou mensagens ofensivas à sua namorada, pelo Windows Messenger (...)

Ao conceder a liminar, o juiz afirmou que houve desrespeito ao artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, que diz ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. “A manifestação do ofensor, através de e-mail, contrariou a Constituição Federal, tendo em vista que, anonimamente, injuriou e atacou o patrimônio moral do autor”, afirmou. ” [31]

Em outro caso:

Juíza Manda Google Cancelar Comunidade do Orkut

O Google Brasil foi condenado a desabilitar uma comunidade do site de relacionamento Orkut. A empresa tem 24 horas para retirar a página da internet, sob pena de pagar multa de R\$ 5 mil.

A ação foi movida por uma jovem que teve sua imagem relacionada a notícias apelativas e que atingem a sua honra, em uma comunidade criada no Orkut. A decisão foi proferida (...) pela juíza Serly Marcondes Alves, do Juizado Especial de Mato Grosso.

A jovem tentou por inúmeras vezes descobrir quem criou a comunidade, mas não teve sucesso. Como não pôde identificar quem fundou a página, impetrou reclamação cível com pedido de liminar para que a “comunidade” fosse cancelada e retirada do site de relacionamento.

Conforme a decisão da juíza, a página na internet causava à jovem vexame perante a sociedade, porque atribuía à mesma conduta desonrosa. Na decisão a magistrada entendeu que a honra da reclamante foi duramente atingida pelas expressões malevolentes colocadas na página.(...)

No processo, a magistrada ressalta ainda que “a honra e a vida íntima dessa jovem não demonstra qualquer similitude com o interesse público, apto a fazer valer a divulgação pela indigitada ‘comunidade’ na internet”.

Com relação ao anonimato de quem criou a página, a juíza informou que a vedação do anonimato para a expressão dos pensamentos garante a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.[32]

A intenção dos representantes do Ministério Público no desbloqueio de álbuns e comunidades de Orkut é a preservação dos direitos humanos e fundamentais, razão esta, pela qual, diversas são as ações impetradas contra a Google Brasil, para, por exemplo, combater crimes de pedofilia, como no caso abaixo citado:

MPF-SP dá 48h para Google abrir conteúdo de 3.261 álbuns do Orkut

O Grupo de Combate a Crimes Cibernéticos do Ministério Público Federal em São Paulo deu 48 horas para que a empresa Google Brasil informe quais dos 3.261 álbuns de fotografia do Orkut com conteúdo bloqueado por usuários denunciados pela ONG Safernet contêm fotos de pornografia infantil.

A notificação foi enviada ao presidente da empresa, Alexandre Hohagen, e o prazo se encerra amanhã (9/4), mesmo dia previsto para que o MPF-SP e a empresa deponham à CPI da Pedofilia, instalada no Senado.

Procurado pela reportagem de **Última Instância**, o advogado Ricardo Barreto, que representa a Google, afirmou por meio de sua secretária que "o caso será tratado no devido movimento".

A publicação, em qualquer mídia, de imagens de pornografia com crianças e adolescentes é crime previsto pelo artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A pena é de 2 a 6 anos de prisão. Entretanto, o novo recurso de privacidade criado pelo Orkut, da Google, impede o acesso do Ministério Público e da polícia a tais álbuns, impedindo a investigação do delito e, portanto, garantindo a impunidade dos autores.

A ONG Safernet Brasil, por meio do site www.denunciar.org.br (canal oficial de denúncias conveniado ao MPF) recebeu denúncias contra 3.261 diferentes álbuns de fotografias fechados do Orkut. Estes álbuns estão, na maioria das vezes, em perfis falsos feitos por pedófilos para divulgar álbuns de fotos com esse tipo de conteúdo.

Com os álbuns fechados, apenas pessoas autorizadas pelo criador da página acessam as fotos, criando um ambiente para troca dessas imagens entre pedófilos. Mas os usuários do Orkut percebem que tipo de conteúdo há nesses álbuns e os denunciam, já que a página principal desses perfis geralmente são ilustradas com fotos de crianças nuas.

No documento enviado à Google Brasil, o procurador da República Luiz Fernando Gaspar Costa, coordenador substituto do Grupo de Combate aos Crimes Cibernéticos do MPF-SP, alerta que "somente a empresa tem acesso ao conteúdo publicado". Na notificação, além das informações sobre as páginas denunciadas, o MPF pede que a Google Brasil preserve "todas as evidências necessárias" (logs de acesso, dados do usuário e fotografias que estavam nos álbuns). Após as denúncias, vários desses perfis com álbuns fechados são retirados do ar pela Google, entretanto o MPF quer a garantia de que a materialidade dos crimes seja preservada para que os responsáveis possam ser investigados e punidos. Caso a Google Brasil não atenda a notificação, o MPF poderá responsabilizar a empresa civil e criminalmente.

No último dia 1º de abril, a procuradora da República Fernanda Teixeira Souza Domingos Taubemblatt notificou a empresa para preservar todo o conteúdo das quase 100 mil páginas denunciadas comunicadas pela Safernet Brasil nos anos de 2006 a 2008 e informar quais dos conteúdos denunciados continham indícios de crimes e/ou violação aos direitos humanos e fundamentais, conforme a lei brasileira. O MPF notificou também empresa a informar quantos e quais casos de pornografia infantil foram reportados ao órgão americano National Center for Missing and Exploited Children.

Amanhã, às 9h, os procuradores da República Sergio Gardenghi Suiama e Luiz Fernando Gaspar Costa, coordenadores do Grupo de Combate a Crimes Cibernéticos do MPF-SP, vão depor à CPI da Pedofilia. No último dia 3, procuradores do grupo enviaram ofício ao presidente e ao relator da CPI, senadores Magno Malta e Demóstenes Torres, se colocando à disposição para colaborar com os trabalhos da comissão.

Entre 2006 e 2007, a ONG Safernet registrou um aumento de 126,03% nas denúncias de pornografia infantil na internet. De 121.358 denúncias, o patamar subiu para 267.470 em apenas um ano. Desse total de denúncias, 86% refere-se ao Orkut, que hoje é o principal serviço privado de internet acessado por brasileiros.

"Cerca de 30 milhões de usuários nacionais integram hoje a rede de relacionamentos mantida pela Google, o que justifica plenamente a atuação estatal no sentido de obrigar a empresa a engajar-se de forma mais efetiva no combate à pornografia infantil praticada em seus serviços", afirmam os procuradores no documento enviado à CPI.

Nesse sentido, o MPF-SP ajuizou em agosto de 2006, ação civil pública contra a Google Brasil para obrigar a empresa a preservar e encaminhar dados solicitados pela Justiça Brasileira, sob pena de multa diária de R\$ 200 mil por processo e indenização por danos

morais coletivos no valor de R\$ 130 milhões em caso de condenação. Decisão liminar obrigou a Google a entregar os dados, mas a empresa obteve efeito suspensivo no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A ação está relatada para sentença, mas o MPF e a Google tentam uma solução amigável desde outubro de 2007, quando a empresa constituiu novos advogados e criou um departamento jurídico no Brasil, mas o diálogo não avança sobre cinco tópicos que o MPF considera fundamentais:

- a) tempo de preservação de provas: o MPF quer a preservação de dados por pelo menos três anos, a Google insiste em apenas 30 dias;
- b) preservação e encaminhamento da provas (sobretudo das imagens de pornografia infantil postadas);
- c) desenvolvimento de filtros para impedir a publicação de pornografia infantil;
- d) implementação de um serviço efetivo de atendimento ao consumidor nacional, inclusive por meio de um serviço de telefone 0800;
- e) acesso das autoridades públicas aos álbuns fechados.

As informações são da assessoria de imprensa do Ministério Público Federal em São Paulo.[33]

Apesar do posicionamento que se constata ser majoritário, os operadores do direito em conjunto com os provedores e sites de internet deveriam estudar e adotar políticas visando a facilitação da retirada de material difamatório da rede, que tantos danos trazem as vítimas. Estas, além de terem suas vidas devassadas, esbarram na dificuldade da exclusão do material difamatório, somente facilitado quando do auxílio do poder judiciário. Entretanto, os tribunais mostram-se contrários à responsabilização civil dos que armazenam e divulgam dados, deixando nas vítimas a sensação de impunidade dos seus agressores.

Na contramão do posicionamento majoritário, importante citar o precedente da comarca de Franca/São Paulo, que julgou ser o provedor responsável solidário pelos danos morais ocasionados por veiculação de informações falsas no Orkut.

**DANO MORAL POR CONTEÚDO DE COMUNIDADE DO ORKUT –
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROVEDOR (GOOGLE) –
SENTENÇA DO JUIZ DE FRANCA-SP**

Comarca/Fórum Fórum de Franca

Processo Nº 196.01.2006.028424-6

Cartório/Vara 2ª. Vara Cível

VISTOS Trata-se de Ação Indenizatória proposta por CARMEN STEFFENS FRANQUIAS LTDA. contra GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., em que a requerente alega, em síntese, foi criada no site de propriedade da ré – orkut - uma "comunidade" indicando que a autora encontra-se em estado falimentar, além de ser causadora de prejuízo a terceiros, o que lhe causou danos morais ante o constrangimento de ter estas falsas informações disponíveis em tempo integral a toda população mundial. No mais, assevera que deixou de celebrar contratos de franquia, haja vista a veiculação destas inverídicas afirmações. Por fim, aduz a responsabilidade civil da ré, bem como a sua culpa in vigilando, pelo que requereu que a ação fosse julgada procedente para o fim de condenar a ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais suportados. Com a inicial, juntou documentos. Regularmente citada, a ré ofertou contestação, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva. Quanto ao mérito, aduziu, em suma, que não tem o dever de fiscalizar o site, não se podendo lhe atribuir culpa in vigilando. Asseverou, no mais, que disponibiliza "link", na homepage do Orkut, a fim de apurar eventuais irregularidades, entretanto, a autora não se utilizou desse mecanismo. No mais, alegou que não se pode exigir do Orkut um juízo de valoração, bem como atribuiu culpa exclusiva de terceiro. Por fim, aduziu a ausência de nexo causal, a inexistência dos danos materiais e a não comprovação dos danos morais, pelo que requereu a improcedência da ação. Ofertada impugnação, designou-se audiência de tentativa da conciliação, na qual restou infrutífera a composição amigável. Encerrada a fase instrutória, as partes, em memoriais, reiteraram suas anteriores teses. Por fim, saliente-se que, em apenso, encontra-se medida cautelar inominada, na qual foi deferida a liminar pleiteada. É o relatório. FUNDAMENTO E DECIDO. Inicialmente, em análise à preliminar argüida em contestação, REJEITO a alegada ilegitimidade passiva, visto que a ré participa do mesmo grupo econômico que a empresa Google americana, proprietária do Orkut, compartilhando informações com esta, além de estar previsto em seu contrato social que as empresas americanas são suas únicas sócias, ficando evidente que a empresa Google Brasil Internet Ltda. atua como representante daquelas em solo brasileiro, pelo que deve responder ativa e passivamente nos litígios aqui ocorridos, consoante preceitua o artigo 12, inciso VIII, do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, a ação é parcialmente procedente. De fato, a requerente logrou êxito em demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, a par do que dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, salvo quanto aos danos materiais pleiteados. Tratando-se de ação indenizatória, incumbia a autora demonstrar, além da conduta culposa da ré, a existência do dano e o nexo de causalidade entre estes. No mais, para que o dano moral seja indenizável, é necessária a comprovação da efetiva lesão a um bem jurídico que por sua natureza não possa ser economicamente mensurável. Primeiramente, em relação ao dano moral, temos que a divulgação e circulação virtual de notícias injuriosas não geram por si só a presunção do dano moral. Todavia, uma vez existente a veiculação de informações maledicentes, com o claro intuito de causar abalo à imagem do ofendido, atacando-lhe através de textos indecorosos, ou qualquer outra forma que represente uma ofensa nítida, fica evidente o abalo moral sofrido, vez que foi lançado um dado desfavorável a respeito de sua imagem. Deste modo, o dano moral sofrido pela autora decorre da gravidade do ilícito em si, ou seja, da veiculação cibernética de notícias injuriosas, que atacaram-lhe o bom nome, o conceito, a reputação perante a sociedade. Deste modo, a conduta ilícita da ré em disponibilizar informações inverídicas

a respeito da autora afetaram a sua honra objetiva, pelo que deve ser ressarcida. Destarte, temos que a ré é responsável pelos dados que disponibiliza, visto que seu conteúdo pode ser indiscriminadamente acessado por qualquer pessoa, em qualquer tempo e lugar, de forma que o provedor de hospedagem deve responder pelos danos que cause a terceiros, não podendo ficar imune a tal responsabilidade, escondendo-se no manto de outrem, sob a alegação de que apenas disponibiliza dados e não os cria. Nesta seara, patente o ilícito ocasionado pela conduta omissiva da ré, a indenização por danos morais torna-se devida, sendo que o provedor de hospedagem assumiu o risco de disponibilizar serviço que eventualmente possa ser mal utilizado, lesando bens alheios. Não bastasse, como alegado pela própria ré – que garante possuir "link" na página virtual do Orkut para apurar eventuais irregularidades - o raciocínio que se traça é que a requerida realmente possui poder de gerência sob o conteúdo que hospeda, podendo verificar a idoneidade das informações que lhe são lançadas, reprimindo aquelas que afrontem aos bons costumes e a moral, objetos de tutela jurídica. Saliente-se que não se trata de censura prévia, e sim de sopesar os princípios da liberdade de expressão, afastando os excessos ocorridos, com base na premissa *neminem laedere*. Em casos análogos, a jurisprudência confirma a posição adotada, *in verbis*: DANO MORAL – Responsabilidade civil – Internet – Nomes e telefone das autoras indevidamente divulgados em "site" de relacionamento – Dados inseridos por terceiros, atribuindo-lhes a prática de programas sexuais - Negligência da ré em não efetuar controle prévio sobre a qualidade dos dados inseridos na rede, ou de sistema de rastreamento de usuários – Recebimento de ligações de interessados nos serviços – Ofensa à imagem das autoras – Valor indenizatório – Fixação segundo juízo jurisprudencial - Recursos não providos. (Apelação Cível n. 431.247-4/0-00 - São Paulo – 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Salles Rossi – 22.03.07 – V.U.). DANOS MORAIS – Responsabilidade civil – Palavras ofensivas e de baixo calão dirigidas à pessoa da autora, no "site" denominado "Orkut" – Admissibilidade – Gravame moral evidenciado – Dever de indenizar incontestemente – Sentença mantida, inclusive em relação ao valor fixado como indenização (Sete mil e quinhentos reais), restando inalteradas as verbas sucumbenciais – Recursos improvidos. (Apelação Cível com Revisão n. 464.874-4/7 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Privado – Relator: Des. Eduardo Braga – 27.03.07 – V.U.). Assim, presente se encontra o dano moral ressarcível, sendo certa a responsabilidade de sua reparação pela requerida, restando, por derradeiro, a fixação da indenização, que estabeleço no montante equivalente a 100 (cem) salários mínimos à época do fato -novembro de 2.005 - o que perfaz a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da mesma data, valor suficiente para o atendimento a dupla finalidade do instituto. Por outro lado, no tocante aos danos materiais, temos que não foram comprovados, sendo que a postagem de recados no Orkut de supostos interessados na compra da franquia da autora não pode ser considerada dano emergente, pois as partes sequer chegaram à fase pré-contratual, não se verificando reais perdas patrimoniais pela autora decorrentes do ilícito. PELO EXPOSTO e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente Ação Indenizatória movida por CARMEN STEFFENS FRANQUIAS LTDA. contra GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. para o fim de CONDENAR a requerida ao pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data do ilícito, ou seja, novembro de 2005, a título de ressarcimento pelos danos morais suportados e, em conseqüência, torno definitiva a liminar concedida na cautelar em apenso. EXTINGO o processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência recíproca, deixo de

condenar as partes ao pagamento das custas e despesas processuais, arcando cada qual com os honorários de seu advogado. P. R. I. C. Franca, 21 de fevereiro de 2.008. ORLANDO BROSSI JUNIOR Juiz de Direito[34]

Em posição intermediária, porém pelo mesmo fundamento da sentença citada (culpa in viligando) somos partidárias de que, no caso de violação de dados fornecidos às páginas auto-intituladas seguras, o provedor deve ser responsabilizado pela sua conversação e confidencialidade. Sendo que em caso de má utilização da mesma, para fins diversos do informado, ainda que por ato de terceiro, o provedor deverá responder solidariamente pelos danos causados, ainda que eminentemente moral, visto ter agido negligente quando do armazenamento dos dados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, a Internet é considerada a verdadeira “biblioteca de Alexandria”, onde se encontra disponível informações, notícias, dados, trabalhos, pesquisas, jogos, enfim de tudo um pouco. Com ela, o direito à informação ganhou relevância mundial, rompendo fronteiras territoriais, culturais, políticas, econômicas e religiosas.

Ocorre que, a partir da generalização ao seu acesso, surgiram problemas de índole anárquica, haja vista que o mundo virtual nunca esteve sujeito a soberania de um governo próprio, nem se submete ao domínio de um único país e, tampouco, é dotado de qualquer órgão centralizado responsável pelas suas divulgações, contribuindo para o aparecimento de toda sorte de abusos e violações de direitos.

Nesse contexto, valores que demanda especial atenção são os direitos da personalidade, principalmente a faceta ligada à vida privada e imagem, por constituir um bem indispensável ao equilíbrio do ser humano, tendo, inclusive, recebido proteção constitucional.

Assim, evidencia-se a necessidade de se impor a quem der causa ao dano, provedor ou cracker, o dever jurídico de repará-lo, quer mediante a restituição do “*status quo ante*”, e quando tal não for possível, através de indenização.

É preciso mudar o estigma de impunidade e coibir a ação de crackers, quer por meios preventivos, quer sejam reparatórios, sem desencorajar as atividades úteis, pois os novos problemas relativos ao uso de informações apareceram e requerem soluções.

As leis já em vigência podem ser utilizadas para tanto, visto que muda o cenário, mas os requisitos para a configuração do ato ilícito e por consequência da responsabilidade civil, foco deste trabalho, encontram-se presentes devendo, por esse motivo, ser coibidas.

Apesar de escasso estudo na área, quando os próprios sites se consideram seguros, informando o fato aos seus usuários, advogo no sentido da sua responsabilização solidária, vez que este possui o dever de vigilância quanto as informações que recebe e

armazena, além do que é ele quem se apresenta ao usuário e quem possui melhores condições de identificar, localizar e punir o responsável pela inserção de notícia ou figura que cause dano à vida privada e a imagem de terceiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Forense Universitária, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro, parte geral**. coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Tutela jurisdicional dos direitos personalíssimos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1995.

BORRUSO, R. **Computer e diritto**. Milão: Ipsoa, 1.978.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CAMPANELLA, Elena M. **Manual de informática jurídica**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Novos rumos do direito de acesso às informações públicas decorrentes da informatização da administração da e utilização da infovia**. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. 23, 1997, São Luis. Anais: A defesa do Estado e da cidadania, um novo tempo. São Luís: 1997.

_____. **Direito da informação e responsabilidade civil do hacker**. Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia para a obtenção do título de Mestre. Salvador, 2001

CHAVES, Antônio. **Direito da personalidade e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e outro. Lisboa: Moais, 1.961.

Dano moral por conteúdo de comunidade do Orkut – responsabilidade solidária do provedor (Google) – Sentença do Juiz de Franca-SP. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/jurisprudencia.php?id=21>>. Acesso em: 03 abr. 2009.

Decisão liminar do Juiz do 9º Juizado Especial Cível de Goiás, Rodrigo de Silveira, que manda o Google Inc., empresa mantenedora do serviço Orkut, apagar mensagens difamatórias. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/jurisprudencia.php?id=7>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1, 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. **Código civil anotado**. 8 ed. Atual. De acordo como novo código civil (Lei n.º 10.406 de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

GREGO, Marco Aurélio. **Internet e direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e direito a vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Juíza Manda Google Cancelar Comunidade do Orkut. Disponível em: . Acesso em: 01 abr. 2009.

Justiça do Rio Manda Yahoo e Microsoft Revelarem Autor de E-Mails Ofensivos. Disponível em: www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2009.

LAGO JÚNUOR, Antônio. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: LTr, 2001.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.

MARTINS COSTA, Judith, **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003. vol. V, Tomo II.

MARTINS, Júlio César Werneck. **Internet e direito: reflexões doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MARX, Karl. **A liberdade de imprensa**. Porto Alegre: LPM, 1980.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, Enciclopédia Saraiva de Direito Civil, 1982.

MPF-SP dá 48h para Google abrir conteúdo de 3.261 álbuns do Orkut. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/49567.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

PAESANI, Liliana M. **Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito da Informática – temas polêmicos**. 1ª Ed., Bauru, SP: Edipro, 2002.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Lições fundamentais de direito**. Londrina: Midiograf, 2006. v. 1.

VASCONCELLOS, Márcio José Accioli. **A internet e os hackers: ataques e defesas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

[1] JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 160.

[2] MARX, Karl. **A liberdade de imprensa**. Porto Alegre: LPM, 1980. p. 42.

[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 945.

[4] LUCCA, Newton de. **Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e Internet**. São Paulo: Edipro, 2.000. p. 28.

[5] CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Direito da informação e responsabilidade civil do hacker**. 2001. p. 85.

- [6] BORRUSO. **Computer e direito**. Milão: Ipsoa, 1978.
- [7] LESSING *apud* CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 140.
- [8] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro, parte geral, v.1**; coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171-172.
- [9] DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 68.
- [10] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 317.
- [11] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 432.
- [12] FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.
- [13] TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Lições fundamentais de direito**. Londrina: 2006. v.1. p. 134.
- [14] DOTTI. *op. cit.* p. 68.
- [15] MORAIS, Walter. **Direito a própria imagem. Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203.
- [16] CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. De Adriano Vera Jardim e outro, Lisboa: Moraes, 1961, p. 203.
- [17] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 87
- [18] MORAES, Walter. *op.cit.*, p. 203.
- [19] ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Forense Universitária, 1995, p. 112.
- [20] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 207.
- [21] TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida, *op. cit.*, p. 87.
- [22] ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Forense Universitária, 1995. p. 31.
- [23] DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. Atual. **De acordo com novo código civil (Lei n.º 10.406 de 10/01/2002)**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

- [24] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, op. cit., p. 127.
- [25] BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro**, parte geral; coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005 v. 1. p. 199.
- [26] REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). **Direito da Informática – temas polêmicos**. 1. ed. Bauru, SP: Edipro, 2002.
- [27] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 203.
- [28] MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. p. 92.
- [29] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2005.
- [30] **Decisão liminar do Juiz do 9º Juizado Especial Cível de Goiás, Rodrigo de Silveira, que manda o Google Inc., empresa mantenedora do serviço Orkut, apagar mensagens difamatórias**. Disponível em: <http://www.ibdi.org.br/site/jurisprudencia.php?id=7>. Acesso em: 01 abr. 2009.
- [31] **Justiça do Rio Manda Yahoo e Microsoft Revelarem Autor de E-Mails Ofensivos**. Disponível em: www.ultimainstancia.com.br. Acesso em: 01 abr. 2009.
- [32] **Juíza Manda Google Cancelar Comunidade do Orkut**. Disponível em: . Acesso em: 01 abr. 2009.
- [33] **MPF-SP dá 48h para Google abrir conteúdo de 3.261 álbuns do Orkut**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/49567.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2009.
- [34] **Dano moral por conteúdo de comunidade do Orkut – responsabilidade solidária do provedor (Google) – Sentença do Juiz de Franca-SP**. Disponível em: <http://www.ibdi.org.br/site/jurisprudencia.php?id=21>. Acesso em: 03 abr. 2009.

A RELEVÂNCIA DO VALOR NAS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS

THE RELEVANCE OF THE ELEMENT VALUE FOR THE RIGHTS

Cleber Affonso Angeluci

RESUMO

O presente estudo visa discutir a relevância do elemento valor para as relações do direito, em especial para as relações jurídicas familiares contemporâneas, onde nascem os direitos da personalidade e onde tem formação primeira o sujeito de direito. Busca-se, dessa forma, ainda que de um ponto de vista superficial, abrir o debate acerca das alterações dos valores que recobre a sociedade familiar atual, num movimento de intensa transformação e mudança que se caracteriza principalmente pela ruptura do paradigma anteriormente existente, relacionando o casamento como única fonte de família. Neste aspecto parte-se da premissa do valor fonte, estabelecido pela própria Constituição Federal, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana por seu fundamento.

PALAVRAS-CHAVES: VALOR – DIGNIDADE HUMANA – RELAÇÕES FAMILIARES – CONTEMPORÂNEIDADE

ABSTRACT

The present study seeks to discuss the relevance of the element value for the relationships of the right, especially for the family juridical relationships contemporary, where they are born the rights of the personality and where has first formation the subject of right. It is looked for, in that way, although of a superficial point of view, to open the debate concerning the alterations of the values that it recovers the current family society, in a movement of intense transformation and change that it is characterized mainly by the rupture of the paradigm previously existent, relating the marriage as only family source. In this aspect he/she breaks of the premise of the value source, established for the own Federal Constitution, tends the beginning of the the human person's dignity for your foundation.

KEYWORDS: VALUE - DIGNITY HUMAN - RELATIONSHIPS FAMILY – CONTEMPORARY

Introdução

No estudo do direito, em praticamente todos os ramos, há o estabelecimento de colisão de interesses, de conflito de valores, havendo necessidade de se ponderar entre um determinado valor e outro que se apresenta em cada caso proposto, tornando indispensável pois, a análise do seu aspecto axiológico.

Para o direito de família não é diferente, pois o agente do direito, nestes casos, está diante de situações limites para as pessoas, onde os sentimentos estão aflorados, as mágoas estão expostas e todos os impulsos estão em total desarranjo, seja em virtude de desentendimentos, seja pelo descontrole emocional causado por circunstâncias extremas que envolvem as pessoas nos entraves estabelecidos sob o direito de família.

Neste contexto, para o estudioso do direito de família, a valoração da pessoa, acima e antes do fato é o que há de mais importante para se poder compreender perfeita e adequadamente o direito, caminhando para a melhor aplicação da Justiça. Dessa compreensão resulta a necessidade de se tentar conceber, por uma perspectiva valorativa, o direito para a implementação plena do princípio da dignidade da pessoa humana, que se atribui como finalidade última do direito de família.

Para tanto, avaliar a seara do valor é extremamente importante para a maior e mais efetiva realização de justiça.

1. OS ASPECTOS AXIOLÓGICOS DO DIREITO

Segundo Nicola Abbagnano, "a 'teoria dos valores' já fora, há alguns decênios, reconhecida como parte importante da filosofia ou mesmo como a totalidade da filosofia pela chamada 'filosofia dos valores' e por tendências congêneres quando", a partir do "início de nosso século, a expressão 'axiologia' começou a ser empregada em seu lugar" (ABBAGNANO, 2003, p. 101).

Por outro lado, André Franco Montoro considera que "axiologia - do grego, *axiós*, apreciação, estimativa - é a parte da filosofia que se ocupa do problema dos valores, tais como o bem, o belo, o verdadeiro, etc.", ou seja, "é a teoria dos valores". Assim, prossegue o autor, "axiologia jurídica é, naturalmente, o estudo dos valores jurídicos, na base dos quais está a justiça" recebendo, por conseguinte, "também as denominações de Teoria dos valores jurídicos, Teoria do direito justo, Estimativa jurídica, Teoria da Justiça" entre outras denominações (MONTORO, 1997, p. 107).

O direito, por ter como objeto, as relações sociais dinâmicas, não pode ser considerado sob um ponto de vista desprovido de qualquer valor, especialmente pela velocidade com que as conexões sociais ocorrem, sem deslembrar, as vivências familiares, que representam um grande exemplo dessa assertiva, vez que sua transformação está ocorrendo e pode ser constatada de modo empírico na sociedade contemporânea.

Destarte, desconsiderar o aspecto axiológico do direito, deixar de valorar seu conteúdo em sua aplicabilidade, em especial nas relações de família, pode resultar na perda de sua

finalidade, que é a realização da justiça, considerando esta como a dimensão e a finalidade do direito, em especial na implementação dos direitos da personalidade.

Afirma Luis Cabral de Moncada, no prefácio da "Filosofia do Direito" de Gustav Radbruch, "a Filosofia dos valores" "não é uma doutrina filosófica que se deixe aprisionar e definir cabalmente dentro duma orientação sistemática única e fechada", exatamente porque não tem o dogmatismo como o seu forte, pelo contrário, "é uma orientação geral, principalmente metodológica, de contornos esfumados, um amplo movimento de ideias, mais que uma doutrina" que tem por nascente "o idealismo transcendental de Kant", mas que se conduz "às mais variadas atitudes e posições filosóficas" (*apud* RADBRUCH, 1997, p. 14).

Por seu turno, Gustav Radbruch, entende que a realidade e o valor aparecem "baralhados e confundidos" na vivência humana, carregada de "valores positivos ou negativos", e que se acaba por esquecer que "esse valor ou desvalor dependem de nós, provêm de nós, e não das próprias coisas ou dos próprios homens em si mesmos" (RADBRUCH, 1997, p. 40).

Por isso, o direito, para sua realização, necessita da cultura social, senão da sociedade organizada, tendo em vista que somente neste enfoque poderá ter existência, justamente porque a cultura somente será manifestada em uma organização social, não havendo possibilidade de se aplicar o direito individualmente, distante dessa coletividade.

Esta é a orientação de Montoro, para quem "a justiça consiste fundamentalmente na disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo", havendo como "primeira condição" de sua realização,

(...) a existência de uma pluralidade de pessoas ou pelo menos uma outra pessoa (*alteritas*). Em sentido próprio, ninguém pode ser justo ou injusto para consigo mesmo. Essa pluralidade de pessoas é o que distingue a justiça das outras virtudes morais. E a caracteriza como virtude social. As demais podem ser exercidas pelo homem, individualmente. O indivíduo isolado, como Robinson em sua ilha, poderá ser temperante ou intemperante, corajoso ou não, prudente ou imprudente, mas não poderá ser justo ou injusto. Porque falta outro homem, em relação ao qual ele possa cumprir ou faltar com os deveres de justiça (MONTORO, 1997, p. 130).

Idéia também presente no pensamento de Gustav Radbruch, que expressa que "o direito é obra dos homens e que, como toda a obra humana, só pode ser compreendido através da sua ideia, é por si mesmo evidente" (RADBRUCH, 1997, p. 44), carecendo para sua perfeita aplicação, da necessidade de uma organização social, levando em consideração a pessoa do outro.

Desse modo, não é possível "haver uma justa visão de qualquer obra ou produto humano, se abstrairmos do fim para que serve e do seu valor", de tal maneira que "uma consideração cega aos fins, ou cega aos valores, é pois aqui inadmissível, e assim também a respeito do direito ou de qualquer fenómeno jurídico" (RADBRUCH, 1997, p. 44).

Estas considerações são suficientes para que seja possível proceder às indagações e explanações acerca da relação entre o direito e a axiologia, sempre direcionando como fim último, a realização da dignidade da pessoa humana, através da implementação do direito e, em especial, do direito de família.

Para tanto, não basta apenas ter o direito positivo como ponto central de análise, há necessidade de se buscar os valores esculpido pela sociedade na ciência jurídica e também os elementos do direito natural, que acabaram por se transformar em normas positivadas e que hodiernamente embasam a aplicação do direito na busca da efetivação da justiça, como seu fim último, como será tratado a seguir.

2. O DIREITO NATURAL E O VALOR PARA O DIREITO

O direito natural tem grande relevância, especialmente porque, se apresenta como o esteio do direito, servindo de norte à ciência jurídica e se caracteriza por forte condão valorativo, apresentando-se, como expressa Miguel Reale, "uma constante, mesmo porque seu fundo axiológico essencial compartilha do processo de crescente objetivação inerente à experiência estimativa", chamando atenção para não se confundir a sua "naturalidade com inatismo" (REALE, 1984, p. 10).

Ainda Miguel Reale observa que "o Direito Natural não se reduz à Axiologia Jurídica ou à Teoria da Justiça", exatamente porque "no Direito Natural, a *vis compulsiva*, própria dos valores, se converte em *vis normativa*, própria da juridicidade, como se dá no caso exemplar dos direitos humanos", isso porque, "são poucos os *valores fundantes* ou *universais* dos quais emanam enunciados normativos condicionantes dos ordenamentos jurídicos" até mesmo pelo fato de que "cada época histórica faz emergir novas *invariáveis axiológicas*, das quais defluem novos corolários normativos de validade universal" (REALE, 1984, p. 16).

Feitas tais considerações, tem-se a sensação de não ser possível estudar o direito natural, sem antes fazer menção à Antígona de Sófocles, pois este o caminho seguido por Aristóteles e acompanhado por Celso Lafer^[1], Lafayette Pozzoli^[2], Otfried Höffe^[3] ao explorar o tema.

Antígona ao sepultar seu irmão Polícines, "é acusada por Creonte de estar descumprindo uma lei particular" e, como argumento de defesa contra esta acusação, "ela evoca as imutáveis e não-escritas leis do céu e afirma ser justo, ainda que proibido, enterrar seu irmão, por ser isto justo por natureza" (POZZOLI, 2001, p. 112), utilizando, portanto, o direito natural para sua defesa e justificando o descumprimento da ordem do imperador.

Dessa forma, o direito natural, já em tempos remotos foi objeto de fundamento para a sustentação dos atos humanos, isso porque ele depende "do sentido do valor atribuído ao homem *de per se* e das conseqüências dessa validade", justamente porque o "enfoque do Direito Natural" será variável dentro de uma escala de valores, em cada momento histórico, de acordo com a concepção e relevância atribuída ao ser humano, além disso, num "mesmo ciclo de cultura, a compreensão jusnaturalista depende do entendimento

que cada autor elabora a respeito do ser humano e seus fins", transformando "o Direito Natural por sua natureza fluido e problemático, isto é, algo que não pode deixar de ser *pensado*, muito embora não possa ser *conceitualmente determinado*" (REALE, 1984, p. 03-04).

É justamente esta fluidez e complexidade dos elementos característicos do direito natural que transformam sua definição extremamente difícil, tornando praticamente impossível, costurar textualmente, um conceito unívoco acerca do tema, especialmente pela incidência de variantes circunstanciais, históricas e culturais que o envolvem.

Segundo Grócio, a matriz do direito natural é a própria natureza humana, que conduziria os homens às relações sociais mesmo que eles não tivessem necessidade uns dos outros. Por isso, o direito que se funda na natureza humana "teria lugar mesmo que se admitisse aquilo que não pode ser admitido sem cometer um delito: que Deus não existe ou que não se preocupa com as coisas humanas" (*apud* ABBAGNANO, 2003, p. 281).

Apesar de todos obstáculos para a delimitação da matéria, há entendimento aproximado acerca das características que constituem o bojo do direito natural, especialmente compreendida na "crença numa lei comum que rege a todos e é superior à lei positiva esta, pois, a origem da civilização ocidental" e que corresponde ao "termo *direito natural*", entre elas, "a idéia de imutabilidade, que presume princípios intemporais", "de universalidade, que alcança a todos" e a "de que os seres humanos têm acesso a esses princípios por meio da intuição, da razão ou revelação" (POZZOLI, 2001, p. 113).

Da mesma maneira, em outras palavras, Celso Lafer afirma existir "algumas notas que permitem identificar, no termo Direito Natural, um paradigma de pensamento", especialmente e em idêntica linha de pensamento:

a) a idéia de *imutabilidade* - que presume princípios que, por uma razão ou por outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; b) a idéia de *universalidade* destes princípios metatemporais, "*diffusa in omnes*", nas palavras de Cícero; c) e aos quais os homens têm acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção. Daí, d) a idéia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, a "*Vera lex*" - "*ratio naturae congruens*" - por estar difundida entre todos, por ser "*constans*" e "*sempiterna*" "*vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*". Essa qualificação promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral (LAFER, 2003, p. 36).

Dentro destas características elementares, o direito natural começa a ressurgir, depois de passado um momento de certa dormência, pois "representa um padrão geral, a servir como ponto de sustentação na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva", dessa forma, "teria preeminência sobre o direito positivo, uma vez que este caracteriza-se pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço" (POZZOLI, 2001, p. 113).

Dentro desse pensamento, os elementos caracterizadores do direito natural surgem com nova denominação, seja "Teoria da Justiça" ou "Justiça Política", sem se olvidar que o produto do "Direito Natural encontra-se positivado nas constituições, não com a denominação de *direitos naturais*, mas com a denominação de *direitos humanos, dignidade da pessoa humana, direitos sociais, direitos fundamentais, humanismo, jusnaturalismo* etc." (POZZOLI, 2001, p. 116).

Compreende-se com esta exposição, que a atribuição de valor, não somente para o direito natural é de grande relevância, também, para a melhor interpretação do direito, em especial do direito de família, com vistas à formalização da justiça. Ocorre que o primeiro grande obstáculo a respeito do tema fica circunscrito à definição do que se pode compreender da expressão valor, sendo cediço, como restou demonstrado, que o seu estudo pertence ao campo da axiologia.

Muitos filósofos que trataram do tema[4], não produziram definição acerca do valor, limitando-se apenas a descrevê-lo, sem entretanto, traçar sua precisa conceituação, dada a complexidade do assunto. "Em geral, não encontramos definição de valor, mesmo nas obras dos maiores autores na matéria", de tal forma que "o valor é mostrado, não é definido" (PAUPÉRIO, 1977, p. 348).

Conforme afirma Nicola Abbagnano, o uso da expressão 'valor' pela filosofia "só começa quando, seu significado é generalizado para indicar *qualquer* objeto de preferência ou de escolha, o que acontece pela primeira vez com os estóicos", eles foram os primeiros "que introduziram o termo no domínio da ética e chamaram de valores os objetos de escolha moral" (ABBAGNANO, 2003, p. 989).

Causa certa confusão, sempre que se pretende estabelecer critérios de valor, justamente quando se procura abstraí-lo da realidade por questões pessoais ou ideológicas, isso porque "a verdade é que os fatos do mundo que nos rodeia são modelados por nossos próprios valores, isto é, pelos conceitos e categorias mediante as quais nós percebemos os fatos" (ARNAUD, 1999, p. 818), conclui-se dessa forma, que não parece possível fazer qualquer dissociação da realidade fática e social, quando da análise dos valores.

Os valores enquanto preferências socialmente reguladas e objetivadas introduzem o princípio da não-indiferença frente à realidade empírica. Essa não-indiferença constitui a categoria do *valer* em contraposição à categoria do *ser*. O problema axiológico essencial é relativo à natureza de um objeto que, sem ter a existência dos objetos reais, determina, entretanto, a ação social dos homens. O valer dos valores é portanto uma classe de realidade específica que nos permite esclarecer a importância dos objetos neutros para a percepção empírica. Esse valer ou não-indiferença do valor apresenta as características seguintes: em primeiro lugar, os valores são qualidades *sui generis* que alguns objetos chamados de bens possuem. Enquanto qualidades, os valores são objetos não-independentes no sentido husserliano da palavra. Antes de incorporar-se ao portador ou ao depositário, os valores são apenas "possibilidades" sem qualquer existência real. É preciso distinguir qualidade e valor (Lavelle), porque a qualidade de uma coisa é o que a define enquanto tal, enquanto que o valor é o mérito da valorização da coisa digna assim de ser avaliada. Entretanto, o conceito de uma coisa pode servir como padrão ou modelo para a mensuração do valor. Uma coisa possui um valor na medida em que ela realiza a definição de seu conceito (ARNAUD, 1999, p. 819).

Sob o ponto de vista da interpretação sociológica dos valores, Durkheim foi um grande defensor da existência de valores que superam a vontade individual, sendo que a sociedade como um organismo, forma um todo que representa e apresenta os valores, superando a vontade individualmente considerada, pois este todo social é composto de cada elemento, porém os valores se sobrepõem ao indivíduo. Assim, para ele, o valor surge "da relação das coisas com os diferentes aspectos do ideal; mas o ideal não é uma fuga para além do misterioso; ele está na natureza e é da natureza" (DURKHEIM, *apud* REALE, 1977, p. 355).

Assim também para "Scheler e Hartmann, os valores não resultam de nossos desejos, nem são projeção de nossas inclinações psíquicas ou do fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razão dessa conduta", de tal forma que "os valores representam um ideal em si e de per si, com uma consistência própria, de maneira que não seriam projetados ou constituídos pelo homem na história, mas 'descobertos' pelo homem através da história" (REALE, 1977, p. 358).

Ainda seguindo o pensamento dos citados filósofos, Miguel Reale afirma que "é graças à intuição que podemos penetrar no mundo dos valores" que "só podem ser captados por um contacto direto do espírito, quer emocionalmente, segundo Scheler, quer emocional e eideticamente, segundo Hartmann" (REALE, 1977, p. 359).

Não se pode, dentro dessa linha, fazer confusão entre determinada 'coisa' ou fato e o valor que esta determinada 'coisa' ou fato possui, isso sob a perspectiva própria da axiologia, eis que se tratam de perspectivas diferentes, apesar disso, "o valor não é uma livre criação do eu, sendo algo objetivo e constituinte de um ser próprio", que "embora não seja corpóreo, nem mesmo ideal, não deixa de ser realidade intuível emocionalmente", assim, "como propriedade do ser, constitui um modo de ser que adere ao ser onde este estiver" (PAUPÉRIO, 1977, p. 346).

Dessa forma, dentro do direito de família, o valor que se deve atribuir ao amor é aquele próprio da relação em que se situa, ou seja, dentro do conceito do próprio amor e das relações familiares onde se pode observar empiricamente a sua realização e exteriorização, sem se olvidar que esta manifestação é elemento também relevante para a formação da personalidade da pessoa humana.

A família contemporânea, que não mais corresponde àquela de antes, baseada exclusivamente no casamento, carece da valorização do amor em seu seio, não apenas de uma avaliação, pois esta "consiste na apreensão, na aprovação ou na criação de valores", correspondendo a "uma ação teórica, enquanto que valorizar é uma ação prática", ou seja, avaliar "consiste em medir um valor" enquanto que valorizar "em conferir um valor a um objeto ou aumentar o valor que o objeto já possui", assim, "a avaliação pressupõe um valor que é preciso reconhecer, enquanto se pode dizer que a valorização introduz um valor nas coisas" (ARNAUD, 1999, 819), portanto, há necessidade de se valorar o amor no seio do direito de família.

Na afirmação de Derisi citado por A. Machado Paupério, "os valores, pois são os *bens intermediários* transcendentais, que a consecução do Bem divino impõe ao homem para conseguir seu próprio aperfeiçoamento humano nas múltiplas facetas do seu valor" e

conclui que se caracteriza como "objeto em seu aspecto de *bem ou apetecibilidade para o sujeito*" (apud PAUPÉRIO, 1977, p. 346).

Ou seja, o valor por não se caracterizar como algo estático, é revelador da experiência do ser humano e acompanha seu desenvolvimento e sua história, evoluindo com o passar dos tempos, sempre permeando a realidade, estando vinculado aos fatores temporais e de espaço de determinada sociedade. Neste aspecto é relevante a advertência de Miguel Reale, para quem não se deve entender, "que os valores só valham por se referirem a dado sujeito empírico, posto como sua *medida e razão de ser*", pois os valores são referidos "ao homem como *sujeito universal de estimativa*, mas não se reduzem às vivências preferenciais deste ou daquele indivíduo da espécie" exatamente porque "referem-se ao homem que se realiza na história, ao *processus* da experiência humana de que participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal" (REALE, 1977, p. 362).

Portanto, o tema do valor está intimamente ligado ao ser humano, exatamente porque é ele quem atribui valoração às coisas, partindo da sua própria existência para a realidade da vida.

Este também o fundamento de Miguel Reale que faz um aviso para quem estuda "o problema do valor", pois deve sempre "partir daquilo que significa o próprio homem", pois "é o único ser capaz de valores" e "não uma simples entidade psicofísica ou biológica",

(...) redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela psicologia, pela física, pela anatomia, pela biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. A natureza sempre se repete, segundo a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria. Mas o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua *capacidade de síntese*, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida. O que denominamos *poder nomotético* do espírito consiste em sua faculdade de outorgar sentido aos atos e às coisas, faculdade essa de *natureza simbolizante*, a começar pela instauração *radical da linguagem* (REALE, 1977, p. 363-364).

Para ele, o ser humano "a um só tempo, *é e deve ser*, tendo consciência dessa dignidade", surgindo "dessa autoconsciência" "a idéia de *pessoa*, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência" (REALE, 1977, p. 364).

Surge, dentro dessa base, a pessoa como valor fonte ou fundamental para todos os demais, especialmente porque sem o elemento humano a valorar, o dever ser fica sem sentido no espaço e no tempo, "a pessoa, como autoconsciência espiritual, é o valor que dá sentido a todo envolver histórico, ou seja, o valor cuja atualização tendem os renovados esforços do homem em sua faina civilizadora" (REALE, 1977, p. 365).

A pessoa aparece como valor, através do princípio da dignidade humana, assim, na mesma proporção da dificuldade para se estabelecer alguma definição de valor, também

não há consenso acerca de uma definição uníssona de princípio, o que se torna relevante para se poder compreender o imperioso papel que este princípio fundamental exerce em todo o ordenamento jurídico, tendo a pessoa como centro.

Não menos complexa é a definição dos chamados princípios fundamentais, isso porque "se pueden distinguir diversos tipos de principios, y la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos" (ALEXY, 2001, p. 677).

No direito de família, por exemplo, os princípios podem ter como objeto direitos individuais; entretanto, a afetação de seu objeto pode atingir bens coletivos, como expõe Robert Alexy, o que torna ainda mais evidente e difícil a definição e aplicação na interpretação e aplicação do direito.

Relevante nesta oportunidade salientar, que os princípios se diferenciam dos valores, apesar da utilização equivalente que se lhes possa atribuir na prática, isso porque os princípios são absolutos e, constatados, devem ser aplicados, não sendo permitida qualquer variação. Isso não ocorre com os valores, que oscilam de acordo com elementos históricos, geográficos, econômicos, entre outros.

Além disso, a diferença, para a ciência do direito, é fundamentalmente de grau de concretização, onde o princípio tem um grau maior, enquanto que no valor há bipartição entre previsão e consequência (CANARIS, 1996, p. 86).

Este também o entendimento de Rizzatto Nunes, afirmando que o princípio é absoluto e não se confunde com valor apesar da "confusão que se fez entre os conceitos na linguagem jurídica", pois, "enquanto valor é sempre um relativo, na medida em que 'vale', isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto" e "não comporta qualquer espécie de relativização", portanto, se caracteriza como "um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor do conhecimento", sendo impossível rechaçá-lo.

De tal modo, o valor padece de "toda influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local, etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação - jurídicas ou não", modificando "na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos", ao passo que sendo observado o princípio, ele se impõe "sem alternativa de variação" (NUNES, 2002, p. 05).

Os princípios não exaurem em si, um conteúdo semântico explícito, mas, muitas vezes são expressos por palavras com conteúdo aberto e que geram tensão ao redor do seu significado, implicando, por isso, a quase impossibilidade de se interpretarem os princípios através de uma visão extremamente dogmatizada do direito.

Para Alexy os princípios são normas que determinam condutas com baixo grau de determinabilidade, possuem um conteúdo que possibilita a interpretação e aplicação diversificada, por isso têm baixo grau; um não cede ao outro, quando em confronto, mas os princípios, quando em colisão, se restringem, isso porque são morfológicamente distintos das regras, justamente porque admitem, com sua utilização, a solução do problema, ainda que não utilizados inteiramente.

Certamente, tais considerações deixam evidente a dúvida se há hierarquia entre os princípios de direito fundamental, especialmente em sendo a afirmação positiva, no sentido de se estabelecer direitos mais importantes que outros, conseqüentemente, deve ser definida uma hierarquia, como entende a Suprema Corte alemã, uma jurisprudência de valores.

Alexy admite ser possível a superioridade de direitos entre si, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ser superior, pois todos os direitos irão garantir a dignidade humana, mas, para tanto, entende que todos os processos de ponderação sejam realizados de forma condicionada, tendo em vista que os princípios são razões *prima facie*, enquanto as regras são razões definitivas, traçando com isso, a conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade está diretamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, com as teorias jusnaturalistas surgidas inicialmente na Inglaterra, afirmando que os seres humanos teriam direitos inatos, por sua própria natureza, antes mesmo do surgimento do Estado.

Este princípio passou a ser dividido em três sub-princípios: 1) *adequação*, visa equacionar o fim pretendido pela norma e o meio para sua consecução; 2) *necessidade*, equivale na procura do meio menos nocivo para atingir o fim da norma; e finalmente, 3) *proporcionalidade em sentido estrito*, visa a análise teleológica para garantir um direito, restringindo outro que seja valorativamente inferior àquele, permitindo com isso, o equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado (SOUZA, 2005, p. 10-11).

Quando há colisão ou conflito entre princípios não se procede simplesmente a anulação de um e eficácia do outro, há necessidade de preservação das garantias contrárias, sem entretanto, aniquilar a sua substância essencial. Deve, portanto, ser levado em conta, para a solução do conflito, o peso relativo de cada princípio, através de um processo de ponderação entre eles, sendo que no caso de haver conflitos da mesma hierarquia, "o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da pessoa humana" (DIAS, 2005, p. 53), que será tratado com mais vagar no próximo item.

Assim, deve-se levar em conta a função final do direito, especialmente como ciência, com forte ascendência social, vez que tem por objeto as relações entre pessoas para a pacificação de conflitos, manutenção da ordem e se configura como importante instrumento de realização da justiça. Tanto, que para Paulo Lopo Saraiva, o direito compreende uma quarta dimensão; a Justiça, considerando que a função finalística do direito é a obtenção da Justiça, ele argumenta, "a percepção da justiça como dimensão teleológica do direito" (SARAIVA, 2002, p. 72).

Esta argumentação da 'tetradimensionalidade' do direito tem como fundamento o fato de que a "Constituição brasileira de 1988 é uma constituição principiológica, portanto, valorativa", sendo completamente diferente dos outros textos constitucionais, pois "a atual Constituição inicia-se com a pauta dos Princípios Fundamentais e não com a organização do Estado, como as anteriores", concluindo que tal "mudança topográfica impõe uma mudança, também, ôntica e epistemológica" de sorte que "todos os protagonistas do Direito são obrigados a valorar o fato e a norma, para obtenção da Justiça" (SARAIVA, 2002, p. 75).

Feitas tais considerações sobre os direitos naturais, o valor para o direito e a relevância dos princípios na ciência jurídica, importante agora, dentro desse contexto axiológico, fazer uma análise com maior vagar a respeito da dignidade da pessoa humana, isso levando em conta a pessoa como valor, ou melhor, a pessoa como valor máximo do direito, sem olvidar pontualmente o relevo do amor para esta concretização.

3. A pessoa como valor

Visto a importância do estudo do valor, importa tratar sobre a pessoa, o ser humano, que será o objeto de destaque e tratamento para o presente estudo, fazendo a necessária ressalva que as expressões 'pessoa' e 'ser humano' serão utilizadas como sinônimos, sem a preocupação de fazer qualquer distinção entre elas, para não se alongar demasiado e fugir da proposta deste trabalho.

Importa, entretanto, ressaltar que "o conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos" e por isso "possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais" e detentora de "dignidade, surge com o Cristianismo" e foi se desenvolvendo ao longo dos tempos até os dias atuais (SANTOS, 1999, p. 19), atribuindo-se inegável valor ao seu conhecimento.

Segundo Edinês Maria Sormani Garcia, o termo "*pessoa* acabou por ser incorporado na linguagem jurídica, designando cada um dos seres da espécie humana", afirmando nas palavras de Jacques Maritain:

(...) que o homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo (...). É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microsomo, no qual o grande universo pode ser contido por inteiro graças ao conhecimento, e pelo amor pode dar-se livremente a seres que são como outras tantas encarnações de si próprio (...). Asseverar que o homem é pessoa, quer dizer que no fundo do seu ser é um todo mais do que uma parte, e mais independente que servo (MARITAIN *apud* GARCIA, 2003, p. 34).

Para Miguel Reale, ninguém duvida "quanto ao fato de que a tomada de consciência do valor da pessoa humana, ou, o que vem a dar o mesmo, do homem como valor intocável pelos simples fato de ser homem, com todos os seus correlatos" significa "o resultado de um longo e atribulado processo histórico-social, a todo instante posto em crise" (REALE, 1984, p. 06).

O autor considera que o "*valor* da pessoa continua sendo uma 'questão aberta', suscetível de ser sempre objeto de fecundas indagações originais" o que exige continuamente novas reflexões, em virtude das alterações das "circunstâncias *factuais*" que envolvem o tema (REALE, 1984, p. 06), especialmente porque o ser humano "é valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua

valia", pois entre "todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas" (REALE, 1977, p. 363).

Apesar da complexidade terminológica que se observa no termo, o inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união dos Estados e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos, "a dignidade da pessoa humana". Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos da existência de todo o ordenamento jurídico brasileiro, causando protestos, inclusive, pois "deveria ser apresentado como o fundamento do Estado brasileiro e não apenas como um dos fundamentos" (COMPARATO *apud* GARCIA, 1998, p. 176).

Esta "dignidade da pessoa humana" caracteriza-se por conteúdo indefinido, mesmo assim, é possível observar o seu conceito, historicamente, através de três concepções, utilizando, para tanto, a terminologia de Miguel Reale, da seguinte forma: a) o *individualismo* que confere o indivíduo como centro de proteção, sendo que o interesse coletivo é alcançado com cada pessoa realizando suas atividades dentro de sua esfera individual, neste aspecto a função do Estado é defender as liberdades individuais, devendo não se intrometer na esfera da vida social; b) o *transpersonalismo* que pretende a defesa do coletivo para a realização da dignidade da pessoa, de tal maneira que há sobreposição do interesse social sobre o individual que, quando em conflito, acaba prevalecendo aquele, e, finalmente; c) o *personalismo* consubstanciado na negativa dos dois anteriores, seja do indivíduo submetido à sociedade ou esta àquele. Aqui se faz uma distinção entre indivíduo e pessoa, esta a concepção mais apropriada, defendendo que se estabeleça com ponderação, em cada caso, os valores em conflito, não se permitindo, porém, sacrificar o valor da pessoa, que se considera, "é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio" (SANTOS, 1999, p. 29-32).

Este princípio básico e fundamental do direito brasileiro tem forte característica filosófica, pois todo e qualquer ser humano,

(...) sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão porque desconsiderar uma pessoa significa em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso, é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento (SILVA, 1998, p. 90).

A atenção ao outro, no âmbito de sua dignidade, é de muita relevância, não somente pelo contexto da pesquisa, as relações de família, mas também levando em consideração a afirmação anterior, da experiência social da pessoa, do caráter comunitário intrínseco ao ser humano. Nesse ponto, caberia perguntar: o direito é um fator de inclusão social ou de exclusão social? Até onde o direito está sendo capaz de estabelecer critérios de justiça?

A dignidade do Outro, da outra pessoa, do pobre do sistema capitalista, da mulher da sociedade machista, do filho da sociedade patriarcal, conforme Enrique Dussel afirma, daqueles que são considerados, estatisticamente, como Totalidade, mas que pertencem à periferia, desconhecendo o conteúdo mínimo do significado 'pessoa' e menos ainda 'dignidade', carecendo das mais basilares necessidades humanas para o desenvolvimento, vivendo, ou melhor, sobrevivendo às esmolas, constituindo verdadeira poluição humana, sem qualquer perspectiva para a ruptura deste desagradável, porque não dizer, horrível paradigma vigente.

Não parece possível estudar a 'dignidade da pessoa humana' sem observar, ainda que entre parênteses, esta situação que já se consubstancia em fato notório na vida contemporânea, com a marginalidade crescendo, a miséria sendo desnudada em todo momento.

Situação que não se restringe à pobreza financeira, mas o que é pior, à desgraça que parece consumir qualquer perspectiva de alteração deste quadro, que aniquila o pleno desenvolvimento pessoal, suplantando as diferenças e possibilidade de transformação da pessoa do outro, em pessoa do outro com dignidade.

Na esteira deste desabafo, cabe um breve questionamento, ou melhor, duas breves indagações, que se reputam imperiosas para a análise: o que se deve considerar como 'dignidade da pessoa humana'? Como se atribuir ao Outro essa dignidade, levando em conta, especialmente, a condição humana de "um ser diferenciado de todos os demais seres da natureza, porque é o único dotado de liberdade, inteligência e vontade, esta diferença nos faz 'dignos' da condição humana"? (SOUZA, 2002, p. 179).

Sem pretender responder, categoricamente, a estas questões, mas apenas sugerindo a abertura do debate filosófico e jurídico, partindo do ponto específico das críticas que Enrique Dussel tece a John Rawls e aos "filósofos do Norte", para utilizar sua terminologia, não se pode fazer uma atribuição filosófica ou mesmo jurídica, a partir de uma realidade distante e não experimentada, sem qualquer contato com as mazelas e as injustiças dos latino-americanos, ou ainda, dos excluídos e oprimidos, para abrigar também os demais ocupantes do que denomina de 'humanidade do sul': africanos e asiáticos.

Isso porque, mesmo estando na condição de periferia e desconsiderando as diferenças naturais que ele refuta, somente por completa abstração seria possível estabelecer um contato *íntimo* com o *alter*. Investigar, efetivamente o que, como e onde a 'dignidade', para ele será implementada, ou seja, as necessidades de cada um, considerado como outro, na sua própria condição de outro.

Dentro deste contexto, o direito deve procurar "assegurar a justiça social, distributiva e comutativa na vida coletiva, o Direito é o grande instrumento de promoção do bem comum", sendo sua finalidade "fundamentalmente promocional", para tanto, "estabelece sanções repressivas para a violação de suas normas e conseqüências positivas para estimular o cumprimento das mesmas", não se limitando, porém, somente "a aplicar sanções repressivas", pois seu fim "é ordenar a vida da sociedade orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições" (MONTORO, 1995, p. 206-207).

Portanto, compete ao agente do direito "sistematizar um conjunto de normas jurídicas" que "nunca poderá resultar numa sistemática fechada, com pretensões a resolver, por mecanismos meramente lógicos, todos os problemas que lhe são postos", podendo "ser visto como um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora, que leva o destinatário da norma a ver verdade" no que estava obscuro, dessa forma, "a adesão do destinatário do discurso normativo nunca é simples submissão, mas decisão, comprometimento e participação" (POZZOLI, 2001, p. 167).

Neste contexto, se busca a integração do Outro em sua dignidade, através da aplicação do direito, transformando num ciclo virtuoso para a consecução do bem comum. Nas exatas palavras de Lafayette Pozzoli, "o direito, aplicado visando a uma função promocional, pode assegurar a justiça social, distributiva, comutativa e participativa da sociedade", resguardando sob tal "perspectiva uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, no exercício pleno da cidadania", a tal ponto que "essa nova fórmula de analisar o direito acaba, seguramente, abrangendo o produto das decisões dos Tribunais, o que chamamos jurisprudência", concluindo por "um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana" (POZZOLI, 2001, p. 170).

Para a consumação do direito e da justiça, como reflexo no bem de todos significa, "fundamentalmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens, isso pelo fato de que em todas as "relações com outros homens,"

podemos ter uma atitude de "dominação", como fazemos com os animais e demais seres inferiores, ou de "respeito", como se impõe entre pessoas humanas. Esta última é a que caracteriza a justiça. Com razão, observa Bodenheimer que o elemento subjetivo nas definições de justiça, "de tão extraordinária importância, nem sempre tem recebido a atenção que merece". Definida como vontade ou disposição do espírito, a justiça exige uma atitude de respeito para com os outros, uma presteza em dar ou deixar aos outros aquilo que tenham o direito de receber ou conservar. "Este elemento intersubjetivo na idéia de justiça é de caráter verdadeiramente universal e válido de modo geral. Falhando ele, a justiça não pode florescer numa sociedade. Para funcionar eficazmente, a justiça requer a libertação dos impulsos exclusivamente egoísticos. O egoísta reivindica direitos sobre os bens do mundo, sem considerar as razoáveis reivindicações dos outros. A justiça se opõe a essa tendência, exigindo que se respeitem os direitos e as pretensões das demais. Sem uma atitude pessoal de "preocupação com os outros", e sem a vontade de ser equânime, os fins da justiça não podem ser normalmente atingidos.

É esse um aspecto fundamental do problema. A justiça não é o sentimento que cada um tem de seu próprio bem-estar ou felicidade, como pretendem alguns. Mas, pelo contrário, é o reconhecimento de que cada um deve respeitar o bem e a dignidade dos outros. Como disse Dabin, esse reconhecimento implica sem dúvida uma metafísica: a do valor absoluto da pessoa humana (MONTORO, 1997, p. 126-127).

No mesmo sentido, afirma Oscar Vilhena Vieira, "o papel dos direitos é assegurar esferas de autonomia ou dignidade, para os kantianos, ou de interesses, para os utilitaristas", permitindo "aos seres humanos se relacionar e conviver sem que essa liberdade ou que esses interesses se encontrem constantemente ameaçados pelas

liberdades e interesses dos demais", dessa forma, "invocar valores ou interesses a partir da linguagem dos direitos significa reivindicar uma situação especial para esses valores ou interesses" (VIEIRA, 2001, p. 298).

Por outro lado, retornando à questão suscitada anteriormente, resta ainda a dúvida quanto à indagação da extensão do princípio constitucional da 'dignidade da pessoa humana', pois se trata de um tema não pacífico e até, de certo modo, desconhecido, podendo "deduzir que tal discurso legal de índole constitucional, socioideologicamente construído" quando mantém "aberto os traços do que deva ser entendido como 'dignidade da pessoa humana', leva-nos a um sentido de ambigüidade e vagueza da expressão" (LOWENTHAL, 2001, p. 333).

Com isso, não se esquecendo da situação exposta acima, onde se observa o grande número de pessoas que sobrevivem distantes da condição de 'pessoa' e ainda mais afastadas da existência de um mínimo de 'dignidade', considerando também a finalidade promocional do direito, parece não estar havendo a implementação efetiva de sua função, o que é pior, não se efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana e não se alcança a finalidade da justiça. Não se observa o fechamento do ciclo virtuoso vislumbrado anteriormente, carecendo de concretização, diante da realidade que salta aos olhos.

Esta situação é explicada com propriedade por Anamaria Valiengo Lowenthal que analisa a expressão 'dignidade humana' sob a perspectiva da semiótica jurídica e conclui que ao deixar, "propositalmente, apagado e esquecido o significado de sua fundamentação - 'a dignidade da pessoa humana' - , tal discurso pode tranquilamente esquivar-se de cumprir seus propósitos objetivos, porque estes estão esmaecidos, dúbios, apagados" (LOWENTHAL, 2001, p. 334).

Ao desproteger as pessoas que se encontram em situações fáticas, que nos autorizariam a considerá-las não possuidoras dos requisitos primordiais para ser consideradas portadoras de uma dignidade inerente a elas mesmas, como pessoas humanas, o Estado se resguarda de cobrança por parte das outras pessoas humanas prenes de dignidade, que ao se considerarem dignas graças a si mesmas e ao Estado, por sua vez, consideram os grandes segmentos da população indignos e, até, segmentos compostos de não-pessoas (LOWENTHAL, 2001, p. 334).

"Ora, se isto ocorre," prossegue a autora, "os segmentos dignos não se importam em averiguar que outrem, ou seja, que seus concidadãos estão em situação de indignidade" ou, ainda que se verifiquem estas ocorrências, "por vezes alarmantes e injustas, não se comprometem em postular pela dignidade dos não-dignos, pois não os consideram, ainda que inconscientemente, pessoas", seguindo sua trajetória, apesar de "no decorrer de sua caminhada, tenham que se desviar e mesmo procurar evitar a visão" desses "que habitam os vãos e os caixotes de papelão, os barracos insalubres e os subsolos dos metrô e dos viadutos". Sequer "se indagam, os cidadãos dignos, se o Estado está descumprindo e, até mesmo, violando, e gravemente, seus fundamentos constitucionais", exatamente "porque tais segmentos indignos, em sua indignidade, fazem parte dos grupos de não-pessoas humanas, e portanto, como não-pessoas, porque indignos ou não-dignos" jamais "teriam seus direitos de pessoas humanas garantidos e

tangidos pelo próprio discurso constitucional, que se funda nos valores da pessoa humana digna" (LOWENTHAL, 2001, p. 334).

Sob este argumento constitucional, "ao deixar ambíguo, vago ou mesmo apagado e esquecido o conteúdo significativo da 'dignidade da pessoa humana'" se confere, "por sua própria índole, uma cruel e proposital espécie de desconsideração ao citado valor" autorizando o inadimplemento com este valor, "que é deixado a vagar pelas malhas da rede constitucional como se fosse a expressão 'dignidade da pessoa humana' mera figura de retórica", gerando idéia "de que o Estado apenas vela e protege os abastados" (LOWENTHAL, 2001, p. 334-335).

Contrária a este posicionamento, entretanto, Judith Martins-Costa argumenta em estudo a respeito dos danos à pessoa e a sua reparação, que "mais do que uma 'vazia expressão', como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico",

(...) a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido vista como um princípio estruturante da ordem constitucional - apontando-se-lhe inclusive um valor "refundante" da inteira disciplina privada -, significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o "valor fonte" que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico. (MARTINS-COSTA, 2001, p. 25)

Apesar de alguns avanços, como lembra a autora, a situação contemporânea é muito precária, nos dias atuais há um verdadeiro bombardeio de produtos e ofertas das mais variadas, a necessidade tida como vital de crescimento econômico, a gana desenfreada por informações, o uso indiscriminado de mecanismos para a satisfação pessoal, um individualismo competitivo que parece transformar o ser humano em objeto.

Dentro deste quadro, as pessoas encontram, como afirma Rollo May, "boas razões externas para se julgar insignificante e impotente como pessoa", indagam "como agir" diante "dos gigantescos movimentos econômicos, políticos e sociais do nosso tempo?" Passa a existir, segundo ele, uma crença no autoritarismo da religião, da ciência e da política, "não porque tantos nele acreditem explicitamente, mas porque se sentem individualmente incapazes e ansiosos", prosseguindo num raciocínio de que nada se pode fazer, "senão acompanhar o líder político das massas (como aconteceu na Europa), ou a autoridade dos costumes, da opinião pública e das expectativas sociais". Perdeu-se, ainda sob sua visão, a "fé na dignidade da pessoa" e este declínio "é em parte a *causa* desses movimentos sociais e políticos das massas", fechando-se assim o ciclo vicioso, daí a necessidade de "lutar em duas frentes - combater o totalitarismo e as outras tendências para a desumanização da pessoa, e recuperar a experiência e a fé no valor e na dignidade da pessoa humana" (MAY, 2004, p. 48-49).

Este nefasto quadro transforma impraticável o princípio fundamental do Estado brasileiro, sendo que sua realização deve passar antes, pela descoberta da 'pessoa humana como pessoa' e pelo 'encontro desta pessoa com o Outro'. Tal processo, porém,

de se encontrar a si e ao Outro, requer a ruptura com o paradigma existente, requer um autoconhecimento ativo e o completo desenvolvimento da personalidade pessoal.

Para este despertar, o caminho mais objetivo é escutado pelo amor, primeiro pelo amor próprio, seguido do amor fraterno, capaz de ver no outro, o 'Eu significativo' de cada um, num processo de respeito e interação mútua, numa unidade fraterna para a realização plena da capacidade humana de ser fim em si mesma, de ser pessoa com dignidade e não apenas valor como afirmou o filósofo da razão (KANT, 1986, p. 77).

Talvez esta conquista de si e do outro e para além do outro possa responder, ou melhor, embasar argumentos para a proposta formulada linhas atrás, cumprindo finalmente, o direito, sua função promocional, de inclusão social e efetividade da Justiça, amparado por critério abstrato, mas não por isso inconsistente, do amor.

Conclui, neste sentido Enrique Dussel, para quem o "homem perfeito será aquele que por sua bondade, sua plenitude antropológica, pode abrir-se ao Outro gratuitamente como outro, não por motivos fundados em seu próprio projeto de Totalidade," entretanto movido "por um amor que ama primeiro alterativamente: o amor-de-justiça" (DUSSEL, 1995, p. 43).

Com o complemento de Rizzato Nunes, para quem ou desde logo "se coloca como um absoluto e ao se preencher com o conteúdo da dignidade humana se luta por uma implementação, ou a batalha está perdida" em meio ao "relativismo histórico e manipulação espúria dos que momentaneamente detêm algum tipo de poder na sociedade e que, ao exercê-lo, sempre adiem a fundação de uma sociedade mais justa e igualitária" que antes de mais nada "respeite a dignidade da pessoa humana" (NUNES, 2002, p. 07).

É na família, como esteio deste despertar, onde o encontro consigo e com o outro ocorre primeiramente, que se pode plantar as esperanças para implementação de melhor aplicação do direito e da justiça. Daí a relevância desse primeiro grupo coletivo na vida de toda pessoa. Na família o encontro social surge mesclado, desde os primeiros dias de vida, pelo sentimento do amor. O combustível de ligação e união que ampara, protege e mantém agrupados os membros da instituição familiar e auxilia no aperfeiçoamento humano e construção da gênese da dignidade individual e do outro, por isso sua importância, inclusive para os agentes do direito que estudam as relações de família.

4. Os valores da família contemporânea

A família é, sem dúvida, a primeira e talvez a mais importante fonte de valores para a formação da pessoa humana, como restou demonstrado nos itens anteriores. Sem o trato inicial dado pela família, a cada novo membro, desde a estréia de uma nova vida, certamente não seria possível a constituição da humanidade tal como conhecida hoje.

Apesar de tantos dissabores e das desigualdades ainda encontradas, largos e vigorosos foram os passos do ser humano ao longo da história, no caminho do progresso coletivo,

entretanto, muito ainda precisa ser conquistado, como se pôde observar no decorrer de toda a narrativa empreendida até aqui.

É possível afirmar, por outro lado, que não se pode atribuir unicamente à família e somente a ela, toda a responsabilidade para o desenvolvimento humano, havendo necessidade de se fazer esta ressalva. Esta instituição, talvez seja a de maior responsabilidade para tanto, porém, não exclusivamente. Tanto assim, que dispõe expressamente o artigo 227 da Constituição Federal que o dever de "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária" é "da família, da sociedade e do Estado", o que demonstra competência concorrente e não exclusiva da família.

O parágrafo terceiro do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado", donde se conclui da preocupação comum de todos os povos, para proteção e respeito à família, atribuindo também à sociedade e ao Estado a obrigação de protegê-la para sua existência se prolongar e se manter, dada a sua relevância na gênese humana.

Portanto, outras instituições, também a sociedade e o Estado, devem se preocupar com a família. Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza ao explorar "os abismos da eternidade, descobrimos que sempre existiu uma Pessoa que é o Pai, alguém que é o Filho, e alguém que é o Amor entre Pai e Filho" de tal forma que "existe uma comunidade que sempre viveu de forma trinitária, em atitude de amor recíproco", assim, prossegue ele, "a família humana é, também, uma realidade, na qual o Pai está relacionado ou voltado para outra realidade, a Mãe, e de cujo amor mútuo nasce a realidade Filho(s), constituindo a comunidade familiar" como se conhece hoje e igualmente no passado (SOUZA, 2002, p. 186).

Indagando sobre sua origem e valores que a informam, o autor segue o raciocínio de que "quando se fala 'Pai', de imediato pensamos em um 'Filho', e também pensamos em uma 'Mãe'", exatamente porque, "ninguém é 'Filho' sem uma 'Mãe' e um 'Pai'", assim, "a realidade Pai é essencialmente relacionada com a realidade Mãe", este "relacionado" significa estar voltado para outra realidade, enfim, é SER PARA alguém" consistindo "a primeira realidade 'essencialmente relativa' ou 'relacionada em essência', entre duas realidades", tanto que "a relação Pai-Mãe ou Pai-Mãe-Filho é sempre uma realidade amorosa", pois "também o amor entre as pessoas é 'relação', é um 'estar relacionado', é o SER PARA da pessoa que ama à pessoa amada", com a finalidade de "se realizarem, primeiramente como Pessoas, como Comunidade familiar, e depois Comunidade social, e constituem os valores fundamentais que informam a vida familiar e comunitária em geral" (SOUZA, 2002, p. 186-187).

Esta característica essencial e presente em todas as formas de família, atribui a esta ligação "o sentido de reciprocidade" e se resume numa entrega mútua não somente "no nível do instinto, pois "na verdade, o amor humano emerge a nível de espírito, transcende do plano da necessidade para o da liberdade, do sentido e dos valores, inclusive para o Absoluto", isso porque, "Família é" "um dom mútuo do esposo e da esposa",

dos pais e dos filhos, dos irmãos entre si, dos parentes em geral, criando laços de solidariedade: cada membro cresce em dignidade humana na medida em que se empenha na valorização do outro; daí dever ser a família um modelo para as sociedades.

Trata-se aqui, tanto da comunidade familiar restrita, como o seu desdobramento, a comunidade social, mais ampla. Podemos dizer a trindade familiar, Pai-Mãe-Filho, é essencialmente SER PARA uns aos outros, necessária, imediata e mutuamente, bem como para todos os parentes, ascendentes e colaterais.

Onde houver o SER PARA de uma pessoa para a outra, ali haverá "comunidade" familiar. Portanto, só há comunidade onde cada pessoa está voltada para atender aos desejos e necessidades das demais pessoas (SOUZA, 2002, p. 187).

Esta atitude é observada em algumas famílias hodiernas, estruturadas no amor e na comunhão fraterna entre os seus membros, embasada no diálogo e no respeito, estes organismos funcionam perfeitamente bem, distribuindo alegria e contaminando o ambiente com a felicidade e adesão de todos os integrantes. Entretanto, pode-se afirmar, que a grande maioria das famílias não correspondem a este padrão de amor e aliança, padecendo de desencontros e infelicidades, não contribuindo em nada para o desenvolvimento de cada integrante no contexto mais amplo da sociedade.

Não é incomum atualmente, pensamentos pessimistas prevendo o fim da família, dada a alteração e profusão de valores e tendências que são apresentadas a cada instante, o que tem explicação, porque toda a transformação pelas quais passa o ser humano, a primeira instituição a senti-la é a família, representada como o início de convívio social.

É na família que principia o aprendizado de socialização do ser humano, também nela há transferências de valores e princípios, tais como a generosidade, o carinho, o companheirismo, o diálogo, o exemplo, a fé e a crença religiosa, a educação, entre outros, que marcam a vida individual ao longo de sua existência, na busca da implementação da auto-estima de cada "eu" que compõe a família.

A manutenção da família é preocupação para José Arthur Giannotti, pois para ele, a "pequena ética" "é um dos esteios da família contemporânea" porque não "se sabe se as relações internas pelas quais ela se tece estão sendo reforçadas ou solapadas, de ambos os lados a confiança pode ser aparente" podendo haver interpretação diferente das condutas no convívio, sendo que "o possível choque de intenções se torna explosivo se todos não estiverem dispostos a manter seus próprios rituais,"

a despeito de estarem sendo praticados unicamente por respeito à família, e não mais por cada um de seus membros. A ética da convicção se retira diante da necessidade de manter-se uma ética da eficácia, enquanto as pessoas avaliarem que é melhor ter família do que estar solto no mundo. Quando isso não mais acontece, o indivíduo vem a ser outro como outro qualquer, sem eira nem beira além de seu *status* social, fora da intimidade e da amizade, procurando viver na indiferença do anonimato, ou então se ligando ferozmente a um ideal público posto como absoluto, em vista do qual pode até mesmo sacrificar sua própria vida. O mártir encontra-se a si mesmo num único espelho que, por ser único, deixa de refletir as diferenças de moralidade e impede o exercício da

tolerância. O outro não lhe vem a ser mais do que a norma ela mesma, desvinculada de suas condições de existência, de sua inserção na diversidade do mundo. Desse modo, vem a ser somente porque pretende ir além dele mesmo, negação completa das vicissitudes da vida (GIANNOTTI, 2003, p. 93).

Donde se abstrai a importância da família que também é constatada nas palavras de Chiara Lubich que pretende

(...) despertar em todos nós um compromisso concreto de ação em todas as formas e de todos os modos possíveis para o verdadeiro bem da família. É extremamente importante, de fato, a saúde da primeira célula da sociedade para o destino de toda a humanidade. Salvar a família - escreve o grande escritor católico Iginio Giordani - é salvar a civilização. O Estado é feito de famílias; se estas decaem, também aquela vacila. E diz ainda: "Os esposos se tornam colaboradores de Deus dando à humanidade vida e amor... Amor que da família se expande para a profissão, para a cidade, para a nação, para a humanidade. É uma distribuição em círculos como uma onda que se propaga até o infinito. Há vinte séculos arde uma inquietude revolucionária, acesa pelo Evangelho e requer amor" (LUBICH, 2006, p. 01).

"A família nada mais do que uma engrenagem, um cofre precioso, um mistério de amor: amor nupcial, materno, paterno, amor da avó pelos netinhos, das netinhas pelo avô, pelas tias e primos", prossegue ela, "se a família fracassou no mundo, é porque faltou amor", pois "onde o amor se extingue, a família se esfacela" devendo as famílias "se abastecer na fonte do Amor", de "Deus-Amor que conhece o que é a família, que a planejou como uma obra-prima de amor, sinal, símbolo, modelo de todos seus desígnios" constituindo-a "com amor", o que "é sinal de que Ele poderá curar a família igualmente com amor (LUBICH, 2006, p. 01).

Oportuna, neste momento, a lição de Erich Fromm, para quem o "desejo de fusão interpessoal é o impulso mais poderoso que há no homem", constituindo "a paixão mais fundamental, é a força que mantém junta a espécie humana, o clã, a família, a sociedade", de sorte que a impossibilidade de "realizá-la significa loucura ou destruição - autodestruição e destruição dos outros. Sem amor, a humanidade não poderia existir por um só dia", entretanto, preocupa-se ele, "se chamarmos de 'amor' essa realização da união interpessoal, estaremos em séria dificuldade", pois a "fusão pode ser alcançada de diferentes formas e as diferenças não são menos significativas do que é comum às várias formas de amor", donde surge a indagação: "será que todas elas podem ser chamadas de amor? Ou será que devemos reservar a palavra 'amor' para apenas um tipo específico de união" que representa "a virtude real em todas as grandes religiões humanistas e em todos os grandes sistemas filosóficos dos últimos quatro mil anos?" (FROMM, 2000, p. 23).

Na sociedade contemporânea existem todos os tipos de dependência fazendo-se passar por amor, uma vez que há tantas pessoas ansiosas, solitárias e vazias. Variam entre diferentes tipos de ajuda recíproca ou recíproca satisfação de desejos (que talvez sejam bastante sérios, caso recebam suas verdadeiras denominações), passando pelas várias

formas "comerciais" de relação pessoal, até chegar ao nítido masoquismo parasítico. Não é raro encontrarem-se duas pessoas que, sentindo-se solitárias e vazias, entram numa espécie de relacionamento, um mútuo acordo, para proteger-se da solidão (MAY, 2004, p. 201).

A crença da modernidade, como afirma Rollo May, surgida no Renascimento, é no sentido do valor da competição individual, do trabalho pessoal buscando a produção e o aperfeiçoamento de riquezas. Porém, nos dias atuais, esta busca solitária vem perdendo o sentido, pois para sobrevivência há necessidade de inserção em "grupos mais amplos", encontrando-se, o ser humano, num verdadeiro conflito valorativo, pois foi condicionado para avançar diante dos outros, enquanto, "o êxito de cada um depende muito mais, hoje em dia, de saber trabalhar em equipe" (MAY, 2004, p. 40), aprendizado obtido na família.

Constata-se que o ser humano é eminentemente um ser social, e como tal é dado à valoração de seus atos, relações e vida. A primeira base de argumento valorativo transferido à pessoa deriva da família, assim como toda a estrutura que seguirá e propiciará o seu desenvolvimento, seja para a prática do bem ou do mal. De outra forma, a pessoa perfeitamente estruturada poderá transferir à família, lições de vida e aprendizado fraterno, fechando com isso, um círculo virtuoso entre a família e a pessoa, cujo amálgama deve ser o poderoso sentimento do amor.

Surge dessa relação benéfica, o interesse do direito de família, para proporcionar o enriquecimento pessoal e familiar, dentro da promoção da dignidade da pessoa humana que acarretará também a ascensão da família, impulsionada pelas raízes específicas e não escritas leis do direito natural.

Considerações finais

É possível concluir que o direito interpretado sem a ponderação de seus valores, especialmente no tocante à seara familiar, não imporá a verdadeira realização da pessoa humana e, menos ainda, a concretização dos ideais de Justiça.

Há necessidade de se resgatar o convívio entre iguais, com respeito, solidariedade e fraternidade, atributos que somente podem ser alcançados se acompanhados de afeto, de amor, um valor de extrema relevância para o direito que deve ser observado nas relações contemporâneas de família.

Exatamente por isso, para se compreender o direito de família atual, é necessária a análise e a ponderação dos valores em transformação, que atribulam as estruturas até então existentes e transferem para uma nova armação social, a família plural, com o respeito á dignidade humana de cada um dos seus integrantes.

É preciso abrir as portas para o debate acerca do tema e não mais tratar as normas de direito de família sob uma perspectiva dogmática e exclusivista, mas sim sob a égide dessa família que tem como centro de preocupação o respeito à dignidade humana de seus integrantes.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

ARNAUD, André-Jean [*et. al.*]. **Diccionario enciclopédico de teoria e de sociología do direito**. [Tradução de: Patrice Charles, F. X. Willaume]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão**. São Paulo: Paulus, 1995.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamentos de seu tridimensionalismo jurídico**. Tradução Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana**. Leme, São Paulo: LED Editora de Direito, 2003.

GIANNOTTI, José Arthur. *Moralidades cruzadas*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 87-93

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LOWENTHAL, Anamaria Valiengo. Exame da expressão 'a dignidade humana' sob o ângulo de uma semiótica jurídica. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (org.). **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 331-335. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 789, 90º ano, p. 21-47, Jul. 2001.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

PAUPÉRIO, A. Machado. *In*: FRANÇA, Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 76, p. 345-353.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. [tradução e prefácio prof. L. Cabral de Moncada], 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado - Editor, sucessor, 1997.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

_____. *In*: FRANÇA, Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 76, p. 353-367.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do direito: esboço inicial. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 38, n. 153, jan/mar. 2002, p. 67-77.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr/jul 1998, p. 89-94.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Os direitos naturais do homem e da família. **Revista Notas y Documentos**. Caracas, n. 63-64, p. 179-192, 2002.

_____. Os direitos naturais do homem e da família. **Revista Notas y Documentos**. Caracas, n. 63-64, p. 179-192, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. *In*: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (org.). **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 337-350. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

[1] *In* "A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt". São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

[2] *In* "Maritain e o direito". São Paulo: Edições Loyola, 2001.

[3] *In* "Justiça Política: fundamentação crítica de uma filosofia do direito e do Estado". São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

[4] Entre aqueles que trataram da axiologia, sem definir ou conceituar 'valor' destacam-se: Lotze, Max Scheler, Hartman, Johannes Hessen.

O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, A TUTELA DA MINORIA NAS FUSÕES E INCORPORAÇÕES E O DIREITO DE RECESSO NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

THE MAJORITY PRINCIPLE, THE MINORITY AND THE RIGHT OF WITHDRAW

Daniella Bernucci Paulino

RESUMO

O presente artigo trata das relações de poder internas nas sociedades anônimas e visualiza no princípio majoritário o mecanismo de harmonização destes interesses conflitantes. A partir do conceito de minoria acionária e da necessidade de sua tutela analisa o direito de recesso ou retirada como um dos mecanismos capazes de proteger os interesses minoritários, não obstante se antagonize com os princípios da supremacia da maioria e com o da intangibilidade do capital social, pilares conceituais das sociedades por ações, ao desvincular o acionista da companhia, mediante o reembolso direto do valor de suas ações. Analisa, ainda, os conceitos de fusão e incorporação por se tratarem das mais comuns operações presentes no rol das situações que ensejam o direito de recesso.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO COMERCIAL, SOCIEDADES, SOCIEDADE ANÔNIMA, PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, MINORIA, DIREITO DE RECESSO, FUSÕES E INCORPORAÇÕES.

ABSTRACT

The present article discusses the internal power relations inside corporations and identifies in the majority principle a mechanism of harmonization for conflict of interests. Departing from the concept of shareholders minority and the need of their tutelage, we analyze the right of recess or withdraw as one of those mechanisms capable to protect the rights of minority interests, even if antagonizes with the principal of majority supremacy and with the intangibility of social capital, conceptual pillar of shareholding companies, when it disassociates the shareholder from companies by the direct reimbursement of their shares' value. In the article we still analyze the concepts of fusion and incorporation as they are one of the most common operations present in the roll of situations that may demand the right of recess.

KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, CORPORATIONS, MAJORITY PRINCIPLE, MINORITY, RIGHT OF RECESS OR WITHDRAW, MERGERS.

01. Relações internas de poder

Penetrar e conquistar do Golfo Pérsico à Indonésia, eis o objetivo para o qual se constituiu, em 1602, a Companhia das Índias Orientais. Considerada a mais importante dentre as companhias colonizadoras, compôs-se através da união de oito sociedades marítimas e, em razão de suas ambições gigantescas, não cingiu a constituição de seu capital apenas aos antigos sócios armadores. Ao contrário, admitiu-se o ingresso de quantos desejassem, nacionais ou estrangeiros, cristãos ou judeus, sem limitações de qualquer natureza. O objetivo era a participação de todos os habitantes das províncias unidas, com muito ou pouco, segundo desejassem.

Diante deste relato histórico, que evoca as raízes mercantilistas das sociedades por ações resta claro que, já nas suas origens, as companhias se distinguiam pela pluralidade e pela capacidade de concatenar interesses os mais diversos.

Falar do triunfo deste modelo jurídico é revelar a engenhosidade com a qual este mecanismo possibilitou a captação de grandes aportes financeiros, reunindo pessoas com perfil e propósitos econômicos diversos, sem quaisquer laços em comum, ao contrário do que ocorria nas sociedades de pessoas, assentada no princípio da *affectio societatis*.

Se de um lado esta característica, aliada ao fracionamento do capital social e à minimização da responsabilidade pessoal do acionista, se mostrou vantajosa, determinou, de outro, a agudização do problema da alocação interna de poder nas sociedades.

Nas sociedades por ação, as tensões entre a maioria e a minoria estão mais evidenciadas do que nos demais tipos societários, nos quais esta última tem verdadeiro poder de veto sobre os negócios sociais extraordinários, sendo impossível modificar as bases do negócio societário (contrato) sem a concordância de todos os sócios (unanimidade). (SZTAJN, 1988, p. 52).

02. Harmonização dos interesses sociais

Para garantir a perpetuação das sociedades fez-se necessário harmonizar as relações que se sobrepõem sobre a estrutura social. Esta composição se concretizou através do princípio majoritário, considerado um dos mais importantes princípios no que se refere ao funcionamento das corporações, o qual encontra seu fundamento na própria essência da sociedade anônima, ou melhor, no fato de ser ela uma sociedade de capitais que visa a participação de um grande número de acionistas" (PRISCO PARAÍSO, 1985, p. 10).

Mas, se o direito societário, hoje, parece assimilar perfeitamente a regra da maioria, nem sempre foi assim. Como nas suas origens a teoria jurídica das sociedades por ações se vinculava ao Direito Romano, e, portanto, à noção de sociedade como contrato, sempre prevaleceu a imutabilidade do pacto social, em respeito à sua natureza negocial.

Não só por isto. Sem aprofundar a discussão sobre a natureza jurídica da sociedade^[1] - sabe-se que sob a perspectiva de sua constituição a sociedade por ações é um acordo de vontades preordenadas, fato que aparentemente incompatibilizaria a alteração unilateral deste negócio.

03. Da unanimidade à maioria

Ante as exigências de ordem prática e econômica flexibilizar-se-ia o princípio jurídico da unanimidade. A partir de então, a evolução do arcabouço jurídico destas sociedades se daria paralelamente ao aumento do poder da maioria.

A regra da unanimidade cedeu, pouco a pouco, perante os tribunais, sobretudo os franceses, que incorporaram a teoria das bases essenciais da sociedade, tidas como transformáveis somente pelo consentimento de todos, contrapostas às bases acessórias, que apenas exigiam uma deliberação majoritária para serem alteradas.

Embora o Código Suíço de 1881, o Código de Comércio Alemão, de 1861 e a Lei francesa, de 24 de julho de 1867, tenham inovado ao instituir o poder da Assembléia Geral, foi o Código de Comércio Italiano que, em 1882, rompeu inteiramente com a exigência do consentimento total, permitindo que a sociedade modificasse até mesmo suas bases essenciais.

Não foi diferente na *common-law*, pois, se a unanimidade fora adequada aos grupos familiares de investidores, se revelava um limite significativo para as grandes empresas, permitindo que muitas mudanças benéficas se frustrassem em razão da vontade de algum acionista recalcitrante(THOMPSON, 1995, p. 3)[2].

Instalava-se, pois, a idéia de que ao subscrever uma ação o então acionista adquiriria o direito de participar da sociedade, desde que aceitasse ser submetido aos desígnios da maioria. Diante do absoluto sucesso e da permanência da regra da maioria como forma adequada de orientar as decisões sociais, perguntar-se-á: quais são os motivos que determinam esta submissão voluntária dos minoritários?

Um dos motivos é a praticidade da regra. E, como assinala Dominique Schmidt, ninguém sonha em questionar este princípio e é bastante provável que uma sociedade não dirigida por uma maioria se tornasse pouco atraente aos olhos de um investidor(SCHMIDT, 1970, p. 01).

De mais a mais, admitindo-se que para que funcione adequadamente uma das primeiras tarefas de qualquer organização é definir os preceitos que regerão o voto de seus membros, há que se escolher uma dentre duas opções possíveis: maioria ou unanimidade.

Uma possibilidade é insistir que todas decisões sejam tomadas por unanimidade. De fato, poucas sociedades, seja qual fosse o seu porte, poderiam suportar tal regra que conduziria a uma paralisia nos negócios sociais [...]. A necessidade de ação rápida exige a delegação de poderes, que podem ser usados de forma adequada ou não.

Outra possibilidade é a adoção da regra majoritária simples, cada voto correspondendo a uma ação.(EPSTEIN, 1995, p. 251-252).

Ainda há o fato de que, em momento algum, o princípio é uma forma de opressão das minorias sociais. Como já se disse, trata-se, apenas, de uma opção, dentre as muitas formas de se organizar as deliberações coletivas, sendo que as decisões da maioria não

podem, teoricamente, prejudicar os interesses da pessoa jurídica ou dos indivíduos, devendo sempre perseguir os fins da instituição, consagrando a democracia societária.

Assim, embora o mito da democracia da maioria tenha sido desvelado a partir da consolidação da grande empresa e da intensificação do fenômeno da dispersão acionária, que alijaram progressivamente a minoria do processo decisório, permanece o princípio majoritário em vigor, por se revelar fórmula eficiente de gerenciar o processo de formação da vontade social, à qual se podem opor limites necessários à proteção dos minoritários e da própria companhia.

Como quer que seja, difundido e aceito o poder da maioria, como parte do sistema societário moderno, tornou-se inevitável desenvolver mecanismos de proteção e tutelar as minorias e o acionista singularmente considerado.

04. O conceito de minoria

Quanto a esta tutela há que se indagar, em primeiro lugar, quem compõe este conjunto até aqui nomeado minorias.

O conceito é relativo, e não “pode ser determinado senão em relação a uma maioria”(SCHIMDT,1970, p. 03), sugerindo, assim, um grupo que não integra de forma significativa ou permanente a direção dos negócios sociais, e, por conseguinte, não alcançará a posição de controlador, nos termos da letra a, do art. 116, da Lei n° 6.404/1976.

Há que se lembrar que o grupo minoritário, não obstante o elo que une seus componentes, está distante de ser considerado homogêneo, sendo possível, como destaca Mauro Lopes Brandão classificá-los em vários segmentos. Seriam eles, os acionistas minoritários, que compram ações com fins empresariais, seja visando futura tentativa de tomada do controle, seja para a assunção de posição acionária que lhes permita participar, colaborar ou influir nas decisões empresariais; ou os investidores, ditos *rendeiros*, que adquirem as ações como forma de poupança, mantendo-as em seu portfólio durante longo tempo, inclusive com o fito de assegurar rendas na velhice, embora esta prática seja usual em países com mercado de capitais desenvolvido e estável; há ainda os investidores institucionais, formados por instituições financeiras, seguradoras, entidades de previdência privada, fundos de pensão, etc. e, por fim, os chamados *acionistas especuladores*, que, a despeito da conotação pejorativa da denominação, têm papel importante no mercado, ao dar-lhe liquidez com as sucessivas operações de compra e venda de ações (PENTEADO, 1998, p. 12-13).

A lei societária brasileira, por sua vez, não define o termo, utilizando-o em diversos sentidos. Assim, embora sejam numerosas as referências aos minoritários, não se pode delas inferir um conceito unívoco[3]:

ora aparece referenciado a uma noção quantitativa, ora a uma concepção qualitativa de poder. Ora referido o capital, ora ao controle. Às vezes, surge confundido com o conjunto das ações - votantes não-controladoras. Outras, ainda, com o conjunto das ações preferenciais"(LIMA, 1994, P. 132).

Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários, por meio da Instrução nº 03, de 17 de agosto de 1978, considerou minoritários os titulares de ações em circulação no mercado, isto é, de todas as ações do capital da companhia, menos as de propriedade do controlador.

Aduz, então, novo elemento ao conceito: acionista controlador. Para esta espécie, ao contrário do minoritário, há um conceito legal exato e preciso. Diz o art. 116:

Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Assim, se "controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objeto"(CARVALHOSA, 1997, P. 420), podemos, através da inversão do conceito, apreender a noção de minoritário como aquele que se submete a estas decisões.

Sobre esta conclusão, afirma Rachel Sztajn:

Uma das questões que afronta a inteligência é supor que minoritários são apenas aqueles acionistas titulares de ações com direito de voto, que sejam vencidos nas deliberações assembleares. E quem não vota é o quê? Vencedor? Não acionista mesmo sendo titular de ações?

É claro que, em qualquer deliberação em que a regra seja a da maioria, minoria é o grupo vencido. Porém, os impedidos de votar, seja por não terem voz, seja por não poderem manifestar-se, podem caber em qualquer dos grupos, o vencedor e o vencido. Alinhá-los sem mais ao primeiro é ignorar o próprio texto da Lei nº 6.404/1976, no §1º, do art. 137, mesmo com a nova redação, que garante aos ausentes e titulares de ações sem direito de voto, o poder de se retirar da companhia mediante o exercício do recesso.

Assim, no caso de definição de maioria/minoria há que se levar em conta o propósito da qualificação. (1999, p. 47).

Diante de tantas especulações, pode-se dizer que para o estudo proposto - o direito de recesso - a minoria deve ser considerada como aquele grupo que tem de se submeter a uma deliberação determinada, conformando-se à maioria que deseja a aprovação desta.

05. Da necessidade de tutela.

Visto o conceito passa-se ao segundo ponto: por que se protege a minoria?

Admitindo-se que as sociedades de capital têm uma função, qual seja, organizar a atividade econômica dirigida para o mercado, cogita-se da proteção da minoria sob um

enfoque jurídico-funcional e não como uma questão meramente formal. Por este motivo, a reflexão a respeito das razões pelas quais se protegem as minorias deve se situar antes da interrogação sobre como ocorre esta tutela.

Pois bem. O resguardo aos direitos da minoria pretende preservar o equilíbrio societário, que se assenta na perpetuação das bases essenciais da companhia, justificando a associação de capitais.

Como afirma José Alexandre Tavares Guerreiro:

A proteção jurídica aos direitos das minorias na sociedade anônima resulta da verificação de uma utilidade social, ou, se se preferir, de uma utilidade funcional, muito mais, aliás, no sentido de que a sociedade anônima, como agente da vida econômica, deve ser levada pela lei a cumprir seu objeto de forma harmoniosa e sobretudo eficiente(1986, p. 106).

Nada tem a ver esta proteção com privilégios, devendo se conformar às exigências da vida social e aos interesses gerais da sociedade[4].

06. O Direito de Retirada e a Composição dos Interesses Sociais

Muitas são as formas de compor os interesses envolvidos nas sociedades, relativizando o poder da maioria[5].

Dentre elas, destaca-se o direito de retirada como das mais criticadas e polêmicas, justamente por antagonizar-se com os princípios da supremacia da maioria e com o da intangibilidade do capital social, pilares conceituais das sociedades por ações, ao desvincular o acionista da companhia, mediante o reembolso direto do valor de suas ações.

Introduzido no sistema continental pelo Código de Comércio Italiano de 1882, representava um contrapeso ao crescente poder da maioria.

No Código de Comércio de 1882, triunfo do Liberalismo, não só foi abolida a autorização governamental para a anônima, mas foram dados à maioria os mais amplos poderes: consentiu-se que uma maioria especial chegasse a modificar o próprio ato constitutivo e os estatutos, tendo como remédio o recesso. Não obstante as muitas críticas dirigidas ao art. 158, o recesso é na realidade um remédio genial, que equilibra o enorme poder concedido à maioria [...] se as necessidades de desenvolver a indústria, desde o início da Grande Guerra na Europa, reduziram seu âmbito, nem por isto o instituto deixa de ser útil e interessante(LORDI, 1937, p. 133).

A *ratio legis* deste direito é, pois, a conciliação do interesse da maioria que quer alterar os estatutos com o dos associados que não desejam a mudança, concedendo-lhes o direito de se liberar do elo social.

Há, neste sentido, uma reminiscência ao aspecto contratual das sociedades anônimas, na medida em que se lhes aplica o direito de retirada como forma de denúncia unilateral, em razão da não manutenção das bases contratuais originais.

Entre promover as sociedades e desequilibrar a sua distribuição de forças, apresentou-se, antes à jurisprudência e depois ao ordenamento positivo, o direito de recesso, fruto das teorias das bases essenciais da sociedade e da dos direitos individuais do acionista.

O direito de retirada é um direito individual dos acionistas que se destina à proteção das minorias sociais?

Foi em suas origens, mas, se se prestar a devida atenção em sua história evolutiva e em sua configuração hodierna, ver-se-á que esta afirmação, embora correta, não revela a inteira dimensão do instituto.

Uma de suas faces do mecanismo se revela pela análise da *case law* norte-americana. Através das *cash-out merger*, operações nas quais os controladores forçam, por meio de uma fusão, a saída dos minoritários mediante o reembolso em dinheiro, o recesso se converte em instrumento a serviço dos controladores, viabilizando operações que atingem e transformam o pacto societário inicial.

Nesta hipótese, só a maioria recorre ao recesso e geralmente quando está expelindo a minoria da empresa.

O direito de retirada, serve hoje a um propósito totalmente diferente do seu caráter original [...] Em grande parte dos casos julgados nesta última década reflete-se o contexto das *cash-out*: menos de um em cada dez ilustram a preocupação clássica do direito de retirada, ou seja, dar liquidez ao acionista que não desejava uma alteração fundamental na companhia (THOMPSON, 1995, p. 09).

E os sistemas que não regulam o recesso? Sendo este remédio legal voltado para a tutela de minorias, segundo a doutrina prevalente, devemos entender que os acionistas minoritários destes ordenamentos não seriam, nesses casos, objeto de tutela?

É claro que não. O direito de retirar-se da sociedade nada mais é do que uma opção legislativa, dentre tantas outras formas de equilibrar os interesses societários, dependente em grande parte da corrente de pensamento que influenciou a construção e a evolução do direito societário de cada país[6].

Tome-se, como exemplo, a Alemanha que acolheu a teoria da sociedade-instituição, segundo a qual o acionista adere ao corpo social (*Köperschaft*), que prepondera sobre a massa de acionistas, valorizando-se o interesse social. Desta forma, o respeito absoluto aos princípios da preservação da empresa e da intangibilidade do capital, indicariam outras formas de proteção à minoria, e a *Aktiengesetz de 1965*, ao substituir a Lei de 30 de janeiro de 1937, mantendo suas linhas gerais e apenas suprimindo o preâmbulo nacional-socialista, não adotou o recesso.

De destacar que o §57, da lei societária alemã, veda expressamente que se devolva aos sócios as suas contribuições. Há, contudo, no §375, previsão similar ao recesso que permite a compra, pela companhia, da fração do acionista que discorda da operação de transformação[7].

Ao final, percebe-se que os sistemas que não incorporam o direito de retirada acabam por conferir aos seus acionistas garantias muitas vezes mais eficazes que o recesso,

sendo a participação da maioria geralmente mais limitada do que nos ordenamentos que reconhecem a retirada. Cite-se o direito inglês, no qual os acionistas representando 15% do capital total ou de uma classe de ações podem recorrer ao tribunal e impedir uma modificação aprovada pela maioria, servindo o recurso como meio de suspensão da modificação[8].

Um mecanismo neutro, esta é a configuração correta que se deve atribuir ao recesso. Não serve especificamente a nenhum grupo, apenas permitindo que o dissidente se retire da companhia, nos casos previstos em lei. Em outras palavras:

é um instituto equilibrador das relações societárias, nem tutela de minorias, nem direito de maiorias, o recesso teve por função manter a sociedade apta a realizar os diferentes interesses dos membros e da coletividade em que atua, contribuindo para a prosperidade geral(SZTJAN, 1988, p. 54)[9].

07. As Minorias nas Fusões e Incorporações e o direito de retirada

Sabe-se que um dos fatores comuns às fusões e incorporações é a intensidade com que atingem o pacto societário inicial, modificando-o e expondo a contraposição de forças presentes no núcleo societário.

Tendo em vista que a imprecisão terminológica, característica ao tema da concentração societária, muitas vezes obscurece as discussões sobre a matéria, convém definir com cautela os conceitos de fusão e de incorporação.

Entre nós, a definição jurídica se divide e reconhece-se duas formas para se operacionalizar a aglutinação das sociedades. Em um caso, reúnem-se as duas sociedades constituindo uma nova (fusão), enquanto, no outro, há a absorção de uma pela outra, sendo que aquela não se extinguirá (incorporação).

Assinala Valverde:

O decreto-lei separou as duas operações, para considerar uma delas - a incorporação - em relação à sociedade incorporadora, como reforma dos estatutos. Isto porque, na incorporação, se extinguem as sociedades incorporadas, mas subsiste a sociedade incorporadora. Na fusão porém há a extinção das sociedades que se unem, e a criação de uma nova sociedade.

Incorporação e fusão, pois, são duas operações que, como espécie de um mesmo gênero, determinam a extinção e a criação de sociedades (1989, p. 54).

O fator de distinção entre uma e outra operação é comum a outros ordenamentos jurídicos. Assim, tome-se como exemplos o direito italiano, que conceitua a *fusione* como a compenetração de sociedades em uma única, distinguindo a *fusione in senso proprio* da *fusione per incorporazione*, a *fusion por creación* e a *por absorción*, enumeradas no art. 233, da Lei nº 1564/89, do direito espanhol, como classes da fusão, ou mesmo a *Verschmelzung durch Übernahme* (incorporação) e a *Verschmelzung durch Neubildung* (fusão) do ordenamento alemão[10].

Quanto à terminologia do direito norte-americano, registre-se curioso comentário ao *Model Business Corporation Act*:

Antigas versões do *Model Act* incluíam a fusão (*consolidation*) que se trata de operação similar às incorporações (*merger*), exceto pelo fato de que todas as sociedades envolvidas desaparecem e uma nova sociedade é criada. Nas práticas modernas societárias se tornou obsoleta a fusão, desde que quase sempre a vantagem da operação reside justamente em ser a sociedade sobrevivente. (Se se deseja criar uma entidade nova, isto deve ser feito antes da incorporação e aquelas que devem desaparecer serão incorporadas nesta). Como resultado todas as referências legais à fusão (*consolidation*) foram suprimidas pelo *Model Act* (1997, v. 3, p. 10-11).

De qualquer forma, a doutrina parece preservar a distinção[11].

Equívoca-se, contudo, quem enxerga entre a fusão e a incorporação muitas diferenças. Não se pode esquecer que se tratam de espécies de concentração empresarial, destacando-se, aliás, como a forma mais radical do fenômeno, ou como prefere Yvone Cheminade, "a operação concentracionista mais pura"(1970, p. 39).

Como na lei brasileira há os dois conceitos, aqui se prefere privilegiar esta orientação. Não se utiliza, pois, como fazem muitos autores, a fusão como termo genérico do qual são espécies a incorporação e a fusão em sentido estrito.

Três elementos são erigidos para unir e individualizar as fusões e incorporações dos demais instrumentos de concentração: a extinção de ao menos uma sociedade, a sucessão patrimonial e a compenetração societária.

Quando ocorre a preservação das pessoas jurídicas envolvidas não há que se falar em fusão ou em incorporação. Nestes casos, afigura-se a aquisição de ações ou ativos de uma outra companhia, bem como a formação de outras formas comuns, tais como os grupos de sociedades ou os contratos associativos (*joint ventures*), as *holding*, *cartéis*, *trusts* e outras, como por exemplo a falsa fusão, operação na qual uma sociedade transfere seu patrimônio para outra ou outras existentes, não ocorrendo a extinção de nenhuma das envolvidas.

Não ocorrendo, por outro lado, a sucessão entre patrimônios, configurar-se-á um compra total ou parcial de ativos. Trata-se da fusão-venda, que se limita ao aspecto econômico por não incluir a transmissão do passivo.

Por último, diante da hipótese de inexistir a transmissão dos sócios, poder-se-ia pensar em uma mera venda do acervo social em bloco ou em uma cessão de patrimônio tendo por contraprestação partes beneficiárias ou debêntures, o que transformaria o comprador em credor e não em sócio.

Quanto ao impacto provocado, basta dizer que embora a decisão de incorporar, ser incorporada ou de efetuar uma fusão é uma decisão do controlador que pode alterar profundamente o *status* jurídico dos acionistas, não pode o acionista descontente impedi-la, desde que validamente deliberada e aprovada pela maioria.

De fato:

alteram-se as relações internas entre sócios e sociedade, que em geral, passam a ser membros de sociedade com maior patrimônio ativo, mas na qual detêm participação percentual menor, o que provoca o enfraquecimento de suas posições individuais em relação à sociedade e demais sócios(SZTAJN, 1998, p. 143).

Trata-se, pois, de um caso típico dentre as hipóteses que modificam as bases essenciais do negócio jurídico ao qual aderiram os sócios. Como assinala Norman D. Lattin:

"neste caso o choque é grande o suficiente para garantir-se que a nenhum acionista será exigido trocar suas ações por outras, sejam elas as da incorporadora, sejam as da nova sociedade, resultado da fusão. Muito menos pode-se obrigá-lo a aceitar as alterações que decorrem do fato de a companhia à qual aderiu ter incorporado outra sociedade"(1958, P. 310).

Sendo certo que o critério principal para incluir uma hipótese no rol das causas que dão origem ao recesso é a importância da alteração promovida, explica-se, talvez, o fato de que estejam, entre as mais comuns operações presentes neste elenco, as fusões e incorporações societárias.

Mas, em razão de um aspecto que lhes é peculiar - a sua intrínseca relação com o fenômeno concentracionista e sua relevância na condução das políticas econômicas governamentais - o direito de retirada muitas vezes é suprimido ou restringido nestes casos, tal como ocorreu, por exemplo, na Itália e, mais recentemente, no Brasil.

Ora, é inegável que esta faculdade implica em certos ônus que podem desestimular a realização das operações de fusão e incorporação. Se a concentração de empresas estiver entre as metas da política econômica, pode o legislador, avaliando os benefícios e as perdas possíveis, preferir outras formas de proteção do acionista.

Há que se ressaltar que a proteção dos acionistas não depende, contudo, desta escolha e, de qualquer forma, a concessão ampla ou restrita do direito de retirada nada garante ao minoritário.

A desejada proteção exige modificações muito mais profundas que remetem ao fortalecimento da estrutura do mercado e das instituições que o controlam, bem como da construção de uma noção de cidadania e de uma cultura de respeito aos direitos individuais que se estenda às relações patrimoniais.

Para atender à sua função, provendo às minorias o amparo apropriado, sem contudo representar um obstáculo à execução dos negócios sociais, deve-se temperar tais medidas, tendo em vista as novas realidades que definem o direito societário contemporâneo.

Dentre estas, aponta no mercado de capitais a figura do minoritário que participa ativamente da vida social. Tecnicamente mais capacitado este acionista tem perfil bastante diverso do indivíduo desprotegido que entrega seus cabedais a um controlador voraz.

Um dos fatores que explica o surgimento deste novo acionista é a internacionalização de capitais e da globalização dos mercados, em razão das quais fortaleceu-se a classe dos

investidores internacionais, aumentando-se o número de investidores institucionais, tais como os fundos de pensão, instituições financeiras e outras entidades assemelhadas.

Uma soma de fatores poria em evidência o *shareholder activism*, tendência que se iniciou nos EUA e, de certo modo, transformou a relação clássica entre os administradores e os investidores minoritários[12], proliferando as associações e grupos de consultoria que defendem seus direitos

Como se afirma:

"é claro que os administradores ainda abusam dos seus poderes. Mas, ao menos, eles terão que lidar com mais acionistas militantes, muitas vezes com apoio do governo (na França, o órgão que regula os mercados financeiros estimula os administradores de fundos a usar seus votos). Em um caso recente, o *Banque Nationale de Paris* foi pressionado a favorecer acionistas de uma subsidiária, pelo *SBC Wasburg*, um banco de investimento e a *Franklin Global Investor Services*, uma empresa francesa de consultoria a acionistas minoritários"[13].

Outros casos foram registrados, evidenciando um recrudescimento do movimento na Europa durante os anos 90. Cite-se, em 1998, o caso de um destes grupos, o *Deminor*, de Bruxelas, que reuniu 2.000 associados, interferindo favoravelmente a eles no processo de incorporação entre o *Kredietbank* e o banco *Cera*[14].

Some-se a tudo isto as possibilidades, ainda indefinidas, que a *Internet*, não é apenas uma forma mais ágil e interativa de comunicação, mas também um fator propulsor de mudanças que subverte muitas das certezas construídas ao longo da história da humanidade, traz aos mercados de ações, permitindo ao investidor, por exemplo, negociá-las diretamente e em tempo real.

Nas palavras de Maria Clara R. M. do Prado, estas alterações tecnológicas tem o poder de mexer com o mercado, para o bem ou para o mal: tudo depende do posicionamento das autoridades governamentais diante deste novo mundo. E, acrescenta, que um ponto fundamental será a existência de regras claras de proteção aos acionistas(1999, p. 3).

Também no Brasil verifica-se o fortalecimento dos acionistas. Talvez se possa, com os devidos cuidados, vislumbrar iniciativas indicadoras de uma mudança de postura do minoritário, tais como a criação de um fundo, pelo *Bradesco Templeton Asset Management* (BTAM), visando reunir acionistas com pequenas participações de ações preferenciais em determinadas empresas, passando assim a representar um bloco de maior peso dentro da sociedade(ALVES, 1998, p. 04).

Há, também, algumas associações de acionistas minoritários nos moldes europeus e norte-americano. Registre-se, por exemplo, a existência da ANIMEC - Associação Nacional de Investidores de Mercado de Capitais, fundada em 1999, cujo principal objetivo é defender os minoritários, e também a AMEST - Associação dos Acionistas Brasileiros de Empresas Estatais e de Sociedades Anônimas de Capital Aberto, existente desde 1986[15].

Como quer que seja, o descompasso entre o discurso do legislador, seja na década de 70, seja nos anos 90, seja nos dias atuais, preconizando em suas justificativas e

exposições de motivos a defesa do minoritário como via necessária para a consolidação do mercado de capitais nacional, e a situação concreta das minorias no País, está longe de ser superado.

Afinal, como se configurará a relação entre as minorias e maiorias societárias diante de tantas e tão bruscas mudanças? Embora nada de conclusivo possa ser dito, pode-se perceber que hoje se valoriza menos a ampla tutela estatal, carregada de um espírito paternalista, do que o fortalecimento do princípio da liberdade empresarial e das estruturas do mercado de capitais, através da estruturação de um sistema de informação ampla para o investidor, bem como da afirmação da transparência e da seriedade nas relações que se desenrolam em torno da vida social. Só resta esperar a concretização destes valores, para alcançar uma tutela ideal das minorias.

8. Reflexões Finais

Para Alfredo Lamy Filho, a elaboração ou a atualização da lei mercantil deve considerar sua vida curta, destinada a reger fenômenos econômicos, transações em negócios sob constante mutação(1996, p. 86).

Tal consideração, embora exata, não nos impede de indagar: será que o dinamismo de que se imbuí o espírito do direito comercial sempre justifica mudanças na legislação? Têm estas mudanças capacidade de absorver eficazmente a agilidade que marca o compasso das atividades econômicas? E, mais, terá a lei o poder de fomentar comportamentos não reconhecidos ou desejados pela cultura de um povo?

Em primeiro lugar, faz-se necessário refletir sobre a inflação legislativa, que assola o mundo contemporâneo, descrita por Carnelutti como um dos sintomas da crise do direito.

Afirma o autor que modificou-se o valor do tempo e hoje não se crê mais no provérbio "a pressa é inimiga da perfeição", o que determina, entre outros efeitos, a promulgação de leis cada vez mais improvisadas.

"Se há um *opus*, cuja gestação deveria ser lenta e cautelosa, este é a lei, com a qual os homens tentam por ordem na sociedade ou, pelo menos, limitar-lher a desordem [...] A lógica foi conturbada pela história, a consequência é que a lei se antecipa cada vez mais à experiência"(1973-1974, p. 279-280).

A esta tendência atual, soma-se, no Brasil, hábitos culturais próprios, destacados por João Baptista Villela, que assinala a existência de:

"uma atitude bem arraigada nos hábitos nacionais e consistente em se recorrer ao instrumento da lei para toda e qualquer situação. Supõe por isso um abundância de leis e o provimento de todas as necessidades passíveis de atendimento por seu intermédio(1974,p. 287).

Outra distorção, que por vezes se verifica no País, é o casuísmo com que age, algumas vezes, o Poder Legislativo, atendendo a interesses particulares. Cite-se a Lei nº 7.958/1989, questionada em sua elaboração, imperfeita em sua técnica e conturbada em sua aplicação (tanto nos casos concretos julgados pelo Poder Judiciário e nos apreciados

pela CVM, como pela própria postura do Executivo, ignorando seu teor ao editar a Medida Provisória do PROER, que reafirmava a exclusão do direito de recesso naqueles casos).

Tudo isto para assinalar os riscos em que se incorre ao reformar, sucessivamente, a legislação societária que, entre nós, constitui um harmonioso sistema. Qualquer alteração tópica que nele se implemente, há que se fazer com cautela e ponderação, preservando sua lógica e coerência, sob pena de dificultar sua exegese.

A bem dizer, o que causa certa inquietação é a menção recorrente, tanto na exposição de motivos, quanto nas justificativas e pareceres, referentes às Leis nº 6.404/1976, nº 9.457/1997 e nº 10303/2001, da necessidade de se criar um mercado de valores mobiliários forte, meta para a qual seria essencial o respeito e a proteção ao acionista minoritário.

Em 1977, em mensagem enviada ao Congresso Nacional, o então Presidente Ernesto Geisel destacava a política de mercado de capitais como um dos fatores mais importantes do desenvolvimento econômico nacional. Seu discurso, atentava para o fato de que este objetivo básico só seria atingido com:

"o estabelecimento de mecanismos que assegurem ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade"(LIMA, 1989, p. 40).

Depois, em 1997, já sob outra perspectiva, o Deputado Antônio Kandir justificava o Projeto de Lei nº 1.564:

"Este Projeto de Lei visa adequar alguns aspectos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 6.835, de 7 de dezembro do mesmo ano, à nova realidade da economia brasileira.

O objetivo último da iniciativa é incentivar o desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil"(EIZIRIK, 1998, p. 401-402).

E, arrematava o Relator, Senador José Serra:

"A proposição traz, ainda, uma série de alterações pertinentes na lei, no sentido de ampliar os direitos dos acionistas minoritários e detentores de ações preferenciais, buscando o equilíbrio de forças entre a maioria e a minoria" (EIZIRIK, 1998, p. 456).

Vê-se no voto do Relator Deputado Emerson Kapaz que, novamente, a tônica que justifica a possível reforma ainda é o desenvolvimento do mercado e a proteção ao minoritário:

"O tema trazido à análise pelos Projetos em tela – de mais do que oportuna iniciativa – é de máxima importância para a retomada do desenvolvimento sustentado da economia nacional, com o conseqüente incremento no emprego e na renda da população, pelo que merece toda atenção por parte desta Comissão de Economia, Indústria e Comércio.

De fato, o custo do financiamento produtivo no Brasil é, infelizmente, como sabemos todos, dos mais elevados do mundo. Se assim é, o incentivo e a expansão do mercado de capitais – mecanismo, como sabemos todos, de autofinanciamento do empreendimento, no sentido de que feito através da captação de sócios, com conjugação dos riscos, e não da formação de credores – torna-se, mais do que nunca, a alternativa sadia por excelência para que as imensas oportunidades de investimento existentes na economia nacional não sejam desperdiçadas, sufocadas pelos juros estratosféricos de uma forma ou de outra impostos por nossa condução macroeconômica.

Ademais, nesta era de globalização e competição em escala planetária, em grande parte dos setores produtivos resistirão apenas as empresas que tiverem a flexibilidade e porte para enfrentar a contestação dos concorrentes espalhados pelo mundo. Faz-se, portanto, muitas vezes necessário, para que sobrevivam as empresas nacionais, um processo de intensa reestruturação empresarial, acompanhado de forte capitalização, para o qual, uma vez mais, o fortalecimento do mercado de ações é um instrumental e uma alternativa essencial.

Os Projetos de Lei ora em tela tentam alterar diversos pontos da Lei n.º 6.404/1976 – Estatuto das Sociedades por Ações -, tendo em comum a preocupação com a confiabilidade e a transparência, a inserção de novos instrumentos, mormente adaptáveis à realidade imposta pelo Programa Nacional de Desestatização (PND), e, principalmente, a defesa dos minoritários.

Sem embargo, um mercado acionário forte e verdadeiramente democratizado - alcançando toda sua potencialidade de alavancagem econômica – depende, é óbvio, de que os investidores, principalmente pequenos e médios, sintam-se protegidos e vejam defendidos seus interesses, não se permitindo a manipulação e o desrespeito a seus direitos por manobras e políticas estabelecidas unilateralmente pelos controladores, muitas vezes, inclusive, privilegiando interesses externos à própria sociedade. É curial, nesse sentido, que cada vez menos investidores estejam dispostos a assumir riscos acionários, já que vem se perpetuando os episódios em que, por exemplo, sem poderem esboçar qualquer defesa, presenciam a sociedade declinar, mudar de objeto, aceitar placidamente fusões que implicam prejuízo patrimonial e operacional"[16].

Sem desprezar os evidentes progressos notados no mercado de valores mobiliários brasileiro, desde 1976 até hoje, há que se indagar: será a lei capaz de, por si só, fortalecer as estruturas destas instituições? Ou, como bem diz Rachel Sztajn, ao comentar os projetos de alteração da Lei n.º 6.404/1976, que resultaram na Lei n.º 9.457/1997:

Volta-se, assim, às questões iniciais, antes de aprovar a reforma da lei de sociedades por ações. O brasileiro tem espírito associativo no risco? Quer participar de negócios de que não tem o comando? E quando tem o comando quer abrir mão dele? Enquanto estas questões básicas não forem pensadas, enquanto não houver explicações claras, no que os alemães denominam "modelo informacional" de que o risco existe e que proteção pode haver para o investidor, enquanto o conflito de interesses na administração de carteiras - próprias e de terceiros - não for suprimido, enquanto os administradores das companhias, fechadas ou abertas, não forem responsáveis pelos atos de administração que pratiquem, de forma a evitar descaso, negligência, imperícia ou imprudência sem punição, qualquer que seja o destino da proposta, o resultado haverá de ser pífio.

Alterar a lei a pretexto de fomentar o mercado implica ter certeza, desde o início, de que há mercado para ser estimulado e que os agentes, e não os intermediários, querem aquelas mudanças(1997, p. 189).

Como quer que seja, continua-se a se buscar na lei a solução que fortalecerá o mercado, favorecerá o minoritário e as reorganizações empresariais, sem que se atente para o fato de que toda mudança depende antes de modificação de valores sociais e culturais, de posturas públicas e privadas, individuais e coletivas.

Neste ir e vir de leis, padecem todos, pela incerteza, pela ausência de regras bem elaboradas e simples, que permitam, assim como em outros países, desregular e contratuar a disciplina jurídica societária, preservando a liberdade de agir, sempre em harmonia com a proteção e o respeito ao investidor. Valorizar-se-ia a saudável expressão das partes autônomas, mais eficaz, em certos casos, do que a sujeição à intervenção legislativa exacerbada.

REFERÊNCIAS :

A Survey of Business in Europe: Present Pupil - Investor Power, part 5 of 7, The Economist [on line], [s. d.], [cit. em 18 mar 2000]. Disponível em Internet: <<http://www.economist.com/archive/view.cgi>>.

ALVES, Fábio. Bradesco e Templeton Vão Brigar Por Minoritários. Gazeta Mercantil, São Paulo, 28 out. 1998, cad. B, p. 04.

AZEVEDO, Erasmo Valladão França Novaes. Conflitos de Interesses nas Assembléias De S. A. São Paulo: Malheiros, 1993.

BISSARA, Philippe. L'intérêt Social. Revue des Sociétés, Paris, n. 1, jan./ mars 1999, p. 5-31.

BLACK, Bernard S. Shareholder Activism and Corporate Governance in the United States. In: Newman, Peter. (ed.) The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. [s. l.]: [s. Ed.], 1998. Disponível em Internet: <<http://www.columbia.edu/lawec>>.

BOWMAN, Scott R. The Modern Corporation and the American Political Thought: Law, Power and Ideology. Pennsylvania State University Press: Pennsylvania, 1996.

BULGARELLI, Waldírio. (coord.) Reforma da lei das sociedades por ações. São Paulo: Pioneira, 1998.

BULGARELLI, Waldírio. Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1977.

CARNELUTTI, Francesco. Crise da Arte e do Direito. Trad. João Baptista Villela. Kriterion, Belo Horizonte, v. 20, n. 67, 1973-1974. p. 277-292.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. v. 2. ed. de 1997 Rev. e at. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHEMINADE, Yvonne. Nature Juridique de la Fusion des Sociétés Anonymes. Revue Trimestrielle de Droit Commercial, Paris, n. 23, 1970, p. 15-44.

DUCOLOUX-FAVARD, C. Société Anonyme, Aktien Gesellschaft [sic], Società per Azioni. Paris: Vuibert, 1992.

EIZIRIK, Nelson. Reforma das S. A. e do Mercado de Capitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

EPSTEIN, Richard A. Simple Rules for a Complex World. Cambridge: Havard University Press, 1995.

FERRAND, Frédérique. Droit Privé Allemand. Paris: Dalloz, 1997.

GENARO, Gino e MIGNOLI, Ariberto (a cura di). La Legge Tedesca Sulle Società per Azioni. Milano: Giuffrè, 1971.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito das Minorias na Sociedade Anônima. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 63, jul./set. 1986. p. 106-111.

GUIRAO, Miguel Motos. Fusión de Sociedades Mercantiles. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

HAMILTON, Robert W. The Law of Corporations in a Nutshell. 4. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1996.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S. A. (pressupostos, elaboração, aplicação). v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

LAMY FILHO, Alfredo. Considerações sobre a Elaboração da Lei de S. A. e de sua Necessária Atualização. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 104, out./ dez. 1996, p. 86-94.

LATTIN, Norman D. Minority and Dissenting Shareholders' Rights in Fundamental Changes. Law and Contemporary Problems, Durham, v. 23, n. 2, spring 1958, p.307-324.

Le Defi Americain, Again. The Economist [on line], July 13, 1996, [cit. em 02 set. 1999]. Disponível em Internet: <<http://www.economist.com/archive/view.cgi>>.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. O Acionista Minoritário no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LOBO, Jorge. Proteção à Minoria Acionária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 105, jan./mar. 1997, p. 25-36.

LORDI, Luigi. Il Così Detto Eccesso di Potere nelle Società Anonime. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, v. 35, parte prima, 1937, p. 131-159.

MANNING, Bayless. The Shareholder's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker. *The Yale Law Journal*, [s. 1.], n. 2, v. 72, Dec. 1962, p. 223-265.

MILLER, John. Brazil Pension Funds See Huge Potencial [on line], [s. d.], [cit. em 15 abr. 2000]. Disponível em Internet: <http://www.teleport.com/~prf/SJ/mar_98/rt3-4.html>.

Minority Shareholders. Local Heroes. *The Economist* [on line], Aug. 8, 1998, [cit. em 02 set. 1999]. Disponível em Internet: <<http://www.economist.com/archive/view.cgi>>.

Model Business Corporation Act Annotated 1997 Supplement. 3. ed. v. 3, [s. 1.]: Business Law American Bar Association, 1997.

NIERO FILHO, Nelson. Um Manual para Facilitar a Vida do Sócio Minoritário. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 6-8 nov. 1998, cad. C, p. 04.

NOVARIO, Eugenio. L'omologazione degli Statuti delle Società per Azioni Profili Comparatistici. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 3, mag./giu. 1997, p. 275-321.

PENTEADO, Mauro. A Lei nº 9.457/1997 e a Tutela dos Direitos dos Acionistas Minoritários. In: BULGARELLI, Waldírio. (coord.) *Reforma da lei das sociedades por ações*. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 09-82.

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. *Droit des Sociétés et Groupe de Sociétés: Responsabilité de L'actionnaire Dominant. Retrait des Actionnaires Minoritaires*. Genève: Georg, 1972.

PRADO, Maria Clara R. M. Ascensão ou Queda do Mercado de Ações? *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 28 dez. 1999, cad. A, p. 3.

PRISCO PARAÍSO, Anna Luiza Gayoso e Almendra. *O Direito de Retirada na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

SCARDULLA, Francesco. *La Trasformazione e la Fusione delle Società*. Milano: Giuffrè, 1989.

SCHMIDT, Dominique. *Les Droits de la Minorité Dans la Société Anonime*. Paris: Sirey, 1970.

SÉROUSSI, Roland. *Introducción al Derecho Inglés y Americano*. [Introduction aux Droits Anglais et Américain]. Trad. Enrique Alcaráz Varó. Barcelona: Ariel Derecho, 1998.

SZTAJN, Rachel. A Responsabilidade Social das Companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, abr./jun. 1999, p. 34-50.

SZTAJN, Rachel. Fusão, Incorporação e Cisão de Sociedades: Formas de Reorganização da Estrutura Societária na Lei nº 9.457/1997. In: BULGARELLI, Waldírio (coord.). Reforma da Lei das Sociedades por Ações. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 131-187.

SZTAJN, Rachel. O Direito de Recesso nas Sociedades Comerciais. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n.81, jul./set. 1988, p. 50-54.

SZTAJN, Rachel. Os Projetos de Alteração da Lei nº 6.404/1976. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 107, jul./ set. 1997, p. 183-189.

THOMPSON. Exit, Liquidity and Majority Rule: Appraisal's Role in Corporate Law, Georgetown Law Journal, v. 84, 1995, P. 1-60.

VAGTS, Detlev. Basic Corporation Law. 3. ed. Westbury: The Foundation Press, 1989.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedade por Ações: Comentários ao Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VILLELA, João Baptista. Reflexão sobre a Obrigatoriedade das Leis. Sep. de Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 463, maio 1974, p. 287-289.

[1] Para um contrato, para outra instituição. Sobre esta discussão, Cf. entre outros, DUCOLOUX-FAVARD, C. *Société Anonyme, Aktien Gesellschaft* [sic], *Società per Azioni*. Paris: Vuibert, 1992. p. 5-9.

[2] Sobre a evolução das companhias norte-americanas, cf. também, BOWMAN, Scott R. *The Modern Corporation and the American Political Thought: Law, Power and Ideology*. Pennsylvania State University Press: Pennsylvania, 1996. Afirma este autor que o destino do capitalismo industrial dos EUA esteve intrinsecamente ligado ao crescimento das corporações.

[3] A Lei nº 6.404/1976 refere-se a acionistas minoritários, minorias, controladores e a não controladores. Menciona, ainda, direitos individuais dos acionistas, no art. 109.

[4] Sobre a composição do interesse individual e social cf. AZEVEDO, Erasmo Valladão França Novaes. *Conflitos de Interesses nas Assembléias De S. A.* São Paulo: Malheiros, 1993 e BISSARA, Philippe. L'intérêt Social. *Revue des Sociétés*, Paris, n. 1, jan./ mars 1999, p. 5-31.

[5] Por exemplo, pode-se citar a exigência de *quorum* qualificado, o estabelecimento de um sistema de informações exigente, etc. Cf. BULGARELLI, Waldírio. *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1977. LOBO, Jorge. Proteção à Minoria Acionária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 105, jan./mar. 1997, p. 25-36.

[6] Sobre esta evolução em alguns países europeus, EUA e Japão, cf. NOVARIO, Eugenio. L'omologazione degli Statuti delle Società per Azioni Profili Comparatistici. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 3, mag./giu. 1997, p. 275-321.

[7] Cf. sobre a legislação alemã, GENARO, Gino e MIGNOLI, Ariberto (a cura di). *La Legge Tedesca Sulle Società per Azioni*. Milano: Giuffrè, 1971; PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. *Droit des Sociétés et Groupe de Sociétés: Responsabilité de L'actionnaire Dominant. Retrait des Actionnaires Minoritaires*. Genève: Georg, 1972, p. 193-194.

[8] Como curiosidade, observe-se que o direito inglês reconhece as *companies*, similares às nossas sociedades de capital e, dentro destas, as *public limited companies*, que podem ser equiparadas às sociedades anônimas. O direito societário inglês se rege pelo *The Companies Act 1981*, modificado em 1985 e em 1989. SÉROUSSI, Roland. *Introducción al Derecho Inglés y Americano*. [Introduction aux Droits Anglais et Américain]. Trad. Enrique Alcaráz Varó. Barcelona: Ariel Derecho, 1998, p. 43-45.

[9] Cf. também da mesma autora, Fusão, Incorporação e Cisão..., p. 149. Também sobre o tema, afirma Bayless Manning que "o direito de retirada pode ser visto tanto como um baluarte para os direitos da minoria, ou um lubrificante para acelerar a influência da maioria. É claro que as leis podem dar prevalência para um ou outro, dependendo de como se administra e se aplica o instituto". *The Yale Law Journal*, [s. l.], n. 2, v. 72, Dec. 1962, p. 230.

[10] Sobre o directo italiano cf. SCARDULLA, Francesco. *La Trasformazione e la Fusione delle Società*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 309. sobre o direito espanhol, GUIRAO, Miguel Motos. *Fusión de Sociedades Mercantiles*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 25-29. Note-se, aqui, que estes comentários são anteriores à Lei de 1989, muito embora a terminologia seja a mesma. Sobre o direito alemão, cf. também, FERRAND, Frédérique. *Droit Privé Allemand*. Paris: Dalloz, 1997, p. 790.

[11] Dentre vários, cf. VAGTS, Detlev. *Basic Corporation Law*. 3. ed. Westbury: The Foundation Press, 1989, p. 685 e HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations in a Nutshell*. 4. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1996.

[12] Sobre estas tendências cf. A Survey of Business in Europe: Present Pupil - Investor Power, part 5 of 7, *The Economist* [on line], [s. d.], [cit. em 18 mar 2000]. Disponível em *Internet*: <<http://www.economist.com/archive/view.cgi>>. E Shareholder Activism and Corporate Governance in the United States. Black, Bernard S. In: Newman, Peter. (ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. [s. l.]: [s. Ed.], 1998. Disponível em *Internet*: <<http://www.columbia.edu/lawec>>.

[13] Le Defi Americain, Again. *The Economist* [on line], July 13, 1996, [cit. em 02 set. 1999]. Disponível em *Internet*: <<http://www.economist.com/archive/view.cgi>>.

[14] Minority Shareholders. Local Heroes. *The Economist* [on line], Aug. 8, 1998, [cit. em 02 set. 1999]. Disponível em *Internet*: <<http://www.economist.com/archive/view.cgi>>.

[15] Respectivamente, cf. mais informações, em *Internet*: <<http://www.animec.com.br>> e <<http://www.alternex.com/br/users/~amest>> [cit. em 15 mar. 2000].

[16] Cf. estes projetos e sua tramitação em *Internet*: <<http://www.camara.gov.br> > ou <<http://www.cvm.gov.br>>.

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO SOLIDARISMO JURÍDICO NAS
RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS E OS
CONTRATOS CIVIS**

**THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF JURIDICAL SOLIDARITY IN
CONTEMPORANEOUS PRIVATES JURIDICAL RELATIONS AND THE
CIVIL CONTRACTS**

**Elida De Cássia Mamede da Costa
Gláucia Fernanda Oliveira Martins**

RESUMO

O presente artigo, no primeiro momento, discorre sobre o princípio constitucional do solidarismo jurídico, conceitua-o, busca sua origem e inter-relaciona-o ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Assim, prova a relação existente entre o princípio da solidariedade e os direitos fundamentais. No segundo momento - situando o estudo em tema específico de relações jurídicas privadas - demonstra a influência do princípio da solidariedade no direito contratual e suas consequências. Vale dizer que, sendo o contrato um instituto eminentemente privado, e o mais freqüente e regulador da economia e da sociedade, a pesquisa dele vale-se como exemplo para situar o princípio constitucional do solidarismo nas relações privadas.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS; SOLIDARISMO JURÍDICO; CONTRATOS; DIGNIDADE HUMANA; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This article, at first moment, discourses about the constitutional principle of juridical solidarity, esteems it, searches its origin and interconnects it to principle of human person dignity and to fundamentals rights. So, it proves the relation between solidarity's principle and fundamentals rights. At second moment – situating this work ins specific theme of privates juridical relations – this article shows the influence of the solidarity's principle in contracts' rights and its consequences. It's important to say that, being the contract a private institute, and the most frequent in a society, and the responsible for lots of in economy's rules, this work studies contracts, like an example, to situate the constitucional principle of solidarity in privates juridical relations.

KEYWORDS: KEY-WORDS: PRIVATES JURIDICAL RELATIONS; JURIDICAL SOLIDARITY; CONTRACTS; HUMAN DIGNITY; FUNDAMENTALS RIGHTS.

1. INTRODUÇÃO.

“Tem sentido falar de solidariedade para reafirmá-la ou para definitivamente sepultá-la.”

(Cláudio Sacchetto)

No campo dos contratos, um novo debate vem aflorando. Atualmente, podemos definir duas concepções opostas sobre este instituto: uma tradicional, focada no liberalismo econômico, que o enxerga como um compromisso de interesses divergentes (antagônicos); e outra mais inclinada a entendê-lo como um ato de auxílio mútuo (colaboração), a partir de uma perspectiva solidarista.

Neste sentido, cumpre analisar os traços distintivos do princípio da solidariedade, diante deste novo pensar acerca da teoria contratual em nosso sistema jurídico.

Embora a Constituição Brasileira de 1988 tenha trazido evidentes inovações à ordem jurídica, incorporando conceitos de democracia, liberdade, solidariedade, participação popular e outros temas hoje considerados de primeira grandeza, a realidade esbarra nas limitações materiais do Estado ou na própria natureza humana daqueles que deveriam zelar pelo cumprimento de tão nobres objetivos.

Contudo, estas limitações não podem se sobrepor aos preceitos e princípios da Carta Magna vigente. Devido ao seu caráter humanitário e democrático, a Lei Maior não deve ser tratada apenas como uma mera norma jurídica, mas como um ideal a ser cultivado por toda a sociedade.

É o caso da milenar aspiração por uma sociedade solidária: o homem sonha com um mundo unificado, com sociedades pacíficas onde reinem a concórdia e a felicidade. Entretanto, sua natureza parece se opor a isso, seu individualismo cego põe em risco não apenas a convivência humana, mas a própria vida no planeta Terra.

Em sendo assim, cabe ao doutrinador aprofundar-se nos caminhos teóricos do direito, construindo um eficiente arcabouço jurídico e, especialmente, estudando formas de implantação dessas teorias.

Este trabalho pretende, primeiramente, demonstrar a existência do ideal solidarista em nossa Constituição, conceituando-o e demonstrando sua recepção, pelo ordenamento, na forma de princípio constitucional. Em seguida, procura-se realizar a interligação entre o princípio da solidariedade e os direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira. E, por fim, será ressaltado o solidarismo jurídico no âmbito do direito contratual, enfatizando-se, deste modo, as relações jurídico-privadas.

2. PRINCÍPIO DO SOLIDARISMO JURÍDICO.

2.1. NOÇÕES GERAIS. RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Solidariedade, segundo os dicionários, define-se como “sentimento que leva os homens a ajudarem-se mutuamente”; outro vocábulo, bastante próximo e por vezes utilizado como sinônimo é “fraternidade”, definível como “parentesco de irmãos, convivência como de irmãos, amor ao próximo”. O termo solidariedade tem sua origem associada ao étimo latino *solidarium*, que vem de *solidum*, *soldum* (inteiro, compacto), que se reflete numa forma de pensar contrária ao egoísmo.

Solidariedade social trata-se de um conceito jurídico indeterminado, ou seja, norma de conteúdo incerto, vago, impreciso, cabendo ao magistrado e à doutrina a tarefa de delimitar tal conteúdo, sob a análise do caso concreto.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 114) conceitua solidarismo jurídico da seguinte forma:

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

A autora continua (op.cit, p. 115), dando-nos uma noção de solidariedade:

O fato social é intrinsecamente caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta alho de bom pelo outro; apenas se comporte como se assim fosse.

E leciona (op. cit, 178):

A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós. (grifos nossos)

Nabais (2005, p. 114-115, *in* ROSSO) classifica o princípio da solidariedade quanto aos seus efeitos em vertical e horizontal. A primeira visão – solidariedade vertical – seria aquela mais comumente identificada com os deveres do Estado. Por outro lado, a solidariedade em seu sentido horizontal, agora não tomada apenas como um dever do Estado, mas também como obrigação de toda a sociedade civil. Determina a solidariedade que a efetivação dos direitos fundamentais seja vista como obrigação não apenas do Estado, mas da própria sociedade. Cada cidadão é, também, vinculado à idéia de solidariedade.

Wieacker, citado por Sarmiento (2006, p. 71), leciona:

O *pathos* da sociedade de hoje (...) é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos membros da nossa sociedade. (grifos nossos).

Como se observa, o dever de solidariedade expressado pelo princípio constitucional do solidarismo jurídico, ao contrário do que se poderia pensar, não é responsabilidade unicamente do Estado, mas diz respeito a toda a sociedade civil.

Duguit entendia o homem enquanto ser social, derivando os seus direitos subjetivos das suas obrigações sociais, por isso acreditava que "a consciência de uma sociabilidade sempre esteve presente, enquanto dependência do homem em relação à comunidade; e também a consciência da sua individualidade". (p. 28, *apud* Ehrhardt).

Neste diapasão, Léon Duguit (1996, p. 15-17, *apud* Ehrhardt) sustentava que

[...] o ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade [...] o fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, [...] [no] indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. [...] Se uma doutrina adota como lógica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida.

Aqui um parêntese. Neste ponto é preciso anotar que a adoção do discurso de Duguit não serve para legitimar violações da dignidade humana sob pretexto de atendimento às necessidades do grupo social. Em sua dimensão ontológica, a dignidade é compreendida como qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente, não podendo ser criada ou retirada, embora possa vir a ser violada.

Aqui se considera a dimensão comunicativa e relacional do princípio da dignidade humana, já que sempre se analisa a noção de dignidade partindo de relações interpessoais, vez que a intersubjetividade implica necessidade de reconhecimento pelo outro, garantindo-se o mesmo nível de consideração e respeito a todos, sem que isso sirva para legitimar a tese de que é possível sacrificar a dignidade pessoal em benefício do corpo social. Considera-se, assim, a dimensão da dignidade humana a partir da intersubjetivação, quer dizer, o homem em seu contato com o outro. Em outras palavras, uma exigência mútua para conservação da humanidade.

Sobre o aspecto social da dignidade, Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 75) destaca:

Não há pessoa que seja pobre, mas aquela que está pobre. O problema não lhe é exclusivo, é da sociedade, na qual ela se insere, ou busca inserir-se para superar a sua condição humana de insegurança em relação às incertezas da vida.

(...)

A pobreza frustra as vocações, emperra o espírito, torna os homens não aliados, mas concorrentes eternos, a disputar o que pode ser de todos, e que se abarrotam nas mãos de uns poucos, negando a solidariedade que humaniza a convivência social.

Maria Celina Bodin de Moraes enumera quatro corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, a saber: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade.

No campo do direito privado é fundamental esclarecer que tal compreensão da dignidade não implica impossibilidade de se colocar alguém em situação de desvantagem em prol de outrem – dadas as desigualdades fáticas existentes – mas sim que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar importância distintiva de suas próprias vidas.

Peces Barba situa a solidariedade, ao lado da socialidade, como dimensões da dignidade. Tais dimensões representam a impossibilidade de se alcançar solitariamente a dignidade, sempre respeitosa com a pessoa.

O solidarismo trata-se, concomitantemente, de um objetivo, de um princípio constitucional e de um valor:

Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo. (grifos nossos) (SARMENTO, 2004, p. 295)

Em verdade, o princípio encontra-se tacitamente presente em toda a Constituição, servindo não apenas como mecanismo de interpretação ou reafirmação de outros princípios, mas também como fundamento da própria ordem constitucional.

Ao ingressar na esfera jurídica, o valor moral sofre, obviamente, algumas adequações: não é mais um mero sentimento íntimo ou uma regra moral. Por isso, nesse estágio, torna-se irrelevante se o indivíduo, a quem é também destinada a norma constitucional, está de acordo ou não com ela:

É óbvio que o Direito não tem como penetrar no psiquismo das pessoas para impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Entretanto, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas. (SARMENTO, 2006, p. 297).

Lendo-se os primeiros artigos da Constituição, vemos que ela “impôs, com certa prevalência axiológica abstrata, o dever de perseguir os ideais de dignidade e de solidariedade.” (ÁVILA, 2005, p. 68, *in* ROSSO)

Vários dispositivos constitucionais estão intimamente relacionados com o princípio da solidariedade, cabendo exemplificar com os artigos 40, 194, 195, 196, 203, 205, 227 e 230.^[1]

Pelo exposto, fica evidente que as noções de dignidade humana e solidariedade são complementares. A partir da síntese de tais noções, através de um juízo de ponderação, é possível avançar na busca de um sentido social de contrato, vinculado às idéias de justiça social preconizadas no texto constitucional.

2.2. ORIGEM.

O liberalismo acentuado que informou toda construção legislativa do início do século XIX ensejou na construção de uma teoria geral do contrato totalmente fundada na autonomia privada. Em face desta liberdade, o princípio do *pacta sunt servanda* foi elevado à condição de um dogma. Uma avença era firmada para ser cumprida, pouco importando se a sua execução estivesse em descompasso com a realidade fática e circunstancial que envolvesse a relação jurídica entre os contratantes.

Neste período, toda a legislação era voltada para a realização do contrato de modo a atender ao interesse individual do contratante, pouco importando se os efeitos do negócio jurídico pudessem acarretar algum prejuízo à comunidade.

Conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha, no modelo liberal apresenta-se novas formas de tortura contra o homem; não aquela praticada pelo Estado ou por seus agentes, mas a tortura praticada pela sociedade em detrimento de uma legião de homens, que não detém as condições mínimas de sobrevivência e dignidade. Citando Habermas, a autora (200, p. 76) assevera que a tortura arrumou novo nome: exclusão social. “A fome é a tortura que se impõe socialmente”.

Verifica-se, portanto, que no Estado clássico, de orientação liberal, a solidariedade não é posta como um princípio básico de atuação estatal.

O ponto de partida da visão solidarista se deu através do modelo de Estado Social, que surge a partir do início do século XX. Configura-se diametralmente oposto ao modelo liberal implantado pelas idéias Iluministas a partir da Revolução Francesa, visto que, como já delineado acima pela jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha, o modelo social preconizava um Estado interventor e ativo, inclusive nas relações eminentemente privadas, ou que assim foram tratadas durante séculos.

No modelo do Estado social, existia o propósito de estimular a atuação de toda a sociedade em prol da igualdade, e não a mera pretensão de garantir a liberdade, como no Estado Liberalista. Daí a intenção de que a solidariedade deixaria de ser apenas algo “desejável” para se tornar atuação obrigatória de toda a sociedade e do Estado. O Estado Social abandonaria neutralidade, propondo-se a corrigir as desigualdades e posicionando-se como protetor do mais fraco.

Com o surgimento do Estado Social ancorava-se o desejo de se procurar estabelecer regras protetoras, de cunho notoriamente publicista, com o escopo de disciplinar as relações entre pessoas privadas para que fosse firmado um equilíbrio tão desejado pelos novos rumos do Direito e condizente com as expectativas da sociedade.

Pontua-se que juntamente com o nascimento do Estado Social, se afluí a consagração de novos direitos que demandavam prestações positivas dos Estados (em especial a partir da Carta Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919). Diferentemente dos direitos de primeira geração, esses direitos exigiam a atuação do Estado com o fito de criar condições necessárias para que fossem exercidos. No Estado Social não bastava o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, era mister assegurar as condições mínimas de existência da sociedade como um todo.

É nesse plano de fundo que o conceito de direito de solidariedade torna-se mais delineado pela atuação do trabalhismo.

Até então a noção de solidariedade social era sempre reduzida à perspectiva da caridade, do auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, aproximando-se, pois, da filantropia. No entanto, não é o objetivo do presente estudo colaborar para manter a noção de solidariedade como um sentimento genérico de fraternidade.

Daniel Sarmiento (2006, p. 71) destaca que a solidariedade deixou de ser apenas uma virtude altruística para se converter em um princípio constitucional apto para gerar direitos e obrigações, inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais.

Inegável é a inter-relação entre os princípios religiosos e a solidariedade. É pedra angular do cristianismo o princípio “amarás ao teu próximo como a ti mesmo”. (BÍBLIA, Mt 22:36-40, 2008, *on line*).

Inegavelmente, o princípio tem bases socialistas, podendo ser considerado um de seus fundamentos. Como afirma Farias (1998, p. 275-276, *in* ROSSO), “o discurso do solidarismo jurídico não é somente uma maneira de falar do direito; ele é também um olhar sobre a sociedade como um todo [...]”. O mesmo autor demonstra claramente a interligação entre socialismo e solidariedade, já que “a verdadeira essência do socialismo repousa sobre uma ‘filosofia pluralista do direito e da sociedade’”.

De fato, constituem-se projetos muito próximos, quase interligados, “solidariedade, democracia e socialismo” não se podendo entender uma sociedade como solidária que não se constitua sob o regime democrático. A solidariedade não prescinde do desejo individualista de liberdade (também acatada pela Constituição), mas, indubitavelmente, a busca da igualdade é seu maior escopo.

Não pode ser visto como solidário o cidadão que somente age em busca de seus próprios interesses sendo certo que a opção pela solidariedade implica também na renúncia de parcela de certas vantagens pessoais. É, portanto, um conceito socialista, que vê o Estado não apenas como defensor da liberdade, mas também como responsável maior pelo bem comum.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 apresenta evidentes traços solidarísticos, embora não contenha literalmente a expressão “solidariedade”. O preâmbulo menciona que todas as pessoas são “membros da família humana”, e no art. 1º dispõe que todos “devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Nas Constituições anteriores, o princípio não era tomado como fundamental, embora estivesse presente em algumas matérias, como orientador de temas específicos.

Desde a Constituição de 1934 as preocupações sociais estavam claramente presentes, em especial pelo advento do Estado Social. Entretanto, considerando-se o tema como princípio e objetivo central do ordenamento, constata-se que o assunto é relativamente recente, dizendo respeito à Constituição de 1988 que, ao alçar o princípio à categoria de fundamental, inova em relação às constituições antecessoras.

O solidarismo aparece na atual Constituição de forma expressa como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

E, para complementar e melhor definir o inciso anterior, tem-se o disposto no inciso III do mesmo artigo:

Art. 3º. [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Mas não basta apenas que a Carta Política veicule em seu texto uma prescrição sobre o solidarismo. É essencial que esta norma possua efetividade social, isto é, tenha força operativa no mundo dos fatos.

Diante disto, o Poder Legislativo Federal, no exercício do seu Poder Constituinte derivado, criou, por meio da Emenda Constitucional n.º 31, de 14 de dezembro de 2000, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com a finalidade de “viabilizar a todos

os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência”, cujos recursos serão utilizados em “ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida”. Como se vê, o Estado brasileiro, ao promover esta política social, não só se preocupa com os mais fracos e desamparados em busca de uma “sociedade solidária”, mas também materializa os preceitos legais do solidarismo, simbolizando, por conseguinte, a aproximação do dever-ser desta norma constitucional com o ser da realidade social.

2.3. SOLIDARIEDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.

O princípio da solidariedade “explica” a existência de diversos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição. Pode ser encarado como a contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais: se tenho direitos, tenho, em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em posição mais frágil que a minha.

O ilustre professor Daniel Sarmiento destaca em sua obra “Direitos Fundamentais e Relações Privadas” a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, colocando o solidarismo jurídico como um mecanismo para sua efetivação. Para ele:

(...) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, **consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política (...) orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.** (2006, p. 134).

Sobre os direitos fundamentais, rápida leitura sobre alguns dispositivos constitucionais a título exemplificativo comprova a direta interferência do princípio da solidariedade sobre o pensamento constitucional.

O princípio da igualdade (*caput* do art. 5º da Constituição Federal), por exemplo, encontra-se interligado à idéia de solidariedade, pois se constituímos um todo, somos, ao menos em direitos, iguais, não se podendo vislumbrar sociedade efetivamente solidária sem que haja igualdade.

A liberdade para criação de associações e cooperativas (art. 5º, inc. XVIII) também encontra justificativa na solidariedade existente entre os membros da sociedade, ainda mais forte quando os indivíduos encontram laços de interesse, sendo plenamente justificável, dessa forma, a possibilidade de representação judicial desses grupamentos de indivíduos pelas entidades criadas por eles (art. 5º, inc. XXI).

Ao lado do princípio de cunho individualista, que garante o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII) a Constituição dispõe, também, que a propriedade deve atender sua função social (art. 5º, inc. XXIII).

Trata-se de óbvio norte socialista e solidarista, pois o indivíduo, que tem direito à propriedade, pode destiná-la para o seu benefício pessoal, mas deve também direcioná-la ao interesse dos demais membros da sociedade. Disso decorrem outros mecanismos legais e constitucionais como a possibilidade de desapropriação ou direito de uso da propriedade pelo Poder Público em determinadas circunstâncias (art. 5º, incs. XXIV e XXV).

Como não poderia deixar de ser, sendo objetivo constitucional a construção de uma sociedade solidária, a própria Constituição repudia de maneira especial atitudes anti-solidárias como a prática do racismo, tangendo-o como crime inafiançável (art. 5º, inc. XLII). No mesmo tom, o Poder Constituinte originário repudiou outras práticas tidas como graves atentados à solidariedade social como o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art.5º, inc. XLIII).

A solidariedade não deixa de socorrer até mesmo aqueles que foram condenados criminalmente, sendo que a Constituição prevê uma série de limites às penas legais, assegurando ao preso direitos intocáveis pelo Estado e, ao cidadão comum, instrumentos (garantias) que lhe permitam assegurar-se contra os desmandos dos órgãos estatais (art. 5º, incs. XLV a LXXII), obedecido o devido processo legal.

Principal executor dos atos de solidariedade, o Estado “prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos” (art. 5º, inc. LXXIV). Trata-se de preocupação de acesso à justiça, de forma que todos, indistintamente, possam recorrer ao Judiciário visando assegurar seus direitos.

Também o princípio da solidariedade determina que certos documentos essenciais sejam gratuitos para os reconhecidamente pobres (art. 5º, inc.LXXVI).

Cabe destacar, ainda, que o princípio em questão é inspirador até mesmo das relações internacionais, constando do art. 4º da Constituição que a República Federativa do Brasil que tem como princípio de suas relações internacionais, o de “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

É de chamar atenção ainda ao fato de que o solidarismo, a solidariedade ou o mutualismo pode ser considerado um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto de maneira implícita na Carta Magna Nacional.

O princípio do solidarismo na Seguridade Social implica na participação de todos, tanto nas obrigações quanto nos direitos reconhecidos para a conformação e utilização dos recursos.

A solidariedade se faz presente na Seguridade Social na medida em que as contingências sociais são distribuídas igualmente a todas as pessoas, bem como os benefícios, pois quando uma pessoa é atingida por alguma contingência da vida as demais continuam a contribuir para a cobertura do benefício do necessitado.

Constata-se que o princípio da solidariedade tem importância grandiosa quando a preocupação e a intenção do jurista se referir à efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

No entanto, apesar de toda essa importância, ensina Fábio Konder Comparato em *“Fundamentos dos Direitos Humanos”*, que as contradições sofridas no século XX (denominado por ele como “era dos extremos”), trouxeram como consequência a precariedade do Princípio da Solidariedade Social, base dos direitos humanos de segunda geração, em razão da ressurreição universal das idéias individualistas, graças a neoliberalismo.

Diante das contradições sofridas na “era dos extremos”, indica Comparato que no momento histórico atual seria de grande valia se retomar a reflexão acerca dos fundamentos ou razão de ser dos direitos humanos, qual seja, o princípio da dignidade de pessoa humana. Pois de acordo com o citado jurista, a dignidade do ser humano - enquanto ser singular da natureza, dotado de uma série de capacidades e dimensões existenciais - o tornam especial e digno de respeito em si mesmo tanto pelo Estado quanto pelos demais cidadãos.

3. SOLIDARISMO CONTRATUAL

O "solidarismo" é uma expressão polissêmica no campo do direito. Pode referir-se, por exemplo, no campo das obrigações, à solidariedade ativa ou passiva, em que duas ou mais pessoas se obrigam ao cumprimento integral da prestação. No campo dos contratos quer significar a obrigação imposta aos contratantes de colaboração mútua, sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre os entes privados. Não se trata de uma pluralidade de deveres, mas de uma obrigação recíproca entre as partes, a ser observada durante toda a vida do contrato.

O contrato privado constitui, ainda hoje, um dos pilares fundamentais do Direito Privado, por ser a principal forma de inter-relação entre os cidadãos. O local de liberdade e autonomia do indivíduo, apesar de ser espaço privilegiado, deve obediência ao ordenamento jurídico. FOUCAULT, citado por Staut Jr. (2002, p. 273), afirma que o poder encontra-se difuso nas relações recíprocas entre os indivíduos - dentre elas o contrato - pois o poder, como se pretende, não está concentrado, mas assume várias formas no seio social. Os indivíduos, ao contratar, criam sua própria normatividade.

O solidarismo contratual pode ser descrito como a doutrina que erige como princípio do direito dos contratos a exigência de lealdade, solidariedade ou boa-fé e impõe aos contratantes a obrigação de colaborar. Como se viu, há pouco tempo é que a doutrina e a jurisprudência a respeito do solidarismo contratual reconheceram a socialização da relação contratual.

Com efeito, o abandono do individualismo excessivo nos termos do Código Civil de 1916 e sua substituição pela solidariedade social prevista constitucionalmente, produziu uma significativa alteração no âmago da própria lógica de todo o Direito Civil, inclusive da leitura do Direito Contratual.

A concepção dogmático-formalista de contrato vigorou durante o Estado Liberal, permeado pelo liberalismo e pelo individualismo, em que o contrato visa tão somente

garantir o patrimônio e interesses individuais. Com o advento do Estado Social, o contrato passou a ser vislumbrado a partir da concepção ético-jurídica, segundo a qual o contrato deve ter por escopo a justiça social e a equidade. Agora, o Estado deixa de ser mínimo e passa a percorrer os caminhos que levam à igualdade e liberdade, que passam a ser materiais, ou jurídicas. Com a constitucionalização do Direito Civil - a publicização do direito privado - passa-se a valorizar a boa-fé contratual, a função social do contrato, cria-se institutos como a cláusula *rebus sic standibus*, dentre outros. E uma das políticas por ele adotadas chama-se solidarismo jurídico.

As violações mais intensas ao princípio do solidarismo jurídico encontram-se nos danos causados aos consumidores e ao meio ambiente.

Para Nelson Rosenvald (apud EHRHARDT, 2007):

(...)o direito de solidariedade se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum (...) Longe de representar uma simples carta programática, ou um vago programa político, a solidariedade será padrão interpretativo-integrativo do sistema, referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento. O art. 3º [CF/88] enceta na solidariedade a teleologia da justiça distributiva com referência à igualdade substancial. O princípio da solidariedade provoca a transposição do indivíduo para a pessoa. A liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade.

Daniel Sarmento aduz que (2004, p. 338):

Ela [a solidariedade] significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.

No sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista contratual encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e no artigo 5º, inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas idéias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas.

É interessante notar que durante a vigência do Estado Liberal, o contrato adotava como diretriz a autonomia da vontade, em que a liberdade individual prevalecia em todas as circunstâncias, daí a obrigatoriedade dos contratos, que significavam lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Hoje, tal regra fora flexibilizada. O princípio da autonomia da vontade que fora, outrora, ilimitado, passou a sofrer a influência da *longa manus* do Estado. Por meio da aplicação das normas de ordem pública nas relações privadas e da interferência estatal na liberdade de contratar, surge o fenômeno do dirigismo contratual, ou seja, a intervenção do Estado na economia do contrato.

Assim, de “autonomia da vontade” o princípio apresenta nova roupagem, nova leitura, passando a ser denominado pelos autores modernos de “autonomia privada”, consistindo na liberdade de as pessoas regularem, através dos contratos, seus interesses, desde que respeitados os limites legais.

O contrato apresenta basicamente três funções: econômica (o contrato é veículo de circulação de riqueza), pedagógica ou regulatória (o contrato é instrumento para harmonizar interesses divergentes, antagônicos) e social (o contrato é um instrumento que torna viável a realização de interesses sociais).

Sobre a função social do contrato, vale lembrar que o contrato deve promover o bem-estar e a dignidade dos homens, devendo compatibilizar e harmonizar interesses sociais e individuais. Em outros termos, o contrato não pode lesar o exercício de direitos por terceiros e pela coletividade, já que existe no seio de uma sociedade.

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade e da justiça social, quando for respeitada a dignidade da pessoa humana, dentre outros valores da sociedade. Neste sentido, cabe transcrever a lição de Nelson Nery Junior (2006, p. 411) sobre o tema:

O contrato tem de ser entendido não apenas com as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade. Interessa a toda a sociedade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das conseqüências da nova socialidade do contrato. Além de útil, o contrato tem de ser também justo.

Como se observa, a existência do contrato não depende apenas e tão-somente do consentimento, mas também de uma expectativa de confiança entre as partes, que significa a adoção de um comportamento que possa ser previsível à outra parte, estando assim apto a concretizar o princípio da função social previsto no texto constitucional. Presente, portanto, o princípio da confiança, sob a égide do solidarismo jurídico.

No entanto, o cuidado que devemos ter é para que tal doutrina não se torne uma justificativa ideológica a um intervencionismo desorientado. Sobre esse aspecto, há duas correntes de pensamento. Há quem defenda um solidarismo voluntário, e outra que coloca o solidarismo como um imperativo social, competindo ao magistrado até mesmo reescrever cláusulas contratuais. Ora, se se trata de princípio jurídico, o solidarismo é cogente, imperativo, de observância obrigatória ao Estado e à coletividade.

O Direito civil que se desenha hoje é pautado pela "colaboração intersubjetiva no tráfego negocial" – característica inerente às relações jurídicas privadas contemporâneas.

Para que seja melhor visualizada a aplicação do princípio do solidarismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, sob os aspectos da função social e da boa-fé, citar-se-á, a título de exemplo, algumas decisões do STJ - Superior Tribunal de Justiça, no que tange a direito contratual.

RECURSO ESPECIAL Nº 437.607 - PR (2002/0061089-9) - STJ

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DISTRATO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES NA FORMA DE CARTA DE CRÉDITO. UTILIZAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO DE OUTRO IMÓVEL NA MESMA CONSTRUTORA. ART. 53, *CAPUT*, C/C ART. 51, II, DO CDC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A análise da abusividade da cláusula de decaimento "é feita tanto frente ao direito tradicional e suas noções de abuso de direito e enriquecimento ilícito, quanto frente ao direito atual, posterior à entrada em vigor do CDC, tendo em vista a natureza especial dos contratos perante os consumidores e a imposição de um novo paradigma de boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição da vantagem excessiva nos contratos de consumo (art. 51, IV) e a expressa proibição de tal tipo de cláusula no art. 53 do CDC".

2. Ao dispor o contrato que a devolução dos referidos valores ao adquirente se daria por meio de duas cartas de crédito, vinculadas à aquisição de um outro imóvel da mesma construtora, isso significa, efetivamente, que não haverá devolução alguma, permanecendo o consumidor-adquirente submetido à construtora, visto que, o único caminho para não perder as prestações já pagas, será o de adquirir uma outra unidade imobiliária da recorrente.

3. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 476.649 - SP (2002/0135122-4) - STJ

Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato.

- É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º do art. 52, § 1º, do CDC.

Recurso especial não conhecido.

4. CONCLUSÃO

De mero valor moral, o princípio da solidariedade ingressou no ordenamento jurídico pátrio por meio da Constituição de 1988. Este postulado deve ser visto mais como dever do que propriamente direito, sobressaindo-se como força antagônica ao individualismo exacerbado. Hoje é dever de toda a sociedade prestar auxílio aos fracos e desamparados, ainda que esse desejo possa inexistir no íntimo de alguns ou muitos cidadãos.

O princípio da solidariedade tem juridicidade, devendo ser visto como basilar da ordem constitucional (no sentido criativo e interpretativo) além de servir como justificador de direitos fundamentais.

De certa forma, o princípio da solidariedade serve para explicar “por que razão” devem ser materializados os direitos fundamentais, constituindo, além de princípio, um sentimento fundador de todo o arcabouço legal.

A adoção de um novo paradigma de sociedade, chamada integradora, passa a ser pensada e buscada, vislumbrando-se a necessidade de adoção de políticas públicas e decisões sócio-econômicas que incluam todos os homens na convivência harmoniosa. Seres humanos integrados são os que têm garantia de elementos educacionais, culturais, econômicos e políticos para que possam viver como membros participantes ativos da sociedade brasileira.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 78):

O remédio jurídico, político e econômico contra a exclusão social é a solidariedade com o outro. A dignidade há que se ver pensada em sua condição de humanidade e interatividade. Há que ser digno com o outro para ser digno de si. (p. 78)

Uma concepção excessiva do princípio da solidariedade, vazada na idéia de que o indivíduo deve servir ilimitadamente à sociedade, pode conduzir ao autoritarismo, como já ocorreu com os regimes nazista e fascista que apresentavam exatamente esse pensamento. Por essa razão, o princípio da solidariedade deve ser adotado e efetivado, mas em plena harmonia com os demais princípios constitucionais. Direitos humanos não podem ser postos de lado sob o argumento da solidariedade.

Independentemente do resultado, o embate entre as supramencionadas visões antagonistas de contrato faz renascer as discussões em torno do assunto. Para a doutrina solidarista, o que deve dirigir as partes na celebração do negócio, durante sua duração e mesmo após o término da mesma, são a boa-fé, a lealdade e a solidariedade. A solidariedade repousa num único dever que gera uma multiplicidade de deveres de conduta exigíveis de qualquer das partes.

Vivemos novos tempos na teoria contratual pátria, que certamente exigirão dos operadores jurídico especial cuidado com a interpretação das disposições contratuais em atenção ao ideário de justiça material extraído das noções de dignidade humana e solidariedade social que promanam do texto constitucional. Há que se criar uma história de solidariedade justiça e respeito.

Cortiano denuncia:

Na história da humanidade não se logrou fazer a justiça vencer, e não haverá jamais vitória se não houver discussão e crítica. Se não aprendermos com nossos erros, não haverá justiça. Se não reinventarmos o direito, não haverá justiça. Se não houver respeito à pessoa humana, não haverá justiça. Haverá escuridão.

Ditas estas palavras, encerra-se o presente estudo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora LTr.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro – Teoria das relações contratuais e extracontratuais**. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9925>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

FIÚZA, César. **Novo direito civil curso completo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 293-381.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado. (Arts. 421-652)**. Tomo I, Vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. In: _____. **Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Cap. 2, p. 58-140.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PECES-BARBA, Gregório Martinez. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Dykinson, 2003. Cap. III – El concepto de dignidad humana, la política y el derecho, p. 65-78.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil vol III. Contratos**. 11ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: _____. **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 11-78.

RODRIGUES. Silvio. **Direito civil vol. 3 – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSSO, Paulo Sérgio. **Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <http://www.eunp.br> . Acesso em: 25/07/2008.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. Cap. 2 – Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. p. 33-93.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Poder e contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (org). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267-288.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil vols. 2 e 3**. 5ª ed. São Paulo: Editora Jurídico Atlas, 2005.

[1] Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, [...].

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, [...].

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, [...].

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, [...].

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, [...].

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, [...].

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, [...].

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, [...].

**AS TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS À SATISFAÇÃO DA TUTELA
DOS DIREITOS DE CONTRATAR E OBTER DECLARAÇÃO DE VONTADE
(ARTS. 466-A, 466-B E 466-C)**

**LAS TÉCNICAS PROCESUALES ADECUADAS A LA SATISFACCIÓN DE LA
TUTELA DE LOS DERECHOS DE CONTRAER Y OBTENER DECLARACIÓN
DE VOLUNTAD (ARTS. 466-A, 466-B Y 466-C)**

**Francisco Emílio Baleotti
Thais Aranda Barrozo**

RESUMO

O presente texto analisa a questão da evolução do papel do Direito no Estado Liberal clássico e no modelo estatal Democrático de Direito, abordando o tema do intervencionismo estatal nas relações jurídicas privadas contemporâneas. Partindo das teses privatistas sobre os contratos e alcançando o momento atual, em que grande relevância se dá à função social dos contratos no modelo estatal democrático-constituente, trata, à luz desse novo papel dos contratos na sociedade, da tutela processual das obrigações de fazer e não fazer, focando, sobretudo, nas técnicas processuais adequadas à execução das obrigações de contratar e emitir declarações de vontade, que constituem o objeto do presente artigo. Verifica, por fim, a natureza da tutela outorgada ao credor por meio dos provimentos judiciais emanados com vistas à substituição do ato volitivo do devedor de obrigações dessa natureza.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO LIBERAL. AUTONOMIA DA VONTADE. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INTERVENCIONISMO. OBRIGAÇÃO DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE. TÉCNICAS EXECUTIVAS.

RESUMEN

El texto actual analiza la cuestión de la evolución del papel del Derecho en el Estado Liberal clásico y en el modelo del Estado Democrático de Derecho, acercando al tema del intervencionismo del estado en las relaciones jurídicas privadas contemporâneas. Partiendo de las tesis privatistas sobre los contratos hasta el momento actual, donde gran importancia es conferida a la función social de los contratos en el modelo del estado democrático-componente, trata, delante de esa nueva función del contrato en la sociedad, de la tutela procesal de las obligaciones de hacer y de no hacer, focando, sobretudo, en las técnicas procesales ajustadas a la ejecución de las obligaciones de contratar y de emitir las declaraciones de voluntad, que constituyen el objeto del artículo. Verifícase, por fin, la naturaleza de la tutela concedida al acreedor por medio de las provisiones emanadas judiciales con vistas a la sustitución del acto volitional del deudor de las obligaciones de esa naturaleza.

PALAVRAS-CLAVE: ESTADO LIBERAL. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. INTERVENCIONISMO. OBLIGACIÓN DE EMITIR DECLARACIÓN DE VOLUNTAD. TÉCNICAS EJECUTIVAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise da mudança da concepção dos contratos no novo paradigma estatal democrático, traçando um paralelo comparativo com a concepção adotada no modelo do Estado liberal-burguês, com vistas à análise do atual papel do Judiciário no desempenho da tarefa do Estado de dar a efetiva tutela dos direitos materiais ao adimplemento das obrigações contratuais.

Nesse intuito, a questão é abordada com os olhos voltados ao abandono da supremacia do princípio da autonomia da vontade, assegurador da liberdade pretendida - mas não alcançada - pelo Estado-liberal, analisando-se a tendência atual de que o Estado Democrático de Direito, de caráter inquestionavelmente intervencionista, possa, através de provimentos judiciais, garantir com maior efetividade a tutela dos direitos de contratar e de obter declaração de vontade, assegurando, assim, a concretização da função social dos contratos.

Considerando que não há como se falar em efetiva tutela de direito material sem proceder à análise das técnicas processuais adequadas à sua execução, surge a necessidade de estudar a tutela específica das obrigações de fazer, sobretudo as juridicamente infungíveis, mas materialmente fungíveis, haja vista nelas se enquadrarem as obrigações que têm por conteúdo positivo a prestação de contratar e emitir declaração de vontade.

As regras insculpidas nos arts. 466-A, 466-B e 466-C compõem o conjunto de técnicas processuais destinadas à execução das obrigações dessa natureza quando de seu inadimplemento pelo devedor originário, e autorizam a atuação do Estado-juiz em caráter substitutivo ao ato de vontade que haja a recusa do devedor quanto à sua prestação.

Essa atividade de intervenção estatal no âmbito das relações contratuais privadas, com vistas à efetiva tutela do direito material e, logo, à concretização das tarefas sociais hoje atribuídas ao Estado, constitui o objeto do presente trabalho.

1 O DIREITO NO ESTADO LIBERAL E NO MODELO ESTATAL VIGENTE

O estudo do tema proposto exige uma prévia compreensão do papel do Direito no modelo estatal vigente e nos que o antecederam. Para tanto, vejamos, em bem resumida síntese, as mudanças do papel do Direito na sociedade à luz dos momentos históricos em que verificadas as mudanças dos paradigmas estatais.

Quanto ao advento do Estado Liberal, em substituição ao Estado Absolutista, e o papel do Direito nesses modelos, observa-se que:

No Estado Liberal, o Direito tinha a função ordenadora e fixadora das bases da legislação para se contrapor ao antigo regime e tudo o que ele representava. Para essa tarefa, tinha que superar o jusnaturalismo. O triunfo da vontade geral traz ínsito um deslocamento da esfera de tensão e poder do Executivo (que representava o absolutismo) para a vontade popular revolucionária (representada o Legislativo) que triunfou. Sem qualquer legitimidade, o Judiciário é colocado à margem desse processo. (STRECK, 2004, p. 112)

O Estado Liberal tinha, pois, como característica marcante, a garantia da liberdade individual aos cidadãos, com vistas a garantir uma mínima ingerência do Estado nas relações privadas. Em outras palavras,

[...] o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade aos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. [...] Esse tratamento igualitário é que garantiria a liberdade dos indivíduos. (MARINONI, 2008, p. 29).

No entanto, o Estado Liberal deparou-se com a impossibilidade de gerar progresso e, ao mesmo tempo, cumprir a promessa de distribuição de renda e de justiça social (a promessa de liberdade e de igualdade), dando margem ao surgimento de um novo modelo de Estado, indubitavelmente *intervencionista*: o Estado Social. Nele, "o pólo de tensão do poder desloca-se em direção ao Executivo. Afinal para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e de um Direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas." (STRECK, 2004, p. 112).

Quanto ao surgimento (e características) do Estado Democrático de Direito, é de se ver que:

O segundo pós-guerra produz uma terceira forma de Estado de Direito. A preocupação com os direitos fundamentais e a democracia engendra textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção intervencionista do Estado Social. A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. (STRECK, 2004, p. 112-113)

Tem-se, então, que a ordem jurídica constitucionalizada, no Estado Democrático de Direito, é diferenciada, porque não mais voltada à proteção do homem individualmente considerado, mas sim (pré)ocupada da proteção e implementação dos direitos fundamentais-sociais até então sonogados pelo paradigma liberal-individualista-normativista (STRECK, 2004, p. 113-114).

Portanto, abandonamos o paradigma "liberal-individualista-normativista", para adotarmos a idéia de um modelo estatal "intervencionista", com vistas à efetiva tutela dos direitos fundamentais e sociais.

1.1 O Estado Liberal, a Autonomia da Vontade e a Tipicidade dos Meios Executivos das Obrigações

Como demonstrado no item anterior, "O direito liberal-clássico estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado." (MARINONI, 2008, p. 32), e o direito constitucional, àquela época, ocupava-se em disciplinar os modos assegurados aos cidadãos de promoção de sua defesa individual em relação ao próprio Estado.

Assegurar essa esfera de não-intervenção estatal correspondia, pois, no Estado Liberal, a garantir aos cidadãos seu direito à liberdade. Isso porque,

Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida. (MARINONI, 2008, p. 32).

No que pertine ao campo do cumprimento das obrigações, contratuais e extracontratuais, também não se dotava ao Estado qualquer poder de império, vedando-se, pois, a ingerência do Estado-juiz nas relações contratuais, refletindo a idéia do Estado Liberal clássico de que a esfera da manifestação da vontade humana era intangível, não admitindo, pois, qualquer intervenção, sob pena de configurar-se a perda de liberdade dos cidadãos.

Sob essa influência, o Código de Napoleão, em seu art. 1.142, preconizava que todas as obrigações de fazer ou não fazer, em casos de inadimplemento, seriam necessariamente convertidas em perdas e danos e juros, afastando, assim, qualquer poder de coercibilidade em mãos do Estado-juiz com vistas à obtenção do cumprimento das obrigações. Até mesmo a figura das *astreintes* veio a surgir somente muito tempo após, com movimento jurisprudencial contrário às disposições do Código de Napoleão (MARINONI, 2008, p. 33).

Logo, nesse paradigma estatal, primou-se pela impossibilidade de intervenção do Estado no campo das livres manifestações de vontade, vedando-se o uso de multas, ou

qualquer outro tipo de medida de coerção, que eventualmente pudesse levar o Judiciário a impor-se entre os particulares com vistas a alcançar o cumprimento das obrigações, evitando-se, assim, colocar-se em risco a liberdade dos cidadãos.

E não só isso. Ainda com vistas à proteção do cidadão face a eventual arbítrio por parte do Estado-juiz, estabeleceu-se, ainda, o princípio da tipicidade dos meios de execução, segundo o qual, em nome da necessidade de segurança e de garantia da liberdade, a lei estabeleceria a correlação necessária entre a condenação e os meios de execução tipificados em lei (MARINONI, 2008, p. 34).

Essa foi, pois, a principal característica em termos de cumprimento das obrigações no Estado Liberal clássico: ausência de intervenção estatal nas manifestações volitivas e, de conseguinte, ausência de *imperium* do Estado-juiz na tarefa de alcançar o adimplemento das obrigações, em atendimento à necessidade de outrora de garantia de liberdade aos cidadãos.

1.2 O Estado Democrático e o Intervencionismo Estatal nas Relações Jurídicas Privadas Contratuais

Conforme acima se apontou quando da diferenciação do papel do Direito no paradigma estatal liberal e no modelo constitucional democrático, enquanto no constitucionalismo liberal-burguês os direitos fundamentais do cidadão consubstanciavam-se naqueles que serviam à defesa dos cidadãos frente ao Estado, assegurando-lhes, pois, a tão almejada liberdade e a igualdade (a formal), no paradigma constitucional democrático tais direitos fundamentais assumem uma feição social, ante a constatação de que a mera garantia da igualdade formal não conferiu aos cidadãos, de forma efetiva, a concretização da promessa de distribuição de renda e de justiça social.

Assim, não mais bastava apenas tratar a todos como iguais (já que materialmente não o eram) e assegurar a não ingerência do Estado nas relações jurídicas privadas. Era preciso mais. Essa sociedade, complexa e heterogênea, para concretizar a promessa de igualdade e de liberdade aos cidadãos, exigia do Estado que este passasse a "proteger as posições sociais menos privilegiadas e a promover 'medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de bem público'." (ANDRADE *apud* MARINONI, 2008, p. 48).

Logo, "Com o início da renovação da teoria contratual através das tendências sociais antes mencionadas, em virtude dos postulados de um novo Estado Social [...], o Estado passa a intervir nas relações obrigacionais." (MARQUES, 1995, p. 88).

Surge, pois, o modelo do Estado *intervencionista*, com vistas à garantia de "direitos fundamentais à prestação social, à proteção e à participação". (MARINONI, 2008, p. 48). Nele,

[...] os direitos fundamentais deixaram de ser concebidos como direitos a um não-agir do Estado e passaram a exigir do Estado condutas ativas capazes de colocar à disposição

dos particulares meios jurídicos e materiais indispensáveis à realização das suas necessidades (de proteção, sociais e de participação). (MARINONI, 2008, p. 120).

Nas relações privadas comerciais, uma situação em que facilmente se constata a mudança do papel do Direito no novo modelo estatal é a criação de normas jurídicas voltadas à assecuração, pelo Estado, do direito fundamental de proteção à parte mais vulnerável nas relações (contratuais) de consumo, inclusive com a instituição legal de técnicas processuais para efetiva tutela desses direitos materiais dos consumidores.

Torna-se, pois, necessário não mais tratar as relações jurídicas privadas contratuais apenas à luz dos interesses dos particulares, fundados no princípio da autonomia da vontade, mas também com foco no relevo dos interesses sociais nelas refletidos.

Considerando os ideais de igualdade e de justiça social buscados pela ordem constitucional democrática, não há mais como dissociar as relações jurídicas particulares contratuais das idéias de justiça social, equidade, boa-fé contratual, proteção ao consumidor. De conseguinte, ao contrário do que se observara no Estado liberal-burguês, "para a proteção desses direitos e para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, não há como pensar na lógica da abstração dos bens e das pessoas." (MARINONI, 2008, p. 49).

Das relações jurídicas privadas da contemporaneidade advém essa nova concepção de contrato, que exige, de igual modo, o surgimento de tutelas de direito material e de técnicas processuais diferenciadas, para que se atinja, de fato, a concretização dos fins sociais almejados pelo novo modelo estatal.

Ademais, a valorização da dignidade da pessoa na nova ordem constitucional, em contraposição a super valorização da autonomia da vontade no modelo anterior, levamos a observar as relações obrigacionais no cenário da boa-fé, da cooperação, do respeito mútuo, da solidariedade social. E, considerando as atuais contingências, não parece mais ser de pouca relevância ao contratante receber o próprio bem contratado, ao invés de seu equivalente em dinheiro, como se todos os bens da vida fossem passíveis de conversão e expressão monetária.

Ao contrário do que se vira no paradigma estatal anterior, não há mais como se outorgar expressão monetária a toda e qualquer sorte de direito material, indistintamente, e, ainda, negar ao Estado o direito de intervir nessas relações com vistas ao alcance do bem comum.

No modelo estatal vigente, a autonomia da vontade privada cede espaço à intervenção estatal, considerando "que os bens e pessoas merecem tratamento diferenciado, e assim assumem importância a tutela específica e, conseqüentemente, a forma procedimental capaz de proporcioná-la." (MARINONI, 2008, p. 49).

Como ressaltado por Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 49),

[...] a universalização da tutela pelo equivalente e da indenização em dinheiro reflete um ordenamento jurídico neutro em relação aos direitos e à realidade social. A tutela

específica, por supor uma consideração articulada e diferenciada dos interesses e das necessidades pelos quais se pede a tutela, não se conciliava com os princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, próprios do direito liberal.

E conclui o autor que, "se o processo civil deve ser visto à luz da história e do Estado a que se liga, não há como adiar a análise do tema das tutelas específicas (...) e das formas procedimentais com elas compatíveis." (MARINONI, 2008, p. 49-50).

É nesse desiderato que se passa, a seguir, à análise da tutela do direito material ao adimplemento de obrigação que tenha por objeto a prestação positiva consistente no dever de contratar e emitir declaração de vontade e, ainda, às técnicas processuais adequadas à sua perfeita efetivação.

2 AS DIFICULDADES INERENTES À EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Diferentemente do que se observa na execução de obrigação de dar, cuja prestação incide sobre coisas, certas ou incertas, nas obrigações de fazer e não fazer a prestação incide sobre o comportamento do devedor, o que, não raras vezes, dificulta a execução específica da obrigação ante o inadimplemento do devedor, "visto que raramente se conseguirá a atuação compulsória do devedor faltoso para realizar a prestação a que pessoalmente se obrigou." (THEODORO, 2008, p. 217).

Assim, considerando que a prestação da obrigação de fazer ou não fazer inadimplida, na prática, fica a depender da vontade do devedor em dar cumprimento à mesma ou não, é comum observar-se a sua conversão em obrigação pecuniária (indenização por perdas e danos), em razão do fato de que "o Estado nem sempre dispõe de meio adequado para exigir o implemento específico" (THEODORO, 2008, p. 218).

Essa limitação ao poder do Estado, como destacado no item anterior, origina-se no Direito Romano, que "proclamava que o inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer resolver-se-ia sempre em indenização, princípio conservado, em toda pureza, pelo direito medieval e que foi contemplado no Código de Napoleão (art. 1.142)." (THEODORO, 2008, p. 218).

A sociedade evoluiu, e com ela o Direito, e observou-se com o passar do tempo um abrandamento da incidência do princípio acima mencionado, sempre com vistas a se atingir, quando a situação assim o permitir, a efetiva tutela do direito material por meio da execução específica dessas obrigações, preferencialmente a qualquer outro meio executivo.

Afinal, a tutela específica, ao contrário daquela pelo equivalente monetário, sem dúvidas é a que permite a mais efetiva e adequada tutela do direito material, assegurando maior grau de satisfação do direito. A condenação pecuniária, de sua vez,

"não tem preocupação alguma com a tutela específica dos direitos, pois constitui uma forma processual que sempre tentou "igualizar" os direitos e as diferentes necessidades dos litigantes." (MARINONI, 2008, p. 118).

No entanto, não há como escapar à análise do ponto acima invocado de que as obrigações que têm por conteúdo as prestações de fazer ou não fazer, "... são as que mais dependem da vontade do obrigado para serem cumpridas integral ou especificamente" (DINAMARCO, 2004, p. 408).

Logo, por "execução específica" das obrigações de fazer e não-fazer, entenda-se, pois, aquela que

[...] visa a ser uma tutela jurisdicional tão eficiente quanto possível para oferecer ao credor precisamente o bem a que ele tiver direito; as conversões em dinheiro só são admissíveis (a) quando sobrevier a impossibilidade de realizar os precisos resultados da obrigação de fazer ou de não fazer ou (b) quando o próprio credor assim preferir, requerendo-o ao juiz (art. 461, §1º e 627). (DINAMARCO, 2004, p. 442)

Relembre-se aqui que "O Estado liberal, para dar garantia de liberdade às pessoas, não podia interferir na esfera jurídica do particular, e, por essa razão, não poderia assegurar, diante do inadimplemento do contrato, [...] a tutela jurisdicional específica." (MARINONI, 2008, p. 283). Era, pois, a época do império da autonomia da vontade, reconhecendo a liberdade dos cidadãos em contratar e negando ao Estado o poder de intervir nessa relação jurídica privada em casos de inadimplemento da obrigação. Diante do inadimplemento, não restava ao Estado outra opção senão responder por meio do equivalente pecuniário.

Nada obstante, admitindo-se aceitável apenas e tão somente a tutela pelo equivalente pecuniário, "confere-se ao detentor do bem ou do capital a possibilidade de transformar o direito ao bem em direito ao dinheiro" (MARINONI, 2008, p. 284), posição esta rechaçada nos dias atuais, em que se reconhece a tutela na forma específica como a "tutela ideal do direito material, já que confere à parte lesada o bem ou o direito em si, e não o equivalente." (MARINONI, 2008, p. 285).

Assim, "sendo possível a obtenção da tutela específica, justifica-se o manejo de medidas executivas tendentes a forçar o cumprimento pessoal da obrigação pelo executado." (MEDINA, 2008, p. 270).

Vejamos, pois, com mais detalhe, a questão da tutela específica e da tutela pelo equivalente monetário nas obrigações de fazer e não-fazer.

2.1 As Idéias de "Tutela Específica" e de "Tutela pelo Equivalente"

Conforme já ressaltado, existem hipóteses, sobretudo no campo das obrigações de fazer e não-fazer, que a adoção de medidas coercitivas não levam à adequada tutela do direito material, por não serem aptas a levar o devedor ao cumprimento da obrigação. Exigem-se, pois "medidas voltadas à obtenção do resultado prático correspondente àquele que decorreria do cumprimento pessoal pelo executado." (MEDINA, 2008, p. 270).

Logo, com base na previsão contida no art. 461 do CPC, nas ações que têm por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, "o juiz atuará no sentido de propiciar ao autor, nesta ordem: 1.º a *tutela específica*; 2º) o *resultado prático equivalente*; ou, por fim, 3º) *indenização por perdas e danos*" (MEDINA, 2008, p. 269).

Nas lições de José Miguel Garcia Medina (2008, p. 269), entenda-se, pois, por *tutela específica*, "a realizada com o intuito de obter, como resultado final, a própria conduta do demandado, tal como prevista em Lei ou contrato.", e por *resultado prático equivalente*, a "tutela jurisdicional realizada com o intuito de se obter o mesmo resultado final, mas através da atuação de terceiros" (TALAMINI *apud* MEDINA, 2008, p. 269).

Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 118) procede à classificação semelhante, porém com distinção quanto ao conteúdo e quanto à nomenclatura empregada. Fala, pois, em "tutela específica" e "tutela pelo equivalente monetário", asseverando que,

Quando o cumprimento da obrigação de fazer ou de entregar coisa não for possível de forma específica, ou mesmo de interesse do credor, a tutela será pelo equivalente em pecúnia. Na hipótese inversa, contudo, poderá ser prestada tutela específica com base no art. 461 do CPC, por exemplo. (2008, p. 118)

Destaque, também, que para MARINONI (2008, p. 119) não há dúvidas de que continua a ser específica a tutela que ordena o ressarcimento na forma específica, ou mesmo a que "confere ao autor essa modalidade de ressarcimento, mediante atividade de um terceiro custeado pelo réu."

Como se vê, destoam os entendimentos dos autores em comento quanto aos critérios para classificação da tutela das obrigações de fazer e não-fazer em *tutela específica* e *tutela pelo equivalente*. Enquanto para MEDINA (2008, p. 269) a realização da prestação objeto da obrigação por atuação de um terceiro implica na idéia de obtenção de resultado prático equivalente, para MARINONI (2008, p. 119) trata-se de prestação de tutela de forma específica.

O que importa, no entanto, é destacar a relevância da classificação doutrinária da tutela das obrigações constituídas por um fazer ou não-fazer, em *específica* ou pelo *equivalente*, por permitir determinar os meios executivos que podem ser manejados pelo autor, no intuito de obter o resultado final pretendido (MEDINA, 2008, p. 269-270), ou seja, a efetiva tutela do direito material controvertido. Afinal, "Estas formas de exercício e controle do poder de execução são fundamentais diante dos direitos da sociedade contemporânea, constituindo pura manifestação da crescente necessidade de pensar o direito diante do caso concreto." (MARINONI, 2008, p. 166).

Nesse desiderato, passou-se à distinção entre obrigações de fazer *fungíveis* e *infungíveis*, e, de conseguinte, a tutela de direitos, conforme a classificação quanto à (in)fungibilidade da obrigação, exigiu técnicas processuais diferenciadas para o atingimento do seu efetivo cumprimento.

A seguir, procedemos à análise da questão da fungibilidade das obrigações cuja prestação implique num fazer.

2.2 A Questão da (In)Fungibilidade das Obrigações de Fazer

Segundo Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 218), com apoio nas lições de Moacyr Amaral Santos, "Em matéria de obrigação de fazer, entende-se por prestações **fungíveis** 'as que por sua natureza, ou disposição convencional, pode ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não as satisfaça'".

De outra banda, "[...] **infungíveis** 'são as prestações que somente podem ser satisfeitas pelo próprio obrigado, em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais.'" (SANTOS *apud* THEODORO JR., 2008, p. 218). Aqui cumpre distinguir a infungibilidade natural, ou seja, aquela que decorre da própria natureza da prestação objeto da obrigação, da infungibilidade convencional, ou seja, quando as próprias partes livremente convencionam a sua infungibilidade.

Araken de Assis (2007, p. 521) também distingue o *facere* fungível do infungível, dizendo que "Neste, a conduta pessoal do obrigado é indispensável, enquanto aquele tolera que terceiro, com satisfação cabal da dívida, reproduza o comportamento objeto do fazer."

Relembre-se, no entanto, que "A infungibilidade aproveita apenas o credor." (ASSIS, 2007, p. 538). Logo, em se tratando da execução de obrigações de fazer *infungíveis*, tocará ao credor a escolha do meio executivo da obrigação, por não ser obrigado a aceitar que outra pessoa, e não o seu devedor, lhe preste a obrigação convencionada, ainda que se lhe reconheça o direito ao adimplemento por um terceiro em sendo esta a sua vontade (ASSIS, 2007, p. 523).

Como apontado no item anterior, essa distinção classificatória do direito material tutelado é de suma importância para aferição da técnica processual mais adequada à execução dessas obrigações. Isso porque nas obrigações cujo conteúdo seja a prestação *fungível*, com bem mais facilidade proporciona-se ao credor executá-la especificamente, ainda que contrariamente à vontade do devedor, por ser possível determinar a um terceiro a prestação a que estava obrigado o devedor, responsabilizando-se este pelos custos decorrentes.

Logo, e nessa mesma ordem de idéias, enquadram-se dentre as obrigações *fungíveis*, aquelas que "na forma original não mais se pode alcançar, mas permite a substituição por medida capaz de produzir 'resultado prático equivalente', segundo decisão judicial (art. 461)." (THEODORO JR., 2008, p. 218).

Afinal, quando se pensa na execução direta da obrigação, ou seja, a execução por sub-rogação[1], tem-se facilmente em mente que

A realização de medidas tendentes a propiciar ao demandante uma situação equiparável àquela que decorreria do cumprimento da obrigação pelo réu não encontra maiores obstáculos, quando se está diante de obrigação de fazer *fungível*. (MEDINA, 2008, p. 284)

De outra banda, em sendo a obrigação *infungível*, ou seja, não sendo possível a realização da prestação por terceiro (seja por força da infungibilidade natural ou convencional), não resta ao Estado outra alternativa senão, em caso de recusa ou mora do devedor, convertê-la em indenização por perdas e danos.

Nesse contexto, é preciso ainda acrescentar à idéia os conceitos de prestação *materialmente infungível* e prestação apenas *juridicamente infungível*. Vejamos.

Nas lições de José Miguel Garcia Medina (2008, p. 284),

Diz-se, [...], que a infungibilidade é jurídica quando a norma estipula que somente determinado devedor pode fazer aquela atividade; no entanto, quando o sistema permite que o mesmo efeito jurídico decorra de outro ato, não se pode dizer, neste caso, que há infungibilidade intransponível. Neste sentido é que se alude, também, à "fungibilidade prática".

Para o autor, a infungibilidade jurídica não é intransponível, pois, "Se a infungibilidade é jurídica, nada impede que os mesmos efeitos que seriam produzidos pelo ato realizado pelo devedor sejam produzidos por ato realizado por ente distinto." (MEDINA, 2008, p. 284).

3 A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DE CONCLUIR CONTRATO E EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE E A TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA À SUA EXECUÇÃO

Além da distinção supra, com base na classificação das obrigações quanto à sua (in)fungibilidade, é de se ver que, "Para o manejo prático do processo de execução, é importante distinguir inicialmente entre as obrigações positivas (de fazer) e as negativas (de não fazer)" (THEODORO JR., 2008, p. 220), pois que a lei processual regula-as em seções distintas.

Pois bem. Tendo em vista que as obrigações que interessam ao presente estudo são aquelas cujo conteúdo consubstancia-se nas prestações de concluir contrato e de emitir declaração de vontade, cumpre, no presente momento, classificá-las à luz de tudo que se

expôs até aqui, para que somente então se possa adentrar no estudo da técnica processual apta à sua execução para satisfação do credor.

Inicialmente, é de se destacar o seu conteúdo positivo, pois que tanto contratar, como emitir declaração de vontade, implicam efetivamente num fazer (obrigação positiva), e não numa abstenção (obrigação negativa).

E, enquanto obrigação positiva, ou seja, obrigação de fazer, resta verificar a sua classificação quanto a sua eventual (in)fungibilidade.

Retome-se aqui que a obrigação de fazer será considerada de natureza infungível quando "consistir num *facere* que só pode, ante a natureza da prestação ou disposição contratual, ser executada pelo próprio devedor, sendo, portanto, *intuitu personae*, uma vez que se levam em conta as qualidades pessoais do obrigado." (DINIZ, 2007, p. 103).

A obrigação de contratar e emitir declaração de vontade implica numa prestação de fazer infungível, infungibilidade esta que, no entanto, não decorre da sua própria natureza, nem da convenção das partes, mas sim por imposição jurídica.

Daí THEODORO JR. (2008, p. 220) classificar tais obrigações dentre as obrigações de fazer apenas *juridicamente infungíveis*. *Materialmente*, pois, tratam-se de obrigações *fungíveis* que, em caso de inadimplemento de seu devedor, admitem execução específica *in natura* (THEODORO JR., 2008, p. 563), ou mesmo a obtenção de resultado prático equivalente por atuação judicial.

Observe-se que, ainda que espelhando a mesma idéia, José Miguel Garcia Medina apresenta a questão tomando caminho inverso daquele adotado por Humberto Theodoro Júnior. Para o autor,

No caso em que o devedor tem obrigação de concluir contrato, a obrigação é naturalmente infungível - ou seja, importa declaração de vontade do devedor - mas juridicamente fungível, isto é, permite a norma jurídica que o mesmo efeito jurídico seja obtido através de outra declaração, distinta da que deveria ter sido prestada pelo devedor. (MEDINA, 2008, p. 284 - grifos nossos).

A aparente confusão decorre do fato de THEODORO JR. (2008, p. 220) classificar tais obrigações - contratar e emitir declaração de vontade - como obrigações de fazer juridicamente infungíveis, mas naturalmente fungíveis, enquanto que MEDINA (2008, p. 284) classifica-as como obrigações de fazer naturalmente infungíveis, mas juridicamente fungíveis.

"Aparente", pois, como se vê, a despeito dos autores utilizarem nomenclaturas diferenciadas em sua classificação, ambos reconhecem que "A sentença proferida nas hipóteses substitui o ato devido pelo executado por ato do próprio juiz." (MEDINA, 2008, p. 285).

Para MEDINA (2008, p. 285), "No caso da sentença que 'substitui' a declaração de vontade do obrigado, pode-se dizer que se está diante de exemplo de uma situação materialmente infungível, mas juridicamente fungível.". Para THEODORO JR. (2008, p. 563) é exatamente o inverso, ou seja, "as promessas de declaração de vontade são obrigações de fazer de natureza fungível (a infungibilidade outrora defendida era apenas jurídica).".

Também Araken de Assis (2007, p. 546), tal qual procedido por Humberto Theodor Júnior, classifica a obrigação de declarar vontade dentre as obrigações materialmente fungíveis, porém, juridicamente infungíveis.

O autor destaca que,

Em determinada época, imperou a idéia de reputar inadmissível a substituição da vontade omitida por ato judicial, supostamente agressivo à liberdade do cidadão, motivo por que ao prejudicado caberia, somente, pretensão a perdas e danos.

Esta corrente doutrinária, outrora caudalosa, cedeu à crítica de Chiovenda, acompanhado, entre nós, pelo ensaio vigoroso e ainda atual de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, que demonstraram se tratar, neste caso, de uma infungibilidade jurídica, e não material, e, sendo assim, se mostraria concebível ao Estado, através do *imperium* do órgão judiciário, sub-rogar a volição faltante. (ASSIS, 2007, p. 546).

Fundamentando que o efeito é meramente jurídico, afirma ASSIS (2007, p. 546) que, nessas hipóteses, "A sentença, que sub-roga a renitente volição do obrigado, não o compele a manifestá-la *manu militari* porque, simplesmente, dela prescinde, gerando do mundo jurídico consequência idêntica à declaração espontânea."

Maria Helena Diniz (2007, p. 103-104) também aponta as obrigações de emitir declaração de vontade dentre as obrigações materialmente fungíveis, admitindo a realização da prestação por um terceiro.

Adotaremos, na seqüência do presente trabalho, as classificações de Humberto Theodoro Júnior, Araken de Assis e Maria Helena Diniz, classificando as obrigações ora em estudo - contratar e emitir declaração de vontade - como obrigações de fazer, de conteúdo apenas juridicamente infungível, mas materialmente fungível, possibilitando que um terceiro (o Estado-juiz) venha suprir a volição do obrigado.

No caso em estudo, o ato capaz de suprir a vontade do obrigado é a sentença, proferida em relação processual de conhecimento, onde o julgador, após analisar a pretensão do autor e os motivos em que se fundamenta a recusa do réu em declarar sua própria vontade, em acolhendo o pedido do autor, emitirá o provimento judicial que produzirá os mesmos efeitos da declaração não emitida.

Considerando, pois, que o cumprimento dos comandos sentenciados devem ser adequados à sua natureza, tem-se, pois, como consequência da classificação ora procedida, que o meio executivo adequado às obrigações de contratar e emitir declaração de vontade encontra previsão nos arts. 466-A, 466-B e 466-C, a serem melhor abordados, adiante.

3.1 As Técnicas Processuais dos arts. 466-A, 466-B e 466-C do CPC

Inicialmente, cumpre destacar que o suprimento da omissão do devedor nas obrigações de contratar ou de emitir declaração de vontade não se insere no âmbito de total ingerência do Estado nas relações particulares, em total desconsideração da vontade das partes na celebração dos negócios jurídicos. Pelo contrário.

Ao instituir as técnicas processuais dos arts. 466-A, 466-B e 466-C, o legislador, em verdade, reconheceu que, ao firmar o compromisso de contratar, sem qualquer possibilidade de arrependimento, o devedor, neste momento, expressa materialmente a sua (indispensável) vontade de se vincular, de forma irretratável, àquela obrigação. A partir daí, o seu inadimplemento quanto à obrigação irretratável, que nessas condições livremente pactuou (livre expressão de sua manifestação de vontade), dá ao credor o direito de recorrer ao Judiciário, com vistas à obtenção do pronunciamento judicial (sentença) que, transitado em julgado, produzirá os mesmos efeitos da declaração não emitida.

Daí a disposição do art. 466-A do CPC, segundo o qual "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."

Trata-se a hipótese legal, pois, de situações em que a parte assumiu a obrigação de exprimir declaração de vontade, ou está obrigada a exprimi-la por imposição de lei, e recusa-se injustificadamente a assim proceder. Considerando a natureza de obrigação de fazer fungível, e considerando o interesse do Estado de que as partes cumpram fielmente as obrigações que lhes tocam, através de atuação do Estado-juiz realiza-se o ato substitutivo daquele de vontade que competia ao inadimplente.

Nessa mesma ordem de idéias, o art. 466-B do CPC institui que "aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."

Nessa hipótese, a parte livremente celebra um contrato preliminar, expressando sua vontade em celebrar o contrato definitivo e, posteriormente, recusa-se injustificadamente a adimplir sua parte na avença.

A técnica executiva do art. 466-B do CPC, em comparação àquela do art. 466-A do mesmo Código, é, sem dúvidas,

[...] de mais largo alcance ainda, pois admite que o pré-contrato, em determinadas condições, possa ser executado com a força do contrato definitivo, ocupando o seu lugar e gerando as conseqüências e obrigações que adviriam do negócio jurídico principal. Dá-se, então, a eficácia que só poderia existir se houvesse sido firmado o contrato principal prometido. (THEODORO JR., 2008, p. 561)

Isto tudo, é óbvio, a) desde que não haja cláusula contratual prevendo expressamente a retratabilidade do compromisso, caso em que prevaleceria a vontade livremente expressada e pactuada pelos contratantes; e b) desde que as condições do pré-contrato sejam suficientes a permitir a celebração do contrato definitivo quanto a suas exigências e requisitos mínimos.

Quanto à retratabilidade, é de se destacar que os contraentes, em igualdade de condições para permutar suas próprias vontades, têm a plena liberdade de contratar a hipótese de arrependimento, apenas instituindo eventual indenizabilidade ao mesmo, o que afastaria, de conseguinte, a execução específica da obrigação contratada (ASSIS, 2007, p. 557).

Com apoio nas lições de Pontes de Miranda, é possível afirmar que, por meio da técnica alçada no art. 466-B do CPC, "as promessas de contratar são obrigativas desde logo, quanto ao objeto do contrato prometido, se se observarem quanto ao fundo e à forma os pressupostos que a lei exige ao contrato prometido." (*apud* THEODORO JR., 2008, p. 562).

Excetuam-se a essa regra, contudo, os casos "em que a sub-rogação abrangeria atividade material do obrigado, a exemplo da promessa de doação, da promessa de casamento e de assumir obrigação cambial." (ASSIS, 2007, p. 549). Nessas hipóteses, pois, não haveria como conferir à atividade judicial efeito substitutivo de vontade, por tratarem-se de casos de *infungibilidade material*, concluindo-se, assim, que apenas "A infungibilidade jurídica é amplamente sub-rogável." (ASSIS, 2007, p. 549).

Quanto ao art. 466-C do CPC, o mesmo disciplina a hipótese da já conhecida "exceção de contrato não cumprido", incidente sobre as contratações sinalagmáticas, estipulando que nos contratos que tenham por objeto "a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer nos casos e formas legais, salvo de ainda não exigível".

Trata-se, pois, de medida preparatória aos pedidos de execução fundados nos arts. 466-A e 466-B, nos casos de celebração de contratos sinalagmáticos, de modo que, por força de disposição expressa de lei, somente poderá o credor obter a sentença que supra o inadimplemento do devedor quando provar, antecipadamente, o cumprimento da obrigação que lhe couber.

Observa-se, assim, que tanto nos casos de emissão de declaração de vontade (art. 466-A) ou outorga do contrato principal definitivo (art. 466-B), o provimento judicial produzirá, de imediato, após o seu trânsito em julgado, todos os efeitos do "fazer" que, originariamente, competia ao devedor inadimplente.

Daí dizer-se que a ação promovida pelo credor, com base nas técnicas processuais aqui apontadas, é de natureza executiva (auto-executiva), exaurindo-se, pois, com a própria sentença, prescindindo de uma fase executiva do comando judicial.

Segundo Araken de Assis (2007, p. 547),

A ação que nasce do contrato preliminar, ou seja, do inadimplemento da obrigação de prestar declaração de vontade, já é executiva. No seu curso, como evidenciou julgado da 4ª Turma do STJ[2], o réu manifestará os motivos da sua recusa a declarar a própria vontade, resultando do acolhimento do pedido a emissão de provimento que produzirá o mesmo efeito da declaração não emitida.

Em outras palavras, a execução do comando sentencial se realiza na própria relação processual de conhecimento, prescindindo do ajuizamento de nova demanda. [...] Hoje, convém acrescentar que o cumprimento do provimento judicial se realiza na forma adequada à sua natureza.

Assim, caberá ao Estado-juiz, em todas essas hipóteses, intervir nas relações jurídicas privadas contratuais e, constatando inexistir motivo justo à recusa pelo devedor ao adimplemento da obrigação contratual que outrora livremente assumira, atuar positivamente no sentido de suprir o ato volitivo do devedor, garantindo-se, assim, através das técnicas processuais em destaque, a efetivação da tutela de direito material pretendida pelo credor da referida obrigação.

3.2 Aplicação de Multa às Obrigações de Contratar ou Declarar Vontade

É bem sabido que a multa, como meio executivo indireto (de coação), "é remédio aplicável à generalidade das execuções de obrigações de fato, positivas e negativas, bastando que tenha a sanção figurado no título executivo." (THEODORO JR., 2008, p. 221), sendo possível, ainda, a imposição de multa por fixação pelo juízo da execução.

No entanto, tal providência se torna despicienda para execução das obrigações de fazer que tenham por conteúdo a prestação de contratar ou declarar vontade, haja vista que, tratando-se de obrigação materialmente fungível, conforme acima se destacou, o próprio provimento judicial tem o condão de suprir a vontade do devedor da obrigação, substituindo-a com perfeição.

Excepcionalmente, no entanto, resta um espaço para a imposição de multa, como meio executivo indireto, na execução específica das obrigações, ou seja,

[...] quando não for possível ao juiz proferir uma sentença que substitua com perfeição o contrato definitivo, como por exemplo se dá na hipótese de compromisso a que falte dado essencial para lavratura do negócio principal. O adimplemento da obrigação de fazer (firmar contrato definitivo) dependerá de fato do devedor, ou seja, do fornecimento dos dados em seu poder. A condenação, *in casu*, poderá valer-se da cominação de multa diária para forçar o devedor a adimplir sua obrigação. (THEODORO JR., 2008, p. 221)

Nada obstante, não há qualquer utilidade prática na imposição de multa nas hipóteses ordinárias dos arts. 466-A, 466-B e 466-C, "porque a sentença, por si só, atingirá o resultado prático da declaração de vontade não prestada, independentemente de qualquer concurso do inadimplente." (BARBOSA MOREIRA *apud* THEODORO JR., 2008, p. 221).

Em igual sentido, aponta Araken de Assis (2007, p. 555) que "dotada a sentença ou a decisão de força executiva, inútil se afigura a multa. O pronunciamento judicial já substituiu a declaração de vontade. Qual o objetivo de impor multa ao réu?".

Alie-se a tudo isso não se admitir que o credor escolha de forma aleatória e despreocupada os meios de execução das obrigações, haja vista que a legitimidade da escolha do autor diante dos provimentos e dos meios executivos, ou da preferência do juiz por meio executivo diverso daquele solicitado pelo credor, condiciona-se não só à "sua 'adequação' e 'idoneidade' para efetivação da tutela do direito, mas também de ser 'o menos oneroso' ao demandado." (MARINONI, 2008, p. 165).

4 A EXECUÇÃO DAS PROMESSAS DE CONTRATAR E DAS OBRIGAÇÕES DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE - TUTELA ESPECÍFICA

Típicas obrigações de fazer, como acima descrito, durante muito tempo e por força da influência do Estado liberal, privatista, com o império das vontades individualmente consideradas, as promessas de contratar e as obrigações de emitir declaração de vontade enquadravam-se entre os atos jurídicos de caráter personalíssimo. Tratavam-se, pois, de obrigações materialmente infungíveis, cujo inadimplemento conduzia inexoravelmente à conversão da obrigação de fazer em obrigação pecuniária, ou seja, conversão em perdas e danos (THEODORO JR., 2008, p. 227).

Não obstante, como bem apontado por Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 227), já o legislador de 1939 ocupou-se em romper com essa tese ao admitir, no Código de Processo Civil, a fungibilidade dessas prestações, quando em seu art. 1006 e parágrafos previu a possibilidade de que, por manifestação judicial equivalente, fosse suprida a omissão do devedor no seu dever de emitir declaração de vontade.

Emerge daí o entendimento hoje assente de que tais obrigações de contratar e de emitir declaração de vontade (obrigações positivas, correspondentes a um fazer), são *naturalmente fungíveis*, e apenas *juridicamente infungíveis*, de modo que, ante o inadimplemento de seu devedor, poderá o Estado suprir tal omissão, fazendo com que o provimento judicial emitido produza o resultado prático equivalente à realização de tais prestações positivas pelo próprio devedor.

Destaca Araken de Assis (2007, p. 547), ao afirmar a força executiva dessas sentenças, que "O Estado substitui o comportamento do parceiro inadimplente, no sentido de emitir declaração de vontade, através de sentença, baseada no disposto pelos arts. 466-A ou 466-B do CPC ou em regras esparsas.". Ou seja, o provimento judicial imediatamente se

sub-roga à declaração de vontade não emitida pelo devedor, substituindo o próprio contrato definitivo.

Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 563) afirma textualmente que, em se tratando de obrigações materialmente fungíveis, admitem execução forçada específica (*in natura*), já que "Se há recusa ou mora do devedor, é possível ao Estado substituí-lo e outorgar ao credor o contrato ou a declaração de vontade que lhe assegurou o pré-contrato ou a promessa de contratar."

Também Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 119), como apontado no item 2.1, entende tratar-se de tutela específica do direito material a hipótese em que um terceiro realiza a prestação a que estava o devedor obrigado. O fato desse terceiro ser o Estado-juiz não parece, contudo, constituir óbice a essa classificação.

Destaque-se, por fim, tal qual indicado no item 2.1 *supra*, o entendimento de José Miguel Garcia Medina (2008, p. 269) de que a realização da prestação por um terceiro, que não o devedor, implica em classificar essa tutela não mais como específica, mas sim como conducente à obtenção do resultado prático equivalente.

CONCLUSÃO

A nova teoria contratual, condizente com os escopos sociais do Estado Democrático de Direito, faz com que a autonomia da vontade (preponderante no Estado Liberal), ceda espaço à intervenção do Estado nas relações jurídicas contratuais.

Muitas são as dificuldades na execução das obrigações de fazer e não fazer. As obrigações de contratar e emitir declaração de vontade se consubstanciam indubitavelmente em obrigações de fazer de natureza materialmente fungível, mas juridicamente infungível, o que leva a concluir que a tutela jurídica a lhes ser prestada, aí incluída a técnica processual adequada, é a que admite a realização da prestação por um terceiro que não o devedor: o Estado-juiz.

Observa-se, pois, a tendência atual do Direito em admitir a intervenção do Estado nas relações contratuais privadas, no campo em que outrora imperava o princípio da autonomia da vontade, através da instituição de técnicas processuais destinadas a efetiva execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade, em casos de recusa injustificada do devedor na realização do ato de vontade que lhe competia.

Através das técnicas dos arts. 466-A, 466-B e 466-C, tem-se, então, a autorização legislativa para que o Estado-juiz, através de provimento judicial transitado em julgado, supra os efeitos da falta injustificada do ato volitivo do devedor. A sentença, nessas hipóteses, de caráter nitidamente substitutivo, tem por condão produzir, por sub-rogação, os mesmos efeitos da declaração caso tivesse o devedor espontaneamente realizado a prestação que lhe competia.

Trata-se, pois, de técnica processual idônea e adequada à efetiva tutela do direito material, tendência e exigência do direito processual civil contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. rev., ampl. e atual., com a reforma processual 2006/2007 - São Paulo: RT, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. IV - São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 2º volume: teoria geral das obrigações. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC - São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: RT, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo civil moderno. 3. Execução**. - São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**, 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JR., Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 25. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Leud, 2008.

[1] Distinção que aqui se faz em relação às execuções indiretas, ou seja, por coerção (em regra, multa). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 95), "Como a multa não tem potencialidade para conduzir, por si só, à realização do direito, fala-se em execução indireta. No outro caso, como a sanção aplicada pelas sentenças condenatória e executiva permite a realização do direito de forma *forçada* - e assim sem que importe a vontade do réu - prefere-se usar a expressão execução direta."

[2] Aqui o autor se refere à decisão proferida no REsp 306.012-RJ, da 4ª T. do STJ, de relatoria do Min. Barros Monteiro, publicada no DJU de 17.03.2003, p. 234.

REFLEXÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

**Gilberto Fachetti Silvestre
Guilherme Fernandes de Oliveira**

RESUMO

Procura caracterizar o princípio da conservação dos atos jurídicos como orientação axiológica da teoria do negócio jurídico, tratando as nulidades como uma exceção no direito das relações econômicas. Para tanto, busca inter-relacionar a conservação com os princípios gerais do Código Civil (socialidade, eticidade e operabilidade) e com os princípios institucionais da relação obrigatória (autonomia privada, boa-fé e função social), compreendendo, assim, como aquele princípio corresponde a uma manifestação contemporânea da personalidade. Tem-se, pois, uma releitura do negócio jurídico à luz do personalismo ético. A categoria negocial aparece repersonalizada, elevando a pessoa como valor. Trata-se de uma oportunidade de questionar se realmente o negócio jurídico, como categoria jurídica, é um conceito em crise. Ou se, por outro lado, toda essa base teórica e principiológica não significa que a categoria “negócio” tem sim sua importância como gênero, porém necessita de uma leitura cada vez mais funcionalizada e preocupada com a jus-humanização do Direito Privado.

PALAVRAS-CHAVES: NEGÓCIO JURÍDICO – PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO – CONVERSÃO – NULIDADES – PERSONALIDADE.

RESUMEN

Trata de caracterizar el principio de conservación de los actos jurídicos como la orientación axiológica de la teoría jurídica del negocio, en que la nulidad es una excepción en el derecho de las relaciones económicas. Por lo tanto, busca interrelacionar la conservación con los principios del Código Civil brasileño de 2002 (sociabilidad, eticidad y operatividad) y los principios institucionales de la relación obligatoria (la autonomía privada, la buena fe y la función social, comprendiendo, así, como él principio de conservación es una expresión contemporánea de la personalidad. Por lo tanto, es una nueva evaluación de la transacción jurídica a la luz del personalismo ético. La categoría negocial fue repersonalizada, aportado del valor de la persona. Esta es una oportunidad para saber si realmente el negocio jurídico, como categoría jurídica, es un concepto en crisis. O, en cambio, se toda esta base teórica y principiológica no significa que el "negocio", pero, tiene su importancia como un género, sino que necesita una lectura funcionalizada y cada vez más preocupada con el jus-humanización del Derecho Privado.

PALAVRAS-CLAVE: NEGOCIO JURÍDICO – PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN – CONVERSIÓN – NULIDAD – PERSONALIDAD.

1. Introdução.

Todo o rigor do regime jurídico das nulidades passa, hoje, por certa mitigação decorrente da importância que cada vez mais se atribui à confiança que as partes depositam numa determinada relação jurídica. Mesmo nulo o ato negocial busca-se em seus escombros algo que permita uma eficácia ainda que mínima aos propósitos jurídicos perseguidos pelos contratantes. Dessa forma, a ineficácia a que seria fatalmente conduzido um ato viciado é uma exceção, principalmente quando está em jogo a boa-fé e a confiança depositada numa determinada relação jurídico-econômica, pois tal confiança não é uma exclusividade das partes ou de alguns terceiros interessados, mas de toda a sociedade, já que a consolidação da ideia de funcionalização do negócio jurídico faz com que a este seja dado um enfoque ultrassubjetivo.

Consectário lógico da preservação da confiança das partes e da função social do negócio, há um princípio de ordem interpretativa que determina seja a vontade das partes aproveitada ao máximo para a produção dos efeitos pretendidos - especialmente nos casos de invalidade do negócio jurídico -, em que será possível, muitas vezes, afastar o vício que conduz à ineficácia do ato, ou, ainda, re-categorizar, re-qualificar o ato mediante um esforço hermenêutico. Trata-se do chamado *princípio da conservação do negócio jurídico*.

O princípio da conservação é a principal justificativa e orientação axiológica da conversão do negócio jurídico (art. 170 do Código Civil) e das chamadas medidas sanatórias, quais sejam, confirmação e redução (artigos 172 e 184 do Código Civil).

A conservação se relaciona com aqueles princípios basilares do Código Civil de 2002 (*socialidade, eticidade e operabilidade*) e com aqueles que norteiam a relação obrigatória (*boa-fé, função social e autonomia da vontade*). Por essa razão é de se destacar que a conservação, mesmo se não estivesse expressa em dispositivos como os artigos 170, 172, 184, 479, além do § 2º do art. 157, todos do Código Civil, seria um desfecho obrigatório para um Código que se propõe a consagrar uma pauta axiológica dessa monta, pois é inegável que se trata de um meio de desenvolvimento de valores como a equidade, a função social do contrato e a boa-fé.

Este trabalho tem por objetivo, primeiramente, trazer à luz um tema que, apesar de muito desenvolvido em sede de revisão contratual por onerosidade excessiva, não recebeu, ainda, um tratamento mais detido em matéria de negócio jurídico, especificamente no que se refere à teoria das nulidades. Por isso, haverá aqui um espaço dedicado apenas a essa temática, com o propósito de melhor configurar o princípio, estabelecendo sua intrínseca relação com os princípios gerais do Código de 2002 e com toda a ideia de Direito Civil funcionalizado e jus-humanizado. Além disso, o trabalho objetivou reunir as ideias de juristas consagrados e de novos estudiosos do Direito Privado sobre o tema, indicando referências que em muito facilitam estudos futuros.

2. A ideia de conservação do negócio jurídico.

A ideia desse princípio é basicamente direcionada a evitar, dentro do máximo possível, que o negócio maculado por um defeito deixe de produzir os efeitos (ou alguns efeitos) pretendidos pelas partes. É direcionado ao legislador e ao juiz, pautando suas atividades para que vislumbrem, sempre que possível, uma maneira ou mecanismo jurídico que permita ao negócio produzir alguma eficácia. Por tal razão, e neste sentido, pode-se afirmar que o legislador de 2002 considera o desfazimento do negócio por invalidade uma excepcionalidade[1], porque o propósito primeiro é a preservação do vínculo obrigacional.

Segundo Vieira Lima, "há conservação quando o ato é eficaz, mas a eficácia está periclitante, como no caso de excessiva onerosidade [CC/02, art. 478]. Ao juiz é dado rever o negócio jurídico, para que a eficácia se conserve, no todo ou pelo menos em parte".[2]

O princípio da conservação permite a manutenção do vínculo relacional-obrigacional a partir de uma adequação do negócio a uma nova realidade; há uma reconsideração de alguns aspectos da estrutura negocial que possibilita ao ato sua validade. Seu âmbito de aplicação ocorre quando da verificação de uma nulidade (nulidade ou anulabilidade, dependendo da gravidade do vício que atinge o negócio), cuja consequência jurídica de tal valoração negativa conduz à invalidade do negócio jurídico, e consequente impossibilidade de produção de efeitos jurídicos. Trata-se, na verdade, de um mecanismo a serviço do sistema para evitar, no possível, a nulidade dos negócios ineficazes *lato sensu*. [3] Então, percebe-se que a essência do princípio é justamente conservar a vontade manifestada pelas partes para que seja possível produzir os efeitos práticos que pretendiam os celebrantes. Preserva-se, com isso, a autonomia privada, cuja manifestação de vontade, como se sabe, é capaz de criar regras nas esferas individuais dos sujeitos, apresentando-se, assim, como algo de significativa importância jurídica.

É ampla, portanto, a formulação do princípio: "l'attività negoziale deve potersi mantenere in vigore il più possibile al fine della realizzazione dello scopo pratico perseguito".[4].^[5]

Destaca Schmiedel que a ideia essencial contida no princípio diz respeito à salvaguarda do negócio jurídico a partir do aproveitamento do mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia[6], com a supressão do defeito; afasta-se, com isso, a sanção de nulidade, permitindo que o negócio produza os efeitos pretendidos, ou pelo menos alguns deles. É este, inclusive, o sentido atribuído por Junqueira: "Por ele [princípio da conservação], tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, *devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos - existência, validade e eficácia - , o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente*".[7]

É hora, então, de indagar qual o sentido que a ordem jurídica intentou dar à conservação do negócio. Ou, em outras palavras, *por que conservar?* A resposta parte do seguinte raciocínio: tento em vista que a ineficácia *lato sensu* do negócio pode ser nociva não só para as partes, mas também para toda a ordem social, o ordenamento

jurídico opta por garantir e reforçar o vínculo relacional que une as partes, permitindo assim que se alcancem os efeitos práticos por elas pretendidos, uma vez que a repercussão de tais efeitos - dentro da perspectiva da nova orientação social do negócio jurídico - não é só na esfera individual dos contraentes, mas também em toda a sociedade. Isso porque o negócio deve ser visto como ele *é*, e não como ele surge[8]; e o negócio nada mais é do que um instrumento jurídico de circulação de bens e serviços, de realização das potencialidades e do auto-regramento (autonomia privada) dos indivíduos. Esses fatores lhe conferem uma importância tão grande da qual se infere que "o negócio não é [...] propriamente o ato de vontade de alguém, mas, sim, o que a sociedade vê como sendo o ato de vontade de alguém".[9]

Conservar a eficácia dos atos jurídicos tem um caráter social e econômico.[10] Schmiedel, por exemplo, é da opinião de que tal tendência se justifica a partir de um princípio geral do Direito, o da *economia dos valores jurídicos*. [11] E não poderia ser diferente: as relações jurídicas tornam-se tão complexas e interligadas na sociedade atual que a inexecução de um contrato pode prejudicar a execução de outros que a ele estão vinculados de alguma maneira. "O fundamento dessa restrição para o desfazimento do negócio jurídico está na assunção do fato de que, em uma sociedade complexa, os diferentes contratos firmados criam uma rede da qual resulta a total dependência entre os instrumentos, seja de forma direta ou indireta. Ou seja, assume-se como verdadeiro ser necessário o adimplemento de um contrato para que outro, que esteja de alguma forma vinculado a ele, também seja cumprido".[12] Todo adimplemento contratual é exemplo social para a execução de outro contrato.

Alonso escreve que a delimitação do alcance dos defeitos que viciam o negócio depende de uma interpretação adequada do negócio viciado, no sentido de permitir a produção de sua eficácia e limitar, ao mesmo tempo, as consequências jurídicas dos vícios que o afetam. É aí, então, segundo o autor, que dois princípios interpretativos encontram um terreno de manifestação: o princípio da conservação e o princípio do *favor negotii* - este último deriva do princípio da boa-fé objetiva e conduz à ampliação do campo de efetividade do negócio jurídico.[13][14]

Alguns autores entendem que os mecanismos colocados pelo sistema a favor da conservação dos negócios inválidos devem ser designados de *medidas sanatórias*, de maneira que, na prática, o princípio da conservação atua através dessas medidas, dentre as quais se destacam a *conversão do negócio jurídico* (art. 170, CC/2002), a *confirmação* ou *ratificação* dos atos anuláveis (art. 172, CC/2002) e a *redução* ou regra *utile per inutile non vitiatur* (art. 184, CC/2002).[15] Entretanto, isto só faz sentido quando se está diante dos casos de confirmação ou ratificação, nulidade parcial (redução) e integração do negócio jurídico porque eles promovem verdadeira "cura", "sanação" no negócio jurídico, que deixa de ser inválido. Mas, no que se refere à conversão (art. 170), é preciso afastar qualquer noção do instituto como medida sanatória, porque ela nada cura. Segundo Del Nero, a conversão decorre de "uma qualificação jurídica em que o grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e um modelo jurídico-negocial, embora menor que aquele *prima facie* identificado, permite seja juridicamente eficaz *lato sensu* o negócio, que *prima facie* o não era".[16] Assim sendo, o procedimento de conversão não implica na modificação de um negócio viciado, "sanando-o", "curando-o" de seu vício, ou expurgando este; o "negócio conversível" decorre de uma *preferência* de uma qualificação jurídica capaz de permitir a produção de efeitos.[17]

Não obstante, o princípio da conservação caracterizar-se como princípio jurídico de ordem superior (na verdade, um *princípio geral do Direito* que, protegendo a boa-fé, seria imposto às relações jurídicas ainda que não estivesse positivado), nem por isso ele apresenta um caráter absoluto, encontrando dois limites básicos para sua aplicação, além de outros que dependerão do caso concreto: 1º) é da sua essência que deve ser conservado tudo que for *possível* do negócio jurídico, ou seja, deve ser afastado nos casos em que a lei nega às partes a possibilidade de criar regras concretas; e 2º) também deve atender aos interesses práticos manifestados pelos celebrantes.[18]

No Código Civil de 2002 o princípio da conservação está disperso em diversos dispositivos, cujos mais relevantes são: o art. 170 (conversão do negócio jurídico); o art. 144, que estabelece que o erro não prejudique a validade do negócio se a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferece para executá-la em conformidade com a vontade real do manifestante; o art. 184, que consagra a regra *utile per inutile non vitiatur* ou redução do negócio jurídico; e o art. 172, que regulamenta a confirmação do negócio anulável.

Também consta do parágrafo 2º do art. 157, aplicável nos casos de lesão e que estabelece "Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito". Inclusive, sobre este dispositivo, o Conselho da Justiça Federal firmou entendimento da consagração do *favor negotii* através do Enunciado nº. 149 da III Jornada de Direito Civil: "Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002".

Outros dispositivos que contêm a conservação são os artigos 317 e 479 do Código Civil, garantindo que a resolução por onerosidade excessiva do contrato poderá ser evitada oferecendo-se ao réu a possibilidade de modificação equitativa das condições do contrato. Aliás, sobre a resolução por onerosidade excessiva do contrato, disciplinada no art. 478 do Código Civil, manifestou-se da seguinte maneira o Conselho da Justiça Federal, através do Enunciado nº. 176 da III Jornada de Direito Civil: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual". Essa orientação jurisprudencial demonstra a consagração plena do princípio em nosso sistema, e sua importância na conjuntura econômica do País e no cumprimento da função social do contrato. Já a IV Jornada de Direito Civil trouxe no Enunciado nº. 367 outro esclarecimento para a interpretação do art. 479, que, como visto, consagra, o *favor negotii*: "Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório".

No que tange ao art. 156 (estado de perigo), o entendimento consagrado é de que se aplica analogicamente o disposto no § 2º do art. 157, que, como visto, consagra plenamente a conservação. É, inclusive, o entendimento do Enunciado nº. 148 da III Jornada de Direito Civil: "Ao 'estado de perigo' (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157".

O princípio da conservação, no Direito positivo brasileiro, também encontra guarida na Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), cujo parágrafo 2º do art. 51 determina que "A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes". Apesar de pertencer à seara consumerista, esse dispositivo fundamenta o *favor negotii* no Direito brasileiro. Além disso, o entendimento que predomina hodiernamente é no sentido de que os princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor expressam verdadeiros valores de ordem constitucional, o que, então, vem revelar a importância superior do princípio da conservação.[19]

3. Conservação, convalidação e conversão do negócio jurídico.

Uma possibilidade de análise do princípio da conservação encontra-se na chamada *convalidação do negócio jurídico*. Segundo Vieira Neto[20] o termo comporta vários sentidos: ora significa remédio contra os vícios dos atos (é como define Carnelutti); ora significa a ratificação ou confirmação do negócio anulável, expressa ou tácita (é o sentido dado por Carlon Furno); e, de forma mais ampla, significa tanto o restabelecimento como a conservação da eficácia do ato jurídico. Daí percebe-se a íntima relação que existe entre o termo "convalidação" e o princípio da conservação, que, sendo medida oferecida pelo sistema jurídico para a produção dos efeitos práticos perseguidos pelas partes, é justamente uma "convalidação" (no sentido de confirmação).[21]

No Direito brasileiro, a convalidação - vista como confirmação do negócio anulável - está consagrada no art. 172 do Código Civil de 2002, que assim determina: "O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro". Como já visto, esse dispositivo decorre do princípio da conservação, que aqui significa a convalidação do negócio passível de anulação.

A convalidação só faz sentido quando da análise das medidas contrárias à ineficácia do negócio por anulabilidade.[22] Já no que diz respeito ao instituto da conversão do negócio jurídico, a análise da convalidação - mesmo em seu sentido amplo de conservação da eficácia do negócio - não tem nenhum significado, porque a conversão é medida que vai de encontro à nulidade de um negócio, e os atos nulos são inconvalidáveis (art. 169 do Código Civil).[23] É a opinião de Valdecasas: "El negocio nulo no puede ser convalidado; su ineficacia es definitiva e incurable. Así pues, no sana o se convalida por el hecho de que, con posterioridad a su celebración, cese la causa de su nulidad; por ejemplo, porque las prestaciones imposibles al concluir el contrato resulten después posibles; o porque la prohibición legal entonces vigente desaparezca. Para alcanzar los efectos jurídicos frustrados por la nulidad del negocio, las partes no tienen otra vía que celebrar de nuevo el negocio, una vez que haya cesado la causa de nulidad"[24], ou, então, não se oporem à conversão do negócio jurídico.

Tendo em vista que a conversão do negócio jurídico é medida relacionada aos negócios nulos, não se pode, então, entendê-la como medida de convalidação (nem mesmo em seu sentido amplo, de conservação) e muito menos como medida sanatória de vícios, porque ela não sana os vícios e nem convalida o negócio; a conversão, simplesmente,

conserva a manifestação da vontade das partes em produzir efeitos jurídicos a partir da possibilidade de prevalência de um juízo de qualificação sobre outro, que permita a produção de efeitos a partir dos elementos que integram a qualificação de um negócio *a priori* considerado nulo. A eficácia da manifestação de vontade averigua-se a partir de um processo de subsunção dos elementos configuradores do negócio a um arquétipo jurídico-negocial, que é o ato qualificador.[25]

Isso leva ao seguinte entendimento: o princípio da conservação é um dogma que objetiva evitar a ineficácia *lato sensu* do negócio viciado, seja ele nulo ou anulável. No entanto, deve ser analisado sob duas perspectivas: quando contrário a uma *anulabilidade*, ele pode ser caracterizado como medida de *convalidação* (confirmação, ratificação); e será, por outro lado, *conversão*, quando for de encontro ao negócio *nulo*.

4. A conservação e os princípios gerais do Código Civil de 2002.

Uma das características fundamentais do Código Civil de 2002 - se colocado em contraposição ao de 1916 - é a consagração de uma nova orientação axiológica e a superação das formulações individualistas, ruralistas e patriarcalistas do Código Beviláqua, que além do mais, segundo Amaral[26], consagrava um modelo metodológico legalista e positivista.

A nova codificação seguiu a esteira de três princípios básicos e gerais, quais sejam: *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*. A tarefa do operador do Direito é, dessa maneira, analisar as normas de Direito Privado a partir dessa perspectiva principiológica. Com a conservação do negócio jurídico, então, não poderia ser diferente. A importância da análise desses princípios está no fato de que eles são o suporte orientador da atividade do intérprete que objetiva chegar à *fattispecie* que garantirá a eficácia da manifestação de vontade viciada das partes.[27]

Preliminarmente à caracterização de cada princípio deve-se estabelecer que nem sempre eles podem ser analisados em separado, pois, tal qual destaca Mazzei, em determinadas situações, "nota-se que há uma zona cinzenta de interseção entre as diretrizes, resultante do caminho abstrato seguido pelo orientador".[28] O interessante é que a conservação é uma dessas situações que está nessa zona de intersecção. A conservação é manifestação da *eticidade*, pois diz respeito à boa-fé, ou seja, à fidelidade das partes que se propõem um vínculo obrigacional. De igual forma, tem um caráter *operativo*, pois permite operacionalizar o contrato ao determinar que se imponha outra qualificação jurídica que possibilite a validade do negócio. E, por fim, também se relaciona com a *socialidade*, cujo enfoque é ultrassubjetivo, pois da conservação decorre, verdadeiramente, uma fundamentação objetiva, baseada na ordem jurídica, cujo propósito é a preservação do contrato e de sua função social.

A conservação tem um objetivo de ordem prática, que é o de permitir a produção de efeitos pretendidos pelas partes. Além deste, apresenta, ainda, objetivo de ordem jurídica, filosófica e social, representado pela valorização do ser humano na sociedade, pois o indivíduo, a partir da autonomia privada, é visto como criador de normas jurídicas, ou seja, sua atividade negocial é fonte do Direito. Tal é a importância do negócio jurídico. E eis aí o ponto de toque entre a *conservação*, a *eticidade*, a

socialidade e a *operabilidade*: estes princípios significam a valorização do indivíduo no âmbito social, e a conservação torna-se instrumento dessa valorização no sentido em que permite, pela sua aplicação, justiça e equidade nas relações jurídicas privadas.

Passe-se, agora, a uma análise mais detida de cada princípio com o propósito de estabelecer com mais precisão a relação de cada um com a conservação.

4.1. *Socialidade e eticidade.*

Previamente, destaque-se que são princípios diferentes, não obstante estreita relação entre ambos, e justamente por este motivo é que são aqui colocados no mesmo tópico.[29]

Reale destaca que "se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da 'socialidade', fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana".[30] Assim, pelo princípio da socialidade, os vínculos intersubjetivos passam a interessar a toda a ordem social, o que justifica, segundo Mazzei, a intervenção estatal em determinadas hipóteses legais.[31] A conservação - através das medidas dela decorrentes (conversão, confirmação e redução) - é, nesse ínterim, justamente uma dessas hipóteses de intervenção do Estado, pois representa o propósito da ordem jurídica em preservar o poder criador de normas dos indivíduos.

Por isso, pode-se dizer que com o Código Civil de 2002 as relações privadas passam a ter um enfoque "ultrassubjetivo", em que "as relações entre os particulares não sofrem análise apenas no âmbito do vínculo entre eles, sendo necessário projetar os efeitos das relações ao enquadramento da sociedade como um todo".[32]

As relações privadas ganham esse enfoque ultrassubjetivo em decorrência da importância que elas têm para a sociedade, pois - nunca é demais repetir - a autonomia privada repercute no âmbito social já que ela permite a criação de normas de Direito que em muito podem influenciar os demais sujeitos em seus atos da vida privada. Por essas razões, não significa a socialidade uma redução da importância do indivíduo na esfera privatística, porque o princípio é consequência exatamente de uma importância do sujeito - enquanto parte de uma relação jurídica criadora de normas - para toda a sociedade.

Pelo princípio da socialidade tem-se, ainda, que o negócio jurídico deve cumprir sua *função social*. A conservação do negócio jurídico apresenta-se, nesse aspecto, como um instrumento que permite a concreção dessa função, pois se o intento prático perseguido pelas partes não se conservar, ainda que sob o rótulo de outro negócio, válido, isto é, que possa produzir efeitos, como o negócio cumprirá sua função social? Dessa maneira, as regras, por exemplo, dos artigos 170, 172, 184, 317, 479 *etc.* do Código Civil são verdadeiros instrumentos de promoção e realização da função social do contrato, permitindo, assim, o exercício de direitos subjetivos e a concretude de limites apontados pelo *Codex*.

Quanto ao princípio da eticidade, este conduz o Código de 2002 a uma superação do rigor lógico-formal do processo interpretativo juspositivista e normativista. O rigorismo formal do Código Civil de 1916 permitiu constatar a insuficiência da plenitude da norma jurídica positiva e do simples método de subsunção, que nem sempre conduzem a soluções justas. Daí a preferência à previsão de recursos de critérios ético-jurídicos que permitam à decisão judicial uma solução mais equitativa.[33]

São três as características principais da eticidade, apontadas por Amaral: 1) atribuir "maior importância aos critérios ético-jurídicos do que aos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica"; 2) conferir "maior grau de poder e de responsabilidade do juiz, chamado não a aplicar, mas a criar o direito para o caso concreto"; e 3) representar "a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional o que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo".[34]

Essas três inferências feitas do princípio da eticidade pelo Professor Amaral têm estreita relação com a conservação do negócio nulo: a primeira porque a conservação representa a concreção jurídica do cumprimento da função social do negócio, a partir da consideração de que o referido princípio é um instrumento de equidade; a segunda porque a conversão representa muito bem a tradição jurisprudencialista que o novel Código pretende inaugurar, uma vez que ela depende da atividade judicial de valoração e qualificação do negócio para encontrar aplicabilidade; por fim, a terceira representa uma pauta de orientação à aplicação dos artigos 170, 172, 184, 479 *etc.*, porque a conservação objetivará justamente a preservação do contrato e do equilíbrio das partes, não permitindo que a nulidade possa beneficiar um contraente em detrimento de outro. Além disso, outro ponto de toque é que a eticidade visa dar eficácia e efetividade a princípios superiores como a honestidade nas relações jurídicas de Direito Privado.[35]

A conservação e seus instrumentos corolários (conversão, confirmação, redução *etc.*) permitem a realização dessa ética consagrada pelo Código, uma vez que da sua aplicação resulta a preservação da fidelidade ao vínculo obrigacional, do equilíbrio entre os contraentes e da confiança depositada pelas partes.

4.2. Operabilidade.

Também conhecido como *concretude* ou *concretitude*, é um princípio destinado à realização prática do Direito, tendo, por isso, essência filosófica, jurídica, hermenêutica e metodológica.[36]

Ensina Mazzei que com tal diretiva o legislador de 2002 pretendeu tornar as matérias do Código de fácil aplicação, para que não se verificassem embaraços na execução do mandamento normativo.[37] Foi o que aconteceu, por exemplo com a conversão do negócio jurídico, consagrada no art. 170 do Código de 2002, e que não se fazia presente expressamente no diploma de 1916. É exatamente no propósito legislativo de afastar controvérsias que se encontra a operabilidade da norma do art. 170 do Código Civil, porque ao explicitar expressamente a norma de conservação dos negócios nulos a partir da conversão ela extingue aquela dúvida que existia na lei civil

de 1916 quanto à possibilidade de se "converter" um negócio nulo em outro válido.[38] Com a consagração desse instituto tem-se uma solução simplificada para o problema da nulidade absoluta (mais vista como uma exceção do que uma regra), que não prejudica o interesse das partes - pelo contrário, favorece - e constitui instrumento contra possível prejuízo na esfera jurídica de terceiro, situação que pode surgir com a nulidade. Sua importância está na efetivação prática do princípio da conservação sem distorções e embaraços, atendendo aos postulados de justiça e segurança jurídica.

5. A conservação e os princípios institucionais da relação obrigatória.

Amaral destaca que a codificação de 2002 orientou-se por princípios gerais e informadores na disciplina das obrigações.[39] Compõem a última classe os princípios da *autonomia privada*, *boa-fé objetiva*, *função social*, *equidade* e *responsabilidade patrimonial*. Interessa, aqui, a análise dos três primeiros dado sua estreita relação com a conservação do negócio passível de nulidade.

5.1. Autonomia privada.

A concepção doutrinária para o princípio da autonomia privada que melhor atende aos propósitos dessa pesquisa é dada por Menezes Cordeiro: "corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem. [...] podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos".[40] Essa noção só vem reforçar a ideia que exaustivamente já fora apresentada nas linhas anteriores, referentemente à importância da autonomia privada para o Direito e a sociedade: é que a atividade negocial que dela decorre constitui verdadeira fonte criadora do Direito, localizando-se aí, justamente, uma das razões de ser da conservação do negócio jurídico, uma vez que de sua operabilidade ocorrerá a preservação da intenção prática das partes e de seu poder de produzir efeitos jurídicos.

"A verdadeira essência do conteúdo do negócio jurídico estaria na autonomia privada, no auto-regulamento que o particular não deve limitar-se a desejar ou querer [...]."[41] Nesse sentido, a conservação é um instrumento de preservação e realização da autonomia privada, ou seja, do poder auto-regulatório da pessoa; aparece meio de desenvolvimento das relações econômicas e, por conseguinte, mais um instrumento que confere plenitude à dignidade da pessoa humana, na sua liberdade de contratar.

5.2. Função social.

O princípio da função social do contrato (art. 421, CC) é verdadeiro consectário do princípio da socialidade, tomado como curador do Código Civil. Por isso, significa um compromisso do contrato com a coletividade, de maneira a propiciar justiça e desenvolvimento sociais.[42]

Mais uma vez a conservação apresenta-se como mecanismo a serviço da justiça negocial, pois se o negócio é nulo - e, portanto, ineficaz *lato sensu* - como poderá ele cumprir sua função social? Então, se há a possibilidade de uma interpretação diversa, capaz de permitir a produção de efeitos, deve-se optar por esta, pois a conservação do vínculo negocial permitirá o cumprimento da função social da autonomia privada, que deve, essencialmente, permear todo contrato.

Além disso, uma das aplicações da função social é verificada na imposição da conservação do negócio jurídico inválido quando o desfazimento deste apresentar-se prejudicial a outras relações jurídicas a ele vinculadas. O princípio da conservação, então, é reforçado e reforça os dogmas da função social e da boa-fé.[43]

Nesse sentido, as palavras de Kliemann: "Outra possibilidade de aplicação do princípio da função social, ainda não tão celebrada pela jurisprudência e pela doutrina, refere-se à manutenção do negócio jurídico. Isso porque a solidariedade e a cooperação, valores que compõem o princípio da função social, exigem a manutenção do negócio jurídico. O fundamento dessa restrição para o desfazimento do negócio jurídico está na assunção do fato de que, em uma sociedade complexa, os diferentes contratos firmados criam uma rede da qual resulta a total dependência entre os instrumentos, seja de forma direta ou indireta".[44] Assim, tendo em vista a importância social de cada negócio para a sociabilidade, a conservação do intento prático das partes representa a intenção do Código Civil de ir de encontro à desconstituição da relação obrigacional.

5.3. Boa-fé objetiva.

A boa-fé é uma regra de comportamento ético que dirige a relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes, impondo determinados deveres de lealdade, honestidade, solidariedade, correição, probidade e confiança, de maneira que o acordo de vontades e a execução e interpretação do negócio jurídico ocorram de forma ética. Trata-se de um arquétipo de conduta jurídico-social pelo qual as partes deverão se comportar com lealdade e correção. Aliás, Bianca considera boa-fé (*buona fede*) e correição (*correttezza*) como sinônimas.[45] Então, simplificada, a boa-fé traduz a ideia de que o comportamento das partes deve ser desenvolvido com consideração mútua e honestidade, a partir de critérios éticos e objetivos.

O princípio da boa-fé encontra três âmbitos de aplicabilidade na relação negocial: formação, interpretação e execução do negócio.[46] Aí encontram-se suas três funções básicas: *interpretativa*, em que a interpretação do contrato é feita de acordo com os deveres de lealdade que as partes devem ter para consigo; *integrativa*, pela qual as omissões das partes são supridas com os padrões impostos pelo princípio; e *controle* da autonomia da vontade, ou seja, o poder de auto-regulamentação das partes está condicionado aos ideais de lealdade, solidariedade e lisura entre as partes.[47]

Postas essas premissas, indaga-se: em que consiste a importância do estudo da boa-fé objetiva no âmbito da conservação do negócio jurídico? Ou melhor: qual a relação entre boa-fé e conservação? Ganham destaque, nesse sentido, as opiniões de Mosco e Alonso que apesar de se referirem diretamente ao instituto da conversão, suas

reflexões cabem perfeitamente ao princípio da conservação, já que este é a fundamentação da conversão.

Para Mosco, à base do instituto da conversão está o princípio da boa-fé que sempre é levado em consideração na disciplina do contrato; é uma regra que prima pela prevalência da confiança e pela exigência de estabilidade das relações jurídicas.[48] E doutrina: "E ao mesmo princípio se pode conduzir a particular norma dispositiva que estabelece [*sancisce*] a conversão. Qualquer uma das partes contratuais tem o direito de confiar no exato adimplemento das obrigações que do negócio derivam, e onde os efeitos não são possíveis de serem inteiramente reunidos, há também o direito de confiar naqueles efeitos mais limitados que o negócio viciado é capaz de produzir".[49] Pode-se dizer, então, que a boa-fé exige a conservação sempre que com esta seja possível a produção de efeitos que o negócio viciado não poderia produzir. Então, a conservação é exigência da boa-fé, no sentido de preservar a confiança das partes.

Alonso entende que a conversão do negócio jurídico é um efeito típico e manifestação da boa-fé, em que "en definitiva se actúa la determinación de la norma o principio que rige la relación jurídica nacida del negocio; de esta manera la buena fe sirve para atenuar una norma demasiado rígida o para completar o llenar otra demasiado escueta [...]".[50] Entende que uma das manifestações da boa-fé é o princípio do *favor negotii*, que se verifica no sentido dado à conversão do negócio jurídico. Então, a conservação do negócio e a gestão máxima esforços para a produção dos efeitos pretendidos são exigências da boa-fé para que o negócio alcance seus propósitos de solidariedade, lealdade e confiança entre as partes.[51] Daí que, aplicando a boa-fé em sua função integradora, o pressuposto negocial incompleto é preenchido, e mediante esse auxílio a vontade privada se completa em um negócio eficaz, sendo que essa integração se consegue, justamente, a partir da conversão.[52] Veja, então, mais uma vez o princípio da conservação sendo empregado como meio de realização dos princípios contemporâneos que orientam as atividades jurídico-econômicas e conduzem à tão desejada justiça contratual.

A conclusão que o exposto permite chegar é a de que não "conservar" o negócio (ou não prever sistematicamente essa possibilidade) significaria que toda correção, lealdade e confiança das partes no decorrer da relação contratual foi em vão. Assim, a conservação, sempre que possível, impõe-se com o propósito de preservar essa conduta de lealdade que serve de exemplo para toda a sociedade. Por isso o sistema jurídico deve oferecer mecanismos para a operabilidade da ideia de "conservação do negócio nulo", uma vez que, como visto, ele é um meio de preservação da boa-fé que deve imperar nas relações jurídicas, especialmente nas de índole contratual.

A ideia que se defende aqui é a de que a conservação é um mecanismo de preservação da confiança manifestada pelas partes. Imagine o prejuízo para a ordem social, jurídica e subjetiva (dos contraentes) se todo o investimento de confiança feito na relação jurídica tivesse sido inútil porque o negócio, por ser nulo, não pode persistir. Por isso parece não restar dúvidas de que a conservação se justifica por uma questão de boa-fé.[53] "[...] todos os investimentos, sejam eles econômicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje, para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações".[54]

As palavras de Bianca também permitem que se vislumbre a conservação como manifestação da boa-fé: "Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, la buona fede si specifica anche come obbligo di *salvaguardia*. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e da doveri extracontrattuali del *neminem laedere*. Questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. In mancanza di una particolare tutela giuridica dell'interesse altrui non si giustificherebbe infatti la prevalenza di esse sull'interesse proprio del soggetto. Quale obbligo di salvaguardia la buona fede può dunque essere identificata come *l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico*."^[55] A conservação está a serviço do sistema e é empregada para a salvaguarda da obrigação e da utilidade prática que resulta da relação obrigacional. Além disso, a conservação também é um meio de diligência da obrigação, que consiste na emprego de meios e energias idôneos à realização do fim a que se determina o negócio.^[56]

Outro vínculo fático-conceitual entre conservação e boa-fé que se pode destacar diz respeito à situação em que no decorrer da execução contratual a boa-fé poderá exigir das partes uma modificação do próprio comportamento, quando tal se fizer necessário justamente para a salvaguarda da utilidade prática da obrigação.^[57] Nesse caso, a conservação, enquanto interpretação que conduz à validade do negócio, requer exatamente uma mudança de comportamento das partes, pautada na boa-fé, para o alcance dos fins pretendidos (salvaguarda da utilidade do negócio). Basta lembrar que a conservação implica numa re-avaliação (modificação) da situação negocial e comportamental dos contratantes, que estará direcionada pela boa-fé e pela exigência de preservar a utilidade prática almejada no negócio jurídico.

6. Conclusão: a conservação como dimensão da personalidade na contemporaneidade.

Pelo princípio da conservação dos atos jurídicos deve-se preservar, dentro das possibilidades, a manifestação de vontade das partes para o alcance dos fins práticos pretendidos. Importa a finalidade prática, e não o meio jurídico para tanto. Esse princípio implica na derrogação do antigo adágio *quod nullum est, nullum producit effectum*^[58], e se manifesta, principalmente, pelas medidas da conversão, confirmação, e redução (respectivamente, artigos 170, 172 e 184 do Código Civil), e pela revisão por onerosidade excessiva (artigos 317 e 479 do Código Civil) e por lesão (§ 2º do art. 157 do Código Civil).

O *favor negotii* consiste numa maneira de interpretar o negócio jurídico sempre buscando sua permanência. Ou seja, quando houver duas ou mais possíveis interpretações para o ato, pelo princípio da conservação, deve-se escolher aquela que preserve a relação jurídica negocial e, assim, a liberdade jurídica dos indivíduos.

A conservação, quando operacionalizada, nada mais faz que preservar a manifestação de vontade dos interessados em alcançar seus legítimos interesses

jurídicos, que repercutem diretamente no desenvolvimento econômico e social do País. Dessa forma, o princípio favorece a manutenção de relações constituídas honestamente a partir da liberdade dos sujeitos, interface da personalidade em seu aspecto moral e intelectual. A conservação, desse modo, diz respeito diretamente a uma dimensão da personalidade na contemporaneidade: a liberdade dos sujeitos de, agindo honesta e solidariamente, criar normas para seu próprio agir, visando ao atingimento de resultados jurídico-econômicos.

Tem-se, pois, uma releitura do negócio jurídico à luz do personalismo ético. A categoria negocial aparece repersonalizada, elevando a pessoa como valor.

Verdadeiramente, faz-se um convite à reflexão quanto a esta pauta axiológica que hoje ganha importância para a preservação da boa-fé, da autonomia privada e da função social do tráfico jurídico, elementos estes que se referem diretamente à dignidade humana e à proteção da personalidade, afinal, as relações negociais são uma manifestação da personalidade dos indivíduos, no exercício de sua liberdade, na promoção de seu aspecto moral e intelectual. Trata-se de uma oportunidade de questionar se realmente o negócio jurídico, como categoria jurídica, é um conceito em crise. Ou se, por outro lado, toda essa base teórica e principiológica não significa que a categoria "negócio" tem sim sua importância como gênero, porém necessita de uma leitura cada vez mais funcionalizada e preocupada com a jus-humanização do Direito Privado.^[59]

7. Referências Bibliográficas.

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984.

ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1958.

ALONSO, Eduardo Serrano. *La confirmación de los negocios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1976.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Nº. 99, vol. 32. Porto Alegre: AJURIS, set. 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: redução e conversão do negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIANCA, Cesare Massimo. La nozione di buona fede. In: ALPA, Guido e ZATTI, Paolo. *Lecture di diritto civile*. Padova: Cedam, 1990.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 27, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006.

CABRAL, Érico Pina. A "autonomia" no direito privado. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 19, ano 05. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORREIA, Eduardo. A conversão dos negócios jurídicos ineficazes. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. XXIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1949.

CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959.

DE LOS MOZOS, José Luis. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1959.

_____. *El negocio jurídico (estudios de derecho civil)*. Madrid: Montecorvo, 1987.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHETTI, Gilberto e MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A possibilidade de conversão dos contratos internacionais nulos na perspectiva dos Princípios do UNIDROIT. In: MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional*. Vol. XI. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 499-507.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil - teoria geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRI, Giovanni B. Il c.d. recupero del negozio invalido. In: *Rivista del Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Vol. 84, nº. 1/4. Padova: Francesco Vallardi, jan./abr. 1986.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 26, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006.

KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 26, ano 07. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006.

LIMA NETO, Francisco Vieira e FACHETTI, Gilberto. Sobre a conversão substancial do negócio jurídico (art. 170 do Código Civil). In: ARAKEN DE ASSIS; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de

(Orgs.). *Direito civil e processo - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 155-173.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro - parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOSCO, Luigi. *La conversione del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1947.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do código civil. In: *Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, José Camacho. O novo código civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Nº. 88, ano 29, tomo II. Porto Alegre: AJURIS, dez. 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato - elementos para uma conceituação. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 13, ano 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.

TALCIANI, Hernán Corral. El negocio jurídico: ¿Un concepto en crisis? A proposito de una obra de Giovanni B. Ferri. In: *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, enero 1991, pp. 26-32.

VALDECASAS, Guillermo Garcia. *Parte general del derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1983.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

VENTURA, Raul Jorge Rodrigues. *A conversão dos atos jurídicos no direito romano*. Lisboa: Imprensa Portuguesa, 1947.

VIEIRA NETO, Manoel Augusto. Convalidação do ato jurídico. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 20. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, s/d.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 17, ano 05. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2004.

[1] Ana Carolina Kliemann, O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação, *In Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 07, vol. 26, Rio de Janeiro, Padma, abr./jun. 2006, p. 04. É também o entendimento que se extrai de Eduardo Luiz Bussatta, Conversão substancial do negócio jurídico, *In Revista de Direito Privado*, ano 7, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006, pp. 157-158: "A idéia subjacente a tal princípio é que a ordem jurídica somente deve impor a destruição de atos jurídicos afetados de qualquer vício quando o vício não for remediável. Se possível, o negócio deve ser tratado de forma que mantenha a produção de efeitos jurídicos ainda que pouco diverso dos objetivamente queridos. [...] o intérprete deverá sempre envidar seus melhores esforços a fim de que o negócio jurídico produza algum efeito prático, não obstante a invalidade que sobre ele pesa, na medida em que o negócio jurídico concreto foi criado com uma finalidade e esta deve, tanto quanto possível, ser atingida". Nesse sentido a jurisprudência: TJMG, Apelação Cível nº. 2.0000.00.516983-1/000(1), Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino, j. em 08.09.2005, DJ de 20.10.2005: "CIVIL - APELAÇÃO - ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO - AGRAVO RETIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INCORRÊNCIA ARTIGO 795 DO CÓDIGO CIVIL DE 2.002 - NULIDADE DA TRANSAÇÃO COM PAGAMENTO DE SEGURO A MENOR - INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO - POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DO ACORDO HAVIDO, SANANDO-SE A NULIDADE EXISTENTE - PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO - APLICABILIDADE. [...]. De acordo com o artigo 795 do Código Civil de 2.002, são nulos os acordos de pagamento de seguro a menor que o contratado. A invalidade do acordo não afeta sua essência, havendo possibilidade de aproveitamento do ato, sanada a nulidade existente, aplicando-se o princípio da conservação do negócio jurídico".

[2] Manuel Augusto Vieira Lima, Convalidação do ato jurídico, *In Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 20, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 306.

[3] Alberto Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, vol. I, citado por Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 41.

[4] É o que ensina Cariota Ferrara, citado por Manoel Augusto Vieira Neto, Convalidação do ato jurídico, ob. cit., p. 306. O autor somente faz referência ao jurista italiano, não indicando o título da obra em que se encontra aquela citação. É importante destacar, ainda, que o âmbito de aplicação do princípio não se restringe somente ao Direito Privado, também se fazendo presente nos ramos públicos. É o entendimento de José Abreu, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 327. Escreve o autor que o princípio da conservação "se manifesta de forma atuante no direito público, sobretudo em matéria processual". Tome-se como exemplo a seguinte decisão do TJES, Embargos de Declaração nº. 012.03.007988-8, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, j. em 04.07.2006, v.u., DJ de 28.08.2006: "[...] Atendo-se ao princípio da causalidade, bem como a regra da conservação dos atos jurídicos,

apenas a parte viciada da sentença de primeiro grau deve ser anulada, preservando-se os demais termos. [...]". Porém, José de Abreu destaca a diferença de concepção de nulidade existente no Direito Civil e no Direito Processual, este último caracterizado pelo critério do prejuízo, pelo qual *pas de nullité sans grief*.

[5] Há, em sede doutrinária, quem designe o princípio da conservação como "princípio da manutenção do negócio jurídico". É o caso de Ana Carolina Kliemann, *O princípio da manutenção do negócio jurídico...*, ob. cit., p. 04 e outras. Todavia, deve-se ressaltar que no âmbito da chamada "conversão" substancial do negócio jurídico, tal designação não faz nenhum sentido, pois da aplicação do art. 170 do Código Civil não ocorre a manutenção do negócio jurídico. O Professor João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 46-47, bem explicitou que na conversão não há "modificação" negocial, ou manutenção do negócio, mas sim uma preferência de uma qualificação jurídica que garante a eficácia da vontade manifestada pelas partes: as partes celebram um determinado negócio, cujo modelo negocial conduz à invalidade jurídica do ato, e caberá ao juiz, então, "corrigir" esse ato qualificador, verificando se há outra qualificação que permita reunir aqueles elementos do negócio apriorístico em um outro modelo jurídico-negocial, que neste caso permitirá que se alcancem os efeitos práticos pretendidos pelas partes. Veja, então, que não há modificação (a não ser da valoração da situação jurídica) e nem manutenção do negócio, porque o que decorre do art. 170 é a possibilidade de fazer prevalecer uma qualificação jurídica sobre outra, ou seja, um arquétipo negocial sobre outro. O que o princípio pretender conservar (ou manter) é o intento prático das partes, mas não o negócio em si. Por isso, impróprio, pelo menos em parte, o sentido de manutenção dado à conservação do negócio jurídico.

[6] Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico...*, ob. cit., p. 41. Destaca Giovanni Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 103, que o princípio da conservação é uma "manifestação do ordenamento jurídico voltada a salvaguardar, o quanto possível, os valores criados no mundo do direito". Também neste sentido, José Luis de los Mozos, *El negocio jurídico* (estudios de derecho civil), Madrid, Montecorvo, 1987, p. 589, empregando o termo "*favor negotii*" para denominar ao princípio aqui estudado, ensina que ele corresponde à ideia de salvar, dentro do possível, a vontade das partes.

[7] Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 66. E continua, na página seguinte: "O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto".

[8] Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico...*, ob. cit., p. 15. Cabe, ainda, a afirmação de Ana Carolina Kliemann, *O princípio da manutenção do negócio jurídico...*, ob. cit., p. 04, que entende que a "manutenção do negócio jurídico" (melhor seria empregar o termo "conservação") decorre do princípio da função social do contrato, impondo-se a conservação sempre que o desfazimento do vínculo obrigatório mostrar-se prejudicial às relações jurídicas e ele vinculadas, direta ou indiretamente.

[9] Antonio Junqueira de Azevedo, *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, *In Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, p.

131, concluindo que o intérprete deve se preocupar com o atendimento das circunstâncias que rodeiam o negócio e que "socialmente lhe fixam os contornos, isto é, com aquilo que *aos outros* parece ser o que o agente queria". Próximo da ideia que se pretende transmitir está o magistério de Eduardo Correia, A conversão dos negócios jurídicos ineficazes, *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXIV, 1948, p. 360. Para o jurista luso, a ordem jurídica não é uma inimiga dos interesses dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social. Aí, então, residiria o fundamento do princípio da conservação: "A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos - mas ordenadora e coordenadora da sua realização".

[10] Alberto Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, vol. I, citado por Raquel Campani Schmiedel, *Negócio jurídico...*, ob. cit., p. 42.

[11] *Negócio jurídico...*, ob. cit., p. 42. Semelhantemente, Giovanni Criscuoli, *La nullità...*, ob. cit., p. 115: "La conservazione del negozio parzialmente nullo, quando non risulti essenziale la sua parte invalida, riposa, quindi, su una presunzione di ordine pratica rigorosissima, conforme perfettamente al principio della economia giuridica".

[12] Ana Carolina Kliemann, A princípio da manutenção do negócio jurídico..., ob. cit., p. 12.

[13] Eduardo Serrano Alonso, *La confirmación de los negocios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 28. Também caracterizando o princípio de conservação dos atos jurídicos como de essência interpretativa, Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 544. Para este jurista, o princípio da conservação dos atos jurídicos determina que "em caso de dúvida, deve interpretar-se o ato no sentido de produzir algum efeito, e não no sentido contrário, de não produzir nada. Coerentemente com esse princípio, a doutrina alemã da segunda metade do séc. XX criou a figura da *conversão* do negócio jurídico nulo ou anulável, concretizando-o no par. 140 do Código Civil alemão".

[14] Pelo exposto, percebe-se que Eduardo Serrano Alonso tenta separar conservação e *favor negotii* como princípios interpretativos diferentes. Já Eduardo Luiz Bussatta, Conversão substancial do negócio jurídico, ob. cit., p. 157, coloca o princípio da conservação e o *favor negotii* como sinônimas: "Essa tentativa de salvar o ato que de alguma forma encontra-se inquinado de vício é o que se chama princípio da conservação ou *favor negotii*". Assim também a lição de Leonardo de Andrade Mattietto, Invalidez dos atos e negócios jurídicos, *In Gustavo Tepedino (coord.), A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 347, ao se ocupar do princípio ora estudado, ensina que "o direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja possível, em um autêntico *favor contractus*. Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário". O que importa no âmbito desse princípio da conservação não é sua concepção ou aceção, mas sua teleologia. A verdade é, então, que não faz sentido tratar esses conservação e *favor negotii* como sendo princípios diferentes, pois o objetivo de ambos se aproximam tanto que eles mais se diferenciam pelo fato de o *favor negotii* pertencer ao âmbito da boa-fé objetiva do

que por suas caracterizações jurídicas. Até porque, como mais adiante se verá, também a conservação está numa necessária intersecção com a boa-fé. Quer dizer: é muito mais relevante em sede de invalidade negocial a análise desses princípios naquilo que se aproximam - aliás, coincidem -, do que naquilo que os distancia ou diferencia, que é tão tênue que nem se faz conveniente qualquer consideração nesse sentido. Tanto a conservação quanto o *favor negotii* caminham no sentido de salvar o intento prático das partes. E é isso que é importante para esta pesquisa e os propósitos deste capítulo.

[15] Raquel Campani Schmiedel, *Negocio jurídico...*, ob. cit., p. 60: "As medidas sanatórias são instrumentos jurídicos destinados a salvaguardar a manifestação de vontade das partes, preservando-a da deficiência que inquina o ato, tornando-o nulo ou anulável". Manoel Augusto Vieira Neto, *Convalidação do ato jurídico*, ob. cit., p. 306, afirma que "Há sanatória quando o ato padece de um vício que pode destruir sua eficácia. O mesmo princípio de conservação vem em socorro do ato viciado e concede remédios contra o vício, para sanar o ato". Sobre as sanatórias (conversão - art. 170 -, ratificação - art. 172 - e redução - art. 184), Cristiano Chaves de Farias, *Direito civil - teoria geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 462, assevera que esses institutos "convergem na busca incessante do respeito ao fim visado pelas partes, sempre que possível. É dizer: esses institutos servem como instrumento de busca da máxima preservação do elemento volitivo, assegurando o desiderato almejado na declaração de vontade".

[16] João Alberto S. Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico*, ob. cit., p. 388.

[17] Sobre essa questão há manifestação de Giovanni B. Ferri, *Il c.d. recupero del negozio invalido*, ob. cit., p. 23, porém apresentando-se contrário à ideia de que convalidação seja medida sanatória: "Non ha senso configurare la convalida come uno strumento per sanare il negozio, perché la convalida non toglie di mezzo i vizi del contratto, né la mancanza di capacità al momento in cui questo fu stipulato. Vizi del negozio, mancanza di capacità, sono fatti storici che, una volta accaduti, piaccia o non piaccia, non possono essere cancellati". Essa reflexão tem total aplicação no que se refere à conversão como medida sanatória.

[18] É o que entende Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico...*, ob. cit., nota nº. 91, p. 67, e Raquel Campani Schmiedel, *Negocio jurídico...*, ob. cit., p. 42. Próximo do que foi dito é o magistério de Manoel Augusto Vieira Neto, *Convalidação do ato jurídico*, ob. cit., p. 306 - entendimento também verificável em sua obra *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, São Paulo, Max Limonad, s/d., pp. 127-130 -, em que pelo princípio da conservação "impõe-se o reconhecimento da validade dos efeitos da manifestação da vontade (eficácia), em toda a extensão juridicamente possível e útil".

[19] O princípio também encontra aplicação em leis civis estrangeiras. É o caso dos Códigos Civis espanhol (art. 1.284), português (art. 237), francês (art. 1.157) e italiano (art. 1.367). Além disso, de acordo com Leonardo de Andrade Mattietto, *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*, ob. cit., p. 347, as jurisprudências alemã, austríaca e inglesa têm admitido o princípio ora analisado, que também é adotado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), pois o art. 4.5 dos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais estabelece que "todos os termos de um contrato devem ser interpretados de maneira a produzir efeitos". Sobre a aplicação

do princípio no âmbito dos contratos internacionais veja Valesca Raizer Borges Moschen e Gilberto Fachetti, A possibilidade de conversão dos contratos internacionais nulos na perspectiva dos Princípios do UNIDROIT, In Wagner Menezes (Coord.), *Estudos de Direito Internacional*, vol. XI. Curitiba, Juruá, 2007, pp. 499-507

[20] Manoel Augusto Vieira Neto, *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, São Paulo, Max Limonad, s/d., pp. 128-129.

[21] Eduardo Serrano Alonso, *La confirmación de los negocios jurídicos*, ob. cit., p. 20, define convalidação como "aquella situación en virtud de la cual y por obra de un hecho, un negocio que hasta entonces era ineficaz comienza a producir sus efectos jurídicos como si no hubiese estado viciado, o también, se la puede definir desde otro punto de vista como la desaparición de la acción de impugnación, la cual quiere decir que en puridad de principios la convalidación no elimina el vicio que afectaba al negocio, sino que simplemente elimina la posibilidad de hacerlo valer". Manuel Albaladejo, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 417-418, faz coro à corrente doutrinária que entende ser a convalidação "la desaparición de la impugnabilidad", com a ressalva de que "la convalidación no elimina la causa de impugnabilidad, sino sólo sus efectos: es decir, exclusivamente la impugnabilidad misma". Giovanni Battista Ferri, Il c.d. recupero del negozio invalido, *In Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione*, ano LXXXIV, n. 1-2/3-4, gen./apr. 1986, pp. 22-23, destaca que, sobre a "convalida del negozio annullabile" verificam-se duas posições doutrinárias: uma primeira que atribui à convalidação o efeito de sanar ["sanare", "guarire", "rinvigorire", "integrare"] o contrato anulável, de maneira que seus efeitos seriam retroativos; para outra parte da doutrina, o instituto importaria na renúncia à ação de anulação, na qual não há que se falar em retroatividade. E conclui: "a me pare che si debba aderire a quella che vede nella convalida una perdita dell'azione di annullamento".

[22] A doutrina aponta que as medidas de convalidação podem ser reduzidas a dois grupos: a) convalidação *ex voluntate* - que depende da vontade do sujeito negocial, como no caso de confirmação (art. 172, CC/2002), de execução voluntária (art. 175, CC/2002) e de redução (art. 184, CC/2002) -; e b) convalidação *ex lege* - porque determinada pela lei, como no caso da prescrição sanatória e da perda da coisa.

[23] Manuel Albaladejo, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 418: "[...] solo son convalidables los negocios impugnables, pero no los nulos". Tanto é assim que o art. 1.310 do Código Civil espanhol estabelece que "sólo son confirmables [convalidáveis] los contratos que reúnan los requisitos expresados en el art. 1.216", requisitos sem os quais o contrato é considerado nulo. Também nesse sentido está Eduardo Serrano Alonso, *La confirmación de los negocios jurídicos*, ob. cit., pp. 21-2. Porém, este autor assevera uma exceção à regra de que somente os atos anuláveis são convalidáveis, admitindo, no Direito espanhol, dois pressupostos de convalidação dos negócios nulos, quais sejam: 1) negócios incompletos (arts. 269, 296, 1.259, 1.729, 1.892, 1.893, todos do CC espanhol); e 2) por razões de conveniência e utilidade.

[24] Guillermo Garcia Valdecasas, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1983, p. 435.

[25] João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico*, ob. cit., p. 03. Essas razões levam a concluir como incongruente a designação dada por Ana Carolina Kliemann, O princípio da manutenção do negócio jurídico..., ob. cit., p. 05, que intitula o instituto do art. 170 do CC de "*convalidação do nulo*". O nulo não se convalida, como insistentemente se destacou. Além disso, não é da essência da conversão *convalidar* um negócio, ou seja, *salvá-lo*. A realidade prática é bem diferente do sentido literal que a expressão "conversão" pode, a princípio, querer significar.

[26] Francisco Amaral, Os princípios jurídicos na relação obrigatória, *In Revista da AJURIS - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, vol. 32, nº. 99, Porto Alegre, AJURIS, set. 2005, p. 134. Não há dúvidas que o novel Código, abandonando as falíveis orientações juspositivistas e consagrando uma ordem axiológica caracterizada por princípios fundamentais de ordem moral, torna-se instrumento de consagração da perspectiva pós-positivista e pós-moderna, que cuida de não separar Direito e Moral, tal qual o fez o positivismo e o normativismo, de que a "Teoria pura do Direito" é representante mais comum.

[27] Francisco Amaral, Os princípios jurídicos da relação obrigatória, ob. cit., pp. 134-135, ensina que "Esses princípios têm, além da função normal e tradicionalmente reconhecida, de orientar a interpretação e a integração das regras jurídicas em caso de lacunas da lei, a função de dirigir o trabalho do legislador na sua atividade de formalizar, juridicamente, os preceitos legais e ainda, a função de orientar o intérprete na tarefa de construir as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que porventura se apresentem, e que não tenham, no quadro sistemático e regulamentar, uma *fattispecie* determinada".

[28] Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo código civil, *In.: Arruda Alvim e Thereza Alvim (coords.), Comentários ao código civil brasileiro - parte geral*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. CXI.

[29] Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 131, ensinam que "Ambas - eticidade e socialidade - constituem perspectivas reservadamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade".

[30] Miguel Reale, As diretrizes fundamentais do projeto do código civil, *In.: Conselho da Justiça Federal, Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro*, Brasília, CJP, 2002, p. 15. Semelhantemente, José Camacho Santos, A novo código civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade, *In Revista da AJURIS - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, vol. 88, t. II, ano 29, dez. 2002, p. 213: "a pragmática evidenciou que o esquema individualista tinha de ser revisto, porque o ser humano, a despeito de ser tido como o centro dos interesses, não pode ser individualista, guiado por sentimentos egoísticos. Deve, antes disso, assumir a condição de membro da comunidade, de compromissado com a prioritária proteção dos valores da coletividade, com o que também os individuais legítimos. Equivale a dizer: o bem-estar individual deve se harmonizar ou se condicionar ao bem-estar geral, como, a propósito, preconiza a Constituição Federal vigente". E continua à p. 214: "a opção pelo social não só é tendência jurídica mundial, porquanto fundamental à realização dos valores básicos das pessoas, como é necessária ao combate de posturas arrimadas no

vício do 'jeitinho', do 'oportunismo', da 'esperteza', da prevalência dos poderosos. Atende, enfim, aos reclamos de justiça social, distributiva, abominando a ganância dos que se acostumaram com os códigos e leis utilizados como instrumento de dominação".

[31] Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo código civil, ob. cit., p. CXVI.

[32] Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo código civil, ob. cit., p. CXVII.

[33] Ensina Miguel Reale, As diretrizes fundamentais do projeto do código civil, ob. cit., p. 16: "O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto".

[34] As três características são extraídas do texto do Professor Francisco Amaral, Os princípios jurídicos da relação obrigatória, ob. cit., p. 136. O Professor Amaral (pp. 136-7) enumera, ainda, as aplicações do princípio da eticidade no Código Civil, que estariam presentes nas seguintes regras: art. 156 (estado de perigo, caracterizado pela obrigação excessivamente onerosa assumida pela parte para salvar a si ou pessoa da família de grave dano); art. 157 (lesão, representada por um prejuízo econômico em que uma das partes recebe muito mais do que efetivamente dá); e art. 478 (que objetiva o equilíbrio econômico contratual entre as partes ante onerosidade excessiva). Ora, já se demonstrou que os referidos dispositivos consagram, também, o princípio da conservação do negócio jurídico inválido. Comprova-se, dessa feita, que existe uma estreita relação entre eticidade e conservação.

[35] É o entendimento de José Augusto Delgado, A ética e a boa fé no Código Civil, citado por Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo código civil, ob. cit., nota nº. 278, p. CXIII.

[36] Francisco Amaral, Os princípios jurídicos da relação obrigatória, ob. cit., p. 137.

[37] Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo código civil, ob. cit., p. CXXIII.

[38] Afirma Miguel Reale, As diretrizes fundamentais do projeto do código civil, ob. cit., p. 18: "[...] é indispensável que a norma tenha operabilidade, a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades que hoje entram a vida do Código Civil".

[39] Francisco Amaral, Os princípios jurídicos na relação obrigatória, ob. cit., p. 138.

[40] António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. I, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 391-2. Nesse mesmo sentido, Luigi Ferri, *La autonomia privata*, citado por Érico Pina Cabral, A "autonomia" no direito privado, *In Revista de Direito Privado*, ano 05, vol. 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2004, p. 109: a autonomia privada é a "manifestação do poder de criar normas jurídicas dentro dos limites estabelecidos pela lei, por sua vez, identifica-se mais com o poder reconhecido aos particulares de criar normas jurídicas".

[41] Érico Pina Cabral, A "autonomia" no direito privado, ob. cit., p. 109.

[42] Daniela Vasconcellos Gomes, Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea, *In Revista de Direito Privado*, ano 7, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2006, p. 97. Arnaldo Wald, A dupla função econômica e social do contrato, *In Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, vol. 17, Rio de Janeiro, Padma, jan./mar. 2004, p. 04, ensina que com o princípio da função social o "contrato não deixou de exercer a sua função econômica, constituindo um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida. Apenas acrescentou-se-lhe a função social, de modo a evitar que houvesse uma atividade contrária ao interesse da sociedade, que passou, assim, a constituir um verdadeiro abuso de direito ou um desvio de poder, já condenados de modo implícito na legislação anterior". Isso demonstra que a função social não está contrária à autonomia da vontade, mas sim é uma nova maneira de avaliar este tradicional instituto de Direito Civil, que passa a ser visto num âmbito social, e de importância não só para os sujeitos, mas para toda a coletividade.

[43] Ana Carolina Kliemann, O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação, ob. cit., p. 04-05.

[44] Ana Carolina Kliemann, O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação, ob. cit., p. 13.

[45] Cesare Massimo Bianca, La nozione di buona fede, *In* Guido Alpa e Paolo Zatti, *Lecture di diritto civile*, Padova, Cedam, 1990, p. 509. "La prevalenza del principio di buona fede sulle determinazioni contrattuali consegue al suo carattere di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume" (pp. 510-1). Daniela Vasconcellos Gomes, Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea, ob. cit., p. 93, ensina que "a boa-fé objetiva impõe uma conduta correta, que serve para limitar a autonomia da vontade, e para criar novos deveres contratuais, chamados de deveres anexos. Esses deveres de conduta estão relacionados com o a boa-fé pela imposição de agir com lealdade e licitude, respeitando os interesses do parceiro contratual". Há ainda a opinião de António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, ob. cit., p. 410, que entende que com a boa-fé ocorre uma valorização da confiança.

[46] Francisco Amaral, Os princípios jurídicos na relação obrigatória, ob. cit., p. 139.

[47] Eduardo Sens dos Santos, A função social do contrato - elementos para uma conceituação, *In Revista de Direito Privado*, ano 4, vol. 13, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, p. 107. A importância da fixação dessas funções diz respeito ao fato de a conversão do negócio jurídico relacionar-se com as três, como se verá mais adiante.

[48] Luigi Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1947, p. 106.

[49] Luigi Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, ob. cit., p. 107.

[50] Eduardo Serrano Alonso, *La confirmación de los negocios jurídicos*, ob. cit., p. 29.

[51] Eduardo Serrano Alonso, *La confirmación de los negocios jurídicos*, ob. cit., pp. 29-30.

[52] Eduardo Serrano Alonso, *La confirmación de los negocios jurídicos*, ob. cit., p. 31.

[53] Segundo António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, ob. cit., pp. 411-413, da tutela da confiança resultam as seguintes situações de protecção jurídica: 1) "*um investimento de confiança*, consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada"; e 2) "*a imputação da situação de confiança* criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dado ao confiante: tal pessoa, por acção ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao factor objectivo que a tanto conduziu". Disso decorre que "*O investimento de confiança* exige que a pessoa a proteger tenha, de modo efectivo, desenvolvido toda uma actuação baseada na própria confiança, actuação essa que não possa ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis; isto é: uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer protecção. *A imputação da confiança* implica a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Ao proteger-se a confiança de uma pessoa vai-se, em regra, onerar outra; isso implica que esta outra seja, de algum modo, a responsável pela situação criada".

[54] António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, p. 414.

[55] La nozione di buona fede, ob. cit., p. 514.

[56] Cesare Massimo Bianca, La nozione di buona fede, ob. cit., p. 515. Ensina o autor que "Nei rapporti obbligatori e nella vita di realizzazione l'obbligo della diligenza impone, precisamente, *l'adeguato sforzo volitivo e tecnico* per realizzare l'interesse del creditore e per non ledere i diritti altrui".

[57] Cesare Massimo Bianca, La nozione di buona fede, ob. cit., p. 517.

[58] Teresa Luso Soares, *A conversão do negócio jurídico*, ob. cit., p. 81.

[59] Nesse sentido, Hernán Corral Talciani, El negocio jurídico: ¿Un concepto en crisis? A proposito de una obra de Giovanni B. Ferri, In *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, enero 1991, pp. 26-32.

**NEGÓCIO JURÍDICO E CRISE ECONÔMICA INTERNACIONAL:
CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS
IMÓVEIS**

**BUSINESS LAW AND INTERNATIONAL ECONOMIC CRISIS: BUILDING
CONTRACTS AND ALIENATION FIDUCIARY OF REAL ESTATE**

**Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Iliane Rosa Pagliarini**

RESUMO

A rendição à globalização que permeou os contextos sócio-econômicos em todo o mundo e os conseqüentes efeitos diretos e indiretos têm sido inevitáveis e, se dúvidas ainda subsistissem, a constatação do chamado efeito “dominó” provocado pela crise norte americana, de pronto as esparcaria. Nesta abordagem se discutiu o básico direito à moradia, o Sistema Financeiro de Habitação composto pelos subsistemas lastreados por suas principais fontes de recursos – Poupança e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Foram analisados os reflexos da crise econômica internacional nos contratos habitacionais nacionais, considerando a análise sobre a hipoteca, na condição de principal lastro de segurança na aplicação da Lei de Mercado de Capitais, e sobre a Alienação Fiduciária em Garantia, desdobramentos no campo processual referentes às cobranças judicial e extrajudicial, interpretadas à luz dos princípios contratuais, encerrando com o exame sobre a possibilidade de revisão de pactos atingidos pela crise.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE ECONÔMICA INTERNACIONAL. DIREITO À MORADIA. HIPOTECA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REVISÃO CONTRATUAL.

ABSTRACT

The surrender to globalization that permeated the socio-economic contexts throughout the world and the consequent direct and indirect effects are unavoidable, and if doubts remain, the finding of the effect called "domino" crisis caused by U.S., ready for the beat. This approach is discussed the basic right to housing, the Housing Finance System, composed of subsystems backed by its main sources of funds - Savings and Guarantee Fund for Length of Service. We analyzed the effects of international economic crisis in national housing contracts, considering the analysis of the mortgage, provided the main ballast in the implementation of Security Act, Capital Market, and the transfer in Fiduciary Warranty, procedural developments in the field for the judicial and extrajudicial collection, interpreted in light of the principles of contract, ending with an examination of the possibility of revision of agreements reached by the crisis.

KEYWORDS: INTERNATIONAL ECONOMIC CRISIS. RIGHT TO HOUSING. MORTGAGE. FIDUCIARY ALIENATION. CONTRACT REVIEW.

1 INTRODUÇÃO

A crise econômica dos Estados Unidos, levada ao mundo por todos os meios de comunicação, pareceu, a princípio, tratar-se de problema localizado, sem reflexos ou maiores conseqüências para outros países. Contudo, vivendo há algum tempo em uma sociedade totalmente globalizada, em que as negociações vêm constantemente desrespeitando fronteiras, a conscientização do problema, suas reais dimensões e conseqüências, desde logo levou os governos atingidos a se posicionarem para enfrentá-la.

Com a experiência de situações de exceção anteriores (1929 nos Estados Unidos e 1990 no Japão) e dos efeitos por ela provocados durante quase uma década, governantes começaram a intervir no sistema financeiro, buscando controlar aquela situação ímpar, considerada pela maioria um autêntico furacão e por alguns uma simples onda passageira, que não se confirmaria.

A empreitada não foi – nem será –, fácil, já que a crise veio impregnada, profundamente, do pleno liberalismo, de grandes períodos de desenvolvimento econômico e *ipso facto*, do crescimento do consumo, ligado direta e estreitamente ao excesso de crédito e de um reprovável descontrole bancário.

Críticas ao liberalismo econômico-financeiro não têm sido poupadas, exercitando-se amplamente a liberdade de repressão às vozes que se arvoraram em defesa da intervenção econômica e controle de mercado pelo Estado.

A presente análise se constituiu de enfoque pontual, específico da situação brasileira, já que o controle e as diretivas do Governo Federal, ainda que morosas e não raras vezes equivocadas, no setor bancário têm sido reconhecidas como positivas na busca de solução para o que se revelou ser uma seríssima tormenta.

Juntamente com outros países, o Brasil não poderia ter ficado imune aos efeitos da crise, ainda que seu sistema financeiro não fosse pautado pela existência de bancos imobiliários como nos Estados Unidos, responsáveis diretos pela subversão da ordem econômica naquele país, fazendo com que muitos trabalhadores sentissem risco ou perda de seus empregos. A diferença entre teoria e prática foi sempre o grande divisor de águas.

Com a efetiva constatação do surgimento e evolução da crise no setor imobiliário americano, este estudo confrontou-a com a realidade brasileira, em especial no campo dos contratos habitacionais, iluminando-a com a luz de sua principal garantia: a alienação fiduciária, uma lei incensada por alguns e execrada por outros, porque medularmente capitalista.

Por meio de novo olhar para a alienação fiduciária foi possível constatar algumas diferenças nas concessões de crédito imobiliário, entre os Estados Unidos e o Brasil. E, sempre que se falou em contratos habitacionais, nunca foi possível deixar de lado o

prisma idealístico e abordar o sagrado direito à moradia, no elenco das políticas públicas, hoje monitoradas pela Lei de Alienação Fiduciária em Garantia de imóveis, também conhecida como de Mercado de Capitais.

2 SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

O homem que, a princípio, andava em bandos como animais, agrupando-se pela necessidade de proteção, alimentação e satisfação de necessidades básicas, foi levado e, aos poucos, por suas crenças, costumes e normais morais, como resultante do gregarismo em que vivia, fez nascer o Direito.

O pensamento sempre foi *meio*, jamais *fim*. Quando não se transformou em *idéia*, para bem pouco serviu. Contudo, apenas a transformação em *idéia* nunca foi suficiente, sendo indispensável sua consubstanciação em *ação positiva*. *As idéias, levadas ao campo das ações, criaram um hábito, um comportamento; do comportamento se originou a formação do caráter e, este, para o bem ou para o mal, tem traçado o destino dos homens.*

Nunca foi da natureza – ou pretensão –, do Direito ser absoluto e imutável, afirmou Coulanges[1]. A lei, que até então era decretada exclusivamente pelos guias espirituais, sempre em nome dos deuses, passou a ser elaborada por legisladores que, recebendo o poder outorgado pelo povo, a exerciam em seu nome e, reflexivamente, no interesse coletivo.

E Coulanges, com a invulgar capacidade que o caracterizou, em traços seguros, apresentou uma didática idéia de como tudo se processou.

O legislador, portanto, não representa mais a tradição religiosa, mas a vontade popular. A lei, doravante, tem por princípio o interesse dos homens, e por fundamento o assentimento da maioria. Daqui resultaram duas conseqüências: primeiro, a da lei já não se apresentar como fórmula imutável e indiscutível. Ao tornar-se obra humana, reconhece-se alterações. Dizem-nos as XII Tábuas: “Aquilo que os sufrágios do povo em último lugar ordenaram, é a lei.” De todos os textos que nos restam desse código, nenhum há de maior importância do que aquele, nem que melhor indique o caráter da revolução então operada no direito. A lei não é mais uma tradição sagrada, *mos*, mas simples texto, *lex*; e como a vontade dos homens que as fez, essa mesma vontade pode modificá-la.[2]

Em realidade mais próxima, indispensável foi considerar que o pensamento do homem sempre decorreu de sua racionalidade, e que o agrupamento de ações individuais acabou por resultar em um outro ente, inteiramente diverso do indivíduo isolado: a sociedade.

Acompanhando a linha do tempo foi possível visualizar e compreender a evolução do homem, da sociedade, do pensamento e das ciências, com seus reflexos sobre os ideais e dogmas que sobreviveram aos anos para, ao fim e ao cabo, legitimar o poder, a dominação econômica, política e social.

A evolução social define, dentre outras necessidades humanas, aquela referente à moradia como local indispensável ao abrigo da pessoa humana. O trajeto temporal, cultural, social e jurídico instalam o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais, consagrado no ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional n. 26/2000 nas texturas do largo espectro de dimensões sociais.

Segundo Bastos, a grande lacuna que existia na área urbana e a grande pressão popular “(...) dificultavam a estabilidade do país e poderia atrapalhar o desenvolvimento pretendido (...) daí a importância de se ofertar moradia própria aos trabalhadores, aos mais pobres, criando nestes, sentimentos de propriedade e simpatia ao regime”.^[3]

A questão do direito à moradia no Brasil também poderia ser analisada por esse prisma ao se constatar que, desde 1964 (criação do Sistema Financeiro de Habitação pelo governo militar, lei 4.380/64), a principal preocupação foi resolver o *déficit* habitacional.

O Sistema Financeiro de Habitação – SFH dividia-se em dois subsistemas, baseados em suas principais fontes de recursos: o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos – SBPE e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Assim, os recursos do SBPE^[4] eram disponibilizados para empreendedores construírem imóveis para atender interessados com renda média e alta.^[5] Por sua vez, os recursos do FGTS, geridos pelo Banco Nacional de Habitação – BNH, então órgão central do SFH, destinavam-se “(...) basicamente à construção de casas e conjuntos populares e, em menor escala, ao saneamento e desenvolvimento urbano”.^[6]

A crise no setor imobiliário no Brasil iniciou-se nos anos 70, reflexo da crise econômica vivida no cenário mundial. Nesse passo, a farsa do milagre econômico, tão difundido no governo de Ernesto Geisel (1974/1979), revelou-se: a inflação sobe, o crescimento econômico cai, a dívida externa aumenta e, em consequência, os investimentos do governo diminuem.^[7]

A inadimplência aos contratos firmados foi reflexo da diminuição do poder aquisitivo do trabalhador que já não conseguia pagar as prestações habitacionais que se tornaram demasiadamente elevadas. O governo, então, na tentativa de solucionar a crise do SFH criou o Plano de Equivalência Salarial – PES e o Fundo de Compensação das Variações Salariais – FCVS.

O PES previa que o reajuste das prestações seria anual e na proporção do aumento do salário mínimo, e os saldos-devedores (repetição: suprimir), devendo os saldos-devedores variar de acordo com a inflação. Daquela forma, o prazo de amortização aumentava e, para cobrir tal aumento, o FCVS deveria quitar a dívida restante do

mutuário quando o prazo ultrapassasse 50% do pacto originário, funcionando como uma espécie de seguro para quitação do saldo-devedor.[8]

Em 1986, o Sistema Financeiro de Habitação sofreu grandes alterações com a edição do Decreto-lei n. 2.291/1986, que extinguiu o BNH e transmitiu suas atribuições entre o então existente Ministério de Desenvolvimento Urbano, Banco Central do Brasil e Caixa Econômica Federal.

Destacou-se que a Constituição Federal de 1988 não previa originariamente a moradia como um direito social, mas com a Emenda Constitucional n. 26, de 14/02/2000, passou a constar no rol dos direitos sociais (artigo 6º da Constituição Federal).

Nos anos que se seguiram foram diversas as tentativas do Governo em superar o *déficit* habitacional: em 1990 foi lançado o Plano de Ação Imediata para Habitação, que se propunha a financiar 245 mil habitações totalmente custeadas com recursos do FGTS; entre 1992 a 1995 incluiu-se o da Carta de Crédito Individual; em 2001 foi criado o programa de Arrendamento Residencial pela lei n. 10.188, de 12/02/01, destinado à população de baixa renda; em 2004, com a Lei n. 10.998, de 15/12/04, foi alterado o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social.[9]

Os efeitos da crise surgida no final da década de 70 – que se estendeu por toda a década de 80 –, se fez sentir no Poder Judiciário, que teve, e ainda tem, que julgar as demandas envolvendo revisões e execuções de contratos habitacionais.

O Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a execução do contrato pela via extrajudicial (Decreto-lei n. 70/1966), frustrou o direito à moradia, como maior expressão de conquista, constitucionalmente garantido, bem como a sobrevivência do próprio SFH, como meio social coletivo que efetivou aquele direito, restando aos mutuários apenas a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais.

Atualmente, com a grande expansão do mercado imobiliário no país, o sistema de garantia real previsto na Lei 9.514/1997, por meio da alienação fiduciária de bem imóvel, tem sido bastante utilizada pela segurança que tem representado ao investidor que, além da garantia real, dispõe de mecanismos céleres para a execução do contrato. Eis aqui o primeiro fator que diferenciou a concessão de crédito mobiliário no Brasil em relação aos Estados Unidos.

3 A CRISE ECONÔMICA INTERNACIONAL E SEUS REFLEXOS

3.1 Euforias financeiras e crises econômicas

Antecedendo às crises econômicas, sempre ocorreram períodos de euforia financeira relacionados a grandes ou pequenos eventos, envolvendo notas bancárias, títulos, imóveis, artes, ouro e outros ativos. Nesse sentido Galbraith:

Títulos, terrenos, objetos de arte ou outros bens adquiridos hoje passam a valer mais amanhã. Esse aumento e a esperança de outros aumentos atraem novos compradores; os novos compradores garantem novos aumentos. Outros tantos são então atraídos e outros tantos também compram. E o movimento altista continua: a especulação alimentando-se de si mesma confere a si mesma o seu próprio ímpeto.[10]

A crise financeira possui alguns estágios que a caracterizam e que se repetem na história, tais como: os eventos especulativos, endividamento alavancado e, após o inevitável colapso, a busca por “culpados”.[\[11\]](#)

As principais características que antecedem uma crise para Hyman Minsky, são: oferta de crédito quando a economia está em fase de prosperidade, seguida por endividamento, diminuição da avaliação de risco de crédito e redução dos empréstimos quando a situação econômica começa a dar sinal de enfraquecimento.[\[12\]](#)

Charles F. Kindleberger aponta três situações que podem atenuar uma situação de pânico no mercado:

(1) os preços caem tanto que as pessoas sentem-se estimuladas a manter parte de suas riquezas em ativo menos líquidos, (2) o estabelecimento de um “circuit breaker” que interrompa as quedas dos preços no mercado de ações como, por exemplo, o encerramento de transações ou o fechamento da bolsa de valores por um determinado tempo, (3) a presença de um fornecedor de empréstimos que possa convencer os agentes do mercado de que a quantidade de moeda disponível será suficiente para atender a demanda.[\[13\]](#)

Nas economias modernas as crises financeiras vêm sendo demarcadas de forma recorrente pelas frequentes crises bancárias e monetárias, não obstante todo o progresso e integração mundial de mercados e a atuação de organismos internacionais (FMI, Banco Mundial, BID), diferentemente das ocorridas anteriormente, pois causadoras de “um efeito de contágio”, espalhando-se rapidamente para os demais países.[\[14\]](#)

3.2 Quebra de confiança e abalo na concessão de crédito no setor imobiliário americano

Após acompanhar os passos da crise econômica internacional, iniciada nos Estados Unidos, a conclusão obtida pareceu simplória: os contratos deveriam continuar sendo cumpridos; as partes deveriam comportar-se de forma leal e de boa-fé durante toda a

contratação; por fim, as partes deveriam confiar em seus parceiros negociais. Em tal passo, a sociedade americana se encontrou diante de princípios contratuais não observados. Para comprovação, bastou um breve resgate sobre as origens da crise econômica.

Superada a crise das empresas de internet em 2001, o Banco Central Americano (Federal Reserve), num período de dois anos reduziu a taxa de juros de 6% para 1% ao ano, objetivando, certamente, acelerar o desenvolvimento econômico com a concessão de crédito. Com isso, os imóveis dobraram de preço e as empresas começaram a emprestar desprovidas de garantias, confiando, apenas nas negociações na Bolsa de Valores, pois os títulos representativos dos créditos hipotecários eram vendidos no mercado financeiro como se tivessem total credibilidade. Contudo, quando o valor dos imóveis passou a baixar e os financiadores deixaram de pagar as prestações dos empréstimos, todo o sistema sentiu os efeitos.

A crise na confiança se iniciou com o descumprimento dos contratos de financiamento imobiliário nos Estados Unidos, a longos prazos, quando o próprio bem era dado em garantia e as hipotecas eram renegociadas com fulcro em falsa valorização dos imóveis.

Embora a hipoteca representasse uma garantia de que, em caso de descumprimento do contrato, o financiador retomasse o imóvel, ficou evidente que aquele não era o objetivo do banco, uma vez que, além de deixar de auferir os juros do empréstimo, caso tivesse que retomar o bem, teria grandes despesas com o procedimento, acrescidas da conservação do imóvel, até a revenda para terceiros.

A análise do risco de concessão do crédito sempre foi um fator importante na operação, nó górdio da questão e fonte dos problemas que começaram a surgir

Para reduzir as chances de ter de retomar o imóvel, o banco que empresta a hipoteca, tradicionalmente, fazia uma análise detalhada da ficha de crédito do candidato a financiamento, examinando sua renda, seu crédito na praça, suas perspectivas profissionais etc., de modo a reduzir a chance de fazer um empréstimo a alguém que não pudesse pagar de volta o dinheiro tomado. Os tomadores que não preenchessem essas condições não receberiam empréstimos. O termo *sub-prime*, que se tornou tão conhecido em todo o mundo, identifica precisamente os indivíduos que não teriam renda, ou garantias, ou história de crédito que justificassem a concessão do empréstimo. Em outras palavras, essas eram as pessoas que ficavam de fora do mercado de financiamento de imóveis, por falta de qualificações suficientes para convencer as instituições financeiras de que eram um risco aceitável.^[15]

Levando em consideração o grande número de pessoas que se encontravam nessa situação (*sub-prime*), os investidores passaram a percebê-los como potenciais financiadores, flexibilizando-se a análise do risco, na crença de que a economia americana continuaria bem e, nas estatísticas, tais pessoas, mesmo sem empregos fixos, possuíam renda estável e trabalho contínuo.

Segundo Fernando Cardim de Carvalho^[16], para convencer as pessoas a contratarem empréstimos, os bancos cobravam taxas de juros baixas nos primeiros anos do

financiamento imobiliário, aumentando de forma drástica depois de certo tempo, e, por conseqüência, as famílias que aceitaram o empréstimo na crença de que poderiam arcar com os juros, acabavam descobrindo que o débito se tornava muito elevado e, assim, deixavam de pagar as prestações.

A outra face da operação foi a venda daqueles títulos para fundos de investimento, bancos, empresas, sem que o comprador daquele título tivesse noção do risco, por desconhecerem que as hipotecas eram a garantia da operação. Por sua vez, quando a inadimplência começou a se generalizar, os financiadores deixaram de aplicar no setor imobiliário, diminuindo a concessão de crédito e os investidores que compraram os títulos passaram a perceber que não teriam o retorno financeiro que esperavam e começaram a tentar vender esses papéis, que naquela altura não possuíam grande valor

A tentativa de se livrar deles, de qualquer forma, foi o suficiente para fazer com que o valor desses papéis no mercado caísse vertiginosamente. Na verdade, a desconfiança passou a atingir também outros papéis semelhantes aos *subprime*, contagiando outros segmentos do mercado de capitais. Na dúvida, é melhor tentar vender todos esses papéis antes que outros o façam. Os preços de todos os títulos vão desabando, um a um.[17]

Essa sensação de insegurança e desconfiança piorou a situação, pois mesmo os bancos que não haviam sofrido os efeitos imediatos da crise passaram a não conceder créditos, o que contribuiu para entrave da economia mundial.

E foi para dar um “fôlego” à confiança e ao crédito que o governo de George Bush conseguiu aprovar a liberação de 850 bilhões de dólares para socorrer o sistema financeiro, com a compra dos títulos desvalorizados advindo das hipotecas no final de 2008. Em tal passo, a crise foi agravada pela inobservância de princípios contratuais basilares, tais como o da boa-fé objetiva, função social e equidade. Com efeito, sempre decorreu do princípio da boa-fé objetiva a transparência, o dever de informação entre as partes na relação negocial, sobretudo por parte da detentora do poder econômico e que predispôs as cláusulas contratuais. Quando existisse efetiva lealdade, eliminada estaria a linguagem obscura e, comutativamente, a possibilidade de onerosidade excessiva, consagrando a confiança na relação contratual. Sobre a transparência e seu desdobramento, foi destacado:

E a confiança contratual nunca se fez tão importante, uma vez que cresce o desestímulo à leitura do instrumento previamente redigido, em face da incapacidade do aderente em alterá-lo, pois inexistente o poder de negociação. Do que adianta ler, se não posso modificá-lo? Assino-o e consumo o bem da vida! A confiança negocial há de ser garantida pelo respeito ao princípio da transparência.[18]

A informação tem se tornado um fator cada vez mais importante, destacando-se que deve ser apresentada de forma clara e objetiva no contrato, possibilitando aos contratantes, entender termos, objeto, condições e efeitos dela decorrentes. Por tal ângulo, a relevância da confiança e da informação, avultaram em significado frente à padronização dos contratos, eis que inexistiam pré-negociação de cláusulas, e, ao aderente, só haveria possibilidade de aceitar todas as disposições ou não contratar. Assim, diante da real desigualdade econômica e social existente entre as partes, tornou-se imperativo reconhecer que uma parte na relação negocial era mais forte que a outra, por deter informações e poder econômico.

Couto e Silva[19] preleciona que “O dever de esclarecimento, como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara, certa circunstância de que, o ‘alter’ tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda, ignora totalmente”.

A crise econômica internacional comprovou que o contrato descumprido afetava a coletividade, com elevação de preços dos produtos e serviços, alta dos juros bancários, exigências cada vez maiores de garantias contratuais, aumento de demandas judiciais, contribuindo, assim, para a sensação coletiva de insegurança.

3.3 O espaço imobiliário brasileiro e a resistência à crise

Considerando as origens da crise econômica, quanto maior fosse a ligação e dependência com o sistema financeiro americano que uma região tivesse, maiores seriam as conseqüências por ele sofridas, como foi o caso do continente asiático dependente do mercado consumidor americano e da Europa, cujos sistemas bancários sempre estiveram ligados a *Wall Street*.

Os reflexos da crise econômica internacional não se fizeram sentir no setor imobiliário brasileiro. Os números demonstraram efetivo crescimento na concessão de crédito para financiamento de imóveis. O fato se deveu em grande parte ao próprio governo brasileiro e suas políticas de incentivo à concessão de crédito, às fontes seguras de recursos provenientes da poupança e do FGTS, aliado ao modelo contratual adotado pelas instituições financeiras (rigorosas análises de risco na concessão de créditos), taxas elevadas de juros, superiores a 12% ao ano e ao sistema de garantia pactuada que se implementou por via da alienação fiduciária.

Segundo a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP, as contratações de financiamento imobiliário pareceu ser um dos poucos setores do crédito que manteve crescimento relativamente alto em relação aos dados do ano passado:

Os bancos concederam R\$ 1,905 bilhão em empréstimos no primeiro mês do ano, avanço de 17,5% em relação ao patamar de 2008. Os recursos foram suficientes para a construção e aquisição de 17,7 mil unidades, crescimento anual de 3,85%. Nos últimos doze meses, o número de unidades financiadas superou 300,3 mil e o volume de recursos, R\$ 30 bilhões.[20]

Destacou-se que aquelas operações foram realizadas com recursos da caderneta de poupança, feitas pelos agentes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), sublinhando-se que no ano de 2008 o volume de concessão de empréstimos imobiliários para mutuários e empresas da construção civil chegou a R\$ 30,048 bilhões, registrando avanço de 64,4% em relação aos R\$ 18,282 bilhões de 2007.[21]

Nos primeiros meses do corrente ano, o crescimento de contratos imobiliários firmados também cresceu, tendo a Caixa Econômica Federal atingido números recordes, com a liberação em janeiro e fevereiro do total de R\$ 4,2 bilhões para as operações de crédito, representando crescimento de 119% em relação às liberações feitas no mesmo período do ano passado. O número de unidades financiadas chegou a 94,68 mil, o que indicou um aumento de 130%. Nos meses citados, os empréstimos com recursos das cadernetas de poupança totalizaram R\$ 2,4 bilhões, o equivalente a 57% do volume contratado até o dia 28 de fevereiro. Ao todo foram 54,75 mil unidades financiadas por via dessa modalidade.[22]

Os recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), no montante de R\$ 1,7 bilhão, serviu para o financiamento de 35,96 mil imóveis. A média diária de contratação nacional chegou a R\$ 108 milhões, para 2,39 mil contratos. Em igual período de 2008, a média diária desses negócios estava em R\$ 49,4 milhões e 1,039 mil contratos.[23]

Aquele crescimento não passou despercebido à comunidade internacional, constando de notícia veiculada em página da Caixa Econômica que a revista semanal inglesa, *The Economist*, publicou matéria reconhecendo a participação dos bancos brasileiros como um ponto positivo no combate à crise financeira internacional. Foi ressaltado que os aspectos da economia brasileira ainda que considerados negativos e atrasados, com a forte participação estatal naquele setor, criou cenário de menores perdas na crise internacional, direcionando recursos e financiamento aos setores da economia, nos quais havia mais e maior necessidade e “(...) impondo reservas compulsórias e taxas elevadas ao crédito, que desencorajaram os ‘riscos selvagens’, responsáveis pela queda do sistema bancário na Europa e EUA”.[24]

Com o crescimento na contratação dos créditos destinados à aquisição de bem imóvel, necessário foi ressaltar que tanto a aplicação de taxas de juros mais elevadas em relação aos Estados Unidos e aos países europeus, como o sistema de garantia utilizado, por via da alienação fiduciária, não resguardaram ou garantiram a inoccorrência de inadimplência ou de conflitos em torno de algumas cláusulas insertas nos contratos de financiamento o que, de resto, sempre compôs o processo. Assim, importante traçar algumas considerações sobre o contrato imobiliário com garantia de alienação fiduciária.

4 UMA QUESTÃO DE GARANTIA: O DECLÍNIO DA HIPOTECA E A LEI 9.514/97

O instituto da hipoteca no Direito apresenta-se como direito real de garantia, visando, a um só tempo, assegurar o pagamento da dívida e, por consequência, o credor.

A utilização da hipoteca como garantia do débito demonstrou ser onerosa e lenta quando de sua execução, gerando grandes controvérsias judiciais. Sob certo aspecto, a Súmula 308, do Superior Tribunal de Justiça, disciplinou a questão ao dispor: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Não obstante, o entendimento da Súmula, na hipoteca contratada a favor da instituição financeira, mesmo que a incorporadora não a pagasse, a liberação do gravame poderia ser efetuada.

Para dotar o SFH de um mecanismo eficaz na recuperação de seus recursos, foram criados dois procedimentos de execução de hipotecas, além do sistema tradicional de execução, previsto no Código de Processo Civil, a execução extrajudicial, do Decreto-Lei 70, de 1966, e a execução judicial por rito especial, da Lei 5.741/1971.

A execução extrajudicial é realizada pelo agente fiduciário que não mantenha vínculo com o credor hipotecário ou o devedor. Com o inadimplemento, o devedor deveria ser notificado pelo agente fiduciário para purgar a mora e, não o fazendo, o imóvel iria a leilão público nos 15 dias subseqüentes, pelo valor da dívida e demais encargos. Caso houvesse licitante e o valor proposto para arrematação fosse superior ao valor da dívida, a diferença seria devolvida ao devedor. Não havendo licitante, o imóvel seria adjudicado ao credor hipotecário pelo valor da dívida, incumbindo-lhe, se o imóvel continuasse ocupado pelo devedor, ingressar em juízo pleiteando a imissão na posse do imóvel cuja hipoteca foi executada.

Pela execução judicial prevista pela Lei 5.741/71, específica para cobrança de crédito hipotecário, o devedor que estivesse com mais de três prestações em atraso, seria executado e teria penhorado o imóvel objeto da hipoteca, devendo desocupar o imóvel para que a execução prosseguisse.

Nas execuções comuns no direito brasileiro, há obrigação, de antes de se levar um bem a leilão, que se faça uma avaliação para esse fim, mas na execução na forma da lei 5.741/71 a avaliação é dispensada. Conforme a letra da lei, se não houver o pagamento dos valores em atraso, o bem deve ser vendido em hasta pública, em um único leilão e, não havendo licitante, o imóvel pode ser adjudicado pelo credor.

Observou Fleury que o Poder Judiciário brasileiro “ao longo dos anos “modificou” algumas disposições desse tipo de execução”, pois os Tribunais passaram a exigir do credor que, antes do leilão, fizesse avaliação do bem imóvel por perito judicial. Ainda, os credores não conseguiam que os magistrados determinassem a desocupação do imóvel para que se procedesse a execução. Dessa forma, os devedores permaneciam nos

imóveis mesmo após a adjudicação do bem, sendo necessário que o credor interpusesse ação específica para desocupação do imóvel. Todos esses ônus oneravam a execução e causavam prejuízos para o credor, além de atrasar o andamento. Em relação ao leilão a jurisprudência passou a determinar “a realização de pelo menos dois leilões, o que acarreta, mais uma vez, em aumento de custos que prejudicam a recuperação de valores investidos”.^[25]

Como conseqüência do desenvolvimento econômico do país, aumentou a demanda por crédito imobiliário, problemas em relação à hipoteca, ocasionando a busca de formas mais eficazes para garantia da operação.

Com relação às garantias tradicionais ao crédito, observou Moreira Alves:

As existentes nos sistemas jurídicos de origem romana – e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese – não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las, ou pela superposição a elas de privilégio em favor de certas pessoas, especialmente do Estado.^[26]

Assim, a alienação fiduciária em garantia, originariamente concebida para aplicar-se às relações contratuais envolvendo coisas móveis, com o advento da lei 9.514/97, passou a ser aplicada para financiamentos imobiliários, como forma de garantia da operação.

Em seu artigo 17 a lei dispôs que operações de financiamento imobiliário em geral poderiam ser garantidas por hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios ou aquisitivos, decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis, prevendo no inciso IV, a alienação fiduciária de bem imóvel.

Para Feliciano^[27] o legislador procurou “(...) estimular a atividade econômica disponibilizando às financeiras modalidade de garantia sem precedentes no direito pátrio”, na tentativa de combater o *déficit* nas habitações brasileiras.

Mezzari^[28] não reconheceu qualquer cunho social à lei, acreditando que seu objetivo era fundamentalmente econômico, pois buscou, acima de tudo, criar um mercado atrativo ao emprego do capital nacional, conseqüente à segurança nela inserta.

Alguns objetivos foram alcançados pela lei, uma vez que com a experiência obtida no Sistema Financeiro de Habitação (criado pela lei 4.380/64), o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI acabou por incrementar o acesso à moradia sem o dispêndio de recursos públicos, autorizando os interessados a captarem recursos no mercado financeiro e de valores mobiliários.

A definição de alienação fiduciária foi trazida no artigo 22 da lei: “(...) é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. O

contrato ficaria vinculado a uma linha de financiamento imobiliário, para a qual o credor fiduciário forneceria recursos ao devedor fiduciante, objetivando a aquisição ou construção de imóvel.

O parágrafo primeiro do artigo 22, renumerado pela Lei 11.481/2007, previu a tendência de se generalizar a utilização do instituto, autorizando a alienação fiduciária de imóveis contratados por pessoa física ou jurídica, “(...) podendo ter como objeto bem imóvel concluído ou em construção e a tornaria não privativa das entidades que operam no SFI”.^[29]

Com a generalização da aplicação da alienação fiduciária pela iniciativa privada, não foi difícil concluir que os contratos formalizados acabaram por ser apreciados pelo Poder Judiciário, considerando a probabilidade de serem incluídas cláusulas abusivas, viabilizando, então, a revisão ou anulação de anomalias contratuais.

5 O CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS: INADIMPLÊNCIA E ASPECTOS PROCESSUAIS

Nunca pairaram dúvidas de que o “sonho do brasileiro” sempre foi a aquisição da casa própria. Como, na maioria das vezes as pessoas não possuíam o valor em dinheiro para pagar vendedor ou construtor, viram-se obrigadas a procurar crédito perante as instituições financeiras. O contrato de alienação fiduciária seria fruto daquela premente necessidade de financiamento creditório, no qual a instituição financeira concedia empréstimo para pagamento da aquisição do imóvel e, em garantia, fazia a transferência da propriedade resolúvel e a posse indireta do bem, mediante registro do contrato assinado, formalizado em cartório imobiliário. Assim, ao se falar em fidúcia sempre se teve presente confiança, crença na existência de boa-fé, já que a origem etimológica da palavra “(...) está na confiança (*confidere*), que é o ato de quem espera que o outro se conduza como o desejado, pois tem fé (fidúcia) no cumprimento da palavra empenhada”.^[30]

Nos demais negócios jurídicos, as partes deveriam sempre agir com lealdade e boa-fé desde as tratativas iniciais até a contratação, com registro do contrato na circunscrição imobiliária competente, dali surgindo a propriedade fiduciária, o conseqüente desdobramento da posse. Por tal processo, o credor fiduciário teria posse indireta do imóvel e o devedor fiduciante, direta, podendo usar e gozar do bem conforme sua destinação, responsabilizando-se pela sua conservação e eventuais destruições ou deterioração.

O *constituto possessório* caracterizou-se pela “(...) inversão no título da posse do objeto, pela qual o fiduciante que o detinha, na qualidade de proprietário (em nome próprio), continua a mantê-lo, só que agora na condição de depositário”.^[31] Por tal meio, o novo proprietário adquiriria a posse indireta por ficção, porque “(...) não foi preciso qualquer ato material de entrega da coisa por parte do fiduciante ao tempo da alienação”.^[32]

A *propriedade resolúvel* se definiria pelo próprio objetivo do negócio, consubstanciado na garantia, fazendo nascer com previsão expressa de ser extinta, de ser resolvida, já que com o pagamento do financiamento, a propriedade retornaria ao fiduciante[33].

Outra característica da propriedade fiduciária, advinda do contrato de alienação devidamente registrado, seria a afetação patrimonial, que “(...) consiste em uma restrição pela qual determinados bens que se encontrem no patrimônio de uma pessoa serão tratados como bens independentes do patrimônio geral da pessoa”. [34] Na prática, isso significou que o bem afetado, por não integrar o patrimônio do credor fiduciário, não sofreria com as ações de cobrança interpostas por terceiros.

5.1 Considerações sobre cobranças judicial e extrajudicial

Para que o credor fiduciário, ante o inadimplemento do contrato, pudesse consolidar-se no domínio da propriedade dada em garantia, deveria atender às formalidades previstas em lei.

O artigo 39, inciso II, da lei 9.514/97 previu que para as operações de financiamento imobiliário, seriam aplicáveis as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

O artigo 29 do Decreto-lei 70/66 dispôs que o credor (no caso, hipotecário) poderia promover execução da dívida na forma do Código de Processo Civil ou extrajudicial, constante da própria lei.

Face ao exposto, o contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, atendido os requisitos legais, constitui-se em título executivo, com autonomia para ser exigido judicialmente.

Ponderou Saad[35] que se o fiduciário escolhesse interpor cobrança judicial não poderia, posteriormente, desistir daquele procedimento e optar pela via extrajudicial, porque, uma vez eleita uma forma de cobrança, haveria implícita renúncia a outro procedimento, conforme disposto na lei 9.514/97.

Na cobrança extrajudicial, primeiramente deveria o fiduciário constituir o fiduciante em mora, intimando-o por meio do Cartório do Registro de Imóveis a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencessem até a data do pagamento, acrescida de juros convencionais, penalidades e demais encargos contratuais, legais, inclusive tributos, contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além de despesas com a cobrança.

No § 3º do artigo 26, da lei 9.514/97, a intimação deverá ser pessoal, por meio do representante legal ou procurador legalmente constituído. Pode, ainda, ser feita a intimação pelo correio, com aviso de recebimento, sendo que, caso não se encontre o devedor fiduciante, deverá ser publicado em edital.

Problemas iniciais oriundos da cobrança extrajudicial poderão surgir, seja porque muitas vezes o recebimento da intimação não foi feito pelo próprio fiduciante ou pessoa

legalmente habilitada por ele, mas por funcionário de uma pessoa jurídica ou empregado da pessoa física ou, não raras vezes, pelo porteiro do prédio onde ele reside.[36]

A intimação deve ser feita pessoalmente ao devedor ou seu representante com poderes expressos para o recebimento de intimações, sendo que, se a correspondência for remetida pelos Correios, o AR deve ter sido assinado pelo próprio devedor ou seu representante, objetivando garantir-lhe a possibilidade de saldar a dívida ou tomar medidas cabíveis em defesa de seu patrimônio.

As despesas a serem cobradas do fiduciante, além das mencionadas no § 1º do artigo 26, serão as realizadas para conservação ou recuperação do imóvel. Não têm sido poucas as vezes em que o fiduciário recebeu o imóvel em péssimo estado de conservação ou, ainda, quando a degradação foi provocada dolosamente pelo fiduciante, acrescida de má-fé. Assim, desde que houvesse cláusula contratual dispendo sobre a hipótese, também haveria responsabilidade.[37]

Caso não ocorresse purgação da mora e se consolidasse a propriedade em nome do fiduciário, teria ele 30 dias, a contar da data da averbação da transmissão na matrícula do imóvel, para promover leilão público destinado à venda do imóvel e se, na primeira praça, o maior lance fosse inferior ao valor do imóvel, uma segunda tentativa deveria ser levada a efeito nos quinze dias seguintes. Na segunda hasta pública seria possível aceitar o maior lance, desde que igual ou superior ao valor da dívida, incluindo-se despesas com os prêmios de seguro, encargos legais, inclusive tributos, contribuições condominiais, conforme disposição expressa no § 2º, do artigo 27 da Lei 9.514/97.

Importante destacar que, obtido valor superior ao da dívida com o leilão, o saldo remanescente deveria ser devolvido ao fiduciante e, caso não se obtivesse com o segundo leilão valor igual ao da dívida, pelo § 5º do artigo 27, considerar-se-ia extinto o débito, devendo o fiduciário dar quitação mediante termo próprio ao fiduciante. A obrigação se extinguiria e, por consequência, não se poderia continuar a cobrança do chamado *débito residual*.

Uma questão para reflexão foi trazida por Saad:

A norma legal, ao proceder desta forma e sem maiores cuidados, abriu margem para que no futuro se realizem operações fraudulentas, em atentado ao direito do fiduciante, bastando, para tanto, que se “frustrem os leilões”, transfira-se a propriedade para o fiduciário que poderá alienar, em pouco tempo, o bem por qualquer preço: melhor seria se o comando legal tivesse propagado os efeitos do § 5º, da Lei 9.514/97, por um período de anos.[38]

Quando o bem imóvel a ser leiloadado fosse estimado em valor muito superior ao débito, não sendo alienado no primeiro leilão, seria de se indagar: o imóvel poderia ser arrematado pelo valor da dívida? Mais: caso não fosse vendido no segundo leilão, o credor fiduciário poderia efetivar-se na propriedade definitivamente, mesmo sendo o

valor desta superior ao da dívida? A resposta pela negativa foi apresentada por Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

Há evidente inconstitucionalidade no § 2º, do art. 27, da Lei 9.514/97. O dispositivo permite que no segundo leilão se aceite o maior lance oferecido, sendo bastante que supere o valor do débito em aberto. Assim, se A pagou R\$ 50.000,00 de um débito total de R\$ 70.000,00, quando o seu imóvel for a leilão, nada impede que no segundo leilão seja a coisa vendida por apenas R\$ 20.000,00. Neste caso A não só perderá o imóvel, como tudo que pagou. Há ofensa ao devido processo legal, pois a pessoa será privada do direito de propriedade sem a garantia constitucional do processo e do Estado-juiz. Sempre devemos lembrar que o trinômio vida/liberdade/propriedade é genericamente garantido pelo *due process of law*.^[39]

Se a lei não desse resposta às situações práticas, passíveis de ocorrer, tanto credores como devedores poderiam e deveriam valer-se do Poder Judiciário para dirimir questões que agredissem seus direitos fundamentais. No caso *sub examen* houve clara mutilação do princípio da igualdade, no instante em que o dispositivo legal dispensou tratamento privilegiado ao credor, estimulando legalmente o enriquecimento sem causa, previsto nos artigos 884 a 886 do Código Civil brasileiro.

5.2 Aplicação dos princípios contratuais na solução dos conflitos

Tendo em vista que ambos os contratos têm sido utilizados na comercialização de bens imóveis e haver uma sólida jurisprudência sobre promessa de compra e venda favorável à restituição, com fulcro no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, devedores têm tentado equiparar a alienação fiduciária à promessa de compra e venda, visando à restituição de valores pagos ao credor fiduciário, já que tais pactos vêm sendo utilizados na comercialização de bens imóveis, havendo sólida jurisprudência favorável à tais pretensões. Tais contratos sempre foram distintos um do outro, tanto em estrutura como em função. A promessa de compra e venda definiu *pacto autônomo*, nascendo, se desenvolvendo e se extinguindo independentemente de outra convenção; a alienação fiduciária se definiu como *avença acessória de garantia*, em razão da qual o proprietário de certo imóvel o transmitiria ao credor, em caráter resolúvel, vinculando-o ao cumprimento de determinada obrigação, como explicou Chalub^[40].

No inadimplemento do devedor, a extinção do contrato de promessa por meio de ação judicial, as partes retornariam ao estado anterior, conservando o promitente-vendedor a propriedade do imóvel e, conseqüentemente obrigando-se a devolver valores recebidos do promitente comprador, “(...) depois de deduzir a multa contratual compensatória e demais encargos”^[41].

Na alienação fiduciária, com a extinção do contrato por inadimplemento, a parte devedora ficaria obrigada à restituição da quantia financiada, devendo o credor, que possuísse direito ao conteúdo econômico do bem, vendê-lo em leilão público e, posteriormente, restituir ao devedor o saldo restante.

Embora o artigo 53 do CDC tenha disposto sobre a nulidade da cláusula que previsse perda total das quantias pagas pelo comprador, se o contrato fosse resolvido por inadimplemento, Chalub[42] entendeu que a lei especial da alienação fiduciária estabeleceu modo específico de equilíbrio dos haveres, em coerência com as disposições do dispositivo legal supracitado.

Em caso de antinomias, para o autor prevaleceriam os dispositivos legais *sui generis* sobre os gerais, “(...) sendo certo que as leis que regulam a alienação fiduciária são leis especiais em relação ao CDC, aquelas é que prevalecerão, devendo o art. 53 submeter-se à especialização daquelas normas”[43]. Em tal passo, permanece ainda a discussão em relação a aplicabilidade ou não do CDC aos contratos de alienação fiduciária de imóveis. Pelo fato de a cobrança extrajudicial (à semelhança da execução extrajudicial do Decreto-lei 70/66) ser considerada legal, seria o caso de se questionar: de que maneira o devedor fiduciante poderia defender seus direitos quando discordasse do valor do débito que lhe fosse apresentado? O que fazer quando entendesse que o preço da alienação do bem arrematado no leilão foi vil ou o fiduciário pretendesse ficar com o imóvel, cujo valor fosse superior ao do débito, em situação em que não tivesse ocorrido sua venda nos dois leilões realizados? Seria inimaginável pensar que o sistema legal pudesse privilegiar de tal forma uma das partes deixando sem meios de defesa seus direitos. Ainda que não pudessem ser aplicadas as normas do CDC àqueles pactos, o devedor fiduciante poderia ir ao Poder Judiciário postular: anulação da venda extrajudicial, comprovando a existência de irregularidades formais; revisão do contrato, demonstrando a existência de cláusulas excessivamente onerosas ou sua extinção por serem abusivas; ressarcimento dos danos sofridos, provando o enriquecimento ilícito da outra parte, bem como outras medidas que julgasse conveniente e pertinente para a defesa de seu patrimônio.

O Superior Tribunal de Justiça[44] tem admitido a concessão de cautelar para a suspensão de execução extrajudicial ou leilão, na hipótese de questionamento judicial referente aos valores das prestações, sobretudo quando já houvesse depósito em juízo das parcelas incontroversas.

Para que se excluísse o nome de devedores dos cadastros de proteção ao crédito, em razão do ajuizamento de ação revisional, deveriam eles

[...] necessária e concomitantemente, estar presentes esses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado”. (REsp n. 527.618, relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003).

O devedor deveria agir na defesa de seus direitos tempestivamente, pois adjudicado o imóvel, o STJ tem decidido que inexistiria interesse processual.[45]

Os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, como o da boa-fé objetiva e os deveres anexos, laterais ou secundários (transparência, confiança, proteção, equidade, vigilância, cooperação e assistência), da igualdade material e da função social dos contratos devem ser aplicados em todas as situações, e não somente às relações protegidas pela legislação consumerista. Se os princípios do ordenamento jurídico foram revestidos de imperiosidade, devem ter lugar e vez em todas as relações sócio-econômicas.

De acordo com Enzo Roppo

O contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido [...] a liberdade de contratar assegura também a justiça de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes.[46]

Nalin[47] afirmou que a justiça contratual a ser implementada deveria, fundamentalmente, conter comutatividade, de forma a que cada contratante recebesse, de maneira equitativa e equivalente ao que entregou, afastando-se a abusividade de cláusulas contratuais, permitindo-se revisão da avença para manutenção do equilíbrio contratual a fim de que o julgador não ficasse reduzido apenas à condição de expectador ou de instrumento para o preenchimento das lacunas legais, em especial porque ele sempre deveria utilizar o princípio ético-jurídico da equidade, noção exata do Direito, senso do bem comum e comutatividade.

6 ANÁLISE SOBRE O REVISIONISMO CONTRATUAL

A grande consolidação ou estruturação definitiva do revisionismo ocorreu na República Romana (500 a.C. a 27 a.C.). Tinha como fulcro não a necessidade de revisão, mas outros pressupostos, assemelhados à apelação.

Muito cedo se constatou que nas relações entre os homens nada poderia ser definitivo, já que a própria vida era contingente e situacional, definida pela lei natural de relacionamento entre as coisas. Em tal caminhar, regida pela relatividade dos acontecimentos, sedimentou-se o entendimento de que nenhuma manifestação decisória poderia ser considerada perfeita e acabada e, por isso, revestida de definitividade, como resultado do exame de qualquer irregularidade comportamental denunciada, resultante de convenções privadas ou públicas, em decisões judiciais ou extrajudiciais, singular ou coletiva, na precária disciplina de relacionamento entre os homens. Isso porque sempre existiria espaço para a readequação daquilo que, em dado momento e envolvido por

determinadas circunstâncias, representou a melhor forma do querer das partes, mas que, conseqüente à irregularidade contratual, exigiu intervenção da autoridade. Sinteticamente: nunca foi possível afastar de vez a circunstancialidade que sempre cercou os acontecimentos entre os homens resultantes de ações ou omissões e, conseqüentemente, seus reflexos diretos e indiretos.

A força do velho princípio da obrigatoriedade, arraigado no fiel e integral cumprimento dos contratos (lei entre as partes pelo art. 1.134 do Código Civil francês de 1804)[48], aos poucos foi sendo mitigada pela imposição de uma justiça contratual assentada na saudável filosofia que substituiu a *iluminista individualidade oitocentista* pelo *coletivismo do século XX*.

O pertinente contributo de Fachin não poderia ser esquecido, quando observou que

Não se pode, então, conviver com uma atitude de indiferença ou renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, contribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietudes que estimulem o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seu dilema. Abrir-se para esse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição.[49]

Os contratos – cuja origem se perdeu na noite dos tempos – sempre foram sublinhados por natureza eminentemente interacionista. Realizado por uma ou mais pessoas, caracterizou-se por vincular e pautar suas ações na interdependência das partes, em busca de um mesmo e único fim.

No universo obrigacional tem sido este um postulado de caráter axiomático: sempre que alguém se dispôs a estudar o contratualismo, dois nomes avultaram como marcos epistemológicos definitivos: Lucius Neratius Priscus, conhecido apenas como *Neratius* e Domitius Ulpiano, que o mundo iria reverenciar como *Ulpiano*, também responsável pelos princípios *honeste vivere, alterum non laedere e suum cuique tribuere*.

Na saga dos contratos nunca foi possível discutir os princípios *pacta sunt servanda e rebus sic stantibus* – ou vice-versa – de forma dissociada. Sempre que se discutiu um deles, necessariamente, de forma expressa ou implícita, houve referência ao outro, tão-somente por representarem expressões cunhadas para um único e mesmo fim: equilibrar de forma segura as contratações.[50]

O revisionismo contratual, através dos milênios e tal como hoje se encontra, nasceu de uma *condição implícita na formulação de Neratius*. Ao exigir que as convenções mantivessem seu estado inicial de criação, a conseqüência lógica foi inferida: *se forem alterados por qualquer fato devem ser revistos ou extintos*.[51]

À luz da equidade e comutatividade dos pactos, entre os princípios sempre existiu equilíbrio perfeito e harmonia necessária, direcionados para um mesmo objetivo, a

despeito dos argumentos falaciosos apresentados por anti-revisionistas, contrários à axiomática existência de seu correto e indiscutível equacionamento.

O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente depois do advento do Código Civil de 2002 – a despeito de algumas falhas e lacunas congênicas que o tempo, via doutrina e jurisprudência, acabarão por depurar –, tem sido considerado um dos mais avançados do mundo. Destacou-se, para tanto, inclusão dos artigos 317 e 478 a 480 (revisão contratual), 421 (função social das convenções) e 422 (exigência expressa da boa-fé contratual), com ênfase constitucional para o respeito à dignidade humana, dispositivos que lhe asseguraram, com toda certeza, um lugar de destaque no cenário mundial.

Os institutos colocados à disposição do relacionamento entre os homens, em especial das contratações, com garantias reais (hipoteca e penhor) ou pessoais (aval e fiança), ao lado das inúmeras inovações no campo das obrigações têm sido até certo ponto satisfatórias nas relações entre os homens, condicionando-se apenas ao decorrer do tempo seu aperfeiçoamento.

A questão nuclear permanece atrelada à possibilidade de revisão dos contratos, cuja onerosidade excessiva tenha sido motivada por crise econômica internacional. Sem adentrar no estudo do caso americano, de conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro a matéria deve ser analisada à luz dos dispositivos do Código Civil de 2002 e, também, do Código de Defesa do Consumidor, em atenção ao diálogo das fontes. O Código Civil de 2002 trata da revisão contratual por fato superveniente diante de uma imprevisibilidade somada à onerosidade excessiva, contudo, de forma diferente daquela adotada pelo CDC e observado o Enunciado 22 do CJF face a relevância do acolhimento do princípio da conservação contratual.

Nesse sentido, afirma Nelson Borges:

Haveria espaço para o emprego da Teoria da Imprevisão se, depois de adquirido o bem, paga algumas prestações – do outro lado – entregue parte do pedido, sobreviesse acontecimento imprevisível, de proporções internacionais ou locais, que alterando a base da contratação, tornasse extremamente difícil o cumprimento da obrigação de qualquer das partes.^[52]

Tartuce, ao sustentar a necessidade e adequação da revisão contratual, em acréscimo, explicita que até mesmo uma pequena oscilação de preço pode representar excessiva onerosidade para a parte vulnerável, especialmente em contrato de financiamento onde para uma família de baixa renda a oscilação pode provocar forte desequilíbrio contratual.^[53]

Por estas considerações e com a cautela indispensável à observação dos desdobramentos da crise econômica internacional, cabe reafirmar que futuros e possíveis desequilíbrios contratuais decorrentes dos pactos firmados junto ao sistema financeiro habitacional e que venham acarretar excessiva onerosidade para a parte vulnerável caberá, por indispensável, a revisão do contrato.

CONCLUSÃO

A crise econômica, muito mais de confiança, desperta a consciência para a mutabilidade. O contrato como instituto fundamental das democracias, até mesmo as mais capitalistas, têm necessariamente função social indispensável à harmonia e prosperidade dos pactos em relação aos compromissos jurídicos econômicos e sociais.

O modelo americano de financiamento da casa própria excedeu limites e princípios, indicativo de que se havia alguma racionalidade negocial de início, foi estiolada por seu próprio sistema hipotecário.

A ruptura da congruência negocial, podendo ser considerada até mesmo onírica, antípoda do perfil negocial pós-moderno, causou a maior inadimplência já conhecida nos contratos de massa, atingindo o setor imobiliário americano para, na seqüência, romper com as bases da economia mundial, cobrindo com abusos graves os pactos dissolvidos completamente, antes respeitados, orientando todo um fluxo negocial dos mais significativos e até então promissor.

A grande crise triturou os contratos imobiliários na esfera negocial imobiliária, como também na esfera econômica e política, levando a termo a era das hipotecas americanas.

No Brasil, a forte intervenção estatal, e o modelo de poupança brasileira, somados aos recursos financeiros captados pelo FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, subsidiaram o financiamento da casa própria, guarnecendo o referido sistema com recursos sólidos, lastro seguro dos contratos imobiliários, sem comprometer recursos públicos.

No mercado imobiliário brasileiro há crédito e confiança, que a despeito da crise econômica mundial segue em fase de expansão, mas deve ser observado com moderação.

A alienação fiduciária assegura a facilidade de crédito e de confiança pela própria natureza jurídica da fidúcia, respaldada na lealdade e boa-fé, considerando a vantagem de ser a propriedade resolúvel, extinguindo-se com o pagamento.

O contrato de financiamento com garantia da Alienação Fiduciária é título executivo podendo ser executado judicialmente de forma mais segura e eficiente, devendo, contudo, recepcionar integralmente os princípios contratuais em todas as fases de sua execução até a conclusão.

Não foi esta a primeira vez – nem será a última – que a humanidade se viu frente a mais uma crise econômica, a exigir dela sacrifícios físicos e mentais de toda ordem. O mais difícil de aceitar como justo e equitativo, situou-se no plano da responsabilidade pela autoria: não foram os países em desenvolvimento (emergentes) que a provocaram, não lhes cabendo, em rigor, a obrigação de pagar uma conta que não fizeram e da qual nenhum proveito tiveram. Isso porque jamais foram convocados para a fruição de

possíveis *bônus*, para que se vissem no pólo passivo obrigados, inexoravelmente, a arcar com o *ônus* de obrigações que não contraíram e para as quais não concorreram, sendo este um dos preços, apenas um, imposto pela irreversível globalização que governa o mundo.

As crises, a despeito de suas nefastas conseqüências no tecido social, têm trazido, ao menos, uma pálida vantagem: fortaleceria os governos, dando-lhes experiência para monitorar, temporal e convenientemente outros distúrbios econômicos que, certamente, hão de vir, devendo ser acatada a possibilidade da revisão dos contratos em caso de onerosidade excessiva, objetivando o reequilíbrio das partes para benefício e a modificação do *status quo* e equilíbrio das relações contratuais tornando o contrato como tem de ser – sólido e eficaz –.

A visão com que foram focalizados os temas deste trabalho mostrou que os problemas, além de serem multifatoriais, sempre apresentaram mais de uma solução. Aos governantes, no setor público e aos particulares restaria apenas aprender com a convulsão econômico-financeira, selecionando e aperfeiçoando a solução possível – não raras vezes – ainda ruim e dela fazer uso em proveito coletivo ou individual.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. *Crédito imobiliário da Caixa salta 119%*. Informe ABECIP n. 5162, p. 17-18. . Acesso em 06 mar. 2009.

BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências*. . Acesso em 15 set. 2008.

BASTOS, Adriana Pessotti. *Reflexões sobre avaliação e impactos dos programas habitacionais: responsabilidade da Caixa para com o desenvolvimento urbano*. Monografia em Especialização em Política Social e Desenvolvimento Urbano. Universidade de Brasília, DF, 2007.

Caixa Econômica Federal. *Revista britânica destaca presença de bancos estatais no Brasil como ponto positivo na crise*. In

CARVALHO, Fernando Cardim de. *Para entender a crise financeira*. Disponível em: <<http://www.abong.org.br/final/noticia.php?faq=19270>>. Acesso em: 27 mar.2009.

CHALUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: os 10 anos de uma lei modernizadora*. Revista do SFI. São Paulo – SP, n. 27, p. 44-46, agosto/2008.

_____. *Alienação fiduciária de bens imóveis: adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor*. Biblioteca virtual Dr. Gilberto Valente da Silva. Acesso em 02 mar. 2009.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Hemus, 1975.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. *Crédito imobiliário no Brasil e execuções hipotecárias*. Trabalho apresentado no transcurso dos estudos em Cartagena de Índias, Colômbia 1 a 3 de março de 2004.

GONÇALVES DA SILVA, Ana Paula. *O sistema financeiro de habitação e o direito social à moradia*. Revista da ADVOCEF, Londrina – PR, n. 6, p. 303-330, maio/2008.

MELLO, Pedro Carvalho de. e SPOLADOR, Humberto Francisco Silva. *Crises Financeiras: uma história de quebras, pânico e especulações do mercado*. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2007.

MEZZARI, Mario Pazuti. *Alienação fiduciária da lei n. 9.514, de 20.11.1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. V. 3, 2 ed.. São Paulo: Método, 2007.

TRAVAGLINI, Fernando. *Crédito imobiliário cresce 17,5% em janeiro, para R\$ 1,9 bilhão*. Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança. <<http://www.abecip.org.br/sitenovo/informe/noticiario.php?id=0000022580>>. Acesso em 13 mar 2009.

[1] COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Hemus, 1975, p. 246-247.

[2] Idem, *ibidem*, p. 246-247.

[3] BASTOS, Adriana Pessotti. *Reflexões sobre avaliação e impactos dos programas habitacionais: responsabilidade da Caixa para com o desenvolvimento urbano*. Monografia em Especialização em Política Social e Desenvolvimento Urbano. Universidade de Brasília, DF, 2007, p. 15.

[4] O reconhecimento de que o Decreto – Lei 70/66 foi recepcionado pela Constituição de 1988 tem sido a praxe nos julgamentos, sendo importante ressaltar o recente julgado (de 2008) do TRF da 1ª. Região, no julgamento da Ação Civil Pública 2002.01.00.020956-5/MG: “A execução extrajudicial está aí há décadas, é aceita unanimemente hoje pelo Judiciário e veio para ficar. (...) Não há nenhum motivo sério para que o Judiciário precise gastar recursos públicos e tempo de seus funcionários e juízes para efetivar meras medidas materiais como a venda de bens dados em garantia real, situação em que o Juiz vira mero cobrador (...)”. “Não é porque a medida material de venda de um bem hipotecado foi passada para o credor ou agente fiduciário a seu mando que o mutuário fica desprotegido, ofendendo-se o devido processo, ampla defesa e contraditório ou a inafastabilidade de controle judicial”. “O mutuário ode consignar as prestações em juízo, discutindo seu correto valor, pode pedir a revisão do contrato, ode pedir a nulidade da execução extrajudicial por vício na aplicação de seu rito ou pela iliquidez da dívida em função de falha na evolução das prestações ou do saldo devedor, enfim, o Judiciário está a todo tempo aberto para a discussão do contrato e a mera medida material de execução extrajudicial não muda isso, não impede a defesa ampla do mutuário quando bem entender”. (GONÇALVES DA SILVA, Ana Paula. *O sistema financeiro de habitação e o direito social à moradia*. Revista da ADVOCEF, Londrina – PR, n. 6, maio/2008, p. 318).

[5] BASTOS, Adriana Pessotti. *Op. Cit.*, p. 15-16.

[6] BASTOS, *Op. Cit.*, p. 16.

[7] Idem, *ibidem*, p. 16.

[8] GONÇALVES DA SILVA, Ana Paula. *O sistema financeiro de habitação e o direito social à moradia*. Revista da ADVOCEF, Londrina – PR, n. 6, maio/2008, p. 314.

[9] GONÇALVES DA SILVA, Ana Paula. *Op. Cit.*, p. 314-315.

[10] GALBRAITH *apud* MELLO, Pedro Carvalho de. e SPOLADOR, Humberto Francisco Silva. *Crises Financeiras: uma história de quebras, pânico e especulações do mercado*. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2007, p. 22.

[11] Idem, p. 28-29.

[12] MINSKY *apud* MELLO, Pedro Carvalho de. e SPOLADOR, Humberto Francisco Silva. Op. Cit., p. 29-30.

[13] KINDLEBERGER *apud* MELLO, Pedro Carvalho de. e SPOLADOR, Humberto Francisco Silva. Op. Cit., p. 34.

[14] MELLO, Pedro Carvalho de. e SPOLADOR, Humberto Francisco Silva. Op. Cit., p. 171.

[15] CARVALHO, Fernando Cardim de. *Para entender a crise financeira*. Disponível em: <<http://www.abong.org.br/final/noticia.php?faq=19270>>. Acesso em: 27 mar.2009.

[16] Idem, *ibidem*.

[17] Idem, *ibidem*.

[18] NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 147.

[19] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 115.

[20] TRAVAGLINI, Fernando. *Crédito imobiliário cresce 17,5% em janeiro, para R\$ 1,9 bilhão*. Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança. <<http://www.abecip.org.br/sitenovo/informe/noticiario.php?id=0000022580>>. Acesso em 13 mar 2009.

[21] TRAVAGLINI, Op. Cit.

[22] Informe ABECIP n. 5162, p. 17.

[23] Idem, p. 18.

[24] Caixa Econômica Federal. *Revista britânica destaca presença de bancos estatais no Brasil como ponto positivo na crise*. In

[25] FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. *Crédito imobiliário no Brasil e execuções hipotecárias*. Trabalho apresentado no transcurso dos estudos em Cartagena de Índias, Colômbia 1 a 3 de março de 2004, p. 6.

[26] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 3.

[27] FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999, p. 452.

[28] MEZZARI, Mario Pazuti. *Alienação fiduciária da lei n. 9.514, de 20.11.1997*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3-7.

[29] FELICIANO, Guilherme Guimarães, Op. Cit., p. 458.

[30] FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 358.

[31] FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 364.

[32] Idem, ibidem, p. 364.

[33] Foi destacado por Farias e Rosenvald (Op. Cit., p. 365): “Aqui ocorrerá fenômeno inverso ao constituto possessório: é a tradição *brevi manu*, vazada em inversão na natureza da posse, em que aquele que possuía em nome alheio (como depositário) passa a possuir em nome próprio (proprietário), prescindindo-se da transmissão física da coisa”.

[34] FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 367.

[35] SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243.

[36] Renan Miguel Saad (Op. Cit., p. 231) esclareceu: “A jurisprudência, ao tratar da citação – e em igual linha de raciocínio pode-se ventilar para a intimação da Lei 9.714/97 -, vem discutindo sobre a possibilidade de se dar eficácia ao ato processual, dando-se como válida a citação quando entregue, por exemplo, a um funcionário de determinada empresa que não tem poderes de representação ou à convivente de um devedor”. Nesse sentido: REsp 14.515-SP; REsp 26.610-9-SP; REsp 6.631-RJ

[37] SAAD, Renan Miguel. Op. Cit., p. 240-241.

[38] Idem, ibidem, p. 254.

[39] FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 384.

[40] CHALUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: os 10 anos de uma lei modernizadora*. Revista do SFI. São Paulo – SP, n. 27, agosto/2008, p. 44.

[41] Idem, ibidem, p. 45.

[42] Idem, ibidem, p. 45.

[43] Idem, ibidem, p. 45.

[44] REsp 608716 / PE. 2003/0199941-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. 2ª. Turma. Data do julgamento: 16/09/2004. DJ 25/10/2004 p. 308.

[45] Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, restando superadas todas as discussões a esse respeito. IV - Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 prevê em seu art. 32, § 3º, que, se apurado na hasta pública valor superior ao montante devido, a diferença final será entregue ao devedor. V - Recurso especial provido. REsp886150 –

PR Recurso Especial 2006/0160511-1, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma. Data do julgamento: 19/04/2007. DJ 17/05/2007, p. 217.

[46] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 37.

[47] NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 141.

[48] “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi, à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

[49] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 321.

[50] Sobre o princípio romano, duas informações preliminares se fizeram necessárias: a) a cláusula *rebus sic stantibus*, extraída de contexto maior (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*), também constante do Digesto, posteriormente aceita e revigorada pelos canonistas. A Neratius foi atribuída também a fórmula: “Tudo se entende no contrato, desde que permaneçam as mesmas condições e circunstâncias” (No original latino: “Omnis pacto intelligitur rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus”); b) a expressão *pacta sunt servanda* deveu-se à genial criação do jurista Ulpiano.

[51] Em toda a história do contratualismo universal nunca foram criados princípios mais importantes do que *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda*, por engenho e arte de Neratius e Ulpiano, respectivamente. Ambos se preocuparam em dotar, basicamente, as convenções de *equilíbrio* e *segurança*, como até então (séculos II e III a.D) não havia existido.

[52] BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 739.

[53] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. V. 3, 2 ed.. São Paulo: Método, 2007, p. 166-167.

TEORIA DA CAUSA: RELEITURA EM FACE DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA

THEORY OF CAUSE: REREADING IN FACE OF CONTEMPORARY BRAZILIAN CONTRACT THEORY

Marcelo Piazzetta Antunes

RESUMO

Por meio de um discurso sobre os diferentes princípios que regeram o contrato desde o século XIX até a atualidade e de uma análise acerca da importância e da forma de concepção do elemento volitivo no Direito estrangeiro, busca-se verificar o contexto em que as teorias sobre a causa foram elaboradas e, assim, demonstrar a forma com que estas doutrinas analisam (ou deixam de analisar) o elemento causal. Com a realização deste percurso, voltam-se os olhos para o Direito brasileiro, a fim de que, diante da realidade dos princípios contratuais pátrios, possa-se responder à indagação sobre a acolhida ou não da causa no cenário jurídico nacional e, no caso de resposta positiva, em que circunstância isto se dá.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO, CAUSA, FUNÇÃO SOCIAL

ABSTRACT

Analysing the speech about the different principles that ruled the contract since the 19th century until now and the concept and importance of the willing element in a foreign Law, we intend to check how the cause theories were developed in the legal systems of law compared. With this way, can be demonstrate how these doctrines analyse (or not) the cause element. After this study and facing the reality of the Brazilian contracts' principles, we look twice at the brazilian Law in order to answer if it accepted the cause and, if the answer is positive, under what circumstances does it happen.

KEYWORDS: CONTRACT, CAUSE, SOCIAL FUNCTION

1 INTRODUÇÃO

A codificação brasileira do início do século XX e também a do ano de 2002 silenciaram acerca do instituto da causa. Assim, a primeira ideia que se tem é a de que o Direito pátrio é indiferente ao tema, que prescinde de existir em qualquer pacto.

Entretanto, como a causa possui mais de uma concepção, eis que três teorias se põem a analisar o tema, este trabalho busca responder se o Direito brasileiro, ao silenciar em relação a causa, efetivamente não a acolhe como elemento do contrato e qual é a importância disto para a realidade contratual nacional.

2 A CAUSA E A TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

Como o contrato, nos termos da “fórmula da relatividade”[1], “muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico social em que está inserido,”[2] para averiguar a importância e a influência do elemento causal nas relações contratuais deve-se antes analisar a principiologia pretérita, visto que não se pode pensar na concepção e na função da causa no contrato divorciada da principiologia vertente sobre o instituto.

2.1 AUTONOMIA DA VONTADE E SEUS LIMITES

Por meio de uma concepção do contrato extremamente formalista e objetiva, o direito romano, relegou para a Modernidade as bases estruturais da teoria clássica do contrato, a qual embasou o instrumento contratual na vontade e na liberdade.

No entanto, em que pese fazê-los de forma diferente, o contrato, em ambas as ocasiões (período romano e moderno), não possuiu uma finalidade dissociada da ideia de “operação econômica,”[3] a qual se mostra tão importante que Roppo chega a aduzir que “a operação econômica sobrepuja-se ao contrato, absorvia-o.”[4]

Este mencionado preceder do contrato ao Direito pode ser traduzido na seguinte afirmação de um dos filósofos da época: “Toda justiça é contratual, quem diz contratual, diz justo.”[5] E é “sob essa ótica de ideia que vai se apresentar o contrato para as sociedades codificadas do século XIX, contando com dois modelos básicos: O Código Francês de 1804 e o BGB Alemão de 1900.”[6]

Não se pode olvidar, todavia, que o *Code Napoleon* emerge junto da Revolução Francesa de 1789, a qual consagrou a ascensão de uma nova classe econômica, a burguesa. Assim, o ideário contratual verificado no século XIX foi influenciado, em termos econômicos, pela doutrina fisiocrata do *laissez-faire, laissez-passer*, que se resume, principalmente na “Mão Invisível” de Adam Smith.

A livre iniciativa, aduzida pela doutrina econômico-liberal, “traduz-se no plano jurídico precisamente na liberdade, entendida igualmente como conforme ao interesse social, de estipular contrato quando, como e com quem se queira.”[7] E essa “ideologia que exalta a liberdade contratual como pilar de uma forma de organização das relações sociais mais progressiva”[8] também influencia a consagração, no período clássico, do

princípio da autonomia da vontade, pois, diante da igualdade jurídica dos indivíduos, não há outro elemento capaz de os obrigar que não a vontade livre.

Assim, a vontade ganha importância “tão exacerbada que desemboca numa verdadeira e própria <<mística da vontade>> ou que se cristaliza na rigidez de um <<dogma da vontade>>.”^[9] O princípio (ou dogma) da autonomia da vontade passa a ser o vetor diretivo dos outros princípios contratuais “clássicos”.^[10]

Verifica-se, portanto, na realidade descrita, que o núcleo do contrato era a vontade, que, exarada livremente e sem vícios, constituía, por si só, conforme termos de Noronha: “o fundamento de vinculatividade do contrato.”^[11]

De toda forma, apesar das influências já descritas, não se pode acreditar que a concepção clássica de contrato trazia uma liberdade consensual intangível a qualquer ingerência estatal, mas “os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições.”^[12] Ressalta-se, que as limitações negativas não se afiguravam absolutas, mas só eram aceitas nos casos de eventual preclusão de uma futura manifestação de vontade. Assim, pode-se afirmar que apesar de não ser totalmente ilimitada, a liberdade de contratar era, ao menos, “tendencialmente ilimitada”,^[13] pois o objetivo dos limites era, justamente, assegurar a autonomia da vontade das partes contraentes.

Facilmente se extrai, portanto, dos princípios contratuais clássicos, que pelo fundamento filosófico e econômico que os embasaram, não poderia a lei ter caráter cogente em face das vontades individuais, eis que “se o contrato era necessariamente justo, pois decorrente de um acordo de vontade entre duas partes iguais e livres, não havia motivo para se defender uma atuação estatal sobre esses vínculos que não fosse para garantir que o contrato seria cumprido.”^[14]

Assim, inexistindo hipóteses de limitação à liberdade, os contraentes, ao assumirem livremente o compromisso, ficam a ele vinculado pela força da manifestação de vontade, o que faz configurar o *pacta sunt servanda*.^[15]

Desta forma, tem-se uma enorme segurança jurídica em torno da validade dos contratos formalizados, a qual, por “tornar <<previsíveis>> e <<calculáveis>> as operações econômicas”^[16] desempenha um importante papel no sistema econômico capitalista, verificando-se, neste contexto, uma verdadeira função ideológica da teoria contratual clássica.^[17]

3 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES ACERCA DA CAUSA

3.1 A DOUTRINA DE JEAN DOMAT E OS SISTEMAS CAUSALISTAS

Considerado o pioneiro na sistematização de uma teoria da causa, a concepção de causa aventada por Jean Domat possui como principal característica a verificação da causa como o ato final de cada contratante, ou seja, “o móvel que desempenha o papel de causa direta e imediata de uma obrigação e que é parte integrante do ato.”[18] Desta forma, não apenas o critério finalista da causa é característica da concepção causalista clássica,[19] mas também o seu caráter de elemento integrante do ato, elemento este “que não poderia mudar, sem que a essência e o nome do ato fossem, em si mesmo, modificados.”[20]

Ocorre que, apesar dessa característica informativa da causa, os precursores desta teoria viam-na nos deveres contratados por cada parte, e não no contrato propriamente dito, sendo que “nos contratos sinalagmáticos, a obrigação assumida por uma das partes, tinha por causa a obrigação assumida pela outra” [21]. Já nos contratos *reais*, “a entrega anterior da coisa pelo credor é a *causa* da obrigação do devedor, de restituí-la.”[22] Nos contratos gratuitos, “a causa é vista na própria intenção liberal (*animus donandi*).”[23]

Assim sendo, uma das consequências dessa doutrina é a existência de uma pluralidade de causas para o mesmo contrato.[24] Exemplificando-se com um contrato de compra e venda, tem-se que a causa do ato praticado pelo vendedor é o recebimento do pagamento do comprador e a causa da conduta deste é a entrega da coisa pelo vendedor.

Desta forma, a teoria ora exposta foi a responsável[25] pela adoção da causa em matéria contratual pelos artigos 1108[26] e 1.131 a 1.133[27] do Código Napoleônico.

Assim, a causa “é o objetivo perseguido por quem se obriga.”[28] E nesse mesmo caminho, a análise da causa não se fazia diretamente sobre o contrato, mas diante das obrigações assumidas pelas partes – o artigo 1108 do *Code* já era expresso ao prever uma causa “da obrigação” -, eis que, influenciada pelo já exposto princípio da autonomia da vontade, a doutrina francesa identificava a finalidade dos contratantes – a causa – com a contraprestação buscada por cada um na formalização da avença.

Nesse sentido reside a interdependência entre as prestações nos contratos bilaterais, pois uma obrigação está fundada na existência da outra, num verdadeiro elo de reciprocidade. E, assim, é a causa quem ata as obrigações que geram o contrato, pois sem ela “as obrigações seriam consideradas isoladamente, sem que a inexistência de uma delas pudesse causar o desaparecimento da outra, ou a nulidade de todo o ato.”[29]

No que toca aos atos gratuitos, perdura o discurso de Domat, para quem a causa consistia na liberalidade do doador, ou seja, no *animus donandi*,[30] e aí reside a explicação para se adjetivar como subjetiva a teoria de Domat, eis que, “deste modo, de fato, a causa torna-se de difícil distinção do motivo, do interesse concreto, nos contratos bilaterais, de cada contratante em conseguir a prestação da outra parte.”[31]

Importante ressaltar, neste momento, que a “opção” que o ordenamento francês fez pela *Willenstheorie*[32] demonstra a coerência adotada ao conceituar a causa, senão note-se o extremo subjetivismo que pauta ambas as situações.[33] Por esse fato, pode-se perceber desde já que tal concepção causal não poderia subsistir nos sistemas que pendessem para a consagração da *Erklärungstheorie*[34].

Aliás, essa subjetividade da causa foi a principal pedra de toque das críticas formuladas pelos anticausalistas, que a tinham como “uma noção essencialmente abstrata, metafísica, apta a conduzir a confusões lamentáveis”[35] e, portanto, não a consideravam da forma como exposta até o momento.

3.2 AS CRÍTICAS À TEORIA DA CAUSA E OS SISTEMAS ANTICAUSALISTAS

A primeira crítica feita à teoria da causa de Domat foi realizada por Ernst, de Liege, na Bélgica, em 1826, que sugeriu a supressão dos textos que se referissem ao elemento causal “sustentando que ela, por ser uma noção a que nada correspondia de definido, tornara-se uma fonte de erros e confusões.”[36] Para Ernst, os requisitos de validade de um contrato seriam três: “o consenso, o objeto e a capacidade, impondo-se a dispensa do por último exigido pelo Código Napoleão, *une cause licite dans l’obligation* (art. 1108).”[37]

Apesar de uma resistência inicial, a ideia do professor belga passou a ganhar adeptos. Laurent continuou as críticas, imputando ao elemento um caráter não jurídico.[38] Seguindo as críticas, Planiol afirma que a doutrina de Domat fora embasada numa interpretação equivocada dos princípios romanos. “*Causa*, em Roma, seria apenas o que hoje se denomina *fonte*, ou *fato gerador* da obrigação, sendo em que o termo vem empregado em conhecido texto de Gaio.”[39]

Não bastasse essa razão terminológica, também a ideia de que a causa é que fundaria a interdependência das obrigações foi alvo da artilharia anticausalista. Para essa corrente, a reciprocidade entre as obrigações decorre do consentimento das partes o qual se afigura uma verdadeira concordância recíproca entre partes contratantes. Aliás, é a qualidade da aquiescência que gera a crítica, porquanto a reciprocidade das obrigações decorre justamente da reciprocidade de vontades.

Uma razão de ordem lógica é, também, aventada por Planiol para continuar as críticas ao causalismo francês: nos contratos sinalagmáticos, fixada a primeira premissa, de que as obrigações nascem do mesmo acordo de vontade e a segunda, de que todo efeito procede de uma causa, conclui-se que uma causa não pode ser a razão de ser da outra, porque, neste caso, seriam, concomitante e reciprocamente causa e efeito, ensejando o que o autor denomina de “circulo vicioso.”[40]

Diante da alegação de Domat, que aduz ser a causa elemento integrante do ato, o qual, alterado, altera o próprio contrato, a crítica lógica pergunta: “em que ato se integraria a causa cada obrigação?.”[41] A resposta constitui o cerne do ato ora citado: “Na obrigação da outra parte é que não, pois esta, considerada em sua própria e simples ‘essência’, não comporta qualquer germe de outra.”[42]

E também neste momento a referência francesa à obrigação, e não ao contrato, para se referir à causa é alvo de objeções, eis que “o ato informado pela causa não pode ser o ato de cada parte, mas o ato de ambas – aquêle a que ambas as obrigações se

ordenam, para a realização do fim comum (causa final). Há de ser, em uma palavra, o contrato.”[43]

Nos contratos gratuitos, a causa serviria como o motivo que inspirou a avença e, assim, confundir-se-ia com o próprio consentimento. Sobre isto, Huc chega a afirmar que “não há *causa*, no sentido técnico que se pretende dar a essa expressão,”[44] e isto justamente pelo fato de que, sendo a causa o motivo, não há como desvinculá-la do consentimento.[45]

Ademais, a própria aplicação da causa é criticada por Planiol, que vê em outros elementos a explicação que se busca na causa, visto que nos contratos unilaterais nunca se poderia afirmar a ausência de causa, pois ausente a prestação (ex: entrega de bem a um depositário), inexistente contrato propriamente dito.[46] Igual situação ocorre na doação, pois não havendo vontade de doar (*animus donandi*) não haveria contrato.

Assim, diante da identificação prática que se verificou entre a causa, a vontade e o objeto, é que Giorgio, civilista italiano adepto à tese anticausalista chegou a afirmar que a construção francesa, adotada também na Itália (Código Civil de 1865), acabara por construir, ainda que inadvertidamente, “o quarto lado do triângulo já formado.”[47]

Com relação à absorção sistemática das críticas até aqui descritas, novamente percebe-se a relação entre esta e a teoria volitiva adotada pelo sistema analisado, senão lembre-se que o Direito germânico é adepto da *Erklärungstheorie*, a qual preconiza que o que não faz parte da vontade declarada, também deixa de ser parte integrante do ato jurídico.[48]

Assim é que se denota que a teoria subjetiva e a teoria anticausalista possuem uma íntima relação com as teorias da vontade e da declaração, respectivamente. Tal vinculação é tamanha que Martins-Costa levanta como possível fundamento para a disparidade entre os sistemas francês e alemão “a dissintonia existente entre ambos no que pertine ao papel da vontade na formação do ato jurídico, o Code Civil, assentando-se na teoria clássica da vontade, [...] e o BGB [...] sobre o terreno da *Erklaerungstheorie*.”[49]

Mas vale dizer que, conforme já ressaltado, a afirmação acerca do anticausalismo alemão embasa-se no legado construído pelo Direito francês (especificamente por Domat e, após, pelo *Code*), pois o BGB efetivamente faz menção à causa, mas de forma diferente àquela prescrita como quarto requisito de validade dos negócios na teoria causalista. A adução à causa no BGB é feita no artigo 812[50], mas neste caso, o elemento causal é situado “no campo dos negócios jurídicos de atribuição patrimonial, mais propriamente no campo do enriquecimento ilícito.[51]”

Portanto, adotando as críticas inicialmente aventadas por Ernst, o Código Civil alemão, o suíço das obrigações e o português[52] fizeram da causa um fato (fundamento jurídico) a validar um aumento patrimonial, fugindo por completo da concepção clássica do termo e, por esta razão, são chamados de sistemas anticausalistas.

3.3 A CONCEPÇÃO OBJETIVA DE CAUSA: O SISTEMA ITALIANO

A teoria objetiva foi formulada como forma de resposta aos equívocos apontados pelos anticausalistas em relação à tese de Domat e, diante disto, não se mostra radical afirmar, alterou por completo a ideia que se tinha acerca da causa.

Com relação à vinculação existente na teoria causal anterior entre a causa e os motivos (suprida pelo consentimento, para os anticausalistas), a “nova” concepção parte da premissa de que todo ato é formado pela inteligência, por meio da qual é gerada uma finalidade a ser cumprida com a concretização do ato. Além disso, também a vontade é elemento importante nessa questão, pois é dela o papel de “pôr em existência, ou executar o fim eleito pela razão.”[53]

Ocorre que a inteligência não possui necessariamente apenas um fim almejado. Justamente por esta razão é que a teoria objetiva afirma que a causa não pode ser vista como “qualquer fim da inteligência, pois a inteligência pode ter em vista uma série de atos e uma série de fins; desde que se indaga da causa de um ato, **fala-se necessariamente daquele fim que é a razão de ser desse ato.**”[54] (grifo nosso)

Passado isso, e voltando-se para a teoria objetiva, é importante asseverar que no contrato, além das obrigações que cada parte assume, há um ponto comum em relação às suas vontades, “e esse ponto de harmonia [...] – objetivo que é uno no dizer de Dabin, e que não pode ser fracionado, sem quebra do querer de ambas as partes – é a *causa*, a função prática, econômica, que o contrato tende a realizar.”[55]

Ocorre que, conforme aduzia a teoria preceptiva do negócio jurídico, que fundamentou a teoria causal em tela, a vontade, por si só, não era requisito hábil a gerar a tutela jurídica do negócio formalizado, afirmava-se que tal tutela só ocorreria caso o negócio possuísse uma relevância social. [56] Para Betti, para que a autonomia privada criasse um elemento novo no cenário social, devia possuir uma “justificação objectiva”[57]. Esta justificação objetiva é a causa,[58] que devia corresponder à função não apenas econômica, mas também social do contrato, eis que analisado o conteúdo de qualquer negócio, “pode distinguir-se, logicamente, um regulamento de interesses nas relações privadas e, concretizada nele[...] uma razão prática típica que lhe é imanente, uma <<causa>>, um interesse social objectivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder.”[59]. Assim, “tal como os direitos subjectivos, também os poderes de autonomia, efectivamente, não devem ser exercidos em oposição com a função social a que são destinados”[60]

Por esta razão, não basta afirmar-se que a causa caracteriza-se na função do negócio jurídico, porquanto, neste caso, estar-se-ia privilegiando a vontade de forma completamente desvinculada do interesse social que justifica a tutela jurídica do negócio. Quando se fala em causa como elemento de “justificação objetiva” do contrato, afirma-se ser esta a função econômico-social do contrato. “A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada.”[61]

DIANTE DE TODA ESTA REALIDADE, PASSA-SE A VERIFICAR COMO SE DEU (SE É QUE ASSIM OCORREU) A ABSORÇÃO DO ELEMENTO CAUSAL NA REALIDADE BRASILEIRA.

4 RELEITURA DA CAUSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Feito um panorama comparatista sobre a principiologia clássica e as diferentes concepções da causa, necessário se faz situar o Direito brasileiro nesta discussão, iniciando-se por uma excursão acerca da realidade contratual do direito nacional para, após, chegar a uma verificação sobre a influência desta em relação à forma de análise de causa pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.1 A CAUSA E A “NOVA TEORIA CONTRATUAL”^[62]

Antes de se adentrar na seara da teoria contratual moderna na realidade jurídica brasileira, é preciso deixar claro que a ideologia contratual documentada no Código de Napoleão e nos outros que se seguiram – principalmente no Código Alemão de 1900 – influenciaram por completo o legislador do primeiro Código Civil brasileiro, qual seja, Código Civil de 1916.

Assim, como decorrência da ideologia voluntarista, absorve-se o princípio da autonomia da vontade como cerne do contrato, verificando-se, portanto, no Direito brasileiro do século XIX e início do século XX, a consagração dos princípios contratuais “clássicos”, os quais são: o princípio da liberdade contratual *lato sensu*; da obrigatoriedade dos efeitos do contrato, ao qual se denomina também de *pacta sunt servanda* e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais.^[63]

Assim, a única preocupação do Código Civil era a garantia da livre manifestação de vontade. Por esta razão, “afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos -, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado.”^[64]

Neste contexto, verificou-se um verdadeiro “mundo de segurança”^[65], na medida em que as normas regentes da relação contratual afiguravam-se praticamente irreversíveis e, assim, os termos de uma avença contratual dificilmente seriam descaracterizados. “Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular aos sujeitos de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.”^[66]

Ocorre que esta segurança jurídica gerada pela plena vinculação com o acordado foi uma das poucas “vantagens” do modelo contratual clássico, a qual não se sustenta em face das consequências sociais daí geradas. Aliás, não é à toa se percebe o sentir social

em relação aos princípios clássicos, pois foi justamente a sociedade a principal esfera “esquecida” pela ideologia individualista e liberal, ideologia esta que demonstrou que o reverso da moeda do “mundo de segurança” foi a consumação do “darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça contratual.”[67]

Desta forma, as transformações geradas pela Revolução Industrial[68] fizeram impulsionar o crescimento dos contratos de adesão, onde as figuras do contratante e do contratado ganham contornos diferentes, eis que “há um autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente.”[69] Assim: “só quando o fenômeno da massificação chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções.”[70]

A realidade brasileira iniciou esta derrocada da ideologia clássica por meio de leis esparsas – chamadas leis extracodificadas[71] - com a finalidade de “reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar.”[72]

Como estas leis extravagantes, quando afrontavam o Código Civil, o faziam de forma excepcional, não se verificou, inicialmente, uma descaracterização da natureza constitucional do Código Civil e, por isto, a legislação extracodificada passou a ser chamada de legislação “de emergência.”[73] Entretanto, a partir dos anos 30, a edição destas leis aumentou sensivelmente e, assim, não mais se haveria como manter a sua natureza excepcional e emergencial.

E é desta maneira, buscando tutelar aquela parcela da sociedade marginalizada pelo ideário contratual, que se passa a falar na busca pelo Estado Social. Desta forma, como “o Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social”[74], a ascendência desse modelo político fez com que o Código Civil perdesse “assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de Direito Privado.”[75]

Esta preocupação constitucional – e aqui não se fala na “Constituição de Direito Privado” – em tutelar o Direito Privado, é instrumentalizada pela legislação especial, cabendo ao Código Civil a preocupação em manter estáveis as normas, enquanto as leis especiais buscam “garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado”[76], mudando, sem qualquer cerimônia, a normativa garantida pelo corpo codificado. Esta realidade dá ensejo à chamada “era dos estatutos”[77] e ao “processo de descodificação do Direito Civil.”[78]

Ademais, a tutela constitucional dos direitos privados operou, no Direito Civil, “a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa.”[79] Pessoa que, nos termos do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, deveria ter sua dignidade tutelada pelo Direito.

Em outros termos, a nova realidade acabou por impor “a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens”[80] e como “a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III)”[81], passou-se a afirmar que esta

grande importância que o Direito Privado começou a atribuir às pessoas - não porque proprietárias, mas simplesmente porque pessoas - gerou uma verdadeira “repersonalização” do Direito Civil.[82]

Neste contexto, portanto, é que se afirma o surgimento de uma “nova teoria contratual,” a qual preconiza que “a nova concepção de contrato é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa.”[83] Esta concepção, na verdade, “É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: *o interesse social*.”[84]

Resta indubitável, portanto, a imprescindibilidade de se adequar os princípios clássicos à nova realidade, o que significa limitar-lhes a eficácia, por meio de diretrizes que venham a se coadunar com o vetor maior da dignidade da pessoa humana. Nos termos da obra de Fachin, o princípio em comento “ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do Direito.”[85]

Neste contexto, verifica-se a consagração dos princípios contratuais “contemporâneos”, abarcados pelo Direito Civil brasileiro como fruto das transformações sociais e econômicas descritas. “Quais são esses *novos princípios*? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.”[86] E esta nova principiologia vai influenciar enormemente na análise hodierna da causa.

4.2 O LUGAR DA CAUSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: DA CODIFICAÇÃO DE 1916 À RECODIFICAÇÃO DE 2002

Demonstrando a enorme influência que o Direito alemão exercia sobre suas ideias[87], Beviláquia, ao elaborar o Projeto do Código Civil brasileiro, quando se deparou com a discussão havida no cenário internacional acerca da importância ou não da causa, preferiu silenciar-se. Diante disto, Júlio dos Santos e Amaro Cavalcanti propuseram duas emendas ao Projeto.[88]

Após receber a crítica do relator do projeto, Frederico Borges, a proposta de emenda recebeu a manifestação de Beviláquia na sessão da Comissão Especial do dia 13 de novembro de 1901[89], onde o codificador invocou a mesma razão terminológica já aludida por Planiol para refutar a proposição.[90]

E nesse contexto é que o Código Civil de 1916 silenciou acerca do elemento causal, fato que “ensejou o quase completo desinteresse por parte da doutrina brasileira em examiná-lo.”[91] Diante disto, denota-se que o Código Civil de 1916 abarcou o ideário anticausalista, fato que se deu “mais do que à consistência lógica da noção, às dificuldades de se fixarem o conceito e o papel jurídico da causa.”[92]

Com relação à recodificação de 2002, verificou-se acerca da causa o mesmo silêncio havido no Código anterior, o que fez com que parcela da doutrina passasse a afirmar que o artigo 104 ao “não erigir a causa em elemento do ato jurídico em nosso Direito (Art. 82 do Código Civil – art. 104 do novo). Daí não ser exigida no contrato.”[93]

Este discurso anticausalista, no entanto, recebeu críticas, havendo quem afirme que “não é correta a afirmação de que o Código Civil não é causalista apenas porque a causa não aparece mencionada no art. 104.”[94] Num primeiro momento, poder-se-ia, como fazem alguns autores, rechaçar o silêncio do Código em relação à causa com base nos artigos 140 e 166, III do Código Civil de 2002.[95] Esta teoria, entretanto, é refutada de forma expressa por Tepedino, Barbosa e Moraes, que aduzem, ao comentar o artigo 166, III do Código Civil, que “o motivo determinante a ambas as partes, aqui mencionado, não se confunde com a causa do negócio jurídico.”[96]

Na verdade, com o devido respeito à consagrada doutrina que defende um Código Civil subjetivista, verifica-se que esta concepção acaba por ensejar as mesmas críticas que foram dirigidas ao Código francês de 1804, principalmente pela vinculação entre causa e motivo. Além do mais, a doutrina nacional em comento parte de uma premissa equivocada da teoria subjetivista, eis que, nos moldes já descritos, esta teoria não possui como referencial de análise o contrato, mas sim a obrigação.

Desta forma, ao entender os artigos 140 e 166, III do Novo Código Civil como consagradores da causa, está-se afirmando de sobremaneira a coincidência entre esta e o motivo, como se ambos não pudessem coexistir pacificamente.

Os motivos, via de regra, são irrelevantes para o Direito, “mas este asserto não pode admitir-se em toda a extensão. Abstraímos mesmo dos casos em que os motivos aparecem expressos no conteúdo do acto, sob a forma de condição, ou de termo, ou de modo, etc.”[97] Mas a causa, para qualquer teoria que a consagre, é bastante pertinente e importante, não apenas em contratos esparsos.

Assim é que, aceitando-se a posição que defende a causa subjetiva no Código Civil, tem-se que apenas alguns contratos terão o elemento causal, dependendo apenas do interesse das partes, interesse este que no contexto de elaboração da teoria subjetivista possuía, conforme já exposto, um *status* de dogma e por isso era completamente valorizado. Hodiernamente a realidade, também nos moldes já expostos, não é a mesma, sendo que o princípio da autonomia da vontade resta de sobremaneira mitigado em vista do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem inúmeros outros, dentre eles, o da função social.

Por todas estas razões, pende-se para o lado da doutrina que se manifesta no sentido da acolhida, pelo Direito brasileiro contemporâneo, da teoria objetiva da causa, a qual, neste caso, não estaria nos artigos 140, 166, III ou 884, mas sim nos artigos 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002.[98]

Assim, como também defende Tartuce: “pela redação atual do art. 421 do Código Civil é perfeitamente possível relacionar a função social à sua causa”[99] e diante do contexto econômico e social do Código, mostra-se mais coerente com a sua principiologia, seja a causa vista objetivamente[100], como função social do contrato.

4.3 A RELEITURA DA CAUSA EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Impossível negar validade à frase que afirma que “a teoria da causa do contrato é de difícil investigação, não estando bem desenvolvida no Brasil, o que até dificulta, do ponto de vista metodológico, a sua associação com o princípio da função social dos contratos.”^[101] Ocorre que a principiologia contratual consagrada no Direito brasileiro principalmente com a Constituição Federal de 1988, não se coaduna com a possibilidade de se conferir tutela jurídica a pactos contrários ao interesse social.

Diante desta circunstância, verifica-se que o conceito de causa para a doutrina brasileira possui estreita ligação com a teoria objetiva da causa proposta por Betti na Itália^[102]. Em outros termos, a causa tem a mesma função de “justificação objectiva” clamada por Betti para que o Direito possa conferir albergue jurídico a um acordo de vontades. Com isso, é necessário, agora, proceder ao preenchimento axiológico deste conceito, pois se a causa é “o fundamento da transformação dos actos humanos em negócios jurídicos”^[103], é preciso analisar qual é este fundamento.

Já foi asseverado que com a “repersonalização” do Direito Civil brasileiro, materializada por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade contratual não mais pode ser vista de forma absoluta, mas há que ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”^[104] Portanto, se a causa se mostra como o elemento objetivamente apreciável para que o Direito possa chancelar um acordo de vontades e tendo em vista que a realidade jurídica nacional limita a liberdade de contratar à função social do contrato, não se pode negar que “a finalidade social é o que faz com que os acordos assumam a forma de contrato.”^[105]

Sobre o tema, Gomes assevera que “A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica.”^[106] Por esta razão, “os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil.”^[107]

Diante disto, cotejando-se o conceito atribuído à causa pela teoria objetiva com a principiologia contratual observada pelo Direito brasileiro, mostra-se bastante coerente a posição assumida por Moraes^[108] (e seguida por outros autores)^[109] no sentido de preencher axiologicamente o conceito de causa com o princípio da função social do contrato e, assim, dispor o causalismo (na sua viés objetiva, por óbvio) do Código Civil de 2002 por meio dos seus artigos 421 e 2.035, parágrafo único.

Assim, defendendo-se a acolhida, no Direito brasileiro, da teoria objetiva da causa – a qual, lembre-se, funda-se na teoria preceptiva, que, assim como no cenário jurídico atual, toma o negócio jurídico como um fato social – verifica-se a imputação de uma segunda eficácia ao princípio da função social, pois além de sua imposição aos agentes externos à relação contratual, também internamente ela há de ser verificada internamente, sob pena de não se conferir tutela jurídico ao contrato.

Deste modo, a divisão proposta por Nalin entre a função social intrínseca e extrínseca[110] ganha contornos diferentes em relação à sua observância internamente, pois a teoria da causa ora defendida utiliza este elemento para preencher a eficácia interna da função social, o que é importante para conferir autonomia aos princípios, eis que a eficácia intrínseca proposta por Nalin foi criticada porque “seria uma superfetação, por não passar de uma das acepções do princípio da boa-fé objetiva.”[111]

É justamente a fim de evitar essa sobreposição entre os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva que Rosenthal defende que a caracterização da causa com função social permite “situar um espaço para a cláusula geral do art. 421, mesmo no âmbito interno da relação obrigacional, sem que isto provoque um abalo no sentido da boa-fé objetiva.”[112] (grifo nosso)

Poder-se-ia criticar a vinculação ora realizada entre causa e função social interna por meio da asserção de Noronha no sentido de que “mesmo ao tempo do individualismo não se negava ao contrato uma função social”[113] e, neste caso, a importância da causa como elemento abarcado pela “nova” teoria contratual restaria sem razão de ser.

Ocorre que, ainda que se admita uma função social no período voluntarista, o conteúdo principiológico daquela função diferencia-se por demais do conteúdo principiológico do solidarismo hodierno. O princípio da função social do contrato disposto nos artigos do Código Civil é fruto da já aventada “repersonalização” do Direito Civil. Desta forma, como “os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do homem”[114], a função social “atual” não pode possuir outro fim que não a proteção da dignidade humana.[115]

Portanto, resta evidente que quem pretender diferenciar a função social do contrato supostamente vigente no período clássico da função social atual deve “entender o papel a ser desempenhado pelo contrato na sociedade brasileira contemporânea.”[116] Para tal análise se faz mister invocar a “Constitucionalização do Direito Civil” [117], eis que “é na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que se aproximará o intérprete das aspirações da sociedade brasileira contemporânea.”[118]

Note-se que esta análise das disposições codificadas em relação à Constituição Federal é conquista recente da sociedade, pois foi com as transformações sociais do início do século XX que o Código Civil foi perdendo força e a Constituição passou a definir temas que antes eram versados apenas no Código, levando a doutrina a defender uma “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República.”[119]

Assim sendo, quando se relaciona causa com função social, não se está a aceitar qualquer função social – caso em que lograria êxito eventual crítica fundamentada em Noronha – mas sim a função social lida em consonância com o artigo 1º, III; 3º, I e também artigo 170, *caput*, todos da Constituição Federal[120], eis que com “o processo de constitucionalização do direito civil [...] onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.”[121]

Por fim, insta salientar que o fato de o Código Civil de 2002 ter iniciado o seu projeto em 23 de maio de 1969[122] em nada altera o que se expôs acerca da causa como função social, a um porque antes de se fundamentar no Código Civil, o

funcionalismo contratual faz-se consagrado na Constituição Federal,[123] a dois porque o interesse social não deixou de pautar os trabalhos da comissão responsável pela nova codificação [124]

Desta forma, claramente inexistem óbices ao preenchimento axiológico do conceito objetivo de causa na realidade brasileira com o princípio da função social no seu aspecto interno, pois resta nitidamente demonstrado que a atual sistemática jurídica nacional busca tutelar, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana e, por isso, não aceita dar guarida a pactos que não observem o interesse da sociedade.

Assim, não basta que as partes, ainda que livremente, celebrem um contrato para que tal possa ser vinculante e plenamente exigível à luz do Direito[125], eis que “a ausência de causa, ou falta de escopo econômico, importaria, portanto, na nulidade do contrato que, se não causado, não produzirá efeitos jurídicos.”[126]

Noronha traz exemplo do limite imposto pelo interesse social à liberdade de contratar. O caso trata de ação indenizatória fundada no fato de que a autora havia sido barrada em festa porque supostamente não trajava Gala a Rigor. Sem olvidar o caráter contratual desta relação, note-se trecho da sentença, exarada pelo Juiz Lédio Rosa de Andrade, que denota que para ter proteção legal, o interesse “tem de ser legítimo, por satisfazer uma necessidade socialmente valorada como séria e útil”. [127]

A sentença, “particularmente esclarecedora do alcance da indispensável função social”[128], julgou improcedente o pedido por falta de utilidade social na discussão gerada. Ao fundamentar a decisão, o juiz questionou se para analisar quem estava com razão deveria “nomear um estilista ou um colunista social para, cientificamente, verificar se o vestido portado pela autora era ou não de gala a rigor.”[129] Além do mais, aduziu: “quem consente com a futilidade, a ela está submetido.”[130]

Analisando-se o objeto da relação contratual havida entre a jovem e os organizadores do evento, não há dúvidas de que o juiz deveria averiguar quem violou o contrato, se a adolescente que não cumpriu com a obrigação de trajar gala a rigor ou se os organizadores, que não prestaram o serviço mesmo diante da correção do traje. Entretanto, sequer chegou a esta seara a decisão analisada, pois antes de verificar o que se poderia chamar de “objeto” do contrato, entendeu pela ausência de interesse social na tutela do interesse em questão.[131]

Desta forma, diferentemente do ocorrido no período voluntarista, agora é a função social que limita a autonomia das partes, sendo, assim, a causa elemento que se sobrepõe à manifestação volitiva, seja para considerar nulos os pactos contrários aos interesses sociais (ainda que livremente celebrados), seja para negar tutela a acordos ensejadores de interesses fúteis ou até mesmo para alterar o regramento legal do tipo contratual eleito pelas partes (caso de “requalificação” do contrato[132]).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a todas as considerações realizadas, percebe-se que a teoria causalista e a anticausalista foram elaboradas num contexto econômico e social onde o dogma da autonomia da vontade nucleava a regulação contratual, fato que acabou por influenciar o legislador ordinário e culminou com o anticausalismo do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002, por sua vez, fora elaborado numa realidade totalmente diferente da primeira codificação. Atualmente, a concessão de tutela jurídica a acordos em descompasso com a função social não mais se coaduna com os princípios insertos na Constituição Federal, e assim não fica difícil verificar a estreita vinculação entre o disposto nos artigos 1º, III; 3º, I; 5º, XXIII e 170, *caput* e inciso III, todos da Constituição Federal, os quais fundamentam os artigos 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil, com a teoria objetiva da causa, que, absorvendo o discurso já proclamada pela teoria preceptiva do negócio jurídica, via esta como a função econômico-social do contrato.

Portanto, hodiernamente pode-se afirmar que o Direito brasileiro, em que pese não se manifestar expressamente sobre a teoria da causa, acabou por abarcar o ideário objetivo de causa e, assim, para que determinado pacto receba a tutela jurídica – e, portanto, possa-se falar em sanção legal para o caso de descumprimento - necessário que possua um elemento objetivo de verificação coincidente com a função social “interna” daquele contrato.

[1] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 24.

[2] ROPPO, loc. cit.

[3] Esta vinculação entre o contrato e a operação econômica é verificada por Roppo: “Contrato é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva captura das operações econômicas por parte do direito.” (ROPPO, 1988. p. 15)

[4] *Ibid.*, p. 17.

[5] “Já no final do século XIX, na França, Fouillée podia resumir a concepção reinante dizendo, em expressão que ficou célebre, que toda justiça é contratual e quem diz contratual, diz justo (*“toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste”*). E segundo o testemunho de Savatier, Fouillée era “o mestre mais escutado, quicá, da filosofia oficial de então.” (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65).

[6] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143-144.

[7] ROPPO, op. cit., p. 26.

[8] Sobre o princípio da liberdade contratual, Roppo afirma que “contém indiscutíveis elementos de verdade. Mas, como é próprio de qualquer ideologia, adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade: mais precisamente, cala e oculta a máscara que se esconde por detrás da <<máscara>> da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que o regime do laissez-faire contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio se prosseguem.” (Ibid., p. 37).

[9] ROPPO, 1988. p. 50.

[10] “São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade[...].” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos tribunais**. São Paulo, abr. 1998. v. 750. p. 115).

[11] NORONHA, 1994. p. 87.

[12] ROPPO, op. cit., p. 32.

[13] “Além disso, os próprios limites negativos – exceções a um princípio – eram toleradas em muito estreita medida. Admitiam-se, por exemplo, os destinados a impedir a assunção, embora voluntária e consciente, de vínculos limitadores da actividade própria, susceptíveis de precluir o exercício futuro da liberdade contratual por parte de quem os assumia e, num plano mais geral, de prejudicar um sistema fundado precisamente na liberdade tendencialmente ilimitada do tráfico jurídico”. (Ibid., p. 33).

[14] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do Conceito de Contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 19-40. p. 24.

[15] Importante ressaltar que o dogma da vontade não dá ensejo apenas ao princípio da força obrigatória dos contratos, também denominado *pacta sunt servanda*, mas ainda se afirma a existência de outros princípios, que serão oportunamente analisados.

[16] ROPPO, 1988. p. 35. Uma análise da história da codificação francesa de 1804 demonstra uma efetiva preocupação pela previsibilidade das decisões, senão note-se que a primeira comissão escolhida para elaboração do Código, presidida por Cambacères, apresentou trabalho com mais de 3.000 artigos, o qual foi rejeitado pelo legislador constituinte, o qual afirmou que pela extensão não seria de fácil compreensão. Entretanto, no segundo projeto apresentado, dois anos depois, o próprio Cambacères, que trouxe um modelo com apenas 267 artigos, apesar de ter agradado inicialmente o legislador, não teve o seu trabalho acolhido, eis que “o revolucionário francês começa a pensar e percebe que não seria um bom negócio um Código tão sintético, pois sendo sintético, o juiz seria o intérprete, e fará o que eles não queriam. O revolucionário francês, ante as atrocidades, insegurança e casuismo queriam a segurança e uma “*juiz escravo da lei*”. Por isso, o 2º projeto foi rejeitado.” (LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang

(Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 19).

[17] “Pelo papel que desempenha, o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista”. (ROPPO, op. cit., p. 38).

[18] Tradução livre de: “le mobile qui joue le role de cause directe et immédiate d’une obligation et qui fait partie integrante de l’acte.”(JOSSERAND, Louis. **Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Prive**. n. 16. Paris: [s.n.], 1928 apud CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 17).

[19] Terminologia adotada para se referir aos seguidores das ideias de Domat.

[20] JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Prive*. n. 16. Paris: [s.n.], 1928 apud CASTRO, op. cit., p. 17.

[21] CASTRO, op. cit., p. 17.

[22] CASTRO, loc. cit.

[23] CASTRO, loc. cit.

[24] Ibid., p. 16.

[25] AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 432.

[26] “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: le consentement de la partie qui s’oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l’engagement; une cause licite dans l’obligation*”

[27] “Art. 1131: “*L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet; Art. 1132. La convention n’est pas moins valable quoique la cause n’en soit pas exprimée; Art. 1133. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public.*”.

[28] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 45, p. 213-244, mar. 1989. p. 220.

[29] CASTRO, 1966. p. 20.

[30] “Consistia o problema da causa, com efeito, para tal corrente subjetiva, criada à luz do *Code*, exclusivamente, em determinar o fundamento da obrigação contratual, a razão (interna) pela qual ela é contraída. Considerando a vontade dos contratantes como o elemento principal do contrato, a causa constituía, apenas, fator de reconhecimento, no plano jurídico, daqueles efeitos desejados pelas partes.” (MORAES, Maria Celina Bodin

de. A causa dos contratos. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 95-119, jan.-mar. 2005. p. 103).

[31] MORAES, loc. cit.

[32] Teoria da Vontade (tradução livre)

[33] Convém reiterar a afirmação de Azevedo: “[...]apresenta-se o direito francês como um direito essencialmente psicológico, que dá, às menores nuances do foro íntimo, uma importância decisiva[...]” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75).

[34] Teoria da Declaração (tradução livre).

[35] LACANTINERIE ET BARDE, Baudry. *Traité theorique et pratique de Droit* - des obligations, 3 ed. [s.i.]: [s.n.]. 1906. Vol. I. p. 321 apud CASTRO, 1966. p. 18.

[36] CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **O problema da causa no código civil brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, [1960-?]. p. 10.

[37] Ibid., p. 11.

[38] CASTRO, op. cit., p. 18. Norberto Gorostiaga, no entanto, afirma: “O próprio Laurent, entretanto, era o primeiro a, no seu livro, fôsse em respeito à lei e à doutrina dominante, ou por não ter emprestado maior alcance à sua própria dissidência, recorre a cada passo, à idéia de causa, para explicar soluções de que se fazia intérprete em termos semelhantes aos de Demolombe e Colmet de Santerre. Além disso, quando chamado, anos depois, a projetar, para o seu País, um Código que viesse a condensar os princípios mais convenientes à disciplina das relações de Direito Civil, preferiu conservar os arts. 1.108, 1.131 e 1.132 do Código Napoleão” (GOROSTIAGA, Norberto. *La causa em las obligaciones*, Buenos Aires: [s.n.], 1944 apud CAMPOS FILHO, op. cit., p. 11).

[39] CAMPOS FILHO, op. cit., p. 13.

[40] CAMPOS FILHO, [1960-?]. p. 14.

[41] CASTRO, 1966. p. 22.

[42] CASTRO, loc. cit.

[43] CASTRO, loc. cit.

[44] HUC. *Commentaire du Code Civil*. n. 39. [s.i.]: [s.n.], [19--]. Tomo VI apud CASTRO, op. cit., p. 27.

[45] “A vontade do doador, de não adquirir, de não receber equivalente, é a própria vontade de se obrigar” (CASTRO, op. cit., p. 27).

[46] CAMPOS FILHO, [1960-?]. p. 16.

[47] Tradução livre de: “*il quarto lato del già formato triangolo.*” (GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano.* 4. ed. n. 40. Firenze: [s.n.], 1895. Vol. 3 apud CAMPOS FILHO, op. cit., p. 17).

[48] “Na elaboração da teoria do negócio jurídico, a doutrina alemã, frente ao então tormentoso dilema da causalidade jurídica, viu-se obrigada a responder à seguinte indagação: a fonte geradora de efeitos jurídicos é a previsão legal de um acontecimento (ou de um comportamento) ou é a determinação da vontade do sujeito? Os doutrinadores germânicos deram prevalência à vontade, concluindo ser o negócio jurídico a manifestação da vontade produtiva dos efeitos jurídicos.” (MORAES, jan.-mar. 2005. p. 99.)

[49] MARTINS-COSTA, mar. 1989. p. 239.

[50] “*Quiconque, par prestation faite par une autre personne ou de toute autre manière, fait une acquisition sans cause juridique aux dépens de cette autre personne, est obligé vis-à-vis d’elle à restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement ou que le résultat poursuivi au moyen d’une prestation, tel qu’il ressort du contenu de l’acte juridique, ne se réalise pas.*” (ALEMANHA. **Code Civil Allemand.** Tradução de ‘*Office de législation étrangère et de Droit international.* Paris: [s.n.], 1929 apud CAMPOS FILHO, [1960-?]. p. 23).

[51] AMARAL, 2003. p. 432.

[52] Ibid., p. 433.

[53] CASTRO, 1966. p. 35.

[54] CASTRO, 1966. p. 35-36.

[55] Ibid., p. 40.

[56] “Que este critério da relevância social seja sempre, em definitivo, o critério final de harmonia com o qual o direito – qualquer direito – é necessariamente (ainda que inconscientemente) levado a valorar as manifestações da autonomia privada, antes de reconhecê-las e sancioná-las, deriva do próprio destino do direito e do nexó indissolúvel entre sociedade e direito. [...] Dizer que a valoração típica da utilidade social por parte do direito positivo, é um critério que interessa ao sociólogo e não ao jurista (Longo, *Corso di dir. romano*, 1935, 108), significa ignorar a socialidade imanente na função ordenadora do direito[...] e esquecer que qualquer instituto jurídico representa a solução de um problema prático, - solução que costuma ser determinada por uma valoração comparativa dos interesses em conflito”. (grifos do autor) (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. Tomo I. p. 104.)

[57] BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. Tomo II. p. 330-331.

[58] “Deve, porém, haver sempre um *interesse* objectivo e plausível, isto é, socialmente apreciável e controlável, pelo menos de carácter ideal e de conteúdo moral, na *mudança* da situação existente[...]”(Ibid., p. 338).

[59] Ibid., p. 334.

[60] BETTI, loc. cit.

[61] BETTI, 1969. Tomo II. p. 350-351.

[62] Expressão de autoria de Cláudia Lima Marques e que denomina o primeiro capítulo de sua obra. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49).

[63] Há parcela da doutrina que cita outros princípios decorrentes do dogma da vontade, a referência ora feita baseia-se na obra de Azevedo. (AZEVEDO, abr. 1998. p. 115).

[64] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

[65] “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época em que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança.” (Ibid., p. 3)

[66] TEPEDINO, loc. cit.

[67] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

[68] “Dessas transformações ligadas à Revolução Industrial, merecem destaque aqui, pelas suas repercussões jurídicas, os fenômenos, aliás interligados, da urbanização e da concentração capitalista.” (NORONHA, 1994. p. 70).

[69] MARQUES, 2005. p. 163.

[70] NORONHA, 1994. p. 69.

[71] “Assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado” (TEPEDINO, 2004. p. 4).

[72] TEPEDINO, loc. cit.

[73] Esta legislação buscava ser “episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil.” (Ibid., p. 5)

[74] LÔBO, 2005. p. 5.

[75] TEPEDINO, op. cit., p. 7. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. (TEPEDINO, 2004. p. 7)

[76] TEPEDINO, 2004. p. 7.

[77] “A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limita a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante. Em relação a esta terceira fase de aplicação do Código Civil, fala-se de uma “era dos estatutos”, para designar as novas características da legislação extravagante. (Ibid., p. 8).

[78] (TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5).

[79] NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

[80] LÔBO, 2005. p. 7.

[81] LÔBO, loc. cit.

[82] “A ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio [...] aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 190.)

[83] MARQUES, 2005. p. 210-211.

[84] MARQUES, loc. cit.

[85] FACHIN, 2006. p. 190.

[86] AZEVEDO, abr. 1998. p. 116.

[87] LOTUFO, 2006. p. 20-21.

[88] O primeiro sugeriu a inclusão de mais um artigo, nos seguintes termos: “O acto jurídico é também anulável, quando fôr determinado por falsa causa ou por causa ilícita. Uma causa é ilícita quanto contraria à lei, aos bons costumes ou à ordem pública.”[88] Já Cavalcanti propôs a criação de um parágrafo ao artigo 98 do Projeto, o qual prescreveria: “A causa presume-se de direito; provada, porém, a sua inexistência, ou que ella fôra ilícita, o acto torna-se annullavel.” (CAMPOS FILHO, [1960-?]. p. 27)

[89] Ibid., p. 30.

[90] “Perante a Comissão da Câmara, em 1901, foi defensor da theoria da causa o Sr. Amaro Calcanti. [...] Alludi ao que se refere Huc, em seu *Commentaire*, sobre a expressão *sans cose* de Beaumanoir, que suppuzeram equivaler a *sans cause*, quando o velho jurista pretendia dizer *sans chose*, sem objeto. E apreciei o apoio que Domat, o creador da theoria da causa, pretendeu encontrar no direito romano. Certamente nas fontes romanas se fala em *causa*.[...] Mas o ponto de vista dos romanos era muito differente. Desses mesmos textos se vê que os romanos concebiam obrigações *sem causa: qui promisit sine causa... qui sine causa obligantur*. O pensamento, que nesses fragmentos sobressae é o do enriquecimento illegitimo. Nelles não se cogita da formação do contrato. Como bem diz Planiol, a noção da causa é perfeitamente inutil para a theoria dos actos jurídicos.”(BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clovis Bevilaqua. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 339-340.)

[91] MORAES, jan.-mar. 2005. p. 97.

[92] MORAES, loc. cit.

[93] GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 93.

[94] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas: Millenium, 2004. p. 337.

[95] “Analisando os termos do Novo Código Civil, percebe-se que, se por um lado o tratamento dispensado à causa ainda é tímido, por outro não se pode dizer que a nova lei codificada deixa de admiti-la. Sem dúvida, reconhece como *pressuposto de validade do negócio jurídico*. Chega-se a tal conclusão analisando-se o seu art. 166, III [...]. Ora, considerando-se que as razões interiores (motivos de ordem psicológica) pouco interessam ao direito, senão à moral, é correto afirmar-se que a expressão “motivo determinante” diz respeito à causa, segundo a noção subjetivista de “motivação típica do ato”, consoante acima se mencionou. Nessa mesma linha, o art. 140 do Novo Código Civil, reformulando os termos do art. 90 do CC-16[...]. Nota-se que, em nosso entendimento, também nesse artigo de lei optou o legislador pela corrente subjetivista.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 328-329).

[96] TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. v. 1. p. 311.

[97] TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 306-307.

[98] “O legislador de 2002 manifestou-se de modo tão ponderoso no que tange à função social do contrato que retornou ao tema nas disposições transitórias. Ao regular o direito intertemporal em matéria, reafirmou no parágrafo único do art. 2.035[...]. Isto, na verdade, confirma que o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão-somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. **Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos do art. 421, o princípio da “causalidade negocial”**. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “não cumpre a sua função social”. [98] (grifo nosso) (MORAES, jan.-mar. 2005. p. 119.)

[99] TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. p. 258.

[100] Esta aproximação entre a teoria objetiva e o Direito brasileiro foi preconizada por Martins-Costa em 1989, quando a autora refutou a teoria subjetiva da causa: “descarta-se a hipótese de o sistema jurídico brasileiro conferir à causa finalidade subjetiva, como o francês, mas observa-se a tendência de se ter a causa como elemento objetivo, aos moldes do sistema italiano.” (MARTINS-COSTA, mar. 1989. p. 237.)

[101] TARTUCE, op. cit., p. 256.

[102] Moraes afirma ser a causa o elemento que “dá – ou nega – juridicidade” ao negócio jurídico (MORAES, jan.-mar. 2005. p. 102). Campos Filho aduz que ela é “o interesse material ou moral, a cuja realização tende o agente e que, se conforme à ordem jurídica, legitima o resultado procurado.” (CAMPOS FILHO, [1960-?]. p. 160). Miranda a conceitua como “a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”. Para o autor, “a causa fixa, na vida jurídica, o ato.” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo III. p. 78).

[103] TELLES, 2002. p. 291.

[104] Trecho do artigo 421 do Código Civil de 2002.

[105] TARTUCE, 2007. p. 257.

[106] GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 20.

[107] GOMES, loc. cit.

[108] MORAES, jan.-mar. 2005.

[109] Dentre os quais se destacam Rosenvald (ROSENVOLD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (Coords.). **Direito contratual:** temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 81-111) e Tartuce (TARTUCE, 2007.).

[110] Note-se como o autor paranaense propõe a divisão da função social: A primeira, **intrínseca**, é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade, e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes.[...] Seu perfil **extrínseco** (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito. (grifos do autor) (NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001. p. 223).

[111] ROSENVOLD, op. cit., p. 89. Partindo-se dessa bipartição da função social do contrato **é possível cogitar de uma sobreposição entre os ditames impostos pelas funções decorrentes da boa-fé objetiva e a expressão interna da função social do contrato**. Analisando-se o aspecto interno da função social do contrato, percebe-se que seu conteúdo coincide com as limitações decorrentes da boa-fé objetiva, a qual abrange o controle da conduta das partes contratantes no interior da relação contratual, durante todo o seu desenrolar, vedando condutas abusivas ou iníquas, bem como tutelando a quebra da base objetiva ou subjetiva do contrato. (grifo nosso) (CATUSSO, Joseane; FARIA, Victor Lisboa de. Boa-fé e função social do contrato: uma proposta de abordagem conjunta. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo:** anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 281-304. p. 301.)

[112] ROSENVOLD, 2007. p. 89. “Ousamos mesmo afirmar que no espaço endógeno da relação obrigacional pode incidir a boa-fé objetiva e, simultaneamente, uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que este deveria ostentar.” (ROSENVOLD, loc. cit.)

[113] NORONHA, 1994. p. 85. Paulo Nalin critica esta opinião, afirmando que “o que realiza Fernando Noronha, em verdade, é sobrepor a função social do contrato à idéia de justiça contratual” (NALIN, 2001. p. 230).

[114] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

[115] FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

[116] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.) **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. vol. II. p. 330.

[117] Denominação verificada na obra de Tepedino (TEPEDINO, 2004. p. 1). Em que pese grande parte da doutrina imputar aos autores italianos o pioneirismo da teoria do Direito Civil Constitucional, Lotufo afirma que o precursor desta teoria foi Clóvis Beviláqua, em discurso feito após a edição da Constituição Federal de 1934: “Cumpre observar, por oportuno, fazendo justiça à genialidade de Clovis Beviláqua, por muitos agora esquecida, que no desenvolvimento de pesquisas sobre o tema, acabamos recebendo de um aluno a reprodução de conferência pronunciada por ele logo após a edição da Carta de 1934, publicada na RT 97, de setembro de 1935, às páginas 31 a 38, artigo que demonstra que, tanto quanto Teixeira de Freitas foi o precursor dos Códigos orgânicos com Parte Geral, antecedendo à BGB, **Clóvis foi o precursor do Direito Civil Constitucional**, ao tratar do tema sob a denominação “*A Constituição e o Código Civil*”, onde inovadoramente refere à Constituição de 1934, e suas repercussões sobre dispositivos do Código Civil”. (grifo nosso) (LOTUFO, 2006. p. 21).

[118] PINHEIRO; GLITZ, 2008. p. 330-331.

[119] PERLINGIERI, 2002. p. 10. Aliás, a Constitucionalização do Direito Civil é fruto justamente da busca por uma adequação das disposições codificadas aos valores consagrados constitucionalmente. Esta doutrina “constitucionalista” surgiu no Direito italiano, onde o Código Civil de 1942 fora elaborada sob influência fascistas, “portanto, uma Código voltado para a *produtividade*, para a produção em larga medida, mas sem qualquer referência ao valor fundamental do ser humano. [...] Tudo girava em torno da *produtividade* em benefício do Estado” (LOTUFO, op. cit., p. 17). Ocorre que a Constituição promulgada na Itália em 1947 possuía um outro ideário, eis que referida corpo normativa sucede a Segunda Guerra Mundial e, portanto, abarca a alteração de comportamento social por ela perpetrada. “A Itália, ao fazer sua Constituição, mesmo não sendo obrigada a adotar a lei fundamental imposta pelos países vitoriosos, não deixou de seguir esta mudança de posicionamento. Elaborou democraticamente a sua Constituição, com grande participação inclusive de partidos comunistas, socialistas, partidos de esquerda, além da democracia cristã e social democracia, elaborando um texto em que também procurava centrar sua filosofia na dignidade do ser humano.” (LOTUFO, loc. cit.). Diante destas disparidade entre Código Civil e Constituição Federal, “a doutrina partiu para o estudo do Direito Civil Constitucional, como único meio de se recepcionar o Código Civil, pois submetido à releitura pelo enfoque constitucional” (Ibid., p. 18-19).

[120] Além dos dispositivos constitucionais já citados, a funcionalização do contrato também encontra albergue nos artigos 5º, XXIII 170, III da Carta Magna, eis que “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica” (REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 32).

[121] NEGREIROS, 2006. p. 11.

[122] REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19.

[123] Cf. nota 100, em 1989 Martins-Costa já defendeu a causa com função social no Direito brasileiro.

[124] “Como estamos longe do individualismo formalista que preside o Código de 1916, fiel aos pressupostos do pandectismo dominante nas décadas finais do século XIX! Alíás, cumpre salientar que já no Projeto enviado à Câmara dos Deputados figurava, como art. 420, a seguinte determinação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (REALE, op. cit., p. 27-28).

[125] “A causa assume, propriamente, a posição de limite imposto pelo ordenamento jurídico (através dela) à vontade negocial. Não fosse assim, a vontade privada seria absolutamente livre para criar quaisquer esquemas contratuais, estabelecendo quaisquer efeitos, por mais repugnantes que fossem à consciência social.”[125] (MORAES, jan.-mar. 2005. p. 109).

[126] MARTINS-COSTA, mar. 1989. p. 234.

[127] NORONHA, 2003. p. 32.

[128] Ibid., p. 30.

[129] Ibid., p. 32.

[130] NORONHA, loc cit.

[131] “O ordenamento jurídico não concede de olhos fechados a sua proteção ao querer do homem. Antes de decidir faz uma apreciação valorativa da função prática do ato. Se essa função ou finalidade se lhe afigura de utilidade real, digna de estímulo e amparo, *reconhece* o acto e coloca-o debaixo de sua égide, como *acto jurídico ilícito*, **a que atribui efeitos desarmónicos com a vontade do agente**; e por último *desconhece* o acto, tendo por *juridicamente indiferente*, todas as vezes que seu fim é anódino por **não possuir importância social bastante para justificar a tutela do Direito ou a sua reprovação.**” (grifo nosso) (TELLES, 2002. p. 291).

[132] Um dos exemplos desta qualificação por meio da causa está na discussão operada em relação aos contratos de *leasing*, que ensejou a Súmula 263, a qual, em pouco menos de dois anos foi revogada pela súmula 293. “Independentemente do ocorrido para a mudança radical no rumo da jurisprudência sobre o tema, **a verdade é que ambas as súmulas cuidam da qualificação do contrato através da causa**, a primeira (263) considerando que certo elemento (a cobrança antecipada do VRG) desqualifica o contrato de *leasing*, transformando-o em compra e venda, e a segunda (293) revogando a nova qualificação, entendendo que a causa continua, apesar daquela cobrança antecipada, ser arrendamento mercantil financeiro.” (grifo nosso) (MORAES, jan.-mar. 2005. p. 114).

AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DE FAMÍLIA: CONTRATUALIZAÇÃO DA FAMÍLIA?

PRIVATE AUTONOMY AND FAMILY LAW: FAMILY AS CONTRACT?

Marcelo Benacchio

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade o exame da mudança de paradigma nas relações familiares passando de um modelo rígido por meio da adesão a um conjunto de normas jurídicas pré-definido para outro, móvel, concebido a partir da utilização da autonomia privada na regulação das relações jurídicas entre as pessoas que vivem em família. Esse fenômeno é tratado pela doutrina estrangeira como contratualização ou consensualização da família, inclusive é fartamente constatável em nosso país essa tendência como se observa das novas compreensões no direito de família fundadas na liberdade e mesmo nas inovações legislativas. Essa nova acepção da autonomia privada no Direito de Família de indiscutível necessidade provoca uma série de problemas tanto entre os próprios integrantes do grupo familiar como no confronto entre os interesses individuais daqueles e os da sociedade, cuja solução ocorre pela aplicação dos direitos fundamentais e direitos humanos nas relações jurídicas reguladas pelo Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVES: FAMÍLIA; AUTONOMIA PRIVADA; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This study aims to examine the change of paradigm in family relationships from a model by rigid adherence to a set of legal rules pre-set to another, mobile, designed from the use of private autonomy in the regulation of relations legal between people living in family. This phenomenon is treated by the foreign scholars as family by contract or family by consent, in our country this trend of approach can be seen in the new understanding of family law based on freedom and even in legislative innovations. This new sense of private autonomy in the Family Law unarguable leads to a series of problems who touches the members of the family as the confrontation between the individual interests and those of society, whose solution is the application of fundamental rights and human rights in legal relations governed by the Family Law.

KEYWORDS: FAMILY; PRIVATE AUTONOMY; FUNDAMENTAL RIGHTS; HUMAN RIGHTS.

1. Considerações iniciais.

Este estudo tem por objeto o exame das transformações ocorridas na aplicação da autonomia privada no direito de família, porquanto se antes havia o regramento das relações jurídicas familiares desde modelos rígidos fixados pela lei, atualmente, constatamos a abertura do ordenamento jurídico para soluções consensuais de forma que a cada um é permitida a regulação desse setor da vida privada como melhor lhe pareça em abandono a um arquétipo único e genérico. Esse fenômeno é tratado sob a rubrica de *contratualização* ou *consensualização* da família, expressão essa tradutora da idéia de um movimento no sentido de conceder cada vez maior importância ao acordo de vontades, gerador de obrigações, na organização e definição da vida familiar.

A constatação empírica dessa nova realidade pode ser percebida pela análise da vida familiar atual a qual é muito diversa da situação existente nas famílias brasileiras há alguns anos em decorrência das variadas transformações sociais, políticas e econômicas sofridas pelo mundo desde o final dos anos oitenta.

Além disso, observando os entendimentos doutrinários podemos observar a radical alteração da perspectiva do papel da autodeterminação das pessoas na definição da vida familiar.

Na vereda do Código Civil de 1916 Whashington de Barros Monteiro afirmava que - *no domínio do direito de família, as figuras dos negócios jurídicos, casamento, filiação e parentesco, se acham rigorosamente determinadas, sendo muito limitada a esfera deixada à vontade individual* - noutra quadra, agora a égide da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, Paulo Lôbo refere que - *a liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como liberdade do sujeito de constituir família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade* -; no esteio do pensamento deste último e forte na compreensão da família como uma das formas de realização das pessoas, Luiz Edson Fachin sustenta - *não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade*.

A abertura jurídica da família decorreu da necessidade de concessão de maior liberdade às pessoas para poderem se realizar na vida familiar da forma mais ampla possível, como garantido pela ordem jurídica encabeçada pela Constituição da República, pois, os seres humanos nascem, vivem e morrem no seio de uma família em sua aceção ampla.

Essa mudança de paradigma acaba por inverter a situação anterior - compreensão totalizante do ordenamento jurídico que impunha soluções únicas com liberdade mínima - para o oposto, ou seja, uma visão fragmentada e plural a permitir a cada um o regramento de sua família conforme as próprias convicções, negociadas com os outros integrantes do grupo familiar, com interferência mínima do Estado, normalmente, para o equilíbrio e proteção dos interesses titulados por aqueles em posição de vulnerabilidade na família. Inclusive, o Estado passa a incentivar soluções negociadas dos conflitos familiares, preferindo o diálogo com a mediação dos interesses em jogo a uma decisão imposta desde as concepções generalizantes contidas no ordenamento jurídico.

2. O contexto da família contemporânea.

Nada obstante toda a controvérsia existente acerca do pós-modernismo, situação além da finalidade deste estudo, a nós importa registrar o pós-modernismo como uma indagação à utilidade do racionalismo modernista, o qual não nos conduziu a verdade como se prometera desde as raízes iluministas.

Desse modo, o pós-modernismo passa pela acepção plural e fragmentada dos valores, inclusive com a busca de soluções específicas em abandono a soluções totalizantes na forma pregada pelo modernismo fundado no racionalismo científico. A palavra chave do pós-modernismo é *desconstrução* no sentido do abandono das soluções racionais para a busca de outros modelos sem preocupação com a ordem ou a razão, assim, os pós-modernistas não lamentam a fragmentação e a incoerência, pelo contrário, celebram-nas.

Nesse contexto, é inegável a existência de profundas mudanças na sociedade ocidental desde os últimos anos século passado, como um processo em curso, desaguando na compreensão da família de forma plural por meio de conceitos amplos e flexíveis permitindo soluções específicas para os diversos modos de vida familiar a partir da aplicação de modelos empíricos sem a preocupação com uma rígida estruturação científica, enfim, um método sem método no sentido da razão iluminista.

Ao tratar da influência do pós-modernismo na família, Semy Glanz, refletindo o paradoxo em comento, afirma:

O pós-modernismo não é um novo estágio do desenvolvimento da família, mas a descença nos estágios ordenados. Um movimento de recuo e de avanço, em que as pessoas recebem padrões antigos e tentam outros novos, tornando as famílias mais democráticas, mas a instabilidade tem sido maior que a democracia.

De outro lado, a globalização e a lógica econômica por ela imposta determina o enfraquecimento da autoridade legislativa dos Estados, a qual não tem condições de regular o sistema capitalista transnacional, concedendo maior liberdade às pessoas que passam a buscar uma regulamentação específica para fora da visão totalizante do Estado moderno - o chamado "neofeudalismo jurídico". Nessa ótica a dignidade do ser humano é garantida mais pela dilatação do mercado com a conseqüente ampliação da liberdade de escolha e a responsabilidade de decidir que por medidas públicas.

Essa situação também repercute no direito de família, pois a incessante evolução das novas tecnologias de comunicação e informação influencia o comportamento das pessoas, inclusive, o mercado globalizado passa a tratar a família como mais uma unidade de consumo e até mesmo, como um produto, repercutindo na padronização dos comportamentos e anseios das pessoas que compõem as famílias por toda a parte.

O tempo atual se distingue dos momentos anteriores por ser auto-referencial, ou seja, a sociedade regula a própria vida produzindo uma ordem normativa que não tem outra

fonte senão ela mesma em oposição às sociedades pré-modernas fundadas em Deus, na tradição, etc; nessa linha, a força motriz da sociedade contemporânea é o indivíduo enquanto tal e com o escopo fundamental da realização de sua liberdade, livre de qualquer vínculo histórico que não seja ligado a sua vontade.

Pietro Barcellona afirma que o indivíduo moderno não tem ligações naturais (sangue, raça, língua) sendo incondicionado, instaurando suas relações com as outras pessoas pela via jurídica, por sua própria vontade, conforme sua capacidade negocial; destarte, há uma exasperação do individualismo, permanecendo o indivíduo cativo de suas necessidades a serem supridas pelo mercado.

Nessa ordem de idéias fica evidente que o contexto da família moderna (ou pós-moderna, conforme a concepção adotada) encontra sua razão maior na *liberdade* e, disso, passa a criar seus modelos na maior parte não coincidentes com os estabelecidos pelo ordenamento jurídico, daí a mudança do paradigma anterior da família fundada no casamento como único modelo de vida familiar.

3. A família definida pela liberdade.

A família contemporânea encerra um fato social absolutamente diverso do existente em meados do século XIX, a família clássica, grande e correspondente a um modelo econômico passado, hoje a família se reduziu aos pais e filhos, esses em pequeno número ou, por vezes, único, a denominada *família nuclear*.

A compreensão jurídica da família atual tem sido tratada não com um desenho único, totalizante mas sob uma moldura a ser preenchida conforme as aspirações pessoais dos integrantes da família, essa metodologia é absolutamente diversa do paradigma anterior que efetuava a conceituação da família pelo casamento, como ocorria com o art. 175 da Constituição de 1969 ao estabelecer - *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos*.

O ponto de partida para o encontro da noção atual de família é a rejeição do paradigma anterior, ou seja, a visão oitocentista reinante no Código Civil de 1916 haurida do Código Civil Francês de 1804, daí podemos afirmar com absoluta segurança que a família *não é mais* (i) chefiada pelo homem (patriarcal), (ii) subordinada a um chefe sem possibilidade de discussão de seus rumos (hierarquizada), (iii) com função primordial de produção e manutenção de patrimônio (patrimonializada) e (iv) constituída somente pelo casamento (matrimonializada).

A compreensão atual da noção de família é construída tomando-se o caráter normativo das normas constitucionais, sendo efetividade *a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados*, assim, posicionada a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico é de seu conteúdo que verterá a axiologia a ser obedecida pelos institutos do Direito Civil.

Nessa linha, a Constituição de 1988 em seu artigo 226 estabelece uma noção plural da família ao referir a fundada no casamento, na união estável e a monoparental e, nada obstante a existência de entendimentos diversos, o rol constitucional é meramente

exemplificativo por não abarcar todas as possibilidades de família a exemplo da *universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais*, e também das famílias recompostas, refeitas ou reconstituídas, ou seja, a *reorganização familiar de pessoas que formam pelas núpcias ou pela união estável novas entidades familiares e nelas agregam, ordinariamente, seus filhos havidos das anteriores relações, criando-se novas figuras e vínculos que o Direito de Família não se dedicou, como a do marido que se torna “padrasto”, e a esposa vira “madrastra”, e os filhos são denominados de “enteado” e “enteada”, criando-se vínculos de afinidade parental* .

Além disso, também entendemos não haver qualquer hierarquia entre as formas de família previstas na carta constitucional, destarte, o casamento não se encontra em patamar superior, mas sim igual ao da união estável, família monoparental e outras entidades familiares possíveis desde as prescrições das normas constitucionais.

A pluralidade das entendidas familiares constitucionalmente previstas tem redundado na expressão *direitos das famílias*, com apelo a noção multifacetária do direito frente aos atuais arranjos da vida familiar, conforme as conveniências, desejos e dificuldades da vida pessoal de cada um.

O abandono do modelo rígido e único do casamento em favor da pluralidade dos estatutos jurídicos, na própria definição da família, reforça a liberdade das pessoas no sentido da privatização do direito de família em um duplo aspecto, (i) as escolhas individuais estabelecem as matizes da vida privada e, (ii) a vontade individual, dentro dos limites da autonomia privada, desenha as vinculações jurídicas na família em conformidade com os estatutos jurídicos oferecidos pelo Direito. Essa situação, da possibilidade de cada pessoa poder construir sua família segundo as próprias aspirações, é nominada, com especial argúcia, por Philippe Malaurie e Huges Fulchiron de *família lego*.

Desse modo, a compreensão da família passa necessariamente pela autonomia privada das pessoas na busca de sua completa realização existencial por meio do uso dos estatutos jurídicos postos à disposição de todos ante a pluralidade dos modos de vida familiar.

Apesar da possibilidade da autonomia privada ser observada de múltiplos ângulos e por vários instrumentos de análise jurídica, sem dúvida a formulação comum de todas as vertentes é o fato de sua compreensão como a liberdade na satisfação do próprio interesse particular obviamente observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, portanto, defina a família por meio da autonomia privada de seus membros, efetivamente o valor em referência é o da *liberdade*.

4. A aproximação do direito de família à estrutura jurídica do negócio jurídico.

A autonomia privada consiste no poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico às pessoas para a auto-regulação dos próprios interesses, determinando seu próprio comportamento individual.

Em sentido amplo, a autonomia privada abarca vários aspectos da vida humana. Daniel Sarmiento comenta essa amplitude nos seguintes termos:

(...) a autonomia privada envolve tantos aspectos ligados a escolhas existenciais (com que pessoas mantereí relações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência?), como engloba também uma dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial.

De maneira mais específica a autonomia privada é gênero da autonomia negocial e nesse prisma é realizada no meio social pelo instituto do negócio jurídico, o qual, segundo Renan Lotufo é *a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares, portanto o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento.* Assim, a teoria do negócio jurídico está na base do exercício da autonomia privada.

Atribuindo valor relevante à autonomia privada, Maria Berenice Dias, alicerçada na vontade dos cônjuges, conclui pela inconstitucionalidade das normas jurídicas que limitam a obtenção da separação e do divórcio, são suas proposições:

É absolutamente indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou identificação de “culpas” para desfazer o casamento. Evidente o desrespeito ao direito à liberdade, razão pela qual não há como deixar de reconhecer como inconstitucional a regra que impõe limitações à separação e ao divórcio (CF 226, p. 6º), por afrontar o princípio maior que consagra a dignidade da pessoa humana como bem supremo. É absurdo forçar a manutenção do estado de casado, quando o casamento não mais existe. Ninguém está obrigado a viver com quem não esteja feliz, devendo preponderar o respeito à dignidade da pessoa humana.

No passado havia um espaço mais limitado para o exercício da autonomia privada no direito de família, quando muito havia a adesão a uma série de conseqüências jurídicas que não poderiam ser alteradas, verdadeira instituição, todavia, essa situação modificou-se sobremaneira com o fenômeno em estudo – *contratualização ou consensualização da família.*

Desse modo, sendo a atual organização familiar (e social) plural, individualista e sem apego aos modelos passados de família, parece-nos estar ocorrendo uma mudança de paradigma, assim, o exercício da autonomia privada passa a ser a regra e o regramento institucional pelo ordenamento jurídico a exceção no direito de família.

A expressão *mudança de paradigma* é aqui utilizada na acepção de Thomas S. Kuhn, destarte, essa modificação repercutirá na percepção dos operadores do direito de família, donde lhes será necessário a reformulação de seus conceitos ante a modificação de seu objeto de estudo, o comportamento das pessoas em suas relações familiares e o regramento oriundo do ordenamento jurídico.

A compreensão oitocentista da autonomia da vontade não impunha limite à vontade individual, destarte, era compreensível o direito de família se afastar dessa concessão, entretanto, houve a alteração dessa realidade ao se passar para a autonomia privada, pois, a liberdade concedida pela autonomia privada é limitada em sua gênese como uma moldura definida pelo ordenamento jurídico, destarte, atualmente é plenamente compatível a aproximação do direito de família a modelos negociais ligados à vontade.

Nada obstante sempre ter havido um espaço para a autonomia da vontade no direito de família no direito oitocentista, a aplicação dessa autonomia é diversa do modelo atual da autonomia privada, a qual surge como um novo arquétipo regido por princípios diversos do paradigma anterior.

Enfim, atualmente o exercício da autonomia privada em diversos *negócios jurídicos de família* vai permitir a adequação da vinculação jurídica para que cada um tenha sua família conforme sua aspiração de afeto e realização pessoal.

5. Alguns exemplos da ampliação do exercício da autonomia privada no direito de família.

As recentes modificações legislativas e dos valores aplicados pela jurisprudência evidenciam o avanço da autonomia privada no direito de família, tanto pela concessão de liberdade como de respeito aos arranjos familiares já um tanto quanto distantes do modelo único anterior, o casamento.

Prova da maior importância concedida à autonomia privada é utilização de modelos alternativos de solução de conflitos em direito de família, por toda parte há um enorme incentivo para mediações e soluções negociadas pelas pessoas em conflito com simples homologação judicial quando necessária. Inclusive o incremento da liberdade no Direito de Família provocou a inibição da atividade de controle do juiz (p. ex. a cláusula de dureza na separação consensual) somente negando homologação às composições apresentadas nas hipóteses incontornáveis de ofensas a direitos fundamentais, mormente de incapazes.

Inegavelmente está em curso um processo de concessão de maior autonomia aos particulares para a regulação de seus interesses familiares (privatização da família), exemplo disso é a possibilidade da separação e do divórcio extrajudiciais por escritura pública nos termos das alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.441/07.

A possibilidade dos nubentes criarem um regime de bens personalizado no casamento, bem como de sua posterior alteração nos termos do art. 1639, *caput*, e parágrafo

segundo, respectivamente, do Código Civil, igualmente, é uma afirmação da autonomia privada.

O mesmo se diga do contrato de convivência na União Estável (CC, art. 1.725) e dela própria no que toca à sua constituição.

O instituto da adoção, sendo mais marcante no caso da adoção de maiores, também segue a linha consensual, ademais o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe o consentimento do menor caso seja ele maior de doze anos (ECA, art. 45, p. 2º).

A opção legislativa pela guarda compartilhada ou conjunta decorrente da alteração dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil pela Lei n. 11.698/08, trata do aumento de atuação da autonomia privada no campo da guarda dos filhos, pois, sabidamente a guarda compartilhada imporá a necessidade de detalhada e constante regulamentação entre os pais acerca do exercício da guarda. Do mesmo modo, as homologações judiciais de estipulações acerca de guarda unilateral e visitas pressupõem a atuação da vontade dos genitores (ou titulares da guarda) e do menor quando possível.

A possibilidade do decreto da separação judicial independentemente da prova da culpa de quaisquer dos cônjuges na forma do art. 1.573, parágrafo único, do Código Civil, demonstra a necessidade da *comunhão plena de vida* para a manutenção do casamento, ausente isso não é possível forçar as pessoas contra sua vontade (em ofensa a autonomia privada - liberdade) a permanecerem casadas como ocorria sob a égide do Código Civil de 1.916 e da Lei do Divórcio.

No campo científico também há maior influência da autonomia privada como acontece com a retomada do prestígio da tese da natureza jurídica contratual do casamento como um contrato *sui generis* em detrimento da tese institucional. Hervé Lécuyer explica essa tendência sustentando a reaproximação entre os institutos do contrato e do casamento, pois, de um lado os contratos sofreram uma radical mudança com a interferência das normas de ordem pública, de outra parte o casamento ficou mais suscetível ao poder de autodeterminação das pessoas, portanto, os motivos determinantes da adoção da teoria institucionalista (excessiva liberdade nos contratos e ausência de uma vinculação normativa mais intensa) não mais permanecem, bem como, a idéia de instituição não é conforme a maior atuação da autonomia da vontade, assim, renovados os institutos seria possível a explicação do casamento pelo acordo de vontades como base do negócio jurídico na forma dos contratos (negócios jurídicos bilaterais); o referido autor também assevera que as normas de ordem pública são fatores de unificação ao passo que a autonomia privada é fonte de diversificação, desse modo, somente pela compreensão em exame seria possível a efetivação da máxima *a cada um seu casamento, a cada um seu direito*.

O traço comum nos exemplo citados encerra a substituição do paradigma no Direito de Família da mera adesão a um instituto jurídico pré-definido e de difícil mutabilidade para outro moldado pela autonomia privada (com seus limites), o qual possibilita às pessoas criarem a forma jurídica da regulação de seus interesses existências e econômicos nas relações jurídicas de família.

Como ocorreu em outras áreas, doravante no Direito de Família a preocupação não é apenas com as estruturas jurídicas, mas também com sua função, portanto, não mais

interessa somente como são constituídos os institutos jurídicos incidentes nas relações familiares, mas também para que servem, notadamente a finalidade de realização do ser humano como um todo, o que somente poderá ocorrer por meio da concessão de autonomia (liberdade) àquele.

6. Os problemas gerados pela *contratualização* da família.

O fenômeno em estudo está inserido em um contexto social de aumento da liberdade das pessoas na busca da concretização de seus desejos, existências e ou econômicos; essa situação fez surgir a visão da família eudemonista, referida por Maria Berenice Dias da seguinte forma:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito (...). A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois, ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.

Fruto da globalização é tendência atual a cessão do lugar antes ocupado pela lei ao contrato, porquanto desse modo é possível a utilização da liberdade para a realização dos anseios do indivíduo que se vê livre das amarras legais em processo iniciado na Revolução Francesa.

O aumento da autonomia privada no direito de família pode redundar na banalização do casamento, inclusive, entre nós encontra-se em tramite na Câmara dos Deputados a PEC n. 413/2005 que propõe a extinção da separação judicial de molde a prevalecer apenas o divórcio, para tanto sugere que o art. 226, p. 6º, da Constituição Federal passe a ter a seguinte redação - *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.* Desse modo, haverá uma facilitação para a extinção do casamento de forma direta.

Considerado o caráter ambíguo da família contemporânea há proposição doutrinária para que o magistrado ao decidir conflitos familiares se comporte como um conselheiro da família, atuando com mais tato e humanidade e menos como um órgão do Estado, respeitando a liberdade da família na escolha do modelo de criação dos filhos conforme suas crenças ou mesmo a ausência delas.

Jean Carbonnier menciona ser a família um espaço do *non-droit*, porquanto seus regramentos se estabeleceriam não apenas pelo direito, mas também pela moral, costumes, amor e afeição, na família as pessoas teriam um regramento de

comportamentos mais amplo que o direito, o qual apareceria de quando em quando, p. ex. na celebração do casamento civil, venda de bens comuns, etc., fora desses momentos a família viveria como se o direito não existisse. Desse modo, haveria longos períodos de *non-droit*, permeados por alguns instantes de *droit*.

Tudo isso amplia o espaço privado e em consequência diminui o espaço público na família, com mínima interferência estatal, tão só para os casos de confronto entre interesses de natureza individual com os de gênese social.

Pode ocorrer embate entre liberdades, como se resolverá um conflito entre integrantes de dada entidade familiar na qual há democracia, todos são iguais e todos têm direito a se realizarem enquanto pessoa, podendo e devendo ser felizes, obviamente haverá um temperamento e acomodação entre o direito dos envolvidos como tem sido comum atualmente, entretanto, é certo, alguém terá seu interesse subordinado ao de outro integrante, enfim sua felicidade diminuída em prol do outro.

Para a ilustração mais concreta dessa problemática, pensemos na seguinte indagação: poderiam os cônjuges consensualmente afastar o dever de fidelidade recíproca no casamento constante do art. 1.566, inc. I, do Código?

A literatura e o cinema, reverberando fatos sociais, são pródigos em episódios nos quais há quebra do dever de fidelidade, todavia, marido e mulher, perdoam-se, reconciliam-se, continuando casados.

Hausse e Huet-Weiller referem que a violação do dever de fidelidade a título de proteção da vida privada não deveria ser exposto, concluindo ser o dever de fidelidade da órbita privada das relações conjugais, de forma a não ser cabível a interferência estatal, relativizando-o, portanto.

Maria Berenice Dias ao mencionar não ser a fidelidade um direito exequível e a infidelidade ser desnecessária ao fundamento da separação arremata ser *inútil a previsão legislativa desse dever* (fidelidade).

Com exposto até aqui, bem como a tendência à privatização e consensualização das relações familiares, poderíamos chegar à conclusão da possibilidade dos cônjuges, calcados em sua autonomia, estabelecerem um casamento sem fidelidade; entretanto, a questão, a nosso ver, permite outro enfoque.

Até mesmo no campo dos contratos, enquanto formas jurídicas da circulação da riqueza patrimonial ocorrem limitações, nos termos do art. 421 do Código Civil, concernentes à função social do contrato, a qual, segundo Teresa Negreiros *significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são afetadas por ele próprio afetadas*.

Rolf Madaleno trata da importância atual do dever de fidelidade nos seguintes termos:

Certamente a infidelidade não perdeu seu status de representar a mais abjeta causa de separação afetiva, de formação monogâmica, repugna à natureza humana dos povos ocidentais qualquer pluralidade de relações, muito embora tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causa de separação.

O adultério está na ante-sala da infidelidade, que supõe exclusividade do débito conjugal, porque com o casamento cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, e lança mão do direito de unir-se sexual ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa que não seja o seu consorte.

É fundamental ser considerado o fato do dever de fidelidade estar ligado à monogamia, uma das bases de nossa cultura ocidental, assim, em nosso entendimento a fidelidade não tem um prisma apenas individual, mas social, afastá-la envolve renunciar ao aspecto monogâmico e mesmo os costumes e deveres morais de nossa sociedade, portanto, faz parte do núcleo do conceito de autonomia privada sua limitação e aqui vemos um limite claro.

Diante disso, nossa resposta seria negativa à indagação supra apesar dos aspectos atinentes à vida privada dessa questão e mesmo a possibilidade de nem sequer ser levada à discussão judicial, resolvendo-se por meio do *non-droit*, contudo sem o reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Nada obstante a possibilidade de outra solução à reflexão posta, haverá sempre uma zona de confronto entre os limites dos campos da autonomia privada e das restrições colocadas pelas normas de ordem pública.

7. Os direitos fundamentais e os direitos humanos como elementos de equilíbrio entre a autonomia privada no direito de família e os interesses sociais.

O Estado Democrático de Direito tem em sua gênese o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais como um núcleo de proteção positiva e negativa dos contornos da dignidade da pessoa humana, permitindo a realização do indivíduo libertando-o da opressão imanente nas relações de poder.

É absolutamente possível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais entre particulares ante a possibilidade de relações de poder limitativas da liberdade, como ocorre na família. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é defendida no Brasil por Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz e Vigílio Afonso da Silva, entre outros.

Os direitos humanos igualmente afirmam a proteção do ser humano em sua dignidade tendo um espectro de maior amplitude em relação aos direitos fundamentais cujo catálogo, na expressão Ingo Wolfgang Sarlet, tratam dos direitos humanos em sua dimensão constitucional positiva.

Não é objeto de nosso estudo aprofundamentos acerca dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tão só desejamos destacar esses valores como fatores de mediação dos interesses da autonomia privada no direito de família.

Desse modo, o incremento da autonomia privada no Direito de Família vai ser controlado pela aplicação dos direitos fundamentais e direitos humanos nas relações familiares como salvaguarda da dignidade da pessoa humana, sobretudo nos casos mais difíceis de confronto entre dignidades.

O estabelecimento de uma forma de vida familiar que viole a condição humana dos envolvidos ou impeça prestações a menores ou componentes do grupo familiar com limitação de autonomia, deverá ser controlada pela aplicação dos direitos fundamentais e humanos nas relações familiares.

Se de um lado houve a concessão de maior liberdade às pessoas para pela ampliação da autonomia privada nas relações familiares, de outro o paradigma da aplicação horizontal dos direitos fundamentais é plenamente suficiente ao controle dessa mesma liberdade.

8. Proposições conclusivas.

É um fato social a modificação do Direito de Família em seus regramentos, do outrora modelo único e totalizante do casamento atualmente passamos a visões plurais das entidades familiares, como pode ser facilmente observado das normas jurídicas existentes na Constituição da República, Código Civil e mesmo na legislação extravagante.

A família é o local ideal para a realização da pessoa com a possibilidade de ser feliz, para tanto cada indivíduo utiliza sua liberdade para a consecução de suas aspirações pessoais.

A forma jurídica de regulação dessa situação social foi estabelecida por meio da concessão de maior largueza ao instituto da autonomia privada nas relações familiares, permitindo a cada um a formação de sua família com o regramento jurídico conforme aos desejos de realização da pessoa humana, em regra, todos vivemos numa família em sentido amplo.

A concessão de maior liberdade poderá redundar em conflitos tanto entre os interesses particulares dos membros da família quanto em confronto com os valores sociais, havendo dificuldade na solução frente a necessidade da mínima constrição da liberdade, sobretudo se considerado a titularidade de direitos por todos os integrantes do grupo familiar.

Nesse contexto, o paradigma para solução desses conflitos é a aplicação da teoria dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações familiares de modo a limitar e moldar o exercício da autonomia privada em conformidade com os valores estabelecidos por esses institutos fortemente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto senza società: dal disincanto all' indifferenza*. Bari: Dedalo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERENICE DIAS, Maria. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999.

HAUSER, Jean e **HUET-WEILLER**, Danièle. *Traité de droit civil. La famille: foundation et vie de la famille*. Paris: L.G.D.J., 1993.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Milano: Laterza, 2004.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LÉCUYER, Hervé. *Mariage et contrat*. In: **FENOUILLET**, Dominique e **VAREILLES-SOMMIÈRES**, Pascal de. (coord). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232), v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MALAURIE, Philippe, **FULCHIRON**, Hugues. *La famille*. Paris: LGDJ, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, 2º v. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hugues. *La famille*. Paris: LGDJ, 2006, p. 19.

Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: direito de família*, 2º v. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 04.

Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306.

A família mutante: sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

José Eduardo Faria. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25 e 325/329.

L'ordine giuridico del mercato. Milano: Laterza, 2004, p. 109.

Conforme a esse ideário de mercado é aplicação da análise econômica do direito no âmbito do direito de família, a exemplo de Richard A. Posner ao mencionar que os

filhos são a maior *commodity* que o casamento produz e dado ao investimento de tempo e *market imputs* (comida, vestuário, etc.) que as crianças necessitam dos pais, merecem proteção legal para que possam, em termos econômicos, realizar seu potencial de produção quando adultos (*Economic analysis of Law*. New York: Aspen, 2003, p. 146 e 154/155).

Pietro Barcellona. *Diritto senza società: dal disincanto all' indifferenza*. Bari: Dedalo, 2003, p. 10 e 58.

Ob. cit., p. 59 e 82.

Jean Hauser e Danièle Huet-Weiller. *Traité de droit civil. La famille: foundation et vie de la famille*. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 726.

Um ponto interessante acerca do Código Napoleônico é o fato dele ter efetuado um retrocesso no direito de família, pois, apesar da Revolução Francesa pregar a liberdade e a igualdade, as prescrições codificadas estabeleceram uma noção tradicional da família, patriarcal, hierarquizada e disciplinada, não obstante o individualismo reinante naquele diploma legal. Essa situação permaneceu até meados do século passado em virtude de uma organização social estruturada e consciente de seus valores; como ensinam Philippe Malaurie e Hugues Fulchiron, ob. cit. p. 41/42.

Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 279.

Acerca do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, entre muitos, confira-se Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Maria Berenice Dias. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

Rolf Madaleno. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 08.

Encerra questão não pacificada a inclusão ou não das uniões homoafetivas na noção de família, havendo respeitáveis posicionamentos tanto em um sentido como noutro. Em verdade, atualmente, a discussão permanece em aberto merecendo estudo específico. Seja como for, admitida a união homoafetiva como família há maior comprovação da tese da pluralidade das entidades familiares.

Paulo Lôbo, ob. cit. , p. 56/75.

Ob. cit., p. 44.

Giuseppe Grisi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 09/10.

Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142.

Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271.

Ob. cit., p. 275.

A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 148.

Débora Vanessa Caús Brandão. *Regime de bens no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58/59.

Nesse sentido, o seguinte entendimento jurisprudencial:

Direito civil. Família. Ação de separação judicial. Pedidos inicial e reconvenção fundados na culpa. Não comprovação. Insuportabilidade da vida em comum. Decretação da separação sem atribuição de causa. Possibilidade.

- *Verificada a insuportabilidade da vida conjugal, em pedidos de separação com recíproca atribuição de culpa, por meio de ação e reconvenção, e diante da ausência de comprovação dos motivos apresentados conforme posto no acórdão impugnado, convém seja decretada a separação do casal, sem imputação de causa a nenhuma das partes.*

- *Ressalte-se que, após a sentença de improcedência dos pedidos de separação com culpa, as partes formularam petição conjunta pleiteando a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.573 do CC/02, e mesmo assim não alcançaram o desiderato em 2º grau de jurisdição.*

- *Dessa forma, havendo o firme propósito de dissolução do vínculo matrimonial, nada obsta que o decreto de separação-sanção seja modificado para o de separação-remédio.*

Recurso especial conhecido e provido. (STJ, RE n. 783.137 - SP (2005/0156573-4), rel. Min. Nancy Andrighi)

A comunhão plena de vida, constante do art. 1.511 do Código Civil, é uma cláusula geral aberta de comportamento conjugal ligada à felicidade e pressuposto da união, assim, à falta de comunhão de vida não mais haveria razão para manutenção do casamento e, desse modo, cabível a separação judicial do casal independentemente da prova da culpa. A tanto, confira-se Rolf Madaleno, ob. cit, p. 72/74.

Mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique e VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. (coord). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001, p. 59/65.

A idéia aqui exposta funda-se na concepção de Norberto Bobbio acerca das funções do direito na sociedade em abandono ao conhecimento meramente estrutural, assim, não importa apenas saber o que é a norma jurídica, mas também para que serve. Assim, em oposição ao pensamento de Kelsen, o direito não é um meio, mas tem um fim. A respeito, consulte-se a obra de Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53/113.

Ob. cit., p. 54.

Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 93 e ss.

Hervé Lécuyer, ob. cit., p. 63.

Philippe Malaurie e Hugues Fulchion, ob. cit., p. 22/23.

Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 2001, p. 34.

Em consideração às idéias de Carbonnier, Phillippe Malaurie e Hugues Fulchiron (ob. cit., p. 25) fazem a seguinte indagação - Quantas famílias vivem e morrem com total ignorância das regras jurídicas?

Ob. cit., p. 745.

Ob. cit. p. 243.

Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

Ob. cit.

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39/41.

O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO À PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES

THE RIGHT OF PROPERTY AS RIGHT TO THE PROPERTY: AN ANALYSIS UNDER THE LIGHT OF THE EFFECTIVE PRINCIPLES CONSTITUTIONAL

Matheus Ferreira Bezerra

RESUMO

O presente trabalho busca abordar a propriedade privada, a partir de uma abordagem histórica do instituto, a fim de alcançar os objetivos traçados pela proteção jurídica, em cada momento, e chegando-se à sociedade contemporânea, na qual a mesma encontra acrescida com a noção de função social, que impõe ao seu detentor não somente direitos, mas também deveres, para que o exercício do direito que lhe fora conferido esteja de acordo com os preceitos traçados pelo ordenamento jurídico vigente. Em contrapartida aos deveres estabelecidos com a funcionalização da propriedade, posicionam a sociedade, até então vista como terceiro, a quem o direito real sempre excluiu, detentor do direito ao acesso à propriedade em prol da realização de direitos constitucionalmente assegurados. Para tanto, o presente trabalho se vale da análise das normas jurídicas que incidem sobre a propriedade, como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, além dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que abordam a propriedade privada.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE – DIREITO – ACESSO

ABSTRACT

The present work searches to approach the private property, from a historical boarding of the institute, in order to reach the objective tracings for the legal protection, at each moment, and arriving it the contemporary society, in which the same one also finds increased with the notion of social function, that its detainer imposes not only right, but duties, so that the right of action who it is conferred is in accordance with the rules tracings for the effective legal system. On the other hand to the duties established with the funcionalization of the property, they locate the society, until then seen as third, to who the right in rem always excluded, the detainer of the right to the access to the property in favor of the accomplishment of constitutional laws assured. For in such a way, the present work if valley of the analysis of the rules of law that happen on the property, as the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002, beyond the doctrinal and positions of jurisprudence that approach the private property.

KEYWORDS: PROPERTY – RIGHT – ACCESS

1. Introdução

A defesa da propriedade acompanha à própria história do homem, principalmente quando este, abandonando o nomadismo, assumiu uma postura sedentária, vivendo, assim, num determinado local, que passou a considerar como “seu”, para a formação e desenvolvimento do agrupamento humano então formado.

Doravante, a partir das convivências em grupo e da necessidade de se defender o seu espaço de constantes ameaças, existentes dentro do próprio grupo de indivíduos, foi-se criando gradativamente as normas de convivência sociais que culminaram com a criação da propriedade privada pelo homem.

Nesse diapasão, os sistemas jurídicos estabelecidos ao longo dos anos, buscaram a proteção da propriedade, e do direito de propriedade, como forma de assegurar a riqueza humana de determinados indivíduos e de conter conflitos sociais, assegurando, assim, a convivência harmônica das sociedades então regidas e a estabilização dos grupos normatizados.

Todavia, em que pese a existência de regramento jurídico do direito de propriedade na maior parte das sociedades antigas, que já não mais continham a idéia de propriedade comum, a mesma não deixou de ser foco de diversos conflitos ao longo dos anos, o que, sempre, motivou a própria nuança jurídica e social acerca do tratamento a ser dado ao instituto, a fim de melhor contemplar os anseios sociais.

Com efeito, ao longo da história do homem a propriedade privada e o tratamento jurídico conferido à mesma já passaram por diversas transformações.

Nesse contexto, registre-se que, atualmente, a noção de propriedade se encontra mais próxima daquela existente no início das formações dos grupos sociais em que se tinha uma finalidade de se atender a uma coletividade de indivíduos e não somente aos interesses meramente individuais.

Todavia, mesmo sofrendo diversas alterações para se encontrar adequado a proposta trazidas com muitos dos Estados contemporâneos, que abrigam os ideais nascidos com os movimentos decorrentes do Pós-Segunda Guerra Mundial, em que a defesa da dignidade humana, de direitos humanos e de concessão de direitos básicos ao indivíduo passaram a ser perseguidos em diversas localidades do planeta, as concepções de propriedade ainda se encontram aquém do que se necessita atualmente.

Deveras, a defesa da propriedade, ao longo das diversas construções jurídicas no decorrer do tempo, sempre representou uma postura de se manter afastado do bem todos aqueles que não possuíse o justo título ou a justa posse, o que significa uma posição sempre excludente da sociedade, em benefício do direito individual.

Porém, atualmente o horizonte do direito civil não se encontra no mesmo ponto de outrora, primeiro porque a propriedade já não é mais um exercício do direito absoluto do seu detentor e, segundo, porque o homem passou a ter direitos tão essenciais para serem defendido quanto o próprio direito de propriedade, de sorte que este poderá ser declinado em nome do bem-estar social, proposta esta trazida pela funcionalização da propriedade privada.

2. Direito de propriedade

A relação de apropriação existente entre o homem e os bens remonta aos tempos primitivos da humanidade, de modo que o direito de propriedade há muito acompanha as sociedades humanas[1], sempre se modificando, ao longo dos anos, para melhor atender a realidade de seu tempo.

Deveras, num primeiro momento, conforme ensina Darcy Bessone (1996), o homem passou a se apropriar livremente das coisas da natureza em nome de uma coletividade (horda), demarcando o surgimento de uma propriedade coletiva[2], que não possuía espaço delimitado de existência, dado ao caráter nômade do ser humano da época.

Doravante, o processo de apropriação foi paulatinamente experimentando a diminuição da quantidade de titulares, passando, posteriormente, a ser exercida pelas famílias, e pelos chefes, em nome das famílias, como verificado no direito romano, momento em que se registrou uma transição entre a propriedade coletiva e a propriedade individual.

Nesse momento, a propriedade privada deixou de ser plurifamiliar, na qual contemplava uma coletividade, para ser familiar, na qual passou a ser gerida por uma entidade de um grupo, no qual seus componentes estavam ligados pelos laços de parentesco.

Doravante, verificou-se uma redução ainda maior com o início das Invasões Bárbaras, que marcaram o começo da Idade Média, uma vez que a população das cidades abandonou os centros urbanos em busca de abrigo nos feudos pertencentes aos nobres capazes de lhes oferecer proteção e terras para a produção, voltada à subsistência, daqueles que buscavam trabalhar em regime de servidão que marcou a época na qual nasceu a noção de domínio útil, como bem leciona Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 23):

Houve seguido desmembramento da propriedade à medida que se admitiu a cessão parcial dos feudos e censos a terceiros. As sucessivas subcessões de direito terminaram por permitir que um número de pessoas com direitos reciprocamente limitados, utilizassem a mesma parcela de terra. A tentativa de disciplinar essa desordenada divisão da propriedade nos moldes romanos levou à criação da doutrina do chamado *domínio dividido*: o proprietário permanecia com o *domínio indireto*, ou *eminente*, enquanto o tenente tinha o *domínio útil*.

Ademais, seguindo o pensamento do citado doutrinador, a partir da construção de domínio útil existe uma superação do paradigma da propriedade construído naquele momento histórico uma vez que a propriedade passa a ser vista não somente sobre o seu aspecto de submissão à vontade do seu detentor, mas também como um bem útil, que poderia ser voltado para atender as necessidades de um número de pessoas até então excluídas da propriedade[3].

Posteriormente, com o advento da Carta Magna da Inglaterra em 1215 e alguns anos depois à luz do pensamento iluminista, com a Revolução Francesa, que trouxeram o fim do absolutismo, em diversos países do mundo, houve um freio ao livre arbítrio dos monarcas, de modo que o direito de propriedade foi inserido nas Constituições então

editadas, agora, como uma garantia individual, em face ao Estado, de modo que o poder deste estaria limitado àquele direito reconhecido ao indivíduo.

Nesse contexto, o direito de propriedade, conforme constituído pela ciência jurídica contemporânea, apresenta duas vertentes delineadoras do seu instituto, sendo uma delas, a constitucional, na qual é percebido como uma garantia ao indivíduo face às intervenções do Estado e outra, a civil, como um direito, no qual o seu titular defende o seu título de proprietário contra a interferência de terceiros.

Atualmente o direito de propriedade, no direito brasileiro, encontra previsão constitucional, no inciso XXII[4], do art. 5º. A partir da abordagem trazida na Carta Magna, concebe-se o direito de propriedade sob uma perspectiva mais ampla que o tratamento exclusivamente na seara civil[5].

Com efeito, a inserção constitucional, encerra dois sentidos à propriedade, primeiro, que a mesma, atualmente, evolui questões mais complexas, abrangendo diversos ramos do direito como o constitucional, o administrativo, o civil, o comercial etc., segundo, o instituto da propriedade não deverá ser analisado sob uma perspectiva eminentemente patrimonialista e voltada a atender os anseios de um único indivíduo, como feito preteritamente, mas sim, destinada a atender aos padrões estabelecidos pela própria sociedade.

Nesse diapasão, o próprio entendimento jurídico sobre o direito de propriedade, com o advento da Constituição Federal de 1988, não permanece como fora consagrado com o surgimento do Estado Liberal e com fim do absolutismo, mesmo porque, como bem ensina Darcy Bessone (1996, p. 38-39), o tratamento jurídico dado à propriedade é uma questão política. Senão, vejamos:

A partir do momento histórico em que se constitui o Estado, inseriu-se entre as decisões políticas que lhe são privativas, a de instituir, manter, modificar, limitar, disciplinar a propriedade privada e, também, a propriedade pública. O Estado brasileiro pôde, no Segundo Reinado, abolir a propriedade do escravo, sem indenização ao senhor ou proprietário. O mesmo Estado, já republicano, pôde apropriar-se, ainda sem indenização, de coisas contrabandeadas, ou impróprias para o consumo, ou de terras, para fins de reforma agrária, com a indenização através de títulos da dívida agrária, resgatáveis ao longo de vinte anos (v. Cap. XV). A referência ao Estado nacional visa apenas a ilustrar a tese de que a propriedade, assim como pode ser criada, pode ser extinta pela lei.

Trata-se de uma decisão política, desde que ela resulta da sopesagem de conveniências.

Por conseguinte, influenciado pelas novas perspectivas constitucionalistas, emergentes no final do século XIX e início do século XX, principalmente, conduzidas por novos anseios político-sociais, o direito de propriedade então vigente enfrentou uma crise, marcada pela defasagem entre o conhecimento jurídico vigente e o panorama social em que passou a existir, de modo que foi submetido a alterações, a fim de se adequar ao novo contexto histórico emergente.

2.1 A crise da concepção individualista da propriedade privada

Com o passar dos anos, o direito de propriedade, na sua concepção individualista e absoluta^[6], conforme concebido outrora para frear o poder do Estado perante o indivíduo, passou a não mais atender ao interesse coletivo, pois trazia consigo o conflito de interesses entre o exercício individual e o interesse público.

Deveras, se por um lado o exercício do direito de propriedade de forma absoluta como consagrado pelo Estado liberal, serviu num dado momento histórico para garantir ao homem o poder de usar o bem da forma como melhor lhe aprouvesse, sem a interferência estatal para limitar este poder privado, por outro, muitas das ações anteriormente permitidas sem nenhum óbice, como, por exemplo, a propriedade improdutiva, passou a conflitar com o interesse coletivo de uma organização estatal mais preocupada em garantir o bem-estar social e impedir o surgimento de conflitos sociais.

Nesse contexto, houve uma mudança na concepção da propriedade individualista, uma vez que as nuances sociais trouxeram à tona a noção de abuso de direito que passou a ganhar espaço, trazendo, pois, uma nova perspectiva, como bem leciona Sílvio Rodrigues (1999, v. 5, p. 82):

...as restrições derivadas da própria natureza do direito, se explicam através do recurso à noção de abuso de direito. O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito (CC, art. 160, I, 2ª parte). Porque os direitos são concebidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade. Assim, se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança proteção do ordenamento jurídico que, ao contrário, impõe-lhe o ônus de reparar o prejuízo causado. Portanto, o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade

Assim, verifica-se que o instituto da propriedade privada, no final do século XIX e início do século XX, necessitando se adequar a um novo momento histórico, passou por uma verdadeira crise científica, tanto necessária quanto fundamental, para a própria permanência do instituto em análise.

Nesse sentido, impende dizer que segundo Thomas Khun, a existências dessas crises é que preparam a mente humana para a produção de novos conhecimentos científicos promovendo novas descobertas que venham a superar as próprias crises, mudando-se, assim, os paradigmas científicos existentes^[7].

Deveras, a existência de uma crise na concepção científica da propriedade, apenas demonstra a necessidade de uma transformação, haja vista que a construção jurídica sobre o tema não atende mais aos anseios sociais, de modo que precisa sofrer uma reavaliação para se adequar ao novo contexto em que se insere.

Por conseguinte, a partir da crise sofrida pelo instituto da propriedade privada desde o final do século XIX, que não mais comportava a idéia de um direito a ser exercido de forma absoluta, inseriu a noção de finalidade ao direito de propriedade, de modo que a ciência jurídica experimentou uma mudança de paradigma, como bem aponta a doutrina de Orlando Gomes (1969, p. 124):

Acentua-se energicamente nos dias correntes a reação ao conceito absolutista da propriedade. Desde o século passado, vozes autorizadas levantaram-se para condenar a concepção egoística do domínio. A reação a esse dogma de intangibilidade da propriedade cresceu, ganhando riqueza doutrinária, até que se tornou, em nossos dias, convicção generalizada que orienta o legislador. Dia a dia a concepção individualista da propriedade cede terreno, instaurando-se em seu lugar, a concepção social, já consagrada em muitas Constituições.

Nesse contexto, acompanhando a linha evolutiva do instituto jurídico da propriedade privada, fez-se necessária a limitação da propriedade, bem como dos direitos inerentes a esta, a fim de que o instituto jurídico pudesse estar adequado ao novo panorama social emergente, mais condizente com os interesses coletivos que propriamente com as satisfações dos interesses sociais.

Trata-se da concepção oriunda do direito alemão no qual se passou a entender que “a propriedade obriga”, conferindo, assim, ao seu detentor direitos, mas também deveres[8], como bem registra o magistério de César Fiúza (2004, p. 716):

...dizer que propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade. Ao esquecer os direitos da coletividade, ou seja, do outro, do próximo, estamos excluindo-o. É esquecer, ademais, o caráter dinâmico da propriedade, que consiste em relações que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. Sem essa visão da propriedade como fenômeno dinâmico, é impossível se falar em função social e, muito menos, em função econômica.

Sendo assim, à propriedade privada fora acrescida a noção de função social, o que, atualmente, encontra-se positivada no direito brasileiro pelo inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 que trouxe uma nova apresentação do instituto mais adequado aos objetivos constitucionalmente propostos, dentre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[9].

2.2 A função social da propriedade privada

O direito de propriedade a ser exercido de forma absoluta pelo proprietário já não se encontra amparado pelo Estado Social que prega a solidariedade[10] e busca evitar os conflitos de classe, de modo que, a partir da Constituição de Weimar (1919) se passou a entender também gera obrigações aos seus detentores.

Desse modo, o movimento constitucional passou a contemplar uma outra perspectiva jurídica, com o direito de propriedade novamente sofrendo a interferência estatal, todavia, agora, para garantir a defesa do interesse coletivo, sob a égide de normas previamente estabelecidas.

Segundo esta linha evolutiva, o direito brasileiro inseriu a função social na propriedade já na Constituição Federal de 1946, o que veio a ser repetido nas duas subseqüentes, a de 1967 e a Carta Política de 1988 que determinou, no inciso XXIII, do art. 5º que “a

propriedade atenderá a sua função social”, não conceituando, porém, o que se deva entender pela expressão.

Em arrimo a esta progressiva inserção da função social no direito brasileiro, sob a égide constitucional, o Supremo Tribunal Federal já manifestou posicionamentos sobre controvérsias ligadas ao tema, analisando contendas referentes ao direito de propriedade, como bem aponta o posicionamento adotado no Mandado de Segurança nº 20.585, julgado em 03/09/1986, cujo relator foi o Ministro Carlos Madeira, na qual a desapropriação foi defendida com base na função social da propriedade, consoante se depreende pela transcrição da ementa do julgamento a seguir:

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, PARA FIM DE REFORMA AGRARIA. TERRAS INEXPLORADAS. IMISSAO DO INCRA NA POSSE DO IMÓVEL, COM ASSENTAMENTO DE FAMILIAS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADES AGRICOLAS. NÃO MALFERE O PARAGRAFO 2. DO ARTIGO 161 DA CONSTITUIÇÃO, A DESAPROPRIAÇÃO DE TERRAS VISANDO AO AUMENTO DE SUA PRODUTIVIDADE E A SUA PARTILHA MAIS CONSENTANEA COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMITIDA NA POSSE A AUTARQUIA DESAPROPRIANTE, JA NÃO HÁ OPORTUNIDADE PARA O MANDADO DE SEGURANÇA. 'WRITT' INDEFERIDO (STF, Pleno, MS 20585 / DF, Rel: Min. CARLOS MADEIRA, j. 03/09/1986, DJ 26/09/1986, p. 17717)

Contudo, considerando que a função social da propriedade é um conceito em aberto, o mesmo deverá ser interpretado a partir dos próprios preceitos constitucionais que delimitam a sua extensão e a sua profundidade no direito brasileiro para a aplicação.

Assim, considerando a abrangência, a dimensão do instituto, que podem interferir direta ou indiretamente na utilização do bem pelo seu proprietário, e a preocupação existente em se estabelecer a zona de abrangência do que venha a se considerar por função social, Orlando Gomes (2008, p. 125) busca destrinchar os conceitos e as definições a partir da análise das próprias palavras em si, com o seguinte magistério:

...o termo função contrapõe-se à estrutura e que serve para definir a maneira concreta de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e notórias. A partir do momento em que o ordenamento jurídico não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social...

[...]

Já o adjetivo que qualifica a função tem o seu significado mais ambíguo. Desaprovando a fórmula negativa de que o social é equivalente e não-individualístico, aplaude o emprego para defini-lo, como critério de avaliação de situações jurídicas ligada ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade. Em substância: como um “parâmetro elástico” por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz de certas exigências do momento histórico, nascidas com a antítese do movimento dialético da aventura da humanidade.

Deveras, a compreensão da função social é estabelecida a partir de uma construção jurídica, considerando-se os conceitos políticos, econômicos e sociais, trazidos ao contexto histórico, que ultrapassa os limites da vontade individual.

Sendo assim, a função social passa a ser compreendida como um verdadeiro controle social sobre a propriedade para que a mesma não represente um fim em si mesma, com a realização de interesses de um único indivíduo, passando, por consequência, a atender a um número indeterminado de indivíduos com a promoção do bem-estar.

Destarte, consoante ensina Gustavo Tepedino (2001, p. 286), a propriedade se insere num contexto mais amplo do que o percebido até então, sendo direcionada a um benefício maior para toda a sociedade. Senão, vejamos:

A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma “minipropriedade”, como alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada *‘se non construendo in una endiadi lê situazioni del proprietario e dei terzi’*. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional.

Assim, as limitações promovidas pela inserção do conceito de função social da propriedade, representam uma redução na esfera individual da utilização do bem, mas uma ampliação na esfera coletiva, uma vez que atende a um interesse da sociedade.

Doravante, a propriedade passa a se submeter a uma finalidade que transcende ao interesse individual, sujeitando-se a satisfação de interesses sociais e o repúdio a condutas que posicionem o patrimônio numa condição axiológica superior em relação ao ser humano, como bem se depreende da lição de Luiz Edson Fachin (2006, p. 285-286) que assim exara seu pensamento:

A vida social e estrutura da sociedade, modo de produção e de articulação dos objetivos do desejo individual ou coletivo, não estão apartadas do regime jurídico patrimonial. A guarida a essa esfera patrimonial básica acentuada a consideração de valores que denotam interesses sociais incidentes sobre as titularidades. Tais valores recaem, ainda que de modo diverso, sobre a posse a propriedade. Não se trata apenas de voltar a reconhecer que o trabalho justifica o patrimônio. Trata-se, isso sim, e ressaltar que a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo.

Nesse contexto, vislumbra-se que, num primeiro momento do Estado Moderno, a concepção liberal trouxe a defesa do direito “de” propriedade, na qual o indivíduo precisava de uma proteção ao poder exercido estatal, de modo que o poder público se sujeitou ao interesse privado.

Porém, atualmente, vive-se numa outra realidade jurídica, sendo a propriedade quem passa a se adequar aos ideais traçados pelo poder público, na defesa do bem-estar social, de modo que o interesse privado se inclina ao interesse coletivo, podendo-se perceber

tanto o direito de propriedade passa a ter uma nova interpretação, quanto pode ser compreendido também como um direito “à” propriedade.

2.3 O Direito à propriedade

A partir da noção de direito de propriedade conjugada com a função social da propriedade, contemplada pelos ideais atuais de justiça e solidariedade social, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro abre azo ao surgimento de um novo aspecto da propriedade que seria o direito à propriedade.

Com efeito, partindo-se da perspectiva constitucional que, buscando a construção jurídica e política da sociedade, na qual prevê, dentre outros preceitos, tanto a formação de uma sociedade “livre, justa e solidária” quanto da defesa da dignidade humana, percebe-se que a propriedade deve estar inserida nestes propósitos, haja vista que a satisfação das necessidades humanas, até mesmo as mais elementares, está relacionada ao fenômeno da apropriação que acompanha a própria história do homem[11].

O homem para ter condições mínimas de existência digna[12], como por exemplo, moradia, saúde, educação e lazer, dentre outros que venham a ser eleitos por uma dada sociedade, precisa ter acesso a um número mínimo de bens os quais irão compor o seu patrimônio essencial.

Sendo assim, paralelo ao direito da propriedade, claramente contemplado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, existe ainda um outro direito referente à propriedade, ou seja, a garantia de que o indivíduo venha a ter acesso ao patrimônio necessário a satisfações de necessidades básicas do ser humano, a fim de que este acesso concretize o desiderato constitucional de promoção e defesa da dignidade humana.

Deveras, enquanto o primeiro, direito de propriedade, estaria contemplado com a possibilidade de o indivíduo poder exercer um direito real sobre um bem, em conformidade com as disposições jurídicas, dentre as quais a função social da propriedade, o segundo, direito à propriedade, contemplaria uma noção bem mais abrangente, pois traz consigo a noção de acesso do indivíduo à propriedade privada.

Nesse sentido, a doutrina de Orlando Gomes (1969, p. 126) há muito já trazia ora abordada, considerando a perspectiva de uma propriedade menos egoística e mais voltada às realizações do próprio ser humano, como se depreende pelo trecho assim escrito:

... o exercício do direito de propriedade, assim limitado e controlado, indica que aquele sentido de direito absoluto consagrado pela concepção individualista, perdeu sua razão de ser. A propriedade deixa de ser egoísta. Humaniza-se ao se relativizar. Ganha conteúdo social que não possuía, embora se conserve como direito básico da organização econômica, o que exclui a possibilidade de enquadrar-se essa tendência no movimento para a socialização.

Na verdade, de acordo com a evolução da ciência jurídica que hoje busca colocar o homem como o centro normatividade, mesmo que o direito à propriedade não tenha sido expressamente consagrado na Carta Magna de 1988, a sua compreensão na esfera jurídica brasileira não se torna de difícil ilação, uma vez que a existência humana de forma digna, como propõe a norma jurídica constitucional está intimamente ligada ao acesso à propriedade.

Com efeito, a existência humana de forma digna, nos moldes traçados pela Constituição pressupõe que o ser humano possua alguns bens essenciais para a sua manutenção, tais como moradia, educação, saúde, lazer, trabalho, dentre outros que o ordenamento jurídico venha a considerar como básicos do ser humano.

Seguindo esta linha, o direito brasileiro, em especial o direito civil hodierno, mesmo não considerando a existência de um direito subjetivo a propriedade de forma clara, como ligado a própria natureza humana, subsiste ao longo da história jurídica, o direito à propriedade, de modo que um indivíduo possa vir a ter garantido o acesso à propriedade, tais como a usucapião, o bem de família, o direito de habitação, o usufruto, o uso, a servidão, dentre outros que submetem a propriedade à dignidade humana.

Destarte, primeiramente, considerando os direitos reais sobre coisa alheia, conforme classificação legal e doutrinária, Silvio Rodrigues (1999, v. 5, p. 246), abordando o usufruto, o uso e a servidão, assim leciona:

... No *usufruto* a prerrogativa de usar e gozar da coisa sai das mãos do proprietário, para transitoriamente se integrar no patrimônio do usufrutário; no uso, e não a de gozo, que se incorpora transitoriamente no patrimônio do usufrutário; e, na *servidão*, o dono do prédio dominante pode, dentro dos limites daquela, utilizar o prédio serviente. Nos três casos, o titular do domínio sofre uma restrição em seu direito, correspondente a um direito paralelo do usufrutário, do usuário, do dono do prédio dominante. Estes, nos três casos, desfrutam de um direito sobre a coisa de outrem.

Encarada a questão sob o ângulo passivo, os direitos reais constituídos sobre coisas alheias apenas “paralisam a faculdade correspondente naquele que mantém a propriedade; detém temporariamente seu exercício, sem que jamais se destaquem do seu tronco. Encarada a questão sob o ângulo ativo, os direitos reais sobre coisas alheias são prerrogativas de uns sobre de outros, diminuindo o direito destes sobre elas.

Ademais, somado a estes, encontra-se ainda o direito real de habitação[13], que, segundo o mesmo doutrinador, “consiste na faculdade de residir num prédio, com sua família” (RODRIGUES, 1999, v. 5, p. 294).

Não obstante aos direitos reais sobre coisa alheia, ainda existem dispositivos legais em que o direito civil[14] demonstra claramente a tendência de proteger o ser humano, de modo que alguns bens não serão objeto de alienação patrimonial, sem que o seu detentor possua um outro bem substitutivo capaz de lhe garantir o mínimo para a sua existência digna, como o caso da impenhorabilidade do bem de família[15] e do módulo rural[16], além da doação de todo o patrimônio[17].

Nesse diapasão, nota-se que, apesar do ordenamento jurídico assegurar a um determinado indivíduo o direito de propriedade, este poderá sofrer limitações quando

em confronto com outros direitos de propriedade de terceiros, não necessariamente proprietários, ou ainda quando em confronto com outros direitos que se revistam de uma essencialidade maior ao ser humano, como, por exemplo, o direito a vida, a liberdade, a moradia e ao trabalho que servem de fundamento para se conferir o acesso ao exercício da propriedade.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico poderá contemplar direitos conflitantes, momento em que deverá se utilizar dos valores instituídos para a escolha, o que poderá representar a imbricação de um direito de terceiro ao direito de propriedade, sem que tal comportamento represente a sua supressão, mas, tão-somente, uma adequação do instituto aos novos paradigmas constitucionais e normativos estabelecidos, como bem leciona Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 87):

...o direito de propriedade deve aperfeiçoar-se ao novo modelo, que impõe respeito e equilíbrio aos interesses não-proprietários, mas nem por isso de menor dignidade. Os limites e restrições à autonomia e liberdade contratual, que já se encontram assimilados em nosso conhecimento, devem ser estendidos à propriedade. Os tradicionais direitos de uso, gozo e disposição, entendidos tradicionalmente como absolutos, podem ser travados em favor de terceiros não-proprietários, mas com interesses dignos de tutela. Em termos diversos, as chamadas normas de intervenção – de proteção, de direção e de intervenção – têm plena aplicação à propriedade. Interessa ao direito não só a existência de proprietários, mas sim de bons proprietários, que ajam bem, socialmente. Sobre essa base criam-se novas obrigações aos proprietários – assim como aos contratantes – como, por exemplo, o dever de diligência no cumprimento da prestação devida, o de comportar-se de boa-fé e a proteção do interesse de terceiros.

Nesse plano, o atual estágio do conhecimento científico do Direito não se coaduna com os preceitos jurídicos de outrora, nos quais o simples título de propriedade era oponível *erga omnes*, sendo, pois, capaz de afastar a utilização do bem por qualquer indivíduo, na supremacia do interesse individual face ao coletivo.

Atualmente, porém, a proposta se mostra diversa. Com efeito, ao invés de se entender a propriedade como uma forma de incluir alguém no rol de proprietário e excluir inúmeros outros, a ciência jurídica propõe uma nova fórmula, a fim de incluir aqueles que pretendam a dar uma justa utilidade ao bem, em consonância com a proposta constitucional de liberdade, solidariedade, justiça e respeito à dignidade humana.

Posto isso, entende-se que proteção constitucional à propriedade não deve ser analisada somente sob a perspectiva literal de direito “de” propriedade, mas também sob uma perspectiva teleológica que contempla a defesa de um direito de “ter uma” propriedade, ou seja, um direito “à” propriedade.

Aliás, em análise ao método interpretativo teleológico, Tércio Sampaio Ferraz Junior (1994, p. 293) assim assevera:

...a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das *conseqüências* avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas*

próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias conseqüências. Assim se entende que, não importa a norma, ele há de ter, para o hermenêuta, *sempre* um objetivo que serve para controlar até as conseqüências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos)

Afinal, na medida do possível, a propriedade deve ser colocada a disposição do homem para a realização deste, dos seus anseios e das satisfações de suas necessidades, buscando, assim, a inclusão de todos no processo de convivência social e não a marginalização e exclusão do ser humano, como já ocorreu ao longo da história em que o próprio ser humano foi reduzido à condição de bem (*res*).

Nesse sentido, as nuances da ciência jurídica propõem, atualmente, uma nova concepção de propriedade, bem como uma nova relação desta para com a própria sociedade, em que se pretenda garantia ao homem o acesso aos bens como meio de realizar as propostas constitucionais da justiça, da solidariedade e da própria dignidade humana, haja vista que esta noção não se dissocia da existência de alguns bens essenciais à vida humana hodierna.

3. Conclusão

A propriedade privada, o sistema de apropriação e o seu tratamento jurídico, sempre foram o mais puro reflexo dos ideais econômicos e sociais que vigiam em determinado grupo num dado momento.

Nesse contexto, apesar de o direito de propriedade, ao longo da história, buscar a proteger aquele que detinha o título de proprietário, contra as interferências externas, conferindo, por muito tempo, inclusive, poder de forma absoluta, mesmo que em detrimento dos interesses sociais, com o declínio dos ideais individualistas e liberais e a inserção da teoria do abuso de direito, que, posteriormente, culminou com a inserção da funcionalização da propriedade, a ciência jurídica passou a sofrer transformações significativas em prol do bem comum.

Doravante, ao se inserir na propriedade a idéia de função social, com o objetivo de atender ao bem-estar, o bem deixou de ser um fim em si mesmo, centro da juridicidade e passou a ser considerado como um meio para a realização dos ideais sociais.

Por conseguinte, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente proposta de formação de um Estado Democrático de Direito, fundado na solidariedade, na justiça, na liberdade e na defesa da dignidade humana, a propriedade também passou a ser o alvo desses objetivos, a fim de que estivesse em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Sendo assim, o direito de propriedade dentro do modelo proposto pela Carta Política de 1988 não se limita, tão-somente, em defender aquele que detenha um justo título, em detrimento de quem tenha uma justa utilização do bem tutelado, para a garantia de um direito não menos importante na teia jurídica do ordenamento constituído.

De fato, na análise do caso concreto não se pode resguardar tão-somente as garantias fornecidas aos proprietários, uma vez que do outro lado da relação jurídico-processual se encontram pessoas que, a despeito de não possuírem o acesso à propriedade, possuem direitos jurídicos tutelados, que dependem do acesso para a sua efetivação.

Com efeito, baseado nos princípios constitucionais em vigência, impende lembrar que o verdadeiro papel do aplicado do direito é resguardar ao ser humano uma condição mínima de existência digna, de acordo com as suas necessidades básicas e essenciais, haja vista que o mesmo foi colocado no centro da norma jurídica, não se fazendo sentido que se adote nenhuma postura em detrimento à dignidade humana^[18].

Deste modo, o verdadeiro ideal de justiça constitucional leva em consideração, em primeiro lugar, a valorização do ser humano de modo que o mesmo venha a desfrutar de uma existência digna, com acesso aos meios de produção (livre iniciativa e a valorização do trabalho) e à moradia; em segundo lugar, que, embora sejam preservados os direitos individuais, que estes não seja colocados acima de um interesse maior que é o bem estar da comunidade, auferido, inclusive, pela manutenção da posse daqueles que não tem para onde ir, ou de onde tirar o próprio sustento, ao não ser da terra invadida.

Destarte, a função social da propriedade privada, exigida pela Carta Política, exige que o bem exerça um papel muito maior do que o de atender aos interesses meramente individuais, de sorte a revestir seus benefícios ao interesse social, visando, acima de tudo, o bem-estar de um número, muitas vezes, indeterminado, de pessoas.

Sendo assim, nota-se que a realização de direitos, conforme previsão constitucional não estaria satisfeita, apenas, com a defesa do direito de propriedade, mas também com a proteção do direito à propriedade, garantindo-se aos indivíduos o acesso a bens jurídicos que lhe sejam necessários ao atendimento dos direitos fundamentais.

4. Referências

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária. Terras inexploradas. Imissão do INCRA na posse do imóvel, com assentamento de famílias que desenvolvem atividades agrícolas. Não malfero o parágrafo 2. Do artigo 161 da constituição, a desapropriação de terras visando ao aumento de sua produtividade e a sua partilha mais consentânea com a função social da propriedade. Imitida na posse a autarquia desapropriante, já não há oportunidade para o mandado de segurança. 'Writt' indeferido. **Mandado de Segurança nº 20.585** – DF. Relator Ministro Carlos Moreira, Brasília, DJ 26 set. 1986, p. 177/17. Disponível em . Acesso em: 26 jan 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense, 1969.

_____. _____. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**, vol. 4. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, v. 5. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 276.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

[1] No que diz respeito ao surgimento da propriedade, parte da doutrina entende que a mesma é anterior ao surgimento do próprio direito, como é o caso de PONTES DE MIRANDA que critica nos seguintes termos: “desde JOHN LOCKE, ou, pelo menos, por influência principal dele, os Direitos do Homem ou são pré- e supraestatais, ou estatais, Direitos do Cidadão, isto é, do Homem, como membro da sociedade. O direito de propriedade que se tinha como daquela categoria, passou, nos nossos dias, a ser considerado como da segunda. As tendências fascistas e o terrorismo extremista querem que todos eles sejam estatais, somente direitos do cidadão, e nunca pré- ou supraestatais” (PONTES DE MIRANDA, vol. 4, 1960, p. 250). Por outro lado, contrastando ao pensamento dos jusnaturalistas, tem-se os que, entendem pelo direito de propriedade decorrente do próprio direito positivo, como aponta o magistério de Darcy Bessone: “surgiu, obviamente, o direito de propriedade como um produto cultural, uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social. Seria contraditório que o direito subjetivo de propriedade fosse anterior ao direito de propriedade fosse anterior ao direito objetivo, pois, na conhecida definição de Jhering, entende-se por direito subjetivo o interesse protegido pela lei, o que quer dizer que sua caracterização requer, além do elemento material – o interesse, o elemento formal, que a lei, o direito objetivo, estabelece. Até porque Adolfo Merkl aponta, como condição prévia e necessária do direito subjetivo, a presença do direito objetivo, pois aquele é conteúdo deste” (BESSONE, 1996, p. 52-53).

[2] Nesse sentido, tecendo comentários sobre a propriedade coletiva, a qual denomina de comunitária, ensina Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 21) que “a propriedade comunitária apresenta múltiplas variações, de acordo com o tempo e o espaço, mas ostenta uma plataforma comum, qual seja, a de constituir a garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, com a função nitidamente alimentar. O *jus disponendi* mostra-se diluído em detrimento do direito do gozo, sempre condicionado ao bem-estar da comunidade. A apropriação recai sobre o produto gerado pelo bem, mas não sobre o próprio bem”.

[3] “A expressão domínio útil reflete uma mentalidade profunda e leva inscrita uma íntima contradição: o substantivo *domínio*, carregado de soberania individual sobre a coisa, e o adjetivo *útil*, impregnado de uso e gozo cotidiano das coisas, sem necessidade de um poder abstrato que os justifique. Quebra-se a noção unitária de domínio e cria-se um novo domínio concorrente, fundado na utilidade” (LOUREIRO, 2003, p. 24)

[4] Segundo a redação deste inciso: “é garantido o direito de propriedade”.

[5] De acordo com a necessidade de tratamento constitucional da propriedade, José Afonso da Silva assim leciona: “a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não é só isso, pois como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente as relações civis a ela referentes”. (SILVA, 2001, p. 276)

[6] Sobre a característica do absolutismo da propriedade, insta apontar o pensamento de Orlando Gomes (1969, p. 107-108) que analisando, inclusive, as duas acepções que envolvem a palavra, assim leciona: “Direito absoluto também é, porque confere ao seu titular a faculdade de disposição, pela qual decide se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, ou destruí-la e, ainda, se lhe convém limita-lo, constituindo por desmembramento outros direitos em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. Mas a oponibilidade *erga omnes* não é peculiar ao direito de propriedade. O que lhe é próprio, constituindo uma de suas características básicas, é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações. Por fim, é através do seu caráter absoluto que se manifesta, mais nitidamente, o aspecto real de poder direto sobre a coisa com o qual se distingue no quadro das relações jurídicas”. Nesse contexto, registre-se que mudança proposta no entendimento do caráter absoluto da propriedade diz respeito apenas à primeira acepção quando a mesma vier a representar um abuso no direito de propriedade, conforme os padrões estabelecidos pelo regime jurídico vigente.

[7] Conforme o mencionado pensador: “ao concentrar a atenção científica sobre uma área problemática bem delimitada e ao preparar a mente científica para o reconhecimento das anomalias experimentais pelo que realmente são, as crises fazem freqüentemente proliferar novas descobertas” (KHUN, 2006, p. 120).

[8] Sob esta nova perspectiva da propriedade que contrasta com a definição analítica trazida pelo Código Civil de 2002, Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 37) assim leciona: “... os conceitos tradicionais partem da noção de direito subjetivo e estão fincados exclusivamente nos Códigos Civis, que seguem os modelos da segunda e terceira codificações (francesa e alemã), ou seja, inspirados no positivismo e limitados pela exegese. Já os conceitos contemporâneos, embora não haja ainda um consenso,

vêm a propriedade como um *status*, ou como uma relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, inspirados em valores constitucionais e no princípio da função social”.

[9] Objetivo constitucional trazido com o inciso I do art. 3º.

[10] A exemplo do que, no Brasil, dispõe o inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988 que preconiza a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

[11] Nesse sentido, analisando a mudança do foco estabelecida pela norma constitucional que refletiu, sobretudo, no direito civil, insta apresentar o seguinte posicionamento doutrinário de Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 91): “o eixo do sistema jurídico agora é a Constituição Federal, que não só passou a tratar de temas circunscritos ao direito privado, como também a iluminar, com seus princípios cardeais – dignidade e solidariedade – toda a legislação infraconstitucional. Houve, por assim dizer, uma mudança de rumo no ordenamento, que refletiu a despatrimonialização e a personalização do direito civil”.

[12] Nesse sentido, aponta a doutrina de Luiz Edson Fachin (2006, p. 167): “A proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. Não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites. Ademais, está além da concepção contemporânea de patrimônio”.

[13] O direito de habitação encontra previsão no art. 1.414 do Código Civil que assim determina: “quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”.

[14] Apesar do direito civil proteger o ser humano e lhe conferir direitos sobre a propriedade, o Código de Processo Civil também confere uma garantia patrimonial quando, por exemplo, estabelece, no seu art. 649 o rol de bens considerados impenhoráveis, segundo os quais, seriam considerados o mínimo existencial para o ser humano possuir uma vida digna, não podendo assim, serem expropriados do devedor, mesmo em processo de execução.

[15] Segundo o art. 1.715 do Código Civil; “o bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio”.

[16] A impenhorabilidade do módulo rural se encontra prevista no inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal, escrito nos seguintes termos: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

[17] De acordo com a redação do art. 548 do Código Civil: “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

[18] Nesse sentido, abordando o princípio da dignidade humana e o seu papel para o ordenamento jurídico, encontra-se a lição de Ingo wolfgang Sarlet (2001, p. 72), segundo a qual “... a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: UMA NOVA REALIDADE

FILIATION SOCIOAFETIVA: UNA NUOVA REALITÀ

**Meire Cristina Queiroz
Cibele Rister de Sousa Lima**

RESUMO

Ao abordar este tema, analisaremos o surgimento de um novo conceito de família, no qual, vem predominando o vínculo socioafetivo sobre o biológico. Prevalece, no vínculo socioafetivo um momento permanente, entre pai e filho, de comportamento afetivo, recíproco, com a posse de filho já firmada no tempo e pública, podendo-se inclusive comparar, e até mesmo igualar, em muitos casos, a filiação socioafetiva, com a adoção à brasileira, já que, em ambos os casos, o filho não será geneticamente dos mesmos pais, ou pelo menos do mesmo pai, e estes tratam a criança, como se filho legítimo fosse. Com o presente tema, visa-se, portanto, demonstrar e abrir um novo campo de debates acerca da predominância da filiação socioafetiva sobre a biológica, sem que seja desprezado desta forma o vínculo biológico, mas o mesmo, nestes casos, só ocorreria para que o filho tenha conhecimento de seus parentes, sem fins econômicos. A metodologia de pesquisa a ser utilizada neste projeto terá como base o Código Civil de 1916, o novo Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, doutrina e jurisprudência. Assim, há de predominar a paternidade socioafetiva sobre a biológica, nos casos de ocorrência da adoção à brasileira, bem como quando estiver configurado a existência de um vínculo afetivo muito aquém do vínculo sanguíneo, e que este seja público, e já configurado no tempo.

PALAVRAS-CHAVES: FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA; EXAME DE DNA; REGISTRO DE NASCIMENTO.

RIASSUNTO

Nell'avvicinarci a questo oggetto, analizzeremo la germogliatura di un concetto nuovo della famiglia, in cui, viene predominando il legame di socioafetivo su quello biologico. Prevale, nel legame di socioafetivo un il momento permanente, fra il padre ed il figlio, di comportamento affectionate, reciproci, con la proprietà del figlio già consolidata nel tempo e nel pubblico, potendo in se anche da confrontare ed anche se al uguale, in molti casi, al filiation di socioafetiva, con l'approvazione al brasiliano, poiché, negli entrambi casi, il figlio non sarà geneticamente degli stessi genitori, o almeno dello stesso padre e questi curano il bambino, come se il bambino legittimo sia stato. Con l'oggetto attuale, è puntato su quindi, per dimostrare ed allo stesso aperto un nuovo campo dei dibattiti riguardo alla predominanza del filiation di socioafetiva su quello biologico, senza è rifiutato in tale maniera il legame biologico, ma, in questi casi, soltanto si presenterebbe in modo che il figlio abbia conoscenza dei relativi parenti, senza estremità economiche.

La metodologia di ricerca da usare in questo progetto, avrà come base il codice civile di 1916, il nuovo codice civile, il ECA, la dottrina e giurisprudenza. Quindi, deve predominare il paternity di socioafetiva su quello biologico, in caso del caso dell'approvazione al brasiliano, come pure quando l'esistenza di un legame affettivo molto da questo lato del legame sanguineous sarà configurata e quella questo è pubblica e già configurato nel tempo.

PAROLE CHIAVE: FILIATION DI SOCIOAFETIVA; ESAME DI DNA; CERTIFICATO DI NASCITA

INTRODUÇÃO

A lentidão encontrada no Sistema Judiciário brasileiro, notadamente nas tumultuadas Varas de Família, correspondem ao elevado número de ações investigatórias de paternidade intentadas, muitas vezes, em casos em que já há a filiação afetiva e o filho afetivo deseja desconstituir tal filiação e conhecer a filiação biológica. Entretanto, os juízos singulares vêm agindo com muita morosidade, e sem atentar para a modernização do direito de família, e conseqüentemente, para os casos em que já há a paternidade afetiva, e assim, sem observar tais dados, proferem decisões que contrariam o entendimento jurisprudencial e a doutrina moderna, abarrotando os Tribunais de recursos para o reconhecimento da filiação afetiva, e para que o exame de DNA[1] em face do suposto pai biológico tenha somente o intuito de descobrir-se sua origem genealógica, bem como a existência de doenças genéticas, sem reflexos patrimoniais (alimentos e sucessão).

Atualmente, vivemos em uma época, em que os valores estão em constante mudança e aqueles conceitos já existentes, estão cada vez mais sendo contestados e transformados. Nestas mudanças, há também uma grande inversão de valores. Vivemos em épocas de crises na família, na segurança, na política, na saúde, na economia e até mesmo crises existenciais. Crises estas em que a família, que é a base da sociedade, uma escola de altíssimo valor espiritual, vem perdendo forças, e se sentindo enfraquecida, pelo elevado número de violência, e da confusão de valores sociais.

A identidade genética de cada ser humano não pode ser confundida com a identidade de filiação, vez que é tecida na complexibilidade das relações afetivas construídas pelo ser humano, e que irá variar de acordo com cada um, com o sentimento de afeto que é desenvolvido.

A Constituição Federal de 1988 representou radical mudança na família, bem como nos princípios que a regem, havendo uma maior proteção pelo Estado, já que há no direito de família a possibilidade de intervenção do juiz para que seja feito desdobramentos mais modernos nos processos, e podem estes julgar com maior coerência as ações que envolvem este tema. E para se analisar um pouco mais a fundo o direito de família, há de se observar, e explicitar bem os princípios que regem o âmbito do direito familiar.

Tanto na Constituição Federal como no Código Civil, e ainda em legislação esparsa (como é o caso do Projeto de Lei nº 2.285/07, do Estatuto das Famílias na pauta para ser aprovado pelo Congresso Nacional), há explicitamente a existência da filiação socioafetiva imperando no direito de família contemporâneo, e sua conseqüente equiparação com a biológica.

Assim, a filiação biológica perdeu seu papel legitimador. Foi derrotada pela força da concepção de que “pai é quem cria e não quem coloca no mundo”; migrou, assim, para os direitos da personalidade com finalidades e formas distintas, tendo a apreciação do princípio da dignidade humana como seu principal protetor.

Busca-se examinar a diferença entre o estado de filiação afetivo e origem genética, verificando se o direito ao conhecimento da verdade biológica se sobrepõe ao direito à intimidade nos casos de aplicação da técnica de reprodução assistida heteróloga, mostrando que a ação de investigação de paternidade é meio adequado para o conhecimento da origem genética, embora o fator mais importante para definir a paternidade é a relação sócio-afetiva entre duas pessoas e não a carga genética do indivíduo.

Os novos parâmetros jurídico-culturais que estabelecem a relação de paternidade são objetos desse estudo, que não objetiva responder a todas estas questões levantadas pela sociedade, mas sim fornecer informações sobre os valiosos estudos de juristas

1. A FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Atualmente, existem três tipos de filiação, a biológica, a registral e a socioafetiva, das quais emanam diversos modos de se constituir uma família, a qual será tratada mais adiante.

A filiação biológica é a primeira a surgir, pois decorre diretamente da existência da vida, ou seja, ocorre pela formação de gametas sexuais, um feminino e um masculino, formando um agrupamento de genes, e assim surge o vínculo, a filiação biológica.

Para a igreja católica já existe um ser humano no momento de fecundação, já para a medicina, a vida começa no momento em que o óvulo fecundado se fixa na parede do útero, dando início à gestação; e para o direito, somente existe vida, quando do nascimento.

Em um passado não tão longe, achava-se impossível a formação da filiação biológica sem que houvesse a congressão sexual; entretanto, a situação hoje é diferente, pois existem as técnicas de reprodução assistida, como a fecundação *in vitro*, por exemplo, na qual um profissional da área, retira de marido e mulher óvulo e o espermatozóide e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em vidro especial, para depois implantar no útero da esposa, e assim ocorrer a formação de um ser humano. Sobressai, ainda, a inseminação homóloga, em que é constituído o vínculo biológico paterno e materno; também a hipótese de o marido vir a falecer e deixar seu sêmen congelado

para que a esposa o implante (inseminação *post moretem*), tendo inclusive esta criança seus direitos sucessórios resguardados até seu nascimento. Já a inseminação artificial heteróloga é uma forma de vinculação socioafetiva, pois apesar de o sêmen implantado na esposa não ser do marido, a criança que ali será gerada já tem seus pais constituídos, e estes já possuem tal titularidade, prontos para darem amor, e todo o necessário, e por isso que quando vislumbrado tal tipo de inseminação a investigação de paternidade não vem sendo permitido pelos tribunais.

De acordo com Maria Berenice Dias (2007, p. 338), há ainda a filiação registral, a qual ocorre quando devidamente lavrado o assento de nascimento de uma criança pelos seus pais, tal ato é presumido como verídico e regido de publicidade. Esta parentalidade registral é um ato voluntário. Para sua concretização é necessário o comparecimento de ambos os pais no Cartório de Registro Civil, sendo inclusive o registro de nascimento um ato irrevogável, salvo nos casos previstos em lei, quando ocorrer erro por parte do pai em decorrência de dúvida com relação à paternidade da criança.

Hoje, há afirmações no sentido que o valor do liame registral é inferior ao do liame socioafetivo. Entretanto tal entendimento não prospera no sentido de que, o primeiro é o principal gerador de deveres e direitos, identifica a pessoa perante o ordenamento jurídico; já o segundo não é pré-constituído e não possui o caráter de publicidade como o registral. Porém, tanto a filiação registral como a afetiva são superiores à biológica. Assim, é desse vínculo registral que gera o dever alimentar, bem como alicerça o direito sucessório, existe ainda, para aquele que possui o registro, a condição de herdeiro necessário.

Trata-se a paternidade socioafetiva de relação paterno-filial pautada no princípio da afetividade, princípio este que foi reconhecido, implicitamente, na Constituição Federal por meio da constante preocupação em se tutelar a dignidade da pessoa humana, bem como na previsão de modelos de família não baseados no casamento, mas, tão só, no afeto, tais como as uniões estáveis. Como modalidade de parentesco civil, é também pautada no princípio da solidariedade social, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988) e deve influenciar até mesmo os relacionamentos familiares, tanto no aspecto patrimonial, como no aspecto psicológico, mediante direitos e garantias recíprocos que garantam o bem-estar e a convivência familiar.

Na lição de Maria Berenice Dias (2007, p. 333), para que seja configurada tal filiação, é necessária a existência de seus elementos caracterizadores, quais sejam: o nome, o trato e a fama. O indivíduo deve sempre usar o nome do pai, tratando-o como tal, e que o pai trate aquele publicamente como sendo seu filho, e que tenha contribuído para a sua formação como ser humano.

A existência deste tipo de filiação envolve três situações distintas do conhecimento humano. Uma envolve o Direito, ciência jurídica destinada à composição dos conflitos da vida em sociedade; outra envolve a Biologia, a identificação da maneira como a vida se forma e se desenvolve; e a terceira abrange a Psicologia e a Psiquiatria, ciências destinadas ao entendimento e à compreensão da psique humana, como seu sentir e seu querer. Por isso, a valorização de uma ou outra esfera dependerá do caso concreto.

Existem várias formas de existir uma filiação socioafetiva; a filiação afetiva na adoção, a sociológica do filho de criação, a filiação eudemonista no reconhecimento voluntário ou judicial, quando houver a adoção à brasileira, e também na ocorrência de inseminação artificial heteróloga.

A filiação socioafetiva por adoção, é vislumbrada por um ato de vontade do juiz, mas se supõe ser de interesse dos envolvidos. Ou seja, é quando há o processo de adoção legal, no judiciário; quando um casal deseja adotar uma criança que biologicamente não têm qualquer vínculo. Nessa pode ser que, dependendo do caso, exista já o vínculo social. A filiação sociológica do filho de criação é a ocorrência da filiação afetiva, quando não há a existência de qualquer vínculo biológico ou jurídico, já que os pais, ou um destes somente, criem uma criança por mera opção, dando-lhe amor, carinho, como se da família sangüínea fossem, inclusive registrando como filho, sem com que haja a adoção jurídica, pelo processo legal.

A filiação eudemonista no reconhecimento voluntário ou judicial, entendendo-se ser aquela em que há o comparecimento do pai e da mãe, em cartório de registro civil, de forma livre e espontânea, solicitando que se faça o registro de determinada criança como se filho destes fossem, sem qualquer necessidade de comprovação genética, existe, assim, a possibilidade de anular-se tal ato (o registro) por um dos entes (pai ou mãe), somente se ficar provado que aquele foi coagido, que tal ato foi cometido por erro. Estes casos são aqueles em que a mãe afirma ser a criança filha genética de seu companheiro ou de determinado homem com o qual tenha mantido relações sexuais, faz com que o mesmo compareça em cartório para que seja feito o registro, porém mais para frente há a comprovação de que aquela criança era filho de um outro homem, podendo assim ser tal ato revogado.

O último tipo de filiação afetiva a ser tratada é a chamada inseminação heteróloga, a qual ocorre, quando é utilizado um esperma de um doador fértil, e implantado este no útero da mulher para que a criança seja gerada. De acordo com a mesma autora (DIAS, 2007, p. 329), esta inseminação heteróloga deve ser previamente autorizada pelo marido, uma vez que a paternidade jamais poderá ser contestada, vez que será consumida pela socioafetividade, com a presunção absoluta da paternidade. O sigilo do homem que doou o esperma deve ser absoluto, bem como há de haver o sigilo também de quem está recebendo o material. Porém, com o rumo que está tomando o conceito de família, vem se tornando cada vez mais freqüente as ações investigatórias de paternidade destes filhos gerados por doador anônimo, com o intuito de somente descobrir sua origem genética.

O vínculo da socioafetividade é dissociado do vínculo biológico, de tal modo que um independe do outro. Assim sendo, pode ser pai o marido ou o companheiro da mulher que gera a criança, independentemente da fidelidade daquela e, mesmo que o filho nasça antes dos 180 dias do início da convivência, ou depois dos 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal ou após a desconstituição da união estável, de forma que, para tanto, nem mesmo questione o marido sobre a origem genética da criança, concretizando-se o estado de filiação (GONÇALVES, 2005, p. 276).

Em razão disso, dissociam-se os conceitos “pai” e “genitor”. Este é meramente aquele que contribui com seu material genético para a concepção e a existência do filho. O cerne da relação é tão-somente o vínculo da afetividade, desconsiderando o aspecto

biológico. “Pai” possui significação mais profunda, sendo aquele que educa, corrige, demonstra afeto, que protege, sustenta, acompanha o crescimento e colabora para o desenvolvimento do filho.

Conforme preceitua Paulo Lôbo (2006, p. 796) direitos de filiação e deveres da paternidade “envolvem a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência”. Isto importa em dizer que esses deveres nem sempre são respeitados e cumpridos pelo genitor, mas serão exercidos pelo pai.

Diante deste novo paradigma, qual delas deve prevalecer: a verdade biológica ou a filiação socioafetiva? Que critérios adotar? Qual tem sido a tendência de nossos tribunais?

2.1 Filiação socioafetiva

O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco. Ele compreende um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Esse estado de filiação do ser humano é único e de natureza social, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, como na maioria dos casos. Por isso, é que a filiação socioafetiva é constituída *ope legis*, ou em razão da posse do estado de filho, por força da convivência familiar consolidada na afetividade. Maria Berenice Dias (2007, p. 327) esclarece que os laços da solidariedade e da afetividade derivam da convivência familiar e não de sangue.

A posse de estado de filiação acima mencionada constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele que assume o papel ou lugar da mãe, do pai ou de ambos. É a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, sendo este último sentimento pressuposto básico da relação de filiação socioafetiva. O afeto significa dividir, conversar, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações. O aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que o integram, revela que o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos, é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. Para Silvana Maria Carbonera (1999, p. 499-505), a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.

Assim, o estado de filho afetivo é identificado pela exteriorização da condição de filho, nas seguintes circunstâncias: sempre ter levado o nome dos presumidos genitores, ou do pai; ter recebido o tratamento de filho destes; ter sido reconhecido, publicamente, como filho legítimo pelo pai. José Carlos Teixeira Giorgis (2007, p. 77) assevera que a doutrina, na maioria dos casos, dispensa o requisito de o filho afetivo ter de levar o nome do pai socioafetivo, basta para o reconhecimento tão-somente o tratamento e a reputação de filho daquele homem, perante a sociedade.

Tem-se que os filhos são criados e conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor

à pessoa gerada por indiferente origem genética. Essa vinculação afetiva existente entre um pai e um filho é tão importante para o ser humano, que já vem sendo motivo, dependendo do caso *in concreto*, de fixação de indenização por danos morais.

É necessário reconhecer que a Constituição Federal está sujeita às questões inerentes a valores como amor e solidariedade, estimulados pelas novas comunhões familiares. Observa-se ainda pela sua leitura, a existência da refundamentação do amor e dos interesses afetivos entre seus membros, já que o afeto não é fruto da origem biológica e sim deriva da convivência e amor recíproco entre seus entes familiares.

Não obstante, o que se conclui é que a paternidade socioafetiva não pode ser ignorada e, na maioria das vezes, será ela a que deve prevalecer, pois não é por meio do vínculo biológico que se constrói a personalidade de um indivíduo, mas sim por meio da convivência, como fruto da vontade em se estabelecer o estado de filiação.

Em decorrência dos avanços científicos e dos desafios próprios da realidade social, o conceito de filiação tem passado por significativas transformações e tem evoluído no mundo jurídico, de maneira que não se restringe aos aspectos biológicos, mas se baseia, especialmente, na relação de socioafetividade.

Desse modo, o que faz alguém ser pai ou mãe não é o ato de gerar uma criança ou ter o mesmo material genético que ela, mas, principalmente, é o ato de assumir os direitos e deveres próprios do estado de paternidade e maternidade. É o ato de criar e suprir o filho em suas necessidades fundamentais, sejam materiais ou psicológicas, propiciando-lhe um ambiente saudável para o seu desenvolvimento.

3. REGISTRO DE NASCIMENTO E SUA IRREVOGABILIDADE

O registro de nascimento constitui-se a parentalidade registral, que goza de presunção de veracidade e publicidade (Código Civil, art 1603). Ele faz público o nascimento, tornando-o incontestável. Prestigia a lei o registro de nascimento como sendo prova de filiação, além ainda da escritura pública, o testamento e a declaração manifestada perante juiz.

Fabíola Dias Albuquerque (2006, p. 347) entende que é pelo registro de nascimento que se verifica a filiação, e somente os filhos havidos no casamento é que não necessitam de tal reconhecimento, gozam de presunção legal de serem filhos dos cônjuges. Por isso, é que há necessidade de se apresentar a certidão de casamento dos pais daquela criança no ato do registro; se os mesmos não forem casados, ou mesmo que viverem por longa data em união estável, far-se-á necessário o comparecimento de pai e mãe no cartório para que possa proceder-se o assento de nascimento.

Quando é procedido o registro de uma criança como sendo sua, mesmo que biologicamente assim não seja (adoção à brasileira), e que o (s) declarante (s) tenha conhecimento desse fato, não poderão as partes, ou normalmente o pai, vir

posteriormente a afirmar que houve erro ou que o registro é falso. Tal assertiva se dá pelo fato de que a paternidade foi assumida por livre e espontânea vontade, sem a ocorrência de erro, dolo ou coerção, e como o registro de nascimento é irrevogável, prevalecerá a filiação socioafetiva devidamente registrada no assento de nascimento. Maria Berenice Dias (2007, p. 338) expõe o seguinte entendimento:

O ato do reconhecimento é irreatável e indisponível, pois gera estado de filiação. Assim, inadmissível arrependimento. Não pode ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei.

Assim, como a adoção e seus procedimentos são atos irrevogáveis, quando uma pessoa já possui um registro de nascimento onde conste o nome de um pai e uma mãe, tal registro será irrevogável, ou seja, não poderão os pais, ou qualquer um destes, requererem que o registro seja invalidado, salvo quando ficar constatado erro, dolo ou falsidade do mesmo sem a configuração da socioafetividade.

Entretanto, a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de o adotado investigar sua filiação biológica sem a finalidade sucessória e sem a revogação do registro já existente. Maria Berenice Dias (2007, p. 345-347) destaca que o direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana. No entanto, gera a adoção o vínculo afetivo, a declaração da paternidade não surte efeitos registraes, o que impede benefícios de caráter econômico. De qualquer forma, seja para satisfazer mera curiosidade, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para fins médicos, é possível obter a declaração da paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção.

Está se tornando cada vez mais comum os casos de investigação de paternidade intentada por um autor que já possui, em seu registro de nascimento, o nome de um pai afetivo, mas que deseja ser reconhecido por seu pai biológico, desconstituindo assim o nome do pai afetivo de seu registro de nascimento. Entretanto, tais ações não vêm tomando o rumo desejado por seus autores, uma vez que, já há entendimento consolidado nos Tribunais de que mesmo com a existência de um registro de nascimento com pai afetivo, pode sim o filho intentar a ação tentando buscar a sua filiação biológica, porém, essa busca será somente para fins de conhecimento de sua ascendência genética, como veremos em tópico abaixo, sem a possibilidade de revogar seu assento de nascimento, devendo ser mantido o registro de nascimento com o pai afetivo (TJRS, apelação cível 70005035860)

Nos casos de adoção à brasileira, ou até mesmo quando houver a filiação afetiva sem o registro de nascimento, há a possibilidade de descobrir-se a filiação biológica, contudo sem a finalidade sucessória e patrimonial, somente para fins de conhecimento de impedimento matrimonial, doenças genéticas, ou para ajuda psicológica, mantendo-se assim, como sendo o verdadeiro pai, aquele que cria, dá amor, carinho e afeto àquela criança ou pessoa.

No tocante à filiação concebida pelas técnicas de inseminação artificial, permite-se ao filho nascido de inseminação artificial pleitear a investigação de paternidade, por não tê-lo reconhecido o fornecedor do sêmen? A doutrina se divide quanto à possibilidade de investigação de paternidade na reprodução humana assistida quando heteróloga.

O autor José Celso de Camargo Sampaio (*apud* RIZZARDO, 2007, p. 531) responde negativamente:

O fundamento está em que o Código Civil só admitiu a investigatória de paternidade em quatro hipóteses, a saber: a) em caso de concubinato [...]; b) em caso de rapto da mãe do investigante, pelo suposto pai, coincidente com a época da concepção; c) em caso de se comprovarem relações sexuais [...]; d) em caso de existir escrito daquele a que se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Na opinião de Silmara Juny de Abreu Chinaletto e Almeida (1988, p. 21):

O direito à identidade genética não significa a desconstituição da paternidade dos pais socioafetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada "desbiologização" da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o direito de personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame do tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.

E ainda posiciona-se a autora (2004, p. 50) no sentido de que a descoberta da verdade genética é direito de personalidade à identidade e, portanto, não pode ser negado, mormente tendo em vista que a comprovação da paternidade genética, por si só, não tem o condão de desconstituir a filiação socioafetiva.

Entende-se que o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai. Portanto, ao se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, sobretudo na modalidade heteróloga, em inaceitável discriminação se estará negando a ela o direito que é reconhecido a outra criança, nascida de relações sexuais, ferindo direito de personalidade (sua própria dignidade de pessoa humana).

Paulo Luiz Netto Lôbo (2004), vendo sob outro ângulo, defende o direito à origem genética como direito da personalidade, sem vínculo com o estado de filiação. Sustenta o autor, que o estado da filiação decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constituindo o fundamento essencial da atribuição de paternidade e maternidade, portanto, decorrente do direito de família. Já o direito de

conhecer a origem genética decorre do direito de personalidade, sendo distinto do primeiro.

O princípio constitucional do melhor interesse da criança, nos casos até aqui expostos, deve ser respeitado em sua totalidade, já que muito difícil para uma criança e até mesmo para um adolescente é, ter no coração um amor imensurável por seu pai afetivo e registral, e de repente, pela divergência biológica, tem de “romper” esse vínculo social, e aceitar outro homem como seu pai, somente pela compatibilidade genética.

Assim, verificada a existência do vínculo afetivo entre pai registral e investigante, reconhecida a presença da posse do estado de filho, não há como conceder efeitos registrais à sentença. A declaração do vínculo biológico não surte efeitos no registro civil, e, em consequência, não ocorrem seqüelas de ordem patrimonial ou sucessória. Maria Berenice Dias (2007, p. 345-357) ressalta que esse é mais um motivo pelo qual é descabido exigir a prévia desconstituição do registro, ou até mesmo, a cumulação da ação de investigação como pedido de anulação do assento de nascimento.

3.1. A banalização do exame de DNA

Os avanços científicos, que culminaram com a descoberta dos marcadores genéticos, permitem a identificação da filiação biológica por meio de singelo exame não invasivo, desencadeando uma verdadeira corrida ao judiciário, na busca da ‘verdade real’. O nosso sistema processual vigente não cita a valorização de prova única e absoluta, e é de mau vezo admitir-se em uma ação de investigação de paternidade a realização solitária deste exame, e tê-lo como inquestionável, pois não é infalível, conhecendo-se casos de laudos contraditórios: é que os laboratórios devem ter qualidade e apuro, os peritos devem ser reconhecidos, e o exame deve-se cercar de cautelas.

Antes do surgimento do DNA, as investigatórias e negatórias de paternidade eram julgadas de acordo com o entendimento do juiz; seus autores expunham os fatos e provas e cabia ao juiz, após averiguação de inicial e contestação, decidir quem estava falando a verdade. Hoje, com a facilidade que o exame de DNA apresenta, faz surgir uma esperança àqueles que não possuem um pai e desejam ver reconhecido seu direito. Entretanto, também fez com que o judiciário fosse abarrotado de investigações e negatórias de paternidade, às vezes infundadas, e por mero interesse patrimonial, e inclusive às custas do Estado.

Entende-se que vem ocorrendo uma verdadeira banalização do exame de DNA no sentido de que o mesmo vem sendo utilizado como prova única e inequívoca nas investigatórias e negatórias, superando todas as questões e fatos, sem observar todo o contexto probatório, ou seja, quando uma pessoa intenta com uma ação desse tipo no judiciário, deve o juiz da causa observar todos os fatos e provas alegados, bem como se há no caso um vínculo socioafetivo, para depois já designar o recolhimento de material genético para o exame de DNA. E o que ocorre é totalmente ao contrário, já que causa uma certa demora no julgamento dessas demandas, pois se na contestação do réu, nos casos de investigação de paternidade por exemplo, o mesmo menciona e demonstra a

existência de um vínculo afetivo entre o autor e uma terceira pessoa, ou ainda, que tal autor já possua um pai registral por meio da adoção à brasileira, e se o juiz assim não entender e já designar data para o exame de DNA – o que é muito mais fácil para o mesmo, e é desta forma que vem procedendo, há a interposição de agravo de instrumento por parte do réu, abarrotando os Tribunais com causa desse gênero, e é por isso que vem modificando o entendimento do juízo *a quo*.

O que se deseja expressar não é o fato de que havendo a filiação socioafetiva, ou nos casos de adoção à brasileira, ou filiação heteróloga, não possa o filho investigar a sua filiação biológica; pelo contrário, conforme já por demasiado exposto, é um direito do ser humano de acordo com a nossa própria Constituição Federal ter conhecimento de sua filiação biológica. Entretanto, em tais ações, deve-se sempre estar preparado para todas as possibilidades, inclusive àquelas em que há a configuração da socioafetividade entre o autor e um terceiro (pai afetivo), devendo nesses casos, deixar bem claro que o exame de DNA será feito somente para fins de conhecimento de sua ascendência genealógica, conhecimento de doenças hereditárias, e não para fins de retificação do registro de nascimento, e nem para fins patrimoniais.

O entendimento neste sentido vem em total consonância com os Tribunais de todo o país, inclusive STJ, comprovando assim que, com todas as mudanças que ocorridas em nossa sociedade, e principalmente com o surgimento cada vez maior dos mais variados tipos de família, faz-se necessário deixar que novas idéias e novos entendimentos fluam, fazendo com que haja a verdadeira justiça. Mesmo porque, pai é quem cria, quem dá amor, carinho, afeto e supre todas as necessidades de uma pessoa, tanto psicologicamente como afetivamente. Conforme Maria Berenice Dias (2007, p. 327) afirma: “Nunca foi tão fácil descobrir-se a verdade real, entretanto essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva.”

4. FILIAÇÃO BIOLÓGICA VERSUS FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Quando existir a disputa entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, há de prevalecer aquela que for melhor para a criança e o adolescente. E, na maioria das vezes, o vínculo afetivo entre os pais e a criança é muito mais benéfico que o próprio vínculo biológico. O vínculo da filiação, quando estabelecido, não deve ser modificado ou contestado, salvo nos casos de desconstituição do poder familiar, ou quando configurada a adoção à brasileira ou ainda quando existente a filiação afetiva, e o filho desejar conhecer sua origem biológica sem a finalidade sucessória e patrimonial.

Segundo Paulo Luiz Neto Lôbo (2004), o direito ao reconhecimento genético é direito personalíssimo, indisponível, inderrogável e irrevogável de todo filho; portanto, todos aqueles que desejam ver sua filiação reconhecida devem intentar com a ação própria, independente do efeito que esse reconhecimento da filiação acarrete. A identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Os próprios psicólogos alertam sobre a disputa da paternidade afetiva com a biológica, afirmando que o filho que possui pai afetivo, não deve viver na mentira acerca da existência de outra filiação, a qual somente irá conhecer se assim desejar, e como já explicitado, sem a finalidade sucessória. Quando se dá a chance ao filho de conhecer sua verdadeira identidade genética, estar-se-á reconhecendo o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar em seu pai biológico as explicações acerca de, por exemplo, doenças genéticas na família, tipo de índole, comportamento social, etc.

Silmara Juny Chinelato *apud* Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 333) afirma que: “estudos antropológicos, psicológicos e sociológicos indicam a paternidade como expressão e simbiose sócio-afetiva, ao passo que o laço biológico, que caracteriza o genitor, é apenas um dado da ciência.”

A resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, que regula a reprodução humana assistida, prevê a possibilidade do fornecimento de informações acerca do pai biológico, em situações especiais e para que seja preservada a identidade civil do doador, sempre que o médico responsável requisitar[2]. Poderá o filho, representado ou por conta própria, intentar com a ação investigatória de paternidade para fins de conhecimento de sua ascendência genética, sem que isso interfira em sua filiação já existente, bem como sem interferência no registro de nascimento.

O direito à identidade genética é a possibilidade que cada pessoa tem de identificar seus genitores na sociedade, e esse descobrimento contribui ao filho para que tenha um entendimento mais profundo sobre suas próprias garantias e o seu modo de ser e agir. Afirma a professora Cláudia Lima Marques *apud* Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 31) que “trata-se verdadeiramente de direito humano, o conhecimento de sua origem, já que revela ao seu titular as raízes, bem como oportuniza a descoberta de seus traços sócio-culturais, tais como, suas aptidões, etnia e outro”. O conhecimento da origem genética deve ser garantido a todos pelo simples fato de que a concepção de uma vida digna abrange a definição sobre sua ascendência independente de qualquer vínculo.

Para Belmiro Pedro Welter (2002, p. 135-136)[3], a paternidade/filiação socioafetiva tem como base para seu estabelecimento a posse do estado de filho. E pelo fato de nossa legislação nada mencionar acerca dessa posse de estado de filho, é que doutrina e jurisprudência exigem para esta ser configurada, a existência da fama, do nome e do trato entre pai e filho afetivo. Existentes esse elementos, costuma-se afirmar ser também imprescindível o fator temporal para a existência do vínculo afetivo, o qual deve ser observado pelo julgador no caso concreto. Aliás, a atuação do judiciário nos casos de existência da filiação afetiva, bem como adoção à brasileira, é muito importante, vez que será o juiz quem analisará o caso e fatos para verificar se haverá a constituição do estado de posse do filho, bem como a declaração desse estado, com o intuito de provar-se a estabilidade da relação (FACHIN, 1992).

É incabível desconsiderar a existência da paternidade afetiva, estando ela apta a resolver qualquer conflito de filiação, eis que a sua caracterização é capaz de concretizar os valores que preponderam em nossa ordem constitucional, possibilitando ao filho de se manter em uma relação que o engrandeça e lhe traga todos os sentimentos necessários para a sua felicidade. O ideal da paternidade e filiação seria aquela a qual se une o vínculo afetivo ao biológico. Entretanto, nem sempre é isso que ocorre, devendo-se

observar o caso concreto, sem que haja o impedimento de predominância da filiação/paternidade afetiva, ainda que acima do vínculo biológico, se for para o melhor interesse da criança.

Ressalta Zeno Veloso (2002, p. 51-55):

Em suma: paradoxalmente, nas vésperas de um novo milênio, a poderosíssima prova do DNA, em muitos casos, pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos casos, não é a verdade de sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração.

Antes de tudo, a real filiação deve ser aquela que dá ao filho todo o carinho, cuidado necessário, proporcionando-lhe uma convivência familiar da qual extrairá toda a sua base para o convívio em sociedade. Assim, por todo o exposto conclui-se que pouco importa se o filho possui a ligação genética com seu pai ou pais, o que importa mesmo é a relação de amor que ele tem por aquela família ou pai, que o criou, dando-lhe todo o necessário para a sobrevivência, educação, carinho, e saúde, devendo filhos biológicos e afetivos, serem tratados igualmente, sem qualquer distinção, por isso é que a filiação afetiva atualmente prevalecerá ante a filiação biológica.

E, portanto, segundo Belmiro Pedro Welter (2002, p. 128-131):

A família afetiva está inundada pelos mesmos propósitos da família biológica, ou seja, a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético. A família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética e vice-versa, porquanto o que importa é a manutenção contínua dos vínculos do amor, carinho, desvelo, ternura e solidariedade, que sustentam, efetivamente o grupo familiar. (grifamos e negritamos)

Assim, na disputa entre a filiação biológica e a afetiva, não deve haver qualquer tipo de discriminação, devendo tanto filho afetivo como biológicos serem tratados em conformidade com o princípio constitucional da igualdade entre filhos, ou seja, iguais.

4.1. O predomínio do princípio da afetividade na filiação socioafetiva

A família composta por vários membros e formada somente por filhos legítimos começou a perder força ao longo dos anos, já que os núcleos familiares passaram a

valorizar dois fatores imprescindíveis para sua formação: o afeto e o amor, principalmente nas relações afetivas.

Segundo Maria Berenice Dias (2007, p. 343), o afeto é a mola propulsora, o elemento nuclear definidor e imprescindível da união familiar e decorre da valorização constante junto ao princípio da dignidade humana. O lar sem afeto desmorona, e assim, nele a família se decompõe. Por isso, o direito ao afeto constitui o primeiro dos direitos humanos operacionais da família, seguido pelo direito ao lar, cuja essência também é o afeto. Este princípio possui respaldo, implicitamente, em nossa Constituição Federal, o qual, com mudanças dos valores familiares e superando a discriminação, expõe a família como grupo social, com fundamento essencial nos laços de afetos.

Os fundamentos explicitados na Constituição Federal, os quais, implicitamente condizem com o princípio da afetividade, encontram-se nos artigos 227, parágrafo 6º, que afirma que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem; artigo 226, parágrafos 5º e 6º, que diz que a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade; e o artigo 226, parágrafo 4º, afirmando que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, terão a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida.

Os laços de afeto que fundamentam tal princípio, não derivam da origem sangüínea, e sim da convivência repleta de amor incondicional, respeito mútuo, carinho, solidariedade, que é despendida por um pai ou uma mãe, que tem conhecimento não serem pais biológicos daquela pessoa. E apesar de na grande maioria dos casos, a filiação derivar de uma relação biológica, todavia, ela surge na construção cultural, social e afetiva, da convivência familiar, sendo que a imputação de uma paternidade biológica, por exemplo, não substitui a construção permanente dos laços afetivos.

Segundo João Baptista Vilela (1980, p. 46), no primeiro trabalho publicado na década de 80, referente à afetividade entre pais e filhos, já se afirmava que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico, surgindo daquele a parentalidade socioafetiva.

O reconhecimento do princípio da afetividade, juntamente com o reconhecimento da filiação socioafetiva, foi aprovado pelo STJ, em três distintos enunciados, quais sejam eles:

Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva.

Enunciado 256: a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

Para Valter Pedro Welter (2002, p. 128) e Sérgio Resende de Barros (2002, p. 05-10), foi na época do patriarcalismo que surgiu o afeto, já que os patriarcas deram início aos casamentos por conveniência, e com o passar do tempo somaram-se os motivos patrimoniais aos motivos políticos, proliferando assim os casamentos por conveniência, que ficaram revestidos de interesses patrimoniais e conseqüentemente surgiria o afeto.

O afeto, hoje mais do que nunca, delinea as relações familiares e os novos paradigmas da filiação e, por isso, a posse do estado de filho vem a ser um requisito essencial à caracterização da paternidade e filiação socioafetiva, devidamente traduzida na demonstração de afeto pelo pai à criança. E pelo fato de ser o afeto quem cria os laços familiares, a verdade sociológica da filiação constrói-se não mais na descendência somente, e sim no comportamento daquele que exprime sentimento verdadeiramente paterno, amor, afeto, carinho, respeito, em público ou no lar, compondo assim a base da paternidade.

De acordo com todo o exposto até aqui, verifica-se que é dever do Estado assegurar o afeto como direito-garantia de cada integrante da comunidade familiar provendo *ex officio* seus direitos fundamentais, vislumbrando-se, portanto, que o princípio da afetividade, é extremamente importante, quebrando paradigmas. É este o maior sentimento que regula toda a relação familiar, e a relação em sociedade, inclusive no bojo do artigo 1593 Código Civil, vislumbra-se a possibilidade de outro tipo de filiação sem ser a biológica, a socioafetiva[4].

5. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

O estado de filiação não tem merecido o tratamento devido, sem embargo de sua evidente essencialidade, salvo quando se cuida do estado de fato, na modalidade de posse de estado, ou do reconhecimento voluntário ou forçado. Todavia, são situações que têm por finalidade comprovar a existência do estado de filiação, quando este for objeto de dúvida ou litígio.

O Tribunal do Paraná prolatou acórdão, assim como muitos outros Tribunais, homenageando a filiação socioafetiva, a qual vem tornando-se cada vez mais presente em nossa sociedade, mencionando a importância da filiação socioafetiva, bem como da “adoção à brasileira”.

No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada ‘adoção à brasileira’(isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, como se deles filho fosse) e que perdura por quase

quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem fará justiça ao caso concreto, mas ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR, AC 108.417-9)

Tanto a jurisprudência como doutrina não chegaram a um consenso acerca da filiação afetiva, existindo diversas correntes; as que entendem que havendo primeiramente a filiação afetiva ou a adoção à brasileira, não há que existir o vínculo biológico, nem mesmo a retificação do registro de nascimento, havendo somente a possibilidade em submeter-se ao DNA se a finalidade, nesses casos, for para conhecimento de sua ascendência genética, curiosidade ou conhecimento de doenças genéticas, sem reflexos sucessórios ou alimentares, ou pensão alimentícia. Porém, há entendimento também, principalmente dos juízes de primeiro grau, que provavelmente por economia processual, vem proferindo decisões no sentido de não admitir as filiações afetivas, e deferindo logo de plano o pedido para realização do exame de DNA, sem sequer observar se há registro de nascimento e/ou filiação afetiva no caso concreto; e aí quando é feito tal exame e observa-se ser aquele réu pai genético do autor, toda uma família é desestruturada, pois o magistrado concederá a retificação do registro de nascimento se já o houver, e aquele pai afetivo, não terá mais qualquer vínculo com seu filho afetivo.

Por isso, que é demasiadamente importante que os juízes, desembargadores, e ministros, estejam sempre atentos a todos os acontecimentos da sociedade, bem como acerca da modernização do direito de família, que cada vez mais e a todo o momento vem modificando-se, para que consigam emitir as melhores decisões para ambas as partes, já que terão em suas mãos casos de grande envergadura, e estarão lidando com vidas e famílias.

Neste sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE COM PAI REGISTRAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA. Estabelecida a paternidade socioafetiva entre a autora/ investigante e o pai registral, descabe o reconhecimento da paternidade biológica, já que aquela deve prevalecer sobre esta. (TJRS, Ap. civ. 70007306822)

Há ainda a polêmica em submeter o pai, ora réu de uma investigação de paternidade, ao exame de DNA mesmo que haja provas suficientes de que o autor já possui um pai afetivo, e/ou até mesmo um registro de nascimento. Enfrentando a referida questão, o STF fundou decisão no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo ao réu o direito de recusar-se ao exame de DNA, e negando ao autor o direito de conhecer sua

origem (STF, HC 71.373-RS). Entretanto, o STJ teve orientação em sentido contrário, afirmando que “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica não acolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz, em caso envolvendo reconhecimento judicial de paternidade.” (STJ, REsp 140.665-MG)

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2004), por tais decisões tão controversas é fácil chegar-se à conclusão de que até mesmo os maiores Tribunais do país vinham tendo conflito para chegarem a um consenso acerca do embate entre filiação afetiva versus biológica, bem como à realização ou não do exame de DNA, ocorrendo uma confusão entre o direito da personalidade, inerente e inato à pessoa, em seu âmbito individual e personalíssimo.

Ainda hoje, os tribunais de todo o país não chegaram a um consenso, havendo acórdãos divergentes entre suas próprias câmaras; entretanto, já vêm aflorando alguns tímidos entendimentos positivos, principalmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tomou as rédeas acerca da modernização que ocorre no direito de família, e vem reiteradamente prolatando decisões sobre relações homoafetivas, adoção por homossexuais, e principalmente sobre o assunto deste artigo, a predominância da filiação afetiva sobre a biológica[5], bem como ainda, ao fato de se submeter o réu de uma investigação de paternidade ao exame de DNA somente para fins de conhecimento da ascendência genética.

Inclusive, em recente julgado, apesar de haver controvérsias entre todos os Tribunais do país como a pouco informado, o STJ proferiu decisão acerca da filiação socioafetiva e sua predominância, mencionando até mesmo sobre pedido de retificação de registro de nascimento nos casos da adoção à brasileira.

RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato, havido por ideologicamente falso, deve ser conferida a terceiros interessados, dada a impossibilidade de revogação do reconhecimento pelo próprio declarante, na medida em que descabido seria lhe conferir, de forma absolutamente potestativa, a possibilidade de desconstituição da relação jurídica que ele próprio, voluntariamente, antes declarara existente; ressalte-se, ademais, que a ninguém é dado beneficiar-se de invalidade a que deu causa.

2. Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro *status familiae*, na medida em que, o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe afirma a existência, não se pode admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral.

3. O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica [...]. Na realidade da vida, o

estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. (Mauro Nicolau Júnior *in* "Paternidade e Coisa Julgada. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais". Curitiba: Juruá Editora, 2006). (REsp 450.886-MG) (grifamos).

5.1. LEGISLAÇÃO ACERCA DO TEMA

Assuntos como os tratados aqui não possuem legislação específica que os contempla, uma vez que se trata de matéria totalmente nova, surgida com o intuito de acompanhar a evolução do direito de família em nossa sociedade.

Nossa Constituição Federal é de 1988, e sequer havia a preocupação de que as famílias passariam por uma transformação tão grande com o passar dos anos, acompanhando assim os avanços e crescimento das sociedades e tecnologia; já o Código Civil, que apesar de ter entrado em vigor em 2002, foi concebido na década de 60, portanto, pouca coisa mudou acerca do antigo que datava do ano de 1916, e mesmo no período já tendo se concretizado as mudanças na filiação, bem como nas famílias, o legislador não se preocupou em abordar tais assuntos, deixando-os implícitos em alguns artigos, ou deixando-os a cargo dos doutrinadores e juristas de todo país que deveriam interpretar e julgar de acordo com o caso concreto.

E é assim que vem ocorrendo, porquanto que o artigo 1.593 do Código Civil explicita que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, e é com base neste artigo, quando fala ‘outra origem’, bem como nos princípios inerentes ao direito de família, que de todos os Tribunais vêm prolatando acórdãos com aceitação da filiação afetiva sobre a biológica; quando a primeira já estiver consolidada no tempo, e determinando a realização do exame de DNA nestes casos, somente para fins de conhecimento da ascendência genética, bem como da existência de doenças genéticas.

O termo ‘outra origem’ dá a interpretação aos juristas, de que o parentesco civil é aquele oriundo de relação socioafetiva, não se restringindo à adoção, e dentre tais relações estão aquelas antes vistas, em que um homem registra filho alheio como seu. A paternidade socioafetiva, portanto, passou a ter apoio legal, e para que esta exista, como já mencionado, doutrina e tribunais exigem o preenchimento de alguns requisitos. Um destes requisitos, quando já houver o registro de nascimento, é a inexistência de vício de consentimento, isto é, o homem que registra o filho como seu deve ter consciência de que se trata de filho alheio; esse homem não pode ter sido enganado pela mulher e não pode ter feito o registro por erro ou por dolo dela. Outro requisito, é que o pai trate o filho como se seu fosse, de modo a assim ser visto pela sociedade.

O artigo 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal preleciona dando ênfase à filiação afetiva, que todos os filhos devem ser tratados com igualdade, independentemente de sua origem. Nessa linha, tem-se que é possível fundamentar a paternidade afetiva no artigo 1596 Código Civil, que ratifica a igualdade constitucional

prevista para a filiação[6]; o artigo 1597, inciso V, aceita a paternidade sociológica na hipótese de inseminação artificial heteróloga; e ainda a hipótese prevista no artigo 1605, inciso II, que diz respeito à prova da filiação derivada da posse do estado de filho afetivo.

Apesar de em nosso Código Civil, bem como Constituição Federal, não haver artigo específico acerca da filiação afetiva, quando o texto constitucional fala dos princípios ali consubstanciados, sobretudo o da igualdade, o da proteção dos direitos da criança e do adolescente e o da afetividade, por si só já seriam suficientes para a aceitação dessa filiação. A Constituição Federal não discrimina a filiação biológica de outras existentes. Pelo contrário, prima pela igualdade entre todos os tipos de filiações existentes, mesmo porque, já demonstrado que na própria filiação biológica deve haver o vínculo afetivo.

O artigo 1605, do Código Civil, abrange todas as hipóteses existenciais que se apresentam nos arranjos familiares de posse do estado de filiação, ante a falta ou o defeito do termo de nascimento, inclusive dando ênfase, implicitamente, na ocorrência da posse de estado de filho[7]. Já o seu artigo 1610, condiz com todo o exposto no capítulo que tratou da irrevogabilidade do termo de nascimento, salvo quando comprovado erro ou dolo, afirmando que: “o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

6. DO ESTATUTO DA FAMÍLIA: Projeto de Lei número 2.285/07

Neste projeto, o qual se encontra em pauta para apreciação do Congresso Nacional, a filiação é tratada de forma igualitária, sem importar-se com sua origem consanguínea ou socioafetiva, procurou-se distinguir as contradições encontradas na jurisprudência, abandonando a concepção de poder dos pais sobre os filhos para a autoridade parental, além de contemplar a solidariedade e a afetividade como sentimentos impulsionadores da relação entre pai e filho. E ele implicará em grande reforma do direito de família vigente, introduzido pelo Código Civil de 2002 que, aliás, inovou pouco em relação ao Código Civil de 1916 e das leis posteriores que versaram sobre o tema. Sem poder negar que a realidade cultural e sociológica das famílias brasileiras mudou muito, exige-se assim uma nova valoração dos juristas e legisladores.

A vida mudou desde a época do Código Civil de 1916 e da Constituição Federal de 1988, bem como a realidade socioeconômica transformou valores e concepções, mas a realidade jurídica permaneceu atrelada a um passado traduzido nas concepções da família hierarquizada e patriarcal. A família parental também se transformou. Os laços de parentesco já não se sustentam mais só pelo vínculo biológico. O direito já aprendeu, e a jurisprudência já vinha traduzindo, que a paternidade e a maternidade são funções exercidas, e foi daí que surgiu a parentalidade socioafetiva, ou seja, quando alguém que é criado como filho por um longo período acaba sendo considerado também filho legítimo, como são todos os filhos, independentemente de sua origem[8], e hoje já não existe mais filhos ilegítimos.

Alguns artigos existentes neste Projeto de Lei são bem parecidos com os contidos no Código Civil; entretanto, os responsáveis por tal projeto deram um jeito de aperfeiçoar cada artigo para os acontecimentos da atualidade. No artigo 71 do Projeto, já vem especificada a filiação afetiva quando ficar demonstrado a existência da posse de estado de filho[9].

Os artigos 1609 e 1610 do Código Civil dispõem que o reconhecimento da filiação pode ser feito por testamento, bem como pode ser revogado pelo mesmo instituto, entretanto, aqui, pelo artigo 72, parágrafo quarto, o reconhecimento não pode ser revogado nem por testamento, e tal entendimento se dá pela simples assertiva de que, em um exemplo de que um pai, em vida, deu toda a assistência a um filho afetivo, fazendo o papel de seu pai por anos, e ao fazer o testamento revoga essa sua filiação, demonstrando não ter qualquer vínculo biológico com aquele filho, e assim, tira dele seus direitos sucessórios. Isso não pode acontecer, por isso é que explica-se a preocupação dos legisladores do Projeto de Lei 2285/07 com a revogação do reconhecimento da filiação afetiva.

Um dos artigos que demonstra com maior ênfase a filiação afetiva é o 76, parágrafo segundo, que afirma que não caberá a impugnação da paternidade ou maternidade quando caracterizada a posse de estado de filho, ou seja, havendo a filiação afetiva e/ou a adoção à brasileira, não se admitirá ações intentadas pelo pai ou pela mãe para destituir seu pátrio poder. E mais, no artigo seguinte, a meu ver, o mais revolucionário de todos no projeto acerca da filiação afetiva, admite-se a qualquer tipo de filiação, seja proveniente de adoção, filiação afetiva, inseminação heteróloga, a conhecer seu vínculo genético pelo exame de DNA, sem com que isso gere qualquer vínculo sucessório e qualquer relação de parentesco[10].

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram inseridos em nosso ordenamento uma série de princípios e direitos fundamentais, dos quais, o mais polêmico naquele momento foi o da igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, surgindo assim, conseqüentemente, o princípio da afetividade, que apesar de não consagrar diretamente a socioafetividade nas relações de filiação em nossa legislação, tornou-se a verdadeira base da sociedade. Por isso que, uma vez configurada a filiação afetiva, esta tem prevalecido sobre a biológica, já que a verdadeira filiação paternal ou maternal revela-se na convivência do dia-a-dia, no amor e carinho ali recíproco.

A construção e consolidação do estado de filiação ocorrem por meio da convivência familiar e a afetividade, podendo o estado de filiação ser substituído em razão da adoção do filho por outros pais, nos casos em que há a desconstituição do poder familiar, bem como se restar configurada a filiação afetiva entre pai e filho.

O direito à filiação não é somente um direito à verdade, é também um direito à vida, ao melhor interesse da criança; é um direito a ela concedido de ter uma família, amor, educação, e todos os sentimentos necessários para sua sobrevivência e uma vida saudável em sociedade. O afeto foi reconhecido como valor jurídico tendo em vista a

consagração de princípios como o da igualdade de homens e mulheres, o estatuto unitário da filiação e o reconhecimento dos diversos modos de formação da família.

Surge assim, uma nova tendência contemporânea acerca das relações socioafetivas, podendo a filiação ser apresentada sob diferentes aspectos. A biológica, que deriva da identificação genética entre pai e filho; a jurídica, que é imposta pela lei; e a socioafetiva que se revela naturalmente devido à convivência e afinidade entre os envolvidos. A filiação afetiva é construída pelo desejo de atuação do pai para com o filho, com a formação de laços de afeto, que em muitos casos sequer estão presentes nas filiações biológicas, mesmo porque, a filiação real é aquela que vem do coração, dos nossos mais sinceros e puros sentimentos.

Aquele que declara ser pai de alguém que sabe não ser seu filho biológico, ocorrendo assim, a adoção à brasileira, apesar de estar fornecendo informação falsa, age com um enorme intuito de generosidade de integrar aquela criança em sua família, como se gerada por ele fosse, e mesmo que tal ato seja contrário à lei, a sociedade não repele essa conduta, ao contrário, a enaltece em face do nobre sentimento de compaixão e humanismo. O afeto não é fruto da genética, assim como os laços da solidariedade, não derivam do sangue e sim da convivência.

Nos casos em que já há um registro de nascimento, inúmeros são os julgados no sentido de que o marido que reconheceu espontaneamente o filho de sua companheira, tendo plena consciência de que aquele filho não é geneticamente seu, não tem a possibilidade de mais tarde, se assim desejar, ajuizar ação negatória de paternidade, com a alegação de que aquela criança não é seu filho biológico, vez que, configurada a filiação afetiva, não há que se falar em anulação ou desconstituição desse vínculo, devendo, em grande parte dos casos, a verdade sociológica deve prevalecer sobre a biológica.

Estando a filiação afetiva cada vez mais presente, faz-se necessário uma reforma geral em nosso ordenamento e legislação vigente, a fim de que se possa corresponder às expectativas das demandas ajuizadas em nossa sociedade, sendo tal reforma aclamada pelo P.L. n° 2285/07, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Este projeto é a maior inovação legislativa brasileira já vista, vez que aborda todos os assuntos mais polêmicos da atualidade, apreciando desde a união homoafetiva e a adoção por homossexuais, até o vínculo afetivo entre pais e filhos.

Assim, entende-se que este instituto jurídico familiar identificado como paternidade socioafetiva, mesmo ainda não respaldado com solidez pela atual legislação civil, mas que já vem sendo admitido pelos Tribunais do país, enquadrado como um fato e integrado ao sistema de direito, concretizará como a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, na qual seguirão como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição, tendo um significado mais profundo do que a verdade biológica. Com isso, mudam-se os recursos do caminho mais humano do Direito Civil – o Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ALBURQUEQUE, Fabíola Dias. *Adoção à brasileira e a verdade do registro civil*. In: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte.

_____. AFETO, ÉTICA, FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL – In: *Anais do IV Congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2004.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, jan./mar. 1988.

BARROS, Sérgio Resende. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14, Porto Alegre: Síntese, Julho/Set/2002.

BASTOS, Celso Ribeiro e outro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Eliane Ferreira., et al (Org). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de Família*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOSCARO, Márcio Antônio, *Direito de Filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 140.665-MG, quarta turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 03/11/98. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10/07/08.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 450.886-MG, quarta turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 17/12/07. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21/05/08

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, AC n° 108.417-9, segunda câmara cível, rel. Des. Acácio Cambi, DJ 12/12/01.

BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, apelação cível n° 70004510483, oitava câmara cível, rel. Des. Rui Portanova, DJ 31/10/02. Disponível <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 10/07/08.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CHAVES, Adalgisa Wiedmann. *A Tripla Parentalidade (Biológica, Registral e Socioafetividade)*. Revista Brasileira de Direito de Família, n 31 Porto Alegre: Síntese, Ago/Set/2005.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DE BRITO, Leila Maria Torraca. *Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 36. Porto Alegre: Síntese, jun/jul/2006.

DE CARVALHO, Juliana Gomes, *Sociedade de Afeto*, publicada em 08/01/08. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 09/07/08

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIM, Luis Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Investigação de Paternidade – Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n 13 Porto Alegre: Síntese, Abr/Jun/2002.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Sousa e. Paternidade Biológica x Paternidade Declarada: Quando a Verdade vem à Tona. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n 13. Porto Alegre: Síntese, Abr/Jun/2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 19. Porto Alegre: Síntese, Ago/Set/2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Fernando Rister de Sousa, *Institutos do Direito Civil Constitucional*, n° 2/2006, vol. III, Ed. IOB, 2006, São Paulo

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do poder familiar*, publicado em 03/06, Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em 16/maio/08

_____. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*, publicado em 03/00, Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: junho/08.

_____. *Filiação - Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 19. Porto Alegre: Síntese, Ago/Set/2003.

_____. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Publicada em 05/01/2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28/março/08.

_____. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>, acesso em 30/01/2009.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Coisa Julgada ou DNA Negativo – O que deve prevalecer?. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 21. Porto Alegre: Síntese, Dez/Jan/2004.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípio fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SEREJO, Lourival. Adoção à Brasileira – Revogação – pedido feito pela Mãe-Impossibilidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n 19, p.76-89: Síntese, Ago-Set 2003.

VELOSO, Zeno. Investigação de Paternidade: Um caso em qu a Recusa ao Exame de DNA não presume a Paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14. Porto Alegre: Síntese, Jul/Set/2002.

_____. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Belo Horizonte: In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21. Belo Horizonte: UFMG, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14. Porto Alegre: Síntese, Jul/Set/2002.

[1] Exame com o nome de ácido desoxirribonucléico/ exame pericial, realizado com o intuito de descobri-se a filiação genética entre as pessoas.

[2] **IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES - 3** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

[3] “O estado de filho afetivo é identificado pela exteriorização da condição de filho, nas seguintes circunstâncias: a)sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b)

ter recebido continuamente o tratamento de filho; c)ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho.”

[4] Artigo .1593 Código Civil- “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem.”

[5] **“A certeza, porém de filiação sócio-afetiva entre o investigante e seu pai registral afasta a possibilidade de alteração do assento de nascimento do apelante, bem como qualquer pretensão de cunho patrimonial. A instrução deverá prosseguir unicamente com o fito de esclarecer a questão da origem biológica. Deram provimento à apelação por maioria.”** (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. civ. 70009550500) (grifamos)

[6] Artigo 1.596 Código Civil - Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[7] Artigo 1605 Código Civil – Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito. II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

[8] Artigo 70 do Projeto de Lei 2.285/2007 – Os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações e práticas discriminatórias.

[9] Artigo 71 do Projeto de Lei 2.285/07 – A filiação prova-se pelo registro de nascimento

Parágrafo segundo: Também se prova a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando houver posse de estado de filho.

[10] Artigo 77 do Projeto de Lei 2.285/07 – É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado de filiação ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco.

IRRADIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO: A APROXIMAÇÃO DE PÓLOS DICOTÔMICOS

L'IRRADIATION DE DROITS CONSTITUTIONNELS FONDAMENTAUX DANS LES RELATIONS JURIDIQUE PRIVE: L'APPROCHE DES PÔLES DICOTÔMICOS

**Ricardo Goretti Santos
Paula Castello Miguel**

RESUMO

A irradiação de direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídico-privadas é fenômeno que, paulatinamente, ganha força no direito brasileiro. Analisa-se a questão a partir do pensamento balizador de Boaventura de Souza Santos, em discurso de identificação da aproximação e da justaposição da dicotomia público/privado, como traço característico da passagem do “projeto da modernidade” para o fenômeno da “transição pós-moderna”. Extraem-se do “projeto da modernidade” duas características básicas e coexistentes: a fertilidade de dicotomias em diversas lógicas da racionalidade (como por exemplo, sujeito/objeto, cultura/natureza, arte/vida, estilo/função, sociedade/indivíduo, público/privado e formal/informal) e a dificuldade ou ausência de mediação entre os referidos pólos dicotômicos. Da combinação das aludidas características advinha a extrema polarização dessas dicotomias, constituídas por pólos ciclicamente oscilantes no tempo e espaço, de maneira que ora prevalecia o público (no Welfare State, no início do século XX), tornando enfraquecida a incidência do privado, ora predominava o privado (no liberalismo do fim do século XVIII a início do século XX), atenuando a vigência do público. Na seqüência, encontra na “transição pós-moderna”, marcada pelo colapso, aproximação ou justaposição das dicotomias clássicas da modernidade, a justificativa para o fenômeno revelador do tema central sobre o qual gravita o estudo: a privatização do direito público e publicização do direito privado no direito brasileiro. Destaca que, ao passo que a recorrente oscilação dos pólos constitutivos da dicotomia público/privado (resultante da deficitária capacidade de mediação entre os aludidos pólos exageradamente polarizados) perde força, o público e o privado abandonam a condição pólos auto-excludentes para coexistirem. Mediante o exercício da problematização de situações concretas afetas ao tema em discussão, ilustra-se o fenômeno da justaposição da dicotomia público/privado a partir da irradiação dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil de países estrangeiros. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal finaliza o estudo que identifica a aproximação dos pólos dicotômicos em tela, no direito brasileiro, fazendo a aplicação da teoria anteriormente apresentada.

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROJETO DA MODERNIDADE. TRANSIÇÃO PÓS-MODERNA. APROXIMAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO.

RESUME

L'irradiation de droits constitutionnels fondamentaux dans les relations juridique privé est phénomène qui, progressivement, gagne force dans le droit brésilien. Il analyse la question à partir de la pensée baliseur de Boaventura de Souza Santos, dans le discours d'identification de l'approche et de la juxtaposition de la dichotomie publique/privée, comme trace caractéristique du passage du « projet de la modernité » pour le phénomène de la « transition post-moderne ». Il extrait du « projet de la modernité », de deux caractéristiques basiques et coexistantes : la fertilité de dichotomies dans de diverses logiques de la rationalité (comme par exemple, je sujet/objet, à culture/nature, art/vie, style/fonction, société/personne, public/privé et formel/informel) et la difficulté ou l'absence de médiation entre mentionnés pôles dicotômicos. De la combinaison des faits référence caractéristiques il arrivait l'extrême polarisation de ces dichotomies, constituées par des pôles cycliquement oscillants dans le temps et l'espace, de sorte que quelques fois prévalait le public (à le Welfare State, dans le début du siècle XX), en rendant affaiblie l'incidence privé, quelques fois prédominait le privé (dans le libéralisme de la fin du siècle XVIII à début du siècle XX), en atténuant à validité du public. Dans la séquence, il trouve dans la « transition post-moderne », marquée par l'effondrement, l'approche ou la juxtaposition des dichotomies classiques de la modernité, la justification pour le phénomène révélateur du sujet central de l'étude : la privatisation du droit public et le devenir public du droit privé dans le droit brésilien. Il détache que, à l'étape que la récurrente oscillation des pôles constitutifs de la dichotomie publique/privée (résultant de la déficitaire capacité de médiation entre les faits référence pôles exagérément polarisés) perd force, le public et le privé abandonnent la condition pôles, que si autoexclure, pour coexistent. Moyennant l'exercice de la visualisation de situations concrètes tu touches au sujet en discussion, s'illustre le phénomène de la juxtaposition de la dichotomie publique/privée à partir de l'irradiation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique civil de pays étrangers. Il analyse, finalement, la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral, afin d'identifier à l'approche des pôles des dicotômicos dans écran, dans le droit brésilien.

MOT-CLES: RELATIONS JURIDIQUES DE DROIT PRIVÉ. EFFICACITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX. PROJET DE LA MODERNITÉ. TRANSITION POST-MODERNE. APPROCHE DE LA DICHOTOMIE PUBLIQUE/PRIVÉE.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da irradiação dos direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídicas de direito privado inevitavelmente nos remete a uma tendência que se explica, justifica-se e cristaliza-se na intermediação de dois ramos do direito: o público e o privado. Dois pólos dicotômicos que gradativamente se aproximam, fazendo do exercício da tutela das relações jurídicas de direito público e de direito privado uma tarefa permeada por comandos normativos distintos em suas finalidades precípuas, que

ora se associam, tornando-se complementares, mas que ora se dissociam, tornando-se colidentes.

A identificação dessa tendência, todavia, somente pode ser sentida a partir da fragilização dos sistemas jurídicos característicos do Estado Liberal, que não concebiam a irradiação de direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídicas de direito privado, sob pena de violação de primados clássicos, como a autonomia da vontade, a liberdade e a igualdade paritária ou isonomia perante a lei – igualdade formal.

Buscaremos na lição balizadora de Boaventura de Souza Santos^[1], em estudo dedicado à descrição do processo de passagem do “projeto da modernidade” para o fenômeno da “transição pós-moderna”, as explicações ou justificativas para a crescente consolidação de uma tendência que, hoje, claramente se faz observada: a incidência ou irradiação das normas de direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídicas de direito privado.

Movidos por esse propósito, iniciamos nossos trabalhos pela delimitação do que chamou o sociólogo português de “projeto da modernidade”, oportunidade na qual, identificaremos como características coexistentes da modernidade a fertilidade de dicotomias nas mais diversas lógicas da racionalidade e a dificuldade (ou mesmo ausência) de mediação entre pólos dicotômicos, dentre os quais enfatizaremos os pólos constitutivos da dicotomia público/privado.

A fertilidade de dicotomias da modernidade, aliada à ausência de mediações entre pólos em oposição, nos servirão de fundamento para justificar a cíclica oscilação, no tempo e no espaço, dos pólos constitutivos da principal dicotomia do direito: a dicotomia público/privada. Desta oscilação, advém a justificativa para a prevalência: ora do direito privado em detrimento do público (no liberalismo do fim do século XVIII a início do século XX); ora do direito público em detrimento do privado (no *Welfare State*, no início do século XX).

Em seqüência, analisaremos o processo de enfraquecimento desse quadro de oscilação entre o público e o privado, que perde força com a consolidação do fenômeno da “transição pós-moderna”: inaugural de uma nova era, marcada pelo colapso da dicotomia público/privado, bem como pela conseqüente irradiação das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

A seguir, a título de ilustração da tendência em apreço, apresentaremos alguns exemplos de situações representativas da justaposição da dicotomia público/privado a partir da irradiação de direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado, ocorridas em países estrangeiros.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal finaliza o estudo, identificando a aproximação dos pólos dicotômicos em tela, no direito brasileiro, fazendo a aplicação da teoria anteriormente apresentada.

2 A FERTILIDADE DE DICOTOMIAS E A AUSÊNCIA DE MEDIAÇÕES: CARACTERÍSTICAS COEXISTENTES DO “PROJETO DA MODERNIDADE”

A modernidade, nas mais diversas lógicas da racionalidade, acentuou Boaventura de Souza Santos[2], se revela estruturada a partir de modelos dicotômicos de diferentes naturezas: “na racionalidade instrumental-cognitiva, as dicotomias sujeito/objeto e cultura/natureza; na racionalidade estético-expressiva, as dicotomias arte/vida e estilo/função; na racionalidade moral-prática, as dicotomias sociedade/indivíduo e público/privado”, além da dicotomia formal/informal, subjacente e presente em todas elas, de várias formas.

Além da fertilidade e da extrema polarização de dicotomias, é característica do que denominou o autor português “projeto da modernidade” [3], o déficit ou, por vezes, a total ausência de mediação entre pólos dicotômicos.

O resultado da combinação das aludidas características é a extrema polarização de dicotomias constituídas por pólos ciclicamente oscilantes no tempo e espaço.

Detalhando a dinâmica do movimento pendular de pólos dicotômicos, a partir da combinação interativa da mencionada dupla característica do “projeto da modernidade”, Boaventura de Souza Santos[4] descreveu o seguinte processo:

[...] o déficit da capacidade de mediação exacerba a polarização das dicotomias e, inversamente, esta última agrava o primeiro. O efeito conjunto destes dois processos tem sido a recorrente oscilação entre os pólos das dicotomias e, conseqüentemente, a vigência exagerada de um ou outro pólo. Em momentos diferentes da vida social, atribui-se total precedência, ora a um dos pólos, ora ao outro, ao subjetivismo ou ao objetivismo, ao esteticismo ou vitalismo, ao coletivismo ou ao individualismo ou ainda, na base de todas estas, vigências exageradas, ao formalismo ou ao informalismo. A prioridade total dada num certo momento a um dos pólos suscita uma reação que contribui, por si mesma, para que no momento seguinte a prioridade seja dada ao pólo oposto.

O recorrente movimento e temporariedade da oscilação de pólos igualmente atingem aquela que se insurge como a mais relevante para o nosso estudo, e que se revela a “grande dicotomia” do direito, qual seja: a dicotomia público/privado.

Confirma-se essa caracterização com o entendimento de que uma “grande dicotomia” se revela caracterizada

[...] quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade: a) de dividir o universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e principalmente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

A oscilação entre as esferas do público e do privado, conforme salientou Norberto Bobbio[5], figura dentre as mais freqüentes discussões envolvendo o debate sobre a relação entre estes dois ramos do direito.

Um dos lugares-comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a do privado, é que, aumentando a esfera do público, diminui a do privado, e aumentando a esfera do privado diminui a do público; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contrapostos.

Deste modo, tomando como base a dicotomia público/privado, estabelecendo-se uma análise comparativa de diferentes marcos temporais e espaciais, é possível constatar que, em razão da deficitária capacidade de mediação entre os aludidos pólos exageradamente polarizados, ora prevaleceu o privado, atenuando a vigência do público, ora o público, tornando enfraquecida a incidência do privado.

3 O FENÔMENO DA “TRANSIÇÃO PÓS-MODERNA”: O DECLÍNIO OU O COLAPSO DA SEGREGAÇÃO E DA OSCILAÇÃO DE DICOTOMIAS

O auge da separação bipolar, envolvendo o direito privado (responsável pela criação de regras mínimas de convivência entre particulares que se relacionavam com amplas liberdades individuais) e o direito público (disciplinador das relações verticalmente travadas entre particulares e o Estado, pautando-se, para tanto, na garantia daqueles perante este, assim como no interesse geral) dá-se no Estado Liberal. Neste momento, “o direito limita-se a fixar as regras do jogo, sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados dessa forma, iguais perante a lei” [6].

Como o ponto de partida para o surgimento da concepção liberal do Estado, sobrelevada no século XIX, tem-se as revoluções do século XVIII, sinalizadoras da transformação de uma sociedade eminentemente feudal para uma sociedade burguesa, juridicamente assinalada pela igualdade formal, bem como pelos direitos de primeira geração, notadamente os chamados direitos de defesa ou imunização à atuação interventora do Estado. [7]

O sistema jurídico característico do Estado liberal não concebia a irradiação de direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídicas de direito privado por considerá-las travadas entre indivíduos autônomos em razão dos indiscutíveis primados da liberdade e da igualdade paritária (igualdade formal ou isonomia perante a lei).

Todavia, como bem assentou Jane Reis Gonçalves Pereira[8], “era falsa a premissa de que as relações privadas estabeleciam-se entre indivíduos iguais, livres e autônomos. [...] O liberalismo, assim, tornou-se causa daquilo que, ao menos no discurso, visava combater: as diversas formas de servidão”.

Afastar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado passou a significar uma negação à própria finalidade dos direitos de tal ordem, responsáveis por propiciar aos indivíduos a coexistência pacífica de níveis máximos de autonomia e dignidade humana.

Eis, em síntese, a justificativa maior para a consolidação de uma tendência que gradativamente faz transparecer uma crescente aplicabilidade dos direitos fundamentais, não só nas relações jurídicas de direito público (para proteger os indivíduos contra eventuais excessos por parte do Estado), como também nas de direito privado (para garantir a proteção de uns em relação aos outros).

A propósito, inaugurando artigo destinado à análise da vinculação de particulares a direitos constitucionais fundamentais, aduziu Daniel Sarmento[9]:

De acordo com a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais limitar-se-iam à regência das relações públicas, que tinham o Estado como um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Todavia, dita concepção, tributária que era no individualismo possessivo que caracterizava o constitucionalismo liberal-burguês, revela-se hoje profundamente anacrônica. De fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Neste sentido, leciona o Ministro Gilmar Ferreira Mendes[10]:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Scutzpflichtdes Staats*).

Com a superação do individualismo liberal e a ascensão de uma doutrina social definidora de uma nova concepção estatal – o Estado social, empenhado na redução de desigualdades –, “o direito civil – assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial e o direito do trabalho – assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado [temeroso de que] a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades”. [11]

Tal reação contra a concepção liberal do Estado, sobretudo no último século, suplanta o individualismo particular do privado, contribuindo, assim, para o que Norberto Bobbio[12] denominou de “primado do público”, que, segundo o estudioso, significaria

[...] o aumento da intervenção estatal na regulação coativa de comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em reação ao Estado, emancipação que fora uma das conseqüências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa.

Com uma maior intervenção estatal, suplanta-se a visão puramente individualista acima criticada, para alimentar um novo entendimento, didaticamente sintetizado por José Carlos Vieira de Andrade[13], com as seguintes palavras:

[...] os direitos fundamentais são pressupostos elementares da vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.

Os miseráveis, eis que deficitários, processos de mediação dos aludidos pólos dicotômicos tendem, assim, a perder força em suas oscilações. Em virtude disso,

[...] não podemos mais conceber o direito privado como um feudo, dentro do qual reina a vontade absoluta de seu senhor. Tampouco logra persistir a imagem do direito privado como ramo jurídico formado apenas por normas dispositivas – em oposição ao direito público, reino das normas cogentes, ou de ordem pública. Isto representa um dos pontos essenciais que nosso trabalho pretende assentar: *também o direito privado, atualmente, contempla normas de ordem pública; também o direito público contém preceitos de interesse geral; também os institutos de direito privado possuem marcada função social.* [14]

Trata-se do fenômeno, cunhado por Boaventura de Sousa Santos[15], de “transição pós-moderna”: uma tendência atualmente identificada, de forma clara, nas mais diversas lógicas da racionalidade, inaugurando uma nova era, determinada pelo que se denomina o “colapso das dicotomias da modernidade” [16].

Conseqüência do aludido colapso, dentre tantas outras, seria a flagrante aproximação entre o público e o privado, que abandonam a condição auto-excludente de duplo pólo antagônico em oposição, para coexistirem respeitadas e reconhecidas suas identidades. Deste modo:

O surgimento de uma série de institutos, no âmbito das novas tecnologias, do direito bancário, da bioética e do biodireito, dizendo respeito à reprodução assistida, aos transplantes de órgãos, ao transexualismo e à engenharia genética, bem como os desafios relativos à responsabilidade civil, mostram a insuficiência dos compartimentos antes previstos para a sua classificação, não se podendo afirmar, diante da realidade social emergente, que os novos institutos se situam exclusivamente no campo do direito público ou do direito privado. [17]

Fenômeno acompanhado pelos Textos Constitucionais oitocentistas – tradicionalmente associado às expressões[18] do tipo “eficácia dos direitos fundamentais”, “eficácia externa”, “vigência horizontal”, “aplicação horizontal” ou mesmo “privatização de direitos fundamentais” –, a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, torna-se, assim, cada vez mais diretamente incidente.

4 A APROXIMAÇÃO DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO/DIREITO PRIVADO E OS FENÔMENOS DA PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO E A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No Brasil, a incidência ou a irradiação dos direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídico-privadas vem sendo construída na doutrina pátria, desde o advento da Constituição Federal de 1988. Neste sentido,

O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para violação do projeto constitucional. [...] Explica-se, nesse contexto, as diversas expressões que surgidas em doutrina, espelhavam a mudança ocorrida na dogmática do direito civil. *Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização* do direito civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses essenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior. [19]

Hoje é incontestável a relação de complementaridade firmada entre as esferas do público e do privado. Mas não podemos, todavia, deixar de reconhecer que a mesma interpenetração de pólos que aproxima o direito público e o direito privado é também responsável pela geração de conflitos tradicionalmente superados mediante a utilização de critérios hermenêuticos de proporcionalidade.

Referimos-nos aqui a diversos focos de tensão que são tradicionalmente identificados na Carta Magna quando da tutela constitucional de assuntos relacionados ao direito de propriedade[20], por exemplo.

A coexistência ou a interpenetração entre os eventos em questão, cristalizada com clareza indiscutível na Constituição de 1988, assim foi delineada por Norberto Bobbio[21]:

O primeiro [a publicização do privado] reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo [privatização do público] representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir concepções ideológicas novas a respeito dos valores supremos da ordem jurídica, torna mais próxima a coexistência entre o público e o privado, na medida em que abarca diversos pontos do relacionamento privado, referentes, por exemplo:

[...] aos direitos da personalidade; ao relacionamento familiar e à separação conjugal; ao aspecto moral nas obrigações; ao dirigismo estatal na contratação privada; às limitações à propriedade e à temática da responsabilidade civil, em particular, quanto à objetivação crescente de sua base; à problemática das atividades perigosas e a das nucleares; à responsabilidade do Estado, a dos bancos e dos administradores de empresas. [22]

Ao multiplicar seus pontos de contato com o direito privado, comprovando mais uma vez que os fenômenos da privatização do direito público e da publicização do direito privado coexistem, o Texto Constitucional de 1988 acaba por tornar imperiosa a necessidade de se adequar a codificação civil às suas novas diretrizes. [23] Em razão de tal exigência,

[...] inúmeros reflexos estão-se fazendo sentir no Código Civil, desde a inclusão dos direitos da personalidade em seu frontispício (arts. 11 a 21) à redução do limite da menoridade (art. 5º); à reforma do Direito de Família (arts. 1.511 e ss.); à inserção de elementos morais no âmbito das relações obrigacionais (art. 186); à previsão de mecanismos de intervenção estatal em contratos privados (arts. 157 e 478 a 480); à consagração legislativa do princípio da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), com a teoria da responsabilidade nas atividades perigosas e outras tantas orientações de vulto, modificando, sensivelmente, o alcance dos institutos de direito privado. [24]

À medida que a Constituição combina atividades de regulação do poder político, assim como da sociedade civil, de modo a conferir ao ordenamento jurídico uma unidade cada vez maior, “[...] não há mais limites precisos que separem direito constitucional e direito privado, não sendo possível concebê-los como compartimentos estanques” [25], impermeáveis, separados e governados por lógicas absolutamente distintas.

Podemos, assim, depreender que os processos de publicização do direito privado (resultante do narrado processo de inserção de valores constitucionais nas relações jurídico-privadas, como fundamento de validade destas) e privatização do direito público (decorrente da ascensão de princípios fundamentalmente afetos ao direito civil, ao plano constitucional), nada mais são do que estados de concretização da tendência de interlocução de pólos dicotômicos cada vez mais aproximados em razão de uma inafastável coexistência.

5 EXEMPLIFICANDO A JUSTAPOSIÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO A PARTIR DA IRRADIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Para fins de ilustração de situações representativas do fenômeno da justaposição do duplo pólo dicotômico em análise (evento que ao mesmo tempo alimenta e é alimentado pela irradiação de direitos constitucionais fundamentais nas relações jurídico-privadas) utilizamo-nos de estudo elaborado por José Joaquim Gomes Canotilho[26] em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Do aludido ensaio, materializado em artigo compromissado com a abordagem da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil, no contexto pós-moderno, extraímos quatro casos[27] expostos pelo autor para fins de ilustração da discussão em tela.

O primeiro dos cinco casos apresentados pelo constitucionalista português a título de problematização do tema (intitulado “A urbanização quimicamente branca” ou a “*action under color of State law*”) versa sobre a imposição de cláusula proibitiva de

venda de imóveis urbanos localizados em determinada cidade norte-americana para pessoas negras. A referida limitação, contratualmente estampada como condição para o firmamento do instrumento contratual por parte dos compradores, é ignorada pelo adquirente de uma das unidades, que aliena sua propriedade a um indivíduo que, segundo previsão contratual expressa e anuída, jamais poderia figurar como adquirente. O conflito de interesses é levado ao Estado que, por intermédio dos tribunais, coroando o princípio da liberdade contratual, acata a tese de violação da cláusula contratual, reconhecendo a nulidade da venda.

O problema central em discussão gira em torno do debate sobre o que seria nulo: a venda (como entenderam os tribunais), ou a cláusula contratual (entendimento que desaguardaria na possibilidade de imputação ao Estado a responsabilidade pela transgressão do princípio da igualdade).

O segundo caso (denominado “A ‘terceira mulher’: da ‘mulher diabolizada’ e da ‘mulher exaltada’ à ‘mulher criadora do seu papel’”), também conhecido como o caso do “diferencialismo das executivas” acontece em uma empresa multinacional que lança para uma de suas executivas a proposta de promoção ao cargo de chefia, desde que a mesma não se opusesse a aceitar uma cláusula proibitiva de gravidez durante dez anos, inserida no contrato. No auge de seus vinte e seis anos, a executiva teria que optar pelo importante cargo que lhe foi oferecido, ou por ser mãe nos próximos dez anos. A discussão aqui seria a seguinte: em tempos de reconhecida autonomia contratual, considera-se nula a cláusula que possibilitaria a invenção da “mulher criadora de seu papel”?

O terceiro caso (das “antenas parabólicas dos emigrantes portugueses”) versa sobre a história de um emigrante português que tem negada, por parte do senhorio de um prédio que tomou em arrendamento, a autorização para instalar, no telhado, uma antena parabólica de televisão. Interessado na captação de canais portugueses, inconformado, o português provoca a tutela jurisdicional, com fundamento na alegação de que a proibição violaria seu direito fundamental à informação. Junto aos tribunais ordinários o êxito do demandante foi nulo, mas isso não ocorreu perante o Tribunal Constitucional Alemão que, diante da questão, firmou entendimento no sentido de reconhecer a aplicabilidade da norma fundamental (direito à informação) na ordem dos contratos.

O quarto caso (intitulado “Liberdade de consciência ou ciência aplicada? O caso do químico anti-radiactivo”) contempla situação vivenciada por um cientista de uma empresa de produtos químicos envolvida em pesquisas sobre tratamentos contra doenças geradas em consequência de acidentes nucleares. Na condição de defensor da utilização pacífica de energia atômica, por considerar o referido projeto atentatório aos seus princípios, o cientista se recusou a participar da empreitada. A demissão do cientista era iminente, trazendo para o debate a seguinte ponderação: poderia o mesmo invocar o direito fundamental de liberdade de consciência, como fundamento para a manutenção de seu emprego, ou seria esta violação de deveres funcionais uma justificativa contratualmente plausível para a sua justa dispensa?

Apenas para destacar a revelância do tema em debate, convém informar que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes^[28] reforça a importância e a pertinência dos direitos fundamentais para as relações jurídicas de direito privado ao lançar, dentre outras, as seguintes indagações:

[...] o princípio da igualdade impediria que, na adoção de critérios para contratação, uma empresa privilegiasse determinada categoria de pessoas, v.g., as adeptas de uma concepção filosófico-social? [...] os proprietários ou administradores de *shopping centers* poderiam impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público no seu interior sob alegação de que se cuida de um espaço submetido exclusivamente ao regime de propriedade privada?

A discussão suscitada nos aludidos casos e questionamentos acerca do problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas divide opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, visto que, consoante Jane Reis Gonçalves Pereira[29], apenas parte da doutrina, de matriz liberal, nega a aplicação direta de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre privados. Importantes setores da doutrina, prossegue a autora, defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, sejam elas firmadas com o Estado, ou entre particulares.

6 A IRRADIAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO NOS JULGAMENTOS DE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OSCILAÇÕES QUE TRANSFORMAM AS DICOTOMIAS

Durante a vigência da Constituição de 1988, o debate sugestionado nos casos acima apresentados foi discutido no Supremo Tribunal Federal em poucas oportunidades e sem a merecida profundidade.

Pesquisa[30] realizada revela que a questão foi enfrentada explicitamente em um único julgado. O recurso extraordinário n. 201819[31], litígio entre União Brasileira de Compositores (UBC) e Arthur Rodrigues Villarinho - que será denominado de Caso UBC - é paradigmático no que tange a essa questão.

Importante, todavia, compará-lo com outro julgado, o recurso extraordinário n. 158215-4[32], litígio entre Ayrton da Silva Capaverde e outros e Cooperativa Mista São Luiz Ltda - que será denominado Caso São Luiz - que, embora possam parecer semelhantes, guardam diferenças profundas.

O Recurso Extraordinário n. 158.215-4, Caso São Luiz, de 30.04.1996, trata de expulsão de sócio de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa. Transcreve-se trecho da ementa:

COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa.

Não se pode deixar de destacar, todavia, que no caso em tela não houve, por parte da cooperativa, a observância das regras estatutárias. A exclusão do associado poderia ser declarada nula por meio da interpretação exclusiva das regras de direito privado, uma vez que o estabelecido pelos associados não foi cumprido. Ainda assim, a aplicabilidade

dos direitos fundamentais foi suscitada nesse caso, pois o descumprimento das regras privadas gerava, também, o descumprimento de direitos fundamentais. Nesse caso, os direitos fundamentais trabalharam ao lado das regras de direito privado para proteger o associado expulso por meio de processo inadequado.

Elementos do direito público fazem-se presentes no direito privado. Como percebeu Boaventura, “as prioridades polares de um certo momento permanecem residualmente nas que se lhe seguem” [33]. Este direito privado não é mais o mesmo direito privado do Estado Liberal, pois já foi contaminado pelo pólo oposto, o direito público.

O Recurso Extraordinário n. 201819-8, Caso UBC, de 11.10.2005, também trata de expulsão de um membro de associação sem atendimento ao contraditório e a ampla defesa. Há uma peculiaridade que faz desse julgado um marco nas decisões do STF. A expulsão do associado obedeceu rigorosamente às regras estatutárias. Este ponto deu margem à divergência no julgamento do recurso.

Entendeu a Ministra Ellen Gracie que:

[...] a controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo totalmente descabida a invocação do art. 5º, LV da Constituição [...]. Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa.

Já o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se defendendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, trazendo ampla doutrina sobre o tema e decisões anteriores da corte constitucional a fim de comprovar a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

A interferência do direito público no direito privado é amenizada por um argumento. O Ministro Gilmar Mendes entende que a entidade da qual o associado foi expulso, integra “aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não estatal”. Em trecho de seu voto, diz que:

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema do ECAD, que, como se viu na ADI n. 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade parecer decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

A sua conclusão, que defende a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, está marcada pelo entendimento que a entidade possui caráter público, ainda que não estatal.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos, já pelo caráter público, ainda que não estatal – desempenhado pela entidade, peço vênia para divergir parcialmente da tese apresentada pela eminente relatora.

A aplicação dos direitos fundamentais justifica-se, na sua argumentação, pelo caráter público da entidade. Público e privado se misturam, permitindo a inexorável aproximação dos pólos dicotômicos.

Vale destacar o voto do Ministro Celso de Mello, pois abordou a questão sob o prisma da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aduzindo que “o reconhecimento, ou não, de uma eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais, com projeção imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume um nítido caráter político-ideológico”.

Apresentou, ainda, ensinamento de Ingo Sarlet revelando que:

[...] uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.

O referido Ministro apesar de fundamentar a sua decisão nos preceitos constitucionais apóia-se nas regras de direito civil ao invocar o art. 57 do Código Civil Brasileiro que exige a justa causa e a adoção de procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto, para admitir a exclusão do sócio.

Concluo, pois, Senhores Ministros, no sentido de reconhecer que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude da defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatória, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, não obstante se trate no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada.

Novamente, elementos do direito público fazem-se presentes no direito privado. Nas regras civilistas estão expressos os princípios da ampla defesa e do contraditório. Vê-se o direito privado transformado, não só na sua aplicação pelos tribunais, mas nos dispositivos legais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste breve ensaio sobre a polêmica em torno do fenômeno da irradiação de direitos fundamentais nas relações de direito privado, seguindo a ordem cronológica de construção das idéias que estruturaram nossa construção argumentativa, foi-nos possível

concluir que a extrema polarização e a oscilação dos pólos constitutivos da dicotomia público/privado atravessam um momento de superação, em decorrência do que chamamos de colapso das dicotomias da modernidade.

A grande dicotomia do direito perde força em suas periódicas oscilações para se posicionar em tom de aproximação. A partir desta, o direito público, cada vez mais, lança pesadas influências na ordem jurídica privada, intensificando a projeção de seus preceitos de interesse geral nas relações jurídicas travadas entre particulares.

O RE n. 201.819-8, Caso UBC, revelou um caso em que os direitos fundamentais se sobrepueram ao direito privado. A aproximação, todavia, ocorreu quando a associação de direito privado ganhou contornos de entidade pública e quando as regras do Código Civil socorreram o julgador que parecia temer uma aplicação direta dos preceitos constitucionais, enfraquecendo o direito privado.

Normas de direito público e de direito privado, ainda que mantenedoras de alguns pontos de tensão geradores das chamadas antinomias, abandonam o *status* de pólos auto-excludentes para se interpenetrarem, acompanhando, assim, as mais novas exigências da complexa sociedade atual. Essa situação pôde ser visualizada no RE n. 158.215-4, Caso São Luiz, quando as regras de direito privado e os direitos fundamentais atuaram de forma complementar.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 seguramente podem ser apontados como marcos na textualização da coexistência ou da justaposição de dois processos, à primeira vista, absolutamente antagônicos. Falamos aqui, da interlocução de pontos de contato entre pólos de irradiação de influências, esboçada nos fenômenos da privatização do direito público e da publicização do direito privado. O artigo 57 do Código Civil, utilizado no julgamento do RE n. 201.819-8, Caso UBC, revela a harmonia, em determinadas situações, entre pólos dicotômicos direito público/direito privado.

Situações ilustrativas da justaposição do duplo pólo dicotômico em apreço consubstanciaram a riqueza e a pertinência dos debates delas decorrentes, reforçando a tese que reconhece a importância dos direitos fundamentais como instrumentos de limitação ao uso descabido da autonomia.

Deste modo, desde que respeitadas as particularidades do duplo ramo em questão (reconhecendo-se o basilar caráter essencialmente auto-regulatório do direito privado, para fins de se evitar o que poderíamos chamar de banalização do direito constitucional), parece-nos não fazer sentido qualquer sorte de dissenso rígido ou extremado quanto à aplicabilidade de normas constitucionais fundamentais nas relações jurídico-privadas, seja a título de resposta às violações de direitos operadas pelo Poder Público, ou mesmo por terceiros particulares.

Está claro, todavia, que essa oscilação constante transforma as dicotomias. Tem-se, hoje, um direito privado transformado pelas influências do direito público. Trata-se do que Boaventura denomina de processo de “descaracterização recíproca” [34]. Neste caso, constata-se que o pólo mais pujante, o direito público, coloniza seu oposto e transforma no seu duplo. O direito privado absorve, assim, o discurso de direito público, que se impõe mediante a irradiação de normas de direitos humanos e fundamentais nas

relações jurídicas de direito privado, seja a título de resposta às violações de direitos operadas pelo Poder Público, ou mesmo por terceiros particulares.

A eficácia horizontal dos direitos de ordem humana ou fundamental, além de contra-hegemônica, é “micro-revolucionária” [35], na medida em que privilegia os preceitos humanos e fundamentais, em detrimento dos primados do privado (como a autonomia da vontade, por exemplo), que tendem a ser flexibilizados, em cada caso ou luta concreta que venha a ser submetida à apreciação dos tribunais.

8 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2005. 422 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cooperativa, exclusão do associado, caráter punitivo, devido processo legal. Recurso Extraordinário. nº 158215-4/RS. Ayrton da Silva Capaverde e outros e Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. 30 abr. 1996 Disponível em: . Acesso em: 05 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sociedade Civil Sem Fins Lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de Sócio sem Garantia da Ampla Defesa e do Contraditório. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Recurso Extraordinário. nº 201819/RJ. União Brasileira de Compositores - UBC e Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Gilmar Mendes. 11 out. 2005. Disponível em: . Acesso em: 05 abr. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional:** Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GEHLEN, Gabriel Menna Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTIRNS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado:** reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 174-210.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Editora, 2003, p. 197-215.

LUDWIG Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTIRNS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87-117.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucionais alemã. **Revista dos tribunais.** Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, Ano 7, n. 27, p. 33- 44, abr-jun. 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Humanidades,** Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268-282.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115-130.

[1] SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades,** Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268-282.

[2] SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Humanidades,** Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268.

[3] *Ibidem,* p. 268.

[4] *Ibidem,* p. 268.

[5] *Ibidem,* p. 14.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial.** São Paulo: Saraiva, 1995, p.06.

[7] GEHLEN, Gabriel Menna Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTIRNS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos**

princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

[8] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

[9] SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-194.

[10] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. **Revista dos tribunais.** Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, Ano 7, n. 27, p. 33- 44, abr-jun. 1999, p. 37.

[11] TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115-129.

[12] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 9.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 24.

[13] ANDRADE, Jospe Carlos Vieira de, citado por PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151.

[14] LUDWIG Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTIRNS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado:** reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

[15] SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Humanidades,** Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268-282.

[16] *Ibidem*, p. 268-282.

[17] TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 120.

[18] Expressões extraídas de: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constutucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos

fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.

[19] TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 118-119.

[20] O direito de propriedade versado no artigo 5º da Constituição de 1988 reflete bem a configuração de uma antinomia, ao passo que, ao mesmo tempo em que assegura o direito de propriedade privada no inciso XXII (uma garantia clássica do Estado liberal), protege a função social da propriedade no inciso XXIII (medida intervencionista particular do Estado social) e exige sua compatibilização com a preservação do meio ambiente (bem de uso comum do povo assegurado no artigo 225 da Constituição). LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 211.

[21] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 27.

[22] BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 18, nota 27.

[23] Pertinente, neste momento, se faz o registro da crítica depositada por Gustavo Tepedino a um novo Diploma Civil que já nasceu obsoleto, "... principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais". (TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128.

[24] BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

[25] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

[26] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.

[27] No intuito de evitar a repetição exaustiva da obra utilizada como fonte dos cinco casos em referência, desde já, evitando-se, assim, as futuras remissões que se revelam

desnecessárias, referenciamos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constutucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.

[28] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucionais alemã. **Revista dos tribunais**. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, Ano 7, n. 27, p. 35, abr-jun. 1999.

[29] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121.

[30] Foi realizada pesquisa jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de localizar decisões abordando questões relativas à irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas. O período pesquisado foi de 01.01.1990, escolhido em razão de ser logo posterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, a 01.01.2009, data de realização da busca. No sistema de busca foram lançadas as seguintes expressões: “direitos fundamentais e relações privadas”, irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas”, “constitucionalização do direito privado”, direitos fundamentais e direito privado”. A pesquisa restringiu-se a buscar decisões de direito civil e empresarial por estarem claramente classificadas com direito privado.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sociedade Civil Sem Fins Lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de Sócio sem Garantia da Ampla Defesa e do Contraditório. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Recurso Extraordinário. nº 201819/RJ. União Brasileira de Compositores - UBC e Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Gilmar Mendes. 11 out. 2005. Disponível em: . Acesso em: 05 abr. 2009.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cooperativa, exclusão do associado, caráter punitivo, devido processo legal. Recurso Extraordinário. nº 158215-4/RS. Ayrton da Silva Capaverde e outros e Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. 30 abr. 1996 Disponível em: . Acesso em: 05 abr. 2009.

[33] *Ibidem*, p. 271.

[34] *Ibidem*, p. 268.

[35] *Ibidem*, p. 282.

DESIGUALDADE SOCIAL, SOLIDARIEDADE JURÍDICA E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

SOCIAL INEQUALITY AND BRAZILIAN CONTRACTUAL LAW

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

RESUMO

O abandono do modelo nacional-desenvolvimentista e a efetiva inserção em uma economia de mercado exigem, além de instituições sólidas, o respeito à ordem jurídica, pois apenas em um contexto de segurança jurídica os mercados encontram a previsibilidade necessária ao seu pleno desenvolvimento. No Brasil, entretanto, fatores históricos, sociais e culturais constituem importantes obstáculos à aplicação do direito, influenciando decisivamente o magistrado na tomada de suas decisões. O suporte teórico a esses magistrados é fornecido pelos juristas neosolidaristas, que defendem a imposição da solidariedade social nas relações negociais como o meio mais eficiente para se reduzir a desigualdade social. Essa tese, porém, de viés populista e autoritário, não se coaduna com a finalidade do direito contratual, e é um entrave ao desenvolvimento do País.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA CONTRATUAL. SOLIDARIEDADE SOCIAL. NEOSOLIDARISMO.

ABSTRACT

The abandon of a nationalist development model and the effective insertion in an open market economy demand, besides solid institutions, the respect to the judicial order because only in a context of lawful security markets find the necessary predictability to their full development. In Brazil, though, historical, social and cultural factors constitute important obstacles to the application of Law, decisively influencing judges in their decision. The theoretical support to these judicial decisions is given by the “neo-solidarism” scholars who defend the imposition of the social solidarity in the business relations as the most efficient way to reduce social inequality. This thesis, however, has a populist and authoritarian bias and do not coadunate with the objectives of contractual law, constituting a serious barrier to Brazil’s development.

KEYWORDS: CONTRACTUAL LAW. SOCIAL SOLIDARITY. “NEO-SOLIDARISM”.

1 Introdução

Foi apenas no início da década de 1990 que o Brasil abandonou o isolamento econômico que se impôs nas décadas anteriores, dando início a um processo de desestatização, abertura e integração econômica que ainda hoje se mantém. O esgotamento do modelo nacional-desenvolvimentista impeliu o País à adoção da economia de mercado, movimento que, na política, se fez acompanhar pela reinstauração do regime democrático.

No entanto, a adequação ao modelo democrático-liberal exige instituições sólidas, que se assentem sobre a ordem jurídica, assegurando a estabilidade necessária ao desenvolvimento dos mercados. É aí, no entanto, que o passado brasileiro cobra o seu preço.

De fato, décadas de descaso político e a ausência de políticas públicas eficientes conduziram o País ao topo da desigualdade social, com reflexos não apenas na elaboração das leis, mas sobretudo em sua interpretação e aplicação. Como consequência, os mercados se deparam com notável insegurança jurídica, além de arcarem com obrigações que, em princípio, seriam atribuições do Estado, e não do empresariado. Nesse contexto, a ordem jurídica funciona não como estímulo à atividade econômico-produtiva, mas como um entrave, acarretando aumento nos custos ou mesmo impedindo o desenvolvimento de certas atividades.

Neste trabalho, analisa-se como a desigualdade econômica influencia a aplicação das leis civis, e como deu origem ao movimento denominado *neosolidarismo*, de cunho autoritário e totalmente em desacordo com a origem e a finalidade do direito civil, especialmente do direito contratual. O seu objetivo é demonstrar que, por detrás de um discurso socialmente comprometido, desponta uma corrente teórica de cunho autoritário, despreocupada com os efeitos perversos das teses que endossa.

2 A desigualdade social e seus reflexos no direito civil

Os refinados institutos do direito civil, laboriosamente desenvolvidos ao longo de séculos, parecem incompatíveis com a realidade social brasileira, soando elitista o discurso por sua observância em uma sociedade desigual e excludente.

Não obstante se identifiquem melhorias nos indicadores sociais em geral, o Brasil ainda se apresenta como um dos países com pior distribuição de renda do mundo[1]. Por isso, não causa (muito) espanto decisões judiciais que têm por principal fundamento a redução das desigualdades econômico-sociais, ainda que em detrimento de direitos legalmente assegurados, e tampouco são raras as obras doutrinárias que defendem a função social do Poder Judiciário, atribuindo-lhe uma função distributiva[2].

Considerando que razoável parcela da sociedade se encontra privada de garantias fundamentais mínimas, parece até compreensível, e mesmo sedutor, o discurso de que o magistrado, na análise do caso concreto, deveria preocupar-se mais com a situação

econômica e social da parte do que com o respeito às normas jurídicas. A propósito, em pesquisas realizadas junto a representantes do Judiciário, 82,9% dos magistrados entrevistados entendeu que o Poder Judiciário não é neutro e o juiz deve interpretar a lei de modo a influir na mudança social, contra apenas 17,1% que entenderam que a não neutralidade do Judiciário ameaça as liberdades, e as mudanças sociais não deveriam ser objeto de sua apreciação. Em outro quesito respondido pelos magistrados, 19,7% identificaram-se com a posição de que "os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais", enquanto 73,1% se identificaram com a outra opção, segundo a qual "o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos"[3].

Deve-se ressaltar que quando esses dados foram apresentados aos magistrados que participaram da própria pesquisa, eles argumentaram que a sua preocupação social refletiria os anseios da sociedade brasileira. Entretanto, essas pesquisas também indicaram que essa conclusão estaria totalmente equivocada e divorciada do real anseio da sociedade, pois

[...] o respeito aos contratos, independentemente de suas conseqüências distributivas, é o valor predominante na sociedade brasileira, com as respostas dos membros do Judiciário e do Ministério Público destoando inteiramente da dos outros segmentos, exceto pelos representantes sindicais, religiosos e membros de ONG's.[4]

É ainda a desigualdade social que serve de pretexto para que os demais poderes do Estado imponham aos particulares, cada vez mais, obrigações cujo cumprimento, a rigor, incumbiria ao próprio Estado. Ao negar às escolas privadas o direito à *exceptio non adimpleti contractus* quando inadimplente o aluno e ao conferir ao idoso o direito ao transporte intermunicipal gratuito, por exemplo, o ente público está, na realidade, transferindo aos particulares a sua obrigação de assegurar a educação gratuita e a inclusão do idoso na sociedade, ao fundamento de que a relevância dessas atividades não permitiria que elas ficassem condicionadas a qualquer tipo de *egoísta* exigência pecuniária.

Diante da ineficiência do Estado de fornecer à população as garantias mínimas que dele se poderia esperar, transfere-se ao particular a obrigação de se desincumbir de tais encargos. Assim, caberia ao proprietário de imóvel residencial urbano, ao hospital privado, à concessionária de energia elétrica e de telefonia, à escola privada e ao transportador suportar a ausência de políticas públicas que assegurem à maioria da população o acesso à moradia, à saúde, aos serviços de energia e telefonia, à educação e ao transporte.

Essa prática é justificada com amparo em um suposto dever de solidariedade que deveria pautar a conduta privada, o qual, por sua vez, assenta-se sobre o raciocínio de que parte da população teria uma dívida social com a maioria restante, que deveria ser paga por meio da assunção de obrigações que o Estado não tem condições de cumprir.

A conseqüência dessa postura, como se pode facilmente deduzir, é a imposição de obrigações civis a quem não pretendia e não estava obrigado a contraí-las. A intervenção estatal, neste quadro, tem um cunho notoriamente autoritário, apesar de, aparentemente, justificar-se sob a veste de socialmente responsável. Em virtude de uma situação social angustiante, põem-se por terra os direitos e liberdades civis, que por essa ótica poderiam ser momentaneamente relegados a segundo plano, enquanto se construiria uma sociedade justa e igualitária. E é por meio de atribuições indevidamente impostas aos particulares, com amparo em uma solidariedade imposta *manu militari*, que se chegaria a essa sociedade ideal.

Neste contexto, os direitos sociais não seriam conseqüência da consolidação dos direitos civis e, posteriormente, dos direitos políticos. Ao revés, representariam uma conquista obtida em detrimento dos direitos civis, e a despeito deles. Tal rumo, contudo, antes de avançado e socialmente responsável, ignora um passado não tão remoto, revelando-se temerariamente autoritário e contrário à própria essência do direito civil.

3 O solidarismo jurídico

Os 72 dias da Comuna de Paris evidenciam a inquietação social que assolava a França nas últimas décadas do século XIX e são o prenúncio do movimento denominado solidarismo jurídico[5], engendrado pela doutrina francesa que, pressionada entre a manutenção da ordem vigente e a influência do socialismo jurídico, elegeu a solidariedade social o valor máximo a ser buscado pelo Direito.

A solidariedade incorporou-se ao discurso jurídico como o instrumento ideal para apascentar os acirrados ânimos da época e para neutralizar as inflamadas tentativas de subversão da ordem política e social, ao mesmo tempo em que mantinha os fundamentos de uma sociedade capitalista e liberal. Não foi por outra razão que o solidarismo jurídico foi considerado "uma doutrina mais do que asseguradora, que é, por fim, apaziguadora e tranqüilizante"[6].

O solidarismo jurídico propugnava, essencialmente, nas palavras de Léon Bourgeois, um de seus primeiros expoentes, que entre as pessoas haveria "um dever moral que resulta do fato de que as gerações presentes têm uma dívida com o passado"[7]. Ademais, considerando ser o "caráter dos seres ou das coisas ligado de tal maneira que o que acontece com um deles atinge os outros [concluiu que] daí nasce um dever moral de assistência entre os membros de uma mesma sociedade, na medida em que eles se consideram parte de um todo"[8]. Por conseguinte, "a ordem jurídica deve ser organizada de maneira que cada um possa exercer sua função social, em conformidade com as exigências da solidariedade"[9].

Léon Duguit, que funda o direito objetivo na solidariedade social, sustentou que a ordem jurídica reconhece direitos aos indivíduos apenas para que eles possam utilizá-los em prol da sociedade, ou seja, para que possam cumprir a sua função social:

Estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito "subjetivo" daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta que ele tem o "direito" de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe. O homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las. [...] Porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar determinado papel social, é que cada homem goza de direitos - direitos que têm assim, por princípio e limites, o desempenho a que estão sujeitos.[10]

A idéia de justiça pressupunha a eliminação da dívida social pelo agir solidário, e se anunciava "como a faculdade de viver e agir, para todos os indivíduos da sociedade"[11]. A liberdade, a seu turno, somente se justificaria quando exercida em benefício da solidariedade social:

A liberdade, sem dúvida, é um direito e não uma prerrogativa que acompanha o homem pela sua natureza de homem. A liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua atividade tão plenamente quanto possível, uma vez que a sua atividade individual é fator essencial da solidariedade por divisão de trabalho. Enfim, o homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social. A liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável, pois nesse sentido consiste unicamente na liberdade de se cumprir o dever social.[12]

Como lembrou André-Jean Arnaud, a doutrina solidarista não opunha a liberdade à justiça, mas ela só seria admissível se exercida em proveito de todos. Nisto consistia a noção de justiça dos solidaristas:

Não se trata de sacrificar a idéia de liberdade pela de justiça. Os solidaristas notam que sua doutrina é menos contestada sobre a existência de uma dívida social, e sobre o caráter injusto que pode ser atribuído ao reembolso desta dívida, que sobre o fato de que a liberdade seria violada se o reembolso da dívida social fosse imposto por via legal. Tratando-se do princípio de liberdade, Duguit é bastante firme quando diz que de nenhuma forma se atingirá o livre desenvolvimento da atividade intelectual, necessária à realização da solidariedade social, a não ser para evitar que essas atividades individuais incomodem mutuamente. De fato, é a proteção da liberdade para todos.[13]

Foi nessa ótica que Charmont afirmou que

[...] socializar o direito é torná-lo mais compreensivo, mais amplo que antes, estendê-lo do rico ao pobre, do possuidor ao assalariado - do homem à mulher - do pai ao filho, em resumo é conceber o direito em proveito de todos os membros da sociedade.[14]

Desse ideário extrai-se a proposta solidarista:

Antes de mais nada, queremos proteger a família, especialmente a família trabalhadora, contra as misérias e as injustiças... tornar mais fácil sua constituição rompendo com uma regulamentação excessiva... fora da família legítima, não podemos ignorar a união livre... autorizar em certas condições a investigação de paternidade, proteger a criança natural. Em matéria de propriedade, enquanto os próprios burgueses minaram o seu fundamento com o intuito de protegê-la, e os socialistas anunciavam que para conduzir o movimento social no sentido da propriedade coletiva, bastará expandir certas práticas da sociedade burguesa, os solidaristas consideravam que, para evitar esse estado de coisas, era necessário suscitar reformas e desenvolver a consciência da solidariedade social. Neste sentido, o primeiro resultado obtido foi o desenvolvimento do direito, principalmente através da transformação de simples obrigações morais em obrigações positivas, a multiplicação dos casos de responsabilidade, e o aumento da eficácia desta responsabilidade. A este aumento da responsabilidade corresponde uma concepção nova do contrato, de seus efeitos, e de sua força obrigatória... A tendência atual é de substituir esta procura de intenções (das partes) pela preocupação de justiça e do interesse social.[15]

4 O neosolidarismo jurídico

A leitura dos primeiros dispositivos da Constituição da República de 1988 permite concluir que a nação que se pretende constituir e disciplinar é inspirada por consideráveis valores éticos e humanistas. Em seu preâmbulo, assegura-se, pelo Estado Democrático, "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça"[16], valores considerados supremos em uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social"[17]. Logo na seqüência, o art. 1º, que expressa os princípios fundamentais da República, consagra como seus fundamentos "a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político"[18], e o art. 3º menciona, dentre os objetivos fundamentais da República, "a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum"[19].

Esse conjunto de valores, que indubitavelmente caracteriza uma sociedade avançada, encontra na pessoa a sua derradeira *ratio* e, em seu proveito e benefício, impõe uma série de objetivos a serem satisfeitos. Entretanto, deve-se questionar a quem esses objetivos são impostos e os meios de sua consecução.

Os modernos constitucionalistas são acordes em atribuir juridicidade aos princípios constitucionais, não mais entendidos como simples proposições de ordem moral ou política, destituídas de qualquer eficácia jurídica:

A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.[20]

São esses mesmos constitucionalistas, no entanto, que alertam para o subjetivismo na interpretação e aplicação dos princípios constitucionais. Por sua própria natureza, a linguagem é insuficiente para a sua formulação adequada e exata, o que dificulta a compreensão da real dimensão jurídica desses princípios, que acabam por serem complementados por meio de "sentimentos, intuições e vontades"[21]. Advertem, então, que

[...] a mera percepção sentimental dos princípios ou a "impressão intuitiva de sua correção ou evidência" - Alexy [já advertia que a] "referência ao evidente significaria dar uma resposta racionalmente não controlável e conduziria a um intuicionismo jusfundamental" - não bastam: a imprescindibilidade desse recurso não há de significar sua suficiência. Para que o fenômeno de aplicação do direito não descambe para a irracionalidade (e acabe, talvez, por assentar-se no lastro da força bruta, econômica ou física), impõe-se, após a revelação e aceitação dessa dimensão não-intelectual dos valores, uma fundamentação racional e razoável.

Este seria, na arguta visão de R. Alexy, o modo de escapar-se do subjetivismo (algo aleatório) a que conduziria o "intuicionismo" [...][22].

Mas qual seria a relação dos princípios declinados no pórtico da Constituição de 1988 com o controle autoritário e impositivo exercido no âmbito das relações privadas? Em resposta, pode-se inferir da análise de parte da doutrina brasileira que a solidariedade, aqui, não se limita a um valor ético ou moral que orienta a ordem jurídica; ao revés, ela própria se torna um valor jurídico a ser observado, e se necessário imposto, nas relações intersubjetivas.

As características culturais do Brasil mostram que a idéia do solidarismo jurídico não é estranha à nossa cultura e bem poderia ter sido escrita por um dos juristas brasileiros contemporâneos a afirmação de Bonnacase de que "em muitos espíritos, o direito social

é o direito da solidariedade social, em oposição do direito do egoísmo que seria o direito individualista"[23].

A desigualdade e a noção de dívida social permearam a tal ponto o tecido social que nas próprias escolas brasileiras se ensinava a importância da submissão dos interesses particulares aos superiores interesses da sociedade. No ensaio intitulado *The maximum norm of the exercise of liberty*, menciona-se o negativo impacto sobre a sociedade brasileira - que se tornou incapaz de se organizar politicamente - da exposição a uma propaganda que evocava "a ideologia corporativista dos anos 1930 [...] e a técnicas usadas pelas autoridades para obter cooperação e evitar o dissenso"[24]. De um livro escolar utilizado no segundo grau, os autores destacam o ilustrativo excerto de como os brasileiros deveriam se portar em sociedade:

Nós, brasileiros, sabemos que o trabalho em equipe é mais efetivo que o esforço individual. Equipes nos preparam para o diálogo e aumentam a nossa eficiência. A ordem social é melhor servida pela liberdade, justiça, amor, verdade e solidariedade. O homem, no seu constante processo de aperfeiçoamento individual, lida com outros homens. Logo, as responsabilidades não são simplesmente individuais, mas sociais também. A ordem social resulta da perfeita inter-relação de necessidade e liberdades, e o meio termo para isso é a responsabilidade. Subordinar a nossa própria liberdade ao bem comum é a regra máxima para o exercício da liberdade na ordem social.[25]

Dessa forma, o neologismo ora utilizado, *neosolidarismo*, refere-se à concepção doutrinária que ressurgiu no direito brasileiro contemporâneo e que, à semelhança dos solidaristas franceses, insere a solidariedade no mais alto grau do panteão dos valores jurídicos e não teme em recorrer à lei para a sua imposição.

Essa é, por exemplo, a posição de Alberto Pasqualotto, ao discorrer sobre os reflexos do Código de Defesa do Consumidor sobre a aplicação do Direito Civil em geral:

[...] se a lei não mudava, já que o projeto de Código Civil, remetido ao Congresso em 1975, não lograva progredir, a jurisprudência fez a sua parte, em grande medida instigada por uma doutrina de vanguarda, apesar de assim a todos não parecer, e lentamente passou a reger à margem do Código Civil e de seus princípios superados uma nova dinâmica das relações contratuais, inspirada na superação das desigualdades por uma dimensão solidarística, que colocava o contrato na perspectiva de uma cooperação em busca de uma finalidade comum, com base na boa-fé.[26]

No mesmo sentido se posiciona Judith Hofmeister Martins Costa, que defende a *autonomia privada solidária* em oposição ao individualismo, "entendido como apologia insensata do interesse pessoal"[27]. Reeditando, talvez inconscientemente, a doutrina autoritária militar, afirmou que

[...] a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo internamente conformado o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum.[28]

Esse é também o posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes, que prega a ponderação entre a liberdade e a solidariedade, pois somente assim os seus

conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um, com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.[29]

O raciocínio desenvolvido por esses autores em muito se aproxima do *pensamento nacionalista autoritário* que Boris Fausto demonstra ter alcançado seu auge no Brasil entre as décadas de 1920 e 1940, e que teve como características "a defesa de uma ordem autoritária, a repulsa ao individualismo em todos os campos da vida social e política, o apego às tradições, o papel relevante do Estado na organização da sociedade"[30].

Os pensadores autoritários, como afirma Boris Fausto, sujeitavam a liberdade à ordem social, como fundamento de manutenção da própria sociedade[31], pois

[...] há muito mais perigo de desorganização do todo pela rebeldia das partes do que da compressão excessiva destas por um poder desmedido da coletividade. Assim, para que uma nação se organize com probabilidades de enfrentar vitoriosamente as vicissitudes com que o futuro a pode surpreender, o conceito de liberdade tem de ajustar-se aos imperativos da sobrevivência, que impõem a necessária ascendência de um ritmo unificador expresso na idéia de autoridade.[32]

Foi exatamente neste sentido que Francisco José de Oliveira Vianna, um dos principais expoentes do pensamento autoritário no Brasil, assegurou que

[...] a subordinação dos interesses dos indivíduos, do grupo, do clã, do partido ou da seita ao interesse supremo da coletividade nacional - da Nacionalidade - exprime-se, para cada cidadão, na vida de todos os dias, pela capacidade de obediência e disciplina, pelo culto do Estado e da sua autoridade. Há lugar aqui para este raciocínio: o

sentimento nacional forte gera a subordinação do indivíduo ao grupo; esta subordinação gera a obediência ao Estado, gera a força, a grandeza, o domínio.[33]

Essa submissão aos interesses estatais, no entanto, é criticada por Giuseppe D'Eufemia que demonstra a estreita vinculação existente entre a limitação da liberdade do indivíduo em face da supremacia dos interesses sociais e os regimes autoritários:

No Estado corporativo, a autonomia privada é, portanto, conformada de modo que esta se manifeste em função dos interesses nacionais: a iniciativa individual e a capacidade de auto-regramento dos próprios interesses são reconhecidos aos privados, mas ao mesmo tempo são predispostos limites de controle que rendem à autonomia privada um instrumento de consecução de determinados fins do Estado.[34]

O mais emblemático exemplo do caráter autoritário da sujeição do interesse privado aos fins do Estado está na política econômica do nacional-socialismo. Ao discorrer acerca da formação do governo nazista, Franz von Papen explicita como, em um momento de convulsão social, é sedutora a idéia de que o interesse individual deve se subordinar aos interesses coletivos:

Ora, quando realmente chegou a hora de formar o governo nazista sob aquelas circunstâncias complicadas, os principais pontos que vieram à cabeça de todos os alemães foram os 8 milhões de desempregados, os 12,5 milhões que não estavam plenamente empregados e as greves que resultavam da luta de classes. A principal preocupação de todos os alemães era encontrar uma solução para os problemas sociais. Hitler sempre enfatizou o fato de que a solução desse problema social não poderia ser encontrada dentro do espírito do marxismo ou do bolchevismo, e sim no espírito capitalista mesclado a certo grau de socialismo. Não se tratava de socialismo de Estado - mas era socialismo na medida em que a empresa privada não deveria visar dividendos e lucros abusivos. Todo lucro auferido em qualquer ramo da economia seria revertido para a comunidade, e não apenas usado em benefício particular. Aquilo me parecia sensato.

Um dos slogans do governo nazista era algo no sentido de que os lucros fossem primeiro para a comunidade. A diferença entre os tipos de socialismo defendidos pelos nacional-socialistas e pelos comunistas era que os interesses de pessoas particulares não seriam apoiados como eram no Estado comunista.

Como eu disse, aquilo me parecia um princípio sensato. A formação do governo pelos nazistas não desagradou ao grupo conservador que eu presidia. Cheguei à conclusão de que a solução dos problemas da Alemanha se basearia em uma cooperação mais estreita entre empresas privadas, gerência e mão-de-obra.[35]

A crítica a essa sujeição do indivíduo ao Estado é reforçada pela posição de Edgar Moniz de Aragão, ao apontar a precariedade de se sustentar a ordem jurídica sobre noções como o interesse coletivo, lembrando "a manipulação de normas e dos princípios, entre comunistas, nazistas, fascistas, seus respectivos seguidores e satélites"[36], acompanhado, nesse particular, por Humberto Theodoro Júnior:

Nunca é demais lembrar que foi uma visão exageradamente livre e ideológica do Direito que serviu de sustentação e legitimação às duas maiores hecatombes político-institucionais do século XX: o nazismo e o comunismo. As atrocidades que mancharam a civilização europeia não foram produto apenas de puro autoritarismo. Ao contrário, a doutrina do Estado Alemão e das Repúblicas Soviéticas se respaldavam em posições filosóficas e seus ordenamentos jurídicos eram justificados por valores ideológicos muito bem declarados. Juízes e tribunais, em nome da ideologia do Estado, no entanto, puderam conviver com crimes contra a humanidade até então inimagináveis. Bastava que um pequeno e miraculoso ideário do "partido" fosse invocado para que resultados concretos, mesmo absurdos, se tornassem legítimos e constitucionais. Não se tinha uma visão de conjunto do Estado social, mas apenas a do sectarismo exagerado da ideologia partidária.[37]

A veia autoritária manifestada por certos doutrinadores pátrios revela, assim, não apenas a sua descrença nos direitos civis, especialmente na liberdade, como também, e talvez esse aspecto seja o mais preocupante, a falta de preocupação com a efetiva modificação da sociedade para torná-la mais justa, fraterna e menos desigual. Isso, porque o que se observa é

[...] uma dogmática populista ou reacionária e provavelmente, a meu ver, as duas juntas. Será populista porque vai acreditar que basta invocar um nome ou uma palavra para exorcizar a realidade das diferenças sociais e das relações injustas. Será reacionária porque como o exorcismo será claramente ineficaz, teremos como resultado a manutenção das coisas como estão, com a consciência tranqüila de termos feito o possível.[38]

5 Conclusão

Como se observou, desponta no direito contratual brasileiro a idéia de que a relação contratual, mais do que uma *simples* relação de coordenação de interesses, deveria consistir em uma relação de cooperação, pela qual as partes, colocando de lado os seus interesses próprios - tidos como egoístas e, por conseguinte, indesejados - almejavam

precipuaamente o interesse do outro contratante. Impõe-se ao contratante a consideração do interesse do outro, e se lhe impõe a contratação quando esse interesse for socialmente relevante. É por tal razão que a escola privada não poderia impedir o aluno inadimplente de continuar a frequentar as aulas, ou que a concessionária de energia elétrica não poderia suspender o fornecimento de energia para o consumidor inadimplente. Nos dois casos, diante de interesses socialmente relevantes, não seria razoável limitar o direito do co-contratante, ainda que inadimplente, em face da importância social do objeto do contrato.

Esse discurso, que se assenta em primorosa retórica, revela-se, na realidade, autoritário, demagógico, e, pior ainda, extremamente perverso. Trazendo à tona a idéia da necessidade de se pagar uma histórica dívida social, transfere para os ombros das classes produtivas a responsabilidade por tal dívida. Ignoram, no entanto, os adeptos dessas idéias, que elas impedem que se reivindique do Estado políticas públicas adequadas e necessárias, além de fazer recair sobre os próprios consumidores o custo das medidas indevidamente impostas aos mercados.

Referências

AMARAL, Antônio José de Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Brasília: UNB, 1981.

ARAGÃO, Edgar D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação, *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 25, p. 442, jul./set. 2002.

ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranqüilizante do Estado: o solidarismo jurídico. In: *O Direito traído pela Filosofia*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 55-79.

BACHA, Edmar; KLEIN, Herbert (Org.). *A transição incompleta: Brasil desde 1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONNECASE, Jean. *La pensée juridique*. [s.l.; s;d].

BOURGEOIS, León. *Solidarité*, [s.l.] 1896.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CHARMONT, Joseph. La socialisation du droit. In: *Revue de métaphysique et de morale*, Paris, p.400-405, 1903.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIA, José Eduardo. *A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

FAUSTO, Boris. *O pensamento nacionalista autoritário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 222-223.

KOWARICK, Lúcio (Org.). *As lutas sociais e a cidade: São Paulo, passado e presente*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LEVINE, Robert M.; CROCITTI, John J. The maximum norm of the exercise of liberty. In: *The Brazil reader: history, culture, politics*. Durham: Duke University Press, 1999.

LIMA, Délcio Monteiro de. *Brasil: o retrato sem retoque*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direito do Consumidor: princípios. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o CC/2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e do desenvolvimento da economia brasileira*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, p. 55-59, set. 2000.

PASQUALOTTO, Alberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 43, p. 97, jul./set. 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História e desenvolvimento: a contribuição da historiografia para a teoria e prática do desenvolvimento brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1971.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de política objetiva*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

[1] A bibliografia referente à desigualdade social no Brasil é realmente copiosa. Para a análise de suas causas, remete-se a MELLO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e do desenvolvimento da economia brasileira*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982; PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1971; PRADO JÚNIOR, Caio. *História e desenvolvimento: a contribuição da historiografia para a teoria e prática do desenvolvimento brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1999 e FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006. Para a análise de seus efeitos, remete-se a LIMA, Délcio Monteiro de. *Brasil: o retrato sem retoque*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978; BACHA, Edmar; KLEIN, Herbert (Org.). *A transição incompleta: Brasil desde 1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; KOWARICK, Lúcio (Org.). *As lutas sociais e a cidade: São Paulo, passado e presente*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; com dados mais recentes, mas com a mesma essência, Cf. CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

[2] FARIA, José Eduardo. *A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989; FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

[3] Os dados foram retirados de PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283.

[4] PINHEIRO, 2005, p. 267.

[5] A propósito do solidarismo jurídico, com farta indicação bibliográfica, Cf. ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranqüilizante do Estado: o solidarismo jurídico. In: *O Direito traído pela Filosofia*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 55-79.

[6] ARNAUD, 1991, p. 57.

[7] BOURGEOIS, León. *Solidarité*, 1896 apud ARNAUD, 1991, p. 55.

[8] BOURGEOIS, 1896 apud ARNAUD, 1991, p. 57-58.

[9] BOURGEOIS, 1896 apud ARNAUD, 1991, p. 61.

[10] DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996, p. 27-28.

[11] ARNAUD, 1991, p. 70.

[12] DUGUIT, 1996, p. 28.

[13] ARNAUD, 1991, p. 70.

[14] CHARMONT, Joseph. La socialisation du droit. In: *Revue de métaphysique et de morale*, Paris, p.400-405, 1903 apud ARNAUD, 1991, p. 78.

[15] CHARMONT, 1903 apud ARNAUD, 1991, p. 72.

[16] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

[17] BRASIL. Constituição, p. 23.

[18] BRASIL. Constituição, p. 23.

[19] BRASIL. Constituição, p. 23.

[20] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 26.

[21] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 64.

[22] ROTHENBURG, 1999, p. 65-66.

[23] BONNECASE, Jean. *La pensée juridique*. p. 172 apud ARNAUD, 1991, p. 78.

[24] LEVINE, Robert M.; CROCITTI, John J. The maximum norm of the exercise of liberty. In: *The Brazil reader: history, culture, politics*. Durham: Duke University Press, 1999, p. 259.

[25] LEVINE; CROCITTI, 1999, p. 259.

[26] PASQUALOTTO, Alberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 43, p. 97, jul./set. 2002.

[27] COSTA, Judith Hofmeister Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 248.

[28] COSTA, 2006, p. 248.

[29] MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, p. 55-59, set. 2000.

[30] FAUSTO, Boris. *O pensamento nacionalista autoritário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 15.

[31] FAUSTO, 2001, p. 47.

[32] AMARAL, Antônio José de Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Brasília: UNB, 1981, p. 37.

[33] VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de política objetiva*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, p. 153.

[34] *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 10-11.

[35] GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 222-223.

[36] ARAGÃO, Edgar D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação, *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 25, p. 442, jul./set. 2002.

[37] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115-117.

[38] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direito do Consumidor: princípios. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o CC/2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRIVATE LEGAL RELATIONS AND THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Thiago Penido Martins

RESUMO

O presente artigo tem por desiderato precípua proceder a análise crítica das teorias que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como realizar pormenorizado estudo acerca do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no que concerne a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mediante a análise do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, com o intuito de contribuir para com o desenvolvimento dos debates e teorias existentes, na tentativa de encontrar uma solução adequada à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, de forma a conciliar a normatividade dos direitos fundamentais com a autonomia privada, segurança jurídica e os princípios do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS – TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA – TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA – TEORIAS DA IMPUTAÇÃO E EQUIPARAÇÃO DO ESTADO – AUTONOMIA PRIVADA – SEGURANÇA JURÍDICA – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

The present article has for main desideratum to proceed a critical analysis of the theories that deal with the effectiveness of fundamental rights in the private relations, as well as conduct detailed study concerning the understanding adopted by the Brazilian Supreme Court, with respect to the entailing of the individuals to the fundamental rights, by means of the analysis of the judgment of Extraordinary Appeal 201.819/RJ, in order to contribute to the development of the existing debates and theories, in the attempt to find an adequate solution to the effectiveness of fundamental rights in the private legal relations, in order to reconcile the normative fundamental rights to private autonomy, legal security and principles of the Democratic State of Law.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS - EVOLUTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS - THEORIES OF THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS - EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRIVATE LEGAL

RELATIONS - THEORY OF THE DIRECT OR IMMEDIATE EFFECTIVENESS - THEORY OF THE INDIRECT OR MEDIATE EFFECTIVENESS - THEORIES OF THE IMPUTATION AND EQUALIZATION OF THE STATE – PRIVATE AUTONOMY - LEGAL SECURITY – DEMOCRATIC STATE OF LAW.

I - Introdução

Este artigo tem por desiderato precípua proceder a análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, fenômeno também denominado de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, enfocando, precipuamente, o julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ.[1]

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde meados do século passado, tendo seu nascedouro e desenvolvimento no seio da sociedade alemã, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*[2], sobretudo, a partir de decisões proferidas pelos principais tribunais alemães.[3]

O interesse pelo estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas logo se disseminou, fazendo efervescer análises e discussões em diversos países, inclusive no Brasil, onde, até pouco tempo, imperava um inexplicável e eloqüente silêncio sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, o que, inclusive, justifica o reduzido número de trabalhos sobre o tema.[4]

O tema, recentemente, bateu às portas do Supremo Tribunal Federal, que foi instigado a apreciar e julgar o Recurso Extraordinário 201.819/RJ, julgamento no qual restou evidenciada a importância de se discutir de forma mais aprofundada e pormenorizada extensão ou alcance da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e seus efeitos sobre a autonomia da vontade.

Antes, todavia, de se adentrar no estudo e análise do caso concreto, objeto deste trabalho, proceder-se-á a breve análise das teorias que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, com o objetivo de preparar terreno fértil para o desenvolvimento e consecução dos objetivos a que se propõe com o desenvolvimento do presente trabalho.

II – Evolução dos direitos fundamentais

Hodiernamente, vive-se em um mundo em constante transformação, em uma realidade social extremamente mutável. Neste contexto, em que o sistema jurídico atravessa verdadeiro processo de reformulação e ruptura de paradigmas, surgem

inúmeros questionamentos, em âmbito nacional e no âmbito do direito comparado, acerca da eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações jurídicas privadas e a conseqüente eliminação ou, ao menos, enfraquecimento da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.[5]

A temática relativa à eficácia horizontal ou vinculatividade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares tem despertado e aguçado o interesse de diversos doutrinadores pátrios e estrangeiros.[6] Muitos ainda são os que demonstram resistência à aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, sustentando uma concepção unidirecional do direito segundo a qual, os direitos fundamentais somente se aplicariam no âmbito das relações jurídicas entre Estado e indivíduo, como importante e essencial instrumento de proteção dos indivíduos contra as ingerências estatais.

A teoria dos direitos fundamentais como limites à ingerência estatal na esfera privada encontra-se atrelada ao desenvolvimento do constitucionalismo liberal clássico, o qual possuía como premissa a necessidade de se estabelecer limites jurídicos e políticos ao exercício do poder estatal, em resposta frontal e contraposição ao regime absolutista surgido após a dissolução da sociedade medieval.

O constitucionalismo liberal alicerçava-se sobre dois pilares essenciais, quais sejam, os direitos fundamentais como limites conformadores do poder estatal face ao indivíduo e a separação de poderes como mecanismo interno de controle recíproco entre os poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário.[7] O Estado liberal, portanto, assentado nessas premissas, reconhecia e garantia o exercício dos direitos de liberdade aos indivíduos.

Com a crise do constitucionalismo liberal clássico assistiu-se ao advento do denominado constitucionalismo social democrático, caracterizado pela afirmação do princípio da supremacia da Constituição, responsável por conferir unidade e harmonia ao ordenamento jurídico, ao condicionar a validade dos atos normativos à sua conformidade com as normas constitucionais.

A afirmação do princípio do constitucionalismo modificou a própria compreensão dos direitos fundamentais que, emancipando-se da lei, adquiriram a qualidade de direitos jurídico-constitucionais, com fonte direta e imediata no texto constitucional. Ao conquistarem essa condição, os direitos fundamentais passaram a atuar também como limites aos poderes públicos.

O fenômeno da constitucionalização trouxe importantes reflexos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento das normas infraconstitucionais integrantes dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.

Ao longo dos anos, com o desenvolver da sociedade contemporânea, verificou-se a necessidade de se reformular a teoria dos direitos fundamentais, haja vista que não era mais possível concebê-los tão-somente sob a visão do paradigma do constitucionalismo liberal, ou seja, como limites ao poder estatal. A razão para esta

reformulação era simples, o Estado não era mais o único detentor do poder, haja vista que pessoas e grupos privados passaram a titularizá-lo.[8]

De fato, conforme destacado por STEINMETZ, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, pessoas e grupos econômicos passaram a deter os poderes político, econômico e ideológico, bem como a desenvolver lutas de poder e pelo poder, às vezes, conjuntamente com o Estado, mediante atos de aliança, e, outras vezes, contra o próprio Estado.[9] Estes atores sociais passaram, ao longo dos anos, a serem detentores da capacidade de condicionar, restringir ou mesmo eliminar a liberdade de outros indivíduos ou grupos.

Neste contexto, em que particulares passaram a deter o poder, em suas diferentes naturezas, e utilizá-lo em suas relações horizontais com outros indivíduos, condicionando, restringindo ou eliminando seus direitos, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares adquiriu maior relevo e importância no seio da doutrina e da jurisprudência, relevância justificada na seguinte indagação levantada por CANOTILHO:

Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?[10]

Essa ruptura com os moldes legalistas inerentes ao constitucionalismo liberal clássico e, conseqüente, ascensão do constitucionalismo social democrático, modificaram a perspectiva de atuação dos direitos fundamentais na ordem jurídica, dando origem a inúmeros trabalhos doutrinários destinados a analisar, de forma pormenorizada, a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Feitas as considerações preliminares acerca da evolução da função dos direitos fundamentais face à ordem jurídica, imprescindível, diante dos objetivos inerentes ao presente trabalho, apresentar, mesmo que sucintamente, as principais teorias que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, especialmente as teorias da eficácia indireta, teoria da eficácia direta e teorias da equiparação e imputação ao Estado.

Antes, todavia, de se adentrar no estudo das teorias que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, salienta-se, desde já, que não será objeto deste estudo teorias que neguem eficácia aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, por estarem assentadas em premissas ultrapassadas, que sustentam a autonomia e ausência de inferioridade hierárquica do direito privado face à Constituição.[11]

De fato, na atualidade, parece incontroversa a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares. O ponto controvertido, objeto das recentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, encontra-se assentado na necessidade de se determinar a medida, o alcance ou extensão desta eficácia, se direta ou indireta, conforme, inclusive, foi instigado a se manifestar o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ.

III - Teorias sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

III.1 – Teoria da eficácia indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*), também conhecida como eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) tem como precursor Günther Durig. A teoria teve sua ascensão e recebeu importante impulso ao ser explicitamente adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Luth*, em 1958, conquistando, desde sua origem, diversos adeptos nos ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiros.[12]

A referida teoria tem como premissa básica o fato de possuírem, os direitos fundamentais, natureza de direitos subjetivos de defesa, impondo limites jurídicos e políticos à atuação dos poderes públicos. Seguindo esta premissa, as normas de direitos fundamentais não possuiriam eficácia direta ou imediata nas relações entre os particulares, haja vista não incidirem como direitos subjetivos constitucionais, mas sim, como uma ordem objetiva de valores.[13]

Assim sendo, as normas de direito fundamental somente teriam eficácia nas relações jurídicas entre particulares mediante as normas infraconstitucionais do direito privado, ou seja, no que tange às relações jurídicas entre os particulares, a eficácia dos direitos fundamentais encontrar-se-ia condicionada à atividade de mediação concretizadora do legislador infraconstitucional, bem como à atividade mediadora concretizadora dos tribunais.

De acordo com os expositores da teoria da eficácia indireta ou mediata, competiria, em um primeiro momento, ao legislador proceder a regulamentação normativa dos direitos fundamentais e, aos tribunais, quando verificada a ausência de normas infraconstitucionais aptas e hábeis a disciplinar e regulamentar os direitos fundamentais, atribuir-lhes eficácia por meio da interpretação e integração, valendo-se, especialmente, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.[14]

Ao dissertar sobre a tarefa mediadora de concretização dos direitos fundamentais, HESSE destaca a função do legislador de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em normas de direito privado imediatamente aplicáveis ao caso concreto, considerando suas peculiaridades, sem que sua atividade importe na supressão da autonomia privada. Conforme preleciona o doutrinador:

Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de *transformar* el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, em Derecho inmediatamente vinculante para los participantes em una relación jurídico-privada. A el compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado. El legislador debe tener em cuenta que ello no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individuales, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contraer por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano.[15]

Constatada a omissão do legislador em sua tarefa de concretização dos direitos fundamentais, mediante regulamentação infraconstitucional, HESSE delega aos tribunais a função de, por meio do exercício de sua atividade interpretativa e integradora, atribuir eficácia aos direitos fundamentais, atribuindo-lhes a condição de princípios objetivos e valendo-se das cláusulas gerais e conceitos indeterminados existentes no direito privado. Conforme preleciona o doutrinador:

Al juez civil, finalmente, se le libera por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales, que por regla general hace imprescindibles problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales. Puede concentrarse de nuevo em su propia especialidad. Evidentemente le incumbe em adelante el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables; em su caso, há de interpretar el Derecho aplicable de conformidad com la Constitución, y debe observar los derechos fundamentales como principios objetivos em la precisión de conceptos indeterminados o em la interpretación de cláusulas generales.[16]

Conforme pensamentos de DURIG[17] e HESSE[18], expositores da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, as cláusulas gerais (*generalklausel*) serviriam de porta de entrada, de instrumento de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Ao interprete e aplicador do direito privado, competiria preencher as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados com a ordem objetiva de valores.[19]

De acordo com seus defensores, a adoção da teoria da eficácia indireta teria como importante vantagem permitir a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares sem que haja a supressão da autonomia privada. Com sua adoção, evitar-se-ia o domínio dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada, ou que o exercício desta impeça a observância das normas de direitos fundamentais.[20]

STEINMETZ suscita, em sua obra, importante questionamento acerca da preferibilidade da teoria da eficácia indireta ou mediata à teoria da eficácia direta ou

imediate. De acordo com o autor, do ponto de vista da segurança jurídica, “*qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais ‘preenchidas’ pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais?*”[21]

O questionamento se mostra inteiramente pertinente, haja vista que, conforme destacado pelo autor, se os preceitos constitucionais que veiculam os direitos fundamentais são criticados pelos adeptos da teoria da eficácia indireta por serem imprecisos, em razão de sua vagueza semântica, as cláusulas gerais deles não muito se diferenciariam, por se caracterizarem como preceitos normativos de elevado grau de indeterminação.

Sobre as características das cláusulas gerais e sua especial função de conferir mobilidade ao direito privado, permitindo-lhe uma melhor adaptação e aperfeiçoamento ao caso concreto, CANARIS, corroborando com a crítica aventada por STEINMETZ, define as cláusulas gerais como normas que, *a priori*, são de inviável dogmatização. Segundo preleciona CANARIS:

Em estreita conexão com esta crítica está, finalmente, o facto de a lei compreender uma porção de cláusulas gerais ‘carecidas de preenchimento com valorações’ tais como a boa-fé, os bons costumes, a exigibilidade, o cuidado necessário no tráfego, etc. Nestas, a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante ao caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos; semelhantes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável. Acresce ainda que a passagem de tais cláusulas carecidas de preenchimento com valorações para as demais disposições é inteiramente fluida, podendo mesmo dizer-se que todas as determinações da lei carecem, numa ou noutra direção, de concretização valorativa.[22]

De fato, não se questiona a importância das cláusulas gerais como técnica legislativa destinada a conferir mobilidade ao direito privado. Disso não se tem dúvida. O que não se pode admitir é que haja a refutação da teoria da eficácia direta, sob a alegação de que a imprecisão e fluidez dos preceitos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais impediriam a garantia da segurança jurídica indispensável às relações jurídicas entre os particulares, haja vista que imprecisão e fluidez também são inerentes às cláusulas gerais.[23]

Outra importante crítica aventada em desfavor da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais é aquela levantada por HABERMAS. De acordo com o doutrinador, ao recorrer ao conceito de ordem objetiva de valores para se preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, corre-se o fundado risco de se substituir os juízos deônticos, realizados no plano do dever ser, por juízos axiológicos que levem em consideração a ponderação de valores (o que é bom).

Essa indevida substituição dos juízos deônticos pelos juízos axiológicos coloca o princípio da segurança jurídica, tão imprescindível nas relações jurídicas, em risco, haja vista que ao aplicador restará um campo ilimitado de atuação, no que concerne às

ponderações de valores a serem realizadas face ao caso concreto, o que podendo acarretar o incremento do indesejável decisionismo judicial, extremamente prejudicial ao Estado Democrático de Direito.

III.2 – Teoria da eficácia direta ou imediata

A despeito da existência de entendimentos desfavoráveis à eficácia horizontal ou vinculatividade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, muitos são os adeptos da concepção segundo a qual os direitos e garantias fundamentais não teriam eficácia meramente vertical e restrita às relações jurídicas entre Estado e indivíduo, sustentado sua eficácia direta e vinculante, apta a influenciar e disciplinar as relações jurídicas entre particulares. São os defensores, portanto, da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

A teoria da eficácia indireta (*direkte Drittwirkung*), também denominada de teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) tem como precursor Hans Carl Nipperdey, estando também associada à Walter Leisner.[24] A teoria da eficácia direta ou imediata adquiriu importante impulso a partir de sua adoção pelo Tribunal Federal do Trabalho, do qual era membro integrante Nipperdey. Desde meados do século passado, quando foi adotada pela primeira vez, tem se difundido por diversos países, nos quais, a cada dia que se passa, tem conquistado novos adeptos.[25]

Ao contrário do entendimento adotado pela teoria da eficácia indireta ou mediata, esta corrente do pensamento[26] sustenta a desnecessidade de mediação estatal, seja ela legislativa ou judicial, para que os direitos fundamentais possam ter eficácia nas relações jurídicas entre os particulares. Assim sendo, os direitos fundamentais assumiriam a condição de direitos subjetivos constitucionais para vincularem diretamente os particulares em suas relações jurídicas privadas, inclusive para condicionar e restringir o exercício da autonomia da vontade.

Conforme destacado pelo Tribunal Federal do Trabalho, sob influência de Hans Carl Nipperdey:

(...) em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.[27]

DE LA CRUZ, um dos principais expositores da teoria da eficácia direta ou imediata, destaca a desnecessidade de mediação legislativa para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista que, de acordo com seu entendimento, os direitos fundamentais caracterizam-se por serem direitos públicos subjetivos dos cidadãos oponíveis nas relações jurídicas públicas e privadas. Conforme assevera:

(...) os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.[28]

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais não está imune às críticas, desenvolvidas, especialmente, pelos defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata. As principais objeções apresentadas em seu desfavor assentam-se, normalmente, na ausência de um preceito constitucional que vincule expressamente os particulares às normas de direito fundamental; no risco de supressão da autonomia privada, em razão da dominação do direito público; na indevida interferência dos direitos fundamentais no direito privado e, sobretudo, nos riscos gerados aos princípios da segurança jurídica, democracia e separação de poderes.

Dentre as objeções apresentadas à teoria da eficácia direta ou imediata, HESSE destaca aquela segundo a qual haveria risco de insegurança jurídica para os particulares em razão da aplicabilidade direta e imediata dos imprecisos e fluídos preceitos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais. Nesse sentido, preleciona o doutrinador:

Al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba em solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobreponde outro orden jurídico; éste tiene incluso primacia sobre él, si bien consiste sólo em principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que él correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resulta afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de las constelación de los derechos fundamentales.[29]

Para os defensores da teoria da eficácia horizontal, as objeções apresentadas pelos teóricos da eficácia indireta ou mediata encontram-se alicerçadas em premissas equivocadas. Primeiro, porque os defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata se

olvidam e desconsideram a possibilidade de ausência de regulamentação infraconstitucional e da inexistência de cláusulas gerais aplicáveis ao caso concreto.

Diante dessa situação, se adotada a teoria da eficácia indireta ou mediata, estar-se-ia diante de um contra-senso, pois ou se negaria eficácia aos direitos fundamentais, haja vista a impossibilidade de serem aplicados sem que haja normatização infraconstitucional ou, ao menos, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, passíveis de serem preenchidos pela ordem objetiva de valores, ou, para não se negar eficácia aos direitos fundamentais, imperioso seria admitir sua eficácia imediata.

Outro questionamento aventado pelos expositores da teoria da eficácia indireta ou mediata é aquela segundo a qual a aplicação dos imprecisos conceitos dos preceitos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais comprometeria seriamente o princípio da segurança jurídica. Conforme anteriormente destacado, a mesma crítica apresentada à teoria da eficácia direta ou imediata aplica-se à teoria da eficácia indireta, bastando, para tanto, recorrer ao pensamento de HABERMAS.

Isto porque, segundo argumenta HABERMAS, ao recorrer ao conceito de ordem objetiva de valores, que por si só é impreciso, para se preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, corre-se o fundado risco de se substituir os juízos deontológicos, realizados no plano do dever ser, por juízos axiológicos, que levam em consideração ponderação de valores (o que é bom), comprometendo, igualmente, o princípio da segurança jurídica.^[30]

De igual modo, os expositores da teoria de eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais refutam a objeção levantada pelos teóricos da eficácia indireta segundo a qual a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais importaria em inquestionável violação ao princípio da democracia e da separação de poderes, ao se possibilitar a sobreposição das ponderações do Judiciário às ponderações inerentes ao Legislativo.

Segundo seus defensores, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não pressupõe que as ponderações do Judiciário se sobreponham às do legislador, haja vista que, diante da existência de regulamentação infraconstitucional em conformidade com o texto constitucional, desnecessária seria a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas e, conseqüentemente, inviável o exercício da atividade ponderativa pelo Judiciário, haja vista que já houve prévia ponderação pelo Legislativo.

Nesta ordem de idéias, ao contrário do deduzido pelos críticos, a atividade de mediação concretizadora dos direitos fundamentais a ser realizada pelos juízes e tribunais estaria condicionada a inexistência de prévia atividade de mediação concretizadora pelo Legislativo, não havendo como se cogitar a suposta violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

III.3 – Teorias da imputação e equiparação ao Estado

As teorias da equiparação e da imputação apresentam-se como modelos alternativos às teorias da eficácia direta e indireta. De acordo com essas teorias, destinadas à proteção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, ou se realiza a equiparação dos atos privados aos atos estatais ou se imputa ao Estado a responsabilidade por atos privados. De acordo com entendimento de Virgílio Afonso da Silva[31], essas teorias seriam meros artifícios para, na prática, se alcançar resultado idêntico aquele que decorreria da adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Na Alemanha, SCHWABE[32], apresenta como alternativa às teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais, teoria segundo a qual toda lesão aos direitos fundamentais ocorridas no âmbito das relações jurídicas entre particulares deveria ser imputada ao Estado, haja vista que, pressupõe que toda lesão resultaria de uma permissão ou não proibição estatal. Conforme destacado por STEINMETZ[33], “*se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, o Estado a permite*”, devendo-lhe ser imputada a responsabilidade pela lesão.

A teoria da imputação elaborada por SCHWABE foi severamente criticada por diversos doutrinadores[34]. STEINMETZ apresenta importantes e consubstanciais críticas, sustentando, em síntese, que a adoção da teoria da imputação, além de simplesmente deslocar o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais para o plano das relações entre cidadão e Estado, fomentaria a total irresponsabilidade dos particulares em suas relações privadas, no que tange ao respeito dos direitos fundamentais.

A adoção da teoria da imputação acarretaria uma inflação legislativa, decorrente do dever e necessidade estatal em disciplinar todas as relações jurídico-privadas possíveis, no intuito de evitar que lhe seja imputada a responsabilidade por lesões aos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, sem contar a manifesta incompatibilidade da teoria da imputação com o princípio da autonomia privada, haja vista que não seria possível ao Estado garantir ao particular o exercício da autonomia privada, pois ao assim agir, seria responsabilizado por toda e qualquer restrição ou violação a direito fundamental ocorrida no âmbito das relações jurídicas privadas.

Nos Estados Unidos, a teoria da equiparação dos atos privados aos atos estatais, comumente denominada de *state action*, ao invés de reconhecer a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou imputar a responsabilidade ao Estado pelas lesões aos direitos fundamentais ocorridas no âmbito das relações jurídicas privadas, preferiu manter-se intrinsecamente imbricada à concepção liberal de direitos fundamentais, segundo a qual estes somente seriam passíveis de serem aplicados e violados nas relações jurídicas entre particulares e o Estado, nunca nas relações jurídicas entre particulares.

Ao se manter vinculada à concepção clássica de direitos fundamentais como direitos de proteção contra a atuação estatal, ou seja, como liberdades públicas, os tribunais norte-americanos, no intuito de reconhecer certo grau de eficácia aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privada, valendo-se da interpretação extensiva, têm ampliado, de forma excepcional, o grau de abrangência do conceito da *state action*, para abarcar

outras situações nas quais o Estado não figura diretamente como sujeito da relação jurídica.[35]

BILBAO UBILLOS, ao discorrer sobre a teoria da *state action*, apresenta as seguintes considerações:

(...) duas tem sido as vias apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação das garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ato privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele. [36]

STEINMETZ, ao dissertar sobre a teoria da *state action*, destaca suas principais características. De acordo com o doutrinador:

O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos.[37]

Conforme se infere dos excertos doutrinários colacionados, bem como da análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, por mais que se sustente que não há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, e que os direitos fundamentais atuam tão-somente como direito públicos subjetivos de proteção contra as ingerências estatais na esfera privada, a experiência e a realidade demonstram a existência de uma forte tendência em se equiparar os atos privados aos atos estatais como forma conferir proteção aos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Apresentadas as principais teorias que tem por desiderato explicar a extensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações de privadas, objetivando conferir o substrato teórico necessário ao desenvolvimento do presente trabalho, passa-se, no próximo tópico, à análise do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, no que concerne à extensão da eficácia dos direitos fundamentais.

IV – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819/RJ

Em meados do ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a apreciar o Recurso Extraordinário 201.819/RJ, proveniente do Estado do Rio de Janeiro, no qual se discutia a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especificamente, a eficácia do direito fundamental à ampla defesa, insculpido no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição da República, nas relações jurídicas da associação civil – União Brasileira de Compositores (UBC) – e um de seus sócios integrantes.^[38]

O caso envolvia a exclusão de sócio do quadro societário de sociedade civil sem fins lucrativos, sem que lhe fosse garantido o pleno exercício de seu direito fundamental à ampla defesa, haja vista que, a despeito de designada comissão especial para apurar a prática de infração estatutária, esta decidiu, sumariamente, pela exclusão do sócio, levando em consideração apenas os documentos fornecidos pelo secretário da sociedade, sem que tenha sido concedido ao sócio a oportunidade de apresentar defesa e produzir as provas que entendesse cabíveis.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o caso, sustentou a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, anulando a penalidade de exclusão aplicada pela sociedade civil, sob o fundamento de que, ao sócio, não teria sido oportunizado o exercício de seu direito fundamental à ampla defesa, com os meios probatórios e recursos a ela inerentes, violando os preceitos constitucionais contidos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição da República, o que motivou a interposição de Recurso Extraordinário pela União Brasileira de Compositores – UBC perante o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 201.819/RJ, decidiu, por maioria de votos, na esteira do voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, pelo não provimento do recurso, reconhecendo a eficácia horizontal, direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares. Restou, portanto, consignado no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, a vinculação dos particulares (sociedade civil e sócio) ao direito fundamental à ampla defesa.

Conforme salientado, a decisão que sustentou a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas não foi unânime, uma vez que os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso sustentaram entendimento divergente, segundo o qual os direitos fundamentais teriam apenas eficácia indireta ou mediata no que concerne às relações jurídicas entre os particulares. Conforme aduzido pela Ministra Ellen Gracie em seu voto vencido:

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir de regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a

invocação do disposto no art. 5, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.[39]

O Ministro Carlos Velloso, além de manifestar sua adesão à teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, sustentou, veementemente, que no caso não se estava diante de uma questão constitucional a justificar a utilização da via extraordinária, mas sim, diante de um caso de ofensa à lei, inserida no âmbito do contencioso infraconstitucional. De acordo com o Ministro Carlos Velloso, o que se verificava, de fato, era a violação do estatuto social e, somente de forma reflexa, do texto constitucional.

Cumprido destacar, todavia, que a Ministra Ellen Gracie, apesar de sustentar entendimento pertinente com a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme exposto, ao debater o tema da eficácia como os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso, parece reconhecer a possibilidade de se adotar a teoria da eficácia direta ou imediata para determinadas categorias de direitos fundamentais. No caso, a Ministra Ellen Gracie admitiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

De acordo com o entendimento da Ministra Ellen Gracie, nos casos das relações trabalhistas, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria admissível em razão da subordinação existente entre empregado e empregador, ou seja, da existência de uma desigualdade fática entre os particulares, ao contrário da relação associativa, em que haveria liberdade de associação. Ao sustentar esse entendimento, a Ministra Ellen Gracie parece perfilhar a versão fraca da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, que tem natureza híbrida.

A versão fraca da eficácia direta dos direitos fundamentais[40], aceita e sustentada por doutrinadores como HESSE[41] e VIEIRA DE ANDRADE[42], admite excepcional e condicionadamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde que, no caso concreto, se verifique a presença de três variáveis, quais sejam, a) a inexistência de regulamentação legislativa; b) impossibilidade de concretização judicial dos direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais, e; c) a constatação de uma desigualdade fática entre os particulares integrantes da relação jurídica privada.

Conforme destacado, a versão fraca da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais pressupõe, além da ausência de concretização legislativa dos direitos fundamentais e da impossibilidade de sua concretização judicial, a materialização de uma desigualdade fática. Essa desigualdade fática pressuposta por HESSE, não se limita apenas à desigualdade econômica, podendo ser configurada nos casos em que há subordinação de um dos particulares aos poderes do outro, como aduzido pela Ministra Ellen Gracie, que justifica a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privado-trabalhistas em razão da subordinação existente entre empregado e empregador.

Saliente-se, todavia, que o critério da desigualdade fática eleito pela Ministra Ellen Gracie e pressuposto por HESSE e VIEIRA DE ANDRADE não seria adequado para

se estabelecer em quais situações fáticas haveria a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Isto porque, conforme salientado nas considerações introdutórias, com o desenvolvimento capitalismo, indivíduos e grupos econômicos intensificaram seus poderes econômico, ideológico e político, o que os colocou em situação de manifesta desigualdade fática em suas relações com os particulares, em razão de sua considerável capacidade de limitar direitos fundamentais e liberdades de terceiros.[43]

Assim sendo, diante do fenômeno da desconcentração do poder e da disseminação das situações fáticas em que se pode aferir a desigualdade nas relações jurídicas entre os particulares, a adoção do entendimento sustentado pela Ministra Ellen Gracie tornaria obrigatório o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais a inúmeras relações jurídicas privadas, especialmente naquelas de natureza consumerista. Assim sendo, a teoria da eficácia horizontal que, para a Ministra Ellen Gracie, seria de adoção excepcional e condicionada, na verdade, se tornaria quase a regra. Daí porque, novamente, se sustenta a natureza subjetiva e casuísta do critério adotado pela Ministra Ellen Gracie, incompatível com o princípio da segurança jurídica.

A mesma imprecisão e indefinição quanto à determinação da extensão e alcance da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares constatada no voto da Ministra Ellen Gracie verifica-se nos votos vencedores proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Melo. Essa indefinição quanto ao entendimento predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no que tange à extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, fica evidenciada no trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustenta:

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência dessa Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas[44]

A análise do conteúdo do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, permite evidenciar de forma ainda mais clara sua despreensão e despreocupação em explicitar sua adesão a uma das teorias que tentam definir a extensão dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, conforme reconhecido por ele no excerto colacionado. O Ministro Gilmar Mendes opta por não definir a qual teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais está perfilhado, limitando-se a sustentar que o Supremo Tribunal Federal tem um histórico de reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.[45]

O Ministro Gilmar Mendes, em determinados trechos de seu voto, parece mesclar as premissas da teoria da eficácia imediata com aquelas inerentes à teoria da *state action*, mais especificamente, da *public function doctrine*[46], para justificar a

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto. Conforme sustenta o Ministro Gilmar Mendes:

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público – ainda que não estatal – desempenhado pela entidade (...).[47]

A fundamentação adotada muito se aproxima da doutrina da *state action*, a qual, ao invés de reconhecer expressamente que direitos fundamentais vinculam os particulares em suas relações privadas e que, nesse sentido, um ato privado pode violar direitos fundamentais, prefere manter-se fiel à concepção liberal de direitos fundamentais como limites à atuação estatal, ampliando, através da interpretação extensiva, a abrangência do conceito de ação estatal, para nele abranger determinados atos privados.[48]

Neste ponto, imperioso tecer o seguinte questionamento, que põe à prova a ausência de sistematicidade do entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes e acolhido por Joaquim Barbosa e Celso de Melo. Diante do entendimento adotado, a eficácia horizontal estaria limitada aos casos em que se esteja diante de relações jurídicas em que os particulares executem atividades públicas ou sejam dotados de natureza quase-pública? Em caso positivo, o que se pode considerar como natureza quase-pública?

BILBAO UBILLOS, dissertando sobre a *state action doctrine*, tece as seguintes considerações:

(...) duas tem sido as vias apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação de garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.[49]

Assim como o Ministro Gilmar Mendes, a doutrina do *state action*, ao invés de se posicionar claramente acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, procura definir, de forma subjetiva e casuísta, em quais situações um ato privado pode ser equiparado à uma ação estatal, para possibilitar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva, sustenta “ao invés de negar

a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da state action tem como objetivo justamente definir em que situações um conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.”[50]

As mesmas críticas apresentadas à teoria da *state action* aplicam-se ao entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes. [51] Isto porque, a ausência de critérios objetivos para se determinar quais atos privados devem ser equiparados aos atos estatais, para fins de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, torna assistemática e casuísta a decisão jurisdicional, em razão de seu elevado grau de subjetividade.

No caso, o entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, é casuísta e dotado de elevado grau subjetivismo, não estando alicerçado em qualquer critério objetivo que possa atribuir a sistematicidade necessária à manifestação jurisdicional, a qual é imprescindível para se evitar o indesejável e nefasto decisionismo jurisdicional[52], que coloca em risco o princípio da segurança jurídica e o próprio Estado Democrático de Direito.

Ademais, cumpre salientar que, além das críticas apresentadas, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, conforme salientado pela Ministra Ellen Gracie, foi construído sob premissa equivocada, o que indica a existência de artificialismo na equiparação, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que por ele fora sustentado, reconheceu natureza pública aos serviços prestados pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)[53] e não àqueles prestados pela União Brasileira de Compositores (UBC), associação cujos atos foram questionados no Recurso Extraordinário em análise.

Similarmente aos votos proferidos pelos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa não demonstra sua adesão explícita a qualquer das teorias acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que este se restringe a sustentar que os direitos fundamentais vinculariam os particulares, salientando, inclusive, que esta vinculatividade pode não se verificar em situações específicas e em relação a determinados direitos fundamentais. [54] De acordo com seu entendimento:

De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.

O Ministro Joaquim Barbosa, a despeito de sustentar que a incidência das normas de direito fundamentais demandará a análise parcimoniosa de cada caso concreto submetido a julgamento, não especifica quais seriam os critérios ou métodos a serem adotados para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas

relações privadas. Ademais, acompanhando o raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, atribuiu natureza peculiar ao caso em análise, sustentando que a União Brasileira de Compositores (UBC) teria natureza quase-pública, em aproximação às teorias da *state action* e da *public function doctrine*, em relação às quais já se apresentou importantes questionamentos.

O Ministro Celso de Melo, por sua vez, aduz entendimento favorável à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, fazendo ressalva de que determinados direitos, por possuírem como destinatários os poderes públicos, não estariam sujeitos a esta eficácia. Sustentou, ainda, o entendimento segundo o qual o Supremo Tribunal Federal teria histórico em admitir a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à necessária observância dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

Conforme bem destacou o Ministro Celso de Melo, à época em que houve a exclusão do sócio, ainda não vigorava os preceitos legais contidos no artigo 57, do Código Civil, com redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.127 de junho de 2005, o que permitiu que fosse travada a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Isto porque, se a época do ato objurgado já estivessem vigentes os referidos preceitos legais, sequer haveria de se cogitar em eficácia imediata dos direitos fundamentais, haja vista que esta norma infraconstitucional determina expressamente a obrigatoriedade de se garantir ao associado e, analogamente, ao sócio, antes de sua exclusão, o exercício do direito fundamental à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Resta evidente, após detida análise dos entendimentos adotados no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819, que apesar de muitos doutrinadores sustentarem que o Supremo Tribunal Federal seria adepto da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na realidade, o que se verifica, é que o Pretório Excelso ainda não se posicionou expressamente pela adesão a uma das teorias que versam sobre a extensão da eficácia dos direitos fundamentais, não tendo consolidado seu entendimento.

De fato, ao contrário do que têm sustentado muitos doutrinadores, constata-se a existência de divergência no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Inclusive, é possível constatar a existência de posicionamentos híbridos, elaborados e formatados a partir da conjugação de premissas emprestadas das diversas teorias que versam sobre a temática da eficácia dos direitos fundamentais.

V – Conclusões

O trabalho teve como desiderato analisar as principais teorias que versam sobre a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especialmente, as teorias da eficácia mediata e imediata, teoria da imputação e teoria da

state action, objetivando apresentar os pontos relevantes, bem como as principais críticas e questionamentos desenvolvidos em desfavor delas.

Feitas as considerações acerca dos aspectos relevantes de cada uma das teorias e realizadas suas respectivas análises críticas, adentrou-se no estudo do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819, procedendo-se a análise aprofundada e pormenorizada de cada um dos votos proferidos pelos Ministros integrantes do Pretório Excelso.

Conforme exaustivamente explanado, ao contrário do que sustentam inúmeros doutrinadores, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas não representa teoria dominante acerca da temática da extensão da eficácia dos direitos fundamentais, haja vista a existência de divergências, inclusive, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

Além de constatada a existência de divergências no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no que tange à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, verificou-se que os Ministros, em seus votos, tangenciaram o cerne da discussão, não manifestando expressamente a qual teoria aderiram para fundamentar seus entendimentos.

Constatou-se, ainda, a adoção de posicionamentos híbridos, construídos e elaborados mediante a conjugação de premissas emprestadas das diversas teorias, especialmente, premissas inerentes à versão fraca da teoria da eficácia direta e da teoria da *state action*, conforme se pôde constatar da análise dos votos proferidos pelos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Tanto o entendimento da Ministra Ellen Gracie, como aquele adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, por serem desprovidos de critérios claros e objetivos, dão margem à atuação discricionária do aplicador do direito, abrindo portas ao subjetivismo e ao casuísmo, o que coloca em risco a segurança jurídica, indispensável às relações jurídicas entre os particulares, bem como a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, indispensável o trabalho a ser desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência no intuito de aperfeiçoar as teorias existentes, na busca de uma solução adequada à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, conciliando, a normatividade dos direitos fundamentais com a autonomia privada imprescindível às relações de direito privado, bem como preservando a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Referências

ABRANTES. João José Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BILBAO UBBILOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*. Madri: McGraw-Hill. 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LEISNER, Walter. *Grundrechte und privatrecht*. Munique, 1960.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales – teoría general*. Madrid, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los Derechos Fundamentales an las Relaciones entre Particulares: La buena Fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*, 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, p. 90-125, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Social*, v. ano 4, n. 14, p. 09-49, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como Cláusulas Pétreas, in Revista Interesse Público. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 17, p. 56-75, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. rev. atual e ampl. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 503 p.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, p. 297-332, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008.

VILLALON, Pedro Cruz. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, in: Academia Sevillana Del Notariado. Madrid: EDERSA, 1998.

[1] Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004.

[2] A origem da denominação é atribuída a Jörn Ipsen.

[3] A doutrina é unânime ao apontar como precursoras do desenvolvimento da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares as decisões proferidas pelo Tribunal Federal do Trabalho, sob a influência de Hans Carl Nipperdey e da ontológica decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Luth*. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 87). (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 31).

[4] Nesse sentido são as observações feitas por Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 18) segundo o qual “No Brasil, contudo, ao contrário do que ocorre em países como Alemanha, Espanha, Itália, Israel, África do Sul e Portugal, entre outros, a doutrina constitucional ainda não tem dado a devida atenção aos efeitos dos direitos fundamentais para além da relação cidadão-Estado.”

[5] Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet ao prefaciar a importante obra de Wilson Steinmetz: “Já estava, portanto, mais do que na hora de os constitucionalistas despertarem do seu torpor para darem a sua indispensável contribuição para este diálogo necessário e frutífero entre a Constituição, os Direitos Fundamentais e o Direito Privado. É de ser aplaudido, portanto, o fato de que este tem sido um chamamento levado cada vez mais a sério por um número cada vez mais expressivo de juristas, conscientes da superação das rígidas fronteiras outrora traçadas entre os domínios do direito público e do direito privado e da necessária constitucionalização da ordem jurídica.” (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, prefácio, p. 11)

[6] Cite-se, a título de exemplo, Konrad Hesse, Ernest Forsthoff, Günther Durig, Gomes Canotinho, José João Nunes Abrantes, José Carlos Vieira de Andrade, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro Cruz Villalón, Rafael Naranjo de La Cruz, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Virgílio Afonso da Silva, Wilson Steinmetz, dentre outros.

[7] A propósito, cumpre colacionar o antológico conteúdo do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição.”

[8] Mas como definir o poder na atualidade? Noberto Bobbio (*Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*, p.78), adepto da teoria relacional do poder, cita a importante excerto da obra de Robert Dahl, para o qual “a influência (conceito mais amplo, no qual se insere o de poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”.

[9] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 85

[10] CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1151

[11] Um dos poucos doutrinadores que persiste em negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares abertamente é Uwe Diederichsen.

[12] Dentre os principais adeptos da teoria da eficácia indireta ou mediata citem-se, a título de exemplo Konrad Hesse, Klaus Stern, Hans Peter Schneider, Claus-Wilhelm Canaris, Pedro Cruz Villalón, Jesús García Torres, Jesús Alfaro Aguila-Real, Carlos Alberto da Mota Pinto.

[13] A idéia de que os direitos fundamentais atuariam como uma ordem objetiva de valores foi consignada expressamente pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão do caso envolvendo Erich Luth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, que defendia o boicote a um filme do diretor Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas. No caso, o Tribunal Constitucional alemão se manifestou no seguinte sentido: “O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico (...) Uma contenda entre particulares sobre os direitos e os deveres derivados de tais normas de direito civil influídas pelos direitos fundamentais segue sendo material e processualmente uma contenda jurídico-civil: se interpreta e aplica direito civil, ainda quando sua interpretação há de seguir o direito público, a Constituição.” (BverfGE7, 198 Apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 146)

[14] Os expositores da teoria da eficácia indireta e mediata atribuem especial destaque a função das cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, abuso de direito, etc) no direito privado, como importantes instrumentos colocados à disposição dos juízes e tribunais para o exercício de sua atividade interpretativa-aplicativa e integradora do direito.

[15] HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. p. 63-64

[16] HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. p. 64-65

[17] DURIG, Gunther. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. p.183.

[18] HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

[19] O conceito de ordem objetiva de valores, também denominada sistema de valores, apareceu expressamente na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Luth*. “Esse sistema de valores, que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, administração e a jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito.” (BverfGE7, 198 *apud* STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 138) (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 79)

[20] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 76.

[21] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 162.

[22] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 44.

[23] Em consonância com a crítica apresentada está o entendimento de Wilson Steinmetz, segundo o qual: “A crítica que aqui se faz tem um outro desiderato: pôr em questão o argumento segundo o qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares por meio da ‘concretização jusfundamental’ ou ‘concretização axiojusfundamental’ de cláusulas gerais do direito privado atende melhor o princípio da segurança jurídica do que a aplicação imediata dessas normas de direitos fundamentais.” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 164).

[24] LEISNER, Walter. *Grundrechte und privatrecht*. Munique, 1960.

[25] No Brasil, podem ser citados como principais expoentes da temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Gustavo Tepedino, Virgílio Afonso da Silva, Wilson Steinmetz. No direito comparado, citam-se Klaus Stern, Gomes Canotilho, José João Nunes Abrantes, Juan Maria Bilbao Ubbilos, Rafael Naranjo de La Cruz e José Carlos Vieira de Andrade.

[26] Conforme salientado por Virgílio Afonso da Silva, a teoria da eficácia direta ou imediata, apesar do grande impulso que obteve nas últimas décadas, aguçando o interesse de diversos doutrinadores pátrios e estrangeiros, ainda não é considerada a corrente majoritária, espaço ocupado pela teoria da eficácia indireta ou mediata. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 81).

[27] Apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 166.

[28] Apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 167.

[29] HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. p. 59-60

[30] Conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares apresentam as mesmas deficiências no que tange a garantia do princípio da segurança jurídica. Segundo ele: “Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre a Constituição enquanto ordem valorativa (teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que não de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiram afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.” (Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004).

[31] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 98.

[32] SCHWABE, Jurgen. As obras de referência sobre o tema do autor são *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechtei* (1971) *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (1977).

[33] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 176.

[34] Citem-se, a título de exemplo, as críticas apresentadas por Klaus Stern, Claus-Wilhelm Canaris, Virgílio Afonso da Silva, Wilson Steinmetz e Ingo Wolfgang Sarlet.

[35] Conforme destaca Virgílio Afonso da Silva, ao discorrer sobre a teoria da equiparação (*state action*) preleciona que: “ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais *artificial que seja*, de igualar o ato provado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 100)

[36] BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y privado*. p. XV-XVI.

[37] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 179.

[38] Salienta-se, dada a relevância, que de acordo com a doutrina pátria, não se tratava do primeiro caso que envolvia a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Citem-se, a título de exemplo, RE 158.215/RS no DJ em 07/06/1996; RE 161.243/DF no DJ em 19/12/1996; AI 346.501/SP no DJ em 25/02/2005. Neste trabalho optou-se pela análise do Recurso Extraordinário 201.819 haja vista que, neste julgamento, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas foi o cerne dos debates realizados, o que contribuiu para que se realizasse uma discussão mais aprofundada e pormenorizada sobre o tema.

[39] Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004.

[40] Conforme destacado por STEINMETZ, a versão fraca da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais é extremamente ambígua, que peca pela ausência de enquadramento entre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais, haja vista que acaba sendo classificada como uma teoria intermediária. (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004)

[41] HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

[42] VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 281 e 291

[43] O Ministro Gilmar Mendes, em trecho de seu voto destaca o fenômeno da existência de poderes sociais. De acordo com o Ministro: “a existência de forças sociais específicas, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinadas medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.” (STF, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004). Outro não é o entendimento de André Rufino do Vale: “(...) é fato notório que, na sociedade neocapitalista, essa igualdade formal não supõe um igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se encontra, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência, na esfera privada, de centros de poder não menos importantes que os que correspondem aos órgãos públicos.” (VALE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. p. 100)

[44] Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ.

[45] De acordo com entendimento de Daniel Sarmento, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto os tribunais pátrios tem aderido a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Segundo preleciona: “(...) é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. p. 297)

[46] A *public function doctrine* consiste em uma teoria que muito se aproxima da *state action doctrine*, podendo ser considerada uma de suas matizações, haja vista que tem por objetivo atribuir natureza estatal aos atos privados praticados por particulares que exercem uma função pública ou quase-pública, como forma de garantir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de que estes particulares são parte.

[47] Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Voto-Vista Gilmar Mendes, DJ 24/11/2004.

[48] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 99

[49] BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y privado*. p.31

[50] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 99

[51] Conforme destacado por Virgílio Afonso da Silva: “ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, *por mais artificial que seja*, de

igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 100)

[52] Robert Alexy, Álvaro Ricardo Souza Cruz, Lênio Luiz Streck, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas, são alguns, dentre os vários doutrinadores que se insurgem expressamente contra o decisionismo jurisdicional assentando no casuísmo e subjetivismo extremados, decorrentes do elevado grau de discricionariedade concedido aos aplicadores do direito.

[53] ADI 2.054/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 17/10/2003.

[54] Conforme entendimento da doutrina majoritária, nem todos os direitos fundamentais seriam dotados de eficácia direta nas relações jurídicas privadas. De acordo com Wilson Steinmetz: “No marco normativo da CF, os direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares.” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 179).

**TRABALHO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO E SOCIAL NA
CONTEMPORANEIDADE**

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO PROLETÁRIO SOB UM ENFOQUE CRÍTICO DA E À TEORIA MARXISTA.

THE PRINCIPLE OF THE PROTECTION OF CRITICAL WORKERS FOCUS OF AN SOB AND MARXIST THEORY.

Andre Vitorino Alencar Brayner

RESUMO

A análise protecionista do Direito do Trabalho face as constantes modificações da relação de trabalho no sentido de flexibilizar cada vez mais as relações empregatícias parece no mínimo fora de contexto. No entanto, neste breve ensaio tomaremos o caminho oposto. Trata-se de uma pesquisa para questionar a necessidade de ampliar o princípio da proteção o compreendendo como passo para a materialização de uma equidade não só em relação à interpretação da norma e do fato, mas também na compreensão de uma sociedade em direção do progresso social tendo como fim a construção de uma sociedade estruturalmente igual, levando, assim, o sentido de equidade até suas últimas conseqüências. O empregador é quem goza do poder diretivo. Ele controla os meios de produção, e tem uma relação de superioridade social quanto ao proletário. Cabe, então, ao princípio da proteção corrigir essas desigualdades. O trabalhador não deveria ser atingido, em regra, pela equidade, no sentido de ser beneficiado por melhorias pontuais, mas deveria sim estar em igualdade de condições. Não se deve compreender a diferença de poder entre empregado e empregador, apenas na sua forma econômica, como fizeram muitos pensadores marxistas. No entanto, sendo esta uma das razões fundamentais para a existência de tal desigualdade, devemos compreender de onde surge tal diferença, de onde vem essa desigualdade. O problema da apropriação dos meios de produção é inegavelmente o grande fundamento do poder do empresário em face do proletário, mas não é o único. O princípio da proteção tem de ser encarado como uma conquista historicamente alcançada pela classe trabalhadora e não como mera concessão da burguesia. Tem o intuito de amenizar os efeitos da opressão burguesa, em um estado social, em direção a construção de uma sociedade mais democrática. O princípio da proteção, é, então, um avanço incomparável conquistado por muita luta ideológica e pragmática. À luz de uma teoria crítica não pode ele ser entendido como solução para a questão da equidade. Ele é um meio fundamental para a construção de um modelo de igualdade que não se restinga a mera formalidade

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHO, MARX, MARXISMO, PROTECAO AO PROLETARIO

ABSTRACT

Analysis of the Labor Law protectionist face the constant changes of the employment relationship to increasingly flexible employment relations seems at least out of context. However, in this brief essay take the path opposite. This is a search for questioning the need to extend the principle of protection as a step towards understanding the materialization of a fairness not only for the interpretation of the standard and the fact, but also the understanding of a society toward social progress with a view to building a society structurally equal, leading thus the sense of fairness to its last consequences. The employer is who has the power steering. He controls the means of production, and has a social superiority on the proletariat. It is then the principle of protection to correct these inequalities. The worker should not be affected, usually the equity in order to be benefited by improvements spot, but should rather be on equal terms. One should not understand the difference in power between employee and employer, only in its economic, as did many Marxist thinkers. However, this being one of the fundamental reasons for the existence of such inequality, we must understand where that difference is, where is this inequality. The problem of ownership of the means of production is undeniably the foundation of the great entrepreneur in the face of the proletariat, but not the only one. The principle of protection must be viewed historically as a victory achieved by the working class and not as mere granting of the bourgeoisie. Has the purpose of alleviating the effects of bourgeois oppression in a social state, toward building a more democratic society. The principle of protection, is then achieved a breakthrough unmatched by very pragmatic and ideological struggle. In the light of a critical theory it can not be understood as a solution to the issue of fairness. He is a key means to build a model of equality that is not a mere formality restinga.

KEYWORDS: LABOR, MARX, MARXISM, THE PROLETARIAT PROTECTION

1. Introdução

A análise protecionista do Direito do Trabalho face as constantes modificações da relação de trabalho no sentido de flexibilizar cada vez mais as relações empregatícias parece para as corrente majoritárias fora de contexto e conservadoras. No entanto, neste breve ensaio tomaremos o caminho oposto. Trata-se de uma pesquisa para debruçar sobre a necessidade de ampliar o princípio da proteção ao proletariado o compreendendo como passo para a materialização de uma equidade não só em relação à interpretação da norma e do fato, mas também na compreensão de uma sociedade em direção do progresso social tendo como fim a construção de uma sociedade estruturalmente igual, levando, assim, o sentido de equidade até suas últimas conseqüências.

Para tanto, far-se-á uma análise à luz de teorias marxistas e às críticas em relação a esta. Não se trata de defender uma compreensão do direito do trabalho como a tradição marxista clássica o fazia – como mera concessão da burguesia - todavia de desmistificar certos preconceitos forjados numa disputa ideológica de sociedade tentando resgatar elementos imprescindíveis da teoria marxista na consolidação de uma sociedade mais democrática.

A ciência não pode descartar seu cunho objetivo de servir à sociedade. Qual o sentido do Direito do Trabalho? Amenizar conflitos? O princípio da proteção o que ele pode trazer e garantir? Deve ele limitar-se a dirimir conflitos ou tem ele de resolvê-los? Qual deve ser o papel da Ciência perante estes acontecimentos?

Este ensaio tem, assim, por finalidade, muito mais levantar elementos da teoria marxista que possam auxiliar para uma análise mais aprofundada da relação Direito do Trabalho, Princípio da Proteção e Equidade.

Não deve a ciência simplesmente assistir atônita quanto aos acontecimentos sociais. A ciência deve buscar soluções para os problemas sociais. A constante perda de direitos deve, neste intuito, ser combatida por uma ciência comprometida com o Estado Democrático de Direito. É, pois, neste intuito que esta pesquisa visa atentar por questões consideradas centrais na construção de um novo modelo de sociedade.

2. Metodologia

Para a consecução dos objetivos da pesquisa, foi adotado como principal método de trabalho a pesquisa bibliográfica em livros e periódicos, contando também com o suporte da Internet para obter material de informação necessário para a redação.

3. Princípio da proteção ao proletário.

O empregador é quem goza do poder diretivo. Ele controla os meios de produção, e tem uma relação de superioridade social quanto ao proletário. O proletário precisa do empregador para sobreviver e por mais que o empregador precise de empregados quando não se trata de mão-de-obra especializada e qualificada não faz diferença que seja o trabalhador. Cabe ao patrão o direito de empregar quem lhe convir. Como Marx bem denuncia em *o Capital*[1] no sistema capitalista há sempre um excedente de mão-de-obra que garante que o proprietário sempre possa gozar de uma posição mais confortável, ficando, assim, em uma posição de hipersuficiência. Sem adentrar na questão da análise propriamente dita sobre a estrutura do sistema capitalista, tem de se considerar que, na atualidade, a esmagadora maioria dos países capitalistas tem altos índices de desemprego. Principalmente os países ditos “subdesenvolvidos”, que através de dívidas externas abusivas sustentam o glamour dos países de primeiro mundo. É, pois no sentido de amenizar tais efeitos que se instaura o princípio de proteção ao proletário. *”Seu propósito consiste em tentar corrigir as desigualdades, criando uma ‘superioridade jurídica’(grifo nosso) em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiência. [2]”* Este, então, é formado por alguns sub-princípios que o garantem na questão formal, no que atine as normas.

‘In dúbio pro operário’: Quando uma norma do direito do trabalho estiver cercada de dúvida interpretativa, devem-se adotar critérios que melhor favoreçam o empregado, deve-se interpretar de modo mais favorável ao empregado. Ou seja, na dúvida quanto à aplicação da norma em função de possíveis interpretações, o juiz deve interpretá-la de modo a favorecer o empregado.

Não há dúvida de que esta máxima do Direito trabalhista é oriunda do princípio do Direito Penal: *In dúbio pro réu*. No campo do Direito Civil tem-se o *favor debitoris* com a finalidade de proteger o elo presumidamente mais fraco da relação credor/devedor, o devedor. Trata-se da aplicação do princípio geral – proteção ao proletário – no caso específico de dúvida em relação a uma norma.

Sendo o Direito Social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente mais fraco, que é o empregado, sem em litígio com o empregador.[3]

Observa-se, por fim, que o limite deste princípio é a própria dúvida, ou seja, a existência de fato de dúvida analisado sob um viés técnico-jurídico e não sob cunho ideológico, como ocorre usualmente.

Aplicação de norma mais favorável: Na possibilidade de aplicação de mais de uma norma ao mesmo caso, opta-se pela norma que mais beneficie o trabalhador. O Direito do Trabalho é pluricêntrico e multinormativo, ou seja, existem várias normas disciplinando acerca do mesmo conteúdo, da mesma matéria em virtude de possuir diversos órgãos emissores de normas. A assertiva aqui tratada atinge aparentemente a hierarquia de normas, no entanto o que ocorre de fato é que O Direito do Trabalho protege a ascensão social do trabalhador, significando que não há conflito de normas trabalhistas, mas sim vigência paralela, uma complementando a outra, como bem compreende Amauri Nascimento[4]. Não há como haver uma contrariedade das normas hierárquicas, pois as normas trabalhistas conferem o que se pode chamar do mínimo de direitos, um mínimo de garantias. Caso haja alguma limitação quanto a um máximo, a lei teria que fazê-lo expressamente e, nessa situação, não caberia a aplicação deste princípio.

Outra questão que se segue é a problemática de qual norma seria mais benéfica quando esbarrem interesses individuais e coletivos, por exemplo, dos empregados. Cabe observar o exposto por Marques de Lima:

“Resolve-se esse impasse através da hierarquia dos interesses: primeiro o social, que diz respeito a toda sociedade; segundo o coletivo, que alcança toda categoria profissional de um trabalhador em dissídio e, por fim, o individual. A norma mais favorável ao trabalhador individualmente não pode resultar desfavorável à sua categoria.” [5]

Regra da condição mais benéficos: Em havendo modificações de cláusulas contratuais, se elas trouxerem benefícios, passam, então a valer automaticamente. Há também a vedação quanto a um possível retrocesso das cláusulas contratuais, ou seja, não é permitido que haja uma redução de benefícios. Há uma vedação de retrocesso social, de acordo com a sumula 51 do TST.

“Os trabalhadores que já estavam na empresa não podem sofrer retrocesso social. O novo contrato só vale para os futuros trabalhadores, caso não seja mais benéfico que o anterior. Acontece que pode ocorrer que um contrato seja melhor em alguns pontos e o outro seja melhor em outros pontos, nesse caso, deve haver harmonia capital e trabalho e, então, não haveria cumulação. O empregado pode optar pelo conglobamento que considere melhor e mais adequado para si. Ele tem de optar por um dos dois”.

Teoria da acumulação: acumulam-se apenas os benefícios. Não é utilizada.

Teoria do conglobamento: opta o trabalhador por um dos contratos.

Aos novos empregados não cabem a opção, em regra, mas será submetido ao novo regime, a não ser no caso de existirem os dois contratos concomitantemente.

“Este princípio importa na garantia da preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste em caráter de direito adquirido (art.5º, XXXVI, CF/88).” [6]

4. Equidade

Parece que este princípio geral do Direito – equidade – é a expressão maior do princípio de proteção ao proletário. Ou seja, a assertiva de proteção ao trabalho hipossuficiente é a materialização do princípio da equidade. Pois bem, antes de discutirmos a questão em si é de fundamental relevância trazer algumas explicações sobre o assunto.

A garantia de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais surge da necessidade de garantia material, garantia real, garantia de fato em detrimento a garantias meramente formais. Equidade significa o respeito e a compreensão em relação a minorias desfavorecidas. É a garantia democrática de que não haverá impossibilidade de indivíduos em condições inferiores sobreviverem ,mas, pelo contrario, haverá uma busca de igualdade de condições. De certa maneira, a equidade tem por fim a busca da justiça, da igualdade de fato com respeito às peculiaridades individuais.

Aristóteles, sem dúvida, é um dos primeiros autores a contribuir neste sentido de forma inequívoca, principalmente no que tange a importância da equidade ante uma possível injustiça legal.

“...o eqüitativo, sendo justo, não é o justo legal, mas uma ditosa rereificação da justiça rigorosamente legal...a característica do eqüitativo consiste precisamente em restabelecer a lei nos pontos em que se enganou, em virtude da fórmula geral que o serviu.” [7]

Marques de Lima[8] cita uma importante análise de *Pacchioni*, três exigências fundamentais da equidade, uma forma de sistematização deste princípio:

a) as coisas e as relações iguais sejam igualmente tratadas, e que não sejam assim tratadas as coisas e as relações desiguais e diversas; b) no julgar acerca de cada relação singular, se tenham em conta escrupulosamente todas as suas particularidades; c) entre várias soluções possíveis logicamente, sempre se dê, in concreto, a preferência àquela que se revele mais branda e humana.

Sobre a última exigência ressalta-se ser ela a mais vaga e a menos “técnica”, ao falar em análise mais “humana”, ingressa-se numa ceara muito complexa á qual talvez seja melhor deixar de lado.

Pois bem, dito isto retomemos a análise do princípio da proteção. Este tem por fim corrigir a desigualdade proveniente de sua hipossuficiência. “*Uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.*” [9] Com mais esta definição parece estar claro que o sentido do princípio da proteção é a materialização do princípio geral do Direito – equidade.

Faz-se mister, a partir de agora as primeiras análises, tendo em vista o trabalho até agora praticamente só expôs a opinião da doutrina. Primeiro qual a diferença na definição a cima citada de atenuar e retificar?

Ora, esta diferença parece central na questão que este ensaio visa levantar. É possível um princípio do Direito do Trabalho retificar uma diferença, uma desigualdade historicamente constituído? Com todos os problemas e limitações e, em especial, a desvalorização de vários princípios gerais do Direito por uma compreensão técnico-legalista moderna, é possível corrigir tais diferenças? Ou caberia ao estado, apenas a função de apaziguador dos conflitos sociais, concedendo meras melhorias?

Nenhuma destas questões parecem ser de fácil solução. Este ensaio pretende muito mais levantar alguns elementos para o debate do que propor, de forma audaciosa, alguma solução.

Para tanto, parece que a obra marxista, apesar de apresentar alguns problemas, é fundamental na compreensão dessa diferença. Cabe antes de expor algumas questões de forma mais aprofundada lembrar que a diferença da compreensão marxista, dentre

outros pontos, se sustenta uma questão. A equidade tem que ser entendida na sua forma mais ampla.

Influenciado por Rousseau, Marx defende uma igualdade de fato e mecanismos que sejam capazes de alcançá-lo. No contexto em que Marx viveu o Estado era um mero garantidor da ordem vigente. Para os liberais a função do Estado é garantir a propriedade privada. Muitos comentários se fazem necessários, mas retomaremos tal problema mais a frente. Para este ponto o que nos interessa é uma compreensão mais atual de modelos alternativos ao sistema capitalismo. Através da democracia, o Estado pode passar a ser instrumento para a transformação social como acreditam muitos marxistas mais recentes, transformação que vise de fato retificar as relações desiguais sobre os questionamentos de por que seria o proletário o menos favorecido? Para a equidade deveríamos garantir as necessidades das minorias e as peculiaridades individuais e não dar a poucos o poder esmagador antes uma minoria. A diferença, então, reside em que a concepção marxista de equidade questiona as relações de desigualdades tentando na medida do possível saná-las.

O trabalhador não deveria ser atingido, em regra, pela equidade, no sentido de ser beneficiado por melhorias pontuais, mas deveria sim estar em igualdade de condições. Não se deve compreender a diferença de poder entre empregado e empregador, apenas na sua forma econômica, como fizeram muitos pensadores marxistas. No entanto, sendo esta uma das razões fundamentais para a existência de tal desigualdade, devemos compreender de onde surge tal diferença, de onde vem essa desigualdade.

5. Teoria Marxista da “mais-valia” e poder empresarial.

Apresentemos, pois, neste ponto, de forma sintética a noção marxista do surgimento da diferença de capital e de poder em relação ao empregado e o empregador. Lembrando ser isto uma síntese e, assim, não há como tecer todos os comentários necessários.

A “mais-valia” representa um dos principais pilares da teoria marxista e a luta pelo seu fim uma das principais bandeiras dos partidos comunistas, socialistas e marxistas. Ela representa o valor que o proprietário expropria do trabalhador por deter os meios de produção, representando, assim, de certa forma o lucro. “A ‘mais-valia’ é a parte do valor total das mercadorias em que se encontra incorporado o ‘trabalho excedente’, o ‘trabalho não pago’ do operário, constitui aquilo que se chama de lucro” [10]. Para o melhor esclarecimento desta questão trabalharemos com uma situação hipotética.

Um trabalhador precisa em média de 6h de trabalho para produzir o equivalente a $3''x''$, onde “x” representa o preço, ou melhor, a *expressão monetária do valor diário da força de trabalho desse homem*[11]. Esta quantidade $3''x''$ seria suficiente para o indivíduo[12] sustentar de forma saudável a si e a sua família. Observa-se que o sustento não se limita as questões alimentícias, mas de suprimento das necessidades básicas, incluindo dessa forma, por exemplo, lazer.

No sistema capitalista, no entanto, os meios de produção pertencem a uma pequena parcela da população – a burguesia. Esta, então, vende ao proletário o “direito” de utilizá-los desde que trabalhe 12h. Ou seja, o trabalhador passa, então, a produzir 6”x”. Metade dos frutos de seu trabalho, o que se chama de ‘trabalho excedente’, passam a pertencer ao patrão. Este trabalho excedente, que é desnecessário[13], realizado e produzido pelo proletário é também trabalho não pago, pois pertence ao proprietário do ou dos meios de produção. Ocorre o que se chama de expropriação do trabalho alheio – outrem se apropria do trabalho do proletário. A ‘mais-valia’, neste contexto é exatamente o valor obtido de forma não-paga.

Algumas observações são de extrema importância. Primeiro, após exposto de forma sintética tal teoria levanta-se a seguinte questão: Não teria o proprietário o direito de cobrar algum valor em cima do ganho do proletário já que este só o pode obter através de sua terra, por exemplo?

Tal debate é longo e não é objeto de nossa pesquisa, todavia, faz-se mister alguma elucidação quanto a essa questão. Primeiro poder-se-ia questionar a quantidade do trabalho expropriado. É justo um indivíduo ter o mesmo lucro de quem trabalha só por deter os meios de produção? No início da história da humanidade todos os indivíduos tinham o mesmo direito natural com que direito uns se apropriaram de terras e a privatizaram? Como parecem estas serem questões de cunho mais teórico-ideológico, trataremos de apresentar questões mais concretas.

No período da revolução industrial, houve sérios crimes contra a humanidade. Em regra, ao tratar disso refere-se exclusivamente aos abusos cometidos aos trabalhadores quanto a sua condição de trabalho: jornada de trabalho de 16 horas, salários muito baixos, ambientes de trabalho propícios às doenças, etc.

É de fundamental importância para analisarmos qualquer questão pertinente a este período lembrar das diversas queimadas produzidas nos campos para que pudesse haver uma geração de desemprego e uma migração dos trabalhadores do campo para as grandes cidades. Este fenômeno foi, especialmente, avassalador na Inglaterra. A revolução industrial sem dúvida é um dos grandes exemplos de como se deu o processo de apropriação dos meios de produção. Este processo, todavia, não se limitou ao período de revolução industrial, ocorreu durante toda a história da humanidade, por exemplo através das guerras. Nos períodos posteriores dos processos de colonização ocorreu semelhante feito, após pilhagem e roubo das terras indígenas, estes teriam que pagar para utilizar terras que já foram sua, quando não obrigados a ir trabalhar nos centros comerciais[14].

O problema da apropriação dos meios de produção é inegavelmente o grande fundamento do poder do empresário em face do proletário, mas não é o único. Outros se sucedem. Dentro de uma análise ainda marxista expõe-se, por exemplo o problema da alienação: o trabalhador não precisa sequer conhecer a mercadoria, muito menos é ela fruto direto de seu trabalho. O operário muitas vezes nem seria capaz de produzir aquela mercadoria, não tem o conhecimento técnico necessário o que por sua vez acaba implicando em subordinação ao empregador. No sistema capitalista tem ainda de se colocar o fato de o possuidor dos meios de trabalho intervir no processo produtivo como diretor técnico, definindo a afetação dos meios de produção e dos bens produzidos[15].

Estes são alguns dos fatores estruturantes do poder empresarial, mas não há dúvida que existem muitos outros. A começar que uma análise mais aprofundada só seria possível a partir de análise weberiana a partir da concepção de dominação.

6. Análise Marxista – crítica e análise da crítica.

Reginaldo Melhado[16] organiza algumas das principais críticas feitas ao marxismo, em especial, a Garcia Pereira[17], as quais ele próprio tenta desmistificar:

a) análise ideológica ;b)limitação temporal: o poder disciplinar existe com trabalho subordinado, que é anterior ao capitalismo; e c) apresenta uma limitação de âmbito: o poder disciplinar ocorre também nas relações de trabalho não tipicamente capitalistas, como nas relações do empregador com o doméstico.

Não há dúvida de que uma antiga máxima continua ser verdade: Marx é um dos autores mais citados e menos lidos. Quanto ao primeiro argumento parece ser relevante lembrar que a ciência humana aos poucos vem superando a influência cega do positivismo que acreditava ser possível uma análise da sociedade com regras estáticas, percepção da sociedade com um cunho de “verdade” e a abstenção absoluta do cientista. Durkheim[18] defendia tal tese que nos parece aos poucos ter sido superado. No campo do Direito as influências do positivismo jurídico kelseniano ainda são mais presentes. Ainda há a crença do juiz imparcial. Não haverá espaço para discutir a fundo este problema ,mas vale lembrar a análise de Brian Barry[19] que, dentre outros, refuta tal tese tendo em vista que o juiz, o cientista jamais vai conseguir neutralizar de forma absoluta as influências do contexto histórico-social no qual está inserido. A própria posição de “não ter lado” parece inconstitucional frente ao princípio de equidade e da progressão social. Por outro lado, a crença de que o juiz ou cientista não deve intervir na sociedade já é uma forma de ideologia tão bem explorada por Olavo de Carvalho[20]. Desta forma não se apresenta como razoável a crítica que tacha os marxistas de ideólogos. Ademais Marx foi um cientista rigoroso que jamais se baseou em “estados de natureza” para explicar a humanidade, mas baseou-se na história, no fato concreto.

O segundo argumento diz respeito a uma possível limitação temporal da análise marxista que haveria de se restringir a revolução industrial, argumentando que o poder disciplinar existe com o trabalho subordinado, ou seja, já em fase anterior ao capitalismo. Bem, esta indubitavelmente é de todas a crítica mais infundada. Com a leitura mais básica de Marx, “o Manifesto Comunista”, percebe-se que para este cientista as relações de subordinação sempre existiram sob o título de exploração. Esta se deu na antiguidade com os donos e os escravos, na idade média com os camponeses e os senhores feudais, e assim por diante. O que ocorre na atualidade seria uma nova forma de exploração, mas em nenhuma hipótese a primeira.

O terceiro argumento apresentado pode ser desmistificado sob o mesmo contra-argumento a cima apresentado. Marx não limita sua critica ao modo de produção capitalista, apenas defende que este o potencialize. Quanto ao exemplo parece ser de uma falta de conhecimento e de um anacronismo histórico sem precedentes. Ora, a relação com a doméstica é sim um modo de exploração capitalista. Pode não o ser aos moldes da ciência do direito do trabalho moderno que não a compreende como empregado, apenas como trabalhadora.

7. Principio da proteção como conquista histórica dos trabalhadores.

A maior critica que se faz ao marxismo é de que haveria uma incompatibilidade desta com o estado de Direito. Compreendendo Marx o estado como mero “comitê da burguesia” e o Direito do Trabalho como mera concessão do estado burguês em favor de um *status quo*, não haveria espaço para convergência entre as teorias marxistas o as doutrinas modernas. O principio da proteção é neste contexto uma mera concessão sem expressão social de fato.

A primeira questão que tem de ser colocada é a diferença entre uma análise marxista e uma marxiana. A primeira reflete os mais diversos pensamentos e correntes político-filosoficas de autores a partir das análises de Karl Marx. O pensamento “puro”, “genuíno”, deste autor reflete nas análises marxianas.

Pois bem, quando se fala em análises marxistas sem delimitar acaba-se atingindo tantos autores que seria difícil rotula-lo de uma só maneira sem cometer graves equívocos. Para citar alguns exemplos a compreensão de Estado em Lênin é diferente da de Gramsci. As vertentes socialistas mais modernas, por exemplo, já fazem uma nova análise quanto ao papel do Estado – tem-se o exemplo cubano.

O contexto no qual Marx estava inserido é completamente diferente do atual. Não se via possibilidade de o Direito ser instrumento para transformação social, na medida em que ele busca dirimir os conflitos. Marx no prefacio a edição russa de 1868 do Manifesto Comunista[21], publicada já após seu falecimento, assume de forma explicita que o contexto histórico se modificando muitas de suas análises não seriam tão compatíveis. Dessa forma acerca do Estado de Direito precisaria se fazer análises criticas do pensamento marxiano e não simplesmente ignora-lo, como ocorre, muitas vezes por ignorância ou ideologia.

O estado e o Direito , nesta perspectiva, devem ser compreendidos como instrumentos para uma construção de um outro modelo de sociedade. O Direito deve ter por função não a mera mediação dos conflitos, mas a resolução destes. É claro que em primeiro plano a diminuição para então de forma democrática e não violenta proceder uma revolução social.

O principio da proteção tem de ser encarado como uma conquista historicamente alcançada pela classe trabalhadora e não como mera concessão da burguesia. Tem o intuito de amenizar os efeitos da opressão burguesa, em um estado social, em direção a

construção de uma sociedade mais democrática. O princípio da proteção, é, então, um avanço incomparável conquistado por muita luta ideológica e pragmática. À luz de uma teoria crítica não pode ele ser entendido como solução para a questão da equidade. Ele é um meio fundamental para a construção de um modelo de igualdade que não se restringa a mera formalidade.

8. Conclusão.

A teoria marxista do trabalho contém muitas inadequações e lacunas. É, porém, imprescindível para compreender as relações de trabalho. Ela não pode ser descartada. A teoria da “mais-valia” que explica de onde vem o lucro e parte considerável do poder do empregador e do empregado, é fundamental para começar a ter uma avaliação mais completa do Direito do Trabalho.

Outro ponto importante sob o qual se sustenta a dominação do proprietário dos meios de produção é o processo de alienação – *“ao alienar sua capacidade de trabalho, o operário é subsumido materialmente ao modo de produção capitalista e o trabalho morto passa a exercer seu domínio sob o trabalho vivo”* [22].

O fato de as teorias marxistas estarem sempre próximas às lutas políticas não significam que sejam meros panfletos, principalmente no que tange o próprio Marx, há muitos estudos científicos, que tem de ser encarada de forma seria e rigorosa.

O princípio da proteção ao operário se situa num contexto de avanço social conquistado historicamente sob o qual as novas teorias marxistas têm de debruçar mais atenção. Não há espaço para compreendê-lo como mera concessão de um Estado Burguês. Neste momento, precisa-se ter mais atenção é no sentido de garanti-lo. Ora, numa sociedade onde impera o vulgo popular do *“jeitinho brasileiro”*[23] e onde as relações pessoais chegam ao imaginário inconsciente como *“para os amigos tudo e para os inimigos a lei”*[24], a simples efetivação do princípio da proteção nos casos concretos parece uma árdua tarefa.

Talvez os principais pilares de uma sociedade que almeje ser democrática de fato e não só de direito sejam liberdade e igualdade. O fim do Direito é a busca da justiça. Desta forma, o plano ideal tem que compreender as relações para além do princípio da proteção, afinal o princípio da equidade é o norte para a materialização desta sociedade. *“Certamente toda experiência histórica confirma a verdade – o homem nunca teria alcançado o possível se repetidas vezes não tivesse buscado o impossível”*[25]

9. Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1978.

- _____. **Ética a Nicomaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- ARON, R. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo, Martins Fontes:1999
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- BARRY, Brian. **Justice as impartiality**. Oxford. Oxford University Press, 1995.
- CARVALHO, Olavo de. **O futuro do pensamento brasileiro**. Rio de Janeiro :Faculdade da Cidade:, 1998
- CESARINO JR., A.F. “Princípios Fundamentais da Consolidação das leis do Trabalho” *In Legislação do Trabalho*, n.47. São Paulo, 1983.
- DELEGAO, M. Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR:, 2006.
- DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. São Paulo, Martin Claret, 2002.
- LIMA, F. Marques de. “**Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na**
- MARX, K. **O Capital**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- _____. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- _____. **Salário, preço e lucro**. São Paulo: Global,1980.
- MELHADO, R. **Poder e Sujeição**. São Paulo:. LTr, 2003
- NASCIMENTO, Amauri M. **Curso de Direito do Trabalho** São Paulo: Saraiva, 1981.
- Jurisprudencia.**” São Paulo: LTR:, 1996.
- SCHMIDT, M. **Nova Historia Critica**. Rio de Janeiro: Letras e Letras, 2001.
- WEBER, Max. “**A Política Como Vocação**”, em H. H. Gerth e C. W. Mills, *Ensaio de Sociologia*, Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

[1] MARX, K. **O Capital**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004

[2] BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007

[3] “Princípios Fundamentais da Consolidação das leis do Trabalho” In./ Ver. LTr de **Legislação do Trabalho**, n.47,II, 1938, pág. 447

[4] NASCIMENTO, Amauri M. “**Curso de Direito do Trabalho**” Ed. Saraiva: São Paulo, 1981.

[5] LIMA, F. Marques de. “**Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência.**” Ed. LTR: São Paulo, 1996

[6] DELEGAO, M. Godinho, **Curso de Direito do Trabalho.** Ed. LTr: São Paulo, 2006. pág.202

[7] ARISTOTELES, “*Ética a Nicomaco*”, L. V., Capítulo X, pág. 4.

[8] [8] LIMA, F. Marques de. “Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência.” Ed. LTR: São Paulo, 1996. Pág. 38

[9] DELEGAO, M. Godinho, **Curso de Direito do Trabalho.** Ed. LTr: São Paulo, 2006. pág 197

[10] MARX, K.: **Salário, preço e lucro.**

[11] MARX, K.: **Salário, preço e lucro.**

[12] Nota-se aqui o cuidado de não cometer o equívoco da teoria marxista clássica, que fala em quantidade necessária para sustentar o proletário, no entanto, com enfoque na própria teoria **marxiana** tem-se a noção de igualdade levada às últimas conseqüências e lembra-se que as necessidades de um trabalhador são as mesmas de um burguês, porquanto, fala-se em indivíduo.

[13] Desnecessário é compreendido aqui como não necessário para o sustento em situação hipotética. É, óbvio, pois, que sem este trabalho, no sistema capitalista, provavelmente o empregado ficaria sem renda para garantir as necessidades mais básicas para si e sua família.

[14] SCHMIDT, M. **Nova Historia Critica.** Rio de Janeiro: Letras e Letras, 2001.

[15] PEREIRA, G. O poder disciplinar.... pag. 75

[16] MELHADO, R. **Poder e Sujeição.** Ed. LTr: São Paulo, 2003

[17] Garcia Pereira é um dos grandes juristas marxistas no campo do Direito do Trabalho.

[18] DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico.**

[19] BARRY, Brian. **Justice as impartiality.**

[20] CARVALHO, Olavo de. **O futuro do pensamento brasileiro.**

[21] A edição do Manifesto Comunista publicada pela editora Lua nova traz este prefácio.

[22] MELHADO, R. **Poder e Sujeição**

[23] O Estudo acerca do “jeitinho brasileiro” é proveniente da obra Raízes do Brasil – Sergio Buarque de Holanda.

[24] Jargão popular do período conhecido como “coronelismo” de autoria desconhecida.

[25] WEBER, Max. "A Política Como Vocação", em H. H. Gerth e C. W. Mills, *Ensaio de Sociologia*, Rio de Janeiro: Zahar, 2002, pág. 135

CRISE ECONÔMICA E RELAÇÕES DE TRABALHO: A HIPÓTESE DO TRABALHO COOPERADO LÍCITO E IRREGULAR

ECONOMIC CRISIS AND WORKING RELATIONS: A HYPOTHESIS OF LICIT AND IRREGULAR COOPERATIVE WORK

**Flávio Bento
Marisa Rossinholi**

RESUMO

O presente estudo trata da crise financeira vivenciada a partir de 2008 e discute especialmente questões referentes à regulamentação das relações de trabalho e às possibilidades ou alternativas de vínculos de labor menos custosos e lícitos, como a opção da relação de trabalho cooperado. Após uma análise inicial das transformações vivenciadas pelo mundo do trabalho em função da mudança de um padrão intervencionista do Estado para formas menos regulamentadas, debate-se o atual contexto econômico e suas repercussões no mundo do trabalho para, na sequência, examinar-se a possibilidade de uma maior adoção do trabalho cooperado, como uma alternativa lícita nesse momento de crise e de necessidade de redução dos custos do processo produtivo. A atuação dos trabalhadores em cooperativas de trabalho lícitas já foi reconhecida pelo Poder Judiciário trabalhista como um avanço nas relações laborativas, especialmente nos tempos atuais de desemprego, quando a economia passa por uma mudança profunda em seus conceitos e o trabalho vem apresentando contornos diferentes, mais flexíveis. O cooperativismo é, sem dúvida, uma das formas de relação de trabalho que pode contribuir na luta contra o desemprego e o trabalho informal. O que deve ser combatido, entretanto, é a prática de verdadeiras fraudes à legislação trabalhista, por meio da utilização de empregados, sob a “roupagem” de cooperativas, especialmente quando os cooperados laboram na execução de serviços ligados à atividade finalística do tomador dos serviços. Nesse contexto, a atuação da Justiça do Trabalho, e do Ministério Público do Trabalho, vem se mostrando firme, no propósito de coibir essa nefasta prática na vida cotidiana dos brasileiros, que é a do desvirtuamento das relações de trabalho, objetivando diminuir custos de mão de obra mediante supressão de direitos trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÕES DE TRABALHO. CRISE ECONÔMICA. TRABALHO COOPERADO. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL.

ABSTRACT

The present study talks about the financial crisis we have been going through since 2008 and discusses in particular questions concerning the regulation of working relations and the possibilities or alternatives of work contracts that are less costly and licit such as the cooperative work relation. After an initial analysis of the

transformations experienced in the work place due to a shift from an interventionist pattern of the Government to less regulated ways, this study discusses current economic context and its repercussions in the work place. After that, it examines the possibility of a greater adoption of cooperative work as a licit alternative at this time of crisis and need of cost reduction of the productive process. The participation of workers in licit work cooperatives has already been recognized by the Judicial System as a step forward in the labor relations, especially in current unemployment times when economy is undergoing an extreme change in its concepts and work has shown different aspects, that is, more flexible aspects. Cooperativism is, without a doubt, one of the work relations that may contribute in the fight against unemployment and informal work. What has to be fought, however, is the practice of real frauds to the working legislation by means of using workers under the “disguise” of cooperatives especially when cooperative members do jobs connected to the end-activity of the employer. In this context, the role of the Justice Department and the Work Department have shown to be firm to prevent the harmful practice in the every day life of Brazilians that is the distortion of the work relations with the purpose of reducing labor work costs by means of suppressing workers’ rights.

KEYWORDS: WORKING RELATIONS. ECONOMIC CRISIS. COOPERATIVE WORK. SOCIAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho apresentam-se diretamente relacionadas com as transformações na economia, na vinculação entre capital e trabalho, no pensamento econômico e jurídico.

Faz-se necessária, portanto, uma melhor análise das modificações econômicas, bem como do papel do Estado como intermediador entre capital e trabalho em diferentes momentos.

Nos dias atuais, em função da grave crise financeira vivenciada a partir de 2008, apresentam-se questionamentos sobre o modelo econômico que vinha sendo adotado nos Estados Unidos e na Europa, e sobre os modelos de relações de trabalho. É necessário, entretanto, compreender a evolução do pensamento econômico e a participação do Estado nesse tempo de incertezas, para depois se discutir as questões referentes à regulamentação das relações de trabalho e as possibilidades ou alternativas de vínculos de labor menos custosos e lícitos.

Assim, o objetivo deste trabalho é apresentar algumas considerações sobre a transformação do modelo econômico adotado no mundo, e a necessidade de se pensar em novos modelos, nos impactos da crise na economia brasileira e na opção da relação de trabalho cooperado.

1 DO KEYNESIANISMO AO NEOLIBERALISMO

A crise dos anos 30 do século XX e a dificuldade que a economia mundial teve para retomar o equilíbrio fizeram com que a obra de John Maynard Keynes, “Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda”, escrita em 1936, que analisou a demanda efetiva e a necessidade de atuação do Estado em momentos que houvesse retração da demanda e de investimentos privados, inaugurou uma nova época no capitalismo global.

O Estado passa a ser importante ator na condução da economia e do desenvolvimento.

Para a economia brasileira e a latinoamericana, nas décadas de 1940 e 1950, houve uma importante participação da Comissão Econômica para América Latina e Caribe [CEPAL][1] na discussão do desenvolvimento.

Para seus pensadores, o progresso dos países subdesenvolvidos só seria possível tendo como principal agente o Estado. Este pensamento está ligado ao nacionaldesenvolvimentismo e às idéias Keynesianas do Estado de Bemestar Social. Vários autores discutem a questão do Estado de Bemestar Social na América Latina e no Brasil, enfatizando que o nacionaldesenvolvimentismo é o modelo mais próximo deste tipo de Estado. Esses estudiosos apontam, entretanto, para a não existência desse modelo de Estado nestes países.[2]

Para José Luis Fiori (1995), o Estado de Bemestar Social, seja de uma forma mais completa, seja em formas menos desenvolvidas, teve seu auge nos anos 1950 em função de uma série de fatores: generalização da produção no sistema fordista, levando ao crescimento; consenso sobre as idéias Keynesianas de pleno emprego e crescimento econômico; clima de solidariedade nacional em função do pós-guerra; avanço das democracias e dos sindicatos; temor dos países capitalistas ao socialismo, entre outros elementos.

As idéias Keynesianas de interferência do Estado em momentos de crise conduziram ao uso contínuo, mesmo nos momentos de crescimento econômico, de políticas fiscal e monetária[3] expansivas, levando a que vários países no final dos anos 70 e início dos anos 80 do século XX apresentassem o fenômeno de estagflação: economia estagnada e inflação.

Assim, foi justamente no momento em que o ciclo econômico se inverteu, apresentando taxas menores de crescimento, que o Estado de Bemestar Social entrou em crise, passando a ser visto como “extenso, pesado e oneroso, o responsável central [...] da própria crise econômica que avançou pelo mundo a partir de 1973/1975” (Fiori, 1995, p. 16).

Perry Anderson (1995) destaca que a crise econômica provocada pelas políticas excessivamente intervencionistas levou ao estabelecimento do neoliberalismo.

De acordo com Milton Friedman (1977) e Friedrich August von Hayek (1977), o Estado deveria se limitar a garantir a ordem política e econômica, não interferindo no

mercado como produtor e investidor. Essa discussão ganha grande espaço em função da crise do Estado nos anos 80 e 90 do século XX. Para Milton Friedman só há dois meios de coordenar as atividades de milhões. Uma é a direção central, utilizando a coerção [a técnica do Exército e do Estado totalitário moderno]. A outra é a cooperação voluntária dos indivíduos [a técnica de mercado] (FRIEDMAN, 1977, p. 87).

No caso brasileiro, principalmente a partir do Plano Real em 1994, a política fiscal tem sido um componente muito mais de busca de metas econômicas do que resultante da concepção presente na sociedade sobre o papel do setor público.

Ao analisar-se o período posterior ao Plano Real e a estabilidade monetária, grande destaque tem sido dado ao superávit primário^[4] em detrimento de novos investimentos em infraestrutura e áreas básicas.

As mudanças nas relações econômicas levam a alterações nas relações de trabalho, instaurando-se o debate sobre a desregulamentação do trabalho. Na área econômica, José Eduardo Gibelo Pastore (1995) argumentava pela desregulamentação, enquanto outros autores tratavam de uma precarização nas relações de trabalho (MATTOSO, 1995; POCHMANN, 1999).

Independentemente da forma de se analisar as transformações no mundo do trabalho no que se refere à regulamentação, há um quase consenso sobre essa mudança ocorrer também em função das transformações econômicas e em razão da alteração da produção Fordista para o sistema de produção Toyotista (RUDIGER, 2003; SACOMANO NETO, 1998).

Na produção toyotista a empresa deve reagir com agilidade e flexibilidade às transformações econômicas e às necessidades de um mercado cada vez mais dinâmico. Assim, a empresa deve concentrar seus esforços na sua atividade finalística e não nas atividades chamadas meio [que não são finalísticas].

A competitividade e as discussões sobre o trabalho aparecem agora de forma global. As indústrias buscam situar suas unidades em territórios competitivos, resultantes, entre outros elementos, da disponibilidade de fatores de produção, nos quais se inclui o trabalho. Além das transformações vivenciadas pelo mundo do trabalho em função da mudança de um padrão intervencionista do Estado para formas menos regulamentadas, faz-se necessário um debate do atual contexto econômico e de suas repercussões no mundo do trabalho para, na sequência, examinar-se a possibilidade de uma maior adoção do trabalho cooperado, como uma alternativa lícita nesse momento de crise e de necessidade de redução dos custos do processo produtivo.

2 CRISE ECONÔMICA E A BUSCA POR UM NOVO MODELO

Vários motivos levaram à configuração da crise econômica mundial no ano de 2008, com final ainda desconhecido. Essa fase difícil iniciada no mercado financeiro carrega com ela um estado de incertezas no setor produtivo e no mercado de trabalho.

Como elementos centrais da crise são indicadas a desregulamentação do mundo financeiro e a dissociação que este passou a ter do mundo produtivo.

De acordo com previsão da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico[5] [OCDE], a queda da produção em 2009 nos seus países deverá ser de 4,3%, com grande aumento do desemprego, que deverá atingir 25 milhões de pessoas (ROSSI, 2009).

Em relatório divulgado recentemente a Organização Internacional do Trabalho [OIT] avalia que o desemprego poderá atingir um aumento de 50 milhões de pessoas no mundo, representando um percentual de 7,1% da População Economicamente Ativa [PEA], e que 53% dos trabalhadores mundiais poderão sentir efeito na renda (OIT, 2009a).

Na América Latina a queda da produção deverá atingir 0,3% em 2009 (CEPAL, 2009), e no Brasil o último dado divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE] aponta para um desemprego da ordem de 8,5%[6] da PEA (IBGE, 2009). No que se refere ao crescimento econômico o governo ainda trabalha com a expectativa de aumento de aproximadamente 2%, mas agências nacionais e internacionais de análise já consideram a possibilidade de uma queda maior no Produto Interno Bruto brasileiro[7].

Se no Brasil a preocupação com a inflação tem sido uma constante, neste momento a deflação e os índices negativos do Índice Geral de Preços de Mercado [IGP-M] dão conta de um cenário recessivo. Somam-se a este indicador a queda da produção industrial e a existência de capacidade ociosa na indústria brasileira, sendo que no momento a capacidade ocupada é de 77,8% (CNI, 2009).

Esse cenário faz com que a discussão sobre as relações de trabalho seja intensificada.

Assim, busca-se analisar a possibilidade de uma maior utilização do trabalho cooperado. Não se trata aqui de desconsiderar as questões anteriormente apresentadas, mas sim de trazer para o debate formas alternativas de relações de trabalho nesses tempos de incertezas.

3 CRISE ECONÔMICA, RELAÇÕES DE TRABALHO E TRABALHO COOPERADO.

Conforme apresentado, a crise econômica mundial suscita a discussão acerca de formas alternativas e menos custosas de relações de trabalho.

Existem, na atualidade, várias formas lícitas de relações de trabalho, que estão previstas e dirigidas pelas normas jurídicas. Entende-se por relação de trabalho o vínculo, regulado pela legislação, por meio do qual uma pessoa física presta serviço [exercício de atividade ou tarefa] em benefício de outra pessoa, física ou jurídica

[empresas, associações etc.]. Os vínculos de trabalho possuem características comuns e específicas e, como regra, certas peculiaridades servem para diferenciar uma relação da outra. Dentre os vínculos de trabalho que estão previstos na legislação vigente podemos destacar: a relação de emprego [contrato de trabalho]; a locação de serviços de natureza civil [trabalho autônomo]; o trabalho voluntário; o trabalho eventual; o trabalho do servidor público estatutário; o trabalho cooperado, entre outros.

Uma dessas relações de trabalho, a de emprego, é protegida por normas vinculadas ao Direito do Trabalho. Essas normas asseguram ao trabalhador empregado alguns direitos especiais [salário e remunerações; férias e outros descansos remunerados; certas indenizações, como os valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço/FGTS etc.]. Esses direitos estão constitucionalmente garantidos aos trabalhadores empregados [Constituição Federal, artigo 7º.] (BRASIL, 2009a).

O empregado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual [não esporádica, não acidental] a empregador, pessoalmente, sob a direção deste [sob as ordens deste; subordinação], mediante o recebimento de salário ou remuneração. Apenas o empregado e o trabalhador avulso se beneficiam dos direitos especiais previstos no Direito do Trabalho.

A Lei n. 8.949, de 9 de dezembro de 1994, incluiu no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho o parágrafo único, prevendo que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (BRASIL, 2009b)[8].

O parágrafo único estabelece que o trabalhador cooperado não é empregado da cooperativa ou dos “tomadores de serviços” e, portanto, não se beneficia dos direitos especiais previstos no Direito do Trabalho. Os profissionais cooperados não contam com nenhum direito trabalhista, como a anotação da relação de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social, férias, décimo terceiro salário, descanso semanal remunerado, adicionais por trabalho perigoso ou insalubre, entre outros. A lei estabelece uma presunção relativa da inexistência de vínculo de emprego entre a sociedade cooperativa e o trabalhador cooperado [associado] e entre este e os tomadores de serviços da cooperativa.

O cooperativismo é objeto de uma das recomendações da Organização Internacional do Trabalho [OIT], de número 127, que foi editada em 1966. O objetivo da recomendação foi adotar diversas propostas relativas ao papel das cooperativas no progresso econômico e social dos países em vias de desenvolvimento[9] (OIT, 2009b)[10].

A figura das cooperativas de trabalho vem sendo objeto de vários estudos no Direito do Trabalho e nas Ciências Sociais (PEREIRA, 1995; MARTINS, 1995; PERIUS, 1996; SOTTO MAIOR, 1996; PACHECO, 1996; AMARAL, 1997; PIMENTEL, 1997; VIANA, 1997; CARRION, 1999; PASTORE, 1998, 1999; SOUZA NETO, 2000; LEVENHAGEN, MARTINS FILHO, 2002; SILVA, 2003; BORBA, 2004; SANTOS, 2005; entre outros).

É importante esclarecer que as sociedades cooperativas estão abrangidas pela ideia de terceirização. Na terceirização, uma empresa [“tomadora de serviços”] repassa a terceiros [pessoas físicas ou jurídicas, como as sociedades cooperativas] a realização de determinados serviços ou a produção de determinado bem que eram realizados ou que podem ser realizados pela própria empresa. Permite-se, nas empresas, a terceirização das atividades chamadas “meio” [tarefas não essenciais da empresa] e, excepcionalmente, a terceirização de atividades finalísticas[11].

Muitos conflitos na Justiça do Trabalho discutem a regularidade ou não da utilização da mão de obra de trabalhadores cooperados pelas empresas “tomadoras de serviços”. A realidade dos Tribunais trabalhistas apresenta tanto a situação das cooperativas regulares, como o desvio das cooperativas fraudulentas. O principal problema social e jurídico que envolve o tema é que a possibilidade de contratação regular de cooperativas de trabalho por “tomadores de serviços”/empresas pode ser desvirtuada para a prática de verdadeiras fraudes à legislação trabalhista, por meio da utilização de trabalhadores subordinados/empregados, sob a “roupagem” de cooperativas.

Uma empresa, tomadora dos serviços, pode contratar uma cooperativa de forma irregular, apenas para não contratar empregados e lhes pagar alguns dos direitos especiais assegurados na legislação trabalhista [férias e outros descansos remunerados; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço/FGTS etc.]. Assim, a contratação de trabalhadores cooperados pode envolver uma situação regular [cooperativa típica], ou pode representar uma fraude à legislação trabalhista.

Observou o Tribunal Superior do Trabalho que:

“a incidência do artigo 442, parágrafo único, da CLT supõe tratar-se de cooperativa típica, do ângulo formal e material, de inexistência de fraude à legislação trabalhista e de operar-se a terceirização em atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. E se, da análise das provas, o egrégio Colegiado Regional consignou que a atuação da cooperativa era irregular, em evidente tentativa de burla aos direitos trabalhistas, formando-se com o Recorrido, ante o princípio da primazia da realidade, uma autêntica relação de emprego, não há como se vislumbrar a alegada ofensa à literalidade do parágrafo único do artigo 442 da CLT, bem como ao art. 2º da Lei nº 5764/71 [...]” (BRASIL, 2009d).

4 CRISE ECONÔMICA E O RISCO DO DESVIRTUAMENTO DO TRABALHO COOPERATIVO LÍCITO

A atuação dos trabalhadores em cooperativas de trabalho é permitida e reconhecida como uma das formas viáveis de relação de trabalho.

Para a regularidade do cooperativismo, a Justiça do Trabalho, nos conflitos que lhe são submetidos, tem considerado que o labor dos cooperados deve observar as características do trabalho autônomo [trabalho em cooperação], sem subordinação, pois o trabalho subordinado é peculiar à relação de emprego. Nesse sentido, observe-se que:

“as cooperativas têm uma finalidade nobre, que é a de agrupar, pelo princípio da solidariedade e cooperativismo, pessoas com interesses comuns, para, trabalhando em conjunto, coletivamente ou em sistema de cooperação, poderem alcançar, de forma mais satisfatória, estes seus objetivos. As cooperativas existem, pois, para prestação de serviços para seus associados, em proveito deles [assim entendido o fruto desta prestação de serviço], a fim de atingirem seus objetivos comuns, sem qualquer finalidade de lucro. Há, portanto, uma coordenação de interesses, onde os cooperados almejam, pela reunião de seus esforços, atingir um resultado comum, em proveito de todos” (MINAS GERAIS, 2009a).

Em outra decisão, a Justiça do Trabalho destacou que:

“o instituto das cooperativas de trabalho representa inegável avanço nas relações de trabalho notadamente nos tempos atuais onde as taxas de desemprego atingem números astronômicos e a economia passa por uma mudança profunda em seus conceitos e o carro chefe de tais transformações é, sem dúvida alguma o trabalho que vem tomando contornos diferentes, mais flexíveis. Assim, verificado que a cooperativa foi regularmente formada, que o reclamante tinha ciência e concordância das condições em que o trabalho, enquanto cooperado, era prestado, e que os serviços prestados pela cooperativa são perfeitamente compatíveis com a terceirização, não há porque não reconhecer a validade da cooperativa” (MINAS GERAIS, 2009b).

Observa-se, entretanto, que é muito comum a contratação irregular de cooperativas de trabalho.

Parece-nos que a forma mais comum de contratação irregular é a utilização de trabalhadores cooperados para a execução de atividade finalística do tomador dos serviços (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

A partir da Lei n. 8.949, de 1994, que incluiu no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho o parágrafo único já citado, houve uma proliferação de cooperativas de trabalho na área rural, como ocorreu com o trabalho na colheita da laranja no interior do Estado de São Paulo. O trabalho desenvolvido nesse segmento pelos chamados “cooperados” ocorreu, como regra, com total inexistência de autonomia no trabalho prestado pelos trabalhadores e em flagrante terceirização ilícita de atividade finalística das indústrias de suco (STADUTO, ROCHA JÚNIOR, BITENCOURT, 2008).

O que se deve evitar e combater é a utilização das sociedades cooperativas em fraude à legislação trabalhista. Esse emprego do cooperativismo visa somente fornecer às empresas uma forma menos onerosa de mão de obra.

Merece destaque a atuação do Ministério Público do Trabalho contra a utilização irregular de trabalhadores cooperados.

Nos últimos anos, o Ministério Público do Trabalho vem adotando medidas judiciais visando impedir a utilização irregular de cooperativas de trabalho: a) em atividades que exigem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços [a subordinação, como regra, aplica-se apenas à relação entre empregador e empregado] (BRASIL, 2008a); b) em situações que não observam os princípios do cooperativismo, como a autonomia do labor do cooperado (BRASIL, 2008b). Algumas medidas obrigam os dirigentes de cooperativas a assumirem a obrigação de se absterem de constituir, fundar, criar, administrar, participar de, gerenciar sociedades cooperativas que tenham por objetivo o fornecimento a e intermediação de mão de obra de trabalhadores tipicamente subordinados [empregados, portanto], e cujas atividades não se enquadrem nos dispositivos que regulam o cooperativismo (BRASIL, 2008c). Outras atuações objetivam, também, a substituição da utilização de trabalhadores terceirizados pela Administração Pública, inclusive cooperados, pela contratação de servidores admitidos mediante concurso público, obedecidos os devidos preceitos legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual crise econômica mundial e seus efeitos danosos, como a diminuição da produção e o aumento do desemprego, aliados à necessidade de redução dos custos pelas empresas, proporcionam a retomada das discussões acerca dos modelos econômicos e produtivos, e das formas de relações de trabalho, especialmente de tipos alternativos e menos custosos de trabalho.

As mudanças nas relações econômicas geram alterações nas relações de trabalho e proporcionam a recuperação do debate sobre a ideia de desregulamentação do trabalho ou da flexibilização das relações laborativas e/ou da normatização trabalhista.

Nesse contexto, destaca-se a possibilidade de uma maior adoção do trabalho cooperado, como uma alternativa lícita nesse momento de crise e de necessidade de redução dos custos do processo produtivo.

A atuação dos trabalhadores em cooperativas de trabalho lícitas já foi reconhecida pelo Poder Judiciário trabalhista como um avanço nas relações laborativas, especialmente nos tempos atuais de desemprego, quando a economia passa por uma mudança profunda em seus conceitos e o trabalho vem apresentando contornos diferentes, mais flexíveis.

O que se deve evitar e combater é a utilização das sociedades cooperativas em fraude à legislação trabalhista, por meio da utilização de empregados sob a “roupagem”

de cooperativas, especialmente a utilização de trabalhadores cooperados para a execução de atividade-fim do tomador dos serviços, sem amparo na legislação vigente.

Nesse contexto, a atuação da Justiça do Trabalho, e do Ministério Público do Trabalho, vem se mostrando firme, no propósito de coibir essa nefasta prática na vida cotidiana dos brasileiros, que é a do desvirtuamento das relações de trabalho, objetivando diminuir custos de mão de obra mediante supressão de direitos trabalhistas.

Esse momento de incertezas na economia mundial não pode levar à desregulamentação do trabalho. A utilização regular de outras formas de relações de trabalho que não a de emprego, especialmente de tipos alternativos e menos custosos de trabalho como o cooperado, pode se mostrar uma opção importante para as empresas enfrentarem a crise econômica e retornarem ao nível produtivo anterior.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Anemar Pereira. Cooperativa de trabalho: o parágrafo único do art. 442 da CLT e a Lei n. 5.764/71. **Revista LTr**, v. 61, n. 3, p. 341-345, mar. 1997.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Cooperativa de trabalho e relação de emprego. **Revista LTr**, v. 68, n. 2, p. 173-177, fev. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009a.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009b.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e Recurso de Revista n. 683513/2000. Decisão: 06.03. 2002. Agravante e Recorrida: Cooperativa de Serviços os Trabalhadores Rurais e Urbanos Autônomos Ltda. - Coopersetra. Agravado e Recorrente: Frutax Indústria e Comércio Ltda. Agravado e Recorrido: Sebastião Aparecido Alfredo. *Relator* Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009c.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: Recurso de revista n. 581826/1999. Decisão: 23.04.2003. Recorrente: Cooperativa Nacional de Apoio ao Ensino Público e Privado Ltda. Recorrido: Edvaldo Alves de Oliveira. *Relator* Juiz Convocado Guilherme Bastos. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009d.

_____. Ministério Público do Trabalho. Notícias. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=266&tmp.texto=7609>>. Acesso em: 30 jun. 2008a.

_____. Ministério Público do Trabalho. Notícias. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=271&tmp.texto=7607>>. Acesso em: 30 jun. 2008b.

_____. Ministério Público do Trabalho. Notícias. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=271&tmp.texto=7509>>. Acesso em: 30 jun. 2008c.

CARRION, Valentin. Cooperativas de trabalho: autenticidade e falsidade. **Revista LTr**, v. 63, n. 2, p. 167-169, fev. 1999.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE [CEPAL]. **Crecimiento de América Latina y el Caribe retrocedería a -0,3% en 2009, según la CEPAL**. Disponível em: <<http://www.eclac.org>>. Acesso em: 7 de abr. de 2009.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA [CNI]. Disponível em: <<http://www.cni.org.br>>. Acesso em: 6 de abr. de 2009.

FIORI, José Luis. Federalismo e reforma tributária. In: AFFONSO, R. de B.; BARROS SILVA, P. L. (Org.). **A federação em perspectiva: ensaios selecionados**. São Paulo: FUNDAP, 1995. p.19-38.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Arte Nova, 1977.

GIAMBIAGI, Fábio. **Do déficit de metas às metas do déficit: a política fiscal do governo Fernando Henrique Cardoso 1995/2002**. Brasília, DF: BNDES, 2002. (Texto para discussão 93).

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Porto Alegre: Globo, 1977.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. **Últimos resultados**. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 1 de abr. de 2009.

LEVENHAGEN, Antônio José de Barros; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. 90^a. Conferência Internacional do Trabalho: relatório de participação: cooperativas de trabalho. **Revista LTr**, v. 66, n. 8, p. 922-930, ago. 2002.

MARTINS, Nei Frederico Cano. Sociedade cooperativa: vínculo empregatício entre ela e seus associados: o parágrafo único do art. 442 da CLT. **Revista LTr**, v. 59, n. 7, p. 890-893, jul. 1995.

MATTOSO, Jorge. **A desordem do trabalho**. São Paulo: Scritta, 1995.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3^a. Região. Recurso Ordinário n. 524/2004. Decisão: 26.10.2004. Recorrente(s): Jose Geraldo da Silva Junior; INFOCOOP SERVICOS, Cooperativa de Profissionais de Prestação de Serviços Ltda.

DJMG, 06.11.2004, p. 15. *Relator* Juiz Emerson José Alves Lage. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009a.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região. Recurso Ordinário n. 12097/1998. Decisão: 24.03.1999. Recorrente: COOPSEGSERVS, Cooperativa Mineira de Vigilância Segurança e Serviços Gerais Ltda. Recorrido: Márcia Cristina Vasconcelos. DJMG, 04.05.1999, p. 12. *Relator* Juiz Marcos Heluey Molinari. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009b.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Relatório da OIT sobre as tendências mundiais de emprego para 2009**. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/get_2009.php>. Acesso em: 3 de abr. 2009a.

_____. **R127: Recomendación sobre las cooperativas (países en vías de desarrollo)**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2009b.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Cooperativas de trabalho X intermediação de mão-de-obra. **Revista LTr**, v. 60, n. 8, p. 1102-1107, ago. 1996.

PASTORE, José Eduardo Gibelo. Cooperativismo coerente. **Revista LTr**, v. 62, n. 5, p. 639-641, maio 1998.

_____. Cooperativas de trabalho: o fenômeno da terceirização. **Revista LTr**, v. 63, n. 10, p. 1334-1337, out. 1999.

_____. **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva**. São Paulo: LTr, 1995.

PEREIRA, Adilson Bassalho. Fraudoperativa (?). **Revista LTr**, v. 59, n. 11, p. 1459-1462, nov. 1995.

PERIUS, Vergílio. As cooperativas de trabalho: alternativas de trabalho e renda. **Revista LTr**, v. 60, n. 3, p. 339-346, mar. 1996.

PIMENTEL, Marcelo. Cooperativas de trabalho e relação de emprego. **Revista LTr**, v. 61, n. 5, p. 586-588, maio de 1997.

POCHMANN, Márcio. **O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século**. São Paulo: Contexto, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. Recurso Ordinário n. 01128.731/97-5/1997. Decisão: 10.11.1999. Recorrido: Ivo Pinheiro Escuto. Recorrente: Cooperativa Triticola de Espumoso Ltda. – COTRIEL. *Relator* Juiz Paulo Caruso. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

ROSSI, Clóvis. G20 começa sob previsão de piora da crise. Folha de S. Paulo. 1 abr. 2009 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0104200931.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2009.

RUDIGER, Dorothee Susanne. Globalização, Justiça Social e Emancipação: um debate na perspectiva do direito do trabalho. **Impulso**. v. 14. n. 33, p. 41-53, 2003.

SACOMANO NETO, Mário *et al.* O futuro do trabalho, mudanças organizacionais e as novas habilidades gerenciais. In: **ANAIS**. ENEGEPE, 1998.

SANTOS, Érika Cristina Aranha dos. A fraude nas cooperativas de trabalho. **Revista LTr**, v. 69, n. 10, p. 1246-1254, out. 2005.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A teoria trabalhista da sucessão de empregadores e as sociedades cooperativas de trabalho. **Revista LTr**, v. 67, n. 9, p. 1059-1071, set. 2003.

STADUTO, Jefferson A. R. Staduto; ROCHA JÚNIOR, Weimar F.; BITENCOURT, Mayra B. Contratos no mercado de trabalho agrícola: o caso das cooperativas de trabalhadores rurais. **Revista de Economia e Sociologia Rural**. v. 42, n. 4, Brasília, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032004000400006>. Acesso em: 17 jul. 2008.

SOTTO MAIOR, Jorge Luiz. Cooperativas de trabalho. **Revista LTr**, v. 60, n. 8, p. 1060-1063, ago. 1996.

SOUZA NETO, Antônio de. Cooperativas de trabalho rural. **Revista LTr**, v. 64, n. 9, p. 1145-1151, set. 2000.

VIANA, Maria Julieta Mendonça. Cooperativas de trabalho: terceirização de empregados ou terceirização de serviços? **Revista LTr**, v. 61, n. 11, p. 1473-1478, nov. 1997.

[1] Sobre a CEPAL ver: <<http://www.eclac.org>>.

[2] José Luis Fiori (1995) apresenta um estudo das várias visões sobre o tema, enfatizando o ponto de vista de Liana Aureliano e Sônia Draibe sobre a ausência de um Estado de Bemestar social no Brasil, uma vez que, para as citadas autoras, o mesmo apresentava-se de forma “seletiva no plano dos beneficiários, heterogêneo no plano dos benefícios e fragmentado no plano institucional e financeiro” (1995).

[3] A política monetária expansiva caracteriza-se pelo aumento do crédito e do dinheiro em circulação e pela redução das taxas de juros. A política fiscal expansiva, por sua vez, gera a redução da carga tributária e o aumento dos gastos públicos. Ambas têm como objetivo o estímulo ao crescimento econômico.

[4] O superávit primário representa a superação das receitas arrecadadas pelos diversos níveis de governo em relação às despesas correntes, desconsiderando-se os juros e a correção monetária de dívidas anteriores. A busca pela obtenção de superávit primário no Brasil tem ocorrido principalmente a partir de 1999 em função de representar a

diminuição da relação dívida Pública/PIB. Na prática, implica a redução de gastos e investimentos para que as despesas correntes sejam menores que as receitas correntes e/ou o aumento da carga tributária. No caso brasileiro alguns estudos apontam para o aumento da carga tributária, manutenção de gastos correntes e baixos investimentos em infraestrutura promovidos pelo Estado (GIAMBIAGI, 2002).

[5] A OCDE foi criada em 1961 com o objetivo de reunir os países desenvolvidos. Atualmente é composta por 30 países, sendo que o Brasil não integra essa Organização.

[6] O IBGE mede o desemprego em seis capitais brasileiras: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Salvador e Recife, onde se concentram 25% dos ocupados do país.

[7] Sobre o principal indicador da atividade econômica, o PIB [Produto Interno Bruto], que exprime o valor da produção brasileira, ver: <<http://www.ipib.com.br>>.

[8] O texto completo do artigo 442 é: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único: Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” [Incluído pela Lei nº 8.949, de 9.12.1994] (BRASIL, 2009b).

[9] “adoptar diversas proposiciones relativas al papel de las cooperativas en el progreso económico y social de los países en vías de desarrollo”.

[10] Segundo o item II, número 3, “En los países en vías de desarrollo, el establecimiento y la expansión de las cooperativas deberían ser considerados como uno de los factores importantes del desarrollo económico, social y cultural, así como de la promoción humana” [Nos países em vias de desenvolvimento, o estabelecimento e a expansão das cooperativas deveriam ser considerados como um dos fatores importantes do desenvolvimento econômico, social e cultural, assim como da promoção humana] (OIT, 2009b).

[11] Observe-se a decisão a seguir reproduzida, do Tribunal Superior do Trabalho: “VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVAS DE TRABALHO. 1. A incidência do art. 442, parágrafo único, da CLT, supõe: a) cuidar-se de cooperativa típica, do ângulo formal e substancial, pois somente nela há cooperado autônomo; b) inexistir fraude à legislação trabalhista; c) operar-se a terceirização em atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. 2. Não viola o artigo 442, parágrafo único, da CLT, acórdão que reconhece vínculo empregatício entre suposto cooperado e empresa tomadora de serviços se se constata que a terceirização dá-se mediante fraude na aplicação da legislação trabalhista evidenciada da contratação de serviços de ‘cooperado’ para execução de trabalho diretamente relacionado com a atividade-fim da empresa tomadora” (BRASIL, 2009c).

DIREITO À EDUCAÇÃO DO TRABALHADOR: DIREITO DE TORNAR-SE PRÍNCIPE

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS TRABAJOS: DERECHO A SER PRINCIPE

**Ivan Dias da Motta
Marco Antonio Bosio**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo estudar o direito à educação dos trabalhadores, A Constituição Federal, no art. 205, assegura o Direito à educação como um dos direitos fundamentais, sendo desta maneira aplicáveis aos trabalhadores, podendo-se realizar a tutela deste direito, em função da Educação como necessidade para o desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Pretende-se dividir o estudo em três cenários, ou situações em que o Direito à Educação apresenta-se para o trabalhador. Sendo a) num cenário totalmente privado e capitalista, onde se apresenta a educação e as universidades corporativas; b) da necessidade do trabalhador em garantir a empregabilidade, através da formação e qualificação profissional, diante da automação nos processos de trabalho e da informatização, avanços tecnológicos e mudanças no mercado de trabalho; c) da possibilidade da Educação do trabalhador, voltada para a formação de cidadãos plenos na sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À EDUCAÇÃO; EDUCAÇÃO CORPORATIVA; FORMAÇÃO; GLOBALIZAÇÃO; EDUCAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL; DIREITO SOCIAL

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo estudiar el derecho a la educación de los trabajadores, la Constitución Federal, en el art. 205, el derecho a la educación como un derecho fundamental y por lo tanto es aplicable a los trabajadores y puede ser la autoridad de la ley, en función de la necesidad de la educación como el desarrollo de la persona y su personalidad. Se pretende dividir el estudio en tres escenarios, o situaciones en las que el derecho a la educación se presenta para el trabajador. As) de una forma completamente privado y capitalista, que tiene la educación de las universidades y las empresas, b) la necesidad de asegurar la empleabilidad del trabajador a través de la formación y cualificación profesional, en la cara de la automatización en los procesos de trabajo y tecnología de la información, los avances la tecnología y los cambios en el mercado laboral, c) la posibilidad de la educación del trabajador, dedicado a la formación de ciudadanos de pleno derecho en la sociedad.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO A LA EDUCACIÓN, EDUCACIÓN CORPORATIVA, LA FORMACIÓN, LA GLOBALIZACIÓN, LA EDUCACIÓN, DERECHO FUNDAMENTAL, DERECHO SOCIAL.

INTRODUÇÃO

Na literatura encontramos o romance histórico de Mark Twain, *O Príncipe e o Mendigo*, de 1880, o qual demonstra a possibilidade e o poder de transformação da educação. O personagem Tom Canty, um menino pobre, que acaba trocando de lugar com príncipe, pois em função das suas leituras em livros, vislumbra a possibilidade de sonhar com uma vida de príncipe[1]. Esta obra demonstra que através dos “livros”, isto é, da educação é que se consegue sonhar com um futuro melhor, e que pode ser alcançado, individualmente como no conto, ou coletivamente através da construção de um ensino voltado para a formação do cidadão. Onde de qualquer forma, pela educação, torna-se um príncipe quem abandona a miséria e a mendicância da ignorância.

Na antiguidade, a palavra *educação* tinha um sentido que já não utilizamos hoje. Significava alimentação, representando um desenvolvimento amplo e completo, expressa na frase: “*a parteira põe no mundo, a ama cria, o pedagogo forma, o mestre ensina*”[2]. Com a evolução da sociedade e diante da complexidade das relações a educação passou a ser uma atividade confiada a especialistas e setorializada[3].

A educação representa o processo de desenvolvimento das capacidades humanas, em seus mais diversos aspectos, com o fim de melhorar sua integração social. Escreve Jean Jaques Rousseau, sobre a educação que: “Nascemos fracos, precisamos de força: nascemos carente de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação[4]”.

Há na atualidade uma disputa entre duas concepções de educação do ensino superior, e que trazem consigo também a educação dos níveis anteriores. Uma, a primeira concepção é a de que se produz conhecimento e forma cidadãos para as práticas da vida social, econômica e em benefício da construção de uma nação livre e desenvolvida. E uma segunda concepção de uma educação superior com função da economia e dos interesses individuais e privados[5].

A educação se realiza, e se presta primordialmente para preparar para o trabalho[6]. Também a educação representa, sob a ótica da concepção individualista, diferenças de renda, bem como a própria exclusão social, em regra, que ocorre para as camadas com menor nível de escolaridade[7].

1. O TRABALHO E A EDUCAÇÃO COMO DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTAIS

O trabalho e a educação são direitos sociais, conforme estabelece a Constituição Federal no art. 6º[8]. São também direitos fundamentais, pois a “Constituição Federal, compõem um catálogo específico. Reunidos em um Título – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” -, que estão distribuídos em cinco capítulos (arts. 5º a 17)[9]”. Para José Joaquim Gomes Canotilho[10], direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente[11].

O Direito à Educação é um “direito de todos”, e deve ser realizada para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, como estabelecido no art. 205[12] da Constituição Federal.

A Lei de Diretrizes e Bases Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelece e regulamenta os programas destinados ao aperfeiçoamento e à especialização profissional, em *pós-graduação* podendo ser de atualização, aperfeiçoamento, especialização profissional ou mestrado profissional (MBA), *seqüencial* para a complementação de estudos ou de formação para o trabalho e de *extensão*, que são cursos de duração menor, com objetivo de qualificação e atualização para o trabalho.

Ao mesmo tempo em que se encontra garantido tais direitos na Lei maior da nação, por outro lado, no ambiente capitalista atual através da globalização, a “mundialização da economia unifica e divide, iguala e desiguala[13]”, a nova economia representa crescimentos pautados no incremento da produtividade de matriz tecnológica, ou seja, haverá busca de eficiência dos processos produtivos industrializados através da automação, desta maneira emergindo questões relativas à obsolescência da habilidade, e da segurança no emprego, o bem-estar psíquico de milhões de trabalhadores, relativamente seguros, mas potencialmente sem finalidade tornam-se problema crescente[14]. E se pudesse haver alguma certeza, seria a de que as mudanças ocorrerão cada vez com maior rapidez.

Assim, o direito à educação do trabalhador, pode ser pleiteado através de um Mandado de Segurança ou mediante Ação Civil Pública, pois através da interpretação sistemática do texto constitucional, decorre que representa um direito fundamental especificado na Constituição Federal nos art. 5º, 6º, 205 ao 214 e art.227, e independentemente da idade da pessoa, pois o art. 208, I estabelece que “sua oferta gratuita para todos aos que a ele não tiveram em idade própria”, considerado assim um direito subjetivo podendo realizar-se a sua exigência judicialmente.

2. EDUCAÇÃO E UNIVERSIDADE CORPORATIVA

Grandes organizações passaram a ter preocupações com a sociedade e com a Educação dos trabalhadores. A Educação corporativa põe em foco o desenvolvimento das pessoas, mas com o objetivo de obter resultado nos negócios. Para Peter F. Drucker, “se as organizações perderem sua capacidade de desenvolver pessoas, elas terão feito um pacto

com o diabo.[15]” Estudos realizados nas universidades corporativas demonstram que para cada dólar aplicado o retorno é de dois dólares[16].

Um dos principais objetivos da educação corporativa é propiciar o ensino dos valores e nas crenças de cada organização. Há uma tendência atual de que as empresas que soubessem promover o talento, e na capacidade de desenvolvimento de cada indivíduo bem como a valorização das pessoas, poderiam manter-se no mercado, uma vez que grandes investimentos em ativos imobilizados não representariam a garantia de continuidade em um mercado competitivo.

A própria CLT, a partir do ano de 2001, com a inscrição do art. 476-A[17], passou a contar com uma previsão de suspensão do contrato de trabalho para a participação de cursos de qualificação. E ainda qualquer auxílio disponibilizado pelo empregador para finalidade educacional, tais como auxílio-educação, ajuda de custo para cursos, percentuais sobre mensalidades em cursos e instituições de ensino, não se constitui salário *in natura* do trabalhador, conforme art. 457 da CLT[18].

A Educação corporativa trabalha com um escopo mais elevado que o denominado treinamento, podendo até atingir o estágio de Universidade Corporativa, como é o caso no cenário internacional da *Disney Institute*, *General Motors*, *UNISYS*, *Volvo University*, entre outras, e no país algumas companhias já desenvolvem universidades corporativas sob o acompanhamento do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, tais como a *Light*, *Grupo Accor*, *Rede Globo*, *Xerox*, *Visa*, *Marinha do Brasil*, *Vale*, *Bristol*, *Petrobras*, *Sadia* e alguns bancos e outras empresas.[19]

Desta maneira, as empresas precisam ter lucratividade, rentabilidade e tornarem-se competitivas, e o trabalhador recebe uma formação adequada. A empresa que investe em educação corporativa, não representa que está mais bem preparada, mas o contrário é verdadeiro: se não investir na formação implica em perda qualitativa e da qualidade. “Hoje, no entanto, as organizações que se diferencia são as que não tem a visão do trabalho das pessoas como *commodity*. As que priorizam a qualificação permanente de seus quadros.[20]”

3. EDUCAÇÃO COMO SOLUÇÃO AOS PROBLEMAS GERADOS PELO CAPITALISMO

A realidade atual apresenta-se sob o fenômeno da globalização do capital, e da atuação da força do capital sobre a soberania e as instituições estatais[21], e neste caso as instituições responsáveis pela educação, que se redirecionam para atender as demandas do trabalho por via de instituições estatais que proporciona a educação (pública) e regulamente o ensino (público e privado).

A internacionalização do capital produz sensação de insegurança e necessidade de mudanças constantes, desta maneira ao mesmo tempo em que os trabalhadores buscam na qualificação profissional e na formação educacional obter segurança, as empresas

atendem as necessidades de novas demandas no trabalho através da formação, como escreve Ivan dias da Motta:

“A rotina casa/trabalho/consumo/casa precisa ser reorganizada. Um dos motivos é o desemprego estrutural. Com menos postos de trabalho, há a necessidade de menos horas de trabalho, para abarcar maior número de trabalhadores. Daí mundialmente a redução do limite semanal da jornada e a implementação de sistemas de compensação de jornada e de bancos de horas com jornada Também é certa nas propostas a formação continuada durante a vida. Reciclar e adquirir novos conhecimentos é essencial à base produtiva. Por essa ótica, no campo individual, propõem-se os chamados contratos atividades que englobam por um período determinado: formação, produção, emprego, reciclagem, treinamento. O tempo social passa, segundo o espaço, a ser *casa/formação e trabalho/consumo/casa*[22].

A educação profissional representa na atualidade, possibilidade de garantias de um trabalho digno e decente. A esse respeito escreve Paul Singer:

“O capitalismo está atualmente passando por uma ampla transformação nas relações de produção, (...) A grande empresa capitalista, mergulhada em mercados globalizados, defende-se pela reestruturação. Dela resulta que apenas uma minoria de trabalhadores, que ocupa os lugares mais elevados da hierarquia ou que detém qualificações raras, continuará usufruindo plenamente as condições de *empregado*. A maioria se divide em duas partes: uma era um novo relacionamento com a empresa, como fornecedor eventual ou subcontratado ou ainda como trabalhador temporário; a outra será descartada.

A geração de postos de trabalho no capitalismo contemporâneo encontra-se em três acumuladores da mão-de-obra qualificada, o Estado, o Capital e o autônomo[23], e como alternativa ao capital o terceiro setor.

Desta necessidade de formação aos trabalhadores, apontamos como problemas ou dificuldades apresentadas pelo modelo educacional, o fato de que escolas, faculdades e universidades potencialmente podem tornar-se “produto de consumo”, resultando em uma “multidão” de graduados, sem colocação no mercado de trabalho, e ao mesmo tempo incapazes do exercício pleno da cidadania, mas voltadas para o individualismo característico da sociedade capitalista. Ainda, a obtenção do diploma não representa a certeza de bons salários e de colocação profissional no mercado de trabalho, o denominado desemprego de inserção, onde jovens recém formados não se empregam na especialidade de sua formação.

Em reconhecimento as transformações que o capital globalizado produz, a Constituição Federal através do Art. 7º inciso XXVII estabelece a “proteção em face da automação[24]. A formação e a qualificação profissionais, especialmente pelos cursos de formação direcionada para o trabalho, normalmente em áreas que existe falta de profissionais qualificados no mercado de trabalho, ainda é individualmente uma opção para a manutenção no trabalho diante de reestruturação, ou ainda em caso de descarte, a possibilidade de novo trabalho no concorrido mercado de trabalho.

Ao realizar um diagnostico sobre o problema do desemprego com dados do IBGE e outras fontes, Paul Singer reconhece que o treinamento profissional e algum

financiamento para começar um negócio por conta própria não é a solução definitiva, pensa ele:

“É preciso que fique bem claro que a maior qualificação dos trabalhadores, insistentemente reclamada pelos empregadores, não é a solução para o desemprego. O aumento da qualificação não induz os capitais a ampliar a demanda por força de trabalho, pois esta depende basicamente do crescimento dos mercados em que as empresas vendem seus produtos. Se todos os trabalhadores desempregados incrementassem seu nível de qualificação, o único resultado seria uma concorrência mais intensa entre eles, com provável queda dos salários pagos. A qualificação maior interessa ao trabalhador individual, para obter uma vantagem na luta por emprego[25]”

Ainda assim, diante dos problemas apresentados, a educação apresenta-se como uma alternativa possível para equacionar os problemas oriundos de um capitalismo excludente, especialmente gerado pela automação dos processos produtivos, informatização, robotização e outras demandas da reprodução do capital.

4. O IDEAL EDUCACIONAL A SER ATINGIDO

A Constituição Federal, no art. 205, estabelece em *princípios* três funções ou finalidades da educação. A educação corporativa, formação profissional e o próprio sistema educacional estão voltados primordialmente para a “*qualificação para o trabalho*”. Restam ainda dois aspectos primordiais em sua finalidade, que conduza e prepare as pessoas para as “*humanidades*”, sufocadas pelo ensino tecnicista[26]: o “*pleno desenvolvimento da pessoa*”, e o “*preparo para o exercício da cidadania*”.

Necessita-se de uma educação voltada para o exercício da cidadania plena, não algo utópico, irrealizável ou fantasioso, mas algo razoável e possível, em que se possa da melhor maneira, proporcionar ótimas condições de vida um povo equilibrado e feliz. Uma Educação voltada desenvolvimento da pessoa humana e de sua personalidade para uma vida digna e decente, centrada no exercício pleno da cidadania.

O pedagogo Antonio Gramsci, foi uma das referências do pensamento da educação e da emancipação das massas. Estabeleceu conceitos como o de *cidadania* e de *sociedade civil*, amplamente utilizados na atualidade, na aceção e na formação das denominadas políticas públicas, dentre as quais a educação se destaca. Para ele um dos principais objetivos da escola, seria de se realizar a elevação cultural das pessoas, ou das massas. Para ele as mudanças na sociedade somente poderiam ocorrer por instrumentos importantes, como a escola, isto é, pela educação[27].

Neste sentido escreve Demerval Saviani:

“Se educação é promoção do homem: se promover o homem significa libertá-lo de toda e qualquer forma de dominação: se, nas sociedades em que vigora o modo de produção capitalista, a dominação se manifesta concretamente como dominação de classe, então, educar, isto é promover o homem, significa libertá-lo da dominação de classe, vale

dizer, superar a divisão da sociedade em classes antagônicas e atingir o estágio da sociedade regulada[28]”.

A Constituição Federal delegou para a Educação as funções de preparar as pessoas para o exercício da cidadania, realizar o pleno desenvolvimento das pessoas, e qualificá-las para o trabalho, e ao mesmo tempo inscreveu a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, neste sentido deve trilhar a educação, para formação das pessoas ao trabalho, necessário para a subsistência e existência digna, mas sem perder de vistas o pleno desenvolvimento da pessoa humana e sua personalidade voltado para uma vida participativa como cidadão.

5. CONCLUSÃO

Visando o desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade, e nas situações em que se busque qualificação e formação para o trabalho, o direito à educação do trabalhador pode, por tratar-se de um direito subjetivo, ser garantido judicialmente.

Nos ambientes corporativos, se projeta uma educação corporativa, visando o desenvolvimento da pessoa humana do trabalhador, e ensino das culturas empresariais podendo inclusive resultar na criação e no desenvolvimento das universidades corporativas.

A educação voltada para a formação profissional, com vistas a manter-se no emprego, conseguir outro trabalho, ou ainda na preparação e desenvolvimento da capacidade para gerir negócios por conta e risco próprios, torna-se importante diante de um sistema capitalista excludente, e que resulta em alteração na rotina das pessoas, seja em virtude da automação nos processos de trabalho, informatização, o progresso técnico-científico, e da necessidade de lucros para a reprodução do capital.

Por fim, apresenta-se um terceiro cenário para a Educação do trabalhador, voltada para “como as coisas poderiam ser” ou de um ideal, onde o olhar volta-se para as teorias pedagógicas que garantam maior acesso das pessoas à Educação, bem como uma Educação voltada para o desenvolvimento pleno das pessoas e da formação de cidadãos plenos, com a consciência de sua atuação social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** – 7ª edição - Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. 3.a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CORTELLA, Mario Sergio. **Educação corporativa e desenvolvimento sustentável (começa em casa...)** in Educação faz diferença / organização Cristina Valiukenas, - São Paulo. Academie Accor Latin América, 2008.

DE MASI, Domenico. **O futuro do Trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. tradução de Yadyr A Figueiredo. Rio de Janeiro: Brasília-DF: Ed. da UnB, 1999.

DIAS SOBRINHO, José. **Avaliação ética e política em função da educação como direito público ou como mercadoria?** In Educação & Sociedade: Revista de Ciência da educação n. 88 volume 25. Especial – Out. 2004.

DRUCKER, Peter F . **Eles não são empregados, são pessoas**. Revista EXAME. Edição Especial Harvard Business Review. Suplemento da edição n. 764. Abril/2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**: tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo : Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito)

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito Constitucional**. – 3. ed. ver. atual. e ampliada. – São Paulo : Editora Método, 2008.

FERRARI, Márcio. A pedagogia começa na Grécia antiga / Antonio Gramsci: Pedagogo da emancipação das massas. In **Revista Nova Escola, Edição Especial Grandes pensadores**. A história do pensamento pedagógico no Ocidente pela obra de seus maiores expoentes. Fundação Victor Civita/Editora Abril – 2003.

MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MOTTA, Ivan Dias da. **Do arbitramento Judicial no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à Educação: controle social e exigibilidade judicial**. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Clayton. **Módulos Didáticos**, Maringá: CESUMAR, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Emilio, ou, Da educação**. Tradução Roberto Leal Ferreira – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. ver. atual. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

SAVIANI, Demerval. **Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações.** coleção educação contemporânea. 10ª Ed. Campinas-SP: Editora Autores Associados.

_____ **Educação brasileira: estrutura e sistema.** 9ª Ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005.

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas.** 6ª ed. São Paulo : Contexto, 2003.

TWAIN, Mark. **O príncipe e o mendigo.** Coleção a obra prima de cada autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004

[1] “Na velha cidade de Londres, em certo dia de outono do segundo quartel do século XVI, nasceu um menino, no Seio de uma família pobre, cujo sobrenome era Canty, que não o desejava. No mesmo dia nasceu outro menino para uma família rica, cujo sobrenome era Tudor, que o desejava. E toda a Inglaterra o desejava também. (...) Tom sempre lia os velhos livros do padre, e depois pedia-lhe que explicasse e comentasse o que lera. Aos poucos, suas leituras e seus sonhos provocaram nele algumas mudanças. As personagens dos sonhos eram tão arrumadas, que acabou por ter vergonha de seus farrapos e da sua sujeira, e passou a desejar ser limpo e andar bem vestido. (...) Pouco a pouco, as leituras e os sonhos de Tom sobre uma vida de príncipe foram causando um forte efeito sobre ele, a tal ponto que passou a se comportar como um príncipe, inconscientemente. (...) o pequeno príncipe de Gales estava vestido com os andrajos de Tom, e o príncipezinho dos pobres estava enfeitado com a brilhante roupagem real”. in TWAIN, Mark. O príncipe e o mendigo. P19-30.

[2] ROUSSEAU, Jean-Jaques. Emilio, ou, Da educação. Tradução Roberto Leal Ferreira – 2ª Ed. pg. 14.

[3] FERRARI, Márcio. A pedagogia começa na Grécia antiga. *In Revista Nova Escola, Edição Especial Grandes pensadores. A história do pensamento pedagógico no Ocidente pela obra de seus maiores expoentes.* p. 6.

[4] ROUSSEAU, Jean-Jaques. Emilio, ou, Da educação. Tradução Roberto Leal Ferreira – 2ª Ed. pg. 8.

[5] DIAS SOBRINHO, José. Avaliação ética e política em função da educação como direito público ou como mercadoria? *In Educação & Sociedade: Revista de Ciência da educação n. 88 volume 25. Especial – Out. 2004. Pg.703-706.*

[6] “Para sobreviver, o homem necessita extrair da natureza, ativa e intencionalmente, os meios de sua subsistência. Ao fazer isso, ele inicia o processo de transformação da natureza, criando um mundo humano (o mundo da cultura). Dizer, pois que a educação é um fenômeno próprio dos seres humanos significa afirmar que ela é, ao mesmo tempo, uma exigência do e para o trabalho, bem como é, ela própria, um processo de trabalho. Assim o processo de produção da existência humana implica, primariamente, a garantia da sua subsistência material com a conseqüente produção, em escalas cada vez

mais amplas e complexas, de bens materiais, tal processo nós podemos traduzir na rubrica “trabalho material”. In SAVIANI, Demerval. Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações. 10ª Ed. p. 11-12.

[7] SINGER, Paul. Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas. 6ª ed. p. 101.

[8] Ar. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.

[9] FACHIN, Zulmar. Curso de Direito constitucional. 3ª ed. pg. 220.

[10] CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 7º ed. pg. 393.

[11] CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 7º ed. pg. 393, *apud* Para uma visão tridimensional dos direitos fundamentais – dimensão jusnaturalista, dimensão universalista e dimensão constitucional – Cfr. VIEIRA DE ANDRAD, *Os direitos fundamentais*, Coimbra, 1983, pp. 3 e ss.

[12] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[13] MOTTA, Ivan Dias da. Do arbitramento judicial no processo do trabalho. p. 27.

[14] MOTTA, Ivan Dias da. Do arbitramento judicial no processo do trabalho. p. 32.

[15] DRUCKER, Peter F . Eles não são empregados, são pessoas. Revista EXAME. Edição Especial *Harvard Business Review*. Suplemento da edição n. 764. Abril/2002. p. 11.

[16] CHIAVENATO, Idalberto. Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações. 3.a p. 388.

[17] **Art. 476-A.** O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no Art. 471 desta Consolidação. (Acrescentado pela MP-002.164-041-2001).

[18] Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

[19] Disponível no site do Ministério da Indústria e Comércio do Governo Federal. <http://www.educor.desenvolvimento.gov.br/universidades.html> acesso em 17.03.2009.

[20] CORTELLA, Mario Sergio. Educação corporativa e desenvolvimento sustentável (começa em casa...) in *Educação faz diferença / organização Cristina Valiukenas*, p. 47.

[21] “Há, ademais, um “*imperialismo difuso*” que afronta até mesmo as instituições estatais mais poderosas. Refiro-me a outro perigoso aspecto, à globalização da Informática que possibilita o deslocamento súbito e imprevisto, de um País ou de mais Países para outros, de investimentos financeiros de caráter meramente especulativo e onzenário, como o demonstraram as gravíssimas crises sofridas, primeiro, pelo México e, depois, pelos países asiáticos, nos quais os neoliberais depositavam tanta confiança, ainda que desprovidos de indispensável estrutura democrática. É sabido que, à custa de imensos sacrifícios, o Brasil escapou dessa trágica subvenção de valores monetários. São fatos como esses que robustecem a tese da imprescindibilidade dos Estados Nacionais, (...).

Ora, é disso que se esquecem os partidários da “economia global”, com é o caso do economista Lester Thurow, autor do livro *The Future of Capitalism*, onde anuncia que “vai acabar o mundo dominado pela economia unipolar, como foi no século 19 com a Inglaterra, e é hoje com os EUA”. in REALE, Miguel. O estado democrático de direito e o conflito das ideologias. p 76-77.

[22] MOTTA, Ivan Dias da. Do arbitramento judicial no processo do trabalho. p 57 nota 99 *apud Os direitos e os desafios da contemporaneidade*, Júlio César de Sá da rocha e Márcia Costa Misi (organizadores) São Paulo LTr, 1999, pp. 66 et seq.

[23] SINGER, Paul. Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas. 6ª ed. p. 127.

[24] “A automação significa a implantação de processo produtivo que diminui ou dispensa a intervenção direta do homem. Já se preconizou que, ante a configuração de tal fenômeno, as empresas não pudessem alterar o número de seus empregados. A solução aventada aniquilaria o principal incentivo da automação, a saber, os ganhos com a redução de custos na utilização do fator trabalho. Desincentivada a automação, ficaria o país à margem do processo de modernização tecnológica, inviabilizando-se para a concorrência internacional cada vez mais acurada. Muito mais plausível seria impor-se às empresas, em cujos estabelecimentos se adotassem a automação, o encargo de contribuir para o retreinamento de mão-de-obra tornada obsoleta”. in MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estevão. O direito do trabalho na Constituição. p. 252.

[25] SINGER, Paul. Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas. 6ª ed. pg. 119-120.

[26] “Sabemos ainda que o universo da precisão e a primazia do útil e do prático também estão custando caro, como subordinação para muitos e desconforto mental para todos. As organizações se transformaram em instrumentos dessa subordinação e desse desconforto. Por causa delas é preciso começar uma melhora da nossa vida capaz de conjugar estética, ética e filosofia com técnica e economia. Essa ecologia do trabalho organizado não é impossível”. In DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho: Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. p. 239.

[27] FERRARI, Marcio. Antonio Gramsci: Pedagogo da emancipação das massas. *In Revista Nova Escola, Edição Especial Grandes pensadores. A história do pensamento pedagógico no Ocidente pela obra de seus maiores expoentes.* p. 49.

[28] SAVIANI, Demerval. Educação brasileira: estrutura e sistema. 9ª Ed. p. prefácio à 3ª edição.fl 02.

TRABALHO LABORTERÁPICO – EXPLORAÇÃO OU REEDUCAÇÃO?

WORK OF OCCUPATIONAL THERAPY - EXPLORATION OR RE-EDUCATION?

Janaina Tatiana Araujo

RESUMO

O estudo tem por objetivo abordar e ressaltar a pragmática da LEP (Lei de Execução Penal) em prever a não incidência dos direitos trabalhistas ao preso que optou em gozar do trabalho laborterápico, pois que tal atividade não lhe é impingida. O objetivo e finalidades do cárcere são ressaltados, pois que voltados à reeducação do transgressor, e não a lucratividade. A natureza de tal modalidade de trabalho é abordada, tornando desarrazoada a argumentativa da não recepção da LEP pela Constituição Federal quanto à distinção do trabalho exercício pelo homem livre e o do transgressor, principalmente quando observado a desenvoltura que a relação do trabalho laborterápico percorre adiante do Estado, do contratante e do preso, que através deste laboro, além de deter as garantias essências da sua dignidade humana apreciados pela LEP, ainda pode beneficiar-se da remição. A remição, somente é angariada pelo trabalho carcerário, nesta, a cada três dias trabalhados tem-se um dia de pena a mais como cumprida. Findar-se-á a breve a investigação, permeando os contornos mínimos da ética, bem como a existência desta em se aplicar o Princípio da Igualdade alheamente ao Princípio da Individualidade, onde o transgressor possuiria idêntica valoração, neste caso, os mesmos direitos trabalhistas que o homem afeito as regras decorrentes e imposta pela sociedade que este compõe e observa.

PALAVRAS-CHAVES: LABORTERAPIA. TRANSGRESSOR. PRAGMÁTICA. ÉTICA. IGUALDADE. INDIVIDUALIDADE.

ABSTRACT

The study has for objective to approach and to point out the pragmatic of LEP (Law of Penal Execution) in foreseeing the non incidence of the labor laws to the prisoner that chose in enjoying of the work of occupational therapy, because that such activity is not impinged him/her. The objective and purposes of the jail are pointed out, therefore that returned to the transgressor's re-education, and not the profitability. The nature of such work modality is approached, turning unreasonable the argumentative of the non reception of LEP for the Federal Constitution with relationship to the distinction of the work exercise for the free man and the one of the transgressor, mainly when observed the agility that the relationship of the work of occupational therapy travels ahead of the State, of the contracting party and of the prisoner, that through this I work, besides stopping the warranties essences of your human dignity appreciated by LEP, it can still benefit of the redemption. The redemption, is only recruited by the prison work, in this,

every three worked days a day of feather the is had more as having accomplished. The abbreviation will be finished the investigation, permeating the minimum contours of the ethics, as well as the existence of this in applying the Beginning of the Equality independently to the Beginning of the Individuality, where the transgressor would possess identical valuation, in this case, the same labor laws that the man respects the current rules and imposed by the society that this composes and it observes.

KEYWORDS: OCCUPATIONAL THERAPY. TRANSGRESSOR. PRAGMATIC. ETHICS. EQUALITY. INDIVIDUALIT

INTRODUÇÃO

Desde o instante em que o sujeito é submetido à custódia do Estado¹, a este é conferida a probabilidade de exercer “trabalho laborterápico”², tal expressão é utilizada a vista do *espírito* da LEP (Lei de Execução Penal, n. 7.210/1984) em face dos seus ‘reeducandos’, bem como pelo fato de tal Lei percorrer a trilha esculpida pelo processo penal a despeito da finalidade da pena, qual seja, a reinserção social do preso.

O trabalho laborterápico é circunscrito aos contornos da LEP, a qual é expressa em ressaltar a não incidência dos direitos trabalhistas em face do reeducando que goza do direito em exercer o trabalho carcerário e consequentes benefícios que deste advém, obviamente voltados à finalidade e objetivo da sua estada carcerária.

Em contrapartida a tese de inconstitucionalidade da distinção entre o trabalhador livre e do transgressor que será sinteticamente discorrida, será ressaltada a pragmática da LEP em ressaltar a não incidência da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) em face do trabalho do preso, bem como a inexistência de exploração do trabalho carcerário a vista da natureza e desenvoltura desta relação e, das vantagens desta advindas.

A justificativa da percuciência se confunde com o ultimo tópico de estudo, o que seja, a existência ou não de ética em face do intuito de paridade dos direitos trabalhistas dos sujeitos afeitos as normas cogentes, e àqueles que se encontra em fase de reeducação por telas infringidas, bem como a possível inversão de valores que de tal intuito poderia advir.

OS CONTORNOS LEGAIS DO TRABALHO LABORTERÁPICO

A interpretação literal do capítulo III da LEP, cinge à atividade laborterápica a palavra “trabalho”, tal infortúnio, se faz remediado pela compreensão de que tal atividade trata-se de um *dever social*, e principalmente porque detém *finalidade educativa e produtiva*³.

Sinteticamente, temos por fulminada as alegações de que a atividade laboroterápica exercida pelo preso trata-se de *terceirização selvagem*⁴ e ou de *trabalho escravo*⁵, pois que a “letra da lei” é contundente em aclarar que a atividade exercida pelo preso é alheia a lucratividade e afeita a sua educação e produtividade⁶.

Logo, pertinente se faz as recomendações de Rober F. Mager, pedagogo americano, que sob uma metodologia simples desenvolvida para identificar objetivos de ensino, cuja síntese ora se registra, preleciona que nas análises de objetivos, em geral, todo e qualquer objeto de investigação deve ser reconhecido pelo que é, e pelo que não é, com vias a garantir um resultado efetivo⁷.

O trabalho do preso ainda compõe a sua dignidade humana, haja vista a sua finalidade educativa e produtiva, ou seja, de reeducação, neste cerne entabula Reale Junior (in: Mirabete, 1990, p.262) "o trabalho não vale tão-só por criar bens econômicos, pois tem maior relevo sua importância existencial e social, como meio que viabiliza tanto a autoafirmação do homem como a estruturação da sociedade."⁸

a) Natureza jurídica do trabalho carcerário

Segundo a previsão na Convenção nº 29 da OIT (Organização Internacional do Trabalho)⁹ o trabalho carcerário não constitui forma de trabalho forçado ou tampouco obrigatório, tratando-se sim, de direito subjetivo do preso.

Em que pese a infortuna do art. 31 da LEP expressar que o preso é “obrigado ao trabalho”, temos pela necessidade da sua interpretação sistemática ao conteúdo dos artigos 39 e 41 da referida lei¹⁰. No artigo 39, inciso V, consta ser um “dever” do preso a “execução do trabalho”, enquanto que mais adiante, no artigo 41, inciso II, a Lei trata tal atividade como sendo um “direito” do preso.

Adiante dos preceitos da LEP, parece forçoso compreender pela *letra morta* do termo “obrigação”, vez que desde outrora, o que dirá na prática hodierna, onde há listas de espera de candidatos ao trabalho laboroterápico, o elemento volitivo do preso se faz presente, e frise-se, em regra são positivos, principalmente por acelerar a sua cruzada pela liberdade através da remição promovida pelo trabalho carcerário. No mais, nenhuma consequência negativa, como aumento de pena, castigos dentre outras consequências, ao preso advirá, acaso não opte em trabalhar.

Por outro lado, da leitura atenta do conteúdo dos artigos 39, inciso V e 41, inciso II da Lei em testilha, consta-se que a partir do momento em que o preso submeteu-se (aceitou) a gozar do seu direito em exercer o trabalho laboroterápico, terá por dever, sucumbir-se às suas obrigações, inclusive sob pena de cometer falta grave¹¹, a contrário senso, não se amoldaria aos contornos da *disciplina* deste esperado e, a ser sopesada nos pleitos de benefícios.

b) A desenvoltura da relação

A Lei Especial n. 7.210 de 11 de julho de 1984 (LEP) se faz expressiva quanto a não incidência dos direitos trabalhistas no trabalho laborterápico, valendo frisar, que a CLT é acarreada pelo Decreto Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, portanto anterior a LEP, o que por conseqüência lógica, lhe aduz a pragmática esperada.

Cabe ater-se, que o contrato direto entre o preso e o parceiro particular é vedado, assim, os contratos de trabalho firmados entre as empresas privadas e os encarcerados devem ser precedidos da interferência obrigatória da Administração Pública, ou seja, da administração do presídio, a Funap, órgão incumbido de fazer o repasse do dinheiro para o preso, que é no importe de 75% de sua remuneração mensal (que constituirá o seu pecúlio) a qual não será inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, portanto, adequada aos fins sociais a que seu labor se destina¹².

Os outros 25% detém fim delimitado pelo art. 29 parágrafo primeiro da LEP, neste, serão rateados o pagamento dos presidiários que prestam serviços ao Estado, água e energia elétrica da Unidade Prisional, além de eventual condenação à indenização pelos danos oriundos do crime, assistência familiar e pequenas despesas pessoais do preso.¹³

Mesmo alheio aos contornos da CLT, os presos que exercem atividades laborterápicas, são assegurados da dignidade da pessoa humana, também ao que tange seu físico, haja vista o respeito a sua condição pessoal, a sua jornada diária máxima de oito horas, e a atribuição de trabalhos voltados a sua: aptidão, idade, doença e ou deficiência.¹⁴

AS VANTAGENS DAS PARTES

As partes a serem consideradas, deverão ser o Estado como o responsável pela execução da pena imposta, o preso que exercita o trabalho laborterápico e as empresas privadas que contratam o Estado.

O exercício do trabalho laborterápico constitui vantagem para o Estado, por variados motivos. Inicialmente, porque mantém o condenado ocupado, de sorte que evita rebeliões e impede a fragilização da unidade prisional, por outro lado, com a remição da pena, evita-se a superlotação dos presídios.

Para o reeducando, inúmeras são as vantagens, a primeira delas, é a remição, bem como o afastamento da ociosidade, a constituição do pecúlio (montante da remuneração a ser obtida na libertação), além é claro da oportunidade deste em se profissionalizar e assim se afastar do círculo vicioso da criminalidade.

Já em relação às empresas, é certo que de tal contratação lhes decorre determinadas vantagens, como alguns incentivos fiscais, e a economia com os encargos trabalhistas a compensar o ululante preconceito que o trabalho carcerário é sucumbido, além da falta de estrutura estatal em promover e arcar com este.¹⁵

Há quem critique os contornos que envolvem tal relação, a maioria das argumentativas resumem-se na inobservância dos preceitos trabalhistas, ou seja, os direitos, garantias e mais direitos, que o trabalhador faz jus. Esquecem-se estes, que os presos exercem o trabalho “laborterápico”, e que se encontram apartados da sociedade por uma transgressão às normas a esta imposta.

Por outro lado, até mesmo a rigidez dos direitos trabalhistas dos trabalhadores livres em decorrência da crise econômica que assola toda uma nação, já se faz trincada pela necessidade no fenômeno da *flexibilização*, que impõe uma readaptação quanto ao resguardo dos direitos e garantias versos emprego. O que só faz reforçar a falta de razão em se pretender equiparar as modalidades de trabalho.

REMIÇÃO

A remição está positivada no art. 126 da LEP, nos seguintes termos: "O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena". O § 1º pretende orientar o intérprete, estabelecendo que "a contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de um dia de pena por três de trabalho".

Este instituto pode ser considerado como uma das mais importantes conquistas, em termos de abrandamento do atual processo de execução penal, trata-se de uma humanização do processo de execução da pena privativa de liberdade, pois que aplicável ao: primário ou reincidente, subordinado ao regime fechado ou semiaberto, ou mesmo em face de crimes hediondos.

O instituto da remição se faz presente como um verdadeiro estímulo à ressocialização. Através dela, incentiva-se o preso a trabalhar, de modo que a cada três dias de labor, conta-se como já cumprido um dia de pena. Em contrapartida, se advém um comportamento auto disciplinado decorrente da vontade de se melhorar, que resta por proporcionar e evidenciar a reeducação daquele.

HÁ ÉTICA EM TODA FORMA DE PARIDADE?

Em termos gerais, a ética é compreendida como sendo a conjugação dos truísmos presentes na organização antropológica. O ponto de vista ético é exclusivamente social,

e resulta de um sistema de ações e abstenções recíprocas, cujo único elemento normativo é a deontologia originária.

A Ética está para a sociedade assim como as necessidades fisiológicas e de segurança estão para o indivíduo, a não observância das condutas éticas transforma fatores impeditivos à eficácia de outras ordens.

O ponto nevrálgico, a saber, é até que ponto o Princípio da Igualdade alcança as pessoas não transgressoras das transgressoras. Ou seja, estaria a dignidade da pessoa humana não afeita ao Princípio da Individualidade, onde são sopesados os fatores externos, a índole, enfim, o comportamento em si da pessoa e as conseqüências deste advindas?

Data máxima vênia, mas àqueles que contrariam a ululante pragmática decorrente da disposição expressa da LEP quanto a não incidência dos direitos trabalhistas ao trabalho laborterápico exercido pelo preso, e menoscabam a máxima aristotélica que preconiza o tratamento “igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade” (Araujo & Nunes, 2001, São Paulo, p. 88)¹⁶, não merece nossos aplausos.

Parte da doutrina brasileira defende a tese de que o trabalho delineado pela LEP, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que a Lei Especial estaria promovendo uma distinção entre o trabalhador livre e o encarcerado no momento em que veda a aplicação das normas da CLT ao trabalho prestado pelo apenado, segundo estes, deveriam incidir sobre a atividade laboral do preso, todas as normas de proteção e tutela ao trabalhador livre.¹⁷

Embora a referida tese seja concisa e guarde respaldo constitucional, discorda-se desta, primeiramente porque o regime jurídico do trabalho carcerário é público, qual seja especial. No mais, se fosse aplicado todas as normas protetivas aos trabalhadores presos, estar-se-ia desestimulando a contratação da mão de obra carcerária, que além de eivada de preconceito, padece de estrutura estatal¹⁸, o que indiretamente, estaria em verdade diluindo o humanitário instituto da remição.

Por outro lado, para quem não cometeu crime e nem se encontra encarcerado, não pode haver um favorecimento ilegal para o recluso, simplesmente por estar no cumprimento da pena. Querer equiparar trabalhador livre àquele que exerce o trabalho laborterápico, é forçar demais, e se afastar da legalidade e da valoração que o comportamento legal deve merecer.

Portanto, a interpretação da Lei de Execução Penal é sempre voltada para os interesses da sociedade, pois foi ela que se viu atingida com a conduta do infrator, sendo justa sempre uma conclusão mais apoteótica para tutelar seus direitos que foram machucados.

Se a interpretação for contra a sociedade, e em avulto prestígio ao condenado, estará se enaltecendo o delinqüente e aprovando a criminalidade, numa verdadeira inversão de valores, onde se favorece os criminosos e se esquece daqueles que são honestos e

cumpridores dos seus deveres, havendo uma total fulminação a ética e, a máxima Aristotélica.

Cabe destacar, que para Aristóteles, a lei é um instrumento para o aprendizado, pois prescreve atos morais, bons e justos.

Mancuso, São Paulo, 2000:

"Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade (...), tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens. (...) Aparentemente é ele o objeto da ciência mais imperativa e predominante sobre tudo (...) **Uma vez que a ciência política usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo que devemos abster-nos, a finalidade desta ciência inclui necessariamente a finalidade das outras, e então esta finalidade deve ser o bem do homem.**"¹⁹ (Grifo nosso)

Assim, somente através da conexidade que deve atrelar as leis, se possibilita a vigência simultânea de vários ordenamentos na sociedade, cada qual exercendo uma função específica no controle social. De tal co-existência emerge as normas de variadas matizes, cada qual adaptada as necessidades próprias de cada situação, tornando sua valoração a esta focada.

Razão pela qual, prima-se pela imperatividade do Principio da Individualidade no Principio da Igualdade, sob pena de se enclausurar a ética esperada e decorrente da Lei de Execução Penal, que se faria à mercê de toda e qualquer sorte, ao revés da sua orientadora pragmática.

CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto e discutido, conclui-se pela latente necessidade de se compreender o trabalho exercido pelo preso, como sendo uma atividade laboroterápica, a qual se faz afeita aos objetivos e às finalidades da LEP e do processo penal, que sinteticamente atem-se a reeducação e na recuperação do criminoso, para que possa retornar à comunidade de onde fora segregado, devidamente reabilitado, pronto para obedecer às regras legais de convivência.

Por derradeiro, irretorquível se faz a pragmática que permeia a LEP ao prever a inexistência de direitos trabalhistas ao preso, até porque o não acesso a estes, conforme visto anteriormente, também se deve a natureza jurídica de tal trabalho ser a especial, híbrida, não havendo de se falar na sua falta de recepção pela Constituição Federal e ou tampouco de afronta a OIT.

Até porque, atividade laborterápica não se faz forçada e ou tampouco a título de penalidade, aliás, quem por esta opta, goza do instituto da remição, que acarreia ao reeducando inúmeras vantagens, diga-se, pertinentes a sua condição.

Portanto, ao nos depararmos com argumentativas de que o trabalho exercido pelo preso lhe é exploratório, temos pela desqualificação da luta jurídica de tais garantias sociais. Não somente porque se faz a mercê da dogmática da Lei Especial, mas principalmente porque o ponto mais polêmico do feito, o que seja, a recuperação e, seus meios reais dos quais o Estado hodiernamente dispõe, se fazem menoscabados.

A partir daí, os limites começam a se apresentar, menos pelas restrições impostas pela legalidade e muito mais pela força indutora da complexidade em se oferecer oportunidade de regeneração, tornando claro que o trabalho laborterápico é afeito a reeducação e, não a exploração do preso. A quem duvide, basta propor um método melhor do que este à reintegração social preso, onde não se reste por fulminar de uma vez por todas, com a dignidade da pessoa humana livre.

REFERENCIAS

1. Sendo preso provisório ou não.
2. Trabalho laborterápico, na sua semântica, remete à laborterapia, atividade totalmente alheia a lucratividade - “laborterapia (...) Nas Penitenciárias, atividade semelhante à terapia ocupacional, e que objetiva a reintegração social do condenado.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário básico da língua portuguesa, folha/Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p.382).
3. LEP, caput, “Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.
4. “Terceirização selvagem” - consiste no entendimento de que a utilização do trabalho carcerário, trata-se de trabalho exploratório, reduzindo o mesmo à condição análoga a de escravo.
5. Esta é a “firmação de Eleno José Bezerra, presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, ao referir-se ao produto pago ao preso” em decorrência do seu trabalho laborterápico. (FERNANDES, Fátima. **Indústria disputa trabalho barato de preso. Folha de S. Paulo, elaborado em 19 fev. 2006.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foalha/dinheiro/ult91u105377.shtml>>. Acesso em: 02 fev. 2009.)
6. Apud, (LEP, art. 28, item 3).
7. CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

8. MIRABETE, Julio fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 5º ed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 262.

9. OIT - Convenção n. 29, sobre “O Trabalho Forçado ou Obrigatório (...) Artigo 2º, 1. Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. 2. A expressão "trabalho forçado ou obrigatório" não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição;

10. LEP, “Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.”; “Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; (...)”; e “Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) II - atribuição de trabalho e sua remuneração;(...)”.

11. LEP, “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.(...)” – “Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; (...) V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; (...)”.

12. LEP, caput do “Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.”

13. LEP, art. 29, “§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.”

14. LEP, “Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. § 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo. § 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade. § 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.” e “Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.”

15. “A Agster, que fabrica artigos esportivos, trabalha com mão-de-obra do presídio feminino há dois anos. Hoje, 15 presas passam e embalam 30 mil peças por mês. A partir deste mês, vai contratar os serviços de outras 15 presas, que também serão responsáveis por parte da produção das peças. “Minha empresa está no presídio mais por interesse social do que econômico”, afirma Terry Terrell, proprietário da Agster. “Os clientes não gostaram da idéia no início. Viam como uma exploração do preso. Hoje enxergam como uma ação social, pois parte do

dinheiro que elas recebem vai para suas famílias", diz.” (FERNANDES, Fátima. **Indústria disputa trabalho barato de preso. Folha de S. Paulo, elaborado em 19 fev. 2006.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u105377.shtml>>. Acesso em: 02 fev. 2009.)

16. ARAUJO, Luiz Alberto Davi & Nenês, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88.

17. “Se na prestação de trabalho pelo apenado estiverem presentes todos os elementos de uma relação de emprego, pela realização de um trabalho subordinado com continuidade e pessoalidade, o pagamento deverá ser igual ou superior a um salário mínimo. A norma constitucional, em seu art. 7º, inciso IV, garante a percepção de um salário mínimo por todo trabalhador. Sendo norma de eficácia plena, implica automaticamente a não recepção da Lei de Execução Penal, que permite a realização de trabalho remunerado pelo apenado em valores inferiores ao mínimo legal, quando está caracterizada a relação de emprego” (Coutinho, Aldacy Rachid. *Trabalho e pena*. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFPR Vol. 32, 1999, p. 07).

18. Em tese, é do Estado o dever de promover e arcar com o trabalho do preso, todavia, este se faz insuficiente a tanto, fazendo com que a melhor, senão, única alternativa seja a de incentivar as empresas privadas, através de determinadas isenções e vantagens, a cooperar com a promoção social que delinea o trabalho laborterápico do preso.

19. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PATRIMÔNIO MÍNIMO E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - UMA ANÁLISE GARANTISTA DOS SALÁRIOS COMO MEIO DE PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

MINIMUM HERITAGE AND PRINCIPLE OF THE HUMAN DIGNITY - A GUARANTEED ANALYSIS OF THE WAGES AS A MEANS OF PROTECTING THE EXISTENTIAL MINIMUM

**Joyceane Bezerra de Menezes
Laura Anísia Moreira de Sousa Pinto**

RESUMO

Trata de uma análise do patrimônio mínimo sustentando a possibilidade de penhorabilidade parcial do salário como forma de garantia de pagamento de crédito trabalhista alimentar, haja vista o entendimento de ser o salário instrumento de preservação de um patrimônio mínimo essencial à dignidade. Parte da análise do princípio da dignidade humana como princípio estruturante da ordem constitucional pátria. A eficácia desse princípio impõe a prestação e/ou tutela de condições materiais mínimas e indispensáveis. Nesse contexto, exsurge o patrimônio mínimo como uma parcela essencial ao desenvolvimento e autodeterminação da pessoa, merecendo a devida tutela jurídica em vários ramos do direito. A impenhorabilidade do salário é uma das possibilidades jurídicas de tutela desse patrimônio. Porém, para a proteção do mesmo fim, é razoável a penhora parcial de salário do empregador ou ex-empregador para garantia de pagamento de verba salarial do empregado ou ex-empregado.

PALAVRAS-CHAVES: PATRIMÔNIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO AOS SALÁRIOS.

ABSTRACT

This analysis of the heritage of a minimum in order to protect the attachment part of the salary as a guarantee of payment of labor food credit, given the understanding to be the salary of an instrument to preserve heritage minimum essential dignity. Part of the analysis of the principle of human dignity as a structuring principle of constitutional homeland. The efficacy of this principle requires the provision and / or protection of material conditions and essential requirements. In this context, exsurge the minimum net worth as part essential to the development of self and person, deserving the proper legal authority in several branches of law. The unseizability of salary is one of the legal possibilities for protecting this heritage. However, for the protection of the same order, it is the attachment part of salary the employer or former employer to guarantee the payment of money wage of the employee or former employee.

KEYWORDS: MINIMUM HERITAGE. PRINCIPLE OF THE HUMAN DIGNITY. PROTECTION OF WAGES.

INTRODUÇÃO

O sujeito de direitos é um ente físico ou moral capaz de ser titular de direitos e obrigações. É aquele que protagoniza relações jurídicas, podendo compor tanto o pólo ativo quanto passivo em determinada relação jurídica.

A pessoa, enquanto sujeito de direito, é dotada de personalidade, um atributo que lhe permite compor relações jurídicas e reclamar a proteção jurisdicional, pleiteando a tutela efetiva perante o Estado-juiz. Amaral (2003, p. 220) já dizia que “a personalidade, mais do que a qualificação formal, é um valor jurídico que se conhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito.”

Mas a personalidade jurídica tem, atualmente, uma compreensão mais ampla, qual seja, a primazia da pessoa humana ancorada na afirmação da cidadania e da dignidade; deduzindo-se como um valor ético constitucionalmente positivado no princípio da dignidade humana e no direito geral de liberdade. Desses princípios exsurge uma verdadeira cláusula geral de tutela à pessoa, cuja meta é a garantia da autodeterminação do sujeito.

Pela perspectiva da cláusula geral de tutela da pessoa, os direitos enunciados constitucionalmente ou arrolados pelo legislador infra-constitucional podem não ser suficientes para uma proteção plena e integral da pessoa em todas as vicissitudes e fases de sua existência. Demanda-se um esforço interpretativo e integrador a partir do diálogo entre os diversos princípios, visando um suporte apto a realizar essa proteção efetiva da pessoa, fim último dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

O objetivo do presente texto é afirmar que a autodeterminação da pessoa demanda a existência de um patrimônio mínimo. O homem que nasce tem somente o potencial para se autodeterminar, mas a sua formação como sujeito pensante, auto-criador, dependerá de um processo, que exige condições materiais mínimas. Não sem razão, há autores que mencionam os direitos de personalidade sociais (SZANIAWSKI, 1993, p. 51), como verdadeiros suportes materiais à formação da personalidade.

E nesse aspecto é correto falar da necessidade de um patrimônio mínimo, como sendo uma parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa que deverá ser protegida contra a influência de quem quer que seja, eis que afetada para o atendimento de suas necessidades básicas. Com isso, funcionaliza-se o patrimônio, ou pelo menos parte dele, colocando-o como um meio de alcance da dignidade do seu titular. Embora o patrimônio não seja um atributo da personalidade, representa um substrato material, importante para a autodeterminação do sujeito. Nesse contexto, pode-se afirmar que “o patrimônio se converterá em nada mais do que um meio endereçado ao desenvolvimento integral da pessoa humana.” (FACHIN, 2006, p. 49).

Relacionando a garantia de um patrimônio mínimo à dignidade humana, percebe-se os principais fundamentos da teoria do “mínimo existencial”, cujo fundamento constitucional se extrai dos objetivos da República quanto à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais; dos fins da ordem econômica, pautados na justiça

social e na promoção da dignidade de todos. O patrimônio mínimo é um instrumento de fomento à cidadania, justificando-se como aquela parcela básica do patrimônio essencial ao atendimento das necessidades elementares da pessoa humana, do mínimo existencial.

Através do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos que dantes estavam unicamente voltados à garantia do crédito são renovados e utilizados na proteção da pessoa humana, com vistas a reconhecer, promover e desenvolver a sua dignidade. Dentre eles tem-se: a instituição dos bens de família (Lei 8.009/90 e arts. 1.711 e 1.712 do CC; a proteção dos efeitos da prodigalidade; a vedação da doação da totalidade do patrimônio, sem que se resguarde um mínimo (art. 548 CC) e a impenhorabilidade de determinados bens, inclusive dos proventos e salários (art. 649 do CPC). Em todos esses exemplos há a proposta de se preservar um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

Diante dessas considerações, surge o seguinte problema: o salário está preservado pela garantia da impenhorabilidade, segundo determina o art. 649 do CPC. Afora a possibilidade da penhora salarial para assegurar o pagamento de dívidas alimentares, a garantia de impenhorabilidade é absoluta? Poder-se-ia admitir a penhora parcial do salário de um empregador para saldar dívida de natureza salarial a outrem que lhe prestou serviço, ou seja, de seu empregado ou ex-empregado?

O trabalhador como qualquer pessoa tem direito a uma vida digna. E, na medida em que depende a sua força laboral tem direito a uma remuneração ainda que mínima, compatível à realização de sua subsistência. Neste caso, ainda é razoável sustentar que remanesce a impenhorabilidade absoluta e integral do salário do empregador ou ex-empregador, sob o menosprezo do direito ao salário por parte do seu empregado ou ex-empregado?

Para a análise dessa questão, em atenção ao escopo do artigo, partir-se-á da análise do princípio-garantia *dignidade da pessoa humana* e da teoria geral do patrimônio mínimo, situando este como instrumento para a realização daquele, para ao final, defender-se a proteção do salário como forma de garantia do mínimo existencial e assim, verificar a possibilidade de uma resposta positiva a essa última indagação.

1 O princípio da dignidade da pessoa humana: uma visão na ordem jurídica brasileira

Um dos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira é a dignidade da pessoa humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, inclusive a proteção da integridade física, psíquica e intelectual, além da garantia à autonomia e livre desenvolvimento. Por meio desse princípio é possível afirmar o ser humano como o centro de todo o sistema jurídico, uma vez que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial e cidadã.

Gustavo Tepedino (2004, p. 50) elucida da seguinte forma:

a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira **cláusula geral de tutela da promoção da pessoa humana**, tomando-se como valor máximo pelo ordenamento. (grifo intencional)

Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 82) também adverte que o valor dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, passou a ter força de comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Foi com este diploma normativo que efetivamente se passou a ocupar das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto da dignidade, impondo-se a todos os entes da federação a responsabilidade de alcançar os objetivos aqui correlacionados (BARCELLOS, 2008, p. 223).

Kant (1986, p.77), ao dispor sobre o reino dos fins, faz uma perfeita distinção entre coisa e pessoa:

[...] tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela qualquer outra coisa como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (grifo no original).

Convém demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio estruturante (ALVES, 2008, p. 43 e CANOTILHO, 1993, p.349) e princípio-conformador (CANOTILHO, 1993, p.178), em cujo teor explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensando as aspirações nucleares da ideologia constitucional.

Princípios estruturantes são aqueles que indicam o “núcleo essencial da Constituição, garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura” (CANOTILHO, 1993, p.349). Como a promoção da dignidade humana é objetivo e fundamento da República Federativa Brasileira (art. 1º, inciso III), fim da ordem econômica, substrato teleológico dos direitos fundamentais, pode-se afirmar a sua condição de princípio estruturante. É um princípio concreto, de dimensão jurídico-constitucional que, por si e pelos subprincípios que o densifica e concretiza, constitui princípio ordenador positivamente vinculante (CANOTILHO, 1993, p.352).

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro somente foi realmente enfatizado como norma fundamental do ordenamento jurídico a partir da Constituição Cidadã de 1988. Mas sem dúvida que consiste numa base estrutural antropológica da República Brasileira[1].

Importa, via de consequência, em um paradigma de Estado, voltado a fomentar o desenvolvimento da nação a partir do reconhecimento e elevação do ser humano ao

centro de todo o sistema jurídico. O Estado se volta para fomentar o desenvolvimento da pessoa, garantindo, inclusive, o instrumental mínimo necessário a uma vida digna. Chamam-se a lume não somente os direitos de primeira geração, como liberdade, mas também as demandas no campo social, mediante ações na área de saúde, habitação, moradia, dentre outros. Na visão de Sarlet, “o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.” (2007, p. 110-111).

Considerando a polissemia da locução *dignidade da pessoa humana*, é oportuna a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), como uma:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dignidade da pessoa humana, nas idéias sedimentadas pelo autor, expressa uma gama de valores humanizadores, civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares, ou seja, seus feixes se refletem na sociologia, política, história, educação dentre outros.

Esse princípio serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo, de maneira sintética e não exaustiva, o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que possam viver (teoria do patrimônio mínimo) e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade. Daí a defesa de uma dimensão prestacional para o princípio que não se assenta apenas na perspectiva ontológica da essência humana. E essa dimensão prestacional visa permitir, por meio de certas condições objetivas, o desenvolvimento pleno da personalidade. Conforme Perez Luño (1995, p.318) a dignidade da pessoa humana,

constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, **sino que entraña también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo**. El desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* (Selbstbestimmung des Menschen) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza (destaque em negrito pela autora).

Assim, reconhecer a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos operadores do direito, que devem, na interpretação e aplicação das normas e institutos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.

Daniel Sarmiento (2004, p. 379) conduz o mesmo raciocínio ao dizer que “a realização concreta do valor pessoa humana não depende só do Direito. Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de uma ética altruísta, voltada para o ‘outro’”. Trata-se aqui, da solidariedade que se espera dos estudiosos, aplicadores e do protagonista do direito, quem seja, o homem em sua situação concreta.

O Tribunal Constitucional da Espanha manifestou-se, em decisão proferida em 1985, no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.” (SARLET, 2001, p. 42).

A nossa jurisprudência já vem dando aplicação concreta do princípio da dignidade humana:

A questão habitacional é um problema que possui âmbito nacional e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser assumida pelos vários segmentos da sociedade, em mútua colaboração na busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88). (STJ, REsp 21.342-2/BA, rel. Min. José Delgado).

Diversos enunciados, inclusive no campo do Direito Privado, estabelecem aos diversos segmentos sociais o dever de promover o bem-estar da pessoa em solidariedade com o Estado. Citam-se a função social do contrato e da propriedade, os deveres da família para com a criança e para com o idoso; a tutela do consumidor no mercado de consumo; a tutela do salário por meio de normas de direito material e processual.

Em atenção ao tema desse artigo, importa apenas enfocar o aspecto do direito ao mínimo existencial, que se faz representar no patrimônio mínimo, a partir da tutela do salário para viabilidade dessa dignidade.

É natural que haja diferentes concepções acerca da dignidade e de como ela pode ser alcançada. Porém, é mais fácil se chegar a um consenso sobre as situações nas quais a pessoa está sujeita a um tratamento ou vida indignos, em face da ausência de um mínimo essencial ao que se entende ou experimenta ser a dignidade (BARCELLOS, 2008, p.229). E o que seriam, no contexto de um consenso mínimo da sociedade, as condições mínimas de dignidade?

Na resposta de Ana Paula Barcellos (2008, p. 230):

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Diante da transcrição acima, verifica-se que o mínimo existencial corresponde a um conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna que não podem ter todo o conteúdo e as suas pretensões previstas *numerus clausus*. Assim se entende, pois o princípio da dignidade contém um campo bastante livre e amplo para deliberação.

Agora o mesmo não se pode dizer em relação à investigação dos efeitos concretos desse núcleo mínimo. Essa investigação se mostra necessária, pois somente através dela se poderá maximizar a normatividade do princípio de modo a verificar qual seja o terreno propício para a aplicação de sua eficácia positiva. Seguindo o pensamento de Ana Paula Barcellos (2008, p. 288), o mínimo existencial se compõe de quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam, educação fundamental; saúde básica; assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Esses quatro pontos representam o núcleo assistencial da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva, e, conseqüentemente, o *status* de direito subjetivo exigível perante o Judiciário

A educação e a saúde procuram assegurar as condições iniciais aos indivíduos para que futuramente sejam capazes de construir, sua própria dignidade de forma autônoma. O conteúdo mínimo da educação engloba o material didático, alimentação e prestações básicas de saúde e transporte, podendo, ainda, o indivíduo exigir uma vaga na escola pública de qualquer nível federativo. Já em relação a saúde podemos destacar a prestação do serviço de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e ações de prevenção epidemiológicas.

Com relação à saúde há um dado particular a ser destacado, as prestações que fazem parte do mínimo existencial são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos e neste caso pode o Poder Judiciário determinar concretamente o fornecimento da prestação à saúde independentemente de existir uma ação específica do poder executivo ou Legislativo nesse sentido (BARCELLOS, 2008, p. 304).

Quanto à assistência aos desamparados, seu conteúdo é dado pelas condições mais elementares que se exige para a subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo que podem ser viabilizados pelos seguintes modos de atuação, quais sejam, entrega de um numerário diretamente ao necessitado; sistema de vales; disponibilidade *in natura*.

Já o acesso a justiça é o modo pelo qual os três acima, não restando uma ação voluntária, podem ser concretizados de forma “coativa”. O acesso à Justiça confere a cada uma das pessoas o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXVI da CF).

Interessante observar a previsão de Szaniawski (1993, p.51) que anuncia os direitos de personalidade sociais, dentre os quais se incluem o direito à saúde, à informação, ao silêncio, ao trabalho etc. Embora não seja uníssona essa classificação, não se olvida afirmar que certos direitos sociais são indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa. Não sem razão, o direito à saúde e à educação, por exemplo, também podem se comportar como direitos subjetivos individuais.

2 A teoria do patrimônio mínimo na promoção da dignidade humana

Para Fachin (2006, p. 166) a tutela do patrimônio mínimo assume um caráter instrumental na proteção da pessoa, seguindo uma perspectiva solidarista. Não se pretende uma proteção patrimonial de feição individualista, na qual o verbo *ter* se sobreponha ao *ser*. Do contrário, se quer proteger o mínimo necessário à realização das necessidades indispensáveis a uma vida com dignidade.

Na doutrina estrangeira, Otto Bachof foi vanguardista em reconhecer à garantia dos recursos mínimos a partir do direito subjetivo à uma existência digna. Seus estudos formulados ainda na década de 1950, informavam que o princípio da dignidade não clama apenas a proteção de uma liberdade, mas também, por um mínimo de segurança social, uma vez que sem recursos materiais mínimos, a sobrevivência do ser humano restaria sacrificada (SARLET, 2007).

Valores solidaristas permeiam todo o sistema jurídico brasileiro, influenciando as relações contratuais, em geral, e trabalhistas, o direito obrigacional, e o campo dos direitos reais, com o fim de também promover a justiça distributiva. Conforme se extrai da leitura do art. 170 da Constituição Federal, a justiça social é princípio estruturante da ordem econômica. E, para a sua concretização, às liberdades puramente formais são aditados os direitos sociais econômicos, de sorte que, como justifica Fachin (2006), da Constituição *garantista das liberdades na Constituição dirigente* se volta para a promoção da justiça social.

Quando se fala em direito subjetivo sobre um patrimônio mínimo quer-se garantir à pessoa não somente o direito à sobrevivência física, mas, sobretudo, a uma sobrevivência que atenda às elementares demandas de uma existência com dignidade. Essa parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa deve ser protegida contra a influência de quem quer que seja, em razão dessa afetação para o atendimento das necessidades básicas da pessoa. A esse processo de tutela pode denominar-se, funcionalização do patrimônio na promoção da dignidade de seu titular.

Importa compreender o que seja mínimo necessário à sobrevivência. O conceito de necessário, neste caso, não pode ser compreendido numa dimensão meramente formal, tal como se encontra no Código Penal quando trata do estado de necessidade (art. 24 do Código Penal). O adjetivo *necessário* deve ser repensado à luz do direito fundamental da dignidade humana, somado a perspectiva econômica e social prevista na própria Constituição.

Assim, essa reflexão dependerá do *standart* socioeconômico do momento, pois não há como negar que “o necessário a uma vida digna” sofre flutuações de ordem econômica, financeira, expectativas e demandas vigentes. Sabe-se, como explica Sarlet (2007, p.341), que a existência digna abarca mais do que a mera sobrevivência física; corresponde a um estado que não se conforma no limite da pobreza absoluta.

A respeito da aferição da palavra necessidade, Reinhart Maurach (1994, p. 570-571) dispõe:

[...] es preciso mencionar que en último caso, por ejemplo, antella llamada necesidad social, es decir, una situación de necesidad de carácter econômico que afecta em forma esencialmente equivalente a todos los círculos, o bien una catástrofe de grandes dimensiones (como una contaminación química radioactiva de um territorio), supone um aumento de los limites de lo exigible a todos los miembros de La comunidad jurídica.

A garantia de um patrimônio necessário ao indivíduo, é o ponto de partida para a consubstanciação de uma vida digna. Identificadas as características dessa vida digna, será mais fácil a promoção de sua eficácia positiva, ou seja, o estabelecimento e garantia dos direitos subjetivos mínimos que levam o sujeito àquele patamar.

A importância do princípio da dignidade humana na consubstanciação do patrimônio mínimo e formação da pessoa é tamanha que todos os poderes públicos a ele hão de se curvar. Conforme considera Jesús Gonçalves (1986, p. 61):

Deben, em primer lugar respertala. es decir, abstenerse de cualquier medida que suponga um atentado a la dignidad. Todos los poderes públicos vienen sujetos a este deber inecudible. No podrá promulgar normas, dictar actos imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humanan que, de culquier forma, supongan desconocimiento, atentado y menoscabo de la dignidad de la persona. Y los Tribunales deberán amparar a la persona ofendida em su dignidad, otorgándola uma eficaz protección frente a cualquier poder publico. (1986, p. 61 apud FACHIN, 2006, p. 180).

É preciso considerar que até mesmo na órbita internacional há o destaque a promoção do princípio da dignidade humana como determinante entre os povos no sentido de assegurar a todo o homem o direito a um padrão de vida mínimo. A certeza da afirmação pode ser constatada com uma simples leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 25, I:

I – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstância fora de seu controle.

A conseqüente proteção de um patrimônio mínimo não representa uma desigualdade por conceder uma vantagem em favor de uma das partes. Ao contrário, pressupõe a aplicação do princípio da igualdade em seu sentido material, em respeito às diferenças. Essa é a opinião de Edson Fachin (2006, p. 251) ao sustentar que as conseqüências advindas da proteção ao patrimônio mínimo não conduz a um estudo da desigualdade por vantagem exagerada em favor de uma das partes. Ao contrário, pressupõe a igualdade material, no sentido de reconhecer e respeitar à diferença sem deixar de alavancar mecanismos de proteção dos que são injustamente “menos iguais”.

Igualdade é dignidade da pessoa humana são princípios intimamente correlacionados. A partir do reconhecimento da dignidade a todos os homens se deduz a necessidade da igualdade (MAURER, 2005, p. 81).

Na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana é descrito como objetivo da República Brasileira, fim de sua ordem econômica, os direitos subjetivos patrimoniais se rendem à pessoa e seu respectivo desenvolvimento. Por essa via, tem-se a função social da propriedade, a função social dos contratos, o princípio da boa fé, realçando o véis solidarista que orienta as relações jurídicas de conotação cívico-constitucional, conforme já se mencionou.

O estatuto jurídico do patrimônio mínimo exsurge em uma dimensão instrumental para a realização dos direitos da personalidade. A teoria da preservação do mínimo existencial, suporte material da dignidade, por sua vez, está diretamente relacionada à tutela do patrimônio mínimo, e sua sustentação pode também se firmar em dois outros princípios, quais sejam, a solidariedade e a redução da desigualdade (art. 3º, I e III da Constituição Federal) que, também confluem para a promoção da dignidade da pessoa humana.

3 O conteúdo jurídico da teoria do patrimônio mínimo

O conceito atribuído à palavra patrimônio é multifacetado. Há diversas acepções, conforme se trata de patrimônio moral, genético, econômico, dentre outros. Interessa a este artigo, a acepção de patrimônio sujeita a valoração econômica. E daqui, importa chegar-se ao que seja patrimônio *mínimo*. Essa adjetivação ao substantivo patrimônio, parece refletir uma significação qualitativa, um teto mínimo necessário a garantir as condições existenciais da pessoa. Mas, até mesmo essa quantificação mínima está sujeita à flutuações, não só no campo econômico e financeiro, mas, sobretudo, em face das expectativas e necessidades vigentes, condicionadas ao tempo e espaço.

Por essa razão, Edson Fachin (2006, p. 277) diz que:

O mínimo transcende essa percepção quantitativa e não coloca no ponto central a noção de extremo. Ao se falar de mínimo ou máximo não se cogita os extremos abaixo ou acima dos quais o objetivo em questão perde todas as características, suas propriedades.

Assim, é mais adequado compreender esse adjetivo mínimo no aspecto qualitativo, em correspondência àquilo que é justo, tendente à minimizar ou excluir a desigualdade, a partir da aplicação do princípio da razoabilidade (FACHIN, 2006, p. 278). Esta razoabilidade deve ser tímida na busca de implementação da igualdade substancial para aqueles que menos têm e mais necessitam. É necessário conferir ao ser humano possibilidade de alternativas, liberdades, uma vez que a vida não se reduz a mera existência.

Sem esse aparato, o ser humano pode até sobreviver, mas não exercerá a sua condição de pessoa, na construção ativa do seu projeto de vida. Um ser humano que somente

sobrevive, sem que lhe seja permitida a possibilidade de escolhas e alternativas, não é, efetivamente, um sujeito de direito, tampouco gozará do pleno desenvolvimento de personalidade. Daí a assertiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 102) “não deixar alguém sucumbir à fome é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente.”

Embora inexista uma prévia definição legal para a locução *patrimônio mínimo*, essa lacuna pode ser integrada no ordenamento jurídico. O objetivo constitucional de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, já propõe a funcionalização do patrimônio como um instrumento de cidadania. Direitos sociais específicos (tais como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) contribuem decisivamente na formação e garantia desse patrimônio mínimo. Todos esses direitos sociais estão arrolados na Constituição Brasileira e são instrumentos que se voltam para a implementação do mínimo existencial.

Como mencionado anteriormente, institutos civilísticos reestruturados em favor do desenvolvimento da pessoa. Cristiano Chaves de Farias (2005, p. 314) salienta que “através da teoria do direito a um patrimônio mínimo institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados e rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, com um aspecto essencial para o conhecimento de sua dignidade.”

Como exemplos, não exaurientes, têm-se a proteção do bem de família (Lei 8.009/90 e arts. 1711 a 1722 CC), o óbice a prodigalidade, a vedação ou anulabilidade da doação da totalidade do patrimônio, sem que se resguarde o mínimo (art.548 CC) e a previsão da impenhorabilidade de determinados bens (art. 648 e 649 do CPC) etc. Todas essas situações propõem-se ao reconhecimento da necessidade de preservação de um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

Cumprir sinalizar que o reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode ser limitado à tão-somente uma situação econômica e social do titular. Muito pelo contrário, o reconhecimento desse direito deve ser compreendido de modo universal, ou seja, deve ser funcionalizado de acordo com cada caso concreto, com o propósito de proteger cada uma das pessoas humanas para que venha a desempenhar suas atividades e relacionamentos de forma digna.

Diante dessa idéia de funcionalização do mínimo essencial para a proteção da pessoa humana, é que se pode dizer que o patrimônio não pode ser visto como um fim em si mesmo, vez que sequer corresponde a uma cifra meramente mensurável. É um instrumento viabilizador de um valor muito maior, qual seja, o valor dignidade, de forma e oferecer subsídios para a pessoa humana diante das condições materiais que lhe serão ofertada possa eleger dentre aquelas possíveis aquela que lhe possa patrocinar um viver com dignidade.

4 A efetiva garantia ao patrimônio mínimo: sua efetivação através da proteção dos salários

Ante ao que já se expôs, conclui-se que o ordenamento jurídico permite uma interpretação sistemática e teleológica, tendente a tutela do patrimônio mínimo. Todavia, não basta simplesmente reconhecer esta garantia, é necessário que ela seja, de fato efetivada de maneira a pulverizar o acesso a todos.[2]

Assim, duas orientações deveriam ser consideradas. A primeira, de ordem legislativa, editando-se leis ou dispositivos específicos sobre a garantia do patrimônio mínimo necessário à sua manutenção da pessoa. A título de exemplo tem-se os enunciados do arts. 648 e 649 do CPC, dispondo sobre a impenhorabilidade de alguns bens. Seria o caso, de prever uma forma de afetação específica do mínimo existencial. A segunda orientação, consiste na importância da atuação do Juiz, pois a jurisprudência terá o papel primordial, haja vista que as situações que se desenrolam no caso concreto são as mais diversificadas e não existem leis específicas para todas as situações. Caberá ao Judiciário oferecer as respostas otimizadoras no sentido de atender o princípio da dignidade humana, a partir da aplicação de princípios de maior densidade e regras pertinentes, articulando uma sustentação complexa que se volta à promoção da pessoa e a redução das desigualdades, numa perspectiva humanista e solidarista. A própria Constituição Federal, por vários dispositivos, aponta a direção da concretização material desse intento, sendo emblemática a dicção do art. 7º, IV, a respeito do salário-mínimo.

O salário, mesmo em seu mínimo, serve para “assegurar a subsistência do trabalhador e dos que dele dependem, representa uma medida necessária à defesa da pessoa humana” (CATHARINO, 1994, p. 47). Dessa forma, deve ser assegurado o mínimo-suficiente para que os trabalhadores vivam, sem que o trabalho se converta em mera mercadoria e o trabalhador se transmute numa simples máquina de produzir. Há, perene manifestação da dignidade na afirmação social do trabalho, no ambiente laboral. Gabriela Neves Delgado (2006, p. 241) diz que:

Considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais.

O trabalho emancipa o homem enquanto, promovendo-lhe o desenvolvimento além da mera subsistência[3]. Quando, porém, os papéis se invertem, ou seja, o homem passa a servir apenas como um instrumento para o trabalho sem que a sua força de trabalho possa reverter-se também em seu benefício, o processo de dignificação rui. Nesta situação o trabalhador deixa de ser visto como um homem e passa a ser considerado apenas *coisa* para aquele que o emprega, comparável ao maquinário que integra a estrutura patrimonial do estabelecimento.

O trabalho é, juntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança, um valor fundamental. Faz parte do núcleo dos direitos essenciais, uma vez que pelo trabalho se permite a dignidade daquele que trabalha, proporciona-lhe o pleno desenvolvimento. O empregador deve conceder a seus empregados um ambiente de trabalho adequado, respeitoso da dignidade e da integridade física, intelectual e moral, além do salário compatível. Esta sim é a razão de destaque quando se fala em

valorização do trabalho e preservação da dignidade do ser humano (ALVARENGA, 2008, p. 112).

Verificada a importância de se visualizar o trabalho como instrumento de desenvolvimento do próprio homem e não meio de submissão do homem pelo homem, é necessária a tutela dos direitos e garantias que envolvem a relação laboral. Dentre essas garantias, a proteção ao salário, indispensável ao desenvolvimento da pessoa e dos seus dependentes. Quando se mitiga o salário – incluindo-se aqui, os demais créditos trabalhistas – se nega importância à energia despendida pelo empregado.

A energia humana, de certo, não pode ser comparada ao valor pecuniário do salário. O sentido teleológico da remuneração não está circunscrito ao aspecto financeiro, mas também implica em um aspecto moral, na medida em que se reconhece a necessidade e preciosidade da energia intelectual ou manual do homem. Ao receber aquilo que lhe pertence, o trabalhador terá a sua disposição não apenas o valor quantitativo da pecúnia recebida, mas o direito ao resguardado de sua subsistência. Portanto, privar o homem de sua retribuição salarial é negar-lhe a possibilidade de se ver como homem capaz de produzir e conquistar um patrimônio mínimo.

Privado desse patrimônio mínimo, a própria liberdade geral do homem-trabalhador restará comprometida. Como se determinar conforme suas próprias escolhas se não lhe é dado o que escolher? Se não se escolhe, nem se protege, nem se garante, não há liberdade e muito menos dignidade.

O salário é peça chave para a República Federativa Brasileira, na luta para erradicar a pobreza e diminuir a desigualdade social. Não restam dúvidas de que os salários são, de fato, uma forma de distribuição de renda e que compatibiliza o espírito de solidariedade entre aquele que paga e o que recebe. Por esses motivos a ordem *justralhista* estabeleceu um sistema amplo de proteção ao conjunto de parcelas devidas ao trabalhador no contexto da relação de emprego.

Essa gama de proteção se manifesta nos próprios princípios trabalhistas, dentre os quais, tem-se aqueles que asseguram a imperatividade de quase todas as normas laborais (art. 9º da CLT), que asseguram a indisponibilidade dos direitos trabalhistas (arts. 9º, 444 e 468 da CLT), e que vedam as transações bilaterais quando lesivas ao trabalhador (art. 468 da CLT).

Paralelamente aos princípios acima enunciados, verifica-se a proteção dos salários também em outro bloco sofisticado de garantias, quais sejam, proteção no tocante ao valor dos salários e contra eventuais abusos do empregador; proteção quanto ao avanço dos credores do empregador sobre o seu patrimônio; e proteção jurídica contra os próprios credores do empregador.

Nesse escopo de proteção jurídica ao valor salário, três pilares são fundamentais, quais sejam, a noção da irredutibilidade do valor salarial (art. 7º, VI da CF), a correção salarial automática (visa concretizar, ainda que precariamente, a noção de preservação real do salário obreiro, quando diante de avanços inflacionários aparentemente significativos) e patamar mínimo de valor salarial (que se transfigura no salário mínimo legal, salário profissional e salário normativo ou convencional).

Quanto à proteção contra abusos do empregador, verificou a ordem jurídica trabalhista que havia necessidade de se estabelecer medidas relacionadas ao pagamento do salário, tais como periodicidade máxima mensal para o pagamento dos salários (art. 459 da CLT), que o lugar do pagamento seja no local de trabalho (art. 465 da CLT), salvo crédito em conta ou pagamento em cheque, que o pagamento seja providenciado em “moeda nacional” (art. 463 da CLT); e medidas relacionadas à intangibilidade do salário, através do controle dos descontos.

A proteção do hipossuficiente pelo Direito do Trabalho procura justamente promover a proteção da dignidade humana do homem que labora. Quando Ana Paula Barcellos (2008, p. 320-325) escreve a respeito do mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, dispõe que esse conteúdo mínimo se compõe de quatro elementos, quais sejam, educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Com relação a esfera da assistência aos desamparados, o seu conteúdo é dado pelas condições mais elementares que se exige para a subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo.

Assim, é evidente que o salário garante a manutenção dessas três subsistências apontadas; na verdade ele é o referencial que proporciona ao homem e sua família essa manutenção. Daí o porquê de se afirmar ser o salário um instrumento de viabilização do conteúdo mínimo da dignidade do homem, e, portanto, merece proteção.

O ordenamento jurídico reconhece, portanto, a relevância do salário como meio de garantia da própria dignidade do homem que trabalha. Tanto o é que conferiu a garantia da impenhorabilidade dos salários quando confrontado com outro crédito.

Daí vem a seguinte indagação: pode-se sustentar a permanência da impenhorabilidade absoluta de um determinado salário (do empregador ou ex-empregador), ao mesmo tempo que são negadas todas as garantias a outro salário (do ex-empregado ou empregado)?

Não é incomum alguém iniciar um determinado negócio e, tempos depois, ter de encerrá-lo por dificuldade econômica que o impede de prosseguir com o empreendimento. Em consequência, há a dispensa todos os funcionários sem o pagamento das verbas trabalhistas devidas ao tempo da rescisão. Todavia, aquele que era o ‘patrão’, não tendo mais o negócio, vai à procura de novo emprego e passa a ser empregado ou passa a receber proventos de aposentadoria. Como ficam os débitos trabalhistas relativos ao negócio que fracassou?

Pelo ordenamento legal em vigor, o ex-empregado teria direito a promover a execução de uma decisão que reconheceu a existência de créditos trabalhistas em seu favor, mesmo que para isso tenha que penhorar salários, proventos de aposentadoria do seu ex-empregador, ora devedor?

O art. 649 do CPC, que trata sobre a questão da impenhorabilidade dos salários em seu inciso IV, já traz no parágrafo 2º uma exceção, qual seja, a garantia da impenhorabilidade dos salários não se aplicaria aos casos de penhora para o pagamento de prestação alimentícia. Oportuno observar que, quando o Código Civil de Ritos utiliza a expressão “prestação alimentícia”, no artigo acima mencionado, não está a falar tão-somente da pensão alimentícia. A conotação é mais abrangente, alcançando todo e

qualquer crédito que ostente inequívoca natureza alimentar, daí o porquê de se incluir os créditos trabalhistas, haja vista ser com eles que o trabalhador consegue prover a sua subsistência.

Além do destaque legal acima elucidado, a análise da questão da impenhorabilidade absoluta dos salários para satisfação de crédito de natureza trabalhista também merece atenções no que diga respeito à alguns princípios que teorizam a constitucionalização do processo, tais como o princípio do devido processo legal, razoável duração do processo e princípio da proporcionalidade.

A diretriz que entende aplicável apenas ao salário do devedor, o benefício da impenhorabilidade, constante no art. 649, IV do CPC, colide frontalmente com o princípio do devido processo legal e solapa a efetividade da jurisdição na tutela de valor de mesmo cariz.

O acesso à justiça não pode ser interpretado com simples ingresso em juízo, pois segundo Dinamarco (2005, p. 134):

seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhe também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo

Pelo princípio do devido processo legal, não parece prosperar o fato de que um processo pare no módulo processual da execução e assim permaneça, quando o devedor, no caso o ex-empregador, tenha possibilidade de solver o débito – crédito trabalhista -, mesmo que de forma gradual, ou seja, por meio da penhora parcial de seu salário.

Puxando para o viés do princípio da razoável duração do processo, este tem por escopo evitar a eternização dos conflitos, bem como o prolongamento das angustias dos litigantes, a fim de garantir o equilíbrio entre celeridade do processo e ponderação das razões. Com base nessa garantia constitucional, menos ainda se mostra admissível que o ‘vencedor’ de um processo e detentor de um título judicial, no caso o credor, permaneça anos a fio sem receber seu crédito.

Até mesmo por uma questão de razoabilidade, não merece prosperar a garantia da impenhorabilidade absoluta dos salários em relação ao adimplemento de créditos que possuem a mesma natureza salarial. Isto porque a impenhorabilidade salarial absoluta somente deve ser reconhecida quando houver conflito de interesses entre créditos de natureza civil e uma verba salarial.

Quando o conflito envolver interesses salariais das duas partes, no caso verbas salariais do ex-empregador e crédito salarial de ex-empregado, necessário se faz recorrer aos princípios constitucionais orientadores da interpretação, isto quer dizer que a solução deve estar calcada pela adequada e ponderada interpretação do ordenamento jurídico vigente.

Em casos como esses em que há uma colisão de direitos fundamentais – garantias que protegem os salários tanto do credor como do devedor – a solução passa pela redução do âmbito normativo de cada um dos interesses em jogo, somente na medida do necessário, para que ambos possam coexistir, balizando, assim, a técnica da ponderação e adequação de meios e fins.

No caso concreto, a colisão se faz entre salários de ex-empregador e ex-empregado. Se de um lado existe a garantia que a lei concedeu aos salários do devedor por se tratar de meio para a sua subsistência; por outro lado é preciso reconhecer que este mesmo direito está assegurado quanto aos salários do credor, que também detém o direito constitucional de acesso a uma jurisdição revestida de utilidade.

Nesse caminhar, instituir a penhora sobre parte dos salários ou proventos de aposentadoria do ex-empregador, ora devedor, geralmente em 30% sobre seus rendimentos, atende aos escopos legais e constitucionais já assinalados durante toda a transcrição do presente artigo. Assim se entende, pois, ao mesmo tempo em que preserva um percentual razoável do salário do ex-empregador devedor (70%), garante ao ex-empregado credor o recebimento de seus créditos trabalhistas, embora em um prazo mais dilatado.

O julgado abaixo pode ser apresentado como o atual posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região a respeito da viabilidade da penhora parcial de salários para saldar créditos de natureza trabalhista:

PENHORA EM SALÁRIO. PAGAMENTO DE DÍVIDA TRABALHISTA. ART. 649, IV, DO CPC. Quando o art. 649, IV do CPC, determina a impenhorabilidade dos salários, faz a ressalva quanto ao pagamento de prestações alimentícias. A interpretação da expressão ‘prestação alimentícia’ deve ser buscada no art. 100, §1º-A, da Constituição Federal. Assim, e em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é passível de penhora os salários do executado quando a dívida se refere ao pagamento de títulos trabalhistas, no limite de 15% do valor salarial percebido pelo executado, mensalmente, até a integral satisfação do crédito exequendo” (TRT 3ª Região, Proc. 00634.2002.022.03.00.3, Rel. César Pereira da Silva Machado Júnior, DJU 24/06/2006).[4]

O que se deve ter em mente é que as garantias constitucionais acima destacadas não são somente belas palavras agradáveis aos ouvidos. Mas, em verdade, elas são bens da vida cuja eficácia deve ser devidamente observada, compreendida e aplicada.

Por fim, falacioso se mostra o argumento de que o desrespeito à impenhorabilidade absoluta dos salários e demais proventos ofenderia o princípio da legalidade, haja vista o que dispõe a redação do inciso IV do art. 649 do CPC. Do contrário! Ao tratar de impenhorabilidade, o art. 649 do CPC já sinaliza, de forma significativa, a exceção quanto ao pagamento de prestações alimentícias (parágrafo 2º do referido dispositivo), como já explicado outrora. Logo, o próprio dispositivo reconhece que o crédito de natureza alimentar, e aqui se inclui os créditos trabalhistas, gozam de uma condição especial.

Não há como sustentar que o princípio da legalidade seja observado apenas em relação aos salários e rendimentos dos ex-empregados. A reserva legal não se presta para somente um determinado sujeito de direito e sim para todos os sujeitos de direito que participam de uma determinada relação jurídica - no caso estar-se a falar sobre relação jurídica de cunho empregatício -, principalmente quando os valores em conflito forem de natureza similar.

A resposta não pode ser alcançada pela redução das potencialidades constitucionais. É preciso priorizar a busca de soluções prudentes que propiciem o desenvolvimento do princípio da dignidade do homem, adequando a interpretação e as soluções às especificidades do caso concreto. Pois somente assim as respostas se mostrarão sensatas, os conflitos sociais serão dirimidos, os extremismos serão rejeitados e as fissuras não restarão mais aprofundadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise desenvolvida e considerando as indagações anteriormente formuladas, conclui-se que:

1. É nítida a relação existente entre pessoa e patrimônio. Todavia, não seria correto afirmar o patrimônio como um atributo da personalidade, sendo mais adequada a compreensão de sua natureza instrumental em garantir da dignidade. Portanto, o patrimônio não está na pessoa e sim é por ela utilizado para o alcance de um fim último, qual seja, a sua dignificação, pela construção e desenvolvimento do seu projeto de vida.
2. Ao se resguardar o patrimônio mínimo, intenta-se garantir não somente o direito à vida biológica, mas sim uma vida digna. Por esta razão se afirma que se deve garantir o mínimo necessário para a existência humana com dignidade.
3. O mínimo necessário a se garantir deve ser interpretado á luz do princípio fundamental da dignidade humana, da justiça social, em atendimento aos objetivos da redução das desigualdades, articulando-se as dimensões política, econômica e social.
4. O princípio da dignidade humana é um princípio constitucional estruturante, pois dele decorrem todos os outros princípios consagrados na Constituição Federal. Ele é a fonte geradora de todo o sistema jurídico brasileiro, cuja implementação depende de condições materiais e não apenas de um conjunto de normas garantidoras da liberdade formal.
5. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos prestigia a garantia do patrimônio mínimo como sendo uma teoria internacional. Para tanto basta conferir a leitura do art. 25, I.
6. A promoção da teoria do patrimônio mínimo reflete o escopo do princípio da igualdade material, uma vez que toda a sua consubstanciação epistemológica envolve o respeito das diferenças.

7. O conteúdo jurídico da teoria do patrimônio mínimo segue um viés qualitativo, uma vez que o vocábulo mínimo deve ser compreendido como a busca pelo justo com vistas a excluir as desigualdades.

8. Não basta simplesmente desenvolver uma teoria do patrimônio mínimo, necessário, realmente, é que as pessoas tenham acesso a essa garantia. O acesso pretendido pode ser operacionalizado pela atuação legislativa e judicial efetiva.

9. O salário, mesmo em seu mínimo, deve atender todas as necessidades vitais do homem de forma a proporcionar ao trabalhador uma existência digna. Por ter este escopo deve ser garantido acima de tudo. A não garantia dos salários faz do homem-trabalhador um mero instrumento, ou seja, uma máquina destinada a produção. Altera-se a concepção de dignidade, no sentido de que o homem não pode ser um meio, mas um fim em si mesmo.

10. O salário é a peça chave da política pública que busca erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades, haja vista que compatibiliza o espírito de solidariedade e proporciona a distribuição de renda.

11. No caso concreto, a colisão se faz entre salários de ex-empregador e ex-empregado. Se de um lado existe a garantia que a lei concedeu aos salários do devedor por se tratar de meio para a sua subsistência; por outro lado é preciso reconhecer que este mesmo direito está assegurado aos salários do credor, que também detém o direito constitucional de acesso a uma jurisdição revestida de utilidade.

12. Instituir a penhora sobre parte dos salários ou proventos de aposentadoria do ex-empregador, ora devedor, geralmente em 30% sobre seus rendimentos, atende aos escopos legais e constitucionais já assinalados durante toda a transcrição do presente artigo. Assim se entende, pois, ao mesmo tempo em que preserva um percentual razoável do salário do ex-empregador devedor (70%), garante ao ex-empregado credor o recebimento de seus créditos trabalhistas, embora em um prazo mais dilatado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A tutela dos direitos da personalidade no Direito do Trabalho brasileiro. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. São Paulo: LTr, n. 26, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. A Teoria do Umbral do Acesso ao Direito Civil como Complemento à Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio. **Revista IOB de Direito de Família**. v. 9, n. 46, p.37-62, fevereiro a março. 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- ARENDDT, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Brasil. Superior do Trabalho Justiça. Disponível em: www.stj.gov.br/jurisprudência. Acesso em: 20 fevereiro 2009.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Disponível em: www.trt3.jus.br/jurisprudência. Acesso em: 23 abril 2009.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Disponível em: www.trt15t.gov.br/jurisprudência. Acesso em: 23 abril 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CATHARINO, J. M.. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: LTr, 1994.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: RT, 1998.
- LUÑO, Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. 1.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre respeito da dignidade da pessoa humana ... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. **In: Dimensões da dignidade**.

Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria Advogados, 2005.

MEIRELLES, Jussara. O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.* Luiz Edson Fachin (org). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 3ª tiragem.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. **La Dignidad de La Persona.** Madri: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. **Revista de Direito do Consumidor.** n. 61, p. 90-125, janeiro a março.2007.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

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

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

SZANIANWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela.** São Paulo: RT, 1993.

[1] Conforme trecho expresso de Canotilho (1993, p.366-367): “A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito (cfr CRP, art.1o. Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana; art.2o.: A Republica Portuguesa é um Estado de Direito democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais)”. Do mesmo modo, pode-se dizer relativamente à Constituição Brasileira.

[2] O professor argentino Ricardo Luís Lorenzetti, em sua obra clássica Fundamentos do Direito Privado, desenvolveu a teoria do umbral de acesso ao Direito

Civil, na qual vem exigir que o cidadão tenha efetivo acesso aos institutos jurídicos com vistas a promoção da dignidade de seus titulares. Fica fácil concluir que essa teoria do umbral de acesso ao Direito civil deve ser utilizada como um aperfeiçoamento da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. É indiscutível que, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento deve garantir a todos um patrimônio mínimo para atendimento das suas necessidades mais elementares. Todavia, para que tal tutela seja alcançada é indispensável que os cidadãos efetivamente tenham acesso a tal instituto jurídico, ou do contrário, a teoria do patrimônio mínimo restaria inócua. E essa efetividade pode ser patrocinada por duas frentes distintas: a legislativa (fomentar a edição de leis que promovam o acesso das pessoas aos institutos do Direito Civil) e a judicial (proferir julgamentos que promovam o efetivo acesso aos institutos civilistas).

[3] Hanna Arendt destaca a importância do pensamento de Karl Marx para a emancipação do labor, antes simplesmente qualificado como trabalho improdutivo, mas a partir de então, “independentemente das circunstâncias históricas e de sua localização na esfera privada ou na esfera pública, possui realmente uma produtividade própria, por mais fúteis e pouco duráveis que sejam os seus produtos. Essa produtividade não reside em qualquer produto do labor, mas na força humana, cuja intensidade não se esgota depois que ela produz os meios de sua subsistência e sobrevivência, mas é capaz de produzir um excedente, isto é, mais que o necessário à sua reprodução” (2000, p.99).

[4] Nesse sentido também compartilha alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional da 15ª Região com as seguintes decisões: Decisão Nº 000254/2006 – PDII. MANDADO DE SEGURANÇA Juiz(a): FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI. EMENTA: EXECUÇÃO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. O entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeusado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração, quando da apreciação de um conflito de interesses. Decisão Nº 009348/2006 – PATR. AGRAVO DE PETIÇÃO Juiz(a): FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI. EMENTA: EXECUÇÃO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. O entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeusado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração.

CONTRATO DE TRABALHO A TERMO: EMPREGABILIDADE OU PRECARIZAÇÃO?

EMPLOYMENT CONTRACT THE TERM: EMPREGABILITY OR PRECARIZATION?

Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes

RESUMO

Partindo de uma breve abordagem histórica da evolução do capitalismo, a autora centra-se no capitalismo moderno para apontar, a partir da análise do paradigma típico do contrato de trabalho, novas modalidades de contratação atípicas, surgidas no cenário trabalhista, influenciadas pela reorganização do cenário empresarial. No entanto, o objetivo principal deste trabalho é analisar o contrato de trabalho a termo, especialmente aquele regulamentado pela Lei nº 9.601 de 1998, criado especificamente para reduzir o desemprego no país. Para a realização do presente trabalho adotou-se o método dedutivo de investigação científica, cujo resultado verificado alerta para a crise do Direito do Trabalho, marcada pela redução da clássica proteção civilizatória justralhistas e pela conseqüente precarização do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: CAPITALISMO MODERNO; CONTRATO DE TRABALHO; CONTRATO DE TRABALHO A TERMO; DIREITO DO TRABALHO; TRABALHO PRECÁRIO.

ABSTRACT

Breaking of one soon historical boarding of the evolution of the capitalism, the author centers itself in the modern capitalism to point, from the analysis of the typical paradigm of the employment contract, new modalities of act of contract atypical, appeared in the working scene, influenced for the reorganization of the enterprise scene. However, the main objective of this work is to analyze the employment contract the term, especially that one regulated by Law N. 9.601 of 1998, created specifically to reduce the unemployment in the country. For the accomplishment of the present work the deductive method of scientific inquiry was adopted, whose resulted verified alert for the crisis of the Right of the Work, marked for the reduction of the classic civilizatória protection justralhistas and for the consequent precarização of the work.

KEYWORDS: MODERN CAPITALISM; EMPLOYMENT CONTRACT; EMPLOYMENT CONTRACT THE TERM; RIGHT OF THE WORK; PRECARIOUS WORK.

1. INTRODUÇÃO

O capitalismo em suas distintas fases tem dado tratamento diferenciado ao trabalhador, sempre atrelado às necessidades de mão-de-obra e regulado pelo seu objeto principal - o lucro. Desta forma, da concepção original da *mais-valia*, em que o trabalhador devia produzir mais do que onerar o patrão, no contexto industrial, mudou-se o tratamento com a crise social, trazendo a figura do trabalhador como elemento central do cenário, assim considerado a partir da função social da propriedade e do valor social do trabalho.

Hodiernamente, entretanto, com a desestruturação do mercado capitalista de trabalho e a necessidade de reestruturação econômica das empresas, novas formas de exploração se apresentam marcadas pela precarização do trabalho, apontadas como saída viável para evitar o desemprego estrutural que assola a economia mundial. Diante deste turbilhão de acontecimentos, o que se vê hoje é uma mudança significativa no comportamento do trabalhador em função das suas reais necessidades. Diante do enorme contingente de reserva de mão-de-obra no mercado de produção, o trabalhador não mais luta acirradamente por direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos e estabilidade, e sim pela própria sobrevivência e por uma ocupação que seja capaz de suprir suas necessidades básicas.

Em tempos de dignidade da pessoa humana, há de se atentar para a reestruturação capitalista e os efeitos sobre o mundo do trabalho. Para tanto, longe de esgotar o assunto, propõe-se situar o Direito do Trabalho no contexto capitalista moderno e analisar uma das novas formas de contratação laboral – o contrato a termo - mais especificamente, o contrato regido pela Lei 9.601/98, intitulada “*lei de estímulo a novos empregos*”, cuja finalidade, no cenário trabalhista, se deve à manutenção da empregabilidade formal. No entanto, há que se atentar para o argumento desfavorável apontado por alguns doutrinadores, que sustentam haver por trás do incentivo à contratação, a evidenciada precarização do trabalho, além do rompimento do paradigma laboral do contrato por tempo indeterminado, violando substancialmente o princípio da continuidade na relação de emprego.

2. EVOLUÇÃO DO CAPITALISMO: BREVE ABORDAGEM

O capitalismo passou por três períodos distintos. Iniciou-se no século XVI, com a denominação de Capitalismo Comercial ou fase pré-capitalista. Este período foi marcado pelas expansões marítimas europeias e caracterizado por um ciclo de exploração de produtos (ouro, prata, especiarias e matéria-prima) não encontrados em solo europeu, cujo objetivo principal era o enriquecimento e o acúmulo de capital. Foram características desta fase: a busca do lucro, o uso de mão-de-obra assalariada, a moeda como substituta do sistema de trocas, as relações bancárias, o fortalecimento do poder da burguesia e as desigualdades sociais.

Já a partir do século XVIII surgiu o Capitalismo Industrial, período de mudança significativa no sistema de produção europeu, no qual as máquinas substituíram a mão-de-obra, sempre em função da maior lucratividade do empresário. Suas marcas características foram: desemprego, baixos salários, péssimas condições de trabalho enfrentadas pelos trabalhadores.

Finalmente no século XX, o capitalismo avançou para seu terceiro e atual período, cujo desenvolvimento se volta para a globalização, o sistema bancário e as grandes corporações financeiras. Denominado por alguns estudiosos de Capitalismo Monopolista-Financeiro ou simplesmente Capitalismo Moderno, é marcado pelas grandes produções realizadas em diversas partes do mundo, em busca da redução de custos.

Percebe-se que o capitalismo mudou a geografia econômica e a configuração interna das atividades produtivas, ora dispensando, ora precarizando a atividade do trabalhador no cenário produtivo, embora tenha mantido inalterada a lógica do sistema capitalista, qual seja: quem trabalha vende sua força de trabalho, independente do tipo de atividade exercida (manual, intelectual). O que intriga, porém, é que não há equivalência entre serviço prestado e bens gerados, embora ambos sejam considerados mercadorias disponíveis e apreciáveis.

3. O CONTRATO DE TRABALHO TÍPICO E A INDETERMINAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL

Antes de adentrar na análise do tratamento dispensado às novas formas de contratação atípicas, surgidas com o capitalismo moderno, prudente fazer breve abordagem sobre a forma clássica de contratação de trabalho, que vincula empregado e

empregador por tempo indeterminado, além de assegurar ao trabalhador, em texto de lei constitucional, inúmeras garantias e direitos trabalhistas.

Adotando a concepção contratualista moderna, tem-se que o contrato de trabalho típico é o pacto firmado entre empregado e empregador, amparado pelas normas trabalhistas, cuja duração temporal é indeterminada, não se prefixando entre os pactuantes o termo extintivo da contratação.

Ora, o contrato por tempo indeterminado é, por assim dizer, o contrato padrão trabalhista, albergado pela ordem jurídica, o que lhe é conferido *status* privilegiado, pela presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia. Com exceção, são tratados os contratos trabalhistas a termo, também aplicáveis à realidade jurídica pátria.

Importante salientar que a indeterminação da duração contratual, em matéria de pacto laboral, torna-se regra por obediência a dois princípios constitucionais trabalhistas, indispensáveis à análise: princípio da continuidade da relação de emprego e da norma mais favorável.

No que tange ao princípio da continuidade da relação de emprego, pretende-se firmar, no pacto laboral, o cumprimento de prestação de serviço durável e sucessivo por parte do empregado, garantindo-lhe ocupação contínua em sua atividade remuneratória e evidenciando, assim, o valor social desta modalidade, por afastar a hipótese de satisfação da prestação instantânea ou a curto prazo, de extinção pré-anunciada, como ocorre nos contratos a termo.

Neste sentido, providencial o ensinamento do professor Luiz de Pinho Pedreira quando, ao salientar a importância da continuidade, revela os benefícios voltados para ambos os sujeitos da relação empregatícia, ao declarar que:

[...] para o trabalhador porque lhe proporciona segurança econômica, pois, [...] pode gozar de alguma tranqüilidade quanto ao sustento seu e de sua família, assim como a permanência do ambiente de trabalho e no convívio com os seus colegas; ao empregador porque lhe possibilita dispor de mão-de-obra experimentada, evitando-lhe trabalho e despesas com recrutamento de novos empregados, o ensino dos ofícios a estes, formação profissional, treinamento. (SILVA, 1999, p.146)

Já o princípio da norma mais favorável se revela com relevância no contexto da indeterminação da duração do contrato de trabalho, dada a potencialidade de aquisição de direitos trabalhistas pelo empregado, adquiridos ao longo do tempo, bem como a garantia de direitos rescisórios quando da ruptura do pacto empregatício.

Ainda em análise ao aspecto do princípio da norma mais favorável, tem-se que o contrato por tempo indeterminado abrange efeitos próprios que se mostram consonantes com a dignidade do trabalhador, nitidamente evidenciados quando se trata de:

- a) Interrupção e suspensão do contrato, gerando o direito ao afastamento previdenciário até 15 dias (interrupção) ou afastamento previdenciário após 15 dias (suspensão), preservando-se por seu turno, o contrato do trabalho indeterminado e impedindo a dispensa sem justa causa pelo empregador, enquanto perdurar a causa interruptiva ou suspensiva.
- b) Estabilidade provisória e garantias especiais de emprego, quando referente à dirigente sindical, cipeiro, diretor de cooperativa obreira, gestante e acidentado, inviabilizando a ruptura arbitrária do pacto empregatício até o final da garantia, mesmo sob os moldes da indenização, quando da inviabilidade da reintegração ao serviço.
- c) Garantia de verbas rescisórias específicas, distintas e mais favoráveis do que as verbas previstas em casos de ruptura de contrato a prazo, tais como o aviso prévio de 30 dias e 40% suplementar sobre o FGTS.

Infelizmente, apesar da existência de benefícios anteriormente evidenciada em caso de contratação por tempo indeterminado, e mesmo em atendimento à ordem constitucional trabalhista, o mercado de trabalho tem caminhado para um sentido totalmente distinto da contratação típica do trabalhador, impulsionado pela política neoliberal de flexibilização, o que tem gerado uma crise no trabalho assalariado, de conseqüências catastróficas para o trabalhador, pois na medida em que o trabalho assalariado sofre abalos em sua estrutura protecionista, abalos conseqüentes serão percebidos em toda a estabilidade e linearidade a ela associada (salário, progressão profissional, inclusão social).

Entretanto, estudos realizados por Vanilda Paiva (2001, p.60), em artigo intitulado “Qualificação, crise do trabalho assalariado e exclusão social”, apontam para

um novo elemento no contexto da empregabilidade: a competência. Este entendimento não se revela no sentido restrito, juridicamente conhecido como '*atribuição destinada ao trabalhador no exercício de uma função específica*', mas de uma construção social complexa, que considera aspectos pessoais e disposições subjetivas como balizadores da contratação, pautados no capital cultura e social do indivíduo.

Esta reestruturação da empregabilidade se deu por força do deslocamento do emprego da indústria para o setor terciário e da necessidade não apenas da qualificação profissional mediante títulos, mas da necessidade de capacitação para lidar com novas linguagens. Isto implica dizer que o trabalhador apto ao mercado de trabalho deve possuir nova mentalidade em relação ao trabalho, abdicando-se das conquistas feitas ao longo da evolução capitalista e aceitar o risco e a incerteza como elementos constituintes explícitos do mundo do trabalho. Em suma: transfere-se do social para o individual a responsabilidade pela inserção profissional dos indivíduos.

É diante deste cenário desalentador que se apresentam as novas formas de contrato no contexto do capitalismo moderno.

4. O CAPITALISMO MODERNO E AS NOVAS FORMAS DE CONTRATO PRECÁRIO DE TRABALHO

Márcio Postman, em sua obra '*O trabalho sob fogo cruzado*' (1999, p.9), traça o panorama da nova fase do capitalismo: desemprego elevado, pobreza, desigualdades sociais (aliás, marca de qualquer fase capitalista) e a mundialização das economias, tendo como vertente políticas neoliberais voltadas para a desregulamentação do mercado de trabalho e a flexibilização dos contratos.

Isto implica em dizer que as medidas adotadas no mercado geral de trabalho tendem a gerar, em matéria de inserção dos trabalhadores, um quadro de precarização e instabilidade crescentes. Mas, o que se entende por precarização no trabalho?

Grosso modo, seria definido como sendo a atividade laboral desenvolvida pelo trabalhador, mal remunerada, voltada para o atendimento dos interesses da empresa, com escassa possibilidade de promoção e carreira, cujos direitos sociais, arduamente conquistados ao longo das lutas trabalhistas, tendem à diminuição drástica ou mesmo sua extinção. Trata-se de um conceito contemporâneo que tende a se consolidar, na medida em que o trabalho perde força política frente ao capital.

O que se vislumbra em tempos de capitalismo moderno é a transferência dos riscos empresariais à força de trabalho, numa espécie de parceria entre trabalhador e empregador. Isto porque na medida em que o trabalhador é contratado de forma precária, contará sempre com menor proteção social, quer seja por consequência da ausência de legislação (desregulamentação) quer seja pela redução dos serviços sociais do Estado (flexibilização), ao passo que o empregador acaba por reduzir os custos gerados pela folha de pagamento.

Pertinentes, neste sentido, os ensinamentos do professor Washington Trindade, em seu ensaio "*Formas novas contratuais entre o trabalho precário e o voluntário*" (1998, p.56), quando, ao apontar a crise social ocorrida nos últimos 10 anos do século XX, revela o dilema do novo século: de um lado o trabalhador, que se preocupa em ter ou não uma ocupação para atender às suas necessidades; do outro o empregador, que precisa dispor da mão-de-obra segundo o princípio do máximo de satisfação com o mínimo de dispêndio.

Neste diapasão, revelam-se como solução adotada em várias economias capitalistas as formas novas contratuais de trabalho, as quais geram ocupação, embora, sem o benefício legal do emprego, ou seja, sem as garantias trabalhistas historicamente conquistadas pelos trabalhadores. Dentre as formas destacadas aponta-se o contrato de trabalho temporário (Lei 6.019/74) e o contrato por tempo determinado (Lei 9.601/98).

Sabidamente, o professor Washington demonstra que o industrialismo moderno vem provocar mudança no paradigma contratual trabalhista, ensejando o fenômeno da flexibilização das relações laborais, em detrimento do modelo clássico de força-trabalho externalizada ou periférica. O que se pretende demonstrar, em outros termos, é a clara mutação sofrida no contexto laboral, qual seja: o trabalho subordinado cede espaço, no contrato, para o trabalho específico ou tarefa. Mais ainda, a nova figura do trabalhador tende a servir à empresa sem que para isto nela seja inserida, simplificando, sobremaneira, a folha de pagamento e reduzindo cada vez mais o vínculo entre empregado e empregador.

Salutar reforçar o entendimento, adotando as palavras de Vanilda, "*Qualificação, crise do trabalho assalariado e exclusão social*" que declara:

A questão fundamental é a tendência. O emprego, como construção social ligada ao industrialismo apoiado sobre

contratos de trabalho e com proteção social, encontra-se num momento de redefinição. Em algum momento do industrialismo o trabalho infantil já foi legítimo tanto quanto jornadas de 14 ou mais horas. Mas conquistas dos trabalhadores industriais ao longo do último século como certa padronização salarial, de local e de tempo de trabalho vem sendo derrubadas pela generalização da utilização da micro-eletrônica e suas exigências de despadronização, flexibilização, precarização. (PAIVA, 2001, p.51)

5. O CONTRATO DE TRABALHO A TERMO E SUAS IMPLICAÇÕES

Conforme evidenciado em tópico 3 (O contrato de trabalho típico e a indeterminação do lapso temporal), a regra clássica de contratação empregatícia gira em torno do tempo indeterminado de prestação de serviço, firmado entre empregado e empregador, sendo os contratos por tempo determinado ou a termo, uma exceção jurídica, prevista no art. 443, parágrafo 1º e 2º da CLT.

Existe na legislação trabalhista pátria várias espécies clássicas de contrato a termo, tais como: contrato de experiência, contrato de safra, contrato de obra certa, contrato de temporada.

É bom que se frise, ainda que de caráter excepcional na sistemática trabalhista pátria, a celebração do contrato a termo é admissível, apresentando, entretanto, características e efeitos peculiares, a saber: a) submissão a lapsos temporais estreitos e rígidos; b) sistematização conforme normas rigorosas, no tocante à sua sucessividade por outro contrato da mesma natureza ou quanto à prorrogação contratual; c) efeitos rescisórios mais restritos do que os alcançados pelo típico contrato por tempo indeterminado; d) limitação de efeitos próprios da interrupção e suspensão contratuais trabalhistas e das garantias jurídicas de emprego (estabilidade provisória).

Em análise à vigência temporal, tem-se que o contrato a termo caracteriza-se por ser de duração mais curta e rígida, conforme a consolidação das leis do Trabalho (CLT), já apontada, que em seu artigo 443, §1º, admite três hipóteses específicas, quais sejam: a) termo prefixado em contrato; b) execução de serviços especificados; ou c) realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Afora as hipóteses elencadas na CLT, Maurício Godinho (DELGADO, 2006, p.524), em sua obra “Curso de Direito do Trabalho”, aponta mais duas hipóteses normativas de pactuação a termo. Uma, relacionada aos contratos de duração prefixada, regulamentados em legislação extravagante (contratos de atleta profissional e de artista profissional) e outra, referente ao contrato provisório (Lei 9.601/98).

No que diz respeito à natureza do serviço a ser pactuado no contrato a termo, esta também sofre limitações, consoante a CLT, art. 443, §2º, pois restringe apenas àqueles cuja peculiaridade ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo (alínea “a”), como é o caso dos trabalhadores que são contratados para suprir temporariamente as vagas deixadas por empregados permanentes, em gozo de férias ou licença previdenciária; ou na hipótese das atividades empresariais de caráter transitório (alínea “b”), como as vagas oferecidas em determinadas épocas do ano, em atendimento a acréscimo extraordinário e provisório de serviços empresariais (período festivos, feiras industriais e comerciais, atividades sazonais) ou, finalmente, na hipótese do contrato de experiência (alínea “c”).

Vê-se que tanto na hipótese da alínea “a” (transitoriedade ou natureza do serviço), quanto na alínea “b” (atividade empresarial transitória), o alvo é sempre de trabalhadores desempregados ou subempregados, que se submetem a uma contratação precária (temporal e financeira), a fim de engrossar os ralos rendimentos mensais, com data marcada para seu término. Mais cruel ainda é perceber que somado a este cenário de empregabilidade de curta duração, na maioria dos casos, os (sub)empregados são submetidos a semelhante jornada de trabalho e desenvolvem as mesmas atividades realizadas pelos empregados efetivos, mas não gozam dos mesmos direitos trabalhista daqueles, como por exemplo, o aviso prévio, indevido tanto no término como na rescisão antecipada do contrato.

6. CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO - AVANÇOS E RETROCESSOS ALCANÇADOS PELA LEI 9.601/98

Afora os tipos clássicos de contratos a termo, tem sido objeto de análise crítica o contrato por tempo determinado, instituído com o advento da Lei 9.601/98, rotulado por Amauri Mascaro (NASCIMENTO, 2001, p.152) como sendo “*o contrato para*

desempregados” e por José Augusto Rodrigues Pinto (2005, p.562) de “Contrato por duração precária”.

Trata-se de uma contratação em regime especial, atrelada ao número total de empregados efetivos da empresa, cujas parcelas são calculadas sobre a média aritmética mensal do número de empregados contratados por prazo indeterminado no estabelecimento, nos 6 (seis) meses imediatamente anteriores ao da data da publicação da lei (janeiro de 1998).

Ocorre que, se por um lado a referida lei foi criada com o escopo de combater o desemprego no país, gerando novos empregos no mercado laboral, por força da política de redução do custo direto e indireto da força de trabalho, com benefício direto à classe empresária; por outro lado, a redução das contribuições parafiscais acabou por onerar unilateralmente o trabalhador, tendo que suportar, como contrapeso, a redução dos seus direitos trabalhistas.

Coerente, por conseguinte, Maurício Godinho, ao acentuar que:

[...] não há efetiva relação entre os dois tipos de componente do custo empresarial”, sugerindo, outrossim, que “a lei poderia [...] no contexto do incentivo que pretendesse implementar, reduzir tais obrigações sociais em troca da elevação do respectivo montante de empregados, sem diminuição de direitos trabalhistas para o obreiro”.(DELGADO, 2006, p.577)

A Lei 9.601/98 reflete, no cenário trabalhista brasileiro, um quadro característico de flexibilização das normas jurídicas clássicas, instituída no final da década de 1980, com a Constituição Federal, permitindo que a negociação coletiva sindical adequasse parte das normas gerais trabalhistas às necessidades e especificidades de segmentos econômicos e profissionais, modificando substancialmente o direito individual do trabalho, precarizando as condições básicas de contratação da força de trabalho no mercado globalizado do século XXI.

Crítica se faz em relação à transferência do Estado na tutela dos direitos do trabalhador, uma vez que atribui aos sindicatos plenos poderes para a negociação coletiva, o que de pronto evidencia uma figura híbrida no cenário trabalhista. Outro aspecto digno de nota refere-se à total liberdade de negociação coletiva na contratação do trabalhador provisório, sem qualquer condição prévia, podendo o empregado ser

admitido em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, desde que seja para acrescentar o número de empregados, jamais para substituir os permanentes. Assim, resta mitigada definitivamente a previsão contida na CLT, art. 443, parágrafo 1º e na lei que regulamenta o trabalho temporário (lei 6.019/74), o que tem gerado celeuma no sentido de se questionar se a lei que rege os contratos temporários (lei 6.019/74) sofreu revogação ou não.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das explanações apresentadas ao longo do artigo, registram-se algumas considerações:

- a) Embora não se possa afirmar que a empregabilidade formal esteja com seus dias contados, há uma forte tendência a contratações na forma flexibilizada, o que acaba por enfatizar e ampliar a vulnerabilidade social do trabalhador. Ou se encontra excluído do mercado de trabalho, assolado pelo desemprego estrutural, ou se encontra inserido precariamente no mercado de trabalho, impedidos de acesso aos programas de proteção social.
- b) O capitalismo moderno tem priorizado novas formas de contratação precárias, com destaque para o contrato a termo, introduzida no ordenamento pela CLT, art. 433 e posteriormente modificada pela Lei 9.601/98. Traz alterações significativas no cenário, com práticas fraudulentas de lesão constitucionalmente assegurados.
- c) Ainda sob os reflexos do capitalismo moderno, as novas formas contratuais tendem a retribuir o trabalho não mais pelo aluguel da força operária e sim pela atividade criadora de serviços e bens finais, ou seja, pelo resultado.

8. REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo : LTr, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 27. Ed. rev. e atual. São Paulo : LTr, 2001.

PAIVA, Vanilda. **Qualificação, crise do trabalho assalariado e exclusão social**. IN: A cidadania negada. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/educacion/paiva.pdf>. Acesso em 06/11/2008

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. São Paulo : LTr, 2005.

POCHMANN, Marcio. **O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego, precarização no fim do século**. São Paulo : Contexto, 1999.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Formas novas contratuais entre o trabalho precário e o voluntário**. T&D, n. 18, set./1998.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DO FLUVIÁRIO NO ESTADO DO AMAZONAS: O RUÍDO COMO PRINCIPAL AGENTE NOCIVO

MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO DEL MAR EN EL ESTADO DE AMAZONAS: EL RUIDO EN LO PRINCIPAL PLAGAS

**Marcelo de Vargas Estrella
Arlúcio Bastos Lobato**

RESUMO

O Estado do Amazonas é o maior da federação e dada a sua característica geográfica, a navegação interior afigura-se como o principal meio de transporte de bens e pessoas na região. Em benefício do desenvolvimento econômico, observa-se que inúmeros trabalhadores vêm sofrendo significativos prejuízos à saúde. O ruído apresenta-se como o principal agente nocivo e algoz dos trabalhadores das embarcações regionais que chegam a perder totalmente a audição ante a prolongada exposição. Buscou-se esclarecer a importância da navegação interior e da proteção do meio ambiente do trabalho como direito fundamental do trabalhador e contribuir para a discussão de soluções para minorar o sofrimento obreiro, humanizando o trabalho, com vista ao respeito e garantia a saúde ocupacional, ao meio ambiente de trabalho sadio e a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. NAVEGAÇÃO INTERIOR. ESTADO DO AMAZONAS

RESUMEN

The State of Amazon is the greater of the federacy and given its geographic characteristics, the inland navigation is the main mean of transport of goods and people in the region. In benefit of economic development, it is observed that innumerable workers have suffered significant damages in their health. The noise appears as the main harmful agent and executioner of the workers of the regional boats that lose the hearing totally after prolonged exposition to it. We intended to clarify the importance of the inland navigation and the protection of the environment of the basic work as right of the worker and to contribute for the discussion of solutions to minimize the suffering of workers, humanizing the work, seeking to respect and guarantee the occupational health, the environment of healthy work and the dignity of the human being.

PALAVRAS-CLAVE: ENVIRONMENT OF THE WORK. INLAND NAVIGATION. STATE OF AMAZON

Introdução

O Estado do Amazonas é o maior do Brasil, com uma superfície atual de 1.558.987 Km², tendo como capital a cidade de Manaus. A maior parte é ocupada por reserva florística e a outra é representada pela água. O acesso à região é feito principalmente por via fluvial ou aérea. O clima é equatorial úmido, com temperatura média/dia/anual de 26,7 °C, com variações médias entre 23,3 °C e 31,4 °C. A umidade relativa do ar fica em torno de 80% e o Estado possui apenas duas estações bem definidas: chuvosa (inverno) e seca ou menos chuvosa (verão). A água forma na região a maior rede hidrográfica do planeta. Os rios amazonenses são, praticamente, navegáveis durante todo o ano. Outros como o Negro, Alto Madeira, Urubu, Aripuanã, Branco e Uaupés são obstruídos pelas formações em degraus, o que não impede sempre a navegação ordinária, salvo as corredeiras do Alto Madeira e a famosa cachoeira das Andorinhas, no rio Aripuanã [1].

O Estado conta com 62 (sessenta e dois) municípios e com uma população estimada de 3.221.939 habitantes e uma área de 1.570.745,680 km² [2]. O sistema rodoviário do Estado é composto por 2.602 km de rodovias federais, das quais 534 km estão pavimentadas e 2.068 sem pavimentação. As rodovias estaduais totalizam 1.041 km, sendo 442 pavimentados e 599 sem pavimentação. Os municípios apresentam 728 km de rodovias pavimentadas e 1.828 sem pavimentação, totalizando 2.556 km de rodovias municipais. Todo o Estado apresenta 6.199 km de rodovias, sendo 1.704 delas pavimentadas e 4.495 sem pavimentação. Não há ferrovias âmbito estadual. As rodovias federais existentes são as BR-174, BR-210, BR-230, BR-307, BR-317, BR-319, BR-411 e BR-413. As hidrovias são as seguintes: Rio Acre, Rio Amazonas, Rio Iça, Rio Japurá, Rio Juruá, Rio Madeira, Rio Negro, Rio Purus, Rio Solimões, Rio Tefé, Rio Uatumã e Rio Urucu. A única rodovia estadual pavimentada no Estado do Amazonas é a AM-010, que liga a Capital ao Município de Itacoatiara [3].

O Estado conta com os aeroportos de Borba, Carauari, Eirunepé, Lábrea, Manaus, Manicoré, Maués Parintins, São Gabriel da Cachoeira, Tabatinda e Tefé [4].

Atualmente, só duas empresas aéreas fazendo o trajeto da capital (Manaus) para os municípios do interior. A TRIP Linhas Aéreas S/A e a Rico Linhas Aéreas S/A. A primeira cobre os trechos entre a capital e os municípios de Coari, Eirunepé, Fonte Boa, Humaitá, Ji-paraná, Lábrea, Parintins, Santa Isabel do Rio Negro, São Gabriel da Cachoeira, São Paulo de Olivença, Tabatinga e Tefé. Já a segunda, cobre trechos entre a capital e os municípios de Borba, Coari, Manicoré, Maués e Parintins [5]. No entanto, recente notícia vem comprovar que os vôos estão na iminência de serem suspensos pela Agência Nacional de Aviação Civil, in verbis:

“O diretor da Anac iniciou o encontro listando várias deficiências detectadas nos aeroportos do interior do Estado como a má conservação das pistas, a proximidade de lixões e falta de sinalização, equipamentos de segurança e qualificação profissional dos funcionários, dentre outros. A deputada federal Vanessa Graziottin (PCdoB), que propôs a reunião, disse que a idéia é buscar uma solução emergencial que viabilize o retorno das atividades dos aeroportos de Barcelos, Carauari, Coari, Eirunepé, Fonte Boa, Humaitá, Lábrea, Parintins, São Gabriel da Cachoeira, Santa Isabel do Rio Negro e

São Paulo de Olivença, que em março deste ano, foram alvos de um pedido de intervenção por parte da Anac.” [6]

“Aeroportos de municípios do Pará e Amazonas recebem restrições da ANAC 15 de julho de 2008.

MANAUS - Aeroportos dos municípios de Tucuruí no Pará, e os de Coari, Parintins, Barcelos, Humaitá, Eirunepé, Fonte Boa, Lábrea, Santa Isabel do Rio Negro e São Paulo de Olivença, no Amazonas foram notificados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). De acordo com a ANAC, os aeroportos sofreram restrições operacionais para que possam se adequar à normas de segurança. Eles não serão fechados.

A ANAC informou ainda que os aeroportos notificados poderão vender bilhetes aéreos para datas até 15 dias após a data de emissão.” [7]

Como observado, atualmente poucas são as rodovias (federais ou estaduais) ligando a Capital aos demais municípios do Estado do Amazonas, havendo a premente possibilidade de o acesso aéreo ser suspenso. Tal circunstância dá a navegação a principal forma de ligação do município no transporte de pessoas e bens.

Em termo de navegação, o Estado do Amazonas, na atualidade, conta com 276 empresas de navegação na capital (Manaus) e em todo o estado entre 650 e 700, contando com 10.000 aquaviário na capital e 31.000 em todo o estado [8].

A navegação interior e, por conseqüência, o trabalho aquaviário, apresenta-se como meio estratégico indispensável no desenvolvimento econômico e social do estado e, em especial, como forma de ligação aos municípios do interior.

O trabalho aquaviário (fluviário)

Conceitos

Para maior clareza, apresenta-se o conceito de trabalhador aquaviário (embarcado e não-embarcado) para melhor entendimento do seu meio ambiente de trabalho.

A Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997 (segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional), em seu art. 2º, II, define como aquaviário como *“todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional”*.

No entanto, vários são os profissionais aquaviários que trabalham no apoio da navegação. O Regulamento vindo o Regulamento alham em embarcaçmbiente de trabalho.luavio nossoerais e hidrocarbonetos. da mencionada lei, em seu art. 1º, classifica os aquaviários em 06 (seis) grupos, a saber, o 1º Grupo (marítimos), 2º Grupo (fluviários), 3º Grupo (pescadores), 4º Grupo (mergulhadores), 5º Grupo (práticos) e 6º Grupo (agentes de manobra e docagem).

No 1º Grupo (Marítimos) estão os tripulantes que operam embarcações classificadas para navegação em mar aberto, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas.

O 2º Grupo (Fluviários) é formado pelos tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação interior nos lagos, rios e de apoio fluvial.

Já o 3º Grupo (Pescadores) encontram-se os tripulantes que exercem atividades a bordo de embarcação de pesca.

O 4º Grupo (Mergulhadores) é constituído pelos tripulantes ou profissionais não-tripulantes com habilitação certificada pela autoridade marítima para exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação e prestar serviços eventuais a bordo às atividades subaquáticas.

No 5º Grupo (Práticos) estão os aquaviários não-tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados.

Por fim, no 6º Grupo (Agentes de Manobra e Docagem) encontram-se os aquaviários não-tripulantes que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras.

Os fluviários, por sua vez, são classificados da seguinte forma - no convés: Capitão fluvial, piloto fluvial, mestre fluvial, contramestre fluvial, marinheiro fluvial de convés e marinheiro fluvial auxiliar de convés; e máquinas: supervisor maquinista motorista fluvial, condutor maquinista motorista fluvial, marinheiro fluvial de máquinas e marinheiro fluvial auxiliar de máquinas [9].

Meio ambiente do trabalho

Mister trazer o conceito de meio ambiente, o qual vem expressamente no art. 3º, I, da Lei 6.938/81 (a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), *in verbis*:

“Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”

José Afonso da Silva apresenta uma classificação do meio ambiente em três aspectos: o meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente natural, ou físico, fazendo uma referência ao meio ambiente do trabalho, em separado, registrando que é um meio que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial [10].

Dúvida não há que o meio ambiente do trabalho integra este universo maior que é o meio ambiente [11].

Embora criticada essa classificação, a mesma serve para fins didáticos, na iniciação no conhecimento do direito ambiental. Todavia, no que tange ao meio ambiente do trabalho, deve ser feita observações, pois o trabalhador não está necessariamente no meio ambiente artificial.

Vejamos os trabalhadores que desenvolvem suas atividades como coletores no extrativismo. Nestes casos o seu meio ambiente de trabalho se confunde com o meio ambiente natural.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo define meio ambiente do trabalho como:

“o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agente que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)”[\[12\]](#)

Guilherme José Purvim de Figueiredo registra que o meio ambiente do trabalho não é apenas um espaço físico determinado, mas a conjugação do elemento espacial com a ação laboral.

Assim, o meio ambiente do trabalho apresenta duas dimensões, a de natureza estática (física – local de trabalho) e a de natureza dinâmica (atividade humana).

A preocupação com a higidez com meio ambiente do trabalho é recente, como leciona Sandro Nahmias Melo:

“Verificou o homem a necessidade premente de harmonizar o desenvolvimento econômico-industrial com a preservação e proteção do meio ambiente (o hoje denominado desenvolvimento sustentado ou sustentável).” [\[13\]](#)

A necessidade de proteção ao meio ambiente do trabalho surge juntamente com o trabalho subordinado e com as primeiras normas de direito do trabalho.

Os direitos individuais dos trabalhadores apresentam características especiais, como a indisponibilidade. Todavia, alguns são absolutamente indisponíveis, não admitindo transação ou ajuste pelas partes, como o direito a assinatura da CTPS, salário mínimo e à incidência das normas de proteção à saúde do e segurança do trabalhador [\[14\]](#). Outros são relativamente indisponíveis, permitindo a transação judicial, junto a Justiça do Trabalho, e extrajudicial, junto a Comissão de Conciliação Prévia, são exemplos as horas extras, gratificações, comissões etc.

A saúde do trabalhador, enquanto ser humano, é bem absolutamente indisponível, não sendo passível de ajuste ou negociação. Importante são as palavras de Camille Simonin, citada por Arnaldo Süssekind quando adverte que “ *o adicional dito de insalubridade é imoral e desumano, é uma espécie de adicional do suicídio; ele encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para aumentar seu salário; é contrário aos princípios da Medicina do trabalho e a Declaração dos Direitos do Homem*” [\[15\]](#).

Assim, como bem indisponível, deve o Estado promover a efetiva proteção, tanto em sede preventiva quanto repressiva, pois, há pensamentos ultrapassados de alguns empregadores que vêem os gastos com a proteção ao meio ambiente do trabalho como despesas, e não como investimento.

A legislação obreira apresenta o meio ambiente do trabalho como integrante do Direito do Trabalho, inclusive com capítulo exclusivo (Capítulo V – Da Segurança e da medicina do trabalho).

Há de ser esclarecido que, embora ambas façam parte do meio ambiente do trabalho, a segurança do trabalho não se confunde com a medicina (higiene) do trabalho.

Roberto Barreto Prado apresenta as seguintes definições:

“cumpre, inicialmente, distinguir a higiene da segurança do trabalho. Constitui aquela ‘o conjunto de princípios e regras destinados, na medida do possível, a preservar a saúde do trabalhador’. Tais princípios e regras integram, hoje, a chamada ‘medicina do trabalho’. A segurança do trabalho é ‘o estudo sistemático dos meios de prevenir os acidentes’.”[16]

Alguns operadores do direito encontram dificuldade em dar matizes diferentes ao meio ambiente do trabalho, pois ainda entendem que por estar disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho, no Título II, Capítulo V, sob o título “Segurança e Medicina do Trabalho” a matéria é pertinente tão-somente ao Direito do Trabalho.

Todavia, divergindo deste pensamento, Raimundo Simão Melo sustenta ser o meio ambiente do trabalho saudável direito difuso fundamental do trabalhador [17], apresentando Guilherme José Purvin de Figueiredo o caráter nitidamente ambiental e sanitário do meio ambiente do trabalho, reconhecendo este ramo como de direito público e não de direito Privado como o direito do Trabalho [18].

O meio ambiente do trabalho como integrante do meio ambiente [19], deve se pautar nos grandes princípios do Direito Ambiental, como o do poluidor pagador[20], informação[21], responsabilidade objetiva do causador do dano, prevenção[22] e precaução[23], e não limitar-se somente aos princípios do Direito do Trabalho, este como ramo do direito privado.

Tutela jurídica constitucional do meio ambiente do trabalho

Embora o meio ambiente do trabalho venha a ser disciplinado expressamente nas Constituição Federal de 1988, encontra-se disciplinado de forma não expressa nas constituições pretéritas, a saber:

“Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

VIII - higiene e segurança do trabalho;”

“Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IX - higiene e segurança no trabalho;”

A atual constituição traz o seguinte texto:

“Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

Como observado, a partir da Constituição Federal de 1946, o meio ambiente do trabalho veio sendo contemplado com dispositivo específico, mas como saúde e segurança do trabalhador.

O meio ambiente do trabalho na constituição do Estado do Amazonas

A Constituição do Estado do Amazonas traz dispositivos expressos acerca do meio ambiente do trabalho, *in verbis*:

“**ART. 4º.** O Estado e os Municípios assegurarão o pleno exercício dos direitos sociais contemplados na Constituição da República, inclusive os concernentes aos trabalhadores urbanos e rurais, mediante:

(...)

VII - a dignificação do trabalho e a garantia de piso salarial adequado e justo;

VIII - a fiscalização da observância, por parte de todos, das condições de trabalho estabelecidas em lei;

(...)

ART. 163. Como agentes normativos e reguladores da atividade econômica, o Estado e os Municípios exercerão, na forma da lei, as funções de orientação, fiscalização, promoção, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º. A fiscalização que, na primeira operação será sempre de orientação e esclarecimento, observará com prioridade:

I - cumprimento das normas e legislação ambiental;

II - condições de segurança do trabalho;

(...)

ART. 182. A saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas sociais, econômicas e ambientais que visem à eliminação de riscos de

(...)

ART. 211. O Estado e os Municípios atuarão cooperativamente com a União e instituições de classe e velarão pela efetividade dos direitos trabalhistas estabelecidas pela Constituição Federal e legislação pertinente, inclusive no âmbito de suas instituições, prevenindo situações de conflito ou de violência nas relações trabalhistas.

§ 1º. O Estado criará mecanismos para acompanhamento, no âmbito da ambiência do trabalho, do cumprimento de normas legais, principalmente as preventivas a ocorrência de sinistros, acidentes e doenças, inclusive crônicas e profissionais.

ART. 229. Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

§ 1º. O desenvolvimento econômico e social, na forma da lei, deverá ser compatível com a proteção do meio ambiente, para preservá-lo de alterações que, direta ou indiretamente, sejam prejudiciais à saúde, à segurança e ao bem-estar da comunidade, ou ocasionem danos à fauna, à flora, aos caudais ou a o ecossistema em geral.

§ 2º. Esse direito estende-se ao ambiente de trabalho, ficando o Poder Público obrigado a garantir essa condição contra qualquer ação nociva à saúde física e mental.”

A Constituição do Estado do Amazonas apresenta um rol de dispositivos legais de maior abrangência, o que deveria traduzir maior efetividade na proteção do meio ambiente do trabalho.

A fiscalização das condições de trabalho do fluvial, por ser questão pertinente ao meio ambiente (do trabalho) e de saúde pública (saúde ocupacional), não pode ficar, tão-somente, sob a responsabilidade da União, por meio do Ministério do Trabalho, devendo, também, os estados e os municípios proceder à fiscalização, eis que inerente a competência material de ambos, conforme art. 23, II e VI, da Constituição da República.

Meio ambiente do trabalho do fluvial

O trabalhador antes de iniciar seu labor, está submetido à sua condição de vida (habitação, saneamento, transporte, alimentação etc.) que além de interferir na ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais, determina o seu estado de saúde, definindo se vive ou morre e, se viver, em que qualidade o fará [24].

O trabalho aquaviário possui características peculiares das demais profissões. Estas remetem ao seu meio ambiente de trabalho completamente atípico, com características que permitem confundí-lo com a própria residência do trabalhador. As limitações físicas privam-no do convívio familiar por longos períodos, sendo a atividade exercida de forma confinada de forma permanente, sujeitando-o a uma gama de variações climáticas e culturais, além de permanecer submetido a balanços e trepidações. Associado a essas condições, a necessidade de prontidão para o trabalho exige, até no momento de descanso, que o trabalhador mantenha-se alerta para agir em eventuais emergências ou imprevistos na embarcação [25].

Apenas as normas de prevenção não são suficientes, devendo haver o ressarcimento pelo prejuízo experimentado pelo trabalhador. A responsabilização do empregador é questão relevante na reparação pelos prejuízos (danos materiais e morais) e pelo caráter pedagógico, visto que é o empregador o integrante direto da relação jurídica entre as partes e beneficiário principal e imediato de seus efeitos, devendo responder pelas obrigações resultantes dessa relação.

O pensamento moderno dispõe que os danos à natureza são danos à própria existência humana, e as políticas públicas não podem ser impostas por governantes, mas fruto de consenso, pois não se precisa de dinheiro, mas de compromisso do governo. A modernidade impõe que para cada problema faz-se uma lei [26].

O ordenamento jurídico pátrio, da família romano-gemânica, encontra-se estruturado para regular as relações bilaterais, não atendendo de forma eficaz as atuais relações jurídicas poligonais ou multilaterais, como bem menciona Canotilho, *in verbis*:

“Este esquema simples de relações bilaterais não está em condições de solucionar e apreender a imbricação de interesses nas chamadas relações jurídicas poligonais ou multilaterais.” [27]

São essas relações jurídicas poligonais ou multilaterais, onde se verifica que a sociedade do risco, em questões ambientais, vai ter que tomar decisões que sempre irão gerar descontentamento a algumas das partes e interessadas.

No entanto, há de se ressaltar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é desdobramento do direito à vida e como tal direito fundamental do trabalhador. Leciona o supramencionado constitucionalista português que a “primeira nota é revelar é a de que não se trata apenas de acentuar dimensões objetivas da proteção do ambiente («direito do ambiente») nem de assegurar apenas o direito à proteção do ambiente. Procurou-se recortar um direito fundamental autônomo do indivíduo” [28].

O meio ambiente de trabalho perverso vitima o trabalhador aquaviário de forma muito mais agressiva, pois se após um dia de trabalho diretamente em contato com agentes nocivos, a maioria dos trabalhadores vão para o seu lar, junto aos familiares para o descanso, o trabalhador aquaviário desloca-se para o seu alojamento nas embarcações, as quais em grande maioria no Estado do Amazonas se resumem as redes que não permitem ao empregado o descanso longe da nocividade do ambiente do trabalho. Alguns fluviários chegam a ficar 670 horas de viajando (Manaus-AM/Cruzeiro do Sul/AC – rebocador com duas máquinas de 24.000 HP) [29].

Um dos fatores que colaboram com a penosidade do trabalho aquaviário é o clima, pois a temperatura média no Estado atinge 31,4°C, os índices pluviométricos variam de 1.750 mm e 3.652mm e a umidade relativa do ar anualmente varia de 80 a 90% [30].

Várias são as enfermidades que assolam o trabalhador aquaviário, sendo as principais a cólera e a dengue hemorrágica. No entanto, o agente nocivo que mais prejuízo causa aos trabalhadores aquaviários é o ruído [31].

A Norma Regulamentadora n. 30/Ministério do Trabalho e Emprego e a Convenção n. 147 da Organização Internacional do Trabalho (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 33, de 25.10.1990 – Congresso Nacional) são as legislações aplicáveis na fiscalização do trabalho aquaviário. Todavia, para fiscalização, a Superintendência Regional do Trabalho no Estado do Amazonas conta com apenas um auditor-fiscal, Dra. Renata Torres Soares da Rocha, afigurando-se a grande informalidade da atividade com um dos maiores empecilhos à fiscalização [32].

Acidente de trabalho

Quanto a denominação de acidente, o Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999), traz a seguinte definição:

“Art. 30. (...)

(...)

Parágrafo único. Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.”

Observa-se que, em sede regulamentar, houve a conceituação de acidente de forma geral, sem especificar as diferenças entre o acidente de trabalho e os decorrentes de causas naturais ou diversas a relação de trabalho.

Concernente ao acidente de trabalho, o legislado ordinário não formulou um conceito que abrangesse todas as hipóteses em que o exercício profissional gerasse a incapacidade laborativa. Optou por conceituar o acidente-típico ou acidente-tipo, acrescentando outras hipóteses que se equiparam ao acidente típico para efeitos legais, visto que a incapacidade pode ser gerada por outros fatores como a enfermidades decorrentes do trabalho e acidentes ocorridos no trajeto de ida ou volta para o local de trabalho [33].

Acidente típico (ou tipo)

O conceito legal de acidente de trabalho encontra-se no art. 19, da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, *in verbis*:

“Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11

desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Este é o acidente de trabalho propriamente dito, ou seja, aquele que em função de algum fato vem o trabalhador a sofrer danos em sua estrutura corporal, como a perda de membros.

Doença ocupacionais

As doenças ocupacionais são as enfermidades que resultam da exposição do trabalhador a agentes nocivos (químicos, físico e biológicos) quando do exercício do seu labor.

As doenças ocupacionais se classificam como doença profissional e doença do trabalho. O art. 20, I e II, trazem as definições, *in verbis*:

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.”

Sebastião Geraldo de Oliveira apresenta os conceitos de doença profissional e doença do trabalho nos seguintes termos:

“A doença profissional é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatía ou ergopatía. (...). É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai a silicose.”

“ Por outro lado, a doença do trabalho, também chamada mesopatía ou doença profissional atípica, apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. (...). O grupo atual das LER/DORT é um exemplo oportuno das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão.”^[34]

Todavia a própria legislação previdenciária exclui do rol de doenças do trabalho algumas enfermidades. O § 1º, art. 20, da Lei n. 8.213/91 as relaciona nos seguintes termos:

“§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.”

Doença degenerativa é uma doença que consiste na alteração do funcionamento de uma célula, um tecido ou um órgão. As doenças degenerativas são assim chamadas porque elas provocam a degeneração de todo o organismo, envolvendo vasos sanguíneos, tecidos, ossos, visão, órgãos internos e cérebro. São exemplo de doenças degenerativas o diabetes, a arteriosclerose, a hipertensão, as doenças cardíacas e da coluna vertebral, além de câncer, Mal de Alzheimer, reumatismo, esclerose múltipla, artrite deformante, artrose, glaucoma etc.[35]

As doenças inerentes ao grupo etário decorrem da idade avançada como a perda da audição.

Ressalta-se que as doenças que não causam incapacidade laboral não são reconhecidas como acidente de trabalho, visto que a proteção previdenciária está voltada para a inaptidão laborativa.

Há de ser observado que as doenças degenerativas e a inerente a grupo etário, bem como as endêmicas adquiridas por segurado habitante de determinada região em que ela se desenvolva, não guardam nexo de causalidade com o labor obreiro, motivo pelo qual não são consideradas como doenças do trabalho.

Concausa

Existem enfermidades que não resultado das condições do trabalho obreiro, mas são agravadas por estas condições. Neste caso também são equipadas a acidente de trabalho, como disciplina o art. 21, I, da Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

“I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;”

Observamos no dia-a-dia que ocorre a concausa, quando existe uma contribuição direta da atividade do trabalhador. Como exemplo pode-se citar a hérnia discal a qual acomete os motoristas de ônibus urbanos. Neste caso, embora o trabalhador já possua a enfermidade, as horas sentado em determinada posição agravam o seu estado de saúde.

Acidente de trajeto

O acidente de trajeto ou acidente *in itinere*, nos termos do art. 21, IV, d), da Lei n. 8.213/91, é aquele sofrido pelo trabalhador no percurso de no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Outros fatos equiparados a acidente de trabalho

A legislação previdenciária (Lei n. 8.213/91), em seu art. 21, II, III e IV, elenca outras hipóteses que são equiparadas a acidente de trabalho, a saber:

“II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;”

Não se pode olvidar que nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho (Art. 21, § 1º, da Lei n. 8.213/91).

Repercussão dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais

Considerando o aspecto previdenciário os acidentes e doenças do trabalho apresentam dados importantes, pois Em 2006 foram registrados 503.890 acidentes e doenças do trabalho entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Este número, que já é significativo, não inclui os trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as empregadas domésticas. Estes eventos provocam enorme impacto social e econômico sobre a saúde pública no Brasil. Entre esses registros contabilizou-se 26.645 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como consequência o afastamento das atividades de 440.124 trabalhadores devido à incapacidade temporária (303.902 até 15 dias e 136.222 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 8.383 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.717 cidadãos.

Considerado exclusivamente o pagamento, pelo INSS, dos benefícios devido a acidentes e doenças do trabalho somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho encontraremos um valor superior a R\$ 10,7 bilhões/ano. Se adicionarmos despesas como o custo operacional do INSS mais as despesas na área da saúde e afins, o custo no Brasil atinge valor superior a R\$ 42 bilhões [36].

Segundo as estatísticas do Instituto Nacional do Seguro Social, nos meses de janeiro a junho de 2008, as Doenças do ouvido e da apófise mastóide contabilizaram 653 benefícios previdenciário e 25 benefício acidentário [37].

Sob o enfoque da medicina do trabalho, a questão não apresenta resultado diferente, como ficou registrado na Cerimônia marca Dia Mundial em Memória às Vítimas de Acidentes de Trabalho (28 de abril), *in verbis*:

“ESTATÍSTICAS DOS ACIDENTES DE TRABALHO

No Brasil, as estatísticas de acidente de trabalho compreendem somente os trabalhadores formais regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que usufruem de benefícios previdenciários concedidos aos que se afastam em decorrência de acidentes de trabalho. Somente no ano de 2006, considerada esta parcela da população, que é pouco mais de um terço da População Economicamente Ativa de nosso país, foram contabilizados 503.890 acidentes de trabalho e 2.717 mortes.

Para desvendar o universo de mortes e adoecimento, contemplando também os trabalhadores informais, assalariados e não remunerados, domésticos, autônomos, cooperados, temporários, servidores públicos, empregadores, aprendizes, estagiários, desempregados e aposentados, o Ministério da Saúde executa uma série de ações para capacitar o SUS para o diagnóstico e a notificação dos principais agravos à saúde relacionados ao trabalho. Para tal, foi desenvolvido uma nova versão do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), denominada SINAN-NET, que já está implantado na maioria dos estados brasileiros. Também vem sendo estimulado pelo Ministério da Saúde a implantação da rede de serviços sentinela em Saúde do Trabalhador para notificação dos agravos à saúde decorrentes do trabalho, dispostos na Portaria GM/MS nº.777, de 28 de abril de 2004.” [38]

O ruído apresenta-se como um dos agentes nocivos que colaboram significativamente para a estatística das doenças ocupacionais, apresentando como sinais e sintomas auditivos mais frequentes: a perda auditiva, zumbidos, dificuldades no entendimento da fala e outros sintomas auditivos menos frequentes (algiacusia, sensação de audição-abafada e dificuldade na localização da fonte sonora). Esse agente apresenta, ainda, sinais e sintomas não-auditivo, transtornos da comunicação, alterações do sono, transtornos neurológicos, transtornos vestibulares, transtornos digestivos e transtornos comportamentais. Somando-se a estes sinais e sintomas, acrescenta-se outros efeitos do ruído, como transtornos cardiovasculares e transtornos hormonais [39].

O ruído como principal agente nocivo (insalubre) ao hígido meio ambiente do trabalho aquaviário no estado do Amazonas

A Norma Regulamentar n. 30/Ministério do Trabalho e Emprego, que tem como objetivo a proteção e a regulamentação das condições de segurança e saúde dos trabalhadores aquaviários, em seus item 20.2.2. determina que a observância desta não desonera as empresas do cumprimento de outras disposições legais com relação à matéria e ainda daquelas oriundas de convenções, acordos e contratos coletivos de trabalho, cabendo, portanto a aplicação das outras normas reguladores ao trabalho dos aquaviários.

O ruído tem tratamento específico, em sede de meio ambiente do trabalho, na NR 15/Ministério do Trabalho e Emprego.

A supramencionada norma reguladora traz em seu anexo I a tabela que apresenta os limites e tempo de exposição máxima que o trabalhador está sujeito.

LIMITES DE TOLERÂNCIA PARA RUÍDO CONTÍNUO OU INTERMITENTE

NÍVEL DE RUÍDO DB (A) MÁXIMA EXPOSIÇÃO DIÁRIA PERMISSÍVEL

85	8 horas
86	7 horas
87	6 horas
88	5 horas
89	4 horas e 30 minutos
90	4 horas
91	3 horas e 30 minutos
92	3 horas
93	2 horas e 40 minutos
94	2 horas e 15 minutos
95	2 horas
96	1 hora e 45 minutos
98	1 hora e 15 minutos
100	1 hora
102	45 minutos
104	35 minutos
105	30 minutos
106	25 minutos
108	20 minutos
110	15 minutos
112	10 minutos
114	8 minutos
115	7 minutos

Conforme item 1 do anexo I e item 1 do anexo II da Norma Regulamentar n. 15, entende-se por Ruído Contínuo ou Intermitente, para os fins de aplicação de Limites de Tolerância, o ruído que não seja ruído de impacto, considerando-se ruído de impacto aquele que apresenta picos de energia acústica de duração inferior a 1 (um) segundo, a intervalos superiores a 1 (um) segundo.

Segundo Manoel José Jesus da Silva[40], várias são as enfermidades que assolam o trabalhador aquaviário, como a cólera, dengue hemorrágica, sendo os trabalhadores obrigados a consumir a água do rio. Todavia, a doença o agente nocivo que mais castiga o trabalhador aquaviário é o ruído, visto que toda a tripulação e não apenas o pessoal de máquinas, pois irradia por toda a embarcação.

Para se ter uma noção do tempo de exposição do aquaviário ao ruído, o mencionado representante sindical informa que um rebocador com 02 (duas) máquinas (24.000 HP cada) leva 450 horas no trajeto Manaus/Eirunepé e 670 horas no trajeto (Manaus/Eirunepé). Se for um rebocador com apenas uma máquina some-se ao trajeto Manaus/Eirunepé 120 horas e ao trecho Manaus/Cruzeiro do Sul 150 horas.

O trabalhador aquaviário, em especial o fluviário, encontra alguns problemas de ordem prática para conseguir os benefícios trabalhistas e previdenciários.

Verifica-se que o trabalhador conta com alto grau informalidade, pois além de inexistir registro na carteira de trabalho e previdência social, muitos barcos trabalham na clandestinidade. Atualmente a Superintendência Regional do Trabalho conta com apenas um Auditor-fiscal do Trabalho no Porto de Manaus, inexistindo auditores-fiscais nos demais municípios do interior do Estado, sendo importante registrar que o órgão não possui o decibelímetro para a medição dos níveis de ruídos nas embarcações [41].

Há de se registrar que, independente do registro na carteira de trabalho e previdência social ou instrumento de contrato expresso, se o fluviário trabalhar com não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação jurídica, o mesmo terá um vínculo jurídico com o tomador dos serviços de natureza empregatícia, nos termos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, podendo buscar junto a Justiça do Trabalho todos os consectários trabalhistas contidos na legislação obreira.

A circunstância se complica quanto à questão previdenciária, pois se o empregador não regulariza o vínculo empregatício e não recolhe a contribuição previdenciária, chamada vulgarmente de “INSS”, o empregado não poderá gozar de benefícios como auxílio-doença previdenciário, auxílio-doença acidentário, auxílio acidente, salário maternidade etc. Nesta hipótese, deverá o empregado buscar a Justiça do Trabalho para inicialmente reconhecer o vínculo e pedir que seja condenado o empregador a pagar o benefício previdenciário que foi negado ao trabalhador por ausência de recolhimento da contribuição previdenciária, com amparo nos artigos 186 e 927, parágrafo único, do Código Civil.

Mesmo quando figura como empregado, o fluviário ao procurar o benefício previdenciário, na maioria dos casos, não informa a causa da enfermidade, mas apenas a doença. As doenças do ouvido, principalmente PAIR (perda auditiva induzida por

ruído), não tem origem exclusivamente no labor obreiro, podendo ser adquirida por outras atividades ou pela velhice. Assim, na grande maioria dos casos o Instituto Nacional do Seguro Social o encaminha para a perícia para constatar o grau de comprometimento da audição e a partir de então que se verifica que chegou ao grau necessário para percepção do benefício, vindo gozar do auxílio-doença previdenciário.

Observa-se que a responsabilidade do órgão previdenciário é verificar se o grau da lesão é de monta a ensejar o benefício. Nestes casos, que são a grande maioria, o empregado começa a gozar do auxílio doença previdenciário e não do auxílio-doença acidentário.

Nesta circunstância, tanto o segurado como o órgão previdenciário terão dificuldade em buscar o ressarcimento dos prejuízos junto ao empregador que enriquece em prejuízo da saúde obreira.

Considerações finais

Apesar da Justiça do Trabalho ser historicamente mais célere que os demais órgãos do judiciário, ante a simplicidade de seus procedimentos, ainda sofre com a morosidade, não conseguindo cumprir seu papel constitucional e institucional junto às comunidades mais distantes e inacessíveis deste nosso imenso estado.

Seria utópico pensar que os entes (União Federal e Estado) fossem multiplicar o número de fiscais e postos junto aos pequenos municípios do interior.

O trabalho de conscientização é lento e inexistem políticas públicas eficientes na proteção da saúde do trabalhador.

Como forma de proteção efetiva do meio ambiente do trabalho do fluvial é importante dar cumprimento ao mandamento constitucional, reconhecendo-o como questão ambiental e de saúde pública, de forma que, existindo qualquer forma de poluição, fosse notificado o órgão de fiscalização do trabalho para que examinasse o comprometimento do meio ambiente do trabalho.

Incluir noções básicas sobre meio ambiente do trabalho, como acidente do trabalho e doenças ocupacionais, com suas causas, conseqüência e benefícios aos quais fazem *jus* os trabalhadores, nos cursos de formação dos aquaviários junto a Marinha do Brasil, seria uma boa forma iniciar um costume de proteção ambiental.

Importante seria que os municípios tenham em suas Secretarias Municipais de Saúde, do Trabalho ou Meio Ambiente, em qualquer uma delas, o decibelímetro para que os fiscais sanitários pudessem medir os ruídos nas embarcações regionais no interior do estado de forma a prevenir doenças (ocupacionais).

Os sindicatos também têm papel importante, pois podem, e devem, enviar informativos sobre meio ambiente do trabalho, disponibilizando-os nos maiores portos nos municípios do interior.

A criação, por meio de legislação específica, da comissão externa de acidente de trabalho, a qual seria composta por representantes dos empregados e empregadores, mas não pautado no número de funcionários como a comissão interna de prevenção de

acidente de trabalho (CIPA), mas fluxo de embarcações que trafegam no respectivo porto, de forma que a comissão fique sediada em cada porto.

A informação será meio eficiente e eficaz para colaborar na proteção do meio ambiente do trabalho do fluvial, visto que, em termos de orçamento, o país e os estados têm vetores que não permitem uma aplicação mais efetiva de recursos (financeiros e humanos) na garantia dos direitos à saúde do trabalhador, ao hígido meio ambiente do trabalho e a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Diretoria de Portos e Costas. **NORMAM 13: Aquaviários**. https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_13/N_13.htm, acesso em 17/09/2008.

BRASIL. Ministério da previdência Social. **Informações Estatísticas Relativas à Segurança e Saúde Ocupacional**, www.previdenciasocial.gov.br, acesso em 05/08/2008.

_____. **Acompanhamento Mensal dos Benefícios Auxílios-Doença Concedidos, Previdenciários e Acidentários, segundo os códigos da CID-10 – Janeiro a Junho de 2008**. www.previdenciasocial.gov.br, acesso em 05/08/2008.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual do trabalho aquaviário**. Brasília: TEM, SIT, DEFIT, DSST, CGASAT, 2005.

BRASIL. Ministério dos Transportes. Agência nacional de transportes terrestres. **Mapa multinodal**, www.antt.gov.br, acesso 07.04.2008.

_____. **Transporte no Estado – Amazonas**. <http://www.transportes.gov.br/bit/infoestado/info-am.htm>, acesso em 10.11. 2006.

_____. **Mapa Rodoviário do Estado do Amazonas**, www.transportes.gov.br, acesso em 07.04.2008.

_____. Departamento nacional de infra-estrutura de transporte. **Condições das Rodovias, Estado: Amazonas / BR 319**. <http://www1.dnit.gov.br/rodovias/condicoes/condicoesdrf.asp?BR=319&Estado=Amazonas&drf=1>, acesso em 15/08/2008.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual do trabalho aquaviário**. Brasília: TEM, SIT, DEFIT, DSST, CGASAT, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo privatismo, associacionismo e publicismo no direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público, <http://siddamb.apambiente.pt/publico/showResults.asp?searcher=jurisprud%EAncia&page=7>, acesso em 17/09/2008.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**, 4ª ed., 1º volume, Livraria Freitas Bastos s/a, Rio de Janeiro, 1957, Pág. 84.

COSTA, José Luiz Riani; CARVALHO, Pompeu F. de; MAURO, Cláudio Antônio de. **Saúde do Trabalhador e condições de Vida**. 2ª Conferência Nacional de Saúde do Trabalhador, Ministério da Saúde, 1994, pág. 15.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MARANHÃO, Délio; Carvalho, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Função Getúlio Vargas, 1993.

MELO, Raimundo Simão de, **Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance; 2ª ed.; São Paulo: LTr, 2006.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental**. São Paulo: LTr, 2001, pág. 64.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Der (Org.), **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo, Petrópolis, 2005.

RUSSOMANO, Mozar Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed, Curitiba, Juruá, 1993, pág. 02.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007, pág. 40.

[1] http://www.amazonas.am.gov.br/pagina_interna1.php?cod=15, acesso em 17.04.2009.

[2] <http://www.ibge.gov.br/estadosat/>, acesso em 30.09.2008.

[3] <http://www1.dnit.gov.br/rodovias/condicoes/condicoesdrf.asp?BR=319&Estado=Amazonas&drf=1>, acesso em 15/08/2008.

[4] <http://www.transportes.gov.br/bit/infoestado/info-am.htm>, acesso em 30.09.2008.

[5] SILVA, Márcia dos Anjos Bertho da. Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em 09.09.2008, na sede da empresa de turismo Milhas Tur.

[6] http://www.aleam.gov.br/noticia_materia.asp?id=3928, acesso em 30.09.2008.

[7] <http://portalamazonia.globo.com/noticias.php?idN=69768&idLingua=1>, acesso em 30.09.2008.

[8] SILVA, Manoel José Jesus da. Secretário de Finanças do Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Marítimo e Fluvial do Estado do Amazonas (22 anos como maquinista de rebocador). Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em 08.03.2008.

[9] BRASIL. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_13/N_13.htm, acesso em 17/04/2009.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2007, pág. 23.

[11] Art. 200, VIII, da Constituição da República de 1988.

[12] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 22/23.

[13] MELO, Sandro Nahmias. **Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental**. São Paulo: LTr, 2001, pág. 64.

[14] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007, pág. 218.

[15] SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, pág. 922.

[16] Apud MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. **Direito do Trabalho**. Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1993, pág. 145.

[17] MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, pág. 38.

[18] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2007, pág. 49.

[19] Art. 200, VIII, da Constituição da República.

[20] O princípio do poluidor-pagador (*verursacherprinzip*) visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental. (...) Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao “sujeito econômico” (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 142.

[21] “A informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios administrativos e judiciais, para manifestar-se.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pág 88

[22] “Por sua vez, o princípio da prevenção, com um *statatus* no direito internacional mais antigo do que o da precaução, deve ser invocado em todas as atividades ou empreendimentos cujo efeito no ambiente sejam conhecidos e previsíveis, ainda que notáveis, como é o caso da construção de barragens para aproveitamento hidrelétrico de rios”. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Der (Org.), **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo, Petrópolis, 2005, pág. 95.

[23] “Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.” (Princípio 15 da **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**).

[24] COSTA, José Luiz Riani; CARVALHO, Pompeu F. de; MAURO, Cláudio Antônio de. **Saúde do Trabalhador e condições de Vida**. 2ª Conferência Nacional de Saúde do Trabalhador, Ministério da Saúde, 1994, pág. 15.

[25] BRASIL. **Manual do trabalho aquaviário**. Brasília: TEM, SIT, DEFIT, DSST, CGASAT, 2005, pág. 15.

[26] BRAVO, Álvaro Sánchez. Curso de Direitos Humanos, Filosofia e Meio Ambiente: Política Criminal e proteção penal ambiental, em 06/08/2008, no Curso de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas

[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo privatismo, associacionismo e publicismo no direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público. <http://siddamb.apambiente.pt/publico/showResults.asp?searcher=jurisprud%EAncia&page=7>, acesso em 03/09/2008.

[28] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, pág. 183.

[29] SILVA, Manoel José Jesus da. Secretário de Finanças do Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Marítimo e Fluvial do Estado do Amazonas (22 anos como maquinista de rebocador). Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em 11.03.2008.

[30] <http://www.brasilecola.com/brasil/aspectos-naturais-estado-amazonas.htm>, acesso em 12.09.2008.

[31] SILVA, Manoel José Jesus da. Secretário de Finanças do Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Marítimo e Fluvial do Estado do Amazonas (22 anos como maquinista de rebocador). Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em 11.03.2008.

[32] ROCHA, Renata Torres Soares da. Auditora-Fiscal do Trabalho da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Amazonas. Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em em 05/03/2008.

[33] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007, pág. 40.

[34] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007, pág. 51.

[35] http://pt.wikipedia.org/wiki/Doen%C3%A7a_degenerativa, acesso em 20.09.2008.

[36] BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Informações Estatísticas Relativas à Segurança e Saúde Ocupacional**, www.previdenciasocial.gov.br, acesso em 05/08/2008.

[37] BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Acompanhamento Mensal dos Benefícios Auxílios-Doença Concedidos, Previdenciários e Acidentários, segundo os códigos da CID-10 – Janeiro a Junho de 2008**, pag. 7, www.previdenciasocial.gov.br, acesso em 05/08/2008.

[38] BRASIL. Ministério da Saúde. Cerimônia marca Dia Mundial em Memória às Vítimas de Acidentes de Trabalho, Notícia veiculada em 25/04/2008, www.saude.gov.br, acesso em 09.08.2008.

[39] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Perda auditiva induzida por ruído (Pair) / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas

Estratégicas. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2006. 40 p. : il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Saúde do Trabalhador ; 5. Protocolos de Complexidade Diferenciada, 2006, www.saude.gov.br, acesso 09.08.2008, pág. 22.

[40] SILVA, Manoel José Jesus da. Secretário de Finanças do Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Marítimo e Fluvial do Estado do Amazonas (22 anos como maquinista de rebocador). Entrevista realizada por Marcelo de Vargas Estrella em 11.03.2008.

[41] ROCHA, Renada Torres Soares da. Auditora-fiscal do Trabalho responsável pela fiscalização do porto de Manaus entrevista realizada em 03.03.2008, por Marcelo de Vargas Estrella, na sede da Superintendência do Trabalho e Emprego do Estado do Amazonas.

COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O VALOR DO TRABALHO HUMANO E A LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA.

COMPATIBLENESS AMONG THE VALUE OF HUMAN WORK AND FREE ENTERPRISE.

Marcus Augustus Saboia Rattacaso

RESUMO

A Ordem Jurídica Econômica, em sua passagem do estágio liberal para o intervencionista, deixa de ser apenas uma reprodução do atuar dos agentes econômicos, segundo o modelo de produção capitalista, para permitir ao Estado intervir na economia para prover a justiça social e o bem comum do povo. Essa intervenção deve se dar de forma que vise a conciliar o valor do trabalho humano com a livre iniciativa, sem que isso possa representar uma ruptura do capitalismo. Em casos de conflito entre os valores do trabalho humano e da livre iniciativa, deve o intérprete priorizar o primeiro, tendo em vista que o trabalho é elemento de concretização do Princípio da Dignidade Humana, o qual dá unidade a todo Ordenamento Constitucional. Não obstante a escolha do legislador constituinte pela absoluta valorização do trabalho humano, o que se vê, hodiernamente, é a livre iniciativa globalizada, munida de sua política neoliberal, sobrepujar o valor trabalho, apregoando o achatamento dos direitos sociais, sobretudo através da flexibilização das relações trabalhistas, em busca da mais valia que extravasa os limites do aceitável e fere de morte o Estado Social.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: VALORIZAÇÃO DO TRABALHO; LIVRE INICIATIVA; ORDEM ECONÔMICA; TENSÕES ENTRE VALORES; INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIOS; GLOBALIZAÇÃO; FLEXIBILIZAÇÃO DO TRABALHO.

ABSTRACT

The Legal Economic Order in transition from liberal stage to interventionist one leaves to be only a reproduction of acting by economic agents according the capitalistic model of production in order to allow the State to intervene in the economy to make social justice and common well of the people. This intervention must be made at way that focuse to conciliate the value of human labor with free initiative without this could to represent a breaking of the capitalistic system. In cases of conflicts among values of man work and free enterprise the law`s interpreter must to give preferential rating to the first since work it is constituent of the Human Dignity Principle, which gives unity to all Constitutional Ordeinment. Notwithstandig the Constituent Lawmaker choice for absolute valorization of man work what we see actualy it is globalized free enterprise instrumented with its neoliberal policy superseding work`s value, doctrinally teaching

the weakening of social rights mainly through labor flexed relations aiming more value that exceed the limits of acceptability and wound to death Social State.

KEYWORDS: KEYWORDS: WORK VALORIZATION; FREE INITIATIVE; ECONOMIC ORDER; CONFLICTS OF VALUES; PRINCIPLE'S INTEPRETATION; GLOBALIZATION; WORK FLEXIBILITY.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo descrever a relação entre o valor social do trabalho humano e a livre iniciativa, relação esta cujos valores muitas vezes se nos apresentam inconciliáveis. Buscar-se-á delinear a compatibilidade entre os mesmos, tomando como luz norteadora da racionalidade aqui desenvolvida os princípios fundantes da República e do Estado Democrático de Direito, sobretudo, o princípio da dignidade humana, bem assim os princípios que embasam a ordem econômica.

De logo, há que se ressaltar que a acepção do termo trabalho aqui utilizada será a de maior abrangência que o mesmo possa emprestar, de tal sorte que será usado não só para designar as relações de emprego, mas para se referir a toda forma de atividade laborativa capaz de gerar riqueza, não só para o homem como para toda sociedade.

1 DA ORDEM ECONÔMICA LIBERAL À ORDEM ECONÔMICA INTERVENCIONISTA.

O Estado liberal é caracterizado por se reger pelo império da lei, e sucedeu o velho modelo de caráter monárquico absolutista cujo arbítrio do soberano confundia-se com a própria vontade divina. O poder, ilimitado, antes concentrado nas mãos do rei, é transferido para órgãos com funções distintas, os quais exerciam, cada um, fração do poder uno. A estrutura que se desenhou foi baseada nos ideais iluministas, de caráter racionalista, fortemente influenciada por Hobbes, Locke e Rousseau, bem assim por Montesquieu, que idealizou a clássica separação de poderes em sua obra “*O Espírito das Leis, 1750*”, atribuindo a função de criar leis ao Legislativo, a de executá-las ao Executivo, e a de resolver litígios entre os cidadãos, ou entre estes e o Estado, ao Judiciário.

A nota característica, pois, do Estado Liberal é ser um Estado de Direito, subordinado à vontade da lei, que havia de comandar os homens e ter os predicativos da generalidade e impessoalidade.

A primazia do Direito refletiu-se nas Constituições, leis das leis, que se constituíram em documentos a um só tempo organizador e limitador do Poder. Por meio do constitucionalismo, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho^[1]: “buscou-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem”.

O Estado Liberal, como concebido que foi pela burguesia, deveria cuidar de aspectos ligados à soberania, além de zelar pelo direito à propriedade privada e o cumprimento dos contratos. Deveria se afastar totalmente do dever de regular e disciplinar a economia, esta se regeria, segundo a Teoria Clássica de Adam Smith, Malthus, Ricardo e Mill, pela lei natural do mercado, que por si só ditava os rumos dos recursos e das riquezas produzidos.

Franz Neumann bem situa a ordem legal e sua relação com a economia no Estado Liberal:

A livre concorrência precisa da generalidade da lei e do direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao direito, e daí a separação de poderes. (...) A tarefa primordial do Estado é criar um Estado Legal que garanta a execução dos contratos, pois uma parte indispensável para o sucesso empresarial é saber com certo grau de certeza que os contratos serão respeitados” [ii].

As constituições liberais, típicas do final do século XVIII e XIX, não precisavam dispor formalmente de uma Ordem Econômica, pois, dado o caráter abstencionista do Estado, bastavam apenas permitir, sem exercer nenhum tipo de intervenção, a atuação dos agentes do mercado nas infinitas relações econômicas.

Eros Roberto Grau[iii] distingue Ordem econômica (mundo do ser) de Ordem Econômica (mundo do dever ser). A primeira representa o conjunto de relações econômicas tal como se dá, livremente, entre os seus sujeitos; a segunda corresponde ao conjunto de regras e princípios que orientam a atividade econômica.

Sob o enfoque do renomado mestre pode-se afirmar que a Ordem Econômica Liberal é contemplativa do mundo do ser, vez que sobre ele não produz qualquer alteração ou ação de conformação. Bastava então a Constituição tratar da propriedade e da liberdade contratual, para que restasse recepcionada a Ordem Econômica praticada no mundo real.

A economia deixando-se orientar pela lei da oferta e da procura agradava cada vez mais a burguesia industrial, que via na minimização dos custos de produção, sobretudo o de mão-de-obra, a forma perfeita para obtenção de crescentes lucros e expansão dos seus negócios.

No entanto, a doutrina do *laissez-faire*, *laissez-passer* acarretou precárias condições de trabalho nas fábricas, minas e outros setores produtivos, não poupando a ocupação de mulheres e crianças, nas mesmas condições insalubres em que laboravam os demais operários.

Com o Estado omissivo, e com o fim das corporações de ofício, não havia a quem a classe operária recorrer para retirá-la da situação de penúria em que se encontrava. O trabalho estava reduzido a simples mercadoria a concorrer deslealmente com a crescente mecanização da indústria.

As imperfeições reveladas pelo liberalismo, evidenciadas na passagem do século XIX para o século XX, bem como a incapacidade do mecanismo social de auto-regulamentação dos mercados, provocaram o surgimento de novas funções do Estado.

Nasce o Estado Social, intervencionista, e garantidor do exercício das liberdades sociais, entre estas, o direito ao trabalho digno, com limitação de jornada, salário mínimo, descanso periódicos, férias, sindicalização livre, entre outras..

O Direito deixa de ser mero instrumento de pacificação de conflitos e legitimação do poder para também atuar no domínio econômico através da implementação de políticas públicas. Desta forma, as constituições passaram a instrumentar a Ordem Econômica (mundo do ser), condicionando-a à realização de certos fundamentos e princípios.

No Brasil, este foi o modelo de Ordem Econômica estatuída pelo legislador constituinte de 1988, o qual elegeu como fundamentos da mesma o valor social do trabalho humano e a livre iniciativa, e disse que a partir desses pilares, e com o fim de assegurar a todos uma existência digna, deveria a citada ordem se conformar aos princípios da soberania, propriedade privada e sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio-ambiente, redução das desigualdades, pleno emprego e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte. Desta feita, pode-se assegurar que a Constituição de 1988, como se vê claramente, recepcionou a Ordem Econômica Intervencionista.

A passagem de uma Ordem Econômica Liberal para uma intervencionista, entretanto, conforme assevera Eros Grau, não causa ruptura no modo de produção econômica desenvolvido, que no nosso caso é o capitalista. Ao contrário, a Ordem Intervencionista está comprometida com ele. Assim é que o Estado se torna responsável pela integração, modernização e legitimação capitalista, o que implica o implemento de políticas públicas[iv].

São esclarecedores os ensinamentos do Professor Paulo Bonavides quando, ao tratar da transição do Estado Liberal para o Estado Social Intervencionista, pontuou que a referida mudança não significou um abalo nas estruturas nucleares do capitalismo:

O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar; é que ele conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardenal a que não renuncia.

Daí compadecer-se o Estado Social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais. [v]

No Estado intervencionista, a livre iniciativa, que no Estado Liberal era princípio tão somente baseado na propriedade e liberdade contratual, passa a ficar condicionada ao atendimento da necessidade de garantir a dignidade dos trabalhadores e adequação do sistema capitalista em busca da justiça social.

Logo, a ordem econômica deve priorizar o valor do trabalho sobre todos os valores da economia de mercado, devendo o Estado intervir na economia de forma a proteger os direitos sociais dos trabalhadores, até porque da existência destes depende mesmo todo o modo de produção capitalista.

Esta foi a fórmula que encontrou o capital para manter vivo sua ideologia, conforme Rafael da Silva Marques muito bem ponderou, sustentando que os objetivos das normas intervenção é permitir o funcionamento da máquina capitalista em troca da garantia à classe trabalhadora de um pouco mais de dignidade[[vi](#)].

Esta postura de intervenção na Ordem Econômica com o fim de conciliar os direitos à propriedade, ao trabalho e à livre iniciativa está em consonância com o que preconiza uma Constituição dirigente, como é a nossa atual carta, que voltada para ações futuras direciona o Estado para a consecução destes fins.

3. TENSÕES ENTRE OS VALORES CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO HUMANO E O DA LIVRE INICIATIVA.

Segundo Karl Marx, o principal elemento para se compreender os mecanismos do desenvolvimento social é o trabalho, assim definida a ação do homem sobre a natureza. Para Marx, o trabalho é ainda o processo pelo qual o ser humano impulsiona, controla e regula, com sua ação seu intercâmbio com a natureza[[vii](#)].

Num sistema fundado no modo de produção capitalista, cujo valor mais importante é o econômico, o trabalho é a forma que se tem para a aquisição de bens necessários à sobrevivência e ao conforto dos indivíduos. Dada esta importância, se apresenta, por força constitucional, como fundamento da República.

Assim é que o trabalho jamais pode ser visto apenas como elemento de produção, mas principalmente como instrumento de concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual se mostra prezável pelas constituições dos mais diversos Estados, sendo que, no Brasil, tem o condão de dar unidade a todo o sistema constitucional.

Prova da sua importância é que aparece contemplado em dois momentos na Carta Política de 1988: no artigo 1º[[viii](#)] como Princípio Constitucional Conformador, segundo Canotilho; e no artigo 170[[ix](#)], *caput*, como Princípio Constitucional Impositivo[[x](#)], segundo o citado autor, ou Princípio Diretriz, na qualificação dada por Ronald Dworkin[[xi](#)], ou ainda, como assim denomina Eros Grau, norma-objetivo[[xii](#)].

Merece destaque a lição de Eros Grau sobre a inserção do princípio da dignidade humana na Ordem Constitucional Econômica (art. 170, *caput*):

Nesta segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se

encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado pela Constituição.[xiii]

Como exemplo da importância do princípio também no direito comparado, podemos citar o artigo primeiro da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “A Dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Já a Constituição de Portuguesa preconiza que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”.

Assim, sendo o trabalho concretizador da dignidade humana, valorizá-lo significa enaltecer o homem, através do alcance de sua vocação profissional. “Mesmo numa economia de mercado, na qual o trabalho nada mais é, isso em uma concepção liberal, do que elemento de produção, não pode prescindir de valorizar o trabalho como elemento crucial ao alcance da dignidade humana” [xiv].

O Estado quando busca o pleno emprego e, nesse sentido, põe em prática políticas públicas, está valorizando o trabalho, que é quem efetivamente gera riqueza, através da modificação da natureza. Valorização do trabalho aqui deve ser entendida como aquela visada por um Estado Social cujo objetivo deve ser buscar a maior qualificação dos trabalhadores, oferecer-lhes maior segurança no labor – coibindo em grau máximo as atividades desenvolvidas em ambientes insalubres ou perigosos –, não exigir do obreiro horas extras desnecessárias ou em excesso. Em suma: ter o homem trabalhador como fim em si mesmo, e não como meio para que o capital atinja o seu fim.

Não deve, pois, o Estado Social, permitir ao capital o aumento descontrolado da mais valia, quando esta implicar sensivelmente uma diminuição dos direitos sociais, tão arduamente conquistados ao longo de anos de lutas sociais, e que tiveram seu reconhecimento constitucional quando foram alçados à categoria de direitos fundamentais, entendidos estes não na concepção liberal de proteção das liberdades, mas naquela que reclama do Estado a conduta comissiva de prestar assistência social aos cidadãos.

Impende afirmar que o lucro não deve se reproduzir às custas da dignidade da pessoa e do desvalor do trabalho, visto que tal comportamento está expressamente vedado pela Constituição Federal de 1988, que preceitua, ao lado dos princípios da propriedade privada e da livre iniciativa, a busca do pleno emprego. E este, como já dito, passa pela valorização do trabalho humano, como única forma de torná-lo alcançável.

Desta maneira, e com o intuito de enobrecer o labor humano, deve-se garantir salários dignos e proibir-lhes a redução, não só nominal como, e principalmente, aquela relacionada ao exponencial aumento da mais valia, que altera substancialmente a natureza dos salários pagos para reduzir-lhes à condição de preço de mercadoria a integrar o custo de produção do modelo capitalista.

Marx, com a racionalidade que lhe é própria, atentou muito bem para o fato de que, mesmo nominalmente alterando-se o valor do salário poder-se-ia ainda assim perenizar

a sua redução, nos casos em que o lucro exacerbado aumentasse mais que proporcionalmente em relação ao acréscimo nominal dos salários:

Vemos assim que, mesmo quando nos limitamos à relação entre o capital e o trabalho assalariado, os interesses do capital e os interesses do trabalho assalariado são diametralmente opostos. Um crescimento rápido do capital equivale a um crescimento rápido do lucro. O lucro só pode crescer rapidamente se o preço do trabalho, se o salário relativo, diminuir com a mesma rapidez. O salário relativo pode diminuir, mesmo quando aumenta o salário real simultaneamente com o salário nominal – o valor em dinheiro do trabalho – mas só quando esses últimos não aumentarem na mesma proporção que o lucro. Se por exemplo, numa época de negócios favoráveis, o salário aumentar 5% e o lucro, por seu lado, aumentar 30%, então o salário proporcional, o salário relativo, não aumentará mas diminuirá. [xv]

Ademais, a desvalorização do trabalho humano representa afronta aos objetivos fundamentais figurados no artigo terceiro da Constituição de 1988: “construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza e a marginalização, com o bem de todos”. Isto porque tal conduta significa excluir as pessoas do seu *locus* natural, que é a sociedade, e que a Constituição busca integrar.

Como reflexo imediato da não valorização do trabalho tem-se o subemprego. O subemprego, conforme assevera Lafayette Petter, é aquele prestado por pessoas sem qualquer qualificação, que se propõem a fazer qualquer coisa em troca de um pouco de dinheiro[xvi]. Esses trabalhadores não têm carteira assinada, muito menos proteção do sistema de previdência social e sujeitam-se, muitas vezes, por questão de sobrevivência, às mais perversas formas de exposição a riscos ocupacionais, sejam de natureza física, química ou biológica.

Note-se que o Brasil apresenta um grande número de trabalhadores informais e sendo também recordista em acidentes de trabalho, há de se concluir que grande parte dos acidentados está totalmente desguarnecida de qualquer benefício da previdência social, vez que esta tem natureza securitária e, portanto, caráter contributivo.

Outro problema afeto à valorização do trabalho é a insegurança. O capital deseja, quando celebra contratos, sobretudo financiamentos e de aquisição de bens, que sejam previsíveis suas conseqüências.

A ordem pública, marcada pela racionalidade e estabilidade, próprias da lei, garante a execução dos contratos. Saber, com certo grau de certeza, se os contratos serão ou não cumpridos é de suma importância para o sucesso empresarial. Daí por que o capital clama por calculabilidade e previsibilidade nas relações econômicas, e não se conforma com conceitos de textura aberta, tais como boa-fé objetiva ou função social dos contratos e da propriedade, pois os mesmos não decorrem de fórmulas universais, mas são assimiláveis somente diante da análise das peculiaridades do caso concreto. Almejam os empresários a associação do econômico com a norma previsível como base de sustentação de suas relações contratuais, fenômeno que a doutrina hodierna vem denominando de análise econômica do direito (*Law and Economics*). Pérsio Arida ilustra esta corrente doutrinária:

Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como a função social da propriedade ou a boa-fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões de juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.[xvii]

Esta mesma segurança não almejam os empresários no mundo do trabalho. Conforme assere Rafael da Silva Marques:

Os trabalhadores sentem-se inseguros com relação à sua renda, que pode, comparada ao mercado, e índices inflacionários, reduzir-se muito, mesmo que não haja redução nominal. Sentem insegurança com relação ao seu emprego também. O mercado pela própria precarização e eliminação de muitos postos de trabalho, lança a mão-de-obra fácil e barata, disponível a quem necessita. Estas pessoas concorrem com quem está empregado, o que faz com que estes também tenham insegurança, mesmo estando trabalhando. Isso tudo torna o empregado muito vulnerável e sujeito a pressões, quer individuais, quer através do próprio sindicato, sob o medo de perder sua única fonte de renda. [xviii]

Com o objetivo de afirmar o valor do trabalho humano é que a Constituição o adota não só como fundamento da Ordem Econômica (art. 170) como também da Ordem Social (art. 193), e não nos esqueçamos, como fundamento da República, além de elencá-la como direito fundamental do trabalhador (art. 7º).

Acentua-se, portanto, a partir da interpretação do art. 170, *caput* da Constituição, que o Estado brasileiro, muito embora adote o sistema capitalista de produção baseado no livre mercado, prioriza o valor do trabalho humano em relação aos demais princípios que norteiam a Ordem Econômica.

Mais uma vez nos socorremos do direito comparado para deixar patente a importância do valor do trabalho humano nos ordenamentos alienígenas. Assim é que a Constituição italiana preceitua, em seu art. 1º, que a Itália é uma “República baseada no trabalho” e a Constituição espanhola apregoa, no art. 42, que o “Estado velará pela salvaguarda dos direitos sociais dos trabalhadores nacionais e estrangeiros”.

Ressalta-se que a valorização do trabalho humano não está apenas na criação de medidas protetivas do trabalho tomadas pelo Estado Social (*welfare state*), mas sim, em admitir o trabalho como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social[xix].

Daí se conclui que o capital deve valorizar o labor como forma de manutenção do sistema de produção capitalista, pois este precisa do trabalho para promover o acúmulo de riquezas.

De outro lado, para que o trabalho humano não fosse considerado apenas elemento de custo de produção capitalista, o Constituinte assumiu o papel de alçá-lo a fundamento

da República e à condição de direito fundamental, não podendo ser mitigado ou atingido.

O intérprete diante de situação que envolva o trabalho humano deve resolvê-la levando em conta o valor social do trabalho, que por sua vez é elemento da dignidade humana, a fim de fazer valer os objetivos fundamentais da República e os princípios da Ordem Econômica.

A livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho humano, constitui-se em princípio da Ordem Econômica e, segundo o art. 1º, IV da Constituição, fundamento da República. Assim dispostos topograficamente, quis o legislador constituinte que o Estado brasileiro obtivesse o ponto ideal de convívio entre o capital e o trabalho, para que ambos, conciliados, pudessem ser os promotores de uma sociedade livre, justa e igualitária.

De logo, vislumbra-se que não se pode reduzir a livre iniciativa apregoada pela Constituição à mera liberdade econômica. Noutras palavras, como afirma Eros Grau, não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo. Deve-se dar a ele – o princípio – a interpretação de que traz o valor não apenas da liberdade do capital, mas também do trabalho. A livre iniciativa, mais uma vez assere Grau, é expressão do trabalho e, portanto, corolária da valorização do trabalho humano, em uma sociedade livre e pluralista. O mesmo autor prossegue afirmando que a livre iniciativa deve também ter função social, tal qual tem o valor do trabalho, nunca devendo ser tomada como expressão individualista, mas como algo socialmente valioso.[xx]

O que deve ficar aclarado é que os valores do trabalho e da livre iniciativa, ambos cumprindo sua função social, devem ser preservados, visto que o primeiro é quem gera a riqueza necessária para que a segunda se torne útil à sociedade, e não apenas ao mercado e ao capital.

Dada a sua função de alicerce da ordem capitalista é que o valor do trabalho humano deve restar privilegiado quando, no caso concreto, conflitar com os interesses da livre iniciativa, resultando em impossível concordância prática (Konrad Hess), tendo em vista que a Constituição quando expressamente o preceituou, nos arts. 1º, IV, e 170, fê-lo para que fosse tornado núcleo duro da Ordem Constitucional brasileira, devendo o intérprete dar-lhe a devida relevância diante das relações sócio-econômicas. Ademais, em circunstância como esta, em que se envolvem princípios colidentes, há de se impor sempre a solução que guarde maior sintonia com a proteção da dignidade humana[xxi].

3. A LIVRE INICIATIVA NEOLIBERAL E A DESVALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO.

Inobstante as considerações aqui tecidas, nas quais se avultou a necessidade almejada pela Constituição de convívio harmônico entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, bem assim a necessidade de se impor a prevalência do primeiro, em caso de conflito de interesses entre o capital e o trabalho, o que se vê, na sociedade que

absorveu o modo de produção capitalista da Revolução Industrial dos tempos modernos, conhecida como globalização, cuja ideologia é o neoliberalismo, é uma total inversão dos valores prefalados, impondo-se ao capital, sobretudo o financeiro, preponderância em relação ao valor do trabalho.

A globalização nada mais é do que a integração econômica de vários países nos setores de produção, consumo e serviços, com o propósito de ampliar ainda mais o alcance do capital, fazendo-o circular pelas mais variadas regiões do mundo. A este fenômeno da economia, Marx e Engels já faziam menção quando proclamaram a célebre frase: “proletários de todos os países uni-vos”.^[xxii]

O que há de novo são as transformações oriundas do progresso da microinformática, microeletrônica e telecomunicações, que permitiram a globalização financeira. O dinheiro deixou de ser um intermediário na troca entre valores de uso para ser um valor considerado em si mesmo, com capacidade de se reproduzir e gerar riqueza altamente volátil, que povoa as bolsas de valores do mundo.

Aqui, faz-se necessário assentar que em um sistema capitalista as normas tendem a proteger a manutenção desse modo de produção. Nesse sentido é que sustenta Eros Grau ser a sociedade capitalista essencialmente jurídica, e nela o direito atua como instrumento mediador de suas relações de produção ^[xxiii]. Essas relações não conseguiriam se reproduzir sem a forma do direito positivo dado pelo Estado. O direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, permitindo a fluência da circulação mercantil. Entretanto, com a globalização financeira, tem havido uma deterioração da capacidade estatal de impor o direito posto, e os mercados financeiros globalizados passam a ser regidos por outros sujeitos que não o Estado.

A receita neoliberal prevê a desregulamentação dos mercados domésticos e a submissão das empresas à concorrência global, eliminando resquícios de protecionismo e políticas de fomento, além da flexibilização das normas trabalhistas e sociais. O Estado deixa de ser um promotor do bem-estar social para ser um atenuador de risco, assegurando a acumulação do capital em prejuízo do fator trabalho.

Esta forma de capitalismo, apregoada sobretudo pelos Estados Unidos, preceitua, como já falado, a flexibilização danosa dos direitos trabalhistas. No Brasil, seus efeitos passaram a ser sentidos desde a década de 60, com a edição da Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em substituição à estabilidade decenal prevista pelo art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, e com a Lei do trabalho temporário (Lei 6.019/74) que permitiu a contratação de empregados, por até três meses, em caso de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário do serviço.

O modelo da globalização financeira, nos moldes estadunidenses, teve início, marcadamente, com o ingresso das empresas multinacionais, as quais tinham por objetivo a redução de custos, sobretudo através da flexibilização dos direitos dos trabalhadores, e o aumento exorbitante dos lucros, algo não mais possível dentro dos seus limites territoriais. Seu ápice se deu na década de 80, com a política neoliberal instituída por Ronald Reagan, nos Estados Unidos e Margaret Thatcher, na Inglaterra,

Segundo Rafael da Silva Marques, a globalização, ao pregar o livre mercado e a flexibilização dos direitos sociais, cria sistemas normativos paralelos aos estatais. A

vontade contratual passa a preponderar, dando origem à arbitragem e outros instrumentos de mediação, em detrimento das normas constantes do ordenamento nacional, enfatizando mais o direito oriundo de normas coletivas. Tal fato é deletério para os países periféricos, em que os trabalhadores ainda não atingiram maturidade política suficiente para defender seus direitos em negociações coletivas[xxiv].

O mesmo autor aponta três nefastos exemplos da flexibilização em nosso ordenamento. O primeiro deles é do art. 7º, VI, da Constituição que prevê a possibilidade de redução dos salários por negociação coletiva. O segundo é quanto à jornada, onde no art. 7º, XIII, consta que é possível o aumento de trabalho em um dia, além das oito horas, e a redução em outro, através de compensação, desde que prevista em acordo coletivo. Deste dispositivo nasceu a Lei 9.601/98, que dando nova redação aos parágrafos segundo e terceiro do art. 59 da CLT, ampliou para um ano o prazo para compensação – sistema que foi conhecido como banco de horas. Por último, aponta o art. 7º, XIV, da Constituição, que preceitua jornada de trabalho com duração de seis horas para os casos de turnos ininterruptos de trabalho, salvo disposição coletiva em contrário.

O novo modelo de livre-iniciativa também deseja reduzir cargos e funções, ao concentrar em um único trabalhador tarefas antes realizadas por vários deles, consubstanciando o tão propagado processo de reengenharia social da empresa, o qual tem se mostrado fatigante para o homem.

Por sua vez, as tarefas intermediárias, não ligadas diretamente aos fins sociais da empresa, são transferidas a empregados de empresas terceirizadas, com o objetivo precípua de reduzir custos e não, necessariamente, aumento de qualidade no desempenho das tarefas delegadas a terceiros. Isto se dá porque, na moderna sociedade capitalista, o lucro se situa em primeiro plano e tudo deve ser feito no sentido de reduzir despesas para a otimização de resultados financeiros cada vez mais crescentes.

A terceirização rompe o vínculo bilateral justralhista e cria a relação triangular de trabalho, onde o trabalhador da empresa prestadora migra do setor a que pertence a empresa para se situar no setor terciário de prestação de serviços. Este fenômeno tem se mostrado prejudicial ao trabalhador, tendo em vista que o alija de vários benefícios oferecidos aos colaboradores da empresa tomadora, normalmente de maior porte que a terceirizada e, portanto, de maior capacidade econômica para oferecer melhores salários, prêmios, gratificações e outros penduricalhos remuneratórios que se acrescem à renda dos obreiros.

É importante destacar que as inovações tecnológicas trazidas pela microeletrônica, sistemas digitais, mecatrônica e outros aparatos da era moderna não reduzem, ao contrário do que se propaga, os postos de trabalho. O que fazem é substituir antigas funções por outras que exigem maior especialização do trabalhador. São essas as funções que geralmente são preenchidas pelas empresas prestadoras, as quais passam a funcionar como entidades satélites em torno da empresa contratante, fato que, invariavelmente, tem proporcionado uma fragilidade das relações de trabalho. Esta arquitetura do processo de produção está em sintonia com o modelo de gestão conhecido por toyotismo, elaborado por Taiichi Ohno, cuja maior preocupação é a subcontratação de serviços de forma a reduzir os custos do produto final. Maurício Godinho, retratando o modelo que substituiu o taylorismo, cuja característica era a divisão do trabalho no âmbito da própria empresa, assenta que o mecanismo da

subcontratação garante a um só tempo a diminuição dos custos da empresa-pólo, o acréscimo da produtividade do trabalho e a redução da renda dos trabalhadores^[xxv]. Ou seja, é a receita típica do modelo neoliberal.

Do estudo empreendido, conclui-se que a política neoliberal é incompatível com o disposto nos artigos 1º, 3º, 7º e 170 da Constituição, pois a mesma define um modelo econômico baseado no bem-estar, cuja vinculação deve ser observada pelos poderes estatais. Nesse sentido, os programas do governo devem se compatibilizar com a Constituição. A incompatibilidade entre os mesmos e o modelo econômico constitucionalmente definido deve implicar em inconstitucionalidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ordem Constitucional brasileira alçou a valorização do trabalho e a livre iniciativa a condição de fundamento da República e da Ordem Econômica, esta como bem se sabe, baseada no modo de produção capitalista, o qual tem por alicerce a lei de livre mercado. Não obstante, não pode o trabalho ser considerado como mero instrumento do mercado, que, ávido por cada vez mais lucros, quer reduzi-lo à mera condição de elemento de custo de produção.

O Trabalho deve ter a proteção do Estado, visto não ser apenas um conceito econômico, mas, antes disso, um conceito social, humano. Tanto é assim que o homem busca o valor do trabalho não apenas para satisfazer suas necessidades de sobrevivência e conforto, mas também para satisfazer suas demandas existenciais e de vida. Desta forma, deve ser o labor considerado uma das principais formas de concretização do Princípio da Dignidade Humana, princípio este que dá unidade a toda a Constituição de 1988.

O intérprete, por sua vez, deve ter sempre em mente este valor da dignidade humana realizado pelo trabalho, para que, no caso concreto, ao se deparar com o conflito de interesses entre o mercado da livre iniciativa, ávido por cada vez mais lucros, e o trabalho, possa resolvê-lo em favor deste, levando em consideração que numa ponderação principiológica, baseada na razoabilidade e proporcionalidade, há de se sobrelevar o valor que enaltece a existência humana.

Não se quis com o presente excluir o valor da livre iniciativa, até porque fora o mesmo consagrado pela Carta Política, mas se procurou esposar que esta deve ter a sua função social, como muito bem observou Eros Grau, no sentido de que não se pode deixar ao capital o controle da sociedade para servir-lhe na busca demasiada pela obtenção de lucros exorbitantes e redução de custos sociais, sobretudo, como se demonstrou, pela diminuição de salários e de proteção ao trabalho.

Apesar do dever social, tanto do capital quanto do Estado, de realizar o valor do trabalho humano, o que se vê é um poder estatal que se mostra atrofiado frente ao poder econômico representado pelas grandes instituições capitalistas multinacionais, que ditam, debaixo do dogma da globalização e do neoliberalismo, defendidos como

bandeiras da livre iniciativa intocável, as normas de um mercado auto regulado que busca, desenfreadamente, a flexibilização dos direitos sociais duramente alcançados.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996

CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1987.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: Ltr, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 5ª imp. Londres, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor Social do Trabalho, na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Ltr, 2007.

MARX, Karl. Friedrich, Engels. *Manifesto Comunista*. Comentado por Chico Alencar . Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber e Marx*. 3ª Edição. Itajaí: Ed. Univali, 2002.

ZYLBERSZTAJN , Decio, SZTAJN, Rachel (organiz.) e outros. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

[i] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p.3.

[ii] NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Trad. de Luiz Corção. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1969, p.49-50 apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p.36.

[iii] A distinção entre Ordem Econômica – mundo do ser e Ordem Econômica – mundo do dever ser está na obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p.67-69.

[iv] GRAU, Eros Roberto. Op.cit,p.74-75.

[v] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, p.184.

[vi] MARQUES, Rafael da Silva. *Valor Social do Trabalho, na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Ltr, 2007, p. 94

[vii] SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Durkheim, Weber e Marx*. 3ª Edição. Itajaí: Ed. Univali, 2002,p.163.

[viii] Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[ix] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[x] Canotilho denomina Princípios Constitucionais Conformadores aqueles que explicitam as decisões fundamentais do legislador constituinte (ex: organização e estrutura do Estado) e Princípios Constitucionais Impositivos aqueles que submetem o legislador à realização de fins e execução de tarefas in CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1987.

[xi] Dworkin chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto social, político e econômico in DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 5ª imp. Londres, 1987, p.22

[xii] GRAU, Eros Roberto. Op.cit, p.197.

[xiii] GRAU, Eros Roberto.Op.cit,p.197.

[xiv] PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.153.

[xv] MARX, Karl. *Trabalho Assalariado e Capital*. 2ª ed. São Paulo. Editora Global, 1983. Apud Marques, Rafael da Silva in *Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Editora Ltr, 2007, p.112.

[xvi] PETTER, Lafayette Josué. Op.cit., p.156-157.

[xvii] ARIDA, Pêrsio. *A Pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma* in ZYLBERSZTAJN , Decio, SZTAJN, Rachel (organiz.) e outros. *Direito& Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*.1ª ed. Rio de Janeiro:Editora Elsevier, 2005, p.68.

[xviii] MARQUES, Rafael da Silva.Op.cit. p.114.

[xix] BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, apud MARQUES, Rafael da Silva in *Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Editora Ltr, 2007, p.116.

[xx] GRAU, Eros Roberto, op.cit, p.201-208.

[xxi] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.145.

[xxii] Marx, Karl. Friedrich, Engels. *Manifesto Comunista*. Comentado por Chico Alencar. Rio de Janeiro: Garamond, 1998, p.188.

[xxiii] GRAU, Eros Roberto. Op.cit., p.36-38.

[xxiv] MARQUES, Rafael da Silva. Op. Cit., p.135.

[xxv] DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: Ltr, 2005, p.48

O FOMENTO AOS CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO, O PLENO EMPREGO E O DESENVOLVIMENTO SÓCIO-ECONÔMICO

MATURE FIELDS, EMPLOYMENT, SOCIAL - ECONOMIC DEVELOPMENT

Mariana de Siqueira

RESUMO

As atividades de exploração e produção de petróleo no país se iniciaram de forma mais intensa durante o final dos anos 30 e início dos anos 40. De lá até aqui, aproximadamente 60 (sessenta) anos se passaram. Grande parte dos campos petrolíferos inicialmente descobertos se encontra em fase de declínio produtivo. Em razão do declínio em sua produção, tais campos não se revelam interessantes aos empreendedores de grande porte. Apesar do desinteresse das majors em operá-los, mediante estímulos e uma adequada regulação, tais campos podem se revelar como interessantes pontos de investimento para empreendedores de menor porte. Diante de tal realidade, questiona-se: Como deve o ente estatal proceder? Deve o Estado simplesmente abandonar tais campos ao ócio ou deve agir de modo a fomentar a continuação das atividades de produção neles desenvolvidas, especialmente mediante o ingresso de empreendedores de menor porte? Como se manteriam os Municípios produtores de petróleo se as atividades neles desenvolvidas fossem abruptamente desenvolvidas? Quem absorveria toda a mão de obra atuante no setor? Os campos petrolíferos, ainda que em declínio, são dotados de petróleo e o petróleo é recurso energético demasiado relevante. Os campos de petróleo, ainda que em declínio produtivo, possibilitam a concretização da idéia de desenvolvimento em sua mais ampla feição, de um desenvolvimento não apenas quantitativo (econômico), mas também qualitativo (social). As atividades em campos de petróleo, ainda que estes estejam em declínio, geram empregos diretos e indiretos, promovem a circulação de renda, o recolhimento de tributos, o pagamento aos proprietários de terra e o pagamento de royalties. O fomento à continuação das atividades de produção desenvolvidas em campos declinantes permite às localidades onde os mesmos se situam manter e gerar empregos diretos e indiretos, fazer circular renda, recolher tributos e receber royalties. Permite a tais localidades, a partir de cada um desses elementos, se desenvolver social e economicamente. O objetivo do presente trabalho, diante do contexto apresentado, é analisar a relação existente entre o fomento aos campos maduros de petróleo, a criação e manutenção de postos de trabalho e o desenvolvimento sócio-econômico.

PALAVRAS-CHAVES: CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO, PLENO EMPREGO E DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

The oil activities in Brazil had been started in an intensive way in the end of the 30's and in the beginning of the 40's. During approximately 40 years only one agent had been executed the oil activities in this country: the Petrobras. In 1995 this reality had changed and today a concorrencial system characterizes the oil activities in Brazil. Many of the brazilians fields discovered in the past are nowadays in decline. They are called "mature fields" by the present research. These fields, because of the decline situation that characterizes them, are not interesting for the majors. The majors want the big fields and big productions. On the other hand, they could be interesting for the small and medium enterprises. The mature oil fields are instruments of development, they have oil and the oil production is an activity connected with many social and economics benefits. The Brazilian State, in this context, needs to realize actions to promote the activities in the mature oil fields, especially with the work of the small and mediums enterprises. Many of the onshore brazilian mature fields are located at the Northeast, a region matched by many social and economic problems. The activities in the mature fields of the Northeast Region could solve some of its problems, especially its inequality. The present research analyses the mature oil fields and its situations in Brazil, looking for the Constituição Federal de 1988, to the "Law of the Oil", to the and to the idea of social and economic development.

KEYWORDS: MATURE OIL FIELDS, EMPLOYMENT AND DEVELOPMENT

1. Introdução ao tema

A presente pesquisa analisa a ligação existente entre o fomento aos campos maduros de petróleo, a manutenção e criação de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico e social.

A relevância econômico-social dos campos maduros de petróleo foi o principal elemento norteador da pesquisa desenvolvida. A metodologia utilizada foi do tipo teórico-descritiva e com análise bibliográfica e normativa.

Os campos maduros de petróleo, diante de sua relevância, vêm ocupando posição de destaque nas discussões energéticas contemporâneas. Inúmeros são os estudos dedicados à análise de tal temática, especialmente nas áreas de engenharia e geologia. Apesar da relevância do tema, estudos jurídicos o abordando ainda se revelam escassos.

O trabalho técnico aqui desenvolvido, diante de tal contexto, busca oferecer análise jurídica da temática, numa tentativa de fomentar futuros debates e estudos em torno da mesma.

2. Os Campos Maduros de Petróleo e o seu fomento

As atividades de exploração e produção de petróleo no país foram iniciadas de forma mais intensa durante o final dos anos 30 e início dos anos 40. De lá até aqui, aproximadamente 60 (sessenta) anos se passaram. [1]

Grande parte dos campos petrolíferos inicialmente descobertos se encontra em fase de declínio produtivo. Em razão do declínio em sua produção, tais campos não se revelam interessantes aos empreendedores de grande porte. Empreendedores de grande porte desejam grandes campos, grandes produções e grandes lucros.

Apesar do desinteresse das *majors* em operar campos declinantes com atenções especiais, mediante estímulos e uma adequada regulação, tais campos podem se revelar como interessantes pontos de investimento para empreendedores de menor porte.

Diante de tal realidade, ou seja, diante da existência de campos de petróleo em declínio produtivo, do desinteresse das *majors* em operá-los com intensa dedicação e da possibilidade de atividades serem desenvolvidas em tais campos com o ingresso de empreendedores de menor porte, questiona-se: Como deve o ente estatal proceder?

Deve o Estado simplesmente abandonar tais campos ao ócio ou deve agir de modo a fomentar a continuação das atividades de produção neles desenvolvidas, especialmente mediante o ingresso de empreendedores de menor porte? Como se manteriam os Municípios produtores de petróleo se as atividades neles desenvolvidas fossem abruptamente interrompidas em razão do declínio e conseqüente desinteresse das *majors*? Quem absorveria toda a mão de obra atuante na cadeia petrolífera local?

Os campos aqui descritos, ainda que declínio, são dotados de petróleo e o petróleo, como bem se sabe, é recurso energético não-renovável dotado de relevância econômica e social e diretamente ligado às idéias de soberania e de desenvolvimento.

Os campos de petróleo, ainda que em declínio produtivo, possibilitam a concretização da idéia de desenvolvimento em sua mais ampla feição, de um desenvolvimento não apenas quantitativo (econômico), mas também qualitativo (social).

As atividades em campos de petróleo, ainda que estes estejam em declínio, geram empregos diretos e indiretos, promovem a circulação de renda, o recolhimento de tributos, o pagamento aos proprietários de terra e o pagamento de *royalties*.

O fomento à continuação das atividades de produção desenvolvidas em campos declinantes permite às localidades onde os mesmos se situam manter e gerar empregos diretos e indiretos, fazer circular renda, recolher tributos e receber *royalties*. Permite a tais localidades, a partir de cada um desses elementos, se desenvolver social e economicamente.

Seria razoável, diante do que se expôs, abandonar tais campos ao ócio no Brasil? A atual realidade normativa, constitucional e infraconstitucional, direcionada à seara energética nacional possibilita tal abandono?

O presente artigo buscar responder os questionamentos aqui levantados, com fundamento na Constituição Federal e na “Lei do Petróleo” (Lei Federal n.º 9. 478, de 1997).

Antes de se adentrar especificamente na análise constitucional e infraconstitucional do tema, serão realizados apontamentos acerca da polêmica existente em torno da denominação e conceito dos campos de petróleo com produção declinante.

3. Campos de petróleo com produção declinante: denominação e conceito

A definição legal existente em torno dos campos de petróleo os aborda em sua generalidade, não tratando especificamente dos campos com produção declinante.

A “Lei do Petróleo”, em seu art. 6º, inciso XIV, define de forma precisa os campos de petróleo, considerando-os como áreas produtoras de petróleo, a partir de um ou mais de um reservatório contínuo, a profundidades que podem variar, abrangendo as instalações e equipamentos da produção.

Por não haver, até a presente data, ato normativo denominando ou conceituando, de forma geral e abstrata, os campos petrolíferos com produção declinante, muitas são as discussões em torno da conceituação e da denominação dos mesmos. [2]

Alguns estudiosos os denominam “campos maduros de petróleo”; outros, por sua vez, os denominam “campos marginais”. Há, ainda, quem não realize qualquer distinção entre os termos.

Os termos “campos marginais” e “campos maduros” ora são considerados sinônimos, ora são diferenciados. A presente pesquisa optará por diferenciá-los, mencionando os pontos que possuem em comum.

É importante que se diga que preponderam, no âmbito da denominação dos campos com produção declinante e da conceituação dos termos “campos maduros” e “campos marginais”, trabalhos de ordem técnica e econômica, sendo escassas as tentativas jurídicas em tal sentido.

A maior dificuldade em se definir campos maduros e campos marginais reside na questão da determinabilidade e exatidão dos conceitos a serem formulados. É grande a dificuldade que circunda a tentativa de estabelecer conceitos precisos e universais para tais campos, passíveis de se adequarem às mais variadas realidades fáticas.

Alguns estudos de ordem técnica, em especial estudos ligados à engenharia, tentam estabelecer critérios matemáticos para definição de tais campos. Consideram essencial à regulação dos campos declinantes a formulação de um conceito exato e determinado. Expõem que a partir de fórmula matemática responsável por considerar variáveis como a produção acumulada [3] e o recurso explorável [4], se chegaria a um quantitativo numérico responsável por estabelecer ser um determinado campo maduro ou não.[5]

Até mesmo os estudiosos responsáveis pelo desenvolvimento de tal critério matemático reconhecem a necessidade de uma flexibilização em seu âmbito. Vê-se, assim, que mesmo na tentativa de se alcançar a exatidão na conceituação dos campos maduros e dos campos marginais, se reconhece a necessidade de um mínimo de flexibilidade em seus conceitos.

“toda definição determinativa corre o risco de excluir ou incluir valores próximos ao valor estipulado como padrão. Conforme mencionado anteriormente, a conceituação de campos maduros e marginais deve ser elaborada de forma a deixar uma margem mínima a dubialidade interpretativa do campo em questão.” [6]

Em se tratando do direito, diferente não poderia ser. A realidade fática é amplamente mais fértil e dinâmica que a realidade normativa. Estabelecer conceitos jurídicos por demais precisos para os campos maduros e marginais poderia resultar na ineficácia dos mesmos, na medida em que algumas situações fáticas neles não inseridas poderiam padecer de disciplina normativa.

Assim, juridicamente, o ideal é se estabelecer uma idéia de campos maduros e de campos marginais adequada à realidade, apta a se destinar às mais variadas situações fáticas existentes em torno dos campos petrolíferos.

Ressalte-se, que a atribuição de conceito flexível a tais campos não deve ser entendida como sinônimo da atribuição de um conceito demasiado amplo e apto a ensejar interpretações por demais dúbias.

Há de haver uma limitação interpretativa basilar; auferindo-se, a partir da mesma, diante de cada caso concreto, a maturidade ou marginalidade de um dado campo de petróleo.

3.1 Campos marginais de petróleo

O termo “margem”, conforme expõe o Dicionário Houaiss, significa “borda, limite externo, periferia.” [7]

Os campos marginais, a partir de tal conceito de “margem”, podem ser entendidos como campos marcados por uma situação econômica limite. São campos, assim, que se encontram no limiar de sua viabilidade econômica, sendo pouco atrativos para um dado empreendedor.[8]

A idéia do que vem a ser um campo no limite de sua viabilidade econômica pode sofrer variações de pessoa jurídica para pessoa jurídica, conforme seu porte, recursos tecnológicos, preço do óleo, recursos financeiros, dentre outros fatores. Preponderam, na definição dos campos marginais, aspectos de feição econômica.[9]

É uma dada pessoa jurídica, a partir de suas condições, estrutura, dentre outros fatores, a responsável por, diante de determinado campo de petróleo, considerá-lo economicamente limitado e, conseqüentemente, pouco atrativo.

Inúmeros são os fatores aptos a levarem uma dada pessoa jurídica a considerar um determinado campo petrolífero como inviável e pouco atrativo economicamente. Poderá fazê-lo, por exemplo, por considerar o campo como dotado de riscos ambientais; por considerar que o campo, mesmo jovem, produz pouco óleo; ou ainda por considerar

difícil o acesso à região onde se situa. Poderá, inclusive, considerá-lo marginal e pouco atrativo economicamente por possuir tal campo produção declinante.

PRATES, conceituando os campos marginais, assim expõe:

“Campo marginal é todo e qualquer campo produtor de petróleo e/ou gás natural, em geral de pequeno porte, cuja lucratividade, **para o operador atual** encontre-se no limiar da inviabilidade econômica e cujos investimentos necessários ao incremento da produção já não coincidam com os objetivos e escala de **tal operador.**” (*grifos nossos*) [10]

A ANP, no procedimento de disciplina da transferência total dos direitos decorrentes dos contratos de concessão, estabelece conceito de campos marginais de petróleo para fins de tal procedimento, ou seja, para fins de cessão total dos direitos exploratórios decorrentes da concessão. O referido dispositivo assim expõe:

“**Campos marginais de petróleo:** são aqueles campos que produzem predominantemente petróleo, cuja produção de petróleo à época da assinatura do termo de cessão não ultrapasse 500 barris diários e cuja última previsão de produção aprovada pela ANP também não ultrapasse esse limite.” [11]

Este mesmo procedimento, ao tratar dos resultados esperados, assim versa:

“Dentre os campos de rentabilidade marginal, pode-se destacar a presença de campos em adiantado estágio de produção (campos maduros) e de pequenos campos em desenvolvimento.” [12]

Apesar do conceito exposto, não há, como aqui já dito, conceito normativo de campos marginais estabelecido de forma geral, destinado às mais variadas situações e não apenas à cessão dos direitos exploratórios decorrentes da concessão.

Adequar-se-ia o conceito de campos marginais fornecido pela ANP aos mais variados aspectos atinentes à regulação e normatização dos campos petrolíferos?

A exatidão oferecida pelo mesmo (produção de 500 barris diários) permite a disciplina das inúmeras situações fáticas existentes em torno dos campos considerados marginais?

Um conceito jurídico mais flexível para os campos marginais petrolíferos pode se revelar bastante eficaz, diante da possibilidade de se adequar às mais variadas situações fáticas atinentes aos mesmos.

3.2 Campos maduros de petróleo

O termo “maduro”, conforme definido no Dicionário Houaiss, significa “completamente formado, desenvolvido, que já passou da mocidade, adulto.” [13]

Os campos maduros de petróleo, a partir de tal conceito, podem ser entendidos como campos com produção já desenvolvida em plenitude, amadurecida, atualmente em situação declinante, pouco rentáveis economicamente na forma em que se encontram, necessitando do uso de tecnologias e de investimentos para o alcance da rentabilidade.[14]

A conceituação dos campos maduros, assim como ocorre com os campos marginais, envolve elementos econômicos. A eles, contudo, não se limita, também abarcando questões de ordem tecnológica e de produção. [15]

A idéia comum de campos maduros envolve, assim, além dos aspectos econômicos, aspectos de produção e de situação física do campo.

Em trabalho destinado especificamente à conceituação dos campos maduros de petróleo, CÂMARA, a partir da análise da realidade do Estado da Bahia, expõe o seguinte:

“Esses campos, tipicamente, têm entre 30 e 60 anos de produção; encontram-se em estágios avançados de exploração por injeção de água ou gás, apresentam produção declinante e, alguns deles, **podem** estar próximos de seus limites econômicos.”[16] (*grifo nosso*)

Vê-se, a partir do que até aqui se expôs, que um campo, para ser considerado maduro, necessita da produção declinante e de reestímulos para que continue a produzir de forma satisfatória.

Em alguns casos, os campos maduros, em razão de seu declínio produtivo, podem ser considerados inviáveis economicamente, ou seja, marginais, em especial por empreendedores de grande porte. É uma situação onde um campo maduro também será considerado marginal. Ressalte-se, todavia, não ser a marginalidade fator indispensável à caracterização de tais campos como maduros.

3.3 Conclusões acerca da questão conceitual

Diante de tudo o que até aqui se expôs, foram elencadas na presente pesquisa três categorias de campos de petróleo: campos de petróleo apenas marginais, campos de petróleo apenas maduros e campos de petróleo maduros também marginais.

A conceituação comum dos campos marginais envolve elementos de ordem econômica em preponderância.

O presente trabalho conceitua os campos marginais como campos considerados no limite de sua viabilidade econômica e, em conseqüência, pouco atrativos, por um dado empreendedor.

São campos que, por questões das mais variadas ordens, são tidos como marginais por empreendedores que analisam as viabilidades econômicas das atividades petrolíferas nos mesmos.

Inúmeros são os fatores que podem ensejar a qualificação de determinado campo como marginal.

Um dado empreendedor pode considerar determinado campo como marginal pela produção declinante que o acomete; será caso de campo maduro também marginal. Poderá, também, considerar determinado campo como marginal por fatores outros que não a produção declinante, será caso de campo marginal apenas.

Vê-se, assim, que campos de petróleo com produção declinante são campos maduros, podendo também ser considerados marginais por isso, ou seja, não viáveis economicamente em razão da situação de declínio produtivo que os acomete.

A ANP, no procedimento de disciplina da cessão total de direitos exploratórios decorrentes da concessão, coaduna-se com a idéia acima mencionada, assim expondo:

“Dentre os campos de rentabilidade marginal, pode-se destacar a presença de campos em adiantado estágio de produção (campos maduros) e de pequenos campos em desenvolvimento.” [17] (*grifo nosso*)

Um campo pode ser considerado marginal por um dado empreendedor, mas pode não sê-lo por outro.

Os campos maduros podem ser considerados marginais por determinados empreendedores frente a seu declínio produtivo, especialmente por aqueles de grande porte. Todavia, mediante estímulos e uma adequada disciplina regulatória, podem ser considerados não-marginais, ou seja, viáveis economicamente por outros.

Definir claramente e de maneira eficaz os campos maduros e marginais se faz indispensável à disciplina dos mesmos.

Imprescindível é a visualização de quais são os campos petrolíferos que verdadeiramente demandam investimentos e incentivos para fins de continuidade de suas atividades produtivas. Incentivos indevidos podem gerar prejuízos ao ente estatal, em especial no que tange à receita auferida mediante a cobrança de tributos e o pagamento de *royalties*. [18]

A presente pesquisa centra-se na análise dos campos de petróleo com produção declinante, aqui denominados campos maduros apenas e campos maduros também marginais.

Pela maturidade que caracteriza ambas as categorias, ao se mencionar o termo campos maduros, se estará a falar tanto dos campos maduros apenas, como dos campos maduros também marginais.

Os campos maduros, em razão de seu declínio, em razão da necessidade de técnicas de aperfeiçoamento em sua produção [19], para que se mostrem atrativos aos empreendedores de menor porte, demandam atuações estatais específicas.

Uma adequada regulação e políticas eficazes de fomento se fazem indispensáveis à entrada dos empreendedores de menor porte em tais campos. A entrada de tais empreendedores no setor é imprescindível diante do interesse preponderante das *majors* por empreendimentos petrolíferos de maior porte.

Existem, todavia, elementos que inibem a entrada de novos agentes em tal seara, destacando-se, dentre eles, os altos custos de muitos dos métodos de revitalização, as ínfimas regulação e normatização direcionadas a tais campos e os custos tributários e dos *royalties*.

A continuação das atividades desenvolvidas em campos maduros, como aqui mencionado, permite a concretização do desenvolvimento social e econômico nas localidades onde os mesmos se situam, demanda, em contrapartida, atuações estatais específicas de fomento à entrada de empreendedores de menor porte no setor.

Deve o ente estatal nacional empreender atuações em tal sentido? Pode o Estado simplesmente abandonar tais campos ao ócio? Como o ordenamento nacional se posiciona diante de tal temática?

Auxiliando a resposta aos questionamentos formulados, apontam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a “Lei do Petróleo”.

4. Os Campos maduros de petróleo e a Ordem Econômica Constitucional

O presente tópico, atentando para a relevância da Constituição enquanto elemento de conformação do ordenamento jurídico nacional, busca analisar o fomento aos campos maduros de petróleo à luz de algumas normas constitucionais, mais precisamente daquelas explicitamente pertencentes à Ordem Econômica Constitucional.[20]

A Constituição se caracteriza, dentre outros elementos, como instrumento jurídico e político de conformação do poder estatal. É instrumento jurídico, por ser composta de normas jurídicas (regras e princípios) dotadas de dever-ser; político, por conter as decisões políticas fundamentais, e de conformação do poder estatal, por conformar, por delimitar a atuação do Estado em nome da defesa de uma esfera mínima de liberdade dos cidadãos. [21]

Diante de sua posição hierárquica privilegiada dentro do ordenamento jurídico, a Constituição é responsável pelo direcionamento político, jurídico, econômico e social do Estado ao qual se dirige.

As organizações sociais que se desenvolvem com base em suas economias de mercado devem buscar efetivar algum controle de suas relações econômicas, através da aplicação

de determinadas regras e princípios.[22] A partir de tal aplicação, a disciplina do poder econômico no mercado se faz possível e, em consequência, a tutela de interesses de ordem pública.[23]

Inúmeros são os meios capazes de proporcionar ao ente estatal a disciplina e o controle das atividades econômicas que se desenvolvem em seu espaço geográfico, destacando-se, dentre eles, a previsão constitucional de regras e princípios disciplinadores da ordem econômica dos fatos. [24]

A Constituição Econômica, enquanto dever-ser econômico, enquanto conjunto de regras e princípios estruturador de um sistema econômico, busca assegurar um controle mínimo das relações econômicas estabelecidas dentro de um determinado grupo social, regulando o poder econômico no mercado e defendendo, ainda, os interesses de ordem pública.

Normas de caráter econômico têm se mostrado presentes nos ordenamentos jurídicos estatais desde tempos remotos, inclusive no âmbito dos Estados liberais. Com a modificação da postura econômica do Estado, tais normas adquirem papel de destaque enquanto instrumentos de controle indireto das ações dos agentes econômicos. [25]

Diante relevância das atividades econômicas, o ente estatal, mesmo que não mais as exerça diretamente, próximo a elas deve se manter, fiscalizando-as e disciplinando-as.

A Constituição brasileira, por traçar diretrizes, programas e fins a serem concretizados pelo Estado e sociedade brasileiros, é classificada como constituição do tipo dirigente, ainda que pesem algumas posições em sentido contrário.[26]

Em se tratando dos dispositivos constitucionais destinados específica e diretamente à disciplina da seara econômica, os mesmos buscam modificar a ordem econômica fática, no sentido de transformá-la em uma ordem econômica que visa concretizar não apenas interesses privados, mas também interesses sociais. [27]

É assim que a ordem econômica do dever-ser busca interferir na ordem econômica do ser. [28]

Os enunciados normativos constitucionais de ordem econômica encontram-se sistematicamente inseridos no Título VII da Constituição, “Da ordem econômica e Financeira” [29]; sendo apresentados, como fundamentos da ordem econômica nacional, a valorização social do trabalho humano [30] e a livre iniciativa. [31]

A Ordem Econômica, fundada na valorização social do trabalho e na livre iniciativa, busca interferir na realidade econômica com vistas a assegurar a todos uma vida digna.

São apresentados, de forma não taxativa, como princípios [32] a serem observados pela ordem econômica brasileira, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido às pequenas empresas e, ainda, a livre concorrência.

O petróleo, recurso energético natural não renovável, por ligar-se diretamente ao poder soberano do Estado e por sua relevância econômica e social, possui disciplina explicitamente residente no texto constitucional nacional.

Não apenas as disposições constitucionais diretamente ligadas ao petróleo demandam observância obrigatória no âmbito da indústria petrolífera nacional, toda a sistemática da Constituição, suas regras e princípios, sejam estes explícitos ou implícitos, devem ser respeitados no desenvolvimento cotidiano das atividades petrolíferas.

A atividade de produção do petróleo, por se caracterizar como atividade econômica dotada de interesse público, deve obediência específica aos dizeres da Ordem Econômica Constitucional.

O presente tópico buscará expor a relação existente entre três dos princípios econômicos sistematicamente apresentados na Constituição Federal e o fomento aos campos maduros de petróleo; são eles: a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

4.1 Campos maduros de petróleo e busca do pleno emprego

A busca do pleno emprego, princípio objetivo da Constituição Econômica, reclama a elaboração de políticas públicas estatais que possibilitem a sua máxima concretização no âmbito social, de modo a restar promovida a valorização social do trabalho humano. [33]

O referido princípio se liga diretamente ao desenvolvimento social do país, na medida em que busca proporcionar aos seus cidadãos uma maior qualidade de vida através da obtenção de um trabalho digno, coerente com as normas trabalhistas e de salário justo. Com condições materiais adequadas e satisfatórias se permite aos indivíduos o desenvolvimento pessoal. [34]

O princípio da busca do pleno emprego objetiva extinguir o trabalho indigno, o subemprego, revelando a necessidade de serem instituídos programas públicos em prol de sua concretização, especialmente nas regiões mais pobres do país. [35]

Em se tratando dos campos maduros de petróleo e do fomento à continuação das atividades neles desenvolvidas, possível se revela a efetivação de tal princípio.

O estímulo à continuação das atividades desenvolvidas em campos declinantes possibilita a manutenção dos empregos diretos e indiretos já gerados.

Possibilita, ainda, o surgimento de novos postos de trabalho, não apenas de postos diretamente ligados à produção de petróleo, mas também no âmbito de atividades indiretamente ligadas ao setor.

Através do recolhimento de *royalties*, da circulação de renda e do surgimento de empreendimentos variados, multiplicam-se as possibilidades de manutenção e de surgimento de postos de trabalho e de conseqüente concretização do princípio aqui apresentado.

Ao se considerar que grande parte dos campos em declínio *onshore* se encontra situada na Região Nordeste do país, fácil torna-se perceber que o fomento a tais campos na Região torna possível a concretização do pleno emprego em seu território, sendo verdadeiro meio para a redução das desigualdades sociais que a acometem.

O tópico seguinte analisa especificamente o fomento aos campos maduros de petróleo e a redução das desigualdades sociais.

4.2 Campos maduros e redução das desigualdades regionais e sociais

O Brasil, país de dimensões continentais, é marcado por extremadas diferenças entre suas regiões; diferenças estas não apenas naturais, mas também econômicas e sociais.

As diferenças sócio-econômicas que acometem as regiões nacionais não são exclusividade da contemporaneidade, são reflexo de todo um desenvolvimento histórico, tendo estimulado desde tempos pretéritos atuações do ente estatal nacional com vistas a reduzi-las.

Por volta dos anos 50, as temáticas do desenvolvimento econômico e da redução das desigualdades no interior de cada país e entre eles apontaram como elementos de destaque nas discussões de inúmeros Estados. Com o Brasil não foi diferente. O ente estatal nacional empreendeu ações com vistas a reduzir seus índices de desigualdade, especialmente no que dizia respeito à Região Nordeste.^[36]

As ações do ente estatal promovidas durante a década de 50, apesar de bem intencionadas, não lograram êxito pleno na eliminação das desigualdades.

As problemáticas econômico-sociais e as desigualdades regionais se fazem presentes no país até os dias atuais, demandando urgência na elaboração e implementação de políticas que visem as reduzir. ^[37]

São necessárias não apenas políticas regionais de redução das desigualdades, mas também políticas nacionais em tal sentido.^[38]

A Região Nordeste aponta, nos dias atuais, dentre as regiões nacionais, como região marcada por uma intensa desigualdade sócio-econômica. ^[39] “Em relação aos indicadores sociais, a renda por habitante do Sudeste é quase três vezes maior que a do Nordeste.” ^[40]

Relatório elaborado pelo IPEA, datado de 1996, divide o Brasil em três distintos grupos, conforme o respectivo índice de desenvolvimento humano. Sergipe, Bahia,

Pernambuco, Rio Grande do Norte, Maranhão, Ceará, Piauí, Alagoas e Paraíba, todos Estados nordestinos, foram inseridos no grupo nacional marcado pelos ínfimos níveis de desenvolvimento humano.[41]

A Região Nordeste é marcada, ainda, pela problemática natural da seca, o que em muito agrava os seus problemas econômicos e sociais. [42]

Diante de tais disparidades, atentando para a necessidade de amenizá-las e, se possível, extinguí-las, optou o constituinte nacional por tutelar a redução das desigualdades sociais e regionais como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e como princípio da Ordem Econômica Constitucional.

A redução das desigualdades regionais é princípio fim da Constituição, direcionado, em especial, às políticas públicas estatais, sendo necessárias ações conjuntas da União, Estados e Municípios para sua concretização. [43]

Ainda em busca da redução das desigualdades sociais e regionais, foi estabelecida constitucionalmente a necessidade de se planejar, em lei, o desenvolvimento nacional equilibrado [44].

Tratou a Constituição, também, da necessidade de se realizarem investimentos por parte da União em percentuais fixados constitucionalmente pelo período de 15 anos, período este posteriormente alterado para 25 anos [45], em prol da irrigação das regiões Nordeste e Centro-Oeste. [46]

Apesar das previsões constitucionais e das políticas implementadas pelo Estado em prol da redução das desigualdades sociais e regionais no país, muito ainda há de ser feito para que o Brasil, de fato, se caracterize como um país mais igualitário.

O fomento à continuação das atividades desenvolvidas nos campos maduros se mostra como caminho a ser seguido rumo à possível amenização das desigualdades sociais e regionais do Brasil.

Os campos maduros *onshore* se situam, em grande parte, na Região Nordeste do país. Os Estados do Rio Grande do Norte - RN, Sergipe - SE e Bahia - BA possuem quantidades consideráveis de campos de petróleo em declínio produtivo.

Fomentar a continuação das atividades desenvolvidas em tais campos é forma de permitir à Região Nordeste do país reduzir os índices de desigualdade que a acometem.

Como se manteriam os Estados e Municípios nordestinos se as atividades petrolíferas neles desenvolvidas fossem abruptamente interrompidas em razão de seu declínio produtivo? Quem absorveria toda a mão de obra atuante direta e indiretamente no setor? Onde tais entes encontrariam fonte de renda alternativa e tão vultuosa quanto os *royalties*?

Fomentar a continuação das atividades desenvolvidas nos campos maduros nordestinos é forma de permitir à Região Nordeste do país manter e gerar empregos diretos e indiretos, recolher tributos, fazer circular renda, receber *royalties* etc. É forma de permitir à região, através de todos esses elementos, se desenvolver, não apenas

economicamente, mas também socialmente, de modo a reduzir os índices de desigualdade que a acometem.

“A revitalização de campos maduros deve ser priorizada pelo seu potencial de geração de emprego e renda, questões de relevante impacto social nas regiões pobres e altamente dependentes da atividade petrolífera, onde está localizada a maioria destes campos. Essa é uma possibilidade de oportunidades de negócios para médios e pequenos empresários, quer seja na atuação direta nos projetos de revitalização destes campos quer seja no fornecimento de bens e serviços, que estes projetos demandam.” [47]

4.3 Campos maduros e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte

O princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte que tenham sede e administração no país[48] em muito se coaduna com outros princípios da Ordem Econômica Constitucional, como é o caso do princípio da livre concorrência e da busca do pleno emprego.

Ao se direcionar tratamento favorecido aos empreendedores de menor porte se almeja fomentar a sua participação no mercado, concretizando a idéia de livre concorrência.[49]

Com um maior número de empreendedores no mercado, também se revelam maiores as chances de criação de postos de trabalho e a conseqüente concretização do pleno emprego.

A tutela do princípio aqui discutido em muito se coaduna com a idéia de fomento aos campos maduros de petróleo.

Os campos maduros, em razão do declínio produtivo que os acomete, não se revelam interessantes aos empreendedores de grande porte. Grandes empreendedores desejam grandes campos, grandes produções e grandes lucros.

Podem tais campos, todavia, mediante estímulos e uma adequada regulação, se revelar como interessantes pontos de investimento para empreendedores de menor porte.

Diante das vantagens sociais e econômicas do fomento aos campos maduros de petróleo, diante dos dizeres constitucionais que reforçam a necessidade do Estado agir em tal sentido, nada se faz mais razoável que estabelecer políticas de tutela e de tratamento diferenciado aos empreendedores desejosos em operá-los, no caso, os empreendedores de menor porte.

As políticas de tutela e de tratamento diferenciado aos empreendedores de menor porte desejosos em operar campos maduros, como bem se vê, possuem nítido respaldo constitucional.

O tratamento favorecido a ser conferido aos empreendedores de menor porte é consequência direta e imediata das peculiaridades que os envolvem. Tal tratamento não viola a idéia de igualdade, ao invés, é corolário da mesma.

O princípio da igualdade não veda discriminações pura e simplesmente, apenas as veda quando infundadas, quando inexistentes fatores objetivos de distinção. [50]

“Aliás, decorre do próprio princípio da igualdade a exigência de tratamento diverso, a discriminação positiva, para situações objetivamente (e não arbitrariamente) diferenciadas, pois o trato igual de pessoas ou estados substancialmente desiguais conduziria à própria negação da norma de igualdade, isto é, a resultados desarrazoados, injustos, decorrentes de tratamento jurídico idêntico a indivíduos ou ocorrências essencialmente díspares.” [51]

Assim, a tutela dos empreendedores de menor porte, diretamente ligada ao fomento dos campos de petróleo em declínio, deve receber do ente estatal as atenções que de fato lhe dizem respeito, passando a caracterizar-se como tema constante nos debates envolvendo o fomento aos campos maduros no país.

Com mais e novos empreendedores atuando no setor, os postos de trabalho em seu âmbito também se revelarão maiores numericamente, permitindo a concretização do pleno emprego e, através de suas vantagens econômicas e sociais, a concretização da ampla idéia de desenvolvimento, de um desenvolvimento não apenas econômico, mas também social.

5. Campos maduros de petróleo e Política Energética Nacional

Vistos os variados princípios constitucionais passíveis de se concretizarem a partir do estímulo à continuação das atividades em campos maduros de petróleo, faz-se relevante analisar a ligação existente entre este fomento e a Política Energética Nacional.

A Política Energética Nacional – PEN - tem seus objetivos elencados na “Lei do Petróleo”, de modo a consubstanciar a sua essência e estruturação.[52]

Tais elementos, explicitamente apresentados em onze incisos, consubstanciam as opções axiológicas, políticas e ideológicas do legislador infraconstitucional em termos de energia, não apenas no que diz respeito ao petróleo, mas também no que concerne às demais fontes energéticas. [53]

Dois dos objetivos da PEN se ligam de modo mais específico ao fomento aos campos maduros de petróleo. São eles a ampliação do mercado de trabalho e a promoção do desenvolvimento.

Ambos já tiveram aqui demonstrada a sua ligação com os campos maduros de petróleo.

O fomento à continuação das atividades em campos maduros permite a manutenção e geração de empregos diretos e indiretos. É, assim, forma de concretização da ampliação do mercado de trabalho, um dos objetivos da PEN.

Em torno de tais campos inúmeros empreendimentos são estruturados para prestação de serviços direta e indiretamente ligados à produção de petróleo. Tais empreendimentos trazem consigo vagas de trabalho, permitindo a ampliação do mercado de trabalho nas regiões onde se situam tais campos.

No que tange à promoção do desenvolvimento enquanto objetivo da PEN, a sua concretização através do fomento aos campos maduros já foi aqui ressaltada.

Ao possibilitar a manutenção e geração de empregos, ao permitir o recolhimento de tributos, o recebimento de *royalties*, ao promover a circulação de renda, o pagamento de participação aos proprietários de terras e o surgimento de empreendimentos variados, o fomento às atividades em campos maduros se revela como caminho apto a concretizar a idéia constitucional de desenvolvimento, de um desenvolvimento não apenas econômico, mas também social.

6. Do dever estatal de fomento à continuidade da produção em campos maduros de petróleo: considerações finais

Por tudo o que aqui se expôs a respeito do fomento aos campos maduros, pela possível concretização de variados dizeres constitucionais e infraconstitucionais mediante tal fomento, fácil torna-se perceber ser inconcebível o abandono de tais campos ao ócio.

Os campos maduros, ainda que em declínio, possuem petróleo, recurso dotado de relevância sócio-econômica, a ser necessariamente utilizado de forma racional.

A “Lei do Petróleo”, atentando para a relevância e não renovabilidade do recurso petrolífero, determinou à ANP, dentre outras funções, o dever de atuar de modo a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos no país.[54]

Criou a “Lei do Petróleo”, além da ANP, o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, presidido pelo Ministro de Minas e Energia e vinculado à Presidência. Tal Conselho[55], dentre outras funções, é responsável por propor medidas e políticas que possibilitem o aproveitamento racional dos recursos energéticos nacionais.

A intensa e reiterada tutela conferida pela “Lei do Petróleo” ao aproveitamento racional dos recursos energéticos nacionais liga-se diretamente ao fomento dos campos maduros de petróleo.

Os campos maduros petrolíferos, tema central do presente estudo, têm no incentivo à continuidade das atividades neles desenvolvidas verdadeiro corolário da tutela do uso racional dos recursos energéticos nacionais.

Na medida em que se otimiza e maximiza a exploração em campos maduros, promove-se o aproveitamento racional e adequado dos recursos petrolíferos neles existentes, de modo a se evitar o seu desperdício.

Sendo dever do CNPE e da ANP promover o uso racional dos recursos petrolíferos nacionais, sendo possível a concretização de tal dever mediante o fomento aos campos maduros, caberá a tais entes agir em tal sentido.

Não apenas o dever de tutela do uso racional dos recursos energéticos nacionais ressalta a necessidade de ações estatais em prol do fomento aos campos maduros.

A possibilidade de concretização de inúmeros elementos constitucionais e infraconstitucionais através de tal fomento, como aqui demonstrado, também ressalta o dever do Estado de agir em busca do fomento à continuação das atividades de produção em campos maduros, especialmente mediante o ingresso de empreendedores de menor porte.[56]

No Brasil, a sistemática do ordenamento jurídico torna inadequado o abandono de campos maduros ao ócio produtivo, ressaltando o dever do Estado de agir rumo ao fomento das atividades em tais campos.

Os campos maduros, ainda que em declínio, possuem petróleo, recurso energético natural não-renovável, dotado de relevância social e econômica, diretamente ligado às idéias de soberania e de desenvolvimento, recurso este que deve ser utilizado de forma racional.

O fomento aos campos maduros, na medida em que permite a concretização do desenvolvimento social, do pleno emprego, da redução das desigualdades regionais, dentre outros elementos, permite a concretização da dignidade humana, essência da ordem econômica e fundamento da República Federativa do Brasil. [57]

É papel do ente estatal, assim, diante de sua atual estrutura de agente normativo e regulador da seara petrolífera brasileira, promover o incentivo à continuidade das atividades petrolíferas nos campos com produção declinante. O desperdício de petróleo e a sua subutilização devem ser combatidos. Caberá ao CNPE formular políticas energéticas em tal sentido e à ANP executar as políticas formuladas e definir as diretrizes regulatórias atinentes a tais campos.[58]

No fomento aqui discutido faz-se indispensável a elaboração de um adequado conceito normativo de campos maduros. O fomento deve ser direcionado aos campos e empreendedores que verdadeiramente o demandam.

Muito ainda há de ser feito para que os campos maduros verdadeiramente concretizem na prática os benefícios que a eles se conectam no plano teórico.

O próprio conceito normativo de campos maduros necessita ser elaborado como relevante instrumento de direcionamento do fomento aqui exposto.

É preciso que o fomento a tais campos passe a ser visto como política energética de destaque pelo ente estatal e não como mera política acessória.

Ao ente estatal caberá modificar a sua postura, de modo a dedicar maiores atenções ao fomento aqui proposto, permitindo a efetiva concretização de todos os benefícios econômicos e sociais que lhes são próprios.

7. Referências

BARRETO, Celso de Albuquerque. **Geopolítica do petróleo: Tendências Mundiais Pós Guerra do Iraque de 2003**. Brasil: Situação e Marco Regulatório. In. Estudos e Pareceres. Direito do Petróleo e Gás. ROSADO, Marilda (Organizadora). Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar. 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad. 2003.

CÂMARA, Roberto José Batista. **Campos maduros e campos marginais**. Definição para efeitos regulatórios. Bahia. 2004. 139 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia). Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 25 de setembro de 2008.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. NUNES, Gustavo Vanini. SILVA, Tiago Desimon Testa da. RAUCH, Hugo. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. In. **Agências Reguladoras do Mercado**. MOEL, Luiza helena (Org.). Porto Alegre: UFRGS Editora. 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina. 2002.

CORREIA, James. JUNIOR, Anabal Alves dos Santos. **Revitalização de campos maduros terrestres**. Uma proposta de regulação. In. 3º Congresso Brasileiro de P & D em Petróleo e Gás Natural. 2 a 5 de outubro de 2005. Salvador – Bahia. p. 1 – 6. Disponível em: http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0138_05.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2008.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**. Globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá Editora. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora LTR. São Paulo. 2005.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

DINIZ, Clélio Campolina. **A questão regional e as políticas governamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Ciências Econômicas. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional. 2001. Disponível em:

<http://www.fag.edu.br/professores/solange/PUR%20IV/BIBLIOGRAFIA%20APOIO/A%20QUEST%C3O%20REGIONAL.pdf>

FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. As Estruturas. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

FILHO, Marino Pazzaglini. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Editora Jurídico Atlas. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

_____, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

GUIMARÃES, Marcelo da Silva. **Metodologia para otimização de estratégias de produção para campos maduros de petróleo**. Campinas. 2005. (Dissertação apresentada à Universidade Estadual de Campinas para obtenção do título de Mestre em Ciências e Engenharia do Petróleo). Disponível em: <http://www.cepetro.unicamp.br/teses/mestrado/ano2005.htm> Acesso em 26 de outubro de 2008.

HOFFMAN, Rodolfo. **Mensuração da desigualdade e da pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA. 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/desigualdadepobrezabrasil/capitulo03.pdf> Acesso em 12 de setembro de 2008.

HOUAISS, Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2004.

JUNIOR, Anabal Santos. **Desafios da exploração de campos maduros**. Campos marginais no Brasil: histórico, desafios e perspectivas. Abril/ 2008. Disponível em: http://premiobahiagas.w3z.com.br/downloads/palestras/Palestra_Anabal_Santos_APPOM%20.pdf Acesso em 14 de agosto de 2008.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Editora Atlas. 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar. 2003.

PRATES, Jean Paul. **Campos marginais e produtores independentes de petróleo e gás**. Aspectos técnicos, econômicos, regulatórios, políticos e comparativos. Fórum Continuação de Energia. 2ª Edição. Disponível em: <http://www.ebape.fgv.br/novidades/pdf/D01P04A01.pdf>

REIS, Andréa Campos. **Fundamentos legais para uma regulamentação específica para campos maduros de petróleo e impacto dos royalties no desenvolvimento humano nos Municípios da Bacia do Recôncavo**. Bahia. 2005. 149 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia).

SILVA, Américo. Luís Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2002.

SOUZA, Celine. Intermediação de interesses regionais no Brasil: o impacto do Federalismo e da descentralização. Vol. 41 n. 3. Rio de Janeiro. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000300003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt

TAVARES, André ramos. **Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método. 2006.

ZAMITH, Maria Regina Macchione de Arruda. **A nova economia institucional e as atividades de exploração e produção onshore de petróleo e gás natural em campos maduros no país**. São Paulo. 2005. 298 p. (Tese apresentada ao Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia do Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo – USP - para obtenção do título de doutor em energia). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-31072005-002338> Acesso em 14 de junho de 2008.

[1] ZAMITH, Maria Regina Macchione de Arruda. **A nova economia institucional e as atividades de exploração e produção onshore de petróleo e gás natural em campos maduros no país**. São Paulo. 2005. 298 p. (Tese apresentada ao Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia do Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo – USP - para obtenção do título de doutor em energia). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-31072005-002338> Acesso em 14 de junho de 2008.

[2] CÂMARA, Roberto José Batista. **Campos maduros e campos marginais**. Definição para efeitos regulatórios. Bahia. 2004. 139 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia). Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008. p. 60.

[3] Produção acumulada é o volume total de fluido produzido até determinada data. Id. p. 92.

[4] “recurso explotável é o volume *in situ* de petróleo e gás natural potencialmente recuperáveis, a partir de uma determinada data em diante.” Id. p. 92.

[5] Alfa = produção acumulada do campo, dividida pela produção acumulada do campo associada às reservas atuais. Maduro será o campo quando alfa for igual ou maior que 40%. Para maiores informações ver: Id. p. 91 - 98.

[6] Id. p. 91.

[7] Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2004. p. 1852.

[8] PRATES, Jean Paul. **Campos marginais e produtores independentes de petróleo e gás**. Aspectos técnicos, econômicos, regulatórios, políticos e comparativos. Fórum Continuação de Energia. 2ª Edição. Disponível em: <http://www.ebape.fgv.br/novidades/pdf/D01P04A01.pdf> Acesso em 08 de abril de 2008. p. 06.

[9] CÂMARA, Roberto José Batista. **Campos maduros e campos marginais**. Definição para efeitos regulatórios. Bahia. 2004. 139 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia). Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008. p. 38 - 39.

[10] PRATES, Jean Paul. **Campos marginais e produtores independentes de petróleo e gás**. Aspectos técnicos, econômicos, regulatórios, políticos e comparativos. Fórum Continuação de Energia. 2ª Edição. Disponível em: <http://www.ebape.fgv.br/novidades/pdf/D01P04A01.pdf> Acesso em 08 de abril de 2008. p. 06.

[11] Disponível em: [http://200.179.25.133/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2003/outubro/panp%20279%20-%202003.xml?f=templates\\$fn=default.htm&sync=1&vid=anp:10.1048/enu](http://200.179.25.133/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2003/outubro/panp%20279%20-%202003.xml?f=templates$fn=default.htm&sync=1&vid=anp:10.1048/enu) Acesso em 16 de agosto de 2008. p. 05.

[12] Disponível em: [http://200.179.25.133/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2003/outubro/panp%20279%20-%202003.xml?f=templates\\$fn=default.htm&sync=1&vid=anp:10.1048/enu](http://200.179.25.133/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2003/outubro/panp%20279%20-%202003.xml?f=templates$fn=default.htm&sync=1&vid=anp:10.1048/enu) Acesso em 16 de agosto de 2008. p. 06.

[13] HOUAISS, Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2004. p. 1809.

[14] “Campos maduros podem ser considerados conjuntos de reservatórios que apresentam estratégia de produção inicial já estabelecida e implementada, apresentando geralmente produção em fase de declínio.”

GUIMARÃES, Marcelo da Silva. **Metodologia para otimização de estratégias de produção para campos maduros de petróleo**. Campinas. 2005. (Dissertação apresentada à Universidade Estadual de Campinas para obtenção do título de Mestre em Ciências e Engenharia do Petróleo). Disponível em: <http://www.cepetro.unicamp.br/teses/mestrado/ano2005.htm> Acesso em 26 de outubro de 2008.

[15] CÂMARA, Roberto José Batista. **Campos maduros e campos marginais.** Definição para efeitos regulatórios. Bahia. 2004. 139 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia). Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008. p. 62.

[16] Id. p.24

[17] Disponível em: [http://200.179.25.133/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2003/outubro/panp%20279%20-%202003.xml?f=templates\\$fn=default.htm&sync=1&vid=anp:10.1048/enu](http://200.179.25.133/NXT/gateway.dll/leg/folder_portarias_anp/portarias_anp_tec/2003/outubro/panp%20279%20-%202003.xml?f=templates$fn=default.htm&sync=1&vid=anp:10.1048/enu) Acesso em 16 de agosto de 2008. p. 06.

[18] CÂMARA, Roberto José Batista. **Campos maduros e campos marginais.** Definição para efeitos regulatórios. Bahia. 2004. 139 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia). Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008. p. 20.

[19] No âmbito da revitalização dos campos maduros se destacam os métodos avançados de recuperação, a abertura de novos poços e o incentivo à entrada de novos agentes para que produzam em campos ociosos ou que estejam com produção menor do que a que poderiam atingir. REIS, Andréa Campos. **Fundamentos legais para uma regulamentação específica para campos maduros de petróleo e impacto dos royalties no desenvolvimento humano nos Municípios da Bacia do Recôncavo.** Bahia. 2005. 149 p. (Dissertação apresentada à Universidade Salvador – UNIFACS, para obtenção do título de Mestre em Regulação da Indústria da Energia). p. 21.

[20] A expressão “Constituição Econômica” (ou Ordem Constitucional Econômica) é aqui entendida como abrangente das normas constitucionais (regras e princípios), organizadas em títulos, capítulos ou esparsas, especificamente direcionadas à disciplina (dever-ser) da seara econômica. É a Constituição Econômica, assim, parcela da Constituição do Estado. Por questões didáticas, os campos maduros de petróleo apenas serão aqui analisados à luz de alguns dos dispositivos explicitamente inseridos no Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[21] Ver: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Editora Almedina. 2002. p. 1145 – 1173.

[22] FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial.** As Estruturas. São Paulo: Malheiros Editores. 2002. p. 19 – 22.

[23] “(...) o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja e uma vigorosamente racional intervenção, destinada a assegurar sua existência e preservação (...).” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 129.

[24] FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial.** As Estruturas. São Paulo: Malheiros Editores. 2002. p. 19.

[25] DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**. Globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá Editora. 2007. p. 49.

[26] Para maiores informações ver: CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. NUNES, Gustavo Vanini. SILVA, Tiago Desimon Testa da. RAUCH, Hugo. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. In. **Agências Reguladoras do Mercado**. MOEL, Luiza helena (Org.). Porto Alegre: UFRGS Editora. 2002. p. 25 - 27.

[27] GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p. 173.

[28] Id. p.174

[29] É importante que se diga que tal sistematização dos enunciados normativos econômicos constitucionais não enseja a impossibilidade de outros enunciados constitucionais aplicarem-se à seara econômica; devendo os agentes econômicos, impreterivelmente, respeitá-los no exercício de suas atividades. A Constituição não pode ser interpretada aos pedaços.

[30] A idéia de valorização social do trabalho encontra-se ligada ao princípio da dignidade humana e, em conseqüência, a idéia de justiça social. O valor econômico do trabalho, tão nítido, exteriorizado a partir das riquezas dele advindas, deve ser acrescido de feições sociais em prol da dignidade de quem o exerce. É preciso que as atividades laborais exercidas permitam ao trabalhador desenvolver-se socialmente. É preciso que normas de saúde, higiene e segurança do trabalho sejam respeitadas; que seja conferido ao trabalhador salário compatível com as suas necessidades. Enfim, é preciso que o exercício do trabalho confira ao trabalhador dignidade. Tal idéia, hoje bastante difundida e aceita, nem sempre se fez presente na história; sendo fruto da aproximação das regras trabalhistas do texto constitucional. Com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919, ganha força o processo de aproximação das regras trabalhistas e constitucionais. No Brasil, tal fenômeno se consagra com o advento da Constituição de 1934. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e com as novas constituições a partir de então surgidas, os direitos laborais não apenas ganham espaço nos textos constitucionais, como também passam a associar-se a determinados princípios como, por exemplo, ao da dignidade humana e da valorização social do trabalho. A ordem econômica (mundo do ser), ao utilizar-se da força de trabalho para desenvolver-se, deve, impreterivelmente, respeitar as normas constitucionais de caráter laboral e os valores sociais do trabalho. É importante que se diga que as normas infraconstitucionais laborais também devem, impreterivelmente, ser respeitadas pela ordem econômica. No caso da indústria do petróleo e do gás natural, existe legislação específica disciplinadora das relações de trabalho. A Lei Federal n.º 5.811, de 11 de outubro de 1972, trata do assunto. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora LTR. São Paulo. 2005. p. 75 - 76.

[31] A liberdade, termo de amplo conceito e desdobrado em espécies variadas, se exterioriza quando os indivíduos têm a possibilidade não apenas de realizarem escolhas, mas de fazê-lo de forma consciente. A livre iniciativa (liberdade econômica), uma das espécies emanadas da idéia de liberdade, corresponde à possibilidade de serem exercidas e criadas livremente atividades econômicas, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Público. No caso brasileiro, conferiu o legislador constituinte feição

não apenas econômica, mas também social à idéia de livre iniciativa. A livre iniciativa não apenas é tida como fundamento da ordem econômica, mas também como fundamento da República Federativa do Brasil, neste último caso explicitamente acrescida de feição social. Admite a Constituição o livre exercício das atividades econômicas, sem a necessidade de prévia autorização do Poder Público, salvo quando o ordenamento especificamente estabelecer o contrário. É o caso, por exemplo, das atividades da indústria do petróleo e do gás natural. Pelos interesses econômicos e sociais que as envolvem, impõe o ordenamento a necessidade de serem obtidos previamente ao exercício das mesmas determinados atos administrativos. É importante que se diga que a liberdade de iniciativa consagrada constitucionalmente não autoriza a prática de arbitrariedades. A liberdade de iniciativa econômica, ainda que não limitada pela necessidade de autorização prévia do Poder Público, encontra limitações no próprio texto constitucional e na legislação infraconstitucional. A feição social que lhe é atribuída, o princípio da livre concorrência, a defesa ambiental, os direitos dos consumidores e os valores sociais do trabalho, por exemplo, podem ser vistos como limites à atuação livre dos agentes econômicos. A livre iniciativa é fundamento da ordem econômica constitucional e também do Estado brasileiro, possui valor social e, em face disso, não pode receber interpretação exclusivamente econômica. A Constituição não pode ser interpretada aos pedaços. Nem em sua origem foi absoluta a idéia de livre iniciativa, nem o Estado liberal revelou-se totalmente omissivo quanto à seara econômica. Nesse sentido ver: CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. NUNES, Gustavo Vanini. SILVA, Tiago Desimon Testa da. RAUCH, Hugo. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988. In. Agências Reguladoras do Mercado. MOEL, Luiza helena (Org.). Porto Alegre: UFRGS Editora. 2002. GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.**

[32] Os princípios consagrados na Constituição Econômica podem ser agrupados nas seguintes categorias: princípios valores (soberania nacional, propriedade privada e livre concorrência); princípios objetivos (redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido as pequenas empresas, função social da propriedade) e princípios de ação política (defesa os consumidores e defesa do meio ambiente). DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico. Globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá Editora. 2007. p. 66.**

[33] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p. 252 - 253.** Há quem exponha a impossibilidade de concretização total de tal princípio, na medida em que o pleno emprego significa a inexistência de desemprego. Nesse sentido ver: SILVA, Américo. Luís Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 1996.**

[34] DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico. Globalização e Constitucionalismo. Curitiba: Juruá Editora. 2007. p. 78.**

[35] Id. p. 78.

[36] “Passada a turbulência das duas guerras mundiais, a instabilidade e crises entre elas e, pressionados pela opção socialista, a questão do desenvolvimento econômico tornou-se tema central na agenda dos governos e das instituições de coordenação econômica e política do mundo ocidental ou capitalista. Além do desenvolvimento econômico em

geral e da reconstrução européia e japonesa, ganhou destaque a desigualdade entre e dentro dos países. No caso dos Estados Unidos, embora predominasse a ideologia anti-intervenção estatal, as desigualdades regionais, os movimentos migratórios, o crescimento dos guetos, a experiência anterior do TVA, induziram a generalização do planejamento regional.” DINIZ, Clélio Campolina. **A questão regional e as políticas governamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Ciências Econômicas. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional. 2001. Disponível em: <http://www.fag.edu.br/professores/solange/PUR%20IV/BIBLIOGRAFIA%20APOIO/A%20QUEST%C3O%20REGIONAL.pdf> p. 02

[37] “As desigualdades regionais devem ser entendidas como fator da política e produto político, pois são consequência de ações políticas e impõem decisões políticas, influenciando na necessária elaboração de um projeto nacional de desenvolvimento.” BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad. 2003. p. 67.

[38] Dois são os tipos de desenvolvimento regional, aquele afeto às “políticas regionais de desenvolvimento regional”, “cujas ações são restritas às chamadas “regiões-problema”, realizadas por meio de órgãos criados especialmente para isto, e o desenvolvimento regional afeto à “política nacional de desenvolvimento regional”, dirigida a todo o país, executada por entes variados e com atuação coordenada. “A política nacional de desenvolvimento regional não se limita a melhorar as condições de uma “região-problema”, mas busca o desenvolvimento harmônico e integral do país”. Id. p. 267.

[39] “A desigualdade *entre* regiões é um componente importante da desigualdade da distribuição da renda no Brasil. Observa-se, (...), que o rendimento *per capita* médio no Estado de São Paulo é 2,9 vezes maior do que no Nordeste. A relação entre os rendimentos medianos dessas duas regiões é ainda maior: $213/60 = 3,5$. Note-se que apenas o Nordeste e o Norte (excluindo a área rural da antiga região Norte) têm rendimentos médios e medianos menores do que os valores referentes a todo o Brasil. (...) **O Nordeste se destaca como a região com maior desigualdade**. O Sul e o Estado de São Paulo apresentam as medidas de desigualdade menos elevadas.” (*grifo nosso*) HOFFMAN, Rodolfo. **Mensuração da desigualdade e da pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA. 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/desigualdadepobrezabrasil/capitulo03.pdf> Acesso em 12 de setembro de 2008. p. 89

[40] “Do ponto de vista político-geográfico, o Brasil tem 26 estados, mais o Distrito Federal, e está dividido em cinco regiões. O Estado de São Paulo, no Sudeste, é o centro da economia brasileira. Em 1985, o Sudeste concentrava 70% da produção industrial do Brasil e 58% do PIB, estando 34% deste localizado em São Paulo. Em 1970, a participação de São Paulo no PIB nacional era de 39%. Apesar da desconcentração econômica processada a partir de 1975, a distância entre São Paulo e os demais estados e regiões ainda é grande. Assim, o Sudeste brasileiro, que representa 10,8% do território do país, concentra hoje 42,6% da população brasileira, mas representa 59% do produto interno e 66% do produto industrial nacional. Em contraste, no Nordeste, onde vivem 28,9% da população, gera-se 13,6% do produto interno total e 12% do produto industrial” SOUZA, Celine. **Intermediação de interesses regionais no Brasil: o**

impacto do Federalismo e da descentralização. **Vol. 41 n. 3. Rio de Janeiro. 1998.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000300003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt

[41] “O Brasil tem sido marcado, desde o início da sua história republicana, pela existência de profundas desigualdades regionais no interior da Federação. O relatório IPEA/PNUD (1996) aprofundou a discussão do tema com a descoberta da existência de três "Brasis": a) uma área constituída pelos sete estados mais ao sul do país que, juntamente com o Distrito Federal, apresenta elevado nível de desenvolvimento humano; b) uma faixa que se estende na direção noroeste, a partir de Minas Gerais, e que exhibe índice de desenvolvimento humano médio; e c) uma área que reúne os estados do Nordeste, além do Pará e do Acre, que mostra níveis reduzidos de desenvolvimento humano. Esses resultados configuram uma nítida diferenciação regional, apontando para um novo desenho do mapa das regiões brasileiras, diverso do mapa geográfico que divide o Brasil em cinco regiões. (...). Estão situados na primeira faixa os Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Paraná, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, além do Distrito Federal; na segunda faixa os Estados de Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Amazonas, Roraima e Amapá; no terceiro grupo estão os Estados do Pará, Acre, Sergipe, Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Maranhão, Ceará, Piauí, Alagoas e Paraíba.” SOUZA, Celine. **Intermediação de interesses regionais no Brasil: o impacto do Federalismo e da descentralização. Vol. 41 n. 3. Rio de Janeiro. 1998.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000300003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt

[42] A expectativa de vida da região Nordeste é a menor do país; correspondendo a 64,22 anos. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/CDBRASIL/ITAMARATY/WEB/port/divpol/nordeste/regiao/apresent/apresent.htm> Acesso em 07 de fevereiro de 2008.

[43] TAVARES, André ramos. **Direito Constitucional Econômico Brasileiro.** São Paulo: Editora Método. 2006. p. 204 e 205.

[44] Art, 174, § 1º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

[45] A referida alteração deu-se no ano de 2004, em 15 de abril, através da Emenda Constitucional nº. 43.

[46] Em sendo a região Nordeste demasiado seca, o percentual de investimento a ela direcionado foi fixado em valor a maior (50%) que aquele destinado ao Centro-Oeste (20%). Ver o Art. 20, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm Acesso em 25 de setembro de 2008.

[47] CORREIA, James. JUNIOR, Anabal Alves dos Santos. CORREIA, James. JUNIOR, Anabal Alves dos Santos. **Revitalização de campos maduros terrestres.**

Uma proposta de regulação. In. 3º Congresso Brasileiro de P & D em Petróleo e Gás Natural. 2 a 5 de outubro de 2005. Salvador – Bahia. p. 1 – 6. Disponível em: http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0138_05.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2008. p. 02.

[48] Este inciso sofreu alterações em 1995 adquirindo o conteúdo aqui mencionado. Anteriormente ao advento da EC de 15 de agosto de 1995, privilégios eram conferidos às empresas nacionais. As empresas nacionais eram divididas em duas categorias: empresa brasileira (constituída sob as leis nacionais e com sede e administração no país) e empresa brasileira de capital nacional (controle permanente, ou seja, maioria do capital votante em mãos de pessoas físicas residentes e domiciliadas no país ou de pessoas jurídicas de direito público interno). O tratamento favorecido hoje é dado às empresas de pequeno porte, pouco importando à nacionalidade das mesmas, bastando que tenham sede e administração no país. DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá Editora. 2007. p. 79.

[49] “O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa). É a medida tendente a assegurar a concorrência em condições justas entre micro e pequenos empresários, de uma parte, e de outra, os grandes empresários.” TAVARES, André ramos. **Direito Constitucional Econômico brasileiro**. São Paulo: Editora Método. 2006. p. 216.

[50] “Proíbe tratamento desigual injustificado entre administrados que se encontrem em mesma situação, embora admita que possam ser atribuídos incentivos a atividades ou pessoas merecedoras de fomento ou tratamento diferenciado em função de assimetrias a serem corrigidas no exercício da função regulatória. A regulação cuidará da justa medida do tratamento de cada segmento ou administrado.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2002. p. 176.

[51] FILHO, Marino Pazzaglini. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Editora Jurídico Atlas. 2003. p. 39

[52] Capítulo I, Dos Princípios e Objetivos da Política Energética Nacional, art. 1º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI. BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm

[53] MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Editora Atlas. 2000. p. 60.

[54] Para maiores detalhes, ver o art. 8º, IX, da referida lei. BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética

e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm Acesso em 02 de abril de 2008.

[55] “Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável; (...)”BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm Acesso em 02 de abril de 2008.

[56] A Constituição de 1988, repleta de enunciados que possibilitam a transformação social e econômica do país, diante de seu pequeno índice de concretização prática, configura-se como uma constituição simbólica, muitos de seus dispositivos são utilizados de modo meramente retórico. Apesar disso, o conjunto de dizeres nela consubstanciado possibilita a transformação em termos econômicos e sociais, mediante a realização de políticas públicas e outras ações estatais. “a Constituição pode servir de pauta de reivindicações para movimentos políticos e sociais que busquem sua efetivação.” BERCOVICI. Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad. 2003. p. 312 - 314.

[57] “o princípio da dignidade humana é a essência, a razão das normas da ordem econômica, entendendo-se este princípio como aquilo que a inspira e a conduz.” DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 242.

[58] NETO, versando sobre a relevância do fomento às atividades econômicas pelo Estado no contexto regulatório assim expõe: “Se considerada no contexto macroeconômico e, portanto, como *instrumento de desenvolvimento*, esta é a mais importante função administrativa que se pode desenvolver através da regulação.” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar. 2003. p. 140 - 141.

OS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO PARA O TRABALHADOR MIGRANTE

INTERNATIONAL MECHANISMS FOR PROTECTING THE MIGRANT WORKER

Oswaldo Ferreira de Carvalho

RESUMO

Este artigo tem por objetivo ressaltar as principais Convenções da OIT, em particular as Convenções n. 97 - Trabalhadores Migrantes - e n. 143 - Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, assim como, a Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, elaborada no âmbito das Nações Unidas, que asseguram os direitos dos trabalhadores migrantes que migram em busca de uma melhor oportunidade de trabalho. A generalização dos direitos fundamentais, a sua internacionalização e, a consideração da dignidade da pessoa humana como traço característico subjacente daqueles direitos, afasta o entendimento segundo o qual a proteção dos direitos humanos depende da qualidade de cidadão.

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHADOR, MIGRANTE, CONVENÇÃO, OIT

ABSTRACT

This article aims highlight the main ILO Conventions, in particular the Conventions n. 97 - Migrant Workers - and n. 143 - Migration in abusive conditions and the promotion of Equal Opportunities and treatment of Migrant Workers, as well as, the International Convention on the Rights of Migrant Workers and their Families, drawn up in the framework of the United Nations, which guarantee the rights of migrant workers who migrate in search of a better opportunity to work. The generalization of fundamental rights, their internationalization and, consideration of human dignity as underlying feature those rights, excludes the understanding that the protection of human rights depends on the quality of the citizen.

KEYWORDS: WORKER, MIGRANT, CONVENTION, ILO

1. INTRODUÇÃO

A procura, principalmente, por uma melhor remuneração e condições de trabalho tem feito com que milhares de homens e mulheres abandonem os seus países.

A Organização Internacional do Trabalho reconhece que o fenômeno das migrações laborais não é um fato novo, adquirindo características mais complexas frente à globalização.

Preocupada com este fenômeno, desde 1920, a OIT tem estado na vanguarda dos esforços desenvolvidos para garantir e manter um tratamento justo aos trabalhadores migrantes e suas famílias, tendo em vista que com a ausência de políticas públicas mais abrangentes, uma série de revezes pode afetar as sociedades e os trabalhadores migrantes. Conseqüentemente, um número significativo de emigrantes e imigrantes sofre privações e abusos de seus direitos mais fundamentais, além de enfrentarem más condições de trabalho, discriminação e exclusão social.

Buscando revelar o atual estágio desse debate, este estudo contempla a análise dos trabalhadores migrantes, utilizando como base as diretrizes sobre os direitos fundamentais contemplados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), assim como, na Convenção das Nações Unidas.

2. PRINCIPAIS CONVENÇÕES DE PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES MIGRANTES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

As convenções visam dar aos países de imigração e de emigração os meios para gerir os fluxos migratórios e assegurar uma proteção adequada a esta categoria de trabalhadores muitas vezes vulnerável e sujeita à exploração, ao trabalho forçado e à violação dos direitos humanos.

2.1 Convenção n.º. 97 – Trabalhadores Migrantes

Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 32ª sessão, em Genebra a 01/07/1949 - revista em 1949, teve a sua entrada em vigor na ordem internacional em: 22/10/1952 – no Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º. 20 de 1965, ratificada em: 18/06/1965, e promulgada pelo Decreto n.º. 58.519 de 14/07/1966.

Para esta Convenção, considera-se trabalhador migrante a “pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria; inclui todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante”.^[1]

A Convenção n.º. 97 da OIT não abrange:^[2]

a) aos trabalhadores fronteiriços - é aquele trabalhador migrante em um Estado que mantém sua residência em um país vizinho, podendo retornar a seu país todos os dias ou semanalmente, para manutenção de atividade remunerada;

b) À entrada, por curto período, das pessoas exercendo uma profissão liberal e de artistas;

c) Aos trabalhadores do mar - é o pescador empregado a bordo de embarcação registrada no Estado do qual não seja nacional.

2.1.1 Proteções:

? Manter um serviço apropriado de informação e apoio gratuito para os migrantes;

? Tomar todas as medidas pertinentes contra a propaganda sobre migração que possa induzir ao erro;

? Estabelecer, quando considerar oportuno, disposições com o objetivo de facilitar a saída, a viagem e o recebimento dos trabalhadores migrantes;

? a manter serviços médicos apropriados;

? a permitir a transferência das economias dos trabalhadores migrantes (remessas);

? proíbe a expulsão dos migrantes admitidos de maneira permanente, no caso de doença ou acidente que o incapacite de exercer seu ofício;

? igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes, em condição regular, relativamente aos nacionais, incluindo questões de: remuneração, jornada de trabalho, idade de admissão no emprego, trabalho infantil e de mulheres, direitos sindicais, seguridade social, impostos e outros previstos na legislação trabalhista do país.

2.2 Convenção nº. 143 - Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes

Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 60ª sessão, em Genebra, a 24 de Junho de 1975, entrada em vigor na ordem internacional: 09 de Dezembro de 1978, não foi ratificada pelo Brasil, atualmente 18 países ratificaram.

Em 18/08/2008 a Comissão Tripartite de Relações Internacionais (Conselho Nacional de Imigração, Ministério do Trabalho e Emprego e o Escritório da Organização Internacional do Trabalho) aprovou com consenso entre governo, trabalhadores e empregadores o encaminhamento da Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho para o Congresso Nacional ratificar.

Laís Abramo, diretora do escritório da OIT-Brasil, destaca a *importância da ratificação da Convenção n.º. 143 pelo Brasil pelo fato de serem* adotadas políticas que beneficiarão emigrados e imigrantes:

[...] Caso seja aprovada, o Brasil contribuirá para o atendimento das metas da Agenda Nacional de Trabalho Decente, que não faz distinção entre trabalhadores brasileiros ou imigrantes. A Agenda define metas a serem atingidas no decorrer desta década em 11 áreas políticas, entre as quais estão o respeito aos princípios fundamentais do trabalho, a erradicação do trabalho forçado e do trabalho infantil, o combate a todas as formas de discriminação, a promoção da igualdade de gênero e emprego de jovens, o fortalecimento das administrações do trabalho e também os direitos do trabalho imigrante.[3]

A Convenção n.º. 143 da OIT trata da igualdade de oportunidade e tratamento dos imigrantes estrangeiros em relação aos trabalhadores do país de recepção, especialmente em relação a emprego e profissão.

O seu artigo 1º estabelece que “todo Membro para o qual a presente Convenção esteja em vigor compromete-se a respeitar os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes”. Este artigo faz referência aos direitos humanos fundamentais contidos nos instrumentos da Organização das Nações Unidas, em matéria de direitos humanos, que inclui alguns dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Essa Convenção contém, ainda, disposições destinadas a garantir aos trabalhadores migrantes um nível mínimo de proteção, mesmo que tenham imigrado ou que tenham sido contratados de maneira irregular.

Não se aplica a Convenção n.º 143:

- a) Aos trabalhadores fronteiriços;
- b) Aos artistas e aos indivíduos que exerçam uma profissão liberal que tenham entrado no país por período curto;
- c) Aos trabalhadores do mar;
- d) Aos indivíduos vindos especialmente com fins de formação ou de educação;
- e) Aos indivíduos empregados por organizações ou empresas que laborem no território de um país e que tenham sido admitidos temporariamente nesse país, a pedido do seu empregador, a fim de cumprir funções ou executar tarefas específicas durante um período limitado e determinado e que devem abandonar o país logo que sejam dadas por terminadas tais funções ou tarefas.

3. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Consagra designadamente nos seus artigos 13 e 23 direitos fundamentais da pessoa cuja matriz importa recordar:

Art. 13 – Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Art. 23 – Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

Na ordem jurídica que conhecemos, a lei existe para proteger os mais fracos, o direito é uma plataforma de defesa dos mais vulneráveis.

Assim, o nosso conceito de civilização é indissociável da existência de ordenamentos jurídicos que vinculam os Estados e defendem os cidadãos designadamente os mais destituídos que, por força das adversidades, buscam trabalho num país diferente do seu e se defrontam com a contingência de reorganizar o respectivo agregado familiar, muitas vezes fraturado pela condição migrante.

4. ACERCA DO CONTEÚDO E SIGNIFICADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é textualmente reconhecida, no título dos princípios fundamentais da Constituição Federal, como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da CF/1988). O Constituinte de 1987/1988 reconheceu expressamente o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, de modo especial ao considerar como uma reação contra o regime autoritário anterior. Cuida-se de processo similar ao ocorrido em outras ordens constitucionais, tais como a de Portugal e da Espanha, onde a notória posição da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais também está estreitamente vinculada às experiências autoritárias antes vivenciadas nestes países.

A dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca da pessoa humana, em conformidade com o profícuo escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.[4] Esta, portanto, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, como elemento integrante e irrenunciável da própria natureza humana, é algo que deve ser reconhecido, respeitado e protegido e, por conseguinte, inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos, mesmo o maior dos criminosos, são iguais em dignidade.[5]

Segundo preleção de Uadi Lammêgo Bulos, a dignidade da pessoa humana agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição Federal de 1988.[6] Quando a Carta Magna proclama a dignidade da pessoa humana, na lição do retrorreferido jurista, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo.[7] Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo do valor constitucional em comento é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acolhimento representa a vitória contra intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade da pessoa humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.

É digno de nota a ponderação de Nelson Rosenvald ao pontificar que a dignidade **não** é concedida à pessoa, é um atributo natural que se relaciona à sua essência. Além disso, adverte que a vida é um pressuposto para a dignidade e, assim, existe um dever básico de se reconhecer a intangibilidade da vida humana como preceito jurídico absoluto ou, na linguagem kantiana, como um imperativo jurídico categórico.[8]

Fundamental é perquirir a íntima vinculação, segundo Nelson Rosenvald, entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito. Para o autor, há uma conexão de conteúdo e continente, haja vista que o ser humano apenas receberá condições adequadas para o seu desenvolvimento em um ambiente comprometido com modificações sociais ao verificar uma aproximação entre Estado e sociedade, a fim de o direito se ajuste aos interesses coletivos. A consagração do Estado Democrático representa a superação ideológica da visão individualista do antigo Estado liberal, incapaz de mitigar conflitos sociais e pacificar o trabalho e o capital.[9]

Vale apontar uma noção de dignidade da pessoa humana formulada como proposta de conceituação (jurídica). Para Ingo Wolfgang Sarlet tem-se por dignidade da pessoa humana

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[10]

Importa consignar que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade individual, quanto no dever de protegê-la contra agressões por terceiros, seja qual for sua procedência. Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.

Cumpre registrar a posição do expoente jurista alemão Robert Alexy, o qual sustenta que a dignidade da pessoa humana **não** se constitui um princípio absoluto e que a impressão de que o seja resulta do fato de que esse valor expressa em duas normas – uma regra e um princípio –, assim como da existência de uma série de condições sob as quais, com alto grau de certeza, ele precede a todos os demais.^[11]

5. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES E SUAS FAMÍLIAS

Adaptada pela Resolução 45/158, de 18/12/1990, da Assembléia-Geral, que leva em conta as normas e princípios estabelecidos nos instrumentos pertinentes elaborados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, em particular a Convenção relativa aos Trabalhadores Migrantes (n.º 97), a Convenção relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (n.º 143), a Recomendação relativa à Migração para o Emprego (n.º 86), a Recomendação relativa 18 aos Trabalhadores Migrantes (n.º 151), a Convenção sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório (n.º 29) e a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado (n.º 105); Entrou em vigor no dia 1º de julho de 2003, quando alcançou o total de ratificações necessárias para tanto, isto é, de 20 países.

Trata-se de um dos sete tratados internacionais em matéria de direitos humanos elaborados no âmbito das Nações Unidas ao contemplar a proteção internacional de determinados Direitos Humanos fundamentais para todos os trabalhadores migrantes e suas famílias, reconhecendo nomeadamente que todos os trabalhadores migrantes devem usufruir de determinados direitos fundamentais protegidos por normas internacionais.

[...] A Convenção procura assumir-se como o mais completo tratado internacional em matéria de trabalhadores migrantes. Isto porque, a Convenção não é o único instrumento internacional relevante nesta matéria. Trata-se, porém, do elemento mais recente de um corpo composto por sete instrumentos que correspondem ao «core» dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos^[12]

O principal objetivo da Convenção é considerar o trabalhador migrante como sujeito de direitos, pessoa digna perante a ordem internacional o que difere das demais convenções. Ressaltam-se alguns pontos:

a) Em seu art. 2º dá uma definição internacional de trabalhador migrante como sendo toda “*pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado do qual não é nacional*”.^[13]

b) Estabelece normas mínimas de proteção dos direitos civis, econômicos, políticos, sociais e de trabalho.

c) Reconhece que todos os trabalhadores migrantes devem usufruir direitos fundamentais protegidos por normas internacionais.

d) Codifica de modo integral e universal os direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, com base no princípio da igualdade de tratamento.

e) Define os direitos aplicáveis a todos os imigrantes em situação regular e irregular:

? sair e regressar ao próprio País;

? direito à vida;

? à dignidade humana, à liberdade, não submissão a torturas ou penas cruéis;

? não submissão à escravidão ou trabalhos forçados;

? liberdade de pensamento, consciência e religião;

? respeito à vida privada;

? segurança pessoal e proteção do Estado;

? direito a tratamento humano;

? igualdade com os nacionais perante Tribunais e Cortes de Justiça; não ser encarcerado pelo simples fato de não cumprir obrigação contratual;

? vedação à expulsão coletiva;

? igualdade aos nacionais no que tange à remuneração, acesso à educação, o direito inalienável de viver em família, entre outros.

? Estabelece, igualmente, obrigações, como, cumprir as leis e regulamentos do país e respeitar a identidade cultural do país de residência.

A Convenção procura, pois, alargar aos trabalhadores imigrantes um conjunto de direitos que são típicos dos cidadãos dos Estados.

A generalização dos direitos fundamentais, a sua internacionalização e, a consideração da dignidade da pessoa humana como traço característico subjacente àqueles direitos, afasta o entendimento segundo o qual a proteção dos direitos humanos depende da qualidade de cidadão.

Hoje é, pois, titular de direitos fundamentais toda e qualquer pessoa humana e não apenas os cidadãos. As constituições modernas, que elevam a dignidade da pessoa humana ao fundamento último da consagração dos direitos fundamentais, não podem recusar estes direitos a estrangeiros apenas porque estes não possuem a qualidade de cidadãos. A qualidade da pessoa humana sobrepõe-se, assim, à cidadania como critério de atribuição de direitos fundamentais.

A generalidade dos direitos fundamentais estão, indissociavelmente, ligados à pessoa humana, independentemente do estatuto de cidadão.

6. POR QUE SE MIGRA?

O movimento migratório de pessoas apresenta causas muito diversas embora, a procura de melhores condições de vida, pela obtenção de trabalho em outro país, tenha sido o principal fator para os movimentos migratórios mais recentes, assim como, a crescente mobilidade, decorrente da generalização das viagens, da globalização, acompanhada de uma maior consciência das assimetrias nacionais concretizou importantes movimentos de pessoas.

Ademais, a pobreza e a impossibilidade de ganhar ou produzir o suficiente para garantir a própria subsistência, ou a da família e a guerra, os conflitos internos, a insegurança ou a perseguição derivadas da discriminação por motivos de raça, origem étnica, cor, religião, língua ou opiniões políticas, também são causas de migrações.

Neste sentido:

[...] Num mundo em que as diferenças entre os rendimentos se têm vindo a alargar, onde a população aumenta mais rapidamente do que as oportunidades geradoras de rendimentos, onde se trava um maior número de combates e guerras civis do que em qualquer outro período da história contemporânea e onde as violações dos direitos humanos ainda são sistemáticas, não surpreende que um número, cada vez maior, de pessoas se desloque de uma região do mundo para outra. Os fluxos migratórios não podem, contudo, ser planeados ou previstos pela mera enumeração das pressões que "empurram" as pessoas para fora de um país e as "puxam" para outro. As disparidades entre rendimentos, oportunidades e níveis de segurança encontram-se, obviamente, subjacentes a qualquer decisão de migrar, mas uma explicação adequada para a escala e âmbito crescentes da migração internacional deve, também, ter em conta diversas outras variáveis.[14]

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a maioria dos trabalhadores estrangeiros está empregada na construção civil e em pequenas manufaturas, geralmente clandestinas.

[...] Em sua maioria, os movimentos migratórios respondem às necessidades de demanda dos países industrializados por mão-de-obra barata não qualificada para agricultura, alimentação, construção, indústria têxtil, serviços domésticos e cuidados com os doentes, idosos e crianças nas casas por trabalhadores não qualificados profissionalmente e quase sempre em situação irregular, o que tem impedido o respeito aos legítimos e humanos direitos desses trabalhadores evidenciando assim, a necessidade de se repensar o mundo para que se possa vê-lo não mais sob a ótica da competitividade, mas da solidariedade; não da concentração, mas da repartição; não no fechamento das fronteiras, mas na cidadania universal, ou seja, um mundo baseado em uma sociedade sustentável que não tenha no consumo desenfreado o lema, mas onde haja lugar e vida digna para todos independentemente da sua origem nacional ou estrangeira.[15]

O desempregado migra em busca de emprego, o trabalhador à procura de salários mais justos, o profissional qualificado em busca de oportunidades de trabalho na sua área de formação, mas ao focar a relação entre migração e trabalho, é importante, antes de tudo, não cair no reducionismo de identificar na busca de melhores salários a única e exclusiva causa da mobilidade. Ainda que o fator econômico seja o principal, não é o único.[16]

7. CONCLUSÃO

Os instrumentos fundamentais dos direitos dos trabalhadores e dos direitos dos migrantes, segundo a OIT, são baseados essencialmente nos princípios da igualdade, da não discriminação e da proteção, tendo em vista que em particular as Convenções n.º 97 e n.º 143, visam dar aos países de imigração e de emigração os meios para gerir os fluxos migratórios, conferindo uma segurança justa aos trabalhadores migrantes que são vulneráveis e sujeitos à exploração, ao trabalho forçado, as más condições e à violação dos direitos humanos.

Neste sentido:

Os direitos das pessoas não derivam do fato de elas pertencerem a um Estado ou outro, mas de sua dignidade como humanos. Então não podem ser alterados,

independentemente de onde estejam. Ou seja, a condição migratória não pode privar as pessoas do gozo de seus direitos fundamentais. Há um conjunto de direitos que não podem ser violados pelos Estados, governos, países ou sociedades. São inerentes às pessoas e não dependem de onde elas estão, afirma Irmã Rosita, presidente do Instituto de Migrações e Direitos Humanos. São esses direitos que, na avaliação de organizações que trabalham com migrantes no país, podem ser melhor garantidos se o Brasil assinar a convenção da ONU. [17]

Ademais, a Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias abrange todos os aspectos e dimensões do processo migratório do país de origem para o país de destino reforçando os direitos consagrados na Convenção n.º. 97 e a Convenção n.º. 143, ambas da OIT, sendo inovadora na medida em que, estipula que os direitos fundamentais dos imigrantes que se encontram numa situação irregular, tal como os dos imigrantes legais, devem ser protegidos.

Portanto, mais que um instrumento jurídico de proteção aos direitos humanos, a Convenção das Nações Unidas, de alcance verdadeiramente humanista, deve ser percebida como uma concretização dos valores éticos da cidadania universal. Por isso mesmo, assinatura e ratificação, por parte de todos os países da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias se faz urgente e necessária[18], para que não possa mais ser permitidas vantagens – lucros - à custa dos trabalhadores migrantes.

8. BIBLIOGRAFIA

ABRAMO, Laís. **Juventude na Cena**. Disponível em: F:\migrantes\Juventude na Cena.mht. Acesso em: 06/11/2008.

BARBOSA, Bia. **Direito dos Migrantes**: Carta Maior 19/12/2006 às 10:19. Disponível em: <http://cartamaior.uol.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=13156> acesso em: 08/11/2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Gestão das migrações. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/swr/cap5-1.html>. Acesso em: 07/11/2008.

LIMA FILHO, Francisco das C.. **Trabalhador migrante fronteiriço**. Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=Trabalho> Acesso em :03 de novembro de 2008.

MATIAS, Gonçalo Saraiva; MARTINS, Patrícia Fragoso. A Convenção Internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das

suas famílias: perspectivas e paradoxos nacionais e internacionais em matéria de imigração. **Observatório da Imigração**, Lisboa, n. 25, p. 5–176, dez. 2007.

Migrações e trabalho: valorizar a contribuição e erradicar a exploração. Disponível em: <www.csem.org.br>. Acesso em: 07/11/2008.

MILESI, Rosita. **Por uma nova lei de migração**: a perspectiva dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.adital.com.br>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

[1] Art. 11 da Convenção n. 97 da OIT

[2] Art. 11 da Convenção n. 97 da OIT

[3] ABRAMO, Laís. **Juventude na Cena**. Disponível em: F:\migrantes\Juventude na Cena.mht. Acesso em: 06/11/2008.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 118.

[5] Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 118.

[6] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 389.

[7] Ibidem, mesma página.

[8] ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9 e seguintes.

[9] Ibidem, p. 37.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

[11] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 105 e seguintes.

[12] MATIAS, Gonçalo Saraiva; MARTINS, Patrícia Fragoso. A Convenção Internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias: perspectivas e paradoxos nacionais e internacionais em matéria de imigração. **Observatório da Imigração**, Lisboa, n. 25, p. 18 (5–176), dez. 2007.

[13] Art. 2º da Convenção Internacional Sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias.

[14] **Gestão das migrações.** Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/swr/cap5-1.htm1>. Acesso em: 07/11/2008.

[15] LIMA FILHO, Francisco das C.. **Trabalhador migrante fronteiriço.** Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=Trabalho> Acesso em :3 de novembro de 2008.

[16] **Migrações e trabalho: valorizar a contribuição e erradicar a exploração.** Disponível em: <www.csem.org.br>. Acesso em: 07/11/2008.

[17] BARBOSA, Bia. **Direito dos Migrantes – Carta Maior 19/12/2006 às 10:19.** Disponível em: http://cartamaior.uol.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=13156. Acesso em: 8/11/2008.

[18] MILESI, Rosita. **Por uma nova lei de migração: a perspectiva dos Direitos Humanos.** Disponível em: Acesso em:

O FINANCIAMENTO DA ESTRUTURA SINDICAL E A LIBERDADE SINDICAL : PARA QUEM TEM SENTIDO O IMPOSTO SINDICAL?

EL FINANCIAMIENTO DE LA ESTRUCTURA SINDICAL Y LA LIBERTAD SINDICAL: ¿PARA QUIÉN ES IMPORTANTE EL IMPUESTO SINDICAL?

Priscila Campana

RESUMO

Desde a ofensiva neoliberal, implementada no Brasil a partir de 1990, no governo Collor, várias têm sido as reformas elaboradas para a mudança do texto constitucional visando a melhor “adaptação” do país à conjuntura política-econômica internacional. Dentre várias reformas constitucionais, como a administrativa e a previdenciária, a reforma na estrutura sindical, estando atrelada às relações de trabalho, tem adquirido importância cada vez maior entre empresários, dirigentes sindicais, trabalhadores e operadores jurídicos. A atual estrutura sindical brasileira tem sua origem no governo de Getúlio Vargas, na década de 1940, com o estabelecimento do corporativismo, o qual tem como principais características a unicidade sindical e o atrelamento dos sindicatos ao Estado (representado também pelo imposto sindical). No entanto, continua impedindo a ratificação da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (sobre liberdade sindical), também da década de 1940, apesar de continuarem existindo inúmeros projetos de lei e propostas de emendas constitucionais tramitando no Congresso Nacional para alterar a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) com relação à estrutura sindical arcaica. Cabe ressaltar, a exemplo, que as proposições legislativas mais recentes (Proposta de Emenda n. 29/2003; n.40/2003; n.121/2003; n.314/2004; n.365/2005; 1.321/2007) continuam a não erigir verdadeiramente a liberdade sindical, pois não põem fim à unicidade sindical e à contribuição sindical obrigatória. O objetivo da pesquisa é questionar a existência do imposto sindical (ainda nos dias atuais, e diante da Convenção n. 87 da OIT), apontando para a possibilidade de sua extinção. Não há motivos pelos quais não seja abolido: contraria o princípio da liberdade sindical, e por outro lado, existem outras fontes de custeio da estrutura, como a taxa de reversão e a mensalidade dos sócios.

PALAVRAS-CHAVES: FINANCIAMENTO DA ESTRUTURA SINDICAL; CORPORATIVISMO; EXTINÇÃO DO IMPOSTO SINDICAL; LIBERDADE SINDICAL.

RESUMEN

Desde que la ofensiva neoliberal se implementó en Brasil, a partir de 1990, durante el Gobierno del Presidente Collor, se han elaborado diferentes reformas que han buscado modificar el texto constitucional para que el país tenga una mejor “adaptación” a la coyuntura político-económica internacional. Entre las diferentes reformas

constitucionales se encuentran la reforma administrativa y la del sistema de seguro social. Sin embargo, la reforma de la estructura sindical, vinculada a las relaciones de trabajo, ha adquirido cada vez más importancia entre los empresarios, dirigentes sindicales, trabajadores y ejecutores judiciales. La actual estructura sindical brasilera se originó en el Gobierno de Vargas, en la década de 1940, cuando se estableció el corporativismo, cuyas características principales son la unidad sindical y la vinculación de los sindicatos al Estado (también representado por el impuesto sindical). No obstante, aunque existan muchos proyectos de ley y propuestas de enmiendas constitucionales en el Congreso Nacional, que buscan modificar la Consolidación de las Leyes Laborales (CLT, en portugués), la estructura sindical sigue impidiendo que la Convención no87 de la Organización Internacional de Trabajo (también de la década de 1940 y que trata sobre la libertad sindical), sea ratificada. Cabe resaltar, como ejemplo, que las propuestas legislativas más recientes (Propuesta de Enmienda no 29/2003; no 40/2003; no 314/2004; no 365/2007) siguen sin erigir a la libertad sindical con plenitud, ya que no cortan la unidad sindical ni la contribución sindical obligatoria. El objetivo de esta investigación es cuestionar la existencia del impuesto sindical (todavía existente en la actualidad, y ante la Convención no87 de la OIT), señalando si existe la posibilidad de que se extinga. No hay motivos para que no sea abolido: niega al principio de la libertad sindical y, por otro lado, existen otras fuentes que pueden pagar la estructura, como la tasa de reversión (tipo de recaudación brasilera) y la mensualidad de los socios.

PALAVRAS-CLAVE: FINANCIAMENTO DE LA ESTRUCTURA SINDICAL; CORPORATIVISMO; EXTINCIÓN DEL IMPUESTO SINDICAL; LIBERTAD SINDICAL.

1 - Introdução

O processo de surgimento e desenvolvimento das entidades sindicais no Brasil, durante o período que se inicia com a imigração e a incipiente industrialização no final do século XIX, até a década de 1930, representou também paulatina posituação de direitos trabalhistas por meio de legislação esparsa. O aparecimento do movimento operário esteve relacionado à superexploração do trabalho humano, inerente ao sistema capitalista. A coesão levava, desta maneira, a uma melhor condição para reivindicar melhores condições de vida e trabalho perante os patrões. Os operários organizaram-se em *mutualistas*, *ligas* e, mais tarde, em sindicatos. O financiamento de suas associações dava-se somente com a mensalidade voluntária.

Na conjuntura do Estado Intervencionista, inserido no golpe de 1930, a organização operária, que antes ocorria de modo espontâneo, passou a ser "estruturada" e orientada funcionalmente para "colaborar" com governo de Getúlio Vargas. O imposto sindical, neste panorama, trouxe dependência dos sindicatos ao Estado, representando fomento para o exercício de suas "novas" funções assistencialista e colaboracionista.

Atualmente a organização sindical é respaldada por hibridez do artigo 8º da Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo em que anuncia a não intervenção estatal nas questões internas dos sindicatos, conserva a unicidade sindical e a

contribuição compulsória, pilares do corporativismo[1], além de ter criado a contribuição confederativa como mais uma fonte de custeio

Indaga-se a respeito da necessidade de uma substancial alteração no artigo 8º do texto constitucional, cotejada com as disposições contidas na Convenção n. 87 da OIT, sobre liberdade sindical[2], e possibilitando a extinção do imposto sindical. O tema tem sido amplamente discutido no Congresso Nacional, por meio de uma grande diversidade de projetos de lei em tramitação. Em especial, as Propostas de Emenda Constitucional, a mais recente que é a n. 369/2005. Entretanto, as proposições mais avançadas eliminam gradativamente o imposto sindical, mas instituem outras formas de contribuição.

Abordar-se-á a característica de hibridez do art. 8º da Constituição Federal, a formação histórica da estrutura corporativa sindical, a teleologia política do imposto sindical, as outras formas de custeio da estrutura sindical e a falsa idéia de imprescindibilidade do imposto sindical para a organização das entidades sindicais.

2 - O sistema híbrido no artigo 8º da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 manteve em seu texto, no artigo 8º, os principais elementos da estrutura sindical, e que estavam na CLT: a necessidade de reconhecimento do sindicato pelo Estado, a unicidade sindical, e as contribuições sindicais obrigatórias, embora tenha previsto no *caput* a liberdade de associação profissional ou sindical.

O texto constitucional, no inciso primeiro do mesmo artigo 8º, estabeleceu a vedação do poder público na intervenção da organização sindical, rejeitando a possibilidade de ação direta do Ministério do Trabalho nos atos internos dos sindicatos e atingindo vários dispositivos celetistas, como àqueles referentes à carta de reconhecimento e ao enquadramento sindical.

Desta forma, o sistema constitucional fixado é entendido como híbrido[3], mas ainda incompatível com os preceitos da Convenção nº 87 da OIT.

No mesmo sentido, RANDES sintetiza:

No Brasil, desde os anos 30, o modelo adotado discrepa do preconizado pela OIT. Os pressupostos do regime corporativista ainda vigente, embora de forma híbrida e mitigada, residem na visão do conflito como algo que deve ser sufocado pelo Estado por incompatível com a paz social e o desenvolvimento. Ao invés de reconhecer o conflito capital-trabalho como inevitável e adotar meios democráticos para sua solução, a concepção corporativista pretende simplesmente cancelá-lo.[4]

A partir desta análise é possível dizer que no Brasil não existe autonomia sindical, mas que o Estado assume agora uma versão democrática de organização social, com a introdução, por exemplo, dos direitos sociais, na Constituição. Elucida BAYLOS, sobre esta versão, "contrapeso" da intervenção totalitária: "não obstante, a definição de 'autonomia' sindical não alcançará nestas versões um sentido de completa 'alteridade' frente ao Estado. Pelo contrário, supõe-se a relativa 'publicização' da atuação dos sindicatos e sua subordinação hierárquica aos fins estatais". Ou seja; foram suprimidas apenas algumas amarras, fazendo com que o movimento sindical atual busque ainda, um sistema de autonomia coletiva plena.[5]

Tanto porque, esta relativa autonomia acaba por trazer prejuízos para a organização legítima do movimento operário. Um deles, é a permanência da burocratização criada no seio da estrutura, e a proliferação de sindicatos "de carimbo", manipulados politicamente com a distribuição de cartas sindicais pelo governo. Enfatiza BOITO JR[6] que,

Da parte do governo, se ele não mais depõe diretorias sindicais, pode, contudo, usar o recurso de distribuir cartas sindicais às diretorias pelegas desalojadas de seus sindicatos, presenteando-as com um novo sindicato oficial, fruto do desmembramento de um antigo sindicato que tenha caído nas mãos de uma diretoria sindical combativa.

Contra essa situação, entre outras, é que se coloca a necessidade, urgente, de reforma na estrutura sindical e, em específico, nos seus modos de financiamento.

A legislação sindical criada no governo de Getúlio Vargas, e símbolo de cooptação do movimento operário, deve ser modificada. Os órgãos sindicais foram "instituídos" para "colaborar" com os programas políticos e econômicos do Estado, tendo como peça-chave o imposto sindical, que serviria, inclusive, para enfraquecer a mobilização operária reivindicativa, pois a sustentação financeira não dependeria de representatividade direta e engajamento político dos operários. O Estado, desse modo, conseguiria de certa maneira, "despolitizar" os sindicatos. Contudo, hoje já não mais se sustenta tal justificativa, e os órgãos sindicais devem buscar formas democráticas de sustentação financeira.

O texto constitucional atual é dotado de hibridez porque conserva a unicidade sindical e a contribuição sindical obrigatória. Criou, além, a contribuição confederativa como mais uma forma de receita sindical.

3- A formação histórica da estrutura corporativa sindical

No Brasil, existem registros da existência de associações sindicais, "não-oficiais"[7], desde a década de 1870. Havia mobilização operária na busca por melhores condições de trabalho diante do incipiente surgimento das fábricas e pequenas indústrias nacionais.[8]

As organizações mantinham-se com contribuições voluntárias e, não obstante as dificuldades, tinham sua "estrutura" própria e viviam mesmo sem legislação dispositiva a respeito. O sustento para a estrutura e funcionamento, dependia das contribuições dos associados, por meio de "vaquinha" e posteriormente, pelas chamadas mensalidades.[9]

No período getulista o quadro mudou, e a regulamentação no campo sindical, diferentemente do que ocorrera na área individual trabalhista, simbolizou cooptação do movimento operário e seu atrelamento ao Estado, como seu órgão de colaboração.

As leis surgidas amordaçaram a organização, antes espontânea, e criaram sua "estrutura": restringiram seu funcionamento e reprimiram sua atuação.

Não havia mais proibição para a formação de sindicatos, mas sim o condicionamento desta aos parâmetros legais.[10]

A "estruturação" sindical, nestes termos, vai significar o atrelamento da organização sindical, imposta de fora para dentro. O reconhecimento dos entes sindicais dependeriam, a partir deste momento, do enquadramento legal. Além disso, o Estado criou o imposto sindical, como "chave-do-tamanho"[11], complementando a função do sindicato como seu órgão prestador de serviços.

Em um panorama de greves e agitação social, com o pano-de-fundo de um Estado que passava a tomar para si funções "sociais", Getúlio Vargas passou para a história do Brasil como o "pai dos pobres" e o político instituidor dos reivindicados direitos trabalhistas.[12] Mas esta é apenas uma parte da história, contada tradicionalmente, e que esconde outro fato; o de que estava a serviço da industrialização nacional.

Quando Vargas assumiu o governo, num panorama de transição de uma economia agrário-exportadora para uma industrializante, modificou, com suas diversas medidas, a forma de organização operária, subordinando-a ao Estado. A estrutura sindical assim montada, e que é mantida parcialmente até hoje, foi fundamentada na *Carta Del Lavoro*, legislação trabalhista italiana na época do fascismo.

A organização sindical foi dotada então de uma "estrutura", imposta de "fora para dentro", tendo como característica principal o atrelamento do sindicato ao Estado. Isso simbolizou a necessidade de reconhecimento oficial-legal do sindicato pelo Estado, a existência da unicidade sindical, e das contribuições sindicais obrigatórias.[13]

O atrelamento ao Estado é representado com a subordinação do sindicato ao Ministério do Trabalho, que detém seu controle financeiro, através do imposto sindical fiscalizando sua aplicação e, que detém seu controle político e administrativo, através da uniformização dos estatutos e a direta intervenção na sua organização interna, inclusive cassando mandatos de dirigentes.[14]

Por isso, uma das primeiras medidas do governo Vargas, ao assumir, foi a criação do Ministério do Trabalho. Visava-se com isso, a elaboração de uma política sindical para conter a classe dos trabalhadores dentro dos limites estatais.

A intensidade da intervenção do Estado na organização sindical é tema bastante conhecido para a doutrina que estuda este tema. De um modo clássico, por assim dizer, NASCIMENTO[15] sintetiza:

a criação dos sindicatos dependia do reconhecimento do Ministério do Trabalho, as categorias profissionais e econômicas foram organizadas pelo Estado através do 'enquadramento sindical', as entidades sindicais sujeitaram-se à intervenção em sua administração, incluindo o afastamento dos dirigentes da entidade, as confederações expunham-se à cassação por decreto do Presidente da República, os órgãos internos e as eleições sindicais submetem-se a minuciosa legislação, as funções dos sindicatos, por princípio constitucional, foram delegadas pelo Poder Público (...).

Havia alguns motivos para tal cooptação: a conjuntura política e econômica que o país atravessava, e que impelia o Estado à certa coesão interna, proposital, a fim de enfrentar a industrialização propugnada; as constantes greves que assustavam as classes proprietárias dos meios de produção; e a incapacidade de contenção das reivindicações pelo modo repressivo. Neste último aspecto, "a repressão e coerção utilizadas pelas classes dominantes antes de 1930 para manter os trabalhadores sob controle, já não são suficientes e adequadas ao novo momento histórico do país e, então, buscam novos mecanismos".[16]

A outorga da representação sindical pelo Estado, sob a forma de monopólio, foi um destes mecanismos, que tornaram o sindicato oficial célula da estrutura sindical, independente dos trabalhadores e dependente do Estado: "sua representatividade, suas finanças e seu reconhecimento público pelo patronato e pela mídia dependem do registro".[17]

Este sindicalismo foi desenvolvido em sólidas bases de estatismo do tipo populista, nas expressões de BOITO JR, explicando-o:

A ideologia populista é a mitificação do Estado como entidade supostamente acima das classes sociais, cuja finalidade seria proteger, a partir de sua própria iniciativa livre e soberana, os trabalhadores da exploração capitalista. A *ideologia do populismo sindical* atualiza esse mito no terreno da organização sindical. Tal ideologia estatista visa compensar, através da proteção do Estado que assegura a representatividade do sindicato, os seus recursos financeiros e a obrigatoriedade legal de o patronato negociar com um organismo representativo dos trabalhadores, visa compensar, dizíamos, uma suposta debilidade e incapacidade organizativa congênita e insuperável dos trabalhadores. A tutela do Estado sobre os sindicatos aparece, então, aos olhos do trabalhador ou sindicalista penetrado pela ideologia populista, como uma vantagem.[18]

Essa dimensão tutelar do Estado sobre o sindicato, é muito bem explicada por BAYLOS, quando a chama de versão totalitária: "sua principal característica é a construção coercitiva de uma unidade social, econômica e política sob direção do poder político, concebido então como poder total e unificado das relações sociais".[19]

Nesta concepção, a empresa era reconhecida pelo Estado como elemento central do sistema, estando a serviço do desenvolvimento da economia nacional. Fundiam-se, portanto, o interesse econômico da empresa e o interesse geral da nação, justificando a intervenção estatal em todos os setores sociais, inclusive no movimento sindical.

Não poderia haver, diante deste quadro, "conflito social", pois a unidade estatal estava acima de qualquer outro interesse:

o Estado unitário não pode permitir a expressão do conflito social, nem a formação de interesses coletivos à margem daqueles definidos pelo Estado ou pela empresa. A criminalização das formas de autotutela e a proscrição dos sindicatos e de seus meios de ação - freqüentemente substituídos por mecanismos administrativos públicos de gestão corporativa - constituem um elemento central dessa solução autoritária da organização social levada a cabo pelo Estado.[20]

A chamada luta de classes constituía-se em um "monstro" a ser exorcizado, e vários autores, na época, procuraram legitimar a interferência estatal no domínio do movimento sindical.

Num texto escrito em 1936, OLIVEIRA VIANNA justificou a necessidade de haver uma política de organização dos sindicatos. Para ele, o insolidarismo seria um problema inerente ao povo brasileiro, e que deveria ser resolvido pelo Estado.[21] As associações sindicais seriam, neste pensamento, as grandes expressões de solidariedade, a serem então estimuladas. Tal solidarismo deveria ser provocado pelo Estado, pois não existiria espírito de grupo no povo. Explicou ainda que as classes profissionais não haviam se organizado até então haja vista vários fatores, como: a dispersão geográfica da população e a influência do trabalho servil.[22]

O momento para a "organização" deveria ser aproveitado e o sindicalismo teria, nessa situação, "o papel de um agente corretivo ou retificador", fazendo parte de um processo rápido para a "criação e o desenvolvimento destas formas de solidariedade social ativa", que não se constituiu nos quatro séculos da história social do país.[23]

A instituição das associações sindicais teriam assim, o simbolismo de modificar a mentalidade individualista das classes trabalhadoras.

Os sindicatos viriam a ser, portanto, instrumentos de solidariedade, tendo função organizadora e integracional, como um órgão de colaboração do Estado. Para tanto, era

necessário que o Estado criasse uma forma de sustentação para os sindicatos, e que não dependesse da filiação do trabalhador à entidade.

Assim, uma das peças fundamentais da dependência dos sindicatos ao Estado, sob o manto ideológico do populismo getulista, foi o estabelecimento do imposto sindical.

4- A teleologia política do imposto sindical

Esta fonte de custeio foi instituída pela Constituição de 1937, e consonante com o modelo corporativista[24] da organização sindical. O artigo 138 do diploma legal conferia aos sindicatos o poder de impor contribuições, e exercer funções delegadas de Poder Público. Assim, como órgão colaborador do Estado, o sindicato possuía, além do poder regulamentar[25], o poder tributário sobre sua categoria.

No ano de 1940, com o decreto-lei nº 2377, a contribuição passou a ter a denominação de "imposto sindical", e a especificação de como funcionaria sua arrecadação. Por meio dele, houve estipulação dos seus valores e épocas de pagamento, a ordenação do desconto em folha, estabelecendo o momento do recolhimento pelas empresas e a indicação do montante a ser distribuído pelos sindicatos aos entes de grau superior. Além disso, atribuiu ao Ministério do Trabalho poderes para regulamentação e fiscalização do sistema.

Esta fonte de custeio está prevista nos artigos 578 a 591 da CLT, possui natureza tributária e é recolhida compulsoriamente pelos empregadores no mês de janeiro e pelos trabalhadores no mês de abril de cada ano. O art. 8º, IV, *in fine*, da Constituição Federal de 1988 prescreve o recolhimento anual por todos aqueles que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, independentemente de serem ou não associados a um sindicato, e sem possibilidade de oposição. Sua destinação é o custeio do sistema confederativo, visando aplicação em atividades assistencialistas e administrativas, sob supervisão do Ministério do Trabalho.

Constituindo-se numa anuidade a ser paga obrigatoriamente por todos os trabalhadores, sejam ou não sindicalizados, o imposto corresponde a um dia de trabalho, e efetua-se pelo desconto em folha de pagamento. Esta contribuição, conforme redação alterada pela Lei n. 11.648/2008, é assim distribuída: 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; 10% (dez por cento) para a central sindical representativa; 15% (quinze por cento) para a federação; 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e 10% (dez por cento) para a "Conta Especial Emprego e Salário", administrada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, cujos valores integram os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador. [26]

A partir do artigo 592 da CLT, há dispositivos relacionados à aplicação da contribuição sindical pelos sindicatos, e que deverá visar, entre outros, os seguintes objetivos, no caso dos empregados: assistência jurídica, assistência médica, dentária, hospitalar, bibliotecas, creches, colônias de férias e centros de recreação, finalidades desportivas e sociais, educação e formação profissional.

Isto significa que, além de propiciar um "agigantamento" estatal, e seu fortalecimento via unidade nacional, um dos grandes objetivos da implementação do imposto, preconizado pelo governo da época, era o de servir como instrumento de controle social, por meio do assistencialismo, do lazer e da educação como disciplina. Quer dizer, deveria fomentar um sistema destinado a conter o trabalhador em espaços próprios, como mostra DECCA[27]:

Os meios operários foram vistos por instituições e grupos dirigentes, desde os fins do século XIX, como extremamente perniciosos para a 'moral e disciplina do trabalho', focos de agitação e revolta social. Hábitos operários no escasso tempo de lazer eram considerados vícios e a recreação do operariado era considerada 'improdutiva'.

As tentativas de disciplinar o trabalhador por meio do lazer foram marcadas pelo patrocínio de campeonatos de futebol e do esporte por fábricas: "a seção de campos de atletismo, estádio e piscinas tinha como função construir, sobretudo nos bairros operários, campos para atividades ecléticas, ginásticas esportivas, a fim de 'desviar, dos ambientes improdutivos ou prejudiciais, os operários em folga no tempo disponível que lhes faculta o regime de trabalho".[28]

Assim, como um dos meios mais eficazes de cooptação dos sindicatos, a contribuição sindical surgiu permitindo que o Estado legislasse e fiscalizasse a aplicação das verbas dele decorrentes. Além disso, sendo obrigatória, nasceu ferindo o direito trabalhista de livre disposição salarial pelo trabalhador, e propiciando às diretorias das entidades sindicais, verba necessária à conservação do assistencialismo e da burocracia, levando conseqüentemente à passividade perante os empregadores e ao Estado.

Contudo, após a ditadura militar, a discussão e possibilidade de alteração legal sobre o tema tiveram terreno para ocorrer com "o processo de abertura política e o ressurgimento dos movimentos grevistas a partir de 1978, que recolocaram os sindicatos no cenário político-institucional, reacenderam a preocupação em torno das mudanças possíveis na estrutura sindical corporativa e no sistema de relações do trabalho"[29].

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 8º, IV, legitima sua cobrança, embora esteja ela completamente confrontante com o princípio da liberdade sindical e da não interferência estatal nos assuntos sindicais: "a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha para o custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, *independentemente da contribuição prevista em lei*".

A tão discutida previsão constitucional desta taxa deveu-se às contradições nos debates durante a Constituinte. A redação resultante dela impediu, assim, a ratificação da Convenção 87 da OIT, que trata da liberdade sindical, vindo ao encontro da idéia de manutenção da contribuição sindical.

O que ocorreu, foi, conforme explicam GOMES e D'ARAÚJO[30],

um artifício promovido basicamente pelas federações de trabalhadores e de empresários, cujo fiador fora o senador Albano Franco (PMDB/AL). Dispondo de 20 votos, sem os quais o Centrão ficaria ameaçado de se tornar minoria, o senador-empresário assegurou, com essa redação, a manutenção da contribuição sindical (nos termos da CLT) e do arcabouço do sistema confederativo, desencadeando uma controvérsia sobre a obrigatoriedade ('será descontada') da contribuição confederativa votada pelas assembléias sindicais e que, indiscutivelmente, tem o poder de alcançar os não-filiados.

Desse modo, tais contribuições implementam o sistema de financiamento sindical, já formado por mensalidades e taxas assistenciais.

Com as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 houve intensa proliferação de sindicatos e, de lá para cá, a também crescente preocupação pelo fim da contribuição sindical, que sempre simbolizou a perpetuação de um sistema burocratizado e viciado em vantagens pessoais dos dirigentes sindicais.[\[31\]](#)

5 - Outras formas de financiamento do sistema sindical

Este tópico tem a finalidade de entender quais são as fontes de custeio da estrutura sindical, qual a origem de cada uma delas e sua aplicação. Para tanto, é necessário compreender que o sistema jurídico de financiamento sindical é "o conjunto ordenado e complexo de normas jurídicas, voltado para a regulamentação dos procedimentos de arrecadação de receitas e manutenção dos sindicatos".[\[32\]](#)

Deste modo, demonstrar-se-á como o financiamento da estrutura sindical é peça-chave nesta construção de um novo modelo sindical. Foi no passado motivo de cooptação dos sindicatos ao Estado e, neste momento, deve ser repensado como possibilidade de desatrelamento e, ao mesmo tempo, como possibilidade de uma verdadeira autonomia sindical.

Atualmente existem quatro fontes principais de custeio da estrutura sindical brasileira: (a) a contribuição sindical (denominado originalmente de "imposto sindical") em que o trabalhador tem descontado um dia de trabalho por ano de seu salário, por pertencer a uma categoria econômica ou profissional; (b) a contribuição associativa ("estatutária" ou "mensalidade do sócio", autorizada pela CLT) que permite ao associado a fruição das atividades de seu órgão de classe e a utilização dos serviços médicos, recreativos e odontológicos oferecidos; (c) a contribuição assistencial ("contribuição de solidariedade", "desconto assistencial" ou "taxa de reversão") que é prevista por convenção coletiva ou por sentença normativa e, (d) a contribuição confederativa, criada pela Constituição Federal de 1988, e que se destina ao custeio do

sistema confederativo, devendo ser votada em assembléia e descontada em folha de pagamento.

5.1 - O imposto sindical: o mito de sua imprescindibilidade

O que se pergunta neste ponto, é se as entidades sindicais sobreviveriam diante do fim desta arrecadação. A origem desta fonte de custeio já foi contemplada.

Pontualmente, levantar-se-á a respeito da importância atual desta contribuição para a organização sindical.

Tem sido pacífico para muitos estudiosos no assunto[33], que a idéia de que o imposto sindical simboliza fonte de custeio principal dos sindicatos é um mito:

não é mais por meio da Contribuição Sindical que a receita dos sindicatos ganha alento substancial mais recentemente. Seus recursos compreendem, como vimos, vários tipos de arrecadação, tais como mensalidades, taxas assistencial e confederativa, contribuição sindical, doações, aplicações financeiras etc. Se tomarmos o conjunto de 9.120 sindicatos, constataremos que para 21% deles a Contribuição Sindical representa mais de 50% das respectivas receitas, enquanto para 29% ela representa apenas um índice de até 10% das mesmas.[34]

Recentemente, CARDOSO[35], por meio de estatística, tem analisado mais de perto a questão, afirmando que os sindicatos no Brasil, são financiados, predominantemente, pelas contribuições associativas, e não pelas contribuições sindicais. Sustenta que faz tempo que os sindicatos estão deixando de lado a predominância do imposto sindical como fonte. Ao mesmo tempo, enumera vários motivos para que este fenômeno esteja ocorrendo: a CUT desde 1988 passou a estimular a devolução do imposto aos trabalhadores filiados[36]; a Força Sindical posiciona-se contra o imposto, e tem buscado alternativas de financiamento, e os sindicatos patronais, 43% deles, em 1992, dependiam em 10% ou menos desta receita[37].

Explicando melhor a redução na dependência financeira do imposto sindical, CARDOSO escreve que

se tomarmos o ano de 1992 como parâmetro (último sobre o qual dispomos de informação censitária), veremos que 48,5% dos sindicatos nacionais tinham 30% ou menos de sua receita compostos pelo imposto sindical. Isso significa que, para metade dos sindicatos brasileiros existentes em 1992 o imposto não era uma fonte de renda insubstituível, no sentido de que, com seu fim, esses sindicatos não estariam

condenados ao desaparecimento. (...) Essa reestruturação institucional não necessariamente inviabilizaria sua sobrevivência, podendo inclusive torná-la mais eficaz. Estamos falando aqui, de pouco mais de 5.300 sindicatos. (...) Para 8% dos sindicatos que dependiam entre 30% e 50% do imposto, sua extinção não necessariamente inviabilizaria a continuidade da ação sindical, mas torná-la-ia bastante difícil; e descobrimos enfim que, para pelo menos 12% dos sindicatos existentes em 1992, o fim do imposto representaria, muito provavelmente, um golpe definitivo, porque mais da metade de sua receita dependia dessa fonte compulsória. [38]

Corroborando a busca por novas alternativas para o financiamento sindical, na iminência da reforma que suprime o imposto compulsório, o Secretário de Finanças do Sindicato dos Metroviários de São Paulo, Cláudio Spicciati BARBOSA[39], conta que seu sindicato é contra a sua cobrança, e que a arrecadação provém, fundamentalmente, das mensalidades, existindo também outros modos de receita:

alugamos espaço para propaganda e colocação de outdoor na fachada do prédio, reservado alguns critérios (...); alugamos o espaço da lanchonete; temos convênios; seguro de automóveis e seguro de vida. Todas são formas alternativas de arrecadação, não é muita coisa, mas dá para pagar o salário de cinco a seis funcionários, não é um valor desprezível. Os sindicatos precisam procurar alternativas para arrecadar dinheiro.

No mesmo sentido, COUTINHO[40], diretor tesoureiro do Sindicato dos Comerciários de Salvador, faz o relato da experiência de sua organização sindical. Diz ele que a primeira providência da nova diretoria foi a de reduzir o quadro de funcionários e, posteriormente, restringir o número de médicos, dentistas e advogados contratados, ajustando o papel assistencialista. Sobre o financiamento, discorre que

a contribuição é maior por meio da taxa assistencial, criada no início da gestão classista no sindicato. Ela tem uma importância significativa para a entidade e representa cerca de 60% da nossa arrecadação. É uma taxa pequena, de R\$ 2,90, descontada dos trabalhadores não sindicalizados de forma parcelada, a cada dois meses, para não exigir muito do comerciário. Com o enxugamento da máquina administrativa e a introdução da taxa assistencial, tivemos um aumento que permitiu a modernização do sindicato, a reforma da sede e a informatização da maioria dos serviços para dar mais conforto aos associados.

Assim, percebe-se que a retomada dessa discussão leva os sindicatos à procura de alternativas para a auto-sustentação financeira, para a (re)definição do seu modelo de arrecadação atrelado ao Estado e, conseqüentemente, à mobilizações orientadas no sentido de se buscar maiores níveis de sindicalização.

A Central Única dos Trabalhadores, em diversos seminários, tem discutido essas questões, e procurado soluções para que haja fortalecimento do movimento sindical com fundamento nos preceitos da auto-sustentação e auto-gerenciamento, pilares da desejada liberdade sindical ainda não conquistada.

5.2 - A contribuição associativa

A mensalidade do sócio é a contribuição historicamente mais antiga, estando relacionada à livre filiação e à voluntariedade. Possui origem nas primeiras leis sindicais, de 1903 e 1907 e é cobrada dos associados do sindicato na forma dos seus respectivos estatutos, ou pelas assembléias gerais.

Esta contribuição está prevista no artigo 548, "b", da CLT: "constituem patrimônio das associações sindicais... b) as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas assembléias gerais".

Nesta forma em que o associado voluntariamente contribui para seu sindicato, tal receita tem um significado especial: é o modo de contribuição mais democrático entre todos, pois tem origem na livre vontade do associado, que, filiado, aceita as disposições estatutárias da respectiva associação sindical, estando engajado e "comprometido" com ela.

A mensalidade do sócio apenas tem validade se prevista nos estatutos, ou se for depois instituída por assembléia geral do sindicato. Sua finalidade é a aplicação na criação de serviços e benefícios aos associados dos sindicatos, e atender à manutenção de tais serviços e benefícios.

A aplicação do recurso fica a critério da associação sindical, não sendo limitada legalmente: "a associação sindical é livre para gastar o dinheiro da contribuição associativa, respondendo unicamente aos associados, nos casos de malversação da verba derivada desta modalidade de contribuição voluntária. Portanto, é uma receita desvinculada, de aplicação discricionária, respeitando exclusivamente à vontade da assembléia geral".[\[41\]](#)

De natureza contratual, o sindicato estipula a contribuição e o sócio, filiado, terá poderes mais amplos do que os demais representados "não-sócios", como o de ocupar cargos de direção sindical.

5.3 A contribuição assistencial

Embora não possua base legal expressa, tem seu fundamento nas normas coletivas, que têm efeitos normativos[\[42\]](#).

É uma fonte de custeio fixada no início da vigência de uma convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa da categoria, em função das conquistas, principalmente salariais, alcançadas pelo sindicato por meio desses instrumentos. As despesas neste sentido são grandes, com a publicação de editais em jornal de grande circulação, com a contratação de assessorias, com despesas relativas a fotocópias para formalização do processo de dissídio coletivo, com a impressão de boletins informativos à categoria entre outras despesas[43].

Trata-se de uma receita convencional e facultativa. O próprio Ministério Público do Trabalho, tem utilizado a lei, de modo taxativo, para inibir o desconto compulsório da contribuição para todos os representados.

A doutrina clássica considera essa fonte de receita como convencional porque deriva de convenção coletiva de trabalho. Considera sua facultatividade diante da necessidade de autorização do trabalhador para que haja o seu desconto, conforme o artigo 545 da CLT.[44] Entretanto, para NASCIMENTO[45], a Constituição Federal, em seu artigo 8º, IV, atingiu diretamente o direito de oposição do empregado ao desconto em folha, que tem base no artigo 545 da CLT. Tal inciso constitucional permite o recolhimento de contribuições, legais, para o sindicato.

Assim, com a instituição da contribuição confederativa, é possível também o recolhimento da taxa assistencial de todos os representantes da categoria. Estas duas formas de custeio são, inclusive, neste tema, objeto de grandes controvérsias jurisprudenciais.

5.4 - A contribuição confederativa

Essa receita é objeto de reforma constitucional no artigo 8º da Constituição Federal, no inciso IV, que dispõe: "a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei".

Tem como objetivo, portanto, o custeio do sistema confederativo: "é a prestação pecuniária, espontânea, fixada pela assembléia geral do sindicato, tendo por finalidade custear o sistema confederativo".[46]

Diferente da mensalidade porque recai sobre toda a categoria, e diferente do imposto sindical porque não é disciplinada em lei, essa contribuição resulta do estatuto do sindicato e indica a assembléia como competente para sua fixação e estabelecimento de sua disciplina normativa. Por isso é que pode ser, inclusive, identificada com a taxa assistencial, descrita anteriormente, embora não guarde relação com as negociações coletivas.

A estipulação da contribuição confederativa é facultativa, mas, depois de aprovada, o desconto nos salários dos empregados atingidos, membros da categoria,

passará a ser obrigatório, devendo a empresa efetuar necessariamente o recolhimento aos cofres sindicais.

O preceito é inovador na ordem jurídica do direito coletivo trabalhista, e enfatiza o papel dos estatutos e da assembléia na organização, e auto-gerenciamento, dos sindicatos. Significa isto um reconhecimento pela autonomia sindical, e um avanço, pois revoga artigos da CLT que procuravam disciplinar questões internas administrativas das entidades.

6 - Considerações finais

Não obstante tratar-se de um momento adverso para trabalhadores e sindicatos, haja vista as alterações ocorridas nas relações de trabalho, por meio da reestruturação produtiva, e o conseqüente aumento das taxas de desemprego, provocando desmobilizações, é necessária reforma que propugne pela real liberdade sindical (com supressão da unicidade e do imposto compulsório). Só deste modo haveria possibilidade para a ratificação da Convenção n. 87 da OIT.

Os sindicatos são importantes sujeitos de luta na conquista e garantia de efetividade dos direitos trabalhistas, sendo essenciais no desempenho de representação coletiva da classe trabalhadora. Contudo, a estrutura da organização sindical é arcaica do ponto-de-vista político, pois permanece com caracteres de subordinação ao Estado, e deve ser repensada.

Isto porque, afinal, a sustentação e manutenção para a melhor organização de um sindicato de trabalhadores tem como pressuposto básico o exercício de decisão a respeito de suas próprias receitas e o direito de arrecadá-las, sem interferência do Estado.

Por outro lado, a resistência de grande segmento contrário às reformas, passa pelo receio, no que diz respeito ao custeio, à pulverização e desaparecimento do movimento sindical. As propostas de emenda mais 'progressistas' indicam extinção gradativa do imposto sindical. A justificativa de centrais sindicais, como a suprimida Central Geral dos Trabalhadores[47], é que, em meio às políticas econômicas, à reestruturação produtiva, às flexibilizações de direitos, ao desemprego, o movimento operário desapareceria sem o financiamento originado compulsoriamente por meio do imposto.

Não obstante, seria o momento de procurar alternativas diversas, como campanhas de sindicalização, e a possibilidade de um "sindicalismo social" (trabalho conjunto com outros movimentos sociais, com cooperativas, com os milhares de desempregados), buscando coalizão.

Não existem respostas, mas reflexões no anseio por um novo modelo de organização sindical. O sistema atual é anacrônico e o sistema indicado pelas Propostas de Emendas Constitucionais em proposição (n. 40/2003, n. 29/2003, n. 121/2003, n. 314/2004, n.

252/2004 e nº 369/2005) não asseguram as bases de uma real liberdade sindical, e a conseqüente possibilidade de ratificação, pelo Brasil, da Convenção n. 87 da OIT, embora possam simbolizar a transição para uma nova realidade.

Um outro modelo deve ser construído. E deve estar sobre bases democráticas de discussão no cerne do próprio movimento sindical. Como ensina BAYLOS[48], "afinal de contas, o Direito do Trabalho se refaz sempre sobre novos equilíbrios, nos quais a vontade e a ação dos sujeitos são decisivos. Por isso, este ramo do ordenamento é certamente um modelo para armar". Mais ainda, propugnando um real, e não híbrido, modelo constitucional de liberdade sindical.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Giovanni. Trabalho e sindicalismo no Brasil dos anos 2000: dilemas da era neoliberal. In ANTUNES, Ricardo (org.) **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

ANTUNES, Ricardo. **O que é sindicalismo**. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

AROUCA, José Carlos. **Repensando o sindicato**. São Paulo: LTr, 1998

BARBOSA, Cláudio Spicciati. Readequar os recursos sem perder o rumo. In BORGES, Altamiro (org.). **Administração sindical em tempos de crise**. São Paulo: Centro de Estudos Sindicais, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1998.

BATALHA, Wilson de S. Campos. **Sindicatos e sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1994.

BAYLOS, Antônio. **Direito do Trabalho: modelo para armar**. São Paulo: LTr, 1999.

BOITO JR., Armando. Quem tem medo da liberdade sindical? In BORGES, Altamiro (org.). **Administração sindical em tempos de crise**. São Paulo: Centro de Estudos Sindicais, 1999.

_____. Reforma e persistência da estrutura sindical. In BOITO JR (org). **O sindicalismo brasileiro nos anos 80**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Os cativos: notas sobre o financiamento da representação sindical no Brasil. In BORGES, Altamiro (org.). **Administração sindical em tempos de crise**. São Paulo: Centro de Estudos Sindicais, 1999.

_____. **Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal**: a era Vargas acabou? São Paulo: Editora FGV, 1999.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Resoluções da 9ª Plenária Nacional. **Estrutura e organização sindical**. São Paulo: Raiz, 1999.

COUTINHO, Eliúdes. Relato de experiências. Anexo In BORGES, Altamiro (org.). **Administração sindical em tempos de crise**. São Paulo: Centro de Estudos Sindicais, 1999.

CRIVELLI, Ericson. **Democracia sindical no Brasil**. São Paulo: LTr, 2000.

DECCA, Maria Auxiliadora Guzzo de. **Cotidiano de trabalhadores na República: São Paulo - 1889/1940**. Coleção Tudo é história nº 131. São Paulo: Brasiliense, 1990.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

GOMES, Angela de Castro e D'ARAUJO, Maria Celina. A extinção do imposto sindical: demanda e contradições. **Revista Dados de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 36, nº 2, 1993.

GOMES, Wagner. A contribuição sindical deve mesmo acabar? **Revista Debate Sindical** nº 32 Ano 13, São Paulo: Centro de Estudos Sindicais, dez. a fev., 2000.

HARDMAN, Foot et al., **História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte**. São Paulo: Ática, 1991.

INFORMACUT - Informativo da Central Única dos Trabalhadores nº 250. **Desatar os nós das relações de trabalho**. São Paulo, janeiro de 1995

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. **Sistema jurídico de custeio dos sindicatos**. São Paulo: Iglu, 1997.

LÖWY, Michael. Do movimento operário independente ao sindicalismo de Estado. In **Introdução a uma história do movimento operário brasileiro no século XX**. Belo Horizonte: Veja, 1980.

MAGANO, Otávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1986

MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuição confederativa**. São Paulo: LTr, 1996.

MORAES, Evaristo. **Apontamentos de direito operário**. São Paulo: LTr, 1971.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

MORALES, Cláudio Rodrigues. **Das contribuições aos sindicatos: manual com roteiro prático**. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Marco Antônio de. **A reforma do sistema de relações de trabalho e suas implicações para o sindicalismo brasileiro.** Texto apresentado na XXIII ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Caxambu, MG, 19 a 23 de outubro de 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio e HALL, Michael M. **A classe operária no Brasil: 1889 a 1930.** Vol. II, São Paulo: Brasiliense e Fundação de desenvolvimento da UNICAMP, 1981.

RAMOS FILHO, Wilson. **A contribuição assistencial sob uma certa ótica do Ministério Público do Trabalho e de uma parcela do Judiciário.** Revista Genesis. Curitiba: Editora Genesis, 1993.

RANDS, Maurício. O poder normativo da Justiça do Trabalho e a reforma do Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 8ª Região**, Belém, v. 32, nº 62, jan./jun. 1999.

RODRIGUES, Leôncio Martins. Classe operária e sindicalismo no Brasil. In ____ (org.). **Sindicalismo e sociedade.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SALDANHA, Milton. Relato de experiências. Anexo. In In BORGES, Altamiro (org.). **Administração sindical em tempos de crise.** São Paulo: Centro de Estudos Sindicais, 1999.

TINOCO, Brígido. **Fundamentos históricos do direito social.** Rio de Janeiro: Editora à noite, 1955.

VIANNA, Luis Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

VIANNA, Oliveira. **Direito do trabalho e democracia social: o problema da incorporação do trabalhador no Estado.** São Paulo: Livraria José Olympio, 1951.

____ **Ensaio inédito.** Campinas: Editora da UNICAMP, 1991.

[1] A organização sindical no Brasil esteve atrelada ao corporativismo de raiz italiana. O corporativismo surgiu nas primeiras décadas deste século, durante o fascismo, com Mussolini, que organizou os sindicatos italianos nos moldes de subordinação e dependência ao Estado, com a política de paz social e colaboração entre as classes, conciliando trabalho e capital. Das várias concepções do sindicalismo no mundo (anarquista, reformista, cristã e comunista) e que fogem ao objeto desta pesquisa, a que teve aplicação no Brasil foi a corporativa. Assim, os sindicatos deviam ficar sob o controle estatal, não tinham autonomia, pois eram tidos como parcela do Estado, exercendo funções transferidas por este. Princípios norteadores deste modelo são a

unicidade sindical, a verticalidade e o enquadramento oficial tutelado pelo Estado. ANTUNES, Ricardo. **O que é sindicalismo**, p. 28.

[2] Para Octávio Bueno Magano, liberdade sindical representa "(...) o direito dos trabalhadores e empregados de não sofrerem interferências, nem dos poderes públicos nem de uns em relação aos outros, no processo de se organizarem bem como o de promoverem interesses públicos ou de grupo a que pertençam" (Manual de Direito do Trabalho, Vol III, p. 24).

[3] Questiona-se sobre sua estampada contradição, pois o sindicato único e as contribuições sindicais obrigatórias, acabam por significar a intervenção do poder público na organização sindical. Sobre a hibridez, Marco Antônio de Oliveira defende que "o novo texto constitucional acabou preservando o cerne da legislação sindical corporativa. Foram suprimidas as formas de intervenção direta do Estado nos assuntos internos dos sindicatos e reconheceu-se formalmente a liberdade sindical, mas manteve-se a unicidade, as contribuições obrigatórias e o poder normativo da Justiça do Trabalho, resultando daí um 'sistema híbrido'. OLIVEIRA, Marco Antônio. **A reforma do sistema de relações de trabalho e suas implicações para o sindicalismo brasileiro**. Texto apresentado na ANPOCS, Caxambu, 1999.

[4] RANDES, Maurício. **O poder normativo da Justiça do Trabalho e a reforma do Direito do Trabalho**, p. 98.

[5] BAYLOS, Antonio, **Direito do trabalho**, p. 72.

[6] BOITO JR, Armando. **Reforma e persistência da estrutura sindical**, p. 89.

[7] Durante o período colonial, somente se tem notícia de "confrarias", e não de organizações trabalhistas. As que existiam tinham cunho religioso, desempenhando um papel assistencial, e serviam também para regulamentar alguns aspectos profissionais, como a da aprendizagem de um ofício. Tiveram destaque àquelas dos oficiais mecânicos e outros trabalhadores, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, organizados conforme modelos portugueses de associação. A Confraria de São José, na Bahia, associava carpinteiros e pedreiros, disciplinando o exercício de suas funções, arrecadação de dinheiro para o santo protetor e habilitação para a profissão. HARDMAN, Foot et al., **História da indústria e do trabalho no Brasil**, p. 100.

[8] O operário incipiente, apesar das dificuldades, foi se organizando em *mutualistas* e em *ligas*, administrando mobilizações por meio de greves e publicações de jornais, inspirados pelas experiências européias. Surgiram organizações de *Auxílio Mútuo*, as *Câmaras de Trabalho*, as *Ligas Operárias*, e os *Sindicatos de Resistência*, e as *Cooperativas*.

[9] AROUCA, José Carlos. **Repensando o sindicato**, p. 217.

[10] No Brasil, a crise mundial de 1929 favoreceu o desenvolvimento interno capitalista do país. A produção antes exportável direcionou-se para o mercado interno e o crescimento industrial projetou então a intervenção do Estado no mercado, como planejador econômico através de atuações a favor da burguesia industrial nacional, atendendo a reivindicações a favor da iniciativa privada capitalista. Todavia, neste

processo, as greves se multiplicaram. O governo Vargas, então, procurou criar elos fortes com a classe operária, pondo em prática mecanismos de conquista ideológica e de disciplinamento de suas organizações sindicais, como seu atrelamento ao Ministério do Trabalho. O objetivo era a contenção do movimento dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, a criação de mercado de consumo para indústrias nacionais.

[11] Um instrumento capaz de aumentar as dimensões dos sindicatos e, por intermédio deles, fazer crescer o país. Este mecanismo seria o imposto do sindical, metaforizado como "chave-do-tamanho" por Angela Gomes de Maria Celina D'Araújo, que, em sua explicação, empresta de Monteiro Lobato a expressão: Emília, um de seus personagens, em uma de suas viagens, chega a um lugar não-identificado e vê-se diante de um casarão cujo letreiro mostra simplesmente: "Casa das Chaves". Ela entra na casa, depara-se com uma parede repleta de chaves e conclui que só pode ser as chaves que regulam "todas as coisas do mundo". Como está em busca da chave "que abre e fecha as guerras", por causa da Segunda Guerra Mundial, resolve ir experimentando os objetos, até encontrá-la. No entanto, quando alcança uma das chaves, "acontece algo inteiramente fantástico: tudo se transforma diante de seus olhos de boneca e ela quase morre de falta de ar debaixo de uma montanha de panos. Só depois de um certo tempo e reflexão diante dos novos fatos produzidos ela percebe que 'encolheu' e que, portanto, mexera na 'chave do tamanho', aquela capaz de alterar as proporções de todas as coisas vivas do mundo, fazendo-as crescer ou diminuir de um momento para outro". A narrativa serviu, no caso, para elucidar também que ainda hoje o imposto sindical possa ser a "chave do tamanho", conforme as autoras. GOMES, Angela de Castro e D'ARAÚJO. **A extinção do imposto sindical**, p. 317.

[12] TINOCO, Brígido. **Fundamentos históricos do direito social**, pp. 142 e 144. Para o autor, "a revolução de 1930 revelou Getúlio Vargas. Perder-se-ia o Brasil no caos se o novo condutor, nesse momento excepcional da histórica, não possuísse admirável espírito público e equilíbrio. Sem sombra de ódios, observou a realidade brasileira, disciplinou apetites e desenhou o programa social da nação. (...) Sem agitação, sem alardes, Getúlio Vargas iniciou ampla reforma social, considerada pouco antes como *questão de polícia*. (...) Suas leis introduziram sangue novo na vida do país, envenenado por uma luta surda de classes durante quatro séculos. Antecipando-se à reação das massas pela solução do problema, revigorou a consciência nacional, até então empenhada em surtos revolucionários".

[13] BOITO JR, Armando. **Reforma e persistência da estrutura sindical**, p. 51. Conforme o mesmo autor, tanto a unicidade sindical quanto as contribuições sindicais obrigatórias pressupõem o reconhecimento oficial-legal dos sindicatos: "para um sindicato ser o único representante de um determinado segmento de trabalhadores por força de lei, é necessário que o Estado determine qual é esse sindicato, ou seja, é necessário que o Estado reconheça oficialmente esse sindicato como único representante de tais trabalhadores para efeito de negociação, acordos e convenções coletivas de trabalho. Para um sindicato receber em seu cofres os recursos provenientes das contribuições obrigatórias, *também é necessário que ele seja oficialmente reconhecido como sindicato*: no caso das taxas arrecadas pelo Estado e repassadas aos sindicatos, como o antigo imposto sindical, o registro oficial do sindicato junto ao Estado é o elemento que permite saber quem pode e quem não pode participar do rateio: (...), no caso dos impostos arrecadados diretamente pelos sindicatos, como a taxa assistencial, o

registro sindical identifica a entidade que pode, legalmente, exercer *esse poder tributário delegado pelo Estado*", p. 52.

[14] A lei conferia ao Estado poderes de: aprovação (reconhecimento dos sindicatos pelo Estado, para sua existência), estipulada nos artigos 515 e 532 da CLT, destituição (artigos 553 § 2º e 554 da CLT), intervenção para administrar o sindicato (art. 528 da CLT), anulação (possibilidade dada ao Ministério do Trabalho para apreciar todo ato da diretoria, conforme art. 542 da CLT) e controle orçamentário pelo Ministério do Trabalho sobre as entidades sindicais, dependendo de sua anuência e aprovação.

[15] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**, p. 191.

[16] INFORMACUT. **Desatar os nós das relações de trabalho**. janeiro de 1995, São Paulo.

[17] BOITO JR, Armando. **Reforma e persistência da estrutura sindical**. p. 52.

[18] BOITO JR. **Reforma e persistência da estrutura sindical**, p. 56.

[19] BAYLOS, Antonio. **Direito do Trabalho: modelo para armar**, p. 67. O autor elucida que o Estado liberal lentamente passou a ser centro da vida econômica, fosse por uma necessidade técnica apontada por Keynes ou fosse pela "necessidade de controle e pacificação dos fenômenos de dissenso que revelavam o caráter antagônico da emergência de uma classe operária organizada", assumindo um novo papel como organizador social e econômico. Isso aparece, contudo, em duas versões: totalitária e democrática.

[20] BAYLOS, Antonio, *op. cit.*, p. 67.

[21] Conforme o autor, "durante todo o período de sua formação histórica, o homem brasileiro sempre agiu sob a inspiração do espírito individualista" e nunca "precisou agir (...) como agente de interesses coletivos gerais, isto é, de interesses que transcendessem o âmbito do seu interesse individual ou de clã". É o que chama de "quadrissecular linha de individualismo". O Estado nacional, neste contexto, tem o dever de "amparar, estimular e desenvolver todos aqueles movimentos privados que representam, no nosso povo, expressões de cooperação, de agregação, de solidariedade social ativa". VIANNA, Oliveira. **Ensaio inédito**, pp. 271 a 273.

[22] VIANNA, Oliveira, **Ensaio inédito**, p. 272.

[23] VIANNA, Oliveira, **Ensaio inédito**, p. 273.

[24] Como já foi anteriormente visto, o corporativismo da estrutura sindical tem como características a falta de liberdade e da intervenção compulsória e autoritária do Estado sobre as organizações sindicais; imposição da unicidade sindical e monopólio de representação sindical; verticalismo; limitações ao direito de greve; sistema contributivo compulsório e poder normativo da Justiça do Trabalho. InformaCUT, São Paulo, Janeiro de 1995, p. 33. Ou seja, o corporativismo é entendido "como forma de organização das classes sociais pela ação reguladora do Estado, que busca integrar em si

a representação do Capital e do Trabalho através de organizações verticais e não conflitivas". CRIVELLI, Ericson. **Democracia sindical no Brasil**, p. 18.

[25] Poder entendido como o de estabelecer, por meio de convenções coletivas, regras gerais sobre contrato de trabalho, obrigatórias mesmo para os que, pertencendo à categoria, não sejam, entretanto, seus associados.

[26] O FAT é um fundo formado com recursos desta parte da contribuição sindical, mais recursos do Programa de Integração Social - PIS, e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP. É administrado por um Conselho Deliberativo (CODEFAT), constituído por um colegiado de nove membros: três representantes dos trabalhadores, três dos empregadores e três do Governo Federal. O Ministério do Trabalho utiliza seus recursos para custear, por exemplo, o seguro-desemprego. O CODEFAT foi instituído pela lei nº 7998, de 11 de janeiro de 1990.

[27] DECCA, Maria A. Guzzo de. **Cotidiano de trabalhadores na República**, p. 57.

[28] DECCA, Maria Guzzo de. *op. cit.*, p. 62. A autora ainda comenta sobre o caráter preventivo, educativo e utilitário dos parques infantis, como forma de lazer organizado para os filhos de operários: "os parques infantis deveriam constituir ainda o laboratório para inúmeras pesquisas e inquéritos dentro do espírito de 'racionalidade científica' geral do período. Assim, através dos parques infantis, se analisaria a ascendência das crianças nele registradas. Pretendia-se, inclusive, por meio dos pequenos freqüentadores dos parques, estabelecer as origens da população da cidade de São Paulo e a diferenciação das classes sociais".

[29] CRIVELLI, Ericson. **Democracia sindical no Brasil**, p. 10.

[30] GOMES, Angela de Castro e D'ARAÚJO, Maria Celina. **A extinção do imposto sindical**, p. 333.

[31] GOMES e D'ARAÚJO. **A extinção do imposto sindical: demandas e contradições.**, p. 340. As autoras ainda assinalam, na mesma página, que "nada menos do que duas mil novas entidades aguardavam registro ainda em 1989, entre elas o *sui generis* Sindicato dos Empregados de Sindicatos". Atualmente existem cerca de 16.000 sindicatos no Brasil, conforme a Exposição de Motivos nº 57/GM/MTb, justificando a importância na modificação da organização sindical e da Justiça do Trabalho por meio da PEC 623/98.

[32] LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. **Sistema jurídico de custeio dos sindicatos**, p. 105.

[33] Existem trabalhos específicos a respeito do tema. Além de GOMES e D'ARAÚJO, comparam a pesquisa com a de Armando Boito Jr.: "(...)embora a contribuição sindical não seja desprezível enquanto item de composição da receita dos sindicatos, ela não é atualmente, tal como no passado, a principal fonte de renda para a maioria deles - apenas 24% dos sindicatos que declararam sua receita têm na contribuição um fator de arrecadação equivalente a mais de 50%. Tais dados, confrontados com os de Boito Jr, mostram que essa tendência é expressiva, mesmo quando o recorte é diferente daquele feito pelo IBGE. Ao analisar um grupo de sindicatos de petroquímicos, bancários,

vidreiros, aeronautas e metalúrgicos de São Paulo, Paraná, Bahia, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, Boito mostra que, mesmo antes da Constituição de 1988, que criou a taxa confederativa, a contribuição sindical já não era a principal fonte de recursos para aqueles sindicatos. De fato, 30% de suas receitas eram obtidas por meio de mensalidades, outros 30% de taxa assistencial, 22% de contribuição sindical e 18% de outras fontes e de aplicações financeiras". GOMES e D'ARAÚJO, **A extinção do imposto sindical**, p.335. Outro cientista social que estuda o assunto em várias obras, é Adalberto Moreira Cardoso como se verá.

[34] GOMES e D'ARAÚJO, *op. cit.*, p. 335.

[35] O autor demonstra que o imposto sindical, por consenso de vários setores, pode e deve acabar imediatamente, reformulando o sistema de financiamento sindical. CARDOSO, Adalberto Moreira. **Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal**, p. 169.

[36] Alguns exemplos são: os metalúrgicos do ABC, os bancários da capital paulistas, todos os sindicatos de petroleiros filiados à CUT, e a Apeoesp (Sindicatos dos Professores do Estado de São Paulo).

[37] CARDOSO, Adalberto Moreira. **Os cativos: notas sobre o financiamento da representação sindical no Brasil**, p. 55.

[38] CARDOSO, Adalberto Moreira. **Os cativos: notas sobre o financiamento da representação sindical no Brasil**, p. 52.

[39] BARBOSA, Cláudio Spicciati. **Readequar os recursos sem perder o rumo**, p. 110.

[40] COUTINHO, Eliúdes. **Relato de Experiências**. Anexo., p. 122.

[41] LEBRE, Eduardo. *op. cit.*, p. 88.

[42] O artigo 462 da CLT permite desconto salarial quando resultante de lei ou contrato coletivo.

[43] RAMOS FILHO, Wilson. **A contribuição assistencial sindical sob uma certa ótica do Ministério Público do Trabalho e de uma parcela do Judiciário**, p. 302.

[44] Amauri Mascaro do Nascimento denomina tal taxa como sendo uma obrigação condicional, pois a cláusula da convenção coletiva que a prevê não basta para sua exigibilidade. É necessária ainda a autorização do trabalhador. NASCIMENTO, Amauri. **Direito sindical**, p. 213.

[45] NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, p. 213.

[46] MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuição confederativa**, p. 113.

[47] A Central Única dos Trabalhadores têm se posicionado contrária ao imposto sindical, assim como a Força Sindical. A Central Geral dos Trabalhadores está

englobada na União Geral dos Trabalhadores, criada em junho de 2007 com a fusão de outras três entidades: Social Democracia Sindical, Central Autônoma dos Trabalhadores, e dissidentes da Força Sindical. A UGT possui entendimento divergente a respeito do assunto. <http://www.ugt.org.br/home.htm>, acesso em 18/09/07 às 14h30.

[48] BAYLOS, Antônio. *op.cit.*, p. 188.

A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DA NOVA REALIDADE IMPOSTA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27/2005 DO C.TST

THE IUS POSTULANDI IN THE LABOR JUSTICE IN THE NEW REALITY FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 45/2004 AND THE NORMATIVE INSTRUCTION N ° 27/2005 OF C. TST

Ricardo Motta Vaz de Carvalho

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discorrer sobre a capacidade postulatória na Justiça do Trabalho. A abordagem do instituto do jus postulandi, que representa o direito de ingressar em juízo, sem se fazer representar por advogado, será no sentido de demonstrar que tal direito não é tão amplo e irrestrito, pois a partir de 2004, ele sofreu importantes limitações, seja quanto ao tipo da demanda a ser ajuizada, seja quanto ao grau de jurisdição, tudo à luz do art.791 da CLT, que consagra uma das principais características do processo trabalhista. Contudo tal direito restringe-se ao âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa feita, tem-se consignado no direito do trabalho que empregados e empregadores poderão reclamar, interpor a reclamação trabalhista pessoalmente perante a Justiça do Trabalho bem como, o direito de acompanhar as suas reclamações de maneira ampla, não sofrendo limitações para tal, o que se dá, graças ao instituto do jus postulandi, ora objeto do presente trabalho. Cumpre destacar que no presente trabalho far-se-á uma análise pontual do referido instituto, trazendo a baila um apanhado desde sua evolução histórica, bem como a abordagem as críticas sofridas por tal instituto por profissionais da área jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA; JUSTIÇA DO TRABALHO; AMPLIAÇÃO; EC 45/2004.

ABSTRACT

The objective of this study is to discuss the capacity postulatória in the Labor Court. The approach of the institute of jus postulandi, which represents the right to join in court without being represented by counsel, is to demonstrate that such right is not as broad and unrestricted, as from 2004, it has important limitations, is on the type of demand to be judged, either in the degree of jurisdiction, all the light of art.791 of the CLT, which enshrines one of the main features of the labor process. However this right is restricted to the scope of the Labor Court. That done, it has been enshrined in labor law that employees and employers may claim, lodge a complaint before the labor personally Justice and Labor, the right to monitor their claims on a broad, not limited to such suffering, which occurs through the Office of jus postulandi either object of this work. It emphasized that in this work will be an analysis of the institute off, a caught

moot since its historical development and approach to the criticism suffered by this institute for professionals in the legal area.

KEYWORDS: IUS CAPACITY; LABOR JUSTICE; INCREASE; EC 45/2004

INTRODUÇÃO

Sempre que houver o exercício do direito de ação, o autor da demanda terá sempre que se submeter às regras processuais.

O Direito Processual do Trabalho destina-se ao estudo da Justiça do Trabalho e dos dissídios individuais e coletivos que nela se processam, para a solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas.

A jurisdição da Justiça do Trabalho é exercida em todo o território nacional, uma vez que, a Justiça do Trabalho é órgão do Poder Judiciário Federal.

O *jus postulandi* representa o direito de ingressar em juízo, sem fazer-se representar por seu advogado, esse direito restringe-se ao âmbito da Justiça do Trabalho. Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

O referido instituto é alvo de severas críticas por parte de alguns operadores do direito, especialmente por profissionais da advocacia, que defendem sua extinção do ordenamento jurídico brasileiro.

Algumas são as razões alegadas para tanto, mas o ponto alto da argumentação seria que o exercício dessa faculdade processual retira da parte de certa forma, o direito de usufruir efetivamente da ampla defesa e do contraditório, vetores trazidos pela Constituição Federal de 1988, já que, a partir da promulgação desta, o profissional da advocacia passou a ser “indispensável para a administração da justiça” (art. 133).

Todavia, existem situações em que o cidadão carente, mesmo desejando ter sua demanda assistida por um advogado, não encontra profissional que aceite o patrocínio por ser o valor do crédito buscado no Judiciário pequeno (por exemplo a Ação de Alçada, prevista no art. 2º da Lei nº 5.584/70 – até DOIS salários mínimos), o que influencia diretamente no percentual a ser percebido como verba honorária. Em tais casos, imprescindível o mencionado instituto, como maneira de preservar o direito do cidadão de ver seu processo apreciado pela Justiça do Trabalho. O grande entrave atualmente é a inexistência de uma Defensoria Pública especializada nesta área, muito menos da figura do Advogado Dativo, assim como ocorre nos Juizados Especiais das Justiças Comum e Federal.

1) O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O direito processual é o gênero do qual são espécies o Direito Processual Penal, Direito Processual Civil e o ramo mais recente é o Direito do Trabalho. Muitos conceitos como de ação, autor, réu, exceção, reconvenção, recurso, são trazidos do âmbito do Direito Processual e empregados no processo do trabalho, com suas devidas adaptações. Utiliza-se, assim, da teoria geral do processo no processo do trabalho. Na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho, aplica-se o Código de Processo Civil (artigo 769 da CLT). Na execução trabalhista, na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho aplica-se a lei de execução fiscal e, omissa esta, o Código de Processo Civil (artigo 889 da Consolidação das Leis do Trabalho) (MARTINS, 2006, p.27).

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DO TRABALHO

Em Paris, os “*Conseils de Prud’hommes*” (Conselhos dos homens prudentes) começaram a julgar questões entre fabricantes de seda e comerciantes em 1426. Eles ainda existem, têm representantes de empregados e de empregadores e são divididos em várias seções. Não podem executar suas decisões (MARTINS, 2004, p.17).

Segundo MARTINS (2004, p.17):

A Itália copiou o sistema francês, instituindo os Conselhos de Proviriri, com o mesmo significado e a mesma atuação. Era composta de um presidente e dois representantes classistas, solucionando os conflitos entre os fabricantes de seda e seus trabalhadores. A Carta del Lavoro, de 1927, instituiu a magistratura do trabalho, como órgão administrativo do Estado. Podia emitir regras para resolver os conflitos coletivos. Foi abolida em 1928. No momento, não mais existe, sendo que as questões trabalhistas são resolvidas pela magistratura comum.

No Brasil, em 1922, foram criados os Tribunais Rurais em São Paulo, eram integrados pelo juiz de direito da comarca e um representante dos fazendeiros e outro dos trabalhadores. Conforme MARTINS (2004, p.17-8):

As juntas de conciliação e julgamento foram criadas pelo Decreto nº 22.132/32, tendo competência para julgar os conflitos individuais. As Comissões Mistas de Conciliação foram instituídas pelo Decreto nº 21.364/32, julgando os dissídios coletivos. Eram compostas de um juiz presidente e um representante de empregado e outro dos empregadores. Tinham natureza administrativa, não pertencendo à Justiça do Trabalho. Na Justiça do Trabalho, só poderiam reclamar as pessoas que fossem sindicalizadas. Suas decisões não poderiam ser executadas em seu âmbito, mas perante a Justiça

Comum. O segundo grau eram os Conselhos Regionais do Trabalho e o terceiro grau, o Conselho Nacional do Trabalho.

O Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1941, organizou a Justiça do Trabalho, que passou a ser órgão autônomo, não só em relação ao Poder Executivo, como também à Justiça Comum.

A Constituição Federal de 1946 determinou que os tribunais e juizes do trabalho passariam a pertencer ao Poder Judiciário da União (artigo 94, V). Os órgãos da Justiça do Trabalho passaram a ser os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 versa sobre a Justiça do Trabalho nos artigos 111 a 116.

Os juízes classistas foram extintos em todos os graus de jurisdição por intermédio da Emenda Constitucional nº 24/99. As Juntas passaram a serem chamadas de Varas do Trabalho.

1.2 CONCEITO

Conforme o renomado MARTINS (2004, p. 19):

Direito Processual do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições destinado a regular a atividade dos órgãos jurisdicionais na solução de dissídios, individuais ou coletivos, entre trabalhadores e empregadores.

A palavra conjunto revela o Direito Processual do Trabalho, que é composto de várias partes organizadas, formando um sistema.

O Direito Processual do Trabalho destina-se ao estudo da Justiça do Trabalho e dos dissídios individuais e coletivos que nela se processam, para a solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas.

O Direito Processual do Trabalho tem princípios próprios. As principais regras estão nos artigos 111 e 116 da Constituição Federal e nos artigos 643 a 910 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tem o Direito Processual do Trabalho inúmeras regras que versam sobre a matéria. A maioria delas está contida na Consolidação das Leis do Trabalho.

Segundo Sérgio Pinto MARTINS (2006, p.19):

No Direito Processual do Trabalho, não existem apenas conjuntos de princípios e normas, mas, também de instituições, de entidades, que criam e aplicam o referido ramo do Direito. O Estado é o maior criador de normas processuais trabalhistas. A Justiça do Trabalho é o órgão estatal do Poder Judiciário incumbido de aplicar as regras processuais trabalhistas. A DRT faz mesas-redondas para mediar os conflitos coletivos do trabalho. Os sindicatos também são instituições que participam das negociações coletivas de trabalho.

Os principais trabalhadores são empregados, empregados rurais, trabalhadores temporários, trabalhadores avulsos, etc. o conceito de empregador está no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que é a pessoa física ou jurídica que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado.

As controvérsias a serem solucionadas são as dos trabalhadores e empregadores. Trabalhadores são os empregados públicos, os pequenos empreiteiros, operários ou artífices, os trabalhadores avulsos e temporários. Os empregadores são as pessoas físicas ou jurídicas, que, assumindo os riscos de suas atividades, admitem, dirigem e assalariam os obreiros (artigo 2º da CLT) a seu serviço.

Com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, esta passa a examinar questões relativas à relação de trabalho.

1.3 PRINCÍPIOS

Os autores da área não são unânimes em definir os princípios do Direito Processual do Trabalho. Entre os princípios, pode-se destacar o protecionista.

Conforme orienta MARTINS (2004, p.19):

No processo do trabalho visa-se assegurar superioridade jurídica ao empregado em função de sua inferioridade econômica. Para tanto, são estabelecidas regras que protegem o trabalhador. Exemplo é a gratuidade do processo ao empregado, desde que atendidas certas condições; a assistência judiciária gratuita que beneficia apenas o empregado.

São apontados, ainda, os princípios da celeridade ou rapidez, pois o processo trabalhista deve andar mais rápido do que qualquer outro, em função de a verba discutida ser de natureza alimentar; da oralidade e da concentração dos atos na audiência, em razão de que a maioria dos atos processuais é praticada na audiência, como a tentativa de conciliação, a apresentação da contestação, as provas testemunhais, as razões finais; da informalidade ou da simplificação de procedimentos, porque há um menor número de formalidades no processo do trabalho (MARTINS, 2004, p.19-20).

1.4 PROCESSO TRABALHISTA

Processo é o meio que o Estado utiliza para prestar a tutela jurisdicional pretendida pela parte. A ação é o direito de pedir a tutela jurisdicional.

Processo trabalhista é o conjunto de atos ordenados por lei, praticados pelos órgãos judicantes da Justiça do Trabalho, pelas partes, pelos auxiliares da Justiça, por terceiros e pelo Ministério Público, para a solução da lide instaurada por meio de ação judicial.

O processo trabalhista tem por finalidade, o julgamento de questão controvertida, por meio da justiça do Trabalho, para atingir segurança e estabilidade jurídica, a garantia dos direitos e a execução das leis.

Conforme CRETELLA JÚNIOR & CRETELLA NETO (2001, p.93):

O processo trabalhista é regulado em todo o território brasileiro principalmente pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), naquilo que diz respeito aos dissídios individuais e coletivos, e à aplicação de penalidades. Aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil e leis extravagantes, exceto quando incompatíveis com as normas do Título X da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os procedimentos, normas, doutrinas e institutos do Direito Processual Civil servem de subsídio ao Processo Trabalhista nos seguintes casos: a) inexistência de dispositivo regulando a matéria no âmbito do Processo Trabalhista; b) inexistência de conflito ou incompatibilidade entre matéria de Processo Civil e de Processo Trabalhista (em caso de existência, aplica-se o Processo Trabalhista); c) a matéria invocada seja pertinente e adaptável ao processo trabalhista; d) a matéria invocada não se deve constituir em inovação destinada ao desnecessário prolongamento do litígio no tempo (CRETELLA JÚNIOR & CRETELLA NETO, 2001, p.93).

1.5 PARTES

As *partes* são as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-juiz.

As partes, autor e réu, constituem o sujeito ativo e o sujeito passivo do processo. É quem pede e contra quem se pede o provimento jurisdicional. Para a identificação das partes não é suficiente a identificação das pessoas, presentes nos autos, porque é preciso verificar a qualidade com que alguém, de fato, esteja litigando. Assim, por exemplo, uma mesma pessoa poderá litigar com qualidades diferentes: em nome próprio, no interesse próprio; em nome próprio, sobre direito alheio, como substituto processual; por intermédio de outrem, seu representante. Em cada caso, a situação da pessoa é diferente no plano jurídico, de modo que não existe, nessas hipóteses, identidade de parte.

Em outras palavras, é aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma situação jurídica será objeto de apreciação judiciária.

A qualidade de parte implica sujeição à autoridade do juiz e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual, no processo trabalhista, partes são o reclamante (no lado ativo) e o reclamado (no lado passivo).

Partes são aqueles que participam da relação jurídica processual contraditória, desenvolvida perante o juiz, o autor é aquele que deduz a pretensão em juízo e o réu é o que resiste a sua pretensão.

1.6 JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é órgão do Poder Judiciário estruturado em três níveis: as Varas do Trabalho, que conhecem e decidem conflitos individuais mediante sentenças; os Tribunais Regionais do Trabalho, que apreciam recursos de dissídios individuais e, originariamente, dissídios coletivos depois de esgotadas as tentativas de negociação coletiva entre as partes, diretamente ou com a mediação do Ministério do Trabalho, entre outras ações ajuizadas diretamente como a Ação Rescisória, o *Habeas Corpus*, etc; e o Tribunal Superior do Trabalho, que também aprecia dissídios coletivos, originariamente ou em grau de recurso às decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho (NASCIMENTO, 1999, p.97).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 114, atribuiu poder normativo à Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos, dando às suas sentenças normativas força vinculante em toda a categoria dos sindicatos e empresas que são participantes do dissídio coletivo.

Segundo Sérgio Pinto MARTINS (2006, p.72), como aspectos peculiares da Justiça do Trabalho temos os seguintes:

- a) dá efetividade ao Direito do Trabalho;
- b) não há divisão em entrâncias nas Varas.

As entrâncias são divisões judiciárias em razão do maior numero de processos existentes em cada comarca. Na Justiça do Trabalho todas as Varas estão em um mesmo grau na região, tanto a de São Paulo, como a de Carapicuíba ou Poá, que têm menor número de processos.

c) na primeira instância não existem órgãos ou Varas especializadas, como ocorre na Justiça Comum. Nesta existem Varas especializadas em questões de família, causas criminais, registros públicos, falências e concordatas, acidentes do trabalho, fazenda

pública etc. todas as Varas do Trabalho julgam as mesmas matérias, de verbas rescisórias, horas extras, adicionais de insalubridade ou de periculosidade etc.;

d) os tribunais têm sido criados por regiões e não por Estados.

2) Capacidade

A capacidade em direito é a aptidão determinada pela ordem jurídica para o gozo e exercício de um direito por seu titular.

Todo sujeito de direito pode gozar e fruir as vantagens decorrentes dessa condição, mas nem sempre está habilitado a exercer esse direito em toda a sua extensão.

Reza o artigo 2º do Código Civil que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, implicando a capacidade de ser parte. Podemos então fazer a distinção entre capacidade de direito e capacidade processual:

a) a capacidade de direito é também chamada de jurídica ou de gozo. É a aptidão da pessoa de gozar seus direitos. O homem adquire essa capacidade desde o nascimento com vida, que se denomina de personalidade civil do homem (artigo 2º do Código Civil). O menor e o louco gozam de direitos e obrigações, eis que nasceram com vida, mas não têm capacidade de estar em juízo, podendo, entretanto, ajuizar ação.

b) a capacidade processual é que se denomina de capacidade de fato ou de exercício. O homem, ao nascer com vida, pode pleitear a tutela jurisdicional do Estado, mas há a necessidade de que tenha capacidade processual. Capacidade de fruir e gozar seu direito o louco tem, porém não tem capacidade processual de estar em juízo, apesar de ter o direito de ação. Daí se falar em representação, assistência ou autorização.

É preciso ser feita a distinção entre a capacidade civil e a capacidade no processo do trabalho. No Direito Civil, temos que são absolutamente incapazes: a) os menores de 16 anos; b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; c) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (artigo 3º do Código Civil). A menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (artigo 5º do Código Civil). No processo do trabalho, o menor de 16 anos não pode trabalhar, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, havendo assim incapacidade plena, segundo a lei, para o trabalho. Dos 16 aos 18 anos, a pessoa é relativamente incapaz, podendo firmar recibos de pagamento, porém não o termo de rescisão do contrato de trabalho, quando haverá necessidade da assistência do representante legal (artigo 439 da CLT). A partir dos 18 anos, o trabalhador tem capacidade plena para ajuizar a reclamação trabalhista e para assinar o termo de rescisão contratual (MARTINS, 2006, p.176).

3) Capacidade processual

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (1996, p. 78), "consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio". Ou, "é uma qualidade intrínseca, natural, da pessoa; dela deriva, no plano jurídico, a possibilidade de exercer validamente os direitos processuais que a pessoa tem", conforme entendimento de Enrico Tullio Liebman (1984, p. 92).

A compreensão do tema "capacidade processual" tem como pressuposto a definição do conceito de parte que, na definição de DINAMARCO (2002, p.246), consiste no sujeito interessado da relação processual. O jurista utiliza a expressão "interessado" porque, na sua óptica, aqueles que integram uma relação processual sempre estão na busca da defesa de algum interesse, seja próprio, seja alheio. Sob uma perspectiva clássica, parte é aquele que pede ou aquele contra quem se pede algo em juízo (MIRANDA, 1997, p.220).

MITIDIERO (2004, p.137) "a capacidade processual é gênero dentro da qual podem ser identificadas três espécies: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória".

SILVA (2000, p.83) afirma que:

Há que se advertir, porém, que possuir capacidade de ser parte não significa necessariamente ter, também, capacidade processual (capacidade para estar em juízo), bem como o fato de ter capacidade de estar em juízo não significa capacidade postulatória.

Mesmo o incapaz e o nascituro têm capacidade de ser parte, porque possuem capacidade de direito. Cândido Rangel DINAMARCO (2002) afirma que se trata de uma qualidade atribuída a todos os entes que podem tornar-se titulares de situações jurídicas integradas numa relação processual.

De acordo com o artigo 7º do Código de Processo Civil, "toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo".

A capacidade processual consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio.

Em regra, a capacidade que se exige da parte para o processo é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, isto é, para prática dos atos jurídicos de direito material.

Podem ser parte, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas regularmente constituídas, de direito público ou de direito privado.

Quando houverem de litigar, os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil (artigo 8º do Código de Processo Civil).

No que diz respeito à incapacidade processual o artigo 13 do Código de Processo Civil estabelece que:

Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II – ao réu, reputar-se-á revel;

III – ao terceiro, será excluído do processo.

A capacidade das partes e a regularidade de sua representação judicial são pressupostos processuais de validade. A falta desses pressupostos acarreta a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Verificado o defeito, o juiz deve suspender o processo e intimar a parte a regularizá-lo. Não pode de imediato extinguir o processo sem dar oportunidade à parte para a regularização da falha. Durante a suspensão, somente os atos processuais urgentes é que podem ser praticados.

Humberto Theodoro Júnior (1997, p.74) explica que cabe ao juiz verificar “*ex officio*” as questões pertinentes à capacidade das partes e à regularidade de sua representação nos autos (artigo 267, IV, e § 3º), por se tratar de pressupostos de validade da relação processual.

Por isso, verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito (artigo 13). Dito prazo não deve ser superior a 30 dias, conforme se vê do artigo 327.

4) Capacidade postulatória na justiça do trabalho

Uma das características marcantes do Direito do Trabalho é o “*jus postulandi*”: a capacidade postulatória da própria parte, que pode agir no processo sem a assistência de um advogado.

O advogado é o detentor da capacidade postulatória, conforme se depreende do artigo 36 do Código de Processo Civil Brasileiro: “A parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria,

quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver".

O *jus postulandi* não afasta o direito do advogado que atua na defesa do trabalhador sem credencial sindical nos autos da ação trabalhista de receber os respectivos honorários (SILVESTRIN, 2004).

Mas os defensores da tese contrária se embasam no argumento de que esta Justiça, a Justiça do Trabalho, possui a particularidade de dar a própria parte o *jus postulandi*, ou seja, o direito postulatório, que é, em regra, privativo de advogado, é entregue as partes do processo trabalhista (reclamante e reclamado). As partes praticam, então, os atos privativos de advogado (artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho) (PEDRON, 2001).

O *jus postulandi* representa o direito de ingressar em juízo, sem fazer-se representar por seu advogado. Os artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho autorizam o ingresso em juízo pelas partes, empregado e empregador, independente do acompanhamento de um advogado. Todavia, esse direito restringe-se ao âmbito da Justiça do Trabalho. É certo que a parte que faça se representar por um advogado, terá um acompanhamento técnico em juízo, fato que deixará de ocorrer com aquele que usufruir do *jus postulandi*, fazendo surgir uma desigualdade processual. De outro lado, as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho acerca do *jus postulandi*, por parte do empregado e do empregador, mostram-se inconstitucionais, diante da previsão expressa no artigo 133 da Constituição Federal

No que toca o instrumento de procuração, cabe no Direito Processual do Trabalho, por força da Súmula 164 do TST, o mandato tácito atingindo os poderes para o foro em geral, de modo que os poderes especiais deverão ser outorgados por meio de mandato expresso, conforme preceitua o artigo 38 do Código de Processo Civil.

Artigo 38 do Código de Processo Civil:

Art. 38 – A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que dentre outras inovações, trouxe a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, existe a necessidade de desenvolvimento de raciocínios voltados aos pleitos das Reclamadas - Empresas, contra o Empregado, questões bastante verossímeis, quando pontuamos, por exemplo, Ação de Consignação em pagamento, muito utilizada quando da dispensa por justa causa, quando o empregado se recusa a receber suas verbas rescisórias, Ações Monitórias, para cobranças por títulos que comprovem a dívida sem força de título executivo como quantias que restaram devidas à empresa quando da rescisão contratual, dentre outras.

Entende-se que existe o princípio de proteção ao trabalhador, mas é necessário a compreensão, que quanto ao direito material do trabalho, tal princípio é completamente plausível, mas no tocante ao direito processual, que haveria de ser equânime e baseado na melhor legislação processual, tal princípio acarreta imenso desequilíbrio à parte Empregadora, trazendo dificuldades no trato com a justiça obreira, portanto, o direito processual do trabalho, não pode ser invadido pela “irradiação” do princípio da proteção ao trabalhador, que deve ficar adstrito ao direito material do trabalho.

Importante destacar ainda, que se formos levar ao pé da letra o *Jus Postulandi*, observaremos, tranquilamente, que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o art. 133 e posteriormente o art. 1º da Lei 8.906/94, o advogado é indispensável a administração da justiça, levando-se em consideração, primeiramente o texto constitucional, e posteriormente a legislação federal específica que instituiu o Estatuto da Advocacia, temos que foi **revogado** o artigo 791 da CLT, por ser fruto do decreto lei 5.452 de 01 de maio de 1943.

Se for para considerar revogado o artigo 791 da CLT, então, toda a estruturação quanto a honorários advocatícios e de sucumbência passam a ser plenamente exigíveis, ainda que em sede da Justiça do Trabalho e notadamente, por força da ampliação do texto constitucional, de advogados que patrocinam Empregadores contra Empregados nas mais variadas formas processuais que se abriram com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, que tornou o caput do art. 114 garantidor de tal possibilidade.

Note-se ainda, que a própria ampliação da competência, traz aos juristas, estudiosos e operadores do direito, um crescimento do horizonte quanto às possibilidades que agora são inúmeras, tendo em vista, que o caput anterior do art. 114 da CRFB/88 dizia “conciliar” e agora determina “processar”, sendo assim, temos como certo que assim como houve a ampliação do alcance da Justiça Laboral, pois que anteriormente era necessário comprovar o vínculo empregatício, por força dos pressupostos contidos no art. 3º da CLT, onerosidade, pessoalidade, subordinação e ineventualidade, o termo “Relação de Trabalho” abrange todos os profissionais, independentemente de haver relação de emprego, como profissionais autônomos, eventuais, informais, prestadores de serviço dentre outros.

Tal argumentação, em realidade, procura demonstrar que a parte Empregadora, tem todas as possibilidades de ingressar na Justiça do Trabalho contra o Empregado e ademais, ter direito ao pagamento dos honorários pelo mesmo, ocorrendo ser vitoriosa sua tese, como nos casos de Ação de Cobrança, para restituição de valores devidos pelo empregado e em Ações Monitórias, já aceitas pós-emenda 45/04.

Toda essa linha de argumentação tem como objetivo, justificar e enquadrar, de acordo com a legislação vigente em nosso país, a possibilidade dos honorários de sucumbência ser aplicados, a favor do advogado do Empregador quando houver a vitória com transito em julgado em face a Empregado ou mesmo trabalhador que lhe tenha prestado serviços mediante contraprestação pecuniária.

Para tanto, historicamente, quando lembraremos, que até o início do século XX, os honorários advocatícios eram considerados um presente e não um direito para o profissional da justiça.

No entanto, o advogado, profissional liberal com ampla formação técnica, passou a prestar seus serviços com a moderna “parassubordinação” para clientes interessados em resolver seus litígios e pendências judiciais.

Passou então os honorários a serem um pagamento devido, tendo inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil, instituído tabelamento por cada ato e peça que fossem elaborados, com o objetivo de melhorar cada vez mais a sua atuação como patrono de seus clientes e ineludivelmente, ter a verba honorária caráter salarial e alimentar.

Se se considerar tal instituto, se esta estabelecendo novos parâmetros para a aplicação da interpretação dos honorários de sucumbência, ou seja, o que fez a EC/45 de 2004, além de elastecer o conceito de relação de emprego para relação de trabalho, foi trazer também, para os novos tipos de processo que serão possíveis na Nova Justiça do Trabalho, a hermenêutica civilista, logicamente, tudo o que escapar ao enquadramento do processo do trabalho, como no caso dos honorários, em ações de natureza de relação de trabalho e mesmo de emprego, deve, logicamente, ser aplicada a condenação em honorários sucumbenciais.

Considerando que a EC/45 de 2004, tem cerca de dois anos de aplicabilidade, notamos que o próprio TST já editou súmula para tentar pacificar tal entendimento, ainda que de maneira bastante conservadora, a Instrução Normativa nº 27, de 16 de fevereiro de 2005 em seu artigo 5º informa: "*Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.*".

Mais uma vez, a força da expressão “relações de trabalho”, traz uma nova estruturação à Justiça do Trabalho, acarretando no caso defendido neste desprezioso compilação, todas as normas atinentes aos honorários advocatícios e de sucumbência para o Empregador, enquanto demandante em questões que envolvam relações de trabalho e onde passa a agir muito mais ativamente, como proponente de ações com natureza civil decorrente de relação de trabalho.

5) Conclusão

O ingresso em juízo pelas partes, empregado e empregador, independente do acompanhamento de um advogado. Incumbe ao próprio cidadão decidir sobre a conveniência ou necessidade da assistência jurídica estatal, sindical ou particular perante o Judiciário Trabalhista.

A postulação em juízo, embora atividade privativa de advocacia, na medida em que a representação técnica, no processo judicial, não pode ser exercida por intermédio de outros profissionais, não exclui o direito de livre acesso ao Judiciário, pelo próprio titular do direito subjetivo, não somente porque isso decorre de uma norma constitucional, mas, sobretudo, porque é inerente aos direitos fundamentais da cidadania, que se sobrepõem aos interesses de classes ou corporativistas.

A capacidade postulatória não é ato exclusivo da advocacia: é manifestação que o próprio cidadão, em situações peculiares, pode exercitar pessoalmente, em regime de liberdade e democracia.

Por força de lei, *o jus postulandi*, pode ser exercitado até o final do processo. Essa garantia deve ser entendida como o direito de exercer a postulação pessoal em toda a sua extensão, que não se esgota no simples ajuizamento da ação, pelo reclamante, ou na apresentação de defesa, pelo reclamado.

Diante do exposto, conclui-se que permanece em vigor o preceito legal, consagrado no art.791 da CLT, que faculta aos litigantes, empregado ou empregador, o direito de exercer pessoalmente o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, tendo em vista as peculiaridades do processo trabalhista, porém, a partir de agora, de uma forma mais limitada, pois em conformidade com a corrente progressista, quanto ao advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, o termo “relações de trabalho” tem grande área de abrangência, atraindo as relações de labor humano, com o pressuposto da “parassubordinação” e com a total possibilidade de pleito quanto aos honorários de sucumbência, pelos advogados que patrocinam Empregadores em face a Empregados, por não ser possível, afastar-se normas constitucionais, ordinárias e especiais, que tratam de tema tão relevante e que necessita de urgente aplicabilidade no âmbito da Justiça Especializada do Trabalho.

REFERÊNCIAS

CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA NETO, José. **1.000 Perguntas e respostas de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho**. 6ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, vol. 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, tomo I.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Ltr, 1999.

PEDRON, Flávio Quinaud. A justiça do trabalho e o estagiário de direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano6, n.52, nov.2001. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2376>>. Acesso em: 28 out. 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 1.

SILVESTRIN, Gisela Andréia. Jus postulandi e honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5581>>. Acesso em: 29 out. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O TRABALHADOR, O MERCADO DE TRABALHO E A QUESTÃO SOCIAL.

THE WORKMAN, THE LABOR MARKET AND SOCIAL ISSUE.

Ronald Silka de Almeida

RESUMO

Cuida o presente trabalho em trazer a debate aspectos que envolvem a evolução da valorização do trabalho humano, levando em conta todo o processo de desenvolvimento econômico, social e cultural. O trabalhador chegou a ser considerada coisa, res, porém com o aumento da população e a complexidade das relações sociais e humanas, aliados, a princípio, pela existência de algumas doutrinas como a estóica e o ideal humanitário apregoados pelo cristianismo, esta condição foi lentamente desaparecendo, até o surgimento das primeiras normas de proteção ao trabalhador, isto, porém em razão de movimentos, manifestações muitas vezes nada pacíficas em prol de melhores condições de trabalho, o que demonstrava de forma clara que o indivíduo, em período anterior, era simplesmente observado como meio de produção. O embate capital versus trabalhador é o ponto crítico da análise, em razão do fato de que se o trabalhador é tratado como simples meio de produção a sua força física, o seu conhecimento tecnológico trata-se basicamente como mercadoria. O trabalhador tratado como mercadoria, elemento de produção, sofre de forma direta às pressões do ambiente em que está inserido, surgindo o gravame da exclusão social, em razão de não estar se tornando um ser produtivo para o seu meio, mas máquina de produzir, de fornecer lucro. A evolução científica e o efeito globalização exigem que o trabalhador tenha uma preparação tecnológica e cultural elevada, ante a complexidade das relações laborais, porém ante a força do capitalismo desenfreado não é o que ocorre. Fica evidente que o fenômeno cíclico do destempero econômico social, leva o trabalhador a ser tratado como meio de produção e não como indivíduo produtivo para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHADOR; MEIO; PRODUÇÃO; MERCADORIA; INDIVÍDUO; ECONOMIA; SOCIEDADE.

ABSTRACT

Our theme deals with the debating aspects concerning the development of increased importance towards human labor, considering the whole cultural, social and economic developing process. The workman has even been considered a thing, res, but populational increase and human and social relations complexity put together by existence of doctrines like stoicism and humanitarian ideal aimed by Christianity, made this condition to slowly vanish and to appear the first norms to protect the workman, due to political movements, manifestations many times not peaceful, for better working conditions, clearly showing that the individual-in an earlier period was regarded as a mean of production. The collision capital versus workman is the critical

point of such analysis, due to the fact that if the workman is to be regarded as a simple mean of production, his physical strength, his technological knowledge will be regarded as merchandise. The workman taken as merchandise, a production component, directly feels the environmental pressure, thus arousing social exclusion burden-for not being taken as a productive human being within his environment but as a production machine, meant for profit. The scientific development and the globalization effect urge an higher technological and cultural background, in view of complex relations; nevertheless, before capitalism power, this does not happen. It is obvious that cyclical social economic disorder phenomenon induces the workman to be regarded as a mean of production, not as a productive human being for society.

KEYWORDS: WORKMAN, MEAN, PRODUCTION, MERCHANDISE, BEING, ECONOMY, SOCIETY

INTRODUÇÃO

A evolução econômica e social, o desenvolvimento tecnológico e científico diante de uma visão globalizada nos encaminha a um breve estudo da valorização do trabalhador e da sua inclusão como ser produtivo na sociedade e não como simplesmente meio de produção.

Referida análise faz uma rápida incursão pela evolução histórica da valorização do trabalho humano, através do qual constatamos que as condições de vida e os padrões de cultura de cada época influenciam diretamente na forma de inclusão social do indivíduo e de que forma era mensurado o trabalho e a produção.

A análise histórica nos levou a constatar, que em muitos períodos o trabalhador não só era tratado como meio de produção, mas efetivamente como mercadoria, extrapolando em muito a função social do trabalho.

Ocorre que com a inclusão do indivíduo na sociedade através do trabalho não faz surgir para o meio social um ser produtivo criador de idéias, mas simples repetidor de atividades sujeitando-se às vontades do patrão que muitas vezes só visava os fins econômicos da produção e pouca visão tinha do todo em relação à sociedade em que está inserido o seu empreendimento[1]. Verificamos, agora em uma nova etapa da história que os reflexos de crise econômica e de uma pretensa recuperação das atividades produtivas os poderosos organismos que têm o controle das finanças internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, sustentam declaradamente, as reformas trabalhistas, sob o pretexto de redução de custos, aumento de produtividade e redução dos índices de desempregos, para com isto reduzir, ou melhor fazer regredir direitos materiais dos trabalhadores, conquistados através de diversos conflitos sociais perpetrados através de greves e movimentos operários nacionais e internacionais.

1. A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

1.1 TRABALHO

Conceito de Trabalho, conforme Antonio Houaiss: Emprego de força física ou intelectual para realizar determinada tarefa ou coisa. Aplicação dessas forças como ocupação profissional. Conceito econômico: conjunto das atividades humanas na produção de bens[2].

O homem por sua natureza e decorrente da necessidade de sobrevivência, teve de se associar, viver em sociedade e assim aprendeu a obter bens, trocando excedentes de sua produção individual por outros bens. Porém com o desenvolvimento das sociedades, o trabalho passou a ser, em determinada fase da história, mais precisamente na Antiguidade Clássica, como atividade abjeta, relegada a plano inferior e, por isso, confiada a indivíduos cujo *status* na sociedade era excludente - os servos e os escravos[3].

Na Antiguidade Grega a distinção entre contemplação e trabalho gerava um conceito negativo de trabalho, pois enquanto a contemplação era compreendida como decorrência da virtude e sabedoria do ser humano, o trabalho era relegado a plano secundário[4].

Aristóteles afirmava que para se obter cultura era necessário o ócio, razão pela qual deveria existir o escravo e mais de forma explícita assim se manifestava: "sem dúvida, o uso dos escravos e dos animais domésticos não é muito diferente"[5].

Inclusive o termo *trabalho*, segundo alguns dicionários etimológicos[6], deriva do latim vulgar *tripaliare*, que significa "martirizar com o *tripalium*" (*instrumento de tortura composto de três paus*).

Sob a ótica do Direito, o escravo era coisa (*res*) e não pessoa, podendo o seu proprietário dele dispor: vendê-lo, trocá-lo, utilizá-lo como lhe aprouvesse e até matá-lo. A relação jurídica era de domínio absoluto por parte do dono, a cujo patrimônio o escravo pertencia e se incorporava o produto de seu trabalho[7].

Porém em razão do aumento da população e a complexidade das relações sociais e humanas fizeram com que os senhores passassem a se utilizar da mão-de-obra de escravos de outros senhores, arrendando-lhes os serviços. Paulatinamente os homens livres de baixo poder aquisitivo passaram a ser incluídos entre os que arrendavam os seus serviços[8].

A partir deste momento dois fatos ocorreram: primeiro a decadência da escravidão no Império Romano em razão da política igualitária implantada por Marco Aurélio e pelos Severos[9], em razão do ideal humanitário apregoado pelo cristianismo e pela filosofia estoíca[10], associada à fuga constante dos escravos, foram fatores que contribuíram para o declínio dessa forma de trabalho. Em segundo plano, dentro do chamado sistema feudal, apareceram os primeiros agrupamentos de indivíduos que, fugindo das terras dos nobres, fixaram-se nas *urbes*[11], estabelecendo-se, pela identidade de ofícios entre eles, uma aproximação maior, a ponto de surgirem as denominadas Corporações de Ofício, nos quais se firmavam contratos de locação de serviços em subordinação ao "Mestre" da Corporação.

Assim um novo fenômeno passou a ocorrer, pois a preocupação dominante nas Corporações no Século XII refletida nos seus estatutos, sobretudo na França, era assegurar a lealdade da fabricação e a excelência das mercadorias vendidas, ou seja, constatando-se assim a especialização da mão-de-obra.

Essa especialização era, na verdade, tendência monopolizadora, agravada pelos limites impostos pelas Corporações e seus Mestres, conforme cita Alice Monteiro de Barros[12]:

Os aprendizes celebravam com os mestres contrato de aprendizagem que durava de dois a 12 anos, dependendo da complexidade do ofício. Durante esse período, o mestre possuía o direito de custódia, alojando e alimentando os aprendizes, além do dever de ensinar-lhes o ofício, concedendo-lhes tratamento adequado.

Por óbvio deve-se levar em conta que esta mão-de-obra também era utilizada em um estado de "quase escravidão", haja vista que normalmente os aprendizes de tenra idade (10 a 12 anos) eram praticamente vendidos pelos pais, que não tinham como sustentá-los, ao Mestre em troca da aprendizagem do ofício.

Depois de terminada a aprendizagem, quando então se tornava Companheiro, para obter a melhoria na categoria profissional somente tinha a opção de comprar a carta de mestria (o que era praticamente impossível, pois normalmente não possuía o dinheiro necessário), a outra opção era se casar com a filha ou a viúva do Mestre[13].

Porém, em razão de diversos fatores conjugados como os abusos praticados pelos Mestres nas Corporações de Ofícios, geradores de greves e revoltas dos companheiros, o contrato de trabalho perpétuo, as novas exigências sociais e econômicas fizeram com que ocorresse a transição da sociedade artesanal para a capitalista. O fenômeno acelerador da crise artesanal foi a inovação tecnológica, globalmente designada Revolução Industrial[14].

A nova sociedade capitalista consagrou a liberdade para o exercício das profissões, artes e ofícios e, conseqüentemente, para as livres contratações, porém com a inovação tecnológica, a ferramenta manual é substituída pela máquina.

A Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária. Ocorrendo uma nova transformação social, conforme explica Alice Monteiro de Barros[15]:

As relações de trabalho presididas pelos critérios heterônomos das corporações de ofício foram substituídas por uma regulamentação essencialmente autônoma. Surgiu daí uma liberdade econômica sem limites, com opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão.

Passou a ser utilizado o que se denominou de "meias-forças dóceis", ou seja, o emprego generalizado de mulheres, crianças e adolescentes, pois a máquina reduziu o esforço físico e estas não estavam preparadas para reivindicar quaisquer direitos suportando, assim, ínfimos salários, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente[16].

Como se nota os primórdios da relação de emprego moderna, o trabalho retribuído por salário sem regulamentação alguma, era motivo de submissão de trabalhadores a condições análogas às dos escravos, não existindo, então, nada que se pudesse comparar à proteção do indivíduo aos desmandos do patrão.

Começam a surgir manifestações de trabalhadores por melhores condições de trabalho e de subsistência, através de greves e de revoltas, fazendo surgir as primeiras preocupações com a proteção aos empregados, dando origem às primeiras legislações que visavam a proteção do trabalhador.

1.2 TRABALHADOR

A partir desse passo devemos conceituar o que é trabalhador como aquele que trabalha se dedicando com esmero e afinco à execução de tarefas. Pessoa que trabalha; operário; empregado[17].

Entretanto, podemos afirmar que trabalhador é a pessoa que se utiliza de todo o seu conhecimento, a sua experiência, gastando toda a sua energia seja ela através da força física ou mesmo intelectual, para a execução de determinada tarefa em prol de uma remuneração.

A sociedade moderna, com o seu capitalismo desenfreado, continua a tratar o trabalhador como simples objeto de produção, como bem citam: Luiz Fernando Coelho e Luciano Augusto de Toledo Coelho[18]:

No caso do trabalhador, ele se vê cada vez mais reduzido a simples meio de produção, descartável ou reduzido a objeto de estudos teóricos, e tal situação se agrava na medida que a pós-modernidade caminha no sentido da hegemonia do modelo capitalista e da economia de mercado.

Nota-se assim, que não importa a fase histórica, efetivamente os interesses de um mundo globalizado indicam a crescente pressão sobre os trabalhadores levando-os a cargas de trabalho (jornadas elasticadas e remuneração reduzida) comparáveis às do início do período da Revolução Industrial, o que demonstra um efeito cíclico de fatores que sempre levam a demonstrar o quanto o capital influencia diretamente sobre o trabalho[19] e agora muito mais acentuado pelos efeitos da globalização que pedem um trabalhador muito mais técnico, como bem analisa Leila Andressa Dissenha[20]:

... já é possível notar que a globalização, aliada aos fatores que formam o contexto atual, tornam o mercado de trabalho mais desumano, não só no sentido da substituição do trabalho humano, mas no sentido de menosprezar a dignidade do trabalhador para responder às necessidades de um mercado que promete trazer o bem-estar a todos, mas que, na prática, só o traz para poucos.

A mesma autora[21] entra direto no cerne da questão:

Esta realidade passou a exigir a empregabilidade do trabalhador, que ele esteja suficientemente preparado para atender às necessidades do mercado global, com domínio de idiomas, com o conhecimento pleno da informática, que também tenha não só o conhecimento específico de sua área, mas que tenha conhecimentos globais, idéias originais, que seja um cidadão do mundo, que viva para o trabalho e se sacrifique por ele se necessário for e, lógico, que seu custo não interfira no custo de produção.

Assim, para nos direcionamos quanto ao impacto da questão social devemos inicialmente efetuar uma análise em relação à produção e à obtenção de lucros.

1.3 PRODUÇÃO

Conforme a etimologia produção é o ato, o processo ou o efeito de produzir; o que é produzido pela natureza, pelo homem ou pela máquina: produto; volume do que se produz; capacidade de produzir. Para a economia o termo significa: criação de bens e de serviços para suprir as necessidades do ser humano[22].

A análise capitalista divide a produção em duas espécies: a) divisão manufatureira do trabalho; e b) divisão social do trabalho[23]. A primeira sugere o fracionamento dos meios de produção, em razão da concorrência e a segunda a relação que os capitalistas estabelecem com os trabalhadores em razão da busca frenética do aumento de produção.

Aliados a estes dois fatores: a concorrência e o aumento de produtividade e o lucro, encontra-se a fórmula: capital x trabalhador, que é estabelecida pela venda e compra da força de trabalho.

2. TRABALHADOR COMO MEIO DE PRODUÇÃO OU MERCADORIA

Diante da evolução cíclica da exploração da mão-de-obra, com o objetivo do lucro frente à fórmula: capital x trabalhador, passa-se à análise, se efetivamente o trabalhador é meio de produção ou passou a ser mera mercadoria. Como meio de produção ele traz a sua força física o seu conhecimento tecnológico, cultural e social para desenvolver a tarefa para o qual foi contratado. Como mercadoria há simples mercantilização do corpo humano, sem qualquer análise, ou melhor, preocupação com o aspecto ou o impacto social que este comércio acarretará e o conteúdo ético de sua utilização.

Karl Marx[24] cita que o valor da força de trabalho possui um valor histórico e moral, da seguinte forma:

O valor da força de trabalho, como de toda outra mercadoria, é determinado pelo tempo de trabalho necessário à produção, portanto também reprodução, desse artigo específico. Enquanto valor, a própria força de trabalho representa apenas determinado *quantum* de trabalho social médio nela objetivado. A força de trabalho só existe como disposição do indivíduo vivo. Sua produção pressupõe, portanto, a existência dele. Dada a existência do indivíduo, a produção da força de trabalho consiste em sua própria reprodução ou manutenção. Para sua manutenção, o indivíduo vivo precisa de certa soma de meios de subsistência. O tempo de trabalho necessário à produção desses meios de subsistência ou o valor da força de trabalho é o valor dos meios de subsistência necessários à manutenção do seu possuidor. A soma dos meios de subsistência deve, pois, ser suficiente para manter o indivíduo trabalhador como trabalhador em seu estado de vida normal. Em antítese às outras mercadorias, a determinação do valor da força de trabalho contém, por conseguinte, um elemento histórico e moral.

A elevada taxa de gastos com a educação observados no mundo inteiro nas últimas duas décadas demonstra que há uma preocupação geral com a formação da força produtiva, pois diante da introdução de inovações tecnológicas que ampliam ou mesmo restringem a intervenção da mão-de-obra nas fábricas e, em todo o novo processo produtivo, exige dos trabalhadores um conjunto de competências, adquiridos essencialmente, mas não exclusivamente, através de uma boa formação escolar.

Da mesma forma são criados empregos que exigem maiores requisitos educacionais, o perfil das qualificações mudou muito, havendo uma diminuição da importância atribuída às habilidades específicas, e aumentando-se as exigências de uma combinação de atributos que alguns chamam de "capacidade de resolver problemas".

Espera-se, assim, que a educação possa "dar conta" de criar ou de formar esse profissional polivalente e que o mesmo esteja pronto ou apto às novas formas de emprego que tendem a surgir, deixando de ser simples mercadoria mas sim meio de produção, ante a aquisição e produção de conhecimento e também por consequência de tecnologia.

O capitalismo é uma doutrina alimentada pela produção excedente do trabalho que tem como demanda a tecnologia e a estrutura em longo prazo criar nações igualitárias, com o objetivo de minimizar os custos com a mão-de-obra.

Toda essa tecnologia leva o trabalhador cada vez mais a desapropriar-se de suas habilidades para que a máquina possa cada dia mais suprir a mão-de-obra e o trabalhador passa um menor período de tempo a vigiá-la sem conhecimentos específicos.

Assim verifica-se uma efetiva questão contraditória, pois o homem é educado e preparado para operar a máquina que vem substituí-lo nas operações de quantidade, qualidade e até mesmo de risco, pois o capitalismo visa à produtividade máxima com um mínimo de gasto[25].

O mercado busca o profissional tecnicista e com isto causa efetivamente uma crise política na educação, conforme expõe Pedro Demo[26]:

A politicidade não pode fazer do conhecimento uma politicagem, porque não cabe desvirtuar as características da cientificidade do conhecimento, mas seria no mínimo arcaico imaginar que conhecimento ao seja, em seu âmago, também fenômeno político. Na verdade, é o maior fenômeno político de que dispõe a humanidade, porque é através dele que ela mudou seu percurso histórico e mesmo evolucionário. Podemos resumir estas idéias no "processo formativo", muito além do instrucionismo. Formação contém, num nível, a habilidade disruptiva do conhecimento, para saber pensar, mas contém também, em outro nível conjugado, a habilidade política, para saber intervir. É por esta porta tipicamente curricular que entra a cidadania na universidade, menos pela da extensão. Este processo deve ser intrínseco ao currículo, sem jamais passar a impressão de que cidadania provém de fora, de atividades eventuais e voluntárias.

Portanto, devemos deixar de lado a idéia de que conhecimento é mercadoria controlável, pois a prática demonstra que sendo dinâmico, disruptivo, não se pode gerir como produto mensurável e estritamente controlável, para a simples formação de profissionais tecnicistas a atender o mercado de trabalho sem criar o senso crítico no cidadão[27].

O conhecimento, sem dúvida, é parte integrante da dinâmica das relações sociais, das formas de organização social. As finalidades de processos são determinadas por interesses das classes sociais aliadas às ações políticas econômicas e culturais da ciência. Por outro lado não devemos esquecer que tais relações são instáveis, uma vez que são frutos da relação humana.

As relações humanas travam várias situações sociais, que criam significado às coisas, às pessoas, às idéias que levam à formação de ideologias. Esses pilares nos levam ao questionamento de qual seria o valor dessa mercadoria: a força de trabalho.

Como força de trabalho ela precisa ser continuamente substituída, pois o seu proprietário é mortal, assim a sua quantificação efetivamente deve obedecer às necessidades do indivíduo como um todo, inclusive levando em consideração o seu

convívio social, a sua família, as suas necessidades, o que, convenhamos, é efetivamente utópico.

3. MEIO DE PRODUÇÃO OU FORMA DE EXPLORAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA

Todo este quadro formado nos leva somente ao questionamento: o trabalhador é atualmente meio de produção ou está tão somente servindo de mecanismo para a obtenção de lucros exacerbados, tornando-se mero objeto de exploração da mão-de-obra.

O adquirente da força de trabalho está efetivamente levando em consideração: a) a capacidade técnica do trabalhador; b) a valorização da mercadoria humana; c) a oferta de mercado; ou d) somente está fazendo ocupar os postos de trabalho em razão da grande oferta de mão-de-obra e façam operar os maquinários, que efetivamente estão produzindo.

Com este questionamento nos conduz à expressão *questão social* que somente foi formulada a partir do século XIX[28], quando então os efeitos do capitalismo e as condições da infra-estrutura social se fizeram sentir com grande intensidade.

O porquê desse questionamento somente a partir do século XIX, é explicado pela própria evolução da história do trabalho, pois conforme já expusemos: o trabalho inicialmente era reservado aos escravos; posteriormente as Corporações o levaram a uma segunda espécie de escravidão, na qual havia a aprendizagem e a prestação incontinente de serviços, porém ante às regras impostas pelo patrão o trabalhador não conseguia demonstrar a sua vontade e se impor perante o empregador. Somente com a Revolução Industrial, quando então as exigências de produtividade atingiram a família com a utilização das "meias forças"[29], é que "os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social[30]".

Assim, a História do Trabalho demonstra que a criação do Direito do Trabalho é resultante de uma reação social, razão pela qual torna-se importante a análise da questão social.

Tanto é que o Direito do Trabalho surgiu no século XIX, na Europa, em um mundo marcado pela desigualdade econômica e social, forçando de forma incisiva a intervenção do Estado através de legislações imperativas, não deixando margens de dúvidas com o intuito de preservar o hipossuficiente, *in casu*, o trabalhador. Como não poderia deixar de ser o legislador brasileiro não ficou alheio a essas transformações também trouxe imposições que estão insertos na Carta Magna[31] através do art. 5º., XIII, art. 170 e nos artigos 9º., 444 e 468, da CLT[32].

Em que pese a Constituição Federal reconheça a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica e financeira (artigo 170), assume um nítido perfil social, conforme nos alerta Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa[33]:

Assim, se para a Economia o "homem" é "força de trabalho", para a Constituição Brasileira, a proteção do homem e do trabalho (uma entre as diversas manifestações da vida humana) se dá com a afirmação do direito fundamental à vida, a elevação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho a princípios fundamentais da República (art. 1º, III e IV, art. 5º, *caput*, e art. 6º, respectivamente). Vinculando a Ordem Econômica a tais valores, a Constituição reafirma, no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), a dignidade e o trabalho como fundamentos da atividade econômica (art. 170, *caput*) e determina que tal ordem se volte à "busca do pleno emprego" (art. 170, VIII).

Assim diante da proteção legal, inclusive com fundamento Constitucional, as alterações das condições do contrato de trabalho são possíveis desde que não importem em prejuízo ao empregado. Algumas formas de alteração estão inseridas no *jus variandi* do empregador, condição que lhe é dada para poder gerir os seus negócios, porém em sendo constatado tratar-se de alteração abusiva ou que acarrete prejuízos ao empregado, a mesma é passível de nulidade pelo Judiciário.

Ora, diante desta possibilidade de alterações nas condições de trabalho, sejam elas objetivas ou subjetivas, criam aspectos de sujeição do trabalhador em relação ao empregador e, diante destes fatores o empregado, que tinha uma aparente liberdade de contratação, torna-se submisso e esta submissão influencia diretamente na forma como está sendo desenvolvido o contrato de trabalho, se o empregado estaria sendo tratado como mecanismo de produção ou mera mercadoria humana.

O empregado, submisso sem meios de questionar as atitudes e as ordens do empregador, cláusulas e normas contratuais, deixa de ser um mecanismo de produção, mas tornando-se mercadoria descartável que ao deixar de produzir o suficiente e dentro dos parâmetros de produtividade solicitados pelo empregador pode ser dispensado, não havendo em si qualquer mecanismo de proteção quanto à dispensa imotivada, que previna o descarte do trabalhador.

Constata-se que o empregado está sujeito:

- a) às condições de oferta de emprego;
- b) à concorrência direta de oferta de mão-de-obra;
- c) à qualidade e à preparação do empregado, a sua experiência profissional e sua capacidade técnica, são deixadas em segundo plano em razão do fator produtividade;
- d) à sujeição às ordens do empregador, que através do *jus variandi*, pode livremente dispor da prestação de seus serviços.

O quadro que se apresenta e os mecanismos legais ainda são insuficientes para que o empregado seja tratado como mecanismo de produção, porém o é como mercadoria.

Atualmente estamos sofrendo uma nova revolução, não mais industrial, mas sim tecnológica que exige uma preparação do trabalhador para ingressar no mercado de

trabalho já com uma qualificação mínima ante a complexidade das relações laborais, mormente a globalização, exigindo cada vez mais uma educação tecnicista[34]. Ocorre, porém, que esta mesma educação tecnicista fica restrita a poucos e assim cria um novo gravame que é a exclusão social. Conforme expõe Leila Andressa Dissenha[35]:

Da desconsideração da importância do trabalho no processo de globalização, surge um outro gravame: a exclusão social. O trabalho é o principal instrumento social para minimizar desigualdades sociais. Ao se negar o trabalho ao ser humano, está acentuando-se tais desigualdades.

Aliás, esta mesma tecnologia que traz tantos benefícios para o homem, também traz problemas sociais para os quais este mesmo beneficiário das facilidades não está preparado para enfrentar que é a sua desumanização, conforme nos explica Richard Tarnas[36].

Tudo nos leva a observar que o homem efetivamente está sujeito às alterações produzidas no meio social em que está inserido, tornando-se efetivamente reflexo de suas mutações[37].

4. QUESTÃO SOCIAL

A questão social não se resume à apenas a luta contra a miséria, com o mero fornecimento pelo Estado de educação, saúde, segurança e "bolsa família". Na realidade conforme bem cita Mozart Victor Russomano[38]:

O intervencionismo que se legitima é, modernamente muito mais amplo. Não se resume, como outrora, à educação laica, à saúde pública, à ordem pública, indo ao núcleo da **questão social**, em todos os seus aspectos, desde a luta contra a miséria total e a pobreza, até o reconhecimento e a defesa dos direitos humanos, nos quais hoje se incrustam - ao lado dos direitos políticos, econômicos e culturais - os **direitos trabalhistas**, naquilo que são essenciais à dignidade da pessoa humana, da família e da comunidade, adquiridos através da profissão de cada um e pelo exercício da cidadania. (grifos no original).

As forças do mercado, a voracidade econômica, lançam o trabalhador e todos os seus dependentes à uma batalha desproporcional na procura pela sobrevivência, mormente quando existe maior número de trabalhadores e um número reduzido de vagas de trabalho, oportunidade sem igual através da qual as forças econômicas fazem afastar as normas imperativas asseguradas pelo Estado de proteção ao trabalhador.

Estas forças de mercado simplesmente vem de encontro aos princípios da dignidade humana, pois violam de forma clara direitos fundamentais dos trabalhadores ao fomentarem a "regressão, paulatina ou agressiva, dos direitos materiais do trabalhador, procurando transferir a formulação desses direitos das normas imperativas

do Estado para o âmbito mais fluído da negociação coletiva"[39], ou seja a força econômica, o empregador se vale da crise econômica e excesso de mão-de-obra à disposição, para fazer explorar ao máximo o suor do operário, quase o levando em sentido de retorno ao caminho da servidão.

Esta posição do mercado fere não só o sentido social, mas o moral e o ético, pois o homem deixa de ser tratado como ser humano e passa a ser tratado simplesmente como objeto, material de produção, o homem explorando o próprio homem em prol do lucro imediato e exorbitante. O homem deve ser tratado como pessoa e não como coisa, conforme explica Marculino Camargo[40]:

Para a ética, o homem, enquanto ser vivo, se obriga a respeitar e conservar tudo o que é vida no ser humano. Assim, a ética se ocupa de questões como aborto, eutanásia, suicídio, pena de morte, homicídios. Em segundo lugar, o homem é um ser racional, a dizer, uma pessoa dotada de razão e liberdade para coordenar a sua vida. De onde se depreende a necessidade de analisar problemas como a coisificação e massificação da pessoa e a exploração do homem pelo homem. O fato de a humanidade residir na racionalidade, na capacidade para viver em sociedade; do ponto de vista ético, somos pessoas e não podemos ser tratados como coisas.

Podemos assim dizer sem sombra de dúvida que se faz necessário a manutenção do equilíbrio de forças através do Estado mediador, para que o empregado simples formiguinha combatendo contra a máquina cruel do lucro não seja esmagado e reduzido à indignidade de ser tratado como coisa, simples mercadoria.

4. CONCLUSÃO

Em conclusão podemos afirmar que ainda em nossos dias o trabalhador, em sua maioria, é tratado como simples mercadoria, sujeitando-se às regras do capitalismo. Existindo casos em que é tratado como meio de produção, mas, infelizmente, trata-se de parcela eletizada da população produtiva, pois o trabalhador como meio de produção é efetivamente uma decorrência de sua preparação educacional, cultural e tecnológica.

Efetivamente é a educação o meio correto de inserção social, sendo o meio cultural que criaria a análise crítica na população e evitaríamos, no mínimo, a crescente disparidade social e efetivamente daria condições para que o trabalhador seja efetivamente tratado como meio de produção, ante o seu cabedal de conhecimento e aquisição tecnológica e cultural.

Porém, enquanto "o trabalho" for tratado como necessidade básica, sobrepujando a educação, o trabalhador continuará a ser tratado como mercadoria, ante a regra capitalista da oferta e procura.

Isto nos traz uma perspectiva de um futuro negro, pois sendo a educação relegada a segundo plano não estamos somente deixando de preparar bons trabalhadores, mas também indivíduos capacitados para decidir e pensar sobre o futuro de sua sociedade, pois de forma cíclica estamos retornando ao início da Revolução Industrial quando a máquina substituiu o homem e atualmente a tecnologia o substituiu, fomentando o capitalismo desenfreado, ou seja, maior produção e menor oferta de trabalho, em resumo, maior o lucro.

Esta situação somente será alterada com políticas governamentais que efetivamente tragam o indivíduo para a sociedade através da Educação, e assim fará com que o trabalhador seja tratado como meio de produção, conduzindo-o a melhores postos de trabalho e, conseqüentemente, melhorando o padrão de vida, deixando de criar classes sociais bem como disparidades que nos levam à crises institucionais sem precedentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ronald Silka de. "A avaliação pedagógica no Curso de Graduação em Direito". 2006, 56 f. **Monografia (Especialização em Formação Pedagógica do Professor Universitário)** - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

_____. "O fator social da empresa e a recuperação judicial". São Paulo, LTr - **Jornal do 46º. Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho**, 2006.

_____, EGGERS, A. "Trabalho fator de inclusão social e a educação", **O ESTADO E A ATIVIDADE ECONÔMICA - O Direito Laboral em perspectiva**. Coordenadores: Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson. Curitiba, Juruá, 2007.

ARISTÓTELES. **A Política**. tradução brasileira Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo, Nova Cultural, 2000.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo, LTr, 2006.

BEHRENS, Marilda Aparecida. **O Paradigma Emergente e a Prática Pedagógica**. Rio de Janeiro, Vozes, 2005.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social da Empresas Práticas Sociais e Regulação Jurídica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

CAMARGO, Marculino. **Ética, vida e saúde**. Petrópolis, Vozes, 1983.

COELHO, Luiz Fernando; COELHO, Luciano Augusto de Toledo. "O Trabalho como categoria crítica". **Direito do Trabalho - Análise Crítica**. Coordenadores: Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson. v. 1, Curitiba, Juruá, 2006.

CUNHA, Antonio Geraldo. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

DISSENHA, Leila Andressa. "Trabalho e Capitalismo Global: constatações e perspectivas". **Direito do Trabalho - Análise Crítica**. Coordenadores: Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson. v. 1, Curitiba, Juruá, 2006.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento**. Rio de Janeiro, Tempo Universitário, 2004.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

MARX, Karl. **O Capital**. Tradução brasileira: Edgard Malagodi, Leandro Konder, José Arthur Giannotti e Walter Rehfeld. v. I, t. 1, São Paulo, Abril Cultural, 1983.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1991.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: novos rumos**. 2ª. ed. Curitiba, Juruá, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo**. 7ª ed., Rio de Janeiro, 2005.

Vade Mecum Saraiva. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

[1] ALMEIDA, Ronald Silka de; EGGERS, Andréia. "Trabalho fator de inclusão social e a educação", **O Estado e a Atividade Econômica - O Direito Laboral em perspectiva**. Coordenadores: Marco Antônio César Villatore; Roland Hasson. v. 1, Curitiba, Juruá, 2007, p. 82.

[2] HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

[3] ALMEIDA, Ronald Silka de; EGGERS, Andréia. Ob. Cit., p. 82.

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 24.

[5] ARISTÓTELES. **A Política**. tradução brasileira Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo, Nova Cultural, 2000, p. 151.

[6] CUNHA, Antonio Geraldo. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 779.

[7] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 4.

[8] ALMEIDA, Ronald Silka de. EGGERS, Andréia. Ob. Cit., p. 82.

[9] BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 54.

[10] Doutrina fundada por Zenão de Cício (335-264 a.C.), e desenvolvida por várias gerações de filósofos, que se caracteriza por uma ética em que a imperturbabilidade, a estirpação das paixões e a aceitação resignada do destino, são as marcas fundamentais do homem sábio, o único apto a experimentar a verdadeira felicidade [O estoicismo exerceu profunda influência na ética cristã.] HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

[11] Cidade, aglomeração humana.

[12] BARROS, Alice Monteiro. Ob. Cit, p. 55.

[13] BARROS, Alice Monteiro. Ob. Cit, p. 56.

[14] *Ibidem*, p. 57.

[15] *Ibidem*, p. 59.

[16] O relatório do médico Villermé, alusivo aos trabalhadores franceses do século XIX, revela que só 27 dos filhos de operários empregados chegavam a completar 10 anos de idade e os outros morriam entre sete e 10 anos. Eles trabalhavam durante 16 ou 17 horas diárias. BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 59.

[17] HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

[18] COELHO, Luiz Fernando; COELHO, Luciano Augusto de Toledo; "O Trabalho como categoria crítica". **Direito do Trabalho - Análise Crítica**. Coordenadores Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson, v. 1, Curitiba, Juruá, 2006, p. 24.

[19] ALMEIDA, Ronald Silka de. EGGERS, Andréia. Ob. Cit., p. 82.

[20] DISSENHA, Leila Andressa. "Trabalho e Capitalismo Global: constatações e perspectivas". **Direito do Trabalho - Análise Crítica**. Coordenadores: Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson. v. 1, Curitiba, Juruá, 2006, p. 123.

[21] *Idem*, p. 123.

[22] HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

[23] MARX, Karl. **O Capital**. Tradução brasileira: Edgard Malagodi, Leandro Konder, José Arthur Giannotti e Walter Rehfeld. v. I, t. 1, São Paulo, Abril Cultural, 1983, p. 141.

[24] *Ibidem*, p. 141.

[25] ALMEIDA, Ronald Silka de. EGGERS, Andréia. Ob. Cit., p. 82.

[26] DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento**. Rio de Janeiro, Tempo Universitário, 2004, p. 51.

[27] ALMEIDA, Ronald Silka. "A avaliação pedagógica no Curso de Graduação em Direito". 2006, 56 f. **Monografia (Especialização em Formação Pedagógica do Professor Universitário)** - Centro de Teologia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

[28] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 9.

[29] ALMEIDA, Ronald Silka de. EGGERS, Andréia. Ob. Cit. p. 82.

[30] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. Cit. p. 9.

[31] CF. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VII - busca do pleno emprego. *Vade Mecum* Saraiva. **Constituição Federal**. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 7, 8, 57.

[32] CLT. Art. 9º. - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. *Vade Mecum* Saraiva. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 878, 908 e 910.

[33] BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social da Empresas Práticas Sociais e Regulação Jurídica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 7.

[34] A abordagem tecnicista tem como base pedagógica os princípios da racionalidade, da eficiência, da eficácia e de produtividade. O elemento principal da abordagem

tecnicista não é o professor, nem o aluno, mas a organização racional dos meios. BEHRENS, Marilda Aparecida. **O Paradigma Emergente e a Prática Pedagógica**. Rio de Janeiro, Vozes, 2005, p. 48.

[35] DISSENHA, Leila Andressa. Ob. Cit., p. 125.

[36] Na virada do século, assim como a tecnologia produzia as novas maravilhas como o automóvel e a aplicação generalizada da eletricidade, alguns observadores começaram a sentir que esses fatos poderiam estar indicando uma sinistra inversão de valores humanos. Em meados do século XX, o novo mundo da ciência moderna começara a sujeitar-se a uma crítica ampla e severa: a tecnologia estava tomando o poder e desumanizando o homem, colocando-o num contexto de substâncias e bobagens artificiais em vez de uma vida natural - seu ambiente era padronizado, desprovido de qualquer sentido estético, ali os meios haviam subordinado os fins, onde as exigências do trabalho industrial acarretavam a mecanização dos seres humanos e todos os problemas poderiam ser resolvidos pela pesquisa técnica, à custa de legítimas respostas existências. Os imperativos que propeliavam e acumulavam o funcionamento técnico estavam desalojando o Homem e arrancando-o de sua relação essencial com a Terra. TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo**. 7ª. ed., Rio de Janeiro, 2005, p. 388-389.

[37] ALMEIDA, Ronald Silka de. "O fator social da empresa e a recuperação judicial". São Paulo, LTr - **Jornal do 46º. Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho**, 2006, p. 13.

[38] RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: novos rumos**. 2ª. ed. Curitiba, Juruá, 2006, p. 30-31.

[39] RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: novos rumos**. 2ª. ed. Curitiba, Juruá, 2006, p. 42.

[40] CAMARGO, Marculino. **Ética, vida e saúde**. Petrópolis, Vozes, 1983, p. 13.

REFLEXÕES ACERCA DO LABOR DO DETENTO

REFLECTIONS CONCERNING THE WORK OF THE PRISONER

Tito Livio Barichello

RESUMO

No bojo do presente artigo, procurar-se-á analisar o trabalho realizado pelos detentos no interior dos ergástulos públicos, como meio de remir a pena, diminuindo o tempo de cumprimento da reprimenda estabelecida em virtude da prática de ilícito penal. Distante de cingir-se a esta diminuta finalidade de somenos importância, o trabalho do preso configura-se em direito do detento e obrigação estatal, para atingir o desiderato maior que é a sua reintegração à sociedade. O Estado e a sociedade não podem furtar-se de oferecer ao detento o exercício do labor, devendo para tanto asseverá-lo sob pena do descumprimento do modelo de um Estado Democrático de Direito. Trazemos exemplo da real possibilidade do Estado e empresas privadas garantirem o trabalho ao detento, nos moldes da LEP, o que para o sistema penitenciário em geral perfaz-se em utopia. Adentramos ao tema da (in)competência da CLT a reger o trabalho penitenciário, nesta atual conjuntura social que denominamos de pós-modernidade, onde o labor representa o próprio exercício da dignidade humana, bem supremo erigido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHO NA PRISÃO - EXERCÍCIO DA DIGNIDADE HUMANA – REGRAMENTO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA SOCIEDADE

ABSTRACT

In the bulge of the present article, it will be looked to analyze the work carried through for the prisoners in the interior of the public dungeons, as half to redeem the penalty, diminishing the time of fulfilment of the reproach established in illicit virtue of the practical one of criminal. Distant of to summarize it this miniature purpose of minor importance, the work of the prisoner configures in right of the prisoner and state obligation, to reach the desideratum biggest that is its reintegration to the society. The State and the society cannot be stolen to offer to the prisoner the exercise of the work, having in such a way to affirm it duly warned the not to fulfill of the model of a Democratic State of Right. We bring example of the real possibility of the State and private companies to guarantee the work to the prisoner, in the molds of the LEP, what for the penitentiary system in general to configure in utopia. To enter to the subject of (in) the ability of the CLT to conduct the penitentiary work, in this current social conjuncture that we call of after-modernity, where the work represents the proper exercise of the dignity human being, erected supreme good to the footing condition of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: LABOUR OF THE PRISONER – PRACTICE OF DIGNITY HUMAN PERSON – RULES SPECIAL - RESPONSIBILITY OF THE STATE AND THE SOCIETY.

1. O instituto da remição e a obrigatoriedade do trabalho

Gramaticalmente o termo *remição* pode ser definido como: “1. Ato ou efeito de remir(-se). 2. Libertação, resgate. 3. Salvação de pecados ou de crimes por meio da expiação[1]”, o que não pode ser confundido com o vocábulo *remissão* que é derivada do latim *remissione*, com significado distinto designando: “1. Ação ou efeito de remitir(-se); remissão. 2. Compensação, paga; 3. Misericórdia, clemência, indulgência, perdão. 4. Lenitivo, Alívio, consolo[2]”.

A remição que tem o sentido de resgate e não de pagamento (remissão), está inserida no art. 126 da Lei de Execuções Penais que preceitua:

O condenado que, cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto, poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º- A contagem de tempo para fim deste artigo será feita a razão de 1 (um) dia de pena por (três) de trabalho (...).

Para Maurício Kuehne[3] a remição configura-se em uma recompensa concedida ao detento pelo exercício de atividade laboral quando do cumprimento da pena:

(...) propiciando, além do trabalho, um prêmio ao condenado, eis que, além do cômputo para fins de concessão do livramento Condicional e Indulto, é assente que a contagem se efetiva, por igual para fins de Progressão de Regime.

Perfaz-se também em direito do detento abreviar o tempo no cárcere e configura-se em um “estímulo para corrigir-se” alcançando a ressocialização, pois a pena aplicada não deve ser determinada “de uma vez por todas” quando da sentença, pelo contrário, deve compor-se na fase de execução cumprindo a finalidade de reintegração social do condenado[4].

Não obstante tratar-se de prêmio ou direito, perfaz-se o trabalho em obrigação legal imposta pelo art. 31 da LEP[5], que institui o exercício laboral no estabelecimento prisional para o regime fechado e em Colônia Agrícola, Industrial ou similar para o semi-aberto.

Os presos estão sujeitos ao trabalho de acordo com suas capacidades e aptidões, não podendo esgueirar-se de tal encargo, pois o intento é prepará-los ao retorno do convívio social, que obviamente, sofrerá gravame em caso de contínuo ócio no período de privação da liberdade.

Para Julio Fabbrini Mirabete[6] tanto a LEP, quanto o regramento advindo da ONU, infligem o trabalho como dever, dentro da realidade pessoal do condenado:

Prevêem as Regras Mínimas da ONU que todos os presos devem ser submetidos a obrigação de trabalho, tendo em conta sua aptidão física e mental, e o art. 31 da Lei de Execução Penal, além de confirmar o dever de trabalhar do preso, como já foi visto, refere-se às aptidões e capacidade do condenado, remetendo-se, evidentemente, às condições físicas, mentais, intelectuais e profissionais do condenado.

De acordo com a Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho[7], reunida em 10 de junho de 1930 em Genebra, ratificada pelo Brasil, estipulou-se a obrigatoriedade dos países-membros abolirem a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, estabelecendo no art. 2º:

1. Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. 2. A expressão "trabalho forçado ou obrigatório" não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano, c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em **decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública** e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição; (grifos nossos)

Apesar de o trabalho estar entabulado na LEP e na Convenção nº 29 da OIT como obrigação, seu efetivo exercício não pode ser imposto ao detento, pois inexistente a possibilidade de trabalhos forçados por imposição constitucional, conforme depreende-se do art. 5º, XLVII da Constituição Federal, que estabelece: “Não haverá penas: (...) c) de trabalhos forçados”.

A obrigação do exercício laboral imposta ao presidiário é contestada por Sidio Rosa de Mesquita Junior[8]:

O condenado poderá recusar-se ao desenvolvimento do trabalho, não podendo ser sancionado por esta conduta. O único efeito da recusa será a apreciação desse fato como elemento negativo, no momento em que for apreciado o mérito do mesmo, a fim de conceder algum benefício.

No entendimento de Alexandre de Moraes[9], o não exercício da atividade laboral quando oportunizada ao preso, gera conseqüências para a execução penal:

Segundo o art. 28 da LEP, o trabalho do sentenciado tem dupla finalidade: a educativa e a produtiva. O trabalho é dever do executado, mesmo porque a não execução do trabalho pelo sentenciado à pena privativa de liberdade, nos termos dos arts. 50, VI, e 39, V, da LEP, constitui falta disciplinar de natureza grave.

Tal entendimento é ratificado por Sanches Rios[10], para quem:

(...) o princípio da obrigatoriedade do trabalho se encontra em harmonia com as disposições do art. 7 da Constituição de 1988: direito ao trabalho remunerado segundo as normas legais instituídas para cada espécie de relação jurídico-trabalhista marcada, direito às proteções previdenciárias e acidentárias nas contingências de diminuição ou cessação da capacidade laboral, acato as normas de higiene e segurança do trabalho e todos os demais preceitos formulados pelo art. 7 que não entrem em conflito com seu estado de execução penal.

De forma similar as legislações alienígenas têm considerado plausível a exigência de atividade laboral pelo detento, não configurando-se a obrigação em trabalho forçado, posto advir da necessidade da existência de um ambiente carcerário tranquilo e da própria dignidade daquele que teve sua liberdade cerceada pelo Estado. O princípio da obrigatoriedade do trabalho foi consignado pelo legislador italiano com conseqüências adversas ao transgressor, acarretando falta disciplinar de natureza grave com ônus para a remição, saída temporária e retrocesso a regime de pena mais rigoroso[11].

A LEP não traz hesitações acerca da obrigatoriedade do trabalho, excetuando-se aqueles que estão detidos provisoriamente[12]. Destarte, compreendemos que a obrigação laboral, quando do cerceamento da liberdade, é de todo legal, posto advir da própria finalidade da reclusão, que almeja nos moldes do art. 1º da LEP a “harmônica integração social do condenado e do internado”.

Não podemos confundir obrigatoriedade do trabalho com a imposição de trabalhos forçados, visto que “as penas de trabalho forçado não se confundem com a previsão de trabalho remunerado durante a execução penal, previstos na Lei nº 7.210/84[13]”.

A LEP encontra-se em perfeita harmonia com “a orientação ressocializadora da nova defesa social”, o que para Janira de Oliveira, encontra seu intento mor, na prevenção de novos delitos e na reeducação[14]:

Trata-se de uma política criminal consciente e baseada em fundamento das ciências sociais e da criminologia. Essa política criminal moderna resulta de uma premissa fundamental: o crime, sendo um fato social e um ato humano, não é somente uma definição legal do delito, mas um fenômeno sócio-individual. Não basta punir o fato delituoso, importante é prevenir a sociedade do crime, analisar a atitude delituosa e tomar, em relação ao seu autor, medidas que ultrapassem o limite da simples repressão. Prevenção e tratamento são, poder-se-ia dizer, as duas dimensões que faltavam à concepção tradicional de defesa social.

Atentos devemos estar que ao final do século XIX mudança filosófica sepultou na Inglaterra a idéia ultrapassada de que a perda da liberdade representava parcialmente a punição recebida, que era integrada pelo trabalho forçado. Evoluiu-se para o entendimento de que “os prisioneiros são enviados para a prisão como punição, e não para punição[15]”. O absurdo era tamanho neste país anglo-saxão que buscava-se muitas vezes a futilidade laboral aliada a humilhação:

(...) as invenções maravilhosas que foram criadas pelos meus predecessores, na Inglaterra, uma foi o moinho, que era como uma roda movida a pedal, só que bem longa, e até oito, dez, ou em alguns casos mais presos poderiam ficar de pé em cada pedal da roda, e eles eram simplesmente requeridos a marchar, enquanto a roda girava, eles mantinham-se em movimento com a roda. Eles não tinham que fazer nada, eles simplesmente tinham que realizar essa inútil forma de trabalho[16].

Côncios que do flanco oposto ao nosso, do lado interno do cubículo celular encontra-se um ser humano, isonômico a quaisquer de nós, não superior e tão pouco inferior, que há de regressar ao convívio social, detentor de direitos e obrigações cuja liberdade foi restringida temporariamente.

Importa profícuo recordar Michel Foucault, quando professa o poder do Estado sobre o cidadão em sua obra Vigiar e Punir, através de um ritual público de dominação dos súditos pelo medo, verificando-se no sistema penitenciário nacional a busca incessante desta “ostentação dos suplícios[17].”

Para Leonardo Sica, citando Sigmund Freud, tais práticas penitenciárias denotam simples violência do Estado contra o cidadão, com objetivo único de alcançar exclusividade na ofensa a bens jurídicos, sendo que “O Estado proíbe ao indivíduo a prática de atos infratores, não porque deseje aboli-los, mas sim porque quer monopolizá-los[18]”.

Para Roberto Porto[19], lembrando Foucault, considera fundamental encerrar o embate entre aquele que teve a liberdade suprimida e o detentor do *jus puniendi*:

Foucault explica que é preciso eliminar a confrontação física entre o Estado e o condenado. O Estado não pode ceder a sede de vingança e ao prazer de punir, visto da perspectiva do povo. É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar.

A importância do trabalho do preso, mesmo obrigatório, não enseja dúvidas quanto a sua necessidade, sendo uma inclinação de todos os sistemas jurídicos. No entanto, necessário se faz uma adequação a “finalidade produtiva e educativa[20]”.

Todavia tais objetivos encontram barreira na inépcia estatal com a falência do sistema penitenciário pátrio, tomando como exemplo da então Casa de Detenção de São Paulo que possuía capacidade 3.250 presos chegando a enclausurar 8.000 detentos, configurando-se triste recorde mundial de reclusos cumprindo pena na mesma estrutura física[21].

René Ariel Dotti[22], em sua obra Base Alternativas para o Sistema de Penas, cuja gênese remonta o ano de 1980 quando obteve a cátedra de Direito Penal da UFPR, traduz com proficiência a realidade da época que persiste agravada nos dias de hoje:

A degradação do sistema penitenciário a níveis intoleráveis vem sendo freqüentemente retratada, tendo a frente a acusação do próprio Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, de que os presídios brasileiros são verdadeiros depósitos de pessoas e permanentes fatores criminógenos.

Exsurge, neste contexto o trabalho como vivificador do respeito e da dignidade, a propiciar um mínimo de expectativa àquele que a vida lhe ceifou a liberdade e todo conseqüente que advém do encarceramento em nosso falido sistema penitenciário, “que configura-se em uma instituição totalitária, que, com o passar do tempo, deforma a pessoa e acentua seus desvios morais[23]”.

Deportamo-nos com a *praxis* carcerária a obnubilar qualquer intento reeducativo e reinsensor, provocando perquirir: o que esperar de um sistema penitenciário que utiliza o encarceramento como um dos meios de punição e não um fim em si mesmo? Que não oferece o trabalho aos seus detentos como intento educativo e reintegrador e cujas políticas públicas almejam tão-somente a inexpugnabilidade de seus cárceres?

2. O trabalho do detento como exercício da dignidade humana na sociedade pós-moderna

Muito além de obrigação ou dever, o trabalho é direito assegurado pela LEP, que no art. 28, consigna que “o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (grifos nossos). A nossa Carta Constitucional em seu art. 1º, III insere a dignidade humana como fundamento da

República Federativa do Brasil e mais adiante no art. 6º, perfaz o trabalho como direito social ao prescrever: “São direitos sociais, a educação, o trabalho (...)”.

Inexiste o cumprimento do princípio constitucional da dignidade humana para o detento sem a possibilidade do efetivo exercício laboral. Na sociedade que denominamos pós-moderna, encontramos no trabalho o meio para obtenção de ascensão financeira e social, alcançando o reconhecimento, admiração e respeito de nossos semelhantes quando demonstramos nossas qualidades em algum exercício profissional de sucesso.

Apenas com o eficaz desempenho de alguma profissão o ser humano alcança sua dignidade, seja em qual atividade for, como empresário, advogado, agente político, administrativo, professor, comerciário ou operário. Tal conseqüência perfaz-se na base do direito pátrio, posto ter sido inserido em nossa *lex matter* os valores sociais do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil.

Evidências que o nosso labor influencia positivamente a manutenção do meio, seja político, jurídico ou econômico é motivo de orgulho e satisfação, alterando nosso *psyché* de forma positiva. Contrariamente, o ócio macula o existir incutindo estigmas pejorativos sobre nossa honra objetiva e subjetiva, posto todos possuímos avantajado temor ao desemprego.

Em sua gênese o trabalho trazia conotação negativa, como nos explica Hermes Guerreiro^[24]:

Trabalho, etimologicamente vem de *triparium*, que é aquele tridente que serve para cutucar os animais primeiro, e depois os homens. Por isso trabalho não tem um sentido inconscientemente positivo. Nós não costumamos valorizar quem não trabalha. O sujeito que não trabalha tem fama de vagabundo. Ainda que ele seja rico, se ele não trabalha, todo mundo vê de uma forma desconfiada.

Na sociedade pós-moderna onde vivemos, o trabalho designa tão somente motivo de alegria, orgulho, crescimento material e espiritual. Tanto é verdade que do não trabalho, advém estigmas conscientes e inconscientes, facilmente compreendidos pela opção legislativa de tipificar a “vadiagem” no Art. 59 da Lei de Contravenções Penais nos seguintes moldes:

Vadiagem - Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

A opção pelo ócio apenada pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo[25], demonstra a importância do trabalho na sociedade atual, conforme decisão do pretório paulista: “Impõe-se a condenação por vadiagem ao agente que sem economia própria e apto para o trabalho se dedica à ociosidade habitualmente”.

O dicionário de língua portuguesa Priberam[26] informa o conceito de vadio como “aquele que não tem ocupação, que não quer trabalhar; vagabundo”, demonstrando a premente necessidade de ofertar-se o trabalho ao detento, para a não estigmatização de sua imagem e ferimento de seu *psyché*.

Na obra *A Loucura do Trabalho*, o médico francês Christophe Dejours, em estudo de psicopatologia, demonstra a crença do “subproletariado[27]” de que a incapacidade de exercer o trabalho em virtude de alguma enfermidade é um mal, que teoricamente, pode ser evitado através da “reticência maciça em falar da doença[28]”, configurando-se na “ideologia da vergonha de parar de trabalhar[29]”, que é motivo de desonra e advém do temor de ser rotulado como “preguiçoso[30]” ou “vagabundo[31]”.

Devemos compreender a conjuntura social a qual estamos inseridos, e que denominamos de pós-modernidade, o que para David Lyon[32] é um conceito que reclama introspecção sobre o porvir, sobre as mudanças sociais e culturais contemporâneas, não subsumindo-se a descrição de um momento ou estado existente. A convivência em sociedade atinge patamares de alta complexidade, quando relações humanas transformam-se cotidianamente a uma velocidade surreal, demonstrando descompasso com as instituições jurídicas criadas para regular a vida em sociedade.

Profunda transformação nos sistemas de comunicação propiciaram a globalização, processo que gera a integração econômica, política, cultural e por conseguinte social, formando a denominada aldeia global. Dentro deste contexto surge o trabalho como premissa máxima da sociedade capitalista, fonte de apreço e reverência no meio social em que estamos inseridos. O detento não encontra-se alheio a esta globalização em constante mutação na sociedade capitalista, possuindo os mesmos conceitos daquele que detém a liberdade, cuja estabilidade social materializa-se no trabalho.

O trabalho é requisito basilar para o exercício da dignidade entre aqueles detentores da liberdade e tal situação não é diversa para aqueles que cumprem pena nos ergástulos públicos. Quando de alguém é subtraído o direito de ir e vir, em virtude de uma sentença com trânsito em julgado e inicia-se a execução penal, o trabalho materializa-se no resgate da dignidade a propiciar o desiderato maior da restrição da liberdade que é a futura reintegração social e não um instrumento estatal de vingança pelo ilícito praticado.

A finalidade do trabalho penitenciário não é configurar-se em ônus ou uma carga de natureza penal advinda da sentença condenatória, conforme nos traz Julio Fabbrini Mirabete[33]:

O trabalho prisional não constitui, portando, per se, uma agravação da pena, nem deve ser doloroso e mortificante, mas um mecanismo de complemento do processo de

reintegração social para prover a readaptação do preso, prepará-lo para uma profissão, inculcar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade”.

Atribuir caráter vingativo ao cárcere designa retroagir a entendimento soterrado pelo pretérito discurso da retribuição, como trata Fernando Santana[34]:

Historicamente, a prestação de trabalho penitenciário continha estigma de castigo e de vingança, como forma de cumprimento da pena por modo aflitivo, mesmo dentro de uma visão utilitarista do sistema penal, ainda depois de superada a fase das chamadas cominações infamantes, a exemplo das penas de galés e trabalhos forçados.

Para Franz Von Liszt[35], somente haverá pena justa quando esta for necessária, sendo que a “única forma sustentável e fecunda da pena retributiva é a pena protetora”, expurgando a idéia Kantiana da compensação, que impõe como corolário direto de um gravame causado pelo cidadão, outro de igual medida devolvido pelo Estado.

No nosso sistema carcerário, sem dúvida, a pena não circunscreve-se em meio justo e protetor como lecionado pelo professor de Berlim em 1882. É cruel a realidade fática vivenciada nas prisões do Brasil e em toda América Latina, onde cerca de $\frac{3}{4}$ dos encarceramentos existentes, estão embasados em cautelares sem uma sentença com trânsito em julgado, como bem nos ensina Eugênio Raul Zaffaroni[36].

Entre abundantes casos de descomedimento trazidos pela doutrina assinalamos o do “famoso e jovem seqüestrador da filha de Sílvio Santos, Fernando Dutra Pinto, morto em circunstâncias suspeitas em janeiro de 2002, teria sido espancado um mês antes, com canos de ferro, por não tratar de ‘senhor’ o diretor da prisão[37]”.

Apesar de recente em nosso texto constitucional o primado da dignidade humana, sua origem nos demais ordenamentos se protraí no tempo, obtendo inequívoco reconhecimento constitucional nos Estados democráticos, tão somente, após o advento da segunda guerra mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Cumprindo função de fundamento de nosso ordenamento, impõe-se como garantia do detento e limite ao Estado, reclamando introspecção acadêmica acerca de seu atual alcance e a incessante busca de meios a inseri-lo, definitivamente, em qualquer exegese no cotidiano penitenciário.

Para Immanuel Kant, autor de *a Crítica da Razão Pura*, em meados do século XVIII, o conceito de dignidade parte “da autonomia ética do ser humano”, ou seja, da autodeterminação que é inerente, tão somente ao homem, impedindo o tratamento desumano mesmo por parte dele próprio[38].

Trata-se, portanto, no pensar kantiano, de aferir à dignidade um conceito de valor maior e por conseguinte, infungível, indisponível e conseqüentemente impossível de ser cedido pelo titular ou cerceado por quaisquer argumentações ou interesses, mesmo no interior de um sistema penitenciário, quando o detento encontra-se à mercê do Estado.

O preceito da dignidade do cidadão tem em sua gênese caractere limitante de ultraje e garantidor da efetiva aplicação dos direitos fundamentais, adquirindo suma magnitude em países com sólido desenvolvimento democrático, como aqueles inseridos geograficamente na Península Ibérica.

A Monarquia Constitucional Espanhola[39] ampara-se no primado da dignidade da pessoa humana, extrapolando a persecução penal e abarcando a relação laboral, conforme já determinava a então Constituição Republicana da Espanha de 1931, dispondo em seu texto o direito do trabalhador a uma existência digna. Tal conteúdo foi ratificado pela Carta Magna em 1978, garantindo expressamente o benefício ao preceito máximo de todas as Constituições[40].

A Constituição portuguesa insere a dignidade do homem como princípio fundamental[41], perfazendo-se na base da República ao lado da vontade popular, como “fundamento e limite do Estado democrático[42]”. Como consectário desta inserção o cidadão é colocado acima da organização política, deixando de ser objeto para atingir a condição de “fim e não meio de relações jurídico-sociais[43]”.

Proclamado como “núcleo essencial” da Lei Maior portuguesa, no momento que elege a *dignitas-hominis* como desiderato mais elevado do Estado em seu art. 2º, caracteriza a supremacia do cidadão em relação aos interesses estatais[44].

Para Canotilho trata-se de “fronteira” de inequívoca importância a estabelecer óbice aos abusos estatais, “valor limite” a coibir toda e qualquer conduta estatal, sob as mais variadas argumentações, que imponham condição de objeto ao cidadão[45]. A importância da dignidade exsurge sob o manto de legitimar a própria República como forma de governo adotada no país lusitano[46].

Como fundamento de nossa Carta Constitucional, o primado em questão perfaz-se em valor inseparável da pessoa e como tal congênito, independentemente sua existência de quaisquer fatores externos. Tem como caractere intrínseco a oposição de limites ao Estado em relação aos primados maiores do indivíduo[47].

A intenção do nosso legislador constituinte restou clara ao cotejar determinados valores à categoria de princípios fundamentais, erigindo-os a uma hierarquia superior em comparação aos demais mandamentos constitucionais[48]. Ao inserir geograficamente a dignidade da pessoa humana no título primeiro da Carta Magna, constituindo-a como fundamento maior de nosso Estado Democrático de Direito, produziu-se uma categoria de supra-princípio que passa a reger todo o ordenamento jurídico, adentrando à execução penal e o exercício laboral pelo detento.

No entanto, a *praxis* penitenciária é catedrática em produzir violência, olvidando-se dos ensinamentos de Foucault, para quem “a execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência”, vez que a conduta estatal deveria estruturar-se

no entendimento de que a “certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro[49]”.

Em caso de divergência entre o direito à dignidade e outra norma ou princípio que regre a execução penal, caracteriza-se antinomia que deve ser obrigatoriamente solvida pelo exegeta amparando-se no fundamento maior. Norberto Bobbio[50] somente entende presente antinomias quando as normas pertencerem ao mesmo sistema jurídico e com “o mesmo âmbito de validade”, o que invariavelmente incoorre quando envolver o supra-princípio de nossa República.

Como instrumento limitante do *jus puniendi* para proteção do indivíduo, deslegitima constitucionalmente qualquer ação ou omissão estatal que importe menoscabar os direitos basilares do detento frente ao Estado. Estabelece trincheira em favor da cidadania, cuja responsabilidade operativa imputada aos operadores do direito é de suma magnitude, verdadeiro *munus* público, para alcançarmos efetivamente a materialização dos preceitos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito na *praxis* penitenciária.

O trabalho na prisão é direito do presidiário e, por conseguinte, obrigação estatal, devendo-se aproximar daquele exercido na sociedade livre, para assim cumprir sua finalidade educativa[51]. Tal assertiva denota a busca da dignidade no labor do detento, não aceitando-se mais a consecução do trabalho sem finalidade produtiva desconectada da realidade social.

Julio Fabbrini Mirabete[52], quando trata das finalidades do trabalho penitenciário, prescreve que:

O trabalho tem seu sentido ético, como condição da **dignidade humana**, e assim assume um caráter educativo. Se o condenado já tinha o hábito do trabalho, depois de recolhido ao estabelecimento penal seu labor irá manter aquele hábito, impedindo que degenere; se não o tinha, o exercício regular do trabalho contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta, instalando-se em sua personalidade o hábito de atividade disciplinadora. (grifos nossos)

Em nossa sociedade pós-moderna, o trabalho e a dignidade humana são conceitos unívocos, e como tal, inseparáveis no cumprimento da pena, perfazendo-se em direito do preso e obrigação estatal, não podendo ser proporcionado em desacordo com a realidade social que o mesmo encontrará quando do exaurimento da reprimenda.

Os direitos humanos atingem seu ápice no momento que passam a estabelecer limites ao poder do Estado, obrigando-o ao cumprimento dos direitos dos cidadãos. No entanto, de nada adianta este conjunto de normas humanistas se o poder instaurado descumpre os preceitos basilares de um Estado Democrático de Direito[53].

O regramento humanista prescreve parâmetros e limites ao Estado, como leciona Kriele Martin[54]:

Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que tem competência para criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *protestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente tem efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

O Ordenamento Jurídico nacional através de nossa Constituição Federal, da Lei de Execuções Penais e Tratados e Convenções Internacionais operantes, configura-se instrumento formalmente eficaz a possibilitar o efetivo exaurimento da execução penal, propiciando a futura reintegração do detento à sociedade, principalmente através do oferecimento de labor digno e produtivo.

No entanto o cotidiano penitenciário detém realidade distinta daquela tipificada na LEP, possuindo uma clientela bastante determinada, fruto do descaso das políticas públicas e da discriminação corrente por parte dos agentes públicos, sendo a “seletividade uma marca histórica e indissociável do sistema penal[55]”.

De acordo com Leonardo Sica[56] a nossa realidade penitenciária é discriminatória:

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2-3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semi-alfabetizados; 95% são absolutamente pobres, 98% não tem condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo o furto.

Devemos desmistificar a corrente retórica da necessidade de constante modificação legislativa para justificar a inoperância estatal, que assenta-se na ausência de vontade política, verdadeira inanição estatal no oferecimento de condições mínimas de labor aqueles que tiveram a liberdade suprimida, obstaculizando o cumprimento de nosso primado máximo que é a dignidade da pessoa humana.

3. Existe relação empregatícia celetista no trabalho do detento?

São correntes as indagações da dogmática acerca da existência de relação de emprego na atividade laboral realizada pelos detentos dentro e fora do estabelecimento prisional. Em caso afirmativo, o Estado e, ou empresas privadas que atuam no setor sujeitar-se-

iam ao cumprimento das obrigações trabalhistas inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Para aqueles que consideram presentes os requisitos da pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade, o detento passaria a ter sua atividade profissional regrada pela CLT e, como corolário faria jus a todos os benefícios elencados no art. 7º de nossa Carta Constitucional, tais como: fundo de garantia por tempo de serviço; seguro desemprego; salário mínimo fixado em lei; piso salarial; décimo terceiro, etc.

Aos adeptos de tal exegese, poder-se-ia partir da premissa que o art. 28, § 2º da LEP seria inconstitucional, por ferir preceitos de nossa *lex matter*, entre os quais, o da isonomia do art. 5º, Caput, que entabula: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, em uma interpretação sistemática[57], vista como instrumento hermenêutico a perquirir no sistema jurídico[58] a solução do litígio na busca da tão almejada paz social em caso de antinomias.

A norma não pode ser utilizada para diferenciar cidadãos, estabelecendo benesses, privilégios e, por conseguinte, desigualdades, mas um instrumento que possibilite tratar equitativamente indivíduos, materializando-se um conteúdo político-ideológico[59].

É assente o entendimento de nossos tribunais[60] acerca dos critérios para reconhecer-se a existência de vínculo empregatício na relação contratual, porquanto exige-se o preenchimento dos requisitos elencados nos arts. 2º e 3º da CLT, consubstanciados na onerosidade, pessoalidade, continuidade e subordinação jurídica.

De acordo com entendimento pretoriano[61] são requisitos para reconhecimento do vínculo empregatício regrado pela CLT:

(...) pessoalidade (relação jurídica "intuitu personae" com relação ao empregado), não-eventualidade dos serviços prestados, devendo ter os mesmos um caráter de permanência, não se qualificando como trabalho esporádico; onerosidade, pela qual a prestação de trabalho há de corresponder uma contraprestação específica, consubstanciada nas verbas salariais; e subordinação, que consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho pela qual o empregado deve acolher o poder de direção do empregador no modo de realização de sua obrigação de fazer.

A LEP consigna em seu art. 28, § 2º que “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”. No mesmo diploma legal está inserido no art. 29 que “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a ¾ do salário mínimo”.

Passemos a analisar o opinamento doutrinário acerca do tema, iniciando por Julio Fabbrini Mirabete[62], para quem:

O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante as similitudes exigidas na Lei de Execução Penal entre o trabalho prisional e o livre, aquele deste se distancia quanto a natureza. Trata-se de um dever que decorre da falta de pressuposto da liberdade, que se insere no conjunto de obrigações que integram a pena. Seu regime é de direito público, inexistente a condição fundamental para o trabalho espontâneo, que é a liberdade para a formação para o contrato de trabalho, retirada que foi ao condenado à pena privativa de liberdade. Não tem o direito, pois, a férias, 13º salário e outros benefícios que se concedem ao trabalhador livre.

Paulo Lucio Nogueira[63], manifesta-se tacitamente pela incompetência da CLT para reger atividade laboral do preso, ao asseverar que o trabalho deverá ser sempre remunerado, no montante mínimo de $\frac{3}{4}$ do menor salário vigente, com a finalidade precípua de indenizar a vítima, auxiliar a família, despesas particulares do condenado, etc.

Exsurge significativa dessemelhança acerca do montante devido como contraprestação no contrato regido pela CLT e pela LEP, visto que nesta, o valor não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ dos salário mínimo, conforme disposto no art. 29, §2º, ao contrário daquela, que estabelece o salário mínimo como valor menor para a manutenção de um trabalhador.

No trabalho prisional não mais existe o pagamento de remuneração simbólica como gorjetas ou regalias, havendo a obrigatoriedade de remuneração mediante prévia tabela nos moldes legais, incorrendo equiparação a remuneração do trabalho livre[64].

Erige-se clara diversidade respaldada em lei entre o trabalho prisional e o liberto, pois conforme expresso na LEP, a remuneração ao detento poderá ser inferior a um salário mínimo. Entendemos justo tal dispositivo em virtude das desobrigações pessoais que possuem os condenados, como a desnecessidade da moradia, alimentação, saúde, lazer entre outras finalidades consignadas no art. 7º, IV da Constituição Federal.

Odir Odilon Pinto da Silva e José Antônio Paganella Boschi[65], expressam-se claramente sobre não adequação do contrato de trabalho prisional ao regime celetista, incorrendo inconstitucionalidade formal ou material:

Todavia, não nos parece inconstitucional a exclusão do condenado da proteção das leis trabalhistas. (...) Mesmo excluído da proteção trabalhista são aplicados à organização e aos métodos de trabalho as precauções legais relativas à segurança e a higiene.

O que objetiva-se com o princípio da igualdade é evitar a imposição de regras despropositadas, sem respaldo principiológico em determinada sociedade, ou seja, a “impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas[66]”.

Os critérios válidos para desequiparação legal sem ofensa ao princípio constitucional da isonomia respousa em tricotomia: a) “elemento tomado como fator de desigualação”

ou melhor explicando “aquilo que é adotado como critério discriminatório”; b) “correlação entre o fato erigido e a disparidade estabelecida”, ou seja, a justificativa racional ou fundamento lógico; c) “consonância da correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional” que corresponde a harmonia com o ordenamento de valores de uma determinada sociedade[67].

Como conseqüência, percebemos haver consonância constitucional entre a LEP e a CLT em relação ao *discrímen* legal corrente no trabalho prisional. Coaduna com tal constatação a inexistência no liame de trabalho prisional, do primado básico de qualquer relação trabalhista regada pela CLT, que é a liberdade. A autonomia de vontade do empregado encontra-se na expressão da independência de contratar e ser contratado. Pelo contrário, no trabalho presidiário, aponta-se um extremado vínculo de direito público, visto por alguns como obrigação e por outros como direito.

Na relação privada regida pela CLT, a inexistência de liberdade contratual ou a subtração indireta da mesma tipifica-se ilícito penal:

Atentado contra a liberdade de trabalho. Art. 197. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I- A exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias: Pena – detenção, de 1(um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Acerca do delito supramencionado César Roberto Bitencourt[68] explica que “o bem jurídico protegido é a liberdade de trabalho, isto é, a liberdade de escolher o trabalho, a profissão, arte, ofício ou indústria que deseja exercer”, que encerra no elemento objetivo a adequação típica no “1ª) Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho (...)”.

Compreendendo, por força legal, que o trabalho do preso é obrigatório, constringido ao labor sob pena de conseqüências diretas que não de recair sobre a execução penal, têm-se como conclusão que inexiste liberdade contratual na atividade realizada nos ergástulos públicos.

Na relação jurídica regada pela LEP, vigora expressamente o princípio da obrigatoriedade, conforme disposição legal tipificada no art. 32: “O condenado a pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho (...)”. (grifos nossos).

Diversamente o trabalho liberto é pautado na autonomia contratual, vivificado na livre vontade do trabalhador em contratar, ao passo que o labor do detento tem finalidade dissemelhante daquele regido pela CLT, por expressa disposição legal que consigna no art. 28 que: “O trabalho do condenado (...) terá finalidade educativa” (grifos nossos).

As normas legais devem tratar equitativamente todos os cidadãos, desde que estejam em situação jurídica igualitária, motivo pelo qual a discriminação legal nada mais faz que equiparar o desiguais. Para Celso Antonio Bandeira de Mello “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas[69]”, motivo pelo qual em nossa

percepção o discrimen do art. 28 § 2º da LEP, não figura desavença a isonomia ou primados outros fixados em nossa Carta Magna.

4. O trabalho do preso como responsabilidade do Estado e da sociedade

O paradigma do trabalho na compreensão hodierna de um sistema penitenciário abarca a reabilitação e a reinserção social, cabendo ao Estado propiciar esta verossimilhança. A efetiva oportunização de atividade profissional remunerada ao detento amolda-se em dever do Estado, conforme dita o art. 28, caput da LEP: “O trabalho do condenado, como dever social (...)”, devidamente respaldado pela Magna Carta em seu art. 6º que impõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho (...)”.

O exercício laboral é obrigação do indivíduo livre e dever do Estado e da sociedade, advindo do direito à subsistência. Pode-se compreender o “direito a subsistência – com o correspondente dever de trabalhar, ou, se o indivíduo não pode trabalhar, como dever da sociedade[70]”.

Pontes de Miranda[71] traz relato histórico que insere o trabalho como direito inerente ao ser humano em nossa história:

No deteunômio (XIV, 22-29; XXIV, 12), paga-se a décima anual das colheitas e a décima trienal para serem sustentados os que não tem a subsistência assegurada. Aliás, são dignos de ler-se o Levítico (XIV, 9, 10) e o Deteunômio (XV, 4-11). No século XVIII, Turgot e Quesnay falam de assegurar o direito ao trabalho. O Édito de 12 de março de 1776 alude a ele. Os homens de Revolução francesa viram-no bem. Fitchte, em 1797, definiu o conteúdo do direito ao trabalho, porém ainda no plano do direito natural. (...) Charles Fourier, na sua *Théorie des quartes Mouvements et des Destinées générales*, publicada em 1808, estranhava que as Declarações de Direitos e as leis se esquecessem de pôr em princípio o direito ao trabalho.

Para Julio Fabbrini Mirabete[72] o trabalho do preso amolda-se em obrigação estatal:

Mas, se o Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe, conforme os termos legais, tem o preso o “direito social” ao trabalho (art. 6º da Constituição Federal de 1988). Como por seu *status* de condenado em cumprimento de pena privativa de liberdade, ou de objeto de medida de segurança detentiva, não pode exercer esse direito, o Estado incumbe-lhe o dever de dar o trabalho.

Como instrumento de reabilitação e reinserção social o trabalho posta-se não somente como obrigação do Estado, mas também dever da sociedade, correspondendo tal encargo em verdadeiro *munus* público, advindo da necessidade de propiciar a futura reintegração do preso ao meio social que ocorrerá em determinado lapso temporal, havendo ou não sua reeducação através do trabalho.

A proposição supra configura-se em verdadeiro axioma, presunção *jure et de jure* que não admite prova contrária, incorrendo responsabilidade única do Estado na resolução deste gravame que aflige toda a sociedade, posto ser o trabalho a força motriz da regeneração e precursor da dignidade humana.

Para tanto necessita-se do empreendedorismo da iniciativa privada a fomentar tal possibilidade. De origem francesa o vocábulo *empreendedorismo* (entrepreneur), pode ser compreendido como a capacidade não comum, de abrir novas frentes de trabalho, trilhar caminhos diversos, partir para novidades de ação, tomar (o radical “prend” dá esta idéia) uma nova atitude numa espécie de reação ao comodismo do atrelamento ao passado ou a iniciativas de outras pessoas. Por isso supõe-se sempre um líder, um inovador de estruturas, alguém que deixa para os outros os caminhos já traçados[73].

Pois bem, o incentivo ao empreendedorismo, felizmente, é um dos princípios basilares do direito empresarial (brasileiro?). No dizer de Fabio Tokars[74]: “se o ordenamento jurídico não oferecer um nível razoável de segurança aos empreendedores e investidores, inviabiliza-se qualquer política social por ausência de substrato econômico”.

A nossa Carta Magna, quando trata dos Princípios Fundamentais em seu art. 1º, insere expressamente a livre iniciativa. Tal entendimento é ratificado mais adiante, no título VII, quando trata da Ordem Econômica e Financeira, assegurando o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Com natureza político-constitucional, a livre iniciativa “constitui-se de decisões políticas fundamentais, concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo[75]”, que se encontra alicerçada na obrigação estatal de propiciar condições que garantam o desenvolvimento nacional de acordo com o art. 3º, II de nossa Lei Maior.

A ideologia constitucional vigente, impõe como fundamentos o desenvolvimento nacional inserido no art. 3º, II, e a justiça social prevista no art. 170 caput[76]. Para Celso Antônio Bandeira de Mello[77] todo princípio deve ser analisado pelo exegeta com a devida amplitude, visto como:

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Considerando a necessidade fática e o respaldo legal abalizador da participação de empresas privadas no trabalho prisional, cabe ao Estado, por sua vez, otimizar tal intento, não impondo óbices ao empreendedorismo, pelo contrário, possibilitando a feitura de parcerias público-privadas que conduzam o trabalho aos presídios.

Exemplo de parceria entre o Estado e Iniciativa Privada ocorre no Município de Caçador, estado de Santa Catarina, onde encontra-se localizado o Presídio Regional. Neste estabelecimento prisional desenvolveu-se convênio entre o Estado de Santa Catarina e empresa privada denominada Magnaplast, desencadeando a construção de obra com 1.100 metros quadrados, para a recuperação de filmes plásticos.

O prédio foi construído, com orçamento exclusivamente privado, dentro dos parâmetros de segurança exigidos, com paredes pré-moldadas em bloco de concreto, grades e outros meios de impedir a fuga. O presídio possuía 165,81 m² de construção na parte administrativa e 793,21 m² de carceragem, aumentando em mais de 100% sua área construída especificamente para o trabalho[78].

O Presídio Regional de Caçador atualmente abriga 213 detentos, sendo 195 homens e 18 mulheres, dos quais 15 detentos atuam na fabricação de filtros de café e 57 na recuperação de embalagens plásticas industriais que são separadas e posteriormente extrusadas para venda a empresas transformadoras[79].

Segundo levantamento realizado pela agente prisional Luciane W. de Brito, os crimes ensejadores da reprimenda dos detentos são: tráfico de drogas 22,54%; furto 22,54 %; homicídio 16,43%; roubo 15,49%; crimes de trânsito 4,69%; estupro 3,76%; estelionato: 2,35%; pensão alimentícia 1,88%; outros: 10,32%[80].

Da população carcerária 177 presos estão obrigados ao trabalho por força legal, sendo que outros 36 têm suprimida sua liberdade em virtude de cautelares pessoais e, como tal, desobrigados do exercício de qualquer atividade. Dos detentos obrigados ao trabalho, 72% encontram-se exercendo atividade laboral construtiva nos moldes da LEP, havendo o percentual de 28% que esperam por uma vaga de trabalho, autodenominando-se de “desempregados” [81]. Segundo o empresário Hugo Fernando Benetti[82], sócio-gerente da empresa Magnaplast, espera-se estender a atividade para o terceiro turno e, com isso, oportunizar o trabalho daqueles detentos que aguardam a chance de aprender uma nova profissão e concomitantemente aferir renda.

Segundo o gerente do Presidio Regional de Caçador-SC, Rovílio Ficagna, é desprezível o número de detentos que não querem participar da atividade industrial implementada, havendo grande interesse e vontade por parte de todos. A remuneração pela atividade de 44 horas semanais extrapola o mínimo legal exigido pelo art. 29 da LEP, que é de 3/4 de um salário mínimo[83].

De acordo com o Gerente do Presídio muitos detentos sobrepujam este patamar pecuniário em virtude de receberem por produção, como é o caso de A. S, que recebeu no mês de setembro de 2008, o montante de R\$ 477,00 o que corresponde a 114,93% de um salário mínimo[84].

Com tal iniciativa, cumpre-se o disposto no art. 32 §1º da LEP que almeja evitar, dentro do possível, a feitura de artesanato sem expressão econômica, garantindo a

possibilidade da continuidade laboral finda a reprimenda. A atividade industrial realizada no Presídio Regional de Caçador proporciona futuro aproveitamento profissional para o detento quando da obtenção da liberdade, pois a região é reconhecida como polo industrial do plástico.

5. Considerações finais

Cesare Beccaria em sua obra *dos delitos e das penas*, que contempla o momento filosófico-humanitário do final do século XVIII, concomitantemente aos escritos de outros enciclopedistas como Rousseau, Montesquieu e Voltaire, já trazia a necessidade de mudanças no enclausuramento: "não é a crueldade das penas um dos mais grandes freios dos delitos, senão a infalibilidade delas (...) a certeza do castigo, ainda que moderado, causará sempre maior impressão que o temor de outro castigo mais terrível mas que aparece unido com a esperança da impunidade[85]"

Luis Regis Prado resume com proficiência o pensamento da figura proeminente de Cessare Bonessana, marquês de Beccaria, em seu "pequeno-grande livro" *Dos Delitos e das Penas*:

b) (...) a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito. (...) Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcionais aos crimes (...)

A idéia de um sistema penal concebido na retribuição, encontra-se expurgado desde o Século das Luzes, não mais alcançando espaço na pós-modernidade, onde o trabalho apresenta-se como primado precursor da dignidade humana, nesta sociedade globalizada em constante mutação.

O detento que no presente momento encontra-se encarcerado há de retornar a vida social, transitar pelas ruas, freqüentar restaurantes e adentrar ao mercado de trabalho. Esta é uma realidade inexorável, que não pode ser modificada e muito menos olvidada pelo Estado e sociedade.

Exsurge a seguinte dicotomia possível: ofertar condições de reeducação e reinserção social através do trabalho no cárcere e planejar o futuro ou cerrar os olhos e vivermos uma utopia irresponsável, pactuando no presente, a gênese da futura criminalidade, obnubilando verdades através de uma retórica desgastada sem respaldo científico.

Compreendemos o descaso estatal como um misto de inépcia governamental (culposa), corolário da insciência e despreparo para o trato da coisa pública, com a má-fé (dolosa) ao apegarem-se no discurso do retributivismo já varrido de qualquer sistema jurídico referencial, ao não alocarem recursos públicos no sistema penitenciário. O discurso

imprudente da imprensa respalda a postura de nossos governantes que encontram barreira na doutrina e jurisprudência pátria que manifestam-se, sem exceções, pela necessidade de cumprimento de direitos básicos para a reeducação e futura reinserção social do detento.

Na execução penal, o trabalho representa conceito inseparável da reeducação e da reinserção social, cabendo ao Estado propiciar tal desiderato ou, em caso de impossibilidade, fomentar a iniciativa privada a vivificar tal direito ao detento.

O direito ao trabalho do detento é dever do Estado e da sociedade, não adequando-se ao regime da CLT, posto inoportunidade de liberdade de contratar. A subordinação nos moldes celetistas não se faz presente, porque calcada no exercício do *jus puniendi* estatal advindo da condição carcerária e do labor obrigatório. O caráter da personalidade é restringido pela possibilidade da prestação laboral ser perpassada a outro detento, ou seja, não *intuitu personae*.

Trata-se de um contrato de trabalho *sui generis*, com remuneração inferior ao salário mínimo amparada em lei, resultando uma onerosidade minimizada por inoportunidade as necessidades básicas elencadas no art. 7º, IV da Constituição Federal, como a moradia, alimentação, saúde, transporte, etc.

O Princípio isonômico do art. 5º C.F que determina o nivelamento de todos perante a norma e estabelece limites ao legislador, perfaz-se em primado de conteúdo político-ideológico que não encerra óbices a LEP, quando regra diferentemente o trabalho do detento daquele liberto, por sucumbir a premente exegese aristotélica, em que a isonomia consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

6. Bibliografia

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O objetivo ressocializador na visão da Criminologia Crítica**. Revista dos Tribunais nº 662.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região – numeração única: 00113.2004.081.14.00-5. Classe Recurso Ordinário. Origem: Vara do Trabalho de Jaruro. Relator: Juiz Carlos Augusto Gomes Lobo. Revisor Juiz Lafite Mariano.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. VI. I, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra, Portugal. Coimbra Editora, 2007.

_____. **Direito Constitucional de Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 2002.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A Prisão**. Editora Publifolha, 2002.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros Editores. 1994.

DEJOURS, Christophe. **A Loucura do Trabalho: Estudo de Psicopatologia do Trabalho**. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5ª. ed. São Paulo: Editora Cortez – Oboré, 1992.

DOTTI, René Ariel. **Bases Alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 34. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco, Rui Stoco, José Silva Junior, Wilson Ninno, Sebastião Oscar Feltrin, Luis Carlos Betanho, Roberto Podval e Antonio Carlos Mathias Coltro. 6. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1997.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>.

http://www.oit.org/public/portugue/region/ampro/brasil/ia/info/download/conv_29.pdf

<http://www.portugal.gov.pt>.

http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx em 16/10/2008.

<http://www.uniriotec.br> em 05/10/2008.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execuções Penais anotada**. 4ª ed. Curitiba: Juruá. 2004.

LYON, David. **Pós-modernidade**. São Paulo: Editora Paulus. 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 12ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5ª ed. São Paulo: Editora. Atlas. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Legislação Penal Especial**. Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

_____. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal: Lei n. 7210, de 11-7-1984**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Janira de. **A remição de parte do tempo de execução da pena pela educação formal do condenado: estudo comparativo ao instituto da remição pelo trabalho**. Revista da ESMESC - Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 2003. Ano 9. Volume 16.

PACHÉS, Fernando de Vicente. **Derechos Fundamentales y Relación de Trabajo**. Madri: Editora CES, 1998.

PINHEIRO JUNIOR, Gilberto José. **Crimes Econômicos – as limitações do Direito Penal**. São Paulo. Edicamp. 2003.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Prisão e Trabalho: uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1994.

SANTANA, Fernando. **Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva. O trabalho do Presidiário em face do direito**. Vários autores. São Paulo: LTR, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2007.

Seminário Internacional o Sistema Penitenciário Brasileiro e o Trabalho do Preso/Recuperando: Dilemas, Alternativas e Perspectivas. Belo Horizonte: Editora Fundação João Pinheiro, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1986.

TOKARS, Fabio. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: LTR. 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Renavan, 2007.

[1] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999. p. 1739.

[2] Ibid., p. 1740.

[3] KUEHNE, Maurício. **Lei de Execuções Penais anotada**. 4ª ed. Curitiba: Juruá. 2004. p. 390.

[4] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 517.

[5] BRASIL. **Código de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo. Saraiva. 2004. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. Art. 31: “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões ou capacidade”.

[6] MIRABETE, 2004. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984**. p. 95.

[7] Disponível em http://www.oit.org/public/portugue/region/ampro/brasil/brasilia/info/download/conv_29.pdf

[8] MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5ª ed. São Paulo: Editora. Atlas. 2007. p. 97.

[9] MORAES DE, Alexandre. **Legislação Penal Especial**. Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 184.

[10] RIOS, Rodrigo Sánchez. **Prisão e Trabalho: uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1994. p. 53/54

[11] Ibid., p. 53/54

[12] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7210, de 11-7-1984**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 40

[13] Alexandre de Moraes. *Apud*: Roberto Porto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. p. 56.

[14] OLIVEIRA, Janira de. **A remição de parte do tempo de execução da pena pela educação formal do condenado: estudo comparativo ao instituto da remição pelo trabalho**. Revista da ESMESC - Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 2003. Ano 9. Volume 16. p. 278

[15] Seminário Internacional o Sistema Penitenciário Brasileiro e o Trabalho do Preso/Recuperando: Dilemas, Alternativas e Perspectivas. Belo Horizonte: Editora Fundação João Pinheiro, 2002. p. 24/25.

[16] Seminário Internacional o Sistema Penitenciário Brasileiro e o Trabalho do Preso/Recuperando: Dilemas, Alternativas e Perspectivas, 2002. p. 24/25.

[17] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 34. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 2007. p. 90: “(Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757), a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris (aonde deveria ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando um tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita tocha, na praça Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpos consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e sua cinzas lançadas ao vento.”

[18] SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 51

[19] PORTO, 2008. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. p. 5.

[20] *Ibid.*, p. 59.

[21] PORTO, 2008. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. p. 60.

[22] DOTTE, René Ariel. **Bases Alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 116/117.

[23] CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A Prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 68

[24] Seminário Internacional O Sistema Penitenciário Brasileiro e o Trabalho do Preso/Recuperando: Dilemas, Alternativas e Perspectivas, 2002. p. 112.

[25] FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco, Rui Stoco, José Silva Junior, Wilson Ninno, Sebastião Oscar Feltrin, Luis Carlos Betanho, Roberto Podval e Antonio Carlos Mathias

Coltro. 6. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1997. p. 342: “TACRIM-SP – AC – Rel. Mafra Carbonieri – JUTACRIM 96/104”.

[26] http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx em 16/10/2008.

[27] DEJOURS, Christophe. **A Loucura do Trabalho: Estudo de Psicopatologia do Trabalho**. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5ª. ed. São Paulo: Editora Cortez – Oboré, 1992. p. 29/30.

[28] *Ibid.*, p. 29.

[29] *Ibid.*, p. 33.

[30] *Ibid.*, p. 29/30.

[31] *Ibid.*, p. 29/30.

[32] LYON, David. **Pós-modernidade**. São Paulo: Editora Paulus. 2005.

[33] MIRABETE, 2004. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984**. p. 90.

[34] SANTANA, Fernando. **Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva. O trabalho do Presidiário em face do direito**. Vários autores. São Paulo: LTR, 1998. p. 118.

[35] LISZT, Franz Von. **A idéia do fim do direito penal**. Título original: Der Zweckedanke in Strafrecht. Tradução Hiltomar Martinz de Oliveira. São Paulo: Editora Rideel, 2005. p. 69.

[36] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Renavan, 2007, p. 70: “A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ - dos presos está submetida a medida de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que a muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória transformada definitivamente em prática”.

[37] CARVALHO FILHO, 2002. **A Prisão**. p. 70.

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2007. p. 34.

[39] **CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA**. Disponível em 20/08/2008 no site: www.direito.adv.br/constitu.htm: ‘CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA - DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA, A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN Y ENTENDIEREN, SABED: QUE LAS CORTES HAN APROBADO Y EL PUEBLO ESPAÑOL RATIFICADO LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN: (...) De los derechos y

deberes fundamentais: Artículo 10 - 1. **La dignidad de la persona**, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.’ (grifos nossos)

[40] PACHÉS, Fernando de Vicente. **Derechos Fundamentales y Relación de Trabajo**. Madri: Editora CES, 1998. p. 28.

[41] **Constituição da República Portuguesa**, disponível em 20/08/08 no site: www.portugal.gov.pt: ‘*Princípios Fundamentais: Art. 1º. Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*’. (grifos nossos)

[42] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. VI. I, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra, PT. Coimbra Editora, 2007. p. 198.

[43] Ibid., p. 198: ‘(...) Com este sentido, a dignidade da pessoa humana ergue-se como linha decisiva de fronteira (valor limite) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos).’

[44] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional de Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 2002. p. 225: ‘(...) a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizatórios’.

[45] CANOTILHO, 2007. **Constituição da República Portuguesa anotada**. p. 198.

[46] Ibid., p. 199: ‘A dignidade da pessoa humana constitui um ‘dato prévio’ (a precondição) da legitimação da República como forma de domínio político, mas não se trata de uma dato fixista, invariável e abstracto’.

[47] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 16: ‘Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa (...)’.

[48] SARLET, 2007. **A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. p. 63: ‘(...) mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (...)’.

[49] FOUCAULT, 2007. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. p. 13.

[50] Norberto Bobbio. Apud: Juarez Freitas. **A Interpretação Sistemática do Direito**. p. 89.

[51] MIRABETE, 2004. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. p. 91.

[52] *Ibid.*, p. 91.

[53] Kriele Martin. **Introducion a la teoria del Estado**. p. 150. *Apud*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC 91514-1. Relator: Gilmar Mendes – p. 16.05.2008.

[54] *Ibid.*

[55] SICA, 2002. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. p. 51.

[56] *Ibid.*, p. 51.

[57] FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 99: ‘(...) Neste compasso, deve-se, por oportuno lembrar, como premissa associada, que por interpretação sistemática, na ótica preconizada, entende-se a operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às regras ou normas estritas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias e sentido amplo, tendo em vista solucionar casos de conflito (objetiva ou subjetivamente considerados).

[58] *Ibid.* p. 54: ‘(...) entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição’.

[59] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 12ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 10.

[60] Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região – numeração única: 00113.2004.081.14.00-5. Classe Recurso Ordinário. Origem: Vara do Trabalho de Jaruro. Relator: Juiz Carlos Augusto Gomes Lobo. Revisor Juiz Lafite Mariano.

[61] *Ibid.*

[62] MIRABETE, 2004. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. p. 92.

[63] NOGUEIRA, 1994. **Comentários à Lei de Execução Penal: Lei n. 7210, de 11-7-1984**. p. 38

[64] MIRABETE, 2004. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. p. 93.

[65] SILVA, Odir Odilon Pinto da. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Odir Odilon Pinto da Silva e José Antônio Paganella Boshi. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1986. p. 40.

[66] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 12ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 18.

[67] *Ibid.*, p. 22.

[68] BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198

[69] MELLO, 2004. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. p. 12.

[70] MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 491.

[71] *Ibid.* p. 500.

[72] MIRABETE, 2004. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. p. 90.

[73] Disponível no site: www.uniriotec.br em 05/10/2008.

[74] TOKARS, Fabio. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: LTR, 2007. P. 16.

[75] DA SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros Editores. 1997.

[76] PINHEIRO JUNIOR, Gilberto José. **Crimes Econômicos – as limitações do Direito Penal**. São Paulo. Edicamp. 2003.

[77] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 450.

[78] FICAGNA, Rovílio. CPF 468.587.509-59, gerente do Presídio Regional de Caçador-SC. Entrevista em 12-11-2008.

[79] BRITO, Luciane Wendetti. CPF 016.070.929-64, agente penitenciário do Estado de Santa Catarina. Entrevista em 12-11-2008.

[80] BRITO, Luciane Wendetti. CPF 016.070.929-64, agente penitenciário do Estado de Santa Catarina. Entrevista em 12-11-2008.

[81] BRITO, Luciane Wendetti. CPF 016.070.929-64, agente penitenciário do Estado de Santa Catarina. Entrevista em 12-11-2008.

[82] BENETTI, Hugo Fernando. CPF 456.792.669-20, sócio-gerente da empresa Magnaplast Ltda. Entrevista em 12-11-2008.

[83] FICAGNA, Rovílio. CPF 468.587.509-59, gerente do Presídio Regional de Caçador-SC. Entrevista em 12-11-2008.

[84] FICAGNA, Rovílio. CPF 468.587.509-59, gerente do Presídio Regional de Caçador-SC, Entrevista em 12-11-2008.

[85] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Clarete, 2001, p. 50.

**TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NO
SÉCULO XXI**

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE
LA FONCTION SOCIALE DE LA POSSESSION

Adriano Stanley Rocha Souza
Aurea Lucia Chaves Castro

RESUMO

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar o princípio constitucional da função social como um dos elementos essenciais e constitutivos do instituto da propriedade, no sentido lato sensu, e não propriamente como uma limitação ao direito. Analisar também a aplicabilidade ou não do princípio da função social ao instituto possessório. E, se aplicável, quais seriam as consequências e efeitos do princípio da função social à posse, considerando-a como uma nova qualificadora no exercício da mesma. Esboçar a idéia da posse maxiquificada em razão da inclusão do princípio constitucional da função social e seus efeitos nas ações de usucapião. Por fim, traçar um arcabouço sobre as possíveis consequências processuais em caso de uso nocivo ou do abuso do direito contrariamente à função social, quando dos interditos possessórios e das ações petitorias.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE. POSSE. FUNÇÃO SOCIAL. USUCAPIÃO. AÇÕES POSSESSÓRIAS E PETITÓRIAS.

RESUME

RÉSUMÉ: L'objectif de cet article, est d'analyser le principe constitutionnel de la fonction sociale comme un des éléments essentiels et constitutifs de « la propriété », lato sensu, ce n'est pas proprement vu comme une limitation du droit. Analyser aussi l'application ou non du principe de fonction sociale dans "la possession" . Et s'il était possible de l'appliquer quelles seraient les conséquences et effets du principe de fonction sociale de 'la possession', en la considérant comme une nouvelle qualification dans son application. Parler de l'idée de la possession maxi-qualifiée en raison de l'insertion du principe constitutionnel de la fonction sociale et de ses effets dans les actions de prescription. Enfin, en élaborant un schéma sur les hypothétiques conséquences procédurales en cas de mauvaise utilisation ou d'abus du droit, contrairement à la fonction sociale, lorsqu'il y a interdiction de possession et d'actions pétitoires.

MOT-CLES: PROPRIÉTÉ. POSSESSION. FONCTION SOCIALE. INTERDICTION DE POSSESSION ET ACTION PÉTITOIRES.

1 - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Num primeiro momento, é importante analisar o alcance e conteúdo do vocábulo "propriedade", mencionado no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República, para se definir se tal comando abrangeria também a posse.

No Código Civil atual, a palavra "propriedade" aparece cento e cinquenta vezes, e toma várias acepções. Por vezes, surge como o que é pertinente ou próprio a um sujeito de direitos, às vezes, aparece como titularidade de direitos, ou que outorgam vantagens ao seu detentor. Noutros momentos, surge como direito patrimonial, e ainda, como direito real, ou direito real pleno. Não se olvidando das vezes em que o vocábulo é mencionado identificado como coisa, como domínio, dentre outras interpretações e acepções.

Teixeira de Freitas já constatava as várias utilizações da palavra propriedade para conceitos ou conteúdos distintos:

"A *propriedade* pode-se tomar em varias acepções: 1º, como qualidade ou atributo inerente a um objecto; 2º, como sinônimo de bem necessário à vida pessoal e social; 3º, como patrimônio de cada um, ou complexo de seus direitos reaes e pessoas, que tem valor pecuniário; 4º, como sinônimo de domínio, ou propriedade corpórea."^[1]

No tocante ao tema tratado, parte integrante dos direitos reais, o termo propriedade será sempre tomado e analisado sob o conteúdo da *propriedade lato sensu*, assim melhor explicitado:

"Nesta acepção, propriedade é *todo e qualquer direito real ou situação fática com eficácia real (notadamente a posse)*, abrangendo assim, as situações possessórias tuteladas pelo direito. Propriedade, por vezes, surge na lei para designar todos os direitos reais (típicos) e também a situação jurídica fática da posse, ou seus efeitos jurídicos. É a propriedade *lato sensu*."^[2]

Reiterado portanto que, ao falarmos sobre propriedade neste artigo, pretende-se mencionar e referir à propriedade *lato sensu*, abrangendo, sempre, a situação jurídica possessória.

O direito à propriedade está previsto atualmente em nosso ordenamento jurídico na Constituição da República de 1988, no inciso XXII do art. 5º e a função social da mesma encontra-se prevista no inciso XXIII do mesmo art. 5º.

Numa interpretação topográfica, pela posição que o direito de propriedade ocupa na Constituição da República, constataremos que se trata de direito fundamental do cidadão, devendo ser promovido e salvaguardado pelo Estado da melhor forma possível, dentro das expectativas da sociedade.

Quando da inserção da função social como condição de proteção do sistema ao direito de propriedade, a sociedade, através de seus legisladores, determinou que tal propriedade, *per si*, ilimitada e absoluta como outrora, não seria mais tolerável ou tutelável amplamente.

A função social, portanto, passou a ser pressuposto essencial para a defesa ou a manutenção da propriedade. Dito de outra forma, aquele que não cumprir a função social de sua propriedade corre o risco de perdê-la ou não contará com a tutela prevista no sistema legal exatamente porque descumprido o requisito essencial ao exercício do direito propriedade.

É possível fazermos uma analogia entre a função prevista no ordenamento jurídico com as funções matemáticas. Função é sempre uma relação. Matematicamente falando, se tivermos dois conjuntos, a relação entre eles será uma função se todo elemento do primeiro conjunto estiver relacionado com um elemento do segundo conjunto.

Com essa sucinta definição podemos dizer, portanto, que função é um **tipo de interdependência, um valor dependente de outro.**

Voltando à matemática, é possível dizer que função é uma relação de dois valores, por exemplo: $f(x) = y$, sendo que x e y são valores, onde x é o domínio da função (a função está dependendo dele) e y é um valor que depende do valor de x sendo a imagem da função.

Um exemplo prático de função matemática é a relação existente entre o valor a ser pago numa conta de energia e consumo em kilowats daquele período de referência. Ou seja, o valor da conta está em função (está dependendo) de qual será o consumo. Essa relação é uma função.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à função social da propriedade ou da posse. Numa breve comparação do Direito Real com a teoria dos conjuntos matemáticos, poder-se-ia afirmar que qualquer direito real ou com efeitos de direito real existente no conjunto de partida (posse, propriedade, dentre outros) deverá obrigatoriamente corresponder ao interesse social existente no conjunto de chegada. E a relação existente entre estes dois conjuntos, forçosamente será a função social de cada um dos elementos do conjunto inicial.

Assim sendo, a ausência de cumprimento do interesse social, ou da utilização do direito (posse, propriedade) em descumprimento com a função, desnatura totalmente o instituto.

Isto posto, a função social da propriedade não é mera limitação ao direito, mas sim, um de seus elementos essenciais e constitutivos, moldando o seu conceito.

A função social da propriedade, portanto, não pode ser amplamente compreendida se interpretada apenas como uma limitação ao direito de propriedade.

Limitações, no definir da doutrina mais abalizada, seriam "normas através das quais se assegura na prática a coincidência da atuação do titular com o interesse social"^[3] e que ocorreriam em momento diferido, afetando o **exercício** do direito, nunca a sua essência.

Portanto, limites não se confundem com funções. Toda relação jurídica possui limitações que podem ser intrínsecas ou heterônomas. Como exemplificação de limitação intrínseca basta ter-se em mente a vedação ao abuso de direito, e como exemplo de limitação heterônoma, as regras administrativas que atingem a propriedade.

Vejamos o que diz o Prof. ADRIANO STANLEY ROCHA SOUZA:

"O legislador do novo código, em absoluta sintonia com o princípio constitucional da função social da propriedade, retirou desse direito toda aquela carga exclusivista e materialista que outrora lhe banhara o Código Civil de 1916 e imputou-lhe limites. Além de limites, imputou-lhe também funções."^[4]

As determinações de forma de usar, gozar, dispor e reivindicar de determinados poderes do proprietário, impostas pelo sistema, não podem ser tomadas como limitações, pois, em verdade, não limitam o direito de propriedade, mas moldam o próprio conceito do direito. Estas determinações compõem por assim dizer o seu contorno, a sua moldura que nos faz identificar o direito por si.

Donde se vê que não é de todo correto afirmar que a função social seria ônus ou limite ao proprietário, posto que não se trata tão-somente de penalizar pelo exercício desconforme, mas sim determinar que tal exercício da propriedade se dê conforme a finalidade inerente à destinação finalística da situação jurídica, teleologicamente falando, dentro de um sistema que permita a tutela do sistema normativo.

Neste sentido, ANDRÉ OSÓRIO GODINHO:

"Outra diferença reside no fato de que as limitações apenas atingem o exercício do direito, mas nunca sua substância, e que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita. A função social atinge a própria essência do direito de propriedade, modificando o seu conteúdo e criando as condições propícias para a legitimidade das restrições impostas ao domínio ... A função social também não representa um ônus para o proprietário, pois, na realidade, a mesma visa simplesmente fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina".^[5]

De outra parte, recorre ao conceito de função formulado por SANTI ROMANO:

"As funções são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontram exemplos mesmo no Direito Privado (o pátrio poder, o ofício do executor testamentário, do tutor, etc.), mas no Direito Público sua figura é predominante."^[6]

Assim, permeada e indissociável da estrutura matricial inerente e constitutiva do direito de propriedade, eis que ordenada constitucionalmente a exigência do cumprimento da função social, o direito subjetivo em questão será, concomitantemente, direito e função.

Tal raciocínio pode nos conduzir, numa análise mais aprofundada, à conclusão de que a propriedade não tem uma função social, mas que ela é, em essência, uma função social.

Essa conclusão ainda não é uma unanimidade entre os doutrinadores. Aqueles arraigados aos conceitos privatísticos persistem em afirmar que a propriedade privada é um direito subjetivo condicionado pelo dever de cumprimento de uma função social. Donde retornaríamos ao entendimento de que a função social seria limitação ou ônus, não fazendo parte da essência do direito de propriedade.

Discordando desses últimos, é de melhor escol o entendimento de que o pressuposto primeiro e inarredável para a tutela da situação jurídica (propriedade) seja o cumprimento de sua função social.

Não se olvidando que a função social da propriedade tem seu conteúdo determinado no artigo 186 do Código Civil, direcionado e formatado para o atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito de igualdade.

Vale dizer, nas palavras do Prof. Adriano Stanley: "Definitivamente, essa propriedade não é mais aquela propriedade burguesa que dominou grande parte do século XX. Poderíamos chamar essa propriedade de **"propriedade-função"**, haja vista que a nova codificação não garante mais a propriedade por si mesma."^[7]

Desse modo, é forçoso concluir que não há que se falar em propriedade sem o atendimento do elemento função social, cujo descumprimento ocasionará a perda da proteção do sistema legal, perderá a tutela.

JOSÉ AFONSO DA SILVA leciona: "a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens"^[8] (grifos nossos)

É interessante notar que a função social da propriedade não é exatamente uma novidade. Já estava ela presente na obra de Duguit, jurista francês, em sua obra "Les Transformations Générales du Droit Prive (depuis le Code Napoléon), ed. 1920, Paris, Librairie Félix Alcan, bem como na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

Igualmente, no direito pátrio também podemos observar a evolução paulatina do direito de propriedade, com a inserção do parâmetro funcional como seu elemento estruturante.

A Constituição Imperial de 1824 garantia o direito de propriedade pleno (artigo 179, §1º), a Constituição da República de 1891 repetia o mesmo ditame da anterior. A Carta de 1934 estabelecia que o direito de propriedade seria exercido em respeito ao interesse social ou coletivo (artigo 113, n.º 17). A Constituição de 1946 condicionava o uso da propriedade ao bem estar social.

Na Constituição de 1967 constou a expressão função social da propriedade (artigo 157), mas tal dispositivo estava inserido dentro dos comandos destinados à ordem econômica, não ocupando o lugar de destaque e relevo.

Apesar de prevista na Constituição de 1967, não se pode dizer que a função social da propriedade era bem interpretada ou bem aplicada desde então. Em verdade, ocorreu um

engessamento do raciocínio dos doutrinadores e dos juristas, que permaneceram interpretando a propriedade sob os olhos das teorias oitocentistas.

Por fim, a Constituição de 1988, representativa de grande evolução nesta seara, é toda permeada pelos ditames da função social, do interesse social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

Nessa nova roupagem constitucional, permeando os conceitos anteriormente entendidos como exclusivos do direito civil, o direito de propriedade adquiriu uma nova definição, uma nova formatação, já que em seu conteúdo foram inseridos os comandos mencionados acima, como elementos estruturantes, a saber: função social, interesse social, dignidade da pessoa humana e igualdade substancial.

Com esses novos comandos constitucionais obrigatórios, o direito de propriedade perdeu "o seu perfil egoístico e exclusivista de outrora" e passou-se a exigir que para ser considerada propriedade tutelada pelo sistema, imprescindível que exerça ela a função social.

Visando atender aos princípios da dignidade humana, a interpretação retrógrada e oitocentista está em processo de alteração, daí a irrefutável conclusão de que a inserção dessa função social implicou num novo paradigma para interpretação dos institutos do Direito, em especial os direitos reais.

Portanto, não obstante a noção de que toda a coletividade tem o dever de respeitar a propriedade, de igual modo o proprietário terá deveres para com a coletividade. E um desses deveres está contido exatamente no comando da função social em torno da qual o proprietário deverá exercer o seu direito de propriedade. Donde alguns doutrinadores já estarem identificando o proprietário como "gestor-proprietário".

É possível dizer que tais deveres de exercício em consonância com a função social é também aplicável aos possuidores, sob pena de perda da tutela do sistema? É exatamente este ponto que analisaremos a seguir.

2 - A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Traçar conceitos e conteúdos da posse é uma das tarefas mais árduas do direito. A complexidade da análise do tema advém da diversidade de formas do fenômeno possessório bem como de sua manifestação.

Não é objeto deste estudo esmiuçar tais conceitos, filiar a teorias ou desmerecer outras, serão focalizados aqui a questão da aplicabilidade da função social ao fenômeno possessório e suas conseqüências.

Mesmo não sendo objeto deste artigo a análise da posse, é importante fazer um pequeno bosquejo das teorias possessórias existentes, e, sucintamente, traçar os seus contornos.

A teoria de *Friedrich Karl von Savigny*, nomeada como teoria subjetivista, diz que, partindo do *corpus*, a posse está na intenção do possuidor de ter a coisa como sua, no *animus rem sibi habendi*.

Resumidamente, nos dizeres de Pontes de Miranda, a posse savignyana implicaria num somatório entre os conceitos de posse interdita e posse *ad usucapionem*, sendo posse apenas a *ad interdicta*. A posse, assim conceituada, seria o somatório de "detenção" com "*animus domini*". Sendo que a intenção deveria ser qualificada com o exercício com ânimo próprio, e não para terceiros.[9]

Tal teoria não justifica a posse do credor pignoratício ou do enfiteuta, Mas, lado outro, tal teoria parece conduzir a sistemática pátria em matéria de usucapião (qualificação da posse *pro suo*). Para ele, posse é a "imagem do domínio", sua visibilidade e a noção central é o interesse. E *corpus* e *animus* são inseparáveis.

A outra grande teoria é a de *Rudolf von Jhering*, nomeada objetivista, que afirmava que o fundamento da posse era o fato de o possuidor se apresentar como proprietário. A posse portanto é a imagem do domínio, a exteriorização da propriedade onde *corpus* e *animus* são inseparáveis.

Pontes de Miranda louva a teoria de Jhering esclarecendo que compete ao ordenamento jurídico definir a diferença entre detenção e posse, sendo tal uma opção legislativa.[10]

Esta teoria também foi aparentemente adotada pela sistemática pátria, encontrando representação principalmente na divisão vertical da posse (posse direta e indireta).

O Código Civil atual não possui um conceito de posse, em realidade parte da definição do que seja possuidor (CC 1196) para, por extensão, definir o exercício do poder fático.

Sucintamente, podemos concluir que o fenômeno possessório ocorre quando alguém exercer algum dos poderes do proprietário, ou seja, o poder de fato que compreenda o exercício de usar, gozar, dispor ou reivindicar, independentemente de titulação jurídica formal. Ou seja, a posse é fato social similar a algum dos poderes atribuídos ao proprietário, com atribuições de conseqüências e tutelas jurídicas auferidas pelo sistema.

Outra questão importante e de grande discussão doutrinária é da definição se a posse seria situação de fato ou direito subjetivo.

Para alguns doutrinadores, posse é direito subjetivo, ou seja, posse é direito do titular sobre a coisa que existirá tão-somente enquanto a situação de fato existir. Nesta teoria, chegaremos à conclusão de que a função social da posse não existe.

Vejamos o que nos fala César Fiuza: "Ocorre que admitir que a posse tenha natureza de direito subjetivo é admitir idéia excludente. É ver na posse só o lado do possuidor, excluindo a coletividade, seus direitos e deveres; é olvidar dos deveres do possuidor. Essa teoria não pode ser admitida, sob pena de não se poder falar em função social da posse." [11]

Para outros doutrinadores de escol, posse é situação de fato da qual surge vários direitos e deveres que são designados como "efeitos da situação fática da posse".

Por fim, existe uma terceira teoria que acredita ser a posse um fato e um direito, simultaneamente. Num primeiro momento, seria meramente fato e, num segundo momento, por consequência deste fato, emanadora de direitos.

Todas as teorias são amplamente debatidas, não havendo ainda um consenso, entretanto, merece acolhida o ensinamento de César Fiuza quanto à impossibilidade de aceitar a teoria da posse como direito subjetivo, posto que refuta a hipótese de exigência de cumprimento do ditame constitucional da função social ao seu exercício.

A posse é fundamental para a propriedade e, no tocante à função social, deverá ela ser analisada não somente como posse conteúdo da propriedade - ou posse *ad usucapionem* - mas também, a posse autonomamente exercida, que não conduz à aquisição de nenhum direito de propriedade, v.g, a posse indireta, bem como a tença e a detenção.

E para eluciar a questão posse, tença e detenção, vale ter em mente a teoria idealizada por Pontes de Miranda, que as diferencia da seguinte forma: "o mundo jurídico, conforme a estrutura das suas categorias, a que correspondem poderes fáticos, seleciona os suportes fáticos de tença, de modo que uns não entrem no mundo jurídico (tenças sem qualquer efeito), outros entrem como posse e outros como detenção. Há poderes fáticos que somente entram para a usucapião, mas esses não são, de si sós, suportes fáticos; são apenas fatos de tença que se encaixam como elementos de suportes fáticos."[12]

Como já dito anteriormente, ao se cotejar o conteúdo do vocábulo propriedade, contido no artigo 5º, inciso XXII e sua função social contida no inciso XXIII da Constituição da República, é de se concluir que trata-se da propriedade em sentido *lato sensu*, ou seja, abrangido estará, em seu conteúdo, a situação jurídica posse.

Então ao falarmos em proteção ao direito de propriedade e em função social da propriedade, não estamos nos referindo tão-somente à propriedade titulada, e, nestes comandos, estará forçosamente inserida a posse.

Assim, seguindo a mesma linha de raciocínio aplicada à propriedade, o exercício da posse também será condicionado às mesmas regras constitucionalmente instituídas.

Pelo que, é necessário ter em mente a função social como paradigma para uma nova análise aprofundada de toda a teoria possessória. Sendo que a função social da posse, ao contrário da função social da propriedade, é questão novíssima, a carecer de estudo mais aprofundado.

A função social da posse dá conta de que os sujeitos das situações jurídicas possessórias dispõem das prerrogativas dela não apenas e tão-somente em benefício próprio, mas que o seu exercício deverá ocorrer também tendo-se em mente o interesse social.

Vale dizer que, se no exercício da posse não for cumprido o seu elemento essencial (função social) não gozará o possuidor do amparo ou da tutela constitucional pertinente. A posse também não será tutelada pelo sistema. Se o detentor da propriedade, em

exercendo-a em contrariedade ao comando da função social perde a tutela, porque seria diferente com o possuidor que exerce parte deste direito?

Está, portanto, fadada ao morredouro a concepção de exercício individualista da propriedade e agora também da posse, onde o titular do bem teria o direito de usar, gozar e dispor dele livremente e que, respeitando apenas a moral e os direitos alheios (limitado apenas a não causar danos a terceiros), estaria totalmente protegido, livre da ingerência do Estado ou da sociedade.

A função social da posse nada mais é do que definir que a sua configuração apresenta uma destinação extrínseca (social, econômica, ambiental, cultural, etc.) a ser obedecida pelo detentor daquele direito, não mais apenas a moral e o respeito aos direitos alheios (evitar danos).

Por conseguinte, o estudo jurídico da posse deve ser engendrado de forma mais aprofundada, pois os sistemas de proteção possessória são essenciais para o apaziguamento das situações sociais e representam uma excelente forma de dar concretude aos ditames da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

Não é despidendo relembrar que a situação proprietária no Brasil é das mais desiguais, com existência de enormes propriedades nas mãos de poucos e, lado outro, um enorme contingente de pessoas destituídas do mínimo necessário à sua sobrevivência digna.

Também é notório que os casos de propriedades registradas e tituladas são muito inferiores ao real território, havendo inúmeras situações onde a posse é transferida a terceiros através de documentos particulares efetuados à margem dos cartórios.

A função social da propriedade e, por conseguinte, da posse foi instituída como uma forma de valorizar estas situações jurídicas, conferindo-lhes a devida proteção do sistema em detrimento do proprietário ou possuidor que é desidioso no seu cumprimento.

Assim determinando, a posse ganhou, no sistema constitucional, uma autonomia muito maior em relação ao direito de propriedade e, porque não dizer, uma proteção e deveres extras.

A proteção possessória com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana já está sendo amplamente debatida em vários institutos privados, sendo que, apenas para exemplificar, vale mencionar parte da jurisprudência que já concede ao possuidor os mesmos benefícios oriundos da proteção ao bem de família (instituída no artigo 1º da Lei 8.009/90), forte também no direito de habitação como elemento inerente ao desenvolvimento da personalidade humana.

Fica assim evidenciada a amplitude da função social da propriedade cuja importância é tamanha na Constituição da República de 1988, levando inclusive à conseqüências irrefutáveis de fazer com que a posse exercida em atendimento à função social tenha mais valor que a propriedade que não a cumpre. Ou seja, a função social é o novo conteúdo da propriedade e, por conseguinte, novo conteúdo da posse.

Sem ela, a propriedade deixa de ser direito real tutelável. Com ela, a posse alcança uma maior proteção, inclusive em desfavor do proprietário, mas também novos deveres, do possuidor exercer a posse em respeito à função social que se espera.

Por fim, é preciso ressaltar, fazendo coro ao posicionamento do Prof. EROS GRAU, que o princípio da função social não tem feição negativa, consistente na imposição de obrigações de não fazer ao proprietário, mas sim uma conotação positiva[13]. Em outras palavras, não é da essência da função a colocação de limitações ao exercício do direito da propriedade ou da posse, mas sim de determinar a forma positiva do seu exercício de maneira a não contrariar o interesse e finalidade social aliado também e no mesmo nível de prioridade aos interesses do proprietário ou possuidor.

E quais seriam as conseqüências para a propriedade desfuncionalizada? E para a posse desfuncionalizada? É o que trataremos a seguir.

3 - DAS CONSEQUÊNCIAS PELO MAU USO DA POSSE/ PROPRIEDADE EM DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Neste ponto, são acordes os autores, graves são as conseqüências previstas constitucionalmente para o não atendimento dos ditames da função social da propriedade, sendo que propriedade abrange o conteúdo posse, sendo a mais grave delas a desapropriação.

No caso de inadimplemento pelo proprietário ou possuidor dos seus deveres de atendimento à função social, à luz do nosso sistema constitucional, a propriedade ou a posse passam a ser ilícitas, podendo ter como conseqüências não somente a desapropriação, mas também a edificação ou parcelamento compulsórios e o IPTU progressivo.

Dá a conclusão de que é inadmissível o uso desfuncionalizado da propriedade por ferir de morte o requisito intrínseco ao próprio direito de propriedade admitido constitucionalmente.

A introdução do novo paradigma da função social como elemento integrante do direito de propriedade, traz como conseqüência irrefutável a superação da dicotomia total entre público e privado e, dependendo da nova interpretação dada ao comando, é possível uma verdadeira revolução humana no que tange ao atendimento verdadeiro e completo e vida digna com igualdade substancial.

Tendo-se essas premissas em mente, a propriedade que não cumpre a sua função social não gozará da proteção possessória inerente.

Quanto à situação possessória, não atendidos os comandos da função social, não gozará o possuidor da proteção possessória prevista no sistema, ou seja, o manejo da autodefesa ou das ações, manutenção de posse, reintegração de posse ou interdito proibitório, restarão prejudicadas.

De igual modo de raciocínio, podemos concluir também que as ações petitórias, aquelas em que se discute o domínio, também deverão ser analisadas com base na demonstração do cumprimento da função social. Caso a função social daquele bem que se pede o domínio não seja, de pronto, demonstrada pelo autor da demanda, deverá o Juiz promover vistorias ou perícias demonstrativas de forma a decidir a questão.

Não seria crível o deferimento de ações petitórias para, logo após, manejar ações no sentido a, somente aí, exigir o cumprimento da função social.

E, já detendo o domínio, não cumprindo a função social pretendida no exercício da posse daquele bem, poderão ser manejadas em desfavor do proprietário, ações que o obriguem a tanto.

E não é só do Estado o poder de exigir do proprietário e do possuidor o cumprimento da função social com o aproveitamento racional e adequado do bem.

Igualmente o particular estará legitimado a exigir a utilização do bem conforme a inovação da Constituição da República de 1988, introduzida pelo art. 5º, inciso XXIII, "a propriedade atenderá a sua função social".

Esse já era o entendimento de PONTES DE MIRANDA, no regime da Carta de 1967, afirmando que "quem quer que sofra prejuízo por alguém exercer o *usus*, ferindo ou ameaçando o bem-estar social, pode invocar a norma, inclusive para as ações cominatórias".^[14]

Igual modo, as ações civis públicas também poderiam ser manejadas para a defesa dos direitos sociais, especialmente por se constituírem em instrumento de gestão da coisa pública, e a função social, sendo um interesse difuso, legitimaria a intervenção do Ministério Público.

Dessa forma, qualquer cidadão que se sentir lesado em razão do não cumprimento da função social de algum bem, pode solicitar ao Ministério Público que maneje a ação civil pública pertinente e necessária a coibir a perpetuação da prática danosa.

Também é perfeitamente possível, por exemplo, nos casos de mau uso da propriedade ou posse do imóvel que impliquem em potencialização de riscos à saúde pública ou epidemias, v.g. dengue, a possibilidade do cidadão coibir judicialmente a prática ou exigir solução via ação popular.

Além das ações com comandos de obrigação de fazer, de acordo com a legislação, o proprietário de um imóvel em área urbana que não atenda à função social, tendo-se em mente as disposições plano diretor, poderá ser compelido, pelo Município, a promover o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, tributação com alíquotas progressivas e, se a tanto chegar, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Já no tocante à propriedade rural que não esteja cumprindo a função social, nos termos do art. 186 da Constituição, estará o seu proprietário sujeito a, além de tributação mais gravosa, conforme preconiza o art. 153, § 4º, à desapropriação para fins de reforma agrária, a teor do disposto no art. 184, todos da Magna Carta.

Concluindo, as conseqüências do descumprimento da função social da propriedade não se limitam àquelas expressamente arroladas pelo constituinte. Como o princípio da função social integra o próprio conceito de propriedade privada a conclusão é de que apenas esta propriedade merece a proteção da ordem jurídica, podendo sofrer outras conseqüências como, v.g., indeferimentos de tutelas reintegratórias em ações de esbulho ou turbação ou manutenção da posse dos possuidores que derem a devida função à propriedade.

Pode-se inclusive ponderar sobre o cometimento do crime de esbulho ou de exercício arbitrário das próprias razões pelo proprietário que, não exercendo a propriedade com o atendimento à função social, por sua conta e risco, tomar atitudes em face do possuidor que exerce a posse sobre o mesmo bem com atendimento da função social.

Claramente dizendo, todas as garantias, privilégios, prerrogativas, determinações e concessões que o direito outorga à propriedade, inclusive às relativas à posse, estarão amarradas umbilicalmente à propriedade (*lato sensu*) que cumpra a sua função social.

Quanto à questão das ações possessórias ou reivindicatórias, estará o magistrado obrigado, de pronto, a examinar, no caso concreto, o cumprimento da função social da propriedade (ou da posse), tanto por parte do autor, como do réu, se for o caso.

A função social da posse embasa a proteção jurídica do possuidor, tudo independentemente da existência ou não do direito de possuir. Isto com fincas à paz social e à manutenção das situações fáticas como se encontram até que deliberadas as questões jurídicas pertinentes.

É comum a percepção de que o proprietário que não desenvolve a função social da sua propriedade corre grandes riscos de suportar a posse do bem por aqueles que dela necessitam. E a grande maioria dos conflitos entre proprietários e possuidores desemboca nesta vala comum: proprietário sem cumprimento da função social, normalmente imóveis abandonados, e possuidores que dela utilizam para fins de moradia ou utilização de necessidades básicas.

Se concluir que o princípio não era atendido pelo proprietário, o juiz deverá julgar a ação de modo a não privilegiar a atitude desconforme ao direito. De igual modo, se constatado no bojo do processo que o possuidor não cumpre a função social, deverá ele não ser protegido.

Em cada caso concreto deverá ser analisado o cumprimento da função e, se isto não ocorrer e o titular de direito de posse inadimplente com a sua função social vier a pleitear judicialmente a proteção deste direito, v.g., via ação de usucapião? Deverá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a vistoria do bem para verificar o cumprimento da sua função social.

Também razões de economia processual recomendam a medida, pois seria absurdo o Judiciário julgar procedente uma ação possessória tendo por objeto a aquisição de determinado bem imóvel para, mais tarde, julgar procedente uma ação de desapropriação que venha a recair sobre o mesmo bem por falta de cumprimento da função social.

4 - A POSSE MAXIQUALIFICADA PARA FINS DE USUCAPIÃO

Outro ponto bastante interessante da análise da inclusão do ditame constitucional da função social é a sua relevância quanto às ações de usucapião.

A usucapião é modo de aquisição da propriedade de um bem pela posse qualificada e pelo uso prolongado no tempo. Mas o que vem a ser "posse qualificada"?

A posse qualificada, sucintamente, é aquela que detém os seguintes atributos: deverá ser contínua, mansa e pacífica, incontestada e o possuidor deverá exercê-la com a intenção de ter o bem como seu, *animus domini*, o que leva a doutrina a falar também em posse *pro suo*.

Defendemos que, além dos atributos retromencionados, com o advento da Constituição da República de 1988, a posse passou a ser **maxiqualificada**. Deverá o possuidor demonstrar, desde logo, o exercício da posse em atendimento ao princípio da função social, já que inexistente tutela do sistema à posse ou à propriedade que não a cumpre, sob pena de indeferimento da ação de usucapião.

Pode-se afirmar que o sistema incluiu a função social como mais uma qualificadora à posse, estabeleceu hipóteses em que a posse maxiqualificada por sua função social é digna de uma proteção especial em detrimento do proprietário ou possuidor inerte. A posse serve à vida e suas inter-relações, merecendo proteção aquele que utiliza o bem no sentido que a sociedade estabeleceu.

Na verdade, a propriedade sem a posse é um instituto vazio de conteúdo. Daí dizer que a posse é o seu conteúdo. E o exercício deste conteúdo deve ser conforme a lei.

Vejamos o voto vencido proferido pelo juiz Márcio Puggina quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 195050975 da 4ª Câmara Cível do TARS:

"Em consequência, o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal na verdade dá à posse nova configuração. A posse não mais se limita à inócua e socialmente irrelevante colocação de má cerca em um solo urbano ou rural; é posse juridicamente relevante aquela que se caracteriza pelo exercício fático de atividade socialmente relevante. Muito embora atos como o de cercar caracterizem atos possessórios, tais atos, quando em confronto com os de quem deu à propriedade efetiva destinação social são insuficientes para caracterizar a posse juridicamente tutelada, ou melhor, em tal hipótese, a posse socialmente irrelevante não se jurisdiciza, eis que in incidência do art. 5º, inc. XXIII, da CF."[15]

5. CONCLUSÃO

Concluindo, verifica-se que a função social impregna o interior do direito de propriedade (e da posse) passando também a fazer parte deste direito, qualificando-o, resultando daí que, sem função social, não mais existe propriedade legalmente protegida.

A função social também permeará o instituto da posse como parte integrante do vocábulo "propriedade" previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição da República de 1988. Assim sendo, o cumprimento ou não do princípio da função social deverá ser analisado sempre, em especial nas situações de conflito entre posse e propriedade.

Em havendo descumprimento do princípio da função social seja da propriedade ou da posse, várias providências poderão ser tomadas, tanto pelo particular quanto pelo poder público, seja através de ações populares, ações civis públicas, ações de obrigação de fazer, dentre outras.

Também poderão ser adotadas todas as penalidades legais estabelecidas no Estatuto da Cidade, para casos de imóveis urbanos ou do Estatuto da Terra para imóveis rurais.

Sendo a propriedade um bem escasso, o ideal é que todo aquele que detiver a propriedade ou a posse de qualquer bem se conscientize da escassez e da situação privilegiada em relação aos demais e que, com sabedoria, exerça os poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar, tudo em prol de seu interesse pessoal e, por conseguinte, de toda a coletividade.

É deveras importante promover um estudo apurado da propriedade, isento de preconceitos e sob a nova roupagem da função social. Importante também não se olvidar que a maioria das economias que compõem o mundo atual foi estruturada em torno da propriedade privada e que a ordem jurídica, ao final das contas, acabou por servir de proteção e escudo dos interesses dos privilegiados detentores da propriedade privada em detrimento daqueles que não têm acesso a ela, com tendências à perpetuação do *status quo*.

Pelo que, somente através da ordem jurídica e sua nova interpretação será possível reduzir a perversa realidade da desigualdade, e o princípio da função social pode ser o nascedouro desta nova realidade, permitindo o retorno de parte dos benefícios desta propriedade à sociedade como um todo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIUZA, César. Curso Completo de Direito Civil. Ed. Del Rey, p. 861.

GODINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In Problemas de Direito Civil Constitucional. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano. São Paulo: RT, 1983.

_____. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Editora Revista dos Tribunais, 1967, t. IV.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. Ed. RT, p. 142.

PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado. T. X, p. 26.

ROMANO, Santi. Fragmentos de um Dicionário Jurídico. Buenos Aires.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Direito das Coisas. Coleção Direito Civil. Ed. Del Rey, 2009, p. 68.

TARS - 4ª Câmara. Civ. Mandado de Segurança n.º 195050976, julg. 29.06.1995. Rel. p/ acórdão juiz Moacir Haeses. Ementa do voto vencido juiz Márcio Puggina. Revista dos Julgados do TA do RGS n.º 97, p. 261.

TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, p. 77.

ZAVASKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. RT, 2002, p. 859.

[1] Teixeira de Freitas, Consolidação, p. 77.

[2] Penteado, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. Ed. RT, p. 142.

[3] OLIVEIRA, Ascensão, Direito Civil: reais, p. 205.

[4] SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Direito das Coisas. Coleção de Direito Civil. Ed. Del Rey, 2009, p. 68

[5] GODINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In Problemas de Direito Civil Constitucional. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro. Renovar., 2000.

[6] ROMANO, Santi. Fragmentos de um Dicionário Jurídico. Buenos Aires.

[7] SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Direito das Coisas. Coleção de Direito Civil. Ed. Del Rey, 2009, p. 68

[8] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

[9] Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado. T. X, p. 26

[10] Pontes de Miranda, op. Cit., t. X, p. 31

[11] Fiuza, César. Curso Completo de Direito Civil. Ed. Del Rey, p. 861.

[12] Pontes de Miranda, op. Cit., t. X, p. 33

[13] Grau, Eros Roberto. Direito Urbano. São Paulo: RT, 1983.

[14] PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado. T. X, p. 26.

[15] Mandado de Segurança n.º 195050975 da 4ª Câmara Cível do TARS

RECONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA DISREGARD DOCTRINE: UMA NOVA LEITURA DAS PREMISAS BÁSICAS

DISREGARD DOCTRINE'S JURISPRUDENCE REBUILT: A NEW READING FROM ITS BASICS FOUNDATIONS

Deilton Ribeiro Brasil

RESUMO

O instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, após uma longa trajetória jurisprudencial, finalmente foi acolhido no direito material nos arts. 28 e seus parágrafos e 50 do Código Civil. De acordo com a sua formulação original, a disregard doctrine somente deve ser aplicada quando se encontra especificamente caracterizada a fraude ou abuso do direito por meio da personalidade jurídica. O simples prejuízo de credores decorrente da separação de patrimônios entre sócios e da sociedade empresária não se mostra, em consonância com a formulação original da teoria, o que evidencia que a atividade jurisprudencial episodicamente proporciona a ressystematização do instituto jurídico quando a parte é hipossuficiente.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA, PREMISAS BÁSICAS, ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL, SEPARAÇÃO PATRIMONIAL, RECONSTRUÇÃO.

ABSTRACT

The doctrine of the disregard of legal entity, after a long jurisprudential trajectory, finally was conceived in our law system by the articles 28 and its paragraphs of Consumer Code and 50 of Civil Law Code. In accordance with its original conception, the doctrine of disregard legal entity must be applied when it meets specifically characterized the fraud or abuse of law by meaning using the corporate entity veil for illegal objectives. The simple decurrent damage of creditors of the separation of assets between partners and society entrepreneur does not reveal, in accordance with the original formularization of the theory, sufficient to authorize the application of the disregard doctrine, which points that legal decisions-making from time to time allows its application not following its basics foundations when the plaintiff is economically fragile.

KEYWORDS: KEYWORDS: DOCTRINE OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY, BASICS FOUNDATIONS, LEGAL DECISIONS-MAKING, SEPARATION PRINCIPLE OF ASSETS, RECONSTRUCTION.

1. Introdução

Atualmente revela-se fundamental o estudo e a análise da jurisprudência em qualquer tema, principalmente em razão da crescente mudança dos referenciais e dos parâmetros sociais e econômicos. A atividade jurisdicional proporciona a vivificação da norma jurídica, com sua constante ressystematização no ordenamento jurídico de qualquer nação. [1]

O papel criativo da jurisprudência nos mostra, assim, que o discurso jurídico é prescritivo e, por isso, não limitado a uma análise puramente descritiva. A ação moral, própria do sujeito, pode então ser explicada pela lógica da razão prática. Mas ainda que o direito não deva ser confundido com a moral, mantendo condições mínimas de diferenciação, não há como negar que à perspectiva descritiva do observador externo deve-se considerar a pretensão de correção (perspectiva interna) de quem atua e *faz* o direito. [2] A essa conjugação de ponto de vista vale acrescentar, como faz Manuel Atienza, o aspecto pragmático do Direito, no seu sentido instrumental, equivale dizer: [3]

Lo que el enfoque del Derecho como argumentación trata de hacer es conectar todos esos elementos de análisis a partir de una concepción dinámica, instrumental y “comprometida” del Derecho que arranca de la noción de conflicto. [...] El conflicto es, en efecto, el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento, una técnica (no necesariamente neutral) de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo.

Não há qualquer dúvida sobre a origem da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica. Todos os trabalhos acadêmicos publicados apontam sua origem nos países do sistema jurídico da *common law*. Evidentemente que o mero *transplante jurídico* do instituto do direito norte-americano (ou direito inglês) para o direito brasileiro não se revelou possível sem atentar para as peculiaridades e características do sistema jurídico brasileiro, mas a importante atuação dos tribunais ingleses e norte-americanos acentua uma das potencialidades da jurisprudência, notadamente em matéria de desconsideração. A descrição dos fatos (os julgados) deve ser acompanhada da crítica que toma por base as justificativas que sustentam o processo de tomada de decisão dos tribunais. [4]

A construção teórica da personalidade jurídica às pessoas jurídicas foi motivada devido à necessidade verificada na realidade subjacente e, assim, a autonomia patrimonial foi um dos aspectos considerados de maior relevo, como se observa nos sistemas jurídicos ocidentais, em geral. A limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios e administradores se consolidou como fator de segurança e tranquilidade, servindo como estímulo à alavancagem da atividade empresarial. [5]

A questão que se coloca diante de tal construção teórica diz respeito aos abusos e desvios verificados e verificáveis com o uso da pessoa jurídica. Infelizmente, há algum tempo a criatividade humana tem sido pródiga na prática de atos abusivos e ilegítimos na utilização da pessoa jurídica de maneira a prejudicar terceiros, desviando-se de sua finalidade e função. [6]

A teoria da desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica surge exatamente como o modo de coibir e reprimir os abusos e fraudes praticadas através da pessoa jurídica, permitindo, devido à sua aplicação, a relativização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, afastando episodicamente a eficácia da independência de patrimônios sempre que haja obstáculo ao ressarcimento a terceiros prejudicados pela fraude ou abuso do direito perpetrado pelos sócios ou administradores. [7]

Com base nas premissas teóricas já existentes a respeito da desconconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas – ainda que não completamente consolidadas e uniformes -, observa-se que a atividade jurisdicional tem enfrentado o tema da desconconsideração, especialmente a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90) que, expressamente, regulou o assunto no seu art. 28 e seus parágrafos. [8] A definitiva introdução da *disregard doctrine* no direito material ocorreu com a promulgação da lei nº 10.406/02 que instituiu o CC, no seu art. 50.

No entanto, não se olvide também que a tradição jurídica brasileira é romano-germânica, caracterizada especialmente pelo grande apego ao direito escrito. [9] Assim, mesmo quando a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica já poderia ser aplicada, não o era com a frequência que deveria por haver significativa corrente doutrinária que considerava que sua aplicação dependia de texto legal que a consagrasse expressamente. Com a inclusão do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, facilita-se sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal expresso. Assim, a positivação do instituto da desconconsideração na legislação brasileira deu maior evidência à teoria, propiciando sua maior aplicação pelos tribunais. Contudo, é fundamental que não haja a banalização do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas, sob pena de desvirtuamento da teoria da pessoa jurídica e, conseqüentemente, da regra da autonomia subjetiva e objetiva. Não se pode olvidar a importância das sociedades, associações e fundações, em especial as sociedades empresárias para o desenvolvimento nacional, notadamente das atividades econômicas relacionadas à indústria, ao comércio, à prestação de serviços em geral, propiciando uma alocação eficiente de recursos e investimentos para atividades produtivas. [10]

2. Considerações finais

2.1 No âmbito do CDC (lei nº 8.078/90): teoria maior

A recepção no direito material brasileiro da teoria da desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica, conforme demonstrado se deu através do art. 28 da lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. No texto do referido artigo foi feita alusão expressa como

pressuposto para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica a falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração, possibilitando a interpretação literal de tais dispositivos. [11]

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, em obra doutrinária coletiva, fizeram sua justificativa pela escolha dessas regras ampliativas dos pressupostos da desconsideração. Para os autores, é cada mais frequente a tendência de se desfazer o mito da intangibilidade da pessoa jurídica sempre que for utilizada para acobertar a fraude à lei ou o abuso do direito. [12]

Torna-se necessário, portanto, a análise do caso específico com fulcro na existência de má administração, deixando-se claro que a inaptidão para o negócio ou eventual insucesso não caracteriza a *disregard doctrine*, que necessita ainda do intuito deliberado de mal administrar, acabaria recaindo no abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Insuficiência patrimonial, falência, insolvência ou inadimplência pura e simples não podem ser consideradas causas para a desconsideração da personalidade jurídica. [13]

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que de se utilizam. [14]

A indisfarçável preocupação dos estudiosos do assunto diz respeito à reafirmação do princípio da autonomia. Os pressupostos da desconsideração são a pertinência, a validade e a importância das regras que limitam, ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas nos insucessos da empresa, regras que, derivadas do princípio da autonomia patrimonial, servem de estimuladoras da exploração de atividades econômicas, com o cálculo do risco. [15]

Essa teoria, assim, pode ser considerada mais elaborada, de maior consistência e abstração, uma vez que condiciona o afastamento episódico e temporário da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização de sua manipulação fraudulenta ou abusiva, [16] o que a distingue de determinados institutos jurídicos, que apesar de também implicarem a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade, com ela não se confundem. Como exemplos desses institutos encontramos a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador, entre outros, danosos para a própria pessoa jurídica. [17]

Isso porque a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para obter o título. Não é correto o juiz, na execução simplesmente determinar a penhora de bens de sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiros a discussão da fraude, porque isso significa inversão do ônus probatório. [18]

A produção probatória é indispensável ao emprego da teoria maior, haja vista que a constatação da conduta fraudulenta deve ser comprovada, portanto ao juízo cabe abrir

espaço processual adequado para que se alcance a verdade dos fatos, assegurando a ampla defesa do demandado, uma vez que a *disregard* é uma exceção ao princípio da desconsideração da pessoa jurídica. Portanto, não se admite a desconsideração da autonomia subjetiva da pessoa jurídica exclusivamente em função do não atendimento do objetivo de uma norma ou a causa de um negócio, ou seja, não é suficiente a simples prova da insatisfação de direito de credor da sociedade para justificar a desconsideração.[19]

A teoria maior não pode ser aplicada com mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial. A prova de desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do Código Civil. [20]

Outro aspecto da questão diz respeito ao custo da atividade econômica, elemento que compõe o preço a ser pago pelos consumidores ao adquirirem produtos e serviços no mercado. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicarão seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos. [21]

Em virtude de sua importância fundamental para a economia capitalista, o princípio da personalização das sociedades empresárias e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não pode ser descartado na disciplina da atividade econômica. Em consequência, a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade, quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável que tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto. [22]

2.2 Teoria Menor

A teoria menor da desconsideração é, por evidente, bem menos elaborada que a maior. Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. [23] Parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. [24] [25]

De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma. Por outro lado, é-lhe de todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível à sociedade. Equivale, em outros termos, à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes. [26]

Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas[27] não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (lei n° 9.605/98, art. 4°) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5°). O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, sugere uma circunstância objetiva. Da exegese do § 5° deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. [28]

A tese de que a teoria menor da desconsideração aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5° do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5° à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC. E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração, enquanto que o § 5° do referido dispositivo acolhe a teoria menor da desconsideração, em especial se considerado for a expressão *também poderá ser desconsiderada*, o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconsideração.[29]

Como se observa no trecho do voto citado, a desconsideração pode, excepcionalmente, representar um instrumento de redistribuição do risco empresarial entre a sociedade e seus credores, fazendo com que os sócios nas situações concretas sejam pessoalmente responsáveis pelos danos provocados pela sociedade. Essa visão da desconsideração, mesmo que tenha um espaço reduzido dentro do ordenamento pátrio, já foi desenvolvida em outros países sob o influxo da análise econômica do direito, de forma que se mostra imprescindível o exame da *disregard* sob esse novo olhar, que procura analisar o direito de acordo com critérios econômicos. [30]

Para que se possa concluir pela plausibilidade de se promover a flexibilização do princípio da autonomia da pessoa jurídica em face das obrigações decorrentes de atos

ilícitos, é mister primeiramente refletir sobre o instituto da responsabilidade civil em face das sociedades. [31]

Os homens que, durante muito tempo, adotaram em determinadas situações, atitude conformista perante o dano, hodiernamente, não toleram qualquer espécie de ofensa à sua pessoa ou ao seu patrimônio. Todo e qualquer ato causador de danos à esfera patrimonial ou à moral alheia é enfaticamente censurado e passa a ser objeto de demandas judiciais franqueadas às vítimas, para que elas possam obter o devido ressarcimento. Assim é que se tornou um hábito da sociedade contemporânea a busca por um culpado, alguém a quem se possa imputar determinado ato danoso e cobrar-lhe a respectiva restituição. [32]

Da culpa ao risco, a responsabilidade civil transformou-se em um dos institutos jurídicos mais debatidos e aplicados do ordenamento, criando-se uma verdadeira indústria do dano impulsionada pelas vultosas indenizações concedidas pelos magistrados. Em meio a toda essa euforia ao redor da responsabilidade civil, vozes levantaram-se na tentativa de conter seu incessante avanço, principalmente no que diz respeito à adoção generalizada de teorias que lhe imprimem caráter objetivo, denominadas objetivas ou do risco. Suscitou-se a necessidade de se repensar o papel desempenhado pelo risco para a concretização de atividades propulsoras do desenvolvimento de inúmeros setores da comunidade. [33]

Concebeu-se, assim, a teoria da socialização do risco segundo o qual os riscos, por serem inerentes a muitas atividades industriais e econômicas, são indispensáveis ao progresso humano. Nessa ordem de pensamento, não corresponde à absoluta verdade a afirmação de que a atividade de risco só beneficie aquele que se arvora a promovê-la. As indústrias químicas, metalúrgicas, petroleiras, farmacêuticas etc., por exemplo, promovem lucro e satisfação de inúmeros interesses das mais variadas classes de indivíduos. Se o empresário busca nelas recompensa pecuniária, são os demais integrantes da sociedade que se beneficiam com o progresso e o bem-estar social que aquelas geram através do desenvolvimento de novos materiais, remédios, meios de transporte rápidos e seguros de pessoas e bens, além da oferta de empregos e da arrecadação enorme de impostos que financiam inúmeras ações de ordem social. [34]

Sendo a comunidade diretamente beneficiada com as técnicas desenvolvidas pelas atividades de risco, ela também deverá suportar os eventuais prejuízos delas decorrentes ou, ao menos, criar mecanismos compensadores da assunção dos riscos pelos seus agentes. Responsabilizar apenas aqueles que se dedicam a essas atividades, investindo recursos ou gerindo-as, pelos danos causados por atos ordinários de gestão, significa ignorar os resultados socialmente úteis proporcionados, ainda que indiretamente, a todos os demais integrantes da comunidade. [35]

Sob esse aspecto, João Baptista Villela comenta que não parece teoricamente absurda a hipótese de que do risco, além de lucros e danos imediatos, possam advir resultados sociais úteis, concluindo que para essa eventualidade cabe ao direito desenvolver respostas que neutralizem ou reduzam a responsabilidade civil dos agentes que puseram em marcha a atividade arriscada. [36]

Deve-se, portanto, levar em consideração, quando se cogita da responsabilidade civil dos agentes causadores de danos, que as atividades de risco são também fonte de

progresso. Essa questão tem bastante relevância para o campo societário, na medida em que se constata que muitas atividades de risco são concretizadas por entes personificados, mais precisamente pelas sociedades. Aliás, a conjugação de esforços e de patrimônios individuais, de modo a constituir um novo ser, fez-se necessária, inicialmente, para fazer face aos riscos decorrentes das grandes expedições marítimas que não podiam ser suportados por um único indivíduo. [37]

Nessa ordem de idéias, desprestigiar a autonomia da pessoa jurídica, para alcançar o patrimônio pessoal de seus membros, constitui resposta diametralmente adversa ao atual rumo que se pretende imprimir à responsabilidade civil, que procura criar mecanismos compensatórios àqueles que se aventuram em atividades de risco propiciadoras do progresso. Por isso, aduz-se que não apenas aqueles que, em vez de aplicarem seus recursos na poupança ou no mercado imobiliário (atividades nada produtivas socialmente), impulsionam a economia e propiciam o desenvolvimento de novas técnicas através da criação de sociedades devem arcar com os prejuízos ou danos causados a terceiros. Esses devem ser contabilizados pela comunidade como um todo, pois pretender alcançar de maneira generalizada o patrimônio dos sócios, que cumpriram com seus deveres perante a sociedade e a terceiros, seria desprestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica e, com ele, toda uma gama de fatores essenciais às relações negociais. [38]

Para que os sócios possam ser pessoalmente responsabilizados por atos ilícitos praticados pela sociedade através de seus prepostos, é preciso demonstrar que, de algum modo, eles contribuíram para a ocorrência do dano sofrido pela vítima. Não se pode imputar aos sócios a responsabilidade pelos danos causados a terceiros pela sociedade, ainda que decorrentes de imprudência, negligência ou imperícia de seus prepostos e ainda que o patrimônio social seja insuficiente para satisfazer a indenização a que ela foi condenada. Somente a sociedade é responsável por tais obrigações, salvo se restar demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta direta e pessoal do sócio e o dano causado a terceiro. [39]

É certo que as vítimas de atos ilícitos encontram-se em posição desfavorável perante os demais credores, seja porque não lhes é dado negociar com a sociedade antes da constituição do vínculo obrigacional, seja porque não têm preferência entre os créditos a serem satisfeitos na hipótese de falência. Porém, não se pode pretender reverter essa situação mediante a flexibilização do princípio da autonomia da pessoa jurídica, de sorte a torná-lo inoponível às vítimas de atos ilícitos. [40]

As obrigações decorrentes de atos ilícitos, bem como as trabalhistas e tributárias, têm forte apelo social, porque traduzem uma preocupação com interesses públicos e indisponíveis. O equívoco, no entanto, de posições extremistas é analisar o problema sob um único enfoque, deixando de lado as reflexões acerca da relevância social das pessoas jurídicas. Elas são socialmente úteis, porque promovem a agregação de bens e esforços, empregam enorme contingente populacional e, sobretudo, porque contribuem para o desenvolvimento de atividades que propiciam o avanço tecnológico, cultural e social da humanidade. [41]

Deve-se ter em vista também que as obrigações não-negociáveis representam, tanto quanto as negociáveis, fato de risco aos empreendedores que não pode ser simplesmente olvidado pelos juristas. Para muitas atividades econômicas, a limitação de

responsabilidade só se revela um direito jurídica e socialmente útil, na medida em que tutela o patrimônio pessoal dos sócios contra a eventual ocorrência de dificuldades e transtornos econômicos e de infortúnios, dos quais nem o mais cauteloso dos homens está a salvo. [42]

Deve-se destacar, ademais, que o direito à limitação da responsabilidade é uno, não comportando restrições que levem em conta o tipo obrigacional. A autonomia da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade dos sócios são estranhas a dita diferenciação, pois são igualmente oponíveis aos credores trabalhistas, tributários e às vítimas de atos ilícitos. Uma vez que as leis societárias, ao estipularem a responsabilidade limitada dos sócios, não fizeram qualquer ressalva quanto ao caráter das obrigações, não compete aos doutrinadores ou aos magistrados criarem restrições a esse direito. [43]

2.3 Credores negociais e não-negociais

Ao longo do século XX o direito brasileiro aos poucos foi incorporando normas e desenvolvendo jurisprudência que excepcionam a aplicação do princípio da autonomia da pessoa jurídica relativamente às sociedades empresárias. No campo do direito tributário, as garantias do crédito fiscal estendem, em determinadas hipóteses, a responsabilidade pela falta de recolhimento de tributo aos sócios encarregados da administração da sociedade; a legislação consumerista, a de tutela das estruturas de livre mercado e a da repressão aos atos prejudiciais ao meio ambiente, dentre outras, autorizam a superação da autonomia patrimonial e a responsabilização direta de sócios por atos da sociedade. Em suma, observa-se certa tendência do direito no sentido de restringir ao campo das relações especificamente comerciais os efeitos plenos da personalização das sociedades empresárias. Assim, quando os credores são bancos, fornecedores ou, de modo geral, outros empresários, os sócios da sociedade devedora não são normalmente responsabilizados pelas obrigações sociais, tendo plena eficácia o princípio da separação patrimonial da pessoa jurídica e de seus membros. Quando, no entanto, os credores não são empresários, o princípio tem sido paulatinamente desprestigiado. [44]

O princípio da autonomia patrimonial tem, assim, sua aplicação limitada, atualmente, às obrigações da sociedade empresária perante outros empresários. Se o credor é empregado, consumidor ou o Estado, o princípio não tem sido prestigiado pela lei ou pelo Judiciário. A razão de ser do desprestígio da autonomia da pessoa jurídica pode-se em dois diferentes fatores: na utilização fraudulenta do expediente, como meio de se furtar ao cumprimento de deveres legais ou contratuais; e na natureza da obrigação imputada à pessoa jurídica. O Código Civil preocupa-se com o uso fraudulento da personalidade autônoma das pessoas jurídicas, mas, fugindo à vocação primeira de qualquer esforço de codificação, que é a sistematização e atualização de seu objeto, simplesmente ignora as exceções ao princípio da autonomia jurídica dispersas pelo ordenamento jurídico. [45]

Quanto ao primeiro fator de desprestígio da autonomia das pessoas jurídicas, convém lembrar, de início, que a personalização das sociedades empresárias tem importância

fundamental no estímulo de empreendedores e investidores. Na medida em que afasta a possibilidade de eles virem a comprometer seu patrimônio pessoal, em razão de instabilidades ou insucessos da empresa, a personalização das sociedades empresárias serve de elemento motivador ao desenvolvimento de atividades econômicas de maior risco. Contudo, algumas pessoas se valem desses postulados não exatamente para preservar os ganhos já consolidados em seu patrimônio pessoal (o que seria absolutamente legítimo), mas para se locupletar indevidamente com o descumprimento de obrigações. A teoria maior da desconsideração visa exatamente coibir esse desvirtuamento do instituto. [46]

O segundo fator de desprestígio do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ligado à natureza da obrigação, insere-se no contexto da evolução da ideologia liberal. Nos quadrantes desta, a personificação da sociedade empresária, e a decorrente irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações dela, é explicada com socorro à concepção (cara ao liberalismo) de que, na origem, encontra-se a concordância do credor. [47]

De acordo com a *standard contract theory*, se os empreendedores, para resguardar seus patrimônios particulares dos riscos inerentes à atividade econômica, não dispusessem do mecanismo de constituição de uma sociedade, como pessoa jurídica autônoma, teriam de negociar, pontual e renovadamente, a limitação de suas responsabilidades com cada credor. Isso aumentaria os custos de transação e poderia comprometer a eficiência econômica. Ao preceituar a irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade (ou a sua limitação), o direito estaria, segundo essa visão, como que criando uma cláusula geral de contrato, inerente às negociações entabuladas com a pessoa jurídica. Se não fosse a vontade do credor de pactuá-la, ele deveria condicionar a concessão do crédito ao aval ou fiança dos sócios. [48]

Claro está que, desse modo de ver a personalização das sociedades empresárias, não se pode afastar a responsabilidade dos sócios, perante credores, por obrigações não negociáveis (*involuntary creditors*), como, por exemplo, os titulares de direito à indenização por ato ilícito. De fato, se a personificação das sociedades comerciais é uma cláusula geral de contrato, credores que não tiveram a oportunidade de negociar a extensão do crédito não manifestaram nenhuma anuência em relação a ela. [49] Desse modo, para se compreender o segundo fator de desprestígio do princípio da autonomia patrimonial, cabe distinguir as obrigações da sociedade empresária em dois tipos: as negociáveis e as não negociáveis. [50]

No primeiro tipo, encontram-se as dívidas sociais originadas de tratativas desenvolvidas, com maior ou menor liberdade, entre as partes de um negócio jurídico. Alcança, *grosso modo*, os créditos disciplinados pelo direito civil e comercial, como são os documentados em títulos cambiais ou em contratos mercantis. [51] Ainda no segmento das obrigações negociais – normalmente decorrentes de um contrato –, há diferentes significados da importância e do papel desempenhados pelo processo obrigacional. Assim, por exemplo, no contrato de locação residencial, há relevância vital para, ao menos, uma das partes contratantes, de modo a ser destacada a missão social do direito privado de estabelecer normas que tornem possível um equilíbrio razoável das forças sociais, com a proteção dos economicamente débeis. [52]

Quanto aos créditos negociais no ordenamento alemão existe dispositivo [53] que proteção aos credores que avaliam o risco negocial, a redução do capital social original deve observar necessário requisito de publicação, por três vezes, da resolução de decréscimo do capital social. Simultaneamente, os credores devem ser convidados a se manifestar expressamente. Os credores que não consentirem com a redução do capital deverão ter suas obrigações satisfeitas ou garantidas. Trata-se de medida para proteção do credor negocial da empresa, especialmente porque, em raciocínio de proporção invertida, a redução do capital social implica em aumento do risco oferecido por aquela sociedade empresária. [54]

Em decorrência da inexistência de regra similar no Brasil Calixto Salomão Filho preleciona que se o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição de sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente do *business judgment rule* do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente. [55]

As obrigações não negociáveis têm a sua existência e extensão definidas na lei, ou não são, por outros motivos, objeto de ampla e livre pactuação entre o credor e a sociedade devedora. Como observava Karl Larenz não se deve analisar o Direito das Obrigações exclusivamente sob o ponto de vista dos negócios de tráfico jurídico na sua missão de distribuição de bens, pois, além dos negócios que se referem apenas à cessão temporária do uso ou do proveito de determinada coisa, ou exclusivamente à prestação de uma determinada atividade, há fatos jurídicos que geram obrigações não em razão de uma vontade dirigida à sua produção, ou seja, aqueles que fazem nascer obrigações não negociais. [56] Incluem-se neste último grupo as obrigações tributárias e as derivadas de ato ilícito, [57] ou aqueles que não têm meios de formar seus preços, agregando-lhe qualquer taxa de risco, como por exemplo, o Fisco, o INSS, trabalhadores e titulares de direito de indenização (inclusive consumidor). Para essa categoria de credores sociais, a limitação da responsabilidade dos sócios representa, normalmente, prejuízo, porque eles não dispõem dos mesmos instrumentos de negociação dos credores negociais para se preservarem da insolvência da sociedade empresária. [58]

O núcleo fático do negócio jurídico, que é a manifestação de vontade, passa a especificar o objeto dispositivo do negócio. No caso das sociedades empresárias, o núcleo fático volitivo é emanado dos órgãos com poderes de representação da pessoa jurídica, de acordo com o que é determinado pelo contrato social ou estatuto. [59]

Entabulado um negócio jurídico com preenchimento dos planos da existência, validade e eficácia, há possibilidade de avaliação, por credor negocial, da taxa de risco apresentada pela sociedade empresária contratante, de acordo com o capital social garantidor. Por esse motivo, inadmissível a superação da pessoa jurídica por mero inadimplemento. [60]

A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de bens e serviços. Nesse sentido, quem negocia com uma sociedade limitada, concedendo-lhe crédito, deve calcular o seu risco e as correspondentes taxas remuneratórias, levando em conta que a garantia de recuperação é representada, em princípio, apenas pelo patrimônio da sociedade. Se considerar muito

elevado o risco, o concedente do crédito poderá condicioná-lo ao reforço das garantias, que se viabiliza, pela coobrigação dos sócios, mediante fiança ou aval, dados em favor da sociedade. [61]

A responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador, sendo a desconsideração da personalidade jurídica uma regra geral de repressão ao empresário que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para externalização dos riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento. [62] Em outras palavras, a relevância da distinção está relacionada à possibilidade, existente apenas para o credor de obrigação negociável, de se preservar economicamente contra os riscos da insolvabilidade da pessoa jurídica devedora. Assim, o princípio da autonomia patrimonial tem sido relativizado, pela ordem jurídica, para atendimento, basicamente, dos direitos de titulares de créditos não negociáveis. Sua pertinência, desse modo, limita-se às obrigações da sociedade disciplinadas pelo direito civil e comercial. [63]

3. Visão da jurisprudência

O **Recurso Especial nº 279.273/SP** [64] enfrenta a questão relacionada ao desabamento de um *Shopping Center* [65] em Osasco-SP a Min. Nancy Andrighi confirmou o entendimento de que o parágrafo 5º do art. 28 da lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 estaria relacionado à teoria menor da *disregard doctrine* com fundamento nas razões a seguir descritas:

A relatora inicia seu raciocínio para caracterizar a incidência da CDC e a equiparação dos transeuntes em *shopping center* à noção de consumidor. [66] Reconhece a doutrina que o art. 2º do CDC [67] é insuficiente para abranger como consumidor somente aquele que adquire o produto como destinatário final, porque a interpretação teleológica do parágrafo único do art. 2º, combinado com o art. 17 do CDC, [68] conduz à compreensão de que também são considerados consumidores, ainda que não participem diretamente da relação de consumo, os denominados pela doutrina e jurisprudência norte-americana de *bystander*. Abrange o conceito de *bystander* aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidos em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante não serem partícipes diretos da relação de consumo.

O *shopping center* oferece à sociedade um serviço determinado, distinto dos serviços e bens ofertados pelas lojas, consistente na oferta de segurança, lazer e conforto àqueles que pretendem ou adquirir bens e serviços dos lojistas instalados no local, ou simplesmente transitar pelas galerias como forma de distração e lazer, sendo equiparados pela abrangência do estabelecido no art. 17 que os equipara a consumidores.

Para a Min. Nancy Andrighi pode-se afirmar que todo e qualquer freqüentador de *shopping*, tenha ou não interesse em adquirir bens ou serviços é consumidor nos termos

do art. 2º do CDC, porque adquire como destinatário final, o serviço de segurança, lazer e conforto ofertado pelo *shopping center*.

Por sua vez, o fato de o administrador do *shopping* não cobrar dos frequentadores preço pelo ingresso em suas dependências não conduz à conclusão de que o serviço ofertado pelo *shopping center* seja de natureza gratuita, porquanto o intuito oneroso, ainda que indireto, é evidente, dada a relação existente entre o conforto e a segurança do *shopping*, de um lado, e a promoção de vendas de bens e serviços dos lojistas instalados ao longo das galerias, de outro. E, ainda que não se considerasse o frequentador como destinatário final do serviço prestado pelo *shopping center*, deve-se observar o art. 17 do CDC, o qual equipara à noção de consumidor todas as vítimas do fato do serviço.

Feitas essas considerações, logo a seguir a Ministra Nancy Andrichi passa a enfrentar o tema da responsabilidade dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em especial no que respeita aos contornos atuais do instituto da desconsideração e a disciplina adotada pelo CDC a respeito.

Em seu voto que prevaleceu sobre o entendimento do Min. Relator que ficou vencido nessa parte ficou evidenciado que a teoria da desconsideração quanto aos pressupostos de suas incidências, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da *disregard*. Para ela, a teoria maior não pode ser aplicada com mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

A prova de desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do Código Civil.

A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (lei nº 9.605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º). O referido dispositivo do CDC, quanto à

sua aplicação, sugere uma circunstância objetiva. Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

É certo que a doutrina pátria se divide entre aqueles que aplaudem a inovação e aqueles outros que entendem que as razões do veto do § 1º do art. 28 do CDC deveriam ser destinadas ao § 5º, esse sim, sob a ótica de parte representativa de vozes autorizadas, sem razão de ser porque a desconsideração da pessoa jurídica está associada ao ilícito, ao desvirtuamento e abuso da forma social.

Existem argumentos também no sentido de que a topografia do § 5º do art. 28 significaria a dependência do seu preceito ao reconhecimento de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, e à novel disposição de má administração causadora de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.

Fato é que o § 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o *caput* do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica. Não são válidos os argumentos de que as razões de veto deveriam ser dirigidas ao § 5º e de que não se conceberia sua existência autônoma dissociada do preceito veiculado no *caput* do art. 28 da lei nº 8.078/90.

A tese de que a teoria menor da desconsideração aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC. E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração, enquanto que o § 5º do referido dispositivo acolhe a teoria menor da desconsideração, em especial se considerado for a expressão *também poderá ser desconsiderada*, o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconsideração.

4. Teoria da desconsideração inversa da pessoa jurídica

Denomina-se desconsideração inversa [69] o instrumento jurídico que permite prescindir da personalidade e da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para responsabilizá-la por obrigação pessoal do sócio, em outras palavras, em vez do sócio se utilizar da sociedade como escudo protetivo, passa a agir ostensivamente, escondendo seus bens na sociedade, ou seja, o sócio não mais se esconde, mas sim a sociedade é por ele ocultada.

Enquanto a teoria da desconsideração da pessoa jurídica propriamente dita aplica-se às hipóteses em que se pretende responsabilizar pessoalmente os sócios por atos praticados em nome da sociedade, a denominada desconsideração inversa busca atingir o ente coletivo, onerando o seu patrimônio por dívidas pessoais de seus membros. [70]

Busca-se, com a teoria da desconsideração ao inverso, [71] alcançar o patrimônio social para obter a restituição de bens pessoais do sócio fraudulentamente alienados para a sociedade em prejuízo a direito de terceiros. Sua finalidade, portanto, consiste em possibilitar o retorno dos bens transferidos ilegitimamente para a sociedade ao patrimônio pessoal do seu sócio, que os alienou com o objetivo de fraudar terceiros. [72] Equivale dizer, que a fraude que a desconsideração coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens, para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-la, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. É certo que, em se tratando de pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são, em regra, penhoráveis para a garantia do cumprimento das obrigações de seu titular. [73]

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho também trazem à colação outros exemplos da jurisprudência norte-americana como o caso de seguro contra incêndio em favor de uma sociedade anônima, provando-se que o sinistro foi causado pelo seu maior credor e controlador de fato, com o objetivo de executar, em seguida, o produto da indenização a ser pago pela seguradora, julgou-se que a companhia não tinha direito a essa indenização; outro caso é a consolidação do princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial *de facto*. [74]

A fraude consiste, pois, na prática pelo devedor, de ato ou atos jurídicos, absolutamente legais em si mesmos, mas prejudiciais aos interesses dos credores, frustrando, ciente e conscientemente, a regra jurídica que institui a garantia patrimonial dos credores sobre os bens do devedor. [75] Quando o devedor, para prejudicar ou prejudicando seus credores, aliena ou onera seus bens, tornando-se insolvente, ou agravando uma insolvabilidade preexistente, pratica atos lícitos, no exercício do seu direito de dispor de seus bens, ou gravá-los de ônus reais de garantia; mas o fim colimado, ocultado é prejudicar seus credores, deixando-os sem aquela garantia geral que o patrimônio do devedor representa para os credores e auferindo proveitos com a violação deliberada de obrigações preexistentes. [76]

Verifica-se, portanto, que a inversão dos fundamentos da teoria da desconsideração tem sido acolhida pela doutrina, para ser empregada contra os casos em que o sócio tenha praticado fraude contra seus credores ou contra terceiros mediante a transferência de seus bens pessoais para a sociedade de que participa. [77]

Acrescente-se ainda que do ponto de vista processual, existem vantagens da desconsideração inversa em relação à penhora de quotas ou ações. Nesse caso a desconsideração é mais eficiente para o credor, evitando tanto a demora na avaliação das quotas ou ações como a propositura frequente de embargos à arrematação que tornam o processo de execução extremamente lento; a penhora de dinheiro (numerário da sociedade) é, por determinação expressa de lei, a única que permite o recebimento do crédito pelo exequente imediatamente após o julgamento dos embargos de devedor em primeira instância, mediante prestação de caução idônea (art. 588, II, do CPC); a desconsideração inversa não apenas torna a execução mais efetiva para o credor, e em certos casos, pode fazer com que a execução seja menos gravosa para o devedor. A

desconsideração inversa, ao evitar a alienação compulsória das participações, impede a interferência judicial na sociedade, evitando em certos casos a apuração de haveres relativamente às quotas penhoradas e a conseqüente sangria patrimonial da sociedade ou impedindo que os demais sócios se vejam obrigados a adquirir as quotas para impedir a entrada de terceiros adquirentes. [78]

Referências

ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*. México: Fontamara, 2005.

BRASIL, D. R.; ANDRADE, P. J. C. Q.; GOMES, J. *et alii*. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão crítica da jurisprudência*. GAMA, G. C. N. [Coord.]. São Paulo: Atlas, 2009.

CEOLIN, A. C. S. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, F. U. As teorias da desconsideração. In: *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. TÔRRES, H. T.; QUEIROZ, M. E. [Coords.]. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II.

COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, G. S. Responsabilidade dos administradores das sociedades empresariais por débitos negociais e não-negociais. In: *Obrigações no novo direito de empresa*. HENTZ, L. A. S. [Coord.]. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Direito civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, W. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, vol. IV.

GAMA, G. C. N. Direito pós-moderno e contratos de *shopping center*. In: *Temas de direito civil-empresarial*. ALVES, A. F. A.; _____. [Coords.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRINOVER, A. P *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GUIMARÃES, M. S. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Artigo disponível em: http://www.femperj.org.br/artigos/popup.php?pagina=teoria_da_desconsideracao.php. Acesso em 30 de nov. 2008.

- HAMILTON, R. W. *The law of corporations*. 3ª ed. St. Paul, Minn., West, 1991.
- LARENZ, K. *Derecho de obligaciones*. BRIZ, J. S. [Trad.]. Madrid: ERDP, 1958.
- LIMA, A. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- MELLO, A. M. T. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MONTEIRO, F. D. R. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- NEGRI, S. M. C. Repensando a *disregard doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. In: *Temas de direito civil-empresarial*. ALVES, A. F. A.; GAMA, G. C. N. [Coords.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- POSNER, R. The rights of creditors on affiliated corporations. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976.
- _____. *Economic analysis of law*. 4ª ed. Boston/Toronto/London: Little Brown, 1992.
- ROCHA, L. L. C. *A necessidade do devido processo legal na desconsideração da personalidade jurídica em processos de execução sob o prisma do código de defesa do consumidor* [Dissertação de Mestrado], Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007, [Mimeo].
- SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- TAVARES PAES, P. R. *Responsabilidade dos administradores de sociedades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- VENOSA, S. S. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002, vol. I.
- VILLELA, J. B. As bruxas de Salem e a fabricação dos culpados. In: *Del Rey Revista Jurídica*, nº 1, Belo Horizonte, ago., 1997.
- _____. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 22, 2ª quinzena de outubro, São Paulo, 1991.

Referências decretos, leis

- BRASIL. Leis, decretos. Lei nº 8.078, de 11.09.1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências [D.O.U. de 12.9.90]. Brasília: Distrito Federal, Imprensa Nacional, 1990.
- _____. Lei nº 10.406 de 10.01.2002. Institui o Código Civil. [D.O.U. de 11.1.02]. Brasília: Distrito Federal, Imprensa Nacional, 2002.

Referências jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04.

_____._____. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04.

[1] BRASIL, Deilton Ribeiro; ANDRADE, Paulo José Cabanas de Queiroz, GOMES, Jorão *et alii*. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão crítica da jurisprudência*. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da [Coord.]. São Paulo: Atlas, 2009, p. 08.

[2] *Id. op. cit.*, p. 08.

[3] ATIENZA, Manuel. *Derecho como argumentación*. México: Fontamara, 2005, p. 130.

[4] BRASIL, Deilton Ribeiro; ANDRADE, Paulo José Cabanas de Queiroz, GOMES, Jorão *et alii*. *op. cit.*, p. 08.

[5] *Id. op. cit.*, p. 11.

[6] *Id. op. cit.*, p. 11.

[7] *Id. op. cit.*, p. 11.

[8] *Id. op. cit.*, p. 11.

[9] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2002, vol. I, p. 43: é pequena a influência do costume nos sistemas de direito escrito, mas não se pode subestimar sua influência. A lei não tem o condão de ser a fonte única do direito. O costume, por vezes, torna-se precioso no preenchimento de lacunas no direito escrito [...] Se levamos em conta nosso sistema de direito escrito, apesar de na teoria geral do direito o costume ser considerado fonte principal, segundo o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é ele fonte formal, mas fonte subsidiária, já que o legislador dispõe que, na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Portanto, temos lei para erigir o costume como fonte do Direito, ao contrário do que ocorre em outras legislações. Considerado fonte subsidiária,

o costume deverá girar em torno da lei. Portanto, não pode o costume contrariar a lei, que só pode ser substituída por outra lei. [...] Observa-se, ainda, que os princípios gerais de direito, expressamente previstos no art. 4º, da LICC, também constituem fontes formais de direito, e ganharam especial consideração à luz do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado.

[10] BRASIL, Deilton Ribeiro; ANDRADE, Paulo José Cabanas de Queiroz, GOMES, Jorão *et alii. op. cit.*, p. 20.

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II, p. 35: há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade. Ela será chamada, aqui, de teoria maior.

[12] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 210.

[13] GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, 2008, p. 4.

[14] COELHO, Fábio Ulhoa. As teorias da desconsideração. *In: Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 264.

[15] *Id. op. cit.*, p. 264.

[16] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 281: a doutrina brasileira tem inescandível inclinação pela teoria maior da desconsideração, advogando a necessidade de comprovação de abuso do direito societário para a superação da autonomia patrimonial. A nossa legislação, contudo, vem, em várias oportunidades, acolhendo a teoria menor, permitindo a desconsideração em determinadas hipóteses independente do abuso, como se vê do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, emprestando-lhe maior funcionalização diante de determinados casos concretos.

[17] ROCHA, Lissandra Lopes Coelho. *A necessidade do devido processo legal na desconsideração da personalidade jurídica em processos de execução sob o prisma do código de defesa do consumidor*. [Dissertação de Mestrado], Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007, p. 78.

[18] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II, p. 55.

[19] ROCHA, Lissandra Lopes Coelho. *op. cit.*, p. 79.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo

Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

[21] COELHO, Fábio Ulhoa. As teorias da desconsideração. *In: Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 265.

[22] *Id. op. cit.*, pp. 265-6.

[23] COELHO, Fábio Ulhoa. *As teorias da desconsideração*, p. 266.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

[25] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II, p. 35: há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. [...] De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.

[26] COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 266.

[27] POSNER, Richard. The rights of creditors on affiliated corporations. *In: The University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976, *passim*: o instituto da limitação da responsabilidade dos sócios representaria uma externalização dos custos para os credores das sociedades, que, no entanto, poderiam negociá-los com a própria sociedade, de forma a buscar a compensação *ex ante* desses custos que lhe foram transferidos. Para tanto, seria necessário que se garantisse aos agentes econômicos um amplo acesso às informações referentes à sociedade bem como um ambiente no qual os credores possuíssem reais condições de negociar com a sociedade.

[28] Como bem salienta a Min. Nancy Andrichi em seu voto o TJSP bem constatou o obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores: São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral. Verifica-se, de imediato ‘ictu oculi’, que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fl. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$10.000,00 (dez mil reais), como se lê à fls. 74 do mesmo volume do referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São

Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

[30] NEGRI, Sérgio Marcos C. de. Repensando a *disregard doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade. In: *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 185-6.

[31] CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100.

[32] VILLELA, João Baptista. As bruxas de Salem e a fabricação dos culpados. In: *Del Rey Revista Jurídica*, nº 1, Belo Horizonte, ago., 1997, p. 14.

[33] *Id. op. cit.*, pp. 15-6.

[34] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78.

[35] CEOLIN, Ana Caroline Santos. *op. cit.*, p. 101.

[36] VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. In: Repertório IOB de jurisprudência, nº 22, São Paulo, 1991, *passim*.

[37] Ainda sobre as causas políticas e sociais da criação e desenvolvimento da sociedade anônima ver: FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, vol. IV, pp. 12-8.

[38] CEOLIN, Ana Caroline Santos. *op. cit.*, pp. 103-4.

[39] *Id. op. cit.*, p. 104.

[40] *Id. op. cit.*, p. 105.

[41] *Id. op. cit.*, p. 105.

[42] *Id. op. cit.*, p. 105.

[43] *Id. op. cit.*, pp. 105-6.

[44] COELHO, Fábio Ulhoa. *As teorias da desconsideração*, p. 268.

[45] *Id. op. cit.*, pp. 268-9.

[46] *Id. op. cit.*, p. 269.

[47] *Id. op. cit.*, p. 269.

[48] POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. London: Little Brown, 1992, pp. 393-97.

- [49] COELHO, Fábio Ulhoa. *As teorias da desconsideração*, p. 270.
- [50] *Id. op. cit.*, p. 270.
- [51] *Id. op. cit.*, p. 270.
- [52] LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: ERDP, 1958, p. 14.
- [53] § 58 da GmbH-Gesetz.
- [54] DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores das sociedades empresariais por débitos negociais e não-negociais. *In: Obrigações no novo direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 114.
- [55] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 910.
- [56] LARENZ, Karl. *op. cit.*, pp. 16-7:
- [57] HAMILTON, Robert W. *The law of corporations*. St Paul, Minn., West, 1991, pp. 83-9.
- [58] COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 398.
- [59] DINIZ, Gustavo Saad. *op. cit.*, p. 112.
- [60] *Id. op. cit.*, p. 112.
- [61] COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, pp. 396-7. No mesmo sentido: TAVARES PAES, Paulo Roberto. *op. cit.*, p. 40; SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, pp. 110-1.
- [62] SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 115.
- [63] *Id. op. cit.*, pp. 110-1.
- [64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7), 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.
- [65] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito pós-moderno e contratos de *shopping center*. *In: Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62: o *shopping center* representa novo instrumento de atividade econômica, típico dos países de feição econômica capitalista, utilizado na área de fornecimento de produtos e serviços, em uma sociedade de massa, integrada por uma coletividade ávida à prática do consumo, insuflada a tanto por meio do crescimento dos meios de comunicação e, ao mesmo tempo, da propaganda. Cuida-se de fenômeno econômico-social da pós-modernidade, originado nos Estados Unidos da América nos idos da década de 1950, que se espalha por outros países, inclusive o Brasil, nos anos seguintes.

[66] MONTEIRO, Franklin Delano do Rego. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 110: a finalidade do *shopping center* é congregar e juntar, num mesmo local, de preferência fora dos centros urbanos, para facilitar a movimentação, o maior número possível de diferentes ramos do comércio, atividades empresariais, prestação de serviços para que o consumidor sinta-se, não só seguro em relação aos produtos a serem adquiridos, mas, igualmente, estimulado a adquirir o maior número de produtos.

[67] Relembre-se o art. 2º CDC. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

[68] Art. 17 CDC. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

[69] A terminologia descon sideração *inversa* surge com a possibilidade vislumbrada de se descon siderar a personalidade jurídica da sociedade para o alcance de bens da própria sociedade, contudo, em decorrência de atos praticados por terceiros – os sócios.

[70] CEOLIN, Ana Caroline Santos. *op. cit.*, p. 127.

[71] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 464: comentam também que no âmbito societário essa descon sideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última, por atos do seu controlador.

[72] CEOLIN, Ana Caroline Santos. *op. cit.*, pp. 127-8.

[73] COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 45.

[74] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 464

[75] LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 24.

[76] *Id. op. cit.*, p. 27.

[77] CEOLIN, Ana Caroline Santos. *op. cit.*, pp. 130-1.

[78] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 467.

O VALOR DO DIREITO NO SÉCULO XXI – VIDA, TRANSFORMAÇÕES E TRANSVALORAÇÕES DO DIREITO POR NIETZSCHE E FOUCAULT.

EL VALOR DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI - VIDA, TRANSFORMACIONES E TRANSVALORACIONES DEL DERECHO POR NIETZSCHE E FOUCAULT.

**Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez
Sérgio de Oliveira Santos**

RESUMO

Não é difícil encontrar operadores e pensadores do Direito que bradem fortemente que o Direito separou-se da justiça. Miope perspectiva. Através da degradante condição da experiência humana nesse início de século e diante das leituras que aqui se traz, podemos dizer sem medo que o Direito se desvencilhou da vida. O Direito e o fenômeno jurídico na perspectiva neoliberal não só estaria atuando para o auxílio do sequestro dos corpos dos partícipes da sociedade a fim de enquadrá-los e docilizá-los, mas estaria também atento aos acontecimentos, agora não apenas para reprimi-los a priori como descumpridores da norma, mas para tomá-los nos termos de sua administração. Nesse contexto, faz-se objetivo do presente artigo demonstrar as transformações ocorridas no Direito da Idade Moderna à Contemporânea, no que tange aos seus discursos normatizadores e normalizadores que influenciam sobremaneira nossas insossas formas de ser e estar no mundo em pleno século XXI. Por derradeiro, tem-se que a possibilidade de um Direito legítimo e não apenas legal, encontra-se naquilo que amplamente denominamos personalidade ou subjetividade, mais especificamente, junto de posturas e perspectivas que vão do cuidado-de-si posto por Foucault ao favorecimento da vida posto por Nietzsche.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; CONTEMPORANEIDADE; PERSPECTIVA AVALIATIVA; EXPERIÊNCIA HUMANA; PODER; VIDA.

RESUMEN

No es difícil encontrar operadores y pensadores del Derecho que vociferen fuertemente que el Derecho se separó de la justicia. Miope perspectiva. A través de la degradante condición de la experiencia humana en este inicio de siglo y ante las lecturas que aquí se traen, podemos decir sin miedo que el Derecho se libró de la vida. El derecho y el fenómeno jurídico en la perspectiva neoliberal no sólo actuarían para el auxilio del secuestro de los cuerpos de los participantes de la sociedad con el fin de encuadrarlos y volverlos dóciles, si no que estaría también atento a los acontecimientos, ya no sólo para reprimirlos a priori como incumplidores de la norma, si no para tomarlos en los términos de su administración. En este contexto, el objetivo del presente artículo es demostrar las transformaciones ocurridas en el Derecho desde la Edad Moderna hasta la

Contemporânea, en lo que se refiere a sus discursos reguladores y normalizadores que influyen sobremanera en nuestras insípidas formas de ser y estar en el mundo en pleno siglo XXI. Por último, existe la posibilidad de tener un Derecho legítimo y no únicamente legal, donde se encuentra en aquello que ampliamente denominamos personalidad o objetividad, más específicamente, junto a posturas y perspectivas que van desde el cuidado-de-si propuesto por Foucault al beneficio de la vida propuesto por Nietzsche.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO; CONTEMPORANEIDAD; PERSPECTIVA EVALUATIVA, EXPERIENCIA HUMANA; PODER; VIDA

Você deve notar que não tem mais tutu e dizer que não está preocupado. Você deve lutar pela xepa da feira e dizer que está recompensado. Você deve estampar sempre um ar de alegria e dizer: tudo tem melhorado. Você deve rezar pelo bem do patrão e esquecer que está desempregado. Você merece, você merece. Tudo vai bem, tudo legal.

Gonzaguinha

Michel Foucault inicia sua primeira conferência na PUC-Rio[1] falando de uma falta muito grave do que chamou de *marxismo acadêmico* em que o sujeito humano – o sujeito do conhecimento –, tal como suas formas de conhecer, são caracterizados anterior e definidamente às condições econômicas, sociais e políticas que apenas neles se inscrevem e se acumulam.

Foucault recorre a um fragmento nietzschiano[2] para afirmar que nem o sujeito, nem as formas de conhecimento são dados prévia e definidamente. As práticas sociais produzem *domínios de saber* (formas poder) que além de engendrar novos objetos, conceitos e técnicas sociais inventam o próprio ser humano e seus modos de conhecer – as maneiras de ser e estar no mundo. A partir de então diz que o sujeito do conhecimento tem uma história, tal como a própria verdade[3]. Por esse mote, Foucault transmuta o conceito marxista de *ideologia* da perspectiva de um tapume que não nos deixa ver a realidade tal como ela é para uma forma de saber/poder através do qual nos constituímos.

Na introdução da obra *A filosofia do Direito na Idade Antiga*[4] Gonzalez nos traz que *o surgimento do pensamento filosófico foi um acontecimento surpreendente da história da humanidade*[5] e dele verte uma profícua possibilidade de compreensão dos processos civilizatórios da mesma e, em particular, da sociedade ocidental.

Foi por volta do século VI a.C., junto da cultura grega Antiga, que o pensamento filosófico se notabilizou ao apresentar uma postura diferente das especulações do senso comum e dos pensamentos mítico e teológico para compreensão do cosmos e do próprio ser humano. As dimensões ontológica (estudo do ser), axiológica (estudo dos valores) e gnosiológica (estudo das formas e procedimentos do conhecimento) do pensamento filosófico grego transcenderam o seu próprio tempo ao sincretizar elementos de culturas anteriores a si (egípcia, babilônica, hebraica, assíria etc.), e influenciar culturas

ulteriores como o império romano, a cristandade e a civilização Ocidental. Destarte, endossa Gonzalez *que é na filosofia e na dimensão histórica da experiência humana que repousam desde sempre os fundamentos do Direito e do fenômeno jurídico*[6]. E nesse sentido pactua com Foucault a idéia de que uma perspectiva (um estudo, uma verdade) só pode ser tomada mediante certas condições econômicas, sociais e políticas.

Boaventura de Souza Santos no prefácio do volume 1 de sua obra, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*[7], diz que *há um desassossego no ar que respiramos marcado por um presente que está terminando e um futuro ainda porvir, resultando em excessos de determinismos e indeterminismos que nos deixam desorientados em uma sociedade intervalar fazendo apelo a uma racionalidade activa, porque em transito, tolerante, porque desinstalada de certezas paradigmáticas, inquieta, porque movida pelo desassossego que deve, ela própria, potencializar*[8].

No prefácio da obra *Teodiceia* de Leibniz, Boaventura de Souza Santos resgata a perplexidade de um sofisma que os antigos chamavam de *razão indolente* ou *razão preguiçosa*[9]. Tal razão é marcada por duas características aparentemente contraditórias: a *razão inerme* – desarmada, indefesa, incapaz nas condições e necessidades externas a si – e a *razão displicente* – que se faz imóvel por acreditar-se irrefletidamente livre. Impotência e displicência podem limitar sobremaneira as experiências e possibilidades do sujeito ser e estar no mundo. O que para o autor, diante de uma transição paradigmática, seria um *desperdício de experiência* (experiência de estar vivo) e um subjugar-se ao paradigma dominante.

Diante do exposto por esses três autores temos que o ser humano não é algo estanque e definitivo, podendo ser moldado e (re)inventado junto de suas formas de conhecer, experienciar e pensar(-se). Tais formas são regidas por valores que se materializam em economias, instituições e políticas sociais ao longo da história, de modo que a cultura ocidental é fortemente marcada pelas contribuições do pensamento filosófico helênico e pelo espírito de seu tempo que, em particular, para nós contemporâneos do século XXI, inebriados pelo neoliberalismo e envoltos por seus tentáculos feitos *razão instrumental* (tecnociências), mostra-se como momento de transição, desorientação e vulnerabilidade frente à avalanche de discursos que povoam nosso cotidiano com a intenção de nos colonizar, nos disciplinar, nos trancafiar em nós mesmos limitando nosso devir, nossas formas de ser e estar no mundo.

É justo destacar, que tal limitação não se dá de maneira explicitamente autoritária. Os ardis liberais e suas transmutações na história criaram uma atmosfera de vida (estilos de vida) em que o sujeito não é apático frente ao poder que o subjuga, mas ao contrário, extremamente ativo. Porém, sua vida está muito longe de ser uma experiência de vida autêntica, tomando por esta, no viés nietzschiano, duas características: conservação e superação. Ou seja, o fantoche humano contemporâneo deixa-se manipular enquanto canta o prazer de ser livre.

Nesse contexto, faz-se objetivo do presente artigo demonstrar as transformações ocorridas no Direito da Idade Moderna à Contemporânea, no que tange aos seus discursos normatizadores e normalizadores, e como estes influenciam sobremaneira nossas formas de ser e estar no mundo em pleno século XXI.

Como referência para tal empreitada, tomamos inicialmente que o Direito não é algo estanque e que vem se (re)fazendo no decorrer dos tempos pelo e para o ser humano. De acordo com Gonzalez *é na filosofia e na dimensão histórica da experiência humana que repousam desde sempre os fundamentos do Direito e do fenômeno jurídico*[10]. Assim, nosso exercício dar-se-á primeiramente através da disjunção e apreensão de dois elementos principais de tal afirmação – filosofia e história. Em seguida, junto de Nietzsche e Foucault, procuraremos pensar a experiência humana na contemporaneidade a fim de assimilarmos o Direito e o fenômeno jurídico nesta dobra temporal entre Modernidade e Pós-Modernidade[11] e, por derradeiro, inferir acerca das múltiplas influências e transformações que há nas relações entre o Direito e suas manifestações no século XXI e nós seres humanos.

O QUE É FILOSOFIA?

Em 1991 Gilles Deleuze escreve junto com Felix Guattari uma importante e madura obra que procuraria responder a questão que aqui trazemos. E de pronto os autores responderam: *a filosofia é a arte de formar, de inventar, de fabricar conceitos*[12]. Para os autores todo conceito é definido por seus componentes. Assim, não existe um *conceito simples*. Todo conceito é uma *multiplicidade*, um *todo fragmentário*. Inclusive aqueles que são tomados como o início de uma dada filosofia.

A origem grega da filosofia é marcada por uma ruptura com a forma de apreensão e relação com a sabedoria. Esta não mais aconteceria sob a forma de Figura, com certo distanciamento e apropriação do que se pensa. Os gregos substituiriam o *Sábio* pelo *Amigo da sabedoria* – aquele que se lança em uma relação íntima e viva com o que se pensa, com o conceito que se cria até tornar-se parte deste.

O amigo ou amante da sabedoria não teme momentos preocupantes ou ameaçadores. Está sempre em combate e mutação avaliando conceitos. E dessa forma torna-se *amigo de Platão, mas mais ainda da sabedoria, do verdadeiro ou do conceito*[13]. Nesse sentido diz Nietzsche:

Os filósofos não devem mais contentar-se em aceitar os conceitos que lhes são dados, para somente limpá-los e fazê-los reluzir, mas é necessário que eles comecem por fabricá-los, criá-los, afirmá-los, persuadindo os homens a utilizá-los. (...) é necessário substituir a confiança pela desconfiança[14].

Resta claro junto desse excerto nietzschiano e das contribuições de Deleuze e Guattari que filosofia é um ato de transfiguração, uma atitude ética e responsável frente aos códigos morais, a tradição, os dilemas e impasses da vida. A filosofia não permite que o filósofo se distancie do que pensa, do que analisa. Ela o abriga a entrar em contato íntimo com o ser ou coisa com que se relaciona. Nesse sentido continua Nietzsche:

(Nós filósofos) não somos rãs pensantes, nem aparelhos de objetivação e máquinas registradoras com vísceras congeladas – temos constantemente de parir nossos pensamentos de nossa dor e maternalmente transmitir-lhes tudo o que temos em nós de

sangue, coração, fogo, prazer, paixão, tormento, consciência, destino e fatalidade. Viver – assim se chama para nós, transmutar constantemente tudo o que nós somos em luz e chama; e também tudo o que nos atinge. Não podemos fazer de outro modo[15].

Em uma de suas palestras Giacóia Júnior[16] chama atenção para a honestidade intelectual que há na última frase dessa citação (*não podemos fazer de outro modo*). Para ele é Nietzsche, ferrenho crítico do cristianismo, utilizando-se do que fora dito por Martin Lutero ao emissário do papa no momento que lhe fora pedido para abjurar as teses da *Reforma*: *aqui estou eu e não posso fazer de outro modo*.

A relação filosofia e vida não pode se limitar a uma relação apenas contemplativa, especulativa, a um relacionamento neutro, distante, objetivo, pois brota das próprias entranhas do filósofo. É uma relação visceral e de confrontos. Mas é justo destacar, para entre outros afastar certos equívocos principalmente em relação ao pensamento nietzschiano que, *confronto* não tem nenhuma relação com *extermínio*. E isso fica claro em Deleuze e Guattari ao tomarem a questão sobre o que é filosofia e tê-la como a arte de criar conceitos:

Seria preciso formulá-la ‘entre amigos’, como uma confiança ou uma confiança, ou então face ao inimigo como um desafio, e ao mesmo tempo atingir esta hora, entre o cão e o lobo, em que se desconfia mesmo do amigo. É a hora em que se diz: ‘era isso, mas eu não sei se eu disse bem, nem sei se fui assaz convincente’. E se percebe que importa pouco ter dito bem ou ter sido convincente, já que de qualquer maneira é nossa questão agora[17].

Deleuze e Guattari começam a delinear em nosso trabalho marcas indeléveis do pensamento nietzschiano. A saber, a valoração para além do bem e do mal e a questão das forças. Já dizia Nietzsche que *se quiser ter um amigo, é preciso também guerrear por ele; e para guerrear é mister poder ser inimigo. É preciso honrar no amigo o inimigo*[18]. E por fim questiona: *podes aproximar-te do teu amigo sem passar para o seu bando?* [19]

Tem-se aqui mais uma vez a constatação de que não há como estar vivo e ser indiferente à vida, pois a todo o momento o ente tem de avaliar. Mas não pode, como já observara Zaratustra, avaliar como seu vizinho se quiser se conservar. *Nunca um vizinho compreendeu o outro; sempre sua alma se assombrou da loucura e da maldade do vizinho*[20]. Para Zaratustra, que muitos povos viu, não há maior poder na Terra que bem e mal. E é sobre bem e mal que se forma a tábua de valores que rege cada povo. *Tal tábua é a tábua dos triunfos dos seus esforços; é a voz de sua vontade de poder*[21].

Se a função da filosofia é criar conceitos, vemos em Nietzsche que toda criação parte de uma avaliação. *É o homem quem pôs valor nas coisas com a intenção de se conservar; foi ele quem deu sentido às coisas, um sentido humano. (...) A mudança dos valores é a mudança de quem cria. Sempre aquele que cria destrói*[22]. E complementa Benjamin: *nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie não o é*

tampouco, o processo de transmissão da cultura[23]. Urge assim nossa segunda questão: o que é história?

O QUE É HISTÓRIA?

No capítulo II da obra *Microfísica do poder*[24] intitulado *Nietzsche, a genealogia e a história*, Foucault contrapõe um conceito de história tido por *história efetiva* à um *ponto de vista supra-histórico* em que um ser humano soberano dirige-se ao passado a fim de restringir a multiplicidade do tempo e dos fatos a ponto de tomá-los sobre si mesmo e para si mesmo como um encadeamento lógico de reconhecimento e reconciliação, permitindo-lhe elencar valores e verdades que objetivam julgar a realidade – e criar outras realidades metafísicas – que sempre lhe dê a possibilidade de manter seus domínios.

A *história efetiva*, por sua vez, vai de encontro à estabilidade, às crenças nas constâncias e processualidades contínuas, imutáveis e sagradas. *Nada no homem – nem mesmo seu corpo – é bastante fixo para compreender outros homens e se reconhecer neles*[25]. Tudo está em movimento para despedaçar as possibilidades de reconhecimento que consolam e tutelam a condição humana. Grosso modo, a história efetiva imprime no ser humano a descontinuidade.

Ela (história efetiva) dividirá nossos sentimentos; dramatizará nossos instintos; multiplicará nosso corpo e o oprimirá a si mesmo. Ela não deixará nada abaixo de si que teria a tranqüilidade asseguradora da vida ou da natureza; ela não se deixará levar por nenhuma obstinação muda em direção a um fim milenar. Ela aprofundará aquilo o que se gosta de fazê-la repousar e se obstinará contra sua pretensão de continuidade. É que o saber não é feito para compreender, ele é feito para cortar[26].

Foucault aponta que entre as estratégias ou formas de conservação da história tradicional (supra-histórica) está o apagamento dos acontecimentos ou uma tendência a recuperá-los no decorrer dos tempos como uma seqüência lógica que traz para ela um sentido fechado e acabado. Mas para o francês:

É preciso entender por acontecimento não uma decisão, um tratado, um reino ou uma batalha, mas uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece, distende, se envenena e uma outra que faz sua entrada, mascarada[27].

Acontecimento nesses termos é ruptura, é o que escapa, que inverte o habitual estabelecido e a necessidade da continuidade. Gonzales[28], em diversos trechos de sua obra, tal quando fala do surgimento do pensamento filosófico e quanto ao reordenamento das concepções sobre o cosmos e o próprio ser humano diante das considerações dos filósofos Antigos, toma este conceito nesses termos. Outro exemplo nesse mesmo texto, agora junto ao que Foucault tomou supra como inversão de forças, de confisco de poder, de uma dominação que se enfraquece, está na relação entre os gregos e os romanos. Afinal, mesmo tendo estes últimos conquistado belicamente os

primeiros, foram de certa forma conquistados pela cultura grega muito mais desenvolvida que sua própria[29].

Em Walter Benjamin encontramos a seguinte alegoria sobre a história:

Há um quadro de Klee que se chama Angelus Novus. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso[30].

A alegoria benjaminiana nos provoca com profundidade e genialidade, pois vai à base do que temos como história. Compreendendo esta em suas dimensões tradicional e efetiva, nos força a rever nossas implicações na processualidade constitutiva do que entendemos como história. Afinal, a história será constituída a partir de nossas interpretações acerca do que ocorrerá. E não há interpretação sublime! Há violência e até sub-repção de uma tendência ou um sistema de significação que mata ou deixa viver.

Quantos semelhantes matamos? Quanto não captamos a finesse da vida? Somente uma genealogia da história (das marcas, das morais, dos ideais, dos conceitos metafísicos, científicos, libertários e artísticos) poderá nos mostrar as perspectivas de olhares e valorações que se perderam ou nos influenciaram e nos influenciam ao longo dos tempos. Olhar para a história tal como o anjo trazido por Benjamin torna-se nosso grande desafio.

PERSPECTIVISMO, VALORAÇÃO E VIDA

Como se costuma dizer: *todo ponto de vista é a vista de um ponto*. Isso restou claro das contribuições de Foucault e Nietzsche sobre a história – *tradicional e efetiva*. Gostaríamos de trazer mais um fragmento destes autores no que tange aos ângulos de visão adotados pelos historiadores junto de tais perspectivas.

(A história tradicional) se compraz em lançar um olhar para o longínquo, para as alturas: as épocas mais nobres, as formas mais elevadas, as idéias mais abstratas, as individualidades mais puras. E para fazer isso ela procura se aproximar destas coisas ao máximo, colocar-se aos pés destes cumes em condições de ter com elas a famosa perspectiva das rãs. (...) operam sub-repticiamente: eles fingem olhar para o mais longe de si mesmos, mas de maneira baixa, rastejando, eles se aproximam deste longínquo prometedor [no que eles são como os metafísicos que vêm, bem acima do mundo, um além apenas para prometé-lo a si mesmos como recompensa]. A história

‘efetiva’, em contrapartida, lança seus olhares ao que está mais próximo: o corpo, o sistema nervoso, os alimentos e a digestão, as energias; ela perscruta as decadências; e se afronta outras épocas é com a suspeita – não rancorosa, mas alegre – de uma agitação bárbara e inconfessável. Ela não teme olhar embaixo. Mas olha do alto, mergulhando para apreender as perspectivas, desdobrar as disposições e as diferenças, deixar a cada coisa sua medida e sua intensidade. (...) a história efetiva olha para o mais próximo, mas para dele se separar bruscamente e se apoderar a distância[31].

Essas duas perspectivas são as perspectivas avaliadoras da ovelha e da ave de rapina que Nietzsche traz no §13 da *Genealogia da moral* para traçar historicamente os dois tipos de moral que há no mundo – a do nobre e a do ressentido; a do senhor e a do escravo; a dos fortes e a dos fracos. Neste aforismo as ovelhas dizem umas às outras: *essas aves de rapina são más; e quem for o menos possível ave de rapina, e sim o seu oposto, ovelha - este não deveria ser bom?* E nesse mesmo momento, as aves de rapina que sobrevoam o rebanho, com zombaria comentam entre si: *nós nada temos contra essas boas ovelhas, pelo contrário, nós as amamos: nada mais delicioso do que uma tenra ovelhinha[32].*

É justo destacar que o termo moral, grosso modo, não é tido aqui como um conjunto de normas e regras, mas sim como perspectiva avaliativa. Assim temos que a moral da ave de rapina (dos nobres, dos senhores, dos fortes) é constituída a partir do critério de bom, que atribui a ela mesma. Somente muito depois, com desdém, cria o seu contraste – o ruim – e o atribui àqueles que não conferem condições de combate, àqueles que são incapazes de lutar, que não têm condições de ser um honrado inimigo.

Retomando as questões sobre filosofia e história, a perspectiva nobre é a perspectiva do historiador efetivo e também esclarece o que Nietzsche disse a respeito de *honrar no amigo o inimigo*. O inimigo/amigo é o obstáculo que se transfigura em estímulo, pois se presta ao confronto e por isso é digno de estar na mesma casta, ou melhor, fazer parte da mesma tipologia nobre de ser humano. É justo destacar, à luz de Scarlet Marton[33], que quando Nietzsche enaltece os nobres tem em mente a aristocracia guerreira dos tempos homéricos, junto a personagens como Heitor, Aquiles, Agamemnon e Patroclos. Não é a nobreza como classe social que ele se refere.

Por outro lado, a moral das ovelhas ou do rebanho (dos ressentidos, dos escravos, dos fracos) constitui-se a partir da criação do critério de mau, que atribui aos fortes. E, em contrapartida, adotam para si o critério de bom. Essa é a perspectiva avaliativa do historiador tradicional.

Temos em mãos um primeiro momento do que Nietzsche chamou de *procedimento genealógico*, que consiste justamente em questionar o valor dos valores: a perspectiva valorativa e a realidade política, econômica e social sob a qual o valor foi criado. Afinal, resta claro, que o *bom* da moral do nobre não é o mesmo *bom* da moral do ressentido, pois o bom da moral deste último surgiu de um movimento de reação, negação e oposição. O *bom* do historiador tradicional visa a continuidade e o *bom* do historiador efetivo visa o acontecimento. O *bom* da perspectiva nobre do filósofo é criar conceitos, enquanto que o *bom* da moral dos filósofos ressentidos é resgatar e refletir sobre velhos conceitos.

Como somos todos *gente de bem* é justo que não nos precipitemos em tender para uma ou outra perspectiva avaliativa. Assim nos perguntamos: a moral do nobre é melhor que a do ressentido? A moral do senhor é melhor que a do escravo? A perspectiva da história efetiva é melhor que a perspectiva tradicional?

Tais perguntas são extremamente capciosas e ardilosas, visto que já têm origem na alegação de que *somos gente de bem*. Opa! Nós quem cara pálida? Esse *bem* é o bem da perspectiva do senhor ou do escravo? Quando optamos por dizer que uma moral é melhor que a outra, esse *melhor* é o da perspectiva avaliativa nobre ou ressentida? Se houver resposta iremos novamente perguntar: quem avaliou se é o *bem* da perspectiva do senhor ou do escravo, um nobre ou um ressentido? E assim continuaremos avaliando e questionando infinitamente de acordo com os nossos valores ou os valores do nosso tempo, do espírito do nosso tempo. Como sair desse ciclo vicioso e tendencioso?

Nietzsche encontrou a saída junto de um valor que não poder ser avaliado por nenhum ser vivo, pois é parte interessada; e nem por um morto, por outros motivos. O valor a que Nietzsche se refere é a vida. E para ele vida é vontade de poder, vontade de potência que se desdobra e atua no intuito de se conservar e se superar. É um eterno expandir que não se faz privilégio e exclusividade do ser humano em cada uma de suas microcélulas, mas de todos os seres e coisas do universo.

Por esse prisma, podemos agora recuperar aquelas capciosas e ardilosas questões que fizemos da seguinte forma: a maneira nobre de avaliar contribui para a conservação e a superação (expansão) da vida ou a degradação da mesma? A perspectiva avaliativa do escravo contribui para a conservação e a superação (expansão) da vida ou o definhamento desta?

*Juízos, juízos de valor sobre a vida, pró ou contra, nunca podem, em definitivo, ser verdadeiros: só têm valor como sintomas, só como sintomas entram em consideração – em si tais juízos são estupidezes. É preciso estender os dedos, completamente, nessa direção e fazer o ensaio de captar essa assombrosa **finesse** – **de que o valor da vida não pode ser avaliado**. Por um vivente não, porque este é parte interessada, e até mesmo objeto de litígio, e não juiz; por um morto não, por uma outra razão[34].*

FACES DO PODER

A vontade de poder está em tudo. A vida é sua maior manifestação que transpassa todos os seres e coisas em um plano transcendental permitindo para estes a singela captura de um lampejo de seu fluxo em suas produções e modos de ser e estar no mundo.

A plenitude da vida não pode ser captada, não delegando assim, um sentido pronto e acabado de si que poderia dirigir toda existência no planeta Terra. É a partir dos fragmentos da vida que o ser humano se constitui. Atribuir valor, sentido, significado, direcionamento à vida foi a estratégia de dominação mais utilizada pelos

seres humanos ao longo dos tempos. Vejamos um pouco desse processo na obra de Foucault.

No volume 1 da *História da sexualidade*[35], Foucault nos traz que durante todo o absolutismo monárquico a vida do súdito era um direito do soberano, que através do confisco e do suplício exercia o seu poder através de um mecanismo de *fazer morrer e deixar viver*[36] em que os corpos e as posses dos súditos eram supliciados ou confiscados a partir do momento que afiguravam-se como ameaça ao território ou às leis do monarca.

No início da Modernidade, junto das políticas de Estado, Foucault indica uma forma diferente à do soberano de exercer o poder, marcada agora pela estratégia de *fazer viver e deixar morrer*[37], tendo a vida como um elemento que pode ser administrado, atuando em prol de extrair cada vez mais a força dos corpos aumentando sua funcionalidade nas tarefas que lhes foram designadas. A esta estratégia Foucault chamou de *Biopoder*. A vida agora é o objeto do poder. Produzi-la e administrá-la é o seu intento.

Para Foucault o poder não é nada mais que uma forma de relação entre as pessoas e as coisas. O que põe o poder em evidência é o fato de que através destas relações *alguns homens podem mais ou menos determinar inteiramente a conduta de outros homens*[38]. O biopoder apresenta duas maneiras distintas, mas complementares de atuação: uma ocorreria por meio do sequestro da corporeidade do sujeito, ou seja, uma disciplinarização visando sua utilidade e docilidade; e outra que visaria a administração da população, ou seja, as biopolíticas de saúde, educação, alimentação, natalidade, longevidade etc.

A disciplina e a biopolítica figuram junto do cenário jurídico de soberania do século XV ao final do século XVII, momento em que alguns fatores de instabilidade tais como *a expansão demográfica, a abundância monetária resultada da incursão dos metais preciosos das colônias e o aumento da produção agrária*[39] começaram a aparecer.

Em meados do início do século XVIII uma nova forma de administração e produção da vida começa a vigorar a fim de *aprender a rede de relações contínuas e múltiplas entre a população, o território, a riqueza etc*[40]. Uma ciência política que incita uma nova técnica de governo que iria intervir, através de *instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas*[41], no campo da economia e da população. Essa ciência é a *economia política*, o modo de governo é do Estado Moderno – liberal.

No estudo do Liberalismo, Foucault encontra um Estado que não poderia existir para servir a si mesmo, ser seu próprio fim. A partir deste entendimento foi criado a sociedade civil, como justificativa e objeto qual o Estado deveria servir.

A sociedade civil nasce diante do pressuposto que o Estado governa em demasia. Essa desconfiança fez com que surgisse a idéia de que os partícipes da sociedade fossem naturalmente materialistas e individualistas, e, por si sós, encontrariam formas de satisfazer suas necessidades, aumentar suas riquezas e trazer harmonia para a sociedade civil, expondo assim, que o Estado é algo dispensável.

A crise de 1929 deflagrou esse engano do Liberalismo Clássico – o ser humano não é materialista e individualista por natureza. Eis que então surge a política neoliberal com a perspectiva de criar tais características nos indivíduos, através de seus *dispositivos de segurança*, disseminando seu ideário para além da esfera econômica nos mais remotos lugares da sociedade e recônditos da psique e do corpo humano.

A vida na contemporaneidade é produzida e administrada pelos governos através das biopolíticas que criam realidades e liberdades (de consumo) por meio das vendas de *estilos de vida*, que carregam consigo necessidades fisiológicas e uma gama de produtos friamente elaborados por meio de uma *razão instrumental*.

A *obsolescência programada* de tais produtos, estilos de vida e realidades imprime no sujeito simultaneamente um imenso vazio e uma incapacidade de afetar-se, de sentir e (re)agir criativamente que, nos termos de Boaventura de Souza Santos, seria a *razão inerte*, por um lado; e, uma sensação feliz de liberdade que lhe traria a vivência de uma plenitude opaca que, para o mesmo autor, seria uma razão displicente. Tais razões objetivariam a produção de um sujeito que consuma e se aliene de suas materializações e da própria vida cada vez mais.

O DIREITO E FENÔMENO JURÍDICO NA EXPERIÊNCIA HUMANA DA CONTEMPORANEIDADE

Se a patologia característica dos tempos da escrita de *Mal estar na civilização* por Freud era a neurose, a dos tempos atuais é a paranóia. Excessos de determinismos e indeterminismos constituem o solo por onde o ser humano caminha. Medos e incertezas constituem o ar que ele respira. Tal como disse Hebert Vianna[42]: *Eu vivo sem saber até quando ainda estou vivo. Sem saber o limite do perigo. Eu não sei de onde vem o tiro.*

O Direito e o fenômeno jurídico na perspectiva neoliberal manteria sua atuação disciplinar no auxílio do sequestro dos corpos a fim de enquadrá-los em uma *norma*, mas estaria também atento aos acontecimentos (manifestações de ruptura e criatividade) imanentes à população – agora não apenas para reprimi-los *a priori* como descumpridores da norma, mas para tomá-los nos termos de sua administração. Destarte, auxiliaria as biopolíticas na constituição da **normalidade** – do que é tido como normal aos olhos da economia política. O Direito estaria à serviço da limitação da experiência humana, da instituição das malhas da *normalidade* e da cooptação dos acontecimentos que, por muito, podem ser tomados como o maior poder de um sujeito – o poder de criação.

Não é difícil encontrar operadores e pensadores do Direito que bradem fortemente que o Direito separou-se da justiça. Míope perspectiva. Através de nosso ofício junto desse humilde instrumento, da degradante condição da experiência humana nesse início de século e diante das leituras que aqui trouxemos, podemos dizer sem medo que o Direito se desvencilhou da vida! – como conservação e superação. Que Direito, que fenômeno jurídico é esse que diz *nós*, que diz *todos os seres humanos*[43] mas não representa os pobres, os índios, as crianças, os homossexuais etc.?

A RETOMADA DA VIDA

Diante de nosso percurso e considerações aqui trazidas percebe-se que não caberia atribuir um juízo de valor a essa perspectiva neoliberal do Direito e do fenômeno jurídico. Pois, na *finesse* da vida eles não são mais que sintomas dela própria. A tática de *passar um pente fino* em todas suas materializações para apreendê-lo levaria muito tempo para ser concluída e seria deveras incompleta devido à rapidez com que os tentáculos neoliberais se alastram pela sociedade ocidental e suas práticas. Certamente nosso diagnóstico estaria obsoleto e inverossímil aos modos de atravessamentos que tais materializações sofrem como recursos dos biopoderes.

Mas nem por isso ficaremos parados com a cabeça nas nuvens e os pés no chão[44]. Não podemos sucumbir à *razão indolente* achando que não temos recursos para o embate ou nos embriagarmos de uma liberdade pegue-pague e agir de outra maneira a não ser por meio de uma honestidade filosófica que vise retomar e criar acontecimentos. E o maior acontecimento para o Direito na contemporaneidade seria a retomada da vida. Um Direito que não seja suporte para a norma e o normal, mas para a conservação e expansão da vida.

E aqui se retoma a pergunta feita por Nietzsche ao nos falar sobre o amigo: *podés aproximar-te do teu amigo sem passar para o seu bando?* Podemos viver o desassossego da contemporaneidade, junto de tudo aquilo que não favorece e obstrui a vida, e não sermos tragados, consumidos ou cooptados por tais mecanismos e formas de (in)segurança?

Talvez seja possível encontrar respostas mais coerentes com nossas amplas necessidades nesse início de século junto da adoção das perspectivas da ave de rapina, do historiador efetivo, do filósofo criador de novos conceitos, habitando as alturas, o ápice gélido de um penhasco de onde se é possível olhar ao longe, mas sem medo de mergulhar no chão que nos rodeia, naquilo que a maioria das pessoas experienciam e partilham (sentimentos, afetos, valores, condições e modos de pensamento e expressão). Ver, sentir, provar, cheirar, ouvir, se encharcar do que se queira diagnosticar e novamente voltar ao cume. Contudo, cômicos de que não se porta a *Verdade*, e sim, mais uma fagulha daquilo que nos constitui e que nos permite configurar a realidade.

Como dito não é possível um diagnóstico de todas as manifestações do Direito e do fenômeno jurídico na contemporaneidade. Tanto melhor. Afinal poderíamos nos fixar na perspectiva do historiador tradicional – olhar tudo que é tido como grande (notável) à distância, pelo ângulo de visão das rãs. Assim sendo, nos resta olhar o que está próximo de nós. E o mais próximo de nós mesmos, agora falando em singularidade, somos nós – nosso corpo, nossa digestão, nossos valores, nossas estratégias de exercer e se esquivar do poder. Nesse sentido, a proposta foucaultiana é nos tornarmos seres éticos através do *cuidado-de-si*.

O *cuidado-de-si* é a busca da serenidade e da felicidade obtidas por um ser ético e não por um ser moral. É luta, embate, relações de forças com as instituições e valores que querem nos governar. É um constituir-se, é um criar-se, é a perspectiva do escultor de si. E para tanto é preciso que nos conheçamos. Não na perspectiva socrática do

conhece-te a ti mesmo, pois a doura ignorância – *só sei que nada sei* – de nada nos vale se nos separar da experiência, da busca de estar e sentir-se vivo(a). Além do mais, sabe-se bem que a maior arma do poder é a construção da verdade.

A perspectiva daqueles que querem hoje auxiliar o Direito na retomada da vida é a do *TORNA-TE QUEM TU ÉS!* É não desperdiçar a experiência de estar vivo(a). É ter para si a vida como principal valor e referencial de conduta sob o qual se torna ponte, meio ou elo para um novo Direito – muito mais legítimo do que legal –; e para um novo ser humano – muito mais livre, muito mais pleno de vida – que não esteja fechado em si mesmo, mas aberto ao indizível, na eterna busca da vida por conservação e superação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, G. **Homo Sacer** – o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AMBRÓZIO, A. e VASCONCELOS, P. A. C. **Biopoder e cuidado de si no pensamento de Michel Foucault**. 2009. (ainda sem publicação).

BENJAMIN, W. Sobre o conceito de história. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**, 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

DELEUZE, G. **Diferença e repetição**. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 1998.

DELEUZE, G. e GUATTARI, F. **O que é filosofia?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

GONZALES, E.T.Q. **A filosofia do Direito na idade antiga** 1ª ed. Rio Claro: 2005.

_____ **Estudos de filosofia e história do direito**. 1ª ed. Rio Claro: 2005.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 5ª ed. – 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda. 2007.

- _____ **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro. Ed. Nau. 1996.
- _____ **Microfísica do poder**. 24ª ed. Tradução Roberto Machado. São Paulo: Graal.2007.
- _____ Omnes et Singulatim: Uma crítica da razão política. *In*: MOTTA, M. (Org.) 2006 **Estratégia, poder-saber**. Coleção Ditos & Escritos. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.355-385.
- GALLO, S. **Deleuze & a educação**. Coleção pensadores & Educação. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- GIACOIA JUNIOR, W. **Nietzsche**. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2000.
- _____ **Pequeno dicionário de filosofia contemporânea**. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2006.
- MARTON, S. **Nietzsche, filósofo da suspeita**. Palestra proferida no primeiro curso livre de humanidades. São Paulo: Cultura Marcas, 2004.
- NIETZSCHE, F. **A Gaia Ciência**. Tradução, notas e posfácio. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 2001.
- _____ **Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução, notas e posfácio: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 1992.
- _____ **Assim Falou Zaratustra**. Martin Claret. São Paulo: 2005.
- _____ **Crepúsculo dos ídolos ou Como filosofar com o martelo**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SANTOS, B.S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.
- WOLKEMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. Saraiva, 5ª ed. 2005.

[1] De 21 a 25 de maio de 1973 dando origem a obra *A verdade e as formas jurídicas*.

[2] *Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal.*

[3] FOULCULT, M. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau. 1996. p. 8.

[4] GONZALES, E.T.Q. A Filosofia do Direito na Idade Antiga. 1ª Ed. Rio Claro: Obra Prima Editora Ltda. 2005.

[5] Idem. p. 11.

[6] Idem. p. 16.

[7] SANTOS, B.S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência** – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

[8] Ibidem.

[9] Ibidem. (...) *se o futuro é necessário e o que tiver de acontecer acontece independentemente do que fizermos, é preferível não fazer nada, não cuidar de nada e gozar apenas o prazer do momento. Esta razão é indolente porque desiste de pensar perante a necessidade e o fatalismo.*

[10] GONZALES, E.T.Q. A Filosofia do Direito na Idade Antiga. 1ª Ed. Rio Claro: Obra Prima Editora Ltda. 2005. p. 16.

[11] É justo destacar que, por não se tratar do objetivo do presente trabalho e ser assunto de muitas controvérsias, não nos ocuparemos em delimitar e situar este artigo em termos de Modernidade e Pós-Modernidade, deixando assim, por certo, a utilização da palavra contemporaneidade para nos referirmos ao século XXI e as últimas duas décadas do século XX, momento em que alguns historiadores situam, com a queda do muro de Berlim, a passagem de uma época à outra.

[12] DELEUZE, G. e GUATTARI, F. O que é filosofia? Rio de Janeiro: Editora 34, 1992. p. 10.

[13] Idem p. 11.

[14] Nietzsche apud Deleuze e Guattari, 1992. pp. 13-14.

[15] NIETZSCHE, F. A gaia ciência. § 3. Em: Nietzsche – Vida e obra. Obras Incompletas. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda, 1999. p. 175.

[16] GIACÓIA JÚNIOR, O. *Filosofia, vivência e experimento: a vida como experiência do pensar em Friedrich Nietzsche*. Palestra ministrada no espaço cultural CPFL e comercializada pela Cultura Marcas.

[17] DELEUZE, G. e GUATTARI, F. O que é filosofia? Rio de Janeiro: Editora 34, 1992. p. 10.

[18] NIETZSCHE, F. Assim falou Zaratustra. Do amigo. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 56.

[19] Ibidem.

[20] Idem. p. 58.

[21] Ibidem.

[22] Idem. pp. 58-59.

[23] BENJAMIN, W. Sobre o conceito de história. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p.225.

[24] FOUCAULT, M. Microfísica do poder. 24ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

[25] Idem. p. 27.

[26] Idem. pp. 27-28. (grifos nossos).

[27] Idem. p. 28.

[28] GONZALES, 2005. pp. 11-12.

[29] Idem. p. 13. *Portanto, o Direito Ocidental e a idéia de justiça formaram-se a partir dos fundamentos onto-axiológicos e gnosiológicos cunhados pela civilização Antiga, acontecimento que influenciou de forma determinante o mundo Romano e que se prolongou por toda a Idade Média.*

[30] BENJAMIN, 1994. p. 226.

[31] FOUCAULT, 2007. p. 29.

[32] NIETZSCHE, F. Genealogia da moral. §13.

[33] MARTON, S. **Nietzsche, filósofo da suspeita**. Palestra proferida no primeiro curso livre de humanidades. São Paulo: Cultura Marcas, 2004.

[34] NIETZSCHE, F. **Crepúsculo dos ídolos ou Como filosofar com o martelo**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. O problema Sócrates, § 2. p. 373. (grifos nossos)

[35] FOUCAULT, M. História da sexualidade 1 – a vontade de saber. 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

[36] AMBRÓZIO, A. e VASCONCELOS, P. A. C. **Biopoder e cuidado de si no pensamento de Michel Foucault**. 2009. pp. 2-3. (ainda sem publicação).

[37] Ibidem.

[38] FOUCAULT, M. 1981. p.384.

[39] AMBRÓZIO e VASCONCELOS, 2009. p. 8.

[40] FOUCAULT, M. apud AMBRÓZIO e VASCONCELOS, 2009. p. 8.

[41] Ibidem.

[42] VIANNA, H. O calibre. Os paralamas do sucesso. Álbum: *Novo Caminho*, faixa 1. EMI, 2005.

[43] Artigos I e II da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

[44] GESSINGER, H. Infinita Highway. Engenheiros do Hawaii. Acústico MTV, 2004.

AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO MERCADO EUROPEU À LUZ DA TRANSNACIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN DEL MERCADO EUROPEO A LA LUZ DE LA TRANSNACIONALIDAD Y DE LO PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

**Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer**

RESUMO

Muitas são as transformações percebidas pelo Direito no século XXI, mas poucas foram tão intensas e impactantes como as verificadas no âmbito da transnacionalidade, com destaque para o Direito comunitário europeu. O princípio do reconhecimento mútuo assumiu significativo papel na livre circulação de mercadorias da União Europeia, ao determinar que todo produto legalmente fabricado e comercializado em um Estado-membro deve ser admitido no mercado de qualquer outro Estado participante. O acórdão que consagrou a livre circulação de bens no interior comunitário ficou conhecido por Cassis de Dijon. A realização do Mercado Único decorreu de um intrincado processo político-jurídico, no qual o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) foi elemento impulsionador. Posteriormente, na sentença conhecida pela identificação Foies Gras, foi acrescentado um novo e importante capítulo jurisprudencial, ocasião no qual o TJCE consagrou a obrigação de inserir cláusulas de reconhecimento mútuo nas legislações nacionais. Dividido em três partes, a pesquisa tratou sobre a Transnacionalidade e a Livre Circulação de Mercadorias; a formação do Mercado Único e a Cláusula de Reconhecimento Mútuo. O método utilizado foi o indutivo e quanto aos fins, tratou-se de análise exploratória e explicativa, pois além da novidade do tema nos estudos brasileiros, buscou-se avaliar de forma crítica a formação do mercado europeu.

PALAVRAS-CHAVES: TRANSNACIONALIDADE, MERCADO EUROPEU, PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO.

RESUMEN

Muchas son las transformaciones percibidas por el Derecho en el siglo XXI, pero pocas fueron tan intensas e impactantes como las verificadas en el ámbito de la transnacionalidad, con destaque para el Derecho comunitario europeo. El principio del reconocimiento mutuo asumió significativo papel en la libre circulación de mercancías en la Unión Europea, al determinar que todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado-parte debe ser admitido en el mercado de cualquier otro Estado partícipe. El fallo que consagró la libre circulación de bienes en el interior

comunitário pasó a ser conhecido por Cassis de Dijon. La efectivación del Mercado Único advino de un intrincado proceso político-jurídico, en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) fue elemento impulsante. Posteriormente, en la decisión judicial conocida por la identificación Foies Gras, se agregó un nuevo y importante capítulo de la jurisprudencia, momento en que el TJCE consagró la obligatoriedad de inserción de cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales. Dividida en tres partes, la investigación trató sobre la Transnacionalidad e la Libre Circulación de Mercancías, la formación del Mercado Único y la Cláusula de Reconocimiento Mutuo. El método utilizado fue inductivo y con relación a sus objetivos, se trató de análisis exploratorio y explicativo, puesto que además de la novedad de la temática en los estudios brasileños, se buscó avaluar de forma crítica la formación del mercado europeo.

PALAVRAS-CLAVE: TRANSNACIONALIDAD, MERCADO EUROPEO, PRINCÍPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO. INTRODUÇÃO

Introdução

Muitas são as transformações percebidas pelo Direito no século XXI, mas poucas foram tão intensas e impactantes como as verificadas no âmbito da transnacionalidade, com destaque às engendradas no Direito comunitário europeu à luz do princípio do reconhecimento mútuo. As novas fórmulas normativas da integração do Velho Continente, a exemplo da força principiológica jurisprudencial, exigem método inovador ao emergente pensar jurídico.

Com base nesse pressuposto, a base teórica para a referida análise centra-se sobre o chamado princípio do reconhecimento mútuo, especialmente quanto à importância da livre circulação de mercadorias no âmbito da União Européia e do fenômeno da transnacionalidade. Para tanto, descreveu-se o contexto transnacional e fez-se breve avaliação sobre as causas que motivaram o surgimento desse princípio, a importância do ativismo judicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e a consolidação do reconhecimento mútuo, enquanto cláusula de inserção obrigatória nas legislações nacionais.

A livre circulação de mercadorias na União Européia é o resultado de um intrincado processo político-jurídico, que trouxe respostas inéditas aos desafios que espreitavam a formação do bloco regional[1], motivo para detida reflexão sobre as transformações do mundo contemporâneo e sua relação com o Direito. A base jurídica fundadora a propiciar um irrestrito trânsito de bens concentra-se no texto do Tratado da Comunidade Européia[2], especialmente nos artigos 23 a 31, CE.[3] Do ponto de vista político, a delimitação de competências resulta dos artigos 2º e 3º, CE, concernentes aos objetivos e aos meios que o bloco busca almejar.

A partir dessas grandes diretrizes, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) iniciou uma intensa atividade de política jurisprudencial, não somente buscando resolver as lides que lhe eram submetidas, porém, criando um corpo de regras capaz de

desmantelar as fronteiras internas e favorecer a conquista de um mercado único. A atuação do TJCE na qualidade de irradiador de fontes normativas diretas e imediatas, inclusive de *status* principiológico (realidade absolutamente inédita no Direito), traz à tona as transformações significativas que o Direito sofre no alvorecer do século XXI.

Nesse ponto, cabe salientar a capacidade criativa da jurisprudência comunitária, na qualidade de fonte direta e imediata de Direito[4], uma vez que os acórdãos oriundos do TJCE não se localizam na base do ordenamento jurídico, com mínima força normativa ou restritos às soluções pontuais das lides cotidianas. Desde o início da construção comunitária, à Corte coube um papel singular, responsável pelo “respeito do Direito na interpretação e aplicação do [...] Tratado”[5].

Relativamente à formação da importante fase denominada ‘Mercado Único para 1993’, os acórdãos deveriam possuir função estratégica, vale dizer, capazes de articular os diversos ordenamentos existentes. Sob tal vertente, o Advogado-Geral, Marco Darmon, no caso *The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, Ex Parte Association of Pharmaceutical Importers* destacou que a “jurisprudência do Tribunal relativamente à livre circulação de mercadorias dá testemunho da sua determinação em realizar os objetivos da integração neste domínio”[6]. Com efeito, o Direito comunitário caracteriza-se pela dinamicidade de suas propostas e ações, tendo se afastado da paralisia da codificação. A ação legislativa encetada pela Comissão e pelo Conselho, aliada à produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, demonstrou ser uma valiosa combinação para levar adiante o projeto integracionista.

O método utilizado nessa investigação foi o indutivo, com base nas decisões históricas do TJCE, destacando-se as décadas de 70 e 80, momento de produção jurisprudencial mais intensa e período no qual a supranacionalidade obtinha consolidação. Quanto aos fins, tratou-se de análise exploratória e explicativa, pois além da novidade temática nos estudos brasileiros, carente de obras que retratem a formação da livre circulação de mercadorias com lastro nos processos comunitários, buscou-se avaliar de forma crítica a formação do mercado europeu e suas respectivas transformações jurídicas.

1 Transnacionalidade e União Européia: expoentes das transformações jurídicas contemporâneas

O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania[7] e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. A integração econômica, e mais especialmente a União Européia, teve início quando os desafios em escala mundial não podiam ser resolvidos no espaço nacional, desencadeando um sistema mais amplo, através (trans) das fronteiras nacionais. Para tanto, o modelo internacional era insuficiente com vista às exigências econômicas mundiais.[8]

A dinâmica ‘através-fronteiras’ gerou, contudo, um terceiro espaço jurídico acima da soberania dos Estados: o espaço comunitário. Esse ambiente não representava a justaposição simples das unidades estatais, mas um novo território: a) livre para o relacionamento comercial interno; b) apartado da legislação monopolista do Estado; c) atento às necessidades da economia mundial. A expressão transfronteiriça é uma constante nos estudos comunitários e está refletida em várias iniciativas comunitárias, como no caso da Cooperação territorial transfronteiriça entre Estados europeus[9]; no programa de Serviços Europeus de Emprego (EURES) [10], nas Fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada[11], no âmbito do Programa Phare[12], entre outros.

No contexto europeu, a teoria da integração econômica ganhou novas vestes e um ritmo intenso, acelerado pelas mudanças no contexto mundial. A reestruturação vivida durante o período do pós-guerra exigia dos Estados-membros uma solidariedade difícil de incentivar, à luz dos acontecimentos que tinham marcado os conflitos armados, mas que era necessária para o desenvolvimento econômico. Joseph Weiler entende que existia uma teoria econômica de livre comércio, de igualdade de oportunidades e de tudo o mais que informava o mercado comum, porém, “os elementos de solidariedade econômica transnacional formavam parte, indiscutivelmente, do discurso da época e do próprio Tratado. Esta solidariedade é o elemento que apelava ao melhor de si. Supunha o controle do demoníaco no âmbito econômico estatal.”[13]

Precisava-se ressaltar que os Estados, individualmente, dificilmente conseguiriam progredir sozinhos. Os desafios eram de variadas ordens e as perspectivas futuras exigiam um novo modelo de organização política. Afinal, acima de tudo, para alçar as conquistas econômicas, era preciso “imaginar a paz”[14], segundo uma nova forma de organização econômico-comercial. O regionalismo contemporâneo[15] compõe uma das faces de um fenômeno mais amplo da emergente sociedade transnacional. A doutrina da integração econômica norteia a sustentação teórica dessa complexa movimentação dos Estados na tentativa de minimizar perdas de poder. Era preciso relativizar a soberania através da supranacionalidade.[16]

O fenômeno da integração regional econômica, destarte, pode ser visto como uma estratégia entre Estados soberanos, com vista à reorganização econômica recíproca perante os desafios impostos pelo fenômeno da globalização, ou seja, um “esforço conjugado dos Estados, visando criar espaços para mais eficiente atuação em contexto mundial globalizado.” [17] Trata-se de um processo global, gerado pelo movimento geral do capital.

O constante refazer conceitual (de modo a entender o contexto do processo econômico internacional, do fenômeno global e do papel estatal), visando ao enquadramento do fenômeno do regionalismo, realça toda a complexidade de que se reveste o processo. Mais do que simplesmente justapor as várias partes, a integração econômica regional precisou responder aos desafios trazidos pelo fenômeno global, através de uma fórmula inédita para questões não menos originais. “Com imaginação e força criadora, estadistas e juristas associaram-se para desenhar marcos jurídicos e institucionais funcionais com vista às exigências de agora.” [18]

E, mesmo no espaço comunitário ou, talvez, especialmente nele, é que comércio assume as vestes de comando do processo, sem ele não teria se ousado a sucumbência da

Constituição para privilegiar a legislação comunitária. É preciso entender, frise-se, que o Direito ia a reboque da economia, motivo pelo qual sucumbiu às mutações que lhe foram exigidas, a ponto de não se identificar com o Direito internacional ou nacional. O Direito comunitário é, portanto, o falso de uma transnacionalidade em espectro regional.

As distintas características da ordem jurídica comunitária que preencheram o conceito de poder normativo fizeram frente à “exaustão paradigmática” [19] dos principais modelos teóricos e analíticos do Direito, tal a intensidade do impacto gerado pelas transformações de um mundo globalizado, notadamente em seus esquemas conceituais, em seus pressupostos epistemológicos, em seus métodos e em seus procedimentos judiciais.

A dinâmica da integração comunitária, permissiva de efetivo e irrestrito trânsito de bens, revestiu-se de complexidade que era consentânea do seu tempo. Não por acaso, na continuidade das propostas contidas no Livro Branco (1985), no Tratado do Ato Único Europeu (1986) e no Relatório Cecchini (1986), o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias teve que iniciar intrincada atividade jurisprudencial. A ação judicial da Corte propiciou rica construção do Direito comunitário e a possibilidade de fazer com que as mercadorias trafegassem com a máxima liberdade possível, dentro de um espaço único, através da transnacionalidade das fronteiras. Com base numa ordem jurídica assente sobre os pilares do poder normativo, foi estimulado um espaço de convicção a respeito da viabilidade de concretizar a livre circulação de mercadorias. O comércio também pode ser qualificado como o epítome da integração ao viabilizar o mercado único, condição indispensável para as demais conquistas comunitárias que vieram na continuidade.

A possibilidade de o projeto comunitário naufragar, caso a livre circulação de bens não se tornasse concreta, foi visível ao longo da evolução do mercado único. Na década de 80, quando a consolidação do mercado único dava sinais de estagnação e apesar dos Estados-membros comprometerem-se a concluir um mercado interno sem barreiras (até 1992), os esforços não podiam ser quantificados com precisão. Por mais que a jurisprudência estivesse contribuindo para o proressivo avanço do comércio intra-comunitário, a persistência das distintas disposições técnicas, que decorriam de legislações comerciais divergentes, insistiam em fragmentar o espírito da integração.

A partir de tais considerações, não se pode conceber “a UE apenas negativamente, como não-Estado nacional, e sim como experiência de um novo tipo de Estado, especificamente, um Estado transnacional, regulador e cooperativo.”[20] O livre trânsito de bens teve significativa importância na formação do maior bloco regional que se tem conhecimento, sendo certo que a permeabilidade da fronteira estatal decorrente da globalização teve, no comércio, seu pilar de sustentação.

Nesse sentido, a livre circulação de mercadorias representa a mais importante das quatro liberdades de integração, pois forma o chamado ‘núcleo duro’ de um bloco econômico. A partir da consagração de um irrestrito trânsito de bens, podem erguer-se outras conquistas (liberdades de serviço, pessoas e capitais) com mais facilidade. Desde o surgimento da Comunidade Europeia (1957), havia um forte propósito nesse sentido e, mesmo antes, com o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão do Aço (1951), a liberdade de mercadorias representava um forte anseio.

O almejado mercado único aparece, assim, como um grande espaço integrado, comum aos Estados-membros participantes do processo de integração, no qual as pessoas e os agentes econômicos devem atuar livremente, gozando da possibilidade de compra e venda sem qualquer espécie de restrição, sendo que na Europa comunitária havia sido estabelecido um calendário progressivo de doze anos (divididos em três fases de quatro anos cada uma) para a eliminação interna dos direitos aduaneiros (prazo final para 31 de dezembro de 1969). Em 1º de julho de 1968, ou seja, dezoito meses antes do previsto, a pauta comum era aplicada em todas as fronteiras internas da Comunidade. Desde então, os direitos aduaneiros deixaram de representar um obstáculo às trocas intracomunitárias. Na prática, porém, a Europa verificou uma série de imposições lançadas pelos Estados-membros que, de alguma forma, buscavam proteger os mercados nacionais.

Dessa forma, o êxito obtido em relação às medidas aduaneiras não representou o imediato afastamento das barreiras não-aduaneiras. Pelo contrário, impedidos de impor objeções de cunho fiscal sobre as mercadorias importadas, os Estados-membros tornaram ainda mais elaborados os obstáculos técnicos. Restava afastada, portanto, a concepção calcada na idéia de que o alcance da união aduaneira pudesse desencadear um mecanismo automático rumo a uma etapa mais evoluída de integração. Embora objetivos audaciosos continuassem a ser acalentados, emergia a consciência sobre a necessidade de novas iniciativas que pudessem levar a proposta integracionista adiante. Sob tal ímpeto, nas instituições comunitárias também emergia uma crescente responsabilidade rumo à realização de um mercado único.

Sob tal espírito, envolveu-se o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. A co-responsabilidade em propiciar o desejado avanço comercial da União Européia mobilizou a Corte em um intenso ativismo, inclusive inovando o Direito. As lides submetidas à apreciação judicial não eram compreendidas como mero objeto de solução, mas possuíam os contornos de uma lição de Direito comunitário. Entre os acórdãos que marcaram o intenso labor do Tribunal e consagraram a livre circulação de mercadorias no interior comunitário, destacou-se a decisão conhecida por *Cassis de Dijon*.

2 A jurisprudência como fator jurídico-estratégico para realização do mercado único

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias pode ser considerado o grande impulsionador do mercado europeu. O processo de livre circulação de mercadorias da União Européia foi muito além da tradicional formação jurídica do Direito internacional público clássico, pois entre as sutilezas que caracterizam o processo comunitário, destacam-se também as decisões dessa Corte, na qualidade de fonte direta e imediata de Direito no seio comunitário. Como pressuposto para análise jurisprudencial comunitária, é preciso frisar que os acórdãos não refletem somente respostas às lides, como tradicionalmente se conhece. A jurisprudência comunitária caracteriza-se pela criação jurídica dos magistrados, inclusive de caráter principiológico (a exemplo do princípio do reconhecimento mútuo).

Entre os princípios que relatam a história da construção comunitária, destaque-se o princípio da primazia, decorrente do processo Costa/Enel[21]. Nessa demanda, considerada um clássico dos processos comunitários, a Corte entendeu o Direito comunitário como “ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais.”[22] O princípio da primazia possui natureza exclusivamente pretoriana, uma vez que em nenhuma parte do Tratado encontra-se disposição semelhante.[23] Cumpre frisar que o TJCE e seus procedimentos não devem ser confundidos com os Tribunais ocidentais, as “decisões comunitárias possuem função estratégica, à medida que articulam diversos segmentos de natureza política, jurídica e econômica, sob o rumo da integração.”[24]

As razões que levaram a Comunidade Européia a um complexo processo de juridificação são complexas. Segundo Yves Dezalay e David Trubek, “a mais importante, talvez, é que foi provado ser mais fácil criar a Comunidade, através do Direito, que da política.”[25] O TJCE empenhou-se decisivamente na realização dos grandes objetivos da integração, especialmente para promover a livre circulação de mercadorias. Disso, decorreu uma interpretação impregnada pela teleologia, pelo efeito útil dos Tratados e pelo caráter sistemático da avaliação das lides. Assim, do funcionamento jurisdicional, dos instrumentos processuais utilizados, da competência conferida à Corte e da interpretação utilizada pelos magistrados[26] decorreram os auspiciosos resultados que consagraram o mercado único.

A estrutura judicial comunitária teve que repensar a lógica jurídica entre países soberanos, pois era preciso fornecer resposta aos desafios que o Direito internacional público jamais tinha respondido. O funcionamento da Corte tinha que estar relacionado ao modelo de integração proposto pela Europa e poderia utilizar, exclusivamente, o poder do Direito. Aos juízes, atribuía-se a tarefa de interpretar e aplicar a legislação comum, assegurando o respeito às disposições comunitárias e aos sujeitos envolvidos, sem enveredar para o autoritarismo.

Uma avaliação das conquistas jurisprudenciais, especialmente no âmbito da livre circulação de mercadorias, precisa levar em conta as peculiaridades do ativismo do Tribunal, pois, também pela primeira vez, no âmbito de um grupo de Estados, o “juiz foi colocado em condição para desempenhar seu papel jurisdicional, na qual pudesse superar não somente as limitações decorrentes do Direito material ou processual, mas também os fatores políticos que colocassem em jogo os interesses nacionais”.[27] Em virtude da atividade jurisdicional arrojada, especialmente através dos usos dos precedentes, e orientada à efetivação do Direito comunitário, a Corte pode ser tida como um dos principais fatores que contribuíram para a integração. “Na verdade, é possível afirmar, sem temor de cometer uma falta, que o Direito comunitário é, em grande parte, um produto jurisprudencial.”[28]

No intuito de lançar luz sobre essa atípica estrutura judicial e transformada fórmula jurídica, é preciso lembrar que o desenvolvimento da Corte ocorreu a partir de padrões existentes tanto na escola romano-germânica quanto na vertente do Direito inglês. Dessa maneira, a produção judicial não se limita à aplicação do Direito comunitário consubstanciado nas diversas regulamentações existentes. Antes, serve-se de um sistema baseado em precedentes, servindo os acórdãos proferidos como lições de Direito. Cotidianamente, a ordem normativa comunitária é complementada com novas

decisões, muitas vezes revendo questões já emitidas.[29] Em que medida houve uma invasão de competências da Corte permanece uma questão em aberto, mas “foi evidente o destaque conquistado pelo TJCE, a ponto de a unificação europeia chegar a ser designada, por alguns autores, como um caso de ‘governo dos juizes’.”[30]

Aspectos como o método finalista de interpretação, a doutrina do efeito direto e a uniformidade, no seu conjunto, revelaram-se fundamentais para levar adiante o princípio da livre circulação de mercadorias. Desconhecer o papel da jurisprudência nesse intento pode comprometer qualquer iniciativa na avaliação dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Na ótica de Francisco Lucas Pires, o Direito comunitário “tem, de resto, algo de ‘pós-moderno’. Além de combinar elementos dos sistemas concorrentes de ‘*common law*’ e ‘romano germânico’, através de técnicas de harmonização e reconhecimento mútuo, pode, pois, considerar-se intrinsecamente pluralista”. [31] Em virtude da concatenação entre normas e fatos, no qual o Direito é fator e critério da integração econômica, tendo a jurisprudência como elemento mutante frente à dinamicidade do cotidiano, emerge a afirmação de Augusto Rogério Leitão, que se trata, antes de tudo, de “política-jurisprudencial”. [32]

Sob tais aspectos, não se pode esquecer que “o TJCE cumpre uma função essencial no seio da Comunidade: cimenta a ordem jurídica comunitária e constrói, provocando algumas indignações, com uma jurisprudência por vezes audaciosa, tendente para o objetivo da supranacionalidade.”[33] As conseqüências que decorreram dessa reformulação político-jurídica fez com que a Corte afastasse uma série de barreiras ao comércio, além de consolidar o princípio do reconhecimento mútuo como um princípio de Direito comunitário.

3 O Princípio do Reconhecimento Mútuo: um Princípio Fundamental

No período histórico dos anos setenta, a Comissão encontrava dificuldade para harmonizar as múltiplas legislações dos Estados-membros através de Diretivas. Afinal, coexistiam distintas regulamentações sobre o mesmo território comunitário que, não raras vezes, desempenhavam papel protecionista dos mercados nacionais. Havia necessidade, portanto, de erigir uma estratégia político-jurídica que fosse capaz de desfazer as barreiras nacionais.

Nesse ambiente caracterizado pela imposição de obstáculos e pela diversidade normativa dos Estados-membros emergiu o princípio do reconhecimento mútuo. Em decorrência da importância desempenhada na consolidação de um irrestrito trânsito de bens, cumpre lembrar o marco histórico que motivou essa demanda.

Em setembro de 1976, a empresa Rewe solicitou ao monopólio federal do álcool alemão uma autorização para importar da França um lote de um famoso licor, designado Cassis de Dijon. Inicialmente, foi informado à empresa sobre a impossibilidade de realizar a importação, pois na Alemanha restava proibida a venda de licores daquela categoria, ou seja, com teor alcoólico entre 15% e 20%. Nos moldes de uma lei federal germânica, a comercialização dos licores destinados ao consumo humano era autorizada, somente se

contivessem um teor não inferior a 32%, pois havia um entendimento de que tal bebida, com baixa graduação alcoólica, poderia causar dependência, resultando prejuízo à saúde. Finalmente, lembrava o governo alemão “que face à inexistência de uma regulamentação comum de produção e comercialização do álcool [...] compete aos Estados-membros regulamentar, cada um seu território, tudo o que diga respeito à produção e comercialização do álcool e bebidas alcoólicas.”[34] No modo de ver da empresa Rewe, o posicionamento alemão violava o Tratado da Comunidade Européia, especialmente o artigo 30, TCE (atual artigo 28, CE).[35]

Em síntese[36], de um lado, havia a alegação de incompatibilidade entre a legislação de um Estado-membro e o artigo 30, TCE; e, de outro, a tese que sustentava a competência do governo germânico para estipular limites às bebidas alcoólicas, *maxime* porque se tratava de uma medida não discriminatória (aplicável também às bebidas alemãs), restando ausente a intenção de dificultar o trânsito de bens. No intuito de solucionar o conflito, foi invocado o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

A Corte, com seu ativismo, não somente trouxe a solução ao dilema, como erigiu um princípio basilar ao futuro da liberdade de mercadorias na Europa: o princípio do reconhecimento mútuo. Dito de outro modo, cumpria gerar uma atração gravitacional para o centro integracionista, como forma de combater a tendência dos Estados-membros em buscarem proteger os mercados nacionais. Afinal, a diversidade dos comportamentos individuais arriscava fazer ruir o bloco, caso não se implementasse um instrumento com sinergia para articular a diversidade normativa. Por um longo período, não se deixaram dúvidas nesse sentido, à medida que processos semelhantes foram decididos nesse mesmo sentido.[37]

De acordo com o TJCE, disposições regulamentares como as existentes na Alemanha não prosseguiram “uma finalidade de interesse geral suscetível de primar sobre as exigências de livre circulação das mercadorias, que faz parte das regras fundamentais da Comunidade”[38]. Dito de outro modo, a circunstância apresentada pelo Estado-membro em causa não era hábil suficiente para superar o anseio maior consubstanciado no irrestrito trânsito de bens. O entendimento pretoriano descansava sobre a premissa de que “a exigência unilateral, imposta pela regulamentação de um Estado-membro, de um teor em álcool mínimo para a comercialização de bebidas alcoólicas constitui um obstáculo às trocas comerciais incompatível com as disposições do artigo 30, do Tratado.”[39]

O Advogado-geral, Francesco Capotorti, trilhou caminho semelhante e consignou que “seria erro óbvio sustentar que os Estados-membros têm plena liberdade para fixar as condições de comercialização que se traduzam na exigência de determinada composição das mercadorias – e que o Direito comunitário estaria, neste domínio, absolutamente excluído.”[40] Com efeito, tanto no entendimento da Corte quanto do Advogado-Geral, a graduação alcoólica de uma bebida representava uma perigosa barreira e poderia arriscar o bom funcionamento do mercado intracomunitário.

Apesar das razões aparentemente singelas, o acórdão Cassis de Dijon teve repercussão de tal magnitude, que a Comissão recorreu a um procedimento pouco usual, publicando uma Comunicação relativa às conseqüências dessa decisão.[41] Nessa ocasião, consignou uma proposta fundamental que sintetiza o princípio do reconhecimento

mútuo: todo produto legalmente fabricado e comercializado em um Estado-membro deve ser, em princípio, admitido no mercado de qualquer outro Estado-membro.

A Corte tinha fornecido um princípio basilar para fazer progredir o mercado único. Por um lado, o princípio do reconhecimento adquiria característica harmonizadora das legislações nacionais, funcionando como mecanismo automático de conversão das disparidades normativas internas. Com isso, os Estados-membros deveriam não somente se abster de tomar alguma medida (obrigação de não fazer), mas acatar o ordenamento dos outros Estados-membros (obrigação de fazer). Por outro lado, a harmonização normativa, especialmente através de Diretivas, ficaria reservada para situações mais complexas, nas quais persistissem os entraves comerciais.

Sob a ótica de Monica Guzmán Zapater, o reconhecimento mútuo encaixava-se no movimento dos ventos neoliberais, sua “criação teórica, suas vantagens e inconvenientes a médio e longo prazo, para as economias ocidentais e para as novas economias emergentes, e mesmo para os países subdesenvolvidos, era uma das idéias centrais da reflexão econômica.”^[42] Essa preocupação, é preciso destacar, perpassava a Europa da integração e impregnava os instrumentos de Direito comunitário que deveriam dar respostas servientes à lógica e à dinâmica da economia. A idéia de um ‘Mercado Único para 1993’, dessa forma, ganhava força, a exemplo de outras iniciativas, como o Livro Branco (de 1985).^[43]

Na seqüência da jurisprudência *Cassis*, diversas decisões trilharam a lógica do reconhecimento mútuo. Nesse sentido, o caso conhecido como ‘Lei da Pureza da Cerveja’, na qual a Alemanha desejava reservar a denominação genérica ‘cerveja’ somente àquelas elaboradas com base em matérias primas enumeradas em sua legislação, proibindo a comercialização de outras cervejas, caso não estivessem conforme sua determinação.^[44] De modo semelhante, a legislação italiana proibía a comercialização de massas secas, elaboradas com trigo feito desde sêmola de grão médio ou com mistura de sêmola de grão médio e grão duro. Na concepção da legislação italiana a denominação genérica ‘massa’ deveria ficar reservada, exclusivamente, às elaboradas com grão duro.^[45]

Em todas essas decisões, o TJCE repisou os argumentos do acórdão *Cassis de Dijon*, ou seja, “que na ausência de regulamentação comum, os obstáculos à livre circulação, que resultam das disparidades das legislações nacionais relativas à composição dos produtos, devem ser admitidos (...)”^[46] somente se puderem ser justificados como necessários para satisfazer exigências imperativas.^[47] Era visível, destarte, o afastamento dos Estados-membros da competência de legislar e controlar as trocas intracomunitárias. O princípio do reconhecimento mútuo adquiria significado catalisador na construção do mercado único e buscava afastar os Estados-membros de legislar sobre tais assuntos.

Assim, no intuito de evitar a multiregulamentação, o princípio do reconhecimento recíproco converteu-se em exemplar instrumento de política-jurisprudencial.

4 A cláusula de reconhecimento mútuo e o posicionamento pró-ativo do TJCE

Durante cerca de vinte anos, o princípio do reconhecimento mútuo, oriundo da jurisprudência Cassis de Dijon, constituiu um “meio pragmático e potente de integração econômica”.^[48] Desde a sentença Comissão/França^[49], também conhecida pela identificação Foies Gras^[50], foi acrescentado um novo e importante capítulo jurisprudencial, ocasião no qual o TJCE consagrou a obrigação de inserir cláusulas de reconhecimento mútuo nas legislações nacionais.

A presença formal de cláusulas de reconhecimento mútuo resultava da aplicação do procedimento de informação instaurado pela Diretiva 98/34/CE. No caso em debate, um decreto reservava uma série de denominações para as preparações de *foies gras* na França. No entender da Comissão, porém, o governo francês deveria inserir uma cláusula de reconhecimento mútuo no decreto respectivo, de modo a alcançar produtos legalmente comercializados nos outros Estados-membros. As autoridades francesas manifestaram seu desacordo quanto ao aditamento do decreto com uma cláusula desse tipo. Nessas circunstâncias, a Comissão propôs uma ação perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

O Tribunal, ao averiguar as razões apresentadas pela Comissão e pelo Governo francês, reafirmou sua função institucional estratégica e confirmou mais uma exemplar lição de política jurisprudencial. Após repisar decisões anteriores que escreveram a história da formação do mercado único^[51], a Corte acompanhou a argumentação da Comissão e confirmou a necessidade das legislações nacionais incluírem uma cláusula de reconhecimento recíproco.^[52] Como esclarece Sebastián Romero Melchor, a sentença *Foie Gras* contradizia “os argumentos de um setor da doutrina, que não considerava necessária a inclusão de uma cláusula de reconhecimento mútuo nas legislações nacionais, pois segundo uma antiga e consolidada jurisprudência do TJCE, o artigo 30, TCE, era diretamente aplicável.”^[53]

Com a fixação das cláusulas de reconhecimento mútuo nas legislações nacionais, não somente os Estados-membros poderiam ter um alto grau de visibilidade legislativa no processo de integração, mas também os profissionais da área e os particulares. O princípio do reconhecimento mútuo, paulatinamente, reafirmava-se em significativo instrumento de consolidação da liberdade de mercadorias existente no bloco europeu. A política jurisprudencial desempenhada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, por sua vez, seguia decisiva no compromisso de assegurar um mercado integrado, sempre em permanente e fecunda busca da melhor interpretação possível do Tratado da Comunidade Européia.

Em 1996, em um Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho^[54], a Comissão fornecia os resultados otimistas da integração: criação entre trezentos e novecentos mil novos postos de trabalho, um aumento suplementar de 1,1% a 1,5% do rendimento da União Européia, taxas de inflação 1% a 1,5% mais baixas e reforço da convergência econômica e da coesão entre as diferentes regiões do bloco. Em 1999, na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, a Comissão reafirmou que o “princípio do reconhecimento mútuo ocupa um lugar fundamental no mercado único, e que permite garantir a livre circulação de mercadorias e serviços, sem necessidade de recorrer à harmonização das legislações nacionais.”^[55]

Assim, se a realização do mercado único pode ser considerada uma positiva conquista da União Européia, ao princípio do reconhecimento mútuo cabe uma posição de protagonista na consolidação dessa trajetória, inovação jurídica que resultou das transformações do Direito no âmbito da transnacionalidade.

Considerações Finais

A Corte comunitária, ao ser chamada para solucionar as lides, revelou-se estratégica, a partir de uma política jurisprudencial criadora de Direito, capaz de articular os objetivos da integração com o cotidiano comunitário, no âmbito da transnacionalidade. A sinergia que uniu a proposta de integração econômica e um novo modelo judicial, permitiu a realização efetiva da livre circulação de mercadorias e se traduz em importante transformação do Direito contemporâneo.

A odisséia da realização do mercado único à luz do princípio do reconhecimento mútuo, em síntese, revelou uma parcela da complexa trajetória da livre circulação de mercadorias na União Européia. A história da Europa comunitária trouxe a lume as dificuldades que muitas iniciativas de integração deverão superar e as transformações que deverão ser operadas sobre o pensar jurídico para perfeita adequação à realidade transnacional, especialmente quanto aos desafios econômicos.

Efetivamente, reluz com bastante nitidez que os Estados-membros de um bloco econômico não se abstém com facilidade das barreiras protecionistas. Por isso mesmo, aos jovens processos regionais cabe ponderar não somente sobre um ordenamento com características supranacionais, mas também sobre a necessária preparação de um Tribunal que seja ativista e adaptado às mutações jurídicas do novo século. Afinal, a velocidade dos desafios econômicos já não cabe nas vetustas codificações e, tampouco, se acomoda em processos judiciais marcados pelo excesso de zelo soberano.

A política jurisprudencial do TJCE assegurou respostas à dimensão do desafio econômico que espreitava a realização de um único e grande mercado. A emergência da moeda comum (o Euro) viria, tão somente, garantir o coroamento dessa longa trajetória, sob o emblema *one market, one money* (um mercado, um dinheiro). A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, portanto, inscreve-se na aplicação dinâmica do Direito comunitário, consentâneo à velocidade do comércio e habilidoso instrumento de aceitação recíproca da diversidade legislativa, verdadeira chave para a integração de mercados que retrata importante transformação do Direito no século XXI.

Referências

AGUIRRE, Marcelino Oreja. **La Constitución europea**. 2.ed. Madrid: Actas, 2005.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – o reconhecimento mútuo no contexto do seguimento do Plano de Ação para o mercado único**. Bruxelas: Documentação interna, 16.06.1999. COM (1999) 299 final.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Impacto e eficácia do mercado único**. Bruxelas: Documentação interna, 30.10.1996. COM (96) 520 final.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão relativa às conseqüências da decisão do TJCE, de 20 de fevereiro de 1978** (Cassis de Dijon). JOCE C, no 256, de 03/10/1980, p. 2-3.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Livro Branco**. Bruxelas: Documentação interna, 1985 (jun.). COM (85) 310 final.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro. **O Mercosul e a OMC: regionalismo e multilateralismo**. São Paulo: LTr, 2001.

FACULDADE DE DIREITO. CURSO DE ESTUDOS EUROPEUS. **A União Européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, a. 35. p. 163-170.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 143, a. 36. p. 269-275.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

KENEN, Peter Blain. **Economia internacional: teoria e política**. Tradução de Sílvia Düssel Shiros. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Européia**. Coimbra, Almedina, 2004.

MELCHOR, Sebastián Romero. Naturaleza y efectos de la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo en la legislación de los Estados miembros: la sentencia Foies Gras. **Comunidad Europea Arazandi**, Navarra, a. XXVI, n. 4, abr. 1999. p. 31-38.

MONNET, Jean. **Memórias**. Brasília: UNB, 1986.

PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración**: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Tradução de Inés Carmen Matarese. Buenos Aires: INTAL, 1973.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SANDE, Paulo. União Européia: deriva intergovernamental. **Europa – Novas Fronteiras**, Lisboa, n. 7, jun. 2000. p. 46-52.

STELZER, Joana. **Mercado europeu**: direito e análise jurisprudencial. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **União Européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. O Princípio do Reconhecimento Mútuo como Estratégia de Inserção Internacional dos Estados-membros da União Européia. *In*: XVII Congresso da Sociedade Latino Americana de Estratégia (SLADE). **Anais Eletrônicos**. Itapema (S.C.), 2004. 1 CD ROM

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Nota informativa sobre a citação dos artigos dos Tratados nos textos do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância**. JOCE C, nº 246, de 28/08/1999, p. 1.

UNIÃO EUROPÉIA. **Comissão Européia**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu / Portugal / imprensa / question / cooperacao_territorial_transfronteirica.htm](http://ec.europa.eu/Portugal/imprensa/question/cooperacao_territorial_transfronteirica.htm)> Acesso em: 07/04/2009.

UNIÃO EUROPÉIA. **Europa Eures**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/eures/>> Acesso em: 07/04/2009.

UNIÃO EUROPÉIA. **Europa Scadplus**. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/>> Acesso em: 07/04/2009.

VALLÉE, Charles. **O direito das Comunidades Européias**. Tradução de Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Notícias, s.d.

ZAPATER, Monica Guzmán. El principio del reconocimiento mutuo: un nuevo modelo para el derecho comunitario? **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Madrid, a. 2, n. 3, jan/jun. 1998. p. 137-145

Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

TJCE. Ac. 15.07.1964, Processo nº 6/64, **Flaminio Costa/ENEL**, Coletânea 1964, p. 564.

TJCE. Ac. 11.07.1974, Processo nº 8/74, **Procureur du Roi/Dassonville**, Coletânea 1974, p. 423.

TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, **Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]**, Coletânea 1979, p. 332.

TJCE. Ac. 12.03.1987, Processo nº 178/84, **Comissão/Alemanha**, Coletânea 1987, p. 1227.

TJCE. Ac. 12.03.1987, Processo nº 176/84, **Comissão/Grécia**, Coletânea 1987, p. 1201.

TJCE. Ac. 14.07.1988, Processo nº 407/85, **3 Glocken e outras/USL Centro-Sud e outras**, Coletânea 1988, p. 4241-4244.

TJCE. Ac. 18.05.1989, Processos Apensos nº 266/87 e 267/87, **The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, Ex Parte Association of Pharnaceutical Importers**, Coletânea 1989, p. 1311.

TJCE. Ac. 24.11.1993, Processos Apensos nº C-267/91 e C-268/91, **Keck e Mithouard**, Coletânea 1993, p. I-6097.

TJCE. Ac. 07.05.1997, Processos Apensos nº C-321/94, C-322/94, C-323/94 e C-324/94, **Pistre e O.**, Coletânea 1997, p. I-2343.

TJCE. Ac. 22.10.1998, Processo nº C-184/96, **Comissão/França**, Coletânea 1998, p. I-6197.

[1] Um estudo pormenorizado acerca da livre circulação de mercadorias e a formação do Mercado Único Europeu pode ser encontrado em: STELZER, Joana. **Mercado europeu: direito e análise jurisprudencial**. Curitiba: Juruá, 2004.

[2] Depois da entrada em vigor do Tratado de Amsterdam, em 1º de maio de 1999, houve uma renumeração dos artigos do Tratado da Comunidade Européia (inclusive com mudança de redação e revogação de dispositivos). Ademais, verificou-se mudança na nomenclatura dos artigos, passando-se a indicá-los CE ao invés de TCE (ou TCEE), segundo Nota Informativa do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Nota informativa sobre a citação dos artigos dos Tratados nos textos do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância**. JOCE C, nº 246, de 28/08/1999, p. 1.

[3] Tratava-se dos artigos 12 a 30, TCE.

[4] A atipicidade que cerca o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e a jurisprudência sofre influência das duas escolas jurídicas que moldaram o direito comunitário: Romano-Germânica e *Common Law*.

[5] “Artigo 164, TCE: O Tribunal de Justiça garante o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado.” Após o Tratado de Amsterdam, o referido artigo foi renumerado para artigo 220, CE, sem sofrer mudança de redação.

[6] TJCE. Ac. 18.05.1989, Processos Apensos nº 266/87 e 267/87, **The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, Ex Parte Association of Pharnaceutical Importers**, Coletânea 1989, p. 1311.

[7] A referência ao enfraquecimento da soberania nesse estudo está sendo de forma unidimensional, pois se concorda tanto com Ulrich Beck no que tange ao fortalecimento dos Estados relativamente à *soberania inclusiva*, quanto com Anthony Giddens, quando esse autor lembra o caráter dialético da globalização, ao afirmar: “A perda de autonomia por parte de alguns Estados ou grupo de Estados tem sido frequentemente concomitante com um aumento dela por parte de outros, como resultado de alianças, guerras ou mudanças políticas e econômicas de diversos tipos.” GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 72.

[8] Sobre o afastamento definitivo do direito comunitário de uma perspectiva clássica internacionalista, alçando-o a direito constitucional transnacional, ver: MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Européia**. Coimbra, Almedina, 2004.

[9] Entre essas cooperações, destaque-se o Programa Operacional de Cooperação Transfronteiriça entre Espanha Portugal, no período 2007-2013. Trata-se de iniciativa no âmbito do objetivo de cooperação territorial européia, co-financiado pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER). UNIÃO EUROPÉIA. **Comissão Européia**. Disponível em: <http://ec.europa.eu / Portugal / imprensa / question / cooperacao_territorial_transfronteirica.htm/> Acesso em: 07/04/09.

[10] “Existem atualmente mais de 20 parcerias transfronteiriças EURES, distribuídas geograficamente por toda a Europa e envolvendo mais de 13 países. Com o objetivo de responder às necessidade de informação e coordenação no âmbito da mobilidade profissional nas regiões fronteiriças, estas parcerias reúnem os serviços públicos de emprego e de formação profissional, empregadores e organizações sindicais, autoridades locais e outras instituições ligadas ao emprego e à formação profissional.” UNIÃO EUROPÉIA. **Europa Eures**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/eures/>> Acesso em: 07/04/2009.

[11] Nesse sentido, ver: Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada [Jornal Oficial L 310/1 de 25.11.2005]. UNIÃO EUROPÉIA. **Europa Scadplus**. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/>> Acesso em: 07/04/2009.

[12] “O programa de ajuda comunitária aos países da Europa Central e Oriental (Phare) constituiu o principal instrumento financeiro da estratégia de pré-adesão para os países da Europa Central e Oriental (PECO) candidatos à adesão à União Européia. Para tanto, a Comissão Européia adotou um regulamento relativo à execução de um programa de cooperação transfronteiriça. O programa destinava-se a promover a cooperação

transfronteiriça, no contexto da preparação das Regiões da Europa Central e Oriental para aproveitarem as vantagens da integração europeia.” UNIÃO EUROPEIA. **Europa Scadplus**. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/e50004.htm/>> Acesso em: 07/04/09.

[13] WEILER, Joseph. Los ideales de Maastricht, en entredicho. *In*: AGUIRRE, Marcelino Oreja. **La Constitución europea**. 2.ed. Madrid: Actas, 2005, p. 312.

[14] A expressão é de Jean Monnet, ao consignar: “Não haverá paz na Europa, se os Estados se reconstituírem sobre uma base de soberania nacional, com o que isto ocasiona de política de ostentação e de proteção econômica. Se os países da Europa voltarem a proteger-se uns contra os outros, a constituição de grandes forças armadas será novamente necessária. Alguns países, em nome do tratado de paz futuro poderão fazê-lo; a outros, será proibido. (...) Os países da Europa são muito limitados para assegurar a seus povos prosperidade que as condições tornam possível e, em consequência, necessária. Precisam de mercados mais amplos ... Essa prosperidade e os desenvolvimentos sociais indispensáveis supõem que os Estados da Europa constituam uma federação, ou uma ‘entidade europeia’ que estabeleça sua unidade econômica comum.” MONNET, Jean. **Memórias**. Brasília: UNB, 186, p. 197.

[15] “Os proponentes do mercado comum enfatizavam seus benefícios políticos de longo prazo, mas também chamaram atenção para uma série de benefícios econômicos diferentes daqueles enfatizados pela análise de Viner. A derrubada das barreiras tarifárias existentes entre países da Europa intensificariam a concorrência, tirando o poder de monopólio de empresas nacionais e induzindo uma alocação mais eficiente de recursos. Além disso, criaria mercados europeus suficientemente grandes para oferecerem economias de escala. Esses efeitos de melhoria da eficiência aumentariam a produtividade, aumentando de uma vez por todas a produção e a renda, além de encorajarem as empresas europeias a investirem em novas fábricas e equipamentos, promovendo o crescimento econômico.” KENEN, Peter Blain. **Economia internacional: teoria e política**. 2.ed. Tradução de Sílvia Düssel Shiros. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 288.

[16] Um estudo completo sobre a supranacionalidade pode ser consultado em: STELZER, Joana. **União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

[17] O autor, ainda, completa: “Ai daqueles países que não quiserem ou não puderem nesse esforço estar engajados. Vai desaparecendo a linha divisória entre mercados nacionais e estrangeiros, aumentadas em contexto como o presente, no duplo jogo de integração regional e globalização.” CORRÊA, Luís Fernando Nigro. **O Mercosul e a OMC: regionalismo e multilateralismo**. São Paulo: LTr, 2001, p. 7.

[18] PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales**. Tradução de Inés Carmen Matarese. Buenos Aires: INTAL, 1973, p. VII.

[19] A expressão é de José Eduardo Faria que, adiante, pergunta-se: “De que modo conceitos e categorias construídos em torno do princípio da soberania, como monismo jurídico, norma fundamental, poder constituinte originário, hierarquia das leis, direito

subjetivo e segurança de direito, podem captar todo o dinamismo e interdependência presentes no funcionamento de uma economia globalizada? De que modo esses conceitos e categorias podem ser utilizados para identificar, compreender, avaliar e instrumentalizar o pluralismo inerente a mercados transnacionalizados, cujos distintos agentes destacam-se por criar as regras que necessitam, quando querem e como querem, e por jurisdicizar, segundo suas respectivas conveniências, as áreas ou esferas da vida sócio-econômica que mais lhes interessam?” FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13,

[20] BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003, p. 49.

[21] A lide girava, em síntese, sobre o seguinte: a Itália tinha nacionalizado a produção e a industrialização de energia elétrica, em 1962, transferindo o patrimônio das empresas do setor para a sociedade dita Enel. Na qualidade de acionista de empresa atingida (a Edison Volta) por tal medida do governo italiano, o Sr. Flaminio Costa, advogado, viu-se privado dos dividendos a que tinha direito e recusou-se a pagar uma fatura de eletricidade, no valor de 1925 libras. “Interpôs recurso para o juiz de paz, competente em primeira instância, em razão do valor do pedido, alegando que a lei de 6 de dezembro de 1962 relativa à nacionalização da indústria elétrica na Itália era contrária a um determinado número de disposições do Tratado de Roma e inconstitucional. Para este fim, solicitou – e obteve – o reenvio do processo, a título prejudicial, por um lado, para o Tribunal Constitucional da República Italiana, e, por outro, para este Tribunal, ao abrigo do artigo 177, do Tratado.” TJCE. Ac. 15.07.1964, Processo nº 6/64, **Flaminio Costa/ENEL**, Coletânea 1964, p. 564.

[22] TJCE. Ac. 15.07.1964, Processo nº 6/64, **Flaminio Costa/ENEL**, Coletânea 1964, p. 550.

[23] Veja-se que, em relação ao direito derivado, apesar de o Tratado ter consignado que o regulamento era obrigatório (e diretamente aplicável), o Tribunal conformou a precisão necessária.

[24] STELZER, Joana. O Princípio do Reconhecimento Mútuo como Estratégia de Inserção Internacional dos Estados-membros da União Européia. In: XVII Congresso da Sociedade Latino Americana de Estratégia (SLADE). **Anais Eletrônicos**. Itapema (S.C.), 2004. 1 CD ROM, p. 6.

[25] DEZALAY, Yves e TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**, p. 50.

[26] “Não há como negar, de fato, a substancial natureza pretoriana da construção do direito comunitário, cujos princípios basilares vêm sendo deduzidos a partir da jurisprudência luxemburguesa, proferida por quinze juízes que, formal e materialmente, não representam seus Estados, senão o compromisso apátrida da consolidação e do aprofundamento comunitários.” FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, a. 35. p. 164.

[27] PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales**, p. 73.

[28] FRADERA, Vera Maria Jacob de. A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 143, a. 36. p. 270.

[29] Foi o que ocorreu no âmbito da livre circulação de mercadorias com o acórdão Keck e Mithouard. Veja-se: TJCE. Ac. 24.11.1993, Processos Apensos nº C-267/91 e C-268/91, **Keck e Mithouard**, Coletânea 1993, p. I-6097.

[30] “Foi, pois, o TJCE um dos principais obreiros da profunda mutação do método comunitário de governo, através do tríptico constituído pelo efeito direto das decisões comunitárias, pelo primado do direito comunitário e pelo controle judicial das obrigações nacionais, em especial através do meio conhecido como recurso prejudicial, previsto no artigo 177, TCE. Nas décadas de 70 e 80, esta nova natureza do método caracterizou-se por uma acentuada transferência de competências (previamente) nacionais para a esfera comunitária, transferência essa feita invariavelmente a título definitivo. SANDE, Paulo. União Européia: deriva intergovernamental. **Europa – Novas Fronteiras**, Lisboa, n. 7, jun. 2000. p. 48.

[31] PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82.

[32] LEITÃO, Augusto Rogério. O Tribunal das Comunidades Européias e a livre circulação das mercadorias no espaço comunitário. *In*: FACULDADE DE DIREITO. CURSO DE ESTUDOS EUROPEUS. **A União Européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 229.

[33] VALLÉE, Charles. **O direito das Comunidades Européias**. Tradução de Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Notícias, s.d., p. 34.

[34] TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, **Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]**, Coletânea 1979, p. 332 (Considerando nº 8).

[35] O artigo referido diz respeito às medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas. Na história da livre circulação de mercadorias, esse dispositivo possibilitou o desmantelamento das chamadas barreiras não-tarifárias, com a seguinte redação: “Artigo 30, TCE: Sem prejuízo das disposições seguintes, são proibidas, entre os Estados-membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.” Após o Tratado de Amsterdam, o referido artigo foi reenumerado para artigo 28, CE, sofrendo mudança de redação: “Artigo 28, CE: São proibidas, entre os Estados-membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.”

[36] A Comissão pouco contribuiu para reforçar a tese da empresa Rewe, limitando-se a citar a Diretiva 70/50 e invocando excesso de zelo na exigência germânica, a ponto de inviabilizar a importação dos produtos. A Diretiva 70/50 era considerada uma destacada norma com intuito de estimular a livre circulação de mercadorias, pois contemplava

variadas situações, tendo sido largamente utilizada como marco interpretativo para afastar os Estados-membros da imposição de barreiras.

[37] O movimento de expansão das competências comunitárias rumo à máxima liberdade de mercado foi mitigado a partir da linha jurisprudencial inaugurada pela decisão Keck e Mithouard (TJCE. Ac. 24.11.1993, Processos Apensos nº C-267/91 e C-268/91, **Keck e Mithouard**, Coletânea 1993, p. I-6097).

[38] TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, **Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]**, Coletânea 1979, p. 333.

[39] TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, **Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]**, Coletânea 1979, p. 333.

[40] TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, **Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]**, Coletânea 1979, p. 339.

[41] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão relativa às consequências da decisão do TJCE, de 20 de fevereiro de 1978** (Cassis de Dijon). JOCE C, no 256, de 03/10/1980, p. 2.

[42] ZAPATER, Monica Guzmán. El principio del reconocimiento mutuo: un nuevo modelo para el derecho comunitario? **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Madrid, a. 2, n. 3, jan/jun. 1998. p. 139.

[43] O Livro Branco foi idealizado no início de 1985, por Lord Cockfield, vice-presidente da Comissão, e consignava um conjunto de iniciativas (formalizadas em 300 medidas legislativas que deveriam ser adotadas progressivamente) no intuito de fortalecer as instituições comunitárias e concretizar o mercado único.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Livro Branco**. Bruxelas: Documentação interna, 1985 (jun.). COM (85) 310 final, p. 3 e ss.

[44] TJCE. Ac. 12.03.1987, Processo nº 178/84, **Comissão/Alemanha**, Coletânea 1987, p. 1227. Em sentido semelhante, a Grécia também proibia a comercialização da cerveja que não houvesse sido elaborada conforme os ditames de sua legislação. TJCE. Ac. 12.03.1987, Processo nº 176/84, **Comissão/Grécia**, Coletânea 1987, p. 1201.

[45] TJCE. Ac. 14.07.1988, Processo nº 407/85, **3 Glocken e outras/USL Centro-Sud e outras**, Coletânea 1988, p. 4241-4244.

[46] TJCE. Ac. 12.03.1987, Processo nº 178/84, **Comissão/Alemanha**, Coletânea 1987, p. 1270 (Considerando nº 28); TJCE. Ac. 12.03.1987, Processo nº 176/84, **Comissão/Grécia**, Coletânea 1987, p. 1219 (Considerando nº 25); e, TJCE. Ac. 14.07.1988, Processo nº 407/85, **3 Glocken e outras/USL Centro-Sud e outras**, Coletânea 1988, p. 4278 (Considerando nº 10).

[47] As chamadas “exigências imperativas” referiam-se às situações que poderiam ser invocadas pelos Estados-membros para impedir a importação de determinado produto (e que tinham sido consignadas no acórdão *Cassis*), ou seja, o dever de respeito aos

controles fiscais, à lealdade nas transações comerciais, à proteção da saúde pública e à defesa dos consumidores.

[48] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – o reconhecimento mútuo no contexto do seguimento do Plano de Ação para o mercado único**. Bruxelas: Documentação interna, 16.06.1999. COM (1999) 299 final, p. 4.

[49] TJCE. Ac. 22.10.1998, Processo nº C-184/96, **Comissão/França**, Coletânea 1998, p. I-6197.

[50] O produto chamado *foies gras* é o fígado do ganso ou de pato engordado através de técnicas especiais, podendo ser servido fresco, cozido em banho-maria ou sob a forma de patê. O decreto francês, no caso, trazia especificações sobre o preparo e as espécies que poderiam ser comercializadas. Por não trazer uma cláusula de reconhecimento mútuo, era suspeito de contrariar as determinações da Comissão.

[51] Especialmente as decisões Cassis de Dijon (TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, **Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]**, Coletânea 1979, p. 327), Dassonville (TJCE. Ac. 11.07.1974, Processo nº 8/74, **Procureur du Roi/Dassonville**, Coletânea 1974, p. 423) e Pistre (TJCE. Ac. 07.05.1997, Processos Apensos nº C-321/94, C-322/94, C-323/94 e C-324/94, **Pistre e O.**, Coletânea 1997, p. I-2343).

[52] A redação do acórdão era a seguinte: “Tendo em conta as considerações que antecedem, deve declarar-se verificado, ao adotar o decreto [francês] sem nele incluir uma cláusula de reconhecimento mútuo relativo aos produtos provenientes de produtos provenientes de um Estado-membro que obedecem às normas previstas neste Estado, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 30, TCE.” TJCE. Ac. 22.10.1998, Processo nº C-184/96, **Comissão/França**, Coletânea 1998, p. I-6226.

[53] MELCHOR, Sebastián Romero. Naturaleza y efectos de la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo en la legislación de los Estados miembros: la sentencia Foies Gras. **Comunidad Europea Arazandi**, Navarra, a. XXVI, n. 4, abr. 1999. p. 31.

[54] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Impacto e eficácia do mercado único**. Bruxelas: Documentação interna, 30.10.1996. COM (96) 520 final, p. 3.

[55] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – o reconhecimento mútuo no contexto do seguimento do Plano de Ação para o mercado único**, p. 3.

CIBERESPAÇO E SMART MOBS: A RESIGNIFICAÇÃO DE LUGARES E CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA PLANETÁRIA

CYBERSPACE AND SMART MOBS: NEW MEANINGS FOR PLACES AND CONSTRUCTION OF GLOBAL CITIZENSHIP

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire

RESUMO

As novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) têm desenhado perspectivas ousadas e até então inimagináveis nas relações entre as pessoas, as comunidades e os governos, antes possíveis apenas em filmes de ficção científica. O presente trabalho visa analisar as manifestações sociais e políticas organizadas com o apoio de ferramentas do ciberespaço. As chamadas smart mobs e flash mobs, têm se expandido em todo mundo. Especificamente, será analisada aqui, a smart mob com maior abrangência no mundo, a primeira que ganhou contornos globais por atingir 88 países e cerca de 4 mil cidades, organizada pela ONG ambientalista WWF (Fundo para a proteção da Natureza) sobre o aquecimento global. Iluminar a relevância e significado dessas novas práticas e confrontá-las com as previsões dos principais teóricos da cibercultura, que se dividem em argumentar a perda de experiência causada pelas novas tecnologias e a constituição de não-lugares, enquanto outros advogam a resignificação de lugares e construção de uma ciberdemocracia, é o objetivo geral deste trabalho, que refletirá releituras do conceito de cidade, cidadania e democracia e os novos direitos.

PALAVRAS-CHAVES: CIBERESPAÇO; CIDADANIA PLANETÁRIA; SMART MOBS; CIBERDEMOCRACIA; CIBERCULTURA

ABSTRACT

The new information and communication technologies (ICTs) have designed bold and perspectives hitherto unimaginable in relations between people, communities and governments, but possible only in science fiction films. This study aims to examine the political and social events organized with the support of tools of cyberspace. The so-called smart mobs and flash mobs have been expanding worldwide. Specifically, it will be analyzed here, with a smart mob in the wider world, which won the first contours global reach by 88 countries and approximately 4 thousand cities, organized by the WWF environmental NGOs (Fund for the Protection of Nature) on global warming. Illuminate the importance and significance of these new practices and comparing them with forecasts of the main theorists of cyberculture, which is divided in arguing the loss of experience caused by new technologies and the establishment of non-places, while others advocate the construction of places and new meanings of cyberdemocracy is the aim of this work, which reflect the concept of rereading city, citizenship and democracy and the new rights.

KEYWORDS: CYBERSPACE; CYBERDEMOCRACY; SMART MOBS; GLOBAL CITIZENSHIP; CYBERCULTURA

Introdução

As novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) têm desenhado perspectivas ousadas e inimagináveis nas relações entre as pessoas, antes possíveis apenas em filmes de ficção científica.

A internet, criada inicialmente para estabelecer uma comunicação entre computadores (STEINBERGER, 2004: 56), revoluciona as relações por estabelecer uma comunicação imediata e a troca de dados entre as pessoas e por propiciar uma ampliação na visão e percepção inovadoras (omnivisão, Levy), como as ferramentas do Google Earth, GPS tracking, entre outras. No entanto, alguns teóricos alertam para as promessas do ciberespaço e para alguns desafios na implementação de suas potencialidades. Steinberg (2004,p.13) ressalta que, por vezes, se fala mais da internet do que se utiliza efetivamente, uma vez que as promessas econômicas, sociais, culturais e mentais dessa rede ficam cada vez mais ousadas e as práticas menos relevantes. Iluminar a relevância e significado dessas novas práticas e confrontá-las com as previsões dos principais teóricos da cibercultura é o objetivo geral deste trabalho, que refletirá releituras do conceito de cidade, cidadania e democracia.

A internet e as novas tecnologias (celulares, palmtops, notebooks, Kindle) têm multiplicado as formas de sociabilidade. A cada ano surgem novas práticas no ciberespaço com a criação de ferramentas como FaceBook, Orkut, Twitter, que são as redes sociais mais populares da atualidade. Esse crescente aprofundamento da “vida” no ciberespaço tem levado alguns teóricos a aventarem uma perda de contato com o "mundo real" e consequente perda de experiências (VIRILIO,1990, 1997), desespacialização, (AUGE, 1995) descentramento, desterritorialização (GUATTARI, 1980) e levado a um esvaziamento das cidades.

Numa visão diametralmente antagônica, teóricos como LEMOS (2006), LEVY (2002) e RHEINGOLD (2003), afirmam que as novas tecnologias têm engendrado uma inteligência coletiva, com comunidades virtuais emancipatórias, e uma cidadania planetária e interativa (SANTOS, 2006), que resignificam os espaços territoriais, engendram cibercidades e aperfeiçoam uma ciberdemocracia.

Assim, as questões as quais este trabalho se propõe discutir são: existiria mesmo uma resignificação dos lugares pelo uso das novas tecnologias, e a "construção" de cibercidades? As novas tecnologias têm levado ao exercício novo do fazer democrático e ao engendramento de uma cidadania planetária? Ou o que há é um esvaziamento crescente dos espaços urbanos, a criação de não-lugares, e uma perda de experiências? Qual o papel das *smart mobs* neste contexto conceitual e na ação política dos cidadãos conectados?

O presente trabalho visa a discutir esse antagonismo, analisando as manifestações sociais e políticas organizadas com o apoio e mobilização por mecanismos do ciberespaço, as chamadas *smart mobs* e *flash mobs*, têm se expandido em todo mundo. Especificamente, será analisada aqui, a *smart mob* com maior abrangência no mundo, a primeira que ganhou contornos globais por atingir 88 países e cerca de 4 mil cidades, organizada pela ONG ambientalista WWF (Fundo para a proteção da Natureza) sobre o aquecimento global. A mobilização ocorreu no dia 28 de março às 20h30min (no horário de cada país), e conclamava as pessoas a apagarem as luzes por uma hora, bem como ao desligamento da iluminação de importantes monumentos em diferentes pontos do planeta (de Torre Eiffel, a Cristo Redentor e estátua do Padre Cícero). Foi a terceira vez que a chamada Hora do Planeta (Earth hour) foi realizada e a primeira a qual o Brasil participou.

1. Características e desafios da Cibercultura

A sociedade em rede, fomentada pelo uso das novas tecnologias, principalmente da internet, propicia a insurgência de percepções multifacetadas da realidade (antes bipolarizada), promove a quebra de hierarquias e descentraliza controles. Tal configuração promove o desenvolvimento de uma cibercultura. André Lemos (2003) define cibercultura como:

A forma sócio-cultural que emerge da relação simbiótica entre a sociedade, a cultura e as novas tecnologias de base microeletrônica que surgiram com a convergência das telecomunicações com a informática na década de 70 (2003,p.12).

Alguns autores denominam de sociedade da informação, ou do conhecimento, o modelo pós-industrial que predomina na atualidade, baseadas na valorização da informação, como comenta Werthein:

A realidade que os conceitos das ciências sociais procuram expressar refere-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como “fator-chave” não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações (2000, p.71).

Mansell e Wehn (apud Werthein, 2000, p.76) aludem a uma sociedade do conhecimento, um passo a frente da sociedade da informação, em que a ampliação do acesso à informação promoveria uma sociedade não passiva, mas produtora de conhecimento. No entanto advertem aos países desenvolvidos, “para os quais o papel das tecnologias de informação na construção de uma 'sociedade do conhecimento' inovadora poderá ser muito relevante e contribuir para o desenvolvimento sustentado, mas será acompanhado de muitos riscos.”

Além dos riscos, a maioria dos autores alerta para os desafios a superar. Werthein (2000,p75) define como principais desafios: desemprego tecnológico; invasão de privacidade; conflitos éticos; necessidade de equacionamento dos direitos autorais e da propriedade intelectual; a ansiedade, o ruído e poluição visual e de informação. Sem dúvida, um enorme vácuo tem surgido em relação às formas de conter a desregulação e ao acesso a conteúdos como músicas, filmes, livros e dados, sem que aconteça a necessária contrapartida aos seus autores.

Andrew Keen, em seu recente trabalho, o Culto do Amador, profetiza o fim da cultura e do conhecimento, e uma maior facilidade de manipulação da verdade, com a Web 2.0, a web colaborativa, em que todos têm a possibilidade de ser autores, com seus blogs e compartilhadores de imagens e sons. Keen apresenta dados preocupantes sobre o deslocamento dos referenciais culturais clássicos, por exemplo, o fato de que 25% das lojas de discos dos Estados Unidos fecharam em 2005. Ao autor classifica estes locais não só como espaços comerciais, mas sobretudo como espaços de encontro, diálogo, aprendizagem sobre música. Acrescenta que em 2005 o prejuízo na música causado pela pirataria ultrapassou 1 bilhão de dólares, e que para cada música vendida pela internet, cerca de 40 são adquiridas ilegalmente (2009, p.103).

As questões ligadas à perda da privacidade também são relevantes e implicadas pelas novas tecnologias de informação. Percebe-se uma mudança de valores e do próprio conceito de privacidade, num mundo fetichista que incensa a celebridade. A proteção a privacidade e intimidade precisam de novos contornos, principalmente em relação ao mercado.. A privacidade integra o âmbito dos direitos da personalidade, resguardados pelo artigo 5, X da Constituição Federal:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

O direito à intimidade e privacidade constituem um limite ao direito à informação, cada dia mais ameaçado pela sociedade da informação, sendo a manifestação do consentimento a referência ao sistema de tutela da privacidade, como comenta Paesani:

O direito à privacidade, ou direito ao resguardo, tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões alheias. Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem em exposição permanente. (2008, p 33)

Se por um lado há a percepção da internet como um acidente, que causará danos irremediáveis à sociabilidade pela perda de experiências (VIRILIO, 1997) e pelo descentramento (AUGE, 1995), há uma construção teórica sólida, oposta, que advoga a existência de uma cibercultura comprometida com a transformação proativa da sociedade, pelo uso das novas tecnologias. Nesse sentido, Lemos, comenta o conceito de cibercidade e os diversos projetos que visam a articular o ciberespaço e a cidade (cibercidades):

Todos têm como objetivo principal aproveitar o potencial das novas tecnologias de informação e comunicação para, em tese, reaquecer o espaço público, recuperar o interesse pelos espaços concretos da cidade, criar novas formas de vínculo comunitário, dinamizar a participação política e ajudar a população na apropriação social dessas tecnologias (LEMOS, 2003, p. 21)

Teóricos da cibercultura, como Pierre Levy, defendem que o ciberespaço não promove a substituição ou perda de experiências, mas complexifica e desloca os centros de percepção, muitas vezes ampliando a capacidade de sentidos (Levy, 1998, p.10). Mas não há dúvidas de que a cidade está perdendo, em parte, seus marcos significativos. Que a desvalorização dos centros urbanos é crescente e que há o fortalecimento de espaços homogêneos e assépticos, como shopping centers e condomínios fechados. Levy também questiona a concepção de cidade e espaço público, que são desvalorizados pelos mais jovens, nascidos na cibercultura, mas como superar esses desafios?

2. O território, o lugar e as novas tecnologias

As cidades têm sido o tema de debate de grandes pensadores da contemporaneidade. Como a esfinge, a cidade provoca inquietações e previsões, nem sempre confirmadas, que podem devorar-nos. Espaço, lugar, não-lugar e território são dimensões que aqui serão expostas a partir da visão dos teóricos que vêem as novas tecnologias como um aspecto positivo, de abertura de possibilidades e significações para a vida urbana e o surgimento de cibercidades, que não pretendem substituir os espaços concretos (LEMOS, LEVY), em oposição àqueles que analisam as mudanças como uma transformação asséptica da vida urbana e como um empobrecimento (perda da experiência) da vida contemporânea, ensejada pela velocidade que se impõe nas cidades (transporte, comércio, ócio ou falta dele) (VIRILIO, AUGÉ, 1997, 1995).

A cidade pós-industrial acena para a virtualidade, e a para construção de espaços cibernéticos. As cidades virtuais, em que o acelerado processo de fluxos de informação desconhece distâncias e tempo, tomam outra dimensão nos processos de agir, comprar, se divertir, se encontrar, trabalhar etc.

A palavra virtual vem do latim medieval *virtuallis*, derivado de *virtus*, de força, potência. É o que existe em potência (possibilidade), e não em ato. O virtual tende a atualizar-se sem ter passado concretamente pela realização formal. O virtual não se opõe ao real, são formas diferentes de ser (LEVY, 1996, p.15)

A cidade virtual implica em formas diferentes de usar a cidade, e em mudanças em relação à referência nos centros urbanos. A centralidade espacial, como referência simbólica, perde sentido.

As cibercidades atendem assim, ao crescimento da insegurança social, à instalação de não-lugares e ao fluxo comunicativo crescente, transformando-se em uma espécie de salvação das cidades reais, onde predomina o espaço de lugares (LEMOS, 2001, p.19)

Guattari afirma que:

o homem contemporâneo é fundamentalmente um ser desterritorializado. Seus territórios existenciais originais – o corpo, espaço doméstico, clã, culto – não são mais postos em solo estável, mas integram-se desde agora em um mundo de representações precárias e em constante movimento. (1996, p.6)

A desterritorialização marca a era da sociedade pós-industrial pela perda de controles fronteiriços, pela flexibilização das fronteiras, sejam políticas, econômicas, sociais e culturais, permitidas pelas rápidas comunicações e fluxos estabelecidos na cibercultura. Guerra Filho afirma "trata-se de uma sociedade baseada na circulação de informações, de forma cada vez mais intensa e sofisticada, em que a circulação de informações computadorizada é imprescindível a todas as áreas, da produção e do conhecimento" (1997, p.22).

Auge afirma que as cidades estão se transformando em não-lugares, devido à mediação das tecnologias, resultando num esvaziamento de significados dos espaços urbanos.

A mediação entre o indivíduo com os não-lugares, segundo Auge[1], se dá pela palavra e pela imagem. Para ele, a relação com os não-lugares reais da pós-modernidade (as autopistas, os supermercados, os aeroportos), também se definem pelas palavras e textos que indicam seu modo de uso de forma prescritiva (tomar o corredor da direita), proibitivo (proibido fumar), ou informativo (você entrou em Beaujolais) e recorre a ideogramas mais ou menos explícitos e codificados (1995, p.99).

A perda da experiência ocasionada pela velocidade é descrita por Paul Virilio[2] como resultado do descentramento, que ocasionaria um egoísmo vazio. Acrescenta que a perda da experiência do movimento desconstrói não só o ordenamento do território, da arquitetura, mais também do ambiente da experiência humana (1990, p. 4).

A desterritorialização é um fato, mas não implica necessariamente numa perda de experiência ou empobrecimento de relações, visto que, como afirma LEVY, as comunidades hoje são semânticas, se aglutinam em torno de temas e interesses comuns fortalecendo a identidade e não esvaziando-a. A insurgência de movimentos globais baseados na máxima "pensar globalmente e agir localmente" (Agenda 21, 1992) reflete essa ambigüidade da desterritorialização, que de fato ameaça o sentimento de pertencimento mas não tem em si uma desconstrução da política ou da democracia, visto que hoje os conflitos e problemas são globais e exigem ecos planetários para sua solução. O aquecimento global consiste no desafio global mais importante a enfrentar, assim como a degradação dos oceanos, a manutenção das florestas tropicais e a diminuição do uso de substâncias tóxicas.

Lemos propõe a tentativa de rever os conceitos de território, lugar, mobilidade e comunidade, diante do ciberespaço e da experiência das mídias locativas, mídias pós-massivas, que utilizam serviços de localização e dispositivos eletrônicos que interagem com o entorno. No Manifesto das Mídias Locativas, Lemos define:

Mídia Locativa. Tecnologias e serviços baseados em localização (LBT e LBS) cujos sistemas infocomunicacionais são atentos e reagem ao contexto. Ação comunicacional onde informações digitais são processadas por pessoas, objetos e lugares através de dispositivos eletrônicos, sensores e redes sem fio. Dimensão atual da cibercultura constituindo a era do “ciberespaço vazando para o mundo real” (Russel, 1999), a era da “internet das coisas”.

Território é o elemento do Estado que compreende a base física, porção do globo ocupada e que serve de limite ao exercício da jurisdição de um país, segundo a definição da ciência política. Território é o âmbito de validade da ordenação jurídica chamada Estado (Kelsen, 1974, p. 247). Lemos define território como área controlada com fronteiras definidas onde a mobilidade e fluxos são regulados. O território é o espaço do exercício de controles, Lemos acrescenta à ciência política clássica o aspecto não físico dos territórios, os territórios informacionais. Lemos propõe uma releitura do conceito de território, que não mais se restringe a espaços físicos, mas se alastra pelo ciberespaço, propiciando reterritorializações. Admite que o homem é um ser desterritorializado, e que precisa da técnica para construir seu habitat. “A cultura humana é uma des-re-territorialização da natureza” (LEMOS, 2006, p. 3).

Só podemos pensar o território a partir de uma dimensão integral das diferentes formas sociais, como lugar de processos de semantização (territorialização), bem como de movimentação (desterritorialização), a partir de múltiplas relações de poder (Foucault) e/ou desejo (Deleuze). Todo espaço, físico ou simbólico, apropriado por forças políticas, econômicas, culturais ou subjetivas, se transforma em território (LEMOS, 2006, p. 5).

Lemos exemplifica as *smart mobs* como processos de reterritorializações e nomadismos (2006, p 10), pois as *smart mobs* representam um ponto de fuga aos controles. O lugar seria o preenchimento de significados de um espaço, que são criados pelas dinâmicas do território. Se visto como um ponto fixo a porções do espaço, ele desapareceria com o crescimento da mobilidade moderna, mas a nova dimensão de lugar compreende a intersecção de fluxos (LEMOS, 2009, 6). O autor define, o território informacional, como uma nova produção social, que pode ser entendido como as áreas onde existe a intersecção do fluxo informacional do ciberespaço e o espaço urbano, controlado digitalmente (LEMOS, 2009, 7)

3. *Smart mobs* e o fortalecimento de comunidades: a cidadania interativa

O fortalecimento do sentimento de pertencimento a uma comunidade global, a junção de pessoas por seus interesses comuns, independente de sua nacionalidade, classe social ou profissão, tem sido o fenômeno mais inovador e emancipatório propiciado pelas novas tecnologias. Para Levy, as comunidades não se interligam por proximidades territoriais ou institucionais mas por proximidades a semânticas (2002). Hobsbawn reflete sobre essa dimensão nova das relações pós ciberespaço:

Os eventos nos últimos anos foram realmente espetaculares e transformadores do mundo – e também inesperados e imprevisíveis. A natureza revolucionária do período que vivemos vai muito além das mudanças na política global, que, em poucos meses,

estão tornando desatualizados os atlas preparados pelos cartógrafos. Nunca antes na história a vida humana normal e as sociedades em que ela ocorre foram tão radicalmente transformadas em tão pouco tempo: não apenas em único período da vida, mas em parte de um período da vida (Hobsbawn, 1995, p 214).

Rheingold afirma que o renascimento do poder de colaboração ter sido despertado pelo uso de computadores que estimularam o espírito cooperativo, o que para muitos parece uma dolorosa ironia[3].

Segundo Pierre Levy (2003, p. 67) o desenvolvimento de comunidades virtuais é um dos eventos mais importantes dos últimos anos, visto que faz advir uma forma nova de “socializar”. As comunidades constituem o fundamento social e a chave da ciberdemocracia. Reinhold narra que após o surgimento das primeiras redes virtuais, os participantes tiveram necessidade de se encontrar fisicamente, promovendo um piquenique que se tornou anual – Verão da Rede Well – próximo a São Francisco, fenômeno este repetido por diversas comunidades virtuais no mundo. O autor avança, e vislumbra o uso da tecnologia para novas propostas sociais, e classifica como uma evidência concreta do usos das novas tecnologias para propostas humanitárias e democráticas nas práticas da sociedade civil (ONGs) e das organizações em fins lucrativos[4].

Desde 1997, pensadores repercutem a capacidade inovadora e a transformação do que entendemos por espaço e tempo, resultante das novas tecnologias, como afirma Giddens:

Trata-se efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu defino como ação a distância, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa (...). A globalização não é um processo único, mas uma mistura complexa de processos, que frequentemente atua de maneira contraditória, produzindo conflitos, disjunções e novas formas de estratificação (1997, p13).

O crescimento da confiabilidade no outro, a crescente troca de informações pessoa a pessoa (peer to peer, ou P2P), e a efervescência de comunidades nascidas no ciberespaço é reconhecida e comentada por um dos mais ácidos críticos da web colaborativa, Andrew Keen. Ele afirma que a pesquisa realizada por Edelman PR atestou que, em 2003, somente 23% confiavam em pessoas, em 2006 cresceu para 68% a confiança nas pessoas (2009, p 86). Este importante dado demonstra os efeitos transformadores da interação mediada pelas novas tecnologias nas sociabilidades e o enorme potencial de articulação e aperfeiçoamento da colaboração em prol de causas humanitárias e planetárias.

A potencialidade no uso das novas tecnologias, além de possibilitar ações globais, fortalece o local e seus marcos. Uma experiência interessante de Fortaleza é descrita no portal *Carnet de Notes*[5] (LEMOS, 2009):

Excelente iniciativa mesclando redes sociais (blogs e microblogs) com mapas em um exercício de cidadania, tornando coletivamente visível o que só é visível individualmente, os buracos por onde passamos e caímos todos os dias em cidades como Fortaleza e Salvador. A iniciativa de blogueiros e tuiteiros de Fortaleza mostra como mapas, redes sociais e mídias locativas podem ser instrumentos de cidadania e de pressão sobre os poderes públicos. Além disso, mapeando o que está no entorno, cria-se uma atenção focada nos lugares, um olhar vigilante e crítico sobre o espaço urbano. Emerge aqui possibilidades de criação de novos significados dos lugares em meio a um urbanismo racionalizante e uma sociabilidade urbana politicamente apática. Essa iniciativa deveria ser tomada aqui também, onde o nosso já tradicional "asfalto de açúcar" transforma cada trecho de ruas e avenidas em verdadeira cratera.

A convergência de mídias, possibilitada pelo rápido desenvolvimento tecnológico, tem conseguido, de certa forma, superar o maior obstáculo: a popularização ao acesso ao ciberespaço e à miríade de informações e redes sociais possibilitadas por ela. A convergência das diversas mídias se dá nos celulares que acessam à internet e se comunicam por mensagens curtas, tiram fotografias, fazem filmes, recebem notícias, enfim, transformam o dispositivo num "faz-tudo" das novas tecnologias. O acesso a conteúdo gratuito dos principais jornais e revistas na internet, como o New York Times e o Estado de São Paulo, só para citar dois muito importantes, também pode ser feito via celulares, e *gadgets* como *Ipods* e *Kindles*.

Ethan Zuckerman (2007) define o celular como a grande tecnologia do século, pois é o principal instrumento de ativismo. É mais acessível e difundido nos países em desenvolvimento, onde o acesso à informação e às novas formas de manifestação são mais urgentes. Zuckerman elenca alguns dados que demonstram a importância do telefone celular. Na China, em 2005, eram 350 milhões de usuários de celular, e apenas 100 milhões de usuários de computadores. As estimativas atuais do mercado são de 2 bilhões de usuários de celular, e de cerca de 3,3 bilhões em 2010. Markoff, em matéria veiculada pela Folha de São Paulo afirma que já são 4 bilhões de celulares no mundo.

Como se aduz das novas práticas sociais no ciberespaço é preciso encontrar e compreender as dinâmicas que se instalam na prática democrática advinda da concretização de comunidades virtuais. O fortalecimento dessas comunidades e a possibilidade de manifestações globais levam a diferentes compreensões de democracia, que não podem se restringir à democracia representativa clássica, ou ser reduzidas ao voto, mas, sobretudo ao que se engendra numa ciberdemocracia. Segundo Levy:

Quando em geral a democracia eletrônica faz pensar em voto eletrônico, defendo aqui a idéia de que o essencial da renovação democrática da cibercultura se deve a um aumento da transparência dos governos (e da vida social em geral), assim como a emergência de novos espaços (virtuais) de deliberação e diálogo político. Nem os jornais, os salões e os cafés do século XIX, nem a abundância midiática e televisiva do fim do século XX haviam permitido semelhante acessibilidade à informação 'política', semelhante abertura do espaço de conversação, semelhante disponibilidade de instrumentos ao serviço do cidadão no sentido de influenciar seus representantes. (2002, p.117)

A espantosa disponibilidade de informações, de toda a espécie, sobre a vida política, assim como a frequência de fóruns de discussão, civilizados e bem organizados, tornam o debate político cada vez mais transparente, e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia (LEVY, 2002, p.124)

Levy acrescenta a realização das previsões de McLuhan, a consciência global, hoje possível pelo uso das novas tecnologias que também engendra um Estado transparente:

A novidade trazida pela internet a mundialização da política reside mormente na possibilidade, para os movimentos de oposição ou as organizações ativistas, de se organizarem e coordenarem em tempo real a escala planetária (2002, 136).

SANTOS define a cidadania interativa, modo surgido na sociedade em rede, a qual:

no mundo contemporâneo, a cidadania parece estar sendo caracterizada também pelo acesso aos meios que garantem a interatividade, tanto entre os cidadãos quanto entre os distintos atores na sociedade, tanto públicos quanto privados. Nesse sentido, parecem ser relevantes não apenas os recursos materiais, dados pela condição econômica, mas em especial os recursos simbólicos controlados pelos indivíduos para o exercício do que estamos denominando a cidadania interativa (2004, p. 209)

Na cidadania interativa, como afirma Castells (2003, p. 114), os movimentos sociais do século XXI, ações coletivas deliberadas que visam a transformação de valores e instituições da sociedade, manifestam-se na e pela Internet, assim como os ambientalistas, feministas, movimentos de direitos humanos (...), numa lista infindável de projetos sociais e causas políticas. CASTELLS questiona se o uso da Internet é puramente instrumental ou se de fato o ciberespaço leva a uma transformação das regras do jogo político-social que acaba por afetar o próprio jogo. Os movimentos sociais na sociedade em rede têm como característica serem mobilizados em torno de valores culturais e preencherem o vazio deixado pela crise das organizações herdadas da "era industrial" (sindicatos, partidos etc). Os movimentos em rede trabalham com a opinião pública, perseguem o poder sobre a mente e não poder sobre o Estado. As comunidades virtuais e o terceiro setor apontam para novas formas de mobilização e articulação que confirmam o foco nas idéias, ações e transformações na vida cotidiana, muito distante da articulação política partidária tradicional, mais condicionada ao poder. As *smart mobs* traduzem essa mudança.

5. Conceito de *Smart Mob* e o estudo de caso Hora do Planeta

Rheingold cunhou o termo *smart mob*. Principal teórico das *smart mobs* e da cibercultura nos Estados Unidos, ele as descreve e as analisa no livro *Smart mobs: a*

próxima revolução social (*Smart mobs. The next social revolution*). Rheingold afirma que as novas tecnologias propiciam ações coletivas e formas de agir que nunca seriam possíveis antes, amplificando os talentos humanos para cooperação. *Smart mobs* são manifestações que utilizam as novas tecnologias como forma de comunicar e atingir um maior número de pessoas que, em geral, não se conhecem, mas têm alguma causa em comum.

As novas formas de agregação e manifestação social descritas por Rheingold, podem ser de dois tipos: as *smart mobs* que têm caráter político, e são manifestações que utilizam a internet, por meio de blogs ou Twitter, ou as tecnologias do celular, principalmente o SMS (*short message system*) como forma de comunicação e mobilização.

As *flash mobs*, lembram os happenings dos anos 1970, com características artísticas e performáticas, sem a necessidade do caráter político. São manifestações artísticas, lúdicas, que libertam a imaginação e buscam uma crítica ao cotidiano e à massificação dos comportamentos sociais. Um exemplo recente das *flash mobs* são as *silent parties* (festas silenciosas), reuniões de centenas de jovens nos metrô de Londres e nos Estados Unidos, munidos de tocadores de música (walkmans, Ipods, Iphones) a dançar isolados ao som da música escolhida, com seus fones de ouvido, numa estranha festa sem música para os que vêm mas não participam da festa.

Os metrô deixaram de ser locais de passagem, tornando-se locais de intervenção lúdica. Transformaram-se e foram resignificados em seus usos.

Das *smart mob*, ou mobilização inteligente, a mais conhecida e discutida no mundo foi a grande mobilização promovida na Espanha em 2004, após os atentados na Estação Ferroviária Atocha, em Madri. O governo espanhol, mesmo sem a devida investigação, atribuiu a autoria dos atentados ao grupo separatista Basco, ETA, descartando a possibilidade (que depois se confirmara) de que o atentado poderia ser uma represália da rede Al Qaeda, pelo apoio do governo espanhol à política norteamericana no Iraque.

Diante do embuste governamental, as pessoas se mobilizaram via mensagens de celular (SMS) e internet, em passeatas e manifestações contra o governo que resultaram numa reviravolta nas eleições do país, que ocorreram poucos dias após o ato.

Diversas outras *smart mobs* se espalharam pelo mundo: na China mais de um milhão de mensagens fizeram o governo recuar na instalação de uma indústria poluente (paraxileno) em 2007 (Schieck, 2007). Em 2009 o Greenpeace realizou uma *smart mob* global contra a ampliação de um aeroporto Heathrow em Londres, em que mais de 1.000 manifestantes, com camisetas temáticas, invadiram o aeroporto e centenas de pessoas pelo mundo se inscreveram como co-proprietárias de parte de um terreno comprado pelo Greenpeace para impedir a expansão. No Chile em 2006 e 2007 foram realizadas *smart mobs* contra a Microsoft, assim como no Paquistão, contra o Presidente Pervez Musharraf e em Uganda pelos direitos das mulheres (Lemos, 2006).

A mais significativa *smart mob*, do ponto de vista de sua força política, ocorreu nas Filipinas, em 2001, contra o presidente Estrada. A manifestação de mais de um milhão de pessoas que saíram às ruas vestidos de preto, de forma pacífica, sem nenhuma violência, derrubou um governante corrupto.

Há registro de algumas *flash mobs* também no Brasil, como a descrita pelo sítio do jornal O Estado de São Paulo, ocorrida no período de 8 e 13 agosto de 2003, em São Paulo:

Maluquices públicas programadas por e-mail

O convite vem por e-mail. Você deve estar em certo local, a certa hora. Lá, receberá instruções de um organizador sobre o que deve fazer. Pode ser, por exemplo, imitar o canto de um pássaro ou jogar-se no chão, aos gritos. (...)

(o evento) reuniu cerca de 100 pessoas no cruzamento da Avenida Paulista com a rua Augusta, uma das mais movimentadas de São Paulo. Os participantes aguardaram o primeiro sinal verde após o relógio do canteiro marcar 12h40. Eles atravessaram a Avenida Paulista, tiraram um sapato cada e bateram com ele no chão, repetidas vezes. Logo em seguida, calçaram o sapato e foram embora. O fenômeno das *Flash mobs* está se espalhando rapidamente pela Europa e Estados Unidos. É uma manifestação sem objetivo político, articulada com instantes de antecedência por e-mail ou mensagens de telefone celular. (Jornal Estado de São Paulo, 2003)

As *flash mobs* têm recebido mais atenção da mídia por suas características inusitadas e estética inovadoras. Alguns exemplos têm sido as Guerrilhas Gay, em Los Angeles, em que grupos se reúnem em restaurantes para uma festa gay, tudo comunicado por celular no dia da performance. Recentemente a flash mob No Pants (sem calças) foi realizada em abril de 2009, no metrô de São Paulo, tendo ocorrido em mais de 20 cidades pelo mundo. A performance consistia em reunir as pessoas na mesma estação de metrô, numa hora predeterminada, as quais deveriam tirar as calças, ficando somente com as roupas debaixo e entrarem juntos no trem. A manifestação tinha algumas regras: não deviam conversar, rir ou expressar qualquer desconforto, nem utilizar roupas apelativas, ou com conotações sexuais. Ao final do ato, todos deveriam se vestir e se dispersar, causando estranhamento nas pessoas.

A mais recente *smart mob* brasileira foi a concentração na Praça dos Três Poderes do dia 6 de maio de 2009, em que centenas de manifestantes levaram uma vela para iluminar a Justiça no Brasil e pedir a saída do ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal. A organização Fora Gilmar era suprapartidária, formada por cidadãos que utilizam blogs e mensagens na internet e celular, que organizaram a manifestação.

Para Rheingold (apud Lemos, 2006) *smart mobs* :

consist of people who are able to act in concert even if they don't know each other. The people who make up *smart mobs* cooperate in ways never before possible because they carry devices that possess both communication and computing capabilities.

Como se viu, as novas tecnologias têm sido apropriadas por muitos outros, além daqueles que pretendem realizar manifestações artísticas, lúdicas e aparentemente despropositadas, como fez o WWF, na Hora do Planeta.

7. Estudo de caso: A Hora do Planeta

A mobilização planetária, liderada pela Organização não governamental WWF (Fundo pela Conservação da Natureza), a Hora do Planeta, convocou o mundo para um gesto simples em defesa do Planeta: apague as luzes por uma hora no dia 28 de março às 20:30. Realizada desde 2007, para alertar sobre o aquecimento global e pressionar os governos por compromissos efetivos para diminuição da emissão de gases do efeito estufa, pela primeira vez a Hora do Planeta aconteceu no Brasil, em 2009. Reuniu 88 países e mais de 4 mil cidades ao redor do globo, que "apagaram" monumentos como a Torre Eiffel, em Paris; a Torre Auckland Sky, na Nova Zelândia; a Ópera de Sydney, na Austrália; o templo Rizal Shrine, um dos principais monumentos de Manila nas Filipinas; a estátua Merlion, e as torres gêmeas Petronas, de Cingapura; o ninho do Pássaro, em Pequim.

Não só as pirâmides, mas também o Pão de Açúcar, no Rio de Janeiro, e o Centro Cultural Dragão do Mar, em Fortaleza, até a estátua do Padre Cícero, em Juazeiro, ficou às escuras. São Paulo, Brasília e Belo Horizonte, e diversas outras cidades pelo Brasil, realizaram manifestações nas ruas à luz de velas. Em Moscou a estimativa é que mais de um milhão de pessoas desligaram as luzes. Na Espanha cerca de 15% da população, em torno de 7 milhões de pessoas. No Canadá a energia elétrica teve uma redução de consumo de cerca de 15%. Na África do Sul um concerto às escuras foi realizado no Victoria & Albert Waterfront, levando o bispo, ganhador do prêmio Nobel da Paz, Desmond Tutu a afirmar que a Hora do Planeta foi “um dos maiores movimentos sociais já vistos no mundo”, segundo dados do Informativo online do WWF, 2009.

Na internet, no sítio do WWF são citadas as inúmeras comunidades utilizadas para a mobilização no Orkut, no Twitter (com 1542 seguidores), no Flickr, e no Youtube (com 127.912 exibições de vídeos sobre a “Hora do Planeta”).

A mensagem era clara: vote pelo Planeta. A ideia de um ciberativismo e o do exercício de uma cidadania planetária pelo meio ambiente foi difundida pela primeira vez de forma global, ao atingir a maior parte dos países do planeta. O uso de novas tecnologias foi fundamental para a mobilização. Apesar de no Brasil a ONG ter tido o apoio das mídias tradicionais, como a televisão, foi pela internet e pelos dispositivos móveis que o evento teve maior difusão e repercussão. A resposta da comunidade pode ser medida principalmente pelas visitas no sítio do WWF-Brasil no período da campanha, o aumento no mês de março foi de 250%, em relação ao mês anterior, atingindo 58.883 visitas somente no dia 28 de março, sendo o terceiro sítio mais visitado do mundo, dentre os sítios do WWF, neste dia. O mais visitado foi o sítio da Rússia com 91.768 pageviews, seguido pelo Reino Unido com 76.422 visitantes, em quarto lugar a Espanha com 27.238 visitas, seguido pelo Canadá com 18.025 visitantes (OLIVEIRA, 2009).

A mobilização de centenas de milhares de pessoas pelo ciberespaço, com a construção de comunidades no Twitter, Flickr e a exibição de vídeos no Youtube caracteriza o

evento como uma mobilização que utilizou as novas tecnologias como principal ferramenta de divulgação e envolvimento, com a culminância num processo viral de comunicação, em que cada elo dissemina a mensagem aos seus amigos, criando uma verdadeira comunidade global contra o aquecimento global.

No sitio eletrônico do WWF é possível encontrar a convocação para continuar a cibervotação por meio da participação nas comunidades criadas, inclusão de fotos, vídeos e mensagens: “Essa é a primeira eleição que acontece simultaneamente no mundo inteiro. No páreo, estão o nosso planeta e o aquecimento global. Para quem você vai dar seu voto?” (WWF, 2009).

O potencial de articulação do terceiro setor se traduziu na *smart mob* planetária Hora do Planeta, estabelecendo um canal de participação e colaboração da sociedade civil, sobre o terceiro setor, nos moldes do que afirma Dowbor:

Se associarmos a expansão deste setor de atividades com as dinâmicas estruturais que sustentam o paradigma da colaboração visto acima – urbanização e expansão do consumo coletivo; tecnologias de informação e conectividade social; expansão das políticas sociais que favorecem processos descentralizados e participativos e primazia da economia do conhecimento que privilegia intercâmbios – concluímos que se trata não de um subprocesso menor do setor público, mas do resgate, por parte das comunidades, de um mínimo de sentido na organização dos esforços sociais (2007,p 159).

No dia 1º de abril, uma notícia no sítio do WWF-Brasil afirmava:

A participação dos brasileiros via internet foi fundamental para o sucesso da Hora do Planeta. Durante o ato simbólico, internautas de todo País enviaram mensagens via Twitter sobre sua participação no movimento. Além disso, fotos e vídeos se multiplicaram na web, confirmando a força deste gesto pelo planeta. Vários registros do apagar das luzes em diferentes pontos do Brasil foram publicados espontaneamente em sites como YouTube, Flickr e Orkut (WWF- Brasil,2009).

No sitio do WWF Austrália, país que iniciou o movimento há três anos, é possível encontrar os seguintes dados que traduzem a forte participação planetária no evento:

4.088 cidades em 88 países pelo globo participaram;

73 capitais nacionais participaram;

18 dos 20 países do G20 participaram;

9 entre as 10 mais populosas cidades do mundo participaram;

Cobertura por 24 horas pelos meios de comunicação;

O Vice Presidente dos Estados Unidos celebrou a Hora do Planeta com o Presidente do Chile

Os marcos mundiais mais importantes da Terra ficaram escuros: as Pirâmides (Egito), Burj Al Arab hotel (Dubai), Torre Eiffel (França), Vaticano (Itália), Acrópoles (Grécia), Big Ben (Reino Unido), Las Vegas Strip and Empire State Building (EUA), Cristo Redentor (Brasil), Estádio Ninho do Pássaro(China) e as Torres Gêmeas de Petronas (Malasia).

Durante a campanha de 2009 :

Foram encontradas 87 milhões de menções a Hora do Planeta na web. ;

A Hora do Planeta tem pelo menos 2.4 milhões de apoios de comunidades na internet;

Durante as 24 horas que transcorreram a Hora do Planeta foram exibidas mais de 8,3 milhões de vezes os vídeos e imagens do evento;

A Hora d Planeta foi mencionada 300 vezes por segundo na web;

O vídeo A Hora do Planeta foi visto 10 vezes em cada segundo;

A hora do Planeta foi o tópico mais mencionado no twitter no dia 28 de março. (WWF – Australia, 2009)

Estes dados traduzem a importância das novas tecnologias como possibilitadoras de um manifesto planetário e indutoras de mobilizações em tempo real. O uso da internet pelos movimentos sociais contemporâneos, como o ambientalismo e os movimentos de gênero, têm longa caminhada.

Rheingold[6] (1993) no seu clássico *Virtual Community* (Comunidades Virtuais,1993) descreve com pormenores os avanços do uso dos computadores pelas organizações da sociedade civil e a formação das primeiras comunidades virtuais. O uso de correios eletrônicos, listas e comunidades ambientalistas têm conseguido superar as dificuldades financeiras, as barreiras acadêmicas na participação de congressos internacionais e sobretudo, difundido as mensagens ecológicas e popularizado termos científicos e técnicos.

8. Considerações finais

É fato que o senso de comunidade urbana com referências de vizinhança e de centralidade da cidade tem perdido significado, principalmente em países como o Brasil, em que a violência e a falta de planejamento das cidades transforma o espaço público num verdadeiro caos. E este sim, um fator de isolamento e de esvaziamento dos espaços públicos. No entanto, as novas tecnologias, que de certa forma, contribuem também para o esvaziamento em alguns aspectos da vida urbana, tem criado novas

formas de sociabilidade e engendrado comunidades virtuais capazes de interagir, fortalecer e articular movimentos com o uso das novas tecnologias. As novas tecnologias têm se afirmado como uma ferramenta de colaboração e transformação.

O uso das novas tecnologias como ferramenta de interação e construção de comunidades tem servido, inclusive, para ressignificar e incentivar a esfera pública, pois permite o exercício da cidadania interativa, das mobilizações com uso da informação em tempo real (*smart mobs*), engendrando uma ciberdemocracia planetária (como na Hora do Planeta), bem como fortalecendo a democracia local (*smart mob* na Espanha, 2004; *smart mobs* na China, 2005, Chile, em 2006, e Uganda, em 2006).

O caso da Hora do Planeta ilustra esta nova possibilidade de manifestação, que teve como símbolos os marcos urbanos do Planeta (Cristo Redentor, Torre Eiffel, Ninho do Pássaro, Big Ben, entre outros), ensejou diversas manifestações de rua, propiciou uma interação planetária por uma causa global e iniciou verdadeiramente a cidadania planetária. O chamamento a votar, iniciado pela Organização Não Governamental WWF enseja uma nova perspectiva democrática e renova o paradigma do exercício da cidadania. Inaugura um forte movimento de solidariedade planetário e transgeracional.

O movimento a Hora do Planeta só foi possível devido a articulação pela e na internet. Produziu um evento global que afirma os propósitos positivos e inovadores da cibercultura. Confirma a possibilidade de materializar as promessas da cibercultura em atos globais e locais em defesa da sustentabilidade planetária e do fortalecimento de uma cultura de colaboração mundial. O direito ao meio ambiente, à democracia e a vida digital, configuram os mais novos direitos, que alguns autores classificam como direitos a terceira, quarta e sétima dimensão de direitos (HOESCH, 2003), como forma didática de expor a historicidade dos direitos, ressaltando a necessária indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Os territórios e lugares não se tornam necessariamente não-lugares, ou lugares assépticos, mas dão vez a outros significados e ações, como se percebe nas *flash mobs* e *smart mobs* que se espalham por todo o globo, levando a novos usos dos espaços.

9. Bibliografia

AUGE, Marc. **Los no lugares. Espacio Del anonimato.** Barcelona: Gedisa editorial. 1995

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet** – reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

DOWBOR, Labislau. **Democracia Econômica: um passeio pelas teorias.** Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2007.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Caderno Tecnologia.** São Paulo: 2003. Disponível em <http://www.estadao.com.br/arquivo/tecnologia/2003/not20030809p44075.htm>. Acessado em 20 de abril de 2009.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e direita**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

GUERRA FILHO, Willis **Santiago**. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOESCHL, Hugo César. **A vida digital e os direitos da sétima dimensão**. Disponível em:

<<http://www.digesto.net/ddigital/digital/Panorama1.htm>>.

HOBSBAWN, Eric. **A crise atual das ideologias**. O mundo depois da queda. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1995

KELSEN, Hans. **Teoria Generale Del Derecho e dello Stato**. 5 ed. Milão: Etas Libri, 1974.

LEVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Editions Odile Jacob. 2002.

LEVY, Pierre. **O que é virtual**. Trad. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 31, 1999.

LEMOS E VALENTIN, **Cibercultura e infraestrutura de redes sem fio no Brasil**. Acessado em <http://www.andrelemos.info/artigos>, em 29 de abril de 2009

LEMOS, André. **Manifesto das Mídias Locativas**. Disponível em : <http://www.andrelemos.info/> Acessado em 12 de maio de 2009

LEMOS, André (org). **Cibercidade – as cidades na cibercultura**. Rio de Janeiro: E-papers, 2004

LEMOS e CUNHA (org.) **Olhares sobre a Cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MARKOFF, JOHN. **Folha de São Paulo**. Caderno New York Times. São Paulo, segunda-feira, 11 de maio de 2009

O ESTADO DE SÃO PAULO. Caderno Cidades. São Paulo 2003 Disponível em <http://www.estadao.com.br/arquivo/cidades/2003/not20030813p8681.htm>, acessado em 20 de abril de 2009.

OLIVEIRA, Denise. **Dados sobre a Hora do Planeta** (mensagem eletrônica pessoal - email). Mensagem recebida por Geovana Cartaxo em 15 de abril de 2009

PAESANI, Liliana. **Direito e Internet – Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008

VIRILIO, Paul. **El ciber mundo , la política de lo peor**. Madrid: Catedra, 1997

VIRILIO, Paul. **La vitesse e La viellesse**, 1990. Disponível em http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/?q=taxonomy_menu/3/98

RHEINGOLD, **Howard**. **Virtual Comunity** (1993). Acessado em <http://www.rheingold.com/vc/book/9.html> em 20 de abril de 2009.

RHEINGOLD, Howard. *Smat Mobs*. Perseus Publishing, 2002.

SANTOS, Hermílio. Ciberidades e o exercício da cidadania interativa, In: LEMOS, A. (org). *Ciberidade – As cidades na cibercultura*. Rio de Janeiro: e-papers , 2004

STEINBERG, Gustavo. *Política em pedaços ou Política em bits*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

SCHIEK, Monica. *Flash mobs e Smart mobs: uma análise do cenário das metrópoles contemporâneas* 2007. Disponível em <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/404nOtF0und>. Acessado em 21 de abril de 2009.

WWF Brasil, 2009. Disponível em <http://www.wwf.org.br/?19200/Mundo-votou-por-uma-ao-decisiva-contra-as-mudanas-climticas-no-enorme-evento-da-Hora-do-Planeta>

WWF Austrália, 2009. Disponível em <http://www.earthhourau.org/news>, acessado em 14 de maio de 2009.

ZUCKERMAN, Ethan, **Mobile Phones and Social Activism**. Disponível em <http://www.techsoup.org/learningcenter/hardware/page7216.cfm>

[1] Pero, los no lugares reales de la sobremodernidad, los que tomamos cuando transitarnos por La autopista, hacemos las compras en el supermercado o esperamos en un aeropuerto el próximo vuelo para Londres o Marsella, tienen de particular que se definen también por las palabras o los textos que nos proponen: su modo de empleo, en suma, que se expresa según los casos de modo prescriptivo ("tomar el carril de la derecha"), prohibitivo ("prohibido fumar") o informativo ("usted entra en El Beaujolais") y que recurre tanto a ideogramas más o menos explícitos y codificados (los del código vial o los de las guías turísticas) como a la lengua natural.

[2] La perte de l'exo-centration territoriale développe et accroît l'ego-centration comportementale de l'homme, non seulement dans le vide, mais ici-bas, sur cette terre même, archétype de toute spatialité corporelle, arche perdue de l'expérience du mouvement. La voilà bien la décentralisation, déconstruction non seulement de l'aménagement du territoire ou de l'architecture, mais de l'environnement même de l'expérience humaine. Égotisme suprême, égocentrisme plus puissant que tous les anthropocentrismes et les égocentrismes qui façonnèrent naguère l'histoire et la géographie, et dont Copernic, Galilée, Kepler tentèrent vainement de nous délivrer (VIRILLIO, 1997, p.4).

[3] The experience has to do with the way groups of people are using CMC to rediscover the power of cooperation, turning cooperation into a game, a way of life a merger of knowledge capital, social capital, and communion. The fact that we need computer networks to recapture the sense of cooperative spirit that so many people seemed to lose when we gained all this technology is a painful irony. (Virtual communities, online, 1993)

[4] Are virtual communities just computerized enclaves, intellectual ivory towers? The answer must lie in the real world, where people try to use the technology for the purpose of addressing social problems. Nonprofit organizations on the neighborhood, city, and regional levels, and nongovernmental organizations (NGOs) on the global level, can be seen as modern manifestations of what the enlightenment philosophers of democracy would have called "civil society." The ideal of building what one pioneer, Howard Frederick, calls a "global civil society" is one clear vision of a democratic use of CMC. Nonprofits and NGOs that use CMC effectively are concrete evidence of ways this technology can be used for humanitarian purposes. (Rheingold,1993)

[5] <http://www.andreleamos.info/>

[6] Environmental scientists and activists are dispersed throughout the world, generally don't have the money to travel to international conferences, and are compartmentalized into academic institutions and disciplines. The uses of electronic mailing lists and grassroots computer networks began to spread through the scientific and scholarly parts of the ecoactivist grapevine through the late 1980s. Just as virtual communities emerged in part as a means of fulfilling the hunger for community felt by symbolic analysts, the explosive growth in electronic mailing lists covering environmental subjects has served as a vehicle for informal multidisciplinary discussions among those who want to focus on real-world problems rather than on the borders between nations or academic departments.

MUNDIALIZAÇÃO E INTOLERÂNCIA: UM BREVE ENSAIO

MUNDIALIZATION AND INTOLERANCE: AN ESSAY

**José Bittencourt Filho
Eneá de Stutz e Almeida**

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a temática da intolerância, relacionando-a com a mundialização cultural. Trata-se de um ensaio que, a partir da ética, dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, reflete sobre a sociedade de consumo globalizada, e em que medida a condição de indivíduo e de pessoa estão sendo manejados. Trata-se de uma abordagem que deseja pluridisciplinar. O raciocínio seguido considerou, inicialmente, a urgência ética; num segundo momento, as faces da intolerância; a seguir os princípios da igualdade e da liberdade, e por fim, a violência simbólica. Concluiu-se que a intolerância generalizada e “naturalizada”, bem como a desigualdade, a par de outros intervenientes atávicos à globalização financeira e à mundialização cultural a par de outros fatores, promovem uma “invisibilidade social” das maiorias empobrecidas e, a partir da violência simbólica, alimentam a cadeia das demais formas de violência que avassalam a sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVES: INTOLERÂNCIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE, PRINCÍPIO DA LIBERDADE, ÉTICA.

ABSTRACT

The present essay approaches the thematic of the intolerance, relating it with the cultural mundialization. The essay reflects about our nowadays society, bringing concepts from ethics, the principles of equality, freedom and the dignity of the person human being; also asks if both concepts of individual and person are being respected. With a pluridisciplinal approach, initially the ethical urgency was considered; in a second moment, intolerance faces, followed by the principles of equality and liberty; at last, symbolic violence. In conclusion, generalized and naturalized intolerance, as well as social differences, beyond other factors, promote a “social invisibility” of the poors, and feeds the chain of the violence, also symbolic.

KEYWORDS: INTOLERANCE, EQUALITY, LIBERTY, ETHICS.

Introdução

Alguns analistas consideram que o início e o final do século XX, pensados em termos de eventos significativos, tiveram como cenário a região dos Bálcãs, ou seja, lá ocorreu tanto o assassinato do príncipe Ferdinando que desencadeou a Primeira Guerra, quanto o conflito genocida da Bósnia. Estes episódios bélicos, com todos os seus desdobramentos e efeitos dramáticos e catastróficos conferiram um novo perfil à Civilização ocidental. O primeiro ao longo do século XX; o segundo ensejou preocupantes indagações quanto às fronteiras éticas do novo século e do novo milênio que se avizinhavam. Na atualidade, diversas são as causas para a generalização das preocupações de cunho ético. A título de síntese, porém, tais preocupações podem ser reduzidas ao fato de que a vida humana no planeta encontra-se sob sérias ameaças, o que torna imperativo que todas as realidades sejam consideradas em função desse valor supremo.

A questão ecológica, por exemplo, tem sido um fator de despertar ético em nossa realidade, afinal de contas a ecologia lida com as condições vitais mais básicas da raça humana. A par disso, a deterioração das instituições políticas em decorrência da corrupção crescente, bem como o manejo dos mecanismos políticos em favor de interesses particulares, numa espécie de movimento de privatização do Estado; e dos quais decorre a violação dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, dos direitos individuais, e das liberdades públicas; sem contar a expansão da violência armada e do crime organizado, este em grande parte responsável pela corrupção nos planos público e privado, e sintoma da busca desenfreada pelo lucro. Todos esses são elementos que têm suscitado a indignação ética.

No presente trabalho pretende-se apontar para um arcabouço teórico pluridisciplinar capaz de conferir maior consistência e objetividade aos argumentos destinados à aplicação do *princípio da dignidade da pessoa humana*, considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil (CF art. 1º, III). Para a consecução de tal objetivo faz-se mister um tipo de abordagem que implica, necessariamente, em realizar incursões nos diferentes domínios das ciências humanas e sociais que tratam da temática; e até mesmo no terreno do saber filosófico. Supõe-se que, a despeito dos respectivos interesses e singularidades dessas ciências e desses saberes, podem ser detectados pontos em comum e convergências significativas que permitem a construção de um discurso consistente, por meio de um elenco de argumentos conexos, aplicáveis, e operacionais. Tal arquitetura argumentativa viria preencher lacunas e acrescentar substância à aplicação de um princípio constitucional que, ora se vê restringido pelo senso comum, ora se vê reduzido pelas limitações ideológicas; quando não se converte apenas numa expressão genérica e vazia.

Para tanto, optou-se pela incursão em temáticas correlatas e abrangentes, por meio das quais se pode vislumbrar, no cotidiano dos povos do Terceiro Mundo a experiência de ver sonogada sua dignidade: a intolerância generalizada e "naturalizada", bem como os caminhos preferenciais pelos quais a intolerância transita com desenvoltura - a *mundialização cultural compulsória e a violência simbólica*. Ambas, são fatores constitutivos de um contexto de unidimensionalidade, de fetichismo da mercadoria, e de desigualdade renitente, que promovem a "invisibilidade social" das maiorias empobrecidas e induzem um modelo de sociedade marcado pela exclusão, pela marginalidade, e pela violência.

Da urgência ética

Refletindo uma tendência planetária, desde as últimas décadas do século anterior, a discussão sobre a ética e a moral vem adquirindo prestígio em diferentes escalões da sociedade brasileira. Tal retomada parece indicar uma ampliação da cultura política e de seu subproduto imediato: o exercício da cidadania. Os meios de comunicação social, ao fazerem circular um formidável volume de informações têm contribuído nesse sentido, muito embora se saiba de todo um complexo conjunto de mecanismos utilizados para diluir os efeitos da informação sobre as massas, bem como a manipulação premeditada de informações a fim de deslocar o foco das atenções da opinião pública das questões realmente estratégicas e momentosas. Tudo isso sem contar a disseminação subliminar da ideologia dominante que nunca deixou de existir, mas que na atualidade conta com um extraordinário aparato tecnológico facilitador. Contudo, o avanço, a consolidação, e o aprimoramento das táticas dos movimentos sociais e das Ongs, são sinais de que as formas de organização da sociedade civil e as novas modalidades de participação política são fatores que necessariamente ampliam as demandas pela ética na política, na empresa, na escola, e nos meios de comunicação; dentre outros entes sociológicos.

Por outro lado, o incremento dos debates em torno da ética traduz o medo e a apreensão dos segmentos mais bem informados em face da frequência e do volume das violações dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, dos direitos individuais, e das liberdades públicas. Ademais, é igualmente assustador o ineditismo de determinadas questões de cunho ético, sobretudo aquelas vinculadas ao manejo genético, que podem produzir desdobramentos, conseqüências e efeitos até então impensáveis; tudo isso sem contar a inquietante escalada da violência armada.

Pode-se afirmar que, a rigor, a maioria das pessoas não está habituada a refletir sobre as questões de cunho ético-moral. No plano do senso comum (e mesmo em muitos ambientes acadêmicos), a resposta às indagações morais apenas reproduz fórmulas consagradas no meio social. Segundo essa lógica, quando os costumes e os valores de uma sociedade estão consolidados não existiria a necessidade de discuti-los. No entanto, no ensejo de mudanças sociais profundas e céleres, tais como as que se verificam na atual transição civilizatória, faz-se urgente e necessário não só uma ampla discussão acerca de determinados valores já consagrados, como também o questionamento da validade e da pertinência de muitos deles.

Diante disso, a ética, concebida como teoria sobre a prática moral, ou ainda, como a análise crítica dos fundamentos e princípios que regem um determinado sistema moral, torna-se oportuna, pertinente e, porque não dizer, imprescindível. Por sinal, é oportuno sublinhar: desde que não haja uma subordinação incondicional à moral vigente, fruto da alienação, não é difícil para um ser humano vivenciar a experiência ética fundamental: a descoberta da diferença existente entre o que *é* e o que *deveria ser*. Ao mesmo tempo, trata-se de supor o ser humano como dotado de moralidade, isto é, da capacidade de diferenciação convencional entre o bem e o mal, o certo e o errado, o justo e o injusto. Aliás, a faculdade existencial de rebelar-se perante uma situação considerada anti-humana se constitui numa segunda experiência fundamental: a *indignação ética*. Tal indignação aparece como o primeiro passo na identificação de situações, hábitos,

costumes, (pseudo) valores, regras e normas malévolas que conspiram contra o avanço da humanização e que se camuflam na normalidade ou na tradição.

Isso evidencia como pano de fundo de tais constatações uma determinada *antropologia* de natureza filosófica; justamente aquela que considera o ser humano um ser em processo permanente de construção de si mesmo, e relativamente livre das determinações naturais, ou seja, dotado de um tipo de liberdade que lhe faculta a possibilidade de adotar opções fundamentais às quais ele subordina todas as suas ações e que utiliza como critério, em cada situação dada, no relacionamento com os semelhantes e as instituições sociais. Todavia, tal liberdade implica na responsabilidade de se estabelecer um sentido para a existência e a de assumir as conseqüências das ações e das atitudes; ao mesmo tempo em que permite vislumbrar um futuro que não seja uma mera reprodução do presente, mas, um devir qualitativamente melhor.

Outrossim, é necessário se estar advertido quanto aos efeitos não intencionais das ações humanas, sob pena de restringir-se a questão moral apenas ao plano das intenções conscientes. Faz-se necessário considerar os fatores que atuam efetiva e decisivamente tanto na acepção, quanto no cometimento, quanto nos resultados das ações humanas. Vale ressaltar, sobretudo, a interferência direta das estruturas socioculturais que, figuradamente, estariam situadas numa faixa intermediária entre a ação e o seu resultado final.

Na qualidade de seres dotados de moralidade, os grupamentos humanos ao longo da história têm elaborado sistemas de valores e normas que facilitem a convivência (dimensão afetiva) e a cooperação (dimensão produtiva) e dêem conta do processo de conquista da liberdade, da auto-realização, e da plena exploração do potencial criativo que caracteriza a raça humana. Nesse processo, com efeito, deu-se a descoberta da diferença entre o ser e o dever-ser, e assim, foi sendo concretizado o desiderato voltado para a tecedura de um futuro melhor do que o presente. Entretanto, tal tecedura implica na criação de instrumentos capazes de controlar, ainda que precariamente, os efeitos não intencionais das nossas ações, a par da consciência de que, no plano moral, persiste um conflito entre os interesses imediatos e os de longo prazo, assim como entre os interesses particulares e os da coletividade. Do trato dispensado a essa implicação dialética emerge a consciência ética que se aprimora na busca e na formulação de valores permanentes e universais.

O mundo humano não é co-extensivo à natureza, é o mundo artificial da *cultura*, esta última concebida como a totalidade dos produtos da atividade humana nas dimensões material e imaterial da existência coletiva; o que recobre desde o idioma até as noções religiosas, passando pela culinária e pelas inclinações estéticas. Por essa razão a cultura tem sido compreendida como a "segunda natureza" da espécie humana. Esta *segunda natureza* seria resultante do processo de socialização, por meio do qual é internalizada e reproduzida a cultura dos grupos e da sociedade nos quais todos os seres humanos encontram-se inseridos.

Um dado curioso é que, tanto as diferenças entre as culturas quanto as semelhanças entre os meios de socialização, tornam evidente que ambas são invenções, convenções, e/ou criações sociais. Para bem e para mal, a introjeção nunca se faz completa e, com isso, a reprodução da ordem nunca se dá plena e mecanicamente. Se assim não fosse, a história humana consistiria de uma sucessão idêntica e totalitária de formações sociais;

uma realidade mundial na qual tudo seria determinado pela ordem estabelecida, e assim, desprovida de qualquer inventividade, inovação criativa, ou mesmo qualquer questionamento acerca da ordem estabelecida. Em contrapartida, o que efetivamente acontece é o aproveitamento das brechas e interstícios produzidos pelo *deficit* de interiorização, que facilita justamente o exercício da liberdade humana em seus aspectos criativos, inovadores, rebeldes, e utópicos.

Faces da intolerância

Não é ocioso assinalar que a socialização inclui necessariamente a interiorização das normas e dos valores morais dominantes. Por conseguinte, quanto mais rígidos forem os padrões culturais estabelecidos, mais difícil se torna a aceitação de valores e comportamentos tidos como desviantes, diferentes, ou moralmente inaceitáveis. Isto porque a presença concreta dos diferentes e a alteridade que ressaltam, denuncia a transitoriedade e o relativismo das culturas, o que pode ser (e tem sido) entendido como uma ameaça à ordem. É justamente neste ponto que se pode identificar a gênese da *intolerância*.

Em suma: a cultura, produto do trabalho humano se torna objetiva por intermédio de regras e normas e, dessa maneira, torna-se coercitiva e converte-se *na* "realidade" para os que se encontram sob sua esfera de influência, e que assim a reproduzem até mesmo de modo mecânico e inconsciente. A ordem decorrente de tal reprodução é concebida como a "normalidade", o que enseja uma postura hostil contra todos que porventura a desafiem ao adotarem determinadas condutas, valores e idéias. Vale ponderar a importância e a necessidade das normas sociais e do respeito que lhes deve a coletividade, sem exceções, como a única alternativa de viabilização da convivência e da cooperação sociais. Contudo, tais normas não devem ser caracterizadas pela inflexibilidade. Antes, impõe-se que o critério supremo de sujeição ou de rejeição das normas deva ser o da preservação da *vida humana*. Ademais, deve-se considerar que, por mais bem elaboradas e mais bem intencionadas que forem as regras de conduta sempre correm o risco de se converterem em instrumentos de poder utilizados para a opressão e o controle abusivo sobre as pessoas.

É oportuno recordar que a moral individualista típica da modernidade, facilmente desembocou no consumismo desenfreado. A par disso, a fragmentação das várias esferas da vida social induziu graves distorções, tais como a contradição entre o desenvolvimento tecnológico e os altíssimos níveis de produtividade, ao mesmo tempo em que milhões de pessoas permanecem vítimas da fome e da miséria. Isto sem contar os distúrbios ambientais decorrentes do atual modelo consagrado de desenvolvimento industrial. Tudo isso significa que o progresso técnico gerado pela racionalização capitalista funciona em detrimento dos pobres e do meio-ambiente.

Tais paradoxos se instalam em virtude da antinomia ética inerente ao modelo capitalista industrial. A racionalização moderna confinou a ética ao plano individual e privado, dissociando-a da esfera pública, na qual apenas a técnica e os resultados favoráveis aos interesses dominantes é que efetivamente contam. Um dos emblemas dessa contradição

é o drama da dívida externa: em nome do princípio moral da confiabilidade mercantil, ou seja, da necessidade do cumprimento dos contratos, os Estados nacionais encontram-se impedidos de implementar políticas públicas que diminuam a desigualdade social. Em virtude do princípio contratual, em si mesmo correto, milhares de cidadãos do chamado Terceiro Mundo são condenados ao estado de penúria. Neste exemplo, como em muitos outros, uma moralidade individualista, privatista, e meramente principista, acaba por colocar o cumprimento de compromissos financeiros acima dos perversos custos sociais que acarretam.

Na atualidade, assiste-se ao incremento da intolerância, sobretudo, a religiosa. Na Europa percebe-se um preocupante renascimento do anti-semitismo, enquanto no mundo islâmico parece aumentar o atrativo pelas expressões mais radicais. Em decorrência disso, aprofunda-se o preconceito contra os muçulmanos, por meio da equiparação apressada entre Islã e terrorismo; e assim sucessivamente. Ademais, intolerância gera intolerância, porquanto as manifestações de ódio alimentam a insegurança e impelem as pessoas a considerar agressões e hostilidades como legítima defesa.

As boas leis não têm se mostrado suficientes para combater esse problema social. As sociedades liberais conhecem desde muito tempo a importância das normas jurídicas e constitucionais que traduzem o compromisso com a liberdade religiosa e a igualdade entre os cidadãos adeptos de diferentes credos religiosos. Porém, ainda que seja essencial que tal legislação exista e seja aplicada, é sabido que as normas perdem eficácia caso não encontrem repercussão nos planos cultural e educacional. Durante séculos, os pensadores liberais têm se concentrado nas vias legais e constitucionais para promover a tolerância, entretanto, têm esquecido de cultivar a emoção e o imaginário das massas no tocante a essa questão. A intolerância seria admissível apenas e tão somente no plano das atribuições do Poder Judiciário, das forças encarregadas de manutenção da ordem, assim como dos códigos éticos e morais cuja finalidade seja prevenir, corrigir e reprimir os delitos e os crimes. Subtraindo-se as ações repressivas contra os que incorrem na violação do direito e da integridade alheia, pode-se afirmar que nenhuma conduta humana é mais deplorável do que a intolerância.

Contudo, desde a composição do assim chamando Terceiro Mundo, como um desdobramento geopolítico da Segunda Guerra e como um emblema da Guerra Fria que a sucedeu, o debate em torno da questão da tolerância introduz um ingrediente inédito e singular: no contexto dos países e dos povos empobrecidos, não se trata apenas de uma discussão acerca da alteridade e das diferenças, mas sim, acerca das *desigualdades*. Ao longo do século XX, tanto as experiências totalitárias, quanto as liberais indicaram a possibilidade de que a tolerância pode ser distorcida, quer quando se transforma em mera passividade diante de regimes e sistemas opressores, quer quando permanece confinada a uma igualdade formal que não ultrapassa os textos legais. Em suma: em sociedades nas quais prevalece a desigualdade social, a tolerância pode ser e tem sido desviada de seus propósitos éticos originais.

Ao contrair tais conotações, a noção de tolerância adquire uma dimensão política ineludível, porquanto introduz necessariamente a luta contra todas as formas de desumanização, sobretudo aquelas enraizadas no âmbito cultural, e que dizem respeito diretamente à consolidação de identidades dos marginalizados e oprimidos. Acresce que tal politização redimensiona o conceito e o insere no conjunto dos esforços em prol da

libertação e do combate às várias modalidades de exclusão sistêmica. O mais importante é que ao se reinterpretar o sentido de tolerância se possa suplantar a significação vigente desde o século XVI, na qual se encontrava embutida a suposta superioridade da cultura européia sobre as demais e que tornou a tolerância uma atitude de civilizados em relação aos "selvagens" das regiões do planeta sob dominação colonial.

Quando a justiça se deixa submeter às chamadas "leis de mercado" acaba por suprimir qualquer contraditório político e estabelece a hegemonia absoluta da acumulação. Tal situação acarreta, necessariamente, um tipo de inversão ideológica: aquela na qual a dominação é "naturalizada" e assim, a vítima torna-se responsável pelas suas próprias agruras. Tal inversão seria o substrato das diversas formas de *violência simbólica*. O que os interesses dominantes pretendem é a articulação do capital financeiro com ideologias de massa, de modo que sejam totalmente identificados entre si, capitalismo e liberdade. Em nome das virtudes tecnológicas e do discurso competente, as formas democráticas são substituídas pelas tecnoburocracias estatal e privada, por sinal, aliadas em prol dos mesmos interesses. Nessa perspectiva, a democracia de massas é vista sempre como um perigoso empecilho para as pretensões do mercado.

Reconhecida como inerente ao ser humano, desde o nascimento até a morte, a personalidade jurídica, ou, o reconhecimento legal da qualidade de pessoa humana, confere a cada cidadão o direito de proteção da lei e a fruição dos direitos subjetivos pertinentes. Por sinal, tal proteção principia no momento da concepção. Essa perspectiva universalista dotou o conceito de *pessoa* como um dos mais fundamentais do direito, a ponto de estar explícita ou subjacente em todas as declarações internacionais dos direitos, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Vale ressaltar que a noção de *pessoa*, longe de ser uma categoria inata da razão, é fruto de uma longa conquista que se tornou característica da civilização ocidental, e que coincide com a trajetória das formulações antropológicas destinadas a responder à indagação mais básica da consciência humana de si.

Da igualdade e da liberdade

A grande invenção antropológica da cultura ocidental (legítima herdeira das tradições helênica, romana, judaica e cristã, com suas contribuições respectivas) seria a do sujeito dotado de personalidade única e irredutível, com uma biografia exclusiva, apto a contribuir de forma original e singular, e ainda apto a participar da construção de um destino histórico coletivo.

É oportuno repisar que o vocábulo *pessoa* vem do latim *persona* que significa "máscara de teatro". É uma referência ao teatro grego da Antigüidade, onde os personagens do drama encenado se diferenciavam, em especial, pelas máscaras utilizadas. Esta etimologia da palavra leva a um significado mais específico do termo, posto que *persona* significa o papel a ser representado por aquele que está utilizando a máscara. Em outras palavras, o conceito de *pessoa* traz a idéia de representação social, do desempenho de um papel social. E isto é perfeitamente consoante com o significado jurídico do termo.

Desde a Antigüidade as diferentes leis, de uma forma ou de outra, já eram familiarizadas com a idéia de *pessoa* porque, no âmbito da vida social, em todos os tempos, persistiu a necessidade da interação e do desenvolvimento de papéis sociais. Assim, a idéia de *pessoa* está intimamente relacionada com o papel, que se espera, venha a ser desempenhado pelo ser humano em suas atividades societárias.

Não é por outra razão que, no Brasil pré-republicano, ou seja, nos períodos colonial e imperial, os negros escravos eram pessoas para o direito criminal e objetos para o direito civil. Ou seja, no âmbito criminal esperava-se que eles se portassem de uma determinada maneira, e, portanto, tinham papel a desempenhar; eram seres humanos que interagem com outros seres humanos. Já no âmbito civil, onde prevaleciam as relações privadas, não tinham papel nenhum a desempenhar porquanto eram objetos, coisas, e assim, por via de consequência, suscetíveis à apropriação pelos brancos livres.

Se a noção de *pessoa* se encontra diretamente relacionada com os papéis a serem desempenhados pelos seres humanos, está relacionada também com a idéia de que, nessa qualidade, não existe propriamente uma singularidade pessoal, mas, apenas e tão somente uma representação social. Assim, qualquer pessoa natural é uma pessoa, sem qualquer traço distintivo. Esta idéia também se coaduna com as concepções jurídicas presentes tanto na Antigüidade quanto na Idade Média, pois não havia qualquer preocupação com a singularidade dos seres humanos. A importância de cada qual era conferida pelo lugar social ocupado, e não pelas suas presumidas características singulares.

Com efeito, a biografia de cada um também não se revestia de grande relevância. Os sonhos, desejos, aspirações, frustrações, ambições, feitos, enfim, tudo o que forma o conjunto da biografia específica de cada qual não era, em regra, levado em conta, já que as pessoas eram avaliadas conforme suas características de representação social. Assim, em primeira instância, pertencer a castas, estamentos, grupos; exercer funções e atribuições, bem como desempenhar determinados papéis, é que forneciam esta ou aquela condição às pessoas, e não as características biográficas ou singulares, não havendo sequer uma preocupação maior com tais aspectos.

Não é por outra razão que a expressão *pessoa humana* é corretíssima. Como também a expressão *pessoa jurídica*. É a representação humana de alguém ou a representação de uma estrutura jurídica de outro alguém ou de um coletivo que vai redundar numa *pessoa natural (humana)* ou numa *pessoa jurídica*.

Por tudo isso, a dignidade da pessoa humana independe das condições singulares de cada *indivíduo* - a seguir analisado - e o correto é realmente afirmar a dignidade da pessoa humana, e não a dignidade do indivíduo. Independentemente da representação social que cada pessoa possua, ela é intrinsecamente digna, ou seja, pela simples razão de ser uma pessoa humana é dotada de dignidade, e assim deve ser tratada, sobretudo pelo ordenamento jurídico. É pela afirmação da igualdade entre todas as pessoas que todas são dignas, ainda que alguns sejam considerados indivíduos nocivos ao convívio social.

A título de síntese pode-se enunciar que, nos períodos antigo e medieval, e mais especificamente no Antigo Regime, a característica era a sociedade de estado, formada

por pessoas. Posteriormente configurou-se uma sociedade de indivíduos e, na atualidade, se expande uma sociedade de consumidores

Para se explorar a noção de *indivíduo*, marcada temporalmente, faz-se necessário um retorno ao contexto medieval. A partir das discussões aparentemente metafísicas para se compreender a sociedade - e não mais a partir dos grupos próprios do Antigo Regime - é que teria sido elaborado o modelo intelectual que presidiu a reflexão social durante, pelo menos, os últimos duzentos anos. No contexto histórico anterior à Revolução Francesa, por toda a Europa, e em especial na península Ibérica, o direito constituía, com a teologia, o núcleo duro da cultura literária. Tal tradição literária era formada tanto pelos textos do Direito romano e suas interpretações, quanto os do Direito canônico com suas interpretações respectivas.

Uma das dificuldades para a Igreja Católica Romana, bem como para o pluralismo jurídico medieval era a regulação do comércio. Para alguns, um aspecto deste problema tinha fundamentação moral, em função dos debates a respeito do lucro e da usura. Entretanto, tal dificuldade não era partilhada pela própria Igreja.

Nesse movimento, os pensadores e hierarcas da Igreja Católica traduziram a "razão natural" romana como *direito natural* e elevaram Deus como árbitro desse direito; e não o consenso secular. Posteriormente, os reclames por liberdade comercial engendraram as teorias da *autonomia da vontade*. Surge, assim, a noção de *individualidade* que consta do direito contemporâneo.

Antes do século XVIII tal noção praticamente inexistia, pois, como visto, os seres humanos eram tratados, na medida dos interesses de cada grupo e de cada época, apenas como pessoas. Ou seja, na proporção em que interessava econômica e politicamente que a condição humana fosse levada em conta, então aquele ser vivo era uma pessoa. Caso não fosse interessante, ele se tornava uma coisa, um objeto, ou mesmo alguém que não dispunha de qualquer autonomia, ou seja, destituído de livre vontade. Vale reiterar que não havia qualquer preocupação com a singularidade dos seres humanos. Em outras palavras, não havia liberdade de ser.

Estavam lançadas as bases para o surgimento de uma nova ordem jurídica, ressaltando as características de cada qual, e corroborando dessa maneira a idéia de *indivíduo*, em adição à idéia de *pessoa*; esta última até então suficiente para servir aos interesses da ordem que entrava em ocaso. Adquire prestígio e abrangência a concepção de que cada ser humano tem uma história, uma biografia singular, e esta nova perspectiva passa a ser relevante para o direito. Por sinal, tal concepção ainda é perfeitamente adequada às novas aplicações do princípio jurídico da liberdade.

Enquanto na Antigüidade prevalecia o debate em torno do princípio jurídico da *igualdade*, no período revolucionário do final do século XVIII, o princípio jurídico mais discutido e ressaltado era o da *liberdade*. É interessante sublinhar que a idéia de igualdade se encontra diretamente vinculada às pessoas, ao passo que a diferença (e não a desigualdade) vinculada aos indivíduos! A distinção é a marca da liberdade para os indivíduos, e não é por outra razão que quando são colocados em pauta os direitos fundamentais, a referência incide nos direitos individuais e não nos pessoais.

Todas as pessoas são iguais e assim devem ser tratadas: igualmente. Cada indivíduo é único, com sua história, sua vontade, sua biografia, sua distinção. As peculiaridades de cada indivíduo constituem sua marca registrada; as características de sua personalidade e da sua liberdade de ser.

Negar a liberdade de ser significa negar a possibilidade da diferença. Negar a condição de pessoa significa tornar indigno aquele ser vivo, por transformar a diferença em desigualdade. Apenas a conjugação dos dois princípios - igualdade e liberdade - tornará possível respeitar as diferenças sem intolerância e sem gerar desigualdade, efetivando, ao final, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Da violência simbólica

As muitas modalidades de violência estariam ancoradas justamente naquela que nega aos trabalhadores empobrecidos e aos excluídos de todos os matizes, o direito à existência como cidadãos plenos, ou seja, a que os reduz a uma condição aceita de subordinação permanente. Para que tal prodígio político seja alcançado a fórmula teria duas vertentes simultâneas: a obtenção da confiança das massas e a desqualificação sistemática dos opositores. Neste último aspecto, a difusão midiática é absolutamente estratégica, posto que os meios de comunicação social corporificam a violência simbólica. Aos empobrecidos é negado o direito de expressão, de informação qualificada e de contra-informação, de afirmação de identidade, e direito à memória social. A par disso, a seguridade social e as garantias trabalhistas vão sendo paulatinamente dissolvidas num contexto de desemprego estrutural, empurrando a maioria dos trabalhadores para a "informalidade", enquanto os movimentos sociais e de resistência são reprimidos e/ou desmoralizados, entretantes, aumentam a incidência de modalidades de relações de produção que se aproximam do trabalho escravo.

Nesta altura cabe registrar outra desconcertante inversão: a desqualificação sistemática dos trabalhadores organizados leva a que os sindicatos sejam acusados de corporativistas, estatizantes e arcaicos, ao passo que os defensores dos interesses privados são surpreendentemente investidos da função de porta-vozes do social. Para que a máquina continue a funcionar sem interrupções, faz-se imprescindível o silêncio dos vencidos. Portanto, cumpre elucidar cientificamente a função, a estrutura e a gênese dessa produção simbólica eficaz, destinada prioritariamente a assegurar a hegemonia das chamadas "leis de mercado", por meio da "naturalização" das relações socioeconômicas reais. Tal elucidação se constituiria como uma contribuição para o empenho do resgate efetivo do princípio da dignidade humana, das liberdades, e da democracia participativa.

Por conseguinte, num contexto da mundialização cultural, globalização econômico-financeira, quebra de paradigmas, crise da democracia representativa, torna-se cada vez mais evidente a demanda pela reformulação e pela atualização da Ciência do Direito; o que pode ser efetuado, entre outras alternativas, por intermédio da sistematização de subsídios teóricos para o devido aprofundamento do princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana* e, para tanto, pode ser vislumbrado, como um primeiro

movimento, o seguinte roteiro: 1) retomada crítica do debate acerca da ética social; 2) restabelecer a correlação entre noções fundamentais da Sociologia Jurídica e o pensamento jurídico científico e; 3) reconhecer a necessidade de se ampliar a abrangência da aplicação do conceito de "violência simbólica".

Considerações finais

Como visto, apenas entre os séculos XVIII e XX, ocorreu a plena explicitação filosófica e jurídica que proclamou o princípio fundamental e solene da *liberdade* e da *igualdade* de todos os seres humanos - o que veio a induzir o rechaço da escravidão, que mantinha as pessoas numa condição perpetuamente subordinada - e a consolidação desse princípio nas declarações internacionalmente acatadas. No entanto, é prudente reconhecer que o indivíduo dotado de direitos inatos, na qualidade de uma categoria socialmente engendrada, não antecede à Sociedade nem ao Estado. Por isso mesmo, só são reconhecidos os direitos individuais nas sociedades modernas; uma vez que em outras formações sociais permanecem inexistentes ou muito precários.

E mesmo nas sociedades onde são formalmente acolhidos, se confrontam sistematicamente com monumentais poderes de desumanização. Ademais, surpreendentemente, nas mais importantes declarações dos direitos individuais não se verifica uma definição satisfatória de *quem* seria o indivíduo que se pretende proteger; posto que parecem considerar tal definição evidente por si mesma. Na atualidade, tal omissão tem acarretado ruidosas polêmicas acerca dos limites da proteção jurídica, dentre as quais se destacam os debates em torno do momento da constituição da vida humana, bem como da cessação da mesma.

A par disso, a Ciência impõe novos desafios, a partir o momento em que passou a reunir condições de interferir diretamente naquilo que era considerado o núcleo da unicidade, singularidade, e identidade do indivíduo: a possibilidade de multiplicação artificial de organismos humanos por meio de todas as modalidades de reprodução assistida; as manipulações do psiquismo humano por meio de cirurgias neurológicas e agentes químicos; assim como a mescla de partes do corpo humano com órgãos artificiais. Com efeito, se intensifica o cometimento inusitado e sombrio da comercialização do corpo humano, no todo ou em partes.

Com a crescente ameaça de desumanização em larga escala, que ultrapassa até mesmo as fronteiras da desigualdade socioeconômica - a mais desumanizadora das modalidades vigentes até aqui -, restaria aos seres humanos autônomos buscarem com avidez e espírito de luta um "espaço" entre as alternativas pendulares, do individualismo isolacionista e do coletivismo totalitário. Vale asseverar: em tal *espaço* estaria situada a propalada *dignidade* intrínseca da pessoa humana, considerada como única e partícipe de uma comunidade dotada de um destino comum.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. **Direito, poder e opressão**. [3ª ed. rev. e at.]. São Paulo, SP: Alfa-Omega, 1990.

ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Reinaldo de Lima (orgs.). **Ética e direito: um diálogo**. [Teologia Moral na América Latina; 12]. Aparecida, SP: Santuário, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer (8ª ed. rev.). Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1997.

BADIOU, Alain. **Ética: um ensaio sobre a consciência do mal**. Tradução de Antonio Transito e Ari Roitman. Rio de Janeiro, RJ: Relume-Dumará, 1995.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1990.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força**. Tradução de João Ferreira. Revisão técnica de Gilson César Cardoso. Brasília, DF: UNB; São Paulo, SP: Polis, 1988.

CHESNAIS, Jean-Claude. **A vingança do Terceiro Mundo**. Tradução de A. Bastos. Rio de Janeiro, RJ: Espaço e Tempo, 1989.

COURTINE-DENAMY, Sylvie. **O cuidado com o mundo: diálogo entre Hannah Arendt e alguns de seus contemporâneos**. Tradução de Maria Juliana Gambogi Teixeira. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2004.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso**. (2ª ed. ver. e amp.) São Paulo, SP: UNESP, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth (2ª ed.). Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo, SP: EDUSP, 1988.

GALVÃO, Antonio Mesquita. **A crise da ética: o neoliberalismo como causa da exclusão social**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 1998.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HOUAISS, Antonio; AMARAL Roberto. **A modernidade no Brasil: conciliação ou ruptura?** Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque das civilizações**: e a recomposição da ordem mundial. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 1997.

KESHELAVA, V. V. **Humanismo verdadero y humanismo aparente**: problemas del humanismo em la lucha de las ideologias. Traducción de Natalia Labsóvskaia. La Habana, Cuba: 1984.

KÜNG, Hans. **Projeto de ética mundial**: uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana. Tradução de Haroldo Heimer. São Paulo, SP: Paulinas, 1993.

_____. **Uma ética global para a política e a economia mundiais**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

LADRIÈRE, Jean. **Ética e pensamento científico**: abordagem filosófica da problemática bioética. Tradução de Hilton Japiassu. Coordenação de Olinto A. Pegoraro. São Paulo: SP: Letras & Letras e SEAF, s/d.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **Ética e direito**. Organização e introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo, SP: Landy e Loyola, 2002.

LUHMAN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Edición y traducción de Josetxo Berian y Maria García Blanco. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 1998.

LYONS, David. **As regras morais e a ética**. Tradução de Luis Alberto Peluso. Campinas, SP: Papirus, 1990.

NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo, SP: Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

SENNETT, Richard. **Carne e pedra**. Tradução de Marcos Aarão Reis. Rio de Janeiro, RJ: Record, 1997.

_____. **Respeito**: a formação do caráter em um mundo desigual. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2004.

SOUZA, Luiz Alberto Gomes de. **A utopia surgindo no meio de nós**. Rio de Janeiro, RJ: Mauad, 2003.

SOUZA, Nelson Mello e. **Modernidade**: a estratégia do abismo. (2ª ed. rev. e ampl.). Campinas, SP: UNICAMP, 1999.

SUSIN, Luiz Carlos *et al.* **Levinas e o pensamento contemporâneo**: questões e interfaces. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2003.

VERHELST, Thierry G. **O direito à diferença**: sul-norte - identidades culturais e desenvolvimento. Tradução de Maria Luiza César. Petrópolis e Rio de Janeiro, RJ: Vozes e ISER, 1992.

A INFLAÇÃO NORMATIVA E A ABERTURA DO DIREITO

L'INFLATION NORMATIVE ET L'OUVERTURE DU DROIT

Leonardo D'Avila de Oliveira

RESUMO

Na atualidade, a velocidade das mudanças sociais se acelera e o direito se vê compelido a aderir a tal ritmo para se manter útil. No entanto, quando o direito passa a se modificar de forma excessiva, perde seu potencial regulatório dando lugar a uma inflação normativa. Cabe a este texto dissertar sobre a investigação da inflação normativa associada à crescente abertura do direito sustentada pelas teorias que predominam, as quais, em sua grande maioria, tendem a colocá-lo como uma construção em contraposição ao positivismo normativista. Demonstra-se que a inflação normativa não é necessariamente uma decadência do ordenamento ou de sua sistematicidade, mas que essa relativização dá ao direito um caráter cada vez mais aberto porém casuístico e que o excesso, em vez de decadência, é o maior fundamento da exceção.

PALAVRAS-CHAVES: INFLAÇÃO, NORMAS, SISTEMA, ACIDENTE, EXCESSO, EXCEÇÃO

RESUME

Actuellement, la vitesse des changements dans la société s'accélère et le droit est obligé d'adhérer à ce rythme pour qu'il se maintienne utile. Toutefois, quand le droit se modifie excessivement, il perd son potentiel de règlement et fait surgir une inflation normative. Ce texte disserte sur l'investigation de l'inflation normative associée à la croissante ouverture du droit dans ses théories actuelles, lesquelles le comprennent comme une construction et pas comme dans le positivisme normativiste. On démontre que l'inflation normative n'est pas nécessairement une décadence de l'ordre normatif ou de sa systématique mais, que la relativisation fait un droit ouvert mais au même temps accidentel et que l'excès, avant d'être une décadence, est la plus grande justification de l'exception.

MOT-CLES: INFLATION, NORMES, SYSTÈME, ACCIDENT, EXCÈS, EXCEPTION

Introdução

Observa-se na teoria contemporânea do direito uma crescente tendência por uma busca de abertura com relação ao normativismo, o qual se fez muito presente na primeira metade do século XX. Tal abertura, por sua vez, não se dá de uma forma ausente de justificação, de teoria ou de necessária sistematização. Tanto na concepção tipicamente neoconstitucionalista quanto na teoria dos sistemas de Luhmann, entre outras, existe uma inegável preocupação com a flexibilização do ordenamento face às novas mudanças sociais, cujo ritmo cada vez mais se acelera de sorte que o direito de cunho estritamente positivista já não consegue acompanhá-las.

No entanto, enquanto novos modelos vêm sendo construídos no direito, não há uma necessária preocupação com o problema do excesso de mudanças dentro do próprio ordenamento, normalmente tidas como conseqüências naturais de um direito que pretenda dar respostas a uma sociedade em constante mutação. Contudo, até que ponto um direito pode querer absorver o ritmo das mudanças sociais de forma a conseguir manter a sua coerência e sistematicidade? Neste contexto, a inflação normativa é um termo que merece ser devidamente conceituado uma vez que, muito embora ela seja reconhecida, muito pouco sobre ela foi pensado.

Sustenta-se que a inflação normativa, antes de dizer respeito apenas à criação excessiva de leis (inflação legislativa) ou mesmo à proliferação de normas de baixa hierarquia, como decretos, instruções normativas, etc, também deve considerar as próprias decisões judiciais e até mesmo os mais diversos atos administrativos. Isto, contudo, não implica criar uma tipificação conforme várias espécies ou modalidades diferentes de normas, já que o que pode servir como principal ponto de apoio para a sustentação deste conceito consiste em uma axiologia para cada caso específico, ou seja, normas *ad hoc*, noção abrangente o bastante para associar lei, jurisprudência e ato administrativo. Em outras palavras, o ponto de partida para se pensar a proliferação das normas passa a ser a imperatividade da decisão sem estar acompanhada de universalidade, o que faz da prática judiciária, principalmente a jurisprudência, algo cada vez mais casuístico.

Muito embora se possa pensar que quando o ritmo da sociedade se acelera a produção de normas também deva aderir a uma nova velocidade, isto termina por criar uma espécie de ameaça à noção clássica de ordenamento, a qual é imprescindível mesmo aos maiores críticos do direito positivista.

No entanto, por mais que esta aceleração no direito possa hoje chamar atenção aos estudos dos juristas, seria forçoso pensar este fenômeno como algo exclusivo da época recente, como se algum dia houvesse existido um ordenamento jurídico perfeito e que conseguisse ter uma imperatividade que fosse completamente condizente com o mundo dos fatos. É por tal razão que a observação da inflação normativa como decadência do ordenamento seria uma conclusão precipitada enquanto não se observa a relação mesma que existe entre excesso de normas e ordenamento jurídico. O ordenamento em si, desde que se respeite os procedimentos de criação de normas não é formalmente ameaçado. O mesmo não se pode dizer da sistematicidade do ordenamento, a qual, como se demonstrará, é fonte de inúmeras manobras intelectuais por parte da teoria do direito no sentido de manter um sistema, ainda que maleável. Cumpre, portanto, repensar a distinção entre sistema e acidentes desse mesmo sistema bem como sua relação aos fatos sem cair em um retorno nostálgico ao normativismo, o que seria uma desconsideração completa da preocupação dos autores contemporâneos da teoria do direito. Com certeza estes tinham alguma coisa a dizer. Analisar todas as teorias

individualmente, no entanto, seria inviável neste artigo, razão pela qual cumpre tomá-las em conjunto e apenas no que diz respeito a uma abertura de sistematização. Cumpre, portanto, estabelecer o que estas teorias que primam por um direito mais flexível e a um sistema mais genérico – um direito como construção – ameaçam os pressupostos mínimos de ordenamento jurídico, do qual não podem e nem querem dispor.

1. Excesso de normas e crise de legalidade: leis, jurisprudência e atos administrativos.

Como salienta Jean-fraçois Lyotard, o tempo se acelera na modernidade, sobretudo no pós-guerra, o que evidencia a verdade de que “o desenvolvimento impõe que se ganhe tempo. Andar depressa é esquecer depressa, reter apenas a informação útil no momento, como acontece com a ‘leitura rápida’.”[1] A sociedade é cada vez mais dinâmica e as comunicações reduzem as distâncias da informação a praticamente zero. No entanto, com o avanço também surge a deficiência de assimilação de um tempo marcado pelo efêmero.[2]

A princípio, o ordenamento jurídico não poderia ser simplesmente enquadrado neste contexto uma vez que não necessariamente existe um paralelismo simples entre a aplicação do direito e os anseios e mudanças sociais. Entretanto, com a progressiva descrença no direito estritamente positivista, o direito posto passa também a se aproximar novamente dos fatos sociais e de discussões sobre valores. Muito embora haja diferença de ritmo entre um direito mais lento e uma sociedade cada vez mais dinâmica, é certo que o direito passa a não mais desconsiderar a realidade social para que não perca sua eficácia e caia no desuso[3]. Sobre esta aproximação, evidenciam-se as teorias neoconstitucionalistas, o garantismo, os sistemas, a argumentação, etc.[4] Mas esta ingerência dos fatos nos direitos (e vice versa) também não é isenta de problemas. Eis porque Danilo Zolo na introdução da obra “Estado de Direito: história teoria e crítica”, em co-autoria com Pietro Costa argumenta que o acúmulo das mudanças sociais não pode ser absorvido intantaneamente pelo direito, a não ser à custa de sua própria lógica.

O processo de diferenciação dos subsistemas sociais estimula o ordenamento jurídico a perseguir essa evolução com uma crescente produção de normas, de conteúdo sempre mais específico e particular. Mas o direito é um instrumento muito mais rígido e lento com respeito à flexibilidade e rapidez evolutiva de subsistemas como, em particular, o científico-tecnológico e o econômico, que são dotados de alta capacidade de autoprogramação e de autocorreção. Desse fato deriva a crise inflacionária do direito, que traz consigo desvalorização, redundância e instabilidade normativa e, enfim, impotência reguladora.[5]

Esta particularização crescente de normas, portanto, quando é tomada em relação aos casos específicos que o direito sempre se arroga a tutelar, com certeza é tratada como benéfica uma vez que reflete a evolução social ou mesmo a tentativa do direito de lidar com um mundo cada vez mais complexo. No entanto, se o fenômeno da proliferação normativa for observado em relação à idéia clássica de ordenamento, sobretudo a de Hans Kelsen relida por Norberto Boobio[6], da qual mesmo o neoconstitucionalismo não parece se opor completamente[7], observar-se-á que um excesso de particularização prioriza a normatividade em detrimento da legalidade. Em outras palavras, a constante adequação do ordenamento a casos específicos anunciaria o seu próprio fim na medida em que a regra passa a ser a exceção e o direito não emite decisões baseadas em um sistema, mas em uma arbitrariedade que lida diretamente com os fatos.[8]

Por um lado, as normas não necessariamente perderiam a sua validade porque permanecem emissões de uma autoridade competente e dentro de um ordenamento jurídico. Uma das principais diferenças de um ordenamento “sadio” para um inflacionado, ou seja, com legalidade comprometida, consiste que a validade em vez de estar centrada na convivência entre aspecto material e formal[9], persiste apenas na formalidade, ou seja, na autoridade que aplica e não no sentido objetivado por uma norma superior dentro da hierarquia escalonada das normas.

Tudo isto indica que a conceituação de inflação normativa não diz respeito apenas ao excesso de leis, por isso evita-se falar aqui em inflação legislativa. Ao contrário, cumpre voltar as atenções às normas[10], as quais podem ser percebidas em diferentes âmbitos do direito, como na jurisprudência e nos diversos atos normativos. O que mais interessa para a conceituação é observar como o direito vem apresentando sinais de deficiência de legalidade tanto em razão da prática judiciária que procura se ater cada vez mais aos fatos e às necessidades momentâneas bem como a teoria do direito, diante das mudanças sociais busca uma progressiva abertura sistemática. Diante deste quadro, a inflação normativa muito mais corresponde a um excesso que mantém toda a imperatividade do ordenamento sem necessariamente manter a universalidade, visto que se dá caso a caso ou segundo critérios de decisão cada vez mais abertos.

Com relação ao acúmulo de leis para disciplinar a vida em sociedade, com certeza podem se dar de forma excessiva de sorte que atentem para toda a sistematicidade do ordenamento jurídico. Neste sentido, o tributarista Hugo de Brito Machado se queixa com relação ao excesso de mudanças que ocorrem a cada ano na regulação tributária:

Pior do que a rapidez das mudanças, porém, é a falta de respeito dos elaboradores dessas normas à lógica e aos conceitos jurídicos. Legislam como se o Direito não fosse um sistema, tornando extremamente difícil, quase impossível, o trabalho da doutrina de explicar as normas à luz da teoria jurídica.[11]

No entanto, a princípio, este excesso de leis não contradiz o ordenamento jurídico uma vez que o art. 3^o do Decreto-lei de Introdução ao Código Civil é enfático em afirmar que ninguém se escusa de não conhecer a lei. Por mais absurdo que seja, neste caso ainda não se pode falar claramente de uma ameaça ao próprio ordenamento jurídico. O

principal efeito seria a impossível cognição do conjunto das leis uma vez que elas mudam de forma muito rápida. Mas, se respeitado o período de vacância e o procedimento legal, não há, a princípio, ilegalidade na criação excessiva de leis. O que se vê realmente ameaçado é a sistematicidade do ordenamento, ou seja, aquilo que não se escreve no texto legal, mas que se pressupõe ao seu funcionamento. Assim, a princípio, não é a lógica da subsunção que é ameaçada, mas a sistematicidade e organicidade do ordenamento, como irregularidades quanto à retroatividade das leis, incompatibilidade de textos ou simplesmente a criação de diplomas legais marcados pelo casuísmo. Este fenômeno chega até mesmo nas disposições constitucionais, a exemplo do que ocorreu com a Emenda Constitucional 41/2003 quando passou a cobrar que os já pensionistas voltassem a contribuir para a previdenciária ainda que já houvesse se consolidado o ato jurídico perfeito no momento da aposentadoria.

Entretanto, a inflação normativa, como já se sustentou, não é sinônimo de inflação legislativa. Aquela é muito mais abrangente do que esta. Portanto, as decisões dos juízes também podem ser lidas quando se pensa em normatividade. Isto é um gesto interessante porque, por mais, que os parlamentares continuem a produzir leis em excesso, o mesmo se poderia dizer dos magistrados, com a diferença de que, neste último caso, a grade maioria das normas não têm aplicabilidade *erga omnes*.

Portanto, sobre a capacidade decisória dos magistrados, vale a pena exemplificar o caso da com uma argumentação que vem sendo aceita no Supremo Tribunal Federal recentemente. Trata-se de uma fala do ministro Eros Grau, o qual, sustenta que, os casos especiais, devem ser julgados como exceção. Eis um trecho sem cortes do entendimento do tribunal em um Agravo Regimental em reclamatória trabalhista :

Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”. A propósito, MAURICE HAURIOU menciona “... cette idée très juste que les lois ne sont faites que pour un certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendus”. E prossegue: “C’est très joli, les lois; mais il faut avoir le temps de les faire, et il s’agit de ne pas être mort avant qu’elles ne soient faites”.

6. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. [12]

É de se surpreender que a Corte mais importante do país sustente que a manutenção do ordenamento somente se dá com a sua própria suspensão. Para tanto, justifica-se este

entendimento com a teoria de Carl Schmitt, sem dúvida um grande constitucionalista do século XX mas que, apesar de tudo, foi o jurista que se debruçou em justificar o regime de Hitler na Alemanha Nazista.[13] Certamente tal acórdão não vem para indicar as concepções políticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sobretudo a do relator. Muito pelo contrário, é curioso observar como, na deficiência do direito em dar conta da realidade social e, por outro lado, na necessidade que os magistrados têm de julgar, o ordenamento, em casos extremos, se dá na sua própria suspensão.[14] Por bem ou por mal, o pesquisador já não pode desconsiderar este tipo de teoria e de argumentação. A falha entre norma (linguagem) e realidade (fato), portanto, é algo que deve ser explorado com afinco, inclusive para a conceituação de inflação normativa já que o movimento excessivo de produção normativa e decisão se dá, em parte, por uma deficiência das sistematizações em relação à sociedade.

Por fim, a inflação normativa não diz respeito apenas à quantidade de leis ou à qualidade das decisões, mas também nos mais diversos atos normativos, como, por exemplo, no âmbito da administração pública. Nada impede que o gestor atue com imperatividade, mas sem a devida universalidade, ou seja, que se prime pela arbitrariedade em detrimento da discricionariedade, que é a decisão limitada pela legalidade. Ainda que haja a possibilidade de enquadramento do gestor dentro de improbidade administrativa, enquanto não for provado o contrário, as suas decisões serão *formalmente* válidas. Além disso, em caso de urgência, o administrador deve dar uma resposta rápida e, por diversas vezes, justifica-se o descumprimento de certos procedimentos legais por motivo de urgência. Este tipo de caso mostra o direito em sua última fronteira e relembra que os fatos sempre surpreendem o direito escrito, razão pela qual ele necessita de ações que não se enquadram em conformidade com o ordenamento para poder mantê-lo. A suspeita que surge com essa imperatividade sem universalidade, no entanto, passa a ser a de que, além dos acidentes justificarem os sistemas, eles não são apenas uma novidade no mundo dos fatos que justifica a modificação do direito. Nem sempre, no entanto, se pode dizer que este apelo aos fatos seja algo concreto, já que a reivindicação é também um trabalho retórico. Sobre este assunto, que considera os fatos como justificadores ou pretexto para normas de urgência, diz o professor francês Pierre-Laurent Frier que

Sem dúvida, numerosas obras foram dedicadas aos poderes de crise e à jurisprudência das circunstâncias excepcionais. Se elas parecem concernir, ao menos indiretamente, ao tema da urgência, esses livros permanecem, no entanto, em função mesmo da matéria escolhida, parciais. Eles vislumbram essencialmente as hipóteses segundo as quais o Estado estaria confrontado a uma situação extraordinária. Também negligenciam, pela força das coisas, uma parte do problema da urgência posto que esta, e a doutrina é unânime sobre este aspecto, está presente em conjunturas muito mais banais: ela pode existir alheia a qualquer crise.[15]

Mas como se pode reconhecer que tanto as leis contrárias ao ordenamento jurídico[16], como as decisões que o suspendem ou os atos administrativos arbitrários motivados por

urgência sejam, ainda assim, direito? Outra pergunta que surge a partir daí seria: como a inflação normativa, que se dá em diversos âmbitos, pode ser conceituada se, a princípio, o ordenamento pode manter-se, como indicou o voto de Eros Grau baseado em Carl Schmitt, mesmo em sua suspensão? Estas perguntas levam à conclusão de que qualquer conceituação acerca da inflação normativa ou da queda de legalidade depende diretamente de concepções como ordenamento e sistema jurídico. Não bastaria buscar em número de leis, atos administrativos ou mesmo em decisões *contra legem* visto que em primeiro lugar, poder-se-ia sempre argüir em contrário no sentido de que aqueles casos elencados são excepcionais e, em segundo lugar, que dizer se uma lei é inconstitucional ou se uma decisão está contra o ordenamento é algo muito subjetivo.

Portanto, não seria suficiente para reconhecer um direito excessivo e desvalorizado a simples busca empírica de dados que comprovem a hipótese se, por outro lado, não for observado os diversos tipos de sistematização presentes na teoria do direito. Isto porque, ainda que o ordenamento sobreviva mesmo à sua suspensão, como em uma decisão absurda de um tribunal superior, o que mais fica comprometido não é seu funcionamento, mas a sua sistematicidade. Isto porque todos os casos vistos acima podem ser contornados por algum tipo de justificativa ou mesmo pela ignorância para que o problema da inflação normativa seja omitido. Por outro lado, pode-se observar como a tendência do direito à abertura sistemática demonstra-se uma tentativa de lidar com a inflação normativa e a crise de legalidade que dela advém.

2. A maleabilidade do ordenamento e a abrangência da noção de sistema na teoria do direito contemporânea

A pesquisa do autor italiano Mario Losano, que foi aluno de Norberto Bobbio, é vital para a compreensão das diversas divisões e a pluralidade de concepções de sistema dentro do mundo do direito. Sua principal contribuição foi classificar e localizar a idéia de sistema dentro das teorias do direito ocidental. Segundo o autor, poder-se-ia entender que algumas teorias, como aquelas do direito natural, primam por um *sistema externo* ao ordenamento e que, portanto, influencia as leis ainda que não se possa determiná-lo exatamente, como seria o caso de uma Lei da razão ou da sociedade. Por outro lado, poder-se-ia pensar em um *sistema interno* ao ordenamento e que bastaria o seu funcionamento para se tornar legítimo, como seria o caso do positivismo jurídico, sobretudo o da concepção de Kelsen. Dentro desta divisão, o autor procura identificar as teorias do direito que sucedem o positivismo jurídico, portanto a grande maioria daquelas da segunda metade do século XX, como escritos que prescrevem novamente uma volta do sistema externo, visto que, em linhas gerais, volta a haver uma maior aproximação entre a teoria do direito e as ciências sociais.

A segunda metade do século XX é caracterizada por uma crescente vastidão e pelo caráter abstrato dos sistemas jurídicos, pois os grandes sistemas de pensamento voltam a se ocupar do direito. Porém, esses grandes sistemas já não são os dos filósofos, mas os dos sociólogos, dos lingüistas ou dos cientistas: são superteorias que atribuem ao direito

um espaço no edifício novamente abrangente, exatamente como tinha ocorrido no século XIX com os grandes sistemas filosóficos. O direito recebe assim das superteorias aqueles modernos princípios metodológicos que os juristas parecem ansiosamente buscar fora do direito. (LOSANO, 2008, p. xxxviii)

Por mais que se possa observar que haja com o crescimento do dinamismo social uma proliferação de normas de todos os gêneros que tentam lidar com a complexidade da vida, não se pode deixar de mencionar que boa parte da teoria do direito contemporânea, entre elas a de cunho neoconstitucionalista, entende que a sociedade deve ser regida por leis cada vez mais genéricas, como os princípios e garantias, desde que limitados pela Constituição. Neste contexto, quando já não se acredita no dogma da completude que dava tranqüilidade ao juspositivismo, as especificidades contemporâneas somente podem ser decididas enquanto especificidade e, para que não haja uma completa desregulamentação, a fidelidade à constituição serve de paradigma à decisão do magistrado ou à argumentação dos demais operadores jurídicos. Susanna Pozzolo, ao tratar do neoconstitucionalismo compreende que

Esse modelo jurídico apresenta uma visão universalista do direito constitucional a qual representa uma dimensão axiológica do direito constitucional, a qual representa uma dimensão axiológica do jurídico, em que os valores não são simplesmente expressões de um ponto de vista, mas a expressão de um ideal moral universal. Nesse modelo, a Constituição não é somente ‘norma de autorização’ e limite do direito infraconstitucional; esta apresenta um conteúdo que sustenta todo o sistema jurídico.[17]

Na visão da autora supracitada, o que mais marcaria a superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo seria a interpretação moral da constituição vinculada a valores positivados por ela. No entanto, esta nova forma de se pensar o direito não seria um novo modelo imposto de forma vertical, mas, em última hipótese, uma modificação do próprio modelo positivista quando este já não se adéqua ao mundo de hoje. O que importa para o reconhecimento da inflação normativa, no entanto, é o fato de que o normativismo do direito positivo e os seus procedimentos de produção normativa não necessariamente são superados pelo modelo neoconstitucional, que vem principalmente para acrescer ao direito um fundamento axiológico baseado sobretudo na força normativa dos princípios. “A positivação dos princípios, efetivamente, é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral.”[18]

Já no entender de Zagrebelsky, também defensor de um neoconstitucionalismo que adéque as regras a princípios,

La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, em todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza, la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.[19]

A liquidez institucional, que é tema muito presente no filósofo Zygmunt Bauman, o qual tem insistentemente repetido que as “organizações sociais [...] não podem manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”[20], como se pode observar com a fala de Zagrebelsky, já pode ser observada diretamente no campo da teoria direito. *No entanto, fica evidente que o que é motivo de maior preocupação para o filósofo é um modelo para o jurista italiano.*[21] Para além da direta associação entre o dinamismo social e a crise do modelo positivista normativista e a conseqüente abertura do direito rumo a uma flexibilização que esteja a par da necessidade de mudanças da atualidade, o que não fica explícito, é como pode haver, por um lado, uma proliferação de normas, conforme alerta Danilo Zolo, e, por outro, um apego maior à generalidade, como garantias e princípios constitucionais. E, por mais que Susanna Pozollo indique que não há na atualidade um modelo jurídico que seja estranho ao positivismo, mas que parte de sua própria obsolescência, a dinâmica gerada pela complementação de um modelo baseado na norma e outro na decisão (ainda que fundamentada) ainda não foi propriamente explorada nem no que diz respeito ao seu funcionamento e nem com relação às suas conseqüências. A conceituação de inflação normativa deve abarcar tanto o problema da decisão quanto o problema da subsunção. O que pode unir ambas as noções é justamente a falta de universalidade de um direito cada vez mais *ad hoc*, portanto, que não consegue se distinguir nitidamente dos fatos.

Esta conseqüente flexibilização do direito, no entanto, não é tratada somente por Zagrebelsky e tampouco é de exclusividade dos neoconstitucionalistas[22]. Um outro tipo de exemplo de teoria do direito que pretende uma certa abertura do sistema consiste em observar o direito enquanto procedimento. Por mais que estes trabalhem sempre extremamente próximos ao problema e, por exemplo, a teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann constantemente acuse a produção excessiva de leis, ainda que operada legalmente. Segundo o autor, em vez do principal problema às mudanças do direito se dar com relação às irregularidades, o que exsurge como problema é o da “segurança contra as ações legais envolvendo, portanto, complicadas disposições contrárias no próprio direito, que exigem constantes controles e adaptações jurídico-políticos.”[23] Ainda segundo o autor, “o direito tornou-se definitivamente tão complexo ao ponto do indivíduo não mais poder conhecê-lo.”[24] Marcelo Neves, com muita propriedade, aproxima os pensamentos de Luhmann e Habermas de forma a encontrar uma mútua complementação no que diz respeito ao dissenso dos sistemas sociais e a sua conseqüente legitimação pela procedimentalização ao passo que, a partir de Habermas, entende ser interessante que as discussões não se limitem a elementos estritamente

internos ao direito, de forma que possa responder a uma discursividade que lhe é estranha, ou seja, uma melhor relação entre facticidade e validade.

Pode-se afirmar que Luhmann procura enfatizar sociologicamente o dissenso em torno de conteúdos morais na sociedade moderna. Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal como característica da modernidade, sem desconhecer a diversidade de conteúdos valorativos. [...] De acordo com essa releitura da relação entre esses dois paradigmas teóricos, a modernidade, em face da ampla divergência em torno dos conteúdos morais ou valorativos, implica a exigência funcional e normativa da absorção do dissenso conteudístico através do consenso procedimental.^[25]

Enquanto os acidentes gerados pela hipercomplexidade se impõem ao direito, os autores concordam quanto a um procedimento comum que possa garantir legitimidade às adequações do sistema jurídico. De qualquer forma, não se lida com um direito estritamente normativo ou formalista, mas a uma concepção de direito como construção, o que é uma tendência comum nas teorias jurídicas a partir da segunda metade do século XX.

Sem dúvida não cabe a este artigo esgotar toda a discussão que existe entre a construção da idéia de sistema tanto no neoconstitucionalismo quanto na teoria dos sistemas de Luhmann ou da razão comunicativa de Habermas. Cada uma delas tem especificidades que, se levadas em conta, podem trazer elementos à discussão da inflação normativa. Também não se quer dizer que são apenas essas as teorias que se pensaram recentemente e muito menos que são apenas elas que tomam um direito como construção. Neste sentido, poderia ser lembrada a hermenêutica de Ronald Dworkin, a nova retórica de Chaïm Perelman ou a teoria da argumentação de Alexy, a teoria crítica, entre muitas outras possíveis. Todas elas, apesar de divergirem, apresentam o traço comum de uma abertura sistemática se comparadas com a dureza do positivismo jurídico. Portanto, em um passo inicial, que consiste no reconhecimento do problema, o mais curioso é a constatação de que praticamente a grande maioria das teorias recentes do direito trazem um sistema aberto se comparado com aquele da primeira metade do século XX em autores como Kelsen ou mesmo Schmitt. O direito já não é norma ou decisão, mas, cada uma a sua maneira, coloca um direito como construção, o que justifica Mario Losano^[26] descrever tais teorias como uma abertura do direito à abstração.

É claro que esta abertura não é gratuita. François Ost, por exemplo, sustenta que a constante flexibilização do direito em razão de necessidades sócio-econômicas tende a criar uma situação de crise dentro do ordenamento jurídico o qual não conseguiria manter imperatividade concomitante à universalidade. O resultado seria um direito efêmero e impossível de ser assimilado pelo sujeito de direitos.

A urgência, temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal – a exceção que anula a regra, de algum modo. Provocando curto-circuito nas formas, nos prazos, e nos processos, a urgência, autorizando-se o estado de necessidade (necessidade que cria a lei), erige-se, assim, em ‘salvo conduto generalizado’. Disso resulta um risco de tipo novo, a insegurança jurídica: não insegurança econômico-social (perigo externo), mas risco ‘endógeno’, produto colateral e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo disparou. (OST, 2005b, p. 338-339)

Com certeza a preocupação do jurista belga é atualíssima. No entanto, o pensamento sobre a inflação normativa já não pode acreditar que ela consiste apenas em um processo de “acidentalização” do sistema, já que a própria busca por um sistema é quem diz o que é acidentário e o que não é. Por outro lado, também não se pode crer que a inflação normativa, ou o excesso que se opera na dinâmica sistema-acidente, seja algo inédito das últimas três décadas ou algum efeito da globalização, etc. Sem dúvida elementos de sociologia valem para explicá-la, mas não são os únicos. A sistematização é o que melhor indica – como um sintoma – de um direito inflacionado pelo excesso de normas em detrimento da legalidade.

3. A inflação normativa como prática da decisão acerca de uma “crise” que nunca deixa de ser

A inflação normativa pode servir de chave para se compreender o direito como algo acometido por uma crise de legalidade. José Eduardo C. O. Faria, sobre o assunto, ensina que

Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para operar sob a égide dos códigos processuais civil, penal e trabalhista, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Além disso, o Poder Judiciário também não costuma dispor de meios materiais nem de condições técnicas para tornar possível a compreensão, em termos de racionalidade substantiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados.^[27]

No entanto, ainda que se concorde com uma prática do direito em crise, provavelmente impulsionada pelo aspecto sociológico da globalização sócio-econômica das últimas décadas do século XX, em um plano conceitual, observa-se que a flexibilização do normativismo ou a concepção de um direito como sistema aberto e que esteja a par da

filosofia, da história ou da sociologia não é exatamente um fenômeno completamente novo nas teorias do direito.

Mesmo que se lide com a sociologia do direito, é certo que já em 1959 Jean Carbonnier havia se ocupado do tema da crise do direito em razão de necessidades sociais e econômicas. Este texto demonstra que a crise de 1929 serviu também a justificações para uma suspensão do ordenamento padrão para a emergência de um direito flexível.

Poderia ser uma característica de nosso tempo que o direito, pela primeira vez, participa da angústia histórica. O direito, que até então dispensava certezas, que era cheio de certezas sobre si, coluna de mármore, mesa de bronze. Certamente, a partir de um dado momento, os juristas descobriram que o direito se movimentava. Léon Duguit, desde 1912 e Gaston Morin em 1920 transformaram em clássicas as transformações do direito privado no Código Napoleônico, a revolta dos fatos contra o código. Mas essas transformações, essas revoltas eram retratadas como um progresso pacífico, e a narrativa se inseria numa visão otimista do advir das sociedades. O tom iria logo se entristecer porque o céu se tornava mais sombrio. Quando, a partir de 1930, deu-se a queda da economia, um pouco em cada canto do mundo, começam a surgir recursos jurídicos inéditos (inéditos nos sistemas liberais), moratórias de dívidas e de constituições, direito de urgência, direito de crise, o que levou muitos a profetizar que o direito de crise havia desencadeado a crise do direito.[28]

Há que se entender, portanto, que tanto a noção de ordenamento quanto a de sistema variam de acordo com as épocas, como foi o contexto das codificações no século XIX. Não se sustenta que a natureza do direito sofre algum ir e vir natural ou progresso evolutivo em seu conceito, mas que os conceitos de sistema são representações que se colocam, algumas vezes, como dominantes. Por esta razão a teoria do direito no que diz respeito à inflação normativa não pode deixar de considerar que o excesso de normas somente faz sentido dentro de uma determinada visão de sistema; além disso, os sistemas variaram dentro do direito continental, chegando a algumas vezes a haver intensos debates entre diversas concepções, como foi o caso do dissenso entre o direito codificado de Thibaut e o direito como construção cultural para a escola histórica, cujo autor mais célebre foi Savigny. O historiador do direito António Manuel Hespanha, sobre o tema das codificações, compreende que “esta animosidade em relação à codificação ficou bem traduzida numa famosa polémica entre Savigny e Thibaut, este último favorável a uma codificação geral do direito alemão, que o primeiro considerava artificial e inorgânica.”[29]

Já na teoria constitucional é exemplar a teoria de Ferdinand Lassale a qual trouxe à tona a problemática dos fatos e, portanto, teorizou a constituição real em contraposição ao modelo formal pregado pelos juristas que o precederam. Sua influência seria sentida inclusive no século, como salienta Paulo Bonavides.

A teoria material da Constituição, partindo de Lassale no século XIX, teve durante a Constituição de Weimar na Alemanha os seus mais brilhantes teóricos.

Com efeito, Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller trazem a alternativa social e anti-individualista, pressentindo pois a queda definitiva de uma ordem jurídica assentada em pressupostos lógicos e formalistas daquele positivismo que nas Constituições chegava aparentemente ao ocaso. [30]

O que é importante destacar é que na segunda metade do século XX o direito passa a ser tomado como uma construção cuja origem é inalcançável, mas que, nem por isso, perde seu valor ou sua capacidade regulatória. A hermenêutica passa assim a ser novamente preponderante no pensamento jurídico diante das insuficiências do dogmatismo positivista. Recentemente, contudo, a interpretação passa a se conflitar com as teorias da argumentação, principalmente com a de Robert Alexy ou com a nova retórica de Chaïm Perelman, para as quais o jurista não mais tem no texto da norma sua segurança para o direito. Portanto, a leitura e a ponderação entre princípios e regras se torna imprescindível. Por outro lado, as teorias que primam pela análise procedimental do direito, como a razão comunicativa de Habermas ou a teoria dos sistemas de Luhmann, por mais que se diferencie das interpretativas ou argumentativas, não pensam em legitimar o direito apenas com a norma jurídica, mas pretendem encontrar nele uma forma regrada de resposta aos anseios da sociedade.

O que interessa marcar, no entanto, é que tais teorias podem ser muito elucidativas tomadas em conjunto, ainda que isto soe como algo estranho ou de difícil compreensão. Isto porque, em sua grade maioria, fica evidente uma tendência em estabelecer critérios que dêem ao direito uma aproximação mais coerente com os fatos para que ele seja construído de forma mais harmônica e genérica. Para tanto, cada uma dessas teorias, como se observou, estabelece uma diferente noção de sistema, mas sempre o tomando como algo aberto e que somente se manifesta em um direito enquanto construção, de modo a superar o positivismo jurídico. O sistema passa, assim, a trabalhar em face do acidente que a cada momento se apresenta ao jurista, e, em vez de apresentar uma resposta interna ao próprio sistema, as teorias da segunda metade do século XX tendem a compor uma superação da cisão entre direito e fato. Paulo Bonavides, que é um autor bastante popular no meio acadêmico alerta até mesmo em seu manual para o fato de que atualmente “o sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita.”[31]

O que interessa para a conceituação de inflação normativa consiste em saber que tipo de representações são firmadas no propósito de sistematização frente a um mundo que é tido por caótico. Mas o trabalho de sistematização somente faz sentido pelos acidentes que se apresentam infinitamente ao jurista, a princípio, identificado com a irrepresentabilidade dos fatos. Sendo assim, em vez de se tomar a inflação normativa como um excesso de acidentes face a um limite do sistema, o que vem à tona é pensá-la como um movimento acelerado dessas dicotomias sendo apenas uma pista de que algo exterior ao próprio sistema precisa ser capturado. Eis que os acidentes não ameaçam o sistema, mas são sua própria razão de ser. Não levar em consideração que o direito se modifica sempre relacionado a uma idéia de sistema consiste em acreditar que um dia o

sistema existiu de forma absoluta ou que em algum momento o direito chegou a ser totalmente assimilável ao sujeito de direitos.

Portanto, uma vez que a teoria do direito predominantemente pós-positivista toma força a partir da segunda metade do século XX e prega uma maior abertura dentro da noção de sistema, a flexibilização do ordenamento em razão das mudanças sociais passa a servir de objeto a uma nova gama estudos que questionam as conseqüências deste tipo de posicionamento. Eis que a partir de seus binarismos e de suas fragilidades é possível enquadrar a inflação normativa como sintoma de um processo de queda de legalidade que se opera em conjunto com a abertura ou flexibilização sistemática.[32]

Portanto, as teorias que sustentam um direito como construção pretendem uma maior dinamicidade entre o direito e a sua capacidade de dar resposta aos fatos. No entanto, uma inflação de normas que acarretaria uma crise de legalidade, portanto um excesso de acidentes de um sistema, não pode ser entendida como uma de-sistematização do direito. Isto porque a compreensão dos acidentes como passo a frente e desvio, reforço e ameaça não são exatamente cabíveis já que, primeiramente, o acidente é o que dá razão de ser ao sistema de forma que este binômio nunca fica resolvido; em segundo lugar, a necessidade não é sempre um choque do direito com os fatos, mas manifestação de força que constrói a própria urgência e faz da própria indistinção o seu paradigma. Essa junção entre a linguagem e o mundo, pondera Giorgio Agamben, somente se torna possível na suspensão do próprio direito. Dessa forma, “a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação”.[33] Dentro de tal contexto, a inflação normativa não é patologia, mas testemunho da força que precede o ordenamento e que somente se pode reconhecê-la indiretamente, ou seja, nas falhas do próprio direito. Isto indica que é possível suspeitar sobre a própria natureza de um direito inflacionado, não como conseqüência de um excesso de facticidade por parte dos teóricos e operadores jurídicos, mas que as próprias necessidades podem ser discursividades construídas para fins nem sempre dignos de serem mencionados, mas que encontram em um apelo aos fatos seu melhor pretexto.

Considerações Finais

A teoria do direito do século XX esteve sempre pautada por um intuito de sistematização. Enquanto na primeira metade do século se observa um sistema fechado dentro da lógica da subsunção, na segunda, os sistemas passam a buscar uma maior abertura de critérios sob o pretexto de haver uma maior correspondência do direito com a dinamicidade da sociedade atual. Isto indica que o fenômeno da inflação normativa está diretamente ligado a uma tentativa teórica de se compreender o direito mesmo sob um processo de fragmentação em decorrência de uma proximidade aos fatos. Eis que, em vez de decadência do sistema, o conceito aqui proposto de inflação normativa – que é uma crise de legalidade – consiste em uma hiper-realização do sistema, como que o sistema *para* algo em particular e a cada vez. A suspeita que surge com essa imperatividade sem universalidade, no entanto, passa a ser a de que, além dos acidentes justificarem os sistemas, eles não são apenas uma novidade no mundo dos fatos que

justifica a modificação do direito. A interação entre direito e fato é muito mais complexa do que se supõe. Não se trata somente de pensar que os fatos servem de obstáculo e ao mesmo tempo razão de ser do próprio direito. Ambos se influenciam mutuamente e a maior consequência disso é que a necessidade a que se apela para a suspensão ou modificação do ordenamento jurídico, a origem da inflação normativa, é, no mais das vezes, construída e não simplesmente dada.

A questão da inflação normativa, antes de ser buscada no número de leis ou na quantidade de decisões *contra legem*, portanto, é indiscernível da noção de sistema. Contudo, a questão deve ser deslocada de forma que o que seria tomado como deficiência do sistema jurídico passe a ser visto como uma parte dele e até mesmo um pressuposto, o qual pode se apresentar como grande quantia de normas de exceção ou mesmo em arbitrariedades por parte dos intérpretes. Dentro deste enquadramento, a inflação normativa que se deixa entrever por um direito cada vez mais tomado como construção, não pode mais ser tomada somente como desconstrução – avanço misturado a ameaça – necessária do sistema para que se abra uma desconfiança de que a própria necessidade pode ser construída, e que, em última instância, o excesso é exceção.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : Librairie Generale de droit et jurisprudence, 1988.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Tradução de Maria Beatriz M. N. da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

FARIA, José Eduardo C. O. *Poder judiciário nos universos jurídico e social*: esboço para uma discussão de política judicial comparada. Revista Serviço Social e Sociedade. n. 67. Setembro de 2001.

FRIER, Pierre-Laurent. *L'Urgence*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* : entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*: das origens à escola histórica. Tradução de Carlo Abreu Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Nicklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. O estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OST, François. *Contar a Lei*: as fontes do imaginário jurídico. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von; THIBAUT, Anton F. J. *La Codificación*: una controversia programatica basada en obras de THibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução ao castelhano de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

[1] LYOTARD, 1990, p. 10.

[2] No ensaio “O Narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov”, Walter Benjamin argumentou que “uma geração que ainda foi à escola num bonde puxado por cavalos se encontrou ao ar livre numa paisagem em que nada permanecia inalterado, exceto as nuvens, e debaixo delas, num campo de forças torrentes e explosões, o frágil e minúsculo corpo humano.” (BENJAMIN, 1994, p. 198) Eis que sem a capacidade de narrar também foi perdida a capacidade de se intercambiar experiências e, por assim dizer, o homem se encontra numa rotina que justifica a marcha em um tempo tão acelerado que não permite a sua assimilação.

[3] Até mesmo Norberto Bobbio, que foi uma grande teórico do direito positivo, não deixa de desconsiderar que no pós-guerra há uma mudança na atividade jurisdicional que parte do formalismo em direção à funcionalidade. Diz o autor: “o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é depositário e guardião; e o jurista como criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico.” Segundo Bobbio esta última opção seria a mais corrente entre os juristas a partir da segunda metade do século XX. (BOBBIO, 2007, p. 37-38)

[4] Apesar de tais teorizações não constituírem o objeto imediato deste artigo, logo elas serão retomadas para uma melhor análise de suas respectivas importâncias.

[5] ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.) O Estado de Direito: história, teoria e crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 72-73.

[6] BOBBIO, 2008.

[7] Consultar o artigo “Un constitucionalismo ambíguo” de Susanna Pozollo. In: CARBONELL, 2003.

[8] Como logo será visto, não se trata de uma decadência, mas de uma imperatividade sem universalidade.

[9] Na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2006), não há uma solução acerca dos fundamentos últimos da validade de uma norma. Por mais que ela se caracterize como o sentido objetivo de um ato de vontade, sendo, para isso, imposta por uma autoridade competente e estando colocada em um ordenamento, o sentido exato destes quesitos não pode ser encontrado. Isto porque pode-se supor que a inserção em um ordenamento se dê pelo sentido do texto fundamentado em uma norma superior (sentido material) ou também se pode colocar que a inserção no ordenamento seja muito mais centrada na qualidade do intérprete bem como na universalidade da decisão (sentido formal). Eis que o desdobramento da validade em formal ou material não pode ser resolvido completamente. Mas é justamente por este choque persiste que se pode sempre continuar a pensar sobre a validade e, assim, sobre o próprio direito positivo.

[10] Consultar nota anterior.

[11] MACHADO, Hugo de Brito. *Inflação normativa*. 2003. Disponível em: <://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000024.pdf >. Acesso em: 21 abr. 2009.

[12] BRASIL, 2006.

[13] Sobre o assunto, consultar Giorgio Agamben, 2004.

[14] Isto também não justifica que um Ministro apele a este tipo de argumentação. O interesse para o estudo é que, apesar dos argumentos baseados na exceção e fundamentados em Schmitt serem lamentáveis, eles são, sem sombra de dúvida, sintomáticos da situação crítica em que o Direito se vê.

[15] FRIER, 1987, p. 02. **Tradução nossa**. Original: Sans doute, des nombreux ouvrages ont-ils été consacrés aux pouvoirs de crise et à la jurisprudence des circonstances exceptionnelles. S'ils semblent concerner, à tout le moins indirectement, le thème de l'urgence, ces livres restent, cependant, en fonction même du sujet choisi, partiels. Ils envisagent essentiellement les hypothèse où l'État est confronté à une situation extraordinaire. Aussi negligent-ils, par la force même des choses, une partie du problème de l'urgence puisque celle-ci, et la doctrine est unanime sur ce point, est présente dans des conjonctures beaucoup plus banales : elle peut exister en dehors de toute crise.

[16] Propositamente não se fala em desrespeito à Constituição porque nada impede que a própria Constituição seja contrária aos princípios gerais de direito ou a uma idéia básica de ordenamento.

[17] DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna, 2006, p. 81.

[18] DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna, 2006, p. 82.

[19] ZAGREBELSKY, 2002, p. 17.

[20] BAUMAN, 2007, p. 7.

[21] O mesmo pode ser dito sobre Eros Grau citar Agamben em sua argumentação no texto supracitado.

[22] Consultar CARBONELL, XXXX para um melhor esclarecimento acerca da pluralidade e da grande diversidade de teorias que se intitulam neoconstitucionalistas.

[23] LUHMANN, 1985, p. 55.

[24] LUHMANN, 1985, p. 55.

[25] NEVES, 2008, p. 124.

[26] LOSANO, 2008, p. xxxvii.

[27] FARIA, 2001, p. 9.

[28] CARBONNIER, 1988, p. 168. **Tradução nossa.** Original: Ce pourrait être une caractéristique de notre temps que le droit, pour la première fois, participe à l'angoisse historique. Le droit, jusqu'alors dispensateur de certitudes, plein de certitude lui-même, colonne de marbre, table d'airain. Certes, depuis un moment déjà, des juristes s'étaient aperçus que le droit bougeait. Léon Duguit, dès 1912, Gaston Morin, en 1920, avaient rendu classiques les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, la révolte des faits contre le Code. Mais ces transformations, ces révoltes mêmes étaient dépeintes comme un progrès pacifique, et le récit s'en insérait dans une vision optimiste de l'avenir des sociétés. Le ton allait bientôt s'attrister, parce que le ciel devenait plus sombre. Quand, à partir de 1930, la chute de l'économie eut, un peu partout dans le monde, fait surgir des expédients juridiques inouïs (inouïs dans les systèmes libéraux), moratoires des dettes et des constitutions, droit d'urgence, droit de crise, beaucoup prophétisèrent que ce droit de crise avait déchainé la grande crise du droit.

[29] HESPANHA, 2005, p. 386. Ainda como fonte para a leitura sobre esta querela entre Thibaut e Savigny, Jacques Stern publicou alguns textos que a ilustram no volume *La codificación: una controversia programática basada en las obras de Thibaut y Savigny*. (SAVIGNY; THIBAUT, 1970)

[30] BONAVIDES, 2005, p. 101.

[31] BONAVIDES, 2005, p. 95. O autor trabalha em um capítulo de seu curso de direito constitucional sobre a necessidade de se rediscutir e conceituar o sistema no âmbito do direito constitucional e mesmo no direito em geral. Apesar do autor concordar que já está assentado na teoria política o conceito de sistema político, o mesmo não se pode dizer no caso do direito, o qual ainda está profundamente marcado pela concepção predominantemente analítica.

[32] A diferença para com tais autores, no entanto, consiste em não mais procurar encontrar uma estrutura fundamental ou a volta a uma origem perdida, mas fazer as oposições do discurso falarem algo que escapa a elas mesmas, portanto, uma marca de algo que a supera. Segundo Jacques Derrida, “o nosso discurso pertence irreduzivelmente ao sistema das oposições metafísicas. Só se pode anunciar a ruptura desta ligação através de uma certa organização, uma certa disposição estratégica que, no interior do campo e dos seus poderes próprios, voltando contra ele os seus próprios estratagemas, produza uma força de deslocação que se propague através de todo o sistema, rachando-o em todos os sentidos e delimitando-o por todos os lados.” (DERRIDA, 2002, p. 37) Eis que a um estudo que pretenda observar o motivo e a operação de binarismos como sistema e acidente, não cabe descartar todos os textos que trabalham com esses conceitos metafísicos, mas justamente levá-los a seu limite para que se perceba algo que não ficou dito e que, portanto, escapa à própria sistemática colocada.

[33] AGAMBEN, 2004, p. 63.

A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

THE REFORMATION OF THE JUDICIARY ONE

Maria Alice Castilho dos Reis

RESUMO

A edição da EC n. 45/2004 determinou a Reforma do Judiciário, com inúmeros efeitos na Justiça do Trabalho, mais precisamente com sua ampliação de competência que, além de resolver alguns conflitos de competência, trouxe novas atribuições àquela justiça especial. Nesse sentido, o Judiciário Trabalhista não deliberará apenas sobre as ações decorrentes das relações de emprego, mas de todas aquelas advindas das relações de trabalho, aumentando significativa sua competência, por exemplo, julgará os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. Acredita-se que essa ampliação da competência favorecerá o acesso à Justiça por parte daqueles que sofrem com os problemas econômico-financeiros, e com a má distribuição de renda no país. Diante de tais afirmações, o presente estudo busca efetuar uma análise acerca das implicações, na esfera judicial trabalhista, das determinações constitucionais insculpidas naquela emenda constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: REFORMA DO JUDICIÁRIO; AMPLIAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

ABSTRACT

The edition of ec n. 45/2004 determined the reformation of the judiciary one, with innumerable effect in the justice of the work, more necessarily with its magnifying of ability that, besides deciding some concurrent jurisdictions, brought new attributions to that special justice. In this direction, the judiciary member of labor party will not deliberate only on the decurrently actions of the employment relationships, but of all those happened of the work relations, increasing significant its ability, for example, will judge the mandamus, habeas corpus and habeas date when the questioned act to involve subject substance to its jurisdiction. One gives credit that this magnifying of the ability will favor the access to justice on the part of that they suffer with the economic-financial problems, and with the bad distribution of income in the country. Ahead of such affirmations, the present study it searches to effect an analysis concerning the implications, in the working judicial sphere, of the determination constitutional in that constitutional emendation.

KEYWORDS: THE REFORMATION OF THE JUDICIARY ONE; INNUMERABLE EFFECT IN THE JUSTICE OF THE WORK

1. JUSTIFICAÇÃO DO TEMA

Quando se trata de competência do Poder Judiciário, o Estado brasileiro possui determinação constitucional que leva em consideração diversos aspectos para definir qual é órgão que irá julgar determinado fato. Assim, existe a divisão de competência, inicialmente em Justiça comum e especial. Aquela é composta pela Justiça Federal e a Justiça Estadual. A Justiça Federal é especial quanto à Justiça do Trabalho, à Justiça Eleitoral e à Justiça Militar, sendo que esta última também existe no âmbito dos Estados.

De outro lado sempre houve na esfera judicante o chamado conflito de competência e alguns tipos de ações possuíam conflito nesse sentido, e, por isso, no sentido de minimizar essas situações o Estado, por meio do Poder Legislativo, trouxe à luz do ordenamento jurídico a denominada: Reforma do Poder Judiciário com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Com essa norma normativa a estrutura do Poder Judiciário sofre uma série de alterações, que partem do momento de ingresso à Magistratura e seguem até a criação do Conselho Nacional de Justiça. Tais modificações podem ser vislumbradas, por exemplo, no artigo 93, que trata do Estatuto dos Magistrados e na introdução do artigo 103-B da Constituição Federal que trata do referido Conselho. Na verdade, deve-se ressaltar que vários artigos foram alterados, assim como outros foram criados por meio da Emenda Constitucional n. 45/04. Entretanto, para fins desse trabalho o que mais importa foi a ampliação da competência da Justiça Federal do Trabalho instalada no artigo 114 da Constituição Federal.

Por mais que já se tenha passado, aproximadamente, três anos de seu surgimento, a ampliação de competência da Justiça do Trabalho continua a ter seu grau de importância, sendo, inclusive, uma das disciplinas ministradas nos cursos de especialização. Portanto, a apresentação deste trabalho busca sua justificativa na importância da matéria para os operadores do Direito.

1.2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente estudo busca, inicialmente, realizar a análise histórica do desenvolvimento da Justiça do Trabalho e os motivos pelos quais ocorreu sua criação como órgão de jurisdição autônomo. Serão verificadas as opções constitucionais de redação para os dispositivos delimitadores da competência da Justiça Laboral. Também serão relacionadas e estudadas as atribuições funcionais determinadas pela Lei, em especial com a interpretação da antiga redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, até se alcançar a Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em relação a esta, será realizada a análise dos dispositivos mais importantes que determinaram a ampliação da competência jurisdicional trabalhista, e, o estudo estará dividido em três partes onde inicialmente apresenta-se a introdução.

A segunda parte traz os aspectos relacionados à Justiça do Trabalho, como, histórico, conceitos, atuação, procedimento e competência, destacando-se aqui, a competência absoluta ou relativa e a competência em razão da matéria.

Por fim, na terceira parte do estudo é abordada a ampliação da competência da Justiça do Trabalho determinada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, onde se realizará, inicialmente, a caracterização das relações trabalhista sob a nova ótica constitucional, para após, analisar a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal. Dentro desta abordagem busca-se informações sobre o julgamento de ações que envolvam o direito à greve, as lides que envolvam representações sindicais, ações de reparação de danos decorrentes de relações trabalhistas, a execução das contribuições sociais e ainda, o julgamento dos remédios constitucionais, como, mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*.

1.3 METODOLOGIA E TÉCNICAS DE PESQUISA

A metodologia proposta para o desenvolvimento deste trabalho de pesquisa será abordada sob o enfoque do método lógico-dedutivo com a pesquisa do aparato legal vigente e da doutrina nacional, além de jurisprudências pertinentes ao assunto.

Esse método consiste na observação que parte do geral para o particular, ou seja, no caso da legislação parte-se da Lei para o caso concreto utilizando-se do silogismo composto pela premissa maior, premissa menor e conclusão onde a primeira é a Lei e a segunda o caso concreto. Portanto, o método lógico dedutivo presta-se ao desenvolvimento de trabalhos de compilação que se ajustam ao propósito deste estudo.

Ainda, como técnica de pesquisa, dentro do método acima apontado, utilizou-se a pesquisa bibliográfica com a utilização de obras e artigos científicos de grande parte da doutrina trabalhista e processual, além de artigos disponíveis em sites na Internet.

2 JUSTIÇA DO TRABALHO

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A Justiça do Trabalho foi implantada há mais de 60 anos, ainda no tempo da ditadura, visando os benefícios dos trabalhadores que eram explorados pelos donos de empresas. A preocupação em estabelecer normas legais de proteção ao trabalhador se concretizou na Constituição Mexicana de 1917, que dedicou 30 artigos aos direitos sociais e do trabalhador. Constava também no Tratado de Versalhes, de 1919, do qual se originou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), como órgão da antiga Liga das Nações, hoje Organização das Nações Unidas (ONU).^[1]

As origens de órgãos especializados em resolver divergências nas relações de trabalho podem ser encontradas nos *Conseils de Prud' Hommes*, literalmente, conselhos de homens prudentes, da época napoleônica (1806). O vocábulo *prud'homme* significa sisudo, prudente, íntegro. Essa expressão é encontrada no período dos grêmios e corporações de ofício para designar os homens que gozavam de especial consideração entre os seus pares.^[2]

A bem sucedida experiência desse Conselho estimulou outros países europeus a seguir o exemplo francês, instituindo organismos independentes do Poder Judiciário para apreciação de causas trabalhistas, basicamente pela via da conciliação entre as partes.

A criação da Justiça do Trabalho em nosso país data de 1937, a partir de iniciativa do governo trabalhista de Getúlio Dornelles Vargas, que fez com que tal item constasse expressamente do artigo 139, da Carta Constitucional outorgada naquele ano. Em discurso proferido no dia 1º de maio de 1941, o então Presidente Getúlio Vargas declarou instalada a Justiça do Trabalho, e referiu-se a ela como “nova magistratura”, abrindo caminho para a consolidação de seu caráter judiciário, somente consagrado pelo Decreto-Lei n. 9.797 (09/09/46), assinado pelo Presidente da República naquele período, Eurico Gaspar Dutra. Naquele documento, foi autorizada a transformação dos Conselhos Regionais do Trabalho em Tribunais Regionais do Trabalho, bem como do Conselho Nacional do Trabalho em Tribunal Superior do Trabalho.

Antes de 1º de maio de 1941, a Justiça do Trabalho no Brasil experimentara sua fase administrativa, vinculada à estrutura do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Ela teve início em 1932, cabendo advocatária ao Ministro; o direito de ação era restrito aos empregados sindicalizados; a instância era única; e a execução de suas decisões se fazia perante a Justiça Comum. A fase administrativa da Justiça do Trabalho desenvolveu-se, pois, de 1932 a 1941; a fase autônoma teve início em 1º de maio de 1941 até o advento do Decreto-Lei n. 9. 777, de 9 de setembro de 1946, quando a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário.

A fase independente da Justiça do Trabalho em relação à Justiça Comum, iniciada em 1941, teve como ênfase o novo papel da Justiça Trabalhista, conforme destacou o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Waldemar Falcão. Decisões definitivas ou de última instância da Justiça do Trabalho, tornar-se-ão irrecorríveis, e, portanto, constituindo coisa soberanamente julgada; e outra, que a sua execução se fará nessa própria justiça, pelo órgão competente e de acordo com as normas para esse fim previstas.

As Juntas julgavam os dissídios individuais e os embargos opostos às suas decisões quando o valor da causa não ultrapassasse seis salários mínimos nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro (artigo 894 da CLT, hoje com nova redação). O Tribunal Regional da 1ª Região tinha jurisdição no Distrito Federal, Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, sendo que, além das juntas já citadas, funcionavam as de Niterói, Campos, Petrópolis, Cachoeira do Itapemirim e Vitória. Só existiam substitutos na sede e eram apenas quatro, que permaneceram nesta situação durante doze anos.^[3]

A Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, em seus artigos 122 e 123, elevou a Justiça do Trabalho ao plano constitucional.^[4]

Como consequência disso, foram atribuídas aos juízes as garantias previstas para as demais magistraturas, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos e ainda foi mantida a estrutura dos seus órgãos, que passaram a ser Juntas ou juízes de Conciliação e Julgamento.^[5]

A legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho surgiram no Brasil como consequência de longo processo de luta e de reivindicações operárias que se desenrolava no exterior e no País, a partir do século XIX.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento menciona que, “a integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos.”**[6]**

Atualmente, diversos países possuem legislação trabalhista. Estudo da OIT de novembro de 1994 fala sobre a organização dos tribunais do trabalho da Alemanha, Áustria, Brasil, Costa Rica, Espanha, Finlândia, França, Hungria, México, Cingapura, Turquia e Uruguai. O estudo cita ainda “muitos países africanos e a Argentina, Dinamarca, Filipinas, Reino Unido, Suécia e Venezuela, que possuem algumas características que os diferenciam dos demais”.**[7]**

No Brasil, as primeiras normas trabalhistas surgiram a partir da última década do século XIX, como é o caso do Decreto n. 1.313, de 1891 que regulamentou o trabalho dos menores de 12 a 18 anos. Em 30 de abril de 1923, foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Constituído de 12 membros, era órgão consultivo dos poderes públicos para assuntos trabalhistas e previdenciários. Não decidia sobre divergências surgidas nas relações de trabalho.

A partir da Revolução de 1930 acelerou-se o processo com a criação do Ministério do Trabalho. O Conselho Nacional do Trabalho, agora vinculado ao novo Ministério, passou, em 1931, a ter competência para opinar em matéria contenciosa (em que há divergência entre as partes interessadas) e consultiva e, em 1934, também para julgar. Em 1932, o Governo Provisório, chefiado por Getúlio Vargas, criou dois organismos destinados a solucionar conflitos trabalhistas: Comissões Mistas de Conciliação e Juntas de Conciliação e Julgamento.**[8]**

As primeiras tratavam de divergências coletivas, relativas a categorias profissionais e econômicas. Eram órgãos de conciliação, não de julgamento. As segundas eram órgãos administrativos, mas podiam impor a solução às partes. Só não podiam executá-las, o que era feito por intermédio dos procuradores do Departamento Nacional do Trabalho. Eram instância única, mas havia possibilidade de o Ministério do Trabalho mandar subir o caso para exame. E era possível também, na fase da execução, que a matéria fosse rediscutida na Justiça Comum.**[9]**

Para Amauri Mascaro do Nascimento:**[10]**

No atual período da sua existência a Justiça do Trabalho enfrenta desafios, dentre os quais o principal é a falta de celeridade para solucionar os dissídios submetidos à sua apreciação, apesar da sua expansão, que dotou a sua estrutura de um número elevado de órgãos em todo país.

Ainda, segundo o autor:**[11]**

Além do crescente número de processos submetidos à sua apreciação, a Justiça do Trabalho sofre o impacto das transformações na realidade econômica, com o desemprego, globalização, terceirização, fusões de empresas, multiplicação de

sindicatos, livre negociação dos salários e os reflexos da passagem de uma economia de inflação para uma economia de estabilidade no plano real.

A reforma do Poder Judiciário, após longos anos de tramitação, foi aprovada pelo Congresso Nacional através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Foi modificado o artigo 114 da Constituição Federal, alterando seu conteúdo em diferentes aspectos.^[12] Neste passaria a figurar o preceito de que compete a Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS

A Justiça do Trabalho é parte do Direito do Trabalho, atuando como ramo jurídico especializado, que antes era uma Justiça do Emprego e passou a ser uma Justiça Especializada em atividades profissionais.^[13]

Esta corresponde a órgão do Sistema Jurídico a quem compete processar e julgar ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.^[14]

A Consolidação trabalhista, traz a definição básica da função da Justiça do Trabalho em seu artigo 643, cujo texto dispõe:

Art. 643 - Os dissídios, oriundos das relações entre empregados e empregadores bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente Título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho.^[15]

Na Justiça do Trabalho não há necessidade de advogado para instauração de reclamação individual, podendo o reclamante postular Reclamatória Trabalhista. Assim, qualquer trabalhador pode defender os seus direitos e interesses, sem a participação de advogado na primeira instância, todavia, no caso de recursos, deve o interessado contratar advogado para acompanhamento da demanda.

2.3 ATUAÇÃO E PROCEDIMENTOS

A Justiça do Trabalho atua na solução de litígios na área trabalhistas, assim, apresentam forma processual própria. O processo seria um instrumento da jurisdição, é o conjunto ordenado de atos processuais que visam a restaurar a paz em cada caso concreto, não podendo ser confundido com procedimento.

Os procedimentos seriam os ritos, ou conjunto de atos para se realizar uma finalidade. Assim, processo é formado por atos processuais, que são aqueles praticados dentro do processo e com fim de integrá-lo na relação processual. A Lei n. 9.957/2000 dividiu os procedimentos dentro da justiça do trabalho em dois, o procedimento ordinário e sumaríssimo,^[16] cabendo aqui, portanto, conhecer ambos para melhor compreensão do funcionamento desta.

A ampliação de competência da Justiça do Trabalho manteve o rito ordinário, que é o procedimento considerado comum e aplicável em todas as demandas, salvo as de rito especial ou as de rito comum sumaríssimo. Correspondendo primeiramente a propositura da ação, as providências preliminares, julgamento, instrução, sentença, execução do julgado, sentença homologatória do cálculo.

Antes da Lei n. 9.957/2000, apenas existia o procedimento ordinário, que em regra é o procedimento geral da Reclamatória Trabalhista, que segue princípios do próprio Código de Processo Civil, quanto à propositura da ação, entre outras etapas do processo.

Como procedimento geral da Reclamatória Trabalhista, é utilizado em ações cujo valor da causa é superior a 40 salários mínimos, ou àquelas que sejam promovidas em face da Administração Pública, tanto, direta, indireta e fundacional, conforme o disposto artigo 852, *a* e *b*, da Consolidação das Leis Trabalhistas.**[17]**

O procedimento, além dos requisitos da ação, apresenta outros requisitos, que estão dispostos nos artigos 840 e 843 a 852 todos da Consolidação das Leis Trabalhistas, tendo na Justiça do Trabalho todos os processos dentro deste procedimento a capa azul, para não ser confundido com os de procedimento sumaríssimo. Neste a audiência é única, conforme fica estabelecido no artigo 856 da Consolidação das Leis Trabalhistas.**[18]**

O procedimento sumaríssimo adveio da Lei n. 9.957/2000. Esta lei acabou por estabelecer dois tipos de procedimentos dentro do processo da Justiça do Trabalho, sendo o primeiro o ordinário e o sumaríssimo o segundo.

Este ficaria disposto nos artigos 852, *a* até *i*, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Este procedimento deve ser usado em dissídios individuais, cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação. Ficam excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.**[19]**

Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo o pedido deve ser certo ou determinado e indicando o valor correspondente. Também é definido que não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado e a apreciação de reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento.**[20]**

Na Justiça do Trabalho estes processos têm capa amarela e também no caso do procedimento sumaríssimo, a audiência é una (única), conforme dispõe o artigo 856 c/c artigo 852, *c*, ambos da Consolidação das Leis Trabalhistas.**[21]**

Em geral, a lei dispõe que no procedimento sumaríssimo o número de audiências não ultrapasse a uma, enquanto no procedimento ordinário pode ser partida em várias assentadas.

2.4 COMPETÊNCIA

Segundo Arruda Alvim, é pela competência que se atribui a função jurisdicional a um ou mais órgãos do poder Judiciário, o que permite aos órgãos que o constituem, “com exclusividade, o exercício desse poder, a partir do momento em que nele se fixe a competência com a propositura da ação” e com a ocorrência da prevenção”.**[22]**

A competência tem sua origem na divisão do trabalho e decorre de limitações ao poder jurisdicional e concretização deste. A primeira limitação é consequência das regras sobre a extensão espacial da jurisdição. Além disso, são numerosas as normas que regulam o instituto da competência no campo da jurisdição civil, havendo preceitos que se encontram na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, nas leis especiais, além de múltiplas leis de organização judiciária que os Estados promulgam e nas quais a regulamentação da competência constitui uma parte fundamental.**[23]**

A Constituição Federal disciplina a organização judiciária brasileira nos artigos 101 a 122, colocando na cúpula o Supremo Tribunal Federal, ao qual conferiu competência para julgamento, em última instância, de matéria de natureza constitucional.**[24]**

As competências do Supremo Tribunal Federal estão definidas nos artigos 102 a 103 da Constituição Federal, podendo-se dividir em dois grandes grupos as suas principais competências, conforme a maneira de acioná-lo: originária ou recursal. Pode-se acionar diretamente o Supremo por meio de ações que lhe cabe processar e julgar originariamente, sendo que, neste caso, a questão será analisada em única instância (competência originária) e, também pode-se chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio de recursos, tanto ordinários como extraordinários, observando-se que nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (competência recursal).**[25]**

Observa Ricardo Cunha Chimenti et al. que “os juízos e tribunais de exceção são transitórios e arbitrários”, uma vez que aplicam a lei em determinados casos concretos, sendo instituído após a ocorrência do fato que irá julgar. A Justiça, conforme prevista na Constituição, pode ser Comum e Especial. A Justiça Comum é composta pela Justiça Federal e a Justiça Estadual. A Justiça Federal é especial quanto à Justiça do Trabalho, à Justiça Eleitoral e à Justiça Militar, sendo que esta última também existe no âmbito dos Estados.**[26]**

A Justiça Federal Comum é composta por cinco Tribunais Regionais Federais e pelos juizes federais (artigo 27, § 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e artigo 106, I e II, da Constituição Federal). Cada Estado, assim como o Distrito Federal, constitui uma seção judiciária, com sede na respectiva Capital. As Varas Federais são localizadas de acordo com o estabelecido em lei ordinária (artigo 110, Constituição Federal).**[27]**

A competência dos Tribunais Regionais Federais é disciplinada no artigo 108, da Constituição Federal, sendo dividida em competência originária e recursal. A competência da Justiça Federal Comum de primeira instância é definida no artigo 109, da Constituição, sendo esta fixada em razão da pessoa ou em razão da matéria. Além disso, os §§ 1º a 4º do artigo 109 da Constituição Federal estabelecem a competência territorial da Justiça Federal.**[28]**

No que diz respeito aos Juizados Especiais Federais, a Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, acrescentou o parágrafo único ao artigo 98 da Constituição

Federal, determinando a criação de Juizados Especiais no âmbito federal por intermédio de lei federal. Assim, a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, criou os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, fixando o artigo 3º as regras de competência dos Juizados Federais Cíveis para a conciliação, julgamento e execução das causas cujo valor não supere a alçada de sessenta salários mínimos, excluindo-a em relação às enumeradas nos incisos I a IV do § 1º, independentemente de seu valor. A competência criminal dos Juizados Especiais Federais é delimitada pelo artigo 109, incisos IV, V, VI, VII, IX e X, da Constituição. A Lei n. 10.259/2001 estabeleceu a matéria nos artigos 2º, 10 e 11, parágrafo único, mas de forma genérica, sendo necessária a aplicação subsidiária da Lei n. 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Estaduais. Dessa forma, compete a esses Juizados Federais Criminais o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, na forma do artigo 61, da Lei n. 9.099/95, e artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001.**[29]**

Com relação à Justiça do Trabalho, esta é federal, porém com competência especializada estabelecida pelo artigo 114, da Constituição Federal. O artigo 111, incisos I a III, fixa os órgãos que compõem os três graus de jurisdição da Justiça do Trabalho: o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho. A constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho devem ser fixados em lei, conforme prescreve o artigo 113 da Constituição Federal.**[30]**

A Justiça Eleitoral, de acordo com o disposto no artigo 118 da Constituição, é composta dos seguintes órgãos: Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais. Sua competência está definida na Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).**[31]**

A Justiça Militar Federal e Estadual é formada pelos seguintes órgãos: Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares, instituídos por lei, conforme o artigo 122 da Constituição Federal.**[32]**

Com relação à Justiça Comum Estadual é competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-Membro a iniciativa da lei de organização judiciária, porém obedecendo aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, (artigo 125, § 1º). As respectivas Constituições Estaduais devem definir a competência dos tribunais.**[33]**

A Justiça de Paz está prevista no artigo 98, II, da Constituição. Ricardo Cunha Chimenti et al. explicam que a Constituição do Império, de 1824, previa a eleição de juízes de paz da mesma forma como eram eleitos os vereadores e lhes atribuía competência para tentar a reconciliação entre as partes, que era pré-requisito para se dar início a algum processo. A Justiça de Paz é composta por cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos.**[34]**

O Superior Tribunal de Justiça é composto por trinta e três membros, sendo este o número mínimo previsto no artigo 104, da Constituição Federal, o qual pode ser alterado por lei ordinária de iniciativa do próprio tribunal. Os Ministros são nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros, natos ou naturalizados, com idade entre 35 e 65 anos, com conhecimento jurídico e excelente reputação, devendo tal escolha ser aprovada por maioria absoluta do Senado Federal (artigo 104, parágrafo único da Constituição Federal), após arguição pública.**[35]**

A competência do Superior Tribunal de Justiça distribui-se em três áreas: a) competência originária para processar e julgar as questões relacionadas no inciso I do artigo 105; b) competência para julgar, em recurso ordinário, as causas referidas no inc. II; e c) competência para julgar, em recurso especial, as causas mencionadas no inc. III.**[36]**

2.4.1 Competência Absoluta e Relativa

A jurisdição, por ser função estatal outorgada a um dos Poderes da República, é uma, alcançando todos os litígios que possam se instaurar em torno de quaisquer assuntos de direito. O Poder Judiciário, único detentor da função da jurisdição, faz atuar suas atribuições, manifestando-se através de seus órgãos. Trata-se dos órgãos jurisdicionais ou órgãos judicantes.

O artigo 92 da Constituição Federal enumera tais corpos: STF (I), STJ (II), TRF's e juízes federais (III), Tribunais e Juízes do Trabalho (IV), Tribunais e Juízes Eleitorais (V), Tribunais e Juízes Militares (VI), Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (VII). Vê-se que a jurisdição é exercida pelos Tribunais e juízes. Por vários motivos a jurisdição é repartida entre os órgãos enumerados no artigo 92 da Constituição Federal.

Amaral Santos enumera os elementos determinantes: extensão territorial, distribuição da população, natureza das causas, o seu valor, complexidade. A diversidade de demandas aconselha a divisão do trabalho, como forma de melhorar a atuação jurisdicional. Teoricamente, para o exercício da função judicial poderia bastar somente um ofício, mas praticamente a multiplicidade dos ofícios está aconselhada pela conveniência de os distribuir pelo território do Estado, assim como também pela de os diferenciar em relação a diversas funções processuais que lhe são encomendadas; por isso sobre a unicidade prevalece a multiplicidade dos ofícios.**[37]**

A fixação das atribuições dos órgãos judicantes indica os limites em que podem exercer suas funções. São esses limites identificados como as parcelas de jurisdição atribuídas a cada juiz ou tribunal. É o que torna o juiz competente. Competência, portanto, é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos na lei, ou a parcela da jurisdição de cada órgão jurisdicional. O atual Código de Processo Civil sistematizou de modo muito claro e didático duas formas de competência/incompetência jurisdicional: a absoluta e a relativa.

Deixou, todavia, de indicar quais teriam sido os critérios adotados para a classificação das diferentes espécies de competência interna. Após a separação da competência internacional, distingue: a) competência em razão do valor; b) competência em razão da matéria (artigos 91 a 92); c) competência funcional (artigos 93); d) competência territorial (artigos 94 a 101). A última, competência territorial, ou competência de foro, é a determinada pelo domicílio, pela situação da coisa ou em razão dos fatos. Tem por objetivo resolver dúvidas de atribuições jurisdicionais quando estão presentes diferentes juízes, com igual competência em razão da matéria e do valor, e que se encontram em circunscrições judiciárias diferentes, conforme a comarca do Estado/Região.

Diz-se que a competência é apenas relativa, porque, apesar de haver indicação normativa de atribuição para órgão diverso do que recebeu a demanda, pode o primeiro

passar a ser legitimado ao processamento e julgamento. Trata-se do fenômeno da prorrogação, o qual depende da ocorrência de determinadas circunstâncias e/ou acontecimentos. Com respaldo em expressas determinações legais e orientação jurisprudencial sumulada, a maior parte da doutrina processual afirma que a única incompetência possível de ser declarada de ofício é a absoluta.

Em singela síntese, competência absoluta é aquela em que os limites jurisdicionais são invariáveis. São de “competência absoluta” as determinadas pela matéria, pelas pessoas e pela função. Já na competência relativa os limites jurisdicionais podem ser dilatados, sem que haja, por esse simples agir, vício de nulidade.

2.4.2 Competência em Razão da Matéria

Restaram identificadas as diversas causas pelas quais a jurisdição é repartida em diversos órgãos. Entre os critérios iniciais determinativos da competência interna estão o objetivo, o territorial e o funcional. São os sistemas defendidos por, Chiovenda, e Amaral Santos. O critério funcional é obtido a partir das diversas funções que o juiz pode exercer no decorrer do processo.

Segundo o critério territorial, vincula-se a circunscrição geográfica para a área definida em lei para a atuação do juízo. Na forma do critério objetivo, a competência é determinada a partir de critérios externos da lide, do modo que considera os elementos natureza da causa, o seu valor e a condição das pessoas em lide. Em relação ao primeiro dos elementos, a natureza da causa, trata-se da competência em razão da matéria (*ex ratione materiae*), ou seja, as demandas que, por versarem sobre determinado tema, são endereçadas a um específico órgão judicante. Havendo mais de um juiz, com atribuições especializadas, será competente aquele que a lei definir como tal, segundo a matéria sobre a qual versa a lide.

O critério da condição das pessoas em lide, *ex ratione personae*, diz com a determinação da competência, observando-se objetivamente o sujeito que ocupa o pólo processual. Em regra, aplica-se às pessoas jurídicas de direito público e, em certos casos, pessoas naturais que ocupam cargos públicos, às quais se outorga foro privilegiado. São as particularidades de certas matérias da relação jurídica de direito material que podem implicar a criação de uma jurisdição especial (como a Justiça do Trabalho) ou apenas um órgão especializado como as Varas Agrárias e Varas de Acidentes do Trabalho.

Lembra Chiovenda que não existe, a rigor, um critério científico a determinar a fixação da competência pela natureza da relação jurídica de direito material. Serão as leis ordinárias e Constituições que fixarão a partir de um critério político pautado pelo interesse público, as divisões de atribuições entre os órgãos jurisdicionais. E é exatamente o interesse público que pauta a competência em razão da matéria e que implica a possibilidade de sua derrogação.^[38]

Instituída a competência material, não podem as partes, voluntária ou tacitamente, afastá-la. O direito processual brasileiro adota tal posicionamento na redação dos artigos 795, § 1º da CLT e dispositivos do CPC artigos 101; 113, *caput* e § 2º; 301, II; 111 e 485, II. Não há dúvidas de que se trata na competência material trabalhista de competência especial, vez que, segundo Dalazen, apresenta dois elementos

contemplados em lei que assim a qualificam: a) uma especialização da função jurisdicional, vez que é responsável precipuamente à resolução de lides de uma determinada natureza; b) a existência de um corpo de juízes que, com- pondo uma organização administrativa própria e à margem do quadro da magistratura ordinária, esteja permanentemente investido da cognição.**[39]**

A redação primitiva do artigo 114 da Constituição fez parecer que as atribuições da Justiça do Trabalho diziam respeito com a pessoa dos litigantes, pois a competência referia-se à função de dirimir controvérsias entre trabalhadores e empregadores. Eram apenas as pessoas com tais qualificativos que podiam apresentar suas demandas para processamento no judiciário laboral. E era também em relação às pessoas que a lei outorgava competência aos juízos trabalhistas para conhecer de demandas de empregados domésticos e trabalhadores avulsos.

A análise de Pinto Martins a respeito do antigo conteúdo do artigo 114 é de que o dispositivo estabelece competência para dirimir as controvérsias entre trabalhadores e empregadores, que são as pessoas envolvidas diretamente nos pólos ativo e passivo da ação trabalhista. Trata-se da competência em razão das pessoas (*ex ratione personae*).**[40]**

Certo é que a compreensão da competência da Justiça do Trabalho a partir do critério pessoal levou a doutrina e a jurisprudência a afastarem os institutos da intervenção de terceiros das lides trabalhistas. Apenas com ressalvas, admitia-se o chamamento ao processo. Ocorre que a presença do terceiro na lide levaria a um litígio entre outros sujeitos que não trabalhadores e empregadores. Não é a interpretação mais adequada. Ainda que o texto constitucional expressamente indicasse que a Justiça do Trabalho deveria conhecer de demandas entre trabalhadores e empregadores, o critério da natureza da causa é indispensável para a delimitação. Por evidente, já não seria toda a demanda que tivesse trabalhador e empregador nos pólos processuais que seria de competência do judiciário trabalhista. Era já necessário que fosse exatamente o vínculo de emprego o elemento diferenciador a determinar que o feito fosse apresentado ao juízo trabalhista. Do contrário se entenderia que mesmo um homicídio cometido pelo empregado contra seu empregador teria a ação penal processada na Vara do Trabalho.

Parece claro, portanto, que o liame que une as pessoas de empregado e empregador, a relação jurídica de direito material, é o fator determinante da competência da Justiça do Trabalho e não a identificação isolada dos qualificativos. Ferreira Filho afirma ser a competência da Justiça do Trabalho gerida, em termos gerais, pelo critério material. A jurisprudência do TST e STF dirigiu-se no sentido de que o conteúdo do artigo 114 deveria ter uma interpretação ampliada. A competência da Justiça do Trabalho não poderia se manter limitada apenas à matéria típica do Direito do Trabalho, singelamente analisando-se questões objetivas da relação de emprego.**[41]**

Compreenderam as Cortes Superiores que a prestação jurisdicional desse ramo do Judiciário deveria ser a mais ampla possível, verificando e julgando outras circunstâncias produzidas na relação de emprego que não tivessem os contornos típicos do contrato de trabalho subordinado em sentido estrito. Verificou- se que a relação jurídica de emprego fazia surgir um feixe de deveres e obrigações que não se limitavam apenas às previsões legais do respectivo contrato. Sendo diversos os deveres e

obrigações, por certo que também as normas jurídicas incidentes não poderão ser apenas as expressamente criadas para tutela estrita do trabalho subordinado.

O que parece é a indissociabilidade da situação pessoal empregado/empregador do vínculo relação de emprego e que indicará a matéria da lide. Como refere Rodrigues Pinto, “a competência pessoal, em princípio, associa-se à material, em face da evidente interação entre a relação jurídica de direito material e os sujeitos que a constituem”. Conclui esse autor que, seguindo-se tal entendimento, a competência da Justiça do Trabalho é informada tanto pelo critério material, quanto pelo critério pessoal. É impossível separar a natureza jurídica da causa controvertida dos sujeitos nela envolvidos, pois a relação entre empregado e empregador deve ser de emprego.^[42]

Prossegue afirmando que a quebra dessa correlação entre sujeito e matéria somente pode ocorrer quando por desígnio legal, pessoas que deveriam subordinar-se à jurisdição de certos órgãos, em razão da matéria de suas relações jurídicas, ganham o privilégio de ser colocadas sob a jurisdição de órgãos distintos e estranhos ao conteúdo dessas relações. A redação do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal veio a aclarar a discussão. Houve o claro abandono da idéia de personificação da competência. Abandonou o legislador reformador as usuais expressões empregado/trabalhador/empregador.^[43]

3 A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1 NOVA CARACTERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

A relação de emprego corresponderia a base das lides nascidas das relações entre empregados e empregadores, ou seja, advindas de um contrato individual de trabalho celebrado de forma tácita, ou de acordo Carlos Henrique Bezerra Leite, de maneira expressa (verbal ou escrita) e ainda das relações empregatícias coletivas, isto é, aquelas com fundamento nas normas gerais e abstratas definidas em convenções ou acordos coletivos, bem como em sentenças normativas.^[44]

Desta colocação de Bezerra Leite, depreende-se que o conceito de relação de emprego é análogo ao de contrato de trabalho, face encontrar residência da interpretação sistemática dos artigos 2º, 3º e 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas.^[45]

Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

Empregador é todo ente, dotado ou não de personalidade jurídica, como também o será tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, é também empregador a pessoa física ou jurídica que explora atividades agrícolas, pastoris ou de indústria rural (Lei n. 5.889, de 1973). Também o é, embora com obrigações trabalhistas limitadas, o empregador doméstico (Lei n. 5.859, de 1972).^[46]

Por sua vez, a relação trabalhista para estar completa depende também do empregado que encontra conceito descrito no artigo 3º acima citado, podendo também ser considerado como: “Toda pessoa física que presta pessoalmente a outro serviços não eventuais, subordinados e assalariados”^[47]

Conceituados que foram empregador e empregado, cumpre ressaltar que a relação empregatícia foi um dos primeiros pontos da reforma, pois anteriormente, o artigo 114 da Constituição Federal, utilizava o termo “relação de emprego”, passando para “relações de trabalho”.

O termo relação de trabalho é mais abrangente que a relação de emprego, pois neste estavam enquadrados somente os empregados ou celetistas, já que, poderão estar enquadrados inclusive os estatutários.

A dúvida suscitada acima ficou resolvida por meio da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395 do STF, onde foi decidido que: “a apreciação de causas que sejam instauradas entre o poder público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária, ou de caráter jurídico administrativo, não é de competência da justiça do Trabalho”**[48]**. Dessa forma, o inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, apesar de ter nova redação, especialmente pelo fato de ser transferido do *caput* do mesmo artigo, mantém os pactos laborais no cerne da competência material da Justiça do Trabalho, mas não descarta outras relações onde o trabalho é prestado.

Essa relação de trabalho é constituída por meio de um conjunto de elementos. A CLT aponta esses elementos no artigo 3º, já mencionado anteriormente.

A relação de trabalho que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por pessoa física (ou natural). Segundo preconiza Mauricio Godinho Delgado, “isso se define, pois os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho importam à pessoa física, não se estendendo a pessoa jurídica.”**[49]**

Ainda, outro elemento a ser seguido é o da personalidade. Segundo Godinho:

[...] consiste na relação ser aferida entre as partes, que tenha efetivo caráter de infungibilidade. Essa relação é *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo concretização dos serviços prestados.**[50]**

Deve-se seguir também o elemento da não-eventualidade. Godinho define claramente esse requisito, e “consiste na necessidade de que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico.”**[51]**

A relação de trabalho deve ter onerosidade, ou seja, que a relação tenha caráter econômico. Ocorre uma prestação e uma contraprestação. Há um complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.**[52]**

Elemento importantíssimo é o da subordinação, e consiste, segundo Godinho, “na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”.**[53]**

3.2 A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos termos do referido artigo comentado cabe à Justiça do Trabalho julgar e processar as causas descritas nos incisos de I a IX.^[54] A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe nova redação para o artigo 114 da Constituição Federal, pois o texto deste definia que à Justiça do Trabalho competia conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei. A esta cabia outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tinham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Neste se dispunha que frustrada a negociação coletiva, as partes poderiam eleger árbitros.^[55]

Figurava neste que se recusando qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, seria facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. Também, ficava definido em um de seus parágrafos que competiria a Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no artigo 195, inciso I, alínea a, e inciso II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

O artigo 114 da Constituição Federal com a alteração em seu texto produzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 modificaria seu conteúdo em diferentes aspectos.^[56] Neste, passaria a figurar o preceito de que compete a Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Justiça do Trabalho com a nova redação passaria a competir julgar e processar as ações que envolvam exercício do direito de greve, as ações sobre representação sindical, entre os sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores, bem como os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. A esta competiria processar e julgar os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, inciso I, alínea o.^[57] Manteve a sua competência para executar de ofício as contribuições da seguridade social devidas em razão de suas condições e confirmou a jurisprudência no sentido da sua competência para as ações sobre danos morais ou patrimoniais.

Pela nova redação competiria à Justiça do Trabalho processar e julgar, as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, inciso I, alínea a, e inciso II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

A Justiça do Trabalho competiria julgar e processar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei, como no caso em ocasiões onde é frustrada a negociação coletiva, podendo as partes eleger árbitros. Modificou-se o texto, tornando competente a mesma, para julgar e processar nos casos onde há recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, sendo facultado as mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho

decidir o conflito, respeitando as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Pelo novo texto, seria de competência da Justiça do Trabalho julgar e processar em circunstâncias controversas, como em caso de greve em atividade essencial. Segundo este, com possibilidade de lesão do interesse público, pode o Ministério Público do Trabalho ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

No sentido do artigo 114 da Constituição Federal, Antonio Umberto de Souza Júnior, coloca que não se tem hesitado em enxergar uma extraordinária expansão no espectro de competências da Justiça do Trabalho a partir de uma omissão em relação ao texto constitucional primitivo. Ou seja, este refere-se a supressão da locução entre trabalhadores e empregadores que devolveu à expressão relação de trabalho toda sua força e alcance semântico unanimemente reconhecidos na doutrina clássica e contemporânea.**[58]**

Para este autor, omissões textuais podem ser verificadas no artigo no que se refere a supressão do verbo conciliatório no *caput* do artigo 114, a supressão da locução bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas, no final do texto do mesmo dispositivo, a substituição da expressão estabelece normas e condições por decidir o conflito, no § 2º do artigo 114, e a ausência de referência aos dissídios coletivos de natureza jurídica, nos §§ 2º e 3º do artigo 114.**[59]**

Sobre as interpretações dadas a redação do artigo 114 da Constituição Federal, Carlos Roberto Husek, diferente de Antonio Umberto de Souza Junior, não fala da omissão, mas defende a interpretação do artigo para melhor compreensão daquilo que este traz. Ele justifica que nem sempre o legislador pode escolher as melhores palavras para criar a norma, sendo oriundo disso o fato da redação do artigo suscitar discussão acirrada na doutrina e caminhos jurisprudenciais tortuosos.**[60]**

Uma mudança significativa na competência da Justiça do Trabalho é que agora, não alude somente as relações de emprego, mas as relações de trabalho. Isso significa que foi ampliada a competência da Justiça do Trabalho. As lides não serão apenas entre empregados e empregadores, mas nas que figuram de um lado um trabalhador, *lato sensu*, e do outro o tomador de seus serviços, mesmo que seja o empregador e pode ser entre empregados, nos contratos de equipe. A competência não é mais delimitada em relação à pessoa e passa-se a definir segundo a natureza da relação jurídica material (relação de trabalho).**[61]**

Assim, o inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, o âmbito da jurisdição, de restrito ao vínculo empregatício, passou abranger todas as controvérsias decorrentes da relação de trabalho, significando uma ampliação na competência da Justiça do Trabalho.

Na colocação de Bezerra Leite, neste inciso, fica clara a influência da Emenda Constitucional n. 45/2004, quanto a ampliação da competência material original da Justiça do Trabalho para processar e julgar não apenas as ações oriundas da relação de emprego, mas aquelas advindas da relação de trabalho.**[62]**

Nesse sentido Alexandre Nery de Oliveira:

Cabe sempre repetir que a Constituição não estabelece para a Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar conflitos instaurados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, mas, sobretudo a partir da EC 45/2004, "*as ações (sic: causas ou litígios) oriundas da relação de trabalho*", e não apenas aquelas relações de emprego descritas na CLT, pelo que alcançadas as discussões envolvendo a prestação de serviços regida pela legislação civil, sempre que explorado o trabalho humano (a excluir, pois, a prestação de serviços envolvendo exclusivamente pessoas jurídicas), e também abrangidas as relações trabalhistas entre os servidores públicos e a Administração Pública, no âmbito federal, estadual, municipal e distrital, assim como incluídas, também, as relações de trabalho firmadas entre pessoa física e ente de direito público externo, seja Estado estrangeiro, seja Organismo Internacional, baseadas na legislação brasileira (já que, como território estrangeiro, por ficção jurídica, não se há como apreciar a norma estrangeira que possa reger as relações entre a representação diplomática e seus agentes, mas apenas aqueles outros trabalhadores admitidos sob a égide da norma trabalhista do País em que acreditada a embaixada, consulado ou escritório do Estado estrangeiro ou do Organismo Internacional).[63]

Ainda, Carlos Henrique Bezerra Leite descreve que a relação de trabalho nada mais seria que a própria execução, a realização do contrato em suas manifestações concretas e reais. A relação de trabalho, então, é gênero que tem na relação de emprego, uma de suas espécies. A relação de emprego é aquela que corresponde a toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho, englobando o trabalho autônomo, eventual, da empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob a forma de estágio etc. Existe na relação de trabalho, a presença de três elementos básicos, que são: o prestador de serviço, o trabalhador subordinado ou não e o tomador dos serviços. Esta, diz respeito a qualquer trabalho prestado sem vínculo empregatício, por pessoa física a um tomador do seu serviço.[64]

A redação do dispositivo antigo trouxe por isso pontos controvertidos pela própria interpretação que este recebeu, mas mesmo com todos os conflitos, divergências de opiniões, ficou definida a relação de emprego, bem como a competência da Justiça do Trabalho para dirimir toda e qualquer ação oriunda da relação de trabalho, independentemente de existir na relação jurídica o ônus subordinativo, bastando a relação ou prestação de serviços, contratos de atividade.

3.3 JULGAMENTO DE AÇÕES QUE ENVOLVAM O DIREITO À GREVE

Também modificado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 o inciso II trata do direito de greve, estendendo a competência da Justiça do Trabalho para julgar lides que envolvam o exercício deste direito, independente das pessoas que participam do movimento, indo além da concessão de ações sobre esta matéria às pessoas físicas, que aparentemente eram os destinatários da nova regra. [65]

Nesse sentido, Manoel Antonio Teixeira Filho afirma que a redação dada ao inciso II do artigo 114, pela EC n. 45/2004, manterá a competência em relação a abusividade, ou não, da greve. Ainda, terá competência para apreciar a ações fundadas em atos ilícitos praticados durante a greve, com repercussão trabalhista e civil, excluídas as criminais. E, as ações envolventes do exercício do direito de greve tanto podem ser coletivas quanto individuais. Neste último caso, o empregador poderia exercer ação ordinária de

indenização por ato ilícito em face de alguns grevistas que houvessem acarretado danos ao patrimônio da empresa.**[66]**

Com a nova redação no que diz respeito ao dissídio coletivo de greve não há, qualquer novidade, mas não pode ser desprezado o fato de que esta não é a única modalidade de ação que envolve o exercício do direito de greve. O inciso autoriza as ações indenizatórias decorrentes do abuso do exercício do direito de greve, bem como as ações possessórias utilizadas no caso de ocupação dos locais de trabalho durante o movimento grevista.

O inciso faz referência não apenas das ações que envolvam o exercício do direito de greve, mas também as ações de responsabilidade civil propostas pelo empregador contra o sindicato, para reparação de prejuízos ocasionados por greve considerada abusiva. Sendo amplo ao mencionar ações a respeito do exercício do direito de greve, faz com que a Justiça do Trabalho tenha competência para examinar questões relacionadas à manutenção de posse do estabelecimento durante a greve, que também decorre de uma relação de trabalho, uma vez que a Lei Magna não manifesta qualquer ressalva a respeito. Logo, as ações de danos morais e materiais decorrentes do exercício do direito de greve, também serão de competência da Justiça do Trabalho.**[67]**

3.4 LIDES ENVOLVENDO REPRESENTAÇÕES SINDICAIS

A Emenda Constitucional n. 45/2004 modificou a redação do inciso III sofreu alterações em seu texto, significando ampliação de competência da Justiça do Trabalho, no que se refere às ações sobre representação sindical, entre sindicatos, sindicatos e trabalhadores e sindicatos e empregadores.

Segundo Rodolfo Pamplona Filho o inciso III, trata das ações que envolvem representação sindical, pois antes tais conflitos eram decididos incidentalmente na Justiça do Trabalho, já que cabia a Justiça Comum, uma vez que esta possuía a então competência para solucionar a matéria com força de coisa julgada. Com a nova redação, os conflitos tanto sobre a representatividade dos sindicatos, quanto, a própria representação dos sindicalizados, devem ser submetidos à Justiça do Trabalho, então órgão afeito à aplicação da legislação sindical do que Justiça Estadual.**[68]**

A representação sindical tratada pelo inciso corresponderia a representação anômala, posto não há uma pessoa atuando em nome da outra, sendo certo que a categoria não ente personalizado. Esta se realiza como ato jurídico, em substituição aos titulares do interesse, ou seja, pratica-se ato sem a referência ao nome do representado, embora seja necessária a permissão legal, estatutária, e em outros casos prévia deliberação da assembléia**[69]**.

O termo representação no inciso III deve ser entendido como envolvendo a possibilidade de realização dos atos pelo representante, mesmo os atos praticados em nome próprio sem a referência ao representado. Portanto, a partir deste inciso, de ora em diante, os conflitos de representação serão apreciados pela Justiça do Trabalho, desde que os mesmos versem sobre a legitimidade de representação dos trabalhadores ou empregadores, fazendo com que todo o conflito a ser dirimido possa envolver duas ou mais associações, dando a expressão representação entendimento mais flexível**[70]**.

3.5 JULGAMENTO DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

A Emenda Constitucional torna explícita a competência do Judiciário Trabalhista para julgar os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição, inciso IV, do artigo 114, da Constituição Federal.

Para Manoel Antonio Teixeira Filho, o mandado de segurança é remédio específico contra violação pelo Poder Público de direito líquido e certo, outro que o de locomoção. Seu campo de atuação se define pela exclusão, pois onde não cabe *habeas corpus*, cabe o mandado de segurança. O fundamento do mandado de segurança é, o mesmo do *habeas corpus*, a ilegalidade *lato sensu* que compreende o abuso de poder.^[71]

A competência da Justiça do Trabalho para julgar o mandado de segurança impetrado contra ato praticado por juiz do trabalho já estava consolidado em lei e nas jurisprudências. Mas com a mudança, passou a se compreender também, a impetração contra atos praticados pelo Ministério Público do Trabalho.^[72]

Para Adriano Mesquita Dantas:

Quando o mandado de segurança for impetrado contra ato ou decisão de juiz do trabalho, a competência será do respectivo Tribunal Regional; nas demais hipóteses, deverá ser impetrado no primeiro grau de jurisdição. Serão, também, impetrados perante o Tribunal Regional respectivo os mandados de segurança contra atos da comissão do concurso para juiz do trabalho.^[73]

No que diz respeito ao inciso IV, consta que o referido dispositivo que compete a Justiça do Trabalho, processar e julgar Mandado de Segurança, *Habeas Corpus* e *Habeas Data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita a Jurisdição, assim, põe fim a uma controvérsia injustificada sobre o tema, quanto a competência para ajuizamento. O *habeas corpus* é remédio constitucional destinado a garantir o direito de liberdade. Trata-se de ação autônoma.

Para Helio Estellita Herkenhoff Filho:

Se existia controvérsia sobre qual órgão competente para julgar *habeas corpus* contra ato de Juiz do Trabalho, quando ameaçava de prisão, ante a não-apresentação do bem pelo depositário, em incidente da execução, essa dúvida, hoje, não mais pode subsistir, pois é claro o referido inciso, no sentido de que se deve endereçar a ação à Justiça do Trabalho.^[74]

Deste entendimento, compreende-se que o inciso é expresso quanto a competência da Justiça do Trabalho em apreciar o *Habeas Corpus*.

É produto da Constituição de 1988 e tem como objetivos, assegurar o conhecimento de informações que se refiram à pessoa do impetrante, existentes em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter político e retificação de dados, quando ao interessado não for conveniente fazê-lo mediante procedimento sigiloso, judicial ou administrativo.

Faz-se uma ponte aqui, pois como o *habeas data* é um remédio constitucional, bem como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, há que considerá-los sob a ótica do Direito Processual do Trabalho.

Para Manoel Antonio Teixeira Filho, “por força da EC n. 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ter expressa competência para apreciar pedidos de mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas datas*, desde que o ato envolva matéria de sua competência”.^[75]

3.6 AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS

Os incisos V e VI do artigo 114 da Constituição Federal se referem ao tratamento dado à competência da Justiça do Trabalho, quanto atuar em conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, inciso I, alínea o, bem como as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.^[76]

Os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista são tratados no inciso V, mas este faz ressalva em relação ao Supremo Tribunal Federal. A inserção se justifica pela necessidade de deixar expresso no texto constitucional algo que já estava pacificado na jurisprudência posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para Helio Estellita Herkenhoff Filho:

Ocorre que havendo conflito de competência territorial entre órgãos submetidos à jurisdição de um mesmo Tribunal Regional do Trabalho, sejam juízes do trabalho, sejam juízes estaduais na jurisdição trabalhista, é este órgão que deve decidir a matéria, até mesmo para uniformização dos posicionamentos na respectiva região.^[77]

Informa Pamplona Filho, no entanto, ‘que ainda em sede de conflito de competência territorial, é possível que sejam suscitantes órgãos submetidos à jurisdição de distintos Tribunais Regionais do Trabalho.’^[78]

Em situações de conflitos desta ordem, na forma do artigo 808, “d” da Consolidação das Leis Trabalhistas,^[79] perfeitamente compatível com o novel do inciso V do artigo 114, que a competência para apreciar os mesmos será do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Ponto mais complexo pode ser encontrado quando se trata de um conflito de competência material, obviamente suscitada entre os órgãos da Justiça do Trabalho e os da Justiça Ordinária.^[80] Nesta hipótese não se dá o conflito entre órgãos com jurisdição trabalhista, porém entre um órgão com jurisdição trabalhista e um outro, sem tal característica, estando, pois, fora da competência material de qualquer órgão da Justiça do Trabalho.^[81]

Percebe-se que o artigo 114, inciso V, atribuiu à Justiça do Trabalho o julgamento dos conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, inciso I, alínea “o”, mas segundo Coutinho e Fava, esta ressalva mostrou-se ociosa, pois as hipóteses nela contempladas não envolvem conflito entre órgãos investidos de jurisdição trabalhista, únicos resolvidos pela própria Justiça do Trabalho.

Assim, havendo conflito entre Varas do Trabalho, entre estas e Tribunais Regionais ou entre eles, a competência para julgamento do incidente é da Justiça do Trabalho. Tal situação ocorre no caso de conflito entre Vara de Trabalho e órgão da Justiça Estadual investido de jurisdição trabalhista, na forma dos artigos 112,^[82] da Constituição e 668^[83] da Consolidação das Leis Trabalhistas, como já decidido, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, consoante Súmula 180, do Superior Tribunal de Justiça.^[84]

As alterações permitiram ampliação da competência, no sentido de que, até o conflito entre dois órgãos da Justiça Estadual, ambos investidos de Jurisdição Trabalhista, deve ser resolvido pela Justiça do Trabalho. Quanto aos conflitos de competência entre os órgãos da Justiça do Trabalho, quaisquer que sejam, e os órgãos da Justiça Estadual, Federal ou outra, portanto, não são examinados pela própria Justiça do Trabalho, mas sim pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o tipo de caso.^[85]

Entende-se que a controvérsia sobre a competência estabelecida entre Tribunal Superior do Trabalho e órgão da Justiça do Trabalho não configura conflito, no sentido próprio da expressão, nem a aplicação da regra do artigo 102, inciso I, alínea “o”, nem tão pouco é decidido, pelo Supremo Tribunal Federal, mas pelo Tribunal Superior do Trabalho, demonstrando o grau de ampliação de competência.

O inciso VI remete à esfera trabalhista as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho, sendo considerado por Pamplona Filho, umas das regras novas com maior conteúdo simbólico. Manifesta-se desta forma, pois considerar que por força do inciso I, já não seria necessária a previsão expressa de uma competência para ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. As ações de indenização por dano moral ou patrimonial nada mais são do que postulações de responsabilidade civil, matéria que tem conteúdo interdisciplinar, envolvendo todos os ramos do Direito.^[86]

A respeito Herkenhoff Filho coloca que as ações com pleito de indenização por danos morais causados pelo empregador vinham sendo julgadas pela Justiça do Trabalho, mas havia os que entendiam que não devia ser assim, pois a matéria era tipicamente de natureza cível, de modo que passou a ficar subentendido que esse aspecto não é importante para definir a competência, sendo certo que se deve considerar se constam na causa de pedir, fatos juridicamente relevantes no que se refere a qualificação. Isto, porém com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi modificado, considerando-se que não seria possível negar a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de danos morais decorrentes da relação de trabalho, não só da relação de emprego, sob pena de inconstitucionalidade flagrante. A partir desta não só as ações promovidas pelo empregado encontradas na doutrina e jurisprudência seriam de competência da Justiça do Trabalho, mas também aquelas movidas pelas pessoas jurídicas que podem sofrer danos morais.^[87]

O inciso VI seria mudança no artigo 114 da Constituição Federal, que significaria o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para reparação de danos morais e materiais em geral. De acordo com posição de Sergio Pinto Martins, a Justiça do Trabalho tem competência para examinar não só questões que envolvam dano moral ao trabalhador, mas também dano ao seu patrimônio. Partindo-se desse princípio, desde

que envolva relação de trabalho, abrangendo relação de emprego, mesmo nas questões de empreitada onde haja dano moral ou material, também serão da competência da Justiça de Trabalho.**[88]**

Para Manoel Antonio Teixeira Filho, “a contar da EC n. 45/2004, compete à Justiça do Trabalho julgar ações contendo pedido de indenização por dano moral ou patrimonial, seja este decorrente, ou não, de acidente de trabalho”.**[89]**

Este inciso, não faz distinção quanto ao fato de o dano, moral ou patrimonial, ser proveniente de acidente do trabalho. O Superior Tribunal Federal entendeu, portanto, que a Justiça do Trabalho é competente para analisar indenização por danos morais decorrentes de acidente do trabalho.

3.7 EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

No que diz respeito ao inciso VIII, fica estabelecido que compete a Justiça do Trabalho processar e julgar a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, inciso I, alínea “a”, e inciso II, e seus acréscimos legais, decorrentes da sentença que proferir. Tal inciso, reproduz o que constava no § 3º do artigo 114, da Constituição Federal de 1988, sem alteração de sua substância, significando que a Justiça do Trabalho tem competência para executar as contribuições referidas, mas, apenas as decorrentes das sentenças, ou seja, das verbas constantes de sentença condenatória ou acordo, conforme parágrafo único do art. 876 e §§ 1º A, e 1º B do artigo 879 da Consolidação das Leis Trabalhistas.**[90]**

Afirma Herkenhoff Filho, porém, que não se deve confundir o título executivo do INSS em face do empregador e do trabalhador em face do empregador, pois aquele requer lançamento ou ato administrativo equivalente, sendo necessário, pois intimidar a autarquia para se manifestar.**[91]**

O inciso VIII, segundo Pamplona Filho, não inova o ordenamento constitucional, sendo por isso, um dos desafios da interpretação do dispositivo a verificação de seus limites, para observar se deve ser interpretado restritivamente, ou se abrange a possibilidade de condenação e execução em todas as contribuições previdenciárias decorrentes da relação de trabalho. Manifesta este, haver entendimento que sim, inclusive sendo encontrados acórdãos do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45/2004.

O mencionado inciso VIII não usa a expressão nos termos da Lei, como outros dispositivos constitucionais, mas acaba necessitando de legislação ordinária para explicitar a forma com que será feita esta exigência. Este inciso faz referencia expressa ao artigo 195, inciso I, alínea “a” e inciso II da Constituição Federal, quanto a contribuição do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício e trabalhador e dos demais segurados da previdência social. Vê-se então, que inciso em comento criou uma execução incidente no próprio processo trabalhista, em que irá ser executado o crédito previdenciário, sem que o INSS tenha feito parte da fase de conhecimento.**[92]**

A contribuição previdenciária decorrente de sentença trabalhista, portanto, não é título executivo judicial, pois este corresponde a sentença trabalhista que será executado. Coloca-se, então, como ideal a formação de autos em apartado para a execução do crédito do INSS devido incidentes próprios que possam ocorrer neste processo.**[93]**

Há que se salientar, no entanto, que Justiça do Trabalho não está aparelhada para a exigência da contribuição previdenciária, uma vez que, nunca teve competência para tal fim, principalmente por sua sobrecarga de processos e más condições físicas, materiais e de trabalho. Mostra-se o objetivo da norma constitucional, por conseguinte, aumentar a arrecadação das contribuições previdenciárias na própria fonte de pagamento, que é o processo trabalhista, como fica disposto no artigo 12 da Lei 7.787/89, que visa suprimir a sonegação fiscal.**[94]**

CONCLUSÃO

Com base nos doutrinamentos ora elencados, vê-se que o Estado possui divisão de funções entre Legislativo, Executivo e Judiciário, figurando a Jurisdição como Poder do Estado para determinar os direitos aos integrantes da sociedade, enquanto a competência implicaria nos limites do agente do Estado ou órgão público no exercício da função jurisdicional.

Cada órgão do Poder Judiciário teria competência estabelecida, porém, nas últimas as falhas da aplicação do direito levaria a Emenda Constitucional n. 45/2004, como forma de correção, ampliando em seu artigo 114 a Competência da Justiça do Trabalho.

A mudança foi inevitável, pois a Justiça do Trabalho anteriormente a referida Emenda, tinha suas funções restritas a soluções de litígios entre empregados e empregadores, e também quanto as demandas que se encontravam devidamente estipuladas em Lei Especial.

O objetivo da mudança foi trazer ao Poder Judiciário uma Justiça do Trabalho mais célere em seus julgamentos. Assim, com esta ampliação nasceram divergências de opiniões, quanto os pontos positivos e negativos da ampliação da competência.

Nos pontos negativos, destaca-se a dilatação na Justiça do Trabalho como forma de comprometer sua especialização, posto que a mesma foi criada para solucionar conflitos especiais. No entanto, antes dessa mudança, a Justiça do Trabalho já estava preparada para evoluir e também acompanhar as mudanças da sociedade. Portanto, esta ampliação não vai afetar a especialização da Justiça do Trabalho. Contudo, existe a necessidade de uma reciclagem intelectual, um aprimoramento técnico, no que diz respeito a outros ramos do direito.

Quanto aos pontos positivos, destaca-se a ampliação da competência, posto que, conforme amplamente exposto, foi modificada em virtude de um processo histórico ocasionando inúmeras mudanças à Justiça Laboral do País.

Após a Emenda Constitucional n. 45/ 2004, houve mudança de paradigmas, tanto no que diz respeito ao direito material, individual e coletivo quanto processual do trabalho.

No entanto, o conjunto de normas dispostos no artigo 114 da Constituição Federal está longe ainda de espelhar uma regulamentação ideal para os litígios decorrentes da relação de trabalho. Assim, de forma errônea, confundiu-se a disciplina da competência material da Justiça do Trabalho com a disciplina da competência funcional ou hierárquica dos Tribunais do Trabalho, o que é extremamente diversa. Conclui-se, portanto, que a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 significou aperfeiçoamento na Lei, quanto a sua ampliação, mesmo que ainda muitas lacunas existam.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.) Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

DALAZEN, João Oreste. Competência Material Trabalhista. São Paulo: LTr, 1994.

DANTAS, Adriano Mesquita. A nova competência da Justiça do Trabalho: considerações sobre as mudanças implementadas pela Emenda Constitucional nº 45. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=7813>, Acesso em: 20 jan. 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5.ed. São Paulo: LTR, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.

HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antonio César. Direito do Trabalho: análise crítica. Curitiba: Juruá, 2006. v. I.

HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. Nova Competência da Justiça do Trabalho: EC n. 45/04 – e outros Estudos de Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HUSEK, Carlos Roberto. Idéias para uma interpretação do Artigo 114 da Constituição Federal. In: COUTINHO, Grijalbo Ferandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Millenium, 2000. v. 1.

MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito de Trabalho. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 19. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. A reforma do Judiciário e a alteração competencial da Justiça do Trabalho. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6733>, Acesso em: 10 fev. 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova competência da Justiça do Trabalho: Uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7599>, Acesso em: 10 fev. 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Processo Trabalhista de Conhecimento. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. O Réveillon Constitucional e seus silêncios eloqüentes: a possível intangibilidade das competências pretéritas da Justiça do Trabalho Omitidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Breves comentários à reforma do Poder Judiciário: (com ênfase à Justiça do Trabalho) emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: LTr, 2005.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Histórico. Disponível em: <http://www.trtrio.gov.br/Comunicacao/historico.htm>, Acesso em: 28 jan. 2008.

[1] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31.

[2] *Ibidem*, p. 31.

[3] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO RIO. Histórico. Disponível em: <http://www.trtrio.gov.br/Comunicacao/historico.htm>, Acesso em: 28 jan. 2008.

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 50.

[5] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 50.

[6] *Ibidem*, p. 50.

[7] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO RIO. Histórico. Disponível em: <http://www.trtrio.gov.br/Comunicacao/historico.htm>, Acesso em: 28 jan. 2008.

[8] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO RIO. Histórico. Disponível em: <http://www.trtrio.gov.br/Comunicacao/historico.htm>, Acesso em: 28 jan. 2008.

[9] *Ibidem*.

[10] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 51.

[11] *Ibidem*, p. 51

[12] Art. 114 CF. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros; § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

[13] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 55.

[14] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. **Nova Competência da Justiça do Trabalho**: EC n. 45/04 – e outros Estudos de Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 27.

[15] Artigo 643 da CLT.

[16] Lei n. 9.957/2000.

[17] Art. 852 da CLT - Da decisão serão os litigantes notificados, pessoalmente, ou por seu representante, na própria audiência. No caso de revelia, a notificação far-se-á pela forma estabelecida no § 1º do art. 841. Art. 852-A - Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo. Parágrafo único - Estão excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Art. 852-B - Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: I- o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente; II- não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado; III- a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento. § 1º - O não atendimento, pelo reclamante, do disposto nos incisos I e II deste artigo importará no arquivamento da reclamação e condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa. § 2º - As partes e advogados comunicarão ao juízo as mudanças de endereço ocorridas no curso do processo, reputando-se eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado, na ausência de comunicação.

[18] Art. 856 - A instância será instaurada mediante representação escrita ao Presidente do Tribunal. Poderá ser também instaurada por iniciativa do presidente, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, sempre que ocorrer suspensão do trabalho.

[19] Art. 852-A. Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo. Parágrafo único. Estão excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

[20] Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: I - o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente; II - não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado; III - a apreciação de reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento.

[21] Art. 856 da CLT - A instância será instaurada mediante representação escrita ao Presidente do Tribunal. Poderá ser também instaurada por iniciativa do presidente, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, sempre que ocorrer

suspensão do trabalho. Art. 852-C. As demandas sujeitas a rito sumaríssimo serão instruídas e julgadas em audiência única, sob a direção de juiz presidente ou substituto, que poderá ser convocado para atuar simultaneamente com o titular.

[22] ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 251.

[23] MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 2000. v. 1. p. 321.

[24] CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 327.

[25] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 488-489.

[26] CHIMENTI, Ricardo Cunha et al, op. cit., p. 327.

[27] Ibidem, p. 328.

[28] CHIMENTI, Ricardo Cunha et al, op. cit., p. 335.

[29] Ibidem, p. 339.

[30] MORAES Alexandre, op. cit., p. 517-518.

[31] CHIMENTI, Ricardo Cunha et al, op. cit., p. 344.

[32] Ibidem, p. 347.

[33] MORAES, Alexandre, op. cit., p. 522.

[34] CHIMENTI, Ricardo Cunha et al, op. cit. p. 351.

[35] Ibidem, p. 352.

[36] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571.

[37] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. p. 198.

[38] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 153.

[39] DALAZEN, João Oreste. **Competência Material Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1994. p. 30.

[40] MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 119.

[41] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1994. v, 3. p. 22.

[42] PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo Trabalhista de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 121.

[43] PINTO, José Augusto Rodrigues, op. cit., p. 121.

[44] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 176.

[45] Ibidem, p.176.

[46] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 261.

[47] Ibidem, p. 200.

[48] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, op. cit., p. 180.

[49] DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit., p. 291.

[50] Ibidem. p. 291.

[51] DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit., p. 293.

[52] Ibidem, p. 298.

[53] Ibidem, p. 302

[54] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 137.

[55] Art. 114 CF. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros; § 2º recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho; § 3º Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

[56] Art. 114 CF. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação

sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros; § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

[57] Art. 102 CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.

[58] SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. O Réveillon Constitucional e seus silêncios eloqüentes: a possível intangibilidade das competências pretéritas da Justiça do Trabalho Omitidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Ferandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). **Justiça do Trabalho: competência ampliada**. São Paulo: LTr, 2005. p. 33

[59] SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de, op. cit., p. 34.

[60] HUSEK, Carlos Roberto. Idéias para uma interpretação do Artigo 114 da Constituição Federal. In: COUTINHO, Grijalbo Ferandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Justiça do Trabalho: competência ampliada**. São Paulo: LTr, 2005. p. 76.

[61] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves comentários à reforma do Poder Judiciário**: (com ênfase à Justiça do Trabalho) emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: LTr, 2005. p. 127.

[62] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, op. cit., p. 175.

[63] OLIVEIRA, Alexandre Nery de. A reforma do Judiciário e a alteração competencial da Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6733>, Acesso em: 10 fev. 2008.

[64] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, op. cit., p. 174-177.

[65] GIGLIO, Wagner D; CORREA, Claudia Giglio Veltri, op. cit., p. 49.

[66] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, op. cit., p. 174.

[67] MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 148-149.

[68] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova competência da Justiça do Trabalho: Uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7599>, Acesso em: 10 fev. 2008.

[69] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 99.

[70] Ibidem, p. 100-101.

[71] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, op. cit., p. 174.

[72] MALLET, Estevão. Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça do Trabalho**: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

[73] DANTAS, Adriano Mesquita. A nova competência da Justiça do Trabalho: considerações sobre as mudanças implementadas pela Emenda Constitucional nº 45. **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7813>, Acesso em: 20 jan. 2008.

[74] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 111.

[75] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, op. cit., p. 190.

[76] Art. 102 CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.

[77] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 347-348.

[78] PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., Acesso em: 15 set. 2006.

[79] Art. 803 da CLT. Os conflitos de jurisdição podem ocorrer entre: a) Juntas de Conciliação e Julgamento e Juízes de Direito investidos na administração da Justiça do Trabalho; b) Tribunais Regionais do Trabalho; c) Juízes e Tribunais do Trabalho e órgãos da Justiça Ordinária; d) *Revogada pelo Decreto-lei nº 8.737, de 19-01-46, DOU 21-01-46*. Art. 804 - Dar-se-á conflito de jurisdição: a) quando ambas as autoridades se considerarem competentes; b) quando ambas as autoridades se considerarem incompetentes. Art. 805 - Os conflitos de jurisdição podem ser suscitados: a) pelos Juízes e Tribunais do Trabalho; b) pelo procurador-geral e pelos procuradores regionais da Justiça do Trabalho; c) pela parte interessada, ou o seu representante. Art. 806 - É vedado à parte interessada suscitar conflitos de jurisdição quando já houver oposto na causa exceção de incompetência. Art. 807- No ato de suscitar o conflito deverá a parte interessada produzir a prova de existência dele. Art. 808 - Os conflitos de jurisdição de que trata o art. 803 serão resolvidos: a) pelos Tribunais Regionais, os suscitados entre Juntas e entre Juízes de Direito, ou entre uma e outras, nas respectivas regiões; b) pelo Tribunal Superior do Trabalho, os suscitados entre Tribunais Regionais, ou entre Juntas

e Juízos de Direito sujeitos à jurisdição de Tribunais Regionais diferentes; c) *Revogada pelo Decreto-lei nº 9.797, de 09-09-46, DOU 11-09-46*; d) pelo Supremo Tribunal Federal, os suscitados entre as autoridades da Justiça do Trabalho e as da Justiça Ordinária.

[80] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 348.

[81] Ibidem, p. 348.

[82] COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.) **Justiça do Trabalho**: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005. p. 81. Cita artigo 112 da Constituição Federal, cujo texto traz o seguinte: Art. 112. Haverá pelos menos um Tribunal Regional de Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal, e a lei instituirá as Vagas do Trabalho, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de direito.

[83] Art. 668 da CLT. Nas localidades não compreendidas na jurisdição das Juntas de Conciliação e Julgamento, os Juízos de Direito são os órgãos de administração da Justiça do Trabalho, com a jurisdição que lhes for determinada pela lei de organização judiciária local.

[84] COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.), op. cit., p.81.

[85] Ibidem, p. 81.

[86] HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antonio César. **Direito do Trabalho**: análise crítica. Curitiba: Juruá, 2006. v. I. p. 349.

[87] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 117.

[88] MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 147.

[89] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, op. cit., p. 193.

[90] HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita, op. cit., p. 133.

[91] Ibidem, p. 134.

[92] MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 141.

[93] Ibidem, p. 142.

[94] Ibidem, p. 151.

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E A POSSIBILIDADE
DE CONCILIAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO, ATRAVÉS DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND THE
POSSIBILITY OF RECONCILIATION WITH THE DEVELOPMENT,
THROUGH PUBLIC POLICIES**

**Patrícia Borba Vilar Guimarães
Karolina dos Anjos Fontes**

RESUMO

O século XXI inicia suas atividades aturdido com a crise ambiental que se instala. O desafio que preocupa a comunidade internacional diz respeito à necessidade de conciliar desenvolvimento e meio ambiente. Seguindo esse contexto, o presente trabalho procurou enfatizar o processo de fundamentalização do meio ambiente, o qual impede que tal direito seja relativizado pela estrutura globalizada do sistema econômico vigente. Buscou, ainda, estudar o princípio da defesa do meio ambiente como limitador da ordem econômica, demonstrando que o Estado Brasileiro valoriza as atividades econômicas que beneficiam o meio ambiente. Outrossim, tem por escopo demonstrar que o ponto de equilíbrio entre a economia e o meio ambiente está justamente no ideal de sustentabilidade, devendo o planejamento e a aplicação das políticas de desenvolvimento sustentável ser observados por toda a comunidade internacional. Ademais, o trabalho analisou a possibilidade de se valorar economicamente o meio ambiente como forma de preservar os recursos ambientais. Todavia as falhas de mercado chamam a atenção para a necessidade de se internalizar as externalidades negativas que ocorrem quando os recursos ambientais são utilizados pelos agentes econômicos. Por fim, concluímos no referido estudo, que a conciliação entre desenvolvimento e preservação do meio ambiente depende da implementação de políticas públicas para a correção dos problema das externalidades ambientais negativas, o que funcionaria como um passo para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE – DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

The XXI century starts its activities with the environmental crisis stunned that installs. The challenge that concerns the international community concerning the need to reconcile development and environment. Following this context, this study aimed to emphasize the fundamental right of the environment, preventing the right is relativized

by the global structure of the existing economic system. Sought, in addition, consider the principle of protecting the environment and limiting the economic order, showing that the Brazilian State values the economic activities that benefit the environment. Also, aims at demonstrating that the balance between the economy and the environment is precisely the ideal of sustainability, the planning and implementation of sustainable development policies be observed by the entire international community. Moreover, the work examined the possibility of economic value the environment as a means of preserving the environmental resources. However the failures of the market point to the need to internalize the negative externalities that occur when environmental resources are used by economic agents. Finally, in the study concluded that the balance between development and preservation of the environment depends on the implementation of public policies to correct the problem of negative environmental externalities, which act as a step towards the realization of the fundamental right to the environment.

KEYWORDS: KEYWORDS: BASIC RIGHT TO ENVIRONMENT - ECONOMIC DEVELOPMENT - SUSTAINABLE DEVELOPMENT - PUBLIC POLICIES.

1. INTRODUÇÃO

A intervenção humana na natureza foi e é tão intensa que os seus efeitos, acarretaram um impacto ambiental de caráter mundial. Esse impacto não necessariamente é refletido diretamente nos mercados, mas apresentam implicações seriíssimas no que tange aos interesses globais.

A crise ambiental instalada deve ser analisada dentro de um contexto global, e estudada sob o crivo de várias áreas, inclusive a jurídica, para que assim se possa encontrar uma solução. Há que se dizer que essa crise reflete o esgotamento de um processo produtivo, o qual demonstrou a sua falta de sustentabilidade sob a forma de degradação sócio-ambiental. Desta feita, tem-se que os efeitos da destruição ambiental ultrapassam as fronteiras nacionais e devem ser estudados a partir de uma ótica globalista principalmente em virtude da incapacidade humana para lidar com o esgotamento ambiental e o aumento da pobreza.

Duas questões se apresentam como os grandes desafios para a sociedade do século XXI, a primeira diz respeito à necessidade de se desenvolver mecanismos de produção a partir de uma forma sustentada, sem, contudo, se esquecer de que existe o dever ético de garantir o abastecimento dos recursos ambientais para as futuras gerações, e a segunda questão corresponde à obrigação de se distribuir a produção de forma equitativa e eficaz.

Este trabalho a princípio procura compreender a crise ambiental global, a partir de uma análise acerca da necessidade de garantir o Direito Fundamental ao Meio Ambiente sob uma visão econômica.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

2.1. Histórico da relação entre o homem e o meio ambiente

O século XXI, mesmo com todo o desenvolvimento biotecnológico, inicia suas atividades, estupefato com a crise ambiental que se instalou. Essa problemática, porém, não é novidade, visto que suas evidências começavam a se manifestar já no século XIX, na Inglaterra, quando apontavam os primeiros indícios da Era Industrial.

O grande questionamento que se faz é, porque somente no despojar do século XXI, tal crise foi levada à sério? Tal resposta, a princípio, pode ser dada, partindo-se de idéia de que o meio ambiente ainda não era considerado como parte integrante do Homem. Essa concepção humana por mais absurda que pareça na atualidade, na verdade é cômoda, em virtude do homem sempre ter enxergado a natureza como sendo uma fonte de consumo de bens e recursos naturais, dissociada, portanto, dele mesmo.

Importante dizer que em todas as suas fases, observa-se uma relação paradoxal do homem com o meio ambiente. Seguindo os estudos de Pelizzoli, tem-se que na Idade Antiga, tem-se como referencial a Grécia. Os primeiros filósofos pré-socráticos atinham seus estudos na natureza, focando os seus aspectos físicos. Entendiam que estava agregado a ela, o próprio homem; entretanto, não foram capazes de purgar os mitos que embasavam suas teorias. Com Sócrates, Platão e Aristóteles, o conceito de natureza tomou um valor mais voltado para o Homem e suas idéias; tal teoria filosófica levou ao afastamento do homem da natureza. Marcava, então, o início do antropocentrismo cuja base era o racionalismo. Na Idade Média, o binômio homem - natureza passou a ter um enfoque espiritual com a inclusão da noção de Deus como o criador de todas as coisas, surgindo assim o teocentrismo[1]. Ocorre que essa dicotomia racionalismo x teocentrismo somente contribuiu para o distanciamento do homem e seu habitat, uma vez que considerava Deus, natureza e o homem como entes dissociados.[2]

A partir do século XV houve uma mudança de paradigma, iniciava-se o capitalismo comercial que trazia consigo a necessidade acentuada de utilização dos recursos naturais. Foi neste período que se deu a Revolução Científica, que pautada numa concepção racionalista, utilitarista e mecanicista tratou a natureza como um bem desprovido de qualquer visão teológica, filosófica ou ideológica[3].

Seguindo a História, tem-se o surgimento da Revolução Industrial do século XIX. Não obstante, para a sociedade desta época, a natureza era avaliada como uma fonte abundante de matéria-prima e energia, capaz de processar todas as formas de poluição decorrentes das atividades produtivas. Mesmo com o pensamento de que a natureza era uma fonte inesgotável, foram criados, no final do século XIX, grupos protecionistas do meio ambiente na Grã - Bretanha, os quais já começavam a esboçar uma mudança de percepção quanto à exploração dos recursos naturais[4]. Não foi diferente nos Estados Unidos, onde se destacou um pré-movimento de proteção ao meio ambiente, o qual se dividia em preservacionista e conservacionista[5].

No entanto, não se pode deixar de frisar que a atuação do movimento ambientalista nos anos 50 foi marcada por uma série de conferências, tais como: A conferência Científica das Nações Unidas sobre a Conservação e Utilização de Recursos (UNSCCUR) e a Conferência Técnica Internacional sobre Proteção da Natureza (ITC).[6]

Como visto as questões levantadas e as resoluções formadas por essas conferências não foram efetivadas, posto que a ideologia do crescimento econômico, pautada no modelo de Keynes[7] de aumento de produção, levou à reascensão do mercado e à prosperidade econômica fazendo com o Estado não se incomodasse com os problemas ambientais.

Em 1972, em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente Humano, reunindo mais de 110 países, inclusive o Brasil. Marcaram a Conferência de Estocolmo os seguintes resultados: confirmou-se a necessidade urgente de inserir o ser humano como parte integrante do meio ambiente; enquadrou a questão ambiental como parte das questões sociais e políticas; permitiu uma inter-relação do trabalho desenvolvido pelas organizações não-governamentais com o das organizações inter-governamentais; e por fim, a criação do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (UNEP)[8].

Sendo assim, em 1992, no Rio de Janeiro, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e Desenvolvimento - CNUMAD, reunindo 178 países. Este encontro consagrou a aprovação da Agenda 21, importante documento que estabeleceu um programa global de política de desenvolvimento e de política ambiental. Foram abordados os seguintes pontos[9]: as dimensões sociais e econômicas dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, a conservação e o gerenciamento dos recursos naturais para o desenvolvimento, o fortalecimento dos papéis dos maiores grupos, bem como os meios de implantação. Entretanto, percebeu-se que após alguns anos da ECO-92, os problemas ambientais persistiam e ainda de forma mais agravada[10].

No final do século XX, em 1997, destacou-se um encontro no Japão, que através do protocolo de Kioto, comprometeram-se, até 2010, em reduzir suas emissões de gases tóxicos, a fim de diminuir as graves conseqüências geradas pelo efeito estufa. Verificou-se que os Estados Unidos, o Japão, a Ásia e a América Latina aumentaram as suas emissões de gases, principalmente, em virtude do momento econômico que estavam vivendo, qual seja, o crescimento do mercado e da produção industrial; somente a União Européia manteve estáveis as suas emissões de poluentes, e a Rússia, em virtude do declínio da produção industrial, teve seus índices diminuídos instantaneamente[11].

Chega-se ao século XXI, e as medidas em favor do meio ambiente estabelecidas pelos notórios encontros internacionais anteriores não trouxeram mudanças significativas no quadro de degradação ambiental.

O que se percebe na história que envolve a relação do homem com o meio ambiente é que o homem inicialmente não se considerava parte da natureza. Esta seria apenas uma fonte inesgotável de recursos cujo objetivo maior era o de suprir todas as suas necessidades. Porém, conforme observação de Paulo de Bessa Antunes[12] o conceito de natureza não pode ser estático, uma vez que a inteligência humana sempre

buscou interagir com aquela de modo social e cultural. Desta feita, jamais o meio ambiente poderia ter sido entendido como parte desintegrada do ser humano.

2.2 Meio Ambiente como objeto do direito

Uma das mais difíceis tarefas para a doutrina jurídica é a conceituação do termo meio ambiente, principalmente por ser um tema multidisciplinar que encontra guarida em diversas áreas da ciência. Todavia, embora não tenha uma definição precisa, pressupõe o meio ambiente a interação entre homem e natureza. Vale salientar que o conceito de meio ambiente não consegue atingir um grau pleno de definição científica, haja vista ter uma interferência muito forte do senso comum, o que o torna um conceito muito mais intuitivo[13].

Avaliando o termo meio ambiente sob uma ótica que não a jurídica, imperioso verificar a definição de Ávila Coimbra, trazida por Edis Milaré, que afirma ser o meio ambiente o conjunto de elementos físico-químicos, ecossistemas naturais e sociais em que se insere o homem, individual e socialmente, num processo de interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro de padrões de qualidade definidos[14].

O termo meio ambiente é uma expressão que pela sua dinâmica e evolução impossibilita qualquer enquadramento conceitual. Sendo assim necessário se faz perceber o termo meio ambiente como objeto jurídico, isto é, tutelado pelo direito. Nesta linha, segundo o ambientalista, existem duas perspectivas, uma estrita e outra ampla. A concepção estrita traduz uma expressão do patrimônio natural e suas relações com os seres vivos, enquanto que a concepção ampla expressa uma abrangência de toda natureza original e artificial, considerando ainda os bens culturais correspondentes[15].

No intuito de se melhor compreender o termo meio ambiente e o seu enquadramento como um direito é que os doutrinadores entenderam necessário classificá-lo em: natural, artificial, cultural e do trabalho.

O meio ambiente natural é aquele constituído por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem[16]. Já o meio ambiente artificial deve ser entendido como constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral, espaço urbano aberto[17]. Seguindo José Afonso da Silva, tem-se ainda que, o meio ambiente cultural seria integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido do valor especial que adquiriu ou de que se impregnou[18].

Sabe-se que não coube ao direito, inicialmente, o estudo conceitual do meio ambiente, todavia incumbiram-lhe dar relevância ao meio ambiente, a medida que o direito considerou-o como pertencente do rol dos bens tutelados pelo ordenamento

jurídico. Então, a partir da necessidade de melhorar a qualidade de vida das sociedades é que surgiu a idéia de ordenar e sistematizar as normas referentes ao meio ambiente, ensejando assim, o Direito ambiental, que seria o conjunto de normas e princípios editados, objetivando a manutenção de um perfeito equilíbrio nas relações do homem com o meio ambiente[19].

Destarte, dada a sua abrangência e peculiaridade, não se pode engessar a natureza do direito ambiental, tentando enquadrá-lo naquela famosa dicotomia direito público e privado, sua amplitude alcança sua harmonia somente no âmbito do direito coletivo. O direito ambiental, pois, revela-se como destinado à proteção de interesses pluriindividuais que superam as noções tradicionais de interesse individual ou coletivo[20].

Como leciona Carlos Gomes Carvalho[21] o direito ambiental se justifica, em primeiro lugar, pela pretensão de se impedir uma crise entre o homem e seu ambiente e em segundo, pela necessidade de se firmar um novo sistema de relações entre os mesmos. Bem se vê que o direito ambiental possui um caráter inovador que veio para solucionar os conflitos entre a sociedade e o ambiente, e ao mesmo tempo firmar como juízo de valor pontos fundamentais, como: a manutenção de um ambiente saudável e a proteção dos recursos naturais[22].

2.3. A "Fundamentalização" do Direito ao Meio ambiente

Trindade Cançado a partir do entendimento de L.A. Teclaff, em sua obra, "the impact of enviromental Concern on the Development of Internacional Law" entendeu que no direito primitivo havia que se alcançar a harmonia entre o homem e a natureza mediante regras que protegiam o homem da natureza e lhe asseguravam os benefícios da natureza, no entanto, nos tempos modernos o que se vê é uma maior conscientização da existência de um direito ao meio ambiente, cuja proteção converte-se na própria proteção do homem, isto é, na sobrevivência da humanidade[23].

Após essa breve análise, tem-se que a proteção do meio ambiente, no contexto sócio-econômico por que passa o mundo atualmente, configura-se como algo urgente e imprescindível, e que é necessária para proteção do próprio homem[24]. A elevação do direito ao meio ambiente à categoria de um bem jurídico a ser tutelado, significa, então, a real possibilidade de se impedir que tal direito seja relativizado pela estrutura globalizada do sistema econômico vigente.

Do mesmo modo que ocorre com a tentativa de conceituação do termo meio ambiente, temos que conceituar o direito fundamental também constitui uma tarefa árdua, haja vista seu entendimento dar-se através de vários pontos de vistas, como por exemplo, o histórico, o dogmático, o jurídico.

Na verdade, o que ocorre é que o direito fundamental possui um único conceito, compreendido através das mais diversas concepções. Utilizando-se de uma concepção eminentemente jurídica, Alexy e Böckenförde apud Sampaio compreenderam o

conceito de Direito Fundamental como intrinsecamente ligado ao texto Constitucional, por sua literalidade, sistematização e teleologia, bem assim pelo modelo de Estado e de Constituição imaginado e realizado pelos constituintes[25].

Nas palavras de José Adércio Sampaio [26] entende que uma teoria dos direitos fundamentais somente é válida com a positivação destes, porém não determina se um direito é ou não fundamental, mas sim garante a rigidez constitucional que apenas denota a supremacia que gozam todas as normas constitucionais.

Todavia, um critério material também deve ser considerado para que determinado direito alcance a marca de fundamental, esse critério é o da dignidade humana, já observada por Kant. Sendo assim, pertinente é a observação de Peres Luño apud Sampaio[27] quando ele diz que a dignidade humana supõe o valor básico fundamentador dos direitos humanos, que tendem a explicitar e a satisfazer as necessidades das pessoas na esfera moral. Este critério material é, pois, considerado como essencial para a caracterização do sistema que orienta os direitos fundamentais[28].

Mas, para que possamos entender a fundamentalização do direito ao meio ambiente, cumpre diferenciar dois termos que são utilizados como sinônimos na doutrina, quais sejam: direitos humanos e direitos fundamentais. Não estaria errado considerá-los sinônimos quando estiverem representando o mesmo conceito e conteúdo, porém deve-se fazer a distinção meramente pelo caráter interpretativo e elucidativo quanto à aplicação das normas de direitos fundamentais. Cumpre dizer que a expressão "direitos do homem[29]", são aqueles no sentido de direitos naturais, ainda não positivados; já os "direitos humanos" seriam aqueles positivados na esfera do direito internacional e os "direitos fundamentais", como já explicitados por Alexy e Böckenförde, aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Há que se dizer que a melhor terminologia seria Direito Humano Fundamental, por integrar a fundamentalidade dos direitos reconhecidos na ordem constitucional interna com os direitos humanos de caráter internacional, reconhecidos como valores e reclamações essenciais de todo os seres humanos[30].

Com relação ao meio ambiente a expressão "Direito Humano Fundamental" cai-lhe como uma luva, pois o direito ao meio ambiente antes mesmo de se enquadrar nas ordens constitucionais internas de cada país, como veremos mais especificamente na ordem constitucional brasileira, já havia sido professado pelos tratados internacionais, como por exemplo, na Declaração de Estocolmo de 1972, mencionada alhures, que soergueu o meio ambiente ao nível de direito fundamental do ser humano[31].

A partir dessa Declaração, firmou-se, em nível Internacional, o reconhecimento de que todo ser humano tem o direito a viver num meio ambiente saudável, frisando, ainda, a obrigação humana de proteger o meio ambiente, visto que este decorre do direito humano básico que é a vida[32]. Seguindo esta compreensão constata-se que o reconhecimento internacional do direito ao meio ambiente como um direito humano fundamental ampliou o conceito de direito à vida, e proporcionou o entendimento de que este não consiste apenas na proteção da vida do ser humano, mas sim na manutenção de todas as formas de seres vivos; rompendo, assim, com aquela visão antropocentrista de que o Homem e a natureza eram entes dissociados entre si.

2.4 O Direito Fundamental ao Meio Ambiente na Constituição de 1988

Os direitos fundamentais são considerados pela Constituição de 1988 como cláusulas pétreas. Resumindo, Paulo Bonavides[33] classifica os direitos fundamentais, de acordo com seu reconhecimento pela Constituição, da seguinte forma: direitos fundamentais de primeira geração (são os direitos individuais à liberdade e à vida); direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e os direitos de terceira geração (direitos de fraternidade).

Após a segunda guerra mundial começou a ficar freqüente as violações ao patrimônio público, os conflitos individuais os quais eram característicos do movimento liberal do século XIX, transformaram-se em conflitos de massa. Aparece, então, a concepção de direitos difusos e coletivos, rompendo-se com a clássica dicotomia entre direito público e privado. Esses direitos apresentaram-se como diferentes, haja vista que não pertenciam ao particular, nem mesmo pertenciam ao Estado, mas figuravam como pertencentes a todos, de maneira indistinta. Tratava-se, pois, esses "novos" direitos da defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural de um povo, dentre outros. Surgindo assim a classificação em direitos fundamentais de 3º geração, dentre eles o direito ao meio ambiente.

É cediço que todos têm direito a viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta afirmativa é um princípio basilar de qualquer Estado que possua uma ordem constitucional pautada na defesa do direito fundamental de proteção ao meio ambiente. Todavia, cumpre-nos analisar qual a finalidade do meio ambiente e porque ele é considerado um direito fundamental.

Há que se ressaltar a inserção da proteção ao meio ambiente na declaração de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, conforme se vê no principal documento de internacionalização do meio ambiente como direito humano, qual seja a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972[34]. Como bem salienta Trindade Cançado esta Declaração abre o seu preâmbulo reconhecendo o ser humano como a um só tempo " criatura e artífice do seu meio ambiente", e que os aspectos naturais e artificiais do meio ambiente humano são essenciais e a seu bem-estar e ao gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o próprio direito à vida. Há, portanto, que se considerar em conjunto a proteção ambiental e a proteção dos direitos humanos[35].

Consagrava-se assim o meio ambiente como um direito fundamental do ser humano, essencial para dignidade da vida humana. Complementando, a declaração conclamou os povos a lutarem em defesa do meio ambiente, dizendo que a proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos[36].

O meio ambiente configura-se, pois, como um sistema integrado, em que faz parte o conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o

desenvolvimento equilibrado da vida em toda as suas formas[37]. Está relacionado com o espaço onde a vida humana se desenvolve. Esta por sua vez depende de recursos ambientais, os quais estão inseridos no rol dos recursos econômicos, posto que possuem a finalidade de garantir a manutenção e sobrevivência do ser humano. Pode-se dizer que o meio ambiente possui uma natureza econômica, vez que o uso dele deve observar sempre o custo e o benefício da sua exploração. Por isto, é que todo o desenvolvimento econômico-social deve ser ajustado com a presunção da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A proteção ao meio ambiente é, portanto, um meio para se obter o cumprimento dos direitos humanos, pois na medida em que ocorre um dano ao ambiente, conseqüentemente, haverá infração a outros direitos fundamentais do homem, como a vida, a saúde, o bem estar. O direito a um ambiente sadio está intrinsecamente interligado ao direito à vida, que é o principal direito humano fundamental.

No Brasil, as Constituições anteriores às de 1988 não tratavam de forma específica sobre a necessidade de se proteger o meio ambiente. A constituição de 1946 trouxe de forma rudimentar apenas a competência da União para legislar sobre a proteção da água, das florestas e da caça e da pesca; tendo sido feito apenas uma menção pontual.

Todavia, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que veio à tona a questão ambiental, com o dispositivo do artigo 225 . A Carta Magna tratou de proteger o bem relativo ao meio ambiente como um direito fundamental inserido no título da Constituição que trata da Ordem Social. Isto demonstrou a preocupação do legislador em definir o meio ambiente como um bem comum do povo, que assim deve ser protegido, posto que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado[38]. Outrossim, o direito ao meio ambiente adquire a natureza irrevogável e imprescritível dos princípios figurando como cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro.

Verifica-se, então, na evolução do direito brasileiro que este seguiu as tendências internacionais ao considerar o meio ambiente como essência para que o ser humano pudesse gozar os direitos fundamentais, incluindo a vida. Todavia, não se pode esquecer que a comunidade internacional além da preocupação com o meio ambiente, também se preocupa com a questão do desenvolvimento econômico e é justamente essa colisão de direitos, o maior problema da atualidade.

Esse problema exsurge da idéia de que a elevação do direito ao meio ambiente saudável ao patamar de direito humano não estaria em consonância com os demais direitos, tais como, o direito a propriedade e o direito ao desenvolvimento econômico. No entanto, estes direitos devem coexistir; primeiro porque é o direito de propriedade que confere ao indivíduo o seu espaço, e é o desenvolvimento econômico que permite a sobrevivência material do ser humano; segundo porque, se não coexistirem estarão correndo o risco de serem suprimidos, vez que se ambos buscam preservar à vida, ou melhor, a qualidade de vida na Terra, então se houver a violação de um, haverá a do outro, constituindo assim um desequilíbrio, tanto ambiental quanto humano.

A constitucionalização do meio ambiente representa, pois, uma inquestionável evolução no cumprimento do papel do Poder Público na preservação ambiental, ao

legitimar e obrigar o Poder Público a editar legislação específica sobre o tema, garantindo de forma muito mais efetiva a proteção desse bem de uso comum do povo que é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário à sadia qualidade de vida. Nesse contexto é que se deve considerar a atuação do Poder Público elaborando novos tipos legais, orientando as fiscalizações, bem como as definições das Áreas de Preservação Ambiental - APA, os estudos de Impacto Ambiental, às pesquisas científicas nas áreas de biotecnologia, e etc[39].

Se há a necessidade de se criar mecanismos de proteção ao meio ambiente, também há a necessidade de se manter o desenvolvimento econômico assegurado aos povos como forma de combater a miséria. Porém, é consenso a idéia de que o crescimento econômico deve ocorrer de forma a não gerar sacrifícios e prejuízos ao meio ambiente.

3. O ENFOQUE ECONÔMICO PREVISTO NO ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

3.1 O princípio da defesa do meio ambiente como limite à ordem econômica

A Carta magna utilizou a expressão meio ambiente para caracterizar algo mais que a simples tutela da natureza, enquanto flora e fauna. Paulo Affonso Leme Machado[40] já esclareceu sobre a expressão "meio ambiente", concluindo que esta se configura como repetitiva, uma vez que as palavras meio e ambiente são sinônimas. O Meio ambiente, portanto, significa tudo aquilo que nos rodeia[41] e que tem implicação direta ou indiretamente na vida humana.

Como já foi visto no capítulo II tem-se que a preocupação com a questão ambiental foi crescendo com o agravamento dos problemas ocasionados pela destruição do meio ambiente, na medida em que a sociedade se desenvolvia. No entanto, antigamente, o Homem não conseguia enxergar os males que estava provocando, pois para a época os benefícios trazidos pela exploração dos recursos naturais eram maiores do que os prejuízos sofridos. Então, somente partir da metade do século XXI para cá, é que veio à tona a necessidade de se proteger o meio ambiente. Isto se deveu, sobretudo, às catástrofes naturais que começaram a ocorrer com frequência. Tal proteção passou então a ser vista como regra fundamental em todas as reuniões de cúpula internacional que visavam o desenvolvimento econômico e social.

Nesse contexto, Clarissa D'isep ao defender o meio ambiente da agressão da atividade econômica, estar-se-ia, via reflexa, consubstanciado, em nível constitucional, uma vez mais: a) a sociabilidade do capitalismo (pois o liberalismo econômico, da época, implicaria a latente degradação ambiental), b) logo, uma manifestação pró democracia; c) conseqüentemente, assegurada a liberdade, sem contar, é claro; a vida qualificada. Todos os corolários da vida digna, verdadeira expressão dos direitos humanos.(...) instituir a proteção ambiental como princípio da atividade econômica é

como se colocássemos que, de imediato, prima pela "sadia qualidade de vida" em um funil que passaria pela prática do capitalismo, amenizando-o; em seguida, pela democracia, assegurando a igualdade numa posterior tentativa de liberdade, e que por fim, resultaria na vida digna[42].

Sendo assim, a proteção do meio ambiente figurou como um dos temas de maior importância para as Constituições Contemporâneas e o direito ao meio ambiente foi tomado por elas de forma indiscutível, como direito fundamental da pessoa humana, e não mais como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas[43]. Antonio Herman Benjamin assevera que razões várias recomendam a constitucionalização do ambiente, podendo ser esta considerada uma tendência mundial irreversível, o que certamente não passou despercebido ao constituinte brasileiro de 1988[44].

O Brasil assumiu, portanto, uma postura avançada ao adotar medidas de preservação ambiental, especialmente ao trazer a lume os artigos 170, VI e 225, caput, da CF/88. Ao tratar a defesa do meio ambiente como parte integrante do ordenamento jurídico constitucional permitiu excelentes avanços na busca do desenvolvimento social do país. Mas mais importante ainda foi a inserção deste princípio como pertencente à ordem econômica, ou melhor, como um dos fins da ordem econômica, haja vista, isto demonstrar que o Estado brasileiro visa sim o desenvolvimento econômico, mas sempre se pautando na justiça social, tendo o meio ambiente como um dos focos fundamentais de proteção.

Insta analisar os termos que compõem o referido princípio. O termo defesa foi utilizado inicialmente no intuito de chamar a atenção para a degradação desmedida que estava sofrendo o meio ambiente. A princípio imaginou-se que a única maneira de se defender o meio ambiente seria eliminando qualquer atividade exploratória que tivesse como intuito o desenvolvimento econômico. Desta forma, ficava evidente a necessidade de se ponderar a relação indústria e meio ambiente[45]. Porém, a discussão que se formava no cenário internacional era o de que seria impossível frear o crescimento econômico. Então, inúmeras conferências internacionais começaram a se formar na tentativa de entender a questão ambiental. Sendo assim, após a conferência Rio/92, as discussões voltaram-se justamente para a necessidade de se observar a atividade econômica em consonância com a preservação ambiental, surgia então o desenvolvimento sustentável. O termo "defesa", contido no dispositivo constitucional, passou então a ser interpretado sob esta ótica do desenvolvimento sustentável e a sua interpretação passou a ser tida como "respeito", evidenciando a indissociabilidade da atividade econômica do meio ambiente. Era importante, então, uma harmonização entre esses dois pólos que impunha uma conscientização ambiental. Observa-se assim que as leis ambientais superam a fase de restrição à atividade econômica, para a fase de observância, e então, passam a ser encaradas como atos de gerência[46].

Interessante as ponderações de Josué Petter Lafayete quando ele diz que as normas de direito ambiental possuem nítido caráter econômico. A própria política nacional do meio ambiente ancora-se em uma finalidade econômica, no sentido mais elevado que a expressão comporta. Assim considerada a questão, parece mesmo natural a Constituição Federal prever a defesa do meio ambiente no capítulo destinado ao exame dos princípios que regem a atividade econômica. Aliás, a conjugação do econômico e do ambiental reconduz, de todo modo, ao que se tem entendido por

desenvolvimento sustentável. A exploração econômica há de ser realizada dentro dos limites de capacidade dos ecossistemas, ou seja, resguardando-se a possibilidade de renovação dos recursos renováveis e explorando de forma não predatória os recursos não renováveis, sempre no intuito de preservar direitos dos que ainda estão por vir[47].

Esta limitação da ordem econômica pelo princípio da defesa do meio ambiente denota a necessidade de se conciliar o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Melhor dizendo, nem o desenvolvimento poderá ser rejeitado pela preservação ambiental, nem o meio ambiente poderá compelido pelo desenvolvimento econômico[48]. A inclusão do princípio da defesa do meio ambiente como um dos princípios econômicos permite, portanto, que o Poder Público, se necessário, intervenha para que a atividade econômica mantenha a segurança do ecossistema.

Segundo Eros Grau, tem-se que a Constituição Brasileira ao implementar o princípio da defesa do meio ambiente como uma finalidade da ordem econômica quebrou a concepção retrógrada desses agentes que propunham a exploração predatória dos recursos naturais e que imaginavam que proteger o meio ambiente seria um retorno à barbárie, ou melhor, seria um atraso para desenvolvimento do país[49]. O princípio da defesa do meio ambiente, portanto, é essencial para que seja assegurada a todos a existência digna, garantindo assim a ordem econômica, na medida em que é justamente a proteção do meio ambiente que vai permitir a consecução do desenvolvimento nacional, um dos objetivos da República Federativa do Brasil[50].

3.2 A Conciliação entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico a partir do desenvolvimento sustentável

As grandes questões ambientais da atualidade integram a problemática ambiental numa escala global. A poluição, a degradação dos recursos naturais e seus efeitos, bem como a queda da qualidade da vida humana afetam toda a comunidade planetária sem distinção. Como se pôde verificar nos capítulos anteriores, a atual crise ambiental instalada corresponde a uma crise de civilização que tem como principal causa a manutenção de um paradigma reducionista que coloca a natureza subjugada ao homem. O que se apercebe é que o pensamento de Locke[51], que acompanha a história da relação do homem com o meio ambiente, ainda permanece. A natureza ainda é vista como algo externo ao homem, como mera fonte de recursos.

Entretanto essa crise ambiental reorienta o rumo da história da humanidade, colocando em cheque todos os valores humanos em relação ao meio ambiente. Henrique Leff chama atenção para o fato de (...) a complexidade ambiental implica uma revolução do pensamento, uma mudança de mentalidade (...) A crise ambiental remete-nos a uma pergunta sobre o mundo, sobre o ser e o saber que nos leva a repensar e a reaprender o mundo[52].

Capra apud Carneiro[53] diz que a mudança da concepção do mundo como apenas um conjunto funcional de partes dissociadas para um todo harmônico e conectado constituiu como o maior desafio do paradigma científico do século XX.

Todavia a transformação do paradigma antropocêntrico para um novo paradigma ecológico corresponde a uma evolução da humanidade no campo bio-sóciocultural[54] e implica uma mudança profunda de comportamento, que deve envolver o Estado e a sociedade que o compõe, necessitando evidentemente de muitos anos e até mesmo séculos para que se solidifique.

Importante dizer que a crise moderna deve-se, sobretudo, às premissas equivocadas sobre a relação do desenvolvimento econômico e proteção ambiental. É importante que essas premissas sejam quebradas e isto é possível através do conceito de sustentabilidade, o qual propõe a celebração da união entre o homem e natureza, não havendo, pois, a necessidade de se abster do progresso para se ter a proteção do meio ambiente[55].

Bobbio enfatiza que esse novo paradigma ecológico ensejou o surgimento dos direitos da natureza assim como os direitos do homem[56] Seguindo esse entendimento tem-se como exemplo de inserção do paradigma ecológico no meio jurídico a própria Constituição Brasileira que ao constitucionalizar o meio ambiente como direito fundamental, ainda deu um enfoque econômico ao considerá-lo como uma das finalidades da ordem econômica e como um meio de se alcançar o desenvolvimento nacional.

Todavia, para que essa mudança de paradigma aconteça sem atropelos é fundamental uma cooperação internacional, no intuito de tratar a questão ambiental como um problema global. A responsabilidade pelo planejamento e aplicação de uma política de crescimento sustentável deve ser partilhada por todas as nações[57].

Assim, o Direito que desponta neste século será marcado, pois, pelas preocupações ambientalistas e será regido pelo Direito Internacional do Meio Ambiente que assumirá um papel de catalisador na elaboração e eficácia dos direitos ambientais consolidados globalmente. Sendo assim, os conceitos de meio ambiente e desenvolvimento econômico terão que ser ponderados a partir da inserção do conceito de desenvolvimento sustentável.

O conceito de desenvolvimento sustentável surge na década de 1980, no âmbito da União Internacional pela Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais. Sabe-se também que em 1984 a Organização Mundial das Nações Unidas criou por meio da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o Relatório de Brundtland, o qual formulou o mais famoso conceito de desenvolvimento sustentável, como sendo um modelo que busca satisfazer as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades; utilizar recursos naturais sem comprometer sua produção; tirar proveito da natureza sem devastá-la e buscar a melhoria da qualidade de vida à sociedade. Na seqüência tem-se que a Assembléia Geral das Nações Unidas ao convocar a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 confirmou a necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio[58].

É bem verdade que o atual modelo de crescimento econômico ocasionou enormes desequilíbrios. Nunca se viu tanta riqueza de um lado e tanta miséria e degradação ambiental do outro. É justamente dentro desse contexto de "desenvolvimento insustentável que surge então a idéia de um novo desenvolvimento

cujo objetivo é a conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação ambiental e, ainda, com o fim da pobreza no mundo[59].

Nessa esteira verifica-se que a noção de desenvolvimento sustentável perpassa pela noção de ecodesenvolvimento que foi estudada por Ignacy Sachs[60]. O que se percebe é que essa proposta de ecodesenvolvimento renunciava a necessidade de se definir para todos os países do mundo um novo modelo de desenvolvimento, em que se conciliasse a economia e o meio ambiente. Como bem assevera Trindade Cançado

dificilmente se pode abordar o direito a um meio ambiente sadio em isolamento. Tem ele encontrado expressão no universo conceitual dos direitos humanos. Não se pode considerá-lo sem referência a outro direito do gênero, a saber, o direito ao desenvolvimento como um direito humano (...) Enfatiza que o meio ambiente e o desenvolvimento não de ser enfocados conjuntamente, o que se aplica a regiões desenvolvidas assim como em desenvolvimento do mundo, criando obrigações para todos tendo em mente a comunidade internacional, como um todo, e as gerações presentes assim como futuras: nesse sentido o desenvolvimento sustentável veio a ser tido não só como um conceito, mas como um princípio do direito internacional contemporâneo.[61].

Num mundo cuja maioria dos países ainda está em fase de superação das demandas sociais renunciar ao desenvolvimento soa como algo impossível, principalmente por que para eles o crescimento é considerado como combate de pobreza e miséria[62]. Mas há que salientar que existe uma diferença entre crescimento e desenvolvimento. Crescimento não leva em consideração qualquer outro aspecto da qualidade de vida a não ser o acúmulo de riqueza, já o desenvolvimento preocupa em gerar riquezas e distribuí-las, melhorando assim a qualidade de vida de toda a população e a qualidade ambiental do planeta[63].

Sobre o conceito de desenvolvimento sustentável, interessante é compreender que existem duas preocupações principais que permeiam o tema. A primeira é justamente no que pertine aos interesses das gerações futuras, e a segunda corresponde às possíveis restrições impostas à atividade humana.

Com relação à primeira preocupação verifica-se que o ambientalismo persiste na idéia de desenvolver em harmonia com as limitações ecológicas do planeta, ou seja, sem destruir o ambiente a fim de que as gerações futuras tenham a chance de existir e viver bem, de acordo com as suas necessidades (...)[64]. Todavia, a manutenção da vida das gerações futuras tem se agravado com o aumento da entropia global[65], então para que a crescente exploração dos recursos naturais decorrentes desse processo econômico ilimitado que se intensifica pelo livre mercado e afeta de forma irreversível a integridade do sistema ecológico[66] não seja uma preocupação para as gerações futuras é necessário que se adotem medidas de desenvolvimento sustentável para que os efeitos do desenvolvimento tecnológico e do conseqüente aumento do padrão dos países desenvolvidos possam ser equacionados com a necessidade de preservação ambiental[67].

Assim, sabendo que o desenvolvimento sustentável está incompatível com as restrições que estão sendo impostas pela economia mundial da atualidade, somente uma interação entre o mercado, os Estados e as sociedades civis é que poderá construir

estratégias para a consecução do mesmo. Importante dizer que as bases jurídicas, mesmo programáticas, já estão sendo realizadas, porém, há um longo caminho a ser percorrido no que pertine à construção de mecanismos efetivos que conduzam à assinatura de tratados multilaterais cogentes e cuja observância possa ser exigida pela organização internacional que os patrocina[68].

O segundo ponto a ser analisado é que para alguns ambientalistas essa conciliação entre meio ambiente e desenvolvimento econômico não é possível dentro de uma visão de economia capitalista. Para protegerem o meio ambiente propõem uma restrição à atividade econômica, incluindo o desenvolvimento e o comércio. Para eles pressionar os agentes econômicos a suportarem os custos relativos ao meio ambiente faria com que o capital fosse condicionado a buscar formas de compensação, aprofundando a exploração da força de trabalho, ou então, repassando os preços para o produto final[69]. Essa corrente teórica, portanto, conclui que é impossível no mundo capitalista atingir o desenvolvimento sustentável com suas dimensões básicas de equidades intrageracional, intergeracional e internacional[70]. Ora, essa concepção é inconsistente, pois só existe economia porque a ecologia lhe dá suporte[71], não há como separá-los.

Gustavo Assed Ferreira mostra um posicionamento prático quando ele diz em seu artigo que não há um conflito inevitável entre ganhos ambientais e ganhos econômicos[72]. Ele compreende que a própria regulação ambiental pode influenciar a competitividade estimulando assim a melhor utilização dos recursos. As empresas poluidoras ao perceberem que estão perdendo mercado para as outras empresas cujos produtos são ambientalmente positivos, isto é, "limpos", diferenciarão seu produto final racionalizando o processo produtivo, conciliando assim com a preservação ambiental.

Instar ressaltar que o próprio desenvolvimento sustentável pressupõe a composição entre o comércio e o meio ambiente. A Organização Mundial do Comércio[73] deve enfrentar esse desafio orientando cuidadosamente o desenvolvimento sustentável sob o prisma de três questões: a primeira corresponde à máxima que afirma que a relação entre liberalização comercial e eficiência leva ao desenvolvimento sustentável, porém em relação à questão ambiental esta afirmativa é perigosa, pois a liberalização comercial, a economia de escala e a competição podem gerar uma crescente e desenfreada busca de recursos naturais. Considerando isto é fundamental que a OMC em conjunto com as demais organizações governamentais encontrem um ponto ótimo para se alcançar uma relação eficiente e equitativa entre ambos. Há ainda que se compreender a segunda questão, como o comércio poderia promover a proteção ambiental já que existe uma ligação entre riqueza e dano ambiental? Para enfrentar essa questão, faz-se necessário que a OMC viabilize medidas de liberalização comercial, bem como beneficie através de tratamento especial para que os Estados menos desenvolvidos possam cumprir uma agenda em favor da preservação ambiental sem prejudicar o seu desenvolvimento econômico. A terceira questão está relacionada, portanto, com o fato de que deve-se estar atento à impossibilidade de se promover as chamadas economias em escala uma vez que a capacidade ambiental do planeta está comprometida. Portanto, é imprescindível que exista uma avaliação acerca da sustentabilidade das novas medidas de liberalização comercial que não esgotem os recursos naturais[74].

A busca do desenvolvimento sustentável requer, portanto, um sistema político que tenha suas bases voltadas para a democracia participativa, onde o sistema econômico gera excedentes cuja distribuição equitativa permite o equilíbrio do sistema social, sem, contudo, esquecer de respeitar a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento. O processo produtivo deverá, portanto, ser encarado através de uma nova economia, a chamada economia ambiental que trata dos efeitos da atividade econômica sobre o meio ambiente, focando a importância dos recursos naturais para a economia, visando um equilíbrio entre os objetivos ambientais, econômicos e sociais.

No contexto brasileiro o enfoque econômico dado ao Direito Fundamental ao Meio ambiente pelo artigo 170 da CF/88 é a concretização jurídica da nova concepção que está sendo dada à questão ambiental, visto que é impossível na atualidade analisar esta problemática apartada do seu aspecto econômico.

As origens da problemática ambiental estão associadas à expansão do capitalismo cuja apropriação da natureza tem como objetivo o aumento da produtividade. A crise ambiental que se instala é entendida como uma crise antrópica, de civilização, derivada das atividades humanas em que a relação com a natureza não humana caracteriza-se pelo utilitarismo, pela instrumentalização, e pela exploração ilimitada dos recursos naturais[75]. Verifica-se então que a degradação ambiental, a poluição e o esgotamento dos recursos não renováveis é uma tendência que compromete a sustentabilidade do planeta e a própria sobrevivência da espécie humana.

É preciso se ter em conta que os mecanismos econômicos interagem estritamente com o meio ambiente. Como bem assevera Carneiro, essa inter-relação não poderia ser diferente vez que a atividade econômica nada mais é do que extrair da natureza toda a matéria prima que servirá para a produção de bens econômicos, os quais haverão de retornar para a mesma sob outra forma. Sendo assim, deve-se ter o sistema econômico em total consonância com o sistema ecológico, em que não é mais possível desconsiderar a origem, bem como o destino dos recursos utilizados[76].

Desta feita, o modelo de desenvolvimento a qualquer custo imposto não se sustenta, visto que não é capaz de organizar e conciliar as necessidades de se garantir os padrões modernos de consumo com a preservação do meio ambiente, isto é, com a manutenção da vida humana[77]. Torna-se então imprescindível que os recursos disponíveis sejam administrados de modo a se obter o máximo de satisfação com o mínimo de recursos[78]. A externalidades negativas que afetam o meio ambiente, portanto, justifica a intervenção do Estado.

4. A implementação de políticas públicas para corrigir o problema das externalidades ambientais negativas: a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente

Uma maneira de se corrigir as falhas de mercado existentes em relação às atividades econômicas e suas implicações na qualidade do meio ambiente pode se dar através da intervenção do Estado, que atua regulando os defeitos do mercado. Marçal Justen Filho chama a atenção para a regulação como sendo um conjunto ordenado de

políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não-econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. [79]

Carneiro explicita que as políticas podem ser expressas através de dois mecanismos, quais sejam, a regulação direta do comportamento dos agentes econômicos (política de "comando e controle") e a instalação de incentivos e instrumentos de natureza econômica que convençam o poluidor a controlar seus níveis de consumo de recursos naturais e o grau de suas emissões[80].

A regulação direta dá-se através de um sistema de fiscalização e de penalização às possíveis infrações por parte dos agentes econômicos. Ficam definidos através de um processo de negociação social, os níveis máximos que podem atingir as externalidades negativas. Essa política de comando e controle trata o poluidor como "ecodelinqüente", não oportunizando a escolha ao poluidor, ele deve obedecer a lei, pois de outro modo estará sujeito às penalidades caso em processos judiciais ou administrativos. Insta dizer que a aplicação de multas em casos de não cumprimento da obrigação é a penalidade mais comum[81].

A aplicação dos instrumentos de regulação direta tem como objetivo disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, definindo os padrões de emissão de poluentes, impondo o uso de tecnologias e equipamentos que controlem a poluição, controlando os processos, bem como a qualidade ambiental do produto. Insta dizer que o poder Público pode restringir ou proibir totalmente o exercício das atividades econômicas em determinadas localidades, e também pode controlar a instalação de atividades através de zoneamentos[82] ou por meio de concessões de licenças ambientais. Ademais, pode haver o controle na utilização dos recursos naturais, exigindo, pois, autorização; e restrições administrativas quando ao direito de propriedade, uma vez que o poder público pode limitar a exploração florestal e o desmatamento das propriedades rurais, definindo as áreas que são destinadas à conservação dos recursos ambientais[83].

A vantagem da aplicação correta dessa política de comando e controle é que uma vez fixada a norma, será cumprida. Todavia, para que o Estado consiga fazer com os agentes econômicos cumpram as suas determinações, é necessário que as consequências impostas pela legislação sejam severas.

A regulação direta pelo poder público configura como duvidosa enquanto instituto viabilizador da proteção ambiental, ora, o processo de formulação de políticas regulatórias muitas vezes está sujeita interesses escusos de particulares e os seus custos administrativos geralmente são bastante elevados, pois envolvem o estabelecimento de normas /especificações tecnológicas por agências oficiais, bem como um forte esquema de fiscalização. Ademais, a regulação direta não incentiva os agentes econômicos a desenvolverem tecnologia para melhorar a sua eficiência ambiental, uma vez atingido o padrão ou que a licença seja concedida[84].

Sendo assim, para corrigir as externalidades e fazer com que os agentes econômicos promovam melhorias ambientalmente positivas em suas atividades é necessário que haja uma transferência, obrigatória, dos custos da degradação ambiental para seus causadores, uma vez que serão adotados instrumentos econômicos a serem incorporados às políticas ambientais, cujo objetivo final será a mudança de comportamento dos usuários desses recursos, em virtude da inclusão em seus custos dos aspectos ambientais[85].

Os instrumentos econômicos funcionam de uma maneira simples, qual seja, os custos que oneram o uso dos recursos ambientais são repassados àqueles que os usam. Isto significa dizer que aquela empresa ou entidade, cuja atividade seja poluir o meio ambiente, terá um custo adicional por unidade produzida, e terá a liberdade de assim escolher o nível de poluição que deseja produzir. Este tipo de custo adicional, denominado de "adicional de incentivo" pela melhor doutrina, envolve quatro elementos caracterizadores destes instrumentos econômicos voltados para a conservação do meio ambiente, que segundo Marins, são eles: a existência de um estímulo financeiro, no sentido de obstaculizar o processo de poluição, a faculdade disponibilizada aos agentes poluidores para que eles raciocinem livremente sobre o nível de poluição, caracterizando, pois, a flexibilidade e a intervenção estatal, que por sua vez garante a finalidade protetora do meio ambiente[86].

Existem as seguintes categorias de instrumentos econômicos, ainda pouco utilizados no Brasil, são eles: tributos ambientais, sistemas de cobrança pelo uso de recursos ambientais, subsídios públicos, sistemas de devolução de depósitos, licenças ou créditos negociáveis e seguro ou caução ambiental.

Há que se dizer que a existência desses tributos ecológicos ou green taxes orientam as decisões política e econômica, de modo que seja tomada a opção ecologicamente mais coerente[87]. Deste modo, a principal finalidade seria a de supervisionar a atividade empresarial, que a partir de agora passou a incluir em seus planos de mercado a tríade, custo- benefício- meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tem-se, pois, que o mecanismo da tributação ambiental dá-se de forma que a atividade beneficiada com a poluição agregue em seu valor o preço a ser pago pela referida poluição, seja na forma de insumo, de diluição de absorção ou até mesmo de lazer. Desta feita, o fato de ter que pagar por cada unidade usada do patrimônio ambiental incentiva o produtor ou consumidor a utilizar esses bens ou serviços de forma mais eficiente e menos gravosa para o meio ambiente.

Jacobs entende que o tributo ambiental determina que os agentes econômicos atentem-se para o fato de que é imprescindível cuidar e saber utilizar os recursos ambientais, visto que os custos produzidos pelo uso do bem serviço ambiental vão incidir diretamente no fator lucro[88]. Assim sendo, pode-se dizer que o tributo é um dos instrumentos econômicos mais eficientes, haja vista que é através dessa cobrança que a autoridade ambiental consegue fazer cumprir com os objetivos propostos de regular o uso dos recursos naturais e ambientais.

Para Carneiro, todavia, a tributação ambiental não é só vantagens, existem dificuldades operacionais, relativas à necessidades de complexos cálculos inerentes aos

custos envolvidos na tributação das externalidades, bem como aos inúmeros obstáculos no que tange ao acesso às informações que permitam a elaboração das bases de cálculo; e existem efeitos indesejáveis, quais sejam, o impacto nas classes de menor renda e competitividade econômica das empresas que no intuito de diminuir os custos podem refletir na diminuição dos empregos[89].

Os sistemas de cobrança pelo uso de recursos ambientais por sua vez não possuem natureza tributária, vez que o seu caráter é meramente retributivo, como compensação pecuniária pelo uso e pela diminuição da disponibilidade ou qualidade dos recursos ambientais. Sua aplicação consiste em internalizar o custo externo de forma privada, fazendo com que o poluidor assuma o custo externo de sua poluição na forma de uma taxa.

Esse instrumento de política e gestão ambiental será, pois, um instrumento que financiador da luta coletiva contra a poluição e um incentivador da modificação do comportamento do poluidor. Vale dizer que esta ação incentivará o poluidor a mudar o seu comportamento, haja vista ser esta ação menos dispendiosa do que a taxa.

Entretanto, na prática, a taxa como não é aplicada conforme determina a teoria, a qual exige o conhecimento do custo econômico da externalidade, isto é, o valor monetário do dano ambiental provocado por unidade de poluição emitida. Geralmente, os responsáveis pelo arbitramento dos valores das taxas fixam valores das taxas aos níveis que eles consideram suficiente para atingir seus objetivos políticos[90].

Os sistemas de cobrança de uso de recursos ambientais, tanto quanto os mecanismos de tributação ecológica, representam manifestação do princípio do poluidor pagador ou do usuário pagador, cujas idéias pressupõem que os agentes responsáveis pelas externalidades devem internalizar os custos sociais de suas atividades econômicas. Segundo Benakouche e Cruz apud Carneiro mesmo que o poluidor pagador transfira os custos para os consumidores, não impede a aplicação de tal princípio, pelo contrário pode contribuir para que a sociedade perceba as conseqüências de seus hábitos de consumo sobre a qualidade do meio ambiente[91]

Os subsídios se opõem ao princípio do poluidor pagador, vez que são representados pelo princípio do ônus social[92]. O objetivo é estimular os agentes poluidores a restringirem os níveis de poluição, podem ainda ser fornecidos às empresas que apresentam dificuldades em cumprir o padrão ambiental fixado, funcionando como complemento da regulação direta. Sendo assim correspondem à diversas formas de assistência financeiras, caracterizadas por:

Subvenções: formas de assistência financeira não-reembolsáveis, oferecidas para poluidores que se prontifiquem a implementar medidas para reduzir seus níveis de poluição;

Empréstimos subsidiados: empréstimos a taxas de juros abaixo das de mercado oferecidos a poluidores que adotem medidas antipoluição;

Incentivos fiscais: depreciação acelerada ou outras formas de isenção ou abatimentos de impostos em caso de serem adotadas medidas anti-polução[93].

Os Sistemas de devolução de depósitos correspondem à idéia de que o pagamento pelo consumidor de um valor adicional incidente sobre o preço final do produto, o qual lhe é de alguma forma reembolsado posteriormente caso o bem, sua embalagem ou seus resíduos sejam devidamente retornados[94]. Interessante que esse sistema é muito eficaz quando integrado em políticas de reaproveitamento de resíduos sólidos, visto que diminui a sua deposição no meio ambiente, é um maneira "limpa" de gerir os bens econômicos produzidos.

As licenças ou créditos negociáveis são instrumentos criadores de mercados específicos para a poluição ou para utilização de recursos ambientais determinados. Para criar esse mercado de emissões, o setor governamental estima a quantidade de emissões totais das fontes localizadas em uma determinada região geográfica, em um determinado período e a partir daí fixa um nível máximo de emissões em função dos objetivos ambientais a serem atingidos[95].

Frise-se que recebem outras denominações tais como: direitos de poluição e créditos ou certificados de redução de emissão (CRE). Esse instrumento de mercado atua observando a quantidade de poluição lançada no meio ambiente e não o custo da poluição. Interessante que contorna uma grande dificuldade das taxas, que é justamente determinar e manter o seu valor de modo a garantir a sua eficiência econômica e eficácia ecológica, conforme discutido acima. A forma como opera o sistema de licenças ou créditos negociáveis é simples, a poluição deve estar predeterminada pelo poder público num nível máximo, sendo assim há uma divisão deste nível máximo de poluição em cotas que assumem a forma jurídica de direitos/licenças alocadas ou leiloadas entre os agentes envolvidos. Há que se dizer que para este mecanismo ser eficiente, deve haver a sua comercialização[96].

Insta dizer ainda que esse tipo de instrumento econômico é o mais liberal de todos pois permite que o agente poluidor escolha, se ele quer evitar a poluição e vender a cotas ou se quer permanecer poluindo e agregando custos permanentemente com a compra de cotas[97].

O Seguro e caução ambiental obrigatórios permitem que o Poder Público exija dos agentes econômicos a formulação de um contrato de responsabilidade civil ou de depósito em garantia de um determinado valor proporcional aos eventuais custos externos das atividades produtivas[98]. O valor do seguro e da caução serão maiores quanto maiores forem os riscos das atividades e os danos produzidos. Sendo assim, os Agentes poluidores serão incentivados a adequar seus empreendimentos para melhorias ambientalmente positivas.

Após fazer um breve apanhado das políticas públicas que podem ser implementadas para melhoria e efetivação do direito fundamental ao meio ambiente dentro do contexto econômico. É mister dizer que para a realidade Brasileira, entendemos que a política pública, baseada nos instrumentos econômicos, mais interessante, além da regulação direta pelo Estado, é a que trata da tributação ambiental.

Uma compreensão interessante é aquela perpetrada pelos defensores do tributo ambiental como instrumento de política de meio ambiente. Eles destacam exatamente esse aspecto modificador de comportamento humano. É forçoso dizer que é com base nisto que os debates atuais estão se concentrando no que a doutrina chama de dividendo duplo. Tal idéia gera a concepção de que o tributo como um instrumento econômico, poderia alterar o comportamento humano em relação ao processo de degradação do meio ambiente, bem como, poderia gerar fundos que seriam utilizados na consecução das metas ambientais.

Todavia, para que a hipótese de dividendo duplo seja possível, é necessário que o tributo ambiental seja vinculado às receitas advindas dos tributos, característica esta que não é observada na legislação tributária brasileira vigente.

O caráter imperativo da Constituição Federal remete-nos às hipóteses de vinculação da receita advinda de impostos não- vinculados, nesse prisma, percebe-se que a Constituição e determina em seu artigo 167, IV, estabelece exceções, dado o caráter de imprescindibilidade das áreas da saúde e da educação. Seguindo este raciocínio, seria perfeitamente possível a inserção do meio ambiente como mais uma exceção do artigo 167 da Constituição Federal, haja vista que a questão ambiental tornou-se emergencial. Para que fosse possível esta alteração legislativa seria necessário uma emenda à constituição, nos termos do art. 60 da CF/88.

Para justificar tal possibilidade, importante salientar que apenas os impostos com fins exclusivamente fiscais é que, em princípio não poderiam ser afetados. E como a tributação ambiental é genuinamente extrafiscal, está plenamente justificada a sua afetação à finalidade a que se destina[99].

Quanto aos limites da tributação ambiental há que se destacar que as despesas públicas relativas à despoluição bem como a assistência às vítimas devem ser de responsabilidade do agente que provocou o dano ambiental. Tal entendimento é fundamentado no princípio do poluidor pagador. Sendo assim, os custos provenientes de atividade preventiva devem ser repassados para aqueles que auferem lucros com estas atividades que causam danos ao meio. Porém, é fundamental que o poluidor seja delimitado.

Todavia a questão não é tão simples como está parecendo, as situações aparecem de maneiras as mais escabrosas, haja vista a multiplicidade de poluidores e as várias formas de poluição.

É preciso que a determinação do poluidor mantenha afinidade com a realidade de degradação ambiental, para que haja uma efetiva redistribuição dos custos. No entanto, de outro prisma, quem tem mais possibilidade de absorver os custos pode ser aquele que tenha auferido lucro em decorrência da ações lesivas ao meio, neste caso, deverá pagar os custos da poluição que produziu, posto que sua capacidade econômica é diretamente proporcional a sua capacidade destrutiva. Entretanto, outra deve ser a solução nas hipóteses em que não se verifica esta relação entre a atividade ofensiva ao meio e a potencialidade econômica.

Maria Aragão[100] entende que aquele que tem o poder de controle sobre as condições que gera a poluição é quem teria o condão de prevenir ou adotar medidas

para que fossem evitados os danos. Defende ainda que ao legislador ficará incumbido de estabelecer qual o tipo de prova ou presunção legal de causalidade da contribuição da atividade produtiva ou de consumo para definir os níveis de poluição. Sustenta ainda que havendo vários consumidores deve pagar aquele que lucrou, pois, muito embora o consumidor também tenha sua parcela de contribuição ele realizou uma atividade normal para a vida social, qual seja, o consumo, enquanto o produtor realizou uma atividade produtiva que lhe foi lucrativa; sendo justo que lhe sejam imputados os custos desta; pois, controla as condições que estão na origem do dano e detém o poder econômico e tecnológico para alterá-las.

Porém, há que se tem em conta que todo esse processo de identificação deverá estar pautado no princípio da proporcionalidade, o qual, deve ser observado nos seus três aspectos, quais sejam: a adequação a necessidade e a razoabilidade, conforme expõe Rosângela Motiska Bertolo apud MARIANO ao versar sobre a concessão estatal de incentivos públicos à iniciativa privada[101].

Desta feita o governo deverá prever a gestão fiscal voltada para a preservação do meio ambiente observando o equilíbrio entre a receita e despesa e os princípios do planejamento, da transparência e, ainda, da igualdade e proporcionalidade. Esta atuação deverá ser planejada, observando a implementação de uma política pública verde que esteja coordenada por normas legais, as quais conferirão transparência.

Pelo exposto, compreende-se que o tributo ambiental dar-se-á através do Estado que age como regulador da atividade econômica, seja na fiscalização, na repressão e na punição. Deste modo deve pretender, sempre, o caminho preventivo, com base jurídica para implementação de políticas públicas governamentais positivas, figuradas pelas repressões tributárias, ou, negativas com os subsídios fiscais.

Destarte, não há como se negar que o tributo, como elemento econômico, tem demonstrado ser muito eficaz na preservação ambiental quando comparados os exemplos nacionais e internacionais. A adoção de medidas tributárias, sobretudo os incentivos, subsídios, subvenções, alíquotas reduzidas ou zero, isenções, anistias, imunidades, diferimentos, não-incidência, de fato atuam positivamente na implementação de políticas públicas de desenvolvimento e preservação ambiental.

Observa-se, pois, que as bases para o cabimento desses novos meios de políticas de desenvolvimento sustentável já foram lançadas, é importante, agora, que os três Poderes atuem coordenadamente, instituindo técnicas de solução, fundamentadas nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que já facultam a adequação dos tributos para que seja dada efetividade à proteção e à garantia de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 3ªed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 1999
Dano ambiental: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudança da agenda 21. 3 ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2000

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003

BENATTI, José Heder. Aspectos Legais e institucionais do zoneamento ecológico econômico. Revista de Direito Ambiental. Ano 8. n. 29. Jan-mar. 2003

BENJAMIM, Antônio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. In: 10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável. Anais do 6o Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de Junho de 2002.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Ed. Campus, 2004

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: JUNIOR, Arlindo Philippi; ROMÉRO, Marcelo de ANDRADE; BRUNA, Gilda Collet. Curso de gestão ambiental. São Paulo: Manole, 2004

CAMINHO de Joanesburgo, Rio+10 Brasil: balanço e perspectivas. Disponível em: www.ambiente.sp.gov.br/Vozes, 2000, p. 82. destaque/joanesburgo.htm. Acesso em: 20 jan. 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra editora. Coimbra. 1982.

CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, a5, n.19, ju/set. 2000

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max. Limonad., 1997

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14001. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004

DUARTE, Marize Costa de Souza. Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRARI FILHO, Fernando. As concepções teórico-analíticas e as proposições de política econômica de Keynes. Rev. econ. contemp., Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, 2006. Disponível em:

FERRAZ, Roberto. Tributação e meio ambiente: o green tax no Brasil (a contribuição de intervenção da Emenda 33/2001). Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 31, jul-set de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 167-172

FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. Welber Barral (org.). São Paulo: Editora Singular, 2005

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2000

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense

FREITAS, Vladimir Passos (org.). Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. Malheiros Editores. São Paulo. 2003

JACOBS, M. Economía Verde. Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible: Estratégias Baseadas em Incentivos: Impostos e Subsídios e as emissões. Colombia: TM Editores e Ediciones Uniandes. 1995. pp. 227-342.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KRÜGER, E.L. Uma abordagem sistêmica da atual crise ambiental. Desenvolvimento e Meio Ambiente. UFPR/Curitiba, v. 4, p. 37-43, 2001

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das letras, 1991.

LEFF, Henrique. Epistemologia ambiental. São Paulo. Cortez, 2001

LEITE, José Rubens Morato. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (orgs.). O novo em direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7ª. Ed. São Paulo. Malheiros, 1999.

MARIANO, Cristine Madeira Leão. Ensaio Sobre Tributação Ambiental - Considerações Sobre a Extrafiscalidade Dirigida A Promoção Do Desenvolvimento Social Sustentável Através Da Aplicação Do Princípio Do Poluidor Pagador No Direito Tributário. Monografia (Especialização em Direito Tributário). UNISINOS. São Leopoldo. 2001/2002.

- MARINS, J. Tributação e Meio Ambiente. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003
- MCCORMICK, John. Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.
- MENDES, Marina Ceccato. Desenvolvimento sustentável. s/d. Mimeo
- MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: um direito adulto. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. N.15. jul-set . 1999
- _____. Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- MUKAI, Toshio. Direito Ambiental sistematizado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998
- NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: uma introdução ao direito econômico. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- OLIVEIRA, J. M. D. de. Direito Tributário e meio ambiente:proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995
- PORTANOVA, Rogério. Qual o papel do estado no século XXI?: rumo ao estado do bem estar ambiental In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). Inovações em direito ambiental. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000
- PELIZZOLI, Marcelo Luiz. A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI, Petrópolis (RJ): Vozes, 1999.
- PETTER, Lafayete Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 45, p. 216/236. São Paulo: RT, out-dez/2000
- RAMPAZZO, Sônia Elisete. A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico. In Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade? Dinizar Fermiano Becker (org.). 3 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNICS, 2001.
- RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 43, p. 49/56. São Paulo: RT, abril-jun/2003
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional comparado In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental - na dimensão internacional comparada. Belo Horizonte. Del Rey, 2003
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.).Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos fundamentais. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. Malheiros. São Paulo. 1999

_____. Fundamentos Constitucionais da proteção do meio ambiente. Revista de Direito ambiental. Ano 7. Nº. 27, São Paulo: RT, jul-set/, 2002.

SOARES, Guido F. S. Direitos humanos e meio ambiente. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Org.). O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo : Edusp, 1999. p. 121-178

SOARES, Guido F. S. As ONGs e o Direito Internacional do Meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, a5, n.17, p. 21-64, jan/mar. 2000, p. 58

SOARES, Remi Aparecida de Araújo. Proteção ambiental e desenvolvimento econômico Conciliação. Curitiba. Juruá, 2004.

SOFFIATI, Artur. A natureza no pensamento liberal clássico. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, a. 5, n.20, p. 159-176, 2000.

_____. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: LOUREIRO, C.F.B.; LAYRARGUES, P.P; CASTRO, R.S. de. (Orgs). Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania. São Paulo: Cortez. 2002

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 2ª Ed. Método, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993

[1] PELIZZOLI, Marcelo Luiz. A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI, Petrópolis (RJ): Vozes, 1999, passim.

[2] Para Pelizzoli alguns ecologistas defendiam que o cristianismo na Idade Média contribuiu para

afastamento do homem da natureza, entendemos que a doutrina cristã em si, não pode ser considerada como a fomentadora da crise ambiental. O cristianismo sempre pautou-se na defesa de todas as formas de vida, tendo, inclusive, como ícone da defesa da natureza São Francisco de Assis. O que pode ter contribuído para o distanciamento do homem com a natureza é a ideologia teocristã apregoada pela igreja que em nome de um "respeito" às coisas divinas proibiu a possibilidade do homem interagir com a natureza com o fim de desvendá-la. PELIZZOLI, Marcelo Luiz. A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI, Petrópolis (RJ): Vozes, 1999, p. 61.

[3] Interessante dizer que foi René Descartes, o filósofo, que a partir da sua famosa frase "penso, logo existo", que quebrou a ligação entre o homem e o mundo ao considerar a existência deste como dependente da razão humana. O pensamento Cartesiano marca a Modernidade ao enquadrar a natureza como um recurso e o homem como centro do mundo. É dado ao homem, portanto, o domínio da natureza.

[4] ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 171.

[5] MCCORMICK, John. Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

[6] MCCORMICK, John. Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, passim.

[7] FERRARI FILHO, Fernando. As concepções teórico-analíticas e as proposições de política econômica de Keynes. Rev. econ. contemp., Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, 2006. Disponível em:

[8] MCCORMICK, John. Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, p. 111.

[9] Os pontos discutidos encontram-se nas seguintes Seções da Agenda 21: "Dimensões Sociais e Econômicas", "Conservação e Gerenciamento de Recursos para o desenvolvimento", "Fortalecimento do Papel dos Grupos Principais", "Meios de Implantação".

[10] MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.74.

[11] José Carlos Barbieri comenta em seu livro que a dificuldade dos países industrializados em destinar recursos para financiar projetos ligados à solução dos problemas ambientais está relacionada a problemas internos, como os altos índices de desemprego, bem como a problemas externos, como por exemplo: a crise do câmbio envolvendo os países que formam o G7. BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudança da agenda 21. 3 ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 82.

[12] ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.13.

[13] MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

[14] MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53

[15] MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 51

[16] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 19.

[17] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 3.

[18] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 19

[19] Tycho Brache Fernandes apud MUKAI, Toshio. Direito Ambiental sistematizado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 9-10.

[20] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 6.

[21] CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, a5, n.19, ju/set. 2000, p. 207.

[22] CARVALHO, Carlos Gomes. Op. Cit, p. 208.

[23] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 121-122.

[24] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Ed. Campus, 2004, p. 25

[25] SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional comparado In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental - na dimensão internacional comparada. Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 90.

[26] SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional comparado In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental - na dimensão internacional comparada. Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 93

[27] SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional comparado In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental - na dimensão internacional comparada. Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 94

[28] Ainda, seguindo a postura crítica de José Adércio Leite Sampaio, é importante ter certo cuidado com o pressuposto da dignidade humana. Esta é considerada pela doutrina como o substrato de todo o sistema de direitos fundamentais servindo, pois, como referência de conteúdo para a conversão de um direito ordinário em um direito fundamental. Mas, segundo o autor, há que se ter em mente que essa é uma conformação ideológica, impregnada de valores, que refletem momentos históricos da consciência humana. Sendo assim, ao adotarmos o princípio da dignidade humana sem qualquer restrição, estaremos denotando uma visão antropocêntrica (visão esta combatida) a todos os direitos, o que acaba por torná-lo um critério absoluto, que se figura como temerário, haja vista o grau de indeterminação que carrega em seu

conteúdo e o alto poder discricionário que é conferido ao intérprete. SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional comparado In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental - na dimensão internacional comparada. Belo Horizonte. Del Rey, 2003,, p. 54.

[29] A utilização desta expressão de conotação jusnaturalista, mesmo sendo inócua para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, merece destaque por ter precedido o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional.

[30] SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos fundamentais. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004,Op. Cit.Op. Cit. p.36.

[31] Princípio nº 1 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972

[32] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.76

[33] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14º edição, São Paulo: Malheiros, 2004, passim.

[34] SOARES, Guido F. S. Direitos humanos e meio ambiente. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Org.). O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo : Edusp, 1999. p. 121-178, p 131.

[35] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 117.

[36] Artigo 2º da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972.

[37] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p.2.

[38] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 29

[39] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 2ª Ed. Método. 2006, p191.

[40] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7ª. Ed. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 69.

[41] ALMEIDA apud MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: um direito adulto. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. N.15. jul-set . 1999, p. 35.

[42]D'ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14001. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 111.

[43] SILVA, José Afonso. Fundamentos Constitucionais da proteção do meio ambiente. Revista de Direito ambiental. Ano 7. Nº. 27, São Paulo: RT, jul-set/2002, p.51.

[44] BENJAMIM, Antônio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. In: 10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável. Anais do 6o Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de Junho de 2002, pág. 93

[45] D'ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14001. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004,p.110-111.

[46] D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Op. Cit., p. 112-113. Importa dizer que corroboramos o posicionamento da autora quando ela afirma que para se viabilizar o eco desenvolvimento, é necessário que haja uma conciliação acerca da valorização dos bens ambientais. Aos olhos da legislação ambiental, esta conciliação parece impossível, visto que analisado pelo aspecto do Direito, a matéria ambiental é indisponível, e extremamente difícil de ser quantificada, quando se visto diante de uma ação ambiental de cunho reparatório. Mas, o fato é que a realidade da importância da propriedade, bem como da circulação de riquezas proporcionada não cessará diante dos valores vitais da temática ambiental. Já se viu grandes mudanças de paradigmas, porém a forma de utilizar os bens de produção ainda não mudou e demandam ações imediatas. Esta é uma visão real, que nem por isso impede a consecução da defesa do meio ambiente. A questão ambiental deverá ser analisada sob a ótica da economia ambiental, em que se buscará a valorização da natureza. Um exemplo deste tipo de ação é o protocolo de Kioto, que foi ratificado pelo Brasil.

[47] PETTER, Lafayette Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 242-243.

[48] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 2ª Ed. Método. 2006, p. 188.

[49] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. Malheiros Editores. São Paulo. 2003, p. 219.

[50] O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem uma economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico". GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. Malheiros Editores. São Paulo. 2003, p. 220.

[51] Conforme visto no capítulo II tem-se que John Locke acreditava que a natureza estava a serviço do homem.

[52] LEFF, Henrique. Epistemologia ambiental São Paulo. Cortez, 2001, p. 191-192

[53] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.

- [54] SOARES, Remi Aparecida de Araújo. Proteção ambiental e desenvolvimento econômico Conciliação. Curitiba. Juruá, 2004, p. 184.
- [55] SOARES, Remi Aparecida de Araújo. Proteção ambiental e desenvolvimento econômico Conciliação. Curitiba. Juruá, 2004, p. 185.
- [56] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Ed. Campus, 2004, p. 69.
- [57] SOARES, Remi Aparecida de Araújo. Proteção ambiental e desenvolvimento econômico Conciliação. Curitiba. Juruá, 2004, p. 193.
- [58] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 166.
- [59] MENDES, Marina Ceccato. Desenvolvimento sustentável. s/d. Mimeo, p. 19.
- [60] SOARES, Remi Aparecida de Araújo. Proteção ambiental e desenvolvimento econômico Conciliação. Curitiba. Juruá, 2004, p. 201.
- [61] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 165.
- [62] RAMPAZZO, Sônia Elisete. A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico. In Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade? Dinizar Fermiano Becker (org.). 3 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNICS, 2001, p. 167;171.
- [63] MENDES, Marina Ceccato. Desenvolvimento sustentável. s/d. Mimeo, p. 19
- [64] MENDES, Marina Ceccato. Desenvolvimento sustentável. s/d. Mimeo, p. 19.
- [65] Entropia global diz respeito à segunda lei da termodinâmica que indica que o sistema físico, naturalmente, sempre evolui para níveis de desorganização. Com relação ao meio ambiente, verifica-se que a crescente exploração dos recursos naturais vem agravando o quadro de entropia global.
- [66] RAMPAZZO, Sônia Elisete. A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico. In Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade? Dinizar Fermiano Becker (org.). 3 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNICS, 2001, p.184.
- [67] FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. Welber Barral (org.). São Paulo: ditora Singular, 2005, p. 90.
- [68] FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. Welber Barral (org.). São Paulo: ditora Singular, 2005, p. 90

[69] FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. Welber Barral (org.). São Paulo: ditora Singular, 2005, p.91.

[70] Intrageracional seria a garantia de qualidade de vida a todos os contemporâneos; intergeracional seria a igual garantia às pessoas das próximas gerações, mediante preservação do meio ambiente; e internacional seria a garantia a todos os indivíduos independentemente da localização geográfica.

[71] SOARES, Remi Aparecida de Araújo. Proteção ambiental e desenvolvimento econômico Conciliação. Curitiba. Juruá, 2004, p. 204.

[72] FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. Welber Barral (org.). São Paulo: ditora Singular, 2005 p., 92-93.

[73] Essa organização detém a legitimidade e a credibilidade para participar do processo de conciliação entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, uma vez que vai buscar soluções políticas negociadas junto aos governos. Além da OMC esse processo de conciliação deve conter a participação do Banco Mundial, bem como da Conferência das Nações Unidas para o comércio. desenvolvimento.

[74] FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. Welber Barral (org.). São Paulo: ditora Singular, 2005, p. 92-93.

[75] SOFFIATI, Artur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: LOUREIRO, C.F.B.; LAYRARGUES, P.P; CASTRO, R.S. de. (Orgs). Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania. São Paulo: Cortez. 2002, p.23-6, p. 50.

[76] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p. 36.

[77] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001.p. 38.

[78] CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: JUNIOR, Arlindo Philippi; ROMÉRO, Marcelo de ANDRADE; BRUNA, Gilda Collet. Curso de gestão ambiental. São Paulo: Manole, 2004, p. 572.

[79] JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. Dialética, São Paulo, 2002, p. 40.

[80] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p.73.

[81] ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997, p 3-21, p. 3.

- [82] Cf. BENATTI, José Heder. Aspectos Legais e institucionais do zoneamento ecológico econômico. Revista de Direito Ambiental. Ano 8. n. 29. Jan-mar. 2003.
- [83] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p. 75.
- [84] ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997, p 3-21, p. 4.
- [85] CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: JUNIOR, Arlindo Philippi; ROMÉRO, Marcelo de ANDRADE; BRUNA, Gilda Collet. Curso de gestão ambiental. São Paulo: Manole, 2004, p. 595.
- [86] MARINS, J. Tributação e Meio Ambiente. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 48.
- [87] FERRAZ, Roberto. Tributação e meio ambiente: o green tax no Brasil (a contribuição de intervenção da Emenda 33/2001). Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 31, jul-set de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 167-172, p. 167.
- [88] JACOBS, M. Economia Verde. Medio Ambiente y Desarrolli Sostenible: Estratégias Baseadas em Incentivos: Impostos e Subsídios e as emissões. Colombia: TM Editores e Ediciones Uniandes. 1995. pp. 227-342, p. 268
- [89] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p. 80
- [90] ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997, p 3-21, p. 11.
- [91] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p. 81.
- [92] TURNER, PEARCE & BATEMAN apud CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p. 82.
- [93] ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997, p 3-21, p. 7.
- [94] Um exemplo é a coleta seletiva de lixo, bem como a reciclagem de materiais. CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p. 84.
- [95] CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: JUNIOR, Arlindo Philippi; ROMÉRO, Marcelo de ANDRADE; BRUNA, Gilda Collet. Curso de gestão ambiental. São Paulo: Manole, 2004, p. 596.

[96] ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997, p 3-21.,, 7.

[97] ALMEIDA, Luciana Togeiro. O Debate Internacional sobre Instrumentos de Política Ambiental e questões para o Brasil. In: II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica, São Paulo, 1997, p 3-21, p. 9.

[98] CARNEIRO, Ricardo. Direito ambiental: uma abordagem econômica. Rio e Janeiro: Forense, 2001, p 87.

[99] OLIVEIRA, J. M. D. de. Direito Tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.91.

[100] Aragão, Maria Alexandra de Souza apud MARIANO, Cristine Madeira Leão. Ensaio Sobre Tributação Ambiental - Considerações Sobre a Extrafiscalidade Dirigida A Promoção Do Desenvolvimento Social Sustentável Através Da Aplicação Do Princípio Do Poluidor Pagador No Direito Tributário. Monografia (Especialização em Direito Tributário). UNISINOS. São Leopoldo. 2001/2002.

[101] MARIANO, Cristine Madeira Leão. Ensaio Sobre Tributação Ambiental - Considerações Sobre a Extrafiscalidade Dirigida A Promoção Do Desenvolvimento Social Sustentável Através Da Aplicação Do Princípio Do Poluidor Pagador No Direito Tributário. Monografia (Especialização em Direito Tributário). UNISINOS. São Leopoldo. 2001/2002, p. 43.

NOVOS MODELOS TECNOLÓGICOS PARA O ACONTECIMENTO DO CONTRATO ELETRÔNICO: ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO DIGITAIS

NEW TECHNOLOGICAL MODELS FOR THE EVENTS OF ELECTRONIC CONTRACT: DIGITAL SIGNATURE AND CERTIFICATION

**Roberto Henrique Porto Nogueira
Rodrigo Almeida Magalhães**

RESUMO

Este trabalho visa a apresentar o modo como a certificação e assinatura digitais no Brasil influenciam os contratos e, especialmente, o contrato eletrônico, de modo a buscar soluções no Direito dos Contratos na atualidade. Desse modo, o trabalho propõe a identificação de novos modelos tecnológicos, postos ao Direito dos Contratos, bem como sua compreensão, para promover um ambiente favorável e estrutura jurídica direcionada ao acontecimento do contrato eletrônico. Para alcançar esses objetivos, o texto aborda as questões da criptografia simétrica e assimétrica, assinatura eletrônica e digital e a certificação digital certificada também digitalmente por uma das autoridades integrantes da ICP-Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: CERTIFICAÇÃO DIGITAL; ASSINATURA DIGITAL; CONTRATO ELETRÔNICO; PRINCÍPIOS E INTERPRETAÇÃO; NOVOS REQUISITOS DE VALIDADE; DIREITO DOS CONTRATOS.

ABSTRACT

This work aims to present the way as the digital certificate services and digital signature in Brazil influences the contracts and, specially, the electronic contract, in order to search for solutions in the Law Contract Subject of this present time. In this way, the work considers the identification of new technology tools available to Law Contract Subject, as well as their comprehension, to provide a favorable environment and appropriated legal structure target to electronic contract. To achieve these goals, the text addresses the issues of asymmetric and symmetric cryptografy, electronic signature and digital certification and digital also digitally certified by one of the members of ICP-Brazil.

KEYWORDS: DIGITAL CERTIFICATE SERVICES; DIGITAL SIGNATURE; ELECTRONIC CONTRACT; PRINCIPLES AND INTERPRETATION; NEW REQUIREMENTS OF ENFORCEABILITY; LAW CONTRACT SUBJECT.

1. Considerações iniciais

O avanço tecnológico não mais admite as tradicionais definições que entendem que o contrato, enquanto produto final, "exterioriza-se por intermédio de uma ou mais folhas de papel, impressas ou escritas, assinadas pelas partes, que descrevem regras que irão disciplinar os interesses patrimoniais das partes a respeito de um determinado bem." (ROCHA, 2002, p. 49).

Atualmente, a socialização do meio eletrônico de contratação e das ferramentas disponibilizadas à garantia da conclusão eficiente do contrato eletrônico é discutida pela comunidade jurídica, e até mesmo implementada, sem que os atores desse novo cenário compreendam os novos modelos.

Ademais, tais novos modelos impõem, ao profissional do Direito, a tarefa de enfrentar os desafios evolutivos do Direito dos Contratos, em especial do contrato eletrônico[1].

Adota-se a definição de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 285), para quem o contrato eletrônico "caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para seu cumprimento ou para sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial". Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 58) afirma que o contrato eletrônico é "o negócio jurídico bilateral que tem no meio virtual o suporte básico para sua celebração".

A abordagem, pelo Direito, desses novos paradoxos evolutivos da tecnologia informática é de grande relevância, para a compreensão do cenário da contratualidade e de sua documentação, nos dias atuais.

•2. NOVOS MODELOS: CRIPTOGRAFIA, ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO DIGITAIS

•2.1 Criptografia

A criptografia possibilita que uma mensagem seja transmitida de forma codificada entre emissor e receptor, de modo ininteligível a estranhos ou interceptores. Para tanto, a chave para decodificação deve ser convencionada entre as partes, e, usualmente, demanda a manutenção de determinado segredo. A chave pode ser criada pelas partes ou elaborada por um programa de computador, sendo uma espécie de código.

É comum a identificação da utilização da criptografia com propósitos militares, para envio de mensagens secretas. Há indícios que era conhecida no Egito, Mesopotâmia (MENKE, 2005, p. 43), Índia e China. De acordo com a doutrina que se dedica ao resgate histórico da utilização da técnica, Júlio César utilizava um método para cifrar suas correspondências na Roma antiga, sendo que cada letra do texto era substituída

pela terceira letra subsequente no alfabeto. Registre-se que o primeiro livro publicado sobre a habilidade de escrever mensagens secretas foi desenvolvido ao longo da Idade Média, *Poligrafia*, publicado em 1510, pelo alemão Johannes Trithemius. Até a primeira guerra mundial, as mensagens eram criptografadas de modo manual. Na segunda guerra mundial, os alemães produziram a primeira máquina (eletromecânica) capaz de criptografar, conhecida como *ENIGMA* (MARCACINI, 2002, p. 10-13).

Desse modo, por meio da tecnologia da criptografia, é possível codificar uma mensagem e, em momento posterior, decodificar.

Hoje, duas são as principais técnicas empregadas para criptografar: a criptografia simétrica ou convencional (de chave privada) e a criptografia assimétrica (de chave pública), sendo que a segurança da criptografia, em qualquer de suas modalidades, relaciona-se diretamente com a consistência do algoritmo utilizado no processo e do tamanho da chave (MARCACINI, 2002, p. 40).

•2.2 *Criptografia simétrica*

Como qualquer criptografia, a chave representa um código que, em conjunto com um algoritmo, permite revelar o conteúdo da mensagem. O algoritmo é espécie de fórmula utilizada para cifrar. À mensagem aplica-se a fórmula, e somente o conhecimento de uma das incógnitas da fórmula (algoritmo) possibilita o alcance do resultado válido.

A criptografia simétrica baseia-se na simetria das chaves, ou seja, a chave utilizada para criptografar é a mesma utilizada para decifrar. Daí o porquê de ser chamada de criptografia de chave privada: a chave jamais poderá ser pública, sob pena de qualquer um poder decifrar a mensagem, ter acesso a seu conteúdo e, eventualmente, comprometer sua integridade e autenticidade.

Significa que os interlocutores compartilham as chaves para cifrar e decifrar a mensagem (MENKE, 2005, p. 46).

O problema da criptografia simétrica é, portanto, que a chave privada deve ser compartilhada, de modo que se coloca em xeque a confiabilidade dos demais portadores e a transferência do algoritmo de segurança, que pode, eventualmente, ser interceptado. A técnica da criptografia simétrica é mais sujeita à quebra de sigilo.

•2.3 *Criptografia assimétrica*

Foi proposta em 1976, por Whitfield Diffie, Martin Hellman e Ralph Merkle, em artigo intitulado "New directions of cryptography" (MARCACINI, 2002, p. 24; MENKE, 2005, p. 46).

A criptografia assimétrica tem esse nome em razão da assimetria entre seu par de chaves. Este par de chaves é gerado por um programa de computador a partir do emprego de complexos cálculos matemáticos, de modo que "possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e o outro como chave privada." (MARCACINI, 2002, p 27).

As chaves são criadas em forma de uma combinação de letras e números bastante extensa. As chaves serão tão mais seguras quanto maiores forem. Ademais, elas complementam-se e atuam em conjunto (MENKE, 2005, p. 46-47).

Logo, as chaves são diferentes, mas necessariamente correspondentes entre si. Uma delas é publicada (a chave pública), enquanto a outra é mantida sob guarda e exclusivo controle do signatário. Ambas as chaves podem ser utilizadas para criptografar ou decriptar. Porém, a mesma chave não decripta o arquivo criptografado por ela mesma.

Não há necessidade de envio de chave privada, o que reduz sobremaneira o risco de interceptação e posse por terceiros. Quer dizer que o portador do par de chaves assimétricas deve manter uma delas sob o mais absoluto sigilo e publicar a outra, sendo que uma determinada pessoa interessada em enviar mensagem criptografada pode buscar a chave pública em um banco de dados disponibilizado por determinada instituição ou até mesmo pode recebê-la de seu proprietário, por correio eletrônico ou envio automático quando do acesso de seu sítio[2] pessoal na internet.

Utilizada a chave pública para criptografar, a mensagem pode ser enviada com segurança. A mesma chave, a que é pública, não é capaz de decriptar a mensagem cifrada por ela mesma. Somente o proprietário, com a sua chave privada, aquela mantida sob sua custódia exclusiva, será capaz de proceder à decodificação.

Assim, é importante salientar que a chave privada é de único e exclusivo domínio do titular da assinatura.

A criptografia assimétrica é desenvolvida a partir de funções matemáticas irreversíveis, ou seja, embora teoricamente reversíveis, na prática são irreversíveis em consideração ao tempo necessário para tanto (a reversão, por meio da técnica do erro e acerto, demoraria mais de dez anos para fatorar o número gerado pela utilização de uma chave).

Desse modo, quando ocorre a criptografia do arquivo, é utilizada tal função irreversível, denominada *hash*. O resultado da aplicação da função *hash* (digestora) à mensagem é o resumo da mensagem, ou seja, a transformação do arquivo em uma seqüência de dígitos ininteligíveis e de tamanho fixo. Qualquer mensagem, independentemente do tamanho, é condensada em tamanho fixo (MENKE, 2005, p. 47). O resumo da mensagem é utilizado no algoritmo[3], juntamente com a chave pública ou privada, gerando a assinatura digital.

É exatamente em razão de a função matemática ser irreversível, que a mesma chave não consegue reverter a operação, de maneira a decriptar a mensagem. Por outro lado, conhecendo o segredo para reverter a função (a outra chave do par), a decodificação da mensagem faz-se possível. A confidencialidade pode, assim, ser obtida.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (2002, p. 35) observa, acerca da função digestora: "Como a *hash function* é uma função matemática sem retorno (*one-way function*), não é possível realizar uma operação inversa para, a partir do 'resumo da mensagem', chegar-se à mensagem que o produziu."

O professor Carlos Alberto Rohrmann, sobre a função *hash*, explica:

Retornando à assinatura digital, pode-se dizer que ela é um identificador acrescido a determinado pacote de dados digitais que é gerado por um programa de computador que se vale de uma função *hash*, cujas entradas são uma chave privada de assinatura do assinante mais o próprio arquivo eletrônico a ser digitalmente assinado, e que só será decodificado por uma chave pública associada àquele assinante e garantida por uma autoridade certificadora (AC), que faz a identificação das partes e a posterior certificação, emitindo certificados de autenticidade do par de chaves utilizado. (ROHRMANN, 2005, p. 77).

O par de chaves é gerado pelo próprio usuário, mediante a utilização de um software apropriado, preparado para realizar as operações matemáticas necessárias à geração das chaves e aplicação das fórmulas ou funções matemáticas. Augusto Tavares Rosa Marcacini esclarece:

[...] Tanto as operações matemáticas da *fórmula* como a escolha do par de chaves são feitos a partir de complexos cálculos. [...] É sempre oportuno destacar que o fato de a criptografia moderna exigir o emprego de fórmulas matemáticas complexas não é, contudo, um óbice ao seu uso pela população em geral. Há diversos programas de computador que realizam automaticamente todas estas operações mirabolantes e de forma transparente para o usuário. Não lhe é necessário, portanto, fazer qualquer operação, sequer de aritmética elementar... O par de chaves, por sua vez, é também gerado pelo programa a partir de sofisticados cálculos, para que possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e outro como chave privada. (MARCACINI, 2002, p. 27).

Esse par de chaves assimétricas é o empregado para assinar digitalmente um documento eletrônico, conforme sistemática explicada a seguir.

•2.4 Assinatura eletrônica

A assinatura é tradicionalmente compreendida e explicada como sendo um nome ou marca firmada na parte inferior de um escrito, designando autoria ou aprovação de seu conteúdo. A etimologia remete à idéia de deixar sinal, chancelar, ratificar ou reconhecer (ASSINATURA, HOUAISS, 2001).

Antes da explosão e desenvolvimento massivo da tecnologia informática, assinatura era tida quase que somente em sua aceção de forma gráfica aposta manualmente em documento físico.

O problema da assinatura aparece quando o escrito não mais se disponibiliza materializado para a aposição do nome ou marca em sua parte inferior. Na verdade, a assinatura presta-se a proceder à identificação da autoria, procedência ou autenticidade de determinado conteúdo declarativo. Logo, a assinatura é qualquer marca que possa identificar o autor, ou, ainda, representar a ratificação do conteúdo de um documento específico.

Uma definição mais ampla e em consonância com o paradigma tecnológico é a de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 101), para quem a assinatura é tão somente "um meio de vincular um documento ao seu autor". Esse conceito incorpora, não somente a assinatura manuscrita, mas também, a assinatura eletrônica e a sua espécie assinatura digital. Estas duas últimas demandam maior atenção.

É comum a indistinção entre assinatura eletrônica e assinatura digital. A diferença é importante para a compreensão e possibilita o alcance de alguma precisão conceitual.

A assinatura eletrônica é gênero. Pertencem a este grupo: as senhas, os códigos de acesso em geral, as técnicas biométricas, as assinaturas escritas digitalizadas ou fotografadas para reprodução em larga escala, as pranchetas eletrônicas de sensibilidade e reconhecimento da assinatura manuscrita, os meios fonográficos de reconhecimento de voz, a assinatura digital, dentre outros.

•2.5 Assinatura digital

Talvez em razão do desenvolvimento tecnológico desordenado, a sociedade passou a considerar como assinatura digital toda aquela que não ocorresse em documento havido em suporte tangível. E por esse motivo, grande parte dos estudos teve que dessecar as definições de documento e documentação, para reconstruir seus contornos, ascendendo a aspecto nuclear o conteúdo documental, eventualmente havido em suporte tangível ou não. Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 129) conclui que o documento digital comporta-se no gênero documento, por se constituir de declaração de vontade e suporte, ainda que digital (*bits*).

Os sinais contidos em documento eletrônico ou digital podem representar assinaturas eletrônicas, sem, contudo, integrarem a espécie da assinatura digital.

A assinatura digital, como espécie do gênero da assinatura eletrônica, surge como resposta do próprio sistema da Tecnologia à sociedade, em decorrência de novos paradoxos inseridos por seu próprio desenvolvimento. Isso levou ao resgate e preenchimento do conteúdo semântico de assinatura, supra.

Ao presente trabalho, compete a análise especial da assinatura digital, que abrange a assinatura que transcende a simples codificação de acesso ou identificação, mas que também, emprega alguma tecnologia avançada para atingir, em seus mais diversos aspectos, a equivalência funcional com a assinatura tal qual tradicionalmente concebida. Normalmente, assim como ocorre no Brasil, a assinatura digital é relacionada à utilização da tecnologia da criptografia assimétrica, já explanada. Fabiano Menke bem explica a distinção em exame. Afirma que:

[...] sob a denominação de assinatura eletrônica inclui-se um sem-número de métodos de comprovação de autoria empregados no meio virtual. A assinatura digital, desta feita, consiste em espécie do gênero assinatura eletrônica, e representa um dos meios de associação de um indivíduo a uma declaração de vontade veiculada eletronicamente dentre outros diversos existentes. [...] Enquanto o termo assinatura eletrônica abrange o leque de métodos de comprovação de autoria mencionados, e até mesmo outros que possam vir a ser criados, a palavra "assinatura digital" refere-se, exclusivamente, ao procedimento de autenticação baseado na criptografia assimétrica. (MENKE, 2005, p. 42).

Algumas distinções são, portanto, essenciais à compreensão da assinatura digital em sentido estrito, tal qual importa à problemática de enfrentamento proposto no presente trabalho.

Primus, não há de se confundir assinatura digital com o sinal gráfico manualmente produzido, copiado eletronicamente e apostado ou impresso em novo documento (assinatura digitalizada). Tampouco, com a senha de acesso, hoje, amplamente utilizada em transações eletrônicas. Tais senhas, a despeito de possibilitar algum controle, não podem ser, sequer, minimamente consideradas seguras em comparação à utilização da técnica da criptografia assimétrica. Esta última técnica é da essência da assinatura digital (ROHRMANN, 2005, p. 68).

A assinatura digital é, pois, o resultado de uma operação matemática, que, necessariamente, empregue a técnica da criptografia assimétrica (MARCACINI, 2002, p. 32). É nessa direção o entendimento de Augusto Tavares Rosa Marcacini:

A assinatura digital, enfim, é o resultado de uma complexa operação matemática, que utiliza uma função digestora e um algoritmo de criptografia assimétrica, e em, como variáveis, a mensagem a ser assinada e a chave privada do usuário (ambas vistas pelo computador como números). (MARCACINI, 2002, p. 37) .

Cumprir dizer que a assinatura digital não se confunde com a chave privada ou pública pertinentes à criptografia assimétrica.

Vale esclarecer. A mensagem, por meio do emprego de uma função irreversível, é transformada em seqüência de dígitos de tamanho invariável. A essa seqüência de dígitos é dado o nome de resumo da mensagem. Esta série digital é novamente submetida a uma fórmula, da qual tomará parte uma das chaves. O arquivo resultante desse processo é que constitui a assinatura digital. O documento digital constituído pelo resumo da mensagem somente será obtido após a operação inversa de decodificação, quando algum conteúdo inteligível puder ser abstraído.

•2.6 *Certificação digital*

É exatamente na seara da autenticidade, ou seja, da garantia de procedência subjetiva, que se insere o papel das autoridades certificadoras^[4] e dos certificados digitais. As autoridades certificadoras, por meio de certificados digitais, pretendem possibilitar a atribuição de ato jurídico específico a pessoa determinada.

A autoridade certificadora é responsável pela divulgação da chave pública, pela certificação da titularidade da referida chave por meio de um certificado, que tem um prazo de validade, podendo certificar outras informações que o signatário julgar necessárias. Ana Carolina Horta Barreto (2002, p. 39) pontua: "De modo a assegurar o seu uso confiável e a sua validade legal, bem como combater a fraude, a assinatura eletrônica depende de técnicas confiáveis de geração, armazenamento e certificação, que garantam sua autenticidade".

Desse modo, a certificação digital relaciona-se com o certificado digital que, precipuamente, registra a chave pública em nome de um titular e atesta que tal chave pública é, efetivamente, de quem a exhibe. Assim, a autoridade certificadora garante a relação entre a identidade da pessoa e a chave pública por ela exibida ou ostentada em seu nome (BARRETO, 2002, p. 39).

O certificado é uma espécie de confirmação, lançada por uma terceira parte, em relação à chave pública de uma outra pessoa que assinou digitalmente um documento eletrônico (ROHRMANN, 2005, p. 76). O certificado é explícito quanto a seu objeto e validade.

Fabiano Menke (2005) salienta que os certificados digitais são emitidos com base em padrões estabelecidos em normas internacionais, sendo que destaca os padrões ITUX.509 ou ISO 9594-8^[5]. O objetivo desses padrões é garantir a interoperabilidade, que será explanada adiante. Vale trazer a definição de Fabiano Menke, acerca de certificado digital:

O certificado digital é uma estrutura de dados sob a forma eletrônica, assinada digitalmente por uma terceira parte confiável que associa o nome e atributos de uma pessoa a uma chave pública. O fornecimento de um certificado digital é um serviço semelhante ao de identificação para a expedição de carteiras de identidade, só que um certificado é emitido com prazo de validade determinado. (MENKE, 2005, p. 49).

Ricardo L.Lorenzetti (2004, p. 139) destaca a função primordial do certificado digital, como sendo a de possibilitar a identificação do signatário de um documento eletrônico. Lado outro salienta que o certificado digital deve permitir a constatação de seu período de vigência, além de eventual revogação, nome do emitente, dentre outras informações.

De fato, há prazo de validade para os certificados digitais. Trata-se de uma medida de segurança, de modo que, quanto melhor e mais seguro o meio de armazenamento da chave privada do usuário, maior será o prazo de validade de seu certificado digital.

A autoridade certificadora (AC), por sua vez, é um terceiro garantidor de determinados dados ou identidade. A autoridade de registro (AR), ligada à autoridade certificadora, é encarregada das atividades de cadastro das titularidades e chaves públicas correspondentes.

A autoridade certificadora mantém atualizada e disponível uma "Lista de Revogação de Certificados" ou LRC.

A autoridade certificadora deve se abster de ter acesso à chave privada.(BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

A assinatura digital comporta, não somente o processo de aplicação da tecnologia criptográfica assimétrica no resumo do documento, como também o emprego de um certificado digital de autenticidade da chave pública, devidamente gerado, emitido e submetido aos regramentos normativos contidos na medida provisória em referência.

A chave privada pode ser armazenada no disco rígido do computador, em *smart cards*, *tokens* ou qualquer outro dispositivo apropriado. A manutenção da chave em dispositivo exclusivo para esta finalidade, certamente, afasta muitas das possibilidades de fraudes e manuseio indesejado por terceiros não autorizados. Assim, os *smart cards* e *tokens* são mais seguros que o armazenamento no disco rígido do computador.

Atualmente, há softwares que aplicam técnicas mais complexas para acesso à chave privada, qualquer que seja o dispositivo usado para seu armazenamento.

Uma das técnicas mais promissoras é a biometria, que é a ciência que se encarrega do estudo das características individuais do ser humano. Os sistemas de segurança baseados na biometria supõem a identificação de uma pessoa, através de suas características biológicas ou físicas, tais como impressões digitais, reconhecimento de face, mão e dedos, verificação de características oculares, da grafia e da voz (CARRILLO, 2003, p. 187-189). Assim, por empregar medidas e estruturas individuais, que são ímpares, prometem evitar o acesso indesejado a uma determinada chave privada.

Cabe listar algumas das Autoridades Certificadoras credenciadas junto à Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, que será tratada adiante. O Serpro, primeira Autoridade Certificadora credenciada pela ICP-Brasil, é responsável pela criação de seu Centro de Certificação Digital - CCD desde 1999, além de divulgar o uso dessa tecnologia para os vários segmentos com que trabalha. A Caixa Econômica Federal emprega a tecnologia de certificação digital para realizar a comunicação segura na transferência de dados pertinentes ao FGTS e à Previdência Social, dentro do projeto Conectividade Social. A Serasa possui um contato mais direto com o usuário final, podendo emitir certificados para a comunidade em geral, o que contribui para a integração digital da sociedade. A Secretaria da Receita Federal (SRF) emprega seus certificados e a tecnologia em comento para identificar os contribuintes nas operações de comunicação, prestação de informações, recebimento de declarações e recolhimentos tributários. A Certsign, pessoa jurídica de direito privado, foi fundada em 1996. Seu objetivo social é o desenvolvimento de soluções de certificação digital para o mercado brasileiro. A Autoridade Certificadora da Presidência da República -ACPR foi criada em abril de 2002, com o objetivo emitir e gerir certificados digitais das autoridades da Presidência da República, ministros de estado, secretários-executivos e assessores jurídicos que se relacionem com a Presidência. A Autoridade Certificadora da Justiça (AC-JUS) comporta o Conselho da Justiça Federal (CJF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os cinco Tribunais Regionais Federais. Por fim, a Imprensa Oficial, que é a Autoridade Certificadora Oficial do Estado de São Paulo, realiza oferecimento de produtos e serviços de certificação digital para os poderes executivo, legislativo e judiciário, do estado[6].

Conforme dados do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, até abril do ano de 2007, foram registradas mais de cinquenta mil emissões de certificados digitais pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, o que representa, ainda, um número bastante irrisório para um país populoso, como o Brasil. Eram, nessa mesma data, oito Autoridades Certificadoras de primeiro nível, vinte e duas de segundo nível, além de setenta e nove Autoridades de Registro, estas detentoras de seiscentos e setenta e nove instalações técnicas para verificação e registros de chaves públicas de usuários, possibilitando, assim, a emissão de certificados digitais[7].

1. Considerações finais

O artigo partiu de alguns problemas, quais sejam, o do emprego e da compreensão dos novos modelos tecnológicos para a realização de contratos, especialmente, em meio eletrônico. Assim, propôs-se a tratar esses novos mecanismos ou modelos que viabilizam o contrato eletrônico, especialmente, a assinatura e certificação digitais no Brasil.

A assinatura e certificação digitais, que se baseiam, no Brasil, na técnica da criptografia assimétrica, conjugadas a um modelo hierárquico, oferece soluções aos problemas da determinabilidade do sujeito, a integridade da declaração de vontade e a garantia do não-repúdio das próprias declarações.

À guisa de conclusão, insta ressaltar que, ainda no que respeita à assinatura e certificação digitais, que se firmou o modelo hierárquico de certificação digital no Brasil, assim como é buscado o mínimo de interoperabilidade entre sistemas e equipamentos, tudo no sentido de propiciar um meio seguro à satisfação das legítimas expectativas dos contratantes e, sobretudo, a própria conclusão eficiente do contrato eletrônico.

Não houve, tampouco foi pretendido, o esgotamento da temática. Mesmo porque, ao final do trabalho, muitas outras questões, alheias ao intuito inicial, surgiram e permanecem sem resposta. A exemplo, chama a atenção a dificuldade de, no meio eletrônico de contratação, assegurar a idoneidade do consentimento, ou melhor, que se consiga evitar a fabricação do consentimento. Contudo, o final do estudo alcança-se com muita satisfação, em razão da sistematização das polêmicas centrais do contrato eletrônico (identificáveis, a partir da assinatura e certificação digitais no Brasil), que conduziu à constatação da existência de base principiológica suficiente para a procedência do regime jurídico do contrato eletrônico, bem como ao estabelecimento de novas perguntas.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ana Carolina Horta. Assinaturas eletrônicas e certificação. In: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira; BARRETO, Ana Carolina Horta *et al.* **O Direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 1-65.

BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/WebHome>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

BRASIL. **MPV nº 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA), de 24 ago. 2001**. Diário Oficial da União. Brasília, 27 ago. 2001, p. 65. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. de 2007.

CARRILLO, Mariliana Rico. **Comercio eletrônico, internet y derecho**. Caracas: Legis, 2003.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, CD-rom versão 1.0, para Windows.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. Anot. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: Uma abordagem jurídica sobre criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Curso avançado de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.3.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[1] Parte da doutrina procede à diferenciação entre contrato informático e contrato eletrônico. Para Mariliana Rico Carrillo (2003, p. 101-104), os contratos informáticos têm como objeto um bem ou serviço informático, ao passo que os contratos eletrônicos são os que se realizam por meio de um sistema eletrônico de transmissão de dados, podendo, contudo, seu objeto, versar sobre qualquer prestação. Assim, para definição do contrato eletrônico, importa que algum elemento eletrônico tenha sido utilizado no processo de manifestação e processamento da vontade. O contrato eletrônico assim se identifica em razão do meio de contratação.

[2] Sítio, também comumente chamado de *site* ou *home page*, significa, literalmente, lugar. "Na internet, a palavra *site* é utilizada para designar um lugar virtual, situado em algum endereço eletrônico da *World Wide Web*." (MARCACINI, 2002, p. 192).

[3] "Seqüência finita de regras, raciocínios ou operações que, aplicada a um número finito de dados, permite solucionar classes semelhantes de problemas (p.ex.: algoritmo para a extração de uma raiz cúbica); processo de cálculo; encadeamento das ações necessárias ao cumprimento de uma tarefa; processo efetivo, que produz uma solução para um problema num número finito de etapas; mecanismo que utiliza representações análogas para resolver problemas ou atingir um fim, noutros campos do raciocínio e da lógica; conjunto das regras e procedimentos lógicos perfeitamente definidos que levam à solução de um problema em um número finito de etapas" (ALGORITMO, HOUAISS, 2001).

[4] Quando empregadas letras iniciais maiúsculas para 'autoridades certificadoras' e 'autoridades de registro', refere-se a autoridades credenciadas à infra-estrutura nacional oficial de chaves públicas.

[5] Em nota de rodapé, Fabiano Menke (2005, p. 49) aponta que a sigla ITU diz respeito ao *Institute of Telecommunication Union*, organização internacional, que possui como um de seus objetivos centrais a padronização no campo das telecomunicações, assim como a ISO, *International Organization for Standardization*.

[6] Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/AutCerti>>. Acesso em: 30 out. 2006 e em 05 jan. 2008.

[7] Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Certificacao/Indicadores>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

**ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL:
POSSIBILIDADES E INCOERÊNCIAS.**

**JUSTICE ACCESS LIKE A FACTOR TO THE SOCIAL INCLUSION:
POSSIBILITIES AND INCOERENCES**

Rogério José da Silva

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar o quão importante se demonstra a materialização da expressão “acesso à justiça” para alcançarmos um dos principais objetivos de nossa lei máxima em termos de pleno exercício de cidadania: a inclusão social. Para isso, logo na introdução, apresenta idéias básicas acerca da expressão acesso à justiça. Depois, sem pretensão de esgotamento do assunto, o artigo aborda dilemas e também práticas do judiciário, reveladoras do que é, na prática, o acesso à justiça no cotidiano do ordenamento jurídico brasileiro. Também versa sobre a expressão justiça social, clamando por uma necessária reflexão de toda a sociedade para a necessidade de se ofertar o acesso efetivo à justiça como condição primária para o desenvolvimento de uma nação justa e responsavelmente democrática. Por fim, idéias possíveis para uma prática mais abrangente da aplicabilidade da oferta de acesso à justiça também são aqui embrionariamente trabalhadas, bem como experiências inovadoras — mas ainda insuficientes — já em prática em nosso país.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA. JUSTIÇA SOCIAL. PROCESSO E EXCLUSÃO. INCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

ABSTRACT: This present work aims to show the importance of to materialize the expression “justice access” to achieve one of the principal objectives of the brazilian law: the social inclusion. To get this, some ideas about the expression justice access are made. Following, with a simple exposition, some pratices of the judiciary system are related, showing the real situation of the justice access in Brazil. Still treats about social justice, asking all the brazilian society to the reflection about the necessary offer the effective acces like a elementary condition to the development of the nation, just and democratic. At the end, some possible ideas are related to most comprehensive of the concretization the offer the justice access, besides new experiences — but insufficient yet — nowadays in our country.

KEYWORDS: KEY WORDS: JUSTICE ACCESS, SOCIAL JUSTICE, PROCESS AND EXCLUSION. SOCIAL INCLUSION.

INTRODUÇÃO

Definir a expressão ‘acesso à justiça’, no Brasil, é algo possível se considerarmos o que prevê nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIV, no qual se lê “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder;”, letra de lei fortalecida por outros incisos como o XXXV, o qual declara “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” e também o LXXIV, no qual se tem que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Em todo o mundo, o problema do acesso à Justiça em especial no que diz respeito ao acesso dos mais pobres revela-se como um problema em comum, com características muito parecidas e com distinções desconhecidas para uma solução efetiva, dada a diversidade de programas e leis relativas ao assunto nos mais diversos países. Cappelletti e Garth (1988) abordam com maestria esta diversidade de programas, os problemas em comum e nos atizam a procurarmos as distinções entre os casos e (ou tentativas de) soluções por eles relatados e aqueles com que lidamos — nós todos, leitores da obra distribuídos por diversos países —, em especial no Brasil, país no qual atuamos e no qual procuramos principalmente analisar a questão do acesso à justiça.

O efetivo acesso à justiça é fator essencial para que se possa reconhecer aos países que trabalham para o pleno significado da expressão o título de países verdadeiramente democráticos, tese unânime entre os doutrinadores que se dedicam ao tema.

Em sendo, portanto, o acesso à justiça condição essencial para que um país seja de fato considerado democrático de direito, há de se concluir que somente assim terá este país cidadãos na acepção de Hannah Arendt, fruto do diálogo estabelecido por Celso Lafer com seu pensamento, acepção na qual caracteriza a cidadania (substantivo abstrato) como sendo “*o direito a ter direitos*”, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum.” para todos os cidadãos (sujeitos reais, concretos). É, portanto, a oferta de um efetivo acesso à justiça, na acepção plena do termo, uma condição absoluta e irrestrita ao país que se quer ver reconhecido como um verdadeiro estado democrático de direito; que reconheça o acesso à justiça também como um direito fundamental, posto ser basilar ao conjunto de direitos universais denominados direitos humanos. Nos ideais de Hannah Arendt, portanto, poderíamos afirmar que o acesso à justiça revela-se como aquilo que possibilita ao cidadão que “tem direito a ter direitos” reivindicar os seus (e de outros como ele) direitos e ter do Estado a efetiva prestação jurídica para a resolução de litígios.

Embasando o viés ideológico acima demonstrado, sob o qual será analisada a expressão acesso á justiça, vale mencionar uma referência essencial: Cappelletti e Garth (1988), que já afirmavam há pouco mais de duas décadas:

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

(...)

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe o alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.” (p. 12 e 13)

Estabelecido o mote pelo qual se analisará a expressão acesso à justiça, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto essencialmente rico que se demonstra, parte-se para a busca de respostas para uma dúvida incômoda: como propiciar a inclusão social por meio do acesso à justiça?

1. ACESSO À JUSTIÇA PELOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A REALIDADE NO COTIDIANO BRASILEIRO.

Os Juizados Especiais, especialmente os cíveis, surgiram com a importante missão de oferecer às pessoas oportunidades de resolverem seus problemas de pequena monta via judiciário, livres da típica via *Crúcis* das instâncias comuns; de forma especial, como sugere seu próprio título, em substituição aos “juizados de pequenas causas”.

Assim, princípios como o da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, todos dispostos no art. 2º da lei 9.099/95, norteadores para a criação destes juizados deveriam ser de fato aplicados. Diz-se “deveriam” porque, na prática, não são aplicados como deveriam ser, no rigor e no alcance de seus significados.

Não se quer tratar no presente artigo da inexplicável falta de uniformização de decisões dos diversos JECs no país, o que causa muitos transtornos aos operadores do direito e muita desconfiança por parte dos cidadãos. Ressalte-se a importância dos Encontros nos quais se prioriza a formulação de Enunciados que garantam maior uniformização para as decisões. Mas fato é que, cada vez mais, aparenta ter cada Juizado sua jurisprudência própria não uniformizada, sequer uniformizável.

Também não se tratará neste artigo da questão da afronta ao princípio da celeridade. A imprensa tem relatado não poucas vezes casos em que um processo deveria ter duração regular de 30 dias, podendo chegar a 90 em alguns casos, terem agendadas audiências de conciliação e/ou instrução para distantes dois (2) anos adiante! Que celeridade é esta? O que colabora para tais quadros? Eis sugestões para outros artigos.

Fato é que, no presente artigo, tratar-se-á de algo mais específico, algo presenciado num estágio realizado junto a cartório anexo ao JEC.

Realidade de nosso cotidiano, neste braço do judiciário ao qual já se dedicou alguma pesquisa, é que o princípio da oralidade confunde-se com uma conversa informal do postulante a autor com um estagiário e inexperiente servidor da justiça que, muitas vezes, sem a devida orientação do servidor responsável pelo juizado (ou cartório anexo,

como os têm muitas faculdades) seja por não consultá-lo ou por mera e equivocada presunção de incompetência para os mais diversos casos pelos quais uma parte dos cidadãos recorre aos JEC's, dá-se por encerrada qualquer pretensão do cidadão em resolver seu problema via judicial.

Na prática, a oralidade que deveria ser um princípio orientador na postulação de uma prestação jurisdicional, converte-se em mero ritual: ouve-se a parte, autora em potencial, elabora-se algum paralelo com casos semelhantes — muitas vezes sem consultar o responsável pelo juizado para a devida e correta tomada de decisão — e decide-se pela possibilidade de ingresso da ação, sua impossibilidade total ou, em muitos casos, pela prática de algo denominado no Estado de S. Paulo, ao menos na comarca de Presidente Prudente, como “Juizado Informal Cível” (ou “JIC”). Algo no mínimo estranho, já que esta informalidade, contrariando a um princípio homônimo e também norteador já mencionado aqui, revela-se como uma prática desprovida de qualquer compromisso ou prestação do judiciário, o qual se caracteriza por mero “convite” a uma das partes, e não citação, como se faz formalmente para se dar início a qualquer procedimento nos JECs.

Este convite, geralmente, é feito à parte mais forte e também, geralmente, pouco interessada em transacionar, já que procedimentos tipicamente coercitivos por parte de departamentos administrativos de grandes empresas gozam da aparência de ser a melhor solução, ainda que não resolva o problema essencialmente. Tal procedimento, via de regra revela-se numa inviabilização à vida do cidadão por ter seu nome inserido em bancos de dados negativos, como Serasa e SPC, por exemplo, como se isso pudesse por si só resolver o problema. Em tempos de crise, a qualquer um que venha a passar por tal situação, torna-se inviável qualquer possibilidade de tomada de crédito para a quitação de uma dívida, quiçá a conquista de um (novo) emprego formal, com carteira de trabalho assinada.

Em suma, veda-se ilegalmente e de forma até irresponsável pela informalidade não perseguida pela lei uma possível transação com um suposto autor (devedor, no caso), pois ao final, contraria letra de nossa Lei Maior, prevista no art. 5º, inciso XXXV, também já mencionada neste texto, em sua introdução, lei que impede de se afastar da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito de seus cidadãos. A solução dada pelo “JIC” (Juizado Informal Cível) revela-se célere, no entanto, em nada especial, totalmente descabida. Nem para as estatísticas dos Juizados estes casos de muitas pessoas são registrados, dada a informalidade com que são tratados e abandonados. Demonstra-se, ao menos em situações fáticas como esta, não dar efetiva contribuição os JECs àquilo que deles é esperado como fator de contribuição a uma efetiva inclusão social por meio do acesso à justiça. Entretanto, conforta-nos a idéia de que vícios sanáveis resolvem-se pela reflexão e ação possíveis daqueles que a devem ter e tomar por dever.

2. JUSTIÇA SOCIAL: O COMPROMISSO DE UMA SOCIEDADE MODERNA PARA UM EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA.

Cobrar exclusivamente dos Três Poderes e, especialmente, do poder judiciário para que se ofereça um amplo e irrestrito acesso à justiça, e ainda com todos os basilares

constitucionais de processo e de procedimento de nosso ordenamento jurídico é a prática comum de nossa sociedade. O que lhe falta, sem dúvida, é colaborar para isso. Reside neste posicionamento passivo um tanto de hipocrisia, comodismo e aceitação da situação vigente. Falta-lhe (ou falta-nos) reconhecer e oferecer o que é devido à sociedade, conceito básico do que se entende por justiça social.

Ao mencionar o necessário compromisso de toda a sociedade para o alcance da justiça social, tendo como uma de suas caracterizações um efetivo acesso à justiça, necessário se faz denotar que este compromisso deve procurar, antes, para ter forças no persistir e, provavelmente, no solidificar-se, oferecer os subsídios elementares para a formação de um povo crítico, ativo e consciente de seus direitos e deveres.

Devem ser a todos não mais apenas garantidos, posto que já os foram pela letra da lei, mas efetivamente alcançados dois dos direitos fundamentais e sociais previstos em nossa constituição: o primeiro, educação, que é deficitária ou inexistente, para se alcançar o segundo, o trabalho, já que os mesmos prejudicados pela falta de qualidade ou pelo impedimento de acesso ao primeiro, carecem de pré-requisitos mínimos para ocupar boa parte dos postos de emprego ofertados na atualidade.

Uma tentativa de solução para a superação destes problemas passa pelas chamadas políticas de ações afirmativas. Exemplos não faltam em nosso país: cotas de vagas nas universidades, os programas de repasse de verbas a universidades privadas para o custeio dos estudos em nível superior de pessoas carentes (o ProUni), ou o Bolsa Família, destinado a outro perfil social. Algo, sem dúvida, controverso em nossa sociedade, mas que não será neste artigo dedicado qualquer espaço para analisar prós e contras, justamente por ser assunto periférico por ora.

Segundo Luis Fernando Barzotto (2003), relacionando carências tão perceptíveis em nossa sociedade, especialmente as da educação e do trabalho, às políticas de ações afirmativas, deve-se considerar a obra de Joaquim Barbosa Gomes como referência para qualquer explanação que verse sobre o assunto, já que, em seu entendimento, é “provavelmente o tratamento mais completo do tema na literatura jurídica nacional”. Ele pontua:

Gomes define as ações afirmativas como "um conjunto de políticas públicas e privadas (...), concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego." (BARZOTTO, p. 10)

Segundo Barzotto, o ideal de justiça presente em nossa constituição difere-se do ideal de justiça presente em outros sistemas jurídicos, haja vista termos em nosso meio características peculiares que outros povos não tiveram ou não têm, o que fez com que nossos constituintes da Carta em vigência tivessem como referência a justiça social, preferindo esta à justiça comutativa (ou comunitária), muito presente nos EUA, ou à justiça distributiva. Relata Barzotto:

Cada ordenamento jurídico pode ser visto como a expressão histórica das concepções de justiça dominantes em uma determinada sociedade. Isto é, os cidadãos e os juristas têm uma noção do que é devido nas relações entre particulares (justiça comutativa), daquilo que a comunidade deve aos particulares (justiça distributiva) e daquilo que estes devem à comunidade (justiça social). Em suma, as idéias centrais sobre o que a justiça exige, nas suas várias espécies, apresentam-se, de um modo mais ou menos explícito, no direito positivo de cada comunidade. (...)

Ao contrário do direito constitucional americano, no qual os debates centrais se dão em torno do conceito de igualdade, o direito constitucional brasileiro se articula em torno do conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Em termos de teoria da justiça: ao passo que a constituição americana pode ser vista como um esforço por realizar a idéia de igualdade presente no conceito de justiça particular (distributiva e comutativa) a constituição brasileira tem na justiça social, fundada na idéia de dignidade da pessoa humana, o cerne do seu ideal de justiça. (Idem, p. 12)

Por esta distinção, temos que enquanto no sistema americano a preocupação do judiciário é a de aferir se todos têm tido oportunidades iguais, se todos os seus cidadãos estão igualmente representados nos mais diversos segmentos da sociedade, em nosso país, a tônica seria, em se tratando de direitos fundamentais essenciais para o exercício pleno da cidadania, a de cuidar para que todos tivessem oportunidades de educação e de emprego, pois tanto um quanto outro destes direitos fundamentais são considerados como bens “absolutamente necessários para a plena realização do ser humano”, portanto “devido a todos em virtude da dignidade da pessoa humana”, segundo Barzotto.

Ora, se necessários são para a plena realização do ser humano e se também são devidos a todos, por que a sociedade como um todo não se organiza para que não apenas estes, mas todos os demais direitos fundamentais, sejam de fato materializados?

Trata-se de uma questão ampla e uma resposta precisa e completa certamente passaria por diversas áreas do conhecimento humano, se é que seria possível respondê-la. Ademais, receio que inevitavelmente chegaríamos a uma óbvia conclusão: a luta pela materialização dos direitos fundamentais não interessa a todos, pois tende a minimizar as diferenças entre os estratos sociais, o que impediria a continuidade de exploração por grande parte da sociedade que se beneficia exatamente destas diferenças para a manutenção de seu próprio status e do *status quo*.

Importante ressaltar que não se quer aqui apontar uma parcela da omissa sociedade que lucra com a manutenção do quadro de diversas desigualdades como culpada pela não-materialização de tais direitos. Frise-se que esta sociedade também é vítima de uma educação não-cidadã, privada do senso de responsabilidade coletiva e da premissa básica de que um país menos desigual, ao menos em aspectos básicos, tenderia a ser melhor a todos!

Assim, é de se esperar, pelas consequências negativas percebidas socialmente num presente, que esta sociedade até então omissa, motivada pela atuação de um judiciário ativo (o necessário ativismo judicial) e de pessoas com atuações e/ou preocupações afins (Ministério Público, Advogados, Professores e Estudantes interessados

especialmente no Tema) reeduem-se e não permitam que erros do passado em sua formação básica sejam repetidos no presente, cujas consequências seriam de significativa piora da situação que vivemos.

Bertrand Russel, pensador inglês contemporâneo, com a sabedoria que lhe era notória, reforça este alerta com palavras perfeitamente cabíveis para o encerramento deste capítulo, as quais devem incutir em nós a necessidade de um verdadeiro ativismo social, todos lutando por melhores e dignas condições de vida a todos os cidadãos deste mundo:

“A humanidade transformou-se em uma grande família, tanto que não podemos garantir a nossa própria prosperidade se não garantirmos a prosperidade de todos. Se você quer ser feliz, precisa resignar-se a ver os outros também felizes.” (In: <http://www.ditados.com.br/autor.asp?autor=Bertrand%20Russell>. Acessado em 15 Mai. 2009)

3. O CASO DO PROGRAMA JUSTIÇA COMUNITÁRIA: SOLUÇÃO EFETIVA?

O programa Justiça Comunitária do Distrito Federal e Territórios é um programa relativamente novo e — desenvolvido a partir de outubro de 2000, vindo a ser levado a termo para conhecimento geral no ano de 2006, em forma de cartilha — vem sendo desenvolvido em parceria com o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). Para este órgão, o Justiça Comunitária tem a seguinte definição e expectativas:

[...] representa um paradigma com grande potencial transformador na medida em que articula ações de disseminação de informação jurídica, mediação de conflitos e animação de redes sociais, tendo como protagonistas e parceiros a própria comunidade — através dos agentes comunitários e membros do poder judiciário local, com o objetivo único de ampliar o acesso à justiça daquelas pessoas que invariavelmente não dispõem de informação adequada ou dos meios necessários para tal. (Ministério da Justiça: Justiça Comunitária – uma experiência. 2006, p. 11).

Com base nesta descrição conceitual e das expectativas do programa, é possível vislumbrarmos que o Justiça Comunitária tem como meta principal alcançar aquilo que o próprio título do artigo se propõe a trabalhar: o acesso à justiça como fator de inclusão social, revelando-se uma possibilidade concreta de converter direitos meramente formais em direitos efetivos!

Em síntese, o programa Justiça Comunitária, colocado em prática nas cidades-satélites de Ceilândia e Taguatinga, ambas do DF, consiste em capacitar pessoas da comunidade, selecionadas por uma equipe psicossocial, e por intermédio de um processo de capacitação permanente na “Escola de Justiça e Cidadania”, criada para atender especificamente o projeto, a qual oferece a estes “alunos- agentes” (agentes comunitários) noções básicas de Direito, treinamento nas técnicas de mediação

comunitária e de animação de redes sociais, além da participação nos debates sobre direitos humanos, subsídios básicos e elementares que lhes permita resolver conflitos de pequena monta entre membros dos bairros, além de se conscientizarem acerca dos direitos humanos, dos direitos fundamentais.

É a seguinte a atuação destes agentes comunitários:

A atuação dos agentes comunitários é acompanhada por uma equipe interdisciplinar composta de advogados, psicólogos, assistentes sociais, servidores de apoio administrativo, um artista e uma juíza que coordena o Programa. As atividades desenvolvidas pelos agentes comunitários são as seguintes: 1) informação jurídica; 2) mediação comunitária; 3) formação e/ou animação de redes sociais. (idem, p. 25)

Há quem não reconheça em projetos como este da Justiça Comunitária a verdadeira prestação estatal do serviço judiciário, pois este está sendo realizado por “terceiros”, com características de privatização. Estes críticos apresentam questionamentos em comum, relatados na introdução da Cartilha do Programa, como: não seria de fato este tipo de procedimento um processo de privatização das funções consideradas eminentemente estatais. Há ainda aqueles que acreditam estar o Estado outorgando suas atribuições jurisdicionais aos cidadãos, deixando-lhes escapar a autoridade de arbitrar conflitos e equilibrar desigualdades para promover a paz social? Por fim, questionam ainda se não seria essa uma forma de reservar a justiça social aos socialmente incluídos e destinar uma justiça de “segunda classe” aos excluídos?

De outra sorte, há defensores do programa que o reconhecem como talvez a única possibilidade de se oferecer o acesso ao judiciário para as pessoas que pouco ou nada sabem de seus próprios direitos. Para alguns, uma alternativa — e um verdadeiro exemplo — de eficácia contra a morosidade e a inacessibilidade do processo judicial oficial. Por fim, os que o consideram como um instrumento de resgate do estatuto do cidadão e da comunidade, que permite ao indivíduo restaurar sua capacidade emancipatória, sendo senhor de seus próprios conflitos, resolvendo-os por meio da mediação, muitas vezes abrindo parcialmente mão de seus direitos em favor da resolução do conflito e qualquer tipo de coerção, haja vista transacionarem livremente.

“Quando operada na esfera comunitária, a mediação potencializa a sua dimensão emancipatória, na medida que trata de autodeterminação, de participação nas decisões políticas, reelaborando o papel do conflito e desenhando um futuro sob novos paradigmas” (idem, p. 20)

O trecho é concluído da seguinte maneira:

Por fim, há de se esclarecer que, embora a justiça comunitária seja por vezes classificada como instrumento “alternativo” de resolução de conflitos, o modelo ilustrado neste trabalho não pretende afirmar-se em substituição ao sistema judicial oficial. Ao contrário, o pressuposto adotado é o de que a jurisdição revela-se um instrumento apto a proteger direitos e garantir a realização da justiça, em especial nas

situações extremas em que as circunstâncias dos conflitos repousam na violência e na ausência do diálogo e, ainda, diante de um acentuado descompasso de poder — seja econômico, social ou político — entre as partes em conflito.

Nesse sentido, a justiça comunitária deve ser interpretada em complementaridade ao sistema oficial. Por outro lado, considerando a sua vocação de promover a paz e coesão social nas esferas da comunidade, onde os conflitos havidos, em geral, não são levados ao Poder Judiciário, a justiça comunitária constitui importante instrumento de realização de justiça, apto a integrar um projeto emancipatório que redimensione o direito, articulando-o sob uma nova relação entre ética e justiça. (idem, p. 20 e 21)

Junto da cartilha, também foi elaborado um filme de curta metragem que transpõe para o vídeo, para a TV, os casos relatados na cartilha. São casos notadamente simples, como por exemplo: por 10 anos a amizade entre vizinhos foi interrompida por discordarem sobre quem arcaria com o custeio de uma cerca rompida diversas vezes e com os prejuízos auferidos numa horta, causados por uma vaca de um vizinho; tem-se ainda um caso de formalização de um processo de divórcio a quem havia anos já se encontrava separado de fato; também há um caso de custos de pintura e pequenas reformas entre vizinhas de 16 anos (R\$ 100,00 mais a pintura de 2 cômodos), aceito para continuarem a viver harmoniosamente. Um caso inusitado também foi relatado: um reconhecimento de paternidade pedido pelo próprio pai, 16 anos depois do nascimento da criança. Tudo isso realizado pelo agente-comunitário atuando junto das pessoas, seguindo à risca as referências dadas pelos tutores na Escola. Ressalte-se: todos os casos resolvidos por meio da mediação.

Segundo o vídeo, a Justiça Comunitária atua na integração da comunidade, conscientizando os cidadãos e dando a eles a oportunidade de fazer valerem seus direitos. Trata-se de uma experiência louvável, sem dúvida alguma, e que deve e pode ser ampliada e melhorada.

Em não sendo, assumidamente, o programa Justiça Comunitária uma espécie de substituição ao sistema judicial oficial, há de não medir esforços para se integrar a este e ofertar aos cidadãos toda a gama de direitos que ainda lhes é negado, como a justiça trabalhista, uma justiça especial tão distante dos trabalhadores oprimidos nos rincões deste país; ou então, a simples e efetiva proteção do consumidor, garantida por código especial, frente os abusos cometidos por fabricantes e comerciantes em geral. Para este último caso, uma melhoria na prestação de serviços dos JECs, capacitando e orientando os atendentes que lá trabalham poderia colaborar em muito contra a informalidade de certos procedimentos e a negativa da prestação jurisdicional em outros, o que se revela com uma verdadeira incoerência. Longe de ser uma solução efetiva, revela-se o programa Justiça Comunitária uma esperança de que, com vontade, como é perceptível a de seus idealizadores, é possível garantir efetivamente o direito de acesso à justiça a todos.

CONCLUSÃO

Pela diversidade de assuntos aqui tratados, inter-relacionados por um mesmo tema, o do acesso à justiça aos excluídos socialmente, podemos concluir que para possibilitar ao cidadão que “tem direito a ter direitos” (nos dizeres de Arendt) reivindicar os seus (e de outros como ele) direitos e ter do Estado a efetiva prestação jurídica para a resolução de litígios será necessária, entre tantos outros aspectos aqui não abordados por uma questão de foco restrito em alguns assuntos, a união de diversos fatores: uma atuação mais abrangente e eficaz dos JEC’s, sendo necessárias efetivas mudanças na prestação jurisdicional ofertada, fazendo com que este útil braço da Justiça possa de fato atender toda a demanda populacional para o qual foi criado; reflexão e conscientização, provocando uma real mudança do pensamento vigente na sociedade contemporânea, o que a fará aceitar as sábias palavras de Russel, pelo bem de si mesma, como um todo; por fim, a ampliação e a melhoria dos procedimentos que já têm contribuído significativamente para se oferecer o acesso à justiça a todos, de forma irrestrita, como é o caso do Programa Justiça Comunitária.

Ofertar o acesso à justiça a todos deve ser meta de programas de governo efetivamente democráticos e também dos poderes que regem uma nação, em especial, o Judiciário, que tem totais condições de se apresentar como apto e pronto a receber todos os cidadãos que dele necessitarem. À “cegueira” e/ou insensibilidade de seus membros, podemos recomendar duas das grandes idéias do filósofo John Rawls: a “posição original” e o “véu da ignorância”, a fim de se reconhecer todas as partes, os membros da sociedade, como iguais num momento de tomada de decisão, além da obrigação de decidir e sentenciar independentemente das diferenças notadamente reconhecidas entre as partes de litigantes de um processo.

Isso tudo porque, nas palavras do professor Gilberto Giacoia, “justiça é libertação”. Libertem-se nossos pensadores e aplicadores das leis dos vícios que lhes maculam e libertem o povo oprimido daquilo que assim os condiciona. Seja a justiça acessível e de fato justa e efetiva para com todos.

BIBLIOGRAFIA

1. CAPELLETTI, M. e GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
2. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 11, n. 30, ago. 1997 . Disponível em . Acesso em 30 ago. 2009. doi: 10.1590/S0103-40141997000200005
3. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
4. BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista Jurídica Virtual, v. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 17 abr. 2009.

5. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Brasil. Secretaria da Reforma do Judiciário. *Justiça Comunitária – uma experiência*. Redação e organização da Juíza Gláucia Falsarella Foley. Cromos – Editora e Indústria Gráfica Ltda., 2006.

6. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

7. BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

**GOVERNABILIDADE E SISTEMA DE GOVERNO: A EXPERIÊNCIA
PRESIDENCIAL BRASILEIRA PÓS-1988.**

**GOVERNABILITY AND GOVERNMENT SYSTEM: THE BRAZILIAN
PRESIDENTIAL EXPERIENCE AFTER 1988**

Rubens Beçak

RESUMO

A discussão entre as excelências dos sistemas de governo parece superada no Brasil. Isto ocorre por causa da improbabilidade de alteração do sistema presidencial. Parece-nos mais oportuno fazer uma análise do que se passa com o presidencialismo, permitindo o transcurso de 20 anos de estabilidade democrática. Cuida-se do “presidencialismo de coalizão”. Ali observa-se a construção de gabinetes assentados na proporcionalidade das bancadas. Cuida-se de verificar como este Executivo que aparentemente pode tudo, procura compor maiorias. É o “índice de coalescência”. Nos interessou verificar como a questão da governabilidade se deslocou da excelência de sistemas para uma análise do presidencialismo pós-88.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMAS DE GOVERNO / SUPERAÇÃO DO DEBATE / SISTEMA PRESIDENCIAL IMANENTE / ESTABILIDADE PÓS-88 / PARADOXO / “PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO” / “ÍNDICE DE COALESCÊNCIA” / DESLOCAMENTO DO DEBATE

ABSTRACT

The historical discussion between the excellences of the government systems seems to be overcome. The reason is much more ascribed to the apparent improbability of changing the system. It seems much more convenient to analyze what occurs with this presidential system that allows a 20-year stability. One takes care of the “coalition presidential system.” It is worth verifying how this Executive who can apparently do everything tries to compose a majority in the Congress. That’s the “coalescence index”. Our interest was to verify how the governability question switched from a traditional discussion to a analysis of the system after 1988.

KEYWORDS: GOVERNMENT SYSTEMS / DEBATE OVERCOMING / IMMANENT PRESIDENTIAL SYSTEM / STABILITY AFTER 1988 / PARADOX / “COALITION PRESIDENTIAL SYSTEM” / “COALESCENCE INDEX” / DEBATE SWITCHING

INTRODUÇÃO

A questão da governabilidade sempre despertou grande paixão em todos os que se interessam pelo tema, especialmente no que respeita às eventuais excelências de um sistema de governo por sobre o outro.

Se o debate é extremamente interessante e produziu muita literatura, caminha, de certa forma e nos dias de hoje, para a superação, ao menos na análise do que se passa no Brasil.

Isto ocorre, se nos parece, muito mais por uma questão de Ciência Política do que de Direito Constitucional.

De fato. As exaltadas qualidades e defeitos de um e de outro sistema[1] [2], tão bem relacionadas pela expressiva doutrina produzida no tema, não resistem à uma constatação de análise política: a inviabilidade de uma alteração no sistema de governo pátrio nesta altura de nossa vida histórica-política.

Mesmo aqueles argumentos dos parlamentaristas mais convictos de que o parlamentarismo tinha longa escala temporal de uso no Brasil, parecem superados com a verificação de que o presidencialismo já vigora no Brasil há (por completar) 120 anos.

Assim se nos pareceu melhor do que fazer o preito de um sistema ou de outro ou mesmo comparar os dois sistemas - ou mesmo sistemas intermédios como o francês de 1958, ou o português de 1976 - fazer uma análise do que se passa no Brasil, ao menos o que têm sido objeto de doutrina produzida no pós-88, quase que exclusivamente na Ciência Política.

O EXECUTIVO E A HIPERTROFIA

Para tal, necessário se relembrar o fenômeno já tratado muitas vezes pela doutrina, qual seja o agigantamento do Executivo e o viés de como ele o exercita no aspecto da legiferação, administração, etc. Aliás o assunto é bastante explorado, bastando relembrar no aspecto o magistério de FERREIRA FILHO:[3]

(...) Politicamente, a característica marcante é a **preponderância** do Presidente da República. Esta cedo foi apercebida. Decorria, de início, do modo de escolha, que naturalmente faz dele o eleito da Nação, em face de congressistas que são eleitos de distritos, ou, no caso do senador, de Estados. Importa essa eleição numa liderança incontestada, seja no meio político, seja diante do povo governado.

Na verdade, isso foi desejado nos Estados Unidos, como faz fé a lição de Hamilton, em **O Federalista**. De fato, via ele na Presidência o elemento de 'energia' (*energy*) e 'segurança' (*safety*) que lhe parecia o 'principal caráter' (*leading character*) na definição do bom governo.

Lá veio a ser acentuada em vista da intervenção no domínio econômico, de que o *New Deal* de Roosevelt foi a principal expressão. De fato, essa intervenção, em termos concretos, significou lá nos Estados Unidos, como em toda parte, uma extensão principalmente dos poderes do Executivo. Não só ela lhe abriu espaço para uma burocracia a exercer controles sobre as mais variadas atividades, mormente econômicas e financeiras, como igualmente lhe ensejou até uma participação ativa na própria elaboração de normas obrigatórias, seja pela iniciativa de projetos (que formalmente não possui), seja pela delegação (disfarçada) de Poder Legislativo. (...)

A sua exacerbação clarifica hipertrofia do Executivo, igualmente tratada pela doutrina,[4] inclusive recebendo denominativos variados como *República Imperial*, por Ernest HAMBLOCH e João de SCANTIMBURGO[5], *presidentismo*, por Sérgio Resende de BARROS[6] e outros tantos.[7]

Com a República, a própria construção e o desenvolvimento de nosso presidencialismo, sabidamente copiado da matriz estadunidense, fizeram aparecer sistema no qual o destaque do Executivo sobre os outros poderes se afirmou inelutavelmente.

Themístocles Brandão CAVALCANTI assevera-o:[8]

"(...) O nosso poder Executivo seguiu, dentro de outra técnica constitucional, o modelo americano. Executivo forte, poder pessoal do Presidente, comandadas Forças Armadas e da Política Exterior, Comando do Comércio Exterior e da Segurança Nacional.

Já o havia visto Haroldo Laski: 'O campo das funções é vastíssimo. O presidente é o chefe do cerimonial do Estado. É uma fonte vital de propostas legislativas. É a fonte última de qualquer decisão do Executivo. É o máximo expoente da política externa da nação. Somar todas essas funções à contínua necessidade de ser, ao mesmo tempo, o homem representativo da nação e o chefe do seu partido político significa, à evidência, apelar para as energias de um só homem de maneira não superada por qualquer outro cargo político no mundo' (...).

A própria dinâmica desse poder, congregando uma série de funções e atividades, sobretudo naquelas áreas em que os outros poderes não demonstravam ter condições de atuar, possibilitou que o Brasil experimentasse todos os estágios da agregação de poderes ao Executivo.

CRÍTICAS

É na análise das mazelas da presença e atuação deste Executivo hipertrófico que se concentram os debates acerca da eventual viabilidade na alteração do regime de governo.^[9]

Estas críticas são tão constantes e tão prolíficas quantos os anos de duração do presidencialismo, tendo encontrado verdadeira "ebulição" quando das épocas dos plebiscitos acerca da eventual alteração do sistema de governo, respectivamente, em 1963 e 1993.

Relembre-se, particularmente, o grande Miguel REALE, em estudo de 1962.^[10] E ainda, os textos de Ives Gandra da Silva MARTINS e Celso Ribeiro BASTOS,^[11] Fávila RIBEIRO,^[12] Vamireh CHACON,^[13] Paulino JACQUES,^[14] Bolívar LAMOUNIER,^[15] dentre outros.

Talvez uma das mais agudas críticas venha de Cezar Saldanha SOUZA JUNIOR:^[16]

"Ninguém pode exercer bem, ao mesmo tempo, as chefias de Estado e de governo.

O Presidente, para possuir ascendência moral sobre os grupos políticos e regionais, e, assim, desempenhar bem seu papel de chefe de Estado, precisa estar em situação de neutralidade e de imparcialidade frente às correntes políticas em que se divide a opinião nacional. Com efeito, o papel de representante da Nação, de guarda dos valores permanentes da sociedade política, e de comandante supremo das Forças Armadas, é incompatível com o sectarismo partidário.

Por outro lado, um bom exercício da chefia de governo requer liderança político-partidária capaz de identificar-se, na dimensão concreta da realidade política, econômica e social, com a parcela majoritária do eleitorado"

O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Aqui, diversamente, o que nos cabe tratar é a abordagem mais explorada pelos estudiosos da dinâmica do poder, ou seja, a Ciência Política. Cuida-se do fenômeno do *presidencialismo de coalizão*, denominação cunhada por Sérgio ABRANCHES, em estudos efetuados já antes da Constituinte de 1987-88. ^[17] ^[18]

Ademais, até que ponto, a real verificação da existência de um presidencialismo diferenciado, não realça a inviabilidade de se prosseguir a discussão a respeito da alteração do sistema de governo.

Vejamos o que é o *presidencialismo de coalizão*.

É a descrição do sistema presidencial de governo brasileiro, tal qual praticado na República, especialmente evidente desde 1988, combinando 'proporcionalidade, multipartidarismo e "presidencialismo imperial"'.^[19]

No *presidencialismo de coalizão* observa-se a construção de gabinetes (órgãos de assessoramento dos presidentes) assentados na proporcionalidade - seguida às vezes com mais precisão, outras menos - do tamanho das bancadas dos partidos de sustentação daqueles governos.

Como já o dissemos, o assunto vêm a contradizer toda a doutrina construída na seara constitucional, e já referida, que aponta no Brasil a tese de que o Executivo pode tudo - inclusive governar acima e a despeito do Congresso.

Octávio AMORIM NETO, especialmente, explorou a idéia de Abranches e a desenvolveu, ^[20] chegando a trazer dados curiosos:^[21]

"Considerando-se todos os ministérios formados desde a posse de Sarney em março de 1985 até o final de 2006 (...), verifica-se que estes são sempre arranjos multipartidários com maior ou menor grau de fragmentação e heterogeneidade ideológica. Lula foi o presidente que mais partidos trouxe para o primeiro escalão do governo federal, 9 (no seu quinto ministério, nomeado em setembro de 2005). Trata-se do mais fragmentado ministério formado na história do presidencialismo latino-americano. Até aqui, o recorde brasileiro anterior a Lula pertencia ao segundo ministério de Itamar Franco, com 7 partidos. Este ministério de Itamar Franco, juntamente com o segundo ministério do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso (... ,FHC I), primeiro ministério do seu segundo mandato (FHC II) e os dois últimos de Lula I são também os mais heterogêneos do ponto de vista ideológico, uma vez que partidos de todas as tendências ideológicas estão representados no primeiro escalão do Executivo. (...)"

E prossegue, sendo enfático:

"(...)

Outro aspecto importante dos ministérios diz respeito ao apoio parlamentar que conseguem angariar para o Executivo. Neste sentido, observa-se grande variação no chamado tamanho legislativo do governo. (...).

Outra faceta relevante da formação ministerial é o grau de proporcionalidade agregada entre a percentagem de ministérios detida por cada partido e a contribuição desde, em cadeiras parlamentares, para a base legislativa do governo. Tal medida revela a solidez do apoio legislativo que o ministério traz para o Executivo (...)." (g/n)

O que se nota, portanto é que, empiricamente, parte da doutrina analisa a construção de gabinetes presidenciais reflexos da sustentação parlamentar obtida no Congresso, a aproximar enormemente sua composição daquelas observadas no Parlamentarismo.

Antônio Octávio Cintra ensina que:[22]

"Um aspecto cuja avaliação mudou, em período mais recente, é o da combinação do presidencialismo com o multipartidarismo. Os estudiosos que sucederam Abranches procuraram mostrar ser possível, ao presidencialismo, sustentar-se em coalizões multipartidárias, corriqueiras em boa parte dos sistemas parlamentares. Para eles, o presidencialismo de múltiplos partidos não predispõe necessariamente a crises, desde que satisfeitas algumas condições facilitadoras da cooperação entre o Executivo e o Legislativo"

É bem verdade que os estudos disponíveis destas gestões, apontam dados de que nas presidências estudadas sempre também aparece o elemento de escolha "técnico" do Presidente da República, muitas vezes denominado "cota pessoal". Mas isto não desnatura a análise a que nos propusermos.[23]

A contradição está plantada. Como um Executivo analisado comumente como quase que plenipotenciário, transige na composição de seus gabinetes, num "jogo" de aspecto verdadeiramente parlamentar?

Basta se verificar no que respeita ao poder legiferante do Executivo no Brasil (incluindo a iniciativa legislativa, passando pela possibilidade de aceleração de propostas enviadas, até o exercício puro e simples da legiferação primária v.g. a edição de medidas provisórias). Ou, de seu imenso poder administrativo, do controle do orçamento e - não se esqueça - da enorme legitimidade que um presidente obtém num sistema de eleição direta num país de milhões de votantes e eleições em dois turnos!

Octávio Amorim Neto é textual:[24]

"Segundo alguns estudiosos dos regimes presidenciais, o chefe do Executivo brasileiro é um dos mais fortes do mundo em termos de prerrogativas legislativas. (...) O presidente brasileiro também comanda um vasto império administrativo, incluindo não apenas os ministérios, mas também o Banco Central, o Banco do Brasil, o BNDES (o maior banco de investimento público do mundo), a Petrobrás (a maior empresa nacional) e várias outras agências estatais. Somem-se a estes fatores constitucionais e administrativos as debilidades institucionais do Congresso e está armado o cenário para a emergência do Poder Executivo como o mais influente órgão de Estado da vida política nacional."

Como justificar as composições efetuadas na composição de gabinetes com este perfil que demonstra primazia no jogo político, a dispensá-las?

Voltemos a Antônio Octávio CINTRA, que refere Limongi:[25]

"Limongi toca num ponto crítico: não se podem encarar os dois poderes como se fossem duas entidades programadas para se oporem uma à outra. Os legisladores pertencem a partidos e têm interesses conflitantes. Os governistas se beneficiam do sucesso do Executivo, os outros querem seu fracasso. Portanto, insiste ele, não são, nosso sistema e o parlamentarista, diferentes neste aspecto. Mesmo com todos os poderes que a Constituição lhe confere, para predominar no processo legislativo e ser bem sucedido, o chefe do Executivo precisa do apoio de uma maioria. As MPs, por exemplo, só se tornam leis se aprovadas pelo plenário. E o governo governa porque conta com o apoio da maioria. (...)"

Nesta senda, AMORIM NETO[26] observa que quanto mais representativo o gabinete presidencial do peso parlamentar de sua sustentação, maior solidez obteria. Para tal, trabalha com o que denomina índice de coalescência, que seria o indicador da correspondência entre apoio e representação no ministério. Ou, nas palavras de CINTRA:[27]

*"(...) A medida estatística dessa correspondência é o **índice de coalescência**, tanto maior quanto mais justa a proporcionalidade da distribuição de pastas ministeriais entre os partidos de apoio ao governo"*

SUPERAÇÃO DO DEBATE

O que nos chama a atenção é que, na avaliação empírica do exercício do poder instaurado pela República no pós-88, sobrelevou a questão, até então tradicional, da excelência dos sistemas / regimes de governo, mormente o da valia da substituição do sistema presidencial pelo parlamentar.

Hoje, não há como desconhecer os dados advindos da Ciência Política, demonstrando a realidade da existência de um presidencialismo que "rouba" mecanismos típicos do parlamentarismo, criando o que Abranches pioneiramente denominou *presidencialismo de coalizão*.

De certa forma isto está a demonstrar a superação de um debate tradicional no Direito Constitucional, na exata medida em que - na realidade da necessidade do exercício do

poder - o Poder Executivo, aparentemente o *primus inter pares* entre os Poderes, vêm a utilizar mecanismos de composição típicos de outros sistemas / regimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*. v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

AMORIM NETO, Octávio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. *Dados*. v. 43, n. 3., p. 479-519, 2000.

_____. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. Regulamentação das Medidas Provisórias. In: *Mundo Jurídico*. (www. mundo jurídico.adv.br).

BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do Executivo brasileiro: O impacto da Constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política: propostas para uma rearquitetura da democracia*. São Paulo: Angeloti, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Valter Rodrigues de. *Presidencialismo de coalizão e democracia majoritária no Brasil*. In: *ponto-e-virgula*, 4: 100-115, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. "O Poder Executivo no Estado moderno". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 110, p. 1-16, out./dez. 1972.

CHACON, Vamireh. *O Novo Parlamentarismo*. Brasília: Fundação Milton Campos, 1978. (Cadernos Políticos).

CINTRA, Antônio Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007.

FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional (1889-1934)*. Brasília: Editora UNB, 1981. (Coleção Temas Brasileiros).

JACQUES, Paulino. *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*. Brasília: Editora UNB, 1982. (Coleção Temas Brasileiros).

LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Sumaré, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Parlamentarismo ou Presidencialismo?* Rio de Janeiro: Forense e outra, 1987. (série Realidade Brasileira, v.II).

REALE, Miguel. *Parlamentarismo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

RIBEIRO, Fávila. *O Parlamentarismo e a reatuação da Plenitude Democrática*. São Paulo: Saraiva, 1984.

SCANTIMBURGO, João de. *A Crise da República Presidencial*. São Paulo: Pioneira, 1969. (Coleção Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais).

SEIXAS. "Therezinha da Silva. *Sistemas de governo praticados no Brasil*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1997, 429 f.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

[1] Observe-se que não falamos em sistema diretorial de governo desde que este sistema parece hoje ter-se cingido à Suíça e não apresentar relevância na matéria que se discute neste artigo.

[2] Para os fins deste trabalho, utilizaremos indistintamente as expressões sistema e regime, sem desconhecer a importância da distinção entre os sistemas (teoria) e os regimes (aplicação prática), distinção que, no Brasil, tem a primazia de Manoel Gonçalves **Ferreira Filho** e ainda é abordada por Monica Herman Salem CAGGIANO, no seu *Oposição na política: propostas para uma reatutura da democracia*. São Paulo: Angeloti, 1995, p. 31., Therezinha da Silva SEIXAS. "Sistemas de governo praticados no Brasil". Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1997, 429 f., J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002., Título 4, em especial o Capítulo 2, p. 567 e ss.A

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 193-194.

[4] Cf., BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do Executivo brasileiro: O impacto da Constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008., p. 3 e s.s.

[5] Cf. HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional (1889-1934)*. Brasília: Editora UNB, 1981. (Coleção Temas

Brasileiros); SCANTIMBURGO, João de. *A Crise da República Presidencial*. São Paulo: Pioneira, 1969. (Coleção Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais).

[6] BARROS, Sérgio Resende de. Regulamentação das Medidas Provisórias. In: *Mundo Jurídico*. (www.mundojuridico.adv.br) (acesso em 10 de Maio de 2009).

[7] Especialmente, refira-se Assis Brasil. Cf. seus escritos e em especial *Do governo presidencial na República brasileira*.

[8] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. "O Poder Executivo no Estado moderno". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 110, p. 1-16, out./dez. 1972.

[9] BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do Executivo brasileiro: O impacto da Constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008., passim.

[10] REALE, Miguel. *Parlamentarismo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

[11] MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Parlamentarismo ou Presidencialismo?* Rio de Janeiro: Forense e outra, 1987. (série Realidade Brasileira, v.II).

[12] RIBEIRO, Fávila. *O Parlamentarismo e a reaqisição da Plenitude Democrática*. São Paulo: Saraiva, 1984.

[13] CHACON, Vamireh. *O Novo Parlamentarismo*. Brasília: Fundação Milton Campos, 1978. (Cadernos Políticos).

[14] JACQUES, Paulino. *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*. Brasília: Editora UNB, 1982. (Coleção Temas Brasileiros).

[15] LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Sumaré, 1991.

[16] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978., p. 93.

[17] ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*. v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

[18] Cf. CINTRA, Antônio Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007., p. 59-79 e, na citação, p. 65.

[19] Cf. CINTRA, Antônio Octávio. *Op. Cit.*, p. 65.

[20] AMORIM NETO, Octávio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. *Dados*. v. 43, n. 3., p. 479-519, 2000.

[21] AMORIM NETO. Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007., p. 132.

[22] CINTRA, Antônio Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007., p. 67.

[23] Observa-se mesmo que, quando presente a substituição de ministros por eventuais problemas pontuais, substituição se faz pelo próprio partido, muitas vezes sem sequer a participação presidencial.

[24] AMORIM NETO. Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007., p. 140.

[25] CINTRA, Antônio Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007., p. 70.

[26] AMORIM NETO. Octávio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. *Dados*. v. 43, n. 3., p. 479-519, 2000.

[27] CINTRA, Antônio Octávio. O Sistema de Governo no Brasil. In: *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Orgs. AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. 2. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer e outra, 2007., p. 67..

**ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO:
INOVAÇÕES E ASPECTOS CONTROVERTIDOS**

**DRAFTS OF CODE OF CIVIL COLLECTIVE PROCESS: INNOVATIONS
AND CONTROVERTED ASPECTS**

**Tânia Lobo Muniz
Ivan Martins Tristão**

RESUMO

O século XX passou por diversas transformações também nas várias áreas do Direito. Uma delas que se aprimorou bastante foi a regulamentação da tutela jurisdicional coletiva, tendo o ordenamento jurídico brasileiro posição de vanguarda no trato com esta matéria, a exemplo da Ação Popular (1965), da Lei da Ação Civil Pública (1985), da Constituição Federal (1988) e do Código de Defesa do Consumidor (1990), que dão origem a um microsistema de processos coletivos. Ocorre que durante esta transformação constatou-se que a ótica individualista do processo não é suficiente para resolver as controvérsias existentes sobre os direitos coletivos. Com efeito, pretende-se demonstrar que estes possuem princípios e institutos próprios, merecendo, pois, disciplina específica no que tange à legitimação, representatividade adequada, coisa julgada, litispendência, competência, etc. Em razão dessas diferenças, processualistas têm concluído que não há como se negar o surgimento de um novo ramo do direito processual, o Direito Processual Coletivo. Com o intuito de regulamentar a matéria surgem os anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo: Código Modelo Ibero-Americano de Direito Processual; Anteprojeto da USP; Anteprojeto da UERJ-Unesa. Neste contexto, serão apontadas as inovações e os pontos polêmicos dos Anteprojetos, a fim de demonstrar que a edição de um código próprio que verse sobre a tutela jurisdicional coletiva é positiva e se faz necessária para atender aos anseios jurídicos e da própria sociedade. Concomitantemente, pretende-se conclamar os juristas para debaterem o tema, com o objetivo de aprofundar as discussões e contribuir com melhorias ao texto dos Anteprojetos, que também pretende legitimamente ampliar o acesso à Justiça de forma adequada em relação aos direitos e interesses coletivos.

PALAVRAS-CHAVES: TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO; ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO; TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA.

ABSTRACT

The century XX had been passed over several transformations also in the many areas of the Law. One of them that was perfected enough is the regulations of the protection of jurisdiction collective, with the legal Brazilian order presenting position of vanguard in address this matter, just like the Popular Action (1965), of the Law of the Civil Public

Action (1985), the Federal Constitution (1988) and the Code of Defense of the Consumer (1990), which give rise to a little system of collective processes. During this transformation has been noted that the individualist optics of the process is not sufficient to resolve the existent controversies on the collective laws. Therein, it intends to demonstrate that these laws have sources and own institutes, deserving, so, specific discipline as regards the legitimation, appropriate representativeness, judged thing, judicial estoppel, competence, etc. On account of these differences, expert in process have been deciding that may be not refused the appearance of a new branch of the process law, the Process Collective Law. To regularizing the matter have been arising the drafts of Code of Civil Collective Process: Model Ibero-American code of Process Law; Draft of the USP; Draft of the UERJ-Unesa. In this context, there will be pointed the innovations and the controversial points of the Drafts, in order to demonstrate that the publication of an own code that is about the collective protection of jurisdiction is positive and necessary to pay attention to the legal longings and of the society itself. Moreover, it intends to call the jurists in order to debate the subject, with the objective to deepen the discussions and to contribute with improvements to the text of the Drafts, which also intends to enlarge legitimately the access to the Justice in an appropriated way regarding the laws and collective interests.

KEYWORDS: TRANSFORMATION OF THE RIGHT; DRAFTS OF CODE OF CIVIL COLLECTIVE PROCESS; PROTECTION COLLECTIVE OF JURISDICTION.

INTRODUÇÃO

Durante o século XX o Direito passou por diversas transformações, muitas delas em decorrência da informática e da globalização, a exemplo da necessidade de regulamentação dos diversos fatores envolvendo os contratos eletrônicos, que ainda carecem de uma regulamentação mais precisa para atribuir a segurança almejada às relações jurídicas que os envolvem.

É certo que as transformações não ocorreram (e continuam a ocorrer) somente em tais áreas, pois a complexidade das transformações pode ser verificada em vários campos do Direito, entre eles, chama a atenção a discussão envolvendo o direito coletivo.

Constata-se que há várias décadas os conflitos existentes na sociedade abrangem um número maior de pessoas em decorrência de um mesmo fato ou relação jurídica, o que é facilmente percebido nas relações de consumo, notadamente em razão do que se pode chamar *consumo de massa*, bem como nos danos ambientais, considerando que o mesmo fato danoso pode atingir várias pessoas, inclusive de cidades, estados e até mesmo de países diferentes.

O Brasil tem posição de vanguarda com o trato do direito coletivo e regulamentação da matéria, porém existem muitos pontos polêmicos que acabam por prejudicar uma aplicação efetiva e adequada da lei, além de haver certa confusão na

aplicação desta ou daquela lei em alguns casos. Neste cenário, os estudiosos do Direito editaram Anteprojetos para instituir um Código de Processo Civil Coletivo, aglutinando toda a temática num só sistema.

Estes Anteprojetos representam o que há de mais contemporâneo em se tratando de tutela jurisdicional coletiva, sendo relevante e de grande interesse que os juristas debatam suas regras, a fim de verificar se a regulamentação proposta é uma transformação jurídica necessária ou se é mais eficaz trabalhar com os dispositivos já existentes e em vigor.

Para tanto, inicialmente será exposto os aspectos gerais envolvendo os Anteprojetos, defendendo-se sua necessidade, para, em seguida, ser analisado e debatido alguns dos pontos mais importantes sobre a tutela jurisdicional coletiva, suas inovações e aspectos controvertidos, tudo para o fim de analisar a real necessidade de um Código de Processo Coletivo, especialmente para observar se eles fazem jus às transformações jurídicas e fáticas que vêm sendo observadas há tempos.

1. ASPECTOS GERAIS

1.1 Necessidade de um código de processo civil coletivo

A primeira questão a ser analisada é sobre a necessidade ou não de um código de processo civil coletivo. Pode-se entender que este desiderato não seja uma necessidade real no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o Brasil tem posição de vanguarda na criação e implementação de mecanismos de proteção da tutela jurisdicional coletiva.

De fato, a evolução legislativa demonstra que há muito tempo já havia preocupação com a regulamentação adequada de tais direitos. Para exemplificar, vale lembrar que na Constituição Federal de 1934 já havia previsão sobre a ação popular, a qual veio a ser mais bem regulamentada com a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Em 1981, foi editada a Lei nº 6.938, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, onde consta, por exemplo, que o Ministério Público tem titularidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 4º).

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), instituiu a ação civil pública e garantiu melhor proteção aos direitos e interesses coletivos, podendo-se afirmar, inclusive, que esta lei é um *divisor de águas* no trato com a temática coletiva. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 também tem o grande mérito de ampliar os direitos coletivos.

Com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a proteção da tutela coletiva foi ampliada, inclusive diante da inovação ocorrida com a instituição dos interesses e direitos individuais

homogêneos.[1] Merece destaque a reciprocidade existente entre a LACP e o CDC, tendo em vista que cada uma destas normas se reporta a outra (art. 21, LACP; e art. 90, CDC), possibilitando a aplicação recíproca de suas disposições[2].

A vigência dessas leis autoriza a dizer que o Brasil possui um verdadeiro *microsistema de processos coletivos* e, por isso, alguns entendem que não haveria necessidade de um código de processo civil coletivo. Não obstante, acredita-se que este não seja o posicionamento mais adequado para o momento atual no trato com a tutela jurisdicional coletiva, motivo pelo qual ora se defende a necessidade de elaboração de um código próprio para regulamentar esta temática.

Em primeiro lugar, porque atualmente pode ser defendido que existe uma *Teoria Geral dos Processos Coletivos*, como um novo ramo, autônomo, da ciência processual. Esta concepção, que cogita a existência de um Direito Processual Coletivo, é perfeitamente defendida em razão dos princípios e institutos do processo individual assumirem feição própria no processo coletivo, conforme expõe e conclui, com costumeira propriedade, Ada Pellegrini Grinover:

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do direito processual, o *direito processual coletivo*, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem-definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.[3]

Acima de tudo, é preciso ter uma noção correta sobre o que se deve entender em relação ao interesse transindividual, a fim de orientar as distinções processuais em relação ao processo coletivo e individual que seguirão logo na sequência.

O interesse transindividual, também chamado de interesse coletivo em sentido amplo ou lato, ou interessa metaindividual[4], para o Direito, é aquele que se manifesta na busca intencional de satisfação de uma necessidade, por meio de bens ou vantagens, que sejam proveitosas para um grupo, classe ou categoria de pessoas[5], que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática.

Este interesse se distingue do interesse individual porque *transcendem os indivíduos isoladamente considerados*, mas, não obstante, não chegam a constituir interesse do Estado, nem de toda coletividade, ou, nos dizeres de Hugo Nigro Mazzili, amparado na lição de Mauro Cappelletti, “são interesses que excedem o âmbito

estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.”[6]

Posto isso, pode-se continuar a discussão sobre a existência de um direito processual coletivo em razão da distinção do processo coletivo e individual, cada qual com princípios e institutos específicos. Pois bem. Grinover, enumera vários *princípios* que assumem feição diversa no processo coletivo, tais como os princípios do acesso à Justiça; da universalização da jurisdição; da participação; da ação; do impulso oficial; da economia; e o da instrumentalidade das formas.[7]

Nesse sentido, pode-se analisar o princípio do acesso à Justiça que, enquanto no processo individual se refere exclusivamente ao cidadão, “no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.”[8]

Ainda assim, enquanto no processo individual o princípio da ação depende da iniciativa da parte para provocar a atividade jurisdicional, no processo coletivo o juiz (aprovando-se os anteprojetos) terá a liberdade de informar os legitimados ativos quando receber vários processos que se referem a uma mesma questão versando sobre direitos transindividuais.

Quanto aos institutos, Grinover enumera vários deles que também assumem feição própria, além da necessidade de instituição de outros, tais como a legitimação; a representatividade adequada; a coisa julgada; o pedido e causa de pedir; a conexão; a continência e a litispendência; as preclusões; a competência; o ônus da prova; a liquidação da sentença; e a indenização pelos danos provocados.[9]

Entre estas hipóteses, pode-se aprofundar a explicação com o caso da coisa julgada, a qual é restrita às partes no processo individual, conquanto no processo coletivo é *erga omnes*, algumas vezes *secundum eventum litis*, com as devidas particularidades (art. 16, LACP; art. 103, CDC). Ademais, cita-se que a competência tem como regra geral o domicílio do réu no processo individual, porém no coletivo o foro é o do local dos danos.

Em segundo lugar, porque a ausência de sistematização unificada da matéria gera conflitos em torno de pontos fundamentais para a própria efetividade do processo coletivo, gerando, assim, a necessidade de edição de um Código Coletivo próprio.

Por fim, em terceiro lugar, porque o acesso à Justiça, na concepção de *acesso à ordem jurídica justa*[10], amplamente observado pelos processualistas[11] ao se referirem à obtenção de tutela jurisdicional qualificada e efetiva[12][13], exige a elaboração de um Código Coletivo próprio, justamente para afastar entraves processuais que prejudicam uma rápida e efetiva prestação jurisdicional.

Neste contexto, vale lembrar os estudos feitos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre o acesso à Justiça, principalmente ao apontarem as conhecidas *ondas renovatórias*. Vale lembrar que a primeira se refere à assistência judiciária, especialmente voltada aos pobres; a segunda, sobre a representação dos interesses difusos; e, a terceira, trata da efetividade da tutela jurisdicional.[14]

Estas ondas conclamam os juristas a repensarem o direito, com o escopo de buscar soluções adequadas para os problemas atuais. Já é tempo de enfrentar a questão e debater com seriedade os pontos mais polêmicos sobre o direito processual coletivo, principalmente para o fim de viabilizar a edição de um Código que consiga atingir seus fins.

Portanto, a transformação do direito relacionado à tutela jurisdicional coletiva cada vez mais exige uma codificação das normas existentes, a fim de que seja atribuído maior rigor e segurança à aplicação da lei, especialmente porque os conflitos envolvendo a coletividade precisam ser regulamentados de forma célere e eficiente, a exemplo das questões envolvendo *massas* de consumidores e danos ambientais.

1.2 Anteprojetos

Com a participação de quatro professores brasileiros, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antônio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em 2004 foi elaborado o *Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual*, também denominado *Código-Tipo*. A iniciativa foi muito interessante porque a proximidade existente entre os ordenamentos jurídicos de tais países viabilizou a análise por um número maior de juristas sobre como e o que deveria ser positivado.

O Código-Tipo surge para ser utilizado como repositório de princípios, servindo como modelo para repensar o funcionamento da defesa dos direitos transindividuais e inspirar a criação dos Códigos de cada país, que deverão fazer as adaptações necessárias à sua realidade.

No Brasil, Grinover elaborou o *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* no âmbito do Programa de Pós-Graduação da USP. Mendes, por sua vez, nos Programas de Mestrado da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá, inicialmente pretendia apresentar novas propostas para ser incorporadas ao Anteprojeto de Grinover, contudo, acabou por formular um *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* próprio.

Mendes, encaminhou o Anteprojeto UERJ-Unesa para o grupo coordenado por Grinover, o qual incorporou várias idéias ao seu Anteprojeto, que, no segundo semestre de 2005, é assumido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e, em outubro do mesmo ano, encaminhado ao Ministério da Justiça.^[15] O Anteprojeto recebeu várias sugestões por parte de diversos órgãos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo), tendo sido, assim, reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, em dezembro de 2006.

Há, ainda, a proposta de Anteprojeto de Antonio Gidi, professor radicado nos Estados Unidos, que tem como norte “inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo possível, adaptado à realidade dos países de tradição

derivada do direito continental europeu”[16], e a qual resultou na publicação de recente obra de sua autoria.[17]

Portanto, verifica-se que o estágio atual é de grande importância para conclamar os juristas a debaterem as ideias dos anteprojetos, a fim de que seja possível a instituição de um Código de Processo Civil Coletivo que consiga atingir seus escopos, notadamente ampliando o acesso à Justiça e atribuindo mais celeridade e efetividade à defesa dos direitos transindividuais.

1.3 Estrutura dos anteprojetos

Os Anteprojetos têm diferenças tanto no aspecto formal quanto no substancial. Em relação à estrutura, o Código-Tipo contém seis capítulos, assim distribuídos em 41 artigos: Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Dos Provimentos Jurisdicionais; Capítulo III – Dos Processos Coletivos em Geral; Capítulo VI – Da Ação Coletiva Para a Defesa de Interesse ou Direitos Individuais Homogêneos; Capítulo V – Da Conexão, Da Litispendência e da Coisa Julgada; Capítulo VI – Da Ação Coletiva Passiva;

O Anteprojeto USP-IBDP[18] também está estruturado em seis capítulos, em 52 artigos, da seguinte forma: Capítulo I – Das demandas coletivas; Capítulo II – Da ação coletiva ativa, Seção I – Disposições gerais, Seção II – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; Capítulo III – Da ação coletiva passiva originária; Capítulo IV – Do mandado de segurança coletivo; Capítulo V – Das ações populares, Seção I – Da ação popular constitucional, Seção II – Ação de improbidade administrativa; Capítulo VI – Disposições finais.

Por sua vez, o Anteprojeto UERJ-Unesa possui uma estrutura mais ampla, dividido em partes, capítulos e seções, em 60 artigos: Parte I – Das Ações Coletivas em Geral, Capítulo I – Da tutela coletiva; Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação, *Seção I – Do órgão judiciário, Seção II – Da litispendência e da continência, Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa*; Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta; Capítulo IV – Da postulação; Capítulo V – Da prova; Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada; Capítulo VII – Das obrigações específicas; Capítulo VIII – Da liquidação e da execução; Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do fundo de direitos difusos, coletivos e individual homogêneos; Parte II – Das Ações Coletivas Para a Defesa dos Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos; Parte III – Da Ação Coletiva Passiva; Parte IV – Procedimentos Especiais; Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo; Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo; Capítulo III – Da ação popular; Capítulo VI – Da ação de improbidade administrativa; Parte V – Disposições finais.

O Anteprojeto da UERJ-Unesa é mais bem formulado, pois sua estrutura é elaborada com mais rigor técnico, nos termos verificados acima. As normas

também são melhores organizadas, conforme se constata, por exemplo, no tocante à competência e à legitimação, que estão dispostas na parte geral destinada às ações coletivas em geral, enquanto que no Anteprojeto da USP-IBDP tais regras estão inseridas no capítulo destinado à ação coletiva ativa, quando, na verdade, também dizem respeito às ações coletivas passivas.[19]

Ademais, verifica que o Anteprojeto da UERJ-Unesa procurou observar uma ordem sistemática e lógica no tratamento dos institutos processuais abordados, seguidos pela teoria geral do processo.[20] Claro que essas críticas não retiram o mérito do Anteprojeto USP-IBDP, uma vez que sua estrutura não prejudica a compreensão da regulamentação jurídica proposta.

No aspecto substancial, os Anteprojetos da USP-IBDP e o da UERJ-Unesa são bastante parecidos, havendo algumas diferenças em algumas questões, porém, s.m.j., são distinções mais em razão de opção *política* do que propriamente de variação de princípios ou institutos.

O grande consenso entre os anteprojetos é em relação à conceituação tripartida dos interesses e direitos coletivos *lato sensu*, de acordo com a legislação brasileira vigente: difuso, coletivos e individuais homogêneos. Observa-se que o Código-Tipo prestigia a divisão bipartida, sem que isso signifique uma ruptura total em relação à divisão tripartida.[21]

1. INOVAÇÕES E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

2.1 Juízos especializados

O art. 40 do Código-Tipo, sob a rubrica *especialização dos magistrados*, dispõe que, sendo possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados. Seguindo esta orientação, tanto o Anteprojeto USP-IBDP, quanto o da UERJ-Unesa, prescreve que a União e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados em primeira e segunda instância.

A diferença é que o primeiro Anteprojeto citado o prazo para instalação é de 180 dias, enquanto no segundo é de 1 ano, o que parece ser mais realista em razão da dificuldade financeira e estrutural para este desiderato. O Anteprojeto da UERJ-Unesa prevê, ainda, regra subsidiária quanto ao processamento das ações coletivas, uma vez que o seu art. 5º obriga este caminho somente “quando existentes”[22] os juízos especializados.

De qualquer forma a norma é muito bem vinda, pois o trato com questões coletivas geralmente é sempre complexo e exige apurado rigor científico e estrutural para uma justa solução. Atualmente, verifica-se nos fóruns que as ações coletivas demoram muito para tramitar, seja em razão do acúmulo de processos

diversos, seja porque é necessário um maior tempo para decidir as questões no curso do feito.

Por isso, a criação de órgãos especializados para os processos coletivos é útil tanto para o magistrado quanto para uma adequada estruturação da prestação jurisdicional. Portanto, entende-se que somente desta forma será possível efetivar a almejada celeridade processual, concretizando a garantia constitucional da duração razoável do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII, CF/88[23].

2.2 Competência

A regra geral da competência sofre alteração em se tratando de ações coletivas. No processo individual a regra é o domicílio do réu, porém no processo coletivo ela passa a ser, a princípio, o local do dano, se este não possuir dimensão regional ou nacional, o que indubitavelmente torna muito mais efetivo o acesso à Justiça, considerando que os afetados estão domiciliados no mesmo lugar.

Além disso, o processo tramitando no lugar do dano contribui para a produção de provas, redução dos custos, sem contar que dificilmente poderá ser considerado óbice para o demandado, conforme pondera Mendes:

O ajuizamento da demanda coletiva no local do dano não pode ser considerado, a princípio, como óbice ou dificuldade para o próprio demandado. Pois, se houve dano em determinado lugar, é porque, em tese, foi realizada, no referido local, determinada conduta, direta ou indiretamente, como a distribuição de produto ou o empreendimento de obras ou serviço. Sendo assim, do mesmo modo que o o demandado foi capaz de efetivar certa atividade na localidade, deve assumir as conseqüências da sua ação ou omissão, dentre as quais a de estar em condições de assumir a sua defesa no correspondente espaço de atuação, possuindo, por vezes, até mesmo estabelecimento, agência ou sucursal no ambiente em questão.[24]

O Anteprojeto da UERJ-Unesa é melhor em relação à competência das ações coletivas, tendo em vista que a proposta da USP-IBDP contém regulamentação complicada, que pode tornar inviável a análise da competência na prática, senão vejamos o texto da lei:

Art. 22. *Competência territorial* – É absolutamente competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; III - da Capital do

Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias; IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção; IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional. § 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda. § 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela. § 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

O Anteprojeto da UERJ-Unesa contém duas redações sobre a competência, pois neste ponto (o único) não houve consenso entre os Programas de Mestrado da UERJ e da Unesa:

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. §1o. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária. § 2o. *Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.* (g.n.) (UERJ)

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária. (Unesa)

O maior problema em relação à competência reside no caso de dano de âmbito nacional. Nesta hipótese, deveriam ser competentes concorrentemente, os foros das capitais dos Estados e do Distrito Federal, tal como proposto pela UERJ. Atribuir a competência exclusivamente ao Distrito Federal como foro único, conforme consta no Anteprojeto USP-IBDP, pode causar maior prejuízo ao acesso à Justiça, uma vez que haverá desinteresse na propositura da ação coletiva por legitimados localizados em locais mais distantes.

A competência, atualmente, é tratada no art. 93 do CDC, que, por sua vez, fixa-a “no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

A regra gera muita divergência, sendo que alguns enxergam no dispositivo a incidência de dois critérios de fixação da competência: se o dano fosse regional o processo tramitaria perante o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal e, se nacional, a competência seria exclusiva dos órgãos judiciais localizados no Distrito Federal.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça diminuiu a discussão quando julgou o Conflito de Competência nº 17.533, ao ressaltar que tanto as causas de âmbito regional quanto as de nacional podem ser ajuizadas perante qualquer uma das 26 capitais ou no Distrito Federal, havendo, assim, competência concorrente, de modo eletivo para o autor.[25]

Portanto, o Anteprojeto da UERJ-Unesa é mais adequado em relação à competência, sendo que, especificamente em relação ao dano de âmbito nacional, deve-se refutar a idéia de concentração de foro no Distrito Federal, inclusive porque a orientação jurisprudencial já sedimentou o entendimento de que a competência territorial, podendo o legitimado ativo também optar por um das capitais dos Estados Federados.

2.3 Legitimação

A legitimidade para a propositura de uma ação consiste na *titularidade do interesse em conflito*, ou, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, “a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.”[26]

Essa perspectiva tem como foco a proteção de direitos subjetivos individuais, não sendo adequada em relação às ações coletivas, onde se tutela interesses de grupo sociais. Com efeito, a legitimidade em relação às ações individuais e coletivas tem significado diferente, da mesma forma que outras condições da ação e demais características do processo não servem para ser utilizadas indistintamente, o que, aliás, causa muitas discussões e entendimentos diversos sobre a temática.

Em se tratando dos Anteprojetos, a proposta quanto à legitimação ativa para propositura da ação coletiva seguiu os passos do Código-Tipo[27] ao ampliar o rol de legitimados, na tentativa legítima de democratizar o acesso à Justiça. Conforme consta no Anteprojeto USP-IBDP, são legitimadas concorrentemente à ação coletiva ativa, as seguintes pessoas:

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em

eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo; III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código; VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

A grande novidade fica por conta das pessoas físicas e da defensoria pública. Enquanto neste caso a legitimação é bem vinda, naquele outro há bastante controvérsia, tendo em vista que atribuir legitimidade à pessoa física para discutir direito coletivo pode não surtir o efeito esperado. A legitimidade já é uma questão controvertida, pois, além da diferença da visão individualista, tal como visto acima, no processo coletivo se discute direito alheio, por meio da legitimidade extraordinária[28], assim, atribuí-la à pessoa física traz maior complicação ao tema, além de ser desnecessário em razão do amplo rol.

Ademais, nota-se que o Anteprojeto chancela a posição majoritária da doutrina[29] e jurisprudência quanto à possibilidade de propor ação coletiva pelo Ministério Público visando a defesa de interesse individual homogêneo, quando houver interesse social. Neste sentido, o Conselho Superior do MPSP, após proposição de Mazzilli, já tinha editado em 1994 a Súmula nº 07, *in verbis*:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: *a)* os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; *b)* aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; *c)* quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

O Anteprojeto UERJ-Unesa também prevê o mesmo rol de legitimados ativos[30], com pequenas diferenças. Neste caso, por exemplo, não há previsão dos “órgãos do Poder Legislativo” e das “entidades de fiscalização do exercício das profissões”, referidos nos incisos “VI” e “VII” supra, respectivamente.

Quanto às associações, enquanto o Anteprojeto USP-IBDP mantém o requisito formal de 1 ano de pré-constituição, o Anteprojeto UERJ-Unesa suprime esta exigência, tendo em vista que impõe o dever de representação adequada para todos os legitimados e porque, segundo seu entendimento, não haveria sentido referida exigência em razão de que os próprios associados, individualmente, passaram a estar legitimados.

2.4 Representação adequada

O Anteprojeto USP-IBDP exige à análise da representação adequada somente em relação aos indivíduos que forem propor uma ação coletiva, com os seguintes requisitos exemplificativos:

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

O Anteprojeto da UERJ-Unesa exige a análise da representação adequada para as ações coletivas em geral, embora seu controle tenha relevância especial em relação aos indivíduos, nos seguintes termos:

Art. 8º Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I – a adequada representatividade do legitimado; II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e)

o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

O instituto da representação adequada é interessante para um melhor controle da legitimação ativa das ações coletivas, por isso, melhor razão assiste ao Anteprojeto da UERJ-Unesa ao estendê-la a todos os legitimados, embora seja evidente que este controle tenha relevância significativa sobre os indivíduos legitimados. Observa-se que o rol é exemplificativo, competindo ao magistrado analisar a situação em cada caso.

Interessa destacar que a falta de representação adequada não causa a extinção da ação, devendo, nesta hipótese, ser intimado o Ministério Público e, quando possível, outros legitimados, para que assumam a titularidade da ação coletiva quando tiverem interesse.

Os anteprojetos poderiam ter detalhado com mais exatidão algumas hipóteses, por exemplo, dispensar a representação adequada de algumas instituições quando seus fins suprirem o objetivo da norma, uma vez que neste caso ela seria presumível, tal como ocorre com as Defensorias Públicas ou até mesmo em relação às associações que tenham o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

2.5 Prova

A distribuição do ônus da prova nos anteprojetos é diferente do processo individual. Os anteprojetos atribuem o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração, conforme regra inspirada no Código-Tipo:

Art. 12. *omissis*. § 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Ao tratar das provas, o Anteprojeto USP-IBDP dispõe que “sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil...” (art. 11), o que tem gerado críticas ao dispositivo, tendo em vista que a referência ao CPC é desnecessária, pois, além do Código Coletivo ser próprio, ou seja, não é um mero capítulo do CPC, a remissão atenua a credibilidade da inovação.

Merece destaque o fato do Anteprojeto da UERJ-Unesa especificar o momento em que a inversão do ônus da prova deve ocorrer, notadamente por ocasião da decisão saneadora. Esta inversão é motivo de muita controvérsia no CDC, pois alguns entendem que o momento para análise é na prolação da sentença, por se tratar de regra de julgamento, mas outros entendem que deve ser antes da produção da prova, com fundamento no princípio do contraditório.

Outrossim, também merece destaque o fato de ser admissível a prova estatística ou por amostragem como meio lícito admissível em juízo, sendo que esta previsão consta nos dois anteprojetos. A inovação é válida e garante um acesso à Justiça mais efetivo, considerando que em se tratando de coletividade, em alguns casos a prova efetiva do dano em relação a todos os atingidos seria inviável.

Por fim, há a previsão da instituição do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos que, entre suas atribuições, poderá antecipar o valor das perícias, a ser ressarcido ao final pelo vencido. A prática tem demonstrado que um dos maiores entraves das ações coletivas é a produção da prova pericial, uma vez que normalmente exige a elaboração de laudo por uma equipe de profissional, gerando um custo muito alto e não raras vezes inviabilizando a prova técnica.

Portanto, a produção e distribuição da prova são regulamentadas de forma coerente nos anteprojetos, tratando as partes com isonomia, de acordo com as forças econômicas de cada um, o que também colabora com a transformação da proteção da tutela jurisdicional coletiva de forma bastante positiva.

2.6 Litispêndência e coisa julgada

Atualmente, o art. 104 do CDC^[31] dispõe que as ações coletivas não induzem litispêndência para as ações individuais. Não há, todavia, regulamentação sobre a instauração de vários processos coletivos, o que tem ocorrido frequentemente nos fóruns brasileiros.

O Anteprojeto da USP-IBDP ao dispor sobre a relação entre as demandas coletivas autoriza a reunião de qualquer demanda coletiva, de ofício ou a requerimento da parte, observando que será prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar.

No seu art. 6º, dispõe que é possível a conexão, conquanto diferentes os legitimados ativos. No parágrafo primeiro do referido dispositivo, disciplina que na análise da identidade do pedido e da causa de pedir será considerada a identidade do

bem jurídico a ser protegido. Em relação à litispendência entre a ação coletiva e a individual, prescreve que aquela não induz litispendência para estas.

Por sua vez, o Anteprojeto da UERJ-Unesa também autoriza a reunião de processos em alguns casos. A disciplina é diferente quanto à litispendência e continência. Em se tratando de tutela coletiva deve-se entender que o instituto da litispendência só será útil a este tipo de processo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo.

A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados (art. 7º), observando-se os seguintes regramentos:

§ 1o. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito. § 2o. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão. § 3o. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

A proposta do Anteprojeto USP-IBDP é mais adequada, pois observa o tratamento da conexão, litispendência e continência mais de acordo do que seria uma Teoria Geral de Direito Coletivo. Somente desta forma pode-se entender viável a análise de tais institutos, pois se o exame fosse feito com base no direito processual individual, com regras mais rígidas, os problemas continuariam e dificilmente se encontraria uma solução satisfatória.

Não obstante, talvez a melhor solução fosse não se cogitar em conexão e tampouco litispendência, mas em simples reunião de processos para evitar decisões conflitantes. Esta é a prevalência no processo individual atual, pois havendo tal receio recomenda-se a reunião dos feitos, o que também pode ser observando nos processos coletivos.

Quanto à relação entre demanda coletiva e ações individuais, o art. 7º do Anteprojeto USP-IBDP assevera que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

Com efeito, a regra atual é mantida na sua essência (demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais), além de esclarecer em seu parágrafo que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, dentro da referida condição.

O mesmo Anteprojeto estabelece que em se tratando de direitos e interesses individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.[32]

O Anteprojeto da UERJ-Unesa prevê em se tratando de interesses e direitos individuais homogêneos a publicação de edital e a comunicação dos interessados de forma ampla. Ademais, possibilita sua exclusão ou ajuizamento da ação individual no prazo assinalado.

2.7 Sentença condenatória e execução

O Código-Tipo[33] apresenta uma inovação em relação aos direitos individuais homogêneos. É viabilizada a condenação genérica, porém o juiz pode calcular o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva, ou, ainda, poderá indicar o valor ou fórmula de cálculo da indenização individual.

Desta forma elimina-se a idéia de condenar genericamente para depois liquidar e executar. A regra é vantajosa porque diminui sobremaneira as ações individuais, justamente um dos objetivos da ação coletiva. Os anteprojetos seguem, de modo geral, essa tendência, procurando fortalecer a sentença e a execução do processo coletivo.

2.8 Ação coletiva passiva

O representante da coletividade, tradicionalmente, na prática brasileira, é autor das demandas coletivas. Na denominada *ação coletiva passiva*, tal representante poderá se ver na injunção de responder, como réu, as demandas ajuizadas em face da classe de interessados que ele representa.[34]

O ordenamento jurídico brasileiro atualmente não tem previsão expressa sobre a ação coletiva passiva, não sendo admitida sua prática por grande parte da doutrina.[35] O principal motivo se justifica em razão de não se admitir substituição processual no pólo passivo, uma vez que a legitimação extraordinária depende de autorização legal[36], conforme se infere do art. 6º do CPC.

Nestes termos, “pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no *pólo ativo*, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção.”[37]

Com inspiração na *Defendant class action* dos Estados Unidos, pretende-se regulamentar a ação coletiva passiva a partir da vigência dos Anteprojetos em tela. A doutrina procura apresentar vários exemplos para justificar a ação coletiva passiva, sendo um dos mais conhecidos aquele elaborado por Pedro da Silva Dinamarco, citado por Maia, em que pese, *data venia*, não ser muito convincente, por se tratar de dano futuro:

Pedro Dinamarco ao comentar o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos para a Ibero-América, dita o exemplo em que uma empresa ajuíza uma demanda antes da instalação de sua fábrica, com o pedido de declaração de regularidade do projeto, inclusive do ponto de vista ambiental. Se julgado procedente o pedido, esta empresa obteria a tranquilidade proporcionada pela coisa julgada e evitaria ser surpreendida, depois da instalação da fábrica, como uma ação coletiva com o escopo de proibir suas atividades naquele local. Afirma o jurista que até em caso de improcedente a empresa teria uma ‘vantagem’ teórica, pois poderia desistir do projeto antes de investir volumosos recursos na implantação da fábrica.[38]

Em relação aos anteprojetos, convém destacar que o da USP-IBDP é mais adequado ao restringir a legitimidade passiva do Ministério Público e dos órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa.[39] Não obstante o esforço doutrinário, o principal problema da admissão das ações coletivas passiva reside na consideração da extensão dos limites subjetivos da coisa julgada material.[40]

Uma das principais garantias da Carta Magna que poderia sofrer prejuízo com a produção da coisa julgada material em ação coletiva é o contraditório, pois este princípio exige a submissão a determinado julgado só ocorra desde que a pessoa tenha participado de sua confecção, ou seja, se de todos os atos praticados pela parte contrária for recebida a respectiva *informação*, com a possibilidade de *reação*.[41]

Ocorre que, conforme adverte Vigliar, “o ‘grupo’, a coletividade, a ‘categoria’ de interessados não participará do contraditório nas ‘ações coletivas passivas’, diretamente”[42], sendo inegável, portanto, o prejuízo as garantias constitucionais; além do que a situação poderá configurar a vedada atuação do judiciário como *legislador positivo*, criando indevidamente leis abstratas.

2.9 Inquérito civil e contraditório

O inquérito não é processo, mas procedimento administrativo a cargo do Ministério Público, de caráter não obrigatório e informativo, com as seguintes características:

Criado na Lei n. 7.734/85 e logo depois consagrado na Constituição de 1988, o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: *a)* prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; *b)* colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra atuação a seu cargo.[43]

O inquérito é inquisitorial, nele não se apresenta defesa, pois o indiciado (e não litigante ou acusado)[44][45] não é sujeito de direitos, mas objeto de investigação.[46] Somente após a propositura da ação é que o interessado passará a ser litigante, quando certamente lhe será franqueada a possibilidade de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa.[47]

O inquérito civil assemelha-se em muitos aspectos ao inquérito policial, porém, é instaurado e presidido pelo Ministério Público e não pela autoridade policial, mas “a exemplo dos inquéritos policiais, sua natureza é inquisitiva. A prova não é colhida sob o crivo do contraditório, havendo, sempre que for o caso, necessidade de repeti-la em juízo.”[48]

Neste sentido, Mazzilli também destaca que “o inquérito policial é procedimento investigatório não contraditório; nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se informalidade.”[49] O Colendo STJ também tem se manifestado no sentido de que o inquérito civil “é informal e unilateral, porque não se destina a recolher provas”[50]

Em que pese à concepção supracitada, de que não cabe contraditório no inquérito civil, o Anteprojeto USP-IBDP passa por cima dos fundamentos processuais e dispõe que no seu art. 23, § 3º: “a eficácia probante das peças informativas do inquérito civil *dependerá da observância do contraditório*, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção.” (g.n.)

A inovação, com a devida vênia, não é boa, pois além de atentar contra as regras basilares do processo, conforme visto acima, pode acabar por trazer maior prejuízo ao investigado, uma vez que no bojo do inquérito dificilmente se conseguirá a ampla produção de provas admitida no processo de conhecimento, com cognição plena e exauriente.

2.10 Mandado de segurança coletivo

Em primeiro lugar, questiona-se: o mandado de segurança coletivo é um instituto novo criado pela CF/88? Conforme relata José Antônio Remédio, “a

doutrina diverge sobre ser o mandado de segurança coletivo instituto novo criado ou mera espécie do mandado de segurança tradicional.”[51]

A corrente minoritária entende o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da CF/88, caracteriza-se como um instituto novo, sem vinculação com o mandado de segurança tradicional (art. 5º, LXIX, CF/88). O referido autor cita que defendem esta corrente, por exemplo, Alfredo Buzaid, Sérgio Ferraz, Roberto Botelho, Carlos Alberto Pimentel Uggere, *etc.*

Entre os argumentos para sustentar que é um instituto novo, os doutrinadores entendem que o mandado de segurança coletivo possui condições próprias da ação, tendo em vista que lhe é peculiar e especial a legitimação ativa, a legitimação passiva, o interesse de agir e o objeto. Além disso, ressaltam que é uma nova ação de natureza própria assecuratória de interesses sociais e, ainda, que não é suficiente para a classificação do mandado de segurança coletivo como espécie da segurança tradicional a simples identidade de pressupostos constitucionais aplicáveis aos dois institutos.[52]

Contudo, a corrente majoritária entende que o mandado de segurança coletivo não é um instituto novo, mas uma espécie do mandado de segurança tradicional. Neste sentido, Marta Casadei Momezzo aduz que há apenas alteração na legitimação, assim fundamentando sua posição:

a) nos antecedentes legislativos, uma vez que, no anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização, o mandado de segurança era previsto no *caput* do art. 36, ao passo que o mandado de segurança coletivo se encontrava contemplado no parágrafo único desse artigo; b) na interpretação gramatical, já que o inciso LXX limita-se a apontar os sujeitos que podem impetrar a segurança coletiva, não dispensando para o mandado de segurança coletivo as exigências previstas para o mandado de segurança tradicional, dentre as quais direito líquido e certo, o ato de autoridade ilegal ou abusivo e a lesão ou ameaça de lesão decorrentes deste ato.[53]

Entre os autores que sustenta esta posição predominante, pode-se citar, por exemplo, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Athos Gusmão Carneiro, José Carlos Barbosa Moreira, Evandro Takeshi Kato, Uadi Lammêgo Bulos, Nelson Nery Júnior, Rodolfo de Camargo Mancuso, *etc.* O principal argumento é de que os requisitos básicos exigidos no mandado de segurança tradicional devem ser aplicados ao mandado de segurança coletivo.[54]

Vale ressaltar que a jurisprudência também tem entendido que se aplicam ao mandado de segurança coletivo, em regra, os mesmos dispositivos normativos e princípios relativos ao mandado de segurança tradicional, regulado pela Lei nº 1.533/51, conforme já decidiu o Excelso STF (MS 21.098-PR, 1ª T., Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, j. 20.08.1991, *RTJ*, 137/663) e Egrégio STJ (MS 21.615-RJ, rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, *DJU* 13.03.1998, p. 4).[55]

Com efeito, é possível concluir sobre a questão que, apesar do mandado de segurança ter sido introduzido[56] no ordenamento jurídico com a CF/88, não se pode dizer que se trata de um instituto novo, pois, na verdade, é uma espécie do mandado de segurança tradicional, uma vez que a essência do *writ* continua a mesma, a diferença reside, basicamente, que no comum o interesse defendido é individual, ao passo que no coletivo é transindividual, com legitimidade extraordinária atribuída a alguns órgãos.[57]

Em relação aos legitimados para a propositura de mandado de segurança coletivo, o art. 5º, LXX, da CF/88, autoriza as seguintes entidades: a) partido político com representação no Congresso Nacional, sendo que neste caso, em que pese haver controvérsia, entende-se que o interesse coletivo não precisa ser das pessoas pertinentes aos membros do partido, bastando que pertença à sociedade em geral; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Estes últimos legitimados só podem impetrar o mandado de segurança coletivo em defesa de seus integrantes e não de outras pessoas. É admissível que o interesse diga respeito a apenas uma parte de seus integrantes, mas não a todo o grupo, conforme entendimento consolidado na Súmula 630, STF. Frisa-se que a legitimidade é extraordinária e decorre da própria CF/88, isto é, não se trata de mera representação, nem há necessidade de que os titulares dos interesses autorizem o ajuizamento (Súmula nº 629, STF).

A grande controvérsia existente é sobre a legitimidade do Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo. Em razão de sua destinação natural de tutor constitucional de interesses transindividuais, é possível admitir que o Ministério Público também pode valer-se do referido remédio constitucional, conforme tem entendido a doutrina[58] e a jurisprudência[59].

Os anteprojeto eliminam a discussão e expressamente atribuem legitimidade ao Ministério Público, além de acrescentar a Defensoria Pública como legitimado ativo e acolher a orientação jurisprudencial sobre a dispensa de autorização assemblear, mediante a seguinte regulamentação, ora exemplificada pelo texto da USP-IBDP:

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: I – Ministério Público; II – Defensoria Pública; III – partido político com representação no Congresso Nacional; IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos

interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear. Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Portanto, aproveitando toda a discussão gerada quanto à legitimidade para propositura do mandado de segurança coletivo, os Anteprojetos apresentam coerente e adequada regulamentação sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As inovações e pontos controvertidos apresentados são alguns exemplos das questões mais importantes versadas nos Anteprojetos. Dificilmente se conseguirá optar por um ou outro, uma vez que cada qual é melhor na resolução de em algum aspecto.

De uma maneira geral, com a devida vênia, tem-se que o Anteprojeto da UERJ-Unesa é melhor estruturado, porém nem sempre apresenta as soluções mais adequadas. De qualquer forma reitera-se a importância da edição de um Código de Processo Civil Coletivo, conforme sustentado inicialmente, pois a aglutinação das normas facilitará o trato com a temática coletiva, além de ser uma importante ocasião para eliminar as várias divergências sobre a tutela jurisdicional coletiva.

Os anteprojetos têm o grande mérito de realmente ampliar o acesso à Justiça e, acredita-se, conseguirá gerar economia e efetividade processual, trazendo maior credibilidade ao Judiciário perante os jurisdicionados. Este aspecto é suficiente para afirmar com segurança que as transformações jurídicas que vêm sendo observadas em se tratando de direito coletivo serão consolidadas positivamente com a aprovação de um Código próprio, cabendo aos juristas participarem democraticamente do debate, a fim de contribuírem para que o texto seja aprovado de forma que melhor atenda aos anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias Constitucionais do Processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. In *Direito e Sociedade*. Curitiba, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de Interesses Difusos e Coletivos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Édis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 Anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIVA, Otávio. *Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2000.

REMÉDIO, José Antônio. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

[1] A distinção entre eles pode ser assim resumida: “a) nos interesses difusos, o liame ou nexos que agrega o grupo está essencialmente concentrado numa situação de fato compartilhada de forma indivisível, por um grupo indeterminável; b) nos interesses coletivos, o que une o grupo é uma relação jurídica básica comum, que deverá ser solucionada de maneira uniforme e indivisível para todos seus integrantes; c) nos interesses individuais homogêneos, há sim uma origem comum para a lesão, fundada tanto numa situação de fato compartilhada pelos integrantes do grupo como numa mesma relação jurídica que todos envolva, mas, o que lhes dá a nota característica e inconfundível, é que o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58).

[2] MAZZILLI, op. cit., 2008, p. 557-558.

[3] GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 15.

[4] “Resta a análise da questão terminológica: qual expressão é mais correta, interesses *transindividuais* ou interesses *metaindividuais*? Embora, em rigor de formação gramatical, seja preferível utilizarmos-nos da primeira expressão, porque é neologismo formado com prefixo e radical latinos (diversamente da segunda, que, enquanto hibridismo, soma prefixo grego a radical latino), a verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm usado indistintamente ambos os termos para referir-se a interesses de grupos, ou a interesses coletivos, em sentido lato.” (MAZZILLI, op. cit., 2008, p. 52).

[5] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de Interesses Difusos e Coletivos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

[6] MAZZILLI, op. cit., 2008, p. 50.

[7] GRINOVER, op. cit., 2007, *passim*.

[8] GRINOVER, op. cit., 2007, p. 12.

[9] GRINOVER, op. cit., 2007, *passim*.

[10] [...] o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em ‘acesso à ordem jurídica justa’. *Acesso à justiça* não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33)

[11] “É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas,

também que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, ‘a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva’.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 66).

[12] LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

[13] “Acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de *ter à disposição* o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado.” (BEDAQUE, José Roberto. Garantia da amplitude de produção probatória. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias Constitucionais do Processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 158).

[14] “A primeira *onda* desse movimento novo foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘*enfoque de acesso à justiça*’, porque inclui os posicionamentos anteriores mais vai muito além deles, representado, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 31).

[15] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 17.

[16] GIDI, Antônio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. In: *Direito e Sociedade*. Curitiba, p. 151, v. 3, n. 1, jan./jun. 2004.

[17] Consultar: GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[18] Toma-se a liberdade para abreviar e denominar desta forma o nome do *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, inicialmente elaborado por Grinover no âmbito do Programa de Pós-Graduação da USP, acolhido pelo IBDB e posteriormente apresentado ao Ministério da Justiça. Da mesma forma será feito em relação ao Anteprojeto elaborado nos Programas de Mestrado da UERJ-Unesa, do Professor Mendes.

[19] MENDES, *op. cit.*, 2007, p. 18.

[20] MENDES, *op. cit.*, 2007, p. 18.

[21] MENDES, *op. cit.*, 2007, p. 18.

[22] “Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.”

[23] “Art. 5º *omissis*. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

[24] MENDES, *op. cit.*, 2007, p. 21.

[25] STJ – Ccomp 17.533 – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 30.10.2000.

[26] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 52.

[27] “Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública; IV – as pessoas jurídicas de direito público interno; V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear. VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.”

[28] A questão não é pacífica, pois a legitimidade pode ser considerada ordinária ou até mesmo legitimização anômala de tipo misto. Mazzilli, entende que a legitimização extraordinária é aceita por ser *preponderante*, pois mesmo ela não se adéqua perfeitamente às ações coletivas. Neste sentido: “Ainda que proceda em parte essa argumentação, em nosso entendimento ela não explica satisfatoriamente toda a questão. Na verdade, identifica-se na ação civil pública ou coletiva a predominância do fenômeno da *legitimação extraordinária* por meio da *substituição processual*, pois esse fenômeno processual só não ocorreria se o titular da pretensão processual estivesse agindo apenas na defesa de interesse material que ele alegasse ser dele mesmo. Mas na ação civil pública ou coletiva, os legitimados ativos, ainda que ajam de forma autônoma e possa também defender interesses próprios, na verdade estão a buscar em juízo mais que a só proteção de seus interesses.” (MAZZILLI, *op. cit.*, 2008, p. 66).

[29] MAZZILLI, *op. cit.*, 2008, p. 106.

[30] “Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou

interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções; VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código; VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.”

[31] “Art. 104 - As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não *induzem litispendência para as ações individuais*, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” (g.n.)

[32] “Art. 13. *omissis*. § 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.”

[33] “Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar. § 1º. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva. § 2º. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual. § 3º. O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.”

[34] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o ‘Código de Processos Coletivos’*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 311.

[35] Por exemplo, Pedro da Silva Dinamarco também não admite a classe representada no pólo passivo (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269).

[36] “A legitimidade extraordinária depende de lei, e a daqueles entes é para que figurem no pólo ativo, jamais no passivo, na defesa dos interesses da classe.” (GONÇALVES, *op. cit.*, 2007, p. 72).

[37] MAZZILLI, *op. cit.*, 2008, p. 357.

[38] MAIA, Diogo Campos Medina. A ação Coletiva Passiva: o retrospecto de uma necessidade presente. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 341.

[39] “Art. 38. *omissis*. Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.”

[40] VIGLIAR, *op. cit.*, 2007, p. 313.

[41] VIGLIAR, *op. cit.*, 2007, p. 319.

[42] VIGLIAR, *op. cit.*, 2007, p. 319.

[43] MAZZILLI, *op. cit.*, 2008, p. 443.

[44] “Durante o inquérito policial, não há contraditório, eis que é fase preparatória da acusação, inexistindo, sequer a figura do acusado.” (PIVA, Otávio. *Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2000, p. 70).

[45] “Assim o *contraditório* e a *ampla defesa* vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja *litigantes* ou *acusado* (art. 5º, inc. LV). A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada *inquérito policial* não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o novo texto constitucional, pois nela ainda não há *acusado*, mas mero indiciado.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, 2000, p. 83).

[46] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 84/85, *passim*.

[47] “O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com ‘litigantes’ (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, 2000, p. 57).

[48] GONÇALVES, *op. cit.*, 2007, p. 141-142.

[49] MAZZILLI, *op. cit.*, 2008, p. 444.

[50] STJ, RMS 11537/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. 06.02.2001, DJ 29.10.2001 p. 190.

[51] REMÉDIO, José Antônio. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 462.

[52] REMÉDIO, *op. cit.*, 2002, p. 463-464, *passim*.

[53] *apud* REMÉDIO, *op. cit.*, 2002, p. 464.

[54] REMÉDIO, *op. cit.*, 2002, p. 465, *passim*.

[55] REMÉDIO, *op. cit.*, 2002, p. 466.

[56] GONÇALVES, *op. cit.*, 2007, p. 47.

[57] GONÇALVES, *op. cit.*, 2007, p. 48.

[58] MAZZILLI, *op. cit.*, 2008, p. 226.

[59] STJ, REsp 869.843/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., j. em 18.09.2007, DJ 15.10.2007 p. 243.

A PRIVACIDADE DO E-MAIL NO AMBIENTE DE TRABALHO

LA PRIVACIDAD DEL E-MAIL EN EL AMBIENTE DE TRABAJO

**Thiago Gomes Luiz de Paula
Bruno Prisinzano Pereira Creado**

RESUMO

O presente analisa os reflexos da evolução tecnologia sobre a privacidade no mundo moderno, em especial, discutindo a possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo pelo empregador e as eventuais conseqüências jurídicas de tal prática. Inicialmente, conceitua-se a privacidade, observando seu panorama histórico, forma e extensão de seu conteúdo na legislação nacional e estrangeira bem como a distinção em relação à intimidade. Num segundo momento, contextualiza a privacidade diante a evolução tecnológica observando inclusive a mudança de hábitos e valores que fazem repensar tal direito perante os tempos modernos. Apresentam-se também os conceitos do correio eletrônico corporativo e a discussão acerca da inviolabilidade das comunicações informáticas, apontando teses e entendimentos doutrinários diversos que permeiam o assunto. Posteriormente demonstra-se a possibilidade de violação do e-mail corporativo pelo empregador, apontando entendimentos doutrinários e jurisprudência dominante. A conclusão busca ressaltar a relevância do estudo para o direito contemporâneo, aponta soluções e ressalta a necessidade de um Estado preparado para lidar com essas novas questões na busca de soluções justas aos novos conflitos da vida moderna.

PALAVRAS-CHAVES: E-MAIL CORPORATIVO – PRIVACIDADE – RELAÇÃO DE TRABALHO

RESUMEN

El presente trabajo analiza los reflejos de la evolución tecnológica sobre la privacidad en el mundo moderno, especialmente, discutiendo la posibilidad de control del e-mail corporativo por el empleador y las eventuales consecuencias jurídicas de esa práctica. Inicialmente, se conceptúa la privacidad, observando su panorama histórico, la forma y la extensión de su contenido en la legislación nacional y extranjera y, también la distinción en relación a la intimidad. En un segundo momento, se contextualizar la privacidad delante la evolución tecnológica observando, inclusive, la mudanza de hábitos y de valores que hacen repensar tal derecho conforme tiempos modernos. Se presentan, también, los conceptos del correo electrónico corporativo y la discusión sobre la inviolabilidad de las comunicaciones informáticas, apuntando tesis y entendimientos doctrinarios diversos sobre el asunto. Posteriormente se demuestra la posibilidad de violación del e-mail corporativo por el empleador, apuntando entendimientos doctrinarios y jurisprudenciales dominantes. La conclusión busca

resaltar la relevancia del estudio para el derecho contemporáneo, señalándose soluciones y resaltándose la necesidad de un Estado preparado para lidiar con esas nuevas cuestiones en la busca de soluciones justas para los nuevos conflictos de la vida moderna.

PALAVRAS-CLAVE: E-MAIL CORPORATIVO – PRIVACIDAD – RELACIÓN DE TRABAJO

1. INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica ao qual a humanidade tem assistido, especialmente a partir do final do século XX, trouxe consigo um novo estilo de viver e de interação entre as pessoas, relativizando conceitos até então tidos como absolutos, entre eles, a privacidade.

Nessa sociedade moderna, onde cada vez mais a diferença entre o público e o privado se torna tênue, surgem também novos questionamentos e conflitos de interesses aos quais o direito não pode se furtar de respondê-los.

Diante desse desafio, propõe-se analisar a questão da privacidade no ambiente de trabalho, em especial, no tocante aos e-mails corporativos.

2. A PRIVACIDADE

Antes de adentrarmos na problemática jurídica que permeia o assunto se faz oportuno compreender a privacidade bem como sua relativização com o advento das novas tecnologias.

A privacidade é uma palavra que comporta muitas interpretações. Etimologicamente o termo tem origem no vocábulo privado, do latim *privatus*, significando aquilo que é desprovido de caráter público.

Em sentido jurídico é conceituada por PEREIRA (apud JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2002, p. 205) como:

[...] o conjunto de informação a cerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.

Não é hoje que a questão da privacidade é uma preocupação. Há registros de seu reconhecimento desde as primeiras civilizações. Encontramos na Bíblia, Alcorão, leis judaicas, diversas referências implícitas ao direito de ficar só. (Laurant, 2003).

No ocidente, sua proteção passou a ser discutida juridicamente por volta de 1890 quando o advogado Samuel Dennis Warren e o juiz da Corte Suprema norte-americana Louiz Dembitz Brandeis apresentaram um trabalho defendendo a tese de que, derivado do direito à propriedade existente no *common law*[1], surgia novo direito denominado *privacy* (privacidade), o "right to be let alone". (JABUR, 2005, p. 88).

Em meados de 1948, foi também uma preocupação dos idealizadores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sensibilizados com a violência, abusos e vidas perdidas na guerra recente, em assegurá-la:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2004).

Atualmente, praticamente todo país tem em sua constituição um dispositivo de proteção à privacidade:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. (Constituição da República Portuguesa, art. 26º)[2]

O direito à honra, à privacidade pessoal e familiar e para possuir a imagem é garantido. (Constituição Espanhola, art.18)[3]

A Constituição assegura todos os povos:

4º. - O respeito e a proteção à vida privada e a honra da pessoa e de sua família;

5º. - A imunidade de repouso e de todo o formulário de uma comunicação confidencial. O repouso pode render e as comunicações e os originais confidenciais para interceptar-se, o abrir próprio ou a registrá-los somente nos casos e nos formulários determinados pela lei. (Constituição Chilena, art. 19)[4]

É importante ressaltar que o reconhecimento e a eficácia dos direitos da personalidade, entre eles a privacidade, no Direito Público são reflexos diretos das Declarações de Direitos em nível internacional. Atualmente, boa parte daqueles que ainda não a possuem expressamente em sua legislação pátria são signatários de tratados e acordos internacionais que a contemplam.

Embora exista muita ambigüidade dentro do próprio direito, dado a dificuldade de mensurar o limite exato entre um e outro, bem como o uso indistinto dos termos, a privacidade não se confunde com a intimidade.

Segundo DOTTI (1980, p. 65) o direito à privacidade aparece como nome de *right of privacy* nos Estados Unidos; na Itália existe o *diritto allá riservatezza* ou *diritto Allá vita privata*; na Espanha *derecho a la intimidad* e *derecho a la vida privada*; na Alemanha *privatsphäre, intimsphäre e geheimsphäre*.

ALONSO (2005, p.31) caracteriza-a como:

A intimidade é o âmbito interior da pessoa mais profundo, mais recôndito, secreto ou escondido dentro dela. É, assim, algo inacessível, invisível, que só ela conhece, onde ela só elabora ou constrói livremente seu próprio agir e onde se processa sua vida interior. Na intimidade, a pessoa constrói-se e descobre por si própria.

Em suas lições, MORAES (2005, p.47), em conformidade com o pensamento francês, ensina que a intimidade pode ser diferenciada da vida privada em virtude da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo.

Apesar da diferença técnica, o legislador constitucional, sabiamente, diante do liame tênue entre os conceitos e a dinâmica deles dentro do contexto jurídico-social, optou por atribuir tutela idêntica a ambas, conforme veremos, com mais detalhes, no capítulo seguinte.

3. O DIREITO À PRIVACIDADE DIANTE DA QUESTÃO DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Embora seja recente o reconhecimento do direito à privacidade, a preocupação em proteger a privacidade tem início com a revolução tecnológica, especialmente motivada com a 2ª Guerra Mundial.

O final da guerra não fez com que os avanços parassem. O desejo do homem e determinados países em provar sua supremacia bélica juntamente com o desejo de chegar à lua motivou a elaboração de dispositivos cada vez menores, com desempenho e funcionalidades superiores.

H. Pasdermajian, professor da Universidade de Genebra, em trabalho datado de 1950, com base na realidade da época, já previa as profundas alterações sociais decorrentes da tecnologia, chamada por ele de terceira revolução industrial:

Se já temos denominado ‘segunda’ revolução industrial é porque este último termo supõe uma idéia de finalidade e resulta provável que esta segunda revolução será seguida de uma terceira, a qual, como é fácil prever, será produzida pelo emprego da energia nuclear, pela eletrônica e pela cibernética. Isso permitirá reduzir ainda mais o preço da energia, trabalhar com maior velocidade e completar as máquinas atuais que são, principalmente, meios de ação com outros instrumentos capazes, em certos limites, de percepção e decisão. (apud DOTTI, 1980, p. 27)

Toda essa tecnologia não ficou restrita ao campo militar e, aos poucos, chegou à vida civil. São exemplos dessa realidade o computador, utilizado no início para cálculos de mísseis, e também a Internet, inicialmente com o nome de Arphanet para comunicações militares.

É difícil encontrar hoje quem não conheça ou tenha alguém que possui um celular, cartão bancário ou ainda acesse a internet. Interessante observar é que, com a modernidade, a exposição de fatos da vida privada aumentou. Um dos exemplos dessa constatação é o número crescente número de sites pessoais, conhecidos como blogs, contas em sites de relacionamento e os inúmeros cadastros que são colocados a usuários para obtenção de serviços, produtos ou vantagens.

Toda essa evolução tecnológica, aliada à adesão maciça das pessoas à ela, trouxe profundas mudanças de hábitos, valores e conceitos nos trazem a necessidade repensar e rediscutir certos direitos perante os tempos modernos.

4. O CORREIO ELETRÔNICO

O correio eletrônico ou e-mail é definido por SAWAYA (2003, p.158) como:

Electronic mail (e-mail) – *correio eletrônico*. (1) Comunicação de algum tipo de escrita, com envio e recepção usando computador. (2) Sistema de computação que permite a troca de mensagens mediante o uso de modem.

Dá-se o nome de e-mail corporativo aquele correio eletrônico utilizado pelo empregado no desempenho de suas atividades profissionais para o empregador. Normalmente o correio eletrônico, fornecido ao funcionário após a contratação e suspenso com a demissão, contém ou faz referência ao nome da empresa e guarda semelhança ao site da mesma, a exemplo, respectivamente, vendas@empresa.com e www.empresa.com.

O uso do e-mail para fins corporativos difundiu-se em pouco tempo dada a eficiência na comunicação entre funcionários, possibilidade de realizar negócios eletronicamente com outras empresas, em especial fornecedores e clientes, emitindo pedidos conforme a demanda, reduzindo a necessidade de grandes estoques e aumento da eficiência. (TANENBAUM, 2003, p. 22)

Os dados recentes demonstram a relevância da discussão do tema. Estudos recentes apontam que 92% das empresas brasileiras possuem acesso à internet sendo que, desse grupo, 99% utilizam a rede para o envio ou recebimento de e-mails (CGI, 2007, p.50).

Porém, se não empregado corretamente, a utilização incorreta pode implicar na perda de clientes, credibilidade da empresa junto ao mercado, além de inúmeros prejuízos financeiros.

Dentro dessa informatização das atividades empresariais surge o questionamento acerca do liame tênue entre o espaço público e privado no ambiente de trabalho, ou seja, em quais casos, forma, circunstâncias e conseqüências do acesso pelo empregador ao espaço digital destinado ao empregado.

4.1. O acesso do e-mail corporativo pelo empregador

Seria prematuro discutir a possibilidade do acesso ao e-mail corporativo pelo empregador sem antes abordarmos a polêmica acerca da possível inviolabilidade da informação contida nos correios eletrônicos.

Assim preleciona o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (art. 5º, XII, Constituição Federal).

A forma com a qual foi redigido o dispositivo supracitado suscita divergências quanto à extensão dessa proteção constitucional.

Há quem sustente, entre eles Moraes (2005, p.54) e Streck (2001, p. 139), que a expressão “de dados e das comunicações telefônicas” constitui uma unidade em função da conjunção aditiva “e” e, conseqüentemente, seria passível de interceptação.

De outro lado, juntamente com Vicente Greco Filho e Antônio Magalhães Gomes Filho, entende-se que a possibilidade de interceptação refere-se somente ao telefone, mesmo

após o advento da Lei 9296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas), que estendeu no art. 1º, parágrafo único, a aplicação de seus dispositivos à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática. (apud 2009, AQUINO).

Para AQUINO (2009, AQUINO) a interceptação dos correios eletrônicos só é possível quando há resultado, ou seja, sobram resquícios passíveis de busca e apreensão, como no caso em que o usuário acessa suas mensagens a partir do próprio provedor de serviços. Na circunstância em tela as mensagens não são transferidas para o computador do usuário e permanecem nos servidores que oferecem provedor de serviços de correio eletrônico.

Do ponto de vista teleológico e somente em último caso é inquestionável que os dispositivos informáticos sejam passíveis de interceptação pois preservar a privacidade em detrimento impunidade não constitui medida de justiça. Contudo, sob o prisma de uma interpretação histórica, verifica-se que a informática não era tão evoluída assim como as conseqüências dela decorrentes no cotidiano da sociedade a ponto de levar os legisladores de 88 e 96 a contemplar a violabilidade dos dados tal qual o telefone.

Ilustra essa afirmação o fato de que a Internet no Brasil estava no início para finalidades acadêmicas. A grande parte da população passou a conhecer e ter os primeiros contatos somente a partir de 1996 quando surgem diversos provedores de acesso no país, assim como grandes portais de conteúdo e comércio eletrônico.

Corroborando ainda essa posição, uma interpretação técnica-legislativa leva a acreditar que se o intuito fosse contemplar meios telefônicos e informáticos a forma de elaboração do dispositivo seria diversa daquela exposta na Carta Magna.

Aplicando-se a discussão dos conceitos ora expostos à problemática do presente trabalho, verifica-se que, independente da posição adotada, não há que se falar na privacidade nos e-mails corporativos pois estes são instrumentos fornecidos com o objetivo exclusivo de facilitar o desempenho das atividades do funcionário do exercício efetivo de suas atribuições. Justificamos nossa posição fazendo uma analogia ao uniforme. Se um funcionário após o expediente passa a freqüentar bares, prostíbulos ou outros locais desabonadores com o uniforme da empresa, com toda certeza boa parte das pessoas que o vissem associariam a postura desse profissional com a imagem da empresa, diminuindo sua credibilidade e, provavelmente, afastando potenciais clientes. Poder-se-ia contra-argumentar que as atividades pós-trabalho nada têm a ver com sua capacidade profissional, porém este não é o juízo subjetivo que a maioria das pessoas fazem.

O mesmo raciocínio segue para o e-mail. Ao permitir que o funcionário utilize-o com finalidade diversa da profissional, além de poder ser responsabilizado objetivamente por algum dano ou crime praticado por conteúdo disseminado via correio eletrônico corporativo, a empresa coloca sua credibilidade em risco.

Outra razão para sustentar tal posição está no fato de que o empregador, no exercício de sua atividade empresarial, assume os riscos da atividade econômica e, detendo o poder diretivo, tem a faculdade de instituir mecanismos para vigiar e controlar o cumprimento das obrigações conferidas a seus empregados.

Há aqueles que, em sentido contrário, sustentam tal violação como prática ilegal.

Nesse sentido argumenta Moraes e SILVA NETO (2001, p. 26):

Mas será que esta ostensiva vigilância sobre seus empregados as beneficiará? Cremos que não. Afinal, trabalhar num lugar onde os e-mails são violados, as navegações na web monitoradas e câmeras vigiam todos os movimentos de todos que se encontram em seus recintos, mais se assemelha à situação de um prisioneiro em um campo de concentração do que a de um funcionário em seu ambiente de trabalho.

Contudo, em consonância com nosso entendimento, a jurisprudência trabalhista têm-se posicionado não só favorável a fiscalização do e-mail corporativo como também reconhecendo seu mau uso como motivo passível da justa causa:

Despedida por justa causa. Mau procedimento. Uso indevido de correio eletrônico. Quando se caracteriza. Prova que evidencia a utilização do e-mail funcional, pelo empregado, para difundir informações tendentes a denegrir a imagem da empregadora. Constitui justa causa para a despedida o uso indevido do correio eletrônico fornecido pelo empregador, não se podendo cogitar de infração ao disposto no artigo 5º, inciso XII da CF, já que o serviço de “e-mail” é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional. Sentença mantida. (TST/RS,2008)

JUSTA CAUSA CONFIGURADA. USO INDEVIDO DE CORREIO ELETRÔNICO. Considerando que os equipamentos de informática, bem como a rede interna de comunicação das empresas são disponibilizados aos seus empregados com a finalidade única de atender às suas atividades laborais, e tendo sido devidamente comprovada a utilização destes pelo empregado para transmissão de imagens de cunho pornográfico, o que constitui falta gravíssima, correta a aplicação da pena máxima, com enquadramento no art. 482, 'b' e 'h' da CLT. Recurso improvido por unanimidade.(TST/MS, 2007)

Em certo momento, pode-se pensar que não foi considerado nessa análise o direito constitucional à intimidade e à privacidade, previstos nos art. 5º, X da Constituição Federal. É importante ressaltar que só poderíamos falar em violação de privacidade se o e-mail não fosse profissional, ou seja, o particular e também se a política de acesso tolerar o uso da rede para fins pessoais, observado os limites da razoabilidade e sem causar prejuízos ao empregador.

A solução para evitar constrangimentos desnecessários ao empregado e prejuízos pelo uso indevido dessa ferramenta de trabalho está na existência de uma política de acesso e utilização do correio eletrônico clara, incluindo eventuais sanções pelo descumprimento

que podem até culminar na demissão por justa causa, conforme já demonstrado anteriormente.

5. Conclusão

O avanço da tecnologia coloca a cada dia novos desafios a serem discutidos pelo direito. Embora seja ainda um tema polêmico, pois envolve a delicada questão da privacidade, direito tão relativizado nos dias atuais, o estudo aprofundado do e-mail corporativo não deixa dúvidas de que, por pertencer ao empregador, pode ser objeto de monitoramento.

Verifica-se que tal evolução tecnológica poderá impulsionar, por sua vez, a atualização da legislação atinente à relação de trabalho. Inexistindo tal adequação, por enquanto, entende-se que o melhor caminho seja a existência de uma política de uso da internet e e-mail corporativo.

Por fim, conclui-se que a inevitável evolução tecnológica traz reflexos diretos à sociedade. Isso exige cada vez mais preparação do Estado para lidar com essas questões. A discussão exaustiva, como a proposta no presente trabalho é a primeira etapa na busca de soluções justas aos conflitos da vida moderna.

Referências Bibliográficas

AQUINO, Rogério Augusto Ramalho de. **Teoria do resultado das comunicações e a interceptação da comunicação de dados**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 06 de abril de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

Laurant, Cédric (Coord). **Privacy and Human Rights 2003: Overview**. Privacy Internacional, 2003. Disponível em:

[g/survey/phr2003/overview.htm#Defining%20Privacy](http://www.privacyinternational.org/survey/phr2003/overview.htm#Defining%20Privacy)>. Acesso em 12 fev. 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. **A dignidade e o rompimento de privacidade**. In: MARTINS, Ives Gandra Filho; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). **Direito à Privacidade**. Aparecida: Idéias & Letras, 2005.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas no Brasil, 2004. Disponível em:

[p](http://www.unhcr.org/refugees/refugees.html)>. Acesso em: Acesso em 12 fev. 2008

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República, Lisboa, 12 ago. 2005. Disponível em: < http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/267050D0-0734-4E4C-83BD-779FEC5A6AAC/0/CRP_Revisao2005.pdf>. Acesso em 12 fev. 2008.

Espanha. **Constitución Española**. Congreso de los Diputados, Madrid, 2003. Disponível em:

cons]_espa.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2008.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptações Telefônicas**. Lorena: Stiliano, 2000.

CHILE. **Constitución Política de La República de Chile**. Cámara de Diputados, Valparaiso, 2007. Disponível em:

constitucion/contitucion_politica.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2008

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ALONSO, Felix Ruiz. **Conceitual: Privacidade e antropológia**. In: MARTINS, Ives Gandra Filho; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.).

MORAES, Alexandre Moraes. **Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de Informática & Internet**. 3. ed. São Paulo: Nobel: 2003.

TANENBAUM, Andrew S. **Rede de computadores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

MORAES, Amaro; NETO, Silva. **Privacidade na Internet**. São Paulo: Edipro, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[1] Forma de direito construído através das decisões de tribunais. Predominante nos países de colonização inglesa.

[2] Transcrição do texto original: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

[3] Transcrição do texto original: **Artículo 18**. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[4] Transcrição do texto original: Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: **4°.**- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; **5°.**- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

CRIMINOLOGIA: TRANSTORNOS NEUROPSÍQUICOS E IMPUTABILIDADE PENAL

CRIMINOLOGY: NEUROPSYCHOSIS DISORDER AND PENAL IMPUTABILITY

Vilson Aparecido Disposti

RESUMO

O artigo analisa a violação do princípio da culpabilidade, sustentáculo basilar do Direito Penal, que estruturado sob os demais princípios do Estado Democrático de Direito, deve projetar um Direito Penal mínimo e garantista. Entretanto, a proteção formal dos direitos e garantias individuais, no âmbito constitucional penal, não tem sido suficiente para se assegurar o jus libertatis do cidadão em conflito com o jus puniendi do Estado. A culpabilidade que fundamenta a aplicação da pena e limita a intervenção punitiva estatal, faculta ao magistrado individualizar a resposta penal de acordo com o necessário e o suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Porém, no Código Penal de 1940 encontram-se conceitos que não correspondem à realidade científica das psicopatologias identificadas e classificadas pela Criminologia moderna. Diferente da lei penal europeia, o Código Penal brasileiro está aprisionado em seu hermetismo dogmático refletindo ainda, o reducionismo da Psiquiatria biofísica do século XIX. Esse isolamento inoculou na cultura jurídica criminal, acanhada visão das psicopatologias, que acrescido do mecanicismo da prática processual, afasta a justiça criminal de reconhecer os transtornos neuropsíquicos. É necessário que o Direito Penal brasileiro se abra à interdisciplinaridade da moderna Criminologia para adequar a sua resposta penal ao complexo fenômeno do crime.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINOLOGIA. TRANSTORNOS PSÍQUICOS. TRANSTORNOS NEUROPSÍQUICOS. TOC-TRANSTORNO OBSESSIVO-COMPULSIVO. TRANSTORNO BIPOLAR, TRANSTORNO DA DROGADIÇÃO. KLEPTOMANIA. IMPUTABILIDADE. CULPABILIDADE. MEDIDA DE SEGURANÇA NÃO DETENTIVA.

ABSTRACT

This article examines the violation of the principle of culpability, “nulla poena sine culpa”, basic cornerstone of criminal law, under which that structured under the other principles of the democratic state of law, shall project a minimum and guaranteed Criminal Law. However, the formal protection of rights and individual guarantees, in the constitutional-criminal, has not been sufficient to ensure the citizen “Jus Libertatis” against the State “Jus Puniendi”. The culpability that justifies the imposition of sentences and limits the punitive intervention of the State provides the judge, to individualize the criminal response according to the necessary and the sufficient to the

reprobation and prevention of crime. However, in the Criminal Code of 1940 are aimed, concepts do not match the reality of scientific psychopathology identified and classified by modern Criminology. Different the criminal codes of Europe, the Brazilian Penal Code remaining trapped in his hermeticism dogmatic, still reflecting the reductionism of the biophysical psychiatry of the nineteenth century. This isolates the legal culture of psychopathology cramped vision, plus the mechanism of procedural practice. This, prevent the criminal justice neuropsychosis to recognize the inconvenience. It is necessary for Brazilian Criminal Law is open to interdisciplinarity of modern Criminology to bring its criminal response to the complex phenomenon of crime.

KEYWORDS: CRIMINOLOGY. MENTAL DISORDERS. NEUROPSYCHO DISORDERS. OCD-OBSESSIVE-COMPULSIVE DISORDER. BIPOLAR DISORDER, DISORDER OF DRUG ADDICTION. KLEPTOMANIA. IMPUTABILITY. CULPABILITY. SECURITY MEASURE NON DETENTIVE.

O artigo analisa a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Proclamado no artigo 1º, III da Constituição Federal, dele se extrai o dogma da culpabilidade, *nulla poena sine culpa*, sustentáculo do Direito Penal, que estruturado sob os demais princípios do Estado Democrático de Direito, deve projetar um Direito Penal mínimo e garantista.

Entretanto, a proteção formal dos direitos e garantias individuais, no âmbito constitucional, não tem sido suficiente para se assegurar o *jus libertatis* do cidadão em conflito com o *jus puniendi* do Estado.

A culpabilidade que fundamenta a aplicação da pena e limita a intervenção punitiva estatal, encontra-se positivada no artigo 59 do CP. Essa norma faculta ao magistrado, no momento de fixar a pena, o dever de atentar para a culpabilidade, a personalidade do agente e as demais circunstâncias do crime, para individualizar a resposta penal de acordo com o necessário, o suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Porém, o Código Penal de 1940, sem conceituar a culpabilidade e a imputabilidade, preferiu relacionar as causas que a exclui ou diminui. No artigo 26 caput e parágrafo único, estão objetivados conceitos como “doença mental e perturbação da saúde mental”, cujas expressões, desde há muito, não correspondem à realidade das psicopatologias estudadas e classificadas pela Neuropsiquiatria. Enquanto a Criminologia vem possibilitando o exame do delito como fenômeno real, considerando-o como infração individual e acontecimento social, analisando o infrator em sua complexidade bio-psico-social (MOLINA; 2008).

Quanto às causas de exclusão e diminuição da imputabilidade penal, decorrentes das anomalias psíquicas ou neuropsíquicas, os códigos penais europeus, como o alemão, espanhol e português acolheram os preceitos da Criminologia moderna, adequando-se à nova ordem científica. Entretanto, o Código Penal brasileiro aprisionado em seu hermetismo dogmático, segue alheio à Criminologia. Por isso, reflete ainda os conhecimentos reducionistas e ultrapassados da Psiquiatria somática do século XIX, que

se fundamentava apenas no organicismo biológico, deixando à margem o psiquismo humano.

O isolamento científico do Direito Penal pátrio tem inoculado na cultura jurídica brasileira, acanhada visão das psicopatologias que, acrescido ao mecanicismo da prática processual, tem levado os operadores da Justiça Criminal a não reconhecerem a semi-imputabilidade decorrente de desordens neuropsíquicas.

Alguns transtornos da ansiedade se destacam por sua delictogênese como o TOC- transtorno obsessivo-compulsivo, transtorno bipolar, cleptomania, piromania, transtorno devido ao uso de substâncias psicotrópicas e outros. Embora tais anomalias não retirem a capacidade intelectual do agente, afetam a autodeterminação, o que os coloca na zona fronteira entre os imputáveis e inimputáveis penalmente, portanto, semi-imputáveis.

O Código de Processo Penal, entre os artigos 149 e 154, disciplina o Incidente de Insanidade Mental. Porém, nem mesmo a defesa dele se vale para investigar a insanidade psíquica do acusado, a fim de lhe proporcionar justo tratamento jurídico. O reconhecimento da semi-imputabilidade, oriunda dos transtornos mencionados, possibilitaria ao juiz, no momento de aplicar a pena, substituí-la por medida de segurança não detentiva, consistente no tratamento médico especializado previsto no artigo 98 do CP.

Para melhor compreensão do hermetismo do Direito Penal Brasileiro, no que diz respeito à subjetividade do agente, é interessante uma análise do Direito Penal alemão, espanhol e português. Este estudo comparativo demonstra a necessidade de o Direito Penal brasileiro abrir-se à interdisciplinaridade da Criminologia, bem como, coordenar ações de Política Criminal, para dar respostas mais adequadas ao complexo fenômeno do crime.

A Imputabilidade Penal e a Criminologia

A imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, a qual se fundamenta na capacidade do autor de compreender a ilicitude do fato e determinar sua vontade, segundo essa compreensão. (WELZEL, 1997).. Portanto, reprovável é o fato praticado pelo agente imputável que reúne condições pessoais para saber que a sua ação era proibida e que poderia ter agido de acordo com a lei. É o que a Doutrina denomina tecnicamente de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Porém, ao tratar da imputabilidade o Código Penal, preferiu apresentá-la negativamente ao relacionar as causas que a exclui, como se vê a seguir, no caput do artigo 26 do CP:

É isento de pena o agente que, por “doença mental” ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL 2009, p.283).

O elemento subjetivo doença mental empregado no artigo em referência, corresponde às patologias orgânicas. Porém, tal expressão é extremamente limitante, considerando-se que a Criminologia integrada da Psiquiatria Criminal, não se ocupa apenas das enfermidades mentais de base biofísica, mas também daquelas caracterizadas puramente por reações comportamentais anormais, detectando que muitos infratores apresentam anomalias psíquicas mais importantes que as anatômicas para explicar a gênese do comportamento criminal. (CONDE, 2008).

No âmbito penal reconhece Reale Júnior (2002), que o termo “doença mental” revela-se a plena razão de não pretender o legislador referir às doenças mentais, considerando-se as variadas classificações apresentadas por psiquiatras como KURT SCHNEIDER FERRIO, BIONDI e outras que se acresceram ao longo dos anos.

Para o ordenamento penal pátrio (CP, art. 26) inimputável é o portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado que o impede plenamente de compreender o caráter criminoso fato e agir segundo esse entendimento, enquanto os semi-imputáveis são infratores vitimados pela “perturbação da saúde mental” em face de reduzida capacidade intelectual e volitiva:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de “perturbação de saúde mental” ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2009, p.283)

A norma penal, ao se referir à *perturbação da saúde mental* revela um sentido de alteração do psiquismo humano diverso da *doença mental* de base puramente biológica. A perturbação da saúde mental converteu-se no conceito de *psicopatia*, utilizado pela Psiquiatria moderna para explicar todos os comportamentos anômalos que abrangem os transtornos psíquicos e neuropsíquicos que violam os padrões sociais e a lei penal. (CONDE, 2008).

O Código Penal, em seu artigo 18, considera crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. “Só a conduta baseada na vontade é penalmente relevante.”(MAURACH, 1994, p. 242). Para a doutrina penal, dolo é a vontade de agir, orientada para a realização do tipo de um delito. “Pelo que, toda ação consciente é conduzida pela decisão de agir, dividindo-se no momento intelectual e volitivo. A conjugação desses dois momentos configura uma ação típica real formando o dolo”. (WELZEL, 1997, p. 77).

A síntese analítica da dogmática penal acerca da imputabilidade da conduta humana evidencia a polarização do Direito Penal na proteção do bem jurídico, enquanto a subjetividade do comportamento humano se encontra enclausurada na objetivação normativa do dolo. “O direito vigente só conhece uma individualização semelhante no nível da aplicação judicial da pena e não para a fundamentação da culpabilidade”. (MAURACH, 1994, p. 517). No direito penal pátrio, essa individualização se dá apenas no momento da fixação da pena, prevista no artigo 59 do CP.

A cultura tradicional, via regra, concebe o direito como instrumento de preservação e contenção social. Há que se despertar o potencial ético e transformador do fenômeno jurídico, cabendo aos operadores do direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores. (PIOVESAN, 2008, p. 208).

Para o Direito Penal, ciência do dever ser, o delito tem natureza formal e normativa e por isso compreende apenas parcialmente a realidade, por meio de critério valorativo. Em razão disso, o jurista trata o fato criminoso como abstração, não de forma direta ou imediata, mas por meio da figura típica da norma. Embora, “os fins imediatos do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos do homem e da comunidade”. (DOTTI, 2002, p. 48).

Todavia, o Direito Penal não basta a si mesmo e para explicar a vontade humana, que é adotada como fundamento do dolo. Roxin destaca que: “O Direito Penal moderno, não pode ser refratário à contribuição das demais ciências, cujo saber interdisciplinar deveria integrar uma ciência global de Direito Penal”. (1997, p.47).

Nota-se que a doutrina penal de Roxin guarda estreita sintonia com a Criminologia que é a ciência do ser e se ocupa com a “imagem global do fato e do seu autor” (MOLINA, 2008, p. 68), qual seja, a etiologia do fato real, sua estrutura interna e dinâmica, formas de manifestação, técnicas de prevenção do mesmo e programas de intervenção no infrator.

A dogmática normativa penal marcada pelo seu isolamento científico implica na limitação de suas funções precípua e resulta na ineficácia da aplicação da pena, na não prevenção ao crime e, principalmente, no desrespeito ao direito de liberdade.

Dá a importância que, para evitar a cegueira frente à realidade que muitas vezes tem a regulação jurídica o saber normativo, ou seja, o jurídico, deva ir sempre acompanhado, apoiado e ilustrado pelo saber empírico, isto é, pelo conhecimento da realidade informado pela Sociologia, Psicologia, Antropologia ou qualquer outra ciência, de caráter não jurídico, que se ocupe de estudar a realidade do comportamento humano em sociedade. (CONDE, 2008, p. 5).

Contra-pondo-se à teoria do finalismo penal, Iris Oldano (1998) argumenta que as necessidades humanas se manifestam como desejos e tendências, motivam e regulam a atividade do homem, para o qual é necessário que conte com o objetivo que o impulse em alguma direção e o motivo é o que lhe dirige a atuação, a fim de satisfazer uma necessidade. Mas, não se deve confundir finalidade delitiva como motivação criminal. Um mesmo motivo pode levar a atuar com fins distintos, o significado da ação é dado pelo motivo e não pela finalidade.

Desse modo, o ato de subtrair coisa alheia tem, para o Direito Penal, característica meramente patrimonial. No entanto, para a Criminologia, possui um significado muito mais amplo porque analisa o conteúdo biológico e psicológico da conduta, no contexto social e comunitário do problema. Nesse aspecto, ressalta Pablos de Molina:

Do mesmo modo que um diagnóstico psiquiátrico diferencial, a Criminologia obriga a distinguir (ainda que juridicamente se trate de infrações patrimoniais, em todos os casos) o furto que comete o ancião por razão de sua demência, do que comete o neurótico em uma crise de ansiedade ou o cleptomaníaco, porque não controla os seus impulsos ou o feticista, por motivações sexuais, ou o oligofrênico, como consequência de seu retardo mental, ou o drogado, para financiar seu consumo, ou quem padece de um transtorno anti-social da personalidade, como consequência de sua psicopatologia ou uma psicose maníaca depressiva. O furto, em cada caso, tem um significado distinto. (2008, p. 68).

Para contextualizar a semi-imputabilidade, decorrente dos transtornos psíquicos e neuropsíquicos, foram examinados até aqui os preceitos da Ciência Penal e alguns fundamentos da Criminologia. Porém, para melhor compreensão do tema, se impõe a análise de algumas das psicopatologias que podem levar determinadas pessoas a romperem com os padrões sociais ou agirem contra o ordenamento penal.

Transtornos de ansiedade e transtornos do comportamento

Jung (apud PALMER, 1997), ensina que no indivíduo existem lutas internas, seja em torno de suas características pessoais que prefere ocultar valores que considera incompatíveis com sua personalidade pública, ou seja, como padrões emocionais ou comportamentais inconscientes masculinos ou femininos. É o que a psicanálise de Jung denomina de “individualização”, alertando que se trata de um processo difícil, doloroso e, por vezes, perigoso, porque nesse caso pode ser autodestrutível.

Naturalmente, esse processo é permeado por conflitos e desejos que geram ansiedades de variáveis níveis. A ansiedade é um estado emocional com componentes psicológicos e fisiológicos, que faz parte do espectro normal das experiências humanas, sendo propulsora do desempenho. A ansiedade seqüestra o intelecto e passa a ser patológica quando é desproporcional à situação que a desencadeia, ou quando não existe um objeto específico ao qual se direcione. Os transtornos de ansiedade estão entre os transtornos psiquiátricos mais frequentes na população. (GOLEMAN, 2001).

Na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (MANUAL-CID-10, USP, 2006), alusiva à Psiquiatria e Neurologia relacionada com os transtornos vinculados à ansiedade, destacamos aqueles que podem impulsionar comportamentos incriminados, como: o Toc-Transtorno obsessivo compulsivo, Transtornos afetivo bipolar, Transtornos devidos ao uso de drogas, Transtornos dos hábitos e dos impulsos, que subdivide em cleptomania, piromania entre outros. Essas psicopatologias disparam intrincados mecanismos neuropsíquicos no indivíduo que podem levá-lo à realização de instintos e desejos reprimidos. A Neurociência defende que tais anomalias se devem ao desequilíbrio neurobioquímico.

A angústia constitui o núcleo fundamental dos transtornos da ansiedade ou neuroses, (exceto nas neuroses obsessivas), a partir do qual emergem outros fenômenos psicopatológicos: irritabilidade, fobias inquietude, déficit de atenção e concentração. Nas neuroses obsessivas, a tristeza, o sentimento de culpa e a dúvida, prevalece como sentimentos nucleares do quadro. A personalidade do neurótico exhibe alguns traços significativos. O neurótico tem um mau controle de sua vida instintiva, pelo que está submetido a uma luta impulsional que lhe acarreta penosas tensões internas. (MOLINA, 2008, p. 266).

TOC - Transtorno Obsessivo-Compulsivo

A Organização Mundial de Saúde-OMS, conceitua o TOC- Transtorno Obsessivo-Compulsivo, como uma *doença* na qual o indivíduo apresenta *obsessões* e *compulsões*, ou seja, sofre de idéias e *comportamentos* que podem parecer absurdas ou ridículas para a própria pessoa e para os outros e que, mesmo assim, são incontroláveis, repetitivas e persistentes. A pessoa é dominada por pensamentos desagradáveis e obsessivos com conteúdo sexual e trágico, entre outros que podem ser aliviados temporariamente por determinados comportamentos.

O transtorno obsessivo-compulsivo - TOC abrange sintomas que representam diversos domínios psicopatológicos. Estes sintomas incluem percepções, cognições (obsessões), emoções, dificuldades nos relacionamentos sociais e diversos comportamentos motores (compulsões). As obsessões são caracterizadas por idéias, pensamentos, impulsos ou imagens intrusivas e inadequadas que causam acentuada ansiedade ou sofrimento. As compulsões, por sua vez, são comportamentos repetitivos ou atos mentais cujo objetivo é reduzir a ansiedade ou sofrimento, ao invés de oferecer prazer ou gratificação, como no caso dos comportamentos impulsivos. (FERRÃO, 2007).

O TOC, particularmente em suas formas mais graves, cursa com elevado grau de sofrimento psíquico e comprometimento psicossocial, por vezes comparável ao da esquizofrenia. (LOPES, 2004)

Ana Beatriz Barbosa Silva, médica psiquiátrica, especializada em Medicina do Comportamento, ressalta que o TOC, seria provocado pela combinação de diversos fatores como a predisposição genética, situações de estresse, fatores neurobioquímicos e psicológicos entre outros.

O transtorno obsessivo-compulsivo (TOC) constitui, com certeza, um dos quadros mais intrigantes e desafiadores da psiquiatria e psicologia atuais. Ele se caracteriza pela presença de obsessões e ou compulsões. As obsessões seriam pensamentos ou idéias recorrentes de caráter intrusivo e desagradável que causam muita ansiedade. As compulsões, conhecidas popularmente como “manias”, são comportamentos, ações ou atitudes de aspecto repetitivo que a pessoa com TOC é levada a dotar em resposta a uma obsessão com o intuito de reduzir a ansiedade provocada por esta (BARBOSA, 2004, p. 23).

A Criminologia relaciona condutas impulsivas que tendem à violação das normas que tutelam a integridade corporal, liberdade sexual ou ainda delitos contra o patrimônio, como estelionatos e roubos. Os pacientes obsessivo-compulsivos sentem-se arrastados por uma força, pela sua inevitabilidade e pela impossibilidade de resistir aos sintomas, ainda que tentem. (DEL-PORTO, 2001). Nesse sentido, são significativos os fundamentos da Psiquiatria Criminal, como se pode observar:

Os transtornos neuróticos geralmente crônicos representam uma percentagem elevadíssima do total dos transtornos psiquiátricos. Pesquisas mais recente sugerem a existência de bases biológicas anômalas que explicariam a particular sensibilidade ou vulnerabilidade dos neuróticos. Segundo se infere as pessoas com ansiedade, com obsessões ou quadros conversivos, teriam um sistema de alarme hiperativado. Sua angústia seria gerada por um desequilíbrio neurobioquímico. (MOLINA, 2008, p. 231).

Se os transtornos dos impulsivos caracterizam-se por incapacidade de resistir a um impulso, ou tentação de realizar algum ato que é prejudicial ao próprio indivíduo ou aos outros é compreensível que a repetitividade de comportamentos incriminados representa o deságüe do psiquismo sob tormenta, o que explica a reincidência criminal quando não tratados.

Transtornos no controle dos impulsos - Cleptomania

A cleptomania caracteriza-se por uma dificuldade recorrente para resistir aos impulsos de furtar objetos que não são necessários para o uso pessoal do agente ou pelo seu valor monetário. O agente experimenta uma sensação crescente de tensão antes da subtração seguida de bem estar e alívio ou liberação uma vez consumada a subtração. (MOLINA, 2008).

Na cleptomania, a pessoa sente uma tensão crescente antes de cometer o furto e, no momento do ato em si, é tomada por uma sensação de prazer, alívio e gratificação. O cleptomaníaco não furta para acumular bens, tendo plena consciência de seus atos, porém sua vontade é engolfada pelos impulsos obsessivos (BARBOSA, 2004, p. 94-5).

A Criminologia conclui que o agente não furta para acumular bens, tendo plena consciência de seus atos, porém, sua vontade é engolfada pelos impulsos obsessivos. Sobre esse transtorno é exemplar o episódio que culminou na prisão do rabino Henry Sobel que, segundo os médicos que o examinaram, padecia de transtorno de ansiedade e uma dependência psicotrópica derivada da automedicação. É o que ele próprio relata em seu livro *Um homem. Um Rabino*.

Decidi dar uma volta em Palm Beach. Estacionei o carro junto ao centro comercial e fui olhar as lojas. Era meu último dia por lá e pensei em, talvez, comprar algo para Alisha ou para Amanda...Lembro-me que entrei em uma loja, saí...entrei na segunda e não me recordo de mais nada. Apenas de uma policial de bicicleta, que me abordou depois na avenida. A gravação da câmera de segurança, que mais tarde foi exibida na TV, revelou que eu apanhei quatro gravatas sobre o mostrador, pus no bolso e saí andando em direção ao carro. No total, as gravatas custavam perto de setecentos dólares, bem menos do que eu tinha comigo, três mil dólares [...]. Eles ouviram a minha história, e concluíram que eu tinha um problema de saúde; não um problema moral ou ético. Eu não era um ladrão de gravatas. Fui convencido, então, a ir até o Hospital Albert Einstein. Lá, fomos recebidos por um grupo de médicos, incluindo o presidente do hospital, Cláudio Lottemberg. O grupo convocou o neurologista Fernando Huck. E a decisão dos médicos foi taxativa: eu deveria me internar para desintoxicação (SOBEL, 2008, p. 232-37).

O transtorno do impulso, além da cleptomania, distingue também a ludopatia e a piromania que frequentemente levam o indivíduo ao conflito com o ordenamento penal.

Transtorno afetivo bipolar

O transtorno bipolar (TB) é uma doença crônica, recorrente e freqüente, que, além de potencialmente letal, pode ser tratada, mas não curada. Trata-se de uma patologia psiquiátrica complexa que envolve aspectos biológicos, psicológicos e sociais que se caracterizam por cursar com uma variabilidade de sintomas, elevada taxa de comorbidade com abuso ou dependência de substâncias, transtorno de ansiedade e outras doenças psiquiátricas e médicas sistêmicas. (MORENO, 2008).

Durante a fase maníaca do Transtorno bipolar, há euforia e irritabilidade, com manifestações de raiva, sentimento de pânico e desesperança; quanto à cognição, num estágio mais avançado, o pensamento é incoerente, com perda das associações, delírios bizarros e idiossincráticos, idéias de auto-referência, alucinações e desorientação temporoespacial; enquanto o comportamento é afetado por atividade psicomotora frenética e frequentemente bizarra. (HUPFELD MORENO, 2008, p. 158).

As disfunções na fisiologia levam às alterações comportamentais, como distúrbios de psicomotricidade, do impulso, dos ritmos biológicos, dos sistemas neuroendócrinos, além dos episódios do humor, dependência de drogas, suicídio e o comprometimento cognitivo. (MINATOGAWA; TUNG, apud MORENO, 2008).

No transtorno bipolar, a propensão criminógena se apresenta na fase maníaca, a qual como visto, caracteriza-se pela sintomatologia de euforia, irritabilidade, exaltação, incremento da atividade social, laboral, sexual, grande fluidez do pensamento, fuga de

idéias, loquacidade, sentimentos de grandeza, evidente auto estima, predisposição para empreender negócios de risco, atividades perigosas, gastos desmedidos, hiperatividade psicomotora. (MOLINA, 2008).

Transtorno devido ao uso de drogas

A OMS denomina todos os quadros relativos ao consumo de drogas de “Transtornos mentais e do comportamento devido ao uso de substâncias psicotrópicas”. Trata-se de comportamentos compulsivos e aditivos adotados em função de alguma gratificação emocional, como o alívio do desconforto psíquico causado por ansiedade ou angústia, o que leva à repetição da mesma conduta.

São relevantes os fatores hereditários como causa de dependências químicas, portanto, se deve falar, em nome do rigor lingüístico, de genética das condições de vulnerabilidade ou suscetibilidade. Os trajetos para a gênese do abuso ou dependência de álcool e outras drogas são múltiplos, compreendendo caminhos específicos para cada droga e outros gerais para todas as drogas: possivelmente os casos individuais sejam misturas, em variadas proporções. Além de trajetos gerais e específicos para a transmissão hereditária da vulnerabilidade ao abuso ou dependência de drogas, coexistem suscetibilidades comuns a diversos fenótipos da psiquiatria; em alguns casos, não é possível rejeitar a hipótese da transmissão de traço comum a todos os transtornos psiquiátricos. (MESSAS; VALLADA FILHO, 2009).

Como visto, os fatores genéticos surgem como prevalentes, como causa dos transtornos da dependência de drogas. Segundo Cabrera Fornero (apud MOLINA, 2008), a delictogênese induzida ou associada à droga, leva o indivíduo à criminalidade instrumental que se constitui das ações para a obtenção e o financiamento da droga. Essa delinquência instrumental é representada por um conjunto heterogêneo de crimes praticados pelo dependente químico, para a compra das drogas, como furtos, roubos, estelionatos, falsificações de receitas e outros.

O legislador, ao descrever o crime de porte de substâncias entorpecentes para o consumo pessoal, na nova Lei Antidrogas 11.343, de 23 de agosto de 2006, em seu artigo 28, revelou-se sensível à gênese psicopatológica dessa conduta, que a Criminologia, tem demonstrado cientificamente.

Acertadamente, a lei penal, dá adequada resposta ao usuário de drogas, ao não lhe impor pena privativa de liberdade, prevendo somente a aplicação de: “advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Entretanto, para o Direito Penal, crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, quer isolada ou cumulativa quer alternativamente com multa. Em razão disso, o artigo 28 é tecnicamente anômalo, porque é o único “crime” no Direito Penal pátrio, ao qual não se impõe pena privativa de liberdade. O Direito Penal se alinhado à Criminologia, bem poderia ter evitado esse imbróglie jurídico, se a dependência de drogas fosse tratada pela nova lei, sob a ótica da “semi-imputabilidade penal, decorrente do transtorno devido ao consumo de substâncias psicotrópicas” como demonstra a Criminologia, porque tais medidas poderiam ser adotadas em face do artigo 98 do Código Penal.

Individualização da Culpabilidade

Se o pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade, cujo elemento fundamental é a livre vontade, então a conduta incriminada decorrente de anomalia psíquica ou neuropsíquica, seguramente, não poderia ser considerada ação livre. A culpabilidade, nesses casos, merece a análise da Justiça Criminal, sob a ótica dos fundamentos científicos da Criminologia, para a garantia do jus libertatis proclamado na Constituição Federal, como direito fundamental da República e ensejar mínima visibilidade à cifra negra constituída por esse grupo de pessoas.

O Código Penal, embora arcaico e hermético, prevê importante solução para os casos de semi-imputabilidade no artigo 98 como visto. Considerando que essa norma faculta ao juiz, a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança não detentiva equivalente ao tratamento clínico.

“O Estado Moderno e o seu característico “monopólio da violência física”, legitima-se pela legalidade, fazendo com que o seu poder de castigar também encontre na legalidade a sua legitimação” (SANCHES, 2006, p. 149).

Como se vê, não há óbices técnicos para se reconhecer condutas perturbadas por desordens neuropsíquicas que violam a lei penal. Porém, os fatores impeditivos remetem para o fenômeno do etiquetamento ou controle social, que ainda hoje, fomenta o estereótipo do louco medieval na cultura popular, que lamentavelmente transcende para a cultura jurídica brasileira.

Esse grupo de infratores comportados, por fugir ao estereótipo da excentricidade comportamental, acaba despercebido pelo mecanicismo processual e é considerado imputável. Punindo-os com a pena privativa de liberdade a conduta psicopatológica que venha encontrar correlação com uma norma penal, o que basta ao Direito Penal para classificá-lo como fato típico e antijurídico. Enquanto a causa que motivou a conduta, segue sem identificação e ignorada pela Justiça Criminal, em razão do descompasso com a Criminologia. Nesses casos, geralmente, o próprio infrator também desconhece a gênese de sua habitualidade criminal que, resignado aceitou o estereótipo de criminoso. Assim, uma reposta penal inadequada agravará a sua psicopatologia, porque segue sem o tratamento médico especializado.

No Direito Penal, a tarefa da Criminologia é reduzida à explicação causal do comportamento criminoso, baseada na dupla hipótese do caráter complementar determinado do comportamento criminoso e da diferença fundamental entre os indivíduos criminosos e não criminosos (BARATTA, 1993. p. 43).

Se no processo penal, quanto às provas de autoria e materialidade do fato, o princípio objetivo da verdade real é imperativo, porque a verdade real subjetiva do infrator não deveria ser igualmente observada? O Direito Penal ao manter sua fixação na tutela do bem jurídico e na ordem pública, leva à responsabilidade penal objetiva, o que é inaceitável no Estado de Direito hodierno. “Se uma justiça penal completamente

com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade”. (FERRAJOLI, 2006, p. 282).

“No tratamento das causas de exclusão de culpabilidade, existem marcantes exemplos desta orientação que conduz à responsabilidade objetiva, como a doença mental e o distúrbio de consciência” (DOTTI, 2002, p.81).

O Tribunal Constitucional Federal alemão declara que o princípio da culpabilidade deriva não só dos princípios gerais do Estado de Direito material, senão ademais especificamente da obrigação de se respeitar à dignidade humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena (JAKOBS, 1996, p. 16).

A Criminologia no Direito Penal Europeu

As legislações penais estrangeiras vêm reformulando a positivação de antigos conceitos ao adotar novos preceitos da Criminologia, adequando-se, portanto, à nova ordem científica. No bojo das transformações sócio-econômicas dos países da Europa, na razão direta em que as fronteiras econômicas e políticas se apagam, as legislações dos países membros tendem a se equalizar. Nesse contexto, vêm promovendo o ajuste da lei penal de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais do homem, abraçados pela maioria dessas nações.

Ao sopro dessas transformações, foram atualizados os Códigos Penais de Portugal, Espanha e Alemanha. Veja-se a seguir, o que tais legislações dispõem sobre a o tema analisado nesse artigo.

O Código Penal lusitano, atualizado em 1995, em seu artigo 20º determina:

É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação. (DOTTI, 2002, p.412).

A Exposição de Motivos da Lei Orgânica número 10/1995, que se constitui no Código Penal espanhol, salienta que a Lei Penal deve tutelar os valores e os princípios básicos da convivência social e quando esses valores e princípios se modificam, a lei deve ser igualmente modificada. (PARLAMENTO ESPANHOL, 2009)

O Direito Penal espanhol avança, um pouco mais ao dispor em seu artigo 20 que estão isentos de responsabilidade criminal, aquele que ao tempo de cometer a infração, em decorrência de “qualquer anomalia ou alteração psíquica, não pode compreender a ilicitude do fato ou atuar em conformidade com essa compreensão”.

A inovação mais expressiva ainda, encontra-se no Código Penal alemão de 1871, reformado em 31.01.1998, dispondo no artigo 122: “Não será penalmente responsável quem no momento da ação dos fatos, padeça de um transtorno psíquico ou neuropsíquico que haja anulado seu discernimento ou o controle de seus atos” (ALEMANHA, Código penal, 1998).

É de se observar que a notável evolução do Direito Penal germânico, ao admitir os transtornos psíquicos e neuropsíquicos que tiram ou diminuem a capacidade de entender e querer do infrator, se liberou das limitações puramente organicistas da Psiquiatria biofísica. A esse respeito, veja-se a importante lição de Manuel da Costa Pinto:

A psiquiatria de hoje não é a mesma à qual Lacan se referiu. A tendência da psiquiatria atual chamada de biológica se caracteriza por ter seus fundamentos determinados por outras disciplinas científicas, principalmente a neurobiologia. Este novo modelo da psiquiatria critica os anteriores em seus métodos e os substitui por critérios estatísticos, excluindo os acontecimentos particulares da vida do sujeito na causação de seus transtornos (2007, pág. 352).

No Brasil, a Política Criminal é destituída de qualquer coordenação, razão pela qual, o Direito Penal é assinalado apenas por transformações pontuais para atender à demanda da expansão do Direito Penal, com a criminalização de novas condutas, que em regra, não encontra resistência social e política. Enquanto isso, os temas mais complexos são deixados à margem, como este que aqui relacionamos. Nem por isso, se deve descuidar que o comportamento humano, objeto fundamental do Direito Penal, merece ser considerado sob os postulados científicos da Criminologia. As ciências psi fruem de um momento auspicioso cientificamente, considerando-se a integração se seus conhecimentos sobre o fenômeno humano, portanto, é incompreensível a relutância do Direito Penal brasileiro, em abrir-se à Criminologia.

Faz se necessário à cultura jurídica tradicional aprimorar o conhecimento do Direito Internacional Público, em particular do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há que se romper a distância e o divórcio entre o Direito Internacional e o Direito Interno, notadamente quando se trata de direitos fundamentais. (PIOVESAN, 1999, p. 208)

A integração do Direito Penal inglês com a Psiquiatria proporciona um trabalho de melhor qualidade. Tal fato foi destaque na Revista Brasileira de Psiquiatria de outubro de 2003, como segue:

Enquanto no Brasil as abordagens psiquiátricas e a jurídica de um determinado comportamento delituoso de um indivíduo com transtorno psiquiátrico ainda necessitam de uma maior aproximação para proporcionar um trabalho mais integrado e,

conseqüentemente, de melhor qualidade, na Inglaterra a relação entre a Psiquiatria e Lei é tão imbricada que chega a tornar esmaecidos e pouco claros os limites de atuação de cada área. Esta indefinição dos limites de cada campo proporciona uma reflexão de alerta: ao mesmo tempo em que se torna necessária a construção de um relacionamento mais próximo entre Psiquiatria e Lei no Brasil, é igualmente importante ter clareza do alcance e, conseqüentemente, do limite de cada uma das abordagens. (ABDALLA-FILHO; ENGELHARDT, 2003, vol. 25, 4)

Violação da dignidade humana e da ampla defesa do acusado

O Código Processual Penal, artigo 149, preceitua que o “incidente de insanidade mental do acusado” possa ser determinado de ofício pelo juiz, ou requerido pelo Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado. No entanto na prática processual, somente ele é argüido quando o réu apresenta ostenta claras evidências de sua psicopatologia, como já relacionado.

A ausência dessa percepção tem inibido a instauração deste “incidente”, cuja ausência corresponde à franca exclusão de um direito ao acesso à ordem jurídica justa e, conseqüentemente afronta ao direito de ampla defesa e à dignidade da pessoa humana, para o triunfo da responsabilidade penal objetiva.

Se o substancialismo jurídico e o formalismo ético convergem desde o ponto de vista externo na deformação científica e na atribuição ideológica de valor ao direito penal vigente, as orientações substancialistas apresentam, desde o ponto de vista jurídico ou interno, o defeito último de conflitar com o princípio da estrita legalidade e de serem acordes com os sistemas autoritários de direito penal máximo. (FERRAJOLI, 2006, p. 345).

O reconhecimento judicial da semi-imputabilidade, associado ao princípio da finalidade da pena, levaria o juiz a aplicar a medida de segurança não detentiva, ou seja, remeteria o réu ao tratamento seu transtorno psíquico, em vez introduzi-lo no sistema penal.

É de se observar que, o acusado torturado psiquicamente por transtornos neuropsíquicos não detectados durante o processo, será considerado imputável, portanto, conduzido ao cárcere, se não fizer jus às penas substitutivas. Como já mencionado, nem sempre o infrator tem consciência de que seu comportamento é motivado por uma psicopatologia, o que lhe agravará a situação.

Marchewka (2003), ao discorrer sobre a questão do aprisionamento do juiz frente aos laudos psiquiátricos, coloca o direito penal no plano que afeta as garantias do homem: O verdadeiro criminoso seria conduzido à prática delituosa por causas biopsíquicas e,

como consequência desse determinismo criminológico a solução lógica seria buscar o seu tratamento, se possível preventivo e não seu castigo.

Nesse ponto, encontra-se a área de conflito entre o jus puniendi estatal, que instrumentalizado pelo Direito Penal, viola o jus libertatis do cidadão. “O princípio da dignidade humana incide diretamente sobre todas essas situações dramáticas, normalmente em tensão com o direito à liberdade e à vida biológica”. (VILHENA, 2006, p. 69). Igualmente, assinala ALEXY (2008, p. 94-5), que há “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado”.

Portanto, cumpre ao Estado Democrático de Direito velar efetivamente pelo respeito aos direitos individuais, notadamente a dignidade da pessoa humana, atentando-se para os princípios de um Direito Penal “garantista”. O garantismo, no Direito Penal é apresentado por Luigi Ferrajoli (2006), em defesa da efetivação do devido processo legal, como garantias das partes, essencialmente do acusado e como garantias do justo processo.

Considerações Finais

O Direito Penal ao emergir do Direito Público apresenta-se, no contexto do ordenamento jurídico, como instrumento do poder repressor do Estado, visando à tutela de bens jurídicos, a segurança de seus cidadãos e a preservação do próprio Estado, atento à manutenção da ordem pública via controle social.

Nesse contexto, o Positivismo Jurídico e o Liberalismo que marcam acentuadamente o Direito Penal brasileiro, impõem na Justiça Criminal resignada e cômoda cultura que segue refém do cientificismo e normativismo jurídicos, que o isolam da realidade social e dos anseios de justiça. Esse fenômeno tolhe a liberdade do julgador de decidir com equidade, sejam decisões condenatórias ou absolutórias, o que produz enorme frustração na sociedade por não compreender a reinante dicotomia entre o “justo” e o “legal” nos reiterados julgamentos que ferem a razoabilidade e o bom senso do cidadão mediano.

A entrega da prestação jurisdicional penal, que culmina com a sentença, é um momento em que o juiz, via de regra, se dá por satisfeito por ter aplicado a lei penal. Na cultura jurídico-penal brasileira blindada pela dogmática-penal, o julgador é dotado de um automatismo funcional da Justiça Criminal e significativo utilitarismo na preservação da ordem jurídica, dispensado que está de preocupar-se com a justiça. Se a decisão é legal é justa, ainda que não o seja. É a Lei!

A Justiça Criminal necessita adotar por meta política e social, o compromisso de velar pela garantia constitucional de acesso efetivo à Justiça, exigindo do intérprete e aplicador das normas do processo a atenção necessária e compatível com o sentido de ordem pública predominante, em tudo que diga respeito ao conflito entre o jus puniendi e o jus libertatis.

O Positivismo ora em crise, para não fugir ao controle científico que visa resguardar a Ciência do Direito, cuidou de objetivar até mesmo o que não é passível de objetivação. O dolo foi positivado como “vontade livre e consciente” de se produzir um resultado lesivo ao bem jurídico, base em que repousa a reprovabilidade do Estado, sobre o agente que assim agiu.

O que se desejou evidenciar, nessa pesquisa, foi a indiferença sistemática com que a Justiça Criminal brasileira trata a subjetividade do agente, especialmente dos semi-imputáveis, porque invisíveis.

Se a culpabilidade penal que recai sobre a conduta incriminada, encontra-se fundamentada na livre vontade humana e se as incidências dos transtornos psíquicos e neuropsíquicos recaem sobre a vontade do agente, essas anomalias do psiquismo merecem a consideração jurídico-penal. Posto que, a liberdade de ação não é plena, porque comprometida por perturbações que a depender de seu grau, o infrator não age, é atuado. Por isso, é indubitável o reconhecimento pela Justiça Criminal, da relevância da gênese criminógena dessas condutas. Portanto, é inadiável, a revisão e flexibilização, para que a função jurisdicional penal, como instrumental do direito material, não seja algoz dos direitos individuais e óbice ao acesso processo justo.

As ciências humanas projetam e dinamizam o saber sobre a realidade do ser e sua correlação com o meio social em que vive para melhor compreender a complexidade do ser humano.

A Criminologia estuda o fenômeno do crime, o psiquismo do criminoso e o contexto social em que o fenômeno do delito se manifesta, valendo-se da integração da Sociologia Criminal, Psicologia Criminal e Psiquiatria Criminal e demais ciências afins, como a Neurobiologia e a Psicanálise.

A conjunção dessas ciências revela a existência de um homem integral, por examiná-lo em sua dualidade física e psíquica, como realidade única. Assim, se faz necessário ampliar o alcance das teorias do Direito Penal em consonância com as outras ciências do homem e dar ao julgador a liberdade de decidir equitativamente já que auxiliado pelos peritos na análise fisiopsíquica do homem.

É imperioso o alinhamento do Direito Penal pátrio às bases científicas da Criminologia e ciências afins, como já o fizeram a maioria dos países comprometidos com a consolidação do Estado Democrático de Direito, em defesa dos Direitos Humanos, de que são exemplos as nações da Europa continental.

É indubitável, que se no processo penal vigora o princípio da verdade real, quanto à existência do crime e a prova de sua autoria, porque em jogo o direito à liberdade e os demais princípios que dele emerge. Pelo que, maior será a justificativa para se demandar à verdade real da pessoa humana, cuja conduta é conflitante com a lei penal.

REFERÊNCIAS

ABDALLA FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. A prática da psiquiatria forense na Inglaterra e no Brasil: uma breve comparação Revista Brasileira de Psiquiatria. V. vol. 25, n. 4, São Paulo, out. 2003.

ALEXY, Robert. Teorias dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

BRASIL. Código Penal, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Processual Penal, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CÓDIGO. penal Alemán. Trad. Claudia Lopes Diaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. Disponível em: <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

CÓDIGO penal. Ley organica 10/1995, de 23 de noviembre, del CODIGO PENAL, Madrid, 23 Nov. 1995. Disponível em: <<http://www.derecho.com/l/boe/ley-organica-10-1995-codigo-penal/>> Acesso em: 24 ago. 2008.

DEL PORTO, Alberto. Epidemiologia e aspectos transculturais do transtorno obsessivo-compulsivo. Revista Brasileira de Psiquiatria, 2004, n. 26, p.62-6.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CONDE, Francisco Munhoz; HASSEMER, Winfried. Introdução à Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRÃO, Ygor Arzeno. Revista Brasileira de Psiquiatria. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v29s2/art5.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2009

FOUCAULT, Michel. Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GOLEMAN, Daniel. Inteligência emocional. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

- JAKOBS, Günther. Fundamentos del derecho penal. Buenos Aires: LAF; 1996.
- OLDANO, Iris. Criminologia Agressividade y Delincuencia. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.
- MARCHEWKA, T. M. N. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito UPIS, Brasília: n.1, 97-111, jan. 2003. Disponível em: <http://www.upis.br/revistadireito/rev_dir_voll.pdf#page=97> Acesso em: 26 set. 2008.
- MAURACH, Reinhart. Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- PALMER, Michael. Freud e Jung. São Paulo, Editora: Loyola, 2001.
- MOLINA, Antonio García-Pablos; Luiz Flávio Gomes. Criminologia. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MORENO, Ricardo Alberto; HUPFELD, Dóris (orgs.). Da Psicose Maníaco-Depressiva ao Espectro Bipolar. 3. ed. São Paulo: Segmento Fama, 2008.
- PINTO, Manuel Costa. Psicanálise: o pensamento de Freud, Jung, Melaine Klein, Lacan, Winnicott e outros. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- REALE-JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos: La Estructura de la teoria del delito. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra *Naspolini*. O sistema penal como objeto de estudo da criminologia crítica. Revista de mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba, Araçatuba, v. 6, n. 1, p. 146-171, 2006.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentas inquietas. 34. ed. São Paulo: Gente, 2003.
- _____. Mentas & manias. 2. ed. São Paulo: Gente, 2004.
- SOBEL, Henry I. Um homem. Um rabino. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

2 O autor assim define a imputabilidade: “Imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, según ello, capacidad de comprender lo injusto del hecho, y de determinar la voluntad conforme a esta comprensión [...]La comprensión que la esencia da la culpabilidad reside en la “reprochabilidad” (en el “poder en lugar de ello” del autor en relación a su

estructuración antijurídica de la voluntad) ha sido el resultado de un largo proceso de desarrollo”. (WELZEL, 1997, p.182).

Teoria da Sociologia Criminal, que se refere ao labelling approach traduzida por etiquetamento, rotulação ou reação social, defendida por Howard Becker e Erving Goffman, no sentido de que os grupos sociais criam os desvios, ao fazerem as regras cuja infração constitui o desvio e ao aplicarem tais regras a certas pessoas em particular, qualificam-nas como criminosas.

El Tribunal Constitucional Federal alemán deriva el principio de culpabilidad no solo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena. (Tradução livre).

El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse. Se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial mesura el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos. (tradução livre)

Ley Organica 10/1995 – El Código Penal de España - Artículo – 20 Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. (Tradução livre)

Código Penal Alemán de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, traducido por Claudia López Díaz: Artículo 122-1:

No será penalmente responsable quien, en el momento de la comisión de los hechos, padezca un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya anulado su discernimiento o el control de sus actos. Quien esté aquejado, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya alterado su discernimiento o dificultado el control de sus actos seguirá siendo punible; sin embargo, el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta esta circunstancia cuando determine la pena y fije el régimen de la misma.

Jacques Marie Émile Lacan, 1901-1981- médico e psicanalista francês, fundador da Escola Freudiana de Paris EFP e Escola da Causa Freudiana ambas em Paris.

